

## 【专题】

# 论值班律师的勤勉尽责义务

马明亮

**【摘要】**立法寄予厚望的值班律师制度在实践中却出现走过场的倾向,确保律师勤勉尽责是改变现状的重要方式。结合实践状况,采用质量管理与保障相结合的方式,才能在防止律师怠惰与保持奉献精神之间找到平衡。质量管理机制包括两方面内容:一是明确勤勉尽责义务的认定标准,勤勉尽责义务的本质是注意义务,应当根据值班律师的职责与注意义务的属性来设定标准;二是明确违反勤勉尽责义务的责任体系与被追诉人的救济机制。值班律师未勤勉尽责可视为以“不作为”方式侵犯被追诉人合法权益,宜适用侵权法上的过错责任原则,结合注意义务的属性、违反后果的严重程度等来判断适用何种纪律惩戒与行政处罚措施。被追诉人因值班律师未勤勉尽责而产生认知错误的,应当享有程序救济权。保障机制主要包括合理的准入制度、有效的激励机制、办案机关提供便利的保障机制及追责值班律师的善意原则。如此,才能避免值班律师的低效甚至无效法律帮助。

**【关键词】**值班律师;勤勉尽责;有效辩护;有效法律帮助;注意义务;过错责任原则

**【作者简介】**马明亮,中国人民公安大学教授,法学博士。

**【原文出处】**《华东政法大学学报》(沪),2020.3.35~48

**【基金项目】**本文系国家社会科学基金一般项目“认罪认罚从宽制度中的协议破裂与程序反转研究”(项目号18BFX074)的阶段性研究成果。

## 一、引言:有待价值发现的勤勉尽责义务

全国律师协会2004年通过并施行的《律师执业行为规范(试行)》(以下简称《行为规范》),明确要求律师应当履行勤勉尽责义务。<sup>①</sup>后经2009年、2017年的修订,该条文除了文字表述的细微差别外,在内容上没有任何变化。<sup>②</sup>全国律师协会常务理事会2017年通过的《律师办理刑事案件规范》对此也未重视,在关乎基本原则的第2条中,仅用律师参与刑事诉讼应当“认真负责”代为表述勤勉尽责的要求。

从修法历程观察,立法者似乎视之为门窗装饰,乃蛰伏不启用的规则,其内容的空洞性也能印证该判断:其一,勤勉尽责缺乏明确的认定标准;其二,如果律师未勤勉尽责,相应的法律责任与被追

诉人的救济程序,包括律师法在内的系列规范皆无规定。<sup>③</sup>这种装饰性立法在刑事诉讼领域尤为明显,勤勉尽责一直停留于道德层面,没有在现实中转化为法律争点。虽然司法部在2017年下发了《关于加强律师违法违规行为投诉处理工作的通知》(司发通[2017]23号),完善了律师违法违规行为投诉处理工作机制,但这未能改变沉寂的局面。从实践来看,这一“沉睡”的条文鲜见因律师未勤勉尽责而遭遇纪律处分、行政处罚乃至民事赔偿诉讼的案例。<sup>④</sup>

但与之形成鲜明对比的是,近年来在民商事、证券业律师服务领域,勤勉尽责义务备受重视并成为案件的争点,比如2015年12月13日,北京市第二中

级人民法院的一声槌响震动了整个律师业:因为受委托的律师失职,导致客户被骗走1亿元资金,3名律师事务所合伙人被法院一审判令赔偿客户800万元损失,并返还100万元律师费。“打错一起官司,律师赔得倾家荡产”不再是危言耸听,律师业巨大的执业风险引发了极大的关注。<sup>⑤</sup>后来,赔偿数额急剧攀升。这种情况在证券法律业务中更为普遍,比如在尽职调查中未勤勉尽责,因遗失重要证据、泄露商业秘密、超越代理权限等,引发行政处罚与诉讼的现象频发,比如2019年以来,数起上市公司财务造假事件浮出水面,其中,康美药业和康得新的巨额财务造假案让社会各界极为震惊。在上市公司造假的背后是部分中介机构怠于履职,甚至与上市公司串通的违规行为。<sup>⑥</sup>证监会在近年来也逐步加大对证券律师的事中事后监管力度,先后以未勤勉尽责为由对部分证券律师的违法违规行为进行行政处罚或采取行政监管措施,但其中如何判断证券律师的“勤勉尽责”乃实务中争议不断的问题。

随着社会公众权利意识觉醒以及所带来的对服务质量的高要求,除了律师业务外,作为第三方服务的注册会计师勤勉尽责也甚嚣尘上。比如2018年7月31日证监会单独对3名注册会计师开出了罚单,不仅没收了涉事会计师事务所的相关收入,而且收取了事务所450万元的罚款,并下达了对涉事的3名注册会计师处以26万元的罚款决定。注册会计师之所以会被处罚,主要是由于自身没有依法履职,没能做到勤勉尽责,导致审计流程和财务报告信息不全甚至存在虚假信息。<sup>⑦</sup>

然而,勤勉尽责义务在刑事讼领域的静默值得反思。关乎生命自由、财产安全与隐私的刑事辩护领域,勤勉尽责却没有成为律师法律帮助质量的衡量标准,这与权利意识不断强化、当事人越发关注律师提供服务质量的时代主基调不相吻合。有质量的、有效的律师帮助本应是委托当事人的基本诉求,也是一国司法公正的基本保障,而律师的勤勉尽责是首当其冲的,有律师就敏锐地指出,一名刑辩律师的水平并不必然体现在刑辩技能与技巧方面,这与

认真负责相比,并不具有实质的意义。<sup>⑧</sup>

造成这种局面的原因是多方面的,比如律师的辩护意见长期以来不受司法机关的重视<sup>⑨</sup>且很难影响诉讼结果,包括扣押、冻结与逮捕的程序结果以及最终的实体判决结果。因此,即使刑事案件当事人认为诉讼结果是错误的,往往会认为是司法机关的权力滥用或者渎职使然,与律师的不尽职关系不大。另外,学界与司法实务部门对律师勤勉尽责义务的价值挖掘、关注与讨论不充分也是一个重要原因。<sup>⑩</sup>所以,应当深入挖掘勤勉尽责义务的价值内涵,并在此基础上构建相关规范体系,将之打造成律师法律帮助质量的“护卫舰”。考虑到值班律师制度在我国初步建立并处于着力推广阶段,<sup>⑪</sup>值班律师勤勉尽责在认罪认罚案件中的特殊意义,<sup>⑫</sup>以及班班的公益属性更易引发律师怠惰、不称职的内质,本文即以值班律师为范例讨论勤勉尽责的内涵、认定标准、法律责任体系与保障机制,旨在实现值班律师的有效法律帮助。

## 二、勤勉尽责义务的规范与实践

何为勤勉尽责?根据《现代汉语词典》的解释,勤勉即勤奋之义;尽责乃尽力负起责任。<sup>⑬</sup>根据语义解释,即以勤勉的方式尽到职责。从《行为规范》的规定来看,勤勉尽责的核心要义为尽职尽责。下文将以此为视角,观察我国值班律师勤勉尽责义务的规范体系与实践现状。

### (一)值班律师勤勉尽责义务的规范体系

从2017年的《值班意见》、2018年的《刑诉法》到“两高三部”2019年10月24日发布并实施《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称《指导意见》),围绕值班律师如何履行勤勉尽责义务设计了诸多制度,形成了初步的规范体系并呈现出三个特点。

