

论辩护律师的民事责任*

吴纪奎

内容提要:在我国,由于诉讼构造和国家赔偿制度的影响,辩护律师的民事责任一直处于休眠状态。随着诉讼构造改革的推进、律师职业的商业化以及民众权利意识的提升,辩护律师的民事责任问题必将浮出水面。从世界范围看,尽管各主要国家和地区的立法和判例对辩护律师是否适用民事豁免存在两种截然不同的态度,但是,从发展的角度来看,对不称职的辩护律师(包括指定辩护律师)课以民事责任则是大势所趋。在责任构成方面,辩护律师与民事代理律师应适用同样的构成要件。在赔偿范围方面,辩护律师不仅应对其失职行为造成的经济损失进行补偿性赔偿,还应对其行为造成的精神损害进行赔偿。如果辩护律师的失职行为是故意或恶意实施的,被告人还可以要求惩罚性赔偿。

关键词:辩护律师 民事责任 民事豁免 构成要件 国家赔偿

吴纪奎,天津市高级人民法院法官。

从理论上讲,除非有正当理由,如果律师的失职行为对当事人造成了损害,那么当事人有权获得赔偿,律师也有义务进行赔偿,这就是律师的民事责任制度。我国律师法第54条以立法的形式对律师的民事责任进行了确认。^[1]理论界对律师的民事责任已进行了一定的研究。在司法实践中,也曾发生过当事人起诉律师并胜诉的案例。^[2]但是,仔细分析理论界对律师民事责任的研究,以及司法实践中发生的相关案例,我们就会发现,对于辩护律师的失职行为是否需要承担民事责任,以及辩护律师民事责任的构成要件和赔偿范围等问题,理论界并未涉及,司法实践中也没有相关的案例。那么,为什么辩护律师的民事责任问题并未引起理论界的关注呢?律师法第54条规定的律师民事责任,是仅适用于民事代理律师,还是既适用于民事代理律师也适用于辩护律师?如果辩护律师对其失职行为也需承担民事责任,在责任构成和赔偿范围方面,对辩护律师与民事代理律师应一视同仁还是区别对待?在本文中,笔者拟对这些问题做一尝试性研究。

* 本文的写作得益于陈瑞华教授的悉心指导,以及《环球法律评论》主编徐炳研究员的建设性修改意见,特此致谢。

[1] 我国《律师法》第54条规定,律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的,由其所在的律师事务所承担赔偿责任。律师事务所赔偿后,可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。

[2] 参见邱伟:《3名律师被判赔偿800万》,《中国保险报》2004年12月23日。

一 辩护律师的民事责任处于休眠状态的原因

辩护律师的民事责任一直处于休眠状态,主要有以下两个方面的原因:

(一) 诉讼构造与辩护律师的民事责任

1980年制定的《中华人民共和国律师暂行条例》并没有涉及律师的民事赔偿责任问题。直到1993年,司法部《关于深化律师工作改革的方案》才第一次提出加紧建立律师责任赔偿制度。1996年《律师法》第49条在立法上明确了律师民事赔偿制度。长久以来,在司法实践中,律师的民事赔偿责任只适用于民事代理律师的失职行为。这与20世纪80年代中后期一直延续至今的民事审判方式改革有关。1982年制定的《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》在诉讼模式方面沿袭了法院占主导地位的职权主义诉讼模式。在这种诉讼模式下,法官包揽证据的收集与调查,律师的作用非常有限。即便律师不称职,其对当事人的损害也是很有限的。因此,建立律师民事责任制度的需求并不高。^[3]但是,1991年《民事诉讼法》以及随后的一系列改革,民事诉讼由职权主义诉讼彻底改造成了对抗式诉讼。在对抗式民事诉讼模式下,证据的收集、提交以及法庭调查由律师进行,律师的行为对案件的结果有重要影响。在这种情况下,有必要建立律师民事责任制度以督促律师积极维护当事人的利益。也正因为如此,1993年司法部才提出建立律师民事责任制度,1996年的《律师法》才正式确立律师民事责任制度。

与民事诉讼模式改革相比,刑事诉讼模式改革则相对滞后。1979年《刑事诉讼法》在诉讼模式方面沿用的是职权主义诉讼模式。在职权主义诉讼模式下,警察、检察官有义务调查收集有利于犯罪嫌疑人、被告人的事实和证据,法官也有义务维护被告人的利益,而且他们是被告人利益的主要维护者。在维护被告人的利益方面,辩护律师仅处于辅佐者的地位,他的工作主要是监督检察官、法官履行职责。只有在检察官、法官失职时,辩护律师才发挥作用。在职权主义诉讼模式下,如果法官与检察官尽职尽责,即便辩护律师缺位或者不称职,也不会影响被告人权益的实现。只有辩护律师与法官、检察官、警察共同失职,才会对被告人的权利造成侵害。因此,在职权主义诉讼模式下,无论是冤假错案或量刑畸重,法官永远承担主要责任,辩护律师充其量承担次要责任。也正因为如此,在大陆法系国家,错判由国家进行赔偿。辩护律师承担损害赔偿的风险相对较低。我国1996年的《刑事诉讼法》以及随后的一系列改革则将刑事诉讼模式塑造成了混合式诉讼模式。在这种混合式诉讼模式下,虽然辩护律师作用的发挥仍受各种限制,但是,辩护律师发挥作用的的空间获得了很大的发展。在这种情况下,辩护律师的不称职行为对判决的影响越来越大。随着对抗式改革的不断推进,要求辩护律师承担民事赔偿责任的呼声日益高涨。

(二) 国家赔偿与辩护律师的民事责任

辩护律师的民事责任问题处于休眠状态,还与国家赔偿制度有密切的关系。根据《国家赔偿法》第17条、21条的规定,除了符合不予赔偿的情形,即使是由辩护律师的失职行为造成的冤假错案,被告人也可以向赔偿义务机关申请国家赔偿。这就意味着,辩护律师的不

[3] 参见徐卉:《大陆民事诉讼制度的过去、现在与未来》,载汤德宗、王鹏翔主编:《两岸四地法律发展》(下册),中央研究院法律研究所筹备处,第214页。

称职行为造成的冤假错案是由国家买单的。在这种情况下,被告没有必要再要求辩护律师承担民事责任。但是,需要指出的一点是,国家赔偿的范围仅限于无辜者被定罪的情形,辩护律师的不称职造成的刑罚过重,并不能获得国家赔偿。^[4]因此,国家赔偿对被告人的补偿是十分有限的。更为重要的是,随着刑事诉讼中职权主义的色彩逐渐减退,再让国家对所有的错案承担国家赔偿责任也不再具有正当性。在对抗式诉讼中,由于诉讼角色的限制,检察官和法官已不可能对维护被告的利益承担主要责任,维护被告利益的重担已转移到辩护律师身上。在对抗式诉讼中,只有国家的不当行为造成了无辜者被定罪,被告人才能申请国家赔偿。^[5]对于仅仅因辩护律师的不称职行为造成的冤假错案和量刑畸重,应由辩护律师承担主要责任。

二 对辩护律师是否适用民事豁免

有的国家,如德国、加拿大、美国、新西兰、新加坡、印度、马来西亚等国规定,辩护律师对其失职行为造成的损害应承担民事责任。^[6]有的国家如澳大利亚^[7]和英国的苏格兰^[8]等地区却赋予了辩护律师民事责任豁免权。为什么有的国家(尤其是实行对抗式诉讼的国家)对辩护律师的失职行为实行民事豁免呢?

