

政 法 叢 書

選 舉 制 度 論

森口繁治 著
光 華 譯

商 務 印 書 館 發 行

森口繁治著
劉光華譯

政法
叢書

選

舉

制

度

論

商務印書館發行

中華民國二十四年二月初版

徐

政法學刊 第一冊
(33724.1)

本書實價國幣貳元肆角

外埠酌加運費隨費

原著者 森口繁治

譯述者 劉光華

發行人 王雲五
上海河南路

印刷所 商務印書館
上海河南路

發行所 商務印書館
上海及各埠

版 翻
權 印
所 必
有 究

(本書校對者徐壽齡)

商

七〇三六上

證查審號二〇九第字審會員委查審誌雜書圖會員委傳宣央中

著者序

我着手研究選舉制度以來，約已經過十年了。當然這不是我唯一直接的研究題目，只是現代政治制度的一般研究的一部分，而我之研究的主眼，還是那法的研究。所以我從來發表的著書，可說是在研究的過程做出來的，也可以爲是研究材料當作研究自身而刊出的。且爲彙集此等材料，也費了相當的努力，自不待言，然而說起來，總不無進行遲緩之感。因此之故，彙編選舉制度論來發表這樁事情，在參與本全集發刊的計畫之先，我實沒有想到不過在缺乏協力的我學界，尤其在痛感其必要之政治的研究，始由此全集試行協同的勞作，所以從研究的順序與研究上的方便來說，雖意識到於我有相當的犧牲，也不得不服從那參加此舉爲有意義之別的意識的作用。加之各國選舉制度自身的研究，依我所見，已能充分的當作一門學問而組成，其各部分的研究亦發達到此種程度。一考慮此點，雖不充分，也不能抑制我自己想將其全體組織的編成之野心。這兩個理由，就是使我着手於此著述的重要動機。但由做成的結果來看，殊不完全，這於時間的短促固不無關係，而我之不敏，實爲其主要原因。然而關於選舉及選舉制度我所編成的書籍——若將關於選舉運動及選舉的爭訴除外——此著述或許是最後的，也未可知。我現在以爲本來的研究目的那方面的準備，似乎大致已漸完整，莫明其妙的覺得心急。處於這樣環境的學徒，雖在短期間，總算盡了其最善的努力，這是我所聊以自慰的。至於提供不滿足的著述，只有希望讀者諸君寬大爲懷，予以原宥！

