

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.10.003



欢迎按以下格式引用:蒋超.论法律援助的契约性理念——兼谈对我国法律援助体系的启示[J].重庆大学学报(社会科学版),2023(4):241-252. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.10.003.

Citation Format: JIANG CHao. The contractual idea of legal aid: also discuss about the enlightenment for the legal aid system in China [J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2023(4):241-252. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831. fx. 2019.10.003.

# 论法律援助的契约性理念

## ——兼谈对我国法律援助体系的启示

蒋超

(南京理工大学知识产权学院,江苏南京 210094)

**摘要:**2022年1月1日生效的《中华人民共和国法律援助法》将法律援助的体系化工作推进到一个新的高度,然而在制度体系不断完善的背景下,我国法律援助实践依然面临着诸多困难,突破这些困难的对策可能不仅需要完善法律制度,更要厘清制度背后的法理与实践背后的理念。因此,在法律援助制度改革背景之下,有必要重新澄清对于法律援助理念的错误认知。这种错误的认知主要包含意志性和功利性的解读。法律援助的意志性理念主要包括三种形式:贵族精神、宗教启示以及精英意识。它们将法律援助立基于道德理想之上,而存在着供给不稳定以及人格不对等的弊病。法律援助的功利性理念,则主要包括两种形式:市场行为论和政府行为论。它们将法律援助立基于现实利益之上,而对律师职业的内在伦理价值和独立性构成了威胁。法律援助理念应当是一种契约性理念,它包含了两个层次的契约,即以公平原则为核心的原初契约以及作为子契约的“律师—社会”契约和“律师—国家”契约。契约性理念解释吸收了意志性和功利性理念的优点,并摒弃了它的不足,其主要具有四个优势:第一,联结了伦理与效用价值,使律师职业在赚取收益与保持法律援助积极性之间实现平衡;第二,重构了责任的概念,使其转被动为主动;第三,实现了法律援助模式的更新,使其由单向度的国家权力施予,变为多向度的多元实现;第四,重塑了互尊的状态,保护了被援助方的自尊。我国律师制度改革的精神与契约性理念是相契合的,它可以为我国法律援助体系的建设提供有益的启示:律师帮助权的基本权利定位、法律援助的多元参与模式、法律援助实践的细则化以及法律援助意识的培育。

**关键词:**法律援助;司法改革;律师职业;司法伦理;契约主义

**中图分类号:**D926.5 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2023)04-0241-12

2016年4月6日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于深化律师制度改革意见》,指

**基金项目:**江苏省社会科学基金项目“契约社会背景下的律师正义研究”(2022FXD007)

**作者简介:**蒋超,南京理工大学知识产权学院,Email: tchjch@163.com。

出律师队伍是落实依法治国基本方略、建设社会主义法治国家的重要力量,是社会主义法治工作队伍的重要组成部分。2022年10月16日,习近平总书记在党的二十大报告中指出“公正司法是维护社会公平正义的最后一道防线。深化司法体制综合配套改革,全面准确落实司法责任制,加快建设公正高效权威的社会主义司法制度,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。”法律援助正是实现公正司法的重要举措,律师职业不同于一般的服务业,其不单是个体用于谋生的工具,更应在维护社会正义、构建司法文明方面发挥关键作用。法律援助是现代律师履行公共责任的主要方式,我国自2003年颁布《中华人民共和国法律援助条例》(简称《法律援助条例》)以来,就逐渐建立了完整的法律援助体系,2022年生效的《中华人民共和国法律援助法》(简称《法律援助法》)更是将法律援助体系化推进到了史无前例的高度,国内对援助制度的研究成果颇丰,但是论及法律援助理念的却寥寥无几<sup>①</sup>。而事实上,我国的法律援助实践之所以困境重重,除了归因于制度上的缺憾,可能更关键的是对法律援助的认知存在偏差。正确法律援助理念的树立不仅有助于援助实践的顺利开展,而且还可以为构建援助体系提供独到的启示。本文试图在分析以往法律援助理念缺陷的基础上,从契约主义的角度重新解释法律援助行为,并以该理念为基点构筑法律援助体系,以期对“律师为什么要进行法律援助”的问题提供更有说服力的解答,破除我国当前法律援助实践所面临的困境。

## 一、意志性理念:基于道德理想的法律援助之批判

意志性的理念关注的是法律援助的形而上属性,它将法律援助视为一项符合正义诉求的道德理想,而律师进行法律援助本质上也是源于这种道德内驱力,他们由于职业内在的伦理与文化属性而主动献身于法律援助事业。这种理念的核心被归结于抽象的意志,而非具象的利益。正如著名法律伦理研究者罗伯特所言,律师“不仅是法律的代言人,还是人类灵魂的发言人。法律职业不应仅为一己之私而离群索居,而应为了回应人类内心的一种原始的渴望而产生和存续”<sup>[1]</sup>。而著名法理学家庞德也曾作出类似的论断:“法律职业是具有公共服务精神追求,并富有知识性艺术的人群,其作为一种生存手段虽然也很重要,但仅仅是附属的。”<sup>[2]</sup>这些赋予律师职业崇高价值的论点都具备着将法律援助理念归因于道德理想的共性,因此,笔者将其归纳为意志性理念。它们倾向于赋予该行为形而上学的基础,援助的动力不是源于外在的强制或利益的诱使,而是个体的道德内驱力。

