

作者 Astrid Steinkraus

譯者 黃耀宗

德國律師 職業規則 與 民事責任

Anwaltliche
Berufsordnung
und
Zivilrecht



財團法人民間司法改革基金會法律倫理中心



新學林

法律倫理經典譯叢(一)

德國律師 職業規則與民事責任

作者：Astrid Steinkraus

譯者：黃耀宗

德國律師職業規則與民事責任／Astrid Steinkraus

作；黃耀宗譯．--一版．--臺北市：民間司

改會， 2011. 11

面； 公分

ISBN 978-986-86457-3-8 (軟精裝)

1. 法律倫理 2. 律師 3. 德國

198. 58

100018794

德國律師職業規則與民事責任

作 者：Astrid Steinkraus

譯 者：黃耀宗

出版者：財團法人民間司法改革基金會

地 址：台北市松江路90巷3號7樓

電 話：(02) 25231178

傳 真：(02) 25319373

網 址：<http://www.jrf.org.tw/>

總經銷：新學林出版股份有限公司

地 址：台北市和平東路二段339號9樓

電 話：(02) 27001808

傳 真：(02) 27059080

網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

出版日期：2011年11月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50

定 價：350 元

ISBN 978-986-86457-3-8 (軟精裝)

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市和平東路二段339號9樓

團購專線：(02) 27001808 分機18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

序

民間司法改革基金會為提昇我國法律人（包括律師、法官、檢察官及其他以法律專業知識從事專業職務或活動之人）的法律倫理知識及修養，特設立法律倫理中心，此中心第一階段的工作目標，即選擇外國著名法律倫理書籍予以系列翻譯出版，一方面提供法律人士撰寫法律倫理教材的資料，另一方面作為法律學生學習法律倫理課程的參考書。

本中心主任即本會前董事長黃瑞明律師的策劃下，在本會同仁的努力下，以及學者專家費心辛苦的翻譯下，將逐步展現成果。

此次能夠順利出版，真是令人興奮，對於參與此項工作的全體學者專家、同仁、朋友，深深地表示感謝。

在本會法律倫理中心開花結果之時，讓人不禁要問作為民間組織的本會，怎麼有資金從事這項有意義的工作？其中有個淵源流長的感人故事：

二〇〇四年三月二十日總統大選結束，落選的總統、副總統候選人連戰、宋楚瑜對當選的總統、副總統陳水扁、呂秀蓮提起選舉無效及當選無效二個訴訟，陳水扁、呂秀蓮一開始就同意連戰、宋楚瑜的請求，全國全面驗票，據估算驗票費用可達數千萬元新台幣（下同），此對訴訟當事人來說，是筆重大負擔，美國金士頓科技公司創辦人孫大衛先生基於「愛台灣」及「促進台灣和諧」的心，公開宣布願意捐款一億元作為上揭選舉訴訟的驗票費用，如有餘額用於推展族群融合及司法改革等事項，此項捐贈工作，由本會承接處理。

在選舉訴訟確定後，敗訴的一方，應負擔驗票費用一千七百二十二萬二千六百二十六元，本會依約定將此金額捐助予敗訴的總統候選人連戰及宋楚瑜，餘款的半數由本會在中央信託局（現為台灣銀行）設立族群和諧信託基

金，供社會各界從事族群和諧事項及活動者申請補助費用，另半數則由本會用於司法改革等事項。

本會為將此半數餘款作為本會從事司改工作的費用，或將此款再捐助予社會從事司改活動的其他團體，內部爭論甚久，終於決定將此款留在本會，不作本會經常性司改事項的經費，而另成立二個獨立運作的單位，一為「法律倫理中心」，另一為「法治教育向下紮根中心」，前者係向上提昇發展法律人應有的法律倫理，後者為向下紮根推廣青、少、幼年的法治教育，二者是法治及司法健全的兩根支柱，值得也應該深深的耕耘。

