

# 辯護人：保密義務與真實義務 ——衝突與權衡

曾友俞\*

## 壹、前言

### 一、研究動機

閱讀了由Michael Connelly著作的《The Lincoln Lawyer》，其中主角Michael Haller是一位刑事辯護律師，某次接到富豪子弟Louis Roulet的殺人未遂案件，Roulet稱人不是他殺的，但隨著劇情的進展，Haller漸漸發現事情不單純，發現除了這個案件的被害人外，Roulet還殺過別的人，而且先前被殺死的人被判刑的被告，就是Haller曾經經手的案件，而這也讓他最害怕的事情發生，也就是讓真正無辜的人被判刑。但是身為律師，對於客戶有保密義務，所以他無法將一切公開，因此與Louis Roulet鬥智，最後驚險的解除危機。上述內容雖說是小說，但作者也說明了是根據法律實務來撰寫的。喜歡這個故事，也讓本文對於律師的保密義務究竟是什麼內容竟能拘束律師到這種程度，這也就讓本文產生對律師保密義務的研究動機。但律師除了是當事人的代理人之外，在現代的法治國家律

師也是司法成員的一份子，這就讓律師的角色產生倫理義務衝突，這也就是本文之所以研究本主題的原因，解決義務衝突。

### 二、研究目的

本篇研究所欲達成之目的係得出律師基於司法人員的一份子的身份對法院所負有的真實義務與律師基於當事人的代理人的身份所負有的保密義務之間衝突後的權衡結論。對於律師來說，倫理問題是很重要的，因為律師是一個專業（Profession）。<sup>1</sup>尤其這個倫理義務的衝突乃是律師無可迴避的問題，也是律師在職業生涯上必然要去面對並採取立場的問題，因此，在這個問題的重要性之下，本文的研究目的即在於獲得這個立場。而必須注意者為，本文以辯護人作為主題，即係欲著重在刑事訴訟程序上討論律師的倫理義務。

### 三、研究方法

本文的研究方法為文獻考察法以及分析

\* 本文作者係律師

註1：Frederick A. Elliston, Ethics, Professionalism and the Practice of Law, Loyola University Chicago Law Journal, p.547, 1985, Vol.16, Art.11 “Clearly, ethics should be treated as of fundamental importance to the practice of law for, without it, the practice of law is not truly a profession.”

法。前者係本文將透過考察我國與美國對於本文主題相關議題的學術與實務的見解；後者則是在行文上，將按照章節的區別，在個別的章節中獨立描述個別內容，而在第四章再進行整合並且指出衝突點，最後再進行利益權衡判斷以得出結論。

## 貳、保密義務

### 一、法規定

辯護人的保密義務規定在律師倫理規範第33條：「律師對於受任事件內容應嚴守秘密，非經告知委任人並得其同意，不得洩漏。但有下列情形之一，且在必要範圍內

者，得為揭露：一、避免任何人之生命、身體或健康之危害。二、避免或減輕因委任人之犯罪意圖及計畫或已完成之犯罪行為之延續可能造成他人財產上之重大損害。三、律師與委任人間就委任關係所生之爭議而需主張或抗辯時，或律師因處理受任事務而成為民刑事訴訟之被告，或因而被移送懲戒時。四、依法律或本規範應揭露者。」<sup>2</sup>、刑法第316條：「…律師、辯護人…或其業務上佐理人，或曾任此等職務之人，無故洩漏因業務知悉或持有之他人秘密者，處一年以下有期徒刑、拘役或五萬元以下罰金。」、刑事訴訟法第182條：「證人為…律師、辯護人…或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問

註2：本條修正理由提到係參照 American Bar Association Model Rules of Professional Conduct Rule 1.6，內容為：「(a) A lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client unless the client gives informed consent, the disclosure is impliedly authorized in order to carry out the representation or the disclosure is permitted by paragraph (b).(b) A lawyer may reveal information relating to the representation of a client to the extent the lawyer reasonably believes necessary:(1) to prevent reasonably certain death or substantial bodily harm;(2) to prevent the client from committing a crime or fraud that is reasonably certain to result in substantial injury to the financial interests or property of another and in furtherance of which the client has used or is using the lawyer's services;(3) to prevent, mitigate or rectify substantial injury to the financial interests or property of another that is reasonably certain to result or has resulted from the client's commission of a crime or fraud in furtherance of which the client has used the lawyer's services;(4) to secure legal advice about the lawyer's compliance with these Rules;(5) to establish a claim or defense on behalf of the lawyer in a controversy between the lawyer and the client, to establish a defense to a criminal charge or civil claim against the lawyer based upon conduct in which the client was involved, or to respond to allegations in any proceeding concerning the lawyer's representation of the client;(6) to comply with other law or a court order; or(7) to detect and resolve conflicts of interest arising from the lawyer's change of employment or from changes in the composition or ownership of a firm, but only if the revealed information would not compromise the attorney-client privilege or otherwise prejudice the client.(c) A lawyer shall make reasonable efforts to prevent the inadvertent or unauthorized disclosure of, or unauthorized access to, information relating to the representation of a client.」另外，民事訴訟法亦有拒絕證言之規定，規定於第307條第1項第4款：「證人有下列各款情形之一者，得拒絕證言：四、證人就其職務上或業務上有秘密義務之事項受訊問者。」

者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」、律師法第32條：「律師不得從事有辱律師尊嚴及名譽之行業。律師對於受委託、指定或囑託之事件，不得有不正当之行為或違反其業務上應盡之義務。」

## 二、保密義務的內涵

### (一) 受律師協助的權利

美國聯邦憲法增修條文第6條規定：「In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right... to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.」此為美國憲法基本權中受律師協助權利（簡稱律師權）的基礎。而我國並無明文規定，但在大法官釋字654號後應可認為我國亦已承認此基本權，理由書第一段指出：「憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。上開自由溝通權利之行使雖非不得以法律加以限制，惟須合乎憲法第二十三條比例原則之規定，並應具體明確，方符憲法保障防禦權之本旨，而與憲法第十六條保障訴訟權之規定無違。」而有論者認為賦予被告律師權的目的，乃因為被告不

解法律，對於訴訟程序陌生，所以由專業之律師提供法律意見，協助被告面對結果嚴重、過程懾人之訴訟程序。因此，律師權最重要的基礎就是被告得與辯護人完全充分及自由的溝通，被告得毫無恐懼、毫無疑慮地向辯護人吐實，不用擔心今日所述成為明日的不利證據。若被告恐懼其與辯護人間的溝通可能遭人竊聽、可能成為證據，即不敢與辯護人充分溝通，此種恐懼越強，被告之律師權即越為虛無。被告得與律師完全充分及自由的溝通，應是律師權的核心價值。<sup>3</sup>

基此，衍生出的就是律師與當事人間之秘匿特權（Attorney-Client Privilege），此特權可以追溯到16世紀伊莉莎白一世女皇（Queen Elizabeth I）統治時期，就如晚近美國首席大法官William Rehnquist所說：「秘匿特權是在普通法中有關於秘密溝通最古老的特權。」當時，特權目的是為了保護律師的榮譽以及允許其等可在面對傳訊作證時保守當事人的秘密，亦即特權主體是律師，律師也可以放棄這個特權。至18、19世紀時，思想演變後的特權目的也被重新理解，有效的法律協助有助於公益，而有效的法律協助有賴律師能從當事人處完整地獲知資訊，為了讓當事人能向律師為完整且誠實的陳述以獲得最充分、最有效的法律協助，特權的主體在此後被定性為屬於當事人，此即特權在今日的面貌，保護律師與當事人間的關係，保護律師與當事人間充分、自由且完整的溝通。且起先特權保護範圍僅在當事人於訴訟中與律師談話的機密內容，至今日則延伸到任何尋求

