

碩士生論文

論在創設性或配合性的行政當局中說明行政行為理由所起的作用

Susana Barreto

法學士

I

一) 現今世界，社會關係及生產關係已全球化，與此同時，世界各國市場趨向劃一，訊息的傳遞及知識的取得（特別是在專業技術方面）在瞬間進行，這些事實對法律構成了挑戰，並且在科技主宰的世界中我們可大膽地將法律稱為“人類保留”的優先工具。事實上，由於個人或集體決定中出現的形式主義，越來越講求非個人的成本效益，因此需要在模糊不清的國家範圍中界定人類嚮往的人際關係範圍。我所說的是以人性化為前提，因為我們相信法律的作用是為達致這個崇高的目標。

隨著全球化，社會集體生產流程變成霸權式的生產模式，個人要冒著放棄自我的風險而逐漸依賴集體向其強加的計劃。在日常生活及在歷史中，國家機制作出過於細緻的干預及限制。若不想變成被強制力規範的東西，我們可以怎樣做呢？

定出自由的限度及保留，一如以往，在利益對立的各種社會動態力量中是必要的。

在面對一個創設性或配合性的行政當局時，為達致上述目標，我們認為最好的策略是：為滿足集體或個人利益需求而作出中間或最終的

決定性行為時（狹義的行政行為¹），要解釋其理由，從而履行有關的特定任務²。

二）如大眾認同一樣，現代行政法的模式及概念範疇是由於資產階級革命而產生，它以權力分立為基礎，作為由個人組成的社會對抗國家專橫的手段。由於過去的法律體系對正當性的規定不足，君主專制視法律如無物，國會獲委託以不變及固有的理性為基礎而制訂法律的工作，執行權則負責將法律具體落實，而法院在個別的糾紛中負責適用法律。國家職能這樣劃分是為了避免走回頭路，公共和私人的範圍被分割開來，私人的範圍只由具社會經濟推動力的物權所有人（也是國會的代表）組成，他們是法律史的推動器，代表著與當時的法律思想完全斷裂的新派別。國家為保護個人合法利益的立場漸漸失去意義，而變成在所有層面上保護基本權利，以對抗由人民給予的權力被濫用的情況出現。這便是自由主義帶給我們的基本模式，這個獲勝的社會階級意識形態後來遇到工業社會造成的新問題。

三）抽象化的生產關係要面對越來越廣闊的市場（包括美洲和亞洲的殖民地及半殖民地），強調社會產品需要規範及大量消費者出現新的現實情況擴大了私人的活動範圍——以往這範圍的主體只局限於自給自足的物權所有人/選民，突顯出企業/工人的相對性（所有權的概念得到革新，被視為是一種基本的自由），而以往只屬於臣民而非主動者的新主體加入了私人的活動範圍，但雖如此，他們仍然未具足夠作為獨立主體的社會/經濟力量。隨著提出遞進式的全民人口普查的要求，國民的數字不斷增加，對於一些私人難以解決的需求，國家仍需加以滿足。因此，行政當局或執行權的主動角色便增長起來，不再只是負責積極執行國會的自動具備道德意義的法律（這觀念因實證主義的勝利而被動搖，法律由著重道德而

¹ 公共行政當局人員使用行政法賦予的權力，對具體個案作出的具權威性及對外效力的聲明……。行政行為是一種法律行為，旨在產生對外法律效力：設定或變更主體之間的關係……或修改某事物的法律情況。與私法相反，行政行為可以是消極的行為。在面對一事件時，行政當局有責任採取行動，履行或拒絕履行這個責任就屬於積極行為（ROGÉRIO SOARES《行政行為》（1983年），POLIS, VERBO 里斯本，第102至103頁）。

² 參閱 HERMENEGILDO FERREIRA BORGES,《修辭、法及民主》（1992年）第418頁。

變為著重形式上的正當性)。行政法變為擔當阻隔行政當局侵犯私人權利的一道圍牆的角色(以對抗傳統的專斷),而且是積極保護國家應該滿足市民的基本實質利益(從而反對歧視及不平等)。一個創設公共利益的行政當局便繼承了領導集體良好秩序的行政當局。創設公共利益的行政當局是從戰後出現的所謂“福利國家”而衍生出來的。

