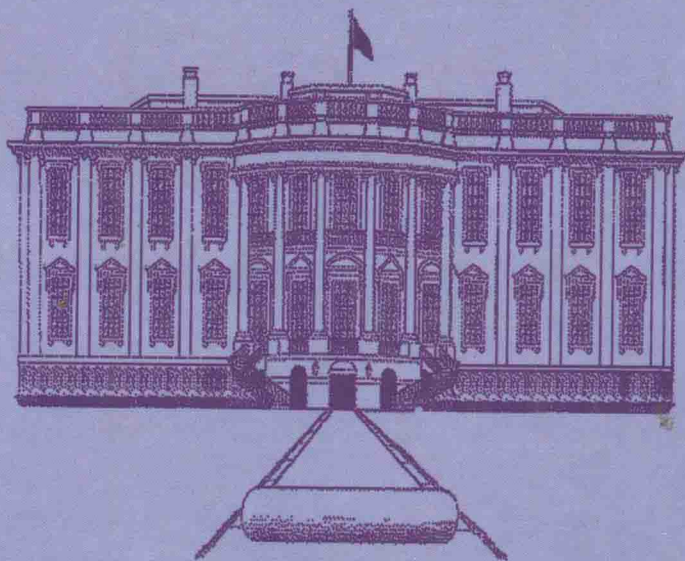


公法學系列研究 ①

權力分立與 基本權保障

李惠宗 著



韋伯文化事業出版社

Weber Publication

權力分立與基本權保障

李惠宗 著

作者：李惠宗
書名：權力分立與基本權保障
出版：韋伯文化事業出版社
責任編輯：張麗君
登記證：局版北市業字第 1004 號
郵政信箱：北市郵政 47-76 號信箱
地址：臺北市中正區忠孝東路一段 83 號 15 樓之 3
電話：(02)23212450
傳真：(02)23214303
初版一刷：1999 年 3 月
ISBN：957-8258-06-2

本書由作者委託韋伯文化事業出版社發行
版權歸作者所有

定價：380 元

◎版權所有 翻印必究
◎本書如有破損，請寄至北市郵政 47-76 號信箱更換新書
◎個人郵政劃撥訂書一律九折優待，團體訂購另有優惠價格
郵撥帳號：19075544 戶名：韋伯文化事業出版社

謹以本書獻給

恩師 翁岳生 教授

序 言

本書收錄作者自一九九四年德國留學回台後的論文共十二篇。基本上以憲法之國家組織及基本權保障為主要內容。其中第一至第四篇側重權力水平分立與垂直分立實證化問題的探討。其次則探討政黨財務問題。蓋政黨政治已漸成不可逆轉的潮流，而政黨政治最核心的法律問題，也最不容易處理的問題，似為政黨財務。國家如何與政黨劃清界限，以避免變成政黨的囊中物，本書以比較法的觀點，就政黨財務制度作檢討，計有兩篇論文。此外，司法預算在組織法問題雖多於基本權，但其與訴訟基本權有所關聯，就此共有兩篇論文。再次則集中探討基本權的問題，首先檢討基本權在私法上的適用。再者從比較法的觀點，側重在工作權內涵的闡釋及其運用，共有三篇。

本書只是公法學研究的一個起步。作者對公法學的入門研究，要特別感謝台大法研所碩士班及博士班的指導教授，翁岳生博士。翁老師以嚴謹的治學精神教導我們作學問，以惠風和煦的態度提携後輩，作者受益良多，謹以本書敬獻予翁老師。

最後要感謝內人高春燕對我沉潛研究忘卻家務的包容及經常校對指點錯誤的辛勞，沒有她的精神支持，本書的任何篇章皆無從產生。

李惠宗 謹誌

1998. 2. 21.

