

## 刑事诉讼地方性试点改革成功的必要条件<sup>\*</sup>

郭松

**摘要:**最近若干年,由地方司法机关主导的试点改革在刑事诉讼领域蔚然壮观。从实践来看,这些试点改革的最终命运迥然不同:有的被推广适用甚至被立法所反馈,有的则不了了之,未产生任何制度变迁绩效。通过对试点改革一系列实例的比较分析发现,试点改革的现实必要性、试点制度与中央司法精神或方案的契合性以及试点方案本身的可操作性,是影响乃至决定试点改革成效的三个重要变量,它们共同构成了试点改革成功的必要条件。在试点改革渐趋活跃且走势坚挺的背景下,从实践导向总结与提炼试点改革的经验与规律,不仅可以为未来的试点改革提供方法论上的指引,还可以拓展理论上审视与讨论试点改革的视角。

**关键词:**试点改革; 制度创新; 必要条件

刑事诉讼地方性试点改革(为了行文简洁,下文将之简称为试点改革)是一种由地方司法机关主导的旨在创新刑事诉讼制度的改革试验。<sup>①</sup>不管社会各界如何非议,理论上是否正当,地方司法机关非常热衷于试点改革,各种改革举措层出不穷,遍布于侦查、起诉和审判各个程序环节。整体而言,这些试点改革深刻地改变了刑事诉讼的实践面貌,并极大地推动了刑事诉讼制度的发展。但仔细观察可以发现,这些试点改革的最终结局并不一样:其中部分被更高层机关在本系统推广适用,甚至还有有的在进一步修正后被反馈到正式的立法之中,从而产生了较好的制度变迁绩效,如附条件不起诉制度试点改革;<sup>②</sup>而另外一些则并无生命力,在热闹一时之后便销声匿迹,既没有形成从地方创新到全国改革的扩散效应,更无立法前景可言,如暂缓判决制度改革试验。从试点改革的目的——通过小规模的制度试验来检验某项改革方案的实效性以供推广适用——角度评判,前一种试点改革无疑是成功的,后者则可以归于失败的范畴。<sup>③</sup>为何同样是试点改革,实际的命运却完全迥异?

在试点改革日益活跃且走势坚挺的背景下,提出并解析此问题显得非常迫切且必要,因为从中可以

作者简介:郭松,法学博士,四川大学法学院副教授。

<sup>\*</sup> 本文系司法部国家法治与法学理论研究项目“刑事诉讼地方性试点改革对刑事诉讼立法影响之研究(14SFB30021)与四川大学中央高校基本科研业务费研究专项学科前沿与交叉创新研究重点项目之阶段性成果。

<sup>①</sup> 根据笔者的观察,目前刑事诉讼中的改革试点主要有三类:一是地方司法机关根据上级或最高司法机关的安排而进行的制度试验;二是地方司法机关在没有经过上级批准,也未得到相应授权的情况下,以司法改革名目主动进行的改革试验;三是最高司法机关根据立法机关的授权,统一安排若干地方司法机关开展某一制度的试点,这被很多人称为“试验性立法”。从形式法治的角度而言,前两种类型的试点改革都存在合法性不足的问题,而第三种类型则解决改革的形式合法性问题。虽然本文的研究对象及其所立足的实例主要是前两种类型的试点改革,但笔者认为,本项研究的基本结论对未来所有的刑事诉讼制度试点改革均有方法论层面的启发与指导意义。

<sup>②</sup> 类似例子还有刑事和解制度、审查逮捕中听取律师意见制度与未成年人犯罪记录封存制度等试点改革。这意味着试点改革已在影响刑事立法,确认或固定地方司法机关自我选择或创新的制度正在成为刑事立法的新方式,立法者的主观建构不再是惟一的立法方法。

<sup>③</sup> 需要强调的是,我们不能因此就彻底否定这类试点改革,因为作为一种试错性的制度变革方式,试点改革并不要求所有的试点改革必须成功,即使试点失败也可以由此排除一些不合理甚至“错误”的改革方案,从反面为刑事诉讼制度改革积累经验素材。从这一点来看,它们也不是毫无价值。

引申出另一重要的深层次问题,即在中国特殊的法治情境与既定的司法权力结构下,什么样的试点改革才有可能突破试点的时空限制而被推广适用甚或被提升为正式的法律,从而实现从“地方性知识”到“全国性知识”的华丽转身,最终达致通过个别试点推动制度变迁的目的。倘若能对此问题作出相对精准的回答,并由此提炼出一些关于试点改革的规律性原理,不仅能为未来的试点改革提供指引,避免出现一些浪费资源的无谓改革试验,还有助于试点改革这一“由点到面”的制度变革方式本身的发展,促进我们深刻理解它是如何推动刑事诉讼制度变迁的。在笔者看来,要准确回答上述问题,最好的方法是循着黄宗智所主张的“回到中国实践”的方法论指向,<sup>①</sup>返回试点改革的真实实践,在引入新的分析变量的基础上,从多个侧面比较分析那些已被推广适用或立法反馈与未产生任何制度变迁绩效的试点改革,从中归纳出成功试点改革的共同性基因。由此,我们不仅能明了实践中的试点改革为何有着迥异的结局,而且本文所预期的研究意义也能得到较好实现。利用这种方法,本文将指出,一个成功的试点改革至少必须同时具备试点改革的必要性、试点制度的正当性与试点方案的可操作性等要素,它们共同构成了试点改革成功的必要条件。

