

# 哭泣的权利

## -----上访救济在中国的命运

贺海仁

**【内容提要】** 上访救济作为独特的公力救济形式在相当长的历史时期发挥了重要的功能。二十世纪九十年代以来，上访救济的功能发生了实质性变化，从“上访”走向“下访”，从“千方百计上京城”到“依法就地解决问题”预示着上访救济在国家治理结构中地位的衰落。在上访制度存废论的背后，政府作为“全职全能”的角色正在发生变化，不过，淡化软性上访权，分置硬性上访权，仍需要在制度上处理好“审判审判者”的问题，对领导审批案件的批评和对司法救济的谨慎张扬仍然是必要的。

**关键词：** 上访 权利 救济

### 一、京控、上访与权利救济

京控制度在我国源远流长，汉朝早期就已实施疑难案件上呈御前审判制度，至少从隋朝开始，京控人可以进京告御状。清代沿袭古制，原则上准许百姓上访京城告御状。清初叩阍的地方通常在通政司、登闻院两处，分别称为告“通状”和“鼓状”，后登闻鼓并入通政司。但除刑部外，有权接受叩阍的部门还有都察院、五城察院、顺天府、

步兵统领衙门，旗人还可以到八旗都统、佐领处控告。<sup>1</sup>在中国传统法律文化背景下，京控的话语和实践，包含着特定意义上的关于权利救济的制度信息。“京控既是启示的工具又是补救的工具，这种双重性质，解释了何以在一个奉行认为诉讼有损和谐的儒家思想的社会要有一个延续诉讼存在的机制。”<sup>2</sup>就京控的启示功能而言，京控显示出它作为国家治理功能的特征。这是一种独特的国家治理方式，是一种可以称为“案例治国”的技术，通过对少量但包含了异常丰富信息的案件的裁决，京控发挥着统治者尤其是最高统治者体察民情、了解民意、监督官吏、抑制冤情的重要职能。然而，从京控人的角度看，京控的补救功能更为重要，实现个体正义的需求鼓励和激励着京控人千辛万苦地从事京控活动，从这个意义上讲，京控是中国人传统实现实体正义的特殊方式。

在现代社会中，权利是关于正当事务的指设性概念，一旦权利受到侵害，权利所指设的正当事务就会遭到扭曲。不过，权利也是一个实践性概念，是康德所说的人与人外在的实践的关系<sup>3</sup>，权利遭到侵害同时意味着权利所确立的关系遭到破坏。因此，还原正当的事务，恢复和谐的关系，就成为救济的基本价值和目标。从历史实践看，救济的方式分为私力救济、公力救济和自力救济三种。<sup>4</sup>私力救济是一方当事人按照自己的意志、能力解决争议的方式，不论争议具有怎样

---

<sup>1</sup> 参见张晋藩：《清代法制史》，中华书局1998年版，第620页；

<sup>2</sup> 欧中坦：《千方百计上京城：清朝的京控》，谢鹏程译，载贺卫方等编：《美国学者论中国法律传统》（增订版），清华大学出版社2004年版，第514页。

<sup>3</sup> 参见康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆2001年版，第39页；

<sup>4</sup> 关于私力救济、公力救济和自力救济的划分及其相互关系，参阅贺海仁博士论文：《权利救济的基本结构及其转型》；

的性质，对案件是非曲直的判断均建立在一方当事人意志或能力可以支配的范围内，也就是说，当事人一方当然是当事人，但已是处理自己案件的裁判者。只靠当事人一方就能解决争议或令争议搁置鲜明地体现了私力救济的特征，这与公力救济形成强烈地反差。在公力救济的结构当中，在当事人之上明显地存在一个“他者”，这个“他者”运用自己的权力和智慧以“中间人”的身份解决争议。但是，重要的不是有一个“他者”，而是“他者”依据了自己的规则。如果“他者”在裁决案件时受到一方当事人的支配或与本案有直接或间接的利害关系或仅根据一方当事人的意见作出裁决，从效果上看，这类案件仍属于私力救济。公共裁判机构的出现以及它所依据的公共规则克服了私力救济的固有弊端，使救济规则的性质从当事人一方的意志转变为公共意志。自力救济建立在当事人之间合意的基础上，在这种情况下，处理案件的规则出自于当事人自愿交易和相互妥协，不论是当事人一方意志的强制（如私力救济），还是来自于公共意志的强制（如公力救济）在这里均不存在。