(一)对辩护律师实行民事豁免的理由

各国支持对辩护律师实行民事豁免的理由并不完全相同。有些是基于本国特定的制度设计和历史文化传统,有些则是共通的。支持对辩护律师实行民事豁免的共通理由主要包括以下几个方面:

第一,对辩护律师的失职行为课以民事责任,会引发大量琐碎的、没有根据的甚至是报复性的民事失职诉讼,这不仅会增加法院的工作负担,也会造成司法资源的巨大浪费。在 Arthur J. S. Hall 案中,英国上院的赫顿(Hutton)法官直言不讳地指出:“经验表明,令人厌恶者、非理性者以及名声不佳者更容易成为刑事诉讼中的被告人。相较于普通人,这些人更容易对律师提起骚扰性的民事诉讼。因此,相较于民事代理律师,辩护律师更容易受到失职诉讼的纠缠。相应地,辩护律师更需要民事豁免的庇护。”霍夫曼(Hoffmann)法官也认为,“正在坐牢的刑事被告人有充足的闲暇时间,对审判做各种没有根据的事后猜测,并根据这些猜测起诉辩护律师。”^[9]美国有的学者也指出,“在司法实践中,被告人通常不了解诉讼程序和辩护技能,只要对诉讼结果不满,他们就会提起民事赔偿诉讼。如果不赋予辩护律师民事豁免权,很容易导致不满的被告人基于各种错误的想象对辩护律师提起失职诉讼。如此一

[4] 参见樊崇义、胡常龙:《走向理性化的国家赔偿制度——以刑事司法赔偿为视角》,《政法论坛》2002年第4期;王新环:《轻罪重判也应给予国家赔偿》,《检察日报》2008年4月11日第3版。

[5] 参见张田勘:《错案赔偿在美国》,《民主与法制》2007年第8期。

[6] 参见姜世明:《律师民事责任论》,元照出版公司2004年版,第16-18页;Folland v. Reardon [2005] 249 DLR (4th) 167;Folland v. Reardon [2005] 249 DLR (4th) 167;Ferri v. Ackerman, 444 U. S. 193 (1979);Chamberlains v. Lai [2007] 2 NZLR 7;Low Fart Kin, Kelvin, The Advocate's Immunity in Singapore: the End of a Fairytale, 19 Singapore Law Review (1998), p. 278;Scott Lang, Deconstructing D'orta-Ekenaike: A Critique of Justifications Provided for Advocates' Immunity by the High Court, 4 Queensland Law Student Review (2011), p. 63.

[7] D'orta-Ekenaike v. Victoria Legal Aid [2005] HCA 12.

[8] Wright v. Farrell [2006] CSIH 7.

[9] Arthur J. S. Hall [2000] 3 All ER 673.

来,辩护律师不得不应付各种琐碎的、没有根据的诉讼。^[10]

第二,对辩护律师的失职行为课以民事责任,会导致辩护律师为了自保而损害被告人的利益和公共利益。在允许被告人对辩护律师提起民事失职诉讼的情况下,为了避免陷入琐碎的、无价值的甚至是报复性的民事诉讼,出于自我保护的本能,辩护律师很自然地会采取以下三项自我保护措施:一是为了规避风险,部分从事刑事辩护的律师会退出刑事辩护市场,这不仅会导致更多的被告人无人代理,而且还会因辩护律师的供需严重失衡而推动辩护律师收费的提高。同时,即便有些律师依旧从事刑事辩护,也会通过提高诉讼费的方式转嫁民事责任,这会进一步导致更多的被告人聘请不起律师。二是为了避免事后陷入民事失职诉讼,辩护律师可能不得不采取一些防御性的策略,这会抑制辩护律师自由行使裁量权,进而损及被告人、辩护律师乃至司法利益。在 *Rondel v. Worsley* 案中,英国上院的皮尔斯(Pearce)法官指出:“在每一个案件中,都存在一些看上去对被告人重要但对决定案件没有任何帮助的、不相关的或者次要的问题。法官不得不仰仗熟悉案件的辩护律师将这些不相关的问题提早过滤掉。辩护律师的这种过滤功能至关重要。这是因为,一方面,将辩点限定于核心问题,既有利于辩护律师集中精力,也有利于法官做出决定;另一方面,这也大大节省了时间和成本。”^[11] 澳大利亚学者也指出:“在现代,社会鼓励辩护律师有选择的、高效的辩护,将辩护集中到特定问题上。如果允许被告人对辩护律师提起失职诉讼,会导致律师因过度关注避免失职诉讼而不敢独立判断。”^[12] 那么辩护律师在履行过滤功能时就会非常谨慎。为了避免潜在的民事失职诉讼,辩护律师不得不在庭审中引入大量不相关的证人或者提出一些没有必要提出的问题。这不仅会淹没核心辩点,也会导致诉讼迟延。三是为了预防和应对将来可能发生的民事失职诉讼,辩护律师不得不花费大量的时间和资源建立完备的记录,这会占用辩护律师大量的时间和精力。^[13] 对于被告人来说,这可能意味着诉讼费用的增加或者享受的有价值服务的减少。

第三,在赋予法官、检察官民事豁免的情况下,仅仅对辩护律师课以民事责任,对辩护律师和被告人是不公平的。在美国,有学者认为,在刑事诉讼中,法官、检察官和辩护律师虽然角色不同,但却共同致力于实现正义。既然法官、检察官、证人等都可以享有民事赔偿豁免权,那么辩护律师也应享有。^[14] 在 *Arthur J. S. Hall* 案中,伍德波罗(Woodborough)法官也认为:“在刑事诉讼中,辩护律师履行的是公共职能。如果允许对履行公共职能的辩护律师提起民事失职诉讼,那么他将是刑事诉讼的所有参与者中唯一可以被追究民事责任的参与者,这对辩护律师是不公平的。在刑事诉讼中,只有辩护律师的失职行为承担民事赔偿责任,会造成这样一个后果:审判不公如果是由律师造成的,被告人可以获得赔偿,如果是其他主体造成的,他将不能获得民事赔偿。如此以来,被告人能否获得赔偿犹如抓彩票,这会造成被

[10] Ronald E. Mallen, *The Court-appointed Lawyer and Legal Malpractice— Liability or Immunity*, 14 *The American Criminal Law Review* (1976), p. 60.

[11] *Rondel v. Worsley* [1969], Lord Pearce.

[12] George Hampel and Jonathan Clough, *Abolishing the Advocate's Immunity from Suit: Reconsidering Giannarelli v Wraith*, 24 *Melbourne University Law Review* (2000), p. 1022.

[13] *Bailey v. Tucker*, 621 A.2d 108, 114 (1993).

