

# 集会类行政许可案件的宪法检视

赵娟

**内容提要** 集会、游行、示威是我国《宪法》规定的公民基本权利,但在当下的行政诉讼实践中,集会类行政许可案件呈现出“不许可-不受理”的状态,其结果使得公民行使这类权利成为不可能。从宪法角度看,行政机关,特别是人民法院的行为模式的合法性不无疑问。在现行法律规范的框架下,人民法院的宪法自觉应成为权利保护的关键,而《宪法》和《立法法》规定的相关制度如何发挥保护基本权利的应有作用,也值得期待。

**关键词** 宪法 不许可-不受理 集会类行政许可案件

赵娟,南京大学法学院教授 210093

南京大学-约翰斯·霍普金斯大学中美文化研究中心兼职教授

## 一、问题的提出

集会、游行、示威是公民的基本权利。我国《宪法》第35条规定:中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。1989年的《中华人民共和国集会游行示威法》(以下简称《集会法》)对于集会游行示威权利的行使作出了具体规定<sup>[1]</sup>,该法设定了集会游行示威活动的行政许可制度。当法律规定了许可制度,但政府总是作出不予许可的决定,而申请者在没有获得许可的情况下集会游行示威,或者根本不申请许可即举行集会游行示威,则活动性质不可避免是非法的。这类现象迄今为止仍然存在<sup>[2]</sup>。无论是从形式主义的法治还是实质主义的法治,“非法”都是“不光彩”的存在,或

[1]1989年10月31日,第七届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过《中华人民共和国集会游行示威法》,并于当日由第二十号主席令公布施行。与许多法律在条文中专门另行确定“施行之日”不同,该法通过之日、公布之日、施行之日“三合一”,创立了我国立法史上的“效率先锋”。

[2]比如,2016年5月在一些省份发生的关于高考招生名额分配问题上的考生家长集会游行,在性质上即可以认定是“非法”的,因为没有事先从政府主管部门获得许可。主流媒体对这些集会的报道用了比较温和的标题:“陈情”,政府也没有追究当事人的法律责任(未见披露)。不过,在其他时候,没有申请许可就集会,或者申请了但政府不予许可就集会,通常的结果是“非法+处罚”。

者说是“负能量”。我们需要进一步追问的是:如果宪法规定的基本权利在现实中总以“非法”的状态存在,那么基本权利的价值又是什么呢?或者从正面来说:如何使得宪法规定的基本权利具有实在的意义?这是制度的难题,也是学者的难题。

本文即是对这个难题的局部思考。限于篇幅,本文没有将集会游行示威行政案件全部囊括到研究对象中,而是选择了其中因为申请集会游行示威许可遭到行政机关否定而诉诸法院的案件,即不服不予许可决定而提起诉讼的行政案件,将其称作集会游行示威行政许可案件,亦简称为集会类行政许可案件;案件来源是北大法宝法律信息数据库,访问时间为2016年5月至7月。本文的研究思路是:首先整理出集会类许可行政案件的概貌,总结其模式特征;其次对这类行政案件之行政决定和司法决定的法律根据进行分析,主要涉及到与集会游行示威权利相关的法律、行政法规、地方性法规;第三步对人民法院行政裁定的合法性提出质疑,试图揭示司法机关在基本权利实现过程中的角色错位;最后结合《宪法》和《立法法》的规定,提出从宪法角度或者视野解决当下问题的出路和途径。

## 二、研究样本:集会类行政许可案件

北大法宝数据库的资料显示,围绕集会游行示威行为而发生的行政案件主要有两大类,一类是行政许可案件,一类是行政处罚案件。前者与集会游行示威的许可直接相关,后者则与对集会游行示威行为的处罚直接相关。当然,许可与处罚之间也有关联性,有些集会游行示威行为没有申请许可就举行或者申请了但行政机关不予许可后照样举行,后果是被行政机关行政处罚,对处罚决定不服再向人民法院提起行政诉讼,即成为集会游行示威行政处罚案件。从数量上看,行政处罚案件占了近95%,行政许可案件占了5%。经过整理,我们可以把集会类行政许可案件进一步分为两大类,第一大类是:申请人申请许可-行政机关不予许可-申请人向人民法院提起行政诉讼-人民法院不受理,这类案件通常是人民法院作出“行政裁定书”;第二大类是:申请人申请许可-行政机关不予许可-申请人向人民法院提起行政诉讼-人民法院受理并判决维持行政机关决定,这里案件通常是人民法院作出“行政判决书”。就数量而言,第一大类占了99%,第二大类占了1%。迄今为止,笔者所能找到的第二大类案件只有一个,这在形式上显示了集会类行政许可类案件的一般模式和个别模式,一般模式是:不许可-不受理,个别模式是不许可-受理-维持。以下用图表分别列出。

表1中的案件均为一审案件,笔者查阅二审案件后发现,二审的结果全部是维持了一审的裁定、

表1 第一大类集会类行政许可案件(不许可-不受理型,一审)

