

# 關於「律師執行業務」判決

BVerfGE76,171-196

【律師專業準則案】

聯邦憲法法院第一庭 1987 年 7 月 14 日判決 - 1 BVR 537/  
81,195/87 -

楊淑文譯

## 裁判要目

裁判要旨

裁判主文

理由

A 爭點

I 相關法條規定

II 事件背景

1. 第一訴願之事件背景

a 律師指摘某警事鑑定報告  
無聊

b 律師因該言論受律師公會  
懲戒

c 律師主張權利受損

2. 第二訴願人之事件背景

a 律師指摘法官有差別待遇

b 法官向律師公會聲請處分  
該律師

c 律師主張其權利受損

III 各機關之見解

1. 聯邦法務部代表聯邦政府之  
立場
2. 聯邦最高法院之見解
3. 聯邦律師總會之見解

4. 德國律師協會之見解

5. 共和國律師協會之見解

6. 聯邦自由律師會之見解

7. 哈姆地區律師協會

B 本二件憲法訴願均合法並有理由

I 懲戒處分依據之合法性

1. 律師專業準則不得作為限制  
律師執業之法律基礎

a 法律授權之界限隨著對職  
業自由侵害強度而有不同

b 律師專業準則不具自治法  
性質

c 律師專業準則不屬法規範

2. 律師專業準則亦不得作為概  
括條款

II 案件相關性原則之地位

1. 案件相關性原則之作用

2. 訴願人不適用專業準則

a 二訴願人言論上並無不當

b 不必對二訴願人進行名譽  
法院之制裁措施

## 裁判要旨

1. 以律師專業準則作為聯邦律師條例第四十三條有關職業義務之概括條款規定之解釋或具體化之媒介，並非本院之確定見解。專業準則在名譽法院之相關程序中，僅於律師職業法修訂前之過渡時期，為了維持司法制度合於功能性不可避免的情形下，方有其法律之重要意義。

2. 僅在行為人故意散佈不實之情事，或就與其他訴訟當事人或訴訟流程無關之情事為蔑視之評論，而涉及刑法上之誹謗罪時，名譽法院因行為人違反案件相關性之要求（*Das Sachlichkeitsgebot*）而為之處分方有其必要性。

1987年7月14日第一庭判決

— 1 BVR 537/81,195/87 —

本訴訟程序係關於第一訴願人律師及公證人 H 就 a 名譽法院一九八一年三月二十五日之判決 b 哈姆地區律師公會一九八〇年五月十日之決議 — EV/I/410/79 A/I/172/80 — 1BVR 537/81 —，第二訴願人 Dr. k 對於 a 名譽法院為科隆地方律師公會之轄區，一九八六年十一月十七日之判決 b 科隆地區律師公會一九八五年九月四日及一九八六年一月二十日之決議 — Ab II 156/85 — 1BVR 195/87 — 所提之憲法訴願

## 判決主文

1. 哈姆地區律師公會所屬之名譽法院於一九八一年三月二十五日所為之判決及哈姆地方律師公會於一九八〇年九月二十九日及三月十日之決議 – EV/I/410/79A/I/172/80 侵害第一訴願人基於憲法第十二條第一項之基本權利，應予以廢棄。關於本件訴訟費用部分發回名譽法院。

2. 科隆地區律師公會所屬之名譽法院於一九八七年十一月十七日之判決 – IV Kammer EV 79/86 – 及科隆地方律師公會一九八五年九月四日及一九八六年一月二十日 – Abt. II 156/85 – 侵害第二訴願人基於基本法第十二條第一項所定之基本權利，應予廢棄。關於本件訴訟費用部分發回名譽法院。

3. 北萊因 – 西谷地邦 ( Nordrhein-Westfalen ) 對於訴願人所支出之必要費用應予補償。

## 理由

### A 爭點

提起本件訴願之律師主張，其因違反律師案例相關性要求，而遭受專業法上之處分。

### I 相關法條規定

一九五九年八月一日制訂之聯邦律師條例指出：律師為司法之獨立機關（第一條），而且得為所有法律事務之職業的、獨立的代理人或顧問（第三條）。律師不僅有上述特別權限，且亦有下述概括條款所規定之特別義務：

### 第四十三條 一般的職業義務

律師應認真仔細的執行職務。律師不論在執行職務時或執行職務以外，應致力於維護律師依其地位應受之尊重與信賴。

就律師執行職務所可能存在之問題，聯邦律師總會將律師們之共通意見，依聯邦律師條例第一七七條第二項第二款之規定，訂定律師專業準則。其中許多含有律師應嚴守案件相關性義務之規定。

### 第一條 一般之職業義務

(1) 律師應認真執行職務（聯邦律師條例第四十三條第一項）。律師應就其受託付之他人利益符合案件本質的予以維護。

(4) 律師之行爲不得有令人認為其違反專業準則之虞。

## 第九條 對法院之行爲

(1) 律師對於法院所爲之行爲，應符合其與法院爲司法救濟地位對等機關之角色。

(2) 律師如就法官所爲之判決經由與案件無關方式予以影響，特別是就該案件爲非關法律之評論，或對法官就其所爲之判決公開地予以批評，均認爲係違反專業規範。

## 第十條 對政府機關之行爲

(1) 律師在與政府機關爲行爲時，亦應注意其係司法救濟機關之地位。

(2) 在律師與政府機關之間亦適用上開行爲之案件關連性原則。

律師如違反上開條文所規定之義務，而其情節並非重大，毋須請求名譽法院進行審理程序時，其所屬律師公會得施以懲戒處分（聯邦律師條例第七十四條第一項）。受懲戒處分之律師得聲明異議，聲明異議無效果時，該受處分人亦得請求名譽法院予以審理（聯邦律師條例第七十四條 a）。對名譽法院之判決，不得再聲明不服予以廢棄（聯邦律師條例第七十四條第三項第 4 款）。