第一,虽然明确了值班律师的工作目标及其职责,但缺乏尽职尽责的认定标准。根据《指导意见》第10条规定,值班律师的工作目标是确保被追诉人了解认罪认罚的性质和法律后果,自愿认罪认罚。围绕该目标,第12条从提供法律咨询到签署具结书

的在场权等7个方面归纳了值班律师的职责。遗憾的是,判断值班律师是否尽职尽责并没有明确的、具有实操性的认定标准。

第二,虽然围绕法律帮助的质量设计了监督管理制度,但值班律师违反勤勉尽责义务的责任体系不健全,被追诉人也缺乏有效的救济程序。《值班意见》第7条对值班律师的监督管理给出了指导性的框架,采用司法行政机关(日常工作由法律援助机构来承担)管理与律师协会纪律自治相结合的方式。司法行政机关的管理主要有三方面:一是培训值班律师,包括值班律师职责、服务内容、执业纪律、刑事诉讼法律知识方面的业务培训;二是定期了解值班律师的履职情况,实行动态化管理,了解的方式为统计汇总犯罪嫌疑人、刑事被告人涉嫌罪名、简要案情、咨询意见等信息,或者定期运用征询所驻单位意见、当事人的回访等措施;三是日常监督管理,律师协会的纪律自治表现为,将值班律师履责情况纳入律师年度考核及律师诚信服务记录。同时,该条文也明确了行政惩戒机制,司法行政机关对律师在值班律师工作中违反职业道德和执业纪律的行为依法依规处理。美中不足的是,行政处罚措施含糊不清,并且,如果值班律师提供的帮助有不当、不足之处,《指导意见》第14条只是规定了当事人有拒绝法律帮助的权利,却没有赋予进一步的损害救济机制。比如,如果具结书签署后,因为值班律师的不勤勉尽责导致被追诉人不明知、不自愿,值班律师应否承担责任?指导意见付之阙如。

第三,虽然立法与指导意见致力于勤勉尽责义务的保障机制建设,但没有细化的配套措施,仍有沦为“空中楼阁”之风险。我国在保障值班律师勤勉尽责方面已经设立了诸多规范。首先,在资格与能力方面为确保值班律师的称职性,司法行政机关设置了多项筛选条件。<sup>④</sup>其次,为确保提供法律帮助的及时性与有效性,公检法机关不仅应当为被追诉人约见值班律师提供便利,<sup>⑤</sup>而且为值班律师了解案件有关情况提供必要的便利。<sup>⑥</sup>最后,制定了合理的值班

工作机制,包括工作时间、工作方式以及案件数量,确保勤勉尽责的高质量、高效率。<sup>⑦</sup>实践地观察这些规范,真正发挥作用尚需要细化的配套措施,比如,并没有规定公安机关在侦查阶段如何为值班律师了解案件情况提供便利。虽然《刑事诉讼法》第38条规定,辩护律师在侦查期间可以向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况,提出意见,但从立法原意来看,这显然不能直接适用于值班律师。事实上,即便是辩护律师,该知悉权的适用率在实践中也非常低,一个重要原因是立法没有明确具体的了解方式,侦查机关往往并不配合。还有,如果值班律师提出案件处理意见受阻、会见犯罪嫌疑人受限,也没有法律救济的渠道。

## (二)实践现状与成因

值班律师制度拥有完美的设立初衷,其宗旨在于弥补委托辩护、指定辩护不能涵盖的法律帮助盲点,从值班律师的实践参与度来看似乎也接近了这一目标。有论者经过调研发现,值班律师成为参与认罪认罚案件的律师类型的“主力军”,超过一半以上甚至三分之二以上的案件都是由值班律师参与并处理完结的。<sup>⑧</sup>但近距离观察却洞见“出工不出力”甚至“走过场”的现象,这与勤勉尽责的要求相差甚远。

这为学界所不断诟病,早有论者指出,在认罪认罚从宽制度试点期间尤其是在速裁程序中,值班律师参与效果不理想。<sup>⑨</sup>后又有借助阅卷方式发现值班律师在认罪认罚案件中“参与形式化”的特征明显。<sup>⑩</sup>根据笔者调研,这种形式化主要分为三方面。一是侦查阶段的法律帮助极为有限。根据刑事案件审判阶段律师辩护全覆盖的要求,法院对值班律师工作的配合力度最大,目前的困难主要来自侦查机关。虽然在速裁程序试点之际,为了保障律师介入的及时性,很多执法办案管理中心设置了值班律师的办公室,但从实践来看基本没有律师到场值班,而在看守所的值班律师发挥的作用也十分有限,主要工作是接受犯罪嫌疑人家属的咨询。二是提出变更强制措施等实质法律帮助的比例非常低。比如某区

法律援助中心将值班律师的职责分为三类:提供法律咨询、提供法律帮助与签署具结书见证。2017年1月至2019年上半年,值班律师为认罪认罚的被追诉人提供法律帮助的414起案件中,只为22名犯罪嫌疑人提出了变更强制措施的申请,提出羁押必要性审查申请的只有18件。<sup>①</sup>三是,值班律师在控辩双方“协商”过程中的参与作用有限。不少律师反映,他们的作用主要是在办案人员要求犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书的时候被通知到场见证,对于具结书的内容特别是量刑建议的形成几乎没有参与和发挥作用。<sup>②</sup>

吊诡的是,尽管值班律师提供帮助如此的流于形式,当事人对此却视为正常,并没有投诉或展开其他救济行为。笔者调研S市、J市部分区法律援助中心,发现一个共性问题,自值班律师制度实施以来,法律援助中心没有接到当事人的投诉。这可能与当事人接受的是免费法律帮助有关,无财力付出何谈诉求?但直接付费的司法行政机关不应对此置若罔闻。

值班律师提供法律帮助走形式的现象,虽与律师个人职业道德素养有关,但主要应归责于制度性不足。一是值班律师缺乏外部压力。这主要表现为司法行政机关监管不力,对律师的勤勉尽责缺乏认定标准,责任体系不健全。这背后也与司法行政人员的认识误区有关,据笔者调研,法律援助中心工作人员普遍认为,值班律师工作目前仍处于办案机关提供“便利”严重不足的阶段,刚出台的《指导意见》虽然对办案机关提出了新的要求,但真正落实尚需进一步的配套机制。所以,值班律师如何保障勤勉尽责并不是目前工作的重点,相应的质量监管有些超前。在这种认识驱动下,法律援助中心对律师办案质量的监管主要采用案卷评查方式,并没有严格执行《值班意见》的要求。司法行政人员对值班律师的职责本身也存在理解偏差,比如将签署具结书的在场理解为“见证”,这也变相助推了律师的不尽责。另外,虽然《值班意见》要求律师协会将值班律师履责情况纳入律师年度考核及律师诚信服

