

论法律援助中的有效辩护

——基于法律援助与委托辩护的对比性分析

程 衍

〔摘 要〕 法律援助与委托辩护在发生基础与价值导向上存在根本差异,因此有效辩护的侧重及实现亦有所不同,应分别探讨。委托辩护以民事合同为基础,以利益为导向,其中有效辩护的界定应是“令委托人满意的辩护”,在信息公开的条件下依靠市场自发调节可以实现。法律援助是以政府指派为基础,以义务为导向,其中的有效辩护应界定为“尽职尽责的辩护”,实现路径需依靠政府的有效监管,并对法律援助相关制度予以进一步的完善。

〔关键词〕 法律援助;有效辩护;值班律师;公设辩护人;有效帮助

近年来,有效辩护相关问题备受学界关注。相关研究集中于,一是如何界定有效辩护的理论问题,二是如何保障有效辩护的实践问题。在理论层面上,陈瑞华教授认为有效辩护就是尽职尽责的辩护,是律师在辩护过程中忠诚地履行了辩护职责,完成了“授权委托协议”所约定的辩护义务,而不论最终诉讼结果如何。^①左卫民教授提出不同观点,认为有效辩护应是有效果的辩护,从结果层面考察刑事辩护活动的效用,更符合当事人利益最大化的辩护目的和律师职业相关伦理。^②在实践层面上,顾永忠教授站在人权保障的高度,将实践中辩护效果不彰的现状,归因于被告人基本诉权的缺失。建议在我国确立无罪推定原则、不得强迫自证其罪原则,同时制定详细的法庭质证规则。^③熊秋红教授则以诉讼构造为落脚点,指出我国公、检、法机关之间的线性权力构建,大大制约了辩护效果的发挥。在无中立第三方的情况下,即使法律赋予律师充分的辩护权,同样难以发挥效用,建议建立“司法裁判中心主义”的诉讼架构。^④

相关研究可以说在很大程度上推动了我国有效辩护理论与实践的发展,但是局限性在于缺乏更细致的类型划分。法律援助与委托辩护在发生基础和价值导向上有着极大的差异。法律援助以政府指派为发生基础,以义务为导向。而委托辩护以合同行为为基础,以利益为导向。差异之下,实践中有效辩护的理论界定与实践保障亦存在本质性区别。本文立足于法律援助案件的特殊性质,就有

程衍,法学博士,华东政法大学刑事法学院副教授(上海 200042)。本文系国家社科基金青年项目“有效帮助指引下我国值班律师制度的运行困境与完善”(21CFX074)的研究成果。

①陈瑞华:《有效辩护问题的再思考》,《当代法学》2017年第6期。

②左卫民:《有效辩护还是有效果的辩护?》,《法学评论》2019年第1期。

③顾永忠:《刑事辩护的现代法治涵义解读——兼谈我国刑事辩护制度的完善》,《中国法学》2009年第6期。

④熊秋红:《刑事辩护的规范体系及其运行环境》,《政法论坛》2012年第5期。

效性定义与保障机制设计,与委托辩护进行对比性分析。

一、有效辩护之界定的差异性分析

如何界定有效辩护?此是相关研究展开的基础,而针对此问题当前学界亦存在分歧。例如,陈瑞华教授认为有效辩护就是尽职尽责的辩护,是律师在辩护过程中忠诚地履行了辩护职责,而不论最终诉讼结果如何。^①左卫民教授提出不同观点,认为有效辩护应是有效果的辩护,从结果层面考察刑事辩护活动的效用。^②熊秋红教授认为有效辩护应当具备“充分性”的特点,强调被告方辩护权的充分保障和行使。^③魏晓娜教授则认为有效辩护应落脚于个案中律师提供辩护服务的质量评价,以提高辩护质量,实现个案公正为目标。^④总结而言,学界观点分歧于有效辩护应是行为过程评价还是诉讼结果评价。本文认为,该问题的研究应回归基础,立足于辩护关系的产生逻辑和基本价值追求,而法律援助与委托辩护在这两方面存在明显差异应区别探讨。

(一) 法律援助与委托辩护在发生基础与价值导向上的不同

法律援助相较于委托辩护,最根本之差异在于辩护人诉讼身份的产生基础。而这也很大程度上影响了辩护人的主观心态与客观行为。委托辩护以合同行为为基础,被追诉人支付辩护费用,律师提供辩护服务。这一切实现的基础是合意与对价。法律援助则不同,其发生基础由最早的社会慈善逐步发展为法律义务。通常以带有强制性色彩的政府摊派为实现手段。^⑤法律援助与委托辩护,在发生基础方面有着本质的差异,而这也决定了二者之间不同的价值导向。

首先,委托辩护的利益导向性。律师是市场经济下自负盈亏的经济主体,在法律方面的专业能力是其赖以生存的最主要手段。职业律师通过向社会提供法律代理服务赚取收益,并且以此作为经济来源。可以说,律师提供委托辩护,最根本的目的是获取经济利益,而辩护业务也逐渐成为市场经济的一部分。

其次,法律援助的义务导向性。律师承接法律援助案件非但不能获利,反而可能贴钱办案。政府给予的援助费用也仅为弥补办案支出,并不包括律师投入精力、智力的经济报酬。^⑥律师承接法律援助案件,主要是基于法定义务。我国《法律援助法》第16条和第63条规定,律师负有依法提供法律援助的义务,如果无正当理由拒绝履行法律援助义务或者怠于履行法律援助义务,将由司法行政部门依法给予处罚。

