

# 法律援助责任主体论略

朱良好

(福建师范大学法学院, 福建 福州 350108)

**摘要:** 法律援助责任的归属, 是法律援助制度建立与实施中带有根本性、全局性的重大问题, 立法上明确规定法律援助是政府的责任和律师的义务, 理论上也有模糊的认识和错误的观点, 由此造成很多理论上的缺憾和实践上的困境。只有立足于国家责任主体的视域, 方可在理论上为阐明各国家机关在法律援助中的角色分担、解除双重责任主体的悖论扫清障碍, 在实践中为破解当前制约法律援助事业进一步发展的资金、人员、机构性质、部门配合等难题创造条件。在法律援助的国家立法条件相对成熟的情势下, 深度检讨法律援助的责任主体问题, 明确法律援助的唯一责任主体应当是国家, 是法律援助事业可持续发展的关键所在。

**关键词:** 法律援助; 政府责任; 律师义务; 国家责任

**中图分类号:** D920.0

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1000-5285(2014)01-0010-08

自1994年司法部正式提出构建法律援助体系的设想开始, 这项被英国著名大法官丹宁勋爵称之为“二战后法律方面最主要的革命”的事业在我国取得了长足的发展。晚近几年, 理论界关于法律援助方面的论著颇多, 其论题多集中于实用性、操作性层面, 比如法律援助机构的设立、经费来源与保障、法律援助对象经济困难标准的界定等等。这些研究对于我国法律援助制度的发展、完善无疑起到了无可替代的指导作用。不无遗憾的是, 我国对于法律援助基础理论的研究却显得相对冷清, 理论储备也严重不足。笔者认为, 在当下中国法律援助实践和变革最关键的时期, 法律援助的责任主体是最有指导性的基础理论问题。“法律援助责任的归属, 是法律援助制度建立与实施中带有根本性、全局性的重大问题”<sup>①</sup>, 关于法律援助的责任归属的认知, 是直接决定着进一步完善和实施这一制度的带有根本性的重大问题。但在我国理论界, 还存在着一些关于法律援助责任主体的模糊认识甚至是错误的观点, 没能清楚厘定法律援助国家责任的内涵和外延, 没能理清国家责任与政府责任、律师义务的关系等。为了推动我国法律援助制度的可持续发展, 在我国当下社会转型的关键时期, 在法律

援助由“条例”上升为“法律”的条件相对成熟的条件下, 深度检视我国法律援助的责任主体问题, 无疑具有极大的理论和实践意义。

## 一、法律援助是“国家责任”而非“政府责任”

2003年国务院制定的《法律援助条例》第三条明确规定, 法律援助是政府的责任。“政府”一词极易产生歧义, 让人理解为法律援助只是行政机关的责任。“政府”有广义和狭义之分, 广义的政府是指国家立法机关、行政机关、司法机关以及军事机关的统称, 狭义的政府仅仅指的是国家行政机关。在政治学、社会学的表述中, 多采广义的政府概念, 但在法学尤其是宪法学、行政法学上, 更多的表述中是把“政府”视为与立法机关、司法机关并列的行政机关来对待的。在此, 我们就有必要追问, 《法律援助条例》第三条中的“政府”究竟是广义的还是狭义的? 如果是狭义的, 法律援助的责任就只是行政机关一家的责任, 而与立法机关、司法机关等国家机关无涉。如果是广义的, 作为一项立法, 其用语应该追求严谨, 把法律援助的责任主体界

收稿日期: 2013-09-10

作者简介: 朱良好(1974—), 男, 河南邓州人, 福建师范大学法学院副教授, 法学博士。

<sup>①</sup> 宫晓冰《中国法律援助立法研究》, 北京: 中国方正出版社, 2001年, 第20页。

定为“政府”其妥当性就值得商榷,法律援助就应该是“国家责任”而非如《法律援助条例》所表述的“政府责任”。显然,国务院作为最高行政机关,其所制定的规范性文件中所使用的“政府”,只能是指行政机关了。问题在于,法律援助的责任归属,绝对不是一个简单的法律用语的表达问题,“政府责任”与“国家责任”的外延与内涵,都是有重大不同的,当下我国法律援助制度所面临的诸多难题和困境,恰恰也是因为把法律责任的主体规定为或看待为“政府”而非“国家”所造成的。法律援助是“国家责任”而非“政府责任”!