註3：王兆鵬、張明偉、李榮耕，《刑事訴訟法（上）》，2015.09，3版，頁502。

法律協助的諮詢內容。既然特權主體是被告，則僅其有權決定與律師間之秘密溝通得否揭露，若律師違反被告意思揭露者，該內容不得成為對被告之證據，否則會侵犯被告的律師權。<sup>4</sup>

律師與當事人間之秘匿特權係指當事人為尋求專業法律服務而與律師進行秘密溝通，且溝通之內容與正在進行或將來之犯罪無關，始受特權之保護。只要是受特權保護之內容，國家機關不得強迫當事人揭露該內容，當事人亦得主張該內容不得為證據。<sup>5</sup>對於這個概念的內涵必須予以說明。所謂專業法律服務係指只要是當事人為尋求法律協助而與律師之通訊，即受保護。若當事人或律

師任何一方明確表示無欲成立委任關係，之後的通訊內容即不受保護，若某人雖有律師資格，但卻是以例如朋友等之其他非律師身份向他人提供意見，而非提供專業法律服務，則非此特權之保護範圍。而溝通的範圍包括言語、書面、行為以及律師與當事人秘密溝通直接結果的律師觀察或認知。而既然是保護溝通，則不包括當事人交給律師之物證或文件，除非是當事人為了達到與律師溝通之目的所寫畫的內容。而此溝通必須具有秘密的性質，亦即係指當事人為求得律師協助，無欲使律師以外之第三人知悉之溝通。<sup>6</sup>

在前述提到保障秘匿特權的目的在於保障當事人與律師間完整、誠實且自由的溝通，但

註4：參照 Anthony Francis Bruno, Preserving Attorney-Client Privilege in the Age of Electronic Discovery, New York Law School Law Review, 2009, Vol.54, p.544-545, 參照王兆鵬、張明偉、李榮耕, 同註3, 頁503, 參照A. Kenneth Pye, Fundamentals of the Attorney—Client Privilege, The Practical Lawyer, p.16, 1969, Vol.15, No.7另有學者提到律師的保密義務在德國的法基礎，其指出對於律師緘默義務或守密義務之法基礎，在德國，且強調其與基本法之關係，亦即，其憲法基礎乃源自於一般人格權之保護，尤其係此一人格權之保護中，強調任何人均有發展人格之自由，此一自由權且包括資訊之自我決定權，據此，任何人對於其言論之發出、內容及主體範圍，均有決定權。如此，律師對於委託人之資訊，自不得任意加以散佈，否則亦侵害委託人之資訊決定權。姜世明，《法律倫理學》，元照出版，2014.09，3版1刷，頁261-262，此外，著名法學家邊沁 (Jeremy Bentham) 則反對此特權，其認為即令將「無罪」之人與律師間之通訊內容揭露，亦不會對於其造成任何傷害。只有「有罪」之人，才會害怕揭露其與律師通訊之內容，才需要特權之保護。若不承認此一特權，並不會傷害無罪之人，最多只會造成有罪之人不能自其律師得到許多虛偽辯護的協助。王兆鵬，《辯護權與詰問權——第四章律師與當事人之秘匿特權》，元照出版，2008.06，頁110-111，邊沁認為這個特權會妨礙發現真實，成為有罪者逃脫法律的理由。

註5：王兆鵬，《辯護權與詰問權——第四章律師與當事人之秘匿特權》，元照出版，2008.06，頁114。

註6：參見王兆鵬，同註5，頁116-120，另外值得補充的是，學者提到：「當事人與律師特權之傳統法理，認為身分不受特權之保護，蓋身分為特權存在與否之前提要件，非秘密、非溝通、亦非為提供法律協助之目的。…聯邦上訴第九巡迴法院判決本案（見註解）當事人的身分受特權保護，法院採取「秘密溝通例外」理論 (Confidential Communications Exception)：如身分的透露，會導致資訊的傳遞，而該資訊為秘密，且實質上會揭露當事人與律師共享的真正秘密，則身分例外受特權之保護。」參見王兆鵬，《辯護權與詰問權——第四章律師與當事人之秘匿特權》，元照出版，2008.06，頁122，該案件係279 F.2d. 623 (9th Cir. 1960) 另外，作者也提到該理論也同樣適用在律師費用、委任日期、期間、付費方式等等。

除此之外還有一個功能，避免憲法上不可容許的基本權間緊張關係（以下稱緊張關係<sup>7</sup>）。在People v. Meredith（1981），被告Meredith與Scott犯下搶劫殺人案，Scott與其律師James Schenk會談時透露他偷了被害人錢包分贓後丟在自家後的垃圾桶，Schenk馬上派調查員去找錢包，而調查員找到後交給Schenk，其在檢查後交給警方。而後Schenk與其調查員被傳訊作證，雖起初拒絕但最後仍作出如何得知錢包以及錢包位置的證言。關鍵問題在：錢包位置是否為特權保護內容？在Scott的訴訟，California Supreme Court認為：「特權保障的內容除了保障律師與當事人間之秘密溝通外，也保障該溝通所產生之觀察結果，而且也包括調查員的觀察結果。」然而在Meredith的庭，法院採用了“Craft an exception”的特權例外，也就是在此種辯護律師移動或是更改證據的情況時，屬於特權例外。法院認為：「該錢包就像有個寫著『在Scott住宅旁垃圾桶』的標籤一般，而辯護人因為移動了證據，也移除了標籤。若在本案適用特權，則會鼓勵辯方去與警方競賽去獲取關鍵證據。」最後，被告二人依照被起訴的罪名定罪（一級強盜與一級謀殺）。<sup>8</sup>在

Simmons v. United States（1968）案法院認為為了保全某個憲法基本權必須放棄另一個是無法忍受的。美國憲法第五修正案禁止強迫被告自證己罪，而否定秘匿特權會是一種強迫，因若無特權保障，律師會經常被傳訊提供與當事人間溝通，這會造成當事人為了避免自入於罪自限與律師的溝通，因此造成律師無法獲得有效辯護所需資訊，此乃對美國憲法第六修正案保障律師權中律師與當事人間溝通之侵犯。簡言之，若無秘匿特權的保障，被告會被強迫經由其律師而自入於罪，而若其不欲此發生，那麼律師就無法獲得對於有效辯護所需資訊。而本案的特權例外就會產生這種緊張關係，因其使律師從與當事人的溝通得知證據要檢查而移動以進行適當調查時即須放棄特權揭露物證。無論是當事人不與律師溝通或是律師不移動物證以檢查，律師都無法進行有效辯護因此違反律師權；惟若當事人與律師溝通而律師必須移動物證做檢查時，律師須揭露物證，此即強迫自證己罪，因當事人唯一另一選擇是喪失律師權。綜上可知，秘匿特權的保障可以確保人民同時享有不自證己罪特權與律師權的保護，而不會產生憲法上不可容許的緊張關係。<sup>9</sup>

註7：所謂緊張關係係指在特定的狀態下會迫使人民必須在基本權間作選擇，而無法同時享受基本權的保護，例如秘匿特權被否定的狀態。

註8：參照 Michael B. Dashjian, People v. Meredith: The Attorney-Client Privilege and the Criminal Defendant's Constitutional Rights, California Law Review, 1982, Vol.70, p.1049-1050, Issue 4, Article 10 法院將辯護人的決定視作「戰術決策 (Tactical Choice)」——辯護人可以不動證據且保持特權，或是，移動證據並且喪失特權。而辯方提出的辯護「Unworkably Speculative」稱特權應持續的適用，除非檢方能證明在證據沒被移動的情況下，警察可能會找到證據，最終也被法院拒絕適用。

註9：參照 Michael B. Dashjian, People v. Meredith: The Attorney-Client Privilege and the Criminal Defendant's Constitutional Rights, California Law Review, 1982, Vol.70, p.1054-1058, Issue 4, Article 10