權力分立與基本權保障

目 錄

一、國家組織法的憲法解釋 ——兼評司法院大法官會議釋字 387 與 419 號解釋	1
二、地方自治之本質與地方自治團體之法律地位	77
三、中央與地方權限劃分之標準	105
四、談中央與地方對土地利用之權限分配 ——從「拜耳案」談地方政府對工業土地之規劃利用權限	145
五、德國政治獻金制度之研究	167
六、我國「政黨補助法」之商榷 ——從德國聯邦憲法法院政黨財務之判決談起	189
七、司法預算與司法獨立	209
八、從基本權功能論司法獨立與訴訟基本權之保障	237
九、憲法基本權與私法的關係 ——德國聯邦憲法法院判決解析	273
十、德國基本法所保障之職業自由 ——德國聯邦憲法法院有關職業自由保障判決之研究	297
十一、憲法工作權保障之系譜	335
十二、論機關裁併時公務人員保障法之適用 ——對「虛省」後，省屬公務人員保障問題的看法	385
參考文獻	397
索引	407

國家組織法的憲法解釋

——兼評司法院大法官會議釋字 387 與 419 號解釋

要 目

壹、引言

貳、我國國家組織之原型及其實證矛盾

一、民主國家組織法之基本原則

二、我國國家組織法之依據

(一)我國憲法採用或放棄權能區分理論

1. 權能區分理論之基本內涵

2. 權能區分之實踐——五五憲草之規定

3. 有關國家組織制憲原則的遞嬗

(二)權力分立學說的採行

三、現行憲法之實證矛盾

(一)現行憲法規定之矛盾

1. 二個民意代表機關的衝突

2. 行政權的二分與制衡

3. 形式的五權分工合作

(二)憲法增修條文擴大國家組織法之矛盾

1. 國民大會的有形化

2. 總統有權而無責

3. 未改變行政院與立法院的關係

(三)小結——我國國家組織法矛盾之源

參、國家組織法之憲法解釋

一、憲法解釋的特性

二、憲法解釋的原則

(一)憲法統一性原則

(二)實踐的和諧原則

(三)功能的正確性基準

(四)整合作用的基準

(五)憲法的規範力基準

三、國家組織的憲法解釋原則

(一)指導原則協合原則

(二)聯邦國原則之作用

(三)國家功能與程序正義原則

(四)國家機制的功能原則

(五)政黨功能的考量

(六)解釋結果的實用性

(七)憲法的協和性與持續性

(八)社會學方法的使用

(九)國家組織之終極目的——國民之公共利益

四、小結

肆、我國憲法國家組織規定之解釋

一、我國憲法有關國家組織之基本決定

(一)民主國家原則

(二)共和國家原則

(三)法治國家原則

二、我國憲法有關國家組織法之原則

(一)實證規範的客觀理解

(二)大法官會議的見解——釋字 387 與 76 等號解釋

三、憲政的難題

(一)內閣制與總統制之爭

(二)憲法增修條文下的中央政制

(三)憲法增修後衍生之二度總辭的問題——異哉所謂過渡內閣

(四)副總統兼任行政院長的矛盾

四、釋字 419 號解釋評釋

(一)取向於內閣制或總統制的理解

(二)合憲或違憲的結論

伍、結語

壹、引言

現代民主國家之憲法基本上由兩大部分所組成。一為基本權；另一為國家組織法。此二者在憲法解釋方法論上，有所不同。例如基本權之解釋，有所謂「有疑義時應為有利於自由之解釋」（in dubio pro libertate）之原則¹，即不適用於國家組織法之解釋²。

我國憲法雖亦為民主國家之憲法，但就國家組織之規定與一般西方國家不盡一致，故在解釋國家組織法的有關憲政問題，應依何種憲法解釋方法³始能達致「正確之憲法解釋」⁴，不無探討之餘地。司法院大法官會議著有釋字 387 號解釋⁵，認為「行政院院長既須經立法院同意而任命之，且對立法院負政治責任，基於民意政治與責任政治之原理，立法委員任期屆滿改選後第一次集會前，行政院院長自應向總統提出辭職。行政院副院長、各部會首長及不管部會之政務委員係由行政院院長提請總統任命，且係出席行政院會議成員，參與行政決策，亦應隨同行政院長一併提出辭職」。此一解釋基本上係從內閣制

¹ Vgl. Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20, 1963, S. 53 ff. = in: Dreier (Hg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, S. 164/195; Hesse, Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., 1993, (以下引用簡稱: Hesse, Grundzuege) Rn. 72.

² Vgl. Bleckmann, Staatsrecht I - Staatsorganisationsrecht, 1993, Rn. 90.