务记录,但实践中基本没有启动。二是,激励机制不足,值班律师缺乏内在动力。律师提供法律帮助的第三方属性以及值班律师法律援助的公益属性,要求必须配有充分的激励机制方能激发勤勉尽责的内在动力。但遗憾的是,相关规范虽然在值班律师入职资格、尽责便捷性方面下了功夫,但激励机制严重不足。虽然《指导意见》明确了法律帮助在不同诉讼阶段的衔接,<sup>③</sup>但这并非激励机制,仍属于律师勤勉尽责的便利范畴。三是,勤勉尽责的保障机制不足,缺乏有利的外部环境。根据《刑事诉讼法》的规定,值班律师勤勉尽责离不开会见、阅卷等基本的了解案情途径,离不开办案机关提供便利。有论者调研发现,由于“提供便利”这一术语的内涵模糊,以致各地办案机关为值班律师提供的“待遇”差别很大,有的地方能够让值班律师会见犯罪嫌疑人和查阅案卷材料,但大多数地方则不允许或不“提供便利”。这成为当前值班律师办理认罪认罚案件最大的困扰。<sup>④</sup>

另外,在一些经济欠发达地区,律师资源的严重不足直接影响了值班律师制度的开展,甚至有的地方至今没有现实推行,只是做些“面子工作”来应付考核,值班律师的勤勉尽责根本无从谈起。

看来,值班律师无效或低效的法律帮助现状已然与制度初衷背道而驰,而且危害深远,不仅鸠占鹊巢式地偷走了弱势被追诉人本应获得的法律帮助利益,而且褻渎了国家法律援助的神圣形象。笔者认为,值班律师的勤勉尽责是其提供有效法律帮助的前提与重要途径,所以,推动勤勉尽责义务的实现机制乃当务之急。这不仅需要构建有效的质量管理体系,更需要值班律师履职的保障机制。

### 三、勤勉尽责义务的认定标准

目前,值班律师的勤勉尽责义务只是停留在概念层面,并没有具体的认定标准。设计合理、科学的认定标准,离不开对其内涵的深入解读与成熟经验的参照。

#### (一)勤勉尽责义务的内涵

定义勤勉尽责义务这一基础概念很困难,不过,

从语义学的视角分析其本源可谓一个捷径。勤勉尽责可以追溯到罗马法中的勤谨注意(diligence)。根据义务的特性和权利义务双方在相对关系中获益程度的不同,勤勉注意可以分为三类并适用不同的认定标准。(1)善良家父之勤勉注意。该标准要求行为人在实施一定行为时表现出一个善良家父应有的勤勉注意。而善良家父则指一群具备相似社会、经济、生活背景的罗马家父中的典范。(2)处理个人事务之勤勉注意。该标准要求行为人在实施行为时应该表现出像处理自己事务那样的勤勉注意。(3)极谨慎之勤勉注意。该标准要求行为人在实施行为时不能有丝毫的疏忽。它是最为严格的注意义务标准。而从罗马法学家的论述中,可以发现注意义务的标准是混用的。以善良家父勤谨注意为基础对另外两种标准做变相表述的情形十分常见。<sup>⑤</sup>其启发价值在于:其一,勤勉尽责的本质是注意义务;其二,行为人所承担的职责以及其中的权利义务关系不同,注意义务也相应地不同,勤勉尽责的认定标准因此必然呈现多元化与多样性的特征。

事实上,勤勉尽责的现代内涵,在域外一些国家也被深入挖掘并运用到实践之中,比如勤勉尽责在美国被视为一种职责,也是律师实施专业技能的态度。美国律师协会《职业行为示范规则(2004)》(Model Rule of Professional Conduct)(以下简称《示范规则》)<sup>⑥</sup>的序言中指出,在所有专业职能中,律师应具有称职及时和勤勉的态度,《示范规则》1.3规定,在代理委托人的过程中,律师的行为应当合理地勤勉与迅捷。那么,何为合理的勤勉?官方评论提供了有价值的解释:“一名律师应在不顾反对,阻挠或人身不便的情况下代表委托人进行诉讼,并采取一切合法和道德的措施来辩白委托人之事。”<sup>⑦</sup>

根据《示范规则》及其评论,律师勤勉尽责义务的内涵体现在三个方面。一是确立勤勉尽责义务的目的——消除委托人不必要的焦虑,防止对律师诚信度的削弱。<sup>⑧</sup>二是勤勉尽责义务在律师职业行为规范体系中的地位。称职、勤勉和交流是美国律师职业行为规范对律师在代理的过程中提出的基本要

求。<sup>⑨</sup>三是勤勉尽责义务的合理限度。作为自然人的律师需要自己的生活空间,不能成为案件当事人随时候命的仆人,因此,勤勉尽责义务应当设定在合理范围之内。具体而言,案件事务限于合理的范围;勤勉程度限于合理的限度,不能要求律师事无巨细地对所有委托事项“狂热”投入。<sup>⑩</sup>

## (二)值班律师勤勉尽责义务的认定标准

如何判断值班律师是否履行了勤勉尽责义务?目前学界与实务界鲜有论述。“九层之台,起于累土”,对内涵的解读只是提供了认知基础,还必须借鉴相关的成熟经验。不仅域外有律师勤勉尽责的认定标准,我国也有相关实践积累,比如证券律师尽职调查中的认定标准,公司董事与注册会计师的勤勉义务标准。

### 1. 相关经验

首先,观察我国证券律师尽职调查中的相关经验。在证券法律业务中,如何判断勤勉尽责已经有了比较明确的标准。证监会在2017年4月14日发表的《证监会组织开展律师事务所从事IPO证券法律业务专项检查》中给出了大致方向:判断律师在IPO项目中是否勤勉尽责,可以从两方面考虑,是否严格按照《律师事务所从事证券法律业务管理办法》《执业规则》及《公开发行证券公司信息披露的编报规则第12号——公开发行证券的法律意见书和律师工作报告》进行执业;在发表法律意见时是否履行了必要的核查验证程序,获取足以支撑发表意见的证据材料。<sup>⑪</sup>

其次,借鉴美国律师协会的相关运行经验,律师勤勉尽责义务的认定标准有四个要素。(1)尽力性。体现为奉献、承诺与热情这三个关键词。具体而言,尽管存在反对、障碍和人身不便,律师仍应代表委托人进行诉讼,并且可以采取任何合法和道德的措施来维护委托人的事业。<sup>⑫</sup>(2)及时性。拖延症可能是人们最讨厌的职业缺陷。拖延通常会给当事人的利益带来严重或毁灭性的后果,例如,错过法院命令的最后期限或允许执行时效限制时。即使拖延不损害委托人的实质利益,也可能引起委托

人不必要的焦虑,并破坏对律师的信任度的信心。<sup>③</sup>(3)善始善终。一旦律师同意为委托人处理事务,该律师必须彻底解决该问题。如果对律师与当事人之间的关系是否已经结束存有疑问,律师应以书面形式予以澄清。<sup>④</sup>(4)勤勉但不得无礼。尽职调查的义务并不要求律师对对手或其他人具有冒犯性或不礼貌行为。<sup>⑤</sup>

综合上述两方面经验,在判断律师是否履行勤勉尽责义务时不仅要考虑律师这一行业的一般经验,更要依据律师的定位与具体职能来判断,因为不同的定位与职能,勤勉尽责义务的标准不同。<sup>⑥</sup>

## 2. 值班律师勤勉尽责的认定标准

目前,值班律师被定位为向被追诉人提供法律帮助,是法律援助体系的组成部分,这是设计勤勉尽责认定标准的出发点,然后再结合其职责、注意义务来具体判断。根据目前的法律规定,<sup>⑦</sup>值班律师不提供出庭辩护服务,以提供法律帮助的方式与内容为标准,其职责可以分为四类:法律知识的供给义务(主要包括提供法律咨询、告知法律事项);程序权益的维护义务(主要包括提出程序适用的建议;帮助申请变更强制措施;引导、帮助犯罪嫌疑人、被告人及其近亲属申请法律援助);签署具结书的在场义务;<sup>⑧</sup>法律意见的提出义务(主要围绕人民检察院认定的罪名与提出的量刑建议,案件审理所适用的程序提出意见)。

