


國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

律師保密義務與真實義務之衝突



Confidentiality vs. Duty of Candor:
The Ethical Dilemma in Lawyering

研究生：鍾若琪

指導教授：陳鈺雄 博士

林志潔 博士

中華民國 九十九 年 七 月

律師保密義務與真實義務之衝突

Confidentiality vs. Duty of Candor: An Ethical Dilemma in Lawyering

研究生：鍾若琪

Student: Jo-Chi Chung

指導教授：陳鈺雄博士

Advisor: Dr. Chih-Hsiung Chen

林志潔博士

Dr. Chih-Chieh Lin

國立交通大學
科技法律研究所
碩士論文



Submitted to Institute of Technology Law

College of Management

National Chiao Tung University

in partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master

in

Technology Law

July 2010

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十九年七月

律師保密義務與真實義務之衝突

學生：鍾若琪

指導教授：陳鈺雄博士、林志潔博士

國立交通大學科技法律研究所碩士班

摘要

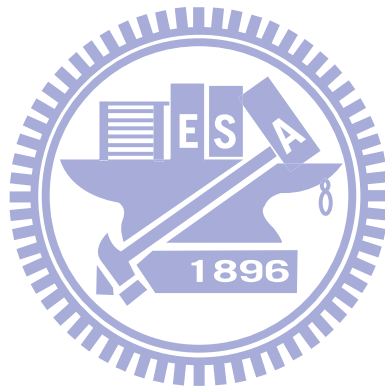
律師保密義務與真實義務之衝突係源自於律師在刑事案件中所扮演的不同角色。律師身為委託人之辯護人，應全力為委託人的最大利益辯護，律師對委託人負有忠實義務、受委託人指示拘束之義務及保密義務等契約義務。其中律師對委託人的保密義務能夠強化兩者之間的信賴基礎，讓委託人能夠坦然無懼地將案情細節與律師溝通，使律師有效掌握案件進而提供最佳的辯護。然而，律師同時具有「自主性司法單元」的身份，使得律師不得無限制地維護客戶的利益，任意地損害公共利益。律師「自主性司法單元」的角色要求辯護律師承擔起公共責任，即對法庭負有真實義務。

律師倫理賦予的保密義務與真實義務相互衝撞所引伸出的矛盾，最常表現在委託人意圖在法庭上為不實陳述、提交不實證據，或要求律師以其不實陳述為主張或抗辯的情況，此時律師就面臨究竟要受保密義務之拘束，抑或秉持對法院的真實義務而拒絕給予委託人協助，甚至向法院舉發不法行為的兩難情況。美國對此「委託人偽證」議題有深入的討論：一派學者主張不應課予律師揭露委託人偽證的義務，否則即侵害了憲法賦予被告「不自證己罪」及「受律師協助辯護」的權利；另一派學者主張被告受律師協助辯護的權利僅止於達到正當、合法的目標，律師不得協助被告提出不實證據或違背法令。據此，美國實務上發展出來多種處理委託人偽證的手段，以確保陪審團不會被律師明知虛偽的證據所矇蔽，同時盡可能避免陪審團及法官對委託人產生偏見。

本文藉由實證研究，深度訪談我國法官、檢察官、律師，試圖了解我國目前實務上律師保密義務與真實義務的情況，並以美國面對委託人偽證問題的作法為模型詢問受訪者，以尋找以適合我國國情的應對措施。實證研究的結果顯示，我國的律師僅負有非常低度的真實義務，基本上只要律師沒有積極為偽造、變造、湮滅證據或教唆偽證等構成

刑事犯罪的行為，就足以符合律師倫理對於律師真實義務的要求。然而我國近期一連串的司法風紀問題，嚴重動搖民眾對司法的信賴，如此低度的真實義務，實在無法因應目前日趨複雜的司法環境以及民眾對司法公正性的期待。故本文以美國學說與實務為基礎，探究我國律師真實義務在實務運作上的缺漏，主張我國律師倫理應增定條文，課予律師積極揭露不實證據或對審判庭從事之刑事或詐欺行為的義務，以促進國家刑事司法權之正確行使。

關鍵字：保密義務、真實義務、當事人虛偽陳述、提交虛假證據、訴訟詐欺



Confidentiality vs. Duty of Candor: An Ethical Dilemma in Lawyering

Student: Jo-Chi Chung

Advisor: Dr. Chih-Hsiung Chen, Dr. Chih-Chieh Lin

Institute of Technology Law
National Chiao Tung University

ABSTRACT

The conflicting obligations of client confidentiality and candor to the court stems from the two distinct roles lawyers play during representation of a defendant. A lawyer as an advocate to his client, has to act in the sole interest of his client and provide him with zealous and loyal advocacy. An attorney can best serve his client and represents client interests only with full and frank disclosure between client and attorney; and freedom from fear of disclosure by the attorney fosters full disclosure of the client. Thus, the ethical rules forbid lawyers to disclose information relating to the representation of a client unless the client gives informed consent or required by certain situations. However, lawyers as officer of the court, have specially duties to avoid conduct that undermines the integrity of the adjudication process, thus, the ethical rules also requires lawyers to take reasonable remedial measures if the lawyer comes to know that a client who is testify in trial or in a deposition has offered evidence that is false. The conflicting obligations of client confidentiality and duty of candor to the court creates an ethical dilemma for lawyers in situations like client perjury. When a lawyer comes to know his client intends to perjure himself, he has to choose from keeping the secret for his client and present his client's testimony at trial in the ordinary way or reveal the incriminating information to the court.

The client perjury controversy has been widely disputed in the U.S. Some suggested that client perjury rules, which requires lawyer to deliberately elicit incriminating information from the client without warning the client of the consequences in advance, violates the client's Fifth and Sixth Amendment rights, while others believed that only good faith communications can be protected, and the counsel's duty of loyalty to, and advocacy of, the defendant's cause is limited to legitimate, lawful conduct compatible with the very nature of a trial as a search for truth. In order to cope with the distressing ethical dilemma in client perjury, many

remedial measures have been developed in the U.S. These measures are taken by lawyers to ensure the jury will not be misled by false evidence, and at the same time, protect the client from presumption of prejudice.

Through empirical studies, judges, prosecutors and lawyers in Taiwan are interviewed in order to find out how practitioners carry out their obligations of client confidentiality and duty of candor and to further develop remedial measures compatible to the legal system of Taiwan.

The results of empirical study demonstrate that the lawyers' duty of candor in Taiwan is very low. Technically speaking, as long as the lawyer does not commit subornation of perjury or unlawfully destroying or concealing documents which constitute criminal offence, the lawyer would be deemed to have fulfilled his duty of candor to the court. The lawyer has no obligation to report criminal or fraudulent conduct related to the proceeding. Yet, this extremely low duty of candor is not enough to rectify the proceeding undermining-behaviors, such as the recent judicial scandal of judges taking bribes from criminal defendants. Finally, through combining the theories and empirical research results, this thesis proposes that the ethical rules in Taiwan need to be revised to establish higher duty of candor on lawyers, requiring them to take reasonable remedial measures, including disclosure if necessary, whenever the lawyer knows that a person, including the lawyer's client, intends to engage, is engaging or has engaged in criminal or fraudulent conduct related to the proceeding, as a way to secure the legitimacy and integrity of the adjudicative process.

Keywords: confidentiality, duty of candor, client perjury, client fraud

誌謝

回想三年前我一頭栽進法律這個未知的領域，直到今日順利完成碩士論文，在這個慢慢蛻變成爲法律人的過程中，要感謝的人許許多人給我的指導與關愛。在此，謹將此文獻給你們，表達我對你們無限的感激之意。

給敬愛的師長

首先要感謝我的指導教授—陳鈺雄老師、林志潔老師。感謝鈺雄老師總是在我對論文方向徬徨無助時，持續地給我鼓勵與指引，讓我重新有動力堅持下去。感謝志潔老師總是即時、迅速的給我論文上的建議，讓我能跳脫論述上的盲點，勇於開創新的思維。感謝老師們不僅在學術知識上給予我莫大的啟發，更讓我在你們身上體認到身爲法律人的使命。老師在生活中給我的開導、安慰與鼓勵，是我蛻變成爲法律人的過程中強而有力的推手！

再來，要感謝吳巡龍老師從繁忙的檢察事務中抽空從澎湖前來擔任口試委員，並提供寶貴的建議。在此也要感謝劉尚志老師、王敏銓老師、倪貴榮老師、王立達老師、林建中老師、林三元老師、許美麗老師三年來的教導，你們的專業與熱情鞭策我在法律的領域中持續努力！

給親愛的朋友

在研究所的期間，我認識了我生命中非常重要的朋友。感謝這三年中奕君、思涵的陪伴，我們一起經歷的點滴所培養出來的默契是何等的寶貴！感謝妳們在我煩悶慌亂時，成爲我安定的力量，作我堅強的後盾。感謝卉晴的貼心，總在我需要的時候給予我即時的幫助。我也非常慶幸能與涵雯、大瑜、欣頤、小扈、小湯、禹農、立民、右萱，一同學習、成長。在你們身上我看到人性的正直與善良，與你們同窗的日子會是我一輩子珍藏的記憶！

給摯愛的家人

我要特別感謝我的父母—鍾仙華先生與陳麗竹女士，無條件的支持我走法律這條路，讓我能滿的愛與包容中完成我的學業，因為你們對我的信心，讓我更堅定自己的腳步；感謝我兩個可愛的妹妹在我趕論文進度而焦躁不安時聽我發牢騷、給我打氣；也感謝派璿這些年來對我的照顧，分擔我的壓力、給我鼓勵。

最後，我要感謝主耶穌，將這一切的美好放在我的生命中。將一切榮耀都歸給祢！

鍾若琪

2010. 7. 30 於中壢市

目錄

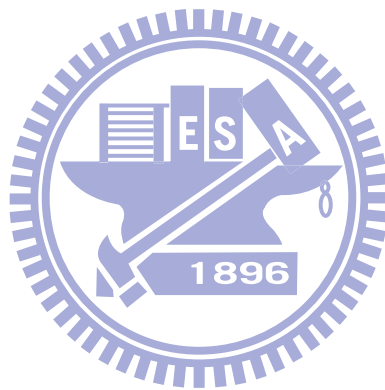
中文摘要	i
英文摘要	iii
誌謝	v
目錄	vi
表目錄	xi
圖目錄	xii
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究範圍與方法	5
第一項 研究範圍	5
第二項 研究方法	6
一、 文獻分析	6
二、 實證研究	7
第三節 研究架構與主要內容	8
第二章 委託人偽證問題概說	11
第一節 美國法上對委託人偽證問題之探討	11
第一項 委託人偽證爭議的開端	11
第二節 代表案例介紹—Nix v. Whiteside	13
一、 案件事實	13
二、 地院判決	14
三、 上訴法院判決	15
四、 最高法院判決	15
五、 小結	17
第三節 律師所面對的三難困境	17
第三章 我國被告能否成立偽證罪	19
第一節 偽證罪概說	19
第一項 刑法偽證罪的保護法益	19
第二項 具結的功能與概念	21
第三項 偽證罪的法律基礎與行為主體	21
第二節 被告能否成立偽證罪—得否令被告具結	22
第一項 英美法之演變	22
一、 被告不得宣誓陳述	22
二、 被告得作宣誓之陳述	23
第二項 理論爭執	24
一、 被告不適格為證人之理由	24
二、 被告適格為證人之理由	25
第三項 職權主義	27

第三節 本文見解—改良式當事人主義下被告不得為偽證罪正犯	28
第四章 美國律師保密義務與誠實義務之衝突	31
第一節 美國律師之保密義務	31
第一項 概說	31
一、 證據法規	32
二、 律師倫理規範	32
三、 律師與委託人秘匿特權與保密義務之區辨	33
第二項 律師保密義務之緣起與意義	37
第三項 律師保密義務之正當化基礎	40
第四項 美國律師保密義務之法律依據	43
一、 美國律師協會 1969 年版 Model Code 保密規則	44
二、 美國律師協會 1983 年版 Model Rules 保密規則	45
三、 美國律師協會現行 Model Rules 保密規則	46
第五項 保密義務的基本內容	48
一、 性質	48
二、 主體	49
三、 客體	51
四、 行為	52
五、 保密義務之期間	54
六、 保密義務之例外	55
第二節 美國律師之誠實義務	65
第一項 概說	65
第二項 美國律師誠實義務之法律依據	66
一、 美國律師協會 1908 年版 Canons 誠實規則	66
二、 美國律師協會 1969 年版 Model Code 誠實規則	67
三、 美國律師協會現行 Model Rules 誠實規則	69
第三項 美國律師誠實義務的基本內容	70
一、 性質	71
二、 律師的代理行為	71
三、 法律辯論	72
四、 證據提出	72
五、 補救措施	74
六、 維護審判程序的正當性	75
七、 誠實義務的期間	75
八、 單方程序	75
九、 退出代理	76
第三節 美國律師保密義務與誠實義務之衝突	76
第一項 美國律師協會面對委託人偽證問題之立場演變	77

一、 美國律師協會專業倫理準則：委託人秘密之保護優於律師對法院的誠實義務	77
二、 美國律師協會專業責任守則：再度確立律師對委託人秘密之保護優於律師對法院的誠實義務	78
三、 美國律師協會專業行為模範規則：確實有偽證存在時，律師始得向法院揭露之	81
第二項 辯護律師能否協助委託人於法庭上作偽證？	83
一、 肯定說	83
二、 否定說	113
第五章 我國律師保密義務與真實義務之衝突	122
第一節 我國的律師保密義務	122
第一項 制度目的	122
第二項 法依據	123
第三項 新舊版律師保密規則之相關問題	125
第二節 我國律師的真實義務	130
第一項 概說	130
第二項 法依據	130
第三項 律師真實義務之內容	131
一、 狹義真實義務	131
二、 闡明及調查義務？	132
第三節 我國律師保密義務與真實義務之衝突	133
第一項 律師真實義務之界限	133
第二項 我國律師倫理相關規範未臻明確	134
一、 修正前律師倫理規範第 23 條所產生之問題	134
二、 新修正律師倫理規範第 23 條所產生之問題	136
第六章 委託人偽證問題之應變	139
第一節 何時應採取應變措施	139
第一項 律師「明知」程度的界定	139
第二項 證據或證言「重要性」的界定	143
第二節 美國法上的應變方式	145
第一項 勸誡委託人	145
第二項 向法院揭露委託人的偽證意圖	146
第三項 拒絕讓委託人為自己作證	147
第四項 使委託人以敘述性的方式作證	149
第五項 退出代理	151
第六項 交由非本案法官裁定	154
第七項 對委託人的偽證意圖採取「不作為」(Do Nothing Approach)	155
第七章 實證研究資料分析	157

第一節 深度訪談	157
第一項 訪談對象之資格限制與抽樣原則	157
第二項 訪談資料處理與受訪者之基本資料	159
第三項 訪談資料分析	160
一、 刑事被告在法庭上為不實陳述將影響法官量刑	160
二、 實務上辯護律師如何面對不誠實之委託人	163
三、 實務上辯護律師面對不實陳述或不實證據的作法	170
四、 美國法上處理委託人偽證的七種作法在我國的可行性	183
五、 我國刑事案件中辯護律師之真實義務及其界線	190
六、 我國律師保密義務與真實義務之履行及律師懲戒制度現況	195
第四項 小結	197
一、 我國律師對委託人的保密義務優先於對法院的真實義務	197
二、 我國律師僅負有低度的真實義務	198
第八章 我國是否應課予律師積極揭露對審判庭從事之刑事或詐欺行為的義務？ ...	202
第一節 律師低度的真實義務與社會實際需求不符	202
第二節 相關法律依據	203
第一項 美國	203
第二項 我國	205
一、 我國現行的規定	205
二、 我國修法的趨勢	206
第三節 我國律師真實義務之履行及其法律效果	208
第一項 辯護律師應如何對待不實之證據	208
一、 律師應拒絕使用或提交不實證據	208
二、 我國應課予律師揭露不實證據的義務	208
第二項 辯護律師應如何對待不實之陳述	211
一、 律師不應揭露委託人的不實陳述	211
第三項 律師應如何對待與破壞訴訟程序正當性之刑事或詐欺行為	212
一、 應課予律師積極揭露的義務	212
第九章 結論與建議	214
第一節 我國律師真實義務的履行現況	214
第一項 律師對委託人的保密義務優先於對法院的真實義務	214
第二項 我國辯護律師真實義務的特性	214
一、 辯護律師的真實義務具有片面性	214
二、 辯護律師的真實義務具有權利的屬性	215
三、 辯護律師的真實義務具有消極性	216
四、 辯護律師追求的真實是程序保障下的法律真實	217
第二節 我國辯護律師應如何履行真實義務	218
第一項 辯護律師如何對待有罪的被告	218

第二項 辯護律師如何對待虛假的證據	219
第三節 我國應課予律師積極揭露的義務	220
第一項 律師低度的真實義務與社會實際需求脫節	220
第二項 課予律師揭露的義務以杜絕妨害國家司法權正確行使之不法行為	220
第三項 律師有與法院共同維護司法程序公正進行的義務	221
第四項 應課予律師積極揭露他人對審判程序從事之犯罪或詐欺行為的義務	222
參考文獻	223



表目錄

表格 一 律師保密義務與律秘權之區辨.....	36
-------------------------	----



圖目錄

圖 一 律師保密義務與律秘權對委託人秘密資訊的保護範圍	35
-----------------------------------	----



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

➤ 從職能分離的角度觀察律師所扮演的角色

發現真實是法院最重要的工作，更是司法正義的基石。因此在美國的法庭上，我們可以看見當事人或證人步上證人席之前，會舉起他們的右手發誓將會如實陳述。陪審團也承諾會依照事實和法律作公正無私的判斷，法官也以兩造當事人所提出的證據作為認事用法的基礎，以期促進真實的發現。然而律師在發現真實的法庭上所扮演的角色為何？辯護律師是否有義務幫助法院發現真實？

從訴訟職能分離觀之，辯護律師的職責是抵禦控訴方的追訴，維護受刑事追訴者的合法權益。實務上甚至有「辯護律師只有這一項職責，一種忠誠—為委託人辯護」的說法。辯護律師對委託人負有忠實的義務，但不得由此把辯護律師的忠實義務絕對化。辯護律師為被告合法權益辯護的過程不應是一個不擇手段爭取勝利的過程。律師的辯護行為也應遵循一定的正當程序。律師在為被告辯護的過程中對社會負有誠實的義務。誠實義務是指辯護律師在刑事訴訟程序中，忠於案件客觀事實，維護犯罪嫌疑人、被告的正當權益，協助法院發現真實，使犯罪嫌疑人、被告能受到應有的公正、公平的待遇和處罰。法院和檢方追求真實和打擊犯罪、保護人權的目標是統一的，但辯護律師的誠實義務和其維護被告權益的職責存在一定的衝突。

刑事辯護是指被告及其辯護人為被告的合法權益，從事實與和法律的方面反駁控訴，提出有利於被告的證據和主張，證明被告無罪、罪輕或應當減刑、免除其刑事責任的訴訟活動。辯護是針對控訴而存在，無控訴則無辯護。控訴方的職能在於向法院提起訴訟並出庭證明其控訴的事實確實存在，要求追究被告的刑事責任。控訴方必須在證明案件事實後，才能實現其追究被告刑事責任的訴訟主張。辯護是控訴的對立面，抵禦、

反抗甚至對控訴進行主動的攻擊，辯護方為控訴方發現真實的過程「設置障礙」。辯護和控訴的對立、鬥爭，架構起控訴平衡、審判中立的訴訟架構。辯護律師在為有罪之人辯護時，其阻礙事實發現的行為尤其明顯。被告的辯護律師，特別是在為確實有罪的人辯護時，他的工作就是用一切合法的手段來隱瞞事實。對被告辯護律師來說，如果證據是用非法手段取得的，或該證據帶有偏見，損害委託人的利益，那麼他不僅應當反對而且必須反對法院採用該證據，儘管該證據是完全真實的。¹既然辯護律師可以合法地隱瞞事實真相，在個案中以維護被告權益為天職的律師何以負有誠實義務？

➤ 辯護律師在刑事訴訟中的雙重角色

律師的誠實義務源自於辯護律師「獨立司法機關」²的角色定位。律師在刑事訴訟中具有雙重角色。第一重角色是被告的代理人、被告忠實的盟友，須為被告之最大利益辯護，幫助被告獲得無罪或罪輕的判決；第二重角色為「獨立的司法機關」，律師的角色具有公益性，不得使用不正當的手段來阻止真實的發現，律師負有協助司法發現真實、維護司法程序公正進行的義務，必須努力爭取獲得正確、公正的判決。律師的第一重角色維護的是被告的私人利益，第二重角色維護的是社會公共利益。無論是大陸法系或英美法系國家，都反對辯護律師為了當事人的利益而不擇手段，都主張給予辯護律師一定的公共角色，賦予其一定的公共義務。德國將律師定位為「獨立的司法機關」，依多數說之見解，辯護人並非單方面為「被告利益之代理人」，其也是一類「輔助人」，立於被告人之側的「獨立司法機關」。³在法律上承接德國的日本也將律師視為「獨立司法機關」，律師作為一種「自由業」具有公正的性質，也就意味著律師是一個在司法方面和法院合作的所謂「獨立司法機關」。⁴大陸法系國家有職權主義訴訟模式的傳統，強調律師的公益角色。而在採取當事人進行主義的英美法系國家也同樣強調律師的公共職

¹ 亞倫·德尚維茨著，唐交東譯，最好的辯護，頁 8（1994）。

² 我國有學者稱之為「自主性的司法單元」，參見林鈺雄，刑事訴訟法（上冊—總論篇），頁 202（2007）。

³ 克勞斯·羅科信（Claus Roxin），吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，頁 149（1999）。

⁴ 日本東京第二辯護士協會編，各國律師制度，頁 193（1989）。

能。在當事人進行主義訴訟模式之下，強調律師對推進司法公正和促進法治良性運作的的作用，故這些國家十分看重律師協助審判的作用，習慣上將律師職業與法官等同，即所謂的「法院的職員或官員」(officer of the court)。美國律師協會所制訂的「美國律師協會專業行為模範規則」(The Model Rules of Professional Conduct，以下稱Model Rules)規定，律師是法庭的職員，同時也是對正義負有特殊責任的公民。⁵

➤ 雙重角色所帶來的衝突

筆者在研究所階段修習「法律倫理與專業責任」課程時，發現律師倫理規範課予律師相互衝突的義務，而此衝突的義務主要是源自於律師所扮演的不同角色，引發筆者此議題的高度興趣。律師第一重的角色在律師與委託人間的委任關係成立後，即開始發揮強大的作用。基於律師與其委託人間存在的司法契約係屬委任契約，律師對其委託人乃負有忠實義務、保護義務、受委託人指示拘束之義務及保密義務等契約義務。其中律師對委託人的保密義務能夠強化兩者之間的信賴基礎，讓委託人能夠將坦然無懼地將案情細節與律師溝通，使律師有效掌握案件進而提供最佳的辯護。因此，我國刑法與刑事訴訟法皆對律師的因業務上所知悉有關他人秘密之事項做出應嚴守秘密的規定。⁶此外，律師倫理規範第 33 條第 1 項規定：「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。」然而，律師同時具有「獨立司法機關」的身份，使得辯護律師不得無限制地維護客戶的利益，任意地損害公共利益。律師不應為依附委託人的「受雇槍手」(hired gun)。辯護人獨立於被告的「獨立司法機關」的角色要求辯護律師承擔起公共責任，即對法庭負有真實義務。因而我國律師法第 1 條規定「律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命」，同法第 28 條規定「律師對於委託人、法院、檢察機關或司法機關，不得有矇蔽或欺誘之行為」。我國律師倫理規範第 23 條第 1 項規定

⁵ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT Preamble [1]: "A lawyer, as a member of the legal profession, is a representative of clients, an officer of the legal system and a public citizen having special responsibility for the quality of justice." (2004).

⁶ 刑法第 316 條、刑事訴訟法第 182 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。」

從上述規定律師保密義務與誠實義務的條文觀之，可以發現司法所賦予律師不同的義務可能在律師職業的過程中產生衝突。律師保密義務與誠實義務相互衝撞所引伸出的矛盾最常表現在律師的委託人意圖在法庭上為不實陳述、提交不實證據，或要求律師以其不實陳述為主張或抗辯的情況。假如委託人要求律師在法庭上提交不實證據或為不實主張，或律師發現證人所述對被告有利但是係捏造的，律師可能面臨究竟要保護自己的委託人，還是要秉持對法院的誠實義務而拒絕給予委託人協助，甚至向法院舉發不法行為的兩難情況。

上述的情況反應在美國的訴訟制度下被稱為「委託人偽證」(client perjury)的問題。假如律師發現委託人計畫在法庭上作偽證，律師可能面臨究竟要保守委託人秘密，或向法院揭露委託人不法意圖的倫理上兩難情況。在律師服務產業相當發達的美國對「委託人偽證」有相當廣泛且深入的討論，美國律師協會也針對這個爭議做出明確的規範。美國採當事人進行主義的訴訟制度，刑事案件中的被告可以證人的身份站上證人席為自己作證，若被告為虛偽的陳述，將受到偽證罪的追訴，這與台灣的情況相當不同。目前台灣的刑事訴訟程序雖逐漸朝向當事人進行主義修正，但刑事案件中的被告仍不得為證人，我國司法並不課予被告「說真話」的義務，因此被告在法庭上為虛偽之陳述並不會受到偽證罪的處罰。然而，與美國相同的是，我國的律師對法院同樣負有一定程度的真實義務。律師既身為專業人士，社會大眾對律師道德上的期待遠高於其他行業的從業人員。因此，當一位辯護律師的委託人在法庭上提交不實證據、為不實的主張，甚至要求律師以其虛偽不實的自白為主張時，該委託人雖不受偽證罪的處罰，律師是否仍應堅守自己的職業道德而拒絕給予其協助，甚至向法院揭露委託人的偽證情形？又，律師在面對委託人的不法意圖時，應採取什麼樣的作法來平衡自己對委託人的保密義務與對法院的誠實義務，乃本文欲討論的重點。

本文將從律師倫理規範當中對於律師保密義務與誠實義務之規定切入，討論律師保密義務與真實義務在律師法庭活動、訴訟程序中出現的倫理上兩難的情況，並透過實證研究的深度訪談來了解我國目前實務上律師履行真實義務的情況，以及真實義務的界限，並探討我國現行的保密義務或真實義務是否能夠符合我國目前司法環境的需求。由於我國此議題的討論非常稀少，故本文將以美國的相關文獻為研究基礎，輔以美國法院判決見解來討論「委託人偽證」的問題，以期藉由美國建構得較完整的相關規範以及實務上的應變措施與台灣實務上作法相互比較，為台灣法律從業人員提供倫理衝突的解決之道。

第二節 研究範圍與方法

第一項 研究範圍

律師在執業過程中，因為律師倫理規範的保密義務與誠實義務課予律師相反的義務，可能使律師面對三大倫理上的衝突，此三大倫理衝突包括：一、在律師明知對造證人之證言為真的情況下，被告律師能否彈劾該證人的信用能力⁷？二、律師能否在明知的情況下呈現委託人或證人的虛偽陳述（或讓有偽證意圖的委託人或證人在法庭上陳述）？三、律師合理懷疑自己的專業法律意見將誘使委託人犯下偽證罪時，律師是否仍應提供委託人法律上的建議？⁸此三大爭議在律師倫理發展得相對完全的美國引起多方的討論。就前兩項倫理上的衝突，論者認為在實務上律師甚少因為明知對造證人的陳述為真卻仍彈劾其信用能力而被懲戒，而律師給予委託人法律意見卻引發委託人作偽證的意圖，並不會被倫理委員會所追究。⁹

參考上述的見解，本文將縮小討論範圍，將爭點放在委託人意圖提交不實證據，或

⁷ 亦即「可信性」或「誠實性」

⁸ Monroe Freedman, *The Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions*, 64 MICH. L. REV. 1469, 1469 (1966).

⁹ Marvin E. Frankel, *Client's Perjury and Lawyer's Options*, 1 L. INST. FOR STUDY LEGAL ETHICS 25, 27 (1996).

要求律師以其不實的陳述為主張時，律師倫理上的衝突以及律師得採取的應對手段。由於我國的訴訟制度與美國的訴訟制度本質上的不同，美國在當事人進行主義制度之下，採「被告適格為證人」主義，刑事被告能在法庭上為自己作證，倘若被告有偽證的行為，將受偽證罪的追訴。因此，倘若委託人有作偽證的意圖，美國制度下的辯護律師就面臨了是否應拒絕給予協助以避免成為偽證罪的幫助犯，或向法院揭露委託人的不法行為的兩難情況。反觀我國的訴訟制度採「被告不適格為證人」主義，又基於不自證己罪原則，我國被告在法庭上沒有「說真話」的義務，縱使說謊，也無制裁的規定，但基於律師對法院的真實義務，若身為刑事被告的委託人執意要求律師以其不實的陳述為主張，或向法院提交不實證據，律師應如何應對？又，被告方的證人為被告之利益而意圖在法庭上作偽證或有偽證的行為時，律師應如何平衡忠實義務、保密義務與真實義務的要求？這些議題乃本文所討論的核心。

第二項 研究方法

根據以上研究範圍，本文主要採取文獻分析法及實證研究法探討律師保密義務與真實義務衝突的相關問題。

一、 文獻分析

我國的文獻方面，主要從目前的法規範切入，蒐集我國學者與實務上對相關條文要件的分析與解釋，從條文的內容來探討律師保密義務與真實義務的衝突點。然而由於我國對相關議題的探討相對缺乏，因此本文主要係從律師倫理發展得相對完全的美國來蒐集相關規範、學說，與判例以為論述的依據。

外國文獻分析方面，除與「委託人偽證」(client perjury) 議題直接相關的期刊、專書外，本文亦蒐集關於律師的保密義務、真實義務、當事人進行主義與職權進行主義下的被告地位之相關文獻，以及與此議題相關的律師倫理規範的詮釋與實務上的實證研究

報告，介紹內容並進行分析、闡釋，鞏固理論基礎。選擇英美法文獻除係筆者個人能力限制外，美國對律師倫理的議題發展甚早，學界的討論熱烈，經過時間累積已經產生豐富論述及相關案例可供參考，希望藉由對委託人偽證議題發展已臻成熟的美國法論述以提供筆者不同於我國歐陸法系更寬廣的思維。

二、 實證研究

實證研究方面主要採半結構化的深度訪談。由於我國對於此議題雖有討論，但目前尚無相關判決或律師懲戒委員會的懲戒案例可供參考，學說方面對於律師誠實義務之討論亦限制在民事訴訟的範圍，尚不及於刑事訴訟中律師真實義務之問題。故，本文將從上述對美國相關學說、判例、實務作法的分析中找出可能適合我國國情的應對措施，以美國實務上的各種處理委託人偽證的作法作為模型，透過對實務界人士的訪談，以期從深入的訪談中找出各模型的優缺點、可行性，以及在實務運作上可能產生的問題，作為對各種模型修正的方向，發展出適合我國實務的作法。

深度訪談的方面，筆者邀訪擁有多年執業經驗的律師、法官、檢察官，藉由問答的方式了解目前實務上面對委託人意圖在法庭上為不實陳述、提出不實證據或要求辯護律師向法院做不實的主張或抗辯的情況，以及律師的應對方法，並試圖從法院的角度來觀察此倫理議題可能對訴訟程序、事實認定、量刑輕重所造成的影響。希望從實務工作者的經驗來了解我國刑事案件中律師的真實義務界線、我國目前實務與美國實務作法的差別，以及美國實務的作法是否適合在台灣施行？若不適合，其原因為何？有無更適合的解決方法？

實證訪談的操作上，筆者採半結構式訪談。訪談進行前根據前述動機與目的設計訪談大綱，作為訪談的指引方向，但在整個訪談過程中，並非完全根據訪談大綱的順序進行訪問，而將依訪談過程中出現的訊息做彈性的調整，以期從受訪者本身的經驗與認知中獲取深度、有建設性的結果。

第三節 研究架構與主要內容

承前述研究範圍與研究方法，本文除第一章緒論外分為六章，合計共七章，結構如下：

第一章：本章為緒論，闡明本文之研究動機與目的，研究範圍、方法，及論文架構。

第二章：本章共分為三節，主要目的在介紹美國法上對委託人偽證問題的爭論。首先是委託人偽證爭議的源起。美國法上對於委託人偽證爭議的探討係源自於1966年 Monroe H. Freedman 教授提出當律師發現委託人有在法庭作偽證的意圖時，律師應加以勸阻；如勸阻無效，律師則應協助委託人在法庭上為偽證之陳述。Freedman 教授的言論引發當時美國社會譁然，從此開啟美國長達四十年對於委託人偽證問題的討論。筆者在此將介紹美國關於委託人偽證問題的一個經典案例，並界定委託人偽證問題的爭議的討論範圍，幫助讀者認識本文的研究重心。

第三章：本章分為三節，討論我國被告是否得成立偽證罪的問題。由於本文係討論被告在法庭上的虛偽陳述或提交不實證據對身為辯護人的律師所帶來的倫理衝突，被告在法庭上為不陳述是否會構成偽證罪，將影響律師履行真實義務的態度。本章探討偽證罪的本質與保護的法益，並從當事人進行主義與職權進行主義的角度來探究被告是否為適格證人的法理與歷史演進，最後回到我國的法律制度下來觀察我國所採之「改良式當事人進行主義」下被告是否得為證人。

第四章：本章一共分為三節，首先就美國法上律師的保密義務與誠實義務的規範內容、要件等做詳盡的介紹，進而延伸出美國學說與實務上對保密義務與誠實義務衝突的見解。保密義務與誠實義務之衝突主要表現在委託人偽證的爭議上，本章從美國律師協會對委託人偽證爭議的立場演變切入，介紹美國學說上認同與反對委託人偽證規則（client perjury rule）的見解。

第五章：本章分為三節，第一節介紹我國律師保密義務的制度目的與法律依據，並指出我國新舊版本的律師保密規則因規定不明確而可能產生的問題。第二節介紹我國律師真實義務的法律依據及規範內容。接下來探討我國律師保密義務與真實義務之衝突，包括律師真實義務的範圍應如何界定，以及我國律師在履行上述兩種義務時，因真實義務要件規定得不明確，而產生適用上矛盾衝突的情況。

第六章：由於我國對律師保密義務與真實義務的討論相當稀少，實務上亦缺乏相關判例，因此前一章當中羅列的各種倫理規範不明確與衝突之處，需要引介律師倫理發展得相對完全的美國學說與實務見解，以作為解決我國相關問題的參考。本章詳細介紹美國法上對「委託人偽證規則」要件的認定標準，以及面對委託人偽證問題的各種應對措施及其優缺點。

第七章：本章以美國實務上面對委託人偽證問題的作法為模型，透過深度的訪談，來了解實務上律師在面對委託人意圖提交不實證據或為不實抗辯時，律師實際上採取以及可採取的應變作法。期望透過深度的訪談來釐清我國目前律師真實義務的範圍與界線，以補足我國學說及實務在這個議題上討論的不足。實證研究所涵蓋的面向包括：刑事被告在法庭上為不實陳述將影響法官量刑、實務上辯護律師如何面對不誠實之委託人、實務上辯護律師面對不實陳述或不實證據的作法、美國法上處理委託人偽證的各種作法在我國的可行性，以及我國刑事案件中辯護律師之真實義務及其界線，以及我國律師保密義務與真實義務之履行及律師懲戒制度現況。

第八章：本章一共分為三節探討我國是否應課予律師積極揭露對審判庭從事之刑事或詐欺行為的義務。首先從本文實證研究的結果切入，凸顯我國目前律師低度的真實義務不足已符合現今社會的需要。第二節接著介紹美國課予律師積極揭露義務的法律依據以理由，並從我國的相關條文及修法的趨勢來觀察我國是否應課予律師積極揭露委託人他人對審判庭從事之刑事或詐欺行為的義務。最後於第三節中依照在法庭上所提出之不實證據、不實陳述，及對審判庭從事之刑事或詐欺行為等三個樣態，討論律師的真實義

務應如何修正，以及違反的法律效果，進而建議我國律師倫理規範應增定律師揭露委託人或他人對審判庭從事之刑事或詐欺行為的義務。

第九章：本章總結以上各章提出本文的研究的結論與建議。



第二章 委託人偽證問題概說

第一節 美國法上對委託人偽證問題之探討

第一項 委託人偽證爭議的開端

在美國法上，刑事案件被告是否有作偽證的權利，以及律師應如何處理其委託人偽證的問題，一直受到學界以及實務界的廣泛討論。經過幾十年的辯論，至今始終沒有定論。

委託人¹⁰偽證（client perjury）的爭議始於1966年Monroe H. Freedman¹¹教授在課堂中與一群年輕律師的討論。在當時非正式的課堂討論中，Freedman指出美國律師協會（American Bar Association, ABA）於1908年所制訂的「專業倫理準則」（Canons of Professional Ethics，以下稱Canons）¹²課予刑事被告律師相互矛盾的義務，使得律師在面對其委託人偽證的情況時，陷入義務上衝突的兩難情況當中。¹³如此的言論係起因於當時一位律師提到其委託人（刑事案件之被告）隔天將出庭為自己作證，該律師知悉其委託人有作偽證的意圖，但卻不知道該如何應對。¹⁴在他們的討論之下，才發現委託人偽證的問題是律師的執業生涯中共同面對卻又不敢提起的秘密。在當時，委託人偽證的問題幾乎不會在任意的法律課程或研討會中被公開討論。¹⁵

以上關於委託人偽證之爭議涉及美國律師協會所制訂之Canons規定律師必須對委

¹⁰ 本文所稱之「委託人」係指受律師代理為其辯護或提供法律服務之委託人，亦即訴訟中的當事人。「當事人」、「委託人」二詞在本文中將交替使用，合先敘明。

¹¹ 法學教授。目前任教於美國 Hofstra University。其學經歷及著作詳見：

http://law.hofstra.edu/Directory/Faculty/FullTimeFaculty/ftfac_mfreedman.html（最後點閱日期：2010年7月15日）

¹² 專業倫理準則（The Canons of Professional Ethics）係由美國律師協會於1908年所制訂，用以規範當時律師之執業行為。

¹³ ABA CANONS OF PROF'L ETHICS, CANONS 6, 8, 22 (1908)

¹⁴ Monroe H. Freedman, *Getting Honest About Client Perjury*, 21 GEO. J. LEGAL ETHICS 133, 137 (2008).

¹⁵ *Id.*

託人的案件盡力獲得全面的瞭解¹⁶。且美國律師協會亦表示：在不瞭解案情事實的情況下，律師無法有效執行其職務。¹⁷因此，為了促進律師與其委託人間的信賴關係，使委託人能夠毫無畏懼地向律師表明事情的來龍去脈，律師倫理規範課予律師有保守委託人秘密資訊的義務。¹⁸然而，在此保密義務之外，律師倫理規範又課予律師對法院真實的義務。¹⁹Freedman教授指出，以上三種律師義務本質上的衝突，使得律師面臨：一、必須盡力獲得所有案情的資訊；二、嚴守所獲得的秘密資訊；三、在法院命令下，向法院揭露委託人秘密資訊的矛盾情形。²⁰

在當時的討論中，Freedman教授指出三種律師在面對委託人偽證時可採取的應對手段：一、在第一次與委託人會面討論案情時，即提醒委託人所透露使自己入罪的資訊，會使律師陷入倫理上的衝突，倘若日後律師發現有不法的情事，律師將可能被迫揭露相關秘密資訊；亦即所謂律師與委託人間的「米蘭達法則」(Miranda Warning)；二、向委託人承諾會嚴守秘密資訊，倘若委託人事後有偽證之情事，律師即可撤回該承諾；三、在發現委託人有偽證意圖時，律師應盡力勸阻；倘若勸阻無效，律師則應依一般程序讓委託人於法庭上為偽證之陳述。²¹如此的見解震撼了當時美國的司法界，²²開啟了美國長達四十年對於律師是否得協助委託人作偽證，抑或律師應向法院揭露委託人偽證意圖的討論。

¹⁶ “A lawyer was required to “endeavor to obtain full knowledge of his client’s cause without knowing the truth”. ABA CANONS OF PROF’L ETHICS, CANONS 8 (1908).

¹⁷ ABA Comm. On Prof’l Ethics and Grievances, Formal Op. 23 (1930).

¹⁸ ABA CANONS OF PROF’L ETHICS, CANONS 37 (1908).

¹⁹ ABA CANONS OF PROF’L ETHICS, CANONS 22 (1908).

²⁰ Monroe H. Freedman, *Perjury: The Lawyer’s Trilemma*, 1 *Litigation* 26 (1975).

²¹ Freedman, *supra* note 14, at 133, 138.

²² Freedman 教授的言論引起學界與實務界的強烈關切，認為 Freedman 教授的言論與當時 ABA 所制訂的 *Canons of Professional Ethics* 的規範相衝突，因而在 1996 年由 Warren Burger 大法官與另外兩位美國聯邦法院法官向 United States District Court Committee on Professional Admissions and Grievance (the grievance committee) 提出抗議，要求取消 Freedman 教授的律師資格或勒令停職。然而經過委員會長達四個月的審議，最後決定不追究 Freedman 教授的相關責任。參照 Monroe H. Freedman, *The Criminal Defense Paradigm*, 64 *MICH. L. REV.* 1469 n1 (1966).

第二節 代表案例介紹—Nix v. Whiteside²³

早期美國的律師倫理規範規定律師必須謹守委託人的保密義務，因此通常禁止律師將委託人對其坦誠將在法庭上作偽證的意圖告知法官。然而律師謹守對委託人的保密義務卻致使委託人作偽證的事件頻傳，已嚴重影響司法正義。²⁴為了捍衛司法尊嚴維護司法正義，近期的律師倫理規範已從堅持律師必須嚴守對委託人的保密義務，轉而偏重律師必須優先盡到對法院的「誠實義務」，因此律師倫理規範又對律師的保密義務制訂了重要例外，亦即「犯罪行為與詐欺行為保密例外」。²⁵

Nix v. Whiteside案即是美國聯邦最高法院援引「犯罪行為與詐欺行為保密例外」，來解決欲作偽證之被告因為辯護律師警告不得作偽證，否則要終止與被告的委任關係，或將被告作偽證一事告知法院，而後被告主張其享有美國憲法增修條文第六條賦予被告之「受律師有效協助辯護」的權利受到剝奪的爭議。²⁶

一、 案件事實

在Nix v. Whiteside案中，被告Whiteside被控謀殺死者，被告對法院指派的公設辯護人Robinson說他是看到死者從床上的枕頭下拿出一把手槍，他為了自保，才拿刀朝死者的胸口刺去。但經過辯護律師再度詢問後，被告才表示他並沒有真的看到槍，而是他確信死者手中有一把槍。然而警方在案發現場並沒有找到槍。辯護律師告訴被告他不一定表示真的看到手槍才能主張正當防衛，即使在案發現場沒有找到槍，只要被告合理相信死者有槍即可。²⁷被告在一審開庭前都一直告訴辯護律師說他並沒有真的看到槍，但他確信死者手上有槍，但在開庭前一個禮拜，當辯護律師與被告在準備詰問時，被告首

²³ Nix v. Whiteside, 475 U.S. 157 (1986).

²⁴ 林利芝，「律師保密義務 vs. 律師誠實義務」，法律倫理學，東吳大學法學院主編，頁 293（2009）。

²⁵ United States v. Zolin, 491 U.S. 554 (1989).

²⁶ See Nix, 475 U.S. at 157.

²⁷ See *id.* at 160.

次告訴辯護律師他曾看到死者手中有「金屬」的東西。當辯護律師要求被告說清楚時，被告回答：「如果我不說我有看到一把槍，我就死定了」。²⁸

面對被告作偽證的意圖，辯護律師很清楚明白的告訴被告若他在法庭上為如此之陳述，可能構成偽證罪的刑事責任，並再次向被告聲明他無須證明死者有槍才能主張正當防衛，而僅需被告合理相信他身處險境即可。倘若被告執意為不實之陳述，他身為律師也有義務向法院揭露他作偽證的情形，且將與被告終止委任關係。²⁹

被告在初審時作證表示他知道死者有槍，而且他認為死者當時手中握有該把槍，因此他是基於自衛而用刀將死者刺死，但並無聲稱他曾看到死者手裡有金屬的東西，在檢方交互詰問時，被告亦承認他並沒有真的看到死者手上有槍。³⁰辯護律師舉證有人曾在案發前看到死者有把短槍，辯護律師亦舉證警方對死者公寓的搜索可能不夠詳盡，辯護律師也另外舉證警方在案發現場沒有找到槍，可能是因為死者家屬在案發不久後就將死者的東西全部搬走。辯護律師提出這些證據以證明被告因死者手上有槍，所以認為他身處險境而必須自我防衛。³¹

二、地院判決

愛荷華州初審法院認定被告犯下二級謀殺罪，但被告主張因為辯護律師警告他不得作偽證，致使他享有「受被告有效協助辯護」的權利被剝奪，而要求更審。³²愛荷華州最高法院確認了被告的定罪判決，認為刑事被告享有的「律師協助辯護權」並不包括以偽證協助辯護，且辯護律師對委託人的義務亦不包括協助委託人作偽證，因此辯護律師警告被告不得作偽證的行為不僅合法，亦是辯護律師的職責所在。³³

²⁸ See *id.* at 161.

²⁹ *Id.*

³⁰ See *id.* at 162.

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ See *Nix*, 475 U.S. at 163.

被告於是向愛荷華州南區聯邦地方法院申請人身保護令。被告主張因辯護律師拒絕讓他作偽證，剝奪他享有「律師有效協助辯護」的權利。聯邦地方法院認為「律師協助辯護權」並不包括協助委託人作偽證，因此聯邦地方法院拒絕核發人身保護令。³⁴

三、 上訴法院判決

對於是否應核發被告聲請之人身保護令的議題，雖然聯邦第八巡迴上訴法院也認為刑事被告將欲作偽證的意圖告訴辯護律師，並不會因此損害刑事被告享有的「律師有效協助辯護權」，且辯護律師警告被告他將向法院揭露被告欲作偽證的情事，並未善盡律師對委託人的「保密義務」，而違反了聯邦最高法院在Strickland v. Washington案確立的「律師無效協助辯護」標準，亦即被告必須證明辯護律師在協助被告的辯護上有重大失誤，且這個重大失誤對被告的法益造成傷害。但，聯邦上訴法院認為，辯護律師對被告之「忠實義務」與辯護律師自身之專業倫理這兩者間的衝突對被告所造成的損害，已達到Strickland v. Washington案制訂的「律師無效協助辯護」標準中「律師行為造成委託人損害」的要件，因此聯邦第八巡迴上訴法院撤銷聯邦地方法院的判決，並指示地方法院核發人身保護令。³⁵美國聯邦最高法院決定受理此案。

四、 最高法院判決

美國聯邦最高法院認為美國憲法增修條文第 6 條保障刑事被告的「律師協助辯護權」，僅係要求律師提供被告的辯護必須合理有效，因此在Strickland v. Washington案制訂的「律師無效協助辯護」檢驗標準下，律師違反了「保密義務」並不必然剝奪刑事被告的「律師協助辯護權」³⁶。雖然辯護律師對被告負有「忠實義務」、「保密義務」以及「盡力辯護」的義務，但辯護律師對被告的這些義務，僅限於達到委託人目標及協助法

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

院發現真實的正當、合法行為，律師不得採取任何方法協助委託人提出不實的證據或違反法律。律師必須遵守法律，也必須建議委託人遵守法律。³⁷

美國聯邦最高法院認為，雖然律師對於受任事件的相關內容負有「保密義務」，但是美國律師公會早已規定：「委託人向律師做出企圖犯罪的表示，並不屬於律師對受任事件相關內容必須保密的範疇。」這條律師倫理規範條文明確規定委託人向律師做出意欲犯罪之表示，為律師「保密義務」的例外，³⁸而現今的律師倫理規範也對律師「保密義務」制訂律師必須將委託人作偽證的意圖或已作偽證的情事告知法院。這個「犯罪行為與詐欺行為保密例外」規定：「律師在代理委託人時，不得故意使用偽證或不實證據；也不得建議或協助委託人從事律師明知為不法的行為或詐欺行為。」³⁹事實上，「犯罪行為與詐欺行為保密例外」規定不僅是允許律師將委託人作偽證一事揭露予法院，更是要要求律師必須將委託人作偽證一事告知法院。⁴⁰

不論辯護律師的行為被視為成功勸阻委託人作偽證，還是被視為威脅委託人要終止委任關係或將委託人作偽證一事告知法院，美國聯邦法院依「專業責任守則」(The Model Code of Professional Responsibility) 檢視辯護律師對被告的辯護行為後，認為辯護律師對被告的辯護行為並為違反合理專業標準，而剝奪被告享有之「律師協助辯護權」，因為刑事被告享有之「律師協助辯護權」並不包括要求辯護律師協助委託人作偽證的權利。⁴¹

如果律師協助委託人作偽證，律師可能被檢方以教唆偽證罪起訴，並且被所屬律師

³⁷ *Id.* at 166.

³⁸ ABA CANONS OF PROF'L ETHICS, CANONS 37 (1928) (Stating, "The announced intention of a client to commit a crime is not included within the confidences which the attorney is bound to respect.")

³⁹ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 7-102 (1980) (stating, "In his representation of a client, a lawyer shall not: ...(4) Knowingly use perjured testimony or false evidence.... (7) Counsel or assist his client in conduct that the lawyer knows to be illegal or fraudulent.")

⁴⁰ 475 U.S. 157 at 168.

⁴¹ *Id.* at 171.

公會懲戒，其處罰包括暫停執業或撤銷律師資格。⁴²因此，美國聯邦最高法院撤銷了聯邦第八巡迴上訴法院核發人身保護令的決定。

五、 小結

在Nix v. Whiteside案，美國聯邦最高法院之所以得以援引「犯罪行為與詐欺行為保密例外」，來解決欲作偽證之被告主張「律師無效協助辯護」的爭議，是因為辯護律師警告被告不得作偽證的行為，並不包括被告所稱因辯護律師威脅要終止與被告的偽證關係，被告根本沒有作偽證的權利。⁴³雖然律師對委託人的「保密義務」包括將委託人向律師所透露的犯罪事實保密，但依據「犯罪行為與詐欺行為保密例外」的規定，「保密義務」不包括向辯護律師做出犯罪意圖的表示。⁴⁴簡而言之，向辯護律師表明欲作偽證的被告，將無權要求辯護律師協助或保護，因此辯護律師警告被告不得作偽證的行為，也不會剝奪被告享有的「律師協助辯護權」。⁴⁵

第三節 律師所面對的三難困境

為要確保委託人能夠坦然地與律師溝通，將與委任事件相關的資訊透露給律師，使律師能夠充分掌握受任事件，為委託人做最有效的辯護，律師保密義務的存在有其絕對的必要性。律師對委託人的保密義務亦不容許被輕易破壞，否則雙方之間的信賴關係將蕩然無存，難以再次建立。然而，律師的保密義務並非沒有例外的情況，美國與我國律師倫理的保密規則皆存在例外的情況，包括防止未來傷害的例外、防止重大經濟利益或財產損害的例外、律師尋求法律建議及律師自我防護的例外，以及法院命令或受其他法令拘束的例外。除非有保密義務的例外情況發生，律師原則上嚴禁洩漏委託人的秘密資訊，包括委託人對審判庭的偽證或詐欺等不法行為。然而依照律師誠實（真實）義務的

⁴² *Id.* at 173.

⁴³ *Id.* at 173.

⁴⁴ *Id.* at 174.

⁴⁵ *Id.* at 175.

規定，律師又需對法院誠實。根據美國律師倫理的規範，倘若律師發現委託人有作偽證的意圖，律師應採取合理的補救措施，包括在必要的情況下向法院揭露委託人的偽證意圖。如此即產生一個倫理上的矛盾情況：律師為建立與委託人的信賴關係，獲得與受任事件相關的資訊以順利進行代理，律師必須嚴格保守委託人的秘密，但是若發現委託人有作偽證的意圖時，律師又面對了要向法院揭露的矛盾情況。美國Monroe H. Freedman教授所提出的律師的三難困境（trilemma）⁴⁶清楚地刻畫了律師在執業過程中面對的倫理衝突：律師身為委託人的辯護人，一、必須盡力獲得所有案情的資訊；二、必須嚴守所獲得的秘密資訊；三、在法院命令下，向法院揭露委託人的秘密資訊。面對委託人偽證問題的律師到底應該怎麼做？究竟應忠於自己的委託人，保守委託人的作偽證的秘密？抑或履行對法院的誠實義務，向法院揭露委託人的不法意圖？

上述倫理義務的衝突乃律師執業過程中所不可避免之惡，律師雖應單單對委託人忠誠，不應揭露委託人的秘密資訊，但嚴格的保密義務必定與維護訴訟程序誠實公正的目標有所扞格。本文將探究上述保密義務與真實義務衝突的解決之道，提供我國法律從業人員在面對委託人為不實陳述或提交不實證據時的適法、符合倫理規範的應對措施。

⁴⁶ See Freedman, *supra* note 20, at 26.

第三章 我國被告能否成立偽證罪

第一節 偽證罪概說

第一項 刑法偽證罪的保護法益

理論上，偽證罪向來被認為必須由以下兩個行為來組成：一、虛偽的陳述，以及二、對虛偽陳述的「發（宣）誓」（或「具結」）。關於偽證罪所保護的法益，我國實務及多數學者認為只有「國家司法權之正確行使」，確保國家司法機關在訴訟程序中確認事實而做決定的司法功能，不因虛偽的陳述而受到妨害，而個人僅是偽證罪的間接受害者，⁴⁷這是直接移植被繼受國立法及相關討論所得之結果。為要正確掌握偽證罪保護法益的內容，以下從被繼受國—德國—對偽證罪的演變發展進行說明。

從歷史來看，羅馬法中偽證罪被當作是一種偽造罪來處理。各種偽造之罪（*crimen falsi*）可以在古羅馬共和制時期的偽罪法（*lex Cornelia falsis*）中看到，當時期主要是規範有關遺書和貨幣的問題，但隨著社會發展的必要，而慢慢擴大該法的是用範圍，將原先為規範的行為樣態做出處理。面對適用上的擴張，註釋法學派學者做出了一個抽象化的定義以避免定罪上的浮濫：「真實的改變」就是一種「虛偽」；並且再加上兩個限制要素：「惡意（加害的意圖）」以及「對他人的損害（包含損害的危險）」。在卡洛尼亞法典時代，基本上也是延續這個定義，強調的是各種虛偽犯罪對真實扭曲的特徵。到了十九世紀將此翻譯成德文的時候，出現了偽造（*Fälschung*）、變（*Verfälschung*）、欺（*Vetrug*）等等用語。由此觀之，有關虛偽概念之罪的特徵，就是形式上對「真實的改變」，故偽證罪就是「虛偽之罪」的一種實質上個別化的獨立犯罪型態。

⁴⁷ 31年上字1807號判例；92年訴字第319號；葉志剛，「偽證罪立法之比較研究—兼論偽造證據罪之問題」，*刑事法雜誌*，第17卷第3期，頁21（1973）；林山田，「論偽證罪與誣告罪」，*軍法專刊*，第25卷第3期，頁10（1979）；褚劍鴻，*刑法分則釋論*，頁313（2004）。

偽證罪的本質在時間上先後可被理解成「發誓的犯罪」(Eidesdelikt) 以及「陳述的犯罪」(Aussagedelikt)。

把偽證罪理解為「發誓的犯罪」的看法認為，偽證罪的可罰性著重在「虛偽的發誓」。由於近代西方的宗教性色彩濃厚，採取了「向神發誓為真實」的宣示形式，原本在古代「發誓」是一種人與神之間的關係，所以虛偽的發誓並不會根據刑法而被處罰，而是等人死後才會得到「神的審判」。但後這樣的關係被入刑化，主要是要防止「對於所呼喚的神的侮辱」，並且以此當作是偽證罪的保護法益。所以中世紀時觀念上認為偽證罪是一種背離對神的誓言的行為，或是對神虛偽誓言的行為，因此會將偽證罪稱做perjury或meineid。⁴⁸偽證罪具有「宗教上的不法內涵」，因此又被稱為「宗教的犯罪」。

相對的，將偽證罪理解成「陳述的犯罪」的看法則是認為，偽證罪的可罰性應是從「虛偽的陳述行為」出發。在虛偽陳述發生的情形，國家即有無法據此做成正確的事實確定的危險。⁴⁹

近代我們對偽證罪的理解，乃從種對神的犯罪轉成對國家司法權的犯罪。在十九世紀後，德國由於聯邦憲法法院在判決中認為宣示的方法不具有宗教上的關連，不是針對神的保證也算是宣誓，⁵⁰偽證罪的宗教色彩才完全退去。因此，在德國立法上，有將「做虛偽陳述，卻沒有發誓」的情形也入刑化的規定出現。因此，偽證罪的不法內涵是可以不依賴「發誓」的。亦即，只要憑「虛偽的陳述」就可以形成偽證罪的不法內涵，而保護國家司法權之正確行使，免於因為根據虛偽的陳述而做出不正確的決定，而產生使國家司法權被侵害的危險，這就是偽證罪的保護法益所在。

⁴⁸ 歐陽弘，「偵查中向檢察官所為虛偽陳述與偽證罪的構成」，刑事法雜誌，第 51 卷第 1 期，頁 80-81 (2007 年 2 月)。

⁴⁹ 根據德國通說，關於偽證罪的法律性質，被認為是行為犯以及抽象危險犯。

⁵⁰ 吳俊毅，「具結在實體刑法上的意義—偽證罪基本構成要件的探討與修法上的建議」，月旦法學雜誌，第 153 期，頁 233 (2008 年 2 月)。

「陳述」是被理解為陳述犯罪的偽證罪的核心。陳述是一個「提問—回答」的過程，這個過程通常必須是提問者與回應者（陳述人）同時在場，然後以口頭的方式被實行。在本質上，偽證行為指的是「虛偽的陳述」。虛偽，是「陳述的內容」（陳述人所講的）與「陳述的標的」（需要被陳述人講的）二者間發生的不一致。在為了確定事實而使用人的證據的情形，若陳述發生以上的不一致，國家會沒有辦法做出正確決定（通常為判決）的危險。這也正是偽證罪所要保護的法益—國家機關根據真實的陳述而做出正確的決定。因此，「虛偽的陳述」單獨地描繪了偽證罪的不法內涵。⁵¹

第二項 具結的功能與概念

為了確定事實，在方法上，人的證據（證人、鑑定人）以及物的證據（物證、書證）都是用來證明事實存在與否的可能選項。使用人的證據的情形，透過陳述人以口頭的方式表達他對所要調查的事實（陳述的標的）的經歷，提問人在按照這個表達根據自己的生活經驗與具備的知識獨立地對事實加以確定。在立法技術上，陳述人原則上會被要求對他的陳述的真實性做出擔保，例如：以特定的方式，並且對有權接受擔保的國家機關提出。這個對自己陳述內容真實的擔保就是「具結」或是「發誓」。⁵²

第三項 偽證罪的法律基礎與行為主體

我國現行偽證罪處罰的法律基礎主要是依據刑法第 168 條：「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵察時，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。」由此條文可見，我國偽證罪之行為主體僅包括證人、鑑定人以及通譯，此三種身份之人於供前或供後須依法具結，負有「訴訟真實義務」⁵³。倘若行為人違背具結的行為，則應受偽證罪的處罰。

⁵¹ 同前註，頁 234-235。

⁵² 同前註，頁 235-236。

⁵³ 林山田，前揭註 47，頁 8。

第二節 被告能否成立偽證罪—得否令被告具結

在得否令被告具結的問題上，依現行法之定，被告不具證人之適格，故不得令其具結。然 2003 年刑事訴訟法修法後，我國乃是朝向當事人進行主義之方向邁進，若不得令被告具結豈非認定被告有說謊之權利，此似乎與當事人武器平等原則有所扞格，且在國家司法作用（司法權）之保障上將形成漏洞。故而，究竟是否應令被告具結似仍有討論之空間。以下將介紹英美法之當事人進行主義中對於被告地位之演變，探討被告適格證人主義的理論，並探究職權主義下被告不適格為證人的理由，以期對我國所採之「改良式當事人進行主義」下對被告是否得成為偽證罪之正犯的問題做初步的定位。

第一項 英美法之演變

一、 被告不得宣誓陳述

在 1864 年之前，美國刑事訴訟被告無權於審判中宣誓而陳述。其主要係繼受英國法而採取此作法。在 16 世紀的英國，刑事訴訟被告無權傳喚證人、無權請求律師的協助。依當時的法律，被告不得於審判中宣誓成為證人，被告僅得就事實與法律向陪審團「解釋」，當是不認此「解釋」為宣誓陳述，亦非證據的提出。雖然被告的「解釋」並非證據，但陪審團對被告之「解釋」極為重視。⁵⁴

在 1701 年時，英國雖立法賦予被告傳喚證人的權利，但依照當時民事訴訟法理論適用於刑事訴訟法原則，如果證人對訴訟結果有利害關係，為證人不適格。因為刑事被告並定與訴訟之結果有利害關係，故被告不得於審判中宣誓為自己陳述。此不準備告在審判中成為證人，不準備告宣誓陳述的法則，被稱為「被告不適格為證人」法則（Disqualification Rule）。但即便如此，被告仍須在審判中對證據評論，且被告的評論受

⁵⁴ 王兆鵬，「審判中被告之地位—當事人進行主義與職權主義之不同」，月旦法學雜誌，第 52 期，頁 116（1999 年 9 月）。

裁判者高度的重視。⁵⁵

美國因繼受英國法而採取上述「被告不適格為證人」法則。1864年時，緬因州在全美首先制訂法律，准許被告於審判中宣誓陳述。之後在19世紀結束前，除喬治亞州外，全美各州及聯邦法院皆已廢止「被告不適格為證人」之法律，允許被告於審判中宣誓，為自己作證。

於1987年時，美國聯邦最高法院在Rock v. Arkansas案中，依據憲法增修條文第十四條「正當程序規定」(Due Process Clause)、第六條「強制取證權」(Compulsory Process Clause)及第五條「不自證己罪」(Privilege Against Self-incrimination)之規定，認為被告有權於審判中宣誓陳述，且此一權利為被告憲法上之基本人權，故而推翻「被告不適格為證人」法則。⁵⁶因而在美國，除了被告於審判中欲為陳述外，任何人接不得對被告為任何的詰問，然若被告欲陳述意見時(美國法上之用語為「作證」)，則須坐於證人席上，並經宣誓，而接受其辯護律師之直接詢問及檢察官之交互詰問，倘若對其律師或檢察官為虛偽之答覆，將構成偽證罪。

二、 被告得作宣誓之陳述

在英國普通法早期的發展中，由於「被告不適格為證人」法則過於僵硬，實務上逐漸發展出被告「未宣誓陳述」(unsworn statement)，使被告得在未宣誓的情況下，在陪審團面前對審判中之證據與法律提出說明，但並非陳述事實。此實務發展的理論基礎為：被告有參與自己刑事審判並未自己辯護之必要，故應使被告得於審判中陳述。⁵⁷

十九世紀時，美國曾有幾個州採取了被告「未宣誓陳述」的實務上作法，被告只能

⁵⁵ 同前註。

⁵⁶ Rock v. Arkansas, 483 U.S. 44, 49-53 (1987).

⁵⁷ Robert Popper, *History and Development of the Accused's Right to Testify*, 1962 WASH. U. L. Q. 454, 464-65 (1962); Ferguson v. Georgia, 81 S. Ct. 756, 763-64 n.13 (1961).