(二) 法律援助与委托辩护关于有效辩护的不同界定

学界就有效辩护的定义存在分歧,究其原因是选择了不同角度进行定义和评价。本文认为,关于有效辩护的认定应立足于本源,以辩护行为的发生基础为切入。

^①陈瑞华:《有效辩护问题的再思考》。

^②左卫民:《有效辩护还是有效果的辩护?》。

^③熊秋红:《“两种刑事诉讼程序”中的有效辩护》,《法律适用》2018年第3期。

^④魏晓娜:《审判中心视角下的有效辩护问题》,《当代法学》2017年第3期。

^⑤虽然政府采购和公设辩护人模式在很多国家也多有实施,但是世界范围内最主要的法律援助模式仍然是带有强制色彩的法庭或专门机构指定。S. E. Mounts, “Public defender programs, professional responsibility, and competent representation”, *Wisconsin Law Review*, No. 4, 1982, pp. 473-534. 作者在文中称,全美国只有28%的地区建立了公设辩护人系统。但是法庭指定辩护模式,存在于每个州。在英国、法国、德国,指定式的法律援助都是最主要的模式。P. Herzog & B. E. Herzog, “The reform of the legal professions and of legal aid in France”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 22, No. 3, 1973, pp. 462-491.

^⑥顾永忠、杨剑炜:《我国刑事法律援助的实施现状与对策建议——基于2013年〈刑事诉讼法〉施行以来的考察与思考》,《法学杂志》2015年第4期。

1. 有效的委托辩护是“令委托人满意”的辩护

委托辩护以合同行为为基础,其中有效性的定义也应以此为前提。一件商品、一项服务,对其质量的评价往往离不开价格的参考。昂贵价格的背后理应以更高标准的质量做支撑。因此,辩护费用高低有别,那么对有效性的界定也应当是有所差异。除此之外,各案案情千差万别,实践中能够影响辩护效果的因素也同样众多,如何算得上有效,也需因案而异。对于有效辩护的定义应当能够反映出上述差异。因此,统一的、格式化的标准不切实际。笔者认为,在委托辩护中,有效性的定义应当是动态的,而“令委托人满意”可以作为参考标准。首先,为委托人提供满意的辩护服务,本就是律师的合同义务。委托辩护中,律师具有双重身份:一是诉讼法上辩护人身份,二是合同一方当事人。前者要求律师以客观事实为基础,维护诉讼真实与正义。后者则要求律师充分考虑客户的需求,维护其正当利益。因此,辩护人不能仅顾着追求心目中的正义,客户的需求同样重要。其次,委托人对于辩护效果的态度,往往建立在综合权衡各项信息的基础之上,包括委托费用、个案案情等。因此令委托人满意的辩护,实则是一个综合的标准,而且是能够充分体现各案差异的动态标准。以此作为定义,能够实现个案指导作用进而提升辩护效果。

2. 法律援助领域有效辩护是“尽职尽责”的辩护

法律援助的发生基础是法定义务,律师接受政府指派为犯罪嫌疑人、被告人提供法律服务。在法律援助中同样存在着两层关系:一是法律援助人员与政府的指定、承接关系,二是法律援助人员与犯罪嫌疑人、被告人的辩护关系。在第一层关系中,政府需要律师认真、负责的履行法律援助职责,维护实体真实与程序正义。而对于具体的诉讼效果,政府因为并非诉讼参与主体,亦没有明确的利益纠葛,因此难以提出具体的个案化要求。在第二层关系中,由于双方主体之间不存在彼此约束的合同关系,那么受援助者也缺乏要求特定诉讼效果的立场。而且法律援助具有慈善性质,律师义务履职,如再过分要求特定诉讼效果未免苛刻。因此,法律援助人员仅需认真、负责的履行辩护职责,即是有效完成了法律援助任务。在法律援助案件中,对于有效辩护的定义,应从辩护行为角度出发,而具体的诉讼效果不应作为考量的依据。有效的法律援助即是法律援助人员认真、负责的辩护。

二、有效辩护之保障机制的差异性设计

委托辩护与法律援助在发生基础、有效辩护定义等方面有着根本差别,因此关于有效辩护的保障机制亦应区别设计。

(一) 委托辩护有效性的保障机制——信息公开下的市场自主调节

委托辩护以合同为发生基础以经济利益为导向,其实践效果可依靠有序的市场运行机制来保障,但需要以充分的信息公开为前提。

1. 委托辩护效果可依靠市场规律调解

当前我国委托辩护行业已然发展出能够自主运转、自我调节的成熟市场机制。在市场中,众律师提供法律服务,而委托人以购买者身份进行选择。作为自负盈亏的市场主体,律师为获取更多的收益即需要招揽更多的案源,而其所能提供的服务质量将成为决定性因素。律师过往办案的实际效果,往往是其诉讼能力和勤勉态度的体现,同时能够为律师赢得声望,进而吸引案源。因此,在经济利益的驱使下,在市场规律的调节下,律师自然会竭尽全力地保证辩护效果,一方面积极履行辩护行为,另一方面增加交流沟通,尽量提高委托人满意度,以获得更优的行业评价,争取更多的案源,如此便会形成良性循环。可以说,关于委托辩护效果的保障,需要建立利益导向性下的有效辩护激励机

制。而当前行业内,凭借着相对成熟的市场化运行模式,即能够依靠隐性的市场规律进行自我调控。

2. 需以有效的信息公开机制为前提

市场规律能够在一定程度上保障有效辩护,但亦非万能。古典经济理论认为,经济协约的自由运动不仅可以调节自身,也可以自动的获得稳定性,没有必要也没有可能屈从于任何约束力。只有扩散的公意才能起到制裁作用,不过公意实则得不到个体间的有效传播。因此,上述市场调节机制的功能发挥需要一个前提:信息的公开。只有公开了业绩信息,相关律师才能因为过往的有效或无效辩护,成为被选择或淘汰的对象。这也是辩护律师提升诉讼能力,保证有效辩护的根本动力。