## II 事件背景

I a) 第一訴願人係代理其當事人對一醫師提出告訴。請求偵查告訴人妻子在醫院中因血管阻塞引起心臟衰竭而死亡一事中，該醫師是否應負刑責。告訴人主張，該醫師當時應該可採取預防措施而未採取。

檢察官依據法醫之鑑定報告對該醫師為不起訴處分。該鑑定報告指出，血管栓塞之預防需要非常精密之指示器，此指示器當時並未提出。況且病人之死亡，亦無法經由事前預防措施而避免。此外，該鑑定報告並未再詳細說明其認定之理由。本件第一訴願人乃就上開鑑定報告聲明異議，指出：

鑑定報告中指稱告訴人妻子之死亡無法經由事前之預防措施予以防止。我必須承認，雖然在我一生從事律師生涯當中曾經看過許多無聊的東西，但是這篇報告的無聊已超過普通程度。這位值得尊敬的法醫先生的意見，顯示出他似乎具有洞悉未來的能力。

但事實上，要求這位值得尊敬的先生出具鑑定報告，對他而言是專業上過分的負擔。

b) 訴願人因上開言論而被其所屬之律師公會予以懲戒。訴願人就該處分聲明不服亦被駁回，因其忽視專業準則中所規範之案件相關性原則。此份鑑定報告之真或偽並不重要。依案件相關性之原則，訴願人僅能指稱該份鑑定報告為“虛偽或”不適當”。

訴願人隨後向名譽法院聲明不服，亦無結果。名譽法院之見解亦認為，訴願人違反律師專業準則第一條第一項及第十條第二項所規定之“案件相關性”之要求。此非即謂專業準則對律師言如同口套一般，令其無法表達意見。事實上，律師如認為鑑定性之報告或意見錯誤時，仍享有權利負有義務，基於其當事人之利益，對該鑑定意見予以爭辯或攻擊。問題在於，應“如何”予以批評。訴願人將法醫之鑑定報告稱為超過普通程度的無聊東西，又將鑑定委員會之成員稱為值得尊敬的先生，已超越就案件本身予以批評時可容許之程度。

c) 訴願人提起本件憲法訴願，指摘其基本人權遭受侵害，特別是基本法第二條第一項，第三條第一項，第五條第一項，第十二條第一項。

訴願人復指稱，懲戒處分令其人格嚴重受辱。懲戒處分所依據之律師專業準則，並非充足的懲罰性規範。該專業準則不得以下列方式濫用作為解釋第四十三條聯邦律師法之輔助方法，亦即超過該準則所規定之原有文義以外，違法的附加當事人義務。

依聯邦律師條例第四十三條之概括條款，律師僅在與尋求法律保護之民衆為行為時—而非對於國家之公權力—有義務不使民衆降低對其之尊重或信賴。上開懲戒處分或就聲明不服之判決認定訴願人之行為違反案件相關性原則，其見解顯有違誤。訴願人復提出亦有許多其

他比本件表達語詞更明確的法官的表達方式亦被認為係屬與案件有關之行爲。訴願人認為律師在評價證據時必須享有權利，就事物本身精確地予以敘明。如果其當事人使用與訴願人相同之表達語詞，其當事人並不會遭受懲戒處分。反之，訴願人作為律師則面對自我審查之威脅，因而使其言論自由權及平等權遭受侵害。

2. a) 第二訴願人曾多次從事和解及破產管理人之職務。在一附帶破產程序中，向法院聲請確定破產管理費用，該件聲請案未由非訟輔佐官處理，而係由職務法院之法官自爲處理。該職務法院之法官與第二訴願人曾有良好情誼，惟已友誼破裂。

因第二訴願人向法院所請求給付之破產管理費用並未如數准許，第二訴願提起人乃就上開裁定提出異議。他在理由中指陳，如知此裁定係由該法官自爲處理，他必將聲請該法官迴避裁定。他指出：

在法院、本市或全國的法律專業人圈內均知悉本件裁定之法官與本人原有良好之友誼，但嗣後已友誼破裂。雙方反目甚至於本件裁定之法官亦不顧忌在第三人面前對本人有差別待遇之行爲。本人因得知本項費用確定之裁定係由該法官所爲，乃依民事訴訟法第四十四條第二項釋明如上。

因本件破產費用之確定聲明係由該法官所爲，爰請求和解法院命該法官應將本件破產費用裁定予以廢棄，

並交由該法官之職務代理人重為裁定。

b) 該職務法院之法官卻因此而向該破產管理人所屬之律師公會提請處分，致該破產管理人（即第二訴願人）遭受律師公會之懲戒處分。第二訴願人就上開處分聲明不服，並向名譽法院聲明不服請求處理均遭駁回。名譽法院並未如同律師公會一樣，認定第二訴願人批評該職務法院之法官裁判扭曲法律。