### 一、试点改革的必要性

从某种意义上讲,试点改革以刑事诉讼制度改革为目标,属于一种创制新制度的法律改革活动。在法律改革中,我们经常提及改革的现实必要性,即社会生活与法律实践已提出制度变革的要求,或既有制度失去自我修正的能力,以致难以适应客观现实,从而需要制度革新。如果不考虑改革的必要性,这种改革往往并不具备现实基础,“在政治上至少在中期内不大可能被接受,具体的改革建议也会遭到强烈反对。”<sup>[1] (P. 20)</sup>即使通过改革强行确立起某种新制度,这种制度要么属于制度的超前或过剩供给,要么属于制度供给失误,总之都会导致制度不符合实际需要,以致难以推行下去,最终造成制度的无效率<sup>[2]</sup>,严重的甚至直接冲击既有法律秩序。在这方面,不少国家都有深刻的经验教训,如法国在大革命时期对陪审制度的改革。<sup>②</sup>相反,那些以调整现有法律与社会生活的适应性为出发点,具有明确问题意识,针对实践需要与既有制度不足的改革往往都取得了积极的社会效果,产生了较好的制度变迁绩效,如英国在19世纪末至20世纪初期对刑事辩护制度的改革。<sup>③</sup>既然试点改革是一种法律改革活动,那么,法律改革所强调的这种现实必要性也应被试点改革所考虑。由此出发,按照上述法律改革正反两个方面的经验,我们可以总结出试点改革成功的第一个必要条件,即改革本身必须具备现实必要性。具体而言便是,试点改革必须针对既有制度的缺陷或不足而展开,要以解决实践中的具体问题为基点,并能在客观上满足司法实践与社会各界对新制度的现实需求,弥合法律与现实之间的裂痕。

要论证上述判断成立,其实并不困难。我们可以找到试点改革的很多例子,以显示它的普遍适用性,刑事和解试点改革就是其中典型一例。根据1996年刑事诉讼法,被害人因被告人的侵害行为获得经济赔偿的途径主要是刑事附带民事诉讼。但实践表明,被害人通过此途径往往难以获得满意的赔偿,很多被害人及其家属因此而反复申诉与上访,司法机关因而也承受着不小压力。质言之,既有的刑事附带民事诉讼制度在充分实现被害人的利益方面存在很大局限,也在一定程度上损害了司法机关的利益,司法实践提出了制度调整的要求。于是,一些基层司法机关在2000年前后开始进行刑事和解的改革尝试,对于被害人与被告人就民事赔偿达成协议、被告人及时赔偿的案件,可以作出宽大处理,包括不起诉和从轻量刑。由于这一改革试验在相当程度上弥补了既有制度对被害人利益关注不足的缺失,对于有效化解社会矛盾、维护社会关系的和谐也有具有重要意义,因此,尽管社会各界对刑事和解非议不少,但它依然得到了较为普遍的实施,2012年的刑事诉讼法修正案也对其予以正式确认。现在看来,刑事和解试点改革之所以取得成功,除了它能契合司法机关和被害人的利益需求之外,更重要的原因还在于它

① 关于此方法论的详细讨论参见黄宗智“认识中国——走向从实践出发的社会科学”,载《中国社会科学》2005年第1期。

② 详细分析参见汪海燕《刑事诉讼模式的演进》,中国人民公安大学出版社2004年版,第147-150页。

③ 相关介绍参见[美]兰博约《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版,第69-95页。

切中了现有制度在解决实际问题方面供给不足的要害,回应了被害人与司法机关对新制度的客观需求,整个改革具有相当的必要性。

审查逮捕程序中听取律师意见制度的改革试验也可以证成上述判断成立。在1996年刑事诉讼法设定的制度结构下,审查逮捕制度在当时存在两个方面的重大缺陷:一是缺乏辩方的有效参与,程序运作的封闭性较强;二是逮捕决策信息来源较为单一。在这种背景下,宁波市北仑区人民检察院于2004年开始在审查逮捕程序中试验听取律师意见制度,即律师在审查逮捕阶段可以就犯罪嫌疑人是否符合逮捕条件、侦查活动是否合法等向检察机关提出意见,检察机关在听取后作出是否批捕的决定。<sup>①</sup>不言而喻,与刑事和解试点改革类似,这一改革同样属于解决实际问题与回应社会各界制度需求的必要性改革。由于这一制度在提升审查逮捕制度公正性品质、防止错误逮捕以及扩大侦查监督线索等方面具有明显的作用,还能有效弥补既有制度的缺失,很多检察机关纷纷跟进展开试点,2012年的刑事诉讼法修正案也吸收了前期相关试点改革的不少成果。

