

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



專業言論之類型化

—律師執業管制與言論自由

CATEGORIZATION OF PROFESSIONAL SPEECH:

THE REGULATION OF LAWYERS AND THE FREEDOM OF
SPEECH

黃昱中

Yu-Jhong Huang

指導教授：林子儀 博士

Advisor: Tzu-Yi Lin, J.S.D.

西元 2015 年 8 月

August 2015



誌謝



我能完成這篇論文，首先要感謝三位口試委員。

感謝劉靜怡教授在課內、課外對我論文的督促。劉老師在口試時給我調整架構的建議，並提供現實案例給我參考，讓我得以修正自己論述上的瑕疵，並導出自己覺得比較有價值的結論。

感謝李念祖教授協助我梳理出一個具有發展性的研究方向，為我解答了直至口試前我自己都沒想通的問題。如果沒有李教授對口試本的明快批判，我後續修改口試本的工作絕對無法如期完成。

最感謝的是我的指導教授林子儀老師。老師一直以來對我很有耐心，從進入台大法律系大一第一堂憲法課程認識老師到現在，心中對於老師的景仰及感激，實在無法用言語描述。老師在學術研究、實務工作及私下待人接物，都是我心中的楷模。老師教導我最基礎的憲法知識、研究所指導我撰寫論文，以及私下鼓勵我準備國家考試、訓誡我的不良言行，甚至是今年規劃人生大事等，種種跟老師相處、交流的過程，對我來說，都是幫助我成長的美好經驗。我從老師身上學到的不只是知識、經驗、品德，最重要的是開放的心態，這也是老師所倡導的，言論自由的真諦。

受限於個人能力以及時間，本文參考資料及論述的過程其實是不夠嚴謹的。這篇論文主要的貢獻，就是點出「律師專業言論」這個議題。希望未來國內對於「專

業言論」這個議題能有更多的研究，也能對於「專業人員」的角色、功能有更大的理解與尊重。



不落俗套地，我要謝謝一直以來支持我的朋友們，謝謝同為林子儀教授門下各位先進，劍非學長、育叡及裕涵，我們終於都畢業了。謝謝台大法籃老田、領袖、小賊、黑狗、小天、汪洋、阿筆、小蛇、小小蛇、體老詹、劉寶、帥基，能跟各位一起打球、寫論文真的是既愉快又痛苦的漫長旅程。謝謝元貞法律事務所的同仁們，尤其是詹順貴律師給我的支持，讓我能在工作與論文之間取得平衡。

最後，由衷感謝親愛的母親，辛苦撫養我長大，沒有妳不會有今日的我。還有我最愛的乙仙，謝謝妳願意陪著我一字一句完成這本論文，這些因為寫論文而耽擱的時光，我會用這一生好好彌補你。

這本論文獻給那些愛我的，及我所愛的。

謝謝你們。

昱中謹誌 Sep. 2015

摘要



本文研究主題為「律師的專業言論」及「專業證照制度對於律師專業言論的影響」。

律師為專業人員，或稱自由業者，其需經高等教育及專業訓練，並受專業倫理規範之約束。律師業務與個人基本權利及社會公益密切相關，其從業資格受證照制度管制。律師執行業務時，必須符合「專業性」、「獨立性」、「公益性」三項專業要求。本文認為專業言論之要件包含：「專業人員的資格」、「專業知識的言論」、「信賴關係」三者。是以，律師基於與當事人間之委任關係，以其法律專業，提供當事人之法律意見，則構成律師專業言論。

本文主張，律師在報章雜誌上具名提供法律常識，應屬於律師廣告行為。律師面對面或在網路等其他平台，接受當事人一對一諮詢，其給予當事人的法律建議，則屬於專業言論。律師專業言論，事實上帶有推廣業務的效果，故內容必須為真實、無誤導性，並合乎專業性，方受憲法所保障。律師專業言論亦應符合專業責任之要求。若律師給予當事人顯然錯誤、不當，而有違律師專業性的法律意見，致使當事人受有損害，應負民事損害賠償責任。

關鍵字：律師、言論自由、專業言論、專門職業人員、證照制度、律師倫理。



Abstract



The research subjects of this thesis are “lawyer’s professional speech” and “the impact of licensure on lawyer’s professional speech”. Lawyers are professionals, or so-called freelancer, who have to undergo higher education and professional training and are bound by professional ethics. When practicing the profession, lawyers have to meet all three requirements of “professionalism,” “independence,” and “public interest”. This thesis finds the elements of professional speech including “the qualification of professionals,” “the speech regarding professional knowledge,” and “fiduciary relationships”. Thus, the lawyer’s advice provided to his/her client based on the lawyer’s profession and the relationships between the lawyer and client becomes lawyer’s professional speech.

This thesis holds that the named general legal knowledge offered by a lawyer on the newspapers and or magazines is the lawyer’s advertisement. The legal advice provided by the lawyer to his/her client after the lawyer is consulted one-on-one by the client through other platform such as internet belong to professional speech. Lawyer’s professional speech in fact comes with the effect of business promotion; therefore, the speech has to be real, not misleading, and professional so that the speech may be protected by the Constitution. Lawyer’s professional speech should also meet the requirement of professional responsibility. If the legal advice given by a lawyer to his/her client is apparently incorrect and inappropriate which is against the professionalism of lawyers and leads to the loss of the client, the lawyer should bear the

civil liability for damage.



Keywords: lawyer, free speech, professional speech, professionals, licensure, lawyer ethics.

簡目



誌謝	i
摘要	iii
Abstract	v
簡目	vii
詳目	ix
第一章 緒論	1
1.1 問題意識	1
1.2 研究範圍	6
1.3 研究方法	7
1.4 名詞界定	8
1.5 文獻回顧	9
1.6 本文論點與架構	13
第二章 律師專業制度之形成	16
2.1 律師業的歷史沿革	16
2.2 我國歷史上法律服務業的演變	20
2.3 「專業」的意涵	28
2.4 律師的專業地位	37
2.5 本章小結	46
第三章 律師的專業言論	48
3.1 專業言論於實務的發展脈絡	48

3.2 學界對專業言論的看法.....	60
3.3 律師專業言論的要件與範圍.....	73
3.4 保障律師專業言論的理由	85
3.5 專業言論的違憲審查標準	100
3.6 本章小結.....	112
第四章 律師專業言論之管制	116
4.1 「專業」與證照制度	116
4.2 律師自治.....	122
4.3 現行法制下的管制規範.....	124
4.4 本章小結.....	135
第五章 結論	137
5.1 律師專業言論之類型化與建議.....	137
5.2 案例回顧.....	138
參考文獻	141
中文部分（依姓氏筆畫順序）	141
英文文獻（依姓氏字母順序）	146

詳目



誌謝	i
摘要	iii
Abstract	v
簡目	vii
詳目	ix
第一章 緒論	1
1.1 問題意識	1
1.1.1 案例思考	1
1.1.2 問題提出	2
1.1.3 研究目的	3
1.2 研究範圍	6
1.3 研究方法	7
1.4 名詞界定	8
1.5 文獻回顧	9
1.5.1 專業言論	9
1.5.2 律師倫理	11
1.5.3 證照制度	12
1.5.4 本文研究必要性	13
1.6 本文論點與架構	13
1.6.1 本文論點	13



1.6.2 本文架構	14
第二章 律師專業制度之形成	16
2.1 律師業的歷史沿革	16
2.1.1 西方律師業的起源	16
2.1.2 歐陸封建時期的律師角色	17
2.1.3 工業革命時期建立的律師制度	18
2.1.4 近代律師業的發展	19
2.2 我國歷史上法律服務業的演變	20
2.2.1 先秦時期	20
2.2.2 唐宋時期	22
2.2.3 明清時期	23
2.2.4 近代律師制度的建立	25
2.2.5 訟師與律師的比較	27
2.3 「專業」的意涵	28
2.3.1 我國對於「專業」的定義	28
2.3.2 美國法上“profession”的意義	32
2.3.3 以功能論勾勒「專業」的職業圖相	34
2.4 律師的專業地位	37
2.4.1 專業人員與自由業的角色	37
2.4.2 律師專業的特殊義務	39
2.4.2.1 專業性	40
2.4.2.2 獨立性	41
2.4.2.3 公益性	42
2.4.2.4 其他義務	43

2.5 本章小結.....	46
第三章 律師的專業言論	48
3.1 專業言論於實務的發展脈絡.....	48
3.1.1 Thomas v. Collins.....	48
3.1.2 Lowe v. SEC	53
3.1.3 判決見解整理.....	57
3.2 學界對專業言論的看法.....	60
3.2.1 「以聽眾為中心」的思考.....	60
3.2.2 區分意見表達的「形式」及「價值」	64
3.2.3 以「言論內容」為唯一標準.....	68
3.2.4 學說見解整理.....	70
3.3 律師專業言論的要件與範圍.....	73
3.3.1 律師專業言論實務見解	73
3.3.1.1 NAACP v. Button.....	73
3.3.1.2 LSC v. Velazquez.....	76
3.3.2 律師專業言論的要件	79
3.3.3 律師專業言論的範圍	82
3.4 保障律師專業言論的理由	85
3.4.1 言論自由價值的基礎理論.....	85
3.4.1.1 多元價值論.....	85
3.4.1.2 單一價值論.....	86
3.4.2 保障言論自由價值的觀點.....	93
3.4.2.1 開放專業知識資訊的流通	93
3.4.2.2 保障專業人員的自主決定權	95
3.4.2.3 否定對於民主政治程序的直接貢獻.....	96



3.5 專業言論的違憲審查標準	100
3.5.1 言論自由之違憲審查模式簡介	100
3.5.1.1 三重審查標準	101
3.5.1.2 雙軌理論	102
3.5.1.3 雙階理論	104
3.5.1.4 違憲審查標準的選擇方式	106
3.5.2 律師專業言論的違憲審查標準	108
3.5.2.1 學說見解：	108
3.5.2.2 本文見解	110
3.6 本章小結	112
第四章 律師專業言論之管制	116
4.1 「專業」與證照制度	116
4.1.1 證照制度的意義與功能	116
4.1.2 專業證照化	119
4.2 律師自治	122
4.2.1 律師自治的意義	122
4.2.2 律師自治的法理依據	123
4.3 現行法制下的管制規範	124
4.3.1 業務推展的限制	125
4.3.2 法律諮詢的專業責任	130
4.3.3 對專業言論管制模式之建議	134
4.4 本章小結	135
第五章 結論	137
5.1 律師專業言論之類型化與建議	137
5.2 案例回顧	138

5.2.1 案例 1.....	138
5.2.2 案例 2.....	139
5.2.3 案例 3.....	139
參考文獻.....	141
中文部分（依姓氏筆畫順序）	141
英文文獻（依姓氏字母順序）	146

第一章 緒論



1.1 問題意識

1.1.1 案例思考

案例 1：2014 年 8 月 14 日今週刊出版了一冊「這輩子你一定要懂的 66 個法律常識」特刊¹，在這本特刊裡整理了不動產、交通事故、消費糾紛、醫療糾紛等各式各樣的法律例題，並由 16 位我國執業律師就上述例題，分別向讀者說明所涉法律規定及解決途徑。由律師具名並註明其事務所名稱及專長領域，在報章雜誌中提供讀者基本法律常識，這種言論應如何界定其性質？

案例 2：進入目前國內最大的網路線上法律諮詢平台「法律諮詢家」²，其網站中設有「律師諮詢」頁面，民眾得在此頁面上發表文章，向加入會員之律師提問，有意願的律師可自行針對民眾的問題做簡要的回覆；「法律諮詢家」更有智慧型手機專用的 APP，標榜提供律師線上免費諮詢服務。律師在網路媒體上免費回答民眾法律問題，這算是執行業務的行為嗎？

案例 3：目前各級地方政府機關為了服務民眾，多設有免費法律諮詢服務的窗口，律師於排定時段在各地方公所或調解委員會，以民眾現場掛號方式輪流進行一對一法律諮詢；另一種常見的免費法律諮詢服務，則是各大學法律系的法律服務社。民眾於指定時段到場掛號，由律師帶領學生，一起協助民眾整理問題並進行討論，以提供民眾相關問題的法律意見。律師在免費諮詢服務中提供民眾的法律建議，

¹ 這輩子你一定要懂的 66 個法律常識，今週刊，特刊，2014 年。

² 法律諮詢家網址：<http://www.law110.com.tw>（最後瀏覽日：2015 年 8 月 5 日）。

與律師受當事人委任後所作成之法律意見，這兩種言論有什麼不同？



1.1.2 問題提出

從上述案例可以了解到，在現代生活中，律師提供內容涉及法律專業知識言論的管道，已不限於傳統律師與當事人委任關係之間，關於案件討論的意見交流，而是擴大到各種新興媒體或其他平台，例如上述案例中的出版品（報章雜誌）、網站（網路資源）、通訊軟體（智慧型手機 APP），或政府機關及民間社團之窗口。

然而，律師屬於所謂的「專業人員」³，其必須先經教育訓練，並通過國家考試，才能取得執照，以從事律師業務⁴。而專業人員受到政府以證照制度立法管制，在執行業務時，又受到專業同業公會規範之拘束。例如我國律師即受到律師法及律師倫理規範之拘束，按我國律師法第 20 條規定：「律師受當事人之委託或法院之指定，得辦理法律事務。」⁵，即闡明律師辦理法律事務之前提，必須受有當事人之委託或經法院指定之案件；而律師倫理規範第 27 條：「律師對於受任事件，應將法律意見坦誠告知委任人，不得故意曲解法令或為欺罔之告知，致誤導委任人為不正確之期待或判斷。」，進一步要求律師於受當事人委託後，不得提供不真實或誤導性之法律意見。但本文前揭案例情形，律師均未受當事人正式委任處理案件，是否即不受律師倫理規範第 27 條規定之拘束？

³ 專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條第 2 項第 1 款：「本法第二條所定專門職業及技術人員考試種類如下：一、律師、會計師、專利師。」

⁴ 律師法第 3 條第 1 項：「中華民國人民經律師考試及格並經訓練合格者，得充律師。」

⁵ 此處所謂律師得辦理之「法律業務」，參考律師法第 20 條第 2 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。」，多數見解皆認為本項為例示規定，只要是合法的法律相關業務，律師均得受當事人委任辦理。

其次，律師法第 35 條：「律師不得挑唆訴訟，或以不正當之方法招攬訴訟。」；律師倫理規範第 12 條第 4 款：「律師不得以下列方式推展業務：…四、其他不正當之方法。」，則前揭案例中，律師於報章雜誌及網站上提供法律見解，或提供免費法律諮詢服務，藉此提高知名度，以利未來業務發展，此種律師言論是否屬於律師法或律師倫理規範所禁止的「以不正當之業務推展行為」⁶？

再者，由前揭三則案例可知，現今社會律師言論管道十分多元，但是律師法及律師倫理規範，對於律師言論的類型，並沒有一個清楚的分類標準。其他法律規範亦付之闕如，甚至我國釋憲實務至今也未出現針對律師言論議題做成的解釋，那麼應如何界定這種律師言論的類型？這種言論又受到如何的限制？

綜上，本文認為思考上述問題的邏輯為：

- (1) 前揭三則案例中，律師所發表的言論，應界定為何種言論？
- (2) 此類型的律師言論是否受憲法保障？
- (3) 如何管制此類型律師言論？

以下本文將以此一思考邏輯來開展研究方向，並提出具體的研究目的。

1.1.3 研究目的

學理上依據言論表達內容的不同，多將言論歸入各種不同的分類，例如政治言論、藝術言論、仇恨言論。律師言論也因其含有不同的成分，在學理上也有不同

⁶ 律師法第 35 條之用語為「不正當之方法招攬訴訟」；律師倫理規範第 12 條之用語為「不正當之業務推展行為」。但在律師懲戒實務上，此等不正當之招攬訴訟或業務推展行為，包括律師廣告、招攬訴訟以及其他提高律師知名度之方式，因此本文對於此等具有業務推展效果之言論或行為，均稱為「不正當業務推展行為」。

的分類，例如常被討論到的律師的「商業言論」(commercial speech)，及新興議題——律師的「專業言論」(professional speech)。



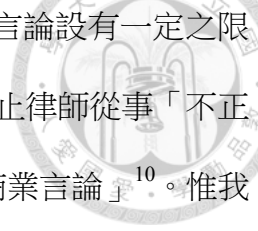
律師的專業言論，目前學界多數見解以美國聯邦最高法院 1985 年的 *Lowe v. Securities and Exchange Commission* (SEC) 案⁷，White 大法官在其協同意見之說明，作為界定專業言論範圍的標準。White 大法官認為：「如果某人針對特定客戶的需求及條件，為其提供個人化的專業服務與判斷，那麼我們可以說他正在執行他的專業 (practice profession)。而專業言論 (the professional's speech) 即附隨在他的執行業務行為之中。」⁸，依此見解，律師受當事人「委任」，並針對當事人個人的案件情況及條件，提供專屬於當事人的法律建議或判斷，此等建議或判斷即屬於律師的專業言論。

然而，律師為一種「言論的專業」(speaking profession)，律師在執行業務的過程中，幾乎全然地在進行意見交流的活動⁹，例如與當事人討論案情、撰寫書狀及開庭時的主張等，都是言論的表達。但以 White 大法官提出的分類標準，顯然仍無法明確地區分律師在執行業務過程當中，哪些言論屬於專業言論？哪些屬於非言論的執行業務行為？學界對於此等分類方式亦存有不同意見，因此，本文認為有必要對於「律師的專業言論」做更深入的研究。

⁷ *Lowe v. SEC*, 472 U.S. 181 (1985).

⁸ “One who takes the affairs of a client personally in hand and purports to exercise judgment on behalf of the client in the light of the client's individual needs and circumstances is properly viewed as engaging in the practice of a profession. Just as offer and acceptance are communications incidental to the regulable transaction called a contract, the professional's speech is incidental to the conduct of the profession.” See *Id.* at 232 (White, J., concurring).

⁹ *Id.* at 228-29.



另一個問題是，我國現行律師法及律師倫理規範，對於律師的言論設有一定之限制，例如上述律師法第 35 條及律師倫理規範第 12 條，均為禁止律師從事「不正當業務推展行為」的規定，此等規定即可能不當限制律師的「商業言論」¹⁰。惟我國憲法第 11 條明文規定人民的言論自由應受保障¹¹，司法院釋字第 509 號解釋亦闡明：「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。」，而律師身為專業人員，其所享有的言論自由，卻受到上述規定之限制，則此等對於律師言論自由之限制，自須符合憲法第 23 條之要求¹²，否則即屬違憲。

但在以憲法第 23 條檢驗上述律師法或律師倫理規範對於律師言論自由之限制是否合憲時，必須理解的前提是，此等限制僅適用於「律師」。換句話說，上述規定對於律師言論自由所設之限制，均來自於政府立法及授權律師公會針對律師所設下之限制。由此可知，關於限制律師言論自由的問題，其真正的核心在於「專業證照制度對於律師言論自由的影響」。而自問題思考的邏輯上，本文認為必須先了解律師制度建立的背景及功能，才能探求以證照制度立法管理律師之正當性。

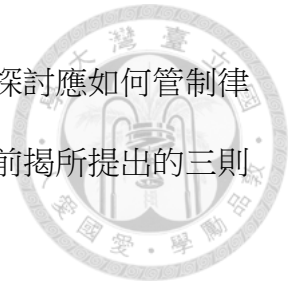
是以，本文將以「律師的專業言論」與「專業證照制度對於律師專業言論的影響」為研究的主要問題。本文將先由保障言論自由的角度，研究律師專業言論的要件及範圍，再以言論自由相關理論，分析專業言論保障的理由及受保障的程度。最

¹⁰ 律師的商業言論，主要包含「律師廣告」及「招攬訴訟」二種類型。有關律師廣告的案例，*See Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977); 有關招攬訴訟的案例，*See Ohralik v. Ohio State Bar Association*, 436 U.S. 447 (1978).

¹¹ 憲法第 11 條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」

¹² 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外，不得以法律限制之。」

後，本文將自證照制度、律師法及律師倫理規範等相關規定，探討應如何管制律師專業言論。最後，本文將嘗試以研究所得的結論，回應本文前揭所提出的三則案例相關問題。



1.2 研究範圍

如前所述，本文研究的主要問題為「律師的專業言論」與「專業證照制度對於律師專業言論的影響」，從而本文研究範圍僅限於律師的專業言論，以及其與專業證照制度之間的關聯。其餘有關律師言論自由的議題，例如律師的商業言論、批評司法程序的言論等¹³，均不在本文研究範圍之內。

此外，有關證照制度之討論，本文必須說明的是，因不同的專業職業，其歷史發展、證照制度及專業公會設立之規範，甚至專業言論之內容或範圍等議題，事實上均存有顯著差異。基於本文以律師做為唯一研究的專業職業，其他專業人員如醫師、會計師等，其職業形成背景、專業規範及專業言論等問題，亦不屬於本文欲探討的問題。

再者，本文研究主軸之一為證照制度對律師言論自由的影響，職是之故，本文以下所討論的證照制度，均指現行法下適用於律師，資格條件要求最高，並具排他性執業權利之「執照制」¹⁴。

最後，有關「未領有證照之人可否發表涉及專業知識的言論」此一問題，因與本

¹³ 有關律師批評司法程序的言論，*See Gentile v. State Bar of Nevada*, 501 U.S. 1030 (1991).

¹⁴ 有關證照制度的類型及內容，請見本文第四章 4.1 的說明。

文研究腳步不同，也不屬於本文研究範圍。而本文認為政府不得限制僅有特定資格或證照之人可發表某種言論。因此，未領有證照之人，其本身並未受到證照制度或專業倫理的拘束，自得自由發表言論，即使涉及專業知識之言論亦同，政府不得任意限制之。

1.3 研究方法

本文以「比較法研究」及「文獻分析法」作為主要研究方法。

從前揭三則案例的問題搜尋相關文獻，本文發現我國對律師法和律師倫理規範針對「不正當業務推展行為」規定的討論，多聚焦於律師廣告及招攬訴訟二者，至今未見有關律師專業言論議題的文獻發表。因此，本文認為研究專業言論的問題時，必須要參考國外的案例或文獻，採取比較法研究的路徑。

因為言論自由相關議題，近年已形成特定言論內容類型化之趨勢，例如政治言論、商業言論、猥褻言論等言論類型¹⁵，而此等類型化之思考模式，主要是來自美國憲法學界的影響；且釋憲實務曾作出有關言論自由的解釋，多採取類似美國法的違憲審查模式¹⁶，故本文選擇以美國法作為比較法研究之對象。

又，專業言論此一言論類型屬於較新興的議題，其概念經美國聯邦最高法院判決見解及學說研究逐漸發展成型。在言論自由理論的發展脈絡下，事實上於 1999 年

¹⁵ 有關言論自由問題的類型化，參考林子儀，言論自由導論，收於：李鴻禧等合著，台灣憲法之縱剖橫切，頁 141-145（2002 年）。

¹⁶ 例如釋字第 414 號解釋即被認為帶有雙階理論之分類方式；釋字第 445 號解釋則多認定是參考雙軌理論的區分模式；釋字第 577 號解釋所採取之違憲審查模式，即類似於美國法上違憲審查中度審查標準的運用。有關三重審查標準、雙軌理論、雙階理論，請見本文第三章 3.5 的說明。

才首次有美國學者撰寫專文研究「專業言論」¹⁷，其後有關專業言論的文獻，亦均由美國學界所發表。因此本文將以美國聯邦最高法院案例及學界相關文獻，作為研究「專業言論」首要素材，藉以建構「律師的專業言論」。




另外，有關律師制度及證照制度的研究，國內已有不少探討律師歷史沿革、律師倫理及證照制度的文獻。本文礙於時間與篇幅關係，就此部份之討論，僅以國內文獻之分析為主。

1.4 名詞界定

本文研究目的主要圍繞在律師專業言論及證照制度，然而有關本文提及專業言論、證照制度及其相關概念時，因參考文獻其研究主題之差異，對於上述概念自有不同角度的詮釋方式，而使用不同的名詞稱呼。為了防止因文獻用語不同，而造成概念混淆的情況，本文謹此簡介下列名詞於下文中使用時，其所代表之意義：

- (1) 專業人員：具備高等學歷，並經過專業訓練，通過檢定取得執業資格之人；且其業務內容涉及個人重大權益，負有社會所需要的必要功能，並受一定倫理規範之約束。
- (2) 專業言論：專業人員受特定當事人委任，以專業判斷為當事人所做成之建議或意見。
- (3) 諮詢委任關係：律師從事法律諮詢，針對特定當事人提供法律意見時，在諮詢範圍內所形成的委任關係。

¹⁷ 目前公認第一篇專文研究專業言論的文獻，See Daniel Halberstam, *Commercial Speech, Professional Speech, And The Constitutional Status Of Social Institutions*, 147 U. PA. L. REV. 771 (1999).

- 
- (4) 證照制度：國家針對特定職業，立法設定執業資格限制，符合資格者才能取得執業證照，從事特定職業。證照種類不同，其執業資格限制亦不同。
- (5) 律師自治：有關律師資格、懲戒、執行業務等活動，由律師同業團體制訂規範自行管理，不受法院、檢察署或行政機關之監督。
- (6) 不正當業務推展行為：律師以不真實、具誤導性或有違專業性的方式，來推展其業務。

1.5 文獻回顧

本文認為，研究律師專業言論的議題，必須涉獵言論自由、證照制度及律師專業這些主題的既有文獻。本文將既有文獻依研究領域分為「專業言論」、「律師倫理」及「證照制度」三大類。以下就本文主要參考文獻，做簡單的回顧。

1.5.1 專業言論

至本文完成時（2015 年 8 月），我國尚未有文獻討論「專業言論」的概念。故本文撰寫過程中，有關專業言論此一議題，均以美國憲法學界已發表之論文為主要參考依據。

Daniel Halberstam 於 1999 年發表〈Commercial Speech, Professional Speech, and The Constitutional Status Of Social Institutions.〉¹⁸，為首篇專文討論的專業言論的文獻。

Halberstam 認為專業言論與商業言論類似，都是「以聽眾為中心」的工具性言論，但專業言論還必須考量言論主題本身專業人員身分的社會角色，其言論內容需符

¹⁸ *Id.*

合社會對於專業的要求。



Robert Kry 於 2000 年發表的〈The “Watchman for Truth”: Professional Licensing and the First Amendment.〉¹⁹，是第二篇以專業言論為主題的文獻。Kry 採取與 Halberstam 完全不同的角度，他嘗試將專業言論的審查標準類型化，並注重專業言論的特殊要件與言論本身的價值。 *Seattle University Law Review* 23: 885-976.

Robert C. Post 在 2000 年發表〈The Constitutional Status of Commercial Speech.〉²⁰，及 2007 年的〈Informed Consent to Abortion: A First Amendment Analysis of Compelled Physician Speech.〉²¹，均在文中提及他對專業言論的看法。Post 本身是健全民主程序說的強力擁護者²²，他認同 Halberstam 的觀點，並認為憲法除了保障專業言論，乃是基於專業人員與當事人間的意見交流。

David T. Moldenhauer 在他 2006 年的文章〈Circular 230 Opinion Standards, Legal Ethics and First Amendment Limitations on the Regulation of Professional Speech by Lawyers.〉也肯定 Halberstman 的主張²³，他更進一步提出從第三人的角度應如何保障專業言論。

Eugene Volokh 則是檢討傳統言論與行為的分類模式，於 2005 年發表〈Speech as

¹⁹ Robert Kry, *The “Watchman For Truth”: Professional Licensing And The First Amendment*, 23 SEATTLE U. L. REV. 885 (2000).

²⁰ Robert C. Post, *The Constitutional Status Of Commercial Speech*, 48 UCLA LAW REVIEW 1 (2000).

²¹ Robert C. Post, *Informed Consent To Abortion: A First Amendment Analysis Of Compelled Physician Speech*, 2007 U. ILL. L. REV. 939 (2007).

²² 有關健全民主程序說，請見本文第三章 3.4 的說明。

²³ David T. Moldenhauer, *Circular 230 Opinion Standards, Legal Ethics And First Amendment Limitations On The Regulation Of Professional Speech By Lawyers*, 29 SEATTLE U. L. REV. 843 (2006).

Conduct: Generally Applicable Laws, Illegal Courses of Conduct, “Situation-Altering Utterances,” and the Uncharted Zones.》²⁴，附帶的提到專業人員在執行業務過程中，其行為與言論實難區別，因此應由言論的效果來考量專業言論的管制方式。

Paul Sherman 在 2015 年以〈Occupational Speech and The First Amendment.〉²⁵，與 Post 隔空就專業言論的議題辯論。他以證照制度不當限制非專業人員的言論自由為立論基礎，而認為專業言論不應該有主體限制，應回歸傳統言論自由的審查模式²⁶，並給予最大的保障。

Stephen A. Meli 也是由非專業人員的角度來研究專業言論。他在 2014 年發表〈Do You Have a License to Say That? Occupational Licensing and Internet Speech.〉一文²⁷，主張現行的證照制度，對於人民言論自由構成不合理限制，並認為政府對於專業言論的限制措施，甚至無法通過商業言論的違憲審查標準。

1.5.2 律師倫理

律師專業內涵的討論，自學界文獻資料以觀，多涉及律師倫理的討論。有關律師倫理，本文主要參考王惠光所著的《法律倫理學講義》及姜世明的《法律倫理學》二本專書²⁸，對於律師身為專門職業人員及自由業者，其角色所具備的特定與義務，均有詳細的介紹。

²⁴ Eugene Volokh, *Speech As Conduct: Generally Applicable Laws, Illegal Courses Of Conduct, “Situation-Altering Utterances,” And The Uncharted Zones*, 90 CORNELL L. REV. 1277 (2005).

²⁵ Paul Sherman, *Occupational Speech And The First Amendment*, 128 HARV. L. REV. F. 183 (2015).

²⁶ 有關言論自由的違憲審查模式，請見本文第三章 3.5 的說明。

²⁷ Stephen A. Meli, *Do You Have A License To Say That? Occupational Licensing And Internet Speech*, 21 GEO. MASON L. REV. 753 (2014).

