

法憲權五與論權分之法憲

著 甫 烈 陳

憲法權五與論權分之法憲

元百七幣國價實冊每
(費匯費運加酌埠外)

有所權版

版初月五年五十三國民華中

著者 陳 烈 甫

印行者 國民圖書出版社

社址：

重慶江北香國寺
任家花園廿六號

批發部

國民圖書出版社

地址：

重慶江北香國寺
任家花園十一號

憲法之分權論與五權憲法

目錄

一 引言

二 初期的分權論

三 孟德斯鳩之分權論

四 分權論之批駁

五 二權說之論辯

六 分權論之實際

七 其他分權論者

八 五權憲法之理論

甲 五權憲法之背景

憲法之分權論與五權憲法

憲法之分權論與五權憲法

乙 五權分注重積極目的

丙 政權與治權

丁 權能分開與均衡

戊 人民如何有權

己 政府如何有能

九 五權憲法之設計

甲 國民大會

乙 大總統

丙 五院制度

目 1. 行政院

2. 立法院

3. 行政院與立法院之關係

憲法之五權分治與正副憲法

4. 司法院

5. 考試院

6. 監察院

十 結論

憲法之分權論與五權憲法
憲法之分權論與五權憲法

憲法之分權論與五權憲法

中山先生陳炯明

憲法，近代諸國莫不自由而興。一國之強弱，在於其憲法之良否。故欲求國之強，必先求憲法之良。而憲法之良，在乎其分權之是否適當。此其要也。

政治制度之發展，由神權而君權，由君權而民權。由君權至民權之過程中，有波瀾壯闊之立憲運動。此運動之目的，在以法治代人治，建立依據於憲法之政府。今日環球各國，固多為立憲國家，惟立憲運動之發端，僅有三數百年歷史，較之人類有若干千年之政治史，實為時甚暫。近代立憲國家政治制度之基礎，為主權在民。人民通常輪流加選舉及形成輿論以外，不能躬自行使主權，因有人民選舉議士組織議會之代議制度。既曰主權在民，引伸之則政府權力非原始的，而為人民所授予。非最高的，而須受制於人民。對於不良政府，人民可以推翻之，此即革命權利也。

預防不良政府，須一面使其不濫用權力，壓迫人民，一面發揮效率，善盡政府之任務。分權論 (Separation of power) 之由來，實即預防不良之政府也。古代政治學者，閱其

憲法之分權論與五權憲法

憲法之分權論與五權憲法

憲法之分權論與五權憲法

憲法之分權論與五權憲法

憲法之分權論與五權憲法

憲法之分權論與五權憲法

憲法之分權論與五權憲法

憲法之分權論與五權憲法

憲法之分權論與五權憲法

憲法之分權論與五權憲法

憲法之分權論與五權憲法

著述，不無透露分權之旨，顧此僅爲不成熟之觀念，片段零碎而已。近代分權理論之肇端，乃隨「政治自由」(political liberty)之運動而來，濫觴於十七世紀，而大盛於十八世紀。當北美十三州揭開獨立之幕與法國西大革命爆發以前，分權理論已光彩四射，爲打破專制王權之武器。分權理論大盛之秋，專制政治已呈衰落之兆。迨十八世紀之末，分權由理論而入於實行，首先採行者爲美國與法國。一七八九之美國聯邦憲法，固以分權分立之特徵著名。前此之Virginia(1776)與Massachusetts(1780)二州憲法，更採用極嚴格之分權；憲法規定「爲達到法治而非人治計，立法權絕對不能行使行政權或司法權；行政權絕對不能行使立法權或司法權；司法權絕對不能行使立法權或行政權」。法國西在大革命時期國民會議於一七八九年八月四日議決：「在任何社會如權利不受保障，政府不實行分權，等於無憲法」，一七九一年及以後所制定之憲法，皆施行嚴格分權，以分權制度爲自由政府之第一條件。十九世紀以還，分權原則幾爲一切成文憲法所採用，中國四十年來之立憲運動，分權原則仍極重視。中山先生主張之政治制度，

則以五權政府爲基礎也。於此有須明瞭者，分權制度只能行於民主代議政治而不能行於專制，專制現代化之獨裁，或直接民主政治。(direct democracy) 直接民主政治，一切權力，直接操於人民，無所謂分權，古代希臘城市國家(civitate)之例是。至於專制或獨裁國家之摒棄分權，其理甚明。專制政治以國王爲國家之主權者，路易十四固有一朕即國家(J'Etat, c'est moi)之豪語；現代日本亦有「元來我國統治權之主體屬於天皇」之謬說。(註一)既如是，專制國家自不能容納分權。近年盛行之獨裁制度，不問爲希特拉之德國，墨索里尼之意大利，斯大林之蘇聯，或佛朗哥之西班牙，獨裁者爲無冕之專制君主，並法國興行行政不分，即司法亦不能保其獨立尊嚴，獨裁者縱無「朕即國家」之雄語，願其宰制一切之威權，雖路易十四，喬治第三，威廉第二，或秦始皇，視之有遜色也。

