

美国辩诉交易中的有效辩护权

祁建建*

摘要: 1970年,美国联邦最高法院将有效辩护权作为辩诉交易中被告人的一项重要宪法权利加以确认,其有利于保障被告人认罪自愿、明知、理性。这一时期有效辩护的判断标准是律师适格性。1984年,美国联邦最高法院确立了无效辩护的两步法审查标准,对由于无效辩护而导致被告人接受有罪答辩的案件予以救济。此后,有效辩护对律师适格性的要求不断提高。2012年以来,对由于无效辩护导致被告人拒绝答辩提议,并已经公正审判的案件,联邦最高法院也开始给予救济。这涉及到辩诉交易的公平与陪审团公正审判的效力之间的冲突,引发了较大争议。放弃有效辩护权以及放弃主张无效辩护的权利是否适当,联邦、各州的刑事司法实践尚未达成一致。

关键词: 辩诉交易 有效辩护 无效辩护 公正审判 弃权

在美国,有效辩护权植根于1791年通过的美国宪法第六修正案“在刑事诉讼中,被指控人应当享有……获得律师帮助辩护的权利。”这一宪法权利首先在刑事审判程序中得以确认,联邦最高法院在20世纪30年代至20世纪50年代间经多个判例明确被告人的律师帮助辩护权是指有效辩护权。⁽¹⁾ 后在1963年吉迪恩诉温莱特(Gideon v. Wainwright)一案中宣告贫穷被告人在刑事审判中享有律师辩护权是公正审判必不可少的基本权利,无律师辩护的审判及定罪违反宪法第十四修正案。⁽²⁾ 至此,州法院开始与联邦法院一样,在刑事审判中为贫穷被告人指定辩护律师,使其在刑事审判中的律师辩护权得到保障,结束了只有富人享有律师帮助辩护权利的历史。1970年美国确立了辩诉交易程序合宪性及法律基础,其现已经成为刑事诉讼的一个重要组成部分。2013年美国联邦检察官年度报告显示,联邦法院系统的定罪率高达92.24%,其中97%的有罪判决来自辩诉交易。⁽³⁾ 因被

* 中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士。

(1) See *Reece v. Georgia*, 350 U.S. 85, 90 (1955); *Glasser v. United States*, 315 U.S. 60, 69, 70 (1942); *Avery v. Alabama*, 308 U.S. 444, 446 (1940); *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 57 (1932).

(2) See *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 336-345 (1963). 依据当时的佛罗里达州法,只有被控死刑的被告人有权获得法庭指定律师无偿辩护,本案中被告重罪而非死刑的被告人提出要求法官指派律师辩护,被拒绝;在陪审团审判中,被告人为自己作无罪辩护,作开庭陈述、质证控方证人、提出自己的辩方证人,并行使拒证特权拒绝作证。其被判有罪并处罚5年。被告人上诉称根据宪法第十四修正案的规定,各州政府“不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产”,律师辩护权属于正当法律程序。其时联邦宪法第六修正案规定的有效辩护权在州法院是否有效正在争论中,联邦最高法院为被告人指定著名辩护律师,适用贫民诉讼免除律师费用,认为律师辩护在刑事诉讼中是必须而非奢侈,从而将有效辩护权适用于州。

(3) 2012年联邦法院系统亦有97%的有罪判决来自辩诉交易,参见 http://www.justice.gov/usao/reading_room/reports/asr2013/13statrpt.pdf, 2015年7月2日最后访问。参与辩诉交易的各方各取所需:(1) 检察官的证明责任减轻,定罪率提高;(2) 被告人获得较轻量刑;(3) 法官高效处理案件。被告人与检察官达成辩诉协议的前提条件是认罪或者合作,放弃陪审团审判、反对自我归罪等宪法权利,以换取检察官在指控或者量刑上的妥协和让步,包括减轻指控或者缩短刑期等。See Jennifer Rae Taylor, *Restoring the Bargain: Examining Post-Plea Sentence Enhancement as an Unconscionable Violation of Contract Law*, 48 Cal. W. L. Rev. 129, 130 (2011). 也可参见祁建建《美国辩诉交易研究》,北京大学出版社2007年版,第88-157页。

告人并不享有辩诉交易权⁽⁴⁾与审判程序中的有效辩护权相比,辩诉交易中的有效辩护权有其特殊性,其发展的每个节点都伴随着巨大争议。本文将着力探讨美国辩诉交易中有效辩护权的确立、发展、现状和争议。

一、早期发展:美国辩诉交易合法化伴生辩诉交易程序中的有效辩护权

美国联邦最高法院于1970年通过布雷迪诉美国(Brady v. U.S. ,简称“布雷迪案”)一案确立了辩诉交易必须自愿、明知、理智的三原则⁽⁵⁾使辩诉交易合法化。当时与布雷迪案类似的案件还有帕克案(Parker)和麦克曼案(McMann) ,三案被称为布雷迪三部曲或者有罪答辩三部曲。⁽⁶⁾其中,联邦最高法院在麦克曼案中确立了有罪答辩中有效辩护的判断标准。1973年,联邦最高法院在托利特案(Tollett)中再次申明辩诉交易三部曲确立的原则:有罪答辩代表了刑事程序中事件链的中断;当刑事被告人在公开的法庭上认罪之后,其对此前被剥夺的宪法权利,不得再提出独立的主张;⁽⁷⁾同时,对有效辩护权的救济作了说明:有罪答辩的被告人“只能以其所接受的律师建议不符合麦克曼案确立的标准为由质疑有罪答辩的自愿性和理智”。⁽⁸⁾其间的1972年,鉴于有的地方仍拒绝为轻罪辩诉交易案件的被告人指定律师,而律师是有效辩护的要求,联邦最高法院强调有效辩护权适用于轻罪案件辩诉交易。以下详述之。

(一) 辩诉交易中有效辩护的早期标准:围绕律师适格性的麦克曼标准

自1970年起的很长一段时间,辩诉交易中的有效辩护以麦克曼案确立的律师适格性为判断标准。这一标准认为律师的错误建议不构成律师不适格,认为基于诉讼本身的不可预测性和不确定性,适格律师也可能作出错误建议,这是被告人选择有罪答辩必须承担的风险。因此,适格律师即使给出错误建议,被告人也不能以有效辩护权为由获得救济。

1970年,联邦最高法院在麦克曼诉理查德森(McMann v. Richardson ,简称“麦克曼案”)案中的裁决涉及戴什、理查德森等案。其中,戴什于1959年被控一级抢劫罪,因其有重罪前科,依法可能被判60年监禁。其作有罪答辩后被判二级抢劫罪,处以8至12年监禁。戴什认为,其有罪答辩是非自愿供述所致;法庭指定的律师因其曾向警方供述并签字,认为其毫无胜诉机会,错误地建议其作有罪答辩。另一被告人理查德森于1963年被控一级谋杀罪,法庭为其指定2名辩护律师。理查德森开始作无罪辩护,在律师建议下,改对二级谋杀罪作有罪答辩,被判处30年至终身监禁。在并无证据的情况下,理查德森提出有罪答辩是由于警方刑讯殴打、强迫供述以及律师无效辩护所致,其在宣誓证词中称,律师仅会见其十分钟,建议其作有罪答辩以免受电椅死刑,并指出当时并非主张刑讯逼供的时机,建议其在人身保护令程序中提出刑讯逼供问题。⁽⁹⁾

联邦最高法院认为,在很大程度上,有效辩护的有关事项应当取决于法院的裁量和判断,法院应

(4) See *Weatherford v. Bursey* ,429 U.S. 545 ,561 (1977) . 联邦最高法院在该判例中指出被告人“没有辩诉交易的宪法权利, 检察官如果愿意选择审判就毋须辩诉交易”。See *Missouri v. Frye* ,566 U.S. _ (2012) (slip op. at 12) . 联邦最高法院重申“被告人无权(要求) 得到检察官的答辩提议”。

(5) See *Brady v. U.S.* ,397 U.S. 742 (1970) .

(6) See *Brady v. United States* ,397 U.S. 742 (1970) ,*McMann v. Richardson* ,397 U.S. 759 (1970) ,*Parker v. North Carolina* ,397 U.S. 790 (1970) .

(7) See *Tollett v. Henderson* ,411 U.S. 268 (1973) .

(8) See *Tollett v. Henderson* ,411 U.S. 268 (1973) .

(9) *McMann v. Richardson* ,397 U.S. 759 ,761 -763 (1970) .