序号	案件名称	裁定书文号/法院	申请集会动机	原行政决定	诉讼请求	法院裁定	裁定理由(概要)
1.1	周某某等诉长沙市公安局行政许可决定纠纷案	(2012)芙行初字第20号 湖南省长沙市芙蓉区人民法院	对集体土地征收安置方案和结果不满。	被告市公安局以原告申请举行的游行将直接危害公共安全、社会秩序为由,决定不予许可。原告向长沙市人民政府提出复议,复议维持市公安局决定。	市公安局认定申请举行的游行将直接危害公共安全、社会秩序没有充分的根据,不予许可决定违反《集会法》,损害了原告的政治权利。请求撤销市公安局的决定书。	驳回周某某等19人的起诉。	行政复议决定是终局行政决定,集会申请的不予许可决定是行政机关最终裁决的具体行政行为,不属于法院行政诉讼权限范围。
1.2	刘立申、王爱昌等人不予受理行政裁定书案	(2014)赣行诉初字第00002号 江苏省连云港市赣榆区人民法院	认为区政府合并镇的行为违法。	刘立申等十六人向赣榆区政府递交《现场游行申请书》,请求由刘立申负责组织300余人举行游行。区政府决定不予许可,刘立申等向赣榆区政府提交行政复议申请,区政府维持。	撤销由区公安局的不行政许可决定,判令被告重新作出准予游行的行政许可决定,或判令被告按照《集会法》第10条出面沟通知区政府与起诉人协商解决恢复使用欢墩镇名称。	对刘立申等十六人的起诉,本院不予受理。	集会属政治权利范畴,不属于人身权、财产权。行政复议决定是最终裁决行为。法院对由行政机关最终裁决行为不服提起的诉讼不予受理。

1.3	王 XX 诉辽宁省公安厅许可通知书案	(2014)皇行初字第 71 号 辽宁省沈阳市皇姑区人民法院	要求协商解决相关案件的具休问题。	原告向被告递交《集会游行示威申请书》，被告作出《集会游行示威不予许可通知书》。原告不服，向辽宁省人民政府申请行政复议，复议决定书维持了不予许可决定。	认为被告不予许可的决定，属适用法律错误，不予许可的理由不能成立，省政府违法作出复议决定。为了查清被告违法作出不予许可通知书的事实真相，提起诉讼。	驳回原告王 XX 的起诉。	《集会法》没明确对集会不予许可可以提起行政诉讼，原告请求撤销被告集会不予许可通知书的诉讼，不属于行政诉讼受案范围。
1.4	姚得文诉湖南省公安厅许可决定案	(2014)芙行初字第 35 号 湖南省长沙市芙蓉区人民法院	反映法院在相关案件中的裁判问题。	原告申请集会，省公安厅作出《集会游行示威不予许可决定书》，原告申请复议，湖南省人民政府作出维持不予许可决定的《行政复议书》。	请求撤销省公安厅作出的(湘)公集字第 4 号《集会游行示威不予许可决定书》，确认原告申请集会事项合法有效。	驳回姚得文的起诉。	省公安厅的不予许可决定涉及姚得文的权利事项，不属于行政诉讼受案范围，不属于法院行政诉讼权范围。省政府已作出复议。
1.5	李红卫与济南市公安局公安行政许可判决书案	(2014)历行初字第 33 号 山东省济南市历下区人民法院	认为作为被强拆、抢占的被拆迁户，权利被侵害。	原告申请游行，被告作出《集会游行示威不予许可决定书》，原告申请复议，济南市人民政府经审查决定，维持被告不予许可决定。	要求法院确认被告作出的《集会游行示威不予许可决定书》违法，撤销被告的《不予许可决定书》，判令被告限期依法重新作出具体行政行为。	驳回原告李红卫的起诉。	《集会法》未赋予提起行政诉讼权利，同级政府复议决定为最终裁决，属最终裁决行为，不属于行政诉讼权范围。
1.6	张涛诉启东市公安局许可案	(2015)门行初字第 0043 号 江苏省海门市人民法院	对刑事案件审判有异议	原告提出游行申请，被告以申请举行的游行将直接危害公共安全、破坏社会秩序为由，作出不予批准许可决定。原告不服，申请复议，启东市人民政府维持。	请求法院依法撤销被告于 2015 年 2 月 5 日作出的启公集(2015)001 号不予批准行政许可决定书。	驳回原告张涛的起诉。	申请游行许可与否，不属于行政诉讼受案范围。《集会法》未赋予申请人提起行政或其他诉讼的权利。起诉无法律依据，应予驳回。

驳回上诉人的上诉请求，说明“不予许可-不受理”的状况在二审阶段没有得到改变，所以这里只选用了一审案件，应该是有代表性意义的。另外，上表中的案件，有些案件的二审裁定书在数据库有显示，有些没有显示，应该有两种可能性：一是数据库的资料不全，发生了上诉，但上诉的裁定书没有被收入库中，二是一审裁定后，原告没有提起上诉，所以不可能存在二审裁定书。在北大法宝上所能够查找的表 1 中几个案件上诉阶段的裁定书显示，二审法院的裁定都是“维持一审裁定”。比如，案 1.1 的上诉案件“周某某等与长沙市公安局集会游行示威不予许可决定纠纷案”<sup>[1]</sup>，二审法院即长沙市中级人民法院的裁定是：驳回上诉，维持原裁定。案 1.5 的上诉案件“李红卫与济南市公安局许可上诉案”<sup>[2]</sup>，二审法院即济南市中级人民法院的裁定是：驳回上诉，维持原裁定。

当然，也有公民利用程序上的权利，坚持一直把“官司打到底”的，表 1-1 即是这样的例子，从而形成了由同一个公民提出的“集会许可系列案”。这是笔者在北大法宝上唯一查找到的一审、二审、申诉三个程序完整的案例，具有典型意义。有意思的是，在三个阶段，法院“不受理”的理由有相同之处，也有不同之处，很值得我们思考。