²⁸ 王惠光，法律倫理學講義(2007 年)；姜世明，法律倫理學(2010 年)。



另外，台北律師公會主編的《法律倫理》²⁹、中華民國律師公會全國聯合會出版的《律師倫理規範逐條釋義》³⁰，也將實務界認為律師執業之要求、應遵守的規範、相關案例等，做了十分清楚的說明。

1.5.3 證照制度

國內對於證照制度的討論，多集中在記帳士的證照管制議題，而以證照制度本身為題的文獻並不多見。吳坤芳在 1998 年完成的《職業證照制度之研究—以證照管制之合憲性為中心》為本文主要參考依據之一³¹。又，2012 年王文咨所發表《專業證照制度之研究：以專技人員執業資格之考試權與工作權保障為核心》³²，亦針對證照制度的目的與功能，有較深入的討論。

而職司專門職業人員律師考試的考選部亦曾邀請學者，就專業人員證照制度等議題發表意見。張煒雯所著〈「專門職業及技術人員」範圍定義與判斷基準之探討〉³³，及陳建文著〈「專門職業及技術人員認定問題」實務發展趨向的觀察與思考〉³⁴，均聚焦在證照制度與專業間關聯性，也是本文立論的依據。

²⁹ 尤伯祥等合著，法律倫理（2012 年）。

³⁰ 余若凡等合著，律師倫理規範逐條釋義（2011 年）。

³¹ 吳坤芳，職業證照制度之研究—以證照管制之合憲性為中心，台灣大學法律學院法律學系碩士論文（1998 年）。

³² 王文咨，專業證照制度之研究：以專技人員執業資格之考試權與工作權保障為核心，台灣大學法律學院法律學系碩士論文（2012 年）。

³³ 張煒雯，「專門職業及技術人員」範圍定義與判斷基準之探討，收於：考選部編，專門職業及技術人員範圍定義與考試類科之研究研討會會議實錄（2011 年）。

³⁴ 陳建文，「專門職業及技術人員認定問題」實務發展趨向的觀察與思考，收於：考選部編，專門職業及技術人員範圍定義與考試類科之研究研討會會議實錄（2011 年）。



1.5.4 本文研究必要性

綜合上述有關「專業言論」、「律師倫理」、「證照制度」既有文獻之回顧，可知於我國目前尚無文獻針對本文研究目的「律師的專業言論」及「專業證照制度對於律師專業言論的影響」二大主題，進行專文探討。因此，本文上述所提出實務案例及研究目的，應有研究之必要性與實益性。

1.6 本文論點與架構

1.6.1 本文論點

本文採用功能論的觀點，主張所謂「專業人員」，必須具備高等學歷，並經過專業訓練，通過檢定取得執業資格；且其業務內容涉及個人重大權益，負有社會運行所需要的必要功能，並以一定倫理規範約束從業者執行業務行為。

其次，本文認為專業言論之要件應包含：「專業人員的資格」、「專業知識的言論」、「信賴關係」三者。依據上述要件，律師專業言論的定義為：由律師基於與當事人間之委任關係，以其法律專業，提供當事人之法律意見。而律師專業言論的範圍，應由其與當事人間信賴關係的範圍做判斷。而律師與當事人進行法律諮詢，即構成「諮詢委任關係」，律師在諮詢範圍內有關法律的建議，都屬於專業言論。

再者，本文自言論自由保障採取多元價值論的立場，認為專業言論應受言論自由之保障。專業言論內容必須符合真實性、非誤導性及專業性之要求。而對於專業言論的管制措施，不論是針對專業言論內容或表意行為的管制，其違憲審查標準

不得低於中度審查標準。



又，由歷史發展可知，專業的形成早於近代證照制度的立法。證照制度只是對於專業人員執業資格或能力的基本證明，與「專業」的本質、功能或義務，並無直接關聯。證照制度並未對專業言論造成限制，針對專業言論的管制措施，主要來自專業自治的倫理規範義務。

我國現行法對於律師專業言論造成限制的規範，包括律師業務推展及專業責任的規定。本文從保障商業言論以及維持律師專業義務的角度，主張律師法及律師倫理規範規定之「不正當業務推展行為」，應定義為：律師以不真實、具誤導性或有違專業性的方式，來推展其業務；律師專業言論亦應符合專業責任之要求。

1.6.2 本文架構

本章為第一章緒論。第二章為律師專業制度的形成。本文先簡介律師業的歷史沿革，並界定所謂「專業」的概念。再由律師職業的角色特性，討論將律師歸入專業人員的理由，並提出律師專業的特殊義務。


本文於第三章嘗試將律師的專業言論類型化。在第三章，本文整理並分析美國聯邦最高法院有關專業言論的判決及學界文獻，研究律師專業言論的要件與範圍、保障律師專業言論的理由及保障的程度，並提出本文對於律師專業言論的見解。

第四章討論的主題是律師專業言論之管制。本文將分析「證照制度」及「律師自

治」二種模式，對於律師專業言論所造成的影響。之後，本文整理現行規範針對律師專業言論設下的限制，提出可能的管制模式。



本文第五章為研究結論，並就本文提出之問題及第一章緒論提出的三個案例，以本文研究所得，作簡明扼要之回應。



第二章 律師專業制度之形成

本文認為，在討論律師專業言論相關問題之前，應先認識律師業的發展背景，以理解律師專業的特殊性。以下謹簡單介紹律師於西方社會及我國的歷史發展脈絡。

2.1 律師業的歷史沿革

2.1.1 西方律師業的起源

律師制度源自於西元前 4、5 世紀之雅典城邦，當時雅典有民主政治之雛型，對於訴訟爭議案件由市民所組成之陪審團公審，即已允許較符民望或較有能力之人為被告之利益為辯護³⁵。

羅馬共和時期商業發達，人民間爭訟較為頻繁，當時政府修改訴訟制度，實施「辯論式訴訟」，允許雙方當事人在法庭上進行辯論。當事人為了勝訴，便尋求熟悉法律及制度的人協助。故於共和末期，便出現以擔任當事人訴訟程序中代理人或辯護人為業的工作³⁶。

到了 3 世紀羅馬帝國時期，當時皇帝以詔令確認法學家可從事「供平民諮詢法律的職業」，因此逐漸形成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「代理人」³⁷。5 世紀時，國家為加強對從事此類職業人員之管理，

³⁵ 黃瑞明，歐陸法系下律師社會角色之探討，法學叢刊，136 期，頁 121（1989 年）。

³⁶ 茅彭年、李必達，中國律師制度研究，頁 14（1992 年）。

³⁷ 謝佑平，社會秩序與律師職業：律師角色的社會定位，頁 10-11（1998 年）。

規定投身此類職業者，必須接受至少五年的法學教育，通過考試者方能取得執業資格，且其執業活動須受國家監督，收費標準由國家規定。同時，此等職業也並逐漸形成同業團體。



鑑於代理人之制度漸趨完善，而且為了與專門從事學術、發表著作的法學家有所區別，因此羅馬帝國後期，即以法律規定將專以代理人作為職業的法學家，統稱為「律師」，律師之名稱及概念即發源於此³⁸。

2.1.2 歐陸封建時期的律師角色

西元 476 年，西羅馬帝國因日爾曼蠻族入侵而滅亡，之後歐陸即進入所謂的封建時期，羅馬時期建立的律師制度也不復存在。在封建時期早期，階級制度森嚴，羅馬法建立的辯論式訴訟被「宗教法院」所行的「糾問式訴訟」取代。於宗教法院出庭的律師，僅能有僧侶擔任，整個司法制度帶有濃厚的宗教色彩。直到 12 世紀之後，封建君主王權日益強大，才逐漸以「世俗法院」取代宗教法院³⁹。

封建時期中後期設立的世俗法院，對於僧侶律師在世俗法院進行訴訟活動限制甚嚴，只有經過法律系統教育，完成宣誓並登記執業的世俗律師，才可以在世俗法院擔任辯護人。13 世紀，英國立法通過「陪審制」，規定法院審理刑事案件時，應逐步進行事實審理。由於陪審制造成審判程序複雜化，當事人要有效地向陪審員澄清事實，必定需要律師在旁協助，因此，13 世紀末即出現大量為當事人辯護的

³⁸ 同上註，頁 10-12。

³⁹ 茅彭年等（註 36），頁 15-16。

刑事律師，並形成同業公會組織⁴⁰。



因律師人數日漸增加，英國為了有效培育律師人才，在 15 世紀時設立了律師學院，傳授有心擔任律師之人必要的法律知識及執業技能。律師學院的學生必須參加入學考試，考試及格才能入學。學生在經過一定時間的學院教育後，才能取得參加律師考試之資格。而通過律師考試的學生，須再回到律師學院進修，並尋求開業律師作為導師，由導師指導學生完成實習後，方得成為正式的辯護律師。由於這種教育方式十分受到貴族們的讚賞，因此封建時期後期，各領地的律師多是貴族子弟擔任，並協助君王及貴族處理法律事務，這種風氣大大提高了律師的社會地位及影響力⁴¹。

2.1.3 工業革命時期建立的律師制度

到了 17 世紀中後期，工業革命帶來中產階級的思想啟蒙，間接影響各國對於律師制度的立法。例如英國於 17 世紀中期，即立法明定刑事訴訟應行辯論程序，被告有為自己辯護的權利，並得聘請律師為其辯護。18 世紀末法國大革命後，法國制憲會議也頒布法律，明文規定任何人於被迫訴時起，即可聘請律師為其辯護，幾年後《拿破崙法典》更通過律師制度的立法。美國也於 1789 年於憲法增修條文第 6 條明定，刑事案件被告享有受法庭律師協助辯護的權利⁴²。

工業革命時期對於律師制度的演進，主要是因為工業革命後資本主義興起，資產階級為了保護自己的經濟利益，需要律師此等專業人員提供法律意見及解決紛爭。

⁴⁰ 同上註，頁 16-17。

⁴¹ 同上註，頁 17-19。

⁴² 同上註，頁 20。

此時，律師制度也受到資本主義的影響，逐漸與經濟活動產生緊密的連結⁴³。



2.1.4 近代律師業的發展

工業革命以後，英國成為最早建立律師制度的國家。英國的律師分為「政府律師」與「開業律師」，政府律師顧名思義即為政府的代理人，在刑事案件中擔任類似我國檢察官的角色，代替國家追訴犯罪；在行政案件中則為政府或行政機關辯護。

英國的開業律師則是為一般人民服務，開業律師依業務範圍又可分為訴訟律師（barrister）及事務律師（solicitor），前者可出席法庭辯論，又稱辯護律師或大律師；後者不得擔任辯護人出庭辯論，而以代撰訴狀及提供法律諮詢為業務主要內容，較類似我國常見的中小型事務所的經營型態⁴⁴。

英國傳統學院式的律師養成教育，不僅傳授法律相關知識，也強化了法律專業倫理的形成，同時確保律師的「專業性」與「獨立性」⁴⁵，因而促進了律師公會的成立。現在的英國，即使法學教育已普及至各大學學院，但律師公會仍掌握律師資格的授予權⁴⁶。

而當代律師制度最發達的美國，其律師制度雖是由英國移植而來，但律師階級與貴族傳統均不為美國律師制度所接受。自 18 世紀末起，美國的律師養成教育，轉變為以各大學法律學院為中心的型態。想以律師為業的人，必須先完成大學法律

⁴³ 同上註，頁 21。

⁴⁴ 同上註，頁 22。

⁴⁵ 有關律師專業性及獨立性，請見本文第二章 2.4 的說明。

⁴⁶ 王惠光等合著，法律倫理核心價值探討，頁 42-43（2007 年）。

學院的教育，並經過其所就讀大學之認可，取得參加律師考試的資格，通過考試後才能申請加入律師公會開始執業。各大學認可參加考試資格的權力，以及律師公會管制執業律師的權限，均來自於各州最高法院的授權⁴⁷。這種由學校為中心的法律專業教育體制，在 1920 年以後確立並沿用至今⁴⁸。

現代的美國律師制度，與歐陸國家及英國傳統的律師角色有很大不同，美國律師制度受資本主義影響，其法律業務趨向多元化及專業化，律師所提供的法律服務，常被認為帶有商品供給服務的色彩⁴⁹。

2.2 我國歷史上法律服務業的演變

2.2.1 先秦時期

嚴格說來，在清末改革以前，我國並無現代意義的律師職業存在。但在中國歷史上仍存在如同律師一般具備法律知識，了解典章制度，並提供人民法律服務的職業。

目前我國最早有文獻記載類似「訴訟代理人」角色的史料，可追溯到西周《周禮秋官司寇第五·小司寇》所載：「凡命夫命婦，不躬坐獄訟。」，意指在西周時期，貴族若為訴訟當事人，可不必親自到場接受審訊，而由其下屬代理進行訴訟⁵⁰，以保持貴族的階級地位⁵¹。不過，這種訴訟代理的活動並不普遍⁵²。

⁴⁷ 同上註，頁 43-44。

⁴⁸ Geoffrey C. Hazard, Jr. & Angelo Dondi 著，李禮仲譯，比較法律倫理學，頁 145（2011 年）。

⁴⁹ 茅彭年等（註 36），頁 24-27。

⁵⁰ 張偉仁，傳統觀念與現行法制——「為什麼要學中國法制史？」一解，台灣大學法學論叢，第 17 卷 1 期，頁 46（1987 年）。

⁵¹ 尤英夫，中國律師制度概論，頁 69（1972 年）。



春秋時期，雖然尚未出現以律師為名的職業，但早已出現以進行訴訟活動為業的工作⁵³。例如《春秋左傳正義》之記載：「衛侯與元咺訟，甯武子為輔，針莊子為坐，士榮為大士。元咺不宜與君對坐，故使針莊子代衛侯為坐獄之主，甯子為輔，輔莊子也。」⁵⁴，衛侯與衛國大夫元咺發生訴訟，因衛侯階級較高，也是元咺的上司，不得對立爭訟。故由針莊子擔任衛侯的代理人，士榮擔任辯士，甯子則輔佐二人，三人共同代理衛侯與元咺辯論⁵⁵。士榮所擔任的辯士，即類似律師的角色。

春秋時期除了官方的訴訟活動之外，當時民間亦有以教導人民訴訟為業之人。《呂氏春秋·審應覽·離謂》即記載：「子產治鄭，鄧析務難之，與民之有獄者約，大獄一衣，小獄襦袴。民之獻衣襦袴而學訟者，不可勝數。以非為是，以是為非，是非無度，而可與不可日變。所欲勝因勝，所欲罪因罪。」，《呂氏春秋》文中提到的鄧析，為早期法家的代表人物，鄧析不僅在民間教導人民法律相關知識，他亦代理人民進行訴訟⁵⁶。

由上述文獻中所記載士榮、鄧析的事蹟即可得知，春秋戰國時期已出現代理人民進行訴訟的職業，且此等代理人係為了當事人的利益而進行訴訟活動，概念上與現代律師非常接近，而與西周時期下屬單純代理貴族出庭的訴訟代理人相比，已有明顯的不同⁵⁷。

⁵² 黨江舟，中國訟師文化—古代律師現象解讀，頁 21（2005 年）。

⁵³ 同上註，頁 25（2005 年）。

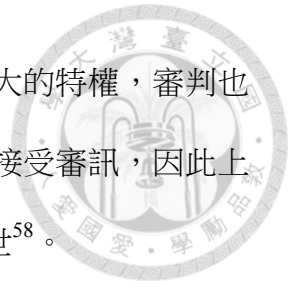
⁵⁴ 參考《春秋左傳註疏》卷第十六，魯僖公二十八年。

⁵⁵ 茅彭年等（註 36），頁 29。

⁵⁶ 同上註，頁 31。

⁵⁷ 黨江舟（註 52），頁 28-29。

秦漢時期，中國進入皇權專制的封建社會，貴族及官僚享有極大的特權，審判也因此改為糾問式訴訟，普遍禁止訴訟代理，人民必須親自到庭接受審訊，因此上述類似現代律師以法律服務維生的訴訟代理人，並未延續至後世⁵⁸。



2.2.2 唐宋時期

中國唐代因經濟發達，各行各業均有十足進步，契約及財產等權利證明文書隨之大量發生，不論是官方與民間，對於法律服務的需求日益增加。同時，因唐代立法制度較先前各朝代更為完善，並規定商業交易必須遵守法定程序，因此出現以「訟師」為名的職業。訟師的業務內容以提供法律服務為主，包括法庭外的法律諮詢、代撰書狀、審擬及解釋契約，但不得代理他人進行訴訟⁵⁹。

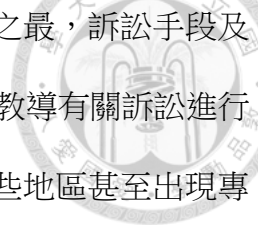
然而，因唐代立法精神為「以禮立法」，故法令中增加了有關誹謗、妄言等行為的懲罰。對於代撰書狀的訟師而言，若其撰寫的書狀有誇大不實、誣告或教唆的情形，則撰寫書狀的訟師依法必須受到處罰。這類法令對訟師工作形成嚴格的限制⁶⁰。

宋代是中國歷史上訟師大展身手的時期。宋代因政府南遷而大規模開發長江流域，民間土地、房屋、財務等流通較以往更為頻繁，相關的糾紛也隨之增加，從而宋代興起一股爭訟興利的風氣。另外，民間印刷術蓬勃發展，也促進書籍流通，提升識字率，有利於訟師業務的推廣。

⁵⁸ 同上註，頁 31-33。

⁵⁹ 同上註，頁 40-41。

⁶⁰ 同上註，頁 42-44。



宋代訟師為數眾多，同業團體迅速壯大，其規模與聲勢為歷來之最，訴訟手段及方法也千變萬化，並引導「訟學」的興起⁶¹。所謂的訟學，即為教導有關訴訟進行的知識與學問。宋代民間有許多傳授訴訟知識的書籍流通，有些地區甚至出現專門教授訟學的學校⁶²。

又，宋代訴訟程序採行書狀主義，人民必須先撰寫好書狀，才能向官府提起訴訟，故訟師即成為人民與官府溝通的必要管道。而官方為了因應人民撰寫書狀的需求，允許訟師開設「專鋪戶」，從事撰寫書狀、公證等業務。訟師開設專鋪戶必須符合一定條件，並向官府註冊登記，經許可後始得為之。專鋪戶違反法令者，其開業資格將遭撤銷，並受刑事處罰⁶³。

宋代大量的訟師人數及訴訟活動，連帶影響訟師的素質及訴訟表現，違法亂紀、欺瞞詭詐的情況層出不窮，而訟師執業的風氣也開始敗壞。因此，雖然宋代社會對訟師有很大的需求量，但不論是官方及民間，對於訟師多存有負面印象⁶⁴。

2.2.3 明清時期

元代的法律活動相對平靜，除了官方立法限制訴狀格式之外，有關人民訴訟或者法律工作，實際存有紀錄的文獻極其匱乏⁶⁵。到了明、清二代，為中國專制政權的巔峰時期，由於官府權力的擴張，訟師所受的限制及打壓也越來越嚴厲。

⁶¹ 同上註，頁 46-48。

⁶² 邱澎生，明清訟師的興起及其官司致勝術，歷史人類學學刊，第 7 卷 2 期，頁 35（2009 年）。

⁶³ 黨江舟（註 52），頁 52-54。

⁶⁴ 同上註，頁 46-51。

⁶⁵ 同上註，頁 58。

明、清二代與唐代相同，明文規定訟師代撰書狀若有教唆、誣告、誇大不實的情形，以致書狀內容與所控罪名有所出入者，即受誣告反坐之罪，清代更將此等犯罪限縮適用於為人代撰書狀之人，並且嚴格取締教授訴訟知識之書籍，查獲者逕行查禁銷燬⁶⁶。

清代官方為了抑制訟師活動，而於衙門設置「代書」提供人民基本訴狀撰寫的服務。但是民間普遍認為代書職位是官府人員，請其撰狀如同到庭自白，因此人民寧可重金聘請訟師，也不願請代書撰狀。而代書未經法學訓練，其功能僅是代為謄錄的「書手」，無法代理當事人出庭⁶⁷，代書對於訴狀提出後人民可能遭遇之困難，無法提供有效幫助⁶⁸。是以，清代代書的設置並未有效抑制民間的訟師業務⁶⁹。

其次，由於宋代訴訟風氣興盛，民間早已習於「打官司」、「詞訟必由訟師」等觀念，人民只要遇到法律紛爭，必然會尋求訟師的協助。故縱使官方高壓限制訟師的活動，但訟師業務卻於明、清兩代不降反升⁷⁰。自明代開始，訟師業務的範圍已不僅限於唐、宋時期的民事紛爭，更已涉足刑事案件及公益案件。訟師的當事人也從商賈人士，擴大到各行各業人士，販夫走卒、婦女孩童均可委請訟師協助處理訴訟案件⁷¹。

再者，清代雍正年間對於司法制度的改革，也間接促成訟師業務的興盛。清代政府改革「審限」及「審轉」制度，限制地方官承辦訴訟案件的結案期限，並要求

⁶⁶ 張偉仁（註 50），頁 47。

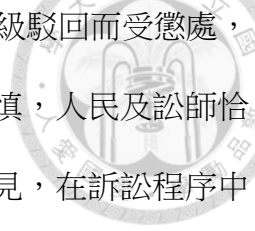
⁶⁷ 張偉仁，清代的法學教育（上），台灣大學法學論叢，第 18 卷 1 期，頁 32（1988 年）。

⁶⁸ 張偉仁（註 50），頁 48。

⁶⁹ 張偉仁（註 67），頁 28。

⁷⁰ 黨江舟（註 52），頁 64-66。

⁷¹ 同上註，頁 71-72。



上級審嚴格審議下級的判決。地方官一方面要避免自己案件遭上級駁回而受懲處，另一方面又受到結案期限的壓力，故在審理案件時態度較為謹慎，人民及訟師恰好利用地方官之心態，有效地利用上級審曾經做成的判決或意見，在訴訟程序中對地方官施壓，增加訴訟的籌碼⁷²。

然而，元、明、清三代，政府均立法限制訴訟代理，除官吏或老廢篤疾之人，得由他人代理出庭之外，一般人民不得委請他人擔任訴訟代理人⁷³，必須親自出庭，否則即受處罰⁷⁴。因此，即便訟師業務較以往發達，其仍無法如現代律師於法庭上進行辯論，僅得提供法庭外的法律相關服務。

綜上所述，明、清二代雖然對於訟師的取締及限制愈趨嚴厲，但訟師仍然於民間逕自發展成一個官方無法禁絕，而業務鼎盛又獲利頗厚的行業，事實上在明、清二代，訟師顯然已成為司法體系運作中不可或缺的角色⁷⁵。

2.2.4 近代律師制度的建立

西方律師制度傳入中國的時期為清代末年，當時外國律師可來中國租界區執行職務，並在租界及中國法院中擔任辯護人或代理人。受到外力衝擊，清代政府也在1910年完成《大清刑事、民事訴訟法》草案的研擬，將律師制度明文立法，但尚未公布施行，即爆發辛亥革命，故清代始終未實施律師制度⁷⁶。

⁷² 邱澎生（註62），頁54-55。

⁷³ 茅彭年等（註36），頁34。

⁷⁴ 張偉仁（註50），頁46。

⁷⁵ 邱澎生，以法為名——訟師與幕友對明清法律秩序的衝擊，新史學，第15卷4期，頁129（2004年）。

⁷⁶ 尤英夫（註51），頁72。



中華民國成立，袁世凱就任總統後，我國才正式引入西方律師制度。民國元年 9 月 16 日北洋政府公布實施《律師暫行章程》，其後更接續頒布《律師登錄暫行章程》、《律師懲戒會暫行規則》及《律師甄別章程》。上開規定對律師資格、律師證書、律師名簿、律師職務、律師公會、律師懲戒、律師登錄及甄別，都設下具體規定，此應為我國現代律師制度的開端⁷⁷。

同時，日治時期的臺灣總督府於 1898 年公布施行「訴訟代人規則」，此即臺灣訴訟代理專業化之起源，因此「訴訟代人」應是臺灣本土法制史上律師之濫觴⁷⁸。臺灣總督府在 1900 年又以「臺灣辯護士規則」取代「訴訟代人」制度⁷⁹。臺灣辯護士規則主要是參考日本辯護士法之內容而制定，其就臺灣辯護士的資格條件為明文規範，並要求通過辯護士考試或高等文官司法科考試及格，方得擔任。1935 年，臺灣總督府再公布「臺灣辯護士令」，即公告臺灣地區準用日本 1933 年之辯護士法，使臺灣律師制度與當時日本律師制度幾無差異⁸⁰。

1927 年，國民政府在南京建立後，一方面沿用北洋政府的律師制度，另一方面提出修正意見，制定新的「律師章程」以取代北洋政府的「律師暫行章程」。其後，國民政府於 1941 年正式制定公布「律師法」。1945 年，國民政府接收臺灣後，日治時期的「臺灣辯護士令」即不再援用，一律依中華民國的律師法來認定律師資

⁷⁷ 藍雅清，律師民事責任之研究，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，頁 6（2002 年）。

⁷⁸ 陳鉅雄，日治時期的臺灣法曹—以國家為中心之歷史考察，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，頁 115-116（1996 年）。

⁷⁹ 王泰升、曾文亮，20 世紀臺北律師公會會史，頁 17（2005 年）。

⁸⁰ 王泰升，臺灣法律史概論，頁 263（2001 年）。

格⁸¹。



國民政府制定的律師法，係參考北洋政府的律師暫行章程所制定，而律師法及律師暫行章程立法參考的對象，均為當時日本辯護士法⁸²，因此國民政府由中國移植律師法至台灣，於法制上並無窒礙，而得以順利銜結⁸³。至今，「律師法」仍為我國政府管理律師的主要法律依據。

2.2.5 訟師與律師的比較

傳統中國封建體制下，並不存在現代意義的律師，律師制度直到 20 世紀初才引進我國。而中國歷史裡訟師所提供的法律服務，卻與現代律師的功能有很高的相似性。

最基本的一點，訟師與律師都是由人民花錢僱請，提供當事人所需的法律諮詢與文書撰寫服務，並協助當事人進行訴訟案件。但由於國情不同，中國官方對於訟師一直以來都是採取嚴格管制的態度，禁止訟師代理當事人於法庭內辯論，此為訟師與律師在執行業務上最大之差別⁸⁴。

其次，訟師與律師的養成方式也不同。律師的養成主要來自於專業的法學教育系統；而中國歷代均不重視法學教育，訟師多是於民間私下拜師學藝，或自行研讀典籍進修。兩相比較，受有專業教育並領有執照的律師，人民對其所具備專業法

⁸¹ 同上註，頁 265。

⁸² 王泰升等（註 79）頁 107。

⁸³ 劉奕成，我國與美國律師管理法制之研究，海洋大學海洋法律研究所碩士論文，頁 22-23（2012）。

⁸⁴ 黨江舟（註 52），頁 34。

律知識或技能的品質水準，其信賴程度較傳統訟師更高⁸⁵。



再者，雖然訟師與律師在發展過程中都形成同業公會組織，但律師養成教育對於專業倫理規範之要求十分重視；訟師多在民間自學，以傳統儒學禮教作為其待人接物的準則，對於倫理規範並未形成一套可資參考的標準。同業公會也缺乏針對個別訟師的管制措施，訟師的倫理規範實有不足，造成訟師行業風氣敗壞的流弊⁸⁶，而於歷史上留下較負面的印象。

2.3 「專業」的意涵

20 世紀以後，我國傳統訟師已被西方律師制度所取代，因此目前社會生活中提及法律專業人員，均以律師為代表。然而，律師被稱為「專業」的意義是什麼？專業與一般職業有何不同？本文認為，應有進一步釐清何謂「專業」的必要。

2.3.1 我國對於「專業」的定義

研究律師的專業言論及專業證照制度對於言論自由的影響前，必須要先界定「專業」的意涵。我國對於如何定義「專業」，在實務見解及不同領域的學說均有各自的看法，本文將由專業倫理及現行法制二條不同路徑，介紹我國對於「專業」意義的討論。

自專業倫理的角度，所謂「專業」是由一群人所組成，基於社會利益提供專業知識。專業的核心則是對於工作的技藝、熟練度、技術與能力。每種專業有其自己

⁸⁵ 邱澎生（註 62），頁 57。

⁸⁶ 黨江舟（註 52），頁 47。

工作的標準，以及專業倫理規範，以規定其專業職場上的道德與懲戒⁸⁷。所以一個理想的專業人員，是指一個人以熟練的專業技術及知識，以專業倫理規範為準則來執行業務，以提供個人或社會所需要的服務。



「專業」的概念，除了提供專業服務以外，也蘊含著專業服務並非商品，專業者的工作理念超越世俗的金錢對價，而專業者必須具備的條件與承擔的責任，均較其他行業更多。因此，專業與一般的職業不同，除了社會特殊的信任外，專業更具備了更大的獨立性。而專業者為了維持自身的專業性及獨立性，逐漸形成了同業公會。專業同業公會具有排他性，得對於從業成員資格設下一定限制，並以自治自律的方式，維持整體專業從業人員的素質與權益⁸⁸。

台北律師公會出版的《法律倫理》一書，提到專業的意涵包括⁸⁹：

- (1) 具有高度特殊性的專業知識；
- (2) 專業知識須經政府驗證合於一定之公認水平；
- (3) 由政府機關驗證合格發給專業證照；
- (4) 取得專業證照供為專業領域的公共服務；
- (5) 享有崇高的專業社會地位；
- (6) 自我規制的能力。

並主張專業服務具有分工服務社會大眾的崇高本質，非為一己之私利，應善盡專業義務及責任。

⁸⁷ 王惠光等（註 46）合著，頁 10-11。

⁸⁸ 同上註，頁 38-39。

⁸⁹ 尤伯祥等（註 29），頁 11。



也有學者從專門職業制度所具有的特色來解釋何謂專業，其主張專業必須具備以下條件⁹⁰：

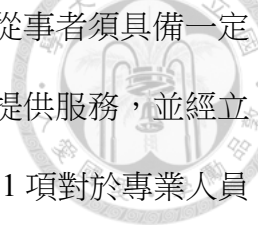
- (1) 對維護或促進公眾利益有其獨特的作用與貢獻；
- (2) 從高等教育與訓練獲得專業的心智能力與獨特技術；
- (3) 透過有公信力的考試認證其專業資格與能力；
- (4) 有專業組織，重視職業道德，凝聚成一個被認同的團體。

實務界對於專業則採取不同的解釋方式。我國行政院主計處所訂定「職業標準分類系統表」對專業人員之定義為：「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。」。

而職司我國專門職業與技術人員考試的考試院考選部，其早期對於專業的定義為「一種具有高深專業知識與技術的職業，其養成多係從大學課程中與考試制度下獲得，而非僅靠工作練習。」⁹¹。之後，司法院大法官於釋字第 453 號解釋闡明：「憲法第八十六條第二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，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。」，考選部即循釋字第 453 號解釋意旨，將專業人員之定義修正為：「凡涉及人民生命、身體、財產等權益，或與公共

⁹⁰ 張煒雯（註 33），頁 19（2011 年）。

⁹¹ 考選部，職業主管機關辦理涉及專門職業及技術人員執業資格考試案專輯，頁 102-103（1998 年）。



利益及安全有密切關係，並受專業自律與道德規範之約束，且從事者須具備一定之專業知識、技能及教育訓練，以運用心智能力與技術對社會提供服務，並經立法院立法限制之職業」。而專門職業與技術人員考試法第 2 條第 1 項對於專業人員之定義，也於 102 年修改為「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，且其所從事之業務，與公共利益或人民之生命、身心健康、財產等權利有密切關係，並依法律應經考試及格領有證書之人員」⁹²。

另外，釋字第 682 號解釋就專業人員之養成，也作了以下說明：「專門職業人員固應由考選機關依法考選，考選機關所舉辦之考試亦應符合整體結果公平公正之要求，惟無論採筆試、口試、測驗、實地考試、審查著作或發明、審查知能有關學歷經歷證明等考試方法，就應考人之專業素養鑑別度均有其侷限。且專門職業人員執業能力及倫理素養概須藉由相當程度系統化之教育始能培養，難謂僅憑考試方式即得予以鑑別。是為確保考試及格者之專業素養能達一定之執業程度，立法者即於上開規定依應考人教育養成之不同，舉行不同考試，並視需要於錄取後施以實務訓練或學習，相互接軌配套，期以形成合理之專業人員考選制度。」進一步強調專業人員必須經過相當程度教育或實務訓練，使其執業能力及倫理素養達到一定程度，方得投身從事專業工作。

綜上，目前我國所謂的「專業」，其功能面的解釋，可以專門職業與技術人員考試法第 2 條第 1 項規定：「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，

⁹² 國內學者有認為此等定義過於抽象，而無法妥適說明專業之內容，必須個案具體認定者。參考司法院釋字第 682 號解釋林子儀大法官協同意見書：「本席認為何種職業屬於憲法第八十六條第二款規定之專門職業，很難予以抽象概括之界定，毋寧應循本院釋字第五四七號解釋之例，就個案予以認定，較為妥適。蓋立法者將特定職業規定為專門職業，並非僅規定某職業屬應經考選取得執業資格之專門職業，而係對該職業之整套規範，釋憲機關即能就該法律整體觀察，歸納立法者所以將該職業規定為專門職業之理由，而為具體之審查判斷。」

且其所從事之業務，與公共利益或人民之生命、身心健康、財產等權利有密切關係，並依法律應經考試及格領有證書之人員。」為代表。而學界則認為，符合上述功能要件的「專門職業」，還必須具備同業團體自治及倫理規範，才能被認定為獨立於一般職業以外的「專業」。

2.3.2 美國法上“profession”的意義

雖然我國現行法及學說文獻，對於何謂「專業」已有一定的討論，但其定義仍過於籠統，無法界定特定職業的「專業」特色。而本文認為，關於專業言論的參考依據，本文皆以美國法上文獻為主，故於討論「專業」的定義時，應可參考美國法上對“profession”概念的界定標準。

首先要說明的是，本文所稱「專業」是英文的“profession”，為名詞意義的專業，意指特定專門職業人員，而非形容詞意義下用以指稱某種技術或能力的卓越表現“excel at something”之意。參考 Oxford Dictionaries 對於 profession 的解釋，是一種「需要經過特殊訓練且受過高等教育的職業」⁹³。

“Profession”這個字來自於拉丁文的“professionem”，其意義原為公開的聲明，之後演變至稱呼某些職業要求其成員進行宣誓⁹⁴，聲明成員將致力於職業相關的理念與業務，成為該職業的菁英⁹⁵。這種意義下的 profession 通常帶有幾個特質，他必定涉及智識方面的工作，而非體力勞動或手工業，是一種經由教育養成學問的職業。

⁹³ “A type of job that needs special training or skill, especially one that needs a high level of education.” 牛津線上英文字典網址：<http://www.oxforddictionaries.com/definition/learner/profession>（最後瀏覽日：2015 年 7 月 8 日）。

⁹⁴ Profession 一詞的字根為 profess，意即「信念的肯定」，意指修士成為神父之前的誓言。

⁹⁵ 王進喜，法律倫理的 50 堂課：美國律師職業行為規範與實務，頁 21（2008 年）。

其次，profession 成員享有一般職業所沒有的特權，且同業成員對於會員資格及成員選擇具有決定權，也就是排他性的執業權利；同時，同業成員依據專業倫理規範進行自治與自律，其責任與義務亦較一般職業來得重大。最重要的一點是，profession 與其當事人，甚至是社會整體之間，具有一種獨一無二的信託責任（fiduciary），也就是所謂的信賴關係（fiduciary relationship），因此 profession 必須對其客戶負有忠實義務（fiduciary duty）⁹⁶。這是專屬於 profession 的執業條件，也是專業與一般職業最大的差別⁹⁷。

而現代法律規定下的 profession，可參考美國國家勞工關係法（National Labor Relations Act）對於專業人員的定義⁹⁸：

(a)從事下列工作之人：

(1)主要工作內容具知識性及多元化之特色，非經常性反應、操作、機械性、物理性之工作；

(2)工作內容涉及做成決定或判斷；

(3)工作成果無法於特定期間內標準化；

(4)需要高超的知識或特殊專業訓練，並經過高等教育，有別於通常學歷或學徒制

⁹⁶ 柯士斌，台灣律師制度管理法制之研究，海洋大學海洋法律研究所碩士論文，頁 9（2007 年）。

⁹⁷ Brian Kennedy 著，郭乃嘉譯，美國法律倫理，頁 6-7（2005 年）。

⁹⁸ NLRA 29 U.S.C. §152.