谨记,如果宪法保护的律师辩护权要达成其目的,则不得由不适格律师为被告人辩护,法官应当努力确保在本法院所审理的刑事案件中,辩护律师的履职符合适当水准。⁽¹⁰⁾

该案的重要争点是律师辩护是否有效。⁽¹¹⁾如果不是由于其早先的供述,被告人是否将选择审判?联邦最高法院认为,在当时的纽约州,非自愿供述很可能在审判中用以证实犯罪,足以使被告人相信控方的指控难以反驳,有罪答辩是对其最有利的方式。因此没有任何事实表明被告人的有罪答辩是不自愿的行为。法院认为,被告人在申请人身保护令时提出非自愿供述导致其有罪答辩,至多是指出其对供述可采性的估计出了错,由于这一错误,被告人主张有罪答辩不理智,应为无效。⁽¹²⁾

但是,在联邦最高法院看来,宪法并未使有罪答辩如此不堪一击。有罪答辩的理智原则并不要求辩护律师的所有建议都必须经得起定罪后程序的复查。有罪答辩是否理智,是否因误判供述可采性而受质疑,并不取决于律师建议是否正确,而是取决于律师建议是否符合刑事诉讼对律师适格性的要求。一方面,预测法院裁决具有不确定性:通常只有在法庭交叉质证之后才能知悉全部案件事实,即使在彼时,真相往往仍有争议;因此,在确凿地证实有罪之前作出有罪答辩的决策是困难的。但另一方面,面对无可避免的不确定性,受到重罪指控的被告人有权获得适格律师的有效帮助,被告人及其律师必须对控方指控力度作出最佳判断。律师必须根据自己的理解来预测法院如何认定案件事实;如果案件事实得到证实,是否足以使法官或者陪审团对被告人定罪;无令状取得的证据是否可采。这些问题的答案不会是确实无疑的,即使并不确实,被告人作出有罪答辩的决定必须、也有必要依靠辩护律师的回答。⁽¹³⁾

联邦最高法院进一步指出,放弃陪审团审判的权利、选择辩诉交易的被告人,必然承担辩诉交易的固有风险,也即,适格的辩护律师对案件事实或者对法庭所认定事实的善意评估也可能是错误的。甚至法院也会在定罪后程序中继续在证据可采性、事实认定标准及其适用等问题上出现严重分歧。在法院以有分歧的意见裁定被告人供述不可采的情况下,如果辩护律师基于供述可采的判断而作出合理的有罪答辩建议,就很难认定辩护律师不适格或者无效辩护。如果合理、适格的律师错误地判断了供述可采性,被告人基于律师建议而作出有罪答辩的,不应当受质疑。⁽¹⁴⁾

(二) 将辩诉交易中有效辩护权扩展到轻罪案件:阿杰辛格案

在1972年阿杰辛格诉哈姆林(Argersinger v. Hamlin,简称“阿杰辛格案”)一案中,被告人阿杰辛格被控持有私藏枪支,按照佛罗里达州法应受6个月以下监禁、1000美元以下罚金或者并罚。被告人没钱聘请律师,被判有罪并被判处90日监禁。佛罗里达州最高法院认为,因6个月监禁以下的轻罪案件无需陪审团审判,因此也无需律师辩护。对此,联邦最高法院认为,没有必要区分轻微案件和非轻微案件,因二者所涉及的法律问题可能同样复杂;即使在轻微案件的诉讼中,公正审判也要求律师在场;为了公平审判之目的,无论犯罪行为多么轻微,被告人都有权获得律师辩护。在被告人无律师辩护的案件中,法官不得对被告人判处监禁刑,即使州法允许不指派律师。⁽¹⁵⁾

联邦最高法院认为,被告人在刑事诉讼的每一环节都需要律师辩护。⁽¹⁶⁾律师辩护不仅存在于审

(10) See *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 770 (1970).

(11) See *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 762-766 (1970).

(12) See *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 770 (1970).

(13) See *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 770 (1970).

(14) See *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 770 (1970).

(15) See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 25-40 (1972).

(16) See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 34 (1972).

判程序和上诉程序中,也存在于有罪答辩程序中。有罪答辩案件中必须有辩护律师,以便被指控者准确地理解其行为及后果,预测其将关进短期监狱还是一般监狱,以确保诉讼的公平。⁽¹⁷⁾ 如果法院在任何案件中断定无须律师辩护,则必须说明理由,以便日后复查。如果被告人在没有辩护律师的情况下要进行有罪答辩,法院应当审查案件,确保证据可采而且能够证明犯罪要件事实。⁽¹⁸⁾

联邦最高法院在判决意见的脚注中指出,在轻微犯罪案件中,辩诉谈判比在重罪案件中少得多,因此,在有罪证据占据压倒性优势时,律师辩护对于轻罪案件被告人的帮助没有那么重要。⁽¹⁹⁾ 轻罪案件中的辩诉谈判较少,但被告人仍需要辩护律师,这是为了在没有压倒性有罪证据的案件中,帮助被告人理智地决定是否选择审判程序。⁽²⁰⁾ 所以联邦最高法院裁决推翻阿杰辛格案有罪判决,并指出,该判例很可能给已经负担过重的法律职业者增加新的负担,但法律职业团体自有其承担压力的路径。⁽²¹⁾

(三) 进一步解释麦克曼标准的律师适格性:托利特案

1973年,联邦最高法院在托利特诉亨德森(*Tollett v. Henderson*,简称“托利特案”)一案中,再次指出被告人基于律师建议作有罪答辩的,在联邦人身保护令程序中只能以律师建议未达到麦克曼标准来质疑有罪答辩的自愿与理智,而不得因其他宪法权利在答辩前程序中被剥夺而要求救济。⁽²²⁾

该案被告人于1948年在田纳西州戴维森县因一级谋杀罪受到大陪审团起诉,律师建议其作有罪答辩,之后其被判处99年监禁。多年后被告人诉称,1948年田纳西州不许黑人参加大陪审团,因此其宪法权利受侵犯。法院未予支持。此后被告人以此为由申请释放,田纳西州初审法院与州上诉法院因其未能在大陪审团程序以及有罪答辩前提出宪法权利主张而予以驳回。⁽²³⁾

被告人向联邦地区法院申请人身保护令,称辩护律师没有告知他关于大陪审团选任的宪法权利,其并不知道大陪审团是如何选任的,也不知道黑人是如何被系统地排除的,辩护律师没有告诉他有权质疑大陪审团指控,也没有告知其未予及时质疑的就无权再提出质疑。辩护律师提交的一份证词说明其确实不知1948年该地区系统性地排除黑人参与大陪审团,因此也没有机会建议被告人行使关于大陪审团组成或者选任的任何权利。地区法院因大陪审团排除黑人陪审员而将其释放,上诉法院裁决被告人并非“有意地放弃已知权利”,维持地区法院裁决。

联邦最高法院认为,当被告人基于辩护律师的建议作有罪答辩时,不能由于其证明大陪审团选任程序违宪而自动获得联邦法上释放的权利。联邦人身保护令审查的案件争点是律师建议和作有罪答辩的自愿性,而非先行的违宪司法行为。当然,被告人必须证明诉讼程序中存在违宪司法行为,但是法院的调查并不止于此。如果被告人基于辩护律师的建议而作出有罪答辩,还必须说明律师的建议不符合“刑事诉讼对辩护律师适格性的要求”。⁽²⁴⁾ 联邦最高法院再一次重申其在布雷迪三部曲中确定的原则,当刑事被告人在公开的法庭上认罪之后,其对此前被剥夺的宪法权利,不得再提出独立的主张,只能以律师辩护不符合麦克曼标准为由,来质疑有罪答辩的自愿性和理智。而有效辩护权是否被侵

(17) See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 35 (1972).

(18) See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 64 (1972).

(19) See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, note 13 (1972).

(20) See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, note 32 (1972).

(21) See *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 45 (1972).

(22) See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 259 (1973).

(23) See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 260 (1973).

(24) See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 267 (1973).

