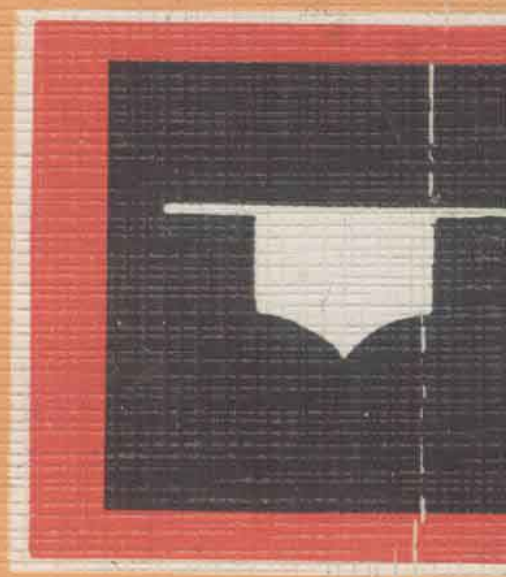




青年理論叢書 第六輯

理論叢書編輯委員會主編

正中書局印行

高旭輝著

憲法理論上的幾個問題

究必印翻



有所權版

版初臺月十年四十六國民華中

題問個幾的上論理法憲

書叢論理年青
輯六第

元壹價定本基冊一全

(費滙費運加酌埠外)

輝旭高者著

會員委輯編書叢論理年青者編主

譽元黎人行發

局書中正刷印行發

(號三巷一街安泰市北臺灣臺)

司公書圖成集銷經總外海

(號七街海北地麻油龍九港香)

店書風海

(地番六五目丁一町保神田神區田代千都京東本日)

店書海東

(地番八九町前門中田區京左市都京本日)

外(7089)號九九一〇第字業臺版局 證記登業事版出局聞新
(1000)

例 言

一、本書所指憲法理論，以五黨第一次全國代表大現行中華民國憲法。凡所討論的問題，有的屬於前者，有的屬於後者採用五權憲法之必要及者。

二、五權憲法爲「國父孫中山民權主義」第六講。憲法又依據遺教而制定，彼此關係密切，在此皆予論列，使讀者易於護法之役告友邦書」

三、書中同一問題，如須涉及民權主義」第五講。教而論遺教，就憲法而言憲法，交待清楚，不使混爲一談。

四、本書所提幾個問題，皆爲憲法研究與教學上所曾發生的疑難與爭辯；爲求便於讀者參考，其所列順序，先五權憲法而後現行憲法，先憲法學理而後現行制度。凡所論述，力求深入淺出，詳盡易讀。

五、每一問題之撰寫，大致先簡述問題之提出，次則引證有關理論予以說明，再則對各種意見加以分析或論評，最後則提供個人所見以爲結論。

六、筆者學識有限，疏漏難免，而所持論點，與時賢未必盡同。是本書之發行，如蒙方家批評指正，則拋磚引玉尤所欣幸也。

民國六十四年五月底 高旭輝於成大禮賢樓

「憲法理論上的幾個問題」目次

壹、五權憲法與三權憲法主要的區別問題·····	一
貳、五權憲法的法治理論問題·····	二一
叁、國民大會的性質與國會問題·····	三九
肆、五權憲法政制的類型問題·····	五三
伍、五權之間有無制衡關係問題·····	六九
陸、司法行政與審檢隸屬問題·····	八五
柒、公職候選資格與考用合一問題·····	九七
附錄：國父的法律思想與憲法思想·····	一一三

壹 五權憲法與三權憲法主要的區別問題

國父的五權憲法，就政治思想說，是時代潮流之所趨，它解決了當代思想家所想要解決而未解決的問題；而就政治制度說，則又是「濟代議政治之窮」^①，主張權能區分的改革方案。但是現時我國的學者，對於五權憲法大都以五權分立爲言，認爲它之所以不同於三權憲法，祇在於權的多寡，量的不同，而忽視它是針對代議政治的流弊，所主張權能區分的特殊意義。這是值得我們提出而詳加討論的問題。

我們知道，近代民主政治在開始建設的時期，思想家曾有兩種主張，一種是直接民主，另一種是間接民主。直接民主爲盧梭 (Jean Jacques Rousseau) 所主張。依照盧氏的見解，國家中有一全意志 (General will)，認爲全意志即是國家的主權。故凡國家的基本原則，以及政府所奉行的政策，都應由全意志來決定。但是全意志如何產生呢？

