

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 617 號

解釋日期：民國 95 年 10 月 26 日

資料來源：司法周刊 第 1310 期 1 版

司法院公報 第 49 卷 1 期 1-75 頁

司法院大法官解釋續編（十九）第 341-435 頁

總統府公報 第 6719 號 15-150 頁

守護憲法 60 年 第 64-66 頁

相關法條：中華民國憲法 第 11、23 條

中華民國刑法 第 235 條

兒童及少年性剝削防制條例 第 27、28 條

解 釋 文： 憲法第十一條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會。性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，亦應受上開憲法對言論及出版自由之保障。惟憲法對言論及出版自由之保障並非絕對，應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則，國家於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制。

為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。惟為貫徹憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨，除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。

刑法第二百三十五條第一項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行爲，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行爲；同條第二項規定所謂意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻資訊、物品之行爲，亦僅指意圖傳布含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品而製造、持有之行爲，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，意圖不採取適當安全隔絕措施之傳布，使一般人得以見聞而製造或持有該等猥褻資訊、物品之情形，至對於製造、持有等原屬散布、播送及販賣等之預備行爲，擬制為與散布、播送及販賣等傳布性資訊或物品之構成要件行爲具有相同之不法程度，乃屬立法之形成自由；同條第三項規定針對猥褻之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，一概沒收，亦僅限於違反

前二項規定之猥褻資訊附著物及物品。依本解釋意旨，上開規定對性言論之表現與性資訊之流通，並未為過度之封鎖與歧視，對人民言論及出版自由之限制尚屬合理，與憲法第二十三條之比例原則要無不符，並未違背憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨。

刑法第二百三十五條規定所稱猥褻之資訊、物品，其中「猥褻」雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（本院釋字第四〇七號解釋參照），其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。

理由書： 憲法第十一條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會。性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，亦應受上開憲法對言論及出版自由之保障。惟憲法對言論及出版自由之保障並非絕對，應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則，國家於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制。

男女共營社會生活，其關於性言論、性資訊及性文化等之表現方式，有其歷史背景與文化差異，乃先於憲法與法律而存在，並逐漸形塑為社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，而客觀成為風化者。社會風化之概念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同。然其本質上既為各個社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，自應由民意機關以多數判斷特定社會風化是否尚屬社會共通價值而為社會秩序之一部分，始具有充分之民主正當性。為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。惟性言論與性資訊，因閱聽人不同之性認知而可能產生不同之效應，舉凡不同社群之不同文化認知、不同之生理及心理發展程度，對於不同種類及內容之性言論與性資訊，均可能產生不同之反應。故為貫徹憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨，除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律或法律授權訂定之命令加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。

有關性之描述或出版品，屬於性言論或性資訊，如客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者，謂之猥褻之言論或出版品。猥褻之言論或出版品與藝術性、醫學性、教育性等之言論或出版品之區別，應就各該言論或出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之，本院釋字第四〇七號解釋足資參照。

刑法第二百三十五條規定：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。」（第一項）「意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物

或其他物品者，亦同。」（第二項）「前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。」（第三項）是性資訊或物品之閱聽，在客觀上足以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者，對於平等和諧之社會性價值秩序顯有危害。侵害此等社會共同價值秩序之行爲，即違反憲法上所保障之社會秩序，立法者制定法律加以管制，其管制目的核屬正當（United States Code, Title 18, Part I, Chapter 71, Section 1460、日本刑法第一七五條可資參照）。又因其破壞社會性價值秩序，有其倫理可非難性，故以刑罰宣示憲法維護平等和諧之性價值秩序，以實現憲法維持社會秩序之目的，其手段亦屬合理。另基於對少數性文化族群依其性道德感情與對性風化認知而形諸爲性言論表現或性資訊流通者之保障，故以刑罰處罰之範圍，應以維護社會多數共通之性價值秩序所必要者爲限。是前開規定第一項所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊、物品，或以他法供人觀覽、聽聞行爲，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊、物品爲傳布，或對其他足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊、物品，未採取適當之安全隔絕措施（例如附加封套、警告標示或限於依法令特定之場所等）而爲傳布，使一般人得以見聞之行爲；同條第二項規定所謂意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻資訊、物品之行爲，亦僅指意圖傳布含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品而製造、持有之行爲，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊、物品，意圖不採取適當安全隔絕措施之傳布，使一般人得以見聞，而製造或持有該等猥褻資訊、物品之情形，至於對於製造與持有等原屬散布、播送及販賣等之預備行爲，擬制爲與散布、播送及販賣等傳布性資訊或物品之構成要件行爲具有相同之不法程度，乃屬立法之形成自由；同條第三項規定針對猥褻之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，一概沒收，亦僅限於違反前二項規定之猥褻資訊附著物及物品。依本解釋意旨，上開規定對性言論之表現與性資訊之自由流通，並未爲過度之封鎖與歧視，對人民言論及出版自由之限制尙屬合理，與憲法第二十三條之比例原則要無不符，並未違背憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨。至性言論之表現與性資訊之流通，是否有害社會多數人普遍認同之性觀念或性道德感情，常隨社會發展、風俗變異而有所不同。法官於審判時，應依本解釋意旨，衡酌具體案情，判斷個別案件是否已達猥褻而應予處罰之程度；又兒童及少年性交易防制條例第二十七條及第二十八條之規定，爲刑法第二百三十五條之特別法，其適用不受本解釋之影響，均併予指明。

立法者爲求規範之普遍適用而使用不確定法律概念者，觀諸立法目的與法規範體系整體關聯，若其意義非難以理解，且所涵攝之個案事實爲一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則不相違背，迭經本院釋字第四三二號、第五二一號、第五九四號及第六〇二號解釋闡釋在案。刑法第二百三十五條規定所稱猥褻之資訊、物品，其中「猥褻」雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺

激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（本院釋字第四〇七號解釋參照），其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。

末查聲請人賴○○指摘臺灣高等法院九十四年度上易字第一五六七號刑事確定終局判決，對於本院釋字第四〇七號解釋之適用，侵害憲法保障言論自由、人格發展自由之部分，依現行法制，尚不得為違憲審查之客體，與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定不合，依同條第三項規定，應不予受理，併此敘明。

大法官會議主席	大法官	翁岳生
	大法官	林永謀
		王和雄
		謝在全
		賴英照
		余雪明
		曾有田
		廖義男
		徐璧湖
		彭鳳至
		林子儀
		許宗力
		許玉秀

部分不同意見書

大法官 林子儀

本案涉及之爭點在於，刑法第二百三十五條第一項規定：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。」是否違反憲法第十一條保障人民言論及出版自由之規定？詳言之，刑法第二百三十五條所規範之「猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品」（以下簡稱猥褻出版品），是否包含於憲法第十一條所保障之言論或出版自由之「言論或出版」之範疇？如屬於憲法第十一條所欲保障之言論或出版，刑法第二百三十五條第一項對其之限制，是否符合憲法第二十三條之規定？該項規定是否符合法律明確性原則？刑法第二百三十五條所保護之「社會風化」法益，在憲法上應如何評價？立法者以之作爲限制人民言論出版自由之理由，是否合憲？以刑罰作爲禁止散布、播送、販賣、或公然陳列、或以他法供人觀覽所謂「猥褻出版品」之手段，是否符合比例原則？

就上述問題，多數意見認為，猥褻出版品雖屬性言論之表現或性資訊之流通，仍屬憲法第十一條所保障之「言論或出版」之範疇，而得主張憲法第十一條言論或出版自由之保障。惟國家於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，仍得以法律明確規定予以適當之限制。多數意見認為刑法第二百三十五條規定所規定之猥褻出版品，雖屬評價性之不確定法律概念，然經本院釋字第四〇七號解釋予以闡釋後，與法律明確性

原則即尚無違背。至系爭之刑法第二百三十五條規定所欲保護之社會風化，多數意見認應由立法者多數決定，釋憲者對立法者之判斷及因此制定法律加以規範，釋憲者應予尊重。多數意見認為立法者以維護社會風化作為刑法第二百三十五條之立法目的，應屬合憲；並對系爭法律以符合憲法意旨之方法加以解釋，限縮系爭規定之適用範圍，而認為以刑罰作為限制猥褻出版品流通之手段，亦符比例原則。是多數意見系爭規定並未違背憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨。

本席贊同多數意見，認為刑法第二百三十五條規定之所謂猥褻出版品屬憲法第十一條所保障之「言論或出版」之範疇，故有關刑法第二百三十五條之規定是否合憲，應從憲法保障人民言論與出版自由之觀點，加以審查。惟本席認為系爭規定不符法律明確性原則；而系爭規定以維護所謂之社會風化為目的，亦與憲法保障言論自由之意旨有違；且以刑罰作為禁止散布、播送、販賣、或公然陳列、或以他法供人觀覽所謂猥褻出版品之手段，亦不符比例原則之要求，故屬違憲之規定。是本席除贊同多數意見於解釋理由書末段不受理之決議外，與多數意見之結論不同，爰提部分不同意見書如下。

一、刑法第二百三十五條規定之猥褻出版品，屬憲法第十一條所保障之言論出版自由之「言論或出版」之範疇，故刑法第二百三十五條之規定是否合憲，應從憲法保障人民言論與出版自由之觀點，加以審查。

刑法第二百三十五條規定之所謂「猥褻出版品」，係屬描述有關性器官或性行為之性資訊或性言論之一種類型。其是否包含於憲法第十一條所保障之言論及出版自由之「言論或出版」之範疇，而得主張言論或出版自由，如比較參酌各國憲法實務的觀點，並非毫無疑義。例如美國憲法實務，到目前為止，即認猥褻言論不屬憲法保障言論自由之「言論」，故不受言論自由之保障。（註一）但加拿大最高法院、德國憲法法院與歐洲人權法院則認為其仍屬言論自由所保障之言論範疇。（註二）本院釋字第四〇七號解釋，則未採美國憲法實務觀點，而認猥褻出版品屬言論及出版自由之「言論或出版」之範疇，本案多數意見亦沿襲釋字第四〇七號解釋之觀點。本席亦支持多數意見之觀點，主要理由即在美國憲法實務之觀點，有其歷史淵源，以及如採取美國憲法實務觀點，則如何界定猥褻言論即成為審理涉及猥褻言論案件之核心，而觀察美國憲法實務經過多年努力之經驗，迄今仍無法找到一個明確的定義標準，致如何區分不受保障之猥褻言論與受保障之性言論，一直存有爭執。（註三）不若直接肯認猥褻言論亦為憲法保障言論自由之「言論」，對其限制是否合憲，則就具體個別法律之設計，依系爭立法所欲規範之言論，從其立法目的與所選擇之手段，是否符合憲法第二十三條規定，加以審查判斷。

猥褻言論既亦係憲法保障言論自由之「言論」，則刑法第二百三十五條之規定是否合憲，應從憲法保障人民言論與出版自由之觀點，加以審查。系爭規定既係為維護社會風化，而對猥褻出版品予以規範，即係對猥褻出版品之內容或其可能之效果所作之一種規範，而屬「針對言論內容之規制」。基於憲法保障言論自由之意旨，政府不宜基於言論所表達之訊息、思想、議題或內容，而異其保護之程度，以防止政府不能容忍異見或不當干預或扭曲公眾討論，故對政府針對言論內容之規制，應採取嚴格之審查標準，審查其合憲性。（註四）

二、刑法第二百三十五條規定不符法律明確性原則

基於法治原則，憲法第二十三條法律保留原則之法律，應符合法律明確原則

，以確保法律具有預先告知之要件，使受規範者對法律有預見可能性，同時亦可維護法律之安定性，並防止執法者恣意曲解法律而有執法不公之濫權情形，此亦為正當法律程序所要求。惟立法者制定法律，免不了須斟酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定，如其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違。此係本院一向之見解，迭經解釋在案。

刑罰係以國家強制力為後盾，且動輒剝奪人民生命、自由及財產權利之制裁手段，自應以嚴格之標準要求其規範內容之明確性，此即「罪刑法定主義」作為刑法規範基本原則之根本意義所在，本院釋字第五二二號解釋對此已有明確闡釋。若刑法規範內容對受規範的人民而言不具可預見性者，則其規範之正當性基礎將因而動搖。

系爭刑法第二百三十五條規定所規範之猥褻出版品究所指，是否符合法律明確原則，應就其意義是否難以理解，是否為受規範者所得預見，是否可經由司法審查加以確認，依序分別審查。本院釋字第四〇七號解釋認猥褻出版品係指「一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品」而言，且其「與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之」。（註五）本案多數意見，亦從其解釋，未作修正。

惟本院釋字第四〇七號解釋係在審查行政院新聞局中華民國八十一年二月十日（八一）強版字第〇二二七五號函係就出版品記載內容觸犯刑法第二百三十五條猥褻罪而違反出版法第三二條第三款之禁止規定，所為例示性解釋是否合憲之問題。是該號解釋既先就刑法第二百三十五條規定之猥褻出版品闡釋如上，並認系爭之新聞局釋示合於本院上開之闡釋，則系爭新聞局之釋示即可認為屬於本院上開闡釋於個案判斷之具體標準。根據該案系爭之新聞局釋示，出版品是否構成猥褻，依以下各款為衡量標準：「甲、內容記載足以誘發他人性慾者。乙、強調色情行為者。丙、人體圖片刻意暴露乳部、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者。丁、刊登婦女裸體照片、雖未露出乳部、臀部或性器官而姿態淫蕩者。戊、雖涉及醫藥、衛生、保健、但對性行為過分描述者」。將此五項標準，與本院釋字四〇七號解釋就猥褻出版品之闡釋，所強調之「一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾」、「引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情」、以及「有礙於社會風化」等並存之要件加以比較，顯不相當，甚或不相容。而該號解釋卻又認系爭新聞局釋示之五項標準，符合該號解釋，則該號解釋列舉要件所闡釋之猥褻出版品，究所指，即呈模糊不清。（註六）

釋字第四〇七號解釋認猥褻出版品之認定，須「一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾」，並「引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情」。惟如一出版品已使普通一般人產生羞恥或厭惡感，如何又同時足以刺激或滿足其性慾？（註七）而「引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性道德感情」究所指，一般人並不易掌握。（註八）且此一要素之採用，在本質上亦有疑義。首先，一般人對於足以刺激或滿足性慾之所謂「猥褻出版品」之情慾反應，若在未有社會風化或道德標準之不斷套用與灌輸之前，其原始心理層面是否真有羞恥或厭惡之感？如所謂感到羞恥或厭惡之反應，係因社會道德觀念所教化，而認足以刺激或滿足性慾之猥褻出版品，致使一般人有此反應，故對社會風化有所有危害，具有可罰

性，則無疑形成一「套套邏輯」關係。再者，依釋字四〇七號解釋，是否構成猥褻言論，尚「應依當時之社會一般觀念定之」，則在欠缺實證研究支持的情況下，具體判斷恐有其困難。（註九）況且即便肯認「社會風化」法益的保護必要性，若系爭之資訊確實並非一般人所能接受的性資訊或性言論，則事實上所可能產生的社會危害即相當有限，理應不足為慮，（註十）其可責難性即不致於達到須以刑法加以規範之程度。是本院釋字第四〇七號解釋，雖就系爭猥褻出版品之認定，列舉標準，惟仍係以更多抽象、不確定概念來解釋一個抽象、不確定之概念。（註十一）故刑法第二百三十五條所規範之猥褻出版品究所何指，即使經本院釋字第四〇七號解釋予以闡釋，其規範內容仍非一般人所能合理理解，亦非受規範者所得具體預見。

本案多數意見雖就系爭規定之猥褻出版品，明示其中包括兩類猥褻出版品，其中一類係「含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值」之所謂硬蕊（hard core）猥褻資訊或物品；另一類則為「客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒」之非硬蕊之一般猥褻言論或資訊。（註十二）其界定雖較釋字四〇七號解釋之闡釋有若干相對具體之標準，惟仍不免於使用抽象、不確定之概念，來解釋一個抽象、不確定之概念，其規範內容仍非一般人所能合理理解，亦非受規範者所得具體預見。仍難符合法律明確性原則。

至於所謂「可經由司法審查加以確認」之意，基本上係指除最終仍須以司法提供人民有效的權利救濟途徑之外，就向來大法官相關解釋之文義前後脈絡以觀，尚須包含系爭法律規定本身必須足夠明確，以作為司法審查依據之意，蓋因人民在尋求權利救濟之前，若無從得知司法審查之基準為何，則即便客觀上救濟途徑確實存在，亦無法被肯認為有效的救濟途徑。且司法審查亦須本於權力分立制衡之原則，依據法律所定之要件從事判斷，不宜逾越權力界限。（註十三）就本件聲請而言，系爭之刑法第二百三十五條關於「猥褻物品」之認定，即便如釋字第四〇七號解釋之標準，在規範內容及效果上仍有一般人難以合理理解與預見其法律效果之疑義，則其在實質意義上是否得經由司法加以審查確認，以發揮權利救濟之積極功能，實不無疑問。

三、刑法第二百三十五條以維護社會風化為立法目的，與憲法第十一條保障言論自由所欲尊重與促成社會多元價值與文化之意旨不符。

退萬步言，縱使系爭規定符合法律明確性原則，其以維護社會風化為立法目的，亦與憲法第十一條保障言論自由之意旨不符，而屬違憲。（註十四）

本案在立法目的審查層次之核心爭議是：社會多數人之性道德情感及社會風化，得否合憲地成為刑法所保護之對象？如果可以，則理由何在？多數意見之結論是，社會多數人之性道德感情及社會風化，得合憲地成為刑法保護之客體，甚且構成所謂「社會性價值秩序」之內容，但就何以如此之理由，則甚少著墨。

立法者立法之內容是否即等於社會風化之內涵呢？實則法律與社會共享之價值或道德之間關係，相當複雜，正如多數意見也意識到，社會上自然形成之價值秩序，未必等同於法律秩序，它可能先於法律存在、也可能悖於法律而存在、可能引領立法又或者逐漸為立法所改變。什麼才是現今台灣社會共享的性道德價值，並不能逕以某個法律存在之事實而獲得證明。當司法釋憲者逕自指稱系爭法律之存在，即必然代表立法者可決定有某種公共之抽象道德情感值得保護，不僅可

能缺乏根據，更危險的是可能逕自聲稱保護一種或許並不存在的性道德。質言之，如依多數意見之論述，其無異主張，立法者既然制定刑法第二百三十五條，即代表社會上必然是具有一定之性道德感情與社會風化；而後又以該聲稱應受保護性道德感情與社會風化，反過來證立這個法律規範之正當基礎。其結果是，規範性道德感情與社會風化之法律只要一經立法，即必然同時證明了它本身有一個要保護之正當之性道德感情與社會風化。從違憲審查的觀點來看，此意謂著立法目的部分完全無須審查，因為只要有系爭法律存在之事實，就已經足以證明了有正當立法目之存在。

由於多數意見只說明社會之性道德感情與社會風化，係由立法者依社會多數共通價值予以判斷，並未說明其具體內容為何，惟如果不能將刑法第二百三十五條所欲保護社會風化之抽象內容，進一步轉化成具體所欲保護之利益，釋憲者即難就該法律之保護目的是否合憲予以審查。

依多數意見所言，刑法第二百三十五條之立法目的所保護者係為由立法者依社會多數人普遍認同之「性道德感情」或「社會性價值秩序」或「社會風化」，而禁止與多數人不同之少數性言論，適足以造成以主流意見排擠或壓抑其他非主流意見之危險。而此危險正是憲法所以保障言論自由所欲防止者。（註十五）誠如吳庚大法官於本院釋字第407號解釋之協同意見書所言：「允許人民公開發表言論、自由表達其意見，乃社會文明進步與閉鎖落後之分野，亦唯有保障各種表現自由，不同之觀念、學說或理想始能自由流通，如同商品之受市場法則支配，經由公眾自主之判斷與選擇，去蕪存菁，形成多數人所接受之主張，多元民主社會其正當性即植基於此。又民主社會之存續及發展有賴於組成社會之成員的健全，一國國民祇有於尊重表現自由之社會生活中，始能培養其理性及成熟之人格，而免遭教條式或壓抑式言論之灌輸，致成為所謂單面向人（one-dimensional man）。憲法上表現自由既屬於個人權利保障，亦屬於制度的保障，其保障範圍不僅包括受多數人歡迎之言論或大眾偏好之出版品及著作物，尤應保障少數人之言論。蓋譁眾取寵或曲學阿世之言行，不必保障亦廣受接納，唯有特立獨行之士，發為言論，或被目為離經叛道，始有特加維護之必要，此乃憲法保障表現自由真諦之所在」。蓋憲法保障言論自由之目的，亦在保障社會每一個人得以獨立自主地充分表現自我，並進而促成社會價值與文化之多元。是國家對於每一個人的言論，原則上即應予以同等之尊重，不應其支持者之多寡，而異其待遇。吳庚大法官亦再三提醒「立法者及行政部門宜從根本上放棄「作之君」、「作之師」的心態，勿再扮演指導國民何者可閱覽，何者應拒讀之角色，須知民主政治之基石乃在於傳統自由主義之精神，而此種精神之前提為信賴人民有追求幸福之能力，而非仰仗官署之干預」。（註十六）是若承認保護多數人普遍認同之性道德感情或社會風化，作為限制人民性言論自由之立法目的，毋寧是由多數指導少數如何生活、指導少數應該擁有哪些價值，即非尊重每一個人對其生活之自主選擇與安排之能力，亦否認每一個人獨立存在之尊嚴。而僅以保護多數主流之性觀念為目的，禁止或排除少數非主流之性觀念，實與憲法保障言論自由所欲尊重與促進社會多元價值與文化之意旨相違，實難認係合憲之立法目的。且刑法第二百三十五條規定係屬政府針對言論內容之規制，本即應採取嚴格之審查標準審查其合憲性，其僅以抽象不確定之維護社會風化為其立法目的，亦難謂屬合憲之重大迫切之目的。

四、以刑罰作為維護社會風化之手段，不符憲法第二十三條之比例原則。

又在實際社會生活中，存有許多侵害公共生活秩序之行爲，其不法程度之強弱輕重不同，但並非皆可作為刑法處罰之對象。近代國家刑法之目的，並非賦予國家創設使用刑罰之權力，而在於限制國家行使刑罰權的條件。（註十七）刑法規範體系的機能，在於健全地確認、創造、解釋保護法益的理論與正當程序，以貫徹罪刑法定主義的理念，並實現正義。而確認刑法所加以保護的生活利益，便是在選擇對於公共生活而言不可欠缺，必須藉由以國家強制力為後盾之刑罰實施始能加以保護的法益。刑罰既以國家強制力為後盾，故在運用上應本於節制的思想，在必要與合理的最小限度內為之，僅於採取其他較寬之手段（如民法或行政法規範）無法做有效法益保護之際，在不得已的情形下，始納入以刑罰作為保障手段之對象。而這種「刑法謙抑」的思想亦為貫穿整體刑事法領域的基本理念，尤其在價值多元、開放的現代社會，刑法謙抑的思想更須予強調。（註十八）在此原則下，吾人不能期待藉由刑法規定來提高道德或倫理水準，而將某一行為「犯罪化」，否則即屬刑法之濫用，反足以危害刑法之本質與其規範功能。（註十九）