就法律而為辯論，或只能對證據作評論，但不得就事實陳述意見。然而美國聯邦最高法院曾指出，法律上未賦予「未宣誓陳述」任何法律地位，被告的「未宣誓陳述」根本無證據價值可言。因此，法官得告訴陪審團，被告若虛偽陳述，將不受偽證作處罰，且被告未宣誓的陳述，在法律上如同未提出任何防禦。在當事人進行主義的美國，未宣誓的陳述，沒有受他造律師的詰問，故常產生首尾不連貫的況，造成裁判者對該陳述產生諸多疑問。所以被告未宣誓陳述的目的經常被解釋為希望得到較輕的刑期。⁵⁸由於「未宣誓陳述」對被告無實質上助益，故實務上被告甚少行使「未宣誓陳述」的權利。⁵⁹

由於「未宣誓陳述」為「被告不適格為證人」下的產物，在實務上亦無太大的價值，因此當美國廢止「被告不適格為證人」法則後，許多州亦廢止實務上「未宣誓陳述」的作法。⁶⁰

第二項 理論爭執

一、 被告不適格為證人之理由

「被告不適格為證人」法則之理論基礎與「不自證己罪」有密切的關連。支持「被告不適格為證人」法則的主要理由有四，以下詳述之：

第一，「被告不適格為證人」法則可避免殘害被告行使不自證己罪權利的自由。若被告適格為證人而得宣誓陳述，被告會害怕如不宣誓陳述，陪審團可能會對其做出不利推斷的壓力，如此一來等同迫使被告必須作證陳述。⁶¹亦有許多證據顯示，賦予被告宣誓陳述的權利有間接迫使被告為自己作證的效果，此效果有背於被告不自證己罪的原

⁵⁸ *Ferguson v. Georgia*, 81 S. Ct. 756, 766 (1961) (stating that “it is generally incoherent and leaves open ,any doubts.”)

⁵⁹ *Bird v. State*, 50 Ga. 585, 589 (1874) (stating, “Really, in practice it is worth, generally, but little of anything to defendants. I have never known or heard of but one instance where it was supposed that the right had availed anything. It is a boon that brings not much relief.”)

⁶⁰ *Ferguson*, 81 S. Ct. 765 at 765.

⁶¹ *Popper*, *supra* note 57, at 459.

則。⁶²

第二，使被告成為適格證人將有礙於真實的發現。支持「被告不適格為證人」法則的學者認為，使被告成為適格證人，而得宣誓陳述，會製造審判中更多不可信的宣誓陳述，因為被告將可能不惜說謊來為自己爭取生命與自由。既然被告有在審判中宣誓卻為虛偽陳述的可能，則應禁止被告於審判中陳述，採取「被告不適格為證人」才是根本解決之道。如此一來才能免去被告偽證的機會，也能免去司法機關對每一個偽證罪進行追訴的沈重負擔。

第三、若被告為適格證人而得宣誓作證，將使事實上無罪的刑事被告成為受害者。若使被告得與審判中宣誓陳述，而通常被告會為求取無罪判決而為虛偽陳述，則審判終將斥不實、無價值的證言，裁判者會因此對刑事被告的陳述抱持存疑態度，如此將對事實上無罪且欲如實陳述的無罪被告帶來負面的影響。⁶³

第四、採取「被告不適格為證人」法則可以避免律師以是否要使被告宣誓作證，而操弄訴訟程序或左右訴訟結果。若被告得宣誓陳述，被告之辯護律師在決定是否要讓被告宣誓陳述時，將完全著眼於勝訴的需要，而不在乎事實的真相為何，⁶⁴使得律師得操縱訴訟的結果，與案件事實背離。

二、 被告適格為證人之理由

⁶² See Reed Harvey, *Waiver of the Criminal Defendant's Right to Testify: Constitutional Implications*, 60 FORDEHAM L. REV. 175, 189-90 n.109 (1991)(Citing MCCORMICK, HANDBOOKS ON THE LAW OF EVIDENCE 89 (2d ed. 1972) ("a defendant who does not testify is severely prejudiced"); L. MAYERS, SHALL WE AMEND THE FIFTH AMENDMENT 21 (1978) ("Gallup poll shows 71 percent of those interviewed would imply guilt from defendants failure to testify"); David Dolinko, *Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination?*, 33 UCLA L. REV. 1063, 1075 (1986)("jurors are so likely to regard a defendant's failure to testify as evidence of guilt that the innocent defendant [with prior convictions] is usually better off taking the stand"); Edward E. Gainor, *Character Evidence by Any Other Name...: A Proposal to Limit Impeachment by Prior Conviction Under Rule 609*, 58 GEO. WASH. L. REV. 762, 762-63 (1990) ("jury almost inevitable draws inference of guilt from failure to take the stand").

⁶³ There is "so much false and worthless testimony from defendants as a group that the individual defendant will never be believed." Popper, *supra* note 57, at 459-60.

⁶⁴ See *id.* at 459 (1962) ("The defendant counsel "would call or decline to call the prisoner, not with an eye to the interests of truth, but with an eye to the verdict only, under the special circumstances of the case.")

支持被告適格為證人的學者指出，被告為適格證人並不會妨礙真實的發現，反而是「被告不適格為證人」才會導致對發現真實的阻礙。其認為被告為適格證人的理由主要有五：

第一、事實真相為何，被告最清楚，被告有助於發現真實。若不賦予被告在審判中陳述的機會，將失去取得重要證據資料的機會。

第二、雖然大多數被告在審判中有說謊的傾向，但這是被告信用能力（credibility）的問題，不能僅以被告的信用能力問題而全面否定被告於審判中陳述的適格性、剝奪被告於審判中為自己作證的機會。

第三、只有有罪之人方有不可告人之處，而不敢於審判中宣誓陳述。若全面禁止被告宣誓陳述，將剝奪正直無辜者證明自己無罪的機會。「被告不適格為證人」法則只會幫助有罪被告不使其宣誓陳述，但卻會傷害無罪之被告為自己辯駁的機會。⁶⁵

第四、「被告不適格為證人」法則嚴重違反無罪推定原則，亦違反司法中立原則。被告於審判中應被推定為無罪，但「被告不適格為證人」法則的適用，認定被告在審判中有說謊的動機，等於推定被告有罪。此外，審判中僅准許控訴的一方宣誓陳述，卻不準被告宣誓陳述，則違反了司法中立原則。⁶⁶

最後，「被告不適格為證人」法則將剝奪被告參與自己審判程序的機會。刑事審判

⁶⁵ See *id.* at 461-62 (1962).

⁶⁶ Appleton, *Evidence* 123-24 (1860) (quoted in Popper, *supra* note 57, at 461). “Innocence of the accused, then, being a presumption of law—the accusation in the outset being presumed untrue, the accuser’s statement false, whether intentionally so or not is immaterial—the question would naturally arise, whether both, and if not both, which of the two, should be heard as a witness. The principle of impartial neutrality—blind justice, holding in her hands the even balanced scales, without prejudice for or against the accuser of accused, would require, that each should be heard. With equal means of knowledge, with equal power to instruct, with motives to truth dependent on their relative situations...both should be heard and believed, ... until from comparison of their several statements, reasons for belief or disbelief shall be found. A selection of either would be an infringement of the proposed neutrality of the judge. But the common law selects. Whom? The accuser presumed a perjurer, alone is heard. The accused for whose benefit such favorable presumptions are nominally made; the accused—innocent, is rejected.”

決定被告之生命、自由、名譽，若被告無法參與自己的審判，在審判中陳述，將會使被告感覺自己受到不公平對待。若訴訟結果對被告不利，更可能使被告產生對判決的憎恨與反抗。⁶⁷

第三項 職權主義

在採職權進行主義的大陸法系國家中，刑事被告只能為不宣誓的陳述，而不得為宣誓的陳述。職權主義的實務並非源自於英美法之「被告不適格為證人」法則，而是另有其正當理由。

在職權主義的傳統中，期待被告於審判中陳述自己一方的故事，法律也容許被告陳述其故事。容許被告為未宣誓的陳述係源自於職權主義國家對要求被告宣誓的反感。採職權主義的國家認為英美法中「被告適格為證人」法則，使被告陷於是否應該宣誓陳述的兩難中——如被告選擇宣誓陳述，則需面對被詰問與偽證的威脅；如被告選擇不宣誓陳述，則面對不利推斷的危險。

與美國實務上「未宣誓陳述」不同的是，職權主義中被告未宣誓的陳述具有證據價值。職權主義的學者認為，裁判者於被告審判中的陳述或行為舉止的表現所得的資訊以決定被告有罪或無罪，是比較理想的方法。⁶⁸另有學者認為，法官基於自由心證的原則，得認定未宣誓的陳述比證人宣誓陳述有更高的證據價值。他們認為被告之陳述並不會因為未宣誓而無證據價值，亦不會因未宣誓而特別具證據價值。⁶⁹

職權進行主義國家賦予被告未宣誓陳述相當的證據價值，乃因職權主義法官負有調查證據及審問證人的義務，此與當事人進行主義制度下由當事人調查證據不同。職權主

⁶⁷ 王兆鵬，前揭註 54，頁 119。

⁶⁸ Mirjan Damaška, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. PA. L. REV. 506, 528 (1973).

⁶⁹ Hermine Herta Meyer, *German Criminal Procedure: The Position of the Defendant in Court*, 41 A.B.A.J. 592, 666-67 (1955).

義下的法官有發現真實的義務，法官對被告詳細訊問，以求發現被告未宣誓陳述中不一致之處。職權主義的法官同時踐行了直接訊問與詰問的工作。故，在職權主義下，若法官能夠確實對被告做詳細的訊問，似乎不再需要「詰問」與「宣誓」二法律工具。⁷⁰在職權主義下雖未經宣誓、未經詰問，只要由法官詳細訊問，則不會減損證據價值。⁷¹

然而職權主義下亦可能產生類似「被告適格為證人」法則中被告間接被迫於審判中陳述的問題。職權主義的審判中，如被告未為任何陳述，法官可能會認為對被告產生不利之推斷，使得被告面臨不得保持緘默的壓力。但與當事人進行主義不同的是，職權主義下的被告若被迫陳述，並不會產生當事人進行主義制度被告可能面臨之偽證、藐視法庭的處罰，檢察官亦不會對被告的陳述做嚴格的訊問，被告的前科亦不會成為攻擊被告信用能力的證據。⁷²相較於當事人進行主義，職權主義的設計似乎較為「人性」。

第三節 本文見解—改良式當事人主義下被告不得為偽證罪正犯

我國在 2003 年刑事訴訟法修法後，改採「改良式當事人進行主義」，亦即並非完全之當事人進行，亦非完全之職權進行，我國針對被告是否得為證人的立法究竟應採何種立場較為妥當？

在當事人進行主義中，當事人兩造需對其所提出之事實負證據蒐集及調查之義務，而裁判者則完全處於被動聆聽的角色。我國刑事訴訟法第 163 條在 2002 年修正前之條文為：「法院因發見真實之必要，『應』依職權調查證據。當事人、辯護人、代理人或輔佐人得請求調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、檢定人或被告。」由條文可知，我國過去採完全之職權進行主義。然而在 2003 年修法後之條文為：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判

⁷⁰ 王兆鵬，前揭註 54，頁 120。

⁷¹ 王兆鵬，前揭註 54，頁 120。

⁷² 同前註。

長除認有不當者外，不得禁止之。法院為發見真實，『得』依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。法院為前項調查證據前，應與當事人、代理人、辯護人或輔佐人陳述意見之機會。」本條的修法理由謂：「在強化當事人進行色彩後之刑事訴訟中，法院依職權調查證據僅具補充性、輔佐性，因此在例外地依職權進行調查證據之情況下，為確保超然、中立之立場，法院於調查證據前，應與當事人陳述意見之機會。」

在檢察官舉證責任之改變方面，則由修法前之刑事訴訟法第 161 條：「檢察官就被告犯罪事實有舉證責任」，改為：「檢察官就被告犯罪事實，『應』負舉證責任，並指出證明方法。」其立法理由稱：「鑑於我國刑事訴訟法設置係根據無罪推定原則，以檢察官力於當事人之地位，對於被告進行追訴，則檢察官對被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任。」

由上所述可知，在現行法規下法官於必要時仍應獲得為證據之調查，與英美法中當事人進行主義的法官是完全立於中立地位並非完全相同。而檢察官在審判程序上之地位趨於與被告同等，需對其所提出之事實負蒐集及調查證據之義務，故我國之刑事訴訟制度為「改良式之當事人進行主義」。

我國現行之刑事訴訟法第 163 條之規定，當法院認為於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。而刑事訴訟案件之進行，本質上必定與公平正義和被告利益有密切關係？⁷³故當法官認為被告的陳述有背於真實時，即應對被告詳加訊問，因此仍可有效防範被告為虛偽之陳述，而不致使被告形同有說謊的權利而過度破壞其與檢察官間之武器平等。此點與上述職權主義國家採取「被告不適格為證人」的理由相符。此外，採取被告證人適格將使被告心裡承受無比的壓力，甚至可能使原本

⁷³ 林鈺雄，前揭註 2，頁 66。

無辜之人為求無罪判決所為之虛偽陳述，反倒使其成為偽證罪的正犯。⁷⁴故，基於不使被告承受心理上兩難之壓力（即不具結將有受有罪推定之可能，具結則又受有偽證罪制裁之可能），以及我國並非完全採當事人進行主義，法官於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項乃應依職權調查之，故我國仍應採「被告不適格為證人」原則（不得令被告具結，不使被告成為偽證罪之正犯）較為妥當。

由上可知，美國之當事人進行主義的訴訟制度下，採被告適格為證人原則，亦即被告有上證人席宣誓為自己作證的權利。被告宣誓作證就有如實陳述的義務，倘若有偽證的情事發生，將受偽證罪的追訴。身為被告辯護人的律師，倘若協助被告作偽證，或呈現不實陳述或證據，將有幫助犯罪之虞。與美國不同的是，我國現行的司法制度不得令被告具結，故被告在法庭上為虛偽陳述時，亦不得以偽證罪加以制裁。被告雖沒有在法庭上說「真話」的義務，但我國一般視律師為在野法曹，有促進真實之發現、不得為矇蔽欺誘行為的義務，故我國律師亦對法院負有一定程度的真實義務。據此，在我國依然有討論「委託人偽證問題」對律師造成之倫理義務衝突的必要。



⁷⁴ 如在場但無沒有犯罪行為之被告於檢察官之強勢證據下，明知己為無罪仍虛偽陳述其於案發時不在場。

第四章 美國律師保密義務與誠實義務之衝突

律師所扮演的不同角色會賦予其不同的責任與義務。律師對委託人負有保密義務，同時對整個司法體系負有一定的真實義務，此相衝突的義務將使得律師在執行業務時面臨進退維谷的兩難情況，此即本文討論之重點。律師在面對委託人在審判中為虛偽陳述的意圖，究竟應如何自處？是應該受委託人指示拘束，協助委託人於法庭上提出不實陳述，並受律師保密義務的限制，對委託人的不法意圖保持緘默？抑或應該履行其身為在野法曹的責任，維護公平正義、協助法院發現真實，而拒絕提交不實的證據或證言，甚至向法院揭露委託人的不法情事？本章中將詳述發展得相對完全的美國律師倫理規範對於律師保密義務與真實義務的規定，以及此二種義務在律師職業過程中可能產生之衝突。

第一節 美國律師之保密義務

第一項 概說

律師對委託人的保密義務，其實同時亦是律師對當事人忠誠義務的主要要求之一。⁷⁵美國法上支配律師保守當事人機密的法源有二：代理法（the law of agency）以及證據法（the law of evidence）。律師本身和其他代理人（agent）一樣，有義務依本人的意思將從本人獲得的相關資訊視為機密，同時亦不得使用關於本人之資訊以對付本人，或用以獲取個人獲第三人之利益。⁷⁶而美國法上關於律師保守義務的規定，體現在三個不同的規則實體中：一、證據法中規定之「律師與委託人之秘匿特權」（attorney-client privilege）；二、程序法中規定律師有工作成果豁免原則⁷⁷；三、在律師的倫理規範當中規定律師有保密義務。

⁷⁵ See DEBORAH L. RHODE & DAVID LUBAN, LEGAL ETHICS, 186 (3d ed. 2001).

⁷⁶ See GEOFFERY C. HAZARD et al., THE LAW AND ETHICS OF LAWYERING, 255 (4d ed. 2005).

⁷⁷ 亦即「Work product immunity」。

一、 證據法規

證據法上經常將不可靠的證據加以排除，例如，傳聞證據（here say），此外，為了保障某種人與人之間的關係或是利益，某些從該關係所生之證據亦會遭到排除，例如，婚姻關係。後者為保護某種關係而排除證據的情形即稱之為「特權」（privilege）。而律師與委託人之秘匿特權（attorney-client privilege，以下稱律秘權）即是在避免委託人與律師之間的資訊交流因作證而被揭露。根據美國證據法大師John Henry Wigmore對於律師與委託人之秘匿特權之定義，律師與委託人之秘匿特權係指：「當事人為了獲得法律上建議而求助於專業法律顧問，並為當事人於保密的情況下所完成的交流，且依當事人的立場，除非經放棄，該交流的內容將受永久免為當事人自己或該顧問所揭露之保護。」⁷⁸

二、 律師倫理規範

美國 2000 年的律師法重述（The Restatement (third) of the Law Governing Lawyers）第 68 條⁷⁹中，保留了John Wigmore版本的核心要件，將「律師與委託人之秘匿特權」修正為：「律師與委託人之秘匿特權可在下列情況中被援引：由有特權之人在保密情況下，為獲得或提供法律協助所做成之秘密交流。」⁸⁰

由上可之，美國法上所謂律師的保密義務（confidentiality）主要源自於證據法上之「律師與委託人之秘匿特權」（以下稱律秘權），以及律師倫理規範當中的「保密義務」。律秘權與律師倫理中的保密義務在歷史演變與立論基礎上確實互有關連，但對律師與委託人間秘密資訊交流的保護範圍不盡相同，以下進一步介紹之。

⁷⁸ “Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal adviser except the protection be waived.” JOHN H. WIGMORE, 8 WIGMORE ON EVIDENCE §2292, at 554 (John T. Mc Naughton rev. ed. 1961).

⁷⁹ See RESTATEMENT (THIRD), THE LAW GOVERNING LAWYERS §68 (2000).

⁸⁰ “The attorney-client privilege may be invoked...with respect to a communication made by privileged persons in confidence for the purpose of obtaining or providing legal assistance for the client.”

三、 律師與委託人秘匿特權與保密義務之區辨

證據法當中的律秘權的設計意在保護委託人與律師之間的交流不會在訴訟或其他司法程序中被揭露。按照該律秘權之規定，司法機關不得強迫律師就其與委託人之間的秘密職業交流作證。

就律師與委託人之秘匿特權與律師的保密義務對秘密資訊的保護範圍而言，律師職業論理上保密義務的範圍較律秘權廣泛得多。按照律秘權的一般性規定，委託人有此特權得拒絕或防止任何第三人向「司法機關」(Tribunal)洩漏其以獲得專業法律服務為目的之秘密交流資訊。

美國法上律秘權的發展雖早於美國憲法之制訂，但兩者的關係密切。美國憲法增修條文第 5 條規定刑事被告有不自證己罪的權利 (Privilege Against Self-Incrimination)⁸¹，以保障被告不須在司法程序中為對自己不利之陳述。美國憲法增修條文第 6 條規定刑事被告之律師權 (right to counsel)。本條賦予被告受律師有效協助之權利⁸²，並限制了檢察機關檢視律師與被告通訊之權利，為律秘權提供了法律基礎。

此外，在美國聯邦法律的層級，律秘權之規範可以聯邦證據法第 501 條為基礎，授權聯邦法院以理性及經驗的原則累積案例，逐步發展、演繹。⁸³在美國州法層次，各州處理律秘權的方式不同，有制訂如同聯邦證據法地 501 條的條文，將創設律秘權的權利委由法院透過案例累積，⁸⁴亦有直接對律秘權規定以法律規範者。⁸⁵

⁸¹ “No person shall be...compelled in any criminal case to be a witness against himself.” U.S. CONST. amend. V.

⁸² “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right...to have the assistance of counsel for his defense.” U.S. CONST. amend. VI.

⁸³ “Except as otherwise required by the Constitution of the United States or provided by Act of Congress or in rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority, the privilege of a witness, person, government, State, or political subdivision thereof shall be governed by the principles of the common law as they may be interpreted by the courts of the United States in the light of reason and experience. However, in civil actions and proceedings, with respect to an element of a claim or defense as to which State law supplies the rule of decision, the privilege of a witness, person, government, State, or political subdivision thereof shall be determined in accordance with State law.” FED. R. EVID. 501, 28 U.S.C.A.

⁸⁴ “Except as provided in the Constitutions of the United States and the State of Utah, no person shall have a

關於律秘權的要件，美國聯邦法院經常引用United Shoe案中，Wyzanski法官所歸納的律秘權要件，包括：一、律秘權主張者現為或曾嘗試成為當事人；二、溝通之人a.係在法院登錄的律師，或其履行輔助人，b.以律師身份進行溝通；三、該溝通a.係由當事人所為；b.無第三者在場；c.以獲得法律意見、法律服務，或訴訟程序中的協助；d.且非為進行犯罪或侵權行為；四、律秘權被a.主張且b.未受當事人拋棄。⁸⁶。另一方面，學說上向來以Wigmore書中所列的要件為主臬，其內容包括：一、由當事人；二、向具法律專業且以該身份執業之人；三、尋求法律諮詢；四、所為的溝通；五、具有秘密性；六、由未經當事人或該法律專業人士揭露；七、除經拋棄外；八、受到永久保護。⁸⁷歸納上述實務與學說的見解，可將律秘權的要件分為主觀與客觀要件。客觀要件為：在律師與當事人間做成具有秘密性的溝通；主觀要件為：律師與當事人具備取得或提供法律資訊的意思。

再進一步將主、客觀要件拆解，可得下列要素：一、律秘權的保護對象係溝通；二、該溝通係在律師與當事人間作成；三、該溝通具有秘密性；四、對於該溝通，律師與當事人在主觀上具有取得或提供法律諮詢的意思。

此外，律秘權相當強調資訊交流的「秘密性」。律師與委託人的資訊交流過程中若出現資訊的「秘密性」被破壞的情況，則律秘權會被推定被該得行使該權利之人（委託人）所放棄，該情況有五：一、該秘密資訊的交流當時有第三者在場；二、委託人與律師於資訊交流當時並沒有主張該權利；三、委託人自己將秘密交流中的資訊透露給不受特權保護之第三人知悉；四、委託人或其代理人明示或默示同意將資訊洩漏給他人；五、

privilege to withhold evidence except as provided by these or other rules adopted by the Utah Supreme Court or by existing statutory provisions not in conflict with them.”UTAH R. EVID. 501 (1983 SUPP.).

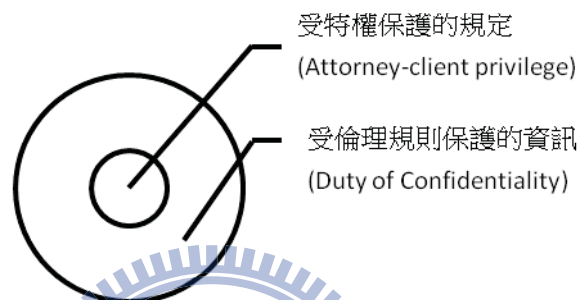
⁸⁵ ARK. R. EVID. 502 (Ark. Stat. Ann. 28-1001) (1983 Supp.)

⁸⁶ See *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 89 F. Supp. 357, 358-59 (D. Mass. 1950).

⁸⁷ See JOHN HENRY WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW §2292, 554 (McNaughton rev. ed., 1961) (1st ed. 1904) (“Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal adviser except the protection be waived.”)

律師在同一案件中同時代理數個委託人時，沒有秘密保護的適用。⁸⁸

反觀律師職業倫理中的保密義務，其委託人秘密資訊的保護範圍則相當寬廣。律師的保密義務不但適用於委託人與律師秘密交流的資訊，還適用於所有與代理委託人有關的資訊，且不論其來源為何。基本上，根據證據法受律秘權保護的所有資訊都受被律師職業倫理之保密義務所涵蓋。兩者對委託人秘密資訊的保護範圍可由以下的同心圓表現之：



圖一 律師保密義務與律秘權對委託人秘密資訊的保護範圍

律師職業倫理中的保密義務所保護的資訊涵蓋所有律師代理委託人時所獲得的資訊，同時其禁止揭露的對象是「任何人」（包括法院）⁸⁹，除非得到委託人的授權或有律師倫理規範當中所列舉之例外情況時，始得揭露之；⁹⁰而證據法上的律秘權僅保護自當事人處所獲得之秘密資訊，而禁止揭露的對象僅限於司法機關。

律秘權中亦創設許多律師倫理規範之保密義務所沒有的例外，如犯罪例外，⁹¹或自

⁸⁸ 在此需注意的是，委託人之一不得單方放棄該特權，而需先得到其他委託人之同意使得為之。

⁸⁹ See MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR4-101(A); MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R.1.6 (2004).

⁹⁰ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6(b) cmt 3 (2004).

⁹¹ 律秘權以促進公平正義為目的，故其範圍易受此拘束。當事人雖得聘請律師為其過去的犯罪辯護，但其若是為了進行中或未來之犯罪，而與律師接觸、溝通，則與律秘權的目的相違，而不在保護範圍內。以免律秘權成為規避犯罪或促進犯罪的工具。基本上，當事人犯罪例外具有以下四個要素：

1. 以當事人有利用律師的專業為犯罪的意圖即為已足，此種意圖包括因重大過失不知違法的情況（例如，以為該犯罪行為並不構成違法）。惟單純過失不包括在內。
2. 僅當事人有犯罪之意圖為已足，律師是否知悉或同意當事人計畫，並非所問。若為律師自己的不法意圖，則依然有該特權之適用。
3. 欲主張律秘權之例外的一方，需負舉證責任。程序上，主張犯罪例外的一造，必須證明有「形式上的起訴原因」(A prima facie case, 即表面上看起來正確), 或達「合理原因」(reasonable cause) 之程度。但近幾年，有些法院已將舉證的程度降至只需有「事實上的基礎」(some foundation in

我防衛例外等。⁹²其不屬於律秘權所保護的資訊，律師即有服從法院的傳票或命令而予以揭露或作證之義務。例如，委託人的犯罪意圖並不受律秘權之保護，然而卻受律師倫理規範的保密義務保障。⁹³當法院決定該資訊不受律秘權之保護時，法院則有權要求律師予以披露，律師即有服從法院傳票或命令而公開該資訊或作證的義務，否則即屬藐視法庭，即便該資訊係屬律師倫理規範之保密義務所禁止者亦同。⁹⁴證據法上之律秘權與律師倫理規範之保密義務的區辨，可簡單以下方的表格表現之：

	保密範圍	禁止揭露的對象	例外情況
律師倫理規範中的保密義務	律師代理委託人時所獲得的 <u>所有資訊</u>	任何人（包括法院）	得到委託人的同意或有律師倫理規範當中所列舉之例外情況
證據法上之律秘權	僅保護當事人以 <u>尋求法律協助為目的</u> ，而向律師透露的 <u>秘密溝通資訊</u>	僅限於司法機關	犯罪例外、自我防護例外、當事人拋棄此特權 ⁹⁵

表格一 律師保密義務與律秘權之區辨

就規定立法層級觀之，律秘權的相關規定係由法院實務以及立法所發展出來的；律師的保密義務雖廣為美國各地區法院實務所承認，但究竟只是律師協會的自律規範架構

fact) 的程度即可。一般來說，法院會以當事人提出的談話資訊來檢驗是否有特權例外的情事。

4. 只有促成犯罪的談話資訊才有適用。故當下正在進行的犯罪，或未來將會發生的犯罪都不受律秘權之保護。且係以委任人與律師對話的始點來界定該事件係「正在發生」、「未來發生」，或「已發生」。訴訟制度乃是為處理已發生的紛爭，因此只有「已發生」的事件才能受到律秘權的保護。

⁹² 律秘權的另一個例外是「自我防衛例外」(Self Defense Exception)，及律師因業務過失而被當事人獲第三人控告，或以原告身份向當事人請求律師費時，得向法院揭露並使用前案中與當事人的私密溝通內容。當事人依己意 (willingly) 與律師成為對造時，即屬對律秘權的拋棄，從而不再受律秘權之保護。

⁹³ 根據 2004 年 Model Rules 第 1.6(b)條第(1)、(2)項對於保密義務例之規定，律師只有為防止合理確定的死亡或重大身體傷害，或為防止委託人從事對其他人經濟利益或財產產生重大損害，或委託人已經利用或正在利用律師所提供之服務來促進合理確定的犯罪或詐欺行為時，律師才可以揭露委託人的秘密資訊。倘若委託人的犯罪意圖並不涉及對他人的身體、生命或重大財產損害者，則律師不得予以揭露。

⁹⁴ See RHODE, *supra* note 75, at 188.

⁹⁵ 律秘權的持有人，即當事人自願揭露已受律秘權保護的溝通之全部或重要部分時，即構成對律秘權之拋棄。此外，倘若律師與當事人溝通後，未採取適當措施維護溝通的秘密性，即可能構成律秘權之拋棄。例如某文件受律秘權之保護，但當事人未能證明已將該文件置於無法任意接近之合理安全所在，即有遭法院認定構成默示拋棄之可能。一旦被認定構成拋棄，原本受律秘權保護的溝通即因欠缺秘密性而不再受保護。

中之一部而已。⁹⁶

綜上而論，律秘權雖容許律師或其委託人就某些事項拒絕於法院或是其他證據法則適用的場合作證，但要使律師對其委託人之事項三緘其口的並非律秘權，而是律師倫理規範中的保密義務。

第二項 律師保密義務之緣起與意義

美國法上關於律師保守當事人秘密資訊的概念，係由證據法上的「律師與委託人之秘匿特權」（以下稱律秘權）發展出來的，而律秘權則是源自於審判系統中之證人作證程序。⁹⁷

但從歷史的發展上看，美國法上律師的保密義務成為律師倫理規範當中的一環，其實是近八十年的事。在 1927 或 1937 年，律師保守從委託人處所獲得之秘密的義務才第一次在 ABA 的專業倫理準則（*Canons of Professional Ethics*）中出現。⁹⁸

美國律師倫理之相關規範的出現，可以追溯至 19 世紀。19 世紀時，美國的律師及公會組織開始起草關於律師倫理義務之相關聲名。David Hoffman，一位在馬里蘭大學任教的律師，出版了一本法律研究書籍，其中包括了 50 個在 1836 年做成關於專業行為之決議（*Fifty Resolutions in Regard to Professional Deportment*）⁹⁹。這五十個決議雖然包括了許多現今律師倫理規範之規定，但不包括任何有關律師保密之倫理義務。另一個由 George Sharswood 根據賓州大學法律學院學生授課的內所發表之論文，亦對當時的律師倫理有重大之影響，但其中亦無提及律師的保密義務。¹⁰⁰ 直至 1908 年，ABA 公布了「專

⁹⁶ 早期美國律師協會認為該會的倫理規範至少對該會的會員有拘束力，但引發反壟斷的法律問題，因此 1978 年起，該會承認其倫理規範即使稱之為「規範」、「守則」亦只有建議性質。美國律師協會制訂的守則及規範，無不明言除非立法機關採納通過，對任何律師並無拘束力。參見 RONALD D. ROTUNDA & MICHAEL I. KRAUSS, *LEGAL ETHICS IN A NUTSHELL*, 4 (2d ed. 2006)。

⁹⁷ See Lloyd B. Snyder, *Is Attorney-Client Confidentiality Necessary?* 15 *Geo. J. Legal Ethics* 477, 480 (2002).

⁹⁸ See *id.* at 479.

⁹⁹ See *id.* at 485.

¹⁰⁰ Snyder, *supra* note 97, at 486.

業倫理準則」(Canons of Professional Ethics, 以下稱Canons), 此乃美國史上頭一次對律師行為準則做出明文規定, 用以約束全國的會員。但當時全部 32 個準則中, 亦未包含律師保密義務之規定。從中可發現, 美國律師協會的會員顯然不認為在證據法之律秘權規定外, 有另外制訂律師保密義務以促進委託人對律師坦白陳述之必要。¹⁰¹但在準則第 6 條處理到律師保守委託人秘密之規定, 但係規定在處理利害衝突 (Conflicting Interests) 之問題, ¹⁰²因此並非吾人所謂律師之保密義務的規定。¹⁰³

1927 年時, ABA 對 Canons 進行了部分的增修, 增修的第 37 號準則雖以「委託人秘密 (Confidence of a Client) 為名, 但從其內容觀之, ¹⁰⁴究竟是創設了律師的保密義務, 亦或僅是第 6 號準則的延伸, 頗有爭議。¹⁰⁵

至 1937 年, ABA 將準則第 37 條再次做出修正, 正式確認律師的保密義務。¹⁰⁶但如

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² "It is the duty of a lawyer at the time of retainer to disclose to the client all the circumstances of his relations to the parties, and any interest in or connection with the controversy, which might influence the client in the selection of counsel.

It is unprofessional to represent conflicting interests, except by express consent of all concerned given after a full disclosure of the facts. Within the meaning of this canon, a lawyer represents conflicting interests when, in behalf of one client, it is his duty to contend for that which duty to another client requires him to oppose. The obligation to represent the client with undivided loyalty and not to divulge his secrets or confidences forbids also the subsequent acceptance of retainers or employment from others in matters adversely affecting any interest of the client with respect to which confidence has been reposed." ABA CANONS OF PROF'L ETHICS, CANONS 6 (1908).

¹⁰³ See Snyder, *supra* note 97, at 486-87; ABA, OPINIONS OF THE COMM. ON PROF'L ETHICS WITH THE CANONS OF PROF'L ETHICS ANNOTED & CANONS OF JUDICIAL ETHICS ANNOTED, 22-39 (1976).

¹⁰⁴ "The duty to preserve his client's confidences outlasts the lawyer's employment, and extends as well to his employees; and neither of them should accept employment which involves the disclosure or use of these confidences, either for the private advantage of the lawyer or his employees or to the disadvantage of the client, without his knowledge and consent, and even though there are other available sources of such information. A lawyer should not continue employment when he discovers that this obligation prevents the performance of his full duty to his former or to his new client." ABA CANONS OF PROF'L ETHICS, CANONS 37 (1927).

¹⁰⁵ Snyder, *supra* note 97, at 487.

¹⁰⁶ "It is the duty of a lawyer to preserve his client's confidences. This duty outlasts the lawyer's employment, and extends as well to his employees; and neither of them should accept employment which involves or may involve the disclosure or use of these confidences, either for the private advantage of the lawyer or his employees or to the disadvantage of the client, without his knowledge and consent, and even though there are other available sources of such information. A lawyer should not continue employment when he discovers that this obligation prevents the performance of his full duty to his former or to his new client.

If a lawyer is accused by his client, he is not precluded from disclosing the truth in respect to the accusation. The announced intention of a client to commit a crime is not included within the confidences which he is bound to respect. He may properly make such disclosures as may be necessary to prevent the act or protect those against whom it is threatened." ABA CANONS OF PROF'L ETHICS, CANONS 37 (1937).

此的規定並未進一步將保密義務的標的資訊定義為「任何一切委託人所提供之資訊」，故該準則的保護範圍並未超越原本法院實務所限定之保密範圍，最多僅是將保密義務擴張到法院以外之處所。

直至 1969 年 ABA 頒布了「專業責任守則 (The Model Code of Professional Responsibility, 以下稱 Model Code)」，才正式擴張了律師的保密義務。1969 年版的 Model Code DR4-101 規定，律師保密的標的除了律秘權所規定的標的外，亦包括其他有可能對委託人造成傷害或令當事人難堪的秘密資訊。此外，若委託人要求律師不得揭露者，律師亦有保守秘密的義務。該條規定亦規範了保密義務的例外情形，基於以下情況，律師得被允許揭露秘密資訊：第一、揭露係為服從法律、法院之命令時；第二、揭露對於防止委託人從事其所意圖之犯罪係屬必要時；第三、揭露對於律師收取費用或律師本身面對不法行為之指控為自我辯護所必要時。¹⁰⁷

1983 年 ABA 又再度公布新版的倫理規範——執業倫理規範 (The Model Rules of Professional Conduct, 以下稱 Model Rules)，根據其中第 1.6 條之規定，律師原則上不應揭露涉及代理委託人的任何資訊，¹⁰⁸ 僅有在少數的例外情況中，律師始得揭露原本應保

¹⁰⁷ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 4-101(1980) ("Preservation of Confidences and Secrets of a Client. (A) "Confidence" refers to information protected by the attorney-client privilege under applicable law, and "secret" refers to other information gained in the professional relationship that the client has requested be held inviolate or the disclosure of which would be embarrassing or would be likely to be detrimental to the client. (B) Except when permitted under DR 4-101(C), a lawyer shall not knowingly: (1) Reveal a confidence or secret of his client. (2) Use a confidence or secret of his client to the disadvantage of the client. (3) Use a confidence or secret of his client for the advantage of himself or of a third person, unless the client consents after full disclosure. (C) A lawyer may reveal: (1) Confidences or secrets with the consent of the client or clients affected, but only after a full disclosure to them. (2) Confidences or secrets when permitted under Disciplinary Rules or required by law or court order. (3) The intention of his client to commit a crime¹⁶ and the information necessary to prevent the crime. (4) Confidences or secrets necessary to establish or collect his fee or to defend himself or his employees or associates against an accusation of wrongful conduct. (D) A lawyer shall exercise reasonable care to prevent his employees, associates, and others whose services are utilized by him from disclosing or using confidences or secrets of a client, except that a lawyer may reveal the information allowed by DR 4-101(C) through an employee.")

¹⁰⁸ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6(a) (2004).

密之資訊，例如：委託人同意揭露、避免委託人從事可能導致死亡或重大身體傷害的行、為處理律師與委託人之間的糾紛等。¹⁰⁹詳細規定如本章後述。

第三項 律師保密義務之正當化基礎

律師倫理規範上的保密義務與律師與委託人秘匿特權兩者之間的異同已如上所述，但這兩種規定在歷史演進與立論基礎上有密切的關係，故要探討律師倫理規範上的保密義務之正當化基礎必須從發展得較早的律秘權加以探討。

關於律師與委託人之秘匿特權的歷史發展與理論依據，學者間有不少的推測。其中一種可能是：律秘權的起源可追溯至 16 世紀的英國法院案例。但早期的案例並未清楚表現律秘權的保護意旨或理論基礎。在該經典的案例中，英國法院對律秘權做出以下的解釋：Thomas Colwel 為原告方證人出庭作證，但其曾受被告委任為律師，所以法院認為 Colwel 不得接受任何將迫使其揭露其作為被告律師時所獲得資訊之詰問，但原告本身對 Colwel 所為之詰問則為合法。¹¹⁰但法院在此並沒有對為何禁止如此的詰問附加理由。¹¹¹

另一種可能是，律秘權係源自於紳士行為之慣例，其認為律師絕不可對外揭露其他紳士所秘密交付之資訊。此理論在實務上的適用可追溯至英國法院於 1577 年在 *Berd v. Lovelace* 案中所做的判決。該案件中，法院免除了律師揭露當事人為尋求法律諮詢所為之私密溝通的義務。法院基於當時社會對於律師擁有「紳士榮譽」(gentleman's honor) 的角度出發，認為律師不應受迫作證，而公開其與當事人的談話內容，迫使律師拋棄對當事人的保密承諾，致使違反紳士守則 (code of a gentleman)，而使得律師陷入兩難，故法院認為有創設律秘權，免除律師強制作證的義務的必要，以確保律師可以對當事人的隱私守密。若無此特權的保護，當事人可能在一開始就將律師視為敵人，而非協助者。

¹⁰⁹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6(b) (2004).

¹¹⁰ *Creed v. Trap*, 21 Eng. Rep. 74 (Choyce 1578-79).

¹¹¹ See *Snyder*, *supra* note 97, at 480-81.

由此可知，英國早期就律師的角度觀察律秘權，認為律秘權的主體係律師而非當事人，而得由律師主張、行使，法院不得要求或強迫律師對其當事人的陳述作證。¹¹²

另外一個理論則是認為，法院發展出來律秘權的適用是為了避免使律師陷於一面為委託人辯護，一面又必須為受任事件作證的兩難情況。若沒有律秘權的存在，在訴訟中，對造律師可以毫無拘束地詰問對造律師有關其與委託人之間的對話，或委託人對其透露的秘密資訊，進而使得律師被迫評論自己的受任事件並且極力為自己的行為辯護。¹¹³此一理論在近代律師倫理規範中明文禁止律師同時委託人辯護及作證的規定中獲得迴響。¹¹⁴

最後一個理論基礎是認為律秘權的存在能夠鼓勵委託人對律師提供詳細、正確的資訊，以幫助律師瞭解案情的全貌，充分地代理委託人處理受任事件，進一步提供委託人最適切的法律協助，此即John Wigmore在18世紀初針對律秘權所做的假設。¹¹⁵

目前學說及法院實務就律秘權與律師保密義務的立論基礎一般皆承認上述的最後一種說法，亦即，促進委託人與律師間委任關係的信賴基礎，鼓勵委託人尋求法律協助，並與律師進行充分、坦誠的交流。¹¹⁶

律師保密義務與律師執業本質中的「高度信賴關係」呈現密切的關連。由於律師係專門職業或自由業之一種，而自由業的本質係與客戶間有高度的信賴關係，此一信賴關係乃律師與其當事人間訂立委任契約的基礎，且係律師能成就其給付之根本。就一般實務上情況，當事人通常是藉由親友的介紹，或其他管道得知該律師的優點，進而與律師面談後決定委任。委託人基於對律師的專業能力或其他考量而給予律師高度信賴，律師也承諾會以委託人之最大利益為其服務。基於此信賴關係，委託人較能夠無保留地將與

¹¹² See Lonnie T. Brown, Jr., *Reconsidering the Corporate Attorney-Client Privilege: A Response to the Compelled—Voluntary Waiver Paradox*, 34 HOFSTRA L. REV. 897, 913 (2006).

¹¹³ See Snyder, *supra* note 97, at 481(2002).

¹¹⁴ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.7 (2004); MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 5-101(B), 5-102 (1980).

¹¹⁵ WIGMORE, *supra* note 78, at 554.

¹¹⁶ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmt 2(2004); MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY EC 4-1 (1980). See RHODE, *supra* note 75, at 190-95; See HAZARD, *supra* note 76, at 256.

委任事件相關的一切不為人知的資訊告知律師，而律師亦是在能獲得完全資訊的前提下方能做周全的法律判斷，以履行其服務給付。¹¹⁷ 此一理論係建立在律師秘權能夠促進當事人對律師誠實、公開的假設之上，而進一步推論此假設，即唯有當事人對律師能夠開誠布公，律師始能獲得協助委託人處理法律問題所需的充分及必要資訊，而律師若不能獲得充分及必要的資訊則無法有效的執行代理。¹¹⁸

更詳細地說，美國律師保密義務制度之設計，主要有以下三個建構基礎：¹¹⁹

- (1) 由於現今社會多元複雜，各種法令更是多無牛毛，不易為一般不具法律專業之人所理解。因此，社會上各階層的成員，在管理日常事務與面臨法律問題時，往往必須尋求律師專業的法律協助，方能使問題獲得有效解決。
- (2) 律師在處理法律事務所不可避免的步驟為：獲得基礎事實（客戶的狀況、問題、目標等）、確定相關之法律，之後再進一步決定用來引導當事人將來之行為或提供當事人可能之選擇的特定法規等。接下來，律師通常會建議當事人處理的方式或提供當事人多種的可能方案。若律師對與受任事件有關的資訊，無法做全盤的瞭解，恐難以執行其職務。
- (3) 在許多情況下，當事人礙於案件的事實令人難堪或對自己極為不利，而擔心若相關資訊一旦被洩漏更可能損及自己的利益。若無法保證律師不會公開其受任事件的內容，很難期待當事人願意將所有相關事實都告訴律師。

透過上述基礎，可以得出以下二個論理的結果：

- (1) 如果沒有律師保密義務制度的設置，法院將強制律師在法庭上全然地公開與受任事件有關的事實。此時，因為無法保證委託人與律師間的對話不會被公開，使得委託人會對相關事實多所保留，甚至刻意對事實加以扭曲、修改、重建，致使律師所

¹¹⁷ 姜世明，律師倫理法，頁 171（2008）。

¹¹⁸ See HAZARD, *supra* note 76, at 256.

¹¹⁹ See JOHN W. STRONG, MCCORMICK ON EVIDENCE, 120-21 (4th ed. 1992).

獲得的資訊根本與事實不符。一旦委託人提供不完整的案件事實，律師則無法為有效的辯護。最後律師辯護效果低落之結果，將損及委託人本身之利益，且致維持司法地至運行順暢的當事人進行主義（adversary system）受到損害。¹²⁰強制律師將受任事件的內容公開所得之利益恐遠不及所造成之損害。

(2) 相反的，如果有律師保密義務制度的設置，以委託人與律師間的資訊交流不會被公開，可促使委託人完整且坦白地對律師陳述事件的始末。¹²¹律師能夠掌握受任事件的細節，始能為委託人做出最佳之辯護，或提供其有效的法律協助。在人民對律師有充分信賴的前提下，當事人進行主義順利運作，以達健全司法體制的效果。

以上即現今主流所承認之律秘權與律師保密義務之正當化基礎。

第四項 美國律師保密義務之法律依據

美國各州的司法部門均以律師職業倫理規則來規範州內律師的執業行為。這些實體法規多採擷美國律師協會（American Bar Association, ABA）所出版的律師職業倫理規則（ethical rules）。

美國律師協會於 1908 年出版第一本律師模範職業倫理規則，稱為「專業倫理準則」（The Canons of Professional Ethics，以下稱 Canons）。在歷經數年的研修後，美國律師協會又在 1969 年頒布新的規範，稱為「專業責任守則」（The Model Code of Professional Responsibility，以下稱 Model Code）。於 1983 年時，美國律師協會又再度提出新的編修版本，稱為「執業倫理規範」（The Model Rules of Professional Conduct，以下稱 Model Rules）來取代 1969 年的專業責任守則，並於 2002 年修訂之。

目前美國律師的保密義務規定主要可見於上述美國律師協會所制訂的 Model Code

¹²⁰ See MUELLER & KIRKPATRICK, EVIDENCE, 309 (3d ed. 2003).

¹²¹ See Swidler & Berlin v. United States, 524 U.S. 399 (1988).

與 Model Rules，以及美國法律協會（American Law Institute，ALI）所制訂的律師法重述（Restatement of the Law (Third)：The Law Governing Lawyers，以下稱 Restatement）。以下詳述 Model Code 與 Model Rules 當中關於律師保密義務之規定：

一、 美國律師協會 1969 年版 Model Code 保密規則

美國律師協會於 1969 年頒布的 Model Code 的倫理考量（ethical considerations）指出，律師與委託人之間的信託關係以及司法制度的健全運作，皆需要透過律師保守委託人的秘密及絕密才得以建立。委託人要能夠自在地與委任律師討論案情，律師也需要充分地從委託人那裡得到履行受任事件所需要的資訊，才能夠幫助委託人充分、有效地利用司法制度。律師善盡職業道德中的保密義務，不僅能釐清事實真相而有助於律師對於受任事件提供建議或辯護，亦能鼓勵不熟悉法律之人儘早向律師尋求法律協助。¹²² Model Code 中的第 DR 4-101 條詳細規範了律師的保密義務：

DR 4-101 保守委託人的絕密（confidence）與秘密（secret）¹²³

(A) 「絕密」係指現行律師與委託人之秘匿特權（attorney-client privilege）所保障的

¹²² MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY EC 4-1 (1980).

¹²³ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR4-101(1980) ("Preservation of Confidences and Secrets of a Client") (A) "Confidence" refers to information protected by the attorney-client privilege under applicable law, and "secret" refers to other information gained in the professional relationship that the client has requested be held inviolate or the disclosure of which would be embarrassing or would be likely to be detrimental to the client. (B) Except when permitted under DR 4-101(C), a lawyer shall not knowingly: (1) Reveal a confidence or secret of his client. (2) Use a confidence or secret of his client to the disadvantage of the client. (3) Use a confidence or secret of his client for the advantage of himself or of a third person, unless the client consents after full disclosure. (C) A lawyer may reveal: (1) Confidences or secrets with the consent of the client or clients affected, but only after a full disclosure to them. (2) Confidences or secrets when permitted under Disciplinary Rules or required by law or court order. (3) The intention of his client to commit a crime and the information necessary to prevent the crime. (4) Confidences or secrets necessary to establish or collect his fee or to defend himself or his employees or associates against an accusation of wrongful conduct. (D) A lawyer shall exercise reasonable care to prevent his employees, associates, and others whose services are utilized by him from disclosing or using confidences or secrets of a client, except that a lawyer may reveal the information allowed by DR 4-101(C) through an employee.)

資訊；「秘密」係律師在委任過程中所獲得由委託人要求保守之資訊，或被公開將會使委託人尷尬或有損於委託人之資訊。

(B) 除 DR 4-101(C)所允許的情況外，律師不得故意：

- (1) 洩漏委託人的絕密或秘密；
- (2) 有害其委託人而使用該絕密或秘密；
- (3) 為自己或他人之利益使用委託人之絕密或秘密；該使用獲得委託人的告知後同意者，不在此限。

(C) 律師得：

- (1) 在對委託人充分揭露後獲得委託人的同意而揭露委託人的絕密或秘密；
- (2) 在本規則所允許的範圍，或為了遵守其他法律或法院的命令而揭露委託人的絕密或秘密；
- (3) 揭露委託人犯罪之意圖或為阻止委託人犯罪所需的資訊；
- (4) 為收取委任費用或為自己、受僱人、合夥人被控之不法行為辯護者，得揭露委託人之絕密或秘密。

(D) 律師應採取合理的注意義務以防止其受僱人、合夥人或其他律師曾使用其服務之人洩漏或使用委託人之絕密或秘密。DR4-101(C)所規定之情形透過受僱人揭露者不在此限。

二、 美國律師協會 1983 年版 Model Rules 保密規則

美國律師協會於 1983 年制訂 Model Rules，其中第 1.6 條 (a) 規定：律師除在經諮詢後為委託人同意者，不得揭露涉及代理委託人之資訊，但揭露乃為執行代理事務並為

默示授權者或為 (b) 項所允許者，不在此限。¹²⁴

其主要的例外規定置於該條 (b) 項，亦即：律師於其合理確信揭露係必要時揭露下列資訊：

- (1) 為防止委託人從事律師確信可能導致立即死亡或重大身體傷害之犯罪行為；
- (2) 在律師與委託人間之爭議事件中，為建立律師的主張或抗辯、為在與委託人有關之行為而對律師提起的刑事指控或民事訴訟中進行辯護者，或為回應任何與律師代理委託人有關之程序的主張。¹²⁵

此種律師保密義務之規定相當嚴格。首先，律師保密之範圍包含一切涉及與代理委託人相關之資訊，故在該範圍內律師所獲得之資訊原則上皆應保密。從字面上觀之，似乎律師大部分的工作內容皆被禁止與任何人討論。¹²⁶其次，該規定除了允許律師做自衛行為所做的揭露外，只有在委託人從事可能導致他人「立即死亡」或「重大身體傷害」之「犯罪行為」時，使允許律師揭露相關資訊。至於其他情形，例如委託人因詐欺行為致使第三人受到財產上之損害，根據上述 1983 年版的 Model Rules 第 1.6 條之規定，律師仍不得予以揭露。此規定雖然明確，但卻產生諸多適用上的困擾，亦有其不合理之處，但此版本之規定卻為美國沿用二十年之久，直至 2003 年美國律師協會始對此條文做出重大修正。

三、 美國律師協會現行 Model Rules 保密規則

¹²⁴ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6(a)(1983) (stating that "A lawyer shall not reveal information relating to representation of a client unless the client consents after consultation, except for disclosures that are impliedly authorized in order to carry out the representation, and except as stated in paragraph (b).")

¹²⁵ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6(b) (2004) (stating that "A lawyer may reveal such information to the extent the lawyer reasonably believes necessary:
(1) to prevent the client from committing a criminal act that the lawyer believes is likely to result in imminent death or substantial bodily harm; or
(2) 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 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 a client.")

¹²⁶ See RHODE, *supra* note 75, at 218.

由於 1983 年的 Model Rules 對於律師保密義務之規範過於嚴格，且有與現實脫節的情況，美國律師協會於 2003 年對 Model Rules 第 1.6 條做出修正。2003 年的 Model Rules 第 1.6 條規定：

- (a) 除經委託人給予明示同意，或為了執行代理對資訊的揭露已得到默示授權或揭露行為為(b)款所允許者，律師不得揭露與代理委託人有關的資訊。¹²⁷
- (b) 在下列情況中，律師得在其認為合理必要的範圍內揭露與代理委託人有關的資訊：
 - (1) 為防止合理確定將發生之死亡或重大身體傷害者；
 - (2) 為防止委託人從事對其他人的經濟利益或財產產生重大損害，並且委託人已經利用或正在利用律師所提供之服務來促進合理確定的犯罪或詐欺行為；
 - (3) 為防止、減輕或糾正委託人利用律師所提供之服務來促進犯罪或詐欺對他人經濟利益或財產產生合理確定或已經造成之重大損害者；
 - (4) 律師為獲得如何遵循本規則之法律建議者；
 - (5) 在律師與委託人的爭議中，律師為了自身利益起訴或被訴者，或為了在與委託人有關的行為而對律師提起的刑事指控或民事訴訟中進行辯護者，或為在任何與律師對委託人代理有關的程序中針對有關主張做出反應者；
 - (6) 為了遵守其他法律或法院之命令者。¹²⁸

¹²⁷ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6(a)(2004) (stating that "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).")

¹²⁸ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6(b)(2004) (stating that: "(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

觀察上述Model Code與Model Rules 對於律師保密義務之規定，若從字面觀之，保密義務的規定可能廣泛拘束律師不得向任何人洩漏有關其委託人的任何資訊，¹²⁹但事實上，ABA所制訂的律師保密義務的規定存在著許許多多的例外情況。首先，Model Code與Model Rules兩者皆允許律師得在當事人同意的前提下洩漏當事人的秘密資訊¹³⁰。同時，兩者亦允許律師在自己被訴的案件中為自己辯護而洩漏當事人秘密。¹³¹其他保密義務的例外情形亦有依法院命令或防止未來犯罪之發生等情況，此部分將在本章後段詳述之。

第五項 保密義務的基本內容

一、 性質

律師與委託人之間的關係的基本原則是，在沒有委託人明示或默示同意的情况下，

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; or

(6) to comply with other law or a court order.”)

¹²⁹ Model Code 第 DR 4-101(B)條規定：「律師不得洩漏委任關係中任何對當事人不利的絕密（confidence）與秘密（secret）的訊息，亦不得有害其當事人而使用該絕密或秘密，或為自己或他人之利益使用當事人之絕密或秘密。然而若該使用有先得到當事人的同意者，不在此限。」Model Rules 第 1.6 條亦規定：「律師不得洩漏委託人於委任關係中之資訊……」。

¹³⁰ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 4-101 (1983) (stating, “(B) -Except when permitted under DR 4-101(C), a lawyer shall not knowingly: (1) -Reveal a confidence or secret of his client. (2) -Use a confidence or secret of his client to the disadvantage of the client. (3) -Use a confidence or secret of his client for the advantage of himself or of a third person, *unless the client consents after full disclosure.*”); MODEL R. OF PROF. CONDUCT 1.6(a) (2004) (stating, “A lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client *unless the client gives informed consent.*”) (斜體為筆者所加)

¹³¹ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 4-101 (C) (1983) (stating, “A lawyer may reveal: ...(4) Confidences or secrets necessary to establish or collect his fee¹⁸ or to defend himself or his employees or associates against an accusation of wrongful conduct”); MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6(b) (2004) (stating that: “A lawyer may reveal information relating to the representation of a client to the extent the lawyer reasonably believes necessary: ...(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.”)

律師不得揭露與代理有關的信息，¹³²這有利於促成委託人與律師之間的信賴基礎。如此一來才能鼓勵委託人尋求專業的法律幫助，並與律師進行充分、坦誠的交流，即便是在令人難以啟齒或在法律上不利的情况下，亦能暢所欲言。對於律師而言，為能幫助委託人進行有效的代理，並且在必要的情況下為了建議委託人不要從事錯誤行為，律師亦需要全面的資訊。

二、主體

律師接受當事人委託處理事務，律師既為委任契約的當事人，自屬律師保密義務之主體，此乃不言自明。而其相對人，亦即委託人，自屬律師保密義務之被保護對象。若律師同時接受多個委託人詢問或委託時，則律師對全體均負有保密之義務。一般而言，律師的保密義務並不及於對第三人資訊之保護，然而對於第三人資訊之開示，可能造成委託人權利之危害（例如，第三人與委託人間有共犯或繼承關係之法律上利害關係）時，律師是否有保密之權利，在理論上可能發生疑慮。此時基於維護律師與委託人之間的信賴關係，應就涉及第三人之資訊之輕重關係，或是否有例外情形，來衡量律師是否得享有保密的權利。而不宜一律因涉及第三人資訊，而認為律師不得享有保密的權利。¹³³

律師負有保密義務，並不僅止於承辦該案之單一律師而言，若同一事件中，有數位律師受同一當事人委託，則該等律師均有保密的義務。而在合夥律師事務所中，某一律師接受當事人委託，則其他合夥律師或受僱律師，是否同有保密的義務？而保密的對象，是否亦包括前任之委託人？關於上述的問題，Model Rules 1.9(c)(1)、(2)有詳盡的規定：律師如果過去曾在某事件中代理過某委託人，或該律師現在或過去所任職的律師事務所曾代理過某委託人，則此後該律師不得使用上述代理有關的信息來損害該前委託

¹³² MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 4-101 (B) (1983) (stating that "Except when permitted under DR 4-101(C), a lawyer shall not knowingly: ... (3) -Use a confidence or secret of his client for the advantage of himself or of a third person, *unless the client consents after full disclosure.*"); MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 (a) (2004) ("A lawyer shall not reveal information relating to the representation of a client *unless the client gives informed consent.*") (斜體為筆者所加)

¹³³ 姜世明，前揭註 117，頁 174。

人，或揭露與上述代理有關的訊息。然而，若該使用或揭露以得該前委託人的同意，或該訊息以為公眾所知者，不在此限。¹³⁴從此規定可以得知，合夥律師事務所中之律師對個別律師之受任事務，均負有保密義務，構成對律師保密義務之限制，亦即，若律師事務所接受新進律師，委託人亦不得主張原受任律師接受新律師，使得新律師知悉其案情，因而屬違反律師倫理云云。由於該等新律師亦受保密義務規範，誠屬當然。此外，若某一律師離開合夥事務所，此一律師亦應受保密義務之限制，亦無疑義。惟律師事務所轉讓的情形，受讓人是否有權知悉事務所原客戶的資料？就此，根據上述Model Rules 1.9(c)(1)、(2)的規定，¹³⁵原則上應認為除非舊客戶同意，否則不能將客戶資料讓與事務所受讓人，否則即屬律師保密義務之違反。

在委託人與律師間的委任關係終止以後，就律師的保密義務而言，律師仍負有某些繼續性的職責。¹³⁶同一律師事務所的人員常有機會接觸其他辦案人員的案件資訊，例如互相討論案情、為辦案需要而借閱卷宗、在案情資料及相關文件之傳遞過程被非承辦人員接觸到該等訊息等，因而保密義務不僅約束承辦案件之律師，同一事務所之律師亦應受其拘束。¹³⁷因此，律師的保密義務應擴及事務所中之合夥人、受僱人等主體。否則律師與當事人間的信賴基礎可能產生動搖，律師保密義務的規範意旨亦可能無法有效貫徹。

此外，在職業上與律師共同合作者，例如代書、會計師、記帳士，或銀行、影印行

¹³⁴ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.9 (2004) (stating that "... (c) A lawyer who has formerly represented a client in a matter or whose present or former firm has formerly represented a client in a matter shall not thereafter: (1) use information relating to the representation to the disadvantage of the former client except as these Rules would permit or require with respect to a client, or when the information has become generally known; or (2) reveal information relating to the representation except as these Rules would permit or require with respect to a client.")

¹³⁵ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.9(c) (2004) (Stating that: "A lawyer who has formerly represented a client in a matter or whose present or former firm has formerly represented a client in a matter shall not thereafter: (1): use information relating to the representation to the disadvantage of the former client except as these Rules would permit or require with respect to a client, or when the information has become generally known; or (2) reveal information relating to the representation except as these Rules would permit or require with respect to a client.")

¹³⁶ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmt 18 (2004).

¹³⁷ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.9(c) (2004)

等，雖然並非律師，亦非律師之受僱人，但律師為了職業上的合法目的並非不得將含有委託人秘密資訊的檔案交由這些合作者。然而律師在挑選合作對象時，必須善盡其善良管理人注意義務，並警告合作對象應謹守委託人的秘密資訊。¹³⁸

三、 客體

律師保密義務的範圍相當廣泛，基本上，任何律師經由委任關係，辦案得知的事項均為律師保密義務的範圍。根據Model Rules第 1.6 的註釋 3 指出：「律師保密義務的規定不但適用於委託人與律師秘密交流的訊息內容，還適用於所有與委任有關的訊息，且不論其來源為何。」即使是和案件沒有直接相關的事實，但只要是在律師基於其專業身份而且是基於受委任的身份得知的事項，律師都負有保密的義務。其中也不限於由當事人告知的事項，其他人因為辦案過程而告知的事項也是律師保密義務的範圍¹³⁹。

2003 年版的Model Rules在其前言的「範圍」(Scope)中指出，為了確定律師的權利和職責，Model Rules中的規定之外的實體法原則，決定律師與委託人間之委任關係 (attorney-client relationship) 是否存在。絕大多數律師的職責，只有在委託人要求律師提供法律服務，且律師同意為其服務之後，亦即律師與委託人間之委任關係成立之後才存在。但有些律師的職責，例如Model Rules1.6 的保密義務，在律師考慮是否接受委任時就可能已經存在。¹⁴⁰因此，只要當事人以尋求律師的專業法律協助為目的，前來向律師接觸商談時，當事人向律師所透露的資訊，即在律師保密義務範圍之內。

律師保密義務之客體，我國有論者認為若律師上教堂時，教會執事代教友詢問婚姻之法律問題，律師就其專業回答問題，此情形就構成律師保密義務之適用¹⁴¹。然而，如此廣泛的解釋是否意謂律師已無私人生活而言？在此如何界定律師的私生活與因執業

¹³⁸ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY EC4-3 (1980).

¹³⁹ 王惠光，法律倫理學講義，頁 106 (2007)。

¹⁴⁰ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT Scope [17] (2004).

¹⁴¹ 王惠光，前揭註 139，頁 105。

身份所知悉，頗為困難。基本上，若律師在非執業時間及職業場合，所接觸之人亦非其委託人或利害關係人，如僅在非法律諮詢的非正式場合與朋友閒聊獲知的資訊，應可被評價為私知。但若資訊提供者，明示有委任之可能或基於其乃律師身份，為尋求法律意見而為資訊之告知，則可認定落入保密義務之範圍。¹⁴²

四、 行為

律師保密義務之違反，不僅可能發生在律師對第三人的洩密行為，亦可能發生在對國家機關或對法院所為之陳述，甚至可能係以廣告的方式而對特定多數人或不特定人為洩密之行為。律師之保密行為，不論是否自行為之，或是藉由他人散佈資訊，都應受相同之評價。而散佈秘密資訊的方式，可以由書面、言詞，或網際網路的方式為之；亦可能由作為或不作為的方式為之¹⁴³。

律師保密義務之規定在於要求律師不可對委託人以外之人洩漏委託人之秘密，即便是委託人最親近的親友，原則上亦不得對之洩密。然而律師的保密義務有時可能與律師的其他的倫理義務產生衝突，例如律師對法院負有真實義務，倘若法官向律師詢問被告是否有前科時，律師是否有據實陳述的義務？則有爭議。關於這一點，美國律師協會專業倫理委員會（American Bar Association Committee on Professional Ethics and Grievances）認為：「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。」¹⁴⁴因此當律師遇到此等的倫理義務衝突時，原則上律師應以保密義務為優先，在法庭上保持緘默。

為要確保律師的保密義務能夠確實被執行，律師有必要小心地維護客戶的口頭及書面秘密資訊。律師事務所對於其卷宗之管理、信函管理、資訊傳輸、人事管理方面，都

¹⁴² 姜世明，前揭註 117，頁 179。

¹⁴³ 同前註，頁 180。

¹⁴⁴ 參閱布萊恩·甘迺迪著，郭乃嘉譯，美國法律倫理，頁 72（2007）。

應採取必要措施，保護委託人的秘密不被洩漏。例如律師事務所的電腦應設有密碼，廢棄的文件應以適當的方式加以處理等等。ABA 亦就傳真這一類資訊交流方法存在的保密風險提出看法。由於發送傳真時，在資訊被傳遞之前，並無法確定接收者就是指定的收件人，在傳真的過程中容易因撥號失誤而誤傳資訊。此外，傳真往往要經過秘書等中間人的轉手才能到達指定收件人的手中，因此在使用傳真機的過程中存在資訊被劫取和洩漏的重大風險。因此，有責任心的律師在使用傳真傳發具有高度敏感性的資訊時，應當特別注意。

針對委託人機密資訊之傳輸的風險問題，美國Restatement第 60 條規定律師必須採取合理的措施來保護客戶資訊免於非經允許的使用或揭露¹⁴⁵。Model Rules第 1.6 的註釋 17 亦認為當傳輸包含與代理委託人有關的資訊時，律師必須採取合理的預防措施來防止該信息落入非指定收件人的手中。然而，在通訊方法提供了合理的隱私期待的情況下，此一職責並不要求律師採取特殊的安全措施。¹⁴⁶亦即，只要通訊的方法提供了律師及委託人合理的隱私期待時，律師即不需要隨著通訊方法之推陳出新而不斷更新保密的手段。

然而，在特殊的情況下可能需要特別的預防措施。律師對隱私期待的合理性需考慮的因素包含信息的敏感程度，及訊息的隱私性受法律獲保密協議所保護的範圍。委託人亦可要求律師採取律師保密義務規範所沒有要求的特別安全措施，或者就使用本受本條規則禁止的資訊交流方法做出告知後同意（informed consent）。¹⁴⁷

律師在現今網路時代應如何執行其保密義務？若律師以電子郵件傳輸委託人的秘密資訊，而因此被竊取該機密，律師是否違反律師倫理？ABA曾經針對利用網路傳送電子郵件這一類資訊交流方法存在的風險提出討論。他們認為，以網路傳送未經加密的電子郵件並不會構成律師保密義務的違反，亦不會被視為放棄「律師與當事人之秘匿特

¹⁴⁵ RESTATEMENT THIRD, THE LAW GOVERNING LAWYERS §60(1)(b) (2000).