(12) The term "professional employee" means--

(a) any employee engaged in work (i) predominantly intellectual and varied in character as opposed to routine mental, manual, mechanical, or physical work; (ii) involving the consistent exercise of discretion and judgment in its performance; (iii) of such a character that the output produced or the result accomplished cannot be standardized in relation to a given period of time; (iv) requiring knowledge of an advanced type in a field of science or learning customarily acquired by a prolonged course of specialized intellectual instruction and study in an institution of higher learning or a hospital, as distinguished from a general academic education or from an apprenticeship or from training in the performance of routine mental, manual, or physical processes; or

(b) any employee, who (i) has completed the courses of specialized intellectual instruction and study described in clause (iv) of paragraph (a), and (ii) is performing related work under the supervision of a professional person to qualify himself to become a professional employee as defined in paragraph (a).



的工作。

(b)或者已滿足上述第(4)點條件，並於專業人員監督下進行上述第(4)點工作內容實習之人。

另外，美國憲法實務對 *profession* 的解釋，可以聯邦最高法院 1985 年 *Lowe* 案為例。

White 大法官在該案的協同意見（*concurring opinion*）中，針對 *profession* 作了以下的解釋，他認為 *profession* 是「針對特定客戶的需求及條件，為其提供個人化的服務與判斷」⁹⁹。而最早撰寫專文討論專業言論（*professional speech*）的 *Daniel Halberstam* 則認為，*profession* 是一種「對尋求協助的當事人提供特殊知識與技能，並對特定爭議提供專業判斷」的職業類型¹⁰⁰。

綜合上述說明，美國對於“*profession*”的解釋，採取一種偏向功能論的觀點，強調其專業知識與養成訓練的特色，而專業同業團體或證照並非必要條件。因此，在現行美國制度下，若某一職業門檻要求從業人員須經過高等教育及專業訓練，以獲得執行業務作成獨立判斷的必要知識與技能者，該職業即屬於“*profession*”。

2.3.3 以功能論勾勒「專業」的職業圖相

若觀察專業的歷史淵源，在西方社會的封建時期，只有三種職業可以被稱為專業，即律師、醫師與神職者，他們的共同特徵是受有特殊教育訓練，並以其專業知識或技能為基礎，從事專業活動。另一個特徵是，三者都會與他們的當事人、患者

⁹⁹ “One who takes the affairs of a client personally in hand and purports to exercise judgment on behalf of the client in the light of the client's individual needs and circumstance.” *Lowe*, 472 U.S. at 232.

¹⁰⁰ “A professional fulfills a more defined social role by offering specific knowledge and expertise to an audience that deliberately seeks access to such information and often to the professional's judgment about a particular issue.” *Halberstam*, *supra* note 17, at 772.

或信眾，建立起特殊的信賴關係，因為對方願意把心理、身體的隱私向專業者坦承，專業者亦負有保密的義務¹⁰¹。這個特色至今仍可見於我國刑法第 316 條規定：

「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。」，禁止專業人員洩漏業務上所知秘密的要求。

此外，專業者具有的專業知識及能力，一般人無法輕易理解，也無法掌握專業者執行業務的情況，只有專業者的同業成員才有辦法判斷。而專業者從事的專業活動，多涉及民眾重大權益。為了維護民眾權益，防止專業者不當執業行為，降低專業服務品質，破壞民眾對專業的信賴，專業者之間慢慢形成同業團體實行自治，並需要專業倫理規範，用以約束其他同業成員¹⁰²。

而專業之所以與一般職業有所區分，實際上為社會發展的結果¹⁰³，因此，如何定義「專業」？這個問題本身即存在一種社會控制的意涵。「專業」所需的知識、能力等條件，隨著職業性質的不同，本就有不同的認定標準，當一個職業被認定為專業後，國家即可以藉由立法來限制專業活動；專業者亦可藉由同業團體來控制專業服務市場¹⁰⁴。

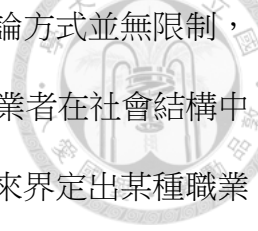
學說上討論如何界定專業的理論，主要為特質論、功能論及獨佔論三種。「特質論」

¹⁰¹ 王惠光（註 28），頁 2。

¹⁰² 同上註，頁 3-4。

¹⁰³ 王文咨（註 32），頁 29。

¹⁰⁴ 邱美玲，證照考試、專業能力與工作權的關係：以土地登記專業代理人為例，東海大學社會學研究所碩士論文，頁 21（2009 年）。



以假設專業的特定形象存在，來推演出專業的概念。惟此等推論方式並無限制，易流於主觀恣意想像，無法有效定義專業。「功能論」則是由專業者在社會結構中的角色，以及與當事人間互動關係，由專業者執行業務內容，來界定出某種職業需具備何等條件，方可被認定為專業。而由於專業者具有專業知識及社會服務，其工作內容主要以當事人需求或社會利益為依歸，非以營利為目的，故專業者亦會形成職業自治團體，並發展有關養成教育、職前訓練、職業倫理規範等特色。「獨佔論」則認為專業職業自治係來自於經濟及社會地位的提升與維持，藉以保障職業獨佔地位的手段。而專業者對於養成教育及訓練的控制，皆是為了排除專業團體以外之競爭者，職業倫理規範則是為了防止內部競爭，維持專業者全體利益所設¹⁰⁵。

簡單認識了上述三種界定專業的理論後，並觀察上述美國與我國對於「專業」（profession）的討論，本文認為由於專業的涵義乃是隨著時間演變，外在環境的不同，對於專業的需求及看法也有所差異，因此不宜採取標準模糊的特質論；而獨佔論的界定方式，較傾向於以競爭法的觀點分析專業的社會地位，與本文研究目的「律師專業言論之要件與範圍」較無直接關聯。而由上述美國法及我國法目前對於專業概念的界定，均以功能論的角度為主要判斷標準，本文認為以社會所需要「專業」功能的角度，來界定專業概念之方式，應屬可行。是以，本文將採取「功能論」的角度來界定專業的概念。

從功能論的角度，本文認為所謂「專業」人員，其主觀條件上必須要具備高等學歷，並經過專業訓練，通過檢定取得執業資格；客觀條件是業務內容與個人權益

¹⁰⁵ 吳坤芳（註31），頁88-98。

關係重大，其角色為社會功能所必要，且執行業務受到一定的倫理規範所拘束。符合上述要件者，才具有由法律特別規範為「專業」的實益。



2.4 律師的專業地位

在本文採取以「功能論」來界定專業的立場後，接下來的問題是律師為什麼被認定是「專業」人員，律師具備何等專業的特色？此外，許多文獻均稱律師為自由業者，自由業者與專業人員有何異同？

2.4.1 專業人員與自由業的角色

依據我國專門職業與技術人員考試法第 2 條第 1 項，以及同法施行細則第 2 條第 2 項第 1 款規定可知，律師為我國法律明文承認的專業人員，其業務內容涉及人民基本權利及社會公益。從而，律師在形式上已符合專業人員之要件。

若從律師職業的本質觀察，羅馬共和時期律師業的興起，主要是因為當時商業發達，人們因交易時而產生糾紛，需要法律專業人士提供諮詢，甚至為其出庭爭取權益，此等法律工作的內容，已然與律師執業的範圍與形象並無二致。從而自古以來，律師扮演著提供法律知識及訴訟代理人之角色，其職業本質是處在當事人的位置，並以一己專業知識及能力，致力維護當事人應有的權益¹⁰⁶。

又依據本文所採以功能論界定專業的角度，我國律師本於專業知識與技能，執行

¹⁰⁶ 林玉苹，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，台灣大學社會科學院政治學系碩士論文，頁 28-29（2008 年）。

業務，並負有回應一般民眾需求及將所學運用於社會之責任¹⁰⁷。另一方面，社會大眾對於專業的認識，也是基於專業在社會所扮演的角色。因此，律師提供的服務，也必須合乎社會對於法律專業的特殊期待，這是律師獨有的專業責任¹⁰⁸。而不論是英國或美國的律師制度，律師資格的取得，皆必須經由一定的程序，包括專業教育訓練、考試、資格授與等，以確保律師的專業知識及能力，得使其有效的從事專業活動執行業務¹⁰⁹。因此，從功能論的觀點，律師本質為專業人員，應無疑義。

律師在我國雖被稱為專門職業，但在歐陸法制下，律師則屬於「自由業」。自由業的特色包含：個人化的給付、公益性、專業性、獨立性等要素。基於上述自由業的特色，自由業者享有精神上的自由，不受外力的不當拘束，其執行業務非以營利為主要考量，同時也在履行社會責任¹¹⁰；自由業者必須經過高度的專業訓練，具備專業執業能力，通過嚴格的考試檢定始得執業；自由業者執行業務時，必須與當事人建立一種特殊信賴關係，當事人在這種絕對的信賴之下，才會願意告知所有秘密，以助於自由業者完成工作，這個信賴關係也是克服當事人與自由業者間專業知識及能力不對等的必要條件¹¹¹；自由業者執行業務受到職業團體自治監督，並需遵循職業規範¹¹²。

由上述說明可知，自由業並非一種明確的法律概念，而是社會自然形成的一種職

¹⁰⁷ 劉奕成（註 83）頁 28。

¹⁰⁸ Brian Kennedy（註 91），頁 45-48。

¹⁰⁹ 柯士斌（註 90），頁 10。

¹¹⁰ 王惠光（註 28），頁 23-24。

¹¹¹ 姜世明（註 28），頁 14-16。

¹¹² 劉奕成（註 83），頁 34。

業圖相¹¹³，而上述有關自由業的種種描述，包括業務涉及社會公益、專業教育訓練的要求、與當事人間的信賴關係、同業自治與倫理自律等要素，其實也適用於我國律師專門職業人員的角色。學者進一步說明「自由業」一詞，並非國際通用的法律用語，自由業在其他國家稱為「專業」或「專門職業」，其實際意義並無不同¹¹⁴。從而，將律師歸入「自由業」或「專門職業」的範疇，在功能上並無不合。

本文認為，律師所執行業務的內容，無論是其執行業務核心的訴訟代理人或辯護人，以及法庭外的法律諮詢，甚至是非訟事件業務，均可納入自由業之範疇中。因為律師所提供個人專業的法律知識，以當事人最佳利益作成判斷；律師帶有某程度之公益色彩，其執行業務不僅為維護當事人權益，也必須兼顧社會公益；律師取得執業資格前，必須接受一定期間之專業教育訓練，以增進專業知識並充實執業能力；當事人基於律師的養成教育及執業資格，對於律師的專業判斷，給予極大之信賴；最後，律師原則上可自由選擇不接受當事人委任或終止委任，且處理案件時，無須完全聽命於當事人，亦不受外力干預，擁有極高自由度；律師須以同業團體自治自律，並遵守專業倫理規範¹¹⁵。本文認為，上述對於律師職業圖相的描述，均充分符合社會對於律師專業人員角色的認知，也同樣符合自由業者的形象。因此，不論是以專業人員或自由業的職業圖相，來描述律師業務活動的內容及特色，均足以表彰律師的專業角色與功能。

2.4.2 律師專業的特殊義務

在確認了律師的專業人員本質及功能之後，為了要維持律師的專業角色形象，並

¹¹³ 吳坤芳（註 31），頁 22-23。

¹¹⁴ 姜世明，律師民事責任論，頁 25（2004 年）。

¹¹⁵ 王惠光等（註 46），頁 23。

且保障信賴律師專業的當事人權益，律師倫理規範即針對律師制訂一定的行為規範。從律師倫理規範的規定當中，本文認為「專業性」、「獨立性」及「公益性」三者，是對於律師「專業」身分最重要的義務要求。



2.4.2.1 專業性

按律師倫理規範第 5 條：「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，並依中華民國律師公會全國聯合會所訂在職進修辦法，每年完成在職進修課程。」、第 26 條第 1 項：「律師為當事人承辦法律事務，應努力充實承辦該案所必要之法律知識，並作適當之準備。」，此二條規定揭櫫律師本於專業人員，為了能有效執行業務，應保持自身具備足夠專業知識與能力的義務。

律師係經過嚴格法學教育訓練與國家考試及格之專業人員，本於自身法律知識、技能，為當事人提供法律專業服務，故應具備法律專業知識與能力¹¹⁶，此為律師執業最基本的義務。要求律師具有執行業務必備的專業知識與能力，目的是為了維護當事人的權益，因律師與當事人間資訊不對等，當事人基於信賴關係，相信律師提供的法律服務，故而律師自負有維持其自身專業性之義務¹¹⁷。

專業性亦包括稱職性，一個不稱職的律師無法完成他所承擔的專業工作，對於律師的獨立性亦有影響¹¹⁸。稱職性不僅要求法律知識的程度，也要求使用這些知識的技巧或能力，從而律師執行業務時，必須具備足夠的專業知識、技能，並做好

¹¹⁶ 劉明潔，律師於資本市場之角色與功能，國立台灣大學法律學系碩士論文，頁 5（2014 年）。

¹¹⁷ 劉奕成（註 83），頁 34-35。

¹¹⁸ Hazard 等（註 48），頁 128。

全面性的準備工作，包括律師的良好身心狀態¹¹⁹。若律師無法勝任工作，除了損及當事人權益，也是專業能力不足的表現¹²⁰。



而律師法第 25 條明定：「律師如因懈怠或疏忽，致委託人受損害者，應負賠償之責。」，準此，律師若違反專業性義務，造成當事人受有損害者，即可能構成債務不履行、甚至侵權行為的損害賠償責任¹²¹。

2.4.2.2 獨立性

按律師倫理規範第 4 條：「律師應重視職務之自由與獨立。」，此規定即揭露了律師的自由業性質，且強調律師執行業務時，需保持自身的獨立性。

律師獨立性可分為三個面相：

- (1) 獨立於對國家權力：律師的專業本質，包含對國家或行政機關的獨立性，此一層面的獨立性即為「律師自治」制度的法理基礎¹²²。律師依法執行業務，不受國家或行政機關的不當干預；
- (2) 獨立於當事人：律師除了擔任當事人的代理人以外，也負有保持自身專業的社會責任，律師應認知職業本質的公益性。故律師執行業務維護當事人的合法權益的同時，也必須兼顧公共利益，而不得受當事人擺佈，或在經辦案件中由當

¹¹⁹ 王進喜（註 89），頁 58。

¹²⁰ 王惠光（註 28），頁 56-57。

¹²¹ 余若凡等（註 30）。頁 43。

¹²² 同上註，頁 29。

事人處取得利益¹²³，而損及自身專業，動搖社會對於律師及法律的信賴；



- (3) 獨立於自我的政治、道德判斷：因專業人員具有的社會責任，律師接受委任後，即使案件與個人理念有所衝突，律師仍須履行其專業義務¹²⁴。縱使案件充滿了極大爭議，而與律師本人價值觀發生嚴重衝突。但律師為了貫徹專業的理念，同時維護法律秩序以及社會對專業的信賴，也必須挺身而出維護當事人應有的權益。

現代律師業務已朝多元化發展，不論是傳統律師業務核心的訴訟代理、法律諮詢或非訟業務，律師在各領域執行業務時，也應保持相對應的獨立性，免於其他不當因素之干擾；律師也不得主動進行有損於獨立性的工作¹²⁵。若律師提供的法律服務只是為了保護自身利益，因而屈服於外在壓力，則律師職業將失去公益性，違反專業價值，此即為律師保持獨立性最根本的理由。

2.4.2.3 公益性

按律師倫理規範第 7 條：「律師應體認律師職務為公共職務，於執行職務時，應兼顧當事人合法權益及公共利益。」，闡明律師於我國的定位為公共職務，強調律師專業人員的公益性格。觀諸律師倫理規範第 9 條本文：「律師應參與法律扶助、平民法律服務，或從事其他社會公益活動，以普及法律服務。」及第 20 條：「律師應協助法院維持司法尊嚴及實現司法正義，並與司法機關共負法治責任。」，亦同此旨。

¹²³ 同上註，頁 31。

¹²⁴ 尤伯祥等（註 29），頁 61。

¹²⁵ 林玉苹（註 106），頁 67-68。



前已述及，律師屬於自由業之一，自由業者享有執業的獨立性，且其所提供的是專業服務，而非以營利為主要目的商品服務¹²⁶。律師身為法律專業人員，提供人民法律專業服務，本質上即需維持人民對法律的信賴；而法律為建構現代社會制不度不可或缺的要素，律師執行業務時正確解釋、適用法律，除了專業性的要求之外，也是律師應負的社會責任。由此可知，律師所提供的法律專業，具有強烈的公益性質。

2.4.2.4 其他義務

律師除了上述專業性、獨立性、公益性的專業要求之外，基於律師與當事人間的特殊信賴關係，律師執行業務時，本身也必須遵循並執行其他倫理上重要的義務，包括忠實義務、事實闡明義務、法律審查義務、告知義務及保密義務。

A. 忠實義務：

律師與當事人間的法律關係，多數見解認為屬於民法上的委任契約。律師接受當事人委任後，雙方即建立起一特殊的信賴關係，稱為忠實義務¹²⁷。

忠實義務之內涵包括受委任的律師，應以當事人利益為最優先之考量，忠誠且篤實執行受委任之工作¹²⁸。此時受委任之律師即做為當事人之代理人，本於自身專業知識，以當事人之授權作出對當事人最大利益的判斷。

¹²⁶ 余若凡等（註 30），頁 53-54。

¹²⁷ 劉明潔（註 116），頁 10-12。

¹²⁸ 陳瑾儀，專門職業領域排除競爭法適用之比較研究，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班跨國商務組碩士論文，頁 19（2014 年）。



B. 事實闡明義務：

律師在接受當事人委任後，為探究案情所需，自有事實闡明之義務。基於律師與當事人間之法律關係，當事人應有對律師提供資訊之義務。

然而，律師於判斷案件法律關係狀態時，不能僅憑當事人之陳述或所提供之資訊，而應履行闡明義務，釐清案件判斷所必要之相關事項。案件事實及法律關係之闡明，需要法律專業知識與能力，因此事實闡明義務係由律師個人親自履行之義務¹²⁹。

C. 法律審查義務：

律師倫理規範第 27 條：「律師對於受任事件，應將法律意見坦誠告知委任人，不得故意曲解法令或為欺罔之告知，致誤導委任人為不正確之期待或判斷。」，因律師為法律專業人員，當事人委任律師處理法律事務，最基本的義務正確適用法律，故律師應負有法律審查義務。

法律審查義務，源自於律師所受之專業教育訓練，而發生的職業義務。律師形成自己的法律觀點前，應謹慎注意為審查案件事實應適用的法律，以維護當事人之權益。原則上律師身為法律專業，其若違反法律審查義務時，應被要求「就所有法律錯誤負責」¹³⁰。

¹²⁹ 姜世明，律師民事責任制度之研究，法學叢刊第 183 期，頁 26。

¹³⁰ 同上註，頁 45-48。



D. 告知義務：

律師倫理規範第 26 條第 2 項規定：「律師應依據法令及正當程序，盡力維護當事人之合法權益，對於受任事件之處理，不得無故延宕，並應及時告知事件進行之重要情事。」，由可此推導出律師之告知義務。

為能使當事人在律師協助下，作出對其最有利之決定，律師受有事實闡明義務與法律審查義務的同時，也負有告知義務。告知義務與事實闡明義務相同，均應由律師親自履行，且告知義務自當事人尋求律師協助的時點起即已發生¹³¹。

E. 保密義務：按律師倫理規範第 33 條前段規定：「律師對於受任事件內容應嚴守秘密，非經告知委任人並得其同意，不得洩漏。」此規定來自於律師專業的本質要素之一，即律師與當事人間所成立的特殊信賴關係。

律師接受當事人委任辦理案件，為了要能正確適用法律，必然需要當事人將案件有關的事實或證物，全盤告知律師；另一方面，为了不使當事人因為擔心洩漏案件事實，對已產生不利之影響，從而，律師需要當事人無保留的信任律師，以利律師有效地執行業務¹³²。因此律師專業倫理即特別明文要求，律師必須保守因業務上所知悉的當事人秘密。甚至在委任關係結束後，律師在他案也不能洩漏其先前所知悉之當事人秘密。如有違反，除了民事賠償與懲戒外，律師也可能構成有刑法第 316 條洩漏業務上知悉秘密罪的刑事責任。

¹³¹ 有稱為「建議及告諭義務」。同上註，頁 50。

¹³² 有稱為「緘默義務」。同上註，頁 35。

2.5 本章小結

本文介紹了西方律師制度的歷史沿革，並比較律師與中國傳統訟師的差異。基於律師所受的法學系統教育，以及同業組織發展的專業倫理規範，對於律師法律專業功能與形象的強化作用，律師較訟師更能呈現法律服務的專業性。因而，在我國現代化、民主化的過程中，也引進西方律師制度取代傳統訟師文化。

現行法規及多數文獻均認為律師屬於「專業」人員。本文採用功能論的觀點，解釋專業人員的要件為：

- A. 主觀要件：具備高等學歷，並經過專業訓練，通過檢定取得執業資格；
- B. 客觀要件：業務內容涉及個人重大權益，負有社會運行所需要的必要功能，並以一定倫理規範約束從業者執行業務行為。

其次，基於律師執業前須接受專業教育及訓練，並通過國家考試取得執照，才能執業；律師提供專業法律服務，當事人對於律師專業有極大的信賴；律師執行業務時需同時兼顧當事人私益與社會公益，並以同業團體自治自律等職業特性，本文認為律師此一職業已符合上述「專業」定義，也適用歐陸制度下所稱「自由業」概念。

最後，本文提出「專業性」、「獨立性」、「公益性」作為律師執行業務時最主要的三種要求，而由上述三種要求延伸出律師的忠實義務、事實闡明義務、法律審查義務、告知義務及保密義務。這些義務都是律師身為專業人員，在執行業務上必須嚴格遵守的準則。如有違反，除了對律師本身「專業」形象有損之外，同時也可能構成對當事人的民事、刑事責任或懲戒責任。



回到本文先前提出的三則案例，包括律師於報章雜誌及網站上提供法律見解，或提供免費法律諮詢服務，此類言論與律師的專業性、獨立性、公益性及執業義務的關係是什麼？律師發表此類言論是否可能違反上述律師的專業義務？接下來，本文將討論如何界定上述律師言論的性質，以及此類言論與律師專業義務間之關聯。

第三章 律師的專業言論



本文於第一章所提出的三則案例，均涉及專業人員發表有關專業知識言論的問題。而美國法學界將這種言論通稱為「專業言論」(professional speech)。為了能適當回應前揭三則案例的問題，本章將以美國聯邦最高法院判決及學界看法為依據，就專業言論的意義、要件，以及受憲法保障之程度進行說明，並提出本文對於律師專業言論的見解。

3.1 專業言論於實務的發展脈絡

以下將介紹關於證照制度與言論自由的爭議中，對於專業言論概念形成，具有重大意義的美國聯邦最高法院判決。

3.1.1 Thomas v. Collins¹³³

本案是聯邦最高法院針對證照制度與言論自由之間的問題，表示意見的首件判決，多數意見雖然從言論自由角度切入，卻較著重於事前限制的討論。本案亮點在 Jackson 大法官的協同意見，鏗鏘有力地點出證照制度對於言論自由的影響，並說明二者間的界線。

本案事實：

R.J.Thomas 是一個工運份子，他擔任國際汽車飛機農具工會的主席（United Automobile, Aircraft and Agricultural Implements Workers）及產業工會聯合會（Congress of Industrial Organizations, C.I.O.）的副主席，平常主要的工作除了行政

¹³³ 323 U.S. 516 (1945).

事務外，就是往來全美協助各地區工會組織籌備活動、發表演說、招募成員。1943年9月C.I.O.與石油工人工會（Oil Workers Industrial Union, O.W.I.U.）在德州休士頓舉辦活動，以組織當地工人加入地區工會，Thomas也受邀於9月23日至活動中演講。

但在活動舉行前二天，德州政府預先對他下達禁制令，以他尚未申請「組織工作證」為由，禁止他參加該次活動及發表演講。Thomas與律師討論後，認為此一禁制令已侵害他的言論自由及集會自由，因此決定無視禁制令，依原定行程進行演說。不出意料地，Thomas演說結束後，立即遭到逮捕。

本案州政府主張Thomas的行為違反當時的Vernon's Ann.Civ.St. art. 5154a. Sec. 5，該條規定：德州所有工會組織者，在進行組織成員的招募之前，必須向當局申請「組織工作證」(organizer's card)，並於工作證上載明姓名、組織名稱及相關條款。不論任何情形，組織者在招募成員時都必須配戴並展示組織工作證¹³⁴。該法定並規定，德州政府為了執行本法規定，得向地方法院聲請禁制令；違反者得處以刑事處罰。

聯邦最高法院意見：

¹³⁴ Vernon's Ann.Civ.St. art. 5154a. Sec. 5.

All labor union organizers operating in the State of Texas shall be required to file with the Secretary of State, before soliciting any members for his organization, a written request by United States mail, or shall apply in person for an organizer's card, stating (a) his name in full; (b) his labor union affiliations, if any; (c) describing his credentials and attaching thereto a copy thereof, which application shall be signed by him. Upon such applications being filed, the Secretary of State shall issue to the applicant a card on which shall appear the following: (1) the applicant's name; (2) his union affiliation; (3) a space for his personal signature; (4) a designation, 'labor organizer'; and, (5) the signature of the Secretary of State, dated and attested by his seal of office. Such organizer shall at all times, when soliciting members, carry such card, and shall exhibit the same when requested to do so by a person being so solicited for membership.

本案上訴到聯邦最高法院時，Thomas 主張州政府僅僅因為他「向一群工人進行演說」這個行為就處罰他，而且上述第 5 條的規定未區分私下招募或公開演說，就全面性地處罰未取得組織工作證者，顯然違反憲法對言論自由的保障而無效¹³⁵。

州政府提出反駁，聲稱該規定是針對商業行為（business practice）的管制，就像政府對買賣保險、證券交易、市場經銷商及當舖業者的管理。而 Thomas 的行為是未經許可的招募行為（solicitation），屬於政府可管制的商業行為，明顯與言論自由或集會自由無關¹³⁶。

本案由 Rutledge 大法官主筆，其觀察本案事實後表示，Thomas 主張本案的限制不符合「明顯而立即危險原則」（clear and present danger）¹³⁷，應屬違憲；州政府則主張本案屬於商業行為的管制，採用合理關聯性審查標準¹³⁸，系爭規定並未違憲。Rutledge 大法官認為州政府的禁制令，很明顯地是要預防 Thomas 參加本次活動，甚至自行預設他演講內容為招募成員的言論¹³⁹。而州政府以 Thomas 違反該法第 5 條施以刑事處罰，也是針對他演講內容的限制¹⁴⁰。因此州政府要限制 Thomas 的言論，必須證明其言論將引發明顯而立即之危險¹⁴¹。Rutledge 大法官認為，本案 Thomas 參與的活動是合法且和平的集會，並不存在明顯而立即的危險。

對於州政府的主張，Rutledge 大法官表示言論自由並不侷限於特定領域，美國憲法

¹³⁵ *Thomas*, 323 U.S. at 526-27.

¹³⁶ *Id.* at 527.

¹³⁷ 有關明顯而立即危險原則之詳細說明，參考林子儀，言論自由與內亂罪——「明顯而立即危險原則」之闡釋，收於：言論自由與新聞自由，頁 209-226（1999 年）。

¹³⁸ 有關合理關聯性審查標準，請見本章 3.5 的說明。

¹³⁹ *Id.* at 528.

¹⁴⁰ *Id.* at 529.

¹⁴¹ *Id.* at 530.

增修條文第 1 條並非當然不適用於商業行為的保障；而基於公共利益，政府雖有權力對工會組織進行管制，也僅能針對關於詐欺或其他權利濫用的情形。他更闡明，在現代社會下，讓勞工能取得資訊並自由進行討論的權利，正是保障言論自由及集會自由的意義，也是現代社會強大政府必不可少的溝通管道¹⁴²。他引用 Holmes 大法官的言論自由市場理論（free trade in ideas）說明，一味禁止言論只會帶來最糟的結果¹⁴³。

Rutledge 大法官又強調該第 5 條規定要求人民於發言之前必須先向政府申請登記個人身份以取得組織工作證，違反憲法對言論自由及集會自由的保障，因為憲法絕不可能要求人民在發表公開演講前必須事先向政府登記。不論是工人或商人、農民、教師、政治人物等其他參與集會的人民，他們所享有公開發表言論及集會的權利，都受到憲法保障¹⁴⁴。因此，本案州政府要求人民在公開發言前必須申請登記並取得組織許可證的規定，違反美國憲法增修條文第 1 條而違憲¹⁴⁵。除此之外，他認為該法第 5 條的規定不夠明確，也存有過度限制言論自由的危險¹⁴⁶。

Douglas 大法官在協同意見中，將本案「組織工作證」與證照制度一視同仁，並表示任何人都不能被要求取得執照後才能發表言論¹⁴⁷。同樣地，Jackson 大法官也在協同意見中討論了證照制度與言論自由間的問題，傳達了將證照制度與言論自由明確區分的觀點，他表示「政府可以禁止一個沒有執照的人從事法律職業，卻不能禁止一個沒有執照的人發表有關人權或勞工權的言論，包括鼓勵他的聽眾們成

¹⁴² *Id.* at 531-32.

¹⁴³ *Id.* at 537.

¹⁴⁴ *Id.* at 538-39.

¹⁴⁵ *Id.* at 540.

¹⁴⁶ *Id.* at 534-37.

¹⁴⁷ *Id.* at 543 (Douglas, J. concurring).