京控在运行方式上排除了京控人使用私力救济和自力救济的方式，而转向寻求“他者”的路径，只不过，京控所寻求的“他者”通常是国家的最高权力机关，在某种程度上，它是以皇帝或皇帝的影响为中心而实施的救济方式，“无论何种情形，京控的目的是一致的，即争取皇帝对本案的关注。”<sup>5</sup>“千方百计上京城”正是京控人诉诸最

---

<sup>5</sup> 欧中坦：《千方百计上京城：清朝的京控》，谢鹏程译，载贺卫方等编：《美国学者论中国法律传统》（增订版），清华大学出版社2004年版，第517页。

高权利机关的社会写照。不过，京控虽然是公力救济的重要形式，却不是唯一的甚至也不是主要的形式，在传统社会，司法救济并非是可有可无的，京控在很大程度上是“舍法求法”的结果。“在舍法求法的情形下，当事人要求的，不是非法的结果，而是合法的结果；当事人舍弃的，不是法律的原则，而是法律的形式。”<sup>6</sup>在司法救济之外或司法救济终结后寻求公力救济，往往形成典型的京控救济。需要注意的是，不论司法救济是否具备法治品质或德性，决不能简单地认为司法救济程序中的上诉制度就与京控具有相似性，如果是这样，上访就是司法救济的一部分了。真正意义上的京控通常是司法救济的继续，在穷尽了司法救济的全部程序之后，或者当事人认为司法救济不能发挥正常功能的情况下，京控救济才得以启动。因此，在公力救济领域，不是司法救济，而是京控救济充当了解纷的最后的手段。<sup>7</sup>

没有证据表明，建国以来实施的上访是京控制度的延续，然而，诉诸于最高权利机关、舍法求法以及作为最后的解纷手段的京控特征，使上访救济与传统社会的“京控”有着高度的一致性。只不过，在上访救济中，诉诸于最高权力机关被转化为上级领导审批案件以及审判审判者的具体形式。

## 二、“情况反映”与领导审批案件

---

<sup>6</sup> 夏勇：《舍法求法与媒体正义》，载《环球法律评论》2005年第1期。

<sup>7</sup> 1996年12月，山东省平邑县法官阮德广、靳学英因被平邑县检察院认定构成徇私舞弊罪而免于起诉，二法官从此走上了四年之久的上访之路。他们除了在省市有关部门上访外，在北京，他们先后去最高法院、最高检察院、全国人大、中纪委、妇联、国务院和《民主与法制》、《人民日报》等多家机构和新闻单位。参见《北京青年报》（网络版：news.netbig.com，2001-01-16）。

在处理上访事务的过程中，国家机关的负责人或部门负责人负有“批阅”重要来信、“接待”重要来访的义务。<sup>8</sup>各级领导批阅上访信件、接待上访人员不仅体现了权力、权威，也是职责和义务所在。如各种形式的“领导接待日”已成为各级领导的日常工作。

同样是案件，上访救济和司法救济对案件的处理及其运行模式迥然不同。在司法救济中，所有的诉讼参与人通过程式化的司法文书（如起诉书、答辩状、代理词、公诉书、裁判文书等）提出主张、阐释理由，以此使所有当事人置于公开的场域，形成了透明似的语境当中。一切都应当面对面、尤其应当面对共同的裁决者，所有单方面的言说或私下的交谈不是被宣布无效就是有腐败之嫌。

领导审批案件的方式却主要通过“情况反映”的形式进行，这是一种特殊的国家权力运作模式，为各级国家机关介入司法、参与审查案件提供了条件。原则上，任何人可以向领导呈递情况汇报，而在实践中，它往往表现为一方当事人单方面对案件的阐述。它把审判过程中的事实或没有被法院掌握的事实转化为“情况”，并且配置于可能有的各种宏观叙述，如意识形态、政策倾向、天理人情、自身的惨痛等，为此赋予普通人与官员同样的向上级反映情况的权力，与此同时在上下级之外开辟了另一个上级获取信息的合法途径，便于上级了解和把握民情社意。真正的问题是在汇报形式上和处理汇报内容的非公开性，换言之，情况汇报的呈递、批阅脱离了法域，失去公力救济的必要品质，而且非公开