### (一) 意志性理念的表现形式

法律援助的意志性理念主要表现形式有三种:贵族精神、宗教启示和精英意识。以贵族精神来解释律师进行法律援助的动因是欧洲律师界的惯常路径,这种精神最早可以追溯到古希腊时期。对于古希腊人来说,城邦是人类自我完善的道德共同体,也是唯一被认可的政治组织形式,古希腊贵族阶层更是通过参与公共生活并表现出对城邦公共事务的关注和奉献精神来显示阶层的优越性,这种对公共领域的热衷阐释了贵族精神的核心内涵,即公共性。这种贵族精神深刻地影响了西方律师业,英国16世纪前后就秉持“理想的世俗文职官员的教育应包括人文学科和法律,也应涉及端庄的行为方式、军事或骑术训练”<sup>[3]</sup>这个信念。法律俨然成为贵族之学,而17世纪斯图亚特王朝

<sup>①</sup>通过中国知网查询,录入“法律援助制度”为主题词进行检索,在我国核心期刊上共有文章205篇。但录入“法律援助理念”为主题词进行检索,刊载于我国核心期刊的文章仅有1篇,系统梳理理念脉络的更是未见(查询时间:2023-06-24)。

还创设了一种更为荣耀、更为令人希冀的皇家律师阶层,现在其依然是英国法官的重要来源<sup>[4]</sup>。不少学者也积极倡导以贵族精神来激励律师援助弱势群体,托克维尔就赞誉美国律师为“贵族阶层”,是“对民主的制衡”,伯克甚至提出了“自然贵族”(natural aristocracy)的概念,以专指那些拥有公共关怀、注重责任、坚守正义的人,并认为他们是民族与国家的支柱<sup>[5]</sup>。我国有学者总结道:“贵族精神大致体现为对公共利益的守护、对社会责任的担当、对专制统治的节制,以及对荣誉的追求、对道德的看重、对良知的维护。”<sup>[6]</sup>这种精神从律师职业萌生之日起就伴之左右,至今仍是法律职业精神的核心内涵。

中世纪欧洲教会法占据统治地位,而世俗权力力量弱小,此时对法律援助行为的解释倾向于采用“宗教启示”的理念。这种观点认为律师职业是一种天职,受到上帝的呼召,因而必须回应上帝关怀众生的要求,对社会弱势群体进行热忱的帮助。西方律师业被称为职业(profession)以区别于普通行业(occupation),职业在当下往往指社会地位较高并承担伦理责任的行业,如医生、教师、律师等。从词源学上考察,profession是指加入宗教团体的誓言,律师作为职业(profession)的意义最初是与宗教密切相关的。至今“基督徒是否能够成为一个好律师”依旧是西方热议的命题,不少学者试图通过“呼召”或“天职”的宗教概念重构律师伦理。如迈克尔·舒特教授认为:“正因为我们的思考没有从呼召论出发,所以自然被职业杀手律师这种主流观点所羁绊,又或者渴望律师是社会工程师这种夸张的理想,或者贬低我们的工作只是一个养家糊口的饭碗罢了。”<sup>[7]</sup>天职的理念和上帝的呼召使法律援助蒙上了一层神秘的宗教色彩。

工业革命之后,全球社会开始进入知识经济时代,中世纪的许多行会组织均在资本主义生活模式的冲击下湮灭了,而律师职业作为“智识性的行会”(guilds of learning)则在近代成功地与早期的欧洲大学联合,逐渐从传统的学徒制培养转向法学院的系统教育。伴随着近代大学的发展,其学识和能力也得到社会的承认和尊重。同时,由于律师协会入会收费、培训收费的限制,使早期律师职业的多数成员均为社会上层人士,这在很大程度上维系了其作为精英的优越感,以及对唯利是图行为的厌恶。而日趋复杂的社会结构使得新型问题不断滋生,这种现实促使法律知识变得专业化与体系化,相应的律师也成为现代知识精英的代表。这种知识精英的面目使律师排斥将其职业仅仅视为赚钱的手段,并厌恶对法律作纯粹工具意义的解读。他们更倾向于自然法的观念,认为法律应当维护正义、关怀弱者。律师执业的过程正是一种践行正义的过程,它内含的自然法精神要求其关怀普通大众,并为之提供充分的法律援助。

## (二) 意志性理念的弊病

无论贵族精神、宗教启示还是精英意识,都是源自个体内心的信念,而依赖“信念”的法律援助的第一个弊病就是其无法稳定供给。法律援助的意志性理念依赖于律师个体的道德内驱力,它赋予了法律援助慈善事业的属性。在法律援助制度化之前,这种观念一直主导着律师的执业行为,英国事务律师协会甚至一度拒绝政府对援助行为的财政支持,其认为这会破坏法律援助背后崇高的道德愿景,削弱个体身为律师的使命感和荣誉感。但是随着国家法治化的不断深入,渐渐地只有高度职业化的律师才能够掌握日趋复杂的法律,并切实为公民提供法律帮助,由此其逐渐排除了其他

主体,形成了对法律服务市场的垄断之势<sup>②</sup>。在这种情形下,公民在裁决中寻求正义很大程度上只能依赖于律师的帮助。而在法治国家中,“获得辩护是一种权利,而并非律师或慈善家基于冲动而赠予的礼物”<sup>[8]</sup>,宪法中的“辩护权”要求任何公民绝不能因为法律知识的不足或者不善言辞的性格而使自己在诉讼中处于不利地位。因此,法律援助不是律师高尚品德的体现,而应是公民寻求正义的必需品。这种必需品的供应必须是持续而稳定的,但是意志性理念下的法律援助显然无法做到这一点,其依赖于律师个体的慈善行为,这种援助模式既分散又无法控制。同时,由于商业主义的冲击,传统的律师职业理想已经衰落,这种信念目前处于日益摇摆、动摇的境地,辩护很大程度上退化成为一种代理取酬的市场行为。虽然现代社会呼唤法律职业精神的回归有其正面价值,但现实也确实已使律师的信念变得不再可靠。意志性理念使律师过分执着于个体的精神世界,其自身与社会现实的联系被割裂。

