

臺灣大學社會科學院政治學系

碩士論文

Department of Political Science

College of Social Science

National Taiwan University

Master Thesis

我國律師懲戒制度之檢討—

以律師自律機制之建構為思考方向

Review of Lawyers' Disciplinary System—

Based on Lawyer's Self-discipline Mechanism

林玉蘋

Yu-Pin Lin

指導教授：李念祖 教授

Advisor: Nien-Tsu Li, Prof.

中華民國 97 年 7 月

July, 2008

獻給我最親愛的



爸爸、媽媽

謝 辭

直到此刻，我的心仍是萬分激昂、感動.....本以為謝辭是整本論文中最易下筆的，但卻不然。因為有太多盈滿胸懷的千萬感激之語，真要下筆，卻又是難以筆墨形容。

我想，這本論文得以完成，最要感謝的是我的恩師—李念祖教授。

還記得在去年9月甫確立我想研究的論文方向後，即希望可以跟隨一位在實務經驗及學理背景兼具的老師，在他的指導下習作論文。正當苦思期間，不意隨即接到系上寄來一份邀請函，告知學校9月底將舉辦之一場有關「獨立機關之研究」的研討會。原本，當時還在思考有無時間參加，但在瀏覽議程中所有的報告人及與談人名單後，發現李老師正是會議第二場次的與談人，眼睛隨之一亮，當下心裡即確知老師正是我想跟隨學習的指導教授，二話不說，便著手擬妥自薦信函，並利用該次會議中場休息時間，以很唐突冒昧的方式登門求教，然而老師畢竟與我素不相識，在那種場合又遭我突襲，至今想起也覺得這樣的舉動對老師很失禮呢！慶幸的是，當時老師並未拒絕我，且也口頭答應將我的資料攜回考慮。然而在時隔一週後，正因為音訊全無，自忖可能被老師拒絕而感到失望時，卻突然接獲老師秘書來電並約了第一次與老師會面的時間。

在第一次面談時，老師親切又詳盡的為我解說我想研究的論文主題方向並介紹我可以研讀的相關題材。當然，最高興的是，老師點頭同意收我當門生。我永遠記得，當我得知自己終於如願以償，成為老師的學生時，我的心情直如騰雲駕霧般的飛到九霄雲外，樂得飄飄然。此後，每回到老師的事務所接受當面指導時，老師總是不厭其煩的為我解惑，讓我總有眼前一亮，茅塞頓開的感覺，除了對老師淵博的學識佩服萬分外，對於老師的諄諄教誨，更是充滿無限感激；老師於今年接任事務所的執行長，

責任與工作量都更加沈重，本應忙到無暇分身，但卻仍願意抽空指導我的論文，這份恩情真是難以回報。尤其是，在6月中旬，我才把仍然略嫌粗糙的論文初稿匆匆送給老師，且在交稿的翌日，老師即因公務出國，本以為老師應該沒時間看我的作品了，萬萬沒想到，老師竟把一本厚厚的論文初稿帶出國，而且，竟還抽空從國外打越洋電話給我，逐項分點的與我討論，並指點我應調整的論點及論文應補充之處...。我不知道老師是利用什麼時間看完我的論文初稿，最有可能的時間，應該是在飛機橫渡太平洋之際吧！旅途如此勞累，工作如此沈重，老師卻還惦掛著不成材的我，細心、耐心的從地球的另一半隔空指導我的論文。我想，若非前輩子積了相當福份，這輩子我又能何其有幸，得以蒙受如此浩大師恩？在此，真的要非常非常謝謝老師這些日子的指導，師恩如山，銘感五內。

其次，要感謝的還有論文口試老師范光群教授。范老師對於我的論文審閱得非常詳盡，在論文大綱審查及口試時，不僅就論文內容提出許多寶貴的意見，更一一指出我在觀念及論點上的缺漏和矛盾之處，同時，老師也就他曾任司法院秘書長的實務經驗，提供我更多的思考角度，讓我對問題有更深一層的認識，彌補我論文上不成熟的論點。

再者，還要感謝論文口試老師王偉霖教授。謝謝王老師對於論文的肯定，也謝謝老師在大綱審查及口試時，那樣細心逐頁指出我在論文內容、格式、引註及參考書目等疏漏及誤繕之處，且更提供我在論文中可以尋得的參考資源，讓我的論文可以更加充實。

在這三年來的學習過程中，要特別謝謝的是系上蕭全政教授，總是如同父親般，對於自己在學業、生活及論文進度等給予諸多關心及提供許多人生的智慧與經驗，也要謝謝研究所的同班同學秋瑩、慧娟學姐、天傑學長、遠在巴拉圭的時偉。好友德源、心潔、潛菁，在我論文撰稿期間，給予許多的精神鼓勵與支持，一併致謝。

與我有二十幾年情誼的死黨好姐妹們，阿琪、怡君、阿美、美慧、阿洳及筱蕙，

在我無法返回嘉義與妳們聚首時，謝謝妳們總會告訴我每次的會議結論，讓我沒有脫離妳們爲人妻、爲人母的生活太久。尤其怡君，妳來台北出差還被我抓公差幫我翻譯日文，真是由衷感謝。

另外，要感謝的還有法務部檢察司的長官與同事。

首先，我要謝謝現任高檢署蔡碧玉主任檢察官，想起當初您在擔任檢察司司長時，如果沒有您給予我在律師科學習的機會，我想，今日也不會有這本論文的誕生。其次，謝謝蔡清祥、江惠民及楊治宇三位前任司長多所提攜。再者，要謝謝陳文琪副司長，您對律師業務的熟稔，使得我在這三年多來，在您的指導下，習得更多在律師業務的經驗智識增長。謝謝淑媛科長，除了容許我常請假在家趕論文外，更幫我解決了工作人力上的困擾，讓我在打拼論文時對於公務沒有後顧之憂。謝謝貞慧科長，從我剛接任律師業務的懵懂無知到今日略爲熟悉，您是重要的導師。文柏，謝謝你於公於私大力給予我的幫忙，在此叩首。國楨學長，謝謝您常不厭其煩地爲我解說論文上的撰寫經驗。楊克仁委員，謝謝您一直以來默默充當泡芙先生及給予的許多讚美及鼓勵。珠麗，謝謝妳在日文譯文上幫了我好大的忙。還有，玉琴、麗鈴、吳先生、蒂娜等許多同事，謝謝您們常給予我的精神加油。遠在日本的永和大哥，您在他鄉還不忘勉勵我加油寫論文，真的好感動呢！

中華民國律師公會全國聯合會的慧萍、佳蓉，謝謝妳們辛苦整理及提供歷年來的律師懲戒案例相關統計資料，幫我省了很多力氣，讓我有更多的時間努力衝刺論文；也謝謝台北律師公會的王秘書及娟娟慨然應允協助統計公會受理懲戒之相關數據。

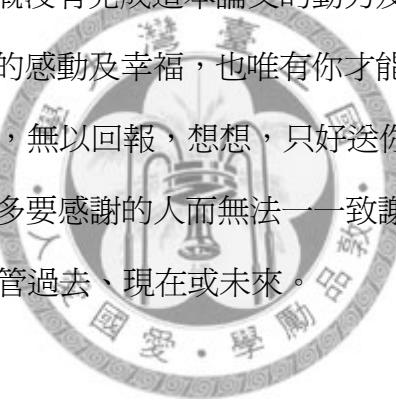
隻身前來台北工作至今，十年多來，我最重要的人生導師—徐輔導員。亦父亦兄的您，總是讓我沒大沒小的跟您開玩笑，也常聽我一把眼淚一把鼻涕的訴說許多傷心事，對您總數落我沒志氣之類的話，我一直放在心上，不過放在心上的是感激，不是記仇啦！

回顧這三年在台大上課及論文寫作的日子，我所獲得的，比想像的還多。若真要

說有所失，應是研究所前二年每週六在校修習學分時，以及這近半年來論文寫作時，無法像以往一樣定期回南部探望雙親。自高中畢業離家就學及至台北工作迄今，無法選擇離爸媽較近的南部工作，一直是我心底的遺憾，儘管離鄉背井獨自在外多年，但仍隔阻不斷血濃於水的親情及對家中的眷戀。沒能多陪在爸媽身邊，其實一直讓我有許多的愧疚，謝謝爸媽對於這個女兒從小到大的包容，這輩子可以當您們的女兒是我一生中最大的幸福。也謝謝大姊、東億及宗賢，從小到大，有你們的陪伴及扶持，我才能有如此豐富的兒時回憶，這樣的手足之情，我很珍惜。

最後，要感謝的這個人，是成就這本論文的主要推手—阿達學長。若非在你每日的聲聲催促及討人厭的威迫（沒有利誘喔）下，還有常叨叨唸我傻呆及充當我論文爭論的對方辯友下，我想，我大概沒有完成這本論文的動力及毅力。從論文起頭及至收筆，我的辛苦只有你最懂；我的感動及幸福，也唯有你才能真正體會。對你在我論文撰稿期間所給予的協助及付出，無以回報，想想，只好送你最愛看的書了。

拉雜寫了一堆，但仍有太多要感謝的人而無法一一致謝，在此，謹以滿懷真誠的心，謝謝所有關心我的人，不管過去、現在或未來。



玉萃

2008.7.29

中文摘要

論文題目：我國律師懲戒制之檢討-以律師自律機制之建 構為思考方向

(論文頁數：211 頁)

所組別：政治學系政府與公共事務碩士在職專班

(學號：P 94322016)

研究生：林玉萃

關鍵字：在野法曹、自由業、嚴整團隊秩序、律師、律師懲戒、律師公會、自
律自治、司法院大法官第 378 號解釋

摘要：



本論文共計六章，主要結構如下：

第一章為緒論，概述撰寫本論文的研究動機、目的、方法及範圍，並提出問題。

第二章主要係探討我國律師之角色定位。除自律師職業之源起及發展先予探究外，並探討長久以來，幾與律師一詞畫上等號之「在野法曹」及「自由業」兩名詞概念究有無不同；繼而比較中外制度律師所扮演的角色定位，同時檢討我國現行相關法令規定律師執行職務之權利義務，以確認我國律師現今的角色定位。

第三章則係藉由檢視現行國家對於律師的課責機制，進而歸納得知律師懲戒的目的係為嚴整律師職業團體之秩序及紀律，因此，對於違反團體紀律之律師而得行使懲戒權之主體，自宜由律師公會為之。再者，本論文亦就日本、德國及美國行使律師懲

戒權之主體及程序為一概況之介紹，期能藉由比較分析後，尋求他山之石以為改進我國律師懲戒制度之參考。

第四章係承續第二、三章之論點，除探討為何律師懲戒制度應採自律機制的理由及依據外，並分析自律之懲戒（紀律）罰與他律之行政罰、司法懲戒罰有何不同。

至本論文第五章則針對現行我國律師懲戒制度之問題，就現行律師懲戒罰係由國家為行使懲戒權主體，採行司法懲戒罰時，與律師自律自治精神是否有違？再者，未來行使懲戒權之主體如設於律師公會，有無違反司法院釋字第 378 號所指述之懲戒組織應朝審判機關化的意旨？另擬議未來我國律師懲戒制度之變動方向及相關法制建議，並就外界可能對該變動方向產生之疑慮，亦於本章中針對該問題點提出相關釋疑及解決方法。

最後，於本論文第六章，就前述各章的重點綜合歸納作為本論文之結論。



ABSTRACT

Review of Lawyers' Disciplinary System— Based on Lawyer's Self-discipline Mechanism

By

Yu-Pin Lin

July 2008

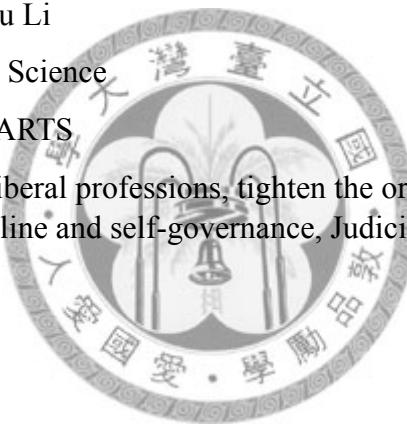
ADVISOR : Prof. Nien-Tsu Li

DEPARTMENT : Political Science

DEGREE : MASTER OF ARTS

KEY WORDS: lawyers, liberal professions, tighten the organization order, bar association, self-discipline and self-governance, Judicial Yuan Interpretation No. 378

ABSTRACT



There are six chapters in this thesis. The main structure of the thesis is as follows:

Chapter 1 is an introduction, which gives the objectives, methodology and scope of the study and points out the problems.

Chapter 2 discusses mainly the role of Taiwan's lawyers. Besides exploring the origin and development of the profession, it explores the difference of two almost like terms –lawyers and liberal professions. Thereafter, it compares the lawyer system of this country with those of foreign nations. At the same time, the thesis reviews the rights and duties of this country's lawyers in order to define the role they play.

Chapter 3 analyzes the responsibilities this country has imposed on lawyers and draws

a conclusion that the current disciplinary system is aimed at strictly maintaining the order of law practitioners. And, therefore, the thesis advocates that the power to discipline lawyers that breach the rules of an organic body should be placed in the hands of the bar association. In addition, this thesis compares the disciplinary system of this country with those of Japan, Germany and America. This is intended to draw a lesson for the improvement of this country's disciplinary system for lawyers.

Chapter 4 carries on the arguments of Chapters 2 and 3 and explains the reason and legal basis for changing the disciplinary system for lawyers into a self-disciplinary system. In the mean time, it points out the differences between self-discipline, administrative penalty, and judicial penalty.

Chapter 5 deals with the problems of the current disciplinary system, which is exercised by the government. It also studies whether this system contradicts with the spirit of lawyer self-discipline. If the disciplinary power is passed to the bar association, will this go against the intention of the Judicial Yuan Interpretation No. 378? The Judicial Yuan Interpretation maintains that the disciplinary power shall be shifted gradually to the hands of an organization. As the direction of the change may cause suspicions among the public, this thesis offers legal proposals and solutions for the issue.

Chapter 6, also the last one, draws a conclusion from the discussions made in the foregoing chapters.

目錄

謝 辭	I
中文摘要	V
ABSTRACT	VII
目錄	i
表目錄	i
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 問題意識	4
第三節 研究方法及範圍	10
壹、研究方法	10
一、歷史研究法	10
二、文獻分析法	12
三、比較研究法	12
貳、研究範圍	13
第四節 本文架構	14
第二章 律師之角色定位	17
第一節 律師制度之起源及發展	17

壹、西方國家律師制度之起源及發展.....	17
一、起源.....	17
二、發展.....	19
貳、我國律師制度之起源及發展.....	20
一、日治時期之台灣.....	23
二、國治時期之中國內地.....	25
參、概念之變遷：從「在野法曹」到「自由業」.....	28
一、「在野法曹」之概念辨析.....	29
二、「自由業」概念辨析.....	31
三、小結.....	37
第二節 外國律師之角色定位.....	39
壹、德國律師之角色定位.....	39
貳、日本律師之角色定位.....	41
參、美國律師之角色定位.....	45
第三節 我國律師之角色定位-自現行法令檢討.....	49
壹、憲法中律師之角色定位.....	49
貳、律師法及律師倫理規範中律師之角色定位.....	53
一、律師法.....	53
二、律師倫理規範.....	55
參、民、刑法及相關行政法中律師之角色定位.....	57
一、民法.....	57
二、刑法.....	58
三、相關行政法.....	59
肆、訴訟法中律師之角色定位.....	61

一、民事訴訟法	61
二、刑事訴訟法	63
三、行政訴訟法	65
第四節 小結	66
第三章 律師課責機制之評析	71
第一節 律師之課責機制	71
壹、第一類課責機制之目的及行使方式：民事責任	72
一、法律依據	72
二、目的及行使方式	75
貳、第二類課責機制之目的及行使方式：刑事責任	76
一、法律依據	76
二、目的及行使方式	77
參、第三類課責機制之目的及行使方式：懲戒罰	78
一、法律依據	78
二、目的及行使方式	80
第二節 第三類課責機制之檢討	82
壹、懲戒罰是否等同於行政罰？	83
一、從法理面分析	83
二、從立法理由分析	84
三、從實務運作分析	87
貳、懲戒罰應由誰任行使主體？	88
第三節 第三類課責機制之運作-比較法之觀察	92
壹、懲戒之目的	92

貳、懲戒機關及程序.....	94
一、由律師公會行使.....	94
二、由法院行使.....	96
三、由法院及律師公會共同參與行使.....	99
第四節 小結.....	102
第四章 以自律機制為主的律師懲戒制度.....	107
第一節 業必歸會.....	107
第二節 自律、他律之意義.....	110
第三節 律師自律自治之範圍.....	112
第四節 律師自律自治之依據.....	113
壹、獨立保障說.....	113
貳、團體自治說.....	115
參、自主機能說.....	115
第五節 自律之紀律懲戒罰與他律之行政懲戒罰、司法懲戒罰之比較.....	117
壹、目的.....	118
一、自律懲戒罰：維護職業團體內部的秩序及紀律.....	118
二、行政懲戒罰：維護國家的社會秩序.....	119
三、司法懲戒罰：維護國家的司法秩序.....	120
貳、行使主體.....	120
一、自律懲戒罰行使主體：團體職業公會.....	120
二、行政懲戒罰行使主體：行政機關.....	121

三、司法懲戒罰行使主體：司法機關	122
參、程序	122
一、自律懲戒罰：自律程序	122
二、行政懲戒罰：行政程序	122
三、司法懲戒罰：訴訟程序	123
第六節 小結	123
第五章 律師懲戒制度之檢討及修正建議	127
第一節 現況檢討	127
壹、律師法未能完全彰顯律師自治自律精神	127
貳、現行律師懲戒制度之缺失-兼評釋字第 378 號解釋	130
一、另闢蹊徑的律師懲戒制度	131
二、律師懲戒機關為職業懲戒法庭	134
三、律師懲戒程序違反法律保留原則	138
四、律師懲戒程序違反正當法律程序要求	138
五、小結：律師懲戒組織設於律師公會未必違反釋字 378 號解釋	144
第二節 修正建議	145
壹、自律機制運作之芻議	146
一、懲戒組織之改隸	146
二、懲戒程序之修正	151
三、救濟程序之變動	157
四、律師公會的主管機關之變更	157
貳、衍生之疑慮及解決方式	158

第六章 結論	163
參考書目	167
中文部分	167
一、官方文書	167
二、專書	168
三、期刊專論	170
四、譯作	173
五、網路	174
貳、西文部分	175
一、司法案例	175
二、專書	175
三、期刊專論	176
四、網路	176
附錄	179



表目錄

表 1：台、日分配到一位辯護士的人口數（1921-1940 年）.....	25
表 2：職業標準分類系統表（節錄）.....	32
表 3：律師被付懲戒案件數及懲戒結果統計表.....	105



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

「成也律師、敗也律師」、「苦也律師、樂也律師」、「善也律師、惡也律師」「興也律師、衰也律師」¹對於律師而言，這幾句話毋寧係貶多於褒，然而，這些評語卻也點出了「律師」一職的特性，更忠實地道出所有於訴訟中委任律師之人的內心感受。有些人將其一生經營的事業、財產甚或生命、自由等權利，交付所委任的律師，希望律師能在訴訟中為他們求取勝利。但官司勝負，往往難以控制，當官司獲勝時，當事人固然狂喜，然而，一旦官司敗訴確定後，當事人則多半質疑律師的能力，甚而懷疑律師對於受委任之事務是否確曾盡心盡力，種種反應，皆屬負面看法。有時，情緒激動的當事人，更可能因此遷怒律師，進而主張國家應該介入律師事務的監督管理機制，並以維護公平正義之姿，鼓吹國家應對於所謂「不適任」之律師祭出最嚴厲之制裁，並將其移付懲戒。

近幾年來，社會屢屢發生受人矚目的重大司法案件，例如之前遭台北地方法院判決書中形容為「權貴犯罪」的陳前總統女婿趙建銘涉犯台開案，及至幾遭全國輿論各界撻伐而刻正於法院審理的國務機要費案，甚至於南台灣社會轟動多時的「搞軌案」等等，均可見律師身影於司法訴訟運作制度中穿梭而過。在這幾件重大案件中，律師角色之所以備受矚目，主要是因為擔任被告辯護人的律師，在多次庭訊中，與起訴論告的檢察官們不時針鋒相對。由於社會觀感中，檢察官均代表國家正義，扮演訴追犯罪的角色，而律師卻站在所謂「壞人」的一方，其賣力的演出，似乎代表試圖為「壞

¹ 江平，「序：律師興則國家興」，中國大律師，北京：西苑出版社。見王進喜等，2002：3。

人」脫罪，也因此種強烈的對比，就造成社會大眾普遍對於律師存有負面看法。然而，律師真的確如社會大眾或西方社會常揶揄者一般，需要「通通被殺光」嗎？筆者實難苟同。

筆者於 2000 年任職於法務部檢察司迄今，自 2003 年開始負責辦理律師法規之函釋、律師懲戒、世界貿易組織（WTO）中涉及法律服務業之範疇及律師證書核發等相關業務，迄今已逾 5 年。對於律師制度之認識，也從最開始之懵懂陌生，到目前略諳相關法制及修法背景，而於此段期間，也因為自己作為第一線的承辦人，因而屢屢接獲外界各種有關於律師法規疑義之詢問，雖然，有時在為外界解惑同時，也欣喜自己能從每次新的挑戰中獲得寶貴的智識經驗，但也常常碰到讓自己雙手一攤徒呼無奈之情。這其中，主要的原因是我國律師法自 1941 年 1 月 11 日國民政府正式制定公布伊始迄今，雖然歷經 14 次修正，但除了第 1 次（1945 年 4 月 5 日）、第 8 次（1982 年 1 月 6 日）、第 10 次修正（1992 年 11 月 16 日）係屬全文修正外，其餘均為部分條文修正；而隨著近十幾年來台灣於政治上已趨於民主化及歷經兩次政黨輪替之民主轉型後，整個台灣的政經社文環境已與過去威權體制的時代不同，姑不論現行關於律師公會組織架構及事務所型態規定是否合宜，筆者認為，現行律師法中許多規定早已脫離現實環境，特別是律師懲戒制度，尤為其中之最。猶記得 2006 年 6 月 29 日律師懲戒規則尚未修正前，每當筆者處理臺灣律師懲戒委員會函送之律師受懲戒案件時，心中總會產生疑惑，不解「律師懲戒委員會對於特定律師之懲戒作成決議後，為何一定得送由法務部交由所屬檢察署執行？」在處理此一業務時，法務部所屬檢察機關所扮演的角色，是否即似刑事訴訟程序中刑之執行機關？²再者，1995 年大法官釋字第 378

² 2006 年 6 月 29 日未修正前「律師懲戒規則」第 25 條規定：「法務部對於決議確定之處分，應依下列規定分別命令執行之：一、警告、申誡及停止執行職務者，令行高等法院檢察署轉令地方法院檢察署送達命令。二、除名者，令行高等法院檢察署轉令地方法院檢察署追繳律師證書，同時函行高等法院並轉函高等法院分院及地方法院註銷登錄。（第 1 項）前項命令之送達，準用刑事訴訟法關於送達之規定；執行追繳律師證書無效果者，地方法院檢察署應層報法務部於證書存根登記註銷作廢並刊登政府公報。（第 2 項）第 1 項處分之執行，地方法院檢察署應通知被懲戒人所屬律師公會，其由高等法院分院檢察署送付懲戒者，並應陳報該分院檢察署。其係停止執行職務者，並應將起訖

號解釋理由書³明明已經指明，「律師懲戒委員會既具職業懲戒法庭之性質，為使其名實相符並增進司法化之運作，宜於修正相關法律時改為法庭名稱。」但自本號解釋作成後迄今，雖已時隔十餘年，且律師法亦已再修正過四次，但律師懲戒組織卻始終未能正名，對此，學者亦曾為文批評。⁴檢討修法效率不彰的主因，無非是每次發動修法時，均導因於某特定事件發生，且因時效急迫，故幾度修法，幾乎都是頭痛醫頭、腳痛醫腳，未能全面通盤檢討律師法中的疏漏之處。

筆者認為，律師制度不僅是司法體系中不可或缺的一環，其存在之本體價值更係為國民所設，現代民主法治國家無不力主律師制度應朝民主化方向改革。是以，法務部也於 2006 年 4 月設置律師法研究修正會，⁵擬全面檢討現行律師制度。筆者忝為該會幕僚人員，因此得以全程參與歷次律師法研修會議；復因 2006 年律師懲戒規則修正時，筆者係此一業務之承辦人，因此亦得更深一層瞭解律師懲戒程序及相關法制問題，從而也觸發自己鑽研律師懲戒領域之興趣。再者，一般社會大眾之所以會對律師抱持著負面評價，多半係少數不肖律師造成的標籤效應所致，筆者深信，絕大多數律師對於少數之害群之馬或許均有欲除之而後快之感，但依目前我國律師法規定，律師公會對於律師資格之核駁並無擁有自治權，因此，一旦遇到不肖律師違反一定義務並

日期通知司法院、最高法院、行政法院、該管高等法院、國防部軍法局及中華民國律師公會全國聯合會。（第 3 項）」

³ 釋字第 378 號理由書（節錄）：「…所謂法院固係指由法官所組成之審判機關而言，惟若因事件性質在司法機關之中設置由法官與專業人員共同參與審理之法庭或類似組織，而其成員均屬獨立行使職權不受任何干涉，且審理程序所適用之法則，亦與法院訴訟程序所適用者類同，則應認其與法院相當。…關於懲戒事件之審理，則依同法第 40 條規定採彈劾主義，亦即懲戒程序之發動，係由懲戒委員會以外之機關或律師公會移送。又依同法第 52 條第 2 項授權訂定之律師懲戒規則，在組織結構上將上述懲戒委員會分別設在高等法院及最高法院，其成員於行使職權時實質上亦與各該法院法官享有同等之獨立性。此外，有關人員迴避，案件分配，證據調查（並得囑託法院予以調查），筆錄製作，作成評議及書類等，或準用刑事訴訟法之規定，或與法院審理訴訟案件之程序類同，各該委員會性質上屬於法院所設之職業懲戒法庭，與其他專門專業人員懲戒委員會係隸屬於行政機關者有別。雖各該懲戒委員會之成員除法官及檢察官外，尚有律師或學者，此乃職業懲戒組織之通例，於其行使職業懲戒權法庭之特性並無影響。受懲戒之律師對於律師懲戒委員會之決議不服者，得請求覆審，律師懲戒覆審委員會所為之決議，即屬法院之終審裁判，並非行政處分或訴願決定，自不得再行起行政訴訟，本院釋字第 295 號解釋應予補充。又律師懲戒委員會既具職業懲戒法庭之性質，為使其名實相符並增進司法化之運作，宜於修正相關法律時改為法庭名稱，併予指明。」

⁴ 李念祖，2008b：18。

⁵ 迄至今（97）年 7 月 4 日止，計已召開過 30 次會議。

破壞或損及團體專業形象時，律師公會亦無權限以自我管理的方式實施淘汰機制，而一旦自律機制不可行，企求他律或法律制度予以解決，卻又屢有緩不濟急之感，這毋寧是現行律師懲戒制度中最大的缺憾。

衡盱世界潮流，律師自律自治已成為各國律師制度發展之主流趨勢，但依目前我國律師法修法方向觀察，主管機關似仍持保守心態，不敢大膽授權。因此，未來有關律師資格之核駁權，以目前修法的方向仍是劃歸為法務部之前提下，筆者不敏，冀盼能藉此研究貢獻一己之力，於未來檢討修正我國律師懲戒制度時，提供相關修法者參考，如能參酌本研究之主旨，在未來修訂律師懲戒制度運作時，以律師自律機制作為思考方向，以與世界潮流接軌，則筆者之願足矣。

第二節 問題意識

在檢討我國律師懲戒制度應採用何種機制前，必須先行探討的是，為何要對律師施以懲戒處分？易言之，律師違反了什麼義務，或是違反義務至何種程度時，即必須要受到懲罰？而要檢討律師一職負有何種義務前，首先應該確立的是，律師在我國國家社會結構中究竟扮演何種角色？亦即，我國的律師具有的功能究竟為何？

如果認為律師的角色，主要是在法庭上充當委任者的代言人，這也意謂著律師被定位為司法制度的一環，此時，律師與法官、檢察官的角色相類似，均屬法庭活動及司法程序的共同進行者，肩負著實現司法正義之機能。⁶不過，由於律師非屬公職，與法官、檢察官具有公務員身分不同，因此，國內司法界向稱律師為「在野法曹」，其理在此。此亦係在強調律師與法官、檢察官固然同為法曹，但因律師不具有司法機關之從屬性，為與「在朝」法曹區別，遂有「在野法曹」之稱。然而，這樣的稱呼，自

⁶ 黃建輝，1999：21。

字面上以觀，則係將律師的功能限縮在法庭活動上。儘管一般人對於律師功能的偏見，也都認為律師就是在幫人打官司的，但律師的角色及功能，難道真的就僅有法庭活動一項嗎？這個結論顯然過於狹隘。衡諸世界各國，在現時多元的社會體系及面對全球化的趨勢，國內、外律師的角色及功能都絕非僅侷限於辦理訴訟業務，在今日民主法治及科技日益發達的社會中，律師的角色及功能更擴及到協助當事人進行事前預防糾紛的角色，舉凡小到買票搭捷運、停車繳費、網路或電視購物、租房子等一般日常生活行為，大到申請公司登記、跨國企業合作投資等複雜的工商事件等等。就如同德國有句話說：「每個人每天早上一打開水龍頭，就發生民法與行政法的關係」，⁷人生活在現今這個社會，無時無刻不與法律發生直接或間接的關係，也因此屢屢可見法律問題發生的可能，此時，律師所扮演的角色，即是憑其專門的法律知識，提供當事人相關的法律諮詢服務；除此之外，律師也常常是公信力的表徵，例如，許多民間的私權行為，均常委請律師擔任見證人，另外，為解決當事人之間的爭議，律師也往往被選任為仲裁人的角色，以解決糾紛。因此，律師在現實社會中所扮演的角色是廣泛及多元的，誠如 Mary Ann Glendon 所說，律師就像建築師及工程師一樣，應創造適於人們所需的生活、喜好及工作的建築物，⁸絕非傳統觀念中只是在法庭活動中擔任當事人的代言者而已，所以，「在野法曹」的稱呼，實不足以代表律師所從事的角色及所具有的功能。是以，既然律師的角色及功能不再是傳統觀念上以審判或法庭活動為中心，因此，在詮釋律師一職所能發揮多元的自主功能時，與其使用「在野法曹」一詞，反倒不如以「自由業」或「專門職業」稱之，可能更為精準與貼切。因為，自由業的特性，包含獨立性、自由性、公益性、專業性等性質，剛好與律師的職務特性若合符節。律師除了在法庭活動中必須對於法院盡真實義務⁹外，對委任人也應盡忠實義務。

⁷ 賴浩敏，1989：147。

⁸ Glendon,Mary Ann,1994:292.

⁹ 本論文所提律師對於法院應盡真實義務，係指消極性的義務，而非如對委任人般應負積極的忠實義務。

務，而在法庭範圍外，律師尚有公益性的角色必須扮演，對照自由業者首要任務即在促進公益，兩者性質相當吻合。此外，自由業與商業最大的不同之處，即在於自由業者並非汲汲營營對蠅頭小利亦斤斤計較之徒，與商人唯利是圖的作風有很大的差別，律師工作的目的顯非僅係為了賺錢而已，因此，將律師稱為「自由業」或「專門職業」，當更能全面性的表徵律師業的特性。

再者，正因為律師是自由業或專門職業者，而自由業者的精神，莫過於強調本身的自主性，因此律師在執業上即必須有很大的自由性及獨立性，如此才能更加擔負起對社會的責任，也更能充分表彰律師業是維護人權及實現社會正義的行業，而這也正是律師法第 1 條第 1 項規定所有律師所應具備的使命。¹⁰所以，律師於執業時，無論是在法庭上，對於法院未盡真實義務，或於受當事人委託時，未對委任人盡到忠實義務，或與律師同道間相處時，又違背相互尊重的義務時，在在均是損及整體律師職業的形象及聲譽。對此，林山田教授曾於 1989 年中國比較法學會¹¹所舉辦之「法律人的社會角色研討會」中強調，律師「畢竟是個自由業者，自由業者有非常強烈的本身的自主性，這個獨立自主性必須透過律師公會來運作，不是單打獨鬥而是整體的運作。」¹²由此可知，為維護律師的獨立自主，必須集合律師團體的力量來運作，而這也是律師自律自治的依據，否則當律師面對國家權力被濫用或恣意行使時，將無法扮演制止或與之抗衡的角色。再者，律師既是自由業者，為何又要課予律師對於法院、當事人、同道間負相當程度的義務呢？究其實，律師既是律師團體的一份子，則律師與律師團體之間即有榮辱共存的關係，縱然律師違反的是對於當事人的忠實義務或對法院的真實義務，然而，最終受到形象及聲譽的斲傷，仍是律師團體，因此，當律師違反了對法院、對當事人的義務時候，其實即等於已經違反了應維護律師團體形象及聲譽的義務，此時，對違反義務的律師施以懲戒，最終的目的，就是促使律師盡力維護律師專

¹⁰ 律師法第 1 條第 1 項規定：「律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命。」

¹¹ 台灣法學會之前身。

¹² 中國比較法學會，1989：203。

業工作的公信力及律師團體形象和聲譽，簡而言之，懲戒的目的即是為了嚴整團隊的秩序及紀律。

在確定了律師懲戒的目的後，繼而要探討的是，律師違反義務而須懲戒時，誰才有權力發動與行使懲戒權？在探討此一問題時，即須釐清我國現行制度中，對於律師違反義務時的課責機制有哪些？而這些機制發動後，與律師懲戒權的行使是否會發生重複課責、重複處罰的情形？

在現行體制下，律師違反義務時的課責機制普遍而言可分為三大類。其一是律師執行職務如有損及當事人個人權益時，當事人自可循民事訴訟途徑向律師主張損害賠償責任，其發動請求權的主體是當事人；其二是律師執行職務如有破壞國家整體法秩序的情形，¹³如：包攬訴訟、洩密等，國家有權透過刑事偵審程序制裁該名律師，課予其應負之刑事責任。其三是律師行為有損於律師專業形象及信譽時，由國家行使公權力，以司法懲戒罰為制裁手段。¹⁴如依前述，律師懲戒最根本的目的，是為了嚴整律師團隊秩序及紀律，則為何懲戒權的行使主體，不是最應重視律師專業形象及聲譽的律師團體？依律師法第1條第2項規定，律師應基於維護人權，實現社會正義之使命，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，而既然律師法要求律師應本於自律自治之精神，則為何最後行使懲戒權的主體仍是國家？於此，筆者以為，律師法的規定實不無可議之處。

由上可知，懲戒的手段之所以應採律師自律機制，其根本原因在於，國家所有的課責機制應各安其位，亦即，目前對於律師的課責機制中，律師除對委任人負有民事責任外，其有違反國家法秩序之行為時，尚應接受刑罰之制裁，而此二課責機制業已分別滿足當事人及國家不同主體間的究責目的，從而，律師的懲戒目的，既係為維護

¹³ 按制定刑法的目的，無論係學界或實務界將刑法所欲保護的法益區分為國家法益、社會法益、個人法益等而制定，筆者均認此乃係政府立於統治權下，為維持整體法秩序不容任何人破壞所訂定之處罰規定，因此凡係刑法各論中之任何一條處罰規定，皆係為實現國家統治權而制定，因此在此無論其所違反的係何種法益，均屬破壞國家所欲維持之法秩序。

¹⁴ 律師懲戒並非行政處分，而是司法裁判。請參照大法官釋字第378號解釋。

律師專業的形象及信譽，則懲戒自應由律師團體依自治自律精神，對於違反紀律規定的律師施予紀律罰，始符合懲戒之目的。

惟未來律師懲戒制度如改採自律機制，律師懲戒委員會改設於律師公會中，則該懲戒委員會之性質，是否即與釋字第 378 號解釋所認具有懲戒法庭性質之現行懲戒委員會不同？依司法院大法官釋字第 378 號解釋意旨，¹⁵現行律師懲戒委員會縱然其名稱非為懲戒法庭，但仍肯認其懲戒程序是司法程序之一。釋字第 378 號解釋的重點在於強調律師懲戒處分係司法作用，因此律師懲戒委員會的形式應具有法院組織的外觀，而其成員行使職權實質上享有與法官相同之獨立性，然而本號解釋容有許多討論空間，亦即現制律師懲戒制度所存在的問題，並非僅係依本號解釋理由書，大法官所認將懲戒委員會名稱逕改為律師懲戒法庭即得解決，尤其如為落實律師自律自治精神，而將律師懲戒法庭改隸於律師公會中，是否與現制法院組織相符及可能面臨現實之修法困難，不無疑義，因此為使律師懲戒制度落實自律自治精神，如將律師懲戒委員會改隸於律師公會，勢必應朝律師公會之定位修法，並明定其為公法人性質，俾其對於律師行使懲戒權時，所作之處分性質即係行政處分，而被懲戒之律師即得就該懲戒處分逕提起行政訴訟，以保障其救濟權利。

然而當行使律師懲戒權之主體改隸於律師公會時，外界可能質疑，律師同道間是否會有偏頗袒護不公之虞？之所以會產生這樣的問題及疑慮，主要係因各界對於現行的律師公會是否足以勝任扮演好律師自律的角色，總是抱持著懷疑的態度。但所謂的偏頗不公，又應以誰的角度來認定？其實，此一問題並不難解決。因為，一如前述，現行律師課責機制中之民事求償及刑事制裁既已可以分別滿足委任人及國家，那麼，對於破壞整體律師形象及聲譽之行為，自然應由律師團體以自律程序處罰；至於自律機制是否能夠正常運作，會否產生制裁不公情形，則屬律師團體必須自行承擔及面對社會檢視之範疇。也就是說，如果律師團體的自律懲戒成效不彰，將使所有律師同道

¹⁵ 參見司法院大法官釋字第 378 號解釋及其理由書。

均須承擔社會各界及輿論的壓力及指責。再者，律師既屬於專業的法律家，其於執業時有無違反義務，自然應由團體成員始能置評，否則，若以非律師身分之人來規範、課予律師應盡之義務，恐將形成非專業者主導專業者之窘境，而這也是律師法於 1992 年修正時，將律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會中律師所佔比率提高甚至到過半¹⁶的主要原因之一。成員比率修正後，即可藉由較多律師之參與，使委員會更能充分瞭解律師執業時的真實情況，並使委員會之懲戒決議處分更趨平允公正，而能真正符合民主之真諦。¹⁷

再者，就近十年來律師懲戒案例之統計數據資料以觀¹⁸，由律師公會主動將律師送付懲戒件數之比率幾占半數，且參諸國內律師界近年就律師倫理中律師應盡之義務特為專文論述者，亦較往昔為多¹⁹，而近年來律師從政、從事公益活動、舉辦公共性議題之研討會更比比皆是，由此可知，近幾年來，律師界已逐漸自認其不僅於執業時應負有一定之義務，且亦扮演了維護人權及促進社會法治健全之角色，從而，如再以傳統社會中對於律師持負面評價的態度而看待律師公會，並因此推斷律師公會不足以在懲戒制度上擔負起自律的角色，實嫌速斷。

當然，若為防弊，筆者亦認為不妨可仿效日本於 2003 年律師法中的修正規定，

¹⁶ 律師法第 41 條規定：「律師懲戒委員會，由高等法院法官 3 人、高等法院檢察署檢察官 1 人及律師 5 人組織之；委員長由委員互選之。」同法第 43 條規定：「律師懲戒覆審委員會，由最高法院法官 4 人、最高法院檢察署檢察官 2 人、律師 5 人及學者 2 人組織之；委員長由委員互選之。」

¹⁷ 按當時律師懲戒委員會修正之原因，主要係參考日本法制為例，因日本各地律師公會及律師聯合會分別設置懲戒委員會，由委員長及若干人組織，而委員分別由律師、法官、檢察官及有學識經驗者中遴選，至律師充任委員人數由各地律師公會及律師聯合會分別於章程內訂定，以擴充律師懲戒程序自治化之管道，俾便朝民主化方向邁進，足供吾國仿效。而我國現制，律師懲戒委員會僅有一名律師參加，而律師懲戒覆審委員會亦准由律師二名參與，由於參與人數極少，難期發揮律師自治作用，是以宜由較多之律師參加律師懲戒及覆審委員會，俾可充分瞭解懲戒之真實情況。參見藍傳貴，1990：45。

¹⁸ 統計民國 86 年至 95 年，律師經付懲戒之案件計有 128 件，其中由律師公會主動移付懲戒者，計達 59 件。資料來源：參看中華民國律師公會全國聯合會所編「律師懲戒案例選輯」。

¹⁹ 如：李念祖、王偉霖，2007：135-156。王惠光，2007b：75-95。姜世明，2007：82-91。古嘉諱，2007：107-109。黃幼蘭，2006：43-61。周怡君，2005：101-111。因近年來律師界對於律師倫理之重視及為文者日趨漸多，故謹擇要列舉如上。

於律師公會全聯會中增設一個紀律審查會之機構。²⁰此一紀律審查會之成員硬性規定不得由任何曾、現任律師、法官及檢察官擔任，換言之，紀律審查會設置的目的，即係藉由人民參與，給予公會的懲戒委員會再多聽一次人民聲音的機會。當律師公會作出不付懲戒的決定時，如果申訴人不服，即可向紀律審查會提出審查之申請。如果紀律審查會最後決議認為，該名不付懲戒的律師應該提交懲戒委員會進行查處，則律師公會懲戒委員會即必須展開查處工作。反之，當紀律審查會決議駁回審查申請時，則該名律師「不予懲戒」的決議即予生效確定。²¹筆者認為，藉由此一人民參與的審查程序，應可作為律師自律懲戒機制中免除外界疑慮的機制。

第三節 研究方法及範圍

壹、研究方法



為了進一步探討前述問題，本論文擬採取下列幾種研究方法：

一、歷史研究法

社會科學中有關歷史研究方面，主要是從個案史實的因果關係中，嘗試將事前情況與事後結果間建立某種「連續性」（continuity），並說明事前所生情境，就是順此次序進展轉變成事後結果。²²所以，欲了解事物發生的變化過程，就需將事實彼此之間的因果關係找出，才能解釋事實發生之因。

歷史研究法是利用歷史資料或事例來掌握歷史事實，依照研究事件的時間與順序

²⁰ 該審查委員會係由 11 位委員組成。

²¹ 日本律師公會全聯會網站:<http://www.nichibenren.or.jp/cn/barrister.html#TWO>

²² 郭武平，1994：4。

關係，讓事件的背景、經過、影響清楚呈現，以作為解釋的具體根據。它是一種非介入性的研究，是一種綜貫性的研究設計。²³史學家楊鴻烈曾為史學方法作一界說：「

凡人對於現在或過去社會上種種事物的沿革變化有瞭解的必要，而即蒐集一切有關的材料，更很精細緻密的去決定其所代表或記載的事實的真偽、殘缺、完全與否，然後再用極客觀的態度加以系統的整理，使能解釋事物間的相互關係和因果關係，以透澈明白其演進的真實情況及所經歷的過程，這樣便是所謂的『歷史研究法』」。²⁴

以歷史研究途徑出發的研究方法很多，英國史學家 Ernest Scott 論及史學方法時說：「

判斷、資料的整齊排列與呈現、證據的審察、真理與偽誤的區分、從大量不相關的不重要的繁瑣資料中選擇突出相涉的事項、個性的衡量、敘事的藝術、動機與原本的理解—凡此類方法，主要有效自歷史的研究發展而來」。²⁵

學者杜維運綜合各家之說，認為可採的研究方法包括歸納法、比較法、綜合法、分析法、史料析論法、史料考證法等等，²⁶但他強調，歷史研究不是僅以史料考證來獲取研究內容，而是廣從材料、事實裡，以一定方法程序，與可讓人再檢驗的方式整理出歷史脈絡。德國史學家 Droysen 將此一概念視為「解釋」，並進一步說明：「歷史方法的本質是以研究的方式去了解。」²⁷由於歷史研究法無法親自直接觀察與測量資料，只能用訪問與現成史料，所以對史料正確性之研判與查證就特別重要。

歷史研究法的基本步驟區分為四部分：²⁸（一）界定研究問題和限制研究範圍。（二）尋找史料或進行訪問，並鑑定史料正確性。（三）建立假設，並考驗假設。（四）組織史料，以支持研究中所探求的結論與史實。至於資料來源則包括官方資料、學位論文及報紙期刊資料等。

²³ Babbie, 1998: 328。

²⁴ 王爾敏，1997：5。

²⁵ 杜維運，1999：9。

²⁶ 同前註，1999，67-193。

²⁷ 余琛，1986。

²⁸ 胡昌智譯，1986。

綜上所述，本論文在探討、比較律師懲戒制度並追溯律師制度之起源時，即必須採用歷史研究法。要了解何以會產生律師制度？律師制度是如何興起？都只能從歷史文獻中找答案。在本論文中，筆者除了蒐集國內外的相關文獻資料，作進一步的闡釋外，也將探討中外學術界對於相關制度的見解。

二、文獻分析法

文獻分析法 (document analysis) 是一種系統化的客觀界定、評鑑與綜合證明的研究方法，以確定過去事件的真實性。主要目的在瞭解過去、洞悉現在，並預測未來。²⁹

本論文主要係探討官方、非官方之相關學術理論論著與實務性之分析、報告等資料，並加以分析、歸納及分類，以作為本論文研究基礎及檢討之重要參考。經廣蒐國內外有關律師角色、律師懲戒制度、律師自治（律）機制之理論、學術界之成果及實務相關之文獻，並經由閱讀、整理、分析後，做出摘要與整合。希望透過此一研究方法，一則驗證本研究之意義與結果，再則凸顯本研究創見之可能性。³⁰

三、比較研究法

在科學研究中，比較方法是整理經驗材料所不可或缺的一種研究方法，此種方法以分類、類比為基礎，透過觀察、鑑別，而得到明確的判斷。從方法學的觀點以觀，比較不僅是推動經驗成長的方法，也是經驗完成時的綜合狀態。³¹易言之，比較方法的運用，乃在分辨事物之異同，與評價其優劣。故必得先使被比較的事物顯現出共同

²⁹ 陳偉華，2003：143。

³⁰ 創見還未提出之前，只是一種模糊的感受，感受到別人所未注意到的事物，認為其中必有一番蹊蹺，於是在心中敏捷地產生一種想像 (imagination)，亦即心目中所出現的一種意象 (image)。但是意象不是毫無緣故地憑空而來，而是來自既往的經驗。創見要受到社會的肯定與接納；其表現的特質就是流暢，沒有阻礙、沒有漏洞。參見張世賢，2005：125-126。

³¹ 沈清松，1994：2-3。

的具有的基礎或各自特有的個性，方有進行比較的可能。而對單一事件的比較，則可藉階段性的區分，作兩個不同時期的比較；或以多面向，多角度的觀點對同一事物分析比較。其步驟有二：（一）併排：將比較研究範圍內之相關資料，依「相同或可資比較之類別」（Identical or Comparable Categories）予以系統化排列。（二）比較：作「對照比較」（Balanced Comparison），以便獲得明確的結論。³²本論文關於國外律師懲戒制度之比較對象，係以日本、德國及美國為主。選擇日本為比較對象之主因，是因為我國律師法主要係繼受日本法而來，但我國與日本之律師懲戒制度差異甚大，因此，探討日本律師懲戒制度及該國之律師角色屬性，即屬必要；另外，選擇美國及德國作為比較對象，則是因為此兩國可謂習慣法系與歐陸法系國家之代表，如果欲就各國律師懲戒制度為一通盤瞭解，擇此二國之相關典章制度而為比較分析，亦為不可或缺。

貳、研究範圍



律師懲戒制度所涉及問題之點、面甚廣，除了討論懲戒制度機制上究應採行自律或他律模式外，尚包括構成懲戒發端之懲戒事由（違反何種義務）、懲戒程序（涉及訴訟權保障）、懲戒效果（懲戒處分如停止執行職務及除名，則涉及工作權之保障）、懲戒處分性質（行政罰？司法懲戒罰？紀律罰？）等問題，如欲全數加以討論，恐怕過於龐雜，亦無法聚焦於本論文所欲探討之研究主題，因此，本論文之研究範圍即必須加以限縮，擇定以律師自律機制作為研究之主軸，並探討我國律師角色之定位，另就律師懲戒目的及懲戒程序中行使懲戒權之主體及懲戒處分性質加以論述，同時亦將就外國律師懲戒制度進行論述比較，至於有關律師懲戒制度之懲戒開端事由及最末端之懲戒效果，因與研究主題較無相關，即不在本論文討論之列。

³² 范立達，2000：9。

最後，筆者要先釐清「自律」此一名詞之範圍。按「自律」可分為「個人自律」及「團體自律」兩種，本論文所討論的自律機制，並非指個人的自律，換言之，個人基於自己的意思，自為約束、自為規律內在生活或道德教養，均非本論文論述的範圍，本論文所稱自律機制係指「團體自律」，亦即律師職業團體自律。或許有人會質疑，律師公會要求會員應遵守的紀律，亦係藉由他律而達到控制規範會員的行為，所以，所謂的律師自律，究其實，亦為他律而已。然而，關於此部分之爭議，並非本論文所欲探討之重點，因此，為免閱讀本論文時而對該詞有所質疑起見，爰將文中所稱之「自律」一律均定義為「團體自律」，特此說明。

第四節 本文架構

本論文第一章為緒論，概述撰寫本論文的研究動機、目的、方法及範圍，並提出問題。

自第二章開始，將探討我國律師之角色定位。筆者認為，在為律師角色定性前，應先充分瞭解律師制度之起源及發展，因此，本章除介紹西方律師制度之起源及發展外，並就我國律師制度之起源，依歷史脈絡分期、分地區概述。接著，筆者將探討長久以來幾與律師一詞畫上等號之「在野法曹」及「自由業」兩名詞概念究有無不同；並分別選擇鄰近國家日本、歐陸法系國家代表德國及英美法系國家美國作為對照，藉由比較他國對於律師所賦予的角色，作為本論文後續探討懲戒目的、懲戒機關、懲戒罰性質之立論基礎；同時檢討我國現行相關法令規定律師執行職務之權利義務，以確認我國律師之角色定位。

第三章則以論述律師懲戒之目的及方式為主。筆者認為，欲檢討我國律師懲戒制度，首先必須先瞭解律師之懲戒目的為何，亦即，律師違反了哪些義務時即必須對其施以處罰。在文獻分析過程中可以歸納出，律師執業時對於法院、委任人及同道間應

盡之義務，而課予律師執業時最終之義務無非係為維護整體律師的專業信譽、形象，因此，一旦律師違反這些義務時，即必須對其施以處罰。另外，本章將檢視現行制度中關於律師課責機制之不同面向。依現行法令，當律師執業時損及委任人個人權益時，委任人可藉由民事損害賠償之訴訟途徑尋求解決；而當律師破壞整體法秩序時，國家為落實統治權亦可透過刑事之偵審程序對其處以刑事責任；前述這兩種課責機制較無爭議，惟當律師與國家並非立於公法上之職務關係，而律師又違反其執業時之應盡義務或團體紀律時（例如：與同道間發生糾紛而有損律師整體形象時），又應由誰來處罰律師？由國家施予懲戒罰是否妥適？抑或應由律師公會施以紀律罰較為合適？筆者認為，律師懲戒之目的，主要是要求律師個人本身不應作出損害整體律師職業形象及信譽之行為，因此，對於律師違反團體紀律時而為之懲戒，自宜由律師公會為之。據此，本論文將就日本、德國及美國行使律師懲戒權之主體做一概況介紹，期能藉由比較分析後，尋求他山之石以為改進我國律師懲戒制度之參考。