但是实践中,律师辩护行业往往缺乏有效、可靠的信息供给平台。信息的不对称,使得委托方难以获悉律师的过往办案记录,进而无法借此了解律师真实的诉讼能力和敬业品质。这也就导致了一些异化了的信息渠道,成为律师被市场选择的依据。比如,实践中有律师采取哗众取宠的方式通过网络或其他媒体宣扬案件,以提高知名度。这种方式往往会对辩护效果起到反作用,更是在一个健康的司法体制内不应当发生的现象。如果律师在办案中实现有效辩护的成就,不能成为行业内被倡导和选择的标准,那么委托辩护的市场也就缺失了正确的导向和良性运转的基础,仅凭自我调整恐难以解决。

在如此情况下,司法行政机关应当实施外部干预。而制定权威的律师评价等级、利用大数据技术建立律师个人业绩档案,以供社会公开查询,将是有效的手段。借此,委托方可通过查询律师的过往案件记录,以及业务能力的权威评价,选择确有能力的辩护人。委托辩护市场亦能回归良性竞争的轨道。因此,提升委托辩护效果并不需要严格的外部监管,行业内部优胜劣汰的市场机制法则能够发挥功能。以有效辩护理念为导向,以经济利益为指引,信息的公开是委托辩护有效性提升的关键。2019年3月司法部出台了《关于扩大律师专业水平评价体系和评定机制试点的通知》,即是律师诉讼能力的评价与公开机制。

(二) 法律援助辩护有效性的保障机制——低经济补偿下的政府强力监管

法律援助中的有效辩护是律师尽职尽责的辩护,实践中如何激发律师的责任态度是保障法律援助效果的前提。但不同于委托辩护,法律援助并非市场行为,因此亦无法依市场规律对其实现调控。根据法律援助非营利性、政府与律师双责任性的特点,法律援助的实践效果必依靠政府的强力监管。

世界范围内,法律援助的政府责任理念已被广泛认同。^①然而在我国,当前政府的主要履职方式却是对律师行业带有强制性的案件摊派,经济补偿则相对较低。依据笔者调研,我国经济相对发达的沿海某省,2022年刑事法律援助的经济补偿标准为:侦查、审查起诉阶段200—500元每案,审判阶段500—700元每案。如此微薄的经济补偿与委托辩护的收益不可相提并论,律师普遍更愿意将有限的精力投入委托辩护中去。因此,法律援助不能吸引律师行业的竞争,也就不具备形成稳定市场的条件。^②市场规律虽然能够调控委托辩护,推动其有效性的实现,却不能在法律援助领域发挥作用。^③这也是法律援助义务导向性的必然结果。在法律援助领域,除了依靠律师的职业道德,并不存在一个能够在利益上引导律师积极履行职责的动因,因此法律援助效果难以通过市场因素提升。

^①E. E. Cuff, "Public defender system: The Los Angeles story", *Minnesota Law Review*, Vol. 45, 1961, pp. 715 - 725.

^②不但没有竞争,笔者在调研中甚至发现一些地方的法律援助被某几个律师承包,其通过多接法律援助案件获取收益。但此中一是夹杂着特殊的人情关系,二是相关律师亦是在实务中案源不足,能力相对欠缺。很多学者提出提高法律援助的进入门槛,杜绝此种情况的发生。后文详述。

^③关于加快政府购买法律援助服务的内容被提上了改革议程,但是实践中的效果却是不尽人意。胡铭、王廷婷:《法律援助的中国模式及其改革》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2017年第2期。在政府采购模式下,法律援助由义务导向转为利益导向。那么,政府必须以合理的市场价格吸引律所的承揽,而这也意味着更多的经济投入。在美国,政府采购法律援助的模式(contract lawyer)已经比较成熟,但其适用范围比较小,仅是作为公设辩护人和指定模式法律援助的补充。P. B. Wice, *Public Defenders and the American Justice System*, Westport, CT: Praeger, 2005, p. 12.

缺乏经济动因,市场调节机制随之失灵,而律师承接法律援助案件作为一种纯粹的法定义务履行,实践中可能成为其执业负担。如此境况下要律师尽职尽责,保障法律援助效果,亟需依靠政府的强力监管。但是实践中,政府监管不力的情况普遍存在。一些地区的法律援助机构虽然承担着质量评估的职责,但是效果甚微。^① 如此便导致,法律援助效果难以保障:律师不会见、不调查、不阅卷,仅有格式化的意见呈现于法庭。这已成为刑事法律援助实践的一大顽疾。^② 在义务导向性下,法律援助需要政府的有效监管,而完善的监管体系设置至关重要。当前在我国,法律援助效果不彰的问题普遍存在,而这其中的主要原因即是政府监管不力,缺乏完善的政府监管机制。

三、政府监管法律援助效果的正当性论证

法律援助效果的保障,需以政府建立起强力监管机制为前提。在具体讨论监管机制内容之前,必须明确的是:律师的法律援助义务来源,即政府以惩戒为手段对律师施以监管的合理性依据。此是相关制度建构的根基,否则名不正,言不顺。^③ 世界范围内,法律援助的政府责任理念已被广泛认同。政府发动了针对个人的刑事追诉,使其人身、财产具受威胁。因此,政府有责任保障诉讼程序的正当性以及诉讼结果的公正性。而无论是程序正义还是实体正义,均以律师辩护权的保障为实现前提。在委托辩护的市场化运行机制下,如果被追诉人因经济原因无力聘请律师,那么政府有责任为其提供法律援助。法律援助本应是完全的政府责任,但现实是由律师行业承担了最直接的援助工作:政府强制性摊派法律援助案件,仅给予律师以象征性的经济补偿。世界主要国家的法律援助多以此种模式展开。^④ 有学者提出,法律援助义务源于律师职业伦理。律师特别是刑辩律师,其所从事的职业,关乎委托人财产、自由甚至是生命。律师行业借此获利,当然有责任回馈社会并承接法律援助。但这仅能从道德层面对律师提出要求,却不能成为政府监管并惩戒律师的依据。^⑤ 笔者认为,当下带有惩戒性质的法律援助摊派模式,源于政治上国家与律师行业之间的对抗、协商关系,其实现基础是利益回馈。

