

有效辩护理念的本体展开

桂梦美¹, 张蕾²

(1. 西北政法大学公安学院, 陕西西安 710061;
2. 西安交通大学法学院, 陕西西安 710054)

摘要:有效辩护理念是律师时代最主要的精神支撑。作为一项宪法权利,有效辩护权的功能和价值在于实现程序正义和人权保障。全面提升有效辩护理念,需要从狭义上、广义上对有效辩护的内涵、标准进行充分的本体理解。任何理念或者制度,都是以相应理论为其生存根据与逻辑展开。作为法律理念,有效辩护其理论基础主要包括程序正义、无罪推定与人权保障、诉讼结构等方面。对于因辩护律师自身不称职导致其辩护是无效的,达到“实际无效”标准,应当建立程序内与程序外两种救济模式,使得无效辩护面临程序性制裁、民事赔偿或者职业惩戒等后果。

关键词:有效辩护;无效辩护;宪法权利;程序性制裁;人权保障

中图分类号:DF715 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2018)03-0044-11

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2018.03.004

Ontological Expansion of the Concept of the Counsel's Effective Assistance

GUI Meng-mei¹, ZHANG Lei²

(1. School of Public Security, Northwest University of Political Science and Law, Xi'an 710061, China; 2. School of Law, Xi'an Jiaotong University, Xi'an 710054, China)

Abstract: The counsel's effective assistance is the most important spiritual support in the era of the lawyer. As a constitutional right, the function and value of the counsel's effective assistance lie in the manifestation of the procedural justice and the protection of human rights. To comprehensively improve the counsel's effective assistance, we need to fully understand the connotation and standard of the counsel's effective assistance. Any concept system is based on the theory of its existence and logic. As a legal concept, the theoretical basis of the counsel's effective assistance mainly includes procedural justice, presumption of innocence, human rights protection, litigation structure and so on. To deal with any invalid defense caused by the counsel's incompetence, if it is in accordance with the "actual invalid" standard, we shall establish relief programs and procedural punishment, such as civil compensation or professional disciplinary consequences.

收稿日期:2018-04-05

基金项目:西安市社会科学基金研究课题“新时代基层微腐败治理程序研究”(18F34);国家“2011计划”司法文明协同创新中心研究成果

作者简介:桂梦美,男,西北政法大学公安学院副教授,法学博士,主要从事刑事诉讼法研究;张蕾,女,西安交通大学法学院博士研究生,主要从事刑事司法制度研究。

Key words: effective counsel's assistance; ineffective counsel's assistance; constitutional rights; procedural punishment; human rights protection.

最高人民法院、司法部于2017年10月共同出台《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》和《关于开展律师调解试点工作的意见》,标志着律师时代,特别是刑事辩护律师的时代已经到来。虽然律师全覆盖之要义在于刑事辩护的法律援助,并在北京、陕西等8个省、市推开为期一年的试点,但毫无疑问的是其价值在于使被告人获得有效辩护与权益保障。一般而言,被告人自我辩护的效果极其有限,委托律师辩护则成为获得有效辩护最令人信赖的方式。被告人委托律师追求的是对自己合法权益最大化保障,而追求有效辩护及其辩护质量属于刑事程序价值的必然要求。2016年8月以来“两高三部”联合下发了《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》和《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办法》,据此可以看出有关部门对提升辩护率,强化律师辩护权特别是有效辩护提出了新的更高要求。律师辩护率、值班律师帮助、有效辩护是衡量以审判主义为中心的刑事诉讼制度改革成效的关键指标。刑事辩护不仅有量,更强调有质即有效辩护。

作为哲学概念,理念(Idea)本体指最美的观念,具有指导性的或者说柏拉图式的观念形态。有效辩护理念之含义正是在此基础意义上解释的。笔者认为,有效辩护理念是律师刑事辩护全覆盖真正落实的可靠保证与防止冤假错案件再现的主要精神支撑。最高人民法院副院长江必新近日在接受香港Now新闻台专访时说,大陆现在基本上没有冤假错案主要原因在于律师的有效帮助。最高人民法院2018年工作报告中提到刑事再审改判6747件,其中重大冤错案39件78人得到依法纠正。另外,依法对2943名被告人(公诉案件)和1931名被告人(自诉案件)宣告无罪。最高人民检察院2018年工作报告中称对不构成犯罪或者证据不足的不批捕62.5万人、不起诉12.1万人,其中因非法证据排除不批捕2864人、不起诉975人。上述数据与成绩,据公开的媒体报道,基本上都是因为案件当事人获得了律师积极、全面有效参与诉讼程序的权利。因此,律师积极而富有成效地为被告人辩护是律师帮助权的实质性内容。为此研究有效辩护内涵、标准及其理论基础如何理解和展开,显然对于强化有效辩护理念具有十分重要的逻辑价值与现实意义。