但是上述第二訴願人所提書狀中第一句所使用之文字，已足以使客觀之閱讀者認為該法官歪曲法律。最具關鍵性的則為，第二訴願人指陳該法官從不顧忌在第三人面前對其有差別待遇之行爲。此種陳述已是犯罪力的特別描寫方式。這種印象雖然在隨後的語句中被沖淡了，但是並未能改變整段語句給人的印象。此種批評的陳述方式，已超過可被容許的對偏頗的形容方式，而構成對該法官名聲的貶抑。縱使在第二訴願人請求確定其本身所支出之費用時，亦須符合律師專業準則之各項原則。第二訴願人之行爲違反律師專業準則第一條第三項、第四項及第九條第一項之規定。

c) 第二訴願人提起本件憲法訴願，係指摘其基於基本法第十二條及第五條所定之基本權利遭受侵害。

第二訴願人復指陳，對人民職業與言論自由所爲之限制與剝奪，必須以法律有保留者為限始具有正當性。本件制裁處分欠缺符合明確性原則（*Das Bestimmt*

heitgebot ) 之法律上基礎。縱使聯邦律師條例第四十三條設有明文規定，但對此概括條款以專業準則中不明確之規定予以具體化，是否符合法治國家之原則，則顯有疑義。而案件相關性之要求更是完全不明確。名譽法院僅一再強調概括條款之內容，但此概括款欠缺具體之法律規定及義務之界限。僅僅單純違反法律之假相--相對於專業準則的明確文義規定--不能將制裁處分予以正當化。

此外，訴願人主張其基本人權實質上亦遭受侵害。名譽法院絲毫並未考慮職業與言論自由之基本人權，亦未注意及於保護正當利益之原則。另一方面，亦忽略了就專業準則所定「案件相關性」要求，應基於符合憲法所定保障基本權利之原則予以限制。批判性的言論--對於法官所為亦同--應認為屬於言論自由之基本權利範疇所涵蓋。原名譽法院之判決對案件相關性要求之認定，已超過以往至今有關案件相關性要求，實務所認定之內容與範圍。這樣一個國際無可比擬的案件相關性的要求，就其必要性原判決並未有具說服力的理由提出。專業準則不得就言論批評設有較一般法律，特別是比刑法更嚴格之限制。

無論如何，在本件案例中適用案件相關性原則顯不適當。訴願人在前揭破產費用確定之異議狀中僅使用一句文詞指責法官，此句指責文句不應無視於全部的具體

情況而獨立的予以考慮。完全不足採的則是，在隨後所指出法官扭曲法律就法官偏頗的指摘，亦被認定違反“案件相關性”要求。

### Ⅲ 各機關之見解

1. 聯邦法務部代表聯邦政府指出，“案件相關性”要求是名譽法院在判決中直接適用聯邦律師條例第四十三條所導出。正確的是，聯邦律師條例第一條第一項及第三條關於律師地位的規定。在某些訴訟程序所規定之律師強制主義是以司法制度的利益為其規範基礎，以增進經由法院所許可的方式解決爭端及正確發現法律的可能性。在此種關連下，律師應被理解為可截阻當事人過激情緒的“過濾器”（Filter）。

聯邦律師條例第四十三條之規定則經由律師專業準則就“案件相關性要求”不同層面之相關規定予以補充。案件相關性要求屬於律師職業義務之核心範疇。在個別案例的適用上則有疑義，因為並非在每一案例中很容易可以證明何種行為係屬與案件本身無關。然而長久以來已有共識認為，律師基於確信代理其當事人之利益之行為不應遭受阻礙。就此，律師可以使用強烈的、壓迫性的表達方式及直接了當的詞句。因而，亦有此種可能性，對於同一訴訟程序中之訴訟當事人及法官之行為批判性的予以評斷，縱使此種評斷方式在個別案例中可

能導致對其侵害亦同。其前提要件在於，律師對於支持其評斷之基礎事實可以信以為真，或其提出係基於其所代理之當事人利益之考量，或律師相信可以增進其當事人之利益。與此不同的是，律師應該避免對於其他訴訟當事人為貶抑的攻擊或輕蔑的評價方式，因為這些無助於突出其當事人對於案件之主張反而可能有害之。這些標準同樣亦適用於其他法律上明顯的價值，如基於刑法之觀點，即在保護相對人。

從名譽法院的判決可以構築案例類型，以界定司法救濟途徑的維護及律師的基本人權。對於其他司法救濟機關所為與案件無關之評論直接觸及法定的訴訟流程，最後則觸及法定的司法制度本身。在衡量律師的意見表達自由時，就與刑法有關之言論表達附帶的應注意個人的名譽權。非對其他司法保護機關所為或刑法上無重要意義之與案件無關之言論表達亦有可能同時違反對法定司法制度的保護。律師愈偏訴訟標的的行為，即愈遠離其所代理之當事人利益。其行為與訴訟時之地位愈不相干—亦即依其與案件無關之程度而遞減—其言論自由的基本人權，在衡量時愈退居於法定的司法制度之法益保護之後。

