

美国无效辩护制度及其启示

申飞飞

内容提要:无效辩护制度是有效辩护制度良好运行的必要保障。通过对美国无效辩护制度的考察,可以看到,无效辩护制度在一定程度上提高了刑事辩护的质量。我国辩护制度运行状况堪忧,委托辩护质量不高,指定辩护在司法实践中流于形式。就目前情况看,在所有案件中借鉴无效辩护制度的时机还不成熟,而率先在死刑案件的审判过程中,将无效辩护制度应用于委托辩护与指定辩护,不仅可行,而且紧急。但是,因为司法传统以及刑事诉讼制度的差异,对于无效辩护的判断标准、证明责任、救济程序、律师责任的承担等,我国应采取不同于美国的思路。

关键词:无效辩护 死刑案件 委托辩护 指定辩护

申飞飞,北京师范大学法学院博士研究生。

辩护权问题一直是当代世界各国刑事司法关注的焦点。而没有建立有效辩护制度的刑事司法,也难以称得上是公正文明的刑事司法。与有效辩护紧密相关的辩护质量问题,则是衡量辩护权是否充分实现的主要标准之一,并引起了世界各国刑事司法界的共同关注。英美等国家建立的无效辩护制度,目的在于缓解辩护质量不高的严重状况。无效辩护在《布莱克法律词典》里解释为“律师没有合理处理案件”,通常指的是,律师或者是履行职责不称职,或者没有尽力为被告人服务,尤指因利益冲突,剥夺了被告人获得公正审判的机会。在确定刑事被告人是否遭受了无效辩护时,法院通常应当考虑以下几个因素:(1)律师是否预先熟悉了案件;(2)被控诉的不称职行为中是否涉及辩护策略;(3)律师被控诉的无效辩护行为,是否或在多大程度上使被告人遭受了偏见;(4)无效辩护行为是否超出了律师控制的范围。^[1] 实践表明,该制度有利于被告人获得较高质量的辩护,有利于实现司法公正。目前我国辩护质量堪忧,尤其是指定辩护质量普遍较低,我们该如何借鉴并设计符合我国国情的无效保护制度呢?本文试图在下文中探讨与此相关的问题。

一 美国无效辩护制度的形成和发展

美国作为判例法国家,其法律制度的形成和发展与判例是密不可分的。在对抗制体制

[1] Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Eighth Edition, West Group, 2004, p. 130.

下产生的无效辩护制度,也是美国法院在对一系列判例的解释之下得以形成和发展的。

(一) 无效辩护制度的演进——以判例为线索

1791年通过的美国宪法第六修正案规定,被告人享有获得辩护律师帮助的权利。1932年美国最高法院开始扩大辩护权的范围,在鲍威尔案(Powell v. Alabama)中,最高法院认为没有经济能力的被告人在可能判处死刑的案件中享有有效辩护权。^[2] 大约30年后最高法院在吉狄恩案(Gideon v. Wainwright)中扩张了这个解释,认为正当程序要求为重罪案件的贫穷被告人指定辩护人,同时把有效辩护权扩大到了州法院的被告人。^[3] 从此,有效辩护就不仅仅限于联邦法院系统适用了。1970年,最高法院在麦克曼案(McMann v. Richardson)中继续扩大辩护权,认为有效辩护是合理的,^[4] 同时把第六修正案的辩护权条款解释为刑事被告人享有有效辩护的权利。虽然在该案里最高法院没有规定有效辩护的标准,但它宣告:宪法保证的辩护权是服务于它的目的的,被告人不能任由不胜任的辩护人摆布,法官应该努力坚持刑事案件被告人的代理律师应有适当能力的标准。^[5] 1972年,在阿杰辛格案(Argersinger v. Hamlin)^[6]中,最高法院考虑了将指定辩护适用于轻罪案件。