立組織並支持他的論點；政府也可以禁止一個沒有執照的人執行醫療業務，但也不能將公開支持或私下反對任何醫療論點視為犯罪」¹⁴⁸。



Jackson 大法官進一步針對州政府的立場，表示政府在保護人民免於某些特定職業可能發生的不忠實、不稱職或不負責任的危險時，最常見的方式就是建立證照制度。但是保護人民不受前述那些謬論的侵擾，並非政府的義務，也不是人民的權利，美國憲法增修條文第 1 條的終極目的，就是防止政府以保護公眾心智為由，來控制出版、言論及宗教，在這個情況下，每一個人都是他自己心中真理的守望者，因為開國先輩們不相信任何政府可以為人民區別真正的是非對錯¹⁴⁹。因此，言論自由之所以被保障，是先輩們知道，這是讓自由人民實現民主政治的不二法門¹⁵⁰。基於上述理由，**Jackson** 大法官也同意本案應由言論自由的角度來檢驗，而非州政府所主張針對招募者（solicitor）的職業管制¹⁵¹。

對於本案，**Robert** 大法官則有不同意見。其主張本案例中言論自由和證照制度之間並未發生衝突。歷來不管是醫師、護士、律師、公證人、會計師等專業人員，都必須受到證照制度的約束。因此本案真正的問題是政府立法管制特定職業的權力受到挑戰¹⁵²。他反對的主要理由是勞工組織本身也是營利事業，**Thomas** 的言論是一種具有商業動機的招募訊息。況且，其他有償的組織工作者，無論是商業性質或慈善事業，在進行招募活動時，都被要求表明自己的身分，因此本案例中勞動組織者沒有理由拒絕。如果有人以招募成員作為職業來牟利，則不論其組織、宗教、

¹⁴⁸ *Id.* at 544 (Jackson, J. concurring).

¹⁴⁹ *Id.* at 545.

¹⁵⁰ *Id.* at 546.

¹⁵¹ *Id.* at 548.

¹⁵² *Id.* at 548-49.

世俗或商業的性質，他都不能拒絕政府規定應表明身份的要求¹⁵³。



3.1.2 *Lowe v. SEC*¹⁵⁴

Lowe 案是聯邦最高法院判決中將「專業言論」類型化，最重要的指標案例。本案討論到關於專業人員與客戶間的特殊關係，強調專業服務的個人化色彩，並論及證照制度與言論自由的衝突。依據本案傳達的訊息，專業言論限於專業人員與客戶已建立某種特定關係後才成立。政府雖有權以證照制度或其他手段對專業施以管制，但不得全面限制專業言論。

本案事實：

Lowe 原為自己名下 *Lowe* 投資經理公司的總裁和主要股東。該公司經投資顧問法註冊為投資顧問(*investment adviser*)。由於 *Lowe* 侵占客戶的投資款項並遭判決有罪，美國證券交易委員會（SEC）在舉行聽證後，下令撤銷 *Lowe* 名下公司的投資顧問資格，且永久禁止 *Lowe* 本人與任何投資顧問合作。

一年後，*Lowe* 轉往出版業發展，他自行成立出版公司，並與另外三間公司合作（皆不具投資顧問資格），發行二本內容含有投資建議和評論的雜誌。*Lowe* 所發行的雜誌內容包括：對股票及黃金市場的意見、市場指標與投資策略的評論、以及針對特定股票買賣的建議。

SEC 指控上述 *Lowe* 出版投資刊物的行為，構成以郵務通訊從事投資顧問業務，已

¹⁵³ *Id.* at 556-57.

¹⁵⁴ 472 U.S. 181 (1985).

觸犯投資顧問法所禁止，未註冊之投資顧問，不得從事投資業務之規定，並違反 SEC 先前的禁令¹⁵⁵。因而，SEC 再次向法院聲請永久禁制令，禁止 Lowe 繼續發行雜誌。

聯邦最高法院意見：

在本案進行言詞辯論及爭點整理之後，Lowe 主張 SEC 不得以證照制度限制人民出版自由，而 SEC 反駁系爭規定是針對投資顧問的專業活動進行管制。主筆多數意見的 Stevens 大法官，直接挑明本案爭點是「系爭規定是否得因為 Lowe 不具合法註冊登記的投資顧問資格，而永久地禁止他發行非個人化的投資刊物？」¹⁵⁶。他先肯定政府不得以證照制度作為人民行使出版、演說等憲法保障之權利的事前限制¹⁵⁷。但因為投資顧問法有例外規定，他認為應由立法背景及聽證紀錄，界定該法所欲管理的投資顧問行為。Stevens 大法官以 SEC 提出的報告為依據，其認為有二個明確的重點：一、國會立法並沒有排除「投資顧問以發行刊物方式提供客戶服務」的意圖；二、國會立法的主要目的在於管制提供個人化投資建議的業務，包括出版業者。換句話說，國會在立法時已清楚意識到美國憲法增修條文第 1 條對言論、出版自由的保障，並很明白地表示該法並非以「授權『非個人化』的出版業務許可」作為管制的方式¹⁵⁸。

Stevens 大法官進一步論述，依據投資顧問法制定的目的，該法應適用於「依照客

¹⁵⁵ 15 U.S.C.A. § 80b-3(a).

Except as provided in subsection (b) of this section and section 80b-3a of this title, it shall be unlawful for any investment adviser, unless registered under this section, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce in connection with his or its business as an investment adviser.

¹⁵⁶ *Lowe*, 472 U.S. at 183.

¹⁵⁷ *Id.* at 205. 有關事前限制之詳細說明，參考林子儀（註 15），頁 148。

¹⁵⁸ *Id.* at 204-06.

戶個人需求，以文字或言語提供投資建議的專業投資顧問」，而事實上，即便一個出版品包含了對於特定證券的投資建議與評論，也不等同於專業投資顧問所提供的個人化諮詢服務。Lowe 發行的雜誌，未針對特定訂戶的需求提供個人化的投資建議，因此不屬於投資顧問法規範的對象。Lowe 發行的雜誌就是在一個自由、公開，任何人都可以表達自己意見的市場當中，對普遍大眾發行的一本刊物¹⁵⁹。是以，SEC 對 Lowe 的禁制令應予廢棄。

White 大法官對本案提出了協同意見，他認為本案的問題應該簡化為「美國憲法增修條文第 1 條是否允許政府去限制 Lowe 出版投資建議刊物的自由？」，這涉及了政府以證照制度進行職業管制的權力，及言論、出版自由保障兩者之間的重要問題¹⁶⁰。

而關於這種「言論專業」(speaking profession)，他認為最明顯的例子就是法律專業人員——律師。律師在執行業務的過程中，幾乎全然地在進行意見交流的活動，自然應該受到言論自由所保障，但我們從未去質疑政府對於「律師資格」或「執業品質」設下的種種限制¹⁶¹。因此，對於投資顧問專業所設的管制，不論是個人投資顧問的建議或者是出版品，政府都應該採取相同的立場¹⁶²。但某些情況，政府行為已不再僅是對專業的管制，而是對言論及出版的限制¹⁶³。而本案要面對的正是到底投資顧問法是針對言論自由的限制，或是對執行業務行為的管制¹⁶⁴？

¹⁵⁹ *Id.* at 207-08.

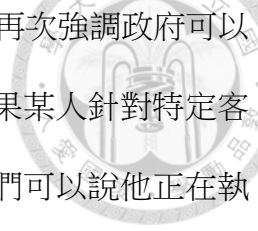
¹⁶⁰ *Id.* at 228 (White, J. concurring).

¹⁶¹ *Id.* at 228-29.

¹⁶² *Id.* at 229.

¹⁶³ *Id.* at 230.

¹⁶⁴ *Id.* at 231.



White 大法官先引用了 *Thomas* 案 Jackson 大法官的協同意見，再次強調政府可以管制專業，但不得全面限制有關專業知識的言論。他主張「如果某人針對特定客戶的需求及條件，為其提供個人化的專業服務與判斷，那麼我們可以說他正在執行他的專業（*practice profession*）。而專業言論（*the professional's speech*）即附隨在他的執行業務行為之中。政府若以證照制度去限制人民從事專業的權利，並不會被視為對言論自由的限制。」¹⁶⁵、「反之，當專業人員與客戶間的信賴關係（*personal nexus*）不存在，而表意人並非為了特定個人提供建議而發表言論時，政府若僅為了管制專業，附帶地限制言論及出版自由，即違反了美國憲法增修條文第 1 條的保障。」¹⁶⁵。

回到本案限制投資顧問提供建議的情形，如果投資顧問法所管制的是投資顧問提供「個人化」建議的情形，那麼系爭規定並非針對言論的管制，而就像立法者對法律專業或醫學專業所設下的職業管制措施，沒有違憲疑慮。但本案中投資顧問法是基於保障投資大眾的目的，禁止未辦理投資顧問註冊登記之人，從事有關投資業務的出版業或發行出版品，這已構成了對言論及出版自由的直接限制，必須接受美國憲法增修條文第 1 條的審查¹⁶⁶。

SEC 聲稱 *Lowe* 所發行的雜誌，其內容僅及於 *Lowe* 與訂戶間的經濟上利益，因此屬於商業言論。但 White 大法官認為，不論 *Lowe* 所發行的雜誌是否為商業言論，系爭規定對於此等出版品的限制，雖然可防止錯誤、詐欺及人為操縱的資訊，但同時限制了合法、公正的投資建議，並構成對言論自由的「事前限制」，除非 SEC

¹⁶⁵ *Id.* at 232.

¹⁶⁶ *Id.* at 233.

能證明系爭法規滿足最嚴格的審查標準，否則應推定系爭法規違憲無效¹⁶⁷。



即便 **Lowe** 等人出版的通訊雜誌屬於商業言論，**White** 大法官認為聯邦最高法院在歷來商業言論的案件中，不斷地強調，不能只因為言論有一點錯誤的可能性，就允許政府加以限制。故而，**White** 大法官認為，就算採用商業言論的較低審查標準，系爭規定仍無法通過其審查而違憲¹⁶⁸。最後，**White** 大法官對於本案結論是，投資顧問法對於 **Lowe** 此等未註冊登記（包括被拒絕或撤銷註冊者）的投資出版業者，禁止其以出版方式提供投資建議的管制規定必然違憲¹⁶⁹。

3.1.3 判決見解整理

在 **Thomas** 案，**Jackson** 大法官於協同意見提到：「政府可以禁止一個沒有執照的人從事法律職業，卻不能禁止一個沒有執照的人發表有關人權或勞工權的言論，包括鼓勵他的聽眾們成立組織並支持他的論點；政府也可以禁止一個沒有執照的人執行醫療業務，但也不能將公開支持或私下反對任何醫療論點視為犯罪」¹⁷⁰。

由上述 **Jackson** 大法官的見解可知，他認為即使是不具律師資格的人也可以發表有關法律知識的言論；而不具醫師執照的人，也可以鼓吹或批評特定的醫療學說。因此，依據 **Jackson** 大法官的見解，不具專業資格的非專業人員，仍得自由發表有

¹⁶⁷ *Id.* at 234. 有關嚴格審查標準，請見本章 3.5 的說明。

¹⁶⁸ *Id.* at 235.

¹⁶⁹ *Id.* at 236.

¹⁷⁰ “A state may forbid one without its license to practice law as a vocation, but I think it could not stop an unlicensed person from making a speech about the rights of man or the rights of labor, or any other kind of right, including recommending that his hearers organize to support his views. Likewise, the state may prohibit the pursuit of medicine as an occupation without its license but I do not think it could make it a crime publicly or privately to speak urging persons to follow or reject any school of medical thought.” *Thomas*, 323 U.S. at 544 (*Jackson*, J. concurring).

關專業知識的言論。



從 Jackson 大法官的觀點看來，因為 *Thomas* 案州政府採取的措施，即以「組織工作證」作為發表言論的許可，因此他要強調一般人民的言論自由，並不因有無證照而受有影響。那麼從 Jackson 大法官所舉律師、醫師的例子應可反面推知，對於律師、醫師等領有證照之專業人員，其肯定政府管制這些專業人員言論自由的權力。

此外，由 *Lowe* 案 Stevens 大法官在多數意見所強調的「個人化服務」，及 White 大法官提到的「信賴關係」，可知聯邦最高法院認為，這種專業人員與當事人間因信賴而建立的特殊關係，是專業的一大特色，但這種特殊信賴關係應如何認定？

White 大法官在 *Lowe* 案指出一個認定的標準：「如果某人針對特定客戶的需求及條件，為其提供個人化的專業服務與判斷，那麼我們可以說他正在執行他的專業（practice profession）。而專業言論（the professional's speech）即附隨在他的執行業務行為之中。」、「當專業人員與客戶間的信賴關係（personal nexus）不存在，而表意人並非為了特定個人提供建議而發表言論時，政府若僅為了管制專業，附帶地限制言論及出版自由，即違反了美國憲法增修條文第 1 條的保障。」¹⁷¹。

¹⁷¹ “One who takes the affairs of a client personally in hand and purports to exercise judgment on behalf of the client in the light of the client's individual needs and circumstances is properly viewed as engaging in the practice of a profession. Just as offer and acceptance are communications incidental to the regulable transaction called a contract, the professional's speech is incidental to the conduct of the profession. If the government enacts generally applicable licensing provisions limiting the class of persons who may practice the profession, it cannot be said to have enacted a limitation on freedom of speech or the press subject to First Amendment scrutiny. Where the personal nexus between professional and client does not exist, and a speaker does not purport to be exercising judgment on behalf of any particular individual with whose circumstances he is directly acquainted, government regulation ceases to function as legitimate regulation of professional practice with only incidental impact on speech; it becomes regulation of speaking or publishing as such, subject to the First Amendment's command that



依據 *White* 大法官的見解，若專業人員針對當事人的需求及條件，為其提供個人化的服務，此等情形即認為專業人員與當事人間已建立信賴關係(*personal nexus*)。此時專業人員為當事人提供服務等行為，即為執行業務行為(*professional conduct*)，政府得以證照制度介入管制。此時專業人員於執行業務過程中所發表之言論，亦受到政府管制。

舉例來說，若醫師與特定病患已建立醫病關係，則醫師開刀之物理行為及提供處方箋之意見表達，都被視為醫師的執行業務行為；律師若受當事人委任，則無論是代理當事人到庭執行業務，或者撰寫書狀表示法律意見，也都被視為律師的執行業務行為。上述醫師、律師二者執行業務過程中發表之言論，都是政府有權管制的專業言論。反之，在專業人員與當事人間不具信賴關係（如醫師的醫病關係或律師的委任關係），且其發表言論非為特定個人提供專業服務時，這類型的言論及非專業言論，而應回到一般言論自由的保障。

由上述 *White* 大法官提出的分類方式，呈現出專業言論案件可資參考的基本模型，即針對「專業人員發表有關專業知識之言論」時，先判斷專業人員發表言論之前提，是否在與特定當事人建立「信賴關係」的情境下，提供當事人之「個人化」之專業建議？若答案為肯定，則專業人員此等言論應屬於專業言論，政府即有權介入管制；否則，應回歸一般言論自由之判斷模式。

“Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press.”. *Lowe*, 472 U.S. at 232 (*White*, J. concurring).



3.2 學界對專業言論的看法

本文於此將介紹美國憲法學界關於專業言論較具代表性之理論，並將學者見解分為三大類，從三種不同的角度來進行專業言論之研究。

3.2.1 「以聽眾為中心」的思考

學界幾乎一致性的認為，所謂的專業言論概念，在美國聯邦最高法院並沒有建立起一個清楚的理論¹⁷²。至今為止，唯一的可參考的標準僅有 White 大法官在 *Lowe* 案協同意見中表示的分類模式，即有學者採用其見解，將專業言論界定為於執行業務行為所附隨發生的言論。但就上述 White 大法官使用的分類方式，在學界也有不同的主張。

最早針對專業言論此一主題做深入分析說明的 Daniel Halberstam 認為專業言論的要件，除了 White 大法官所提到的「信賴關係」及「個人化」因素外，還要考慮專業人員的「社會角色」因素¹⁷³。

Halberstam 主要的論點是，White 大法官的見解可被解讀為其企圖確認專業人員與當事人間之對話是否發生於特定社會關係間，並試圖提供該等言論為維護其特別社會功能所需之憲法上保護。他認為僅在專業人員與當事人建立極深關係的情境下，才能建立專業言論之核心概念¹⁷⁴。

¹⁷² Halberstam, *supra* note 17, at 772; Post, *supra* note 21, at 952; Sherman, *supra* note 25, at 184.

¹⁷³ Halberstam, *Id.* at 772.

¹⁷⁴ *Id.* at 777.

Halberstam 立論的依據是其認為專業言論主要是由商業言論發展而來，但兩者性質與內容皆不同。唯一相同的地方是，專業言論與商業言論均不適用於美國憲法增修條文第 1 條預設的「公共論述」模式，卻採取一種以「聽眾為中心」的保障模式¹⁷⁵。

他認為美國憲法增修條文第 1 條設定的公共論述模式，屬於一種開放式討論，人民得自由發表觀點。其言論不受政治規範的限制，對話者不需來自相同背景，溝通交流的活動是超越個人、群體，甚至文化的立場。這種開放的場域，對於追求真理、自我實現、人民自決，或綜合以上各種言論自由彰顯的價值，均有助益¹⁷⁶。

然而，專業言論的交流模式與公共論述明顯相反。專業言論放棄以表意者為中心的模式，而採取聽眾為中心的功能，因此表意者之重要性被強調聽眾接收特定「資訊」之利益所取代。專業言論此等模式並未使表意者不再身為受到憲法保障之角色，但其憲法保障的重點在於專業人員與當事人間意見交流，以建立起雙方互惠的狀態，而非僅僅聽眾一方獲得資訊之利益¹⁷⁷。

而以聽眾之利益為中心，所代表的即是一種「預設框架」的交流模式。雖然專業言論強調的專業人員與當事人間信賴關係，以及專業人員的社會角色功能，均可能受到政府管制。但政府一方面管制專業人員言論，另一方面又協助建立此框架，並強化關於專業人員與當事人意見交流之共識，使專業言論之存在具有意義¹⁷⁸。

¹⁷⁵ *Id.* at 828.

¹⁷⁶ *Id.* at 829-30.

¹⁷⁷ *Id.* at 831.

¹⁷⁸ *Id.* at 832-33.

綜上，Halberstam 認為專業言論是當事人在預設框架下，與專業人員的意見交流。美國憲法增修條文第 1 條保障專業言論的目的，即是此等意見交流的可能性。專業言論概念下的意見交流，不應該被理解為「行為」或「活動」，而受較低程度的保障。但為了確保專業人員與當事人間意見交流活動，能有效地在前述預設框架下的進行互動，從而即使政府得為了促進此等專業言論之意見交流，而針對專業言論進行管制¹⁷⁹。

由 Halberstam 的見解可知，其關注的重點不在於專業人員有無建立信賴關係或提供個人化建議，而是聚焦在專業人員與當事人間意見交流，是否合乎專業社會角色的要求。Halberstam 理論較不足的地方是，他並未就專業言論如何定義或分類做進一步的研究。

Robert C. Post 也將專業言論的研究重心，放在專業人員與當事人間意見交流。他肯定專業言論有一預設框架，但他強調專業言論之發生，只會存在專業人員執行業務的行為中¹⁸⁰。亦即，Post 認同 White 大法官在 *Lowe* 案的分類¹⁸¹。

以醫生為例，Post 認為並非所有醫生執行醫療行為過程中的言論都是專業言論。專業言論必須形式上、實質上都與醫療行為結合。醫療行為中的聊天或政治評論，不是專業言論；非醫療過程中的醫學知識討論，也不是專業言論。專業言論必須是醫師本於醫療行為，在過程向當事人表示有關進行中醫療行為的言論¹⁸²。

¹⁷⁹ *Id.* at 833.

¹⁸⁰ Post, *supra* note 21, at 952.

¹⁸¹ *Id.* at 181.

¹⁸² *Id.* at 952-53.

務必要辨別的是，Post 認為專業人員與當事人意見交流的可能性，基於醫病關係下信賴關係的本質，保障聽眾接收正確資訊的目的，專業言論的內容受保障之程度，與商業言論相同已足。而專業人員提供的意見，也必須合乎真實性、非誤導性或專業性等要求¹⁸³。

另一位類似 Halberstam 見解的學者，為 David T. Moldenhauer，他認為 Halberstam 所提出的專業言論與預設框架模式，雖然符合專業人員之社會角色及普遍被接受的專業規範，然而，該模式無法適用於專業人員對於非當事人之第三人發表專業言論的情形¹⁸⁴。

Moldenhauer 原則上支持 Halberstam 主張專業言論的概念為個人與專業人員之間信賴關係下的個人化意見交流，也同意專業言論受到美國憲法增修條文第 1 條保障。但是他認為，專業言論的保障範圍，與言論自由對一般出版品及街角演講者不同，也不同於對商業言論的保障¹⁸⁵。

他進一步說明，專業言論主要的成因來自專業人員的社會角色及專業規範。當專業言論涉及非法行為，或與被接受的專業規範不符，或對專業或與專業互動之組織的適當運作，造成明顯而實際的威脅時，專業言論應受限制。此等限制行為，必須與非法行為所造成對專業組織的威脅或與專業規範衝突的保護目的密不可分¹⁸⁶。

¹⁸³ *Id.* at 980.

¹⁸⁴ Moldenhauer, *supra* note 23, at 883.

¹⁸⁵ *Id.* at 892.

¹⁸⁶ *Id.*



此外，他主張在不影響專業人員執行業務行為，或不妨礙專業判斷，也未損及專業人員的社會角色功能及期待的情形下，政府得為了追求合法利益，而管制專業言論¹⁸⁷。

Moldenhauer 補充了 Halberstam 未討論到專業人員向第三人發表專業言論的問題。其認為商業言論要求真實、非誤導的資訊流通，並允許以合理方式限制言論以保障消費者。既然認為專業言論是由商業言論發展而來，若專業言論是針對第三人所為，則應適用商業言論「以聽眾為中心」的理論。故當專業人員對於第三人聽眾發表專業言論時，應保證聽眾接收的訊息，能增強他做出明智的和自主選擇的能力¹⁸⁸。

他分析「以聽眾為中心」的理論與專業言論之間共同要素：兩種理論之主要目的，均是為保護聽眾自主決定的利益。兩種理論也都允許限制非法的、不實的、具誤導性之言論。然而，專業言論十分著重專業人員之社會角色功能、相關專業規範，以及專業判斷的作成。相反的，「以聽眾為中心」之理論雖然因社會情境，可協助定義資訊接受者之利益，但此理論並不注重專業人員社會角色之意義，或專業判斷的價值¹⁸⁹。

3.2.2 區分意見表達的「形式」及「價值」

另一位以專文討論專業言論的 Robert Kry，則以較系統化的方式來分析專業言論。

首先，Kry 主張由聯邦最高法院有關專業言論之案件，由言論內容可以推論出法院

¹⁸⁷ *Id.* at 892-93.

¹⁸⁸ *Id.* at 894.

¹⁸⁹ *Id.* at 895.

有兩種審查模式。第一種審查方式為「價值中立審查」(value-neutral test)。該審查方式允許政府於以證照制度管制專業人員於「個人對個人」(person to person)所提供「特色化」(characteristic-dependent)意見。第二種審查方式為「價值審查」(value-based test)。此種審查方式禁止政府管制專業人員本於公益性義務所發表的言論¹⁹⁰。

在操作其所提出的審查模式前，Kry 將專業人員執行業務行為，以行為是否包含表意成分，區分為三個類別¹⁹¹：

- 一、不含表意成分之單純物理行為。
- 二、純粹的意見表達。
- 三、具有表意與非表意成分之表意行為。

Kry 認為第一種單純的行為，不在美國憲法增修條文第 1 條保障範圍；第二種純粹意見表達，則是不論是否身為專業人員，政府都不得以證照制度限制的言論；第三種則是附隨於專業人員執行業務行為的言論，他認為這才是所謂的專業言論¹⁹²。

Kry 批評 White 大法官的見解，過度強化信賴關係，卻未說明信賴關係的內涵，因此用信賴關係作為專業言論的判斷標準效果有限。另一方面，許多學者解讀 *Lowe* 案時，以「個人化建議」之建立，做為專業之本質，這種解讀方法未發現「個人

¹⁹⁰ Kry, *supra* note 19, at 890.

¹⁹¹ *Id.* at 896-97.

¹⁹² *Id.*

化」有多種意涵，也無法提出具體參考標準¹⁹³。



其主張認為應該捨棄「個人化」的觀點，改用「個人對個人」、「特色化」作為判斷標準。「個人對個人」之建議指專業人員對某一特定人有某種形式之個人關係，而針對該個人給予建議，故專業人員至少必須以可區別性之溝通方式，傳達訊息給該特定人，且雙方均確實知悉彼此之真實身分。「特色化」係指專業人員依接受建議者的特點或情況不同，給予不同的判斷。不論表達建議之方式為何。若聽眾之個人特質或情況決定其最終接受之訊息內容，則該言論屬於特色化之言論¹⁹⁴。Kry 認定的專業言論，係由專業人員符合「特色化」且「個人對個人」二個條件下，對當事人所發表的言論，才構成專業言論¹⁹⁵。

在對 Kry 的理論有初步理解之後，接著進行審查模式的操作。他認為任何專業言論問題所面臨的第一階段應該是政府法規或管制的客體，究竟是針對專業人員活動的表意成分，或非表意成分。當政府之行為針對非表意成分，實際的執行業務行為即為真正的爭議所在¹⁹⁶。這種針對非表意成分所為的管制手段，應適用聯邦最高法院在 *United States v. O'Brien* 案¹⁹⁷，所提出之表意行為（*expressive conduct*）的違憲審查標準¹⁹⁸。

第二階段，若管制針對活動之表意成分，法院應適用「價值中立審查」。法院需審查兩個問題：

¹⁹³ *Id.* at 906-07.

¹⁹⁴ *Id.* at 907-08.

¹⁹⁵ *Id.* at 909-11.

¹⁹⁶ *Id.* at 896-97.

¹⁹⁷ 391 U.S. 367 (1968).

¹⁹⁸ Kry, *supra* note 19, at 892.



(1) 言論是否為特色化，即專業人員之言論內容是否仰賴聽眾之情況？

(2) 言論是否於個人對個人關係之情境中傳達？

除非以上問題均獲肯定答案，否則政府不得管制專業言論¹⁹⁹。

最後，縱使某管制措施通過價值中立審查之檢驗，法院應適用「價值審查」。若專業人員基於自利以外之公共目的，針對公共議題發表有關專業知識的言論時，政府介入管制即屬違憲²⁰⁰。

除了 Kry 以外，Eugene Volokh 也將專業言論的重心，著眼於言論與表意行為之間關聯。他認為專業言論是一個言論自由領域中尚未成熟的概念，但眾多律師、醫師、會計師、投資顧問每天所做的就是發表言論，過去法院都將此等言論視為執行業務行為，卻未發展出一個具體的判斷標準²⁰¹。

Volokh 認為專業言論應較一般向公眾發表的言論，受到更多管制。舉例而言，對提供個人化建議之專業人員設立證照制度之要求，顯然是憲法所允許的措施；但對私人撰寫有關專業知識自助書籍的行為，設立證照制度強制管理，即屬違憲。同樣地，律師所提供看似有誤之建議，包括不合乎專業水準的預測或建議，應受管制；但相關專業書籍或廣播節目所為同樣差勁、錯誤的見解，則不應受管制。因此，當專業人員「處理當事人之事務，且代表當事人基於其個人需求及情況做成判斷」時，政府應當適度保護當事人，防免於專業人員之能力不足或濫用信任

¹⁹⁹ *Id.* at 896-97.

²⁰⁰ *Id.*

²⁰¹ Volokh, *supra* note 24, at 1343.

的危險²⁰²。



Volokh 認為傳統行為（conduct）與言論（speech）的二分法，在專業人員執行業務行為的情形，只會造成概念上的誤解。他認為若政府限制專業人員在執行業務過程中與當事人的意見交流，這顯然是針對言論的限制，而非針對行為之管制。因為這種限制的目的，正是為了防止言論所傳達之訊息，或該訊息可能所致之傷害。這種限制手段，屬於針對言論效果的限制，而非限制執行業務行為而附帶限制言論。

從專業言論的觀點，基於防止專業人員不實、誤導性、或不專業的言論，對當事人可能導致之傷害，或專業人員可能濫用當事人信賴的風險，Volokh 肯定上述針對言論效果的限制措施²⁰³。但他特別強調政府得以管制專業言論的理由，絕對不是因為專業言論附隨於執行業務行為，就降低憲法對其保障之程度，而是為了防止專業言論為當事人帶來的不良後果²⁰⁴。

3.2.3 以「言論內容」為唯一標準

與上述各家學說不同，Paul Sherman 不以 White 大法官判斷標準為依據，他從一般言論自由議題的判斷方式，來看待專業人員的言論。

Sherman 主張只要是專業人員發表有關專業知識之言論，即為專業言論，無需考量是否存有信賴關係或個人化的因素。他認為 White 大法官提出是否建立信賴關係

²⁰² *Id.* at 1343-44.

²⁰³ *Id.* at 1346.

²⁰⁴ *Id.*

的判斷標準，是其個人主觀的見解，沒有其他充分的理由支持²⁰⁵。而且若全面適用 **White** 大法官提出的分類方式，將造成專業言論的概念只會有兩種理解²⁰⁶：

- 一、專業言論為專業人員執行業務行為的附隨行為；
- 二、專業言論並非傳統言論表達形式的口語、文字，而屬於表意行為。

不論採取上述何種概念理解專業言論，對於專業言論的保障均嫌不足。因傳統實務見解認為前者並非對於言論的管制，而是對於執行業務行為的管制，故管制措施是否違憲，適用合理關聯性審查標準即可。若以後者概念理解專業言論，最多也只能適用趨近中度審查標準強度的表意行為違憲審查標準²⁰⁷。

Sherman 的見解是，專業言論的性質與一般公開或私人言論並無差異。如果政府以證照制度限制人民需取得執照，才能對他人提供某些建議，無異於針對言論內容設立負擔，屬於「針對言論內容的管制」²⁰⁸。是以，對於專業言論的管制措施，應以嚴格審查標準檢驗其合憲性²⁰⁹。

Sherman 也補充說明其理論的基本概念，乃是主張以「針對言論的管制」，作為政府以證照制度限制人民言論自由的唯一標準。他不認為所有的證照制度，或需經申請而取得證照之規定都違憲。例如醫生進行手術的行為，或投資顧問操盤下單購買基金的行為，這些業務都以取得證照為前提，但不屬於言論表達或表意行為。因此，以證照制度管制這些業務，即無違憲疑慮²¹⁰。

²⁰⁵ *Sherman, supra note 25, at 186.*

²⁰⁶ *Id. at 188.*

²⁰⁷ 有關中度審查標準，請見本章 3.5 的說明。

²⁰⁸ 有關針對言論內容的管制，請見本章 3.5 的說明。

²⁰⁹ *Id. at 192-93.*

²¹⁰ *Id. at 193.*



另一位主張全面保障專業言論見解的學者，為 Stephen A. Meli。他從非專業人員發表專業知識言論的問題，來反向研究專業言論的要件。Meli 認為 White 大法官之分類方式值得參考。因為 White 大法官提出的分類方式，實際上適度限制了政府管制專業言論的範圍。政府管制的範圍被限縮在表意者需具有專業人員身分，並與當事人建立信賴關係，而提供個人化專業意見或判斷，符合上述要件者，政府才能以針對專業人員的管制措施，管制上述範圍內的專業言論²¹¹。不符合上述要件的言論，即使是專業人員所發表的言論，或是非專業人員發表有關專業知識的言論，都應該受到言論自由最大程度的保障²¹²。

3.2.4 學說見解整理

以 Halberstam、Post 及 Moldenhauer 為代表的「以聽眾為中心」學說，以 White 大法官提出的分類方式為出發點，並強調專業人員的社會角色因素，而主張美國憲法增修條文第 1 條保障專業言論之主要理由，係為了保障專業人員與當事人間意見交流的真實性、非誤導性及專業性。

以保障意見交流的真實性、非誤導性與專業性為由，顯然是採取與憲法保障商業言論相同的思考方向——以「聽眾為中心」的保障模式。採取這種保障模式的特色，就是將當事人接收適當專業言論的利益，優先於專業人員自身發表言論的利益。其基本立論在於，專業制度本身即為一工具性制度。基於專業此等工具性價值，

²¹¹ Meli, *supra* note 27, at 768-69.

