

刑事法律援助之社会向度

——从“政府主导”转向“政府扶持”

谢 澍

内容提要:《法律援助条例》的颁布实施使得刑事法律援助制度改革“提档加速”,但数据描绘出的乐观图景并没有带来辩护质量的实质提升,2012年《刑事诉讼法》相关条文的修改亦未能使刑事法律援助摆脱尴尬,合法化与制度化的边际效用逐步放缓。“政府主导模式”之下的刑事法律援助,呈现出“法援律师垄断”和“法援服务外包”两种典型样态,通过对案件社会结构的勾勒,不难窥见结构失衡之现状。刑事法律援助之根本在于私权保障,刑事法律援助律师应当凸显出“平衡刑事法律援助案件结构的独立性”、“适应刑事法律援助案件类型的专业性”、“提升刑事法律援助案件影响的社会性”。是故,需要在秉持法律援助乃国家责任之立场的同时,充分引入非政府的行动力量,以社会机构、社会资金、社会律师和社会评价作为“政府扶持模式”之基础,利用社会向度之上刑事法律援助的竞争效应,激活刑事法律援助的竞争生态。

关键词:法律援助 有效辩护 政府扶持 社会参与 竞争效应

谢澍,中国政法大学刑事司法学院硕士研究生。

一 缘 起

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出:“完善法律援助制度,扩大援助范围,健全司法救助体系,保证人民群众在遇到法律问题或者权利受到侵害时获得及时有效法律帮助。”我国1979年《刑事诉讼法》第27条即初步呈现了刑事法律援助的制度雏形,1996年《刑事诉讼法》第34条对此进一步细化,但这项仿效西方的制度在中国土壤真正生根发芽,却是在2003年颁布施行《法律援助条例》之后。从试点项目到广泛推行,《法律援助条例》出台后的十余年里,法律援助制度改革“提档加速”,全面展开合

法化与制度化进程:2003年全国法律援助机构共2774个,截至2014年底,全国法律援助管理机构共474个,法律援助机构则有3263个;2003年全国法律援助案件批准总数为166433件,而2014年共批准1243075件法律援助案件,接近2003年总数的7.5倍;2003年全国法律援助经费总收入为16456.84万元,而2013年这项数值达到162868.87万元,几乎是2003年的10倍,2014年进一步增长至170661.79万元。^[1]如今,《法律援助条例》实施已进入第二个十年,中共中央办公厅、国务院办公厅于2015年6月印发《关于完善法律援助制度的意见》,《法律援助法》的立法工作也已启动,法律援助制度自然将面对来自社会的更高期待。尤其是刑事法律援助关乎人权保障,原本应当在法律援助制度中占据最为重要的地位,但将其置于全局考察,其比重却在第一个十年呈现逐步下滑之趋势:2003年刑事法律援助案件批准总数67807件,占当年总案件批准数的40.7%,但2012年这一比重仅有13.1%。如果说刑事案件受援比例下降与法律援助范围——特别是民事法律援助范围——的不断扩大大有关,那么2008至2010年刑事法律援助案件总数不升反降,则直接反映出法律援助在刑事司法场域所面临的尴尬,2008至2010年刑事法律援助案件总数分别为124217、121870、112264件,2011年案件总数开始小幅回升,也仅有113717件,在七成刑事案件没有辩护律师的现状之下,一些有条件申请刑事法律援助的被告人却依旧放弃权利,刑事法律援助犹如“鸡肋”。^[2]

巧合的是,2012年修订后的《刑事诉讼法》(以下简称“新《刑事诉讼法》”)在2013年1月1日开始实施,由此开启了刑事法律援助制度改革“提档加速”的第二个十年,统计数据也确实描绘出一幅颇为“乐观”的图景:2013年刑事法律援助案件总数为222200件,增长了66.2%,刑事案件成为法律援助案件总量增长的主要因素,占总增长量的64.7%;2014年刑事法律援助案件总数为240480件,较之2013年增长了8.2%。更“可喜”的是,在2013年、2014年办结的所有刑事法律援助案件中,承办人意见全部采纳或部分采纳的案件数均超过九成。粗略观之,貌似刑事法律援助案件的“质”和“量”在新《刑事诉讼法》实施之初即取得了显著的进步,然而,与修法力度、学者预估相比,前进的步伐仍显迟缓。有学者认为,新《刑事诉讼法》将提供法律援助的诉讼阶段提前至侦查阶段,意味着“必须”提供法律援助的案件数量至少将会是原有的3倍以上,加之法律援助的范围扩大至尚未完全丧失行为能力的精神病人和可能判处无期徒刑的人,由此预测2013年起刑事法律援助案件的数量将是过去的5倍左右。^[3]现实却是,2013年、2014年刑事案件受援比例只是大致回到了2009年的水准(19%),而受援案件总数的大幅增长,主要得益于

[1] 本部分所列之2003年至2014年数据整理自司法部法律援助中心网站历年“全国法律援助统计数据”,http://www.chinalegalaid.gov.cn/China_legalaid/node_40884.htm,最后访问日期:2016年3月15日;司法部法律援助司:《2012年全国法律援助工作概览》,《中国司法》2013年第6期,第43页;司法部法律援助司:《2013年全国法律援助工作统计分析(一、二、三、四)》,《中国司法》2014年第6、7、8、9期;司法部法律援助司:《2014年全国法律援助工作统计分析(一、二、三)》,《中国司法》2015年第6、7、9期。