法国社会学家涂尔干在《职业伦理与公民道德》一书中,批判了卢梭的社会契约观点,认为民众与国家的直接契约关系,只能存在于原始部落这样的小规模群体之中,绝不可能成为现代国家形成与运转的理论基础。首先,现代国家庞大而复杂,与所有个人形成契约并不现实。其次,政府与民众的二元结构,难以实现社会的有效治理。一是,政府能够涉足的私人领域有限。二是,政府对个人的直接管理成本过高。涂尔干就此提出了三层次的社会运转理论:以国家政府为首要群体,以行业组织为次级群体,以民众为服务对象。三级群体间相互引领、相互约束,构成了现代社会的标准化治理范式。其中行业组织是连接民众与国家的纽带,发挥着不可或缺的作用。具体表现为双重关系:对社会民众的内部管理关系,以及对国家的外部对抗、协商关系。

随着时代的发展,社会分工愈发细致。当行业发展到一定规模时,会自发形成行业组织,把具有同一职业的分散个体集合起来。行业组织依此与社会民众建立联系并进行扶持和管理,而其中的规

^① 依据笔者的调研,S省L市某区的法律援助机构仅有两名工作人员。平日主要负责案件的分配。对于质量的评估,有时有心无力。同时由于评价的标准比较模糊,而且缺乏有效的惩戒手段。因此,难以产生威慑作用。

^② 黄东东:《法律援助案件质量:问题、制约及其应对——以C市的调研为基础》,《法商研究》2015年第4期。

^③ 需要明确的是,虽然《法律援助法》在立法层面明确了律师的法律援助职责和政府监管的权力,但其中的法理根据为何,此即本部分探讨的内容。

^④ 在美国有Assigned Counsel模式,即以法院指定的模式完成法律援助,经济补偿非常之低。在英国、德国、法国,政府转嫁法律援助责任的问题同样存在。D. Cole, "Effectively ineffective: The failure of courts to address underfunded indigent defense systems", *Harvard Law Review*, Vol. 118, No. 5, 2005, pp. 1731-1752.

^⑤ 后文将有详细论述。

则则是职业伦理。职业伦理是特定行业在长时间的发展历程中,从业者不断传承的、能够推动行业良性发展的经验总结。职业伦理涵盖了众多方面,比如在商品或服务的供给方面,应当保质保量,不能欺骗、隐瞒。再比如,在市场运行方面,不应囤积居奇操纵市场。在很多行业,社会慈善也被作为职业伦理的一部分。比如,食品行业在物资短缺的年代组织施舍活动;医师行业也会定期组织社区义诊。一方面以慈善的方式回馈社会,另一方面提高行业声望以求长远发展。律师行业的法律援助职责也最早产生于此——以社会慈善为内容的职业伦理。但是职业伦理产生于行业内部,其调整的是行业内部关系。政府作为外部组织无权干涉,除非有重要法益的侵犯。因此,如果律师拒绝承担法律援助职责,律师协会可基于职业伦理对其施以惩罚,而国家则无此权力。就如同,如果食品商人拒绝施舍穷人,国家并没有立场对其做出处罚。所以,政府监管的法律援助模式,并不能以律师职业伦理或特殊职业属性为理论依据。

行业组织与社会民众的对内管理关系,推动了社会秩序的良性发展。而行业组织与国家的外部制约关系,则起到了更为宏观的作用:防止国家对个人的专制,同时避免国家被个人吞噬。^① 首先,人民受到的最大约束来源于国家。要避免这种约束恶化为压迫,国家、政府就必须受到其他集体力的约束。行业组织作为职业群体的集合,有愿望也有能力发挥约束作用。其次,任何民主制国家的架构都天生有一种缺陷,即单独的个人就能构成活生生的、能动的社会实体。众多个体意志所造成的分散流变、犹疑破碎的混乱状态,很可能导致民主的暴政。在民主政治中,职业群体能够梳理、筛选个人意愿并向上传达,避免国家被自私的个人所吞噬。^② 行业组织代表了职业群体的利益,与国家形成了政治层面的对抗、协商关系。世界范围内频繁发生的罢工游行即产生于此。行业组织有着强大的力量,然而在法律援助领域,政府令律师行业直接承担法律援助职责,并施以强制性监管。此并非因为政府的压迫或律师行业对抗无力,而是协商的结果:律师行业在其他方面受益于政府,而法律援助则是利益回馈。

首先,律师行业的蓬勃发展得益于政府背书。与其他行业相比,律师行业不仅是市场经济的参与主体,而且是经政府背书认可的主体。世界范围内,政府通过相应的培训和考试,授予律师以资格认证,这相当于政府以公信力做担保,极大提升了律师在代理、辩护市场的竞争力。例如在我国民事诉讼领域,基层法律服务工作者^③与执业律师形成竞争关系。1987年至2003年,基层法律服务工作者所承担的诉讼代理总量为666万件,而律师行业承担760万件。二者基本平分了诉讼代理市场。但是,之后随着律师行业的蓬勃发展,基层法律服务工作者被逐渐边缘化,当下基本退出了市场竞争。^④ 究其原因,政府对律师行业的背书认可使其在竞争中占据绝对优势。