¹⁴⁶ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmt 17 (2004).

¹⁴⁷ *Id.*

權」¹⁴⁸ (attorney-client privilege, 以下稱律秘權), 除非客戶有另外要求將電子郵件加密或有其他情況要求加強保密的強度時, 始有例外。如此的見解係有鑑於電子郵件本身即受法律保護免於被攔截的危險, 因此律師與委託人間對於其通訊方法有合理之隱私期待。¹⁴⁹

我國學者亦針對上述問題提出德國方面之觀點, 認為原則上以電子郵件傳輸資訊, 可予以電話或信件傳輸一般對待, 並不會因為以電子郵件傳輸就當然認為違反律師保密義務。但若該機密依其情形不適合以信件或電話傳輸者, 則其亦不得以未加特殊防護措施之電子郵件傳輸。且應以律師是否以盡其善良管理人之注意義務, 以及依科技發展及該機密保管之交易常情, 進行總體評價, 始可判斷律師傳輸委託人機密資訊之方法是否有難以防護的情形¹⁵⁰。

此外, 為貫徹律師保密義務的規範意旨, 我國論者認為律師保密義務之違反, 不應僅限於故意的行為, 過失的行為亦應包括在內。亦即, 對於律師倫理之違反, 除非法有明文僅處罰故意者外, 亦應著重其可歸責性之有無, 且可歸責性應包括故意與過失二者, 來判斷律師違反職業倫理的行為是否應受到處罰, 藉以提昇律師預防疏失行為的作用¹⁵¹。

五、 保密義務之期間

律師何時開始需對當事人負起保密的義務? 2003年版的Model Rules在其前言的「範圍」中指出, Model Rules第1.6所規範的律師保密義務, 在律師同意當事人進一步考慮否接受委任時就可能已經存在,¹⁵²亦即, 基本上只要律師以律師的身份和當事人接觸商

¹⁴⁸ 亦有學者翻譯為「律師—委託人特權」。

¹⁴⁹ See Standing Committee On Ethics And Professional Responsibility Formal Opinion No. 99-413 March 10, 1999, Protecting the Confidentiality of Unencrypted E-Mail, <http://www.abanet.org/cpr/pubs/fo99-413.html> (last visited: 2010.7.30).

¹⁵⁰ 姜世明, 前揭註 117, 頁 182。

¹⁵¹ 同前註, 頁 180。

¹⁵² MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT Scope [17] (2004).

談，並且因而得知當事人本身以及該案件的秘密，就負有保密的義務。即使事後沒有成立委任關係，但只要商談接觸過程中獲知的資訊，都負有保密義務¹⁵³，律師保密義務之期間由此起算。

若基於律師契約義務係源自於律師契約的效力而言，律師的保密義務存在於委任契約訂定之時至委任契約終止之時。而在委任契約終止後，律師是否仍負有保密義務，就此，美國律師協會所制訂的Model Rules第 1.6 條的註釋 18 指出，在委任關係（attorney-client relationship）終止後，律師的保密義務繼續存在。¹⁵⁴

對於律師的保密義務是否能推前至委任契約成立之前，以及倘若當事人予以尋求法律協助為目的向律師商談，嗣後卻未正式成立委任契約，律師對該當事人的秘密資訊是否依然負有保密義務的問題，我國學者與ABA採取相同之看法，若律師正式接受法律諮詢，不論係在律師事務所內諮商，或在類似法律扶助的平民法律服務處接受一般民眾諮詢，且不論是否成立委任契約，對於律師以其律師的身分接受諮詢而獲得的當事人資訊，均負有保密之義務。¹⁵⁵但若律師僅是以朋友的身份及在非正式場合接受法律問題詢問者，若該情形對於諮詢人而言，並不會產生基於律師專業身份或職業上身份之信賴關係，則難以認定律師需負保密之義務。¹⁵⁶

六、 保密義務之例外

律師的保密義務是一個處理法律衝突和利益衝突的有效途徑。律師保密所帶來的社會價值高於律師揭露有關秘密的價值時，律師就應堅守保密的義務。然而若律師所保守的當事人秘密會對社會帶來負面影響時，律師的保密義務就有設立例外情況的必要，讓律師將有關的訊息予以揭露。

¹⁵³ 王惠光，前揭註 139，頁 105（2007）。

¹⁵⁴ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmt 18 (2004).

¹⁵⁵ 姜世明，前揭註 117，頁 183。

¹⁵⁶ 同前註。

美國律師協會 2003 年修訂的 Model Rules 第 1.6(b) 條中規定，¹⁵⁷ 在下列情況下，律師可以在其認為合理必要的範圍內公開與代理委託人有關的資訊：(1) 為防止合理確定的死亡或重大身體傷害；(2) 為了防止委託人從事對其他人的經濟利益或財產產生重大損害，並且委託人已經利用或正在利用律師的服務以促進合理確定的犯罪或詐欺；(3) 為了防止、減輕或糾正委託人利用律師的服務來促進的犯罪，或欺詐對他人的經濟利益或財產產生的合理確定或者已經造成的重大損害；(4) 為了就律師遵守該 Model Rules 而獲得法律建議；(5) 在律師與委託人的爭議中，律師為了自身利益起訴或辯護者，或為了在因與委託人有關的行為而對律師提起的刑事指控或民事控告中進行辯護者，或為了在任何與律師對委託人的代理有關的程序中針對有關主張做出反應；(6) 為了遵守其他法律或法庭命令。

根據上述的規定，律師只能在其認為合理必要的範圍內公開與委託人相關的資訊。因此，律師不得倉促的採取行動，而必須就整體情況作全面的思考後，才能在合理的範圍內揭露委託人資訊。以下將針對律師實際執業中經常遇到的防止未來傷害的例外和自我防護的例外進行介紹。



1. 防止未來傷害的例外

2003 年版的 Model Rules 第 1.6 條關於防止未來傷害的例外規定與 2002 年以前的規

¹⁵⁷ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6(b) (2004) (stating that "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; or
- (6) to comply with other law or a court order.")

定相比，已經放寬了許多。在 2002 年之前，只有為了防止「委託人」從事可能造成立即死亡或嚴重身體傷害¹⁵⁸的情況下，律師才能考慮公開委託人的相關資訊。而現在則規定「為了防止合理確定的死亡或嚴重身體傷害¹⁵⁹者」，律師皆可考慮是否揭露有關的資訊。此規定的收縮與擴張反映了律師的保密義務與社會不同利益不斷衝撞的膠著情況。在討論上述例外情況的適用時，有三個問題需特別留意。

(1) 傷害的未來性問題

第一個是傷害的未來性問題。按照上述 Model Rules 第 1.6 條的規定，此一保密義務例外的適用條件是防止未來的傷害，因此對於已經實行完成的犯罪，律師並沒有揭露有關秘密資訊的問題。

1975 年發生於美國紐約的 *People v. Belge*¹⁶⁰ 一案清楚地彰顯了此一問題的癥結點。在該案件中，律師 Belge 代理被指控殺人的被告。在審判前，被告告訴律師他還另外犯下了兩起謀殺案，並告知律師其掩埋屍體的地點。律師依據被告所提供的資訊，找到了屍體並確定該屍體的身份是兩位已經失蹤一段時間的女性。後來有關方面也正確的臆測是該被告謀殺了這兩個人，且某個被害人的父親也強烈懷疑 Belge 清楚知道被害人的下落，但 Belge 在當時並沒有向有關人員透露相關資訊。¹⁶¹ 按照上述的規定，律師並沒有透露委託人機密資訊的行為是正確的，即便如此的行為受到輿論相當大的非難。律師所瞭解的是已經實施完成的犯罪行為，且該資訊是與委託人秘密交流時所獲得的，他有保守委託人秘密的責任。在訴訟程序中，律師的工作是為委託人作最佳的辯護，而並不負責案件的偵察，因此律師揭露已發生的犯罪的秘密資訊並無助於防止未來的損害活動，所以律師不需要承擔揭露相關資訊的責任。

¹⁵⁸ 重點提示為筆者所加。

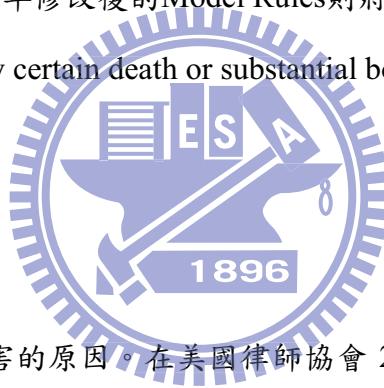
¹⁵⁹ 重點提示為筆者所加。

¹⁶⁰ *People v. Belge*, 372 N.Y.S.2d 798 (1975)

¹⁶¹ *Id.* at 798.

(2) 損害結果的嚴重性問題

第二個是損害結果的嚴重性問題。在美國律師協會 1969 年所制訂的 Model Code 中規定，只要委託人有犯罪之意圖，無論嚴重性，都允許律師對該資訊進行揭露。¹⁶²此一規定受到社會各界嚴重的批評，認為其沒有考慮到犯罪的嚴重性與保密規定在社會價值上的平衡問題。因此美國律師協會於 1983 年的 Model Rules 中對此進行了修正，強調委託人的犯罪活動要有可能造成迫在眉睫、立即的死亡或者嚴重的身體傷害時，律師始得考慮是否揭露委託人的秘密資訊。¹⁶³然而如此的標準卻產生另一些問題，例如委託人意圖持槍射殺他人，這種情況下律師有權對該資訊予以揭露；然而若是委託人意圖使用慢性致命毒藥來殺人，則可能不存在迫在眉睫的死亡問題，按照該規定，律師可能無權揭露該資訊。¹⁶⁴因此在 2002 年修改後的 Model Rules 則將相關標準修改為合理確定的死亡或嚴重身體傷害(reasonably certain death or substantial bodily harm)，¹⁶⁵解決了上述看似荒謬的問題。



(3) 未來損害的問題

第三個問題是未來損害的原因。在美國律師協會 2002 年以前的 Model Rules 之規定，律師所揭露的資訊，是為了防止「委託人」從事可能造成迫在眉睫的死亡或者嚴重的身體傷害的活動。但是若該可能造成第三人危險的狀態並非委託人犯罪行為所產生者，律師是否得揭露相關資訊呢？

在美國 1962 年的 Spaulding v. Zimmerman 案¹⁶⁶中，律師受交通事故中的被告委任為

¹⁶² MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 4-101(C) (1969) (stating, "A lawyer may reveal: (3) The intention of his client to commit a crime¹⁶ and the information necessary to prevent the crime.")

¹⁶³ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 (b) (1983) (stating that "A lawyer may reveal such information to the extent the lawyer *reasonably believes* necessary:(1) to prevent the client from committing a criminal act that the lawyer *believes* is likely to result in *imminent death* or *substantial bodily harm*.") (斜體字為筆者所加)

¹⁶⁴ 王進喜，法律倫理的 50 堂課：美國律師職業行為規範與實務，2008 年 2 月，頁 146。

¹⁶⁵ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 (b) (2002) (Stating that "(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. ")

¹⁶⁶ Spaulding v. Zimmerman, 116 N.W. 2d 704 (Minn. 1962).

其辯護。被告的醫生在證據開示過程中對交通事故的被害人，即原告進行檢查後發現其患有可能危及其生命的動脈瘤，且可能是該事故所造成的。但原告本身的醫生卻沒有發現此一情況，且原告的律師也沒有要求獲得被告方的體檢報告。之後此交通事故案件和解，原告及其律師仍不知道原告的真实病情，然而兩年後原告被醫生診斷出該病情且動了手術，後來原告要求法院重新對該案件進行審理。此案件牽涉到的重要爭議是被告律師對原告是否有義務揭露相關的訊息？

按照Model Rules在2002年以前之規定，律師只有在防止「委託人」從事律師認為可能導致迫在眉睫的死亡或嚴重的身體傷害的犯罪行為時，律師才能考慮公開有關資訊。據此，只要對某人生命上的威脅並非委託人犯罪行為造成的，就沒有律師保密義務例外之適用。在此一案件中，可能威脅原告生命者並非被告的犯罪行為，而係原告所患之動脈瘤，因此律師沒有保密義務例外之適用。然而此一例外將使得律師陷入倫理上的煎熬。然而按照2002年版的Model Rules第1.6條，此案件中所涉及的適合理確定的死亡，律師有權對此相關資訊進行揭露。¹⁶⁷如此一來即解決了律師保密義務與人道考量的拉鋸與衝突。

2. 重大經濟利益或財產損害的例外

Model Rules第1.6(b)(2)條的規定允許律師為防止委託人對可能受到影響之人或機構從事對經濟利益或財產產生上之重大損害，或為了防止委託人已經利用或者正在利用律師的服務來促進合理確定之犯罪，抑或防止Model Rules第1.0(d)條所規定的詐欺的必要情況下，揭露有關資訊。由於委託人嚴重濫用委任關係中律師對其之協助，因此必須剝奪律師的保密義務以維護受到影響之人的利益。當然，委託人也可以透過不從事有關之不法行為來防止這種律師的揭露。雖然Model Rules第1.6(b)(2)條之規定並不要求律師

¹⁶⁷ 目前最新版的2004年Model Rules第1.6條亦採取相同規定。2004年版Model Rules, Cornell University Law School 網站：http://www.law.cornell.edu/ethics/aba/current/ABA_CODE.HTM#Rule_1.6（最後點閱時間：2010年7月30日）

必須揭露委託人的不當行為，但律師亦不得在其明知委託人之行為係犯罪或詐欺的情況下，提供委託人法律諮詢或幫助。¹⁶⁸Model Rules第 1.2(d)條中亦有相同的規定：「若律師明知委託人的行為構成犯罪或者詐欺，則律師不得為委託人從事上述行為提供諮詢或幫助。惟律師得就委託人意圖進行的行為的法律後果進行探討，得幫助委託人善意地確定法律的效果、範圍、含意及其適用問題而提供諮詢或幫助。」¹⁶⁹Model Rules第 1.16條中也規定了當律師遭遇上述情況時，而退出代理的義務或權利。¹⁷⁰此外，倘若委託人係組織（organization）者，而發生濫用律師協助從事上述不法行為者，依照Model Rules第 1.13(c)條之規定，律師亦可在某些有限制的情況下¹⁷¹揭露與代理有關之資訊。

然而，律師直到委託人的犯罪或詐欺行為已經完成以後，律師才得知該情況，律師

¹⁶⁸ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmt 7 (2004).

¹⁶⁹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.2(d) (2004) (Stating that "A lawyer shall not counsel a client to engage, or assist a client, in conduct that the lawyer knows is criminal or fraudulent, but a lawyer may discuss the legal consequences of any proposed course of conduct with a client and may counsel or assist a client to make a good faith effort to determine the validity, scope, meaning or application of the law.") (底線為筆者所加)。

¹⁷⁰ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.16 (2004) (Stating that: "(a) Except as stated in paragraph (c), a lawyer shall not represent a client or, where representation has commenced, shall withdraw from the representation of a client if:

- (1) the representation will result in violation of the Rules of Professional Conduct or other law;
- (2) the lawyer's physical or mental condition materially impairs the lawyer's ability to represent the client; or
- (3) the lawyer is discharged.
- (b) except as stated in paragraph (c), a lawyer may withdraw from representing a client if:
 - (1) withdrawal can be accomplished without material adverse effect on the interests of the client;
 - (2) the client persists in a course of action involving the lawyer's services that the lawyer reasonably believes is criminal or fraudulent;
 - (3) the client has used the lawyer's services to perpetrate a crime or fraud;
 - (4) the client insists upon taking action that the lawyer considers repugnant or with which the lawyer has a fundamental disagreement;
 - (5) the client fails substantially to fulfill an obligation to the lawyer regarding the lawyer's services and has been given reasonable warning that the lawyer will withdraw unless the obligation is fulfilled;
 - (6) the representation will result in an unreasonable financial burden on the lawyer or has been rendered unreasonably difficult by the client; or
 - (7) other good cause for withdrawal exists.
- (c) A lawyer must comply with applicable law requiring notice to or permission of a tribunal when terminating a representation. When ordered to do so by a tribunal, a lawyer shall continue representation notwithstanding good cause for terminating the representation.
- (d) Upon termination of representation, a lawyer shall take steps to the extent reasonably practicable to protect a client's interests, such as giving reasonable notice to the client, allowing time for employment of other counsel, surrendering papers and property to which the client is entitled and refunding any advance payment of fee or expense that has not been earned or incurred. The lawyer may retain papers relating to the client to the extent permitted by other law.") (底線為筆者所加)

¹⁷¹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.13 (c) (2004).

應否揭露？針對此爭議的解決方法規定在Model Rules第 1.6(b)(3)條。由於不法行為已完成，委託人不在能夠選擇透過不從事有關之不法行為來防止律師的揭露，但在某些情況下，受到影響的人所遭受的損失是可以防止、減輕或糾正的。在這樣的情況下，在防止或減輕受影響之人合理確定的損失，或對其損失進行賠償之必要範圍內，律師亦得揭露與代理有關之資訊。但若某人已經從事了犯罪或詐欺行為，而在之後雇用律師來就該不法行為進行代理者，並沒有Model Rules第(b)(3)條的適用。¹⁷²

3. 律師尋求法律建議的例外

根據Model Rules第 1.6 (b)(4)條之規定，律師的保密義務並不禁止律師就其應遵守的倫理規範的個人責任問題，向其他人尋求秘密的法律建議。在這樣的情況下，律師揭露有關的資訊來獲得相關法律倫理之建議係屬律師為執行該代理所進行的默示授權（implied authorized）的行為，因此律師在為了遵守Model Rules的規則而尋求法律意見時，亦得在合理的範圍內揭露委託人的相關資訊。¹⁷³

即使律師之揭露並非默示授權者，Model Rules 第 1.6(b)(4)條之規定亦為了確保律師遵守Model Rules的相關規範而允許律師揭露相關資訊。¹⁷⁴

4. 律師自我防護的例外

律師保密義務的另一個重要例外係律師自我防護的例外。此例外最常發生在律師費的爭議或關於律師不當執業(malpractice)的訴訟案件當中。在這兩種情況下，律師若沒有保密義務的例外規定，將無法對其指控進行有效的辯護。因為在這些情況中，基本上會與律師發生糾紛之人通常是律師的委託人，但委託人與律師間的秘密交流又受到律師保密義務的規範，如此一來將使得律師在面對被指控的事項上無法自由地為自己作證。

¹⁷² MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmt 8 (2004).

¹⁷³ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmt 9 (2004).

¹⁷⁴ *Id.*

因此，Model Rules第 1.6 (b)(5)條規定：「在律師與委託人的爭議中，律師為了自身利益起訴或辯護，或為了因與委託人有關的行為而對律師提起的刑事指控或民事控告中進行辯護，或為了在任何與律師對委託人的代理有關的程序中針對有關主張做出反應時，律師可以在其認為合理必要的範圍內公開與代理委託人有關的資訊。」¹⁷⁵亦即在面對因代理而引起的訴訟或懲戒的指控下，律師在其認為合理必要進行辯護所需，得自由的作證、自由的進行詰問與反詰問。即使是在第三方提起該程序的情況下，程序的公平性也允許律師有充分的自由來為自己的主張提出證據。

與防止未來傷害的例外相比，律師自我防護的例外規定是相對穩定的。但這裡依然牽涉到「進行辯護」應如何解釋的問題。這裡的「進行辯護」是否係指狹義的訴訟程序正式開始以後，律師所進行的辯護行為？抑或廣泛的解釋成包括律師先發制人的策略？或律師在因為委託人的錯誤行為而面臨第三方的指控或威脅時，律師是否可先行向第三方揭露相關資訊，以免於被訴呢？

上述的問題可能發生在律師曾經提供某個委託人法律上的協助，但後來證明該委託人的行為是犯罪性或詐欺性的；在這樣的情況下，若律師被認定在提供委託人法律上的協助時即知悉委託人的不法意圖，則律師將可能面對被調查、起訴的風險。此時律師有兩種選擇，一則是在被起訴前消除相關單位對自己的懷疑，不然就是在訴訟程序當中為自己辯白。然而對於一個清白的律師來說，若在訴訟開始後才為自己辯護，可能使得其聲望嚴重受損。針對如此的情況，美國律師協會所撰寫的 Model Rules 第 1.6 條的註釋中指出，第 1.6(b)(3)條之規定並不要求律師必須到被指控其有串通行為的訴訟或程序開始後才能做出反應，以便於律師可以直接針對做出指控的第三人進行答辯。由上可知，美國律師協會允許律師對他人的指控採取先發制人的策略，但同時也設下了一定的條

¹⁷⁵ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6(b) (2004) (stating that "lawyer may reveal information relating to the representation of a client to the extent the lawyer reasonably believes necessary: ... (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.")

件，亦即律師只能在對造做出對其之指控後，才能行使該權利。此外，必須按照 Model Rules 第 1.6(b)條之規定，在合理必要的範圍內進行相關資訊的揭露。如此的規定平衡了律師自我防護的必要性與保密義務的原則。

美國聯邦第二巡迴法院在 1974 年所審判的 Meyerhofer v. Empire Fire & Marine Ins. Co.¹⁷⁶ 案件為上述問題的著名經典案例。在該案中，律師事務所律師 Goldberg 幫助一家公司處理證券公開發售的業務。Goldberg 認為委託人所提出的相關文件存在問題，但主管該事務的主要律師沒有聽從他的意見，Goldberg 因此向其任職的律師事務所辭職，並暗中向證券交易委員會報告。但之後，Goldberg 卻在該相關文件之缺陷所引起的民事訴訟中被列為被告。Goldberg 為了證明自己的清白，向原告律師提供了自己向證券交易委員會提出報告的資訊。之後原告律師即沒有對 Goldberg 提出訴訟，但是被告卻試圖以原告律師獲得了不應被揭露的資訊為由，要求解除原告律師的代理資格。法院判決認為，Goldberg 為了保護自己免於受訴，其有權進行上述揭露；又這種揭露的本身並非不當，因此沒有理由取消原告律師的代理資格。法院在判決中亦指出：「對此一案件進行辯護僅僅在金錢上的損失就可能相當的大。僅是這種懸而未決的指控對 Goldberg 所帶來的職業聲望更是值得關注。在這樣的情況下，Goldberg 有權就其在其證券公開發售活動中所扮演的角色進行適當的揭露。隨之而來的，他有權使用適當的證據來支持與他有關的事實。」¹⁷⁷

在律師取得律師費的部分，根據 Model Rules 1.6 (b)(5) 之規定，律師得在取得律師費用而對委託人提起的訴訟中，就其提供的服務進行證明。此規則表明了信託關係中的受益人不能利用這種信託關係來損害受託人。¹⁷⁸

¹⁷⁶ Meyerhofer v. Empire Fire & Marine Ins. Co, 497 F.2d 1190 (2d Cir).

¹⁷⁷ *Id.* (stating that "... The cost in money of simply defending such an action might be very substantial. The damage to his professional reputation which might be occasioned by the mere pendency of such a charge was an even greater cause for concern. Under these circumstances Goldberg had the right to make an appropriate disclosure with respect to his role in the public offering. Concomitantly, he had the right to support his version of the facts with suitable evidence.")

¹⁷⁸ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmt 11 (2004).

5. 其他法律規定或法院命令的例外

在其他的情況下，法律亦可能要求律師揭露與委託人有關的資訊。因此Model Rules第 1.6 (b)(6)條規定律師得為了遵守其他法律或法庭命令而揭露與委託人相關的資訊。依照Model Rules第 1.6 條註釋 13 的見解，當律師揭露與代理委託人有關的資訊似乎係為法律所要求時，律師必須（must）按照同規定 1.4 的要求與委託人就該事項進行討論。然而，如果其他法律取代了Model Rules第 1.6 的規定並且要求揭露相關資訊時，(b)(6)項允許律師進行這種為了遵守法律所必須的揭露。此外，律師可能被法庭、其他裁判庭或者具有強制力的政府機構命令來揭露與委託人相關的信息。在這種情況下，Model Rules 1.6 之註釋認為，律師若沒有委託人的告知後同意(informed consent)，則應當代表委託人提出「所有並非不重要訴訟」(all non-frivolous claims)的主張，亦即主張該命令並未得到法律之授權，或該資訊受到「律師委託人秘匿特權」(attorney-client privilege)或其他現行法律的保護而免於公開，來保障委託人的秘密資訊。¹⁷⁹然而若法院下了不利之裁定，律師必須按照Model Rules 1.4 規定的要求，就上訴的可能性與委託人進行磋商。除非提出了複審 (review) 的要求，否則Model Rules 第 1.6 (b)(6)條允許律師遵守法庭的命令而揭露委託人的相關資訊。¹⁸⁰

Model Rules第 1.6(b)條中規定的保密義務例外情形之揭露，僅限於律師合理認為揭露係實現第 1.6(b)條中各款之目的所必須。在可行的情況下，律師首先應當說服委託人採取適當的措施來消除律師進行揭露的需要。此外，在任何情況下，律師對於不利於委託人利益之揭露不得超過律師合理認為為實現有關目的的必要程度。倘若欲進行之揭露與司法程序有關者，應當以法院或其他需要知道該資訊之人為限。律師應盡最大之可能，請求法院對該資訊發出適當的保護令或採取其他保護措施。¹⁸¹

在這裡需注意的是，Model Rules 第 1.6(b)條允許但不要求律師對(b)(1)至(6)所規定之

¹⁷⁹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmt 13 (2004).

¹⁸⁰ *Id.*


¹⁸¹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmt 14 (2004).

目的揭露與代理委託人有關的資訊。律師得用運本條所賦予之裁量權，考慮委任關係的性質、可能傷害委託人關係的因素、律師自身涉入該行為的程度以及該行為的減輕情節的因素，來決定是否揭露代理委託人的相關資訊。倘若律師決定不進行 Model Rules 第 1.6 (b)條所允許之揭露，並不會構成對此規定之違反。

除了Model Rules第 1.6 條之規定外，其他Model Rules之規定亦可能要求律師進行對代理委託人有關資訊之揭露。某些規則要求只有在第 1.6 (b)條所規定的情況下律師使可進行揭露。¹⁸²另一方面，Model Rules 第 3.3 條則要求在某些情況下，無論揭露是否為本條規則所允許，律師都要進行揭露。¹⁸³

第二節 美國律師之誠實義務

第一項 概說



律師身為法庭活動的中重要成員之一，被視為負有一定職責的法庭人員，具有避免破壞審判程序正當性的特殊職責，對於社會大眾和法院負有「誠實義務」(duty of candor to the court)。律師做為委託人的辯護人，在審判程序中有義務盡力為委託人辯護，然而在保護委託人秘密的同時，辯護律師亦受到對法院誠實責任的限制。律師對法院的「誠實義務」規定律師不得向法院提出不實證據，也不得對重要事實或法律為不實陳述。因此，雖然在訴訟程序中並不要求律師必須公正無私地呈現所有相關的法律，或對所提出的證據做出擔保，但律師不得對法院究其明知虛偽的事實或法律做出誤導的陳述。

同時肩負對委託人之「保密義務」與對法院之「誠實義務」之律師，在得知委託人將在法庭上作偽證或欲提交不實證據，究竟應如何解決謹守委託人秘密而致使偽證罪對司法審判造成不良影響，是律師界長久以來的棘手問題。根據本章第一節對美國律師保

¹⁸² See MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.2(d), 4.1(b), 8.1 & 8.3 (2004).

¹⁸³ See MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 (c) (2004).

密義務規定的介紹，早期的律師倫理規範規定律師必須謹守對委託人的「保密義務」，因此通常禁止律師將委託人對他坦誠的不法意圖告知法院。然而律師謹守對委託人的「保密義務」卻造成委託人在法庭上作偽證的事件頻傳，嚴重損害司法正義。為捍衛司法尊嚴和維護司法正義，近期的律師倫理規範已從堅持律師必須謹守對委託人的「保密義務」，轉而偏重律師必須優先盡到對法院的「誠實義務」。¹⁸⁴

律師對法院的「誠實義務」除了規定律師不得對法院提出不實證據外，也規定律師若得知委託人將在法庭上作偽證，律師必須盡快採取合理的補救措施，包括向法院揭露委託人的偽證意圖。¹⁸⁵ 以下就美國歷年的律師倫理規範對律師「誠實義務」之規定作詳盡的介紹。

第二項 美國律師誠實義務之法律依據

一、 美國律師協會 1908 年版 Canons 誠實規則

美國律師協會於 1908 年所制訂的「專業倫理準則」(Canons of Professional Ethics，以下稱 Canons) 對律師誠實義務之規定與後期的類似規定相比較為鬆散，主要係規定律師於執行職務時的行為必須正當、合法以符合律師的專業形象。

Canons 對於律師誠實與公正的義務規定在 Canons 第 22 條。律師在面對法院或與其他律師互動時的行為必須誠實、公正。Canons 第 22 條亦對律師不誠實、不公正的行為做了例示規定，包括律師故意引用錯誤的文書內容、證人虛偽的證詞、對造主張中錯誤的用語、判決或教課書中的見解，或故意引用已被駁回或廢止的判例或法規、故意主張未經證實的事實，或在開庭陳述或結辯時刻意隱瞞或保留相關的法律根據或立場以誤導

¹⁸⁴ 林利芝，前揭註 24，頁 293。

¹⁸⁵ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3(b) (2004).

對造的行為。¹⁸⁶此外，Canons第22條亦規定，律師不得提交其明知將被法院駁回的證據，或在陪審團面前主張該證據的證據能力；律師亦不得在主張中刻意加入評論或聲明以企圖影響陪審團或法院的判斷。¹⁸⁷美國律師協會認為上述的行為，對身為法庭人員，有促進法院發現真實之義務的律師而言，是不專業的行為。

二、 美國律師協會 1969 年版 Model Code 誠實規則

美國律師協會於 1969 年所頒布的「專業責任守則」(The Model Code of Professional Responsibility，以下稱 Model Code) 的倫理考量 (Ethical Considerations) 中指出，美國的爭端解決機制係建立在實體法、證據法以及程序法之上。為了避免認定事實者在尚未掌握全面事實的情況下，對案件做出錯誤的判斷，透過當事人進行主義之對抗制度的設立，賦予辯護人竭力為委託人就事實、法律辯護的義務，並藉由公正公開的訴訟程序，來獲致公正的判決。為達到上述目的，辯護人必須在法所允許的範圍內以適法的手段來為委託人辯護。¹⁸⁸

為了要使整個司法體制能夠有效運作，爭端解決機制必須仰賴瞭解案件事實，並能夠公正的認事用法的審判庭，依照法定程序來做出有效的判決。因此，要如何維持訴訟程序的順暢與莊重是一重要的議題。多年來，這些維護訴訟程序有效進行的概念已成文化，Model Code 中對律師倫理的規範即是重要概念的體現。¹⁸⁹

¹⁸⁶ ABA CANONS OF PROF'L ETHICS, CANONS 22 (1908) (stating, "...It is not candid or fair for the lawyer knowingly to misquote the contents of a paper, the testimony of a witness, the language or the argument of opposing counsel, or the language of a decision or a textbook; or with knowledge of its invalidity, to cite as authority a decision that has been overruled, or a statute that has been repealed; or in argument to assert as a fact that which has not been proved, or in those jurisdictions where a side has the opening and closing arguments to mislead his opponent by concealing or withholding positions in his opening argument upon which his side then intends to rely....")

¹⁸⁷ *Id.* (stating, "...A lawyer should not offer evidence which he knows the Court should reject, in order to get the same before the jury by argument for its admissibility, nor should he address to the Judge arguments upon any point not properly calling for determination by him. Neither should he introduce into an argument, addressed to the Court, remarks or statements intended to influence the jury or bystanders....")

¹⁸⁸ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY EC 7-19 (1969).

¹⁸⁹ *Id.* EC 7-20.

審判庭的判決必須建立在法律之上，然而由於法律多元繁雜，審判庭必須藉由兩造律師提出相關的法律來做出公正正確的判決。當事人進行主義制度下，律師會向法院提出對自己委託人有利的法律，因此，當辯護律師知道法院管轄區域內存在某適用的法律，則律師必須向法院提出，如該法律已由對造律師所提出者，則不在此限。¹⁹⁰

為了獲致公平且明智的判決，司法機關設立證據法則及程序法來確保與案件相關的證據及主張能夠進到法院，而不讓其他不適當的資訊來影響認定事實者的判斷。美國律師協會認為辯護律師本身不得對本案訴因的合法性、證人的可信度，或被告有罪與否做出個人的判斷，亦不得以此作為辯護的根據。而律師只有在宣誓成為證人時，才能對本案事實做出個人的評價。¹⁹¹

律師的辯護手段必須出於善意，且必須為法所允許。律師不得故意違反法律，且必須盡力維護法律。舉例來說，律師必須只能協助委託人提出其確信為現行法律所允許的辯護主張。倘若該主張不為現行法所允許者，律師不得主張。律師亦不得以騷擾證人或使證人感到尷尬為目的來詰問證人。¹⁹²

訴訟程序中的矇蔽欺罔或其他不法的行為與司法促進公平正義的目的不符，故律師不得參與該不法行為或妥協不法行為的施行。除非律師受其對委託人保密義務的限制而不得洩漏相關秘密資訊，律師應向有關單位揭露其所獲知的不法行為。¹⁹³

法律及Model Code中的Disciplinary Rules皆禁止使用虛偽、有詐欺性質的證言或證據。律師在明知的情況下協助委託人呈現不實的證據或證言，將受到懲處。然而，除非律師明知該證據或證言為不實，律師應尊重委託人的意思，協助委託人提交該證據或證

¹⁹⁰ *Id.* EC 7-23.

¹⁹¹ *Id.* EC 7-24.

¹⁹² *Id.* EC 7-25.

¹⁹³ *Id.* EC 8-5.

言。¹⁹⁴由於委託人有權提出對自己有利的證據，律師不得在合理相信但不確定該證據或證言為不實的情況下，就剝奪委託人提出證據的權利。同樣地，律師亦不得要求或建議委託人躲藏起來，使之不得成為證人。¹⁹⁵

Model Code 第 DR 7-102 條對於律師誠實義務的詳細規範如下：

DR7-102 在法所允許的範圍中代理委託人：

(A) 於代理委託人期間，律師不得從事下列行為：

- (1) 不得在明知該行為可能騷擾或惡意傷害他人的情況下，為委託人提起訴訟、assert a position、提出抗辯、延遲訴訟等；
- (2) 故意提出無法律根據之主張或抗辯。對現行法規之延伸、修改或廢止而善意提出該主張或抗辯者，不在此限；
- (3) 隱瞞或故意不揭露法律規定必須揭露之事項；
- (4) 故意引用虛偽證言或不實證據；
- (5) 故意對法律或事實做出不實陳述；
- (6) 在明知或顯而易知證據為不實的情況下參與創造或保存該不實證據；
- (7) 對律師明知之委託人不法行為或許欺行為辯護或給予協助；
- (8) 故意從事其他不法行為或本守則所不允許之行為。

(B) 律師所獲得之資訊明顯有以下情形：

- (1) 律師於代理委託人期間，委託人對他人或審判庭 (tribunal) 犯下詐欺行為，律師應立即予以糾正。若委託人拒絕或無法修正其行為，律師應向被影響之人或審判庭揭露該詐欺行為。資訊受律秘權保護者，不在此限。
- (2) 非委託人之對司法機關從事之詐欺行為，律師應立即向審判庭揭露之。¹⁹⁶

三、 美國律師協會現行 Model Rules 誠實規則

¹⁹⁴ *Id.* EC 7-26.

¹⁹⁵ *Id.* EC 7-27.

¹⁹⁶ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 7-102 (1980).

暨 1969 年美國律師協會所頒布的 Model Code 之後，美國律師協會於 1983 年再度頒布了「執業倫理規範」(The Model Rules of Professional Conduct，以下稱 Model Rules)，做為美國最新的律師倫理規範。Model Rules 中新修正了律師的誠實義務。其中第 3.3 條乃律師對審判庭坦誠的規定，其規範內容如下：

Model Rules 第 3.3 條：

(a) 律師不得故意從事下列行為：

(1) 就事實或法律向審判庭做虛偽陳述，或沒有修正律師以前向審判庭做出有關重要事實或法律之虛偽陳述；

(2) 明知有管轄權之司法轄區存在直接不利於委託人並且對方律師沒有發現之法律根據，而不向審判庭公開之；

(3) 提交律師明知虛偽之證據。如果律師、律師的委託人或該律師所傳喚之證人在提供某重要證據後，律師進而發現該證據為虛偽者，則該律師應當採取合理的補救措施，包括在必要情況下向審判庭揭露之。除了刑事案件中被告之證言外，律師可以拒絕提交其合理認為虛假之證據；

(b) 在司法判程序中代理委託人的律師在知道該委託人意圖從事或正在從事或已經從事了與該程序有關之刑事或詐欺行為後，應採取合理的補救措施，包括在必要情況下向審判庭揭露之；

(c) (a) 款和 (b) 款規定的義務持續至訴訟終結。律師因遵守上述規定必須公開原本受本法第 1.6 條保護之資訊者，亦有上述義務之適用；

(d) 在單方程序中，律師應告知審判庭其知悉之所有重要事實，以便審判庭做出明智的決定 (informed decision)，不論這些事實有利與否。¹⁹⁷

第三項 美國律師誠實義務的基本內容

¹⁹⁷ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 (2004).

一、 性質

Model Rules 第 3.3 條規定律師對法院的誠實義務，調整律師在審判程序中代理委託人的行為。本條規定不僅約束代理訴訟中當事人的辯護律師，在根據審判庭 (tribunal)¹⁹⁸ 的權限所進行之證言存錄 (deposition) 等之附屬程序中代理委託人的律師，亦有規定之適用。¹⁹⁹ 故，若律師後來才知道在證言存錄過程中作證的證人所提供的證據不實，根據本規則，律師亦應採取合理的補救措施。

Model Rules 第 3.3 條的註釋指出，律師作為負有一定職責的法院人員 (officer of the court)，應協助法院避免破壞訴訟程序正當性之行為。²⁰⁰ 雖然律師身為委託人的辯護人，在訴訟程序中有說服陪審團支持委託人主張的義務，但在保守委託人秘密並為委託人辯護的同時，律師亦受到辯護人對法院誠實的限制。²⁰¹ 即便在當事人進行主義制度下，律師並無義務公正地呈現法律，或對所提交的證據做出擔保，²⁰² 但律師亦不得以其明知為虛假之事實、法律或不實的陳述來誤導法院的判斷。²⁰³

二、 律師的代理行為

辯護人 (advocate) 為訴訟而準備的訴狀以及其他文件負有責任，但通常並不要求辯護人對這些文書中所主張的事務有親身的認知，²⁰⁴ 因為文書通常呈現的是委託人或其代表人的主張，而非律師本身的主張。²⁰⁵ 但，根據律師自己的認知所做出的主張，例如

¹⁹⁸ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.0(m) (2004) (stating that "'Tribunal' denotes a court, an arbitrator in a binding arbitration proceeding or a legislative body, administrative agency or other body acting in an adjudicative capacity. A legislative body, administrative agency or other body acts in an adjudicative capacity when a neutral official, after the presentation of evidence or legal argument by a party or parties, will render a binding legal judgment directly affecting a party's interests in a particular matter.")

¹⁹⁹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 1 (2004).

²⁰⁰ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 2 (2004).

²⁰¹ *Id.*

²⁰² *Id.*

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 3 (2004).

²⁰⁵ *Id.*

律師在公開法庭上所做的宣誓書或陳述，只有律師知道所做的主張為真實，或根據其努力調查而相信其為真實者，律師才得合理做出該主張。²⁰⁶在某些情況中，律師不進行揭露，則會構成不實陳述（affirmative misrepresentation）。²⁰⁷

三、 法律辯論

倘若律師所出辯論係建立在明知為虛偽的陳述之上，即構成對審判庭的不誠實。²⁰⁸律師雖不需對公正無私地揭露法律，但必須對法律根據的存在有所認知。²⁰⁹根據Model Rules第3.3(a)(2)條之規定，辯護人有責任揭露對造尚未發現之法院管轄區域內對己直接不利的法律根據。²¹⁰

四、 證據提出

律師既然身為負有一定職責的法院人員，有防止認定事實者受到不實證據誤導的義務，²¹¹因此Model Rules第3.3(a)(3)條要求律師拒絕提交其明知為虛偽的證據，不論委託人的意思如何。如果律師提出該證據係為了證明其虛假性，則並不違反本條規定。²¹²

如律師知道委託人準備作偽證或希望律師提出不實的證據，律師應當勸阻委託人不要提出該證據。²¹³若勸阻無效，而律師選擇繼續代理該委託人，則律師必須拒絕提交該虛偽證據。²¹⁴如證人之證言僅有一部分為不實者，律師仍可傳喚該證人作證，²¹⁵但不得以引導或採取其他方式讓證人呈現律師明知為虛偽之證言。²¹⁶

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ *Id.*

²⁰⁸ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 4 (2004).

²⁰⁹ *Id.*

²¹⁰ *Id.*

²¹¹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 5 (2004).

²¹² *Id.*

²¹³ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 6 (2004).

²¹⁴ *Id.*

²¹⁵ *Id.*

²¹⁶ *Id.*

Model Rules 第 3.3(a)、(b)條所規定的責任適用於所有律師，包括刑事案件的辯護律師。²¹⁷然而，在某些管轄區域中，法院會要求律師傳喚被告作證，²¹⁸或在被告願意的情況下，使其為敘述性 (narrative) 的方式作證，²¹⁹律師知道該證言將會是虛偽者，亦同。²²⁰

Model Rules 第 3.3 條對於虛偽證據提出之禁止，僅適用於律師明知 (know)²²¹該證據係虛偽的情況。倘若律師僅是合理的認為 (reasonable belief) 該證據為不實者，此規定並不禁止律師將該證據提交給認定事實者。²²²而律師對證據是否虛偽的認定，可從有關情況中推斷之。²²³此外，律師對證言或其他證據的真實性存疑時，應為有利於委託人之認定，²²⁴但不得無視證據中顯而易見的虛假性。²²⁵

需特別注意的是，Model Rules 第 3.3(a)(3)條僅禁止律師提出其「明知」(know) 為虛偽的證據，²²⁶但是否應提出其合理認為係虛偽的證言或其他證據，律師則享有裁量權。根據第 3.3(a)(3)條的規定，律師得拒絕提交其合理認為係虛偽的證言及其他證據。²²⁷由於提交這樣的證據可能會反應律師辨別證據質量的能力，進而損害律師作為辯護人的效力 (effectiveness)。²²⁸此外，基於歷史長久以來對於刑事被告的特別保護，在律師合理地認為但並不確切知道委託人的證詞是否虛偽的情況下，此條規則並不允許律師拒絕提出委託人的證言，²²⁹亦即，除非委託人確切知道委託人之證言是虛假的，否則律師必

²¹⁷ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 7 (2004).

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ *Id.*

²²¹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.0 (f) (2004).

²²² MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 8 (2004).

²²³ *Id.*

²²⁴ *Id.*

²²⁵ *Id.*

²²⁶ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 9 (2004).

²²⁷ *Id.*

²²⁸ *Id.*

²²⁹ *Id.*

須尊重委託人作證的決定。²³⁰

五、 補救措施

在相信其為真實而提交了重要證據後，律師可能會隨著訴訟程序的進行而知道該證據其實是不實的，或律師的委託人或律師所傳喚的其他證人，在接受律師的詰問或對造的反詰問中，做出律師知悉為虛偽的證言，而讓律師對偽證的情況措手不及。²³¹在這樣的情況下，或在證言存錄（deposition）的程序中知道委託人所提出的證詞為虛偽者，律師必須採取合理的補救措施，²³²其包括秘密規勸委託人、²³³告知委託人律師對法院有誠實的義務，以退出代理或糾正其虛偽陳述或證據來尋求委託人的合作。²³⁴倘若勸阻無效，律師必須採取進一步的補救措施。²³⁵若退出代理沒有獲得允許，或無法抵銷虛偽證據的效果，辯護人為補救這種情況，必須向審判庭做出合理必要的揭露（即便揭露的行為本為Model Rules第1.6條之保密義務所禁止）。²³⁶在辯護人向審判庭揭露偽證的情事後，再由審判庭來決定應該如何處置，審判庭可能就此向陪審團就辯護人所揭露的事項做出說明、裁定審判無效，抑或什麼都不做。²³⁷

然而需注意的是，揭露委託人的虛偽證言會給委託人帶來嚴重的後果，這不僅使得委託人產生被背叛的感覺，甚至可能使委託人敗訴，並可能因為作偽證而遭起訴。²³⁸但若律師不將委託人的偽證情事予以揭露，律師就是與委託人共同欺騙審判庭，而破壞了當事人進行主義下認定事實的程序。²³⁹再者，除非能使委託人清楚的瞭解律師將履行其揭露虛偽證據的職責，否則委託人將能輕易的拒絕律師公開虛偽證據，並堅持讓律師對

²³⁰ *Id.*

²³¹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. cmt 10 (2004).

²³² *Id.*

²³³ *Id.*

²³⁴ *Id.*

²³⁵ *Id.*

²³⁶ *Id.*

²³⁷ *Id.*

²³⁸ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. cmt 11 (2004).

²³⁹ *Id.*

其虛偽證言保持沈默。²⁴⁰如此一來，就使得委託人實際上能夠強制律師與其一同欺騙法院。²⁴¹

六、 維護審判程序的正當性

律師有保護審判庭不受破壞訴訟程序正當性的犯罪或詐欺行為的義務，這些行為包括對證人、陪審團、法院職員或其他參與訴訟程序之人進行的賄賂、恐嚇或其他不法交流行為，非法毀壞或隱匿書證或其他證據的行為，或在法律要求的情況下，沒有向審判庭揭露有關資訊的行為等。²⁴²根據Model Rules 第 3.3 (b)條之規定，只要律師知悉某人（包括委託人）準備從事、正在從事或已經從事與訴訟有關的犯罪或詐欺行為，律師需採取合理的補救措施，包括在必要的情況下向法院揭露該不法行為。²⁴³

七、 誠實義務的期間

律師對虛偽證據或關於法律或事實的虛偽陳述加以糾正的義務，必須持續至訴訟程序的終結。倘若終審訴訟定讞或已超過複審的期間，該訴訟程序即告終止。²⁴⁴

八、 單方程序

通常情況下，對於審判庭所審酌的事務，律師有代理某一方的特定職責，對立的地位由對方當事人來承擔。²⁴⁵但在單方程序中，如申請臨時禁制令，則不存在他造律師代理的制衡作用。²⁴⁶單方程序的目標亦係為產生一個實質公正的結果，對於缺席之當事人的事務，法官亦有責任公正的加以審酌。²⁴⁷代理委託人的律師有責任公開律師所知道的

²⁴⁰ *Id.*

²⁴¹ *Id.*

²⁴² MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 12 (2004).

²⁴³ *Id.*

²⁴⁴ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 13 (2004).

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ *Id.*

重要事實，和律師認為能夠協助法官做出明智判斷所必須之事實。²⁴⁸

九、 退出代理

在通常情況下，此條規定賦予律師對法院誠實的義務，並不要求律師退出代理那些因為律師的揭露行為而受到或以受到不良影響之委託人。²⁴⁹然而，如果律師遵守本條規定會嚴重破壞委託人與律師間的委任關係（attorney-client relationship），以致於律師無法稱職地代理該委託人，則根據Model Rules 第 1.16(a)條之規定，²⁵⁰律師應向審判庭提出退出代理的請求，並經審判庭准許後，始得退出代理。²⁵¹此外，在以委託人的不法行為為前提向法院尋求退出代理時，律師亦不得向法院揭露委託人的不法意圖，而僅得在Model Rules 第 3.3 條所規定得合理必要範圍內，或有Model Rules 第 1.6 條所規定之律師保密義務的例外情況時，律師才得揭露與委任有關的資訊。²⁵²

第三節 美國律師保密義務與誠實義務之衝突

觀察前述對於美國律師保密義務與誠實義務之規定內容及要件後，可發現一個弔詭的情形：律師須對受任事件具備全盤的了解，始能提供委託人最佳的法律意見，或為委託人做有效的辯護，因此律師必須嚴格的履行對委託人的保密義務來建立與委託人間的信賴關係。然而律師基於委託人對他的信賴，得知委託人有在法庭上做偽證的意圖時，律師倫理的相關規範又課予律師必須向法院揭露委託人之不法意圖的義務，使律師陷於究竟要忠於委託人並為其保守秘密，抑或背棄委託人而向法院舉發其不法意圖的兩難情況。此問題在美國實務界與學界有非常多的討論，美國律師協會從 1908 年至今對委託人偽證的爭議多次表示意見，其所採取的立場從早期認為律師對委託人秘密之保護應優於對法院的誠實義務，到後期美國輿論強力要求賦予律師高度的誠實義務，而轉向認為

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 15 (2004).

²⁵⁰ See MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.16 (2004).

²⁵¹ *Id.*

²⁵² *Id.*

律師在「明確知悉」委託人有作偽證的意圖時，應向法院揭露委託人的不法意圖。以下詳細介紹美國律師協會面對委託人偽證爭議的立場演變。

第一項 美國律師協會面對委託人偽證問題之立場演變

一、 美國律師協會專業倫理準則：委託人秘密之保護優於律師對法院的誠實義務

美國最早關於當事人偽證之規定出現在 1908 年 ABA 所頒布的「專業倫理準則」(Canons of Professional Ethics²⁵³，以下稱 Canons) 當中。然而由於 Canons 並未廣泛為當時的美國法院所採納，故該規定僅係對法律從業人員之職業倫理的一項理想性的規範。然而在其規定中可見 Canons 禁止律師呈現其相信為不實之證據，倘若律師係在呈現該證言後才發現其為虛偽者，律師應加以糾正。²⁵⁴但美國律師協會道德和專業責任常任委員會 (ABA Standing Committee on Ethics and Professional Responsibility，以下稱 Ethics Committee) 卻在其 1945 年所發佈的 Formal Opinion 268²⁵⁵ 中表示，Canons 的確可能使律師在面對委託人偽證問題時陷入義務上衝突的情形。Ethics Committee 亦表示，在面對委託人偽證的問題時，律師應優先保護委託人的秘密資訊。Ethics Committee 認為：「律師身為有相當職責的法院人員 (officer of the court)，有義務向法院揭露任何其合理相信在法庭上發生的詐欺行為 (fraud)²⁵⁶，然而如此的義務不應超越律師保守委託人秘密資訊的義務²⁵⁷。」²⁵⁸

此後，Ethics Committee 在 1953 年的 Formal Opinion 287²⁵⁹ 中處理兩起委託人偽證的案件，再次確認律師對委託人秘密資訊之保護應優先於律師對法院的誠實義務。第一個

²⁵³ 美國律師協會所制訂之 Canons of Professional Ethics 適用於 1908 年至 1969 年。

²⁵⁴ See ABA CANONS OF PROF'L ETHICS, CANONS 29, 41 (1908).

²⁵⁵ ABA Comm. on Prof'l Ethics and Grievances, Formal Op. 268 (1945).

²⁵⁶ ABA CANONS OF PROF'L ETHICS, CANONS 22 (1908)

²⁵⁷ ABA CANONS OF PROF'L ETHICS, CANONS 37 (1908)

²⁵⁸ "While ordinarily it is the duty of a lawyer, as an officer of the court, to disclose to the court any fraud that he believes is being practiced on the court, this duty does not transcend that to preserve the client's confidences." See Freedman, *supra* note 14, at 133, 139.

²⁵⁹ ABA Comm. on Prof'l Ethics and Grievances, Formal Op. 287 (1953).

案子係關於律師在一離婚訴訟案件中得知其委託人在訴訟程序中作偽證，另一案件係關於律師明知委託人有前科，然而法院因為資訊的錯誤，不知委託人確實有前科而將對其做出錯誤的裁判。在這兩起案件中，Ethics Committee皆認為，律師的義務係積極說服委託人向法院為真實之陳述；倘若勸阻無效，律師應保持沈默。

然而，上述的見解並不代表美國律師協會對於律師身為有相當職責的法院人員（officer of the court）的立場有所動搖。美國律師協會認為律師身為法院人員，對法院所應盡之義務並非只有對法院的坦誠，律師亦有責任維護各種為了促進司法體制有效運作而發展出的原則，其中重要的原則之一即是律師在其專業能力之內應保障委託人的秘密交流資訊不被揭露。簡而言之，就是因為律師身為負有一定職責的法院人員，有遵守司法原則的義務來保護委託人的秘密資訊，甚至在委託人有偽證的情況時亦同。

二、 美國律師協會專業責任守則：再度確立律師對委託人秘密之保護優於律師對法院的誠實義務

美國律師協會於 1969 年時再度頒布了新的律師倫理規範。新頒布的「專業責任守則」（The Model Code of Professional Responsibility²⁶⁰，以下稱 Model Code）大幅放寬了前述 Canons 的規定。Model Code 為當時絕大多數的法院所採納。如律師有違反 Model Code 的情事，律師將面臨刑事審判、懲戒、停職或吊銷執照之處分。

Model Code 重新燃起 ABA Formal Opinion 268 與 287 對律師保密義務規定的爭議。Model Code 認為律師對案件的全面了解對律師有效代理委託人有其必要性，而對案件的全面瞭解乃是建構在律師遵守不侵害委託人的絕密（confidence）與秘密（secret）的倫理規則之上²⁶¹。

²⁶⁰ The Model Code of Professional Responsibility 適用於 1969 年至 1983 年。

²⁶¹ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY EC 4-1 (1983).

Model Code禁止律師呈現其認為虛偽不實的證言，²⁶²確立了律師得在律秘權規定的範圍內保守委託人的秘密資訊。²⁶³Model Code禁止律師揭露委託人的秘密，亦即任何於委任期間獲得與委任事件相關之資訊，或任何被揭露會使委託人尷尬或對委託人不利之資訊。²⁶⁴此外，從規定之內文觀之，律師得知或可得而知委託人有偽證意圖時，律師應退出委任，²⁶⁵並向法院揭露委託人的偽證意圖。²⁶⁶倘若律師係在偽證發生後始發覺委託人的偽證情事者，必須立即要求作偽證之委託人對其證詞做出修正。如委託人拒絕或無法修正該偽證的情況，律師必須向法院揭露之。²⁶⁷如此的規定似乎翻轉了上述Ethics Committee根據1908年Canons而認定「律師對委託人秘密之保護應優於律師對法院的誠實義務」的見解。然而之後美國律師協會突然將刑事被告律師排除在Model Code 第DR7-102(B)(1)條所規定揭露義務之外。在1971年時，House of Delegates批准了ABA Standards Relating to the Defense Function，美國律師協會進一步解釋，第DR 7-102(B)(1)條中規定律師揭露委託人對法院或第三人的詐欺行為的義務，並不包含委託人在刑事案件中作偽證的情形。²⁶⁸



²⁶² MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 7-102(A)(4) (1969) (stating, "In his representation of a client, a lawyer shall not ... knowingly use perjured testimony or false evidence.").

²⁶³ WIGMORE, *supra* note 87. (stating, "Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure by himself or by the legal adviser, except [if] the protection be waived."); *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391, 403-404 (1976) (stating, "The purpose of the privilege," the Supreme Court has stated, "is to encourage clients to make full disclosure to their attorneys.")

²⁶⁴ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 4-101(A) (1983).

²⁶⁵ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 2-110(B)(2) (1980). (stating, "A lawyer representing a client before a tribunal ... shall withdraw from employment ... if he knows or it is obvious that his continued employment will result in violation of a Disciplinary Rule."). *See also* MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY EC 7-26 (1980) (stating, "A lawyer should ... present any admissible evidence his client desires to have presented unless he knows, or from facts within his knowledge should know, that such testimony or evidence is false, fraudulent, or perjured.").

²⁶⁶ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 4-101(C)(2) & (3)(1980) (stating, "A lawyer may reveal ... confidences or secrets when permitted under Disciplinary Rules or required by law or court order ... and may reveal the intention of his client to commit a crime and the information necessary to prevent the crime.").

²⁶⁷ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 7-102(B)(1) (1974) (stating, "A lawyer who receives information clearly establishing that ... [h]is client has, in the course of the representation, perpetrated a fraud upon a ... tribunal shall promptly call upon his client to rectify the same, and if his client refuses or is unable to do so, he shall reveal the fraud to the ... tribunal, except when the information is protected as a privileged communication.").

²⁶⁸ STANDARDS RELATING TO THE PROSECUTION AND DEFENSE FUNCTION, Supplement 18 (ABA, 1971).

1974年時，美國律師協會進一步修正了Model Code 第DR7-102(B)(1)條的內容，限縮了律師應向法院揭露的範圍，規定倘若律師所獲得的溝通資訊為受特權之保護者，則不應向法院揭露之。²⁶⁹

上述例外條款中所規定受特權保護的談話（privilege communication）應如何解釋？其範圍為何？倘若限縮解釋，可認為上述規定中受特權保護的溝通資訊僅限美國證據法上受律師與委託人之秘匿特權（attorney-client privilege，下稱律秘權）所保護的「絕密」（confidence）資訊，法院不得命律師作證陳述，不得以證據開示、命提出或交付證據的方法揭露資訊內容。然而，倘若放寬解釋，亦有可能包括「秘密」（secret）資訊，亦即律師在執業關係中「獲得的」、「委託人要求保守或公開有關資訊將會使委託人尷尬或有損於委託人的」訊息。²⁷⁰

美國律師協會Ethics Committee 在 1975 年的Formal Opinion 341 中討論了受特權保護的溝通資訊是否僅包含被歸類在「絕密」的資訊，抑或應放寬至包含所有律師在代理過程中「獲得」、「委託人要求保守或公開有關資訊將會使委託人尷尬或損於委託人」的「秘密」資訊。Ethics Committee最後決定第DR 7-102(B)(1)條的例外條款係指委託人的「秘密」資訊，因此倘若委託人對法院或第三人有詐欺之情事，然而委託人向律師要求保守該資訊，或公開該資訊將使得委託人尷尬，或有損於委託人者，都應該被排除在律師的揭露義務以外。如此一來，第DR 7-102(B)(1)條前段的規定則將被後段的例外條款架空，由於所有的詐欺行為都是可能「使委託人尷尬或有損於委託人」²⁷¹，而受特權之保護，律師則不得向法院揭露之。Ethics Committee如此的解釋形同再度確立美國律師協會在Formal Opinion 268、287 中認為「律師對委託人秘密之保護優於律師對法院的誠實義務」的見解。

²⁶⁹ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 7-102(B)(1) (1983) (Stating, "...except when the information is protected as a privileged communication.")

²⁷⁰ MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 2-110(B)(2) (1980).

²⁷¹ See GEOFFREY C. HAZARD, JR., ETHICS IN THE PRACTICE OF LAW 27 (1978).

在Formal Opinion 341 中，Ethics Committee指出，第一版的Model Code第DR7-102(B)(1)條規定律師應向法院或受詐害之第三人揭露其委託人的詐欺情事是「難以想像」的²⁷²，並且認為該規定是起草規定時的疏忽而予以廢除。²⁷³此外，Ethics Committee重聲在Formal Opinion 287 中的見解，亦即委託人秘密資訊之保障的重要性高於律師對法院的誠實義務。²⁷⁴然而同時肯認賦予律師揭露委託人詐欺的以及保障委託人秘密資訊的義務的確會產生衝突，然而長期下來從實務的運作以及條文的解釋觀之，可以發現傾向保障委託人秘密資訊。²⁷⁵故，在Formal Opinion 341 中，Ethics Committee再次確認了保障委託人秘密資訊應優於律師對法院的誠實義務。

三、 美國律師協會專業行為模範規則：確實有偽證存在時，律師始得向法院揭露之

暨美國律師協會於 1969 年頒布Model Code之後，水門案的爆發以及輿論對律師排山倒海來的批評，使得美國律師協會於 14 年後再度頒布第三版的律師職業倫理規範，亦即美國律師協會執業倫理規範（The Model Rules of Professional Conduct²⁷⁶，以下稱Model Rules）²⁷⁷。為扭曲社會大眾對律師形象的負面觀感，美國超過 36 州，在經過些許的修改後，採用了ABA之Model Rules為各州律師的執業行為準則。

即便在Model Rules第 1.2(a)條中規定，律師就委託人是否應出庭作證的決定應遵循

²⁷² ABA Comm. on Prof'l Ethics and Grievances, Formal Op. 341. "It was as unthinkable then as now that a lawyer should be subject to disciplinary action for failing to reveal information which by law is not to be revealed without the consent of the client and the lawyer is not now in that untenable position."

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ *Id.* "The tradition (which is backed by substantial policy considerations) that permits a lawyer to assure a client that information (whether a confidence or a secret) given to him will not be revealed to third parties is so important that it should take precedence, in all but the most serious cases, over the duty imposed by DR 7-102(B)."

²⁷⁵ *Id.* "...it is clear that there has long been an accommodation in favor of preserving confidences either through practice or interpretation."

²⁷⁶ 美國律師協會所制訂之 The Model Rules of Professional Conduct 從 1983 年開始啟用。

²⁷⁷ ABA 所制定的 Model Code 具有 Disciplinary Rules 以及 Ethical Considerations 兩種規範系統，長久以來被批評其規定繁瑣且缺乏系統性，在適用上亦無法符合當時社會的需要。關於 Model Code 的批評可參照：CHARLES W. WOLFRAM, MODERN LEGAL ETHICS 60-63 (1986).

委託人的意思，²⁷⁸但在Model Rules中亦包括許多律師不應使有偽證意圖之委託人作證，²⁷⁹或應採取應對手段以糾正委託人偽證情事的規定。²⁸⁰ Model Rules一改之前對於委託人偽證問題的態度，首次在Model Rules 第 3.3 (a)、(b)條中做了政策上的變革。根據Model Rules第 3.3(a)(3)條之規定，律師不得故意提交其「明知」虛偽的證據。同條亦規定倘若律師係在證據被提出後，才發現該證據為虛偽，此時律師應當採取合理的補救措施，包括於必要情況下就此向法院揭露。²⁸¹此外，律師在明知委託人有作偽證的意圖時，應試圖勸阻之；倘若勸阻未果，律師法應向法院請求退出代理；²⁸²如法院駁回律師退出代理的請求，律師則應向法院揭露委託人的偽證意圖。²⁸³然而，如律師僅對委託人的偽證意圖具有「合理相信」的程度（reasonably believes）律師對是否應採取上述的補救措施則享有裁量權。²⁸⁴如此的規定使得律師揭露委託人詐欺情事的義務成為強制性的義務，亦即當律師發現委託人有偽證的情形且勸阻無效時，律師必須向法院揭露之。

然而有論者認為，在實際操作時，上述的規定並不會產生預期的強制揭露的效果。²⁸⁵由於Model Rules第 3.3 條明訂律師只有在「明知」其委託人的證言為虛偽時，才產生向法院揭露的義務。倘若律師僅合理相信委託人有偽證的意圖，則律師對向法院揭露與否即享有裁量權。又，在Model Rules中對「明知」程度的認定相當嚴格。美國律師協會認為律師違背保密義務而揭露委託人作偽證之情事，必須有超越合理懷疑之確信程度始得為之。因此美國有學者指出，由於律師倫理規範對律師「明知」程度的要求極度嚴格，造成律師揭露委託人偽證的義務在實踐上成為不可能，因此本條之規定幾乎形同虛設。²⁸⁶

²⁷⁸ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.2(a) (1983).