³ 憲法解釋方法，是否與一般法律解釋方法相同，憲法解釋若有特殊處，是否有一致性之方法，學說上尚有爭議，參陳華，論憲法解釋之一些基本問題，憲政時代，第 20 卷第 4 期，民國 84 年 4 月，頁 13 以下。

⁴ 事實上，正確的解釋法律正是法學方法論的鵠的之一，vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1985, S. 87; 233; 中文譯本，請參陳愛敏，法學方法論，五南圖書，民國 85 年，頁 217 以下；ders, Richtiges Recht, 1979; Bydlinsky, Juristische Methodenlehre, S. 57.

出發⁶，而且涉及到我國釋憲者對憲法有關國家組織法的基本認識，而與釋字 328、釋字 324、釋字 235、釋字 175、釋字 76、釋字 3、釋字 14、釋字 33 等號解釋共同構成解釋國家組織的基本原則的準則，而具有界定憲法國家組織法基本決定的功能，誠為重要之解釋。但以上這些解釋事實上並未具一貫性，如何解讀釋字 387 號解釋與其他解釋，應屬重大之憲法解釋之問題。

又第二次憲法增修條文⁷第十二條第一項規定，總統、副總統由中華民國自由地區全體人民選舉之，自中華民國八十五年第九任總統、副總統選舉實施。而第九任總統、副總統選舉亦於中華民國八十五年三月二十三日順利實施，李登輝與連戰先生分別當選為總統、副總統。但因連戰為現任之行政院長，連院長雖曾提出辭呈，但李登輝總統以「著毋庸議」一語批示「留任」行政院長，遂引起副總統是否可兼任行政院長憲政問題⁸，立法委員就之並提請請司法院大法官會議解釋⁹，而司法院大法官會議亦另立模式就此問題與相牽連之問題舉辦

⁵ 司法院公報，第 37 卷第 11 期，民國 84 年 11 月，頁 16 以下。

⁶ 此一解釋基本上係以內閣制為出發點，但綜觀解釋全文，並未見有內閣制或總統制之字眼，諒司法院大法官旨在避免正面碰觸此一重大「政治性法律」問題。吳庚大法官即認為此屬高度政治性問題，應不予解釋，本文並不贊同此種見解，蓋此問題固有高度政治性，但卻非純屬政治問題，而係屬具有政治裁量的「國家組織法」上之法律問題，詳下述。Vgl. auch Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 14 ff. (以下引用簡稱 Stern, Staatsrecht) Stern 稱憲法為政治法 (politisches Recht)。

⁷ 中華民國八十一年五月二十二日第二屆國民大會臨時會第二十七次大會三讀通過，同年五月二十八日總統公布。

⁸ 參聯合報 85. 6. 6 第一版，「李登輝宣布連戰續兼閣揆」新聞及同日其他報紙。

⁹ 參聯合報 85. 5. 31 第二版，「總統可否慰留閣揆，62 位立委連署聲請解釋」新聞。

公聽會¹⁰。此一問題涉及我國憲法有關國家組織法的根本問題，其實踐涉及到我國民主政治的理性體認的程度，誠為重大憲政問題。最近司法院大法官會議釋字第419號解釋對此一問題，作了決定性之解決，但因該號解釋文有明顯妥協之痕跡，引發所謂「創造性模糊」之疑義，各方有不同之解讀，益使國家組織法之解釋是否能有客觀與正確之解釋，更有探究之餘地。

本文嘗試從我國制憲沿革與德國憲法解釋學的觀點，藉以評析有關國家組織的解釋，特別是針對釋字第387號與釋字第419號解釋。期望就憲法有關國家組織法的解釋，提供另一個觀察角度。

貳、我國國家組織之原型及其實證矛盾

一、民主國家組織法之基本原則

現代國家於其憲法上皆有國體與政體之基本決定。所謂「國體」有「君主國」與「共和國」之區分；所謂「政體」有「民主」與「獨裁」之別¹¹。現代國家在立憲主義的浪潮下，多半採取共和的國體與民主的政體，我國憲法第一條開宗明義揭明：「中華民國基於三民主義為民有民治民享之民主共和國」，憲法規範上可謂，我國係合乎立憲主義精神的民主共和國。而民主國家乃強調國家之統治基礎來自人民之同意。其方式有直接民主與間接民主。但不論為直接民主或間接