第二大类案件，数据库中只找到一个案件，即“刘志松与南充市公安局顺庆区分局治安行政许可案”，表 2 是该案的详细信息。

### 三、“不予许可-不受理”决定的法律根据

观察表 1 中的集会游行示威行政许可案件，“不予许可-不受理”模式的形成具有法律上的根据，更进一步说，这类模式具有合法性：不予许可，是《集会法》规定的对于许可申请的一种行政决定，另一种是

[1]湖南省长沙市中级人民法院行政裁定书(2012)长中行终字第 0070 号。

[2]山东省济南市中级人民法院行政裁定书(2014)济行终字第 59 号。

表 1-1 第一大类集会类行政许可案件(不许可-不受理型,一审、二审、其他/申诉)

案件名称	裁定书文号/法院	审级	申请集会动机	原行政/司法决定	诉讼请求	法院裁定	裁定理由(概要)
马天青诉大连市公安局其他案由行政裁定书案	(2014)西行初字第18号 辽宁省大连市西岗区人民法院	一审	为了解决民告官4大案	原告申请集会游行,被告作出不予许可决定,原告提起行政复议,复议决定维持。	撤销市政府、公安局违反宪法及部门法所作的行政复议决定书、不予许可决定书,还法于民,解决民告官四大案。	对马天青的起诉,本院不予受理。	集会属于《宪法》所规定的公民政治权利,而根据《行政诉讼法》及其相关法律法规规定,公民主张其人身权、财产权受到侵害的,可提起行政诉讼,政治权利不属人民法院行政审判权所管辖的范围。
马天青游行示威不许可案	(2015)大行初字第236号 辽宁省大连市中级人民法院	二审	同上	对起诉人马天青的起诉,本院不予受理。	请求撤销一审裁定,立案审理本案。	驳回上诉,维持一审裁定。	公民等认为人身权、财产权受侵犯的可以提起行政诉讼。集会是政治权利,不属人身权、财产权。法律法规并未规定对政治权利可以提起行政诉讼。公民对政治权利方面的处理不服提起诉讼的,法院不应受理。一审法院决定正确,本院予以支持。
马天青申请游行示威行政申诉复查驳回申诉通知书案	(2015)大行审监字第30号 辽宁省大连市中级人民法院	其他/申诉	同上	驳回上诉,维持一审裁定。	请求撤销一、二审裁定,对本案依法立案、审判。	驳回申诉。	《集会法》规定,对不予许可决定不服的,可向同级政府申请行政复议,复议决定是最终裁决。法律规定行政机关最终裁决行为不属行政案件范围。集会属宪法赋予公民基本权利中的政治权利,不属法院受理行政诉讼的人身权和财产权。二审裁定并无不当,申诉理由不成立。

表 2 第二大类集会类行政许可案件(不许可-受理-维持型,一审)

案件名称//判决书文号//审判法院	刘志松与南充市公安局顺庆区分局治安行政许可案// (2015)顺庆行初字第70号//四川省南充市顺庆区人民法院
原行政行为//理由	被告针对原告的申请,做出《集会游行示威不许可决定书》,原告申请行政复议,复议维持了不许可决定。 被告认定:原告申请示威游行的目的是为了要求被告去要求市中院对其提出的问题再次解决,想让自己打官司的事情引起社会关注,扩大影响。申请不符合要求。
诉讼请求//理由	1、请求撤销顺庆区公安分局(2015)公顺字第1号集会游行示威不许可决定书。2、诉讼费由被告承担。 1、因顺庆区公安分局违反游行集会示威法第十条及实施条例第十一条,要求解决具体问题的应当依法向市中院和省高院作出《协商解决具体问题通知书》,其作出的不许可决定书是简单化的不作为行为。2、因顺庆区公安分局作出的游行集会示威不许可决定书属法律违法、程序违法,所以复议决定书也应当撤销。3、申诉人要求解决的具体问题“是存在、合法的”,是应当依法解决的。
法院判决	驳回原告刘志松的诉讼请求。
判决理由	《集会法》第十二条规定了不予许可的四种情形,《四川省〈集会游行示威法〉实施办法》第九条第(四)项规定“有充分根据认定申请举行的集会、游行、示威将直接危害公共安全或者严重破坏社会秩序的,将不予许可。”被告顺庆公安分局作为本行政区域内行使治安管理职权的行政机关,有权依照法律规定对原告的申请作出决定。被告主管的是本行政区域的社会治安工作,对申请人的申请是否符合法律规定,是否会引起社会不稳定等因素需要全面考虑。被告认为原告的申请不符合要求作出不予许可是其职权所在,被告作出的不许可决定书认定事实清楚,适用法律正确,行政程序合法。

许可决定;不受理,是《行政诉讼法》规定的对于提起行政诉讼的请求的一种司法裁定,另一种是受理。不许可、不受理分别对应行政行为和司法行为。在这里,我们将问题的重点集中在司法过程,因为如果不许可是一种必然的行政决定,而不受理则直接将当事人的司法救济之门完全关闭,行政诉讼的意义不复存在。在此我们有必要把这类案件所涉及的法律法规进行梳理,见表3。

关于不许可的根据。在表1所展现的案例中,行政机关不许可的理由是共同的,集中在实体层面,而非程序层面。也就是说,集会的申请人在申请过程中是满足了程序性条件的,但行政机关认为

表3 集会类行政许可案件涉及的主要法律法规司法解释(以表1、表2为例)

名称/内容 模式/阶段	集会游行示威法	集会游行示威法 实施细则	集会游行示威法实 施办法	行政诉讼法	最高人民法院执行 行政诉讼法的解释
不许可-不受理之 不许可	第12条	-----	-----	-----	-----
不许可-不受理之 不受理	第12条,第13 条	第14条	-----	第11条,第12 条	第44条
不许可-受理-维持 之不许可	第12条	-----	四川省实施办法第 9条	-----	-----
不许可-受理-维持 之受理-维持	第12条	-----	四川省实施办法第 9条	第69条	-----