### (一) 政府责任与国家责任的区别

尽管在日常生活中,“政府”与“国家”几乎是不需要进行明确界分的两个用语,但在创制规范性法律文件时,明确地界定这两个概念还是非常重要的。国家和政府的不同在于,首先,政府只是国家机构的组成部分,《辞海》中对“政府”的解释是简明扼要的:政府,即国家行政机关,国家机构的组成部分。<sup>①</sup>其次,国家生存相对较长,政府更迭相对频繁。从人类发展来看,国家存续时间相对较长且稳定,任何一个国家都不能由一届政府一直长久的行使国家主权;而政府更迭相对频繁,政府总是会随着历史的发展而发生更迭,但政府更迭不动摇国家主权。“几乎每一个国家在其生存的历史中产生过这种或那种形式的、好的或坏的政府。一个又一个政府垮台或彼此更迭了,而国家却依然生存了下来。<sup>②</sup>正是国家和政府的不同,导致了国家责任和政府责任也必然是有重大区别的。有学者经过系统的梳理后认为,从中国法律援助理论和实践发展的情况看,“国家责任”的概念主要用于《法律援助条例》实施以前,此后“政府责任”的说法则成为主流<sup>③</sup>。不少论者对法律援助的责任主体的表述是不区分政府责任和国家责任的。有人认为“法律援助的责任主体是国家或者行使国家权力的政府”<sup>④</sup>,有人认为“法律援助的国家责任代表了政府的责任”<sup>⑤</sup>“国家责任”与

“政府责任”混杂运用的现象说明,二者之间的差异在法律援助领域尚未引起人们更多的注意。二者的重大区别包括(但不限于)下列两个方面。

#### 1、国家责任与政府责任的外延和向度不同

“政府是实现国家意志的机关,而国家意志是以暴力为后盾,通过立法、执法和审判等形式实现的。”<sup>⑥</sup>政府责任只能是国家责任的一部分而不能等同于国家责任。国家责任是单向度的,国家自上而下对民众负责,而政府责任是双向度的,上对国家最高权力、下对民众负责。国家的存在源于公民权力的出让,“这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量,就是国家”。<sup>⑦</sup>当公民出让的权力集中在一起,经过高度的抽象形成了国家公共权力时,这种权力又高于任何一个公民的个人权力,它凌驾于一切个人或组织之上。但是,国家公权的存在必需有庞大的制度体系来运作和维持,于是国家会把其掌握的权力分配到各种国家机构、社会,甚至于公民个人。在公共权力向下分配的过程中也伴随着责任的产生,所以包括政府在内的国家机构、社会、公民个人便因接受了国家公权的分配而承担了相应责任,这些责任的抽象与集合便是国家责任。政府是国家公权的主要执行机构,它的权力来自于国家,故而产生了对上的责任,这种责任是由上而下的;同时,政府也承担了社会治理的任务,这要求它二次向社会和公民个人分解手中的权力,这种权力的再次分配又使社会和公民产生了责任,这种责任则是由下而上的。

#### 2、国家责任与政府责任的承担方式不同

国家责任主要表现为契约责任,包括对内与对外的契约责任。对内契约责任就是指国家因占有公民以契约形式赋予的公共权力而对公众所承担的对内责任。其履行方式是通过高度集中的公共权力进行合理的制度设计和实施,满足民众诉求,实现民众福祉。国家对外契约责任表现为国家作为国际活动主体,在国际交往应履行国际法

① 《辞海》,上海:上海辞书出版社,1980年,第1465页。

② 谢庆奎《当代中国政府》,沈阳:辽宁人民出版社,1991年,第5页。

③ 孙文恺、李卫东《对中国法律援助制度之“政府责任”的反思》,《学习与探索》2009年第4期。

④ 宫晓冰《中国法律援助制度研究》,北京:中国方正出版社,2004年,第3页。

⑤ 白春花《论中国法律援助制度的国家责任》,《湖南第一师范学报》2005年第2期。

⑥ 杨光斌《政治学导论》,北京:中国人民大学出版社,2004年,第124页。

⑦ 《马克思恩格斯选集》第4卷,北京:人民出版社,1972年,第166页。

上的相关义务以及不履行相关义务所应承担的否定性法律评价。政府责任主要是国家对内契约责任的一种表现形式,政府是国家公权所进行的制度设计中的重要一环,其责任是国家公权授予政府执行权的同时赋予政府的责任。<sup>①</sup>