自从1932年美国最高法院确立有效辩护到1984年,最高法院也没有规定无效辩护的具体标准。1945年联邦哥伦比亚特区巡回上诉法院在迪戈斯案(Diggs v. Welch)中提出了“荒诞剧和笑柄”标准,认为只有当律师的辩护行为如同荒诞剧或笑柄以至于“代理毫无效果”时,律师的辩护行为才是无效的。^[7] 1970年,联邦第五巡回上诉法院在卡拉维案(Caraway v. Beto)中没有采用“荒诞剧和笑柄”标准,而采用了以“合理尽职的帮助”作为判断有效辩护的标准。^[8] 1984年,最高法院在斯特里克兰案(Strickland v. Washington)中制定了无效辩护的双重标准。^[9] 该标准也叫斯特里克兰标准。最高法院认为:(1)缺陷标准即辩护人的表现有缺陷;(2)偏见标准即该缺陷表现使被告人遭受了偏见以至于剥夺了被告人的公平审判权。为了证实前一项标准,被告人必须推翻“一个强有力的推定:即辩护人的行为在合理的辩护范围内”,并表明它客观上是不合理的。^[10] 后一项给被告人造成偏见的标准通常要证明:“如果不是辩护人的非专业性错误,则有可能产生另一不同的诉讼结果。”^[11]

从无效辩护的演进过程中不难发现,美国无效辩护制度的形成与发展是随着有效辩护制度的发展而得以确立和推进的。有效辩护权源于第六修正案被告人获得辩护律师的帮助权,但它丰富了第六修正案的内容。^[12] 虽然无效辩护制度是以有效辩护的发展为前提的,但无效辩护制度的发展反过来又促进了有效辩护制度的完备。也可以说,无效辩护制度也

[2] Powell v. Alabama, 287 U. S. 45(1932).

[3] Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335, 342(1963).

[4] McMann v. Richardson, 397 U. S. 759(1970).

[5] 同上注,第 771 页。

[6] Argersinger v. Hamlin, 407 U. S. 25(1972).

[7] Diggs v. Welch, 325 U. S. 889(1945).

[8] 421 F. 2d 636, 637(5th Cir. 1970).

[9] Strickland v. Washington, 466 U. S. 688(1984).

[10] 同上注,第 689 页。

[11] 同上注,第 694 页。

[12] U. S. —Yarborough v. Gentry, 540 U. S. 1, 124 S. Ct. 1, 157L. Ed. 2d 1 (2003); U. S. v. Cronin, 466 U. S. 648, 104 S. Ct. 2039, 80L. Ed. 2d 657(1984).

源自于第六修正案。^[13] 因此,不管是有效辩护还是无效辩护,它们都服务于辩护权的目的即确保公正审判。无效辩护的判断标准从起初很模糊和抽象的“荒诞剧和笑柄”标准,发展到后来相对具体的“合理尽职的帮助”标准,再到现在较为具体的斯特里克兰标准,即无效辩护的双重标准,这无疑是一种进步。但也存在不同的看法,在斯特里克兰案中,大法官马歇尔(Marshall)就有不同意见,他认为这个标准过于宽泛,在实践中很难把握,在解释第六修正案和法院适用中,可能会产生过多的歧义。^[14] 多年后,大法官布莱克门(Blackmun)也认为,斯特里克兰标准在应用中没有使被告人得到本应从律师服务中享有的保护。^[15] 但从斯特里克兰标准确立以来,该标准在美国联邦与州法院系统得到了广泛的使用,这充分展示了它较为合理的可行性。

(二)无效辩护的一般表现

美国的司法实践中,在不同的诉讼阶段,无效辩护行为的表现是不同的。通常下列行为被法院认为属于无效辩护的情形:(1)对审判准备不足,主要包括:预先熟悉案件不充分;对案件的调查和对相关法律的研究不充分;辩护理由不充分;没有调查辩护方证人;没有申请传唤特定证人。(2)所聘请的律师在撤销逮捕令的动议听审之日声明,除非支付费用,否则不给被告人提供最好的辩护。(3)没有与委托人进行充分交流。(4)审判管辖有问题,而没有提出审判管辖异议。(5)辩护人与委托人有性关系。(6)没有向委托人提供辩护交易的提议。(7)在同一诉讼中,辩护人可能是委托人反方的证人。(8)存在有利益冲突的共同被告人被同一律师代理。(9)没有进行有效的预备性询问。(10)没有提供证实被告人缺乏犯罪意图的证据。(11)辩护律师在审判中处于醉酒状态。(12)辩护人存在精神上的损伤。(13)没有提出有力的证据。(14)没有提出适当的证据上的异议或动议。(15)没有提出对委托人有利的陪审团指示。(16)没有出席庭审。(17)没有建议委托人传唤品格证人。(18)为了获得从轻处罚,而要求陪审团细读过于冗长的关于被告人童年时期受到收容机构不良影响的记录。(19)辩护人故意质疑己方最有利的证人。(20)在上诉方面,无效辩护有以下情形:辩护人没有通知委托人享有上诉权或当要求提出上诉时未予提出;没有就法庭未指示陪审团注意较轻情节包括罪过在内问题提出异议;没有提出证据不足的问题;上诉辩护人没有充分出示初审法院的审判记录;上诉辩护人没有提出初审辩护人的无效辩护问题;以及没有提交简单的上诉事实摘要。^[16] 上述对无效辩护情形的归纳无疑有利于加强委托人对无效辩护的判断,也有利于法院参照适用。当然这些概括并没有囊括所有的无效辩护情形,而且随着司法实践的发展,仍会有其他无效辩护情形不断出现。