²⁷⁹ See MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3(a)(1),(4), 1.2(d), 3.3 (c).

²⁸⁰ See MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.2, 1.16, 3.3 (1983).

²⁸¹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3(a)(3) (1983).

²⁸² See *id.* at Rule 3.3 cmt 7(2004).

²⁸³ See MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmts. 7-10 (2004).

²⁸⁴ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3(c) (1983).

²⁸⁵ Freedman, *supra* note 14, at 133, 142.

²⁸⁶ *Id.*

第二項 辯護律師能否協助委託人於法庭上作偽證？

一、 肯定說

主張辯護律師在委託人堅持於法庭上呈現虛偽證詞或提供不實證據時，律師應尊重委託人的意思，並協助委託人於法庭上作偽證的論述係建構在律師保密義務的立論前提之上。如前所述，保密義務的設立，前提假設係認為現今社會的法令繁雜，非一般不具法律專業之人所能理解。民眾遇到法律問題時，需尋求律師的專業協助，方能有效解決問題。而律師必須在對受任事件有全面的瞭解之下，才能提供委託人有效的辯護。倘若委託人擔心秘密資訊被洩漏會損及自己的利益，則難以期待委託人對律師坦白。因此，保密義務制度的設計，能夠確保委託人與律師間的資訊交流不會被公開，可促進委託人與律師間完整坦白的溝通，進而使律師充分掌握案件事實，始能為委託人做出最佳之辯護。人民對律師的信任，使當事人進行主義順利運作，亦可健全司法體制之運作。

肯定說的論述從反面的角度來觀察並批評現今律師倫理規則中的委託人偽證規則，亦即禁止律師提交不實證據，或課予律師揭露委託人之偽證意圖的義務將嚴重侵害刑事被告的權利，進而推導出刑事被告應有呈現不實證據或作偽證的權利，而律師應協助被告提交該證據或呈現其主張。本說認為律師對委託人負有全面的保密義務，亦即在律師在發現委託人有作偽證的不法意圖，而勸阻無效時，律師亦應對委託人的不法意圖加以保密。其主要的論述如下：

1. 委託人偽證規則侵害憲法所賦予被告「受律師協助辯護」的權利

在Freedman教授的文章中指出，當事人偽證規則主要會產生委託人喪失對律師的信賴以及律師無法有效為委託人辯護的負面效應。²⁸⁷但此規則在實際運作上對被告的傷害遠大於Freedman教授的描述。當事人偽證的規定不僅侵害美國憲法增修條文第5條、第

²⁸⁷ Freedman, *supra* note 8, at 1469.

6 條賦予刑事被告的權利，同時亦衝擊當事人進行主義中檢方、辯方、陪審團與法官間的權責分配的巧妙平衡；此外，由於此規定最常被用來挑戰貧困、弱勢的刑事的被告，故，有違反憲法平等保障之虞。²⁸⁸

美國的司法體制將發現真實的責任交給由美國公民所組成之陪審團，這些陪審團的成員必須藉由有證據能力的證據來認定事實。雖然證據法則以及訴訟程序之規定確保陪審團能夠公正公平的評價檢辯雙方證人的信用能力，但對於辯方律師應如何蒐集資訊來衡量被告證言之真實性卻沒有相關的規定。如此便使律師衡量委託人之陳述是否屬實難以令人信服。分析其原因可發現，由於律師角色上的衝突，使其一方面又必須確保自己不會受刑事或職業倫理之懲戒，而讓自己陷入進退維谷的情況。又，刑事案件的辯護律師傾向認定委託人有罪、在準備案件的過程中，律師被不實或不可靠的資訊所充斥，以及律師無法有效預測委託人在法庭上的證言，都使得律師較陪審團更無法公正地避免預斷。

(1) 辯護律師角色上之衝突

律師倫理規範與刑法對律師違反委託人偽證的相關規定之懲戒或處分所帶來的負面影響可能遠超出抑制不實證言的發生所帶來的效益。委託人偽證規則可能使得律師在潛意識中怯於使事實上是說實話，但看似為不實陳述的委託人出庭作證。由於透過有技巧的交互詰問，透過刻意指出被告在回答時記憶的缺陷、焦慮、語言表達上的語意不清或前後證詞的不一致等，都可能使事實上是說實話的被告看起來好似在說謊。相反地，亦可透過交互詰問的技巧使虛偽的證詞具有說服力。因此，當律師認為被告對案件事實的經過不確定或有模糊之處時，即便被告沒有作偽證的意圖，律師都可能不願意讓被告站上證人席為自己作證。²⁸⁹此外，律師亦可能為了避免得知委託人的證言有虛偽的情事

²⁸⁸ Jay Sterling Silver, *Truth, Justice, and the American Way: The Case Against the Client Perjury Rules*, 47 VAND L. REV. 339, 358 (1994).

²⁸⁹ *Id.* at 370.

使自己陷入倫理上的困境，而對是否應詢問委託人與案件相關的事實或徹底調查案件產生疑慮。

然而，在當事人進行主義下發現真實係依賴訴訟兩造提供與案件相關之事實與證據，來幫助認定事實者從中做出判斷，而律師因為害怕負擔個人責任而不願徹底調查案件，或對委託人的陳述保持安全距離，則可能削弱從事此工作的職責，進而損及被告的權利，增加無辜被告被定罪的風險。

在Imbler v. Pachtman案²⁹⁰中，法院確立了檢察官因故意呈現虛偽證言而違反1983年Civil Right Acts²⁹¹之規定者，可獲得免責。Powell大法官於判決書中指出：「為了達到司法正確認定有罪與否的目標，需要賦予檢辯雙方廣泛的裁量權，以決定如何進行訴訟與呈現證據……倘若檢察官因為擔心需擔負個人責任而阻礙了是否應令證人出庭作證的判斷，刑事案件中的認定事實者將無法取得相關證據。」²⁹²據此，有論者主張，為了要使認定事實者亦能從被告處獲得相關資訊並加以判斷，並基於當事人進行主義中檢辯雙方地位平等，被告之辯護律師亦應如檢察官一樣，免除因呈現偽證詞而受律師倫理懲戒或受刑法處分的後果。²⁹³

辯護律師究竟應為委託人之最大利益積極辯護、忠於委託人，抑或努力扮演有特定職責的法庭人員（officer of the court），履行對法院的誠實義務，確實是律師必須面對的兩難情況。在律師面對委託人的偽證意圖時，究竟該如何處理？若律師選擇忠於委託

²⁹⁰ 424 U.S. 409 (1976).

²⁹¹ 42 U.S.C. § 1983 (stating, “Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory, subjects, or causes to be subjected any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress.”)

²⁹² “Attaining the system's goal of accurately determining guilt or innocence requires that both the prosecution and the defense have wide discretion in the conduct of the trial and the presentation of evidence.If prosecutors were hampered in exercising their judgment as to the use of such witnesses by concern about resulting personal liability, the triers of fact in criminal cases often would be denied relevant evidence.” Imbler, 424 U.S. at 426

²⁹³ Silver, *supra* note 288, at 372.

人，在無法完全確定委託人有偽證意圖時，不揭露偽證的情事，但如此一來可能會使律師觸犯相關的律師倫理規範而遭受懲戒；若律師選擇向法院揭露之，或勸阻委託人不要做偽證，則律師亦可能面對被委託人指控無效代理的窘境。²⁹⁴

在美國的模範刑法典（Model Penal Code）中定義的偽證罪係指「證人明知其證言虛偽或不確定其真實與否，而在訴訟程序中對與案情有重要關係之事項，經宣誓而為虛偽陳述。」²⁹⁵因此，辯護律師除了要衡量委託人（刑事被告）證言的真實性以即予案情的重要程度，²⁹⁶辯護律師亦必須衡量委託人主觀上是否知道其證言為不實，或不確定其真實與否；換句話說，辯護律師必須判斷委託人主觀上是否確信其證言為真。²⁹⁷此外，在Model Rules第3.3條的註釋中亦指出，律師只有在確信委託人有作偽證的意圖時，才得向法院揭露。²⁹⁸因此，辯護律師必須要衡量委託人的主觀心理認知，來判斷委託人是否確實有作偽證的意圖。然而，在面對委託人偽證的問題時，要證明委託人有作偽證的主觀不法意圖對律師而言是相當複雜且困難的工作。與其他犯罪相較，委託人偽證問題更重視律師本身對委託人之偽證意圖的認知，亦即律師必須對其委託人的證詞具主觀且合理的相信其為不實，且委託人本身對自己之證詞亦有虛偽的認識（亦即委託人知道自己的證言為不實），且該證言與有罪與否的主張有重要關係，或與審判的結果有合理關連者，律師才得以向法院揭露之。故，根據委託人偽證規則，被告之辯護律師有實質上的責任來檢視被告（即委託人）的心理認知，以避免不小心將被告本身不確定是否屬實的證詞，或刻意捏造的證詞提供給法院。然而這樣卻導致律師怯於向法院呈現被告方的事實。寒蟬效應的結果使得認定事實者可獲得的證據被不當地限制。²⁹⁹

(2) 辯護律師傾向推定被告有罪

²⁹⁴ 如 *Nix v. Whiteside* 案；*Nix v. Whiteside*, 475 U.S. 157, 189。

²⁹⁵ Model Penal Code § 241.1(1) (ALI, 1962)

²⁹⁶ Model Penal Code § 241.1(2)

²⁹⁷ A witness's reckless or unreasonable belief in the truth of her testimony does not satisfy the mental element required for the offense of perjury. Model Penal Code § 241.1 cmt. 3

²⁹⁸ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 9 (2004).

²⁹⁹ Silver, *supra* note 288, at 376.

美國憲法增修條文第 5 條及第 6 條的制訂目的在於使無辜之被告免於被定罪的危險。為減低錯誤定罪的風險，認定被告或其他證人是否誠實之人，必須能夠超然、公平的評價所獲得的證據。然而，有絕大多數的律師傾向認定委託人事實上有罪的。³⁰⁰實證研究顯示，由於生活背景與文化的不同，美國律師對被社會普遍視為犯罪之高危險群的年輕黑人男性³⁰¹的有罪推定的情形更為嚴重。一份針對大都市中的刑事法庭所做的實證研究指出，辯護律師對於那些經由司法體系層層篩選、檢視最後仍被送進法院審判之被告，普遍抱持著其確實有罪的預斷心理，且這種有罪的推定乃是在律師與委託人第一次會談時即形成。³⁰²

律師對被告的有罪推定其來有自。由於法院的案件量龐大，必須藉由認罪協商程序加以消化，認罪協商也因此強化了律師對被告的有罪預斷。³⁰³雖然律師對被告有罪的推定並不直接影響律師有效代理委託人，然而用一種帶有偏見的眼光去衡量被告證詞的真實性，進而認定被告有作偽證的意圖而向法院揭露，會提高無辜誠實的被告被定罪的風險。



³⁰⁰ “Most defendants are guilty of something along the lines of the accusation.” Barbara Babcock, *Defending the Guilty*, 32 CLEVE. ST. L. REV. 175, 180 (1990). “See also JEROME H. SKOLNICK, JUSTICE WITHOUT TRIAL: LAW ENFORCEMENT IN A DEMOCRATIC SOCIETY 241 (1966) (observing that “most defendants are guilty of some crime”). “Defense Lawyers ... assume innocence claims by their clients are false unless proved.”; Robert E. Scott & William J. Stuntz, *A Reply: Imperfect Bargains, Imperfect Trials, and Innocent Defendants*, 101 YALE L.J. 2011, 2012 (1992); A. DERSHOWITZ, THE BEST DEFENSE, 18 (1982) (regardless of defendant’s assertions, ‘a wise defense attorney always presumes his client’s guilt’).

³⁰¹ 美國的相關實證研究普遍顯示了美國社會對黑人種族有普遍犯罪傾向的刻板映象。在其中一個實證研究當中，研究人員將一張照片出示給受試者看，照片中為一個白人男子與黑人男子爭吵，且白人男子手中握有利刀。在看完照片後，有數位白人受試者回想照片中的人物，表示是黑人男子手中握有利刀，而非白人男子。RL. MCNEELY & CARL POPE, RACE, CRIME, AND CRIMINAL JUSTICE (Sage Publications, 1981)；實證研究亦指出，法院的態度亦對少數種族存在刻板的映象，認為少數種族之人較為暴力、危險、可能對他人造成威脅，詳見 CORAMAE R. MANN, UNEQUAL JUSTICE: A QUESTION OF COLOR 188 (Indiana U., 1993)(citing Margaret Farnsworth and Patrick Horan, *Separate Justice: An Analysis of Race Differences in Court Processes*, 9 Soc.Sci.Res. 381, 381-99 (1980), and Marjorie Zatz, *Race, Ethnicity, and Determining Sentencing: A New Dimension to an Old Controversy*, 22 Criminology 147, 147-71 (1984))。

³⁰² ISSAC D. BALBUS, THE DIALECTICS OF LEGAL REPRESSION 17-18 (Russell Sage Foundation, 1973); THOMAS A. MAUET, FUNDAMENTALS OF TRIAL TECHNIQUES 25 (Little, Brown, 3d ed. 1992).

³⁰³ SKOLNICK, *supra* note 300, at 241. See also *id.* at 18. (observing that the presumption of guilt “is fundamental to the operations of the metropolitan criminal court, since it supplies the rationale for ‘plea bargaining’ ”); BRUCE WRIGHT, BLACK ROBES, WHITE JUSTICE 11 (1979)(stating that “the administrative structure of a large city’s court system tempts the judges to dispose of the largest number of cases in the shortest period of time. Judges who accomplish this are said to be good ‘calendar people,’ and their rewards of preferment and promotion are examples to those who would otherwise pursue the vision of justice.”)

(3) 律師無法確切知道被告是否會作偽證

由於律師必須能夠掌握委託人未來在證人席作證的證詞內容以及該證詞的真實與否，始能遵照 Model Code 或 Model Rules 的規範採取合理補救措施來阻止或糾正可能的偽證情事，因此律師對與委託人對談當下委託人的偽證意圖的認知是不夠的，律師必須能夠正確的預測委託人在未來的時點作證時是否會為虛偽之陳述。然而如同美國最高法院所指，律師要在事前預測委託人未來的證詞內容是一不可能的任務。³⁰⁴，其主要的原因如下：

一、律師可能會錯誤的認定被告之後為自己辯解的陳述係虛偽的，但數法院在判決中表示，被告新版本的說法僅表示被告回想起其他與案件相關的細節而已。³⁰⁵

二、在律師認定被告將在法庭上作偽證到被告實際上證人席作證這段期間所發生之事件，可能影響被告實際上的證詞。這些偶發事件可能係檢察官開場之陳述（opening argument）的內容、檢方證人之證詞或其信用能力、被告證人之證詞或其信用能力、檢察官交互詰問的強度，以及陪審團之組成結構或陪審團對案件的反應等，³⁰⁶都可能讓被告在作證的當下決定改變證言的內容。此外，律師亦可能原本十分確定委託人將作證的證言內容不實，但隨著案件的進行，越來越多的證據被攤在陽光下，律師才突然察覺委託人的證詞其實是真實的。³⁰⁷誠如 1983 年版的 Model Rules 第 1.6 條，註釋 12 所指：「律

³⁰⁴ *Imbler v. Pachtman*, 424 U.S. 409, 426 (1976) (“veracity of witnesses in criminal cases frequently is subject to doubt before and after they testify.”)

³⁰⁵ See, for example, *Commonwealth v. Alderman*, 292 Pa.Super. 263, 437 A.2d 36, 39 (1981) (noting that “a defendant may say one thing to his lawyer and later contradict it, when for one reason or another—new information, for example—his memory has been refreshed and he concludes that his first account was mistaken. Every change in a defendant’s story should not be viewed by counsel as a fabrication.”). See also *United States v. Long*, 857 F.2d 436, 445 (8th Cir.1988) (recognizing that “not only may a client overlook and later recall certain details, but she may also change intended testimony in an effort to be more truthful”).

³⁰⁶ See, for example, *United States v. Long*, 857 F.2d 436, 445 (8th Cir.1988) (recognizing that “even a statement of an intention to lie on the stand does not necessarily mean the client will indeed lie once on the stand. Once a client hears the testimony of other witnesses, takes an oath, faces a judge and jury, and contemplates the prospect of cross-examination by opposing counsel, she may well change her mind and decide to testify truthfully.”).

³⁰⁷ *Silver*, *supra* note 288, at 389-90.

師不易真正知道委託人是否會實踐其不法意圖，因為委託人可以改變心意。」³⁰⁸

三、被告對被指派之辯護律師的不信任，以及為保護朋友或家人的意圖都可能阻礙被告向律師透露足以使律師相信其證詞的重要資訊。³⁰⁹

四、被告在面對高度的壓力、焦慮、恐懼或對律師、親友所提供的反面建議感到疑惑時，都可能使其無法清楚陳述自己的證詞，或有混淆證詞的情況。³¹⁰

五、雖然委託人有可能向律師表示欲做偽證，但委託人一旦站上證人席，可能並不會真的打算作偽證。

六、Model Code與Model Rules中，要求律師在採取委託人偽證的應變措施時，必須對委託人的偽證意圖以及可能的偽證內容具有合理之確信，或已達到「明知」的程度，然而此「確信」或「明知」程度的要件並不明確。根據Model Rules的規定，律師在決定退出代理，或向法院間接或直接揭露委託人的偽證意圖時，由於會對委託人造成負面的影響，因此必須對委託人的偽證意圖具備相當高的確信程度，始得向法院揭露。根據現今Model Rules對「明知」(Know)的定義，「明知」係指對有關事實的「實際認知」，而律師對證言或證物是否為虛偽之認定可從有關情況中推斷出來。³¹¹然而明確的認定標準則是散見於美國法院的判決中。³¹²

基於上述種種原因，肯定說指出，律師事實上實在無法確切的知道委託人是否真得會在庭上做偽證。既然律師無法確認委託人是否會作偽證，卻又向法院揭露，反而阻礙了委託人為自己作證的權利，對委託人權利之影響甚鉅。

³⁰⁸ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmt12 (1983).

³⁰⁹ Silver, *supra* note 288, at 358-68.

³¹⁰ Silver, *supra* note 288, at 390.

³¹¹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 8 (2004).

³¹² 參照本文內容，頁 140-144。

2. 委託人偽證規則侵害憲法所賦予被告「不自證己罪」³¹³的權利

在刑事訴訟程序當中無罪推定原則的適用下，被告未經審判證明其有罪之前，一律推定被告為無罪。此原則的適用賦予檢察官有向法院舉證證明被告有罪的責任，檢察官必須向法院提出證據證明被告的犯罪事實，並說服法院給予被告有罪判的責任。又，刑事訴訟程序中賦予被告「不自證己罪」的權利，美國聯邦憲法增修條文第 5 條及第 14 條規定：「非經正當法律程序，不得剝奪任何人的生命、自由和財產。」³¹⁴，此外，美國聯邦憲法增修條文第 5 條規定，任何刑事程序皆不應強制被告作為對自己不利之「證人」³¹⁵，由此觀之，美國不自證己罪的發展方向，集中在被告的緘默權。³¹⁶美國憲法賦予被告在面對檢方指控時有保持緘默的絕對憲法權利，甚至是知道自己有罪的被告亦有權利讓國家來證明其有罪。

刑事訴訟程序中規定被告有緘默權，被告基於「不自證己罪原則」既無供述之義務，亦無真實陳述之義務。然而法院雖然尊重被告有不自證己罪的權利，卻賦予律師有揭露其委託人偽證或不實陳述的義務。律師為有效代理委任案件，以保密義務向委託人擔保其秘密資訊必會受到嚴格的保護，委託人因律師對其做出保密的保證，在相信自己所透露的秘密資訊不會被公開的情況下，向律師坦白透露對自己不利的資訊，但事後該資訊卻被揭露給認定事實之人。律師在詢問委託人與案件相關的資訊並於事後洩漏給法院的行為，性質上與國家對委託人從事的訊問無異，³¹⁷律師的角色從被告權利的維護者，轉而成為施行國家公權力的角色。如此一來則產生律師以不實的擔保來誘使委託人供述對自己不利的資訊的問題，造成委託人有被自己的律師出賣或被整個司法體制背叛的負面

³¹³ 亦即刑事被告之「律師權」。

³¹⁴ U.S. CONST. amend. XIV, §1("Nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law."); U.S. CONST. amend. V(...nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.)

³¹⁵ U.S. CONST. amend. V ("No person... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself.")

³¹⁶ 林鈺雄，不自證己罪原則之射程距離—最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌，第 93 期，頁 226。

³¹⁷ Silver, *supra* note 288, at 394-95.

觀感，³¹⁸導致刑事被告對辯護律師以及司法的不信任，憲法賦予被告不自證己罪之權利亦形同具文。

律師提供委託人實質有效的辯護，其中不可或缺的部分即為提醒被告有不自證己罪的權利，以及在什麼特定的情況下可主張該權利。³¹⁹其原因在於一般不具備法律專業之人並無法確切掌握美國憲法增修條文第 5 條賦予刑事被告不自證己罪權利的範圍、運作上的差異及限制，因此主張權利的時點，通常需要依賴受過專業法律訓練的人士的建議。³²⁰就此，美國最高法院多次在判決中強調，美國憲法增修條文第 5 條意在保障被告不成為使自己入罪的工具。³²¹因此，美國憲法增修條文第 6 條之刑事被告有受律師協助有效辯護的權利，以及憲法增修條文第 5 條不自證己罪的權利間有重要的關連性，亦即，被告必須要律師給與其專業、謹慎的建議，才能讓「不自證己罪的權利」發揮其實際的效益。³²²肯定說的學者指出，有鑑於美國憲法增修條文第 5 條與第 6 條之間相輔相成的重要性，應禁止律師在沒有告知委託人可能產生之後果的情況下將可能使委託人入罪的資訊揭露予法院。

在以下的案件中，可清楚看見刑事被告受律師有效辯護的權利以及不自證己罪的權利間具有密切的關連性：

(1) Massiah v. United States³²³

³¹⁸ “Elemental fairness requires that the client be put on notice that the lawyer would be required or permitted to betray confidences.” Monroe H. Freedman, *Lawyer-Client Confidences: The Model Rules' Radical Assault on Tradition*, 68 A.B.A.J. 428, 431 (1982).

³¹⁹ “Our Constitution...strikes the balance in favor of the right of the accused to be advised by his lawyer of his privilege against self-incrimination.” Escobedo v. Illinois, 378 U.S. at 488.

³²⁰ Estelle v. Smith, 451 U.S. 454, 471, 101 S.Ct. 1866, 1877 (1981) (Burger, C.J.) (quoting Maness v. Meyers, 419 U.S. 449, 466 (1975)). Robert Jackson 法官也曾以更銳利的言詞說明: “Any lawyer worth his salt will tell the suspect in no uncertain terms to make no statement to police under any circumstances.” Watts v. Indiana, 339 U.S. 49, 59 (1949).

³²¹ Estelle v. Smith, 451 U.S. 454, 462 (1981) (Burger, C.J.)

³²² “Cases in this court, to say the least, have never placed a premium on ignorance of constitutional rights.” Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478, 499 (1964)

³²³ Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964).

在此案中，被告 Massiah 經檢方起訴，委託律師為其辯護。在被告交保獲釋期間，共同被告 Colson 同意與檢警合作，讓檢調單位在其自用汽車中裝設發射器，藉機與被告在車內談話，並由檢方監聽其對話內容。在監聽過程中，檢方發現諸多對被告不利的資訊，並在法庭上提交該資訊用以證明其犯罪事實。

此案中，最高法院認為可用以證明被告犯罪事實的相關對話資訊應被排除，不得作為呈堂證據。由於該資訊係於被告被起訴之後，在憲法所賦予其受律師協助辯護之期間，由警方以不正方法誘導而獲得。³²⁴法院並認為憲法應保障刑事被告在法律程序外（extra judicial setting）的律師權。否則，在僅有律師的法律意見得以協助保障被告權利的情況下，被告卻無律師從旁給予協助，其律師權可能因此被剝奪。³²⁵

根據上述的見解，警方在嫌疑人被正式起訴而成為刑事被告後，在其沒有律師協助的情況下，以不正方式取得使被告入罪的陳述，³²⁶已經侵害了憲法增修條文第 5 條、第 6 條所賦予被告之權利。再者，警方並非在被告被拘留的期間取得被告之自白，而係在被告交保期間以不正方法取得，由於被告對其事實上已被檢調單位監聽的事實毫無所悉³²⁷，如此一來對被告權利的損害更甚。簡而言之，最高法院肯認一個偽裝友好的朋友對被告憲法上造成的侵害，可能比一個立於對立角色的執法人員來得更嚴重。

(2) United States v. Henry³²⁸

在 United States v. Henry 案中，檢調單位為辦案而故意將線民安置在欲調查的刑事被告—Henry 同一牢房中，藉此使被告與線民間建立友好信賴關係，以取得對被告不利之證據。之後如檢調所期盼的，被告果然向該線民透露足以使自己入罪的資訊。本案的

³²⁴ Massiah v. United States, 377 U.S. 204 (1964) (quoting Spano v. New York, 360 U.S. 315, 327 (1959)).

³²⁵ *Id.* (quoting 360 U.S. at 326 (Douglas, J., concurring)).

³²⁶ *Id.* at 206.

³²⁷ *Id.*

³²⁸ United States v. Henry, 447 U.S. 264 (1980).

審判長 Burger 法官在判決中撤銷了被告的有罪判決，由於被告被認定為有罪的基礎係源自虛偽友好的信賴關係所誘導而生的自白。

雖然此案法院主要係處理檢調取證的作法是否侵害憲法增修條文第 5 條所賦予被告不自證己罪的權利，但此案亦與憲法增修條文第 6 條亦具有高度的關連性。本案主要的爭議在於檢方向法院提交由被告向獄友所透露之對自己不利的陳述。³²⁹ Powell 法院在判決書中表示，如此的作法，其實是國家藉由該線民假扮的獄友對被告從事「功能上相同之訊問」(the functional equivalent of interrogation)³³⁰。

除此之外，本案法官 Rehnquist 在他的不同意見書中將憲法增修條文第 5 條及第 6 條連結起來，指出立法者欲透過這兩個條文來建立「控訴制」(accusatory) 訴訟制度，而非「糾問制」(inquisitorial) 的訴訟制度。³³¹ 再者，憲法增修條文第 6 條保障刑事被告與辯護律師間的秘密溝通內容有不被揭露的權利。³³² 因此，被告與律師間的任何來往行為 (dealing) 皆應受到保密，被告向律師透露的任何資訊亦不在被追訴的範圍內。³³³ 此案的判決書中亦指出，被告在沒有律師從旁協助的情況下，被國家執法人員刻意誘導而做出非自願的陳述亦有憲法增修條文第 5 條不自證己罪的適用。³³⁴

法院認為由於本案被告 Henry 對其獄友事實上為國家線民，欲將其透露的資訊揭露於檢調機關的情事毫不知情，故「明知且自願放棄憲法增修條文第 6 條之權利」³³⁵ 的情況在此並不適用，亦即 Henry 案中的被告主動透露秘密資訊的行為並不構成對增修條文

³²⁹ *Id.* at 265.

³³⁰ *Id.* at 277 (Powell, J., concurring).

³³¹ *Id.* at 295 (Rehnquist, J., dissenting).

³³² *Id.*

³³³ *Id.* at 293 n.4.

³³⁴ *Id.* at 269, 281-292.

³³⁵ U.S. CONST. amend. VI. "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district where in the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense."

第 6 條受律師協助辯護權利的放棄。³³⁶

(3) Estelle v. Smith³³⁷

在Henry案中所確立的憲法增修條文第 6 條與第 5 條彼此間的關連性，在Estelle v. Smith又再次被使用。在此案中檢方安排心理醫生鑑定被告Smith是否有接受審判的能力（competency to stand trial）之後，檢方又再次使該醫生在量刑階段（penalty phase）作證，藉以認定Smith會對社會造成威脅。³³⁸

在此案中，法院要求檢察官安排心理醫生來鑑定被告Smith是否有接受審判的能力，但卻沒有命令Smith必須與該心理醫生合作以順利完成鑑定，或告知Smith他可以選擇不接受鑑定³³⁹。又，被告之辯護律師事前並不知道該鑑定的結果將作為對被告「將來危險性」（future dangerousness）評量的依據，因此並無法適時提醒被告他有不自證己罪的權利。³⁴⁰

審判長Burger法官在此案的判決書中指出，該心理醫生的證言不得作為日後被告被判決有罪之量刑的依據，因為該心理醫生在量刑階段對認定被告心理素質的證言違反了憲法增修條文第 6 條所賦予被告受律師協助辯護的權利。³⁴¹法院亦在判決書中認定被告對律師權之放棄，必須係出自於自願，且出於知悉且明智的放棄該已知的權利。³⁴²

Estelle v. Smith案中法院之見解，對被告之辯護律師向法院揭露可能使被告入罪之資訊的爭議相當重要。在本案中，心理醫生對被告Smith所做的心裡鑑定的目的並非用

³³⁶ *Id.* at 273.

³³⁷ Estelle v. Smith, 451 U.S. 454 (1981).

³³⁸ *Id.* at 459-60.

³³⁹ *Id.* at 456-57.

³⁴⁰ *Id.* at 456-57 n.15.

³⁴¹ *Id.* at 456-57 n.15.

³⁴² “must not only be voluntary, but must also constitute a knowing and intelligent relinquishment or abandonment of a known right or privilege.” *Id.* at 456-57 n.16.

於定罪的情況，與被告律師向法院揭露對委託人不利的資訊並非為了證明其犯罪的情況是一樣的。³⁴³但儘管如此，法院依然認定心理醫生的證言應被排除，不得作為量刑的依據。在*Estelle v. Smith*案中，法院係要求該心理醫生依其專業判斷、鑑定被告是否有接受審判的能力。法院認為心理醫生的鑑定本可能有利於被告，使被告免於死刑的處分。然而在量刑的公聽會時，該心理醫生的角色突然改變，變成國家執法人員的角色，在法庭上轉述被告被逮捕後，拘留期間之「未受警告的陳述」(unwarned statement)。³⁴⁴法院認為被告憲法上不自證己罪的權利以及律師權皆遭到侵害，故法院最後無罪開釋被告。

(4) *Fellers v. United States*³⁴⁵

在2004年的*Fellers v. United States*案中，美國最高法院再次重聲*Massiah*案與*Henry*案中法院見解的重要性，並且界定了憲法增修條文第5條、第6條關於禁用以不正方法取得被告使自己入罪之陳述 (self-incriminatory statement) 做為證據的規定。*Fellers*案中最高法院認為單就憲法增修條文第5條觀之，被告之陳述是否應被排除，應視該陳述是否係在被告被拘留的期間藉由訊問而得。³⁴⁶然而，倘若被告在沒有律師協助的情況下，受聯邦調查人員的誘導而供述可能使自己入罪的資訊，且該聯邦調查人員在法庭上提出該資訊作為證明被告犯罪事實之證據，如此即違反了增修條文第6條所賦予被告律師權的基本保障。³⁴⁷

再者，在*Massiah*案、*Henry*案及*Estelle*案中清楚顯示，這些涉及憲法增修條文第6條對被告基本權利保障案件之主要爭點係關於被告之律師是否適時地提醒被告享有不自證己罪的權利。因此，當被告接受律師協助辯護時，其不自證己罪的憲法權利的範圍

³⁴³ *Id.* at 465. See also *id.* at 476 (Rehnquist, J., concurring) (“Unlike the police officers in *Miranda*, Dr. Grigson was not questioning respondent in order to ascertain his guilt or innocence.”)

³⁴⁴ *Id.* at 467.

³⁴⁵ *Fellers v. United States*, 540 U.S. 519 (2004).

³⁴⁶ *Id.* at 524.

³⁴⁷ *Id.* at 523 (citing *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291, 300 n.4 (1980)).

即變得更加寬廣。³⁴⁸

當然，被告的辯護律師不得扮演如Massiah案中將被告出賣的好友、Estelle案中的心理醫生及Henry案中被告的獄友的角色——故意與被告接近，建立友好信賴關係，再把被告向其透露對自己不利的資訊轉而洩漏給檢調機關；在加上美國最高法院從來不曾認為被告與其獄中好友之間應存在信賴關或保密義務，然而卻認為律師與委託人間的關係，必須建立在信賴基礎之上。³⁴⁹Rehnquist法官甚至在Henry案中指出：「美國憲法增修條文第6條當然保護被告與其辯護律師間的秘密溝通的權利」³⁵⁰，然而被告在與假扮成朋友、獄友或法院指派的心理醫生間的溝通內容，並沒有受到相同的保障。由此可知，在被告沒有律師協助的情況下向獄友、心理醫生所透露的不利資訊不得被用來作為認定被告有罪與否的依據，被告基於對律師的信賴，而向律師透露的秘密資訊，律師更不應予以揭露，否則及嚴重侵害了被告不自證己罪及受律師協助辯護的權利。

綜上而論，律師的重要職責之一係保障委託人的不自證己罪的基本權利，律師應提醒被告他透露給第三人的案情資訊，未來可能被揭露而成為對自己不利的證據。然而，從另外一個角度觀之，倘若如今洩漏秘密資訊之人換成是被告自己的辯護律師，又要由誰來警告被告如此的風險呢？律師得知被告的秘密資訊後，反而轉向將該資訊洩漏給法院，將使得被告陷於沒有律師協助自己行使不自證己罪權利的窘境當中。

上述問題的癥結點在於律師不得事先告知委託人其所透露的秘密資訊可能被揭露的情況，³⁵¹但律師倫理規範又課予律師揭露委託人向法院揭露虛假證據的義務。Model Rules第1.6條註釋2中指出，Model Rules之所以課予律師對於委託人的保密義務，即是為了促進律師與委託人間的信賴，鼓勵委託人尋求法律幫助，並與律師進行充分、坦誠

³⁴⁸ Freedman, *supra* note 14, at 133, 157.

³⁴⁹ Trammel v. United States, 445 U.S. 40, 51 (1980).

³⁵⁰ 447 U.S. at 295.

³⁵¹ 亦即不得給予被告委任關係中的「米蘭達警告」(attorney-client Miranda warning)，參見本文，頁12。

的交流，即使是令人尷尬或在法律上不利的事項亦同。³⁵²故，委託人本有向律師暢所欲言的權利，而不必擔心不為人知的秘密可能被揭露；律師對於委託人本亦負有保守秘密的責任。律師並不得要求委託人保留某些可能不利於己之資訊，亦不得刻意忽略委託人所透露與本案相關的事實，以使自己不受揭露義務的拘束，擁有更大的自由來採取原本所不得採取的手段。³⁵³但Model Rules 第 3.3(a)(3)條亦規定律師不得提交明知為虛假的證據，³⁵⁴並且如果律師、律師的委託人或該律師所傳喚的證人在提供某些重要證據後，律師進而發現該證據是虛假的，則律師應當採取合理的補救措施，包括必要情況下就此向法院予以揭露。³⁵⁵

Model Rules 第 1.6 條與第 3.3 條的規定實質上等同於要求律師在沒有告知委託人其所透露的秘密資訊可能被揭露的情況下，刻意誘導委託人（即被告）透露對自己不利的資訊。而日後若委託人於證人席上為不實陳述，律師又負有向法院揭露委託人的偽證情事的義務。³⁵⁶如同上述Massiah案中被告的朋友、Henry案中假扮的獄友以及Estelle案中的心理醫生一般，律師被告誘使被告供出對自己不利之自白，之後又轉而扮演國家執法人員的角色，在法庭上供述被告「未受警告之自白」(unwarned admissions)，且律師有揭露委託人偽證的義務，倘若沒有向法院通報其委託人的虛偽陳述，律師將可能受處

³⁵² MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmt 2 (2009): "This contributes to the trust that is the hallmark of the client-lawyer relationship. The client is thereby encouraged to seek legal assistance and to communicate fully and frankly with the lawyer even as to embarrassing or legally damaging subject matter."

³⁵³ STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE, The Defense Function, Standard 4-3.2(b) (ABA, 1993).

³⁵⁴ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3(a) (2004) (Stating that "A lawyer shall not knowingly: (3) offer evidence that the lawyer knows to be false...")

³⁵⁵ *Id.* (stating that: "A lawyer shall not knowingly: (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.")

³⁵⁶ State v. Nash, 421 N.W.2d 41, 43-44 (Neb. 1988) (defendant's reasonable understanding that admissions would be confidential made them involuntary); State v. McDermott, 554 A.2d 1302 (N.H. 1989) (confession was not "voluntary," but "coerced," because it was given under the promise of confidentiality, and "to allow the government to revoke its promise after obtaining incriminating information obtained in reliance on that promise would be to sanction governmental deception in a manner violating due process."); People v. Easley, 592 N.E.2d 1036, 1051 (Ill. 1992) (violation of due process where fellow inmate obtained admissions by saying information was for defendant's lawyer); United States v. Goldstein, 611 F. Supp. 626, 632 (N.D. Ill. 1985) (implied assurance that defendant's statements would not be used against him in a criminal prosecution made admissions involuntary).

分。但令人匪夷所思的是，美國憲法增修條文第 6 條賦予被告律師權，使辯護律師協助被告行使不自證己罪的權利，³⁵⁷但在律師與被告間卻沒有功能相同的第三人來提醒被告他的辯護律師亦有可能將對其不利的資訊揭露予法院，如此對被告權利的侵害不亞於被告受國家以不正方法誘使被告供述對自己不利之資訊的情況。

(5) Polk County v. Dodson³⁵⁸

律師在協助委託人為有效辯護時，因應「委託人偽證規則」的要求而在某些情況下向法院揭露委託人的秘密資訊，是否會迫使律師扮演如Massiah、Henry、Estelle案中「國家的執法人員」的角色？對此爭議，Polk County v. Dodson案中法院認為刑事司法體制下認定只有在律師全心促進委託人的最大利益時，才能為社會整體帶來最大的效益，而非使其代表國家行事，或與國家共同行動（act in concert with the state）。³⁵⁹因此，公設辯護人不得假借州法權利來行事（does not act under color of state law）。故，在West v. Atkins案³⁶⁰中，法院進一步解釋Polk案中法院的見解，認為：「根據 1983 法案的宗旨，公設辯護人不得假借州法行事（does not act under the color of state law），因為他並非代表國家，而是國家的對手。」³⁶¹

故，假設刑事案件中被告的辯護律師被國家要求刻意誘導被告供述對自己不利之資訊，日後又將該陳述揭露於法院，此時律師的作為絕不是如Polk案中法院所認定的——全心全意促進委託人的最大利益；³⁶²反之，律師成為入被告於罪的工具，³⁶³亦即，律師在講述其所得知之被告「未受警告之陳述」（unwarned statements）、違背委託人對其的信賴時，律師並非扮演「國家的對手」的角色³⁶⁴，而是代表國家行事或與國家共同行動。³⁶⁵

³⁵⁷ See Michigan v. Jackson, 475 U.S. 625, 632 (1986)

³⁵⁸ Polk County v. Dodson, 454 U.S. 312 (1981).

³⁵⁹ Polk County v. Dodson, 454 U.S. 312, 318-19 (1981).

³⁶⁰ West v. Atkins, 487 U.S. 42 (1988).

³⁶¹ West v. Atkins, 487 U.S. 42, 50 (1988). (citing Polk County, 454 U.S. at 322 n. 13).

³⁶² Polk County v. Dodson, 454 U.S. at 318-19 (1981).

³⁶³ Estelle v. Smith, 451 U.S. 454, 462 (1981) (Burger, C.J.)

³⁶⁴ West v. Atkins, 487 U.S. 42, 50 (1988).

亦有論者主張，由於國家執法人員可以透過誘導方式取得被告的自白可以做為檢察官用以彈劾該被告可信度的證據，因而認為被告之辯護律師亦得揭露被告的偽證情事予法院。³⁶⁶但事實上，在某些情況中允許檢察官使用上述資訊來彈劾被告之可信度³⁶⁷並不代表律師也可以扮演國家執法人員的角色來揭露相關資訊或使其從事彈劾被告的工作。如同Rehnquist法官所稱：「被告與其律師間之任何往來（dealings）為當然機密（confidential），且被告向律師所為之任何陳述不在追訴範圍內。」³⁶⁸

需注意的是，以上的論述並不代表被告有說謊而不受處罰的權利。倘若法官認定被告有偽證的事實，被告隨即可能面對刑期增加的風險³⁶⁹。此外，在證人席上作偽證的被告亦會被以偽證罪起訴。³⁷⁰但對被告偽證的處罰並不包括剝奪被告在證人席上作證的權利。³⁷¹從以下New Jersey v. Portash³⁷²案中法院的見解可見一斑。

New Jersey v. Portash 案中，法院裁定被告 Portash 在大陪審團控訴（grand jury indictment）預審階段享有對其證言之豁免權。然而後來 Portash 卻因其他的證據而被起訴。一審法院因此裁定 Portash 不得在證人席上證述與大陪審團預審時相互抵觸的不在場證明，否則檢方得使用被告在預審時的證詞來彈劾其證言之可信度。因此，Portash 沒有在一審審判庭中作證，最後被判有罪。

在上訴審中，雖然最高法院認定Portash於大陪審團預審期間享有豁免權的證言為

³⁶⁵ Polk County v. Dodson, 454 U.S. at 318-19 (1981).

³⁶⁶ Stephen Gillers, *Monroe Freedman's Solution to the Criminal Defense Lawyer's Trilemma Is Wrong as a Matter of Policy and Constitutional Law*, 34 HOFSTRA L. REV. 821, 836 (2006).

³⁶⁷ *But see* Michigan v. Harvey, 494 U.S. 344, 354 (1990).

³⁶⁸ "any dealings that an accused may have with his attorney are of course confidential and anything the accused says to his attorney is *beyond the reach of the prosecution*." United States v. Henry, 447 U.S., at 264, 293 n.4 (1980)

³⁶⁹ United States v. Grayson, 438 U.S. 41 (1978).

³⁷⁰ See United States v. Apfelbaum, 445 U.S. 115 (1980).

³⁷¹ *Nix v. Whiteside* noted the repudiation of the narrative method. *Nix v. Whiteside*, 475 U.S. 157, 170 n.6 (1986).

³⁷² New Jersey v. Portash, 440 U.S. 450 (1979).

真，而第一審的證言為虛偽，³⁷³但儘管如此，最高法院仍認為Portash享有憲法上的權利，有權向法院呈現其不在場證明，檢方不得以其之前在預審時的證詞來彈劾其證言之可信度。有鑑於此，最高法院撤銷了Portash的有罪判決，並裁定Portash得在再審期間呈現其不在場證明。由此可知，刑事被告雖不得在法庭上作偽證，但基於憲法賦予被告之權利，被告依然有在證人席上作證的權利。

(6) 小結

在上述之 Massiah 案與 Henry 案中，美國聯邦最高法院指出，美國憲法增修條文第 5 條及第 6 條意在建立「控訴制」訴訟制度，而非「糾問制」的訴訟制度。國家藉由偽裝為被告友人之人，與被告建立信賴關係，並藉機取得被告的有罪自白，其實際功能上與檢方對被告的訊問並無二致。檢調以不正方法使被告在毫無防衛的情況下透露對自己不利的自白，嚴重損及被告的權利。美國聯邦最高法院並表示：一個假冒為被告之朋友之人對被告憲法上權利所造成的侵害，可能比一個立於對立角色的執法人員來得更為嚴重。

又，美國憲法增修條文第 6 條保障刑事被告與其辯護律師間的秘密溝通內容，被告與律師間的任何來往行為接應受到保密，被告向律師透露的任何資訊亦不在被追訴的範圍內。此外，被告在被國家執法人員刻意誘導，且在沒有律師從旁協助的情況下，非出於自願所做出的陳述亦有「不自證己罪原則」的適用。且被告在這樣的情況下所主動透露的秘密資訊，並不會構成對「受律師協助辯護權」的放棄。

律師倫理規則中的委託人偽證規則，課予律師向法院揭露委託人偽證的意圖，使得律師以對委託人的保密義務為擔保，而獲得委託人的秘密資訊後，又在發現委託人之不法意圖後，轉而向法院予以揭露。如此的作法與 Massiah 案與 Henry 案中，檢調利用被

³⁷³ New Jersey v. Portash, 440 U.S. 450, 452-53 (1979).

告與假冒為其友人之人的信賴關係，而獲取被告的有罪自白相同。法院在 Massiah 案與 Henry 案中皆認為以上述方式獲得的被告自白應予以排除，在高度重視信賴關係、保密義務之律師與委託人的委任關係中，委託人不利於己之自白更應受到保障。

在 Estelle 案中，美國聯邦最高法院指出被告律師權之放棄，必須係出自於自願，且出於知悉且明智的放棄該已知的權利。倘若被告係在不瞭解自己的陳述在未來可能被用作對自己不利的證據的情況下做出有罪自白，則已侵害被告「不自證己罪」的權利。

而在 Polk County v. Dodson 與 West v. Atkins 案中，法院肯認在刑事司法體制下，律師全心促進委託人的最大利益時，才能對社會整體帶來最大的效益，而非使律師代表國家行事，或與國家共同行動（act in concert with the state）。因此，律師不適合扮演國家執法人員的角色來揭露被告偽證的意圖或使律師從事彈劾被告可信度的工作。

需注意的是，以上的論述並不代表被告有說謊而不受處罰的權利。倘若法官認定被告有偽證的事實，被告隨即可能面對刑期增加的風險，此外，在證人席上作偽證的被告亦會被以偽證罪起訴。但對被告偽證的處罰並不包括剝奪被告在證人席上作證的權利。根據 New Jersey v. Portash 案的法院見解，刑事被告雖不得在法庭上作偽證，但基於憲法賦予被告之權利，被告依然有在證人席上作證的權利。

綜上而論，刑事訴訟制度的健全運作，係建立在律師盡其最大努力為委託人辯護，檢方盡其最大努力來舉證證明被告有罪的前提上，故，律師不應也不適合扮演國家執法人員的角色，來誘使委託人透露其偽證意圖，而後又將之揭露予法院。律師身為委託人之辯護人，以「保密義務」為擔保來取委託人的秘密資訊，倘若發現委託人作偽證不法意圖，亦不得向法院予以揭露，否則即構成「不自證己罪」之違反。而委託人在不明白有罪自白將被作為不利於己之證據，而向律師透露有罪自白的情況時，亦不構成對「律師權」的放棄。因此，當委託人堅持在證人席上作偽證時，律師不應藉由向法院揭露委託人的偽證意圖或其他方式來阻礙委託人作證，即便律師明白委託人作證的內容為虛

偽，律師亦不得剝奪被告為自己作證的權利。

3. 導致律師對本案相關事實產生「選擇性無知」(selective ignorance) 的情況

由於Model Rules當中課予律師誠實義務的條文給予律師相當大的裁量空間，以致於律師在面對委託偽證問題時可能會採取「選擇性的無知」(selective ignorance) 來規避身為當事人的辯護律師以及法庭人員間的道德衝突，亦即當當事人的證詞前後矛盾時，律師可能選擇「睜一隻眼，閉一隻眼」的方式，不願面對可能會使得他的當事人或證人入罪的偽證情況，同時也保護自己不受誠實義務的限制，因此「選擇性的無知」亦可稱為「自我保護的無知」(self-protective ignorance)³⁷⁴。在運作上，律師不要求委託人(被告)在初步晤談(initial interview)的階段將案情的經過全盤拖出，而僅要求委託人說明他人對其之指控為何、指控他的人可能的說法為何、他人是否握有任何對伊不利之證據等。³⁷⁵在課予律師揭露委託人偽證或於證人席上為不實陳述的義務，造成律師只願意謹守一開始從委託人處得知的事實來做為日後辯護的基礎。倘若委託人之後欲向委任律師坦誠其確實有犯罪或有做偽證的意圖，律師則可能選擇不要知道該資訊，如此一來，知道得越少就越能避免自己陷入倫理上兩難的情況。³⁷⁶

實務界的律師對此問題也有相當多的討論，Stephen D. Easton 在 *The Truth About Ethics and Ethics About the Truth: An Open Letter to Trial Attorney* 文章中提到：

「律師的誠實義務的執業倫理規範並不會強制律師揭露他們無法確知的當事人偽證問題。因此相關規定中關於律師『明知』的認定會產生漏洞。我們身為律師的人都熟知這些遊戲規則，我們都知道要如何避免去觸碰委託人不希望我們觸碰的策略方法。我們甚至可以說服自己這世界上並沒有所謂的『真相』，或者發現事情的『真相』並非律

³⁷⁴ Frankel, *supra* note 9, at 32.

³⁷⁵ See STEPHEN GILLERS, REGULATION OF LAWYERS 390 (4th ed. 1995).

³⁷⁶ See Frankel, *supra* note 9, at 32.

師的工作，而是陪審團的工作。律師既不能也不應該扮演事實調查者的角色。」³⁷⁷

但「選擇性忽略」的方式不論是法院、學者甚至美國律師協會都認為應受到禁止。因為「選擇性忽略」的行為不僅可能傷害當事人，更可能殘害司法體系。其理由在於委託人通常並不具法律專業，無法判斷什麼資訊與本案相關，又什麼資訊應否透露給律師知悉。在委託人選擇不透露相關資訊時，律師片面的認知反而使得律師無法建構完善的辯護策略，終究造成委託人之不利益。³⁷⁸此外，雖然在面對委託人偽證的問題時，律師可以表明他並不知悉委託人偽證的意圖，但律師選擇性的忽略相關資訊也使得律師無法在事前阻止委託人偽證的情事。³⁷⁹因此有論者認為，如此一來可能變相造成委託人偽證問題的增加而非減少。³⁸⁰

4. 導致委託人對律師的不信任

律師要充分發揮其辯護角色，為委託人之最大利益辯護的基礎係建立在委託人與律師間良好的信賴基礎上，倘若委託人無法坦誠地向律師揭露與本案相關的所有事實，律師則無法擬定有效的辯護策略或提供符合委託人利益的法律意見。

欲使委託人向律師暢所欲言本為不易，而課予律師有揭露委託人偽證的義務更讓委託人怯於向律師坦誠。如此的情形在無資歷雇用律師而由法院指派辯護人的弱勢被告（indigent defendant）身上更為嚴重。³⁸¹無資歷自行雇用律師的被告通常是在被法院拘留期間才首次見到法院所指派的辯護人，³⁸²被告與律師間並不熟識，加上辯護人為將來審判被告之法院所指派，使得被告擔心律師可能對自己產生預設的偏見，而無法對律師

³⁷⁷ Stephen D. Easton, *The Truth About Ethics and Ethics About the Truth: An Open Letter to Trial Attorney*, 33 GONZ. L. REV.463,465 (1997-98).

³⁷⁸ Freedman, *supra* note 8, at 1469.

³⁷⁹ See MONROE H. FREEDMAN, *UNDERSTANDING LAWYERS' ETHICS*, 110 (3d ed 2004)

³⁸⁰ *Id.*

³⁸¹ Silver, *supra* note 288, at 359-60 n.82.

³⁸² Freedman, *supra* note 8, 1473.

暢所欲言。³⁸³論者認為，若要使律師能夠真正從委託人處瞭解案情的全貌，必須要能夠說服委託人律師有保守其秘密的絕對義務，此義務亦不容許被破壞，³⁸⁴亦即法律不應課予律師揭露委託人偽證的義務，以確保檢辯雙方武器之平等，保障被告的權利。

5. 委託人偽證規則造成對貧困弱勢被告之歧視

從上述美國律師協會的意見看來，不論在何種情況下，律師皆應該讓有偽證意圖的委託人出庭作證，如此一來似乎產生沒有繼續討論刑事被告偽證問題必要的假象。然而在美國某些特殊的案件中，亦有律師認定其委託人確實有偽證的意圖，進而違背其對委託人的保密義務，而向法院揭露偽證的情事。諸如此類的情況大多發生在由法院所指派之辯護律師代理無資歷委任律師的弱勢被告之間³⁸⁵，產生了Model Rules在適用上對種族、階層的雙重標準，足以構成事實上剝奪前述刑事被告法律平等保障之權利(a de facto of equal protection of the laws)。³⁸⁶

課予律師揭露委託人偽證意圖之義務的規定（委託人偽證的規則）在美國各州的律師倫理規範中皆有定之，而其不僅適用於刑事訴訟程序中，於民事訴訟程序亦有適用。在民事訴訟程序中，倘若訴訟的兩造之證詞出現相互衝突或矛盾的情況，一般而言即表示其中一方的證詞有虛偽不實之處。³⁸⁷但即便如此，民事訴訟案件中的律師卻甚少以當事人偽證的規則來約束他們的委託人。在刑事案中，檢方容忍警方的偽證情形屢見不鮮，³⁸⁸而在美國曾經做過為期十五年針對各州以及聯邦的案件的調查³⁸⁹中發現，為私

³⁸³ Freedman, *supra* note 8, at 1469.

³⁸⁴ *Id.*

³⁸⁵ Silver, *supra* note 288, at 399.

³⁸⁶ Silver, *supra* note 288, at 359.

³⁸⁷ MONROE H. FREEDMAN, *LAWYERS' ETHICS IN AN ADVERSARY SYSTEM*, 30 (Bobbs-Merrill, 1975); HAZARD, *supra* note 271, at 130.

³⁸⁸ According to the late Professor Irving Younger, who served as a federal prosecutor and state court judge, "every lawyer who practices in the criminal courts knows that police perjury is commonplace.... And even if his lies are exposed in the courtroom, the policeman is as likely to be indicted for perjury by his co-worker, the prosecutor, as he is to be struck down by thunderbolts from an avenging heaven." Irving Younger, *The Perjury Routine*, 3 CRIM.L.BULL. 551, 551 (1967).

³⁸⁹ See Silver, *supra* note 288.作者 Silver 以關鍵字搜尋的方式尋找相關刑事案件出現辯護律師懷疑自己的

人所雇用的刑事辯護律師（非由法院所指派者）亦傾向忽略委託人偽證規則之適用；反之，由法院所指派為弱勢被告辯護之律師，則經常以該規定挑戰其委託人。³⁹⁰如此的現象顯示了委託人偽證規則之適用在被告之種族與社會階層上產生雙重標準的特殊性。在該研究中指出，在民事訴訟案件以及白領犯罪的案件中，被告與其委託之辯護人通常同為中產階級的白種人，在某種程度上，他們擁有相同之文化背景與成長經驗，然而在公設辯護人或由法院指定為被告辯護之辯護人，雖然通常亦符合上述的典型，亦即身為中產階級的白種人，但接受其辯護之當事人則經常屬於無資歷、弱勢之少數民族人種(racial minorities)。³⁹¹此歷經十五年的實證研究間接證實了刑事辯護律師在處理可能的委託人偽證情事時，在適用相關規定會產生種族歧視的情況。雖然刑事案件中被逮捕之所有嫌犯中只有三分之一為黑人，³⁹²但在這些案件中，卻有三分之二的黑人被告之律師認定委託人會在證人席上作偽證，而向法院揭露其疑慮、聲請退出委任或使其委託人以敘述性的方式作證。³⁹³

當事人偽證規定在運作上所產生對不同身份背景之委託人的歧視，其實並不令人意外。公設辯護人與法院指派之辯護人的委任費用係由國家支出，而在律師事務所、個人執業或公司內的律師，其收入則是來自委託人之給付，如要求他們挑戰雇用自己之委託人說法的真實性，其實就是使他們與自己的經濟利益作對。³⁹⁴倘若律師背叛委託人的風

委託人可能在法庭上為偽證，因而向法院透露，並且向法院申請退出委任，或要求委託人以敘述性的陳述方式作證。作者以「client w/2 perj!」以及「ineffective assistance」或「falsehood or narrat!」為關鍵字，在 LEXIS 資料庫中尋找 1977 年以後的法院判決。倘若搜尋到的案件中並無顯示被告的種族或是否自行委任律師，抑或代理該被告的律師係法院所指派者，作者即進一步透過電話訪問的方式詢問與該案件相關的法院、辯護律師、檢察官、書記官等蒐集相關資訊。See also Freedman, *supra* note 14, at 133, 149.

³⁹⁰ Silver, *supra* note 288, at 359-60.

³⁹¹ See e.g., Babcock, *supra* note 300, at 180. See also CHARLES E. SILBERMAN, CRIMINAL VIOLENCE, CRIMINAL JUSTICE 159-67 (Random House, 1977).

³⁹² FBI Uniform Crime Reports, Table 38 (1990) (UCR). In 1990, 29.4% of all arrestees were African Americans, 68.8% were “white” (the UCR include Hispanics in this category), 1.1% were Native Americans or Native Alaskans, and 0.7% were Asian Americans. *Id.* These figures have remained fairly constant over the fifteen-year period, 1978-1993, covered by the survey.

³⁹³ Silver, *supra* note 288 n.80.

³⁹⁴ Derrick Bell, *Racism in American Courts: Cause for Black Disruption or Despair?*, 61 CAL.L.REV. 165, 183-84 (1973).

聲走漏出去，很有可能使這樣的律師無法接到新的案件。³⁹⁵

在辯護人相信其委託人有作偽證的意圖時，律師則應採取各州律師倫理規範所規定的應對手段，此規定在實務運作上反映出美國一般中產階級白種人對黑種人的歧視，³⁹⁶特別是對貧窮之年輕黑人男性的歧視。根據實證研究，律師通常傾向認為他們的信用能力差，有說謊的可能。³⁹⁷

美國的司法體系長久以來存在推定有色人種較有可能作為證的歷史。在美國內戰發生前曾經訂有「黑人作證法」(negro testimony laws)，規定黑種人、黑種人與白種人之混血後裔，或印地安人種，不得為白種人之有利或不利事實作證。³⁹⁸而現今，上述規定的遺毒似乎依然存在。現在，案件辯論終結前，法官通常會要求陪審團謹慎衡量被告的信用能力，³⁹⁹當陪審團接收由法官做出的指示時，在陪審團心中容易產生該被告（通常為無資歷的弱勢被告）之證言不實，或較檢方證人（法官沒有特別提醒陪審團應小心評量其證詞之檢方證人）更有可能為虛偽陳述的認知。⁴⁰⁰

此外，對於無資歷的弱勢被告而言，其通常係在拘留所中才第一次見到自己的辯護律師。有論者指出，被告身處在牢獄之中的情況並非一般中產階級的白人律師能夠感同

³⁹⁵ One appellant-defendant whose public defender sought to withdraw at trial after concluding that the defendant would testify falsely argued on appeal that the client perjury rules discriminated against indigent defendants who, “unlike paying clients, are less able to dismiss an attorney who ... [[[believes the client will testify falsely] and to procure an attorney who, because of his ignorance, may advocate his client's case with undiluted vigor.” *Coleman v. State*, 621 P.2d 869, 882 (Alaska 1980).

³⁹⁶ ROBERT WENKE, *THE ART OF SELECTING A JURY* 77-78, 80 (Charles C. Thomas, 2d ed. 1989).

³⁹⁷ See *Witherspoon v. United States*, 557 A.2d 587, 593 (D.C.App.1989) (Ferren, J., concurring).

³⁹⁸ Ill.Rev.Stat. § 16 (1845). Section 16 specified that “[e]very person who shall have one-fourth part or more of negro blood shall be deemed a mulatto; and every person who shall have one-half Indian blood shall be deemed an Indian.” The genealogical formula for determining race varied slightly among states. For example, neighboring Indiana specified that no one “having one-eighth or more of negro blood, shall be permitted to testify as a witness in any cause in which any white person is a party in interest.” Ind.Code § 1 (1853).

State courts acknowledged that, as a result of the ban, “the white man may now plunder the negro.... He may abuse his person; he may take his life ... and he must go acquitted, unless ... [there] be some white man present.” *Jordan v. Smith*, 14 Ohio (Griswold) 199, 202 (1846).

³⁹⁹ Typically, the judge cautions the jury that “in weighing his testimony ... you may consider the fact that the defendant has an interest in the outcome of this trial.” Instruction 2.27, *Criminal Jury Instructions*, District of Columbia (3d ed. 1978).

⁴⁰⁰ See *Silver*, *supra* note 288 n. 87.

身受。雖然在這些公設辯護人或由法院指派為被告辯護之律師中，確實有辛勤為被告辯護之律師，但大多數的律師卻係冷漠、準備不足，甚至能力不佳的律師。⁴⁰¹想當然爾，在這樣的情況下，不論被告究竟有罪與否，或是否有作偽證的意圖，被告皆難以信賴自己的辯護律師，甚至視律師係與國家聯合剝奪其自由，並在法庭上假冒為善，故作其盟友的國家公器。委託人偽證規則使律師在特定情況下可以拋棄有作偽證意圖之被告，更加強了被告對律師為國家執行公權力的工具或為雙面間諜的負面印象。對這些被告而言，回答律師的問題其實與受檢調詢問並無二致，他們向律師告知的秘密資訊，將來可能會成為對自己不利之證據。⁴⁰²

再者，對於無資歷、弱勢、屬少數族群之被告而言，律師對弱勢被告的認知可能受人與人之間的溝通、文化、語言及社會經驗的影響而產生歧異，⁴⁰³加上種族與社會階層對刻板印象造成之隔閡，而造成中產階級的白人律師容易對弱勢的少數族群被告產生偏見，因而當這些被告對被控罪行的描述有不一致時，律師會傾向認定被告是在說謊。⁴⁰⁴

⁴⁰¹ *Id.* at 363-64.

⁴⁰² See e.g., *Fisher v. United States*, 425 U.S. 391, 404 (1976) (stating, "If the client knows that damaging information could more readily be obtained from the attorney following disclosure than from himself in the absence of disclosure, the client would be reluctant to confide in his lawyer and it would be difficult to obtain fully informed legal advice."); MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY EC 4-1 (1969) (stating, "Both the fiduciary relationship existing between lawyer and client and the proper functioning of the legal system require the preservation by the lawyer of client confidences and secrets ... A client must feel free to discuss whatever he wishes with his lawyer and a lawyer must be equally free to obtain information beyond that volunteered by his client. A lawyer should be fully informed of all the facts of the matter he is handling in order for his client to obtain the full advantage of our legal system. It is for the lawyer in the exercise of his independent professional judgment to separate the relevant and important from the irrelevant and unimportant."); MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 cmts. 4 & 9 (1983) (stating, "A fundamental principle in the client-lawyer relationship is that the lawyer maintain confidentiality of information relating to the representation. The client is thereby encouraged to communicate fully and frankly with the lawyer even as to embarrassing or legally damaging subject matter.... To the extent a lawyer is required or permitted to disclose a client's purposes, the client will be inhibited from revealing facts which would enable the lawyer to counsel against a wrongful course of action. The public is better protected if full and open communication by the client is encouraged than if it is inhibited.")

⁴⁰³ Steven Winter, *Transcendental Nonsense, Metaphoric Reasoning, and the Cognitive Stakes for Law*, 137 U.PA.L.REV. 1105, 1158-59 (1989). (stating, "Truth" is a function of an understanding that is dependent on the experientially grounded, but imaginatively elaborated cognitive process.... We experience central, verifiable truths that are a product of the relative stability of the ways in which our perceptual/conceptual systems "fit" our direct experience of the world at the "basic level." But there are many more non-central truths that are understood indirectly, and, therefore, display a high degree of relativity across cultures.")

⁴⁰⁴ James D. Montgomery, *The Black Lawyer and the Human and Civil Rights Struggle*, 22 HARV.L.S.BULL. 21, 22 (Feb. 1971). "there is not a white man living who can understand a black client as a black man can."