## (二) 法律援助“政府责任”的不周延性

法律援助作为一种国家责任,其责任主体不应仅限于行使国家行政管理权的政府,也包括国家司法机关以及所有的行政机关,但《条例》作为行政法规,只能对行政管理部门作出规定,因而也只能将之明确为政府责任。但由此产生的问题是:

1、法律援助是为保障公民权利实现而设,而对公民权利的保护是所有国家机关而不仅仅是政府的责任

对法律援助进行立法是立法机关义不容辞的责任,保障法律援助制度与司法诉讼制度的衔接是司法机关的责任,对法律援助的机构设置、经费保障等是行政机关不可推卸的重要责任。例如,今年开始生效的新刑事诉讼法第三十四条设定了法院、检察院和公安机关对需要指定辩护的案件通知法律援助机构指派律师的义务,这就不是政府责任所能包括的。

2、政府责任无法解决法律援助中的协调、配合问题

法律援助事业是一个系统工程,单靠行政机关的力量是无法完成的,需要立法机关、司法机关的协调与合作。例如法院的司法救助与法律援助,由于二者分属不同的管理体系、困难标准掌握不尽一致等方面的原因,两者出现了不衔接的情况,阻碍了法律援助工作的开展,影响了法律援助的效果。许多经济困难的公民获得法律援助后,由于得不到及时的司法救助,在诉讼的过程中因为缴纳不起高昂的立案费、诉讼保全费、执行费、鉴定费等费用而最终放弃寻求司法救济,使得法律援助出现阻碍,也就不能发挥相应的作用<sup>②</sup>。国务院《法律援助条例》规范了司法行政部门建立的法律援助机构如何实施法律援助工作,而对法院、检察院等部门的法律援助工作没有、也无权作出明确具体的规定,从而使得我国

法律援助制度缺乏统一、完整的运作程序,给部门间的协调带来了不必要的麻烦,同时也不利于部门间的相互监督与支持。

## 3、政府责任有悖于法律援助中的权力监督

首先,由于规定法律援助只是政府责任而与权力机关无涉,所以各级人大对政府是否将其纳入每年的政府工作报告之中,是否由相应的各级人大代表切实监督把法律援助工作作为政府工作的重要方面,是否保证投入足额的经费并随着当地政府的财政收入的增长而相应增长等等事关法律援助能否顺利开展的问题,也就有理由漠不关心而听任政府率性而为了。这就为法律援助溢出权力机关的监督提供了契机

其次,法律援助中的司法审查于法无据。实现法律平等保护有两个目标,“保护我们的权利不受政府侵犯以及通过政府保护我们的权利不受其他公民侵犯”<sup>③</sup>。在刑事诉讼、行政诉讼的法律援助中,受援对象固然面临着“权利受政府侵犯”的可能性,其他类型的法律援助案件中,法律援助申请人也会面临申请不被批准而“享受法律援助权”被侵犯之虞。法律援助机构与受援人之间是行政给付关系,法律援助机构与法律援助人员之间是行政命令关系,行政给付、行政命令皆为具体行政行为。法律援助申请人对于法律援助机构不予援助的申请不服,或被指定承办法律援助案件的律师对法律援助机构的指定行为不服,可否提起行政诉讼、要求对具体行政行为进行司法审查?按照《条例》第十九条的规定,申请人对法律援助机构作出的不符合法律援助条件的通知有异议的,可以向设立该机构的司法行政部门提出,司法行政部门应当在5个工作日内进行审查。但是,当事人不服该司法行政部门的决定的,不能提起行政复议,也不能提起行政诉讼。<sup>④</sup>笔者认为,这不符合法理,因为司法行政部门经审查后所做出的决定实际上就是一种具体行政行为,将其排除于行政诉讼之外,不利于保护申请人的合法权益。申请人认为自己符合法律援助的条件而法律援助机构拒不施以法律援助的,应当有权提起行政诉讼;由于法律援助机