一、有效辩护理念之本体描述

有效辩护理念,是新时代法治文明在刑事诉讼中的本体展开。美国学者贝勒斯在《法律的原则:一个规范的分析》中提到了有效辩护理念的关联原则,即法律帮助:“人们有权聘请律师,而且对于重要的法律问题,国家应以公费为其提供律师。”^[1]我国1954年《宪法》和《人民法院组织法》规定了当事人享有委托他人代为辩护的权利,并于1956年3月召开的一次全国律师工作座谈会上指出,“律师的职责是对公民、机关、企业和团体等主体给予法律帮助,依法保护其权益。律师的具体工作是依法解答咨询和提供法律建议;代写诉状等法律文件;积极参加诉讼,担任当事人的合格辩护人或代理人;在司法行政机关的指导下宣传国家法律、法令。”^[2]其实,“律师”一词汉语中古已有之,只不过是一个宗教用语,与法律不相干。例如,《涅槃经金刚身品》:“能否佛法所作,善能解说,是名律师”,即把能善解佛教戒律的人称为“律师”。《唐六典祠部郎中》:“道家修行有三号,其一曰法师,其二曰成仪师,其三曰律师。”在此“律师”意为道家修行的品号之一。可见,在我国古代,“律师”是指那些修行得道的高级神职人员。与现代意义上的律师工作相仿的人员,在古代则使用“诉师”一词。《名公书判清明集》中就有“诉师官鬼”“啖魁诉师”等词语。需要说明的是,我国古代“诉师”一直没能获得合法的诉讼地位,其职责就是代书诉状,无权会见被告人,更不能出庭参与庭审。现代意义上的“律师”概念,首先存在于英国

法律制度。^①此后“律师”一词开始获得普遍接受,逐渐为更多人所使用。从20世纪80年代至今,律师身份属性在我国先后被定位为国家法律工作者、社会法律工作者、法律服务人员,该法律定位明确了律师职业的服务性质。然而,法律服务的实效性,同律师执业条件、律师与委托人关系以及律师惩戒制度密切相关。刑事辩护制度伴随我国1979年《刑事诉讼法》颁布、1996年修改、2012年再修改之历程,律师辩护权利和范围发生巨大变化。田口守一曾说,“刑事诉讼的历史就是辩护权扩张的历史”^[3]。所以,聘请律师辩护不再是奢侈品,律师概念已深入人心。当前,律师辩护实践中,关于辩护有效性或无效性引起学界的广泛关注,尤其是刑事法律援助制度中有效辩护的标准问题。

(一) 狭义上的有效辩护与其内涵

有效辩护(Effective assistance of counsel)理念,属西方舶来品,具有开放性的含义,肇始于美国联邦宪法第六修正案。^②狭义上的有效辩护来源于美国法律制度即被告人享有宪法赋予实际意义的辩护权和积极、有效的辩护行为^[4]。无效辩护是指律师辩护存在过分的瑕疵或缺陷,使得被告人遭到不利的后果与影响^[5]。被告人认为没有达到“有效辩护”的效果,并不一定被证明或推定为无效辩护。也就是说,律师在辩护过程中如果不是尽职尽责,导致辩护行为存在瑕疵或缺陷,也并不一定意味着构成无效辩护。生成无效辩护,除了存在律师辩护行为有严重瑕疵或缺陷外,更重要的是因该辩护行为出现较为严重的不利结果。获得律师帮助的权利是不是指获得律师有效帮助的权利?回答是肯定的,即“律师帮助权是获得有效律师帮助的权利”,^③而且律师有效帮助权是被告人生命和自由必不可少的保障。美国宪法第六修正案赋予被告人获得律师帮助权之宪法权利,将其作为保证被告人生命和自由的基本人权必不可少的保障之一。律师积极地、全面有效地参与对抗制诉讼程序的权利,该项权利包括为被告人的利益作出偏袒性辩护或辩论,提出有利被告人的证据以及反驳控方的证据。^④所以,律师积极地、全面有效地参与对抗式程序中属于律师帮助权的核心要义,也是其实质内容。当然,有效辩护制度是无效辩护制度发展的前提和基础,而无效辩护制度反过来保障有效辩护制度的运行。^⑤根据斯特里克兰法则,“实际无效”帮助的主张“包括两部分:一是被告人必须证明律师的代理有缺陷;二是被告人必须证明律师的缺陷代理对辩护造成了不利影响。”^⑥除非被告人同时证明“缺陷代理”和“不利影响”,否则不会成立第六修正案权利的剥夺。虽然这一评价律师帮助有效性的双层标准“应当指引法院的决定作出程序”,但联邦最高法院并不打算为此确立一项机械的规则。在每个具体案件中,调查的最终焦点一定在诉讼程序的基本公平上。因此,当被告人主张其辩护律师没有提供称职的帮助时,法院应当关注在产生公正结果的对抗制诉讼程序中是否因为不称职而导致特定程序的结果不可靠。一

^①“照英国法律,不分内外人色,其加害于外国人,或于英民者,治其罪同为一例,皆准上衙自白其理,亦准给律师为助远客之意。”参见中国第一历史档案馆编:《鸦片战争史料》(第一册),上海人民出版社1987年版,第118-120页。

^②美国宪法第六修正案规定:“在一切刑事诉讼中,被告有权由犯罪行为发生地的州和地区的公正陪审团予以迅速和公开的审判,该地区应事先已由法律确定;得知控告的性质和理由;同原告证人对质;以强制程序取得对其有利的证人;并获得律师帮助为其辩护。”该修正案于1789年9月25日提出,1791年12月15日批准,系《权利法案》的一部分。

^③参见:Kimmelman v. Morrison, 1986; McMann v. Richardson, 1970.

^④参见:LaFave, Israel, and King, Criminal Procedure, pp. 606-608.

^⑤一方面,通过无效辩护制度,被追诉人可以在有效辩护权受到侵害的情况下获得重新审判的机会,以此确保审判的公正性;另一方面,该制度还能预防无效辩护的发生,一旦律师的辩护行为被确认为无效,则该律师的声誉、执业前景等将因此受到负面影响,故而该制度可以对律师形成震慑作用,督促律师自觉提高辩护质量。反之,有效辩护的完善也会促进无效辩护制度不断发展,实际上判断是否构成无效辩护的标准在一定程度上便是看该行为是否达到有效辩护的要求,有效辩护的内容越完善,无效辩护的判断标准就越清晰。参见沈毅:《美国无效辩护制度及其借鉴》,西南政法大学2014年硕士学位论文。

^⑥参见:Strickland v. Washington, 1984.