第四章則係承續第二、三章之論點，除探討為何律師懲戒制度應採自律機制的理由及依據外，並加以分析自律之懲戒（紀律）罰與他律之行政罰、司法懲戒罰有何不同。

至本論文第五章主要針對現行我國律師懲戒制度之問題，就現行律師懲戒罰係由國家為行使懲戒權主體，採行司法懲戒罰時，與律師自律自治精神是否有違？再者，未來行使懲戒權之主體如設於律師公會，有無違反大法官釋字第 378 號所指述懲戒組織應朝審判機關化之意旨？另擬議未來我國律師懲戒制度之變動方向及相關法制建議，並就外界可能對該變動方向產生之疑慮，筆者亦將於本章中針對該問題點提出相關釋疑及解決方法。

最後，於本論文第六章，將就前述各章的重點綜合歸納作為本論文之結論。

第二章 律師之角色定位

第一節 律師制度之起源及發展

壹、西方國家律師制度之起源及發展

一、起源

律師制度起源於法律及法律制度體系完成後的羅馬時代，³³但也有論者認為，如果以「從事代理案件當事人訴訟或在訴訟中充當被告之辯護人」這種類似於律師形式的活動作為界定，則律師制度甚可追溯到古希臘時代。³⁴

隨著羅馬法律由不成文到成文，由元老院及各種議會的決議、裁判官的諭令、皇帝的敕令等發展到查士丁尼法典，相繼出現了不少研究法律、闡釋法律，並從事法律教育的「法學家」。公元3世紀，羅馬皇帝以詔令形式，確認法學家從事「以供平民

³³ 黃顯民，1982：13。

³⁴ 公元前594年，希臘雅典開始的梭倫改革，其重要內容之一就是在原有的埃非特法院、迪埃德法院、40人委員會等審判機關上創立了赫里埃（希臘文 Heliae 的譯音，意即陪審法院）。該法院除審理重大第一審案件外，主要是作為原有其他各法院的上訴審級，以此削弱由氏族貴族掌握的元老院的審判權。在訴訟上，分為審查與裁判兩個階段，審判公開進行。法庭上，法官先宣讀原告的起訴書和被告的反駁書，然後雙方當事人進行辯論。法庭允許當事人委託他人撰寫辯護意見並在法庭上宣讀。當事人為了在法庭上對法官施加影響以最終作出對自己有利的判決，便不惜花錢僱用懂得法律，能言善辯之人代自己辯護。儘管古代著名的哲學家、思想家柏拉圖和亞里斯多德都曾對此種代理辯護予以譴責，認為這些「代言人」得了當事人的錢財，就昧著良心，用詭辯技倆，儘量把好事說成壞事，把假的說成真的。但是這確實含有訴訟和辯護的成份，而訴訟中允許辯護和代理是律師產生的前提要件。然而，由於古希臘經濟等諸方面尚不發達，代理、辯護未能形成一種專門的職業，更沒有這方面的專門立法，所以最終沒能形成一種制度。參見鄭祿等，1998：2-3。另據 R.Pound 所述，於習俗與法律尚處未分化之古希臘時代，儘管當時無律師之存在，惟當時卻有被稱為「修聶克拉斯（synegoras，即代言人）」或「羅克克拉布斯（logographus，即講稿撰寫人）」者，在訟爭場合執行類似律師之職務，因此認此即是律師之起源。” The Lawyer from Antiquity to modern Times” ,1953 :30-32。參見黃顯民，1982：13。

諮詢法律事項」的職業，同時詔令允許委託代理人參加訴訟，於是，從法學家中便分化出一部分專門從事解答法律諮詢、代寫訴訟及法律文書、代理參加訴訟的「代言人」和「代理人」。³⁵

迄至公元 5 世紀，國家為加強對此類活動及從事此類活動人員的管理，規定凡計劃投身此類職業者，必須接受 5 年的法學教育，通過考試者方能取得執業資格，且其活動須受國家監督，收費標準由國家規定，並逐漸形成一個行業，組成職業團體，³⁶因此，於羅馬帝國後期，「代言人」和「代理人」制度已逐漸規範完善，而且為了與專門從事著書立說、闡釋法律的法學家有所區別，法律並規定專門以代理人、代理人工作為職業的法學家統稱為「律師」，而律師的名稱及概念即源自於此。³⁷

綜合古羅馬時代的律師制度，具有以下幾個特點：（一）取得律師資格的條件十分嚴格；（二）為便於履行職責，將律師分為在業律師和預審律師兩種；³⁸（三）允許律師收取報酬；³⁹（四）律師是屬於自由職業者，一般具有淵博知識和雄辯口才，受到社會尊敬和推崇。⁴⁰



³⁵ 羅馬奴隸制國家通常是指公元前 6 世紀至公元 1 世紀的羅馬共和國，公元 1 世紀至公元 5 世紀的羅馬帝國這一歷史時期。由於羅馬地跨歐亞非三洲，水運發達，貿易往來頻繁，專門從事商品生產手工業和商品交換之商人出現，使商品交換中之債權債務糾紛亦日益增多。在古羅馬，解決糾紛或社會衝突的重要途徑之一是訴訟。因此，在訴訟中能否獲勝，對商人們關係重大。但商人忙於商務，無暇顧及訴訟，因此，當他們之間在某地發生糾紛需要訴訟時，便在該地委託他人在法庭上代言或代為訴訟。因此，在訴訟過程中，出現了親屬陪同參加訴訟並出主意，發展到在法庭中幫助發言，或委託其他代理人出庭參加訴訟的代理行為。於是，產生了「代言人」和「代理人」制度。而律師及律師職業，則是從古羅馬的「代言人」和「代理人」發展而來。參見謝佑平，1998：10-11。

³⁶ 鄭祿等，1998：5。

³⁷ 程紹武，「律師制度的由來和發展」，重慶：《法學季刊》198 第 3 期，p21-23。參見謝佑平，1998：10-12。

³⁸ 在業律師屬於高級形式之律師，國家以立法方式規定，在一定行政區域內，在業律師之數額不能突破，要給予較高的報酬，有很高的社會地位，能在高級法院辦案。預審律師則屬於較為低級的律師，他們只能在在業律師缺額時予以遞補，且只准在基層法院辦理案件，為當事人提供法律幫助。

³⁹ 公元 2 世紀開始，國家開始立法規定律師收取報酬之具體數額，禁止任何律師巧立名目亂收費用，違者將取消律師資格。

⁴⁰ 其可參加訴訟、進行代理和辯護，並可代為文書、解答各種法律問題。此外，他們還研究法律，著書立法，從事法學教育。但公民在取得律師資格後，要加入律師團體，並接受執政官之監督。參見鄭祿等，1998：5-6。

二、發展

公元 476 年，隨著日耳曼人入侵西羅馬，羅馬帝國滅亡，歐洲開始進入封建社會，政治上為軍事割據統治，經濟上則是實行自給自足的農奴莊園經濟，財產關係僅是農奴主占有絕大部分的財產及農奴人身的簡單關係，⁴¹多數國家廢除了古典控訴式訴訟，改採用糾問式訴訟。在民事訴訟中，當事人的訴訟權利受到多種限制，無法聘請訴訟代理人提供法律幫助或參加訴訟。在刑事訴訟中，實行以刑訊逼供為主要特徵的糾問式訴訟，而被告是被追究、拷訊的對象，並不是擁有辯護權的當事人。⁴²在原始商品經濟衰落，而民事法律關係也失去先前的重要意義，加上訴訟程序中的當事人訴訟權利受到種種限制，因此在失去賴以生存的經濟、政治、訴訟等條件，原本古羅馬時期所建立起的律師制度，在數百年的封建社會中，已不復存在。⁴³

封建社會末期，因資本主義萌芽並迅速發展，自 17、18 世紀開始，當時資本主義的思想家及啓蒙學者，如英國的李爾本 (John Lilburne)、洛克 (John Locke)，法國的伏爾泰 (Voltaire)、孟德斯鳩 (Charles de Secondat, Baron de Montesquieu)、盧梭 (Jean-Jacques Rousseau) 等，均為反對封建專制而先後提出人權革命口號和政治綱領。同時也針對封建司法的專橫和宗教特權，提出了以辯論式訴訟代替糾問式訴訟，實行無罪推定、審判公開等民主司法原則。⁴⁴也因這些資產階級思想家的主張，始推動了當時司法觀念的更新，並又恢復了原有古羅馬時期的律師制度，因此，資產階級的民主革命，為西方社會帶來了近代的律師制度。而美、⁴⁵法、⁴⁶日⁴⁷等國的資產階級

⁴¹ 謝佑平，1998：60。

⁴² 陶麾等，1995：3。

⁴³ 謝佑平，1998：60。

⁴⁴ 陶麾等，1995：6。

⁴⁵ 美國憲法增修條文第 6 條規定：「刑事被告得受法庭辯護之協助」。

⁴⁶ 法國於 1791 年制定之憲法中規定，從預審開始，不得禁止被告接受辯護人之幫助；1808 年拿破崙刑事訴訟法典確立了辯護權、辯護原則以及律師制度並付諸實施。參見鄭祿等，1998：16-17。

⁴⁷ 日本憲法第 34 條規定：「任何人非經立即告知理由，並立即予委託律師之權利，不得抑留或拘禁。且任何人非有正當理由，不得拘禁。如有要求，必須立即在本人及其律師出席之公開法庭，提示其理由。」第 37 條第 3 項規定：「刑事被告得在任何場合，委託有資格之律師。被告無法自行委託時，由國家委託之。」見李鴻禧譯，1995：370-371。

更在取得政權後，將律師制度寫入憲法性文件，並且在訴訟法中加以規定。

貳、我國律師制度之起源及發展

我國古代傳統法文化中就存在著「訟師」的角色和制度。他們可能為金錢利益而充當「挑詞架訟」的訟棍，也可能因為以法維權而贏得訟師的尊稱，具有極強的兩面性。訟師的出現和存在，在我國歷史上具有深刻的經濟、政治、法律制度、文化等根源，與西方源遠流長的律師現象有相當大的區別。訟師的行為，主要業務是代寫書狀，這些書狀包括遺囑、各種契約、呈狀以及工商行政方面的申請，更多的是謀寫訴狀。他們多半出身於運途不暢的士人，具有一定社會關係的吏人、幹人、衙役宗室的子弟，以及膽大橫行的豪民。不同時代，訟師活動則因社會經濟、政治諸方面的差異呈現出明顯的地域性。⁴⁸

訟師雖然在歷史上存在已久，但由於辯護在中國古代並不具備法律程序上的正當性，所以訟師在中國古代的為政者或法律的視野中一般都不具備良好的形象，往往被視為添亂者與社會麻煩製造者。⁴⁹例如，就有學者曾說：「在傳統的社會裏面，訟師素來受人輕賤，他們的形象……是貪婪、冷酷、狡黠、奸詐的，最善於撥弄是非，顛倒黑白，捏詞辯飾，漁人之利。」⁵⁰

造成社會普遍鄙夷訟師的原因，固然有可能是因為訟師的出身大多不佳，又有挑撥興訟的惡名，但更重要的是，在中國文化傳承裡，根本就不承認訟師的辯護是一種

⁴⁸ 黨江舟，2005：90-141、143-150、162-168。

⁴⁹ 例如，春秋戰國時期鄭國的政治家鄧析，其被視為古代訟師的鼻祖。此人擅長訴訟，其辯論之術無人能敵，史書記載其往往「操兩可之說，設無窮之詞」，並能「持之有故，言之成理」。然而，鄧析被當政者駟顚視為擾亂民心的禍首，慘遭殺害。又如，《唐律·鬥訟》規定：「諸為人作辭牒，加增其狀，不如所告者，笞五十。若加增罪重，減誣告一等。」宋代更是有過之而無不及，衙門每結案之前，幾乎必先辦訟師。可見古代訟師往往被視為影響社會和諧、挑詞訴訟的不安定分子。見 黨江舟，2005：23-51、謝佑平，1998：168-170。

⁵⁰ 梁治平，2004：275-276。

崇高的工作，更談不上對這種辯護工作悉心呵護。說到底，就是傳統文化認為權力具有至上性，不承認權力與權利之間有衝突、有矛盾，權力意識完全取代了權利意識。自然，權力與權利之間對立統一矛盾的說理工作也不認為需要由專門的職業群體來承擔。而這種根深蒂固的觀念流傳至今，仍未解消，即便到了 21 世紀的今日，司法機關與相關權力部門及其成員在觀念上仍會認為，律師的行為將會影響司法活動的正常與順利進行，不利於對犯罪嫌疑人或被告進行懲罰。他們會要求在立法上應予以司法機關與相關權力部門更多更廣泛的權力空間；也會要求立法、政策以及實際操作中，盡最大的可能縮小律師作用的範圍，或者盡可能增加律師的執業風險。相反的，這也造就法官與檢察官相對律師所具有的心理優勢，將律師視為主流之外的異己力量，產生共同的排異心理。⁵¹

在外觀上，訟師雖然與律師極為相近，但兩者間仍有本質上的不同。例如，如前所述，訟師的出身大多不佳，且並未有專業法學知識，訟師在公堂上亦不被認為是必要存在的角色，而傳統的公堂更是集行政、司法權於一身，縣令就是法官，審判程序毫無章法，所謂由原告、被告及法官所組成的「三面訴訟」觀念，更是聞所未聞。在此情形下，訟師在法律上的地位自不可能與現今的律師同日而語。是以，關於我國律師制度的起源，從尤英夫、⁵²陶麾等、⁵³章武生、⁵⁴謝佑平、⁵⁵鄭祿等、⁵⁶王國良等⁵⁷論者的相關研究論著中都可以發現，他們都認為我國律師制度並非因襲於訟師，而係全自外國移植而來，時期且遲至清末民初。

學者⁵⁸認為，我國古代社會之所以遲遲未能建立律師制度，不外乎有下列幾項因素：（一）經濟因素：我國古代傳統社會，基本上是屬於自給自足的農業社會，其商

⁵¹ 見百度百科網站，<http://baike.baidu.com/view/547099.htm> 最後到訪日：2008 年 5 月 22 日。

⁵² 尤英夫，1972：68。

⁵³ 陶麾等，1995：4-5、14-18。

⁵⁴ 章武生，1999：10-15。

⁵⁵ 謝佑平，1998：186-193。

⁵⁶ 鄭祿等，1998：20-27。

⁵⁷ 王國良等，2003：18-19。

⁵⁸ 謝佑平，1998：174-186。

品經濟的往來並非如西方社會發達，因此，在社會結構相對簡單下，人與人之間發生糾紛的機會自然也不如西方社會為高；（二）政治因素：我國古代傳統政治，係採高度中央集權的專制統治，且缺乏所謂西方社會的民主、平等觀念，因此未能像於古羅馬時期一般，為律師制度的產生提供制度上的基礎；（三）訴訟制度因素：我國傳統古代訴訟制度主要是重刑輕民、重實體輕程序，在長期的封建社會下，訴訟制度係採取糾問式而非辯論式的體制，因此自不可能有當事人雙方訴訟地位平等的觀念，也就不可能有律師作為代言人的制度產生；（四）法律文化因素：我國古代社會是重倫理輕法理，傳統以來深受儒家文化影響，所以文化上強調的是以五倫為主，重視宗法禮教，並以義務為本位，並非如西方國家是以權利為本位的思考。雖然歷史上曾有一批法家或法律家，如鄧析、⁵⁹商鞅、韓非子等人，然而這些人主要出身於貴族世家，其著述也只是為服務統治階級所為的謀劃策略。因此，我國固有的傳統法律文化中，個人權利意識是極其淡薄的，從而我國古代傳統的社會也不需要律師提供法律服務及為個人爭取主張權利的需要。

不過，律師制度在台灣地區的發展，卻有不同的過程。此乃因清廷與日本於甲午戰爭後簽訂馬關條約，自 1895 年起將台灣割讓給日本，在這樣特有的歷史背景因素下，早自 1900 年，日本政府即以律令第 5 號規定台灣辯護士規則準用日本明治 26 年（1893 年）的日本辯護士法。以此為計，台灣地區其實是比中國大陸早 12 年開始實施律師制度；⁶⁰換言之，在民國元年以前，日治時期的台灣，早就有律師制度且已有相關的成文法開始施行。因此，筆者認為，如欲探討我國律師制度的起源，對於生長在台灣斯土之吾人，應非僅就國民政府在中國「內地」所制定嗣後於 1945 年通用台

⁵⁹ 為春秋時代末年，鄭國名家思想家。鄧析首倡「刑名之論」，操「兩可之說」，被視為玩弄巧辯之術，開起了名家的思想。而鄧析也主張刑名之治，制定竹刑，主張刑法公開化，引發貴族的不滿，最後為鄭國大夫駟歛所殺。荀子曾經對鄧析作出批評，《荀子·非十二子》謂其：「不法先王，不是禮義；而好治怪說，玩綺辭。甚察而不惠，辯而無用，多事而寡功，不可以為治綱紀。然而其持之有故，其言之成理，足以欺惑愚眾。是惠施、鄧析也。」《漢書藝文志》將鄧析列入名家。目前流傳的《鄧析子》據傳是後人偽託。見維基百科網站: <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E9%84%A7%E6%9E%90>. 最後到訪日：2008 年 5 月 5 日。

⁶⁰ 尤英夫，2007：29。

灣的律師法進行研究，尙應就「1945 年以前日治時期台灣」進行探討我國律師制度的起源，如此，才能一窺我國律師制度、律師角色的演變全貌。因此，以下特就「日治時期之台灣」與「國治時期之中國內地」兩地區的律師制度起源及發展過程，分別概述之：

一、日治時期之台灣

(一) 訴訟代理人制度：

1895 年 5 月 8 日馬關條約生效，台灣在法律上成為日本的領土一部分後，迄至 1945 年 10 月 25 日台灣光復，此時期稱為日治時期。1896 年 5 月台灣總督府⁶¹特設三級審制度之法院，允許民事代理及刑事辯護，不過，當時並未限定訴訟代理人資格，嗣後因以訴訟代理為業者眾多且水準不一，逐漸滋生弊害，總督府為防止濫訴並期能健全司法機關，即比照日本內地訴訟代理人制度並參酌日本辯護士法，草擬「訴訟代理人規則」，並於 1898 年 2 月 1 日施行，此即台灣以訴訟代理為業之專業化開端，⁶²因此，「訴訟代理人」⁶³應是在台灣法制上，今日所稱「律師」之肇始。然而，從訴訟代理人的身分背景來看，清一色都是日本人，究其原因，當然有可能是因為在清治時期的台灣社會，並未有受過近代西方法學教育者，也就不存在近代型的專業律師，僅有傳統中國式的「訟師」，是以台灣人並無法充任這項新設職務，但另一方面，這似乎也反映出台灣在日本殖民統治時期，日本人獨占所有訴訟代理人職務的霸權心態。無論如何，訴訟代理人既是新制度下的產物，自然也被賦予了新的角色期待，但當時訴訟代理人似乎未達到制度的預期理想，也因此，總督府在實施訴訟代理人制度短短不到兩年的時

⁶¹ 1895 年 8 月，日本公布制定「台灣總督府條例」，因此，台灣總督府當時即係日本於台灣所設之在台最高統治機關。

⁶² 陳鈞雄，1996：115-116。

⁶³ 成為訴訟代理人之資格要件有三：一、依辯護士法取得辯護士資格者；二、曾任法院判官及檢察官者；三、有訴訟代理人執照者。其中欲取得訴訟代理人執照者，須經檢定送請總督始得核發。訴訟代理人取得執照後，必須在三個月內請求登錄地方法院之訴訟代理人名簿，否則取消資格。參見陳鈞雄，1996：117-118。

間，即決定以辯護士制度來取代訴訟代理人制度。⁶⁴

（二）台灣辯護士制度

總督府於 1900 年 1 月 25 日以律令第 5 號公布「台灣辯護士規則」後，於 1901 年 5 月 11 日訴訟代理人制度消滅以前，在台灣同時存在著「辯護士」與「訴訟代理人」兩種為人民代理訴訟的法律專業人員。⁶⁵「台灣辯護士規則」，主要是依用日本辯護士法，該規則要求台灣的辯護士必須具備一定資格，並須經辯護士考試或是後來的高等文官司法科考試及格（同時具備司法官任用資格），惟原訴訟代理人仍可聲請登錄為辯護士。至 1935 年總督府再公布律令「台灣辯護士令」，依用 1933 年日本新的辯護士法，而且與日本新的辯護士法同時自 1936 年 4 月起開始施行。總之，除日治初期外，台灣辯護士制度與日本內地的辯護士實質上幾乎相同。⁶⁶而在整個日治時期，台灣人能得到辯護士提供法律協助的機會，一般而言較日本內地人差很多。⁶⁷



⁶⁴ 訴訟代理人制度自 1898 年開始實施，到 1901 年 5 月正式走入歷史，前後不到三年半的時間。訴訟代理人制度在台灣實施時間相當短，但卻有其一定的影響。按這批訴訟代理人，在 1901 年時幾乎都轉換成辯護士的身分，而繼續從事法院實務工作，成為台灣的元老級辯護士，而他們也將訴訟代理人時期的一些作法，延續到後來的辯護士生涯中。換言之，隨著辯護士規則之發布，辯護士正式出現在台灣歷史上，而訴訟代理人制度則因此而走入歷史；不過隨著 1901 年律令第 2 號的發布，訴訟代理人並未隨著該制度一同走入歷史，而是換上另一個身分，繼續活躍於台灣的社會。參見王泰升等，2005：1-20。

⁶⁵ 王泰升等，2005：21。

⁶⁶ 王泰升，2001：263。

⁶⁷ 司法院司法行政廳，2006：51。

表1：台、日分配到一位辯護士的人口數（1921-1940年）⁶⁸

年度	日本（內地）	台灣
1910	43,719	137,479
1920	49,164	101,563
1930	51,139	88,284
1940	46,334	89,375

二、國治時期之中國內地

（一）清末時期

1840年清末鴉片戰爭以後，隨著帝國主義的入侵，原本封建的傳統中國社會遂淪為半殖民地的半封建社會，此時固有的封建舊法不能適應急劇變化的社會關係，為了緩和國內矛盾，清政府不得不變法修律，尋找出路，律師制度這才如同其他司法制度般在中國得到了引進和發展。⁶⁹1906年，在修訂法律大臣沈家本的主持下完成修訂的「大清刑事民事訴訟法」，主要是以西方國家訴訟法為基礎而修訂，並採用了西方國家的陪審制度和律師制度。其中「律師」專列一節，編入第四章「刑事民事通用規則」中，共9條。此部法典後來因遭到各省督撫的反對而未能頒布實施。1907年，修訂法

⁶⁸ 本表資料來源：司法院司法行政廳，2006：52。其中，日本部分，係引自 Takaaki Hattori, “The Legal Profession in Japan; Its Historical Development and Present States,” in Law in Japan, ed. Arthur Taylor von Mehren (Cambridge, Mass., 1963), p.150, table 2.; 臺灣部分，參照陳紹馨，〈臺灣的人口變遷與社會變遷〉（台北，1979），頁 96-97。

⁶⁹ 當時，沈家本等大臣主張建立律師制度的主要理由是（1）當事人雙方，因訴訟爭端“對簿公堂，惶悚之下，言詞每多失措”，不用律師，容易鑄成錯案；（2）在公庭上，「質問」、「對詰」、「復問」等項訴訟活動，均有律師參加，於訴訟本身，亦有莫大方便；（3）遇有重大案件，由國家指定律師參加訴訟，遇有貧苦百姓涉訟由律師救助會指派律師免費為其代理，這對國家、對個人都有益處。而且，「國家多一公正之律師，即異日多一習練之承審官也」。參見章武生，1999：14。

律館開始重新編纂訴訟法典，於 1911 年編成「刑事訴訟律草案」和「民事訴訟律草案」，又再次規定了律師的條文。但之後由於爆發了辛亥革命，清朝被推翻，兩部法典均未及審核與頒行。⁷⁰

（二）南京臨時政府時期

辛亥革命爆發後，翌（1912）年 1 月 1 日南京臨時政府成立，孫中山先生創立了民主共和國。臨時政府十分重視律師制度的改革，當時的司法總長武廷芳即明確主張訴訟中：「應准兩造聘請辯護士到堂辯護」，臨時政府認為：「司法獨立，推檢以外，不可不設置律師與相輔相制，必使並行不悖，司法前途方可達圓滿之域。」蘇杭地區率先建立的辯護士會（也稱律師總會），是民國律師組織的發端。接著，上海地區也組織起中華民國律師總公會，並擬訂了總公會的章程。而民國內務部借鑒西方國家律師制度的有益經驗，制定了「律師法草案」，經臨時大總統交法制局審查，並諮詢參議院決議，後因臨時政府解散而未及頒布施行。⁷¹

（三）北洋政府時期

1912 年 4 月，袁世凱就任中華民國臨時大總統，臨時政府從南京遷至北京，開始北洋政府的統治時期。同年 9 月 16 日，北洋政府相繼制定「律師暫行章程」、「律師登錄暫行章程」、「律師懲戒會暫行規則」、「律師甄別章程」等並公布實施後⁷²，國治時期律師制度的正式成文法化即自此開始。

（四）國民政府時期

⁷⁰ 1892 年，在與各國修訂商約期間，英、美、日、葡四國表示如清政府改良司法現狀皆臻完善，則可放棄治外法權。斯時清政府隨即下詔：「參酌各國法律」，修訂現行律例，「務期中外通行」。為了使新修訂的法律與各國無大懸絕，修訂法律大臣沈家本提出：「專以……模範列強為宗旨，」並在奏折中說：「方令改訂商約，英、美、日、葡四國均允中國修訂法律，首先收回治外法權，實變法自強之樞紐。臣等奉命考訂法律，恭諭旨，原以墨守舊章援外人以口實，不如酌加甄採可收長駕遠馭之效。」為了貫徹上述修律的宗旨，在沈家本主持修訂法律期間，積極組織力量翻譯西方國家的法典、法規，先後翻譯了法、德、俄、義、美、日、芬蘭等國刑法；德國民法；日、德、美等國訴訟法，共 30 餘種，從而為修訂新律提供了藍本。與此同時，還聘請西方國家的法學家擔任法律學堂的主講，並讓他們直接參與法律的起草工作。參見鄭祿等，1998：21。

⁷¹ 鄭祿等，1998：24-25。

⁷² 鄭祿等，1998：25。

1927 年國民黨政府在南京建立後，一方面沿襲北洋政府的律師制度，同時根據當時情況，先後提出修正意見，頒布新的法規，⁷³並制定新的「律師章程」，⁷⁴用以替代北洋政府的「律師暫行章程」。1935 年擬訂了「律師法草案」，經立法院審議後，嗣於 1941 年 1 月 11 日由國民政府正式制定公布「律師法」，並於 1945 年 4 月 5 日為第一次修正，嗣後台灣於同年 10 月 25 日由國民政府接收後，原於日治時期依用的「台灣辯護士令」即不再援用，除了原為辯護士的台灣人可以取得律師資格外，其餘習法者一概依中華民國法認定律師資格，⁷⁵自此，台灣律師資格即須依國民政府所制定的律師法規定才能取得。而現行於台灣施行的律師法，則是國民政府於大陸內地所制定公布的律師法，且迄至國民政府於 1949 年自大陸遷台後沿用迄今，期間計歷經 14 次修正。⁷⁶這其中，最重要的一次修正應是 1992 年 11 月 16 日所公布的律師法全文修正案。⁷⁷在這次律師法大翻修中，對律師制度基本精神及實際內涵，有了大幅的改變，律師除了作為司法過程中當事人的訴訟代理人之外，更存在一定的社會責任。律師「專業、

⁷³ 鄭祿等，1998：26。

⁷⁴ 國民政府公報民國 16 年寧字第 10 號：107 頁。

⁷⁵ 王泰升，2001：265。

⁷⁶ 第 1 次修正：民國 34 年 4 月 5 日國民政府修正公布全文 51 條。第 2 次修正：民國 37 年 3 月 24 日國民政府修正公布第 30 條條文。第 3 次修正：民國 38 年 1 月 4 日總統修正公布第 30 條條文。第 4 次修正：民國 51 年 6 月 5 日總統修正公布第 1 條條文。第 5 次修正：民國 60 年 11 月 4 日總統修正公布第 10、18、50 條條文。第 6 次修正：民國 62 年 1 月 13 日總統修正公布第 2 條條文。第 7 次修正：民國 62 年 6 月 7 日總統修正公布第 1 條條文。第 8 次修正：民國 71 年 1 月 6 日總統(71)台統(一)義字第 0093 號令修正公布全文 51 條。第 9 次修正：民國 73 年 12 月 10 日總統(73)華總(一)義字第 6521 號令修正公布第 6、7、23、25~27、32、37~39、49、50 條條文。第 10 次修正：民國 81 年 11 月 16 日總統(81)華總(一)義字第 5565 號令修正公布全文 53 條。第 11 次修正：民國 86 年 4 月 23 日總統(86)華總(一)義字第 8600095520 號令修正公布第 3、7 條條文。第 12 次修正：民國 87 年 6 月 24 日總統(87)華總(一)義字第 8700123990 號令修正公布第 42、45、46、48、49、50、53 條條文；並增訂第 20-1、37-1、47-1~47-14、50-1 條條文；本法修正條文施行日期，由行政院定之。中華民國 90 年 12 月 19 日行政院台 90 法字第 073301 號令發布，本次修正公布第 20-1、42、45、46、47-1、47-2、47-4 至 47-9、47-11 至 47-14、48、49、50-1 條自 91 年 1 月 1 日施行。第 13 次修正：民國 90 年 11 月 14 日總統(90)華總一義字第 9000222680 號令修正公布第 47、47-3、47-10、50 條條文；本法修正條文施行日期，由行政院定之。中華民國 90 年 12 月 19 日行政院台 90 法字第 073301 號令發布，本次修正公布之第 47-3、47-10、50 條，定自 91 年 1 月 1 日施行。第 14 次修正：民國 91 年 1 月 30 日總統(91)華總一義字第 09100015100 號令修正公布第 1、4、7~9、14、21、23、27、32、37-1 條條文；並刪除第 10 條條文。以上歷次律師法修正日期之沿革資料，請見法務部所建置之全國法規資料庫網頁：<http://law.moj.gov.tw/Scripts/Query4.asp?B2=%AAu%A1@%A1@%AD%B2&FNAME=I0020006>。最後到訪日：2008 年 3 月 2 日。

⁷⁷ 林妍汝，2006：14。

自律、維護人權」的角色定位也在此次修正後的律師法第 1 條中獲得確立。⁷⁸

歸結以言，我國律師制度的起源，以台灣斯土而言，清朝並未出現的律師制度，卻因台灣這樣特有的歷史背景因素，自 1895 年馬關條約生效，台灣割由日本統治後，當時台灣律師制度全是移植自日本而來；直到 1945 年，國民政府遂又將其於中國大陸所制定的律師法移植至台灣，因此，台灣律師制度，不論是自 1898 年日治時期所施行的訴訟代理人制度開始，或是自 1900 年所頒布的台灣辯護士規則開始起算，迄今我國律師制度正式成文法化的期間，早已有實施逾百年的歷史。

然而，台灣在這已逾一世紀的時間裡，隨著台灣特有的歷史、政治、經濟、社會、文化等因素及伴隨著全球化的潮流趨勢下，現行的律師法與當初民國元年所頒行的「律師暫行章程」條文相較，無論於律師資格、職務範圍、執業限制、律師之義務、律師公會及懲戒等規定，其內容均呈現著迥然不同的面貌，從而，我國律師於現今時代所扮演的角色，亦有若干程度的轉變。因此，於檢討現行我國律師懲戒制度前，首應探究的是，現今民主時代的社會下，究竟如何為我國律師之角色為定性？而目前國內實務界或學者常將律師泛稱為「在野法曹」或「自由業」，惟兩者概念是否相同？何者足以代表現今律師功能？凡此疑義，將於下文進一步探討及釐清。

參、概念之變遷：從「在野法曹」到「自由業」

為定性律師之角色為何，首先須明瞭律師的性質。依上述律師制度的起源歷史，吾人可明瞭古羅馬時代之所以會興起律師行業，主要係因當時交通經濟發達，商人們因交易時而產生糾紛，因此即須具有法律專業之人提供法律諮詢，甚至須為其於法庭上代為表述爭取權益，從而自古以來，律師即扮演提供法律知識並專門於法庭充當代

⁷⁸ 律師法第 1 條：「律師以保障人權、實際社會正義及促進民主法治為使命。律師應基於前項使命，本於自治之精神，誠實執行職務維護社會秩序及改善法律制度。」

言人的角色。根據英國法學家 Edward Coke 大法官的觀察，律師的原意係指：「站在另一個人的位置或代替另一個人」⁷⁹由此可知，律師最基本的本質特性，是站在委託人的位置致力維護委託人的權益；然而，隨著時代的演進，加上各國司法制度不同，律師的角色愈發複雜，律師的定位及其權益、功能等也更形多元，早已不再是「只要扮演維護委託人權益的角色」即可滿足。

王進喜等⁸⁰認為，律師的特性係體現於下述二方面：第一，國家屬性：律師為司法機關的成員或雖非司法機關之一員，惟於法庭執行職務時，應與職司審判的法官或摘奸發伏的檢察官，同對國家負有發現真實之義務，並非僅是以謀當事人之利益為主要目的。第二，職業屬性：律師並非公務員，其執行職務是為當事人而不是為國家。律師基於上述兩種特性，又外化為律師必須承擔對自己的委託人、對方當事人、對方律師、法院及對公眾等眾多職責。由此可知，律師其實是扮演著一個多元的角色。換言之，律師本身所負的義務即具多面向性，因此，在定位律師所扮演的角色及其特性時，王惠光、⁸¹范光群、⁸²姜世明、⁸³黃建輝、⁸⁴黃瑞明、⁸⁵顏華歆⁸⁶等均認律師兼具有「在野法曹」及「自由業」的特性。然而所謂「在野法曹」及「自由業」這兩個名詞所代表的意涵為何？筆者認為於定性我國律師之角色及功能前，首應就「在野法曹」及「自由業」等概念意涵先予釐清，以為後續論述定性我國律師角色及功能之基石。

一、「在野法曹」之概念辨析

關於「曹」字的字義，依說文所載，「乃獄兩曹也」。按孫詒讓周禮正義云：「就

⁷⁹ Sir Edward Coke, The First Part of the Institutes of the Laws of England, or, A Commentary on Littleton (London, 1628, ed. F. Hargrave and C. Butler, 19th ed., London, 1832) fol. 128a. 見姚孟昌，2007：40-41。

⁸⁰ 2002：2。

⁸¹ 2007：23-28。

⁸² 1994：39。

⁸³ 2004：53。

⁸⁴ 1999：21。

⁸⁵ 1989：164。

⁸⁶ 2004：15。

聽訟之地言之則曰曹。」⁸⁷由此可知，「曹」即係訴訟中的兩造，又稱兩曹，而古時所稱的聽訟之地，即是今日的法院。另，「法曹」一詞，亦可作「司法官署名」解。唐宋之制在府稱法曹參軍事；在州稱法曹司法參軍事；在縣稱司法掌刑法獄訟事，法官也稱為法曹。⁸⁸準此，「法曹」如採廣義見解，則指在聽訟之地（法院）專職訴訟功能之人，皆可稱為法曹，而非僅限具有公職之法官或檢察官始得稱之。是以，法官、檢察官及律師向來皆被認係屬法曹的範疇，國內許多學者及實務界，如陳惠馨、⁸⁹王惠光、⁹⁰黃三榮⁹¹等及民間團體，如：中華民國臺灣法曹協會、⁹²財團法人民間司法改革基金會⁹³等，亦均認「法曹」一詞所指涉的對象，應包含法官、檢察官及律師在內，就連鄰近的日本，亦認「法曹」係包括法官、檢察官及律師三者，⁹⁴因此，關於法曹的定義，目前國內外通說均持同樣看法。

至於國內司法界向來慣稱律師為「在野法曹」，究其源由，應係繼受日本用語而來，由於日本之法官及檢察官在人事上皆屬國家官吏性質，且彼此互動關係上較為密切，因此通常將此二者合稱為「在朝法曹」，而將律師稱為「在野法曹」。⁹⁵惟如前所述，「法曹」的概念既將律師包括在內，則為何又須強調「在野」兩字？黃瑞明⁹⁶認為，這其中似有幾番自我期許及自我標榜之意味，加上「在野」兩字主要係表明律師並不

⁸⁷ 辭海，1995，台北：臺灣中華，頁2188。

⁸⁸ 上述解釋，見辭源，1996年，台北：遠流，頁：947。按辭源就「法曹」一詞計有二解，其中第二解因與本論文所探討之主題較為趨近，故僅摘錄第二解。

⁸⁹ 陳惠馨於2007年3月19日發表於日本東京慶應義塾大學大學院法務研究科主辦之「法曹養成與法學教育」國際學術研討會之文章「臺灣法曹養成與法學教育」，其中就法曹所為之解釋，亦非單指司法官，[http://www3.nccu.edu.tw/~hschen/book_summary/2007-03-19-\(01\).htm](http://www3.nccu.edu.tw/~hschen/book_summary/2007-03-19-(01).htm)，最後到訪日：2008年4月9日。

⁹⁰ 2007b：78。

⁹¹ 1999：34。

⁹² 中華民國臺灣法曹協會之成員，須具審、檢、辯、學等四種資格之者，始得申請為該會會員。由此可知，該會名稱「法曹」則非僅係指法官或檢察官，尚包括律師及法律學者。參見中華民國臺灣法曹協會之章程第7條規定，<http://www.jurist.org.tw>，最後到訪日：2008年4月9日。

⁹³ 民間司改會於2004年所舉辦之「台北法曹評鑑」活動，其所為之評鑑對象即包括法官、檢察官及律師。<http://www.jrf.org.tw/line/focus.asp?SN=433>，最後到訪日：2008年4月9日。

⁹⁴ 森際康友，2005：2。高中正彥，2005：2。松浦武，1977：153。

⁹⁵ 陳鈦雄，1996：15。

⁹⁶ 1989：164。

在朝為官，並非國家公務員，故其係獨立不受拘束、不須服從政府之命令。王惠光⁹⁷亦持相同看法，認為法官和檢察官均屬在朝法曹，稱「在朝」係因他們任職於國家機關之司法系統中從事法律工作，復因其係公務員故須遵守公務員之規範；反觀律師被稱為「在野法曹」，主要是因為律師為自由業，他們藉由提供法律專業服務而獲取報酬，雖然沒有公權力，但因屬在野，因此在執業上有很大的自由性及獨立性，反而更能擔負起對社會的責任。而范光群⁹⁸更進一步認為，為確保律師「在野」特性，律師自應獨立於國家機關之外，而不隸屬於國家機關或受國家機關之管轄，並具有高度自主性。

由前述可知，學者及實務界將律師稱為「在野法曹」，其主要用意都著重於「在野」兩字，藉以強調律師在法庭上與具有公務員身分的法官、檢察官有所區別，然而若以「在野法曹」一詞作為律師今日職務功能的代名詞，筆者以為，似有過於狹隘之虞。因為，法曹既包括法官、檢察官及律師三者，則其概念自然是以在「法庭」活動中的主要成員來界定，但律師除了在法庭中擔當訴訟代理人的角色外，在法庭外也經常執行非關訴訟的業務，此時，並無「在朝」的法官或檢察官與之作為相對的概念，因此，強調「在野」將會限縮律師只於法庭活動中擔任當事人代言人的功能，並不能全面性的表徵律師今日所具有的特性及功能。

二、「自由業」概念辨析

傳統司法界除了常用「在野法曹」作為律師的代稱外，另外也有人認為，律師之角色實為一自由業者。然而，何謂「自由業」？

依我國行政院主計處訂定「職業標準分類系統表」以觀（如表二），該表將我國所有職業計區分為 10 大類，其中並未有「自由業」之職業分類。至於律師業，則被歸類為第 2 大類「專業人員」之範疇。依該表就「專業人員」所為的定義：「

⁹⁷ 2007：78。

⁹⁸ 1996：39。

凡從事科學理論研究，應用科學知識以解決經濟、社會、工業、農業、環境等方面問題，及從事物理科學、生物科學、環境科學、工程、法律、醫學、宗教、商業、新聞、文學、教學、社會服務及藝術表演等專業活動之人員均屬之。本類人員對所從事之業務均須具有專門之知識，通常須受高等教育或專業訓練，或經專業考試及格者。」

由此可知，我國實務上並無所謂的「自由業」分類，而是將律師劃歸為「專業人員」之範疇。

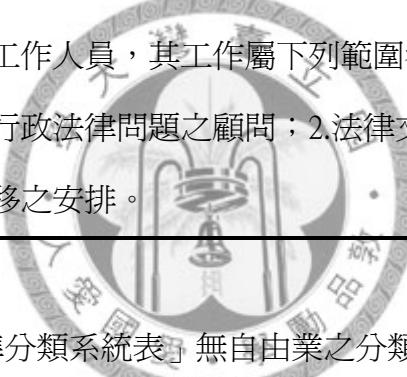
表 2：職業標準分類系統表（節錄）⁹⁹

分類編號				各類定義及細類內容
大類	中類	小類	細類	
2				<p>專業人員</p> <p>凡從事科學理論研究，應用科學知識以解決經濟、社會、工業、農業、環境等方面問題，及從事物理科學、生物科學、環境科學、工程、法律、醫學、宗教、商業、新聞、文學、教學、社會服務及藝術表演等專業活動之人員均屬之。本類人員對所從事之業務均須具有專門之知識，通常須受高等教育或專業訓練，或經專業考試及格者。</p>
	25			<p>律師及法律專業人員</p> <p>凡從事司法審判、偵查、執行、提起公訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴等偵審工作或從事司法或司法行政程序上聲請、告訴、告發、自首或自訴、起訴等之代理、擔任刑事被告之辯護人，以及擔任法律事務之顧問、法律文件</p>

⁹⁹ <http://www.stat.gov.tw/public/Attachment/65217173871.doc>，最後到訪日：2008年1月28日。

			之撰寫、法律條文之草擬及其他法律工作之人員均屬之。
	250		<p>律師及法律專業人員</p> <p>凡從事司法審判、偵查、執行、提起公訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴等偵審工作或從事司法或司法行政程序上聲請、告訴、告發、自首或自訴、起訴等之代理、擔任刑事被告之辯護人，以及擔任法律事務之顧問、法律文件之撰寫、法律條文之草擬及其他法律工作之人員均屬之。</p>
	2501		<p>律師</p> <p>凡具律師資格，受當事人之委託或依法令之規定執行律師職務或處理法律事務之人員，其工作屬下列範圍者均屬之：1.法律理論、原理及其相關特殊法律或法院判決之研究；2.根據現存法律，草擬法令及政府法規；3.受任從事法律問題分析，並在法庭擔任辯護。但律師助理人員應歸入3602 細類。</p>
	2502		<p>大法官</p> <p>凡由總統提名，經監察院同意後任命，在司法院參與大法官會議，解釋憲法並統一解釋法律及命令者均屬之。</p>
	2503		<p>法官及評事</p> <p>凡在各級法院或在行政法院擔任民、刑訴訟或行政訴訟審判工作之法官，其工作屬下列範圍者均屬之：1.民事訴訟事件之審判；2.刑事訴訟案件之審判；3.行政訴訟案件之審判；4.非訟事件之裁定；5.民事強制執行、破產或財務執行事件之處理。公務員懲戒委員會委員亦歸入本細類。</p> <p>但法院之其他人員應歸入3602 細類。</p>

		2504	<p>檢察官</p> <p>凡具司法官資格，在各級檢察機關代表國家執行追訴犯罪職務之司法人員，其工作屬下列範圍者均屬之： 1. 實施偵查； 2. 提起公訴、實行公訴； 3. 協助自訴、擔當自訴； 4. 指揮刑事裁判之執行； 5. 執行其他法定職務。但檢察機關之其他人員應歸入 3602 細類。</p>
		2505	<p>公設辯護人</p> <p>凡經由法院指定於刑事訴訟案件為被告辯護者均屬之。</p>
		2509	<p>其他法律專業人員</p> <p>凡不屬 2501 至 2505 細類之其他法律工作人員及其他司法工作人員，其工作屬下列範圍者均屬之： 1. 個人、商業及行政法律問題之顧問； 2. 法律文件及契約之撰寫，財產轉移之安排。</p>



既然我國所訂「職業標準分類系統表」無自由業之分類，那麼，為何會有論者認為律師屬於自由業？而所謂「自由業」與「專業人員」之涵義或概念又是否相同？

關於自由業的定義，法國學者約瑟夫·瓦戈涅（Joseph Vagogne）認為，應可以沿用 1977 年法國「全國統計及經濟研究所」的一份「社會職業類別準則」（Code des catégories socioprofessionnelles）中對自由業一詞所作的解釋：「原則上是自己開業，及業務之執行需要高水準之學歷（如：醫生、司法人員、或知識份子）」¹⁰⁰

而德國學者 Heinrich Triepel 係將自由業定義為：「非公務員，無官職，依據特殊公法法律關係，就其執業向國家或自治團體負責者。」¹⁰¹

另德國學者 Fleischmann 則以自職業法所發展的定義作如下解釋：「一個以精神為

¹⁰⁰ 胡壘根，1989：25-30。

¹⁰¹ Heinrich Triepel, Binding-F.S., II, S. 66. 見姜世明，2004：30。

基礎之獨立業者，於信賴範圍內，為人格之投入，其精神倫理上與實質上且獨立於私人或國家之指令，於公益具特別之責任，所從事者，並具思想之社會重要性。」¹⁰²

至於德國自由業者聯邦協會會員大會則將自由業定義為：「基於特殊職業資格，個人自己負責，且為專業獨立精神思想性給付，並兼顧委託人與大眾之利益，其執業並受一國家立法制定或職業自治團體制定之職業法規所拘束，此等職業法，係為確保與繼續發展專業性品質與自由業者與其委託人間信賴關係而設。」¹⁰³

綜合上述學者就自由業者所下的定義，可歸納出自由業具有下列幾項特性：（一）由個人給付履行、（二）思想性之給付、（三）公益及利他性、（四）專業性、（五）特殊之信賴關係、（六）自由性。¹⁰⁴

至於何謂「專業」？依據學者的定義，專業是指由一群人組合起來，基於社會利益提供專業知識。由於知識之專精，會產生新的專業，而一個專業的核心是對一項工作的一組技藝、熟練、技術和能力。每一個專業對工作表現有其卓越的標準，它們有自己的語言，通常不是常人所能理解；他們也有其專業之倫理規範，規定職場生活的道德考量和違規懲處。¹⁰⁵也有學者從“professional”這個字源定義「專家」：“profess”這個字源自希臘文，其意為「公開宣稱」，因此專家是指一個公開承諾願意提供客

¹⁰² Fleischmann, a. a. O., s. 92 f. 見姜世明，2004：30-31。

¹⁰³ 見 1995 年 6 月 12 日之決議。Vgl. Heinz/Franz(Stehle/Longin…), Rechtsformen für die Freien Berufe. Formengemeinsamer Berufsausübung mit tabellarischen Übersichten und Vertragsmustern, 1995, S. 15. 批評, Vgl. Sodan, a. a. O., S. 46. 見姜世明，2004：32。

¹⁰⁴ 其中所謂之公益性，係指自由業者不僅應對委託人之利益負責，其亦當對公益之促進負責。其不得自私，不得僅以私利之汲取為主要目的，而此一特徵使自由業者背負一較一般私法關係間主體較為加重之責任，而此一公益促進為自由業者之一般性公共性目的之見解，且係實務自德國法院以來所持見解。所謂特殊信賴關係，乃指大部分之自由業者，須於一絕對信賴之氣氛下為其義務之履行，基於此一信賴關係，就某種程度而言，自由業者對其委託人，即具有相當程度之利害支配力，其因此而受有較高於其他職業之風險負擔，蓋委託人因對專業無知，其與自由業者間之信賴關係乃存在於對自由業者之資格、能力、專業知識與經驗之信賴，並用以克服委託人因無知而對自由業者義務履行行為之不能控制性所生之疑慮。至於專業教育訓練之要求或創造性之執業能力，在德國，其實務向認為學術、藝術、教育為自由業者之執業基礎，且究諸實際，其因具此一職業特徵，常使其較易獲致較大之信賴及職業尊嚴，亦因如此，其亦被期待應對其委託人負較大之責任。參見姜世明，2006：28-29。

¹⁰⁵ David Appelbaum and Sarah V. Lawton, Ethics and the Professions (Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall,1990), pp.4-5. 見林火旺，2007：11。

戶服務之人，故具有特殊之責任或義務。¹⁰⁶另社會學者 Talcott Parsons 曾針對哪些職業群屬於「專業」提供了以下列判斷標準：

(一) 在法律所認定之類似公共團體組織中接受適當的訓練，因而具有一定之真實技能，此一訓練須受共同傳統文化所支配，該專業技能須能凸顯其卓越的智慧，並能以理性評價該等人可歸屬於某一專業領域；(二) 除有專業的倫理文化外，其技能更具有發展性；(三) 須加入類似公共團體之組織，有團體公約予以規範，以確保此一技能之使用，具有相當之社會責任。

107

由上述說明可知，自由業及專業人員之共同特性均強調具有公益性及專業性，儘管兩者用詞不同，論者則認為，雖然「自由業」一詞，並不是國際通用的法律用語，在其他國家可能會以所謂的專業技術人員、服務業等職業名稱代之；但就律師、醫師、會計師、稅務顧問及建築師而言，一般均認為其屬於所謂自由業或專門職業，並無疑義。¹⁰⁸因此，兩者的差別僅在於「自由業」一詞，主要是源於歐陸國家之職業用詞，而專業（professional）人員一詞則是源自習慣法系國家，至於我國所訂「職業標準分類系統表」因主要係採用聯合國「國際職業標準分類」為基本架構，並參酌美、日兩國職業分類及兼顧我國國情研訂，於是將律師劃歸為「專業人員」之範疇。

既然自由業或專業人員具有個人之給付履行、思想性之給付、公益及利他性、專業性、特殊之信賴關係及自由性等特性，那麼，以自由業或專業人員來定位律師角色，是否足以涵蓋律師於現今社會中所能提供多元化的功能？如果將前述自由業或專業人員所具的 6 項特性，經逐一與律師的性質加以比對，即可發現，律師所提供的服務，無論是充當當事人於法庭上的代言人，或僅為提供法律諮詢或辦理非訟事件等服務，均可納入自由業的範疇中。因為律師所提供之專業的法律智識，是他人無法取代的

¹⁰⁶ John Kultgen, Ethics and Professionalism (Philadelphia: University of Pennsylvania Press,1988), pp.347-348. 見林火旺，2007：11。

¹⁰⁷ 李太正，1997：59。

¹⁰⁸ 姜世明，2004：25。

(個人之給付履行特性)，而其所提供的專業法律智識亦非如實物般具象，而是無形的（思想性之給付特性），再者，律師制度之建立既係源於維護人民之法主體地位，因此，依現行法律扶助法第 25 條第 1 項規定：「律師應在其所加入之律師公會擔任本法所規定之法律扶助工作」及同法第 27 條第 2 項規定：「律師經選定或指定擔任法律扶助時，非有正當事由，不得拒絕」以觀，則是藉由課予律師某種程度之公益義務，當可落實憲法保障人民之平等訴訟權¹⁰⁹（公益取向特性），而且參諸各國對於取得律師執業資格前，通常規定必須接受一定期間的專業訓練，¹¹⁰或繼續在職進修，期以充實專業知識具備相當之執業能力（專業教育訓練之要求或創造性之執業能力）；當然，律師提供當事人法律服務的前提，主要是必須當事人相信律師在法律的專業智識（特殊之信賴關係），否則當事人如果無法信任該律師，自可另行委託或自行處理；最後，律師執行職務時，精神上是自由者，意即當律師認為其所執行之工作違背其信念時，律師係可選擇不接受委任或不再繼續受任，且於處理案件時，亦無須完全聽命於委任人（自由性）。¹¹¹由上可知，自由業或專業人員之特性正足以完全表彰律師今日之角色及功能，尤以我國律師法第 1 條明白揭示：「律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命。」更充分顯示出律師並非僅是受委任而維護當事人之權益，而是更應致力於人權保障之社會功能，實現社會正義，而此公益性角色，更是自由業或專業人員所主張其與「商業」最根本不同之處。因此，律師之角色定位及功能，即與自由業或專業人員所具公益性、專業性、自由性、特殊信賴關係及個人思想性之給付完全無異。