① 涂春元 《国家责任与政府责任辨析》,《辽宁行政学院学报》2007年第5期。

② 高松元 《浅谈法律援助与司法救助衔接机制的确立》,《平原大学学报》2006年第1期。

③ [美]伯尔曼 《法律与革命——西方法律传统的形成》,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第13页。

④ 王俊民、孔庆余 《反思与超越:论法律援助之政府责任》,《政治与法律》2006年第6期。

构工作人员的违法给当事人造成损失的,法律援助机构应当赔偿。

4、法律援助“政府责任”的表述,不合国际通例

与我国《法律援助条例》的规定不同,境外的法律援助立法更多地采用了“国家责任”的提法。例如,1997年修订的《美国法律服务公司法》第1001条规定,“我们的国家有必要为寻求不公正救济的个人提供获得公平的司法制度帮助的机会”<sup>①</sup>。《瑞士日内瓦法律援助规章》更是大量地采用了“国家”的表述方式,如“法律援助局收取让与国家的款项”、“国家不对指定律师进行的活动承担任何责任”<sup>②</sup>。此外,英国、德国、韩国、我国香港和澳门等国和地区的立法也尽量地避免将法律援助定性为政府责任。法律援助是国家责任已为国际法所公认,国际上早已把法律援助作为国家责任加以确认,在许多国际公约、条约中都有明文规定,例如《儿童权利公约》第37条、《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款和《关于律师作用的基本原则》第5条都作了规定。

## 二、法律援助是国家责任而非律师责任

把法律援助界定为国家责任,是现代法律援助制度得以建立的根本前提,表明法律援助制度的核心在本质上是以国家力量来保障公民平等地实现法律赋予的权利,其理论基点在于:国家与公民之间存在着提供和享有法律援助的法律关系,国家负有为社会的贫弱者提供法律援助的义务,社会的贫弱者享有国家提供法律援助的权利。从法理上讲,国家永远是义务主体,而公民永远是权利主体,即国家是援助义务的承担者。法律援助公民权利和国家责任的确立,使法律援助性质发生根本性的转变,法律援助也至此方真正作为一种社会法律制度而具有普遍而重大的价值。

### (一) 法律援助作为律师强制性义务

《法律援助条例》第三条已经明确了法律援助是政府的责任,但令人难以理解的是,在既然

已经明确法律援助是政府责任的同时,却依然坚持律师的法律援助义务,并且强化了律师义务的法律责任,规定律师在不承担义务的情况下将受严厉的惩处。《法律援助条例》第六条规定“律师应当依照律师法和本条例的规定履行法律援助义务,为受援人提供符合标准的法律服务,依法维护受援人的合法权益,接受律师协会和司法行政部门的监督。”《条例》第二十七条又规定“律师事务所拒绝法律援助机构的指派,不安排本所律师办理法律援助案件的,由司法行政部门给予警告、责令改正;情节严重的,给予1个月以上3个月以下停业整顿的处罚。”第二十八条还规定律师“无正当理由拒绝接受、擅自终止法律援助案件的”“由司法行政部门给予警告、责令改正;情节严重的,给予一个月以上3个月以下停止执业的处罚”。2007年修改后的《律师法》第四十二条规定律师、律师事务所应当按照国家规定履行法律援助义务,同时在四十七条规定拒绝履行法律援助义务的,由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予警告,可以处五千元以下的罚款;情节严重的,给予停止执业三个月以下的处罚。

### (二) 双重责任主体的理论悖论与实践困境

#### 1、法律援助的双重责任主体不合于法理

《法律援助条例》、《律师法》规定法律援助是律师的义务,《法律援助条例》又规定法律援助是政府的责任,不免让人产生这样的疑问,法律义务和法律责任是何关系?张文显先生认为责任的首要含义即为“在职责范围内应该做的事情”<sup>③</sup>,也即义务。法律援助的责任显然也应是这种含义。如此,则政府和律师同为法律援助的义务主体。法律责任应该追求明确(包括责任主体的明确),那么政府责任和律师责任在法律援助中的关系如何?是并列关系抑或补充关系或者其他何种关系?法律没有规定,因此不明确,由此可以认为双重责任论于法理不合。所以就有论者一针见血地指出,对于“法律援助”究竟是谁的“责任”、谁应当为此承担“义务”这个问题如果弄不明确,势必出现谁都有责任,谁都应当尽义务,而到头来不仅责任不明确而且义务