(三)指定辩护实施的状况

美国的指定辩护在刑事案件中是大量存在的。绝大多数公设辩护人承担着超负荷工作。在一些管辖区,一个公设辩护人一年平均办理一千多个案件,^[17]远远超过了美国律师

[13] Iowa—State v. Wills, 696 N. W. 2d 20 (Iowa2005).

[14] Strickland, 466 U. S. 707.

[15] McFarland v. Scott, 512 U. S. 1256, 1259 (1994).

[16] Catherine Palo, Defending Against Claim of Ineffective Assistance of Counsel, *American Jurisprudence Trials*, April 2010, p. 14.

[17] 参见 ABA Standing Committee on Legal Aid and Indigent Defendants, *Gideon's Broken Promise: America's Continuing Quest for Equal Justice*, 2004, available at <http://www.abanet.org/legalservices/sclaid/defender/brokenpromise/fullreport.pdf>.

协会规定的一个律师能有效处理的案件数量。辩护人对被告人权利实现的重要性是毫无疑问的,然而,事实上当事人经常没有得到有效辩护。在美国,75%的被指控犯有严重罪行的被告人没有经济能力自己支付委托律师的费用,^[18]他们不得不接受法院指定的辩护人。但指定律师通常得不到足够的经济补偿,欠缺经验。这样,指定辩护人的辩护质量难免会大打折扣。因此,在指定辩护案件中规定适用无效辩护制度就显得十分重要了。

司法实践中,美国的法院在处理被告人提出无效辩护主张时,通常对被告人的律师是委托的还是指定的是有区别的。一些案件已经表明对委托辩护提出无效辩护的主张通常是没理由的或难以成立的。^[19] 当下对该问题的解释存在两种基本观点:一是代理理论。根据这一理论,委托辩护人的不胜任被归于委托人自己的错误;^[20]二是国家参与理论。该理论认为被告人的委托辩护行为中没有国家的参与,也就不构成对辩护权的否定;而在指定辩护中,因为有国家的干预,如果存在无效辩护,也就构成了对有效辩护宪法权利的否定。^[21] 关于委托辩护和指定辩护中是否存在国家行为,有人指出刑事审判本身就是国家行为。因此,不管委托辩护还是指定辩护,在审判中的无效辩护都构成了对正当程序的否定。^[22] 虽然宪法第六修正案对辩护权的保护没有区分委托辩护还是指定辩护的情形,但无疑这两种辩护都应当是有效辩护。然而,实践理性与法律文本之间往往是有距离的。美国的司法实践已表明,对委托辩护与指定辩护是否和如何适用无效辩护是有区别的。在国家没有足够能力切实保障人人都有权得到有效辩护的情况下,被告人在选择委托律师时,应有一定的注意义务。因此,如果被告人在委托辩护人时没有履行相应的注意义务,而导致辩护律师出现无效辩护,则被告人在一定程度上是要承受不利后果的。