四) 最初,沒有提出行政當局獨立性的問題,由於它在實現公共工程、社會治安、教育、公共衛生、運輸、文化及康樂服務,以及最近的生態保護和研究中所擔當的主動性角色不大,因為解決這些具體問題時無可避免地需要考慮科技性質的取向,由於執行權的自主範圍逐漸擴大,趨向不受外界監管。而身處社會的個人,其意願對社會結構影響不大,且依賴國家所提供的新服務,因此便要求行政法強行界定個人與行政當局之間的新的秩序關係,以確保其在經濟、社會、文化方面的基本權利不會被剝奪,或是確保能矯正已採取的方法及使之產生效力。但由於官僚主義架構的無止境擴大,衝突的情況普遍存在且重複出現,對行政無效率及行政失當的反對聲音不斷增加。因此,“福利國家”開始崩潰,傳媒的極強大影響力亦是促成這個情況出現的因素,個人被孤立於極度困難的境地,因此便要求社會採取典範的措施及要求當局寬宏大量以壓制所有恐怖的情況。

五) 因此,在透過有依據的論述而自我設定獨立的正當性淵源方面,法(特別是“行政法”)擔當了決定性的主導角色。

雖然放棄了基礎性的理性主義模式,但功能性的理性主義模式亦身陷險境。現代國家追求理性指引,相信“世界人權宣言”的內容適用於現代的人,在這個道德思想的巨著中,法作為文化的投影是不可缺少的³。

為此,“行政法”作為優先工具,行政行為必須說明其理由,因為透過理由陳述(可以是備受矚目的),外界特別是司法界可以作出監督,而且亦可在具體個案中創制或落實法律。在某程序上,我們是步向亞里士多德提出的關於怎樣管制城邦中生活及習慣的法律思想模式⁴。

³ 參閱 Etienne Balibar 的《Les Frontières de la Démocratie》(1992年), La Découverte, 巴黎。

⁴ 亞里士多德的立場別具創意,在於他嘗試以個人的道德觀演繹這條普遍的規則……從而容許人能實現自我。他認為城邦在人類歷史中有著普遍意義:人類在城邦開始組織起

II

一) 為了能更好指出問題所在，我們需要專注孟德斯鳩對革命後國家所構思的理論。它的獨特性主要在於文字/文本/語言的法律對政府產生的關係，這種法律是保障自由國家的結構方針，事實上就是向我們提出了一個憲法模式，以符合創設性或配合性約束行政當局這個現實的出現。

孟德斯鳩的《L'Esprit des Lois a Considerations sur les causes de la grandeur et la décadence des Romains》最能突顯他的思想，成為本世紀的重要學術研究。事實上，這位作者的表述方式考究，為人熟悉，但在結合民主及自由的概念時，確實不是經過深思熟慮的。然而，CHARLES EISENMANN在三十年代出版的《Mélanges Carré de Malberg》中⁵對孟德斯鳩思想作出嶄新的披露。首先，他指出在十九世紀末及二十世紀初由DUGUIT及CARRÉ DE MALBERG等學者構思的權力分立理論與孟德斯鳩書中所寫的是完全不同的東西。根據這兩位學者的觀點，權力分立理論具雙重性質：在體制方面，立法、行政及司法的權力各自分開；在絕對性方面，各機關在運作時不受其他機關干預。但當細心閱讀孟德斯鳩的《L'Esprit des Lois》的內容時，就會發現該書沒有指出上述三種權力的獨立性及專門性。經深入研究後，CHARLES EISENMANN指出，在孟德斯鳩的思想中，權力的合併、融合及連接的問題更為重要，他就英國憲制模式所引述的三種“分配及融合”的權力時，就是要說明這個觀點（E.L.XI, 6），他的其他表述亦印證了涉及的不是權力分立而是在體制中權力制衡的問題，在分析體制時總要考慮權力之間的關係及其互相聯繫。誠然，對於