²¹² 從 Sherman 及 Meli 的論點可知，二人對於專業言論採取較廣義的界定方式，並不限制主體須為專業人員。二人亦不採用“professional speech”的名稱，而改用“occupational speech”，此為本說與其他學說最大的不同。

專業人員於社會上彰顯一定的知識及背景，並有政府及專業團體之規範作為其職業能力之擔保。而當事人尋求專業服務，也是在上述條件下願意與專業人員建立關係，委由專業人員代為處理事務。



該說進一步認為專業人員與當事人間之關係為一預設框架的意見交流。專業人員僅就當事人之需求提供意見，政府及專業團體也只能在預設的條件下進行管制。綜合上述條件，Post 及 Halberstam 認為專業人員最重要的價值，即為提供正確、專業的意見或服務。因此，該說主張美國憲法增修條文第 1 條保障專業言論的目的，在於保障此等預設框架下雙方的意見交流活動，並維持專業角色的社會功能與意義。基於上述目的，該說認為政府得介入管制專業言論，且允許政府進行針對言論內容的管制。

專業言論的第二種學說，是由 Robert Kry 所提出，以意見表達形式及言論價值為判斷標準的見解。Kry 對於專業言論議題的看法，可分為三個層次。第一個層次，將專業人員執行業務行為區分為單純的物理行為、純粹意見表達、表意行為三者。Kry 主張只有專業人員執行業務行為中的表意行為，才是專業言論的範疇。

第二個層次，判斷專業人員執行業務過程中的意見表達，是否符合「個人對個人」及「特色化」二個要件。只有滿足此二要件之意見表達，才屬於專業言論。而這類專業言論的保障程度，應適用聯邦最高法院針對表意行為的違憲審查標準。

第三個層次，即使專業言論的限制措施，通過上述二個層次的檢驗，仍須考量專業人員發表此等言論是否涉及公益性。若專業人員以非自利動機，針對公共議題

發表專業言論者，政府不能恣意介入管制。基於此等言論的公益性，政府採取管制措施之合憲性，應受嚴格審查。



另外，Eugene Volokh 也著眼於專業言論與執行業務行為之間的關聯。但 Volokh 的見解卻與 Kry 大相逕庭。Volokh 認為不能以傳統言論與行為的分類來看待專業人員執行業務過程中的言論，而必須把重點放在此等言論的效果。若政府管制的是專業言論的效果，則應視為「針對言論內容的管制」。

然而，Volokh 對於專業言論保障的程度，其主張為了防止專業人員因言論不真實、誤導，或不合乎專業要求，而導致當事人的損害，政府有權高度介入專業言論的管制。

第三種專業言論的學說，以 Paul Sherman 為代表，其將專業言論以一般言論看待，否定證照制度對言論本身的影響。該說認為政府不能以證照制度限制人民言論自由，憲法保障人民有發表各種言論的自由，無需經過政府事先許可。

該說主張專業言論應受言論自由最大程度的保障。政府若管制內容有關專業知識的言論，以傳統雙軌理論的分類標準，政府管制措施即屬於「針對言論內容的管制」，應適用嚴格審查標準檢驗管制措施的合憲性。本說與上述二說最大不同在於，本說對於專業言論的表意人主體並無資格限制。以本說的界定標準，任何人發表有關專業知識的言論，都是專業言論。

在介紹完三種學說之後，本文認為從功能論的角度看來，Post 及 Halberstam 主張

「以聽眾為中心」的理論，較符合目前證照制度與專業言論的看法，也與專業人員的社會角色功能相呼應。然而，其理論仍未就專業言論的要件做清楚的說明。

因此，本文將綜合研究所得，嘗試定義律師專業言論之要件。



3.3 律師專業言論的要件與範圍

在介紹美國聯邦最高法院判決與學說對於專業言論的看法之後，本文將以下列二則律師專業言論的判決為依據，並綜合上述本文所整理的判決與學說見解，嘗試分析律師專業言論應具備之要件及範圍，以界定律師專業言論之內涵。

3.3.1 律師專業言論實務見解

3.3.1.1 NAACP v. Button²¹³

本案涉及了律師的言論自由及執行業務行為之間的問題。政府能否以管制執行業務行為為由，而限制律師的言論自由？多數意見認為，政府不得以維持專業品質為藉口，而立法限制律師言論自由。但 Harlan 大法官提出律師與當事人間的獨特關係的概念，認為基於此種特殊性，政府有權管制律師執行業務行為，並附帶限制特定言論。

本案事實：

全國有色人種促進會 NAACP (National Association for the Advancement of Colored People) 於 1909 年在紐約設立，並以非營利組織的型態陸續在全國設立據點，包括維吉尼亞州的 86 個分會。NAACP 維吉尼亞州總會已從事多年無償公益法律扶

²¹³ 371 U.S. 415 (1963).

助業務，旗下配有由 15 名律師組成的律師團，輪流接受總會指派的扶助案件。



NAACP 維吉尼亞州總會辦理法律扶助業務的流程，一般是由當事人自行向 NAACP 申請。如總會認為當事人的案件合乎扶助條件，再指派律師與當事人聯絡並受委任後辦理。較特殊的情形是有關學校種族隔離措施的案件，這種案件會先由當地分會邀請家長與學童，先與 NAACP 的律師開會研究案情，而律師會攜帶空白委任狀及相關文件，請當事人（即家長及學童）簽名授權給 NAACP，以進行後續法律訴訟。常見情況是當事人簽名授權於委任狀上簽名授權後，由與會的律師將已簽名的委任狀帶回總會，由總會安排條件適合的律師辦理，或由 NAACP 律師辯護基金會（The Defense Fund）指派律師協助。因此，當事人事實上並非委任特定律師，而是授權委任 NAACP 及律師辯護基金會。

維吉尼亞州於 1849 年起即立法禁止仲介訴訟（running）及包攬訴訟（capping）。NAACP 總會辦理上述法律扶助業務及鼓勵民眾對抗種族隔離措施的活動，多年以來未曾被認定為仲介或包攬訴訟。嗣後，於 1956 年，維吉尼亞州通過立法將仲介訴訟者（runner）及包攬訴訟者（capper）的定義擴大包含「非政黨且無償或無擔保的個人或組織，代理當事人授權律師進行法律行動者」²¹⁴。此一增補規定將上述 NAACP 律師取得當事人授權之委任狀並交由總會指派其他律師辦理案件的做

²¹⁴ Code of Virginia, 1950, ss 54—78, as amended by Acts of 1956, Ex.Sess., c. 33

(1) A 'runner' or 'capper' is any person, corporation, partnership or association acting in any manner or in any capacity as an agent for an attorney at law within this State or for any person, partnership, corporation, organization or association which employs, retains or compensates any attorney at law in connection with any judicial proceeding in which such person, partnership, corporation, organization or association is not a party and in which it has no pecuniary right or liability, in the solicitation or procurement of business for such attorney at law * * * or for such person, partnership, corporation, organization or association in connection with any judicial proceedings for which such attorney or such person, partnership, corporation, organization or association is employed, retained or compensated.

(2) An 'agent' is one who represents another in dealing with a third person or persons.

法，均視為不當招攬訴訟（solicitation）之行為，NAACP 維吉尼亞州總會、律師辯護基金會以及律師團，全都因此受到禁制或處罰。NAACP 決定提起訴訟，請求宣告該規定牴觸美國美國憲法增修條文第 1 條及第 14 條而違憲。

聯邦最高法院意見：

案件來到聯邦最高法院，多數意見由 Brennan 大法官主筆。他認為 NAACP、律師辯護基金會與律師團，這些團體表達言論的方式，均受到美國美國憲法增修條文第 1 條及第 14 條的保障²¹⁵。

NAACP 所進行的公益法律扶助業務，並非針對特定當事人的紛爭，而是致力於增進美國全國黑人社群的權益，同時也是為社會傳達少數族群的聲音。故 NAACP 對外尋找、聯繫當事人的行為，並在各地組織的活動，是一種政治表達（political expression）²¹⁶。Brennan 大法官強調，聯邦最高法院過去早已承認美國憲法增修條文第 1 條及第 14 條保障人民得依據其理想或信念成立組織，也保障這些組織對外尋求成員的權利²¹⁷。而對於少數族群而言，這種組織性的訴訟服務，可能是他們傳達政治理念最有效的方式²¹⁸。

州最高法院聲稱，系爭規定是為了維持律師的專業水準，防止律師於法律業務的不當招攬行為（improper solicitation of legal business）。因而政府在禁止上述行為時，有一附隨（subordinating）之利益來限制律師言論，這是一種對於專業人員執行業

²¹⁵ *NAACP*, 371 U.S. at 428-29.

²¹⁶ *Id.* at 429. 有關政治言論之詳細說明，請參考劉靜怡，政治性言論與非政治性言論，月旦法學教室，第 30 期，頁 56-65（2005 年）。

²¹⁷ *Id.* at 430.

²¹⁸ *Id.* at 431.

務行為的管制²¹⁹。然而 Brennan 大法官認為政府不能以防止專業人員不當行為為由，忽略人民的言論自由保障²²⁰。是以，NAACP 總會、律師辯護基金會及旗下律師團，其從事公益法律扶助業務的行為，並非系爭規定所要管制的不當招攬訴訟行為，而是對民眾法律權益的告知、說明²²¹，應受到美國憲法增修條文第 1 條及第 14 條的保障。縱使承認州政府享有管制法律專業的權力，州政府並未舉證系爭規定以廣泛性限制措施，將達到何種實質政府利益，故不得將 NAACP 成員及律師上述行為，視為不當招攬訴訟之行為。

Harlan 大法官針對本案提出不同意見，他認為多數意見對於執行業務行為的討論太過表面，不了解維持律師專業水準的目的²²²。系爭規定並非針對言論的限制，而是「針對律師與當事人間獨特關係（the uniquely personal relationship between lawyer and client）的合理保障，並使律師執行業務不受外來因素影響」²²³，而他雖然也承認律師去告知、建議民眾行使訴訟權的言論（即本案中 NAACP 從事的公益法律扶助業務）應受憲法保障，但憲法並不保障專業人員招攬訴訟的行為，而他認為 NAACP 從事的就招攬訴訟的行為，州政府自得對此等不當的執行業務行為實施管制²²⁴，系爭規定應屬合憲。

3.3.1.2 LSC v. Velazquez²²⁵

本案提升了律師的言論自由保障。Kennedy 大法官從專業人員的角色及功能，去分

²¹⁹ *Id.* at 438.

²²⁰ *Id.* at 439.

²²¹ *Id.* at 437.

²²² *Id.* at 457 (Harlan, J. dissenting).

²²³ *Id.* at 460.

²²⁴ *Id.* at 465.

²²⁵ 531 U.S. 533 (2001).

析保障其言論自由的理由，對於專業言論的內涵及定義，提供了一個清晰的思考方向。



本案事實：

美國國會於 1974 年通過法案，成立非營利機構—法律服務協會（Legal Services Corporation，LSC），LSC 的宗旨是以國會所撥款項，扶助符合資格的當事人，以提供弱勢族群在非刑事案件中的法律服務，LSC 每年聘雇並監督律師提供免費法律服務，包括代理貧困當事人尋求社會福利制度的救助。

然而在 1996 年，國會立法明文禁止受 LSC 資助的律師從事涉及改革聯邦或州社會福利制度之游說、訴訟、立法的訴訟代理或法律代理。且系爭規定適用於 LSC 所聘雇律師的一切活動，包含非 LSC 所資助之活動。LSC 並於 1997 年制定命令，禁止受雇律師接受為了挑戰或爭執既有福利制度的委任案件；若是已受委任的案件有上述情況，LSC 建議受雇律師解除委任。因上述規定的限制，為數眾多的律師、貧困當事人、LSC 的私人捐贈者、以及受 LSC 補助或監督之機構員工，提起訴訟主張上述規定存在觀點歧視，違反美國憲法增修條文第 1 條對言論自由的保障。

聯邦最高法院意見：

本案多數意見由 Kennedy 大法官主筆，他認為 LSC 的設立，是為了促進私人言論（private speech），而非推廣政府訊息。政府設立此一計畫，利用法律專業及完善的司法制度，以達成協助社會福利制度之適格當事人獲得福利救助。在此，律師不是政府的代言人，其言論、行為都是為了他所代理的貧困當事人。從而，律師

提供當事人的建議及律師對法院的主張，不得被歸類或擴張解釋為政府言論²²⁶。



本案涉及言論最基本之私人本質，以及 LSC 管制私人言論之程度，顯示政府想要控制既有的言論媒介，並扭曲其正常功能。當政府利用或企圖管制特定的媒介，我們必須經由此等媒介設立目的，來檢驗政府設立的特殊限制是否合適必要²²⁷。

系爭法規要求受 LSC 資助的律師，不得提出質疑既有社會福利制度之主張；若其當事人之案件涉及挑戰既有社會福利制度者，就必須解除委任。此等限制全面排除在法律扶助案件中，質疑現行法規有效性的主張。而且限制律師於當事人諮詢、訴訟代理以及向法院分析的言論內容，將改變律師的傳統角色，而扭曲了司法制度²²⁸。

依據系爭規定，LSC 聘僱的律師將無法向法院主張有關社會福利法規所存在的嚴重瑕疵，這種針對言論的限制，抵觸了律師應盡力主張一切合理、有力的論點，並適當地解決爭議的專業性要求。從而，系爭法規也限制了法院賴以正確執行權力所需要的言論²²⁹。

如果系爭規定對言論及法律建議限制合憲，將會造成兩個結果：第一，人民及法院將質疑律師是否能勝任其專業工作；第二、當律師解除委任後，貧困當事人無法自 LSC 在找到其他律師協助他挑戰社會福利的案件。因此，系爭規定企圖將 LSC 與可能質疑社會福利制度之案件，完全劃清界線。故 Kennedy 大法官認為，系爭

²²⁶ *Id.* at 542-43.

²²⁷ *Id.* at 543.

²²⁸ *Id.* at 544.

²²⁹ *Id.* at 545.

法規造成的效果，限制了律師針對社會福利制度提出建議或質疑的可能性，嚴重影響律師的專業性及言論自由，顯然違憲²³⁰。



Scalia 大法官則在不同意見中表示，他認為國會當初設立 LSC 的法案，是一個聯邦補助計畫，並非聯邦管制計畫，二者基本性質不同。因為政府的管制將直接地限制言論；補助則否。除非已影響到非受補助者，補助才對於言論造成間接的限制²³¹。LSC 法案並非為了創造一公共論壇，也不是鼓勵多元觀點，而是「對補助資金使用的限制」，系爭規定不過是拒絕補助特定類型的訴訟²³²。

其次，多數意見主張本案的受補助言論並非政府言論，原因是律師具有為客戶利益代理訴訟的專業義務。但在過去案例中，聯邦最高法院曾經認定，醫師對病患的私人建議，因受有政府補助而構成「政府言論」，政府有權力加以管制²³³。律師與醫師同樣都是專業人員，多數意見於本案卻做成相反的認定，其無法接受²³⁴。

3.3.2 律師專業言論的要件

在對於美國聯邦最高法院判決及學界見解有基本認識之後，本文將嘗試從律師專業制度的特色，結合本章研究的結果，綜合歸納出律師專業言論的要件。

從前揭聯邦最高法院判決可知，專業言論涉及了證照制度與言論自由間的爭議。

證照制度之設立，是政府由職業自由的角度，對專業人員所從事的專業業務進行

²³⁰ *Id.* at 546-47.

²³¹ *Id.* at 552.

²³² *Id.* at 553 (Scalia, J. dissenting).

²³³ *Id.* at 554. 有關 Scalia 提到受補助的醫師言論自由爭議，See *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

²³⁴ *Id.* at 562.

管制。但是若因為專業人員於其專業業務之言論表達特性，就將專業人員執行業務上所有意見、訊息都視為其執行業務行為，即可能使政府得以職業自由的管制方式，以管制執行業務行為為由，不當限制專業人員應享有的言論自由²³⁵。

另一方面，若基於專業人員其職業上言論表達的特性，將其執行業務上的意見發表或交流，均納入言論自由的保障範圍內，亦非適當的做法。因為，證照制度並非人民發表特定言論的先決條件²³⁶，憲法保障醫師或律師能自由地發表專業言論，並不是因為他們具有專業人員資格，因此亦不宜將專業人員執行業務上所有的意見表達均納入言論自由之保障範圍。

雖然 White 大法官在 Lowe 案提出以「個人化」及「信賴關係」兩要件作為政府管制專業的判斷標準，但是他始終沒有說清楚究竟專業人員的言論自由（尤其是專業言論）範圍何在？在這種情況下，本文認為不宜先入為主自 White 大法官留下的分類，或現有學說見解界定專業言論之範圍，本文將以一種功能性的觀點，來探討專業言論。

首先，專業言論顧名思義，其內容必須具備一定的專業知識。同時，從功能論的

²³⁵ 有關職業自由之管制，參考司法院釋字第 711 號解釋湯德宗大法官協同意見書：「關於工作權限制之違憲審查，大法官於釋字第五八四號解釋引進德國聯邦憲法法院一九五八年六月十一日「藥房判決」所提出之三階理論，將工作權之限制區分為三種層次，並適用不同之審查基準。質言之：

1. 關於職業執行自由之限制，例如對於營業之方式、時間、地點所為之管制，須係為追求「公共利益」所必要者，始得為之；
2. 關於職業選擇自由之主觀限制，或設定「主觀許可要件」，例如限制從事職業應具備一定之技能、訓練、體能等條件，須係為追求「重要之公共利益」所必要者，始得為之；
3. 關於職業選擇自由之客觀限制，或設定「客觀許可要件」，例如設定進入市場之數量限制，乃與申請執業之個人特質無關之條件，且該條件之成就與否非該個人所能左右者，則須係為追求「特別重要之公共利益」所必要者，始得為之。」

²³⁶ Thomas, 323 U.S. at 543.



角度來看，專業言論除了內容有關專業知識以外，還必須具有一定的專業品質。

言論的專業品質應如何確保？若針對言論的內容，逐一進行評價，現實面上顯不可行。故本文主張應由言論主體的資格來認定專業性。依據本文定義，所謂「專業」人員，其主觀條件上必須要具備高等學歷，並經過專業訓練，通過檢定取得執業資格；客觀條件是業務內容與個人權益關係重大，其角色為社會功能所必要，且執行業務受到一定的倫理規範所拘束者。本文認為，這個言論主體的條件應符合前述 Halberstam 及 Post 認為專業言論必須考量專業人員的社會角色因素之主張，同時也否定了 Sherman 不限制言論主體的見解。

再從專業人員的社會角色功能思考，專業人員必須具備特定的專業義務，回應當事人及社會的需求。然而，專業人員之義務並非無邊無際，專業人員執行業務，發揮其專業功能的前提，必需先與當事人及社會建立特定關連性。因此，專業人員必先建立與當事人間的特殊信賴關係，其發表專業言論才具有實益。從 White 大法官的分類方式，亦可推知若未建立信賴關係，專業人員所發表的言論，都不算是執行其專業。故為使「專業」有實際意義，並符合社會功能性的需求，專業人員與當事人間的信賴關係，必然是專業言論的要件之一。

另外，如果專業人員成功地與當事人建立信賴關係，例如律師受當事人委任，醫師受病患掛號求診。此時信賴關係的建立，即觸發專業人員執行其專業的條件。不論此等專業是否個人化或特色化，專業人員一旦與當事人建立信賴關係，其就負有專業義務及責任。職是之故，本文認為以信賴關係作為專業人員與當事人間之紐帶即可，個人化或特色化僅是信賴關係之下必然的結果。



綜上所述，本文認為專業言論的要件包括：「專業人員的資格」、「專業知識的言論」、「信賴關係」三者。若由律師的角度，律師的專業言論應指：由律師基於與當事人間之委任關係，以其法律專業提供當事人之法律意見。

3.3.3 律師專業言論的範圍

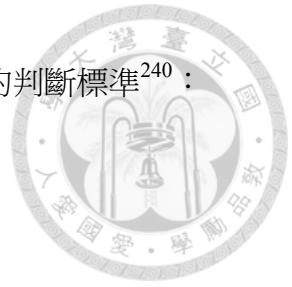
本文提出律師專業言論的要件後，下一步是確定律師專業言論的範圍。在律師的專業言論要件中，專業人員身分及專業知識的言論，均屬於言論主體的條件。但第三個專業言論的要件，即「信賴關係」，是建立在言論主體與聽眾之間條件。本文認為要界定專業言論的範圍，應自「信賴關係」的範圍進行討論。

信賴關係建立的時點，以及律師基於信賴關係的義務範圍，即構成律師專業言論的範圍。有學者有從廣義的角度解釋，主張只要「當事人以尋求專業協助的意思，向專業人員請求協助或服務，而專業人員以提供專業協助的立場受託處理當事人之問題」，則此等特殊信賴關係即已發生，律師就必須對當事人負擔專業義務，無論有無正式簽訂書面或取得報酬²³⁷。理由是專業服務的提供，著重於專業人員與當事人雙方的立場，若雙方都是以提供/尋求專業服務的立場而從事意見交流時，除非律師明示不願意接受諮詢，否則將成立「諮詢委任關係」²³⁸，信賴關係亦因此建立²³⁹。

²³⁷ 王惠光，律師與當事人間關係的建立，月旦法學教室，第 112 期，頁 42-43（2012 年）。

²³⁸ 意即律師接受當事人諮詢的委任關係。

²³⁹ 王惠光（註 28），頁 62-63。



對於律師與當事人間委任關係是否成立的問題，學者提供以下的判斷標準²⁴⁰：

- (1) 律師是否與當事人直接來往；
- (2) 當事人是否秘密地向律師傳達有關其案件的資訊；
- (3) 當事人是否曾向律師尋求法律建議；
- (4) 律師是否為當事人提供法律建議；
- (5) 律師是否明確表示不欲辦理當事人之案件。

而美國律師執業法第 14 條對於委任關係也採叫廣義的見解：

「下列情形，律師與當事人委任關係成立：

1. 當事人向律師表現出尋求法律服務的意向時，

若律師(a)表示同意，或(b)未明示拒絕但得合理期待律師瞭解當事人之意向；

2. 法庭指定律師提供服務。」²⁴¹。

本文之所以對於信賴關係的建立，採取寬鬆的認定，主要原因是律師的專業社會角色及義務。法律專業倫理強調「因角色而異的行為」，意思是一個人以「律師」身分出現時，他表現的行為與責任，與私下身分必然不同，這是專業的高度特徵²⁴²。

「律師」的頭銜即代表著執業的責任。因為一般人容易對律師產生法律專業的信任感，若當事人信賴律師的專業身分，而與律師進行法律諮詢，只要律師未明示

²⁴⁰ 王進喜（註 89），頁 74。

²⁴¹ Restatement of the Law Governing Lawyers §14. Formation of a Client-Lawyer Relationship; A relationship of client and lawyer arises when:

1. a person manifests to a lawyer the person's intent that the lawyer provide legal services for the person; and either

(a) the lawyer manifests to the person consent to do so; or

(b) the lawyer fails to manifest lack of consent to do so, and the lawyer knows or reasonably should know that the person reasonably relies on the lawyer to provide the services; or

2. a tribunal with power to do so appoints the lawyer to provide the services.

²⁴² Brian Kennedy（註 91），頁 45-46。

拒絕，就會受到律師倫理規範的拘束，必須對諮詢的內容負責²⁴³。



同時，本文在第二章即強調律師身為專業人員，負有專業性、獨立性、公益性的專業義務要求。因此，只要當事人是以尋求律師諮詢或服務的立場，而律師也在諮詢過程中與當事人形成「諮詢委任關係」，進而建立信賴關係，律師就必須對他在諮詢過程中發表的言論，負有確保該等言論真實性、非誤導性、具備專業性的義務。

揆諸上開說明，在以信賴關係及專業性的要素界定專業言論的範圍後，本文將以前所列舉之專業言論的要件，來回顧聯邦最高法院判決，以檢驗本文見解的可行性。

NAACP 案及 *LSC* 案，兩案均是針對「專業人員」（律師）；禁止律師發表與其「專業知識相關的言論」（*NAACP* 案禁止律師與當事人諮詢有關種族隔離措施的案件，*LSC* 案禁止律師提出任何挑戰社會福利制度的法律主張）；當事人至少均已構成「諮詢委任關係」（*NAACP* 案及 *LSC* 案，律師均已接觸當事人討論案情）。

承上，在 *NAACP* 案及 *LSC* 案中，律師以提供法律服務的立場與當事人接觸後，已構成委任關係，而律師針對重要法律議題的言論，如種族隔離或社會福利制度的爭議，此時政府已構成對於專業言論的限制。由此可知，本文提出的律師專業言論之要件及範圍，應可值參考。

²⁴³ 王惠光（註 28），頁 13-19。



3.4 保障律師專業言論的理由

在歸納出律師專業言論的要件與範圍之後，應當要研究的是律師專業言論有什麼值得特別類型化保障的理由。以下本文從傳統言論自由價值理論的觀點，來討論保障律師專業言論的可能性。

3.4.1 言論自由價值的基礎理論

通說在處理言論自由的問題時，多採取「價值取向」的思考方式²⁴⁴，意即言論究竟應具備何種條件、價值或功能，才應該受到憲法所保障的特質，或者應該具有怎樣的價值或功能，才應該受到憲法的保障。是以，本文認為實有必要針對專業言論具備的功能與價值進行研究，以檢驗專業言論是否具備憲法保障之價值，以及保障之範圍如何。

3.4.1.1 多元價值論

為什麼要保障言論自由，有學者自綜合性的觀點，提出言論自由所具備的重要價值，而事實上，即使是研究單一價值論的學者，至今提出之看法，均未超出以下四者的範疇²⁴⁵：

A. 促成個人實現自我

言論自由是確保個人能實現自我之手段。為了充分實現個人特性及天賦，必須保障個人享有充分的自由，包括心智上的自由。因此，壓抑他人的信仰、理念、意

²⁴⁴ 林子儀（註15），頁134。

²⁴⁵ 同上註，頁119-121。

見的表達，違反他人的自由與尊嚴，並否定他人的基本個性與天賦。



B. 增進知識及追求真理

言論自由乃個人增進知識與追求真理時必要的方法，唯有保障言論自由，不同個人才有機會與各方意見進行對談、傾聽、交流之活動，因此，言論自由也必須容許不同意見的存在的，並接受各種觀點的質疑與辯論，只有經由公開討論，迫使個人思考、反省自己所知，才有機會做出更明智的判斷。

C. 強化民主參與

藉由言論自由將增進社會大眾的民主參與，人民擁有充分的言論自由，才能增進個人判斷能力及社會理性討論，進而有效地行使同意權，形成政治決策，強化民主正當性，進一步參與各類事務的討論。

D. 維持社會安全

言論自由的公開討論功能，有助於人民整合意見、取得共識，使社會自我調整以適應環境，發展新的想法。公開討論也讓社會有更大的凝聚力；因為只要人們能夠參與決策的過程，即使決策的結論對其不利，但在言論自由賦予其充分的程序保障下，人們較會傾向接受不利的結果。藉由言論自由保障個人不同意見的存在空間及公開討論、參與程序的機會，將可維持社會穩定與變遷之均衡。

3.4.1.2 單一價值論

除了上述的多元價值論以外，尚有其他學說認為言論自由之保障，係奠基於主要的單一價值，本文以下將介紹較為人所知的三種單一價值論之言論自由保障理論，

並簡介其內容²⁴⁶：



A. 追求真理說

「追求真理說」(truth-seeking theory)或稱為言論自由市場說(theory of marketplace of ideas)。本說是最早提出的言論自由理論。主張保障言論自由的目的，是因為藉由言論市場的自由開放，所有意見、評論、資訊均將在自由討論與競爭之下，進而幫助於人類增進智識，發現真理²⁴⁷。

關於追求真理說的起源，最早可追溯至於 17 世紀之英國文學家兼哲學家 John Milton。Milton 相信人類本於理性，擁有區辨是非利害的能力。因此，開放言論自由讓真理與謬論公開競爭辯駁，人類必可從言論自由的場域中發現真理²⁴⁸。之後，19 世紀之英國哲學家 John Stuart Mill 接續 Milton 的觀點，也主張開放的言論自由，有助於人類追求真理，同時反對政府對任何言論的禁止，因為任何言論不論其為內容是非對錯，或為真理或謬論，對於言論的公開討論，均有助於追求真理之目的，因而應允許人民自由發表言論，政府不得恣意介入管制²⁴⁹。

本說成為顯學的關鍵，是美國聯邦最高法院大法官 Oliver Wendell Holmes, Jr. 於 1919 年之 *Abrams v. U.S.* 案中不同意見²⁵⁰，提出「言論思想自由交換」(free trade in ideas) 的理論，呼應 Mill 先前的言論自由理論²⁵¹。Holmes 大法官認為：「經由思

²⁴⁶ 各理論翻譯用語，參考林子儀，言論自由之理論基礎，收於：言論自由與新聞自由，頁 7（1999 年）。

²⁴⁷ 林子儀（註 15），頁 121-122。

²⁴⁸ 林子儀（註 246），頁 17-18。

²⁴⁹ 同上註，頁 20。

²⁵⁰ 250 U.S. 616 (1919)。

²⁵¹ 林子儀（註 246），頁 20。

想的自由交換才能更接近那至高之善 (the ultimate good)；所以，某種思想是否為真理，只要將它置於自由競爭的市場去檢驗，看它是否為人所接受。」²⁵²。Holmes 以「市場機能」的觀念結合 Mill 追求真理的言論自由理論，創造出了知名的「言論自由市場理論」(market place of ideas theory)。其見解主要認為開放言論、思想的自由競爭，不僅有助於追求真理、糾正謬論，在過程中也可以加強對真理之信念。只要將言論市場開放，讓所有言論自由競爭，人類自然可以在公開辯論的過程中，自由主張自己的看法，並接受不同意見的質疑，進而經由辯證尋得自己堅信的真理，而非盲從附會他人的意見²⁵³。

綜上所述，本說以追求真理為言論自由之目的，凡是言論有助於社會大眾追求真理者，即應予以保障，而個人之言論自由只是種眾人追求真理之「工具」。因此，個人是否享有言論自由，端視其言論是否有助於大眾追求真理，而言論對個人自我的意義，並非本說在意的重點²⁵⁴。同時，本說相信自由市場機能，強調開放言論市場，讓各種言論或思想進行辯證。但維持自由市場機能之前提，必須容許各種不同的聲音都能夠進入市場，不得設限，否則將大大降低言論自由市場的競爭效率，亦也就無從發揮公開辯論、追求真理的功能²⁵⁵。

追求真理說所保障的言論價值，和民主政治的運作有相當緊密的關係。由於有效的民主政治運作程序，仰賴相當程度的辯論、溝通和說服，並且奠基於言論能夠不受限制地公開討論和接受檢驗的大前提。因此，縱使追求真理說基本立場並非

²⁵² “The ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market...” Abrams, 250 U.S. at 630.

