

of the People

學術專論

修訂二版

律師民事責任論

Anwaltshaftungsrecht



姜世明 著

元照

律師民事責任論



姜世明 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

律師民事責任論／姜世明著，-- 二版，--

臺北市：元照，2015. 08

面：公分

ISBN 978-986-255-628-3（平裝）

1.律師 2.法律倫理

586.7

104010941

律師民事責任論

5D359RB

2015 年 8 月 二版第 1 刷

作 者 姜世明

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 550 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司



Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-628-3

二版序

本書一版問世已十年，期間德國法制已有所演進，而我國實務見解亦有部分看法被提出，就此均有更新整理之必要。律師作為法治國之重要捍衛者及實踐者，若怠忽義務之履行，則對於其委託人、相對人、甚至第三人，將造成權利之侵害，對於司法公益亦將造成危害。

律師作為在野法曹，應謙沖自持，努力求知以完成其在法治國肩負之使命。若自尊自大，輕忽職務，徒務虛名及財貨之利益，因其行為而導致他人權利受損，則令其擔負較重之民事責任，實甚為合理。

但在我國實務，或限於固有錯誤想像，或拘於民法陳舊法條釋義，而罔顧德國相關法理係由法官創造而得之進展經驗，故步自封，令人扼腕，是否係因兔死狐悲，或因配偶多律師之非理性因素，尚值考究，但已令人擲筆三嘆乎！

姜世明

政大法學院

2015年5月31日

序

在法治國家中，律師、法官與當事人三者及法治國司法制度之間關係，猶如鼎之三足，唯有三足俱強，鼎乃不至於傾。其有律師玩法、法官怠法、當事人犯法者，而一國之法度卻無以懲治，或徒有罰則而不行，均將令司法正義無從獲得伸張，法治建設因而墮壞。故而，如何就律師、法官及當事人之相關法制為適切之建構，實乃法治建設之基礎。

律師民事責任制度，其在實體法上乃具有救濟因律師執業疏失或義務違反而造成委託人或第三人損害之功能，而在程序法上並有促進訴訟之意義存在，乃建設公正、有效之司法所不可或缺者。就此，應為識者所肯認。又斯制雖在法治先進國家已發展多時，雖各國法制間未必均循相同軌道，然俱有其可觀處。惜在我國，相關制度之發展卻呈現遲緩，其於委託人或第三人之權益救濟及我國之法治建設乃形成莫大之障礙。

筆者在德國留學期間，除跟隨恩師Peter Schlosser教授學習民事程序法之外，並數學期旁聽伊與Borgmann博士所共同教授之律師法，且於恩師與維也納大學教授合開之律師法課程中，筆者乃在風景如畫之湖畔別墅發表一學期報告，藉此拓深對於律師制度之認識。其後，因筆者博士論文係關於自由業者民事責任程序之舉證責任分配及減輕，其中律師民事責任程序亦為論述重點，因而對於律師民事責任制度之研究與發揚，乃筆者數年來所不曾忘懷之夢。

近年來，筆者就律師民事責任制度已發表論文數篇，因此亦獲得頗多指導，均銘感在心。因每有來自兩岸讀者關於制度運用及內容疑難之詢問，且涉及律師民事責任之賠償案例亦漸次發生，似可認為我國發展律師民事責任制度已屬刻不容緩。有鑑於此，筆者雖自覺研究尚未充分，仍不惜野人獻曝，而擬以德國法制為主要參考基礎，並參酌部分奧、瑞文獻，嘗試整合融入於我國基礎民事責任法制，期以提供我國律師民事責任發展之基礎。

本書區分為導論及本論，在導論部分乃就影響我國律師民事責任制度發展之可能因素加以評估，而在本論部分則除將律師契約、律師契約義務、律師民事責任要件、程序中之舉證責任分配、時效及律師責任保險與責任限制等問題加以系統性論述外，並於律師之職業特性與法律地位詳加介紹，俾使讀者能對於律師等自由業者之責任制度發展基礎能獲充分理解。此外，為使律師能減少發生律師民事賠償責任事件之機率，本書並於最後一章探討關於律師責任發生之危險源，希有助於律師執業避險機制之建立。

本書之出版，須感謝元照出版公司之協助，而對於審稿委員之卓見，固為筆者所悅服；其有不及援介之其他外國法制，自應為筆者爾後繼續在此領域努力鑽研之目標。最後，對於愛妻玉珮之體貼與支持，當致上我最真摯之感謝。