2. 聯邦最高法院在其向來之判決中指出，聯邦律師條例第四十三條符合基本法第二條第一項，第五條，第十二條第一項及第一百零三條第二項之規定。基於程序

法上之理由，僅有少數相關的案例由其審理。名譽法院就“案件相關性”要求因而扮演一個廣泛的法官造法的工作。

3. 依聯邦律師總會的見解，案件相關性原則屬於聯邦律師條例第四十三條之內容。依其規定，律師在為法律而奮爭時不僅應不為損及他人名譽之行爲，而且應避免與案件無關的貶抑他人之攻擊方式。作為維護司法制度良性運作之普遍利益的執行業務規則，其目的最基本應是與職業有關，而非與言論表達有關。同時，案件相關性要求，其目的在保護每一個訴訟程序之當事人能在正當的且公平的訴訟程序中進行活動。聯邦律師條例亦受律師自由執行業務之原則所限制。在此值得思考的是，律師除了享有比其當事人更大之權限外，是否亦應有比當事人更重之義務。案件相關性之要求即是一種律師職業的主要義務。因而亦會導致相當於刑法上的要求。此種要求並不影響律師在訴訟程序中自由表達意見之權利，因而亦不涉及言論自由本身。案件相關性或無關之界限在於言論表達的方式與方法，其法律基礎為基本法第十二條第一項第二款之授權性的規定，及補充上開條文之聯邦律師條例第四十三條所定之執行職務規則與聯邦律師條例第一百七十七條第二項第二款所定之律師專業之原則。

聯邦律師條例第四十三條之概括條款可經由「憲法

上的各種基本原則」充分的予以特定。該條之引用對於案件相關性要求之內容確定亦是必須的。而在其他案例被使用作為認定之輔助方法之準則規定亦以案件相關性要求之內容為其前提要件。此案件相關性要求多次提及律師的地位，因而毋須借助於內容的確定亦可使其範圍非常明確。而在名譽法院形成判例的判決中此案件相關性要求僅在涉及律師地位的價值部分是明確的。判決中並未對於界限問題發展出確定的見解。界限的確定可以而且必須直接從聯邦律師條例第四十三條導出。

4. 德國律師協會（*Deutsche Anwaltrerein*）認為上開二件憲法訴願為有理由，因為被指摘之言論在考慮全部相關情況後不能被認定為與案例無關。案件相關性要求屬於聯邦律師條例第四十三條之內容。上開概括條款中「與案件有關」之意義，應視律師在為其當事人就法律爭議執行職務之特別功能而定。此時，律師並非為私人身分，而係司法之機關，其執行任務同時亦符合公益。因而律師之執行職務行為不能僅從言論自由之觀點而為考量，實則更涉及律師在訴訟上地位，及其可以就事實及證據結果表示意見之權利等問題。僅有透過綜合觀察基本法第五條、第十二條、第十九條第四項及第一百零三條第一項方可正確理解“案件相關性”的要求。

在專業準則一再重複提及，但未予以定義之“案件相關性”的要求實則應享有更高之位階，不論在積極或

消極意義上。首先其具有確認的作用：律師有權，在經過謹慎考量爲了其當事人之利益，可以認爲適宜的情形下爲意見的表達及聲明。案件相關性要求的確認的作用顯示出，言論必須與具體的訴訟程序有關，而且律師認爲其言論有益於案件即爲已足。將“案件關連性”之要求限定於客觀與案件有關之言論則屬憲法上非法的對於律師自由執業原則予以限制。每一個對於「案件相關性」要求予以定義的嘗試，均會觸及其界限問題。而上開被施以懲戒處分之言論不能被證明與案件相關，則與事實審法院在具體案例之認定有關。與案件相關性要求不相符合的言論僅在下列的情形，即言論與當時所進行之程序無任何關連，或者涉及污蔑性誹謗言論，故意陳述不實事實，或因過失陳述衆所皆知爲不實之事實。

5. 依據共和國律師協會（ Der Republikanische Anwaltsverein ）之見解，則認爲在律師專業法所規定對於律師執行職務的一般性的意見，不適宜作爲在律師職業及專業的活動範圍內合法或違法的認定的標準。而律師專業準則雖然就聯邦律師條件第四十三條第二項所導出之一般律師職業義務予以具體化，也不能就上開見解予以否定。然而在律師專業準則及律師職業法之範疇裡則有所不同，依其規定律師之活動在案件相關性原則的考量下，必須受內容之監督及懲戒處分之規制。律師專業準則於此情形不僅與法律不符，亦與不應受有限制

之言論自由之基本人權有所抵觸。

如果律師因其活動導致他人之法益受侵害，則刑法、契約法及侵權行為法已設有足夠之規範，此乃因為防護正當的利益而必須擴大其限制人身自由行動的範疇。反之，專業法所規定之案件相關性要求不得被認定為形式上或實質上對言論自由之基本權利所設之限制。形式上，「案件相關性原則」不符合制裁規範所須之“確定性”之要求。而實質上，以案件相關性原則為言論自由之限制之見解，亦不足採。如同在實務上所顯示的，案件相關性原則並不適合為法律的概念。名譽法院在調查這些大多數非常複雜而且無法再重建之生活事實時，顯然已是負擔過重。此外，令人擔心的是，每一位法官個人不同的審理方式會影響其判決之形成，而且有自己不同的合目的性或合品質性的標準。而且，在涉及定義性的認定時，亦須以專業性的意見為準，而非適用法律。律師的角色及地位要求其必須竭盡所能，毫不畏懼的使用各種語言及文字來表達他及當事人之意見，而不須擔心或考慮其行為事後將受到名譽法院之追究。律師之對造或法官。檢察官實無理由除了享有刑法上或民法上對名譽法益之保護外，尚有專業法得受免於批評之保護。