证监会在界定律师勤勉尽责的标准时,运用了一个有说服力的分析框架,根据注意义务的重要性区分为特别注意义务与一般注意义务。<sup>⑨</sup>前者与罗马法中的善良家父之勤勉注意比较接近,后者接近于处理个人事务之勤勉注意。借鉴该框架,值班律师的法律知识供给义务与程序权益的维护义务可以归为日常事项,属于一般注意义务;法律意见的提出义务与签署具结书的在场义务,解决的是关乎诉讼结果的重大程序事项与实体问题,属于特别注意义务。不同的义务属性,判断是否勤勉尽责的侧重点有所不同,由此可以设定如下四个导向性的标准。

第一,供给法律知识的准确性与充分性。这是值班律师介入案件的准备阶段,尚未真正介入案件,因此,提供咨询、法律解释符合准确性与充分性的要求即为尽职尽责;如果法律规则的解释含混不清、断章取义甚至彼此有矛盾,则属于无效法律帮助。

第二,程序权益维护的及时性。值班律师维护被追诉人的程序权益是实质介入案件的第一步。鉴于被追诉人认罪与否将适用不同的诉讼范式——对抗抑或协商,也将面临不同的诉讼结局,这需要其做出理性的风险评估,因此,被追诉人陷入纠结在所难免。此时,值班律师的及时介入意义非凡。被追诉人如果认罪认罚,需要律师及时地对法律后果、社会影响等给予解释与预测;如果不认罪认罚,更需要值班律师及时、有效地参与诉讼,以期快速打破侦查程序的封闭性,及时发现、防范侦查人员刑讯逼供等非法取证行为,从而促进侦查合法性的提升,从源头上防止冤假错案的产生。<sup>⑩</sup>

第三,在场义务的实质性。认罪认罚的自愿性与合法性是被追诉人的核心权益所在,更是认罪认罚制度正当性的前提。因此,在被追诉人签署具结书这一决定案件走向、程序走向的关键时刻,值班律师必须到场。根据《刑诉法》第173、174条,《指导意见》第12条的规定,在场的值班律师不能理解为签署行为的“见证人”,而是必须对认罪认罚与程序选择的“自愿性、明知性与合法性”再度查明与确认,同时与被追诉人充分协商并提出有罪答辩的优化方案。如果出现违法的情况,值班律师必须提出异议,这是在场义务的实质要求。

第四,法律意见的针对性与建设性。值班律师围绕罪名、量刑建议与所适用的审判程序提出法律意见,具体时间为侦查终结前、检察院审查起诉以及审判过程中。<sup>⑪</sup>虽然律师提出的法律意见随着诉讼阶段的不同有着不同的侧重,但都关乎认罪认罚的结局及被追诉人重要的程序与实体权益,所以,提出法律意见是值班律师的核心职责之一,不能认为提出意见即为律师勤勉尽责,关键要看法律建议是否

具有针对性与建设性,比如对罪名的认定是否存在错误,刑罚的从宽幅度是否不当,是否提出更合理的方案,涉案财产处置是否适当,被害人的诉求是否合理,等等。

当然,这是一般意义的标准,实践中还可以根据具体案件情况设定特殊的判断标准。比如在美国,考虑到《示范规则》不一定精确,为了适应个案情况,官方评论要求律师必须“紧跟法律及其实践的变化”。也有人建议,应当根据不同的案件类型,通过判例法并结合行业惯例来确立胜任和勤勉的实质性标准。<sup>⑩</sup>

#### 四、违反义务的责任与被追诉人的救济

目前,《律师法》只是针对律师的执业行为宏观规定了管理与处罚程序,<sup>⑪</sup>对律师不勤勉尽责行为并没有追责,更没有考虑被追诉人的相关救济。这是需要改变的。

##### (一)违反勤勉尽责义务的责任体系

在思考值班律师违反勤勉尽责义务的责任时需要解决两方面问题。一是,归责原理与责任形式。即针对值班律师不勤勉尽责的情形应适用何种归责原则,以及适用怎样的惩戒措施。值班律师的不勤勉尽责可视为以“不作为”方式对被追诉人合法权益的侵犯,因此,从归责原理上适用侵权法上的过错责任原则为宜。在责任构成上包括行为、损害、因果关系和过错。其中,过错程度决定着责任的形式、范围、减免等。质言之,根据值班律师注意义务的性质、重要性,违反的程度来判断适用何种纪律惩戒与行政责任。

目前,《值班意见》对不勤勉尽责的情形含糊其词,形成鲜明对比的是,美国《示范规则》构建了体系化的惩戒机制。律师违反勤勉尽责义务,根据违反的程度视为怠忽职守、渎职行为(Malpractice),可能会引起因渎职行为的诉讼,也可能导致职业纪律惩戒。我们可以此为鉴,针对违反勤勉尽责义务的情形,根据注意义务的种类与违反的严重程度,让值班律师承担不同的责任形式——律协的职业纪律惩戒与司法行政机关的行政处罚,目的是通过惩戒律师

确保公众免受将来的过失之害。职业纪律惩戒方面可以考虑实施失信惩戒,作为该律师未来刑事辩护业务推广的考量因素。行政处罚方面可以借鉴会计师事务所未勤勉尽责的罚则经验,对律师事务所采用“没收业务收入”和“罚款”两种形式,并在个案中辅之以“警告”“责令改正”等形式,对律师个人基本采用“警告”加“罚款”。<sup>⑫</sup>

二是,责任的配置体系。责任体系的合理配置,目的是保障值班律师工作的正常运转。考虑到值班律师的公益属性以及当下值班工作所处的司法环境——办案机关提供便利不足、律师值班热情不高甚至律师资源不足,建议以律协的纪律惩戒为主,司法行政机关的行政处罚为例外。

##### (二)当事人的救济制度

如果值班律师违反勤勉尽责义务,被追诉人应否以及获得怎样的救济?笔者主张,根据违反义务的严重程度与侵害对象的不同,赋予被追诉人救济权并分为两种救济方式:诉讼程序反转与财产损失的追偿。

首先,值班律师违反勤勉尽责义务,诉讼程序如何反转?美国辩诉交易中的有效辩护理论与实践对我们有所启发。比如,2012年密苏里诉弗莱伊(Missouri v. Frye)一案中,辩护律师没有合理的勤勉尽责导致“瑕疵辩护”,侵犯了被告人享有的有效辩护宪法权而致使案件发回重新审判,而且这与案件是否受到公正审判无关。<sup>⑬</sup>考虑到认罪协商程序的效率价值及危害行为与后果的成比例原则,只有值班律师违反了特别注意义务——法律意见的提出义务与签署具结书的在场义务,并造成严重后果的,才赋予被追诉人专门的程序救济权,即视此种情况为被追诉人撤回具结书的正当理由。虽然《指导意见》专门围绕认罪认罚的反悔和撤回问题给出了处置方案,<sup>⑭</sup>但从实践需求来看它有两方面不足。一是,被追诉人反悔的,司法机关并没有考虑反悔的具体原因,缺乏反悔理由正当性的判断标准,一律视为“被追诉人未曾认罪认罚”。诉讼程序重新回到起点,检察院或法院遵循实事求是原则,在查明事实的基础