¹⁰ 參聯合報 85. 6. 22.，「副總統能否兼任閣揆，司法院下月舉辦公聽會」新聞；同報 85. 7. 23 第二版，「副總統可否兼任行政院長釋憲審查會」新聞；同報 85. 7. 30. 第四版，「總辭提名，可否著毋庸議，釋憲案昨再論戰」新聞及同日其他報紙。

民主，民主國家通常又必定為法治國家，因法治國家之第一要義係將人民視為國家之主人，將人民之基本權保障視為首要任務，故非法治不足以維持民主秩序。而為了確實保障人民之基本權，法治國家之第一要素乃將國家權力分散，使國家各種權力分屬不同機關執掌，使互相制衡，故權力分立原則作為法治國家（Rechtsstaat）之最基本之原則¹²。

所謂權力分立原則係法儒孟德斯鳩（C. L. de S. Montesquieu, 1689-1755）集大成之見¹³，氏認為國家權力須分為三，分屬不同機關。此三權為行政、立法、司法。三權分立乃是為了制衡，而非互相合作，因權力集中必然會導致濫權，三權分立而互相制衡，人民之自由才有保障。此為一般政治學之常識，不多贅述¹⁴。

二、我國國家組織法之依據

我國憲法載在前言曰：「中華民國國民大會受全國國民之付託，依據孫中山先生創立之中華民國遺教，為鞏固國權，保障民權，奠定

¹¹ 參薩孟武，政治學，三民書局，民國81年增訂五版，頁127以下。

¹² 參薩孟武，同上註，頁223；vgl. Badura, Staatsrecht, 1986, D 48; Degenhart, 10. Aufl., 1994, Staatsrecht I, Rn. 219 ff.; Schmalz, Staatsrecht, 2. Aufl., 1991, S. 75 ff.; Stern, Staatsrecht, Bd. II, S. 511 ff.

¹³ 有關三權分立的學說，並非始於孟德斯鳩，而是由孟德斯鳩集其大成，現各民主法治國家皆奉此種權力分立之學說為圭臬，請參薩孟武，同上註，頁223以下。

¹⁴ 參許志雄，權力分立之理論與現實，收於氏著，憲法之基礎理論，稻禾出版社，1993，頁65-199；湯德宗，司法院大法官有關「權力分立原則」解釋之研析（上）（下），政大法學評論，第54、55期，民國84年12月、85年6月，頁19-60、1-46；同作者，權力分立原則與違憲審查制度設計——試論大法官違憲審查權之界限，中研院社科所舉辦「憲法解釋之理論與實務學術研討會」（86.3.22-23）論文。

社會安寧，增進人民福利，制定本憲法，頒行全國，永矢咸遵。」¹⁵在國家組織法部份，涉及到我國憲法是否採用中山先生之兩大理論：其一為水平的國家權力之「權能區分與五權分立」理論，其二為垂直的「均權制度與地方自治制度」¹⁶。後者地方自治問題係屬國家權力垂直分立的問題¹⁷，本文暫不深論。本文旨在探討水平的國家權力分立在我國憲法上的實踐及其對國家組織法解釋的影響。

(一) 我國憲法採用或放棄權能區分理論

1. 權能區分理論之基本內涵

中山先生稱「政是眾人之事，集合眾人之事的大力量，便叫做政權，政權就可以說是民權」¹⁸，政權包括選舉、罷免、創制、複決四權。治權是「政府權」¹⁹、「做工權」²⁰、「機器權」²¹，包括行政、立法、司法、考試、監察五種國家權力。中山先生認為權能區分的政

¹⁵ 我國憲法是否如前言所稱，係依據中山先生遺教所制定，頗值得懷疑。至少以大的面向觀察，頗多與中山先生基本主張相背者，參林紀東，中華民國憲法逐條釋義（一），三民書局，民國76年（以下簡稱：憲法釋義），頁23；另參繆全吉編著，中國制憲史資料彙編，國史館印行，民國78年，頁597，氏稱「前言中雖明示『依據孫中山創立中華民國之遺教』，實際上與孫中山先生之五權憲法的規制，甚有出入」。

¹⁶ 論者有將中山先生之此些理論分列為四大理論，本文不採，參鄭彥棻，憲法論叢，1990，頁6。因就國家組織而言，權能區分與五權分立係不可分之理論；均權制度與地方自治制度亦同。