此部分所要討論者主要仍係律師權，律師權作為基本權係以人民為權利主體，而本篇以律師作為倫理義務的主體惟討論主軸，然此二者並非不相關，卻有相當密切的關連，即此二者有同樣的思想核心：當事人與律師間完全充分、自由且誠實的溝通。

## （二）相對於當事人的律師

基本權在性質上有個根本的特徵即是其防禦國家的性質，因此律師權作為基本權乃是人民對抗國家的保障。而律師的保密義務則與此不同，律師的保密義務作為律師的倫理要求則是以律師作為規範的對象，在倫理上課予其不應將當事人對其陳述有關其案件之內容公開的義務。<sup>10</sup>惟律師的保密義務與人民的律師權乃源自於相同的核心：人民與律師的完全且自由的溝通。

論者認為律師保密義務與律師職業本質中之「高度信賴關係」間呈現密切之理論關聯。亦即，律師係專門職業或自由業之一種，而自由業之本質之一乃其與當事人間有高度信賴關係，此一信賴關係乃其與當事人間訂立律師契約之基礎，且係其能成就其給付之根本。委託人基於其因對專業或其他考量而給予律師高度之信賴，此一信賴關係，使委託人能較無保留地將家醜、社會交際、業務秘密及個人不為人知行為或心理狀態等

資訊告知於律師，而律師亦係在此能獲得完全資訊下可為周全之法律判斷，以成就及履行其服務給付。如此，若不將律師之保密及緘默視為其職業之特權及義務，則委託人即不可能不提防律師之洩密，保留案情之描述，其對於律師之瞭解案情造成干擾，對於其給付之成就勢必造成障礙。此一制度一方面係為保障當事人之個人領域不被第三者所知悉，另一方面因其可使律師制度功能適當發揮，乃亦具有司法公益之意義。<sup>11</sup>

刑事訴訟程序為國家確認刑罰權發動與否及範圍之程序。而刑罰權乃是一個國家在其領域內可正當行使之權力。基此，國家為了特定目的而啟動此程序時，在力量的天秤上，人民與國家是顯然地不對等的。在這個面向上，律師就是砝碼，去使天秤不那麼嚴重地傾斜，讓人民在對抗國家時能有更強的防禦力。這就凸顯了律師這個職業的重要性，基於這個訴求，為了讓人民能透過律師來防禦國家，這就需要其間能充分溝通。這也就產生了律師相對於當事人所產生的義務，也就是保密。訴訟上最重要的東西，就是證據。證據以證明待證事實，以支持特定當事人之特定主張。換言之，最重要的毋寧就是資訊，若說訴訟是一場戰爭，在人民與國家的對立情境下，這就是一場資訊戰。在

註10：但若以律師作為司法人員的一份子（在野法曹）的觀點來看的話，則律師的職務也具有「公」性質，惟此觀點乃是下一個章節要予以討論者，於此將專注在律師與當事人的關係上。

註11：姜世明，《法律倫理學》，元照出版，2014.09，3版1刷，頁263-264，論者亦提出較為獨特的看法，其認為律師緘默義務或緘默權利不僅係律師倫理性質，或在程序中對抗國家強制之權利，其且係根源於律師契約之契約義務。參照姜世明，《法律倫理學》，元照出版，2014.09，3版1刷，頁264-265。

律師可能是當事人在全世界上唯一與其站在同一邊的人的情況下，若說律師無法將當事人的資訊妥善保管，則律師不再是律師。<sup>12</sup>因此，為了實踐這個目的，相對於當事人的律師，在此的角色必須定位在增加人民這邊以平衡極端傾斜天秤的砝碼。

### 三、小結

律師保密義務的討論，有非常多的延伸，例如義務範圍是否包括受雇人？或雇用人？或同事？或合署律師？是否包括第三人之秘密？等等。惟本文在研究目的的設定上乃是在後文中討論義務衝突為取向，因此該些問題並不具有重要性，故並不打算予以討論。而在本章中先以人民的基本權作為敘述的起點，去了解到目前所承認的基本權包括受律師協助的權利，亦即律師權。而律師權的核心在於當事人與律師之間充分自由的溝通，這延伸成為當事人與律師的秘匿特權。而這個特權並不是只保障這個特定的當事人而已，而是對於公共利益也有助益的。<sup>13</sup>而同樣的核心，也產生了對於律師的倫理要求，也就是保密義務。在這個面向上，相對

於當事人的律師乃是與當事人站在一起對抗國家的角色，作為平衡的砝碼，保密義務是不可或缺的倫理義務。故，律師在倫理上必須要達到這個要求，否則即違背職業的性質，不具備律師的適格性。

## 參、真實義務

### 一、法規定

辯護人的真實義務規定為律師法第1條：「律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命。律師應基於前項使命，本於自律自治之精神，誠實執行職務，維護社會秩序及改善法律制度。」、律師法第2條：「律師應砥礪品德、維護信譽、遵守律師倫理規範、精研法令及法律事務。」、律師法第23條：「律師於接受當事人之委託、法院之指定或政府機關之囑託辦理法律事務後，應探究案情，搜求證據。」、律師法第28條：「律師對於委託人、法院、檢察機關或司法警察機關，不得有矇蔽或欺誘之行為。」<sup>14</sup>、律師法第36條：「律師不得代當事人為顯無理由之起訴、上訴或抗告。」、

註12：簡而言之，在內文的敘述中，律師的職業特性即在於協助當事人防禦，若說其無法完成這個任務，也就不具備律師的適格性。

註13：“The right of a client to maintain confidential the communications with a lawyer, for example, is fundamentally a right which benefits the community as a whole by encouraging the clients to be open and frank when seeking legal assistance.” G.T. Pagone, DIVIDED LOYALTIES? THE LAWYER'S SIMULTANEOUS DUTY TO CLIENT AND THE COURTS, Monash Guest Lecture in Ethics, p.3, 20 November 2009

註14：我國有實務見解對本條做出解釋，參照台灣律師懲戒委員會決議書74年律懲字第3號：「按律師法第27條：『律師對於委託人、法院、檢察機關或司法警察機關，不得有矇蔽或欺誘之行為』之規定，此之所謂『矇蔽』或『欺誘』係指律師受任為辯護人後，以不法不當之方法就明知為真實之事實，故意歪曲以偽易真，或以詐欺方法誘引，使法院檢察機關或司法警察機關不能發現真實或損害

律師倫理規範第7條：「律師應體認律師職務為公共職務，於執行職務時，應兼顧當事人合法權益及公共利益。」、律師倫理規範第8條：「律師執行職務，應基於誠信、公平、理性及良知。」、律師倫理規範第16條：「律師接受事件之委託後，應忠實蒐求證據、探究案情，並得在訴訟程序外就與案情或證明力有關之事項詢問證人，但不得騷擾證人，或將詢問所得作不正當之使用。律師不得以威脅、利誘、欺騙或其他不當方法取得證據。律師不得自行或教唆、幫助他人使證人於受傳喚時不出庭作證，或使證人出庭作證時不為真實完整之陳述。但有拒絕證言事由時，律師得向證人說明拒絕證言之相關法律規定。」、律師倫理規範第20條：「律

師應協助法院維持司法尊嚴及實現司法正義，並與司法機關共負法治責任。」以及律師倫理規範第23條：「律師於執行職務時，不得有故為矇蔽欺罔之行為，亦不得偽造變造證據、教唆偽證或為其他刻意阻礙真實發現之行為。律師於案件進行中，經合理判斷為不實之證據，得拒絕提出。但刑事被告之陳述，不在此限。」<sup>15</sup>

