法学论坛

文章编号: 1008 - 4355(2015) 01 - 0048 - 10

集会游行的事先程序限制

——兼论我国立法之完善

王江伟

(江西省委党校,江西 南昌 330003)

摘 要: 集会游行法上的许可制和报备制属于对集会游行权最初发动的事先程序限制,采许可制或报备制是区别各国和地区规制集会游行立法例的主要方法。不过,无论是采许可制或是报备制的立法例,其表现形态又存在多种可能,有的许可制立法实为报备制,而一些采报备制的立法又近似于许可制。两者的区别主要在于对权利行使的限制程度不同,而非两种性质截然对立的制度。我国 1989 年颁行的《集会游行示威法》因采非准则主义许可制,导致对公民行使该权利的限制较严,也致使无法透过该法律来规制现实中出现的大量聚众集会游行活动。立法后二十多年来的实践表明修订该法的"历史时刻"已经到来。从现实情况考量,对该法的修订仍可以采许可制,但从保障人权的长远考虑,则应朝报备制的方向发展及完善。

关键词: 集会游行; 许可制; 报备制; 立法规制

中图分类号: DF21 文献标识码: A DOI: 10.3969/j.issn.1008 - 4355.2015.01.06

引言

我国经济高速发展的背后,或隐或显地存在着诸多亟须解决的社会问题。经过改革开放三十多年来经济的高速增长,人民群众日益增长的物质文化需求同相对落后的社会生产力之间的矛盾已大为缓和; 但同时,公民对基本权利保障的需求,同我国现行权力结构方式及内容的不相适应性亦日渐明显。因此,如何缓和人民群众日益增长的基本权利需求与保障空间逼仄的制度体制之间的矛盾就成为我国改革开放三十年来历经高速经济发展之后如何保持社会转型平稳过渡和社会秩序有效维持的关键所在。

集会自由系核心人权之一,也是世界上绝大多数国家宪法所保障的基本权利。对于社会上无法利用和接近媒体,属于社会、经济和政治弱势群体的人群,保障其以集体行动的方式,表达意见以引起公众关注,这是集会自由权存在最有价值之所在[1]。但我国的实践表明,由于制度空间的限制导致该权利并没有在社会中发挥其应有的价值。由是,基于当下群体性事件频发的背景,为弥补民众

收稿日期: 2014 - 12 - 01

基金项目: 2011 年度国家社会科学基金项目"防范和化解群体性事件中暴力因素对策研究"(11CZZ025)

作者简介: 王江伟(1988 -),男,江西丰城人,江西省委党校政治学教研部讲师,法学博士。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

利益表达渠道的不足,诸多学者也在呼吁应适度开放集会游行的制度空间。①但是对于如何操作,则缺少必要的深入讨论。考察各发达国家和地区,其对待集会自由均较为慎重,相应立法也是几经修订而臻于完善。概因该权利的行使实在易对社会秩序造成影响,故在立法上对该权利的行使加诸了各种限制条件,以竭力化解权利保障与秩序维持之间的矛盾。鉴于我们在集会权利行使与应对措施上缺乏经验与足够认识,实践中也确有集会游行导致违法失序发生的现象存在,②为将集会游行导入良性有序和法治轨道,也为消除对集会游行必将导致违法失序的过分担心,精研比较各发达国家和地区立法如何限制集会游行的制度设计以完善我国立法,至为重要。本文即是对此项工作的初步探索。

各发达国家和地区规制集会游行的立法例均有各种各样的限制规定,但一般对集会自由权的限制主要有事先预防制和事后追惩制两种。事先预防制是指集会游行组织者应于该集会游行举办前事先获得主管机关的许可同意或向其报备相关事项;事后追惩制则无须事先申请许可或报备,只是在集会游行中若有违法行为发生时,事后再对当事人或组织者予以惩罚。前者主要针对室外集会游行,后者多仅适用于室内集会。各国和地区有关集会游行的立法,多系规制室外集会游行,因此普遍采用事先预防措施的许可制或报备制,这亦成为区别各立法例的主要特征。不过这仅是一般性的区分,实际上各国和地区规制集会游行的立法形态各不相同,需要更为细致的具体分析。

一、集会游行的许可制

许可制是指集会游行活动,须事先经主管机关依法审核许可后方可举行。在许可制下,集会游行活动自始即处于被禁止状态,因许可申请被许可,此禁止状态始被解除。不过,这仅是理论上的一种定义,实际情况依各立法例而很有差别。在西方发达资本主义国家中,采许可制的主要为美国和日本。