其次,政府赋予律师行业“诉讼特权”。在刑事诉讼领域,律师相较于其他辩护人,有着专享的“特权”。例如,我国《刑事诉讼法》第34条规定,犯罪嫌疑人在侦查阶段仅能委托律师为辩护人。《刑事诉讼法》第39条和第40条规定,非律师辩护人必须经过额外的许可才能够与犯罪嫌疑人会见通信,才能查阅摘抄复制案卷。放眼域外,在美国加利福尼亚州,非律师从业者甚至不被允许向当事人提供法律建议,仅能从事相关文书工作。^⑤

可见无论在民事还是刑事领域,律师行业都受到了国家、政府的“优待”,这也是律师行业在各个

①[法]涂尔干:《职业伦理与公民道德》,渠敬东译,北京:商务印书馆,2015年,第116页。

②[法]涂尔干:《职业伦理与公民道德》,第46—72页。

③《民事诉讼法》第58条第1款。

④朱景文:《中国法律工作者的职业化分析》,《法学研究》2008年第5期。

⑤笔者曾在加利福尼亚州法律援助中心实习。每日所负责工作,多为接听法律咨询电话。而后把相关案情信息记录下来,并转交援助律师寻求法律建议。即使是再简单的法律问题,也不可直接给予当事人法律建议,因为加州法律不允许非律师从业者提供法律建议。

国家能够更加蓬勃发展的主要原因。^① 政府与行业组织作为社会国家运转中直接对应的两级群体,相互关系是合作与对抗辩证统一的。既然律师行业作为次级群体极大受益于政府,那么基于双方的政治关系以及利益互惠的协商原则,政府完全有立场要求律师行业代其承担法律援助职责。而实践中,各国的律师行业也都普遍应承了政府在水法律援助方面的指派。可以说,政府强制性摊派法律援助案件并对援助律师进行监管,皆以此为逻辑起点与正当性根据。

四、法律援助政府监管体系的完善路径

义务导向性下,法律援助有效性需以政府监管作为保障,司法行政机关和律师协会应当切实发挥作用。完善的监管体系应当包含:评价、惩戒和救济三项内容。

(一) 法律援助效果评价

法律援助中的有效辩护以律师尽职尽责为界定,其实践评价以行为过程为准据,而不考虑具体诉讼结果。

1. 以行为过程为评价准据

法律援助案件中,有效辩护的定义是律师尽职尽责的辩护。而如何判断援助律师尽职尽责的勤勉性,就成为评价其法律援助效果的关键。实践中,律师勤勉的责任态度会具象为辩护行为,而对具体行为样态设置评价标准亦具有现实可操作性。例如,律师会见、阅卷、调查、提出法庭动议^②以及法律文书制作等辩护行为,均可作为评价依据。上述辩护职责的积极履行,能够在一定程度上推断法律援助人员的主观勤勉态度,就此设置相应的评分机制是很多地区法律援助机构的实践经验。具体而言,在水法律援助案件办理终结之后,法律援助机构会对援助律师进行考核,填写一份评分表。

评分表的具体设置包括两部分内容:一是评价行为对象的选取,二是评价分值的设置。首先,法律援助中应选取哪些行为性因素作为评价对象,此可借鉴司法部《刑事法律援助案件质量同行评估规则》(后文简称《评估规则》),其中将法律援助评价行为对象划分为8个一级指标,包括会见、阅卷、调查取证、提出法律意见、参加庭审、履行告知义务、履行报告义务、整理并提交办案材料。上述评价内容基本涵盖了重要的辩护行为,足以彰显援助律师的勤勉性。其次,评价分值的设置,《评估规则》将评价结果区分为“不合格”“合格”和“优秀”三个等级,但是等级的设置相对宽泛,三等评级不能更加细致地区分律师的实践表现。因此,将评级制改为评分制将更加利于法律援助质效的细化评定。具体而言,8个一级指标每个设置分值15分,总分120分。由评定人员依据法律援助律师的实践表现自由裁量,给出评分。而法律援助机构需在不同的分数段设置更加细化的奖惩措施。此外,关于各指标的小分评价,因为刑事辩护具有整体性并遵循“木桶原理”,任何一项的辩护行为短板均会严重影响实践效果,所以各项一级指标的分数亦不得过低,否则既应认定为无效。

2. 诉讼结果不作为评价考量

除行为评价外,诉讼结果是否应同样作为考量依据?对此本文持否定态度。究其原因,诉讼结果与法律援助律师勤勉性的因果关系在实践中难以确定。首先,消极的诉讼效果可能由多方面原因造成,难以与律师勤勉性确定直接因果关系。法律援助不仅是律师为被迫害人提供的辩护服务,其实践发生更涉及政府主导设计的一整套诉讼制度。那么法律援助的实际效果,不仅取决于援助律师

^①实践中,虽然很多相关制度的设计初衷并非专门为了律师利益,而更多是基于人权保障、程序正义等价值考量,但是客观上,律师行业确实因此获益匪浅。

^②比如回避、变更强制措施、非法证据排除以及调取证据等申请的提出。

的实际辩护行为,也同样受制于完善的程序制度。而程序制度的运行不畅,同样可能产生负面的诉讼效果。例如,法律规定不完善和实践异化而产生的辩护人“新三难”问题。^①再如,实践中公、检、法机关怠于履行法律援助相关职责。^②甚至上升到更为宏观的制度层面:重实体轻程序的诉讼理念、审判的非言词性、审判不独立等都可能产生不理想的诉讼效果。如果上述情况俱归责于法律援助人员,显然有失公允。其次,积极的诉讼效果并不必然标志法律援助行为的有效性。在我国强职权主义的审判模式下,法官、检察官有着查明真实的积极义务。因此在很多情况下,即使诉讼效果有利于被告人一方,也难以证明法律援助的有效性。总结而言,实际的诉讼结果无论优劣均可能产生于多方面原因,无法确定与律师勤勉性的因果关系,因此不能作为评价法律援助效果的考量内容。