犯,须以辩护律师是否适格为判断标准。但是,法院认为,在案件复查中,无论是发现律师没有对每一个可能的违宪司法行为提出抗辩,还是律师没有正确评估某一事实的宪法意义,又或者律师就特定事实进行调查时未能揭示诉讼中可能的违宪行为,都不足以使自愿、理智的有罪判决归于无效。⁽²⁵⁾ 辩护律师的基本价值不在于概要列举所有的辩护可能,也不在于向被告人通告大量事实和数据的能力。律师的价值在于忠实地代理其委托人的利益,这往往需要高度实际的通盘考虑以及法律专业知识。为了被指控人的利益,律师不会仅仅为了拖延不可避免的起诉而提出抗辩,或者去反驳、争辩所有的案件事实。律师毋须对妨诉抗辩是否有证据支持等问题深思熟虑,如违宪的大陪审团选任程序。辩诉交易的前景、减轻量刑的预期或者希望、犯罪证据的无可辩驳性,这些才是律师建议被告人作有罪答辩的考虑因素。在此种情形下,为了获得联邦保护令下的释放,被告人不仅要证明在大陪审团选任中有违宪的种族歧视,还必须要证明其辩护律师的有罪答辩建议未经对大陪审团的组成进行调查,并且律师建议不符合刑事诉讼对辩护律师适格性的要求。鉴于地区法院和上诉法院对田纳西州刑事上诉法院法官“还不曾有辩护律师反对过1948年田纳西州黑人不参加大陪审团的事实”观点的赞同,⁽²⁶⁾ 因此,被告人为了质疑有罪答辩而必须完成证明要求的可能性看起来是渺茫的。被告人不应当仅仅因为大陪审团选任程序违宪就获得释放,上诉法院的裁决被推翻,发回重审。⁽²⁷⁾ 笔者认为,在托利特案中,联邦最高法院认为既然此案之前的辩护律师均未就该州大陪审团的组成提出意见,那么此案的律师未提出意见,也符合刑事诉讼对律师适格性的要求。

这一历史时期的联邦最高法院将有效辩护定位为律师适格性,受限于当时诉讼权利保障不足的现实,将律师的错误与律师适格性割裂,决定了当时的法官未能在有效辩护权与辩诉交易的自愿、明知、理智三原则之间建立真正的联系,致使被告人不能获得有效的救济。

二、有效辩护的新标准:无效辩护的两步法审查标准 及其在辩诉交易中的早期适用

有效辩护权在20世纪80年代有了重要发展。在1981年,联邦地区法院和巡回法院认为有效辩护权要求辩护律师充分告知被告人可能的其他选择,律师有义务建议被告人是否接受辩诉交易,⁽²⁸⁾ 以帮助被告人在审判和辩诉交易之间作出最后的选择。随后联邦最高法院在1984年史崔克兰案(Strickland)中更是建立了沿用至今的无效辩护审查标准。

(一) 确立判断无效辩护的两步法审查标准:史崔克兰案

1984年联邦最高法院在史崔克兰诉华盛顿(Strickland v. Washington,简称“史崔克兰案”)一案

(25) See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 268 (1973).

(26) 事实上直到1953年,黑人才开始参加田纳西州陪审团。See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 269 (1973).

(27) See *Tollett v. Henderson*, 411 U.S. 258, 269 (1973).

(28) See *Caruso v. Zelinsky*, 515 F. Supp. 676, 680 (D. N.J. 1981). 克鲁斯于1972年被控包括一项谋杀罪在内的23项罪名。其对所有罪名作无罪答辩,陪审团判决其所有罪名成立,判处其终身监禁。判决作出5年后,克鲁斯向新泽西州法院申请定罪后释放,理由之一为当时辩护律师未能告知其控方曾向其提出辩诉交易,并提交宣誓证词。法官未经听证即裁决克鲁斯未提供充分证据证明检察官曾提出答辩提议,同时也驳回其他理由。1976年克鲁斯以同样的理由向联邦地区法院申请人身保护令,地区法院裁决,证据并不能充分支持州法院关于从未提出答辩提议的裁决,地区法院未经听证,裁决除非州法院90日内进行证据听证并有证据证伪克鲁斯的宣誓证词;或者给予克鲁斯辩诉交易中的宽大处罚,否则将签发人身保护令。法院指出,拒绝辩诉交易、进行有罪答辩是重大决定,是行使有效辩护权的关键阶段。律师未能就辩诉交易提议与被告人沟通,侵犯了被告人的有效辩护权和正当程序权。

中,确立了审查律师有效辩护的新规则,即对无效辩护的判断标准。该案中,被告人华盛顿被控三项谋杀罪、绑架罪、盗窃罪等罪名,律师在辩诉交易中建议其选择由量刑陪审团量刑,其未听从律师建议,而是选择法官量刑。其被法官判处死刑后,称律师未能提出任何减轻量刑的辩护证据,构成无效辩护。最高法院裁决,被告人主张无效辩护的,必须满足两步法审查标准:首先,被告人必须表明律师的辩护是有瑕疵、有缺陷的,低于合理的客观标准;其次,被告人必须表明律师的瑕疵辩护给其造成了损害,表明如果不是由于律师的错误,有合理的可能性改变现有诉讼结局。⁽²⁹⁾在认定无效辩护的过程中,被告人必须承担证明责任,证明瑕疵辩护行为的存在,以及如果获得有效辩护,诉讼结局本应不同。

在实践中满足两步法审查标准几乎是不可能的,仅有很少的被告人可以完成证明责任。这是由于,一方面,在法庭答辩程序中,最常见的问题是被告人不愿意承认有罪,此时律师必须履行咨询顾问的义务,向被告人解释为什么必须认罪,这一程序往往有法庭笔录证明律师履行有效辩护职责;另一方面,在被告人与辩护律师的私下会谈中,两人之间的交流信息受保密特权保护,被告人也难以取证。因此无效辩护的证明对被告人而言是沉重的负担。

笔者认为,两步法审查标准发展了20世纪70年代的麦克曼标准,对律师适格性要求定位为合理的、客观的律师履职标准,律师辩护的瑕疵和缺陷即低于律师适格性要求,从而在律师错误和律师适格性之间建立联系,使得律师错误可能构成无效辩护。两步法审查标准除了审查律师适格性,同时还关注律师错误对诉讼结局的不利影响。与此前仅以律师适格性作为着眼点并强调让被告人承担律师错误风险的麦克曼标准相比,两步法审查标准将视角扩展至被告人本身,如被告人因律师瑕疵辩护导致不利诉讼结局的,即为无效辩护,在被告人有效辩护权保障上是一个显著进步。

但是,两步法审查标准对被告人提出的证明责任难以完成,被告人不但要证明律师履职行为有瑕疵、不适格,而且要证明诉讼结局受到了律师错误的不利影响,证明的难度大。被告人很难实现有效辩护权的权利主张,且两步法审查标准最初仅适用于审判程序,并不适用于辩诉交易程序。

(二) 两步法审查标准适用于辩诉交易: 希尔案

1985年,联邦最高法院将史崔克兰一案中确立的无效辩护两步法审查标准适用于辩诉交易。在希尔诉洛克哈特(Hill v. Lockhart, 简称“希尔案”)案中,被告人希尔主张无效辩护致使其接受有罪答辩,最高法院认为无效辩护两步法审查标准可适用于此类案件。希尔对两项一级谋杀罪与盗窃罪等作有罪答辩,因谋杀罪被判处35年监禁,因盗窃罪被判处10年监禁,刑罚同时执行,服刑过半后方可假释。其后希尔申请联邦人身保护令,主张有罪答辩是由于律师向其提供了错误的法律意见,律师告知其服刑1/3即可假释,而实际上由于其是第二次犯罪,依据州法须服刑过半方可假释。律师的错误导致其在不知有罪判决对假释影响的情况下认罪,故其认罪并非自愿。阿肯萨斯东区联邦地区法院驳回申请,认为假释并不是有罪答辩的直接后果,被告人对有关假释后果的知悉权利不受宪法保护,法律并不要求辩护律师告知被告人有罪答辩对假释资格的影响。但第八巡回法院支持其请求。联邦最高法院裁决,基于无效辩护推翻有罪答辩必须满足两步法审查标准,由于没有证据证明被告人进行有罪答辩是基于对假释条件的期待,即被告人没有证明两步法审查标准的第二步,⁽³⁰⁾由此,最高

(29) See *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

(30) See *Hill v. Lockhart*, 474 U.S. 52-54, 58-59 (1985); *Hill v. Lockhart*, 731 F.2d 568, 570-73 (1984).