來，使人得以用個人身份實現自我本性。城邦是人類的巨大創作工程，是經過討論，管理，立法及司法管轄而普及的。有自主權的城邦是個自由城邦，市民透過立法規範得以和睦相處，目的是為了創造“良好生活”，即是：在社群的本身的獨特性下，人可以貫徹，實現自我。個人自由意味著他可以自由地參與社群活動，因而“自由”便成為“政治活動”的同義詞。這樣，道德便成了組成城邦的普遍特質，這些特質實現了人的本性，而城邦的特色是使人回復人性，使人實現本性。它決定了人的本質是否能得到實現，因此，只有城邦內主體間的典範關係才可出現，並足以引導人類生活走向人性化（MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA）《道德及合群性》（1993年）LOYOLA, SÃO PAULO 第15及16頁。

⁵ 參閱 CHARLES EISENMANN 的《L'Esprit des Lois et la Séparation des Povoirs》（1993）；《Mélange Carré de Malberg》，Sirey，巴黎。

孟德斯鳩來說，憲法中列明的機制、法律範疇及關係，單指在國家運作中能確保節制性及自由的那些重要東西。得出的結論是：《L'Esprit des Lois》第九部第六章並不包括權力分立理論，而是指權力制衡的理論。

二）雖然這個是事實，但亦具歸納性，因為如 CHARLES EISENMANN 所提及的一樣，孟德斯鳩以另一個題目“社會權力的平衡”對權力的體制性制衡作出構思。六十年代的 LOUIS ALTHUSSER 及 RAYMOND ARON 對此亦有深入研究⁶。

孟德斯鳩希望“防範權力濫用，不是專指法律的濫用，即：超出本身的權力；超出法定界限；做一些沒有資格做的行為，即違法行為”（EISENMANN, 1933, 154），而是指政治的濫用：在行使最高權力時缺乏節制。這個節制只有在各種社會及政治力量同時成為最高權力時才可達致，這個原則最為重要，遠比三權分立的體制性原則、三個不同機制之間存在互相監督的原則更為重要。在構思中的憲法，政府的設立應使到公民與公民之間不存在恐懼，而組成人民的各種力量應有活動的能力，且平均分佈：“因而解釋了著名的有節制政府的問題……”（ALTHUSSER, 1974, 103）。正如人們在一段長時間裏相信的一樣，英國不屬於這個情況，因為權力只在法律上分立。倘獲法律賦予不同職能的權力機關完全由同一的社會力量控制，便造成專制主義的威嚇，“如果由同一個人、同一個團體的重要人物、貴族或人民同時行使三種權力時，一切將會完蛋……”（E.L.XI, 6）。傳統上，權力分立的構思是針對國家權力在體制上的分開，但這表達方式也可引用為“某些社會力量（國王、貴族、人民）之間權力的謹慎分配（ALTHUSSER, 1974, 104）。根據 RAYMOND ARON 的解釋，節制及自由的確保是建基在這種分配上：

“就憲法本身而言，孟德斯鳩細緻地指出，每個權力機關有本身的權力，以及不同的權力要互相合作，這說法非常有理，但這個憲制模式只是自由國家或自由社會的表達方式……，當中的任何一種權力不能無止境的伸展，因為受到其他權力的限制（R. ARON, 42）”

⁶ LOUIS ALTHUSSER, 孟德斯鳩的《La Politique et l'Histoire》(1974), PUF, 巴黎。及 RAYMOND ARON 的《Les Grandes Étapes de la Pensée Sociologique》, Gallimard, 巴黎。

我們面對的是孟德斯鳩的現實主義觀點，他深深意識到，任何法律機制，倘沒有政治及社會基礎，其本質及意義可能會消失。事實上，倘由於政治及社會的組成出現一致性，而結果使立法、行政及司法等不同權力的機關集中在同一雙手操控，因而作出一致的行為時，那麼，即使存在不同權力及互相制衡能力的機關，也是無補於事的。如意大利共和國威尼斯的情況一樣：“……弊處在於各個機關由同一團體的法官組成，這等同存在單一的權力。”（E.L.XI, 6）

