

# 民初选举诉讼中的“法官造法”

聂 鑫\*

**摘要** 民国初年乃是中国法律大变动的时期,由于国会立法成绩有限,在司法与执法过程中存在很多法律漏洞;作为司法机关的大理院不得不通过抽象的判决例和解释例来进行“司法续造”。针对选举诉讼这一高度政治化的案件类型,大理院准用民事诉讼程序,通过行使终审权与司法解释权规范了诉讼程序、澄清了选举规则。在这个过程中,大理院顶住国会、行政机关与地方割据势力的压力,在兼顾人民的诉讼权利与选举制度公正有效的同时,努力落实国家选举法制的统一。据统计,在民国北京政府大理院 2012 件解释例与 3900 余个判决例中,涉及议员选举纠纷的有 50 件司法解释与 72 个判例要旨,由此可以分门别类地研究当时最高司法机关在相关领域的“法官造法”。

**关键词** 大理院 选举诉讼 判例要旨 司法解释

## 一、民初大理院之“司法能动主义”

民国初年,正是新旧交替的中国法律大变动时期,加之民、刑诸大法典均未颁布,“削足适履”地“暂行”援用前清法制、“邯郸学步”地适用匆匆移植的西方制度,必将发生诸多疑义。大理院作为民国北京政府的最高司法机关,通过行使最高审判权和法令统一解释权,取得了空前的独立审判权与规范控制权;大理院的终审权与法令解释权互为补充,确保了其司法权威得到各级法院的一体尊重。大理院判例,究其性质与效力,几乎等同于判例法;而针对各级法院在司法审判中所提出的疑义,大理院所为之司法解释,则在事实上发挥了补充立法的功能。大理院判例和解释例被各级法院奉为主臬,“形同造法”;甚至在南京国民政府成立后,它们依然被

\* 清华大学法学院教授。本文受国家社会科学基金重大项目“中国宪法学文献整理与研究”项目资助(项目编号:17ZDA125)。

沿用。而大理院院长、庭长、推事亦学养深厚、相对洁身自好；在军阀混战、政局动荡的纷乱年代里，大理院“为近代中国司法历史留下一页清白”。〔1〕关于大理院在民事与刑事领域的法律续造，前人已多有论述，本文则重点关注选举诉讼——精确地说是各级议会议员选举诉讼——领域的“法官造法”。〔2〕

根据《大理院办事章程》，大理院之法律解释，原则上“对同一事类均有拘束之效力”，“此种权限颇为广大，殆为当时各国法院所未有”。〔3〕而大理院判例与英美乃至欧陆的判例都有所不同：首先，并非所有大理院的判决都是“判例”，只有“具有创新意义，或为补充法律的不足，或为阐明法律的真意，其见解具有抽象规范的价值者”，方被辑为判例。其次，大理院判例之编纂有统一的格式，它并不收录判决书的全文，而是略去案件事实，从中选出具有普遍规范性的、“最精要”的寥寥数语，构成“判例要旨”；要旨的选取，并不拘泥于判例法下的判决主文与附带意见之区分，“凡认为关键文句，可成为抽象原则者，即将其摘录为判例要旨”。所谓大理院判例，“仍系抽象的结论”，在形式上与立法条文、司法解释相差无几，可谓明目张胆的“法官造法”。〔4〕

现代议会的权力来源，便在于组成议会的议员通过民主选举取得人民的授权；一旦发生选举舞弊，议员个人乃至整个议会行使职权的合法性都会被消解。为维系议员选举的公正及议会的合法性，选举纠纷必须由一个中立的机关予以公正而有效的裁决。中国之引入西方议会制度（包括相应的议员选举与选举诉讼制度），始于清末各省咨议局与中央资政院的组建。从1909年首次办理咨议局议员选举到辛亥革命，仅有两年的时间；可以说，民国成立时的议员选举经验实在是太欠缺了。有学者专门研究近代中国历届国会选举，发现中央与地方政府官员上下其手、操纵选举，候选人贿选、控制票匭、以暴力胁迫选民投票，以及因选举舞弊而导致的斗殴时有发生。〔5〕而选举诉讼制度的缺陷，则导致在具体运作中经常发生困难，例如诉讼者无法正确区分选举诉讼和选举犯罪，常常将选举纠纷交由检察机关受理，导致“分歧百出”“耽误时日”；再如，“选举法对于选举诉讼的处理时间只有‘选举诉讼应先于各种诉讼事件审判’的

〔1〕 张生：“民初大理院审判独立的制度与实践”，《政法论坛》2002年第4期，第146—152页；黄源盛：《民初大理院与裁判》，台湾元照出版有限公司2011年版，第58页。

〔2〕 学界目前关于民初选举诉讼的研究，可参见郭兴莲：“论民国初期的选举诉讼”，《法学评论》1997年第6期，第54—59页；杨鸿雁、肖强：“民初大理院选举讼案审判研究——以《最新司法判词》为基础”，《法学杂志》2014年第1期，第27—35页。本文并不以具体的案件与判决为研究对象，而是重点关注大理院在相关领域抽象的法律续造。

〔3〕 黄源盛，见前注〔1〕，第45页。

〔4〕 黄源盛，见前注〔1〕，第114、173—174页。

〔5〕 张朋园：《中国民主政治的困境1909—1949：晚清以来历届国会选举述论》，吉林出版集团有限责任公司2008年版，第127—165页。

规定,没有具体日期的规定,容易导致各级审判机关久拖不决,选举诉讼事件不断升级,演变为更大风波。”〔6〕

应当说,大理院在选举诉讼领域扮演的角色,与其在民事、刑事案件中有很大的不同。其一,与民初民、刑法典付之阙如相较,北洋国会会在选举法与政府组织法的立法领域倒是有一些作为,毕竟这些法律构成包含国会在内的政府机关的法源,不得不立;所以大理院在选举诉讼领域的自由裁量权受到既有政府法令的限制。其二,尽管有成文法的约束,并不意味着大理院在确立选举诉讼规则方面无所作为,这固然是因为立法者立法技术的粗疏,更是源于近代中国民主选举经验的欠缺;民事、刑事审判虽无法典可依,尚有习惯法与旧律的经验,而选举乃是数千年未有之新鲜事,绝非简单移植而来的选举法令所能规范。更何况,作为“远东第一共和”,民初的选举法规也充分体现了“激进共和主义”,其普选程度甚至可以比肩欧美先进国家。与晚清相较,民初行使选举权与被选举权的资格门槛在年龄、财产、受教育程度以及设籍时间等方面都大大降低,选民人数也由此大为增加;不过与此同时,办理选举的技术与人民的民主政治意识并未有太大长进。〔7〕事实上,就选举风气而言民国尚且不如晚清,1909年各省咨议局选举“风气尚正”;“民国以后,人人欲显身手,进入政坛,只问目的,不择手段”;“不仅旧式士绅道德变质,而且新式知识分子有过之而无不及”。〔8〕在欠缺基本民主选举经验与文化的现实背景下搞民主“大跃进”,难免在选举的过程中发生“律例有定,情伪无穷”的难题。大理院在选举诉讼中不仅要解决纠纷、确保公平选举,它作为最高司法机关,除严格阐释法律外,还要填补法律漏洞乃至创新规范,使民主选举制度得以运转。