申请不符合实体性条件。

《集会法》对集会游行示威行为设定的行政许可,意味着集会游行示威不是“自动”、“自觉”、“自律”的表达,而是需要经过政府规制的表达。《集会法》第7-9条规定了集会的申请与许可程序,第7条第一款:“举行集会、游行、示威,必须依照本法规定向主管机关提出申请并获得许可。”(该条第二款规定不需要申请许可的集会游行:国家举行或者根据国家决定举行的庆祝、纪念等活动;国家机关、政党、社会团体、企业事业组织依照法律、组织章程举行的集会。)第8条:“举行集会、游行、示威,必须有负责人。依照本法规定需要申请的集会、游行、示威,其负责人必须在举行日期的五日前向主管机关递交书面申请。申请书中应当载明集会、游行、示威的目的、方式、标语、口号、人数、车辆数、使用音响设备的种类与数量、起止时间、地点(包括集合地和解散地)、路线和负责人的姓名、职业、住址。”第9条第一款:“主管机关接到集会、游行、示威申请书后,应当在申请举行日期的二日前,将许可或者不许可的决定书面通知其负责人。不许可的,应当说明理由。逾期不通知的,视为许可。”由此可见,集会行为的形式要求是:提交集会申请书——不许可应该说明理由/逾期不通知,视为许可。申请人除符合形式上的要求外,许可还需要受到实体上的限制。《集会法》第12条对集会游行示威进行了实体性的限制性规定,列举了不予许可的四种情形:反对宪法所确定的基本原则的;危害国家统一、主权和领土完整的;煽动民族分裂的;有充分根据认定申请举行的集会、游行、示威将直接危害公共安全或者严重破坏社会秩序的。本文研究的案件中,申请人申请集会游行的理由各不相同,有维权的,有诉愿的,基本上个人或小群体的利益诉求,而非对于政治问题、公共政策问题的关注和表达,这或许是中国现阶段公民申请集会游行示威的共同特点;同时,拟举行集会的规模也不相同,有几个人人的,有几十个人的,有几百个人的,接受申请的主管机关(公安机关)都适用该条规定的第四种情形即“有充分根据认定申请举行的集会、游行、示威将直接危害公共安全或者严重破坏社会秩序的”作为不予许可的法律根据,从而结果归于一个:不许可。

关于不受理的根据。表1中,对于申请人在行政机关“不许可决定”之后向人民法院提起的行政诉讼,人民法院的决定是“驳回起诉”和“不予受理”。从法院的裁定来看,不受理主要涉及到《集会法》和《行政诉讼法》的规定。

《集会法》第13条规定了申请人的救济途径:“集会、游行、示威的负责人对主管机关不许可的决定不服的,可以自接到决定通知之日起三日内,向同级人民政府申请复议,人民政府应当自接到申请复议书之日起三日内作出决定。”由此,《集会法》确立了申请——许可、申请——不许可——复议的行为模式。从表1的案例看,所有的申请人都申请了复议,复议的结果也是相同的:维持公安机关的不许可决定。在人民法院看来,《集会法》第13条的规定,实际上是将行政复议看作是一种“行政终局裁定”,也就是说,申请人不服不许可的决定,只能提起行政复议,不能提起行政诉讼。因为第13条(和《集会法》的其他条款)没有规定申请人可以提起行政诉讼,无论是直接提起,还是在行政复议之后提

起,因此,集会申请人的权利救济方式止于行政复议,不能进入到行政诉讼领域或者环节。因为《行政诉讼法》第11条(新法第12条)第一款规定的受案范围没有列举集会游行示威权利受到侵害后的行政诉讼救济,而且根据第11条第二款的“兜底性”规定即“除前款规定外,人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件”,《集会法》没有规定“可以提起诉讼”,所以不予受理是很正常的结果。同时,根据第12条(新法第13条)规定:“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼:……(四)法律规定由行政机关最终裁决的行政行为。”人民法院将申请集会许可的行政复议决定看作是“行政机关最终裁决的行政行为”,驳回起诉就顺理成章了。

也有人民法院为了强调对于《集会法》第13条关于申请人申请行政复议的规定是“行政机关最终裁决的行政行为”,从国务院的《集会法实施细则》中找到根据。该《实施细则》第14条规定:“集会、游行、示威的负责人对主管公安机关不许可的决定不服的,可以自接到不许可决定书之日起3日内向同级人民政府申请复议。人民政府应当自接到复议申请书之日起3日内作出维持或者撤销主管公安机关原决定的复议决定,并将《集会游行示威复议决定书》送达集会、游行、示威的负责人,同时将副本送作出原决定的主管公安机关。人民政府作出的复议决定,主管公安机关和集会、游行、示威的负责人必须执行。”此处“人民政府作出的复议决定,主管公安机关和集会、游行、示威的负责人必须执行”的内容是《集会法》中没有的,其中“必须执行”被解读为“最终裁决”,为人民法院不受理申请人的诉讼请求提供根据。