无论是刑事和解试点改革,还是审查逮捕阶段听取律师意见改革试验,它们都有明确的问题意识,要么瞄准现实中存在的问题,要么围绕既有制度的缺失展开,整个改革过程在相当程度上暗合了为塞德曼夫妇所说的“问题——解决方法论”的制度发展路径。<sup>②</sup>在这种路径下,试点改革真正成为了一种针对现实需要和制度供给不足的改革创新。其实,不只是上述两个例子,其他取得较好效果并被推广适用的试点改革都具有本文所说的改革必要性这一特质。这样的试点改革之所以容易成功,主要有两个方面的原因:其一,改革共识更易达成。如前所述,具有现实必要性的试点改革往往立足于现实问题的解决,注重纠偏既有制度与社会关系的不相适应性,改革对象多为“非通过改革就不足以走出困境”的制度设置<sup>[3] P.10</sup>。因此,社会各界很容易在不经过法理与政策辩论的情况下就形成是否改革以及如何改革的共识,从而避免出现因认知差异而造成改革认识难以统一的局面。这必然有助于试点改革本身的顺利实施与推进。其二,能同时满足各相关主体的利益。按照诺斯的观点,制度创新必须能够改变某种“次优”状态,并能增进制度利用者的收益<sup>[4] P.275-276</sup>。这意味着制度变革必须能为相关主体带来某种额外或追加的利益,符合各方的利益诉求。否则,新的制度安排是不会有生命力的。<sup>③</sup>从某种意义上讲,如果试点改革按照现实必要性的要求展开,那么它一定充分考虑了社会各界的制度需求与共同的制度利益,并融入了对制度利用者利益的充分考量。因此,各方的实际诉求很容易在改革中得到最大满足,相关各方的利益也能在相容与共存的基础上达到相对均衡,试点改革自然更有可能取得成功。

相反,那些不具备改革现实必要性,似乎是为了创新而创新的试点改革都无生命力,最终难逃失败的命运。这在主诉检察官列席法院合议庭的试点改革中体现的淋漓尽致。按照试点机关的说法,这项改革的目的是有二:一是避免在检察机关与法院对事实、证据认定或法律适用存在分歧的案件中出现判决质量不高的问题;二是解决对庭审合议环节监督不到位的问题<sup>[5]</sup>。但显而易见,这些问题并不是司法实践所面临的突出问题,更不是亟需解决的重要问题,甚至可以说它们本身就不成其为“问题”。因为检察机关与法院在案件事实、证据认定以及法律适用上存在分歧,甚至法院的判决偏离检察机关的指控,实属正常的司法现象;至于庭审合议环节本身就不属于诉讼监督的范围,因而也就不存在监督不到位的问题。因此,这项改革并不具备真正的问题意识,也不是以实践问题为导向。事实上,如果检察机关想避免出现不利于自己的判决结果,完全可以在庭审中通过有效的举证与质证影响法院的判决,而充

① 更为详细的介绍参见李建平、陈霞芳“宁波北仑区检察院保障犯罪嫌疑人权益”,载《法制日报》2006年11月10日。

② 关于“问题——解决方法论”制度发展路径的系统论述参见[美]安·塞德曼、罗伯特·塞德曼《发展进程中的国家与法律——第三世界问题的解决与制度变革》,冯玉军译,法律出版社2007年版,第86-97页。

③ 费希尔的研究表明,辩诉交易之所以在美国取得胜利,一个非常重要的原因在于它充分满足了刑事诉讼各方参与者的利益。美国辩诉交易发展的历程在很大程度上证明了各方主体能否从新的制度安排中获得实际利益是影响制度变革成功与否的重要因素。费希尔上述结论的分析过程可参见[美]乔治·费希尔《辩诉交易的胜利——美国辩诉交易史》,郭志媛译,中国政法大学出版社2012年版,第137-150页。

分利用抗诉机制也能达到强化审判监督的目的。就此而言,即使认为这些问题是所谓的“问题”,既有制度也提供了有效的制度供给,并不需要通过制度创新来解决,更未达到“非改不可”的境地。这就意味着此项改革并不具备现实必要性。或许正是因为如此,这一改革很快就在各界的批评与质疑声中销声匿迹,最终不了了之。这个例子进一步从反面表明,试点改革要想获得成功,在改革起点上必须具备充分的必要性,能够回应司法实践与社会现实提出的制度变革要求。悖离这一逻辑起点,没有明确的问题意识,而纯粹为吸引眼球、增加政绩的试点改革注定不具有制度成长的生命力。

## 二、试点制度的正当性

从经验层面观察,试点改革一般会创制并施行某种新制度,因而它被认为是一种司法造法或法律创设。在没有法律明确授权的情况下,试点改革这种规则创制活动形式上的合法性并不充分,这也难怪很多论者认为它有僭越立法权、破坏法治秩序与挑战法律权威之虞。<sup>①</sup>同时,由于试点改革推行的很多试点制度并无相应的法律依据,甚至可能突破既有法律框架,因此,很多试点改革其实是在以“良性违法”的方式进行。这势必加剧试点改革形式合法性不足的问题。在这种情况下,试点改革所施行的试点制度具备实质合法性,即理论上的正当性,就显得非常重要了,因为它可以为试点改革赢得更多的社会支持,从而在一定程度上淡化其形式合法性不足的问题。但这种实质合法性并不足以支撑试点改革取得较好的社会效果,更无法确保试点制度被推广适用,即便它在局部被证明有效。在此需要明确的是,与经济改革领域中的地方政策试验类似,虽然试点改革的行动权掌握在地方实践者的手中,但其并不是不受任何控制的任意试点,更不是放任自流的反复试验,相反它始终处于科层制与分级制的环境之中<sup>[6]</sup>,在很大程度上服务于国家宏观层面司改目标的实现,而地方司法机关的上级或中央也会运用各种调控手段将试点改革导入中央所设定的司改的总体方向与具体议程,<sup>②</sup>以确保中央的司改意志与主张得到贯彻。由此可以合理推断,如果一项试点制度仅具备理论上的正当性,而无法契合中央层面的司改精神与方向,这一制度的生命力也是成问题的,甚至某些时候就连实施都难以充分展开。