盧氏認爲必須人人參與意見。而參與意見不能推舉代表，必須親自出席會議。盧梭說：『主權不能代表，亦如主權之不能讓渡，主權乃是人民的全意志，意志有不可代表的性質』^①。所以人民就應該直接過問國家的政事，即所謂直接民主。

至於間接民主，則爲先於盧梭的洛克 (John Locke) 所倡導，並爲後來的羅耳末 (Tohne) 竭力主張。洛氏認爲人民是國家的組成分子，人民當然對政府的決策要予過問。但是洛氏認爲過問政事，無須親自參與會議，亦不必自己決定政策，而是政府的重要政策，祇須獲得人民明示或默示的認可 (Tacitly consent)，在未必人人意見一致的情形下，則採取多數決的原則。少數雖有異議，亦必須服從多數^②。

我們比較兩氏的主張，雖則盧梭的直接民主，更切合於主權在民的原則，而且對於民主運動，確有其極大的鼓勵作用。但實際上，由於大多數人民終日忙於生活，並無空閑參與政治活動，而且人民多數缺乏必要的政治知識，亦無法直接過問國家政務。所以盧氏的主張，一時難於實現；反之，洛氏的理論卻易於爲一般國家所接受。一六八八年英

國光榮革命，首先實現了洛克的主張，及至美國獨立、法國革命，它們先後本洛氏思想制定憲法，於是間接民主的重要觀念，便演變而成風行的代議政治了。

所謂代議政治，簡言之，就是人民選舉代表組織議會，以過問國家政事的政治。約翰·穆勒(J.S. Mill)在「論代議政治」中說：「代議政治的意義，是全體人民或他們的一大部份，經由他們定期所選的代表，行使在每一組織中都將有所屬的最後控制權。他們必須完全擁有此最後的權力，亦必須在願意過問的時候，成爲一切政治措施的主人。」^④而國父則具體指出：「照現在世界上民權頂發達的國家，人民在政治上是佔什麼地位呢？得到了多少民權呢？就最近一百多年來所得的結果，不過是一種選舉權和被選舉權，人民被選成議員之後，在議會中可以管理國事。凡是國家的大事都要由議會通過，才能執行；如果在議會沒有通過，便不能執行。這種政體叫做「代議政體」，所謂「議會政治」。」^⑤又說：「從前沒有充分民權的時候，人民選了官吏議員之後，便不能夠再過問，這種民權是間接民權，間接民權就是代議政體。」^⑥由此可見，代議政

治卽是議會政治，由人民選舉代表組織議會過問國家政事。同時，由於人民祇有選舉權一項，選舉代表之後，人民便不再過問，這便是間接民權，亦卽間接民主。

自從英國光榮革命，制定權利法案 (Bill of Rights)，國會取得了重大權力。美國獨立，國會也掌握了實際大權；法國革命，制定憲法又確立了國會制度。可以說，自此之後，民主國家除了瑞士行使直接民主之外，都是實施間接民主的代議政治。而此種代議政治，嚴格的區分又有內閣制與總統制的不同。例如英國，法國，日本可爲內閣制的代表；美國以及南美，中美國家，則多實行總統制。

我們知道，代議政治實行迄今已近三百年。在這三百年中，十九世紀中葉以前，可稱之爲前期的代議政治。雖然，在這個時期，代議政治的確表現了防止專制保障自由的重大功能，而且還在不斷的發展和進步之中。但是亦無可否認，自十九世紀末葉之後，特別是自第一次大戰之後，代議政治則逐漸暴露了種種弱點，發生了許多流弊，必須謀求改革之道。

約翰·穆勒說：「我們已經看到，代議民主政治容易發生的危險有兩種：一種是議會以及控制它的輿論知識水準低的危險；一種是由一個階級組織多數的階級立法的危險。我們接著就要考慮在實質上不影響民主政治特優點的前提下，有多大可能將民主政治加以組織，以人類一切可能的努力，使它免於或至少減輕這兩種弊害。」^④這表明一個堅信代議政治的學者，當時就已經認清了代議政治有了問題，並指出了它的危險及弊害。而隨此之後，還有許多學者更不斷的提出了指責。例如蒲來士（James Bryce）即曾明白指出代議政治的三大弊害，一是人民對政治冷淡，二是議員過於利己，三是黨派的多方操縱。其實，他們所看到的，雖是各種真實情形，但並不即是問題的關鍵，更沒有提供可行的根本改革辦法。而唯獨國父孫中山先生，由於他具有高深的學識，超人的智慧，加之對西方政治又有深刻的研究。他一方面對代議政治既能具體指出它的病根所在，另方面又詳細設計了一套「濟代議政治之窮」的方案——五權憲法。關於五權憲法，正如當今西方學者如霍爾康（A. N. Holcombe）和林百樂（P. M. A. Linebarger）