三）為了保持自由，需要對行使權力的人定出權力制衡及平衡各種社會力量的制度。孟德斯鳩認為這是對自由的最佳的保護方法，倘政治機關只有一個，“團結在一起的不是公民，而是一個受另一個約束的沒有生命的社會機關”（孟德斯鳩的《Sur les Causes de La Grandeur des Romains...》IX）。

孟德斯鳩認為，上述情況在英國完全沒有出現。英國的情況正好說明，社會力量與受制衡的力量並列：君主操控行政權，而立法權賦予議院（兩個議院，分別由貴族及普羅大眾“平民代表”組成），這兩個議院的會議和決議分開進行，利益的觀點亦有所不同。這些社會力量（國王、貴族及平民）具有互動性的體制工具，因而受到制度運作及事物常規的限制。

就是這樣，權力在各種社會力量之間得到分開，孟德斯鳩用的字是“分配”，機關權力的制衡使到社會權力的平衡在法律上得以落實。

四）但根據當代學說對孟德斯鳩思想的重新演譯，如本文參考的 GÉRARD TIMSIT⁷，還有一個問題是 CHARLES EISENMANN, LOUIS ALTHUSSER 及 RAYMOND ARON 沒有探討過的，這個問題的解決方法取決於孟德斯鳩所描述機制的運作：涉及的是司法權的問題。這權力當然要與立法權和執行權力劃分開來，由於是分開，因此需要由人民選出的人來行使……（E.L.XI,6）：

“審判權不能賦予一個具永久性的議院，而應由
每年某段時間及按法律規定方式選出的人來行

⁷ 參閱 GÉRARD TIMSIT 的《Les Figures du Jugement》(1993), PUF, 巴黎。

使……。這些人組成法院，而它的存續期不能超過所需時間。因此，人們極為畏懼的審判權，不應局限於某個機關或某種職業，因而變成所謂的無形及中性的權力。法官不應不斷進行監視，人們所害怕的是司法官而不是司法官團。”

在孟德斯鳩的構思中，司法權存在這個問題：一個以權力制衡及社會力量平衡為嚴謹基礎的制度中，倘司法職能是給予一種社會力量（即人民）時，怎樣能使審判權變得中立呢？

英國的憲制包括了司法權，事實上是一個具嚴謹平衡的制度：貴族、人民及國王三大社會力量，各自擁有本身權力。貴族擁有立法權的一部分（上議院），而平民則擁有另一部分（下議院）；王室擁有執行權。因此，三大社會力量各自控制一個國家機關，在法律上及事實上擁有互相制衡的體制性工具。在這情況下，如將司法權賦予由人民中選出的人來行使，各種社會力量之間存在的嚴謹平衡將出現破裂的嚴重危機。事實上，這樣做就等同於設立一個有利於某種社會力量組成的機關，而使到現存制度失去平衡。孟德斯鳩考慮了這個危機，因此便透過司法權的無形性及中立性的邏輯將所述危險加以排除，作為平衡制度設定的一般及絕對條件的特徵。

五）但基於上述權力的本身存在及其社會組成因素，怎樣解釋它的無形性及中立性可以令到制度失去平衡呢？

根據孟德斯鳩對審判權作出的分析，中立的司法權所要求的無形性只能是由兩種方式所組成的結果：在消極方面，只說明審判權不應做的事項，審判權不應賦予具永久性之議院，亦不應約束於某個團體或某種行業；在積極方面，必須闡明司法權行使時各種匯聚的因素：（1）社會組成；（2）本身章程；（3）依法行使。第一種因素正好強調出不平衡的情況，雖然如此，亦需要說明司法權是無形及中立的。第二種因素包括有關功能的時間性問題，它可以解釋為對司法權的特有限制，但絕不影響有關權力的中立及無形的性質。至於第三種因素，孟德斯鳩認為，正好是透過這個因素司法權才變成“無形及中立”。以古老制度中議會的社團主義作為例子，並且在謹慎地要求司法權的行使是臨時的，以及法官是來自人民的條件下，上述司法權行使的三種因素便成為它的無形性及中立性的消極表現，因為司法權並不與某個團體及某種職業扯上關係，所以是無形及中