上述實證研究的結果反映出委託人偽證規則在適用上確實造成對無資歷、屬少數族群的弱勢被告的歧視。辯護律師傾向認定這些被告較有說謊的可能，在被告所陳述的內容前後不一時，律師傾向拋棄自己所代理之被告，向法院揭露剝奪偽證的情事。但這樣的情況在私人委任律師為自己辯護，有一定財力或社經地位的被告身上，卻相當少見。如此的情況使得委託人偽證規則在實際運作上，產生對弱勢被告平等權的剝奪，違反憲法所賦予個人法律平等保障的權利。

6. 規避證據排除法則的適用：向法院揭露以不正方法取得之證據

雖然司法重要的目標係發現真實，然而追求真實的過程亦不得以人性尊嚴為代價。司法對人性尊嚴之維護可體現在不自證己罪原則以及證據排除法則之上。美國憲法增修條文第 4 條禁止聯邦政府公務人員（government）從事直接或間接的不合理

（unreasonable）搜索及扣押，以不正方法取得但具高可信度的證據不得在審判庭提出，對此，法院亦表示禁止具證明價值（probative value）但是以不正方法取得之證據。反對委託人偽證規則的論者認為，委託人偽證規則違背了證據排除法則的保護意旨。⁴⁰⁵如被告之辯護律師採取如 Model Code 或 Model Rules 所規定的應變手段，直接或間接地向法院揭露委託人之偽證意圖，則原本被證據排除法則排除的證據，又因律師向陪審團的揭露行為，使陪審團注意到被告不誠實的行為，而同樣達到使被告被定罪的目的。法院因而間接地允許以不正方法所取得之證據成為呈堂證據，減低警方以法定方法取得證據的動機，⁴⁰⁶違反了憲法增修條文第 4 條之規定。

7. 破壞訴訟活動三角架構之平衡

委託人偽證規則不僅有違反美國憲法增修條文第 5 條與第 6 條之虞，亦破壞當事人進行主義的架構：首先，委託人偽證規則改變了當事人進行主義之下檢察官、被告、辯

⁴⁰⁵ Silver, *supra* note 288, at 400-01.

⁴⁰⁶ Silver, *supra* note 288, at 401.

護律師與陪審團之間權責的分配，破壞美國當事人進行主義訴訟制度的巧妙平衡。再者，課予律師衡量被告是否誠實的責任，但剝奪被告反駁律師對其作偽證或有偽證意圖的指控，使得委託人偽證規則隱含糾問制度中的弊病，其內涵以下詳述之。

委託人偽證規則改變了當事人進行主義之下檢察官、被告、辯護律師與陪審團之間權責的分配。首先，檢察官的重要職責之一是檢驗被告的信用能力；同樣地，陪審團（或法官）的重要職責係扮演公正的認定事實者的角色，來判斷證人的誠實性。⁴⁰⁷但律師倫理規範的委託人偽證規則亦課予律師判斷為自己作證之委託人是否誠實的責任。

其次，委託人偽證規則規定律師相信被告將作偽證時，應尋求退出代理，或（和）向法院揭露被告的偽證意圖，⁴⁰⁸基於這樣的規定，辯護律師等於同時扮演檢察官與認定事實者的角色，且律師退出代理或揭露委託人偽證意圖的行為等同於拋棄忠實辯護人的角色，委託人受律師積極忠實辯護的權利。⁴⁰⁹

委託人偽證規則不僅造成當事人進行主義中三角訴訟關係責任分配的錯置，同時亦產生了糾問主義下的弊病。糾問的情況發生在二個階段：第一、係在辯護律師受倫理規範及刑法的拘束，必須衡量委託人否有作偽證的意圖，而在做此衡量時，律師必須要從其獲得的諸多證據中來解決與事實相關的問題。⁴¹⁰當事人進行主義係由檢方擔負舉證責任，由陪審團衡量證據並認定事實，但在糾問制度下，提出證據以及認定事實的責任全由單一的審判庭所包辦。委託人偽證規則使律師肩負舉證及認定委託人是否誠實的責任，此與糾問制度下法官「球員兼裁判」的情況並無二致。⁴¹¹第二、糾問的情況亦發生

⁴⁰⁷ Washington v. Texas, 388 U.S. 14, 20 (1967) (observing that “the Framers of the Constitution felt it necessary specifically to provide that defendants in criminal cases should be provided the means of obtaining witnesses so that their own evidence, as well as the prosecution's, might be evaluated by the jury”)

⁴⁰⁸ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.0(m) (2004)

⁴⁰⁹ “Attorneys who adopt ‘the role of the judge or jury to determine the facts,’ ... pose a danger of depriving their clients of ... zealous and loyal advocacy....” Nix v. Whiteside, 475 U.S. 157, 189 (1986) (Blackmun, J., concurring in the judgment)

⁴¹⁰ For an analysis of the problems associated with counsel's reliance on such information, see Part II.B.2.a.iv.

⁴¹¹ “[I]n an inquisitorial system, ... virtually all relevant sources of information are available to the judge, including evidence involuntarily obtained from the defendant.” Joshua Dressler, Understanding Criminal

在律師藉由直接向法院揭露委託人的偽證意圖，或間接藉由尋求退出代理的情況中。在專制的糾問制度下，被告沒有與指控自己的人對質、提出證據或不自證己罪的權利，⁴¹²而在現今委託人偽證規則下，律師藉由與委託人的交流獲知委託人的偽證意圖，律師進而向法院揭露之，但委託人卻沒有反駁律師指控的機會。⁴¹³律師向法院揭露委託人偽證意圖或退出代理，亦使堅持自己說法為真的被告喪失了與律師對質的權利。而律師向委託人保證會保守其秘密，而後又向法院揭露的行為，剝奪了委託人不自證己罪的權利。諸如此類對被告權利的不當侵害，使現代法治國的訴訟程序產生糾問制度下的弊病。

8. 小結

美國律師協會在針對 1908 年所頒布的 Canons 的正式意見 (Formal Opinion) 中肯認律師保守委託人秘密資訊的義務優先於向法院揭露其委託人偽證情事的義務，亦即律師的對委託人的保密義務優於對法院的誠實義務。律師身為負有相當職責的法院人員 (officer of the court)，有義務維護委託人的秘密，甚至在委託人向法院為偽證的情況下亦沒有例外。在之後美國律師協會所頒布的 Model Code 中，美國律師協會再次依照先前傳統的立場及政策上的考量，認為律師向法院揭露委託人的偽證情事是難以想像的。

然而在 1983 年美國律師協會所頒布的 Model Rules，美國律師協會推翻了先前的立場。Model Rules 第 3.3 條規定律師在「明知」其委託人的證言為虛偽時，應採取合理的補救措施，而從依據某些法院管轄地的律師倫理相關規定。合理的補救措施係指律師必須與可能做出偽證的委託人保持距離，透過要求該委託人以敘述性的陳述方式作證，⁴¹⁴摒棄律師一般採用的「一問一答」的作證方式，並且在結辯時刻意忽略委託人不

Procedure § 7 at 22 (1991).

⁴¹² 鍾鳳玲，從檢察制度的歷史與比較論我國檢察官之定位與保障，政大法律學研究所博士論文，頁12-14 (2008)。

⁴¹³ Silver, *supra* note 288, at 408-10.

⁴¹⁴ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 7 (2004).

實陳述中的主張。⁴¹⁵ 律師如此的作法，等同於直接向陪審團和法官昭告該委託人是有罪的。

Model Rules 第 3.3 條如此規定，看似為律師倫理對委託人偽證問題的一大變革，然而從條文中「明知」的要件觀之，只有在律師對委託人的偽證意圖有「實際認知」(actual knowledge) 的情況下，才可採取補救措施。如此嚴格的要件等同於架空此條之規定，反而使得律師不敢輕易對委託人的偽證情事妄下判斷，甚至是在委託人告知律師的事實前後不一，或委託人的證詞過於荒謬、顯與證據不符的極端情況下，律師亦不敢確切認定委託人必有偽證的意圖而向法院揭露之。由於 Model Rules 第 3.3 條對於「明知」的要件規定過於嚴格，使得美國律師協會本質上對委託人偽證的問題依然依舊採取與過去相同的立場。

但在實務上依然有少數的案件出現律師確信其委託人有偽證意圖而違背對委託人的保密義務，向法院揭露委託人偽證的情事。很不幸的，諸如此類的情況多發生在法院所指派的辯護人與無資歷委任律師的弱勢被告身上。這形成了種族與社會階層的雙重標準，進一步造成實質上剝奪憲法所賦予被告的平等權 (equal protection)。

基於上述委託人偽證規則對被告權益的影響，Model Rules 第 3.3 條是否有侵害美國憲法增修條文第 5 條、第 6 條的情況就有討論的必要。雖然目前尚未有直接處理此議題的判決出爐，但與此議題有關的權威見解指出，律師刻意誘導委託人供出「未受警告的陳述」並將該陳述揭露予法院的行為，已經違反了憲法的規定。

美國最高法院指出美國憲法增修條文第 6 條禁止國家執法人員在被告沒有律師協助

⁴¹⁵ See Silver, *supra* note 288 n. 293. (stating, Lawyers can guide witnesses through direct examination without necessarily violating the prohibition against leading questions during direct examination. Through the skillful use of non-leading questions, a competent trial attorney can elicit an effective portrait of the facts on direct. Further, leading questions are, to an extent, permitted by the rules of evidence in establishing objective, biographical information, and often are tolerated by opposing counsel to avoid appearing dilatory in the eyes of the jury.)

告知其有不自證己罪的權利下，以誘導的方式取得被告的自白。但令人匪夷所思的，律師倫理規範卻要求律師在沒有事前告知其委託人他的陳述有被揭露的風險下，基於委託人對律師的信任，取得委託人的秘密資訊，而在日後委託人有偽證的情事發生時，又向法院揭露對委託人不利的秘密資訊。如此的規定使得身為法院人員的律師，必須在擔心倘若不依從相關的倫理規範將會受到懲戒或吊銷執照的恐懼中，被迫與國家合作揭露委託人之不利資訊。

諷刺的是，美國憲法增修條文第 6 條保障被告有受律師協助辯護的權利，而律師協助的重要部分係提醒委託人有不自證己罪的權利，並且協助被告在恰當的時間行使該權利，而不會不小心向檢調機關洩漏了對自己不利的資訊，但在律師與委託人間，卻沒有第三人可以在被告向其委任律師透露使自己入罪的資訊時，提醒被告不自證己罪的相關權利。故，被告無法在向律師透露對自己不利的資訊前，被告知後同意放棄憲法增修條文第 5 條所賦予其不自證己罪的權利。而日後倘若律師向法院揭露被告不利於資訊，律師即侵犯了憲法賦予被告之不自證己罪以及受律師協助辯護的權利。

Rehnquist 大法官綜合憲法增修條文第 5 條、第 6 條的立法意旨，認為立法者意在建立「控訴制」而非「糾問制」的司法體制。他進一步指出，憲法增修條文第 6 條保障被告與律師間的秘密溝通，任何被告對律師的陳述皆不受司法的追訴。因此 Model Rules 第 3.3 條規定律師必須對委託人的偽證情事採取補救措施，甚至向法院揭露委託人的偽證意圖或偽證事實，使得律師的角色從委託人的辯護人轉變成檢察官，向法院提出自己從委託人處得知的秘密資訊，如此的情況明顯的違背了憲法所賦予被告不自證己罪以及受律師有效協助辯護的權利。

基於與上的原因，肯定說論者主張律師知悉委託人有偽證的意圖時，首先應該勸誡委託人放棄作偽證的意圖，倘若委託人堅持要做偽證，律師則應依一般程序協助委託人在法庭上為虛偽之陳述。

二、 否定說

針對律師是否得協助委託人在法庭上呈現不實證據或證言的爭議，主張律師不得協助委託人作偽證的學者，認為肯定說學者支持的保密義務立論前提有待商榷。此外，否定說論者指出保密義務的立論基礎是否成立，在實務上並無法證實。否定說主張律師協助委託人作偽證的行為本為法所不許，而律師有遵守法律的義務，故律師不得故意違反法令而在法庭上協助委託人提交不實證據或證言。以下就否定說的論述詳細介紹之。

1. 保密義務建構基礎之前提假設有待商榷

(1) 僅善意溝通資訊值得保護

主張律師對委託人負有全面保密義務，甚至委託人之不法意圖亦在保護範圍內者，其正當化全面性保密義務的論述基礎如下：一、司法體系的主要目的在保障個人有免於受他人或國家侵害的自由；二、在現今複雜的社會下，個人唯有透過律師的協助才能有效利用司法體系解決紛爭；三、律師必須能全盤掌握與案情有關的資訊才能提供委託人最恰當的建議或辯護，否則律師則無法有效分析法律問題或提供適當的解決方案；四、倘若委託人擔心律師可能洩漏對自己不利或令人尷尬的資訊，委託人將不願意向律師透露所有的相關資訊；五、因此，律師對委託人的保密義務為保障個人自主權（autonomy）所必需。簡單來說，保密義務正當化基礎之立論方式是採取所謂的三段論法，亦即：

（一）為使對抗制度（當事人進行主義）得以運行，吾人必須委任律師，而律師必須能有效地代表當事人。

（二）唯有獲得所有相關事實，律師此能有效率地執行當事人所委任的事務。

（三）除非律師與當事人之關係能維持秘密狀態，否則客戶不會委任律師，或至少客戶將不願提供所有的資訊予律師。

然而，否定說的論者認為，保密義務的前提假設有邏輯上的漏洞。首先，有學者認為上述的理由並無法合理化律師對所有與委任案件相關資訊皆須保持緘默的行為。全面禁止律師透露與委託人間的所有溝通資訊並不合理，論者主張頂多只有善意的溝通資訊（good faith communication）才得加以保障；⁴¹⁶再者，即便認為律師需要所有與案件相關的資訊才能提供委託人最佳之辯護或協助其解決法律問題，亦無法推論出沒有絕對保密義務，委託人就不會透露相關資訊的結論。⁴¹⁷是故，堅守律師具有全面的保密義務，亦即委託人向律師透露的所有資訊律師皆應保持緘默的主張，確實有進一步討論的餘地。

基於為維護委託人的權利，而主張全面保密義務之論述，其假設的前提係訴訟當事人的自主權行使（individual autonomy）必須藉由律師專業的法律協助，亦即當事人必須透過律師的專業協助來保障自己在法律上的權利（即便行使這些權利可能造相關第三人的損害）。⁴¹⁸雖然律師與委託人間之秘匿特權（attorney-client privilege，下稱律秘權）即是建立在這樣的觀點上，但全面保密義務的支持者所主張的保密義務範圍超越律秘權的保密範圍，甚至認為惡意與善意溝通、委託人的不法意圖皆須受到保障，不應被揭露。⁴¹⁹

否定說的論者認為，即便保障委託人利益而賦予律師有保守委託人秘密的義務或許可做為支持全面保密義務的論點，但律師的保密義務並不及協助委託人實現不法的行為。憲法對人民自主權的保障亦不允許個人透過律師以實現其不法意圖。⁴²⁰此論點可在美國諸多的法院見解中獲得證實。美國法院認為，律秘權中的犯罪例外之所以存在，是

⁴¹⁶ Harry I. Subin, *The Lawyer as Superego: Disclosure of Client Confidences to Prevent Harm*, 70 IOWA L. REV. 1091, 1160 (1985).

⁴¹⁷ *Id.* at 1160.

⁴¹⁸ Charles Fried, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, 85 YALE L. J. 1060, 1062, 1064, 1080-87. (1976).

⁴¹⁹ 全面保密義務的支持者主張應禁止律師委託人秘密資訊的「揭露行為」本身，而非秘密資訊被用來做為呈堂證據情事。See Subin, *supra* note 416, at 1161.

⁴²⁰ Subin, *supra* note 416, at 1162-63.

因為司法體制並不保護利用律師以達成犯罪目的之人的秘密資訊。⁴²¹

(2) 保密義務的必要性被嚴重高估

主張律師負有全面的保密義務者認為保密義務為律師有效代理受任事件所不可或缺，此見解的前提假設謂：律師若無法對委託人的秘密資訊保密，委託人將不願意告知律師所有與案件相關的事項，如此一來律師則無法對於受任事件進行有效代理。然而，否定說的論者指出，這樣的假設實際上缺乏實證研究加以支持，目前僅存的相關實證資料亦無法確切的證實上述的論點。⁴²²因此吾人無法得知委託人是否確實是因為相信律師會為其保守秘密，而願意向律師透露秘密資訊。

否定說的論者認為，一般而言，案件的當事人通常不具法律專業背景，而必須依賴律師的協助來解決日趨複雜的法律問題，因此律師僅需告知當事人他需要所有與委任事件相關的資訊才能履行有效代理；若當事人不告知相關資訊可能使其無法達到尋求律師協助的目的，如此即足以讓當事人向律師透露相關的資訊。⁴²³不具法律專業的當事人對律師的需求即意味著不論保密義務的界限寬鬆與否，潛在當事人仍將委任律師。蓋一旦遇到複雜的事務，一般非法律專業之外行人除了請教專家以外似乎別無選擇。當事人遭遇被訴之威脅或有提起訴訟以請求賠償的需求必然會促使其向律師尋求協助。故在訴訟尚未發生前，當事人對法律事務之無力感，正是當事人利用律師服務的催化劑。⁴²⁴

其次，雖然當事人確實能因為律師可能揭露對其難堪或不利的真實事實，而拒絕把事實全盤拖出，但這個論點其實是建立在保密義務本身規定簡單明確時，同時當事人自己足以了解保密的範圍、意義的假設上；一旦這個假設無法建構時，即使存在一個全面性的保密義務作為擔保，因不了解保密義務及規則而恐懼不安的當事人勢必仍然會選擇保留

⁴²¹ Clark v. United States, 289 U.S. 1, 14-15 (1933)

⁴²² Subin, *supra* note 416, at 1163-64.

⁴²³ *Id.*

⁴²⁴ See Fred Zacharias, Rethinking Confidentiality, 74 IOWA L. REV. 351, 364 (1989).

自己的秘密資訊。⁴²⁵又，當事人真的能夠「了解」保密規則或保密義務之內涵嗎？論者指出，在通常之情況下，不論律師如何努力地解釋規則之內容，當事人可能仍無法完全了解，或對該規則之細節感到困惑。更何況保密義務的規定是相當抽象的，縱使有些許保密義務的例外情況，但這些例外情況本身在法律專業人士眼中就深具爭議，可被揭露的秘密資訊與真正的「機密」間的界線常處於模糊或見仁見智的狀態。⁴²⁶故就實際面而言，當事人中將僅會對保密規則有一個概括粗略的理解而已，亦即，律師與委託人之對談通常是可以維持機密，但偶爾在某些情況下將可能被揭露。在這樣的情況下，保密規則不論嚴格與否，都不致於影響委託人保留其資訊的決定。至於其以當事人與律師間之溝通無法絕對保密，即認定當事人就此將不再委任律師的主張更是欠缺實證，不足為取。⁴²⁷

此外，當事人選擇向律師透露他原本欲隱藏的資訊必定是在權衡透露資訊的利弊與個人利益後的決定，⁴²⁸使其願意冒著資訊被洩漏的風險也要尋求律師的幫助。不論委託人選擇向律師透露與受任事件相關的資訊的動機是基於幫助律師瞭解案情全貌以為效的辯護，或為了顯示自己的清白，抑或單純尋求法律協助，不可否認的是，除了律師的保密義務外，必定存在其他的因素以促使當事人向律師揭露與案件相關的資訊。

又，否定說論者指出，主張律師「非」掌握被告之所有相關資訊即「不足」以有效執行業務之說法亦有誇大之嫌。實際上，律師也常常係在缺乏資訊的情況下執行業務。⁴²⁹很多研究顯示，儘管在律師向當事人為保密之擔保後，亦出現當事人不願向律師坦白案情的細節，甚至說謊的情況。⁴³⁰許多當事人，特別是其不法行為曝光者，多對委任律師

⁴²⁵ *Id.* at 365.

⁴²⁶ *Id.*

⁴²⁷ *Id.*

⁴²⁸ Subin, *supra* note 416, at 1164.

⁴²⁹ See Fred Zacharias, *Rethinking Confidentiality*, 74 IOWA L. REV. 351, 366 (1989) (Most states, for example, explicitly limit the availability of discovery in criminal cases without running afoul of the constitutional guarantee that defense attorneys be 'effective'. ... Various legal rules, including the attorney-client privilege, specifically deny attorneys access to information that may help them represent their clients.)

⁴³⁰ See Jeffrey L. Dunetz, *Surprise Client Perjury: Some Questions to Proposed Solutions to an Old Problem*, 29

保持不信任的態度。即便律師向委託人保證絕對會保守秘密，委託人依然會擔心若律師得知案情的真相後會不願意繼續代理，或不願意積極地為其辯護，在這樣焦躁的情緒中，當事人可能選擇說謊、扭曲案情的真相，而不敢將案件的細節透露給律師知道。⁴³¹

(3) 全面保密義務無法預防委託人偽證

否定說亦批判了主張全面保密義務有助於律師即時發現並預防不法情事的發生之論述。全面保密義務的支持者認為，全面的保密義務能促進委託人向律師坦誠其計畫與企圖，若律師發現有不法情事，得即時加以勸阻，如此一來便能有效保障整體社會利益。否定說論者對此做出批評，首先，全面保密義務的支持者認為在律師向委託承諾其秘密資訊絕不會被洩漏的前提下，委託人才會願意向律師坦誠其不法意圖或行為，反之若律師不向委託人做出承諾，委託人就不會向律師坦白，此論述的基礎相當薄弱。再者，現今並沒有強而有力的證據顯示律師在執業過程中的確有確實地告知委託人保密義務的存在，並向委託人擔保其秘密不會被洩漏。

否定說論者認為，當事人尋求律師的法律協助係為了確認他是否能從事某行為，或如何在法律所允許的範圍中從事某行為。律師所扮演的角色主要係教育性的，而非嚇阻性的。⁴³²簡而言之，當事人律師的協助以瞭解法律運作與法院見解。當事人獲得從事某行為的相關法律知識與管道後，他們會依照原本的計畫行事，其從事某行為的目的並不會因此改變。⁴³³倘若律師的委託人明知某行為為不法仍執意行之時，律師所扮演的教育的角色亦不復存在，此時律師僅得選擇是否要參與委託人的犯罪計畫。當委託人得知某行為之不法性（illegality）而有作為的意欲時，律師應試圖勸阻之。然而若委託人選擇

N.Y.L. SCH. L. REV. 407 (1984); Charles W. Wolfram, *Client Perjury*, 50 S. CAL. L. REV. 809, 843–66 (1977); Wayne D. Brazil, *Unanticipated Client Perjury and the Collision of Rules of Ethics, Evidence, and Constitutional Law*, 44 MO. L. REV. 601 (1979); Norman Lefstein, *The Criminal Defendant Who Proposes Perjury: Rethinking the Defense Lawyer's Dilemma*, 6 HOFSTRA L. REV. 665 (1978).

⁴³¹ Subin, *supra* note 416, at 1164-65.

⁴³² Subin, *supra* note 416, at 1166-67.

⁴³³ *Id.*

忽略律師的建議，似乎就沒有限制律師不得揭露相關資訊的必要。⁴³⁴又，肯定說論者主張若委託人的不法行為被揭露，未來委託人將不願意坦白告知律師類似的情形。對此，否定說論者認為，大多數的當事人為尋求律師協助，不得不向律師坦誠以對；即便真的有少數委託人因害怕資訊被洩漏而不敢向律師據實以對，其對整體司法所帶來的負面影響不會大於律師得知委託人不法行為、勸阻失敗後又不揭露該不法行為的情況。⁴³⁵

2. 法律層面已否決律師協助委託人作為證的正當性

(1) 律師倫理規範明確禁止律師協助委託人作為證

目前美國律師協會要求律師不得在明知的情況下參與委託人的不法行為，或協助其向法院呈現虛偽的證據或證言，此規範在Model Code與Model Rules中皆有訂之。⁴³⁶在此需注意的是，美國律師協會僅就律師在明知的情況下協助委託人呈現不實證據或證言做出禁止的規定，但就律師得否在明知對造證人之陳述為真的情況下詰問該證人以攻擊其信用能力的爭議，美國最高法院曾在判決中表示「刑事案件之辯護律師得詰問和彈劾檢方證人，即便在明知該證人所述屬實的情況下亦得為之。」⁴³⁷

(2) 被告受律師協助辯護的權利僅限於達到正當、合法的目標

最常被用來正當化律師提出不實抗辯或協助委託人為不實陳述的理由是：若沒有此權利，被告的防禦權將完全被剝奪。⁴³⁸此論述主張所有被告，不論其事實上清白或有罪，都享有使國家證明其有罪的權利。倘若辯方不得在法庭上提出捏造的抗辯，律師便無法

⁴³⁴ *Id.* at 1167-68.

⁴³⁵ *Id.* at 1167.

⁴³⁶ ABA Code of Professional Responsibility, DR 7-102(A)(4); MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 (a)(4) (2004).

⁴³⁷ United States v. Wade, 388 U.S. 218, 257 (1967) (Justice White, concurring).

⁴³⁸ ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE, Standard 4-7.6 cmt para.3 (2d ed. 1980 & Supp. 1986). The ABA advises lawyers not to attempt to confuse or embarrass truthful witnesses by exploiting weaknesses in temperament, character, or experience "[i]f defense counsel can provide an effective defense for the accused" without doing so. *Id.* The Standards also say, however, that "there unquestionably are many cases where defense counsel cannot provide the accused with a defense at all if counsel is precluded from engaging in vigorous cross-examination of witnesses either believed or known to have testified truthfully." *Id.* para 6.

替那些已向律師坦誠罪行或那些被律師發現確實犯下被控罪行之委託人辯護。此外，亦有論者主張刑事被告有在法庭上作偽證的權利，而律師有不干涉委託人證言的附隨義務。⁴³⁹

對此，否定說的論者認為以上論述係建立在對被告享有之權利的錯誤假設之上，且法院及美國律師協會皆明確否決被告有作偽證之權利。⁴⁴⁰美國憲法增修條文第6條或訴訟程序的相關規定皆不保障委託人受律師協助從事犯罪或詐欺行為，僅保障委託人得在法律所允許的範圍內就法律問題尋求律師的協助。美國最高法院判決亦指出，美國憲法增修條文第6條賦予被告受律師協助辯護的權利，僅限於達到委託人目標及協助法院發現真實的正當、合理行為。律師不得協助委託人提出不實證據或違反法律。⁴⁴¹

對於肯定說論者主張律師協助委託人提出不實抗辯，才能確保當事人能有效利用司法體制來解決紛爭，被告之自主權才能獲得保障⁴⁴²的說法，否定說的論者認為，全面保密義務對促進律師有效代理的重要性被嚴重高估。⁴⁴³即便嚴格履行保密義務有其重要價值，允許律師扭曲事實以達成委託人期待的目標，亦無法促進個人自主權（individual autonomy）。個人自主權的保障係預防政府以不正方法干預人民的自由，但不表示政府完全不得干預人民的自由。⁴⁴⁴辯護律師為獲取有利判決而提出不實抗辯的手段，對公平正義的貫徹與人民自主權的保障鮮有助益。⁴⁴⁵

⁴³⁹ FREEDMAN, *supra* note 387, at 32, 40-41.

⁴⁴⁰ The Model Code prohibits the knowing introduction of perjured testimony or false evidence. MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 7-102(A)(4) (1980). The Model Code essentially eliminates, however, the duty of the attorney to disclose the client's attempt to commit these crimes, by prohibiting such disclosure if it would reveal a protected privileged communication. MODEL CODE OF PROF'L RESPONSIBILITY DR 7-102(B)(1) (1980). The Model Rules, however, prohibit the introduction of false testimony, and appear to modify the restriction on disclosure of client misconduct in this area. The Model Rules require the attorney to disclose to the court that false evidence has been introduced. MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 (2004). The disclosure requirement ends, however, if the criminal conduct of the client is not discovered until after the proceeding has ended.

⁴⁴¹ 475 U.S. 157 at 166.

⁴⁴² FREEDMAN, *supra* note 414, at 3.

⁴⁴³ Subin, *supra* note 416, at 1160-66.

⁴⁴⁴ Harry I. Subin, *The Criminal Lawyer's "Different Mission": Reflection on the "Right" to Present a False Case*, 1 GEO. J. LEGAL ETHICS 125, 148 (1987).

⁴⁴⁵ *Id.* at 149-49; Jonathan Casper, *Did You Have A Lawyer When You Went to Court? No, I Had A Public Defender*, 1 YALE REV. L. & SOC. ACTION 4, 9 (1971).

3. 協助委託人作偽證違背司法追求公平正義的終極目標

針對Freedman教授於70年代撰文提出律師執業過程中可能面對的三大的倫理衝突：一、在明知對造證人之陳述為真的情況下，被告律師能否攻擊對造證人之信用能力（credibility）⁴⁴⁶？二、律師能否讓可能犯下偽證罪之證人出庭作證？三、在律師合理懷疑自己之專業法律意見將誘使當事人犯下偽證罪時，律師是否仍得提供當事人法律上的建議？⁴⁴⁷ 否定說的論者斬釘截鐵的採取否定的立場。否定說論者主張，律師不應在合理的懷疑當事人有偽證意圖的情況下，試圖透過呈現證據或彈劾證據、論述的方法來反駁事實。⁴⁴⁸ 刑事律師在理論上及實務上都有義務協助法院發現真實，而非阻礙真實的發現；⁴⁴⁹

否定說的論者認為，全面的保密義務之所以為許多執業中的律師所主張，是因為其確實能夠幫助律師緩解在委任過程中遇到的棘手情況。但全面保密義務的論述並非單純理性的分析；反之，全面保密義務的論述背後其實具有強大私人利益的考量。不論全面保密義務的論述何其矛盾，與揭露委託人秘密相較，現今的保密義務規定必定比較能夠為律師帶來更多的經濟利益。⁴⁵⁰ 律師主張對委託人的「完全忠實」，或許可使律師不用面對內心的愧疚感。律師僅需忠實於委託人以促進對委託人的服務，而不需扮演評斷委託人對錯的角色。⁴⁵¹

現今全面保密義務的支持者對律師扮演委託人的忠實辯護人角色的見解，可回溯到兩百年前 Henry Brougham 爵士（後任英國大法官）在 House of Lords 中針對當時皇后離婚訴訟的抗辯中的言論。Brougham 如此定義辯護律師（advocate）：

⁴⁴⁶ 亦即「可信性」或「誠實性」。

⁴⁴⁷ Freedman, *supra* note 8, at 1469.

⁴⁴⁸ Frankel, *supra* note 9, at 26.

⁴⁴⁹ *Id.* at 27.

⁴⁵⁰ Harry I. Subin, *War Over Confidentiality: In Defense of the Kutak Approach*, NAT'L L.J., Jan. 19, 22, col. 1 (1981).

⁴⁵¹ Albert W. Alschuler, *The Preservation of a Client's Confidences: One Value Among Many or a Categorical Imperative?*, 52 U. COLO. L. REV. 349, 355 (1981).

「身為一位辯護律師，在行使其職務中，他在這世上僅認識一個人，而那個人就是他的委託人。他的首要且唯一的責任就是用任何的手段，不計任的代價，甚至可能造成他人，甚至他自己的損害，也要解救其委託人。而在執行其職務時，他必需不顧可能對他人造成的恐慌、磨難或損害。他應分別自己身為辯護人與愛國志士的角色。他必須不計後果地繼續他的工作，即使如此作會使自己陷入不幸或使國家陷入混亂。」⁴⁵²

對於Brougham如此的言論，現今仍有學者給予高度的肯定。⁴⁵³對於支持全面保密義務的律師而言，對委託人的完全忠誠是律師專業形象重要的一環。在情感上，由於這些律師無法認同律師扮演「告發者」的角色，因此即便在明白根據法律規定或在道德上有揭露委託人不法意圖之必要時，這些律師亦傾向強烈反對課予律師揭露委託人不法行為或意圖的主張⁴⁵⁴

或許對委託人完全忠誠的理由能夠使律師不必承擔重大的心理壓力，也能夠符合律師倫理課予律師的忠誠義務，但否定說論者認為，律師雖應單單對委託人忠誠，但一個允許律師對委託人無條件忠誠的司法制度，必定與追求公平正義的終極目標有所扞格。當委託人知道不論在多麼嚴重、不公義，甚至可能造成對他人的損害的情況下，律師都會對其秘密三緘其口，委託人可能為所欲為，如此的作法並無法促進司法的公正。⁴⁵⁵

⁴⁵² Henry Brougham, THE TRAIL OF QUEEN CAROLINE 83 (1879) (cited from Subin, *supra* note 416, at 1170).

⁴⁵³ Monroe Freedman 教授在其著作中對 Brougham 爵士的言論做出以下反應：'Let justice be done—that is, for my client let justice be done—though the heavens fall. That is the kind of advocacy that I would want as a client and that I feel bound to provide as an advocate.' FREEDMAN, *supra* note 387, at 9.

⁴⁵⁴ Those who take the most extreme view of the need for confidentiality have grouped around the American Trial Lawyers Association. See generally THE AMERICAN LAWYER'S CODE OF CONDUCT, §§ 1.1–1.6 (alternative B) (Discussion Draft, June 1980) (the ABA adopted instead the most extensive rule of confidentiality in its history). (setting forth an expansive view of the need for confidentiality).

⁴⁵⁵ Subin, *supra* note 416, at 1171-72.

第五章 我國律師保密義務與真實義務之衝突

第一節 我國的律師保密義務

隨著社會的多元化，紛爭的類型與內容也日趨複雜，律師對訴訟當事人的協助是訴訟制度中不可或缺的一環，而要讓訴訟當事人有效的獲得律師的協助，則必須讓當事人完全的信賴律師，願意對律師暢所欲言，毫無畏懼地向律師表明事情的來龍去脈，且不必害怕律師會將他的陳述作為不利於己的呈堂證據，如此一來律師才能憑藉從當事人那裡所獲得的完全資訊，為當事人做周全的法律判斷與辯護。反之，若不將律師的保密義務視為其職業之特權及義務，則當事人可能有所疑慮，而無法與律師作充分溝通。當事人勢必可能提防律師洩密，而對案情多所保留，進而干擾律師對案情的瞭解，律師也將因此失去協助訴訟的功能。因此，律師的保密義務不僅是在保護訴訟當事人的隱私、釐清事實真相而有助於律師對受委任的事件提供建議與辯護，同時也在維護法治制度的健全。

本節就我國現有的法律規範中來探討律師的保密義務，並且說明相關規定在法條要件認定以及實務運作上所可能面臨的困難。之後再以律師倫理領域發展得相對完整的美國律師倫理規範，輔以學說以及法院判例來探究我國律師保密義務規定之要件應如何解釋與認定，使其具體化。

第一項 制度目的

由於律師業係屬專門或自由業之一種，而自由業之本質之一乃當事人間的高度信賴關係。⁴⁵⁶ 保密義務與律師執業本質中的「高度信賴關係」間呈現密切的關連，此一信賴關係為當事人與律師間訂立委任契約之基礎，且係律師能否成就給付之根本。⁴⁵⁷ 在一般

⁴⁵⁶ 姜世明，前揭註 117，頁 171。

⁴⁵⁷ 同前註。

的情況中，當事人通常係藉由親友介紹或藉由其他管道得知該律師的優點，面談之後決定委任。⁴⁵⁸委託人基於對律師的專業或其他考量而給與律師高度的信賴，此信賴關係讓委託人較能無保留地將與案件相關的資訊、業務秘密或各種不為人知的行為或心理狀態告知律師，律師亦是在獲得完全的資訊下方能為周全的法律判斷，以成就其給付。⁴⁵⁹

然而，若不將律師的保密義務及緘默權視為律師職業的特權和義務，則委託人因擔心自己的秘密資訊有被洩漏的危險，而保留對案情的描述與認知，對律師瞭解案情造成阻礙，進而影響律師做出對委託人最佳之法律建議或辯護。簡而言之，律師善盡職業道德中的保密義務，不僅能釐清事實真相而有助於律師對於受任事件提供建議或辯護，亦能鼓勵不熟悉法律之人儘早向律師尋求法律協助。⁴⁶⁰

第二項 法依據

我國規範法律倫理的主要法律「律師法」對律師的保密義務並無直接的規定，而是由中華民國律師公會全國聯合會制訂的「律師倫理規範」（下稱「倫理規範」）訂定。倫理規範第 33 條規定：「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。」

其他關於律師保密義務的規定亦可在我國的刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法中找到相關之規定：刑法第 316 條規定：「……律師、……或其他業務上佐理人，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，處一年一下有期徒刑，拘役或五

⁴⁵⁸ 同前註，頁 171。

⁴⁵⁹ 同前註，頁 171。

⁴⁶⁰ 林利芝，「網路時代的律師保密義務」，法律倫理學，東吳大學法學院主編，頁 126、127（2007）。

萬元以下罰金。」⁴⁶¹而外國律師則有律師法第 50 條之 1 條規定：外國法事務律師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、或科新台幣二十萬元下罰金。」；民事訴訟法第 307 條第 1 項第 4 款規定：「證人就其職務上或業務上有秘密義務之事項受訊問者，得拒絕證言。」同條第 5 款也規定：「證人非洩漏其技術上或職業上之秘密不能為證言者，得拒絕證言」；刑事訴訟法第 182 條規定：「……律師、……或其他業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務上所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」⁴⁶²。訴訟法上對律師保密義務之規定，嚴格上係律師的拒絕證言權。律師拒絕證言權係在保護委託人與律師之間的交流不會在訴訟或其他司法程序中被揭露，司法機關不得強迫律師就其與委託人之間的秘密職業交流作證。然而，律師倫理規範的律師保密規則，則禁止律師向任何人（包括法院）揭露任何與受任事件有關之內容。因此就兩者對秘密資訊的保護範圍而言，律師倫理規範之保密義務較律師拒絕證言權的保護範圍廣泛得多。

我國律師法除對有關外國律師洩密之處罰規定⁴⁶³以外，對於本國律師的洩密行為，並沒有具體之規範。但第 32 條規定：「律師對於所受託、指定或囑託之事件，不得有不正當之行為或違反其業務上應盡之義務」，似可作為律師保密義務之規定。

觀察我國的民事及刑事程序，律師皆可就其被委託處理的事務而獲得的資訊主張拒絕證言、拒絕提供資訊，甚至扣押禁止的權利。但應注意的是，亦有論者認為，律師保密義務或權利不僅係屬律師倫理的性質，其亦根源於律師契約的契約義務。⁴⁶⁴傳統上，律師的契約義務包括了律師的闡明義務、法律審查義務、建議與告諭義務、採取較安全

⁴⁶¹ 刑法第 316 條：「醫師、藥師、藥商、助產士、心理師、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其他業務上佐理人，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。」

⁴⁶² 刑事訴訟法第 182 條規定：「證人為醫師、藥師、助產士、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其他業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務上所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」⁴⁶²。

⁴⁶³ 現行律師法第五十條之一。

⁴⁶⁴ 姜世明，前揭註 117，頁 173。

途徑之義務、卷宗義務、保密義務及受當事人指示拘束之義務等⁴⁶⁵。從上述可知，律師的保密義務亦屬律師之契約義務之一。此一義務在我國民法第 245 條之一第 1 項第 2 款中，亦明文規定洩密行為係屬締約上之過失行為。

第三項 新舊版律師保密規則之相關問題

2009 年修正前的舊版倫理規範第 33 條規定：「律師對於受任事件內容應嚴守秘密，不得洩漏。但委任人未來之犯罪意圖及計畫或已完成之犯罪行為之延續可能造成第三人生命或身體健康之危害者，不在此限。」這條規定似乎是參考美國律師協會 1983 年制訂的 Model Rules 的舊版規則⁴⁶⁶而來。此規定要求律師必須嚴守與受任事件的相關秘密，而僅有委託人「未來」的犯罪意圖或計畫，以及可能危及第三人「生命或身體健康」之已完成之犯罪行為的延續，律師才能例外予以揭露。亦即，對第三人「生命或身體健康」的損害，必須係由委託人的犯罪行為所致者，律師才得予以揭露。倘若該損害並非委託人的犯罪行為所造成，或該損害非屬「生命」或「身體」法益之損害，而單純屬財產上之損害者，則沒有保密規則例外的適用。

此規定對於律師保密義務之例外事由規定過於限縮，致使該規則與現今複雜的社會情況已嚴重脫節，無法符合目前社會的需要，其遣詞用字亦有改進的空間。⁴⁶⁷例如，條文中的「受任事件內容」所指為何？其範圍為何？律師因委任事件被訴，能否以為自己辯護之目的向法院揭露受任事件內容？倘若委託人已完成之犯罪行為之延續可能對他人造成嚴重的「經濟利益」或「財產」上之損害，律師得否揭露？律師應如何調和當事

⁴⁶⁵ 參見姜世明，前揭註 441，頁 125 以下。

⁴⁶⁶ Model Rules 第 1.6 於 2003 年修正的版本中新增對於財物及財產損害以及對已經發生的犯罪或詐欺的減輕及矯正。「(b) A lawyer may reveal information relating to the representation of a client...(2) to prevent the client from committing a crime or fraud...to result in substantial injury to the financial interests or property of another...(3) to prevent, mitigate or rectify substantial injury to the financial interests or property of another...」。學者同樣也認為 1983 年的 Model Code 已經落伍，參見 Gregory C. Sisk, *Change and Continuity in Attorney-Client Confidentiality: The New Iowa Rules of Professional Conduct*, 55 *DRAKE L. REV.* 349-50 (2007).

⁴⁶⁷ 黃維幸，「律師的守密倫理：立法、研究、教學、測驗」，月旦法學雜誌，第 154 期，頁 179 (2008 年 3 月)。

人利益及公共利益？⁴⁶⁸

2009年修正的律師倫理規範，解決了舊版倫理規範第33條對於律師保密義務之例外事由規定過於嚴格的問題。中華民國律師公會全國聯合會參照美國律師協會「專業行為模範規則」(Model Rules of Professional Conduct，以下稱Model Rules)第1.6條，大幅放了律師保密義務的例外情況，⁴⁶⁹新增了四項規定：一、律師為保護任何人之生命、身體、健康免於危害時，不問該危害是否係因委託人之犯罪行為所致，律師皆得揭露其所持有之秘密；⁴⁷⁰二、委託人的犯罪行為致使對他人之「財產上」之重大損害者，律師亦得予以揭露；⁴⁷¹三、律師因受任事件與委託人間產生爭議時，律師為自己主張或辯護所需，得揭露所持有之委託人秘密；⁴⁷²四、受法律或律師倫理規範應揭露者。⁴⁷³

根據律師倫理規範第33條之修正說明，律師所持有之秘密，係屬委託人所有，如委託人同意律師公開或向特定人揭露該秘密，自無禁止之必要，但律師欲揭露委託人之秘密，必須經由委託人「受告知後同意」，始得予以揭露。⁴⁷⁴律師依其所持有之秘密，知悉任何人之生命、身體健康將受危害時，基於對人身安全保護法益之尊重，即不應受保密義務之限制，而不問該危害是否係因委託人之犯罪行為所致。⁴⁷⁵原條文但書之規定，將律師保密義務之例外，限縮於因「委託人」之「犯罪計畫或犯罪行為」所造成之第三人生命或身體健康之危害，似有過度限縮之嫌，⁴⁷⁶因此參考美國律師協會 Model Rules第1.6(b)(1)條之規定，⁴⁷⁷增定第一款。

⁴⁶⁸ 倫理規範第7條：「應兼顧當事人合法權益及公共利益。」第11條：「不應拘泥於訴訟勝敗而忽略真實之發現。」

⁴⁶⁹ 中華民國律師公會全國聯合會第八屆第二次會員代表大會記錄，附件八，律師倫理規範修正草案條文對照表，全國律師，頁141-142（2009年10月）。

⁴⁷⁰ 律師倫理規範第33條，第一項。

⁴⁷¹ 律師倫理規範第33條，第二項。

⁴⁷² 律師倫理規範第33條，第三項。

⁴⁷³ 律師倫理規範第33條，第四項。

⁴⁷⁴ 中華民國律師公會全國聯合會第八屆第二次會員代表大會記錄，前揭註473，頁141-142。

⁴⁷⁵ 同前註。

⁴⁷⁶ 同前註，頁142。

⁴⁷⁷ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 (b)(1)(b) (2004) (stating, "A lawyer may reveal information relating to the representation of a client to the extent the lawyer reasonably believes necessary:(1) to prevent reasonably

我國之律師公會亦在修正說明中表示，律師依其所持有之秘密知悉委託人所從事之犯罪行為，將可能導致他人受重大之財產上損害時，應不受保密義務之限制。⁴⁷⁸故參考Model Rules 第 1.6(b)(2)、(3)條之規定，⁴⁷⁹增定律師例外不負保密義務之事由。

律師因委任事件與當事人間產生爭議，而需主張或抗辯時，或因律師因處理受任事件而成為民事訴訟或刑事訴訟之被告，或因而被移送懲戒時，不宜仍要求律師嚴守其保密義務，⁴⁸⁰故律師公會爰參酌Model Rules第 1.6(b)(5)條之規定，⁴⁸¹於新修條文第 33 條第三款增定律師例外不負保密義務之事由。

在其他情況中，律師有可能依其他法律或律師倫理規範的其他規定而應揭露保密之事項時，律師自無保密之義務，⁴⁸²因此律師公會參照Model Rules第 1.6(b)(6)條規定，⁴⁸³增修第四款律師保密義務之例外事由。

此外，需注意的是，新修條文第 33 條之律師保密規則所規定之保密義務例外事由，係律師在「必要範圍」內，「得」不受保密義務之拘束，並非強制律師有揭露之義務。又本條規定乃就律師倫理，合理放寬律師保密義務之範圍，惟刑法第 316 條之洩密罪以及訴訟法上律師拒絕證言規定之解釋，並不受律師倫理規範第 33 條之拘束。律師於涉及該規定之解釋適用時，仍應自行注意相關實務見解。⁴⁸⁴

certain death or substantial bodily harm.”)

⁴⁷⁸ 中華民國律師公會全國聯合會第八屆第二次會員代表大會記錄，前揭註 473，頁 142。

⁴⁷⁹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 (b) (2004) (stating, “(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.”)

⁴⁸⁰ 中華民國律師公會全國聯合會第八屆第二次會員代表大會記錄，前揭註 473，頁 143。

⁴⁸¹ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.6 (b)(5) (2004) (Stating, “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.”)

⁴⁸² 中華民國律師公會全國聯合會第八屆第二次會員代表大會記錄，前揭註 473，頁 143。

⁴⁸³ Model Rules 1.6 (b)(6) (2004) (Stating, “ to comply with other law or a court order.”)

⁴⁸⁴ 中華民國律師公會全國聯合會第八屆第二次會員代表大會記錄，前揭註 473，頁 143。

我國刑法第 316 條對洩密罪有相關條文規定：「……律師……無故洩漏因業務知悉或持有他人秘密者，處一年以下有期徒刑、拘役或五萬元以下罰金。」但「因業務知悉」與「他人秘密」應如何界定？我國因缺乏相關判例的解釋而使得認定上產生模糊地帶。

訴訟法上對於保密義務衍生的拒絕證言權也有保密義務的相關規定。民事訴訟法第 307 條第 1 項第 4 款規定：「證人就其職務上或業務上有秘密義務之事項受訊問者，得拒絕證言。」同條第 5 款也規定：「證人非洩漏其技術上或職業上之秘密不能為證言者，得拒絕證言。」究竟什麼是「職務上有秘密義務之事項」法條上無法確定。我國有論者認為，一種解釋可以將「職務上有秘密義務之事項」視同與「業務知悉秘密」相當。另一種解釋可以視二者為不同：「業務知悉秘密」的範圍顯然不一定是「業務上有秘密義務之事項」，拒絕證言的秘密義務應僅及於業務知悉秘密的部分。⁴⁸⁵然而，一般認為保密義務與發現真實的原理有所扞格，論者主張採第二種的嚴格解釋比較適當。⁴⁸⁶惟拒絕證言的範圍及其具體適用無法事先窮盡，需仰賴個案解釋。

我國律師拒絕證言權規定於刑事訴訟法第 180 條第 1 項第 3 款及第 182 條，體例上位於總則編證據章之人證節。第 180 條第 1 項第 3 款規定：「……得拒絕證言……三、現為或曾為被告或自訴人之法定代理人。」第 182 條：「證人為…律師…或其業務上佐理人，或曾任此等業務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問，除經本人允許者外，得拒絕證言。」上述規定中的「因業務所知悉有關他人秘密之事項」只能個案判斷。⁴⁸⁷有論者認為，此條文的用語雖然與刑法第 316 條洩密罪的用語相同，應可做相同的解釋，但刑事訴訟法第 182 條律師拒絕證言權，與刑法第 316 條洩密罪所規定的目的不同，因此沒有做相同解釋的必要，而可以仿照上述民事訴訟法嚴格解釋的建議，區分一般保密義務及拒絕證言的範圍及權利。⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ 黃維幸，前揭註 471，頁 179。

⁴⁸⁶ 同前註。

⁴⁸⁷ 同前註。

⁴⁸⁸ 同前註。

關於我國目前律師拒絕證言權存在的另一個困難的問題是：究竟什麼人得以主張拒絕證言權？由於法條規定的文字表面上似乎給予證人拒絕作證的權利，故我國學界似乎大都理所當然地以證人的權利義務為討論的中心。⁴⁸⁹但有學者從憲法保護被告不自證己罪的原則，認為拒絕證言權係當事人的權利。⁴⁹⁰這種解釋的結果雖與美國實踐吻合，⁴⁹¹卻必須克服我國法條文字似乎相反的規定。

亦有論者認為不一定要仰賴憲法原則做出是當事人權利的結論，而認為律師作為證人其本身並無重大權益值得保護，應該保護的是當事人的秘密資訊，因此拒絕證言權的權利應該與美國法的解釋相同，認為是當事人的權利。⁴⁹²

除了律師保密義務之規定要件不明確、缺乏實際案例的解釋外，另一個重要的問題是：律師倫理規範雖有律師法的授權，但充其量只是全國律師公會此人民團體的內規，以它來詮釋或限制刑法或訴訟法是否妥當不無疑義。⁴⁹³此外，以人民團體的倫理規範限制法律專業人士的行為，又沒有適當的法律指導，是否與「法律保留」有所衝突？⁴⁹⁴雖然法律保留並不禁止立法授權，至少在限制自由權利的場合，授權的目的、內容及範圍均應明確，並不得增加法律所無之限制。⁴⁹⁵問題是律師法就如何限制律師透露委託人資訊並無規定。換句話說，律師倫理規範的立法授權來源不明。有鑑於此，倫理規範第 33 條的「將來犯罪」及危害身健康的洩密例外究竟法律效力如何，能否構成阻卻違法的理由就有商榷的必要。這些問題都只有將來詳密的立法才能徹底解決。

由於我國的倫理規範規定極為簡陋，實在無法應付實務上複雜多元的問題，而在律

⁴⁸⁹ 林俊益，刑事訴訟法概論（上），2005 年 7 月，498 頁。（「……其拒絕與否之自由，在於證人，非被告所能主張【25 上 25 號判例參照】……如不拒絕而為陳述，其證言即非絕對不得採用【63 台上 3510 號判例參照】……。」又參閱陳計男，民事訴訟法（上），三版，頁 495（2004 年 7 月）。討論中只提證人，從未提到當事人權益。）

⁴⁹⁰ 王兆鵬，律師與當事人之秘匿特權，刑事法雜誌，第 56 卷 6 期，2006 年 12 月，頁 12。

⁴⁹¹ 美國一般州法認為是當事人的權利，參見 THOMAS D. MORGAN & RONALD D. ROTUNDA, PROFESSIONAL RESPONSIBILITY: PROBLEMS AND MATERIALS, 13 (9th ed. 2006).

⁴⁹² 黃維幸，前揭註 471，頁 180。

⁴⁹³ 同前註。

⁴⁹⁴ 同前註。

⁴⁹⁵ 參照大法官釋字第 566 號解釋。

師倫理規範發展得相對完善的美國，美國律師協會的倫理規範雖也不是鉅細靡遺，但許多相關的問題在證據法、程序法上亦可找到規定。美國多年實務上的實踐，以及法院的判例亦提供非常細膩的見解。反觀我國的民刑事訴訟法的相關規定卻鬆散簡陋，實務上又極度缺乏律師倫理相關的判決，使得要有效解決律師保密義務要件上不明確的問題，必須藉助美國或其他國家的倫理規範及實務見解，來補強我國相關規範的不足。

第二節 我國律師的真實義務

第一項 概說

律師與委託人成立委任契約後，律師因契約而產生的義務包括闡明義務、法律審查義務、建議與告諭義務、緘默義務、受當事人指示拘束之義務等，⁴⁹⁶而相對地，委託人亦有提供律師案情資訊的義務，⁴⁹⁷律師原則上可以信賴其委託人之陳述，在我國的法律體制下，律師亦無親自追查實質真相的權利與義務。⁴⁹⁸但律師的職業乃具有公益性、獨立性即與當事人間之信賴關係，在我國律師被期待應負有在野法曹的身份，而有實現正義之義務，如此即可能使其陷於兩難，亦即，律師能否在職業時，雖明知或因重大過失而不知實質真實，仍執意順從委託人指示，以致侵害委託人之相對人之權利，而可以以其乃受當事人之指示，而獲得免責？此議題涉及對律師執業公益性之期待、律師闡明之界限、律師受委託人指示拘束義務之界線及律師相信當事人所提供資訊之界線等價值之衝突與衡量。簡而言之，此乃涉及律師之真實義務之問題。

第二項 法依據

⁴⁹⁶ 參閱姜世明，前揭註 441，頁 121 以下（2004）。

⁴⁹⁷ 同前註，頁 118 以下。

⁴⁹⁸ 同前註。

我國現行法規就律師真實義務的相關條文包括：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。」、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。」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。」、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。」、第 36 條：「律師不得代當事人為顯無理由之起訴、上訴或抗告。」、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。」、第 8 條：「律師執行職務，應基於誠信、公平、理性及良知。」、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。」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。」及第 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。」。從以上條文中可看出我國對律師公益性之職業角色期待，具有誠實義務、不欺罔或偽證之要求。基本上，律師因在我國能被期待為在野法曹，對國家負有一定之任務，對於法院發現真實並不可造成障礙，甚至應有促進訴訟之義務。基於律師之職業特性及律師法與律師倫理規範之基本要求，應認為律師負有真實義務。

第三項 律師真實義務之內容

一、 狹義真實義務

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，不可以張，其明知對方所指主張事實為真者，不可加以爭執。而律師所確信為真者，固可主張之，然而對於有疑義的事實，倘若係基於當事人所推測者，律師是否得以主張之？我國論者認為此時應採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，並非空言泛論或存在濫訴之虞者，則不認為當事人或律師之推測性主張乃違反真實義務；但若存在根據者，則仍可被評價為違反真實義務。⁴⁹⁹

律師就其主張，無論書面或言詞之陳述，均不容說謊，且不僅其自己不可說謊，其亦不可利用當事人不實之陳述。我國學者指出，此乃部分律師之通病，律師欲以「當事人委託，即堅持該主張」云云作為遁詞，並不足採。⁵⁰⁰律師對於其委託人之相對人之主張，亦受嚴格規範，亦即，律師不可使用偽造之文書或引導證人為不實證詞。

二、 闡明及調查義務？

律師既然不得就委託人無根據的不實事實向法院主張，然而律師究竟要如何確切知道委託人的說法是否不實？律師是否對於委託人所陳述之事實負有調查之義務？就此，我國論者認為律師之闡明及調查義務視為判斷律師是否違反真實義務之可歸責要件之範圍，亦即在何要件下，違反真實義務之情形可經由何注意行為而防範，而據此可認定係有過失之義務違反。⁵⁰¹雖然律師之闡明義務乃應達到盡最大可能全面性事實闡明，⁵⁰²但律師對於委託人之陳述，除依特別情況，有正當事由，令人懷疑委託人所提供之資訊不實者外，律師應得信賴委託人之陳述。⁵⁰³

惟若律師知悉或至少應知悉委託人所為陳述不實在，而卻未就不實陳述之後果告知

⁴⁹⁹ 姜世明，前揭註 117，頁 330。

⁵⁰⁰ 同前註。

⁵⁰¹ 姜世明，前揭註 117，頁 331。

⁵⁰² 姜世明，前揭註 441，頁 125 以下。

⁵⁰³ 姜世明，前揭註 117，頁 331-32。

委託人，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。⁵⁰⁴由此可知，我國法律體系下，律師原則上並無調查委託人陳述是否為真之義務，除非委託人虛偽陳述以為律師所明知或所應知悉者，否則難認律師有充當檢調機關或取代法官追查真相之義務。⁵⁰⁵

第三節 我國律師保密義務與真實義務之衝突

第一項 律師真實義務之界限

律師之真實義務乃源自於法治國對律師公益角色的期待，律師真實義務的主體係指向法院及委託人之相對人，而與律師其他的契約義務主要係指向律師之委託人者，不盡相同。然而律師之真實義務難免與律師之其他契約義務產生衝突，亦即，律師與其委託人間存在依司法契約，在我國原上係屬委任契約，據此，律師對委託人負有忠實義務、保護義務、受委託人指示拘束之義務及保密義務等。若律師之真實義務與上開契約義務向抵觸時，究竟應以者為優先，即成問題，此亦本文討論之重點。

律師對於委託人固有忠實義務及保護義務，但一般而言，該義務並不及於要求律師為委託人說謊或隱瞞真相。律師基於其公益司法機關角色，不可為違反真實之主張而損及他人，此理論可從我國律師倫理規範第 7 條、第 8 條中規定之「合法權益」與「誠信良知」之要求獲得法理基礎。我國論者亦主張，律師雖基於委任契約乃負有受委託人指令拘束之義務，但若委託人之主張乃違反真實者，律師並無受其指令拘束之義務，此部分之法理亦可自我國律師法第 26 條第 2 項、第 36 條、律師倫理規範第 8 條、第 31 條等規定推得其法理依據。⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ 姜世明，前揭註 441，頁 129-30。

⁵⁰⁵ 同前註，頁 130。

⁵⁰⁶ 姜世明，前揭註 117，頁 332。

至於律師之保密義務固可能與律師之真實義務有所衝突，亦即律師若知悉不利於委託人之事實，未經委託人同意之下，是否亦應負有真實義務？雖有論者認為律師真實義務應優先於律師之保密義務，⁵⁰⁷我國律師倫理規範第 33 條所規定之保密義務的例外情形包括：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。然而除上述情形之外，是否原則上應認為律師之真實義務應優先於律師之保密義務，則可能有爭議。此爭議反應在刑事訴訟實務上乃本文研究的核心，亦即律師明知委託人意圖在法庭上為不實陳述或提交不實證據時，律師應如何應對以平衡對委託人之保密義務與對司法之真實義務？

由於我國實務及學說甚少對上述議題做深入實證性質的討論，因此本文透過深度訪談法律從業人員來釐清我國目前律師真實義務的範圍與界線，以及實務上律師在面對委託人意圖提交不實證據或為不實抗辯時可採取的應對措施，為台灣法律從業人員提供倫理衝突的解決之道。實證研究之訪談資料分析詳見第六章內容。

第二項 我國律師倫理相關規範未臻明確

一、修正前律師倫理規範第 23 條所產生之問題

律師倫理規範於 98 年修正前第 33 條規定：「律師對於受任事件內容應嚴守秘密，不得洩漏。但委託人未來之犯罪意圖及計畫或已完成之犯罪行為之延續可能造成第三人的生命或身體健康之危害者，不在此限。」，此為律師保密義務以及保密義務界限之規定。根據此規定，除非有但書的情形，原則上律師不得任意將其委託人之犯罪行為加以揭

⁵⁰⁷ 同前註，頁 333。

露。⁵⁰⁸據此，律師應嚴守委託人在法庭上為不實陳述或提供不實證據的意圖，不得予以洩漏。然而，修正前律師倫理規範第 23 條規定：「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。」從條文內容觀之，律師於執行職務時，不得有故為矇蔽欺罔的行為，亦不得刻意阻礙真實之發現。然而，由於此條文所規定之要件並不明確，因此可能產生以下的問題：

1. 律師協助委託人呈現不實證言或證據，是否屬「矇蔽欺罔」、「刻意阻礙真實發現」之行為？

究竟第 23 條所規定之「矇蔽欺罔」及「刻意阻礙真實發現」之行為所指為何？其範圍為何？辯護律師明知身為刑事被告之委託人有為不實陳述或提供不實證據的意圖，而協助其呈現不實之證言、向法院提供不實的證據，或以委託人不實之證詞為主張，是否屬「矇蔽欺罔」或「刻意阻礙真實發現」之行為？

2. 倘若不得故為「矇蔽欺罔」、「阻礙真實發現」的行為，包括禁止辯護律師提出委託人之不實證據及虛偽陳述，則會產生以下問題：

- (1) 委託人要求律師照虛偽的證詞主張，律師若反對，是否違反受委託人指令拘束之義務？

由於我國認定律師與委託人間存在之司法契約，係屬委任契約，據此，律師對於其委託人乃負有忠實義務、保護義務、受其委託人指示拘束之義務及保密義務等契約義務。⁵⁰⁹則若律師的誠實義務與上開契約義務相抵觸時，究竟應以何者為優先，即成問題。⁵¹⁰

⁵⁰⁸ 姜世明，前揭註 117，頁 292。

⁵⁰⁹ 姜世明，前揭註 117，頁 291。

⁵¹⁰ 同前註。

律師對其委託人雖負有忠實義務及保護義務，但該義務的內涵並不及於要求律師為委託人說謊或隱瞞真相，已如前述。倘若律師對委託人之忠實義務與受委託人指令拘束的義務並不及於律師為委託人說謊或隱瞞真相，律師亦不受委託人違反真實之主張的意思而拘束，據此，如委託人有向法院為不實陳述或提供不實證據的意圖者，律師應拒絕給予協助。但如此一來，又產生以下的問題。

(2) 律師拒絕協助被告提供不實證言或證據，是否因而剝奪被告為自己辯護的權利？

律師因發現身為被告之委託人有不實陳述或提供不實證據的意圖，而拒絕協助委託人呈現其不實證言或證據，或拒絕在法庭上以委託人之不實陳述主張之，然而，被告有為自己辯護之憲法上權利，倘若律師因合理懷疑而拒絕給予委託人協助，是否有自任法官、剝奪委託人為自己辯護的權利之虞？

二、 新修正律師倫理規範第 23 條所產生之問題

2009 年中華民國律師公會全國聯合會（以下稱律師公會）重新修正了我國的律師倫理規範。目前最新版的律師倫理規範第 23 條關於律師誠實義務之規定為：「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。」依律師公會全國聯合會第八屆第二次會員代表大會記錄，附錄八的律師倫理規範修正草案條文對照表的修正說明指出，本條第二項乃是參考美國律師協會制訂之 Model Rules 第 3.3 條所制訂。⁵¹¹

根據新修正之倫理規範第 23 條第 2 項之規定，律師於案件進行中，經合理判斷為不實之證據，得拒絕提出。依本規定之修正說明，如律師「合理懷疑」證據不實，原則

⁵¹¹ 中華民國律師公會全國聯合會第八屆第二次會員代表大會記錄，前揭註 473，頁 132-133。

上應容許其拒絕提出該項證據。但如係刑事被告之陳述，因被告有為自己辯護之憲法上權利，律師如僅因「合理懷疑」即得拒絕協助，無異自任法官，爰增訂第2項但書之規定。⁵¹²因此，可推論得知，律師「明知」為不實的證據或證言，依同條第1項之規定，不得提出，否則係屬故為矇蔽欺罔，或阻礙真實發現之行為。但在一般情況中，除非委託人親自告訴律師其不法意圖，否則律師很難發現委託人是否有為不實陳述或提供不實證據的意圖，⁵¹³亦難以對委託人之可信度，或證據的真實性產生確切的認知。本條在實務運作上，倘若無法定義「明知」或「故意」，則將使第1項之規定形同具文，虛偽不實的證據或證詞皆可在法庭上提出或主張。因此，律師對委託人意欲做不實陳述或向法院提供不實證據的認知需到何種程度，始構成「明知」或「故意」，而構成「故為矇蔽欺罔」或為「刻意阻礙真實發現」的行為，就有深入討論的必要。

又，依照律師倫理規範第23條的修正說明，本條第2項係參考Model Rules第3.3條訂定。從條文觀之，可知我國律師倫理規範第23條第2項乃是採擷Model Rules第3.3(a)(3)條的前段及後段之規定，禁止律師在明知的情況下提交虛偽的證據；除了刑事案件中被告之證言外，律師得拒絕提交其合理認為虛偽的證據。⁵¹⁴但Model Rules第3.3(a)(3)條中段之規定：「如律師、律師之委託人或該律師所傳喚之證人在提供某重要證據後，律師進而發現該證據為虛偽者，律師應當採取合理的補救措施，包括必要情況下就此項審判庭予以揭露。」，卻不為我國律師公會所採，其理由為何？我國的律師倫理規範並不課予律師糾正不實證據或採取合理補救措施來糾正該不法行為的義務，這會對司法發現真實的目的造成什麼衝擊？如此的規定是否妥當？

此外，針對那些律師確切委託人的證詞或證據為不實，或有在法庭上為虛偽陳述或提供不實證據的意圖者，律師為遵守律師倫理規範第23條之規定，應對委託人之不法

⁵¹² 同前註。

⁵¹³ United States v. Long, 857 F.2d 436 (8th Cir. 1988).