且认定律师属于“实际无效”的帮助,就如同政府对辩护律师的干预一样,危害了诉讼程序的公平,影响了诉讼结果的正洁,侵犯了第六修正案的积极宪法精神。理由是“被告人享有宪法规定律师的有效帮助,不管是聘请的还是指定的,律师都应当扮演着确保公平审判的角色,不称职的、不充分的帮助不符合宪法第六修正案所作的承诺。”^①律师的错误必须危害程序的基本公平或损害结果的可靠性,所以,没有瑕疵或缺陷代理和不利后果或影响,就没有剥夺第六修正案规定的获得律师有效帮助的权利。

(二) 广义上的有效辩护及其标准

广义上的有效辩护,是依据联合国或地区有关公约或者原则等国际刑事司法准则,用以实现公正审判权为目的律师辩护有效性的保障体系。^②具体而言,刑事辩护的国际标准一般包括:(1)当事人享有自行辩护权和委托律师帮助辩护权;(2)各国应制定和保障当事人辩护权的程序和机制;(3)指定律师和对贫困当事人进行法律援助,以及当事人选任律师的时间;(4)当事人与辩护律师联络、会见权,并充分保障辩护的有效性。在保障有效性方面,主要体现在律师的资格和培训、律师的执业权利与义务和责任、保障律师执业的独立性及其自身安全、律师协会的作用、对律师的惩戒应按正当程序进行等方面。欧洲学者提出,有效辩护是获得公正审判不可或缺的一部分,这不仅要求保障获得法律援助权,而且还要求有与之适应的立法、程序环境以及组织机构,这样才能确保有效辩护。可以看出,广义上的有效辩护标准主要致力于规范层面上的平等、迅速和有效。按照《布莱克法律词典》,有效的辩护要求律师积极地忠实完成辩护义务,亦即律师有权依法提出建议,积极地发表减轻或免除罪行的有利意见,从而产生被告人与辩护人预期的有效、合理的结果。是否获得律师有效辩护,法院一般会全面考虑:一是律师刑辩经验的存在与否;二是辩护技巧是否属于一般性的无能的方式;三是主张的律师无效帮助在多大程度上产生对被告人不利偏见;四是无效是否超出了律师能力的控制之外。律师所犯错误并不必然产生律师的帮助无效,只有过分的严重错误,甚至出现完全相反的裁判结果,才足以要求进行新的审判。^③

我国学者卞建林教授认为,有效辩护的基本含义包括以下内容:“一是被指控人有权自行辩护,还有权委托律师为自己辩护,有关部门在法定情形下还应为自己指派律师辩护;二是被指控人在审前程序或审判程序中均有权进行辩护,无论是自行、委托还是指派;三是被指控人还应享有广泛的程序权利,即有权获悉涉嫌罪名,被告知依法委托律师等为自己辩护,新的证据申请调取权,询问证人和鉴定人的权利,请求另行勘验或鉴定,通知新证人到庭作证,对判决、裁定有上诉权等;四是正确的辩护意见,有关部门应当采纳,若不采纳辩护意见,必须说明理由。”^[6]樊崇义教授指出,刑事理论上,辩护可以分为形式辩护与实质辩护两种,在辩护效果上追求是有效的辩护,即要求形式辩护与实质辩护都是正向积极有效的辩护。在实质层面上,辩护的有效性是指:一是具有和谐便利的程序参与环境;二是存在符合诉讼理论的三角形结构;三是构建辩护制度上的合理保障体系。在形式层面上,有效辩护则要求:一是被指控人的辩护权必须充分且全面;二是律师应当具备有关知识、经验与其他辩护能力;三是

^①参见:Richard L Gabriel, “The Strickland Standard for Claims of Ineffective Assistance of Counsel: Emasculating the Sixth Amendment in the Guise of Due Press”, 134 U. Pa L. Rev. (1986), pp. 1269-1271.

^②联合国《公民权利和政治权利国际公约》《囚犯待遇最低限度标准规则》《关于保护面对死刑的人的权利的保障措施》《少年司法最低限度标准规则》《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》《儿童权利公约》《关于律师作用的基本原则》《欧洲人权公约》《美洲人权公约》等确立的国际刑事司法准则,特别是联合国《关于律师作用的基本原则》第2条明确指出,“各国政府应确保向在其境内并受其管辖的所有的人……提供关于平等有效地获得律师协助的迅捷有效的程序和机制。”

^③参见:Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary (9th Edition), West Group(2009):pp. 138-139.

充分重视被指控人的自行辩护权。^①宋英辉教授提出,有效辩护至少可以理解为:一是被控诉人应当在刑事诉讼中享有充分的辩护权;二是应当同意被控诉人在全部诉讼程序中聘请合格的、积极有效履行义务的律师为其辩护或提供法律帮助;三是有关部门应当保障被控诉人充分实现自行辩护权,还应有必要的法律援助制度确保获得律师的帮助。^②陈瑞华教授则强调,有效辩护理念至少包括五方面:“一是律师要具备为刑事辩护所必需的法律知识、技能和经验;二是律师应当忠实于委托人的利益,做出最为恰当的职业判断;三是律师应当做好充分的辩护准备工作;四是律师应当尽早会见委托人,保证委托人的知情权,并在重要决策问题上与委托人进行充分协商;五是律师应当展开充分的调查,收集一切与定罪量刑有关且有利于被告人的证据等。”^[7]当然,也有学者坚持有效辩护的核心要义是指,“辩护足以发挥其在刑事诉讼权力架构中的应有作用,与之相对应的概念是产生程序制裁法律效果的无效辩护。”^[8]上述观点,从不同视域分析有效辩护的基本内涵。我们发现,尽管有效辩护的内涵及其评估标准在认识上还是有一定的分歧,但确立有效辩护理念已经形成相当多的共识和存在某种基本的一致性。