三、小結

綜上所述，「在野法曹」的概念主要是從傳統功能來看待律師的角色，認為律師

¹⁰⁹ 李念祖，2002：4。

¹¹⁰ 如我國律師法第 7 條第 2 項規定：「律師應完成職前訓練，方得登錄。」

¹¹¹ 王惠光，2007a：23。

主要的業務均為從事法庭訴訟活動，是以，「在野法曹」一詞是以法院為主體的相對詞，所要強調的是，律師與具有國家公務員身分的法官、檢察官不同，故有「在野」之強調。然而，觀諸現今律師的功能，處於今日多元經濟、文化的社會體系中，律師提供的法律服務範疇，除了以法院為主的訴訟功能外，舉凡擔任民間私人、商號、公司等之法律顧問或法律諮詢，或為當事人擬定契約、擔任仲裁人等等，亦所在多有。甚者，受僱於公司、企業擔任法務之律師（in-house counselor，下簡稱企業律師），¹¹²亦比比皆是，而律師於這些領域所提供的法律服務，均無須與法院接觸，縱使律師係因訴願代理人身分而於行政機關內為訴願行為，亦非屬法庭活動，因此，有論者認為，在現代工商社會，律師提供許多避險設計、預防糾紛、甚至協助投資海外、開拓商機，此與法院於糾紛發生時開始受理訴訟極不相同。是以，律師的角色可以是積極的、主動的，而法院的角色只是消極的、被動的，過去有人主張律師是在野法曹，以為律師能達到類同於「法官」的地位就心滿意足，但現今律師於「預防訟爭」及「法律教育」的角色絕對超越法官之功能，律師對社會及企業的運轉較法官有更積極及建設性的角色，而這樣的地位絕非關在「象牙塔」（法院）裡，只能被動地面對不告不理案件的法官所能承擔或扮演。¹¹³因此，現今如以「在野法曹」作為律師之功能表徵，實不足以涵蓋現代律師所具有的功能。

由上可知，自由業或專業人員的特性，既含有公益性、專業性、自由性、特殊信賴關係及個人之思想給付等，對照今日律師之社會功能及使命係以維護人民之法主體地位而非以汲汲營營求取個人私益之公益角色以觀，筆者認為，現今律師之角色，隨著時代的演進，其功能業已自過去向於以法庭活動為主之「在野法曹」功能，擴展到以保障人權、社會正義之「自由業」所具公益性功能，因此，「在野法曹」一詞既然無法如「自由業」般能全面表徵律師之功能，則似宜以「自由業」來定位我國現今律

¹¹² 所謂受僱於公司的律師，是指具有律師資格，但並未獨立執業或受僱於律師事務所，而是受特定公司僱用成為公司的受僱人。見王惠光，2006：31。

¹¹³ 李忠雄，2005：23-24。

師的角色較屬合宜。

第二節 外國律師之角色定位

誠如第一節所述，我國的律師制度是繼受外國法制而來，因此在檢討我國相關法令就律師角色定位所作的規定前，即應先探究外國法令如何定位律師的角色，以爲對照，並於後續探討律師懲戒制度時得爲比較參考之用。因世界國家眾多，無法一一介紹各國律師制度，爲便於探討起見，故謹擇我鄰近國家日本、歐陸及英美法系代表國家德國、美國三者概述之。

壹、德國律師之角色定位



關於德國律師之角色，在俾斯麥統一德國前，德國各邦的律師角色並非相同，例如普魯士邦視律師爲國家公務員，必須服從政府的命令，其他各邦律師則較具自由業的色彩。至 1878 年，德國產生第一部統一的德國聯邦律師法（下簡稱德國律師法）。

114

在德國傳統文化中，律師固然爲司法體系的一環，必須在現實政治及法律架構下運作，但律師界在 19 世紀歐洲追求民主的市民運動中，卻一直扮演著領導者的角色。隨著民主法治體系漸次建立，德國律師也爲自己爭取到自由業的獨立地位。戰後德國重建民主體制，一方面承襲律師於德國社會中的傳統地位，另一方面亦肯定了民主國中律師應具有自由業的社會功能，因此在這二個基礎上建立了律師制度，¹¹⁵並分別於

¹¹⁴ 黃瑞明，1989：163-164。

¹¹⁵ 黃瑞明，1989：164。

德國律師法規定「律師為獨立之司法機關」¹¹⁶、「律師為自由業」、¹¹⁷「律師之活動不具營業性」。¹¹⁸

德國律師法規定，「律師為獨立之司法機關」，究應作何解釋，基本上是存在歧異的。通說認為，律師並非屬於司法官署的機關，¹¹⁹律師法之所以如此規定，主要是為了將律師的地位予以提升，而將其與法官及檢察官在法治國秩序中為同等地位的對待，其用意並不在於將律師公務員化。¹²⁰亦有學者認為，律師執行職務除了保障當事人權益外，亦在維護國家的法律秩序和社會公益，因此將律師認為是屬於國家司法制度中不可或缺的一部分，與法院、檢察機關三足鼎立，共同構成完整的司法體系。¹²¹而德國學者 Gerhard Hartstang 則認為，律師既作為獨立的司法機關，則應具備「與國家獨立」、「與當事人獨立」、「與社會獨立」等三原則。¹²²

惟筆者認為，無論德國律師法就「司法機關」之屬性爭議為何，有無將該國律師予以公務員化之意思，細究該法，第 1 條開宗明義即將律師的功能定位在法庭活動上，因此，縱使德國並未逕稱律師為「在野法曹」，然而德國律師在該國的角色及功能上，仍係以在法庭活動中為主要功能。因為德國的法律文化是完全以法官為中心的，¹²³其傳統的觀念是尊重權威，因此，德國法律所強調的是政府的規定，而不是個人的權利，從而德國律師在法律職業結構，¹²⁴傳統上傾向於公共事業，而不是辯護律師，因為德國的法學教育，在法學院教育學生的方向，是以其像法官一樣就個案為審判而教育，

¹¹⁶ 參見德國律師法第 1 條，吳志光譯，2002：2。

¹¹⁷ 參見德國律師法第 2 條第 1 項，吳志光譯，2002：2。

¹¹⁸ 參見德國律師法第 2 條第 2 項，吳志光譯，2002：2。

¹¹⁹ Henssler/ Pruettig/ Koch, 1977, Bundesrechtsanwaltordnung, Kommentar, §1Rdnr. 70. 見姜世明，2004：41。

¹²⁰ 姜世明，2004：42。

¹²¹ 尤英夫，1972：45-46。

¹²² Vgl Gerhard Hartstang, Der Deutsche Rechtsanwalt, C. F. Müller, 1986, p.72. 見黃瑞明，1989：165-168。

¹²³ Erhard Blankenburg & Ulrike Schultz, 1995: 101

¹²⁴ 德國對於「法律職業」的概念，是認為那些已經通過兩階段國家考試而成為豐富知識之法學家。嗣後這些人才能有資格成為法官、檢察官、公務員、公司雇員或律師。在這些職業，其間的流動率很低，且在過去二個世紀以來，法官和公務員始終是占法律職業中之多數者，而律師則是相對少數。近年來，因法律教育的發展，律師的人數逐漸增加，而這種不成比例的增長，然而與其說這樣的增長是反映了民眾對法律服務的需求，不如說是具有薪給職的公務員職缺越來越有限。See Erhard Blankenburg & Ulrike Schultz, 1995: 92

而不是教育他們像律師一樣代理當事人的角色，¹²⁵是以律師在法律職業結構中主要係被認定為從屬於司法體系。且觀德國律師制度是由其司法行政機關（各邦之司法行政部或聯邦之司法部長）主掌有關律師資格之賦予、管理等權限，並強調律師的公共性及對司法機關之從屬性，因此，德國律師自治是受到多方限制的。¹²⁶

另外，德國律師法第2條規定律師為自由業，而非商業，則是認為律師於執行職務時，具有自由性及公益性。一方面律師執行職務係維護法信、伸張正義，可本諸自由意志有所選擇與發揮而言；他方面，律師此一具有公法關係的職務行為，不容許變成唯利是圖的商業行為，因此，為提高律師之警覺，故加重其責任。¹²⁷此外，律師執業時是提供個人專業性的法律知識服務，這與以追求利潤為主要目的的商業行為有所不同。

儘管德國近年來，如同其他西方國家一樣，律師人數快速增長，然而在德國，法律服務往往是由行政機關及一般公司企業內部的律師提供，而非由行政機關或公司企業對外尋求專業的律師服務，而其結果即是造成一般設立事務所的執業律師，似乎更集中於傳統的、以法庭為中心的法律活動，並未擴大業務範圍及律師功能。¹²⁸從而，德國律師縱使於該國律師法第2條明文規定為自由業，惟於現實環境下，德國律師之角色毋寧仍係以圍繞法庭為主之司法訴訟功能。

貳、日本律師之角色定位

日本律師之起源，可溯及於明治5年（1872年）8月太政官無號達「司法職務定制」規定之代理人制度。而「司法職務定制」是日本最早頒布的司法法典，在設立法

¹²⁵ Erhard Blankenburg & Ulrike Schultz, 1995: 117

¹²⁶ 邱聯恭，1993：180。

¹²⁷ 尤英夫，1972：46。

¹²⁸ Erhard Blankenburg & Ulrike Schultz, 1995: 116

院、法官、檢察官、證書人（即現在的公證人）及代書人（即現代的司法書士）等制度的同時，亦設立了代言人的制度，¹²⁹允許人民以代理民事訴訟為職業。當時日本所學習的法國律師體制，係採取作成訴狀之代理人與訴訟辯護之代理人的制度，也因此將代理人民從事訴訟工作的行業，分化為代書人（現今的司法書士）及代言人（現今的律師）。¹³⁰

日本第一部律師法是在明治 26 年（1893 年）公布的，該法將律師分為兩類，即一般律師及能在大審院行使職務的律師，但該法也規定，即使未取得律師資格之人，也可以從事法庭活動以外的法律事務，因此，不具律師資格之人處理各種有關民事糾紛的法律事務情況愈來愈多，導致律師的執業領域越來越窄，社會上開始不斷有以律師為中心要求廢除一般人從事法律事務的呼聲，直到大正 11 年（1922 年），司法省遂開始著手廢除一般民眾得從事法律事務規定，歷經十餘年後，終於在昭和 8 年（1933 年），誕生了第二部日本律師法，嗣後因爆發二次世界大戰，第二部日本律師法只實施到昭和 24 年（1949 年），即由戰後美軍接管時的美國法律學者所協助制定的律師法取代之，¹³¹並沿用迄今。

綜觀二戰以前，日本律師的管理，是受國家機關的全面性控制，¹³²直至戰後，日本律師的地位才真正改變。造成這項轉變的重大原因是日本被以美國為主的聯合國軍隊所占領，為了在日本建立新的國家秩序，當時的占領軍責令日本制定新的法律，首先是憲法，¹³³新憲法於日本戰敗後次年即昭和 21 年（1946 年）11 月 3 日公布，¹³⁴其

¹²⁹ 黃顯民，1982：196。

¹³⁰ 大野正男，1970：7。

¹³¹ 裴索，1999：6-9。

¹³² 在代言人時代，係由地方裁判所檢事局對律師行使監督權；在第一部律師法時代，地方裁判所檢事局的最高長官檢察長負責律師資格的註冊事宜，並實施對各個律師的監督權，於發現律師有非法行為時，運用職權，請求對其作出懲戒；到了第二部律師法時代，該項監督權即由檢察長移交給司法大臣。

¹³³ 最開始時原本是由日本的法律專家組成幾個立法小組分別起草法案，可是這些草案沒有一個能使聯合國軍隊司令部滿意，最終只好由司令部中的美國法律專家著手起草。見裴索，1999：10。

¹³⁴ 1947 年 5 月 3 日才施行。

重要特色之一，就是基本人權的保障¹³⁵及法院擁有違憲審查權，也因新憲法如此的變革，對於以維護個人自由、權利為職業使命的律師而言，確實提供了一個可以大顯身手的舞台，¹³⁶尤有進者，日本律師角色的定位，更進一步具體落實於新憲法第 34 條規定：「任何人非經立即告知理由，並立即予委託律師之權利，不得抑留或拘禁。且任何人非有正當理由，不得拘禁。如有要求，必須立即在本人及其律師出席之公開法庭，提示其理由。」及第 37 條第 3 項規定：「刑事被告得在任何場合，委託有資格之律師。被告無法自行委託時，由國家委託之。」¹³⁷

同時，在新憲法公布的同年 9 月，司法省亦成立了律師法修正準備委員會，專門從事律師法修正草案的研擬，同年 12 月，該委員會所研擬的修正草案中，係以律師自治的原則為草擬方向，並就律師監督管理的制度作了以下的具體建議：（一）日本全國各地的律師公會應設立日本全國律師聯合會，所有的律師公會和日本全國律師聯合會均為法人，原來向司法省陳報的律師名冊，則移交給日本全國律師聯合會管理，並由其負責律師的登錄事項；（二）廢除司法大臣對律師公會的監督權；（三）廢除對於律師懲戒的裁判制度，賦予日本全國律師聯合會和律師公會對於律師的懲戒權限。

138

不過，針對這一草案，裁判所、法務省和律師之間展開了激烈的論爭，最後終於在 1949 年 5 月 30 日，日本眾議院通過了律師法的修正案，現行日本的律師法自此誕生。從此，律師徹底擺脫了舊體制下的低於裁判官、檢察官一等的地位，實現律師自治的理想。¹³⁹

¹³⁵ 日本憲法關於律師的規定，見註 47。

¹³⁶ 明治維新以來，日本主要係繼受於大陸法系的司法制度，而在新設的司法制度，則是引進了美國以當事人進行主義的司法制度為其基礎，於訴訟制度上成為日本律師非常重要的職責。尤其新憲法的制定，也使得刑事訴訟法得以進行全面修正，甚且實現了自明治時期律師界的強烈要求下，律師和檢察官終於在法庭上可以取得對等的席位。大野正男，1970：110-111。

¹³⁷ 李鴻禧譯，1995：370-371。

¹³⁸ 當時對律師所提出的監督權限問題，來自裁判所與法務省的反對意見認為：應該保持由法務大臣行始監督權的原狀，或者是將該監督權交由裁判所掌管。見裘索，1999：11。

¹³⁹ 裘索，1999：11。

日本現行律師法較舊法，有下列幾項較大的特色：¹⁴⁰

一、明定律師之使命：

現行日本律師法開宗明義於第 1 條規定：「律師，以維護基本人權，實現社會正義為使命。（第一項）律師，基於前項使命，應誠實執行其職務，致力於社會秩序之維持及法律制度之改善。（第二項）」¹⁴¹

二、律師公會完全自治：

戰前日本律師的職務並未脫離國家的監督而獨立，律師公會一直是受到國家機關嚴厲的監督，對於律師的懲戒權，不但操之於法院，而且律師在司法上的地位是從屬於司法機關的，和一般法官、檢察官有著不同的差別待遇，但現行日本律師法已改採律師公會完全自治的政策，律師公會不但已由法院、檢察署脫離而獨立，也不再受到行政機關的監督，公會本身具有高度之自治權能。此外，關於律師資格之取得、剝奪及律師懲戒，亦是授權由所屬律師公會及日本律師全國聯合會全權處理。

三、擴大律師職務之範圍：

在職業專門性方面，當初日本的代理人資格，並不以法律知識為其職業上的要件，嗣後雖逐漸將其列為資格要件，但律師執行職務的範圍，始終仍是受限於從事訴訟的獨占事務，對於訴訟事務以外的任務及與社會其他法律事務，是非常稀少的，然而現行日本律師法已擴大律師之執行職務範圍，此觀日本律師法第 3 條規定：「律師，以依當事人或其他關係人之委任或公署之囑託，執行關於訴訟案件、非訟事件及請求審查、聲明異議、請求再審等對行政機關聲明不服事件之行為，或其他一般法律事務為職務。（第一項）律師，得當然執行專利代理人及稅務代理人之事務。（第二項）」¹⁴²

¹⁴⁰ 黃顯民，1982：200-202。

¹⁴¹ 蘇朝榮譯，2002：4。原文為：「弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする。2 弁護士は、前項の使命に基き、誠実にその職務を行い、社会秩序の維持及び法律制度の改善に努力しなければならない。」，日本法務省網頁 <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S24/S24HO205.html>。

¹⁴² 蘇朝榮譯，2002：4。原文為：「弁護士は、当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱によつて、訴訟事件、非訟事件及び審査請求、異議申立て、再審査請求等行政庁に対する不服申立事件に關

可知，日本律師之職務範疇於今，也已不再侷限於以法庭活動為主之訴訟功能。

四、強制全體律師加入日本全國律師聯合會：

現行日本律師法所規定的日本律師全國聯合會，係以地方之單位律師公會及個人律師全體為會員的公會團體。¹⁴³日本律師全國聯合會除了負責律師的執業登錄事項外，對於律師、律師法人及地方律師公會並負有指導、聯繫與監督之責。¹⁴⁴關於律師全國聯合會的設立，乃實現律師自治所不可或缺的制度。

由此可知，日本律師的角色及功能，除了在日本律師法的職務範圍明文規定得從事訴訟事務以外的任務及與社會其他法律事務外，實際執業情況也因時代的演進，不再限於傳統以法庭活動為主的功能，而是朝向以「職業主義」¹⁴⁵之理念以提供民眾更多元的服務。



參、美國律師之角色定位

現代西方國家中，美國的律師制度是最為發達，而其律師制度的由來，如眾所知，美國於獨立前，曾是英國之殖民地，因此，許多法制是繼受英國而來，律師制度亦不

する行爲その他一般の法律事務を行うことを職務とする。2弁護士は、当然、弁理士及び税理士の事務を行うことができる。」，日本法務省網頁 <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S24/S24HO205.html>。

¹⁴³ 日本律師法第47條第2項：「律師、律師法人、當然為日本律師全國聯合會之會員。」見蘇朝榮譯，2002：32。原文為：「弁護士、弁護士法人及び弁護士会は、当然、日本弁護士連合会の会員となる。」日本法務省網頁 <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S24/S24HO205.html>。

¹⁴⁴ 日本律師法第45條第2項：「日本律師全國聯合會，鑑於律師及律師法人之使命及職務，為謀求保持其品格，改善提昇律師事務，以執行關於律師、律師法人及律師公會之指導、聯繫及監督之事務為目的。」見蘇朝榮譯，2002：32。原文為：「日本弁護士連合会は、弁護士及び弁護士法人の使命及び職務にかんがみ、その品位を保持し、弁護士及び弁護士法人の事務の改善進歩を図るため、弁護士、弁護士法人及び弁護士会の指導、連絡及び監督に関する事務を行うことを目的とする。」日本法務省網頁 <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S24/S24HO205.html>。

¹⁴⁵ 日學者石村善助認為，所謂「職業」，是以學識為根基，通過特殊的教育或訓練，而習得其自身具有一定基礎理論的特殊技能，在此基礎上按照由非特定的多數國民所任意呈現出的每個委託人的具體要求，提供具體的服務，因此，也可暫時定義為：「為了全體社會的利益而貢獻力量的職業。1969，現代的職業，東京：至誠堂。見王淑榮，2006：130。」

例外，然而，美國律師制度並未如同英國般，而將律師的類型區分成「訴訟律師」(barrister) 與「事務律師」(solicitor)，而其名稱主要是選定了「習慣法或普通法 (Common Law) 起源的「Attorney」。¹⁴⁶又因美國採行聯邦制度，因此聯邦政府對於律師資格之授予及懲戒制度，並沒有統一的規定，而是由各州自行決定，然而各州並非相同，縱使在某一州取得律師資格，亦非當然可在他州執行律師業務，¹⁴⁷因此，如從執業地域範圍以觀，美國律師的執業活動是受限制的，因為取得某一州的律師資格並無法於全國各州執業，最主要是因美國各州政府與聯邦政府相同，各自存有行政、立法及司法機關，因此各州均有不同的法律規範，因而與其他大陸法系國家採全國統一的律師資格考試不同，也因此在地域上限制了律師執業的範圍。

至於美國律師之執業範圍，依據美國法曹協會 (American Bar Association，下簡稱：A.B.A.)¹⁴⁸於 2002 年 9 月 18 日曾就「律師執行法律職務範圍」提出若干內容，包括：一、提供法律建議與諮詢；二、挑選、草擬及完成法律文件或協議；三、訴訟代理事務，包括訴訟前之撰狀準備或文件歸檔等；四、談判的代表。¹⁴⁹由此可知，美國律師執業範圍亦非僅侷限於訴訟事務。

美國固未類似德、日及我國制定有成文的律師法，然而美國律師角色的定位，卻是更具體明文於其憲法增修條文第 6 條規定：「在一切刑事訴訟中，被告有權由犯罪行為發生地的州和地區的公正陪審團予以迅速和公開的審判，該地區應事先已由法律

¹⁴⁶ 黃顯民，1982：89。

¹⁴⁷ 尤英夫，1985：1-2。黃顯民，1982：90-91。

¹⁴⁸ 關於 American Bar Association 之中譯文，目前並未統一。有譯為「美國律師協會」者；有譯為「美國律師公會」者；亦有將之譯為「美國法曹協會」者。然而細查該組織之組成，雖然正式會員限於具有律師身分之人，但非律師(例如：法學教師、法官、法院行政人員)亦可成為「贊助會員(associates)」，自該組織之宗旨以觀，其亦不僅僅以全美「律師」之代表團體自居，而更進一步的以全美法律專業人士的代表團體自許，故在譯文上，似應將其譯為「美國法曹協會」始較為貼切、妥適。見李念祖、劉定基，2000：49。

¹⁴⁹ (1) Giving advice or counsel to persons as to their legal rights or responsibilities or to those of others; (2) Selecting, drafting, or completing legal documents or agreements that affect the legal rights of a person;(3) Representing a person before an adjudicative body, including, but not limited to, preparing or filing documents or conducting discovery; or(4) Negotiating legal rights or responsibilities on behalf of a person.
http://www.abanet.org/cpr/model-def/model_def_definition.html，A.B.A.網站。

確定；得知控告的性質和理由；同原告證人對質；以強制程序取得對其有利的證人；並取得律師幫助為其辯護。」¹⁵⁰由此可知，美國認為刑事被告聘請律師之權利，是屬於憲法上的基本人權。不過，憲法增修條文第 6 條只賦予被告聘請律師的權利，並未言及貧窮或無資力的被告得要求政府免費為其聘任律師，嗣後，美國聯邦最高法院在判決¹⁵¹中將此條文擴充解釋，要求政府應為無資力的被告聘任律師，且此規定適用全國各州。不過，並非所有的案件，貧窮的被告皆有請求國家出資聘任律師的權利。聯邦最高法院認為，只有被科處拘役或徒刑的被告，始有受政府出資聘請律師的權利，若被告只被科處罰金即無此一權利。¹⁵²雖然，在美國社會中一般人對於律師的評價並不高，且普遍多認為律師的商業氣息過濃，甚且有人認為律師多將其職業當作累積財富及社會地位之工具，然而，依照美國法曹協會所訂定的「執業行為模範準則 (Model Rule of Professional Conduct)」的前言中所指出：「身為法律界的成員，律師於擔任客戶、政府機關及公眾的代理人時，對於正義的品質負有特殊的責任」¹⁵³及「美國法曹協會模範專業責任規範」(American Bar Association Model Code of Professional Responsibility)的前言亦提及：「身為法律的守護者，律師對於社會存續扮演了一個關鍵性的角色。」¹⁵⁴以觀，在在均強調美國律師係具有公益性質的，是以，美國律師在國家社會生活中擁有廣泛的作用，而且在很大的程度上，也揭示了律師在立法領域和

¹⁵⁰ 全文為：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 wherein 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 defence. 見 <http://supreme.lp.findlaw.com/constitution/amendment06/index.html> 最後到訪日：2008 年 5 月 21 日。

¹⁵¹ Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335(1963).

¹⁵² Scott v. Illinois, 440 U.S. 367 (1979).

¹⁵³ 原文為：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. <http://www.abanet.org/cpr/mrpc/preamble.html> , A.B.A.網站。

¹⁵⁴ 原文為：Lawyers, as guardians of the law, play a vital role in the preservation of society. <http://www.abanet.org/cpr/mrpc/mcpr.pdf> , A.B.A.網站。

規範的制定方面特有的優勢和作用，¹⁵⁵誠如美國哈佛大學法學院院長 Robert C. Clark 所指出：「什麼是律師的本質？律師做的是什麼？我的回答是：他們操作著定義人們以及組織之間的權利和責任的規則和標準。律師創制、發現、解釋、採用、適用和實施建構人際關係的規則，他們是規則制定的專家。」¹⁵⁶

美國律師制度與前述的日本、德國及我國皆有不同，美國社會習稱的「律師」包括檢察官及民間律師兩者，檢察官又稱為「政府律師」，顯見，在美國，律師是司法職業類別中的一項大類，與法官此一類別似可分庭抗禮。¹⁵⁷而律師類又因保障的對象不同，再細分為保障個人權益的民間律師，與捍衛國家利益的政府律師（檢察官）兩項次類。這與日本、德國、台灣都將律師納入法曹類，再下分為「在朝法曹」、「在野法曹」兩項次類的分類方法明顯有別。這也可以看出，在個人主義盛行的美國，是以個人權益保障為主，故律師能成其大類，而日本、德國與台灣，是以國家主義優先，從而，連司法人員的分類方式，不免都從國家角度思考。因此，傳統以來我們常泛稱律師為「在野法曹」的概念，在美國根本無法適用，因為美國的檢察官在法院所扮演的角色也是律師，只不過他們是政府的律師。

美國律師與其他國家不同之處還在於僱用制度。例如，有些國家不允許律師做其客戶的薪給制的受僱人，認為這會有損於律師的獨立性，亦與自由業的本意不合。但在美國，許多律師都受僱於企業，他們領取薪資，並且只服務一個客戶（即該公司）。許多公司企業僱用這些被稱「企業律師（in-house counselor）」的人為其服務，因為公司、企業認為這要比聘請外面的律師便宜得多。從而，這些「企業律師」是否還能堅認自己屬於自由業之一環，可能不無疑問。但筆者認為，即使「企業律師」在選擇客戶上或許受僱傭合約之拘束，而失去一定程度的自主決定權，但除此之外的自由業特

¹⁵⁵ 王國良等，2003：8。

¹⁵⁶ 徐月芬等 譯，1998：72。

¹⁵⁷ “Officer of the Court”是美國律師倫理的重要觀念。基本上是指律師與檢察官在司法程序中負有相當職責，不是單純以當事人訴訟勝敗為主要或唯一的目的。不過，Brian 認為 officer 在此並不是中文裡的「官員」或職員，律師或檢察官並不是法院的員工，但對司法程序及法院有一定的義務。見郭乃嘉譯，2005：62 註 1。

性，企業律師仍然具備，似乎不能以律師受僱於企業即作為否定其為自由業之理由。

第三節 我國律師之角色定位-自現行法令檢討

在 21 世紀的今天，人民已趨向多元化的生活，為滿足人民於社會生活的新需求，我國律師的角色於現行法令上的定位，亦已隨著時代的演進而有不同的規範，本節將分別自憲法上及法律上(包括實體法及程序法)之法律基礎討論我國律師之角色定位。

壹、憲法中律師之角色定位



我國憲法中固然未提及「律師」二字，然而透過大法官就憲法之基本權利及制度保障所為的相關解釋及憲法其他相關條文，亦可推導出我國律師在憲法上的角色定位。

憲法第 86 條第 2 款規定：「專門職業及技術人員執業資格，應經考試院依法考選銓定之。」考試院據此即制定「專門職業及技術人員考試法」。¹⁵⁸而考試院發布之國家考試類別及規則中，律師又被納入「專門職業及技術人員高等考試律師考試規則」¹⁵⁹之中，是以，考試院顯然已將律師列為憲法中所稱之「專門職業及技術人員」。

但何謂「專門職業及技術人員」？律師又為何應屬於「專門職業及技術人員」？依大法官釋字第 453 號理由書所示：「憲法第 86 條第 2 款所稱之專門職業及技術人員，係指具備經由現代教育或訓練之培養過程獲得特殊學識或技能，而其所從事之業務，

¹⁵⁸ 該法第 14 條第 1 項亦規定：「專門職業及技術人員高等考試、普通考試及初等考試之考試規則，由考選部報請考試院定之。」

¹⁵⁹ 「專門職業及技術人員高等考試律師考試規則」係由考選部依「專門職業及技術人員考試法」制定，並報請考試院發布。

與公共利益或人民之生命、身體、財產等權利有密切關係者而言。」律師執業涉及公共利益與人民財產權益，具有公共性之角色，並有濃厚之公益色彩，與一般職業或商業並不相當，考試院因此規定，律師執業資格必須依法考銓，因此律師即成為專門職業人員之一。¹⁶⁰

律師被列為專門職業人員，當然有其公益性的使命必須實踐。憲法雖未明言律師的公益角色，但從憲法第二章的基本權利保障中，無處不可看見律師應廁身其中的影子。

在憲法之基本權利及制度保障中，人性尊嚴、法治國原則、權利救濟途徑等規定莫不與律師制度有密切關聯。以法治國原則而言，此係我國憲法之重要原則，其內涵包括：五權分立、依法行政、基本權之保障及司法審查等，¹⁶¹因此，基於法治國原則，無論係為避免紛爭發生或為在訴訟上獲得公平程序對待及結果上之實質正義；抑或促使行政機關依法行政、監督法院進行獨立公正審判，均應認為設立律師制度以協助當事人保障權利乃為必要。¹⁶²

次論人性尊嚴。人性尊嚴的保障，乃憲法所保障之基本權內涵所涉之最初與最終，亦係所有法律制度之根本，¹⁶³儘管憲法關於人性尊嚴並未形諸於文字，惟人性尊嚴之具象化即係憲法第二章各條所規定之各項人民基本權利。但人民智識程度不一，並非任何人均能了解其應享有、並且不受國家侵害的基本權利，且因生活在此一多元的社會中，人民在行使憲法所保障之基本權時，或防禦國家對人民權益的侵害時，所須面對的往往多如牛毛的法律，因此，在人民於基本權利受損時，若無律師予以協

¹⁶⁰ 關於此號大法官解釋就專門職業所為之定義，劉孔中認為似乎限於「與公共利益或人民之生命、身體、財產等權利有密切關係之職業，其執業以具備專門之知識與經驗為要件」，他認為與其所受教育或訓練是否為現代化應無關，否則土地登記專業代理人以及商業會計記帳人均不符合，且於現代社會每項職業均偶其專精之處，而且事事涉及公益及人民權益，故究竟哪些具體職業方為「專門職業」，仍待深入探討，故劉孔中同意蘇俊雄大法官於釋字第 453 處之不同意見書所力陳之觀點，亦即應「委由立法者作進一步的評價判斷」，並不適合由大法官會議以解釋方式具體認定。見劉孔中，1999：66-93。

¹⁶¹ 吳庚，2005：40。

¹⁶² 姜世明，2004：59。

¹⁶³ 姜世明，2004：58。

助代為主張，則憲法第二章所臚列各項權利，即成泡影。

舉例而言，憲法第 7 條之平等權保障，強調中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。然於實際社會中，不平等者時時可見，經由律師之協助，透過釋憲聲請、¹⁶⁴法律草擬等途徑，平等權始獲得進一步落實之可能。又例如憲法第 8 條¹⁶⁵之人身自由保障，係排除國家對人民人身自由不當的限制及侵害，此部分的權利要能有效貫徹，無律師協助絕無可能。憲法第 11 條之表現自由，若非律師提出釋憲聲請，令大法官作出釋字第 509 號解釋，則言論自由之保障即成具文。

¹⁶⁶此外，無論是憲法第 10 條的人民居住、遷徙自由；¹⁶⁷第 12 條的祕密通訊自由；第 13 條的信仰宗教自由；¹⁶⁸第 14 條的集會結社自由；¹⁶⁹第 15 條的生存權、工作權、財產權保障；第 16 條的訴訟權保障；第 17 條的選舉、罷免、創制、複決權；第 18 條的應考試、服公職權；第 24 條的權利損害救濟及請求國家賠償權利等，都因律師的努力始得落實於社會中。

上述這些憲法所列的基本人權中，如再進一步探討，即可發現憲法第 8 條有關正



¹⁶⁴ 例如，羅瑩雪律師就民法第 1089 條「關於父母對於未成年子女權利之行使意思不一致時，由夫行使」之規定，認違反兩性平等；尤美女律師就民法親屬編有關夫妻聯合財產制等規定，認為違平等權；王如玄律師就民法第 1002 條「妻以夫之住所為住所」之規定，認違反平等權，均向大法官提出釋憲聲請，後做成釋字第 365、410、452 號解釋，均宣告相關條文違憲，促使我國社會向兩性平權大步邁進。

¹⁶⁵ 憲法第 8 條：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延。人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理。」

¹⁶⁶ 本釋憲案之提起係由時任交通部長蔡兆陽控告商業周刊案所引發。商業周刊在歷審均敗訴後，委任律師羅明通即提起釋憲聲請，後做成本號解釋。

¹⁶⁷ 戒嚴時期，國家有所謂「黑名單」政策，不允許反對政府之異議人士返台。部分異議人士後採取偷渡方式回台後，卻被控違反國家安全法。此類案件均有賴當時之民權律師大力協助，始獲輕判。而黑名單政策終於廢止，亦與民權律師四處奔走不無關聯。

¹⁶⁸ 例如，在政府決定展開「宗教掃黑」政策後，不少民間宗教界領導人均紛紛被控犯罪。較具知名度者，如宋七力案、妙天案、太極門案。這些案件於纏訟多年後，因律師大力辯護，至今均獲判無罪。

¹⁶⁹ 律師李勝雄為高成炎等人違反集會遊行法辯護，歷審均判敗訴，乃提出釋憲聲請，後做成釋字第 445 號解釋，促成集遊法的大翻修。

當法律程序的保障及第 16 條有關訴訟權的保障，與律師都有更密切的關聯。

以憲法第 16 條請願、訴願、訴訟權保障而論，訴訟權係指人民請求司法救濟之權利，且不限基於國家公權力之侵害類型，尚包括民事、刑事案件等，且不限於提起機會之保障，更及於程序上之保障，¹⁷⁰因為，一般人在日常生活中，因案進入複雜的司法程序中，如無律師加以協助，無論係面對國家公權力之侵害，或被訴犯罪，抑或與他人所生民事糾紛等，於不諳法律知識及訴訟技巧下，自無法充分實現其於憲法中所具有之司法救濟權利。

依大法官釋字第 582 號解釋所示：「憲法第 16 條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。」解釋理由書更進一步說明：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障。」至於憲法第 8 條所指的正當法律程序，依大法官釋字第 396 號解釋意旨，即必須採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並令當事人有最後陳述機會。

但如何讓人民享有充分的防禦權？如何在對審制度下，與對手（特別是檢察官）享有平等的地位？以刑事案件而言，被告的法律知識一定遠遜於檢察官，也絕無可以抵抗來自檢察官的攻擊，因此，如果沒有賦予被告充分的律師協助，被告無可能提升在法庭上的法律實力，與檢察官對抗。是以，要落實憲法精神，讓人民的訴訟權能受保障，除了須由法官為良好的裁判外，然而此良好的裁判的催生，亦須有律師始能成就。

筆者亦可以大膽的說，雖然「律師」一詞並未出現於整部憲法中，然而，要令憲法精神貫徹落實，非有律師之助，無法盡其功。

¹⁷⁰ 姜世明，2004：61。

貳、律師法及律師倫理規範中律師之角色定位

一、律師法

關於我國律師之角色及其功能，自 1992 年 11 月 16 日律師法修正後，已明顯與過去不同，尤其律師制度的基本精神及實際內涵，更有大幅度的改變，修正後的律師法對於律師角色的定位，已不再侷限於法庭活動中擔任當事人之代言人，¹⁷¹尤以增訂律師使命及職責及擴大律師業務範圍，更可具體說明律師之角色轉變，是行政、立法機關所認同的。以下謹就 1992 年律師法修正前、後之主要差異為說明：

（一）增訂律師使命及職責

律師法於 1992 年 11 月 16 日修正前，並未對於律師之使命及任務定有明文，因此，1992 年修法後，即於律師法第 1 條明定：「律師以保障人權、實現社會正義及促進民主法治為使命。(第一項)律師應基於前項使命，誠實執行職務，維護社會秩序及改善法律制度。(第二項)」稽其立法理由，無非係因未修正前之律師法對於律師之使命，未設明文，亟易導致社會大眾對於律師在法律上地位及其職業性質滋生誤解，社會大眾恐或認為律師係以營利為目的，此似與其職業之崇高本質「保障人權，實現社會正義」的原則有違，因此，為確立律師的法律地位，爰參考日本、韓國、德國等國立法例予以增訂。¹⁷²

因此，律師法自 1992 年修法後，我國律師於法律上的地位業已確立，意即律師除應發揮其為法律執行者及法律制度反省者的功能外，也應發揮其為人權保障者及社會正義實現者的功能，為維護人的尊嚴及實現社會正義而戮力以赴；且更應該發揮其為民主法治促進者的功能，一方面精研法令，誠實執行職務，另一方面深入社會，促

¹⁷¹ 王泰升等，2005：143。

¹⁷² 藍傳貴，1990：39。

進民主法治，使民主彰顯、法治清明，¹⁷³從而，修法後即強調律師的角色係具有公益性的。

（二）擴大律師執業範圍

依 1941 年 1 月 11 日國民政府公布之「律師法」第 20 條規定：「律師受當事人之委託或法院之命令，得在法院執行法定職務，並辦理其他法律文件。(第一項)律師依特別法之規定，得在軍事或其他審判機關執行職務。(第二項)」由此可知，早期律師法並未賦予律師太多的功能，從國家的角度來看，律師的功能只是在於輔助司法權的運作而已，意即將律師定位於以審判或法庭活動為中心的角色；然而隨著時代的發展及國民生活的多元需求，1992 年修正之律師法，律師除原來即得受當事人委託或法院指定辦理法律事務外，並增設「律師得辦理商標、專利、工商登記、土地登記及其他依法得代理之事務。」因此，律師執行職務的範圍及提供多元的法律服務種類早已擴張到其他法域，已非傳統上侷限於法庭訴訟活動為主。

除了上述律師法所列第 1 條、第 20 條規定外，經檢視現行律師法就律師權利義務所為規範的內容，除第 24 條、¹⁷⁴第 28 條、¹⁷⁵第 33 條、¹⁷⁶第 35-36 條、¹⁷⁷第 37 條之 1¹⁷⁸及第 38 條¹⁷⁹規定特別針對律師於法庭活動中應遵守之義務而為規範外，其餘條文並未將律師提供法律的服務係定位為司法過程而加以規範。

¹⁷³ 范光群，1996：1。

¹⁷⁴ 律師法第 24 條規定：「律師接受事件之委託後，非有正當理由，不得終止其契約；如須終止契約，應於審期前十日或偵查訊（詢）問前通知委託人，在未得委託人同意前，不得中止進行。」

¹⁷⁵ 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。」

¹⁷⁶ 律師法第 33 條規定：「律師不得與司法人員及司法警察官、司法警察為不正當之往還酬應。」

¹⁷⁷ 律師法第 35 條規定：「律師不得挑唆訴訟，或以不正當之方法招攬訴訟。」、第 36 條規定：「律師不得代當事人為顯無理由之起訴、上訴或抗告。」

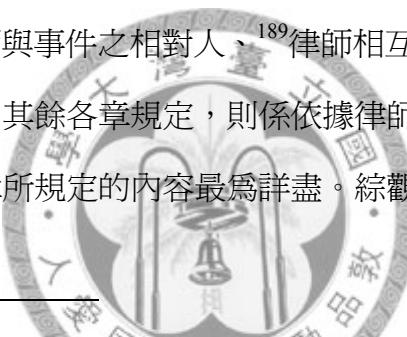
¹⁷⁸ 律師法第 37 條之 1 規定：「司法人員自離職之日起三年內，不得在其離職前三年內曾任職務之法院或檢察署執行律師職務。但其因停職、休職或調職等原因離開上開法院或檢察署已滿三年者，不在此限。」

¹⁷⁹ 律師法第 38 條規定：「律師與法院院長或檢察署檢察長有配偶、五親等內血親或三親等內姻親之關係者，不得在該法院辦理訴訟事件。(第一項)律師與辦理案件之法官、檢察官或司法警察官、司法警察有前項之親屬關係者，就其案件應行迴避。(第二項)」

二、律師倫理規範

現行我國律師倫理規範，是中華民國律師公會全國聯合會依 1992 年 11 月 16 日修正後之律師法第 15 條第 2 項規定，於 1995 年 7 月 29 日經會員代表大會修正通過，其後並歷經三次修正，¹⁸⁰與其前身「律師規範」¹⁸¹相較，於法規範上之效力有所不同，因現行律師倫理規範乃是基於國家權力之授權，具有委任立法之性質，¹⁸²而「律師規範」則僅止於律師執業內規而為律師執業道德標準判斷，因此現行律師倫理規範的具體規定，已不僅是一種道德判斷標準，它「是我國唯一具有法律基礎並具有強制性的專業倫理規範」，¹⁸³更具有法律上之拘束力。¹⁸⁴

我國律師倫理規範條文全文計 50 條，共分：總則、¹⁸⁵紀律、¹⁸⁶律師與司法機關、¹⁸⁷律師與委任人、¹⁸⁸律師與事件之相對人、¹⁸⁹律師相互間、¹⁹⁰附則¹⁹¹等 7 章，除了總則、紀律及附則 3 章外，其餘各章規定，則係依據律師與各相關人間為分章之基準，並以「律師與委任人」章所規定的內容最為詳盡。綜觀整部律師倫理規範即可發現，



¹⁸⁰ 律師倫理規範於 1986 年 7 月 11 日固經會員代表大會通過第 18 條條文暫停適用，惟該次並未做若干修正；至爾後三次修正則係分別於 1998 年 7 月 18 日、2003 年 9 月 7 日及 2006 年 9 月 23 日經代表大會修正通過第 30 條第 5 款、第 18 條、第 49 條第 2 款及第 5 條條文。見中華民國律師公會全國聯合會，2007：145。

¹⁸¹ 「律師規範」係於 1983 年 12 月 18 日經中華民國律師公會全國聯合會會員代表大會修正通過，全文計有 33 條。見中華民國律師公會全國聯合會，2007：145。

¹⁸² 關於律師倫理規範固係法律授權中華民國律師公會全國聯合會訂定，惟依行政程序法第 150 條第 1 項規定：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」而中華民國律師公會全國聯合會究非屬行政機關，因此律師倫理規範於我國現制下是否係法規命令，或許容有爭議，然儘管體例上與現行法規命令之外觀有所出入，惟筆者以為，如輔以律師法第 39 條第 3 款規定：「律師有違背律師倫理規範或律師公會章程之行為，情節重大者，應移付懲戒」以觀，此業表示主管機關關於懲戒事由上若干程度上係交由律師團體自訂職業內部團體紀律之授權規定。

¹⁸³ 王惠光，2007：11。

¹⁸⁴ 王寶輝，1996：25。

¹⁸⁵ 第 1-11 條。

¹⁸⁶ 第 12-19 條。

¹⁸⁷ 第 20-25 條。

¹⁸⁸ 第 26-37 條。

¹⁸⁹ 第 38-41 條。

¹⁹⁰ 第 42-48 條。

¹⁹¹ 第 49-50 條。

各章各條所要求律師應遵守的義務，並不以法庭活動為限；且從總則章分別規定律師執行職務時，應維護律師職業尊嚴及榮譽、¹⁹²重視職務之自由與獨立、¹⁹³充實法律專業知識、¹⁹⁴謹言慎行為社會表率、¹⁹⁵兼顧當事人合法權益及公共利益¹⁹⁶外，基於誠信公平理性及良知、¹⁹⁷參與平民法律服務，或從事其他社會公益活動¹⁹⁸等較為抽象規定以觀，律師倫理規範制定時仍保有大量法律倫理的理想性格，¹⁹⁹因此，我們不難發現，律師倫理規範的規定，並非僅是職業倫理的最低標準。誠如美國學者 Thomas D. Morgan 及 Ronald D. Rotunda 所說，律師倫理規範並非為所謂「壞」律師而訂定，而是為所謂的「好」律師而訂定，²⁰⁰倫理規範是否能夠落實，端視律師界內部有無決心要求同業成員皆一體實踐，是以，從整部律師倫理規範內容觀察，律師界自我期許在社會中所扮演的角色為「律師造法」及「擔任社會公義代言人」等兩種。

其中，有關律師造法部分，基於權力分立，當然並非指由律師自己扮演直接造法人的角色，而是藉由律師的專業智識，提供法律意見以供立法機關、法院或具有司法解釋權的機關，於立法、裁判或解釋時參考，並期能達到修法、變更法律之適用或使法律之適用臻於正確、合理，以維護當事人的利益，使法律秩序呈現合理化的結果，這是律師在法律運作過程中具有積極性的道德表現。²⁰¹現行律師倫理規範第 5 條²⁰²及

¹⁹² 律師倫理規範第 3 條參照。

¹⁹³ 見第 4 條。

¹⁹⁴ 第 5 條。

¹⁹⁵ 第 6 條。

¹⁹⁶ 第 7 條。

¹⁹⁷ 第 8 條。

¹⁹⁸ 第 9 條。

¹⁹⁹ 顏華歆，2005：144。

²⁰⁰ Thomas D. Morgan & Ronald D. Rotunda, “Problems and Materials on Professional Responsibility” 1981, pp.21.見黃瑞明，1996：13。

²⁰¹ 例如：司法院大法官第 313 號解釋即由陳長文律師、李念祖律師及李家慶律師代理當事人聲請解釋，其解釋理由即採陳、李三律師之意見；又如釋字第 306 號解釋指最高法院 69 年台非字第 20 號判例見解不當應不予援用，乃採李永然律師之聲請解釋理由；再如釋字第 410 號解釋採尤美女律師之聲請理由意見，均屬適例。見王寶輝，1996：28-31。

²⁰² 律師倫理規範第 5 條規定：「律師應精研法令，充實法律專業知識，吸收時代新知，提昇法律服務品質，並依全聯會理事會所訂在職進修辦法，每年至少完成六小時之在職進修課程。」

第 7 條²⁰³即是針對上述律師造法之角色所為的規定。英國功利主義哲學家邊沁曾如是說：「法律實際是法官和律師共同創造的。透過他們的司法辯護，律師在塑造法律方面發揮著重要影響。」²⁰⁴

再者，關於社會公義代言人的角色，誠如 Mary Ann Glendon 所說，²⁰⁵律師就像建築師及工程師一樣，應創造適於人們所須的生活、喜好及工作的建築物，而 Pound 也曾提出法律人應像社會工程師般，並將法律的運作視為社會工程一樣，²⁰⁶因此，現行律師倫理規範第 6 條²⁰⁷及第 9 條²⁰⁸亦係要求律師不僅為個人伸張正義之同時，更應扮演投入公益活動及社會運動，由此可見，律師之角色再也不限於司法領域中，而係應深入各社會每一層面，發揮其對國家法治發展之影響力。

參、民、刑法及相關行政法中律師之角色定位

在民法、刑法及若干行政法等實體法之相關規範中，是否仍將律師定位為「以審判或法庭活動為中心的代言人」角色？以下將自民法、刑法及相關行政法等領域分別論述：

一、民法

我國民法就律師與當事人間基於委任關係所產生的債權債務，定有特別的請求權

²⁰³ 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。」

²⁰⁴ 任東來等，2004：55。

²⁰⁵ Glendon, Mary Ann, 1994 : 292.

²⁰⁶ Roscoe Pound, 1930: 151-153.