[2] 过往的实证研究中,有学者同样发现了这一问题,亦即,“鸡肋”的尴尬具有一定普遍性。较有代表性的成果参见左卫民:《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,第169页;刘方权:《刑事法律援助实证研究》,《国家检察官学院学报》2016年第1期,第101页。

[3] 参见顾永忠、陈效:《中国刑事法律援助制度发展研究报告(1949-2011)》,载顾永忠主编:《刑事法律援助的中国实践与国际视野》,北京大学出版社2013年版,第27页。

“分阶段”的统计方法,亦即,程序向前延伸至侦查阶段后,原本是一个案件,现在三个阶段被统计成三个案件。何况在受援案件增长量远低于预期的情况下,大量刑事法律援助仍旧是“走过场”。质言之,法律的着力修订配合当前奉行之“政府主导模式”,似乎并不足以在“提档加速”的第二个十年里引领刑事法律援助摆脱“鸡肋”的尴尬,合法化与制度化的边际效用逐步放缓。藉此,本文试图在经验梳理的基础之上,结合案件社会学的知识论和方法论立场,勾勒出刑事法律援助的实践样态及其对案件社会结构的影响,进而回归刑事法律援助的本质定位,由此展开一种理性转向的可能——“政府扶持模式”,即通过社会向度之上刑事法律援助的竞争效应,破解数量有限、质量不高、经费欠缺等弊病,激活刑事法律援助的竞争生态。

二 法律援助样态异化与案件社会结构失衡

官方数据显示,2013年、2014年办结的刑事法律援助案件分别为164626、183512件,承办人意见全部采纳或部分采纳的案件均超出九成。^[4]吊诡的是,刑事法律援助案件的质量并没有因为数据的描绘而免遭诟病,被采纳的多为不痛不痒的辩护意见,更不必说法律援助案件中基本不存在无罪辩护。对此,2012年至2014年间,我们“公设辩护人制度研究”课题组在S市、C市两地区县选取了部分法律援助中心进行实地调研,通过参与观察和访谈等方法,发现刑事法律援助呈现出两种典型样态——“法援律师垄断”和“法援服务外包”,虽并非各地皆然,但个别地方的实践做法,在一定程度上可以解释刑事法律援助实效有限的原因。

(一) 两种典型样态:“法援律师垄断”与“法律服务外包”

“法援律师垄断”是指法律援助中心的律师“垄断”当地刑事法律援助案件。有学者对19个市、区、县2011年至2013年承办刑事法律援助案件的律师来源、办案比例进行调研,数据显示,三年间法援律师办案比例平均为26.8%、24.7%、21.3%,可见社会律师仍是刑事法律援助的主力,而法援律师的比例则呈逐年下降趋势。尽管如此,其中仍有2个受访区县曾出现“法援律师垄断”的现象,这主要是因为边远、少数民族地区社会律师稀缺,法律援助机构不得已而为之。如果说此类地区之举措实属无奈,那么调研(东部、中部地区)中所观察到的个别法律援助机构截留案件、垄断援助之样态,就显得十分危险,其驱动利益主要来自两方面:一是办案补贴。调研显示,2013年受访地区侦查、审查起诉、审判阶段的平均办案补贴分别为511.1元、527.8元、750元,也即平均办理一个刑事法律援助案件补贴为1788.9元,其中北京市(4400元)、兰州市(3600元)等受访法援中心的补贴额度还大幅拉升了平均值,^[5]可见单个刑事法律援助案件的补贴并不高,但对于“垄断”的法援机构来说,原本机构内部法援律师就多为个位数,以其平均年办案量计

[4] 参见司法部法律援助司:《2013年全国法律援助工作统计分析(三)》,《中国司法》2014年第8期,第94页;司法部法律援助司:《2014年全国法律援助工作统计分析(三)》,《中国司法》2015年第9期,第87页。

[5] 本段数据均参见顾永忠、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,第35页。

算总办案补贴,参照原本的年收入,仍是一笔可观的经济来源;二是基于公职身份。法律援助中心是国家拨款设立的专门法律服务机构,隶属于司法行政部门,因而法援中心工作人员处于科层式行政架构之中,升迁、考评等因素势必支配其行为,当公权力与私权利发生冲突时,其所处地位决定了对于公权力具有天然的亲和性。访谈中发现,个别地方司法机关正是利用这一点,在某些敏感案件中将法援律师作为“第二公诉人”,即使没有完全“垄断”法律援助服务,也在犯罪嫌疑人、被告人无力聘请律师的大案、要案中阻断了社会律师介入的渠道。

“法律服务外包”则相对更好理解。社会律师办案比例100%的地区并不鲜见,部分法律援助机构与当地固定几所律师事务所合作,由其包揽刑事法律援助业务。而相关律师事务所通常指派入行不久的年轻律师从事援助业务,但年轻律师能力有限、经验不足,以致于刑事法律援助成为年轻律师的“练兵场”。倘若认真练兵也未尝不可,关键在于,“练兵”只是年轻律师初涉辩护业务的暂时“任务”,而非长久“责任”,进而将主要精力分配至收费案件,对于援助案件得过且过,甚至完全走过场。个别律师在出庭之前居然从未阅卷、会见,更有连当事人都未曾谋面的,如此一来,刑事法律援助案件的质量自然堪忧。