法院裁定地区法院驳回申请是正确的。

该案再次证明,在两步法审查标准之下,被告人主张无效辩护的难度较大,被告人即使能够证实律师履职不适格、有错误,却几乎无法证明若非律师错误建议,诉讼结局将会更好。

继希尔案后,联邦法院和州法院系统继续运用两步法对主张无效辩护的辩诉交易案件进行审查。⁽³¹⁾ 2009年,在蒙特霍诉路易斯安那(Montejo v. Louisiana)一案中,联邦最高法院再次重申,第六修正案保障被告人在刑事诉讼所有关键阶段的有效辩护权。⁽³²⁾ 随着两步法审查标准在辩诉交易案件中的运用越来越广泛,对该标准的解释和适用也逐渐发生了微妙的变化。直至2010年,对律师适格性的要求已经发生了巨大的变化,达到了空前的高度。

三、律师适格性要求不断提高:帕迪拉案

2010年,在帕迪拉诉肯塔基(Padilla v. Kentucky,简称“帕迪拉案”)一案中,联邦最高法院裁决辩护律师有义务告知非美籍被告人有罪答辩在移民法上的间接后果。

在该案中,涉嫌贩卖大麻的被告人帕迪拉是美国永久居民,在美国合法居住40余年,并已服兵役。其基于律师的建议作出有罪答辩,有罪判决致使其受到驱逐遣返。肯塔基州最高法院适用严格的两步法审查标准,认为移民法上的后果属于辩诉交易间接的、附属的后果,辩护律师是否告知以及是否正确告知被告人移民法上后果与本案无关,不属于无效辩护,不构成对被告人有效辩护权利的侵犯。该案上诉到联邦最高法院后,检察官辩称,第六修正案关于律师有效辩护权的保障不应扩张至有罪答辩的间接后果,因为对有罪答辩间接后果的知悉权,不是认定有罪答辩是否明知和理智的前提条件。对此,联邦最高法院认为,联邦法规定,遣返是刑罚的内在组成部分,可能适用于对特定罪名作有罪答辩的外国人,因此准确的律师意见前所未有地重要。由于本案的有罪答辩必然引发移民法上的遣返后果,律师给出正确意见的义务也是明确的,因此侵犯了被告人的有效辩护权。⁽³³⁾

联邦最高法院认为,美国移民法历经百年发展,所涉问题既重要又复杂,实践中贩卖大麻几乎必定被遣返。一方面,被告人宁可放弃量刑的优惠也不愿意被遣返;另一方面,移民法是独立的法律领域,刑事辩护律师可能不熟悉。因此,法院要求:(1)律师在移民法问题上应当给出意见,必须告知被告人其被遣返的风险,而不能在这一问题上保持沉默。如果律师未告知被告人其有罪判决在移民法上的后果,那么就应当撤销有罪答辩。(2)辩护律师应当依据现行法给出相应的意见。如果移民法有明确的遣返后果,律师应告知被告人有罪答辩将使其被驱逐;如果移民法的规定不明确,律师要告知其有罪答辩可能会致其被驱逐。当移民法上的后果不清楚时,律师应告知被告人有罪答辩有可能影响其移民状况。⁽³⁴⁾ 联邦最高法院明确反对肯塔基州最高法院的判决意见。

联邦最高法院明确指出“辩诉交易的谈判是诉讼的关键阶段”,保障被告人获知有罪答辩在移民法上的后果,“目的是为了实施第六修正案有效辩护权”。⁽³⁵⁾

(31) See *People v. Perry*, 68 P.3d 472, 477 (Colo. Ct. App. 2002); *Davie v. State*, 675 S.E.2d 416, 420 (S.C. 2009).

(32) See *Montejo v. Louisiana*, 556 U.S. 778, 786 (2009).

(33) See *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. __ (2010) (slip op. at 2-6).

(34) See *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. __ (2010) (slip op. at 1-2, 11-16).

(35) *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. __ (2010) (slip op. at 16).

笔者认为,此案中联邦最高法院对有效辩护的判断视角与1984年两步法审查标准相比发生了微妙的变化,从“被告人必须表明律师的瑕疵辩护给其造成了损害,表明如果不是由于律师的错误,有合理的可能性改变现有诉讼结局”到赋予被告人对民法上间接后果的知悉权,通过明确律师负有对有罪答辩间接后果的告知义务,从而减轻被告人证明责任。在本案中,民法上的永久居住权虽与本案无直接关系,却对被告人意义重大。联邦最高法院站在保障被告人权利的立场,在认定民法后果为有罪答辩间接后果的前提下,将民法上间接后果的告知义务作为律师适格性要求之一,扩大了律师履职的义务范围。

在随后的判例中,包括弗莱伊案(Frye)和库珀案(Cooper)对辩诉交易中有效辩护宪法权的保障越发完善。在弗莱伊案中,律师失职未必给被告人带来不利诉讼结局;在库珀案中,被告人甚至还在拒绝有罪答辩后享受了公正的陪审团审判。这两个判例彰显了辩诉交易中被告人有效辩护权保障的进一步发展。

四、律师错误导致被告人失去辩诉交易机会的案件 不因公正审判而丧失有效辩护权

在1999年,美国律师协会曾就律师与被告人沟通、咨询顾问的行为规范提出标准,要求辩护律师“及时向被告人通知和解释检察官所有的答辩提议”。⁽³⁶⁾这一标准已被联邦法院和很多州法院接受,⁽³⁷⁾使辩护律师负有通知与解释对被告人有利的答辩提议的一般性义务。各州法院与联邦法院对由于无效辩护致使被告人失去有利答辩提议的案件,曾经使用过以下几种不同的处理方式:一是重新审判案件;⁽³⁸⁾二是要求下级法院对原答辩提议的内容予以特别履行;⁽³⁹⁾三是命令下级法院考虑原答辩提议,但并不要求下级法院必须接受原答辩提议;⁽⁴⁰⁾四是法院要求对特定辩诉交易的特别履行;⁽⁴¹⁾五是法院将原判刑期改为已服刑期;⁽⁴²⁾六是对于被告人拒绝答辩提议后,又接受了陪审团公正审判的,有的法院不认为对其定罪处罚有失公正,故而不予救济。⁽⁴³⁾各地的处理方式因地制宜,是否救济也因个案情况而有所不同。但直到2012年前,对于律师未将检察官的答辩提议告知被告人或者律师错误地建议被告人拒绝检察官的答辩提议,致使被告人失去有利答辩机会的案件,联邦最高法院并无

(36) ABA Standards for Criminal Justice, Pleas of Guilty 14-3.2(a) (3d ed. 1999).

(37) See Mass. Rule Prof. Conduct 1.4 (2011-2012); Ky. Sup. Ct. Rule 3.130, Rule Prof. Conduct 1.4 (2011); Mich. Rule Prof. Conduct 1.4 (2011); Fla. Rule Regulating Bar 4-1.4 (2008); Ill. Rule Prof. Conduct 1.4 (2011); Kan. Rule Prof. Conduct 1.4 (2010); *Davie v. State*, 381 S. C. 601, 608-609, 675 S. E. 2d 416, 420 (2009); *Cottle v. State*, 733 So. 2d 963, 965-966 (Fla. 1999); *Becton v. Hun*, 205 W. Va. 139, 144, 516 S. E. 2d 762, 767 (1999); *Harris v. State*, 875 S. W. 2d 662, 665 (Tenn. 1994); *Lloyd v. State*, 258 Ga. 645, 648, 373 S. E. 2d 1, 3 (1988); *United States v. Rodriguez Rodriguez*, 929 F. 2d 747, 752 (CA1 1991); *Pham v. United States*, 317 F. 3d 178, 182 (CA2 003); *United States ex rel. Caruso v. Zelinsky*, 689 F. 2d 435, 438 (CA3 1982); *Griffin v. United States*, 330 F. 3d 733, 737 (CA6 2003); *Johnson v. Duckworth*, 793 F. 2d 898, 902 (CA7 1986); *United States v. Blaylock*, 20 F. 3d 1458, 466 (CA9 1994); cf. *Diaz v. United States*, 930 F. 2d 832, 834 (CA11 1991).

(38) See *Commonwealth v. Napper*, 385 A. 2d 521, 524 (Pa. Super. Ct. 1978).

(39) See *Beckham v. Wainwright*, 639 F. 2d 262, 267 n. 7 (5th Cir. 1981).

(40) See *Tucker v. Holland*, 327 S. E. 2d 388, 396 (W. Va. 1985).

(41) See *United States v. Blaylock*, 20 F. 3d 1458, 1468-69 (9th Cir. 1994).

(42) See *Boria v. Keane*, 99 F. 3d 492, 499 (2d Cir. 1996). 该案中被告人因出售可卡因给线人被判20年至终身监禁。检察官在审判前的答辩提议为1年至3年监禁,辩护律师未加解释就建议被告人拒绝答辩提议。当时被告人已服刑六年,被释放。

(43) See *State v. Greuber*, 165 P. 3d 1185, 1191 (Utah 2007).