前述分權論實具有消極與積極之目的，前者乃使政府任何部份，不能大權獨攬，且一、第二次國體明徵聲明，載昭和十年十月十六日東京日日新聞。

憲法之分權論與五權憲法

四

一國之牽掣，防制濫用權力，藉以保障人民之權利；後者則以分權爲一種「政治技術」(Political art)，由於分權使政府各部維持相當範圍之獨立性，分權亦即分工，分工可以提高政府之效能。十七八世紀之分權論者，如洛克(Locke)，如孟德斯鳩(Montesquieu)立論皆側重分權之消極目的，蓋爲打破專制主權而發也。迨專制推翻，代以民主政治，分權論一度轉移其目標於防制議會濫用權力，一人專制，與許多人共同專制，形式雖有不同，其爲害則一。十九世紀中葉以還，「警察國家」(Police state)之觀念演變爲「職能國家」(Service State)，政府任務愈增而專門化，結果官吏之數激增，權力擴大，除行政權外，更有「準立法」與「準司法」(Quasi legislative quasi judicial)權力，政府權力中心由立法機關移於行政機關；於是以往疑懼國王專制或議會大權獨攬者，復移轉其目標於「官僚政治」(Bureaucracy) (註一) 晚近學者，逐漸重視分權之積極目的。(註二) 中山先生五權憲法之理論，將國家權力分爲政權與治權，五權即指五治權，「治」之意思，實爲分權之積極目的也。在業已實行法治之國家，政府權力行使

欲使國家法律限制此種政治上之急務，為如何使政府有合理分工之維持適當關係以期能發揮最大效能，實重於消極之防制濫用權力也。是故在今日而言分權之積極目的重於消極目的。

所謂分權之意即將政府性質不同之任務，例如行政立法司法等分注於不同之機關，雖分權非絕對割裂，而僅為相當範圍內之劃分。如將權力絕對分開，互相間亦維持聯繫，故有不同之 *Encyclopedia of the social science*, 3, P. 70, 1930。

對於行政官吏權力膨漲無已抱悲觀者，參閱 Lord chief Justice Hewart,

The new Despotism, 1929。

3) 憲法之天授、關於 *Encyclopedia of the social science*, 3, P. 70, 1930。

憲法之分權論與五權憲法

合理之關係，整個政體構構。將立陷於僵局，無法運用。法國一七九一與共和三年（一七九三）憲法之夭折，此為主因之一。本文將先研究分權理論之發展，繼及於此理論之應用於不同政制，而殿以五權憲法之理論及其特質。

二 初期的分權論

今之言分權者，類推孟德斯鳩之三權說，即立法行政司法三者分立。孟氏大名與分權學說，殆有不可分之關係。一七四八年其名著 *L'Esprit des Loix*（嚴復譯為法意）發表，震響大際，最著名之一章，即係發揮分權之理論。自是以後，孟氏成為分權論之正宗。近代立憲國家採用氏之三權說者，其例甚多，晚近其說更成為辯議之焦點。雖然，在孟氏以前，學者之闡論分權者不乏其人，欲研究分權論之發展，不可予以忽略焉。

早在羅馬時代，學者如波里米斯（Polybius），已略有分權之思想。波氏為希臘人，前為質於羅馬凡十六年（167—151 B.C.），乃利用此時間，研究羅馬之文物制度。當時羅

馬政治制度，主要機關爲執政官(Consul)、元老院(Senato)及百人會議(Comitia centuria)。三者各有其特殊之權力；因此波里米斯對於希臘哲學家亞里斯多德研究一百五十種希臘城市國家之憲法後，歸納以爲國家政體之不同，乃由於主權之誰屬，與夫行使主權國目的。亞氏著名之政體分類，即君主或暴君，貴族或財閥，民主或暴民等六種。波里米斯則以爲各種政體，主權操於一人，少數人或多數人非絕對互相排斥，一種政制，可同時應用若干原則。試以羅馬政治組織爲例，執政官爲行政首長，握有大權，此爲「君主的原則」；元老院爲執政之顧問，乃「貴族的原則」；百人會議包括貴族及平民代表，實即「民主的原則」。既分析羅馬政治制度，波里米斯乃進而主張國家主權，應分配於執政官，元老院與百人會議。執政官握有統率指揮軍隊之權，惟財政（包括軍需）及外交大權，則操於元老院，執政官任滿是否連任或其後繼人選，亦由元老院決定之。百人會議則有制定一般法律之權，波里米斯理想中之政治制度，爲執政官，元老院與百人會議三者能互相制衡，維持政治之均勢(Symmetry)。上述爲波里米斯之學說，雖不無帶

憲法之分權論與五權憲法

分權之思想，究爲生硬而極不成熟的。氏僅以其所見之羅馬政制，有互相制衡作用，較之希臘城市國家六種政制（即亞里斯多德所分）爲優，因而有此主張，非可比於近代之分權觀念也。