尽管“法援律师垄断”与“法律服务外包”存在不同之处,但其产生之背景与产生之影响是大致趋同的。第一种样态有可能导致犯罪嫌疑人、被告人的权利受到侵害,与援助律师的信任基础难以建立;第二种样态中,倘若援助律师走过场,其辩护效果也就无从谈起。这也解释了为何部分犯罪嫌疑人、被告人并不愿意接受法律援助。产生这两种典型样态的背景在于,科层化架构之下的法律援助中心,习惯性地借助行政化思维适应其机构特性。一方面,简单地通过机构内律师垄断或固定合作律所承包法律援助案件,在提升案件分配效率的同时,对刑事法律援助案件进行“维稳”,避免刑事诉讼中不确定因素的介入;另一方面,即便在刑事法律援助案件质量存有疑问的现状下,也不愿意打破既有的案件分配模式,单向思维的“固执”仍占上风。就此而言,两种典型样态的产生均不是基于提升刑事法律援助质量的考虑,而是固有的行政化选择。两种典型样态的一大共同点是社会律师不能根据自己意愿承担法律援助。有志于提供刑事法律援助的社会律师难以承办刑事法律援助案件,而对刑事法律援助缺乏热忱的律师却在刑事法律援助案件中走形式,自然而然地产生负面影响:其一,对犯罪嫌疑人、被告人而言,刑事法律援助沦为鸡肋;其二,对有志于刑事法律援助的社会律师而言,其热忱因缺乏参与渠道而逐渐消退;其三,对于社会公众而言,国家投入巨大的法律援助,却在最能发挥人权司法保障作用的刑事诉讼中流于形式,其制度有效性存疑。

(二) 案件社会结构:失衡之现实样态阻碍实质之质量提升

等腰三角结构是刑事诉讼的理想状态,即审判中立、控辩平等、控审分离,而通过社会学的视角,可以进一步剖析这两种样态对于刑事法律援助案件社会结构之形塑。实际上,即便两个案件具备同样的事实和证据,其处理结果也可能有所差异,特别是对于刑事法律援助的受众而言,大多经济困难、社会地位不高,因而法律用量^[6]可能更大。布莱克

[6] “法律用量”,是指施加于个人或群体的政府权威数量,针对被告人的每一项法律行为是案件所引起的法律总量的一个增量。参见[美]布莱克著:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,法律出版社2002年版,第6页。

(Donald Black)在诠释案件社会学时,将法律用量的变化因素总结为“对手效应”、“律师效应”、“第三方效应”和“讲话方式”。基于对手效应,接受刑事法律援助的犯罪嫌疑人、被告人与被害人之间社会地位的差距可能影响法律用量。当被害人社会地位高于被告人,则呈现为“下行的法律”,较之被告人社会地位高于被害人之“上行的法律”,其法律用量更高,亦即被告人可能受到更严厉的刑罚。然而,律师的参与程度同时可能影响案件社会结构,进而波及“第三方”及当事人的“讲话方式”。〔7〕

理想的诉讼结构是,第三方裁判者居中,与控辩双方的距离对等,处于等腰三角形的顶点,同时,裁判者与控辩双方的距离越远,其亲密关系越低,裁判的权威性也就越高。但在刑事法律援助案件中,被告人基于自身社会地位的不足,可能拉长其与裁判者的距离,形成控辩不平等的态势,从而导致更高的法律用量,因而尤其需要律师的介入形成推力,将其与裁判者的距离缩短至与控方对等。据此,可以对当前刑事法律援助的两种样态加以研判:“法援律师垄断”中,法援律师基于自身地位而与公权力产生的亲和性,导致其在特定案件中沦为“第二公诉人”,非但没有给予被告人应有的支持,反而将原本作用于辩方的推力让渡予控方,使得控辩原本就不对等的距离进一步拉大;“法律服务外包”中,律师社会地位愈高,当事人获益愈多,纵然律师无力消解所有不利因素,但通过自身社会地位带动被告人地位的提高,可能使得司法机关对案件的处理趋于均质化。现实却是,大量承办援助案件的年轻律师社会地位本身相对较低,且还存在走过场的倾向,对案件社会结构无法形成实质改观,甚至,还可能因为缺乏律师支持而左右被告人庭上的语言态势,无力的表述势必影响裁判者心证。〔8〕

当然,刑事法律援助的普遍实践样态或许没有“法援律师垄断”、“法律服务外包”那么极端,但其案件社会结构仍然很难达到理想状态。在结构失衡的现状下,援助案件质量的提升无异于镜花水月之想。刑事法律援助律师与当事人自行委托、聘请的律师相比,最根本的区别,或许也正是体现在案件社会结构的形塑之上。刑事法律援助案件的质量评估并不能局限于案件的实体结果,正如同官方所称的九成以上意见采纳率,并不能掩饰当事人不愿申请法律援助的尴尬现实。案件社会结构可能带来的启示在于,一方面,审视程序运作过程中的辩护实质参与程度,从而引申出刑事法律援助在程序向度的质量评估;另一方面,以案件社会结构为参照,可以在刑事法律援助律师和当事人自行委托的律师之间进行辩护质量的可视化对比。

三 刑事法律援助的本质及其应然样态

欲走出结构失衡的窠臼,刑事法律援助需要首先重新认识自身本质属性。刑事法律援助的目的在于保障犯罪嫌疑人、被告人辩护权的有效行使。从自然状态出发,辩护权本质上是基于人性趋利避害的本能,具有社会心理基础。控诉如同进攻,被追诉人自然试图

〔7〕 参见[美]布莱克著:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,法律出版社2002年版,第7-16页。

〔8〕 Bonnie Erickson et al, Speech Style and Impression Formation in a Court Setting: The Effects of “Powerful” and “Powerless” Speech, *Journal of Experimental Social Psychology*, Vol. 14, 1978, p. 226.