美国在1941年的考克斯诉新罕布什尔州(Cox v. New Hampshire)一案中,曾判定新罕布什尔州规定在公共街道上举行公共集会或游行须获得事先许可的法律合宪,由此确立了对集会游行活动"使用事先限制的牢固和有益的先例"[2]。在美国,由于涉及公民权利与公共秩序维护的立法权属于地方政府所有,因此联邦并无规制集会游行的统一立法,而各地规制集会游行的立法则各有不同。以圣弗朗西斯科和纽约两市为例,在圣弗朗西斯科,公众集会无需申请许可。但使用扩音设备的公众集会则需获得使用扩音设备的许可。而对于游行,则需在至少60天之前向警察部门申请许可。纽约市对于公众集会的规定与圣弗朗西斯科相同,但对于游行,则规定应至少在36小时前向市警察部门递交书面许可申请[3]。美国虽然通过判例宣称许可制并不违宪,各州也有法令规定集会游行应事先申请许可,但仅认可基于对集会游行的"时间、地点和方式"的事先限制且未申请许可并不当然构成违法,故也有学者认为美国实属"报备制"[4]。

在日本,关于聚众活动的立法与执行,也分属于地方公共团体(即地方政府)。地方公共团体依据《地方自治法》分别制定《关于集会、集团行进(即游行)、集团示威运动之条例》(俗称"公安条例")。如东京都《集会、集团行进及集团示威运动有关条

① 这方面的讨论文献,参见:许章润.多元社会利益的正当性与表达的合法化——关于"群体性事件"的一种宪政主义法权解决思路[J].清华大学学报:哲学社会科学版,2008,(4);刘仁文.尽量批准合法游行,有利引导公民理性[N].南方周末,2010-01-20(A06);单光鼐.尽快开启越来越逼近的制度出口[N].南方周末,2010-02-04(F31);侯健.群体性表达事件的法律治理[J].法商研究,2010,(3);杨海坤.群体性事件有效化解的法治路径[J].政治与法律,2011,(11);杨海坤.我国群体性事件之公法防治对策研究[J].法商研究,2012,(2).

② 典型的如2012年发生的反日游行示威,对于该游行示威中呈现暴力化、民粹化的报道见诸于各大网络,不过对此进行的相关学理讨论却非常少,仅有的讨论可参见:周赟.政治化:司法的一个面向——从2012年"涉日游行示威"相关案件说起[J].法学,2013,(3);余亮.反日游行中的"被遗忘者"[J].文化纵横,2012,(6).

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

例》[5]（以下简称为《东京都条例》），该条例第1条规定“在道路及其他公共场所举行集会或集团行进时，或不问在任何场所举行集团示威运动时，应经东京都公安委员会之许可。”据统计在日本六十个地方相关法规中，除七个地方政府采通知报备之法制外，其余五十三个均采有条件之许可制[6]。因多数地方政府规制集会游行的立法采许可制，所以在日本曾引发对于许可制是否违宪的争论。这些争论在1960年7月20日“东京都公共安全条例案”中得到了彻底解决。该案判定许可制合宪，但是其又特别指出“吾人必须就条例之整个精神，从性质上，作机能性之考量。……本条例文字上之规定，固采用许可制，但实质上却与申报制（即报备制），并无二致。”[7]因此，日本对集会游行的规制只具有许可制的形式特征，实际上接近于报备制。

我国于1989年10月颁行《中华人民共和国集会游行示威法》（以下简称“《集会游行示威法》”），该法第7条规定“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。”我国台湾地区“集会游行法”①（以下简称为“台湾集会法”）第9条亦规定了举行室外集会游行应向主管机关申请许可。祖国大陆和我国台湾均采许可制，不过台湾地区自1988年制订集会法以来，要求将许可制改为报备制的呼声就一直不断，目前已出现多个改采报备制的修法版本，加之社会各界的积极推动，台湾集会法采报备制将会变成现实。

现具体以日本《东京都条例》和我国“台湾集会法”的立法为例，介绍许可制的有关规定。

（一）申请许可的时间

《东京都条例》规定举行集会游行应在举行日72小时前递交申请（第2条）；我国“台湾集会法”在1988年最初制定时规定举行集会游行应在举行日7天前递交申请（第9条），后在1992年修法时将该条规定改为在举行日6天前递交申请即可。要求事先申请的做法无疑会扼杀偶发性集会游行这一类集会游行形态，不过目前日本和我国台湾地区均有保障该类集会游行的措施。日本通过判例确立了对该类集会游行的保护，早在1951年的福冈高等法院的判决中即指出“温和的聚众活动或示威运动，在宪法保障下，任何人均得为之，不得单以事前未提出申报，违反形式上的程序，予以禁止或镇压。”[7]123因此，未申请许可的偶发性集会游行在日本仍然可以举行。而我国台湾地区也通过修改“台湾集会法”在某种程度上实现对偶发性集会游行的保障，其在2002年修法时在第9条的一般性规定后又规定“但因不可预见之重大紧急事故，且非即刻举行，无法达到目的者，不受六日前申请之限制”，其目的即在于保障偶发性集会游行。我国《集会游行示威法》第8条规定举行集会游行示威应在5日前向主管机关提出申请，单就时间规定而言比，是较为进步的，因为此一时间规定的越短，越有利于公民行使该权利。