²⁰⁷ 律師倫理規範第 6 條規定：「律師應謹言慎行，端正社會風氣，作為社會之表率。」

²⁰⁸ 律師倫理規範第 9 條規定：「律師應參與平民法律服務，或從事其他社會公益活動，以普及法律服務。」

時效規定。²⁰⁹但此部分的債之發生，是基於訴訟事件或非訟事件而為的委任關係，則未予區分。究其立法理由，主要是認為律師因日常生活為他人提供專門智識之對價及為當事人保管物件，有從速履行、儘快解決之性質²¹⁰，故律師之報酬及墊款請求權及律師所收當事人物件之交還請求權不宜過長，故特就此債權納入短期消滅時效之範疇。由此可知，民法中所認定的律師角色，雖與一般常人有異，其請求權時效亦較一般請求權時效為短，²¹¹但就律師所從事的活動而言，則不認應受訴訟行為或非訟行為的不同而有區別。

二、刑法

刑法第 316 條規定，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、拘役或五萬元以下罰金。究我國刑法課予律師負有保密之義務，主要係因當事人通常會委任律師提供法律服務，即是對於法律專業的無知或一知半解，因此當事人會與律師成立委任契約，即係對於律師的能力、專業知識及經驗之信賴，基此一特殊信賴關係，當事人於委任律師時，才能無所隱瞞或擔心律師可能會洩漏其家醜等存有顧忌，而律師也才能合目的性的盡力完成任務；而且就某種程度而言，律師對於其委任人，係具有相當程度之利害支配力，因此課予律師應以較高於其他職業之風險負擔，應屬合理，而律師之保密義務亦據此而生，如有違反，自應以刑法處罰。²¹²

然而，上述刑法規定律師對於當事人所負有之保密義務，並未區分律師受當事人委託辦理法律事務時，究係辦理訴訟事件或係非訟事件等，由此可知，刑法所課予律師應負保密的義務，即係認為律師無論所提供之法律服務，究係辦理訴訟事件或法律顧問、契約擬議等非訟事件，甚或未接受委任而以律師身分和當事人有所接觸並因此

²⁰⁹ 民法第 127 條第 5 款及第 6 款：律師之報酬及其墊款請求權、律師所收當事人物件之交還請求權，因二年間不行使而消滅。

²¹⁰ 見 87 年度台上字第 2309 號裁判。

²¹¹ 民法第 125 條前段：「請求權，因 15 年不行使而消滅。」

²¹² 姜世明，2004：36。

得知當事人之相關秘密或資訊等情，律師均應負有保密之義務。²¹³

三、相關行政法

所得稅法第 11 條規定：「本法稱執行業務者，係指律師、會計師、建築師、技師、醫師、藥師、助產士、著作人、經紀人、代書人、工匠、表演人及其他以技藝自力營生者。(第一項) 本法稱營利事業，係指公營、私營或公私合營，以營利為目的，具備營業牌號或場所之獨資、合夥、公司及其他組織方式之工、商、農、林、漁、牧、礦冶等營利事業。(第二項)」由此可知，所得稅法認為律師的工作是屬於「執行業務」而非「營利事業」，究其原因主要係認律師等自由業者所從事的工作具有一定公益色彩，並非僅具有商業性質的營利事業，因此特別將兩者加以區分。

行政程序法第 57 條規定：「聽證，由行政機關首長或其指定人員為主持人，必要時得由律師、相關專業人員或其他熟諳法令之人員在場協助之。」在行政程序中，聽證是一種公開、言詞辯論之正式程序，而其制度之所由設，主要係行政機關為使行政程序符合公正、公開及民主之要求，並有助於行政行為之正確性與合法性，以確保當事人之正當權利，故特就相關情事舉行聽證，以加強與當事人溝通、促進當事人參與、提高行政效能及防止行政機關專斷；然因聽證程序僅於法規有明文規定者，行政機關始負有舉行聽證之義務，²¹⁴且一旦舉行聽證後，當事人不服行政機關所作成經聽證之行政處分時，其行政救濟程序，即免除訴願及其先行程序，²¹⁵因此，聽證程序既涉正式且高度與人民重大權益有關，因此於踐履聽證程序中，聽證主持人掌握聽證程序之進行，其人選自須慎重，也因此必要時，則須借重熟諳專業法律之律師等之協助，對

²¹³ 田中紘三，2004：50。

²¹⁴ 林錫堯，1999：465-468。

²¹⁵ 行政程序法第 108 條規定：「行政機關作成經聽證之行政處分時，除依第 43 條之規定外，並應斟酌全部聽證之結果。但法規明定應依聽證紀錄作成處分者，從其規定。(第一項) 前項行政處分應以書面為之，並通知當事人。」同法第 109 條規定：「不服依前條作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行程序。」

此律師在行政程序之聽證制度中，除了協助行政機關為行政行為前得與人民加強溝通外，更係協助人民得藉由聽證程序向行政機關表達其訴求，避免行政機關偏私、專斷之弊，由此可知，律師此間即係扮演了行政機關與人民於聽證程序中企圖共創雙贏的協助要角。

類此上述角色，實務上律師於許多行政法領域，甚至可見行政機關為達成一定之行政目的，而將主管機關之檢查或查核作業，以權限委託或行政助手方式，委託律師行使或協助之，例如，證券交易法第 38 條之 1 即明文規定，²¹⁶主管機關為強化其檢查之績效，於必要時，得隨時指定律師等具備專業知識及經驗之人，更深入檢查財務、業務狀況及有關書表、帳冊，以保障投資安全；²¹⁷又律師所提供之法律意見亦往往是行政機關為一定行政處分前要求受處分人所應檢具之法定要件，如不動產證券化條例第 6 條第 9 款、第 10 款及第 29 條第 11、12 款即規定，受託機構募集或私募不動產投資信託受益證券，應檢具受託機構填報及會計師或律師複核之案件檢查表及律師之法律意見書，向主管機關申請核准或申報生效。再者，在行政領域之事務上，律師往往也扮演了人民於行政法權益之代言人及捍衛者，此觀訴願法第 33 條第 1 款規定律師得為訴願代理人，及期貨交易法第 99 條規定，主管機關為維護公眾利益或市場秩序，對於有違反本法行為之虞者，得要求期貨交易之相關人員到達辦公處所說明，而該被請求人得選任律師等得為辯護之人到場自明。

綜上，現今律師在維護人民的權益上，早已不再是專與司法機關打交道的角色，反觀今日行政機關於諸多的行政作為上，就行政實體法而言，行政機關與人民發生行政法上法律關係，即屬行政法關係之當事人，行政機關與人民直接立於相對的地位，

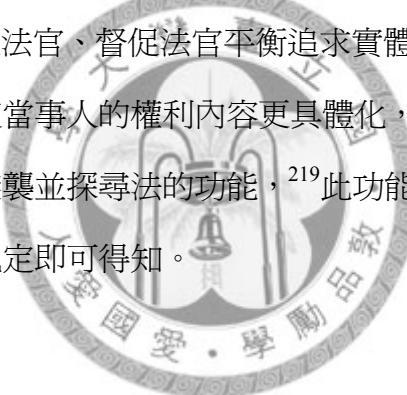
²¹⁶ 證券交易法第 38 條之 1 規定：「主管機關認為必要時，得隨時指派會計師、律師、工程師或其他專門職業或技術人員，檢查發行人、證券承銷商或其他關係人之財務、業務狀況及有關書表、帳冊，並向主管機關提出報告或表示意見，其費用由被檢查人負擔。」

²¹⁷ 關於主管機關得指定專門職業及技術人員為檢查或查核作業，而其檢查或查核作業，究係以權限委託或行政助手方式為之，行政院金融監督管理委員會曾去函法務部，並經法務部以 2006 年 9 月 8 日法律字第 0950033384 號函復均無不可。法務部主管法規資料庫查詢系統網頁：<http://locallaw.moj/Scripts/Query1B.asp?no=3Z00000%AAk%AB%DF++++++0950033384++>（最後到訪日：2008 年 5 月 18 日。）

甚至難免有直接的利益衝突，²¹⁸因此，在某些行政事務上，即須藉由熟諳專業法律之律師涉入其中，除了提供相關的法律專業意見，更得保障國家機器之相對人—人民之權益，以期行政實體法能正確適用，保障當事人之權利，並使行政機關能有效提升行政效能，因此，律師在行政法之領域，於促進國家社會公益福祉之實現上實係不可或缺之要角。

肆、訴訟法中律師之角色定位

律師在訴訟法中的定位，主要是民事、行政訴訟的訴訟代理人或刑事訴訟中的辯護人，其目的無非為說服法官、督促法官平衡追求實體上利益與程序上利益、強化當事人的程序主體地位並使當事人的權利內容更具體化，也因此在訴訟法中，律師的定位即係在協同防止發生突襲並探尋法的功能，²¹⁹此功能亦從我國現行民事、刑事及行政訴訟法就律師所為之規定即可得知。



一、民事訴訟法

民事訴訟程序中，訴訟代理人原則均應以律師為之，例外時始得由非律師充任。²²⁰至於上訴第三審案件，則一律規定強制由律師代理始能提起上訴。²²¹由立法理由可知，立法者認為，民事訴訟程序較具技術性，如果以不具法律素養之人代理訴訟行為，實不易勝任，為保障當事人權益，並使訴訟程序得以順利進行，訴訟代理人原則上應

²¹⁸ 林錫堯，行政法要義，1999：453-454。

²¹⁹ 邱聯恭，1993：241。

²²⁰ 民事訴訟法第 68 條第 1 項：「訴訟代理人應委任律師為之。但經審判長許可者，亦得委任非律師為訴訟代理人。」

²²¹ 民事訴訟法第 466 條之 1 第 1 項：「對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。」第 466 條之 2 第 1 項：「上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。」

委任律師為之。²²²

律師一旦受任為當事人之訴訟代理人，即與當事人間具有私法之委任關係而受一定之拘束，因此，律師於民事訴訟程序中的定位，即為當事人的利益代理人。然而，亦有學者對此論點提出不同意見。他們認為，律師職業尚具一定公益性本質，故不能一概推論在民事訴訟程序中律師即是當事人的利益代理人。²²³對此一爭論，筆者認為，律師職業具有一定之公益性，應無疑問，惟律師職業具有公益性與律師於民事訴訟程序中為當事人之利益代理人，是否一定會發生角色衝突問題，則持保留看法。因為，此並非二擇一的問題。從民事訴訟法可知，律師的訴訟代理權限，係源於當事人之授與，律師在法庭所為的代理行為，其法律效果是直接對當事人發生效力，²²⁴換言之，在法庭上，訴訟代理人即是當事人的化身，自不得違背當事人之意思。因此，民事訴訟法還特別規定，當律師在法庭中如果有不利於當事人之虞的行為時，還須受特別委任，始可為之。²²⁵此一立法目的，即在於再次確認律師所為的不利當事人行為仍是受當事人的授權，非由律師自行決定。由此亦可證明，律師在民事訴訟程序中代理當事人所為之訴訟行為，是不能違背當事人意志的。然而，成為當事人利益代理人的律師，是不是就此喪失了公益的本質呢？亦不盡然。因為，律師有其法律專業上的知識，得就其專業領域為當事人提供法律上的利弊分析，因此當律師發現當事人的決定很可能對自己造成不利益，或者請求權基礎並無法律上之依據或顯無理由時，律師本於職責即應適時提供法律意見，供當事人明瞭相關利害關係，以便作出最佳決定。而律師為當事人提供的法律意見分析，不獨顧及當事人利益，更有其公益性，舉例而言，如果當事人的主張無理由，一望即知不可能被法官採納，而律師竟全盤接受當事人的

²²² 見 立 法 院 法 律 系 統 網 站：
[http://lis.ly.gov.tw/lcgi/lglaw?@83:1804289383:f:NO%3DE04527*%20OR%20NO%3DB04527\\$\\$10\\$\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lcgi/lglaw?@83:1804289383:f:NO%3DE04527*%20OR%20NO%3DB04527$$10$$NO-PD) 最後到訪日：2008年5月19日。

²²³ 姜世明，2004：65。

²²⁴ 見最高法院72年度台上字第4194號判決書。

²²⁵ 民事訴訟法第70條第1項但書：「但捨棄、認諾、撤回、和解、提起反訴、上訴或再審之訴及選任代理人，非受特別委任不得為之。」

指示而未提出專業法律意見，致使纏訟不休，豈非浪費司法資源？若當事人在經律師專業法律意見分析後，採納律師意見並變更原本主張，以更合理、且法院更可能接受的方式達到自己所企求的目標，則律師所為不但對當事人利益有更大幫助，且就訴訟經濟而言，更有正面助益。再者，律師在法庭活動中，因為能夠秉其法律專業智識，也能及時有效地制止糾正法官的錯誤，從而達到保障當事人的合法權益的目的，並維護法律的正確實施及正當法律程序的進行，凡此種種，皆是律師公益性格的展現，亦足徵律師與一般單純之民事代理人性質不同之處。

二、刑事訴訟法

律師於刑事訴訟法中所扮演的角色，依刑事訴訟法第 29 條²²⁶及第 37 條²²⁷規定，主要係擔任被告或犯罪嫌疑人的辯護人或自訴人之代理人；惟我國刑事訴訟法對於律師辯護制度，僅於「最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述者，或低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認有必要者」係採律師強制辯護制度，²²⁸其餘部分，則任由被告自由選任或自行參與審判之進行，²²⁹究其立法原意，主要係顧慮當事人之經濟條件，如無經濟能力選任

²²⁶ 刑事訴訟法第 29 條規定：「辯護人應選任律師充之。但審判中經審判長許可者，亦得選任非律師為辯護人。」

²²⁷ 刑事訴訟法第 37 條規定：「自訴人應委任代理人到場。但法院認為必要時，得命本人到場。（第一項）前項代理人應選任律師充之。（第二項）」

²²⁸ 刑事訴訟法第 31 條規定：「最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件或被告因智能障礙無法為完全之陳述，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護；其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認有必要者，亦同。（第一項）前項案件選任辯護人於審判期日無正當理由而不到庭者，審判長得指定公設辯護人。（第二項）被告有數人者，得指定一人辯護。但各被告之利害相反者，不在此限。（第三項）指定辯護人後，經選任律師為辯護人者，得將指定之辯護人撤銷。（第四項）被告因智能障礙無法為完全之陳述，於偵查中未經選任辯護人者，檢察官應指定律師為其辯護。（第五項）第二項至第四項之規定於前項之指定，準用之。（第六項）」

²²⁹ 刑事訴訟法第 27 條規定：「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。（第一項）被告或犯罪嫌疑人之法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親或家長、家屬，得獨立為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人。（第二項）被告或犯罪嫌疑人因智能障礙無法為完全之陳述者，應通知前項之人得為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人。但不能通知者，不在此限。（第三項）」

辯護人，也不會因此而喪失憲法所保障之訴訟權。

姑不論我國刑事訴訟未採全面律師強制辯護制度，是否已扭曲了保護國民的基本權利的原意，²³⁰然而我國刑事訴訟之辯護制度，係為保護被告之利益，藉由辯護人之專業介入，以充實被告防禦權及彌補被告法律知識之落差，使國家機關與被告實力差距得以適度調節，促成交互辯證之實體發現，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位而受法院公平之審判，確保國家刑罰權之適當行使而設，此為人民依憲法第 16 條享有之訴訟權所衍生之基本權；因此辯護人基於為被告利益及一定公益之角色功能，自應本乎職業倫理探究案情，搜求證據，盡其忠實辯護誠信執行職務之義務，此觀我國近年來實務上刑事判決²³¹皆持上述見解，自可確知我國律師於刑事訴訟程序中實係扮演確保被告受無罪推定及公平審判之角色，亦即其並非從屬於司法機關。因此，辯護律師並不負有與司法機關相同應就被告有利及不利事項一律注意之義務，律師僅應為被告有利部分於法庭上盡其所能爭取，而不論其不利部分。再者，辯護律師對於法院所負之真實義務則僅係低度義務，亦即，律師固不得於法庭中說謊，但仍得消極隱瞞不利於當事人之事實。因為，辯護律師對其當事人亦負有保密義務，²³²而此部分對當事人之忠實義務則屬於高度義務，²³³律師必須積極踐行，否則即有觸法之嫌。²³⁴

同理，刑事訴訟法上之協商程序亦規定，²³⁵被告表示願受科之刑為超過 6 個月且

²³⁰ 李復甸認為，就刑事案件而言，若訴訟確定被告無罪後，自訴案件律師費用由自訴人負擔；公訴案件也必將由政府負擔。目前，檢警分工不明，檢察官對警方移送之案件並未依刑事訴訟法之規定，對被告有利及不利之情形一併注意，善盡審查之責，即使在日後訴訟過程中，得以還其清白，然而身心之煎熬與律師費之支出，卻已無從補救。律師辯護原本是國民的基本權利，然而在國民經濟條件之限制下，採取任意委任不得已的作法，確已扭曲了保護國民的基本權利的原意。氏著，1997：69。

²³¹ 如：96 年度台上字第 3922 號、96 年度台上字第 5673 號、96 年度台上字第 6204 號。

²³² 林鈺雄，2000：175。

²³³ 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、會計師或其業務上佐理人或曾任此等職務之人，就其因業務所知悉有關他人秘密之事項受訊問者，除經本人允許者外，得拒絕證言。」

²³⁴ 刑法第 316 條：「…律師…或曾任此等職務之人，無故洩漏因業務知悉或持有之他人祕密者，處一年以下有期徒刑、拘束或五百元以下罰金。」

²³⁵ 刑事訴訟法第 455 條之 5 第 1 項：「協商之案件，被告表示所願受科之刑逾有期徒刑六月，且未受緩刑宣告，其未選任辯護人者，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，協助進行協商。」

未受緩刑宣告時，此時，被告即因無法適用易科罰金程序而須面臨牢獄之災，為使被告能有足夠能力或立於較平等之地位與檢察官進行協商，而加強被告辯護依賴權，²³⁶ 刑事訴訟法因此特別規定，法院應指定公設辯護人或律師為辯護人，以保障被告權益。由此更足以顯見，律師於刑事訴訟程序之辯護人角色，除為落實當事人對等原則，使被告倚賴其辯護人為其辯護之權利，得以充分行使其實體權利外，其同時也保障了具有公益內涵的法治程序，因為維護被告依法享有的程序權利並且保障無辜的被告無罪開釋，本來就是刑事訴訟以及辯護制度的目的。²³⁷

三、行政訴訟法

行政訴訟制度，係指以訴訟方式解決行政事件之制度總稱，與民事訴訟制度是為解決民事事件不同，也就是英美的「民告官」制度，²³⁸ 而其中一造的當事人則是政府機關。依行政訴訟法第1條規定，²³⁹ 行政訴訟的目的主要為為了保護人民的權利及確保行政權的適法性，因此，律師於其中即有積極活動的空間。

2007年7月4日修正實施的行政訴訟法第49條即為明證。於此法條中，舊法、新法雖都規定，原則上，行政訴訟應以律師為訴訟代理人，但舊法例外規定之範圍極為寬廣，舉凡符合下列各項資格者，皆可為訴訟代理人：（一）依法令取得與訴訟事件有關之代理人資格者；（二）具有該訴訟事件之專業知識者；（三）因職務關係為訴訟代理人者；（四）與當事人有親屬關係者。²⁴⁰ 因此，修法前的行政訴訟程序中，律

²³⁶ 刑事訴訟法第455條之5立法理由，見立法院，2004。立法院公報，93（17）：104-105、182-183。
²³⁷ 林鈺雄，2000：175。

²³⁸ 劉宗德、彭鳳至，2006：351-355。

²³⁹ 行政訴訟法第1條規定：「行政訴訟以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使，增進司法功能為宗旨。」

²⁴⁰ 2008年7月4日修正前之行政訴訟法第49條規定：「當事人得委任代理人為訴訟行為。但每一當事人委任之訴訟代理人不得逾三人。（第一項）行政訴訟應以律師為訴訟代理人。非律師具有左列情形之一者，亦得為訴訟代理人：一、依法令取得與訴訟事件有關之代理人資格者。二、具有該訴訟事件之專業知識者。三、因職務關係為訴訟代理人者。四、與當事人有親屬關係者。（第二項）前項第二款、第四款之訴訟代理人，行政法院認為不適當時，得以裁定禁止之。（第三項）」

師代理案件反不多見，都被例外規定中不具律師資格者所取代了。但在修法後，雖仍有例外規定，但條件極嚴，須符合下列資格，且經審判長許可者，始可擔任訴訟代理人：（一）稅務行政事件，具備會計師資格者；（二）專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者；（三）當事人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。²⁴¹

推敲此條修正原因，似可認為修法者認非律師為訴訟代理人時，恐不足以保障當事人權益，故為確保訴訟代理人有足夠之專業知識，於該條明定非律師為訴訟代理人者，應得審判長許可。²⁴²由此可知，我國律師於行政訴訟程序中與民事訴訟程序中，均係扮演了當事人之利益代理人角色，以督促法官適切用法並維護當事人之實體上、程序上的權益。



歷史顯示，真正的民主只有在法治昌盛之處才能成功或存續。一個國家如果重視民主，就必須重視法治。歷史也顯示，法治得仰賴律師，因為「法律」本身不具意義，一般民眾缺乏法律專業教育與訓練，因此，法治必須靠律師來捍衛，而律師就是法律

²⁴¹ 現行行政訴訟法第 49 條規定：「當事人得委任代理人為訴訟行為。但每一當事人委任之訴訟代理人不得逾三人。（第一項）行政訴訟應以律師為訴訟代理人。非律師具有下列情形之一者，亦得為訴訟代理人：一、稅務行政事件，具備會計師資格者。二、專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。三、當事人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。（第二項）委任前項之非律師為訴訟代理人者，應得審判長許可。（第三項）第二項之非律師為訴訟代理人，審判長許其為本案訴訟行為者，視為已有前項之許可。（第四項）前二項之許可，審判長得隨時以裁定撤銷之，並應送達於為訴訟委任之人。（第五項）訴訟代理人委任複代理人者，不得逾一人。前四項之規定，於複代理人適用之。（第六項）」

²⁴² 見 立 法 院 法 律 系 統 , [http://lis.ly.gov.tw/lcgi/lglaw?@74:1804289383:f:NO%3DE04562*%20OR%20NO%3DB04562\\$\\$10\\$\\$\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lcgi/lglaw?@74:1804289383:f:NO%3DE04562*%20OR%20NO%3DB04562$$10$$$NO-PD)，最後到訪日：2008 年 5 月 21 日。

的守護人。²⁴³然而，律師這個職業，在我國社會大眾的觀感畢竟還是存在著某些程度的誤解，但這樣的誤解，最主要是繫於少數不肖律師因違害當事人的權益，致使長久以來多數民眾對於律師存有顛倒是非、為求勝訴不擇手段之負面觀感及不信任感，也因此，或許有人會問，為何我們社會上需要律師的存在？其實這也正點出了律師究於現今民主法治國家中所扮演的角色為何？

美國著名律師 Alan Dershowitz 曾說：「

要知道，法律是一種工具、一種機制、一種建構出來的東西。我們的生活中有許多像這樣虛假的偶像。從某方面來說，其實沒有一種東西叫做『法律』。我們所謂的法律是一個過程、一群人、一些理念、判決先例、書籍。不要尊敬法律，除非它值得你尊敬。…如果不愛法律，那又應該愛些什麼？愛自由吧。愛正義吧。愛法律所產生的善。」²⁴⁴

是的，筆者認為所謂「愛法律所產生的善」，即是律師存在於民主國家中的原因，因為，法律，是現代社會運作必不可或缺的「工具」，然而它卻不是「上位價值」；因為法律的靈魂，不在於「條文的釋義」，而在於「精神的伸張」，²⁴⁵因此，「法律」只是工具，但並非目的，法律只是為了協助社會更公義、讓社會大眾幸福的工具罷了，²⁴⁶然而社會公義及社會大眾幸福才是法律的目的，而這目的，即是律師在現今國家中所發揮之最重要的功能。

再者，律師在法治國家是扮演了一個舉足輕重的角色，而這也是為何各先進民主國家均將律師定位為自由業者或專門職業人員的角色，其中最主要也是為了要賦予律師執業的獨立性，這種獨立性表現在以下幾方面：一、律師履行義務的多樣性要求他保持相對的獨立性，免受其他一切因素的影響。律師必須表明他是獨立於當事人與法院的，並要注意不偏袒任何一方；二、這種獨立性在非訟事件及訴訟中都是十分必要

²⁴³ 郭乃嘉譯，2005：3。

²⁴⁴ 楊惠君譯，2006：28-29。

²⁴⁵ 陳長文，2005：99。

²⁴⁶ 陳長文等，2006：32。

的，因為律師向其當事人提供諮詢若只是為了保護、服務於個人利益或屈服於外來壓力，則其工作毫無實際價值；三、從事律師職業，不得兼任有損於律師獨立性和律師職業自由的活動，如禁止雙重代理等，以保障律師的獨立性。²⁴⁷

早期我國律師固然係以辦理訴訟事件為其主要職務，但隨著 20 世紀以後工商業逐漸發達，台灣因外人投資及國人對外投資等國際貿易之頻繁，律師的角色已從「訴訟」代言人的角色轉型為「顧問」或「法律人」的角色，亦即買賣、代理、經銷、技術授權、移轉、合資協議等等一般商務契約之擬定及履行，均有賴於律師之參與，也就是「預防重於治療」（事前防範優於事後訴訟）早已是時勢所趨。²⁴⁸不可諱言的是，現今律師執業環境，早已與過去不同，自 1992 年律師法修正擴大律師得執業之範圍至今，律師業已不再僅侷限於訴訟代理或辯護工作，因此，觀乎今日我國律師的角色定位，在多元價值併存的現代，為因應社會生活的複雜化、人民的需求多樣化下，我國律師不僅在民事、刑事、行政訴訟上扮演法庭律師的角色，並且在法律已介入人民社會生活的諸多場合中，律師更是以建言者或代言人的身分，參與交涉談判、仲裁、起訴請求、或形成政策等過程，而且更扮演了紛爭預防者的角色，例如：協助委託人在平日生活中或從事交易行為時，避免此後遭遇捲入紛爭的風險或將可能遭遇的風險減至最低等，從而，律師不僅是法律的協同探尋者，更是法律的創造者，而有異於一般的訴訟活動，²⁴⁹而這也正是美國學者 Bertram Harnett 所說的「法律就是律師所說的話」。²⁵⁰

²⁴⁷ 張善燚，2007：72。

²⁴⁸ 李忠雄，2000：12-13。

²⁴⁹ 邱聯恭，1993：249-250。

²⁵⁰ Bertram Harnett 認為，法律就是律師所說的話，最明顯的例子即是在法庭做出裁判時。因為那個案件所適用的法律的確是律師在法庭活動的法律主張並透過判決由法官來宣布；又如果該案嗣經對造提起上訴，並於上訴時被撤銷，同樣的，此時在上訴審被撤銷的判決所適用的法律，也是由其他律師在法庭活動時的法律主張透過法官來做宣布，因此，在整個法庭活動的過程中，律師其實是居於樞紐的地位。再者，如辦理民事案件的律師提供給當事人的法律意見，最主要的並不是在當事人發生糾紛時律師於法院所為的陳訴意見，也不是在交易的場合中，律師為維護當事人個人或企業的利益所作的陳述；反而常常是在當事人想要為一樁交易為買賣而向律師詢問時，律師就該交易案件所提供的建議、談判及草擬契約等一連串的法律服務，此時當事人如果接受律師的建議或是律師所提供的

歸結以言，我國律師的角色，誠如律師法第 1 條所揭橥之律師使命及律師倫理規範第 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」，無論於公開法庭上之訴訟活動應有效救濟或防免人民之利益受侵害外，更應致力積極參與批判政治官僚、促成社會民主改革及形成輿論、推展社會運動等方式，促使行政或立法機關採取必要而有效的救濟措施，廢止惡法或制定新法，藉以充分反映人民之意願需求，則此正是律師為了完成「保障人權、實現社會正義」的使命。²⁵¹



的一連串法律服務，其實該當事人即已接受律師所灌輸的法律概念，並作為該當事人在處理整個案件時之法律依據，且不論最後結果是好或壞，或是會使當事人變得更富有或更加貧窮，在整個交易案件中律師所說的話即是當事人所認為的法律。見氏著 1984：23-24。

²⁵¹ 邱聯恭，1993：203。

第三章 律師課責機制之評析

基於前章所述，我國現行法令對於律師的定位，或許與其他國家的規範略有出入，然而，基本上，律師在維護人權、實踐正義及促進民主法治社會之使命及任務上應負一定程度的責任，各國皆然，反而是律師在法庭活動中所扮演的角色，卻常因各國訴訟制度的不同，而賦予律師不同程度的義務。這其間，最常被討論的爭點即在於律師對當事人的忠實義務與對法庭的真實義務的義務衝突與調和。

但無論於法庭內外，當律師違反一定的作為或不作為義務，或另有其他失職行為時，社會皆會要求律師負起相關責任。至於究責機關應隸屬於國家或交由團體公會自律？則因各國政治、經濟、社會、文化環境不同，而有不同規定。至於律師的課責機制，尚包括課責的目的、課責的事由、課責的手段、課責的主體、課責的程序等內涵，而這些內涵也因各國相關法令如何定位律師之角色而互有異同。

因此，在檢討我國律師懲戒制度前，首應檢視我國現行對於律師課責的機制有哪些？而現行律師懲戒制度又屬於何種課責機制？另外，同樣的制度，於其他國家法制上的設計又是如何？有何優缺利弊？本章將逐一討論。

第一節 律師之課責機制

我國律師既然屬於憲法規定的「專門職業及技術人員」，律師即非從屬於國家機關，²⁵²而具有一定程度的職業自由及獨立性。²⁵³律師執行業務時，無論是在法庭內從

²⁵² 邱聯恭，1996：19。

²⁵³ 參見第二章第一節「參、概念之變遷：從『在野法曹』到『自由業』」。

事訴訟活動，或於法庭外辦理非訟事件或提供法律諮詢服務，都與人民權益及公共利益攸戚相關，因此，律師執業時必須遵守憲法及相關法令並恪遵執業紀律等規範，以維護當事人合法權益並制衡國家機關所為公權力之行使。律師一旦違反應盡的義務，自應受有相當程度的非難，而此一非難依據課責機制的目的及行使方式不同，又可概分成三類，即：民事責任的課責機制、刑事責任的課責機制及懲戒罰的課責機制。以下，即分別論述之。

壹、第一類課責機制之目的及行使方式：民事責任

一、法律依據

（一）民法

不同國家對於律師角色因認知差異及國情因素，而對律師民事責任的要求強度也有不同程度的理解與建構，²⁵⁴於我國，律師應負民事責任的依據，一般而言，主要係源自律師與當事人間的契約關係，意即律師對於當事人負有「律師契約義務」。但須釐清的是，律師契約雖屬於勞務之債，但律師因具專門職業或自由業的本質，加上法律事務的處理不能以達到當事人所期待的結果來評價律師是否已依約履行，因此，律師契約的基本規範需求係傾向於以「處理事務」為核心的契約類型，我國通說一般均將律師與當事人間的契約定性為「委任」契約性質，其理在此。²⁵⁵而律師與當事人間的契約既然屬於委任契約，則意味當事人係基於信任受任人而託其處理事務，而受任

²⁵⁴ 例如，英國就律師分為 Barrister 與 Solicitor 二者，前者原係指得於較高級法院出庭律師，後者則負責言詞辯論準備工作等事務，但此事務分工於近年有不同發展，而英國於 Barrister 民事責任制度發展出就其法院訴訟行為得享責任豁免，即後者，在晚近亦有此發展趨勢。但此見解，於學者間非無爭議，英國此一法律制度影響普通法系之國家甚為明顯，然應注意者乃美國並未從之。Vgl. Graef, Die Haftung des deutschen und englischen Anwalts für fehlerhafte Prozessführung, 1995, S. 210 ff.; Reihlen, Die Haftung von Rechtsanwälten und Notaren gegenüber Drittbegünstigten für Fehler bei der Testamentserrichtung, 1992, S. 36 ff. 見姜世明，2004：123。

²⁵⁵ 顏華欽，2004：33。

人處理事務時，雖也須依從委任人的指示，但仍有自由裁量之權，²⁵⁶且對照我國律師法第 20 條、²⁵⁷第 23 條、²⁵⁸第 24 條、²⁵⁹第 28 條²⁶⁰及第 36 條²⁶¹規定亦可知，律師受當事人委託辦理法律事務，其性質與僱傭契約之受僱人須完全聽從僱用人之指示從事勞務者有所不同，因此，將律師與當事人間之契約定性為民法第 528 條²⁶²規定之委任契約，應無疑義。

至於律師與當事人間的委任契約生效後，律師受任執行職務時，如果因為故意或過失而致委託人受有損害，則此時可能出現的民事責任有二，一為律師對於委託人為不完全給付、二為律師不法侵害委託人權益。因此，委託人得主張律師應負民事責任，其請求權基礎主要為：債務不履行、²⁶³侵權行為²⁶⁴或委任契約中之受任人損害賠償責任等。²⁶⁵

（二）消費者保護法

消費者保護法第 7 條規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」而律師受當事人委託提供法律服務，是否也應適用消費者保護法規定？

關於此一疑點，在法律實務上，法院並未曾就類似個案作出相關判決，惟關於醫療行為致生損害於病人的事件，法院的態度已由早期對於醫療行為持肯定的見解認有

²⁵⁶ 鄭玉波，1992：415。

²⁵⁷ 律師法第 20 條：「律師受當事人之委託或法院之指定，得辦理法律事務。（第 1 項）律師得辦理商標、專利、工商登記、土地登記及其他依法得代理之事務。（第 2 項）律師辦理前項事務，應遵守有關法令規定，如有違反，應依有關法令處理。（第 3 項）」

²⁵⁸ 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。」

²⁵⁹ 律師法第 24 條：「律師接受事件之委託後，非有正當理由，不得終止其契約；如須終止契約，應於審期前十日或偵查訊（詢）問前通知委託人，在未得委託人同意前，不得中止進行。」

²⁶⁰ 律師法第 28 條：「律師對於委託人、法院、檢察機關或司法警察機關，不得有矇蔽或欺誘之行為。」

²⁶¹ 律師法第 36 條：「律師不得代當事人為顯無理由之起訴、上訴或抗告。」

²⁶² 民法第 528 條：「當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」

²⁶³ 民法第 226 條至第 233 條參照。

²⁶⁴ 民法第 184 條參照。

²⁶⁵ 民法第 544 條參照。

消費者保護法之適用，²⁶⁶近年來法院的態度卻轉趨認為：「

...醫療行為適用消費者保護法無過失責任制度，反而不能達成消費者保護法第 1 條所明定之立法目的。是應以目的性限縮解釋之方式，將醫療行為排除於消費者保護法適用之範圍之列。」²⁶⁷

且更認為：「

...醫師為醫療行為之義務與責任，自應優先適用醫療法，除醫療法未規定，始適用其他法律。而醫師為醫療行為致生損害於病人時，醫療法第 82 條第 2 項明定應以故意或過失者為限，始負損害賠償責任，自不應捨醫療法而適用消費者保護法之規定。」²⁶⁸

由此可知，現行實務上法院並不認為醫療行為應適用消費者保護法。惟是否亦可類推認為律師提供法律服務時也無庸負擔消費者保護法的無過失責任？國內大部分論者多持肯定見解，²⁶⁹本論文亦從此觀點。

筆者認為，律師法已明文規定，律師如因懈怠或疏忽，致委託人受損害者，應負賠償之責。²⁷⁰所以，律師為法律行為之義務與責任，自然應優先適用律師法，除律師法未規定外，始適用其他法律。而律師法既然規定律師致委託人受損害時，應以懈怠或疏忽為限，始負損害賠償責任，則自然不應捨律師法而適用消費者保護法之規定。且律師提供法律服務，不應負擔無過失責任義務的另一項理由是，律師提供的法律服務，其性質與商品的設計、生產、製造有別，因為，法律服務不像商品具有「大量化」與「傳播範圍廣」等特徵，²⁷¹而且，律師辦理訴訟案件時，勝訴或敗訴的結果主要繫於法院之裁判，訴訟過程本具有不可控制性，且訴訟結果亦充滿不確定性；如果要求律師服務應負責無過失責任的高度義務，則律師一旦受敗訴判決時，即有高度可能被

²⁶⁶ 見臺北地方法院 85 年度訴字第 5125 號民事判決書。

²⁶⁷ 見新竹地方法院 88 年度訴字第 836 號民事判決書、高雄地方法院 91 年度訴字第 3483 號民事判決書、臺灣高等法院 91 年度上字第 25 號、94 年度醫上字第 3 號民事判決書等。

²⁶⁸ 見臺灣高等法院 94 年度醫上字第 1 號民事判決書。

²⁶⁹ 朱柏松，1996：42-65。陳聰富，2001：73-112。顏華歆，2004：26-27。

²⁷⁰ 律師法第 25 條參照。

²⁷¹ 顏華歆，2004：26。

委託人據以求償，如此一來，律師爲了避險，自然就會篩選案件，也不會接受沒有絕對勝訴可能的案件，最後將影響一般人的使用律師權，甚而妨礙人民訴訟權之行使，此種結果顯非民主法治國家所樂見。再者，律師倫理規範也明文規定，律師不得就受任事件，擔保將有利結果，²⁷²因此，筆者認爲，消費者保護法並無法作爲當事人請求律師應負民事責任之請求權基礎。

二、目的及行使方式

如前所述，律師應負民事責任的法律依據，主要是基於律師與當事人間的委任契約關係，而當事人於委任契約義務內容的指示與決定，最重要的意義在於「當事人自主權」(client autonomy)的實現，此種自主權實現也被認爲是個人主體性獲得確立及其人格的自我實現，²⁷³從而，當律師違反契約義務內容時，即是損害當事人自主權之實現，因此，當律師未能滿足當事人自主權之實現，或因律師不法行爲而侵害當事人權益時，爲了保護當事人私法上的權利，自應課予律師民事責任，以填補當事人之損害，此即爲課予律師民事責任的目的。

至於對律師進行民事責任的課責方式，主要係由受有損害之當事人提起民事訴訟。因爲，民事訴訟制度目的主要即在於解決私權紛爭，而私權紛爭與國家公益並無直接關係，故須由私權被侵害之人，依民事訴訟程序，向法院提出保護其私權之請求，並由法院就當事人與律師間之紛爭予以審理，並爲判決，以公權力強制方式解決民事紛爭，而於當事人獲得勝訴的判決時，其私權即受法律的保護，且當敗訴者拒絕執行

²⁷² 律師倫理規範第 28 條參照。

²⁷³ See e.g. Dworkin, Autonomy and Informed Consent, in 3MAKING HEALTH CARE DECISIONS: THE ETHICAL LEGAL IMPLICATIONS OF INFORMED CONSENT IN THE PATIENT-PRACTITIONER RELATIONSHIP 1 (1982). (cited in Marcy Strauss, TOWARD A REVISED MODEL OF ATTORNEY-CLIENT RELATIONSHIP: THE ARGUMENT FOR AUTONOMY, 65 N.C. L. Rev. 315, at 337-338(1987)). 見顏華歆，2004：18。

判決結果時，即由國家以公權力強制執行之，²⁷⁴以維護勝訴者的權益。然而，目前國內律師因民事賠償責任而進入訴訟程序者，尙不多見。²⁷⁵

貳、第二類課責機制之目的及行使方式：刑事責任

一、法律依據

律師執行業務時，如果行為已觸犯刑法或行政刑罰相關規定，即應承擔相當之刑事法律效果。

（一）行政刑罰

現行行政刑罰中有關的刑事處罰規定可見於律師法和證券交易法。其中，就律師法規範執業律師所為刑事處罰之規定，僅有第 49 條規定：「律師非親自執行職務，而將事務所、章證或標識提供與未取得律師資格之人使用者，處 1 年以下有期徒刑，得併科新台幣 3 萬元以上 15 萬元以下罰金。」而證券交易法第 174 條第 2 項第 1 款亦規定：「律師對公司有關證券募集、發行或買賣之契約、報告書或文件，出具虛偽或不實意見書者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 2000 萬元以下罰金。」

（二）刑法

我國刑法專就律師等專門職業人員所訂定的刑事處罰規定，僅有刑法第 316 條規定之洩漏業務上知悉他人秘密罪。²⁷⁶筆者以為，刑法並未就具有律師身分之人特別制定太多身分犯處罰規定，主要是因刑法是所有法律中，對人民的生命、身體、財產等基本權利侵害最高的一部法律，因此，規範處罰的範圍時自然必須特別慎重，且如果

²⁷⁴ 姚瑞光，1993：1。

²⁷⁵ 經查司法院法學資料檢索系統，當事人訴請律師應負損害賠償責任者，僅有二案（臺灣高雄地方法院 91 年訴字第 677 號判決、最高法院 91 台上字第 158 號判決）。

²⁷⁶ 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。」

有其他手段亦能達到與刑罰制裁相同的目的時，國家即應選擇對人民權利侵害最小的制裁手段為之。因此，一般而言，刑法所規範的，皆是道德的最低標準，所處罰者皆為具有可罰性的惡害。律師是否應較一般人課予更高的刑事義務，乃屬國家之刑事政策，如果課予律師一般刑事責任即可滿足國家維持法秩序的目的，即無必要再特就律師身分另訂刑責以為規範，否則，即有違反法治國原則。

不過，刑法雖然僅有第 316 條係因律師身分而制定之處罰規範，但非謂律師於整部刑法中僅可能受此條之制裁。事實上，如刑法第 215 條從事業務之人登載不實事項於業務上文書罪、第 317 條洩漏業務上知悉之工商祕密罪、第 342 條背信罪等，規範的內容實質上亦足以監督律師的執業秩序。此外，就我國歷年來律師因犯罪行為判刑確定而被移付懲戒之案例分析，律師觸犯之刑事犯罪，計有：侵占罪、詐欺罪、偽造文書罪、誣告罪、包攬訴訟罪、通姦罪、妨害名譽罪、傷害罪、恐嚇罪、妨害公務罪...等，其中，又因詐欺罪受懲戒處分之律師為數最多。²⁷⁷

二、目的及行使方式

國家或公共團體為維持一定的社會秩序，往往以法規建構一套完整的法秩序，人民即負有遵守之義務，倘若人民違背其應遵守之義務，即應受到相當之制裁，而刑罰即是維持法秩序的制裁手段，²⁷⁸究其課予犯罪者刑事責任的目的，主要在於使用刑罰的法律手段，以抑制犯罪，確保社會共同生活的基本價值，以建立並維繫社會共同生活所不可或缺的和平與秩序。²⁷⁹因此，律師行為如有違反刑法規定，破壞國家社會共同生活的法秩序時，即應課予刑事責任。

對於違反刑法規定的律師應如何進行課責？依刑事訴訟法規定，其方式係由國家作為刑罰權的發動主體，也就是由代表國家追訴犯罪的檢察官於受理告訴、告發案件

²⁷⁷ 資料來源：見中華民國律師公會全國聯合會所編著之「律師懲戒案例選輯」，2007。

²⁷⁸ 洪家殷，2006：1。

²⁷⁹ 林山田，2008a：51。

或知有犯罪嫌疑後主動進行偵查，一旦認定律師涉有犯嫌，即向法院提起公訴，並由法院依檢察官偵查所得的事實及證據，判斷事實適用法律而為審判，當法院判決有罪定讞後，再由檢察官依法院判決結果而為執行。²⁸⁰

參、第三類課責機制之目的及行使方式：懲戒罰

一、法律依據

現行律師懲戒制度，主要是規定於律師法第 39 條至第 44 條及律師懲戒規則中，而律師應移付懲戒的事由，依律師法第 39 條規定，包括：

- （一）違反於辦理商標、專利、工商登記、土地登記及其他依法得代理事務之法令規定。
- （二）未加入該事務所所在地及執行職務所在地之地方律師公會。
- （三）非經釋明有正當理由而辭去法院指定之職務。
- （四）接受事件之委託後，未有正當理由終止其契約或終止契約時未於審期前 10 日或偵查訊（詢）問前通知委託人及未得委託人同意前即中止進行。
- （五）對於律師法第 26 條第 1 項所列各款事件²⁸¹未迴避而執行職務或未拒絕當事人之請求而為職務上所不應為者。
- （六）對於委託人、法院、檢察機關或司法警察機關，有矇蔽或欺誘之行為。
- （七）有足以損及其名譽或信用之行為。
- （八）以自己或他人名義，刊登跡近招搖或恐嚇之啓事。

²⁸⁰ 我國目前刑事訴訟制度亦容許自訴。自訴案件由自訴人向法院提出，並負擔舉證責任。

²⁸¹ 律師法第 26 條第 1 項各款規定分別為：「一、本人或同一律師事務所之律師曾受委託人之相對人之委任，或曾與商議而予以贊助者。二、任法官、檢察官或司法警察官、司法警察時曾經處理之事件。三、依仲裁程序以仲裁人資格曾經處理之事件。」

- (九) 兼任公務員。但擔任中央或地方機關特定之臨時職務者，不在此限。
- (十) 從事有辱律師尊嚴及名譽之行業。
- (十一) 對於受委託、指定或囑託之事件，有不正當之行爲或違反其業務上應盡之義務。
- (十二) 與司法人員及司法警察官、司法警察爲不正當之往還酬應。
- (十三) 受讓當事人間系爭之權利。
- (十四) 挑唆訴訟，或以不正當之方法招攬訴訟。
- (十五) 代當事人爲顯無理由之起訴、上訴或抗告。
- (十六) 違背法令、律師規範或律師公會章程，要求期約或收受任何額外之酬金。
- (十七) 有犯罪之行爲，經判刑確定者。但因過失犯罪者，不在此限。
- (十八) 有違背律師倫理規範或律師公會章程之行爲，情節重大者。

在檢視上述所列舉的事由後可以發現，律師應受懲戒的事由可概分爲：(一) 違反對當事人應盡之忠實義務者，如第 3、4、6、11、13、15、16 項；(二) 違反對法院應盡之真實義務者，如第 3、5、6、11 項；(三) 違反執業紀律者，如第 2、5、7、8、10、11、12、13、14、16、18 項；(四) 違反法令規定者，如第 1、6、8、9、14、16、17 項。²⁸²

由此可知，律師會受懲戒的原因不一而足，有可能僅單純違反執業紀律，嚴重者亦有可能同時觸犯刑事犯罪。至於律師法所列舉的這些事由做爲懲戒律師的依據，是否適當？將在下一節予以評析。

²⁸² 上述分類係由筆者依各項懲戒事由自行判斷歸類，但部分事由可能同時涉及不同類別之屬性，爲免疏漏，故亦分別納入之。

二、目的及行使方式

(一) 目的

傳統見解認為，懲戒罰乃是基於行政法上的特別權力關係所加之制裁，²⁸³而所謂特別權力關係者，是指基於特別的法律原因，國家在一定範圍內擁有概括的下命權，相對人則負有不特定的服從義務。在特別權力關係領域內，國家不受依法行政原則的支配，行政權無須法律授權即可自訂特別規則，逕行限制相對人的基本權利，而國家於此處所為的行政處置因非屬行政處分，故相對人亦不得提起行政爭訟，尋求司法救濟。此外，對違反特別權力關係義務者，國家為維持其內部紀律，得加以處罰，此種處罰制度即稱之為懲戒罰。²⁸⁴依此概念，懲戒罰僅屬於特別權力關係範圍內，行政主體對特別權力關係相對人之制裁。例如：對公務員依公務員懲戒法規所為之制裁、對軍人依陸海空軍懲罰法所為之制裁、對學生依校規所為之制裁等等。至於國家對專門職業技術人員的特別監督關係，是否亦屬之？依早年行政法院判決見解，係認為此部分亦屬於特別權力關係的範疇，²⁸⁵不過，在大法官作成釋字第 295 號、第 378 號解釋後，已經全面否定國家與專門職業技術人員間為特別權力關係。因此，對專門職業技術人員依法律所為的懲戒處分，名稱雖為「懲戒」，但其性質卻與前述基於特別權力關係所為的制裁並不相當。

為了解決此一問題，再加上近年來學界對特別權力關係得以適用的範圍予以強力限縮，相關理論亦有變更，「特別權力關係」一詞學界已多不再使用，因此，現今學者多認為，懲戒罰的概念應改為：行政主體對於具有特定身分關係之人，為維持職業

²⁸³ 林錫堯，1999：333、2006：24-25、林紀東，1986：123、362。

²⁸⁴ 高愈杰，1998a：71-72。

²⁸⁵ 行政法院 78 年度判字第 2214 號判決：「從事於應受行政主管機關管理監督之特種業務如律師、會計師等，如因違反有關法令規定，受主管機關依法定權限所為之懲戒處分，乃係基於特別權力關係所為之處分，非屬行政機關對於人民基於一般權力關係所為之行政處分，故不得對之提起訴願及行政訴訟。」

倫理或其間特定的紀律，而對於違反義務者施予處罰。²⁸⁶而持此一見解之學者即認為，專門職業技術之執業人員即可納入「特定身分關係之人」。

（二）行使方式

1.懲戒權的發動

律師如有違反律師法第 39 條所規定的各款情事者，目前實務界的作法是由檢察署、律師公會或律師因辦理律師法第 20 條第 2 項事務之主管機關移付懲戒，意即懲戒程序之發動權，是由上述機關或公會為之。²⁸⁷

2.懲戒機關

行使律師懲戒權之主體，現制是由律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會行使。其中，律師懲戒委員會成員共 9 名，由高等法院法官 3 人、高等法院檢察署檢察官 1 人及律師 5 人組織之，委員長由委員互選之。²⁸⁸而律師懲戒覆審委員會成員則為 13 人，由最高法院法官 4 人、最高法院檢察署檢察官 2 人、律師 5 人及學者 2 人組織之，委員長亦由委員互選之。²⁸⁹值得注意的是，律師懲戒委員會的成員中，律師超過半數，但在懲戒覆審委員會中，律師人數比率卻下滑到不及 4 成，究係何故？似乎頗值得玩味。

3.懲戒種類

依律師法第 44 條規定，懲戒處分計有四種：警告、申誡、停止執行職務 2 年以下及除名等。

4.懲戒程序

現行律師懲戒程序並未規範於律師法中，而是授權由法務部另行訂定律師懲戒規

²⁸⁶ 洪家殷，2006：156、吳庚，2005：507-508、林錫堯，2006：25。

²⁸⁷ 律師法第 40 條規定：「律師應付懲戒者，由高等法院或其分院或地方法院檢察署依職權送請律師懲戒委員會處理。其因辦理第二十條第二項事務應付懲戒者，由各該主管機關逕行送請處理。（第一項）律師公會對於應付懲戒之律師，得經會員大會或理事、監事聯席會議之決議，送請律師懲戒委員會處理。（第二項）」

²⁸⁸ 律師法第 41 條。

²⁸⁹ 律師法第 43 條。

則，並報請行政院會同司法院核定後實施。²⁹⁰

依律師懲戒規則規定，移送懲戒的機關應提出理由書，²⁹¹律師懲戒委員會受理懲戒事件後，應將移送理由書的繕本送達被付懲戒人，被付懲戒人應於收受後 20 日內提出申辯書，其間，被付懲戒人得聲請閱覽及抄錄卷證。²⁹²另，有關委員會委員長、委員之迴避事由及文書之送達，皆準用刑事訴訟法規定；²⁹³又懲戒案件是輪流分配於各委員審查，²⁹⁴且審查委員應於懲戒事件輪分後二個月內將審查經過情形，作成審查意見送交委員長；委員長於收受審查意見後應於一個月內召開評議會，評議會召開時，並應通知被付懲戒人到會陳述意見，²⁹⁵俟評議時，委員長、委員應各自陳述意見，²⁹⁶並以過半數之意見決之；²⁹⁷評議會決議後，原審查委員應於 7 日內作成決議書，²⁹⁸作成後 7 日內應送達移送懲戒之機關、團體及被付懲戒人；²⁹⁹被付懲戒人、移送懲戒之機關或團體，如有不服律師懲戒委員會的決議，可向律師懲戒覆審委員會請求覆審，而覆審的程序則準用初審的懲戒程序規定。³⁰⁰

第二節 第三類課責機制之檢討

前述介紹的三類課責機制中，第一類之民事責任及第二類之刑事責任於法理或實務上均無爭議，課責機制之啓動者、行使者以及課責目的亦均十分明確，在適用上亦

²⁹⁰ 此亦是現行律師懲戒制度最為人詬病者，筆者將於第五章進行論述，本節暫不贅述。

²⁹¹ 律師懲戒規則第 6 條參照。

²⁹² 律師懲戒規則第 7 條參照。

²⁹³ 律師懲戒規則第 5 條參照。

²⁹⁴ 律師懲戒規則第 8 條參照。

²⁹⁵ 律師懲戒規則第 11 條參照。

²⁹⁶ 律師懲戒規則第 13 條參照。

²⁹⁷ 律師懲戒規則第 14 條參照。

²⁹⁸ 律師懲戒規則第 16 條參照。

²⁹⁹ 律師懲戒規則第 18 條參照。

³⁰⁰ 律師懲戒規則第 22 條參照。

無困難。唯獨第三類的課責機制，於法理及實務界中，至今仍是個備受困擾且尚無定論的爭議問題。以下，即分述之。

壹、懲戒罰是否等同於行政罰？³⁰¹

一、從法理面分析

何謂懲戒？有論者³⁰²認為「懲戒」原係指民法規定的父母對子女的訓育手段，例如民法第 1085 條規定：「父母得於必要範圍內，懲戒其子女。」但後來被擴張適用至非父母、子女間之教範關係，例如，在特別權力關係中，就有論者認為，為達成上命下從的目的，特別權力關係人得在必要範圍內，對於相對人施以懲戒，例如軍人、公務員、師生等等。繼之，懲戒的範圍更再度擴張，連專門職業技術人員如有違反執業行為規範時，也都須受懲戒處分。但除了父母對子女的懲戒是屬於訓育手段外，對特別權力關係相對人及對專門職業技術人員的懲戒顯然不屬之，則此二類受懲戒人其懲戒處分的性質究竟為何？不無釐清的必要。

不過，這樣的論點並不能為律師懲戒處分定性。因為，依大法官釋字第 378 號解釋，律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會之性質及外觀相當於法院之職業懲戒法庭，懲戒覆審委員會之決議即屬法院之終審裁判，並非行政處分或訴願決定，故不得提起行政訴訟。³⁰³所以，至少就律師懲戒處分之性質而言，絕非等同於行政罰。

易言之，大法官認為，現行律師懲戒委員會係屬司法權下的法院或類似法院的機

³⁰¹ 此處係指狹義的行政罰，即行政秩序罰，不包括行政刑罰及執行罰在內。

³⁰² 林山田認為，現行法制中，因誤用懲戒罰的概念，而將學理上應屬紀律罰的制裁法或制裁手段，誤稱為「懲戒法」或「懲戒處分手段」，例如公務員懲戒法或律師法的懲戒及其規定，故認有待今後立法上的更正。見林山田，2008b：404。

³⁰³ 參見解釋文：「…律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會性質上相當於設在高等法院及最高法院之初審與終審職業懲戒法庭，與會計師懲戒委員會等其他專門職業人員懲戒組織係隸屬於行政機關者不同。律師懲戒覆審委員會之決議即屬法院之終審裁判，並非行政處分或訴願決定，…」