[14] Ned J. Nakles, *Criminal Defense Lawyer: The Caw for Absolute Immunity from Civil Liability*, 81 *Dick Law Review* (1977), p. 231.

告人之间的不平等。”^[15]

第四,赋予辩护律师民事豁免权,可以避免重复诉讼和对判决的间接攻击。^[16] 有观点认为,允许被告人对辩护律师提起民事失职诉讼,很容易产生三种不利后果:一是如果被告人在民事失职诉讼中获胜,那么人们就会对刑事判决的正当性产生怀疑,这会损害人们对司法制度的信任。二是允许对辩护律师提起民事失职诉讼,是在允许被告人对刑事法院的判决进行间接攻击,这不仅会损害司法的权威,而且也与上诉法院是纠正错误的最好场所的理念相背离。三是允许被告人对辩护律师提起民事失职诉讼,会导致被告人通过上诉纠正不公正的审判更加困难。这是因为,允许民事失职诉讼,会阻止辩护律师在上诉程序中协助被告人纠正不公正的审判,这不仅对被告人不利,同时也会损害正义的实现。^[17]

第五,对于赋予辩护律师民事豁免权可能带来的辩护律师不尽责问题,可以通过其他手段进行救济。^[18] 对辩护律师不称职行为的救济方式是多样的。^[19] 比如,如果辩护律师的行为构成无效辩护,被告人可以通过上诉进行救济。如果辩护律师的行为违反了职业行为准则,被告人可以向职业惩戒机构举报,由职业惩戒机构对辩护律师进行职业惩戒。如果辩护律师的行为涉嫌犯罪,可以追究辩护律师的刑事责任。这些救济方式可以有效地解决赋予辩护律师民事豁免权可能带来的不尽责问题。^[20]

(二)对辩护律师民事豁免理由的质疑

从程序法的角度来说,赋予辩护律师民事豁免,意味着剥夺了被告人接近法院的权利。从实体法的角度来说,赋予辩护律师民事豁免,意味着剥夺了被告人获得损害赔偿的权利。在现代社会,对失职行为的豁免,必须是合理的、正当的,这是法律的基本原则。那么,对辩护律师实行民事赔偿豁免的理由是否合理、正当呢?

1. 对辩护律师课以民事责任会打开诉讼的闸门吗?

首先,从经验事实来看,对辩护律师课以民事责任的(如加拿大)并未出现针对辩护律师的大量琐碎的、侵扰性的甚至是报复性的诉讼。其次,认为不赋予辩护律师民事豁免会打开诉讼的闸门,是建立在这样一个错误的假定之上——诉讼是没有任何成本的,且容易进行。然而,经验表明,被告人起诉律师不仅是有成本的,而且也难以进行。在司法实践中,仅靠一己之力,被告人几乎不可能对辩护律师提起民事赔偿诉讼,这不仅因为他缺少法律知识,且人身自由受到了限制^[21],更重要的是,他已丧失了对辩护律师提起民事赔偿诉讼的能力。被告人起诉的是专业律师,他必须聘请律师对前辩护律师进行起诉,这需要金钱支持。贫穷的被告人根本没有能力支付聘请律师的费用。即便被告人有足够的金钱支付聘请新律师的费用,他也需要对提起民事诉讼的成本和收益进行权衡。^[22] 再次,对提起民事失职诉讼的要件进行科学设置,也可以在一定程度上阻止大量没有根据的民事失职诉讼。因此,我

[15] [2000] 3 All ER 673 at 745-746, Lord Hobhouse of Woodborough.

[16] George Hampel and Jonathan Clough, *Abolishing the Advocate's Immunity from Suit: Reconsidering Giannarelli v Wraith*, p. 1023.

[17] [2000] 3 All ER 673 at 746, Lord Hobhouse of Woodborough.

[18] Ned J. Nakles, *Criminal Defense Lawyer: The Caw for Absolute Immunity from Civil Liability*, p. 235.

[19] 同上注。

[20] Ronald E. Mallen, *Legal Malpractice and the Criminal Defense Lawyer*, 9 *Criminal Justice* (1994), p. 53.

[21] Ronald E. Mallen, *The Court-appointed Lawyer and Legal Malpractice—Liability or Immunity*, p. 68.

[22] Melissa Newman, *The Case Against Advocates' Immunity: A Comparative Study*, 9 *Georgetown Journal of Legal Ethics* (1995), p. 277.

们完全没有必要因惧怕微量的侵扰性诉讼而牺牲绝大多数被告人的利益。

2. 对辩护律师课以民事责任会引发寒颤效应吗？

没有证据表明,让辩护律师承担民事责任,会严重影响从事刑事辩护的律师数量。律师从事或者不从事刑事辩护工作的原因是多方面的。赋予辩护律师民事赔偿豁免权,未必会吸引更多的律师从事刑事辩护工作。对辩护律师的失职行为课以民事责任,也未必会导致辩护律师数量的减少。事实上,如果对辩护律师的失职行为课以民事责任能减少不称职的辩护律师,这反而是一件好事。毕竟,我们不仅应关注被告人是否可以获得辩护律师的帮助,更应关注辩护律师为被告人提供的刑事辩护质量。^[23]

另外,对辩护律师提起民事失职诉讼,不是限制辩护律师的自由裁量权,而是制裁辩护律师的失职行为。在民事失职诉讼中,辩护律师正当行使自由裁量权的行为是不会被认定为失职行为的。事实上,其他职业(如医生)领域内的经验也表明,允许民事失职诉讼不会不当地限制职业者的自由裁量权。因此,那种认为要求辩护律师承担民事责任会不当抑制辩护律师的自由裁量权,并进一步损及辩护律师、法院、被告人利益的认知也是值得商榷的。

3. 司法豁免适用于辩护律师吗？

在司法领域,为了实现特定目的,确实建立了一系列的豁免制度,分为司法豁免、准司法豁免和言论豁免。^[24]三类豁免的目的、适用的主体以及豁免的程度各不相同。司法豁免适用于解决争议的公共官员(如法官)和私人(如仲裁者)。对争议的裁决者实行豁免,目的在于确保裁决者独立地、毫无顾忌地行事。为了实现这一目的,各国对司法豁免一般实行绝对豁免。也就是说,即便裁决者恶意或故意行事,也不得对其提起民事诉讼。准司法豁免,一般适用于从事官方行为的公共官员,目的在于确保政府有效运转。^[25]对检察官的豁免就是准司法豁免。各国对准司法豁免一般实行有条件的豁免。也就是说,只有善意的行为才可以豁免。言论豁免适用于所有庭审的参与者(包括辩护律师)在法庭上的发言,目的在于鼓励诉讼程序的参与者自由发言,以确保法院有完全的信息决定案件。^[26]各国对言论豁免一般实行绝对豁免。

具体到刑事司法来说,赋予法官和检察官民事豁免权,主要是基于两方面的考虑:一是法官和检察官所处的公共服务地位,要求他们必须积极、有效地履行义务。允许对他们履行义务的行为提起失职诉讼,会抑制他们的工作热情,分散他们的精力,这不利于公共利益的实现。^[27]二是法官和检察官履行职责的影响范围广。在 *Ferri v. Ackerman* 案中,美国联邦最高法院的斯蒂文大法官指出:“检察官和法院代表的是整个社会的利益。在履行职责时,他们会对很大范围的人造成不利影响。受不利影响的每一个人都有可能是潜在的诉讼源。为了确保这些官员无畏地、公正地处理公共事务,有必要赋予他们豁免权。”^[28]

根据民事豁免的原理,对辩护律师实行民事豁免显然不具有正当性。这是因为:首先,

[23] Meredith J. Duncan, *Criminal Malpractice: A Lawyer's Holiday*, 37 *Georgia Law Review* (2003), p. 1290.