²⁵³ 林子儀 (註 15)，頁 123-124。

²⁵⁴ 林子儀 (註 246)，頁 21-22。

²⁵⁵ 劉靜怡，言論自由：第一講「言論自由」導論，月旦法學教室，第 26 期，頁 75 (2004 年)。

為了直接促進民主政治的健全化，但是從本說所強調的言論市場健全運作理念來看，也可以將追求民主政治健全化，是為本說所追求的目的之一²⁵⁶。



B. 健全民主程序說

第二種廣為大眾所接受的言論自由理論為「健全民主程序說」(democratic process theory)，本說主張言論自由之價值，在於保障言論自由可提供人民參與民主政治程序時所需之資訊，有助於健全民主政治程序的運作。保障言論自由的程度越高，人民可獲得的資訊愈完整、豐富，進而作成正確的政治決定，民主政治之運作因此更為健全²⁵⁷。

本說首先由 Alexander Meiklejohn 教授提出，其理論之前提為個人的「人民自治」(self-government)之民主政治，進而建立「人民自治」之民主政府²⁵⁸，而「人民自治」之意義就是統治者（政府）之合法權力源自於被統治者（人民）之同意；如果缺少了被統治者的同意，則統治者之權力即非合法正當。而在民主政治運作程序下，實現人民自治的關鍵點，在於「選舉」程序，保障言論自由的目的，即在於提供人民必要且充分的資訊以資判斷，以讓人民在選舉時能做出正確的選擇²⁵⁹。從而，言論自由不是自然或理性之法則（Law of Nature or of Reason），而是為了實踐民主程序及選舉制度，必須建立的制度²⁶⁰。

美國聯邦最高法院 Jackson 大法官在 1945 年 *Thomas v. Collins* 案的協同意見中，也

²⁵⁶ 同上註。

²⁵⁷ 林子儀（註 246），頁 24。

²⁵⁸ 林子儀（註 15），頁 124。

²⁵⁹ 林子儀（註 15），頁 124。

²⁶⁰ 林子儀（註 246），頁 24-25。

曾表示類似本說之見解，他表示：「言論自由之所以被保障，是我們的先輩們知道，這是讓自由人民實現民主政治的不二法門」²⁶¹。之後，在 1964 年 *New York Times v. Sullivan* 案²⁶²，由 William J. Brennan, Jr. 大法官所主筆的法院見解，即採用 Meiklejohn 教授的見解，主張「美國立國所承諾的基本原則之一，即為保障人民得不受限制、強而有力及寬廣開放地討論公共議題，其中也包括了對政府或公職人員之激烈、苛刻及不快的刺耳批評」²⁶³，自此，健全民主程序說在美國即成為言論自由理論之顯學，並成為美國法院對言論自由保障的共識²⁶⁴。

然而，由於 Meiklejohn 以工具性的觀點看待言論自由，在健全民主程序說所追求的言論自由價值下，很可能推導出只有涉及人民直接或間接參與民主政治程序所需的言論，亦即涉及民主政治運作程序、具有公共利益的言論，才屬於本說所保障的言論，例如政治言論；而其他與公益較無關連、或以私益為核心的私人言論（private speech），則不受憲法言論自由所保障²⁶⁵。

另外，本說與前述追求真理說，形式上為兩種不同言論自由保障單一價值理論，但健全民主程序說認為保障言論自由可提供大眾在參與民主政治運作所需之資訊，與追求真理說強調所開放言論自由公開及意見交流的主張，同樣都是要求保障言論自由，使人民獲取更多資訊，藉以發現「政治上的真實」。由此可知，實質上健

²⁶¹ *Thomas*, 323 U.S. at 546.

²⁶² 376 U.S. 254 (1964).

²⁶³ “Thus we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials.” *Id.* at 270.

²⁶⁴ 林子儀（註 15），頁 125。

²⁶⁵ 劉靜怡（註 255），頁 76。

全民主程序說與追求真理說二說對於言論自由的保障，某方面十分貼近²⁶⁶。



C. 表現自我說

上述追求真理說與健全民主程序說，認為言論自由所以要有保障，乃在其有助於聽眾追求真理，或在參與民主政治程序時作較正確之政治選擇，二說所強調言論自由的價值，是一種有助於聽眾達到目的之手段，而偏向工具性的價值，但表現自我說，則將保障言論自由的理由聚焦在言論對於表意者（speaker）自身的價值²⁶⁷。

表現自我說（self-expression theory）或稱為自我實現說（self-fulfillment or self-realization theory），本說的基本立論在於，言論自由之基本價值，是為了保障個人自主（autonomy）及自由（liberty）的自我表現（self-expression），藉由保障言論自由肯定個人自主存在之尊嚴，並進而獨立自主地發展自我（self-development）、實現自我（self-realization）與完成自我（self-fulfillment）²⁶⁸。

本說與前揭之追求真理說和健全民主程序說比較，其間存有本質上的差異。前已述及，追求真理說及健全民主程序說，對於保障言論自由之目的，採取較工具性之觀點，屬於一種功利主義（utilitarianism）之價值觀²⁶⁹。但表現自我說認為個人的存在絕非為他人完成某種目的之工具，個人自身即是目的，因此，個人之言論自由乃源自其獨立自主及自由決斷的意志，言論自由即為表意者本身之目的，憲法

²⁶⁶ 林子儀（註 15），頁 126。

²⁶⁷ 同上註，頁 126。

²⁶⁸ 同上註，頁 127。

²⁶⁹ 林子儀（註 246），頁 7-8。

應保障其得自由地表達意見，不受干涉的權利²⁷⁰。而縱使是表意人之不具任何深意的言論或抒發，只要是其個人自主活動的表現，亦應予以保障²⁷¹。由此可知，表現自我說所保障的言論相當的廣闊，可以說除了保障所有個人自由的表現及發抒之外，前述追求真理說及健全民主程序說所保障之言論亦在保障範圍之內²⁷²。

表現自我說到 1970 年之後才受到重視，本說興起的背景，主要是因為工業革命後，社會逐漸倚賴各種組織機構的運作，致使個人獨特性和自主性受到侵蝕，對於個人的言論表達和人格尊嚴發展形成壓迫。賦予個人基本權利的保障，包括思想自由、言論自由、政治自由、集會結社自由、財產自由等，回復個人「自主性」，讓個人能夠自我發展，乃是對人性尊嚴最好的保障²⁷³。

美國聯邦最高法院 William O. Douglas 大法官即是表現自我說的倡導者，其早年即於判決中闡明憲法保障言論自由之目的即在保障個人之獨立自主，至晚期更直接地指出言論是否受憲法保障，應自表意者的利益觀點來判斷²⁷⁴。而 John Marshall Harlan，Thurgood Marshall，以及 William J. Brennan 三位大法官亦曾於不同案件中闡述應以保障個人獨立自主之尊嚴及價值，做為憲法保障言論自由的目的²⁷⁵。

表現自我說本質上是屬於一種「權利理論」(right-based theory)，與前述追求真理說或健全民主程序說將言論自由視為工具性價值的觀點不同，某程度上補強了法

²⁷⁰ 同上註，頁 35。

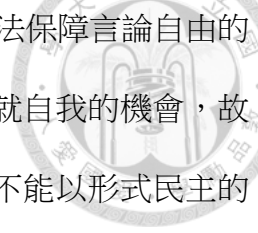
²⁷¹ 同上註，頁 36。

²⁷² 同上註，頁 43-44。

²⁷³ 劉靜怡（註 255），頁 76。

²⁷⁴ 林子儀（註 246），頁 36-37。

²⁷⁵ 同上註，頁 37-38。



理上對於個人自尊（self-respect）的要求²⁷⁶。依據本說見解，憲法保障言論自由的主要目的，在於保障個人享有自主尊嚴，並得以實現自我和成就自我的機會，故而，政府不但不能任意限制或剝奪個人的基本權利，其他人也不能以形式民主的多數決方式，加以限制或侵害個人基本權利，亦即，政府或他人不得強迫個人犧牲自己的人格尊嚴，違反自我意願去接受多數人的意見，否則即違反憲法保障個人言論自由的自我實現價值²⁷⁷。

3.4.2 保障言論自由價值的觀點

本文簡單介紹了言論自由保障之基礎理論後，將綜合上述基礎理論（尤其是單一價值論），探討專業言論應受言論自由保障之理由。保障的理由本文將由言論自由與證照制度間之關聯性、言論自由基礎理論及專業言論本身之價值等觀點，逐一檢視專業言論受憲法保障之理由。

3.4.2.1 開放專業知識資訊的流通

追求真理說強調言論市場的自由開放，納入所有意見、評論、資訊，在自由討論與競爭之下，進而幫助於人類增進智識，發現真理。因此當言論自由獲得充分保障時，個人得以從外界吸取大量資訊，內化為自己之意見與信念，並表意於外，這對個人人格之健全發展及自我實現均存有高度社會價值²⁷⁸。因此，專業言論若能進入言論自由市場，此等專業知識之傳播，應對人民及社會具有重大意義。

²⁷⁶ 劉靜怡（註 255），頁 76-77。

²⁷⁷ 同上註，頁 77。

²⁷⁸ 許志雄，廣告與表現自由，月旦法學雜誌，第 33 期，頁 10（1998 年）。

其次，學者主張若言論思想的市場如果是開放自由的，讓不同的言論或思想自由公平競爭，由社會大眾自比較並選擇合理的言論思想。使人民獲取較為正確的訊息，協助作成適當的抉擇，不論是經濟或政治的決定。只要是任何一種言論能夠滿足上述目的的，就應納入言論自由保護的範圍²⁷⁹。

以「資訊提供」作為保障言論自由的理由，一方面有利於資訊傳遞者傳遞信息之需求，另一方面對於言論市場上的消費者行使知的權利獲取訊息，亦有實益。雖然聽眾為中心之利益，可能形成一種功利主義的工具性理由，但從多元價值的觀點，此仍屬於憲法言論自由保障之範圍²⁸⁰；同時，大量的資訊將有助於個人意見形成，具有政治上的意義，也助於建構言論自由市場，方便社會大眾作成社會生活上的必要選擇，具有重要社會價值²⁸¹。

另有學者則從現代社會高度資訊化之觀點，主張現今資訊流通快速，政府不僅不應限制資訊的自由流通，甚至有義務使人民得接近、取得必要資訊和資源。目前社會中資訊已超越其原本單純「手段性」、「工具性」價值，而具有教育、推廣知識之功能。人民得藉由獲取大量資訊，培養自主判斷之能力，在複雜的現代社會中做出明智的決定，因此，在高度資訊化的社會下，人民取得、選擇資訊之自由，應成為言論自由保障的對象之一²⁸²。此見解應可適用於專業言論之保障，因專業本身即帶有滿足社會所需功能的工具性格，加強專業言論流通及教育之價值，應符合專業保障個人權利及社會公益的要求，亦可藉由專業言論的流通，減輕專業

²⁷⁹ 林子儀，商業性言論與言論自由，美國月刊，第2卷第8期，頁27-28（1987年）。

²⁸⁰ 李念祖，菸品標示管制與言論自由之限制—釋字第五七七號解釋之研究，東吳法律學報，第17卷第1期，頁13（2005年）。

²⁸¹ 同上註。

²⁸² 黃銘傑，美國法上的言論自由與商業廣告—兼論司法院大法官會議釋字第四一四號解釋，台大法學論叢，第27卷第2期，頁391（1998年）。

團體長期排外壟斷之缺失。



3.4.2.2 保障專業人員的自主決定權

憲法保障言論自由之目的，即為保障個人的自主尊嚴及自我發展的機會。言論自由之價值，即在保障個人得獨立自主地表現自我，尊嚴地實現自我²⁸³，此等個人存在之自主尊嚴及基本價值，並非為了滿足他人或社會大眾之利益，而是自我實現所必須，因此不宜以功利主義衡量個人價值²⁸⁴。言論自由之保障價值，應反求諸己，以自我表意、自我實現為中心，因此專業人員自身對於專業言論之發表或執行業務行為的執行，亦有實現自我的利益。

我國憲法保障之言論自由，並非特定類型的言論、也未限定特殊主體，只要是憲法價值下的言論或意見交流，均受到言論自由所保障。在現代民主的社會中，真正對個人有意義的乃是「言論的自由」本身，而非特定類型的言論自由²⁸⁵，依此，專業言論之價值存在專業人員發表言論的自由，此等自由縱使受到證照制度等工具性價值所影響，然而專業人員獨立做成專業判斷，不受外力所影響，彰顯個人能力與專業價值，亦可視為一種自我實現。

當專業人員在執行專業業務時，本於其專業知識及專業規範，其得自由判斷何種決定是最有利於當事人，也可自由判斷是否或如何表達其專業意見，這是專業人員本於言論自由核心價值，拒絕成為他人言論工具的權利行使²⁸⁶。當然，在專業

²⁸³ 林子儀（註 246），頁 42-43。

²⁸⁴ 同上註，頁 8-9。

²⁸⁵ 黃銘傑（註 282），頁 383。

²⁸⁶ Jennifer M. Keighley, *Physician Speech And Mandatory Ultrasound Laws: The First Amendment's Limit On Compelled Ideological Speech*, 34 CARDOZO L. REV. 2347, 2373 (2013).

規範之下，專業人員所承擔之義務可能會減損其言論自由的權利，但這是專業倫理的問題，專業人員仍有權利拒絕此等限制，政府或專業規範絕無任何理由得強迫專業人員僅能遵照其指令行事。如同在信賴關係下，當事人信賴專業人員為其做成的最佳判斷，專業人員做成此等判斷是依據其自主決定，而非政府或專業規範的規定²⁸⁷。

雖然有學者主張，基於專業言論的工具性本質，其對於民主自治關聯性較低，因而受到較弱之保障。惟表現自我說雖非美國憲法增修條文第 1 條的唯一理論，但仍有不少見解主張美國憲法增修條文第 1 條應被理解為，不論某人就所選議題所為溝通是否有助民主，而就該溝通權利給予廣闊、自由的保護。況且，鑑於美國實務界對於鬥狗影片、暴力電動遊戲、製藥細節資料，甚至專家對特定外國恐怖組織的建議，均認為屬於美國憲法增修條文第 1 條的保護範圍。從如此廣闊的言論自由保障範圍觀點來看，難以想像僅限以民主自治作為優勢價值時，應如何看待專家對於如節食、子女教養或寵物照顧等較平凡議題發表言論之憲法地位²⁸⁸。

3.4.2.3 否定對於民主政治程序的直接貢獻

從健全民主程序說的角度，言論的「憲法價值」(constitutional value) 決定了言論受憲法保障的程度，對民主自決愈有助益的言論其憲法價值越高，受到憲法保障的程度亦越高。

Post 主張美國憲法增修條文第 1 條保障公共論述的原因在於，公共論述是表意者

²⁸⁷ *Id.* at 2374.

²⁸⁸ Sherman, *supra* note 25, at 196-97.

實踐民主參與的過程，藉由主動參與並貢獻於公共論述的過程實現人民自治，形塑出集體的民主意識而影響政府施政，確認統治的民主正當性²⁸⁹。同時，公共論述也實現了言論自由市場理論讓各種言論及意見交流的可能性。



Post 不否認專業言論仍可能提升當事人自我人民自治的能力。雖然專業人員提供意見或服務，鮮少直接促成當事人參與民主程序的行為，但當事人獲得專業意見時，此等專業意見可能影響當事人的世界觀，致使其進一步思考專業服務對其個人的影響，以及專業於社會中的功能，而間接地促進民主程序的決定²⁹⁰。即使當事人所獲得之專業意見並未開展其世界觀，僅僅提供其專業知識讓他能做成有利的決定，促進生活中的資源分配，這種情況下的專業言論，某程度上滿足了憲法言論自由要求資訊傳播的意義²⁹¹，但對於健全民主程序的貢獻並不顯著。

Post 認為相對於公共論述，專業言論不具有「直接」健全民主程序或有助於真理發現的功能。專業言論的表意者在公共論述場域中提供資訊，而資訊的自由流通雖有助於提升聽眾的決策能力²⁹²，但並未直接地對民主程序的形成有貢獻，而是間接在資源有效分配上來健全民主討論的場域²⁹³。故而，聽眾獲取專業言論的利益，凌駕於表意者的自我實現利益，在健全民主與追求真理的前提下，表意者淪為工具性的角色。此種由接收者的利益推導而出的「間接性功能」論述是在健全民主程序說下，專業言論受到憲法保障的正當化基礎，卻也是專業言論僅受到較低程度保障的原因。

²⁸⁹ Robert Post, *supra* note 20, at 20.

²⁹⁰ Keighley, *supra* note 286, at 2371.

²⁹¹ *Id.* at 2371-72.

²⁹² Halberstam, *supra* note 17, at 779-81.

²⁹³ Post, *supra* note 20, at 8-10.



Post 進一步強調言論自由並不保障人民獲得資訊之功能，他進一步說明，當人民參與公共論述時，人民被賦予的特權是作為公共論述的統治者，實踐人民自治的理想，人民被給予發表言論的自由及自治權限。但當人民發表專業言論時，他從事的並非參與人民自治，而是市場機制下的供給與需求。此時人民的地位是被統治的客體，只能被動接收言論。如果要將人民自治或自我實現的目標，仰賴於被統治的言論客體，那我們永遠無法治理我們自己²⁹⁴。

同樣的道理，美國憲法增修條文第 1 條給予人民平等參與論述的機會，但在專業言論預設框架下意見交流的情形則否，舉例來說，醫師身為專業人員，其不能以表現自我為由主張言論自由，而不論正確性或誤導性，就恣意給予病患意見；醫師也不能為了刺激公開辯論，而提出錯誤或誤導性的醫囑。因醫師受到專業規範及懲戒措施的拘束，以保障長治久安的病人健康與醫療效益²⁹⁵。醫師能主張言論自由的前提是因為他們傳遞給病患的訊息應受保障，憲法保障的是病患接受正確醫療資訊的權利，而非醫生自由表意的權利。因此，政府得以立法要求醫師應給予病患正確可信的醫療資訊，甚至以針對內容或觀點的管制皆可允許²⁹⁶。

承上，回到言論自由的基礎原則，政府不能要求人民發言必須正確無誤，然而在專業言論的場域下就可以，也應該如此要求²⁹⁷。專業人員與當事人之間的關係並非公開討論的場域，雙方也不會進行辯論以尋求真理，反而是一種受限制的意見

²⁹⁴ Robert Post & Amanda Shanor, *Adam Smith's First Amendment*, 128 HARV. L. REV. F. 165, 171-72 (2015).

²⁹⁵ Post, *supra* note 21, at 951.

²⁹⁶ Post, *supra* note 21, at 979.

²⁹⁷ Post & Shanor, *supra* note 294, at 178.

交流。專業人員基於專業規範，必須依據當事人利益表達最適合的意見，因此當事人可以相信專業人員建議的真實性、正確性及專業性²⁹⁸。



Halberstam 專業言論中專業人員與當事人之意見交流必須以一定程度的共同溝通基準為前提，因此溝通必須在預設框架之定義下進行，其內容某程度得以事先預測²⁹⁹，例如律師應該遵循特定的模式與當事人進行溝通。但在這種預設框架之下，基於專業人員與當事人之間的特殊信賴關係，以及專業人員的專業知識優勢，當事人對於專業人員給予的建議，存有極高的信賴。此等言論上的優勢，正是專業言論受到限制的原因³⁰⁰。

而由於上述專業人員擁有在言論上不對等之優勢，即使信賴關係存在，憲法仍應假設當事人可能過度依賴且非理性的、容易受制於專業人員，故政府有必要介入保護當事人免受詐欺或不當專業行為之侵害³⁰¹；另一方面，為了保障當事人所接收之專業言論內容之真實性、非誤導性，憲法亦容忍政府對於該類言論實施較高度度的管制。基本上，因為政府不信任當事人對專業言論的判斷能力，因此憲法要求專業人員的言論自由，應退讓於當事人獲取資訊的權利³⁰²。

專業言論之言論內容、觀點侷限於預設框架之下，在言論自由市場中該類言論量的增加亦無法提供更多元的觀點。不僅如此，相同的觀點大量佔據公共論述場域，

²⁹⁸ Keighley, *supra* note 286, at 2370-71.

²⁹⁹ Halberstam, *supra* note 17, at 833.

³⁰⁰ Post, *supra* note 20, at 49.

³⁰¹ Edwin C. Backer, *Paternalism, Politics, And Citizen Freedom: The Commercial Speech Quandary In Nike*, 54 CASE WESTERN LAW REVIEW 1161, 1172-1173 (2004).

³⁰² *Id.* at 1173.

甚至會破壞原本自由開放的思想市場，造成觀點的單一與偏頗³⁰³，與追求真理說所尊崇的言論價值背道而馳。而基於專業人員與當事人間所建立信賴關係，以及專業言論意見交流的預設框架前提，專業言論的保障不會源於專業人員實現自我或言論自由市場的理論價值。何況，專業言論之所以為美國憲法增修條文第 1 條所保障，正是源於專業人員與當事人間信賴關係下之意見交流³⁰⁴。

3.5 專業言論的違憲審查標準

3.5.1 言論自由之違憲審查模式簡介

美國聯邦最高法院在處理涉及言論自由之案件時，依據歷年來的判決先例，發展出一套以政府管制客體是否涉及言論內容的判斷模式，區分為「針對言論內容之管制」與「非針對言論內容之管制」。學者稱此等區分判斷模式為「雙軌理論」。在「針對言論內容之管制」部分，再以所謂的「雙階理論」將言論類型分類「高價值言論」與「低價值言論」，適用不同的違憲審查方式。

在適用雙軌理論及雙階理論將所涉爭議分類之後，聯邦最高法院就政府管制言論之立法或行政措施的「手段」與「目的」之間關聯性進行違憲審查時，通常採用「三重審查標準」之違憲審查模式³⁰⁵。

³⁰³ *Id.* at 1175.

³⁰⁴ Renee Newman Knake, *Attorney Advice And The First Amendment*, 68 WASH. & LEE L. REV. 639, 674-75 (2011).

³⁰⁵ 有論者主張我國憲法第 23 條之比例原則，解釋上可參考三重審查標準進行操作，參考司法院釋字第 578 號解釋許宗力大法官協同意見書：「比例原則之操作，一般總以為僅僅是依循三個次原則之要求，單純作目的與手段間之利益衡量而已。其實，操作比例原則，不僅與利益衡量有關，也涉及對立法事實認定之審查。例如適合原則審查手段是否有助於目的之達成，或必要原則審查可能之較小侵害之替代手段，就目的之達成，是否與系爭手段同等有效，或狹義比例原則審查公益之迫切性是否足以正當化對基本權之限制，往往須先行判斷立法者尚不採干預行動，公益所可能面臨危險的嚴重程度與危險發生的可能性等等，都涉及對立法者就事實之判斷是否正確之審查。為避免司法者就相關立法事實存在與否形成心證時，會流於恣意，也同時為提升司法審查的可預



本文於此將簡單介紹「三重審查基準」、「雙軌理論」、「雙階理論」。並嘗試針對現行法制下對於律師專業言論的管制規範，進行違憲審查的操作。

3.5.1.1 三重審查標準

A. 合理關聯性審查標準

合理關聯性審查標準（the rational relationship test；the rational basis standard），是最寬鬆的審查標準。法院適用此一標準審查政府立法或其他行政措施是否合憲時，僅審查該立法或行政措施之目的是否為了追求「合法的」（legitimate）利益；在手段的審查方面，也只要求該立法或行政措施所採取之手段與追求之目的間具有「合理的關聯性」（rational relationship）³⁰⁶。

若政府立法或行政措施追求之目的為合法利益，手段與目的之間亦具有合理關聯，則此等立法或行政措施即未逾越憲法對人民基本權利之保障。簡言之，由於合理關聯性審查標準十分容易符合上述二要件，故當法院決定採用合理關聯性審查標準時，事實上等於是對政府立法或行政部門決定的禮讓³⁰⁷。

B. 中度審查標準

測性與可接受度，逐步發展出寬嚴不同的審查基準，自亦有其必要。參酌外國釋憲經驗，關於對立法事實判斷之審查，約可粗分三種寬嚴不同審查基準：如採最寬鬆審查標準，只要立法者對事實的判斷與預測，不具公然、明顯的錯誤，或不構成明顯恣意，即予尊重；如採中度審查標準，則進一步審查立法者的事實判斷是否合乎事理、說得過去，因而可以支持；如採最嚴格審查標準，司法者對立法者判斷就須作具體詳盡的深入分析，倘無法確信立法者的判斷是正確的，就只能宣告系爭手段不符適合原則之要求。」。

³⁰⁶ 林子儀（註 15），頁 166。

³⁰⁷ 同上註，頁 166-167。

中度的審查標準（the intermediate scrutiny test）要求政府立法或行政措施之目的，必須是追求「實質重要」（substantial or important）的政府利益，其選擇的手段必須為相對侵害較小之方式，且與欲達成之目的間具有實質關聯性（substantially related to achievement of those objectives）³⁰⁸。

在中度審查標準之下，政府立法或行政之措施如果是為了追求實質重要的政府目的，且其所選擇的手段，是經過適當的選擇而為侵害性較小的手段，或與達成該目的具實質關聯，則該政府立法或行政行為即屬合憲。

C. 嚴格審查標準

嚴格審查標準（the strict scrutiny test）要求政府應舉證其立法或行政措施所追求之目的為「相當急迫及非常重要」（compelling）的政府利益；而政府為達成該目的所採用的手段，必須為達成該目的之必要且侵害最小的手段，且手段與目的間之關聯性須密不可分。

相對於寬鬆的合理關聯性審查標準，若法院使用嚴格審查標準進行違憲審查，被審查的政府立法或行政措施均難逃過被宣告違憲的結論³⁰⁹。

3.5.1.2 雙軌理論

雙軌理論（the two-track theory）的起源，學者認為是美國聯邦最高法院 Thurgood Marshall 大法官主筆 1972 年 Police Department of Chicago v. Mosley 案時所闡明的：

³⁰⁸ 同上註，頁 167。

³⁰⁹ 同上註，頁 167。

「美國憲法增修條文第 1 條保障言論自由的意義，就是政府沒有權力基於言論傳達的訊息、理念、議題或內容而禁止言論的表達」³¹⁰。之後，聯邦最高法院即依據 Marshall 大法官上述見解，於處理言論自由案件時，以政府管制行為是否欲針對言論所傳達的「思想、資訊、議題」，區分為「針對言論內容的管制」(content-based regulations) 及「非針對言論內容的管制」(content-neutral regulations)³¹¹。

所謂「針對言論內容的管制」，意即政府管制措施的客體，係基於言論所表達的思想、資訊、議題³¹²，或該等思想、資訊、議題所可能產生的「傳播效果」或「傳播影響」³¹³。而對於「觀點」的管制也屬於針對言論內容的管制³¹⁴。

「非針對言論內容的管制」係指限制言論自由之政府措施，並非針對言論表達的內容或言論的影響而進行管制³¹⁵。

美國法院發展出雙軌理論的目的，就是為了在處理言論自由案件時，對於政府管制措施，應以何種審查基準進行違憲審查。依據雙軌理論，針對言論內容的管制所適用的違憲審查標準，應比非針對言論內容的管制者之更為嚴格，尤其是「觀點歧視」之管制，是對言論自由最嚴重的侵害³¹⁶。

³¹⁰ “The First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content.” *Mosley*, 408 U.S. 92, 95 (1972).

³¹¹ 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收於：言論自由與新聞自由，頁 154 (1999 年)。有學者譯為「內容為標的」(content-based) 及「內容中立」(content-neutral)，參考法治斌，跳脫衣舞也受表意自由的保護嗎？—試論 *Barnes, Prosecuting Attorney of St. Joseph County, Indiana v. Glen Theatre, Inc.*一案，收於：法治國家與表意自由，頁 271-272 (2003 年)。

³¹² 林子儀 (註 311)，頁 156。

³¹³ 劉靜怡，言論自由：第二講言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，第 28 期，頁 43 (2005 年)。

³¹⁴ 林子儀 (註 311)，頁 184-185。

³¹⁵ 同上註，頁 161。

³¹⁶ 劉靜怡 (註 313)，頁 47。



質言之，「針對言論內容的管制」應採取較嚴格的違憲審查基準，主要是因為這樣的政府行為，實際上造成某些言論及其所表彰的思想、訊息、觀點無法自由流通傳播。社會大眾將無法完整獲取資訊，妨礙其追求真理、實現自我，甚至影響公共事務的討論，而阻礙民主程序之進展，違背言論自由保障的目的。此外，針對言論的管制，等同於對不同言論施以差別待遇，違反憲法平等原則的保障。是以，對於針對言論內容的管制，應採取最嚴格的審查標準³¹⁷。

針對言論內容的管制在違憲審查的操作，是先推定政府行為有礙於言論自由，而由政府舉證證明其行為對於言論自由造成的危險不存在，以充分保障人民所享有之言論自由³¹⁸。

我國司法院釋字第 445 號解釋，將集會遊行法之相關規定，區分為不涉及言論內容的規定（限制言論表達之時間、地點及方式者）與涉及言論內容的規定（限制主張共產主義或分裂國土之言論、限制有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞之言論、限制有危害生命、身體、自由或對財產造成重大損壞之虞之言論），並就前者以較寬鬆違憲審查標準檢驗其合憲性；但後者則以嚴格審查標準審查其合憲性。準此，此等解釋方式頗有雙軌理論的影子³¹⁹。

3.5.1.3 雙階理論

美國聯邦最高法院在處理言論自由相關案件時，除了前述的雙軌理論外，也以言

³¹⁷ 同上註，頁 48-49。

³¹⁸ 同上註，頁 49。

³¹⁹ 林子儀（註 15），頁 159-160。

論內容所涉言論類型為準，發展出「雙階理論」(the two level theory)。



雙階理論源自於 1942 年 Frank Murphy 大法官在 *Chaplinsky v. State of New Hampshire* 案提及：「言論自由並非在任何時空或條件下，均受到絕對的保障。對於某些有限的言論進行禁止或處罰，也不會發生憲法上爭議，例如淫穢 (lewd) 及猥褻 (obscene) 言論、粗俗 (profane)、誹謗 (libelous) 及挑釁言論 (fighting words) 等。而經由充分觀察，這些類型言論本身不含有任何理念表達。即使此等言論仍有利益，但管制此等言論所失利益，明顯地小於管制這些言論欲維持之社會秩序及道德規範所得到的利益」³²⁰。其見解係以言論所具有的價值為標準，將言論分成「低價值的言論」(low-value speech) 及「高價值的言論」(high-value speech)，並適用不同之違憲審查標準³²¹。

有學者認為司法院釋字第 414 號解釋，即採用了類似雙階理論的觀點。參考釋字第 445 號解釋理由，顯然大法官認為言論應「依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則」。並認為商業言論，不得與有關「公意形成、真理發現或信仰表達」之言論，享有同等程度的保障。我國大法官這種以言論性質不同而予價值化的區分方法，確實類似雙階理論的重點所在³²²。

³²⁰ “It is well understood that the right of free speech is not absolute at all times and under all circumstances. There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or ‘fighting’ words—those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.” *Chaplinsky*, 315 U.S. 568, 571-72 (1942).

³²¹ 林子儀 (註 311)，頁 158-59。

³²² 劉靜怡 (註 313)，頁 44。



3.5.1.4 違憲審查標準的選擇方式

A. 「針對言論內容的管制」

美國聯邦最高法院處理言論自由問題時，對於政府針對言論內容的管制，多採用雙階理論先區分言論之價值。如受到管制的言論為「高價值言論」，應採取嚴格審查標準，審查管制行為之合憲性。若政府所管制的言論，屬於「低價值言論」³²³，則以「類型化的利益衡量」作為審查合憲性的標準³²⁴。

B. 「非針對言論內容的管制」

早期美國聯邦最高法院處理有關政府非針對言論之管制的問題時，採用一種對言論表達的時間、地點與方式合理限制的審查標準。政府對言論表達的時間、地點與方式的合理限制，合於以下三個要件者，即為憲法所允許³²⁵：

- 一、政府並非管制言論表達的內容；
- 二、政府管制措施有助於增進實質的政府利益；
- 三、受影響之言論，仍有其他表達的管道。

C. 表意行為的審查標準

在某些情形，言論與行為常常無法截然二分。任何言論多少附帶有行為的因素，例如演講者的為了強調其言論所搭配肢體動作；許多行為也具有表達意見的功能，例如遊行、靜坐抗議。表意人以特定之行為或動作，傳達特定之訊息或意念，其行為並非純粹的言論，卻具備與言論相同的表意作用。此等帶有表意成分的行為，

³²³ 聯邦最高法院認定屬於低價值言論者，除了上述 **Murphy** 大法官所舉例之言論外，還包括虛偽陳述、揭露隱私、商業言論、色情言論、仇恨言論等。參考林子儀（註 15），頁 154-155。

³²⁴ 林子儀（註 311），頁 189。

³²⁵ 同上註，頁 168。

被稱為「象徵性言論」(symbolic speech)或「表意行為」³²⁶。



美國聯邦最高法院處理象徵性言論的判斷標準，一般認為始於在 1968 年的 *O'Brien* 案³²⁷。該案被告 *O'Brien* 以焚燒徵兵卡的方式，表達自己反戰的理念，被認為屬於一種象徵性言論。為了處理象徵性言論的問題，聯邦最高法院提出一個判斷標準，作為審查政府針對象徵性言論非表意部分 (nonmeaning effect) 的限制措施，是否合憲的標準。聯邦最高法院表示，政府限制象徵性言論非表意部分的措施，若符合下列四項要件，即屬合憲：³²⁸

- 一、政府限制非表意部分的權力來自於憲法；
- 二、政府實施限制有助於重要或實質的政府利益；
- 三、政府實施限制所增進的利益並非基於限制言論自由；
- 四、政府限制非表意部分而對言論自由造成的附帶限制，不得超過為追求重要或實質政府利益之必要限度。

由於上述針對時間、地點與方式的合理限制以及針對象徵性言論的二種判斷標準，均被聯邦最高法院用於處理非針對言論內容的管制是否合憲的問題。是以，聯邦最高法院遂將二者合併為一個類似中度審查標準之判斷準則³²⁹：

- 一、政府限制非表意部分的權力來自於憲法；
- 二、該限制有助於增進重要或實質的政府利益；

³²⁶ 法治斌 (註 311)，頁 269-270。

³²⁷ *O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

³²⁸ “A governmental regulation is sufficiently justified if it is within the constitutional power of the Government and furthers an important or substantial governmental interest unrelated to the suppression of free expression, and if the incidental restriction on alleged First Amendment freedom is no greater than is essential to that interest.” *Id.* at 377.