姜世明

在南台灣

2004年2月12日

目 錄

二版序

序

第一編 導 論

形塑律師民事責任制度之基本因素考量

壹、律師民事責任制度之存在必要性考察	5
貳、影響律師民事責任制度內容形成之因素	11
參、許法治建設一個未來	21

第二編 本 論

第一章 律師職業之本質

壹、概 說	25
貳、自由業者之意義及其基本特質	25
參、律師獨立性之特殊意義	38
肆、現代化法治國家之律師應有之角色認知	51
伍、結 論	53

第二章 律師之法律地位及執業型態

壹、前 言	57
貳、法律上地位	57
參、執業型態	69

肆、專業律師及律師與他行業之共同經營	81
伍、結 論	86

第三章 律師契約

壹、前 言	89
貳、律師契約之本質	89
參、律師契約之成立	94
肆、律師契約之委託範圍	99
伍、律師契約之當事人	102
陸、委託關係之終結	105
柒、律師契約之委託人義務	110
捌、結 論	117

第四章 律師之契約義務

壹、前 言	121
貳、律師之闡明義務	123
參、律師之法律審查義務	129
肆、律師之建議與告諭義務	139
伍、律師之採取較安全途徑義務	148
陸、卷宗義務	151
柒、緘默義務	154
捌、受當事人指示拘束之義務	156
玖、其他基於律師契約所生之義務	159
拾、結 論	163

第五章 律師第三人責任制度

壹、前 言	167
貳、基本案例	168

參、可能之請求權基礎	169
肆、結 論	185
第六章 律師民事責任之要件	
壹、前 言	191
貳、律師民事責任之請求權基礎	191
參、基本責任要件	196
肆、被害人與有過失及律師爲他人行爲負責	206
伍、結 論	215
第七章 律師責任之消滅時效及從屬責任	
壹、前 言	219
貳、消滅時效	220
參、德國法上之指示義務及從屬責任	224
肆、結 論	231
第八章 律師民事責任程序中之舉證責任分配	
壹、前 言	237
貳、舉證責任分配之基本理論	237
參、舉證責任分配一般原則於律師民事責任程序中 適用	247
肆、律師民事責任程序中舉證責任減輕	257
伍、結 論	266
第九章 律師民事責任保險及責任限制	
壹、前 言	273
貳、德國律師責任保險制度	273
參、我國律師責任保險制度	284
肆、律師責任之限制	310
伍、結 語	319

第十章 律師責任發生之主要危險源

壹、前言	323
貳、訴訟外之責任發生主因	323
參、起訴	326
肆、程序法上期間遵守	335
伍、審判程序中之其他相關問題	342
陸、其他責任發生原因	350
柒、結論	353

第十一章 我國律師民事責任實務見解之發展與評估 ——民事法官失去確立價值能力的實證

壹、部分實務見解	359
貳、評估	480
參、結論	483

導 論 形塑律師民事責任制度之基本 因素考量

壹、律師民事責任制度之存在必要性考察

- 一、律師民事責任制度之功能
- 二、英國責任免除制度之援引可能性

貳、影響律師民事責任制度內容形成之因素

- 一、職業特性
- 二、律師契約
- 三、訴訟制度類型
- 四、法學教育與學說實務之發展
- 五、消費者保護法適用範圍

參、許法治建設一個未來

案例一：「報載：理律律師事務所前法務人員劉○○盜賣客戶美商新帝公司股票案，理律律師事務所已經與美商新帝公司達成和解。理律律師事務所將分期賠償美商新帝公司之聯電持股成本共計美金八千三百三十萬，約合新臺幣二十八億三千二百餘萬¹。」

案例二：「臺灣高雄地方法院九十一年度訴字第六七七號民事判決²——按訴訟代理人就其受委任之事件，有為一切訴訟行為之權，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，民事訴訟法第七十條定有明文。又受特別委任之訴訟代理人於提起上訴後，其代理權即因代理權事件終了而消滅（最高法院六十九年臺上字第一五七四號判例參照），是以訴訟代理人為委任人提起上訴，係屬第一審受任範圍之事務。次按，受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己之事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之，民法第五三五條亦有明文。經查，被告於系爭事件受任為原告之訴訟代理人，有上開法條所定之特別代理權，且受有報酬各節，為兩造所不