<sup>①②</sup> 司法部法律援助中心《各国法律援助法规选编》,北京:中国方正出版社,1999年,第35、367页。

<sup>③</sup> 张文显《法哲学范畴研究》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第118页。

的履行也落不到实处的情形<sup>①</sup>。其实,法律的规定与否,并不是决定法律援助责任归属的实质判断,在现代法治国家,由国家承担法律援助的责任,符合“事物的本然之理”。法律援助的国家责任并不是法律赋予的,而是源于国家的自然属性,然后由法律加以确认的;公民的受法律援助权也是基于基本的人权而派生的权利,由法律加以确认。<sup>②</sup>

1997年《司法部关于开展法律援助工作的通知》中指出“法律援助是指在国家设立的法律援助机构的指导和协调下,律师、公证员、基层法律工作者等法律服务人员为经济困难或特殊案件的当事人给予减免收费提供法律帮助的一项法律制度”。现实是,尽管律师是法律援助的绝对主力,公证员、基层法律工作者、司法鉴定人员等也一直在从事法律援助,但立法却单单强调了法律援助是律师的强制性义务。立法做此“厚此薄彼”规定的个中缘由,令人费解。既然律师、公证员、基层法律工作者等都在默默奉献,从事法律援助,法律没有规定公证员、基层法律工作者等的法律援助义务,似乎也就没有理由单独强调律师的法律援助义务。毕竟,正义要求“相同情况相同处理”。律师已走向市场,律师行业同社会其他众多行业一样,要接受市场法则的调节。律师的性质是为社会提供法律服务的社会工作者,国家不负担律师的工资、福利等,因而谋生已成为律师的第一需要。“现代法律援助制度的主要特征就是国家出资,包括支付律师的援助费用及相应报酬”<sup>③</sup>,因此,法律援助的双重责任主体规定缺乏法理上的正当性,这就使得在立法体制安排上明显的烙上行政恣意的印记,导致各种法律关系层面的冲突和不协调性。

2、法律援助的双重责任主体易成为国家推脱法律援助责任的口实

通观《法律援助条例》全文,政府责任的规定笼统而抽象,对律师责任的规定反而具体、明确,重心显然放在了律师的义务方面,淡化了政府应尽的责任。政府在履行法律援助责任中的

模糊性、抽象性及难以归责性,造成“政府责任宽松、律师义务严格”的不合理现象。《条例》规定了“法律援助是政府的责任”,但具体到政府应履行什么责任,不履行应承担什么责任并未规定,相应的政府经济责任或称支付责任的主要内容也是一片模糊。《法律援助条例》第五章法律责任所规定的充其量是确定为管理责任并且最主要的是对于律师的惩罚责任,将本应由政府承担的强制性责任转换为模糊性责任并进而转嫁成律师的具体义务,通过损害社会律师这一群体的合法权益来弥补政府财力之不足。与国家公权力相比,社会律师同样也是弱者,不能为追求一种社会公正而对另一群体采取不公正的立法姿态。实践中也会给予办案律师以补贴,但该补贴不仅与法律服务的市场价格差异巨大,有时甚至远不及律师的实际办案成本费,这就难免让人觉得法律援助是“政府请客,律师埋单”。<sup>④</sup>立法上对律师使用“指派”一词,形成援助机构与律师之间的指派关系,把律师当作自己的行政人员使唤。律师的社会中介服务人员身份决定了政府与律师之间的关系不应是一种行政关系,即命令和被命令、服从和被服从的关系。但是,实际上这种指派关系具有行政上的强制性,具有与行政内部关系一样的服从关系,这就使得指派关系具有明显的行政干预,是一种体制外的“行政摊派”<sup>⑤</sup>。