二、有效辩护理念展开的理论基础

理论是实践的先导,是制度和理念的灵魂,其作用在于解释现象和预测现象。对于理论的取舍应以理论的推论是否和现象一致,即理论是否能解释和预测现象为依据,而不能以理论的假设是否正确为依据。只有在先进的、正确的理论指导下,才能真正增强具有中国特色的刑事司法制度相匹配的有效辩护理念。我们认为,有效辩护的理论基础主要包括以下几个方面:

(一) 程序公正

有效辩护是追求公平、程序公正的必然要求。正如恩格斯所说的:“用程序公正理论来衡量一切社会的、法权的、政治的、宗教等之原理,并承认它们是否符合公平之依据。”新时代社会发展的要求表明,程序正义是历史发展的一种进步的价值取向,一个内涵丰富的概念^[9]。真正的有实质意义之辩护权,不论对实体公正还是程序公正,都是不可缺少的保障权利。按照有效辩护原则,被控诉人的程序权利应当获得有效保障,被控诉人及其辩护人在程序中应有充分的机会发表自己的意见,这些都是实现诉讼公正的基本前提。更为重要的是,有效辩护所要求的程序上的正当性能够影响甚至决定实体的正当性,以程序公正保障实体公正的实现。程序公正的最基本要求是:与程序结果有利害关系或者可能因该结果蒙受不利影响的人,都有机会参与到诉讼程序中,并且充分地获得提出有利于自己的主张和证据以及反驳控方提出的主张和证据的机会。

程序公正,即程序正义,指“程序自身所独立拥有的内在品性”^[10]。所以,人们认为“程序正义”(procedural justice)或“程序公正”(procedural fairness)有着与众不同的良好品质。在刑事诉讼中作为一种理念存在,程序公正近似“自然正义”(natural justice)或“正当法律程序”(due law process)。作为最原始的程序理念,自然正义一般包括两项要求:一是不得担任自己的案件或者同自己有利害关系的案件的法官;二是审判法官要充分听取双方当事人的陈词,尤其是被告人的陈词应当更加充分有效。再进一步追问其来源,自然正义起源于自然法,自然法则包含有效辩护的合理内核。而何为正当法律程序,丹宁勋爵所作的经典解释为:“我讲的法律正当程序,系指法律在日常的司法适用过程中所表现

^①该观点,从形式辩护和实质辩护两个层面上,指出获得有效辩护的内生要求,说明了刑事辩护有效对抗性、权利性与诉讼职能性的统一属性。参见樊崇义主编:《刑事诉讼法再修改理性思考》,中国人民大学出版社2007年版,第153页。

^②据此理解,说明我国刑事诉讼中已经确立了有效辩护理念所要求的基本原则。参见宋英辉等著:《刑事诉讼原理》,北京大学出版社2014年版,第71-76页。

出来的公正、公平的各种方法:能够为司法提供公平公正的平台,现场调查和拘捕恰当适用,法律救济的及时、有效获得而不拖延等。”^[11]这里的“有效获得”,说的就是程序上的有效辩护。大法官杰克逊曾说,“程序主要是自由内在本质的一种合理与公正的体现,倘若条件允许,正当程序的暴力实体法和非正当程序的温和实体法让当事人来选择,我充分坚信很多当事人会选择前者。”^①所以,程序公正的获得便是有效辩护追求的价值目标,法官也应当根据公正的程序进行评判^[12]。所谓“正义必须被实现,而且要以大家看得见的方式实现”(justice must not only be done, but must be seen to be done),说的就是公正的程序要以人们看得见的方式来进行,所得的结论才会被所接受。

程序正义构成要素中的参与性,是指所有与案件裁判结果有利害关系的任何一方都应当参与到诉讼中来并对刑事裁判产生影响。在诉讼主体理论中,当事人作为诉讼主体而不是客体,对诉讼程序有责任进行积极和有效的参与。可见,程序参与在形式上是要求所有与案件裁判结果有利害关系的人都应当参与到诉讼程序中来,目的在于对案件处理结果最终形成影响。有效参与要求必须出席和在场,而且还要发表有意义的意见,裁判的结果必须以这些意见为根据。程序的有效参与性价值在于:一是裁判的结果容易被接受;二是裁判公正性有了相对保障;三是再现程序民主性。裁判的公正包括过程公正和结果公正,其中的充分、积极有效的辩护是评价程序公正的关键指标。与案件裁判结果有利害关系的人积极参与到诉讼中来并且平等、充分发表有效辩护意见,有利于防止裁判者主观臆断或偏听偏信,从而能够对于实体和程序真相作出准确的判断并最终作出公正的裁判结果。作为程序正义核心要素,被告人有效参与或者获得律师有效帮助既是一种行为权利,又是一种程序活动与诉讼民主的体现^[13]。

(二) 无罪推定与人权保障

2012年刑事诉讼法修改正式写入了尊重与保障人权原则,凸显了对刑事诉讼制度运行中人权保障理论的重视与关注。贝卡里亚曾说:“在法官判决之前,一个人是不能被称为罪犯的。只要还不能断定他已侵犯了给予他公共保护的契约,社会就不能取消对他的公共保护。”^[14]无罪推定理论追求基本人权和人格尊严,是对刑事程序思考的逻辑后果,是权利追求与多元化价值共同回应所选择的必然结果。无罪推定是法律上对如何保障被控诉人诉讼地位及对其应当赋予什么样的有效法律保障进行思考的实践总结。随着社会文明的发展和人权观念的增强,对于诉讼参与人的人权保障被赋予日益丰富的内容,当事人的实体权利得到强调的同时,其诉讼权利中的有效辩护也逐渐获得诉讼各方的重视。