---

<sup>8</sup> 2001年广东省各级检察院568名正副检察长，共接待上访群众3349次，9184人，批办案件3387件，已办结2951件，其中省院检察长接待24次369批575人，参见广东省人民检察院正义网 [www.jcrb.com.cn](http://www.jcrb.com.cn)。

的制度流程中，对权力进行监督实际上变得愈加困难。饶有兴趣的是，领导批阅案件是在上访制度的背景下履行其职责的方式，但它所产生的后果却是私力救济对公力救济的侵蚀和否定。法治社会以其程序正义而有别于传统社会。程序正义所追求的是可以达到公平审理案件的规则、程式以及相关的机制，确保裁决者自身能够在审理案件中做到“不偏不倚”，为此，形成了保障程序正义的两条原理：一是“任何人不能自己审理自己或与自己有利害关系的案件（numo iudex in porte sua）”；二是“任何一方的诉词都要被听取（audi alteram partem）”。如果说私力救济在本质上是指一种脱离法域，不能体现程序正义的权利救济方式，那么在表现形式上，私力救济或者单方面听取一方当事人的陈述，缺乏必要的取证、听证或质证程序，或是涉及到相关的利害关系，以致陷入参与审理自己或与自己有关案件的景况之中，因而总是处于与公力救济对立的立场上。

上访救济的这种实际效能在实践中有被其他社会组织或个人仿效、复制或参照的倾向，如以翻案为指向的人民代表对个案的质询或提案以及权力机关的个案监督制、喧宾夺主的新闻媒体对案件的“呼与鸣”、一本正经的却有趋利动机的法律专家的专家意见等。如果作合理性的考虑，即使上述机关或个人与案件没有直接或间接的利害关系，就其获取案件材料的来源和方式上，也摆脱不了私力救济的效果。在脱离了司法场域的情形下，案件本身就有失真的危险。虽然人大代表、舆论报道、专家意见对案件也发挥着监督、指导作用，但不意味着对案件的判断总是可以发出正确的意见。因为既然法院在程序正义的原则立场上都有可

能做出错误的裁判，那么没有或不能遵循程序正义的其他机构或个人怎样维护自己的正确性呢？因此，在审判职责划分已经明确的社会中，如果不能确保所有的案件沿着正确的轨道行驶，那么，与其其他机构或个人错，不如法院错，这是体现司法权威的逻辑结果。

当社会改革过程中新旧矛盾在司法场域进行较量时，司法权的运作就像牵一动百的中枢神经，司法被赋予太多的它自身不能承受的使命。<sup>9</sup>监督也因此被赋予更多的含义和新意。据说，审判之后的各种力量，如果排除腐败的动机和行为，是使监督审判权沿着正确轨道前进的保障。在制度上我们很难说得清楚监督和干预司法审判之间的区别，因为各种各样监督形式总能找到了极佳的视角、最正当的宏大理由以及无可挑剔的表达，在它们精致的组合与排列中强烈的显示着改变或维持司法审判结果的迫切要求。社会心理在复杂的历史现象面前出现了似乎难以调和的矛盾：既欲依赖于司法，又对它难以放心。虽然这样的心理困惑并不导致司法权力不应受到制约的结论，但是对司法权的有效监督的确不是人多势众的总动员，也不是可以随意批阅的文件报告，在关乎正义、公平的问题上，审判远不是一架“自动售货机”：投进去的是事实和法律条文，出来的是判决书，即使经过了专业化训练，如果法官缺乏必要的正义感和社会良知，再多再好的监督也徒具形式。<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> 最高人民法院严厉批评了试图将一切纠纷推向法院的舆论导向。他认为，诉讼活动无限扩大会走向反面，导致诉讼活动的无序化。他承认法院不可能解决所有的社会纠纷，否则，不仅未能有效地解决纠纷，反而会损害司法权威。上述现象被他归结为“与时代精神不符的过时的司法观念”，《遏制滥用诉讼手段倾向，引导解决社会矛盾合理分流》，载《人民法院报》，2002年7月13日。