¹⁷ 參陳新民，中華民國憲法釋論，自刊，民國84年，頁728；羅秉成，地方自治事項，收於許宗力等著，地方自治之研究，1992，頁91。

¹⁸ 民權主義第六講，國父全集編集委員會編訂，國父全集（全十二冊），近代中國出版社，民國78年（以下引用簡稱：國父全集）第一冊，頁121，行15；頁123，行2。

¹⁹ 民權主義第六講，國父全集第一冊，頁123，行9。

²⁰ 民權主義第六講，國父全集第一冊，頁125，行11。

²¹ 民權主義第六講，國父全集第一冊，頁127，行20。

治學理，係歐美所沒有而為其所獨創者^{22,23}，並從工程師（人民）控制機器（政府）的例證說明權能區分的作用：人民有了選舉罷免權後，「對於政府之中的一切官吏，一面可以放出去，又一面可以調回來，來去都可以從人民的自由」²⁴；「有如果大家看到了一種法律，以為是很有利於人民的，便要有一種權，自己決定出來，交到政府去執行，關於這種權，叫做創制權。……若是大家看到了從前的舊法律，以為是很不利於人民的，便要有一種權，自己去修改，修改好了以後，便要政府執行修改的新法律，廢止從前的舊法律，關於這種權，叫做複決權。……人民有了這四權，才算是充分的民權，能夠實行這四權，才算是徹底的直接民權」²⁵；「（人民）有了四個民權，便可以直接管理國家的政治」²⁶；「用人民的四個政權，來管理政府的五個治權，那才算是一個完全的政治機關。有了這樣的政治機關，人民和政府的力量，才可以彼此平衡。……（圖例）在上面的政權，就是人民權；在下面的治權，就是政府權。……有了這九權，彼此保持平衡，民權問題才算是真解決，政治才算是有軌道」²⁷。

²² 民權主義第五講，國父全集第一冊，頁 105，行 6。

²³ 就學理而言，（國家）權力分立而不互相制衡，曾見諸洛克（John Locke, 1632-1704）之權力分立論，氏以所謂的「人民權」控制「立法權」，並由「立法權」控制「行政權」，換言之，人民權係居於比任何政府權更高的地位，參葉啟芳、瞿菊農譯，洛克政府論次講，頁 93 以下。此種理論的論述，亦請參薩孟武，政治學，頁 224。由於洛克的學說對美國的殖民地影響深遠，參李子欣編著，美國憲法，頁 23。中山先生之權能區分理論或許亦曾直接或間接受到洛克此種分權而不制衡理論的影響。

²⁴ 民權主義第六講，國父全集第一冊，頁 124，行 19 以下。

²⁵ 民權主義第六講，國父全集第一冊，頁 125，行 5。

²⁶ 民權主義第六講，國父全集第一冊，頁 125，行 7。

²⁷ 民權主義第六講，國父全集第一冊，頁 126，行 9-12。

姑不論中山先生對此種政治學理的假設是否正確²⁸，其所稱之「政權」實指「主權」而言²⁹。中山先生之所以提出此種權能區分的主張，旨在救代議政治「間接民權」之弊，因為「從前沒有充分民權的時候，人民選舉了官吏議員之後，便不能夠再問，這種民權是間接民權。間接民權就是代議政體，用代議士去管理政府，人民不能直接管理政府」³⁰。中山先生此種批駁，主要係批評「議會主權說」³¹之不是，其認為專制國家應予推翻，改為民主共和國，國家之主權應由國民所有，並且能真正實現，故創造出權能區分理論。中山先生在論述政權與治權關係時，雖用九個權彼此保持「平衡」³²的字眼，但從其所舉四種政權如何「節制」³³治權以觀，吾人可認為，中山先生其實意指「以政權控制治權」，而非僅僅彼此保持平衡，即能達成萬能政府的目標。換言之，中山先生係主張國民主權論，且在實現主權的方式上，又以國民直接能行使為最佳狀態。中山先生雖有直接民主之理想，但妥協於當時之中國地大人眾，而不得不將國民之政權在中央層級的部份³⁴委諸於國民大會行使，而採間接民主。但其仍希望國民大會代表