³²⁹ 林子儀 (註 311)，頁 189-190。



三、該限制不涉及言論表達的內容；

四、該限制對言論自由造成的附帶限制，不得超過為追求重要或實質政府利益之必要限度。

五、受附帶限制之言論，仍有其他表達的管道。

3.5.2 律師專業言論的違憲審查標準

3.5.2.1 學說見解：

專業人員的特色之一，就是執行業務之權利會受到一般人所沒有的特殊限制，例如律師雖然被認為是公開討論中的傳統發言者，一方面得自由提出法律主張，並挑戰政府體制；另一方面其專業地位卻又受到政府以證照制度及專業規範所限制³³⁰。而聯邦最高法院承認，在專業人員執行業務的範圍，政府有管制執行業務行為的利益³³¹。

專業言論應受憲法何種程度之保障，學者間見解不一，早期見解有認為因專業言論等同於專業人員執行專業業務的能力，只要政府能證明其以證照制度確保專業人員能力之手段與目的間具有合理關聯性，即非憲法所禁止³³²。

關於專業言論受憲法保障的程度，Halberstam 主張專業言論係由商業言論所發展，專業言論的保障應不低於商業言論。不論是專業言論的內容，或醫師提供建議的金錢對價，都應該受到美國憲法增修條文第 1 條的保障（因其認為專業言論保障

³³⁰ Kathleen M. Sullivan, *The Intersection Of Free Speech And The Legal Profession: Constraints On Lawyers' First Amendment Rights*, 67 FORDHAM L. REV. 569 (1998).

³³¹ Keighley, *supra* note 286, at 2368.

³³² Kathryn M. Mohr, *Lowe V. Sec: An Avoidance Of The Commercial Speech Definition--The Right Result For The Wrong Reasons*, 17 U. TOL. L. REV. 1007, 1013-14 (1986).

者為專業人員與當事人間的意見交流)。考量到醫生與病患間關係及醫師在其理論中之社會角色意義，專業言論保障程度應不低於商業言論³³³。



況且，以醫生於治療過程中與其病患的溝通為例，基於信賴關係之要求，醫生將為病患之最大利益執行醫療行為，並受專業規範監督，其醫療行為應符合專業道德標準³³⁴。此等基於專業倫理義務的要求，亦不亞於商業言論單純真實性、非誤導性的要求。

而 Halberstam 雖主張專業言論係自商業言論發展而來，但他認為專業言論本質上與商業言論仍有不同，雖然專業者經常被認為在從事推銷其專業建議，但必須與專業服務的要約做區分，在專業言論其生產及消費的同時性，應與專業人員之廣告要約後獲得服務之情形不同，應予以區分³³⁵。

Moldenhauer 也提到律師的意見並非商業言論，商業言論準則不適用於律師的意見，因為律師並非出賣意見，也不是仲介或代理商。此外，律師基於專業規範，具有獨立判斷，真實表達，揭露資訊的義務，顯然與一般商業廣告的內涵不同³³⁶。

Sherman 主張專業言論的性質還是言論，而非所謂執行業務的行為。因此針對專業的管制，如涉及言論內容者，即等同於針對言論內容的管制，而適用嚴格審查標準進行違憲審查。意即，若法律針對領有證照的專業人員，提供特定主題的建議

³³³ Halberstam, *supra* note 17, at 838.

³³⁴ Martha Swartz, *Physician-Patient Communication And The First Amendment After Sorrell*, 17 MICH. ST. U. J. MED. & L. 101, 122 (2012).

³³⁵ Halberstam, *supra* note 17, at 840-41.

³³⁶ Moldenhauer, *supra* note 23, at 893-94.

予客戶時，基於該特定主題言論而使專業人員言論自由受到直接或間接的負擔，此類法律規範應受嚴格審查³³⁷。



另有學者從專業言論之效果觀察，認為不論是獲取或者提供專業服務，基於專業的公益性質，此等服務的訊息與政治言論之效果相同，應以相同待遇處理³³⁸，即給予最高的言論自由保障。除非是為了達成的急迫政府利益，否則醫生及病患間的溝通不應受到限制³³⁹。

3.5.2.2 本文見解

關於專業言論之管制，以本文所界定之專業言論概念看來，專業言論是一種由專業人員，在與當事人建立信賴關係下，發表涉及專業知識內容的言論。由於言論主體是專業人員，因此討論專業言論管制的議題時，專業人員的角色及專業特性必然是考量的因素。

有學者認為從防止當事人受到詐欺，要求正確非誤導性的資訊之觀點，應可採用商業言論之審查標準，來檢驗專業言論及執行業務行為³⁴⁰。本文認為以真實、非誤導性之合法交易言論，作為決定專業言論之違憲審查標準的參考，有其理論脈絡上之依據。然而，專業人員具有的專業義務，可能不只要求他提供真實、非誤導的言論。因此，專業言論受到的保障，有可能會比商業言論還要低。

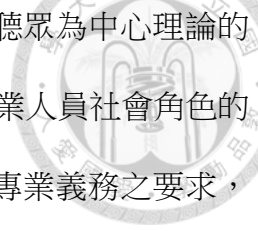
首先，本文必須強調專業言論本質上具有二大特色：一、以聽眾為中心的工具性

³³⁷ Sherman, *supra* note 25, at 192-93.

³³⁸ Renee Newman Knake, *Legal Information, The Consumer Law Market, And The First Amendment*, 82 FORDHAM L. REV. 2843, 2852 (2014).

³³⁹ Swartz, *supra* note 334, at 121.

³⁴⁰ *Id.* at 109-110.



質；二、專業人員社會角色的專業義務要求。前已述及，主張聽眾為中心理論的 Halberstam 認為專業言論之保障應不低於商業言論，但是基於專業人員社會角色的專業義務，專業言論除了真實、非誤導的要件外，還必須合乎專業義務之要求，例如該言論必須具備一定專業品質。這種情形下，限制專業言論的理由及程度，將比商業言論來得更高，更具有正當性。

但是，同樣以專業人員社會角色的專業義務為由，參考 Kry 提出的「價值審查」模式，若專業人員基於非自利動機，針對公共議題提出專業建議，這種情況下的專業言論具備公益性，也合乎專業義務的要求。也因為此等針對公共議題的專業言論，會被認為是高價值言論，而受到較高程度的保障。縱使專業言論並非針對公共議題，參考 LSC 案 Kennedy 大法官的見解，律師執行其專業，正確適用法律，也是對司法制度的貢獻。律師專業倫理也認為，律師專業、獨立地執行業務，除了維護當事人的權益外，也提升的人民對法律及司法的信賴，而促進社會公益需求。因此，即使是在以聽眾為中心的理論下，專業言論仍具有一定的公益性，其保障程度不宜太低。

本文認為，基於專業人員執行業務必須合乎專業義務，政府或同業公會對於專業人員執業內容及品質具有管制的正當性。故即使是針對專業言論內容的管制，也因為專業義務的要求，管制措施具有較高正當性，也不宜採取嚴格審查標準。然而，所謂專業的社會義務與公益性質，才是特定專業的核心內容。專業人員執行其專業，除了維護當事人重要基本權利外，也同時回應社會對於專業的需求與期待，故專業言論本身即具備一定的公益性，亦不宜視為單純的社會經濟事項，而適用最寬鬆的合理關聯性審查標準。因此，本文主張，對於專業言論的管制措施，



其違憲審查至少應採取中度審查標準。

此外，政府管制專業言論的措施，傳統上其管制客體多是針對專業人員執行業務的行為，而非直接針對言論內容，或言論效果、觀點進行管制。在這種情況下，Kry 主張對於專業言論（即表意行為）的管制，應採取表意行為之審查標準。依據前文介紹，聯邦最高法院就此等表意行為之管制，與傳統時間、地點、方式之限制模式，已合併為一個類似中度審查標準之判斷準則：

- 一、政府限制非表意部分的權力來自於憲法；
- 二、該限制有助於增進重要或實質的政府利益；
- 三、該限制不涉及言論表達的內容；
- 四、該限制對言論自由造成的附帶限制，不得超過為追求重要或實質政府利益之必要限度。
- 五、受附帶限制之言論，仍有其他表達的管道。

適用上述 Kry 主張之表意行為審查標準，即類似中度審查標準之程度，亦合乎 Halberstam 一再強調專業言論保障不得低於商業言論之見解。故本文認為，不論是直接針對專業言論之管制，或是對於表意行為的管制，以中度審查標準檢驗專業言論管制措施之合憲性，對於專業言論的保障應已足夠。

3.6 本章小結

美國聯邦最高法院經由 *Thomas* 案、*Lowe* 案的發展，由 White 大法官在 *Lowe* 案的協同意見書所提出，以專業人員是否已建立「信賴關係」，並提供「個人化」的專業建議，作為判斷政府管制正當性的分類標準。White 大法官認為專業言論就是專



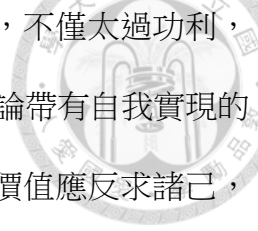
業人員執行業務過程中附隨的言論。

美國憲法學界提出有關專業言論的理論，大致有三種學說，分別為以聽眾為中心的理論、區分言論形式及價值的理論、以言論內容性質為主的理論。基本上多數見解，均以 White 大法官提出的分類標準為論述基礎，也同意專業言論應包含在專業執行業務行為的範疇當中。而多數見解均認為，政府基於保障專業性，有權得管制專業言論。

本文綜合上述聯邦最高法院判決與學說理論的見解，提出專業言論的要件為：「專業人員的資格」、「專業知識的言論」、「信賴關係」三者。而律師專業言論的定義為：由律師基於與當事人間之委任關係，以其法律專業，提供當事人之法律意見。本文並主張，律師專業言論的範圍，應由其與當事人間信賴關係的範圍做判斷。律師為當事人提供免費諮詢，即構成「諮詢委任關係」，而須對諮詢範圍內的言論真實性、非誤導性及專業性，負有專業責任。

在 Post 見解所建立的專業言論模式下，因為專業人員與當事人關係是封閉的，所以追求真理說強調的言論自由市場及公開討論、競爭的想法。在其理論中完全不適用。而專業人員在此模式下的作用是預設的資訊提供者，它的功能是提供正確專業的資訊，以提升當事人的利益及維持這個預設框架的社會意義，例如維護人民對專業之形象及信賴，因此也很難說專業人員在這個保障專業言論的模式下，能有多大的自我實現。

就工具性的觀點，Post 的專業言論模型十分完整，但將專業人員作為實現他人利



益，甚至是整體社會利益的工具，而忽略其自我意志的可能性，不僅太過功利，也與事實不合。從 Post 的立論可以看到，他並沒有否定政治言論帶有自我實現的功能，那麼回到專業言論模型，依據表現自我說，言論自由的價值應反求諸己，而非成為他人的工具，則專業人員本身「專業」在制度上的工具性質，為他人提供服務或意見表達，既然有助於此等模型要求的社會意義，基於專業言論附帶的這種政治效果，也可以解釋為專業人員於執行專業業務或發表專業言論的同時，也實現了他身為專業人員的價值。

這種價值由專業言論模型看來，或許也是工具性的利益，而有助於繼續維持專業人員的社會角色形象，何況，連 Post 也承認，為了維護專業言論模型，政府不能命令專業人員表達違反其專業判斷的意見，是以，在專業人員行使專業判斷時，也帶有某程度自我實現的意志。

而 Post 認為專業言論不會以追求真理為保障之主要價值，係因為 Post 對於專業言論之界定採取較為狹義的見解，限於專業人員與當事人間之意見交流，若以本文或其他學者較廣義之見解，將專業人員發表有關專業知識之言論視為專業言論，則仍有專業意見、資訊流通之可能性，對於追求真理或觀點的競爭，應有保障之實益。例如 NAACP 案件律師鼓吹人民挑戰種族隔離措施；或 LSC 案件，律師受限不得受特定議題當事人委任，但律師仍得挑戰立法制度，增進司法程序，此等意見表達自合乎追求真理說之理論基礎，同時亦可將此等專業言論視為政治言論，亦有助於民主程序之健全。

由於我國大法官對於言論自由的保障，一向採取多元價值論的立場³⁴¹，此由釋字第 577 號解釋，其理由中論及言論自由包括自我實現、資訊提供、意見形成之功能等語，即可確知。況且，憲法並未將言論自由的保障，限定於政治言論等高價值言論。故從多元價值論的立場，只要能促進自我實現的意見表達，或者有助於大眾形成意見的言論，均應受到言論自由保障³⁴²。因此，即便如 Post 所稱，專業言論無助於健全民主程序，但以本文所採取多元價值的角度，來觀察個言論自由基礎理論保障專業言論的理由，則無論是追求真理說或表現自我說，都能在比較寬鬆的解釋下，證立保障專業言論之價值。

最後，本文認為基於專業言論的二大特色，即「以聽眾為中心的言論」與「專業角色的義務要求」，對於專業言論的管制措施，不論是針對專業言論內容或表意行為的管制，其違憲審查標準不得低於中度審查標準。

³⁴¹ 李念祖（註 280），頁 11-14。

³⁴² 李旭銘，試評釋字第五七七號解釋--以商業性言論的保護為中心，全國律師，10 卷 1 期，頁 82（2006）。

第四章 律師專業言論之管制



本文在前兩章分別介紹了律師制度與專業言論後，將討論律師專業言論管制的問題。從前揭聯邦最高法院以及學說見解可知，專業言論與證照制度對於專業的限息息息相關。而專業人員除了證照制度外，還受到專業規範的拘束。在我國律師的情形，就是受到專技人員考試制度與律師倫理規範的制約。因此，本文將從證照制度及律師自治二方面，討論律師專業言論可能受到的管制。

4.1 「專業」與證照制度

依據我國憲法第 86 條第 2 款³⁴³、專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條第 2 項第 1 款及律師法第 3 條第 1 項的規定，我國人民如欲以律師為職業，必須經過專技人員考試合格，取得執照才能從事律師業務。這種經由考試取得證照後才能從事特定職業的措施，就是所謂的「證照制度」。以下本文將討論證照制度的功能，及其對律師專業言論的影響。

4.1.1 證照制度的意義與功能

證照制度係指國家或職業自治團體，針對欲從事特定職業之人，經特定程序判定具有一定執業能力者，依法授與證照，使具有證照者獲得一定之就業保障³⁴⁴。現代意義下的證照制度，實際上是社會為了因應大眾需要各種專業服務，而由具備專業知識、技術之專業人員來提供服務的產物。立法者藉由專業的職業圖相，由

³⁴³ 憲法第 86 條第 2 款：「左列資格，應經考試院依法考選銓定之：...二、專門職業及技術人員執業資格。」

³⁴⁴ 吳坤芳（註 31），頁 3。

該職業活動之內容及執行職業的要件，界定各種職業的活動範圍，並以此特定該專業的概念與功能，設定各種專業的許可條件³⁴⁵。



現行證照制度大致上可分成三類：第一類是登記制，表示欲從事某種職業者，只需向政府登記即可從事該職業，登記資料僅是提供政府做管理使用；第二類為公證制，其檢核較第一類嚴格，主要是作為取得證照者品質及能力之證明，但不排斥未經公證者從事該職業業務；第三類為執照制，多為業務內容所涉紛爭責任歸屬較困難，發生的損害較為嚴重且難以回復之職業，因此資格檢測要求最高，並限制未取得執照之人民不得從事此等業務³⁴⁶。上述的公證制及執照制，均要求從業人員具備一定資格條件，並經檢測合格者，方得從事相關職業。因此，公證制及執照制之證照，可認為是專業人員具備一定專業品質之證明。

證照制度最基本的功能，是解決專業服務市場中，因消費者資訊不對等而產生的市場失靈情況。國家藉由授與執照確認專業者之知識與能力，代替消費者進行了品質判斷，排除消費者缺乏判斷及評價服務品質的問題，並降低消費者的搜尋成本³⁴⁷。此外，當政府為了避免紛爭傷害較大、回復原狀較為困難，責任鑑定不易的事後成本，為了減輕事後發生紛爭的成本，也會對職業證照的取得訂下較嚴格的規範³⁴⁸。

一般說來，證照制度的功能在於確認個人從事特定職業所應具備之條件，其基本

³⁴⁵ 同上註，頁 75-80。

³⁴⁶ 朱敬一、李念祖，基本人權，頁 298, 311-312（2003 年）。

³⁴⁷ 吳坤芳（註 31），頁 115-116。

³⁴⁸ 朱敬一等（註 346），頁 297-298。

邏輯為「證照即等同能力」³⁴⁹。證照制度也允許政府有一定程度之權力以拒絕核發證照給不適任特定職業之人³⁵⁰。換言之，證照制度的基本目的，在於彰顯證照擁有者具有一種經過客觀驗證的「資格」。但是取得證照僅能證明個人某方面的技能已達到一定水準。所謂證照制度能確保專業、證照制度有助於交易進行與消費保障的說法，都是在特定前提條件下才能成立的立論³⁵¹，例如同業公會或專業規範，對於從業者之要求。

論者提到證照制度的產生原因可分為三種³⁵²：

- A. 政府主動介入：因專業人員與消費者間的資訊不對稱，消費者在資訊不足的情況下，會傾向以價格作為選擇供應者的標準。這種趨勢將使得品質高的專業服務供應者無法在市場存活，而造成劣幣驅逐良幣的現象，並使專業服務的水準隨之下降³⁵³。這種市場失靈現象，會嚴重影響消費者的權益及市場機制的運作。因此需要政府以證照制度管制，以保障消費者之權益及品質的維繫。
- B. 受管制者主動要求：證照制度是利益團體或特定職業團體成員，為提升自己的利益，保持市場上優勢地位，故向政府遊說以建立證照制度，來維持職業利益的壟斷。
- C. 各利益團體相互競逐的結果：證照制度管制政策的形成，是各個利益團體相互

³⁴⁹ 張吉成、饒達欽合著，技職教育職業執照化發展之反思，教育資料與研究雙月刊第 93 期，頁 18（2010 年）。

³⁵⁰ Kry, *supra* note 19, at 887.

³⁵¹ 陳建文（註 34），頁 110-111。

³⁵² 陳映嬋，記帳士證照制度之政經分析，中山大學政治學研究所碩士論文，頁 30（2013）。

³⁵³ 陳鈺雄，台北律師公會能領導法學教育改革嗎？一個以認證制度為中心的改革方案，律師雜誌，第 312 期，頁 66-67。

競爭的結果。每個利益團體都無法掌握政策的走向，證照制度的產出，端看各個團體角力、競逐利益後產生的平衡結果。



由律師專業制度的發展脈絡看來，律師證照制度似乎較類似由「受管治者主動要求」的方式。因律師的同業公會及專業倫理規範的出現，均早於證照制度之立法。且依據憲法第 86 條的規定，律師與證照制度間之關聯，似乎僅有參加考試取得資格而已。是以，證照制度對於我國律師，僅是類似通過基本專業知識考試的資格證明，對於律師取得證照後的執業權利，不生影響。

4.1.2 專業證照化

專業證照化是指將特定職業界定為專門職業並設立一定資格條件，欲從事該職業的人民符合該職業所設的條件，始能取得證照合法執業。專業證照化的流程係先界定專門職業及其執業範圍，再建立證照考試制度。之後，對於通過考試者核發執照，並針對此等專業執照從業者與無照者分別實施管制³⁵⁴。

必須要釐清的是，專業人員依據證照制度取得執業資格的要求，並非先於法律制度的存在，而是後天形成的規範模式及利益的確認狀態。以證照制度作為專業人員執業資格取得，並排除非專業人員執業權利的做法，形同國家出面承認特定專

³⁵⁴ 王文咨（註 32），頁 5-11。

業人員的合法性³⁵⁵。由國家透過證照制度，獨占宣示專業執業合法性的權力，以考試認證專業人員的執業品質及利益，即是專業證照制度最大的特色³⁵⁶。



專業證照制度具有提升社會地位的效果，一種職業被認定為專業，等於承認其從業者擁有一定特殊的知識或技能，協助當事人解決重要的問題，在其專業業務範圍內，具有獨佔及支配市場之特權。而各種職業團體也透過不同管道發聲，希望獲得政府以證照制度立法提升其形象及利益³⁵⁷。由此可知，專業證照制度除了政府管制的程度以外，也涉及人民職業自由以及排他性的問題，因此需要以法律作為界定之標準。

惟若以職業工會或專業團體自律作為專業證照制度存在之理由，恐將發生排他性及壟斷的弊病。學者指出證照制度常出自於專業團體的經濟自利動機³⁵⁸。專業人員身為既得利益者，藉由其公會或團體之力量確保其社會地位與經濟利益。且專業團體具有強大的專業知識、經濟實力及組織系統，對政治、法律都能發揮極大的影響力。證照制度建立了專業市場的門檻，專業團體得以樹立權威，輕易排除來自非專業人員的競爭，獨占專業市場的利益³⁵⁹。因此，有學者認為證照制度之排他性，只能當做一種用來達成政府施政治理目標的手段，而非證照制度設立之目的，實際上只是一種專業人員的職業管理法制³⁶⁰。

³⁵⁵ 陳建文，專門職業及技術人員制度之憲法基礎與運作分工問題，人事行政，第 173 期，頁 77

³⁵⁶ 王文咨（註 32），頁 40。

³⁵⁷ 陳建文（註 34），頁 104。

³⁵⁸ Kry, *supra* note 19, at 888.

³⁵⁹ *Id.* at 969-72.

³⁶⁰ 陳建文（註 34），頁 119。

如以專業人員職業管理法制的觀點來解釋證照制度，參考憲法第 86 條及專門職業與技術人員考試法第 2 條第 1 項的規定，專業資格的認定及證照制度的設立，應與公共利益或人民生命、健康、財產等基本權具有重大關聯³⁶¹。從這個角度看來，專業證照制度的設立，不只是許可人民從事特定職業，也是國家對於特定領域業務的品質保證，等同以專業證照制度向大眾傳達專業人員符合法定條件之訊息，使人民得以識別並信賴此等專業人員之服務³⁶²。

回到言論自由的問題，在 Thomas 案及 NAACP 案已明白傳達證照制度並非人民發表言論的先決條件。又，前已述及，政府設立證照制度的主要功能，是作為專業人員資格及品質證明之職業管理手段。因此，綜合二者見解，本文認為證照制度本身對於律師專業言論並未造成任何影響，而僅是政府對於專業言論具備真實性、非誤導性、專業性的證明。

況且，專業能力不一定與專業證照劃上等號³⁶³。專業證照代表的是專業的最低標準，無法僅憑執照來區辨專業人員孰優孰劣³⁶⁴。專業人員通過考試取得執照，許可執業，只是滿足法律規定的資格條件。但是許多執行業務所必須的知識與技巧，尚待專業人員在執業過程學習。故而，從專業性的角度來看，同樣取得證書及資格的二位專業人員，其實際上專業執業能力，可能存有很大的差距³⁶⁵。

綜上所述，證照制度僅是政府對於專業人員本身服務品質或水準的一種證明，其

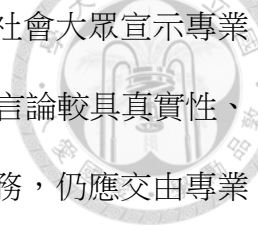
³⁶¹ 張煒雯（註 33），頁 23。

³⁶² 陳建文（註 34），頁 128。

³⁶³ 王文咨（註 32），頁 37。

³⁶⁴ 朱敬一等（註 346），頁 301。

³⁶⁵ Hazard 等（註 48），頁 135。



本身並非管制律師專業言論之措施。證照制度的意義，僅是向社會大眾宣示專業人員具有一定專業品質。若從專業言論的角度，證照制度是專業言論較具真實性、非誤導性、專業性之擔保。但是專業人員能否適當執行專業業務，仍應交由專業倫理規範進行管制。而不論是律師加入公會獲准執業、倫理義務的限制、發表言論或執行業務行為，均明文規定於律師法及律師倫理規範。亦即，可能會限制律師言論自由的規範，來自於律師法及律師倫理規範；證照制度及專技人員考試制度，事實上並未對律師的行為或言論造成何等影響。

4.2 律師自治

本文認為證照制度對於律師言論自由及執行業務的權利，並未造成限制。下一步將探討律師倫理規範對於律師專業言論的影響。而律師倫理規範係律師公會本於律師法授權制訂，因此，有必要了解律師公會、律師法及律師倫理規範等，所謂「律師自治」事項在法理上的意義。

4.2.1 律師自治的意義

目前世界各國對於律師業的管理，多採「自律為主、他律為輔」的模式。自律者即指由律師公會自治監督，他律者則為政府機關介入管理。

由律師公會自治監督律師從業人員，通常稱為「律師自治」。律師自治係指關於律師之資格審查、懲戒等執業有關事項，交由律師成員自律管理，且律師執行業務之活動並不服從於法院、檢察署或行政機關之監督³⁶⁶。

³⁶⁶ 余若凡等（註 30），頁 29。



律師自治的目的，包括使律師獨立於國家及社會，不輕易受到外界壓力影響其執業；以自治監督及懲戒權，維持律師的紀律與社會形象；以律師倫理規範提升律師專業品質，維護當事人權益並促進公益³⁶⁷。

律師公會以自行訂定的倫理規範，對成員進行自律。律師倫理規範乃是特別針對律師執行業務事項量身訂作。基於律師專業人員本質，律師倫理規範某些要求，甚至較現行法律更為嚴格³⁶⁸。

4.2.2 律師自治的法理依據

律師自治的法理上依據，來自於律師的「獨立性」。律師應獨立於國家與當事人，因此為了防止國家或其他利益團體的干涉，律師必須形成職業團體，集體維護律師職業的利益與權利。律師公會除了維護團體權益外，為了保持律師獨立性及專業形象，也必須擁有自治監督的權限³⁶⁹。

其次，律師的「專業性」與「公益性」也導出律師自治的必要性。專門職業因為涉及高度專業知識的提供，當事人很難克服交易中的資訊不對稱，無法判斷專業服務的品質與內容。因此一般人要判斷專門職業人士是否違反專業義務，非藉助專業人員不可³⁷⁰。從而，專業人員必須要自行形成公會組織，監督同業人員，以維持自身專業的社會角色形象。

³⁶⁷ 林玉莘（註 106），頁 114-117。

³⁶⁸ 柯士斌（註 90），頁 10-11。

³⁶⁹ Hazard 等（註 48），頁 167-168。

³⁷⁰ 陳瑾儀（註 128），頁 24。



基於維持律師專業角色的功能，以及滿足社會需求，律師自治的定位，應屬於憲法位階的規範，並非律師法派生的制度。律師法及律師倫理規範，是為了確保律師專業的有效執行所必需的機制³⁷¹。

律師倫理規範是我國專門職業中，唯一具備強制約束力，並可具體執行的專業倫理規範³⁷²。參考行政程序法第 2 條第 3 項及釋字第 269 號解釋意旨，可解釋為律師法第 15 條第 2 項，基於律師法的授權，委託律師公會全國聯合會，行使律師自治之權限，並制訂律師倫理規範。因此，律師倫理規範之法律位階，應為受律師法授權所制訂之法規命令，其規範效力則藉由律師公會全國聯合會及律師懲戒委員會之決議而呈現。

而參考我國對於律師專業的形象、行為義務，管制行為等專業管制項目，均明文規定於律師法及律師倫理規範之中。由此可知，對於我國律師專業人員的基本權利造成限制的來源，並非證照制度，而是源自律師自治，並具有強制效力的律師法及律師倫理規範。故對於律師專業言論之管制，亦應由律師法及律師倫理規範相關規定進行研究。

4.3 現行法制下的管制規範

本文將介紹現行的律師法及律師倫理規範下，與本文研究「律師專業言論」有關的律師「業務推展」及「專業責任」之管制規範及實務案例。

³⁷¹ 顧立雄、周廷翰，律師倫理規範之規範性與實效性——從法易通事件談起，萬國法律，第 174 期，頁 34。

³⁷² 王惠光等（註 46），頁 81。



4.3.1 業務推展的限制

有關限制律師業務推展的規定，主要為以律師法第 35 條及律師倫理規範第 12 條為代表。按律師法第 35 條規定：「律師不得挑唆訴訟，或以不正當之方法招攬訴訟。」，禁止律師挑唆無意願之人，委任挑唆之律師提起訴訟，或者以不正當的方法招攬訴訟業務。本條規定類似刑法第 157 條禁止包攬訴訟之規定，但管制的行為態樣不同。

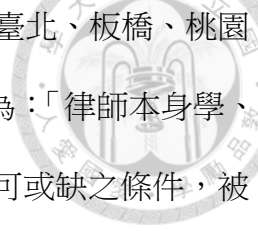
其次，律師倫理規範第 12 條第 4 款：「律師不得以下列方式推展業務：...四、其他不正當之方法。」，本規定較律師法第 35 條規定涵蓋範圍更廣，以「不正當之方法」為要件，概括禁止律師推展業務的行為。

律師法第 35 條及律師倫理規範第 12 條之制訂目的，主要與律師專業角色之定位相關。因律師作為專業人員及自由業性格，在執行業務上必須獨立於國家與當事人的指示，而以維持法律秩序及社會公益作為執業準則。故而，律師提供的法律服務並非一般商品服務，而是具有公益性的專業服務³⁷³。同理，律師廣告即非商業廣告，不能與一般商業言論等同視之，不適當的律師廣告或業務推展行為應予禁止。為了不使律師專業法律服務過度商業化，律師倫理規範第 12 條對律師廣告及業務推展行為，設下較一般商業言論更嚴格之限制³⁷⁴。

關於不正當業務推展之行為的實務案例，曾有律師在事務所懸掛招牌，並寫著：「司

³⁷³ 余若凡等（註 30），頁 95-96。

³⁷⁴ 同上註，頁 93。



訓所 XX 期第一名結業，曾任臺灣高等法院及臺南分院法官、臺北、板橋、桃園法院法官兼庭長」的文字，而遭移付懲戒。律師懲戒委員會認為：「律師本身學、經歷，亦為民眾在選擇委任律師辦理事務，考量其專業能力不可或缺之條件，被付懲戒人上開招牌之記載，核無誇大不實，期以巨幅招牌特別標示其曾任某法院法官、庭長，或檢察官等字眼，或許會使訴訟當事人產生對該律師曾任職法院或檢察署具有特殊關係之不當聯想，固有不宣，但尚難認其有誤導民眾，藉以招攬業務，有損律師應有之尊嚴與信譽之情事。」，故該等文字並不違反律師倫理規範第 12 條之規定³⁷⁵。

有律師以寄送律師函的方式，對素未謀面的當事人招攬訴訟。因律師函內載有：「倘未小心進行，對 台端有不利之結果」等文字，經律師懲戒委員會認定上開文字涉及恫嚇，藉以引起當事人心理不安，而誤認委任發函的律師代為進行訴訟，較有勝訴可能，實已構成以不正當之方法招攬訴訟³⁷⁶。另一類似案例則是於律師函內記載「違反票據法如能早期辦理辯護者可得減輕或免除其刑，輕重懸殊，可見一斑，當祈立即駕臨本所洽談，幸誤延誤時期。」的字樣，因此等記載與法律規定不合，顯為該律師刻意誤導以招攬訴訟之手段，亦被認為構成以不正當之方法招攬訴訟³⁷⁷。