抚顺市顺城区人民检察院推行的“零口供”规则改革试验便充分说明了这一点。<sup>③</sup>应该说,“零口供”规则并不违反刑事司法基本原理,反而还符合无罪推定的价值理念,在一定程度上也有助于解决实践中对口供过分依赖的问题。但这一改革始终未获推广,其他检察院也未主动展开类似改革,最后试点机关自己也终止了改革试验。个中原因,除了这一改革本身饱受争议之外,更可能是因为彼时中央所确定的司改精神与方案并未规划与此制度相关的改革内容与方向,它并不合乎中央的司改主张与需要,从而难以获得重视与推广。事实上,该试点机关的负责人后来谈到终止改革的原因时明确表示:“媒体把零口供规则炒成了沉默权,上边不是很支持。”<sup>[7](P.186)</sup>这个例子足以表明,在体制遭受硬约束的背景下,试点改革要形成制度示范效应,取得较好效果,试点制度必须符合中央确定的司改方向或顺应其改革主张,此谓试点改革政治上的“正确性”。这其中的原因很简单,因为只有符合中央司改目标或贯彻其司改意志的试点改革,上级乃至中央才会认可与支持,至少他们不会明确反对,而这是绝大多数试点改革能够深入展开以及试点成果得以推广的基本条件。从这一点来看,只有同时满足政治上“正确性”的条件,试点制度的实质合法性才有意义,此时的试点改革才真正具备正当性,这构成了试点改革成功的又一必要条件。不过,由于中央层面的司改精神、主张与方案一般不会明显偏离或违背刑事司法基本原理,与之契合的试点制度往往也具备实质合法性。因此,试点制度的正当性在很大程度上意指符合中央

<sup>①</sup> 代表性讨论可参见刘松山“再论人民法院的‘司法改革’之非”,载《法学》2006年第1期。

<sup>②</sup> 比如,在刑事和解试点改革中,面对基层检察机关和法院日渐勃兴的改革实践,很多省级政法机关纷纷出台了一些规范性文件,以控制和规范刑事和解的改革进程与具体操作。较为典型的规范性文件有:北京市政法委下发的《关于北京市政法机关办理轻伤案件工作研讨会纪要》、上海市公检法司联合制定的《关于轻伤案件委托人民调解的若干意见》、浙江省公检法联合下发的《关于当前办理轻伤犯罪案件适用法律若干问题的意见》等。

<sup>③</sup> 张威“抚顺检察院把‘沉默权’写进司法规章”,载《辽沈晚报》2000年9月5日。

层面的司改精神、主张或与其司改方案的内容相关。<sup>①</sup>

附条件不起诉制度试点改革前后不同的命运就能充分验证这一说法的成立。附条件不起诉制度试点改革最早可追溯至1992年上海市长宁区人民检察院针对一起盗窃案件采用的“诉前考察制度”<sup>[8]</sup>。到2000年前后,关于此制度的试点改革达到一个高潮,并成为当时刑事司法改革的热点。正当附条件不起诉制度试点改革进行的如火如荼之时,最高人民检察院在2004年7月叫停了此项改革。<sup>②</sup>此后,检察机关的热情消退,很多已进行的改革也中断夭折。在2008年之后,一些检察机关又开始积极试点附条件不起诉制度。检察机关的热情之所以被重新燃起,是因为2008年中共中央政治局原则通过的《中央政法委员会关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》提出要对轻微犯罪和未成年人犯罪实行宽缓挽救处理,并确定要建立附条件不起诉制度。也就是说,2008年之后的附条件不起诉制度试点改革不再是地方检察机关的自我创新与随意改革,而是一种贯彻或响应中央司改部署的行为。在充分考虑前期试点经验的基础上,2012年的刑事诉讼法修正案正式确立了附条件不起诉制度。现在想来,如果没有中央层面的司改文件作为改革依据,2008年之后的试点改革很难全面铺开,更遑论被确立为正式的法律制度。能够支持上述判断成立的例子还有很多,如未成年人犯罪记录封存制度与适当参与人制度试点改革等。这些例子都显示,只有符合中央司改目标函数与效用偏好的试点制度,方能被中央或上级所肯认与“采纳”,进而获得进一步进行乃至推广的许可,最终才可能取得较好的效果。

需要进一步追问,为什么只有在试点制度具备政治“正确性”的条件下,试点改革才可能取得成功?帕里斯对中国地方政策试验动力的分析表明,地方政策试验需要有中央和地方联合支持的条件才会发生<sup>[9]</sup>。这一洞见揭示出中央与高层政治精英的态度对地方政策试验具有某种决定性的作用。刘培伟在分析中国改革“实践”机制时也指出,在森严的权力等级制下,下级政府缺乏足够的自主性,地方政策试验若是没有中央与上级的支持或许可,它会非常不稳定,随时可能被干预或叫停,当然也更难获得成功<sup>[10]</sup>。鉴于中国司法权力与行政权力在结构特质上的同构性以及运行逻辑上的共通性,试点改革要是离开中央与上级的支持或遭到明确反对,它同样难以取得成功。<sup>③</sup>这意味着来自中央与上级的支持与保护对试点改革往往起着决定性的作用,他们的态度在很大程度上决定了试点制度的最终命运。在试点改革尚存法治与政治风险的情况下,再加之试点制度的效果也不明朗,他们往往采取一种简单但稳妥的标准来决定自己的态度,即试点制度是否符合中央的司改精神、主张与方案。具体而言,只要试点制度符合中央在讲话、文件或司改规划中所提出的工作重心与改革方向,试点结果有利于中央目标的实现,试点改革就可以被当作实现改革目标的试验探索,从而获得认可与支持。<sup>④</sup>从实践来看,这种支持包括话语层面的肯定、具体实施的指导与资源配置的倾斜等。在试点改革形式合法性不足、地方司法机