²⁸ 權能區分的結果是否可以造就萬能政府，歷史上未曾實踐過，不得而知。

²⁹ 參中山先生民權主義第一講，稱民權時代之進展之第四時期為國內相爭「人民同君主爭」，其所稱之民權實指與君主主權（君權）相對的國民主權而言，國父全集第一冊，頁 59 以下；民權主義第五講：「今日我們主張民權是要把政權放在人民手中」，國父全集第一冊，頁 106，行 15；民權主義第六講，權能區分所指之權乃政權，是「人民權」，國父全集第一冊，頁 123，行 9。又中山先生亦曾在民國八年「三民主義」一文明白說明選舉、罷免、創制與複決之直接民權即所謂之國民主權，參國父全集第二冊，頁 337，行 1。

³⁰ 民權主義第六講，國父全集第一冊，頁 125，行 6。

³¹ 有關議會主權說，請參左路生，比較憲法，國立編譯館，民國 61 年，頁 67。

³² 民權主義第六講，國父全集第一冊，頁 126，行 11。

³³ 民權主義第六講，國父全集第一冊，頁 128，行 1。

³⁴ 中山先生於「中國革命史」一文主張，「第三為建設完成時期，在此時期施以

「只盡其能，不竊其權」³⁵。

就治權而言，中山先生採用三權分立的模型，加上其所認為中國固有的考試與監察權，建構出所謂的「五權分立的政府」³⁶。但中山先生認為此五權分立主要不是如三權分立的制度，旨在制衡；而是分工合作，以創造萬能政府³⁷。此點可以從其民國十一年之「中華民國建設之基礎」一文得知。中山先生認為「欲實行民治」，其方略之一為「五權憲法。三權分立，為立憲政體之精義。蓋機關分立，相待而行，不致流於專制，一也。分立之中，仍相聯屬，不致孤立，無傷統一，二也」³⁸。凡立憲政體莫不由之。吾於立法、司法、行政三權之外，更令監察、考試二權亦得獨立，合為五權」³⁹。而五權分立的制度上，

憲政，此時一縣之自治團體，當實行直接民權。人民對於本縣之政治，當有普通選舉之權、創制之權、複決之權、罷官之權。而對於一國政治，除選舉權之外，其餘之同等權，則付託於國民大會之代表以行之。」國父全集第二冊，頁354/357，行10以下。

³⁵ 論著「中華民國建設之基礎」，國父全集第二冊，頁351/353，行4。

³⁶ 民權主義第六講，國父全集第一冊，頁126。中山先生發明五權憲法理論之經過，鄒魯於其所著之中國國民黨史稿中，曾作如下按語：「……總理讀通鑑，見諫官有權彈劾君主及百僚，大羨之，以為中國之良制，應採入憲法。及見美國哥倫比亞教授喜斯羅所著自由一書云：『憲法三權不足用，主張四權，將國會彈劾權使之獨立』，總理益自信。又見中國考試之制，獨立行使，能選真才，亦為良制，英美採之，行於考試下級官吏有效，乃決定五權憲法，除歐美三權外，以監察、考試二權獨立。」（下冊，頁1192，註3），轉引自董霖，戰前之中國憲政制度，世界書局，民國57年，頁92，註30。有關考試、監察兩權思想之源起，中山先生亦自論，參「監察考試兩權為中國歷史所獨有」談話，國父全集第二冊，頁418。

³⁷ 民權主義第六講，國父全集第一冊，頁126，行4；頁128，行4。

³⁸ 有學者認為，五權分立制的分權，除防止政府流於專制之外，是為專業分工而分權，並著重五權間的相互合作，而不強調它們彼此間的制衡，但此不意味它們之間便毫無相互牽涉、節制的關係，參賀凌虛，孫中山政治思想論集，台大三民主義研究所印行，民國84年，頁141。但五權間相互節制的關係並非五權憲法的重點。