<sup>10</sup> 柏拉图对不称职的法官的评价是，“如果一个法官在作判断时，听取的是观众的意见，受到了乌合之众的大声大嚷的影响，而他自己又缺乏训练，那么他作出的判断就不会是恰当的”，参见柏拉图：《法律篇》，张智仁 何勤华译，上海人民出版社2001年版，第46页；

### 三、司法上访：审判审判者的逻辑

上访机构的处理部门缺乏权威性、没有裁决上访事务实体权利和义务的应有权能，这一切都成为人们质疑上访救济效果的重要原因。事实上，如果从上访的数量和处理的结果上看，上访机构在很大程度上只是充任了机关负责人与上访人之间上传下达的载体。然而，上访专门机构却实实在在地分享着国家权力。对上访人而言，如何通过上访专门机构以接近权力，是一项需要体味和学习的上访技术。其中，如何接近领导或引起领导的注意，成为上访的核心技术。梅特兰在批评英国 19 世纪诉讼程序的现代化改革的不彻底性时无不嘲讽地指出：“我们已经埋葬了诉讼形式，但它们仍从坟墓里统治我们”。借用这一比喻，在上访制度领域，虽然早在二十世纪初的变法维新的运动中，特别是 1949 年新中国确立了人民共和国后，在制度上我们已埋葬了传统社会的司法行政合一统治策略，但它仍旧在统治着我们。问题主要不在于，机关负责人的批阅是否建立在事实上，因为对上访事实的调查可以采取多种形式，如听取下级单位负责人的汇报、组成工作组或委任专人调查或举行案件讨论会，它所显示的问题是“对于定案的意见，应当按照组织系统，报请主管部门或有关领导干部批准。调查人不得擅自主张，自行定案”<sup>11</sup>，这也是“谁主管、谁负责”等上访事务的处理原则。这种在组织系统内通过机关负责人的推动形

---

<sup>11</sup> 参见《国家机关处理人民来信和接待人民来访工作条例（草案）》第 23 条，《信访条例》第 5 条第 3 款重申了这一原则，即“各级人民政府、县级以上人民政府各工作部门的负责人应当阅批重要来信、接待重要来访、听取信访工作汇报，研究解决信访工作中的突出问题”。

成的对上访案件的办案机制，不仅催生和再生产了司法体制外的裁决者阶层，也使裁决者自身在裁决的过程中最终陷入困境。一方面，上访人所诉求的对象与被上访人处于同质的利益系统内，在重大、疑难的上访案件中，裁决者自身就是潜在的利益关系的一方当事人。在如何平衡上访人与被上访人的利益关系上，裁决者显然处于两难境界。另一方面，即使裁决者最终做出了它认为公平的裁决结果，也因上访案件的无终止性，使裁决者成为新一轮上访案件的被上访人。在错综复杂、数量庞大的上访案件中，上访机关可能既是一批上访案件的裁决者，又是另一批上访案件的被上访人。上访机关可能最终缺乏中立性（通常是迫不得已放弃其中立性）而丧失权威性。大部分的情形是，上访机关虽然力图保持其中立性，却往往处于“被告人”的地位不得不为自己的行为出面辩护。这样一来，我们可以看到，社会中恰恰失却的是权威，人们似乎处于无权威的社会。

司法机关同样成为被上访的对象，更为严重的是，司法上访面临着更具戏剧性的困境。司法上访是一种谋求更高一级的权力并对包括原来的仲裁者在内的当事人进行审判的机制，换句话说，这是一种“审判审判者”审判机制。审判权因科层式的管理模式而产生了等级制，它把原本统一、不可化约的审判权肢解了，留下得是支离破碎的审判权残片。现代司法机关是形式主义法治精心设计锻造的产物，不论司法机关是否属于国家的最高权力的组成部分，均具有任何其他部门不可挑战的权威。在具体案件中保持中立或坚持案件利益无涉的立场，是其赢得权威的重要原因，而且由该权威所决定的案件终局性保障了