据笔者粗略统计,从1912年到1927年,在大理院所作的2012件解释例中,至少有50件是直接涉及选举问题的解释例,约占总数的2.5%,其中不乏不厌其烦、就同一问题反复解释、申明者;在大理院公布的约3900个判例要旨中,涉及选举问题的,至少有72个判例要旨(这些要旨源于大理院所作的32个判决),约占总数的1.8%。这些解释例和判决例涉及的法律包括《参议院议员选举法》《众议院议员选举法》《省议会议员选举法》《县议会议员选举规则》及各法的《实施细则》等。大理院在作出判决书与司法解释时,也经常引用之前的判例或解释例,并要求下级法院参照适用,以反复申明、增强其“补充立法”之权威。在大理院关于选举诉讼的32个判决中,有10个判决是“一判多例”,也即从一个判决书中抽象出多个判例要旨,作为之后各

〔6〕 叶利军:《湖南近代选举史(1908—1948)》,湖南人民出版社2015年版,第190—191页。

〔7〕 张朋园,见前注〔5〕,第77—81页。

〔8〕 许纪霖:《家国天下——现代中国人的个人、国家与世界认同》,上海人民出版社2016年版,第274页。

级法院一体遵行的选举规则。<sup>〔9〕</sup>这其中最引人注目的,是七年上字第 889 号判决,从该判决中居然抽象出 19 条判例要旨。由此可见大理院在选举法领域“补充立法”之积极有为;亦可反观当时选举立法之粗疏,以致于在实际选举事务中疑问重重。由于不同类型的民意代表(参议员、众议员、省议会议员、县议会议员)选举规则与选举诉讼程序不完全一致,大理院在解释与判决中,不得不就同一规则是否适用于不同类型的议员选举纠纷反复澄清。以下笔者将分门别类地描述大理院在相关领域的法律续造。

## 二、选举纠纷的管辖与审级问题

关于议员选举诉讼的管辖与审理程序,各国的实践并不一致;美国由代议机关管辖(议会自治),但由于政党政治的发达,议会多数党在处理选举纠纷时很可能会“党同伐异”,由议会自治存在很大的弊端;英国选举诉讼则由普通法院管辖,当事人不服初审判决亦可以依据普通司法程序上诉;法国、德国等大陆法系国家则由宪法法院(宪法委员会)与行政法院管辖中央与地方议会议员的选举诉讼;另外,也有一些国家设立专门机关,如选举法院(如巴西、墨西哥)或选举委员会(如瑞典、秘鲁),来管辖选举争讼。<sup>〔10〕</sup>在近代中国的背景下,中央选举事务管理机关无法独立于行政部门,权力与资源均有限;宪法审判机关未曾设立,行政法院只有一所且“远在中央”。大理院及以下各级普通法院作为相对独立、专业,且体系大致完备、广泛设立于全国各地的审判机关,是唯一现实可行的选举纠纷管辖机关。

### (一)近代中国选举诉讼的法源

中国之引入选举诉讼制度,始于 1908 年晚清政府颁布的《咨议局议员选举章程》,它针对选举诉讼设有专章,共 8 个条文。根据该章程,“凡选举诉讼事件,初选应向府直隶厅州衙门呈控,复选应向按察使衙门呈控。其各省已设审判厅者,应分别向地方及高等审判厅呈控”(第 91 条);至于选举诉讼的上诉,则规定“初选得向按察使衙门上控,复选得向大理院上控”,“其各省已设审判厅者,照审判厅上控章程办理”。<sup>〔11〕</sup>该章程乃是习自日本法,上述二审终审的规定,以及将选举诉讼分为狭义的选举诉讼与当选诉讼,还有自选举日起 30 日的诉讼时效的

〔9〕 具体包括六年上字第 153 号(6 例)、七年上字第 890 号(5 例)、七年上字第 824 号(3 例)、七年上字第 889 号(19 例)、七年上字第 962 号(3 例)、七年上字第 963 号(3 例)、七年上字第 966 号(4 例)、八年上字第 328 号(2 例)、八年上字第 1277 号(3 例)、八年上字第 1278 号(2 例)。

〔10〕 伍华军:“选举诉讼体制比较研究”,《甘肃政法成人教育学院学报》2002 年第 3 期,第 70—74 页。

〔11〕 上海商务印书馆编译所编:《大清新法令》(点校本)第 1 卷,李秀清等点校,商务印书馆 2010 年版,第 110—111 页。

规定等等,都与日本1900年《众议院议员选举法》第十章“选举诉讼与当选诉讼”符合若节。<sup>[12]</sup>至于1909年颁布的《资政院议员选举章程》中,则未有关于选举诉讼的规定,这或许与资政院议员独特的选举方式有关。<sup>[13]</sup>而时人注释《咨议局议员选举章程》,也是以日本《众议院议员选举法》作为参照。<sup>[14]</sup>民国成立后,于1912年颁布《众议院议员选举法》,该法以专章规定选举诉讼,规定选举诉讼初选向地方审判厅起诉,复选向高等审判厅起诉,至于“未设审判厅之处,得向受理诉讼之官署起诉”;该法同时规定除当选人不愿应选或死亡外,其他选举无效与当选无效的情形,均应“经审判确定”(第82、84条);至于妨害选举罪的追诉与选举诉讼的区别,则在“选举诉讼”章之外另行规定“关于选举之犯罪,依刑律处断”(第94条)。至于参议院议员的选举诉讼,根据同时颁布之《参议院议员选举法》第18条,“准用《众议院议员选举法》之规定”。<sup>[15]</sup>至于1912年9月4日颁布的《省议会议员选举法》,其规定与《众议院议员选举法》也大致相仿。

## (二)选举诉讼的性质:“形式上的民事诉讼”

民初实行二元司法审判体制,大理院以及各级审判厅掌理民事、刑事诉讼,四级三审;行政诉讼则由平政院掌理,实行一审终审。选举诉讼究其性质,乃是“公法诉讼”,“与确定私权关系的民事诉讼相去甚远”,在理论上似乎应交由宪法法院或行政法院管辖。在实行二元司法体制的国家如德国、法国,实践上也大都由宪法审查机关与行政法院审理选举诉讼;可是作为行政法院的平政院由于只设于中央、一审终审,无法应对发生在全国各地、为数甚多的选举诉讼,为“迁就现实”,不得不将选举诉讼交由普通法院管辖;选举诉讼虽具有公法性质,在当时则准用民事诉讼程序,由作为普通法院的大理院及各级审判厅掌理,可谓是“形式上的民事诉讼”。<sup>[16]</sup>考虑到“公法之发达,乃是非常晚近之事,故其实体法或程序法均未能齐全完备。因此,公开适用私法,虽有人反对,但在不影响公法性质的范围内,适用私法乃是公法独立建制以前无法避免之事。况且法律有其共通之原理原则,在不妨碍公法目的之达成下,选举与罢免诉讼准用民事诉讼程序,实乃无可厚非”。<sup>[17]</sup>

如前所述,现代民主选举乃是老大帝国所遭遇之新问题,与民刑案件相较,法官在解释、适

[12] 南洋公学译书院初译,商务印书馆编译所补译校订:《新译日本法规大全》(点校本)第1卷,何佳馨点校,商务印书馆2007年版,第130页。

[13] 上海商务印书馆编译所编:《大清新法令》(点校本)第6卷,蒋传光点校,商务印书馆2010年版,第260—278页。资政院议员分为钦选和民选各一半,即使是民选议员,也并非由选民选举产生,而是由各省咨议局议员“互选”产生候选人,最后由各省督抚差额“圈定”。