有了金士頓公司孫大衛先生慷慨捐助，讓複雜的總統選舉訴訟和諧結束，也讓有一筆信託基金從事族群和諧的工作，更使向上提昇及向下紮根的兩個司改中心得以成立。在此外國法律倫理巨著翻譯完成出版之際，飲水思源，孫大衛先生的捐款義行，更令人感動與感激。

最後，再一次感謝奉獻心力，從事翻譯巨著的學者及專家。

陳傳岳律師

民間司法改革基金會前董事長

奠定民主與法治的倫理基礎

——法律倫理經典譯叢序

本套法律倫理經典譯叢的資金來源是 2004 年台灣總統大選後，因選舉結果的紛爭帶來社會、政治不安，為解決選舉訴訟所需經費問題，由金士頓公司之孫大衛先生帶領企業界捐款以作為選舉訴訟費用的餘額。為利用此餘額，民間司法改革基金會組成「法律倫理中心」，並推動法律倫理經典譯叢。這套叢書的誕生，代表著台灣人民在初步建立民主法治之後，為奠下紮實的倫理基礎的努力，也是台灣民間社會期盼民主法治更加成熟的共同善念所結出的果實。

從世界各國建立民主法治的經驗，我們深知僅有定期的選舉制度並不代表民主法治的實現，尤其是民主轉型的初期，選舉常使國家陷入糾紛動盪的民主危機。民主危機如果没有完善處理，國家社會可能陷入空轉、內亂，甚至導致軍事獨裁及外患，歷史上這樣的例子層出不窮，而且持續發生中。

司法體系是解決選舉而生的政治紛爭必要的機制。但若法院的獨立與公正未獲人民與社會共同信任時，危機實難解決。縱然勉強作出判決執行，亦僅埋下後續政治紛爭的禍根。因此，強化司法的獨立性與公信力以作為解決權力紛爭的機制，為建立民主法治不可或缺的一環。然而要建立獨立又具有公信力的司法，實不僅限於建制法律體系與訴訟制度而已，更重要的關鍵在於民間社會的監督以及運作法律的相關人士的態度和行為，也就是律師、檢察官與法官的倫理素養。

形塑法律規範的是人，運作及操作法律制度與概念的也是人，人的態度與行為影響判決的過程與結果，也影響人民對司法的信賴。如何建構法律人的倫理層次以提昇國內司法之整體水準，是推動本譯叢的心念。

以翻譯法律倫理之經典叢書，作為提昇國內法律人倫理層次的步驟，是因為人類互相學習，除了觀摹行為之外，最重要的便是研閱經典。美國2000年總統大選，因票數接近引發選舉訴訟，最後是靠最高法院的判決解決此爭議，雖然判決與選舉結果未必完美，但至少可平息紛爭，讓國家往前推動，為世人留下一個可以觀察的案例。而該案例後續引發了有關作出該判決的大法官的倫理討論，可見法律人的倫理確與判決的公信力有密不可分的關係。

與我國同屬大陸法系的德國、日本亦曾有過專制獨裁的過去，而這些專制獨裁政權也是透過民主體制下的選舉方式而產生，可以說是失敗的民主的例子，因此德國與日本的經驗也特別值得參考。不僅因為其法系與我國相近，同時也因其建立民主法治的途徑與英、美截然不同，其法律倫理的經驗對我國亦特別具有參考價值。

本法律倫理經典譯叢特別挑選翻譯了美國、日本與德國有關法律倫理之代表性著作。國內對於法律倫理之研究較晚，就此領域之書籍尚有不足，我們認為廣泛地翻譯外國此領域較深入的書籍，對於促進國內的相關研究將有激勵作用。

經典書籍均為作者長期深思熟慮、蘊懷吟咏的苦心之作，讀者閱讀典籍，特別感受到作者的用心與功力，自然讓人沈靜。在煩囂的年代，我們社會特別需要沈靜、思索的內在力量，以作為再出發的起點。