此外,在表1-1的“系列案”中,三个阶段的行政裁定都贯穿了一个理由:政治权利不可诉,根据是《行政诉讼法》第11条第1款。也就是说,将第11条第1款的规定解读为,行政诉讼的受案范围仅仅限于公民等的“人身权、财产权受到侵害”后的救济,集会、游行、示威是政治权利——宪法基本权利中的政治权利,不是人身权、财产权,所以不在人民法院的受案范围之内。当申诉人提出,集会游行示威的权利是宪法规定的基本权利、不是政治权利,为自己的诉讼提供宪法根据时,法院的驳回理由是:“根据《行政诉讼法》,法律规定由行政机关最终裁决的具体行为不属于人民法院受理行政案件的范围。公民等申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责,行政机关拒绝履行或者不予答复的以及认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的,可提起行政诉讼。集会、游行、示威属于宪法赋予公民基本权利中的政治权利,不属于人民法院受理行政诉讼的人身权和财产权范围。”<sup>[1]</sup>类似的理由,也在表1中的案1.2的法院决定中出现:“侵犯其人身权、财产权以外的其他权利,必须有法律、法规明确规定可以提起诉讼的,人民法院才予以受理。而集会、游行属于政治权利范畴,并不属于人身权、财产权。”<sup>[2]</sup>在这里我们可以看出,案1.2对《行政诉讼法》第11条第1款的解读与表1-1的“系列案”略有差异,其认识为:第11条不限于对人身权、财产权的救济,也可以是人身权、财产权以外的其他权利,即非人身权、财产权也可以被纳入行政诉讼的受案范围,但有一个前提:必须是法律、法规规定可以提起诉讼的,而集会权利不是人身权、财产权,而是政治权利,法律即《集会法》没有规定可以提起行政诉讼,所以不属于人民法院的受案范围。

从以上分析可以看出,不许可决定集中在对于《集会法》关于不予许可的实体性条件(情形)的认定上,而不受理决定的法律根据则集中在对于《集会法》《集会法实施细则》《行政诉讼法》的相关程序性规定的理解上。

[1]参见“马天青申请游行示威行政申诉复查驳回申诉通知书案”,辽宁省大连市中级人民法院(2015)大行审监字第30号裁定书。

[2]参见“刘立申、王爱昌等人不予受理行政裁定书案”,江苏省连云港市赣榆区人民法院(2014)赣行诉初字第00002号裁定书。

#### 四、“不许可-不受理”决定的合法性?

不过,如果我们深究行政机关的决定理由和人民法院看似成立的裁定理由,就会发现,以上对于“不许可-不受理”决定的法律根据的解读并不具有完全的说服力,相反,这样的合法性是值得质疑的。

让我们先看不许可决定。表1中,原告申请集会游行示威的动机各不相同,归纳起来分别是:对集体土地征收安置不满(案1.1)、认为政府合并镇的行为违法(案1.2)、要求协商解决案件具体问题(案1.3)、反映法院裁判问题(案1.4)、作为被强拆、抢占的被拆迁户权利被侵害(案1.5)、对刑事案件审判有异议(案1.6)。从整体上看,申请集会游行示威是申请人希望维护、争取、保护自己以及相关群体利益的方式,集会是一种法律途径——需要经过政府批准才能进行的法律途径。主管机关——申请人所在地的公安机关,对于申请处理的结果是:不予许可。就《集会法》的规定而言,有许可,就有不许可,许可和不许可都是正常的决定,问题在于,如果法律施行后,没有许可,只有不许可,就很难说是正常的了。不予许可是有法律根据的,即《集会法》第12条:“申请举行的集会、游行、示威,有下列情形之一的,不予许可:1.反对宪法所确定的基本原则的;2.危害国家统一、主权和领土完整的;3.煽动民族分裂的;4.有充分根据认定申请举行的集会、游行、示威将直接危害公共安全或者严重破坏社会秩序的。”上述几个申请案件中,没有涉及到1-3限制事项,即不存在这些内容,公安机关能够根据的理由只剩下了第4项:有充分根据认定申请举行的集会、游行、示威将直接危害公共安全或者严重破坏社会秩序的。这一项恰恰给了公安机关巨大的行政自由裁量权。就表1中的六个申请来看,我们很难得出“将直接危害公共安全或者严重破坏社会秩序”的结论,甚至可以说,这样的结果发生的概率非常小或者根本不可能发生,因此并不足以让公安机关作出不许可的决定。当然,集会游行示威权利与公共治安利益之间的紧张关系,是普遍存在的,但这绝不意味着政府可以据此“一味拒绝批准”,否则即是对集会游行示威的完全限制甚至禁止。《集会法》的立法主旨是对权利的保障与限制,但不是禁止,如果所有的申请都被拒绝,则不是限制,而是禁止。显然,对于基本权利,政府不能禁止,只能限制,问题在于:当限制的结果与禁止无异,那么,基本权利的“实质”即遭到了侵害<sup>[1]</sup>,这样的政府行为、立法就有违反宪法的嫌疑。

再来看不受理决定。针对人民法院不受理决定的法律理由,我们需要澄清三个关键问题:第一,如何解读《行政诉讼法》关于受案范围的规定。该法第12条第一款在列举了11项具体情形后,最后作了一个笼统性的规定:“(十二)认为行政机关侵犯其他人身权、财产权等合法权益的。”该条第2款规定:“除前款规定外,人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。”在此,“其他人身权、财产权等合法权益”是否应该包括集会游行示威的权利?按照有的法院的解释,集会游行是“政治权利”,不是“人身权、财产权”,所以不予受理。按照第2款,《集会法》和《集会法实施细则》又没有规定当事人可以提起行政诉讼法,所以,也不在受理范围。不仅如此,《行政诉讼法》对于不予受理的情形有排除性规定,即第13条规定的四种情形,其中,最后一种情形是“(四)法律规定由行政机关最终裁决的行政行为。”关于“政治权利”不可诉的判断,没有学理根据和法律根据。集会游行示威可以归为政治权利,但并不意味着政治权利就不可诉。如果论政治权利,“选举权和被选举权”是最重要的政治权利,但也有“人身权”的性质在里面,况且选举权也是可诉的,上世纪八十年代就发生过有关选举