上依法作出决定或裁判。二是,在反转程序中,该意见没有提及如何消除被追诉人的认罪认罚情况对司法人员的不利心证与影响。笔者建议,司法机关应当通过进一步的司法解释或指导性案例,对反悔的事由作出正当性与否的区分,主观恶性不同,在反转程序上应区别对待,这才是真正地贯彻宽严相济刑事政策。而值班律师的不勤勉尽责促使被追诉人反悔的,视为正当的反悔并享有相关的程序保障。

其次,被追诉人因值班律师不勤勉尽责导致财产损失的如何救济?根据《刑法》第182条的规定,犯罪嫌疑人在审前阶段认罪认罚的,人民检察院、公安机关不起诉或者撤销案件的,应当及时对查封、扣押、冻结的财物及其孳息做出处理。结合《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》第14条的规定,这已然赋予人民检察院、公安机关在审前阶段的涉案财产的调查权与处置权。<sup>⑭</sup>如此一来,被追诉人如果因值班律师的不勤勉尽职而带来财产损失的,除了提起国家赔偿之外,还可以考虑向律师提起民事赔偿之诉。

这可以借鉴美国的渎职责任理论(Theories of Malpractice Liability)。如果律师不勤勉尽责,当事人可以根据多种法律理论提起诉讼,<sup>⑮</sup>其中,过失理论是最为常见的。根据该理论,原告需要证成四个要素:正当的注意义务、正当义务之违反、法律上的因果关系和损害后果。其中的实践难题是,违反正当义务的判断标准以及如何证明法律上的因果关系。在实践中,律师违反正当义务一般有三个判断标准。一是对事实判断错误。如果律师的判断是充分知情并且合理地作出的则为例外。二是欠缺法律知识。从普通能力和一般勤勉义务的角度讲,律师应当知晓广泛适用的、生效的法律规则。此外,律师有责任去图书馆查阅他不知道的规则。如果通过常规的研究技术和途径可以找到答案,但律师却铤羽而归,那么他就违反了应有的注意义务。另外,某些法律问题在制定法层面悬而未决且值得商榷,如果律师对此已经进行了合理的学术研究,那么他也算是

履行了应有的谨慎义务,即便后来法院的裁决证明律师的法律解释是错误的。三是没有寻求专家帮助。如果法律问题属于某法学专家所专门研究的,合理谨慎的律师应向该专家寻求帮助。如果律师尝试自己去解决,这就属于违反正当注意义务。<sup>⑯</sup>反观我国的值班律师,他们提出的法律意见是否具有针对性与建设性,在场是否发挥了实质作用,可根据其是否存在事实判断错误、欠缺法律知识、未寻求专家帮助的情况来具体判断。

至于因果关系的证明,考虑到值班律师身份的特殊性以及被追诉人承担证明责任的现实困难,可以借鉴美国程序错误的证明责任分配机制,<sup>⑰</sup>被追诉人只需要证明值班律师违反勤勉尽责的行为表现,如果律师认为不勤勉行为没有造成严重后果或者严重后果与不勤勉行为之间没有因果关系,则由律师承担证明责任。其间,建议司法行政机关和律协协助查明与举证。

还需要提及的是,为了充分保障当事人民事赔偿的有效性与充分性,美国有两个举措值得思考。一是当事人与律师不可私下免责,即禁止律师与委托人订立合同潜在地限制其渎职责任,除非委托人在签订合同时有独立的表决能力。<sup>⑱</sup>二是为了保障当事人获得充分的救济,要求律师购买不勤勉尽职的保险(Malpractice Insurance)。虽然《示范规则》和绝大多数州不要求律师提供不尽职的保险,由于法律上的不当行为已变得司空见惯,因此审慎的律师会为他们提供充足的不当行为责任保险。而且,虽然只有一个州(俄勒冈州)要求律师购买责任保险,但越来越多的州要求律师向州律师协会披露其保险或未保险状态,其中,某些州要求律师直接向潜在客户披露该状态。<sup>⑲</sup>当然,这是一个复杂的问题,有律师强烈抵制这种做法,一个主要原因是保险费用是个很大的负担。<sup>⑳</sup>

### 五、勤勉尽责义务的保障机制

勤勉尽责的认定标准、责任体系与当事人的救济制度,形成了初步的监督机制与惩戒机制,这可让值班律师不能也不敢怠惰。但这远远不够,因为确

值班律师勤勉尽责在我国隐含理论上的悖逆：隶属于法律援助体系的值班律师制度具有公益性，以律师奉献精神为底色，如果过度强调勤勉尽责会让以“低质量的法律帮助、高水平律师几乎不参与”为现状的值班制度雪上加霜，尤其在律师资源短缺的区域。在此语境下，必须在防止律师怠惰与保持奉献精神之间寻找平衡。申言之，应当找寻值班律师正当的职业精神与规则，确保法律帮助的有效性。这注定是一项复杂的、充满矛盾张力的系统工程，除了有监督、惩戒机制之外更需要保障机制。这些保障机制主要有四个板块。

### (一)合理的准入制度

律师的职业道德水准与业务能力达标是勤勉尽责的前提，这需要科学、合理的值班律师准入机制。《值班意见》立意高远，要求建立值班律师名册或组建法律援助值班律师库，目标是吸收职业道德水准、业务水平“双高”的律师进入，<sup>⑤</sup>但现实并不乐观，各地的值班律师准入机制有所不同，有的是由律师自愿报名，由司法行政机关主持笔试、面试，通过则进入值班律师库；有的则由司法行政机关发布公告，以律所为单位采用招投标的方式选择值班律师。而承担值班任务的律师往往经验不足或者年龄偏大，与预期目标相悖。从《指导意见》的表述变化，可以看出法律援助机构对此的无奈与妥协。<sup>⑥</sup>笔者认为，法律援助机构应根据当地情况并结合激励机制，不断完善准入机制，以吸引更多优质的律师资源进入值班律师库。

### (二)有效的激励机制

司法行政机关与律师协会应该深入探索合理的激励制度，激发律师的奉献精神，让值班律师的勤勉尽责有内在动力。比如将值班律师的履职情况与绩效、薪酬直接挂钩；又比如，应允许勤勉尽责的值班律师转化为能够出庭的辩护人。这不仅有助于保护被追诉人的合法权益，也是对值班律师工作的认可与激励，因为从职业荣誉与充分发挥职业精神的视角来看，很多值班律师渴望衔接为辩护人。值班律师转化为辩护人是域外的普遍做法，以日本

为例，值班律师的业务范围原则上只限于与犯罪嫌疑人、被告人的首次会见。值班律师的角色定位为在侦查阶段向犯罪嫌疑人提供应急的无偿法律服务。但如果当事人同意，为其提供法律帮助的同时值班律师可以成为该当事人的国选辩护人(指定)或私选辩护人(聘请)，为其进行庭审阶段的实体辩护。<sup>⑦</sup>当然，这种转化需要以被追诉人自愿为前提，且限于认罪认罚为刑事案件，如果当事人作无罪辩护，值班律师是没有权利为当事人出庭进行辩护的。<sup>⑧</sup>再比如，进一步提升值班律师的收益，对咨询类的法律帮助按照次数或天数来计算尚可，但提出案件处理意见或程序利益保障意见的，司法行政机关根据案件的复杂程度来设定经费标准为宜。<sup>⑨</sup>笔者认为，探索合理的经费方案乃目前最为实用的激励机制。