<sup>①</sup> 需要强调的是,笔者这一说法的前提是中央层面的司改精神、主张与方案本身就具有理论上的合法性。据此,如果一项试点制度符合理论上具有合法性的中央层面的司改精神、主张与方案,那么它不仅具有理论上的合法性,也满足政治上“正确性”的条件,此即本文所说的试点制度的正当性。但如果一项试点制度有违刑事司法基本原理,不管是否符合中央层面的司改精神与方向(倘若符合,则说明中央层面的司改精神与方向也可能不具备理论上的合法性),它也不具备试点制度正当性的条件。另外,虽然实践中也存在一些符合刑事司法基本原理而没有中央司改精神与方案作为支撑的试点改革,但这样的改革往往只局限在非常小的范围,很难获得推广的机会,也不会出现从试点点自发扩散到更大区域的情况。一旦上级尤其是中央肯定了这一改革或形成了相关的精神与文件之后,亦即该项试点具备了政治上“正确性”的条件,它才会被更多的地区所效仿或被推广适用。这也表明,试点制度理论上的合法性并不足以支撑试点改革的成功,至多只能让中央与上级暂时许可其在试点区域展开,而不会招致即刻的否定或直接被叫停。

<sup>②</sup> 最高人民检察院于2004年7月2日发出《关于严格依法履行法律监督职责、推进检察改革若干问题的通知》,通知指出,“鉴于暂缓起诉没有法律依据,目前不宜扩大推行,各地也不要再行新的试点。”

<sup>③</sup> 河南省的警务试点改革多少可以佐证这一判断。据《南方周末》报道,试图减少指挥层级、提高警力效能的河南警改实际效果并不理想,以致“改革失败”的声音隐隐四起,其中的重要原因便有“上无公安部的支持”。河南一名参加过警改决策的高层人士就明确表示,“公安部不表态,改革就无法被推广,其他领域配套改革也就很难展开。”相关报道与分析可参见褚朝新、韩雪枫、胡鑫“河南警务改革迷局:分局还在,派出所没了?”载《南方周末》2014年5月15日。

<sup>④</sup> 量刑规范化试点改革就是这方面的典型例子。早在2003年2月,江苏省姜堰市人民法院便开始探索量刑规范化改革,并制定了《规范量刑指导意见》。几乎与此同时,最高人民法院在《人民法院第二个五年改革纲要》中确定要进行量刑规范化改革。由于这项改革契合了最高人民法院的改革主张,姜堰市人民法院的改革努力得到了包括最高人民法院在内的上级法院的肯定,并获得了各种形式的支持。此后,该改革试验向纵深发展,其他法院也纷纷借鉴效仿,最终使得量刑规范化改革成为当时刑事司法改革的重要内容。参见谢圣华“量刑规范化改革的意义、亮点与认识辨误”载《人民法院报》2010年9月18日。

关所能调动的资源有限的情况下,这些支持对于试点改革的推进与试点制度的扩大适用,具有举足轻重的作用。更为重要的是,对试点机关而言,中央与上级的支持与认可还有两个方面的重要意蕴,而它们都能增加试点改革成功的机率。首先,这意味着改革风险的降低,即使试点失败也不会独立承担责任,更不会招致批评与责罚。这可以缓解试点机关因试点改革法律依据欠缺所产生的风险焦虑,从而不必耗费更多的精力用于对外的沟通与解释。其次,这还意味着一旦试点制度被证实有利于问题的解决,试点机关及其领导便能从中获利,如提高目标考评排名、增加领导的“政绩”等。这能进一步激发试点机关大胆尝试、勇于探索的积极性,将更多资源投入试点改革。

正如前文所提到的那样,由于没有明确的法律依据,试点改革多以“良性违法”的方式进行,这困扰着地方的改革试验。同时,这也意味着试点改革其实有着较为严格的限制条件,并可能随时受到中央与上级的干预。但也正是因为没有明确的法律依据,他们干预的标准是模糊的,往往以试点制度的政治“正确性”来决定是否许可某种制度创新。从这一点来看,试点机关的自愿安排始终控制在中央与上级的手中,他们实际上稳固地掌控着这些试点改革,在某种意义上充当着试点改革“把关者”的角色。一旦试点改革超出一定界限,或地方司法机关任意尝试,以致悖逆中央的司法效用偏好与目标取向,他们随时可以矫正地方司法机关越界的做法,甚至直接叫停改革。因此,如果试点机关盲目出击,不掂量其中的各种风险而任意选择试点制度,尤其是推行一些并不符合中央司法精神与主张的试点举措,试点改革几无成功的可能。随着司法改革越来越强调顶层设计与中央主导,试点制度的正当性有可能成为影响试点改革成功与否的决定性因素。