(四) 无效辩护的救济

在美国,当事人通常可在随附审查程序^[23]中提出无效辩护的主张。法院在该程序中审查辩护的有效性时,通常推定辩护人提供了足够的帮助。法官通常在审判中对辩护人的行为给予极大的尊重,因此他们通常不愿意考虑律师提供了无效辩护。^[24] 一般都是在随附审查程序中提出无效辩护,而不在直接上诉中予以考虑。^[25] 并且,被告人首先必须用尽州所有的救济手段,才能在向联邦法院提出的人身保护令程序中提出无效辩护的主张。^[26] 但是,随附审查程序是在上诉程序结束之后,而上诉程序通常要花费四年或四年以上的时间。^[27]

[18] 参见 Anne M. Voigts, *Narrowing the Eye of the Needle: Procedural Default, Habeas Reform, and Claims of Ineffective Assistance of Counsel*, 99 *Colum. L. Rev.* 1999, pp. 1118 - 1119.

[19] Lewis, T. D., *Incompetency of Counsel*, 25 *Baylor L Rev.* 1973, pp. 299 - 308.

[20] Lewis, T. D., *Incompetency of Counsel*, p. 308; Waltz, *Inadequacy of Trial Defense Representation as a Ground for Post - Conviction Relief in Criminal Cases*, 59 *Nw. U. L. Rev.* 1964, pp. 289 - 296.

[21] Lewis, T. D., *Incompetency of Counsel*, p. 309; Waltz, p. 296.

[22] Waltz, pp. 299 - 300.

[23] 随附审查程序,是一种定罪后的救济程序,通常在与定罪法院不同的初审法院进行,当事人也可传唤证人和提出证据。

[24] Deborah Cirilla, *A Caribbean Fantasy? The Case of the Juror Who Misbehaved and the Attorney Who Let Him Get Away With it: Violation of Sixth Amendment Rights to an Impartial Jury and Effective Assistance of Counsel in Government of the Virgin Islands v. Weatherwax*, 42 *VILL. L. REV.* 275, 278 (1997).

[25] *United States v. Gambino*, 788 F. 2d 938, 950 (3rd Cir. 1986), cert denied, 479 U. S. 825 (1986).

[26] *Commonwealth v. Grant*, 813 A. 2d , 735 - 736 (Pa, 2002).

[27] Eve Brensike Primust, *Structural Reform in Criminal Defense: Relocating Ineffective Assistance of Counsel Claims*, *Cornell L. Rev.* Vol 92, 2007, p. 679.

如此计算,多数定罪的被告人已服满了整个刑期,^[28]他们哪有继续诉讼的动力?实践中,一旦被告人被执行了刑罚,一些管辖区甚至排除了他们提出随附审查的机会。^[29]情况更糟的是,当被告人想提出无效辩护的主张时,他们在随附审查程序中不享有律师帮助的宪法性权利。^[30]尽管定罪的被告人在上诉中应当享有获得律师帮助的宪法性权利,^[31]但被告人对无效辩护的提出被限定于那些在审判中有无效辩护行为记录的案件。^[32]

对于无效辩护主张的证明责任,美国判例规定由被告人来承担。^[33]为了证明无效辩护主张成立,被告人必须通过优势证据证明辩护人没有履行基本的义务,并由此导致不公。^[34]只有被告人对辩护律师无效辩护证明达到了优势证据的证明程度,被告人的定罪才可能被推翻或量刑可能被撤销。^[35]对于无效辩护责任的承担方式,往往通过民事赔偿或纪律惩戒来进行。

因此,美国关于无效辩护的救济程序存在一定的缺陷。第一,美国法院基本上排除了被告人直接针对无效辩护提出上诉的权利。第二,美国无效辩护的证明责任完全由被告人来承担,并且要达到优势证据的证明标准,实践中被告人是很难承担的。这样的程序救济设计难以切实保护被告人的合法利益。