反抗,这种本能在法律上被表述为“辩护权”。由人文状态理解,辩护权是基本权利的底线保障。基本权利是人权通过《宪法》制度化的成果,但基本权利可能因为司法行为的启动而受到侵犯,国家与平民之间的争斗不具有平等性,面对公权力,即使确有错误,私权利亦没有同态复仇的能力。是故,辩护权作为基本权利体系中的保障性权利,犯罪嫌疑人、被告人唯有借助其充分运用及行使,方能有效地参与刑事诉讼过程,并最终影响到关系其自身利益的判决,一旦这项权利受到公权力侵犯,权利体系必然土崩瓦解。^[9]

由此检视我国《宪法》第125条关于被告人辩护权的规定,并没有被列于第二章“公民的基本权利和义务”之中,而是在第三章“国家机构”第七节“人民法院和人民检察院”中予以规定,似乎更像是司法原则——如同本条前半部分规定之审判公开原则——而非基本权利。尽管这样的立法体例在大陆法系并不鲜见,且我国如此规定主要沿袭苏联“司法原则模式”,但并不能就此认定“获得辩护”仅是司法原则而非基本权利,从文义解释出发仍可以将“获得辩护”从司法原则延展至基本权利体系。^[10]更重要的是,“获得辩护”并不必然意味着有效辩护。以无效辩护制度较为成熟的美国为例,其《宪法第六修正案》规定:“在所有的刑事诉讼当中,被告人享有……获得律师帮助其进行辩护的权利。”同样没有明确界定辩护之“有效”抑或“无效”,直到1984年 Strickland v. Washington 案^[11]中,美国联邦最高法院指出:“(第六)修正案的设想是,对抗式的诉讼制度想要产生公正的结果,就必须充分要充分发挥律师的作用。”同年另一个案例 United States v. Cronin^[12] 判决意见指出:“获得律师有效帮助的权利,实际上就是被告人要求控方提供的案件事实经得起真正的对抗式标准检验之权利。”^[13]至此,联邦最高法院确立了未受律师有效协助的三类别,即辩护人造成的错误、政府的干涉行为和利益冲突,其中被告一旦主张辩护人造成的错误导致无效协助,应证明同时具备两项要件:一是“行为瑕疵”要件,辩护人行为瑕疵程度严重至未发挥其应有功能;二是“结果不利”要件,辩护人的瑕疵行为导致被告人防御上有不利的结果。^[14]然而,我国不同于英美法系国家,无法通过判例弥补立法缺陷,因而法律文本模糊之处常常成为影响司法运作的短板。倘若以“行为瑕疵”、“后果不利”的要件研判前述之“法援律师垄断”、“法律服务外包”两种样态,皆有可能构成无效辩护。“法援律师垄断”由于亲近公权力造成案件结构失衡当然具备“行为瑕疵”与“后果不利”的要件;“法律服务外包”中,当然不能仅仅因为律师资历不高而认定其构成无效辩护,但现状却是,年轻律师在刑事法律援助案件中走过场近乎常态,这显然符合具体瑕疵,因而可能构成无效辩护。

[9] 参见谢佑平:《生成与发展:刑事辩护制度的进化历程论纲》,《法律科学》2002年第1期,第97页。

[10] 对此较有代表性的论证参见尹晓红著:《我国宪法中被追诉人获得辩护权之保障》,中国政法大学出版社2013年版,第13-20页。

[11] Strickland v. Washington, 466 U. S. 668 (1984).

[12] United States v. Cronin, 466 U. S. 648 (1984).

[13] 参见[美]拉费弗等著:《刑事诉讼法》(上),卞建林等译,中国政法大学出版社2003年版,第664页。

[14] 较之1970年以前“正义的笑柄”(mockery of justice test)——辩护人的无能致审判沦为闹剧,或1970年 McMann v. Richardson 案提出的“合理胜任”标准,1984年的标准固然更加细致,但要求被告同时证明“行为瑕疵”、“结果不利”两项要件方得主张无效之律师协助,其践行难度仍然较高。参见王兆鹏著:《辩护权与诘问权》,台湾元照出版有限公司2007年版,第9-11页。

即使理论上足以解释,实务中仍然很难认识到辩护权的基本权利属性,《宪法》在法院、检察院的基本职能之后,草草提及辩护权,甚至可以理解为一种恩赐性、给予性的权利,而非与生俱来。由此,不难理解刑事法律援助为何呈现出“法援律师垄断”、“法律服务外包”这般实践样态,指定辩护更多只是为了满足刑事程序的形式合法性,而非真切认识到有效辩护对于程序正义的价值所在。为了避免投入与产出不成正比,刑事法律援助需要重新认识自身的本质定位,无论是法援律师抑或社会律师,其首要角色均为“律师”:1980年《律师暂行条例》(第1条)将律师界定为“国家的法律工作者”,1996年《律师法》(第2条)将律师表述为“为社会提供法律服务的执业人员”,而2007年《律师法》(第2条)将律师定位在“为当事人提供法律服务的执业人员”。律师角色之嬗变不应只是法律法规的表述有所差异,为了兑现有效辩护,刑事法律援助的应然样态之中,应当为刑事法律援助律师创造积极条件,使之回归本质、凸显特性,其中包括但不限于以下三点。