（二）申请许可的事项

采许可制的立法例均要求在申请书中载明相应事项以供审查，为便于比较，兹列表比较日本《东京都条例》和我国“台湾集会法”的相关规定如下：

东京都条例（第2条）	“台湾集会法”（第9条）
1. 主办人之住所、姓名（第1款）；前款主办人居住于举行地之区、市、町、村以外时，该区、市、町、村内联络负责人之住所、姓名（第2款）	1. 负责人或其代理人、纠察员姓名、性别、职业、出生年月、身份证统一编号、住居所及电话号码（第1款）
2. 集会、集团行进或集团示威之日时（第3款）；目的及名称（第7款）	2. 集会、游行之目的、方式及起讫时间（第2款）
3. 路线、场所及其缩略图（第4款）	3. 集会处所或游行之路线及集合、解散地点（第3款）
4. 预定参加团体之名称及其代表人之住所、姓名（第5款）；预定参加人员（第6款）	4. 预定参加人数（第4款）
	5. 车辆、物品之名称、数量（第5款）

由上表可知，日本和我国台湾地区之立法对集会游行的审查内容主要为：集会游行参加者、集会游行的时间、地点和方式，且采取的是逐项列举立法的方式。比较我国《集会游行示威法》，该法第8

① 该法于1988年1月20日制定颁行，分别于1992和2002年做了两次修订。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

条对许可申请事项做了如此规定,即"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理、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。"首先从立法形式上看,该法虽也采取列举的方式,但非逐项列举,而是统一规定在一条法律文中。其次从立法内容上看,该条规定"标语和口号"也要在申请书中载明以供主管机关审查,此涉及对集会游行之表达内容的实质审查。

(三)许可或不予许可的规定

立法上对许可制的规定有多种方式,而规制集会游行的许可主要有"原则许可,例外禁止"和"原则禁止,例外许可"两种,前者可称之为"附禁止保留的许可"或"准则主义许可";后者可称为"许可保留的禁止"或"例外许可"[8]。《东京都条例》和我国《台湾集会法》的规定均属于"原则许可,例外禁止"的"准则主义许可",即在此种许可制下,除非存在例外不予许可的情形,则申请集会游行一般都会被许可。如《东京都条例》第3条规定"公安委员会有依前条规定之申请时,除明确可认集会、集团行进或集团示威运动之实施,对公共安宁之保持及于直接危险者外,应予许可。"该条规定表明,除附禁止许可的情形外,其它许可均应受理。而对禁止许可情形也设定了明确的限定,其中"明确可认"、"直接危险"的定语是对行政裁量权滥用的防御,也体现了法律保留的明确性原则。我国"台湾集会法"与《东京都条例》的规定类似,其第11条规定:"申请室外集会、游行,除有左列情事之一者外,应予许可。"于1998年的大法官释字第四四五号解释中,该条规定被解释为"申请集会、游行,苟无同条所列各款情形,主管机关不得不予许可,是为准则主义之许可制。"[9] 2002年在对该法进行修订时,在该条之下所列举的不予许可的情形中,对其中的两项规定也增加了"明显"、"有明显事实足认为"的定语①,其目的同样是要限制行政机关的自由裁量权。

对比我国《集会游行示威法》,该法第12条规定"申请举行的集会、游行、示威,有下列情形之一的,不予许可。"若从该句文意观之,法律仅规定了不予许可的情形,至于在这些不予许可情形之外的集会、游行和示威是否应予许可,法律并未规定。依该条规定并不能径直判断我国采取的是何种许可制,因为对法律未言明的内容可以做两种解释,其一解释为除列举的不予许可情形之外,也未必许可;其二解释为除列举的不予许可情形之外,应予许可。至于立法者的意旨,则还需根据整条文意判断。在该条之下,法律列举了四项不予许可的情形,分别是:1. 反对宪法所确定的基本原则;2. 危害国家统一、主权和领土完整;3. 煽动民族分裂;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。一般而言,若依列举立法的方式,列举了不予许可的事项后,列举之外的应为许可。但对该条的立法意图却不能做这样的解释。因为该条的列举其实是不完全的,兹举两例做一说明。比如,如果提交申请许可时,未完全依该法所列举申请事项申请,是否应予许可呢?若按准则主义许可制进行解释的话,则应予许可,因为法律并未列举该情形为不予许可的情形。再比如,若两个或多个集会、游行和示威申请在同一时间、地点举行,是否应予全部许可呢?同样若依准则主义许可制,也是应予许可的。显然,一般立法均应明定对未按规定申请的,应告知其补正,不补正的不予许可。而对于同一时间和地点举行的集会申请,对后申请的不予许可。而现行立法对上述两种情形均未正面规定在不予许可的情形之中,但出现这两种情形时在现实中又显然是不会被授予许可的。因此,对该条的恰当解释就应是"除列举的不予许可情形之外,也未必许可"。由此可知我国《集会游行示威法》采取的是非准则主义