(五)无效辩护的目的——公正审判

无效辩护制度设计究竟追求的是公正审判还是公正审判的结果呢?我们先来考察威廉斯案(Williams v. Taylor)。1997年6月9日早晨,威廉斯(以下简称W)进入了杜雷特(Durrett,以下简称D)在俄克拉荷马州奥克马尔吉的拖车家里,射杀了D。陪审团定W一级谋杀罪,法院最终宣判W终身监禁不得假释。在审判前,州检察官向W提供了十年的量刑来换取二级谋杀的有罪答辩。W想接受提议,但他的辩护人强烈认为W应拒绝提议。同时还威胁W说,如果W接受了答辩提议,他将退出案件。^[36]W最终接受了律师的建议,拒绝接受辩诉交易。审判后,W上诉于州刑事上诉法院,称他在答辩协商阶段得到了无效辩护。法院立即做出把案件发回州法院重审的裁决。州法院裁决认为W的律师在答辩协商阶段的表现是有缺陷的,满足了斯特里克兰标准的第一个标准,但W没有遭受偏见。于是,W又对州法院的裁决提出上诉。在上诉中,州刑事上诉法院赞成州法院关于W的律师在答辩协商中的表现是有缺陷的意见,但同时认为W依照律师有缺陷的建议,使W遭受偏见了。因为律师使W丧失了得到有罪答辩的机会。据此,州刑事上诉法院裁定W遭受了违反第六修正案的无效辩护。为了补救违宪行为,州刑事上诉法院将W的量刑改判为终身监

[28] 参见 Matthew R. Durose & Patrick A. Langan, *State Court Sentencing of Convicted Felons, 2002: Statistical Tables*, Bureau of Justice Statistics, U. S. Dep't of Justice, April 2005, available at <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/sc0201st.pdf>.

[29] Grant, 813 A.2d, 741.

[30] *Pennsylvania v. Finely*, 481 U.S. 551, 555 (1987); *Murray v. Giarratano*, 492 U.S. 1, 10 (1989).

[31] Robert L. Spangenberg & Marea L. Beeman, *Indigent Defense Systems in the United States*, 58 *Law & Contemp. Probs.* 31, 31 (1995).

[32] *State v. Green*, 621 P.2D, 67, 68 (Or. Ct. App. 1980).

[33] *Mass. - Com. v. Phinney*, 446 Mass. 155, 843N. E.2d 1024 (2006).

[34] *Iowa - State v. Straw*, 709 N. W. 2d 128 (Iowa 2006).

[35] *Strickland*, 466 U.S. 687.

[36] *Williams v. Jones*, 571 F.3d 1086, 1088 (10th Cir 2009).

禁可以假释。^[37] 这是在该州法律关于一级谋杀罪的最低处罚。后来 W 在俄克拉荷马州东部地区设立的美国地区法院提出人身保护令的申请,认为州刑事上诉法院的改判仍不能使他恢复到原来要接受答辩提议时的情形,于是坚决认为州刑事上诉法院对违宪行为补救不充分。但地区法院根据改变后的量刑在俄克拉荷马州一级谋杀法定的量刑范围内,因而是合宪的,最终拒绝了 W 的申请。^[38] 于是,W 把地区法院的决定上诉于第十巡回法院。美国第十巡回上诉法院中一个由三名法官组成的合议庭,在没有达成一致意见的决定里,认为 W 在答辩协商阶段遭受了无效辩护,违反了第六和第十四修正案。^[39] 法院认为 W 案件符合斯特里克兰的双重标准,因为 W 表明了在有罪答辩协商阶段律师的表现是有缺陷的,同时也表明了要不是律师的错误,他将能获得更加仁慈的量刑,故律师的缺陷表现使他遭遇了偏见。^[40] 后来最高法院认为第十巡回法院在 W 案件中的意见是错误的,因为大多数法官没有考虑到辩护权条款的真正目的。有效辩护权最终目的不是为了给刑事被告人提供最好的结果,而是确保公正审判,保护被告人获得公正审判的基本权利。宪法通过正当程序保证公正审判,公正审判的基本要素大部分是通过第六修正案的规定来实现的。宪法中没有给刑事被告人答辩交易的权利。辩诉交易仅仅代表的是检察官的恩惠和一种为了使被告人减轻难以承担司法程序重负的有效方式而已。因此,不能说对 W 的审判是不公正的,或者裁决结果是不正义的。他只是没有利用当时仁慈的答辩提议而已。^[41]

在威廉斯案件中,最高法院通过分析描述了基本公正的特征,即不仅要关注被告人的实体权利也要关注被告人的程序权利。^[42] 把公正审判定位为无效辩护的目的不仅有利于彰显程序正义,而且有利于确保实体正义的实现。在威廉斯的案件中,如果他接受了检察机关的有罪答辩提议,那么他将会被判处更为宽缓的刑罚。因此对于无效辩护的目的我们不应只强调程序正义,也应关注实体正义。