## 二、真實義務的內涵

### (一) 相對於法院的律師

律師常被稱作在野法曹，意指非官方性的司法人員。所謂法曹一詞源自日文，最初是指監獄的官員的意思，而後演變成使用法律的官員，也就是代表法官或檢察官的意思。

委託人之利益之行為而言。」；台灣律師懲戒委員會決議書80年律懲字第3號：「按律師法第27條規定：『矇蔽』或『欺誘』之行為，乃指律師受任為代理人或辯護人後，專以歪曲虛偽之事實或方法誘使法院等機關不能發現真實者而言。」參照姜世明，《法律倫理學》，同註11，頁379、387，相似見解有台灣律師懲戒委員會決議書79年律懲字第1號。

註15：律師倫理規範第23條修正理由提到乃參照American Bar Association Model Rules of Professional Conduct Rule 3.3，其內容為：「(a) A lawyer shall not knowingly:(1) make a false statement of fact or law to a tribunal or fail to correct a false statement of material fact or law previously made to the tribunal by the lawyer;(2) fail to disclose to the tribunal legal authority in the controlling jurisdiction known to the lawyer to be directly adverse to the position of the client and not disclosed by opposing counsel; or(3) offer evidence that the lawyer knows to be false. If a lawyer, the lawyer's client, or a witness called by the lawyer, has offered material evidence and the lawyer comes to know of its falsity, the lawyer shall take reasonable remedial measures, including, if necessary, disclosure to the tribunal. A lawyer may refuse to offer evidence, other than the testimony of a defendant in a criminal matter, that the lawyer reasonably believes is false.(b) A lawyer who represents a client in an adjudicative proceeding and who knows that a person intends to engage, is engaging or has engaged in criminal or fraudulent conduct related to the proceeding shall take reasonable remedial measures, including, if necessary, disclosure to the tribunal.(c) The duties stated in paragraphs (a) and (b) continue to the conclusion of the proceeding, and apply even if compliance requires disclosure of information otherwise protected by Rule 1.6.(d) In an ex parte proceeding, a lawyer shall inform the tribunal of all material facts known to the lawyer that will enable the tribunal to make an informed decision, whether or not the facts are adverse.」雖說明理由僅稱參照此規定增訂第二項，惟本條乃美國律師倫理的真實義務主要規定，有參考價值，故於此仍附上。

而目前則是指一般法律工作者的意思。在日本，法曹一般就是法律實務家的代表，而特別是律師、檢察官以及法官的意思，合稱為「法曹三者」。<sup>16</sup>由此可知，律師在法治國家中所具備的角色，乃是司法體系中的一環，尤其是與審檢的關係，這三者乃是司法體系不可或缺的角色。律師與另外二者的差別乃在於其身份上並不具有「公」的性質，但是在職務上，卻具有「公」的性質，此即律師職務的公益性。

而司法的目的就在於實現公平正義，將法律適用在國家的所有事件，這也就是法治國的意義之一，基此，國家內的所有紛爭最終的裁決者就是司法。而司法既然要適用法律到事件，那麼要用那一條法律到那一種事件就是非常重要的，否則就是一個錯誤的裁判。更進一步說，重點在於事件面貌的釐清，如此司法才能夠正確地適用特定的法律。此故，身為司法體系一員的律師當受此目的的約束，而也必須貢獻其努力，也就是律師所負之真實義務。司法必須要發現真實，雖說客觀上的真實可能永不可及，但這不代表可以放棄追求，在訴訟程序上就是要盡量減少最終結果與客觀上真實的差異，減少司法的偏誤。此即為相對於法院的律師，司法人員的角色定位，律師與檢察官以及法官在這個層面上就像一個環上的三個點，維護著中心的司

法，三者作為夥伴以實踐司法的目的。

## （二）真實義務

律師雖如上所述乃是與審檢成為維持司法的不可或缺環節，但是在訴訟上，尤其是刑事訴訟，律師的出現即是在作為當事人的辯護人的時候。檢察官負責起訴，律師負責辯護，法官職司審判，各自職務的不同也影響了對於真實的義務程度。端看我國刑事訴訟法第2條：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。被告得請求前項公務員，為有利於己之必要處分。」此一規定，源自公正程序與訴訟照顧義務之要求。所謂「實施刑事訴訟程序之公務員」，包括司法警察、司法警察官、檢察事務官、檢察官及法官。所謂「應於被告有利及不利之情形，一律注意」，就檢察官而言，課予檢察官強烈的「客觀性義務」，檢察官對被告提起公訴，雖係對被告不利，但檢察官仍應為被告之利益而執行職務。所謂「應於被告有利及不利之情形，一律注意」，就法官而言，是屬於法官之「訴訟照顧義務」。<sup>17</sup>檢察官與法官都是公務員，代表國家執行公權力，而在刑事訴訟，前文已提及目的在於確認刑罰權的有無以及範圍，既然如此，在義務的擔負上當然有很高的程度必須要進行謹慎的確認。相對於此，律師則不具有公務員的身份，其係

註16：參考自LSC綜合法律事務所法曹（ほうそう）とは？，著者：弁護士志賀貴，  
<http://www.lscclaw.jp/entry/housou.html>，最後瀏覽日：2017.3.12

註17：林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，新學林出版，2014.09，14版1刷，頁17，另外還有最高法院92台上220判決要旨：「審理事實之法院對於卷內有利及不利於被告而依法應予調查之證據，應一律注意…如有依法應予調查之證據未予調查，或雖已調查仍未調查明白，而存有疑實時，則仍難據為被告有利或不利之認定，如率行判決其判決當然為違背法令。」

以非官方性的地位在執行司法職務，這也讓律師對於真實的義務與審檢有明顯的不同。

但關於律師的真實義務，並非全盤皆承認者，亦有否認律師具有真實義務。如美國法學者Samuel Williston的主張為在律師決定要代表當事人後，不需要也不應該告知法院有任何會傷害其當事人的所有資訊。<sup>18</sup>而更為極端的見解則可以法學者Monroe Freedman為代表，其認為在律師知道其當事人要做偽證時，律師一定要把當事人送上證言台，且對於Freedman來說，律師不僅僅是被容許這麼做，而且是被要求這麼做，被要求去促成他的當事人說謊。<sup>19</sup>類似此類的見解，都可以被歸類為當事人利益至上主義的思想產物，

這種思想乃是以完全不肯認律師具有任何的公益性，而純粹是當事人的代表。這個立場其實未必有錯，更甚者，倫理問題更沒有對錯可言，這毋寧只是對於律師的定位，以及支持什麼觀點而已。但律師是一種專業，所謂專業（Profession）有四個特徵：特殊知識（a specialized body of knowledge）、對社會福祉的承諾（a commitment to the social good）、自律能力（an ability to regulate itself）、高社會地位（high social status）。<sup>20</sup>依照論者的說法，若律師只是當事人意志的工具，那律師只是技術人員、打手，而不是完全運作的專業。<sup>21</sup>律師作為一個專業，有其與一般職業的區別性：在一般而言可能是

註18：Keneth B. Taylor, Jr., The Attorney's Duty to the Court Against Concealment, Nondisclosure and Suppression of Information as Coextensive with the Duty Not To Allow Fraud To Be Committed upon the Court, Journal of the Legal Profession-The University of Alabama School of Law, p.201, Vol.03, 1978-1979

註19：Frederick A. Elliston, Ethics, Professionalism and the Practice of Law, Loyola University Chicago Law Journal, p.542, 1985, Vol.16, Art.11 "In a groundbreaking article, Freedman argued that a lawyer must put his client on the stand knowing that the client intends to commit perjury. Ordinary moral standards dictate that it is wrong to lie and to help others lie. Yet Freedman's lawyer would not only be allowed to, but would be required to facilitate his client's lying."