本譯叢是因總統選舉訴訟而誕生，我們認為選舉與訴訟的倫理訴求有極微妙相似之處，造成巧妙的結合。規範法律人進行法庭或執業活動的倫理訴求與規範政治人物在從事選舉時應有的政治倫理，在精神上有甚多相契相合之處。訴訟兩造在法庭攻防，相較於選舉時之競選活動，也有類似之處，因此規範法庭活動之倫理，如攻防之手段必須公平、有所節制、有所為、有所不為等，跟選舉活動的要求有可互相參照之處。

訴訟與選舉的目的均為求勝，但不能把勝負定為訴訟與選舉的唯一價值。訴訟過程中之真實發現與法律見解之激盪，宛如選舉過程中之政策辯論，必須以正義之實現與促進社會進步為共同目標。

人人皆有勝負之心，但訴訟與選舉除了依賴法律規範之外，尚有許多領域，其動心起念之處有待當事人之倫理自覺，諸如醜化與攻擊對手之手段甚至群眾動員等，均非法律規定所能窮盡，而有賴當事人及人民的倫理水準。

在本譯叢問世的前夕，中東與北非發生了震驚世人的「茉莉花革命」年青人靠著群眾的力量推翻了專制強人統治。我們可以預期這些國家在革命之後要走向民主法治，過程仍極其艱辛與危險。台灣有幸未經流血革命而展開了民主法治，並且透過選舉而進行政黨輪替，未來的發展，乃須透過倫理之自覺與培養，以健全民主法治之基礎。

這套叢書的出現，是許多善念的自主結合，企業家捐錢，民間團體推動，學者翻譯，才有此成果。我們認為台灣民間力量的活躍，正是民主制度最可貴之處，也是值得大家共同珍惜灌溉呵護這難得幼苗。

黃瑞明律師

民間司法改革基金會法律倫理中心主任

推薦序一

身為社會學家，長期從事法律社會學研究，有幸在「法律倫理研究中心」的讀書會裡，與黃瑞明律師、吳志光教授、顏華歆律師與民間司改會的同仁們，長期逐字逐句共同閱讀德國 Wolfgang Hartung 博士所著，黃耀宗先生所譯《德國律師職業規則與民事責任》，實在是一個相當難得的經驗。一方面，在德文原著的法律邏輯的概念世界裡千迴百轉；另一方面，由德文轉譯成中文時，譯者的確展現了留德學習法律的功力，但他完成雖說精確、卻難免詰屈聱牙的中文時，我們大家還得費心集思廣益，提供譯者進一步潤飾文稿的意見。翻譯其實是相當艱辛的工作，翻譯德文法律著作，又要求其「信、雅、達」兼顧，更是難上加難，在我們合力奮戰近年時，每一次都有不知何時可以完結之感。今天這本書中譯本真的要出版了，我們不得不要為它喝采！

根據黃瑞明律師的研究，現代律師業可以溯及十八世紀的工業革命，德國律師自始就具有官員與貴族風格，不像美國律師那樣具有草根的、平民的氣息。德國律師市場化、商業化的情形，也沒有美國律師那麼嚴重。作為現代法律的後進國，我國百年來繼受的主要是德國為主的大陸法系，在這種情形下，這本天書般的困難德文法律專著，得以在「法律倫理中心」支持之下，順利翻譯出版，的確意義非凡。本書作者選擇一個看似狹窄、但卻相當具有實質意義的題目，探討規範德國律師職業的規則，與民事法律相遇交錯時，在法律競合上的責任問題。這看似一個傳統「法律釋義學」的問題，卻開展了多元視野探討法律的路徑：它不止涉及了「法律釋義學」，而且科際整合地處理了「法律史」（如第一部份：律師職業規則的形成歷史）、「法律社會學」（如第二部分 C：鄰近國家的法律情況）與「法律倫理學」（整本