所認定；它不僅補救了近代歐美各國民主政治的缺點，而且在近代政治史上，是一種偉大的發明和無比的貢獻^⑧。

國父在講演「三民主義之具體辦法」中曾明白指出：「現在應該要慎重的，是代議制度還不是真正民權。」^⑨而其主要的理由就是由於「現在立憲各國，沒有不是立法機關兼監督的權限，那權限雖然有強有弱，總是不能獨立，因此生出無數弊病。」^⑩國父的這一看法，可說非常的深刻。因為我們知道，代議政治原為三權分立的結果。而三權分立，首由洛克主張將政府職權的性質，分為立法權 (Legislative power)、行政權 (Executive power)、外交權 (Federative power) 分由不同的機關行使。而三權之中，他認為立法權最高，最為重要。因為在一個政治社會中，任何人皆不能免除法律之支配^⑪。洛氏的這一思想，適值英國光榮革命之後，立法機關的議員，又多由民選產生，議員為民選之代表，關係較之其他部門密切。因之，遂由此而演變立法至上，議會至上的代議政治了。

同時，我們還要知道，縱使依照孟德斯鳩（Montesquieu）的三權分立，主張三權平等無分高低，也無法避免此一議會至上的結果。因為議會既為人民的代表機關，舉凡行政機關之所行，司法機關之所司，皆須經由議會通過。加之政府的預算是由議會掌握，並兼有監督政府之權。因之，議會便自然又凌駕於行政及司法機關之上。

再有，代議民主是法治政治，在法治之下，依法行政，依法裁判，其所表現都是法律的優越，而法律的優越，便演變為立法權的優越，乃至在實際政治中又成為議會的優越。就這樣，議會至上乃又為勢所必然的現象。

其實，所謂議會至上，就是議會第一，亦即是議會獨裁。國父對此曾經具體指出：「英國自經過了革命之後，把皇帝的治國權力，逐漸分開，成了一種政治的習慣，好像三權分立一樣。……但是後來因政黨發達，漸漸變化，到了現代，並不是行三權政治，實在是一權政治，英國現在的政治制度，是國會獨裁，實行議會政治」。③這是採行內閣制的代議政治之實例。至於總統制的國家呢？國父說：「比方美國糾察權歸議

院掌握，往往擅用此權，挾制行政機關，使他不得不俯首聽命。因此常常成爲議院專制。除非雄才大略的大總統，如林肯、麥堅尼、羅斯福等，才能達到行政獨立的目的」。

③由此可見，無論內閣制或總統制的代議政治，同樣的都會造成議會獨裁的現象，於是代議政治與議會獨裁幾乎結了不解之緣。

而且我們知道，議會獨裁的後果，便是行政機關處處受到限制，不能有所作爲，甚至政局爲之不穩。這樣一來，由議會獨裁又走上政府無能之路了。本來，如所週知，代議政治是個人主義的民主政治，它是以保障個人自由爲出發的，並不需要有能的政府。他們認爲政府爲一種不可少的惡魔(Necessary evil)，干涉人民最少的政府，便是最好的政府。而哲斐孫則具體指出：「我並不贊成一個太有爲的政府，這樣一個政府總是壓迫人民的」。④所以，如此一來，如何使政府無能，可說亦是主張代議政治者事先的有意設計。

關於政府無能的現象，在各國實際政治中有不少的例證。試以第五共和以前內閣制

的法國爲例。國會可以對行政機關的內閣經常行使不信任投票權，致使政府受到嚴重的挾制，而變爲軟弱無能。同時，又由於內閣亦可使用解散權以對抗國會，結果又釀成政潮起伏，政局動盪不安。至如總統制的美國，雖則國會無不信任投票權，但又因國會擁有許多職權，例如人事之同意，行政機關之監督，加之國會更可以不通過政府提案爲挾制，使總統不能貫徹政策，諸如此類的情形，都可說是與代議政治而俱來的。因此，國父認爲「政府患國會權重，非刼以暴力，視爲魚肉；卽濟以詐術，弄爲傀儡。」^⑤這便造成政府無能了。