在罪刑法定主義的觀點下，法益的具體內涵必須是可以透過理性來加以檢驗的。設若法益的內涵無法具體落實到某個必須透過法律體系來加以保障的價值，那麼規範目的將會有無限膨脹的可能，如此，國家的刑罰權將會變得十分危險。對於所謂的「妨害風化行為」，由於保護法益過於抽象，實際上所受侵害亦難以具體說明，以其作為刑罰之理由，勢必也將無法清楚說明刑法保護的目的，恐有陷入情緒性地使部分行為「犯罪化」之虞。是以，從刑法的基本功能與目的觀之，對於所謂「社會風化」的維護，並不適合以刑罰作為第一線的管制手段。

五、政府對性言論或出版品限制之立法，是否合憲，須就其規範之具體情形，依其立法限制之目的、為達成該目的所選擇的性言論類型、及對該類型言論採取何種限制之措施或手段，依嚴格的審查標準，具體審查之。

綜上所述，本席認為刑法第二百三十五條第一項規定，不符憲法第二十三條規定之要求，而抵觸憲法第十一條保障人民言論及出版自由之意旨，而屬違憲。同條第二項及第三項之規定，亦因第一項規定違憲而無所附麗，即無必要再予論述其合憲性。

惟本席並非謂政府對性言論或出版品之限制，即當然違憲。其規定是否違憲，仍須就其規範之具體情形，依其立法限制之目的、為達成該目的所選擇的性言論類型、及對該類型言論採取何種限制之措施或手段，依嚴格的審查標準，具體審查之。一般而言，如其限制之目的係為「保護兒童及少年之身心健全發展」，或「保障他人免於性言論干擾之自由」，應屬重大迫切之目的，而具有正當性。就此，蘇俊雄大法官於本院釋字第四〇七號解釋之不同意見書，已有闡述。本案多數意見，對系爭規定採取符合憲法意旨之解釋方法，限縮刑法第二百三十五條適用範圍時，亦隱含有保障他人免於性言論干擾之自由之考量。果若如此，其立法目的即非當然以維護社會風化為其立法目的，而轉化為免於干擾自由之保護。（註二十）

除上述二種立法目的之外，尚值得提出思考討論的另一種限制性言論可能之合憲目的為「保護女性免於淪為性言論之客體，以維護女性之性自主與平等」。此為加拿大最高法院於 1992 年，在 R. v. Butler 一案（註二一）中所持理由

之一。（註二二）此種限制之目的，並非泛泛指向社會風化或公序良俗，而係憲法以所要追求的價值，為合憲之目的。此種立法目的係以一定類型之性言論會對女性的性自主與平等造成一定傷害為前提，所謂一定之類型之性言論，乃指將女性描述為屈從的客體，將女性描繪成性玩物、崇拜男性、女性在性當中所表現出受害者、被征服者的形象甚至享受被侵害征服的快感。此等言論透過性的描述，強化男女之刻板印象，灼傷女性之性自主與平等。（註二三）再者，強調女性享受暴力、羞辱女性的言論亦可能造成反社會的行為，引起更多的性暴力犯罪。惟言論所傳達的乃為思想、意念，其是否在實質上即傷害女性之性自主與平等，甚或成為引起反社會之肇因，在論理上與實證研究上仍容有討論空間。故此等立法目的是否合憲，仍要視具體的情況與證據予以判定。（註二四）

至於為達到上開之可能目的，所選擇之手段是否符合比例原則，則應視所欲限制的性言論類型及所欲保護的對象與法益（成年人不願閱聽之自由、女性之性自主與平等、兒童或少年之身心健全發展），分別判斷其手段是否能達成上開之目的且為達成目的之必要且侵害性最小手段，不能率爾即以刑法為手段限制之。（註二五）且如所採取之手段有類如對出版品採取分級制度等事前限制時，除其須符合必要且侵害較小手段之外，更要特別給予程序性之保障，（註二六）以減少因採取事前限制而對人民言論自由造成過度之傷害。

註一：請參見 Roth v. U.S., 354 U.S. 476 (1957) ; U.S. v. Reidel, 402 U.S. 351 (1971) ; Kois v. Wisconsin, 408 U.S. 229 (1972) ; Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973) 。Miller 案對猥褻言論所提出之定義性標準，則為美國憲法實務目前所依循之原則。

註二：請參見例如 ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 362, 365, 369 (2d. ed., 2005) (Oxford University Press) 。

註三：請參見美國最高法院 Brennan 大法官於 Paris Adult Theatre I v. Slaton 案之不同意見書 (413 U.S. 49, 73, Brennan, J., dissenting) 之所述。根據 Brennan 大法官之反省，自 1957 年 Roth 案開始，美國最高法院即嘗試採用定義猥褻言論之方法，將之排除於言論自由保障之外，其認為至 1973 年止，其中經十六年之努力，仍然無法獲得一個明確之定義標準，致如何區分不受保障之猥褻言論與受保障之性言論，致對言論自由之保障有所不足，故其最後即放棄這種以定義方法，排除猥褻言論於言論自由保障之外之方法。有關美國憲法實務就猥褻言論定義之發展之中文介紹與分析，請參見法治斌，〈論出版自由與猥褻出版品之管制〉，載《人權保障與釋憲法制》，1993 年 9 月再版 (1985 年 5 月初版)，頁 74-121 。

註四：有關針對言論內容之規制之討論，其詳請參見林子儀，〈言論自由之限制與雙軌理論〉，載《言論自由與新聞自由》，1999 年元照初版第 1 刷，頁 133-96 。

註五：該定義或係參考日本最高裁判所與美國最高法院對猥褻言論之定義而來。日本最高裁判所，於 1957 年 (昭和 32 年) 之「查泰萊夫人的情人」事件之判決中，就猥褻文書之定義，認應符合以下三要件：1. 造成性興奮或刺激性慾；2. 有害於一般人之性羞恥感；及 3. 違反善良的性道德觀。

美國最高法院於 1957 年之 Roth v. U.S. (354 U.S. 476 (1957)) 案

，Brennan 大法官主筆之多數意見，對於猥褻言論則界定為：若一言論「全然欠缺補償性之社會重要性」，且「就整體視之，苟其主旨，基於現行之社區標準，足以刺激一般人之色情興趣」則屬之。此後，有關猥褻言論之界定，在其後的判決中，亦有陸續修正。其發展之中文介紹，請參閱法治斌，前揭註 3 引文。至 1973 年之 Miller v. California (413 U.S. 15 (1973)) 案，最高法院所宣示之定義標準，即為目前美國憲法實務所依循之標準。該定義標準之內容如下：「The basic guidelines for the trier of fact must be: (a) whether the average person, applying contemporary community standards would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest; (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.」美國最高法院也對何者構成 patently offensive，於同案判決中作了例示性的說明：「(a) Patently offensive representations or descriptions of ultimate sexual acts, normal or perverted, actual or simulated. (b) Patently offensive representations or descriptions of masturbation, excretory functions, and lewd exhibition of the genitals.」

註六：請參見孫森焱大法官於本院釋字第四〇七號解釋之不同意見書之相關評論；同說亦請參見法治斌，〈定義猥褻出版品：一首變調的樂章？〉，載《法治國家與表意自由》，2003 年 5 月，頁 255-58。

註七：請參見 Joel Feinberg, Pornography and the Criminal Law, 40 UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW 567, 593 (1979)。Feinberg 教授於該文所批評者，為美國最高法院於 1973 年之 Miller v. California (413 U.S. 15 (1973)) 案所宣示之猥褻定義標準，就其中第一項要件「訴諸於情慾之挑逗」，與第二項要件「對一般人造成明顯惡劣之冒犯」，如何能併存，所提出之質疑。其情形與本院釋字第四〇七號解釋就猥褻出版品所作闡釋之要件間，彼此能否併存之質疑類似。

註八：請參見法治斌，前揭註 6 引文，頁 263。

註九：同上註。

註十：同上註。

註十一：請參見許宗力，〈談言論自由的幾個問題〉，載李鴻禧等合著，《台灣憲法之縱剖橫切》，2002 年 12 月，頁 266-67。

註十二：依據多數意見，系爭法律的具體適用解釋應為：若傳布屬於第一類所謂「硬蕊」之猥褻資訊或物品即為刑法第二百三十五條第一項所欲處罰之行爲。至於傳布第二類非硬蕊之一般猥褻言論或資訊，是否構成上開法律規定處罰之對象，則須視行爲人是否同時採取適當的安全隔絕措施而定。

註十三：就「可經司法審查加以確認」內涵之探討，請參見例如陳愛娥，〈如何明確適用「法律明確性原則」？－評司法院大法官釋字第五四五號解釋〉，載《月旦法學雜誌》，第 88 期，2002 年 9 月，頁 251-252。

註十四：關於道德或風化不宜作為刑法規範之保護對象，國內學者之相關論述請參見

例如蘇俊雄，《刑法總論I》，1998年3月修正再版（1995年10月初版），頁10-13；林山田，《刑法通論（上）》，2005年9月九版，頁52-53；黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，2004年6月二版，頁15-18；林東茂，〈從「強吻案」談刑法上的猥褻概念〉，載《臺灣本土法學雜誌》，第42期，2003年1月，頁81。

註十五：請參見法治斌，前揭註6，頁263。

註十六：請參見法治斌，前揭註3，頁173。

註十七：請參見黃榮堅，前揭註14，頁11。

註十八：請參見蘇俊雄，前揭註14，頁3、5-6。

註十九：請參見林山田，前揭註14，頁52-53。

註二十：就如同言論自由除保障表意自由之外，也保障不表意之自由一般，言論自由保障除保障聽聞之自由外，也保障不聽聞之自由。對於他人言論，基於個人的好惡，個人當然有拒絕聽聞或接收的自由，此即免於干擾的自由。惟一旦聽眾或觀眾選擇不聽或不看時，表意人表意之自由即與聽眾或觀眾不聽之自由發生衝突。原則上，如果一個人可以很輕易地避開其不想聽聞之言論時，則應容忍表意人表意自由。但如果一個人像俘虜一般（captive audience），被迫接收其不想聽聞之言論時，或是要付出相當的代價才能迴避其不想聽聞之言論時，則應保障其不想聽聞與免於干擾之自由。

註二一：R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452.

註二二：系爭案件乃處理加拿大刑法第163條處罰製造、發行、散布、販賣或公開陳列猥褻物品罪是否違反憲法對言論自由之保障。加拿大刑法第163條對於猥褻的定義為：「本法所稱之猥褻指主要內容在展現過度的性剝削，或過度展現性與犯罪、恐怖、殘酷或暴力之結合之出版品。」系爭條文最後被加拿大最高法院認為合憲，然加拿大最高法院並非基於維護社會風化道德而認為此等對性言論自由的限制乃屬合理。加拿大最高法院在該案中明白揚棄僅以維護社會道德與風化即可以作為限制性言論的正當理由。其更明白指出：「僅僅因為某一種公共道德與性道德反映了某一社群的傳統，就將此一公共道德與性道德強加於眾人之上，乃有害於個人自由之行使與享有。」

註二三：部分女性主義者如 Catherine A. MacKinnon 以及 Andrea Dworkin 即認為，色情言論（pornography）不僅僅是無害的幻想，管制色情言論的目的亦不在於這些言論不符合多數的性道德價值觀。色情言論是一種強迫的性，是鞏固男性至上的機制，是男性對女性宰制的情慾化。男人透過色情言論定義女人並進一步將女性客體化，色情言論中的女性形象是屈從的、享受男性侵略、以身體與性來取悅男人。色情言論並不是言論自由的展現，而是性別歧視的一種實踐，對於婦女地位以及平等權保障造成貶低與傷害。色情言論中所傳達出的女性形象是不會拒絕的、永遠是受壓迫者，在色情言論的反覆實踐中，女性的主體性地位完全被忽略。請參見 CATHARINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW (1987)；Andrea Dworkin, Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality, 8 HARV. WOMEN'S L.J. 1 (1985)。（在美國法制，色情言論的範圍較猥褻言論（obscenity）為廣，後者包含於前者的概念之中。MacKinnon 與 Dworkin 對於色情言論有特別的界定，請參見 CATHARINE

A. MACKINNON, WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS 494 (2005) .)

註二四：類似觀點請參見例如謝世民，〈猥褻言論、從娼賣淫與自由主義〉，《政治與社會哲學評論》，第 16 期，2006 年 3 月，頁 24-5。外國文獻中，亦有許多學者對於反色情言論女性主義者的立場多所反省或批評：或質疑性言論的製造傳播與傷害女性的性自主與平等地位兩者間，不必然具有因果關係；或擔心其支持國家介入管制的立場會被執法機關所濫用，反而造成箝制女性、同性戀者與性少數團體性言論的反效果；或甚至進一步認為，性言論不見得只會對女性地位造成傷害，反而具有解放女性情慾的可能性。相關討論，請參見 Nadine Strossen, *The Convergence of Feminist and Civil Liberties Principles in the Pornography Debate*, 62 N.Y.U.L. REV. 201 (1987) ; Robin West, *The Feminist-Conservative Anti-Pornography Alliance and the 1986 Attorney General's Commission on Pornography Report*, 1987 AM. B. FOUND. RES. J. 681. 因此，「保護女性免於淪為性言論之客體，以維護女性之性自主與平等」是否為限制性言論之可能的合憲目的，仍須就其規範之具體情形與證據予以判定。

註二五：即便如 Catherine A. MacKinnon 和 Andrea Dworkin 主張要限制一定類型之性言論的女性主義學者，亦不主張以刑罰作為國家管制的最主要手段，而認為應該以促進民權 (civil rights) 保障與性別平等為核心，讓受到色情言論 (pornography) 傷害者可以經由民事程序 (civil action) 請求損害賠償 (damages) 以及聲請法院禁制令 (injunctions)。其原因在於，限制色情言論的目的不在強化、正當化國家對於言論的偵查，而是對女性、受害者的賦權 (empowerment)。換言之，限制色情言論的目的若在於促進性別平等，決定的權力就應該交還給女性，方能落實性別平等。若僅依賴國家刑罰權的發動來處罰將女性視為客體的色情言論，則可能會造成國家檢察司法機關選擇性執法的結果，不但無助於減少貶低女性地位的性言論及出版品，反而可能過度賦予國家偵查性言論權力，造成國家箝制女性、同性戀者或性少數團體性言論的發展的反效果。請參考，CATHARINE A. MACKINNON, WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS 299-308 (2005) ; Andrea Dworkin & Catharine A. MacKinnon, *Statement Regarding Canadian Customs and Legal Approaches to Pornography*, Press Release, Aug. 26, 1994.

註二六：根據已故之 Nimmer 教授對美國最高法院有關程序保障判決的分析與歸納，這些程序保障可歸納為以下三者：1. 必須提供被限制者迅速的司法救濟機會；2. 政府必須對事前限制的必要性負舉證責任；3. 在每一個階段的決定，均應提供被限制者陳述意見及言詞辯論的機會。請參見 Melville B. Nimmer, *Nimmer on Freedom of Speech: A Treatise on the Theory of the First Amendment* 4-26 至 4-28 (Matthew Bender, 1984)。

不同意見書

大法官 許玉秀

本席因為不曉得在四處緊急調度使用的文句組合之下，多數意見知不知道自己在想什麼、寫什麼和做什麼，所以不敢附和；因為懷疑多數意見不是新性文化價值觀對舊禮教的安撫，而是所謂男女常態性價值秩序霸權對所謂少數性文化族群的施捨，所以不敢贊同。爰提出不同意見書論述理由如下。

壹、虛假的性言論自由與性資訊流通自由

一、虎頭蛇尾的性言論自由與性資訊流通自由

在本院歷屆大法官解釋當中，本號解釋首次肯定憲法對性言論自由與性資訊流通自由的保護，也就是性言論與其他言論類型並列，不依附於政治性、學術性或商業性言論，而獨立受到憲法對言論自由的保障。這似乎表示本院大法官已肯定性言論與性資訊的憲法價值，原本值得喝采，但是多數意見對於性言論自由與性資訊流通自由為什麼應該受到保護隻字未提。如果不知道多數意見保護性言論自由與性資訊流通自由的真實原因而盲目喝采，可能因為未能察覺所謂保護的虛有其表，而使爭取基本權保護的意志遭到瓦解。

二、與所謂性道德感情及社會風化不相容的性自主意識？

如果要解釋憲法為什麼應該保護性言論自由與性資訊流通自由，必須說明性言論自由與性資訊流通自由對於實現自我有用處。多數意見一旦必須嘗試說明性言論自由與性資訊流通自由對於實現自我有用處，勢必得說明性言論自由與性資訊流通自由，對性人格乃至完整人格的形塑與發展有用處，也就是勢必得肯定對於發展完整人格、實現自我所必備的自主意識的形成與自我決定權的存在有用處。在性言論與性資訊的憲法價值被肯定之後，性言論自由與性資訊流通自由所要實現的目的，自然就是性自主意識（性權利主體意識）的養成與性自我決定權的實現。

然而，多數意見不理性地將性自主意識和性自我決定權視為洪水猛獸，因為認為傳布性自主思想、性權利主體意識、鼓吹性自我決定權，正好會危及多數意見念茲在茲的性道德感情與社會風化、尤其是承襲自二十世紀初期大清刑律草案第二百八十條「販賣猥褻書畫物品罪」（註一）所要保護的社會風化。

多數意見對憲法保障性言論自由與性資訊流通自由的理由保持沈默，凸顯多數意見開宗明義保障性言論自由與性資訊流通自由的假冒偽善。

貳、性價值主流霸權看不見自己的盲點所隱含的專斷

一、遮掩不住的歧視

多數意見真正堅持的是男女共營生活的社會風化。多數意見認定先於憲法和法律而存在、普遍為社會認同的性道德感情與社會風化，是男女共營生活的社會風化。姑不論解釋理由書第二段所謂男女生活關於性資訊、性言論及性文化表現的歷史背景與文化差異，先於憲法與法律而客觀成為風化的描述，如何地不知所云，如何敢於暴露對於人類起源的歷史、人類文明進化與規範形成如何相互作用的欠缺理解與思考，多數意見已經傲慢地宣示自以為是的性價值主流，卻又虛偽地向他們認定為少數的性文化族群，施捨他們的保障。這就好像以幾名婦女保障名額製造男女平等假象一樣，自命為價值主流，決定何者非價值主流，以及只要賞賜幾塊吃剩的麵包屑，就已經是心胸寬大、悲天憫人。

多數意見既然能察覺有不同背景、不同性認知、不同文化認知、社會地位不同的閱聽人，竟然不能體會必須立足於多元的性價值觀論述性風俗文化，不能體會所謂的多元性價值觀，就是任何人都不能自居主流的性價值觀，而仍然處處以想像中社會多數人的普遍認同、主流性價值秩序作為論述主軸。而且解釋過後的條文，如果對所謂的少數性文化族群沒有過度歧視與排斥，那麼修改前的條文不正好會造成過度歧視與排斥，怎麼可能得出合憲結論？多數意見看不到自我的矛盾與混亂，本席至感遺憾（註二）。

二、立法者何辜？

多數意見顯然是自己劃定「男女共營生活」的社會風化是主流風化，卻將自己的看法諉稱是民意機關以多數所決定。考察現行刑法第二百三十五條的立法沿革，從大清刑律草案第二百八十條、中華民國暫行新刑律第二百九十二條（註三）、民國十七年（舊）刑法第二百五十一條（註四），至民國二十四年修正為刑法第二百三十五條，其後復經民國八十八年與九十四年兩次修正（系爭規定）。立法及歷次修正理由對於社會風化的意涵毫無著墨，只有在民國七年刑法第二次修正案設立第十六章妨害風化罪時，在該章修正理由中表示：「原案（註五）本章名姦非及重婚罪，本案（註六）以其不能包舉各種猥褻行為，例如原案第二百九十二條販賣淫書罪不得名之為姦非及重婚是也，故本案擬改為今名。又原案重婚及有夫姦等罪，不獨有傷風化，且直接妨害婚姻及家庭之制，本案以其所侵犯之法益不同，故擬將各該條改入妨害婚姻及家庭罪」（註七），而另立第十七章，將原案有關重婚部分之條文移入。立法者有關妨害風化這個概念的明示論述也只出現這麼一次，此後歷經數次修法（註八），都沒有關於妨害風化的論述。換言之，立法者沒有表明所認為的社會風化就是以「男女共營生活」所建立的社會風化。在立法者並沒有特別表明什麼是主流性價值的真相之下，多數意見的民主正當性根本不存在，多數意見對立法機關的尊重根本完全虛假。多數意見顯然藉著司法詮釋權強迫立法者接受他們所認為的主流性價值，這樣的強迫在接下來對系爭規定「動手術」的過程中表露無遺。

不知道多數意見這樣的故作姿態，拖立法者下水的尊重，是不是會讓立法者感到羞辱和厭惡？

三、比釋字第四〇七號解釋還要落伍的解釋

在對立法者擺過虛假的身段之後，多數意見沒有忘記找釋字第四〇七號解釋背書。在多數意見進行自認為比普通法院的刑事實務操作還高明的實務操作之際，特別引用釋字第四〇七號解釋。釋字第四〇七號解釋相對於在此之前普通法院適用系爭規定所提出來的判準，多了引起普通一般人羞恥感或厭惡感，而侵害性道德感情，有礙社會風化三個條件。前此，普通法院對猥褻的詮釋，都假借猥褻行為的猥褻概念，例如：「猥褻者，其行為在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之謂」（最高法院 17 年 10 月 13 日刑庭總會決議）；「所謂猥褻，係指姦淫以外有關風化之一切色慾行為而言，苟其行為在客觀上尚不能遽認為基於色慾之一種動作，即不得謂係猥褻行為」（最高法院 27 年上字第 558 號判例）；「刑法第二百二十四條所謂猥褻行為，係指姦淫以外有關風化之一切色慾行為而言」（最高法院 45 年台上字第 563 號判例）；「刑法上之猥褻罪，係指姦淫以外，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為而言」（最高法院 63 年台上字第 2235 號判例）。