刑事诉讼中犯罪嫌疑人、被告人的辩护权,其基于自然权利的属性,它是被追诉者必须享有不可或缺而且是不可剥夺的重要道德权利,是法律化的自然权利,在本质上属于积极防御权,具有不可剥夺性、不可转让性、可以放弃性、明确的针对性、积极行使性和易受侵犯性等特性^[15]。资产阶级启蒙思想家们提出了法律面前人人平等的理念,并进一步要求程序公开、直言词和有效辩论等,认为应当赋予被控诉人的自行辩护权、委托辩护权和获得指定辩护的权利。这些思想,现在都在法律上予以明确地规定。因此,有效辩护是被控诉人主体的平等地位确立的另外一项保障权利,更是新时代社会文明在刑事诉讼中的具体表述。有效辩护,就是无罪推定与人权保障理论的体现。按照有效辩护的要求,不仅犯罪嫌疑人、被告人可以自行辩护且该项辩护权的实现要得到充分保障,而且为其提供其他类型的辩护应当是真正的和有实质意义的。可以说,有效辩护是最能直接获得无罪推定与人权保障理论的解释。

(三) 刑事诉讼构造

刑事诉讼构造,是指刑事诉讼法所确立的进行刑事诉讼的基本方式及控诉、辩护、裁判三方在刑

^①参见:Christopher Osakwe, The Bill of Rights for the Criminal Defendant in American law, in Human Rights in Criminal Procedure, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, p. 260.

事诉讼中形成的法律关系的基本格局^[16]。根据现代诉讼职能分立理论,刑事诉讼结构应当具备控诉、辩护和审判三方主体。对被告人主体地位的确立,说明辩护职能不能缺失,否则,正三角形诉讼构造就无法组成。在这种诉讼结构模式下,刑事诉讼制度必须注意对被告人利益的关照,应当通过制度性的设计来保障国家权力的适当节制和对被告人权利的适当照顾,强调对起诉、审判等权力的抑制和约束,有效遏制司法权力的扩张、膨胀和滥用,避免犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中沦为“待宰的羔羊”的处境。因此,通过法律赋予和确认辩护权,特别是有效辩护权的获得,不仅是自然法观念的要求,而且是刑事诉讼职能分立、权力制约等原理的内在要求。

世界各国现代刑事程序都赋予被控诉人有获得辩护的权利,并规定了相应的程序保障制度。其中,被委托的辩护律师无权进行超越当事人意志的诉讼行为,辩护律师应当遵从所谓的“服从当事人”原则(Cab-rank principle),即只要辩护律师准备代理的案件是他们通常承担的类型,并与其经验水平相适应,就应该听从当事人的指示^[17]。美国知名律师克里斯蒂娜曾经说到,律师的法定职责清晰并且崇高,“只有一个焦点、一项责任和一种忠诚”,就是为当事人提供有效服务,这项服务由宪法授权的,而不用考虑案件本身或者我们的辩护行为所引发的其他后果。真实发现与公平裁判,是设置刑事诉讼构造的价值目标。有控诉,就应当有辩护。辩护与控诉的平等对立,是事实真相进一步“还原”和认识的过程。作为对立的诉讼权能,辩护与控诉的制度设置,有利于冲突的平衡解决。所以,诉讼程序参与者,尤其是辩护律师,若缺乏立场上的有效对立,就会使辩护失去意义,对立性权能无法充分发挥,从而影响判决的正确性和终局性。诉讼的前提在于控诉与辩护的双方存在“争点”,因而出现矛盾双方的对抗格局。有效辩护与控、辩、审正三角形诉讼构造,对立统一、相互依存、相互影响。控、辩、审三种权能相互分离且独立存在,其中辩护成为积极对抗控诉并独立影响审判的力量,从而成为有效的辩护;同时,有效的辩护又使控、辩、审三方诉讼构造得以实现其应有的权能,使刑事程序的诉讼构造有了实际意义。

三、生成无效辩护的程序性制裁

有效辩护理念是构建刑事辩护制度的最高境界,获得律师的有效帮助更是当事人最重要的法定权利。可是在司法实践中,常常会出现律师的无效辩护样态,如当事人可能由于自己没有正确委托业务能力强的律师而导致对其没有任何帮助的诉讼结果。在辩护活动过程中,律师可能因为经验认识错误、分析偏差,或者对出庭辩护没有进行积极充分的准备等,从而导致未达到有效的辩护结果发生。这些都是因为辩护律师自身方面的因素而导致当事人利益受到损害,该项利益受损不包括有关司法部门没有采纳律师正确的辩护意见而导致辩护无效的情况。当事人因为辩护律师所犯主观错误,导致自己对不利结果的承受,显然有失公平。一旦发生由于律师无效辩护的后果情形,将会使诉讼程序因律师参与的公正性遭到质疑。

在美国,对于律师因为自身原因不能充分有效履行辩护权,可能改变对被告人的无罪判决。^①通过司法判例,美国规定被指控人享有主张“无效辩护”的救济权利,旨在强调对律师辩护无效行为的一种事后制裁。美国学者提出,改事后救济为事前有效程序控制,将能够获得更好的效果。所谓事前有效程序控制,亦即事前监督,要求法官与辩护律师在审前程序进行谈话,来确认辩护律师是否存在无效的