[14] 孟森、杜亚泉:《咨议局议员选举章程笺释》,商务印书馆2015年版,第53—56页。

[15] 江苏公民监视选举团编:《选举法规》,中华书局1921年版,第44—45、47、12页。

[16] 刘昊洲:《我国选举罢免诉讼制度》,台湾五南图书出版公司1990年版,第43页。

[17] 刘昊洲,见前注[16],第130页。

用法律时难免会更为棘手。大理院在选举诉讼中准用民事诉讼程序最极端的例子,乃是其宣告:选举诉讼既然准用民诉程序,故而遵循意思自治原则,法院“采不干涉主义”,“自应许其和解”;甚至“合约与判决相反者,仍从合约,毋庸执行判决”。(第1009、1863号解释)<sup>[18]</sup>其实,由于选举诉讼涉及公权,能否采民事诉讼之不干涉主义在理论上争议很大;大理院在这个问题上,有过于固执于民事诉讼之形式、忽略了公法诉讼之实质的嫌疑,但由此亦可看出大理院司法解释权之强悍。不过,大理院在选举事务上也并未大包大揽,针对政治性更强的议会议长选举争议,大理院先后通过多号解释(大理院第881、905、975、1187、1632号解释),反复强调各级议会成立后,其议长、副议长选举争议乃议会自治事务,不属于选举诉讼管辖范围。与此同时,大理院还将议长、副议长选举舞弊问题除罪化,声明刑法上妨害选举罪仅适用于国会及地方议员之选举,排除了议长选举中检察机关(与审判机关)的干预。<sup>[19]</sup>在终审裁判与解答下级法院或其他机构提出疑义的过程中,大理院准用民事诉讼程序来处理公法问题,大胆地对涉及核心政治问题的选举制度进行司法续造,堪称民国司法史上的奇迹。

### (三)中央选举机关法规解释权与大理院的司法解释权

在法院之外设立独立的选举委员会,由其来监管整个选举过程,这固然是一个理想的选择,但是在既有的分权架构下,这类委员会(包括美国联邦选举委员会)在现实的运作中很可能缺乏足够的资源与权威。<sup>[20]</sup>以民国初年为例,当时中央政府亦设立了专职选务机构——筹备国会事务局,但根据《筹备国会事务局官制》,该局隶属于内务总长,不能独立于行政机关,且无权管辖选举诉讼。在制定上述官制时,参议院保留了选举法规的解释权,并未将解释权授予筹备国会事务局。但由于选举法规粗疏,在办理选举中疑义甚多;而参议院事务繁多,不可能及时一一解答有关选举法条文之疑义。1912年9月,参议院根据大总统的提请作出相关答复:“为行政便利起见”,同意关于选举法律“条文上之解释”,“迳由国会事务局办理”。<sup>[21]</sup>尽管筹备国会事务局获得解释选举法规的授权,但它并非常设机关,且隶属于行政部门;其在专业性与独立性方面,与普通法院相较难免居于下风。通过行使选举诉讼的终审权与抽象的司法解释权,大理院获得了选举法规之解释权。有趣的是,筹备国会事务局有时会主动提请大理

[18] 郭卫:《民国大理院解释例全文》,吴宏耀等点校,中国政法大学出版社2014年版,第881、1313页。

[19] “选举议长效力”,“应查照《省议会暂行法》第36条,检举犯罪与该项选举效力及议决案无关,惟《刑律》妨害选举罪,应以国会及地方议会议员之选举为限(议长选举舞弊并非刑法上的妨害选举罪)。至本院解释,除《法院编制法》第35条但书情形外,自有拘束效力”。(大理院第975号解释,郭卫,见前注[18],第790页。)

[20] (美)布鲁斯·阿克曼:《别了,孟德斯鸠:新分权的理论与实践》,聂鑫译,中国政法大学出版社2016年版,第116—118页。

[21] 杨华松:《民初筹备国会事务局研究》,陕西师范大学2014年硕士学位论文,第18—19页。

院解释选举法；〔22〕而大理院在选举法的解释权上，对筹备国会事务局并未“投桃报李”，反而在判例中宣告“选举监督布告及筹备国会事务局解释，无法之效力”。（七年上字第 890 号判决）〔23〕

#### （四）选举诉讼（“准”民事诉讼）与妨害选举罪（刑事诉讼）的区隔

在办理民国首次国会选举之初，选举诉讼常常由各地检察机关代为起诉。为此，作为主持民国首届国会选举的中央选举机构，筹备国会事务局于 1913 年 1 月及 3 月两次致电相关机关：明确选举诉讼的起诉人应为选举人或落选之候选人，与检察机关无关；关于选举诉讼之审级与上诉，依照普通民事诉讼程序办理。湖北高等审判厅对以上通电有疑义，提请大理院解释：“究竟选举诉讼，能否作为普通民诉案件？其决定为选举诉讼与妨害选举法，职权属检厅或属审厅、属刑庭或属民庭？检厅已提起之选举诉讼，应否受理？”1913 年 3 月 10 日，大理院对此作出第 7 号解释：“选举诉讼，准用现行民诉程序，由民庭审判。至妨害选举罪，纯系刑事，由检厅起诉后归刑庭，依刑诉审级及程序办理。”由于第一届国会同年 4 月 8 日开幕在即，仍有选举诉讼尚未完结，甚至存在重大法律疑义，为此，大理院于 3 月 28 日又作出第 12 号解释，内容涉及多项关键法条的解释，包括诉讼时效问题（起诉时间的认定标准）、现任官吏不得当选国会议员的规定中所谓“现任官吏”的含义等等。在这里特别强调的是，该解释明确了相关的诉讼规则：“选举诉讼既准用民诉程序，如依现行民诉法例，应为缺席判决时，自可照办”；“民刑事诉讼除法有特别规定外，本可并行。若选举诉讼外，并有妨害选举罪之嫌疑，仍以刑诉审级程序另案办理”。〔24〕

由于在实践中妨害选举罪与选举诉讼常常发生竞合、疑义甚多，大理院不得不反复解释；其解释的核心，仍在于确保选举诉讼迅速、有效的审理，以确保议员选举的公正性。例如，吉林高等审判厅提出：“办理选举人员捏造选民，紊乱选权，究为选举诉讼，抑为妨害选举，或归选举监督核办？”大理院答复说，类似情形，“如提起选举诉讼，应依法受理”。（大理院第 1502 号解释）“查诉讼通例，民事诉讼中有犯罪嫌疑，牵涉其裁判者，法院虽得依声请或以职权命与刑事诉讼终结前，中止诉讼程序。惟选举诉讼，即宜速结，如独立可以进行，既不应率予终止”。（大理院第 1577 号解释）“选举诉讼，虽涉及刑事问题，苟无终止之必要，刑事问题自宜各别办理”。（大理院第 1578 号解释）“当选无效，与犯妨害选举罪，适用法律不同，勿容牵混。但收买行为，如经刑事确定判决，处以罪刑者，自得认为有《省选举法》第 84 条第 4 款原因”，准许其据此提起选举无效之诉讼。（大理院第 1637 号解释）〔25〕