(一) 平衡刑事法律援助案件结构的独立性

律师的独立性包括其组织的相对独立和工作形式的相对独立,律师服务建立在与当事人双向合意的基础上,当事人对律师的信任,是律师从事法律服务的前提。纵然律师制度与行政、司法制度具有同一阶级和政治属性,但在形式上仍是可以保持独立的,所谓独立是相对公权力而言,并不意味着律师应当定位在自主性的司法单元或完全独立的准司法机关。^[15] 律师本应是被告人的权利拥护者、代理人及辅助者,倘若社会主体普遍感悟律师执业行为或立场亲近于行政、司法行为时,无异于丧失社会基础。^[16] 由此观之,“法援律师垄断”所可能导致的,并不仅仅在于个案结构失衡,更重要的是失去当事人乃至社会对于法律援助的信任。同样的伦理冲突也发生在新近试点的公职辩护人制度之上,“公职”表明其受雇于国家,具有公务人员身份,因而,公职辩护人能否有效保障被告人权益进而对抗指控,始终受到质疑。以域外为借镜,公职辩护人办公室在美国设立之初,其作用确为提高诉讼效率,角色定位亦只是法庭助手,直到1963年Gideon v. Wainwright案,^[17] 公职辩护人之立场开始转向保障贫困被告人基本权利,以辩护律师的身份提供有效辩护,独立于政治影响。^[18] 为了巩固公职辩护人的独立性,美国律师协会制定的《公职辩护服务制度十项原则》(*Ten Principles of a Public Defense Delivery System*)首条即是:“公职辩护律师的选任、经费、报酬是独立的。”在此之前,一系列判例也厘清了公职辩护人与政治影响、司法权力以及当事人之间的关系——除了报酬来自政府,其角色与非官方的社会律师并无二致。^[19] 当然,独立性的保障并非仅仅通过判例和职业准则即可兑现。“独立性”不仅仅意味着形式或机体上的独立,更重要的是,独立性应当起到平衡刑事法律援助案件结构的作用。案件社会结构理论之精义,在于律师通过自身具有独立性的社会地

[15] 参见陈运财:《刑事诉讼法之修正与刑事辩护》,《月旦法学杂志》2006年第10期,第32页。

[16] 参见谢佑平著:《社会秩序与律师职业——律师角色的社会定位》,法律出版社1998年版,第44-45页。

[17] Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963).

[18] Kim Taylor-Thompson, Individual Actor v. Institutional Player: Alternating Visions of the Public Defender, *Georgetown Law Journal*, Vol. 84, 1996, p. 2419.

[19] 相关判例有 Spring v. Constantino, 362 A. 2d 871 (1975); Mears v. Hall, 569 S. W. 2d 91 (1978); Com. v. Wilcox, 392 A. 2d 1294 (1978); Branti v. Finkel, 100 S. Ct. 1287 (1980); Polk County v. Dodson, 454 U. S. 325, 318 (1981)。

位带动被告人地位的提高。如果从形式或机体上考量,“法律服务外包”之样态同样具有独立性,但这样的独立性并不能有效地平衡刑事法律援助案件结构,无法将辩方推向与控方平等的地位,因而并不是刑事法律援助的应然样态。

(二)适应刑事法律援助案件类型的专业性

布迪厄(Pierre Bourdieu)将“司法场域”定义为“一个围绕直接利害相关人的直接冲突,转化为由法律规制的法律职业者通过代理行为进行的辩论而组织起来的社会空间”。当事人尽管发现自己身处其中,但事实上由于自己没有能力完成进入这个社会空间所必需的心理空间(尤其是语言态势)转换,而被排除在外。^[20] 被告人对法庭环境、程序均不熟悉,而控方具备丰富的法律知识,倘若无法获取专业的律师帮助,则控辩间的鸿沟难以填补,程序公平性近乎无本之木。《关于完善法律援助制度的意见》明确指出:“加强刑事法律援助工作。注重发挥法律援助在人权司法保障中的作用,保障当事人合法权益。”而其中“健全法律援助参与刑事案件速裁程序试点工作机制,建立法律援助参与刑事和解、死刑复核案件办理工作机制”均是刑事诉讼制度改革所带来的新领域、新问题,需要大量法律援助介入。刑事法律援助案件,可能兼负教育、挽救、感化之责任(未成年人犯罪案件),或者案情疑难复杂可能判处极刑(死刑、无期徒刑),其专业性应当首先体现在由专业的刑辩律师提供援助,其次是刑事法律援助律师需要具备独有的辩护专长和领域。然而,现有的刑辩执业环境不佳,不仅新人不愿涉足,一些资深的刑事辩护律师也开始转向民商事领域。接受刑事法律援助的犯罪嫌疑人、被告人本就无力聘请律师,在“法援律师垄断”之下,法援中心律师数量有限,多为博而不专;在“法律服务外包”之下,年轻律师初涉实务,本就经验有限,甚至尚未规划执业定位,更遑论专业性。

(三)提升刑事法律援助案件影响的社会性

尽管我国律师角色从“为社会提供法律服务”向“为当事人提供法律服务”转变,但并不意味着律师就此可以排除社会性特质。因为律师的产生和存在需要国家法律加以确认,其执业行为受法律约束,律师提供法律服务的目的也正在于促进法律正确实施,某种意义上,律师职业的社会性是由法律本身的社会性所决定的。这也正是为什么我国古代“辩护士”、“讼师”不能等同于现代职业律师,其活动目的并非使社会公众了解法律、掌握法律和运用法律,亦不为统治阶级所接受。^[21] 刑事法律援助案件结构的平衡,一方面,需要刑事法律援助律师借助其社会地位、社会资源带动被告人地位的提升,进而与控方展开平等对抗;另一方面,个案结构之平衡,能将刑事法律援助的正面影响从局部个案延伸至整个社会,反之,个案结构之失衡,刑事法律援助的负面影响则会进一步深入当事人、律师乃至社会公众心中。尽管指定辩护、强制辩护有违自愿与合意的社会契约基础,与普通案件中律师与当事人关系建立的方式有所区别,但将视阈从个案扩及社会,刑事法律援助本就是司法制度与社会公众达成的一项契约,毕竟,每一位公众都是法律援助的潜在受益者。同时,刑事法律援助作为一项制度,其作用也不应仅仅局限于个案,而应当将福祉惠