① 原来的规定是"有事实足认为有危害'国家'安全、社会秩序或公共利益之虞者"(第11条第2项;"有危害生命、身体、自由或对财物造成重大损坏之虞者"(第3项)。2002年修法时改为:"有明显事实足认为有危害'国家'安全、社会秩序或公共利益者";"有明显事实足认为有危害生命、身体、自由或对财物造成重大损坏者。"

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

许可制。

那么，立法未对上述两种情形列举在不予许可的事项内，有论者可能会指出，这两种情形可以归入第 12 条第 4 项规定的情形中，将其认定为“将直接危害公共安全或者严重破坏社会秩序”而不授予许可。但是，第 4 项系为主观判断的情形，而上述所举两例则为容易识别的客观事实。因而规定一个明确的不予许可的理由与规定一个需要进行主观性解释的不予许可的理由，前者显然优于后者。另外，如此规定是否可以解释为是立法者的疏漏呢？笔者以为，与其将其解释为立法者的疏漏，还不如解释为立法者在当时背景下所采取的一种立法方式。不言明不予许可情形之外的申请是否给予许可，表面上可使该立法看似对该权利未设置过分限制，但同时却又因其模糊性而赋予了行政机关较大的自由裁量空间。这四项不予许可的情形中，前三项规定的情形较好认定，应注意第 4 项规定。“有充分根据认定”、“直接危害”和“严重破坏”等限定语。该项规定与日本《东京都条例》以及我国“台湾集会法”的类似规定也并无太大差别。

（四）许可的变更、撤销或废止

《东京都条例》第 3 条规定，在“明确可认为公共安宁之保持有紧急必要”的情形下，可撤销许可或变更许可条件。我国“台湾集会法”第 15 条亦规定“室外集会、游行经许可后，因天然灾变或重大事故，主管机关为维护社会秩序、公共利益或集会、游行安全之紧急必要，得废止许可或变更原许可之时间、处所、路线或限制事项。”同时该条还规定如出现该法第 11 条所规定的不予许可情形之一时，应撤销、废止许可。这两个立法例均规定有变更、撤销或废止许可的情形。比较我国《集会游行示威法》，该法却未明确规定许可之后的撤销或废止的规定。但在第 11 条规定“主管机关认为按照申请的时间、地点、路线举行集会、游行、示威，将对交通秩序和社会秩序造成严重影响的，在决定许可时或决定许可后，可以变更举行集会、游行、示威的时间、地点、路线。”单纯从条文本身来看，我国《集会游行示威法》没有规定撤销或废止许可的情形，但这样的规定并非可有可无。如果经许可之集会游行，存在应予撤销或废止的情形时，若此时集会游行尚未举行，则撤销或废止许可能起到事先预防的功能；若此时集会游行已举行，对经撤销或废止许可之后的集会游行采取警察强制解散措施比径直采取警察强制解散措施更有法律依据。

（五）未经许可的法律后果

未经许可之集会游行包含：经申请未获许可、应经许可而未申请许可、偶发性集会以及许可经撤销或废止等四种[10]。未经许可而举行的集会游行的法律后果有两种。最为常见的是主管机关对其给予警告、制止或强制解散；在情节较为严重的情况下，可能会对组织者或参加者判处罚金或有期徒刑。如《东京都条例》规定对于未经许可的集会游行“得发出警告、制止；或采取其它纠正违反行为之必要措施”（第 4 条），并规定许可申请书记载虚伪事实提出申请，且未获许可或许可被撤销或废止的，则应对“集会游行的主办人、指导人或煽动人，处一年以下有期徒刑或五万元（日元）以下罚金”（第 5 条）。再如我国“台湾集会法”规定，应经许可之集会、游行未经许可或其许可经撤销、废止而擅自举行的，“主管机关得予以警告、制止或命令解散”（第 25 条第 1 款）。对于主管机关命令解散而不解散者，处集会、游行负责人或其代理人或主持人新台币三万元以上十五万元以下罚金（第 28 条）；对于主管机关命令解散而不解散，仍继续举行经制止而不遵从，对首谋者处二年以下有期徒刑或拘役（第 29 条）。

上述两种法律后果在我国《集会游行示威法》中亦有规定。依该法律，未依照本法规定申请或申请未获得许可的，人民警察应当予以制止（第 27 条第 1 款）；不听制止的，人民警察现场负责人有权命令解散；拒不解散的，该现场负责人有权采取必要手段强制驱散，并对拒不服从的人员强行带离现场或者立即予以拘留（第 27 条第 1 款）。第 28 条第 2 款第 1 项规定“未依照本法规定申请或申请未获