二 无效辩护制度构建的必要性

完善的辩护制度是由有效辩护制度和无效辩护制度共同构成的。英美法系国家的无效辩护制度就是对辩护制度完善的佐证。在一定程度上可以这么讲,有效辩护权是无效辩护主张的权利源泉,无效辩护制度是有效辩护制度运行的必要保障。

(一) 保障有效辩护实现的需要

如果认为只要犯罪嫌疑人、被告人得到了辩护律师的帮助,就认为被告人的辩护权得到保障,甚至得到了有效辩护,这是荒谬的。因为得到律师并不等于当然得到了律师的辩护,更不等于律师会给予有效的辩护。因此,有效辩护制度的建立有利于促进刑事辩护质量的提高。但是,如果单纯规定有效辩护的一系列标准,而没有相应制度予以保障,有效辩护也是难以奏效的。在相应的制度构建里,无效辩护制度无疑是其中关键一项。无效辩护首先

[37] 同上注,第 1088 页。

[38] Williams v. Jones, No. CIV - 03 - 201 - RAW, 2006 WL 2662795, at * 12 (E. D. Okla. Sept. 14, 2006).

[39] Williams v. Jones, 571 F. 3d 1086, 1093 (10th Cir. 2009).

[40] 同上注,第 1091 页。

[41] Paul J. Sampson, Ineffective Assistance Of Counsel In Plea Bargain Negotiations, *Brigham Young University Law Review*, 2010.

[42] Williams v. Taylor, 529 U. S. 393 (2000).

可以通过程序之内的救济,向上一级法院提出以无效辩护为理由的上诉主张。一旦法院认定无效辩护成立,对被告人的裁判就可能发回重审。当案件发回重审之后,被告人就可以无效辩护作为发回重审的理由之一,通过程序以外的方式即申请司法行政机关或律师协会对律师给予相应的纪律惩戒,也可以由上述机关或组织主动做出纪律惩戒,又或者通过律师对当事人承担民事赔偿的方式来救济。通过程序之内与程序之外对无效辩护的救济,不仅可以使律师遭受司法机关的否定性评价,而且律师在业内的生存与名誉也会遭受减损,甚至在一定期间内或终生失去从业资格。这样一来,为了持续自己的职业生涯与避免法律职业共同体成员对自己的贬低,律师就会自觉而积极地提高自己的辩护技能,勤勉而忠实地为被告人服务,履行有效辩护的义务,维护被告人的合法权益。

(二) 辩护现状的需要

控辩平等对抗作为刑事诉讼的一个基本原则,目前在我国的司法实践与立法中仍存在很大的不足。主要表现在控辩失衡,辩方的权利受到诸多限制。就现有的辩护现状看,有一种现象是我们深恶痛绝的,即辩护人在有能力履行辩护职责的情况下,而不与控诉方展开积极对抗,只是简单地履行庭审程序。这无疑会导致庭审成为简单的“生产流水线”。这一问题不仅在我国的委托辩护中存在,也在指定辩护中存在。虽然委托辩护与指定辩护作为辩护制度史上的一大进步,彰显了人权保障理念,但被告人需要的不只是形式上的辩护,而是律师的有效辩护。目前辩护人对控诉机关的指控从头到尾唯唯诺诺已变得司空见惯,尤其在指定辩护中更为严重。相反,如果哪个辩护律师振振有词,不仅会遭受检察官与法官的蔑视,而且也会被同行的其他律师认为这个律师不懂“从业规则”。2010年初发生在福建南平的郑民生砍杀学生案件庭审辩护就是例证。被告的指定辩护律师在庭审全程对犯罪事实与证据始终无任何异议。难道该律师在法庭审理过程中不能对被告人犯罪的社会原因或者其他原因提出一点意见,从而引发法官与社会对被告人犯罪的社会原因或其他原因的一些思考吗?辩护人至少应在视觉上让媒体或被害方以外的其他人听到或看到一点体现现代刑事司法文明的抗辩制效果吧!辩护的这种现状与我国没有建立无效辩护制度是不无关系的。因此,为了确实保障被告人辩护的权利,有必要建构无效辩护制度。