目錄

緒言	一
----	---

第一章 現代代議制度下的選舉的性質	五
-------------------	---

第一節 理論的考察	五
-----------	---

第二節 沿革的說明	二一
-----------	----

第二章 選舉人	五三
---------	----

第一節 選舉權的性質	五三
------------	----

第二節 選舉資格——普通選舉權	六六
-----------------	----

第三節 女子選舉權	八四
-----------	----

第三章 被選舉人	一一七
----------	-----

第四章 選舉區及選舉人名簿	一三九
---------------	-----

第一節 選舉區	一三九
---------	-----

第二節 選舉人名簿	一六六
-----------	-----

第五章 選舉之方法……………一八九

第一節 選舉的種類與其制度……………一八九

第二節 投票方法與其制度……………一九六

第三節 選舉方法——多數代表法少數代表法比例代表法……………二一五

第四節 單記移讓式比例代表法名簿式比例代表法及比例代表法的可否……………二四六

第六章 選舉運動及其取締……………三〇五

選舉制度論

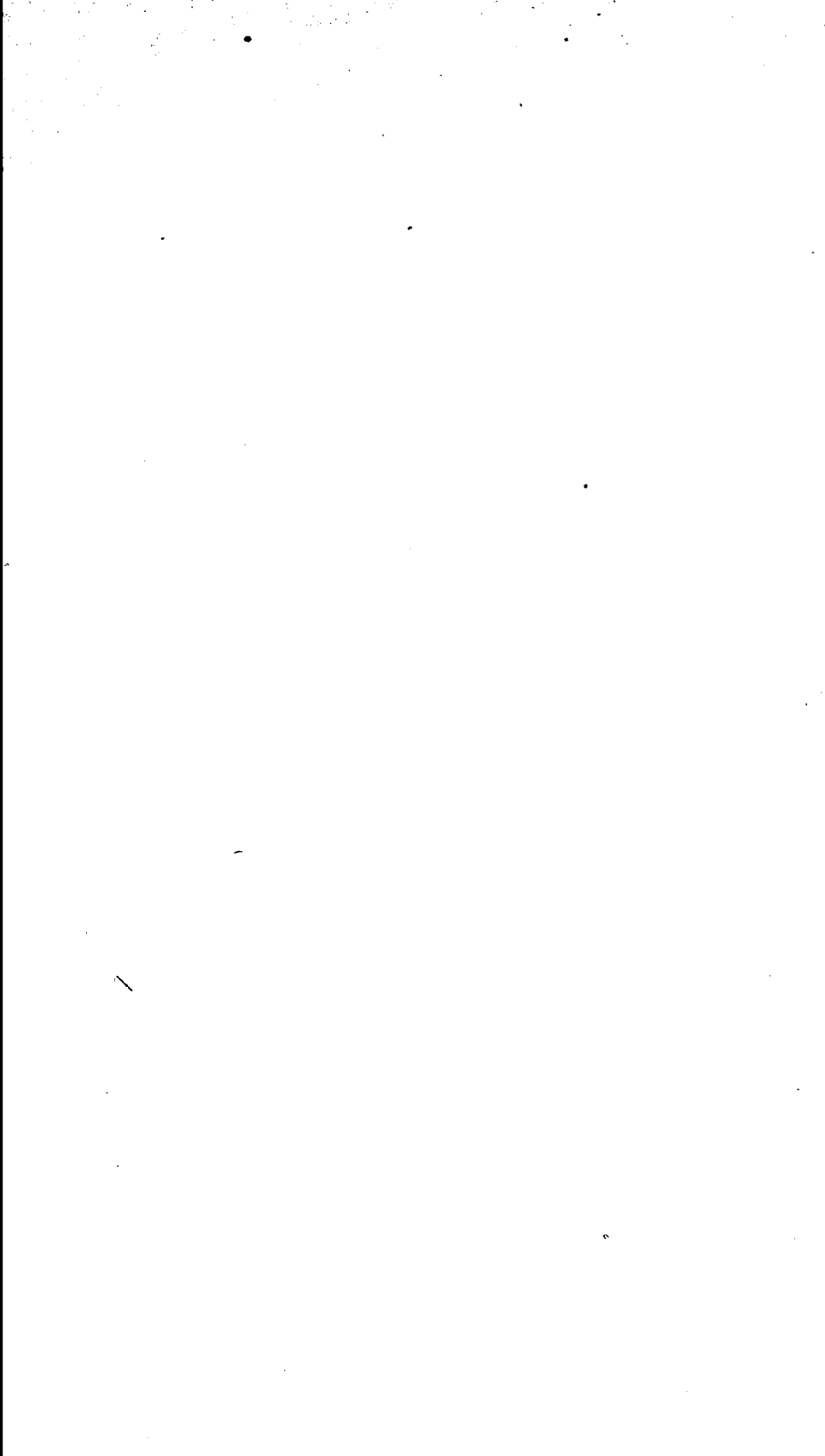
緒言

選舉制度，不一定只在政治制度之下纔有，尤其未必要當作選出議會議員的制度來考慮。如在學會或社交團體等社會團體，選舉委員或評議員，在勞動組合或公司等經濟團體，選舉職員，選舉是多數人確定其適於任務者時所通用的方法。只要這個方法在各個的關係上，客觀的使其規則化，而帶有某程度的永續性，則精粗暫作別論，本質上都可以成立為選舉制度。然而選舉制度所以在政治制度的機構內特別被人重視，恐怕第一是因為政治團體本身的重要性；第二是因為關聯於此重要性，其制度在政治部門最為發達；第三是因為現今世界大多數國家所採用之民主制度，若無選舉制度，則不能存在。編選舉制度論時，特別要注意第三點。因為選舉方法，常成為政治制度的一部分，由此意義，Munro 也說選舉的歷史完全可算是一部政治學的歷史，實際亦就是一部文明史 (Munro, *The Governments of Europe*, 1925, p. 122)，而選舉制度之所以能認為政治制度的一部如今日之重要意義，是由於現代民主制度沒有健全的選舉制度，則不能維持。又選舉制度在技術上所以能如今日那樣的發達，也是因為其與民主制度有關，以為民主制度是人類過去歷史中所未曾見之有大價值的，對於選舉

制度的改善，費了人類的大努力的緣故。