### 三、试点方案的可操作性

在立法领域,法律条文的可操作性是评价立法质量高低的重要标尺<sup>[11]</sup>。这种“可操作性”是从立法技术角度而言的,它要求立法的时候能细就细,避免法律条文表述的原则、空泛与笼统,并注意实施性规范要素的完整<sup>[12]</sup>。作为一种程序法,刑事诉讼法具有强烈的技术意味,它要为各种诉讼行为提供明确与具体的步骤与程式。因此,刑事诉讼法的可操作性更是一个需要认真对待的问题。如果刑事诉讼立法忽视技术细节,不追求条文规则表述的清晰与具体,那么由此形成的法律将很难实施。中国刑事诉讼立法的实践就表明,由于立法技术遭到忽视,导致很多程序规则的表述过于原则、抽象与概括,近似法律政策意义上的宣示性、口号性和倡导性规范,最终造成它们无法实施,形同具文<sup>[13]</sup>。鉴于试点方案要在真实的案件处理中付诸实施,在某种程度上充当了案件处理的程序规则,因此,如果我们承认试点方案的形成是一种类似于立法意义上的程序规则设计活动,那么就需要从有效实施的角度认真考虑试点方案在技术上的可操作性。为此,试点方案的设计必须重视试点制度的技术细节,注意制度规则构成要素的完整性、清晰性与具体性,并尽可能地预测具体实施中可能出现的各种问题,从技术上做出有针对性的设计。否则,试点方案就无异于一座毫无根基的空中楼阁,而不具有充分实施的可能性,试点改革也必然失去成功的可能。换言之,试点方案必须具备技术上的可操作性,试点改革才可能取得较好的效果,进而试点改革的经验才会被纳入政策议程,获得推广的可能。这可以视为试点改革成功的第三项必要条件。

我们可以找出很多富有说服力的例子来验证这一判断的成立,成都市人民检察院关于简易程序公诉人出庭试点改革就是其中典型一例。在2012年的《刑事诉讼法修正案》通过之前,成都市人民检察院已组织实施了简易程序公诉人出庭试点改革。在试点改革中,成都市人民检察院不仅设计了一套被称为“三集中”和“三简化”的总体方案,<sup>①</sup>还制定了《简易程序案件审查报告模板(试行)》、《公诉部门简

<sup>①</sup> 所谓“三简化”,一是指简化各种书面文书;二是简化审查报告的制作,即办案人员通过“填空”的方式,填制事先成型的简易程序案件审结报告模板;三是简化庭审程序,即公诉人出席“简易程序”庭审时,可以在宣读起诉书、讯问被告人、举证、示证、质证、发表公诉意见、答辩等各个环节进行适当的简化。“三集中”是指公检法加强协调、通力合作,对简易程序公诉案件尽量采用公安相对集中移送起诉、检察院相对集中审查并集中提起公诉、法院相对集中开庭审判的方式进行。参见左卫民“简易程序中的公诉人出庭:基于实证研究的反思”,载《法学评论》2013年第4期。

易程序案件出庭指引(试行)》、《关于办理适用简易程序审理公诉案件若干问题的意见》等实施细则,以应对出庭实践中可能出现的各种问题,譬如如何宣读起诉书、讯问被告人、发表公诉意见、如何提出量刑建议、如何确保公诉人出庭履职安全等;同时,为了增强试点方案的可操作性,保障试点改革的顺利实施,该检察院还会同成都市中级人民法院共同制定了《关于规范适用简易程序审理公诉案件的试行意见》,对程序启动、公诉人出庭履职的基本原则与方式、庭审程序的简要设计等作出了详细的规定。<sup>①</sup>不难看出,成都市人民检察院的整套试点改革方案极具技术性,充分考虑了简易程序公诉人出庭的技术细节问题,并针对实施中可能遇到的具体问题制定了操作性极强的应对之策,为公诉人出庭提供了明确的指引。正是因为如此,这项改革取得了较好的效果,最高人民检察院还专门下发“通知”在全国推广简易程序公诉人出庭的“成都模式”。<sup>②</sup>

另一个可以证成上述判断成立的例子是青岛市中级人民法院推行的未成年人轻罪犯罪记录封存制度试点改革。2008年6月,青岛市中级人民法院决定进行该项制度改革试验,并安排李沧区人民法院先行试点。根据前期的调研,青岛市中级人民法院制定了一套由案件适用范围与条件、封存工作机构以及封存操作程序等内容组成的试点方案,其中每一部分都规定的非常详细与具体。<sup>③</sup>比如,对于适用范围与条件,试点方案从犯罪主体、犯罪类型、既判刑罚、判前表现与判后表现等五个方面进行了细致的规定,尤其设计了评估判前表现和判后表现的具体指标;在封存操作程序方面,试点方案设计了六个程序环节,即申请、受理、委托调查与听证前准备、听证与决定、执行以及解除,而每一环节都规定的非常清晰与具体,包含着明确的实施性构成要素,特别是对一些技术细节问题规定的尤为严密,非常便于实际操作。<sup>④</sup>由于有了这样一部操作性较强的试点方案作为支撑,这项试点改革实施的较为顺利,实际效果也不错,并相继得到山东省高级人民法院和最高人民法院的肯定与推广。<sup>⑤</sup>