[24] Margaret Z. Johns, *Reconsidering Absolute Prosecutorial Immunity*, 2005 *Brigham Young University Law Review* (2005), pp. 118 - 120.

[25] Notes, *Liability of Court-appointed Defense Counsel for Malpractice in Federal Criminal Prosecutions*, 57 *Iowa Law Review* (1972), p. 1423.

[26] [2000] 3 All ER 673 at 681, Lord Steyn.

[27] Notes, *Liability of Court-appointed Defense Counsel for Malpractice in Federal Criminal Prosecutions*, p. 1424.

[28] 444 U. S. 193, 203 (1979).

赋予辩护律师民事失职豁免,不仅不能促进公共利益的实现,反而会损害公共利益。建立辩护制度的目的在于实现公共利益。与其他主体不同,辩护律师是通过积极、称职地为被告人辩护的方式实现公共利益的。赋予辩护律师民事豁免权,也就意味着放弃了对辩护律师失职行为的有效监督方式。对于贫穷者来说,赋予辩护律师民事豁免权,几乎等于剥夺了他督促辩护律师积极辩护的唯一手段。其次,相较于法官、检察官等公共官员,辩护律师行为的影响范围只有被告一方,这就决定了辩护律师受琐碎的、侵扰性的民事失职诉讼的量要小的多。加之,被告人对辩护律师提起的民事失职诉讼受到很多限制,辩护律师受到无根据的、侵扰性的民事失职诉讼的可能性是很小的。

4. 对辩护律师课以民事责任会导致重复诉讼和对判决的间接攻击吗?

允许被告人对辩护律师提起民事失职诉讼是在变相鼓励被告人进行重复诉讼或者对判决进行间接攻击的说法也是站不住脚的。定罪后的救济程序,争议的焦点是辩护律师的不称职行为是否对判决的公正性造成了影响,它要解决的核心问题是是否需要撤销原判发回重审。民事失职诉讼争议的焦点是辩护律师的不称职行为是否对被告人造成的损害及损害的大小,它要解决的是赔偿问题。因此,允许被告人对辩护律师的不称职行为提起民事失职诉讼不是对生效判决的重复诉讼,也不是对生效判决的间接攻击。虽然确保诉讼的终局性是必要的,但是维护判决的终局性并不是决定性的。况且,即便救济程序对辩护律师行为的认定与民事失职诉讼对辩护律师行为的认定不一致,也并不能说,两者的不同损害了司法的权威。因为,两者适用的标准是不一样的,根据不同的标准对同一行为做不同的评价是正常的。

5. 其他制裁措施有效吗?

关于其他制裁方式可以预防辩护律师不称职行为的主张是值得商榷的。相较于其他制裁方式,民事制裁具有无法替代的独特优势。民事赔偿既可以补偿被告人所受的损害,又可以对辩护律师进行威慑。其他制裁方式根本不能代替民事赔偿对被告人的救济。对被告人来说,撤销原判发回重审,只是对其本应享有的权利的补救,他无法从中获得任何额外补偿。同样,职业惩戒的目的在于对辩护律师本人进行惩罚,并对其他律师进行威慑,受到无效辩护侵害的被告人充其量只能从中获得些许的精神慰藉。刑事制裁则仅适用于非常严重的故意行为。对于被告人来说,只有民事赔偿,才是对其所受损害的真正补偿。

事实上,对辩护律师课以民事责任不仅不会导致上述不利后果,而且还有助于提升人们对法律制度的信任。在律师业务越来越商业化、民众权利意识日益增强以及几乎所有的职业者都要因失职承担民事责任的情况下,仅仅赋予律师民事赔偿豁免权,不仅会被指责为司法界在搞“自我保护”,^[29]而且也会侵蚀人们对法律制度的信任。^[30]说到底,是否赋予辩护律师民事豁免权,涉及两种相互冲突利益的平衡。一方面是被告人利益的维护,另一方面是司法利益的维护。^[31]在人权保障呼声高涨的今天,片面牺牲被告人利益的做法很难获得各界的支持。也正因为如此,实行辩护律师民事豁免的国家或地区也正在放弃对辩护律师实行民事豁免的做法。

[29] Bailey v. Tucker, 621 A.2d 108, 114 (1993), concurring by Zappala.

[30] [2000]3 All ER 673 at 684, Lord Steyn.

[31] George Hampel and Jonathan Clough, Abolishing the Advocate's Immunity from Suit: Reconsidering Giannarelli v Wraith, p. 1020.

三 对指定辩护是否适用民事豁免

在是否赋予辩护律师民事豁免权问题上,还存在着另一种争论——对委托辩护与指定辩护是否需区别对待。有一种观点认为,对委托辩护与指定辩护应一视同仁,要么一同享有民事豁免权,要么一同承担民事责任。另一种观点认为,对委托辩护与指定辩护应区别对待,对委托辩护律师的失职行为课以民事责任,对指定辩护律师则实行民事豁免。^[32]那么,对指定辩护律师赋予民事豁免权的理由是否合理呢?

(一)对指定辩护适用民事豁免的理由

支持对指定辩护适用民事豁免的理由主要有二:

首先,指定辩护律师在工作方式上更类似于检察官,检察官享有民事豁免权,指定辩护律师也应享有。这一观点认为,在工作方式上,指定辩护律师更类似于检察官。比如,两者都不能挑选案件,两者都履行公共职责。在指定辩护的情况下,对于法院的指定,如无正当理由辩护律师是不能拒绝的,而且指定辩护的费用一般都很少。在委托辩护的情况下,律师则可以挑选被告人,而且收费也是合理的。两者的不同决定了对于与检察官工作方式类似的指定辩护律师也应赋予民事豁免权。