註20：Frederick A. Elliston, Ethics, Professionalism and the Practice of Law, Loyola University Chicago Law Journal, p.531, 1985, Vol.16, Art.11作者在註解中引用Wasserstrom, Lawyers as Professionals: Some Moral Issues, 5 HUMAN RTS. 1, 1-2 n. 1 (1975) .提到額外的專業特徵為「一段期間的實質正式教育」以及「專業者以及非專業者有尋求專業者服務的人際關係」。而作者舉出的專業的例子為律師：處理人民法律事務、保護人權；工程師：建造安全的建物；醫師：治療疾病、預防疾病。隨著專業能力就有了權力，而公眾需要這股力量被用在社會福利上，而專業人員都依據一種行為準則而行動，這個行為準則是讓這些人承諾使用他們的專業在所有人的福利上。專業人員也都享有獨立性，透過自律確保。基於以上，這些專業人員就會在社會上有被敬重的社會地位。

註21：Frederick A. Elliston, Ethics, Professionalism and the Practice of Law, Loyola University Chicago Law Journal, p.545, 1985, Vol.16, Art.11 "If lawyers are not autonomous moral agents, they are not professionals.If they are just instruments of their clients' will, albeit within the limits of the law and the demands of law as a business, they are technicians, "hired guns," and not fully functioning professionals."

被判斷成錯誤的行為，卻可能是專業的義務，這是倫理上的要求。<sup>22</sup>若我們認為律師是一種「專業」，而且我們也認同律師具備有在野法曹的性質，那麼我們就無法否認律師具有真實義務。問題在於：律師負有什麼程度的真實義務？

有論者將真實義務細分為三：狹義真實義務、完全義務以及闡明及調查義務。狹義真實義務乃指禁止律師在訴訟上說謊，其明知為假之事實，不可主張之，其明知對方所主張事實為真者，不可加以爭執。而律師所確信為真者，固可主張者，有疑義者係對於若干事實，係基於當事人推測者，是否律師可得主張之；就此應採用與當事人真實義務同一標準，亦即，若該推測存有相當之根據，而無空言泛論及濫訴之虞者，則不認為當事人或律師之推測性主張乃違反真實義務；但若不存根根據者，則仍可被評價為違反真實義務。關於當事人完全義務之定義，我國論

者有謂：完全乃謂各當事人就訴或抗辯之基礎之事實關係所知之事實，不問其有利或不利應為完全之陳述；對於他造之事實關係之主張，亦應如此為陳述。就律師而言，應亦受此規範之限制，而不可企圖利用對造之疏忽而於訴訟上獲取不當利益。<sup>23</sup>而律師之闡明及調查義務，作者認為律師於當事人之陳述，除依特別情況，有正當事由，令人懷疑當事人所提供之資訊不實者外，律師應得信賴委託人之陳述。惟若律師知悉或至少應知悉委託人所為陳述不實在，而其卻未就不實陳述之後果予以告知及告諭應為正確之事實陳述，則律師所為仍將被評價為違反契約義務。據此，律師乃原則上並無調查當事人陳述是否為真之義務，除非其非事實已為律師所明知或所應知悉者，否則難認為律師有充當偵探或取代法官追查真相之義務。<sup>24</sup>

另有論者以為我國刑事被告欲提出證據並不以透過律師提交為必要，被告得自己向法

註22：參考Frederick A. Elliston, Ethics, Professionalism and the Practice of Law, Loyola University Chicago Law Journal, p.541, 1985, Vol.16, Art.11 "The work of Allan Goldman challenges the simplistic view that standard moral principles "apply" uniformly across all the professions. Rather, he holds that moral principles must be worked out within the context of a professional role. He distinguishes two types of roles. A strongly differentiated professional role requires unique and distinctive moral principles, different from those of morality generally. A weakly differentiated professional role only requires general moral principles that are qualified, but not violated, by the institutional context. In the case of the former, actions which would otherwise be wrong could, for a certain profession, be permissible or obligatory."

註23：姜世明，同註11，頁308-309，惟所謂論者，該作者並未在引註中指明，故無可考。而其所舉之例為原告向被告請求兩百萬元，而被告曾清償五萬元之事實，原告應否主動陳述？作者認為若原告明知則應主動扣除該部分，不可起訴請求。

註24：姜世明，同註11，頁310，惟本段應予以補充者為論者主要研究領域在於民事訴訟法，而在本文引用的部分其所引據之法條以及討論之內容皆為民事法，此乃必須予以提醒者。其以：「就當事人之真實義務而言，原則上，真實義務之客體主要乃指事實，至於法律之討論則非真實義務之對象，此字我國民事訴訟法第195條及德國民事訴訟法第138條第1項規定之文義可知。…一般而言，律師真實義務之對象與當事人真實義務之範圍，應屬相同。應注意者係若係關於價值判斷之意見陳述，則非真實義務之規範對象。」姜世明，同註11，頁306-307。

院呈現證物；若律師知悉委託人意圖提交不實證據而拒絕給予協助，或拒絕使用該偽造、變造之不實證據，但委託人執意向法院提交者，應課予律師積極揭露該等不法行為的義務。辯護人協助被告行使防禦權之權利，固應予以保障，然辯護人協助被告行使防禦權之權利，應以達到正當、合法的目標為限，委託人不得利用律師的專業來達成非法的目標或污染審判程序。<sup>25</sup>而有論者認為律師的真實義務是消極的，律師不必對法院負擔協力發現真實的義務，也不需要主動提出積極的證據來呈現真實，尤其並沒有義務呈現對自己不利的證據。律師所負的消極真實義務，就是當法庭在探究證據尋求發現真實的過程中，律師不得製造虛假之證據或虛

偽之證詞，阻礙或破壞真實發現的作為或導致訴訟資源的浪費之行為。<sup>26</sup>

律師固然是司法體系的一員，與審檢共負維繫司法妥當運作的責任，然其身份並非公務員，而是作為一個專業的自由業者，此之所以稱其為在野法曹的緣故。而其在體系中的位置，尤其是刑事訴訟乃是身為被告的辯護人，在這個理解下就能去界定出律師的真實義務程度。律師的真實義務是消極的，律師的真實義務要求律師不應隱瞞、壓抑、藏匿或其他一切會阻撓司法接近真實的行為，尤其是對於案件的判斷上有重要性的證據。<sup>27</sup>但不應隱匿證據不代表不得對於證據進行爭執與攻防，亦即律師得以挑戰證據的適格性以及證據力的高低，諸如證詞的可信性、國

註25：蘇書峰，《辯護人於偵查程序中之權利與義務》，國立中正大學法律研究所碩士論文，頁171-172，2013作者於次謂：「上述揭露不實證據的義務僅適用在被告意圖提交不實物證的情況中。若係被告的不實陳述，律師不得拒絕提出或拒絕為其主張。…被告本不具有真實陳述的義務，又基於刑事被告不自證己罪原則，身為被告的辯護律師倘若知悉被告所述不實，亦不得予以揭露，僅得私底下加以勸阻；倘若勸阻不成功，則律師應尊重委託人的意思，使其在法庭上依自己的意思主張。」

註26：王惠光，〈我國律師倫理規範真實義務的界線〉，《月旦法學教室》，106期，2011.07，頁103，作者在文中有一直得參考的見解：「當事人在訴訟上本來享有的地位及權利，不會因為聘請律師而減損或更不利。例如當事人本來就想說謊，不會因為律師要遵守真實義務而要求當事人也不能說謊；又例如當事人不願提出某項不利的證據，律師也不能夠因為自己負有真實義務而主動提呈該項證據。」見王惠光，〈我國律師倫理規範真實義務的界線〉，《月旦法學教室》，106期，2011.07，頁104。

註27：參考Keneth B. Taylor, Jr., The Attorney's Duty to the Court Against Concealment, Nondisclosure and Suppression of Information as Coextensive with the Duty Not To Allow Fraud To Be Committed upon the Court, Journal of the Legal Profession-The University of Alabama School of Law, p.204, Vol.03, 1978-1979 "A prosecutor in a criminal case has a strong obligation to disclose information even if it is harmful to the prosecution efforts. An attorney does not have the same obligation to produce evidence unfavorable to his side, in either a criminal or civil case, but he may not conceal or suppress evidence necessary for a just determination of a cause. This does not mean that a just determination was not reached in the case where Williston did not inform the court of the information contained in the letter he possessed, because a just determination is made when both parties perform their duties and the court performs its duty."