立。在排除司法職能具永久性的同時，孟德斯鳩在權力行使及機關組成的層面上，將重點從體制上的機制轉為行動上：司法權應依法行使。這個便是法律與審判之間的結構性關係，這樣，我們要面對的便是法律行為配合的問題，因此，在體制性分析及社會學分析後，接著的便是進行結構性分析。經過對一個直接機制逐步深入分析後，達到的結果是權力機關的組成，這些權力機關須依循互動的結構性關係而運作。法律的行為雖然具備明顯法律基礎及法律一致性，但其落實並不單純是一個法律的問題，它實際上限制了孟德斯鳩所主張的政治制度的運作。誠然，如果審判與法律之間的關係結構不能使司法權變得無形及中立時，即使司法權是賦予人民行使，有關制度亦不能確保個人的自由，各種社會力量（國王、貴族及人民）之間既定的平衡亦會出現崩潰的危機，而旨在落實節制及自由的擁有不同權力的國家機關之間存在的制衡亦會因而瓦解。

因此，上述三個問題及三個層面之間存在緊密聯繫及依賴關係，各自限制對方的運作。

六）仍然需要進一步說明審判與法律之間的結構關係怎樣有利於無形及中立的司法權的產生。首先，問題是與制度本身的合理性有關：事實上，法律是組成有關制度的三大社會力量（立法權分別由貴族及由人民組成的兩個議院來行使；國王擁有否決權）的產物。在行使司法權時，法官只是“宣示法律文字的喉舌”，孟德斯鳩認為這樣可保持平衡，而平衡是機關權力制衡的基礎條件，有了這個條件，就可保證制度的節制性及市民的自由。

司法權的中立原則就是建基於審判與法律這種關係結構上。司法權即使是由“人民選出來的人行使……”，但仍需依法行使，因而，法官在行使其宣示法律（即社會三大力量共同合作而產生的意願行為）的職能時，便被置於固定的位置關係上。

因此，審判不會破壞現存的平衡。在審判中，法官既是無形，亦不存在。如孟德斯鳩所說：“法官是一個死物”，這與中世紀的有生命的法律（Lex animata）的概念剛好相反⁸。

⁸ 有生命的法律（lex animata）這個概念是在中世紀使用的，指明君主是正義的化身。

七) 法律與審判關係概念的革新，促使我們要對孟德斯鳩構思的法律及審判各自的本身結構提出問題。

孟德斯鳩將法律及審判獨立作為兩個中心問題⁹。第一個是在十八世紀為人熟悉的一般意願與私人意願的問題。孟德斯鳩認為法律是一般意願的表達¹⁰，相反地，審判是私人的意願表達。第二個中心問題最具創意，在孟德斯鳩所描述的社會力量平衡方面擔當最重要的角色，就是被重覆引述的“法官是宣示法律文字的喉舌”這句話。它不但體現為法官必須受法律約束，而且並不是孟德斯鳩偶然使用的簡單比喻。他指明審判是語言，而在相對層面的是法律文字。將審判及法律分別指定為語言及文字，這個表達並不是偶然的。法律文字具嚴謹性是共和制度國家的特色，與語言方式所造成的專斷趨向性相對立。因此，“在共和國的政府，法官遵守憲法性法律文字的規定……政府越走向共和方式，審判的方式越能隱定”(E.L. VI, 3)。所以，須確保法律與文字之間的聯繫，如審判與語言的聯繫一樣（因為法官是法律的喉舌）。法律與審判之間存在雙重關係，限制了孟德斯鳩描述的節制性及自由制度的總體運作。事實上，法律是用文字寫成的，具一般性；而審判是語言，具獨特性。因此，在這個狹義的範圍內，司法權變成無形及中立。誠然，法律以文字表達成為審判的無形性的條件。