其次,指定辩护律师更容易引发被告人的不满,相应地,也更容易受到琐碎的、无根据甚至报复性民事失职诉讼的侵扰。在委托辩护的情况下,辩护律师是由被告人选任的,辩护律师也可以拒绝被告人的选任。这种双向选择关系决定了,两者之间有一定的信任基础。由于存在着信任关系,即便被告人对辩护律师的行为不理解或者存在误解,他也会善意地理解律师的行为,这可以在很大程度上降低被告人将对辩护律师的误解转化为不满的概率。更为重要的是,在委托辩护的情况下,律师费是由被告人支付的,被告人对律师的任何要求都受制于经济支出的考虑。在委托辩护的情况下,两者之间的信任关系以及成本因素对被告不合理要求的过滤作用,共同决定了被告人对辩护律师的不满要少的多。与委托辩护不同,在指定辩护的情况下,辩护律师不是由被告人选任的,而且被指定的辩护律师也不能拒绝受理案件。更为重要的是,在指定辩护的情况下,辩护律师的费用是由国家支付的,而且费用普遍比较低,这就决定了,辩护律师与被告人之间的信任关系很难建立。由于缺乏信任关系,对于辩护律师的行为,被告人未必能做善意的解读。因此,在指定辩护的情况下,被告人对辩护律师行为的误解更容易演变为不满。另外,在指定辩护的情况下,被告人无需支付律师费用,他可以毫无顾忌地向辩护律师提各种要求。一旦这些要求没有得到满足,被告人就会对辩护律师不满。^[33]正因如此,相较于委托辩护律师,指定辩护律师更需要民事豁免的庇护。

总之,支持对指定辩护律师实行民事豁免的观点认为,对指定辩护律师课以民事责任,会为贫穷者对辩护律师提起不当的、琐碎的民事赔偿诉讼打开闸门。应付这些不当的、琐碎的民事赔偿诉讼,不仅会分散指定辩护律师的精力,而且也会阻止其他律师加入指定辩护的

[32] 参见陈宜:《大陆地区律师赔偿责任立法与实践》,第28页。

[33] Susan W. Schneider, Malpractice Actions Against Court-appointed Counsel: Liability or Immunity, 52 *Temple Law Quarterly* (1979), pp. 926 - 927.

队伍,这会使得本已步履维艰的指定辩护更难以运转。相反,赋予指定辩护律师民事豁免权,则可以保护指定辩护律师免于不当的、琐碎的民事失职诉讼,这可以使他节省大量的时间、精力和资源以代理更多的贫困者,也有利于鼓励其他律师积极加入指定辩护的队伍。^[34]

(二)对指定辩护适用民事豁免理由的质疑

首先,无论是委托辩护律师还是指定辩护律师,都有义务为被告人积极辩护。委托辩护与指定辩护的主要区别是付费主体不同。对指定辩护律师实行民事豁免,无异于在公开宣称:贫穷者有权获得律师,但是律师可以对被告人不负责。这与为被告人指定辩护的目的是背道而驰的。在 *Ferri v. Ackerman* 案中,美国联邦最高法院的史蒂文斯大法官指出:“相比较而言,指定律师的职责与委托律师的职责更为接近。他们的主要职责是维护被告人的利益,而不是服务于大众。惧怕不成功的辩护引致失职诉讼与保护被告人的职责并不冲突。恰恰相反,民事失职诉讼有助于鞭策指定辩护律师积极履行对被告人的保护职责。”^[35]他更进一步指出,“政府对指定辩护律师进行补偿,目的在于尽量减少委托辩护与指定辩护的差距,让他们承担同样的职业责任,并受同样的控制。事实上,无数的个人以这样或那样的形式接受了政府提供的资金,法律并未剥夺他们起诉的权利。”^[36]因此,不能因为被告人没有支付费用就剥夺他获得民事赔偿的权利,也不能因为指定辩护费用是由国家支付的而禁止被告人提起诉讼。

其次,对委托辩护律师课以民事责任,而对指定辩护律师赋予民事豁免权,会造成富裕者与贫穷者之间的不平等。仅仅因为贫穷者支付不起律师费,就剥夺其获得民事赔偿的权利,与平等司法的理念是背道而驰的。这无异于在公开宣称:一个人享有权利的多少取决于他拥有财富的多寡。

再次,赋予指定辩护律师民事豁免权,剥夺的不仅仅是贫穷者获得赔偿的权利,而且也剥夺了他获得有效辩护的权利,这是赋予指定辩护律师民事豁免权的最大弊端。这是因为,赋予指定辩护律师民事豁免权,等于降低了指定辩护律师的注意义务,这会导致贫穷者享受的辩护质量下降。贫穷者无法利用经济因素刺激律师积极辩护,也不能随意解聘律师。^[37]失职诉讼是他所能掌控的督促辩护律师积极辩护唯一手段。因此,对指定辩护律师的失职行为课以民事责任更具现实意义。

关于是否应赋予指定辩护律师民事豁免的争论,其实质是指定辩护律师的角色定位之争。尽管指定辩护与委托辩护在工作方式上确实存在一定的差异,但是这种差异并不能否认这样一个事实:无论是指定辩护还是委托辩护,辩护律师都是在为被告人的利益进行辩护。两者的同质性决定了,对两者应一视同仁。既然委托辩护律师应承担民事责任,指定辩护律师也应承担民事责任。对于指定辩护律师更容易受被告人民事失职诉讼侵扰的问题,可以通过改革指定辩护制度来解决。

[34] Harold H. Chen, *Malpractice Immunity: an Illegitimate and Ineffective Response to the Indigent-defense Crisis*, 45 *Duke Law Review* (1996), pp. 801 - 802.

[35] 444 U. S. 193, 200 (1979).

[36] 444 U. S. 193, 200 (1979).

[37] Harold H. Chen, *Malpractice Immunity: an Illegitimate and Ineffective Response to the Indigent-defense Crisis*, p. 808.

四 辩护律师民事责任的构成要件

既然辩护律师与民事代理律师一样,应对其失职行为承担民事责任,那么,辩护律师与民事代理律师的民事责任在构成要件上应一视同仁还是区别对待?有观点认为,辩护律师、民事代理律师与其他专业人员的失职行为在本质上是一样的,因此,在责任构成上应统一适用四要件理论。也就是说,只有同时具备以下四个要件,辩护律师才需对其行为承担民事责任:一是辩护律师对被告人负有一定的义务;二是辩护律师违反了对被告人负有的义务;三是损害后果;四是辩护律师的失职行为与损害后果之间有近因关系。^[38]另一种观点则认为,对辩护律师的民事失职责任与民事代理律师的失职责任应区别对待。持这种观点的人认为,除了满足四要件外,要求辩护律师承担民事失职责任还应满足一系列的额外要件,比如被告人必须获得定罪后救济、被告人必须证明自己事实上无罪等。^[39]这些分歧提出了以下问题:

(一) 是否以获得定罪后救济为前提?