〔22〕 如大理院第 944 号、1517 号解释，都是直接回复给筹备国会事务局的。

〔23〕 郭卫编：《大理院判决例全书》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 193 页。

〔24〕 郭卫，见前注〔18〕，第 257、260 页。

〔25〕 郭卫，见前注〔18〕，第 1120、1153、1182 页。

### 三、诉讼规则、诉讼程序的补充与再造

#### (一) 起诉权

如前所述,关于选举诉讼的具体程序与规则,民初国会立法并未明确,乃是由大理院通过第7号解释确定选举诉讼准用民事诉讼程序、由民庭审判。由此,民事诉讼的程序与规则通过民庭法官的审理逐渐渗入选举诉讼领域。在起诉权问题上,大理院亦准用民事诉讼规则,认为只有选举权利的利害关系人方有权提起诉讼;至于其他公民、法人或者检察机关,均无权以公共利益为名起诉。对此,大理院补充说明如下:其一,“非选举人不得提起选举诉讼”,至于选举人名册漏列之有选举资格人,法院亦不得“遽认其为《选举法》上之选举人予以提起选举诉讼之权”。(七年抗字第48号判决)<sup>[26]</sup>其二,“初选之选举诉讼应由初选选举人提起,复选之选举诉讼应由复选选举人提起。其非具有各该选举人之资格者,则无提起该选举诉讼之权”(八年抗字第15号判决);<sup>[27]</sup>“未经当选之初选选举人,对于复选当选人,无起诉权”,希参照本院之前判例。(大理院第1519、1583号解释)<sup>[28]</sup>其三,选举人具有选举资格并列入选举名册,其虽抛弃选举权、并未入场投票,“仍得对于当选人起诉”。(大理院第1511号解释)<sup>[29]</sup>

#### (二) 诉讼时效

与民事、刑事诉讼不同,选举诉讼关于时效的规定非常短促,因其有迅速结案的政治需要,以避免议员个人乃至整个议会的合法性长期处于不确定状态。民初选举法的一个重要特色,即选举诉讼具有非常严格的时效限制。<sup>[30]</sup>根据《众议院议员选举法》第90条与《省议会议员选举法》第90条,选举人确认办理选举人员有舞弊及其他违法行为,可自选举日起,初选于5日内向地方审判厅,复选于10日内向高等审判厅起诉;至于县议会议员选举的诉讼时效,则以开票后10日为限。关于选举人名册的宣示时间,众议院议员选举人为选举日前5日,省议会议员选举人为选举日前20日。如果发生选举人名册舞弊,众议会议员初选无效的整个起诉时效,从选举人名册宣示日算起只有5日加5日等于10日;而相应的省议会议员初选无效的整个起诉时效,从选举人名册宣示日算起也仅有25日,法定的诉讼时效相当紧促。尽管看起来选举法在诉讼时效上已实现所谓“数目字管理”,但在现实办理选举过程中,立法的相关规定仍有进一步解释的空间。为解决诉讼时效问题的疑义,大理院至少作出下列8个解释例与判例。

[26] 郭卫,见前注[23],第196页。

[27] 郭卫,见前注[23],第203页。

[28] 郭卫,见前注[18],第1128、1155—1156页。

[29] 郭卫,见前注[18],第1124—1125页。

[30] 焦洪昌:《选举权的法律保障》,北京大学出版社2005年版,第159页。

如前所述,民国首次办理议会选举时,人们往往将追究妨害选举罪的刑事诉讼与选举诉讼混淆。例如,某人在选举诉讼法定时效之内,向检察机关起诉,在被驳回起诉后又反复呈诉多次,由此错过了在法定的诉讼时效内依法向审判厅起诉,这是否算是已过诉讼时效。为此,大理院作出第12号解释,肯定湖北高等审判厅的司法意见:“该原告十五日已赴检察厅起诉,旋经批驳,复呈诉五次,是其起诉期间,非由该原告等之逾限,乃由官厅权限未清所致,自不得认为经过。”<sup>[31]</sup>另外,由于当时人们对于诉讼程序及法律文书均不熟悉,可能因按时提出的起诉状不符合法定的格式,而错过了诉讼时效,例如:“诉讼人于《省议会议员选举法》第90条所规定之初选选举诉讼期间内,以白禀向县知事兼省议会议员初选选举监督提起诉讼,经原县以不合程式批驳后,始行具状更正,计已经过上述诉讼期间。其前所递之白禀,应否认为有效起诉?”大理院答复说可“限期补具诉状,补具后应认为合法起诉”。(大理院第830号解释)<sup>[32]</sup>

除上述两例外,大理院还通过判决与解释明确了如下规则:初选虽有选举无效之原因,不得于复选后始行主张。(七年上字第824号判决)<sup>[33]</sup>选举诉讼时效期限之计算,当包括开票日在内。(大理院第1572、1576、1715号解释)“浮报选民,系属选举诉讼,其期间不得逾元年《众议院选举法》第90条之限期。若在选举日前,自得随时起诉”。(大理院第1487号解释)“选举人于初选举日起五日内以舞弊起诉,于五日后追加其他违背法令之事实,苟非变更诉之原因,即不应受期间之限制。如系别一事件,提起诉讼,则应受限制”。(大理院第1711号解释)<sup>[34]</sup>

### (三) 审级与上诉

关于选举诉讼的审级,各国做法不一,有采一审终审者,亦有可按普通诉讼程序上诉者。主张一审终审、禁止上诉者,主要是基于迅速审结、避免长期拖延、影响政治安定的考量;而反对一审终审者,则侧重对于当事人上诉权的保障。前述清末《咨议局议员选举章程》仿行日本《众议院议员选举法》,采用两审终审制;而民初《众议院议员选举法》则对于审级问题未做明确规定,大理院则通过多达7个司法解释来补充立法之疏漏。民国大理院所作的第1号解释,便是明确选举诉讼的审级问题,“选举诉讼,本法既无不得上诉明文,自难加以限制。且查《选举法》第82、84各条,均采审判确定主义,当然准有上诉权。照本法第90条规定,初选为三级审,复选为二级审”。(1913年1月15日)<sup>[35]</sup>在这里,大理院将民事诉讼的三审终审制比照适用于选举诉讼;至于众议院议员复选的选举诉讼,因为一审管辖机关为省高级审判厅、二审为大

[31] 郭卫,见前注[18],第260—261页。

[32] 郭卫,见前注[18],第706页。

[33] 郭卫,见前注[23],第196页。

[34] 上述大理院解释例依次参郭卫,见前注[18],第1151、1152、1226、1114、1224页。

[35] 郭卫,见前注[18],第255页。

理院,只能二审终审。可是,一方面在政治上,仍有选举诉讼尽快结案的需求;另一方面,国会议员对于由司法机关管辖选举诉讼亦颇有微词。1916年国会恢复后,有议员基于“党略”(政党选举谋略与选举利益)的计算,希望规避大理院对于选举诉讼的管辖权,主张“凡国会议员复选选举无效,当选无效等诉讼,均不应由大理院受理上诉”;对此,大理院回应说:“参众两院选举法,虽未明言此项诉讼得上诉于大理院,亦未明言不得上诉。而依该法其他各条为法律精神之解释,终以准人民上诉为正当。”于是,大理院与国会就选举诉讼管辖权发生争议,国会甚至通过议案,宣告大理院判决无效并通告政府;而大理院则始终强调其司法解释权,并咨告政府注意国会职权范围。<sup>[36]</sup> 最终,国会另行议决法律案,并交由政府于1917年4月25日以大总统令的形式公布:“准国会咨称,《众议院议员选举法》关于第五章选举诉讼法律解释,经本会议决解释为《参议院议员选举法》《众议院议员选举法》之选举诉讼,不得援用普通民事诉讼程序提起上诉”,故应为一审终审。<sup>[37]</sup> 由于参议院议员选举诉讼规定比照适用《众议院议员选举法》,由此国会参众两院议员选举诉讼均改为一审终审,不得上诉。