[1]《德国基本法》第19条第2项规定:“基本权利之实质内容绝不能受侵害”,这意味着,法律虽然可以限制基本权利,但是法律限制本身也是有限制的,宪法明确排除对基本权利实质内容造成侵害的立法。从程度上看,如果法律对于基本权利的限制使得基本权利的行使事实上不可能,则构成对基本权利实质内容的侵害。我国《宪法》虽然没有明确条文禁止对基本权利的实质性侵害,但应该接受这一宪法原理。

权的民事诉讼。如果人身权、财产权都可诉,那么在基本权利体系内排在最前面的权利类型就没有不可诉的理由,比如言论自由,我国宪法将其放在选举权和被选举权之后,位列第二,可见其重要程度。第二,如何理解《集会法》和《集会法实施细则》的规定。如果说,《集会法》只是没有明确规定当事人可以提出行政诉讼的话,那么,《集会法实施细则》则将问题推向了极端:“复议决定,主管机关和申请集会的负责人必须执行”,这个表述,在很多法官看来,就是复议决定即使最终决定,当事人不可以再起诉,因此,符合《行政诉讼法》关于排除的第四项的情形。不过,不要忘记了第四项排除的表述:“(四)法律规定由行政机关最终裁决的行政行为。”在这里,“法律规定”是一个重要的要求,应该理解为狭义的法律即全国人大和全国人大常委会制定的法律。《实施细则》显然不是,只有《集会法》是狭义的法律,因此,如何理解《集会法》的规定就非常关键,《集会法》确实没有在条款中明确规定当事人提起诉讼的权利,但我们不能就此得出结论说:关于集会申请的不许可决定、复议机关的复议决定,就是法律规定的行政机关最终裁决,因为《集会法》没有“必须执行”的字样。更进一步看,如果把“必须执行”理解为“最终决定”,那么,《实施细则》即有抵触《集会法》的嫌疑,因为《集会法》不存在“人民政府作出的复议决定,主管公安机关和集会、游行、示威的负责人必须执行。”的内容,这一规定是《实施细则》对于《集会法》的“权利限制性”扩充,没有宪法和法律根据。基本权利的限制只能基于法律(代议制机构立法)的规定,是成文宪法国家普遍接受和采行的宪法基本原则。第三,如何理解《集会法》与《行政许可法》(简称《许可法》)之间的关系。具体地说,《集会法》规定的集会游行许可与《许可法》规定的行政许可,是什么关系?如果集会许可属于《许可法》所调整的许可,那么,《许可法》的规定就应该适用于《集会法》关于许可的规定。《许可法》第7条:“公民、法人或者其他组织对行政机关实施行政许可,享有陈述权、申辩权;有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼;其合法权益因行政机关违法实施行政许可受到损害的,有权依法要求赔偿。”有权提起行政复议或者行政诉讼,是对于所有许可行为都适用的,集会许可也不应该被排除。不仅如此,我们还可以直接适用第12条第一款规定:“(三)申请行政许可,行政机关拒绝或者在法定期限内不予答复,或者对行政机关作出的有关行政许可的其他决定不服的”,可以提起行政诉讼。况且,就《集会法》与《许可法》通过和施行的时间来看,《集会法》是前法,《许可法》是后法,在同一个问题上,法律有不同规定的,应该是后法优于前法,这也是一般法理。这样的解释,符合《集会法》之立法目的:“为了保障公民依法行使集会、游行、示威的权利,维护公共秩序和社会安定”(第1条)。在这里,“保障”和“维护”应该是矛盾的统一,但保障是首要的,维护秩序和安定,应该服从于保障的前提。由此可见,人民法院不受理的合法性是存在疑问的。

相比较而言,在“不许可-不受理”的决定中,行政机关的不许可模式固然是对于集会游行示威权利行使上的直接否定,但人民法院的不受理模式对于基本权利的负面影响更大。行政机关以“秩序”为目的否定基本权利时,其行为即处于“自由”的对立面,而法律给予的行政自由裁量权,加剧了这样的对立。从各国的实践来看,行政机关以主动、积极的姿态保护自由的现象比较少见,更多的是迫于法律的明确规定不得不这样做。但作为司法机关的人民法院不同,其与生俱来的定位即在于保护权利和自由,应该起到权利保护的最后一道防线的作用。特别是在基本权利层面,司法承担了更大的责任,人民法院的不受理决定,实际上使得公民通过诉权的行使来维护自由的机会被剥夺,失去了通过法律途径(而非其他途径)实现自由的可能性。诉权作为程序性权利是非常重要的,相关国际公约将其确定为人权,是具有理性基础的:实体性权利的保障需要程序性权利作为路径和手段。很多时候,人民法院对于自己角色的认知和定位是有问题的。人民法院是权利救济机构,区别于行政机关,而当人民法院将自己等同于行政机构时,行政权与司法权在事实上成为一个权力,或者说,看上去是两个机构在行使两个权力,实质上是一个机构在同时行使这两个权力,或者根本上司法权也是行政

权,结果就可想而知了。或许这正应了孟德斯鸠的经典判断:“如果司法权不同立法权和行政权相分离,自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一,法官便将握有压迫者的力量。”<sup>[1]</sup>