然而當吾人編選舉制度論時，此事恰有益於其方法的表示及其範圍的限定。爲什麼呢？第一，選舉制度在方法上，技術上，皆以此方面爲最發達，因之其說明若由技術方面看來，也可以完全利用於其他許多選舉。換句話說，民主的選舉制度，人類在一個時代使其差不多完全發達了，由技術上的見地來看，恐怕可以說其受其他選舉制度的影響者少，而其他選舉制度之受這個民主的選舉制度影響者多。在手續比較簡單的選舉，恐怕把選舉制度的研究付之等閑，也沒有妨礙。第二，在舉行選舉的場合，於所謂適任者的選擇之外，通常總在什麼意義上含有民主的（democratic）要素，而現今民主國家之政治的選舉制度，本來是以民主的原理爲基礎而發達的，因之選舉制度可說是論理上在其最純正的立場發展了的。所以選舉制度論對於立場各異之過去現在及將來的諸種政治的選舉制度，合併考慮，本爲必要，而在選舉制度的研究，毋寧是從屬的附與參考的意義來考慮；這種態度我相信是可以承認的。況現在的多數國家，其意義雖有多少差異，却一般的可以說是以完成民主的理想爲目標而進展，（在廣義上，社會主義社會的實現，其自身結局可以說是以實現完全的民主社會爲目標）現在民主國家的選舉制度，正是以這民主的理想爲基礎的制度。並且這個制度至少是和那約一世紀前的人們視爲人類理想的政治制度之會議制度相關聯而發達了的，會議和投票及選舉，將來會完全消滅，是絕對想不到的。依此意義，則我相信以右之理想爲基礎的選舉制度的研究，不只是某時代的一制度的記錄，也不只是努力改善其制度本身的研究，而且當作將來包含於循着向上的一路之人類制度的一部來研究，當然可以一般的考慮那對於制度的

思考之材料的價值。因之我意識的對於此研究，主要以今日民主的議會政治之下的選舉制度的論述爲限；但此事決不是輕視蘇維埃聯合及意大利等國離開所謂民主主義，而採用別的選舉制度的事實。不僅如此，因爲這樣範圍的界限能使其制度的目的和性質更加明瞭，反可使那在各異的或對立的立場之制度的意義自然明白。換句話說，對於某制度的徹底考慮，即所以使別的制度明瞭，我不過採用這種見地罷了！



第一章 現代代議制度下的選舉的性質

第一節 理論的考察

在如右之意義，我意識的對於此研究，只以現代民主的代議政治下的選舉制度的論述爲限，（立憲主義的議會政治之爲民主的議會政治的一種，在其他機會，曾屢次敘述，參看拙著「近世民主政治論」，「比例代表法的研究」，「婦人參政權論」，「憲政的原理與其運用」等。）然則在現代的議會制度之下，其選舉果有如何的性質和目的？此問題恐怕不可不分爲選舉之法的考察和其政治的考察來觀察。因爲依前者，可以明瞭選舉制度的意義，（所謂法的考察，就是說把制度當作制度來考慮的場合，其自身是技巧的，依學問所鍛鍊的思維方法，將制度的意義精密的加以考慮。所謂其自身是技巧的，依學問所鍛鍊的思維方法，其意義不是說非現實的思維方法；人的能力，一般是依鍛鍊發達而技術化，物理學上的物理的思考方法，化學上的化學的思考方法，在同樣的意義，也是技術化的，而論理的本身是技術的。即所謂法的思考方法，亦不過是爲將制度當作制度來考慮其意義，特使之技術化的思考方法，這在人工的更加精密，且是組織的，學問的之點，和常識的解釋不同。）依後者可以明瞭選舉制度的要求，同時，二者的混同，則將如後所述，可認爲是使從來選舉的性質不明瞭的重要原因之一。現在先