这两个例子充分表明,试点方案在技术上的可操作性是试点改革价值与作用得以实现的前提和基础。从某种意义上讲,试点改革具有强烈的试验性与探索性意味,需要在一定周期内观察与评估试点制度的运行效果,从而筛选出切实可行且效果较好的改革方案。就此而言,试点改革其实是一种试错机制,目的不在于单纯的否定,而是通过证伪达到暂时的确认<sup>[14] P. 318</sup>。这就要求试点方案应当具有技术上的可操作性,能在实践中得到充分运用,以便观察改革实施的具体过程、检验试点制度的运行效果以及发现试点方案存在的问题。如果悖逆这一要求,不仅无法检验试点方案的实效性,也很难发现并弥补试点方案存在的缺陷,最终导致试点改革应有的试错功能难以充分实现,试点改革本身的改革方法论价值也大打折扣。在这种情况下,我们很难想象试点制度会被推广适用,更不可能被提升为正式的法律。事实上,实践中很多试点改革其本身的合理性并无争议,也有明确的问题意识,还能契合中央层面的司法精神或主张,只是因为未形成操作性较强的试点方案而导致具体的实施困难重重,最终无法产生推动制度变迁的效果。部分检察机关推行的证据开示制度试点改革便是这方面的典型例证。虽然社会各界意识到建立证据开示制度对完善刑事证据制度、提高审判效率以及防止“证据突袭”等具有重要意义,最高司法机关也认可这项改革,但由于试点机关所制定的试点方案并未充分考虑实践操作层面的一些具体问题,如必须开示与免于开示的证据范围、证据开示的次数、负责证据开示的审判人员与检察人

① 更为详细的介绍参见吕伟、王沿琰“简易审公诉人出庭‘成都模式’写入最高检通知”,载《检察日报》2012年4月18日。

② 同上注。

③ 关于青岛市中级人民法院未成年人轻罪犯罪记录封存制度试点改革方案的详细内容参见青岛市中级人民法院课题组“未成年人轻罪犯罪记录封存程序的构建”,载《山东审判》2011年第2期。

④ 如在听证与决定环节,试点方案规定,法官应组织申请人及其法定代理人、代理律师、社区矫正人员、检察官举行听证会,首先由申请人阐述申请及理由,随后由社区矫正人员根据调查报告发表意见,之后由检察官发表意见;各方可在法官主持下辩论并提交相关证据材料;法官根据调查及辩论情况,当场决定是否封存;决定封存的,当场填写制式封存决定书,送达当事人、社区矫正人员及检察官。参见上注。

⑤ 参见李长军“最高法院常务副院长沈德咏对青岛法院未成年人轻罪犯罪记录封存工作做出批示”,载青岛法院网,http://qdfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=6955,最后访问日期:2015-03-05。



员、证据开示的内容与界限等,从而导致试点改革的展开并非一帆风顺,不但整体推进速度缓慢,甚至还一度出现停滞不前的局面。<sup>①</sup>这一改革本身也始终停留在试点机关的局部范围,未获得在更大范围内推广的机会,最后在试点机关也无疾而终。

其实,强调试点方案的可操作性对于试点改革成功的必要性,不只是程序规则设计基本原理提出的要求,也不只是实现试点改革目的与功能的要求使然,试点改革本身所面临的实际困境也要求试点方案必须在技术层面具有较强的可操作性。如前所述,试点改革并没有明确的法律依据,很多试点方案还会突破现有法律框架,因此,推行某种试点制度就无形赋予了试点机关较大的自由裁量权,同时也意味着司法的随意性相对增强。在这种情况下,如果试点方案的操作性强,不能为案件处理提供明确与具体的指引,很容易导致试点制度适用的任意性,滋生形形色色的无序行为,甚至引发实践的混乱,各种指责与非议便会纷沓而至,从而使得试点改革遭遇更多的合法性诘难,最终导致试点改革失败。相反,要是试点方案的操作性强,对试点制度适用中的各种具体问题都有细致、明确的规定,试点改革便能以一种平滑的方式在试点预定的轨道中进行,不致引发实践的震荡、结果的无法预料以及社会的激烈反弹,从而降低试点改革所面临的法治风险及其潜在的对制度秩序的系统性伤害。此外,由于试点制度只是试点机关暂时推行的一种改革举措,并不具有明确的法律效力,一旦试点方案缺乏技术层面的可操作性,很可能导致案件处理人员在适用中束手束脚、瞻前顾后,无所适从,甚至排斥或抵制试点制度,从而影响其充分实施。因此,从促进案件处理人员适用试点制度的积极性以及增进试点改革可接受性的角度而言,试点方案具备较强的可操作性也是非常必要的。