(二) 法律援助奖惩机制

效果评价后的奖惩机制是激励和震慑援助律师,进而提升法律援助效果的重要手段。实践中惩罚措施主要包括两种:一是从法律援助律师名录中移除,二是扣发或者缓发经济补偿。其设计理念是以资格剥夺和经济惩戒为手段,对法律援助人员予以威慑。但是法律援助的义务导向性与慈善属性,决定了其对律师行业并不具有普遍吸引力。实践中热衷于法律援助的律师,多是因新入职或能力不足而缺乏案源。虽然资格和经济的惩罚能够在一定程度上威慑此类律师,但是对于大多数案源丰富的资深律师恐难有效果。微薄的经济补偿同样难以对其发挥威慑作用。

律师对其业界声望普遍重视,此是其扩展案源的重要保障。因此实践中可以考虑增加名誉性奖惩手段。《法律援助法》第58条规定,司法行政部门、法律援助机构应当建立法律援助信息公开制度,定期向社会公布法律援助考核结果等情况。实践中,依据对各案法律援助效果的评分,对于分数过低的怠于履行法律援助职责的律师,可将相关信息予以公开以作警示和惩戒。此外,对于拒绝履行或者连续多次怠于履行法律援助职责的律师,可以考虑对其处以罚款或者停止执业3个月的严厉处罚措施。相应的,如果法律援助律师得到了较高的评分可以将其尽职履责的办案情况予以公布,增加其行业声望以作奖励。此外,相应金额的奖金可以根据律师所得分数的不同而分别设置,作为辅助性奖励。

(三) 无效援助的救济

无效辩护的直接受害者是犯罪嫌疑人、被告人,其基本诉讼权利无法实现,更面临着不利的判决结果。在美国,无效辩护的救济途径主要包括两种:一是由委托人提起民事诉讼,请求律师赔偿;^③二是上诉法院基于无效辩护,撤销原判发回重审。^④美国经验值得借鉴,但其是以委托辩护为发生前提。法律援助与委托辩护在发生基础上有着本质差别,这也就导致了在诉讼程序中难以就无效的法律援助,给予被追诉人以诉讼救济。因此法律援助的实践效果仅能依靠诉讼外的行政奖惩机制予以保障。

1. 法律层面

《刑事诉讼法》第238条,规定了二审法院撤销原判发回重审的情况。其中第三款规定,一审法院剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利,可能影响公正审判的,二审法院应当裁定撤销原判发回

^①张中:《论侦查阶段的有效辩护》,《当代法学》2018年第6期。

^②主要体现在及时告知犯罪嫌疑人、被告人获得法律援助权利,转交法律援助申请,以及要求法律援助机构及时指定援助律师。

^③J. S. Eizenkowsky, *Professional Responsibility Standards, Rules and Statutes*, St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2013, p. 146.

^④Strickland v. Washington, 466 U. S. 668 (1984).

原审人民法院重审。本条款运用了“剥夺”和“限制”，二者均为主动性行为。因此，如果法官积极实施了损害辩护权的行为进而导致无效辩护，这将构成本条款的“剥夺”或“限制”，例如不允许辩护人发言。但绝大多数情况下，无效辩护是由律师自身行为导致，并非源于法庭。而这也就不能成为撤销原判、发回重审的原因。238 条第五款规定，一审程序有其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的，二审法院应当撤销原判发回重审。这是一项兜底条款，包括两项内容：一是一审程序违反法律规定的诉讼程序，二是可能影响公正审判。无效辩护自然影响公正裁判，因此适用本条款的关键在于，有无法定诉讼程序的违反。法定诉讼程序需有法律明文规定。但是，纵观我国法律以及各司法解释，并没有关于确保有效辩护的程序性规定。仅有《刑事诉讼法》第 35 条规定了，对于几种特殊案件，三机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。以及最高人民法院、司法部联合出台的《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》（以下简称《辩护全覆盖办法》），要求在所有适用普通程序审理的一、二审案件以及再审案件中，被告人没有委托辩护人的，人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。但这仅涉及辩护律师的提供，并未提及辩护效果。在美国，法院之所以有权认定无效辩护，并以此为理由撤销原判。是因为联邦最高法院在 1970 年通过 *McMann v. Richardson*^① 一案，将宪法第六修正案规定的获得律师辩护的权利解释为获得律师有效辩护的权利。然而，我国并没有类似司法解释出台。因此，《刑事诉讼法》第 238 条第五款规定的违反法定诉讼程序的情形，并不包括无效辩护。那么在法律层面，无效辩护也就不能成为二审撤销原判的理由。

撤销原判令审判程序复始，是诉讼资源的消耗也是司法既判力的损害。因此没有法律的明确规定，不应将无效辩护作为撤销原判的理由。在美国，无效辩护的认定有行为要件和结果要件。在结果方面，被告人应证明若非辩护人之瑕疵行为，审判结果会不一样。^② 在我国，“结果会不一样”也就意味着原审判决在定罪量刑方面存在错误。而定罪、量刑错误被《刑事诉讼法》第 236 条明确规定为二审撤销原判或者改判的理由。因此在立法与法解释层面，并无必要将无效辩护列为二审撤销原判的法定事由，如仅以诉讼结果为考量，《刑事诉讼法》第 236 条完全能够发挥救济的功能。

2. 理论层面

“程序性制裁是通过对那些违反法律程序的侦查、公诉和审判行为宣告为无效、使其不再产生所预期的法律后果的方式，来惩罚和遏制程序性违法的行为。”那么以撤销原判为内容的无效辩护救济，能否以程序性制裁理论作为基础？^③ 本文认为，在法律援助领域由于缺乏适格的制裁主体，因此程序性制裁理论不能成为无效法律援助诉讼救济的理由。