三 无效辩护制度的构建

虽然无效辩护制度的构建是以有效辩护制度的存在和完善为前提的,但无效辩护制度的构建无疑会加速有效辩护制度的完善。目前,我国的相关规范性文件,比如《律师职业道德和执业纪律规范》规定,律师必须热情勤勉、诚实信用、尽职尽责地为当事人提供法律帮助,积极履行有经济困难的当事人提供法律援助的义务,努力满足当事人的正当要求,维护当事人的合法权益。这其实包含了有效辩护的部分实质内容。然而,仅仅靠没有程序制裁机制的有效辩护制度,是难以确保辩护权的真正实现的。对此,可以从无效辩护制度这一程序性制裁机制得到启发,构建我们国家的无效辩护制度。

(一) 无效辩护制度的适用范围

无效辩护是适用于委托辩护还是指定辩护,抑或两者都可适用?是适用于整个诉讼阶段还是适用于诉讼的某一或某几个阶段?它是否应该适用于所有的案件?如前所述,在美国不管是委托辩护还是指定辩护,都是适用无效辩护的。但在美国的司法实践中,法院在认

定无效辩护时,是有区别的。委托辩护和指定辩护都属于辩护权的有机组成部分,在两者是否适用无效辩护制度时,是不能区别对待的。虽然委托辩护是在犯罪嫌疑人、被告人自己选择的前提下进行委托的,而且是支付律师高额费用的,但这不能成为委托人自己承担不利后果的充足理由。原因在于:其一,委托人不是法律专业人士;其二,委托辩护律师既然与委托人之间达成了法律服务的契约,就应该忠实地履行契约;其三,提供有效辩护应当是律师作为法律工作者的本质要求。因此,应当把由律师担任委托辩护人的辩护行为纳入无效辩护制度适用的范围。对于指定辩护律师而言,被告人的辩护律师是通过法律援助机构指派律师事务所安排,并由法院指定,法律援助机构和法院既然代理被告人行使权利,它们就应当承担权力行使不当产生的后果。因此,对于指定辩护律师的不称职行为应当允许被告人提出无效辩护。虽然我国刑事诉讼法未来会把指定辩护扩大到起诉阶段,甚至侦查阶段,但这在短期内无法全部实现。因此,不能盲目地效仿美国从聆讯到审判都适用无效辩护制度。而可以在审判阶段适用无效辩护制度。同时,目前在所有案件中适用这一制度的时机尚不成熟,可以先适用于死刑案件。这主要是由死刑案件本身的特殊性与国家的死刑刑事政策决定的,当然也是提高死刑案件委托辩护与指定辩护质量所要求的。

(二)无效辩护的判断标准

无效辩护的判断标准问题是无效辩护制度的核心,如何制定无效辩护的判断标准涉及到了辩护制度的根本目的。辩护制度的根本目的是保证控辩平衡,保障犯罪嫌疑人、被告人得到公正审判。公正审判既包含程序公正,也包含实体公正,因此,对于无效辩护的判断标准设定,应当坚持实体与程序并重的观念。斯特里克兰标准主要侧重于保护程序公正,从而获得公正审判。这个标准并不符合我国的情况。目前没有哪个国家将无效辩护的种种情形都罗列出来,而只是规定一个相对明确的标准。其实无效辩护的具体情形也是难以一一列出的。因此,可以参考美国斯特里克兰标准,将我国无效辩护的标准作如下规定:如果辩护律师的行为明显不符合律师应有的通常职业水准,该行为导致被告人的基本诉讼权利受到侵犯,且造成审判结果严重不公正的,则可以认定构成无效辩护。

(三)无效辩护的证明责任

在美国,无效辩护的证明责任是由被告人来承担的,被告人对无效辩护的证明标准要达到优势证据的程度。在我国现有的司法环境下,这样的规定是不适合的。在委托辩护与指定辩护案件的死刑案件中,被告人收集证据的能力极低,要让被告人承担证明律师无效辩护的责任,这无异于取消了被告人提出无效辩护的权利。因此,被告人只要承担提出辩护律师的行为明显不符合律师应有的职业水准,侵犯了被告人基本诉讼权利的证据即可。对于辩护律师的行为是否导致被告人的审判结果严重不公正则应由法院承担查明责任。法院可以通过查阅法庭的审判记录或者其他记录律师辩护行为的笔录来查明。当然,被告人也可以向法院提供相关证据或证据线索,由法院负责查明。法院的这种查明责任不仅是能动司法的本质要求,也是保障有效辩护实现的合理、可行方式。