由法的考察，今日的選舉，可以說是選舉人當作一個集團（此集團叫做選舉人團）而行，議員這個國家機關的選任行為，換句話說，其行為的性質，正和君主任命貴族院勅任議員（就日本來說，是勅任終身議員）的行為一樣。就是集合制的機關通常當作合同行為而行的一種任命，吾人名之曰選舉。此事和其他場合比較，則易明白，比方在共和國，為國家元首的大總統本身是公選的，不過在此場合，有由人民直接選舉的，也有由人民公選的機關來間接選舉的。如現在的德國，大總統是直接由德國人民選舉（德國憲法第四十一條），而法國則合衆議院和元老院為國民議會，由此國民議會選舉大總統（一八七五年二月二十五日的憲法第二條），奧國則合國民會議和聯邦參議會為聯邦議會，來選舉大總統（奧國憲法第六十條第三十八條）。此等大總統的選舉當然和議員的選舉，性質上沒有什麼區別，只在前者是行政機關的選任，後者是立法機關的選任，有點不同。然而在此大總統的選舉，其選舉大總統之國民議會或聯邦議會，是當作一個集合制的國家機關來選任別的國家機關即大總統，決不是各議員當作個人來參與大總統的選舉。換句話說，各議員不是當作私人去執行事務，乃是當作公的機關去執行公務。然則直接選舉與此機關處於同一地位的大總統之選舉人團，以及選舉議員之選舉人團，也不能不說是當作一個國家機關去執行同樣公務的。在瑞士，上級的行政官及司法官不僅依人民的選舉來任命，同時人民也可依投票來罷免此等官吏；由人民直接投票來行一般官吏的任免這種制度，現在美國各州亦很盛行。此種行政官及司法官之依投票來任免，和大總統所為之行政官及司法官的任免，實質上一點也沒有差異，是不待言的。

照此等例類推，議員的選舉也和其他選舉一樣，明明是選任國家機關的行爲，即性質上是相當於任命的行爲。（比方現行法國憲法規定“La Chambre des députés est nommée par le suffrage universel,……”〔一八七五年二月二十五日的組織法第一條〕又規定“Le Président de la République est élu……”*est nommé pour sept ans*”〔同上第二條〕此等場合之所謂任命，不待說都是選舉。）所以在此議員的選舉，正如君主所爲之任命，是國家機關的行爲，其選舉人不能不說是當作集合的國家機關來行其行爲的。選舉人所行的此選定，法律上當作選定國家機關的行爲，發生其效果，不外是因爲選舉人團有了可行這樣行爲的資格，即其權限；如其不然，則是無權限者的行爲，其人爲國家而行的此行爲，就沒有發生這樣效果的理由。（比方不是國務大臣的吾人縱行使國務大臣的權限，其行爲也不當作國務大臣的行爲而發生其效果；而一般國家機關所行的行爲，能爲國家而發生其效果，就是因爲有其權限的緣故。）因之選舉由其附與於選舉這個行爲之法律上的效果來看，其行爲明明是國家機關的行爲，選舉人也明明是當作國家機關爲國家而執行公務的。正如任命的主體是國家，選舉的主體也是國家自身，選舉人決不是當作個人來選定自己的代理人的。此點在後面選舉權的性質的說明上有必要，所以想特別促其注意。