6. 依聯邦自由律師會所採之見解認為第二訴願人所提憲法訴願應予准許，其理由則引用該會以前所提之憲

法訴願之理由。

7. 哈姆地區律師協會委員會則認，第一訴願人所提憲法訴願並無理由。該會仍維持其在被指摘之決定中所採之見解，認為就眨抑之言論所為之懲戒處分，縱該眨抑之言論不構成一般法律意義下之侮辱亦無可受指摘之處。科隆律師協會認為—除了構成人身攻擊外—如此的眨抑他人之陳述與價值判斷與案件無關，這些陳述或者明顯的與案件毫不相干，或者如此一般性，在未加求証之前無法予以理解。而第二訴願人就其眨抑之言論並未經充分之求証。

## B 本二件訴願均合法並有理由

二件合法之憲法訴願均為有理由。

訴願人因其所受之懲戒處分而致自由執行律師職務活動遭受侵犯。名譽法院之判決欠缺基本法第十二條第一項第二款所要求之法律上基礎。

### I 懲戒處分之依據之合法性可疑

1. 在律師公會委員會所為之懲戒決議及名譽法院之判決均明白指出以律師專業準則為其依據。惟專業準則之規定不足以提供限制律師執行職務足夠的法律基礎。

a) 依據基本法第十二條第一項第二項可以就職業之執業活動經由法律或基於法律予以規定。依據聯邦憲法

法院之見解，此種憲法上明定須有法律基礎之要求乃在於，一方面職業自由之基本權利保護個人得在工業社會中之特定領域，依其自由意願工作，此種個人人格權在憲法之位階次序中具有最高之法益價值；另一方面職業自由的需求亦須符合公眾之利益。衡量個人之自由權在何種公眾利益及在何種程度應退居其後之問題，則屬立法者之責任範疇（ BVerfGE7, 377[39],404ff.]; 13,97 [104f.]; 33, 125 [158f.]; 41, 251[263f.]auchovgl. BVerfGE63, 266[286f.] ）。民主體制的立法者對此責任不能任意放棄或被剝奪。而應在國民經由最直接之方式選舉國會代表來行使國家權力之國家體制中，由其國會經由公開的意思形成程序，在考慮不同的各種情形下的利益，就此憲法所預留共同生活之問題予以決定。（ BVerfGE33,125,[159];vgl.auch64,208[214f.] ）。

憲法並未禁止，經由國家之立法者或經立法者授權之國家行政機關就職業自由明文予以限制。而這些法律規則也可在特定範圍內，由自治所形成之協會經由會議決議方式形成。於此情形－如同聯邦憲法法院在其第一個相關的判決所表示之見解－立法者必須考慮到，職業團體協會所立之自治法規對涉案者及一般公眾產生特別的危險。因為職業團體著重團體的利益及狹窄的專業思考模式，忽視僵硬的職業形象的必要變更，對新加入者及該行職業外之民眾即會造成不利。首先，職業團體可

被授權訂定無法律創設效果的職業義務。不過這些職業義務會觸及會員職業活動自由的領域。在具體案例中，其界限則繫於對職業自由之基本權利侵犯之強度而定。會員在其職業自由活動受到的侵犯愈強、公眾對於活動方式及程度所享有之利益被影響愈大，則對於法律授權的明確性的要求就更高。（ BVerfGE33,125,[155]; BVerfGE71.162[172]m.w.n. ）

b) 依照通說及名譽法院正確的判決見解認為，律師專業準則不得被認定為基本法第十二條第一項第二款意義下之法律。（vgl. die Nachweise bei Lingenberg / Hummel, Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts, anwaltlichen Standesrechts Sun, Rechtsstaatliche Probleme des 1981, Einl., Anm.5; 1986, S. 71ff ）這些準則，如同聯邦最高法院所表示之見解，不同於醫師職業法，並不具有自治法之法性質。因為聯邦律師條例並未有立法者授權可以訂定這樣的自治章程的規定，更毋庸提及有一個充分明確的自治章程。然而聯邦律師條例草案在第一百九十一條規定，（ BTDruch. III /120 ），聯邦律師總會有權就律師職務之執行訂定準則。聯邦眾議會議會之法律委員會則有共識認為，準則中不得有創設性之規定，而僅能將律師同業之看法予以彙整。因而依聯邦律師條例第一百七十七條規定，聯邦律師總會僅負有任務，關於律師職業（ vgl.dessen Schriftl Bericht

