

釋字第七四四號解釋 部分協同意見書

湯德宗大法官提出

本解釋締造兩項紀錄，堪稱本院大法官 2017 年的開春獻禮。

一、正視¹「事前審查」(censorship, prior restraint)於言論自由之為害，²並明確釋示：除立法資料能證明其目的乃為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即且難以回復之危害之特別重要之公共利益，而事前審查之手段與前揭目的之達成間具有直接及絕對必要之關聯，並給予迅速獲得司法救濟之機會者外，化粧品廣告之事前審查原則上應屬違憲。³如上釋示乃我國實務上首次採取之「嚴格審查基準」(高標)，實質上已變更(修正)⁴了本院釋字第四一四號解釋之見解，使我國言論自由保障更向前邁進一步。

二、本解釋於理由書第一段敘明原因案件之事實經過及聲請意旨，乃本院解釋之首例。此一解釋體例(格式)之變革不僅有助於社會大眾理解大法官解釋，亦本院「解釋」朝

¹ 請對照本院釋字第 734 號解釋與本席於該號解釋所提出之「部分協同暨部分不同意見書」。

² 限制言論非經審查通過不得發表之「事前審查」制，與「言論自由」之本質迥不相容。其於言論自由之為害，美國聯邦法院於 *Nebraska Press Assn. v. Stuart* 案 (427 U.S. 539 (1976)) 曾有傳神之譬喻：如謂言論發表後可能衍生之刑事與民事制裁，恐將使人(心生恐懼而)「噤聲」不語，則事前審查制毋寧直使言論立時「凍斃」(“A prior restraint, by contrast and by definition, has an immediate and irreversible sanction. If it can be said that a threat of criminal or civil sanctions after publication 'chills' speech, prior restraint 'freezes' it at least for the time.”)。

³ *See, e.g.,* *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931), *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971, Pentagon Papers Case), *Carroll v. President and Comm. of Princess Anne County*, 393 U.S. 175 (1968), *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977)。中文介紹，參見湯德宗，《憲法對話·對話憲法》(憲法有聲書)，下冊，頁 315~316 (增訂三版，2016)。

⁴ 惟因本件所涉為「化粧品」廣告，而非「藥物」廣告，多數意見卒未處理(敘明)本院釋字第 414 號解釋是否變更的問題。

向「裁判」發展的必要歷程。本席欣見多年來於個別意見書所堅持的體例，終獲多數同仁接納。

至解釋之論理敘述（尤其理由書第五段）容可再酌，殆瑕不掩瑜之細節矣。