意志性理念的第二个弊病是其忽略了援助对象的自尊,法律援助异变为律师道德上的自我满足,这与宪法所主张的“平等”和“尊严”的价值相悖。律师帮助行为是公民尊严价值的内在要求,法治国家中的公民尊严价值集中体现为人们追求正义的能力是平等的,所有行动主体都应该得到来自法律和制度的平等的尊重。可见,法律援助并非是律师的施恩行为,其与被援助方应当始终处于人格平等的状态,但是不论是“贵族精神”“宗教启示”还是“精英意识”都悄然地塑造着律师高人一等的形象。美国有学者在论及平等(equality)之时区分了怜悯(pity)和同情(compassion)的概念<sup>[9]</sup>,前者是具有轻视性的,它由施与者与受施与者状况之间的比较引起,它的特征性判断不是“他过得差”而是“他比我过得差”;而后者则建立在尊重之上,是基于对缓解苦难的责任以及对个体内在状况的意识,它寻求的是消除任何地方的苦难,而拒绝对受苦难者作出人格上的评价。同情与怜悯都能够驱动个人仁爱的行为,但是怜悯却是基于对弱势方的优越性意识。意志性理念主导的法律援助就是一种基于上位者身份的怜悯行为,是律师出于其作为贵族、教徒或者精英的身份意识所做出的行动,这种解释没有对援助对象表达应有的尊重。总之,意志性理念是身份社会的遗留物,它已经很难完整地契合现代社会的法律援助行为。

## 二、功利性理念:基于现实利益的法律援助之质疑

在实用主义思潮的冲击下,以个体道德内驱力维系的法律援助被当作空中楼阁式的幻象,而以功利主义的观点去诠释法律援助似乎最符合社会现实和人类本性,它将法律援助行为立基于对现实利益的考量。功利性理念关注的是法律援助的形而下属性,它对上文所提出的意志性理念的实效性提出了激烈批判。其代表性观点有两类:第一类观点试图以市场利益取代伦理价值,如美国著名大法官波斯纳、律师职业研究专家埃贝尔均认为,意志性的理论掩盖了律师职业的逐利性,试图用职业的神秘光环排除外部监督,但是事实上法律职业并不会因为商业化的深入而丧失其职业性,相反能够为社会提供更可靠的法律服务<sup>[10]</sup>。他们认为由市场利益驱动的法律援助更符合现实,也更具实效价值。第二类观点则试图以国家利益取代伦理价值,这种论点多见于我国学者的文章。由于我国将法律援助定位为政府责任的立法现实,不少学者将法律援助理念归结于国家利益的维

<sup>②</sup>如我国《律师法》第13条规定:“没有取得律师执业证书的人员,不得以律师名义从事法律服务业务;除法律另有规定外,不得从事诉讼代理或者辩护业务”。从立法层面确立了律师对诉讼市场的垄断地位。这一举措使原本与律师职业共存的法律工作者、与律师事务所共存的法律服务所逐渐湮灭。

护,律师职业仅仅是完成国家任务的一项工具而已,即使近年出现了一些试图突破政府责任的论点,也往往难以逃脱这一桎梏<sup>[11-13]</sup>。笔者认为与意志性理念相反,这两类观点都将法律援助的理念归结于形而下的利益驱动,因此将其归纳为功利性理念。

### (一) 功利性理念的表现形式

根据上文两类观点具体剖析,可以将法律援助的功利性理念划分为两条分支,即市场行为论和政府行为论。前者将法律援助视为由商业利益主导的市场行为,后者则将法律援助视为由国家利益主导的政府行为。

受商业主义的影响,法律援助被认为是一项制造市场需求的行为。这主要表现在两个方面,其一,拓展市场空间。美国著名法学家埃贝尔就将“律师界发动的维护弱者权益的慈善活动(pro bono Movement)及其他法律援助方式视为法律职业制造需求的一种方式。他认为,这在表面上似乎有利于别人的行为,但实质上是一种服务于自身利益的手段,在他的理论中法律援助“不是一种善举,而是法律职业在为自己制造需求,通过国家提供资金使那些穷人也能产生有效的需求,进而将法律服务市场扩大到本来消费不起法律服务的穷人阶层”<sup>[14]</sup>。同时,积极为穷人代理也会为那些代理穷人相对方(多数为类似雇主、债权人的富人阶层)的律师创造更多的业务,这对于解决律师过剩人员的就业以及实现更高的商业利润无疑有利。其二,法律援助对律师利他主义形象的塑造功能也被理解为挽回公众信心并制造市场需求的必要手段。但这种略带阴谋论的判断在现实上不成立,近代以来律师的种种公益性的努力都无法简单使用“制造市场需求”来解释。有学者就指出,把公益服务与势利行为联系在一起站不住脚,不合逻辑。律师通过近代以来的一系列伟大的政治运动,实际上已经将公益的道德观内在化了<sup>[15]</sup>。

功利性理念的第二个方案就是将法律援助视为由国家利益主导的政府行为,实施援助主要是出于国家治理的需要。一个政府想要维系社会秩序的稳定,单纯的外在强制不可靠,它需要树立公众对法律和司法的信心,完善诉讼程序并保障审判公正。而公民获得法律援助是彰显司法公正最为直接的方式,政府支持的法律援助是国家重塑公正的司法形象的重要举措。相较2003年颁行的《法律援助条例》,2022年生效的《法律援助法》已经不再使用法律援助是“政府责任”的表述,律师协会和律师职业在法律援助体系中的作用与自主性也得到一定程度的加强,如第7条规定“律师协会应当指导和支持律师事务所、律师参与法律援助工作”。然而,总体上而言,国家权力依然在法律援助体系中占据绝对主导地位,而作为律师自律组织的律师协会只具有从旁协助的功能。法律援助机构也是由直辖市、设区的市或者县级人民政府司法行政部门根据需要在本行政区域确定的,它享受国家财政补贴,接受司法行政部门的指导和监督。对比作为律师执业场所的律师事务所,其更加类似于政府的下设单位,在相当程度上具有公权的属性。这种解释路径将法律援助视作考量国家管理之政策利益的政府行为,而律师个体的援助行为只是在协助国家治理,完成政府所指派的任务而已。