³⁹ 國父全集，第二冊，頁353，行10以下。

亦即在治權的體系上，「似」將五種治權視為一「分工而仍相聯屬」行政權⁴⁰，並係採美國的總統制⁴¹，以總統為首，統率各治權，而對國民大會負責⁴²。

中山先生此種理想之架構，事實上「形式地」規定於憲法中。此為我國現今中央政制之所以游移於內閣制與總統制之間的重要因素⁴³。此種設計可從中山先生「中國革命史」的論著中見之：「……俟全國平定之後六年，各縣之已達完全自治者，皆得選代表一人，組織國民大會，以制定五權憲法，五院制為中央政府，一曰行政院，二曰立法院，三曰司法院，四曰考試院，五曰監察院。憲法制定之後，由各縣人民投票選舉總統，以組織行政院；選舉代議士，以組織立法院；其餘三院之院長；由總統得立法院之同意而委任之。但不對總統及立法院負責，而五院皆對國民大會負責」。又稱：「憲法制定，總統議員舉出後，革命政權當歸政於民選總統，而訓政時期以告終。」⁴⁴其意似指，至少在所謂「訓政時期」，行政院應對總統負責。此亦可從

⁴⁰ 吾人可以認為，中山先生之見解是：在實施憲政前，立法權與監察權亦為廣義行政權，屬總統下轄；行憲之後，此二權乃對國民大會負責。

⁴¹ 參張九如，致憲草審議委員會會書，收於胡春惠編，民國憲政運動，正中書局，民國 67 年初版，頁 1031/1036；任卓宣，五權憲法之歷史與理論，正中書局，民國 71 年，頁 127。

⁴² 國民政府建國大綱第二十一條，國父全集第一冊，頁 625。

⁴³ 亦請參大法官會議釋字 419 號解釋，劉鐵錚大法官不同意見書。

⁴⁴ 民國 12. 1. 29 之「中國革命史」，國父全集，第二冊，頁 357，行 4 以下。總統在五權憲法下，究為實權或虛位元首，中山先生前後有不同之見解，並非一致，此之所引者，應認為總統為有實權之行政首長；然民國 2 年 4 月之「國民黨政見宣言」則主張「責任內閣制」，中山先生稱：「吾黨主張將來憲法上仍采（採）用責任內閣制，並主張正式由政黨組織內閣，實行負責任。凡總統命令，不特須閣員副署，並須由內閣制起草，使總統處於無責任之地位，以保其安全焉。」國父全集第二冊，頁 36，行 20 以下。此種見解顯然為內閣制下虛為元首之主張。

其手書之「國民政府建國大綱」第二十一條：「憲法未頒布以前，各院長皆歸總統任免而督率之」⁴⁵見知。但憲政時期是否一如訓政時期，從民權主義第六講之內容來看，應持肯定見解。中山先生稱：「像美國獨立之後便實行三權分立，後來得了很好的成績，各國便都學習美國的辦法。不過外國從前只有三權分立，我們現在為什麼要五權分立呢？其餘兩個權是從什麼地方來的呢？這兩個權是中國固有的東西。」⁴⁶又：「有了這種政權和治權，才可以達到美國學者的目的，造成萬能政府，為人民謀幸福。」中山先生之此番講話似成為張君勱先生草擬中華民國憲法有關中央政制的依據，此可從張君勱氏談話獲得佐證：「我們採取美國總統制下行政部穩固的長處，而不忘掉民主國家中應有之責任政府之精神」⁴⁷。

從以上之論述，吾人可以知悉，權力分立制度下的總統制⁴⁸，在我國憲法的中央政制，隱有一席之地。

2. 權能區分之實踐——五五憲草之規定

由上論述可知，權能區分之理論基本上係以美國總統制為其骨架，加上政權機關對治權機關「節制」的機制。故若完全按照「權能區分」的理論去架構國家組織，則國民大會係政權機關，「節制」以總統為首的治權機關⁴⁹。就此，建國大綱⁵⁰第二十四條規定：「憲法頒

⁴⁵ 建國大綱第二十一條，國父全集，第二冊，頁625，行2。

⁴⁶ 國父全集第一冊，頁126，行19以下。

⁴⁷ 張君勱，中華民國民主憲法十講，台灣商務印書館，民國61年台一版，頁71。

⁴⁸ 任卓宣認為，中山先生主張共和國是總統制，而非內閣制，參氏著，五權憲法之歷史與理論，正中書局，民國71年，頁127。

⁴⁹ 按照「權能區分」之理論，所謂五種治權是否以總統為首，中山先生之民權主義演講並未清楚交代，只是在建國大綱第二十一條有定：「憲法未頒布以前，