⁵¹⁴ Model Rule 3.3(a) A lawyer shall not knowingly.... (3): offer evidence that the lawyer knows to be false. ...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.

情事加以處理。此時，律師可採取之應變手段為何？是否會對委託人的權利造成不良之影響？

由於我國實務上缺乏律師倫理之相關判決，律師倫理相關之學說的見解亦甚為貧乏，上述關於律師保密義務與誠實義務之衝突，以及律師誠實義務要件的認定與運作所產生的問題，皆須從他國的實務與學說的現況中來尋找可能的出路。本文以下的內容將以我國律師倫理規範修正時所參考之美國律師協會所制訂之 Model Rules 以及美國實務、學說上對律師誠實義務要件的解釋與認定作為基礎，來釐清我國律師採取補救措施的時點，並介紹美國法上面對委託人偽證問題的處理方式，以其作為實證研究的模型，透過深度訪談來歸納出我國律師在保密義務與誠實義務產生衝突時可採取的應對作法。



第六章 委託人偽證問題之應變

第一節 何時應採取應變措施

第一項 律師「明知」程度的界定

在處理委託人偽證，首先要面對的問題是律師對委託人偽證意圖的確信程度。不論是美國的Model Rules或我國的律師倫理規範，皆規定律師要明確知道委託人有為不實陳述或提交不實證據的意圖時，才可以採取予以揭露或向拒絕提出該不實證據。⁵¹⁵但要確定委託人的證詞是否真實卻是一大挑戰，因為大部分的委託人或多或少都會為了自己的利益而說出不完全真實的證詞，且在為委託人刻意隱瞞作偽證的意圖的情況下，受委任的律師欲發現為委託人的證詞究竟哪部分不實、不實的程度又如何更是難上加難。關於律師的執業倫理所要探討的並非剷除偽證的問題，而是律師「明知」且「協助」委託人偽證的情形。因為律師提交虛偽證據行為的禁止，僅適用於律師知道證據是虛假的情況。當律師意識到不實陳述的情形，才能夠採取相對的應變措施。因此關於委託人偽證的問題，首先要界定的就是律師對於委託人偽證意圖的認知程度。

美國律師協會關於律師對於當事人作偽證的明知程度著墨不多，但Model Rules第3.3(c)條規定：律師得拒絕提交其合理相信係虛偽之證據。就文意解釋，若律師有自由裁量的權利得拒絕提交其合理相信為虛偽之證詞，則若律師的認知已超越合理懷疑之程度，則應強制律師向法院揭露當事人可能發生的偽證情形。美國律師協會亦認為律師違背保密義務而揭露當事人作偽證之情事，必須有超越合理懷疑之確信始得為之。⁵¹⁶美國

⁵¹⁵ 參照 MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3(a)(3) (2004)；我國律師倫理規範第 23 條。

⁵¹⁶ See MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 8 (2004) (stating, "The prohibition against offering false evidence only applies if the lawyer knows that the evidence is false. A lawyer's reasonable belief that evidence is false does not preclude its presentation to the trier of fact. A lawyer's knowledge that evidence is false, however, can be inferred from the circumstances. See Rule 1.0(f). Thus, although a lawyer should resolve doubts about the veracity of testimony or other evidence in favor of the client, the lawyer cannot ignore an obvious falsehood.")

法律協會（American Law Institute, ALI）所編寫的律師法重述（Restatement of the Law (Third) : The Law Governing Lawyers，以下稱Restatement）第 120 條關於不實陳述與偽造證據的規範中對於「明知」程度的界定與Model Rules採取相同的標準。Restatement 第 120 條的註釋中，特別界定「明知」限於律師從個人的觀察與委託人的陳述，而有堅強的事實基礎（firm factual basis）知悉其委託人的陳述或其他證據為虛偽不實。⁵¹⁷

律師揭露當事人偽證的義務並不僅止於當事人明確表示偽證意圖的情況。Model Rules第 3.3 條的註釋指出，律師就該證據是否為虛偽之認定，須從有關情況中推斷。⁵¹⁸ 由於律師遵守本條規則所設定的誠實義務會危急律師與委託人間的互信關係，以致律師不能再稱職地為委託人做最佳的辯護，因此律師在認定委託人是否有作偽證之意圖時，應該採取更小心謹慎的應對方式。律師不得就自身的臆測即認定當事人有作偽證之意圖而向法院揭露，而應經過一定程序的獨立調查，確定委託人有為虛偽陳述之意圖，而經勸告後委託人仍執意為之的情況下，律師才可不受保密義務的限制而向法院揭露當事人偽證的情事。

對於辯護律師對委託人之偽證意圖的確信程度的問題，在本文第二章中介紹之Nix v. Whiteside案，美國聯邦最高法院雖表示本案的辯護律師成功勸退其委託人在法庭上作偽證的行為，並沒有違反美國憲法增修條文第 6 條賦予刑事被告有律師協助辯護之權利⁵¹⁹。但一個針對此案件的實證調查發現，許多律師認為此案的辯護律師對委託人偽證的處理方式過度偏離一般傳統的標準作法。⁵²⁰

在Nix v. Whiteside案中，美國最高法院揭示當律師成功勸退其委託人在法庭上為偽證之行為，並沒有違反美國憲法增修條文第 6 條中賦予刑事被告「律師協助辯護權」。⁵²¹

⁵¹⁷ RESTATEMENT OF THE LAW (THIRD):THE LAW GOVERNING LAWYERS §120 (2000).

⁵¹⁸ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 1.0 (f) (2004).

⁵¹⁹ 亦即被告之「律師權」。

⁵²⁰ FREEDMAN, *supra* note 379, at 190-91.

⁵²¹ *Id.* at 165.

但從法院的判決觀之，Nix v. Whiteside案其實並無直接對律師應如何處理委託人偽證的問題做出明確的指示。此案主要關注在刑事被告的律師權是否因律師勸阻被告不得在法庭上作證，甚至告知被告若其堅持於法庭上為不實陳述，律師將向法院揭露其偽證之義務甚至退出代理，而遭到破壞。在此案中被告主張其辯護律師勸阻其不得在法庭上作為證，否則將向法院揭露其偽證意圖的行為，已違反憲法所賦予其受律師協助辯護的律師權。⁵²²面對如此的爭議，法院認為，辯護律師在被迫回應被告對其代理品質的指控前，皆沒有洩漏任何被告與其之間的溝通內容，因此被告受律師協助辯護的權利並沒有受到侵害。法院認為律師成功地勸阻委託人犯下偽證罪。⁵²³

在Nix v. Whiteside案的判決結果出爐後，美國律師協會與美國法律協會共同訪談多位刑事案件辯護律師，發現接受訪談的律師皆認為此案中辯護律師對委託人偽證的處理方式過度偏離一般傳統的標準作法。⁵²⁴其中有評論人認為課予律師揭露委託人偽證的義務是不可行且與現實脫節的。⁵²⁵另有評論人認為律師只有在毫無疑惑、絕對肯定委託人將做出「嚴重」的詐欺行為時，律師才可向法院揭露之，但在Nix v. Whiteside案中，被告謊稱他看到被害人手中握有金屬物品，並非嚴重的偽證情形。⁵²⁶

關於Model Rules 第 3.3 條中律師對委託人偽證意圖的確信程度要件的認定，美國法院目前的判斷標準仍不明確，其最大原因是在於法院本身亦刻意不提供明確的判斷標準。法院經常以律師是否具有足夠的基礎而相信其當事人有為虛偽陳述之意圖來判斷之，而避免以更寬鬆的標準來衡量律師對當事人偽證的認知程度。簡單來說，律師對當事人偽證的認知是否以達需揭露之程度，應以個案情況判斷之。但值得注意的是，法院在處理律師對於委託人作為證的可能性認知程度，通常會採取相對較高的標準。在

⁵²² *Id.* at 161.

⁵²³ Nix v. Whiteside, 475 U.S. 157, 166 (1981). “Robinson divulged no client communication until he was compelled to do so in response to Whiteside’s post-trial challenge to the quality of his performance. We see this as a case in which the attorney successfully dissuaded the client from committing the crime of perjury.”

⁵²⁴ FREEDMAN, *supra* note 379, at 190-91.

⁵²⁵ *Id.*

⁵²⁶ *Id.*

Wilcox v. Johnson⁵²⁷的案件中，法院認為律師對委託人偽證的認知需達「確定事實基礎」的程度始得向法院揭露之。法院認為「確定事實基礎」/「實際認知」(actual knowledge)能夠一方面保障司法體系的對抗制度，另一方面也保障律師與委託人之間的資訊能夠自由流通，以確保美國憲法增修條文第 6 條中被告受律師協助辯護的權利。

然而，在什麼情況下律師對委託人的偽證意圖才會達「實際認知」的程度？對此，美國聯邦第八巡迴上訴法院曾作出指示。第八巡迴上訴法院強調只有在委託人承認有偽證的情事時，才達到律師應向法院揭露的「明知」(knowing)或「實際認知」(actual knowledge)程度。⁵²⁸法院認為律師在判斷委託人是否有犯下偽證罪的意圖時，必須非常謹慎(extreme caution)，且只有在委託人明確表示有偽證的意圖時，律師向法院揭露委託人秘密資訊的行為才具有正當性。⁵²⁹第二巡迴上訴法院對於「明知」程度的認定亦與第八巡迴上訴法院採取相同的見解，亦即對委託人的偽證意圖有實際的認知(actual knowledge)。⁵³⁰此外，第二巡迴上訴法院更進一步表示，委託人承認其偽證意圖並不足以使得律師向法院揭露之，律師尚須將委託人偽證的意圖與其所知悉的其他資訊相互結合後，顯示確實有偽證的存在時，律師始得向法院揭露。⁵³¹

⁵³²近期美國Wisconsin州最高法院的State v. McDowell案⁵³³中，對Model Rules 第 3.3 條中的「明知」程度作了與上述法院相同的認定。Wisconsin最高法院認為辯護律師對委託人偽證意圖的「明知」程度必須建構在委託人向律師清楚、直接的承認有為不實陳述之意圖，始足當之。⁵³⁴

⁵²⁷ See Wilcox v. Johnson, 555 F.2d 115 (3d Cir. 1977)

⁵²⁸ 857 F.2d 436, 445 (stating "... a clear expression of intent to commit perjury is required before an attorney can reveal client confidences.") (8th Cir. 1988).

⁵²⁹ United States v. Long, 857 F.2d 445, 447. (8th Cir. 1988).

⁵³⁰ Doe v. Fed. Grievance Comm., 847 F.2d 57 (2d Cir. 1988).

⁵³¹ *Id.* at 63.

⁵³² "...information s clearly established when the client acknowledges to the attorney that he has perpetrated a fraud upon a tribunal." Doe v. Fed. Grievance Comm., 847 F.2d 62 (2d Cir. 1988).

⁵³³ State v. McDowell, 681 N.W.2d 500 (Wis. 2004).

⁵³⁴ State v. McDowell, 514 N.W.2d 500 (Wis. 2004). "... the client's expressed admission of intent to testify untruthfully", "unambiguously and directly... to the attorney".

綜合上述各法院的見解可發現，就算委託人對案情的陳述前後不一致、漏洞百出，甚至沒有任何其他證據足以證明其陳述為真，律師依然不應斷定其委託人的證詞是虛偽不實的。故從實務上觀之，Model Rules 第 3.3 條對「明知」程度的認定極為嚴格，僅在對委託人的偽證意圖有堅強的事實基礎（firm factual basis）或實際認知（actual knowledge）時，律師才得向法院揭露委託人的偽證情況。設立如此高的門檻，使得律師揭露委託人偽證的義務在實踐上成為不可能，固有論者認為本條之規定形同虛設。⁵³⁵

關於律師的認知程度，某些法院所採取的標準更高。例如在 Shockley v. State⁵³⁶、Com v. Alderman⁵³⁷、U.S. v. Del Carpio-Cotrina⁵³⁸ 案中法院認為律師對當事人偽證意圖的認知需達「無合理懷疑」（beyond reasonable doubt）的程度才得採取進一步的應變行動。在美國的法學評論當中，許多學者認為揭露當事人偽證的問題會嚴重的侵害當事人的利益，也同時破壞律師與當事人間的保密義務，因此律師在面對當事人是否有偽證的意圖時，應達「無合理懷疑」的程度才能向法院揭露。總而言之，律師在面對當事人是否有作偽證的可能時，必須先小心的調查，而不應就自己的臆測及認為當事人有作偽證的可能，也應時時衡量律師的誠實義務與對委託人所負有的保密義務，在具備無合理懷疑的程度下才能夠向法院揭露當事人的偽證情形。

第二項 證據或證言「重要性」的界定

美國律師協會（American Bar Association, ABA）所制訂的 Model Rules 第 3.3(a)(3) 條規定，律師不得故意提交律師明知虛偽的證據。如果律師、當事人或該律師所傳喚的證人在提供某重要證據後，律師進而發現該證據為虛假者，則該律師應當採取合理的補救措施，包括必要情況下就此向法院予以揭露。除了刑事案件中被告的證言以外，律師可以拒絕提交其合理相信其為虛假的證據。其中，條文內的「重要證據」應如何界定，

⁵³⁵ Freedman, *supra* note 14, at 133, 142.

⁵³⁶ See Shockley c. State, 565 A.2d 1373 (Del. 1989)

⁵³⁷ See Com. V. Alderman, 292 Pa. Super. 263, 437 A.2d 36 (1981)

⁵³⁸ See U.S. v. Del Carpio-Cotrina, 733 F. Supp.95 (S.D. Fla. 1990)

證據的「重要性」應如何評斷，將會影響律師適用 3.3 條來處理當事人不實陳述的情況。以下將討論在什麼樣的情況下，虛偽的證據或虛偽的陳述將構成 Model Rules 第 3.3 條的違反。

我國的刑事被告，如在法庭上為虛偽之陳述，基於被告不適格為證人原則，以及不自證己罪原則之實踐，並不受刑法上偽證罪的處罰。然而，司法賦予刑事案件的證人就訴訟案件到案作而證據實陳述其見聞之義務。證人經具結之程序而後為虛偽陳述者，將可能受偽證罪之處罰（我國刑法第 168 條）。然而，不論是我國或美國，對於偽證罪的問題，首先要探求的即是該證人或當事人所為之虛偽陳述是否與案情有重要關係。我國最高法院 29 年台上字 2341 判例中明白揭示：「依刑法第一百六十八條規定證人依法作證時，不需對於案情有重要關係之事項，為虛偽之陳述，始負偽證罪之責，所謂於案情有重要關係之事項，係指該事項之有無，足以影響於裁判之結果者而言。」如此的規定在 Model Rules 當中也有相對應的規範。因此，要界定證據或證詞之「重要性」最實際的方式乃是直接從法院的判決當中去觀察法官在偽證罪的案件當中如何界定證據或證詞之「重要性」。

就美國的法院而言，不同的法院對「重要性」的認定有程度上之差別，但被廣泛採納的標準有四：⁵³⁹

一、該虛偽之證據或陳述其「性質上有使裁判陷於錯誤之危險，足以影響於裁判之結果者。」；

二、「該虛偽之陳述不以與系爭事實直接相關為限，只需法院認為與案件相關且應被列入考慮之事項皆可被認定具有重要性」；

⁵³⁹ See Brian Slipakoff & Roshini Thayaparan, *The Criminal Defense Attorney Facing Prospective Client Perjury*, 15 GEO. J. LEGAL ETHICS 935, 947 (2002).

三、該證據或證言之重要性的認定時點乃是在虛偽陳述之時，而非以後見之明觀察之；

四、該虛偽之證據或陳述是否對案情具有重要關係，是以實際上與案情事實不符者為限。倘該虛偽之證據或陳述為法院已知或可得而知者，亦在此限。

以上四點為美國聯邦法院認定偽證罪的四個要件，Model Rules 當中亦採用類似的判斷標準。

在刑法上對偽證罪的處罰和律師倫理規範當中課予律師誠實義務之規定，背後所要規範的皆係期待透過偽證的處罰以確保司法發現真實的程序不受虛偽證據或虛偽陳述的污染。Model Rules 當中關於律師不得提交其明知為虛偽之證據的規定，主要係為了保持律師的專業不受偽證的破壞，進而影響司法體系的運作。就本條倫理規範的起草者的規範意指而言，其認為律師作為「法庭人員」(officer of the court)，負有避免破壞審判程序正當性的行為的特殊職責。律師做為當事人的辯護人，在審判程序中，有義務為當事人的最大利益為辯護。然而，在保守當事人秘密的同時，亦受到辯護人對法院的誠實義務之限制。因此，雖然在對抗制的訴訟程序下不要求律師積極地對所呈現的法律或系爭案件的證據做出保證，但是律師亦不得讓法院受到律師明知為虛偽的證據或證言的誤導。

第二節 美國法上的應變方式

第一項 勸誡委託人

所有的法院及學者皆同意律師在面對委託人有作偽證的意圖時，首先應試圖加以勸

阻。⁵⁴⁰勸阻委託人不要作偽證包含了告知委託人律師對他的證詞內容有所疑慮，提醒委託人律師對法院負有誠實義務，並使其了解在法庭上作偽證可能帶來的後果。在律師懷疑其委託人準備在法庭上為不實陳述時，為了保護委託人的最大利益，律師應勸誡委託人不要這樣做，不論委託人的陳述究竟真實與否。這樣的原則在Nix v. Whiteside案⁵⁴¹中相當的明確。在該案中，被告計畫向法院表示他是看到死者的手中握有金屬狀的東西，他乃是出於正當防衛才將死者殺死。⁵⁴²然而被告的辯護律師告訴被告他不需要編造出有看到金屬狀的東西的謊言才能主張正當防衛，但如果被告說謊，而在案發現場又沒有發現任何武器，這反而會影響被告被無罪開釋的機會。⁵⁴³由此可知，律師在面對委託人質意在法庭上為不實陳述時，律師首先應警告委託人他的謊言或推託之詞一旦被揭穿了，將對其更加不利。勸誡委託人的作法不僅對委託人有利，且能使律師符合倫理規範中對法院誠實的規定。

藉由勸誡來說服委託人放棄作偽證的意圖，其優點在於這樣的作法絕不會讓不實的陳述在法庭上出現，亦不會使委託人的秘密資訊曝光；⁵⁴⁴但其缺點在於，這樣的作法依然有失敗的可能。律師盡力地勸阻委託人，委託人依然可能堅持要在法庭上作偽證，如此即使得律師被迫回到原點，面對保密義務與誠實義務間的兩難情況。就委託人偽證問題的處理方式，法院及學者皆同意第一步應勸誡委託人不要作偽證，⁵⁴⁵然而若勸誡不成功之後的應對措施則有以下多種作法，但目前尚未形成普遍的共識。

第二項 向法院揭露委託人的偽證意圖

律師無法成功說服委託人不要作偽證時，根據Model Rules第3.3條的可能作法是向

⁵⁴⁰ See e.g., People v. Johnson, 62 Cal. App. 4th 608, 621 (1998) (“All the legal commentators agree that when faced with a client who indicates he will commit perjury, an attorney should first attempt to persuade the client to testify truthfully.”).

⁵⁴¹ 475 U.S. 157 (1986).

⁵⁴² *Id.* at 161.

⁵⁴³ *Id.*

⁵⁴⁴ Johnson, 62 Cal. App. 4th at 621.

⁵⁴⁵ See *id.*

法院揭露委託人的偽證意圖。⁵⁴⁶這樣的做法係認為律師身為有一定職責的法庭人員 (officer of the court)，應向法院揭露對在法庭上可能發生的偽證行為，把訊問與糾正的責任交給法官。⁵⁴⁷直接向法院揭露委託人的偽證意圖的最大好處在於此作法能使法院從中扮演中立仲裁人的角色，來檢視被告究竟有無如辯護律師所稱之偽證情事，以及決定可能接續的作法。⁵⁴⁸辯護律師向法院揭露委託人的偽證意圖後，及交由法官來對該委託人 (被告) 加以訊問，⁵⁴⁹並從中發現真實。⁵⁵⁰

然而，此作法也有其一體兩面的弊病。首先，律師身為法庭人員，有職責向法院通報可能的不法行為，但律師同時也需對委託人負責。⁵⁵¹律師向法院揭露委託人的偽證意圖將造成對律師與委託人間之委任關係不可回復的傷害。⁵⁵²其次，律師不得代表委託人放棄其為自己作證的權利。⁵⁵³由於憲法賦予被告為自己作證的權利，⁵⁵⁴而這裡的情況是律師向法院揭露委託人作偽證的「意圖」，偽證的行為尚未發生，但律師的揭露行為則使委託人喪失了為自己作證的權利。即便律師確信委託人即將在法庭上作為證，但這並不代表委託人憲法上的權利應被剝奪。⁵⁵⁵

第三項 拒絕讓委託人為自己作證

律師面對委託人執意作偽證的另一個作法是拒絕傳委託人上證人席為自己作證。支持此作法的主張是律師有倫理上的義務不參與呈現委託人的偽證，且被告沒有作偽證的

⁵⁴⁶ ABA Comm. on Prof'l Ethics & Grievances, Formal Op. 87-353 (1987) ("It is now mandatory, under Model Rule 3.3(a) and 3.3(b), for a lawyer who know the client has committed perjury, to disclose this knowledge to the tribunal if the lawyer cannot persuade the client to rectify the perjury.").

⁵⁴⁷ Michael Franck, *Letter to the Editor: Response to Lefstein*, 2 GEO. J. LEGAL ETHICS 585, 586-87 (1988).

⁵⁴⁸ *Id.*

⁵⁴⁹ *Id.*

⁵⁵⁰ Marvin E. Frankel, *The Search for Truth: An Umpireal View*, 123 U. PA. L. REV. 1031, 1056 (1975).

⁵⁵¹ FREEDMAN, *supra* note 379, at 131.

⁵⁵² See *Johnson*, 62 Cal. App. 4th at 623-24;

⁵⁵³ FREEDMAN, *supra* note 379, at 131.

⁵⁵⁴ *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44, 51 (1987).

⁵⁵⁵ Slipakoff, *supra* note 539, at 935-36.

權利。⁵⁵⁶此作法的主要爭議是，法院確立被告有憲法上賦予其為自己作證的權利，⁵⁵⁷且在此被告的偽證行為尚未發生，被告有不得被律師侵害的憲法上權利。⁵⁵⁸

拒絕讓當事人出庭作證的應變措施在兩個美國法院的判決當中得到法官的支持。其中一個案件是發生在Nix v. Whiteside案前兩年的United States v. Curtis⁵⁵⁹案，以及後六年的Stephenson v. State案⁵⁶⁰。在這兩個案件當中，律師面對當事人作偽證的情形而拒絕讓當事人出庭作證，而法院也對律師的作法表示贊同。在Stephenson案中，被告被控走私古柯鹼，該被告的辯護人也聲稱他的當事人向他承認在他後車廂所發現的古柯鹼確實是他的。之後該被告同意認罪協商，但卻在開庭的前一天又反悔，且向法院要求要更換辯護人。法院審理之後發現被告聲請更換辯護人的原因竟是因為他想要在法庭上作偽證。之後這個案件進入法庭，該被告的辯護律師不願當事人出庭作證的意願，而執意不傳喚有可能為虛偽陳述的被告出庭。喬治亞上訴法院支持該辯護律師的主張，其中重要的支持論點就是Nix v. Whiteside案中法院認為「刑事被告無權使用虛偽的證據」一說。⁵⁶¹

而Curtis案的情況與Stephenson案相當雷同。Curtis案中，被告向他的辯護律師坦承犯行，並要求他的律師協助提供能夠證明他無罪的證據（在本案中為被告的不在場證明）。然而這位辯護律師因為擔心該被告出庭作證可能會有作偽證之危險，因此並沒有協助提供被告的不在場證明，也沒有傳喚被告出庭作證。

儘管美國第七巡迴法上訴院對Curtis案的判決是在Nix案之前，法院認為被告享有受憲法保障的出庭作證的權利，且不受辯護律師之意思左右。但在Curtis案中，法院也明白表示被告出庭作證的權利僅止於真實的證言，而不包括虛偽的證言。故，在法院的

⁵⁵⁶ See *Johnson*, 62 Cal. App. 4th at 629 (“Fully cooperating with the defendant's testimony and refusing to present the defendant's testimony ... involves no accommodation of the conflicting interests; it gives no consideration to the attorneys ethical obligations”).

⁵⁵⁷ *Rock*, 483 U.S. at 51.

⁵⁵⁸ *Slipakoff*, *supra* note 539, at 949-50.

⁵⁵⁹ 742 F.3d 1070 (7th Cir. 1984)

⁵⁶⁰ 424 S.E.2d 816 (Ga. Ct. App.1992)

⁵⁶¹ See *Stephenson v. State*, 424 S.E.2d 816, 818 (Ga. Ct. App.1992)

證據聽證會後，被告確實向他的辯護律師坦承犯行，且律師相信該被告將在證人席上作偽證而拒絕讓被告作證，並不能因而認為律師有違背被告憲法上權利的情形。

第四項 使委託人以敘述性的方式作證

第四種面對委託人偽證意圖的處理方式是使委託人以敘述性方式陳述證詞。Model Rules 第 3.3 條的註釋中指出，若辯護律師不願意退出代理或更換律師的動議遭到法院駁回的情況下，律師則可讓委託人以敘述性的方式陳述，亦即律師摒棄一般一問一答的方式詰問委託人，而是單純詢問委託人的姓名，指引對方用敘述性的方式來陳述他的見聞；在結辯的階段，律師也不以委託人的陳述為主張。採用這樣的手段時，辯護律師並非完全置身於訴訟程序之外，被告的辯護律師還是必須出庭，面對交互詰問時還是有聲明異議的權利，只是當自己的委託人作證時，採行較為被動的姿態，讓委託人以敘述性的方式陳述自己的所見所聞。

敘述性陳述的方法被視為是眾多處理委託人虛偽陳述問題中最恰當的方法，因為敘述性的陳述依然能夠保有被告作證的權利，但律師不需直接參與被告作證的過程，因此不會產生律師倫理上的疑慮。

然而，學術界及實務界人士對敘述性的陳述方式褒貶不一。推崇此作法的主要論者為Norman Lefstein教授。⁵⁶²Lefstein教授認為此作法能夠有效減輕律師錯誤認定被告有作偽證的意圖時可能對被告造成的負面衝擊。⁵⁶³命委託人以敘述性的方式作證能夠保障憲法上賦予被告為自己作證的權利，不會因為律師遵守倫理規範而被不當侵害。再者，此作法亦能符合倫理規範要求律師不得提交不實證據的規定。由於律師並沒有參與委託人的作證過程，因此不是積極地向法院呈現委託人的不實證言，故能有效的保護律師免於

⁵⁶² Norman Lefstein, *Client Perjury in Criminal Cases: Still in Search of an Answer*, 1 GEO. J. LEGAL ETHICS 521, 551(1988).

⁵⁶³ *Id.*

成為當事人偽證罪的幫助犯。⁵⁶⁴最後，Lefstein教授亦認為敘述性的陳述方式能夠有效遏止委託人作偽證的情形，因為當委託人得知他將不會得到辯護人的幫助，而需獨自以敘述的方式作證，他可能會決定乾脆不要作證了。⁵⁶⁵反之，若委託人選擇以敘述性方式作證，則律師與委託人間的信賴關係亦可受到保障。⁵⁶⁶目前有許多法院採取這種作法。⁵⁶⁷

美國法院支持敘述性陳述方式的作法乃是有鑑於訴訟當事人自主性的保障。前述律師拒絕讓身為被告的委託人出庭作證的方法在People v. Johnson案中被加州上訴法院駁回⁵⁶⁸。在Johnson案中，上訴法院認為律師因為擔心被告在法庭上可能作偽證而拒絕讓被告上證人席作證的情形是不恰當的。加州上訴法院的見解有四：一、律師的角色錯置：律師應扮演被告辯護人，而非檢驗被告證言可信度的法官；二、被告辯護律師的決定過早，因為被告隨時有可能改變心意而為真實之陳述；三、律師如此的決定應經過迷你法庭(mini trial)的程序，讓律師在法官面前證明委託人確實有作偽證的意圖；四、律師拒絕讓委託人作證將完全剝奪被告為自己作證的權利。⁵⁶⁹

在Johnson的案子當中，法院高度強調訴訟當事人的自主權，認為是否要作證的決定權應屬於當事人，而非當事人的辯護律師。法院也認為被告從未站上證人席，以致於沒有機會實際面對司法賦予他真實陳述的義務。聯邦證據法則第 603 條規定，證人必須宣誓他們會真實地陳述。⁵⁷⁰證人宣誓的效果是試圖透過宣誓來「喚醒證人的良心」，讓證人瞭解這個場合的重要性。此時，以敘述性方法陳述證詞是很好的解決之道。敘述性陳述一方面可以保護被告的作證權，另一方面也降低辯護人參與被告作證程序的程度。

雖然敘述性陳述方法，是處理當事人偽證罪可行的方法，但卻同樣受到學者的質

⁵⁶⁴ *Id.*

⁵⁶⁵ Lefstein, Norman, *supra* note 562, at 546.

⁵⁶⁶ *Id.*

⁵⁶⁷ See *Johnson*, 62 Cal. App. 4th at 608; *State v. Waggoner*, 864 P.2d 162 (Ct. App. Idaho 1993).

⁵⁶⁸ See *People v. Johnson*, 72 Cal. Rptr. 2d 805 (1998).

⁵⁶⁹ *Id.* at 813.

⁵⁷⁰ See Fed. R. Evid. 603.

疑。有論者認為辯護律師為遵守Model Rules 第 3.3 條的規定而使委託人於證人席上以敘述性的方式作證，比直接向法院揭露委託人偽證的意圖對委託人造成的不利益更為嚴重。⁵⁷¹ 律師藉由不參與委託人作證的過程與刻意在結辯時忽略委託人之證詞的作法，其實等同於直接向陪審團宣告其委託人的罪行，造成「用敘述性方法作證就是在說謊」的先入為主的偏見，⁵⁷² 同時也降低了該被告之證言的可信度。⁵⁷³

敘述性陳述的作證方式的合適性其實在實務界備受質疑，此方法在 1979 年版的 ABA Standard Relating to the Defense Function 中被刪除，在 1983 年版的 Model Rules 第 3.3 條註釋 9 中，美國律師協會亦明確表示不支持律師使委託人以敘述的方式作證。⁵⁷⁴ 美國律師協會認為，敘述性的作證方法雖然免除了律師向法院提交不實證據的責任，但律師卻因此間接的揭露了對委託人不利的資訊。⁵⁷⁵ 然而，即便如此，敘述性陳述的作證方法依然不乏其擁護者，美國麻州與華盛頓特區的 Model Rules 第 3.3 條以及某些法院判決中依然認同此種作法。⁵⁷⁶

第五項 退出代理

根據 Model Rules 第 3.3 條的規定，律師在面對委託人的偽證情形時得終止委任歸系，退出代理。⁵⁷⁷ 在美國律師協會的道德委員會做出的 Informal Opinion 1314 中表示，

⁵⁷¹ “This ‘remedial measure’ of the narrative method is worse than revealing the information to the judge alone...” Freedman, *supra* note 14, at 150.

⁵⁷² See, e.g., *People v. Gomez*, 761 N.Y. S. 2d 156 (App. Div. 1st Dept. 2003).

⁵⁷³ See, e.g. 761 N.Y. S. 2d 156.

⁵⁷⁴ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 9 (1983) (stating, “Three resolutions of this dilemma have been proposed. One is to permit the accused to testify by a narrative without guidance through the lawyer's questioning. This compromises both contending principles; it exempts the lawyer from the duty to disclose false evidence but subjects the client to an implicit disclosure of information imparted to counsel. Another suggested resolution, of relatively recent origin, is that the advocate be entirely excused from the duty to reveal perjury if the perjury is that of the client. This is a coherent solution but makes the advocate a knowing instrument of perjury.”)

⁵⁷⁵ *Id.* “it exempts the lawyer from the duty to disclose false evidence but subjects the client to an implicit disclosure of information imparted to counsel.”

⁵⁷⁶ See *Johnson*, 62 Cal. App. 4th at 608; *State v. Waggoner*, 864 P.2d 162 (Ct. App. Idaho 1993).

⁵⁷⁷ *Supra* note 198.

當律師的委託人表示有在法庭上作偽證的意圖時，律師應採取適當的應變措施。⁵⁷⁸此時律師應在委託人於法庭上作偽證前與委託人終止委任關係、退出代理；倘若律師決定繼續代理委託人，而委託人又執意要做偽證時，律師必須向法官揭露委託人的偽證意圖或偽證的行為。⁵⁷⁹然而律師從所代理的案件中退出之前，現行的法律要求律師必須得到法院的批准或者對法院進行通知。法院可能要求律師對為何要退出代理做出解釋，但基於律師與委託人之間的委任關係，律師又對構成退出代理的事實負有保密義務。這樣的義務衝突了產生一個棘手的問題：律師到底應該向法院透露多少？

就退出代理的時間點而言，若辯護律師在委託人步上證人席的前一刻表示欲退出代理，則該律師的行為就等於告訴法院他的委託人有計畫要說謊。這樣的情形從實務面來看，也的確會對認定事實者帶來不良的印象。反之，若律師是早在委託人出庭作證的前幾週通知法院要退出代理，則為委託人所帶來的負面效果可能較不顯著。在美國律師協會的Model Rules的註釋中提到，如果退出代理沒有受到允許，或者不能抵銷虛偽證據的效果，辯護人必須向法院進行為補救這種情況所合理必須的揭露，即使這麼做要求律師揭露本應受第 1.6 條規定所保護的資訊。⁵⁸⁰

律師退出代理的作法除了會產生委託人的秘密被揭露的危機，單純就律師退出代理的行為而言，律師不願意繼續代理他的委託人，幾乎等於直接向外界宣告「我的委託人將會在法庭上作偽證」。甚至只是向法院請求退出代理，都可能造成他人負面的聯想，或在法官或陪審團的心中留下不良的印象。雖說犯罪事實的認定必須根據具體的事證，但不可諱言的，律師如此的行為或多或少都可能造成法官或陪審團心證上的偏頗，這對可望公平審判的委託人來說是一大傷害。更嚴重的是，如此的偏見不僅可能存在法官或陪審團認定犯罪事實的過程中，最後更可能影響該委託人的量刑。美國聯邦法院的量刑準則就明文規定：若法院相信被告在證人席上有為虛偽陳述之情事，法官「必須」將該

⁵⁷⁸ ABA Comm. on Ethics & Prof'l Responsibility, Informal Op. 1314 (1965).

⁵⁷⁹ *Id.*

⁵⁸⁰ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 10 (2004)

情事列入量刑之計算。⁵⁸¹

除此之外，亦有論者指出，律師退出代理的作法並無法解決委託人偽證的問題，因為律師僅是把這個倫理上兩難的問題拋給下一個接手為該委託人辯護的律師。⁵⁸²若原本代理的律師對委託人的偽證意圖有所認知，但又藉由退出委任而將這個燙手山芋拋給下一個律師，新的律師亦會身處在同樣倫理困境當中。⁵⁸³故，這個作法曾被批評為一種「鴛鴦心態」--無法有效解決問題的方法。⁵⁸⁴

美國의 法院及評論家為了要防止對法院或陪審團產生對被告的偏見而影響裁判，曾嘗試許多不同的解決方案。其中Marvin E. Frankel法官建議當律師為了要避免參與委託人可能的偽證情形而退出代理時，律師應向法院提出動議並在治安法官(magistrate)非本案審判庭的法官)面前說明欲退出代理的原因。這個獨立的治安法官會聽取律師要退出代理的原因，若該律師無法說服法官，則律師必須繼續代理該委託人，且本案審判庭的法官不會產生對該委託人的偏見。⁵⁸⁵

同樣的情況在科羅拉多洲的最高法院的People v. Schultheis⁵⁸⁶案中，法院提供了一個較簡易的解決方案。科羅拉多洲最高法院認為當律師認為委託人有意作偽證而向法院聲請退出委任時，律師僅需向法院說明與委託人之間產生「無法和解的衝突」(irreconcilable conflict)，而不需明白說明他的行為乃是受「執業倫理規範」第 3.3 條關於律師對法院的誠實義務的規範，而必須退出委任。

但很不幸地，最後實務證明上述的方案都無法避免產生對委託人的偏見。因為上述的方案都無法完全避免律師向法院透露委託人可能作偽證的情況，而只是改變律師向法

⁵⁸¹ See U.S. Sentencing Guidelines Manual §3C1.1 (2006).

⁵⁸² Lefstein, *supra* note 562, at 550.

⁵⁸³ *Id.*

⁵⁸⁴ See People v. Johnson, 62 Cal App. 4th 608, 623 (1998).

⁵⁸⁵ Frankel, *supra* note 9, at 40-41(citing Carol T. Rieger, *Client Perjury: A Proposed Resolution of the Constitutional and Ethical Issues*, 70 MINN. L. REV. 121, 149(1985)).

⁵⁸⁶ People v. Ramos, 708 P.2d 1347, 1352 (Colo. 1985).

院陳述的模式而已。Frankel的建議是有瑕疵的，因為只要律師到法院聲請退出委任時，不管是向哪位法官陳述，都暗示了該律師相信他的委託人有作偽證的可能。⁵⁸⁷同樣地，Shultheis案件中法院的見解，當律師提出退出委任的動議，但不需明確說明是根據什麼規定，這本身就是一個不實陳述且可能構成偽證罪。

第六項 交由非本案法官裁定

美國學者對委託人的偽證問題所提出的另一種可能的作法是交由非本案的法官來判斷該委託人是否真的有作偽證的意圖。當辯護律師確信委託人有作偽證的意圖時，或律師認為委託人將在法庭上作偽證，而委託人堅持沒有，雙方僵持不下的情況時，律師應向法院提出暫停訴訟程序，並向非本案的法官進行單方、不公開的說明，⁵⁸⁸由非本案的法官來判斷該委託人是否確實有作偽證的意圖。倘若法官認定律師指控委託人的偽證意圖並不存在，則律師在接下來的審判期間內可自由地向法官呈現委託人的證據與說法，而不會受到懲戒。而在反面的情況中，法官就律師所提出的證據認定委託人確實有作偽證的意圖時，律師則得退出委任。⁵⁸⁹

這種作法的好處是使律師在處理委託人偽證的問題時能得到法院的支援，而不會形成律師單方面對委託人存有偏見，或錯誤的認定委託人有偽證的意圖而不願給予委託人協助的情況。⁵⁹⁰此外，亦能夠保持本案法官對身為被告之委託人的中立態度，不會因為律師對其委託人的誠實性有所疑慮而連帶產生對被告的偏見。

對於此作法的主要疑慮有二：首先是對於律師將委託人偽證問題交由非本案法官認定的效率問題。由於司法資源有限，僅為了確定委託人是否真的有於法庭上作偽證的意

⁵⁸⁷ See Gerald L. Shargel, *Federal Evidence Rule 608(B): Gateway to the Minefield of Witness Preparation*, 76 *FORDHAM L. REV.* 1263, 1280-82 (2007).

⁵⁸⁸ 亦即 *ex parte*, *in camera* hearing。

⁵⁸⁹ Frankel, *supra* note 9, at 41.

⁵⁹⁰ *Butler v. U. S.* 414 A.2d 844, 853 (1980).

圖而要求舉行額外的聽證會，並不符合經濟效益。再者，律師在聽證會時向法官揭露委託人的偽證意圖，將對委託人與律師間的信賴基礎造成無可彌補的傷害，使得律師無法有效履行接下來的訴訟程序。此外，在這樣的迷你審（mini-trial）⁵⁹¹中，由於原本代理委託人的律師成為指控的一方，該被控有偽證意圖的委託人因而陷入沒有受律師的代理的窘境，將無律師為他被指控的事項做出辯駁，⁵⁹²如此一被告受律師有效代理之憲法上的權利就有被侵害之虞。

第七項 對委託人的偽證意圖採取「不作為」(Do Nothing Approach)

與向法院揭露委託人的偽證意圖相反的另一種作法是律師對委託人的偽證意圖的不作為，亦即律師選擇什麼也不做。在這樣的作法下，律師並不對委託人可能的虛偽證言做不同的對待，而將其視為案件的證據之一，與其他的證據並無二致。此應對作法的主要支持者是Freedman教授，他表示這是面對委託人偽證問題唯一合憲的作法。⁵⁹³

Freedman教授藉由闡釋美國律師協會的Formal Opinion 87-353，指出美國律師協會倫理委員會允許律師以不致於向法院洩漏委託人偽證意圖的方式進行接下來的訴訟程序，而唯一可得到此目的方法就是以一般普通的方法向法院呈現委託人的證詞。⁵⁹⁴

⁵⁹¹ 或稱「精簡型審判」、「試審法庭」。根據 Black's Law Dictionary (8th ed. 2004)對 mini trial 的定義：minitrial is a private, voluntary, and informal form of dispute resolution in which each party's attorney presents an abbreviated version of its case to a neutral third party and to the opponent's representatives, who have settlement authority. The third party may render an advisory opinion on the anticipated outcome of litigation. "The idea behind the minitrial is that the parties can resolve a dispute on their own more efficiently if litigant representatives with settling authority are educated about the strengths and weaknesses of each side, giving summary presentations of their best cases under the eye of a jointly selected neutral advisor. After each case is presented, the parties meet privately to negotiate an agreement. The minitrial is confidential and nonbinding. Usually, no transcript is made of the proceeding. Minitrials have had some success in saving both time and money." Alfred C. Aman Jr. & William T. Mayton, *Administrative Law* 291 (2d ed. 2001).

⁵⁹² *Johnson*, 62 Cal. App. 4th at 629 ("A hearing ... could result in the attorney testifying against the client..."); H. Richard Uviller, *The Advocate, the Truth, and Judicial Hackles: A Reaction to Judge Frankel's Idea*, 123 U. PA. L. REV. 1067, 1073-74 (1975) ("To convert the defendant's only champion into yet another member of the state's legions seems an unnecessary and offensive step.")

⁵⁹³ Slipakoff, *supra* note 539, at 937-42.

⁵⁹⁴ FREEDMAN, *supra* note 379, at 129; See also Monroe H. Freedman, *Judge Frankel's Search for Truth*, 123 U. PA. L. REV. 1060 (1975).

倘若律師對委託人可能的偽證證詞採取與其他證據不同的處理方法或呈現方法，都可能對委託人帶來不利的影響。⁵⁹⁵此作法著眼於保障被告的憲法權利，憲法賦予被告為自己作證、不自證己罪、由律師協助辯護的權利應優先受到保障。再者，在此情況中，委託人僅有作偽證的「意圖」，偽證的行為尚未發生，因此被告上述的權利更應該被堅固。⁵⁹⁶

反對此作法最重要的主張是被告雖有由律師協助辯護的權利，但被告並沒有作偽證的權利，⁵⁹⁷如同法院在Nix案中所表示的：「不論憲法上所賦予作證的權利其範圍為何，很基本的，此權利並不包括作偽證的權利。」⁵⁹⁸此外，論者認為，律師為了要避開倫理上的兩難情況，會刻意對委託人可能的不法意圖保持距離，因而引發「選擇性無知」⁵⁹⁹⁶⁰⁰的負面效應。雖然律師可以說因為他不清楚委託人是否有偽證的意圖以合理化自己的不作為，卻無法符合律師倫理規範對於律師誠實義務的要求，⁶⁰¹因而否決Freedman教授提出的作法的正當性。⁶⁰²

以上為美國實務及學說上所發展出來處理委託人偽證問題的應對措施。從這些作法中可看出一個共通點，亦即律師應儘量不讓陪審團被其明知是虛偽的證據所矇蔽，但同時要避免陪審團及法官因此對自己的委託人產生偏見。本文將於以下的實證研究中以上述美國的各種作法為模型，邀請受訪者評估各種作法在我國實行的可能性，試圖從受訪者的經驗中歸納出我國律師在面對委託人為不實陳述或提交不實證據時的應對措施。

⁵⁹⁵ *Id.* at 139.

⁵⁹⁶ Risa B. Lischkoff, *Recent Decisions on Citing Authorities to Courts: Model Rule 3.3(a)(3) of the Model Rules of Professional Conduct*, 19 J. LEGAL PROF. 315 (1995).

⁵⁹⁷ See *Nix*, 475 U.S. at 173; see also Lefstein, *supra* note 562, at 523-24 (“Yet the ethical duty of confidentiality, like the evidentiary attorney-client privilege, does not extend to the client’s intention to commit a crime ... lawyers should not have any duty to protect clients who reveal intentions to commit crimes”).

⁵⁹⁸ *Nix*, 475 U.S. at 173.

⁵⁹⁹ Lefstein, *supra* note 562, at 538.

⁶⁰⁰ 關於「選擇性無知」的介紹，可參考本文，頁 102-103。

⁶⁰¹ See, *Johnson*, 62 Cal. App. 4th at 629 (“Fully cooperating with the defendant’s testimony and refusing to present the defendant’s testimony...involves no accommodation of the conflicting interests; it gives no consideration to the attorney’s ethical obligations...”).

⁶⁰² See Frankel, *supra* note 550, at 1056.

第七章 實證研究資料分析

第一節 深度訪談

第一項 訪談對象之資格限制與抽樣原則

由本文前述對於美國法上針對委託人偽證問題的探討可知，委託人意圖在法庭上為不實陳述或提交不實證據，確實會使律師陷入倫理上的兩難情況，此時律師必須選擇究竟要謹守對委託人的忠實義務與保密義務，隱瞞委託人在法庭上為不實陳述的情況，抑或要履行對法院的誠實義務，向法院揭露委託人的不法意圖。對於這個問題，美國法上有相當豐富的討論，實務上亦發展出來相當多的應對措施。我國的律師法與律師倫理規範對律師的保密義務與真實義務做了類似的規定。可想而知的，律師在職業的過程中必然會碰到究竟要受委託人的意思拘束而在法庭上作出不實主張或抗辯，抑或要秉持身為法律專業人士的良知，拒絕向法院呈現不實抗辯或證據的情況。然而我國針對律師的保密義務與真實義務可能產生之衝突的討論非常稀少，實務上亦缺乏相關的判例，因此本文希望透過深度的訪談，來了解實務上律師在面對委託人意圖提交不實證據或為不實抗辯時，律師實際上採取以及可採取的應變作法。此外，亦期望透過深度的訪談來釐清我國目前律師真實義務的範圍與界線，以補充我國學說及實務在這個議題上討論的缺乏。

由於律師的保密義務與真實義務之衝突大多出現在訴訟程序當中，法庭上訴訟活動由法官、檢察官、被告及其辯護律師三方共同參與，因此要了解身為被告辯護人的律師應如何面對委託人意圖為不實陳述或提交不實證據，以及被告或辯護律師在偵查庭或法庭上不誠實的行為是否會影響檢察官或法官對被告的心證或量刑，就必須從法官、檢察官、律師的立場與角度切入，彙整三方的見解以釐清刑事案件中律師真實義務的範圍與界線。

深度訪談的問題主要分成三個主軸。首先，訪談從法官、檢察官與律師三方在實務

上的經驗來了解被告在法庭或偵查庭試圖混淆偵辦方向、為不實陳述或提交不實證據，是否會影響法官量刑或檢察官求刑的輕重。若答案是肯定的，即表示辯護人有積極處理委託人在偵查庭或法庭上的不誠實行為的實益。第二，從法官、檢察官、律師的實務經驗了解刑事案件中的辯護律師在面對委託人意圖為不實抗辯或提交不實證據時，律師採取的應對措施。此部分以訴訟程序中可能發生的四種倫理衝突的情狀來請受訪者分享自己的實務經驗，包括：一、委託人堅持律師應以其不實陳述為主張或提交不實證據；二、訴訟程序開始後，律師進而發現委託人所述不實；三、被告所傳喚的證人在作證或提供證據後，律師進而發現證人所述不實或提交不實證物；四、律師事前不知被告教唆證人作偽證，而在交互詰問證人的過程中才發現偽證的情事。第三，以前述美國法發展出來處理委託人偽證問題的作法為模型，邀請受訪者評估各種作法在我國實行的可能性，試圖從受訪者的經驗中歸納出我國律師在面對委託人為不實陳述或提交不實證據時的應對措施。

為回答前述問題，本文邀請共六位有多年實務經驗的法官、檢察官及律師接受訪談。抽樣策略部分，本文採取的並非廣泛的隨機或或然率取樣⁶⁰³，而採取立意取樣。⁶⁰⁴立意取樣的方法能夠幫助研究者從可確知的小規模群體或個人中獲知有關現象的資訊。依筆者的判斷來選取能夠符合研究目的、具有豐富資訊的資料提供者來接受訪問。基於立意取樣方法，本文對受訪者的採取最大變異取樣，有目的的選取能獲得某個面向之變異性的最大範圍個案。記錄因不同條件而產生的獨特或不同之變異性，進而辨識涵

⁶⁰³ 隨機抽樣 (Random Sampling) 係指由欲研究的母體中，以隨機方法抽取出除以代表母體的樣本。樣本規模母群體之函數，並在一定的抽樣標準下達到期待之信賴水準。一個隨機且具代表性的樣本，能夠允許研究結果從一個樣本類歸道教大的母群體上。以或然率為基礎的隨機取樣之目的，是為了能夠將結果從樣本類歸到母群體，以及控制選擇性誤差。隨機抽樣有兩個好處，首先他可以確保樣本的代表性，不需擔心因為具有任一特質而產生的偏差甚至混淆整個主題。其二，經由一個控制得宜的統計過程，也可以略為說明抽樣結果與母體特質差異有多大。詳見 Andrew F. Siegel 著，萬淑美等譯，實用統計學，頁 319-68 (2003)；Michael Quinn Patton 著，吳芝儀等譯，質性研究與評鑑 (上)，頁 259 (2008)。

⁶⁰⁴ 立意取樣 (purposely sampling) 有時被稱為目的 (purposive) 或判斷 (judgment) 取樣，係指有目的的選取資料豐富之個案 (information-rich cases) 進行深度研究。資料豐富之個案係指這些樣本中，有大量對研究目的相當重要的資訊，因此是有目的的取樣。選擇資訊豐富之個案，有許多不同策略，每一項策略均可達成其特定的研究目的。特定類型及選取之個案數目選取於研究目的和資源並無一定數量上限制。Michael Quinn Patton，同前註，頁 259、276。

蓋變異性的重要共通組型。⁶⁰⁵在取樣上本文不僅只選取律師倫理規範的主體——律師來接受研究，亦選取訴訟活動中另外兩個重要的主體——法官、檢察官的族群來進行研究。希望透過訴訟活動三方所扮演之不同角色對律師倫理的不同見解，發現彼此間的差異性及獨特性，並從選取的樣本中尋找共有的重要組型，從異質性中擷取相關議題的顯著意義。⁶⁰⁶

第二項 訪談資料處理與受訪者之基本資料

擬定訪談策略後，筆者即透過指導教授及親友的介紹，開始尋找並邀約合適的對象接受訪談。本文的實證研究以半結構式的深入訪談進行，筆者利用較寬廣的研究問題作為訪談的依據，導引訪談的進行。在訪談前依照前述的訪談方向設計訪談指引（interview guide），做為訪談的架構。訪談指引的內容與研究問題相符，但不拘泥問題的用字及順序。訪談過程中採取較具彈性的方式進行，讓受訪者自由地就自己的經驗發表個人見解，並從受訪者的回答中就與研究目的相符的內容作進一步的詢問，以真實呈現受訪者就各議題的實際經驗與感受。

受訪者的受訪時間約一個小時，在事前徵得受訪者的同意之下將訪談內容錄音存留，並在訪談過程中輔以重點文字記錄。進行深度訪談完畢後，將訪談內容逐字謄寫成逐字稿，除刪除明顯的錯誤與語氣用詞外，完全忠於受訪者的原意。接下來，研讀訪談內容的逐字稿，就受訪者回答內容浮現出來的概念做進一步的整理與分類做出一下的分析，並分析中節錄受訪者的發言內容。

本文以代號 J1、J2 代表受訪的法官，L1、L2 代表受訪的律師，以及 P1、P2 代表受訪的檢察官，下表為受訪者的基本資料：

⁶⁰⁵ 同前註，頁 276。

⁶⁰⁶ 同前註，頁 264-65。

受訪者編號	性別	職業	工作年資
J1	女	法官	8 年
J2	男	法官	14 年
L1	女	律師	13 年
L2	女	律師	13 年
P1	女	檢察官	11 年
P2	女	檢察官	5 年

第三項 訪談資料分析

一、 刑事被告在法庭上為不實陳述將影響法官量刑

實務上，刑事訴訟案件中的承審法官確實會以被告在法庭上的態度、表現作為日後量刑的依據。雖然刑事訴訟法為保障被告之防禦權，尊重其陳述之自由，包括消極不陳述與積極陳述之自由，而賦予保持緘默之權，以及無需違背自己之意思而為陳述之權。此外，被告尚得行使辨明權，以辨明犯罪嫌疑，並就辨明事項之始末連續陳述；於審判期日調查證據完畢後，更得就辨明事項及法律辯論之。此等基於保障被告防禦權而設之陳述自由、辨明及辯解（辯護）權，既係被告依法所享有基本訴訟權利之一。然而被告若在法庭上矢口否認犯行，或要求調查不存在或與案件無關的證據，試圖混淆視聽、拖延訴訟，實證訪談結果顯示法官會傾向認為被告對其犯行並無悔意，將以此作為判斷被告犯後態度是否良好的依據，而被告所浪費的司法資源也將適度地反應在法官對被告的量刑上。

就上述的議題，我國最高法院曾於 98 年度及 99 年度的判決中表示意見。98 年度台上字第四三一二號判決認為法官不得以被告在庭上陳述或辯解的內容與法官認定之事實有所歧異或相反，而給予負面評價，或作為課予較重刑度的依據。98 年度台上字第四三一二號判決指出，「科行判決時，對刑之量定，固應以被告之責任為基礎，本於比例、

平等及罪刑相當等原則，並審酌刑法第五十七條所列各款情狀為輕重之標準，然其中同條第十款所稱犯罪後之態度，係指被告犯罪後，因悔悟而立謀恢復原狀，或與被害人和解，賠償損害等情況而言，應不包括被告基於防禦權之行使而自由陳述、辯明或辯解（辯護）時之態度。是自不得因被告否認或抗辯之內容與法院依職權認定之事時有所其抑或相反，即予負面評價，逕認其犯罪後之態度不佳，而採為量刑畸重標準之一。」⁶⁰⁷而在 99 年度台上字第二七四 0 號判決中，最高法院再度確立以被告基於防禦權行使之陳述、辯解內容，與法院依職權認定之事實有所歧異或相反，及給予負面的評價，逕認被告犯罪後之態度不佳，而採為量刑之標準。但最高法院卻進一步表示：「被告於犯後有無悔悟，就屬犯罪後態度之範疇，並常由其犯罪後是否坦誠犯行，而為客觀的情狀呈現，及非不得據為判斷犯後態度是否良好依據之一。則事實審法院以被告犯後有無坦誠犯行列為量刑審酌事項之一，要無不可。」⁶⁰⁸由上可知，法院雖不得以被告在法庭上陳述、辯解的內容，與法院所認定之事實有所歧異而給予負面評價，然而被告有無悔悟係屬犯後態度的範疇，確實可用以作為判斷被告犯後態度是否良好的依據。如被告不願坦誠犯行，且執意要求法院調查明知不存在或與案件無關之證據，試圖混淆視聽，則顯示被告對其犯行並無悔悟，法官可據此作為量刑的標準之一。

依本文訪談結果顯示，刑事案件事實審法官確實會以被告在法庭上的表現作為判斷和犯後態度是否良好的依據之一。倘若被告在法庭上矢口否認犯行、說謊、要求法院調查明知不存在或與本案無關之證據，試圖混淆視聽、拖延訴訟、浪費訴訟資源，法官將據此認為被告犯罪後並無悔悟，而依刑法第 57 條第 10 款科與被告較重之刑度。

「被告個人若選擇了他要去做浪費訴訟資源，去調查一些無意義的東西，來證明他真的沒犯罪，這是他的選擇，那他浪費的這些訴訟資源，在法院的角度看起來，我們是會在刑度的方面作適度的反應。我自己在判的話，準備程序一開

⁶⁰⁷ 九十八年度台上字第四三一二號判決。

⁶⁰⁸ 九十九年度台上字第二七四 0 號判決。

始的時候，我會先問被告，如果他答辯的內容實在是太荒謬、太扯了，我就會跟他講說你自己斟酌，你自己斟酌我們每次開庭，耗費的訴訟資源的成本，或算在你的刑度上，你就必須多關兩個月，去工廠做苦工，來還給訴訟大眾。」⁶⁰⁹

「如採 98 年的見解會出現什麼問題？所有被告就先否認再說啊！法官不能用我否認犯行來作為我犯後態度來衡量啊！那每個被告到法院都會先否認犯行啊！我覺得這樣從人性的角度來看也沒有勸人為善啊！從國家司法資源來看，也會覺得浪費司法資源啊！所以被告答辯的內容，一直否認犯罪，最後與法官所認定的事實不一樣，能不能作為量刑的參考？最高法院曾經出現不同的見解，我的看法認為可以，那樣才能對坦誠犯行的人做點交代吧！」⁶¹⁰

此外，不僅被告在法庭上的不實陳述會影響法官的量刑，刑事案件中的嫌疑人在接受檢察官調查的階段，也會因為對檢察官調查之事項為不實陳述、混淆檢察官辦案方向，或要求檢察官調查其明知不存在之證據等，而影響檢察官求刑的決定，例如是否要加重求刑，或取消向法院請求緩刑或給予被告職權處分的決定。

「就檢察官來講，確實我在求刑的時候，會因為他(被告)的態度，讓我在求刑的時候求的比較重一點，而且會影響到我會不會給他求緩刑，或我要不要給他做職權處分。……我會覺得他浪費了很多司法資源，也許說他可能會說他需要你調監視錄影帶，他說他沒有出現在裡面，讓大家花了很多精神去調監視錄影帶或傳證人來，但最後他才承認他是說謊的，或是說他還是不願意承認，但是我覺得就司法資源來講的話，確實應該要給他科予比較重的刑度，否則坦誠的人反而受到的刑度跟一個浪費司法資源的刑度，⁶¹¹這是第一點；第二點是，一個人否認的時候，你大概就可以知道，他其實並沒有真心想要悔改，所以我覺得

⁶⁰⁹ J1 受訪者訪談資料。

⁶¹⁰ J2 受訪者訪談資料。

⁶¹¹ 受訪者意指坦誠的人受到的刑度反而比浪費司法資源的人的刑度來得更重，或兩者得到相同的刑度。

這應該反應在他的刑度上。」⁶¹²

「這一定會影響。就法條來看，是犯後態度的問題；就訴訟成本來看，這是浪費司法資源，所以不管怎麼樣，他（說謊的被告）就是要比誠實的被告多付出一點代價。像我之前在公訴組的時候，我就曾經跟律師說你的被告說謊，所以我們要求重刑，要比我們之前求的刑加多幾個月這樣子，那律師就會站起來說：『不是啊！我們不自證己罪啊！為什麼要我們說實話呢？』那我就會說：『不對，不自證己罪是說你可以不講話，這是你的緘默權，可是不表示你可以說謊話。你說謊話我們訴訟成本增加。第二，你又對自白、誠實的人是不公平的。』對於求刑是一定有影響，會看當時的情況和作偽證的程度來加重求刑。」⁶¹³

綜合最高法院的見解以及訪談的資料，本文認為代理刑事被告的辯護律師對於被告意圖在法庭上為不實陳述或提交不實證物的情況必須採取積極處理的態度。基於律師的職責所在，律師必須誠實、客觀地為委託人分析法律上的利弊關係，積極地保護委託人的最大利益。雖然委託人並不需違背自己意思而為陳述，甚至有說謊的權利，但在檢方所提出之證據對其極度不利，或法官的態度已明確顯示對被告在法庭上的陳述有所疑慮，委託人卻仍意圖在法庭上矢口否認犯行或申請調查顯無意義的證據，此時律師應向委託人分析利弊，甚至加以勸阻，才不會讓委託人在缺乏相關知識的情況下，自陷不利於己的情況而不自知。

二、實務上辯護律師如何面對不誠實之委託人

訪談資料顯示，受訪的法官認為我國刑事訴訟法本規定被告有不自證己罪的權利，且有不違背自己意思陳述的權利，因此被告在法庭上說謊本是相當常見。律師與被告之委任關係一旦成立後，律師在訴訟中作為被告之辯護人，應立於提供專業法律意見的地

⁶¹² P1 受訪者訪談資料。

⁶¹³ P2 受訪者訪談資料。

位給予委託人法律上的諮詢與保護，且應忠實於自己的委託人，並為其最大利益辯護，不應任意的去懷疑被告的說法，把攻擊被告陳述與認定被告自白真假的職責交由檢察官與法官。訴訟的三方各司其職，訴訟的三角架構才能健全運作。

「被告在法庭上為不實陳述的情況非常常見。但被告有說謊的權利，因法律規定不違背自己意思為陳述，依照人的本性來講，人在碰到對自己不利的處境來講、檢察官偵察起訴，被告會認為自己陷於在法律上較不利的狀態，所以一定會維護自己，而維護自己的人，會催眠自己說他想像的事情是真實的，所以我覺得被告有說謊的權利。被告本來就有不自證己罪的權利，所以他說謊本來就是可以的。反而是要認定事實的人，法官是判斷事實的人，應該要比被告聰明去瞭解被告說的是真的還是假的。所以，被告為不實陳述很正常，他本來就該這樣。」⁶¹⁴

「……在法律上律師只是提供意見的人，他只是立於提供專業法律意見的地位。這個法律上專業意見的判斷，如果是合乎法律規範的，我覺得就律師來講的話，就不應該苛責他什麼責任。……我不覺得我們必須去規範律師叫律師的當事人只能講真話，我反而倒覺得在刑事案件上，律師可能是跟當事人說你要怎麼講才有可能被判無罪。這是在我們的訴訟制度設計上必然要如此的。如果你把律師設計成說你不能叫當事人說謊喔，那律師去當檢察官就好啦！那要律師幹什麼？」⁶¹⁵

1. 律師於接受委任前應先初步了解案件事實與當事人說法，再決定是否接受委任

站在律師的角度，律師雖然亦同意忠實於受任事件、為當事人的最大利益辯護乃律師最崇高的職責所在，然而當案件的當事人前來與律師洽談委任事宜時，律師會先從與

⁶¹⁴ J1 受訪者訪談資料。

⁶¹⁵ J2 受訪者訪談資料。

當事人的對談中了解案件的事實，並依經驗判斷當事人的說法是否合理，其提出的證據是否屬實，進而才決定是否要接受委任。一般而言，若當事人的說法無法說服律師，律師亦會認為該說法無法說服法官，進而要求當事人如實陳述。若律師發現當事人所提出的證物不實，或懷疑該證物的真實性時，律師亦會對當事人進行勸說，甚至選擇不接受委任。

「律師與被告是委任關係，在一般實務上，在律師決定要不要委任case的時候，跟被告要不要簽委任書的時候，他們會先花個半個小時到一個小時的時間跟被告瞭解他們這個案子的大概事實，被告他們認知的事實是如何。也會看起訴書，看檢察官認定的事實是什麼，他們再去跟被告詳談為什麼兩方的認知會差這個多，然後再決定要不要辯護。」⁶¹⁶

「通常我們一開始在接案子之前，我們會先訪談，訪談過程中會先得知當事人的說詞是否合理。當事人的說法要先能說服我，否則我要怎麼去說服法官？但在訪談過程中若有發現很多東西確實是不實的話，我會跟他說這些東西包也包不住，這個破綻我都看得出來，你覺得法官會看不出來嗎？」⁶¹⁷