### (二) 功利性理念的困境

功利性理念所面临的第一个方面的困境就是其消解了律师职业内在的伦理价值,它虽然在一定程度上克服了意志性理念的弱点,但却以牺牲意志性理念的优势为代价。在功利性理念中,律师的工作被异化了,他实质上已经无法通过工作本身进行自我实现,工作成为了利益的附属物。律师职业由此丧失了其区分于一般服务业的精神特质,这极大地损伤了律师的职业自豪感。功利性理

念本质上是将法律劣化成为特殊利益服务的工具,无论是市场行为论中作为商业利益的工具,还是政府行为论中作为国家利益的工具,均显然地遵循了法律工具主义的思想。律师仅仅将法律援助视为制造市场需求或者完成指派任务的手段,其本身作为具有尊严的主体的意义被削弱了,变成了为实现职业共同体利益或者社会整体秩序的长期目标而行动的“组织人”,长久以来法律文化所形成的律师对于其职业活动天生的荣誉感和责任感消散了。这种情境下的辩护往往缺乏主动性,对充分维护被援助方的权利无益。

另一方面,功利性理念对于律师职业的独立性也构成了威胁。律师职业的独立性有两个层面,其一是律师独立于商业利益,很显然市场行为论下的法律援助行为不仅没有独立于商业利益,反而与逐利行为同构了。这种解释路径使律师执着于市场需求的创造而可能过分积极地鼓动穷人进行诉讼,以至于一些本不必要通过司法途径解决的问题被诉至法庭,既给当事人造成了不便又浪费了司法资源,极大地阻碍了法律秩序的有效运行。同时对商业利益的依附也使律师仅仅关注客户的需求,并总是试图谋求超过合法权利界限的利益。例如,程序中故意制造事由以获得理想地裁判的权利;实体法中操纵避税政策用以逃税。这种践踏法律尊严的行为在功利性理念的包装下甚至异变为一种尽职的行为。其二是律师独立于公权力,但政府行为论下的法律援助实质上就是一种公职行为,这严重背离了律师职业的本性和辩护制度的初衷。律师辩护最终要的功能就是限制公权力肆意侵入私人领域,而这种理解则直接将律师的辩护与公权力同质化了<sup>[16]</sup>。只有独立的律师辩护才能完成其制衡国家公权力并维护公民权利的使命<sup>[17]</sup>。但政府行为论解释下法律援助在很大程度上不能完成它的使命。

### 三、契约性理念:基于契约责任的法律援助之提倡

意志性理念和功利性理念下的法律援助都是有缺陷的,前者将其视为意志的产物而忽视了其理性的价值,后者则将其视为计算的结果而忽视了信仰的重要性,正如著名法学家尤利乌斯所言:“法律不单纯是一种认识,它不仅存在于人们的头脑中,而且还存在于人们的心目中。”<sup>[18]</sup>对法律援助行为完善的解释应当是一种结合了意志性理念与功利性理念的优点且摒弃了二者缺陷的方案,本节将要阐明的契约性理念就是此类尝试。

#### (一) 契约性理念的内涵

著名政治哲学家罗尔斯所阐释的原初契约以公平原则为基础,这也是现代契约理论的共识。这一原则可以被表述为:如果人们根据一些规则从事一项正义而互利的合作事业,并因此而对参与者利益来说必要的方式限制了自己的自由,那么这些服从了这些限制的人就有权利要求那些从他们的服从中受益的人作出同样的服从<sup>[19]269-273</sup>。依据公平原则参与正义事业的每一个人都彼此负有义务,他们之间存在着一种公平交换的关系<sup>[20]</sup>。因此可以得出一个推断:由于法治建设事业的需要赋予了律师职业必要的特权地位,使其可以豁免部分限制,而这种限制理应由所有参与者共同负担,因此原初契约为律师职业附加了公共责任,以确保这项正义而互利的合作事业整体的公平性。而律师公共责任的一项重要内容就是法律援助,有学者就曾运用公平原则解释过律师提供法律援助的正当性基础:“没有社会和国家,律师有利可图的垄断就不会存在;他进行的垄断以及他所垄断的产品都是社会的产物。社会小心翼翼地根据律师型塑了律师的零售产品……其有权把提供一定的劳动作为获得垄断的条件,以实现垄断的合法目的。”同时“国家将法律体系所能带来的好处赋予

了那些能够用得起它的人,而其成本则由那些用不起它的人来负担……因此它与律师(以及他的有钱的当事人)一同来承担主要责任,因为穷人并没有有意义的接近正义的机会并且因此而处境更糟”<sup>[21]</sup>。

总之,现代意义的原初契约之核心指向的是公平原则,即要求律师职业提供法律援助以换取其在国家与社会中所取得的特权地位。而公平原则在律师法律援助理念中的演绎则表现为下文所论及的两个子契约(国家与律师职业的契约、社会与律师职业的契约),它们具体描绘了公平原则在这种交换过程中的具体应用。