## 五、“不许可-不受理”困局的破解:宪法可以做什么?

根据宪法原理,在实行形式(主义)法治的状态下,法治与宪政之间的差异仅仅在于宪法是否也发挥了法律的作用——且是最高效力法律的作用,从法治到宪政只有一步之遥:宪法约束并控制法律,宪法的功能出现在法治的尽头。当形式上的合法性应该受到质疑时,宪政就应然而至了。可能问题的关键在于:宪法怎么起作用?在我国《宪法》所确定的宪法监督体系下,全国人大、全国人大常委会均负有宪法监督的职责,其中,全国人大常委会负有日常的宪法监督责任,《宪法》第67条规定的全国人大常委会的职权之第一项即是“解释宪法,监督宪法的实施。”学界一般认为这是对我国宪法审查制度之立法机构模式的最明确的设定。《立法法》则更进一步,确定了法律的“适用与备案审查”机制(第五章)。那么,现行制度为破解“不许可-不受理”的权利困局的路径是什么呢?

如上所述,“不许可”决定更多地涉及到实体性的规范,《集会法》关于集会游行示威的规定本身存在问题。按照《宪法》,全国人大有权“改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定”(第62条),《立法法》规定,“全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律”(第97条),可见,可以改变或者撤销《集会法》的机构是全国人大,当然,全国人大常委会也可以自行修改。这里的问题是,谁有权力提请全国人大来修改这部法律?从《宪法》和《立法法》的规定来看,包括国务院、最高人民法院、最高人民检察院、省级人大常委会在内的国家机构,仅限于对行政法规以下的法律规范的合宪性、合法性提出审查要求,对于法律(狭义)的合宪性问题,这些机构没有权力提出审查。《全国人民代表大会组织法》第9条规定:“全国人民代表大会主席团,全国人民代表大会常务委员会,全国人民代表大会各专门委员会,国务院,中央军事委员会,最高人民法院,最高人民检察院,可以向全国人民代表大会提出属于全国人民代表大会职权范围内的议案,由主席团决定交各代表团审议,或者并交有关的专门委员会审议、提出报告,再由主席团审议决定提交大会表决。”根据第10条规定,一个代表团或者三十名以上的代表,也可以向全国人民代表大会提出属于全国人民代表大会职权范围内的议案。显然,上述全国人大主席团等机构、人大代表和代表团有权力提出修改议案,这是合法途径。不过,这些机构以及人大代表或代表团提出修改的动力有多大(正如全国人大常委会自行修改《集会法》的动力有多大),都是不确定的。当然,我们有理由期待全国人大常委会对《集会法》的修改,毕竟全国人大常委会对于《刑法》的修改做出了“自我修正”的实践,((《刑法修正案(九)》)整体上是符合“国家尊重和保障人权”的宪法原则的。

那么,从宪法的角度看,《集会法》的规定在哪些方面需要修正呢?第一,是否对集会游行示威权利的行使规定许可制进行再衡量。从世界各国的规定来看,对于集会游行示威有许可制(比如美国的不少州)和登记制(比如德国)两种制度<sup>[2]</sup>。一般认为,登记制更有利于集会权利的行使,对集会权利的限制也更小,当然,在一些实行许可制的国家或者地区,95%以上的集会申请都可以获得许可的情况下,许可制和登记制之间的差异并不明显。这里的关键在于:若实行许可证,必须对不许可的情形作出严格的规定,客观上使得行政机关的自由裁量权的范围极小,“迫使”行政机关批准许可;如果行政

[1][法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,[北京]商务印书馆1961年版,第156页。

[2]准确地说,德国是一般登记制+特殊许可制,《德国基本法》第8条规定:“一、所有德国人均有和平及不携带武器集会之权利,无须事前报告或许可。二、露天集会之权利得以立法或根据法律限制之。”

机构不予许可,则极易导致其行政行为违法的结果——通不过法院的司法审查。第二,增加申请人对于行政机关的不予许可的决定可以提起行政诉讼的规定。如前所述,人民法院普遍将《集会法》第13条的规定解读为申请人没有提起行政诉讼的权利,实际上这样的解读是存在问题的,没有规定可以提起诉讼不等于没有权利提起诉讼;再者,《许可法》关于当事人提起复议和诉讼的规定,客观上已经弥补了《集会法》第13条规定的不足。然而,要让人民法院“名正言顺”地受理,或者说,要让人民法院的不受理决定没有理由,最合适的做法是在《集会法》中以条文的方式规定申请人对行政机关的不许可决定可以向人民法院提起行政诉讼。

在当下,可能更现实的问题是:在《集会法》尚未得到修正的情况下,如何改变现在的状态?