有一种观点认为,只有在定罪后的救济程序中获得了相应的救济,被告人才可以对辩护律师提起民事失职诉讼。如果没有对一审判决提起救济或者在救济程序中未获得有利判决,那么被告人不得对辩护律师提起民事失职诉讼。如果被告人对辩护律师提起的民事失职诉讼缺少这一前提条件,那么法院应裁定不予受理。持这一观点的人认为,定罪后的救济程序,是纠正错误定罪和量刑不公的最佳场所。只有在定罪后的救济程序中获得了救济,才能说明辩护律师的行为存在瑕疵,也才有必要进一步审查辩护律师是否存在失职行为。在他们看来,这一前提条件有助于促进司法效率、节约司法资源、避免司法判决的不一致、预防没有根据的诉讼,以及激励律师积极辩护。^[40]

这一要求会强迫欲提起民事失职诉讼的被告人提起定罪后的救济程序,这不仅会导致上诉案件的增多,而且还会造成司法的不公正。经验表明,在司法实践中,即便受到了辩护律师失职行为的损害,有些被告人也不愿提起定罪后的救济程序。这是因为,提起定罪后的救济程序对被告人未必有利:首先,提起救济程序需要聘请律师,这需要支付相关费用。其次,即便在救济程序中有罪判决被推翻了,被告仍可能重新面临被指控和审判的风险。因此,很多被告人不愿再经历一次新的审判,刑罚较轻者尤其如此。在新的审判中,被告人可能要面临两方面的风险:一方面,由于资金的短缺或者有利于被告人的证据的灭失,被告人可能无法再有效组织辩护;另一方面,由于在一审中获得了充分的信息,检察官会成功公诉的可能性更大,对被告人的定罪或量刑可能更重。^[41]更为重要的是,如果在救济程序中未提出无效辩护主张或未获得相应救济,被告就不能对一审辩护律师提起民事失职诉讼,那么在一审程序和救济程序都由同一个律师担任辩护工作的情况下,辩护律师有强烈的动机在

[38] David H. Potel, *Criminal Malpractice: Threshold Barriers to Recovery Against Negligent Criminal Counsel*, 1981 *Duke Law Journal* (1981), pp. 543-545.

[39] Kevin Bennardo, *A Defense Bar: The "Proof of Innocence" Requirement in Criminal Malpractice Claims*, 5 *Ohio State Journal of Criminal Law* (2007), p. 345.

[40] 同上注。

[41] Kevin Bennardo, *A Defense Bar: The "Proof of Innocence" Requirement in Criminal Malpractice Claims*, 5 *Ohio State Journal of Criminal Law* (2007), p. 365.

救济程序中不提出无效辩护主张,以求免于民事失职诉讼。^[42] 因此,将获得定罪后的救济作为对辩护律师提起民事失职诉讼的前提条件,对于那些受到了辩护律师失职行为的损害但放弃了提起救济程序的被告人,以及虽提起了救济程序但却未获得应有救济的被告人,是不公平的。

(二)是否适用附带禁止?

有一种观点认为,如果被告人以无效辩护为由提起了救济程序,但是在救济程序中法院并未认定辩护律师的行为构成无效辩护,那么被告人不得对辩护律师提起民事失职诉讼,这就是所谓的附带禁止。持这一观点的人认为,在法院已对辩护律师是否称职做出了裁决的情况下,再允许被告人对辩护律师提起民事失职诉讼,也就意味着允许对已决的事项再次提起诉讼,这不仅容易造成判决之间的不一致,而且也有损判决的终局性和司法权威。^[43] 客观地讲,相较于将获得定罪后的救济作为对辩护律师提起失职诉讼的前提条件的观点,附带禁止对被告人提起民事失职诉讼的限制要相对轻的多。毕竟,它并不禁止被告人在一审判决后直接对辩护律师提起民事失职诉讼。

附带禁止的适用应当具备两个前提条件:一是被禁止提出的问题必须与前一程序中已裁决的问题是同一问题;二是被禁止提出问题的人必须在前一程序中已对被禁止提出的问题进行了充分的争辩。^[44] 然而,被告人对辩护律师提起的民事失职诉讼与在救济程序中提起的无效辩护所针对的问题是不一样的,判断无效辩护的标准与判断失职的标准也是不一样的。这就意味着附带禁止理论在这里并不适用。^[45] 因此,以附带禁止为由限制对辩护律师提起失职诉讼是站不住脚的。

(三)是否以被告人事实上无罪为前提?

还有一种更极端的观点认为,只有事实上无罪的人,才能获得民事赔偿。持这一观点的人认为:首先,如果被告人事实上是有罪的,那么他根本无法证明辩护律师的失职对他造成了损害,因为被告人的不法行为是他被定罪的唯一近因。^[46] 所以,只有证明了自己事实上无罪,被告人才能证明辩护律师的不称职行为对他造成了损害或者与损害存在因果关系。^[47] 其次,允许有罪者提出民事失职诉讼,也就意味着允许有罪者从他们的违法行为中获利^[48],这与“任何人不能从其违法行为中受益”的法律理念是背道而驰的。^[49] 在他们看来,只有受法律保护的利益受到损害,才能获得赔偿。事实上有罪的被告人的自由根本不属于受法律保护的利益。尽管娴熟的辩护有可能使有罪的被告人获得无罪判决,但他没有权利获得这一结果。^[50] “如果律师称职的话,也许结果会不同”的说法,可以成为获得事后救济的理由,但不能成为获得民事赔偿的理由。^[51] 因此,事实上无罪的要求可以确保事实上

[42] Kevin Bennardo, A Defense Bar: The “Proof of Innocence” Requirement in Criminal Malpractice Claims, p. 346.

[43] Susan M. Treyz, Criminal Malpractice: Privilege of the Innocent Plaintiff, 59 *Fordham Law Review* (1991), p. 724.

[44] David H. Potel, Criminal Malpractice: Threshold Barriers to Recovery Against Negligent Criminal Counsel, p. 551.

[45] Susan M. Treyz, Criminal Malpractice: Privilege of the Innocent Plaintiff, p. 727.

[46] Kevin Bennardo, A Defense Bar: The “Proof of Innocence” Requirement in Criminal Malpractice Claims, p. 359.

[47] Meredith J. Duncan, Criminal Malpractice: A Lawyer’s Holiday, p. 1268.

[48] 同上注,第 1284 页。

[49] *Wiley v. County of San Diego*, 966 P.2d 983, 986 (1998).

[50] 同上注。

[51] 同上注。

有罪的被告人不因辩护律师的失职而获得意外赔偿。^[52]

上述理由存在以下几个方面的缺陷:首先,不仅无辜者会因辩护律师的不称职行为受害,有罪者也会因辩护律师的不称职行为受害,而且后一种情形更常见。如果辩护律师的不称职行为使被告人承担了比其应得的刑罚更重的刑期,那么辩护律师的不称职行为就是导致被告人承担额外刑罚的唯一近因。^[53] 在这种情况下,辩护律师的不称职行为就对被告人造成了损害。对此,辩护律师理应进行赔偿。在司法实践中,大多数被告人事实上是有罪的,如果只有无辜者才能获得民事赔偿,那么仅有很少的被告人能获得民事赔偿。只有也允许有罪者因辩护律师的不称职获得赔偿,建立辩护律师民事责任制度才有实质意义。其次,让失职的辩护律师承担民事责任,并不能使有罪的被告人因犯罪行为受益。^[54] 这是因为,在民事失职诉讼中,辩护律师仅需对其不称职行为给被告人造成的额外的、本不该施加的刑罚进行赔偿。再次,以被告人事实上无罪为前提条件,会损害被告人的有效辩护权。只允许无辜者对辩护律师提起民事失职诉讼,很容易造成这样一种后果:一旦得知被告人事实上无罪,辩护律师便没有动力为被告人进行有效辩护。^[55] 一旦辩护律师没有动力为被告人进行有效辩护,那么他享有的一系列其他权利也会丧失殆尽。^[56] 最后,以被告人事实上无罪为前提条件,会引发一系列的不平等现象:其一,事实上有罪的被告与无辜者之间的不平等。毫无疑问,由于辩护律师的失职,无辜者被认定为罪犯,这对无辜者是一种莫大的损害。同样,由于辩护律师的失职,有罪者被判处的刑罚超过了其应得的刑罚,这对有罪者也是一种损害。所有的被告人,而不仅仅是无辜者,都有权因辩护律师的失职而获得民事赔偿。^[57] 其二,仅允许无辜者因辩护律师的失职获得赔偿,会造成辩护律师之间的不平等。不允许实际上有罪的被告人起诉失职的辩护律师,也就意味着允许为有罪者辩护的律师可以从失职行为中受益。^[58] 其三,造成了辩护律师与民事代理律师之间的不平等。^[59]