假若法官因不能將他按法律規定對個別案例的審判變為實際執行而感到不滿，司法權便不能變成無形及中立，因而社會各方力量亦不可以達致平衡，法律是一般意願的表達，由所有社會力量合作而實現的。在這些條件及在這個範圍內，司法權實際是中立的，由於是中立，法官完全按法律規定作出審判，確保自由。PAUL RICOEUR將法律文本定義為“法律是用文字寫成的論述”¹¹。倘法官依法行使，司法權就變成中立，而自由亦得以保障，但“如果法官只按自己的規則而不完全依照法律文本的規定辦事……，則審判就只能變為法官的個人意見”（E.L. VI, 6）。至高無上的言論便誘發法官統治的開始。

⁹ 必須注意，在孟德斯鳩的構思中，法律及審判是意願的表達，而不是指權力，亦不是指組成這些權力的立法機關及司法機關——這種表述在《L'Esprit des Lois》中非常清晰，明確區別出三個層面及各層面的相關概念。

¹⁰ 法律作為一般意願的概念在《L'Esprit des Lois》的開始部份就出現，孟德斯鳩將“實在法”（E.L.I., 3）等同為“所有意願的集合”。

¹¹ 參閱PAUL RICOEUR的《Du Text à l'action》(1986), *Éssais d'herméneutique II*, Seuil, 巴黎。

III

一) 作為首要問題，我們需要解釋為何要朝著孟德斯鳩的思想路線走，特別是在司法權行使理論方面，可能有人認為這個問題與本文的題目無關。一方面，孟德斯鳩的思想只在總體考慮時才顯得重要；另一方面（這方面的原因解釋了為何要將 *nule* 譯成 *neutro* “中立”），一如上文簡述，司法權的行使傾向接近法律行為產生的一般概念，這些行為包括行政當局典型的決定行為，儘管如此，雖然孟德斯鳩的思想是源於不同條件的社會背景，但按類推方式亦可以對現代關注的問題提供足夠的框架。

二) 我們必須緊記，孟德斯鳩的思想有兩個組成層面：權力集中在同一社會力量階層的手中，以及法律與法律適用之間的特定關係。由於這種關係，某種權力變為中立，以便能廣泛地規範法律行為怎樣配合這個一般性的問題。

在現代社會中，我們已看到私人活動的範圍被削弱，有需要求助的個人幾乎被完全孤立在家中，他們在那裡接受資訊，尋找所需的知識，以及與外界溝通。同時，國家行政當局的需求以倍數增加，交織成一幅“被孤立的人從未想過逃避的景象”，但無論如何，即使在面對“人類死亡的威嚇”時，他們亦不會放棄本身的自由，如“上帝死亡”時的情況一樣。與此同時，議會趨向由專業人士代表，在現代社會，這些人士渴望能遠離黨派的控制（意大利 *DI PIETRO* 的效應），儘管如此，黨派將議員約束於某種選舉基礎、期望或誠信上。在政府方面，主要的高級管理職位由專業人士出任，這些人士在大規模的私人企業找尋“第二個我”作為管理人，很多時這些企業屬跨國企業，其權力之大可與一些國家媲美。因此，雖然權力分立的形式主義存在，但管理的模式因集中在單一的社會力量中而出現危機。由於這個原因，孟德斯鳩的思想仍具適時性。

倘“權力分立的平衡及制衡主義必須要求承認獨立行政權的出現……，在某些重要事宜上，亦賦予該權力不需配合市民訴求的自由。涉及的不是嚴謹的幾何方程式的適用問題……，而主要是幅度的問題¹²。