原初契约所指向的公平状态的实现需要依赖于律师职业与社会和国家之间的交换,其中包含了两个子契约:律师职业与社会之间的契约、律师职业与国家的契约。这两个契约是由公平原则衍生出来的,必须符合原初契约的基本理念。具体来说,一方面,社会确立了律师职业在市场上的垄断性,使其享有较高的社会地位以及远超一般行业的财富,而律师则承诺保护社会弱势群体并以追寻社会正义为己任;另一方面,国家转让一部分公共管理的权力,赋予律师职业自治的特权,律师职业则必须维护司法公正的理念和形象,防止权力滥用并完善国家法治。律师“职业伦理规则对公共责任的强调就是(这种)社会契约的一个重要元素”<sup>[22]</sup>,其对弱势群体的援助义务也是源于职业与社会、国家之间交换,它承诺提供高质量的服务,并维护正义的公共价值,以此来交换免于外部管制的自由和高额的回报。以公平原则为内核的原初契约及其演绎出的两个子契约构成了法律援助契约性理念的完整模型。前者强调平等的法律救济权利,是一种原则性的指导;而后者则涉及法律救济的实现方式,是一种具体的行为准则。

## (二) 契约性理念的优势

相较于契约性和功利性理念,契约性理念对于分析法律援助行为至少具有四点优势。

第一,契约性理念联结了法律援助的伦理价值与效用价值。虽然意志性理念和功利性理念的缺陷在形式上具有相互对立的表征,但实质上可能都源于一个共同的问题,即割裂了法律援助所内蕴的道德理想与其所带来的现实利益,使之变成了非此即彼的选择难题。在契约性理念中,法律援助的伦理价值与效用价值不仅不是相互矛盾的,而且还构成了因果关系。在社会契约内,律师的现实利益不是处于道德理想的对立面,恰恰相反,现实利益本身就构成了律师职业实施法律援助的理由。契约性理念对于法律援助可以有两个层面的解读:首先,它是律师职业对自身不应得好处的回馈,超额的利益并非律师职业的自然应得,因此他应该实施法律援助进行交换,否则他所获得的利益就不具备正当性;其次,法律援助还可以解读为对他人不应得不利的补偿。作为法治国家中的公民不能由于天赋、财富等不可控的因素而在裁判中处于不利地位,公平的正义原则要求对不应得的不平等进行补偿。前者是利益—回馈的关系,将法律援助塑造为回馈社会的行为;后者是损害—补偿的关系,将法律援助塑造为对弱势群体的补偿行为。但不论哪一种解读都暗合了社会契约的基本精神,将法律援助的伦理价值和效用价值紧密的联结起来。

第二,契约性理念重构了律师进行法律援助责任的观念,它相对于意志性理念和功利性理念下的责任观具有优越性。意志性理念下的律师责任是一种心理学意义上的责任,它是源于其个人的内心信仰,这种“责任”与其称之为责任,不如被称为责任感更为恰当。其没有坚实的理性依据而更多的源于律师的身份意识,因此必然造成供给不稳定、人格不对等的缺陷。而功利性理念下的律师责任则仅是规范意义上的责任,它源于利益考量下的外部制约,即来自职业规则的制约或者国家法

律的约束。这种责任观虽然成功地实现了制度化,但是却破坏了法律援助本身所具有的伦理价值,损伤了律师的积极性。契约性理念下的责任观则超越了个体的内心信仰和共同体的外部规范,它是一种合法性意义上的责任,这种责任直接源于宪法对平等价值的保护,关涉到职业存在的正当性问题,它赋予了“贵人行为理应高尚”的意志性理念新的意义,即“那些较有特权的人们将负起把他们更紧地束缚于一种正义制度的职责”<sup>[19]89</sup>。获得法律援助对应着公民获得平等法律救济机会的权利,而这种权利不仅仅是纸面上被规定的权利,更是一种赋予法律自身以权威的权利,因为基于社会契约,个体正是因为法律可以提供平等的保护,才放弃了私力救济。这种责任是源于社会契约的责任,这种责任远远超出了道德的范围,而与我们的正义观,共同体的合法性等要素紧密相连<sup>[23]</sup>。这种责任观既有效地包容了法律援助之匡扶正义的道德属性,又论证了外部规制和国家支持的合理性,更好地诠释了法律援助应有的价值。

第三,契约性理念将法律援助置于一个广阔的社会互动过程中,它不再依靠个体行为或共同体行为这种静态的模式来获得自身的意义,而是通过沟通不同主体来实现自己的价值。法律援助在契约性理念下获得更广泛的意义,这种意义就是借由律师职业与国家、社会的双重契约实现的。在这种契约模式下,律师需要帮助公民实现权利,同时也承担着协助国家进行公共管理的义务,在国家与社会中承担中介的作用,而法律援助则是其发挥中介作用的方式之一。具体来说,在国家到社会的方向上,法律援助培育了公民尤其是社会弱势群体的法治意识,而在从社会到国家的方向上,法律援助传递了社会弱势群体的呼声,推动了社会正义的实现。我国也有学者指出,法律援助应当突破“政府责任”的单一设置,转用国家责任的表述,并积极鼓励社会参与,这其实也就要求国家与以律师为代表法律的职业共同体积极承担法律援助责任,转变法律援助的低效现状<sup>[24]</sup>。

第四,契约性理念还塑造了法律援助双方相互尊重的良性状态,因为社会契约的模型将每个人的利益都被包罗在一种互利互惠的结构之中,这种在人人努力的制度中的公共肯定支持着人们的自尊,按照这种解释,契约性的理念事实上就宣扬了一种将人作为目的去看待而不仅仅是一项手段<sup>[19]139</sup>。契约性理念下的法律援助是实现平等法律救济权利的手段,根植于每一个公民平等的人格权之中。因此法律援助不是律师高高在上的慈善性的施舍,也不是被动性的指派任务,它本身具有证明律师职业本身存在正当性的价值。契约性理念将律师职业与被援助方塑造为相互尊重的平等主体,他们之间不再是狭隘的经济合同关系,而是一种更具有价值追求的伦理关系。在这种关系中,律师热忱服务并维护公民的合法权益,相对的公民也给予律师相应的尊重和信任,使律师获得工作的满足感和自豪感。有学者指出法律援助应当从国家本位主义走向人本主义,尊重人,实现人的自由而全面的发展<sup>[25]</sup>,这在当事方层面,就是要求律师与被援助方互相尊重,实现共赢。