仲裁者自身不会搅入到与争诉当事人之间的利益旋涡中。

#### 四、软性上访权和硬性上访权的关系

上访诉诸的对象总是中央权力机关。在建国后的相当一段时期，中央政府承担了大量的处理上访事务的任务。政务院在建国之初所办理的上访事务之全面和具体令人吃惊。<sup>12</sup>托克维尔在评价任何一个大国的中央政府时指出：“不管它如何精明强干，也不能明察秋毫，不能依靠自己去了解一个大国生活的一切细节。它办不到这一点，因为这样的工作超过了人力之所及。当它要独立创造那么多发条并使它们发动的时候，其结果不是很不完满，就是徒劳无益地消耗自己的精力-----只要它的各项措施有求于公民的协助，这驾庞大的机器的弱点马上就会暴露出来，立即处于无能为力的状态”<sup>13</sup>。在不断强化上

---

<sup>12</sup> 东北某公司水泥预制品厂领导存在官僚主义，造成工人生产情绪不正常，酿成严重的质量事故，浪费8亿元（旧币）。该厂职工向政务院反映后，经中央建筑工程部组织联合检查组进行检查，证实反映情况属实，处分了该厂的有关领导和工作人员。某市公共汽车公司的工人冀某，被怀疑盗卖油料，强迫承认后又翻供，被除名。冀到政务院来访，请求重新处理。经政务院与某市公共汽车公司联系，证明冀某清白，恢复了他的工作。1951年11月，绥远省包头县政府干部杨某患了重病，当地治不了，由他母亲陪伴来北京求医，因钱不够，住不了北大医院，要求政务院解决，政务院转请卫生部介绍住进了北大医院，病愈后，其母特来致谢。政务院不仅在上述制止官僚主义、解决人民群众的具体困难等上访事务上发挥作用，而且也对申诉案件的上访追查到底。1951年4月，韩某到政务院来访，由于他坚持原则，敢于和坏人坏事做斗争，遭到一伙坏人的打击报复，这些人伪造罪名，召开群众大会，对他进行斗争，并毒打致伤，8个月才治愈，还没收了他及早就与他分居的3个儿子的牲畜、粮食、衣物、家具等。这是一起故意伤害、侵犯人身权利、赔偿损失、要求追究行为人法律责任的申诉上访案件。政务院三次催办未果，至第四次催办，政务院得到了该县法院的汇报。汇报称，韩某是“讼棍刀笔”，所诉不实，已判决定案。之后，韩某再次上访，政务院秘书厅根据韩某的申诉，对汇报进行了详细研究，发现其中有许多矛盾和不实之处，才又转请省政府秘书长查处。省政府办公厅组织了调查组，深入调查，查明韩某所诉属实，遂作出相关处理结果，参见刁杰成：《人民信访史略》，北京经济学院出版社1996年版，第68、67页及45、44页。

<sup>13</sup> 托克维尔：《美国的民主》（上），董国良译，商务印书馆1996年版，第100-101页。

访机制的宏观话语下，在民众与国家之间开辟了另外一片公共领域。不过，它有别于代议制下的公共领域，后者是规则化、程式化的人民权力场域，体现的是大多数人的民主。人民的意志、意见和建议通过代议制在行使国家权力的各机关中得以表达、展现和交流。通过立法程序制定的法律和长期与法律共存的执政党的政策正是这一制度的产物。在上访的公共领域，国家权力已经不是抽象的、置于社会之上的公共力量，它直接参与了与上访者的对话，自觉地、甚至是面对面地倾听上访者的声音。这是两套并行的、差不多同质的民主场域，但上访的民主场域却具有更为直接、广泛、普遍的意义。国家权力被上访行为具体化、对象化，国家权力的权威性因此被“倾听者”和“对话者”的身份所遮蔽。在公力救济领域，也并行着两套救济系统，一是上访救济，具有强烈的扩张性和穿透力，是一项主流的权利救济手段，支配并制约着自身不能自足的司法救济系统，在某种意义上，司法救济只是上访救济的补充，它自身缺乏终局性。在司法救济不断被削弱，乃至被取缔的年代，上访救济充当了权利救济体系中的主角。