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

得许可举行集会、游行、示威的,公安机关可以对其负责人和直接责任人员处以警告或者十五日以下拘留。但是这两个条文的规定似有不一致之处。按前条规定,是根据未经许可的集会游行的情况而做出的循序渐进的应对规定,体现出行政执法应当符合比例原则,针对不同情形采取相应规制手段。而如若按后条的规定,则对于未经许可的集会游行,公安机关可以直接对其负责人和直接责任人员予以拘留,而不用事先给予警告或命令解散。因此在达成维护社会治安之目的与采取的执法手段之间,容易违反比例原则而采取过当措施。在对未经许可的集会游行给予刑事处罚方面,我国《集会游行示威法》第 29 条第 3 款规定"未依照本法规定申请或申请未获得许可,或者未按照主管机关许可的起止时间、地点、路线进行的,又拒不服从解散命令,严重破坏社会秩序的,对集会、游行、示威的负责人和直接责任人员依照刑法第 158 条的规定追究刑事责任。"而《刑法》第 158 条所规定的刑罚为"处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。"由此可见,法律对未经许可的集会游行的刑罚仅规定有自由刑而无财产刑,前者比后者的惩罚更为严厉,因而对集会自由的限制程度也更高。

二、集会游行的报备制

报备制是指举行集会游行无须经主管机关审核许可,只须向其报告或登记即可,故报备制也可称之为"登记制"。芦部信喜教授对登记制做过解释,其言"所谓登记制,就是依下等要件而成立的制度: 以集团行动本身完全自由为前提,行使该自由只要通知公共安全委员会就已足够、公共安全委员会负有原则上应予受理的义务,只能对此采取对应的交通整理等措施。"[11]

采报备制的典型国家有德国和韩国。《德国集会游行法》(以下简称"《德国集会法》")①第 14 条明确规定举行露天公开集会或游行,应向主管官署报告。韩国《集会示威法》②(简称《韩国集示法》)第 6 条第 1 款也规定任何人欲举行室外集会或示威,其应向主管警察局局长递交详细报告。此外,我国澳门地区采取的也是报备制,澳门法律《集会权及示威权》③明确规定"拟举行而需使用公共道路,公众的场所或向公众开放的场所集会或示威之人士或实体,应在举行前三至十五个工作日内,以书面形式告知有关市政厅主席。"(第 5 条第 1 款)

我国香港地区采用的是一种通知制度,其规制集会游行的《公安条例》④规定公共集会或游行均应在规定时间内向警务处处长递交书面意向通知(第 8 条和第 13A 条),在获得警务处处长所作的举行集会或游行的意向通知后方可举行该集会或游行(第 7 条和第 13 条)。这种通知制度也属于报备制,但《公安条例》的这一规定与严格意义上的报备制又有所不同,因其集会游行的前提必须是获得警务处长的意向通知而又接近于许可制。

至于英国和法国对集会游行的规制,则属于事先报备制与事后追惩制的混合。英国《公共秩序法》⑤(Public Order Act)仅规定了举行公众游行应提出书面申报(第 11 条第 1 款),而对于公众集会则未做申报要求,由此在英国只对公众游行采取的是事先预防的报备制,而对于公众集会则采取的是事后追惩制。法国在 1881 年 6 月 30 日颁布的《有

① 《德国集会法》最初系 1953 年 7 月 24 日制定,后于 1978 年 11 月 15 日第一次修订,1985 年 7 月 18 日第二次修订。(本文所引中译本参见: 朱源葆. 警察执行集会游行之法令与实务[M]. 2 版. 台北"中央"警察大学,1996.)

② 韩国集示法最早于 1962 年 12 月 31 日制定颁布,后经 13 次修订,最后一次修订本于 2007 年 12 月 21 日公布。本文所引版本为英译本: Assembly and Demonstration Act(2007 - 12 - 21, No. 8733)。

③ 1993 年 5 月 12 日颁布(编号为第 2/93/M 号),2008 年 12 月 18 日通过(编号为第 16/2008 号)。

④ 香港《公安条例》为《香港法例》的第 245 章,是主要用于管制、集会、游行、非法集结及暴动等的法律。其初订于 1967 年,后于 1997 年进行大量重新制订,并在此后经历了多次的修订。

⑤ 英国先后颁布 1936 年《公共秩序法》(Public Order Act 1936)、1963 年《公共秩序法》(Public Order Act 1963)和 1986 年《公共秩序法》(Public Order Act 1986)。(本文所引为: Public Order Act 1986。)

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

关公众集会法》①第 1 条规定举行集会可不经事先许可。后在 1907 年 3 月 28 日颁布的《有关公众集会法》第 1 条中也规定有“公众集会,不论目的,可不事先申报而集会。”而在其 1935 年 10 月 23 日颁布的《有关加强维护公共秩序之规定》第 1 条则规定“凡列队游行聚众,即所有在公共道路上之示威,均应事先申报。”从这些法律的规定可以看出,法国对公众集会采取的也是事后追惩制,而对于公共道路示威游行,则采报备制。