第一，无效辩护的发生，辩护律师是首要的责任主体。但是律师作为非机关性的个人其不能成为程序性制裁的主体，而且撤销原判、发回重审的制裁手段，亦不能对其起到任何惩戒效果。第二，法官同样不能成为无效辩护的制裁对象。（1）从法官职责角度分析。法官作为裁判者，其中立且无偏私的超然态度是公正审判的前提。如果法庭具有保证有效辩护的职责，那么庭审中法官需要始终站在被告人立场，发现无效辩护，同时依据个人判断纠正辩护人的“不当”行为。这显然有悖于法官的中立裁判者身份。（2）从辩护人产生依据分析。在法律援助领域，法官的职责仅涉及发现属于强制性辩护类型的案件，并通知法律援助机构指派律师。^④ 援助律师的选择与分配皆为法律援助机构之职责，无效辩护亦来源于此。但是，程序性制裁的对象并不包括司法机关，而且撤销原判的手

^① *McMann v. Richardson*, 397 U. S. 759 (1970).

^② *Strickland v. Washington*, 466 U. S. 258 (1973).

^③ 陈瑞华：《程序性制裁理论》，北京：中国法制出版社，2017 年，第 371 页。

^④ 《刑事诉讼法》第 35 条。

段亦难以对其产生影响。因此,法官并不承担保障辩护效果的职责。而对于无效辩护,程序性制裁因为缺少适格的责任主体,也就不能成为撤销原判的理论依据。

在无效辩护制度的发源地美国,同样不是以程序性制裁作为理论基础。程序性制裁旨在威慑程序违法,维护程序正义。其仅以程序性违法事实的发生作为启动条件,而实体上的诉讼结果并非考虑因素。例如非法证据排除规则,不论非法证据是否可能影响判决结果,都将予以排除。然而关于无效辩护的认定,美国联邦最高法院确立了双重要件,即行为瑕疵要件和结果不利要件。^①司法实践中,诉讼结果成为了证明的难点和关键。只有被告人能够证明无效辩护导致了不利的判决结果,原审判决才可能被撤销。^②因此在美国,认定无效辩护进而撤销原判,并不是基于程序性制裁,而是为了纠正诉讼结果的不公。

3. 实践层面

一项法律制度从制定到完善再到实践中的良好运行,总是一个循序渐进的过程,不可能一蹴而就。有效辩护制度发源于美国,1970年,美国联邦最高法院将被告人有权获得辩护,解释为有权获得有效辩护。^③这一切的发生同样经历了长时间的制度铺垫。首先,1963年联邦最高法院通过 Gideon 案^④,在美国全境,包括联邦和各州司法系统,确立了律师辩护全覆盖规则。它要求法庭为所有面临重罪指控的被告人提供律师辩护,否则就是违反正当法律程序。此为有效辩护制度得以建立的首要前提。因为如果大多数被告人都不能获得律师辩护,那么谈论其中的有效性恐怕是空中楼阁。其次,Gideon 案之后,激增的案件量压垮了绝大多数州的法律援助系统。进而导致案件积压、社会治安下降的实践困境。^⑤美国各州随即开展了法律援助制度的改革,最终建立了以公设辩护人(public defender)为主,合同律师(contract lawyer)与指派律师(assigned lawyer)为辅的多元化法律援助体系,^⑥实践中真正实现了律师辩护全覆盖。因此我们可以看出,1970年美国无效辩护制度的确立,是以获得辩护这一基本权利在法律和实践中得以实现为前提的。

反观我国,虽然关于法律援助制度的完善,一直是近些年来司法改革的重点,但是实践中不到三成的辩护率,且始终难以提高。^⑦在律师辩护权都不能切实保障的情况下,以撤销原判决的手段推动有效辩护,却是操之过急。虽然《辩护全覆盖办法》的出台对于律师辩护率有着极大推动作用,但是美国经验表明如果在刑事诉讼全流程贯彻辩护全覆盖,实践中同样会面临极大阻力。毕竟将目前不到三成的刑事律师辩护率一跃提升为百分之百,不是仅凭一纸规定就能够实现的。届时,法律援助体系面临改革,政府也需要加大财政投入力度。在这一切都尚未实现的前提下即苛求有效辩护,必然为司法改革的进程增添阻力,也不符合制度发展的规律。因此从司法实践角度分析,当下在我国建立以撤销原判为内容的无效辩护救济制度,并不具备现实可行性。而法律援助有效性的保障只能通过政府事前的监管,事后的救济当下难以实现。

五、余论:法律援助政府责任的深入落实

面对司法改革的重重压力,我国法律援助制度在近些年来愈加完善。从法律援助机构的建立到

①王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京:北京大学出版社,2014年,第392—399页。

②N. J. King, "Enforcing Effective Assistance after Martinez", *The Yale Law Journal*, Vol. 122, 2013, pp. 2428 - 2458. 依据作者的统计,被追诉人以无效辩护向联邦法院申请人身保护令的(Habeas Petitioner),仅有1.3%能够获得批准。

③McMann v. Richardson, 397 U. S. 759 (1970).

④Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335, 340 (1963)

⑤L. Silverstein, *Defense of the Poor*, Chicago: American Bar Foundation, 1965, pp. 45 - 51.

⑥P. B. Wice, *Public Defenders and the American Justice System*, p. 12.