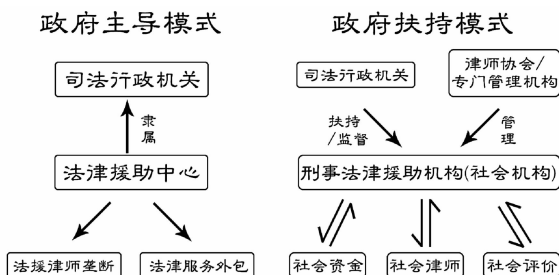
[20] 参见[法]布迪厄著:《法律的力量——迈向司法场域的社会学》,强世功译,载《北大法律评论》第2卷,法律出版社1999年版,第496页。

[21] 参见谢佑平:《差异与成因:中国古代“辩护士”、“讼师”与现代职业律师》,《比较法研究》2003年第2期,第88页。

及整个社会,促进社会公众对刑事程序的独立价值形成正确认识,培育无罪推定的共识基础。就此而言,刑事法律援助的改革需要在社会向度着力,改变过往的封闭样态,为社会参与创造条件,形成政府与社会之合力。

四 刑事法律援助的社会参与及其竞争效应

传统理论观点认为,现代法律援助制度形成的主要助力来源于国家责任,具体表现在有关法律援助的立法、法律援助机构及人员设置、法律援助经费来源之上,并将其视作区别于传统法律援助——慈善行为性质——的基本要素。^[22] 我国法律援助从无到有,从试点建设到制度生成,均渗透着国家责任的关怀,并以政府为代表主导实践运作,这种建构进路可以称作“政府主导模式”。正是这一模式,赋予法律援助形式上的合法性与制度性,受援案件数量显著增长。同时,机构、资金、人力的投入,导致制度环境之下法律援助的密度提升,反向赋予法律援助实质上的合法性与制度性。密度提升的过程中,规则维度的确认带来认知维度的融合,法律援助进入社会公共话语体系,吸引更高的社会期待,但前已述及,这种模式之下衍生出两种典型样态——“法援律师垄断”与“法律服务外包”,不仅案件质量无从保障,更可能由此消解此项制度的社会信任基础。密度提升到一定的临界点,这一促进作用的边际效用即会逐渐放缓,这也解释了为什么——无论是数据统计抑或近景观察——“政府主导模式”之下的刑事法律援助改革均没有取得预期的成效。何况进一步改革的空间也十分有限,很大程度上受制于领导意志和经费划拨,倘若仍然倚仗合法性与制度性效应,其边际效用之递减只会更加明显。因此,政府需要在刑事法律援助制度的改革进路中适当让路,允许非政府的行动力量参与,但这并不意味着国家责任的免除,只是政府应当由“主导”转向“扶持”,以监督者、指导者而非管理者的身份培育多元化的法律援助队伍,做到“各就各位”、“各司其职”,以“竞争效应”弥补合法性与制度性效应之乏力,^[23] 带动和激活刑事法律援助的生态环境,在资源优化配置的基础上,实现收益最大化。



政府主导模式与政府扶持模式比较

[22] 参见李学宽、胡玉霞:《现代法律援助制度中的国家责任》,《现代法学》2001年第5期,第9页。

[23] 关于竞争效应与合法性、制度性效应的关系阐释,参见刘子曦:《法治中国历程——组织生态学视角下的法学教育(1949-2012)》,《社会学研究》2015年第1期,第49页。

合法性与制度性效用在法律援助培育之初,无疑具有决定性的促进作用,但其边际效用一旦放缓,则会逐渐被竞争效应所覆盖,某种意义上,这是制度环境之下的“自然法则”。“政府扶持模式”通过社会机构、社会资金的介入达到去官方化、去行政化的目的,藉此保障独立性,刑事法律援助中政府应当承担起政策制定、业务培训、机构监督的责任。而社会律师提供法律援助的同时,得益于社会评价,可能对其业务水准、职业前景带来实质性提升,从而形成“竞争”,督促其认真对待法律援助案件。另一层面,就犯罪嫌疑人、被告人而言,“政府扶持模式”提供的刑事法律援助,因为律师角色定位的明晰,而不再亲近于公权力。同时,社会力量的介入,可能显著改变案件的关系结构,甚至借助律师实质参与提升犯罪嫌疑人、被告人地位,^[24] 兑现控辩平等之等腰三角结构,促使犯罪嫌疑人、被告人的合法权益得到最大程度保障。需要说明的是,在“政府扶持模式”之下,国家责任的主要担当方式,即是加大对经费的投入和审计,如果说社会机构、社会律师和社会评价的引入,需要政府适当让路,培育竞争生态,那么,社会资金的引入,只是部分弥补法律援助经费的短缺,并不能直接改变财政拨款的主导地位。