3、法律援助的双重责任主体是法律援助案件质量不高的原因之一

双重责任主体规定是司法行政机关向社会律师进行法律援助案件“行政摊派”的依据,而微薄的办案补贴难以调动律师的办案积极性,难以保证法律援助案件的质量,难以吸引专业特色明显、经验丰富的大律师、名律师参与法律援助案件的办理,提高法律援助的知名度。每名社会律师都必须办理法律援助案件的强制性规定与该规定在实践中的落实情况之间存在巨大落差,多数律师事务所接受“摊派”后往往只指定那些新加入律师行业的年轻律师去办理。因此,法律

① 王俊民、孔庆余《反思与超越:论法律援助之政府责任》,《政治与法律》2006年第6期。

② 裴小梅《对我国律师法律援助制度的思考——兼论建立法律援助公职律师制度的必要性》,《河南社会科学》2004年第2期。

③ 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。

④ 马明亮《法律援助:中国刑事诉讼制度发展的瓶颈》,《西南政法大学学报》2004年第4期。

⑤ 贺海仁《法律援助:政府责任与律师义务》,《环球法律评论》2005年第6期。

援助机构强制摊派法律援助案件不仅挫伤了社会律师的积极性,使办案律师产生逆反心理,而且导致摊派的法律援助案件质量得不到保证。

在某法律援助中心办理的一起毒品案件中,辩护人不积极准备、草草应付,整个辩护词才200多字,内容如下:

“在庭审前我认真查阅了本案的有关卷宗,在刚才的庭审过程中,法庭也出示了各种与本案相关的证据材料,这些证据确凿、充分,足以说明被告人犯有起诉书中所指控的罪行,这一点本辩护人没有异议。通过刚才的法庭调查,本案事实已基本清楚,望法庭能根据本案的事实作出公平的判决。”<sup>①</sup>

虽然只是个案,但足以管窥法律援助案件质量的不尽如人意,这一点应该没有太多异议。

(三) 法律援助只能是律师的道德义务而非法律义务

尽管在1996年的《律师法》中规定了律师的法律援助义务,但早在《法律援助条例》出台之前就有有识之士指出,“无论是作为历史的经验总结,还是法理上的分析,我国的法律援助都应当被看作国家责任”<sup>②</sup>,但《法律援助条例》还是把律师的法律援助义务作为强制性义务继承了下来。这实际上是把国家应该承担的责任通过强制性法律规定转嫁给了律师,变成了律师的法定义务。其实,与“公民有获得法律援助的权利”相对应的是“国家有提供法律援助的义务”。法律援助作为公民权利或人权的内容,其义务主体只能是国家而不是社会律师。在法律上,律师并不应当比其他人有更多的对贫困者进行救助的义务,正如医生在法律上没有义务为贫困者提供免费医疗一样。从律师的职业道德出发,我们可以说律师有关心、救助社会弱者的义务,但更应该看到,这种义务是道德上的而不应该是法律上的。它只能依靠律师职业道德来规范和引导,而不宜由法律做出强制性规定。在确定法律援助的义务主体时,理应将法律义务与道德义务划清界限。在现在西方法治国家,尽管仍然存在律师义务提供法律援助的现象,但一般都是自愿的,而少有来自法律上的强制。

也许有人会担心,如果法律不再强制规定法

律援助是律师的义务,就没有律师愿意从事法律援助了?纵观我国律师参与法律援助的历程,这种担心是不必要的。在法律尚未规定法律援助是律师义务的时期内,已经有律师在无偿从事法律援助事业了;现在虽然强制规定法律援助是律师的义务,但法律援助机构只把法律援助案件指派给律师事务所而不是律师个人,由此导致的结果就是,相当一部分律师根本就没有从事过法律援助。因此,是否有律师愿意从事法律援助,与法律是否强制性规定法律援助是律师义务之间并不存在必然联系。与其保留“法律援助是律师的义务”这一“名不副实”、极易引人误解并有悖法理的规定,倒不如干脆删除之,还法律援助责任主体的本真面目,这反倒体现了现代法治国家在该问题上的担当。可以断言,在立法不再强调法律援助是律师义务的情况下,愿意参与法律援助的律师并不会减少,那些热心公益、有社会责任感的律师仍然会一如既往的参与法律援助事业,即便是出于功利的考虑,因为法律援助有利于树立律师良好的社会形象、提高其知名度,还是会有不少社会责任感并不特别强烈的所谓道德上的“中人”律师愿意参加这一事业的。其实,法律的立足点就应当是把人看做是道德上的普通人而不是超凡脱俗的“圣人”,强制规定律师的法律援助义务,无疑是要求所有律师都做道德上的“圣人”。从立法上不再强制规定律师的法律援助义务,才是“把法律的事情交给法律,把道德的事情交给道德”。