尽管大理院不得不接受大总统令的规范,限缩了法院对于参议员和众议员选举诉讼的管辖权。<sup>[38]</sup> 但大理院又先后作出多项解释与判例,一方面强调1917年总统令仅限于国会两院议员选举,至于省、县议员选举仍适用第1号解释,仍可上诉;另一方面,大理院更通过多达5个司法解释,在事实上创设了参、众议员选举诉讼“一审终结、并得再审”的制度。1921年6月6日,针对江苏高等审判厅提出的疑问(国会议员“选举诉讼,因明令不适用通常上诉程序,当然不许抗告。惟当事人故意提起抗告,原审能否即予批驳,以符选诉速结之本旨?”),大理院答复说:“不合法之抗告,仍经由上诉衙门裁判。”(大理院1544号解释)这意味着尽管原则上国会议员选举诉讼一审终结,但并不等于上诉法院对于“不合法”之上诉应直接驳回,而仍应予以受理后再作裁断。紧接着,大理院又于6月9日和7月2日作出第1548、1560号解释,指出“不合法之通常判决,便宜上亦应许其上诉,并非谓只能上诉,不能声明窒碍”;“查声明窒碍,系因一造未经到庭辩论,为保全其审级上之利益,于原审衙门为之”;“选举诉讼,依《选举法》只限制其上诉,并未限制其声明窒碍”。这意味着,选举诉讼如一审裁判有法律上的瑕疵(如缺席审判),经当事人提请可以再审。同年12月23日,针对上海律师公会对于第1548、1560号解释的疑义,大理院作出非常详尽的解释:“通常判决,应本于两造辩论之结果。若当事人一造于辩论终结之日未经到场辩论,而审判衙门本他一造之声请,予以不利益之判决,即为缺席判决。……此种不合法之通常判决,为当事人省讼累计,应许其声明上诉。若该当事人为保持其审级之利益,向原审衙门声明窒碍,亦不能不为准许。盖以该当事人未经到场,或到场而未辩论,或辩论而有未尽,即不能谓一审已完全经过。……声明窒碍合法,原审衙门应即回复缺

[36] 黄源盛,见前注[1],第54页。

[37] 《政府公报》,第463期,1917年4月26日。

[38] 大理院第1523、1535号解释。

席以前之程度,重开审理,自毋庸分别决定。至辩论之范围,应斟酌案情,不宜有所限制。”(大理院第1657号解释)同年12月30日,针对北京律师公会提出的疑义,大理院作出第1568号解释,答复说之前的数号解释已经“足咨解决”相关的问题。<sup>[39]</sup>这意味着,选举诉讼只要有法律上的重大瑕疵,当事人就可以提起再审;而再审乃是全面的审查,并不局限于之前的具体瑕疵。

在国会两院议员选举诉讼被立法限制为一审终审后,1918年大理院对于省议会议员选举的审级问题,亦通过判例确定了两审终审的原则。由省议会初选诉讼上诉者,以高等厅为终审(相应地,由省议会复选诉讼上诉者,则以大理院为终审),“现行法上虽无何等明文,惟查省议会选举法第90条选举人确认办理选举人员有舞弊及其他违背法令行为,得自选举日起初选于五日内向地方审判厅起诉,复选于十日内向高等审判厅起诉,……立法之意显系限制二审,以期速结。……是省议会议员选举之因初选涉讼上诉者,亦当然解释为上诉至高等判应为终审,不得复上诉于本院”。(七年上字第29号)<sup>[40]</sup>

原则上,各地之选举诉讼,初选案件由该地方之审判厅为一审,复选案件则由各地之高级审判厅初审。但是,由于民国初年司法资源捉襟见肘,新式地方法院(地方审判厅)并未普及,地方行政长官(县知事)兼理司法者还非常普遍,高等审判厅亦普遍设立分厅,在蒙古、西藏等边疆少数民族地区现代法院则几乎付之阙如。<sup>[41]</sup> 尽管《众议院议员选举法》与《省议会议员选举法》均有所谓“未设审判厅之处,得向相当受理诉讼之官署起诉”之规定,但关于何为“相当受理诉讼之官署”则语焉不详。如果比照民事、刑事诉讼,由地方行政长官兼理司法、审理选举诉讼,难免会有行政机关干预立法机关之嫌。更何况,《众议院议员选举法》与《省议会议员选举法》均规定由地方行政长官担任初选之“选举监督”“监督初选举一切事宜”;选区之划分由选举监督决定,选举人名册之调查委员由选举监督指派,投票管理员、监察员及开票管理员、监察员均由选举监督委任。在这种制度安排下,让充任选举监督的地方行政长官受理选举诉讼,恐怕难保公正。<sup>[42]</sup> 不过,当时也有省议会议员初选诉讼之原告,基于便利就近向县知事兼省议会议员初选选举监督提起选举诉讼的案例。<sup>[43]</sup> 可是,“选举无效之诉讼,以选举监督为被告”,而县知事乃是众议院议员与省议会议员初选中法定的选举监督,自然也是众议院与省议会议员初选无效诉讼的法定被告。尽管在县知事之外,县政府尚有县承审员可受理选举诉讼,但承审员乃是县知事兼理司法之助理,其任命又是由县知事呈请高等审判厅厅长核准委用,其

[39] 郭卫,见前注[18],第1138、1140、1145—1146、1192—1194页。

[40] 郭卫,见前注[23],第202页。

[41] 针对边疆地区司法体制的特殊情况,大理作出第626号解释,明确盟旗参议员选举诉讼应以都统署审判处受理。

[42] 江苏公民监视选举团,见前注[15],第29、46、76、94页。

[43] 大理院第830号解释。

在审判中难免会有偏私县知事的嫌疑。<sup>〔44〕</sup>在这种情况下,大理院认为可以由高等审判厅指定管辖:“初选之选举诉讼,未设审判厅地方,自以县知事为相当官署。惟如以县知事为被告,而其承审员又被拒却,声请指定管辖者,高等厅认为正当,自可指定他厅县依法审判。”(大理院第 797 号解释)<sup>〔45〕</sup>尽管县知事并不担任县议员选举之总监督,但是由县知事受理与其并立的县议会议员之选举诉讼,则有违分权原则、尤其不合理。或者正是基于以上考虑,1921 年颁布的《县议会议员选举规则》第 51 条明确规定:“选举人确认办理选举人员有舞弊或其他违法行为,以开票后十日为限,得向地方审判厅提起选举诉讼。但无地方审判厅之区域,得向高等审判厅提起之。”<sup>〔46〕</sup>面对上述不同选举法规适用中的疑义,大理院连续作出第 1697、1698 两号解释,予以澄清:其一,根据《县议会议员选举规则》,县议会议员选举诉讼原则上“应向地方审判厅提起”,“是该县知事当然无受理之权”;其二,在县未设地方审判厅的情况下,其县议员选举诉讼,可向高等审判厅及其分厅起诉,也可依当事人之合意由邻县地方审判厅予以受理,“自不患无起诉之处”;其三,将高等审判厅分厅所为之选举诉讼判决等同于高等审判厅之判决,“至高审厅(包括分厅)为第一审之判决,自得向本院上诉”。<sup>〔47〕</sup>

作为最高司法机关,大理院裁判与解释的目的不是针对一人一事,而是为了统一全国法律之适用。大理院还通过判例,特别强调“大理院关于选举诉讼为上告审”,自我限缩对选举诉讼的管辖权,将其限为法律审,而不审查事实问题,“依《法院编制法》第 36 条,本院又本无控诉审判权,则凡不服高等审判厅关于选举诉讼之判决上诉于本院者,自应准用民事上告程序,以纠正原审违法之点为范围,而不为本案事实之调查”。(七年上字第 889 号判决)<sup>〔48〕</sup>

## 四、选举规则的司法续造

### (一) 候选人及选举人资格问题

#### 1. 文化水平要件

尽管从比较法角度来看,民初中央与地方议会选举的普选程度已经相当高,但是当时对选举人及候选人资格仍有一定的财产或受教育程度的限制。例如 1912 年颁布的《众议院议员选举法》第 6 条与《省议会议员选举法》第 5 条均规定,“不识文字者”,“不得有选举权及被选举