BTDrucks. III /778,S.10 )之執行業務問題就大家共通的看法在準則中予以“確定”。就是否賦予聯邦律師總會更大之職權則很難得到共識，因為聯邦律師總會作為一自治團體係是由地區律師公會，而非由律師個人為其組成之成員，而地區律師公會則選出代表來參加，並未考慮及於地區律師公會成員的多寡。聯邦憲法法院在其所為第一個相關重要之判決中，即特別指出準則欠缺創設性規範的特質。

c) 雖然專業準則不得被視為法律規範，但是專業準則在以往之名譽法院之判決中仍被賦予法律上重要的意義。名譽法院面對兩難的情況，一方面立法者就職業義務大部分經由概括條款予以規定，另一方面此概括條款基本上被認定為對於執行職務活動可予以侵犯之形式上充分的法律基礎（vgl.BVerfGE26,186[204];36,212[219];36,212[219];57,121[132] ;66,337[355f]）很顯然的，名譽法院在解釋及適用上開概括條款時，即以專業準則為其基礎。此項見解亦為憲法法院所予以肯定。綜合學說上及實務上之通說見解可以得和，專業準則被視為重要的理解律師職業義務之泉源這件事，依夙有聲譽及經驗之律師同業之見解，係符合所有正直的有公正思想的律師之看法及律師行業之尊嚴。律師應擁有資訊，以使其在執行職務時可以遵循其同業之看法。特別是聯邦律師條例第四十三條之概括條款就律師職業義務予以

適用及經由解釋予以具體化時，專業準則更可以做為輔導方法。（ BVerfGE36,212[132f];60,215[230];66,337[356] ）

上述就專業準則之看法並非本院之確定見解。專業準則的重要意義在於，其可反映出律師倫理規範。如果這些準則被賦予更大的法律上重要的功能，則將會觸及重大的也是與憲法上有關的疑義，亦即最近引發的將專業準則透過律師公會之自治權限訂章程的要求 vgl.kleine-Cosack, AmwBl. 1986, S.505,[Kritisch dazu Ostler, AnwBl. 1987, S. 505, [Kritisch dazu Ostler, AnwBl. 1987, S.224]; Zuck, ZRP1987, S. 145 ferner kritisch zur ueberkommenen Beurteilung der Standesrichtlinien Redeker,NJW1982,S.2761 及 1987, S. 304; Jarass, NJW 1982, S.1833[1836]; Ostler, NJW1987, S.281 (28f.); Schiefer, NJW 1987, S.1969[1978]。特別被批評的是，專業準則－在上述案例中亦同－在律師總會決議及名譽法院之判決中，雖然欠缺規範性質，卻一直被當作法律規範予以適用。專業準則作為概括條款具體化的媒介的特性，其成立之種類及方式，以及其作為“當為”及“禁止”類似於規範的類型更提高了其本來就有之困難。此種情形不同於專業準則僅被定位為有效的行為的標準之情形。如果專業準則被正確的了解為現今專業看法的體現，則其不會發生

法律明確性及法律安定性的作用。特別是其僵硬性將不適於在有爭議的領域尋得解決的途徑，或者將流傳於後世的專業法規符合變遷中之政治，經濟及社會要求改造法規以求其繼續發展，例如在歐洲共同體之範圍內去適用不同的體制。

對於憲法上之判斷而言，在一個民主的社會裡上述缺點有其重要意義。此外，更重要的是，單純的專業之看法無論如何不足以被認定為對基本權利之限制，尤其當立法者在規範律師職業義務並未預先設想及之時。（參照聯邦律師條例第四十三條之文義）。對於職業自由的侵犯，以經由民主的決定程序所制定之法規為其前提，而這些法規亦符合實體法上對基本權利予以限制應具備之要件。除此之外之律師基於自由執行職務之原則所為之職業活動屬於基本法之統馭下，個人自由行動及不可限制的自我決定空間 vgl.BVerfGE50,16[29]; 63,266[284] ）。對於現存之公眾意見宣示性的予以確定—如同習慣法一樣 vgl.BverfGE22,114[121] ）。—並非此種意義下之“法規範”，更何況上開專業準則只是基於夙有聲譽及經驗之律師同業意見而訂定。專業準則的訂定者無權就下列問題予以審查或決定。即職業自由的限制可否基於共同利益之理性的理由予以正當化，或者基於比例原則所確定之界限是否應被維持。上開專業準則亦不充分作為自治章程應具備之要件，因為其並未區

分立法者所保留，具有創設形成作用的規定及另外職業團體被授權訂定之規定。

2. 既然專業準則理性的不能被視為律師義務之規範性的規定，亦不能被考慮當作概括條款具體化的法律上重要的媒介，則可作為限制律師執行職務之規範基礎的，除了憲法制定前之習慣法以外，只有概括條款及經由名譽法院之判決見解對於上開條款之解釋。在此須要一個要素，亦即可以將職業義務僅被概括性描述的缺點予以減低。一直到此種缺失經由自治章程之形成職業規範予以排除後，則會發生如下列案例的情況，亦即原先在憲法上並不生疑義之措施會因事後法律見解的變遷而在憲法適用上產生疑義。因而聯邦憲法法院一再指出，過渡時期之必要性僅為例外情形，以避免合於憲法的法規比現行法規存續更久的情形（vgl. BVerfGE 41, 251 [66f.]; 58, 257 [280f.]）。此種情形已在本件案例中顯現出來，尤其是當現今憲法法院判決的見解均是在過去時候所被肯認之情形。

對於過渡時期必要性的承認並不當然表示，在過渡時期當中，現今的實務見解可以當成在憲法上毫無疑義繼續維持。而是律師總會與法院對憲法上所保護之權利或地位予以侵犯之權限，必須減低至有秩序的維持合乎功能的職務活動運轉所不可放棄的程度。只有當除了職業專業需求以外還存在公共共同利益時，才能認與律師