^①当然,此种有罪判决的撤销具有严格的条件限制。最高法院在 Strickland 案中明确表示,对于实际上无效的律师的诉求应从两方面来考察:第一,被告人必须证明根据通行的职业准则所确立的有关合理性的客观标准来衡量,律师的表现是失败的。第二,被告人必须证实存在着这样一个合理的可能性,即如果不是律师的非职业性错误,诉讼的结果会完全不同。参见【美】威廉·J·盖乃哥:《有效的律师协助的未来——代理行为、标准及有能力的代理》,苗红环译,载江礼华、杨诚主编:《美国刑事诉讼中的辩护》,法律出版社2001年版,第180、185页。

行为,这样做在程序上可以保障当事人的有效辩护权免遭损减,还可以避免重复诉讼。^①在我国司法实践中,律师无效辩护的现象经常出现,尽管由于诉讼构造模式的不同决定了辩护律师的行为对于诉讼结果的影响力并不是很大,但假如因为辩护律师没有积极有效地履行职责,导致不利于被告人的后果发生,该不利后果则不应当由被告人来承担。对此,在程序法中应当设立无效辩护的救济程序,即程序性制裁。

(一) 程序性制裁理论

在刑事诉讼中,生成无效辩护应当撤销原判,发回重审,显然属于为了保护被告人的合法诉讼权利而采取的程序性制裁。词汇学解释,制裁是指用强力管束并惩处,具有强制性、惩罚性和预防性特征。程序性裁判理论是对于某一刑事案件采取了违反程序正义的措施而产生的程序性后果,此种程序性后果既有制裁功能又有权利救济的作用^[18]。程序性裁判理论出现之前,对于违反刑事诉讼法的程序性后果已经有很多不同观点或看法。如,王敏远研究员曾经提出过违反程序所带来的四种程序性后果:“(1)否定该违法程序行为并使诉讼行为重新开始;(2)撤销该违法程序行为并否认该行为已得到的结果;(3)否定该违法程序行为和结果并使其进入另一阶段;(4)补充修正该违法程序行为或结果以使其符合程序法的要求。”^[19]这四种违法程序的法律后果,成为后来的程序性制裁理论产生的基础。对此学界有三种看法,分别是:(1)不利后果说,即程序性制裁是指公安司法人员在行使职权时,因程序违法必须获得程序法上的不利的后果;(2)法律惩罚方法说,即程序性制裁是专门针对不合法的诉讼行为而应当被制裁的全部法律方法;(3)否定效力说,即针对违反正当程序的诉讼行为,程序性制裁就是宣告该诉讼行为无效。经过比较分析,我们发现这些看法有一个共性的思考,即程序性制裁就是应当承担否定性的后果并遭到惩罚。程序性制裁理论往往与程序性违法行为、程序性裁判、程序性上诉、程序性辩护、程序性法律后果等概念范畴密切相关^[20]。这一系列概念中的共通,即程序性制裁理论,能够对无效辩护问题的处理即在制裁与救济方面提供理论支撑。所以,程序性制裁被设置的目的是要求依法行使诉讼行为以及权利救济和程序正义制度的保障等。理论上讲,先有程序性违法,然后才可能有程序性制裁。无效辩护的行为,应当获得程序性制裁。就是说,无效辩护带来的后果不受法律保护,制裁目的使其不能获得预期裁判的否定性后果,进而遏制程序违法行为。在我国,程序性制裁一般有两种类型:一是非法证据排除;二是撤销原判、发回重审。也有观点认为程序性制裁的类型包括非法证据排除、终止诉讼、撤销原判、诉讼行为无效与解除羁押制度。还有观点将程序性制裁的主要方式概括为终止诉讼、撤销原判、排除非法证据、诉讼行为无效(包括绝对无效与相对无效)与从轻量刑。我们认为,无效辩护的诉讼行为属于撤销原判、发回重审的根据。实现程序性制裁制度功能的路径是,否定违反程序法所得到的利益或者使违法行为失去预想的法律效果,即假如非正当的诉讼程序就被评价为无效的惩罚方式。

(二) “实际无效”标准

无论是委托的律师还是指定的律师,因不可归咎于司法机关的作为或不作为的原因导致的不称职辩护行为,就有可能剥夺了刑事被告人获得律师有效帮助的权利。如果被告人证明律师的“缺陷代理”对其辩护造成了“不利影响”,那么“实际无效”即告成立。用于判断律师的辩护是否有缺陷的标准是宽泛的、模糊的、开放的。律师必须根据通行的行业标准来实施“合理有效的帮助”。只有证明存在“合理可能性”,即缺陷代理所产生的结果与充分代理产生的结果不同,造成了不利影响的要件才能成立。律师的错误必须危害程序的基本公平或损害结果的可靠性。没有缺陷代理和不利影响,就没有剥

^①参见:Sixth Amendment – Defendant’s Dual Burden in Claims of Ineffective Assistance of Counsel, The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 75, No. 3, 1984.