然而選舉之有如上的意義，至今還未必一般承認，選舉是公務還是個人所有的權利的行使？是法國革命當時以來所爭論的。（在一七八九年的革命議會（*l'Assemblée nationale*）已有兩種意見存在，一七九一年的憲法制定時，當其審議，委員長Thouret的見解明明說是公務，即於此主旨之下制定了憲法；但一面在其規定中，有

採用選舉權是公民各個人的權利之見解的，也是事實。一七九二年的國民議會(Convention nationale)對此之解釋，認選舉權是為主權者之人民所有的權利，選舉是人民的參政權的行使，而一七九三年的憲法即於此主旨之下制定了。時至今日，採用國民主權說的一部人們，仍認為人民是主權者。(參看 G. Lachapelle, La Représentation proportionnelle, p. 36 et s.; Saripolos, La Démocratie et l'élection proportionnelle, II. p. 7 et s. 等)只是人民自己不能行使其權利，而使代表人民的機關即議會行使之；這就是代議制度，所以說明其議員的選舉，是為主權者的人民委任其權利於受任者的議員之行爲。

此種見解，在民主的共和國，多作如是想，是以人民為主權者的觀念和選舉爲委任的觀念兩個思想爲基礎的，這都是錯誤。因爲第一個觀念，明明是以基於那天賦人權說之個人主義的國民主權的思想爲根據，以爲國家本來是由獨立自由而且自主的各個個人集合構成的，所以主權的淵源在於人民，人民是主權者。但所謂主權屬於人民，結局不外說是在法上主權屬於全體的國民，就是說人格化的國民爲其主體，且只在此意義上，纔可以承認國民主權說；若以現在的法的現象爲基礎，則所謂主權者不外是人格化的國民，即國家自身。所以如盧梭之一方面承認人格化的國民即國家自身爲主權者，他方面又以爲其公民爲國家的構成員有主權的一部，完全是自相矛盾。(參看民約論第一篇第六章，第三篇第一章)所謂主權屬於人格者的國民即國家自身，不說是各個人是共有的主權者，因之不能說各選舉人當作公民當然分得主權的幾分之一，也不能說此等選舉人構成的選舉人團這個國民中的一部是其權利主體，則國民的權利沒有依此選舉人所行的選舉而委任於議會的理由。(參看

Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, II, 1923, p. 442—443; Sarrillos, *op. cit.* II, p. 9 et s. 等) 加之贊成個人主義的國民主權說的人們，以爲國家本來是由自主的各個人構成的，相信其主權的淵源在於此等的各個人，好似以主權爲各個人的內在的權力，而主權是國家組織的結果纔發生，決不能以爲在國家組織以前，各個人就當然內在的有這樣權能。(參看 Marberg, *Théorie générale de l'État*, t. II, 1922, p. 428) 所以由此點來說，也不能採用各公民個人是主權者這種見解(註一)。

依此見解，則認識會是代表爲主權者的人民的，爲主權者的人民，依選舉而委任其權利的行使於議會，把選舉和在委任的場合的授權，同樣解釋，而這種解釋也是錯誤。一般的來說，以選舉或任命爲自己所有權利或權限的委任的見解，在現今的公法學上，雖相當的通行，但這不是正當的，沒有一般的把選舉或任命解作委任的理由。比方在多數的共和國，司法官由大總統任命，不能就說是大總統依此任命而將自己所有的司法權委任於司法官；又在法國，大總統每第七年由國民議會選舉，亦難因此就說大總統的權限本來是屬於國民議會的。尤其法國的大總統有下院的解散權，假使將選舉解作委任，則是受任者反可將委任者解任，到達這樣不合理的結論，由此關係來考慮，也明明不能將此大總統的選舉解作委任。即在日本，鄉村長雖由鄉村會選舉，而鄉村長的權限也決不是原有此權的鄉村會依此選舉而委任於鄉村長的。一般的將選舉或任命解作委任之無理，由此等例應可明白表示了。關於議員的選舉，和此等場合同樣，其選舉決不是委任。爲什麼呢？現在假設解作委任，則議員和其選舉人之間，應有委任關係，然則爲委任者的選舉人或選舉人團對於爲受任者的議員，不能不可以指定其依委任