## 四、契约性理念对我国法律援助体系的启示

### (一) 契约性理念与我国律师职业改革精神的契合性

通过分析契约性理念的内涵,可以发现社会契约模型下的律师职业应当具备垄断性和自治性两个基本的要素。法律援助最初仅仅是国家基于社会的需要从外部建构起来的,其具有较强的政

府垄断特色<sup>③</sup>。我国这种法律援助模式的局限性明显<sup>[26-27]</sup>,随着律师职业的不断成长以及法治化进程的加速,尤其是多元共治的法治理念提出后,强调律师职业在法律援助体系中的主体性作用,重释法律援助理念并调动其积极性就成必然的选择。考察我国律师职业改革的轨迹,实际也是遵循契约性理念的指引,逐渐将律师纳入社会契约的结构之中。从这一层面上说,运用契约性理念重释我国的法律援助符合我国当前律师职业改革的基本精神,同时也是提升法律援助效果的现实需要。

20世纪80年代,我国存在着大量的基层法律服务者与律师业共同分享法律服务市场,90年代《中华人民共和国律师法》(简称《律师法》)明确规定,没有取得律师执业证书的人不得以律师名义执业,不得为牟取经济利益从事诉讼代理或者辩护业务。这一规定在法律层面确立了律师职业的市场垄断地位。司法部也提出了关于基层法律服务的“十二字方针”,即“限制发展,逐步萎缩、最后消灭”<sup>[28]</sup>。同时,我国律师职业的自治性也在不断增强。律师行业经历了律师协会管理权逐步增强以及国家控制权逐渐弱化的过程。1980年《中华人民共和国律师暂行条例》(简称《律师暂行条例》)规定律师接受司法行政机关的领导,律师协会仅仅具有组织律师交流、维护律师合法权益的职能。1996年颁布的《律师法》则确立了“两结合”管理模式,即以司法行政机关的宏观管理为核心、律师协会的行业管理为主体、律师事务所的自律性管理为基础、政府宏观调控部门的调控管理为保障的一种管理体制<sup>[29]</sup>。2007年修订的《律师法》第46条又新增了律师协会两项权力,制定行业规范和惩戒规则;对律师事务所实施奖励和惩戒。对于律师自治最核心的惩戒权开始转移到律师协会。目前我国的律师职业兼具垄断性和自治性(或者至少是朝着这个方面发展的),它与社会、国家形成了契约交换关系,因而我国律师的法律援助行为也可以置于社会契约的框架下进行解释。

## (二) 契约性理念对我国法律援助的具体制度启示

契约性理念主要包含了两个层次的契约,即:以公平原则为内核的原初契约及其演绎出的“律师—社会”契约和“律师—国家”契约。其中,原初契约确立了公民获得平等的法律救济的基本原则,而两个子契约则具体厘定了平等救济权的实现方式,这种双层契约的模型对我国法律援助体系的重构具有独到的启发。

第一,依循原初契约的解释,我国公民获得律师帮助权的宪法定位需要调整。我国宪法第125条规定“被告人有权获得辩护”,这从宪法层面确立了在刑事诉讼中,被告人获得律师帮助的权利。从体系层面解释,该权利被规定在宪法“人民法院和人民检察院”一节之中,实际上是作为一种“程序性权利”存在的,设置公民辩护权的目标就是保障法院的公正裁决。但是按照这种理解,法律援助实际上就被局限在庭审程序之中了,然而契约性理念下的法律援助显然具有更为广泛的意义。法律救济的平等要求法律援助不仅仅局限于法庭辩护,甚至不仅仅局限于司法程序,而是贯穿于法律运行的全过程,它的根本目标在于为每一个公民提供平等的接近正义的机会。美国著名哲学家纳斯鲍姆指出:“能力应当作为一种有其自身意义的事物被独立考察着。”<sup>[30]</sup>故而,律师帮助权作为公民法律能力的补充,就不能仅仅作为获得公正裁判的工具,而应该作为公民基本权利的要求。因此,律师帮助权应当被作为一项基本人权,与平等权、人格尊严权的等基本权利获得同等的重视,在宪法体系中,它应当被置于“公民的基本权利和义务”一章中。

<sup>③</sup>近年有学者提出的检察公益诉讼理论某种程度上也是这种公权力垄断思维的延续,值得商榷。可参见梁鸿飞《检察公益诉讼:逻辑、意义、缺漏及改良》(《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》,2019年第3期126-134页)。