予以救济的判例。

2012年3月21日,联邦最高法院对已经公正审判的弗莱伊和库珀案作出发回重审的判决。两案中律师的失职行为非常明显,同时也可以证明:律师的失职或者错误致使被告人失去接受有利答辩提议的机会。联邦最高法院以5比4的微弱多数意见认为被告人的有效辩护权受到侵犯,应予救济;少数派的反对意见及检察官的抗辩亦有理据。这两个判例引起了媒体的广泛关注,在刑事司法系统内部亦引发激烈讨论。以下是对两个案件的简要分析。

(一) 律师失职致答辩提议过期的救济: 弗莱伊案

在密苏里诉弗莱伊(Missouri v. Frye, 简称“弗莱伊案”)一案中,联邦最高法院讨论了第六修正案的有效辩护权是否应当扩展到对过期答辩提议的审查,也再次明确无效辩护两步法审查标准适用于辩诉交易案件,强调无效辩护的证明责任由被告人承担,并指明证明对象的范围。

被告人弗莱伊被控在驾照吊销后无证驾驶,由于其已有三次前科而被控重罪。检察官向辩护律师提出减轻指控至轻罪以及缩短刑期至90日的书面答辩提议,并附有明确的过期日期。律师没有将该答辩提议告诉被告人,导致提议过期失效。审判中,被告人在无任何辩诉交易的前提下认罪,被判三年监禁。密苏里州上诉法院裁决被告人满足无效辩护两步法审查标准的条件,撤销了下级法院的判决。联邦最高法院重申第六修正案保障被告人在刑事诉讼的所有关键阶段享有有效辩护权,认为辩护律师对于正式的、附期限的答辩提议有通知被告人的义务,当辩护律师任由提议过期而未给被告人考虑的机会时,构成瑕疵辩护,侵犯了被告人享有的有效辩护宪法权。⁽⁴⁴⁾ 联邦最高法院和密苏里州上诉法院均认定弗莱伊案中存在瑕疵辩护事实。

弗莱伊案的检察官也认可律师的失职。但是检察官认为,因为被告人不享有答辩提议权,⁽⁴⁵⁾ 对其错过答辩提议所造成的后果就不应救济。由于联邦最高法院在近四十年间从未认可被告人的答辩提议权和辩诉交易权,因此,被告人没有被剥夺任何法定权益,即没有任何应受法律保护的利益受到损害。所以,在之前辩诉交易谈判过程中,律师的任何错误都不构成无效辩护。被告人在审判程序中认罪虽然不如之前的答辩提议那么有利,但已经保障其认罪的明知和自愿。联邦最高法院再就辩护律师在此前程序中的无效辩护进行审查是不公平的。⁽⁴⁶⁾

对此,联邦最高法院的多数派认为,检察官再完美的论证也抵不过一个简单的现实:辩诉交易是美国处理刑事案件的主流方式,97%的联邦有罪判决和94%的州有罪判决都是有罪答辩的结果。⁽⁴⁷⁾ 多数派明确赞同二十余年前的一个观点:“在很大程度上,检察官和辩护律师之间的交易决定了被告人是否被监禁及其刑期。这就是辩诉交易。辩诉交易不是刑事司法的附属品。辩诉交易是刑事司法。”⁽⁴⁸⁾ 多数派指出美国刑事司法体制“在很大程度上是一个辩诉交易体制,而非审判体制”,⁽⁴⁹⁾ “辩

(44) See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. __ (2012) (slip op. at 1-2, 15-16).

(45) See *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 561 (1977).

(46) See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. __ (2012) (slip op. at 6).

(47) See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. __ (2012) (slip op. at 2). 联邦最高法院援引的数据来源于美国司法部网站: Bureau of Justice Statistics, Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online, Table 5.22. 2009, <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5222009.pdf>; Bureau of Justice Statistics, S. Rosenmerkel, M. Durose, & D. Farole, Felony Sentences in State Courts, 2006 - Statistical Tables, p. 1 (NCJ226846 rev. Nov. 2010), <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/fssc06st.pdf>. 2015年1月26日最后访问。

(48) Scott & Stuntz, *Plea Bargaining as Contract*, 101 Yale L.J. 1909, 1912 (1992).

(49) See *Lafley v. Cooper*, 566 U.S. __ (2012) (slip op. at 3).

诉交易已经在美国刑事司法体制的管理中占据了如此中心的地位,以至于辩护律师在辩诉交易程序中必须要履行第六修正案要求的、在刑事诉讼的关键阶段提供有效辩护的职责”。⁽⁵⁰⁾

联邦最高法院的少数派认为,多数派将辩诉交易从“必要的恶”提升到宪法权利的高度,认为辩诉交易不再是美国刑事司法体制的某种尴尬的附属品,而是刑事司法体制本身,这是不能接受的。少数派认为,辩诉交易作为一个有固有缺陷和重大争议的程序,无法成为美国刑事司法的代表,遑论其成为刑事司法体制本身。⁽⁵¹⁾

在适用两步法审查标准之后,联邦最高法院多数派认为密苏里州上诉法院忽略了对两步法审查标准中第二步的审查,即未能要求被告入表明,如其接受答辩提议,检察官会信守提议且法官将接受协议。⁽⁵²⁾实际上,被告人无权要求检察官不撤回答辩提议、也无权要求法官认可答辩协议。⁽⁵³⁾多数派进一步认为,密苏里州和其他州一样,赋予检察官取消辩诉交易的裁量权,根据密苏里州法,被告人接受答辩提议后检察官仍可撤回提议。⁽⁵⁴⁾联邦刑事诉讼规则、密苏里州规则均给予法院一定的余地,可以认可或者驳回辩诉协议。⁽⁵⁵⁾所以密苏里州法院是否会认可辩诉协议也是个疑问。如果存在检察官不会信守提议或者法官驳回辩诉协议的合理可能性,那么无效辩护就不会给被告人带来损害。由于2007年12月30日被告人再次无证驾驶,5日后的2008年1月4日开庭答辩时,检察官会否信守原提议、法官是否认可该协议,是个有理由怀疑的难题。由于州上诉法院的原判决未对两步审查法的第二步进行审查,未就检察官信守提议、法官认可协议的合理可能性作出判断,据此,联邦最高法院将案件发回密苏里州上诉法院重新审理。

少数派认为有效辩护权是为了保障公正审判权。在弗莱伊案件中,律师履职不充分是没有争议的,问题是律师辩护履职不充分是否剥夺了被告人公正审判的宪法权利。⁽⁵⁶⁾多数派对发回重审后如何处理案件的答案本身已经说明,将辩诉交易程序宪法化是多么不明智。⁽⁵⁷⁾由于大部分有罪判决通过辩诉交易取得,这一程序确实值得规范。⁽⁵⁸⁾但这一问题并不属于宪法第六修正案调整的范围,有效辩护权是关于(审判)有罪判决的公正而非辩诉交易的公正。立法机构可利用更加精确、有效的方式来解决这一案件所提出的问题,比如通过启动立法来惩罚犯有如此严重错误的律师。法院不应采取这种亚宪法的方式,通过推翻公正审判的定罪量刑来惩罚几乎每一个人。这一判决结果与第六修正案及先例均不符合。⁽⁵⁹⁾

在本案中,联邦最高法院确认辩诉交易是刑事诉讼的关键环节,被告人享有的有效辩护权应予保护,且不因案件已经公正审判而丧失救济的权利,但却在明知被告人无法证明律师瑕疵辩护使其诉讼权利受损是否会导致诉讼结果不同的情况下,仍将该案退回重审,要求被告入加以证明。笔者认为,两步法审查标准的第二步应当审查的是,瑕疵辩护是否导致被告人的程序权利受损害,被告人仅应承

(50) See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. __ (2012) (slip op. at p 7).

(51) See *Lafley v. Cooper*, 566 U.S. __ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 12).

(52) See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. __ (2012) (slip op. at 18).

(53) See *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 262 (1971).

(54) See *Missouri v. Frye*, 311 S.W.3d, 350, 359 (2011).

(55) See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. __ (2012) (slip op. at 11-13).

(56) See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. __ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 2).

(57) See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. __ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 3).

(58) See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. __ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 4).

(59) See *Missouri v. Frye*, 566 U.S. __ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 5).

担瑕疵辩护使其诉讼权利受损害的证明责任 表明如非瑕疵辩护, 诉讼程序将会不同。因为有效辩护权是为了保障诉讼程序的公正而不是诉讼结果的公正, 当律师不称职、辩护有瑕疵时, 受损害的是诉讼程序公正, 应受救济的也是诉讼程序权利, 而诉讼结果无法预测。让被告人对难以预测的诉讼结果是否不同承担举证责任是荒谬的。

(二) 律师错误致被告人拒绝答辩提议的救济: 库珀案

在拉弗勒诉库珀(*Lafler v. Cooper*, 简称“库珀案”) 案中, 依据密歇根州法, 被告人库珀被控意图谋杀及其他三项犯罪, 检察官提议取消两项指控, 对其他两项指控建议 51 - 85 个月刑期, 换取有罪答辩。被告人在与法庭谈话中表示认罪并愿意接受检察官的提议。但律师告知被告人, 由于被害人受枪伤部位在腰部以下, 所以控方不能证明谋杀故意, 之后被告人拒绝了检察官的提议。在随后的陪审团审判中, 针对被告人的四项指控全部成立, 判其 186 - 360 个月的强制性最低刑。随后州法院驳回被告人提出的无效辩护主张。密歇根州上诉法院基于被告人“明知、理智”地拒绝了答辩提议并且陪审团审判是公正的, 亦驳回其主张。然而, 联邦地区法院裁定州上诉法院不合理地适用了两步法审查标准, 作出附条件的裁决, 命令检察官对原答辩提议予以特别履行。第六巡回法院予以支持, 认为辩护律师对法律理解错误, 向被告人提供错误的律师意见和不充分的辩护, 致使被告人由于失去接受有利答辩提议的机会而受到损害。⁽⁶⁰⁾ 虽然各方均认为律师建议有瑕疵, 但各法院对本案中不公正辩诉交易与公正审判之间的关系有明显分歧: 审判前辩诉交易中的不公正能否使陪审团公正审判的结果归于无效?