### (三)办案机关提供便利的保障机制

根据实践的需求，未来的司法解释应当要求办案机关为值班律师工作提供更多的便利安排。目前，办案机关虽然已经为派驻值班律师提供了必要办公场所和设施，但实践中有时会更换空间，值班律师与被追诉人的交流往往在开放的空间展开甚至司法人员也在场，私密性严重不足，尤其是在法院开庭审理前，值班律师询问被告人、了解案件情况，确认被告人是否明知、自愿认罪时，是在审判庭开展工作的，法官与检察官也同时在场。这虽然方便了法院办案，但严重影响了律师提供法律帮助的效果。这种情况下，应当由法警带被告人到律师值班室接受法律帮助，或者赋予被告人申请法官、检察官回避的权利。

### (四)追责值班律师的善意原则

根据目前值班律师的现状，针对值班律师未能勤勉尽责而引发的纪律惩戒、行政处罚乃至可能的民事赔偿之诉，司法行政机关与律师协会在审查、考核值班律师履职情况以及法院在查明因果关系时，都应当遵循善意原则，即应当以值班制度的公益性、律师职业特性为出发点，尊重律师的独立人格为前提。否则，勤勉尽责义务将成为值班律师不当的压

力,致使该项公益事业受损。另外,根据实践的发展走势,司法行政机关还需要不断探索保障值班律师热情、奉献精神的其他有效举措,比如可以考虑购买值班律师不尽责的保险,这不仅可以减轻值班律师的压力,同时也可以充分保障被追诉人的正当权益;还比如,为保障律师拥有勤勉尽责的充沛精力,应当设定科学的案件负荷标准。<sup>⑤</sup>

## 六、延伸议题:律师服务质量的认证与管理

恰逢我国刑事辩护立法走过40年,学界围绕刑事辩护事业的发展历程进行了回顾与总结。陈瑞华教授梳理出五条发展脉络,其中,以辩护效果为标准,刑事辩护从“获得律师帮助”走向“获得有效帮助”。<sup>⑥</sup>笔者认为,该发展脉络仍在路上,未来刑事辩护事业应以法律帮助质量为评价中心,步入律师服务质量认证与管理的时代,包括律师称职的认证标准、司法行政机关的质量管理与律协的自律规则建设。

根据百度词条的解释,质量认证(conformity certification)又称合格评定,是国际上通行的管理产品质量的有效方法。在经济领域,实行产品质量认证是普遍的做法,目的是保证产品质量、提高产品信誉、保护用户和消费者的利益,以及促进国际贸易和发展国际质量认证合作。按照商业逻辑,律师输出的是法律产品,理应适用普适性的质量认证体系,实践也不断佐证这种价值判断,从有效辩护、证券律师提供尽职调查的有效性,到近年来讨论如火如荼的律师企业合规业务的有效性,以及《指导意见》提出的有效法律帮助,本质都是探讨律师工作的服务质量。所以,如何加强法律帮助的质量认证与管理将是未来重要的议题。

根据律师来源与职能的不同,广义的刑事辩护事业可以分为三类:委托律师的辩护、指定律师的辩护与值班律师的法律帮助。委托律师与指定律师属于严格意义的辩护,以有效辩护作为质量评价标准;<sup>⑦</sup>值班律师属于提供法律帮助,以有效法律帮助作为质量评价标准。<sup>⑧</sup>两者共同组成了刑事诉讼律师的工作质量评价体系。从实践来看,无论什么角色,律

师介入诉讼的本质是相同的,皆为提供法律帮助与服务,都可以用有效法律帮助来评估律师的工作质量。而以一般注意义务、特殊注意义务为分类基础的勤勉尽责义务体系,超越了过程与结果、主观与客观的简单二元论,可以更清晰地勾勒出有效法律帮助的认定标准、无效法律帮助的后果以及有效法律帮助的管理机制。研讨勤勉尽责义务如何适用于实践,在当下我国直接移植基于美国经验的有效辩护理念与评价标准受阻的情况下显得尤为重要。<sup>⑨</sup>笔者深信,拥有精致解释能力的勤勉尽责义务体系之运用,<sup>⑩</sup>不仅可以推动刑事辩护和法律帮助事业走向深入与实质,而且可以为律师服务质量认证与管理建设贡献独特的力量。

### 注释:

①《行为规范》第7条规定,律师必须诚实守信,勤勉尽责,依照事实和法律,维护委托人利益,维护法律尊严,维护社会公平、正义。

②比如2009年、2017年修订并实施的《律师执业行为规范(试行)》,勤勉尽责分别为第6条与第7条,两者内容完全一致。勤勉尽责的要求没有变化,只是维护的利益主体由“委托人”变为“当事人”。

③现行《律师法》第六章“法律责任”部分,主要针对律师执业中的严重违法执业规范的行为,对律师不勤勉尽责的情形,没有纳入其中。

④实践中罕见的个案是,北京市高级人民法院于2013年将律师怠于履行辩护职责、不尽职的情况视为“违反法定诉讼程序、影响公正审判”的情形,将案件撤销原判、发回重新审判。陈瑞华教授称之为因“无效辩护”发回重审的先例。参见陈瑞华:《有效辩护问题的再思考》,载《当代法学》2017年第6期,第4、5页。

⑤参见《尽职调查失职客户被骗1亿元律师赔800万》,来源:<http://www.tannet-group.com/group/66/5171/20141016045153>, 2019年10月6日访问。

⑥参见解旖媛:《怠于履职屡被查中介机构勤勉尽责备受关注》,载《金融时报》2019年8月31日第7版。

⑦参见董明怀:《论注册会计师的勤勉尽责》,载《中国注册会计师》2019年第3期,第96页。

⑧参见贾慧平:《刑辩律师首要的是勤勉尽责》,来源:[http://www.sohu.com/a/211748363\\_742027](http://www.sohu.com/a/211748363_742027),2019年10月18日访问。

⑨从近几年媒体及“两高”披露的一些冤案来看,如云南杜培武案、安徽于英生案、湖北佘祥林案、河南赵作海案、内蒙古呼格吉勒图案等,辩护律师都提出了原案嫌疑人供述存在非法取证,案件存在证据不足、事实不清等情形,要求法院判决无罪。这些辩护人的辩护理由当时虽然都没有被法院采纳,但在后来案件平反时,都被证实是正确的。《冤案的最重要根源之一:律师无效辩护》,来源:[http://k.sina.com.cn/article\\_1961991017\\_74f19b69034005nhh.html](http://k.sina.com.cn/article_1961991017_74f19b69034005nhh.html),2019年11月11日访问。

⑩虽然近年来学界比较充分地讨论了与勤勉尽责密切相关的有效辩护理论,并思考通过该框架促使律师尽职辩护,但实务部门反应冷淡,律师界对此也普遍心存疑虑,并没有达成最起码的共识。参见陈瑞华:《有效辩护问题的再思考》,载《当代法学》2017年第6期,第4页。