構，並非行政機關，從而律師懲戒委員會所作的懲戒決議，是以司法裁判直接作成，並非行政處分，而懲戒覆審委員會所作的懲戒決議係屬終審裁判，並非訴願決定。³⁰⁴因此，有論者認為依照釋字第 378 號解釋意旨以觀，律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會所作的懲戒決議，不但不等同於行政罰，且應較類似刑事罰。因為，在律師懲戒程序中，司法權不僅是作為救濟的管道，更是直接掌握制裁權力的主體，³⁰⁵這與刑罰權亦由司法權直接行使制裁權的法理脈絡相符，而與行政罰係由行政權第一次行使制裁權，再由司法權透過救濟程序第二次行使權利相悖，³⁰⁶是以，從釋字第 378 號解釋分析，律師懲戒罰的性質絕對不同於行政罰。

事實上，主張懲戒罰是「行政主體對於具有特定身分關係之人為維持其間之紀律，對違反其義務者所課加之處罰」論點的學者也認為，懲戒罰的處罰程序與行政罰有異，進而認為因違背職務上義務所受之制裁，與一般人民違反行政法上義務所受之處罰不同，³⁰⁷所以，懲戒罰並不屬於行政罰。

二、從立法理由分析

另，如果就行政罰法之立法理由加以分析，是否即可釐清懲戒罰與行政罰之間的關係？答案亦是否定的。

我國行政罰法於草擬階段時，與會人員就對於懲戒罰與行政罰間的關係迭有爭議。根據法務部行政罰法研究制定委員會第 24 次會議³⁰⁸結論：「對專門職業及技術人員所為之懲戒，因其懲戒原因不同於一般人民之違反行政法上義務，且具有維護內部紀律之性質，原則上不適用本法之規定。」³⁰⁹但同年間另次會議中，與會人員卻又認

³⁰⁴ 高愈杰，1998b：第二版。

³⁰⁵ 高愈杰，1998c：第二版。

³⁰⁶ 高愈杰，1998a：101。

³⁰⁷ 吳庚，2005：461。

³⁰⁸ 2001 年 9 月 28 日召開。

³⁰⁹ 法務部，2002a：60。

爲：「不受本草案規範之懲戒罰，以維護機關或職業內部紀律性質之懲戒罰爲限，如其爲具有違反行政法上義務性質而施予之懲戒罰，似仍有本草案規定之適用。」³¹⁰俟 2005 年 2 月 5 日總統公布行政罰法後，依該法第 1 條的立法說明二所示：「...懲戒罰與行政罰之性質有別，懲戒罰著重於某一職業內部秩序之維護，故行政罰之規定非全然適用懲戒罰，從而行政罰法應無納入懲戒罰之必要。」由此可知，立法者似乎也認爲，懲戒罰的目的是在維護職業團體內部的秩序及紀律，而行政罰則是處罰違反行政法上義務的行爲人，因此，對於專門職業人員所施予的懲戒罰，與行政罰的目的並不全然相同。

但上述行政罰法之立法說明繼而又謂：「懲戒內容如兼具行政法上義務違反之制裁與內部秩序之維護目的，則是否具有行政秩序罰性質，宜由立法目的、淵源考量。」此處似乎又透露，立法者仍未全然將懲戒罰與行政罰一刀切開，而認爲當受懲戒的事由也同具有行政法上義務違反時，懲戒罰似乎也不盡然完全不具有行政罰的性質。如此一來，也意謂著相關主管機關在執法時面臨相當嚴苛的挑戰，因須就專門職業人員的懲戒事由逐條進行檢視；意即，當主管機關認爲某些條文規定之處分目的是爲了制裁違反行政法上的義務，即應劃歸爲行政罰的範疇，又如果認爲某些條文規定之處分目的是在於維護內部職業團體的秩序時，則應劃歸爲懲戒罰，但當兼具兩者性質時，該何去何從？其實連立法者自己也沒有答案。

也因此，行政罰法於 2005 年 2 月 5 日施行後，行政院法規委員會遂於同年 12 月 12 日特就「對專技人員所爲懲戒處分之性質爲何？是否有行政罰法規定之適用？」議題召開諮詢會議，惟與會多數學者均認爲，很難自現行專門職業人員之懲戒罰中劃分何者係屬維護內部秩序？而何者又屬行政義務違反之制裁？且有學者並提及，如果將懲戒罰全部認定非屬行政罰，則同一行爲可能會遭受重複處罰，因爲行政罰法第 2 條

³¹⁰ 法務部，2002b，56。

所規定之不利益處分種類，同時也包含相當範圍的懲戒處分在內，³¹¹因此，為免重複處罰，還是得視其懲戒處分的性質是否屬於內部倫理規範、內部監督作為，如果與行政罰法所規定之不利益處分種類沒有重疊，則可以劃歸為懲戒罰的範圍。³¹²至於其他與懲戒罰之實質特徵未彰顯，致其義務內容與處罰種類與一般行政罰之實質特徵不能區別者，則不可歸類為懲戒罰，而應認為屬於行政罰。因為，如果將這類懲戒歸為懲戒罰而非行政罰時，即會因為不適用一行為不二罰原則，而可能令行為人同時受到懲戒罰與行政罰的雙重處罰，這對專門職業技術人員而言，顯失公平。³¹³

學者會持此一主張的原因，主要是認為儘管我國自行政罰法制定後，表面上似乎已然將懲戒罰與行政罰法切割，認為懲戒罰並非行政罰法所規範的範疇，然而，對於專門職業人員的處罰雖然名為「懲戒」，但部分懲戒處分種類卻與行政罰法第2條所列的行政罰有若干重疊之處，³¹⁴所以，如果將懲戒罰徹底與行政罰切開，行為人即很有可能因同一行為同時受到懲戒罰與行政罰雙重處罰的風險。法務部為此特別於2007年4月20日召開「法務部行政罰法諮詢小組第7次會議」，會中所作結論為：³¹⁵

1. 懲戒罰與行政罰之區隔，須從處罰之組織、程序、要件及種類予以實質觀察，惟因現行法規中對於專技人員懲戒制度之選擇及設計，故非能以名稱定為「懲戒」，即認為其屬懲戒罰。各主管機關仍應就主管法規相關規定予以檢視，釐清其性質，如係因違反行政法上義務而予制裁者，應屬行政罰；如非違反行政法上義務，而純係違反內部紀律所為之制裁者，則屬懲戒，而無行政罰法之「適用」。至如現行法制下有無法明確區隔懲戒罰與行政罰之情形時，基於權利保障之立場，可將其視為行政罰，而適用行政罰法之原理原則。
2. 又行政罰法之立法目的，乃為落實法治國家原則，如比例原則及法安定性原則等等。行政

³¹¹ 例如，專門職業人員之懲戒處分如係除名處分，亦屬行政罰法第2條第2款規定之剝奪或消滅資格、權利之不利益處分。

³¹² 蔡震榮發言，見行政院法規委員會，2006：181。

³¹³ 林錫堯，2006：27。

³¹⁴ 例如：行政罰法第2條第2款規定撤銷或廢止許可處分，與醫師法第25條之1第1項第4款規定廢止執業執照、會計師法第62條第5款規定除名處分等。

³¹⁵ 法務部，2007：533-561。

機關對於專技人員之懲戒縱非屬行政罰，行政機關為落實依法行政，為懲戒時亦應遵守上開法治國原則，故自得視具體個案情形類推適用行政罰法相關規定。

上述會議的結論主要是為解決懲戒罰與行政罰糾纏不清的難題，並保障行為人免於受到雙重處罰的風險，本意可謂用心良苦。但問題是，行政罰法第1條立法說明二既然已明確將懲戒罰排除適用行政罰法之範圍，但前述會議卻又認為，不能以名稱定為「懲戒」，即認為其屬懲戒罰，而有可能因其性質而屬行政罰，這樣的解釋似乎過於牽強，也等於大開倒車，把懲戒罰和行政罰再度綁在一起。試問，若名為「懲戒」者尚不能認為屬於懲戒罰，則豈非有名實不符之問題？若然，不如將非屬懲戒罰之「懲戒」易名，以免混淆。甚且，筆者以為，此一結論亦已明顯與行政罰法所欲規範的對象為一般人民有所違背。此外，這樣的結論也與大法官釋字第378號解釋衝突，因為，在該號解釋中，大法官早已言明，律師懲戒組織之決議並非行政處分，則律師懲戒如何能成為行政罰呢？



三、從實務運作分析

再就專門職業技術人員懲戒實務運作分析，懲戒罰是否等同於行政罰，結果更莫衷一是。

在實務上，現行法規中對於各專門職業技術人員施予懲戒罰的規定，相當不一致。例如，對社會工作師、³¹⁶職能治療師³¹⁷設有行政罰規定，並由行政機關處罰之；對於醫師³¹⁸、會計師³¹⁹及技師³²⁰則分設懲戒及行政罰兩種制裁手段，並分別交由行政機

³¹⁶ 社會工作師法第41至50條參照。

³¹⁷ 職能治療師法第32至40條參照。

³¹⁸ 醫師法第25條、25條之1為懲戒罰之規定；第27條、第28條之2、第29條則為「罰鍰」之行政罰規定；第28條之4則為「罰鍰、限制執業範圍、停業或廢止執業證照、廢止醫師證書」之行政罰規定。

³¹⁹ 會計師法第61條、第62條為懲戒罰之規定；第72條、第73條則為「罰鍰」之行政罰規定。

³²⁰ 技師法第39條至第41條為懲戒罰之規定；第38條第1項為「廢止執業執照」之行政罰規定、第38條第2項為「廢止執業執照、廢止技師證書」之行政罰規定、第45條第2項為「罰鍰」之行政罰規定。

關施以行政罰或由行政機關內部懲戒委員會予以懲戒；而律師懲戒的機關則更是有別於前，是由設在相當於職業懲戒法庭之懲戒委員會予以處罰。³²¹換言之，同為專門職業技術人員之懲戒，其性質就有可能是司法裁判、行政罰或懲戒罰三種。是以，若欲從實務運作面釐清懲戒罰與行政罰之間的關係，恐怕只會治絲益棼。

其實，筆者以為，要釐清懲戒罰與其他處罰間的份際，並不困難。大體而言，一如前文所述，行為人如係因違反行政法上義務而予制裁者，即屬行政罰；如非違反行政法上義務，而純係違反內部紀律所為之制裁者，則屬懲戒罰；如同時兼具兩者性質時，則可就處罰目的之不同而予以不同之定性。至於是否會出現雙重處罰的風險，則可藉由制度的設計，將懲戒罰行使主體由國家交還給職業團體公會，並依自律原則處理，如此，即可因行政罰與懲戒罰行使主體及行使目的的不同，而不再有雙重處罰的問題。³²²



貳、懲戒罰應由誰任行使主體？

行為人如因違反行政法上義務，而受到國家之制裁，此為行政高權的展現，亦為國家為貫徹統治目的及維護法治所為之必要措施，人民皆有忍受的義務。但如果行為人非違反行政法上義務，而純係違反內部紀律，此時，國家若仍要介入，不論是以行政罰或司法裁判方式予以處罰，都似乎太過。但類似這種「國家把手伸進人民團體」的怪異現象，卻存在社會多年，且早已見怪不怪。何以致此？

究其實，造成這樣不分目的而為處罰的原因，主要是在過去的威權時代中，國家自認為可以「作之君、作之師」，而以高權行政的方式管理專門職業人員之職業內部團體秩序及紀律，換言之，過去立法機關在制定專門職業人員應遵守的義務內容時，

³²¹ 大法官釋字第 378 號解釋。

³²² 有關新制度的設計及理論依據將於後文中充分討論。

並未曾想過要將「違反一般行政法上義務之制裁」與「基於職業團體內部秩序及紀律之維護」分開來規範，因此才造就了今日專門職業人員受到懲戒時，無法辨明到底何者才是屬於行政罰，而何者又是屬於懲戒罰之窘境。因此，前述問題無法解決，歸根究底，實因主管機關不願意放棄擁有管制職業團體的權力所致。

是以，在釐清懲戒罰與行政罰目的不同後，若仍任由公權力獨占行使主體之地位，如此，區分懲戒罰與行政罰不同即無實益，更昭顯政府機關對於「職業團體內部的秩序及紀律」不肯放手的心態，主管機關實應檢討改進。

筆者認為，或許國家政府機關之所以不願意放行，主因係擔心如果公權力不介入，專門職業人員團體是否有能力自我管束及約制自己的成員秩序及紀律？如果自律不為、他律不能、法律不行，則團體秩序及紀律會否蕩然無存？甚而出現失控現象？但，其實懲戒的目的既是為了職業團體內部的秩序與紀律，即無交由團體以外之人越俎代庖的道理。這就好比一個家庭為了維持兄友弟恭、父慈子孝等家庭倫常秩序，家中成員的行為除非觸犯了刑法或侵害他人的權益，而各應課予其相當責任外，例如發生兄弟鬭牆吵架等內部紀律違反問題，縱使再有辱門風，也是自家的事，由自家家長管理就行，當不致於還要由國家或其他非屬家中成員來管，這道理是不言自明的。

若回頭再檢視前一節中所列律師應付懲戒的各項事由，即可發現，其中，除第 6 項、第 8 項、第 14 項及第 17 項有可能同時違反刑事法規定外，其餘事由似乎均屬於規範律師執行職務時應盡的職業義務內容及維護律師職業團體內部秩序的事項。又第 18 項所列律師有違背律師倫理規範或律師公會章程的行為，情節重大者，亦為律師移付懲戒的事由，由此可知，律師執業時的應付懲戒事由，在隨著時代的更迭、社會價值觀不同，當某些行為已不構成應付懲戒的必要時，為免法律的修正，動輒數載、曠日廢時而有緩不濟急之效，是以此款也意謂著主管機關於若干程度上刻意授權由律師團體在自訂維持職業內部團體秩序與紀律上有一定的彈性，以收及時自我管理、約束之效。

至於律師有第 6 項、第 8 項、第 14 項及第 17 項之行為，且有故意犯罪，並經判刑確定之事實者，無論是否與律師執行職務有關，均構成移付懲戒的事由。或許有人會問，律師之犯罪行為既已經國家發動刑罰權課予其刑事責任，為何同時又會構成懲戒事由？而且無論律師的犯罪行為是否與其執行職務有關，均一律構成移付懲戒的事由，道理何在？倘若律師的犯罪行為與其職務無關，亦非於執行職務時發生，為什麼仍有懲戒的必要？這其中對於懲戒罰發動的思考重點，是否隱含了為維護律師團體嚴整團隊秩序及形象的目的？若然，是否也意味律師的犯罪行為無論是否在執行職務中，對於律師團體整體形象及聲譽都仍會造成戕害，而此種破壞團體形象及聲譽之情事，是團體絕對無法容忍之行為？

因此，自前述律師法所規定之懲戒事由以觀，既然均是規範律師執業時所應負的職業義務內容，則對律師所為之懲戒，其目的即是為維護律師職業團體內部的秩序及紀律，則行使懲戒權的主體即不應再由國家以公權力介入，而應由律師職業團體依自律程序為之，方為正辦。

從另一個角度分析，當律師違反了職業上的義務，而其行為不僅造成了當事人的損害，同時也觸犯了刑法的規定而損及國家維持法秩序的目的，既然當事人可循民事救濟制度請求律師應負民事責任以填補其損害，而國家亦可透過刑事偵審的手段對違法的律師進行制裁，那麼當上述二主體分別透過民事及刑事的課責手段而滿足其課責的目的時，試問，是不是仍有必要對律師施以懲戒？懲戒罰的目的究竟為何？這個答案或許由上述行政罰法第 1 條的立法說明，可確知懲戒罰的目的是為維護職業內部的秩序及紀律，而推導出律師懲戒的目的即是為維持律師職業團體內部的秩序及紀律，只不過，維持「律師職業團體內部的秩序及紀律」的工作，是否該由國家以公權力為之？或許一般人會認為，國家為維持社會秩序，並達成各種不同的國家目的，往往會以法規建構起一套完整的法秩序，本諸此種法秩序，人民即負有遵守的義務，倘若人民違背其應遵守的義務，破壞了法秩序，即受到相當的制裁，以確保法秩序之維

持。也因此，為因應不同的需求，國家所得採行的制裁類型即有如：刑罰、行政罰、懲戒罰等手段，³²³從而，儘管律師雖非居於國家特別權力關係相對人之地位，但仍得受國家施以之行政罰或懲戒罰。

但筆者質疑的是，「維護律師職業團體內部秩序及紀律」的目的，得否與國家「維護法秩序」的目的劃上等號？或是屬於「國家法秩序」的範疇？如果答案是肯定的，實際上行政院或法務部也無必要再努力區分行政罰與懲戒罰的差異，更無須再討論對行為人同時施以行政罰與懲戒罰，有無涉及一事不二罰等諸多問題，³²⁴且行政罰法亦無庸特於立法說明排除懲戒罰之適用；反之，答案如果是否定的，也就是「維護律師職業團體內部秩序及紀律」的目的並不等於國家「維護法秩序」的目的，其所須面臨的挑戰即是，國家有何種權力或立場介入職業團體內部秩序及紀律之維護？此問題所涉及的答案，將是專門職業人員懲戒制度的一大變革。

筆者認為，「維護律師職業團體內部秩序及紀律」的目的當然並不等於國家「維護法秩序」，論者認為公務員懲戒法所規定之懲戒，之所以與刑罰有所區別，即係認為公務員懲戒的目的主要是在於維持官箴，不容破壞整體公務員團隊的形象及紀律，而與刑罰的目的是在維持國家社會秩序不同，³²⁵從而，律師懲戒的目的，當然亦與維持國家法秩序的目的不應等同視之。究律師懲戒的本質，並非公權力的實現，而是具有強烈的私法色彩，³²⁶因此，律師懲戒的目的，亦應類同於公務員懲戒的目的般，並非為了懲罰，其所體現的目的應是「非懲罰性」的追求，易言之，即是「嚴整團隊」的概念，以維護律師職業團體內部紀律與秩序為其目的，而得作為嚴整團隊的主體，無論是由現行設於高等法院或最高法院之懲戒委員會或懲戒覆審委員會以司法權為之，或係將來司法院擬籌設地方行政法院（或於地方法院增設行政法庭），而將律師

³²³ 洪家殷，2006：1。

³²⁴ 行政院法規委員會，2006：154-194。法務部，2007：533-575。

³²⁵ 柯慶賢，2002：238-239。

³²⁶ 張善焱，2007：341。

懲戒事件劃歸為行政法院管轄案件，或認律師懲戒案件應與其他專門職業人員相同，皆有行政罰之適用等論點，似均無由律師自治團體為之較屬適當。

第三節 第三類課責機制之運作-比較法之觀察

關於律師課責機制，參考外國法制即可發現，當律師違反民事及刑事責任時，外國關於律師課責機制之啓動程序皆與我國相同，亦即如同前一節所述，由當事人啓動第一類（民事）課責機制、由國家啓動第二類（刑事）課責機制。惟欲對於律師採行第三類課責機制—懲戒罰，誰擁有對於律師施以懲戒的權力？各國規定卻不盡相同。以下，謹先就國外關於律師懲戒目的為一概述，並再就懲戒機關、程序之不同進而探討，冀盼透過他山之石的比較觀察，作為未來我國律師懲戒制度改進之借鑒。

壹、懲戒之目的



國外民主法治較發達的國家，對於律師懲戒的目的，在理論上研究及論證均較我國深入及充分，立法上對律師懲戒制度的目的，也大多有間接的表述。例如，日本律師法第 56 條第 1 款規定：「辯護士及辯護士法人，違反本法或所屬辯護士會或日本辯護士聯合會之章程，而侵害所屬辯護士會之秩序或信譽，或有其他不問職務性或非職務性，均足以損害其品格之不良行為時，應受懲戒。」³²⁷；又如美國法曹協會在其所

³²⁷ 蘇朝榮譯，2002：36。原文為：「弁護士及び弁護士法人は、この法律又は所属弁護士会若しくは日本弁護士連合会の会則に違反し、所属弁護士会の秩序又は信用を害し、その他職務の内外を問わずその品位を失うべき非行があつたときは、懲戒を受ける。」日本法務省網頁：<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S24/S24HO205.html>，最後到訪日：2008 年 4 月 9 日。

訂定的「律師處罰標準（Standards for Imposing Lawyer Sanctions）」中亦指出：「律師懲戒程序的目的，是為了保護公眾及執法，免受那些未盡職責的律師，因其不履行或將來不履行甚或不可能適當履行所對於委託人、公眾、法律制度及法律職業的傷害。」³²⁸相較我國律師法及律師懲戒規則規定，對於律師懲戒的目的則是付之闕如。

有論者曾分析國外律師實務界及學界的諸多觀點，就其中較具代表性之目的不外乎有下列幾點：³²⁹

一、保衛社會：具有證照的律師，是被公眾視為可以信任和有能力執行職務的司法保證，故如對持照律師的違規行為不施以懲戒，該律師還可以憑藉證照再次傷害社會公眾，所以只要有這種危險存在，應臨時地或永久地取消該律師的資格。

二、警戒其他律師：對違規的律師施予懲戒，並可警戒其他有可能違法的律師，使其從中獲取教訓，且在暫停或取消律師資格期間，等於是剝奪了律師通過長期高花費的教育及訓練所獲得的律師執業證照，亦即將律師逐回尋求職業的介紹所，使其在名譽上及經濟上均受到嚴重的損失，因此懲戒亦可有效的威懾，使律師能從其他律師的懲戒中吸取教訓而不違犯。

三、維護律師公會和律師之公眾形象：不管任何一個律師的違規行為，均會引起當事人和公眾對律師能力和品格持疑及不信任。因此，倘未對該違規的律師施予懲戒，將使人們認為這樣缺乏能力與品格的特性，是普遍存在於大多數律師的身上。因此，除非有效地實施懲戒，否則即會損害律師公會及整體律師職業的形象。

³²⁸ http://www.abanet.org/cpr/regulation/standards_sanctions.pdf，最後到訪日：2008年5月25日。

³²⁹ 章武生，1999：195-196。

貳、懲戒機關及程序

不同國家之所以對於律師行使懲戒權的主體有所不同的原因，主要是因各國不同民主政治體制及法律文化傳統歧異所致。歸納整理各國律師懲戒機關，約可分為下列3種類型：

一、由律師公會行使

此種類型，以日本律師懲戒機關為代表。

日本律師法第56條第2項規定：「懲戒，由該辯護士或辯護士法人所屬之辯護士會，依據懲戒委員會之議決為之。」³³⁰同法第65條第1項規定：「各辯護士會及日本辯護士聯合會，應分別設置懲戒委員會。」³³¹準此，在日本，擁有行使律師懲戒權者，為地方律師公會和律師聯合會，且是由律師公會獨占，完全排除國家機關對於律師的監督，這也意謂日本的律師自治，在國際上是少有及特有的。而且，在日本國內，也只有律師是不受國家機關管制監督，³³²最主要的原因是源於律師具有重要的使命，無論如何都不受來自國家機關不當的干涉。現行日本律師法確立律師自治原則，賦予地方律師公會對於律師的懲戒權，而為保障懲戒權之公正行使，現行日本律師法關於懲戒組織的規定，於律師公會聯合會（下簡稱：日辯聯）及地方律師公會均設有懲戒委員會及紀律委員會二章的規定，³³³另於日辯聯內再設一個紀律審查會的組織，其懲戒

³³⁰ 蘇朝榮譯，2002：36。原文為：「懲戒は、その弁護士又は弁護士法人の所属弁護士会が、これを行う。」日本法務省網頁：<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S24/S24HO205.html>，最後到訪日：2008年4月9日。

³³¹ 蘇朝榮譯，2002：40。原文為：「各弁護士会及び日本弁護士連合会にそれぞれ懲戒委員会を置く。」日本法務省網頁：<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S24/S24HO205.html>，最後到訪日：2008年4月9日。

³³² 森際康友，2005：290。

³³³ 鄭傑夫，2002：44。

程序略述如下：³³⁴

（一）任何人均可請求對於律師予以懲戒

任何人如果認為存在應該對律師個人予以懲戒的事實，可以向該律師所屬的地方律師公會請求對其予以懲戒。

（二）律師公會紀律委員會的調查

地方律師公會受理請求懲戒案件後，必須向該會的紀律委員會請求調查。紀律委員會雖然是地方律師公會的一個機構，但其組成人員除了律師之外，還有法官、檢察官及學者，³³⁵有權不受律師公會理事長的指揮及命令而對懲戒請求的事實內容進行調查。紀律委員會經調查後，根據調查結果對懲戒請求個案作出判斷，如認為不應予以懲戒，即應決議「不予懲戒」。

（三）懲戒請求人提出異議，申請審查的制度

地方律師公會根據紀律委員會的決議作出對該律師「不予懲戒」的決定，懲戒請求人得向日辯聯設置的紀律審查會申請審查。³³⁶紀律審查會由 11 位委員組成，且任何曾任或現任律師、法官及檢察官者，均不得任審查委員。紀律審查會負責審查被申請審查的個案是否應該提交懲戒委員會進行查處。紀律審查會通過決議認為該個案應該提交懲戒委員會進行查處，地方律師公會的懲戒委員會即開始查處工作；反之，則駁回審查申請，對該律師「不予懲戒」的決議即生效。

（四）懲戒委員會的查處

紀律委員會通過決議認為個案應該予以懲戒，地方律師公會的懲戒委員會即開始查處工作。懲戒委員會雖然是地方律師公會的一個機構，但其組成人員除了律師之

³³⁴ 見日本律師公會聯合會網站:<http://www.nichibenren.or.jp>，最後到訪日：2008 年 4 月 9 日。

³³⁵ 為避免律師僅從自身職業這一相對狹隘的角度出發作出判斷，避免同僚相軋，紀律委員會委員原來僅有律師組成，自 1979 年起，增列法官及檢察官和學者。見張善燦，2007：363。

³³⁶ 紀律審查會不同於地方律師公會所設的紀律委員會。紀律審查會是依據 2003 年的律師法修改（2004 年 4 月 1 日）而新設置的日辯聯的機構。

外，還有法官及檢察官以及學者，有權不受律師公會理事長的指揮及命令而對懲戒請求的事實內容進行查處。一旦懲戒委員會決議對被請求懲戒的個案律師予以懲戒者，地方律師公會即對該律師予以懲戒。

（五）懲戒請求人提出異議

懲戒請求人認為地方律師公會所作的懲戒處分不當、過輕或不予懲戒者，可向日辯聯提出異議。但日辯聯根據懲戒委員會的決議對律師給予懲戒處分或作出「不付懲戒」的決定時，懲戒請求人即不得再對日辯聯的決定提出異議，也不得向高等法院提起訴訟請求對律師再予懲戒處分。

（六）受到懲戒處分的律師請求審查、提起訴訟

受到地方律師公會懲戒處分的律師，如果不服，可向日辯聯請求審查；受日辯聯懲戒處分的，可向東京高等法院提出懲戒處分撤銷訴訟，請求撤銷處分。

基上可知，日本律師實行高度的職業自治機制，律師懲戒權由地方律師公會及律師聯合會行使。地方律師公會原則上以地方法院管轄區為單位，律師公會下設紀律委員會和懲戒委員會，分別承擔律師懲戒的調查和審理職能。而日辯聯則是一個完全獨立的職業自治團體，它完全依靠會員的會費運作，既不接受國家財政的補助，也不受最高法院、法務省（相當我國的法務部）或國會的監督。

二、由法院行使

此類型以德國為代表。

在德國，對律師進行懲戒由專門的律師法院行使。專門的律師法院分三審，各審律師法院如下：

（一）第一審為律師法院，即律師違反紀律案件的第一審法院，每一律師公會之

轄區，設一法律師法院，法律師公會所在地，即為法律師法院所在地。³³⁷法律師法院按需要成立若干合議庭，³³⁸合議庭之審判長及法官，均由邦司法部就當地法律師公會之會員任命之，因此法律師公會須將合格之法律師名單，送呈邦司法部。另法律師法院成員任期4年；任滿後得續任之。³³⁹

(二) 第二審為高等法律師法院，於邦高等法院設立之。³⁴⁰每一高等法院，置院長一人，因事實需要得成立若干合議庭，院長及各庭之庭長，應指定法律師法院中具有法律師身分之成員充任。³⁴¹各庭的裁判由包括庭長在內的5位成員為之，其中2位須具法律師身分，其餘2位職業法官由邦司法部就高等法院常任法官中任命為陪席法官協助審理，任期均為4年。³⁴²高等法律師法院主管因不服第一審法律師法院所作的裁判而提起的上訴或抗告。

(三) 第三審為聯邦普通法院設立之法律師庭為之。法律師庭由聯邦普通法院院長、3位聯邦普通法院法官與3位法律師為陪席法官組成，其中庭長由聯邦普通法院院長兼任或由聯邦普通法院主席團指定的庭長代理，³⁴³而法律師充任之陪席法官由聯邦司法部長任命，任期為4年，任滿後得繼續任命。³⁴⁴聯邦普通法院法律師庭主管因不服第二審高等法律師法院所作的裁判而提起的上訴或抗告。

德國法律師懲戒程序的發動，是由法律師法院所在地所屬轄區的邦高等法院的檢察機關向法律師法院以遞交起訴書的方式為之。³⁴⁵檢察機關主要是依據法律師公會理事會的請求提出起訴，如果檢察機關不同意法律師公會理事會對法律師提起懲戒的請求，可以命令

³³⁷ 德國法律師法第92條第1項參照。

³³⁸ 德國法律師法第92條第2項參照。

³³⁹ 德國法律師法第94條第1、2、4項參照。

³⁴⁰ 德國法律師法第100條第1項參照。

³⁴¹ 德國法律師法第101條第1~3項參照。

³⁴² 德國法律師法第102第1項、第103條第1項及第104條參照。

³⁴³ 德國法律師法第106條參照。

³⁴⁴ 德國法律師法第107條第1項參照。

³⁴⁵ 德國法律師法第121條參照。

停止起訴。³⁴⁶此外，檢察機關只要得知律師有違反義務的行為，亦可直接向律師法院提起懲戒請求。³⁴⁷另，律師為澄清其違反律師義務的嫌疑時，也可以聲請檢察機關對其提起律師懲戒程序。³⁴⁸

一般而言，在律師法院所進行的懲戒審理程序是不公開的，但應檢察機關或律師的聲請時，即得公開審理；又律師法院在聽取訴訟當事人的意見後，亦得許可其他人旁聽，³⁴⁹在審理程序中，檢察機關或律師有權聲請訊問證人或鑑定人。³⁵⁰又律師懲戒的程序則是準用刑事訴訟法的規定。³⁵¹

再者，被懲戒的律師和檢察機關不服律師法院所作的懲戒判決，均得在律師法院宣示判決一週內，以書面方式向高等律師法院提起上訴，而上訴程序主要是準用刑事訴訟法中有關第二審上訴的規定。³⁵²如果不服高等律師法院的判決，且判決所作的懲戒決定為禁止擔任代理人及輔佐人、除名的處分，或高等律師法院於判決中許可得提出第三審上訴者，被懲戒的律師得向聯邦普通法院提出第三審上訴；反之，高等律師法院判決所作的決定未依檢察官聲請判決為禁止擔任代理人及輔佐人、除名的處分，檢察機關亦得向聯邦普通法院提出第三審上訴。³⁵³

由此可知，德國的律師懲戒制度，是由法院行使，這與日本採取律師高度自治的作法顯然有別。但值得注意的是，在德國制度中，律師懲戒權雖然是由法院行使，但此一法院的成員，與民事、刑事或行政法院並不相同，律師法院的成員除了常任法官之外，另須加入一定比率的律師，這也意味在德國制度中，律師就其同道間之違紀事由的懲戒處分仍有一定之參與決定權，是以德國的律師懲戒制度亦含有自律成份在內。

³⁴⁶ 德國律師法第 122 條參照。

³⁴⁷ 德國律師法第 120 條 a 參照。

³⁴⁸ 德國律師法第 123 條第 1 項參照。

³⁴⁹ 德國律師法第 135 條參照。

³⁵⁰ 德國律師法第 138 條第 2 項參照。

³⁵¹ 德國律師法第 116 條參照。

³⁵² 德國律師法第 143 條參照。

³⁵³ 德國律師法第 145 條參照。

三、由法院及律師公會共同參與行使

此類型以美國為代表。

在美國，律師的管理是由律師公會和法院共同參與及行使。形式上，美國各州的律師是由該州最高法院發放執照；然而在行政實務上，各州最高法院往往將發放執照及懲戒律師的工作委由各州律師公會執行。³⁵⁴早期，美國法院長期認為他們擁有對律師進行管制的固有權利，這一傳統起源於 13 世紀的英國，然而事實上，在 18、19 世紀之後，法院即很少對律師實施懲戒，社會的否定性評價是對律師不當行為的主要懲罰手段，但由於這一手段存在嚴重的不足，19 世紀後，美國的律師公會開始形成，並建立了投訴委員會來處理律師的不當行為。

但事實證明，這些投訴委員會難以充分履行職責。因為，投訴委員會是一個沒有強制力的懲戒組織，這種委員會難以強迫證人出庭，難以進行處罰。雖然委員會可以請求法院進行懲戒，但是這些委員會的成員往往不願意因為舉報劣行而與同道產生不睦。因此，很少有律師及委託人向委員會投訴。到了 20 世紀早期，律師公會才逐漸在法院的監督下，獲得了對律師不當行為進行調查和處罰的權力。

從當前的懲戒程序來看，各州規定都不一樣。但有一點是共同的，即均必須符合憲法的要求。由於這種程序在性質上被認為是「準刑事性」(quasi-criminal) 的，³⁵⁵因此，懲戒程序必須滿足正當程序的要求。例如，被付懲戒者應當有權對證人進行詰問，有權提出自己的證據和觀點，有不自證己罪的特權，有得到公正裁判之權利等等。³⁵⁶

³⁵⁴ 郭乃嘉譯，2005：17。同時，日本學者森際康永亦認為，美國雖然形式上法院對於律師擁有懲戒權，但實質上，律師懲戒權的行使，一般均係委託由以律師為中心所組成的懲戒委員會為之。因此氏認為美國相當尊重律師自治。見氏著，2005：290。

³⁵⁵ In re Ruffalo, 390 U.S. 544 (1986).

³⁵⁶ 王進喜，2008：387-388。

美國各州律師懲戒制度雖有不同，但均設有一個常設的懲戒委員會來負責律師的懲戒事務，該懲戒委員會下設有檢控委員會³⁵⁷和聽訊委員會，³⁵⁸為一個一元化的統一體，分別執行檢控和司法裁決雙重職能。為了避免不公正，這兩種職能由懲戒機構的內部組織分別執行，且為了消除原告的疑慮，以求公正，懲戒委員會的人員組成，既有非律師，也有律師。目前在各司法區的懲戒機關中，有二分之一以上都是社會人士，對美國民眾而言，非律師人數的增長表明了其可信程度，因為如果僅由律師來組成懲戒機構，人們將懷疑其客觀性。³⁵⁹其懲戒程序，主要包括有下列程序階段：³⁶⁰

（一）審查

檢控委員會審查由原告提供的，或通過其他途徑獲取的關於律師違法行為或喪失能力狀況的所有資料，從而決定是否進行調查，以去除不屬於司法程序處理的情況。

（二）調查

檢控委員會對相關情況進行調查後，提出處理建議，從而開啓正式程序。除了撤銷案件的處理建議外，檢控委員會在提出處理建議前，應先就案件實質情況書面通知被告，或者為其提供聽訊的機會。在調查結束後，檢控委員會也有權直接作出不公開譴責或留用察看的決定。如果被告同意並接受該決定，程序即告終結；被告如果不接受，可以在接到書面通知 14 日內請求通過正式程序來處理案件。

（三）正式指控

³⁵⁷ 檢控委員會人員由懲戒委員會任命的該州取得執業資格的律師擔任。檢控委員會的主席和全日制工作人員在任職期間，一般不得再從事個人執業。檢控委員會主要職能是查閱案件資料，決定有關律師因其瀆職或喪失能力是否提交司法機關，調查案件情況，撤銷或建議留用察看、非正式譴責、暫停正式起訴的資料，以及有關律師喪失能力的申請等，向聽訊委員會、懲戒委員會或法院懲戒機構提起控訴，將案件處理結果通知原告和被告等。見張善焱，2007：356。

³⁵⁸ 聽訊委員會是由兩個律師公會會員和一名社會人士組成。每一聽訊委員會的委員，任期三年，不得連任，在任職期間內，除非涉嫌案件，否則懲戒委員會不得將其調離。聽訊委員會的主要職能是對律師非法行為的正式指控進行聽訊審查，聽訊恢復執業和重新取得律師執業資格的申請，聽訊判定及解除律師喪失能力狀態的申請，向懲戒委員會提交書面的事實資料、法律結論、建議意見及聽審的紀錄等。見張善焱，2007：355-356。

³⁵⁹ 王國良等，2003：217。

³⁶⁰ 張善焱，2007：356-357。

如果案件進入正式程序，檢控委員會則須以書面正式指控，向懲戒委員會提出指控。被告在收到正式指控的副本後，應在 20 日內提交書面答辯，並將答辯副本送交檢控委員會。如果被告未在規定的期限內提出答辯，則視為被告接受指控。

（四）聽訊

如果被告在答辯中對事實提出了實質性問題，或者被告要求開庭聽訊予以減輕處理，聽訊委員會則應當開庭聽訊。在開庭聽訊過程中，被告有權請求律師代理、交叉詢問證人、出示證據等。聽訊後，聽訊委員會提出處理建議。

（五）懲戒委員會的覆審

被告不服聽訊委員會的處理建議，可以上訴至懲戒委員會，要求覆審。懲戒委員會的覆審主要是針對聽訊委員會的報告和紀錄的覆審。在覆審期間，被告和檢控人有權獲得一個簡單的當場口頭辯論的機會。覆審後，懲戒委員會根據覆審情況，可以維持、修正或反對聽訊委員會的建議意見。

（六）法院覆審

懲戒委員會覆審後，應立即將案件資料、建議意見等報告提交給州高等法院。但撤銷案件及未上訴到懲戒委員會的案件不包括在內。被告和檢控人有權在收到副本之日起 20 日內提出反對意見，並可以在 60 日以內依據民事訴訟程序進行一次簡單的當場口頭辯論。法院可以聽訊被告和檢控人的辯論，並給予適當的判決。之前懲戒委員會所作的懲戒決定只是建議性的，對此，法院可以修正、加重或減輕對被告的懲戒（包括取消律師資格或免除處罰）。

第四節 小結

綜上所述，我國對於律師懲戒權之行使主體，既不同於美國是由律師公會和法院共同行使，亦不同於日本是由律師公會直接行使，而是以性質相當職業懲戒法庭的律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會為行使主體。這種制度乍看似乎與德國極為接近，然而，對照德國所常設的律師法院體制即可發現，我國律師懲戒委員會並非常設組織，而是俟有需要時才即時運作，兩者顯然有別。Brian Kennedy 就很懷疑像我國律師懲戒委員會這樣兼差式的律師懲戒制度能有所成效。他指出，律師的行為必須要有全職、專業的機構才能有效地監督，任何一個懲戒制度都需要全職、專業的工作人員始得以運作。³⁶¹的確，我國律師懲戒制度早已遭人詬病，不僅懲戒組織不健全，懲戒程序更是未落實正當法律程序等，我國律師懲戒制度實已到了應徹底改進的時刻。

我國已是民主法治國家，從各先進民主國家對律師的監督和懲戒權完全或主要是由職業自治團體行使來看，我國律師懲戒制度，亦應朝向發揮職業公會的作用及建立律師自律機制之運行體制前進，以符世界潮流。惟有論者主張，³⁶²我國專門職業人員的懲戒制度不應一國多治，故律師懲戒應與其他專門職業人員懲戒採取同一制度，亦即均以行政處分為之，論者並主張，若懲戒處分同屬行政處分，則受處分的律師如不服懲戒，即有提起行政訴訟救濟的權利，如此，亦不失為對受懲戒律師的一種權利保障。

如依前述論者之主張，依現行體制，律師業的主管機關為法務部，則對於律師施以懲戒之行政處分機關，亦為法務部。然而，筆者在此必須表示，對此一論點及作法，

³⁶¹ 郭乃嘉譯，2005：156。

³⁶² 筆者於參加司法院今年（2008 年）5 月 9 日所召開之籌組「設立地方行政法院（庭）評估專案小組」諮詢會議時，與會行政法院法官之發言意見。

筆者深不表贊同，因為，從救濟制度比較起來，律師的懲戒處分被大法官第 378 號解釋認定為司法裁判，而非如同其他專門職業技術人員般為行政處分，這就使得律師懲戒後的救濟途徑等於跳過了行政處分後的訴願階段，直接進行司法救濟，與其他專門職業技術人員尚有所謂的第一次權利救濟、第二次權利救濟比較起來，其保障實有不足。但若因為希望讓律師的權利救濟制度更完善，就把律師懲戒的性質從大法官認定的司法裁判再改成行政處分，毋寧是一種開倒車的作法，而且更會發生權力衝突等更重大爭議。

筆者認為，為維護律師之固有權利，並非將律師懲戒權回歸由法務部管理，因為，法務部是各級檢察署的上級機關，而律師和檢察官在法庭上又屬於對立關係，設若檢察署的上級機關法務部擁有律師懲戒權，無人難保當律師在法庭上的言論或表現有違檢察官之意時，不會遭致報復。就公平性而言，亦無理由同屬球員之一又兼裁判之人以祭出懲戒的武器撂倒或恫嚇對造律師之理。

筆者認為，律師的使命既是保護人權和實現社會正義，因此，當律師履行此一使命而從事職業活動時，常常是處於與檢察機關、行政機關相對立的當事人的立場上，因此，律師要能免於後顧之憂，而能充分完成使命，就不應該接受國家機關監督或擔心受到懲戒的壓力，儘管有論者認為我國現制已經將律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會定位為司法機關，自然較接近德國法制，且其認為一旦律師公會設置懲戒委員會為律師懲戒的主體，形式上雖更能落實律師之自治自律，惟其尚有後續之司法救濟，恐徒增當事人之訟累，自不如直接將律師懲戒組織設計成職業懲戒法庭來的簡便，³⁶³就其觀點而言，固非無見，然而筆者認為以現今我國律師執業的人數³⁶⁴及歷年

³⁶³ 吳志光，2007：168-169。

³⁶⁴ 依法務部律師資料管理系統所示，迄至 2008 年 6 月 4 日止，領有我國律師證書人數為 10,528 位，惟真正實際執業並在法院登錄者，只有 5800 人。因我國律師執業並非採執業登記制，因此實際執業人數尚無法估量，僅能自現行於法院登錄之律師人數作為執業人數之大約值，然而此數據因可能未含有僅辦理非訟業務不須出庭的律師或是企業內律師，因此仍非得作準。

來律師被付懲戒的人數以觀（如表 3），案件量並未能與德國或美國³⁶⁵相提並論，且觀現行法院組織體制及人力財力更是一大問題，³⁶⁶更遑論律師得進入懲戒法庭擔任審判者的身分。因此，一旦主張律師懲戒組織朝職業懲戒法庭為設計，並無助於律師自律自治，反而更有悖於律師自律自治的精神，

是以，筆者認為應可借鑒者乃同屬亞州國家之鄰國日本律師懲戒制度，究日本律師懲戒制度長期以來賦予律師公會獨占懲戒權，而歷久未衰的原因，主要是奠基于日本強調，律師完全的自律自治就是為使國民的基本人權免於遭受國家權力的侵害，而律師的使命及職責即是盡全力去維護，此時律師必然會與國家權力產生對峙的情形，但也因律師可以排除在國家權力的監督下，才得以維護國民的基本人權、實現社會正義，而這也正是為何日本的律師自治在歷史經驗中一直延續的原因。³⁶⁷



³⁶⁵ 例如：加州為美國第一個全職、專業的律師公會法院，於該法院有 52 位全職的職員。惟加州律師公會有 18 萬個律師會員，會員中有 14 萬人是實際執業的律師。

³⁶⁶ 例如，邇來司法院為檢討未來設立地方行政法院（庭），曾於 5 月間召開籌組「設立地方行政法院（庭）評估專案小組」諮詢會議，筆者亦為與會的成員，該會最後決議並未有任何定論，然與會者大部分認為未來設立地方行政法院（庭），部分地區將有人力閒置的問題，且於財政上亦是一大困難。

³⁶⁷ 森際康友，2005：297。

表 3：律師被付懲戒案件數及懲戒結果統計表³⁶⁸

年度 (民國)	件數	懲戒結果					
		警告	申誡	停止執行職務	除名	不付懲戒	不受理
60	2		1	1			
61	4		1	2	1		
62	2	1	1				
63	2	1	1				
64	12	4	3	5			
65	5		2	2	1		
66	2		1			1	
67	2	1	1			1	
68	4	1	1	1		1	
69	3		1	2			
70	6	2	1	2	1		
71	3		2			1	
72	3			2		1	
73	6	1	2	2	1		
74	4	1	1			2	
75	4	3		1			

³⁶⁸ 資料來源：摘錄自中華民國律師公會全國聯合會所編「律師懲戒案例選輯」之附錄二。另，本表依年份及懲戒結果分類統計，懲戒結果指的是最終確定的懲戒結果，不論是初審或覆審。民國 96 年度的人數與上開全聯會所編選輯同年度有所出入，主要係因該選輯收錄時間迄至民國 96 年 3 月底止，惟迄至該年年度終了尚有 21 件受付懲戒案例，因此 96 年度共計 24 件受付懲戒案例。

76	1			1			
77	6			4		2	
78	5			1	4		
79	2	1	1				
80	3	1		1		1	
81	6	1	3	2			
82	1					1	
83	5	1	1	1	1	1	
84	3	1				2	
85	3				2	1	
86	12	5	4	1	1	1	
87	13	1	4	2	6		
88	10	5		2	2	1	1
89	21	7	2	7	3	2	
90	13	9	2	1	0	1	1
91	17	6	4	2	3	2	
92	12	4	1	2	3	2	
93	5	1	1		1	2	
94	13	4	3	1	2	3	
95	12	6		3	2	1	
96	24	11	3	5		5	
合計	253	79	47	56	33	36	2

第四章 以自律機制為主的律師懲戒制度

第一節 業必歸會

在各種專門職業技術人員的法律中，均有「非參加公會，不得執業」的相關規定，³⁶⁹而公會亦不得拒絕具有資格者入會，³⁷⁰此一規定稱為「業必歸會」。但為何法律中有此規定？而此一規定是否合理、合法、合憲？且與自律機制有何相關？其實大有討論空間。

國家對於人民權利加以限制時，應該有法律依據，憲法第 23 條³⁷¹及中央法規標準法相關規定³⁷²均定有明文。憲法第 14 條規定：「人民有集會及結社之自由。」而結社權，即包括結社與不結社之自由。如果在各種專門職業技術人員的法律中，都規定「非參加公會，不得執業」，是否等同於強迫部分具有特定身分的人民一定得加入某種社團？此與憲法第 14 條的保障意旨是否有違？再者，憲法第 15 條規定：「人民之...工作權...應予保障。」如果專門職業技術人員不參加公會即不得執業，此一規定似乎又妨害憲法保障人民的工作權。此外，也有學者質疑，強制入會的規定與憲法第 8 條的基礎，即對於人民的身體行動自由與行為自由都造成侵害。³⁷³

當然，也有學者為之辯護，認為業必歸會對於結社權和工作權的衝擊，相對上沒

³⁶⁹ 參見律師法第 11 條第 1 項、會計師法第 27 條、建築師法第 28 條、技師法第 24 條、醫師法第 9 條、藥師法第 9 條、護理人員法第 10 條第 1 項、助產士法第 9 條、營養師法第 10 條、獸醫法第 9 條、物理治療師法第 11 條、社會工作師法第 28 條第 1 項、職能治療師法第 11 條第 1 項。

³⁷⁰ 參見律師法第 11 條第 1 項、會計師法第 27 條、建築師法第 28 條第 1 項、技師法第 24 條、護理人員法第 10 條第 2 項、營養師法第 10 條、物理治療師法第 11 條、社會工作師法第 28 條第 2 項、職能治療師法第 11 條第 2 項。

³⁷¹ 憲法第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者為，不得以法律限制之。」

³⁷² 中央法規標準法第 5 條：「左列事項應以法律定之：…二、關於人民之權利、義務者。」

³⁷³ 陳慈陽發言。行政院法規委員會，2006：123。

有想像中那麼大，³⁷⁴且大法官釋字第 404 號解釋中已指明，「為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制。」³⁷⁵是以，業必歸會應無違憲問題。再者，業必歸會有其公益目的，可以確保人民接受此行業服務時，不至於有太大損害。因此，要不要強制專門職業技術人員加入公會，這是一個權衡問題，必須把強制入會跟公益目的進行合憲性檢驗，³⁷⁶如果能夠通過檢驗，則無違憲問題。

根據行政法院 87 年判字第 101 號判決³⁷⁷認為，商業團體強制入會與自由權性質有別，強制入會之運作係基於團體穩定性及由主管機關監督之立場來衡酌有無妨礙公益之情事，所以沒有違法問題。另外，最高行政法院 95 年判字第 872 號判決³⁷⁸也指出，「在法規中明定需加入…公會始得執業，且公會不得拒絕其加入等規定，其目的在落實公會自治，業必歸會並非意使…喪失執業資格，也並未使原已取得資格之人受到任何實體法上不利益，自無違反誠信原則及平等原則。」

縱然實務界並不認為業必歸會的強制入會制度有違法問題，而違憲與否的爭議也可以用利益權衡的合憲性解釋加以解決，但業必歸會是否具有正當性？

李惠宗對此即有很大的質疑。他認為，不論從無害原則或共益原則的觀點來看，都很難找到有說服性的理由來支持業必歸會的正當性。從無害原則來看，不強制業必

³⁷⁴ 黃茂榮發言。行政院法規委員會，2006：112。

³⁷⁵ 大法官釋字第 404 號解釋文：「憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。惟人民之工作與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制，此觀憲法第 23 條規定自明。醫師法為強化專業分工、保障病人權益及增進國民健康，使不同醫術領域之醫師提供專精之醫療服務，將醫師區分為醫師、中醫師及牙醫師。醫療法第 41 條規定醫療機構之負責醫師應督導所屬醫事人員依各該醫事專門職業法規規定執行業務，均屬增進公共利益所必要。中醫師之醫療行為應依中國傳統之醫術為之，若中醫師以『限醫師指示使用』之西藥製劑或西藥成藥處方，為人治病，顯非以中國傳統醫術為醫療方法，有違醫師專業分類之原則及病人對中醫師之信賴。行政院衛生署 71 年 3 月 18 日衛署醫字第 370167 號函釋：『3、中醫師如使用『限醫師指示使用』之西藥製劑，核為醫師業務上之不正當行為，應依醫師法第 25 條規定論處。4、西藥成藥依藥物藥商管理法之規定，其不得待醫師指示，即可供治療疾病。故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍。』要在闡釋中醫師之業務範圍，符合醫師法及醫療法之立法意旨，與憲法保障工作權之規定，尚無抵觸。」

³⁷⁶ 趙相文發言。行政院法規委員會，2006：118。

³⁷⁷ 行政法院 87 年判字第 101 號判決參照。

³⁷⁸ 最高行政法院 95 年判字第 872 號判決參照。

歸會似乎很難說會對別人造成什麼傷害。加入公會不見得會遵守倫理守則，不加入也不代表不會遵守。因此，無害原則似乎難以作為強制加入公會的正當理由。從共益原則來看，強制加入公會有一個好處，就是加入團體要交會費以供運作，但其發揮自律之功能有多大，仍值懷疑。³⁷⁹