台北律師公會對於律師業務推展行為的案例，也曾進行以下實例討論³⁷⁸：

(1) 律師受客戶委託，就客戶公司業務相關事項，以法律顧問名義具名於客戶公司

³⁷⁵ 臺灣律師懲戒委員會 89 年度律懲字第 4 號決議書。

³⁷⁶ 臺灣律師懲戒委員會 61 年度律懲字第 2 號決議書。

³⁷⁷ 臺灣律師懲戒委員會 63 年度律懲字第 14 號決議書。

³⁷⁸ 台北律師公會編，台北律師公會倫理風紀選輯，頁 78-80（2000 年）。

登報啟事。台北律師公會研究意見認為，此等法律顧問具名行為，屬於律師執行業務範圍，除非廣告內容誇大不實或引人錯誤外，並無不妥。

- (2) 律師受客戶委託，同意於客戶藥品公司登報促銷廣告內出現「以上資料均由檢驗單位開具證明，經核對後由律師簽名見證」，律師並於該廣告內簽名。台北律師公會認為本案應區分二種型態觀察：若律師見證者係檢驗單位出具證明文書的真實性，即屬於為律師執行業務範圍，並未違反律師倫理規範；但若律師見證者為該藥品之療效或檢驗之內容，則已踰越律師執行業務的範圍，而違反律師倫理規範。
- (3) 律師就其主持之出版社所發行書籍，登報刊載促銷廣告，但並未出具律師個人名義。台北律師公會討論結果，此類廣告難以認定是書籍銷售廣告，或者律師個人業務宣傳，現行律師法及律師倫理規範對於此類廣告並無明確規定，故本案不予處分。

而德國也曾經發生雜誌刊登所謂「500 名最佳律師」的事件，實務上認定此等雜誌專欄對於律師的介紹及評價，取樣不足，且內容非客觀新聞報導，故而認定該專欄屬於廣告行為³⁷⁹。

至於律師在電視或廣播節目等媒體上，接受訪問或提供意見，藉以提高個人知名度之情形，是否會構成不正當業務推展行為？有學者認為此為「置入性行銷」³⁸⁰，應屬廣告行為，並認為此等以法律服務公益包裝，以進行實際廣告行為者，可能

³⁷⁹ 姜世明，律師倫理法，頁 253（2008 年）。

³⁸⁰ 置入性行銷是以廣告主或企業主將商品或服務名稱、商品或服務本身放入電影或電視內容中的一種行銷手法。王泰祥，廣播電視之商品置入性行銷：從言論自由之角度出發，台灣大學法律學系碩士論文，頁 17（2011 年）。

會對民眾構成誤導，而視為不正當業務招攬行為³⁸¹。



本文認為，參考台北律師公會律師業務推展規範第 3 條³⁸²，律師在推展業務時得記載律師姓名、事務所名稱及地址、學經歷等項目。而律師出現在電視上或廣播節目中，必定會進行自我介紹，則上述律師姓名、事務所、學經歷等項目，即得經由電視或廣播傳播給聽眾，而達成廣告的效果，因此本文認為律師只要現身於電視或廣播節目，即屬廣告行為無誤。

至於律師在電視或廣播節目中發表言論，是否為不正當業務推展行為，仍須於個案中就其言論內容具體認定，不能一概而論。例如曾有律師於廣播節目中，以律師事務所名義表示該所設有免費法律諮詢服務，並請聽眾多加利用，或為該所介紹案件。雖然已構成廣告行為，但律師懲戒委員會認為該律師在廣播節目之言論，並無招搖、恐嚇或包攬訴訟的意思，因此不構成不正當招攬訴訟之行為³⁸³。

綜上所述，我國律師法及律師倫理規範雖然原則容許律師得從事推展業務之行為，但基於保障律師專業角色的公益性、獨立性及專業性，律師的業務推展行為不宜過度商業化，以免損及律師獨立性之要求³⁸⁴。而依據上述懲戒案例及研究意見的

³⁸¹ 姜世明（註 379），頁 241。

³⁸² 台北律師公會律師業務推展規範第三條：「律師依前條規定之方式推展業務時，其內容僅限於下列項目：一、事務所名稱、成立日期、地址、電話。但每一律師在同一地方法院管轄區域內不得有二以上事務所，且不得以公司組織型態執行法律業務。二、律師姓名。中華民國律師，得記載其證書號碼及登錄地區。非中華民國律師，應記載其取得律師資格之國家或地區。三、經教育部認可之學歷。四、過去及現在之經歷。但受下列限制：（一）記載法官或檢察官之資歷時，應詳細表明曾任職之法院或檢察署名稱及起迄時間。（二）除記載學校兼課外，不得記載現兼任公務機關之名稱及其職稱。五、客戶姓名及承辦案件之性質。但須經客戶書面同意，且不得記載左列事項：（一）具體個案之內容。（二）對造或其他利害關係人之姓名。六、服務項目。七、收費標準。」

³⁸³ 臺灣律師懲戒委員會 77 年度律懲字第 3 號決議書。

³⁸⁴ 李禮仲、謝良駿，法律倫理學新論，頁 137（2013）。



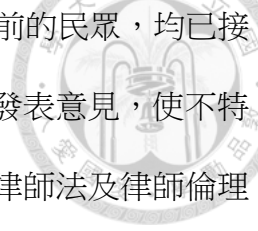
結論，目前我國律師懲戒委員會在審查律師是否構成不正當業務推展行為時，多以律師言論是否不真實或誤導，或者流於誇大、招搖或恫嚇等情形，作為不正當業務推展行為的認定。

本文認為參考釋字第 623 號解釋：「商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障。」，促進合法交易之商業言論，其內容為真實、非誤導者，即受言論自由之保障。以此類推律師業務推展的情形，要求律師業務推展的言論基本上具備真實性或非誤導性，應無違憲疑慮。

此外，律師業務推展行為，亦不能忽略律師專業角色的獨立性、公益性及專業性之義務要求。前已述及，基於此等專業角色的義務要求，律師業務推展行為不能與商業言論一視同仁，而受較嚴格之管制。因此，本文認為自律師法第 35 條及律師倫理規範第 12 條規定「不正當」之用語，律師法第 30 條所定之「招搖」、「恐嚇」情形，亦可視為不正當業務推展行為之態樣；律師業務推展規範第 2 條所定不得為「誇大、不實或引人錯誤之記載」亦可資參考。

既然此等規範除了防止不真實、具誤導性之言論，同時也防止損及律師專業角色的情形，本文主張所謂「不正當業務推展行為」應可解釋為：「律師以不真實、具誤導性或有違專業性的方式，來推展其業務。」

此外，律師業務推展行為的型態，傳統上以律師廣告、律師招攬業務行為為大宗，但本文認為因律師出現在電視或廣播節目，對於其知名度必有提升，縱使一般人



民並未於節目現場上或 call in 諮詢問題，但在電視機或收音機前的民眾，均已接收該律師的訊息，因此本文認為律師現身於電視或廣播節目中發表意見，使不特定多數人可見聞的行為，亦屬於律師業務推展行為，而有上述律師法及律師倫理規範之適用。同時，律師於電視上或廣播節目中回答特定當事人問題，仍可能構成本文所定義之律師專業言論。

故本文認為單純提供消費者服務資訊的律師廣告或業務招攬行為應可容許，至於律師以提供諮詢方式推展業務，除了不得違反本文提出「不真實、具誤導性或有違專業性的方式」判斷標準之外，因本文認為律師提供諮詢時，與當事人間意見交流即構成律師專業言論，故律師對於諮詢範圍內的專業言論，亦需負責。

4.3.2 法律諮詢的專業責任

在律師廣告及招攬訴訟以外，目前常見律師提高知名度及業務量的方式，就是提供法律諮詢服務。本文在緒論中提出的案例 2 及案例 3，均屬於免費法律諮詢的情形。

本文認為提供法律諮詢實質上也屬於律師業務推展行為，並且律師於諮詢範圍內，成立「諮詢委任關係」，在諮詢中提供當事人的法律建議，構成律師專業言論。因此，律師需對於專業言論內容之真實性、非誤導性及專業性負責。

除了律師倫理規範第 5 條對於律師專業性之要求外，律師倫理規範第 26 條第 1 項：

「律師為當事人承辦法律事務，應努力充實承辦該案所必要之法律知識，並作適當之準備。」，明文規定律師的專業義務，並強調律師的稱職性。簡言之，本條規

定要求律師，必須讓自己具有承辦當事人案件的專業能力³⁸⁵。



其次，律師倫理規範第 27 條：「律師對於受任事件，應將法律意見坦誠告知委任人，不得故意曲解法令或為欺罔之告知，致誤導委任人為不正確之期待或判斷。」，這條規定是律師專業義務的明文化，同時也闡明了律師的忠實義務³⁸⁶。律師執行業務時，無論案件法律事實對於當事人有利不利，皆應將法律意見坦承告知當事人，使其能充分瞭解律師之意見，進而做成較有利的判斷。另一方面，律師也不能故意曲解法令或誤導當事人為不適當之判斷或期待³⁸⁷。

律師執行業務的主要內容，大多是向當事人、客戶提供法律諮詢。律師提供法律諮詢服務是一種「幫助當事人做出決定的過程」。律師需全面性分析當事人的案件或疑義，並提供專業意見判斷，以協助當事人做成最有利的決定³⁸⁸。

理論上律師專業性，可由其提供之法律建議，於事後加以檢驗。但實際上對於律師而言，沒有一件案子的背景事實及證據是完全相同的。每一個案件都是獨一無二的個案，律師無法提供一概而論的標準化服務流程³⁸⁹。不同的當事人找不同的律師諮詢，也可能會得到不同的答案。因此，律師於諮詢中提供的建議，對於當事人之個案是否適當，或符合應有專業品質，在事後判斷上顯有困難。只有在法律規定非常明顯之事件，律師給予不適當或顯有錯誤的意見，才會被認定具有過

³⁸⁵ 余若凡等（註 30），頁 207-208。

³⁸⁶ 同上註，頁 217-218。

³⁸⁷ 同上註，頁 218。

³⁸⁸ Stefan Krieger & Richard Neumann, Jr. 著，中倫金通律師事務所譯，律師執業基本技能，頁 275-276（2010 年）。

³⁸⁹ 張長樹，簡介美國律師廣告之法制及其經濟分析（下），律師通訊，164 期，頁 35（1993）。

失³⁹⁰。



關於違反律師倫理規範第 26 條的實際案例，律師明知對當事人（公司）發行海外可轉換公司債之轉換價格與財政部證期會所准之內容不相符，卻向當事人表示發行條件與證期會核准之內容無重大差異，無需於發行前向證期會申請變更。證期會發現當事人發行之可轉換公司債內容與其核准者不符並函送檢察署調查後，將律師移付懲戒。律師懲戒委員會認為該律師受任為當事人之法律顧問，不但未促使當事人依法申請變更，反而告知當事人及經銷商無需變更，顯屬罔顧律師做為法律顧問之義務，其行為違反律師倫理規範第 26 條及律師法第 32 條第 2 項後段之規定，應予警告處分³⁹¹。本案即屬於顯然錯誤的情形，因此律師違背專業義務的行為十分明確，應予懲戒。

台北律師公會曾經審議過的案例，律師受委任至區分所有權人會議列席，並指導與會人員修訂大會章程及規約。該律師在現場卻提供與民法規定全然不合的法律意見。事後該律師遭與會人員檢舉違反律師倫理規範第 5 條專業義務。台北律師公會調查後，決議該名律師提供之法律意見固有瑕疵，但當天區權人會議並未通過大會章程及規約，其權益並未因該律師提供之法律意見有所減損，因此不予處分³⁹²。

另一案件律師為農會之法律顧問，在農會與第三人訴訟案件敗訴後，提供錯誤的法律意見，而未建議農會依其他未罹於時效之請求權再行起訴。律師懲戒委員會

³⁹⁰ 藍雅清（註 77），頁 95。

³⁹¹ 律師懲戒覆審委員會 94 年度台覆字第 1 號決議書。

³⁹² 台北律師公會（註 378），頁 18-19。

認為該律師違反律師倫理規範第 5 條，無論當事人農會事後是否發生不能求償之不利利益情形，該律師均應付懲戒，故給予申誡處分³⁹³。律師懲戒委員會本案決議，與上一案台北律師公會研究意見採取不同見解，本案決議無論當事人有無實際發生損害，律師違反專業義務即應受懲戒。而台北律師公會研究意見卻以當事人權益為減損為由，不予處分提供明顯錯誤法律意見的律師。

從律師專業角色及專業倫理的觀點，律師專業具有社會功能及公益性，律師違反專業倫理的行為，即使未造成個案中當事人權益影響，也損及對於律師整體的專業性及專業角色的形象。因此，本文認為，若律師發表顯然錯誤不當的專業言論，無論當事人有無因此遭受不良結果，律師均應對於違反專業義務之言論負責，接受懲處。故應以律師懲戒委員會之見解為當。

律師在廣播節目接受 call in，或在機關、學校提供免費法律諮詢的律師，因來諮詢之民眾均信賴提供諮詢律師的專業性，因此在免費法律諮詢的情形，也有律師倫理規範的適用。廣播節目中的法律講座，若律師接受 call in 回答，並以自身法律專業回打問題，雙方「諮詢委任關係」已然成立，律師就必須展現其專業性，不因法律諮詢服務有償或無償而有所差別³⁹⁴。

律師若違反專業義務，除了應付懲處外，若違反義務之行為導致當事人受有損害，當事人可向律師求償。原則上依據律師行為態樣，當事人得依據債務不履行、侵權行為或委任契約之違反等請求權，向律師請求損害賠償³⁹⁵。

³⁹³ 律師懲戒覆審委員會 98 年度台覆字第 2 號決議書。

³⁹⁴ 王惠光（註 28），頁 58-60。

³⁹⁵ 林玉苹（註 106），頁 72-75。



但律師法第 25 條特別規定：「律師如因懈怠或疏忽，致委託人受損害者，應負賠償之責。」。律師執行業務時，若因懈怠、疏忽造成當事人受有損害，當事人自得
以律師法第 25 條作為請求權向律師請求損害賠償³⁹⁶。學者有認為，律師法第 25
條應為違反委任契約之責任，而非侵權責任³⁹⁷。又，律師受到律師倫理規範之拘
束，其不論有償或無償注意義務均無不同，不適用民法第 535 條規定不同程度之
注意義務³⁹⁸。

是以，律師專業義務，也構成對於律師專業言論的限制。而律師違反專業義務，
除了受到律師公會的懲處，若因而致生當事人損害，律師也負有民事損害賠償責
任。

4.3.3 對專業言論管制模式之建議

本文認為專業言論之管制，最主要的考量因素，為「專業」的特殊性。由歷史發
展可知，專業的形成早於近代證照制度的立法。證照制度只是對於專業人員執業
資格或能力的基本證明，與「專業」的本質、功能或義務，並無直接關聯。

專業言論的管制措施，主要來自專業自治的倫理規範義務，這才是管制專業言論
最重要的因素。若專業言論的專業性不強烈，即無須特定專業言論此一言論類型，
逕以相近的法律準則處理即可。

³⁹⁶ 同上註，頁 74。

³⁹⁷ 王惠光（註 28），頁 270。

³⁹⁸ 同上註，頁 57。



律師專業人員角色，最主要的特性「專業性」、「獨立性」、「公益性」。這些特性是律師執行業務必須嚴格遵守的準則，因而深深影響律師專業言論的內涵。我國現行律師法及律師倫理規範，並無直接針對專業言論施以管制的規定，但在業務推展及專業責任的領域，律師專業言論確實受到上述規範的限制。

本文建議律師法及律師倫理規範應就律師廣告、律師招攬訴訟行為及律師業務推展行為，做清楚的界定及分類。且現今社會資訊發展快速，律師法及律師倫理規範對於網路、行動裝置等平台，均無適當的規範。雖可藉由文字解釋，勉強適用於新型媒體平台，但適用上仍有其侷限性。而台北律師公會律師業務推展規範內容亦過於陳舊。本文認為國內律師公會應就上述新型媒體平台的廣告或招攬規範進行研究，並制定相對應的管制措施，以有效管制律師業務推展行為，以提升律師專業功能及形象。

4.4 本章小結

律師專業證照制度為條件最嚴格的執照制，具有排他性執業權利。但證照制度與律師專業言論之間的關聯，僅是律師專業資格以及專業能力的基本證明，律師的言論自由並非因受到證照制度管理，而有所減損。

從歷史發展可以得知，專業的管制主要是同業公會的自治，而非法律後設的制度。律師基於專業人員角色的本質及功能，自古即已形成律師自治。律師自治下的專業規範，如律師法及律師倫理規範，除了管制律師執行業務行為，也限制了律師言論自由。尤其是律師的專業義務要求，在業務推展及專業責任兩方面，對律師

專業言論造成明顯限制。



現行法下有關律師業務推展的規定，為律師法第 35 條及律師倫理規範第 12 條。

本文從保障商業言論以及維持律師專業義務的角度，主張律師法及律師倫理規範規定之「不正當業務推展行為」，應定義為：律師以不真實、具誤導性或有違專業性的方式，來推展其業務。

律師倫理規範第 5 條、第 26 條第 1 項及第 27 條則是對於律師法律諮詢的「專業責任」規定。本文認為律師發表專業言論時，應有上述律師專業責任規定之適用。律師專業言論違反專業責任時，律師除應付懲戒外，若當事人受有損害者，律師仍需依律師法第 25 條規定，負民事損害賠償責任。

雖然依現行的律師法及律師倫理規範解釋，勉強可對律師專業言論及業務推展行為進行的管制。但因現今社會科技發達，各種新興媒體平台的出現，讓資訊的流通更加快速。律師專業言論及業務推展行為雖屬於言論自由的一環，受到憲法保障，律師自得使用各種多元化平台發表專業言論，或推展業務。然而，基於各種媒體對於當事人所投射的效果不一，政府或律師公會自應針對各種媒體進行研究，制定相對應的不同管制規範。否則若律師發表不實、具誤導性或違反專業性的言論，基於現在資訊傳遞的速度，其不良效果的影響範圍，將較以往更為嚴重。



第五章 結論

5.1 律師專業言論之類型化與建議

本文主張，專業言論之要件應包含：「專業人員的資格」、「專業知識的言論」、「信賴關係」三者。依據上述要件，律師專業言論的定義為：由律師基於與當事人間之委任關係，以其法律專業，提供當事人之法律意見。

本文採用功能論的觀點，專業言論要件中的專業人員，必須符合：

- A. 主觀要件：具備高等學歷，並經過專業訓練，通過檢定取得執業資格；
- B. 客觀要件：業務內容涉及個人重大權益，負有社會運行所需要的必要功能，並以一定倫理規範約束從業者執行業務行為。

本文見解認為律師專業言論的範圍，應由其與當事人間信賴關係的範圍做判斷。律師為當事人提供諮詢（不論有償或無償），即構成「諮詢委任關係」。本文認為在此等委任關係下，已構成專業言論要件之信賴關係。因此，律師於諮詢範圍內提供的法律建議，即屬於專業言論。律師必需對諮詢範圍內的言論真實性、非誤導性及專業性負責。

其次，本文自言論自由保障採取多元價值論的立場，認為基於追求真理說強調的資訊流通，以及表現自我說下，專業人員於執行業務過程中的自我實現。專業言論應受言論自由之保障。而基於專業言論本身「以聽眾為中心」模式與專業人員社會角色功能二者著重的工具性格，專業言論對於健全民主程序的貢獻程度較低，只有在專業言論涉及公共議題時，才可能發揮其健全民主程序的功能。



再者，本文認為基於專業言論之二大特色，即「以聽眾為中心」與「專業角色的義務要求」，對於專業言論的管制措施，不論是針對專業言論內容或表意行為的管制，其違憲審查標準不得低於中度審查標準。

最後，證照制度與律師專業言論之間的關聯，僅是律師專業資格以及專業能力的基本證明。律師的專業言論所受之限制，主要來自於律師自治下的專業倫理規範。現行律師法及律師倫理規範對於律師言論的管制實屬不足，本文建議主管機關及律師公會應就律師廣告、律師招攬訴訟行為及律師業務推展行為，做清楚的界定及分類，並制定相關管制規範，以因應現今網路、行動裝置等平台上，律師言論可能發生的問題。

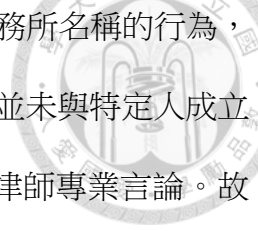
5.2 案例回顧

5.2.1 案例 1

2014 年 8 月 14 日今週刊出版了一冊「這輩子你一定要懂的 66 個法律常識」特刊，在這本特刊裡整理了不動產、交通事故、消費糾紛、醫療糾紛等各式各樣的法律例題，並由 16 位我國執業律師就上述例題，分別向讀者說明所涉法律規定及解決途徑。由律師具名並註明其事務所名稱及專長領域，在報章雜誌中提供讀者基本法律常識，這種言論應如何界定其性質？

本文見解：

本案例中，該 16 位律師均具名，並註明事務所名稱。參考台北律師公會律師業務



推展規範第3條規定的推展業務內容，該16位律師刊登姓名及事務所名稱的行為，應屬律師廣告。而16位律師雖針對例題提供個人法律見解，但並未與特定人成立委任關係，即使言論內容包含專業知識，亦不構成本文認定的律師專業言論。故此等言論應屬於律師業務推展行為。

5.2.2 案例 2

進入目前國內最大的網路線上法律諮詢平台「法律諮詢家」，其網站中設有「律師諮詢」頁面，民眾得在此頁面上發表文章，向加入會員之律師提問，有意願的律師可自行針對民眾的問題做簡要的回覆；「法律諮詢家」更有智慧型手機專用的APP，標榜提供律師線上免費諮詢服務。律師在網路媒體上免費回答民眾法律問題，這算是執行業務的行為嗎？

本文見解：

本文認為，無論律師與當事人溝通之平台為何，只要雙方都有提供/尋求法律諮詢的意願，律師並以其專業身分為當事人諮詢，即構成「諮詢委任關係」。律師進一步提供法律建議者，即此等建議即為律師專業言論，當然屬於律師執行業務行為。

5.2.3 案例 3

目前各級地方政府機關為了服務民眾，多設有免費法律諮詢服務的窗口，律師於排定時段在各地方公所或調解委員會，以民眾現場掛號方式輪流進行一對一法律諮詢；另一種常見的免費法律諮詢服務，則是各大學法律系的法律服務社。民眾於指定時段到場掛號，由律師帶領學生，一起協助民眾整理問題並進行討論，以

提供民眾相關問題的法律意見。律師在免費諮詢服務中提供民眾的法律建議，與律師受當事人委任後所作成之法律意見，這兩種言論有什麼不同？



本文見解：

如案例 2，不論律師在何種平台、何種場合與當事人諮詢，也不論是否有簽訂正式書面委任契約。只要律師以其專業身分，接受當事人諮詢的請求，並給予法律建議。律師即構成執行業務行為，而於諮詢過程中所發表有關法律的意見，都屬於律師的專業言論。律師本於專業，應對其於諮詢範圍內的專業言論負責，有償或無償關係均相同。



參考文獻

中文部分（依姓氏筆畫順序）

專書

尤伯祥等合著（2012），法律倫理，2 版，台北：五南。

尤英夫（1972），中國律師制度概論，台北：尤英夫律師事務所。

王泰升（2001），臺灣法律史概論，臺北：元照。

王泰升、曾文亮（2005），二十世紀臺北律師公會會史，台北：臺北律師公會。

王惠光（2007），法律倫理學講義，台北：自版。

王惠光等合著（2007），法律倫理核心價值探討，臺北：新學林。

王進喜（2008 年），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。

台北律師公會（2000），台北律師公會倫理風紀選輯，台北：臺北律師公會。

朱敬一、李念祖（2003），基本人權，台北：時報文化。

考選部（1998），職業主管機關辦理涉及專門職業及技術人員執業資格考試案專輯，台北：考選部。

余若凡等合著（2011），律師倫理規範逐條釋義，台北：中華民國律師公會全國聯合會。

李禮仲、謝良駿（2013），法律倫理學新論，台北：元照。



姜世明（2004），律師民事責任論，臺北：元照。

姜世明（2008），律師倫理法，台北：新學林。

姜世明（2010），法律倫理學，台北：元照。

茅彭年、李必達（1992），中國律師制度研究，北京：法律出版社。

党江舟（2005），中國訟師文化—古代律師現象解讀，北京：北京大學出版社。

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。

Brian Kennedy 著，郭乃嘉譯（2005），美國法律倫理，台北：商周。

專書論文

林子儀（1999），言論自由之理論基礎，收於：言論自由與新聞自由，頁 1-59，台北：月旦。

林子儀（1999），言論自由的限制與雙軌理論，收於：言論自由與新聞自由，頁 133-196，台北：月旦。

林子儀（1999），言論自由與內亂罪—「明顯而立即危險原則」之闡釋，收於：言論自由與新聞自由，頁 197-228，台北：月旦。

林子儀（2002），言論自由導論，收於：李鴻禧等合著，台灣憲法之縱剖橫切，頁 103-179，台北：元照。

法治斌（2003），跳脫衣舞也受表意自由的保護嗎？—試論 *Barnes, Prosecuting Attorney of St. Joseph County, Indiana v. Glen Theatre, Inc.*一案，收於：法治國家與表意自由，頁 267-285，台北：正典。

張煒雯（2011），「專門職業及技術人員」範圍定義與判斷基準之探討，收於：考選部編，專門職業及技術人員範圍定義與考試類科之研究研討會會議實錄，頁 16-38。



陳建文（2011），「專門職業及技術人員認定問題」實務發展趨向的觀察與思考，收於：考選部編，專門職業及技術人員範圍定義與考試類科之研究研討會會議實錄，頁 91-136。

期刊論文

王惠光（2012），律師與當事人間關係的建立，月旦法學教室，112 期，頁 42-43。

李旭銘（2006），試評釋字第五七七號解釋--以商業性言論的保護為中心，全國律師，10 卷 1 期，頁 73-82。

李念祖（2005），菸品標示管制與言論自由之限制—釋字第五七七號解釋之研究，東吳法律學報，17 卷第 1 期，頁 1-29。

林子儀（1987），商業性言論與言論自由，美國月刊，2 卷第 8 期，頁 23-33。

邱澎生（2004），以法為名—訟師與幕友對明清法律秩序的衝擊，新史學，15 卷 4 期，頁 93-148。

邱澎生（2009），明清訟師的興起及其官司致勝術，歷史人類學學刊，7 卷 2 期，頁 31-71。

姜世明（2001），律師民事責任制度之研究，法學叢刊，183 期，頁 19-54。

張吉成、饒達欽（2010），技職教育職業執照化發展之反思，教育資料與研究雙月刊，93 期，頁 15-30。

張長樹（1993），簡介美國律師廣告之法制及其經濟分析（下），律師通訊，164 期，頁 34-44。

張偉仁（1987），傳統觀念與現行法制—「為什麼要學中國法制史？」一解，國立台灣大學法學論叢，17 卷 1 期，頁 1-64。

張偉仁（1988），清代的法學教育（上），國立台灣大學法學論叢，18 卷 1 期，頁

1-35。

許志雄（1998），廣告與表現自由，月旦法學雜誌，33 期，頁 10-11。

陳建文（2010），專門職業及技術人員制度之憲法基礎與運作分工問題，人事行政，173 期，頁 73-86。

陳鈺雄（2005），台北律師公會能領導法學教育改革嗎？一個以認證制度為中心的改革方案，律師雜誌，312 期，頁 66-82。

黃瑞明（1989），歐陸法系下律師社會角色之探討，法學叢刊，136 期，頁 120-125。

黃銘傑（1998），美國法上的言論自由與商業廣告—兼論司法院大法官會議釋字第四一四號解釋，台大法學論叢，27 卷第 2 期，頁 347-393。

劉靜怡（2004），言論自由：第一講「言論自由」導論，月旦法學教室，26 期，頁 73-81。

劉靜怡（2005），言論自由：第二講言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，28 期，頁 42-51。

顧立雄、周廷翰（2010），律師倫理規範之規範性與實效性—從法易通事件談起，萬國法律，174 期，頁 32-41。

碩士論文

王文咨（2012），專業證照制度之研究：以專技人員執業資格之考試權與工作權保障為核心，台灣大學法律學院法律學系碩士論文。

王泰祥（2011），廣播電視之商品置入性行銷：從言論自由之角度出發，台灣大學法律學院法律學系碩士論文。

吳坤芳（1998），職業證照制度之研究—以證照管制之合憲性為中心，台灣大學法律學院法律學系碩士論文。

林玉萃（2008），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，台灣大學社會科學院政治學系碩士論文。

邱美玲（2009），證照考試、專業能力與工作權的關係：以土地登記專業代理人為例，東海大學社會學研究所碩士論文。

柯士斌（2007），台灣律師制度管理法制之研究，海洋大學海洋法律研究所碩士論文。

陳映嬋（2013），記帳士證照制度之政經分析，中山大學政治學研究所碩士論文□。

陳瑾儀（2014），專門職業領域排除競爭法適用之比較研究，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班跨國商務組碩士論文。

陳鈺雄（1996），日治時期的臺灣法曹—以國家為中心之歷史考察，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

劉明潔（2014），律師於資本市場之角色與功能，台灣大學法律學院法律學系碩士論文。

劉奕成（2012），我國與美國律師管理法制之研究，海洋大學海洋法律研究所碩士論文。

藍雅清（2002），律師民事責任之研究，臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

翻譯書

Geoffrey C. Hazard, Jr. & Angelo Dondi 著，李禮仲譯（2011），比較法律倫理學，台北：民間司法改革基金會。[Geoffrey C. Hazard, Jr. & Angelo Dondi. 2004. Legal Ethics: A Comparative Study.]

Stefan Krieger & Richard Neumann, Jr. 著，中倫金通律師事務所譯（2010），律師執業基本技能，台北：五南。[Stefan Krieger & Richard Neumann, Jr. 2007. Essential Lawyering Skills, 3rd Edition.]

英文文獻（依姓氏字母順序）



期刊論文

Backer, Edwin C. 2004. Paternalism, Politics, and Citizen Freedom: The Commercial Speech Quandary in Nike, *Case Western Law Review* 54: 1161-1188.

Halberstam, Daniel. 1999. Commercial Speech, Professional Speech, and The Constitutional Status Of Social Institutions. *University of Pennsylvania Law Review* 147: 771-874.

Keighley, Jennifer M. 2013. Physician Speech and Mandatory Ultrasound Laws: The First Amendment's Limit on Compelled Ideological Speech. *Cardozo Law Review* 34: 2347-2405.

Knake, Renee Newman. 2011. Attorney Advice and the First Amendment. *Washington and Lee Law Review* 68: 639-714.

Knake, Renee Newman. 2014. Legal Information, the Consumer Law Market, and the First Amendment. *Fordham Law Review* 82: 2843-2867.

Kry, Robert. 2000. The "Watchman for Truth": Professional Licensing and the First Amendment. *Seattle University Law Review* 23: 885-976.

Meli, Stephen A. 2014. Do You Have a License to Say That? Occupational Licensing and Internet Speech. *George Mason Law Review* 21: 753-789.

Mohr, Kathryn M. 1986. *Lowe v. SEC*: An Avoidance of the Commercial Speech Definition –The Right Result for the Wrong Reasons. *University of Toledo Law Review* 17: 1007-1040.

Moldenhauer, David T. 2006. Circular 230 Opinion Standards, Legal Ethics and First Amendment Limitations on the Regulation of Professional Speech by Lawyers. *Seattle University Law Review* 29: 843-915.



Post, Robert C. & Amanda Shanor. 2015. Adam Smith's First Amendment. *Harvard Law Review Forum* 128: 165-182.

Post, Robert C. 2000. The Constitutional Status of Commercial Speech. *UCLA Law Review* 48: 1-57.

Post, Robert C. 2007. Informed Consent to Abortion: A First Amendment Analysis of Compelled Physician Speech. *University of Illinois Law Review* 2007: 939-990.

Sherman, Paul. 2015. Occupational Speech and The First Amendment. *Harvard Law Review Forum* 128: 183-201.

Sullivan, Kathleen M. 1998. The Intersection of Free Speech and the Legal Profession: Constraints on Lawyers' First Amendment Rights. *Fordham Law Review* 67: 569-588.

Swartz, Martha. 2012. Physician-Patient Communication and the First Amendment after Sorrell. *Michigan State University Journal of Medicine and Law* 17: 101-125.

Volokh, Eugene. 2005. Speech as Conduct: Generally Applicable Laws, Illegal Courses of Conduct, "Situation-Altering Utterances," and the Uncharted Zones. *Cornell Law Review* 90: 1277-1348.