同時，我們還要特別指出的，代議政治固然會造成政府無能，卽對民主的意義而言，也是大有問題的。因爲如上所述，代議政治是間接民主，人民選舉代表組織議會之後，卽不能過問國事。然「曾不知國會與人民，實非同物。」^⑥設若議會的決議違反了民意，人民亦莫可奈何。這種情形，正如盧梭論及英國選民說：「他只有在選舉議會時是自由的，一旦議員選出了，他便成爲奴役，不算甚麼了。」^⑦這就是說，議會獨裁的

結果，議會還取代了人民主人的地位，它是以「主權在民之名，行主權在議會之實。」^⑤所以，國父認為代議制度還不是真正民權。「夫主權在民之規定，決非空文而已，必如何而後可舉主權在民之實。」^⑥這就表明了，在代議政治之下，所謂主權在民也成為問題。

因此，我們總括以上所說，可知代議政治所表現的顯著流弊：一是議會獨裁，二是政府無能，三是民權不夠充份。當然，這三者之中，主要的還是由於議會至上所造成的議會獨裁。因為議會獨裁相對的政府自然談不上有能，隨之，民權也就不夠充份了。

所以當代議政治的流弊出現之後，西方的許多學者早就對它有所指責，並提出了改進意見。而近數十年來，由於社會經濟的繁榮，科學的日新月異，人與人的關係更為密切，人民對民主政治的要求，不僅是要有充分的民權，並且要求政府有能以爲人民謀幸福。於是對代議政治之不能應付需要，而謀求改革的意見，更是所在多有。

關於改革意見，最值得重視，而且切合國父的五權憲法精神的，就是着眼於防止

議會獨裁與提高行政效能的兩方面，而這些意見並具體規定於很多國家的憲法及制度之中，也可說這成了現代民主政治的顯著發展趨向。

我們試以防止議會獨裁為例，有些國家實施公民投票制，即爲其主要的的作用之一。在代議政治下，政府處處受到議會牽制，不能有所作爲，甚至政局爲之不穩。而實行公民投票制之後，就可將政府獨立於議會之外，直接隸屬於人民。設或政府與議會對某些議案或政策，意見不能一致，政府則可提請人民複決。因之，議會獨裁的情形，便爲之減少，而民主精神之又能增加。所以，學者如蒲來士 (James Bryce) 對於這一制度倍加讚揚。而威瑪憲法起草人蒲魯斯 (Hugo Preuss) 並且認爲這是民主政治的必需條件。又如有關多數國家議會設立第二院，雖然在理論上不免引起爭論，但無可否認，其設立的重要目的，大都是要用第二院以牽制第一院，用以削弱議會的權職，防止議會的獨裁。蒲來士說：「美國分議會爲兩個院，就是藉以限制議會的權力。」^③嘉特 (G. Gettell) 在歸納學者支持兩院制的理由中，亦認爲兩院制可以防止立法專制，並增進行

政部門獨立^①。這就是說設立第二院也可說是爲防止代議政治流弊的原因之一。

再有，說到提高行政效能方面，這在近數十年來，成了普遍的主張，並且爲風行一時的事實。原因是二十世紀的國家，是福利國家（Welfare state），人民除了要有充分的民權之外，更要求政府能爲人民謀幸福。於是無能的政府便不爲人民所歡迎。

關於如何提高行政效能的問題？值得一提的，一是委任立法的盛行；二是行政領導立法的趨向。所謂委任立法，即是行政機關依據法律授權而頒佈行政命令。這對增強行政效能很有重大的作用。因爲如此，既可減少議會牽制，又可使於迅赴事功。尤其就時代意義說，現代是工業社會，行政上的許多設施，具有高度的技術性，此類立法並不適用議會討論。反之，行政機關對此則能勝任愉快。同時，爲了社會福利的實現，須要有迅速有效的行動，如果不能適當賦予政府的權力，則此種任務往往難於完成。所以，現代的絕大多數國家，爲了適應需要，都已普遍實施委任立法，行政效能爲之提高不少。至於行政領導立法，這種事實，也是現代政治顯著的趨向，而這一趨向比之前期的代議