書)等領域。

一本如此令人難以閱讀的天書，一本法律論證邏輯令人驚嘆的專著，其實也有它實用而且言簡意賅的一面。本書在導論裡，就開宗明義提出了八個具有代表性的疑難案例，在論證完律師職業規則在私法上的直接與間接的效力之後，在第四部分提出了案例的整體解決方案，第五部分作了總結綱要。作者認為，對於所有八個案例都適用的是：章程大會在客觀面向上，欠缺制定具私法重要性規定的權限，因為律師的契約與責任問題具有建構職業身分的性質。而關於個別問題的陳述，則分別一一作答，如案例一強調律師職業規則第三條的保護目的，並不在於委託人的私法上利益，而是律師職業行使的正直性、律師的獨立性以及律師與委託人之間在一般利益上的信賴關係。透過這八個代表性的案例，作者體現了德國法律的精嚴細密，相當有助於律師職業規則與民事責任相關問題的釐清。

我們樂見這本書在台的出版，它是德國科際整合研究法律人職業倫理成果在中文世界傳播的先河，既開展了我們的視野，也有助於我們類似疑難問題的釐清，黃耀宗先生與所有讀書會成員的辛勞，應該都不會白費的。

林端

台灣大學社會學系教授

推薦序二

記得剛學成返國時，有一次到某鄉鎮演講行政程序法實施對公務員的影響，演講結束後接受鎮長邀宴，席間鎮長提及一筆鎮有財產遭人無權占有多年，曾委請一當地知名律師代為追討，並提起民事訴訟。結果一審勝訴，二審敗訴，在提起第三審上訴的關鍵時刻，卻因委任律師逾期未提出上訴而告定讞。當時我立即告知鎮長委任律師顯有民事責任，鎮長表示鎮代會亦作如是想，曾通過決議要另外委請律師來告那位失職的委任律師，但當地律師有限，「道長」間彼此都認識，似不易找到合適的律師幫忙，鎮長遂麻煩我推薦台北的律師，應該比較沒有利害衝突及人情困擾。原本我還建議鎮長，那位逾期未提出上訴的律師可能尚有律師職業責任可資追究，可向當地律師公會檢舉之，鎮長卻表示都找不到當地律師告他了，找律師公會恐怕也是不了了之。

以上是一個律師明顯失職，但責任追究在實務上卻由於諸多因素而不了了之的案例。但律師的職業責任與民事責任究竟有何關聯，我個人存有疑惑，因擔任民間司法改革基金會法律倫理中心副主任之便，我推薦了本書的翻譯及出版。尤其是近年來隨著律師人數的大幅成長、律師倫理規範亦為相當幅度之修正，甚至自今年（民國 100 年）起法律倫理已成為律師及司法官的考試科目，而律師的民事責任亦不乏學者的研究（例如政大的姜世明教授，參見氏著律師民事責任論，2004 年出版）。但如何釐清律師的職業責任與民事責任的關聯性，本書無疑地將為此一重要問題提供德國法上的觀點，足以為國內的相關研究及實務帶來全新的視野。按律師的職業義務與民事責任，根據其目的與功能，本質上仍是兩個獨立的規範領域。但這兩種法律內容卻無法始終彼此區隔地加以觀察（特別是由當事人的角度觀之），律師

的職業規範對其民事責任有何影響，本書有極為深刻、細緻的論述與辨正，足供有識者細細品味、反覆思索。

而本書的出版過程亦頗不尋常，有鑑於本書內容之重要卻又相當艱澀，雖然譯者黃耀宗先生基本上少有譯文失真之處，已屬十分難得。但為提昇本書的可閱讀性及可理解性，民間司法改革基金會法律倫理中心特組成讀書會，由黃瑞明律師領軍，林端教授、顏華歆律師、民間司改會的同仁們、新學林出版公司林靜妙小姐及本人的長期參與，逐字逐句校訂此書。過程堪稱是字斟句酌，一方面有感於德文法律用語及概念之細緻精確，但中文卻不易表達，常有令人徒呼負負之慨；另一方面亦對本書作者以一本博士論文展現其對公法及民法重要基礎概念的深入掌握，德國法學研究所呈現的徹底性（Gründlichkeit），實令人嘆為觀止。相信這本書出版，不僅是在理論及實務上拓展國內研究的層次及比較法上的視野，而翻譯及嗣後校訂之過程亦能開國內學術翻譯之先河。