之聲譽有關（vgl.auch BVerfGE66,237[354]）。惟有當維持一個合乎功能的司法制度有必要時，才可據以動用專業準則將概括條款具體化。當然，其前提要件在於，其要求必須能符合，實體法上對限制基本權利所定之要件。符合此要求的職業義務包括了名譽法院在其被維持之判決中，直接從概括條款或無爭議繼續被適用之憲法生效前之習慣法所導出的，如沈默義務，爭議中利益之代理，酬金計算原則（參照聯邦律師條例第十八條所定之法定義務）或者其他專業準則所定之義務，只要這些義務克制的被濃縮集中在其核心內容。（廣告禁止之問題，參照當今訴訟上之判決 1BvR 362/79）。

## II 案件相關性原則之地位

此外，在專業準則中所規定之案件相關性要求亦可被視為具體化概括條款可適用之媒介。在過渡時期時，此案件相關性之要求僅被限定在特定範圍予以適用，因而不及於訴願人有過失之行爲。

1. 案件相關性從那時起即屬於律師之職業義務。在十九世紀末八十年代時，即有名譽法院對此相關案件之作成最早期之判決，其時間約在一八七八年七月一日律師條例生效後幾年間（vgl.Isele,BRAO1976, An hang zu [43,S.670[675]）。案件相關性要求之意義在於，應儘力謀求以合乎事物本質的，專業的方式解決爭端。在

此要求下，即禁止例如侮辱，或故意散佈不實事實等對訴訟當事人引起情緒激動，或對其利益或尋求判決之可能性有所危害。貶抑性的人身攻擊，如與訴訟標的無關，而僅是利用訴訟進行之程序對被批評人報私仇，浪費全部訴訟關係人之精力及時間，一點也無法為當事人之利益保護或就法律之發現有所助益，則將被視為與案件無關且非屬專業之行爲。

在專業準則中所定之案件相關性要求涵義非常廣，雖然此要求係經法律條文明白規定，非憲法上之判斷還是有疑義。疑義存在於基於法治國家觀點而來的明確性。在具體案例中，何者與案件有關，何者與案件無關，是否或在何種程度可被允許可將強烈的明確的陳述從意義相關部分及冗長的訴訟程序過程中分離出來，或者至何種程度陳述的種類及方式可以從其內容中抽離，而不致因其表達方式致其就案件之陳述被禁止，此些種種均不能從專業準則的不同規定導出。該準則其他剩餘的作為認識來源及探索源頭的媒介功能在此大都喪失了。聯邦律師總會就此正確的指出，當今專業準則中的案件相關性要求與專業法所定之其他要求之位階變明確了，該要求之內容則被視為前提要件未在準則中明定。縱使將衆多的名譽法院之判決予以分析對此亦無助益。名譽法院亦曾嘗試，就案件相關性要求回溯至律師之司法機關之地位及其特別之權利義務以構築理由，及將內

容予以具體化。判例的繁多使得這項嘗試無法成功。如同聯邦律師公會所強調，而判決中也功虧一簣的是，無法發展出可以區分案件有關及案件無關行為的可適用的標準。雖有一百年來解釋的傳統，案件相關性要求仍無法被局限在其核心範疇，而此核心範疇依聯邦法務部之見解是無爭議的。

對於專業準則所定範圍寬闊之「案件相關性」要求在予以實體法上之審查時亦有疑義。僅在基於共同福祉之理性的理由可以被正當化，且符合比例原則時，專業準則方被允許當作限制職業活動之法律規範（ dazu vgl.BVerfGE61,291[312];68,272[282] ）。而且其適用亦須限制在職業自由之基本權利所設之界限範圍內（ vgl.BVerfGE71, 162[178ff] ）。在審查對於律師因違反「案件相關性」要求，依專業準則施以處分是否符合上開憲法上之要件時，應以此為出發點，亦即律師之執行職務原則上屬於個人自由的且不可予以規制之自我決定範疇（ vgl.BVerfGE63,266[28] 以下）。律師作為司法制度之獨立機關及尋求法律救助人之職業顧問者及代理人負有任務，應致力於找尋一個符合事物本質的判決，保護其當事人不受不利之錯誤判決及不受違憲的侵害及國家公權力之濫權。特別是他應保護無法律專業知識之當事人無權利受損之危險（ aehnlich fur den Anwalt im Zivilprozess Stuermer,JZ1986,,1089[1090]

unter Berufung auf Vollkommenheit, die Stellung des Anwalts im Zivilprozess, 1984, S. 20/21 )。律師爲了貫徹其任務無法總是非常溫文有禮的與其對造當事人洽商而讓其對造當事人絲毫不覺人格遭受侵害。依一般之見解，律師在爲權利而奮爭時可使用強烈的，有壓迫性的表達方式或非常直接了當的語句。此外律師亦須就判決爲指摘，與對造面對面辯論或就可能發生的法官偏見或物証的文書予以批評。律師是否可以另外一種方式爲批評，則並非重要之問題。因爲這亦屬於基本法第五條第一項所保護自我決定權之言論自由模式（ vgl. BVerfGE 54, 129 [138f]。如果律師公會或名譽法院對律師之言論以之爲與專業精神有違，且指摘其他訴訟關係人對其言論感受到與格調不符，不適當的或氣氛不好，違反禮節或其言論有損律師之名聲，則已超過職務執行及言論自由合理限制的界限。這樣的限制與監督已非職業專業組織之事務，因爲該職業之任務即在意見的表達，言語及文字則爲其最重要「職業武器」。如果律師公會及名譽法院在適用「案件相關性」要求時採取保留的態度，則尙有時至今日所存在法官及律師違規行爲制裁之不平等性有待弭平 Beispiele bei Rudolph, öffentliche Äußerungen von Richtern und Staatsanwälten, DRiZ 1987, S. 337 [338] ; ferner BGH DRiZ 1978, S. 87 u. 1980, S. 391 )。