在本案中, 检察官虽然也认为律师的辩护并不充分, 但检察官认为第六修正案唯一的目的是通过保障有效辩护权来保护公正审判权, 而不是保护公正辩诉交易权。检察官认为本案的陪审团审判是公正的, 公正审判消解了之前辩诉交易中的无效辩护问题。⁽⁶¹⁾

对此, 联邦最高法院的多数派重申第六修正案的目的是要求在刑事程序的每个关键环节提供有效辩护, 包括审判前的阶段, 包括辩诉交易; 并重申检察官忽视了美国现实: 现今的刑事司法在很大程度上是辩诉交易体制, 而非审判体制。

少数派并不认同多数派对辩诉交易现实地位的认识。少数派认为辩诉交易应被视为“必要的恶”。一方面, 辩诉交易有许多缺陷, 比如检察官在辩诉交易中有过度指控的严重风险, 无辜的被告人为了避免严重后果, 被迫对较轻指控认罪; 对有罪的被告人而言, 辩诉交易通常意味着远低于法定刑的量刑。另一方面, 美国之所以接受辩诉交易是由于很多人认为, 若非辩诉交易, 审判无法解决刑事司法的积案。⁽⁶²⁾

少数派认为, 库珀与弗莱伊两案相对直接地提出了关于律师有效辩护权在辩诉交易中的适用范围问题。少数派回顾了有效辩护权的发展, 指出判例法最初从正当程序条款得出了该项权利, 以及其对公正审判的保障。⁽⁶³⁾ 1967 年, 韦德案(*Wade*) 认定这一权利并非始于审判, 而是扩展至“指控的所有阶段, 无论是否正式、无论法庭内外, 只要辩护律师的缺席可能损害被告人的公正审判权”。⁽⁶⁴⁾

(60) See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. _ (2012) (slip op. at 2-4).

(61) See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. _ (2012) (slip op. at 10).

(62) See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. _ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 12).

(63) See *United States v. Gonzalez-Lopez*, 548 U.S. 140, 147 (2006).

(64) *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 226 (1967).

1984年,史崔克兰案的标准将有效辩护权定位于第六修正案范围内。在此前后均有判例认为无论对轻罪指控还是对重罪指控,“进行”有罪答辩,都是应享有有效辩护权的关键阶段。⁽⁶⁵⁾ 2010年,帕迪拉“接受”答辩提议进行有罪答辩,放弃陪审团审判权,其在有罪答辩之前享有有效辩护权。但是,这些判例从未将这些规则适用于辩诉交易的所有方面,尤其是从未适用于被告人拒绝答辩提议、选择陪审团审判的案件中。多数派严重偏离了先例,不仅保护宪法所规定的享受正确定罪量刑的审判权利,而且司法创设了被告人的有效辩诉交易权。⁽⁶⁶⁾

少数派指出,对辩诉交易权利的认可可能会产生复杂的后果,辩诉交易中的宪法性规则不仅适用于辩护律师,也将规范检察官的行为。比如,检察官撤回已被接受的答辩提议,是否合宪?在辩方尚无充分时间考虑决定是否接受检察官的提议时,检察官撤回答辩提议是否合宪?或者检察官根本就没有提议,尽管其指控力度很弱——因此将被告人排除在新的“刑事司法体制”之外,是否合宪?⁽⁶⁷⁾

多数派认为,控辩审三方均认可本案中瑕疵辩护属实。鉴于被告人已在先前的法庭程序中表明其本愿意接受检察官的答辩提议,所以被告人能够证明如非瑕疵辩护,其与法院有合理可能性接受有罪答辩。其因瑕疵辩护而拒绝答辩提议,导致审判判处的最低刑是答辩提议的3.5倍。因此,被告人提出的无效辩护主张满足了两步法审查标准。但地区法院命令对辩诉协议特别履行的做法是不适当的,正确的救济是命令检察官重新提出原提议,如果被告人接受提议,法院可行使自由裁量权决定是否撤销有罪判决并根据辩诉协议重新量刑,或者撤销部分有罪判决并相应地重新量刑,或者对有罪判决及量刑不作改变,将案件发回重审。⁽⁶⁸⁾

在库珀案中,联邦最高法院将案件发回到可以纠正律师错误的节点,通过这种方式对被告人的有效辩护权予以救济,并完全列举重审法院所有可能的裁判结果,表明丝毫不影响重审法院的自由裁量权。多数派以有效辩护宪法权利受侵害为由给予被告人救济,而非基于被告人享有辩诉提议权或者辩诉交易权,以回应少数派的批评。

少数派针对多数派的判决意见提出了强烈的反对意见,指出在库珀案中,被告人确定无疑是有罪的,其已经享受了陪审团公正审判,控方的举证受到宪法、刑事诉讼法、证据法等法律的严格限制,在严格证明之下,无偏私的陪审员作出一致的有罪裁决;但多数派依然认为对被告人的有罪判决是无效的,仅仅因为剥夺了其辩诉交易的宪法权利。而在世界上很多国家,像本案这样严重的犯罪案件禁止辩诉交易。⁽⁶⁹⁾ 不仅如此,库珀案的判决更是取消了正当审判程序的结果,该审判并无不公或者违宪,相反,判决结果远比最高法院判决意见提供的宪法权利“辩诉交易的审判”要公正得多。⁽⁷⁰⁾

少数派认为这两个案件的判决颠倒了联邦最高法院几十年来的先例,违反了联邦法律,开启了新的宪法性刑事诉讼法学时代——“辩诉交易法”,尽管这两个判例甚至没有明确给予的救济是什

(65) See *Hill v. Lockhart*, 474 U.S. 52, 58 (1985), 指出受到重罪指控的被告人有权获得适格律师的有效辩护; see also *Iowa v. Tovar*, 541 U.S. 77, 81 (2004); *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 34 (1972); *White v. Maryland*, 373 U.S. 59, 60 (1963), 指出进行有罪答辩,无论是轻罪还是重罪指控,都是有效辩护权所系的刑事诉讼关键阶段。

(66) See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. _ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 3, 4).

(67) See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. _ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 2).

(68) See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. _ (2012) (slip op. at 11, 15-16).

(69) See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. _ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 12).

(70) See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. _ (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 13).

么。⁽⁷¹⁾ 少数派强调,最高法院在认定被告人库珀宪法权利受侵犯的前提下给予救济的方式——无论下级法院如何裁决都可以——在法理上不合逻辑。如果被告人的第六修正案权利受到侵犯,因瑕疵辩护拒绝答辩提议,失去接受有利提议、获得较轻量刑的机会,那么唯一合乎逻辑的救济是给被告人这一辩诉交易权。但是这一救济可能会在很多案件中引起严重的不公。多数派心照不宣地认识到这一点,因此案件交给下级法院行使裁量权,决定如何处理,且多数派认为没有必要界定“适当的裁量权的界限”。⁽⁷²⁾ 而要求检察官重提其旧提议在两种情况下会导致裁量权的滥用:其一,当被告人拒绝提议后,出现新的重要指控证据时;二是当拒绝提议导致实质性的司法资源浪费时。⁽⁷³⁾ 实际上在库珀案中,被告人经陪审团公正审判、依法定罪、量刑适当,对此案的任何救济都将影响甚至取消陪审团审判的公正结果。

(三) 两案引出预防滥用无效辩护主张权的讨论

少数派对两案裁决的顾虑是,该两案的判决将使得被告人主张无效辩护的案件数量增加。

对此,多数派提出若干对策以防无效辩护主张权的滥用。首先,正式答辩提议的条款和谈判过程应作记录,以便将来调查审判前谈判行为。其次,检察官所有的答辩提议都应是书面的,以避免将来误会或者假称无效辩护,如新泽西州法院规则即规定,检察官作出的所有答辩提议应当是书面的并送达辩护律师。⁽⁷⁴⁾ 再次,在答辩程序或者审判前程序中,正式的答辩提议应予附卷,作为案卷的一部分,确保被告人在后一程序开始前,能够获得充分的辩护帮助。新泽西州要求检察官和辩护律师在通讯开庭前讨论案件,包括答辩提议,并在被告人在场的情况下,在公开的法庭上陈述讨论内容。⁽⁷⁵⁾ 1990年代的法院即已在鼓励控辩双方以某种方式对以下审判前事实进行记录:(1)辩诉交易提议的事实;(2)被告人已经就答辩提议条款进行详细咨询的事实;(3)被告人对答辩提议的反馈。⁽⁷⁶⁾

五、美国辩诉交易中有效辩护权的弃权

辩诉交易的历史表明,有些辩诉协议的条款中已经包含了对有效辩护权的明确弃权。比如,如果被告人自愿、明知、理智地放弃对量刑提起上诉的权利,弃权条款就会阻止其就量刑提出无效辩护的主张。⁽⁷⁷⁾

随着联邦最高法院对有效辩护权的保障更加明确、清晰,辩方单列无效辩护请求权,以之换取检察官更优惠的量刑建议。在被告人放弃有效辩护权后,许多法院禁止被告人提出所有关于无效辩护的主张,无论是在答辩前还是答辩后。⁽⁷⁸⁾ 这显然妨碍了有效辩护宪法权利确保公正司法的功能。法官、律师职业道德团体、媒体对此均展开讨论。⁽⁷⁹⁾ 相关的探讨主要从以下几个关键方面展开。

(71) See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 13).