但陳明堂即持不同觀點。他認為，若從管理觀點來看，業必歸會可能有利於主管機關基於公益考量來管理業界及其所屬會員執業的態度、妥適性等等，尤其在政府功能逐漸縮小之下，委由職業公會來做似也可以達成某些行政上的目的。³⁸⁰

即便如此，筆者認為，業必歸會制度的實施，也要有重大憲法上權利之保障，而且要有正當理由，才可以強制業必歸會，絕對不能濫用。因此，就此角度分析，業必歸會制度是否有其必要，可以做兩方面考量，其一是對行業之管理，由公會來管理所屬從業人員，屬於國家間接行政，且能促進行政效能；其二是行業自治問題，同時也可以提升行業之榮譽感和紀律。³⁸¹

薛瑞元就認為，業必歸會如果發揮功能，相對於行政機關也有一定程度的方便，因為行政機關施政作為的對口單位也將相對單純許多。如果僅以公會為對口，後續的相關傳達與溝通則由公會來做，因此業必歸會的制度在事實上，確實是會為行政管理帶來一定的簡約效果。³⁸²

就產、職業團體自治權問題來看，公會若要作為一個自治團體，基本上應該要符合三個原則：(一)須有利害關係人之參與，且須符合民主原則，即一人一票原則；(二)國家監督必須是合法監督，但須為第二線監督，而非第一線的專業監督，如此才能讓公會發揮自治功能，才能讓團體及從業人員提升榮譽感和紀律；(三)公會要自治必須要有統治高權，而此一統治高權必須要有法律授權。例如，財政高權的授與，可以

³⁷⁹ 李惠宗發言。行政院法規委員會，2006：103-104。

³⁸⁰ 陳明堂發言。行政院法規委員會，2006：104。

³⁸¹ 趙相文發言。行政院法規委員會，2006：116。

³⁸² 薛瑞元發言。行政院法規委員會，2006：108。

讓公會有向會員強制收取會費，以供會務運作的依據；規章高權則可以讓公會訂定一些內部規章來約束會員；懲戒高權則可以對違反法令或者內部規章的會員予以懲戒。

³⁸³換言之，公會若能成為一個自治團體，即能落實自律機制。

薛瑞元對此說明：「

業必歸會這種制度安排背後的基本假設係認為專技人員具有一定之知識標準，與非此領域人員存在知識上的落差，因此這些專技人員執行業務時，是不是符合所謂的『行規』？通常該領域之人自己比較清楚。所以如何看待及評價這些專技人員的作為，是不是能符合社會期待，有時候偏向認為其必須具有自律的機能，而自律機能要落實就必須有團體制裁，而不是僅靠個人的道德感，在團體制裁要求下才有業必歸會的制度設計。」³⁸⁴

綜上所述，業必歸會是促成職業自律自治之前提要件。



第二節 自律、他律之意義

承上節所述，業必歸會既是落實職業自律機制之前提，則何謂自律？其與他律有何不同？德國哲學家康德（Immanuel Kant）為了表達道德法則的意涵為何，曾透過「自律原則」³⁸⁵加以詮釋，他並指出「自律原則」的意義為：「每一個理性存在者的意志，就是訂定普遍法則的意志」。他認為，道德法則的強制性，係源於我們自己的理性意志，因此，我們不須依賴任何外在權威來決定道德法則。道德法則既然是我們自己訂定，則意味那是一種自發性、自覺性的自我約束準則，所以，遵守道德法則也就是遵守自己所訂定的法則。因此，有關「自律」一詞，從積極層面而言，即是指行為

³⁸³ 趙相文發言。行政院法規委員會，2006：116-117。

³⁸⁴ 薛瑞元發言。行政院法規委員會，2006：107-108。

³⁸⁵ 康德曾為表達道德法則之意涵，透過三種形式予以詮釋，此三種形式分別為普遍化原則（the principle of universality）、目的原則（the principle of ends）及自律原則（the principle of autonomy）。因前二原則與本節所欲探討之自律定義無涉，故省略之。

者自我決定行為實踐的法則及自我規範；而從消極層面以言，自律則意謂著行為者可以獨立於利益、慾望等因素之影響。而與自律相反的「他律」，其意義則是一個人的行為是由外在權威所推動，因此他的行為就是意志他律。³⁸⁶由上可知，「自律」即係個人基於自己的意思，自為約束、自為規律；³⁸⁷而「他律」則係指個人的行為，係受外力介入或由外在所訂定的規範而決定，並非基於自己本身的自由意志為之。

自律的範疇，其實包含二個層面，一為「個人自律」，另一為「團體自律」。所謂個人自律，是指個人的自我規範及自我約束，以古人的說法詮釋，即所謂的「不欺暗室」，也就是「慎獨」。³⁸⁸團體自律，乃指一群人（或單位）所組成的團體，在共同行動中，他們接受團體的權威及約束，而形成自我規範的功能；³⁸⁹易言之，個人依其自由意志，自願性加入一個團體而成為該團體的一份子，該團體有權力要求及約束所屬的成員，應遵守團體所訂定的規範或紀律，以維持該團體所欲達成的團體目標或形象，這即是團體自律。

從這個角度來看，自律與他律之間的界線，似乎是浮動的。因為，就團體對內部的構成員而論，團體對於構成員所施予的一定要求及拘束，其實是對構成員的外在權威，無異是一種他律；就團體對外部的一切關係而論，團體除自我規範外不受團體以外任何人或團體的要求或拘束，此時，團體的自我要求或拘束，又成了自律。而前一節所探討的「業必歸會」，即是構成團體自律中之基礎。

本論文所討論的律師自律懲戒機制，即係「團體自律」的範疇；也就是律師職業團體（律師公會）對於團體中的成員，於執業時違反應遵守的團體紀律，律師公會擁有規範及約束其成員的自律權，為避免會員破壞團體秩序或職業形象，故得對該違反

³⁸⁶ 林火旺，2006：118-127。

³⁸⁷ 林紀東，1998：100。

³⁸⁸ 語出大學，全文為：「所謂誠其意者，毋自欺也。如惡惡臭，如好好色，此之謂自謙。故君子必慎其獨也。小人閒居為不善，無所不至，見君子而後厭然。掩其不善而著其善，人之視己，如見其肺肝然，則何益矣？此謂誠於中，形於外，故君子必慎其獨也。曾子曰：『十目所視，十手所指，其嚴乎？富潤屋，德潤身，心廣體胖，故君子必誠其意。』」

³⁸⁹ Black, J., 1996, Constitutional Self-Regulation, in: 59 The Modern Law Review, p.p.27.見廖義銘，2005：29。

團體紀律的成員施予一定的處罰，簡言之，律師自律的懲戒機制即是架構在以嚴整團隊秩序及紀律為目的，由律師公會為行使懲戒律師權之主體之懲戒制度。

第三節 律師自律自治之範圍

所謂的律師自律自治之意，學者邱聯恭³⁹⁰認為，律師公會對於下述各項事務，擁有自律自治權限，且不受包含行政及司法機關在內的國家機關權力介入：

- 一、律師資格之賦予，包括認可及登錄。
- 二、律師行為規律。
- 三、律師監督。
- 四、律師懲戒。
- 五、律師酬金標準之訂定。
- 六、律師公會之運作及其會員之強制入會。
- 七、律師考訓。



而章武生³⁹¹則認為律師公會之自律自治範疇，包括下述幾項：

- 一、訂定律師執業的共同規則；
- 二、對外代表律師發言，維護律師合法權益；
- 三、有獨立處理財產的權利；
- 四、對律師進行培訓；
- 五、對律師進行道德與紀律教育；
- 六、協調全國各地律師職業並組織之間的關係；

³⁹⁰ 邱聯恭，1993：180。

³⁹¹ 章武生，1999：109。

- 七、對違紀律師進行調查、處理的權利；
- 八、組織律師資格考試和授予律師資格的權利；
- 九、出版律師行業刊物；
- 十、司法建議；
- 十一、組織律師進行國際交往及業務交流；
- 十二、其他職權。

由上可知，邱、章兩位學者所肯認的律師自律自治範圍容或寬嚴有別，但大體而言，對於律師違紀或行爲不當的約束，學者均認為應屬自律自治範疇，事實上，以自我管理方式維繫內部的紀律，本來就是職業團體展現自主精神最重要的表徵，除了有防弊的消極功能外，更有提升律師形象的正面積極功能。至於為何律師應自律自治？其理由為何？則於下一節探討。



第四節 律師自律自治之依據

律師自治的本質就是自律與獨立，確保律師團體的內部紀律和秩序的維護不受國家機關的干預，更是律師自治最重要的特徵與本質。律師自治不是律師的特權，而是為了履行保障人權和實踐社會正義的使命，律師負有規律自己行動的社會責任。³⁹²但為何社會各界要承認律師自律自治？歸納而言計有下列幾種論述：

壹、獨立保障說

無論是西方的立法、司法和行政三權分立抑或我國五權分立之制衡理論，所強調

³⁹² 蘭刃勦，1993：226-227。

者無非是認為國家權力間相互制衡的重要性，然而卻低估了尚有來自社會的制衡力量。實際上，來自社會的多元制衡，比憲法上的分權制衡更為關鍵。³⁹³因此，當人民遭受國家機器的權力侵害，律師為達成保障基本人權及實現社會正義的使命，即必須獨立於國家權力機關，如同日本學者竹下所述：「

律師有維護基本人權及實現社會正義的公共使命。為達成公共使命，於執行職務時，必須站在與檢察機關、行政機關對立的當事人的立場，而且律師亦常常立於批判法院的地位，職此，為使律師能夠達成公共使命，不受到主管機關所為的懲戒壓力及防止唯有遵照政府機關意志者才授與律師資格之弊病，即須重視律師自主，而這也正是律師自治的根據」。³⁹⁴

學者邱聯恭亦持同樣的看法，他認為，基於律師職務之自由獨立性，「

律師不僅應就特定受委託事件保護其委託人，亦應致力於鞏固、伸展國民全體之法主體性及程序主體地位，以防免當事人及人民在程序上及社會上成為受支配性之客體。在此意義上，律師實負有人民面對國家權力之行使，而加以監督、制衡、批評及促使改革之任務。為此律師職務應具有相當之自由獨立性，不應完全從屬於國家機關（司法或行政機關等）；而且，應在一定範圍內承認律師自治。此就司法運作而言，律師應致力於制衡法官，防免其公權力之行使有所怠慢、不當或濫用，藉以維護當事人及國民之利益。又，律師為克盡其所負伸展國民法主體性即『保障人權、實現社會正義』之使命，應同時致力於促使相關之國家機關依據國民之需求、意願，廢止惡法而制定新法。」³⁹⁵

由此可知，邱聯恭亦認為律師應獨立於國家機關，始能達到制衡國家機器違反或不當對於人民權利之侵害，且律師自治更可促使國家改善法律制度。

³⁹³ 馬宏俊，2006：89。

³⁹⁴ 森際康友，2005：304

³⁹⁵ 邱聯恭，1993：182-183。

貳、團體自治說

為了維持律師團體的存續、實現律師團隊的目標及提升律師團隊的素質，即應賦予律師團體（即律師公會）自治的機能，³⁹⁶藉由律師公會自治，得對於未達成律師職業之使命及目標或破壞團隊秩序或紀律之成員律師進行懲戒，同時透過律師自治之監督、懲戒制度，更得以為提升整體律師職業形象，要求所屬成員應遵照團體內部所定之倫理道德規範行事，縱使該道德規範並非律師執業時應遵守之基本義務，然為實現律師之固有使命，藉由律師自治，亦得訂定較社會所期待更高之道德標準，例如：要求律師應持續進修、從事公益活動或平民扶助的時數等。

參、自主機能說



律師公會應有自主機能，對於律師職務之指導及監督始能更為有效及嚴正的行使，而此亦是律師公會對於國民的責任與義務，³⁹⁷因為律師自律自治，主要係為避免個別律師在執行職務有任何不當之舉措，而對委託人造成困擾，故由律師公會來監督律師，且因律師執業品質與國民生活息息相關，因此有效的提升律師職業團隊的素質，即是律師公會對於國民的責任與義務，亦是由律師代行原應由國家機關執行的工作（監督、懲戒），而此也是律師實行自我約束的責任。³⁹⁸

³⁹⁶ 這個見解是 2002 年 5 月 14 日第四次法曹制度檢討會上，日辯聯所提出的見解。見森際康友，2005：305。

³⁹⁷ 日本司法制度改革審議會意見書之論述意見。見森際康友，2005：306。

³⁹⁸ 森際康友，2005：306。

上述三種關於律師應自律自治之理論根據，在日本，主要係以「獨立保障說」³⁹⁹作為律師自律自治之主要論據。而此論據亦係支持日本律師自治在歷史經驗中，歷久未衰的原因。儘管日本憲法係由美國專家起草，⁴⁰⁰相關制度亦應依從美國制度，但在律師之管理及監督上，日本認為美國律師由法院為監督管理，⁴⁰¹其觀念主要認為法院必須是一個作為保障律師可以免於國家權力抑制而得獨立執業的後盾，但日本在經歷過戰前痛苦的經驗後認為，法院與國家權力如果結合成為一體，律師自由獨立的執業活動將會受到限制，因為這樣的經驗，因此日本律師希望律師應不受法院的監督，才能獲得完全的自治。⁴⁰²因為過去基本人權受到國家侵害的情形很多，所以律師必須自國家獨立出來，除了自國家獨立出來外，另外國民的基本人權有時會受到大企業、媒體的侵害，從而律師要達成其使命，也必須自這些社會勢力與團體中獨立出來，特別是律師被課予保護弱勢或少數的職責時，為了不受社會強勢與多數的壓力所影響，所以必須保障律師能獨立執行其職務。例如，在律師為重大犯罪而被逮捕、起訴的被告辯護的情形，人民常被「像這種窮凶惡極的犯罪者應立即處以死刑」的社會輿論所影響，但是即使輿論再強大，律師也要抵抗全部的壓力為被告辯護，立於此種情形下，律師則須從人民所持的立場中跳脫獨立出來。⁴⁰³

筆者認為，上述三種關於律師應自律自治之理論根據均各有所長，只是分自不同角度而為論述主張。究其區別，「獨立保障說」係自「律師與國家間之關係」角度以觀，認為律師必須獨立於國家機關之外而為自律自治，始得為維護人權而免於為國家所侵害；而「團體自治說」則係單純自「律師業永久存續」的角度以觀，強調為維持律師整體隊伍之紀律及形象，須由律師公會基於自律自治，藉由監督、訓練及懲戒等

³⁹⁹ 日本向來以此說為通說作為其律師自律自治之基本論據。

⁴⁰⁰ 見第二章第二節日本律師角色定位。

⁴⁰¹ 在美國，雖然形式上法院對於律師擁有懲戒權，但實質上，律師懲戒權的行使，一般均係委託由以律師為中心所組成的懲戒委員會為之，因此基本上，美國亦相當重視律師自律自治。見森際康友，2005：290。

⁴⁰² 森際康友，2005：294。

⁴⁰³ 森際康友，2005：308。

機制要求整體律師形象之提昇；至「自主機能說」則是自「保護當事人權益」之角度以觀，認為律師自治是基於人民的託負，如未能要求律師執業品質，將影響或侵害當事人之權益。上述三說無非皆係強調律師自律自治之重要性，因此，筆者認為毋需特別強調或力主其中一說，因為強調律師自律自治並非是為了律師個人的權益，而係為了制衡國家的權力、為了維持律師職業之存續及為了維護國民的基本人權。

基於上述，一旦律師懲戒權如果由國家為之，則與律師如係處於衝突對立的法官、檢察官或主管機關將可藉由對於律師施予懲戒處分，而使得律師將萎縮自己的權限，這樣的結果所造成的傷害，除了無法制衡國家外，亦將無法完全保障委託人的權利，且由於國民全體均屬於律師潛在性的委託人，因此，最後權利受損之人將是國民全體，⁴⁰⁴所以，對於律師的懲戒即須由律師公會以自律自治精神自行為之，否則一旦對律師的懲戒權被律師團體以外的個人或組織掌握時，就容易產生違反人民託負的結果。關於日本律師係採完全自律自治制度的經驗，實值作為我國律師懲戒制度未來改進之借鑒。



第五節 自律之紀律懲戒罰與他律之行政懲戒 罰、司法懲戒罰之比較

如前所述，律師懲戒的目的既是嚴整律師職業團隊內部之秩序及紀律，而我國現行對於律師行使懲戒權之主體卻非律師公會，則此處即有檢討的必要。

究其實，我國目前有關於專門職業技術人員⁴⁰⁵的懲戒制度概分兩類，一類是以行

⁴⁰⁴ 森際康友，2005：294。

⁴⁰⁵ 我國的專門職業技術人員包括：律師、消防設備士、驗船師、民間公證人、專責報關人員、航行員、會計師、財產保險代理人、輪機員、社會工作師、人身保險代理人、中醫師、不動產估價師、財產保險經紀、建築師、人身保險經紀人、專利師、一般保險公證人、土木工程技師、海事保險公證人、水利工程技師、記帳士、結構工程技師、外語領隊人員、大地工程技師、華語領隊人員、測量技師、

政權為主體的行政懲戒罰，另一類是以設於司法機關中而被大法官會議解釋認為屬於司法裁判的司法懲戒罰，此二種皆屬於外部力量控制及約束的他律機制，這與筆者力薦主張由職業公會自律自治的紀律懲戒罰有明顯的區別。

雖然上述三種懲戒機制均名為懲戒罰，惟關於懲戒罰的定義，在現行法制中，仍存在著歧見。有人將行政法上義務之違反認為屬於懲戒事由之一，也有人認為懲戒應專屬於內部紀律及秩序之違反。由於懲戒罰於各法制概念已遭混用，也因此，才會造成現行一般人對於懲戒罰之觀念或有未清，亦未能明其目的。為釐清概念，筆者擬分別從自律懲戒罰、行政懲戒罰及司法懲戒罰之目的、行使主體及程序進行異同比較分析，並試評其優劣：

壹、目的



一、自律懲戒罰：維護職業團體內部的秩序及紀律

晚近的政治思想，已經逐漸揚棄「大政府理論」，而認為「管理愈少的政府，就是愈好的政府。」在這種「小而美政府」的理論架構下，職業團體內部的秩序及紀律的維持，自然不應再由政府介入。

事實上，職業團體內部的秩序及紀律也並非屬國家法秩序應關注的範疇，而是職業團體為嚴整團隊的自我要求，並具有高度的專業性，團體以外的任何人無法也無資格對該團體進行有效管理，因此，對於團體內部構成員的行為，自然應自我管理，不

外語導遊人員、環境工程技師、華語導遊人員、都市計畫技師、地政士、機械工程技師、不動產經紀人、冷凍空調工程技師、獸醫佐、造船工程技師、護士、電機工程技師、助產士、電子工程技師、物理治療生、資訊技師、職能治療生、航空工程技師、化學工程技師、工業工程技師、工業安全技師、工礦衛生技師、紡織工程技師、食品技師、冶金工程技師、農藝技師、園藝技師、林業技師、畜牧技師、漁撈技師、水產養殖技師、水土保持技師、採礦工程技師、應用地質技師、礦業安全技師、交通工程技師、法醫師、營養師、臨床心理師、諮商心理師、呼吸治療師、引水人、獸醫師、醫師、牙醫師、藥師、醫事檢驗師、醫事放射師、護理師、助產師、物理治療師、職能治療師、中醫師、消防設備師。

需假他人之手來要求內部人應為或不為一定之行為。

二、行政懲戒罰：維護國家的社會秩序

依我國行政罰法立法說明，懲戒罰的目的主要是為維持職業團體內部秩序及紀律，固與為維持行政法上義務的行政罰不同，但依前一章所述，當懲戒罰的目的中若含有行政法上義務之違反時，亦屬行政罰之一。而事實上，目前國內專門職業技術人員中，除律師之外，所有的懲戒處分都由主管機關為之，並且令受處分人於不服處分時，得提訴願及行政訴訟，顯然，行政罰法雖然將懲戒罰排除適用，但實際運作時，兩者仍然合而為一。這其實已與行政罰法之立法目的明顯有違。

國家為了維持一般的社會秩序，並達成各種不同的國家目的，往往會以法規建構起一套完整的法秩序，對於破壞法秩序的人民，即以不同種類的制裁手段為之，如刑罰、行政罰、懲戒罰等，⁴⁰⁶因此，以行政罰方式行使懲戒權，主要的目的即是為維護國家的法秩序或社會秩序。但筆者認為，國家法秩序或社會秩序的維護固然重要，但此一目的不能無限上綱，而將非屬維護國家法秩序範圍的團體內部秩序及紀律維護事項，也都一併納入由國家管理。而如以特別權力關係論來為行政懲戒權辯護，其理論基礎又相當薄弱。因為，特別權力關係理論在晚近的法學界已逐漸遭到揚棄，此時提出此一理論作為辯護理由，很難獲致支持，甚且，專門職業技術人員亦從來不屬於特別權力關係之範疇，當初將行政懲戒權力適用範圍擴大至專門職業技術人員，即有逾權之嫌，如今若再堅持此說，可能在法理上亦站不住腳。是以，筆者認為，除了違反行政法上義務之處罰，仍由行政機關行使之外，專門職業技術人員的內部秩序及紀律之管理，以移交給團體公會以自律自治方式為之，較屬適宜。

⁴⁰⁶ 洪家殷，2006：1。

三、司法懲戒罰：維護國家的司法秩序

司法懲戒罰的目的，廣義而言，亦是在維持國家的法秩序或社會秩序，與行政懲戒罰相較，其區別只是國家所選擇的另一種手段而已，而其目的及範圍顯然較著重於司法秩序的維持，此觀目前我國所有專門職業技術人員中，僅有律師的懲戒處分是司法懲戒罰即可知，律師懲戒之所以會被歸類為司法懲戒罰，固然係因律師法規定，⁴⁰⁷再由大法官釋字第 378 號解釋確認，然而律師懲戒之所以會被定位為司法懲戒，其中所隱含的意義是認為，律師為司法體系的一環，故較諸其他專門職業人員的處罰方式衡有不同，因而認為律師違反行政法上的義務或是職業內部團體秩序或紀律時，應由司法裁判方式加以懲戒。

貳、行使主體



一、自律懲戒罰行使主體：團體職業公會

專門職業技術團體的成員在該領域擁有最高的專業能力，此一命題應無可置疑。專門職業技術團體的榮譽，其成員應比團體外任何人更重視、更休戚與共，且更有義務維護。因此，若要維護一個專門職業技術團體的榮譽，自然應由該團體自律為之最為適宜。

自律懲戒罰即是基於此種信念下，將懲戒權行使主體交由團體職業公會為之，並堅信沒有必要由非專業人員對專業人員的專業行為進行監督。⁴⁰⁸是以，就嚴整團隊的概念以觀，行使懲戒權的主體，自係以團體職業公會始足任之。

在法治社會，律師作為一個職業群體，自律自治是職業管理的必然要求，也是基

⁴⁰⁷ 律師法第 41、43 條參照。

⁴⁰⁸ 徐文俊譯，1999：16。

於維護和保障人權的需要。對於律師進行懲戒是律師職業自律自治的固有事項，而律師公會為律師的自治組織，自然也成為行使律師懲戒權的主體。⁴⁰⁹律師懲戒委員會應成為律師公會之附屬組織，其成員應主要以律師為主，始能落實自律自治之精神。⁴¹⁰

二、行政懲戒罰行使主體：行政機關

專門職業技術人員的懲戒，都是由懲戒委員會行使。且除律師外，其餘之懲戒委員會都設置於行政主管機關之下，懲戒委員會所作成的決議均係行政處分。此一論點也經由大法官釋字第 295 號解釋確認。

依據各專門職業技術人員相關管理法規規定，懲戒委員會的成員雖包含一定比例的專門職業技術人員，⁴¹¹但常常未占過半席位，決定權有限，且懲戒委員會成員皆由主管機關遴聘，自主性亦不佳，再加上懲戒委員會均為設立於主管機關下的附屬組織，獨立性亦不足，因此，若說專門職業技術人員懲戒罰的行使是由行政機關為之，應是適切的評述。

由行政主管機關作為行政懲戒罰的行使主體，究其原因，應是基於管理方便的考量。就一般專門職業技術人員而言，因為專門職業技術人員的身分均有公益性，為令他們遵守一定的規範，而由國家介入管理，似乎尚非全無道理，但這即與團體公會自律自治的精神衝突。設若能將懲戒權完全交回團體公會，且又能達致相同效果，行政機關似非一定得將懲戒權掌握在手中不可。

⁴⁰⁹ 張善焱，2007：339-340。

⁴¹⁰ 懲戒委員會中的成員，除了律師以外，是否含有學者專家、司法官或社會公正人士等，則依各國制度而異。但筆者認為，律師懲戒委員會中之成員，除律師外，宜加入外部人士，以監督懲戒程序的公平公正。詳本論文第五章第二節自律機制之芻議。

⁴¹¹ 例如：會計師法第 67 條規定，會計師懲戒委員會及會計師懲戒覆審委員會成員由主管機關遴聘，由 a、會計師公會代表；b、具有法律、會計等專長之學者或公正人士；c、相關行政機關代表各占三分之一。醫師法第 25 條之 2 規定，醫師懲戒委員會、醫師懲戒覆審委員會之委員，應就不具民意代表身分之醫學、法學專家學者及社會人士遴聘之，其中法學專家學者及社會人士之比例不得少於三分之一。

三、司法懲戒罰行使主體：司法機關

我國所有專門職業技術人員中，僅律師懲戒機制屬於司法懲戒罰者。顧名思義，其行使懲戒權之主體即為司法機關。雖然，律師懲戒組織為律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會，且其成員亦包括一定比率的律師在內，但依大法官釋字第 378 號解釋意旨，由於委員會的性質相當於設在高等法院及最高法院之初審與終審職業懲戒法庭，因此其決議自屬法院之裁判，並非行政處分或訴願決定。

參、程序

一、自律懲戒罰：自律程序

自律懲戒罰應如何行使？其受理、調查及決議程序如何？至今我國仍是空白領域。依筆者之見，自律懲戒罰機制，既係於排除行政機關及法院的國家權力的監督下，其懲戒程序自然不同於行政程序或司法程序，可於律師法中明定律師公會之懲戒委員會組織及其相關程序與監督模式，⁴¹²至其所為懲戒處分種類，有論者認為律師公會所作的懲戒處分，除除名處分係涉限制律師工作權，應有法律保留原則之適用外，其餘由律師公會為之，並無不可。⁴¹³但筆者認為一旦律師懲戒權由律師公會行使，律師公會並非不可對於律師為除名處分，只是必須另設司法之救濟程序，以保障其權利。⁴¹⁴

二、行政懲戒罰：行政程序

行政懲戒罰所適用之程序即行政程序。依大法官釋字第 295 號解釋，隸屬於行政

⁴¹² 關於律師懲戒機制所採自律懲戒機制之懲戒程序，將於第五章述及自律機制之芻議時，再為詳述，本章從略。

⁴¹³ 吳志光，2002a：474-476。

⁴¹⁴ 筆者將於第五章論述自律機制之芻議時，再行闡述，在此從略。

機關的懲戒委員會，其決議等同於行政處分，而懲戒覆審委員會所為之決議，實質上相當於最終之訴願決定。被懲戒人若對該決議不服，則得提起行政訴訟以為救濟。

目前國內各專門職業技術人員之懲戒罰，除律師懲戒之外，因為皆屬行政懲戒罰，是以均適用行政程序。實務上，各專門職業技術人員之主管行政機關內設立專門職業懲戒委員會，其懲戒程序或於主管法規中定之或於母法中授權主管機關另定其懲戒程序規則等，⁴¹⁵並不一致。

三、司法懲戒罰：訴訟程序

現行各專門職業技術人員之懲戒制度中，僅律師懲戒係屬司法懲戒罰之機制，也就是由司法權掌理律師懲戒案件。因此，其程序自是採用法院訴訟程序。但現階段的法院訴訟程序僅有民事訴訟、刑事訴訟及行政訴訟三種程序法，並無所謂的懲戒訴訟程序。因此，大法官特別在釋字第 396 號解釋中闡明懲戒訴訟程序的核心精神，亦即懲戒機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨。⁴¹⁶

第六節 小結

筆者年幼時曾聽長輩談及一則新聞，且印象深刻。新聞中之主角為一律師，其姓名雖已不復記憶，發生地點僅知在台灣南部，至於在何縣市亦不可考，但對於該則新聞之重點，則歷歷在目。簡而言之，該則新聞稱，南部地區某律師批評司法風氣敗壞。

⁴¹⁵ 見會計師法第 67 規定、醫師法第 25 條之 2 第 6 項規定、專利師法第 31 條規定、法醫師法第 36 條規定等。

⁴¹⁶ 見釋字第 396 號解釋文。

其稱：「二審法院的風氣最差，法律千條不如黃金一條。」於戒嚴時期，此種激進的言論一出，自然語驚四座，而南部的二審法院隨即提出抗議，並強烈要求將該名律師移付懲戒。更甚者，南部二審法院還決議，禁止該名律師至二審法院執行職務，以為報復。由此可見，律師風紀之懲戒權如果由法院行使，律師仍有可能因為行為舉止開罪法院，而受到法院藉機報復整肅。這對律師的自律自治當然有嚴重的負面影響。

從本章前述之分析比較可知，現行法制中對於專門職業技術人員的懲戒規定並不一致，除律師懲戒為司法裁判外，其餘專門職業技術人員之懲戒均為行政處分。而無論是司法懲戒或行政懲戒，對專門職業技術人員的懲戒，完全未慮及自律自治的精神，究係何故？細究以言，似乎與主政者的心態有關。

在過往，政治思潮的主流是國家主義，「不要問國家為你做了什麼，要問你為國家做了什麼！」一切思考方向都以國家為第一優先。因此，對主政者而言，將專門職業技術人員的懲戒權掌握在手中，自然能夠達到便於管理的目的。

但在個人主義漸漸抬頭之後，公共政策的思考方向自然也應有所轉變。如果「行政國家」已暴露出腐敗和濫權、官僚主義及效率低下等諸多缺失時，當人民自身已具備實現自我管理的能力時，權力由政府再回歸至人民手上，即屬必然。由人民聯合起來結合成各種社會團體，再由社會團體進行自我管理、自我服務、自我約束。而隨著人民權力的回歸，政府權力逐漸退縮，更能體現人民主權的「小政府、大社會」思想。是以，如果專門職業技術人員之團體對於內部成員的紀律與秩序的維持，得以自律自治的方式行之，政府似無非得介入不可的必然性與正當性。甚且，專門職業技術人員之團體內部的事務，本來就沒有任何外人會比身為團體中之人更加了解，與其由外人去管理，落得一句「外行管理內行」的口實，倒不如適當放權，將懲戒權行使主體改由團體職業公會任之，如此益能彰顯自由業的精神。

再者，如就專業倫理角度進行專業管理時，也應考慮管理權限的問題。亦即究竟是要讓目的事業主管機關來管？或是讓其僅擔負一個管理監督者的角色，而把實際管

理事務交給職業公會來處理？⁴¹⁷何者較有效率？這問題似乎已不言自明。

現行律師懲戒權之行使，若回歸律師公會自律自治，一方面可輕易滿足懲戒機關專業性的要求，減少國家事務負擔；另方面，專門職業相關規範所要求的標準已提升至倫理層次，其約束的範圍遠較刑罰更寬，注意義務的標準也更高，而其中謹小慎微之處，只有長年廝守其間的專門職業人員始能知悉，如果能夠透過專業自治加以要求，相較於由法院行使懲戒權，反能達到更細緻的境界。

律師懲戒制度如改以律師自律機制為之，即是類似自己當自己的監護人，其公正性在一定程度上自然會受到懷疑，然而，對律師懲戒進行制度性反思是正當的，但簡單地否定律師公會自治的觀點是值得商榷的，我們必須承認人類社會的任何制度不可能臻於完善，律師懲戒以律師自律方式為之或由他律方式為之，均存在著瑕疪或有不足，然而，律師既係自由業，這也意謂著律師並非只是被規範的客體，更是共同參與規範形式與維持的平等主體，有助於限制公權力並促進民間專門職業人員監督、制衡政府，⁴¹⁸否則，一旦遭受國家公權力干涉，無法獨立於國家之外，則無法積極完成律師之使命，亦無法達成人民之負託。

其實，自律、他律與法律，本來就該是階段性的設計。借用法諺的說法：「國家之於行業自律的關係，就好像國家拿著一把槍站在門後面一樣，隨時準備出擊。」專門職業技術人員如果有任何違紀的行為，自然應由職業團體先以自律方式處理。如果自律機制失靈，尚有輿論、消費者團體、公民監督等其他各種民間力量施以各式不同手段執行他律，⁴¹⁹而若他律仍無法達到有效約束的目的時，此時，法律再進場，「求其生而不可得，則死者與我皆無恨也」，⁴²⁰此時，受處分者除了心悅誠服外，再也無話可說。

⁴¹⁷ 黃茂榮發言。行政院法規委員會，2006：111。

⁴¹⁸ 劉孔中，1999：70。

⁴¹⁹ 最明顯的例子即是對媒體的抵制。例如，民間團體曾認為聯合報報導不當，發起「退報救台灣」運動，台灣廣告主協會曾對內容不佳的電視頻道發起拒登廣告運動，均是民間力量的展現。此外，消基會經常公布某些商品或服務品質，也多能收到他律的效果。

⁴²⁰ 語出歐陽修，瀧岡阡表。

第五章 律師懲戒制度之檢討及修正建議

第一節 現況檢討

壹、律師法未能完全彰顯律師自治自律精神

所謂律師自治，係指律師公會對於律師之資格、訓練、監督、懲戒、公會運作及會員強制入會等權限、事項之全部或一部，擁有自治權（自律權），不受包含行政或司法機關在內的國家機關之權力介入。然而就我國現行律師法及實務界運作情形分析，除了於律師法第 11 條第 1 項明文規定強制律師執業應加入公會，以及律師職前訓練已於 2004 年起由法務部全面委託中華民國律師公會全國聯合會辦理外，其餘自律自治事項均付之闕如，顯然，律師公會並未真正獲有完全的自律自治權。

1992 年修正的律師法為歷來修正中最重要的一次，對律師制度基本精神及實際內涵，有了大幅度的改變，從該年修正條文觀察，律師自律自治精神已然浮現，例如：

一、原條文規定律師公會受法務部及檢察署「指揮、監督」、⁴²¹開會時應報請主管機關派員「監督」、⁴²²除法律列舉許可事項外，公會不得提議或決議、⁴²³章程之訂

⁴²¹ 1992 年未修正前之律師法第 10 條規定：「律師公會之主管機關，在中央為內政部，在地方為省（市）、縣（市）社會行政主管機關。但其目的事業，應受法務部及所在地地方法院檢察處之指揮、監督。」

⁴²² 1992 年未修正前之律師法第 16 條第 1 項規定：「律師公會舉行會議時，應報請所在地社會行政主管機關派員監督。」

⁴²³ 1992 年未修正前之律師法第 15 條規定：「律師公會除左列事項外，不得提議或決議：一、法律、命令及律師公會章程所規定之事項。二、司法院、法務部、法院、檢察處或社會行政主管機關所諮詢之事項。三、關於法令修改或司法事務或律師共同利益，建議於司法院、法務部、法院、檢察處或社會行政主管機關之事項。」

定及修改應報請法務部核准。⁴²⁴修法後已將「指揮」、「監督」之文字刪除，而律師公會章程之訂定修改，也由「核准」改為「備案」，「派員監督」則改為「派員列席」，並刪除「不得提議或決議」的限制規定。

二、關於律師倫理規範，原條文並未規定律師公會得自行訂立，但修法後即於第 15 條第 2 項規定全國律師公會聯合會應訂立律師倫理規範，充分表現律師自治的理念。⁴²⁵

三、在律師懲戒制度方面，則於第 40 條第 2 項新增賦予律師公會有移付懲戒的權限，⁴²⁶對於應付懲戒之律師，得經會員大會或理監事聯席會之決議，直接移送律師懲戒委員會，另外，在律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會的席次分配中，則增加了律師參與的人數。⁴²⁷

由此可知，1992 年律師法修正後，國家已經注意到律師自律自治精神的重要性，並在律師法中逐漸淡化律師對主管機關的從屬角色，並賦予律師公會參與律師懲戒程序。但美中不足的是，儘管立法者已然注意到律師自律自治的重要性，但卻未將「律師自律自治」這幾個字明定於律師法修正條文中，遲至 10 年後，即 2002 年 1 月 30 日的律師法修正案中，才將「自律自治之精神」文字明定於律師法第 1 條第 2 項中，



⁴²⁴ 1992 年未修正前之律師法第 13 條規定：「律師公會應訂立章程，報請所在地地方法院檢察處層轉法務部核准，並應報請所在地社會行政主管機關備案；章程有變更時亦同。」

⁴²⁵ 范光群，1996：2。

⁴²⁶ 考其立法理由，主要係認當時未修法前之律師懲戒程序之發動，未賦予律師公會懲戒調查之權力，只能聲請檢察署送請懲戒，故認與律師為法律專才具有高度自治能力之本質有違，是以爰仿照日本法制，將國家行政權一環之懲戒權，賦予律師公會發動，以加強其自律的權能。然而當初仍維持各檢察機關得依職權送請律師懲戒委員會懲戒迄今，所持理由則是認為律師應受主管機關（檢察機關）監督之精神，得以保存。見藍傳貴，1990：44-45。

⁴²⁷ 1992 年未修正前之律師法第 42 條規定：「律師懲戒委員會，由高等法院院長、庭長與推事 5 人與律師 1 人組織之，以院長為委員長。」第 44 條規定：「律師懲戒覆審委員會，由最高法院院長、庭長與推事各 4 人及律師 2 人組織之；以院長為委員長。」1992 年修正後第 41 條規定：「律師懲戒委員會，由高等法院法官三人、高等法院檢察署檢察官一人及律師五人組織之；委員長由委員互選之。」第 43 條規定：「律師懲戒覆審委員會，由最高法院法官四人、最高法院檢察署檢察官二人、律師五人及學者二人組織之；委員長由委員互選之。」究其提高律師參與懲戒委員會人數之立法理由，主要係認懲戒委員會之律師參與人數極少，難期發揮律師自治作用，故為符合團體自治及律師制度民主化精神，宜由較多之律師參加律師懲戒及覆審委員會，俾可充分瞭解懲戒之真實情況，使懲戒或覆審委員會所作之懲戒處分更趨平允公正，期能符合民主真諦等云云，見藍傳貴，1990：45。

⁴²⁸至此，律師自律自治精神才終於具有法律地位。

雖然，2002年1月30日修正以後的律師法，已明文規定律師應「本於自律自治之精神」，但整部律師法中，仍未完全擺脫、去除舊時代「他律他治」的色彩，⁴²⁹尤以律師懲戒組織，迄今仍係由律師公會以外的機關掌理，最受爭議。縱使律師公會已握有律師懲戒的發動權，但卻無實際的懲戒行使權，這使得律師團體自律自治功能大打折扣，也讓律師界常遭到司法官譏評為「怠於自清」。⁴³⁰

其實，從1992年律師法修法過程紀錄⁴³¹即可發現，當時立法者原意於未來將律師懲戒事務交由律師公會行使，顯然，立法者亦認同，要達到律師自律自治的目標，律師懲戒權即應回歸由律師公會行使。但如今，律師公會不但沒有律師懲戒權，設於高

⁴²⁸ 現行律師法第1條第2項規定：「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。」

⁴²⁹ 范光群，1996：2。

⁴³⁰ 顧立雄等，2000：33。

⁴³¹ 如：周荃委員：「第44條與第46條，應再將律師參與懲戒委員會之人數提高到至少二分之一，如此才能達到自律的目的…」、陳水扁委員：「…行政院修訂的律師法，仍然是只偏重處罰與限制律師，…在您們的觀念上，根本將律師當作賊似的防範，老是有將律師當做惡棍的心態，所以該修正案充其量只是律師管理法或律師規範法，根本不在如何提昇律師地位上做考量。…在懲戒方面應由律師自己負責，但現在卻由法院院長、庭長、法官和律師共同處理，移送檢察署。第44條言，由高等法院院長、庭長與推事5人及律師3人組成懲戒委員會，7個法官加上3個律師組成律師懲戒委員會，等於是法官來管律師，那律師和法官在庭上如何能夠平等？46條中，懲戒覆審委員會中，由最高法院院長、庭長與推事各4人及律師4人組成，律師仍為少數，則律師根本無地位可言。…」摘錄自民國79年4月26日立法院司法、法制兩委員會聯席會議第一次聯席會議紀錄之委員發言紀錄。朱武獻教授：「大體上本次律師法之修正，我從行政管制的角度來看，認為行政干預太多，但也有幾點可取之處，…不過行政干預如此多，又強調律師自治，基本上是互相矛盾的，…關於律師懲戒組織的問題，我剛才已經說了，不知律師公會是否有能力？如果有能力，交給各地律師公會組成的律師懲戒委員會做第一次懲戒處分，不服再交給全國律師公會覆審，再不服應該給予行政救濟的機會，日本也有這樣的規定。尤其是除名處分，剝奪其律師資格，影響權益至大，應給予一次救濟的機會。同時，對於覆審委員會會員，應由律師公會全聯會成員擔任，因為目前的律師素質及能力都沒有問題。」摘錄自民國79年5月17日立法院司法、法制兩委員會聯席會議第二次聯席會議紀錄之專家學者發言紀錄。李慶雄委員：「沒有官方參與，由律師自律自主。我們應朝這個方向來做。…現在我們官方介入很深，而且還由高等法院院長、庭長來，是不是他們高人一等，對於律師應付懲戒事由難道能調查得更清楚嗎？…」、「…我們一向主張律師自治的方向走，而將常設機關設在全國律師公會，相關的行政作業可由他們處理，因為這些技術問題應該不致於造成困擾。5年、10年之後全部由律師自治，屆時可能就不需要法官參與了，所以現在就應預為籌謀，雖然法官仍參與，但法院已不是主體，由全國律師公會肩負此一任務，有關收文、聘人等等工作都可由他們來處理。」摘錄自民國81年11月20日立法院司法、法制兩委員會聯席會議第六次聯席會議紀錄之委員發言紀錄。上述發言紀錄請詳參立法院公報第80卷（2）：287-299、第80卷（10）：25-37、第80卷（95）：406-425。

等法院之律師懲戒委員會及設於最高法院之懲戒覆審委員會，其委員過半數由律師及學者擔任，主管機關對此即宣稱已充分給予律師高度自律權限，這種說法實無異於扭曲立法者原意，更與律師法第1條第2項規定所揭橥之自律自治精神不符。

貳、現行律師懲戒制度之缺失-兼評釋字第378號解釋

影響我國律師懲戒制度最鉅者，首推大法官釋字第378號解釋。在本號解釋出爐後，律師懲戒處分之性質，被定性為司法裁判，與其他專門職業技術人員之懲戒為行政處分大相逕庭。本號解釋之優劣利弊為何？對律師懲戒制度是否仍有未及敘明之處？謹將大法官釋字第378號解釋文及解釋理由書全文先列述如下，繼之為文討論。

大法官釋字第378號解釋文：「

依律師法第41條及第43條所設之律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會性質上相當於設在高等法院及最高法院之初審與終審職業懲戒法庭，與會計師懲戒委員會等其他專門職業人員懲戒組織係隸屬於行政機關者不同。律師懲戒覆審委員會之決議即屬法院之終審裁判，並非行政處分或訴願決定，自不得再行提起行政爭訟，本院釋字第295號解釋應予補充。」

大法官釋字第378號理由書全文：「

憲法第16條規定人民有訴訟權，係指人民有依法定程序，就其權利義務之爭議，請求法院救濟之權利，業經本院闡釋在案（參照釋字第220號、第368號解釋）。其中所謂法院固係指由法官所組成之審判機關而言，惟若因事件性質在司法機關之中設置由法官與專業人員共同參與審理之法庭或類似組織，而其成員均屬獨立行使職權不受任何干涉，且審理程序所適用之法則，亦與法院訴訟程序所適用者類同，則應認其與法院相當。人民依法律之規定就其爭議事項，接受此等法庭或類似組織之審理，即難謂憲法上之訴訟權遭受侵害。關於專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而須受懲戒者，基於職業團體自治原則及各種專門職業之特性，掌

理懲戒事項之組織，多由法律授權主管機關以訂定組織規程方式，組成包括各該職業團體成員、行政主管人員及有關專家之委員會，如會計師及建築師等之懲戒組織是。至於律師依法負有保障人權、實現社會正義及促進民主法治之使命（見中華民國 81 年 11 月 16 日修正公布之律師法第 1 條），其執行業務與法院之審判事務相輔相成，關係密切，法律對其懲戒機構之設立，遂有不同於其他專門職業人員之規定。依律師法第 41 條：『律師懲戒委員會委會由高等法院法官 3 人、高等法院檢察署檢察官 1 人及律師 5 人組織之；委員長由委員互選之。』同法第 43 條：『律師懲戒覆審委員會由最高法院法官 4 人、最高法院檢察署檢察官 2 人、律師 5 人及學者 2 人組織之；委員長由委員互選之。』關於懲戒事件之審理，則依同法第 40 條規定採彈劾主義，亦即懲戒程序之發動，係由懲戒委員會以外之機關或律師公會移送。又依同法第 52 條第 2 項授權訂定之律師懲戒規則，在組織結構上將上述懲戒委員會分別設在高等法院及最高法院，其成員於行使職權時實質上亦與各該法院法官享有同等之獨立性。此外，有關人員迴避，案件分配，證據調查（並得囑託法院予以調查），筆錄製作，作成評議及書類等，或準用刑事訴訟法之規定，或與法院審理訴訟案件之程序類同，各該委員會性質上屬於法院所設之職業懲戒法庭，與其他專門職業人員懲戒委員會係隸屬於行政機關者有別。雖各該懲戒委員會之成員除法官及檢察官外，尚有律師或學者，此乃職業懲戒組織之通例，於其行使職業懲戒權法庭之特性並無影響。受懲戒之律師對於律師懲戒委員會之決議不服者，得請求覆審，律師懲戒覆審委員會所為之決議，即屬法院之終審裁判，並非行政處分或訴願決定，自不得再行起行政訴訟，本院釋字第 295 號解釋應予補充。又律師懲戒委員會既具職業懲戒法庭之性質，為使其名實相符並增進司法化之運作，宜於修正相關法律時改為法庭名稱，併予指明。」

一、另闢蹊徑的律師懲戒制度

過去，我國律師與其他專門職業技術人員的懲戒制度相同，都被視為屬於特別權力關係之範圍內，因此，專門職業技術人員一旦受懲戒處分後，即不得提起行政訴訟。

此一論據甚有行政法院 78 年度判字第 2214 號判決作為支撐。⁴³²

時至 1992 年 3 月 27 日司法院大法官作出釋字第 295 號解釋後，該號解釋即推翻了過去會計師等專門職業人員與行政主管機關關係屬特別權力關係的觀點，並認為會計師懲戒委員會與懲戒覆審委員會係屬行政機關，會計師懲戒委員會所為的懲戒決議係行政處分，而會計師懲戒覆審委員會所為的覆審決議，即相當於最終的訴願決定，被懲戒人如因該項決議違法，認為損害其權利者，即無須再對之提起訴願、再訴願，應許其逕行提起行政訴訟。⁴³³

釋字第 295 號解釋出爐後，外界原本以為，此號解釋的效力，及於所有專門職業技術人員的懲戒制度，但嗣後經大法官又作出第 378 號解釋後，始知原來律師懲戒並不在釋字第 295 號解釋範圍所及。

釋字第 378 號解釋案的背景，是一名被台灣律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會處以申誡處分的簡長順律師，因不服懲戒處分，而向行政法院提起行政訴訟，但被行政法院駁回。行政法院認為，「

按凡基於特殊之身份、地位，因職務上之違法失職行為，致受主管機關依特別法之規定所為之懲戒處分，應屬訴願法第 1 條但書法律另有規定之情形，不得對之提起行政爭訟。本件原告係執業律師，因違反律師法第 27 條、第 40 條第 1 款之規定，經台灣律師懲戒委員會決議依同法第 45 條第 2 款之規定予以申誡處分，原告不服向律師懲戒覆審委員會請求覆審，經該會

⁴³² 判決意旨略以：「…從事於應受行政主管機關管理監督之特種業務者，（如律師、會計師）因其違反有關法令之規定，受主管機關依法定程序所為之懲戒處分，乃係基於特別權力關係所為之處分，非屬行政機關對人民基於一般權力關係所為之行政處分，自不得對之提起訴願及行政訴訟。…」

⁴³³ 大法官釋字第 295 號解釋理由書全文：「憲法保障人民之訴願權，其目的在使為行政處分之機關或其上級機關自行矯正其違法或不當處分，以維護人民之權益，若法律規定之其他行政救濟途徑，已足達此目的者，則在實質上即與訴願程序相當，自無須再踐行訴願程序。訴願法第 1 條：『人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願、再訴願。但法律另有規定者，從其規定。』其但書規定即係包括上述情形在內，惟並非謂未經提起訴願或再訴願，縱已用盡其他相當於訴願、再訴願之行政救濟程序，亦不得續行行政訴訟。財政部依會計師法規定，設置會計師懲戒委員會及懲戒覆審委員會。會計師懲戒委員會因財政部交付懲戒而對會計師所為懲戒決議，係行政處分，被懲戒之會計師有所不服，對之聲請覆審，實質上與訴願相當。會計師懲戒覆審委員會所為覆審決議，相當於最終之訴願決定，無須再對之提起訴願、再訴願。依上開說明，被懲戒人如因該項決議違法，認為損害其權利者，應許其逕行提起行政訴訟，以符憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。」

決議，原決議應予維持，揆諸首揭說明，自不得再次提起行政爭訟，原告復向本院提起行政訴訟，主張律師法係行政法，乃為公法，依律師法組成之律師懲戒委員會、律師懲戒覆審委員會即行政訴訟法所稱之中央或地方機關，而其所為之懲戒決定，即屬行政處分，依司法院大法官會議釋字第 295 號解釋例，自應許其逕行提起行政訴訟云云。查上開解釋，乃對會計師所為懲戒之決定，而會計師懲戒委員會及會計師懲戒覆審委員會，其人員之組成及職權之行使，均與律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會不同，自不能以彼例此，認為律師經律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會所為之懲戒處分，亦應許其逕行提起行政訴訟」⁴³⁴

由此可見，當時行政法院仍堅持大法官釋字第 295 號解釋不適用於律師懲戒案件。簡長順對此裁定不服，遂向大法官聲請解釋。1995 年 4 月 14 日，釋字第 378 號解釋作成後，其結論固與行政法院裁定相同，認為簡長順不得再次提起行政爭訟，但大法官所持的理由與行政法院見解不同，大法官認為，律師懲戒委員會性質上屬於法院所設的職業懲戒法庭，律師懲戒覆審委員會所為之決議即屬法院之終審裁判，並非行政處分或訴願決定，故不得再行提起行政訴訟。

自大法官釋字第 378 號解釋出爐後，我國專門職業技術人員的懲戒處分即有兩種不同性質，第一種為律師以外的所有專門職業技術人員，他們所受的懲戒處分均被視為行政處分，受懲戒人不服時，可提行政訴訟；另一種則為律師，而律師懲戒覆審委員會所為的決議視為法院終局裁判，亦即再無救濟程序。

大法官認為律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會性質相當於法院的理由，可歸納如下 3 點：

- (一) 律師之使命，不同於其他專門職業人員，且其執行業務與法院之審判事務相輔相成，關係密切，因此法律對其懲戒機構遂有不同之設立規定。
- (二) 律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會分別設在高等法院及最高法院，其成員於行使職權時實質上與各該法院法官享有同等之獨立性。

⁴³⁴ 行政法院 81 年裁字第 601 號參照。

(三) 律師懲戒程序關於人員迴避、案件分配、證據調查（並得囑託法院予以調查）、筆錄製作、作成評議及書類等，或準用刑事訴訟法之規定，或與法院審理訴訟案件之程序類同。