⑪为推进法律援助值班律师工作的开展,2017年8月29日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合印发了《关于开展法律援助值班律师工作的意见》(以下简称《值班意见》),旨在充分发挥法律援助值班律师在以审判为中心的刑事诉讼制度改革和认罪认罚从宽制度改革试点中的职能作用,依法维护犯罪嫌疑人、刑事被告人的诉讼权利。接着,最高人民法院、司法部联合发布了《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》,提出在刑事案件审判阶段试点律师辩护全覆盖。其中,覆盖的方式之一,就是值班律师提供法律帮助(参见第2条规定)。

⑫2018年《刑事诉讼法》所确立的认罪认罚从宽程序改变了传统的刑事诉讼结构,控辩双方由对抗走向合作与对话,是一种协商的司法模式。如何保障被追诉人的自愿、明

知性及在此基础上的商谈策略,将变为刑事辩护的核心内容,被追诉人在该结构中更加依赖律师的帮助。目前,实践中出现两个现象。一是司法机关要求进一步拓展认罪认罚案件的适用比例。2019年6月份开始,很多省市人民检察院召开适用认罪认罚从宽制度推进会,要求进一步提高认罪认罚从宽制度适用率,有的检察院明确要求适用率要达到70%。二是刑事辩护率仍然比较低。有论者对最高人民法院裁判文书网上发布的于2013年至2017年作出的303.2万份刑事一审判决书统计分析后得出结论:2013年至2017年五年间,律师辩护率从19.07%提升到22.13%,除去法律援助律师提供的辩护外,当事人委托律师的辩护率从16.07%上升到19.41%。参见王禄生:《论刑事诉讼的象征性立法及其后果——基于303万判决书大数据的自然语义挖掘》,载《清华法学》2018年第6期,第127页。出于审判阶段律师辩护全覆盖的需求,从实践来看,没有辩护律师的当事人则由值班律师来提供法律帮助,即剩余77.87%的案件则由值班律师提供法律帮助。如此显见值班律师在认罪认罚案件中的重要性。

⑬关于勤勉、尽责的释义,参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第5版),商务印书馆2005年版,第1107、711页。

⑭参见《值班意见》第4条。

⑮参见《指导意见》第10条的规定。需要说明的是,《刑事诉讼法》第36条提供便利的主体并不包括公安机关,只限于看守所。《指导意见》的进步在于,值班律师提供法律帮助的时间提前了。

⑯根据《刑事诉讼法》第173条规定,对认罪认罚案件,为了保障值班律师意见的有效性,人民检察院应当提前为值班律师了解案件有关情况提供必要的便利。

⑰比如值班方式可以灵活,可以定期值班或轮流值班,可以通过现场值班和电话、网络值班相结合的方式。具体参见《值班意见》第5条,《指导意见》第11条。

⑱周新:《值班律师参与认罪认罚案件的实践性反思》,载《法学论坛》2019年第4期,第43页。当然,区域之间会有差

异,有的地区要低些,占到40%左右。参见于超:《刑事案件认罪认罚程序中值班律师工作调研报告》,载《中国司法》2019年第7期,第85页。

①⑨参见陈瑞华:《认罪认罚从宽制度的若干争议问题》,载《中国法学》2017年第1期;熊秋红:《“两种刑事诉讼程序”中的有效辩护》,载《法律适用》2018年第3期。

①⑩周新:《值班律师参与认罪认罚案件的实践性反思》,载《法学论坛》2019年第4期,第43页。

①⑪于超:《刑事案件认罪认罚程序中值班律师工作调研报告》,载《中国司法》2019年第7期,第85页。

①⑫顾永忠:《刑事辩护制度改革实证研究》,载《中国刑事法杂志》2019年第5期,第139页。

①⑬《指导意见》第13条规定,对于被羁押的犯罪嫌疑人、被告人,在不同诉讼阶段,可以由派驻看守所的同一值班律师提供法律帮助。对于未被羁押的犯罪嫌疑人、被告人,前一诉讼阶段的值班律师可以在后续诉讼阶段继续为犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助。

①⑭顾永忠:《刑事辩护制度改革实证研究》,载《中国刑事法杂志》2019年第5期,第138页。

①⑮李钧:《古罗马侵权法律制度与现代沿革》,中国政法大学出版社2015年版,第78-84页。有著述概括地指出,普通法与罗马法对于注意均分成三种不同的程度:一般注意、特别注意与轻微注意。参见薛波主编《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第415页。两者原理近似。

①⑯为了读者阅读原文的方便,《示范规则》在文献参考中简称ABA Model Rule,条文内容与官方评论,转引自Professional Responsibility, 2016 by BARBRI, Inc.

①⑰ABA Model Rule 1.3, Comment. See, e. g., Brown v. Sanders, 960 So. 2d 931(La. Ct. App. 1st Cir. 2007).

①⑱ABA Model Rule 1.3.

①⑲刘译矾:《论委托人与辩护律师的关系——以美国律师职业行为规范为切入的分析》,载《浙江工商大学学报》2018年第3期,第62页。

①⑳比如《西弗吉尼亚州专业操守规则》的评论1中,律师

并不一定要争取可能为客户带来的所有好处。律师可能有权行使专业酌处权,以确定应采取的诉讼方式。律师有义务尽合理的努力行事,并不要求使用攻击性策略或不以礼貌和尊重的方式对待所有参与法律程序的人员。West Virginia Rules of Professional Conduct, Effective January 1, 2015, <http://www.courtswv.gov/legalcommunity/court-rules.html>, accessed October 22, 2019.

①㉑该标准首次应用于对北京市东易律师事务所的行政处罚书(证监罚字[2017]70号)中。2018年3月,北京一中院公开开庭审理,因欣泰电气欺诈发行被罚的北京市东易律师事务所因不服证监会270万元的罚没款,将证监会诉至法院,要求撤销行政处罚。这是全国首例涉及律师事务所在申请IPO过程中勤勉义务认定标准的案件。参见徐昭:《证监会强调:中介机构应勤勉尽责》,载《中国证券报》2018年3月19日第A3版。

①㉒ABA Model Rule 1.3, Comment 1.

①㉓ABA Model Rule 1.3, Comment 3.

①㉔ABA Model Rule 1.3, Comment 4.

①㉕ABA Model Rule 1.3, Comment 1.

①㉖这在公司董事勤勉义务中也体现得比较明显。比如,英国法对董事的勤勉义务分为主观标准与客观标准。对于普通非执行董事一般情况下使用主观标准,也就是只要其能够尽自己的所能去完成事务,便认定其已经完成了勤勉义务,对其只以一般勤勉标准来要求。而对于执行董事或者是具备其负责领域专业资质或技能的非执行董事,则以同类专业人员的水准去要求他们,只有他们表现出了该领域专业人员应表现出的勤勉程度才能算履行了勤勉义务,适用的是客观标准。同时,董事们只需为自己的重大过失承担责任。参见任自力:《公司董事的勤勉义务标准研究》,载《中国法学》2008年第6期,第85页。

①㉗目前,法律依据主要包括《关于开展法律援助值班律师工作的意见》(第2、5、6条)、2018年《刑事诉讼法》(第36、173、174条)及“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(第12、14、15条)。

⑳参见《刑事诉讼法》第174条的规定,犯罪嫌疑人自愿认罪,同意量刑建议和程序适用的,应当在辩护人或者值班律师在场的情况下签署认罪认罚具结书。

㉑参见《律师事务所从事证券法律业务管理办法》第14条的规定,律师在出具法律意见时,对与法律相关的业务事项应当履行法律专业人士特别的注意义务,对其他业务事项履行普通人一般的注意义务,其制作、出具的文件不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。

㉒戴紫君:《从法律援助“全覆盖”视角审视值班律师制度》,载《检察日报》2019年9月25日第3版。

㉓《指导意见》第12条第5项规定,值班律师就案件处理,向人民法院、人民检察院、公安机关提出意见。据此,值班律师在侦查、审查起诉与审判阶段都有权提出实体处理意见。还可以参见《刑事诉讼法》第36、173条。

㉔ Charles J. Northrup, “A Lawyer’s Duty to Understand Technology: The Forest And The Trees” 102 Illinois Bar Journal 196(2014).