〔44〕 秦焘桑编:《法院组织法》,中国大学讲义 1942 年版,第 120 页。

〔45〕 郭卫,见前注〔18〕,第 689 页。

〔46〕 《政府公报》,第 1911 期,1921 年 6 月 19 日。在以大总统令颁布《县议会议员选举规则》之前,根据民国初年之规定,县议员之选举争议,由当事人申诉于县参事会,如不服县参事会之决定可移请省议会公断。(钱端升等:《民国政制史》,下册,上海人民出版社 2008 年版,第 587 页。)

〔47〕 郭卫,见前注〔18〕,第 595、1215—1216 页。

〔48〕 郭卫,见前注〔23〕,第 198 页。

权”。〔49〕但关于何谓“不识文字”，仍有一定争议，大理院则通过判决例进一步明确其含义：“所谓不识文字者，自系于通常表示意思之文字不能知其义之谓，并非专指目不识丁者而言。故凡仅能自写姓名、年籍、数字或诵读书状术语，而通常文义茫然不知者，即为法律所规定之不识文字，不得任其有省议会议员选举权及被选举权。”（七年上字第1212号判决）〔50〕

## 2. 年龄计算

根据参、众两院之选举法，众议院候选人须年满25岁以上，参议院候选人须年满30岁以上。可是民国初年的户口登记相当粗疏，无法精准到月日。事实上，“民国元年调查选举人名册，均未载有生辰月日，关系选举人年龄计算方法，是否仍以生辰月日扣足为准？”对于该法律疑问，大理院答复说：“法律亦未命将选举人诞生之月日详细刊载，仅命其注明年岁，则选举法所规定之年龄，只需年历及岁，毋庸扣足，并无可疑。况采用扣足之说自须计算月日，揆诸我国现在情形，恐多窒碍，且有背法律选举诉讼迅速了结之本意，故凡法令之除有明文或按照本旨应为扣足解释外，似未便仅以通常用语之字义，阻碍法律之运行。本院接贵部来咨，因备参考起见，当即咨询内务部意见，兹据复咨系与本院见解相同。”（大理院第587号解释）〔51〕理论上讲，计算年龄当然要精确到月日，可考虑到民初户口统计的现实，以及选举诉讼迅速结案的政治需要，大理院在征求内政部意见后，答复说只要法令没有明文要求，选举法规定之年龄就无须扣足月、日计算。

## 3. 籍贯

各选举区选出的民意代表是否一定要为本地居民，各国的实践并不完全一致，在理论上也有争议。主张代表地方的议员必须是本地籍贯者，主要是强调其代表性；反之，认为不妨扩大议员人才选择的范围，则不必拘泥于候选人的籍贯。民初选举法仅规定议员选举人必须“在选举区内住满两年以上”；至于候选人法律仅规定必须为“中华民国国籍之男子”，至于是否居住于参选地区则未有规定。大理院通过判例，在事实上做了制度选择：众议院议员选举，其复选被选举人不必限于本区（七年上字第953号判决）。众议院议员被选举人“无论选举区内选举区外之人，及曾否列入初选名册，皆可当选，毋庸置疑”；“选举区别之规定，系为办理选举之便利而设，并所以分配议员之名额者，非谓某区所选出之议员只限于籍隶该区之人，而不能及于该区以外之人。”（七年上字第966号判决）只要是中华民国国民年满25周岁，“不论其县籍是否属于该被选举区之内，均得被选举为省议会之议员”。（十年上字第1675号判决）〔52〕

## 4. 当选人为服刑犯的情形

1921年，黑龙江省省长向筹备国会事务局请示：“选民犯刑事罪，于判决确定执行尚未终

〔49〕 江苏公民监视选举团，见前注〔15〕，第26—27、74页。《众议院议员选举法》第5条甚至规定：在蒙古、西藏、青海，除具备法律规定的一般候选人条件外，必须“通晓汉语”，方可被选为众议院议员。

〔50〕 郭卫，见前注〔23〕，第202页。

〔51〕 郭卫，见前注〔18〕，第575—576页。

〔52〕 郭卫，见前注〔23〕，第199、200—201、204页。

了,又未经宣告褫夺公权者,法文既无限制其当选,当然为有效。被选后,应否准予先行就职,抑俟刑期执行终了,再行发给证书就职?”筹备国会事务局未作解答,反而转请大理院解释。大理院回复:“查现行《选举法》,对处徒刑而未褫夺公权者,并无限制其被选举权之规定,似此等人亦得当选为议员。惟参照《约法》第 26 条,已就职之议员犯罪,限于非现行犯及所犯非内乱外患之罪。在会期中须得议院许可,而后逮捕,此外与通常人犯罪无异。则对于在徒刑执行中当议员者,自无停止执行而任其就职之理。”(大理院第 1517 号解释)<sup>[53]</sup>这意味着,虽然服刑犯可以当选议员,在刑期内却不能就职;只有等服刑完毕,方可行使议员职权。

#### 5. 办理选举人员之回避

根据《选举法》,设立选举总监督、初选监督、复选监督、选举名册调查员、投票管理员与监察员、开票管理员与监察员,负责指挥和具体办理地方选举事务。考虑到回避的问题,《众议会议员选举法》第 9 条与《省议会议员选举法》第 8 条明确规定办理选举人员于其选举区内停止其被选举权,但监察员不在此限。在现实的选务中,该规定仍有进一步解释的空间:其一,所谓“办理选举人员”之范围,“以法律明文列举者为限”(二年上字第 9 号判决);<sup>[54]</sup> 现行《选举法》解释“办理选举人员”,当以该法定有名目者为限。如因便宜,于法定外临时增设之员不能以办理选举人员论(大理院第 12 号解释)。<sup>[55]</sup> 其二,调查员是否为办理选举人员?“所谓办理选举人员,自系指该法有名目者而言。该法第 23 条既明定有调查员名目,既不能不认调查员为办理选举人员”(八年上字第 141 号判决);<sup>[56]</sup> “选举调查员,自系办理选举,依现行《省议会选举法》第 8 条,于其选举区内,应停止其被选举权。本院八年上字第 141 号判例,现未变更”(大理院第 1659 号解释)。<sup>[57]</sup> 其三,监察员当选是否有弊?依据《选举法》规定,监察员当选并非违法(七年上字第 889 号判决);既然监察员依法可以当选,即使在选区内有多达 3 位监察员当选,也不能据此片面推测选举有舞弊行为,“审判衙门要不能以设想之词据为定讞”。(八年上字第 1278 号判决)<sup>[58]</sup> 其四,选举管理员之任用,是否应行亲属回避?“办理选举人员,据省议会议员选举法第 16 条,仅监察员应以本区选举人为限,而于管理员并无若何限制,亦未规定叔侄应行回避。故无论其是否用私人,苟于法无所违背,即与选举有效与否之问题无关”。(八年上字第 1278 号判决)<sup>[59]</sup> 其五,办理初选人员是否可以作为复选的候选人?对此大理院裁定说:“办理选举人员,应于初选及复选区内一并停止其被选举权,始足以使其忠诚尽职,不致假