釋字第四〇七號解釋所提出來的「性道德感情」、「社會風化」、「善良風俗」，雖然遭聲請人指摘為流動與不確定，但至少還加上一段「風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變」，表示不但採取了在同一個時空，可以透過多元的觀點加以解釋的「性道德感情」與「社會風化」，同時也確立了在不同的時空，可以有不同解釋基礎的「性道德感情」與「社會風化」（註九）。本號解釋多數意見號稱尊崇釋字第四〇七號解釋，卻完全排除釋字第四〇七號解釋多元平等的性道德感情與社會風化觀念。聲請

人聲請解釋的目的，是希望獲得比釋字第四〇七號解釋更先進的、更符合當代的「性道德感情」與「社會風化」、更有利於保障性基本權的憲法解釋（註十），卻反而得到一個比釋字第四〇七號解釋更落後的、充滿歧視的憲法解釋。

參、目的正當？

一、拋棄性權利／力主體（性自主）意識不可能目的正當

依據本院釋字第四〇七號解釋的解釋意旨，系爭規定的存在，旨在保護一般人的性道德感情和社會風化，多數意見則進一步解釋為建構及維護平等和諧的性價值秩序。所謂建構及維護平等和諧的性價值秩序，基本上仍然是一個空洞的概念，而之所以是一個空洞的概念，則是因為緊緊抓住社會多數人普遍認同的性道德感情及社會風化觀念，但又不能具體說明他們的概念內涵或核心內涵。如果平等和諧的性價值秩序可以作為法益，以證立刑罰目的正當，則刑法可以有平等和諧的生命價值秩序、平等和諧的交通安全價值秩序、平等和諧的財產價值秩序、平等和諧的自由價值秩序等等。

要談論平等和諧，必須從受規範拘束的社會成員彼此平等開始論述，而既然區分出主流性價值與非主流性價值，就沒有平等的性價值秩序可言，既然沒有平等，就不會有和諧。談到平等，也就是一樣，那麼就必須從一樣有或一樣沒有開始談起。價值建立在權利／力上面，也就是建立在就性的事物受尊重的地位上面，有性權利／力就有性價值，沒有性權利／力就沒有性價值，此所以承認性權利／力主體的地位，才是建構及維護平等和諧性價值秩序的基礎。所謂性權利／力主體的地位，當然包括喜歡成為性客體的自我決定權，如果是自願，已經是出於主體意識的行為，當然是一種性權利／力主體意識的表現（註十一）。總之，對於性自主意識，不會出現反對的少數說，這一定是人類的共識。

多數意見迴避任何有關性權利／力主體以及主體意識的論證，恰好使得建構及維護平等和諧性價值秩序成為一句不知道具體內涵或核心內涵是什麼的空話。而既然建構及維護平等和諧性價值秩序的具體內涵或核心內涵不清楚，所謂「侵害此等社會共同價值秩序之行為，即違反憲法上所保障之社會秩序」，也當然是一句空話，而不能證立系爭規定在憲法上目的正當。所以如果執意以社會多數普遍認同的風化，作為系爭規定的保護法益，則系爭規定在目的審查階段，應該得到違憲的結論。

二、外國立法例的選擇

多數意見視性自主意識，即性權力／利主體意識、性自主決定權猶如社會風化的天敵，因此一向喜歡使用的德國法制，突然間變成毫不可取，雖然在這個領域的修法趨勢上，德國刑法第一八四條至第一八四 c 條的規定，還算是限制比較複雜、管制比較多的規定（註十二）。只因為散布猥褻物品罪在德國刑法屬於妨害性自主罪章，德國實務及學說自一九七三年第四次修正刑法以來的共識就是：「不論是保護兒童青少年的立法目的，或是保護社會大眾突然面臨到的不愉快，這二者都與性自主決定權無法分離。申言之，對於色情的定義仍然要『依照性自主決定權來加以界定』。因此所謂的色情書刊，指以泯滅人格的方式描述性行為，其內容的人格意義與社會意義完全或幾乎脫離，而且這種表達呈現了不是人格的相互承認關係，也就是主體與主體之間的關係，相反的是主體與客體的支配關係。」（註十三）。不取法德國，找美日兩國的類似規定背書，系爭規定的目的審查就能合憲嗎？

多數意見主張所參考的是美國聯邦刑法和日本刑法的規定，但是所引用的美國法規定（註十四），是一個沒有任何案例支持的規定，也就是一個實際上沒有適用、擺著好看的規定；而且管制的對象僅限於以視覺觀覽的圖片，不包括以文字論述的出版品，遭處罰的構成要件行為都限於販賣或意圖販賣而持有，與系爭規定的內容及適用範圍，差距甚大。日本刑法第一七五條雖然類似於系爭規定，也是一條受到極度限縮使用的條文，由於日本官方透過諸如成人視聽媒體倫理監控團體、映畫倫理管理委員會等民間組織的協助（註十五），有完善執行的電影分級、電視節目分級、圖書分級、錄影帶分級等管制制度（註十六），使得該國刑法第一七五條的規定適用的機會降低（註十七）。多數意見排除其他對類似行為已因社會發展、風俗變異而修正相關法律規定的立法例，例如法國（註十八）、丹麥（註十九）、澳洲（註二十）等，以及以天主教為國教的國家，如西班牙、義大利、墨西哥與哥斯大黎加等國（註二一），而主張以這兩個表面上管制範圍寬嚴相反，其實沒有或幾乎少有適用的立法例，為系爭規定的目的正當性背書，動機令人難以索解。究竟是認為日本和美國在社會風化上是台灣的祖國？還是反正弄不清楚各國法制現狀，隨便挑兩個國家應付應付？

不管基於哪一種動機，多數意見對立法例的選擇，都不是一個對人民交代得過去的選擇，因為對各國立法例粗糙、草率的理解，反映出對人民性言論自由及性資訊流通基本權的輕忽。

肆、手段合理？

一、沒有審查，不是寬鬆審查

多數意見在目的審查遠離德國，到了手段審查，又回到德國。因為認為系爭規定所描述的行為，有倫理可非難性。

以在社會倫理上是否應予非難（sozialethisch verwerflich）作為分界刑罰與行政罰的標準，曾經是上個世紀七〇年代以前，德國刑法學上普遍的論述。上個世紀八〇年代以後，這個分界標準不斷受到質疑，因為社會倫理的意涵不夠具體、清晰，使得區分刑罰與行政罰的理論，從質的區分理論轉向量的區分理論（註二二）。而量的判準，則以法益受侵害的程度作為區分標準。

多數意見以空洞的性價值秩序證立倫理可非難性，再以空洞的倫理可非難性證立刑罰手段剝奪人民行動自由的合理性，完全沒有表現出審查刑罰規範最起碼的嚴謹與負責。刑法學經過一整個世紀的努力，要以保護具體法益證立剝奪人民行動自由的必要性，竟遭多數意見以粗暴的憲法操作完全糟蹋。

二、性資訊與性言論的管制必要性：維護人不得為性權利客體的性價值觀

多數意見對系爭規定第一項的解釋，就所謂硬蕊（hard core）的猥褻資訊與物品的禁止，以含有暴力、性虐待或人獸性交為例示，該三種例示都是傳達人成為性權利／力客體的資訊，性資訊是否傳布人不得為性權利／力客體，顯然是審查刑罰手段是否必要的依據。

性資訊與性言論的管制，之所以必須以是否破壞人不得為權利客體的價值觀作為依據，在於性價值秩序的核心利益，乃是人不得淪為性權利／力客體，所以性犯罪的典型，為使人為性權利／力客體的妨害性自主罪。相對於妨害性自主罪，傳布人可以為性權利／力客體的資訊，是一種妨害性自主罪的危險犯，所以系爭規定其實可以置於妨害性自主罪章。所謂應該禁止傳布、管制的有害性資訊，無非是傳播對於建立性自主權有害的資訊，如果不是屬於這種資訊，尤其是宣揚

人應為性權利／力主體的資訊，當無禁止之理。

對於性自主決定權的宣傳惴惴不安，或許因為害怕血親性交罪遭除罪化。此種耽憂毫無必要。因為系爭規定納入妨害性自主罪章理所當然，血親性交罪可以保留在原罪章，就像前面所述，重婚及有夫姦罪曾經屬於姦非及重婚罪章，民國七年（1918）第二次修正刑法草案，就以重婚及有夫姦罪固然有傷風化，且直接妨害婚姻及家庭，故改入妨害婚姻及家庭罪章，血親性交罪改入妨害婚姻及家庭罪章亦無不可，或者更適當。至於傳布的性資訊如果屬於鼓勵血親性交的資訊，則不是以系爭規定處理，而應以煽惑犯罪處理。

三、刑罰或行政管制手段？

如果要管制性資訊與性言論，究竟有無採用刑罰手段的必要？本席的答案是沒有必要。上述關於權利／力主體意識性價值觀的維護，是管制的必要理由，但未必是刑罰制裁的必要理由。究竟在行政管制手段與刑罰手段之間如何選擇？舉例說明：以殺人為例，防止殺人，可以有什麼手段呢？加強教育？在每個人身邊安置一個警察？設置遙控器或監視器？這些避免殺人的管制手段，未必全部不可能做到，但是殺人行為發生的可能性根本無從預測，全面性的管制非常難以做到，因此設立一個刑罰的規定，宣示全面性的禁止，是一個必要而有效的手段。反觀散布有害性資訊與性言論，如果不廣為傳布，沒有危險可言，無須管制；如果廣為傳布，有流通管道，就有管制方法，以行政手段管制，能防範於未然。如以刑罰手段制裁，總在犯罪事實發生之後，緩不濟急。雖然刑罰規定也有事前教育的一般預防效果，但是比起行政手段的立即介入干預，防範效果究竟相差太多。尤其在行政訴訟法將司法救濟程序周備之後，訴訟人權獲得相同的保障，行政管制手段對於保護法益，比刑罰手段更積極而有效。此外，就排除自由刑而言，行政管制手段也是侵害較小的手段。

總之，對於性資訊與性言論的管制，刑罰的手段不是必須採用的最後手段，因為還有侵害較小、比較有效的行政管制手段。使用刑罰手段尚非必要。

伍、猥褻概念符合法明確性原則？

一、不確定的定義要素得不出明確的概念

既然多數意見說不出什麼是社會多數人普遍認同的性道德感情和社會風化，則不可能知道什麼樣的性言論或性資訊，足以引起一般人羞恥感或厭惡感，而會侵害性道德感情並有礙社會風化；如果不知道什麼樣的性資訊和性言論，足以引起一般人羞恥感或厭惡感而會侵害性道德感情並有礙社會風化，則不可能知道什麼樣的性資訊和性言論是猥褻資訊。也就是說，猥褻的概念，顯然欠缺法明確性，因為從釋字第407號解釋至今，何謂侵害性的道德感情和有礙社會風化，從來沒有清晰過。

多數意見比較明確的說明是「足以引起或滿足性慾」可以與性器官、性行為及性文化的描繪與論述連結，但又認為尚包含與性器官、性行為及性文化無關的內容，正好說明概念中還包含難以想像的部分，因此看起來好像有點比較具體的描述，其實還是不明確（註二三）。至於所謂引起羞恥感或厭惡感，則相當取決於個人生活經驗與價值觀，尤其在一個多元文化的社會，所謂普通一般人的感受，並不容易確定。美國 Potter Stewart 大法官在 *Jacobellis v. Ohio* 一案（註二四）中經常遭受質疑的一句名言：「當我看到就知道那是什麼」，道盡所謂使一般人感到羞恥或厭惡這個判斷標準多麼危險。

沒有「猥褻」念頭的人，可能什麼都看不見，例如許多兒童之所以遭到性侵害或性騷擾而不知道反抗，經常是因為沒有能力解讀所遭受的對待。Stewart 大法官知道是什麼的，本席極可能不知道是什麼。例如 Posner 在性與理性（Sex and Reason）一書中（註二五）提到 Balthus（註二六）的畫作「吉他課程」（Guitar Lesson）。畫中有一個成年的女吉他老師坐在椅子上，坐躺在她膝上的是一個年約大概十二歲的女學生，女老師一手抓住這一個小女孩的辮子，小女孩的連身衣裙被撩高到肚臍位置，所以暴露出下體。女老師的另外一隻手則放在小女孩陰部。小女孩的左手拉扯女老師的短衫而露出女老師的乳房。這幅畫被 Posner 解讀為是 Balthus 最棒的畫作之一。在他看來，小女孩像是一把大吉他，而女老師正要彈奏，地面上的所放置的吉他則強化了這種暗示，並且小女孩的姿勢就像是巴黎羅浮宮中聖母哀子像的耶穌基督一樣。這種將身體與吉他聯想在一起的構思以及對於女教師與小女孩的動靜表現，則展示出對於基督宗教的呼應以及畫家獨特的藝術風格。當本席面對該畫作的照片時，卻不知道本席所看到的是什麼，既沒有感到羞恥、沒有感到厭惡，也沒有感到喜歡或不喜歡，而是腦海一片空白。當沒有能力解讀時，又如何僅憑出現小女孩的陰部，就認為是猥褻畫作？而這幅被 Posner 大加讚賞的畫作，是不是也可能符合多數意見所認為的關於兒童遭性虐待的資訊？本席委實不知道性道德感情和社會風化應該如何操作，才能判定該畫作是否猥褻？

二、性言論與性資訊的內容不決定於多數或少數的性道德感情

多數意見對於性資訊與性言論的限制，認為除維護社會多數共通之性價值秩序所必要之外，仍應該保障少數性文化族群性道德感情。如果保障少數之前，還要先維護多數的必要，何保障之有？如果真的要保障少數，豈不是應該在所謂維護多數所必要上面讓步？其次，究竟多數的必要是什麼？假設所謂的少數性文化族群指的是同志團體，而如聲請人所主張（註二七），描繪男體屬於確立性傾向認同所不可或缺的輔助品，應該予以保障而不認定為猥褻的性資訊，則同樣的資訊出現在非同志書刊中，是否即屬於猥褻的性資訊？以維護所謂社會多數的普遍認同所必要，作為保障少數性文化族群性道德感情的界限，究竟是什麼意思？多數意見真的明白嗎？

多數意見是否作了一個根本不知道應該如何操作的主張？參照多數意見對於系爭規定第一項的適用指示，描繪男體似乎不能和包含暴力、性虐待或人獸性交相類比，則應該已經排除在所謂的硬蕊性資訊之外，而應認定為軟蕊性資訊；繼續依照多數意見指示，如果在空間與方式上採取適當安全（？）隔絕措施，就不是系爭規定所要處罰的散布、傳播、販賣、公然陳列或供人觀覽，那麼有什麼多數性道德感情和少數性文化族群性道德感情的差異問題嗎？

多數意見想像出來的多數性道德感情的必要，與對少數性道德感情的尊重，在對系爭規定進行適用指示時完全沒有功能，真正主導的是性權利／力主體意識（性自主意識）。對硬蕊和軟蕊性資訊的區分，是以性資訊是否含有人成為性權權利／力客體的訊息，作為區分依據；對於軟蕊性資訊的容許，也是以是否保護閱聽人性資訊選擇權作為刑罰的界限，閱聽人的性資訊選擇權當然來自性自主決定權。以性自主決定權建立起來的性價值秩序，沒有多數與少數的問題，也沒有男性與女性的差異問題。

三、性自主意識在猥褻概念上的操作

性言論與性資訊是否猥褻，在多數意見和釋字第四〇七號解釋的論述脈絡裡，不容易判定，也不容易避免恣意的判定，只會製造不同認定標準的判決（註二八）。如果以性自主意識操作，則判準清楚，最重要的，真正完全符合憲法意旨。為什麼可以用性自主意識操作猥褻性資訊的判定？

為什麼粗暴描繪性器官、性行為，會讓人感覺不堪、感覺排斥？被描繪的又不是閱聽人自己的性器官或性行為，閱聽人為什麼要覺得羞恥、感覺厭惡？如果呈現別人的性器官或性行為是被容許的，閱聽人自己的性器官或性行為就也是可以展示的客體？如果閱聽人自己的性器官或性行為也被拿來展示，閱聽人是否會有如被觀賞的物一樣？這種淪為客體的感覺，就是失去尊嚴的感覺，會使人感到受羞辱，會使人感覺受侵犯，會使人感覺厭惡，甚至會使人感到恐懼。閱聽人可以有各種感覺，有哪一種感覺並不重要，唯一重要的是，性資訊所傳布的訊息，人是客體，因為與性有關，所以是性權利／力的客體。傳布人可以成為性權利／力客體的訊息，憲法當然不會容許，也因此應該以法律加以管制。

陸、解釋方法的選擇

一、多數意見的選擇

就合憲的解釋結論而言，多數意見的解釋方法，容易被理解為合憲的限縮解釋，因為看起來散布、傳播、販賣、公然陳列及供人觀覽，只要有適當安全隔絕措施，即不在處罰之列，但是其實不然。因為決定處罰界限，除了傳布性資訊的方式之外，還取決於猥褻資訊的定義。依據本院釋字第四〇七號解釋及現行系爭規定，隨著社會發展、風俗變異而形成的性道德感情與社會風化，可能容許只處罰一般所謂硬蕊的猥褻資訊傳布行為，而不管是否有安全隔絕措施，本號解釋多數意見則將未採取安全隔絕措施的軟蕊性資訊傳布行為也納入處罰，以致於也可能屬於對現行系爭規定作擴張處罰的解釋。此所以本席認為本號解釋較諸釋字第四〇七號解釋更為落後，因為對性言論及性資訊的管制，比釋字第四〇七號解釋更嚴格。

由於本號解釋結論明顯與立法主觀意旨不符，對於所保護的法益，復未能清楚描述，本席很難承認這是一個合乎憲法意旨的解釋，比較像是恣意的法律解釋。

二、容易造成誤導與濫用的合憲性解釋

憲法學上，一般將合憲性解釋（verfassungskonforme Auslegung），理解為對於系爭規範如果還可以解釋為符合憲法要求時，即應採取合憲的解釋（註二九），亦即，假如系爭規範容許多種解釋可能性，有些是解釋為違反憲法，有些解釋成符合憲法，則適用法律時，僅應作成合憲解釋（註三十）。如此理解合憲性解釋，有個看起來很好的理由－尊重立法者，但是所謂多種解釋可能性這個前提，隱藏著釋憲機關的技術操縱空間。

所謂的多種解釋可能，無論如何都應該是依照憲法意旨的解釋，因為依照憲法意旨解釋，是釋憲機關的義務。如果依照一種憲法意旨解釋，很難想像會有多種解釋可能性，只有依照多種憲法意旨解釋，才可能有多種解釋可能性，那麼所謂多種解釋可能，其實是多種憲法意旨的選擇，沒有什麼原則上尊重立法者的問題。另一種可能的理解是，系爭規範本身，依照一般的法律解釋方法，有多種解釋可能，而個別可能符合憲法意旨或違背憲法意旨，這時候才有所謂尊重立法者的問題，本席稱之為善意理解立法者的解釋，這種解釋的選擇其實是法律解釋的

選擇，不是憲法解釋的選擇（註三一）。

在釋憲實務上，原則上尊重立法者，而作合憲解釋的說法，是沒有意義的，因為往往只是釋憲機關所認為的合乎憲法意旨的解釋，此所以所謂的合憲性解釋，製造不少釋憲機關的恣意解釋，經常侵犯立法者的權限（註三二），也侵犯普通法院的權限。本號解釋多數意見所利用的合憲解釋，屬於法律解釋，所依據的憲法意旨是模糊的，也沒有維持在法條文義範圍內，因為附加所謂適當安全隔絕措施的散布、播送、販賣、公然陳列、供人觀覽，既超越主觀的立法意旨，也不符合散布、播送、販賣、公然陳列、供人觀覽等文義最大可能的理解（註三三）；至於軟蕊性資訊，只能用舉重明輕的邏輯解釋，讓出於藝術性、教育性、或醫學性目的的傳布行為，能夠免於刑罰；對於系爭規定第二項的解釋，在製造和持有階段，或者可以從猥褻資訊的數量，證明散布、播送和販賣的意圖，但是如何預知不採取隔絕措施？真是立法者也創造不出這樣的條件！在選擇合憲性解釋的前提之下，如果採取僅僅管制硬蕊性資訊的解釋，才可能是一個合乎理性的、未逾越立法意旨的解釋，因為猥褻概念有相當大的彈性解釋空間，社會性道德感情與社會風化，會因時代的變異，使硬蕊性資訊的範圍放寬或縮小，這也才是立法者使用猥褻這個評價性概念的原始意旨。

本號解釋多數意見過度擴權了！

註一：大清刑律草案第二百八十條規定：「凡販賣猥褻之書畫或物品、或因欲販賣而持有及公然陳列之者，處五十圓以下罰金。（第一項）因而得利者，處其價額二倍以下，價額以上罰金。若二倍之數未達五十圓時，處五十圓以下，價額以上罰金。（第二項）」參見商務印書館編譯所編纂，大清光緒新法令，第 20 冊，清宣統元年（1909）2 月，初版，北京：商務印書館發行，頁 53。

註二：更荒謬的是，一方面承認與性有關的論述與描繪，未必可能是有害的，可能是令人愉悅的，但是卻認為的確會有人對同樣的呈現感到厭惡，似乎感到厭惡的都是別人。也就是說，系爭規定要保護的是虛構的、根本不存在的許多其他人。

註三：中華民國暫行新刑律第二百九十二條規定：「販賣猥褻之書畫、物品，或意圖販賣而製造，或收藏，或自外國販運者，處拘役五十圓以下罰金。其公然陳列者亦同。（第一項）因而得利者，處其價額二倍以下價額以上罰金。二倍之數未滿五十圓，處五十圓以下價額以上之罰金。（第二項）」參見司法行政部刑法研究修正委員會編譯，各國刑法彙編上冊，1980 年 6 月出版，頁 125。

註四：舊刑法第二百五十一條規定：「散布或販賣猥褻之文字、圖畫及其他物品，或公然陳列者，處一千元以下之罰金。（第一項）意圖販賣而製造持有前項之文字圖畫及其他物品者，亦同。（第二項）」參見司法行政部刑法研究修正委員會編譯，各國刑法彙編上冊，1980 年 6 月出版，頁 196-197。