以下以德国和韩国的立法为例,介绍报备制的有关具体规定,并与许可制做一比较。

(一) 报备的时间

《德国集会法》规定应在举行集会游行的 48 小时前向主管机关报备(第 14 条)。

《韩国集示法》规定的报备时间是集会或游行前 720 小时至 48 小时(第 6 条第 1 款)。两者的规定大体一致,而之所以规定报备时间,主要是有两方面的考量:第一是通知主管机关集会游行的有关事项,若主管机关认为基于重要公共利益的考虑,则可以有时间通知集会游行组织者改变举行的时间或地点;第二是事先告知主管机关以便其为维持公共秩序和保障该集会游行的举行而有适当的准备时间。报备制与许可制的不同之处在于,许可是通过事先申请以获得对权利行使的解禁,而报备则是为了保障和便利该权利的行使而事先与主管机关进行沟通与合作。

(二) 报备的事项

《德国集会法》未列明应报备的事项,仅在第 14 条第 2 款中规定“报告时应陈明何人负责领导集会或游行。”但一般认为其报备的事项也应包括集会游行的时间、地点及路线[日325]。《韩国集示法》对报备事项的规定则非常详细,该法第 6 条第 1 款的第 1 项至第 6 项列明应报备的事项有:集会游行举行的目的、日期和时间、场所、参加人数、示威的方式、路线以及组织者和负责联络协调者的住址、姓名、职业、联络方式。这与前述许可制所规定的许可申请应列明的事项相比,两者的内容大体一致。

(三) 报备的受理

在申告制体制下,集会、示威本身是一种自由权利,集会、游行所要求的申告行为,只不过是一种通知行为,接受申告的主管机关只能受理申告而无权拒绝其举行[13]。因此,集会游行经报备后,便可举行。但也有规定禁止或限制的情形。德国集会法规定,在可得认识的情形判断下,集会或游行直接危及公共安宁或秩序者,主管官署得予禁止或课以特定义务(第 15 第 1 款)。《韩国集示法》规定,若报备事项不完善者,得指示其补正(第 7 条);若不补正完善者,主管机关得予禁止或限制(第 8 条第 1 款第 2 项)。若有两个集会或示威在同一场所举行且会产生相互冲突的,对后接受申报的集会或示威应予禁止(第 8 条第 2 款)。同时还规定,集会或示威煽动集体暴力、威胁、破坏、纵火等,对公共治安和秩序造成直接威胁,即使在接收该报告的 48 小时之后,仍得告知其组织者禁止该集会或示威继续举行(第 8 条第 1 款)。虽有这些禁止或限制,但因在报备制下集会游行经报备后便可举行,因此与许可制相比,报备制留给主管行政机关的自由裁量权空间要小很多。

(四) 未经报备的法律后果

《德国集会法》规定,未经报告的集会或游行,主管官署得予解散(第 15 条第 2 款)。不过,依联邦宪法法院的观点,未经报备的偶发性集会游行,不得经行解散,仍需视其是否对公共安全与社会秩序造成显然直接危害而定[日309]。而且《德国集会法》在其第四章的罚则部分,也未规定对未经报备的集会游行的惩罚,因此在德国未经报备的集会游行并不当然违法,也并不当然应受解散或禁止,端视其是否直接危害公共秩序而定。但这仅仅是德国报备制的规定,在韩国却并不如此。有韩国学者曾针对其当时的立法批评指出“万一在申告制(即

① 该法律及以下两部法律的中译本均参见:朱源葆. 警察执行集会游行之法令与实务[M]. 2 版. 台北“中央”警察大学,1996. 目前这三部法律在规范公众集会游行中仍然有效。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

报备制)之下,无申告之集会即被视为非法集会,这将使申告制变质为许可制。”[13]122但是至今《韩国集示法》仍然规定未经申报的集会或游行,应处二年以下或二百万韩元以下罚金(第22条第2款)。可见,在韩国不仅未经报备的集会游行属于违法,而且还会受到刑事处罚,可谓严厉。在我国香港的《公共条例》中,也有类似刑罚规定(见第17A条)。从处罚的严厉性角度而言,韩国和我国香港地区的报备制立法接近于许可制。由此可见,即使同为报备制,也有多种不同的立法规定。且举行集会游行,未经报备也未必就比未经许可所受的法律惩罚更轻。

三、对我国《集会游行示威法》修改之探讨

我国《集会游行示威法》的立法宗旨是“保障公民依法行使集会、游行、示威的权利”和“维护社会安定和公共秩序”。但二十多年来的实践表明,从保障公民基本权利的角度考虑,以及从依法规制已经出现的越来越多的聚众集会和群体性事件从而摆脱“运动式”的维稳模式考量,目前已经到了一个修订该法的“历史时刻”。那么,如何修订该法,是采许可制还是报备制呢?