「如果我們有某個程度懷疑證物是有偽造的情況，這一類的案子我們就不太可能會接了。」⁶¹⁸

然而，有些時候律師在初步判斷委託人的說法以及證物時，雖然對其真實性有所懷疑，但無法明確的知道委託人是否說謊，此時有些律師採取的手段是在委任關係成立前告知當事人他現在選擇相信當事人的說法，倘若日後發現當事人是存心矇騙律師，律師會解除委任；又因為是當事人矇騙律師導致律師整體辯護方向錯誤，導致委任關係無法

⁶¹⁶ J1 受訪者訪談資料。

⁶¹⁷ L2 受訪者訪談資料。

⁶¹⁸ L1 受訪者訪談資料。

繼續，並不能歸責於律師，因此律師解除委任亦不會返還委任費用，藉此使意圖矇騙律師為其辯護之當事人有所警戒，而願意誠實以對或乾脆轉而尋找其他的律師為其辯護。

「有些案子是這樣，你乍看之下好像是怎麼一回事，可是實質上進入交互詰問或繼續查下去，才發覺並不是表象這樣。像之前有一個性侵的案子，當事人來談，我就跟他說，我現在所理解的都是你跟我講的，而且我也先選擇相信你，可是將來所出現的證人或證物並非如同你講的這樣，而我發覺是你故意矇騙我的，那我會解除委任，而且是因為你矇騙我導致我整個方向都不對了，我解除委任我不會退錢。那如果你要，你再來委任我。你覺得不要，你就不要找我。」⁶¹⁹

「當他提出來的證物，你有一點點懷疑是不是真的，可是你不能明確的說他就是說謊，因為很多的情形你沒有辦法說一看到東西就會覺得說你說謊，只是我會覺得有一點疑義，但是我現在沒有辦法說你說的絕對是錯的、絕對是騙我的。因為有些東西要進入到調查，才能判斷，那這個時候我就會先加一個附加條件：如果我發覺你故意利用不實的去矇騙我，那我接了你的案子，然後進行到某一個程度，我發覺是你故意騙我的，那麼我不會再繼續（繼續擔任當事人的辯護人）下去。……通常如果當事人是真的騙我的，他就不會來。因為我告訴他啊，如果我發現你是騙我的，我不會繼續下去，我會解任，而且我不會退錢，因為是你故意騙我的，而我該做的我也做了。通常他如果是我這樣跟他講，他可能會選擇不要委任。因為他真的是呼嚨我的，他知道律師之後一查就破功了，而且我不會退錢啊，所以他不會找我。」⁶²⁰

2. 依經驗判斷當事人的說法或所提出的證物合理而成立委任關係後，律師應選擇相信委託人的說法，並為其最大利益辯護

⁶¹⁹ L1 受訪者訪談資料。

⁶²⁰ L1 受訪者訪談資料。

在經過委任關係成立前與當事人的晤談，律師依其經驗判斷當事人的說法合理，且當事人欲提出之證據並無不實，律師即與當事人簽定委託書，正式成立委任關係。而委任關係一旦成立後，律師則有義務對忠實地為委託人辯護，因此對於委託人的說法一般會採取相信的態度。

「你（被告）講的或你提出的證物，不是我認為極端不合理的，或不可信的，一般來講我們會覺得『好，我相信你說的』，……不然的話，很多案子根本接不下去。」⁶²¹

律師亦有可能基於對委託人的忠實義務，在發現卷證以及證人的說詞與委託人的說詞有所出入時，依然盡力地從對委託人不利的情況中為委託人的最大利益辯護。

「如果律師不順著被告的說法，就違反了律師與被告間的信賴關係。……他只能選擇相信他的被告。因為律師有來閱卷，因為剛開始被告去找律師的時候，他（律師）只有起訴書，沒有閱卷，他不知道裡面其他人講了些什麼，但之後律師會閱卷，他會知道告訴人講了什麼、證人講了什麼，講出來的東西可能和被告是不太一樣的。但是還是會去相信被告，幫他傳這些證人來做交互詰問，找出矛盾點，盡量往有利的地方。然後如果交互詰問完，還是覺得被告說的事實不太吻合其他卷證，有的律師就會去說服被告要不要認罪。有的律師就覺得你（被告）這樣堅持，我就是從對你最不利的情況下去幫你找出最有利的。」⁶²²

3. 只要律師沒有教唆委託人為不實陳述或提交不實證據，或偽造、變造、湮滅證據，法律上則難以苛責律師

訪談資料顯示，實務上律師以及法官並不會認為律師應對委託人的說法負責，雖然律師為有效執行受任案件，應先了解委託人對案情的說法，並衡量委託人的說法及欲提

⁶²¹ L1 受訪者訪談資料。

⁶²² J1 受訪者訪談資料。

出的證據是否能說服法官，然而這並不代表律師有絕對的客觀義務或真實義務。律師身為委託人的辯護人，一旦接受委任，即應忠於委託人並為其最大利益盡力辯護，然而律師委託人辯護的手段並非完全無限制，律師應在合法的範圍中為委託人辯護。從訪談的資料中可發現一個一致的結論，律師並不需為委託人陳述的真實性背書，但律師亦不得教唆委託人為不實陳述，或以偽造、變造、湮滅證據等手段阻礙真實的發現。

「被告的供述如果不是我叫他這樣供述的，我是沒有責任的。因為我們的刑事訴訟制度，被告在自己的案件中關於自己的犯行的說詞，是沒有偽證的問題。除非是律師教唆，如果是律師教唆偽證，就會有律師倫理上面的責任。可是如果是我問他，他自己供述出來，就沒有不實的問題。所以我們的律師倫理上面說，經律師合理判斷為不實的證據，因為不實的證據我才能事先去判斷，發現是不實的我才不提出去。可是如果是被告自己說，不是律師叫他說的，律師不會有責任，假設你不告訴我，我也不會知道。所以主要的癥結點是律師有沒有教唆他做不實的說詞，如果沒有，被告本身的說詞其實是跟律師沒有關係。所以我們的論理規範只規範律師經合理判斷為不實的『證據』律師不提出。」⁶²³

「在我們的刑事訴訟法上看不出來律師有協助法院發現真實的義務，在我們的刑事訴訟法中只看得出來律師有協助當事人辯護的義務而已，但我們的刑事訴訟法沒有規範律師應該怎麼做。但若從律師倫理來看的話，律師倫理裡面除非他已經涉及到湮滅證據，那才會有問題。……但反過來講，如果從道德面來看，台灣社會對律師的期待是什麼？今天以我作一個法官的角度來看，我對律師的期待是什麼？如果當事人真的有做的話，我當然期待律師去說服當事人認罪啊！但反過來講，法官如果抱這樣的心態的話就會很危險，因為好像就是把無罪推定原則又拿到旁邊去了啊！好像是就說『叫他認罪就好了啊！這樣我判決比較好寫啊！』我覺得那樣就很危險了。所以原則上我會覺得說，律師在刑事

⁶²³ L1 受訪者訪談資料。

訴訟上為當事人辯護的權利，就如同於被告在訴訟上答辯的權利一樣，法官都不能給他畫框架的。那個框架應該是畫到有沒有偽證、有沒有串證的問題、有沒有湮滅證據的問題，只要律師沒有這樣做，我覺得就OK，沒有問題。」⁶²⁴

從上述的訪談資料可發現，基本上只要委託人的不實陳述與律師的作為無關，只要律師沒有教唆委託人為虛偽之陳述，法律上及倫理上則難以苛責律師。以下的訪談內容反應了此一概念的極端情況：

「有的案子的律師會去跟當事人談的時候，會去暗示他說，或許當事人自己沒有講什麼，但是他可能就會跟他說：『有沒有對方拿棍子啊、拿刀啊，讓你覺得會害怕啊什麼的？』讓他（被告）去回想。然後技巧好一點的律師就會說：『你自己好好想一想，我去回個電話或是我去辦點事情，然後你想一想要到底有沒有這件事，你不要急。』然後通常聰明的被告會自己幻想出一套東西來，然後律師就接續著他的這個部分，替他做法律上的輔助。等於就是說，這個事實是他（律師）暗示被告去聯想出來的，但是說謊的是被告，他也只是單純信任。然後他只是暗示，他只是提供他法律上對他會有利的，讓他去回想有沒有這樣的事實。若是被告說沒有，律師也不會繼續。但若是被告自己幻想出來的不實陳述，那跟律師也沒有關係。」⁶²⁵

上述的內容中，律師用幾近暗示的方式讓委託人重新思考自己對案件事實的認知，之後律師從委託人的陳述中發現對其有利之事實即依照委託人的說法為其在法庭上主張。不論委託人改變其說法是因為真的回想起案件的細節，抑或是因為律師有意無意的暗示，只要委託人的說法是出於自己的意思，並非由律師所教唆者，律師則不需負責。即便事後證明委託人確實是說謊，律師選擇相信委託人的說法而為其辯護亦不會因此受

⁶²⁴ J2 受訪者訪談資料。

⁶²⁵ J1 受訪者訪談資料。

到法律或律師倫理的懲戒，因為這本是律師的職責所在。

三、 實務上辯護律師面對不實陳述或不實證據的作法

1. 狀況一：委託人堅持律師應以其不實陳述為主張或提交不實證據

在律師對委託人的說法或欲提出的證物有所疑慮時，律師會希望委託人能夠提出合理的說法來說服律師，律師必須能夠合理地相信委託人的說法是真實的或是合乎邏輯的，才能夠在接續的訴訟程序中為委託人主張。倘若律師本身都無法相信委託人的說詞，彼此間的信賴基礎難以建立，律師則無法有效履行受任事件。因此，一般實務上律師在面對委託人要求律師應以其不實陳述為主張，或要求律師提出不實證物時，律師首先會做的是勸誡委託人，將在法庭上為虛偽的主張或提交不實證物的後果曉以委託人。

在此狀況中，又可細分為提交不實的證物或在法庭中為不實的主張。若律師發現證物有不實的情況，根據訪談資料顯示，律師首先會勸誡委託人。倘若勸誡不成功，根據我國律師倫理規範第 23 條第 2 項，經律師合理判斷為不實之證據，律師得拒絕提出，對於是否提交證物律師具有裁量權，不需受委託人的意思拘束。

「經我判斷為不實的證據，其實我就不提出了，但其他律師會怎麼做我不知道。因為我們面臨到這種案子，其實我們本身就會拒絕這種案子。如果就我們的判斷，覺得當事人講的是一個合理的情形，我們就相信當事人。可是如果我們經過判斷覺得證據很怪，就我們的作法，我們就不會提出去。……所以第一步會做的是勸誡當事人。我們通常會對當事人說：『這個東西提出去好嗎？』如果這個東西都不能說服律師本身，律師都覺得不合理的話，這也很難去說服法官。……雖然我們很難去判斷啦，但如果經過判斷覺得這個證物是很怪的，

我們會跟當事人勸誡說：『這個東西你確定你要提出去嗎？』⁶²⁶

「律師都覺得很怪的東西，要怎麼讓法官去相信說你這份證物是真實的？你自己一定要先說服你自己啊！這個證物要能說服我自己，認為這個是合理證物，我才能提得出去，我才會跟法官去做主張。如果自己都覺得很怪的東西，要怎麼去說服法官說這是一個真實的東西、合理的證物呢？……我經歷的情況下是不可能我認為很怪的東西我還提出去的。」⁶²⁷

而在律師對委託人的說詞法有所疑慮，但委託人又堅持律師應以其說法為主張時，訪談資料顯示，律師多半只能依經驗判斷委託人說法的真偽，但無法明確知道其說法是否不實，因此若勸誡不成功，律師則會選擇相信委託人的說法，並為其主張。

在我國的訴訟制度下，律師在接受委任前僅能從委託人的說法以及檢察官的起訴書中拼湊事實的輪廓，訴訟程序開始後才能申請閱卷，並從卷證中盡力去了解事實的真相。但如果委託人堅持自己的說法，律師從觀察卷證後亦認為合理，律師則會選擇相信委託人的說法。

「應該是這樣講，我能明確知道這是一個不實嗎？律師只能在整個卷證的裡面了解大概的狀況。其實有時候當事人跟你講的有或沒有，你是要看卷證來認為有或沒有。……你說我怎麼判斷不出來是假的？我就說我從卷證看我就覺得不是啊！那判斷的問題你很難認定他明明知道不是。⁶²⁸你說這個證據那麼明顯就是有，那我說你說證據認定有是你說的，可是我不認為這樣就是一個很明確的證據，我認為當事人講的還是有他可相信的空間！」⁶²⁹

⁶²⁶ J1 受訪者訪談資料。

⁶²⁷ L1 受訪者訪談資料。

⁶²⁸ 意指律師明明知道委託人的說法不實卻仍以該不實的說法為主張。

⁶²⁹ L1 受訪者訪談資料。

若委託人的說法無法說服律師，律師也可向委託人表明他若堅持要如此主張，他需自己負擔相關的責任，或律師可利用說話的技巧，讓委託人自己向法院主張或提交證據，讓委託人自行負擔相關的法律責任。

「先勸誡當事人。一般來說這樣的做法是有效的。有些情況是當事人說：『這樣罪太重，你要我怎麼講？』我會說：『對你不利的你不要講，但一些關鍵的問題法官會問，如果你一定要這樣講，那後果你自己負責。』」⁶³⁰

「律師要生存，當事人很堅持的話是沒有辦法的。所以我覺得律師在明知是假的，他可以有很多說話的技巧，讓被告自己去遞，自己去負擔法律責任。」⁶³¹

一般而言，若律師與委託人的委任關係有良好的信賴基礎，委託人對律師的專業建議多半會採納，因此律師能夠成功地阻擋委託人提交不實證據或為不實主張。然而在某些極端的情況中，委託人執意照自己的意思在法庭上陳述，律師除了要求委託人自己負擔可能的不利後果外，律師亦可能選擇解除委任來避免日後不必要的糾紛。

「應該是這樣講，看你跟當事人的信賴度如何。如果你跟當事人的信賴度是很好的，當事人也相信律師的專業判斷，他認為你的專業判斷是對的，通常他會聽。但是，我們還是會遇到相反情況的當事人。若對方式很固執的當事人，我們一般就接不下去了。當我跟你講這個證物是不對、是有問題的，你還堅持，這樣的案子怎麼接得下去？這樣的案子根本就接不下去了，因為當雙方信賴度不夠的案子會很容易有糾紛。譬如說，今天如果信賴度很好，我勸誡你，你會聽，我判斷給你的意見，你會接受。那如果你不能接受，將來這個案子如果判決得結果不如你的預期，你一定會爭執啊！所以一般來講，我們當跟事人那樣說，若他還是非常堅持，可是你（當事人）的堅持我認為是沒道理的，或是在

⁶³⁰ J2 受訪者訪談資料。

⁶³¹ J1 受訪者訪談資料。

法律上、實務上就說不過去的，我們就會說：『對不起，我沒有辦法接這個案子。』這樣的情況通常就會解除委任，為的是避免糾紛。因為律師的建議當事人不能接受，而當事人的主張律師也無法接受，那未來要聽誰的？」⁶³²

就法官的觀點而言，若法官發現被告在法庭上的說法明顯與證據不符，荒腔走板，則法官會要求律師與委託人溝通，斟酌他們的說法或欲提出的證據是否恰當。倘若溝通後，律師仍無法成功的說服委託人放棄虛偽的主張或提交不實的證據，法院亦不會因此認為律師失職而課予律師相關的法律責任。

「若他（被告）今天是有辯護人的，我會跟他的辯護人說：你要不要跟你的當事人就這個部分溝通一下。若他真的無罪，他必須提出很多很多對他更有利的證據，那你是法律專家，你要去跟你的當事人衡量你們能提出這些證據的機率高不高，推翻檢察官舉證的東西機率高不高？那如果律師要求休庭，去跟他的當事人討論，那我覺得OK沒問題，你就去跟你的當事人討論。如果他（律師）要改期，他們私底下去討論，我覺得也OK。我一定會當庭告訴他們說：我覺得你當事人講的話需要再斟酌一下。然後我都會記明筆錄，也就是說我有課予你（律師）這個責任。」⁶³³

「律師的角色很困難我知道，他不能去逼被告認罪……我覺得律師身為辯護人就是要有辯護人的角度和立場。因為既然承認被告有說謊的權利，你就應該承認律師有幫被告、依據被告的說詞去做法律的辯護，不管是作有罪或無罪的辯護。當然我們都不講積極的行為，⁶³⁴那是不對的。但消極⁶³⁵的是對的，不然要律師幹嘛？」⁶³⁶

⁶³² L1 受訪者訪談資料。

⁶³³ J1 受訪者訪談資料。

⁶³⁴ 受訪者意指律師不得積極的為教唆偽證、串證、偽造變造證據、湮滅證據等積極行為。

⁶³⁵ 受訪者意指律師消極的接受委託人的說法，受委託人的意思拘束為其辯護。

⁶³⁶ J1 受訪者訪談資料。

2. 狀況二：訴訟程序開始後，律師進而發現委託人所述不實

由於在我國的訴訟制度下，律師並沒有調查案件的義務與權利，因此律師是在申請閱卷後與委託人的說法兩相比對，才能夠發現相互矛盾之處。因此，律師在訴訟程序開始後，才發現委託人所述不實的情況在實務上確實存在。

而從法院的觀點來看這個問題，從訪談資料中可發現，法官認為因為我國律師並沒有調查案件的義務與權利，因此如果律師是在訴訟程序進行中才發現委託人所述不實，法律上不應課予律師相關的責任，簡而言之，並不會因此認為律師應對委託人的不實陳述負責，反而律師應在這樣的情況中繼續為委託人的最大利益辯護。

「台灣沒有課予律師調查的義務，台灣律師也沒有調查的權利。美國的律師需要到刑案現場去做勘驗，美國律師也有私家偵探，或有私人的鑑定單位、機構來幫他鑑定，但台灣的社會根本沒有發展出這樣的配套制度。在我國根本沒有這樣的配套制度出來的時候，我們要怎麼去要求我國的律師要跟美國的律師一樣。這就是制度上不合理的地方。除非說台灣提供給律師的環境也跟美國一樣，律師跟檢察官一樣有辦法找到這些背後的資源支持他在法庭上作為一個辯護律師去與檢察官抗衡，否則所以他唯一只能夠去相信當事人說的，然後為他最大的權利辯護。」⁶³⁷

「因為剛開始被告去找律師的時候，他（律師）只有起訴書，沒有閱卷，他不知道裡面其他人講了什麼，但之後律師會閱卷，他會知道告訴人講了什麼、證人講了什麼，講出來的東西可能和被告是不太一樣的。但是還是會去相信被告，幫他傳這些證人來做交互詰問，找出矛盾點，盡量往有利的地方。然後如果交互詰問完，還是覺得被告說的事實不太吻合其他卷證，有的律師就會去說

⁶³⁷ J2 受訪者訪談資料。

服被告要不要認罪。有的律師就覺得你（被告）這樣堅持，我就是從對你最不利的情況下去幫你找出最有利的。」⁶³⁸

但就律師的角度而言，在訴訟程序開始後才發現委託人所述不實，為了平衡律師的真實義務與委託人的利益，依訴訟程序進展的情況，律師可能採取不同的作法：

(1) 訴訟程序剛開始或開始不久

若律師在訴訟程序剛開始時就發現委託人所述不實，訪談資料顯示，由於律師與委託人雙方的信賴關係才剛建立，尚不會造成對委託人的嚴重不利益，律師可能選擇解除委任。

「但是如果訴訟程序是一開始或剛開始不久，我會選擇解除委任。……如果是剛開始的話，之後要做的事情還很多，信賴關係也才剛建立，我就會選擇解任。」⁶³⁹

但需注意的是，解除委任的作法並非常態，特別是資淺的律師、律師事務所的受雇律師或案源不多的律師，因為受限於上司的指示或經濟上的壓力，在訴訟程序開始後才發現委託人所述不實時，這些律師亦不會輕易選擇解除委任，而選擇其他消極的方式來處理（以下詳述之）。

「這是老闆幫他接的案子。他們是不可以終止委任的，我問過的這幾個律師，他們都說他們很忌諱，除非是當事人主動提出終止委任，否則他們不會主動終止委任。在大律師間也是這樣，因為大律師在事前就可以決定要不要委任，除非在中間有職務上的調動，例如離開事務所，才會解除委任。否則一般上很少

⁶³⁸ J1 受訪者訪談資料。

⁶³⁹ L1 受訪者訪談資料。

有這種後來因為受不了了，就分道揚鑣。因為我覺得這也有做口碑的問題吧！」⁶⁴⁰

(2) 訴訟程序進行到一半或接近結辯

當訴訟程序進行到一半或接近結辯的階段，實務上律師會採取消極的方式應對，亦即不積極的以委託人的不實陳述主張，亦不積極地攻擊檢方所提出的證據或證人的證詞，或不對委託人的陳述表示意見，以平衡律師的真實義務及委託人的利益。然而，律師發現委託人的陳述不實時，雖不會就該不實的部分做實體法上的抗辯，但律師依然會就程序上的瑕疵為委託人辯護，以維護委託人程序上的利益。

「那我會用消極的方式來處理。我不會積極的攻擊，我不會積極的去主張、爭執。舉例來說，你是被冤望的，那檢察官提出的任何東西，我就會很積極的去攻擊說這個不對的、是沒有的。但是當我發現有不實的情況下，我就不會去積極攻擊檢察官或告訴人提出的東西，因為我知道你（委託人的陳述）這個區塊是不對的，那我就消極的不積極攻擊檢方或告訴人所提出的主張或證物。尤其是這個證物又沒有違法的情形。當然如果這證物違法，那毒樹果實理論嘛！我只會做程序上的抗辯，說這個證物在程序的取得是不合法的，或是如何如何，那就不積極進入實體的方面。」⁶⁴¹

「我自己的經驗是，若律師有與被告意見不合的時候，頂多律師只有不講話而已。因為這個案子要判有罪無罪，要關幾年都是被告啊，他自己去承受。所以就律師來講，是比較消極一點啦！但是也沒辦法。」⁶⁴²

一般在訴訟程序進行到一半時，律師不會選擇解除委任，其原因在於在訴訟程序進

⁶⁴⁰ J1 受訪者訪談資料。

⁶⁴¹ L1 受訪者訪談資料。

⁶⁴² J1 受訪者訪談資料。

行到中段時或接近結辯時解除委任，將損及當事人的利益，委託人將因此喪失受律師協助辯護的權利。且在強制辯護的案件中，由於辯護人解除委任，委託人必須另覓辯護人或由法院重新指定辯護人，造成訴訟程序的延宕⁶⁴³，司法資源的浪費。

「譬如說，（訴訟程序）已經進入到尾端了，你沒有辦法去解除委任啊，因為你已經去做了百分之八十、九十了，那後來才發現某個部分是有問題的，那我們怎麼辦？因為我如果立即解任的話，當事人可能會受到某部分的不利益，例如當事人整個程序上就沒有辯護人來為他辯護，可是他的不實可能只有一小部分啊！如果立即解任會損及當事人的利益。所以這個情形下，就不實的部分我就不會積極的攻擊檢方提出的主張。……若案子已經快要結束了，案子又是非律師辯護不可的，其實你（律師）的解任也會造成整個程序的delay。因為如果是強制辯護的案子，若沒有辯護人辯護的話，將來法官沒有辦法結案，法官還是要指定一個辯護人給他，整個訴訟程序又要重新run過。」⁶⁴⁴

3. 狀況三：被告所傳喚的證人在作證或提供證據後，律師進而發現證人所述不實或提交不實證物

歸納受訪者就這個議題的意見可發現，不論是法官、檢察官或律師，都認為只要辯護律師沒有教唆證人為偽證，律師則沒有法律或倫理上的責任。法官認為律師事前並不知道己方證人的偽證情事，因此不應苛責律師，而在這樣的情況下，律師仍應本於其辯護人的職責，繼續為委託人辯護。甚至有受訪者認為，基於律師與委託人的委任關係，倘若委託人堅持要以證人所提出的不實證據或不實陳述為主張者，律師應受委託人的意思拘束而為其主張。

「通常有利於被告的部分，而是證人自己說，而被告或律師也沒有去教唆的情

⁶⁴³ 我國刑事訴訟法規定，凡強制辯護案件，非經辯護人到庭不得審判，參見刑事訴訟法第 284 條規定。

⁶⁴⁴ L1 受訪者訪談資料。

況，那是證人的問題，那是檢察官將來要不要去追訴他偽證的問題。」⁶⁴⁵

「如果是在法庭上律師才知道，這也不能苛責律師什麼，因為他是到法庭上才知道的啊！」⁶⁴⁶

「就被告方證人說謊的方面，律師應本於他律師的職責，他應該繼續辯護下去。若當事人（被告）也認為證人的說法他想要採納的話，律師基於委任關係，他就應該幫被告主張。……當然律師有他的社會責任或法律責任，不能讓一個說謊的人在法庭上大放厥詞，但是我覺得你就是一個律師的角色，你只是不要積極，我覺得界限就在於你不能積極的去創設假的東西，……。而且這個證人說的假話是跟他無關的，如果就這個前提來講，律師是他講完之後才知道不實，律師也沒有事先瞭解，他也無從阻止啊！若當事人想要援用這個資料的話，他當然就應該幫他援用啊！他頂多就良心掙扎一下而已吧！我不覺得法律層面上應該苛責他什麼，反而是如果他不用這一項證人的證詞來替他的被告辯護的話，我覺得這樣他在他律師的角色上是失職的。」⁶⁴⁷

訪談資料顯示，實務上律師在面對證人所述不實或提出不實證據時，律師會先判斷證人的說法或所提出的證物對委託人係有利或不利，再進一步採取不同的應對措施。

(1) 證人的證詞或提出之證據對委託人有利

即便律師並不需對自己所傳來的證人的證詞或所提出的證據負責，但如果證人的虛偽陳述或證物是對委託人有利的，律師並不會積極加以主張，而是採取消極的態度來面對，亦即律師不對證人的證詞表示意見、不刻意指出證人證詞虛偽不實的地方，亦不會積極的主張該不實的證詞或證物，而交由法官來判斷證人證詞或證物的真偽，由檢察官

⁶⁴⁵ L1 受訪者訪談資料。

⁶⁴⁶ J2 受訪者訪談資料。

⁶⁴⁷ J1 受訪者訪談資料。

來攻擊證人證詞的真實性或追訴證人偽證的責任。

「如果是有利於被告的，那就看檢察官未來要不要去追訴他偽證的部分，律師本身是不太會管的。因為，如果不是律師去教唆偽證，也不是被告去教唆的，那律師就不必去管這一塊。」⁶⁴⁸

「就我個人來說，不論證人講的是實話或謊話，對我的當事人有利的部分，我不會去特別跳出來說這個證人所述不實，而是留給法官去對這個證詞的真假作判斷。……對我的當事人有利的部分，我不會刻意去點出該證人所述不實，因為如果有跟之前的證詞相互矛盾的地方，法官、檢察官自然就會攻擊了。所以是採取比較消極的方式來做。……例如刑事案件中，證人的證詞不實，但是我知道是對我的當事人有利的，但法官最後一定會問律師對該證人的證詞有什麼意見？我會說我沒有意見，也不用證人的不實陳述來主張，而是之後在辯護狀中交代。而且在整個訴訟程序中，若這個人的陳述與之前的不符的話，法官、檢察官就會馬上跳出來拿他以前說的話來攻擊他了。」⁶⁴⁹

「在審判庭中證據的真假或證明力到什麼程度，法官自己會評斷，我不需要積極跳出來告發偽證。雖然律師有權利去告發偽證，但檢察官若發現有犯罪事實，檢察官依照他的職權他本來就應該去處理。這個部分就交給法官、檢察官自己來做，律師還是扮演一個比較消極的角色。基本上來說，對我當事人有利的證詞，我不會去表示意見，我不會說證人哪裡講的不實在。一般律師也不會這樣做。頂多只是對證人的證詞不表示意見，而另外再以書狀補呈。我不會當庭去質疑證人對委託人有利的證詞，我不會自己拿石頭砸自己的腳。」⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ J1 受訪者訪談資料。

⁶⁴⁹ L2 受訪者訪談資料。

⁶⁵⁰ L2 受訪者訪談資料。

(2) 證人的證詞或所提出之證據對委託人不利

但若是證人的虛偽證詞對委託人不利時，律師所採取的態度則截然不同。訪談資料顯示，實務上律師會積極的從卷證資料來攻擊證人的證詞及證人的可信度。在法官詢問律師對證人證詞的意見時，律師會向法官表示證人所述何處有不實的情況，並在辯護狀中詳加交代，或請求法官調查相關事證來證明證人的說法或所提出的證據不實在。

「那當然說他做證的內容是不利於被告的情況，我會就卷證的內容去攻擊他。……那如果你（證人）的證詞是對我的委託人不利，那律師就辯護人的立場，就應該去攻擊他（證人）。就是攻擊他的證言哪裡有破綻或哪裡不實、從哪裡可以比對的出來，這個部分是就實體的部分去攻擊。」⁶⁵¹

「但若他（證人）講的是明顯的不實，而且對我的當事人不利，那我們就可以對證人的陳述表示意見，可以告訴法官這個證人所述哪裡不實，哪裡與證據相互矛盾，在開庭時稍微提一下，然後在辯護狀中做交代。」⁶⁵²

「若證人當庭提出的證據有不實，或是陳述不實在，我們會另外在具狀請求法官調查相關事證，可以證明證人說的不實在。」⁶⁵³

4. 狀況四：律師事前不知被告教唆證人作偽證，而在交互詰問證人的過程中才發現偽證的情事

在前述的情況裡，被告方傳來的證人在法庭上作偽證，只要律師沒有教唆偽證的行為，律師則不需負責。但若是自己的所代理的被告教唆證人作偽證，且律師在交互詰問的過程中才發現證人所述不實，律師又應該怎麼辦？我國律師倫理規範第23條規：「律

⁶⁵¹ L1 受訪者訪談資料。

⁶⁵² L2 受訪者訪談資料。

⁶⁵³ L2 受訪者訪談資料。

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」，此乃對律師真實義務之要求。若辯護律師發現自己的委託人有教唆證人為偽證的行為，而證人亦在交互詰問時為不實的陳述，律師是否應積極的處理甚至舉發教唆偽證的行為以符合真實義務之要求？

針對以上的問題，受訪者一致認為我國律師倫理規範第 23 條賦予律師的真實義務並不包括積極地向法院揭露或舉發委託人教唆偽證的行為。面對證人受委託人教唆而在法庭上作偽證時，辯護律師不會積極的糾正虛偽的證詞，而是採取消極的應對措施，例如不積極地向法院主張證人虛偽證詞之內容、不對證人之證詞表示意見；如係在交互詰問中發現證人所述不實，辯護律師則會選擇即時地將問題打住，不再繼續問下去，或巧妙地將問題輕輕帶過，不繼續在不實的證詞上打轉。

「因為我們的律師倫理沒有揭示的這一塊，其實一般的律師就採比較消極的作法，就是不積極去主張這個不實的部分，可以把它稍微帶過就好了，而不會去檢舉或揭露。……一般有良知的律師，這個東西（不實的證詞）你（證人）有講到，我就略過去啊，或是我就不再對這個問題繼續問下去。我就是消極的略過去，我也不用他虛偽的東西來主張。我相信大多數的律師都只是這樣處理啦！因為我沒有積極（揭露、舉發）的義務啊！我就是不主張，你（法院）不能說我故為矇蔽啊！我不知道別人是怎麼做啦，但是你問我，我會比較消極的不採、不主張，就這樣。」⁶⁵⁴

「我們在問證人前會先了解證人講的內容，如果在交互詰問的過程才發現證人講的有很誇張的程度，我就會先把問題打住，因為法官、檢察官也會發現，也許不會等到我問完，法官、檢察官就會中途插進來問了。就證人講的不太對勁

⁶⁵⁴ L1 受訪者訪談資料。

的地方，我就不繼續問下去了，我就會說：『我沒有其他問題要問了』。⁶⁵⁵

受訪者之所以採取消極作法來處理委託人教唆偽證與證人偽證的問題，主要係因為我國律師倫理規範對於律師真實義務之要求，僅規定律師不得「故意」為矇蔽欺罔或「刻意」為阻礙真實之發現的行為。根據我國刑法第 13 條對「故意」之定義，故意係指「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生；或行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意」，前者係屬「直接故意」，後者屬「間接故意」。由於委託人教唆偽證的行為與證人偽證的行為並非出於辯護律師的教唆或煽動，律師對該不法行為並不具有直接故意；又辯護律師係事後才知悉教唆偽證與偽證的行為，對於委託人與證人的不法行為亦不具「間接故意」。律師在交互詰問的過程中發現委託人教唆偽證與證人偽證的情況時，律師只要不積極地向法院主張該不實的內容，就不會構成「故為」矇蔽欺罔或阻礙真實之發現的行為。受訪者皆認為，辯護律師在保護委託人利益的前提下，僅需消極的略過證詞不實的部分或將證人虛偽的證詞打住，就能夠符合律師倫理對律師真實義務之要求。反之，辯護律師積極揭露委託人教唆偽證的行為不僅會破壞雙方的信賴基礎、嚴重侵害委託人利益，更已超越律師倫理規範對律師真實義務的要求。

「……我想在台灣大部分的律師都是這樣做的，因為律師倫理沒有規定這一點（揭露委託人教唆偽證的行為），因為我沒有這樣的義務也沒有這樣的責任，所以我只要消極的不要主張，這樣就沒有矇蔽欺罔的行為，因為沒有「故為」。我們說「故為」就是積極的去介入，有積極介入的行為才是「故為」。那如果我是事後才發現（委託人叫所證人作偽證），那我不積極的制止，或積極的揭露，並沒有「故為」的問題啊！律師倫理規範沒有規定「知而不予揭露」，「或知有矇蔽行為而不予檢舉」，它不可能給律師這樣的責任。所以它這裡一定是律師有一個積極的行為，故為就是「明知而為之」啊！那我如果不是故意為之

⁶⁵⁵ L2 受訪者訪談資料。

的，那他不能說你知道有什麼⁶⁵⁶而不為什麼⁶⁵⁷啊！所以它不太可能給律師一個「不作為」義務啦！「不作為義務」就是說你（律師）不這樣做你就會有責任。它一定是說你（律師）要有一個積極的行為，才能加以處罰。」⁶⁵⁸

四、 美國法上處理委託人偽證的七種作法在我國的可行性

本文前一章中探討美國法上實務及學說發展出來七種律師在面對委託人偽證問題的可行作法，除了律師對委託人偽證意圖採取「不作為」的作法廣受輿論批評而被否決以外，其他六種在美國實務上出現或學者建議的作法包括：勸誡委託人、向法院揭露委託人的偽證意圖、拒絕讓委託人為自己作證、使委託人以敘述性的方式作證、退出代理，以及交由非本案法官裁定是否應讓委託人作證。由於在我國的訴訟制度採被告不適格為證人原則，不得令被告具結，因此被告在法庭上的陳述係屬自白，並非作證。因此上述的七種作法在我國的訴訟制度下的表述宜分別轉換成為：勸誡委託人、向法院揭露委託人不實陳述的意圖、拒絕讓委託人在法庭上陳述、使委託人以敘述性的方式陳述（律師不以問答的方式協助委託人陳述）、律師解除委任，以及交由非本案法官裁定是否應讓委託人在法庭上陳述。訪談中請受訪者就此六種作法在我國的可行性一一表示意見，以下整理了受訪者對各種作法的見解。

1. 勸誡委託人

訪談資料顯示，雖然我國的刑事被告在法庭上為不實陳述並不會受到處罰，甚至實務上認為被告確實有說謊的權利，但當律師在面對委託人意圖在法庭上為不實陳述或堅持律師應受及意思拘束而在法庭上做不實的主張時，律師首先會做的是勸誡委託人，告知委託人在法庭上為不實陳述的利害後果與法律責任，使委託人願意自動放棄在法庭上

⁶⁵⁶ 受訪者意指辯護律師知悉委託人教唆證人為偽證，而證人在法庭上為不實陳述。

⁶⁵⁷ 受訪者意指律師不向法院揭露委託人教唆偽證與證人偽證的不法行為。

⁶⁵⁸ L1 受訪者訪談資料。

說謊的意圖。律師這樣的作法一方面能夠確實履行律師對委託人的忠實義務、保障委託人的利益，使委託人不會因為在法庭上說謊而被法官認定犯後態度不佳並科予其較重的刑度，另一方面又能夠避開在法庭上做不實主張的倫理問題，以兼顧律師對法院的真實義務。⁶⁵⁹

受訪者就自己多年的職業經驗觀察，在雙方信賴基礎穩固的前提下，委託人因為信賴律師的專業，因此律師通常能夠成功地勸阻委託人不要在法庭上說謊或提交不實的證據。⁶⁶⁰此應對措施是實務上最常使用且相當有效的作法。

「被告會相信專業，律師告訴被告他那樣做風險太大、後果很嚴重，他會相信，我覺得這個作法很好。因為有人會相信權威，相信專業，那律師對他的當事人來講就很重要，那如果律師可以扮演好很神聖的角色的話，其實是很好的。」⁶⁶¹

2. 向法院揭露委託人不實陳述的意圖

美國律師倫理規範要求律師對委託人的偽證意圖採取合理的補救措施，包括向法院揭露委託人的不法行為，針對此一美國法上的作法，整理訪談內容後可得到一個一致的見解：我國刑事被告有說謊的權利，因此律師不得向法院揭露委託人不實陳述的意圖或行為。刑事辯護制度之所以存在，即是為了使被告藉由律師的專業協助來與國家公權力抗衡，以保障被告在實體法上或訴訟程序上的合法權利。在我國律師倫理規範賦予律師的真實義務尚不及揭露委託人不實陳述的意圖時，律師不得任意破壞訴訟制度三角架構的平衡，恣意扮演檢察官或法官的角色，來認定委託人有為虛偽陳述的意圖而向法院舉發之。倘若律師知悉委託人有為不實陳述或做不實主張的意圖或在法庭上為不實的陳述或主張，而向法院予以揭露，律師反而違反了對委託人的忠實義務與保密義務，而面臨

⁶⁵⁹ 參照本文第 171-172 頁內容及註釋。

⁶⁶⁰ 參照本文第 172-173 頁內容及註釋。

⁶⁶¹ P2 受訪者訪談資料。

被委託人提告或被律師公會懲戒的風險。

「絕對不可能要律師揭露被告的不實證詞啊，被告本來也就有說謊的權利啊，你去揭露他，律師應該會被告啊！我覺得律師就魔鬼代言人啊，之所以要有辯護制度就是這樣。」⁶⁶²

「這是在我們的訴訟制度設計上必然要如此的。如果你把律師設計成說你不能叫當事人說謊喔，那律師去當檢察官就好啦！那要律師幹什麼？」⁶⁶³

「其實很難啦！最基本的就是說，我不去教唆偽證，我不去叫當事人說謊，經我判斷為不合理的證據，我不提出，這就是最基本的誠實的界線。至於要課予律師積極防範的義務，要律師去防範我的當事人不可以講謊話，律師傳的證人不可以作偽證，我覺得沒有這個道理，不然律師怎麼執業？所以最基本的是不可以積極教唆偽證；第二個是我不能叫當事人說謊話；第三個我不提出經我判斷為不合理，或是偽造的不實證物。就是一些比較消極的，什麼事情我不做，而沒有積極的揭露義務或積極的防範義務，我覺得這個部分已經不是律師要做的。」⁶⁶⁴

「我覺得只有在我們開始課被告偽證罪的時候，律師才可以揭露。可是我還是覺得啦，就是退出代理就好了。不用到揭露當事人的偽證。因為如果今天是律師判斷錯誤的話，那他是不是就侵害了被告的權利？而且是很嚴重的侵害被告的權利。我覺得你要到什麼樣子的程度，才能發現他在做偽證，很難啦！」⁶⁶⁵

「……要求律師揭露當事人的不法行為，我認為在國內根本不可行。而且不只

⁶⁶² J1 受訪者訪談資料。

⁶⁶³ J2 受訪者訪談資料。

⁶⁶⁴ L1 受訪者訪談資料。

⁶⁶⁵ P1 受訪者訪談資料。

是律師會反彈，當事人也會覺得我請律師是請來幫我的，沒想到居然在背後捅我一刀，這樣顛覆整個訴訟環境。我認為在國內的環境不可能課予律師積極揭露的義務，那是一個很理想的境界，但我覺得很難。」⁶⁶⁶

「不可能揭露自己當事人的偽證問題，這樣會被家屬告，這樣律師根本沒有盡到委任的義務。」⁶⁶⁷

3. 拒絕讓委託人在法庭上陳述

美國實務上當律師面委託人意圖在法庭上作偽證時，律師得拒絕傳喚委託人上證人席為自己作證，以防止不實的證言被呈現在陪審團面前。對於這樣的作法，受訪者多認為如此將剝奪委託人陳述的權利，且在我國的訴訟制度之下，律師沒有任何的法律依據得阻止委託人在法庭上陳述；又，法官在訴訟程序中訊問被告時，被告亦需陳述，律師不得加以阻止，故美國法上拒絕讓委託人陳述的作法在我國無法實施。

「我覺得律師拒絕（讓被告在法庭上陳述）對被告是不公平的，這樣被告要律師幹嘛？律師這樣是再阻擾他（被告）。當然這樣規定是認為律師是法庭活動很重要的一個角色，不希望拖延訴訟或是做無謂的抗辯，但我覺得這是（被告在法庭上說謊）被告個人的選擇。他（被告）今天選擇了他要去做浪費訴訟資源，去調查一些無意義的東西，來證明他真的是犯罪，這是他的選擇，那他浪費的這些訴訟資源，在法院的角度看起來，我們是會在刑度的方面作適度的反應。」⁶⁶⁸

「拒絕讓他（被告）在法庭上陳述我覺得不太可能，因為在法官訊問的時候他

⁶⁶⁶ L2 受訪者訪談資料。

⁶⁶⁷ L2 受訪者訪談資料。

⁶⁶⁸ J1 受訪者訪談資料。

自己也會說。」⁶⁶⁹

4. 使委託人以敘述性的方式陳述

在我國的訴訟程序中，刑事被告沒有為自己作證的義務，亦不得為自己作證，但若辯護律師對委託人陳述內容的真實性有所疑慮時，可以詢問被告的方式來協助被告依照自己的意思就事實發生的先後順序陳述之，但不積極地向法院主張委託人捏造的事實等。美國法上這樣的作法係為了兼顧被告為自己作證的權利，以及律師真實義務的要求，使律師免受倫理上兩難之苦。但在我國的訴訟制度下，被告本有陳述的權利，可自由地依自己的意思陳述，訪談資料顯示，律師在得知委託人有虛偽陳述的意圖時，律師基於真實義務的考量，基本上就不會進一步以詢問委託人的方式來協助委託人陳述。故，這種作法在我國並沒有實行的實益。

「當他是被告我是辯護人的時候，被告沒有為自己作證的義務，通常我們只有詢問被告，就是等到全部的證人證據都提出以後，法官會問檢察官或律師有沒有問題要詢問被告。詢問被告時律師是以被告的立場來說話的。刑案比較少說我傳我的當事人來為自己作證，台灣也沒有這樣的規定。但可以跟法官說我要詢問被告，用詢問的方式讓被告自己說出來。因為可能被告自己的陳述不夠清楚，我會用我的話去讓他帶出來，可是這叫詢問被告，這不是作證。」⁶⁷⁰

「命委託人以敘述的方式陳述證詞，這就有點向我們詢問被告。如果以我們的刑事訴訟法的話，這個部分比較像我們詢問被告。讓他自己陳述，可是如果我知道他會作不實陳述，我就不要問了。」⁶⁷¹

5. 律師解除委任

⁶⁶⁹ L2 受訪者訪談資料。

⁶⁷⁰ L2 受訪者訪談資料。

⁶⁷¹ L1 受訪者訪談資料。

解除委任為我國實務上律師在面對委託人意圖矇騙律師，使律師協助其呈現捏造的事實或偽造的證據時會採用的應對措施之一。當面對委託人意圖在法庭上為不實陳述或提交不實證據時，律師首先會加以勸阻，倘若勸阻不成功，律師會選擇解除委任。但解除委任時須考慮是否會造成委託人的嚴重不利益。如訴訟程序尚未開始，或訴訟程序開始不久，此時律師與委託人的信賴基礎甫建立，律師解除委任後委託人另覓委任律師，尚不致於對委託人的利益造成損害。如訴訟程序已進行到一半或接近結辯的階段，或該案件屬強制辯護案件，律師則不宜解除委任，以防委託人因沒有律師代理而喪失程序上的權利或導致訴訟的遲延。⁶⁷²

6. 交由非本案法官裁定是否應讓委託人在法庭上陳述

美國法上有學者提出當律師對委託人證詞的真實性有所疑慮時，應交由非本案的法官來認定委託人是否真的有作偽證的意圖，倘若非本案的法官認定委託人並沒有不實陳述的意圖，則其委任律師可以再接下來的訴訟程序中自由地向法院成委託人的抗辯或證據，即便後來證明委託人的證詞確實有不實的情況，律師亦不會受到懲處。

詢問受訪者發現，受訪者普遍否定此作法在實務上運作的可能性，由於交由非本案的法官來裁定就意味著律師必須向法院揭露委託人為不實陳述的意圖及相關事實，然而律師我國的刑事被告有不違背自己意思陳述的權利，甚至實務肯認被告有說謊的權利，因此律師不得向法院告發委託人不實陳述的意圖，律師倫理規範亦沒有課予律師如此高度的真實義務。

「最忌諱的是交由非本案法官裁定，這是不可能的，你讓律師去告發說他的被告說謊、做作偽證什麼的，我覺得除非他是不想作律師了，不然我覺得不太可能。」⁶⁷³

⁶⁷² 參照本文第 171-172, 176-178 頁內容及註釋。

⁶⁷³ J1 受訪者訪談資料。

其中一位受訪者認為此應對措施事實上乃一種律師自保的作法，律師將認定委託人是否存在偽證意圖的責任轉嫁給法官，並依法院的裁定來決定是否應讓被告上證人席為自己作證。若法院裁定被告確實有作偽證的意圖而命其不得作證，律師履行了對法院誠實的義務；若法院認定被告沒有作偽證的意圖，律師就能夠在後續的訴訟程序中自由的提出委託人欲的抗辯與證據。倘若日後發現被告確實有偽證行為，律師則可以主張他的行為已得到非本案法官的許可，並沒有違反律師倫理對於律師真實義務的要求。

在我國實務上，當律師面對某些倫理上有疑慮的情況時，其實也有交由公正第三人來裁定的類似作法。受訪者表示，律師職業過程中若碰到某些倫理上模稜兩可的灰色地帶，為免於日後遭受律師倫理委員會的懲戒或引發相關的法律責任，律師可以去函請求主管律師業務的法務部就律師倫理上可能有疑慮的部分做出解釋。例如，律師無法確知所接的新案與舊案間是否存在利益衝突時，得請求法務部解釋。若法務部表示律師受任的新案與舊案間並不存在利益衝突的問題，律師則可以接受委任。倘若日後訴訟的對造爭執律師違反利益衝突禁止之規定時，律師可以以法務部的解釋作為護身符，免除被懲戒的風險。但受訪者表示，實務上律師對保密義務的履行存在疑慮時並不會聲請法務部的解釋，法務部亦無法替律師做出判斷。

「其實這個⁶⁷⁴比較像是律師的「自保」。因為假設美國法賦予律師很嚴苛的誠實義務，那他（律師）不確定這個東西能不能在本案中來提出來，他當然希望非本案的法官來幫我判斷一下，那如果你（非本案的法官）認定沒有這個問題，那未來本案的法官就不能說我（律師）有企圖做什麼，因為我這個（律師的作為）已經經過非本案法官的許可。我覺得這一個條款是律師要自保。就像我們現在我們怕有利益衝突，但是不明確，我就會申請法務部給我一個解釋說我這樣的情況有沒有利益衝突的問題。那如果法務部說沒有利益衝突的問題，那將來如果任何一方的當事人爭執，那你就說「對不起，我沒有故意唷，因為這是

⁶⁷⁴ 受訪者意指美國法上命委託人以敘述性的方式陳述證詞的作法。

法務部跟我說可以的唷！」這就是自保了啊！所以這種情形最常發生在利益衝突。但這個在保密義務的部分沒有這樣做，只有利益衝突才有請法務部解釋。因為保密的東西沒有人可以幫你判斷。」⁶⁷⁵

五、我國刑事案件中辯護律師之真實義務及其界線

就刑事辯護律師的真實義務應如何履行及其範圍與界線詢問受訪者的意見，得到相當一致的見解。訪談資料顯示，受訪者一致認為只要律師沒有積極為偽造變造證據、湮滅證據、教唆偽證、串證等構成刑事犯罪的行為，且經律師合理判斷為不實的證據拒絕提出則符合律師倫理對律師真實義務的要求。倘若律師僅係消極地受委託人的意思拘束而向審判庭做出不實的抗辯或隱瞞相關事實，則沒有違反真實義務之虞。彙整受訪者見解所得出的論述如下：

不自證己罪原則乃現代法治國普遍承認的國際標準，為公平審判原則之核心內涵。根據此項原則，任何人皆無義務以積極作為來協助對己之刑事追訴；反面言之，國家機關亦不得強迫任何人積極自證己罪。據此可導出，被告對於被控的嫌疑，並無陳述的義務，而是享有陳述之自由，根據我國刑事訴訟法第 95 條規定，被告得保持緘默，無需違背自己之意思而為陳述。又，由於我國法系中，被告無庸具結，亦非偽證罪適格的行為人，因此，縱使被告說謊，也無制裁的規定。基於訴訟制度的三角架構，由法官認定事實，適用法律，最後做出適切的判決；檢察官對被告的犯罪事實負有舉證責任，而被告不需提出任何證據來證明自己無罪，且享有受律師協助辯護的權利。透過訴訟活動三方的相互牽制，以平衡人權之保障與真實之發現。律師受被告委任為辯護人後，即對身為被告的委託人負有忠實義務、保密義務及受委託人指令拘束的義務，此時辯護律師應以謀求被告之最大利益為其終極的目標，與被告立於同一陣線，盡力為其辯護。既然被告為不實陳述並不會受到制裁，律師身為被告的辯護人其為被告辯護的權利，應與被告在

⁶⁷⁵ L1 受訪者訪談資料。

訴訟上答辯的權利一樣，不應給於其過多的限制，使被告的辯護權能夠充份的發揮，而將攻擊被告陳述、證據真假的責任留給檢察官，並由法官來判斷真偽。故，若律師以被告的不實陳述向法院以為主張或抗辯，並不會被認定屬違反真實義務之行為。

「原則上我會覺得說，律師在刑事訴訟上為當事人辯護的權利，就如同於被告在訴訟上答辯的權利一樣，法官都不能給他畫框架的。那個框架應該是畫到有沒有偽證、有沒有串證的問題、有沒有湮滅證據的問題，只要律師沒有這樣做，我覺得就OK沒有問題。」⁶⁷⁶

「我會覺得律師應該要跟當事人分析，但是如果當事人還是不願意承認的話，那我覺得，對，律師幫他沒有關係。但我覺得有一個界線是，你（律師）不能說謊，你（律師）不能有偽證，你（律師）也不能偽造證據。這個界線律師自己要把持得很清楚。」⁶⁷⁷

「以法官的立場，我覺得在法庭的活動本來就是三方的，檢察官、律師跟被告是一起的，然後法官。法官若自己笨，被律師、被被告、被證人騙，那是你要負擔的職責。因為本來除了這些東西你可以職權調查，看書證，看卷證資料和其他的證人的證詞你都可以去調查。那就檢察官的立場，你放任律師跟證人說謊，那我覺得是檢察官失職，你（檢察官）沒有辦法提出證據來反駁他，反而讓法院這邊相信。所以我覺得這是一個三角的東西，本來就是互相牽制的。所以我的大前提就是，被告有說謊的權利。既然這樣下來的話，律師和被告是同一陣線，你們就是一起的，你（律師）本身就沒有說實話的義務，不然律師來當法官就好啦！」⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ J2 受訪者訪談資料。

⁶⁷⁷ P1 受訪者訪談資料。

⁶⁷⁸ J1 受訪者訪談資料。

此外，刑事案件的刑罰牽涉到對被告人身自由甚至生命權的限制或剝奪，刑事訴訟法必須保障被告有排除國家機關對其不利指控並進而影響程序進行方向的機會，辯護制度的設計即是這種法治思想下的產物。辯護制度的設置同時也是用來彌補被告與國家間實力落差並實現公平審判原則的必要配件。為要盡力的實現武器平等，使不具備法律知識的被告藉由律師的辯護來彌補其與國家法律人員間實力的落差，應使被告的辯護律師能夠專注地扮演辯護人的角色，在法所允許的範圍中為委託人的最大利益辯護，以平衡檢辯雙方的差距。

「因為刑事案件涉及的是當事人的人身自由，律師大部份能夠做到的就是不利的證據不提或不講，對我們不利的證人我們不會傳。那你說誠實的義務，實在沒辦法期待律師把不利的東西呈現在法庭上，這已經違背律師所扮演的角色了。我們就是不積極的為偽證或湮滅證據等，但若叫我們積極的把事實還原到審判庭，很難啦！畢竟我們這樣做怎麼跟家屬交代？」⁶⁷⁹

「我覺得律師的工作就是保護他的當事人不會受到國家權利的侵害。若被告無罪當然是最好，若他有罪你幫他辯護輕一點這也應該，可是不是說你去積極的做一些跟國家公權力目的相反的行為，這樣就不是辯護人存在的意義。我覺得應該禁止律師做積極的動作，例如偽造變造證據、教唆偽證等等。如果是消極的漠視的情況，我還會允許，因為我覺得辯護人跟被告之間有一種很特別的關係，如果被告知道律師可能會出賣他，他可能從一開始就講謊話，我乾脆不告訴你發生什麼事情，那律師也發揮不了他的功用。而且你會覺得有一個『抓扒子』（台語）在你身邊，那個感覺不好，被告還是會覺得你是國家的人，那我覺得這樣也不對，律師就失去他的功用了。」⁶⁸⁰

⁶⁷⁹ L2 受訪者訪談資料。

⁶⁸⁰ P2 受訪者訪談資料。

美國之所以課予刑事被告的辯護律師揭露委託人偽證意圖的高度真實義務，是著眼於對抗制度的當事人進行主義之基本原則要求律師提交對事實真相的不同看法，並且由審判庭透過訴訟兩造所提出的證據與主張來決定事實真相。因此，不容許虛假的證詞或證物被呈現在陪審團面前，影響陪審團對事實的認定，而律師身為負有一定職責的法庭人員，就有協助法院阻擋虛偽證據進入法院的責任。反觀我國的訴訟實務，我國的刑事訴訟制度雖於 2002 年改採「改良式當事人主義」，然而現行刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定：「法院為發現真實，得依職權調查證據。」，由此可知，即使有虛偽的證據或陳述進到法院，法官亦可依職權調查以辨真偽。受訪者表示，即便有不實的陳述或證據進入法院，有豐富經驗的法官經由職權調查，亦可輕易分辨被告陳述或證據之真假，不致於污染司法程序。又，與美國刑事辯護律師不同的是，我國的律師並沒有調查案件的權利與義務，因此無法於審判程序開始前確切得知證據或被告的陳述是否屬實，僅能依常理與經驗判斷加以判斷，故不應課予律師高度的真實義務，使其判斷被告陳述的真假來決定是否應拒絕給予協助。

「台灣沒有課予律師調查的義務，第二個是台灣律師也沒有調查的權利。美國的律師需要到刑案現場去做勘驗，美國律師也有私家偵探，或有私人的鑑定單位、機構來幫他鑑定，但台灣的社會根本沒有發展出這樣的配套制度。在我國根本沒有這樣的配套制度出來的時候，我們要怎麼去要求我國的律師要跟美國的律師一樣。這就是制度上不合理的地方。除非說台灣提供給律師的環境也跟美國一樣，律師跟檢察官一樣有辦法找到這些背後的資源支持他在法庭上作為一個辯護律師去與檢察官抗衡，所以他唯一只能夠去相信當事人說的，然後為他最大的權利辯護。」⁶⁸¹

「在整個訴訟程序中，若這個人的陳述與之前的不符的話，法官、檢察官就會馬上跳出來拿他以前說的話來攻擊他了。事實上，這個是職權審理主義，法官

⁶⁸¹ J2 受訪者訪談資料。

認為不管這個人講真講假，都不會因為律師的意見而受到影響。」⁶⁸²

基於上述的理由，受訪者一致認為，刑事案件中的辯護律師只要沒有偽造變造證據、湮滅證據、教唆偽證或協助被告串證的刑法上所規定之犯罪行為，且經律師合理判斷為不實之證據不予提出，及符合律師法及律師倫理規範對律師真實義務之要求。簡而言之，只要律師不積極主動為不法行為，即便在道德上有可非難性，但實務上亦難課予其相關法律責任。反面言之，律師消極地隱瞞事實、順應委託人的指示為其做不實的抗辯，或得知被告的不法行為而不予舉發者，⁶⁸³皆不會構成律師真實義務之違反。據此可得到一個結論，受訪者認為，刑事辯護律師在面對職業上的秘密，除有律師倫理規範第 33 條的例外情況應予以揭露外，應予以保密，不得揭露。倘若在法庭上為虛偽陳述、提出不實證據、教唆偽證、串證等不法行為係出自於委託人自己的意思，既然非屬律師倫理規範第 33 條所規定的例外情況，律師應予以保密。律師僅能以勸誡或解除委任的方式來維護倫理道德的底線，但不得積極地向法院揭露委託人的不法行為。

「其實很難啦！最基本的就是說，我不去教唆偽證，我不去叫當事人說謊，經我判斷為不合理的證據，我不提出，這就是最基本的誠實的界線。至於要課予律師積極防範的義務，要律師去防範我的當事人不可以講謊話，律師傳的證人不可以作偽證，我覺得沒有這個道理，不然律師怎麼執業？所以最基本的是不可以積極教唆偽證；第二個是我不能叫當事人說謊話；第三個我不提出經我判斷為不合理，或是偽造的不實證物。就是一些比較消極的，什麼事情我不做，而沒有積極的揭露義務或積極的防範義務，我覺得這個部分已經不是律師要做的。」⁶⁸⁴

「我覺得最基本的就是，你（律師）不應該去積極混淆不對的東西，但沒有積

⁶⁸² L2 受訪者訪談資料。

⁶⁸³ 不包含律師倫理規範第 33 條所規定之保密義務的例外情況。

⁶⁸⁴ L1 受訪者訪談資料。

極去防止的義務，但我不能積極的去偽造東西出來。我沒有辦法去防止別人的偽造，但我自己不能去偽造，或叫當事人偽造。」⁶⁸⁵

「我從不認為律師應該去揭露一些他知道的事情，就我的界線來講，我認為律師有積極的行為就是不對了，我覺得最後的防線就是漠視。他如果去做積極的行為，等於是完全違背了律師存在的功能，那就是違反律師倫理的問題。」⁶⁸⁶

六、我國律師保密義務與真實義務之履行及律師懲戒制度現況

受訪者表示，我國目前實務上律師因違反保密義務與真實義務而被律師倫理委員會懲戒的情況相當稀少，其原因並非所有的律師皆能以嚴格的倫理標準自持，而是目前關於違反保密義務與真實義務的案件來源非常少，目前實務上即便法官或檢察官發現律師有違反真實義務的情形，亦不會積極將違反律師倫理規範的律師移送倫理委員會懲戒。再者，律師倫理委員會的組成絕大部分為有執業經驗的律師，在認定被送懲戒的律師是否有違反律師倫理規範的行為時，會傾向從律師執業的角度來觀察。即便將違反真實義務的律師移送懲戒，只要律師違背真實義務的行為不構成刑法上所規定之妨害司法等罪，即難以認定律師是否有矇蔽欺罔或阻礙真實發現的「故意」，因而無法課予律師相關的責任。

首先，關於案源稀少的方面，受訪者指出律師因違反真實義務而被舉發的機率不高的原因有二：第一、律師受委託人意思拘束，為委託人利益而在法庭上以委託人的不實陳述為抗辯，說謊的是委託人自己，委託人自然不會舉發辯護律師違反真實義務的行為；第二、我國刑事訴訟依然保有濃厚的職權主義色彩，法官若認為被告或律師提出的抗辯或證據不實，得依職權加以調查。法官為最後認定事實之人，倘若律師為不實的抗辯或主張，法官可加以排除，其心證並不會受到影響，因此法官也不會積極地舉發律師

⁶⁸⁵ L2 受訪者訪談資料。

⁶⁸⁶ P2 受訪者訪談資料。

違反真實義務的行為。檢察官方面亦因為難以舉證證明律師確實有故為矇蔽欺罔或阻礙真實發現的行為而鮮少向律師懲戒委員會檢舉律師違反倫理規範的情況。

「因為很多司法人員不願意去碰那個東西，所以導致了現在偽證那麼嚴重。甚至我看過一個案子是，律師直接跟當事人說：『沒有關係，實務上都是這樣，只要你找一個證人來，說你那天是什麼什麼，這樣就好了。』所以我覺得，在某種程度，律師或檢察官或法官，不願意去碰這個東西，導致現在偽證的情況那麼嚴重。」⁶⁸⁷

「保密義務與誠實義務的問題不好判斷，所以這就是為什麼在我國的案例很少。我想律師倫理的制度慢慢建立起來以後案例會多，但利益衝突的案例會最多。但保密義務與誠實義務被懲戒的機率不高，應該說，來源就少了啦！因為一般民眾不會因為這樣就去檢舉，法院也很少因為這樣就去移送。比如說，你想，當事人自己虛偽陳述，他會去檢舉你嗎？他不會去檢舉你啦！當事人不可能去檢舉你（律師），檢察官跟法官也很少因為這樣去檢舉你（律師）。」⁶⁸⁸

「當事人有時候並不會對作偽證的問題感到害怕，覺得自己不能作偽證，或許是因為法官、檢察官告發偽證的機率很低。若告發的機率高了的話，我覺得可能就會不一樣。或許是因為這樣，當事人會覺得我這樣講頂多法官就不會相信我，後來也就沒事了。或許是這樣的一個環境，會讓當事人、證人覺得作偽證也不是那麼嚴重、令人害怕的事。」⁶⁸⁹

律師懲戒委員會的組成也決定了律師若有違反真實義務的情形而被送懲戒時，通常能夠被以較寬鬆的標準加以檢驗，因此懲戒案幾乎不會成立。受訪者表示，律師懲戒委

⁶⁸⁷ P1 受訪者訪談資料。

⁶⁸⁸ L1 受訪者訪談資料。

⁶⁸⁹ L2 受訪者訪談資料。

員會的組成有絕大部分為律師，在懲戒案的表決程序中有決定性的影響力。具有律師身份的委員會從律師執業的經驗來觀察被送懲戒的律師是否有違背真實義務的故意，倘若律師沒有積極為教唆偽證、串證、湮滅證據等行為，而僅是消極的隱瞞事實或受委託人的意思拘束而為抗辯，則難以認定律師於行為當時有矇蔽欺罔或阻礙真實發現的「故意」，因此不會課予律師相關的法律責任。

「因為你送到懲戒委員會，懲戒委員會的委員律師是過半的，律師會從他執業的過程來看這個問題。……那事實上的認定，什麼叫事實上的認定？你要用什麼樣的證據？還是你法官事後來看的？因為法官會認為審這個案子你就是沒有老實，但是從律師的角度來看，他就是沒有不老實啊！他頂多就只是不講而已啊，他有什麼積極作為讓你認定說他不老實嗎？……我們現在是用懲戒委員會，懲戒委員會的組成是律師、法官、檢察官、公正人士，比如說總共十一個人，法官兩個，檢察官兩個，公正人士兩個，其他是律師，那法官、檢察官不會過半。法官跟檢察官的角度跟律師的角度是不一樣，那公正人士會被誰影響，那就要看啦！」⁶⁹⁰

「你會發覺像這一類的案子幾乎沒有辦法扣上懲戒，因為你主觀上的認知沒有客觀上的證物去認定他主觀上的認知的話，很難。因為證據上的判斷每個人有每個人的判斷價值，檢察官有檢察官判斷的價值，法官有法官判斷的價值，我有我判斷的價值。」⁶⁹¹