家取證合法與否、證詞是否為傳聞或者是相關證據對於待證事實的有效性等等，皆是容許範圍。由此可知，律師的活動空間並不小，仍可適當的實踐自身職業的目的，而不會受到太大的拘束，卻同時也可盡身為司法人員的責任。

### 三、小結

律師在國家的司法體系中與審檢一同作為不可或缺的環節以維護司法，基此律師職務具有公益性，而在刑事訴訟律師則是以當事人的辯護人身份出現，基此確立出律師的真實義務。律師的真實義務要求律師不應隱匿證據，但仍容許可對證據進行攻防，此即律師消極的真實義務。另刑法第165條規定：「偽造、變造、湮滅或隱匿關係他人刑事被告案件之證據或使用偽造、變造之證據者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」有關於滅證之處罰，然需注意者為刑法乃是以國民作為規範的對象；律師倫理則是以律師作為拘束的對象。同時，刑事不法行為雖亦有其行為的反倫理性，然而此倫理之標準並不同於本文所討論之專業倫理——律師倫理。

## 肆、衝突與權衡

### 一、義務衝突

律師，在職業的特性上，面臨保密義務與真實義務的衝突是勢不可免的，在法庭上，

律師是代表當事人利益的人，而同時也身負維護司法的責任，這讓律師在執業上會面臨到兩難，這裡所主要處理的問題是在不同的情況下，律師應有如何的行為，應該維護當事人的秘密亦或是協助司法發見真實？作為探討律師倫理的本文，即是在探尋一個可以作為一般指針的價值，將此定性為律師的專業倫理。而本文所採取的方法是在不同事件內容與權威意見的闡述，說明律師應採取的行動，同時，在兩種義務的說明中，亦不會侷限在已被提出的要件，因該要件乃是被推論與解釋而得者。相對的，本文將回到根源的義務本質中，進行根本的價值探討。

在刑事訴訟上被告可大別為二種，一種是真正無罪的被告，另一種則是真正有罪的被告，前者的爭議多半聚集在於冤獄的部分，惟此並非本文探討主旨；後者乃是與本文有重要關聯的對象。有論者謂設計了一套刑事司法遊戲規則，參與這個制度的人多半了然於心，第1條規則即：「事實上，刑事被告大多都是有罪的。」<sup>28</sup>律師作為法律專業，法律的核心價值之一即在於追求與實現正義，律師亦然，於此將正義分類為二：實質正義與程序正義。司法發現真實的目的於此可以定義為實質正義；而程序正義則是追求此目的的手段。目的無法正當化手段，尤其不正當的手段經常導引出不正當的目的。<sup>29</sup>因此，實質正義確實是司法所要追求的終極目標，但換個角度想，程序正義即是這個問題的前提，我們必須先確保前提，才能得到確實的結論。

註28：Alan Dershowitz著，楊惠君譯，《給青年律師的信》，聯經出版，2006，頁94。

註29：例如刑求常常導致冤獄。

法律問題都是利益衝突，在這裡的利益衝突衍生出義務的衝突，所以我們必須要權衡利益。譬如本文所探討的，真實義務所代表的利益在於司法能對於真切的事實進行法律適用，給出正確的裁判；保密義務的利益在於當事人的權利能被保障，在人民防禦國家的局態上，能夠使天秤趨近於平衡。此即下部份要進行討論者。

## 二、利益權衡

在澳國有一樁案件Chamberlain v. The Law Society of the Australian Capital Territory，要旨略為具有律師身份的Chamberlain，因稅務案件中故意獲取稅務員犯錯的利益之行為而被判定違背職業倫理。本案的事實略為，查稅員評估Chamberlain的稅務為\$255,579.20，但錯誤的起訴為\$25,557.92，這造成了\$230,000的落差。而Chamberlain認知到這個錯誤，透過讓查稅員簽署協議並同意於該被錯誤聲稱的較小數目之金額來佔對方的便宜。Chamberlain的說詞係以他這麼做是為了當查稅員終於發現到這個錯誤並且尋求回復於該較大的數額時，讓自己能處於較好的談判位置，而訴訟中查稅員該方亦有律師作為代表。惟法院認即便不是Chamberlain的錯誤，也不論他的對造在對抗式程序（adversarial proceedings）中有律師代表，亦不論Chamberlain是為了自身而進行訴訟而非以律師受他人委任而進行訴訟，仍以4：1判定Chamberlain的行為構成職業非行（professional misconduct，即違反職業倫

理之意）。這個案件涉及到的法規係《Guide to Professional Conduct and Etiquette》paragraph 20.2：「If a Practitioner observes that another Practitioner is making or is likely to make a mistake or oversight which may involve the other Practitioner's client in unnecessary expense or delay, the Practitioner should not do or say anything to induce or foster that mistake or oversight and should, except where so doing might prejudice his or her own client, draw the attention of the other Practitioner to that mistake or oversight.」這彰顯了存在於對抗式程序中，當律師發現對造製造錯誤時所出現的緊張性。在對抗式訴訟（adversarial litigation），有時由一造從對方的錯誤中獲利是可接受的，而有時甚至一個律師的義務去這麼做。法院考量了公平的概念以及一般禮儀，解釋了從對手錯誤中獲利可容許與不可容許的界線，法院說：「…在任何事件中，當錯誤讓他方的當事人涉入不必要的花費或延遲，實務者（practitioner，按：律師）應不去做或說任何事或話去引致或促成該錯誤。引致或促進該等錯誤，會對於應存在於法律職業成員之間所形塑出禮儀與公正的關係是有害的。這種狀態的關係…不僅在社會或倫理的價值觀上有其正當性；其有可指涉於大眾利益的額外正當性，於該禮儀與公正，現實上地貢獻了法律工作有實效且迅速的表現…」<sup>30</sup>考慮到縱使此稅務案件中武器平等、Chamberlain對該錯誤不可歸責，且其雖然具有律師身份，

註30：參見Chamberlain v The Law Society of the Australian Capital Territory，（1992）43 FCR 148。見於 G.T. Pagone，DIVIDED LOYALTIES? THE LAWYER'S SIMULTANEOUS DUTY TO CLIENT AND THE COURTS.，Monash Guest Lecture in Ethics:，p.11-13，20 November 2009 法院所言

惟於此案中卻非以律師的角色進行訴訟，可知這個案例應可被判定為歸類於傾向真實義務的一則判決，而且，從此意見還可見得一個被納入考量的價值——訴訟經濟。

再來看看ABA的職業倫理委員會調查的意見No.287有一個值得探討的問題。一個律師聽聞到法官給他被定罪的當事人緩刑，原因是沒有犯罪前科，但實際上該當事人是有的，而是因為管理該文件的人員錯誤地把不正確的資訊告知法官才導致這個落差。問題就在，律師若保持沈默是否會違反律師對於法院的義務？委員會認為如果沒有保密問題，那就有賴於ABA Canons of Professional Ethics兩個條文衝突的解決。Canon 22要求律師對法院的行為必須要坦率（candor）與公正（fairness），然同時在Canon 6要求律師代表當事人必須要有不可分割的忠誠（undivided fidelity）以及不能暴露（divulge）當事人的秘密。委員會這麼說：「在所有情況下，若律師相信法院依賴於他來確證（資訊的）正確性…在我們的意見中，律師有關對於法院坦率與公正的義務要求他，建議法院不要去