㉕参见《中华人民共和国律师法》第52条,县级人民政府司法行政部门对律师和律师事务所的执业活动实施日常监督管理,对检查发现的问题,责令改正;对当事人的投诉,应当及时进行调查。县级人民政府司法行政部门认为律师和律师事务所的违法行为应当给予行政处罚的,应当向上级司法行政部门提出处罚建议。

㉖具体参见《证券法》第223条的规定,证券服务机构未勤勉尽责,所制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的,责令改正,没收业务收入,暂停或者撤销证券服务业务许可,并处以业务收入一倍以上五倍以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以警告,撤销证券从业资格,并处以三万元以上十万元以下罚款。

㉗参见祁建建:《美国辩诉交易中的有效辩护权》,载《比较法研究》2015年第6期,第134页。

㉘根据《指导意见》第51条至第53条的规定,以诉讼进程为序,司法机关针对被追诉人的反悔情形设定了不同的反转

程序,对不起诉后反悔的处理,人民检察院依法重新作出不起诉决定、维持原不起诉决定以及撤销原不起诉决定、依法提起公诉;针对起诉前的反悔,具结书失效,人民检察院依法提起公诉;针对审判阶段的反悔,法院依据审查查明的事实依法作出裁判。其中,需要转换程序的,应当按照普通程序对案件重新审理。

㉙参见陈国庆:《认罪认罚从宽制度若干程序问题探析》,载《人民检察》2017年第23期,第9、10页。

㉚主要包括:(1)故意侵权理论,例如欺诈,失实陈述,恶意起诉,滥用程序或滥用资金;(2)违反信托义务理论,这些义务包括忠诚、保密和诚实交易;(3)违反合同理论,通过明确的合同或暗示的承诺,律师应当使用常规技能并尽到常规义务;(4)过失理论。Professional Responsibility, BARBRI, Inc., 2016, p.34.

㉛Professional Responsibility, BARBRI, Inc., 2016, pp. 34–37.

㉜美国程序错误的证明责任机制中,被告人只需要证明存在程序错误,即可申请上级法院撤销原判,公诉方如果认为属于“无害错误”,即对审判的公正性无不利影响,则需要承担证明责任。参见陈瑞华:《比较刑事诉讼法》,中国人民大学出版社2010年版,第439页。

㉝ABA Model Rule 1.8(h).

㉞Professional Responsibility, BARBRI, Inc., 2016, p.37.

㉟参见王进喜:《美国律师职业行为规则理论与实践》,中国人民公安大学出版社2005年版,第20页。

㊱参见《值班意见》第4条,法律援助机构综合社会律师和法律援助机构律师政治素质、职业道德水准、业务能力、执业年限等确定法律援助值班律师人选,建立法律援助值班律师名册。有条件的地方可以组建法律援助值班律师库。

㊲由《值班意见》(第4条)以职业道德水准,业务能力、执业年限作为准入标准,到《指导意见》(第11条)变为应当根据办案机关的法律帮助需求和当地法律服务资源,合理安排值班律师。

㊳聂友伦:《值班律师制度的应然与未然——基于比较

法与现行规范的考察》，载《“认罪认罚从宽制度改革与值班律师参与”会议论文集》，中国政法大学出版社2017年版，第230页。

⑤郭捷：《法律援助值班律师制度比较研究》，载《中国司法》2008年第2期，第102页。

⑥有的市区值班律师的工作经费没有区分，统一按照“法律咨询”类支出，标准为40元/次、300元/日，也有200元/天或者是500元/天。参见李艳飞：《值班律师制度的实证考察与改革展望》，载《行政与法》2019年第3期，第94页。

⑦早在1973年，美国就为公设辩护律师设定了案件负荷标准，每个公设律师每年办理的轻罪案件不能超过400件。参见吴羽：《美国公设辩护人制度运作机制研究》，载《北方法学》2014年第5期，第109页。

⑧陈瑞华：《刑事辩护制度四十年来的回顾与展望》，载《政法论坛》2019年第6期，第1、11页。

⑨关于有效辩护的详细介绍，参见陈瑞华：《刑事辩护的理念》，北京大学出版社2016年版，第94页；[美]德雷斯勒、[美]艾伦·C.迈克尔斯：《美国刑事诉讼法精解：第一卷·刑事侦查》，吴宏耀译，北京大学出版社2009年版，第627、628页。虽然，有效辩护的宗旨是为律师辩护活动确立一种质量控制体系，促使律师提供一种尽职尽责的辩护，也在解决律师不称职问题。但从本源上看，美国有效辩护的标准源于其《宪法第6修正案》规定的“被追诉人应当获得律师辩护的权利”，因此它适用于“辩护”领域，虽然该标准既适用于委托的律师，也适用于指定的律师，参见Guyler v. Sullivan, 446 U. S. 335, 342-345(1980)。但是，从目前立法的精神来看，值班律师被定义为提供法律帮助者，从具体的工作内容与方式来看，值班律师所提供的法律帮助与严格

意义的刑事辩护存在诸多区别，比如不享有调查取证权，不能出庭直接与控诉方对质、对抗，对案件的最终结果不能影响走势（只能在庭外提出意见），对结果无须承担法律与道德层面的责任。值班工作的断裂性与非全程性，很多因素可以使值班律师随时出局，比如被追诉人一旦不认罪，值班律师也就退出“服务区”了。这导致其难以系统地提出案件处理意见，即便《指导意见》第13条允许法律帮助在不同诉讼阶段可以衔接，但仍无法在实质层面改变现状。所以，在判断值班律师是否提供有效法律帮助时，不宜直接适用有效辩护理论。

⑩《指导意见》第10条提出了值班律师“有效法律帮助”的概念，此乃众望所归，具有极强的实践意义，它关乎认罪认罚案件质量的根本保障，甚至影响认罪认罚从宽制度的发展走势。

⑪受阻因素的详细分析，参见陈瑞华：《刑事诉讼中的有效辩护问题》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2014年第5期，第103-105页。事实上，有效辩护理论在美国也障碍重重，在绝大多数涉及无效辩护的案件中，被告人所提出的诉讼请求都没有成功。参见[美]卡罗尔·S.斯泰克：《刑事程序故事》，吴宏耀等译，中国人民大学出版社2012年版，第107页。

⑫比如，陈瑞华教授也认为有效辩护的本质为尽职尽责。有效辩护并不等于“有积极效果的辩护”，也不意味着律师说服司法机关作出有利于委托人的裁决结果，而是要求律师为委托人提供尽职尽责的辩护，能够充分、及时和全面地开展辩护活动，使委托人的合法权益得到切实有效的维护。参见陈瑞华：《刑事辩护制度四十年来的回顾与展望》，载《政法论坛》2019年第6期，第11页。