二、律師懲戒機關為職業懲戒法庭

釋字第 378 號解釋最大的特色即是創設了我國以往所未有的職業懲戒法庭，並說明法院最起碼應具有一定的條件為：依據法律設置、獨立於其他權力部門之外、成員獨立行使職權、不告不理、運作方式符合正當法律程序等，⁴³⁵且認為律師懲戒委員會、律師懲戒覆審委員會均屬於法院所設之職業懲戒法庭。自此之後，律師懲戒機關的定位，均等同於法院。

不過，卻有若干學者對於本號解釋持有不同看法。他們認為，律師懲戒機關應不能等同於職業懲戒法庭，且依憲法第 80 條、⁴³⁶第 81 條⁴³⁷及第 82 條⁴³⁸規定可知，法院應具有下述三要件：1.審判獨立，只服從法律；2.由憲法規定之法官組成；3.其組織以法律定之。而律師懲戒委員會及懲戒覆審委員與法院特徵容有諸多不符之處，故學者⁴³⁹認律師懲戒委員會及懲戒覆審委員難謂具有法院之地位，其所持的理由有二：

(一) 律師懲戒組織與法院組織並不相同：

1.懲戒組織成員並非全為法官：法院之組織係以法官組成，此觀法院組織法第 3 條、⁴⁴⁰行政法院組織法第 3 條⁴⁴¹自明。且從律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會之

⁴³⁵ 李念祖，2008a：18。

⁴³⁶ 憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干擾。」

⁴³⁷ 憲法第 81 條規定：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分，或禁治產之宣告，不得免職。非依法律，不得停職、轉任或減俸。」

⁴³⁸ 憲法第 82 條規定：「司法院及各級法院之組織，以法律定之。」

⁴³⁹ 吳志光，2007：160-164。王寶鋒，1999：95-96。高愈杰，1998a：79-80。

⁴⁴⁰ 法院組織法第 3 條：「地方法院審判案件，以法官 1 人獨任或 3 人合議行之。高等法院審判案件，以法官 3 人合議行之。最高法院審判案件，以法官 5 人合議行之。」

⁴⁴¹ 行政法院組織法第 3 條：「高等行政法院之審判，以法官 3 人合議行之。但簡易訴訟程序以法官 1 人獨任行之。最高行政法院之審判，以法官 5 人合議行之。」

成員分析即可發現，其成員僅部分具有法官身分。雖然釋字第 378 號解釋對此從寬認定為「各該懲戒委員會之成員除法官及檢察官外，尚有律師或學者，此乃職業懲戒組織之通例，於其行使職業懲戒權法庭之特性並無影響。」事實上，若再對照釋字第 396 號、⁴⁴²第 601 號解釋，⁴⁴³大法官都直接將公務員懲戒委員會委員、大法官，認定為憲法第 80 條所稱之法官，而在釋字第 378 號解釋中，大法官卻未將律師懲戒委員直接解釋為憲法上之法官，顯然，律師懲戒委員會之委員並非法官，是以，非由大法官或法官所組成的組織，即不能稱為司法機關。

2. 懲戒組織之部分成員並無類同法官般具有身分保障：依憲法第 81 條規定：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分，或禁治產之宣告，不得免職。非依法律，不得停職、轉任或減俸。」而律師懲戒委員會及律師懲戒覆審委員會委員任期均僅有 1 年，⁴⁴⁴其成員亦不能於律師懲戒制度內獲得終身職的身分保障，且成員中縱有若干職業法官，然而其身分保障之取得係肇因於原任職之審判職務，與有無成為律師懲戒機關之成員無涉，是以，律師懲戒組織之成員亦未享有憲法第 81 條所列的法官身分保障，律師懲戒委員自然更不等同於法官。事實上，律師懲戒委員任期屆滿後並無身分保障，委員會如果連續二次不足法定人數，尚可臨時商請原指定或推薦機關、團體指定或推薦與缺席委員同等資格之代理人出席，⁴⁴⁵這些設計，等於讓擔任律師懲戒委員會之委員連最起碼的身分保障都沒有。

由上所述，釋字第 378 號解釋認為律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會性質上相當於法院之理由，備受質疑，也因此引發論者認為隱藏於本號解釋之關鍵理由乃唯恐設置於最高法院之律師懲戒覆審委員會決議遭受行政法院審查。⁴⁴⁶但若即因此而牽強地

⁴⁴² 釋字第 396 號解釋理由書略以：「…公務員懲戒委員會掌理公務員之懲戒事項，屬於司法權之行使，並由憲法上之法官為之。」

⁴⁴³ 本號解釋文開宗明義即直指：「司法院大法官由總統提名，經立法院同意後任命，為憲法第八十條規定之法官。」

⁴⁴⁴ 律師懲戒規則第 2 條第 3 項參照。

⁴⁴⁵ 律師懲戒規則第 12 條第 2 項參照。

⁴⁴⁶ 高愈杰，1998c：第二版。大法官孫森焱於理由部分不同意見書謂：「參酌最高法院設置之律師懲戒

將律師懲戒委員會或懲戒覆審委員會解釋為設於法院之職業懲戒法庭，論者認為，⁴⁴⁷恐有因人設事之弊。

(二) 不得因懲戒組織設於司法機關下即遽認其為法院之懲戒法庭：大法官釋字第 378 號解釋理由書認為：「在組織結構上將上述懲戒委員會分別設在高等法院及最高法院」，「各該委員會性質上屬於法院所設之職業懲戒法庭，與其他專門職業人員懲戒委員會係隸屬於行政機關者有別。」

首先，相較於會計師等懲戒程序規定觀察，律師懲戒程序並未特別近似於法院審理程序。依釋字第 378 號解釋認定法院之標準，只要是由法官及專業人員共同參與審理，且於行使職權時獨立不受干涉，並採與法院類同之訴訟程序，其性質即可認與法院相同。此一論述若係鐵律，則財政部於 81 年 8 月 25 日修正發布之「會計師懲戒委員會暨會計師懲戒覆審委員會組織規程」中，其覆審委員會亦由法官與專業人員共同組成，其成員之獨立性與律師懲戒委員會之成員相同，且兩者之懲戒程序亦幾乎相同，幾與訴願審議程序相當，例如懲戒委員之迴避在會計師部分亦準用刑事訴訟法有關迴避之規定，⁴⁴⁸懲戒案件由主任委員（委員長）輪流分配予各委員會審查，⁴⁴⁹被付懲戒人得提出答辯書（申辯書），審查委員認有詢問被付懲戒人之必要時，得通知其到會陳述（答覆），⁴⁵⁰其內容應作成筆錄，⁴⁵¹審查經過應作成審查意見書（報告書）送交會議討論（評議），⁴⁵²討論不公開，以過半數表決之，⁴⁵³決議書應記載懲戒案由、

覆審委員會所為決議，若解為應由行政法院審查其當否，不啻以行政法院為最高法院之上級審，體例上殊感失衡。」

⁴⁴⁷ 王寶鋒，1999：95-96。高愈杰，1998a：79-80。

⁴⁴⁸ 民國 81 年 8 月 25 日修正之「會計師懲戒委員會與懲戒覆審委員會組織及審議規則」第 6 條規定參照。

⁴⁴⁹ 民國 81 年 8 月 25 日修正之「會計師懲戒委員會與懲戒覆審委員會組織及審議規則」第 8 條規定參照。

⁴⁵⁰ 民國 81 年 8 月 25 日修正之「會計師懲戒委員會與懲戒覆審委員會組織及審議規則」第 9 條第 1 項規定參照。

⁴⁵¹ 民國 81 年 8 月 25 日修正之「會計師懲戒委員會與懲戒覆審委員會組織及審議規則」第 9 條第 2 項規定參照。

⁴⁵² 民國 81 年 8 月 25 日修正之「會計師懲戒委員會與懲戒覆審委員會組織及審議規則」第 10 條規定參照。

決議主文、事實及理由等。⁴⁵⁴至於律師懲戒固獨有審查委員得囑託法院調查證據之規定，然探究其囑託調查之內涵，非指囑託法院依照刑事訴訟法規定由法官開庭進行調查程序，實務上僅是得向法院調閱該律師懲戒案之相關卷證。高愈杰認為，就此而言，其他專門職業人員懲戒固未對於囑託調查此種行政協助加以特別規定，但亦不能僅因此點即認律師懲戒制度較其他專門職業技術人員之懲戒制度更趨近於法院審理程序。⁴⁵⁵

儘管論者對本號解釋存有諸多評論，然而筆者認為本號解釋肯認現行律師懲戒程序是司法程序，毋寧係在說明律師懲戒涉及司法審判之行使時，不能襲用行政機關之組織，即是正面揭示法院組織必須正當適憲的初度嘗試；⁴⁵⁶再對照後來大法官於釋字第 396 號解釋就公務員懲戒委員會之名稱、組織進一步宣告違憲，均是認為司法救濟的程序應由具有法院一定特徵的組織為之，可見司法權的行使，其機關應符合法院體制之要求，而因行政與司法在權力分立制度中乃分屬不同的功能，具有法院這樣特徵的體制，其目的是為了行使審判權，也就是行使審判權者必須是獨立不受干擾的個體，與行政機關以命令服從方式之性質不同，又因委員會通常為行政機關之組織形態與名稱，與法院之為司法審判機關的組織形態與名稱有所不同，故在這兩號解釋中，大法官均認為法院應與其他權力機關之組織、名稱有所區別，其對於促進審判獨立係具一定之助益；⁴⁵⁷另，審判權的行使除了在外觀及形式上須具法院名稱之要件外，為了確保法院能獨立、公正行使審判職權，實質上行使審判權的主體即須由法官組成為之，⁴⁵⁸因此，律師懲戒委員會或公務員懲戒委員會的運作程序（訴訟程序）是否周全、公平，亦與審判權的行使之外觀及形式同屬重要。

⁴⁵³ 民國 81 年 8 月 25 日修正之「會計師懲戒委員會與懲戒覆審委員會組織及審議規則」第 11 條規定參照。

⁴⁵⁴ 民國 81 年 8 月 25 日修正之「會計師懲戒委員會與懲戒覆審委員會組織及審議規則」第 13 條規定參照。

⁴⁵⁵ 高愈杰，1998a：89-90 註 17。

⁴⁵⁶ 李念祖，2008b：319。

⁴⁵⁷ 李念祖，2008a：18-19。

⁴⁵⁸ 湯德宗，2005：340。

三、律師懲戒程序違反法律保留原則

釋字第 378 號解釋固將律師懲戒事件定位為司法權之行使，但就現行律師懲戒程序以觀，本號解釋實質上並未要求提升律師懲戒組織對被付懲戒人訴訟程序之權益保障，而僅在於定位形式上的改變，並阻斷被付懲戒人向行政法院尋求實質救濟的機會；⁴⁵⁹再者，就憲法保障人民之訴訟權而言，本號解釋亦有不足，按憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平審判之權，所稱訴訟權，乃人民在司法上之受益權，⁴⁶⁰是以訴訟權既屬憲法上之基本權，自有憲法第 23 條法律保留原則及比例原則之適用，職此，相關之訴訟程序自應由立法機關以法律明文定之，司法院釋字第 393 號解釋文、第 395 號解釋理由書、第 396 號解釋理由書、第 442 號解釋文、第 446 號解釋理由書、第 512 號解釋理由書、第 574 號解釋理由書及第 610 號解釋文均闡釋甚明。然而，對照現行律師懲戒組織及審理程序，非由法律明定，而係依律師法第 53 條第 2 項規定概括授權主管機關以法規命令訂定律師懲戒規則，則此種法律授權形式即已違反憲法第 23 條，而和上述司法院解釋所強調之法律保留原則相悖，但本號解釋對此未置一詞，亦係本號解釋備受論者非議之處。⁴⁶¹因此，未來律師法修法時，自應將律師懲戒相關程序明定於律師法中，以符合法律保留原則。

四、律師懲戒程序違反正當法律程序要求

正當法律程序 (due process of law) 理念主要係源自於英國法上「自然正義 (rules of natural justice)」的公正與公平原則，⁴⁶²然而到了美國，此一原則遂演變成「正當

⁴⁵⁹ 高愈杰，1998c：第二版。

⁴⁶⁰ 釋字第 446 號理由書參照。

⁴⁶¹ 王寶鋒，1999：97。吳志光，2007：165。

⁴⁶² 湯德宗，2003：8-9。

法律程序」之核心概念，並明定於美國憲法第 5 增修條文⁴⁶³及第 14 增修條文⁴⁶⁴中，於其憲政史上發展成為憲法上的帝王條款，舉凡民事、刑事、行政管制程序、公務員懲戒或其他公法程序，正當法律程序均有其適用。⁴⁶⁵反觀我國，憲法固未明定正當法律程序為人民的基本權利，但吳庚大法官於釋字第 271 號解釋不同意見書中已率先提出正當程序的概念，繼之，楊日然大法官於釋字第 289 號之一部不同意見書中亦指出：「非依法定程序不得處罰人民」是民主法治國家之基本原則；至釋字第 384 號，始正式建立了「正當法律程序」的憲法位階概念，⁴⁶⁶此後，大法官又相繼作成釋字第 392、396、418、436、445、446、491、499、563、574、582、585、588、610、633、636、639 等號解釋，並於上述解釋文或解釋理由書中將「正當法律程序」概念直接實質性地加以適用，其中釋字第 396、446、574、610 號解釋更明白指述憲法第 16 條所規定之訴訟權為正當法律程序的憲法依據之一，⁴⁶⁷因此，現行律師懲戒制度經釋字第 378 號解釋認定為司法程序，即涉有人民訴訟權保障的問題，而依前揭幾號解釋可知，正當法律程序既係訴訟權本質之重要內涵，則觀現行律師懲戒程序，即有下列未符正當法律程序之要求：

（一）違反直接審理、言詞辯論、對辯及辯護制度

大法官於釋字第 396 號解釋理由書中所指出：「

（公務員）懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第 82 條及本院釋字第 162 號解釋

⁴⁶³ 美國憲法第 5 增修條文原文為：No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, 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.」

⁴⁶⁴ 美國憲法第 14 增修條文第 1 項原文為：「Section. 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.」

⁴⁶⁵ 王寶鋒，1999：25-26。

⁴⁶⁶ 李念祖，2008b：293。

⁴⁶⁷ 李念祖，2006：553。

意旨，則其機關應採法院之體制，包括組織與名稱，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨。有關機關應就公務員懲戒機關之組織、名稱與懲戒程序，併予檢討修正。」⁴⁶⁸

因此，大法官於釋字第 396 號理由書既已指明「直接審理」⁴⁶⁹、「言詞辯論」⁴⁷⁰、「對辯制度」⁴⁷¹及「辯護制度」⁴⁷²等均為正當法律程序之內涵，則依現行律師懲戒規則以觀，究該規則於 2006 年 6 月 29 日修正後，雖已分別於第 7 條第 2 項及第 11 條第 2 項增訂被付懲戒人有聲請閱覽及抄錄卷證的權利，及懲戒委員會於評議前應通知被付懲戒人到場陳述意見之規定，有關之懲戒程序固然亦有部分採取司法程序之規定，例如有關人員之迴避、案件分配、證據調查、筆錄製作、作成評議與書類等，與刑事訴訟程序類似，或得準用之，然而，在保障人民訴訟權的核心領域上，卻仍不夠完整，尤以上述大法官所認直接審理、對審及辯護制度等屬於正當法律程序所要求必須踐行的程序，均付之闕如，因此，儘管釋字第 378 號解釋認為律師懲戒程序規定「與法院審理訴訟案件之程序類同」⁴⁷³，然而就現行公務員懲戒制度與律師懲戒制度相較，現行公務員懲戒法，其中規定被付懲戒人得聲請閱覽及抄錄卷證，及審議程序關於迴避、送達、期日、期間、人證、通譯、鑑定及勘驗，準用刑事訴訟程序之規定⁴⁷⁴，猶較律師懲戒程序規定更為完整，但仍被大法官於釋字第 396 號解釋為尚不符法院體

⁴⁶⁸ 釋字第 396 號解釋理由書參照。

⁴⁶⁹ 「直接審理」，係指法官須以其自行認識所的之資料作為裁判之基礎，也就是為裁判的法官須直接參與本案之辯論及調查證據。見湯德宗，2005：342。

⁴⁷⁰ 「言詞辯論」則指在期日內法院、當事人、其他訴訟關係人所為之一切行為，舉凡當事人之聲明、聲請、提出攻擊、防禦方法及其他陳述或主張；法院之指揮訴訟、調查證據；證人及鑑定人之陳述或各種報告等均屬之。見吳庚，2005：692。

⁴⁷¹ 大法官分別於多號解釋指出對辯制度為正當法律程序之必要環節，例如，釋字第 384 號提及「當事人有與證人對質或詰問證人之權利」、釋字第 491 號解釋亦指出「處分前應給予受處分人陳述及申辯之機會」及釋字第 585 號解釋亦認為「准許受調查人員接受法律協助…必要時備置適當之詰問機制」，前後用語雖不盡相同，但用意則顯屬一致。見李念祖，2008b：401。

⁴⁷² 大法官於釋字第 582 號解釋亦提及辯護制度係憲法保障訴訟權中防禦權的制度保障，實現防禦權之重要環節。

⁴⁷³ 參看釋字第 378 號解釋理由書。

⁴⁷⁴ 公務員懲戒法第 29 條規定參照。

制而言，則程序較公懲會更為不備的律師懲戒委員會又豈能更符合正當法律程序？

（二）違反一事不再理原則（或一事不二罰原則）？

所謂「一事不再理」，係指就同一行爲（或犯罪），不得為兩次以上之追訴、審判。

⁴⁷⁵最早以憲法觀點提出一事不再理的大法官解釋，首見於釋字第 271 號解釋之吳庚大法官之不同意見書，其認為：「

...同一行爲不受二次以上審問處罰...就不受二次審問處罰而言，此一原則在刑事訴訟程序通稱為一事不再理 (*ne bis in idem*)。...不受二次處罰之原則在羅馬法上已經存在，...十八世紀英國法學家布來克史東...宣稱：不受一次以上之危險乃舉世普遍之法則...美國聯邦憲法制定時，將已見諸殖民地各州憲法之條款列入聯邦憲法修正案第五條，此乃眾所熟知之雙重危險保障條款 (*double jeopardy protection clause*)。二次大戰之後，德國基本法第一〇三條第三項、日本憲法第三十九條亦均有類似規定，其他大陸法系國家則多以一事不再理之方式，規定於刑事訴訟法。」⁴⁷⁶

由上可知，我國憲法條文固無「一事不再理」之明文規定，然而誠如吳庚大法官於上述不同意見書所指，一事不再理既已係現代法治國家普遍承認之權利，則依釋字第 384 號解釋理由書所示：「...舉凡憲法施行以來已存在之保障人身自由之各種建制及現代法治國家對於人身自由所普遍賦予之權利與保護，均包括在內。」及第 392 號解釋理由書所提及：「...人權保障乃我國現在文化體系中之最高準則，並亦當今先進文明社會共同之準繩。...究欲憲法達成何種之任務，於解釋適用時，殊不得不就其所顯示之價值秩序為必要之考量。」應可認「一事不再理原則」具有憲法位階，並無疑義。

又「一事不再理」與「一事不二罰」、「一行爲不二罰」，在概念上究有何不同？

王兆鵬⁴⁷⁷認為，「一行爲不二罰」及「一事不二罰」重在訴訟之最後結果；而「一

⁴⁷⁵ 王兆鵬，2008：185。

⁴⁷⁶ 釋字第 271 號解釋吳庚大法官不同意見書參照。

⁴⁷⁷ 王兆鵬，2008：321。

事不再理」則重在訴訟程序本身，因此就同一事件提起多次之訴訟，即可能違反一事不再理原則。

許宗力大法官於釋字第 604 號解釋之協同意見書中則認為，「一事不再理」原則與「一事不二罰」原則相同，是訴訟法上的原則，適用於刑事程序法上的概念，即禁止同一違法行為，為重複之刑事訴追與處罰；但他認為，「一行為不二罰」與「一事不再理」關係雖然密切，然仍非相同的概念。⁴⁷⁸

蔡震榮亦持與許宗力大法官之相同見解，他認為，「一事不二罰」原則是源自於刑事訴訟法上之「一事不再理」的概念，是指同一行為已受刑事判決確定，對該同一行為不得在程序法上再以刑罰追訴或處罰。⁴⁷⁹

彭鳳至大法官於釋字第 604 號之協同意見書中，則就「一事不二罰」及「一行為不二罰」進行詳細分辨其用詞語意，她認為「一事不二罰」是刑事法上的用語，而在行政法上應以「一行為不二罰」稱之。⁴⁸⁰

綜合上述大法官及學者意見，可確知的是，「一事不再理」所著重者，在於使被告不受雙重處罰和雙重程序折磨之利益，其所反映的是程序正義的理念；⁴⁸¹而大法官於作出釋字第 604 號解釋後，更進一步確立「一事不二罰」是刑事法領域應遵守的憲法原則，而「一行為不二罰」則是行政罰法領域所應遵守的憲法原則。⁴⁸²然而，大法官及學者對於「一事不二罰」之概念，究否係著重在「罪刑衡平」之實質保障或是「一事不再理」之程序保障的概念，似無一致之定論。⁴⁸³惟為後續行文之便，筆者則從蔡震榮與許宗力大法官之見解，即「一事不二罰」與「一事不再理」係屬相同概念，

⁴⁷⁸ 釋字第 604 號解釋協同意見書參照。

⁴⁷⁹ 蔡震榮主要係以「程序法」上的意義來理解，亦即，不得對同一行為，再度進行同樣之程序加以處罰。氏著，2004：523。

⁴⁸⁰ 釋字第 604 號解釋協同意見書參照。

⁴⁸¹ 李念祖，2008b：331。

⁴⁸² 李念祖，2008b：361。

⁴⁸³ 許宗力大法官及蔡震榮則與王兆鵬所持的見解不同，許宗力大法官及蔡震榮皆認為「一事不二罰」等同於「一事不再理」係強調程序保障，而王兆鵬則強調「一事不二罰」係著重處罰結果之實質保障。

均重在訴訟程序本身，強調程序重覆之禁止。

界定上述「一事不再理」與「一事不二罰」、「一行為不二罰」概念之用意，主要係為探討現行律師法第 39 第 2 款規定：「律師有犯罪之行為，經判決確定者，應付懲戒」⁴⁸⁴究否有違上述「不二罰」原則？如有違反，又係違反何種原則？

筆者認為，依釋字第 378 號解釋所示，大法官固已指明律師懲戒處分係屬法院裁判，而律師懲戒程序亦類同法院之訴訟程序，但釋字第 378 號解釋卻未明確指出律師懲戒程序究竟是適用何種訴訟程序，然而依現行律師懲戒規則規定，其中就律師懲戒委員會評議時所適用程序、檢察署身為懲戒發動權之主體及懲戒處分作成後由法務部轉飭所屬檢察署執行之程序⁴⁸⁵規定以觀，庶幾可認與刑事訴訟法規定之起訴、審理及執行等程序類同，如此一旦律師經刑事判決有罪確定，復經類同刑事訴訟程序之律師懲戒程序予以訴究，自有違反「一事不再理」（或一事不二罰）所強調程序之重覆禁止；意即，當律師有犯罪行為，且經法院判決確定後，依本論文第三章所述律師之第二類課責機制以觀，國家既已就違反刑法或行政刑罰之律師進行課責，業已滿足了國家維持法秩序之目的，而依現制，卻又須將已遭受刑事處罰之律師，再移送同屬國家之律師懲戒委員會進行懲戒，則當然有程序上之二罰。因為，一事不再理（或一事不二罰）原則所強調者，即係同一個國家主體如對同一行為已進行刑事訴究，對於該同一行為自不得在程序法上再以刑罰追訴或處罰，從而，現行律師懲戒權之行使主體如

⁴⁸⁴ 我國律師懲戒案件自民國 60 年迄至民國 96 年底止，執業律師因犯罪之行為而受有懲戒處分者，計有 81 件。資料來源：民國 60 年至 96 年 3 月底之數據，係參看中華民國律師公會全國聯合會所編「律師懲戒案例選輯」之資料統計；而 96 年 4 月至同年 12 月之數據則係筆者依臺灣律師懲戒委員會所送法務部之懲戒決議書統計。

⁴⁸⁵ 律師懲戒規則於 2006 年 6 月 29 日修正前之第 25 條規定：「法務部對於決議確定之處分，應依下列規定分別命令執行之：一、警告、申誡及停止執行職務者，令行高等法院檢察署轉令地方法院檢察署送達命令。二、除名者，令行高等法院檢察署轉令地方法院檢察署追繳律師證書，同時函行高等法院並轉函高等法院分院及地方法院註銷登錄。（第一項）前項命令之送達，準用刑事訴訟法關於送達之規定；執行追繳律師證書無效果者，地方法院檢察署應層報法務部於證書存根登記註銷作廢並刊登政府公報。（第二項）第一項處分之執行，地方法院檢察署應通知被懲戒人所屬律師公會，其由高等法院分院檢察署送付懲戒者，並應陳報該分院檢察署。其係停止執行職務者，並應將起訖日期通知司法院、最高法院、行政法院、該管高等法院、國防部軍法局及中華民國律師公會全國聯合會。（第三項）」

仍維持現制，由國家行使，自有二罰之嫌。

在此須澄清的是，筆者並非認為律師一旦有犯罪行為，並不須移付懲戒，誠如本論文第三章所述，律師懲戒之目的既係嚴整職業團隊之秩序及紀律，則律師無論是否係執業中觸犯相關刑事責任，均是對於律師職業團體秩序、紀律及形象之戕害，自屬移付懲戒之當然事由，但依現制，行使律師懲戒權的主體，並非係由職業團體公會為之，因此，就一事不再理（或一事不二罰）原則以觀，現行律師懲戒程序不無存有上二罰程序重覆之疑義，是以，筆者認為未來行使律師懲戒權之主體改由律師公會為之，不僅可符合懲戒之目的，並可避免上述同一國家主體對於同一行為為雙重刑事訴究之疑慮。

五、小結：律師懲戒組織設於律師公會未必違反釋字 378 號解釋

在釋字第 378 號解釋中，大法官認為律師懲戒委員會所為的懲戒處分屬於司法裁判，與其他專門職業技術人員之懲戒處分為行政處分性質不同，最主要的理由係認一般專門職業技術人員之懲戒委員會是設於行政機關，唯獨律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會是設於司法機關內，因此兩者有別。至於律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會為何應設於司法機關內？大法官主要所持的理由係認：「律師依法負有保障人權、實現社會正義及促進民主法治之使命（見 1992 年 11 月 16 日修正公布之律師法第 1 條），其執行業務與法院之審判事務相輔相成，關係密切，法律對其懲戒機構之設立，遂有不同於其他專門職業人員之規定。」

但筆者以為，大法官在解釋理由書中所謂之「其執行業務與法院之審判事務相輔相成，關係密切」雖非無據，然而，現今律師之角色及其執行職務範圍，早已非限於以法院之審判活動為主，律師因受託辦理非訟事務者比比皆是，由此可知，上述大法官之見解無非僅將律師角色定位於法庭活動中，但此一觀點顯然過於狹隘，且與律師執業現況不盡相符，是以，大法官執此理由作為律師懲戒機構之設置應不同於其他專

門職業人員，不應隸屬於行政機關，而應隸屬於司法機關，此說就今日而言，似有挑戰的空間。

筆者認為，律師基於保障人權，維護當事人權益，執行職務時對於行政機關自有對抗性，因此，律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會自不宜設於行政機關之下，這是釋字第 378 號解釋較釋字第 295 號解釋進步之處，但律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會不設於行政機關，是否就應設於司法機關？筆者則持保留看法。如依律師法相關規定及本論文第四章所述，律師應「本於自律自治之精神」執行業務，則將律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會設於律師公會轄下，國家退居於第二線監督地位，有何不可？因此，筆者認為，大法官將律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會之設置，從釋字第 295 號解釋跳脫出來，不設於行政機關下，應值贊同，但其後於釋字第 378 號解釋中，將律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會定位為司法機關下，就今日律師角色及功能以觀，大法官於解釋理由書中所定位律師角色係於法庭活動之理由，即不無可議。

然而，未來若逕將律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會改隸於律師公會轄下，是否與大法官釋字第 378 號解釋意旨衝突？筆者認為亦不盡然。因為，大法官儘管於本號解釋理由書指出：「律師懲戒委員會既具職業懲戒法庭之性質，為使其名實相符並增進司法化之運作，宜於修正相關法律時改為法庭名稱，併予指明。」然而，大法官亦僅係就現行規定解釋律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會設於司法機關時，宜正名為法庭名稱，以達名實相符結果，但並未拘束立法者未來永遠不得將律師懲戒委員會及懲戒覆審委員會改隸於律師公會之下，因此，筆者認為未來律師懲戒組織如經立法者修法改隸由律師公會完全自治，尚未有違反本號解釋意旨之虞。

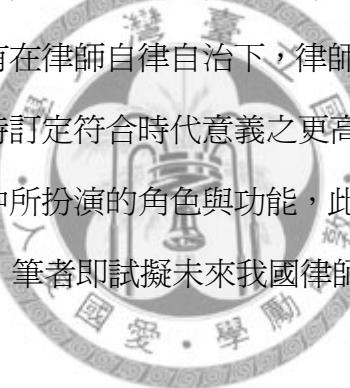
第二節 修正建議

如前一節所述，現行律師懲戒制度，除懲戒程序未符法律保留及正當法律原則

外，律師懲戒組織之設立，亦有變革的必要，但一項制度的變動，總會牽涉到許許多多的人與事，更會引起守舊勢力的疑慮。如何防弊？如何興利？如何讓制度的變動調整至最佳化？這正是公共政策學者必須探索的問題。

筆者認為，律師懲戒制度改由律師公會以自律方式為之，並非對於國家行政管理權的否定，而係在彰顯律師自律精神下，讓國家退居第二線監督位置，透過間接行政方式，仍可有效管理律師團體，不致發生制度失靈現象，亦無須憂慮懲戒權交由律師公會行使後，會發生集體包庇或恣意整肅異己的流弊。

其實，律師自律自治早已為民主法治國家所肯認，尤以律師懲戒制度係屬律師自治中最重要的內涵，因此，律師懲戒制度自應本於職業團體自律自治之精神，由律師公會為之。甚且，處於全球化及資訊科技瞬息萬變的今日，律師執業的內涵日廣，法律服務提供的多樣化益增，唯有在律師自律自治下，律師公會除得要求團體中的成員應盡基本執業義務外，更可隨時訂定符合時代意義之更高度的律師職業道德標準，並令遵行，以實踐律師於各時代中所扮演的角色與功能，此種靈活性自非政府機關緩步行事的因應速度所能及。以下，筆者即試擬未來我國律師懲戒制度之相關規劃方向：



壹、自律機制運作之芻議

一、懲戒組織之改隸

（一）明定律師公會為私法上之社團法人

未來律師懲戒制度如以律師自律機制為之，首先即須將現行律師懲戒委員會改隸為律師公會全國聯合會（下簡稱：全聯會）內之組織，而非設於法院內，至其所作懲戒處分之定性問題，則關乎律師懲戒委員會改隸於律師公會之組織性質為何？會員若對懲戒處分不服應如何尋求救濟？懲戒決議爭議之終局決定權又該由誰行使？

在業必歸會的大原則下，各類專門職業技術人員都必須加入公會，而現行的各類專門職業公會制度的規定也都大致相同，一般而言，於地區內都設立地區性公會，再由各地區公會聯合成立全國性的聯合會。⁴⁸⁶但專門職業公會的性質，在法律中並無明文。

在德國法制上，專門職業公會屬於公法人中的公法社團，是由國家以法律授權因身分而組合的自治團體。由於具有法人地位，得為權利義務主體，在法律授權範圍內享有固定之任務、職掌、管轄與權限，得行使公權力以完成任務。專門職業公會除了可以辦理「自治事項」外，亦得受行政機關之委託，辦理一定業務，即所謂的「委辦事項」。專門職業公會受國家於組織、人事、會計、行政程序、行政救濟等方面的監督，法律得規定其中部分職務應由公務員擔任，且其內部組織需合乎民主程序，自治範圍內亦得制定自治規章，若作成行政處分，則應遵守行政程序法之相關規定，且准此類行政處分提起行政訴訟以為救濟。⁴⁸⁷

與德國相較，我國的公法人體系的建立及發展並不健全。截至目前，法律明文規定的公法人除了地方自治團體外，僅有二個，其一是國立中正文化中心（通稱「兩廳院」），⁴⁸⁸另一則是農田水利會，⁴⁸⁹至於專門職業公會則不屬之。但有學者則認為，若以法律概念分析，公法人應為「本於國家意思，基於法律或法律授權，為公共任務之履行所設立具有權利能力之組織體」，其體系可分公法社團、公法團體及營造物公法人三類。至於 W. Rudolf 則對公法社團定義如下：「由社員組成，獨立於社會的更迭而存在，配備有高權的行政主體。」⁴⁹⁰而公法社團亦有其特性，諸如：1.由社員所組成

⁴⁸⁶ 例外規定，如專利師法第 17 條及法醫師法第 26 條，即規定僅得於中央政府所在地組設一個職業公會。

⁴⁸⁷ 高愈杰，1998a：117。

⁴⁸⁸ 國立中正文化中心設置條例第 2 條：「本中心為行政法人，其監督機關為教育部。」行政法人亦為公法人之一種，惟吳庚認為行政法人與公法人之特性已不完全符合，認為行政法人係屬變體之公法人。吳庚，2005：171-172。

⁴⁸⁹ 農田水利會組織通則第 1 條第 2 項：「農田水利會為公法人。」水利法第 12 條第 2 項：「前項農田水利會為公法人，其組織通則另定之。」

⁴⁹⁰ 黃銘輝，1998：72-100。

2.具有完全權利能力 3.執行由法律所規定的公共任務 4.具有自治行政權 5.必須受到國家監督。⁴⁹¹以此標準檢驗，由具有特定職業、身分或共同理念或共同利害關係之人，依法律規定組成之社團，即可視為「身分性公法社團」，如律師公會、醫師公會等專門職業公會均可謂之，且其成員之加入通常具有強制性。若然，則專門職業公會即可適用於公法人地位。

不過，儘管上述學者認為律師公會應可認具有公法人地位，但國內通說⁴⁹²仍對於如律師公會之專門職業公會，認為應僅具私法人地位，因為此類組織無論是在人事體例、行政程序、預算、會計或行政救濟等方面，法律均無明文，且實際上公會的組織並未採取符合行政機關之標準程序運作。因此，如將專門職業公會逕以法律創設為具有公法人之地位，在實務上恐生諸多爭議，故衡酌現況，且為強化其獨立之人格地位，仍宜以私法上之社團法人定位律師公會等專門職業公會較屬適當。

（二）懲戒處分之性質

當律師公會具有私法上之社團法人地位，並對會員行使懲戒權時，其所為之懲戒處分，即屬律師公會對於職業團體內部成員所為之會員資格處分。

定性律師公會之懲戒處分性質，主要係為界定被懲戒律師未來尋求救濟途徑，究竟應提起何種訴訟。因此，一旦將律師公會認其為社團法人之地位，則當被懲戒律師不服律師公會所為之懲戒處分，自係向普通法院提出民事訴訟以為救濟。

至於律師懲戒委員會改隸於律師公會後，是否得延續釋字第 378 號解釋意旨，得將律師懲戒組織稱為懲戒法庭？筆者對此持保留看法。

因為，依憲法權力分立理論，法院為維持其獨立性，不可能設於其他政府機關或民間團體之下，從現行體制來看，亦無前例，因之，縱有將設於律師公會之律師懲戒

⁴⁹¹ 蔡震榮，1993：254-262。

⁴⁹² 吳庚，2005：169-174。李惠宗，2000：74。蔡震榮，1993：253。另參考民間司法改革基金會、台灣法學會、檢察官改革協會及澄社版律師法修正草案條文，亦於修正條文第 12 條第 4 項中規定：「律師公會應依法登記為社團法人。」

組織改為懲戒法庭之議，但在未來法院組織法修法態度上，推測司法院態度應係持否定立場；⁴⁹³再者，誠如邱聯恭教授所言：「法只要能發揮制止人民之侵權行為及公權力之濫用等消極的作用，即為已足；裁判原則上是為了對於個別的權利侵害，給予事後的救濟或制裁，而非被當作國家積極介入人民生活的重要手段。」⁴⁹⁴因此，現制律師懲戒案件以司法權逕為直接制裁之權力者，是否妥適，本容有討論空間，未來，律師懲戒委員會如改隸為律師公會時，自更不宜在行使懲戒權時即由司法權逕行介入，且為保障被懲戒律師之救濟權利，未來被懲戒律師如不服律師公會所作懲戒處分，自亦可循一般民事訴訟途徑尋求救濟。

（三）律師懲戒組織之調整

目前律師法並未明定全聯會內之必要設置組織為何，未來律師懲戒委員會改隸於全聯會後，除須於律師法中明文規定全聯會之組織架構應設有懲戒委員會外，另可仿效日本律師懲戒組織之設計，於全聯會內增設紀律委員會及紀律審查會為其懲戒之必要組織。以下係筆者就未來律師法修正時，所就全聯會應增設相關懲戒組織之擬議意見：

1. 紀律委員會：

（1）職掌：職司調查懲戒請求人所請求之事實，是否認定被請求懲戒律師已構成懲戒事由，如認為已構成應付懲戒事由時，即應送請懲戒委員會審查；⁴⁹⁵如認為未構成懲戒事由者而決定不付懲戒者，即應通知懲戒請求人是否於相當期日內提出異議，懲戒請求人一旦聲明異議，全聯會即應將相關申訴卷證送請紀律審查會審查，懲戒請求人如未提出異議者，不予以懲戒之處分即行生效。簡言之，紀律委員會係職司

⁴⁹³ 舉例而言，近來司法院研擬設立地方行政法院(或法庭)之議題上，即有諸多人力、財力上及體制上之考量，甚至規劃未來亦一併將律師懲戒事件之審判權劃歸為行政法院，因此，筆者認為縱使司法院釋字第 378 號解釋理由書已指明現行律師懲戒委員會應改為職業懲戒法庭，然而以目前司法院規劃方向及在現行法院體制、架構及相關人力、物力及財力無法因應上，短期內自不可能設立職業懲戒法庭。

⁴⁹⁴ 邱聯恭，1993：10。

⁴⁹⁵ 此時紀律委員會提出應付懲戒之決定，並非最終結論，而是只要認為申訴人所申訴之事實，符合應付懲戒事由時，即應交付予懲戒委員會審查。

懲戒事件之調查機關，其設置目的主要可防止懲戒請求權之濫訴弊病。

(2) 組成人員：除了律師為當然的成員外，筆者認為應予增列學者或社會公正人士等外部人士，以昭公信。

2.紀律審查會：

(1) 職掌：就懲戒請求人不服上述紀律委員會就其所申訴案件為不付懲戒之決定者，進行審查，紀律審查會審查結果，如認仍應維持紀律委員會所作不付懲戒決定者，該不付懲戒之決定即行生效；又如經紀律審查會認為被申訴之律師符合應付懲戒事由者，即送請懲戒委員會進行審查。

(2) 組成人員：成員係由律師公會遴任社會公正人士或學者組成，然委員中不得由現任或是曾任律師、法官及檢察官之人擔任。附帶說明者，此一組織之設立主要係參考日本律師法於 2003 年修法時特別增設之機制，其主要目的係認律師之自治自律原則肇因於人民的理解與支持始得存在，且因為律師的使命係為保障人權及實現社會正義，並非為了律師個人的權益而允許其獨善其身，故與社會大眾的利益有密切關聯，因此，透過人民參與，將更能獲得人民的信賴，也更能強化律師自律自治的基礎。再者，團體內部成員因為近似度過高，行事及思考時常會出現盲點，外部意見的引入剛好可以刺激團體不致一成不變，這與律師應保有自律自治事項之自主權亦無衝突。

496

3.懲戒委員會：

(1) 職掌：當紀律委員會或紀律審查會認為被請求懲戒之律師應付懲戒時，懲戒委員會即須進行審議，但懲戒委員會仍得對被付懲戒律師決定不予懲戒處分，一旦決定不予懲戒，該處分即行生效，此時懲戒請求人即不得再提起異議；反之，懲戒委員會如認被付懲戒律師有該當懲戒事由之事實者，即得依其情節作出相當之懲戒處

⁴⁹⁶ 森際康友，2005：297-298。

分。⁴⁹⁷

(2) 組成人員：除了律師之外，尚包括學者或社會公正人士等共同組成。

上述三個必要設置組織，均係獨立之機構，不受全聯會理事長等人員之指揮及命令干涉。

二、懲戒程序之修正

關於律師的懲戒程序，如從大方向而言，論者更進一步提出至少應該要滿足以下幾項要件，⁴⁹⁸此應值得未來我國律師法修法時之參考：

(一) 公正：律師懲戒程序乃是對違反律師職業紀律、職業道德以及違反相關法律規定的律師作出懲戒決定所適用的程序，而懲戒的目的並不在於對於懲戒結果的追求，而是透過形成懲戒的結果，以保衛社會、維護公眾利益、保證律師隊伍純潔、維護職業形象。因此，懲戒程序本身即具有獨立性價值，公正的懲戒程序即強調尊重程序參與者作為自主、負責和理性的主體地位參與懲戒決定的製作，使程序參與者的人格尊嚴獲得承認和尊重；同時，公正程序亦使懲戒結果正當化，因為懲戒程序若能得到公眾的信賴，其結果也就能獲得極大的權威，且律師本身即為從事法律服務活動之人，也是訴訟程序等相關法律程序的主要實施者，一旦律師自己受懲戒時，更會重視懲戒程序的進行，是以，程序公正本身在律師懲戒中的意義就更為重要。而要達到公正的要求，至少必須符合下述幾項標準：

1. 參與：被付懲戒的律師和申訴、檢舉律師違紀之人，均應享有全程參與懲戒程序的機會。另外，由於懲戒案件關乎律師職業整體形象和利益，其他律師基於維護團體形象和利益也應當積極參與。社會公眾為維護自身利益，也應該參與律師懲戒程

⁴⁹⁷ 目前我國懲戒處分種類有四種：一、警告；二、申誡；三、停止執行職務二年以下；四、除名。現行懲戒處分種類是否妥適，警告與申誡處分之區別為何？又除名處分究應為永久除名或應比照其他國家定有年限？再者停止執行職務，未來回復執業時，應否設有相關機制，例如令其應參加在職訓練課程等，均值吾人深思，惟因懲戒處分種類，尚非本論文探討之重點，因此本論文從略。

⁴⁹⁸ 以下論點係參考張善焱，2007：344-348。

序，以監督程序的公正進行。因此，懲戒組織中一定要有業外人士參與，始符合公正原則。

2.中立：懲戒決定製作者應保持中立，不得偏袒申訴人或被訴律師，且不得與雙方間有任何利益或親屬關係，如有構成應迴避事由者，應主動或於申訴人或被訴律師申請後迴避之。

3.對等：懲戒程序中之申訴人與被訴律師間之地位應該平等。懲戒決定製作人應給予雙方平等參與的機會，並對各方的主張、意見和證據以同等重視方式處理之。

4.理性：懲戒程序之運作應符合理性要求，不得恣意。懲戒結果應根據調查後所確認之事實和證據作為決定，懲戒決定應對外公布，並敘明懲戒決定之依據及理由。

5.自治：懲戒結果必須從程序運行過程中而非程序之外形成，懲戒決定必須於調查程序結束後作出，不能建立於懲戒決定製作者之預斷、偏見或傳聞基礎上。

6.公開：除有違反公序良俗事由外，懲戒調查程序應予公開，並允許公眾旁聽。懲戒決定必須公開宣告，據以作出懲戒決定的事實與理由應當在決定中載明。

7.時效：對懲戒事由的追究、陳述、申辯、調查、決定、送達及覆審程序均須於合理期限內進行及完成。不講求時效之懲戒不僅會對社會公眾利益造成損害，而且會為整體律師界帶來損害，更可能導致懲戒程序不公正的結果。

(二) 效益：懲戒程序的設計和運作應符合經濟效益要求。要達到此一目的，就必須做到兩點：1.使投入的資源得到最大限度的節約；2.使產出的成果達到最大化。同理，律師懲戒程序作為程序的一種，也應當符合程序效益。因此，律師懲戒程序進行中應注意到如何盡可能節約懲戒程序的經濟成本，並且在最短期間內完成懲戒程序並作出懲戒決定。

秉此原則下，接續前面調整之懲戒組織架構，我國律師懲戒程序亦可為如下之修正：⁴⁹⁹

⁴⁹⁹ 有關律師法中律師懲戒程序之法制建議，筆者試擬修法條文列於附錄中，請參閱。

（一）懲戒程序之發動

依現制，律師懲戒程序的發動者，為高等法院或其分院或地方法院檢察署及律師公會或因辦理律師法第 20 條第 2 項之主管機關，一般人不得作為直接懲戒發動者，然而，這與美、日等國之律師懲戒制度，卻有極大差別。以美國加州及日本為例，任何人均得對律師違反律師倫理行為提出申訴案，申訴案必須依照程序處理；⁵⁰⁰尤其在日本，任何人（包括自然人、法人）如認律師有應受懲戒事由時，均可向律師公會為懲戒之請求。其中，日本制度之所以允許人民作為懲戒程序的發動者，主要是考量到律師職務具有公益性，故被要求應誠實執行職務及保持品位，為保障此種特性故設置懲戒制度，以擔保懲戒權運用之公正性，並從公益的觀點，廣泛承認任何人均得請求懲戒，從而，請求懲戒本身，並非為滿足請求個人之利益，而是促請律師公會應行使懲戒權，而因懲戒請求之人並非當事人，雖然得以關係人身分為陳述、說明或提出資料，並得向日辯聯提出異議，但因懲戒請求人不是當事人，所以懲戒請求人的地位不能繼承，也因此，當懲戒請求人死亡時，即無得聲明異議之人，但對於已經開始懲戒程序並不生終了之效果，律師公會仍得續為調查並為懲戒。⁵⁰¹

相較之下，美、日等國的制度允許人民作為律師懲戒程序的直接發動者，似較我國制度更可快速、有效達到約束及制裁律師紀律的效果，值得參考。

（二）紀律委員會之調查

全聯會受理懲戒請求人之請求懲戒時，並非直接交給懲戒委員會審查，而係先交給紀律委員會調查，紀律委員會除了應調查懲戒請求權人是否存在等合法要件外，進而應調查被請求懲戒的律師有無構成應付懲戒之事由，其所作之結論僅為「應付懲戒」、「不付懲戒」或「駁回懲戒請求」。⁵⁰²

（三）紀律審查會之審查

⁵⁰⁰ 郭乃嘉譯，2005：166。

⁵⁰¹ 鄭傑夫，2001：55-56。

⁵⁰² 當懲戒請求人之請求為不合法時，即為駁回請求之決定。

懲戒請求案件，並非每件均會啓動紀律審查會之機制，必須俟懲戒請求權人對於紀律委員會所作「不付懲戒」或「駁回懲戒請求」之決定不服提出異議時，紀律審查會才開始進行審查；至其審查之結果與紀律委員會相同，亦僅得作出以下三種結論：「應付懲戒」、「不付懲戒」或「不受理（即駁回懲戒請求）」；但作出「不付懲戒」或「不受理」之決定後即行生效，懲戒請求人不得再提起異議。

（四）懲戒委員會之審查

懲戒委員會對於懲戒案件之審查，係居於被動的地位，只有當紀律委員會或紀律審查會將被付懲戒律師移付懲戒時，懲戒委員會始進行懲戒內容之實質判斷，其不僅應審查懲戒事由是否確實存在，尚應為適當之公正處分，因此應踐行正當法律程序，讓被付懲戒律師有到會陳述意見之機會。

懲戒委員會審查結果如認為懲戒請求不合法，應為「不受理」處分，又如認為無法認定請求懲戒的事實足否該當於懲戒事由者，即為「不予懲戒」處分，而如認為該當於懲戒事由之事實，則依情節為相當之懲戒處分。⁵⁰³

（五）時效規定及懲戒處分之執行

現行律師懲戒並無時效規定，因此，違法或違紀之律師永世都有隨時被移付懲戒之可能，然而，對於無論何等罪大惡極之犯罪，國家刑罰權猶設有時效規定，舉重明輕，律師懲戒發動及行使程序怎可未予訂定時效限制？因此，筆者認為，未來應於律師法增訂懲戒時效規定，並可參酌日本立法例，於懲戒事由發生後，已逾3年者，即不得再啓懲戒程序。⁵⁰⁴另亦明定懲戒案件之處理期限，因懲戒案件若長期未能作成處分，被付懲戒律師及人民權益均有影響，故宜設定懲戒案件辦理期限，以收懲戒之速

⁵⁰³ 在日本，懲戒委員會係律師公會之獨立機關，不但律師公會之會長、副會長等理事、議決機關之常務會員代表委員會之常務會員代、懲戒程序調查機關之紀律委員會委員，均不適於兼任懲戒委員會委員，日本判例上亦認為在審理具體事件時，律師公會之會長或其他理事無故出席懲戒委員會會議表示意見時，懲戒委員會審理公正係有被懷疑之可能而不被允許。東京高判昭和42年8月7日行裁例集18卷8.9號p.p.1145.見鄭傑夫，2001：58-59。

⁵⁰⁴ 日本律師法第63條規定：「懲戒の事由があつたときから三年を経過したときは、懲戒の手続を開始することができない。」日本法務省網頁：<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S24/S24HO205.html>，最後到訪日：2008年6月9日。

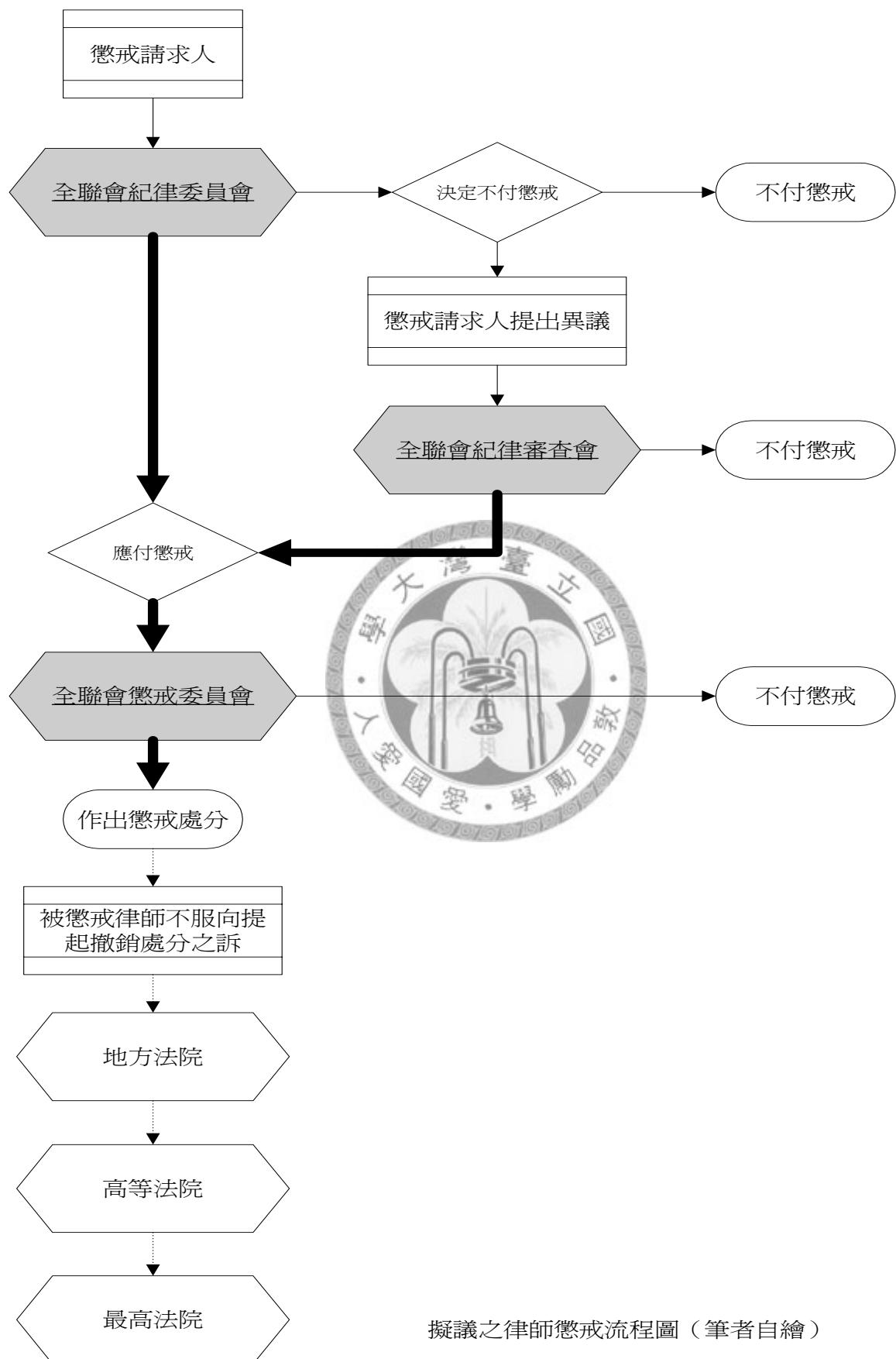
效，並避免遭致「遲來的正義非正義」之譏評。

另懲戒委員會一旦為懲戒決定後，即應作成懲戒決議書，而全聯會即依據此決議書作成懲戒處分書，記載被付懲戒律師姓名、懲戒處分之種類及事實、理由，並通知司法院（轉送所屬各級法院）及法務部（轉送所屬各級檢察署）、國防部軍事法院及相關主管機關。