者的意思而行動。英國議會如後所說明，在其中有中世的等族會議的性質，各議員爲那政治特權的主體之各選舉區（州或都市）的代表者的時代，和大陸的等族會議的代表者同樣，是依選舉區的訓令的；然而在現今，議員在議會的行動完全自由，雖受德義上的拘束，而在法律上，完全不爲選舉人的意思所拘束。同樣，在委任關係，受任者通常不能不依委任的主旨來處理委任事務，因之受任者在委任者有請求的時候，都負擔關於委任事務的報告的義務；然而議員對於其選舉人，法律上完全不負擔此種義務，在和選舉人的關係，議員在議會採取任何行動，法律上也完全是無責任的。又在委任關係，通常此關係可由當事者尤其委任者的意思來解除，比方今日的國家常以某種事務的處理委任於地方團體，而國家可以解除此委任關係，自行處理其事務；然而在議員的場合，爲委任者的選舉人或選舉人團都沒有這個權限。最後，在委任的場合，委任權的範圍是依委任者的意思來定的，就是授權雖有爲包括的場合，也有爲列舉的，限定的場合，總之其範圍常依委任者的意思來決定，而受任者蔑視委任者的意思，逾越委任的範圍而行的行爲，不能不算是越權行爲。於是現在若以議員的選舉爲委任，則選舉人當選舉時，應該可以確定其委任的範圍，而議員，就不能逾越其委任的範圍；然而今日的選舉，實際上選舉人並不定其委任的範圍。如是在今日的選舉，全然不能承認有委任關係的特徵，因之將今日的選舉解作委任的根據，完全沒有存在。

但是選舉人和被選舉人之間，不是在法律以外，也完全沒有什麼關係。在選舉人和被選舉人之間，存有社會的或經濟的別的關係的場合也多。尊重選舉人的意思，尤其對於選舉時當作候補者所宣言的，要擔負忠實履行

之政治道德上的義務，是不待言的。因之時至今日，諸外國還多稱選舉人爲委任者（mandant），稱選舉爲委任（mandat）的，但要注意這也不是因爲在法上有委任關係，不過是便宜上表示這樣社會的或政治道德的關係，完全是一個 analogie。說議會代表國民，或說議會是國民的代表機關（即代理機關），也同樣是一個 analogie。選舉既不是委任，則如一派的人們所解，國民（論者以此與選舉人團同一看待）和議會之間，沒有委任的代理關係存在，是不待言的，因之在法上，從那以選舉爲委任的根據，來解釋議會是由國民委任的代理機關，完全沒有理由。於是其他一部分的學者，一方面承認選舉不是委任，因而承認基於委任的代表關係（即代理關係）之不存在；他方面又以別的理由，主張在法上說，議會也是國民的代表機關，議會與國民之間，恰和私法上的法定代理有同樣的關係。（參看美濃部博士著憲法撮要三〇五頁以下）爲使選舉的性質明瞭，將此種說法一併加以考慮，是適當的。

茲將此種學者的所解，摘要言之，所謂代表或代理，是指在不同的二者之間，其一方的意思法律上可以直接認爲他方的意思之場合；然在議會的場合，以爲議會的意思可直接認爲國民的意思，所以議會是國民的代表機關，國民和議會之間存有代理關係。就是此種論者以爲議會的行爲有法律上的效果，國民和議會之間自有代理關係，稱爲議會之國家機關的意思，一旦當作稱爲國民之國家機關的意思，而發生其效果。且國民和議會之間，沒有委任關係，國民是事實上沒有意思能力的，而其關係正如胎兒，幼兒，精神喪失者之意思無能力者和其法定代理人之間的關係，所以這就可以說是在於法定代表的關係。