夺被告人获得律师有效帮助的权利。“实际无效”主张的实质就是律师没有完成他的工作,亦即由于某些原因律师没有提供充分的法律帮助。除非被告人可以证明律师帮助的保障缺少实质部分或者违反了辩护律师应有的义务,否则律师未能提供有效法律帮助的主张明显不能成立。“实际无效”要求被告承担这个责任,除非被告人证明律师的缺陷代理危及审判结果的“合理可能性”,否则拒绝程序制裁。被告人要获得新的审判或量刑,必须证明律师“无效辩护”对审判结果存在“不利影响”,这一要求的根据也是将不称职的律师帮助从推定不利影响的律师帮助权中剥夺分离出来的根据所在。律师的不称职帮助行为,达到“实际无效”的标准时,应当接受程序性制裁或者其他消极性评价。

(三) 无效辩护的后果

对于因辩护律师自身不称职导致其辩护是无效的,可以建立程序内与程序外的救济,即程序性制裁、民事赔偿和职业惩戒等。若被告人认为辩护律师的辩护构成无效辩护,则可以在上诉中提出无效辩护的主张。为了防止当事人滥用此权利,因此仅将无效辩护作为上诉理由的,则应当设置一个书面审查程序。经过审查,确认无效辩护成立,二审法院应当裁定撤销原判,发回原审法院重新审判。那么,何为撤销原判?撤销原判制度,即是在上诉程序中,上级法院对于原审法院在审判过程中错误认定以及程序违法等,宣告原审判决无效或者程序违法,并作出撤销原判的裁定。所以,撤销原判的根据是,原审法院存在程序性违法行为,即程序性错误。该错误有两种:一是原审法院违背法律规定导致程序违法;二是原审法院对于存在的程序性违法行为,没有宣告其非法性,以及没有适用排除规则和作出终止诉讼的制裁性裁定。

上诉审法院对程序性不合法认定的样态,在不同国家有不同表现形式。在美国,程序性错误,一般是指剥夺律师的帮助权、公开审判权、向陪审团给予错误指示、错误管辖以及违背法定回避制度等。在英国,上诉法院或者高等法院有权撤销原判的原因,主要包括原审法院没有管辖权、“自然正义”原则被破坏以及其他程序性违法行为等。在德国,构成程序性错误的上诉理由,主要是指合议庭组成违法、违反回避规定以及法定管辖权、违法限制辩方诉讼权利、判决理由缺失等方面。当然,美国联邦最高法院通过判例确认了“无害错误规则”,即上级法院认为初审法院的程序性错误是无害的,则可以作出维持原审裁决的效力。^①

撤销原判产生的法律后果,即是原审判决因无效辩护行为被撤销导致无效。这种法律后果,对被告人而言具有程序救济功能。原审判决的无效,通常有两类结果,一是直接宣告无罪,二是发回重审。事实上,因为“程序违法直接宣告无罪”的情形非常少见。大多数的情形是撤销原判并发回重审。如美国,被上诉审撤销原判后,不会立即宣告无罪,而是直接将案件发回重审。即使著名的“米兰达”案,也是在被撤销原判之后由联邦最高法院发回重审的。^②如德国,对于程序性违法,上诉审法院一般是撤销原判并发回重审。重审后新的判决,仍然可以允许当事人就其法律错误提出上诉^[21]。据此,对于发生无效辩护的行为,从程序正义以及被告人人权保障方面来看,也应当是撤销原判并发回重审,而不是直接被上级法院宣告无罪。发回重审的目的在于下级法院修正原来的无效辩护行为发生的程序性错误,使被告人重新获得律师有效辩护的权利,实现程序正当性。

(四) 否定无效辩护的实践

其实,我国刑事诉讼法等相关法律已规定了违反有效辩护的程序性制裁措施或者其他后果。最为典型的是《刑事诉讼法》第227条将“剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利,可能影响公正审判的”作为裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判的情形之一。而“剥夺或者限制了当事人的法定诉讼

^①参见:Ronald L Carlson, Criminal Justice Procedure, Anderson Publishing Co., 1993, pp. 284-286.

^②参见:Ronald L Carlson, Criminal Justice Procedure, pp. 284-286.

权利”就包括了剥夺或者限制了被告人的有效辩护权。司法实践中,已出现了因律师的行为缺陷或过错导致一审判决被二审法院以“无效辩护”为理由发回重审的案例^[22]。另外,我国律师法和相关行业规范对于律师不尽职责的行为也规定了一系列的惩戒措施,如警告、没收违法所得、停止执业等处罚。毫无疑问,通过建立有效辩护制度、厘清辩护质量标准及其相关程序不仅有利于有效实现被追诉人的辩护权,而且也有利于推动司法权运作法治化进程。因此,结合我国新时代法治现代化之要求,借鉴域外相关经验构建我国有效辩护制度的时机已经成熟。但是,需要注意的是,由于诉讼结构、律师执业环境等因素的不同,我国构建的有效辩护制度或者无效辩护制度应当充分考虑我国“本土”因素。例如,对于认定一审行为存在无效辩护的情形,则应宣告一审程序无效,发回重审。但是,在审前程序针对有关机关侵犯犯罪嫌疑人、被告人辩护权的行为,包括非法禁止辩护人会见、阅卷、调查取证等,相关诉讼参与人有权申诉、控告,在构建“审判中心”诉讼制度的背景下,如果犯罪嫌疑人或者辩护人对于侵犯辩护权申诉、控告处理结果不服,有权向法院最终寻求救济。对于此类行为,显然通过“发回重审”方式解决问题并不能奏效。另外,如果因为公安司法机关导致辩护无法充分行使,还应明确对证据的可采性产生影响,如剥夺会见权可能导致对供述的可采性产生影响,剥夺阅卷权可能导致相应的证据材料丧失可采性。