五 辩护律师民事责任的赔偿范围

(一) 补偿性赔偿

被告人因律师失职所受的损害包括自由的丧失以及自由的丧失所附随的精神痛苦和经济损失。在不同的国家和地区,其对辩护律师失职行为造成损害的补偿性赔偿范围是不一样的。有的国家和地区,只有同丧失自由导致的收入减少以及为了纠正辩护律师的失职行为而花费的费用等经济性损失,才可以获得补偿性赔偿。而有的对于所有可以直接归因于辩护律师失职行为的损失都可以获得补偿性赔偿,同时还允许对辩护律师失职行为造成的精神损害进行补偿性赔偿。

不认可精神损害赔偿主要是基于两个方面的原因:一是精神损害难以证明、难以量化,

[52] Susan M. Treyz, *Criminal Malpractice: Privilege of the Innocent Plaintiff*, p. 729.

[53] Kevin Bennardo, *A Defense Bar: The "Proof of Innocence" Requirement in Criminal Malpractice Claims*, p. 360.

[54] Kevin Bennardo, *A Defense Bar: The "Proof of Innocence" Requirement in Criminal Malpractice Claims*, p. 362.

[55] Meredith J. Duncan, *Criminal Malpractice: A Lawyer's Holiday*, p. 1269.

[56] Susan M. Treyz, *Criminal Malpractice: Privilege of the Innocent Plaintiff*, p. 732.

[57] Meredith J. Duncan, *Criminal Malpractice: A Lawyer's Holiday*, p. 1296.

[58] Meredith J. Duncan, *Criminal Malpractice: A Lawyer's Holiday*, p. 1286.

[59] *Wiley v. County of San Diego*, 966 P.2d 983, 987 (1998).

且精神损害的确切源头难以确定。因此,在司法实践中,精神损害赔偿不具有可操作性;^[60]二是让辩护律师对精神损害进行赔偿,会对刑事司法造成灾难性的后果。这是因为,允许对精神损害进行补偿性赔偿会鼓励大量欺诈性或者无端猜测性的精神损害赔偿诉求涌入法院,^[61]这不仅会加重法院的工作负担,而且也会严重损害律师从事刑事辩护的积极性,并进一步激励辩护律师不再参与纠正错误判决的工作。^[62]但是,批评者认为,应对民事代理与刑事辩护区别对待。在民事代理关系中,代理律师与委托人的关系是以委托人的经济利益为基础建立的。在刑事辩护中,辩护律师与被告人的关系则是以被告人的自由为基础建立的。^[63]民事失职行为造成的损害主要是经济损失,经济损失造成严重精神损害的可预见性和确定性是微弱的。因此,在民事代理关系中,律师的失职与原告的精神损害之间并不存在紧密的因果关联性。基于此,对针对民事代理律师提出的精神损害赔偿请求不予支持有一定的正当性。^[64]而刑事失职行为多涉及对人的活动自由、隐私、声誉等基本权利的损害。^[65]对这些基本权利的损害一般都会对被告人的精神和心理造成重大损害。因此,辩护律师失职行为对被告人造成的精神损害是可预见的、确定的。相应地,针对辩护律师的失职提起的精神损害赔偿一般也都不具有欺诈性或者无端猜疑性。因此,越来越多的国家和地区,支持对辩护律师的失职行为造成的精神损害进行赔偿。

(二) 惩罚性赔偿

对辩护律师的失职行为能否请求惩罚性赔偿也存在重大差异。在大陆法系国家,立法和判例一般不承认惩罚性赔偿的正当性,但是,这并不妨碍法官在确定具体赔偿数额时考虑惩罚和威慑因素。事实上,法官在确定失职诉讼的赔偿数额时都或多或少的会将惩罚和威慑因素考虑在内。^[66]在英美法系国家,对惩罚性赔偿的态度也有分歧。以美国为例,绝大多数州规定,只有故意或恶意造成的律师失职行为,才可以给予惩罚性赔偿。但如阿拉巴马州^[67]的法律则规定,无论是故意、恶意为之,还是过失所致,只要符合法定条件,对辩护律师的失职行为提起的惩罚性赔偿均予以支持;新墨西哥州、北卡罗来纳州法律规定,只有重大过失或者故意、恶意实施的律师失职行为,才可以给予惩罚性赔偿。内布拉斯加州、伊利诺斯州、华盛顿州等规定,对于律师的所有失职行为提起的惩罚性赔偿均不予支持。

基于以下两方面的因素,将惩罚性赔偿限定于律师故意或者恶意实施的失职行为更为合理:一是减少对辩护律师的失职行为无端猜疑或欺诈性地提起惩罚性赔偿之诉。相比较而言,补偿性赔偿的标准是“客观”的,惩罚性赔偿的标准更具“主观性”。在具体的个案中,是否应给予补偿性赔偿以及补偿性赔偿的数额是确定的,是否应给予惩罚性赔偿以及惩罚性赔偿数额是不确定的。惩罚性赔偿的不确定性更容易鼓励对律师提出惩罚性赔偿请求。^[68]

[60] Rowell v. Holt, 850 So. 2d 478 (2003).

[61] Holliday v. Jones, 215 Cal. App. 3d 102 (1989).

[62] Dombrowski v. Bulson, 2012 NY Slip Op. 04203 (2012).

[63] Lawson v. Nugent, 702 F. Supp. 91 (1988).

[64] 需要说明的是,在美国,已有判例承认民事失职代理中精神损害赔偿的正当性。See Betts v. Allstate Insurance Company, 154 Cal. App. 3d 688 (1984).

[65] Rowell v. Holt, 850 So. 2d 478 (2003).

[66] Helmut Koziol, Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation?, 25 *Tort and Insurance Law* (2009), p. 284.

[67] Alabama Code. § 09.17.020 (c).

[68] Ferguson v. Lieff, Cabraser, Heimann & Bernstein, LLP, 30 Cal. 4th 1037 (2003).