⑦陈永生:《论刑事法律援助的保障机制——以法律援助范围的扩大为分析重点》,《政治与法律》2022年第6期。

值班律师制度的推广,到《辩护全覆盖办法》的出台,再到《法律援助法》的出台,步步为营地持续发展着。但是,所有这些进步仅涉及制度上的革新,在最本质的责任理念上并无发展:政府始终扮演着管理者的角色,以指定辩护或者安排值班的方式将法律援助案件交予律师,仅给予象征性的经济补偿且辅以惩戒措施。凭借政府的有效监管,法律援助质量能够得到一定的保障。但这并不能成为法律援助制度长久发展的方向。对此,政府应当切实履行法律援助职责,转变其中角色:由监管者转为责任人。世界范围内,法律援助的运行主要有三种模式:法院或专门机构指派律师的传统模式、政府采购的合同模式以及公设辩护人模式。上述三种模式,在政府责任比重方面是依次递增的。而这也代表了世界范围内法律援助制度发展的趋势。我国法律援助制度的改革应当参考这一趋势,丰富法律援助模式,逐步提升法律援助的政府责任比重。

近几十年,公设辩护人制度在世界范围被广泛建立。美国、英国、加拿大、德国、法国、日本等国家都建立了相应的法律援助体系。^①特别是在美国,全国近75%的人口都由公设辩护人负责提供法律援助服务。^②公设辩护人制度代表着政府法律援助角色的彻底转变。公设辩护人机构是政府职能部门,公设辩护人是政府公务人员,政府以唯一责任人的身份完全承担了法律援助职责。实践证明,公设辩护人制度具有一定价值,比如方便监管,援助质量更有保障;行政化运行,更加经济、高效等。^③在我国,很多学者都曾提出过建立公设辩护人制度的建议。^④但实践中,至今难以实现。笔者认为,目前我国广泛建立公设辩护人系统难以实现,这将消耗太多的资源并且短期内很难完成。^⑤法律援助机构内部的专职援助律师在性质上与公设辩护人相似。政府可以增加投入,扩大相关部门的规模,完善其内部规章制度,并逐步增加其在法律援助事业中的责任比重,实现法律援助政府责任角色的转变。

近几年出台的相关法律、法规,例如《法律援助法》《关于完善法律援助制度的意见》《辩护全覆盖办法》等,都包含关于加快政府购买法律援助服务的内容。政府购买法律援助服务,是政府角色转变的另一方向。在此种模式下法律援助不再是政府的强制性摊派,而是以合理的市场价格吸引律所竞争,如此,法律援助事业就有了市场化的性质。政府购买模式的价值内核是吸引竞争,而竞争的源头则是合同价格。因此,财政投入必然大幅度增加,政府角色则由监管者转变为发包方。但是实践中,政府购买模式并没有得到很好的推行,大多数地区仍然沿用“定额补贴”的传统模式。^⑥究其原因,法律援助中政府的角色定位仍然存在偏差。在政府购买模式下,政府应当转变其监管者的身份,以平等市场主体的身份参与其中并依靠合理的市场价格吸引律所竞争。如政府仍然以监管者自居,以补偿性的低价分派援助合同,则相关改革也就失去了其应有的价值,与传统援助模式无异。

短期内,我国法律援助仍然会以政府指派为最主要模式。但是,过低的经济补偿使得政府与律

①E. E. Cuff, “Public defender system: The Los Angeles story”. 作者在文中提到的建立公设辩护人制度的国家还包括:丹麦、阿根廷、墨西哥、比利时、挪威、匈牙利。

②S. E. Mounts, “Public defender programs, professional responsibility, and competent representation”.

③P. A. Joy & K. C. McMunigal, “Does the lawyer make a difference? Public defender v. appointed attorney”, 2012, *Faculty Publications* 37, https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/37, Accessed: 2023-12-01.

④左卫民:《都会区刑事法律援助:关于试点的实证研究与改革建言》,《法学评论》2014年第6期;汪海燕:《贫穷者如何获得正义——论我国公设辩护人制度的构建》,《中国刑事法杂志》2008年第5期;程衍:《论我国法律援助制度的完善——建立公设辩护人系统》,《中国政法大学学报》2017年第2期。

⑤E. J. Dimock, “The public defender: A step towards a police state?”, *American Bar Association Journal*, Vol. 42, No. 3, 1956, pp. 219-221.

⑥王正航、沈燕萍等:《法律援助政府购买服务机制研究》,《法律服务》2016年第5期。

师行业间的责任失衡。^① 政府作为责任主体仅发挥着监管的职能,这也导致了律师行业对法律援助事业的消极态度。虽然,我国对于法律援助的财政投入在逐年增加,但具体到所占财政支出的比例则是微乎其微。^② 在指派模式下,政府应当增加财政投入,提高个案的经济补偿数额。如此才能提高律师积极性,保障法律援助效果。

(责任编辑:吴 欢)

On Effective Defense in Legal Aid: A Comparative Analysis with Entrusted Defense

CHENG Yan

Abstract: There are fundamental differences between legal aid and entrusted defense in terms of occurrence basis and value orientation. Therefore, the emphasis and realization of effective defense are also different, which should be studied separately. Entrusted defense is based on contract and guided by interests. The definition of effective defense should be “the defense that satisfies the client”, which can be achieved under regulation of the market with the condition of open information. Legal aid is based on government assignment and guided by obligation. Therefore, the effective defense should be “due diligence defense”. The way to realize effective defense depends on the effective supervision of the government and the further improvement of the legal aid system.

Keywords: legal aid; effective defense; duty lawyer; public defender; invalid defense

About the authors: CHENG Yan, PhD in Law, is Associate Professor at School of Criminal Justice, East China University of Political Science and Law (Shanghai 200042).

^①在笔者调研地区,法律援助补偿数额为每个诉讼阶段1200—1800元,值班律师每天值班补偿150元。程衍:《论值班律师公设化》,《中国刑事法杂志》2023年第3期。

^②左卫民:《中国应当构建什么样的刑事法律援助制度》,《中国法学》2013年第1期。