依賴律師個人關於當事人紀錄的事實之知識。」而紐約郡律師執業倫理協會委員會（The New York County Lawyers Association Committee on Professional Ethics）認為案件因為缺乏證據而被駁回的情況下，律師雖不去揭露其知悉意外事件的目擊證人，亦不是不適當的（improper）。這則意見雖有被質疑，但有認為律師透過暗示性的表現出不知道證人的存在，或許就會違背律師對法院的義務；惟同時，若律師沒有做任何事去隱匿證人的存在，那或許就不會有任何不當表達，因為法官並不依賴律師去提供對造的證據。<sup>31</sup>

在美國則有一則相當有名的案子People v. Belge（1975），Garrow為謀殺案件的被告，他告訴了該案他的律師Armani與Belge他所殺害的另外無關於本案的兩人的位置，而後律師前往該處確認了被告所說為真。辯護人打算以此資訊作為認罪協商的條件交換被告能被送到精神病院終身監禁來與檢察官談判，不過談判失敗。非至6個月後，隨著被告在審判中對其自身犯下之其他案件的自白，辯護人才將有關於屍體的資訊告訴執法機關。其

之原文為：「Whilst in some circumstances it may be in order to take advantage of a mistake, in other circumstances the attention of the practitioner should be drawn to a mistake or oversight. But, in any event, where there is a mistake that may involve the other practitioner's client in unnecessary expense or delay the practitioner should not do or say anything to induce or foster that mistake. To induce or foster such a mistake would be detrimental to a relationship characterised by courtesy and fairness that ought to exist between members of the legal profession. A relationship of that nature... has as its justification not merely in social or ethical mores; it has an additional justification referable to the public interest, in that courtesy and fairness contribute materially to the effective and expeditious performance of legal work...」

註31：參見 Kenneth B. Taylor, Jr., 'The Attorney's Duty to the Court Against Concealment, Nondisclosure and Suppression of Information as Coextensive with the Duty Not To Allow Fraud To Be Committed upon the Court', *Journal of the Legal Profession-The University of Alabama School of Law*, p.202-203, Vol.03, 1978-1979

中，Belge被指控拒絕揭露屍體的位置，而Armani則面臨除名的危機。不過最後，兩名辯護人皆未被處分，且其行為也被ABA所維護，但是人民無法諒解這樣的事情而具有龐大的憤怒，因為這個事件，這兩位律師的律師職業生涯也毀了。<sup>32</sup>

在我國的實務案例中，並沒有如People v. Belge此類如此激烈的價值衝突案件，故無法從此進入探討。惟仍有一類型的案件可以討論，辯護人可否教導被告虛偽陳述？在前述有提到，刑事被告大部分都是有罪的，因此律師倫理義務衝突的問題會被簡化成是否要告訴法院被告犯罪的問題。台灣律師懲戒委員會決議書88年律懲字第14號：「按律師依據律師倫理規範第26條之規定，原應盡力維護當事人之合法權益，與當事人探究案情，並應即時告知事件進行之重要情事，被付懲戒人黃○松於閱卷後即至看守所接見彭○鑫，提示卷宗筆錄內容予彭○鑫知悉，本係辯護人應有之職責，至於彭○鑫獲悉卷宗筆錄內容後，就應如何為有利於己之供述，辯護人亦得提供其個人意見供刑事被告參考；而刑事被告對於法院之訊問，本無據實陳述之義務，彭○鑫亦得自行決定如何供述，故

彭○鑫於民國88年1月13日所為之上開供述，尚難認定係遭被付懲戒人黃○松所教導。」<sup>33</sup>這是一則值得支持的案例，因其充分考量辯護人的角色，以此來做出倫理的規範。在刑事訴訟，須知美國法制與我國法制的不同，美國的刑事訴訟程序若被告欲作陳述，須如同證人一般做宣誓才可以作出證言；我國的刑事訴訟程序則將被告與證人嚴格區分，證人作證前需具結，而被告則否，所以我國的被告不會面臨偽證罪的追訴，換句話說，並沒有不虛偽陳述的義務。且刑法第168條偽證罪之規定為：「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑。」由此可知，被告作出虛偽陳述是不具有不法性的，基於共犯從屬性理論，即便是辯護人教唆被告虛偽陳述，亦不具有不法性。<sup>34</sup>但刑事法的價值標準，並不同於律師倫理的價值標準，因此必須要從倫理層次探討。<sup>35</sup>

現在假設被告殺了人（刑事被告幾乎都是有罪的），檢察官進行追訴，律師為被告辯護，律師的行為分際在那？理論上作為公務員的檢察官應兼顧實質正義與程序正義，比

註32：參考Frederick A. Elliston, Ethics, Professionalism and the Practice of Law, Loyola University Chicago Law Journal, p.542-543, 1985, Vol.16, Art.11以及[https://en.wikipedia.org/wiki/Buried\\_Bodies\\_Case](https://en.wikipedia.org/wiki/Buried_Bodies_Case)最後瀏覽日：2017.03.13 以及<http://www.lawtimesnews.com/200804212475/commentary/lake-pleasant-bodies-case>最後瀏覽日：2017.03.13這個案件除了律師的義務衝突之外，同時也牽涉了另一種倫理衝突，專業倫理以及一般倫理，惟非本文主題，不予贅述。

註33：參見姜世明，同註11，頁411。

註34：有關於此問題，可參照最高法院100年台上字第4914號判決。

註35：於此我國有實務案例，律師懲戒覆審委員會決議書101年台覆字第4號：「…是以被付懲戒人雖因共犯從屬性，而經不起訴處分，縱將上述『認罪陳述』予以排除，其有教唆偽證之行為事實，亦甚為明確，顯已構成『使證人出庭作證時不為真實完整之陳述』之違反律師倫理之情事。綜上，本件被付懲戒人所涉教唆偽證案，雖業已不起訴處分，但由於律師倫理規範要求，自應高於刑事法規範

例上必須是一比一的關注，但實際上，檢方（包括司法警察等）經常忽略這一點，過度著重自身作為追訴者的角色，忽略程序正義而導致失衡。辯方則是處於被動的守方，故為了因應現實而必須建構出的律師倫理理論即必須去回應這個現象，律師必須要置放大量的精神在於程序正義的維持上，如此，才能夠在法曹三者之間維持司法體系的穩定平衡。亦即，在律師相對於當事人、律師相對於法院、實質正義、程序正義等考量下，對於律師的倫理義務的要求應定性為普遍上應以保密義務為優先。<sup>36</sup>律師相對於當事人乃是協助其對抗國家，作為平衡的砝碼，以衡平權力的不對等，於此同時，相對於法院作為在野法曹，惟與其他二者不同者為律師的出現必然是伴隨當事人；而律師作為司法的一份子必須要維護司法，而司法所追求的即是正義，但在考量到實際上檢方時常忽略自身角色，律師在倫理上做出的因應就是更加著重在程序正義的維護，蓋因手段的正當是追求正當目的的前提。且保密義務優先可讓律師為當事人提供更有效的辯護，這同時也是對於司法系統，尤其是對檢方的一種檢驗，檢驗其在訴訟過程上有何缺失，例如舉證不

足、採證違法、怠職等等，於是檢方更會去檢討自身的缺陷，進而在提升檢方的能力，進而提升司法系統上也有所幫助。在確立了這個基礎的立場之後，處理本段的假設問題就不是問題了。既然是保密義務為優先，簡言之，以不告訴法院被告犯罪事實為優先。舉其極端者，被告之自白可入其自身於罪，在這裡的自白可以是：「我殺了某人」。而若以保密義務為優先，則以不告訴法院這個事實為優先，換言之，辯方可以否認這個事實，也就是做出無罪抗辯，律師在法庭上可以作為被告辯護人而陳述：「某人不是被告殺的」。也因此，在律師倫理上，律師不僅可以教導被告作虛偽陳述，甚至是有惹起效果的教唆虛偽陳述亦是被容許，甚至是倫理所要求的（雖說在法庭上應為律師作為辯護人為被告陳述）。而在刑事訴訟中，若被告實際上殺了人，而辯護人被容許與被要求在倫理上否認這個事實，還有比這個更加虛偽的陳述嗎？應該沒有。基此，其餘在程度上輕於此者，皆屬於律師倫理所要求，應對當事人忠誠之部分。<sup>37</sup>尤其憲法第16條訴訟權與律師有不可分開的關係，作為辯護人還必須要是積極有效的辯護，對於被告而言才是適當