#### 四、结语

在过去的二十多年,中国刑事诉讼制度处于激烈的变革之中。正如左卫民教授所观察到的那样,这些变革很多都由地方司法机关的制度创新所引领<sup>[15]</sup>。相比于立法机关与最高司法机关,地方尤其是基层司法机关处于司法一线,对既有制度的问题以及社会各界的制度需求有着更为真切的感知与体察。在立法无法及时提供有效制度供给的情况下,地方司法机关会通过创新制度来应对司法实践所产生的各种问题,从而产生制度创新的原初动力,并以实践问题为导向,时刻矫正甚至引领制度发展的方向。在这种动力机制的支配下,各种有关刑事诉讼制度的试点改革悄然兴起,并日渐勃兴。从实践来看,这些试点改革已随着时间的推移对立法机关与最高司法机关在提供制度供给、调整制度结构以及确定制度变革优先顺序方面起到了重要作用。因应于此,学界开始关注地方司法机关的试点改革,并形成了两种较为典型的认知与判断。那些强调试点改革在形成具有可操作性且切合中国实际的制度方面具有明显优势的说法<sup>②</sup>以及主张刑事诉讼制度改革应该更多运用试点改革这一“由点到面”制度变革方式的观点<sup>③</sup>无疑都准确地把握住了地方创新之于刑事诉讼制度变革的潜在价值。此外,还有很多论者对试点改革在推动刑事诉讼制度变迁方面的功效不以为然,反而多从法治原理与宪政秩序的角度对之持否定态度,认为试点改革“突破现行有效的法律,甚至与之直接冲突,造成正当程序危机”<sup>[16]</sup>,并“必然产生不同地区法律适用不统一的结果,破坏‘法律面前人人平等’的宪法原则”<sup>[17]</sup>。可以预计,由于一步到位的立法修律式改革屡遭挫折,实际的制度变迁绩效低下,试点改革这种从局部到整体且带有明显渐进性与试错性的制度变革方式将会受到更多重视,也会有更多的试点改革不断涌现。在此背景下,审视与分析试点改革除了要从制度能力提升与合法性检视等维度展开之外,更需要从地方改革创新的视角提炼经验,从制度变革成功的角度廓清方向。

<sup>①</sup> 更为详细的介绍与分析参见浙江省人民检察院公诉一处“浙江省检察机关刑事证据开示试点的探索与建议”,载《人民检察》2009年第8期;赵志坚、侯晓焱、庄燕君“证据开示制度试行状况之实证分析”,载《人民检察》2004年第1期。

<sup>②</sup> 代表性的观点及论述可参见陈瑞华“法律程序构建的基本逻辑”,载《中国法学》2012年第1期。

<sup>③</sup> 典型分析可参见左卫民“中国刑事诉讼模式的本土构建”,载《法学研究》2009年第2期。



## 参考文献:

- [1] [英] 迈克·麦高伟 “实证研究和法律改革: 英国经验” 郭志媛、曹泳 译, 载徐昕 主编《司法: 司法程序的实证研究》(第 2 辑), 中国法制出版社 2007 年版。
- [2] 谢志焜 “外部约束、主观有限理性与地方行政改革的制度供给”, 载《经济社会体制比较》2011 年第 2 期。
- [3] 陈瑞华 《刑事诉讼的中国模式》, 北京大学出版社 2009 年版。
- [4] [美] R. 科斯、A. 阿尔钦、D. 诺斯 《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》, 刘守英 等译, 上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版。
- [5] 张东超、郑琳娅 “错位的监督 检察官焉能走进合议庭”, 载《人权》2003 年第 4 期。
- [6] [德] 韩博天 “中国异乎常规的政策制定过程: 不确定情况下反复试验”, 载《开放时代》2009 年第 7 期。
- [7] 刘辉 《刑事司法改革试点研究》, 中国检察出版社 2013 年版。
- [8] 李巧芬、刘中发 “暂缓起诉的实践与探索”, 载《人民检察》2006 年第 7 期。
- [9] 刘鹏 “三十年来海外学者视野下的当代中国国家性及其争论述评”, 载《社会学研究》2009 年第 5 期。
- [10] 刘培伟 “基于中央选择性控制的试验——中国改革‘实践’机制的一种新解释”, 载《开放时代》2010 年第 4 期。
- [11] 陈金钊 “警惕‘可操作性’在法律思维中的标签化蔓延——从司法角度反思法律的可操作性”, 载《国家检察官学院学报》2012 年第 1 期。
- [12] 雷斌 “借鉴香港经验 增强立法的可操作性”, 载《人大研究》2010 年第 8 期。
- [13] 陈瑞华 “制度变革中的立法推动主义——以律师法实施问题为范例的分析”, 载《政法论坛》2010 年第 1 期。
- [14] [英] 卡尔·波普尔 《猜想与反驳》, 傅季重 等译, 上海译文出版社 2001 年版。
- [15] 左卫民 “刑事诉讼制度变迁的实践阐释”, 载《中国法学》2011 年第 2 期。
- [16] 张建伟 “法学方法、改革试验与正当程序意识”, 载《法治论坛》2010 年第 3 期。
- [17] 史立梅 “论司法改革的合法性”, 载《北京师范大学学报》(社会科学版) 2005 年第 6 期。

## The Prerequisites for the Success of Local Pilot Reform of Criminal Procedure

Guo Song

**Abstract:** The pilot reforms led by local judicial organs in criminal procedural areas have been flourished in recent years. From the perspective of practice, these pilot reforms have very different ultimate fate: some are promoted and even have feedback in legislation, while the others are ineffective and can not produce any performance of institutional change. It is found through comparative analysis of a series of pilot reforms examples that, the practical need for pilot reform, the pilot system coinciding with the spirit and program of central government's judicial reform, and the feasibility of the pilot program itself, are three important variables affecting and even deciding the actual results of the pilot reform which together constitute the necessary conditions for pilot reform's success. Considering the background that the pilot reform is becoming more active and bright, the practice-oriented summary and abstract of the experience and rules of pilot reform can not only provide guidance on the methodology for future pilot reform, but also expand theoretical perspectives of examining and discussing pilot reform.

**KeyWords:** Pilot Reform; System Innovation; The Prerequisites

(责任编辑 于贺清)