近代分權理論，濫觴於十七世紀之自然法學派學者，其較著者當推德儒普芬洛夫（*von Pufendorf*）。普氏於所著之「自然法與萬民法」[*Jurenatural et Gentium*, 1672]一書，分政府之權力爲七（第七篇第四章）：立法權；刑罰權——即執行法律之制裁；司法權；宣戰媾和及締約權；行政權；財政權；及教育權。（註一）普氏七權論之說，理論上自多未妥，是七權者，實即政府之七種活動。顧政府之活動，初不限於此，既有財政權，教育權，何不可有警察權，公用徵收權，公用事業權，及其他。

普芬洛夫之後，孟德斯鳩之前。政治學者發揮分權理論，比較具體而系統化者，當推英儒洛克（*Locke*）其名著政府論（*Essay en civil Government*, 段146）一書，分政府之

權力爲三：卽立法權，行政權及外交權（*Federative Power*），後者包括宣戰媾和及締訂條約。依洛克之意，設立政府有一顯著而確定之目的，此目的維何，生命自由及財產之保障是也，爲達到此目的，政制要件第一必須有一基於一定準則而共同遵守之法律，故政府最重要之工作爲立法；其次，既有法律不可無執行之機構，此乃行政。政府主要任務，一爲制定法律之權，一爲執行法律之權，此二權力，爲達到設立政府之目的——卽生命自由與財產之保障——計，必須分開，當立法機關，兼握執行法律之權時，則制定法律者，有自行毀法之危險，更難免利用兼握立法執法之權，圖謀私利；其結果少數握權者之利益，將與整個國家之利益相衝突。大背設立政府之本旨。進而言之，在共和國國家，立法權握於一代表人民之機關，法律制定之後，此機關卽無須固定存在，議員仍須受其自制定之法律所拘束。第法律之制定雖屬暫時性質，法律之執行則具有固定性及繼續性，二者性質，截然不同，以是立法機關，不能兼有執法之權，執行法律機關，亦不能兼有立法權也。

關於立法行政二權之輕重問題，洛克主立法權應高於行政權，蓋前者爲國家意志之表示，行政機關雖或參預法律之制度，但不足影響立法權之最高地位，洛克時代之英國爲國王議會之鬥爭期間，氏以立法權爲最高，實指議會權力，應駕乎國王之上也。

外交權所以須與行政權分開，乃以二者之對象異。行政權之對象爲國內人民，外交權則爲謀國家對外之安全，暨在外僑民利益之保護，其對象爲外國。雖然，行政外交二權對象雖異，却不可由二獨立機關行使之；良以不問爲執行法律或辦理外交，均需國家武力爲後盾，分掌於二機關，引起騷亂，勢所難免。

洛克之分權論，無獨立之司法權。依彼之意，司法權乃附屬於立法權，此則與晚近學者以司法權爲行政權之一種，因其同爲執行法律之見解不同也。（註一）

上述爲洛克之分權論，其說非純粹抽象之意見，而爲主張一種比較合理之政治制度。分析洛克之分權論，深受十七世紀英國政治制度之影響。立法權須操於包含許多人之

機關，乃指英國議會(Parliament)。行政外交二者，對象雖殊，却不可分，亦實對英國國王在當時握有行政及外交權而發也。至以司法權爲立法權之附屬，似由於英國議會，除立法權外，尚握有若干重要司法權，下議院有彈劾權(Impeachment)，貴族院兼爲英國之大理院(High Court of Justice)也。

立法權與行政權應予分開，能加以系統之說明者，洛克爲第一人，立論遠較普芬洛夫爲進步而具體，固無庸疑；但洛克之分權說，在理論上與事實上，仍有若干顯著之缺點。茲舉之於次：

(一)立法權行政權應分開，雖說明消極方面之理由，未能由積極方面闡述其必要。洛克時代，政府事務簡單，立法權之行使，或誠爲暫時的，惟在政府事務經緯萬端之今日，立法權亦已如行政權之具有固定性與繼續性。

(二)以立法權高於行政權，適與許多國家政治制度發展之情形相反，即英國情形，亦難外此。

(三) 行政外交二權，理論上言其分開，事實上主其合一，豈非自相矛盾。

(四) 以司法權爲立法權之附屬，理論事實，皆嫌未妥。司法權爲執行法律，以司法附於立法，使立法機關兼有執法之權，將不與洛克所云設立政府之目的爲生命自由財產之保障相抵觸乎。

總之，洛克之分權論，固言前人之所未言，惟體系既不健全，發揮亦欠精確，故洛克對於政治理論之重要貢獻非分權，談分權，當首推孟德斯鳩也。

三 孟德斯鳩之分權論

孟氏所以蔚爲分權論之泰斗，殊非偶然。第一，彼對於政府任務之性質，有比較正確之分類；第二，彼於分權目的，有較爲具體完滿之說明。孟氏認爲政府任務雖至繁複，依其性質，可分爲三：一爲制定公共生活所需之法則；一爲以具體方法執行規範公共