党的十一届三中全会前后，鉴于建国以来历次的政治运动所造成的冤假错案，形成了建国以来的第一次上访高潮。平反冤假错案主要是以上访形式进行。如果把京控和上访的功能理解为民众向最高权力机关的本能诉求，以及通过这一重要却过于狭窄的管道实现个人正义，那么，二者之间的确存在着惊人的相似性。不过，历史的发展毕竟在二十世纪八十年代在中国走出了另一种轨迹，反映在上访制度上，就是把上访权利宪法化。

上访权是宪法权利。宪法第 41 条集中规定了公民的上访权利。在结构上，该条第 1 款规定了上访权的 5 个构成要素，即批评权、建议权、申诉权、控告权和检举权。第 2 款规定了对公民的申诉、控告或者检举国家机关负有处理的义务，但对批评和建议，则有免于处理的义务。该款同时衍生出国家机关的另外两项义务，即对公民的申诉、控告和检举，负有“不得压制”和不得“打击报复”的义务。该条第 3 款为国家赔偿的依据，可作广义和狭义两种理解，一是国家机关和国家工作人员对侵犯公民权利负有赔偿责任，二是对国家机关和国家工作人员对侵犯公民的上访权负有赔偿责任。在上访权的宪法性规定之下，上访事务通常由上访人的意见、建议和要求构成。意见、建议和要求相互间或有重叠，但在中国社会的语境下却有大致确定的意思表示。例如，意见、建议和要求都可视为不同形式的“情况”。“情况”具有特定的内涵，至少包涵着向有权力的人或机构阐述事实，提出具体请求，并要求予以维持、维护、改变或重视、提示等。就意见和建议而言，范围极为广泛，大到对一件事物的看法或造福社会的发明创造，小到人的情绪、思想动态等，有对一件事物的认可或首肯的意见，也有对一件事物或做法的疑义或反对的意见，这样的事物或行为即关乎于己，也关乎他人。与意见、建议类的上访不同，要求类的上访则要具体、明确得多。上访人的要求或以国家为对象，请求国家在生活、经济、文化等方面给予救济，或以申诉、控告为手段，请求对已遭受损害的权利予以救济。

在性质上，上访的 5 项权利均属于程序性权利，即那种通过这样

的权利行使实现另外一些权利的权利。在此，我们把批评权和建议权称为软性的上访权，皆因行使这类权利不构成要求-责任的法律关系。当然，这并不意味着这样一类权利是可有可无的，事实上，批评、建议权具有言论权的性质，或者说是言论权的另外表达。

批评、建议的上访权利，依照宪法，不是国家机关必须处理的事项，隐含着可以对这种性质的上访免于受理的后果，如果与 50 年代初的上访制度相比，法律赋予了国家机关更大的自由裁量权。<sup>14</sup> 软性上访权的这种转化，反应出上访的政治功能的弱化，国家通过上访权实现政治总动员的使命不断消解。

硬性上访恰好无例外的囊括了申诉、控告和检举权。硬性上访权越来越具有法律程序意义上的法权，或类似诉权的东西。不过，硬性上访权虽然可以引起诸如国家赔偿、行政复议、行政诉讼的法律程序，实则与任何严格意义上的诉权无关。“诉权无非是指在审判员面前追诉人们所应得的东西”<sup>15</sup>。如果硬性上访权不能进入到司法审判领域，那么，硬性上访权也不会实现它所追求的结果。可是，麻烦在于，即

---

<sup>14</sup>例如，政务院 1957 年的决定，对人民来信必须给予答复的除外条款只是“反动分子籍人民名义向政府提出的带有挑战性 or 试探性的问题”。具有典型意义的是 1963 年 10 月由国务院秘书厅整理的《国家机关处理人民来信和接待人民来访工作条例(草案)》第 22 条的规定：“各级国家机关，对于人民来信来访提出的建议、意见、要求和批评，应当根据不同的情况，分别处理：（一）对于建议和意见，凡属正确的、可行的，应当认真研究采纳；凡属同当前政策有抵触的，或者还没有条件实行的，应当耐心地进行解释，并且宣传有关的方针、政策；（二）对于各种要求，凡属合理的，目前能够办到的，应当及时地采取措施，予以实现；凡属虽有一定的道理，但是目前还不能够实现的，应当耐心地进行解释，取得群众的谅解；凡属不合理的，应当宣传有关的方针、政策，耐心地进行教育，提高群众的思想认识，使他们自动放弃这些要求；（三）对于批评和揭发工作中的缺点和错位，检举干部的不良作风和违法乱纪行为，应当认真检查，检查属实的，必须认真纠正，严肃处理；不实的，亦应当从中吸取教训，教育干部；”