第四項 小結

一、 我國律師對委託人的保密義務優先於對法院的真實義務

⁶⁹⁰ L1 受訪者訪談資料。

⁶⁹¹ L1 受訪者訪談資料。

從上述訪談資料分析可知，我國律師的保密義務與誠實義務之衝突體現在委託人意圖在法庭上為不實陳述或提交不實證據時，我國的律師會選擇保守委託人的秘密，對委託人意圖在法庭上為不實陳述、提交不實證據，甚至串證、教唆偽證的行為保持緘默，不得向法院揭露。在面對倫理上兩難的情況時，律師首先可做的是勸誡委託人，將在法庭上為不實陳述或提交不實證據的法律後果告知委託人，倘若勸誡不成功，律師可以選擇解除委任以平衡律師對委託人的忠實義務以及對司法的真實義務。如此的作法與美國實務上發展出來的作法明顯的不同。美國的律師倫理規範規定律師明知委託人有在法庭上做偽證的意圖時，應採取合理的補救措施，包括在必要的情況下向法院予以揭露。但我國的法官、檢察官、律師皆明確的反對這樣的做法，其理由在於我國法系中，被告無庸具結，亦非偽證罪適格的行為人，因此，縱使被告說謊亦不會受到制裁。據此，認為身為被告辯護人的律師，應全力為委託人的最大利益辯護，倘若委託人執意要律師以其不實的陳述向法院為主張或抗辯，律師應尊重委託人的意思。然而，這並不代表律師可積極地偽造變造證據、湮滅證據或教唆偽證、串證，若律師積極地為刑法上所規定之妨害司法之行為時則構成犯罪，亦違反了律師倫理規範對律師真實義務之要求。

二、 我國律師僅負有低度的真實義務

從美國法上數十年來所發展出來的委託人偽證規則（client perjury rule），以及律師面對委託人偽證問題的應對措施中可發現一個趨勢：律師要儘量不讓陪審團被其明知是虛偽的證據所矇蔽，但同時要避免陪審團及法官因此對自己的委託人產生偏見。本文將美國法上處理委託人偽證問題的作法放在我國的法治環境中來檢驗，發現美國法上所發展出來的應對措施，除了勸誡委託人及解除委任外，其他的方法在學理上雖有施行的可能，但在實務運作上則有相當的難度。首先，拒絕讓委託人在法庭上作證不但剝奪了委託人為自己作證的權利，同時，身為辯護人的律師不宜轉變自己的角色成為認定事實之人來檢驗委託人證詞之真偽。在我國的訴訟制度下，律師並無法拒絕讓委託人在法庭上陳述，被告為自己辯護乃法律所保障的權利，且被告受法官訊問時亦得陳述自己的意

見，故此作法在我國並不可行。第二、律師摒棄一般一問一答的詰問方式，命委託人以敘述的方式陳述證詞的作法，將造成「此地無銀三百兩」的揭示效果，等於間接地告訴法院辯護人對委託人的證詞有所疑慮。在我國，若擔心委託人無法清楚地表達，律師可引導委託人就案情的始末陳述，但若律師知道委託人意圖為不實的陳述，律師就不會詢問委託人，以防委託人在法庭上的不實陳述造成法官對其負面的評價。第三、向法院揭露委託人偽證的作法雖為美國律師倫理規範的建議作法之一，然而美國的學者不乏對此作法的嚴正批評。反對律師向法院揭露委託人偽證的美國學者指出，此作法嚴重剝奪被告不自證己罪及受律師協助辯護的權利，造成委託人對律師的不信任，更破壞了訴訟制度三角架構的平衡。而在本文的訪談資料中顯示我國訴訟活動的審、檢、辯三方一致地認同美國學者上述的看法，認為使律師揭露委託人偽證意圖在我國並不可行且難以想像，律師雖有維護訴訟程序不被不實證據污染的責任，但律師的真實義務並不包括積極揭露或防範委託人不實陳述的行為。第四、美國法上交由非本案法官裁定的作法雖可避免本案法官對被告的偏見，但在我國亦不可行，由於我國不得命被告具結，被告沒有據實陳述的義務，因此律師當然不得積極揭露委託人不誠實的行為。

簡而言之，我國訴訟實務基本上認為被告的辯護律師為被告利益之代理人，但同時亦認為律師為自主性的司法單元。律師身為被告的辯護人，其行事的最高準則就是被告之利益。據此，利益與不利益取決於被告的自主決定，辯護人應輔助被告達成其利益與目標，倘若委託人堅持律師應向法院為不實抗辯，律師應受委託人的意思拘束。然而，在另一個面向，又認為辯護人在刑事司法體系中依然負擔自主性的功能，因而，相較於被告，辯護人必須符合更高標準的行事準則，就真實義務而言，被告不負真實義務，縱使虛偽陳述或湮滅自己犯罪之證據，亦不負偽證或湮滅證據的行事責任；反之，辯護人則有真實義務，這才符合擔當公益及司法機能的角​​色。不過與檢察官相較，辯護人基於維護被告利益，一來不負客觀性義務，故僅為被告有利行事而已，不論其不利部分；二來僅負低度的真實義務，因此，辯護人不得積極說謊，亦不得教唆被告說謊或滅證，但仍得消極隱瞞不利被告之事實。消極隱瞞，有時甚至是辯護人的義務，當被告向辯護人

坦誠犯罪並提供相關資訊時，辯護人負有維持業務信賴關係的保密義務，不得主動向任何人，尤其是檢察官或法院提供該犯罪資訊。

三、 我國律師沒有揭露委託人對法院所從事之詐欺行為的義務

從深度訪談的實證資料中可清楚看出我國司法實務界人士對律師真實義務的範圍及履行的方式，與美國實務界目前公認的作法有非常大的差異。美國法上認為刑事被告雖有不自證己罪及受律師協助辯護的權利，但被告受律師協助辯護的權利並不包括要求辯護律師協助委託人作偽證的權利。辯護律師對被告負有的忠實義務、保密義務及盡力辯護的義務，僅限於達到委託人目標及協助法院發現真實之合法、正當的行為。律師不得協助委託人提交不實的證據或違反法律，律師也應建議委託人遵守法。因此，美國律師倫理課予律師高度的真實義務，當律師發現委託人有在法庭上做偽證的意圖或行為時，應採取合理的補救措施，包括在必要的情況下向法院予以揭露。此外，美國的律師發現自己的委託人或他人意圖從事、正在從事或已經從事對與審判庭有關的刑事或詐欺行為時，律師亦應採取合理的補救措施，包括向法院予以揭露。反觀我國實務上的作法，訪談資料顯示，不論法官、檢察官或律師皆認為被告本有不自證己罪及不違背自己意思陳述的權利，被告在法庭上為不實陳述本為人之常情，律師身為被告之辯護人其至高的目的在於為委託人之最大利益辯護。律師應盡力地為被告辯護，將攻擊被告不實抗辯和判斷被告陳述真假的責任留給檢察官與法官，以確保訴訟活動中的審、檢、辯三方能夠相互牽制，以促進訴訟制度之健全運作。實證研究的受訪者一致表示，倘若課予律師揭露委託人為不實陳述或提交不實證據的意圖的義務，則使得律師的角色從辯護人轉變為檢察官，同時亦將造成委託人對律師的不信任，刑事訴訟制度中對被告權利之保障將隨之崩解。

對於我國律師真實義務之界限，受訪者一致表示，只要律師沒有積極為偽造、變造、湮滅證據、教唆偽證、串證等構成刑事犯罪的行為，且經律師合理判斷為不實之證據拒

絕提出，則已符合現今我國律師倫理規範課予律師之真實義務。對於委託人所為之不法行為，除非係屬律師倫理規範第 33 條之保密義務的例外得揭露的情況，否則律師不應予以揭露。由此可見，我國律師倫理規範課予律師的真實義務是相當低度的真實義務。實務界基本上認為律師對委託人的保密義務應優先於對法院的真實義務，除非有保密義務的例外情況發生，律師在任何情況下皆不應向法院舉發委託人的不法行為。又，我國對於律師的洩密行為有刑法上的規定，⁶⁹²但對於律師真實義務之違反，卻無相關制裁的依據；法官、檢察官對於律師違反真實義務的行為亦抱持著消極不舉發的態度，律師倫理委員會亦對律師違反真實義務之「故意」，採取嚴格的認定標準，只要委託人妨害司法之行為與律師無關者，律師則無須負責，亦沒有揭露或積極糾正的義務。在在的原因皆促使現今我國的律師在職業的過程中，對律師真實義務的規範，抱持著消極不在乎的態度，甚至認為律師只有對委託人的保密義務，而沒有對法院的真實義務。

然而近期司法黃牛、承審法官被恐嚇威脅，甚至刑事被告賄賂承審法官以獲得無罪判決的司法醜聞層出不窮，重傷司法威信，人民對司法的信心也面臨嚴重的挑戰。面對這樣的情況，身為獨立司法機關、有義務協助司法程序公正進行的律師，究竟應如何自處？本文交叉檢視我國律師倫理規範課予律師之保密義務與誠實義務，綜合前述實證研究的資料後發現我國目前對於委託人意圖透過構成刑事犯罪或訴訟詐欺的手段以謀求對自己有利的判決結果等妨害司法的行為，並沒有課予律師揭露的義務，致使律師真實義務在履行上產生嚴重的漏洞。律師在發現有上述嚴重妨害司法公正進行的行為時，卻仍然受保密義務的拘束，不得予以舉發或揭露。如此對司法追求公平正義的終極目標必然產生扞格。本文認為，我國律師倫理規範對律師真實義務之規定，應課予律師在明知的情況下，積極揭露委託人或第三人對法院從事之刑事或詐欺行為的義務。此部分將於下一章中詳述之。

⁶⁹² 刑法第 316 條。

第八章 我國是否應課予律師積極揭露對審判庭從事之刑事或詐欺行為的義務？

第一節 律師低度的真實義務與社會實際需求不符

我國近期發生一連串司法黃牛、法官遭恐嚇，甚至是法官集體收賄的情況，對司法的威信造成嚴重的衝擊。司法作為正義的最後一道防線，人民信賴司法給予符合公平正義的審判，這樣的信賴必須點滴的累積，但少數不肖法官被訴訟當事人收買而所做出的枉法裁判，卻一夕間瓦解人民對司法的信賴。坊間街語的「有錢判生，沒錢判死」是對司法公正性最嚴厲的指控。此外，不僅對參與審判程序的人員行賄的行為可能嚴重污染訴訟程序，訴訟當事人或其他第三人對參與審判程序人員進行恐嚇或其他不法交流的行為，甚至非法偽造、變造、湮滅或隱匿於刑事案件有重要關係之證據，皆可能阻礙對國家刑事司法權的正確行使，造成刑事司法判決產生不正確的結果，影響司法公正性。律師身為自主性的司法單元，其職務乃公共職務，有協助法院維持司法尊嚴及實現司法正義的責任。律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命，應誠實執行職務，並於執行職務時兼顧當事人合法權益及公共利益，不應拘泥於訴訟勝敗而忽略真實之發現，此乃我國律師法與律師倫理規範明文規定。然而，觀察現今我國律師法、律師倫理規範，以及本文實證研究的結果可發現，我國律師僅負有極低度的真實義務，實務上認為律師只要沒有偽造、變造、湮滅證據、教唆偽證等構成刑法犯罪的行為，即足已符合律師倫理對於律師真實義務之要求。律師在任何時候皆應優先保守委託人的秘密資訊，不論其合法與否，而只有在保密義務的例外情況發生時，律師才有揭露委託人秘密資訊的義務。如此低度的真實義務，使得律師在知悉委託人有賄賂、恐嚇審判程序相關人員的意圖或行為時，律師仍受保密義務的拘束，而不得揭露之；反之，若律師積極加以揭露，則有違反律師倫理規範而被委託人控告，或被移送律師倫理委員會懲戒的風險。

持平而論，我國律師倫理規範對於律師真實義務之規定著實已與社會實際需求脫節，不足應付目前日趨複雜的司法環境以及民眾對司法公正性的期待。本文認為，律師為委託人盡力辯護的義務，應以達到委託人「合法」、「正當」的目標為限，律師不得採取任何方法協助委託人提出不實證據或違背法令。故，律師於代理委託人期間，發現委託人意圖提交不實證據或為不實陳述，律師應加以勸阻；倘若勸阻無效，律師應視委託人欲提出之不實證據的性質而採取不同的應對措施。倘若係不實之陳述，律師雖不得以自己之確信加以主張，然而被告依然有不違背自己意思陳述的權利，⁶⁹³律師得協助委託人陳述；若被告欲向法院提交不實之證據，根據律師倫理規範第 23 條第 2 項之規定，律師應拒絕提出，且不得使用該不實之證據，否則有違反刑法第 165 條之虞。此外，本文主張，律師在明知委託人或第三人意圖從事、正在從事，或已經從事與該訴訟程序有關的刑事或詐欺行為時，律師應採取合理的補救措施，包括向法院揭露該不法行為，以保障國家刑事司法權的正確行使，杜絕不實物證影響事實認定或訴訟詐欺行為左右判決結果的情況。

第二節 相關法律依據

第一項 美國

根據美國律師協會所制訂之 Model Rules 第 3.3 (b) 之規定：「在司法審判程序中代理某個委託人律師在知道某個人意圖從事、正在從事或已經從事了與該程序有關之刑事或詐欺行為者，應採取合理的補救措施，包括在必要的情況下向審判庭予以揭露。」此規定課予律師積極的義務來揭露委託人或第三人做出足以影響法院審判公正性之不法行為，以維護訴訟程序的公正進行。美國律師協會認定律師為法庭人員（officer of the court），負有避免可能破壞訴訟程序正當性之行為的特殊義務。律師作為辯護人，在審判程序中有義務說服法官或陪審團支持委託人的案件；然而，在保守委託人秘密以執行

⁶⁹³ 刑事訴訟法第 95 條。

上述職責的同時，律師應受對法院之誠實義務的限制。因此，在當事人進行主義的訴訟制度下，雖然不要求律師必須毫無保留地呈現所有的證據，或對委託人所提出的證據或陳述做出擔保，但律師亦不得讓審判庭被律師所明知的虛假事實或主張所誤導。根據Model Rules中對於律師真實義務之要求，律師在知悉委託人有作偽證或提交不實證據的意圖或行為時，律師應採取合理的補救措施，甚至向法院予以揭露。即便美國律師會亦肯認揭露委託人的虛偽證言或對委託人帶來嚴重的不利益，不僅委託人會產生被辯護人背叛的感覺，甚至可能導致委託人敗訴或被以偽證罪起訴的後果。然而，美國律師會表示，若不這樣做，律師就是在與不誠實的委託人共同欺騙法院，從而破壞了對抗制度旨在貫徹的事實認定程序。再者，除非委託人清楚地理解律師有揭露虛假證據的義務，否則委託人則可以輕易的拒絕讓律師公開不實的證據，並要求律師保持沈默。如此一來，則變相使得委託人能夠強迫律師與其共同欺騙法院。⁶⁹⁴

又，根據Model Rules第3.3(b)條之規定，律師發現委託人或他人有對證人、陪審團、法院職員或其他參與審判程序之人進行賄賂、恐嚇或其他非法交流行為，或有湮滅、隱匿書證或其他證據之行為，或存在依法應向法院揭露而沒有揭露的相關資訊時，律師應對該與訴訟程序有關之犯罪或詐欺行為採取合理的補救措施，包括在必要的情況下向法院進行揭露。⁶⁹⁵美國律師協會在Model Rules第1.2(d)條明確規定：「如果律師明知委託人的行為構成犯罪或詐欺者，律師不得為委託人的不法行為提供諮詢或幫助。但，律師可以就委託人意圖進行的行為的法律後果與委託人進行討論，可以為協助委託人善意地確定法律的效果、範圍、含意以及其適用問題而提供諮詢或幫助。」⁶⁹⁶據此，委託人對參與訴訟程序人員所為之恐嚇、賄賂等不法交流之行為，或作偽證或提交不實證據之行為為係屬構成犯罪之行為，律師不得給予協助。又，根據美國最高法院之見解，辯護律師

⁶⁹⁴ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R. 3.3 cmt 11 (2004).

⁶⁹⁵ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R.3.3 cmt 12 (2004).

⁶⁹⁶ MODEL RULES OF PROF'L CONDUCT R.1.2(d) (2004) ('A lawyer shall not counsel a client to engage, or assist a client, in conduct that the lawyer knows is criminal or fraudulent, but a lawyer may discuss the legal consequences of any proposed course of conduct with a client and may counsel or assist a client to make a good faith effort to determine the validity, scope, meaning or application of the law.')

對被告雖負有「忠實義務」、「保密義務」及「盡力辯護」的義務，但辯護律師對被告的這些義務，僅限於達到委託人目標及協助法院發現真實之正當、合法行為，律師不得採取任何方法協助委託人提交不實證據或違背法令。⁶⁹⁷美國對律師真實義務的要求以及法院的見解，在在的顯示了美國法治下，律師不得因追求勝訴而違背了司法維護公平正義、發現真實的終極目標。雖然律師應單單對自己的委託人忠誠，並為委託人的最大利益辯護，但當維護委託人的利益與律師對法院的誠實義務產生衝突時，律師應稟持身為法庭人員的職責，向法院揭露委託人的不法行為，以維護司法程序的公正性，保護司法程序不受偽證、不實證據，或詐欺行為的影響。

第二項 我國

一、 我國現行的規定

我國於 2009 年增定律師倫理規範第 23 條真實義務之規定時，於修正說明中明文表示係參照美國律師協會 Model Rules 第 3.3 條條文增定第 2 項之規定，賦予律師經其合理判斷為不實之證據，「得」拒絕提出的權利；但，刑事被告之陳述，不在此限。在此，我國律師協會納入了美國律師真實義務的重要規定，然而 Model Rules 第 3.3(b) 條的核心條文卻略而不採，不願課予律師揭露委託人對訴訟程序從事之詐欺或犯罪行為的義務，似乎有刻意幫助律師躲避「真實義務」與「保密義務」之衝突的意思。而本文的實證研究也顯示，我國律師普遍認為律師倫理規範對律師真實義務的要求是相當低度、消極的要求，基本上只要委託人所提交的不實證據、所為之不實陳述，或偽造變造證據、湮滅證據，或教唆偽證、串證之行為與律師無關，非律師所教唆或煽動者，律師則不需負擔任何的責任。如此低度的真實義務，實在無助於改善長期為國人所詬病的不良司法風氣。社會輿論訴求一個更能夠自治自律、落實公平審判的訴訟制度，身為自主性司法單元的律師，不應自外於這樣的改革聲浪。

⁶⁹⁷ See Nix, 475 U.S. at 166.

雖然律師在執業過程中，多首重於優先履行對委託人的保密義務，而有忽略履行對法院之真實義務的傾向，亦不認為律師有積極揭露委託人為不實陳述、提交不實證據或其他對審判程序所從事之犯罪行為的義務，然而綜合觀察我國律師法與律師倫理規範，我國律師應誠實執行職務，⁶⁹⁸兼顧當事人的「合法」權益及公共利益，⁶⁹⁹不應拘泥於訴訟勝敗而忽略真實之發現；⁷⁰⁰律師亦有與法院共同維護維護司法尊嚴及實現司法正義的責任；⁷⁰¹律師對於法院、檢察機關或司法警察機關，亦不得有矇蔽或欺誘之行為。⁷⁰²據此可見律師在訴訟程序中扮演促進司法正義的重要角色，目前實務上律師極低度的真實義務顯然不足以與法院共同維護司法程序的公正進行。

二、 我國修法的趨勢

依律師倫理規範第 23 條規定：「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。」辯護人如犯現行刑法第 165 條之罪或教唆、幫助犯該條之罪，依現行規定，除依該條及刑法教唆犯、幫助犯之規定加以處罰外，尚可依律師倫理規範之規定，由所屬律師公會予以勸告、告誡或送請相關單位處理，⁷⁰³情節重大者，尚得交付懲戒，懲戒之處分則有警告、申誡、停止執行職務二年以下及除名。⁷⁰⁴

然而關於教唆犯及幫助犯之性質，於 94 年間修法時，已明確採取「共犯從屬性說」中之「限制從屬性形式」。依限制從屬形式之立場，共犯之成立係以正犯行為（主行為）之存在為必要，正犯行為則須正犯著手於犯罪之實行行為，且具備違法性⁷⁰⁵，始足當之，至於有責性之判斷，依個別正犯或共犯判斷之。唆使被告或他人偽造、變造、湮滅、

⁶⁹⁸ 律師法第 1 條、第 2 條；律師倫理規範第 8 條。

⁶⁹⁹ 律師倫理規範第 8 條。

⁷⁰⁰ 前揭註，第 11 條。

⁷⁰¹ 前揭註，第 20 條。

⁷⁰² 律師法第 20 條

⁷⁰³ 參照律師倫理規範第 49 條。

⁷⁰⁴ 參照律師法第 39 條、第 44 條。

⁷⁰⁵ 即須正犯行為具備構成要件該當性、違法性。

隱匿證據，或使用偽造、變造之證據，將導致事實認定錯誤，妨害司法權之正確行使，有礙發現真實。惟法務部在刑法第 165 條修正草案中表示，現行刑法第 165 條第 1 條之湮滅刑事證據罪，舉證較困難，且犯罪黑數多，難以查證，造成湮滅刑事證據罪及偽證罪不易為有罪之認定。若依修正後刑法第 29 條之規定，則要成立第 165 條第 1 項之教唆犯或幫助犯，更顯困難，無法有效遏阻犯罪。在加上司法院大法官釋字第 654 號解釋認為辯護人接見受壓被告時監聽、錄音所獲得之資訊，作為偵查或審判上認定被告本案犯罪事實之證據，妨害被告防禦權之行使，抵觸憲法第 16 條保障訴訟權之規定，被認定違憲。然而，為維持押所秩序之必要，於受押被告與其辯護人接見時，予以監看而不與聞，則與憲法保障訴訟權之意旨尚無不符。⁷⁰⁶於保障被告防禦權的同時，辯護人與被告接見通信更加頻繁、隱密，同時亦提高辯護人與被告利用隱密接見通信的機會，教唆（甚或幫助）被告如何偽造、變造、串證、湮滅、隱匿證據或教唆作偽證。法務部刑法研究修正小組表示，因為不得監聽錄，使得搜證困難，正犯偽造、變造、湮滅、隱匿證據或偽證要成罪即已相當困難，更遑論教唆犯及幫助犯之成立。成罪可能性大幅降低的結果，刑罰的威嚇功能亦將隨之大幅減弱，⁷⁰⁷教唆或幫助偽造、變造、串證、湮滅、隱匿證據或教唆作偽證之犯罪黑數勢必將大幅提高，終將影響偵審與真實的發現。⁷⁰⁸爰有將唆使被告或他人偽造、變造、湮滅、隱匿證據，或唆使被告或他人使用偽造、變造之證據之行為，特別訂定處罰規定之必要，僅需有唆使行為即已成罪，無待正犯著手實施犯罪行為且具備違法性。故擬增定刑法第 165 條第 2 項：「使被告以外之人犯前項之罪者，亦同」與第 3 項：「使被告偽造、變造、湮滅或隱匿於自己刑事案件有重要關係之證據，或使用該偽造、變造之證據者，處三年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金。」之規定。⁷⁰⁹

法務部在擬訂上述的修正草案前，於 98 年間成立的刑法研究修正小組，特別將委

⁷⁰⁶ 參見大法官釋字第 654 號解釋理由書。

⁷⁰⁷ 參照本文第七章實證研究資料分析，頁 201-02。

⁷⁰⁸ 參照法務部刑法研究修正小組會議資料（98 年 3 月 31 日）。

⁷⁰⁹ 參照中華民國刑法第一百六十五條修正草案條文對照表，法務部檢察司（98 年 5 月 26 日）。

託人教唆或幫助犯刑法第 165 條及 168 條第 1 項之罪的獨立處罰必要性提出來討論，並於 98 年 3 月的建議修正條文對照表中建議獨立增定處罰辯護人教唆或幫助犯刑法第 165 條或第 168 條第 1 項之行為。雖然於之後 5 月的修正草案中，將刑法第 165 條第 2、3 項及第 168 條第 2、3 項之行為人身份從辯護人放寬至不特定之人，⁷¹⁰但足以顯示我國目前辯護人教唆委託人或幫助犯湮滅證據罪或偽證罪的情況嚴重，促使法務部進行修法來遏阻影響司法公正性之行為。

第三節 我國律師真實義務之履行及其法律效果

第一項 辯護律師應如何對待不實之證據

一、 律師應拒絕使用或提交不實證據

由法務部建議獨立增定條文處罰辯護人教唆或幫助犯湮滅證據罪或偽證罪的趨勢可知，我國實務上辯護人教唆或幫助犯上述之罪的情況嚴重。根據現行刑法第 165 條及其修正草案，律師偽造、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，已構成刑事的犯罪，得處以二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。據此，辯護律師知悉委託人欲提交之證據為不實者，不得使用之。根據我國現行律師倫理規範第 23 條第 1 項之規定，律師若明確知悉委託人確實有提交不實證物或為不實陳述的意圖時，律師亦應拒絕使用該不實證據，否則即觸犯刑法第 165 條第 1 項之規定。

二、 我國應課予律師揭露不實證據的義務

然而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

⁷¹⁰ 法務部刑法研究修正小組會議資料（98 年 3 月 31 日）；中華民國刑法第一百六十五條修正草案條文對照表，法務部檢察司（98 年 5 月 26 日）。

之不實證據，但委託人執意向法院提交者，本文認為，應課予律師積極揭露該等不法行為的義務。由於湮滅證據罪與偽證及誣告罪所要保護的法益均為國家刑事司法權之正確行使。偽造、變造、湮滅或隱匿證據，與偽證同樣對刑事司法判決產生不正確的結果，影響司法的公正性，然而因為此等罪行舉證困難，且犯罪黑數眾多，難以查證，造成湮滅刑事證據罪及偽證罪不易為有罪之認定，實務上難以有效遏阻妨害司法公正性的不法行為，終將影響真實之發現。律師於委任期間，乃係最了解訴訟程序進行狀態之人，亦知悉委託人對案件事實的了解與主張，倘若發現委託人意圖使用或正在使用偽造、變造之證據，或被他人教唆而為偽造、變造於自己刑事案件有重要關係之證據，或使用該偽造變造之證據者，應課予律師積極向法院揭露的義務。按律師法第 28 條規定：「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。」；律師倫理規範第 7 條規定：「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」；第 23 條規定：「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。」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。

雖然實證研究之受訪者一致表示，我國律師並沒有積極調查案件的義務與權限，律師在閱卷之前無法事先知道委託人之說法或所欲提出之證據究竟是否真實，因此不應課予辯護律師揭露委託人或證人提交不實證據或為不實陳述之意圖的積極義務；受訪者又表示，即便有不實的證據或虛偽的陳述進入法院，檢察官得積極加以攻擊，法官亦可依職權調查相關事實來判斷真偽，故，無需課予律師積極向法院揭露不實證據或不實陳述的義務。對此，本文有相反的見解。根據最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議，討論刑事訴訟法第 161 條、第 163 條修正後相關問題，最高法院在刑庭會議的決議中表示我國改採改良式當事人進行主義後，法院原則上不主動調查證據，僅於刑事訴訟法第 163 條所規定之下列情形，始有調查證據之義務：一、當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查而客觀上認為有必要者；二、同條第 2 項但書規定應依職權調查之證據者。而刑

事訴訟法第 163 條第 2 項前段「法院得依職權調查證據」，係指法院「於當事人主導之證據調查完畢後」，認為事實未臻明白仍有待澄清時，得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。⁷¹¹ 由此可見，我國改採當事人進行主義後，刑事訴訟法修正後第 165 條釐訂法院與檢察官調查證據責任之分際，一方面揭櫫當事人調查證據主導權之大原則，並充分保障當事人於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告之權利(同條第一項)；另一方面例外規定法院「得」及「應」依職權調查證據之補充性，必待當事人舉證不足時，法院始自動依職權介入調查，以發見真實(同條第二項)，以貫徹尊重當事人查證之主導意見，確保法院補充介入之超然、中立。又，按最高法院 98 年度台上字第 4577 號判決要旨謂，刑事訴訟法第一百六十三條第一、二項規定，法院調查證據以依當事人聲請為原則，例外於當事人主導之證據調查完畢後，認事實仍未臻明白，為發現真實，固亦得就當事人未聲請部分，依職權為補充、輔佐性之調查，然此調查職權發動與否，法院仍得自由裁量；僅於維護公平正義或對被告之利益有重大關係之事項，法院始負有調查之義務而應依職權調查之。……是刑事被告因受無罪推定原則之保護，犯罪事實應由檢察官負舉證與說服之實質舉證責任，被告對犯罪事實之不存在固不負任何證明責任，然於訴訟進行過程中，倘因檢察官之實質舉證，致被告將受不利益之判斷時，為免於己不利，即有提出證據或聲請法院調查證據以動搖該不利狀態之必要；我國律師法第 23 條⁷¹²與律師倫理規範第 16 條⁷¹³亦課予律師探究案情、搜求證據的義務。

從我國刑事訴訟法改採改良式當事人進行主義的要旨，以及最高法院的見解及律師法、律師倫理規範的條文內容觀之，我國的律師於受任事件確實有積極搜求證據、探究案情的義務。刑事案件當中的法官雖得依職權調查證據，然此調查職權發動與否，法院仍得自由裁量；法官的調查義務僅在當事人主導之證據調查完畢後，認為事實仍有待釐清者，在斟酌具體個案之情形後，才決定是否要啟動其調查的權限。刑事被告雖不負舉

⁷¹¹ 98 年台上字第 4577 號判決要旨。

⁷¹² 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。」

⁷¹³ 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，……」

證責任，然而訴訟進行過程中，未避免檢察官之實質舉證致使其受不利益之判斷，被告依然有提出證據以動搖不利狀態之必要。身為被告辯護人之律師，有維護委託人最大利益的義務，應盡力為被告搜求證據以為有效之辯護；且經委託人的告知，或經過事實的調查，律師實際上可以知道事實的真相。⁷¹⁴故實證研究受訪者謂我國律師並無調查的權限及義務，致使律師無法確知委託人之陳述或提供之證據是否屬實云云，並不足採。

本文認為，在改良式當事人進行主義的訴訟制度下，法官原則上不主動調查證據，僅居於被動的地位，聆聽完兩造辯論後才選擇適用法律並據以做出裁判。法官能否精確的認事用法，需仰賴訴訟兩造所提出的證據；倘若被呈現在法官面前的證據不實，法官則無法做出正確的判決。因此，身為主導訴訟進行之一造的被告辯護律師，其職務具有公益性質，有與法院共同維護司法程序公正進行的義務，應盡力確保進入法院的證據的真實性，不讓虛假的證據妨害國家刑事司法權之行使。本文主張，辯護律師在改良式當事人進行主義的訴訟制度下，若明確知悉委託人或證人有提交不實證據或證人為偽證的意圖或行為時，應採取合理的補救措施，包括在必要的情況下向法院予以揭露，而不宜將調查證據及認定證據真假的責任全部轉嫁到法官身上，否則會產生變相浪費訴訟資源以確認證據真實性的疑慮（虛假的證據進入法院，法院為了要確認其真實性，而需耗費額外的訴訟資源加以調查。律師在明知的情況下放縱虛假證據進入法院則變相的造成訴訟資源的浪費）。

第二項 辯護律師應如何對待不實之陳述

一、 律師不應揭露委託人的不實陳述

然而，本文認為，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。由於被告不違背自己意

⁷¹⁴ See Subin, *supra* note 444, at 136-48；李禮仲，美國法律專業人員之倫理規範，財團法人國家政策研究基金會：<http://www.npf.org.tw/post/2/3504>（最後點閱時間：2010年8月3日）。

思陳述的權利，亦即被告無須據實陳述，又，我國採被告不適格為證人主義，我國的訴訟制度下不得命被告具結，如被告為虛偽陳述，並不會受偽證罪的追訴。既然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。對於委託人虛偽的陳述，此時應交由檢方加以攻擊，並由法院判斷其真偽。但須注意的是，對於這種不實的辯護主張，辯護律師只能將此敘述為其委託人之主張，而不得說成是出於自己之確信，否則其即會以本身之擔保造成一種不實的假象。⁷¹⁵

第三項 律師應如何對待與破壞訴訟程序正當性之刑事或詐欺行為

一、 應課予律師積極揭露的義務

就辯護律師所代理之被告或第三人對參與審判程序之人所進行之賄賂、恐嚇或其他非法交流行為者，本文認為，應課予律師積極揭露的義務。根據刑法第 122 條第 2 項：「對於公務員或仲裁人關於違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金。」委託人或他人對參與訴訟程序之公務員或法官行賄者，為刑法處罰之對象。又根據同條第 1 項規定：「公務員或仲裁人對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂，或其他不正利益者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科七千元以下罰金。因而為違背職務之行為者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，得併科一萬元以下罰金。」法官或其他參與訴訟程序之公務員收受賄賂或其他不正利益，因而為違背職務之行為者，亦屬刑法處罰之對象。律師倫理規範第 24 條亦課予律師積極的義務來舉發司法人員貪污有據的情事。本文認為，被告雖有受律師協助辯護的權利，然而此權利應以達到合法、正當的目標為限，被告不得利用律師的服務，或憑恃律師對委託人契約上的保密義務，而從事妨害國家刑事司法權正確行使之犯罪或詐欺行為，如對參與審判程序之人進行之賄賂、恐嚇或騷擾等行為。故，本文主張，

⁷¹⁵ 前揭註 3，頁 192。

我國律師倫理規範應課予律師積極揭露委託人或他人對審判庭從事之刑事或詐欺行為的義務。在司法審判程序中代理某委託人的律師，不論在何時，只要明知某人——包括律師的委託人，意圖從事、正在從事或已經從事了與該程序有關之犯罪或詐欺行為者，律師應採取合理的補救措施，包括在必要的情況下向法院予以揭露。



第九章 結論與建議

第一節 我國律師真實義務的履行現況

第一項 律師對委託人的保密義務優先於對法院的真實義務

實證訪談資料顯示，我國律師在面對保密義務與真實義務產生衝突時，律師首先會積極地說服委託人向法院為真實之陳述，並將不實陳述的後果曉諭委託人；倘若勸阻無效，律師則會保持沈默，在無法確定委託人的說法是否不實的情況下，律師應受委託人的意思拘束，向法院依委託人的意思為主張或抗辯。

我國實務界的見解明顯的與美國早期對此爭議採取的立場吻合，亦即律師對委託人的保密義務應優於對法院的真實義務。律師身的首要值則是在其專業能力內保障委託人的秘密資訊不被揭露，並在法所允許的範圍內與檢察官抗衡，盡力維護委託人的合法權益、為委託人的最大利益辯護。

美國早期認為律師對委託人保密義務應優於律師對法院的誠實義務的見解，直到 Model Rules 時期因為「水門案」等一連串弊案的發生，才開始強調律師的誠實義務，課予律師揭露委託人偽證意圖的責任。然而，律師必須在對委託人的偽證意圖具備「實際認知」的「明知」時，始得向法院揭露。從美國的相關規定及法律實踐可看出，美國對律師能否揭露委託人偽證意圖仍採取非常嚴格的認定標準。本文的實證研究亦得出相同的見解，亦即，律師對委託人的保密義務非常重要，除非在非常確定的情況下，律師不應輕易的破壞與委託人之間的信賴關係而拒絕給予委託人協助。

第二項 我國辯護律師真實義務的特性

一、 辯護律師的真實義務具有片面性

在刑事訴訟中的三角架構是由法官、檢察官、被告與其律師所構成。就真實義務的角度觀察，法官、檢察官、律師各負有不同程度的真實義務。法官是糾紛的裁判者，其在訴訟中無獨立的利益，獨立、中立是對認定事實的裁判者基本的要求。法官在訴訟中追求的真實是客觀的真實，必須兼顧對被告不利及有利的事實以做出公平的裁判。檢察官雖然承擔控訴職能，有追訴犯罪的職權傾向，但由於其行使的是國家公權力，不能像民事訴訟中的原告那樣片面的追求勝訴，只注重不利於被告的證據，檢察官在證據的蒐集上亦負有客觀義務。檢察官的客觀義務是指在刑事訴訟中，為了發展案件的真實情況，檢察官不應站在當事人的立場，而應站在客觀的立場上進行活動，檢察官應不偏袒、公正地採取行動，全面地偵察事實真相，不得單純調查對被告不利之證據，或以謀求被告有罪為其唯一目標。

辯護律師在訴訟中對被告負有忠誠義務。律師職業倫理的核心內容是在法所允許的範圍內為委託人的最大合法權益辯護，此即所謂的「黨派忠誠原則」(the principle of partisanship)。辯護律師對被告黨派式的忠誠，決定了其真實義務只能是在有利於委託人範圍內的片面、有限的真實。本文實證研究的受訪者認為，從我國訴訟制度下的辯護人的地位、任務來看，辯護人不像檢察官那樣承擔完全的真實義務(客觀義務)，辯護律師僅在維護被告的正當利益上不產生矛盾的限度內，負擔真實責任。換句話說，辯護人以維護被告的正當利益為任務，在這個限度內協助法院發現真實。

儘管律師負有真實的義務，但基於維護被告利益，律師的真實義務不同於控訴方與審判方的真實義務，控訴方、審判方的真實義務是客觀的真實義務，律師的真實義務是片面有限的真實義務。辯護律師只注重有利於被告的事實，對不利於被告的事實可以置之不理。又，律師的真實義務係低度的真實義務，律師不得積極說謊，或教唆被告說謊或湮滅證據，但可以消極隱瞞不利於被告之事實。

二、 辯護律師的真實義務具有權利的屬性

和檢察官、法官的客觀真實義務相比，辯護律師的真實義務不僅僅是義務，還有權利的屬性。刑事訴訟中，由於公訴人承擔舉證責任，所以證明案件事實主要是公訴人的義務。被告、辯護律師對案件事實的證明不是義務而是權利。對於不利於被告的案件事實，辯護律師有權利加以隱瞞；對於有利於被告的案件事實，被告有權利加以證明；在自己舉證能力有限時，有權利申請檢察官、法官運用國家公權力加以調查、蒐集證據。對於控訴方提交的真實的證據，辯護律師有權利從程序上加以詰問，否決其證據效力。我國辯護律師的真實義務，主要表現在履行辯護的過程中，不得積極地偽造、變造、湮滅證據，教唆他人作偽證或積極地欺騙法院。一言以蔽之，實證研究結果指出，我國實務上認為辯護律師為被告辯護的權利範圍，應與被告本身答辯的範圍相同，但辯護律師在履行辯護職責時，不得濫用其權利，此即律師真實義務之要求。

三、 辯護律師的真實義務具有消極性

刑事訴訟中，公訴方承擔舉證責任。公訴方必須舉證超出合理懷疑的程度，方能達到使被告被定罪的目的。公訴方必須積極地承擔舉證責任，相反地，被告享有無罪推定、不自證己罪以及緘默的權利，被告無須舉證證明自己的清白。公訴方承擔舉證責任決定了被告的真實義務具有消極性。尤其是在被告有罪的情況下，被告不但不會積極主動地追求事實，反而還有權利合法的隱瞞事實。在我國這樣的訴訟制度下，律師作為被告的辯護人，必然承受了被告對不利事實的消極抵抗的權利，因此辯護律師只具有低度、消極的真實義務。我國實務上對辯護律師真實義務的要求，也多是要求辯護律師消極地「不作為」。律師不得偽造、變造、湮滅證據、教唆他人偽造證據，也不得向法院提交其明知為虛偽的證據，對經其合理判斷為不實的證據，亦不得向法院提出；律師不得在法庭上做虛偽的陳述；辯護律師有維護被告合法權利的義務，因此律師對執業中所獲悉不利於被告的事實負有保密的責任。我國刑事訴訟法、律師法、律師倫理規範均規定，律師不得協助犯罪嫌疑人、被告隱匿、毀滅偽造證據或串供，亦不得威脅、引誘證人改變證言、作偽證或進行其他干擾司法機關訴訟活動的行為。

辯護律師對公訴方積極追求真實的行為可以積極地予以阻擋。對公訴方以不正方法獲得的真實證據，辯護律師可以請求法院以證據法則排除。對於公訴方傳喚之證人的真實證言，辯護律師得加以詰問，以動搖其可信性。辯護律師的保密義務以及積極地阻礙控訴方發現事實真相的權利，極致地反應了辯護律師真實義務的消極性。辯護律師真實義務的消極性，雖然可能使有罪者逍遙法外，但更保護了無辜被告不受刑事的追訴。刑事訴訟中冤枉一個無辜者其惡果遠大於縱放十個有罪之人。根據實證研究結果顯示，我國實務上認為，辯護律師積極地隱瞞事實甚至積極地阻礙真實的發現，在維護正當訴訟程序，避免使無辜之人被錯誤定罪的範疇中，具有其正當性。

四、 辯護律師追求的真實是程序保障下的法律真實

刑事訴訟中的真實是法律真實，是在正當程序保障下的真實。固然控訴方、辯護方、審判方都必須在程式規則下進行訴訟活動，三方追求的都是法律真實，但與控訴方、審判方相比，辯護律師眼中的真實更是程序保障之下的真實。刑事訴訟中繁瑣、精緻的程序，其精神在於約束國家追訴權，保護受刑事追訴者之人。以保護被告合法權益為主要職責的辯護律師，更加看重保護人權的正當程序。在我國訴訟制度下，儘管控訴方提供的證據是客觀真實的，但由於證據取得過程侵害了被告的合法權利，辯護律師不但有權利請求排除，對委託人來說，更有權利請求法院予以排除。現在刑事辯護中的程序性辯護，即是辯護人就警察、檢察官、法官、違反法定訴訟程序所做的辯護。程序性辯護作為辯護律師的一個利刃，不是從實體上就被告有罪無罪、罪刑輕重進行辯護，而是直接就控訴方、審判方的程序違法，請求證據排除或撤銷原審判決等程序性制裁，追求的是訴訟程序保障下的法律真實。因此，本文實證研究的受訪者一致表示，律師作為被告之辯護人，應單單以維護被告的最大利益為己任，在正當程序的保障下為被告做實體法上與程序法上的辯護，如此才能確保訴訟的三角架構能夠發揮其相互牽制的效果，以平衡真實之發現與人權之保障。

第二節 我國辯護律師應如何履行真實義務

辯護律師具有雙重角色，為私的角色和為公的角色。律師辯護活動中存在一個永恆的矛盾：私人利益和社會利益的衝突。律師介入刑事訴訟，就是以獨立於國家公權力的形式，調節強大的國家追訴權與被告微弱的自我保護權利。在職業傳統中，律師在公共責任和對當事人的關係之間具有一種調節作用。訴訟本身就是一個利益的平衡過程。律師真實義務的履行本質上也是一個私人利益和公共利益的平衡過程。形而上地談論律師維護當事人合法權益的意義與社會的真實義務之間的關係較為容易，但實際生活中，律師經常在個案中面對公共責任和對當事人責任的衝突，二者之間的平衡點很難把握。辯護律師真實義務履行中私人利益和社會利益的衝突與平衡主要表現在以下三個方面。

第一項 辯護律師如何對待有罪的被告

不論是在台灣或其他國家，大部分的犯罪嫌疑人最後都被判有罪。律師根據事實和法律為事實上無罪的人辯護，此時律師對當事人的忠誠義務和對社會的真實義務不存在矛盾，律師不遺餘力地當事人作無罪辯護，對當事人盡職的同時也就是履行了對社會的真實義務。然而，實際生活中，律師大部分情況下是為有罪的人辯護。律師執業過程中對當事人忠誠義務和對司法的真實義務之間的衝突主要表現在為有罪之人的辯護中。被告享有無罪推定的權利，一個人是否有罪的最終裁判權在法官手中。律師的職業倫理要求他不得對有對的委託人有任何成見、偏見。如果律師明知被告有罪，但控訴方無證據支持，律師必須做無罪辯護。朗·L·富勒（Lon L. Fuller）曾就律師的職業道德表示：「在一件刑事案件中，律師替一個他明知有罪的人辯護是完全妥當的。非但如此，而且律師還可以收取費用。他可以出庭替一個他明知有罪的人辯護並接受酬勞而不感到良心的譴責。」富勒說：「假如被告所請的每一位律師都因為他看上去有罪而拒絕接受代理該案件，那麼被告就猶如在法庭之外被判有罪，因而得不到法律所賦予他受到正式審判的權利。……假如他律師為認為一個委託人有罪而拒絕替他辯護，那麼他便錯誤地侵佔

了法官和陪審團的職權。」⁷¹⁶律師與控訴方對抗，為有罪之人辯護，迫使控訴方在公開的法庭上展示被告應受懲罰的理由，保障了有罪被告的程序性權利。必須要知道的是，訴訟正當程序具有其獨立的價值。刑事訴訟的正當程序，對文明社會中每一個公民的生命、自由、財產權利的保障都是至關重要。如果律師知道被告有罪，但控訴方證據不充足時，律師可做罪輕辯護或做無罪辯護。如果委託自願認罪，律師應為委託人求取較輕的量刑結果；如果被告堅決主張無罪，辯護律師應受委託人的意思拘束，應積極地為委託人做無罪辯護。在極端的情況下，即便被告人事實上有罪，且控訴方也有充足的證據支持，如果被告堅持主張自己無罪，辯護律師應於被告否認的案件以證據法則為被告辯護，積極地從程序上攻擊控訴方真實的證據，為委託人牟取程序上的利益，例如主張依照本案調查結果，證據不足已達到令人毫無合理懷疑的有罪確信，請求無罪開釋。美國辛普森案結案後法官那一句意味深長的話：「儘管全世界都認為他有罪，但是法律宣布他無罪。」這句話對辯護律師有啟示意義，被告事實上確實有罪，辯護律師應在程序上、法律上為被告爭取無罪。

第二項 辯護律師如何對待虛假的證據

身為自主性之司法單元，辯護律師獨立於被告。被告有說謊的權利，辯護律師說謊則構成對法庭的欺騙。辯護律師不得積極地毀滅、偽造證據、教唆他人作為證；對於明知虛假的證據，辯護律師不得經由自己的手提交給法院；對於委託人提交的虛假證據，律師不得向法院提交其明知虛偽的證據，如果虛假的證據已由委託人提交與法院，律師應私下勸告委託人撤回已提交的證據。如果律師勸誡無效，律師的選擇只能是解除委任或向法庭揭露偽證。

然而，就委託人的不實主張或抗辯，辯護人雖知道委託人所述不實，但基於我國被告並非偽證罪的適格行為人，律師無需向法院舉發其不實，辯護人只能將此敘述為其委

⁷¹⁶ 朗·L·富勒 (Lon. L. Fuller)，「相對制度」，美國法律講話，哈羅德·伯曼編，陳若桓譯，頁 26 (1988)

託人自己的主張，而不能說成是出於自己之確信。律師在法庭上不得做虛偽陳述，應將自己的陳述與當事人的虛偽陳述區分開來，但對當事人的虛假陳述不得予以揭露。

被告或律師所傳喚之證人在法庭上作偽證，抑或委託人或第三人所為之教唆偽證、串證、偽造變造、湮滅證據等行為，皆會對刑事司法判決產生不確定的結果，影響司法的公正性。故，基於對國家刑事司法權正確行使的考量，身為自主性司法單元的律師應向法院予以揭露。然而，此仍有待我國相關單位修法加以落實。

第三節 我國應課予律師積極揭露的義務

第一項 律師低度的真實義務與社會實際需求脫節

本文的實證研究結果顯示，我國律師僅負有極低度的真實義務，實務上認為律師只要沒有偽造、變造、湮滅證據、教唆偽證等構成刑法犯罪的行為，即足已符合律師倫理對於律師真實義務之要求。律師在任何時候皆應優先保守委託人的秘密資訊，不論其合法與否，而只有在保密義務的例外情況發生時，律師才有揭露委託人秘密資訊的義務。如此低度的真實義務，使得律師在知悉委託人有賄賂、恐嚇審判程序相關人員的意圖或行為時，律師仍受保密義務的拘束，而不得揭露之；反之，若律師積極加以揭露，則有違反律師倫理規範而被委託人控告，或被移送律師倫理委員會懲戒的風險。然而，我國近期所發生的一連串司法黃牛、法官造恐嚇，甚至法官集體收賄等重傷司法公信力的醜聞，在在顯示了律師低度的真實義務並無法使身為「自主性司法單元」的律師協助法院共同維護國家司法權的正確行使。

第二項 課予律師揭露的義務以杜絕妨害國家司法權正確行使之不法行為

從我國目前刑法修正的趨勢來看，有鑑於我國唆使被告或他人偽造、變造、湮滅、隱匿證據，或使用偽造、變造之證據的情形嚴重，而現行刑法第 165 條第 1 條之湮滅刑事證據罪舉證困難，且犯罪黑數多，難以查證，造成湮滅刑事證據罪及偽證罪不易為有

罪之認定，長期下來將影響偵審與真實的發現，故法務部擬增定刑法條文單獨處罰教唆偽證或湮滅刑事證據之行為。律師於委任期間，乃係最了解訴訟程序進行狀態之人，亦知悉委託人對案件事實的了解與主張，倘若發現委託人意圖使用或正在使用偽造、變造之證據，或被他人教唆而為偽造、變造於自己刑事案件有重要關係之證據，或使用該偽造變造之證據者，應課予律師積極向法院揭露的義務。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。

第三項 律師有與法院共同維護司法程序公正進行的義務

雖然本文實證研究的受訪者表示，我國律師並沒有積極調查案件的義務與權限，律師無法確定委託人之說法或所欲提出之證據究竟是否真實，因此不應課予辯護律師揭露委託人或證人提交不實證據或為不實陳述之意圖的積極義務；又，即便有不實的證據進入法院，檢察官得積極加以攻擊，法官亦可依職權調查相關事實以判斷真偽。惟根據最高法院見解，我國改採改良式當事人進行主義後，法官原則上不主動調查證據，僅於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實仍有待澄清時，才斟酌是否應發動調查。且我國律師法與律師倫理規範皆規定律師應忠實探究案情、搜求證據，由此可知，我國律師確實有積極調查案件的義務，且經事實的調查後，律師實際上可以知道事實的真相。據此，身為主導訴訟進行之一造的被告辯護律師，其職務具有公益性質，有與法院共同維護司法程序公正進行的義務，應盡力確保進入法院的證據的真實性，不讓虛假的證據妨害國家刑事司法權之行使。本文主張，辯護律師在改良式當事人進行主義的訴訟制度下，若明確知悉委託人或證人有提交不實證據或證人為偽證的意圖或行為時，應採取合理的補救措施，包括在必要的情況下向法院予以揭露，而不宜將調查證據及認定證據真假的責任全部由法官負擔，否則會產生變相浪費訴訟資源以確認證據真實性的情況。

然而，本文所主張的律師積極揭露的義務並不適用於被告在法庭上為不實陳述的情況。按被告本有不自證己罪及不違背自己意思陳述的權利，又非偽證罪適之行為人，律

師自然不得向法院揭露委託人不實陳述的情況，僅得私底下加以勸阻。

第四項 應課予律師積極揭露他人對審判程序從事之犯罪或詐欺行為的義務

被告雖有受律師協助辯護的權利，然而此權利應以達到合法、正當的目標為限，被告不得利用律師的服務，或憑恃律師對委託人契約上的保密義務，而從事妨害國家刑事司法權正確行使之犯罪或詐欺行為，如對參與審判程序之人進行之賄賂、恐嚇或騷擾等行為。故，本文主張，我國律師倫理規範應課予律師積極揭露委託人或他人對審判庭從事之刑事或詐欺行為的義務。在司法審判程序中代理某委託人的律師，不論在何時，只要明知某人——包括律師的委託人，意圖從事、正在從事或已經從事了與該程序有關之犯罪或詐欺行為者，律師應採取合理的補救措施，包括在必要的情況下向法院予以揭露，以保障國家刑事司法權的正確行使，杜絕不實物證影響事實認定，或訴訟詐欺行為左右判決結果的情況。



參考文獻

一、 中文書籍

1. 亞倫·德肖維茨著，唐交東譯，《最好的辯護》，法律出版社，北京(1994)。
2. Andrew F. Siegel 著，萬淑美、徐享田、徐享良、蕭敦聖、王若愚譯，《實用統計學》，新文京，台北(2003)。
3. 布萊恩·甘迺迪著，郭乃嘉譯，《美國法律倫理》，商週出版，台北(2007)。
4. 克勞斯·羅科信 (Claus Roxin)，吳麗琪譯，《德國刑事訴訟法》，三民，台北(1999)。
5. 朗·L·富勒 (Lon. L. Fuller) 著，〈相對制度〉，《美國法律講話》，三聯，北京(1988)。
6. Michael Quinn Patton 著，吳芝儀等譯，《質性研究與評鑑 (上)》，石濤文化，嘉義(2008)。
7. 王進喜，《法律倫理的 50 堂課：美國律師職業行為規範與實務》，五南，台北(2008)。
8. 王惠光，《法律倫理學講義》，元照，台北(2007)。
9. 甘添貴，《刑法各論 (上)》，五南，台北(1992)。
10. 林利芝，〈律師保密義務 vs. 律師誠實義務〉，《法律倫理學》，新學林，台灣(2009)。
11. 林利芝，〈網路時代的律師保密義務〉，《法律倫理學》，新學林，台灣(2009)。
12. 林俊益，《刑事訴訟法概論 (上)》，學林，台北(2005)。
13. 林鈺雄，《刑事訴訟法上冊—總論篇》，元照，台北(2007)。
14. 姜世明，《律師倫理法》，新學林，台北(2007)。
15. 陳計男，《民事訴訟法 (上)》，三民出版，台北(2004)。
16. 褚劍鴻，《刑法分則釋論》，台北商務印書館，四次增定本，台北(2004)。

二、 中文期刊

1. 王兆鵬，「律師與當事人之秘匿特權」，《刑事法雜誌》，第 56 卷 6 期，頁 1-18，2006 年 12 月。

2. 王兆鵬，「審判中被告之地位—當事人進行主義與職權主義之不同」，《月旦法學雜誌》，第 52 期，頁 115-125，1999 年 9 月。
3. 林山田，「論偽證罪與誣告罪」，《軍法專刊》，第 25 卷第 3 期，頁 8-17，1979 年 3 月。
4. 林鈺雄，「不自證己罪原則之射程距離—最高法院相關裁判之回顧與評釋」，《台灣本土法學雜誌》，第 93 期，頁 221-237，2007 年 4 月。
5. 吳俊毅，「具結在實體刑法上的意義—偽證罪基本構成要件的探討與修法上的建議」，《月旦法學雜誌》，第 153 期，頁 232-241，2008 年 2 月。
6. 黃維幸，「律師的守密倫理：立法、研究、教學、測驗」，《月旦法學雜誌》，第 154 期，頁 177-192，2008 年 3 月。
7. 葉志剛，「偽證罪立法之比較研究—兼論偽造證據罪之問題」，《刑事法雜誌》，第 17 卷第 3 期，頁 16-33，1973 年 6 月。
8. 歐陽弘，「偵察中向檢察官所為虛偽陳述與偽證罪的構成」，《刑事法雜誌》，第 51 卷第 1 期，頁 73-90，2007 年 2 月。

三、 中文論文

1. 鍾鳳玲，《從檢察制度的歷史與比較論我國檢察官之定位與保障》，政大法律學研究所博士論文，2008 年 7 月。

四、 其他中文參考資料

1. 中華民國律師公會全國聯合會第八屆第二次會員代表大會記錄，附件八，律師倫理規範修正草案條文對照表，《全國律師》，2009 年 10 月。
2. 中華民國刑法第一百六十五條修正草案條文對照表，法務部檢察司，98 年 5 月 26 日。
3. 李禮仲，美國法律專業人員之倫理規範，財團法人國家政策研究基金會：

<http://www.npf.org.tw/post/2/3504> (最後點閱時間：2010年8月3日)。

4. 法務部刑法研究修正小組會議資料，第八章逃脫罪、第九章藏匿人犯及湮滅證據罪及第十章偽證及誣告罪建議修正條文對照表，98年3月31日。
5. 東京第二律師協會，朱育璜、王舜華譯，《各國律師制度》，法律出版社，北京(1989)。

五、英文書籍

1. BALBUS, ISSAC D., THE DIALECTICS OF LEGAL REPRESSION (1973).
2. DERSHOWITZ, A., THE BEST DEFENSE (1982)
3. FREEDMAN, MONROE H., LAWYERS' ETHICS IN AN ADVERSARY SYSTEM (1975).
4. FREEDMAN, MONROE H., UNDERSTANDING LAWYERS' ETHICS (2004)
5. GILLERS, STEPHEN, REGULATION OF LAWYERS (1995).
6. HAZARD, GEOFFREY C., ETHICS IN THE PRACTICE OF LAW (1978).
7. HAZARD, GEOFFREY C., et al., THE LAW AND ETHICS OF LAWYERING (2005).
8. MANN, CORAMAE R., UNEQUAL JUSTICE: A QUESTION OF COLOR (1993).
9. MAUET, THOMAS A., FUNDAMENTALS OF TRIAL TECHNIQUES 25 (1992).
10. MAYERS, L. SHALL WE AMEND THE FIFTH AMENDMENT (1978).
11. MCNEELY, RL. & CARL POPE, RACE, CRIME, AND CRIMINAL JUSTICE (1981).
12. MUELLER, & KIRKPATRICK, EVIDENCE (2003).
13. MORGAN, THOMAS D., & RONALD D. ROTUNDA, PROFESSIONAL RESPONSIBILITY: PROBLEMS AND MATERIALS (2006).
14. RHODE, DEBORAH L. & DAVID LUBAN, LEGAL ETHICS (2001).
15. ROTUNDA, RONALD D., & MICHAEL I. KRAUSS, LEGAL ETHICS IN A NUTSHELL (2006).
16. WENKE, ROBERT, THE ART OF SELECTING A JURY (1989).
17. WIGMORE, JOHN H., WIGMORE ON EVIDENCE §2292 (1961).
18. WIGMORE, JOHN H., EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW §2292 (1961).

19. WOLFRAM, CHARLES W., MODERN LEGAL ETHICS (1986).
20. WRIGHT, BRUCE, BLACK ROBES, WHITE JUSTICE (1979).
21. SILBERMAN, CHARLES E. CRIMINAL VIOLENCE, CRIMINAL JUSTICE (1977).
22. SKOLNICK, JEROME H., JUSTICE WITHOUT TRIAL: LAW ENFORCEMENT IN A DEMOCRATIC SOCIETY (1966).
23. STRONG, JOHN W., MCCORMICK ON EVIDENCE (1992).

六、 英文期刊

1. Alschuler, Albert W., *The Preservation of a Client's Confidences: One Value Among Many or a Categorical Imperative?*, 52 U. COLO. L. REV. 349(1981).
2. Babcock, Barbara, *Defending the Guilty*, 32 CLEVE. ST. L. REV. 175(1990).
3. Brazil, Wayne D., *Unanticipated Client Perjury and the Collision of Rules of Ethics, Evidence, and Constitutional Law*, 44 MO. L. REV. 601(1979)
4. Bell, Derrick, *Racism in American Courts: Cause for Black Disruption or Despair?*, 61 CAL. L. REV. 165(1973).
5. Brown, Jr., Lonnie T., *Reconsidering the Corporate Attorney-Client Privilege: A Response to the Compelled—Voluntary Waiver Paradox*, 34 HOFSTRA L. REV. 897 (2006).
6. Casper, Jonathan, *Did You Have A Lawyer When You Went to Court? No, I Had A Public Defender*, 1 YALE REV. L. & SOC. ACTION 4(1971).
7. Damaška, Mirjan, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. PA. L. REV. 506(1973).
8. Dolinko, David, *Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination?*, 33 UCLA L. REV. 1063(1986).
9. Dunetz, Jeffrey L., *Surprise Client Perjury: Some Questions to Proposed Solutions to an Old Problem*, 29 N.Y.L. SCH. L. REV. 407(1984)

10. Easton, Stephen D., *The Truth About Ethics and Ethics About the Truth: An Open Letter to Trial Attorney*, 33 GONZ. L. REV.463(1997-98)
11. Franck, Michael, *Letter to the Editor: Response to Lefstein*, 2 GEO. J. LEGAL ETHICS 585(1988).
12. Frankel, Marvin E., *Client's Perjury and Lawyer's Options*, 1 L. INST. FOR STUDY LEGAL ETHICS 25(1996).
13. Frankel, Marvin E., *The Search for Truth: An Umpireal View*, 123 U. PA. L. REV. 1031(1975).
14. Freedman, Monroe H., *Getting Honest About Client Perjury*, 21 GEO. J. LEGAL ETHICS 133(2008).
15. Freedman, Monroe H., *Judge Frankel's Search for Truth*, 123 U. PA. L. REV. 1060 (1975).
16. Freedman, Monroe H., *Lawyer-Client Confidences: The Model Rules' Radical Assault on Tradition*, 68 A.B.A.J. 428(1982).
17. Freedman, Monroe H., *Perjury: The Lawyer's Trilemma*, 1 Litigation 26 (1975).
18. Freedman, Monroe H., *Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions*, 64 MICH. L. REV. 1469 (1966).
19. Freedman, Monroe H., *The Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions*, 64 MICH. L. REV. 1469(1966).
20. Freedman, Monroe H. *The Criminal Defense Paradigm*, 64 MICH. L. REV. 1469(1966).
21. Fried, Charles, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, 85 YALE L. J. 1060(1976).
22. Gainor, Edward E., *Character Evidence by Any Other Name...: A Proposal to Limit Impeachment by Prior Conviction Under Rule 609*, 58 GEO. WASH. L. REV. 762(1990).
23. Gillers, Stephen, *Monroe Freedman's Solution to the Criminal Defense Lawyer's*

- Trilemma Is Wrong as a Matter of Policy and Constitutional Law*, 34 HOFSTRA L. REV. 821(2006).
24. Harvey, Reed, *Waiver of the Criminal Defendant's Right to Testify: Constitutional Implications*, 60 FORDEHAM L. REV. 175(1991)
 25. Lefstein, Norman, *Client Perjury in Criminal Cases: Still in Search of an Answer*, 1 GEO. J. LEGAL ETHICS 521(1988).
 26. Lefstein, Norman, *The Criminal Defendant Who Proposes Perjury: Rethinking the Defense Lawyer's Dilemma*, 6 HOFSTRA L. REV. 665(1978).
 27. Lischkoff, Risa B., *Recent Decisions on Citing Authorities to Courts: Model Rule 3.3(a)(3) of the Model Rules of Professional Conduct*, 19 J. LEGAL PROF. 315 (1995).
 28. Meyer, Hermine Herta, *German Criminal Procedure: The Position of the Defendant in Court*, 41 A.B.A.J. 592(1955).
 29. Montgomery, James D., *The Black Lawyer and the Human and Civil Rights Struggle*, 22 HARV. L. S. BULL. 21(1971).
 30. Popper, Robert, *History and Development of the Accused's Right to Testify*, 1962 WASH. U. L. Q. 454(1962).
 31. Scott, Robert E., & William J. Stuntz, *A Reply: Imperfect Bargains, Imperfect Trials, and Innocent Defendants*, 101 YALE L.J. 2011, 2012 (1992).
 32. Shargel, Gerald L. *Federal Evidence Rule 608(B): Gateway to the Minefield of Witness Preparation*, 76 FORDHAM L. REV. 1263(2007).
 33. Silver, Jay Sterling, *Truth, Justice, and the American Way: The Case Against the Client Perjury Rules*, 47 VAND L. REV. 339(1994).
 34. Slipakoff, Brian & Roshini Thayaparan, *The Criminal Defense Attorney Facing Prospective Client Perjury*, 15 GEO. J. LEGAL ETHICS 935(2002).
 35. Snyder, Lloyd B., *Is Attorney-Client Confidentiality Necessary?* 15 GEO. J. LEGAL

ETHICS 477(2002).

36. Subin, Harry I., *The Criminal Lawyer's "Different Mission": Reflection on the "Right" to Present a False Case*, 1 GEO. J. LEGAL ETHICS 125(1987).
37. Subin, Harry I., *The Lawyer as Superego: Disclosure of Client Confidences to Prevent Harm*, 70 IOWA L. REV. 1091(1985).
38. Subin, Harry I., *War Over Confidentiality: In Defense of the Kutak Approach*, NAT'L L.J., Jan. 19(1981).
39. Winter, Steven, *Transcendental Nonsense, Metaphoric Reasoning, and the Cognitive Stakes for Law*, 137 U. PA. L. REV. 1105(1989).
40. Wolfram, Charles W., *Client Perjury*, 50 S. CAL. L. REV. 809(1977).
41. Younger, Irving, *The Perjury Routine*, 3 CRIM. L. BULL. 551(1967).
42. Zacharias, Fred, *Rethinking Confidentiality*, 74 IOWA L. REV. 351(1989).