第二,依循两个子契约的解释,法律援助行为应当置于更为广泛的社会互动过程之中,因此就需要破除目前我国法律援助公权主导的单一模式走向社会主导的多元模式,充分发挥律师协会沟通社会与国家的中介功能。随着法律援助需求的增加,作为慈善事业的法律援助由于其不稳定性而被作为法律义务的法律援助所取代,法律援助中的政府责任被突出出来,但无疑我国法律援助实践走向了另一个极端,即公权主导型。我国的法律援助事业就一直处在公权力的主导之下,缺乏足够的社会参与,这种模式在实践中引发了两个弊病。第一个弊病是“公权同构”,即一些边远地区发生了所谓的法律援助垄断的现象,法律援助机构与公权机构具有较强的共生关系,这个时候律师事实上成为“第二公诉人”;第二个弊病是“低质辩护”,这主要是指法律援助外包的现象。由于法律援助经费的匮乏,同时法律援助业务本身很难吸引从业时间长且专业熟练的律师,往往外包给一些缺乏资源和经验的新手律师,这就很难切实维护被告人的权利<sup>④</sup>。将法律援助体系由现行的公权主导模式转向社会主导模式也许是解决困境的可行之策。而事实上许多国家的法律援助模式都已走向了多元化的社会主导模式,在法律援助体系中引入社会力量已经是必然趋势。首先,通过充分的调配律师,通过地区律师组织之间的相互沟通或者设置流动性的公设事务所,缓解边远地区法律援助垄断的现象,破除“公权同构”;其次,通过沟通国家权力与企业、律师事务所、公益组织等社会力量,通过成立法律援助基金会等方式,弥补报酬不足,克服“低质辩护”。有学者指出,致力于国家治理体系与治理能力的法制化是中国特色的法律援助制度的重要功能。这其实就表明了,在法律援助体系中,政府负责、社会协同公众参与的重要意义<sup>[31]</sup>。值得庆幸的是,2022年生效的《法律援助法》在社会参与层面,作出了诸多努力。如第8条规定“国家鼓励和支持群团组织、事业单位、社会组织在司法行政部门指导下,依法提供法律援助”,第9条规定“国家鼓励和支持企业事业单位、社会组织和个人等社会力量,依法通过捐赠等方式为法律援助事业提供支持;对符合条件的,给予税收优惠”。

第三,契约性理念认为法律援助是律师职业基于契约义务的行为,因此作为律师职业自治组织的律师协会在制度化建构上应当发挥更为重要的作用,强调法律援助实践中的律师责任,实现法律援助制度设计的精细化,使法律援助实践能够依循更加细则化的规范。美国法律职业学者柯敏思(Cummings)指出,法律援助不能仅仅依靠律师个体的努力,也不能依赖组织的简单号召,而应当建立精细化的制度规范,并通过制度性的实践培育律师的价值观<sup>[32]</sup>。美国律师协会(ABA)的相关制度设计值得借鉴,其在1993年职业规章6.1条规定,每位律师有为不能支付费用的人们提供法律服务的责任,并且明确规定每名律师必须要在每年从事至少50个小时的公益法律援助服务。这种明确的规范性要求确保了法律实践的顺利展开。

第四,契约性理念的基本精神要求转变我国目前法律教育的技术化倾向,强调法律职业应当具备法律援助的意识,并付诸实际行动。现行的技术化的法律教育将法律援助行为塑造成了一种单纯的技术输送。相较于其他人文学科,法律教育具有其特殊性,“法律教育的目标是,教育他们不是为了本质上与教师自己相似的生活,而是为了一种与教师不同的生活,一种成为学者所完全不同的实践性生活领域”<sup>[33]</sup>。不论是否愿意,我们也不得不承认法律教育的目标和法学研究的目标在一

<sup>④</sup>关于“法律援助垄断”和“法律援助外包”现象的社会调查数据,参见谢澍《刑事法律援助之社会向度——从‘政府主导’转向‘政府扶持’》(《环球法律评论》,2016年第2期139-147页)。

定程度上是分离的,其没有诸如哲学、历史等学科的紧密相关性。有学者认为这种分离可能是有益的,它有助于法律职业内部的讨论,但是在法律工具化愈演愈烈的今天,这种割裂显然已经超出了它应有的限度,其鼓励了一种轻视道德和理想的心态。因此,法律教育应更加关注法治信仰的培育,它应当旨在赋予法律援助关怀弱者的伦理属性,而不仅将其视为法律技术的输送。

文末需要澄清两点,第一,契约性理念目的不是要推翻其他解释方法,也绝不意在否定其他解释路径的优点,而只是试图提供一个对于现代法律援助行为更具解释力,也更能发挥法律援助价值的理念;第二,社会契约是假想的逻辑起点,它意在呈现一个最符合正义理想的法律援助理念,任何对于该论点经验主义的批评都将不得要领。在此以社会契约的首倡者霍布斯观点作结也许是合适的,他在其名著《利维坦》中这样评价契约主义:“这种真理既不违反人们的利益,又不违反人们的兴趣,人人都会欢迎。”<sup>[34]</sup>而类似的,法律援助的契约性理念,既不违反律师职业的道德理想,又不与律师职业的现实利益相悖,可能是目前最为恰当的解释路径。