(一) 社会机构

当前,我国的法律援助事务基本由政府法律援助机构完成,即隶属于司法行政机关的法律援助中心。法律援助中心对于辖区内提供刑事法律援助的具体安排拥有一定裁量权,可以在“法援律师垄断”与“法律服务外包”之间有所往返,但不可避免地,其中多多少少掺杂着各方利益。机构的隶属,很大程度上决定其独立性,与美国公设辩护人组织相像,其中隶属行政分支的数量最多,其次为司法分支,隶属独立机构或私人非营利组织的情形在以往并不常见,但隶属于行政或司法分支致使公设辩护人之独立性与正当性受到质疑,独立机构及私人非营利组织运作之下的公设辩护人组织开始逐渐走上前台,正如哥伦比亚特区公设辩护人服务(PDS)^[25] 凭借独立的私人非营利性性质而享有美誉。实际上,人口愈稠密、案源愈充足,公设辩护人办公室愈是能正常运转并达到其预期效果。^[26] 无论是人口稠密度抑或案件需求量,我国都超过美国。我们可以借鉴域外经验,适当增加法律援助机构的社会元素以保障独立性,但并不一定需要“公设辩护人”之名——姓“公”反而可能导致缺乏相关理论背景的公众对其独立性产生质疑。一种可能的改革进路是在律师协会之下设立刑事法律援助机构,实行刑事法律援助机构与律师事务所双轨制,但二者均雇佣社会律师,只是刑事法律援助机构专门提供援助,其律师并不承办普通社会案件。另一种方向是扶持现有的社会法律援助机构,促使其在刑事法律援助中发挥更大作用,并设立省级管理机构根据辖区特点进行地方化管理。但无论选择以上何种设计,现有的法律援助中心应当退出刑事法律援助案件的具体参与,^[27] 转向政策制定、业务培训、经费审计等“扶持”之角色。

[24] 参见[美]布莱克著:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,法律出版社2002年版,第11页。

[25] Avis E. Buchanan, *The Public Defender Service for the District of Columbia, FY 2012 Annual Report*, 2012, p. 1.

[26] 参见吴羽:《美国公设辩护人制度运作机制研究》,《北方法学》2014年第5期,第105页。

[27] 必须指出,此改革设计仅针对刑事法律援助领域,现有的法律援助中心在刑事以外的法律援助案件中并没有如此突出的独立性问题,且实践效果相对乐观,因而本文所论述的并不涉及民事、行政法律援助问题。

(二) 社会资金

2010年至2014年间全国法律援助经费总额已达到70.4亿元,其中财政拨款为68亿元,年均增长15.2%。^[28]然而,有的地方却依然在2013年出现了经费负增长。因受地方性因素制约,各地方经费状况参差不齐,加之刑事法律援助经费并未专项列支,存在被其它法律援助案件挤压的可能,因而刑事法律援助的经费保障仍不容乐观。我国法律援助经费主要来源于地方财政、中央转移支付和中央彩票基金,同时,也有公益人士和组织通过向中国法律援助基金会奉献爱心的方式提供支持,但政府财政拨款仍是法律援助经费增长的主要来源。有学者指出,在法治发达国家,法律援助经费通常占国家财政支出的0.1%—1%,但我国的比例却仅在0.0011%—0.0122%之间,且人均法律援助经费不足1元,远不及英国的36英镑、美国的11.7美元乃至日本的3.1美元。^[29]在“政府主导模式”之下,倘若倚仗政府财政拨款试图补齐法律援助经费的不足,现阶段并不现实。实际上,经费问题除了关乎制度运行,更决定着刑事法律援助的实效——保障辩护质量的法律培训和辩护资源均离不开经费支持。^[30]因而,现阶段更切实际的选择:一是合理分配法律援助经费,提高办案经费比例。当前办案经费仅占法律援助经费总数的三成左右,加之刑事案件受援比例不足两成,亦即刑事案件办案经费仅有法律援助经费总数的6%左右,而绝大多数经费的去向是机构管理,一旦法律援助机构实现社会化转向,这样的局面可能有所改观。二是通过公益基金,可以进一步吸引社会资金投入。但这是一个相辅相成的问题,要想吸引社会资金,首先需要展现出刑事法律援助的社会意义和社会实效,方能吸引社会关注,获取更多社会力量的资助,推动刑事法律援助进一步发展。这与通过慈善行为发起的传统法律援助不同,如此进路之下,国家责任并没有被免除,仍是财政拨款为主、社会资金作为补充,且政府应承担经费审计之角色。

(三) 社会律师

刚入职的年轻律师很难拥有稳定案源,在律所提供的案件中,有一部分即是法律援助案件。但“法律服务外包”样态由于没有足够的激励机制和上升通道,导致年轻律师并不投入,辩护质量无法得到保障,毕竟职业理想往往遭遇寻求生计的现实。而社会化的刑事法律援助机构为年轻律师提供了另一种就业可能,从事专门的刑事法律援助既不愁案源,也可以积累办案经验,并有机会树立自己的口碑,当然,这需要一定的报酬加以保障,较为合理的是以现有公务员待遇为标准,通过法律援助经费的合理配置加以支持。当然律师的社会性特质决定了行业自治的必要性,这也正是为什么有必要通过社会资金的介入打破过往对政府投入的依赖。更重要的是,这一模式之下的法律援助律师,需要一种可能的上升机制作为职业动力,借助法律职业共同体的良性互动,优秀的法律援助律师应当被优

[28] 参见:《司法部:五年全国法律援助经费总额达到70.4亿元》, http://www.gov.cn/xinwen/2015-09/17/content_2933859.htm, 最后访问日期:2016年3月15日。

[29] 参见陈永生:《刑事法律援助的中国问题与域外经验》,《比较法研究》2014年第1期,第32页。

[30] 例如“支持性职员”即是典型的“辩护资源”。美国公设辩护人包括首席公设辩护人、助理公设辩护人和支持性职员。支持性职员并非律师,仅在辩护活动中提供帮助。参见吴羽:《美国公设辩护人制度运作机制研究》,《北方法学》2014年第5期,第105页。