### 三、国家作为责任主体视域下的法律援助完善路向

确定法律援助的国家责任,而不是单纯的行政机关的责任,更不是社会律师的强制性义务,将会重构我国的法律援助体系,在此基础上,选择适合中国国情的法律援助管理与实施模式,理顺责任主体与实施主体的关系,落实法律援助的经费,使得我国的法律援助工作达到国际先进水平,真正体现社会主义国家的本质和社会主义制度的优越性。以国家责任的全面承担践履“国家尊重和保障人权”的庄严承诺,下列几个方

<sup>①</sup> 李宝岳 《律师参与辩护、代理存在的问题及对策》,北京:中国政法大学出版社,2006年,第204页。

<sup>②</sup> 章武生 《中国律师制度研究》,北京:中国法制出版社,1999年,第246页。

面是当下完善法律援助的可欲路向。

### (一) 制定《中华人民共和国法律援助法》

目前法律援助的统一立法为国务院的《法律援助条例》，属行政法规，立法级别较低，权威性有待提高。如前所述，法律援助事业是所有国家机关的责任，立法机关有责任在适当的时候制定法律援助法。我国的法律援助事业自1994年司法部通知试行已有近20年的发展历程，《法律援助条例》的实施也已有10年之久，成就巨大，各地积累了丰富的经验，但司法行政机关和法律援助机构也遇到了诸如经费保障等众多自身无法破解而又制约法律援助事业发展的重大难题，这些问题已经无法在现有的规范体系和体制机制下得以解决，因此，全面提升我国法律援助的整体水平，破解制约法律援助事业发展的瓶颈问题，亟需全国人大承担起立法责任，制定《中华人民共和国法律援助法》。法律援助的经费保障、法律援助机构的性质、人员配备问题，降低申请法律援助的标准进而扩大其覆盖面、法律援助中各机关各部门的配合与协调、法律援助的监督与救济机制等问题也只能且有望在立法中得以解决。

今年开始实施的新刑事诉讼法对法律援助的对象有很大的扩张，在阶段上有所提前，相形之下，《法律援助条例》已远远落后于实践。其实，《法律援助条例》在制定之初就存有规范冲突问题。例如，《老年人权益保障法》第三十九条规定“老年人因其合法权益受侵害提起诉讼交纳诉讼费确有困难的，可以缓交、减交或者免交；需要获得律师帮助，但无力支付律师费用的，可以获得法律援助”。作为人大常委会制定的法律，《老年人权益保障法》的阶位要高于《法律援助条例》。《老年人权益保障法》中对于老年人获得法律援助的条件只有“交纳诉讼费确有困难的”这一限制条件，可是作为立法在后的《法律援助条例》却对法律援助的经济困难及受案范围均作出了规定，这就产生了下位法对上位法的冲突。另外，各省、市、自治区根据行政法规的授权，可以制定本区域内的地方性法规。地方性法规对现有的法律援助受案范围均有一定的扩大，但又不完全相同，这又人为造成了申请人在不同区域获得法律援助的不平等。这

些都需要全国人大的统一立法来解决。

### (二) 批准相关国际公约，履行法律援助的国际责任

全国人大目前还没有批准我国政府签署的《公民权利和政治权利国际公约》，因而没有完全履行法律援助的国际法义务。1998年中国政府签署了《公民权利和政治权利国际公约》，体现了中国政府对于保护本国公民人权的高度重视，其第14条第3款规定“出席受审并亲自替自己辩护或者经由他自己选择的法律援助进行辩护；如果，他没有法律援助，要通知他享有这种权利；在司法利益有此需要的案件中，为他指定法律援助，而在他没有足够的偿付能力的法律援助案件中，不要他自己付费。”但令人遗憾的是，由于各种原因的存在，全国人大至今还没有批准该公约，该条约也就还没有成为我国正式的法律渊源，对我国政府没有约束力。这难免损害了中国保护人权的国际形象。《公约》里把法律援助提高到公民基本人权角度的精神，也鞭策我们要对现有的法律援助制度进行修改和完善。