(四)无效辩护的救济程序

美国的无效辩护通常在随附审查程序中提出,很少在直接上诉中提出,美国学界诟病不少。^[43] 对此,有人可能认为如果允许被告人对无效辩护案件都进行上诉,无疑会加大二审

[43] Eve Brensike Primus, p. 706.

法院的工作量。这点忧虑不无道理。但如果只在死刑案件的审判过程中,将无效辩护制度适用于委托辩护与指定辩护,是不会出现大量案件涌入二审法院的情况。何况这类案件也并非都符合无效辩护的判断标准,适用案件是有限的。因此,我国应该当允许被告人在上诉中直接提出无效辩护主张。当然也可以在其他上诉理由中一并提出无效辩护主张。但仅因无效辩护理由提出上诉,应设置一个书面审查程序,以避免被告人滥用无效辩护。此任务应由上诉法院的立案庭进行审查,如上诉人已提出足够的证据线索或证据,则做出予以受理的决定;如未提出足够的证据线索或证据,则做出不予受理上诉的决定,此决定不可申请复议。在美国只要认定无效辩护成立,则要做撤出定罪或量形的裁决。这是与美国的定罪程序与量形程序分离紧密相连的。而我国刑事诉讼法尚未对被告人的定罪程序与量形程序分离做出规定。目前全国范围内积极推进量形规范化试点工作已经全面展开,将量形纳入法庭审理程序,增强了量形工作的透明度,这无疑为被告人针对量形问题提出无效辩护提供了可能。因此,不管对于定罪问题还是量形问题,只要被告人提出无效辩护主张,且无效辩护能够成立的,则上诉法院应当裁定撤出原判,发回原审法院或指定其他同级法院重新审判。通过这种程序性制裁机制的实施,可以在一定程度上确保辩护权的有效实现。

(五)无效辩护中的律师责任

美国对无效辩护律师在刑事诉讼程序之外的惩戒,通常采取民事赔偿或相应的纪律处分来进行,具有一定合理性。但我们没有必要完全照搬。比如我国《律师法》、《法律援助条例》、《律师和律师事务所违法行为处罚办法》、《关于刑事法律援助工作的规定》等就已经规定,律师未忠实履行辩护职责、侵害被追诉人利益的,将会受到通报、警告、没收违法所得、停止执业、吊销执业证书等不利法律后果。通过行政制裁的形式让不称职律师承担相应法律责任,这比美国的措施更加完善。我们还可以通过完善《律师法》、《法律援助条例》等,针对委托辩护律师与指定律师的无效辩护行为分别规定如下制裁措施:由司法行政机关做出由律师承担一定罚款和法律援助机构做出不给法律援助律师支付补贴等形式来进行规制。虽然程序之外的救济,并不能挽回因辩护律师的无效辩护行为而导致对被告人不合理刑事责任的追究,但它可以通过对辩护律师权益的合法减损,来对被告人的权益起到一定补偿作用,也可警示潜在的不称职辩护律师,进而提高刑事辩护的质量。

[Abstract] Ineffective assistance of counsel serves as the necessary guarantee for the proper operation of the system of solid defense. Through studying the ineffective assistance of counsel in the United States, one may find that it has, to some extent, improved the quality of criminal defense. Looking at situation in China, our defense system does not work well, the quality of attained advocate is poor and appointed counsel exists almost in name only. Taking all these into consideration, the author does not think that it is ripe to introduce ineffective assistance of counsel in all cases. Nevertheless, the author believes that it is not only feasible but also imperative to introduce ineffective assistance of counsel in situation of attained advocate and appointed counsel in cases involving death penalty in China. Due to differences existed in judicial tradition and criminal proceedings between China and the US., China should adopt different approach in terms of criteria of ineffective assistance of counsel, burden of proof, remedy procedure and lawyer's liability.

(责任编辑:王雪梅)