就许可制与报备制对公民权利的保障而言,许可制不比报备制更能保障公民集会自由权的行使。许可是对禁止的解禁,非经许可不得为之,而报备则系基于公民权利行使的一种通知行为,为公民与行政机关的之间的一种沟通与合作,一经报备,即可为之。这是许可制与报备制两者之间的最大不同之处。至于其它方面的不同,则因各国和地区实际立法例的不同而有所区别,因此许可制和报备制只在保障公民权利的程度上有所差异,而非两种性质截然对立的制度,诚如法治斌教授所言,“将二者截然划分,非黑即白之做法,不仅有待商榷,亦无必要之实益[13]。因此,问题的关键不在于许可制或报备制的名目,而在于其实质的内容规定。

目前我国《集会游行示威法》虽然采许可制,且是非准则主义许可制,但经由制度设计的调整,许可制同样也可以保障公民集会自由权的行使。而且鉴于我国对于集会自由权较为陌生,以及政府尤其是公安机关应对民众集会游行的经验较为缺乏,基于现实情况的考虑,我国《集会游行示威法》仍然可以采用许可制,但需要在相关制度设计上做修改调整。

第一,应将现有的许可制改为“原则许可例外禁止”的准则主义许可制。宜将现行立法第12条改为“申请举行集会、游行、示威除有下列情形之一外,应予许可”。同时补充完善不予许可的情形予以列举,比如应再列举“多个集会游行申请在同一场所举行产生竞合和冲突的,对后者不予许可”、“不合申请事项规定的,不予许可”、“禁制区集会游行不予许可”等,同时设定撤销和废止许可的情形。总之,基于法律保留而对集会游行的限制,应符合比例原则,在开放许可与限制许可之间,不逾越所欲达成目的的必要限度。

第二,应对偶发性集会游行进行相应规定。在一般性许可制规定之下,应添加一项保障偶发性集会游行的规定。比如规定,在限定条件下的偶发性集会游行,可不受许可限制。当然偶发性集会游行虽不受许可的限制,但不意味着可以随时任意的举行,其仍需事先或即时通知主管机关(类似于报备),以便主管机关对偶发性集会游行有充分的准备。目前我国法律虽禁止偶发性集会游行,但现实已出现有不少偶发性集会游行的事例,这些事例大多以突发性的形态出现,公安机关以被动回应方式维持秩序,而结局则可能以违法失序收场,甚至出现严重的警察与群众之间的冲突。这种现象值得在立法上进行反思,并将偶发性集会游行纳入法律的调整范围。

第三,应将复议救济改为诉讼救济。我国目前应靠扩大行政诉讼受案范围来提高对集会游行权的保障程度。将复议救济改诉讼救济,不仅仅是保障公民的集会游行权利,更能使限制集会游行的界限和措施易被民众所接受。因为在现有法律规定

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

之下,行政机关既当“守门员”(公安机关负责许可),又当“裁判员”(同级人民政府负责复议),即使是公平公正的“判罚”也难以令人心服。而对于不予许可或者许可后又遭限制或解散的集会游行,藉由第三方的司法机关行使裁判权,民众较能接受,从而可以在实践中使民众了解集会游行的界限,合理行使该权利。

经由对现行立法所规定的许可制加以改进,可以使对公民集会自由限制过严或过当的情况得到适当的改善,在保障公民权利与维护公共秩序之间,取得较好的平衡。不过基于保障人权的长远考虑,我国《集会游行示威法》的修改完善方向应走向报备制①。其理由主要有三:其一,集会自由虽可限制,但不得侵犯其本质内容。在许可制下,主管行政机关握有较大的自由裁量空间,极易伤及该权利的行使。这在行政权居强势地位的大陆法系国家和地区体现的尤为明显,故德国和法国自始采报备制,日本虽名为许可制,但也实为报备制。其二,基于法律保留原则,虽可限制基本权利,但限制也有界限,即所谓“限制的限制”。欲使这种“限制的限制”发挥作用的制度化机制即为违宪审查制度[14],而我国目前具有实效性的违宪审查制度不够完善,从而使立法侵犯公民基本权利的情况得不到有效制约。因此在很大程度上也使得本意为限制行政权力的法律保留原则反倒成为了依法滥用行政权力的合法外衣。第三,许可制与报备制同为事先预防制,均具有对集会游行的事先预防功能,两者的区别在于对集会游行限制的程度不同,因此依行政法的比例原则,应在比较中选择对公民基本权利侵害最小者而为之。基于上述三点理由,从保障人权的长远考虑,我国《集会游行示威法》应以报备制为修改方向。