註五：即中華民國暫行新刑律。

註六：即刑法第二次修正案。

註七：修訂法律館編輯，法律草案彙編（二），成文出版社，1973 年 6 月，臺一版，刑法第二次修正案，頁 85。

註八：例如立法院謝啓大委員等六十位委員所提刑法修正草案說明，參見立法院公報第八十八卷第十三期，1999 年，頁 137-138。

註九：釋字第四〇七號解釋對於猥褻的定義，基本上是抄襲自日本最高裁判所相關的一系列指標性判決。該院於 1957 年 3 月 13 日之「查泰萊夫人的情人」（一夫人戀人）一案中採取「三要素說」，亦即足以刺激或滿足性慾、引起一般人羞恥或厭惡感以及侵害性的道德感情，參見最大判昭和 32 年 3 月 13 日大法庭判決，刑集 11 卷 3 號，頁 997、998、1003。1969 年 10 月 15 日之「惡德的榮」（惡德榮）一案中，則基於三要素說的基礎，加入所謂的「整體考察說」，亦即就文書的各章句與全體文書整體加以考察，參見最大判昭和 44 年 10 月 15 日大法庭判決，刑集 23 卷 10 號，頁 1239,1240,1244。1970 年 11 月 28 日之「四疊半糊紙隔牆下」（四疊半襖下張事件）一案中，該院認為判斷猥褻，除了更具體地說明文書的整體考察方法之外，亦認為應該要依據判斷者所身處時代健全的社會通念來認定三要素，參見最高裁昭和第三小法庭判決 55 年 11 月 28 日，刑集 34 卷 6 號，頁 435,436。有關於上述指標性判決的介紹參見：許福生，性表現自由與刑法散布猥褻物品罪，中央警察大學法學論集第 3 期，1998 年 3 月，頁 271,282 以下；紀凱峰，論刑法第二百三十五條猥褻物品之概念及處罰基礎，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2003 年，頁 10 以下；松井茂記著、蕭淑芬譯，媒體法，初版，2004 年 11 月，頁 145 以下。可見得規規矩矩地抄襲原裝，還不會犯錯，自以為是地拼裝，就會弄出一部四不像的車子。

註十：參考 1999 年世界性學會議「性權宣言」，見 World Association for Sexual Health 網站 http://www.worldsexology.org/about_sexualrights.asp（瀏覽日期：2006/10/25），中文翻譯可參考 2000 年 9 月 2 日中央大學性／別研究室翻譯「性權就是人權」宣言 <http://intermargins.net/repression/theory/t7.htm>（瀏覽日期：2006/10/25）。

註十一：可參考本席在釋字第五七三號解釋協同意見書關於自由與平等的說明。

註十二：德國刑法第 184 條（散布色情文書罪）

（1）以色情文書（第十一條第三項）從事下列行為之一者，處一年以下有期徒刑或罰金。

- 1、要約、轉讓未滿十八歲之人或以他法供其接近使用者，
- 2、在未滿十八歲之人出入之場所陳列、張貼、放映或以他法供其接近使用者，
- 3、在營業場所以外、書報亭或其他顧客不常出入之販賣處、郵購、營業性租書店或讀者團體之方式向他人為要約或轉讓者，
- 3 a、在禁止未滿十八歲之人出入之商店以外，為營業性租賃或類似營業性讓與擔保之方式向他人為要約或轉讓者，
- 4、以郵購方式輸入國內者，
- 5、在未滿十八歲之人出入場所或得見聞之場所，或經由散布相關商人非商業書刊而公然提供、預告或宣傳者，
- 6、未經他人要求而使其取得者，
- 7、為完整取得對價或主要為取得對價而公開放映電影者，
- 8、意圖將色情文書或其部分供第一款至第七款犯罪之用或供他人使用而製造、取得、提供、保存或輸入國內者，
- 9、意圖散布、公開使其接近或提供使用者，在當地現行法處罰之情

形下，將色情文書或其部分輸出國外者。

- (2) 對於未滿十八歲之監護權人不適用第一項第一款；要約、轉讓或使其接近使用色情文書而嚴重侵害監護權者，不在此限。商業交易的借用人不適用第一項第三 a 款。

德國刑法第 184 a 條（散布暴力與人獸交色情文書罪）

將內容含有暴力與人獸交之色情文書（第十一條第三項）從事下列行為之一者，處三年以下有期徒刑或罰金。

- 1、散布者，
- 2、公然陳列、張貼、放映或以他法使其接近使用者，
- 3、意圖將色情文書或其部分供第一款與第二款犯罪之用或供他人使用而製造、取得、提供、保存、要約、預告、宣傳或輸入國內者。

德國刑法第 184 b 條（散布、取得與持有兒童色情文書罪）

- (1) 將內容含有對兒童性虐待（第一百七十六條至第一百七十六 d 條）之色情文書（第十一條第三項）從事下列行為之一者，處五年以下有期徒刑。

- 1、散布者，
- 2、公然陳列、張貼、放映或以他法供其接近使用者，
- 3、意圖將色情文書或其部分供第一款與第二款犯罪之用或供他人使用而製造、取得、提供、保存、要約、預告、宣傳或輸入國內或國外者。

- (2) 使他人持有完全或接近真實之兒童色情文書者，亦同。

- (3) 前二項之情形，以營利為目的或結夥接續實施犯罪並且兒童色情文書係完全或接近真實者，處六個月以上十年以下有期徒刑。

- (4) 持有完全或接近真實之兒童色情文書者，處二年以下有期徒刑。持有第一句之文書者亦同。

- (5) 僅依法履行公務或業務上義務者，不適用第二項至第四項。

- (6) 第三項之情形適用第七十三 d 條。第二項或第四項犯罪之物品沒收之。第七十四 a 條適用之。

德國刑法第 184 c 條 以廣播電台、媒體或電信設備散布色情資訊罪

以廣播電台、媒體或電信設備散布色情資訊者，依第一百八十四條至第一百八十四 b 條罰之。第一百八十四條第一項之情形，以科技設備或其他方法確保未滿十八歲之人無法觀覽色情資訊者，不適用之。

註十三：Trondle/Fischer, Strafgesetzbuch, 53. Aufl., 2006, 184/7b. 德國的實務見解認為色情係指「對於廣義性行為（十分不確定的）誇大描述，而完全排除情緒性個人的關聯，這種關聯使得人成為(可以替換的)性欲與性行為的客體。」（BGHSt 23 (1976), 40 Fanny-Hill 案判決）其中「人作為性欲客體」是實務及學說最具體的共識。Thomas Fischer 是德國聯邦最高法院法官，同時是 Würzburg 大學榮譽教授，他從主體與客體之間的關係進而得出色情就是所謂溝通與溝通的對象之間的關係。Herbert Trondle 本人至 1999 年退休之前，曾經長期擔任 Waldshut 地方法院院長。

註十四：18 U.S.C. § 1460. "Possession with intent to sell, and sale, of obscene matter on Federal property"

(a) Whoever, either-

(1) in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or on any land or building owned by, leased to, or otherwise used by or under the control of the Government of the United States; or

(2) in the Indian country as defined in section 1151 of this title, knowingly sells or possesses with intent to sell an obscene visual depiction shall be punished by a fine in accordance with the provisions of this title or imprisoned for not more than 2 years, or both.

(b) For the purposes of this section, the term "visual depiction" includes undeveloped film and videotape but does not include mere words. "

(http://www4.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sec_18_00001460----000-.html 瀏覽日期：2006/09/26)

註十五：該等自律倫理團體有些係由日本業者以外之民間公正人士或學者所組成，而有些係由業者所組成，以下係 2006 年 9 月為止現存的自治倫理團體：

1. 電影倫理管理委員會（映倫管理委員會，簡稱映倫；Administration Commission of Motion Picture Code of Ethics），參見：
<http://www.eirin.jp/>
2. 日本錄影帶倫理協會（日本倫理協會，簡稱倫；Nihon Ethics pf Video Association），參見：<http://www.viderin.jp/>
3. 全日本錄影帶倫理審查會（全日本倫理審查會；All Japan Video Society，簡稱 AJVS），參見：<http://www.ajvs.net/>
4. 電腦軟體倫理機構（一倫理機構，簡稱倫；Ethics Organization of Computer Software）參見：
<http://www.sofurin.org/index.htm>
5. 日本影像軟體販賣倫理機構（日本映像制作・販倫理機構，簡稱制販倫；Japan、Visual、Produce、Sell），參見
<http://www.seihanrin.jp/index.html>
6. 視覺軟體產業工會（・業協同組合；Visual Software Contents Industry Cooperation，簡稱 VSIC），參見：
<http://www.vsic.jp/>
7. 軟體協會媒體倫理審查會（・協同組合倫理委員會；Contents Soft Association，簡稱 CSA），參見：
<http://www.contents-soft.or.jp/>（以上網站瀏覽日期：2006/11/1）
。其他的自律倫理團體例如：日本倫理審查協會（日本倫理審查協會，簡稱 JEJA）、日本軟體倫理協會（全日本倫理協會，簡稱 ASEA）、日本多媒體倫理協會（日本倫理會，簡稱 JMEA）、日本成人錄影帶規制管理機構（規制管理機構，簡稱 JAVMCO）。

註十六：這多半係由日本各級地方自治團體制定自治法規來加以規範，而除了長野縣以外，絕大部分的地方自治團體都訂有這種「青少年健全養成條例」，以下則舉東京都青少年健全養成條例（最終修正：平成 17 年（2005）3 月 31 日第 25 號）為例：

第 2 條（定義）

本條例中，下列各款所示用語之意義，依各款中之規定。

- 1、「青少年」係指未滿十八歲之人。
- 2、「圖書類」係指被販賣、散佈或以供人閱覽或觀覽之目的，而作成之書籍、雜誌、文書、圖畫、照片、錄影帶、video disk，及以電腦用的軟體、紀錄資料的 CD ROM、其他電磁方法等記錄媒體，及攝影用的電影片及幻燈片。（以下省略）

第 8 條（不健全的圖書類等之指定）

知事得將下列揭示之物，指定為阻礙青少年健全養成之物。

- 1、被販賣、散佈或供人閱覽或觀覽之圖書類或電影等，其內容對於青少年而言，有顯著刺激其性慾、顯著致生其殘虐性，或顯著誘發青少年自殺或犯罪者，該當東京都規則所定的基準，被認定為有阻礙其健全成長之虞者。（以下省略）

第 9 條（指定圖書類之販賣等之限制）

從事圖書類之販賣或租借者及其代理人、使用人、其他從業者，及散佈營業相關之圖書類者及其代理人、使用人、其他從業者（以下稱「販賣圖書類業者等」），不得對青少年販賣、散佈、租借前條第一項第一款所規定知事指定之圖書類（以下稱「指定圖書」）。

從事圖書類販賣或租借者及散佈營業相關之圖書類者，陳列指定圖書類時（於自動販賣機等販賣圖書類，或租借之情形外。），須依東京都規則所定青少年無法閱覽之方法包裝。

販賣圖書類業者等，陳列指定圖書類時，須依東京都規則所定，明確區分該指定圖書類與其他圖書類，並將其置於營業場所中容易監視之場所。

任何人均應努力避免讓青少年閱覽或觀覽指定圖書類。

第 25 條（罰則）

違反……第 9 條第 1 項、第 2 項或第 3 項……者，處 30 萬日圓以下罰金。

參見：<http://www.seisyounen-chian.metro.tokyo.jp/index9files/ikuseijyourei.htm>（瀏覽日期：2006/10/31）。另外日本法上以青少年保護為目的而對於表現自由的限制之討論，參見松井茂記著、蕭淑芬譯，媒體法，初版，2004 年 11 月，頁 166 以下。

註十七：參見中山研一，罪可罰性－刑法 175 問題－，成文堂，1994 年 6 月，初版，第 153、154 頁。

註十八：法國刑法第 227－23 條規定：「意圖散布、製造或播送兒童色情圖片者，處一年以下有期徒刑與三十萬法郎。以任何方式散布者亦同。兒童未滿十五歲者處三年以下有期徒刑與五十萬法郎。」

註十九：丹麥刑法第 235 條規定：「（1）任何人散布有關未滿十八歲之人之猥褻圖片、影片、其他具有猥褻之視聽產品或相類物者，處罰金或二年以下有期

徒刑。情節特別嚴重者，處六年以下有期徒刑。情節特別嚴重者係指例如兒童之生命遭受危險、使用嚴重的暴力手段、對兒童造成嚴重的傷害或者是已有體系性的犯罪組織從事散布行為者。（2）任何人持有或支付對價而取得有關未滿十八歲之人之猥褻圖片、影片、其他具有猥褻之視聽產品或相類物者，處罰金或一年以下有期徒刑。（3）第二項之規定不包括持有有關十五歲以上之人之物品而且得其同意者。」

註二十：例如澳洲首都自治區 1900 年刑法第 91h 條 生產、製造持有色情物品罪（2006 年 9 月 28 日修正）

（1）本條之定義：「兒童色情」係指繪製或描寫之方式在所有情形下對於理性之人可能造成侵犯，而其內容涉及（顯然）未滿十六歲之人

（a）從事性行為或

（b）為與性有關之行為

（c）拷問、酷刑或凌虐之被害人（不論是否與性有關）

「散布」兒童色情之行為包含：

（a）寄送、提供、展示、運輸或傳達予他人者，

（b）提供他人接近使用者，

（c）達成協議或相互同意為之者。

（2）生產或散布兒童色情物品罪 生產或散布兒童色情物品者構成犯罪。

最高刑度：十年以下有期徒刑。

（3）持有兒童色情物品罪 持有兒童色情物品者構成犯罪。

最高刑度：五年以下有期徒刑。

（4）抗辯 下列情形之一者構成第二項與第三項罪名之抗辯：

（a）被告沒有認識到而且無法理性地期待其已認識到生產、散布或持有（情況所必要者）兒童色情物品者，

（b）物品所涉及之內容（無論係犯罪前或犯罪後）已經澳大利亞聯邦分級法 1995 年分級者而非禁止級者，

（c）所生產使用或意圖使用之物品內容係真正保護兒童、科學、醫學、法律、藝術或其他公益目的，而且被告之行為對該目的而言係屬理性者，

（d）被告為執行職務行為之執法公務員，被告所為之公共義務係與澳大利亞聯邦分級法 1995 年有關聯者。

（5）對於持有兒童色情物品之抗辯 構成第三項罪名之抗辯係指該物品未經被告請求而取得者而且只要被告注意到物品具有色情性質時，其即出於理性而處分者。

參見：http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/ca190082/s91h.html（瀏覽日期：2006/10/31）。

註二一：這些國家的刑罰規定很明顯著重於對於兒童及少年的保護，其處罰對象為散布或販賣以兒童或少年為描述對象的兒童色情性資訊。例如西班牙刑法第 186 條藉由所有可能的方法販賣、散布或顯示色情資料予未成年人或心智缺陷之人者，處六個月以上一年以下有期徒刑或十二個月至二十四個月之日額罰金。西班牙刑法第 189 條規定 a）利用未成年人暴露性器官、製作色情物品或提供資金製作者，處一年以上三年以下有期徒刑；b）對於未成年人

有親權、監護權、照顧或教養關係之人明知其進行性交易而不採取任何方法避免其繼續發生，或欠缺任何方式進行保護而不向保護未成年人之公權力請求協助者，處三個月至十個月之罰金；c) 以未成年人製造、放映或便利於製造色情資料者，縱其來源地位於國外，亦處罰之。參見：

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/loi10-1995.12t8.html-c4（瀏覽日期：2006/10/31）。

義大利最重要的修正是對於兒童色情刊物之製造、散布的處罰非常重，六年以上十二年以下，併科二萬六千元至二十六萬歐元（約新台幣一百零九萬元至一千零九十萬元）的罰金。參見：

<http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/it/CPenalItalie4.pdf>（瀏覽日期：2006/10/31）。

墨西哥刑法典第205條：引誘未成年人參與製作兒童色情物品者，處以刑罰。刑罰係五年以上十年以下有期徒刑，還有五百天至二千天之日額罰金。成年人向兒童展示色情物品者亦罰之。在法條文本也可以發現到有一個例外，即如果該物品用於學校教育、預防性或教育性之目的。刑法典第206條處罰此種兒童色情物品罪，並且對兒童色情物品加以定義：「兒童色情物品係指所有以真實或虛擬之手法呈現性活動，或所有具有性目的而呈現兒童性器官者。」此外該法處罰不具或具營利意圖，並未得或得未成年人同意，促使或使其能從事暴露性器官、挑起性慾或與性有關之行爲，並製作影音產品者。刑罰係五年以上十年以下有期徒刑，還有一千天至二千天之日額罰金。該法亦處罰拍攝、攝影，以及製作、販賣、出租、公開展示或轉讓攝影物品者，處以十年以上十四年以下有期徒刑。行爲人係公務員或與兒童具有家庭關係而犯兒童色情物品罪者，刑度則加重。以犯罪組織犯之者，處十年以上十四年以下有期徒刑，併科一千天至五千天之日額罰金。

參見：<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s=>（瀏覽日期：2006/10/31）。

哥斯大黎加刑法第173條以未成年人或其圖片製作或生產色情資料者，構成兒童色情物品罪而處三年以上八年以下有期徒刑。具有經濟上目的而於國內販賣、轉讓或輸入國內色情資料者，處一年以上四年以下有期徒刑。該國第174條規定與未成年人交易、散布或放映色情物品予未成年人者，處一年以上四年以下有期徒刑。根據聯合國國際兒童基金會的國際公約，在2001年則增訂「意圖營利持有色情資料者」的處罰規定，也就是說持有兒童色情物品者亦罰之。參見：

<http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/cr/cpcr5.htm-4>（瀏覽日期：2006/10/31）。

註二二：許玉秀，第十四屆國際刑事法學大會紀要，刑事法雜誌第34卷第2期，1990年4月，頁1,3-4；蘇俊雄，論刑罰與行政刑罰集刑罰之範疇界限－評最高法院八十九年度台非字第八七號判決，月旦法學雜誌73期，2001年6月，頁155,157；陳敏，行政法總論，四版，2004年11月，頁705；吳庚，行政法之理論與實用，增訂九版，2005年8月，頁472以下。

註二三：所以如果檢方與院方（例如臺灣高等法院87年度上易字第5088號判決、

臺灣高等法院 89 年度上易字第 808 號判決、臺灣高等法院臺中分院 89 年度上易字第 2953 號判決、臺灣高等法院 90 年度上易字第 4227 號判決、臺灣高等法院 90 年度上易字第 4330 號判決、臺灣高等法院臺中分院 90 年度上易字第 1557 號判決、臺灣高等法院臺南分院 90 年度上易字第 481 號判決、臺灣高等法院臺南分院 90 年度上易字第 1145 號判決、臺灣高等法院 91 年度上易字第 236 號判決、臺灣高等法院 91 年度上易字第 258 號判決、臺灣高等法院臺中分院 91 年度上易字第 134 號判決、臺灣高等法院臺南分院 92 年度上易字第 931 號判決、臺灣高等法院高雄分院 92 年度上易字第 1224 號判決、臺灣高等法院高雄分院 92 年度上易字第 735 號判決、臺灣高等法院 93 年度上易字第 1273 號判決、臺灣高等法院臺南分院 93 年度上易字第 107 號判決）或者是一審與二審（例如臺灣板橋地方法院 87 年度易字第 1796 號判決與臺灣高等法院 87 年度上易字第 3576 號判決、臺灣彰化地方法院 88 年度易字第 394 號判決與臺灣高等法院臺中分院 89 年度上易字第 2224 號判決、臺灣臺南地方法院 90 年度易字第 1148 號判決與臺灣高等法院臺南分院 90 年度上易字第 1723 號判決、臺灣臺南地方法院 90 年度易字第 2197 號判決與臺灣高等法院臺南分院 91 年度上易字第 117 號判決、臺灣板橋地方法院 91 年度易字第 2605 號判決與臺灣高等法院 92 年度上易字第 279 號判決、臺灣高雄地方法院 91 年度簡上字第 269 號判決與臺灣高等法院高雄分院 92 年度上易字第 594 號判決、臺灣臺北地方法院 92 易字第 1022 號判決與臺灣高等法院 93 年度上易字第 286 號判決、臺灣彰化地方法院 93 年度易字第 1225 號判決與臺灣高等法院臺中分院 94 年度上易字第 451 號判決）就猥褻資訊或言論的認定，發生根本歧異，亦不足為奇。

註二四：378 U.S. 184, 197 (1964) .

註二五：Richard A. Posner, *Sex and Reason* 377 (Harvard U. Press 1992) . 中文翻譯可參考高忠義翻譯、林志明校閱，*性與理性*（下）－性規範，2002 年 6 月，頁 579 以下。

註二六：其原名為 Graf Balthazar Klossowski de Rola，生於 1908 年而卒於 2001 年，是二十世紀重要的波蘭裔法國現代藝術家。

註二七：聲請解釋補充理由書頁三。

註二八：參見前揭註 23 。

註二九：Christian Starck, *Der Verfassungsauslegung*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. VII, 1992, ¶ 164, Rn. 31.

註三十：Benda/Klein, *Verfassungsprozessrecht*, 2. Aufl., 2001, Rn. 1284.

註三一：有學者即主張，更精確地說，合憲性解釋並不是「狹義的解釋」，毋寧是一種目的性限縮（法律內的法的續造）。參見 Karl Larenz 著，陳愛娥譯，*法學方法論*，1996 年，頁 243。

註三二：Schlaich/Korioth 就毫不客氣地指出，德國聯邦憲法法院將法律限於特定的解釋而不是宣告法律無效的做法（參見 BVerfGE 19 (1965), 342; 46 (1977), 43; 61 (1982), 260; 85 (1991), 69; 86 (1992), 288），這不僅讓立法者卸責，而且更侵犯了立法者的形成自由，所以除非立法者自己也同意某種合憲性解釋的情形，否則不應該貿然採取，參見 Klaus

Schlaich/Stefan Koriöth, Das Bundesverfassungsgericht—Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 6. Aufl., 2004, 5. Teil. D., Rn. 450 f. 關於德國合憲性解釋界限的介紹與討論，亦可參見陳新民，立法者的「審慎義務」與釋憲者的「填補」任務——由德國聯邦憲法法院「教堂十字架案」談起，收錄於劉孔中、李建良主編，憲法解釋之理論與實務，1998 年 6 月，頁 93,108 以下。

註三三：德國聯邦憲法法院在關於民事訴訟法第 554b 條採取合憲性解釋的聯席庭裁定中，闡明該院在迄今為止的裁判中合憲性解釋的界限（BVerfGE 54（1980），277, 299; 71（1985），81, 105. Hermann Heusner, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigkeitserklärung, NJW 1982, 257, 262; 亦見 BVerfGE 56（1980），298, 325.）：

合憲性解釋必須維持在條文文義的範圍內（然而德國文獻如 Otto Depenheuer 基本上質疑字義作為界限的適合性，參見 Depenheuer, Der Wortlaut als Grenze, 1988, S.1 ff., 38 ff.採取相同質疑觀點如 Josef Isensee, Staat im Wort-Sprache als Element des Verfassungsstaates, in: Jorn Ipsen u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel, 1995, S. 571, 587.）。

立法者的基本決定、評價與在其中所設立的立法目的不可以被破壞。對於意義明確的法規不能賦予相反的意義，在重要之處，不能錯失或扭曲立法者的目的。（也參見 BVerfGE 63（1983），131, 147 f.; BVerfGE 64（1983），229, 241 f.; BVerfGE 62（1982），117, 166; BVerfGE 69（1985），1, 55.）詳見 Klaus Schlaich/Stefan Koriöth, 2004, 5. Teil. D., Rn. 449.