¹² ROGÉRIO SOARES 的《創設性行政當局的合法性原則》（1981年），*sep. do BFDUC*，第7冊第184頁。

由於科技研究成果及社會學方面的因素，我們需要對社會及經濟的複雜問題編定程式，為此，實際上需要求助於趨向普及化的一般常識。在現在社會中，怎樣制衡各種社會力量呢？

我們認為，議會是討論公共計劃或公共期望的一個不可取代及值得重視的場所。議會的獨立性使管理的創意活躍起來，因而必然成為社會良好運作的一種主要因素，“法律保留”這種技術性的方法重獲意義，以便能夠達致制衡之目的，而制衡是尊重自由國家的生存條件，但一般只在法律能解決單一的行政決定來作為護盾時，制衡才真正變得有效。正當性是一種不可置疑的技術性方式，按技術規則制訂，旨在制裁行政當局的選擇取向，從而避免現代國家機制以法律為藉口，說任意權的行使正好滿足其角色的需求。

肯定的是，法律已不能再單純地被視為現代社會力量所組成的意願¹³。事實上，社會及科技的智慧促使立法要符合一般而不單一意願。取向雖然受到限制，但仍然存在，甚至超出了由多元性智慧所組成的範圍：需要敢於冒險或想像，以作為新因素的範例出現。現代民主監督正是在討論各種取向的狹窄空間中得以行使，這種監督應在運作體制及輿論的層面，特別是二十世紀末設立的各種輿論表達方式中行使。

“法律保留”賦予議會，在體制層面上，能夠落實監督，因為有關規定要求，在決定社會生活重大方針時需要在適當的地點進行實質討論，以及要求按公共利益服務的道德模式作出思考¹⁴。即使是透過各種規範的頒布，法律制度亦不能預見一切及解決所有問題；即使規範是根據開放制度模式頒布，該制度亦只能在具體情況下才可提出解決方法（在廣義上，

¹³ “Para Zagrebelsky en el Estado Constitucional la ley cambia de locus en el ordenamiento jurídico; resulta subordinada a la Constitución y con ello ‘pulverizada’ la menos en su concepto clásico, deviene en objeto de ‘contractualización’ o compromiso. En este punto Zagrebelsky no responde por la ‘pulverización del principio democrático o la mentada ‘soberanía del Parlamento’” [FRANCISCO ZUÑIGA URBINA, Postmoderidad, Derechos y Constitución (Zagrebelsky como pretexto), Anuario de Derecho Público, nº1, Año I, Universidad de La República, Santiago-Chile, p.47]。”

¹⁴ …… 在議會中，可出現不同的互相對立的意見。國會的有關工作小組，倘具備充足輔助技術設備便可以審議有關的法律問題，而審議能將解決方法的討論與其即時執行的時間距離縮短。另一方面，議會亦可以…… 作為社會利益的“代理人”而運作，政府作為統一領導的機關經常不認識這些社會利益的， ROGÉRIO SOARES (1981-1982)。

需要結合獨立的預計判斷及相關規定才可提出)，所以，需要在執行或行政活動中加入任意權的模式，我們認為這個獨立的動力是需要的¹⁵。在出現衝突時，雖然法院有一定的審查權¹⁶，但肯定的是，輿論的監督在某程度上亦發揮作用。最終，這就是我們所謂的代表社會力量的輿論，這種力量需要與其他的力量互相制衡，如決策機關的管理人所代表的力量一樣。這個協調不但是透過選舉進行，而協調本身亦需按個人或組別在整體社會中的位置定出¹⁷。為了使輿論能行使其監管功能，管理權在一定程度上肯定需要一種無形及中立的權力，亦即是：在執行（落實）法律的工作時，需要採取一種文字／文本／語言形式的結構性解決方法。這樣，每個行政行為必須以法律文本作為其依據，即是：以法律明文規定有關行為的指導性準則，這些準則是源於國家“慣例”中包含的廣泛宣傳的共同認識，《國際人權宣言》對此提供了理想的解釋標準¹⁸。

¹⁵ “……法律的角色是作為第二權力領導在作出決定時及指引工具。在現代權力分立的表述中，行政當局的意思是指一個當面對具體個案要在各種互相衝突的利益中找出必要的平衡點並且是具有特權的機關。”ROGÉRIO SOARES的《公共行政及司法監管》（1994年）in RLJ, 127/3845 第229頁”