<sup>15</sup> 查士丁尼：《法律总论》，商务印书馆 1989 年版，第 205 页；

使进入了司法审判领域，并且上访事项经过了司法终局的裁判，也可以引起新一轮的上访。在这个意义上，硬性上访权是诉权的前伸和后延，可称之为前诉权和后诉权。前诉权和后诉权是使司法政治化的特定形式，是使法律的诉权非程序化的表现。它的弥散性式的广泛运用使司法的终局性成为新一轮上访的依据或对象，而不是了解案件的表现。

## 五、上访制度存废论

上访曾经肩负着重要的历史使命。在建国初的相当一段时期，作为一项政治策略，它是克服官僚主义的监督方法；作为一项决策机制，它是体察民情，倾听民意的民主管道；作为一种纠纷解决方法，它是正确处理人民内部矛盾的具体体现。它既反映了国家与人民之间毫无遮蔽的亲密关系，也再生产着新政权的合法性机制。<sup>16</sup>

二十世纪九十年代以来，在倡导法制和民心思变背景下，国家在上访领域中开始有条不紊的弱化其倾听者、对话者和裁决者的角色，其显著特点是淡化软性上访权，分置硬性上访权。加强法制的过程也是上访救济与司法救济在权利救济体系中的地位发生转化的过程，这有其内在的逻辑规律，但重要的是国家退出或缩小在上访公共领域功能的突围战略。

1996 年信访条例创造了新形势下的新的行政上访体例。条例赋

---

<sup>16</sup> 1951 年 5 月 16 日，毛泽东同志向全国各地委以上的党委和各级专区以上的人民政府发出要求，必须重视人民的通信。1982 年《党政机关信访工作暂行条例（草案）》明确规定各级党委受理人民群众的来信来访是“一项经常性的政治任务”。

予受理机关两项“告知”的权力，一是告知上访人上访事项属于各级人民代表大会以及县级以上各级人民代表大会常务委员会、人民法院、人民检察院职权范围内的，应分别向有关国家机关提出；二是告知上访人对已经或者应当通过诉讼、行政复议、仲裁解决的上访事项，应当依照法律的规定办理。在“告知”的标准不能明确或不可能明确的情况下，行政上访的事项不可避免地局限于对行政机关及其工作人员的批评、建议和要求上。2005年信访条例，除了再次明确上访事务的“告知”义务外，对“就地”解决上访事务的加重规定隐含了进一步弱化传统上访功能的决心。到京城上访或越级上访不是不可能，但已变得越来越困难，避免或竭力防止越级上访是衡量地方党政部门的重要政绩，在有些地方甚至成为衡量社会治安综合治理工作的标准。<sup>17</sup>这是一个巨大的历史性的转变，表明了国家明晰上访路线，正确定位自己的决心。与此相配套的是，硬性上访权被细致地化解在颇具法治品质的三大诉讼法和大量的司法解释当中。新型的上访体制，在形成之初就注定处于自身的解构过程之中。这是对上访制度瓦解的姿态，却也是进步的姿态。

上访由个体行为向集体行为的转变，也预示着上访人与国家权力之间民主性上访关系发生动摇。对集体上访的控制越来越严厉，以至集体上访的难度达到了惊人的程度。集体上访显然是作为社会不稳定

---

<sup>17</sup> 青岛市“把群众集体上访和越级上访纳入全市目标管理考核范畴，作为社会治安综合治理和精神文明建设的考核内容，实行‘一票否决制’。同时制定了《青岛市信访工作目标考核细则》、《青岛市信访工作责任查究制度细则》，规定对群众越级到省进京上访前5名和到市集体上访前5名的单位领导和责任人实行责任查究”。有的省份，如河北省制订了《河北省逐级上访制度》，使逐级上访替代了越级上访，参见中央纪委信访室、监察部举报中心编：《纪检监察信访理论研究与思考》，中国方正出版社2000年版，第206页。