为增进律师有效辩护理念,除在程序内明确消极后果外,还应建立民事赔偿和职业惩戒这两种实体救济方式。在私权,即民法层面上,辩护律师因自身原因而出现无效辩护的行为,属于违反委托合同积极义务的失职行为。民法上对这种失职行为规定了给予赔偿性的实体救济,有益于保障辩护律师积极有效地履行辩护义务。在职业伦理上,称职就是要求律师积极有效地为当事人进行充分辩护,这是对辩护律师在职业伦理上最低的要求。^①按照律师失职行为,判断律师无效辩护违反职业伦理的严重程度,并对其给予律师职业惩戒,即行政处罚或者行业处分,包括通报批评、警告、罚款、暂时停止执业等方式;对于律师严重的无效辩护行为,可以取消辩护资格,甚至可以吊销执照等。当然,我们认为还应当强化有效辩护理念,设立无效辩护的评估机制。对于确因自身不称职而生成无效辩护的律师,可以考虑编制“无效辩护律师名册”并对外公开的惩戒模式,无疑将会刺激律师提升有效辩护理念,防范由于律师的拙劣表现进而伤害了当事人依法获得律师的有效帮助权。

四、结 语

坚持与时俱进,尊重历史潮流和实践,必须进一步强化律师新时代有效辩护理念。我国宪法和刑事诉讼法等规定的辩护权,当然是指有效辩护。被指控人的所有合法权利中,没有哪项权利比律师的有效帮助权享有更高的赞誉。曾经有这样一种说法:“没有律师有效帮助权的支持,被告人的出庭日不过是空洞的说辞。”^②没有律师帮助,被告人绝不可能享有宪法中其他列举权利的好处;没有律师有效帮助,被告人也不会获得“对手间势均力敌、较量公正公平”这样的机会。律师最基本的作用,就是确保宪法法律设想的控辩平等对抗真正地发生。有效辩护权被设定为一项法定权利,同时将无效辩护作为

^①目前,我国刑事司法实践中存在律师的辩护活动并非以说服裁判者接受其意见为目标,而有“表演性辩护”、死磕和司法掮客之虞。无论是“配合性表演”还是“对抗式表演”模式,主要是由于如下原因使然:刑事庭审的空洞化和刑事审判权的异化;辩护律师执业环境不佳;律师辩护质量控制机制匮乏;律师对“被追诉人自主性辩护权”侵蚀;等等。上述因素综合作用,对律师能否坚守职业伦理和职业底线带来巨大挑战。参见李奋飞:《论“表演性辩护”——中国律师法庭辩护功能的异化及其矫正》,载《政法论坛》2015年第2期。

^②参见:William Beane, *The Right to Counsel in American Courts*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1955. Compare Justice Sutherland's comments for the majority in *Powell v. Alabama*(1932).

一种程序性错误,成为上级法院撤销原判、发回重审的理由。有效辩护理念和制度在国家治理体系和治理能力现代化进程中并没有什么障碍,最为显著的标志就是在立法和司法实践层面已为辩护律师确立了最基本的辩护质量标准,进而还构建了律师辩护质量的控制体系和制度保障。当然,律师法律服务体系的构建应当是合理、有效的,使有效辩护理念能够不断提升当事人在诉讼程序中的获得感、幸福感、安全感。

参考文献:

- [1] 迈克尔·D·贝勒斯. 法律的原则:一个规范的分析[M]. 张文显,宋金娜,朱卫国,译. 北京:中国大百科全书出版社, 1996:52-54.
- [2] 徐家力,吴运浩. 中国律师制度史[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000:180.
- [3] 田口守一. 刑事诉讼法[M]. 张凌,于秀峰,译. 北京:中国政法大学出版社,2010:170.
- [4] 卡罗尔·S·斯泰克. 刑事程序故事[M]. 吴宏耀,译. 北京:中国人民大学出版社,2012:115.
- [5] 陈瑞华. 刑事辩护的理念[M]. 北京:北京大学出版社,2017:101.
- [6] 卞建林. 刑事诉讼法学[M]. 北京:法律出版社,1997:20.
- [7] 陈瑞华. 刑事诉讼中的有效辩护问题[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版),2014(5):94-105.
- [8] 冀祥德. 刑事辩护准入制度与有效辩护及普遍辩护[J]. 清华法学,2012(4):116-131.
- [9] 顾海良. 马克思主义发展史[M]. 北京:中国人民大学出版社,2017:633.
- [10] 陈瑞华. 刑事审判原理论[M]. 北京:北京大学出版社,2003:20-24.
- [11] 丹宁勋爵. 法律的正当程序[M]. 李克强,杨百揆,刘庸安,译. 北京:法律出版社,2015:2.
- [12] 谷口安平. 程序的正义与诉讼[M]. 王亚新,刘荣军,译. 北京:中国政法大学出版社,1996:10.
- [13] 卞建林. 中国司法制度基础理论研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2013:70.
- [14] 贝卡里亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风,译. 北京:中国大百科全书出版社,1993:31.
- [15] 陈卫东. 中国刑事诉讼权能的变革与发展[M]. 北京:中国人民大学出版社,2018:386-402.
- [16] 宋英辉. 刑事诉讼原理[M]. 北京:北京大学出版社,2014:151.
- [17] 麦高伟,杰弗里·威尔逊. 英国刑事司法程序[M]. 姚永吉,何家弘,审译. 北京:法律出版社,2003:286.
- [18] 陈瑞华. 问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2003:97.
- [19] 王敏远. 论违反刑事诉讼程序的程序性后果[J]. 中国法学,1994(3):96-102.
- [20] 陈瑞华. 刑事诉讼的前沿问题[M]. 北京:中国人民大学出版社,2016:366.
- [21] 托马斯·魏根特. 德国刑事诉讼程序[M]. 岳礼玲,温小洁,译. 北京:中国政法大学出版社, 2004:228.
- [22] 陈瑞华. 有效辩护问题的再思考[J]. 当代法学,2017(6):3-13.



(责任编辑 陶舒亚)