抄謝○雄聲請書

主 旨：刑法第二百三十五條之規定，違反憲法第十一、二十二及二十三條之規定，侵害聲請人受憲法保障之言論、出版及商業經營之自由及權利，茲聲請宣告上開刑法之規定牴觸憲法而無效。

說 明：

一、本聲請案訴訟之經過及聲請解釋憲法之目的

聲請人係書店經營者，因陳列以透明塑膠膜密封之成人漫畫，經警察以臨檢名義查扣（未持搜索票），並移送地檢署提起公訴，嗣經臺灣南投地方法院及臺灣高等法院臺中分院以刑法第二百三十五條第一項「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金」之規定判處拘役五十天定讞，揆諸上開刑法之規定，限制人民言論思想表達之自由、出版之自由及經營商業之自由。「猥褻」一詞缺乏「法律明確性原則」，且該限制措施亦不符合憲法第二十三條規定之「比例原則」，明顯與憲法相關規定牴觸，應宣告無效，以保障聲請人之基本人權。

二、聲請解釋憲法之理由

1、約翰米爾（J.S.Miller）認為在所有人權中，以思想言論之表達自由最為重要，它不但能消極的防止專制政府的產生，更能積極的增加最大多數最大快

樂，因為，第一、任何意見如被迫不能發表，則安知其不正確；第二，受壓制的意見即使不當，亦可能有部分正確；第三，即使是公認的真理，亦應允許懷疑與辯論；第四，對公認之意見抱持無疑，會阻礙理性的發展。總之，在真理愈辯愈明的情形下，言論思想自由表達會使人對正確意見有更深一層的認識。

- 2、基此，美國在 1789 年通過人類第一部成文憲法後，隨即在其增修條文第一條開宗明義規定：「國會不得制定剝奪人民言論或出版自由之法律」。在憲法保障下對言論出版自由採取開放態度，在此氣氛下使其國力日益強盛，嗣後聯邦最高法院雖發展出兩項著名的限制原則，一為「明顯而立即的危險」，二為「惡劣傾向」，但在運用時必須採取嚴格的解釋，反而使人民的言論出版自由更有具體的保障，不致在自由心證的認定下，無所適從。
- 3、我國憲法師承泰西各國保障人權之原理原則，憲法第十一條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，意即人民對其思想之表達，無論係用嘴巴講出來，用雙手寫下來，均受憲法之保障，亦即在日愈開放的社會，任何言論及出版之自由，絕不可由執法者，任意舉出維護社會善良風俗之大纛，作為獲得社會掌聲之工具，在最後真理未明前，都應該維持最終結局開放性，絕不可預設立場，抹殺人民的想像空間，阻礙國家社會的改革與進步。又憲法對人權之保障唯恐掛一漏萬，復於第二十二條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」，是以聲請人經營書店販售書籍之行爲，應為憲法所保障之商業經營權，則無庸贅言。
- 4、為調和群體生活與個人自由，對基本人權並非不得為一般性的限制，惟依法限制基本人權，萬不可恣意為之，因為國家不得以違法的手段來設定人民違法行為之要件，進而給予處罰，此乃近代立憲主義要求法治國家應具有之理性，亦即國家立法限制基本人權時，仍須受到憲法原則的拘束。我國憲法第二十三條規定：「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。」基本上，該條文已非常清楚的表達有關對立法者之限制，即首先針對如欲為憲法所明文列舉之基本人權限制時，則必須符合該條文所規定之四個不確定法律概念（Unbestimmter Rechtsbegriff）要件之一，其次，則須檢驗此之限制行為是否為「必要時」（Erforderlich）所為，即為法治國原則中之比例相當性原則考量，最後，則要求立法者須依法律保留原則為法律限制之。最值得注意的是，此所稱之「限制之」，而非「剝奪之」，仍承認對基本人權限制時，有一定界限存在。旨在強調國家在限制基本人權時，不得為達目的，不擇手段，而侵害人權。有關「比例原則」之學說理論、實務運用及國外法例等，鈞院大法官會議近年來在相關的解釋文號裡，均採積極、肯定及正面之方向來保障基本人權，進而宣告相關法律違憲，博得社會大眾之信賴與掌聲。
- 5、聲請人經營書店，陳列販賣塑膠膜密封之成人漫畫，經法院以刑法第二百三十五條第一項之規定論罪，該處罰之標的係妨害風化之「出版品」，縱使該「出版品」對社會大眾或相關個人並無造成任何實質傷害，僅須具有「猥褻」之情節均得處罰，至於何謂「猥褻」，存有相當之爭議，在本聲請書說明三將詳細論述。顯見本案為侵害善良風俗之道德性犯罪，且無實體之被害人

，除伊斯蘭教國家之外，歐美先進國家在面對日益開放社會道德觀念的今天，對類此案件之處理，大多以社會大眾之縮影為比例，組成公正客觀之委員會來審理，對妨害風化之出版品，向以禁止出版或行政罰鍰為處罰方式（類似交通違規之處罰），如有不服，再向法院申訴定奪，鮮有逕以刑事案件論科處刑，以免違反憲法保障人民有言論出版之自由之宗旨。

- 6、再退一步言之，刑法對陳列販賣猥褻書刊之道德性犯罪之處罰，其主要之目的係為預防「性犯罪」之發生，然兩者之關係為何，尚無定論。惟北歐各國對成人書籍採取完全開放的措施後，反而降低性犯罪率。

三、有關本案所認定「猥褻出版品」乙節，係依據 鈞院八十五（1996）年七月五日釋字第四〇七號解釋：「猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。」聲請人對上開解釋有下列幾點拙見，謹臚陳如後：

- 1、本號解釋係大部分抄襲五十年前（即昭和三十三年【1957年】）日本最高法院大法庭判例（詳見該院刑事判例集第十一卷第三號第九九七頁），針對勞倫斯（D.H.Lorence）所著「查泰萊夫人的情人」一書的日文版翻譯者和出版社社長，被控妨害風化而起訴之案件，該院對「猥褻出版品」下定義為：第一、只在興奮或刺激人的性慾；第二、妨害一般人之性的羞恥心；第三、違反善良的性的道德觀念。並在嗣後發展出所謂「相對猥褻概念」以保護人民言論出版之自由，間接促使日本之成人出版品之發達，街頭書報攤舉目可見限制級雜誌與漫畫，只要做好分級陳列並以塑膠膜密封即可。而我國在十年前時，沿用當時日本四十年前之判例，並未考量時代環境之變遷與開放，亦未思及被我們抄襲的日本，當時對「猥褻出版品」之認定與處罰業已改弦更張，不可同日而語。
- 2、鈞院上開解釋以人之「性慾」、「羞恥心」、「厭惡感」、「性的道德感情」作為「猥褻出版品」之構成要件，然上述四項要件，會因不同的法官、檢察官、警察或社會大眾，不同的性別、年齡、教育背景而有不同之認定標準，亦即以「人心不同各如其面」之主觀之感官認知，作為犯罪構成要件，實有違「法律明確性原則」，揆諸刑法分則第一至第三十六章所欲處罰之犯罪，除本聲請解釋之條文，其犯罪構成要件是主觀的、因人而異的，其被害人為「社會善良風俗」，係虛擬的、人云亦云的外，其餘各條均有規定明確及客觀之犯罪構成要件，以及具體之被害人（即自然人或法人）。
- 3、再者，本解釋案係針對已於民國八十七年廢除之「出版法」之內容所為之解釋，「出版法」是戒嚴時期為限制人言論出版自由之法律，解嚴之後，為維護政府形象，保障基本人權，乃在上開時間將出版法廢除。而戒嚴時期之出版法對陳列販賣猥褻書刊之處罰，係以勸說、沒入或最重處以行政罰鍰，並非以刑事案件論科，而解嚴之後，對類此案件卻依刑法處以拘役或罰金，豈非愈解愈嚴，侵害人權莫此為甚。

四、聲請人對本案所持之立場

- 1、與其禁書，不如給書看：在二十一世紀的台灣書店經營者，陳列販賣成人色情漫畫，要面臨坐牢、罰鍰或查禁之恐懼，活在不確定的危機中，翻開諾貝爾作家全集，絕對可以舉上百個涉及「猥褻」之例子，其實電視網路的打殺歪風，報紙雜誌的姦殺圖解，因為賣座銷路好，看似民意所趨，執法者均不

敢吭聲，反而汲汲營營取締影響力不可同日而語的書店經營者陳列販賣限制級成人書刊，書店市場因係分眾，身處弱勢，居然無辜遭殃，難道書店經營者在台灣只能陳列販賣教忠教孝的書籍嗎？

禁制不會消滅非法書刊，只會製造罪惡感與地下化，從秦皇坑儒焚書以來，驗之史事，歷歷不爽，歐美國家在自由空氣中成長，哪管什麼書，肯讀書就是好事，透過閱讀，對人世險惡有了點免疫力，對色情暴力傷害有了同理心想像力，才不致於那麼經不起打擊。本聲請解釋刑法條文之主要立法目的之一，是為了保護成長中的下一代，然在實務的運作中，卻經常假借保護兒童之名，而侵犯全民言論出版之自由，其實是把成人也澈底兒童化，納入國家家長權威的控管，同樣的法律條文機制，完全可以用來搞白色恐怖，鎖國政策，甚至打擊非我族類的「文字獄」。

- 2、色情自由屬於言論出版自由：誠如說明三所述，台灣的刑法第二百三十五條至今仍以混亂且主觀的「猥褻」概念來查禁色情，而且經常以破壞法治精神的選擇性執法，例如之前有人寫色情小說因內容涉及警察而被法辦，還有人因為使用露骨的文字在網路上進行性邀約，由於不涉及援交或性交易，警方卻使用幅員廣被刑法第二百三十五條來取締。更甚者，有大學教授在網路上散布「人獸交」之圖片，卻能以具有學術教育之功能，而免其刑責。上述南轅北轍，二律背反之情形產生，追其根，究其本，在於刑法第二百三十五條之時空錯置，不符時宜之違憲性。對二十一世紀的個人化而言，情慾或身體的存在方式已成為自我認同的核心，禁止其自我表達，不可避免地會造成對其自我的不義壓迫，更何況自我表達或自我特色並無涉及他人私德或利害關係。易言之，透過色情書刊來表達自我，其他人也可以透過這些書刊找到自我認同和自我表達的方式，而在這些書刊流通的過程中，要創作者、出版者或書店經營者，判斷是否具有教育性、藝術性或醫學性，始得陳列販賣，豈非強人所難，痴人說夢。在高度原子化（孤立自我）社會中，色情書刊有著創造新的社會團結與形成各類社群功能，因此，對個人化或民主化色情書刊的生產、消費或流通懲罰的法律，都可能會對個人自我造成異化與剝奪言論出版自由。

五、結論：綜上所陳，臺灣高等法院臺中分院九十四年度上易字第一三四號確定刑事判決所適用之刑法第二百三十五條之規定，違反憲法之比例原則及法律明確性原則，構成對憲法所保障人民言論自由、出版自由及經營商業自由權利之侵害，為此懇請 鈞院鑒核，賜准解釋憲法並宣告違憲，以保人民權利。

六、附件

- 1、臺灣南投地方法院九十三年度易字第四七七號刑事判決書。
- 2、臺灣高等法院臺中分院九十四年度上易字第一三四號刑事判決書。

此 致

司 法 院

具狀人即聲請人：謝 ○ 雄

中華民國九十四年十月四日

（附件2）

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

九十四年度上易字第一三四號

上 訴 人

右上訴人因妨害風化案件，不服臺灣南投地方法院九十三年度易字第四七七號，中華民國九十三年十二月九日第一審判決（起訴案號：臺灣南投地方法院檢察署九十三年度偵字第二四六四號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、謝○雄明知「中○書報社」及「翰○書報社」等書商所販售如附表所示「性愛女娃」等書刊十冊（除編號十「深夜病棟」為小說，其餘均為漫畫），係含有男女裸體、猥褻、性交等內容之文字、圖畫，在客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感，而侵害性之道德感情，屬有礙於社會風化之出版品，竟基於意圖營利之犯意，於民國九十三年七月二十日前之不詳時日，在其所經營位於南投縣南投市○○路四百二十二號「里○書局」內，向上開書報社，以書刊上所記載定價七五折之價格，如未記載定價者，則以新臺幣（下同）八十元為基準計算七五折之價格販入後，預計以定價九折，如未記載定價者，則以八十元為基準計算九折之價格售出，並親自擺設而公然陳列於「里○書局」內之書架上。嗣於九十三年七月二十日下午三時四十分許，在上址為警當場查獲，並扣得如附表所示之猥褻書刊十冊。

二、案經南投縣政府警察局南投分局報請臺灣南投地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

一、訊據上訴人即被告（以下簡稱被告）謝○雄固對其於前揭時地，意圖營利販入如附表所示之書刊十冊，公然陳列於其所經營「里○書局」店內之書架上之事實供承不諱，惟矢口否認販賣猥褻書刊之犯行，辯稱：員警以臨檢之名而翻閱取走店內書刊，其搜索取證之程序違法；伊以經營書店為業，所販售之書刊種類繁多，成人漫畫僅佔其中一小部分，且為合法之書報社所送，而扣案書刊均以塑膠膜密封，無從窺知其內容，如欲親自拆解檢視，亦有所困難，主觀上並無犯罪之故意；又憲法保障人民言論與出版之自由，亦保障成人閱讀之自由，隨著社會價值觀之自主開放，實務上多有就妨害風化案件判決無罪或不起訴之案例，依舉重明輕之法理，本件扣案書刊乃以漫畫方式呈現，更應諭知無罪云云。

二、經查：

（一）證據能力部分：

按無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，刑事訴訟法第一百五十五條第二項固定有明文，然參酌同法第一百五十九條之五第二項之立法理由，關於證據取得之正當性，如當事人、代理人或辯護人於調查證據時，知有不得為證據之情形，卻表示「對於證據調查無異議」、「沒有意見」等意思，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，為強化言詞辯論主義，確保訴訟當事人到庭實行攻擊防禦，使訴訟程序進行順暢，法院審酌當時之情況，認為適當時，亦得作為證據。查本件員警臨檢被告經營之里○書局，而扣得附表所示之書刊十冊，其臨檢紀錄表載明「二、警方臨檢時目視所及未實施搜索作為，並經當事人同意配合，主動返回分局製作筆錄」等語，其上並有被告之簽名及捺指印，有南投縣政府警察局臨檢紀錄表附於偵查卷可按。雖該次臨檢取證之

程序是否已達搜索之程度不明，然當時既經被告同意配合，且被告於原審行準備程序時，已就證據能力部分表示無意見，又於原審審理證據調查時，亦表示無意見，更表示並無其他證據請求調查（見原審卷第十一頁、第二十頁、第二十一頁）。是原審就證據能力部分既經合法調查，被告亦明確表示並無意見，則證據能力部分業經原審確認，參諸前開說明，自得作為認定犯罪事實是否成立之證據。從而，被告於本院審理時始聲請傳訊證人即員警楊○旭、彭○焜，以查證搜索之合法性，自不應准許，合先敘明。

（二）事實認定部分：

- 1、被告於九十三年七月二十日下午三時四十分許，在其所經營位於南投縣南投市○○路四百二十二號「里○書局」內之書架上，公然陳列如附表所示之書刊十冊，為警當場查獲之事實，有南投縣政府警察局臨檢紀錄表一份附於偵查卷可憑。而前開書刊，係被告基於營利之意圖，於九十三年七月二十日為警查獲前之不詳時日，在上開地點，以書刊上記載定價之七五折，如未記載定價者，則以八十元為基準計算七五折之價格販入後，意圖以定價九折之價格販出等情，復據被告於原審審理時供承在卷（見原審卷九十三年十一月二十五日審判筆錄），堪認被告確有意圖營利而販入如附表所示書刊之事實。
- 2、按「猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念認定之。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。」有司法院釋字第四○七號解釋文可供參照。蓋出版自由為民主憲政之基礎，出版品係人民表達思想與言論之重要媒介，可藉以反映公意，強化民主，啓迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，固為憲法第十一條所保障。惟出版品無遠弗屆，對社會具有廣大而深遠之影響，故享有出版自由者，應基於自律觀念，善盡其社會責任，不得有濫用自由情事。而出版品是否具有猥褻文字、物品，因各國風俗習慣之不同，倫理觀念之差距而異其標準，但政府管制有關猥褻出版品乃各國所共通。然猥褻或色情究非言論自由之範疇，與猥褻有密切相關之另一問題，即猥褻或色情與藝術之分際，無論在文字、圖片或電影等均經常發生。出版品內容是否已達猥褻程度，尚難單就其內容（不論是影像、聲音或文字）是否著墨於男女性行為或性器官之描述而遽論，依前開大法官解釋意旨，應就該出版品之內容在客觀上足以刺激或滿足性慾，且其對性慾刺激的方式達到引起普通一般人「羞恥或厭惡感」而侵害性的道德感情，有礙於社會風化的程度等情綜合判斷。
- 3、如附表所示之猥褻書刊十冊，於偵查中經檢察事務官實施勘驗之結果：
 - （1）小說「深夜病棟」部分：內頁有二女裸露乳房，且性器官插入淫具之彩色圖畫；第二十八頁描述男女性交之文字「將肉棒插入肉穴裡」、第三十六頁有描述男女為性交及猥褻行為之文字「男人把手指插入自己肛門裡，毫不客氣的戳弄。」以下至第二○八頁止，完全為描述男女性交及

猥褻行為之文字。

- (2) 漫畫「壞人們」部分：第二頁起即為男女性交之圖畫，有裸露男子性器官，並插入女子性器官之圖畫。第五頁有女子為男子口交之圖畫；第七頁有男子性器官插入女子肛門之圖畫。以下至全書結束均為男女性交或女子性器官插入淫具之圖畫。
- (3) 漫畫「成人女漫畫家」部分：第一頁即有男子性器官插入女子性器官之性交圖畫；第八頁有男子舔舐女子性器官之口交圖畫；第九頁有女子性器官插入淫具之圖畫；第十四頁、第十五頁有男子性器官插入女子肛門之肛交圖畫。以下至全書結束均為男女性交、口交、肛交之圖畫。
- (4) 漫畫「愉快女奴」部分：有一頁即有男女性交之圖畫及「阿通的老二感覺好棒！」之文字，雖然圖畫中男女性器官有類似馬賽克之圖案，但性器官之圖像仍可清楚辨識；第六頁有男子撫摸女子乳房之圖畫及「我卻把滿滿的精液射在懷有嬰兒的子宮裡」等文字；第七頁有男子性器官插入女子口腔之口交圖畫。以下至全書結束均為男女性交、口交之圖畫。
- (5) 漫畫「機械人」部分：第六頁有男子性器官插入女子性器官之性交圖畫；第二十六頁有男子為女子口交之圖畫；第二十七頁有女子裸露性器官之特寫圖畫。以下至全書結束均為男女性交之圖畫及文字敘述。
- (6) 漫畫「非常女孩」部分：第三頁有男子性器官特寫之圖畫；第四頁有女子舔舐男子性器官之口交圖畫；第七頁有男子舔舐女子性器官之口交圖畫；第十二頁有女子將直笛插入男子肛門之圖畫；第十四頁有男女性交之圖畫。以下至全書結束均為男女性交之圖畫及文字敘述。
- (7) 漫畫「性愛女娃」部分：第十三頁有女子被縛，並以乳頭懸吊重物之性虐待圖畫；第十五頁有以手指插入女子性器官及口交之圖畫；第十七頁有以淫具插入女子肛門之圖畫。以下至全書結束均為男女性交、口交、肛交及性虐待之圖畫。
- (8) 漫畫「幸運草」部分：第一頁至第三頁有女子以手指插入性器官之自慰圖畫；第十頁有男子裸露性器官並自慰之圖畫；第十四頁有女子裸露性器官之特寫圖畫，並有「女人的肉穴」、「蜜汁慢慢的溢出來了」、「我好想舔舔看」等文字；第十八頁有男子性器官插入女子性器官之特寫圖畫。以下至全書結束均為男女性交、口交之圖畫及文字敘述。
- (9) 漫畫「劇烈享受」部分：第一頁即有女子為裸露性器官之男子口交之圖畫；第三頁有男子性器官插入女子性器官之特寫圖畫；第三十二頁、第三十三頁有男女性交及男女性器官之特寫圖畫。以下至全書結束均為男女性交、口交之圖畫及文字敘述。
- (10) 漫畫「·」（勘驗筆錄書名誤載為封面之中文說明「溺嗜虐愛之歡悅」）：第一頁、第二頁均為長有男子性器官之女子裸露乳房及性器官之圖畫；第三十七頁有女子吸吮男子性器官之口交圖畫；第三十八頁有淫具插入女子肛門之圖畫及「我也會拿著按摩棒戳弄自己的屁眼」等文字。以下至全書結束均為男女性交、口交、肛交之圖畫及文字敘述。

4、原審於審理時，再次對如附表所示猥褻書刊實施勘驗，其中有關書本之名稱及內容，均如檢察事務官勘驗筆錄所示；上開雜誌雖以透明之塑膠封套

包裝，然縱使不予拆封，亦可清晰查看其封面及封底，其封面及封底均為女體裸露或身著內衣之畫面，圖畫中所顯示之女子均刻意誇大其身材及三圍，姿態與表情極盡曖昧與性挑逗等情，並有勘驗筆錄在卷為憑（見原審卷第二十頁）。且經本院於審理時勘驗屬實。堪認如附表所示之猥褻書刊，在客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感，而侵害性之道德感情，屬有礙於社會風化之出版品。至於扣案書籍以膠膜密封之目的，無非在禁止顧客經駐足翻閱後，因飽覽內容而降低購買意願，連帶影響販售者及出版社之獲利，被告為評估銷售、獲利可能，進而決定是否陳列販賣，以其自承長達十年開設書店之經驗，豈有不知書刊內容之理，其徒以書刊有膠膜密封而辯稱不知書刊內容，無販賣猥褻書刊之故意云云，顯非可採。