¹ 參聯合報，2003年11月17日，A9版；中國時報，2003年11月17日，A10版。

² 原告起訴主張：被告係○○聯合律師事務所之負責人，2000年4月間，受原告之委任，擔任原告與訴外人陳○○間返還價金之訴訟代理人，該案經臺灣屏東地方法院以89年度訴字第95號受理在案。2000年6月21日該事件經屏東地院判決原告敗訴後，原告復委由被告提起上訴。當時被告並未告知應馬上繳交上訴費用。原告在收到屏東地院2000年7月20日裁定命原告補繳之通知後，即透過訴外人謝○○及其妻將上開補繳通知書正本及一審律師費用、二審裁判費等，如數交付被告。詎被告罔顧原告之權益，在收受上開費用後，卻未向屏東地院繳交，致屏東地院於2000年8月11日以89年度訴字第95號裁定，將原告所提上訴駁回，嚴重損害原告之權益。原告為此受有新臺幣214萬4,000元之損失，其明細如左：（一）起訴主張返還之訂金200萬元、（二）一審訴訟費用4萬2,000元、（三）一審律師費用4萬元、（四）二審上訴費用6萬2,000元。爰依民法第184條、第544條規定請求損害賠償。

爭，並經本院調取系爭事件卷宗核閱屬實。又被告自承：其於接獲系爭事件之判決書後，曾電詢原告知受任人謝○○是否提起上訴，經謝○○囑其上訴，並交付第二審裁判費等情，已如前述，準此，足認被告就系爭事件上訴乙事，確獲有原告委任。而被告受任處理系爭事件第一審訴訟事務受有報酬，就屬於第一審受任範圍內之上訴行為，自應盡善良管理人之注意義務。乃被告為法律專業人士，對提起上訴需繳納上訴裁判費，知之甚稔，其既受任提起上訴，自應注意於上訴時繳納上訴裁判費至法院，或於補費期限內繳納之。至實際上該費用係由其先為代墊，再向原告請求償還，或向原告請求預付後，始繳至到院，於法均有所據，而應由其與原告自行協調，惟無論採何一方式，被告均應遵期繳納上訴裁判費至法院。況且，原告確有委請謝○○交付系爭事件第二審裁判費予被告……被告亦不否認於上開日期收受上述款項之事實。準此，被告更無從謂其未受委任繳交上訴裁判費。是被告辯稱：其就待繳二審裁判費部分未受委任，僅係自願代為服務，屬「好意施惠關係」，原告並無請求其代繳裁判費之權利云云，顯無可採³。」

由以上案例可知，我國律師民事責任之基礎法社會事實之發展已漸趨成熟，人民對於律師之責任要求將與醫師民事責任發展一般，漸趨嚴格。但自上開案例亦可明瞭，我國對於律師民事責任制度之具體建構仍有不足。在疑有發生律師民事責任情事者，部分事件乃以私下和解方式處理；而即訴諸法院裁決者，因當事人及法院對於律師民事責任制度中律師契約義務範圍、請求權基礎、律師民事責任要件及律師民事責任程序中之

³ 法院並依民法第544條規定（否定侵權行為之適用），且適用民事訴訟法第222條第2項認定原告所受損害。

舉證責任分配法則等問題，未必有充分之認識，因而相關判決之正確性，仍待檢驗⁴。

然無論如何，在此謹藉上開二案例，作為本書對於律師民事責任制度建構嘗試之開端。而對於前開案例中之相關當事人所發生情事，但持哀矜勿喜，並不擬多加評論，希讀者諒察。

壹、律師民事責任制度之存在必要性考察

一、律師民事責任制度之功能

律師民事責任之制度功能，在實體法上可分為補償功能（Ausgleichsfunktion）、預防功能（Präventivfunktion）及經濟功能（Ökonomische Funktion）三者。而在程序法上，此一制度則具有促進訴訟之功能。

首先，就補償功能而言，其基本上係著重在將損害為最終歸屬之分配，亦即，將被害者之損失，經由民事責任制度劃歸由加害人負擔。就律師民事責任而言，無論係基於契約關係或侵權行為之請求權，基本上，若因律師違反義務行為而造成委託人損害發生，自有將損害歸由律師負擔之必要。尤其在律師民事責任法中，律師與委託人間具有高度信賴關係，而此信賴關係乃係基於對律師專業知識及執業能力之信任，若律師提供具瑕疵之服務，自應負賠償之責任⁵。

⁴ 臺灣高雄地方法院91年度訴字第677號民事判決所引發之問題甚多，例如請求權基礎為何？提起上訴是否為委任範圍？當事人是否發生損害（如系爭事件假設已合法上訴，而依法一般仍將被駁回者，則能否認為有損害）？則系爭適用民事訴訟法第222條第2項為舉證責任減輕，是否得宜？

⁵ Sieg, Internationale Anwaltshaftung, 1996, S. 63 f.