(72) See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. (2012) (slip op., Scalia, J., dissenting, at 10).

(73) See *Lafler v. Cooper*, 566 U.S. (2012) (slip op., Alito, J., dissenting, at 2).

(74) See N. J. Ct. Rule 3:9-1(b) (2012).

(75) See N. J. Ct. Rules 3:9-1(b), (c) (2012).

(76) See *In re Alvernaz*, 2 Cal. 4th 924, 938, n. 7, 830 P. 2d 747, 756, n. 7 (1992).

(77) See *Davila v. United States*, 258 F.3d 448, 450-53 (6th Cir. 2001).

(78) See *United States v. Nance*, No. 11-2423, 2012 WL 4076117, at 7 (3d Cir. 2012).

(79) See Editorial, *Trial Judge to Appeals Court: Review Me*, N. Y. Times (July 16, 2012). <http://www.nytimes.com/2012/07/17/opinion/trial-judge-to-appeals-court-review-me.html>, 2014年9月1日最后访问。

(一) 弃权的有效性

1970年在布雷迪一案中,联邦最高法院指出,放弃律师辩护权以及刑事诉讼中其他宪法权利,必须自愿、明知、理智。⁽⁸⁰⁾ 只要弃权是明知、自愿的,判例法允许被告人放弃辩诉交易中的有效辩护权和定罪后关于有效辩护权受侵犯的主张权。仅在少数几种情况下,弃权才是无效的,比如:(1)基于法律禁止的原因如种族原因弃权;(2)无效辩护导致的弃权;(3)量刑超出了法定最高刑;(4)弃权在其他方面违法等。⁽⁸¹⁾ 一般而言,对于被告人自愿、明知、理智地放弃有效辩护权的,法院会认可弃权的合法性。

最近几年的判例表明,即使被告人在辩诉协议中放弃有效辩护权,在定罪后程序中仍然可以质疑有罪答辩的明知、自愿和理智。⁽⁸²⁾ 比如,如果被告人在定罪后程序中提出,在达成辩诉交易时律师无效辩护,那么即使其已弃权,也可提出无效辩护主张;⁽⁸³⁾ 但被告人需要承担证明责任,表明其辩诉交易程序受到无效辩护的影响,否则在弃权后禁止提出无效辩护主张。⁽⁸⁴⁾ 又如,被告人放弃定罪后人身保护令救济权利,也可主张其有罪答辩因无效辩护而违宪。但被告人要证明,如果不是律师无效辩护,就不会作有罪答辩而是选择审判。⁽⁸⁵⁾ 可见,被告人主张弃权无效的,必须承担证明责任,说服法院其如果接受有效辩护,有合理可能性会选择审判或者作其他选择:(1)如果不是律师的错误,被告人不会签署弃权条款;(2)被告人由于不明知或者不自愿而弃权;(3)被告人本可以作出比弃权后果更好的其他选择。如前文所述,被告人一旦弃权,由于证明责任的分配,其要证明无效辩护的主张,难度是比较大的。

(二) 反对弃权的意见及实践

在美国,理论界和实践中有许多反对放弃有效辩护权的意见和做法。有法院认为,被告人在有罪答辩之前同意弃权时,一般并不知该权利的基础和范围,因此被告人对弃权的内容、范围、后果均不明知。法院认为,被告人弃权与有罪答辩的自愿、明知和理智有关联,如果被告人充分理解有效辩护权的性质以及如何行使,那么其弃权是明知、理智的。⁽⁸⁶⁾ 现实中,为了迎合检察官的意愿而在诉讼早期放弃有效辩护权的被告人,对于权利的内容通常并没有全面理解。

另有法院认为,对于弃权时不能预知的情况,不得弃权。实践中基于明知和自愿的弃权是有效的,其前提是要求辩护律师提供充分的咨询意见。比如,对上诉权利的弃权,通常仅包括对弃权之前程序的上诉权而不包括对弃权之后程序的上诉权,因为被告人不可能明知和理智地放弃对不可预知的未来错误的上诉权。⁽⁸⁷⁾ 如果被告人弃权时不可能知道相关事实的存在,被告人的弃权就不是明知的和自愿的,因此弃权无效。⁽⁸⁸⁾ 这些判例立足于现实,体现了公平。

实践中,死刑犯也会明知且自愿地放弃寻求定罪后救济的权利。这可能是由于被告人高估了律

(80) See *Brady v. United States*, 397 U.S. 742, 748 (1970); 在其他判例中重申,如 *Iowa v. Tovar*, 541 U.S. 77, 81 (2004) .

(81) See *United States v. Viera*, 674 F.3d 1214, 1219 (10th Cir. 2012) .

(82) See *People v. Stovall*, 284 P.3d 151, 155 (Colo. 2012) .

(83) See *Contreras - Garcia v. State*, 95 So. 3d 993, 995 (Fla. App. 2012) .

(84) See *People v. Ruffin*, 101 A. D.3d 1793, 955 N. Y. S.2d 917 (N. Y. App. 2012) .

(85) See *Ex parte Reedy*, 282 S. W.3d 492 (Tex. Crim. App. 2009) .

(86) See *Iowa v. Tovar*, 541 U.S. 77, 78 - 79 (2004) .

(87) See *People v. Orozco*, 103 Cal. Rptr. 3d 646, 649 (Cal. Ct. App. 2010) .

(88) See *Ex parte Reedy*, 282 S. W.3d 492, 498 (Tex. Crim. App. 2009) .

师鉴别弃权后果的能力,⁽⁸⁹⁾但这种误解不会损害被告人弃权的明知和自愿,在之后的程序中被告人不再享有主张无效辩护的权利。考虑到许多法院认可弃权的有效性,而无辜者被定罪的案件切实存在,这一实践确有风险。

(三) 基于利益冲突而禁止律师建议弃权

最近一些年来,美国有些学者和法官认为,律师不应建议弃权,因为建议被告人放弃有效辩护权不符合律师职业道德。

首先,律师建议被告人放弃有效辩护权,损害了律师对被告人的忠实义务。忠实义务是律师职业的基本道德。美国律师协会的职业道德标准建议律师不应当接受包含放弃有效辩护权的辩诉交易,检察官也不应当要求这类弃权。⁽⁹⁰⁾有几个州的律师协会及职业道德准则禁止辩护律师建议被告人放弃有效辩护权。如2012年佛罗里达州职业道德规范指出,不允许检察官或者律师或者双方提出弃权的提议;2011年阿拉斯加州律师协会、内华达州律师职业道德规范常委会、弗吉尼亚州律师协会、2009年蒙大拿州最高法院顾问委员会、2001年俄亥俄州职业纪律委员会、1995年佛蒙特州律师协会、1993年北卡罗来纳州律师协会都持类似意见。其中,弗吉尼亚州虽然没有明确禁止辩护律师建议被告人弃权,但规定辩护律师不能建议被告人放弃对案件复查的申请权,这其中包含了禁止建议放弃无效辩护主张权。⁽⁹¹⁾同样,检察官要求弃权,也会破坏律师职业的道德基础,因此应受到禁止。

其次,弃权建议包含了被告人和辩护律师之间固有的利益冲突,律师可能为了避免被认定为无效辩护、影响职业声誉而提出建议。在联邦法系统多年以来的辩诉交易实践中,弃权一般是有效的。各州虽然有权制定比宪法的要求更严格的律师职业规范,但其在弃权问题上的规定也不一致,如德克萨斯和亚利桑那两个州认为辩护律师建议被告人放弃有效辩护权并不违反职业道德。⁽⁹²⁾迄今为止,美国刑事司法中并没有在有效辩护权的弃权问题上达成一致的规定。

再次,在美国司法实践中,作为辩诉协议的一个组成部分,明确的弃权使被告人更容易获得检察官在指控和量刑上的让步。被告人往往迫于形势在诉讼的早期放弃有效辩护权,以获得检察官的良好印象和有利的量刑建议。

综上,是否允许律师建议被告人放弃无效辩护主张权,在全美范围内并无统一的规定。而被告人在诉讼早期表明弃权意愿的情况下,如何有效保障被告人自愿、明知地弃权,是重要的问题。

(四) 自愿与明知的保障和证明

美国辩诉交易实践中注重保障被告人弃权的自愿和明知,并尽可能将能够证明弃权有效性的证据进行固定。

首先,由于弃权与有罪答辩相关,所以被告人应充分知晓并完全理解指控犯罪事实和法定刑的范

(89) See *Iowa v. Tovar*, 541 U.S. 77, 92 (2004).