- 5、再猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品，就某種層面而言，或有難以區別之畛域，而有關風化之觀念，常隨時俱轉、與時俱進，難以文字為具體而恆定之敘述。然就扣案書刊之特性而言，依前開勘驗筆錄所示，言語淫穢、畫面煽情、情節純以撩動性慾為務；綜其內容，不外誇大性愛之過程、扭曲性愛之觀念，反覆強調，甚或強制植入「何時不可作愛、何地不可作愛、何人不可作愛、何方式不可作愛」之意念與畫面，而訴諸人類最原始的獸慾，其中並不存在任何藝術創作、醫學探討、教育研究等方面之價值；再就其目的而為觀察，出版商、鋪貨商、零售商所以出版或出售前開書刊，無非為謀取一己之私利，其間亦無任何藝術創作、醫學探討、教育研究等方面之高尚情操。由此可知，被告所販售如附表所示之書刊，乃是屬於「猥褻物品」此一不確定法律概念所描述之「概念核心」，而非「概念外圍」，其與一般出版品，並不存在難以區隔之空間。是被告以扣案書刊並非猥褻物品置辯，亦非可採。

- 6、綜上所述，被告上開辯解，均不採信，事證已臻明確，被告犯行堪以認定，自應依法論科。

三、按刑法第二百三十五條第一項販賣猥褻物品罪，稱「販賣」，即以營利之意思，販入與賣出，亦即有償的對於不特定人或多數人為轉讓行為，但不以實際已轉讓與不特定人或多數人為必要，即行為人有販賣予多數人或不特定人之意思而販賣，縱僅出售與一人，或以營利之意思而販入，但尚未出售者，均與罪之成立不生影響，有最高法院八十三年度台上字第一四七六號判決意旨可資參照。被告謝○雄基於營利之意圖將如附表所示猥褻書刊販入，縱未售出，仍該當於意圖營利之販賣行為，是核其所為，係犯刑法第二百三十五條第一項之販賣猥褻物品罪。其公然陳列猥褻書刊之低度行為，為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。公訴意旨雖僅就被告公然陳列猥褻物品之行為提起公訴，惟該部分與販賣猥褻物品部分既屬實質上一罪之關係，本院自得併予審究。原審適用刑法第二百三十五條第一項、第四十一條第一項前段，罰金罰鍰提高標準條例第二條之規定，並審酌被告謝○雄素行良好，有臺灣高等法院被告全國前案紀錄表可按，僅為貪圖一己之私利而販賣猥褻書刊，敗壞社會善良風氣，及其販賣猥褻書刊之種類、數量、內容，暨犯後態度等一切情狀，量處拘役五十日，並諭知易科罰金之折算標準，就扣案如附表所示之書刊十冊，均屬猥褻物品，併依刑法第二百三十五條第三項規定宣告沒收，認事用法俱無不當，量刑亦稱妥適，被告上訴意旨指摘原判決不當，為

無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第三百六十八條，判決如主文。

本案經檢察官陳惠珠到庭執行職務。

中 華 民 國 九 十 四 年 三 月 十 六 日

（本件判決書附表略）

（本件請書其餘附件略）

抄賴○哲聲請書

主 旨：為臺灣高等法院 94 年度上易字第 1567 號與臺灣基隆地方法院 93 年度易字第 137 號刑事確定判決，適用刑法第 235 條規定及司法院釋字第 407 號解釋之解釋，有牴觸憲法第 11 條保障言論自由、第 22 條人格發展自由與人性尊嚴之虞，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款聲請解釋。

說 明：

壹、聲請解釋憲法之目的

按憲法第 11 條規定，人民有言論、講學、著作及出版之自由，是為憲法保障人民表現自由之明文。惟臺灣高等法院 94 年度上易字第 1567 號與臺灣基隆地方法院 93 年度易字第 137 號刑事確定判決適用刑法第 235 條規定及司法院釋字第 407 號解釋之解釋，未慮及散布猥褻物品之可罰性應植基於特定之規範目的而有所限制，而非漫無目的地將所有猥褻物品之散布行為皆一網打盡，恣意入人民於罪，完全置憲法第 11 條所揭櫫之言論自由與聲請人之人格發展自由、人性尊嚴於不顧、不論，有失憲法保障人民基本權利之精神，爰依法聲請解釋。

貳、本案事實經過

一、聲請人係晶○書庫精品店之負責人，店內販售書籍物品之主題以同志文化與性別研究為主：

聲請人係設於台北市中正區羅斯福路三段之「晶○書庫精品店」（以下稱晶○書庫）之負責人，為台灣第一家以販售同志文化書籍商品為主題之書／精品店，在台灣之同志與性別運動史上具有重要之地位（附件 1）。晶○書庫位於台灣大學周邊，台大崇尚自由之校風與晶○書庫代表之多元價值相互輝映，為台大文化社區注入了新的活力。

二、聲請人店內所販售香港進口之「蘭桂坊」、「雄風」雜誌遭基隆市警局查扣：

然而，臺灣基隆地方法院檢察署檢察官指揮警方於 92 年 8 月 25 日向原審法院聲請搜索票，並持搜索票前往晶○書庫執行搜索，當場查扣聲請人自香港合法進口之「蘭桂坊」與「雄風」雜誌共 252 本。雖然「蘭桂坊」、「雄風」雜誌於香港均為合法之第二類刊物（Class II Articles），臺灣基隆地方法院檢察署檢察官仍認為上開雜誌之部分照片與文字內容涉及猥褻，將聲請人以刑法第 235 條之連續販賣猥褻物品罪提起公訴。

三、聲請人一審遭臺灣基隆地方法院以連續販賣猥褻物品罪判處拘役 50 日，得易科罰金。聲請人不服提起上訴，臺灣高等法院駁回上訴而遭判刑確定

聲請人一審遭臺灣基隆地方法院 93 年度易字第 137 號刑事判決（附件 2）以連續販賣猥褻物品罪判處拘役 50 日，並得易科罰金。聲請人不服，向臺灣高等法院提起上訴，於 94 年 12 月 2 日遭臺灣高等法院以 94 年度上易字第

1567 號刑事判決（附件 3）駁回其上訴，全案於焉確定。

、爭議之性質與聲請人對本案所持之立場與見解

一、程序部分

- （一）司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。」依據中央法規標準法第 4 條，所謂「法律」係指立法院通過、總統公布之法規。現行施行有效的刑法第 235 條（88.4.21）係由立法院三讀通過並經總統公布後施行。另外，本條所稱之「法律及命令」，依據司法院釋字第 185、188 號解釋意旨，自亦包含大法官解釋在內；而所謂之「適用法律與命令」，係指除法律、命令或大法官解釋之文字外，亦包含有關對法律、命令或大法官解釋之解釋，蓋如因對法令或大法官解釋之解釋不完備或不當而致適用法令或大法官解釋違憲者，應認亦係法令或大法官解釋牴觸憲法，司法院釋字第 486 號解釋亦同此意旨。
- （二）本件臺灣高等法院 94 年度上易字第 1567 號與臺灣基隆地方法院 93 年度易字第 137 號 刑事確定判決，適用刑法第 235 條規定及司法院釋字第 407 號解釋之解釋未將釋字第 407 號解釋針對猥褻出版品之定義依刑法保護法益之目的與本質為目的性限縮，而恣意擴張具有可罰性之猥褻出版品之範圍，顯然侵害聲請人受憲法保障之言論自由、人格發展自由與人性尊嚴，依照司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款，應認得為違憲審查之對象。

二、實體部分

（一）刑法第 235 條違憲

1、憲法第 11 條言論自由部分

（1）憲法第 11 條揭示言論自由為憲法所保障之基本權利：

憲法第 11 條規定，人民有言論、講學、著作及出版之自由，學說上稱為表現自由（Freedom of Expression）或廣義之言論自由之保障規定。為求論理之連貫性與流暢性，聲請人於聲請書中所言之「言論自由」，其指涉之意涵為廣義之言論自由即表現自由，於此合先敘明。凡把個人心中所思、所想、所感以各種形式如語言、文字、肢體動作等表現於外之自由，即為言論自由。關於憲法保護言論自由之目的，與言論自由之價值所在，美國法上有三種理論用以解釋：a. 追求真理說（truth-seeking theory），或稱為言論自由市場說（theory of marketplace of ideas）。b. 健全民主程序說（democratic process theory）。c. 表現自我說（self-expression theory），或稱為實現自我說（self-fulfillment or self-realization theory）。若以基本權利保障之觀點，以「表現自我說」之理論較為妥當，蓋保障個人之自主表現，以發展自我、實現自我為言論自由之基本目的，且個人之自主尊嚴為憲法最基本之價值，憲法基本權利之目的亦在保障個人之自主及自尊。因此，言論自由之基本價值所在乃在表意人於表現自我之過程中達成自我實現，且透過眾多個人之溝通與表現自我，亦可達成追求真理與健全民主程序之目的。是以，言論自由之保障有其基本且重要之價值與目的－表現自我（附件 4）。

綜上所述，言論自由為人民之基本權利，憲法第 11 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，司法院釋字第 509 號解釋足資參照。總而言之，憲法所以保障言論自由，乃是為了保障每個人自主存在之尊嚴與發展自我、成就自我之機會，凡是個人自主之自我表現皆應享有言論自由。基此，以下將論述之「性表現／性言論自由」，亦應為憲法所保障。

(2) 性表現／性言論自由為言論自由之一環：

性，是人類最古老也最原始之慾望，也是人類存活的重要機制；性與人類文明之發展息息相關，許多偉大之文明或藝術皆源於人類對性之描述與歌頌。在近代，性更已成為人格形塑與自我認同之基礎，也是慾望和本能的主要精神支柱。準此，將自己對於性之思想經驗感受表現於外，不論是以言語、文字、圖畫、影像之方式，皆為表現自由之一環，應受憲法第11條之保障。同理，將表達性之思想感受之媒介（如上述之言語、文字…等）予以傳布之行爲，亦為性表現、性言論自由之延伸，當亦為憲法第11條之保障範圍。申言之，言論自由之內涵包含表意自由、不表意之自由，更包含接收言論之自由與不接收言論之自由。世界性學學會（World Association for Sexual Health）於 1999 年發表之「性權宣言」（Declaration of Sexual Rights），其中亦明確指出性表達權（the right to emotional sexual expression）之認識、推動、尊重與維護，是所有社會都應盡其所能而為之任務（附件 5）。因此，傳遞性資訊係人類實踐其性表達權之方式之一，從而傳遞性資訊之權利亦屬表意自由之一環，依照憲法第11條，亦應為憲法所保障。

(3) 言論自由之限制應符合憲法對於基本權限制之要求：

憲法第 23 條規定，人民之自由權利，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，宣示基本權限制之法律保留原則與比例原則。釋字第 509 號解釋亦指出，為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。除此之外，美國法上針對言論自由之限制亦發展有雙軌理論（the two-track theory）與雙階理論（the two-level theory），並經大法官以釋字第 445 號與第 414 號解釋引入我國釋憲實務，作為審查國家行為是否侵害人民言論自由之判斷標準。

雙軌理論（the two-track theory）之內涵係將政府對言論自由之規制區分為「針對言論內容之規制」（content-based regulations）與「非針對言論內容之規制」（content-neutral regulations），並主張以較嚴格之違憲審查標準審查國家對「針對言論內容之規制」。此乃基於國家對於人民言論自由之保障係在防止政府對公眾討論之扭曲、防止政府不當的動機，與防止家長主義或防止不能容忍異見之情形。雙軌理論強調政府應秉持價值中立之立場，兼容並蓄，包容社會上所存在之多元價值。由於是否針對言論內容之規制判別不易，學者曾嘗試提出一判斷標準，亦即應將重點置於政府立法或其他規制措

施之動機或目的。如政府欲藉由該規制禁止某種特定之思想、議題、觀點、訊息，或排除所涉言論所可能造成之傳播影響者，即為針對言論內容之規制。反之，若政府規制所欲禁止者，並非特定之思想、觀點、訊息，或並非要排除所涉言論所可能造成之傳播影響者，即為非針對言論內容之規制（附件 6）。

雙階理論（the two-level theory）係指當某一政府之規制措施已依雙軌理論認定為針對言論內容之規制，則須依雙階理論進一步判別該規制係針對高價值言論（high-value speech）或低價值言論（low-value speech），並異其審查標準。其中，高價值言論與低價值言論之分野，係以言論是否涉於任何思想或意見之表達為斷。再者，從追求真理之觀點而論，低價值言論並無任何之社會價值，即使低價值言論能給社會帶來任何利益，這些可能之利益也明顯地小於限制低價值言論所欲維持之社會秩序與道德規範之社會利益（附件 6）。

（4）聲請人之性表現／性言論自由受刑法第 235 條之侵害：

刑法第 235 條係針對言論內容之規制

刑法第 235 條規定「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像或其附著物或其他物品者，亦同。」依照雙軌理論，如政府欲藉由對言論之規制禁止某種特定之思想、議題、觀點、訊息，或排除所涉言論所可能造成之傳播影響者，即為針對言論內容之規制。我國司法實務咸認刑法第 235 條之保護法益為社會之善良風俗與性道德，姑且不論以過於抽象之善良風俗作為刑法所保護之法益有陷於情緒性入罪之虞（詳後述），若依過往司法實務以維護善良風俗與社會之性道德為刑法第 235 條之保護法益觀之，立法者預設「猥褻物品」之存在對社會是有害、負面的，本條之存在係在排除「猥褻物品」（「猥褻物品」概念之定義容有爭議，故聲請人以「」表示之）之流通對善良風俗與社會性道德之負面影響。然而，「猥褻物品」往往是人民將自己對於性之思想、觀念與感受形諸於外之性言論與性表現所附著之物體，因此，刑法第 235 條實為針對言論內容之規制，應以較嚴格之違憲審查標準審查其合憲性。

聲請人之性表現／性言論自由應為高價值言論

性是人類生命之起源，也是人類人格與自我認同之基礎。人類對於性之思想、觀點與感受皆與人類之人格有密切之關聯，具有極高之個人性，於不侵害他人權利之範圍之內，國家皆應予以尊重，不得加以剝奪、強加限制，或強迫人民接受國家對於性之觀感與尺度。聲請人長期以來投入同志平權運動，深知同志刊物與同志男體寫真對男同志之自我認同、文化認同與對自身性傾向之觀感有極為重要之意義。聲請人經營之晶○書庫，係一理念與信念皆清楚明確之主題書店，聲請人在進書、採購之過程中，對於每一本進入晶○販售之書籍、雜誌之選擇，皆係本於聲請人對於晶○書庫存在之社會意義之理解，與該

書籍、雜誌與晶○書庫存在意義之連結而為決定。晶○書庫作為同志認同之文化性指標，聲請人於晶○書庫販售男體寫真與雜誌之行爲，實係實踐同志運動與同志自我認同之性言論表達，對聲請人之自我認同，或對同志社群及隱藏在社會角落之同志族群之認同皆有其重要意義，不因其涉及裸體或性器官、性行爲之描述而減損其價值；反之，藉由閱讀性行爲描述，或觀看裸體、性器官之表露可能對於同志身分認同之形成與確定更是一種重要之方法。綜上所述，聲請人販售內有男體寫真之同志刊物之行爲應屬高價值言論，從而，國家行爲對其之規制應以嚴格之審查標準予以檢視。

以嚴格審查標準審查刑法第 235 條之合憲性

a、法律保留原則、法律明確性原則與憲法第 23 條之公益目的

(a) 憲法第 23 條規定，人民之基本權利，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。因此，國家欲限制人民基本權應出於一定之公益目的，並合乎法律保留原則、法律明確性原則與比例原則，亦即國家之限制手段應對於其公益目的之達成具有適當性（有效性）、最小侵害性，其所限制之人民基本權與所欲維護之公益之間具有衡平性，該限制始合乎憲法之要求。刑法第 235 條無疑乃經立法院通過、總統公布之法律，以刑法第 235 條限制人民之性表現自由合於形式上之法律保留原則。

(b) 然而，在本案中須檢討者，係刑法第 235 條以抽象之「『猥褻』之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品…」為刑罰之構成要件，是否違反憲法要求之法律明確性原則？司法院釋字第 602 號解釋指出，「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，適當運用不確定法律概念而為相應之規定。在罪刑法定之原則下，處罰犯罪必須依據法律為之，犯罪之法定性與犯罪構成要件之明確性密不可分。有關受規範者之行爲準則及處罰之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（本院釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號解釋參照）」。是以，在符合特定要件之情形下，犯罪構成要件得以不確定之法律概念為之，而不違反罪刑法定原則。然而，「猥褻」此一不確定之法律概念是否合乎釋字第 602 號解釋所指出之「意義非難以理解」、「個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見」、「可經由司法審查加以認定及判斷」等要件？實有檢討之必要。首先，「猥褻」之意義是否非難以理解，純屬見仁見智。釋字第 407 號解釋嘗試將「猥褻出版品」之定義加以明確化，然亦僅能以更多不確定之概念如「性的道德感情」、「社會風化」等填塞「猥褻」之內涵，致使「猥褻」之定義與界線

仍舊模糊不清，是否「非難以理解」，實係無法判斷。再者，「猥褻」所涉之「個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見」，亦誠有疑問。蓋個案事實是否構成「猥褻」或「猥褻出版品」，往往須待法院之確定判決始可確認。釋字第 407 號解釋將「猥褻」之認定委由受理案件之法院為之，然「猥褻」與否或系爭物品是否為「猥褻物品」之認定，往往深受法官個人之價值觀與性觀念影響，而不同法官對於「猥褻」與否或系爭物品是否為「猥褻物品」之看法，亦不盡相同，而受規範之一般人民，對於上述事項之判斷與法官必定也會有所差異。從而，對於個案事實是否涉及「猥褻」與「猥褻物品」，並非一般受規範之人民可得預見，如同本案之情形，聲請人自始即不認為系爭雜誌為刑法第 235 條之「猥褻物品」，直至法院判決確定，始確認法官認為系爭雜誌為「猥褻物品」。綜上所述，刑法第 235 條之「猥褻」，係屬一不確定之法律概念，而其意義恐非難以理解，且個案事實是否構成「猥褻物品」，並非一般受規範者可得預見，從而刑法第 235 條以「猥褻」作為犯罪構成要件並不具備法律明確性，而為一違憲之法律規定。

b、嚴格審查標準之選擇

退步言之，縱使 鈞院認為刑法第 235 條合乎法律明確性原性，仍應繼續從保障言論自由之觀點探討刑法第 235 條之合憲性。本案中，由於聲請人受侵害之言論係高價值言論，已如前述，故聲請人欲借重美國法上之嚴格審查標準，用以審查刑法第 235 條之合憲性。美國法發展出之嚴格審查標準，其內涵在於：國家之規制手段係為了保護相當急迫且重要之利益，國家之規制手段為達到該目的之必要且侵害最小之手段，該規制行為始為合憲。

c、刑法第 235 條違憲之論證

若以美國法上之嚴格審查標準檢視刑法第 235 條，可以發現如下之問題：

(a) 刑法第 235 條所欲追求之利益何在？

刑法之基本原則之一為法益保護，刑法上所謂犯罪之不法，其概念中心在於利益之侵害。詳言之，不法之所以不法，係在於無正當理由（相對利益）之利益侵害。依照司法實務與舊刑法通說，刑法第 235 條之規範目的與保護法益係在於維護社會善良風俗，使社會之性道德不致於因猥褻物品之流通而崩潰。首先，善良風俗係屬一極度流動且不確定之概念，以之作為刑法所要保護之法益，實係過度抽象，如果無法說出一個行為所製造之具體侵害為何，如此一來，以善良風俗作為刑罰理由，恐會陷於情緒性之入罪（附件 7）。除此之外，性道德本身所指涉之內涵究竟為何，客觀上亦屬空洞而無法確定，會隨著詮釋者之個人價值與認知而有不同之解釋。若吾人肯認多元

價值之存在係民主國家對人性尊嚴之保護所不可或缺之基本前提要件與不可避免之現象，則作為中立判斷者之法院，在適用法律之態度上，即應對任何在承認價值觀多元化之現代社會中，對「性道德」之內涵所可能出現之各種不同價值判斷與解釋，賦予同等價值之尊重，否則無異將國家之刑罰權發動視為社會群體意識下道德強制之工具（附件 8）。由是觀之，散布猥褻物品之行爲本質上並無對任何被害人造成何等現實上之侵害，因此司法實務與舊刑法通說所認刑法第 235 條之規範目的是否適當，誠有疑問。從而，其規範目的是否出於保護相當急迫且重要之利益，亦即空泛之善良風俗與性道德是否為相當急迫且重要之利益，則亦有商榷餘地。

（b）以刑罰懲罰散布「猥褻物品」之行爲是否對達成規制目的為有效？

退步言之，在肯認刑法第 235 條所欲保護之法益為善良風俗，且其規範目的在於維護社會之性道德不致於因「猥褻物品」之流通而崩毀，且其為相當急迫且重要之利益之前提下，以刑罰懲罰散布「猥褻物品」之行爲，是否為達成上開目的之有效手段？眾所周知，近幾年台灣之社會風氣日趨開放，以裸體與性愛為主題之情色書刊與影片唾手可得，標榜三點全露無馬賽克、真槍實彈演出之性愛書刊與影片更是隨處可見。若以現行司法實務對猥褻之定義：「猥褻者，其行為在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之謂」（最高法院 17 年 10 月 13 日刑庭總會決議），上開物品當屬「猥褻物品」。再者，在大多數的男性或女性之成長過程中，或多或少皆曾接觸或觀看坊間所謂之 A 書或 A 片。刑法第 235 條之散布猥褻物品罪於 17 年 3 月 10 日刑法制定時即已存在，88 年修正時更加重刑責，然而「猥褻物品」於社會上之可近性與流通程度並未因刑法第 235 條之存在而有所降低。蓋性是人類最基本之需求與慾望，情色書刊或影片之普及或可以市場需求作為解釋依據，因此，刑法第 235 條對於維護社會風俗與性道德之立法目的而言，顯然並非一有效適切之方式，無法通過嚴格審查標準之檢驗，而為一違憲之法律規定。

（5）刑法第 235 條違憲：

綜上所述，刑法第 235 條無法通過違憲審查標準之檢驗，無正當理由侵害聲請人之性表現自由，為一違憲之法律規定，懇請 鈞院鑒核。

2、憲法第 22 條人格發展自由部分：

此部分論述容後補呈。

3、人性尊嚴部分：

如前所述，國家對於猥褻物品之查禁從來無法杜絕猥褻物品之流通，人民依然能透過各式各樣之管道接觸猥褻物品。國家對於猥褻物品之負面評價，透過刑法第 235 條之威嚇，使得人民在接觸猥褻物品的過程中充

滿緊張、恐懼、難堪、羞恥與罪惡。長此以往，接觸猥褻物品之人民心靈與情感會受到壓抑與鬱悶，這些後果並非猥褻物品本身使然，而係國家對猥褻物品之負面評價所致。社會對猥褻物品之負面評價表達為刑法第 235 條之犯罪內涵，於此意義下，刑法第 235 條之存在可說是澈底傷害人民之性感情。