将惩罚性赔偿的范围限定于律师故意或恶意实施的失职行为,一方面,有利于惩罚律师的过分行为,并对其他律师进行威慑;另一方面,也可以减少无端猜疑或欺诈性地对辩护律师提起惩罚性赔偿之诉。二是允许对辩护律师的所有失职行为均提起惩罚性赔偿之诉,会使得被告人获得辩护律师的帮助更难、成本更高。^[69] 如果允许对辩护律师的所有失职行为提起惩罚性赔偿之诉,那么他会通过提高诉讼收费的方式将可能发生的惩罚性赔偿风险转嫁给被告人。普遍提高诉讼收费会导致更多的贫穷被告人难以获得辩护律师的帮助,或者必须支付更高的诉讼费用以获得律师的帮助。如果将惩罚性赔偿的范围限定在故意或者恶意的范围内,则可以最大限度地降低普遍提高诉讼收费的可能性。毕竟,在数量上,过失性的律师失职行为更具普遍性,故意或恶意的律师失职行为仅占很少一部分。

关于惩罚性赔偿的数额,有的国家和地区对惩罚性赔偿数额规定了上限,以免对辩护律师实施过度的惩罚性赔偿制裁。在有的国家和地区,对惩罚性赔偿虽然没有规定上限,但惩罚性赔偿并不是毫无节制的。如美国的判例或立法就规定,^[70] 在确定惩罚性赔偿数额时,应综合考虑以下因素:(1)被告失职行为的性质及其可责性;(2)被告对其行为造成的损害的认知程度以及采取失职行为的动机;(3)被告的行为获得的或预期获得的经济利益;(4)被告不当行为持续的时间以及是否有掩盖其不当行为的企图或行为;(5)被告的经济状况;(6)其他赔偿和威慑措施的效果。需要强调的一点是,无论如何,惩罚性赔偿不得使被告陷入严重的经济窘境。

六 建立辩护律师民事责任制度应注意的几个问题

鉴于以上梳理和分析,我国有必要建立辩护律师民事责任制度,比如,辩护律师失职行为的惩罚性赔偿制度,同时,在细化这些制度过程中,特别需要注意以下几点:

一是在个案中要合理区分辩护律师的民事责任、国家赔偿责任以及第三人的责任。一旦确立了辩护律师的民事责任制度,在针对辩护律师提起的民事失职诉讼中,一定要区分被告人受到的损害是由辩护律师不称职造成的,还是由司法机关造成的,抑或是由被告人本人或其他诉讼参与者造成的。

如果被告人受到的损害是由辩护律师和司法机关共同造成的,要进一步合理区分两者责任的大小。在司法实践中,一定要警惕将国家赔偿责任转嫁给辩护律师。在当前的司法环境下,这一点尤为重要。这是因为,在我国的司法实践中,由于受到各种因素的影响,国家赔偿一般很难得到落实,而且国家赔偿的范围不包括精神损害赔偿和惩罚性赔偿。在这种情况下,被告人很容易将其受到的损害归咎于辩护律师以获取更多的赔偿,为了自身的利益,司法机关也会下意识地迎合被告人的这一诉求。如此一来,辩护律师很容易成为国家赔偿责任的替罪羊。要防止这一现象的发生,一方面,应合理区分辩护律师和司法机关各自责任的大小;另一方面,还应进一步切实落实国家赔偿责任,并扩大国家赔偿责任的范围,实现国家赔偿与辩护律师民事赔偿范围和赔偿标准的统一。

在具体的个案中,除了要合理区分辩护律师的民事责任与国家赔偿责任外,还应进一步合理区分辩护律师的责任与第三人的责任。在具体的个案中,损害后果的发生可能是由辩

[69] Tri-G, Inc. v. Burke, Bosselman & Weaver, 222 Ill.2d 218, 225-26 (2006).

[70] See Alaska Stat. § 09.17.020 (c); Mississippi Code of 1972, Section 11-1-65.

护律师造成的,也可能是由其他的诉讼参与者造成的,还有可能是由辩护律师与其他诉讼参与者共同造成的。因此,在具体的个案中,法院还应注意审查被告人以及其他诉讼参与者对损害后果的发生是否有责任以及责任的大小,防止辩护律师承担不必要的民事赔偿责任。

二是要建立对辩护律师的失职诉讼与职业惩戒的联动机制,以及相应信息的强制披露制度。民事失职诉讼只关注对辩护律师失职行为的惩罚以及对被告人的赔偿,它本身并不能将不称职的辩护律师清理出刑事辩护市场。^[71]这就意味着,仅仅让辩护律师对失职行为承担民事责任对其不称职行为的威慑是十分有限的。为了最大限度地发挥辩护律师民事责任制度的惩罚和威慑效果,应建立对辩护律师的失职诉讼与职业惩戒的联动机制。^[72]对因失职行为而被判处承担民事赔偿责任的辩护律师,职业惩戒机构应启动职业惩戒程序,并对其进行适当的职业惩戒。为了进一步扩大辩护律师民事责任制度和职业惩戒对律师的惩罚和威慑效果,我们应进一步规定,在接受委托时,所有的律师都必须向委托人告知,其是否曾因失职被课以民事赔偿责任和职业惩戒以及相关情况,否则要被处以罚款。唯有如此,辩护律师民事责任制度的功能才能得到最大限度地发挥。

三是进一步完善辩护律师收费制度,加大刑事法律援助力度,提升刑事法律援助的质量。在确立了辩护律师的民事责任制度后,尤其是确立了辩护律师的精神损害赔偿和惩罚性赔偿制度后,相较于民事代理律师,辩护律师的执业风险更大。如果不改变现有的辩护律师收费普遍低于民事代理收费的制度,那么辩护律师民事责任制度的建立会进一步导致大量的律师退出刑事辩护市场,这会导致被告获得辩护律师的帮助更困难、成本更高。为了避免这一不利后果的发生,一方面,我们应改革刑事辩护收费制度,实现刑事辩护收费与民事代理收费的大致持平,甚至略高于民事代理的收费;另一方面,为了缓解刑事辩护收费制度改革给贫穷者造成的不利影响,我们还应进一步加大对贫穷者的刑事法律援助力度,提升刑事法律援助的质量,以免贫穷者因辩护律师民事责任制度的建立受到不利影响。

[Abstract] In China, due to the impact of litigation structure and the state compensation system, the defence lawyer's civil liability has ever been in a dormant state. With the development of litigation structure, the commercialization of lawyer career, and the rise of consciousness of the right of the public, the defence lawyer's civil liability would come out. From the scope of the world, the legislature and precedent's attitude of different countries and regions towards defence lawyer's civil liability are different, but it is a general trend that defence lawyer's malpractice (including appointed defence lawyer) should be subjected to civil liability. Moreover, the construction of the liability of the defence lawyer and civil lawyer should apply the same constitutive elements. Defence lawyer should not only compensate the economic loss, but also pay for the mental damage. If the defence lawyer's malpractice is intentional or malicious, the defendant could claim for the punitive compensation.

(责任编辑:王雪梅)

[71] David B. Wilkins, Who Should Regulate Lawyers?, 105 *Harvard Law Review* (1992), p. 807.

[72] Meredith J. Duncan, *Criminal Malpractice: A Lawyer's Holiday*, p. 48.