的一个因素，发生集体上访，特别是越级的集体上访，同样可作为社会失序的表现。上访秩序概念的提出，加强了对上访行为规范化的调整。失序的上访行为以集体上访为主要形式，在行使宪法赋予的上访权的口号下，集体上访往往不会采取代表人的法定形式，恰恰相反，集体上访必须显示其参与人数的庞大，用集体的力量来保护每一个参与人员。较大规模的集体上访往往演化为“群体性事件”。<sup>18</sup>显然，集体上访已成为当代中国公然违法的反抗行为。非法的上访是对上访秩序的破坏，非法的显著特点在于使本可以非公开进行的上访活动公开化，以至为公众、舆论所注意，在无形当中被置于公众或舆论监督之中。公开的形式可以是规模越大越好的集体上访或越级上访或公然违法却具有一定合理性的“群体性事件”以及“踏线而不越线”的各种上访技术。<sup>19</sup>

上访的传统功能发生了性质上的转化，上访被要求走向地方、走向当地的“下访”，那种越过地方，走向中央，越过下级，走向上级的原本意义上的上访逐渐消失。

在走向法治的时代，上访的效果正在受到越来越多的质疑，它的未来命运有待于更深切的把握。如果上访仍旧游离于法治的轨道之外，缺乏程序正义的品质，那么，上访的技术色彩将远远大于它的宪法价值；如果司法上访依旧发挥作用，上访制度对司法权威性的侵蚀

---

<sup>18</sup> 严格意义上讲，“群体性事件”作为政治社会学的一个非正式术语而出现，至今没有完全纳入法学家的视野。

<sup>19</sup> 应星通过对大河移民上访的社会学解说，指出了上访法律关系的两造所创造和使用的技术手段。就上访人而言，灵活运用着上访的“推与闹”、“挤与缠”、“打与弹”等战术，而被上访人如何对上访人发起的种种战役实施这样或那样的摆平术，参见应星：《大河移民上访的故事》，三联书店2002年版；

将日趋严重，国家退出上访公共领域就失去了意义。是宪法的规定已不合适宜？还是上访的实施机制出了问题？或者是上访人本身的问题？如果把上访权继续作为一项宪法权利，已有的对这项权利的实施性法律是否过于分散和零乱，以及是否需要制定统一的信访法？如果毅然取消上访制度，全面推进司法救济制度，是否有违中国人对权利救济的传统信念而导致更大规模的反抗、冲突？对制定统一的信访法的设定有赖于对国家权利的重新设置和分配，有赖于重新梳理上访救济与司法救济的关系，并在二者之间寻求最为恰当的平衡点，而这一点已涉及到了如何认识统一的司法权问题。在上访救济和司法救济中，不论哪一种处于主导力量，都有可能使司法权的统一性受到挑战。除非把上访救济视为特殊的司法救济制度，使上访救济成为司法救济的组成部分，才会消除二者之间的内在冲突。如此说来，这已经是废除现有上访制度的一个途径了。取消上访制度，必然与人们对权力的心理依赖产生抵触，使社会矛盾的解决出口主要的或全部的落实到司法救济身上，司法救济能够担当如此重大的使命吗？这是一个问题。但是，即使不能立即废除上访制度，也应当使司法上访从上访体系中独立开来，使司法部门不再作为被上访的对象。这应当是制度设计的前提，仅明确领导不能对案件作批示不仅是脚疼医脚，头疼医头的权宜之计，而且可能与现行的上访制度发生内在的冲突，从而使此类禁令一开始就处于尴尬的地位。另一方面，应当认真对待司法申诉问题，即使司法申诉从上访的体系中解脱出来，多次申诉也会动摇人们对法律权威的信心。对这样一种有点“伤筋动骨”的制度设计似乎很难让

人接受，在此之前可能被视为天方夜谈或至少被视之为不符合中国国情。所幸得是，中国加入 WTO 后已预示到这种可能性的到来。WTO 规则要求每个成员国的司法独立、透明和统一，实行国民待遇，不得有任何歧视。难以想象，在涉外案件中，领导式的审判以及裁判终审后可以轮番改判不仅使当事人之间总是处于无休止的争斗之中，而同时不会演变成国家之间的争端？

(作者单位: 中国社会科学院法学研究所)