是否構成違反。依律師倫理規範第16條第3項規定，律師不得使證人出庭作證時不為真實完整之陳述……」本件決議結論係維持原決議之申誡處分。參考姜世明，同註11，頁467。

註36：相同見解，可參照姜世明，同註11，頁271，「論者有引述美國法曹協會專業倫理委員會之看法，該委員會：『律師為委託人保密及對法官誠實的責任，同等重要，律師必須同時盡到兩種責任。律師不得蓄意誤導或欺騙法官。律師必須維護委託人的信任。律師不該向法官透露委託人的前科，不該蓄意欺騙或誤導法官。律師應該保持沈默。』」在此等義務衝突情況，原則上應以律師緘默義務為優先。另該論者係指布萊恩甘迺迪著，郭乃嘉譯，蔡兆誠審定，《美國法律倫理》，2005.07，頁72。

註37：但本文認為有個重要的問題必須提出，也就是所謂無罪抗辯的上限何在？是只限於對於犯罪事實的否認，亦或是可透過將訴外人構陷入罪的方式以使本案被告脫罪？此乃值得再進一步討論之問題，有待日後再予以深究。

的。在利益的權衡上，律師受任在個案中執行職務，保護的不止是這個個案的人，律師的行為也在維繫「被告」這個位置。此故，律師行為所將產生的影響，尤其是謹守保密義務的履行，不只是對於個案當事人的保障，而且是對於「被告」的保障。這對於國家有相當大的助益，使被告願意信賴律師，不會懷疑擔心是否與其站在同側之人會成為背叛者。消極地說，至少，在採取這個立場上，不會造成人民對律師失去信賴所產生一系列最終導致司法體系崩解的惡性連鎖。<sup>38</sup>

於此尚可補充者為，本文之立場確實是奠基在律師對於程序正義的大量關注下所產生，然此並不當然代表對於實質正義沒有好處可言，反而這個立場對於實質正義也有其助益。哲學家蘇格拉底常使用的方法之一是「辯證法（Dialectic）」，所謂辯證法是指由談話雙方的不同觀點，有如正方與反方，經由相互補充修正而抵達較完整也較正確的看法，亦即合方。<sup>39</sup>美國的訴訟制度乃是貫徹當事人進行主義較為徹底的國家，論者認為：「美國法律的根本性前提就在於正義是

透過對抗制訴訟制度來獲致的，兩方各自提出自己的主張並且挑戰對方，而這主要必須有律師能為他所代表的當事人作主張才能實現。」<sup>40</sup>對抗制訴訟制度毋寧就是辯證法的應用與體現，而John Stuart Mill在《論自由》一書內討論思想言論自由的章節時也提到：「在每一個可能具有不同意見的主題上，真理必有賴於兩組相互衝突的理由之公平較量。」<sup>41</sup>而我國刑事訴訟法修法後採改良式當事人進行主義，既然如此，再回頭思考司法的目的在於追求公平正義，而真實對於公平正義而言不可或缺，在本文採取保密義務優先的立場，律師應為其當事人盡所能為有效辯護時，對於司法追求公平正義亦是一種附帶利益，這也是我們不可忽視的部分。

### 三、小結

律師在職業特性上，專業倫理會面臨倫理義務衝突，而這是因為不同方向的利益衝撞所產生的，因此必須要進行利益權衡，以找出律師的行為指針。在義務衝突的案例中，可見得一般看法認為對法院，律師可以消極

註38：相似見解，可參照蘇書峰，同註25，頁159，作者引用自楊翕翱，〈我國「律師保密義務」制度之檢討〉，《全國律師》，2009年9月，頁99-100。「在律師對法院就「其與當事人間之受任事件內容」為訊問的困境時，透過律師保密義務的設置，律師應選擇保密為其最終之決定。此種制度在上述困境中，似乎作出當事人利益優於社會公益的價值判斷，然而，由上述律師保密義務制度的理論基礎觀之，其放棄追求發現真實之理由，不僅是當事人利益的保障，尚有透過保障當事人利益，維持當事人進行主義運作的順暢，促進整體司法體制之健全的意旨，因此，與其說律師保密義務的設置，作出了當事人利益優於社會公益的價值判斷，還不如說是在不同種類的社會公益中作出取捨來的妥當。」

註39：傅佩榮，《一本就通：西方哲學史》，聯經出版，2016.05，頁52。

註40：參照Michael B. Dashjian, *People v. Meredith: The Attorney-Client Privilege and the Criminal Defendant's Constitutional Rights*, *California Law Review*, p.1051-1054, 1982, Vol.70, Issue 4, Article 10

註41：John Stuart Mill著，孟凡禮譯，《論自由（On Liberty）》，五南出版，2015.0，2版，頁57-58。

的沈默，但不可積極的誤導。而這個基礎的方向，在經過上述的論證後，得出保密義務優先的結論，應修正者係對於不可積極誤導法院的意義不包括對被告「自身」不利之部分（例如可以做出無罪抗辯），惟此不涵括其他證據（亦即仍禁止隱匿其他證據）。<sup>42</sup>

另外，我國在律師倫理規範第33條確實是有關於保密義務之規定，而其但書乃為保密義務的犯罪例外，然此但書並非考量與真實義務的衝突而來，蓋因真實義務源自於律師身為司法人員對司法追求正義的維繫，而本條但書在第1、2款乃是為避免未來實害，第3款則是律師處理案件產生與自身之利益衝突時，此等規定與本文所欲討論之主題關聯性不大，故而不另外進行討論。

## 伍、結論

本文透過文獻考察與分析的方法，在章節的順序下，先後說明了律師相對於當事人以

及相對於法院的角色，以及與此相關的倫理義務，而後在義務的衝突上，透過論證、利益權衡的方式進行判斷，得出保密義務優先的結論，進而採取此立場作為律師倫理行為的指針。律師倫理問題的重要性在於，這涉及到律師職業的定位，以及對於律師職業的期許。一個律師在國家，在司法體系該扮演什麼角色，這都是探討倫理重要性所要思考的。惟倫理問題有其相對性，隨著時間與空間的不同會變動，更甚者，在同時同地但是採取不同觀點與方法者也會有不同的倫理立場。倫理問題雖無正解，但我們不能放棄追尋，學者Frederick A. Elliston所言作為本文的結語再適合不過。“Ethics should neither exist as an incidental adjunct to the curriculum nor as mere rhetoric used to improve a lawyer's image. Rather, ethics should function as the core of a lawyer's practice. Without ethics, true professionalism and good lawyering escape us.”<sup>43</sup>（本文投稿時間2016年3月27日）

註42：有關於此，可參照律師懲戒覆審委員會決議書95年台覆字第2號：「被付懲戒人對於證人賴○珍、林○韻有於執行審判職務之公署審判時，誘導證人不實之陳述，為其他刻意阻礙真實發現之行為，違反律師倫理規範第16條、第23條規定，情節重大，應付懲戒，堪以認定。」參考姜世明，同註11，頁444，輕度之誘導已不被允許，則惹起之教唆當在禁止之列，自不待言。

註43：Frederick A. Elliston, Ethics, Professionalism and the Practice of Law, Loyola University Chicago Law Journal, p.529, 1985, Vol.16, Art.11