其次，因民事責任制度具有嚴厲性，自有促其所規範主體謹慎注意及為損害結果預防之功能⁶。律師民事責任制度為民事責任制度之一環，自亦具有此一功能。尤其，律師與其委託人間在法律知識之掌握能力並不相當，而委託人對於律師之服務品質，一般亦無監控之能力，自有必要建構律師民事責任制度，俾能促使律師能注意與預防損害之發生。

另就經濟功能而言，基本上此一功能固與預防功能有其重疊性。但責任法之經濟功能，乃在強調經由適當之責任制度，而能使成本降低及效率最大化。在決定損害最終歸屬主體時，即應注意何主體得以最低成本支出預防損害之發生。尤應注意者，乃經由民事責任制度，得使能力不足之市場競爭者遭到淘汰，並進而促使市場服務之優質化⁷。

末，律師民事責任制度於程序法層面，實亦具有顯著之功能。其理由為，在現代民事程序法理論，基本上係同時將實體正義與程序促進視為程序法追求之二大目的。即在我國新近民事訴訟法修正（2000年2月9日公布施行），亦將集中審理制度作為修法指標，而其中關於失權之規定，實與修正新法制度目的（包括集中審理與促進訴訟等）有密切關聯。惟此一制度之有效施行，實須有賴同時建構之律師民事責任制度，以促使律師能注意適時提出攻防方法⁸。

⁶ Sieg, a. a. O., S. 64 m. w. N.

⁷ Sieg, a. a. O., S. 64 f. m. w. N.

⁸ 關於失權制度，參閱拙著，論遲延提出攻擊防禦方法之失權，法官協會雜誌，第2卷第2期，2000年12月，頁169以下；拙著，論民事訴訟法失權規定之緩與與逃避，萬國法律，第113期，2000年10月，頁77以下；拙著，論民事訴訟法失權規定之基本要件，全國律師，第5卷第1期，2001年1月，頁55以下；拙著，新民事證據法論，2004年1月，頁353以下；拙著，民事程序法之發展與憲法原則，2003年11月，頁221以下。另有關失權制度與律師民事責任之問題，Vgl. Borgmann/Haug, Anwaltschaftung, 3. Aufl., 1995, S. 325 ff.

二、英國責任免除制度之援引可能性

雖律師民事責任制度具備上開實體法上與程序法上之功能，但律師民事責任制度，基本上與其他法律制度一般，亦可能因國情（傳統）相異，而於不同國家有不盡相同之制度設計考量。就此，尤以英國關於律師免責（Haftungsimmunität）制度，特別引人注目。

在英國之律師制度中，律師分二種，亦即出庭律師（Barrister，又稱大律師）與事務律師（Solicitor，又稱小律師）二者。出庭律師之任務，主要為在上級法院（superior courts）及大部分下級法院（inferior courts）之訴訟代理，並包括文書、專家意見、書狀之起草。其原則上係由事務律師委託處理事務，而與當事人間原則上並不存在契約關係。英國且將出庭律師定位為「法庭人員」（Officer of the court），此所以強調者為，出庭律師於法院之義務應置於對當事人之利益之前，亦即，其執行職務應獨立且無偏私，而以如同司法機關般角色工作⁹。至於事務律師，則與當事人間存在契約關係，其工作任務除不動產轉讓及設定負擔、契約、遺囑之訂立外，尚包括於初級法院（例如治安法院或郡法院）之訴訟代理及訴訟之準備等¹⁰。

⁹ Vgl. Klaus v. Gierke, Die Dritthaftung des Rechtsanwalts, 1984, S. 13; Graef, Die Haftung des deutschen und englischen Anwalts für fehlerhafte Prozeßführung, 1995, S. 49; Reihlen, Die Haftung von Rechtsanwälten und Notaren gegenüber Drittbegünstigten für Fehler bei der Testamentserrichtung, 1992, S. 11. 但應注意，英國之1990年法院及法律服務法案（Courts and Legal Services Act 1990）基本上已某程度破除此一習慣法規定，而創設出庭律師與當事人間直接成立契約之可能性。Vgl. Graef, a. a. O., S. 128 f.; Poll, Die Haftung der Freien Berufe zwischen standesrechtlicher Privilegierung und europäischer Orientierung, 1994, S. 104 f.

¹⁰ Vgl. Poll, a. a. O., S. 45; Klaus v. Gierke, a. a. O., S. 13; Graef, a. a. O., S. 49; Reihlen, a. a. O., S. 10.