笔者以为,人民法院的宪法自觉至关重要,即人民法院在涉及基本权利行政诉讼案件的处理上,应该具有宪法立场。这要求人民法院对于实体法和程序法的理解需要符合宪法的文字和精神,通过宪法来理解相关法律和相关条款,对于所适用的法律作合乎宪法的解释和理解。在这方面,德国的实践可以给我们有益的借鉴<sup>[1]</sup>。具体到本文讨论的集会类行政许可案件,对于《集会法》第13条的理解即很关键,作出符合宪法的理解,则不会否定申请人提起行政诉讼的权利;对于《行政诉讼法》第12条作符合宪法的解释,则不会将这类案件排除在人民法院的受案范围之外,作出不受理的决定<sup>[2]</sup>。更进一步看,在受理了这类案件之后,在诉讼过程中,即会对被诉行政行为(不许可决定)作出实质性的审查,而不会如表2中的“刘志松与南充市公安局顺庆区分局治安行政许可案”,法院将许可和不许可看作是行政机关的绝对权力,集会游行示威许可与否,是行政机关的权力,完全由行政机关进行判断,人民法院不介入。按照这样的解释,那么申请人提起行政诉讼的意义何在?在判断行政机关适用法律法规是否正确的问题上,法院若只是看到行政机关所做的行政决定有法律依据即判断其适用正确的话,那么几乎所有行政行为都是正确的。法院不仅应该说明行政机关作出不许可决定的合法性到底是什么,还应该说明合法性能不能成立;在认定公共秩序问题上,行政机关不许可决定与维护公共秩序之间的内在关联是否存在,维持行政机关不许可决定的理由才可能是令人信服的。从整个人民法院系统来看,作为最高审判机关的最高人民法院,负有更重要的宪法职责。当地方各级人民法院在集会案件审理过程中对于法律的理解有偏差的时候,最高人民法院应该发挥最高审判机关“统一法律适用”的功能,一个简单宜行的做法是:通过确定指导性案例,明确对这类案件作出受理决定的根据,从而为各级法院提供指导。比如,表2的“刘志松与南充市公安局顺庆区分局治安行政许可案”,撇开维持行政机关决定的行政判决结论,受理决定本身是应该被肯定的,可以考虑作为指导性案例。

另外,全国人大常委会解释宪法的功能也有待发挥。从规范层面看,制定《宪法解释法》是启动宪法解释程序机制的基本途径<sup>[3]</sup>,可以有效落实《宪法》第67条。就司法过程对于保护基本权利的重要程度而言,允许人民法院向全国人大常委会提请宪法解释十分必要。中国人民大学宪政与行政法治研究中心提出的《宪法解释程序法(专家建议稿)》<sup>[4]</sup>,对“具体审查性解释的请求主体”作了规定,第10

[1]参见[德]斯特凡·科里奥特:《对法律的合宪性解释:正当的解释规则抑或对立立法者的不当监护》,田伟译,〔上海〕《华东政法大学学报》2016年第3期。

[2]侯宇教授在评议意见中提出,在《行政诉讼法》框架内,一个较为切实的解决途径是:用该法第2条来扩张解释第12条,进而将第2条中的“合法权益”涵盖基本权利。这一观点具有启发性和建设性。

[3]参见马岭:《我国宪法解释的程序设计》,〔武汉〕《法学评论》2015年第4期。

[4]参见韩大元等:《〈中华人民共和国宪法解释程序法(专家建议稿)〉及其说明》,http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=10166,2015年1月28日访问。

条第1款的内容是：“地方各级人民法院、专门人民法院(或法官)在审理案件过程中,认为所适用的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章等规范性文件同宪法相抵触的,应裁定中止诉讼程序,提请最高人民法院,由最高人民法院决定是否向全国人民代表大会常务委员会提出解释宪法的请求。”这个思路具有合理性:一来,肯定了人民法院在案件审理过程中对所适用的法律规范的审查权力(也是责任),这一权力是审判权的重要部分,也是人民法院受到宪法约束(宪法至上)的体现,被成文宪法国家,特别是采用“专门审查模式”的成文宪法国家所普遍接受;二来,强调了最高人民法院的特殊作用,“由最高人民法院决定是否”提出解释要求,意味着最高人民法院在审查问题上有先行判断的权力,这符合最高法院的功能定位,同时避免了可能出现的不必要的解释请求。不过,这样的规则安排也有缺失之处,比如集中到最高人民法院,固然有利于问题的统一解决,但司法效率上或恐有失,因此,规定由各级人民法院直接提请全国人大常委会也是可行的。这样安排除效率上可以提升之外,也有利于对各级人民法院法官的宪法素养的培养,从而提升所有层级法院的宪法责任意识——在我国,最高人民法院和地方各级人民法院都是宪法机构<sup>[1]</sup>,具有宪法地位,都负有宪法职责,属于宪法实施主体,而不仅仅是最高人民法院<sup>[2]</sup>。同时,为了达到这样安排的目的,可以规定各级人民法院在提请解释时,必须有“确实的根据”,或者以“确信其(所适用的法律规范)违宪”作为前提条件,并要求附以详尽的案件说明和违宪理由的提请解释的申请书。

## 六、结 语

总结以上讨论,集会游行示威是《宪法》明确规定的权利,却被行政过程和司法过程所吞噬,自由无处显现,宪法在应然层面的规范效力仍然没有得到落实,尚未成为权利保护的利器。自由要得到保障,必须用宪法来型塑司法,这个过程不可回避。法治发达国家的经验表明,自由受保障的程度,在很大程度上取决于司法服从于宪法(受到宪法约束)的程度。“当一个国家开始接近于实现其最充分的能动主义潜质的时候,司法与行政便开始融合。如果说在一个彻底的‘无为而治’型的国家中,所有的活动,包括行政活动,都带有一定的审判色彩的话,一个完全的能动型国家的所有活动,包括审判活动,便都带有一定的行政色彩。”<sup>[3]</sup>中国司法到底应该呈现出什么样的“面孔”,是成为行政的“共谋”,充当“政策实施”者的角色,还是摆正自己的宪法位置,以解决纠纷和救济权利为己任,是一个需要认真对待的问题。

[责任编辑:钱继秋]

[1]参见王建学:《地方各级人民法院宪法地位的规范分析》,〔北京〕《法学研究》2015年第4期。

[2]参见赵娟:《中国宪法的成文性质与司法适用》,〔北京〕法律出版社2015年版,第108-136页。

[3][美]米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔:比较视野中的法律程序》,郑戈译,〔北京〕中国政法大学出版社2015年版,第115页。