### (三) 彻底解决经费不足与机构性质问题

资金短缺是桎梏着我国法律援助可持续发展的首要因素，没有一个稳定健康的法律援助经费供给体制，现代的法律援助制度就不可能形成。应当把法律援助纳入财政预算中，使得最低经费保障制度化，实行经费逐级扶持政策，以保证下级政府因财政困难不能拨付法律援助最低经费时，上级政府要按照其法律援助的最低经费标准，予以转移支付或者单独设立法律援助专项经费。另外，要构建法律援助资金来源多元化机制。

根据我国的行政部门和法律法规的配比情况，基本上法律规定的权责是由独立的部门来承担的。一定程度上说，法律援助只有“条例”没有“法”也是受到法律援助机构不独立的限制，换言之，通过法律援助的单独立法，也就可以解决法律援助机构的独立性问题。“也只有通过单列法律援助中心才能彻底解决法律援助人员、经费等问题，做到专款专用，专人专业”。<sup>①</sup>现有的法律援助机构的性质较多为事业单位，根据行政法的有关理念，非行政机关要行使行政职权需通过依法被授权，或依法被委托两种途径，

<sup>①</sup> 石贤平 《当期我国法律援助功能性障碍与政府部门缺位的调查与思考》，《法学杂志》2010年第1期。

但目前尚未有法律上的明确规定,这种窘境需要通过重新厘定法律援助机构的性质来解决。

#### (四) 明确法律援助中的司法审查机制

有学者通过考察得出结论说,“在人权事务委员会和欧洲人权法院的案件中不难发现,当事人的法律援助申请被拒后当事人可以通过诉讼的方式进行救济”<sup>①</sup>,此即法律援助中的司法审查。我国《法律援助条例》只规定申请人对法律援助机构的拒绝通知可以向确定法律援助机构的司法行政部门提出异议。对异议不服的,是否可以法律援助机构和司法行政部门提出诉讼,条例未直接规定。按我国法律援助机构的体制,政府设立的法律援助机构隶属于司法行政部门,而司

法行政部门属行政机关。根据行政法理,审查法律援助申请的行为属于行政许可行为,复议行为也属于具体行政行为,这两种行为是可以提起行政诉讼的。对具有行政摊派性质的法律援助机构指派社会律师进行法律援助的行为,在性质上是行政命令,同为具体行政行为。被“摊派”者如果认为其违法,也可提起行政诉讼。

除上述几个方面的内容外,公职律师队伍建设、政府通过购买社会律师的公共服务以满足法律援助的需求、人大对政府履行法律援助的监督、司法机关与法律援助机构的协调与配合等,都是国家作为法律援助责任主体视角下所应解决的问题,限于篇幅,容当后续探讨。

(责任编辑:李庆树)

## On the Subject of Responsibility for Legal aid

ZHU Liang-hao

( Law School , Fujian Normal University , Fuzhou 350108 , China)

**Abstract:** Attribution of responsibility for legal aid is the overall and fundamental issue in the establishment and implementation of legal aid system. The legislation clearly defined legal aid is the government's responsibility and obligation of lawyers. At the same time, there are vague understanding and erroneous views about this question in theory. That results in many theoretical and practical difficulties shortcomings. It is the suitable opportunity for the national legislation of legal aid at present and we need comprehensive study and review of the subject of responsibilities of legal aid. The state, not the government, shall be the sole subject of responsibility for legal aid. That should solve the problems restricting legal aid career development at present, and promote the cause of legal aid the key to sustainable development.

**Key words:** legal aid, Government responsibility, Lawyers obligations, State responsibility

<sup>①</sup> 彭锡华 《法律援助的国家责任——从国际人权法的视角考察》,《法学评论》2006年第3期。