[53] 郭卫,见前注[18],第 1127 页。

[54] 郭卫,见前注[23],第 195 页。

[55] 郭卫,见前注[18],第 260 页。

[56] 郭卫,见前注[23],第 203 页。

[57] 郭卫,见前注[18],第 1194—1195 页。

[58] 郭卫,见前注[23],第 197、204 页。

[59] 郭卫,见前注[23],第 204 页。

公济私。”(八年上字第71号判决)<sup>[60]</sup>其六,办理选举之县知事,在其选举区内依法停止被选举权,可如果他在初选完毕复选未举行前解任,是否可以作为复选的候选人?大理院认为这种情况下,该解职县长的被选举权于复选仍受限制(大理院第1616号解释),其理由从八年上字第71号判决亦可推知。<sup>[61]</sup>

#### 6. 现任官吏不得当选议员<sup>[62]</sup>

根据《众议院议员选举法》,对于现役军人、现任行政与司法官吏、巡警,停止其选举权及被选举权;《省议会议员选举法》同样规定现役军人、现任司法官吏、本省现任行政官吏及巡警,须停止其被选举权。至于“现任官吏”之定义,仍需大理院通过判决与解释明确;其一,“依现在有效法令定有官职,并由有任用权者之合法任命,从事于国家公务之人为官吏,其现在本职者为现任官吏”。(二年上字第9号判决)<sup>[63]</sup>其二,“各省现任人员,如为法令所定,并奉有该省长官正式委任令,现从事国家公务者,自应认为官吏,依法停止其被选举权。……现任官吏辞职未准,不得谓非在职,故仍适用停止被选举权条文”。(大理院第12号解释)<sup>[64]</sup>其三,“被选时尚系现任官者,停止其被选举权”,即使当选后辞职,“其当选自不能认为合法”。(七年上字第966号判决)<sup>[65]</sup>其四,尽管《参议院选举法》没有明文规定,但“《参议员选举法》第3条其被选举资格,应从众议院选举法所定。查照该法第7条2款现任官吏,亦应停止被选为参议员之权,是否候补当选人本无区别,故《参议员选举法施行细则》第13条所称被选举人,应包括候补当选”。(大理院第571号解释)<sup>[66]</sup>其五,“文官高等考试及格人员,在学习期内,虽未完全取得官吏之资格,然官吏服务令及惩戒条例等法规,皆应准用,自无许其兼充议员之理”。(大理院第1406号解释)<sup>[67]</sup>其六,国有企业如“铁路局雇用人员,不能视为官吏”,不能“使国家与个人间之私法关系(雇佣契约),均一变而成公法关系(官吏)”。(七年上字第889号判决)<sup>[68]</sup>

[60] 郭卫,见前注[23],第203页。

[61] 郭卫,见前注[18],第1170—1171页。

[62] 有趣的是,当1947年《中华民国宪法》确立宪法审查(大法官会议)制度后,大法官所做的第1号宪法解释居然仍是关于民意代表(立法委员)不得兼任官吏问题的:“立法委员依宪法第75条之规定不得兼任官吏,如愿就任官吏,即应辞去立法委员。其未经辞职而就任官吏者,亦显有不继续任立法委员之意思,应于其就任官吏之时视为辞职。”(1949年1月6日)

[63] 郭卫,见前注[23],第195页。

[64] 郭卫,见前注[18],第260页。

[65] 郭卫,见前注[23],第200页。

[66] 郭卫,见前注[18],第566页。相应地,候补当选人亦可作为选举诉讼的被告:《省议会议员选举法》第91条“选举人确认当选人资格不符,或票数不实者,得依前条之规定起诉”,其所谓“当选人”,“当然包括候补当选人在内”。(大理院第1075号解释,郭卫,见前注[18],第851页。)

[67] 郭卫,见前注[18],第1061—1062页。

[68] 郭卫,见前注[23],第191页。

## (二)投票规则

### 1.投票时间

在法定投票时间(早8时)开始之前,“听选举人先时入所,而投票仍在8时以后”,“尚不为选举无效之原因”。(大理院第1637号解释)<sup>[69]</sup>选举日期“不遵教令”,“而由各省总监督于办理选举时径自决定者,显属无权命令,与《众议院选举法》第3条抵触”,“应认为办理选举违法”,该选举无效。(二年上字第12号判决)“延长投票时间未至闭所时刻者,不得指为违法。”(七年上字第889号判决)“投票完毕既不限定时,故于选举期日内能为合法投票之人满三分之二者,即为有合法人数到会。”(七年上字第890号判决)“随到随投为参选法所认许。”(七年上字第890号判决)在法定投票时间(午前8时至午后6时)内,“选举人当然可以随时入所投票”,监督不得无故终止投票、不准选举人入所。(七年上字第1213号判决)<sup>[70]</sup>

### 2.选票

选票乃是选民行使其投票权的载体,也是选举结果的证明文件,选举诉讼也常常围绕选票与计票问题展开。以美国2000年的总统选举诉讼(布什诉戈尔)为例,尽管美国的立法与行政机关选举经验相当丰富,可时至今日,关于选票的有效性认定及计票标准仍然存在法律漏洞。由此亦可想见民国初年办理选举时,关于选票问题的疑问必然层出不穷。大理院在该领域也确立了如下规则:其一,选票上如有记号(“污损或不依式及夹写他事”),如无其他证据,则仅能将该选票作废,而不能据此推断“办理选举人员之舞弊”“通谋故纵”(七年上字第889号);“选票被墨污而字能辨认者,不得认为无效”(八年上字第328号判决)。其二,“审理选举诉讼,不能使投票人陈述所举之人”,“选举法既采用无记名投票制度”,“不令各投票人担负陈述所举何人之义务,即所以保持其选举之自由。原投票之人纵令一一传到咨询,自亦难认其事后之陈述为真实”。(七年上字第963号、1149号判决)其三,判理选举诉讼不能核对投票笔迹,因为既然是无记名投票,“自无标记可认为何人所书”。(七年上字第963号判决)其四,“得票计算方法不当,仅关于各该被选举人所得票数之多寡,除落选人得以其所得票数应当选而未当选为理由提起当选诉讼外,不能遽为选举无效之原因”。(七年上字第962号判决)其五,被选举人对于其所得票数之由来,无举证义务。(八年上字第1277号判决)<sup>[71]</sup>

### 3.投票、开票、榜示

其一,“多设票匭,使得分次并日投票,以期节省劳费,固为法所不禁”。(七年上字第889号判决)其二,选举法仅规定在投票开票所可以临时增派巡警维持秩序,并未提及加派军队;虽然有“于投票开票所加派军队”的情形,但“并无威迫举动者,使失其投票自由,则加派军队一事既不碍及该选举之正当结果,自难据为选举无效之原因”。(七年上字第937号判决)其三,“写

[69] 郭卫,见前注[18],第1182页。

[70] 郭卫,见前注[23],第195、198、192、202页。

[71] 郭卫,见前注[23],第198、200、203、199、204页。

票席应设若干,法律上并无规定”,“为预防互相窥视起见,仅设写票一席,亦不能谓为违法”。(七年上字第 962 号判决)其四,公推监守票匪人,其开票时间违法及封锁票匪未践行法定程序,均为选举无效之原因。(七年上字第 1162 号判决)其五,投票、开票可于同日举行。(七年上字第 1213 号判决)其六,榜示当选,须于选出时即行之;榜视当选,无一定形式;通知当选不与榜示同时,非无效原因。(六年上字第 153 号判决)<sup>[72]</sup>