#### 参考文献:

- [1] 罗伯特·N. 威尔金. 法律职业的精神[M]. 王俊峰,译. 北京:北京大学出版社,2013:25.
- [2] POUND R. The lawyer from antiquity to modern times[M]. Sao Paulo:West publishing,1953:5.
- [3] 威尔弗雷德·波雷斯特. 欧美早期的律师界[M]. 傅再明,张文彪,译. 北京:中国政法大学出版社,1992:49.
- [4] H. W. 埃尔曼. 比较法律文化[M]. 贺卫方,高鸿钧,译. 北京:清华大学出版社,2002:90-91.
- [5] 埃德蒙·柏克. 自由与传统[M]. 蒋庆,王瑞昌,王天成,译. 北京:商务印书馆,2001:35.
- [6] 王佳,黄相怀. 西方政治法律传统中的贵族精神[J]. 学术界,2011(6):129-134,286.
- [7] 迈克尔·舒特. 执业伦理与美国法律的新生[M]. 赵雪纲,牛玥,译. 北京:当代中国出版社,2014:98.
- [8] RICHARD L A. American lawyers[M]. New York and Oxford:Oxford University Press,1989:131.
- [9] ANDERSON E S. What is the point of equality?[J]. Ethics,1999(2):287-337.
- [10] 理查德·A. 波斯纳. 道德和法律理论的疑问[M]. 苏力,译. 北京:中国政法大学出版社,2001:215-219.
- [11] 贺海仁. 法律援助:政府责任与律师义务[J]. 环球法律评论,2005(6):665-671.
- [12] 朱良好. 法律援助责任主体论略[J]. 福建师范大学学报(哲学社会科学版),2014(1):10-17.
- [13] 程滔. 法律援助的责任主体[J]. 国家检察官学院学报,2018(4):3-13,171.
- [14] 李学尧. 法律职业主义[M]. 北京:中国政法大学出版社,2007:241-242.
- [15] 罗伯特·戈登. 律师独立论:律师独立于当事人[M]. 周璐嘉,译. 北京:中国政法大学出版社,1989:99.
- [16] 张善燧. 中国律师制度专题研究[M]. 长沙:湖南人民出版社,2007:73.
- [17] 德博拉·L. 罗德. 为了司法/正义:法律职业改革[M]. 张群,温珍奎,丁见民,等,译. 北京:中国政法大学出版社,2009:228.
- [18] 尤利乌斯·冯·基尔希曼. 作为科学的法学的无价值性:在柏林法学会的演讲[M]. 赵阳,译. 商务印书馆2016:22.
- [19] 约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏,何包钢,廖申白,译. 北京:中国社会科学出版社,2009.
- [20] 毛兴贵. 政治义务:证成与反驳[M]. 南京:江苏人民出版社,2007:119.
- [21] 戴维·鲁本. 律师与正义:一个伦理学研究[M]. 戴锐,译. 北京:中国政法大学出版社,2010:227-228.
- [22] CRITON A C. Professional Ethics codes in court: Redefining the social contract between the public and the professions[J], Georgia Law Review. 1991(25):1340.
- [23] 弗雷德里希·奥古斯特·冯·哈耶克. 自由宪章[M]. 杨玉生,冯兴元,陈茅,译. 北京:中国社会科学出版社,2012:114.
- [24] 程滔. 法律援助制度的创新与发展:以《法律援助法》的颁布为视角[J]. 人民论坛,2022(9):100-103.
- [25] 樊崇义. 我国法律援助立法与实践的哲学思维[J]. 江西社会科学,2021(6):167-178,256.
- [26] 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[J]. 法商研究,2015(4):54-62.

- [27] 谢澍. 刑事法律援助之社会向度:从“政府主导”转向“政府扶持”[J]. 环球法律评论,2016(2):139-151.
- [28] 刘思达. 割据的逻辑:中国法律服务市场的生态分析[M]. 上海:上海三联出版社,2011:93.
- [29] 李芳. 锐意求新,再创辉煌:访第五届中华全国律师协会秘书长贾午光[N]. 法律服务时报,2002-05-24(6).
- [30] 玛莎·C. 纳斯鲍姆. 寻求有尊严的生活:正义的能力理论[M]. 田雷,译. 北京:中国人民大学出版社,2016:121.
- [31] 冀祥德. 法律援助制度的中国特色[J]. 政治与法律,2022(6):148
- [32] SCOTT L C. The politics of pro bono[J]. UCLA Law Review,2004(52):3-40.
- [33] 安索尼·T. 克罗曼. 迷失的律师:法律职业理想的衰落[M]. 田凤常,译. 北京:法律出版社,2010:269.
- [34] 霍布斯. 利维坦[M]. 黎思复,黎廷弼,译. 北京:商务印书馆,1985:580.

## The contractual idea of legal aid:

### Also discuss about the enlightenment for the legal aid system in China

JIANG Chao

(*Intellectual Property College, Nanjing University of Science and Technology, Nanjing 210093, P. R. China*)

**Abstract:** The Legal Aid Law of the China, which came into effect on January 1, 2022, has pushed the systematization of legal aid to a new height. However, against the background of the continuous improvement of the system, China's legal aid practice still faces many difficulties. The countermeasures to overcome these difficulties may not only need to improve the legal system, but also clarify the legal theory behind the system and the concept behind the practice. Therefore, in the context of the reform of the legal aid system, it is necessary to clarify the erroneous understanding of the concept of legal aid. This erroneous understanding mainly includes interpretations of willpower and utilitarianism. The willpower concept of legal aid mainly includes three forms: aristocratic spirit, religious enlightenment, and elite consciousness. They base legal aid on moral ideals, but there are drawbacks such as unstable supply and unequal personality. The utilitarian concept of legal aid mainly includes two forms: market behavior theory and government behavior theory. They base legal aid on practical interests, posing a threat to the inherent ethical values and independence of the legal profession. The concept of legal aid should be a contractual concept, which includes two levels of contracts, namely the original contract centered on the principle of fairness, as well as the “lawyer society” contract and the “lawyer state” contract as sub contracts. The concept of contractual interpretation absorbs the advantages of willpower and utilitarianism, and discards its shortcomings. It mainly has four advantages: firstly, it connects ethical and utility values, enabling the lawyer profession to achieve a balance between earning profits and maintaining legal aid enthusiasm; Secondly, the concept of responsibility has been restructured to shift from passive to active; Thirdly, the legal aid model has been updated, transforming it from a unidirectional state power to a multi-dimensional and diverse implementation; Fourthly, it reshaped the state of mutual respect and protected the self-esteem of the recipients. The spirit of China's lawyer system reform is consistent with the contractual concept, which can provide useful enlightenment for the construction of China's legal aid system: the basic right positioning of the lawyer's right to help, the multiple participation mode of legal aid, the detailed rules of legal aid practice, and the cultivation of legal aid awareness.

**Key words:** legal aid; judicial reform; the profession of lawyer; judicial ethics; contract doctrine

(责任编辑 胡志平)