¹⁶ 參閱ROGÉRIO SOARES的《行政行為》（1990年）載於第39期《法學學刊》223/228，1月至12月，由第25頁起；同一著作（1994年，由288頁起）；VASCO PEREIRA DA SILVA的《尋找失去的行政行為》（1996年），ALMEIDA 科英布拉；DIOGO FREITAS DO AMARAL；對分析VASCO PEREIRA DA SILVA博士論文時所寫的《尋找失去的行政行為》（1996年），里斯本，載於第10期第2冊的《法律及正義》內。

¹⁷ 參閱PIERRE BOURDIEU的《Raisons Pratiques-Sur la Théorie de l'Action》（1994），Seuil, 巴黎。

¹⁸ “Por cierto que soy escéptico frente al discurso de la postmodernidad, y no gusto de sus fetiches estéticos; pero debe reconocerse que desarrolla coherentemente el fin de la HISTORIA, como cosmovisión historicista, es decir, relato de la propia historia, con un fin o sentido, que en las utopías del siglo XIX y XX permitió sacrificar generaciones vivas por un sueño o paraíso próximo, transformando a la utopía es una verdadera pesadilla. En este sentido 1989, así como 1789, marcan un caombio de época. Ahora bien, la crisis de la modernidad iniciada en el período de entreguerras, no entraña necesariamente demoler la herencia de la Ilustración y su proyecto emancipador, puesto que en lo que reviste interés para esta ponencia es que subsiste en el campo de los derechos humanos, un camino fértil de afirmación del “Hombre”, con dimensiones culturales, políticas y jurídicas que marcan los procesos de reconocimiento, promoción y eficacia en los planos nacional, internacional y regional de tales derechos. Los derechos

“行政法”除了規定並要求行政行為要說明理由外，亦包括人權的指引，因而在社會、文化空間內對個人自由及個人的合理利益定出了最佳保障。

因此，我們認為，行政行為要說明理由不但是為了司法監督的需要，而且對現今社會的“新民文化”亦是需要的。透過傳媒，市民得到一切所需的消息，從而能自由發表意見。行政行為要說明理由本身是可以令人矚目的，如在增長中的資訊化領域內，通過互聯網高速公路，人們可以參閱各類法律文本的情況一樣。

三）敘述到此，我們需要提出的問題是：9月20日第1/79號憲法法律對“葡國憲法”第268條第3款的修改有何意義及範圍何在？

“當行政行為能影響受保護的合法權益時，就需要明確及以可查閱的方式說明其理由。”

這個革新的詞“可查閱的”成為一個新問題。我們並不認為這個詞只屬日常生活的簡單用語（若是這樣，除了出現明顯的理論錯誤外，更不值得提升為憲法性條文）。我們認為，這條文需要按憲法第一條規定加以解釋¹⁹，第一條規定的“一個以人性尊嚴為基礎的自由、公正及團結的社會”的理念得到支持。憲法採用“可查閱的”這個詞正好反映現今社會對於能否透過慣常的科技方法協助，直接或間接地查閱所表達的憂慮，我們可以自由地查閱行政決定的理由屬好屬壞，特別是哪些影響私人權益的決定，雖然有關理由可以對個人自由作出限制，但亦可透過理性的解釋或批評使個人自由得以恢復²⁰。

humanos, tanto civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, son herencia de la modernidad (Ilustración): de liberalismo y del socialismo, que debemos potenciar. Es una de las puertas de escape a la profetizada muerte del hombre, al verse cancelados todos los proyectos emancipadores (utopías) que hacían un relato o escribían la historia”, URBINA (1997-47)。

¹⁹ 亦參照第16條第2款：“有關基本權利之憲法規定及法律規定，應根據《世界人權宣言》予以解釋，在該法規定出現漏洞時，亦應根據此宣言填補之”。《葡國憲法》第17條的規定是關於性質類似的基本權利的適用問題。

²⁰ 除了文章內所提及的著作外，在撰寫本論文時，亦參考了下列著作：ERNST FORST-