除此之外，其他部分論述容後補呈。

(二) 附件 2、3 之刑事確定判決過度擴張司法院釋字第 407 號解釋文所謂之「猥褻出版品」之範圍：

1、司法院釋字第 407 號解釋文「猥褻出版品」之定義：

釋字第 407 號解釋文中，曾定義「猥褻出版品」為「一切客觀上，足以刺激或滿足性慾並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙社會風化之出版品」。該號解釋亦肯認，猥褻的概念應該兼顧出版品的特性及目的而為整體觀察，依當時一般社會觀念定之，並非所有足以刺激或滿足性慾之文字、圖畫等物品皆是猥褻。

2、物品是否具有「猥褻性」，應視其對無關係之他人所造成之負面影響為斷：

姑且置釋字第 407 號解釋有關「猥褻出版品」之定義仍稍嫌模糊於不論，吾人可以肯定的是，依照上開解釋見解，某物品是否具有「猥褻性」無法靜態地加以定義，必須從該物品對社會上無關係之他人所可能產生之具體負面作用或影響加以認定；詳言之，亦即並非所有在客觀上足以刺激或滿足性慾之物品均具「猥褻性」，其中具有藝術性、醫學性、教育性等性質者故無庸論，縱不具備該等性質，仍須再以該物品是否足以引起人類之羞恥或厭惡感為判斷標準。由此觀之，刑法第 235 條之規範目的及所欲保障之法益，充其量係在於「保護他人免受刺激性慾物品干擾之自由」與「保障青少年之健全身心發展」。足以刺激或滿足性慾之物品，其本身何罪之有？但若管制「猥褻物品」之必要性為國家社會所肯認時，「猥褻物品」之範圍勢必僅為所有足以刺激或滿足性慾之物品之一部，而欲使國家管制「猥褻物品」之行為正當化，充其量僅能立足於「保護他人免受刺激性慾物品干擾之自由」與「保障青少年之健全身心發展」始具有正當性。

(1) 保護他人免受刺激性慾物品干擾之自由

按人類之「性愛領域」（含性行為之誘發狀態）生活經驗為人類發展完全人格及繁衍後代所不可或缺之一部分，亦係滿足人類性慾之必要手段，為一性質上屬「私密性」及「非公開性」（即「性行為非公然原則」）之生活領域，有必要將其與其他自由權利賦予同樣價值，保障任何人於其性愛領域內之生活均有不受人干擾之自由（附件 8）。不容否認地，在現代社會中，除了性行為之外，尚存有許多滿足性需求之方式，其中，一般所謂之「猥褻物品」即扮演了相當重要的角色。「猥褻物品」對於無性伴侶之人而言，提供了一種安全、舒適且自我滿足之管道，雖然尚無相關研究或數據證明「猥褻物品」之使用或閱讀對降低性犯罪之比例有所助益，但就照顧無性伴侶之人這層意義而言，「猥褻物品」對社會仍具有正面意義。刺激性慾物品本身，即使閱後產生「厭惡

或羞恥感」，對於本即欲以該物品達成自我滿足目的之人而言，有時甚至是歡愉之來源。接觸「猥褻物品」之人，若其接觸目的係為使性慾獲得快樂或滿足，且其接觸之過程未對其他無關係之他人造成何等實害或心理上之干擾，亦即將其自身使用「猥褻物品」之行爲與不相干之他人予以適當之隔離，法律即無理由介入或評價此種行爲。若散布「猥褻物品」之過程中，行爲人將有意願接觸與無意願接觸該等物品之人已予以適當之隔離，不使無意願接觸該等物品之人受到「猥褻物品」之干擾，在無任何人因爲「猥褻物品」之散布而受到傷害之情形下，法律即無必要對行爲人刑之以罰，否則即有違反「刑罰謙抑」與「刑罰最後手段性」之刑法基本原則之虞。

（2）保障青少年之健全身心發展

保護青少年之身心健全發展是否須以完全阻絕青少年接觸「猥褻物品」之機會爲手段，目前仍有極大之爭議，縱使持肯定看法，「猥褻物品」之散布若要造成侵害，僅能說該等物品可能使青少年產生錯誤偏差之性觀念、性知識與侵害性模仿等身心上之負面影響。於此前提之下，在有關散布「猥褻物品」之法律解釋與國家政策上，有必要將青少年與一般成年人分別處理，而獨立地否定青少年接觸「猥褻物品」之權利；亦即不被允許享有接觸「猥褻物品」之權利者，亦僅限於青少年而已。

（3）綜上所述，「猥褻物品」之散布並非完全應爲國家所禁絕，在一定之脈絡下，亦即散布過程中，青少年之身心發展與無關之他人不受「猥褻物品」干擾之自由皆受到足夠且適當之保護，該等物品即應不具備釋字第 407 號所定義之「猥褻性」。蓋釋字第 407 號解釋肯認「猥褻性」之具備應爲整體考量，客觀上足以刺激或滿足性慾之物品須依刑法第 235 條之保護法益---即「保護他人免受刺激性慾物品干擾之自由」與「保障青少年之健全身心發展」---爲判斷基準，視其在具體情形中是否產生負面影響，而認定其是否具有「猥褻性」。從而，不相干之他人是否對該等物品具備迴避可能性，且與青少年已有適當之隔離，應爲判斷該等物品是否具備「猥褻性」之重要標準。法律解釋自不得與該法律所欲保護之法益脫鉤，而使本即不受該法律處罰之人因法律解釋錯誤而遭受處罰。

3、附件 2、3 之確定判決咸認爲，聲請人所販賣之「蘭桂坊」、「雄風」雜誌，內有裸露性器官之特寫或性行爲之照片與文字，認爲其具「猥褻性」而爲「猥褻物品」，然其對釋字第 407 號解釋之解釋實有如下之謬誤：

（1）對「性行爲非公然原則」之解釋錯誤

人類社會對於性之觀點一直都不是固定不變的，反之，人類社會對性之觀感是流動的，會隨著時代背景與政治氛圍而轉變。正如同法國社會學家傅柯（Michel Foucault）於其曠世鉅作「性史」（Histoire de La Sexualite）第一章「我們是另一類『維多利亞時代的人』」中開宗明義指出的：「長期以來，我們一直忍受著維多利亞時代的生活規範，至今仍然如此。這位一本正經的女王還出現在我們性經驗的徽章上，矜持、緘默和虛偽。在 17 世紀初葉，人們對性還有幾分坦承。性生活不需要什麼隱密，言談之間毫無顧忌，行事也沒有太多的掩飾。時間

一長，大家對這些放肆的言行也見怪不怪了。如果與 19 世紀相比較，對這些粗野的、猥褻的和下流的言行的約束要寬鬆得多。那時，人們舉止坦露，言而無羞，公然違反禮儀規範，裸體示人和隨意做愛，對此，成年人開懷大笑，夾雜在大人們中間的小機靈鬼們也毫無羞恥和侷促之感。這個時代是肉體『展示』的時代。在這個時代之後，黃昏迅速出現，直至維多利亞時代資產階級的單調乏味的黑夜降臨。於是，性經驗被小心翼翼地貼上封條。它只好挪挪窩，為家庭夫婦所壟斷。性完全被視為繁衍後代的嚴肅的事情。對於性，人們一般都保持緘默，唯獨有生育力的合法夫婦才是立法者…一切沒有被納入生育和繁衍活動的性活動都是毫無立足之地的，也是不能說出來的。對此，大家要拒絕、否認或默不作聲。它不僅不存在，而且也不應該存在，一旦它在言行中稍有表現，大家就要根除它。」（附件 9）由此可知，「性行為非公然原則」並非必然，而係性歷史發展至今之結果。且依上述 2.（1）有關保障他人免受刺激性慾物品干擾之自由之論述觀之，「性行為非公然原則」之解釋與適用之結果，並非意圖將所有描述性行為或裸露性器官之圖片、文字、影像皆從社會中去除，亦非指性行為之描述與呈現不得以直接與赤裸之方式予以流通或公開，而係在不侵害、干擾不願受刺激性慾物品擾亂之他人，以及保護青少年不受刺激性慾物品影響而產生偏差性觀念之前提下，肯認有限度之接觸、使用或散布該等物品。附件 2、3 之確定判決對「性行為非公然原則」之錯誤解釋，將恣意擴大刑法第 235 條之適用範圍，使得法院判決和人民之法律感情與社會現實相距十萬八千里，短程而言過度限制聲請人之性表現自由，長程而言將對人民之性表現自由造成自我抑制之「寒蟬效果」（chilling effect），對於形塑、維繫一個價值多元之社會而言，實非國家社會之福。

- （2）單憑字面解釋何謂「猥褻出版品」，而未考量保護法益而將其範圍為目的性限縮此部分之理由已於二、（一）1.（2）中說明，於茲不再贅述。
- （3）片斷抽繹出版品內容之一部而為認定是否具備「猥褻性」，而非整體判斷

聲請人販售之各期「蘭桂坊」、「雄風」雜誌，依照附件 2、3 確定判決認定「猥褻性」之標準，每期所涉有「猥褻性」之內容（如照片或文字），平均僅佔當期雜誌之 1/10，至多不超過當期雜誌之 1/4，而附件 2、3 確定判決卻錯誤解釋釋字第 407 號解釋所稱之「猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之」，而將每期雜誌之「猥褻」內容單獨從整體雜誌抽繹出來而為猥褻之認定，忽略「蘭桂坊」與「雄風」雜誌創辦之目的與其在多元社會存在之價值。抽離的、片段式之解讀與詮釋，絕非釋字第 407 號解釋所表達認定「猥褻出版品」之初衷，縱使「蘭桂坊」與「雄風」雜誌非屬醫學性、教育性或藝術性之出版品，也不能片面地以僅佔絕對少數之篇幅認定其係屬「猥褻出版品」。附件 2、3 確定判決對於釋字第 407 號之解釋，實有謬誤。

4、綜上所述，附件 2、3 確定判決對於釋字第 407 號解釋之解釋實有謬誤，侵害聲請人受憲法保障之性言論／性表現自由，而應認係釋字第 407 號解釋牴觸憲法。

(三) 綜上析論，刑法第 235 條之規範目的及所欲保障之法益，應在於「保護他人免受刺激性慾物品干擾之自由」與「保障青少年之健全身心發展」。若非如此解釋，刑法第 235 條之存在除用以保護一個空洞不確定之善良風俗與性道德外（其不合理之處已如前述），亦假設所有人民為無理性、無知識、無自主判斷能力之個體，無法自主地篩選並選擇所需要之有用資訊。為避免國家過度膨脹自身之能力而以家父長之姿對人民之性表現自由予以負面評價，「猥褻出版品」之管制如有必要，亦應以限定在「保護他人免受刺激性慾物品干擾之自由」與「保障青少年之健全身心發展」之範圍內始有必要。聲請人之遭遇絕非獨立、單一之事件，在自翊為多元文化價值共榮共存之台灣，93 年與 94 年 1 月至 10 月即有 1,754 人因違犯刑法第 235 條而遭判刑確定（附件 10）。憲法基本權之初衷，本即在於抵禦、對抗多數與主流，保障個人自主、自由之空間。言論自由更具有保障異議、非主流、邊緣聲音之作用，國家焉能反其道而行，以「大多數人不喜歡」為處罰少數之理由？從而，刑法第 235 條與附件 2、3 確定判決解釋釋字第 407 號之解釋不當侵害聲請人之言論自由，牴觸憲法甚明，懇請鈞院宣告其為違憲。

(四) 退萬步言，縱使鈞院認刑法第 235 條與附件 2、3 確定判決解釋釋字第 407 號解釋之解釋為合憲，亦應依刑法保護法益之基本原則，對於刑法第 235 條之適用範圍為目的性限縮，於具體情形可認係合乎「保護他人免受刺激性慾物品干擾之自由」與「保障青少年之健全身心發展」等目的之「猥褻物品」散布行為，排除刑法第 235 條之適用，以落實憲法保障人民言論自由之意旨。

(五) 綜上析論，本件二判決適用之刑法第 235 條與適用釋字第 407 號解釋之解釋，置聲請人之言論自由於不顧不論，顯然違背憲法第 11 條之意旨，為此懇請鈞院惠予進行違憲審查，迅予作成適當解釋，宣告系爭條文自解釋公布之日起不再適用。又，本案涉及刑法第 235 條、釋字第 407 號解釋及相關議題，對於言論自由、人格發展自由與人性尊嚴之保障皆有重大意義，與人民之性權亦有高度關聯性，本案之解釋結果將對國家、社會如何看待「性」或「猥褻」一事造成深遠之影響。有鑑於此，聲請人懇請鈞院裁示准許本案於憲法法庭進行言詞辯論。另外，為使本件聲請人獲得個案救濟，懇請鈞院依釋字第 185 號與第 188 號解釋意旨，於認系爭條文與憲法意旨不符時，准許本件聲請人得以鈞院之解釋聲請再審，使聲請人受侵害之言論自由得以回復，而維人權。

附件 1：Telemap 書店檔案--- 晶○書庫簡介影本乙份。

(<http://www.telemap.com.tw/servlet/bookstore.bookstore?store=17>)
顧敏耀，《同志運動的彩虹基地--- 台灣第一家同志書店：「晶○書庫」研究》，2002.7 (<http://www.fgu.edu.tw/~wclrc/drafts/Taiwan/gu-min-yao/gu-min-yao01.htm>)

附件 2：臺灣基隆地方法院 93 年度易字第 137 號刑事判決影本乙份。

附件 3：臺灣高等法院 94 年度上易字第 1567 號刑事判決影本乙份。

附件 4：林子儀，《言論自由之理論基礎》，收於氏著《言論自由與新聞自由》，1999.9，頁 3-59。

附件5：世界性學學會《性權宣言》，中央大學性／別研究室譯。

（英文版：http://www.worldsexology.org/about_sexualrights_.asp）

（中文版：<http://intermargins.net/repression/theory/t7.htm>）

附件6：林子儀，《言論自由的限制與雙軌理論》，收於氏著《言論自由與新聞自由》1999.9，頁135-196。

附件7：黃榮堅，《刑法妨害風化罪章增修評論》，月旦法學51期，1999.8，頁81-92。

附件8：臺灣士林地方法院90年度易字第434號刑事判決影本乙份。

附件9：米歇爾·傅柯（Michel Foucault），性經驗史（Histoire de la Sexualite），余碧平譯，2002.10，頁3-4。

附件10：偵查起訴妨害風化罪「製造散布猥褻文物」案件裁判確定情形一覽表影本乙份。

謹 呈

司 法 院 公 鑒

中 華 民 國 95 年 6 月 27 日

聲 請 人 賴 ○ 哲

代 理 人 王 如 玄 律師

邱 晃 泉 律師

抄賴○哲補充理由書

主 旨：為臺灣高等法院94年度上易字第1567號與臺灣基隆地方法院93年度易字第137號刑事確定判決，適用刑法第235條規定及司法院釋字第407號解釋之解釋，牴觸憲法乙案，聲請人已於民國95年6月27日聲請解釋憲法在案，茲補呈理由如本補充理由書。

說 明：

壹、聲請解釋憲法之目的

同民國95年6月27日所提之聲請書。

貳、本案事實經過

同民國95年6月27日所提之聲請書。

、爭議之性質與聲請人對本案所持之立場與見解

刑法第235條規定，散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金，本條規定實有牴觸憲法第11條保障言論自由、第22條保障人格發展自由與人性尊嚴等意旨之虞，除原釋憲聲請書所述之理由外，另補呈如下：

一、刑第235條違反憲法第22條保障人格發展自由之意旨

（一）憲法第22條保障人格發展自由與性傾向認同之自由

憲法第22條規定，除憲法第7條至第21條之列舉基本權外，「人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」。按「人格」係形塑個人內在以與他人區別、人之所以為人之核心，基於人格所產生之「人格權」與「人格發展自由」並無妨害社會秩序、公共利益之情事，且為個人作為享有尊嚴之自主個體之基礎，當屬於憲法第22條所保障之基本權殆無

疑義。個體之性別認同與性傾向認同，與個體之人格與自我認同具有極為緊密之關連，人類最原始之認同，即為（生理）性別認同，人類對自我之認識，往往是從「我是男性」、「我是女性」開始。再者，發展自我認同之不可或缺之過程乃在於個體與其他個體間之互動關係，個人透過與他人之互動而觀察、發現自己與他人之相似與差異，進而形塑對己身之認識與認同，其中，個人對自己「性傾向」（sexual orientation）之認同亦是透過與他人之互動而形成。從而，性別認同與性傾向認同為個體全人格之一部，個人之性傾向認同亦為人格發展自由之一環，當亦為憲法第 22 條所保障。

（二）刑法第 235 條侵害聲請人與一般人民之人格發展自由與性傾向認同之自由，而有違憲之虞

- 1、人格發展自由與性傾向認同之自由與個體之人格密不可分，個人因享有人格發展自由與性傾向認同之自由，生命因此而完整，人格發展與性傾向認同因而更臻圓滿，從而，刑法第 235 條之違憲審查應採取嚴格審查標準。刑法第 235 條以刑罰手段規制人民販賣、散布、持有猥褻物品之行爲，可謂係國家以強制手段對於刺激性慾物品表達國家之價值立場，而其保護法益則為「善良風俗」。「善良風俗」之概念過於抽象與流動已如原釋憲聲請書所述，而善良風俗是否符合急迫重大之政府利益亦因其定義模糊而無從評估。再者，刑罰顯非為達立法目的之最小侵害手段，從而刑法第 235 條違反憲法保障人民之人格發展自由與性傾向認同之自由至明。
- 2、刑法第 235 條之存在標示著國家對於猥褻物品之態度是負面、否定、禁制的，然而，個人於發展性傾向認同之過程中，或多或少皆需要透過接觸猥褻物品而確信並鞏固自身之性傾向認同，而如此之方式對於居於少數之同志族群更是不可或缺。對於異性戀者而言，舉凡媒體報導、社會氛圍與社會制度，異性戀者無須花費太多之力氣即可獲取形塑自身性傾向認同之相關資訊，反觀同志族群，媒體報導經常以偏頗之方式呈現同志族群之生活，社會氛圍與社會制度對於同志族群亦不夠友善，除透過與同志平權團體成員之相互聯繫之外，對於團體成員以外之同志族群而言，同志男體寫真也許是確立並鞏固自己同志性傾向認同之僅存方式。聲請人身為晶○書庫之負責人，長期投身同志平權運動之經驗告訴聲請人，對於資源稀少、權力薄弱、面臨性傾向認同困境之同志們，同志男體寫真對於同志族群之性傾向認同——認同自己之同志身分絕對有正面助益。對於聲請人而言，同志男體寫真或雜誌中之同志男體照片並非猥褻物品，而係男同志確立性傾向認同不可或缺之輔助品，只要符合「保護他人免受刺激性慾物品干擾之自由」、「保障青少年之健全身心發展」與「防止性客體價值觀之創造與學習」之情境下，聲請人販售同志男體寫真予其他同志之行爲，何罪之有？甚至可能得以協助許多對於自己性傾向尚處於摸索或迷途階段之人尋得一個最適合自己安身立命之性認同。人民若閱讀猥褻物品而產生羞恥或厭惡之感，絕非猥褻物品本身始然，而係國家對猥褻物品之負面評價所致。社會對猥褻物品之負面評價表達為刑法第 235 條之犯罪內涵，於此意義下，刑法第 235 條之存在可說是澈底傷害人民之性感情，亦違反憲法第 22 條保障人民人格發展自由與性傾向認同之自由之意旨，懇請鈞院宣告其為違憲。

二、猥褻物品之可罰性與刑法謙抑性、刑罰之最後手段性之關係

（一）刑罰需要性與應刑罰性

- 1、從人類之歷史發展觀之，幾乎沒有某種特定之人類行為係初始即被認定為必須加以懲罰之社會偏差行為或犯罪行為。偏差行為與犯罪行為存在或成立之前提，必定有一個國家或社會認可需要維繫之社會規範、或需要保護之利益存在，始有可能將特定之人類行為偏差化或入罪化。因此，偏差行為或犯罪行為皆非先驗之存在，而係人類社會道德或法律發展之結果，何種行為會被認定為犯罪行為，並無絕對之必然性，而須視當代社會對於特定行為之價值與態度而定。
- 2、一般而言，犯罪行為係具備「不法」（Unrecht）與「罪責」（Schuld）之行為，然而並非所有具備「不法」與「罪責」之行為皆是刑法所欲處罰之對象，法律規範體系亦會運用刑罰以外之手段維護法秩序。從刑罰學之觀點而言，構成犯罪之不法行為，除了具備「不法」與「罪責」之要件外，尚須具有對該有責之不法行為「刑罰需要性」（即「需罰性」，Strafbedurftigkeit），而刑罰需要性乃為滿足社會之保護需要而以對該有責不法行為之「應刑罰性」（即「應罰性」，Strafwurdigkeit）為先決條件。至於決定「應刑罰性」之判斷標準，則有以下數端（附件 11）：

（1）不法行為所破壞法益之價值與程度

此乃對於不法行為所造成之破壞法益結果給予之非價判斷或負面評價。

（2）不法行為對於行為客體之侵害危險性

此乃對於不法行為本身給予之非價判斷或負面評價。不法行為所侵害之客體種類與侵害程度必須唯有以出於社會最嚴厲之「非價判斷」之刑罰，始足以表徵此等行為係社會安寧所無法忍受之侵害，而對該行為有加以制止之必要性。換言之，即對於特定行為若不科處刑罰，則該行為所侵害之法益將有繼續被侵害之危險，進而危及整個法社會秩序。

（3）行為人在良知上之可責性

此乃對於不法行為人之良知非價，行為人由其主觀上之惡性及其客觀上之惡害，表露其良知上具有特別程度之可責性，致其所為之不法行為具有應罰性，經由刑罰而對行為人之良知做道德上嚴重之貶抑與責難。

（4）刑罰之無可避免性

不法行為之嚴重性，非以國家之刑罰手段不能有效地遏阻，唯有加以刑罰制裁方能維護社會共同生活之安寧秩序。

- 3、由此可知，法律規範體系欲將某一特定行為入罪化，須判斷該行為所破壞法益之價值與程度、對行為客體之侵害危險性、行為人在良知上之可責性與刑罰之無可避免性等判準，而非所有國家所不能容忍之行為皆須應以刑罰加以懲罰與預防。簡言之，所謂行為構成犯罪，就是行為逾越刑法所能容忍的限度，當特定行為逾越刑法所能容忍的限度時，刑法必須有所回應，否則刑法就無法自保，亦無法達成其保護法益之目的。刑法對犯罪行為之回應，就是動用刑罰，刑法動用刑罰之前，必須確定該特定行為具備與