先遴选为法官、检察官,同时也可以从事一段时间的法律援助后,凭借名望的积累,转为普通社会律师,进行有偿法律服务、形成固定的客户群体。“政府扶持模式”中的政府与社会律师之关系,并非管理与被管理,而是政府通过对业务培训的设置和职业上升通道的建构,给予法律援助律师以扶持和激励,使其安心从事刑事法律援助,努力提升辩护质量。

(四) 社会评价

非政府的行动力量介入,不意味着政府完全从中抽离,只是应当从全盘控制转向适当扶持,激励各社会法律援助机构、法律援助律师之间形成市场化竞争,而这一竞争的标准即是社会评价。现有的法律援助评价体系主要是主管部门主导下的质量控制,然而,法律援助机构、服务人员、受援人乃至政府、社会的心理预期有所出入,即使规范前馈控制、过程控制和反馈控制等技术,评价主体的地位仍是左右评价结果的最根本因素。有学者曾提出,利于人权保障的计量考核可以推广,并且实践表明足以取得一定效果。^[31]但这本质上是科层制内部的控制手段,不符合律师的职业特性。律师的知名度是通过个案积累,并口口相传的,这本质上是一种社会评价,如此之评价标准具有普遍意义,律师只需要对受援人负责而不必迎合量化指标。实际上,以域外公设辩护人制度质量评价为参照,其有效性评估同样取决于两方面因素,一是应当站在哪方立场上进行评估,二是应当对哪些服务要素进行考察。前者主要基于当事人满意度与同行评估,后者重点关注早期代理、审前释放比例以及案件结果。^[32]可见,有效辩护的质量控制并非行政化的上下级考核即可兑现,相比之下,将评价之权利让渡予社会,其评价结果可能更令人信服,并对刑事法律援助律师的口碑和职业前景产生实质影响,进而得以与刑事法律援助律师的职业上升通道接轨,藉此建构社会机构、社会资金、社会律师、社会评价参与竞争下的“政府扶持模式”。

五 结 语

我们借助案件社会学的知识论和方法论,初步呈现了“政府主导模式”之下“法援律师垄断”与“法律服务外包”两种典型样态对于案件社会结构的形塑,进而回归刑事法律援助的基本立场——私权保障,以及刑事法律援助律师的本质特性——“平衡刑事法律援助案件结构的独立性”、“适应刑事法律援助案件类型的专业性”、“提升刑事法律援助案件影响的社会性”。可知现有之改革进路实乃“政府主导模式”功利化的制度愿景,非但实效不及预期,改革空间同样有限,合法化与制度化的边际效用呈递减趋势。是故,在法律援助制度改革“提档加速”的第二个十年里,所谓理性化的转型进路,是在秉持法律援助乃国家责任之立场的同时,充分引入非政府的行动力量,以社会机构、社会资金、社会律师和社会评价作为“政府扶持模式”之基础,利用社会向度之上刑事法律援助的竞争效应,勾勒出刑事法律援助的理想图景。需要指出,本文运用之案件社会学是法律社会学中

[31] 这一观点由宋英辉教授在2014年9月中国政法大学诉讼法学研究院主办的“刑事法律援助实施情况总结研讨会”上提出。

[32] 关于域外公设辩护人制度辩护质量保障的介绍,参见谢佑平、吴羽:《公设辩护人制度的基本功能——基于理论阐释与实证根据的比较分析》,《法学评论》2013年第1期,第119页。

的微观视角,倘若刑事法律援助真正实现社会参与,还需通过更为宏观的法律社会学对其社会效果、文化效果加以研判,^[33]特别是竞争效应在规则维度与认知维度的形塑作用,毕竟,刑事法律援助作为一项制度,其效能并非仅仅局限于案件本身,更应惠及整个社会。

[本文系国家“2011计划”司法文明协同创新中心研究成果,并受国家哲学社会科学基金重点项目“公设辩护人制度研究”(批准号:11AFX013)资助。]

[**Abstract**] The promulgation of the Regulations on Legal Aid has accelerated the reform of the criminal legal aid system. However, the optimistic picture depicted by relevant data had not brought about an essential improvement in the quality of defense. The amendments to the relevant provisions of Criminal Procedural Law in 2012 had also failed to lead the criminal legal aid out of the woods. The marginal utility of legalization and institutionalization has gradually decreased. Under the “government-guided model”, two typical patterns, namely “monopoly by legal aid lawyers” and “outsourcing of legal aid service”, had emerged. An analysis of the social structure of the relevant cases reveals the structural imbalances in the current system. Since the fundamental objective of criminal legal aid is to protect private rights, criminal legal aid lawyers should promote “the independence of the equilibrium structure of criminal legal aid cases”, “the professionalism of adapting to the type of criminal legal aid cases”, and “the social influence of criminal legal aid cases”. Hence, while upholding the standpoint that legal aid is a state responsibility, it’s necessary to fully introduce non-governmental forces into this field, so as to make social institutions, social capital, social lawyers and social evaluation the basis of the “government-supported model” and to utilize the competition effect of the social dimension of criminal legal aid and to activate the competitive ecosystem of criminal legal aid.

(责任编辑:雨 沐)

[33] 就刑事司法制度——不仅仅是刑事法律援助制度——的运行实效而言,亟需引入社科知识进行评价。参见谢澍:《刑事诉讼法教义学:学术憧憬抑或理论迷雾》,载《中国法律评论》2016年第1期,第153页。