在最終的訴訟程序中並無機會為下列問題之審查，即案件相關性原則在何種範圍符合憲法上的要件。無論如何，在過渡時期案件相關性原則的適用，依前所述，應限制在為了維持司法制度之合乎功能性所必須之範疇內。意即，貶抑性之言論，如係律師就與職務執行相關所為，且係合法之批評，而無特殊情況發生時，尚不受專業準則之規制。僅在此種貶抑性言論，依其內容及形式應被認定為刑法上可罰之侮辱，而未因防衛正當利益阻卻違法時，方被認為違反職業義務。此外，在過渡時期因違反案件相關性原則而應受專業準則之規制，似乎僅在很小的範圍內被許可，如律師故意散佈不實事實，就與其他訴訟當事人或訴訟程序無關且案件以外的事項為貶抑性言論之方式為權利之奮爭。如就案件相關性要求之適用依德國律師總會之見解僅限於上開案例，則屬於憲法上許可的對執行職務之限制，在此亦不生欠缺明確性之疑義問題（vgl.auch Sue,a.a.o.）。是否準則訂定者在未來修訂專業準則時，可以就案件相關性要求訂定更大的適用範圍，或者就職業自由加以很小的限制亦須視為確定法律規定內容的法規由立法者自行負責，在此毋庸再予以討論。

2. 既然專業準則中所定之案件相關性要求、在過渡時期繼續被視為具體化概括條款之媒介而被適用，訴願人被指摘之言論即無適用專業準則之餘地。

a) 二訴願人被指摘之言論並未含有明顯的對被批評人形式上的侮辱，或其他刑法上相關的名譽侵害。至少在言論係當事人衡量全部情況以正當的方式依其個人之判斷而為，且考慮及於防衛正當利益之觀點時應為如此之認定。

在第一訴願人之案例中，律師總會委員會及名譽法院適切的認定其未構成刑法上之侮辱罪。“無意義”，“值得尊敬的先生”的文字是訴願人在批評一份鑑定報告時所使用，其並非純屬猜測之詞，而是在找出診治醫師違反義務，導致其當事人之妻死亡的每一可能的發生原因。鑑定人之報告指稱，上開死亡之發生絕對無法經由事先的預防措施予以防止，就此被保證存在的危險因素的絕對性，鑑定人實應予以更詳細的說明。訴願人就對檢察官之偵查結果判斷有重要意義的鑑定意見，基於其當事人之利益，使用一種明確的諷刺意味的言論以表明其不贊同之態度，實未逾越刑法上保護正當利益的界限。

在第二訴願人的言論中，律師總會委員會將“扭曲法律”認定為一種譴責，實則並未衡量全部之情況。名譽法院衡量全部狀況後適切的認定，並不構成刑法上可罰的妨害名譽；而僅歸咎訴願人之言論足以使被批評之法官名聲受損。訴願人就其所為言論令人無法辯駁的提出說明，其係為達到和解條例第四十三條第三項第三款

所定補救裁定（ Die Abhilfeentscheidung ）之目的，其提及二人反目成仇及偏頗之指責係為促使被批評之法官，將案件交由非訟輔佐官處理或自行迴避拒絕審理。此二者均為訴願人為追求其自身利益而為法律所許可之途徑。被批評之法官亦未採全面否定之態度，僅僅指摘訴願人之文字使用風格而已。

b) 此外，在其餘部分亦無法發現，為了保護司法制度之合功能性對訴願人施以名譽法院程序制裁措施是不可避免的。訴願人所受之懲戒處分無法基於下列觀點予以正當化，即訴願人故意散佈不實事實而違反案件相關性之要求。因此，被指摘之名譽法院之判決不應予以維持。無爭論的特別是第二訴願人之言論－訴願人與被批評之法官早已反目成仇，法官對其為差別待遇－參照當事人在名譽法院之陳述，更完全不是捕風捉影的情形。

綜上所述，訴願人不應遭受處分，因為他們並未就與訴願標的無關之事項，對訴訟當事人或訴訟流程為批評，污蔑性之言論。在此，案件相關性要求之適用要件並不存在，顯然無須進一步說明。因此，職業團體以其他論點來作為其處分之依據。特別是在第一訴願人的案例中非常明顯易見。在此律師總會委員會認為，訴願人在批評時，僅使用「錯誤」或「不適當」之言論即為已足。而依名譽法院之見解則認為訴願人之言論大部分“語氣不好”，因此違反案件相關性之要求。基於案件相

關性之要求而如此的擴大限制職業自由，如前所述顯然欠缺必備的法律上之規範基礎。

（簽名）

Dr.Herzog      Dr.Simon      Dr.Katzenstein

Dr.Niemeyer   Dr.Seidl      Dr.Henschel