吳志光

輔仁大學法律學系教授

譯者序

接到司改會的通知，希望我為這本書寫篇譯序，其實心裡有些惶恐。身為書本的譯者，能說的以及應該說的都呈現在譯文本身。期待的是讀者在閱讀的過程中能夠感受到與書本作者之間對於書寫主題的知性互動。譯者能否恰如其份扮演其媒介的角色，正是檢驗譯文品質的標準。因此，譯者在譯文本身之外的說明都像是在為自己的力有未逮之處尋找理由。這也是令人感到惶恐的理由。既然如此，但盛情又難以推卻，也許針對原書出版後到中譯本完成之間，書中主要討論的德國法規修改情形稍作說明，是一個可以交代的理由。希望譯者的贅言不致造成讀者閱讀上的負擔。

本書討論的主題是德國律師職業規則在私法適用上的效力問題，就律師職業規則而言，書中所討論的條文係西元 2003 年的版本，目前最新的是西元 2011 年的版本，全文共三十五個條文，其中經過修改或刪除的條文有第三條（原則未變，僅就文字修訂，增第五項）、第四條（文字修訂）、第五條（文字修訂）、第六條（刪除第二項，原第三項與第四項往前調整）、第七條（全部重新修正）、第八條（重新修訂）、第九條（重新修訂）、第十條（重新調整項目，並作文字修訂）、第十三條（刪除）、第十六 a 條（增訂）、第二十一條（刪除第二項）、第二十三條（文字修訂）、第二十四條（第一項第二款與第三款的修正）、第三十一條（刪除）與第三十二條（第三款修訂）。其中大部分為文字修訂，與本書內容相關的條文修正出現在第三條（利益衝突代理禁止）、第六條（廣告）、第七條（職業領域的命名）與第三十一條（多重聯合禁止）。讀者若有興趣可至德國聯邦律師公會的網站（<http://www.brak.de>）比較新舊版本的異同；其它有重大修正的地方是本書第三部分關於不正競爭防止法第一條概括條款的修訂，修訂前的不正競爭防

止法第一條規定：「基於競爭目的，於商業交易中採取違背善良風俗之行為者，負有不作為與損害賠償責任。」不正競爭防止法於西元 2004 年全盤修訂後，於第三條制定不正當競爭行為的禁止規定（2008 年又以不正當交易行為取代不正當競爭行為），取代原本第一條概括條款的規定，並於第四條針對不正當競爭行為做出類型化的例示規定。現行不正競爭防止法第三條規定：「足以明顯地妨害競爭者、消費者或其它市場參與者利益之不正當交易行為，不得為之。」儘管法規修訂後，不再以交易行為違背善良風俗為評價標準，書中關於這方面的論述似乎已經因為法律的修改而顯得過時，但仔細觀察可以發現這是透過立法的手段將評價標準進一步具體化的過程，無損於書中論述在法釋義學上的價值，而讀者還是能由作者細膩的法律論證操作中感受到實際法律思考的樂趣。

感謝司改會法律倫理中心的信任，將本書翻譯的工作交託譯者，在譯文初稿完成後更透過定期讀書會的方式，使譯者有機會參與討論，聽取學界與實務界對於譯文的批評與指點，過程之中受益良多，沒有這些來自各方的激勵，也就不會有當前譯本的出現。本書譯文的錯誤與不足之處，當由譯者負完全的責任。

黃耀宗

目 錄

序／陳傳岳	①
奠定民主與法治的倫理基礎／黃瑞明	③
推薦序一／林端	⑦
推薦序二／吳志光	⑨
譯者序／黃耀宗	⑪

導 論	001
-----	-----

【第一部分】

律師職業規則（BORA）的形成歷史	007
A. 至西元 1949 年的發展	009
B. 聯邦律師公會（BRAK）的職業準則	010
C. 聯邦憲法法院於西元 1987 年 7 月 14 日的判決	012
D. 律師職業規則（BORA）	013