#### 4. 冒名投票与代理投票

在现实的选举过程中,冒名顶替投票的情形时有发生,而管理、监督投票者也无法一一甄别清楚,一旦此种情形被发现,可能会引发选举无效之诉讼,对此大理院认为只有违法投票足以影响选举结果,或确有选举舞弊,方可认定为选举无效。其一,违法投票及违法未投之票,若于选举结果无影响,不能认定其他合法投票及已足法定票数之当选无效,“违法投票,但将该票除去,而当选人所得之票数及未投之票于选举结果均不能有所动摇,自不得因有一票违法或有一票未投,遂将其他合法投票及已足法定票数之当选认为无效”。(十一年上字第 61 号判决)<sup>[73]</sup>其二,“如有选举人请假,他人冒名替投”,而“当选人所得票数,除去冒投之票,仍满法定数额者,尚非票数不实,当选系属有效”(大理院第 1570 号解释);<sup>[74]</sup>“冒名顶替投票,该被扣之人在未扣以前系冒投,苟办理选举人员并无故纵情弊,尚不能使选举效力因之动摇”。(七年上字第 889 号判决)<sup>[75]</sup>其三,“有选举人确因特别事故未能到场投票,而在报到簿中,乃有以该选举人名义签到、投票、选票之事实,其为冒替可知”,但不能简单推测此乃选举舞弊、因而选举无效;是否选举无效,“应以管理员及监督员是否知其冒替,未令退出为断”。(大理院第 1767 号解释)<sup>[76]</sup>其四,尽管大理院认为违法投票并不等于选举舞弊,也不一定会造成选举无效之结果,但其也不是一味放纵,甚至还特别强调,“投票不适用代理,虽经监督批准,亦属当选无效”。(大理院第 1637 号解释)<sup>[77]</sup>

#### (三)“法官造法”之极致:七年上字第 889 号判决

如前所述,大理院在其所作出的 32 个选举诉讼判决中,抽象出判例要旨 72 条;这其中“一判多例”的 10 个判决,总共贡献了 40 条判例要旨。在七年上字第 889 号判决中,大理院“裁判造法”权力之运用达到顶峰。其通过一个判决,居然抽象出判例要旨 19 条,补充立法涉及《参议院议员选举法》《众议院议员选举法》等多项法律;内容涉及选举无效诉讼应以谁人为被告、初选之诉讼时效、选举监察员能否当选、选举名册誊本之疏漏、多设票匪是否合法,以及多种选举无效之判断标准等方面。在该号判决中,除前文已引用者外,还包括如下关于选举无效

[72] 郭卫,见前注[23],第 197、199、201、205、190—191 页。

[73] 郭卫,见前注[23],第 204 页。

[74] 郭卫,见前注[18],第 1150 页。

[75] 郭卫,见前注[23],第 198 页。

[76] 郭卫,见前注[18],第 1256 页。

[77] 郭卫,见前注[18],第 1182 页。

的判断标准：“违法舞弊须出于办理选举人员积极或消极之行为，始为选举无效原因”；“违法舞弊须碍及该选举全体正当之结果，始为无效”；“判定选举资格虽有未当，亦不得即指为舞弊”；“选举人资格虽有未符，而于全体无涉者，不为无效原因”；“判定选举资格未登报公布者，不为无效原因”；“选举监督莅场少疏，不为无效原因”。〔78〕

## 五、结 语

选举诉讼乃是政治问题司法化的典型范例，选举事务的高度竞争性造成参选者不停地走在法律的边缘，立法者所意想不到的状况亦时有发生，法官裁判在很大程度上也包含有政策选择与政治平衡的成分。以美国最高法院裁判 2000 年总统选举诉讼(布什诉戈尔)为例，在该案审理过程中 9 名大法官依据其政党倾向分为两派，共和党背景的多数派最终判决同党的布什胜诉。该判决引发了重大争议，如果最高法院不裁判停止重新计票，很有可能最后的计票结果会令戈尔胜选，因此甚至有人认为，该判决足以动摇最高法院的公信力。可事实上，不仅当时该判决为败诉方戈尔所平静接受，之后最高法院的权威也并未因这个饱受批评的判决而受到明显的伤害。将选举争议的管辖权赋予司法机关或准司法机关——不管是普通法院、行政法院、宪法法院还是特设的选举法院与选举委员会，其目的均在于由一个相对独立于政治部门(立法、行政机关)的专业机关来解决选举纠纷。就民国初年的现实而言，唯一能担此重任的便是大理院及以下各级普通审判机关。在当时中央权力不振、军阀割据的背景下，各级法官仍由中央任命，整个司法体系在原则上不受地方干预，各地选举诉讼的法律疑义循上诉和司法解释的程序，由位于司法体系顶端的中央大理院通过终审与解释来“补充立法”，这几乎是实现国家选举法律解释与适用一致的唯一可行途径。

在民国初年的选举诉讼领域，大理院以条文有限且文义模糊的成文法规则为基础，通过判例和解释例赋予大理院以下各级审判机关以普遍的管辖权，并规范选举诉讼程序、补充选举规则，具体包括选举诉讼与妨害选举罪的区隔、起诉资格与起诉权、诉讼时效、审级与上诉制度、候选人与选举人的资格认定、办理选举人员之行为规范与回避问题、投票时间、选票认定与计票规则、投票与开票之规范、冒名投票与代理投票的处理等等，可谓全方位地法官造法。由于选举实务中的疑义实在太多，大理院甚至不得不在一个具体案件的判决中创设多个抽象的规则(判例要旨)，形成“一判多例”的奇观。

大理院对于选举诉讼的管辖权也遭到政治部门的非难与阻挠，国会与大总统甚至通过法案来限制选举诉讼的审级，进而剥夺了大理院对于参众两院议员选举诉讼的终审权。尽管如此，大理院仍然顶住政治压力、克服现实困难，继续通过判例与解释例对于中央、省、县各级议会议员的选举法规进行司法续造。大理院在事实上取代中央选举机关(筹备国会事务局)，成

〔78〕 郭卫，见前注〔23〕，第 191—192、197—199 页。

为选举规则的有权解释机关,因而在一定意义上集司法、立法与行政权力于一身。在选举诉讼并无独立、完整的法定程序,初审机关普遍以地方行政长官监理司法的窘境下,大理院“因陋就简”地准用民事诉讼程序,通过公布具体案件的判例要旨与抽象的司法解释,澄清选举规则、规范诉讼程序;并采用异地管辖与指定管辖的变通方式,解决县知事回避的问题;即使在迅速结案的政治压力下,大理院依然通过创设上诉与再审的程序,保障当事人的权利与选举的公正有效,实现国家选举法制的统一。民初大理院在选举诉讼领域如此“有为”,这在国会屡被解散、政府“阁潮”连连、选举法制极不完备、选举经验奇缺、贿选丑闻不断的民国北京政府时期,可谓是个“异数”。

---

**Abstract:** There were radical changes of the legal system in the early years of the Republic of China. Due to the limited legislative achievements of the parliament, there were many legal loopholes in the process of judicature and law enforcement. Therefore, as the Supreme Court, the Dali Court had to carry out judicial lawmaking through abstract case law and judicial interpretations. In the electoral lawsuits which were highly political issues, Dali Court standardized the judicial procedure and clarified the rules of the election by adjudication and judicial interpretation. And in this process, the Dali Court was under pressure from the Congress, the administration as well as the local separatists. While taking into account the rights of the people's litigation and the fair and effective election system, Dali Court tried to implement the unification of the legal system of the national election. Based on the study of 2012 judicial interpretations and more than 3900 abstract case laws of Dali Court in the period of Beijing government of the Republic of China, this article retrieves 50 judicial interpretations and 72 essentials of judicial precedent for the election disputes of the assemblymen, aiming to research the judicial lawmaking of the highest judicial organs.

**Key Words:** Dali Court; Electoral Lawsuit; Essentials of Judicial Precedent; Judicial Interpretation

---

(学术编辑:章永乐)

(技术编辑:孙竞超)