（六）其餘懲戒相關程序，包括：送達、迴避及委員出席人數等。

上述關於懲戒程序之擬議，請參閱筆者自繪之懲戒程序流程圖如下。





三、救濟程序之變動

釋字第 378 號解釋認為，律師懲戒覆審委員會所為之決議，為法院之終審裁判，不得再有救濟途徑。但如將律師懲戒組織改隸於律師公會之下，且修法讓律師公會具有私法之社團法人地位時，則當律師懲戒委員會對於被付懲戒律師為懲戒處分時，而被懲戒律師不服全聯會所作懲戒處分，則因律師公會為私法人，故其與被懲戒律師間之懲戒處分爭議即屬一般私法之會員身分資格爭訟，因此，被懲戒律師自係依一般民事訴訟法向普通法院提起訴訟以為救濟，惟為臻明確，修法時應明定被懲戒律師得提起民事訴訟以為救濟。

四、律師公會的主管機關之變更

律師團體若要達到自律自治的目標，筆者認為，現行律師公會之主管機關必須有所更異。依律師法規定，律師公會之主管機關為社會行政主管機關，目的事業主管機關為法務部及所在地地方法院檢察署，⁵⁰⁵並就一定情形賦予所在地地方法院檢察署或其上級法院檢察署對律師公會有撤銷決議、解散等處分之權限，⁵⁰⁶且具有律師懲戒規則之擬定權。⁵⁰⁷這些規定均極不合理，亦充分顯露執政者的國家主義心態，欲藉行政力量將一切資源盡歸掌握，也漠視了律師對行政機關所應發揮的監督、制衡、批評等社會責任。實則，如本論文第二章所述，律師既為自由業，則律師業即應具有自由、獨立性，而律師於法庭中又與檢察官涇渭分明，分屬對抗地位，若律師公會的目的事業主管機關又為法務部及地檢署，則無異與律師對抗之人又握有管理律師之權限，律師要如何能夠實質自律自治？

若參照外國先例，以日本而言，1893 年日本辯護士法規定，由檢察長對律師團體

⁵⁰⁵ 律師法第 12 條參照。

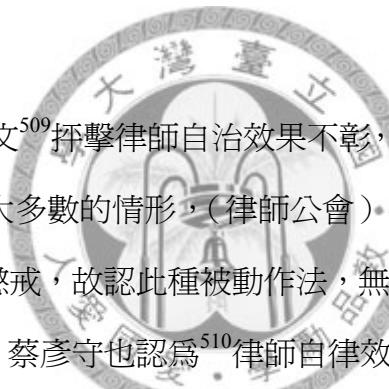
⁵⁰⁶ 律師法第 18 條參照。

⁵⁰⁷ 律師法第 52 條參照。

行使監督權，但至 1933 年即已修正改由司法大臣行使之，而 1949 年又再次修正，連司法大臣都不得對律師團體行使監督權。此一修正主要著眼點即在於確保律師職務的獨立性，使律師更能發揮保障人權的機能，亦被評價為承認律師自治之表徵，藉此排除對律師的官僚控制。⁵⁰⁸

而在我國，隨著律師自治的觀念愈來愈明確，律師團體自治能力日漸提高，律師公會的主管機關亦應立即調整，改由最高審判機關為律師公會之主管機關，並責由包含社會公正人士在內所組成之委員會等較超然之單位職掌監督權。

貳、衍生之疑慮及解決方式



1996 年張升星法官曾為文⁵⁰⁹ 抨擊律師自治效果不彰，並認律師公會因官官相護等因素無力自清，文中直指，大多數的情形，（律師公會）多是被動地等法院通知律師判決有罪確定後，才會提起懲戒，故認此種被動作法，無法完全達成懲戒程序保護公眾或事前預防之意旨。另外，蔡彥守也認為⁵¹⁰ 律師自律效果不彰，而建議除了現行律師懲戒程序外，包括金融監督管理委員會等行政機關，在遇有律師涉及與證券詐欺相關之案件時，亦應加入成為管制機制。

⁵⁰⁸ 邱聯恭，1996：21。

⁵⁰⁹ (一) 社群意識的缺乏；律師是高度自由的職業，律師同道間的意識型態、價值觀念、文化背景甚為紛歧，加上法律人獨立判斷的訓練與爭訟立場的堅持，本來就不容易在律師同道間取得共識，尤其西化的律師制度移植到缺乏法治觀念的傳統社會，且執業倫理未臻成熟，故而律師對於同儕社群缺乏歸屬與認同；(二) 競爭關係之矛盾：律師同道間相互存在競爭關係，也使得律師自治與自由競爭出現若干衝突，彼此同屬市場競爭之參與者，何以准許社團部分成員針對其餘成員行使行政高權？其原因若非基於律師負有崇高之社會使命及專業特殊背景，所以賦予自治團體一定程度之行政高權，否則焉能如此？(三) 人情世故之羈絆：依據非正式統計資料，律師公會對於違反法律及執業倫理的同道，因而遭受懲戒者，數十年來屈指可數，往往均是涉案成員遭受刑事判決確定後，始由律師公會放馬後炮，其能發揮多少自律功能，實屬疑問；(四) 品管工作之怠惰：現行某些律師連基本法律規定、訴訟程序都不懂，只能在法庭上作秀表演滿足當事人等行為，律師公會亦無法為基本之過濾功能，遑論提昇專業能力、加強服務品質等云云。張升星，1996：40-41。

⁵¹⁰ 蔡彥守，2007：156、196、198-201。

上述論點，筆者並非全然苟同，因為，台灣在近年來之政經社文及法制變動下，現行的律師懲戒機制運作景況早已和張法官當年為文之情形不可同日而語，試舉近十年律師懲戒統計資料分析，自 1998 年至 2007 年間，被移付懲戒的律師計有 104 人，其中，由律師公會主動移送之案件計有 57 件，而這 57 件懲戒案件中，有 22 件係因犯罪判刑確定而被移付懲戒，比率約為 38.5%，另外 35 件被移付懲戒者，其受懲戒事由與刑事案件無關，比率為 61.5%，由此可知，律師公會主動移付的懲戒案件，並非如張升星法官所言，「多是被動地等法院通知律師判決有罪確定後，才會提起懲戒」；再者，張升星法官為文時，依當時律師懲戒規則規定，律師懲戒程序係採「刑先懲後」制，因此律師一旦因涉刑案而受偵審，律師懲戒委員會即不得進行懲戒程序。⁵¹¹意即，律師懲戒委員會縱然受理公會所移送涉有刑事責任之應付懲戒律師，但在法院尚未就其刑事責任判刑確定前，即必須一律係暫緩處理。有鑑於此，律師公會於 2005 年遂向法務部提出律師懲戒規則修法之議，其中並針對當時律師懲戒規則所採「刑先懲後」制度，極力主張修正為「刑懲並行」制，其理由主要係認律師法第 39 條各款所列應付懲戒之情事，並不具互斥性，律師如有應付懲戒情形，且其情節嚴重，但卻因為同一事件於刑事偵查或審判中受「刑先懲後」之拘束，以致無法立即進行懲戒，顯然無法立即達到懲戒效果，即與法律規範之目的有所出入，⁵¹²因此，於 2006 年 6 月 29 日律師懲戒規則修正後，即將律師懲戒程序改採刑懲並行制，⁵¹³由此可見，張升星法官當時為文認為「律師公會只會在律師因犯罪判刑確定後才將其移付懲戒」之刻板印

⁵¹¹ 修正前之律師懲戒規則第 10 條：「同一事件，在刑事偵查或審判中，不得開始懲戒。審查中開始刑事訴訟程序者，於刑事判決確定前，停止懲戒審查。」

⁵¹² 近年來全聯會為加強律師自律自治，不斷在各方面加強律師執業素質之提昇，就如律師懲戒規則修正之議，即是全聯會於 2005 年向法務部提出，其中並針對當時律師懲戒所採刑先懲後制度，極力主張修正為刑懲並行制，其理由主要係認律師法第 39 條各款所列律師應付懲戒之情事，並不具互斥性，不排除同時有數應付懲戒事由之該當。律師於有該條第 1 款或第 3 款事由而被付懲戒情形，如其情節嚴重，卻因同一事件於刑事偵查或審判中，以致無法立即進行懲戒程序，顯與法律規範目的有所出入，亦不符合公義及社會期待，故參考公務員懲戒法第 31 條第 1 項規定，建議將當時刑先懲後制度，修正為刑懲並行制度。

⁵¹³ 現行律師懲戒規則第 9 條：「同一事件，在刑事偵查或審判中，不停止懲戒程序。但懲戒處分應以犯罪成立為斷，且律師懲戒委員會認有必要時，得於刑事判決確定前，停止懲戒審查程序。」

象，就今日以觀，不屬全然，但其所提及人情羈絆的因素，依現狀以觀，⁵¹⁴筆者認為仍有存在的可能。

至於蔡彥守從律師懲戒效果不彰之論點為基礎，推論應再賦予行政機關另一項涉入管制律師之管道，對於此一建議，筆者期期以為不可。因為，此舉無異等同支持重回過去威權體制下，政府強力控制人民的手段，此心態誠然非民主國家之福。筆者認為，縱使律師懲戒制度尚有缺陷，但解決之道絕非復又增設另一管制機關加以控制，而應思考如何就現有制度加以改善，更何況，論者所認過去律師懲戒效果不彰之情形，除了部分可能確係因受制於人情羈絆外，很多時候仍是因為制度缺陷使然。

事實上，律師懲戒制度改以律師公會自律為之，即懲戒權劃歸為律師公會行使時，持反對意見者最大的質疑點即是，若律師公會所為的懲戒程序有所缺失，所作成的錯誤懲戒，該如何救濟？縱有救濟，但在救濟之前，是否有可能對於受懲戒人已經造成無法挽回的損害？另外，公會中之成員均為同業，懲戒組織之成員亦然，如何避免發生同業相護知情不報，或是對某些行為採取低度要求及約束的消極行為？甚且，如何避免公會因無毫約束制裁能力，使得成員沆瀣一氣，愈形腐敗？簡而言之，將懲戒權交由公會行使時，公會應如何保證不致發生「夾怨報復、公報私仇」及「知情不報，集體包庇」等兩種弊端？

對此，筆者認為，要令自律自治機制充分發揮，並得到人民的信賴，公會對會員的懲戒處分除了最終要接受司法審查外，自律自治的過程中，外部監督力量也必須適時進場，申言之，律師懲戒以律師公會自律機制為之，它不可能也不應當排斥司法機關、社會公眾與其他群體的監督，而且由律師公會行使懲戒權所引發的公信力問題，筆者認為是可以藉由社會公眾、業外人士的參與等制度來消除疑慮，也因此筆者上述

⁵¹⁴ 筆者另統計 1998 年至 2007 年間，由律師公會主動移送之案件計有 57 件，而未加入當地律師公會而被移付懲戒者計有 18 人，所佔公會主動移送件數之比例約為 31.5%。由此可知，由律師公會主動移付懲戒之案件，其中因犯罪判刑確定及未加入律師公會者而被移付懲戒之律師，所佔公會主動移送件數之比例計達 70%，意即僅有三成係非因犯罪判刑確定及未加入律師公會者而由公會主動移送。

所提議於懲戒組織及程序中，效法日本立法例，於全聯會中增設紀律審查會之組織，即係藉由外部人士的參與，給予全聯會懲戒委員會再多聽一次人民聲音的機會，俾使懲戒程序得以更加公開、透明化及提高公信力；除此之外，為杜絕弊端，筆者亦認為在全聯會組織中，於受理懲戒事件並負責調查的紀律委員會，其成員除律師以外，尚應包含有部分以外之人士，如學者及社會公正人士等；且全聯會下設之懲戒委員會，其成員亦非全係律師任之，尚包括學者及社會公正人士等人，以避免成員中全係律師之獨斷，上開三個獨立組織相互獨立，分別行使調查、審查及裁決職能，從而形成了一種三方組合的懲戒結構，應可作為律師自律懲戒機制中免除外界疑慮之機制。

另外，筆者亦願再次強調，並無任何實證研究證明如由律師公會對律師進行懲戒將造成有失公正之偏頗情形，一如在日本，律師懲戒係由律師全聯會及地方律師公會為之，亦已行之有年，如果其機制之公正性受到人民的懷疑，則此一制度也不可能在日本歷久未衰，因此，筆者認為，懲戒權由律師公會行使，其公正性本屬律師團體必須自行承擔及可受社會公評之事。如果律師公會真的腐敗至不畏人譏，自律機制完全失靈，則不但所有律師同道均須承擔社會各界及輿論的壓力和指責外，所謂物極必反，懲戒權力勢必會再應人民要求重回政府機關手上，而面對此種壓力，律師團體於行使懲戒權之同時，怎會不慎？

第六章 結論

民主與法治，有如鳥之雙翼，車之雙輒，缺一不可。而民主與法治之建構，又非有身爲律師之人的傾力付出，不足以盡其功。然而，除了廁身此一行業之人外，社會一般大眾對於律師的角色定位，仍舊陌生。

爲了釐清爭點，本論文即自律師此一職業的源起先予探究，並比較中外制度中律師所扮演的角色，從而得知，在現今充斥多元文化的社會中，律師憑其法律專門智識所提供之法律服務，已非侷限於過去一般人刻板印象中的「法庭活動」的訴訟功能，因此，以「自由業」定位今日律師的角色，更能彰顯律師職業本質所具有的獨立性、自由性、專業性及公益性等，也因具有這些特性，律師自與以營利爲主之商業不同，也因具有這些特性，加上律師係以維護人權、實現社會正義及促進民主法治爲其使命，其執業時則更應擔負起社會公義的責任。

是以，當律師執業時之行爲，如有違反上述使命而未盡義務時，對於律師的課責，從本論文第三章的探討可知，經檢視現行國家所有對於律師的課責機制，本足以分別滿足當事人及國家的課責目的，然而現行律師懲戒制度，無論從法理面、立法理由或自實務運作等層面加以分析，均無法得出行使律師懲戒權之主體非得由國家職司不可之理由。因此，現行律師懲戒制度所存在的缺失，即是未來律師制度改革時所應正視的議題。

一如前述，律師之使命既係爲保障人權、實現社會正義及促進民主法治，在經過深入探究律師自律自治之理論依據後，可以更加肯定的是，爲了達成律師的使命得以保障國民的基本人權，律師懲戒制度實應以律師自律機制予以建構，始符合律師自律自治的精神，爲了達到名實相符的目標，在參照國外相關立法例後，我們可以發現，不同國情的國家，對於律師懲戒制度的規定，亦不相同。我們該如何藉由他山之石，從中找出一套最適合我國的制度？筆者於本論文中亦嘗試提出相關興革之意見，尤其將現行懲戒組

織改隸於全國律師公會聯合會及於其內增設相關懲戒組織，並對於律師懲戒程序提出若干修正意見與救濟程序之變動方向等，或許與現制相差甚大，然此亦係筆者當初為文之動機，冀盼藉由本論文之拋磚，以廣獲更多論者共同為我國律師懲戒制度之議題進行討論。

隨著威權時代的結束，國家主義觀念日漸式微，在人權思想日趨高漲的今日，律師的角色及功能早已跳脫昔日只能成為司法權運作輔助者的刻板印象，而是獨立於司法、行政機關之外，以為維護人權、實現社會正義及促進民主法治而存在的自由業。也因此，律師制度的建立既係源自於維護人民法主體地位，律師勢必不得受政府機關的監控，否則，一旦遭受國家公權力干涉，律師即無法獨立於國家之外，更無法積極完成使命，亦無法達成人民之負託；這也是為何律師自律自治早已為民主法治國家所肯認，尤以律師懲戒制度係屬律師自治中之最重要內涵，因此，律師懲戒制度的變革自然已經到了刻不容緩的地步，應本於職業團體自律自治之精神，改弦更張由律師公會為之。

論文走筆至此，已近尾聲，相關議題之探討及反覆辯證，亦均見諸前面數章，然而，筆者不得不感嘆，我國雖然號稱係法治國家，法律之繁瑣，亦常被譏為多如牛毛，但實質上，完整的法體系至今仍未完全建立。姑不論行政法體系整體架構雛形初備僅是最近10年之事，僅從本論文所討論的懲戒體系而言，至今仍莫衷一是，未有定論。

這其中，又以律師懲戒制度最為特殊。按理，律師屬於專門職業技術人員之一，其懲戒程序應與其他專門職業技術人員類同，然而，大法官在作出釋字第295號解釋，闡示專門職業技術人員懲戒處分之性質後，繼續作出的釋字第378號解釋，卻又獨樹一格，而認律師懲戒處分為司法裁判，與其他專門職業技術人員之處分性質不同。此種解釋方向，就今日律師之角色以觀是否合宜，不無有討論的空間。

綜觀我國律師的角色定位，長期以來，律師都被國家視為僅居於輔助司法權運作的次要角色而已，因此，同為法曹，但普遍在一般人的心態中，仍究認為在朝法曹之地位高於在野法曹，更甚者，雖然同樣具有律師之工作性質，但在野律師卻得受到政府律師（檢察官）管理，究否合理，非無可議，尤其，在司法三面訴訟中對抗的兩造，由其中

一造去管理監督另外一造，從法理而言，完全沒有站得住腳的理由。

其實，姑不論與律師呈對立地位之檢察官的上級機關—法務部，除了掌握對律師資格擁有核駁權外，現行律師懲戒機制上，無論是律師懲戒之發動主體或是律師懲戒委員會中之委員，檢察官更是均得涉入其中，此種權力失衡之情形，早非民主法治國家之常態，然而在歷次律師法修法固然已逐漸強化律師自律自治之精神，但對於律師管理及監督權柄，主管機關卻始終不肯罷手，這也讓律師自律自治之精神一直以來無法克盡其功，誠屬憾事。

筆者雖然忝為法務部之一份子，平日之業務範圍即為律師管理，但筆者從實務操作中，卻始終認為由法務部管理律師有著本質上的權力衝突矛盾，更認為有違律師自律自治精神。本篇論文中，筆者仔細耙梳律師制度之起源和發展、律師課責機制之評析、並從各種角度分析自律與他律機制的利弊後，從而得出結論，認為政府的確應該放手，讓律師以自律自治精神維持內部的紀律和秩序，而這樣堅實的信念能否帶給主管機關另一種思考的方向？筆者雖不敢過於自信，但相信在提出與主流不同之聲音後，權力掌握者或許終有重新省思的一天。

律師，常被視為魔鬼的代言人，但也屢屢代替天使發聲；律師，經常受聘於億萬富豪，但也常幫弱勢族群仗義直言。要讓律師的職能充分發揮，要讓律師更能充分保障國民全體的人權，就必須給律師更大的空間。論斷一個國家是否成熟民主，律師制度的健全發展，絕對是項檢驗標準。台灣，正向這條路邁進，律師自律的機能，也到了該正視的時候了。

參考書目

中文部分

一、官方文書

司法院司法行政廳，2006。百年司法，台北：司法院。

立法院，1991。立法院公報，80（10）：25-37。

立法院，1991。立法院公報，80（2）：287-299。

立法院，1991。立法院公報，80（95）：406-425。

立法院，2004。立法院公報，93（17）：104-105、182-183。

行政法院 78 年度判字第 2214 號判決書（1989.10.24）

行政院法規委員會，2006。行政院法規委員會諮詢會議紀錄彙編（第四輯），台北：行政院秘書處。

法務部，2002a。行政罰法草案初稿各界意見及處理情形資料彙編，台北：法務部。

法務部，2002b。行政罰法草案第二稿各機關意見及處理情形資料彙編，台北：法務部。

法務部，2007。行政罰法解釋及諮詢小組會議紀錄彙編，台北：法務部。

國民政府，1927。國民政府公報，寧字第 10 號。

行政法院 78 年度判字第 2214 號判決書（1989.10.24）

行政法院 87 年度判字第 101 號判決書（1998.01.22）

最高行政法院 95 年度判字第 872 號判決書（2006.06.15）

最高法院 72 年度台上字第 4194 號民事判決書（1983.10.21）

最高法院 96 年度台上字第 3922 號刑事判決書（2007.07.19）

最高法院 96 年度台上字第 5673 號刑事判決書 (2007.10.25)

最高法院 96 年度台上字第 6204 號刑事判決書 (2007.11.15)

臺灣高等法院 91 年度上字第 25 號民事判決書 (2002.05.15)

臺灣高等法院 94 年度醫上字第 1 號民事判決書 (2005.12.20)

臺灣高等法院 94 年度醫上字第 3 號民事判決書 (2005.11.01)

臺灣高雄地方法院 91 年度訴字第 677 號民事判決書 (2003.02.25)

臺灣高雄地方法院 91 年度訴字第 3483 號民事判決書 (2004.10.12)

臺灣新竹地方法院 88 年度訴字第 836 號民事判決書 (2002.11.13)

臺灣臺北地方法院 85 年度訴字第 5125 號民事判決書

二、專書



中國比較法學會，1989。法律人的社會角色研討會特刊，台北：中國比較法學會。

中華民國律師公會全國聯合會，2007。律師懲戒案例選輯，台北：自刊。

中華民國律師公會全國聯合會，2007。第六十屆律師節紀念特刊，台北：自刊。

尤英夫，1972。中國律師制度概論，台北：尤英夫律師事務所。

尤英夫，1985。中外律師制度，台北：中央文物供應社。

王兆鵬，2007。美國刑事訴訟法，台北：作者自刊。

王兆鵬，2008。一事不再理，台北：作者自刊。

王泰升，2001。台灣法律史概論，台北：元照。

王泰升、曾文亮，2005。20 世紀台北律師公會會史，台北：台北律師公會。

王國良、黃瑞、肖萍，2003。中外律師制度比較研究，南昌：江西人民出版社。

王惠光，2007a。法律倫理學講義，台北：作者自刊。

王進喜，2008。法律倫理的 50 堂課：美國律師職業行為規範與實務，台北：五南。

王進喜、陳宜，2002。律師職業行為規則概論，北京：國家行政學院出版社。

王爾敏，1997。史學方法，台北：東華。

任東來、陳偉、白雪峰，2004。美國憲政歷程：影響美國的 25 個司法大案，北京：中國法制出版社。

余 琛，1986。歷史知識的理論，台北：聯經。

吳 庚，2005。行政法之理論與實用，台北：作者自刊。

李念祖，2006。案例憲法 III（下）人權保障的內容，台北：三民。

李念祖，2008a。案例憲法 II（上）人權保障的程序，台北：三民。

李念祖，2008b。案例憲法 II（下）人權保障的程序，台北：三民。

李惠宗，2000。行政法要義，台北：五南。

杜維運，1999。史學方法論，13 版，台北：三民。

沈清松，1994。現代哲學論衡，台北：黎明文化。

林山田，2008a。刑法通論（上冊），台北：作者自刊。

林山田，2008b。刑法通論（下冊），台北：作者自刊。

林火旺，2006。倫理學，台北：五南。

林紀東，1986。行政法，台北：三民。

林紀東，1998。法之本質，台北：台灣商務。譯自美濃部達吉，法之本質。

林鈺雄，2000。刑事訴訟法（上冊）—總論，台北：作者自刊。

林錫堯，1999。行政法要義，台北：作者自刊。

林錫堯，2006。行政罰法，台北：元照。

邱聯恭，1993。司法之現代化與程序法，台北：林雅英。

姜世明，2004。律師民事責任論，台北：元照。

姚瑞光，1993。民事訴訟法論，台北：作者自刊。

柯慶賢，2002。公務員彈劾懲戒處之理論與實務，台北：司法院。

洪家殷，2006。行政罰法論，台北：五南。

馬宏俊，2006。律師法修改中的重大理論問題研究，北京：法律出版社。

高愈杰，1998a。專門職業人員監督與行政制裁制度之研究，台北：福建金門地方法院

檢察署。

張善燚，2007。中國律師制度專題研究，長沙：湖南人民出版社。

梁治平，2004。法意與人情，北京：中國法制出版社。

郭武平，1994。論戈巴契夫的「改造」：理想與實踐，台北：國立政大東亞所博士論文。

陳長文、羅智強，2006。法律人，你為什麼不爭氣，台北：天下遠見。

陳偉華，2003。軍事研究方法論，桃園：國防大學。

章武生，1999。中國律師制度研究，北京：中國法制出版社。

湯德宗，2003。行政程序法論—論正當行政程序，台北：元照。

黃銘輝，1998。公法人概念之學理與實務。憲政時代，24(2)，72-100。

黃顯民，1982。律師管理之比較研究，台北：法務部。

裘索，1999。日本國律師制度，上海：上海社會科學院出版社。

廖義銘，2005。產業自律性管制，台北：作者自刊。

蔡震榮，1999。行政法理論與基本人權之保障，台北：五南。

鄭玉波，1992。民法債編各論（下冊），台北：作者自刊。

謝佑平，1998。社會秩序與律師職業：律師角色的社會定位，北京：法律出版社。

藍傳貴，1990。律師法修正問題之研究，台北：法務部。

黨江舟，2005。中國訟師文化：古代律師現象解讀，北京：北京大學出版社。

龔刃勦，1993。現代日本司法透視，北京：世界知識出版社。

三、期刊專論

尤英夫，2007。「從執業到撰寫律師制度」，第 60 屆律師節紀念特刊，台北：中華民國

律師公會全國聯合會，26-29。

王公義、方向，1998。「律師的屬性」，中國律師制度研究，北京：法律出版社，39-52。

王淑榮，2006。「日本律師職業主義的沿革」，*法制與社會發展*（4）：127-136，吉林：吉林大學。

王惠光，2007b。「法律倫理與法律人的社會責任」，*法律倫理核心價值探討*，台北：新學林，75-95。

王寶輝，1996。「關於『律師倫理規範』幾個辨正問題及其實踐」，*律師通訊*（207）：18-33。

王寶鋒，1996。「從釋字第 378 號解釋淺析律師懲戒救濟制度」，*律師通訊*（207）：34-38。

朱柏松，1996。「論消費者保護法服務業者之責任(上)」，*律師通訊*（199）：42-65。

吳志光，2002a。「專門職業人員之懲戒與正當法律程序」，*當代公法新論（中）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集*，台北：元照，463-495。

吳志光，2007。「律師之懲戒—律師自律自治之試金石」，*法律倫理核心價值探討*，台北：新學林，157-205。

李太正，1997。「論醫師之醫療糾紛與律師之法律糾紛—兼介紹會計師、教師、牧師之專業疏失」，*全國律師*（8）：59-64。

李忠雄，2000。「律師的新使命」，*全國律師*（8）：12-13。

李忠雄，2005。「對我國律師制度之建言及期許」，*全國律師*（9）：17-24。

李念祖、劉定基，2000。「美國律師公會（The American Bar Association）淺介」，*律師雜誌*（246）：49-55。

李念祖，2002。「律師制度改革應有的議題」，*律師雜誌*（275）：2-4。

李復甸，1997。「律師訴訟主義與司法革新」，*全國律師*（8），69-70。

林火旺，2007。「專業倫理和社會責任」，*法律倫理核心價值探討*，台北：新學林，1-30。

林妍汝，2006。刑事被告受律師協助的憲法權利，台北：國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

邱聯恭，1996。「律師法修正之應有取向—從司法改革之目的談起」，*律師通訊*（197）：18-31。

姜世明，2006。「律師之進修義務」，*全國律師*（9）：28-35。

姚孟昌，2007。「法律專業的形成及其核心倫理價值之建立」，**法律倫理核心價值探討**，台北：新學林，31-62。

范立達，2000。**新聞誹謗之研究**，台北：中國文化大學新聞學研究所碩士論文。

范光群，1994。「論現代律師的功能」，**律師通訊**（174），37-41。

范光群，1996。「論現代律師的自治與自律」，**律師通訊**（207）：1-3。

高愈杰，1995。「律師懲戒之新定位—論釋字第378號解釋」，**司法周刊**（730）：第二版。

高愈杰，1998b。「試論專門職業懲戒機關之構成（上）」，**法務通訊**（1886）：第二版。

高愈杰，1998c。「試論專門職業懲戒機關之構成（下）」，**法務通訊**（1887）：第二版。

張升星，1996。「律師自治理論與律師懲戒實務的落差—審判者的觀察報告」，**律師通訊**（207）：39-43。

張世賢，2005。「創見的可能性」，**撰寫博碩士論文實戰手冊**，台北：正中，121-144。

郭武平，1994。**論戈巴契夫的「改造」：理想與實踐**，台北：國立政大東亞所博士論文。

陳長文，2005。「律師的社會功能與辯護道德」，**律師雜誌**（308），96-100。

陳錦雄，1996。**日治時期的臺灣法曹—以國家為中心之歷史考察**，台北：國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

陳聰富，2001。「消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析」，**台大法學論叢** 30（1）：73-112。

湯德宗，2005。「憲法解釋與訴訟權保障—以公務員保障與懲戒為中心」，**司法院大法官九十三年度學術研討會：憲法解釋與訴訟權之保障**，台北：司法院。

黃三榮，1999。「日本現行法曹養成制度簡介」，**司法改革**（23），34-35。

黃建輝，1999。「法律倫理初探—以律師倫理為例」，**法令月刊** 50（11）：19-23。

黃瑞明，1989。「歐陸法系下律師社會角色之探討」，**法律人的社會角色研討會特刊**，台北：中國比較法學會，163-175。

黃瑞明，1996。「職業倫理規範法律地位之探討」，**律師通訊**（207）：12-17。

劉孔中，1999。「專門職業服務解除管制及其競爭規範之研究」，**律師雜誌**（241）：66-93。

劉宗德、彭鳳至，2006。「行政訴訟制度」，行政法（下）／翁岳生編，台北：元照，351-555。
蔡彥守，2007。從律師的角色論證券詐欺之防制—以美國法為借鏡，台北：國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

蔡震榮，1993。公法人概念的探討。當代公法理論—翁岳生教授祝壽論文集，254-262。
蔡震榮，2004。「論行政罰上一事不二罰之原則」，公法學與政治理論-吳庚大法官榮退論文集，台北：元照。

鄭傑夫，2001。日本律師制度之研究，台北：行政院及所屬各機關出國報告。

鄭傑夫，2002a。「日本律師制度（一）—律師懲戒制度」，律師雜誌（274）：25-42。

鄭傑夫，2002b。「日本律師制度（二）—律師公會與律師公會聯合會」，律師雜誌（275）：37-52。

鄭祿、姜小川、康萬福，1998。「律師制度的沿革」，中國律師制度研究，北京：法律出版社，1-38。

賴浩敏，1989。「律師在我國現實社會應扮演之角色」，法律人的社會角色研討會特刊，台北：中國比較法學會，145-153。

顏華歆，2004。論律師契約義務之具體化—以律師倫理規範充實律師契約義務之可能性，台北：國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

顏華歆，2005。「律師倫理規範之性質與功能」，全國律師（2）：127-144。

顧立雄、范曉玲，2000。「律師制度改革之我見」，律師雜誌（246）：28-33。

四、譯作

吳志光 譯，2002b。德國律師法，台北：法務部。譯自德國 2001 年 6 月 25 日公布之修正條文。

李伯恬 譯，2006。基甸的號角，台北：臉譜。譯自 Anthony Lewis, 1964. *Gideon's Trumpet*，New York: Random House.

李鴻禧 譯，1995。憲法，台北：月旦。譯自蘆部信喜，1994。憲法，東京：岩波書店。

胡昌智 譯，1986。歷史知識的理論，台北：聯經。

胡壘根 譯，1989。自由業，台北：遠流。譯自 Joseph Vagogne, 1984. **Les professions libérales.**

徐文俊 譯，1999。職業與公義：美國的司法制度與律師職業道德，南京：東南大學出版社。譯自 Kipnis, Kenneth, 1986. **Legal Ethics.**

徐月芬、王爾泉 譯，1998。「二十一世紀律師業展望」，中國律師（10）。譯自 Robert C. Clark.

郭乃嘉 譯，2005。美國法律倫理，台北：商周。譯自 Brian Kennedy, 1980. **American Legal Ethics.**

楊惠君 譯，2006。給青年律師的信，台北：聯經。譯自 Alan Dershowitz, 2001. **Letters to a Young Lawyer.**

蘇朝榮 譯，2002。日本律師法，台北：法務部。譯自日本於 2001 年修正法律第 41 號條文。



五、網路

中華民國台灣法曹協會，<http://www.jurist.org.tw>

立法院法律系統，<http://lis.ly.gov.tw/lcgi/lglaw>

行政院主計處，<http://www.dgbas.gov.tw/ct.asp?xItem=15810&ctNode=3214>

法務部全國法規資料庫，

<http://law.moj.gov.tw/Scripts/Query4.asp?B2=%AAu%A1@%A1@%AD%B2&FNAM=E=I0020006>

財團法人民間司法改革基金會，2004。「勇於接受監督的司法--台北法曹評鑑（審檢辯三方互評）開辦新聞稿」，1 月 30 日。<http://www.jrf.org.tw/line/focus.asp?SN=433>，（最

後到訪日：2008 年 4 月 9 日）

陳惠馨，2007。「台灣法曹養成與法學教育」，3 月 19 日。

[http://www3.nccu.edu.tw/~hschen/book_summary/2007-03-19-\(01\).htm](http://www3.nccu.edu.tw/~hschen/book_summary/2007-03-19-(01).htm)（最後到訪日：2008 年 4 月 9 日）

詹順貴，1998。「律師懲戒現況檢討」，8 月 15 日。

http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=1975（最後到訪日：2008 年 4 月 16 日）

貳、西文部分

一、司法案例

Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).

In re Ruffalo, 390 U.S. 544 (1968)

Scott v. Illinois, 440 U.S. 367 (1979).



二、專書

Babbie, Earl., 1998. **The Practice of Social Research**, New York: Wadsworth Publishing company.

Glendon, Marry Ann, 1994. **A Nation under Lawyers**, Canada : Harper Collins Canada Ltd.

Harnett, Bertram, 1984. **Law, Lawyers, and Laymen**, New York: Harcourt, Brace, Jovanovich.

Pound, Roscoe, 1930. **Interpretations of Legal History**, Cambridge: The University Press.

Pound, Roscoe, 1953. **The Lawyer from Antiquity to Modern Times**, St. Paul, Minn.: West

Publishing Co.

田中紘三，2004。弁護士の役割と倫理，東京：商事法務。

松浦武，1977。法・裁判・弁護士，京都：杉田信夫。

高中正彥，2005。法曹倫理講義，東京：民事法研究会株式会社。

第二東京弁護士會，1976。弁護士自治の研究，東京：第二東京弁護士會。

森際康友，2005。法曹の倫理，名古屋：名古屋大學出版會。

三、期刊專論

Blankenburg, Erhard & Schultz, Ulrike, 1995. "German Advocates: A High Regulated Profession" *Lawyers in Society*, Berkeley: University of California Press.

Note, 1996. "The Evidentiary Use of the Ethics Codes in Legal Malpractice: Erasing a Double Standard" *Harvard Law Review*, Vol. 109, No. 5, pp. 1102-1119.

Strauss, Marcy, 1987. "Toward a Revised Model of Attorney-Client Relationship: The Argument for Autonomy" *North Carolina Law Review*, Vol. 65, pp.315-350.

Wolfram, Charles W., 1979. "The Code of Professional Responsibility as a Measure of Attorney Liability in Civil Litigation" *South Carolina Law Review*, Vol. 30, pp. 281-320.

大野正男，1970。「職業史としての弁護士および弁護士團體の歴史」，弁護士の團體，東京：日本評論社，6-7。

四、網路

American Bar Association: <http://www.abanet.org>

Das Bundesministerium der Justiz: <http://www.bmj.bund.de>

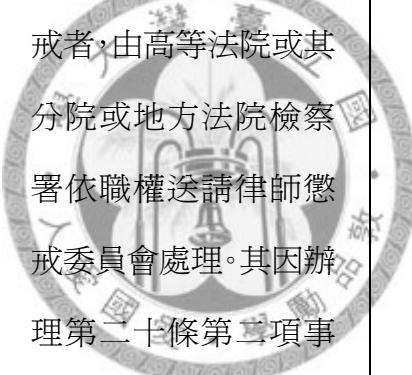
日本弁護士連合會：<http://www.nichibenren.or.jp>

日本法務省：<http://law.e-gov.go.jp>



附錄

修 正 條 文	現 行 條 文	說 明
<p>第十一條 律師非加入 律師公會，不得執行職 務；律師公會亦不得拒 絕其加入。</p> <p>地方法院登錄之 律師，滿十五人者，應 於該法院所在地設立 律師公會，並以地方法 院之區域為組織區 域；其未滿十五人者， 應暫時加入鄰近地 方法院所在地之律師公 會，或共同設立之。</p> <p>各地方律師公 會，得以七個以上之發 起，及全體過半數之同 意，組織全國律師公會 聯合會。</p> <p>在同一組織區域內 之同級公會，以一個為</p>	<p>第十一條 律師非加入 律師公會，不得執行職 務；律師公會亦不得拒 絕其加入。</p> <p>地方法院登錄之 律師，滿十五人者，應 於該法院所在地設立 律師公會，並以地方法 院之區域為組織區 域；其未滿十五人者， 應暫時加入鄰近地 方法院所在地之律師公 會，或共同設立之。</p> <p>各地方律師公 會，得以七個以上之發 起，及全體過半數之同 意，組織全國律師公會 聯合會。</p> <p>在同一組織區域內 之同級公會，以一個為</p>	<p>現行律師公會之定位向 無定論，本論文建議予以 法制化，定位為社團法 人，始具有獨立之人格， 得為權利義務之主體。</p>

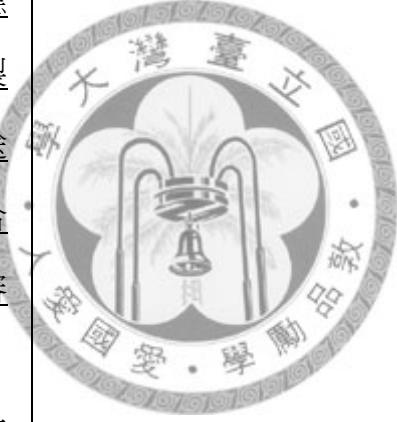
<p>限。 <u>律師公會應依法登記為社團法人。</u></p>	<p>限。</p>	
<p>第十二條 律師公會之主管機關為社會行政主管機關，目的事業之主管機關為<u>司法院</u>。</p>	<p>第十二條 律師公會之主管機關為社會行政主管機關，目的事業之主管機關為法務部及所在地地方法院檢察署。</p>	<p>法務部及所在地地方法院檢察署與律師間具有對抗性關係，實不宜為律師公會之目的事業主管機關，本條修正由較具中立性之司法院為之。</p>
<p>第四十條 <u>任何人認為律師有前條各款應付懲戒情事者，得檢具相關說明及事證，向全國律師公會聯合會請求懲戒。</u> <u>前項請求於應付懲戒情事發生逾三年者，不得請求。</u></p>	<p>第四十條  律師應付懲戒者，由高等法院或其分院或地方法院檢察署依職權送請律師懲戒委員會處理。其因辦理第二十條第二項事務應付懲戒者，由各該主管機關逕行送請處理。 律師公會對於應付懲戒之律師，得經會員大會或理事、監事聯席會議之決議，送請律師懲戒委員會處理。</p>	<p>一、現行律師懲戒程序的發動者，僅限由高等法院或其分院或地方法院檢察署及各地律師公會或因辦理律師法第20條第2項之主管機關為之，一般人並不得作為直接懲戒發動者。惟因律師職務具有公益性，本負責誠實執行職務及保持品位之義務，且為擔保律師懲戒權運用之公正性，自宜承認任何人均得請求懲</p>

		<p>戒，促請全國律師公會聯合會行使懲戒權，爰參照美、日等國律師懲戒制度，刪除現行規定並修正如修正條文。</p> <p>二、增訂請求時效為 3 年。</p>
<p><u>第四十一條 全國律師公會聯合會應設紀律委員會、紀律審查會及懲戒委員會。</u></p>	<p>第四十一條 律師懲戒委員會，由高等法院法官三人、高等法院檢察署檢察官一人及律師五人組織之；委員長由委員互選之。</p>	<p>變更現行律師懲戒委員會之組織，並規定全國律師公會聯合會懲戒組織之設置及職掌事項。</p>
<p><u>第四十一條之一 紀律委員會依全國律師公會聯合會所交付請求懲戒之案件，就被請求懲戒之律師為必要之調查。</u></p> <p><u>紀律委員會由律師四人及法律專長之學者或公正人士三人組織之；委員長由委員</u></p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、紀律委員會之職掌事項及人員組成及任期。</p>

<p><u>互選之。</u></p> <p><u>紀律委員會之委員依全國律師公會聯合會會員大會之決議，由全國律師公會聯合會聘任之，任期二年，期滿得續聘之。</u></p>		
<p><u>第四十一條之二 紀律審查會就懲戒請求人聲明異議案件，為必要之紀律審查。</u></p> <p><u>紀律審查會由學者或社會公正人士七人組織之；委員長由委員互選之。但曾任或現任律師、法官或檢察官者，不得出任。</u></p> <p><u>紀律審查會之委員依全國律師公會聯合會會員大會之決議，由全國律師公會聯合會聘任之，任期二年，期滿得續聘之。</u></p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、紀律審查會之職掌事項及人員組成及任期。</p>
<p><u>第四十一條之三 懲戒</u></p>		修正懲戒委員會委員組

<p>委員會，由<u>律師五人及學者或社會公正人士六人</u>組織之；委員長由委員互選之。</p> <p><u>懲戒委員會之委員</u>依全國律師公會聯合會會員大會之決議，由全國律師公會聯合會聘任之，任期為二年，期滿得續聘之。</p>		<p>成、聘任方式及任期。</p>
<p><u>第四十一條之四 懲戒委員會委員長或委員有下列情形之一，應自行迴避，不得參與相關案件之審查、討論及決議：</u></p> <p><u>一、現為或曾為被付懲戒律師之配偶、四親等內血親、三親等內姻親或曾有此關係者。</u></p> <p><u>二、本人或其配偶、前配偶，就該事件與被付懲戒律師有</u></p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、為避免懲戒委員會之委員有可能因人情包袱或個人情誼恩怨，致審查不公，爰明定懲戒委員會委員長或委員之迴避事由。</p>

<p><u>共同權利人或共同 義務人之關係者。</u></p> <p><u>三、與被付懲戒律師訂 有婚約者。</u></p> <p><u>四、現為或曾為被付懲 戒律師之代理人或 輔佐人者。</u></p> <p><u>五、現為或曾為被付懲 戒律師訴訟案件之 自訴人、告訴人、 告發人、證人、辯 護人或鑑定人者。</u></p> <p><u>六、與被付懲戒律師屬 相同律師事務所或 為懲戒事件之前後 任律師者。</u></p> <p><u>懲戒委員會委員 長、委員有下列情形之 一，懲戒委員會及覆審 委員會得要求迴避：</u></p> <p><u>一、有前項情形而不自 行迴避者。</u></p> <p><u>二、有前項以外情形， 足認其執行職務</u></p>		
--	--	--

<p><u>有偏頗之虞者。</u></p>		
<p><u>第四十一條之五 全國 律師公會聯合會受理 請求懲戒案時，應交由 紀律委員會調查，並自 受理懲戒請求後六十 日內作成調查結果。</u></p> <p><u>紀律委員會依前 項之調查結果而認被 請求懲戒之律師有應 付懲戒之必要時，應製 作應付懲戒決定書，送 請全國律師公會聯合 會交付懲戒委員會審 查。</u></p> <p><u>紀律委員會依第 一項之調查結果，認被 請求懲戒之律師未符 合應付懲戒之情事，應 製作不付懲戒決定 書，送請全國律師公會 聯合會送達前條懲戒 請求人。</u></p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、規定懲戒之受理及調查程序。</p> <p>三、紀律委員會於律師懲戒案有預審性質，調查期限自不宜過長，爰訂最長期限為60日。</p>
<p><u>第四十一條之六 懲戒</u></p>		<p>一、本條新增。</p>

<p><u>請求人不服前條第三項不付懲戒之決定，得向全國律師公會聯合會聲明異議。但聲明異議於決定書送達三十日後仍未提出者，不得提出。</u></p> <p><u>紀律委員會逾前條第一項所定調查期限仍未決定者，懲戒請求人亦得聲明異議。</u></p> <p><u>全國律師公會聯合會受理前二項聲明後，應即交由紀律審查會審查。</u></p> <p><u>紀律審查會於收受聲明異議案件後，應於六十日內作成審查結果。</u></p> <p><u>前項審查結果，認聲明異議人異議有理由，應製作應付懲戒決定書，送請全國律師公會聯合會交付懲戒委</u></p>		<p>二、增訂懲戒請求人之聲明異議程序及期間。</p> <p>三、增訂紀律審查會審查程序啟動及審查期間。</p>
--	--	--

<p><u>員會審查；認無理由者，應製作駁回異議聲請決定書，並送請全國律師公會聯合會通知聲明異議人。</u></p>		
<p><u>第四十一條之七 懲戒委員會受理第四十一條之五第二項或前條第五項應付懲戒決定書後，應分別送達被付懲戒律師及懲戒請求人。</u></p>		<p>一、本條新增。 二、增訂懲戒委員會開始審查之通知程序。</p>
<p><u>第四十一條之八 懲戒委員會受理調查應付懲戒事由，應將審查期日及場所通知被付懲戒律師。</u> <u>前項通知，應於審查期日十四日前送達被付懲戒律師。</u></p>		<p>一、本條新增。 二、增訂懲戒委員會審查期日之通知程序。</p>
<p><u>第四十一條之九 被付懲戒律師得於審查期日到場陳述意見；無正當理由而不到場者，視</u></p>		<p>一、本條新增。 二、賦予被付懲戒律師到場陳述意見及向全國律師公會聯合會申請</p>

<p><u>為放棄陳述之機會。</u> <u>被付懲戒律師於</u> <u>審查期日前，得向全國</u> <u>律師公會聯合會申請</u> <u>閱覽及抄錄卷證。但依</u> <u>法有保密之必要或涉</u> <u>及第三人隱私、業務秘</u> <u>密者，全國律師公會聯</u> <u>合會得拒絕或限制之。</u></p>		<p>閱覽及抄錄卷證之權利。</p>
<p><u>第四十一條之十 同一</u> <u>事件，在刑事偵查或審</u> <u>判中，不停止懲戒程</u> <u>序。但懲戒處分應以犯</u> <u>罪成立為斷，且懲戒委</u> <u>員會認有必要時，得於</u> <u>刑事判決確定前，停止</u> <u>懲戒審查程序。</u></p>		<p>一、本條新增。 二、本法第三十九條各款所列律師應付懲戒之情事，並不具互斥性，不排除同時有數應付懲戒事由之該當，因此律師於有該條第一款或第三款事由而被付懲戒情形，如其情節嚴重，仍得逕付懲戒，不因同一事件於刑事偵查或審判中，而無法立即進行懲戒程序，爰參考公務員懲戒法第三十</p>

		一條第一項規定增訂。
<p><u>第四十條之一十一 懲戒委員會於受理懲戒案件後，應於六十日內議決，並將審查結果提交全國律師公會聯合會。</u></p> <p><u>全國律師公會聯合會，應依前條規定製作懲戒處分書並分別送達被付懲戒律師及懲戒請求人。</u></p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、增訂懲戒委員會審查懲戒案件之期間及送達程序。</p>
<p><u>第四十一條之十二 懲戒處分書應記載下列事項：</u></p> <p><u>一、被付懲戒律師之姓名、性別、年齡及住址。</u></p> <p><u>二、懲戒分處種類、事實理由及其法令依據。</u></p> <p><u>三、決議之年、月、日。</u></p> <p><u>四、處分機關及其理事</u></p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、增訂懲戒處分之送達及處分書之應記載事項。</p>

<p><u>長署名、蓋章。</u></p> <p><u>五、表明其為行政處分之意旨及不服處分之救濟方法、期間及其受理機關。</u></p>		
<p><u>第四十一條之十三 懲戒相關文書之送達，除法律別有規定外，準用行政程序法關於送達之規定。</u></p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、關於紀律委員會、紀律審查會及懲戒委員會所分別作成之決定書或處分書應送達懲戒請求人及被付懲戒律師之規定，準用行政程序法關於送達之規定。</p>
<p><u>第四十二條 被懲戒律師不服全國律師公會聯合會懲戒處分者，得逕向全國律師公會聯合會所在地之法院提起民事訴訟。</u></p>	<p><u>第四十二條 被懲戒律師、移送懲戒之檢察署、主管機關或律師公會，對於律師懲戒委員會之決議，有不服者，得向律師懲戒覆審委員會請求覆審。</u></p>	<p>全國律師公會聯合會所作懲戒處分性質係屬於內部會員之資格處分，故會員對此如有不服，所提起之救濟程序即應適用民事訴訟法規定，爰刪除律師懲戒覆審委員會之制。</p>
	<p><u>第四十三條 律師懲戒覆審委員會，由最高法</u></p>	<p><u>本條刪除。</u></p>

	<p>院法官四人、最高法院檢察署檢察官二人、律師五人及學者二人組織之；委員長由委員互選之。</p>	
<p>第五十二條 本法施行細則，由<u>司法院行政訴訟及懲戒廳</u>擬訂，報請<u>司法院</u>核定之。</p> <p>律師懲戒程序，由<u>全國律師公會聯合會</u>擬訂，報請<u>司法院</u>核定之。</p>	<p>第五十二條 本法施行細則，由<u>法務部</u>會同<u>內政部</u>擬訂，報請<u>行政院</u>核定之。</p> <p>律師懲戒程序，由<u>法務部</u>擬訂，報請<u>行政院</u>會同<u>司法院</u>核定之。</p>	<p>為貫徹律師自律自治，配合本法修正律師公會之目的事業主管機關為<u>司法院</u>，爰修正本法施行細則及律師懲戒程序擬訂、核定機關。</p>