综上所述,从保障公民基本人权的长远考虑,我国《集会游行示威法》当朝着报备制方向发展完善,而基于目前现实情况的考虑,仍可以采行许可制。唯应当对目前的许可制立法加以改进,以使民众方便行使集会自由。具体讲,一方面可使民众在实践中了解和认知该自由权的边界,由此民众的集体行为逐渐走向规范和有序;另一方面,政府在此过程中亦能增强应对民众集会游行之经验,从而更为有效地维护社会秩序。

四、结　语

集会自由系属表达自由,在现代民主社会中具有重要的价值功能,故受各国宪法及国际人权公约所保障。但该自由权的行使又极易与公共秩序的维护发生冲突,故需要对其施加必要的限制。许可制和报备制即为限制集会自由的两种主要立法模式,但许可制较报备制而言,对集会自由的限制更为严格。我国《集会游行示威法》在经历三十多年的经济高速发展的背景之下,当下社会涌现出来的矛盾与问题越来越多,民众权利意识日渐觉醒且权利需求日益高涨,各种集体表达行为不断发生乃至于不断升级,这构成为我们探讨集会自由之法律限制的新的时代因素。对政府而言,过于严格地限制集会游行的做法需要改变,因为不容忽视的现实是,民众的集体行动若得不到有效的法律规范和疏导,势必会导致某种程度的社会失序。因此当下迫切需要在比较借鉴各国和地区立法例的基础上,确立起集会自由的法律界限和保障范围,改变现行法律对集会游行这一公民表达方式的规制不完善状态,裨使在保障公民集会自由与维护社会秩序之间达致适当的平衡。JS

参考文献:

[1] 李震山. 集会游行之和平原则与集会自由权之保障[J]. 警学丛刊,1992,(1):55.

[2] Harry Kalven, Jr. Concept of the Public Forum: Cox

① 早在我国《集会游行示威法》制定之初即有学者提出该法应采报备制。不过其理由是针对各地管制集会游行的地方性立法而言的。(参见:傅革. 集会、游行、示威立法势在必行[J]. 法学,1989,(1).)

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

v. Louisiana [J]. Sup. Ct. Rev. ,1965,29(1).

[3] Cheung Wai-lam. Regulation of Public Meetings and Public Processions in San Francisco, New York and London [M]. Hong Kong: Legislative Council Secretariat, 2003.

[4] 李震山. 民主法治国家与集会自由 [C] //李震山. 人性尊严与人权保障. 台北: 元照出版公司,2009: 321.

[5] 彭绍瑾. 群众与集会游行之研究 [M]. 台北: 桃园地方法院检察处,1989.

[6] Lawrence W. Beer. Freedom of Expression: The Continuing Revolution [C] // Percy R. Luney et al. Japanese Constitutional Law. 1993: 227.

[7] 陈春林. 日本对于聚众集会、游行、示威等活动的管制 [J]. 警学丛刊,1987,(4): 119.

[8] 苏永钦. 高成炎等申请释宪案的法律意见书 [C] //台湾"内政部". 集会游行法有否抵触"宪法"等释宪案相关资料辑要,1999: 228.

[9] "司法院"大法官释字第四四五号解释 [C] //台湾"内政部". 集会游行法有否抵触"宪法"等释宪案相关资料辑要,1999: 17.

[10] 蔡震荣. 集会游行法修法之探讨与建议 [C] //政治思潮与国家法学——吴庚教授七秩华诞祝寿论文集. 台北: 元照出版公司,2010: 354 - 356.

[11] 芦部信喜. 宪法 [M]. 3 版. 林来梵,等,译. 北京: 北京大学出版社,2006: 188.

[12] 李宽熙. 韩国《集示法》之法理探讨 [J]. 朱元葆,金衡睦,译. 警学丛刊,1988,(19): 121.

[13] 法治斌. 集会游行之许可制或报备制: 概念之迷思与解放 [C] //法治斌. 法治国家与表意自由. 台北: 正典出版文化有限公司,2003: 353.

[14] 林来梵. 宪法学讲义 [M]. 北京: 法律出版社,2011: 245.

Permission System and Prior-notice System of Assembly and Procession: On Modification of Assembly Law in Our Country

WANG Jiang-wei

(The Party School of Jiangxi Provincial Party Committee, Nanchang 330003, China)

Abstract: Both permission system and prior-notice system are prior restraints for freedom of assembly, and used to identify the character of laws for regulating meetings and parades in all countries and regions. The main difference lies in the decree of guarantee freedom of assembly, rather than two kinds of opposite system. Because the "Law of PRC on Assembly, Procession and Demonstration" has limited citizen's freedom of assembly so strictly that hardly can people access permission to meetings or parades. Therefore, permission system can be adopted at present, and prior-notice system shall be our target in the future from the perspective of protecting human rights in the future.

Key Words: assembly and procession; permission system; prior-notice system; legal regulation

本文责任编辑: 林士平

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net