【第二部分】

律師職業規則於私法上的直接效力？	015
A. 律師職業法與私法的相互依賴性？	017
B. 文獻整理	018
C. 鄰近國家的法律情況	021
D. 基於規章的法律性質所推導出的界限	029
E. 第二部分的結論	064

【第三部分】

律師職業規則於私法上的間接效力？	069
A. 民法法典中的轉換規範	071
B. 律師職業規則透過民法第一三四條的間接效力？	077
C. 律師職業規則透過民法第八二三條第二項的間接效力？	107
D. 律師職業規則透過民法第一三八條的間接效力？	148
E. 律師職業規則透過民法第八二六條的間接效力？	169
F. 律師職業規則對於律師契約責任的影響？	173
G. 律師職業規則透過不正競爭防止法第一條的間接效力？	186
H. 第三部分的結論	232

【第四部分】

案例的整體解決方案	235
A. 一般陳述	237
B. 關於個別問題的陳述	237
C. 總結	246

【第五部分】

總結綱要	247
------	-----

附錄 相關德國法律條文翻譯	255
---------------	-----

導 論

西元 1997 年 3 月 11 日生效的律師職業規則（BORA）是以自治規章¹的形式制定。它植基於由律師界選舉成員組成的章程大會於西元 1996 年 11 月 29 日所作成的決議²。根據聯邦律師法（BRAO）第五十九 b 條、第一九一 a 條至第一九一 e 條的基礎規章授權，律師職業規則在聯邦律師法的規定範圍內，於司法與公眾利益必要的情況下，進一步規範律師的權利與義務³。律師職業規則的不同規範——例如第三條第一項、第四條第二項與第二十六條第一項——似乎同時觸及律師與其委託人、員工以及同事間的私法關係。以下八個案例對此有明確的說明：

- （1）一位律師就其為一對夫妻的離婚事項諮詢提起報酬請求。當事人拒絕支付諮詢費用。他們認為律師契約因違反律師職業規則第三條第一項⁴利益衝突代理禁止⁵的規定而歸於無效。

1 聯邦律師公會通訊，西元 1996 年，第 241 頁以下（公告）。律師職業規則的各該現行有效版本（目前為西元 2003 年 7 月 1 日的版本）全文刊載於聯邦律師公會的網頁：<http://www.brak.de>。

2 西元 1996 年 11 月 28 至 29 日於柏林召開的第一屆章程大會第五次會議紀錄，第 17 頁以下；參照 Hartung/Holl-Hartung, BORA, Einf., Rn. 50。

3 Henssler/Prütting-Koch, BRAO, §59b, Rn. 22; Römermann/Hartung, Berufsrecht, §52, Rn. 3.

4 律師職業規則第 3 條第 1 項：「律師於同一法律案件曾對利益衝突之另一當事人提供諮詢或代理、或就同一法律案件曾以聯邦律師法第 45、46 條所規定之其他方式職業上加以處理，不得執行業務。」

關於律師職業規則第 3 條第 1 項的違憲性，參照 BVerfG NJW 2003, 2520, 2522; Kleine-Cosack, AnwBl 2003, 539; Deckenbrock, BB 2002, 2453, 2454f.; Henssler, NJW 2001, 1521, 1527ff.; Schlosser, NJW 2002, 1376, 1377ff.; 不同見解參見 BGH NJW 2001, 1572, 1573。關於婚姻案件中律師諮詢之利益衝突問題，參見 Hartung, MDR 1999, 1179, 1180f.; ders., FF 2003, 156。

5 立法者將與此相關的基本義務規定於聯邦律師法第 43a 條第 4 項。Bergisch Gladbach 區法院曾於一個可相互對照的案件中（Urt. V. 23. 10. 1998 – 26 C 120/98 [未出版]）駁回律師的報酬請求。其認為律師諮詢契約因為違反聯邦律師法第 43a 條第 4 項所規定的利益衝突代理禁止而無