(90) See Rory K. Little, *The ABA's Project to Revise the Prosecution and Defense Function Standards*, 62 *Hastings L.J.* 1113, 1120 (2011); Rory K. Little, *The Role of Reporter for a Law Project*, 38 *Hastings Const. L.Q.* 747, 795 (2011).

(91) See Professional Ethics of the Florida Bar, Proposed Advisory Op. 12-1 (2012); Ala. State Bar, Ethics Op. RO 2011-02 (2011); Nev. Standing Comm. on Ethics & Prof'l Responsibility, Formal Op. No. 48 (2011); Va. State Bar, Legal Ethics Op. 1857 (2011); Advisory Comm. of the S. Ct. of Mo., Formal Op. 126 (2009); Ohio Bd. of Comm'rs on Grievances & Discipline, Op. 2001-6 (2001); Vt. Bar Ass'n, Advisory Ethics Op. 95-04 (1995); N.C. State Bar, RPC 129 (1993).

(92) See Tex. S. Ct. Prof'l Ethics Comm., Op. 571 (2006); Ariz. State Bar, Ethics Op. 95-08 (1995); see also *Watson v. United States*, 682 F.3d 740, 744 (8th Cir. 2012); *United States v. Deluca*, No. 08-108, 2012 WL 5902555, at *10 (E.D. Pa. Nov. 26, 2012).

围。被告人在有罪答辩前通常要对此作出有记录的陈述,因此,对被告人知情权的保障可以证明。

其次,美国司法实践确立了一些值得推广的方式以满足对自愿与明知的证明要求。如在美国诉库尔西奥(United States v. Curcio)案中,一名律师为两名被告人辩护,涉及利益冲突禁止条款。第二巡回法院认为,被告人放弃重要的辩护权利时,法院应举行听审:(1)向被告人解释其享有无利益冲突辩护权;(2)向被告人说明弃权与辩护律师的利益冲突及可能引起的风险;(3)允许被告人与其律师协商;(4)鼓励被告人从其他律师处寻求建议;(5)给被告人充分的时间作决定;(6)以问答的方式确定并记录被告人是否理解弃权的风险以及选择弃权的自愿性。⁽⁹³⁾该听审被称为库尔西奥听审,法院认为在接受包含重要弃权的辩诉协议之前,法官应当举行该听审以确保被告人全面理解弃权的意义。又如,第八巡回法院认为,弃权之前,应向被告人解释无效辩护的含义以及弃权的基本后果。法院可列一个清单,例举常见的无效辩护表现形式,比如律师提供了错误的律师意见、未能充分调查事实或者未能正确理解法律等,并说明弃权将导致的法律后果。⁽⁹⁴⁾法院的正式程序使得有法庭记录可以证明被告人弃权的自愿和明知。

六、结语

美国刑事司法对辩诉交易中有效辩护权的保障和救济,经历了一个缓慢而又谨慎的发展过程。1970年,联邦最高法院以判例确认了辩诉交易在刑事诉讼中的合法地位,几乎同时,开始对辩诉交易中的有效辩护权这一宪法权利反复确认,但其时所确立的麦克曼标准刻意割裂律师错误与律师适格性的关系,使有效辩护权流于形式。到20世纪80年代,最高法院以判例确认对辩诉交易中无效辩护的审查规则,律师错误、瑕疵辩护造成不利诉讼结局的,构成无效辩护,从而建立了律师错误与律师适格性、被告人权利之间的联系。2010年帕迪拉案要求律师告知辩诉交易被告人移民法上的间接后果,提高了对律师适格性的要求,表明有效辩护的判断标准从以“律师适格性”为中心向以被告人权利为中心的进一步演变。

2012年以来美国辩诉交易中的有效辩护权经历了新的发展变化。联邦最高法院在弗莱伊和库珀两案中,将辩诉交易中的有效辩护权范围扩展到未进入有罪答辩的案件,确认由于律师失职或者错误致使被告人失去有利答辩机会的案件,即使已经公正审判也应予以救济,肯定了辩诉交易在美国刑事司法中的重要地位,肯定了被告人在刑事诉讼中任何关键阶段享有有效辩护权,而辩诉交易是刑事诉讼的关键阶段,被告人在辩诉交易中的有效辩护权与审判程序中的同等重要。库珀案以朴素的公平观将案件倒回到被告人失去辩诉交易机会的节点,把公平交易的机会还给被告人。有效辩护权受侵犯后的救济虽然客观上使公正审判的结果失效,但这并不是以辩诉交易程序对抗陪审团审判程序的结果,而是由于被告人有效辩护宪法权受侵犯后,此后的程序本不应当存在。在这两个判例中,得到加强的是被告人在辩诉交易中的有效辩护权,受到强调的是辩诉交易谈判及整个过程中律师辩护的职责和义务;而这本是有效辩护宪法权的应有之义。美国辩诉交易中对有效辩护的保障和对无效辩护的救济仍在争议中不断发展。

(93) See *United States v. Curcio*, 680 F.2d 881 (2d Cir. 1994).

(94) See *Chesney v. United States*, 367 F.3d 1055, 1059 (8th Cir. 2004).

美国辩诉交易程序中的有效辩护宪法权利对于我国刑事诉讼中的被告人获得辩护权利有着积极的启示意义。笔者认为,首先,保障被告人的辩护权、扩大法律援助的范围是落实我国宪法、刑事诉讼法的要求。我国《宪法》第125条和《刑事诉讼法》第33条都有被告人有权获得辩护的规定。十八届四中全会报告将强化诉讼过程中当事人辩护权的制度保障作为司法人权保障的内容,本轮司法改革也发布了规范性文件保障被告人的律师辩护权。2015年由中办和国办印发的《关于完善法律援助制度的意见》明确提出加强刑事法律援助工作,为更多的刑事诉讼被告人提供法律援助。其次,对律师辩护质量进行规范、监督;当律师错误导致被告人权利受损的情况下,对被告人权利进行救济,是确保被告人辩护权的内在要求。对此,有学者也认为,“作为一种法律制度,有效辩护和无效辩护制度都深深地被打上美国法的烙印,但作为一种法律理论,有效辩护理论和无效辩护的理念则具有一种普适的价值,代表了刑事辩护制度的发展方向”。该学者还认为,“确立有效辩护的理念,并建立一套旨在规范律师辩护的质量控制体系,这是中国未来刑事辩护制度发展的必由之路”。⁽⁹⁵⁾

与美国相比,在我国刑事诉讼中,简易程序、刑事和解、速裁程序均以被告人自愿认罪为适用前提,且以程序的简化为重要特点。程序的简化意味着被告人诉讼权利的简化。如何在三种程序中保障被告人合法权益是刑事法治发展进程中不可回避的问题。对此,美国辩诉交易中有有效辩护权保障的实践经验或可有所启发。

The Right to Effective Assistance of Counsel in U.S. Plea Bargaining

Qi Jianjian

Abstract: Since 1970's, the constitutional right to effective assistance of counsel in U.S. plea bargaining system has increasingly gained more protection. The right to effective assistance is critical to the defendant who enters plea bargain. Effective assistance is a must to ensure the voluntariness, knowing and intelligence of the guilty plea. Also, it ensures a fair bargain. The standard on the attorney's competence was established almost the same time as the legitimization of the plea bargaining system. In 1980's, the U.S. Supreme Court set forth two-step rules to review the violation of the constitutional right to effective assistance. The Supreme Court remedies the guilty plea due to ineffective assistance. Since 2012, the Supreme Court has remedied the lost of the plea offer due to ineffective assistance. This invites some criticism because of the conflict between the fairness of plea bargain and the outcome of fair jury trial. Neither federal nor state criminal justice practice has reached any agreement on the propriety of the waiver of the constitutional right to effective assistance and the waiver of the claim of ineffective assistance.

Keywords: plea bargain; effective assistance; ineffective assistance; fair trial; waiver

(责任编辑: 幸颜静)

(95) 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。