刑法目的互相抵觸之性質——即稱為行為的應罰性，確定應罰性之後，也確定有動用刑罰的必要時，也就是確定需罰性後，該特定行為就會被刑法描述為犯罪，也就是入罪。至於辨識應罰性之方法，則必須視行為是否侵害其他人營社會生活所需要之利益——法益，行為如果具備法益侵害性，即具有應罰性。至於是否因此就應該將這種具備法益侵害性之行為入罪，則應該進一步考慮行為之需罰性，及考慮動用刑罰之有效性與妥當性（附件 12）。

（二）猥褻物品之管制

- 1、究竟「猥褻物品」為何須由國家加以規制？須探求「猥褻物品」對社會或個人之影響，即「猥褻物品」是否侵害他人營社會共同生活所需要之利益（法益）為斷。傳統通說與司法實務咸認為刑法第 235 條散布猥褻物品罪之保護法益為社會道德與善良風俗，而刑法第 235 條以社會道德與善良風俗作為保護法益之不適當，以及社會道德與善良風俗之流動與不確定等議題，聲請人皆已於原釋憲聲請書中詳為論述。聲請人認為，猥褻物品之管制僅於「保護他人免受刺激性慾物品干擾之自由」與「保障青少年之健全身心發展」之目的下始具有正當性。退步言之，若鈞院仍認猥褻物品之管制目的之一在於維護社會之善良風俗，然而，究竟何謂「善良風俗」？立法者與司法實務均未加以明示，而有進一步詮釋之必要。聲請人認為，每個個體之自主與自我決定權均須予以尊重，性自主權亦不例外。刑法於民國 88 年修正時，亦將第十六章章名修正為「妨害性自主罪章」，創下刑法制定以來修改章名之先例，由此可見「每個人都有性自主權」、「每個人都是性權利主體」之意識型態已是法秩序所確認之基本價值。若行為人將性權利之主體貶低為性客體，亦即將個人矮化、貶低為純粹用以發洩性慾之工具，此時行為人即可能觸犯妨害性自主之罪名。
- 2、同理，有關性方面之價值，如果符合性自由、尊重他人性權利之價值，則應屬教育體系要教導青少年之價值，亦為國家社會所應倡導、宣揚之價值；只有危害到性自由之價值，和主張人類是性主體之價值相衝突之價值觀，才是教育體系應予對抗與國家社會應予非難之價值。從而，宣揚此種不把人類視為性權利主體之價值資訊，才是法律秩序應禁止傳播之資訊。因此，若肯認國家得以維護善良風俗之理由作為刑法第 235 條禁止猥褻物品傳布之基礎，應將刑法第 235 條之適用範圍限縮於性資訊內容將人當作性客體之案件類型，亦即「猥褻物品」之定義以該物品是否將他人視為發洩性慾工具而為判斷。因為，此種意義下之「猥褻物品」之傳播，會散播將他人貶抑為性客體之價值觀，而此種為法秩序與社會安寧所不容之價值觀，正是法律體系所要消滅之資訊。唯有於如此之解釋下，始能於「保護他人免受刺激性慾物品干擾之自由」與「保障青少年之健全身心發展」等理由之外求得國家管制「猥褻物品」散布行為之合理與正當理由。換言之，刑法第 235 條所欲維護之善良風俗，就是由人是性主體、有性自主權此一價值觀所建構之性秩序（附件 13）。
- 3、基此，若國家肯認猥褻物品應予管制，亦應限縮於三種管制目的，該管制手段始有正當性：「保護他人免受刺激性慾物品干擾之自由」、「保障青少年之健全身心發展」與「防止性客體價值觀之創造與學習」。並非所有

足以刺激性慾之物品皆屬猥褻物品，而應以該物品是否傳播使他人淪為發洩性慾工具之價值觀而判定物品之猥褻性，因為一個尊重所有個體皆具有性自主權之法秩序並無法容忍將他人貶抑為自己發洩性慾之客體與工具之價值於社會上流通。從而，釋字第 407 號解釋有關猥褻物品之定義，應予補充。

（三）猥褻物品之可罰性、刑法謙抑性與刑罰最後手段性

- 1、有關「應刑罰性」之判斷標準已如（一）所述，傳統通說認為散布猥褻物品破壞之法益為善良風俗，然而司法實務對於善良風俗之概念內涵仍莫衷一是，無法具體說明，對於猥褻物品之判定亦存乎法院一心，因此對於受規範之人民而言，實無從判斷何種物品為猥褻物品？何謂善良風俗？更無從判斷散布猥褻物品破壞善良風俗之價值與程度。再者，現行司法實務對猥褻物品之定義模糊不明，判斷存乎法院或執法者一心，散布猥褻物品是否會造成何等侵害？其危險性為何？除「足以助長淫風，破壞社會善良風俗，其可罰性甚為顯著」（最高法院 84 年台上字第 6294 號判例）之粗略論證外，亦未見立法者為清楚明確之說明，亦無相關實證研究加以支持。從而，散布猥褻物品對行為客體之侵害危險性亦無從認定。
- 2、另外，散布猥褻物品之行為人在良知上之可責性是否足以使散布猥褻物品之行為入罪化亦有疑問；現代社會對於「性」之觀念已不同於過往，於目前聲請人所處之時空中，社會大眾對於「性」之觀念較為開放，性資訊之取得亦較以往容易許多，大多數遭判處散布猥褻物品罪責之行為人，其主觀上並不一定具備所謂「妨害善良風俗」、「破壞道德秩序」之意圖與「惡性」。當論及道德議題甚至是性道德議題時，由於事涉個人之主觀價值判斷，每個人心中自有一把尺，在一個尊重個體自主與獨立思考權利之社會中，國家或掌權者本即不應將自己之價值強加於人民身上，尤其當人民與國家或掌權者分別擁有不同之價值時更是如此。散布猥褻物品之行為人，當渠等為此一行為時，並不必然具備破壞社會秩序之主觀惡性，反有可能係出於協助無性伴侶者解決性需求、或實踐同志平權運動（如聲請人是）等正當目的而為之，從而並非所有散布猥褻物品之行為人主觀皆有良知上之可責性。最後，散布猥褻物品是否具備刑罰之無可避免性亦有疑問，所謂刑罰之無可避免性乃因不法行為之嚴重性已達非以國家之刑罰手段不能有效遏止，唯有加以刑罰制裁方能維護社會共同生活之安寧秩序者，然而，於社會對於性觀念日趨開放之今日，猥褻物品對於社會共同生活安寧秩序之負面影響亦無完整之論述或相關實證研究證實，縱使鈞院肯認猥褻物品應予管制，然綜合目前台灣社會對於「性」之觀感逐漸開放、多元性論述百花齊放之現象，猥褻物品管制是否非以刑罰手段不可，已有疑問。
- 3、綜上所述，刑罰對於人民權利之限制甚鉅，因此有所謂之「刑法謙抑原則」與「刑罰最後手段性原則」，亦即非不得已、無其他更有效之手段能維護社會秩序時，刑罰始有介入之必要。雖然犯罪行為與其他不法行為如行為之界線模糊，難以精準明確劃分，然而由於刑事刑罰具有倫理性、強制性、痛苦性、個人贖罪性等特質，故其適用之可能性應嚴加限制於必要之最小範圍內。因此，以最嚴厲之刑罰手段管制猥褻物品並無充足之理由，亦不符合「刑法謙抑原則」與「刑罰最後手段性原則」，從而刑法第 235

條散布猥褻物品罪應為一違憲之法律規定。

三、綜上析論，本件二判決適用之刑法第 235 條與適用釋字第 407 號解釋之解釋，置聲請人之人格發展自由與性傾向認同自由於不顧不論，顯然違背憲法第 22 條之意旨，並與刑法謙抑性與刑罰最後手段性等原則相違，為此懇請鈞院惠予進行違憲審查，迅予作成適當解釋，宣告系爭條文自解釋公布之日起不再適用。另外，為使本件聲請人獲得個案救濟，懇請鈞院依釋字第 185 號與第 188 號解釋意旨，於認系爭條文與憲法意旨不符時，准許本件聲請人得以鈞院之解釋聲請再審，使聲請人受侵害之言論自由得以回復，而維人權。

附件 11：林山田，《刑罰學》，1995.6 頁 22-27。

附件 12：許玉秀，《刑罰規範的違憲審查標準》，收於《民主、人權、正義－蘇俊雄大法官七秩華誕祝壽論文集》，2005，頁 365-413。

附件 13：許玉秀，《妨害性自主之強制、乘機與利用權勢－何謂性自主？--兼評臺北地院 91 年訴字第 462 號判決》，台灣本土法學 42 期，2003.1，頁 16-36。

謹 呈

司 法 院 公 鑒

聲 請 人 賴 ○ 哲

代 理 人 王 如 玄 律 師

李 晏 榕 律 師

中 華 民 國 95 年 10 月 13 日

（附件 3）

臺灣高等法院刑事判決

94年度上易字第1567號

上 訴 人

選任辯護人 邱 晃 泉 律師

上列上訴人因妨害風化案件，不服臺灣基隆地方法院 93 年度易字第 137 號，中華民國 94 年 5 月 31 日第一審判決（起訴案號：臺灣基隆地方法院檢察署 92 年度偵字第 3434 號、第 2381 號、第 2278 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、賴○哲係設於臺北市中正區羅斯福路三段○巷 8 弄 7 之○號 1、2 樓「晶○書庫精品店」（下稱晶○書庫）負責人，明知自香港進口之「蘭桂坊」、「雄風」雜誌，係內有成年男子裸露性器官（陰莖或肛門）之特寫、男子自慰、射精、二男或多男相互撫摸性器官、口交、肛交及性虐待等照片，並兼含描述男子與男子間即男同志性交過程之文字，在客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感，有礙於社會風化之猥褻雜誌，竟基於販賣之概括犯意，自民國 89、90 年間起，陸續向香港書商進口販入上開各期雜誌，並在上址公共場所以每本售價新臺幣 300 元不等之價格公然陳列、販售予不特定之多數人，牟取每本約 75 元之不法利益。嗣經臺灣基隆地方法院檢察署檢察官指揮警方於 92 年 8 月 25 日向原審法院聲請搜索票，並持搜索票前往上址「晶○書庫」內執行搜

索，當場扣得賴○哲所販入並陳列在該店書架上（小部分在 1 樓，大部分在 2 樓，原判決漏載 2 樓），欲出售不特定人之如附表編號三所示有猥褻內容之雜誌。

二、案經基隆市警察局移送臺灣基隆地方法院檢察署檢察官聲請簡易判決處刑。

理 由

- 一、訊據被告賴○哲雖對於其係品○書庫之負責人，並陸續向香港書商販入「蘭桂坊」及「雄風」雜誌，公然陳列於其經營之品○書庫販售與不特定之多數人等情供承不諱，惟矢口否認有何妨害風化犯行，辯稱：以罪刑來禁制色情刊物或猥褻出版品，涉及人民表意自由基本權利之嚴重限制，須依嚴格標準為司法審查，亦即國家必須有「實質重大利益」，才能以刑法介入人民表意自由之權利。惟我國刑法第 235 條關於猥褻出版品之罪，並無所欲保障的實質重大利益，顯然不合憲法第 23 條之必要性原則及比例原則。又猥褻一詞十分抽象、主觀，而且極不確定，行為人於行為前、行為時，甚至行為後，都無確定何謂猥褻，必須等到法院判決確定後，才知道所涉物品是否為猥褻，故刑法第 235 條以猥褻之文字、圖畫為犯罪構成要件之一，顯然係「行為後法」，不僅不合罪刑法定主義，亦違反憲法第 23 條之法律保留原則。至於司法院釋字第 407 號解釋對猥褻之定義，仍無法使刑法第 235 條成為「明文」，不合罪刑法定主義，也仍違反憲法第 23 條之法律保留原則。出版品有其存在的價值、文化脈絡和背景，在一個開放自由社會裡，尊重差異，欣賞多元，係一個基本的原則，故依釋字第 407 號解釋適用刑法第 235 條，應考量出版品之「目標閱讀群」。而品○書庫販賣之男同志雜誌，其主要閱眾係男同志，若不審酌性傾向之差異，而以異性戀者之生理、心理及經驗來感覺、評定男同志雜誌是否為猥褻出版品，即為假平等、真歧視，顯難違反尊重差異、多元平等之人權保障原則。查本案並無證據足以證明雄風、蘭桂坊雜誌為「在客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感，而侵害性的道德感情，有礙於社會風化」之猥褻出版品。本件雜誌本身並非構成猥褻定義之證據，原審勘驗對雜誌內容圖片、文字之描述，亦不足以作為認定屬猥褻物品。查刑法第 235 條之犯行，以故意為限，須行為人知其所販賣之物品為猥褻物品始得構成。惟被告完全不覺得雄風、蘭桂坊雜誌猥褻，更不知亦無從預見該等雜誌「在客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感，而侵害性的道德感情，有礙於社會風化」，且無任何證據足以認定被告對雄風、蘭桂坊雜誌為猥褻之事實，明知或預見而不違反本意。況涉案之雄風、蘭桂坊雜誌，均經香港高等法院「淫褻物品審裁處」評定為第二類物品，即未滿 18 歲不得閱讀之出版品，且進口多年都未遭取締，被告更確信上開雜誌不是猥褻出版品，故被告主觀上並無販賣猥褻物品之故意，自不成立刑法第 235 條之罪。妹扣案之雜誌雖有性交之圖片，但也有情色小說，了解包莖、陰莖形狀是否異常、如何預防愛滋病等醫療保健單元。另還有讀者投書、世界各地同志活動去處、如何確定自己為同性戀等提供男同志身分認同及情慾資訊，對男同志族群而言，兼具了滿足人性基本情慾需求及性傾向常識與知識之功能，整體以觀，並非猥褻物品。被告自香港進口販入之雄風、蘭桂坊雜誌皆封好膠膜，並有加註警告標語，在書店之陳列上也做了限制級書刊之分級管理，且於該雜誌封面、封底都印有明顯警告標語，明白區分「性愛領域」與「社會領域」，不致溢到「社會領域」而生貽害，被告絕無販賣猥褻出版品或公然陳列觀覽之妨害風化之犯意云云

二、惟查：

- (一) 按司法院釋字第 407 號解釋，對猥褻出版品之認定，乃以一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之。且按刑法第 235 條之販賣猥褻罪係屬妨害風化之犯罪，考其立法目的，以此等行為，使猥褻物品流達於社會公眾，可能激發性自我控制力欠缺之人，以非法方式滿足其性慾，並助長社會淫風，破壞社會善良風俗，且因猥褻物品之流通而破壞人類社會對於性行為隱密原則（即性行為不公開原則）之要求，而侵害社會大眾性之道德感情，故設刑罰規定，以資禁制。準此，所謂猥褻物品，首就個人而言，在客觀上必須有足以直接刺激或滿足個人性慾之功能，因其刺激或滿足性慾之結果，有誘發性犯罪或破壞性秩序之虞。再就普遍社會大眾而言，性隱密要求為性道德感情之重要部分，所謂性隱密原則，乃指性行為應隱密為之，以及性行為之描述與呈現，不應以直接及赤裸之方式予以流通或公開，因其足以引起普通一般人對之產生羞恥或厭惡之感覺，而侵害社會大眾性之道德感情。因此，如物品之內容，在客觀上足以刺激或滿足個人性慾，並違反性隱密原則，足以引起普通一般人對之產生羞恥或厭惡之感覺，致侵害性的道德感情者，即可認為具有猥褻性。而認定是否為猥褻物品，除就個人與普遍大眾兩項層面進行認定外，並須就物品整體之特性及製造、流通或展示之目的為判斷，如其主要目的足以認為在刺激或滿足個人性慾，而與藝術、醫學或教育無關者，即堪認係猥褻物品。惟物品內容是否已達猥褻程度，仍應考量當時社會對猥褻品之一般觀念，以及對之容忍程度，依當時時空標準為界定。
- (二) 本件附表編號三所示扣案之「蘭桂坊」、「雄風」雜誌，經原審就檢察官補充理由書（見原審卷（二）第 3 至 8 頁）所列頁數勘驗結果如下：

- 1、蘭桂坊第 13 期第 51 頁：「第 51 頁」為四則明顯勃起陰莖之特寫畫面（見原審卷（二）第 76 頁）。
- 2、蘭桂坊第 17 期第 28、52、53 頁：「第 28 頁」圖片為一名男性模特兒以手握自己明顯勃起陰莖之圖片，該手部畫面較其他畫面模糊；「第 52、53 頁」為多則男性性器官之特寫畫面，且陰莖呈現明顯勃起狀態（見原審卷（二）第 76 頁）。
- 3、蘭桂坊第 20 期第 52、53 頁：該二頁多則男性性器官或臀部之特寫畫面，且陰莖均呈現明顯勃起狀態（見原審卷（二）第 76 頁）。
- 4、蘭桂坊第 25 期第 51 頁：為數則二位男性模特兒全裸寫真圖片，其中一則為有一方男性蹲下口含對方勃起陰莖之口交畫面，一則為一方男性伸出舌頭舔另一位男性乳頭，該遭舔男性則手握自己明顯勃起之陰莖）（見原審卷（二）第 74、77 頁）。
- 5、蘭桂坊第 26 期第 45 頁：該頁為一明顯勃起陰莖之特寫畫面（見原審卷（二）第 77 頁）。
- 6、蘭桂坊第 45 期第 33、41、44 頁：「第 33 頁」為一名男性模特兒平躺床上手握自己明顯勃起陰莖之圖片；「第 41 頁」為多則一男性模特兒手握自己明顯勃起陰莖圖片，並有自慰動作及精液自陰莖流出之畫面；「第

44 頁」有三則圖片，其中二則為男性下半身之裸露圖片，一則呈現陰莖自然下垂（未露出龜頭）之狀態，一則為一名男性模特兒以手拉包皮之特寫畫面，另一則為男性臀部、肛門連同陰囊、陰莖之特寫畫面（見原審卷（二）第 77 頁）。

- 7、蘭桂坊第 50 期第 29 頁：男性模特兒肛門連同陰囊之特寫畫面（見原審卷（二）第 76、77 頁）。
- 8、蘭桂坊第 55 期第 26、27 頁：該二頁為二則一名男性模特兒面露歡愉表情手握自己明顯陰莖躺於床上全裸圖片（見原審卷（二）第 77 頁）。
- 9、雄風第 7 期第 64、65 頁：此二頁係同志四級 DVD「SWALLOWS」的內容簡介，並輔以多則男同志性愛雜交之 DVD 內容圖片作文字敘述，圖片均為口交、肛交、自慰及性交姿勢圖片（見原審卷（二）第 77 頁）。
- 10、雄風第 8 期第 48、64、65 頁：「第 48 頁」為男性模特兒手握住明顯勃起陰莖坐躺於長椅上之全裸圖片，該男性模特兒身上並有男性精液之畫面。「第 64、65 頁」則為男同志性愛網站介紹畫面，內容多為男性口交、肛交、雜交之各種姿勢性愛圖片及男性肛門、臀部特寫之性愛圖片，其中口交、肛交及部分陰莖畫面有以馬賽克處理（見原審卷（二）第 77 頁）。
- 11、雄風第 10 期第 58、59 頁：該二頁為男同志性愛網站介紹畫面，內容為男性口交、肛交之各種性交姿勢圖片，並有精液流入口中、臉部之畫面，圖片中僅口交、肛交之陰莖部位有以馬賽克處理（見原審卷（二）第 77 頁）。
- 12、雄風第 13 期第 48、55 頁：「第 48 頁」為男模特兒趴於床上並以左手撐開自己肛門之圖片；「第 55 頁」則為男同志性愛網站介紹畫面，內容為勃起陰莖、肛門特寫、舌吻、口交及肛交之圖片，其中口交及肛交之陰莖部位有以馬賽克處理（見原審卷（二）第 77 至 78 頁）。
- 13、雄風第 14 期第 54 至 57 頁：第「第 54 頁」為私人相簿，該頁為讀者自拍寄與出版本雜誌社之裸露個人肛門、手抓或手握勃起陰莖之圖片，其中臉部以馬賽克處理。「第 55 頁至 57 頁」為男性口交、肛交、雜交之各種性愛姿勢圖片及陰莖、肛門特寫畫面，並有精液流出及精液在身上、地上之畫面，其中口交、肛交之陰莖部位有以馬賽克處理（見原審卷（二）第 78 頁）。
- 14、雄風第 15 期第 18 至 20 頁：「第 18 頁、19 頁」為二位男性模特兒互相擁抱愛撫之圖片，後方男性握住前方男性陰莖，第 19 頁前方男性之陰莖呈明顯勃起狀態。「第 20 頁」為上方男性坐於沙發上裸露勃起陰莖，下方男性在陰莖下方伸出舌頭朝上方男性龜頭之特寫畫面（見原審卷（二）第 78 頁）。
- 15、雄風第 17 期第 60 至 63 頁：「第 60 至 63 頁」為男同志性愛網站畫面及文字介紹，係多則男性手握自己明顯勃起陰莖、口交、肛交及雜交之性愛圖片，並有精液流出之畫面，其中口交、肛交之陰莖部位有以馬賽克處理，另有介紹上開畫面之諸如「猛擦猛捏」、「男人用假鳩自插後座、打飛機射精一剎那、沿缸中插後庭」、「有充滿美感口接精液」等文字描述（見原審卷（二）第 78 頁）。

- 16、雄風第 18 期第 20、21 頁：「第 20 頁」為一名男性模特兒趴於床上，雙腳張開並以左手撐開自己肛門暴露肛門、陰囊之特寫畫面；「第 21 頁」為一名男性模特兒趴於床上，雙腳張開暴露肛門、陰囊之特寫畫面（見原審卷（二）第 78 頁）。
- 17、雄風第 19 期第 64 至 67 頁：「第 64 至 67 頁」為男同志性愛網站圖片及介紹，內容多為男性手握自己明顯勃起陰莖、勃起陰莖、臀部特寫、口交、肛交、雜交之各種姿勢性愛圖片及男性精液畫面，其中口交之陰莖部位有以馬賽克處理。另有介紹上開畫面之諸如「你快硬，所以我快硬」、「讀者自瀆」、「打飛機爆漿、吹簫爆漿、肛交爆漿」等文字描述（見原審卷（二）第 78 頁）。
- 18、雄風第 20 期第 8、9、58 頁：「第 8、9 頁」為 VCD 的內容簡介，並輔以多則男同志性愛雜交之 VCD 內容圖片作文字敘述，圖片均為口交、肛交、自慰及各種性交姿勢圖片，並有諸如「三男打飛機壓軸鬥快硬、鬥快出，互相白漿狂射，十足花灑咁噴」、「入肛刺探，越插越入……埋手指操，通渠咁款，又扯番出，如是者插入又抽出，膠帶彈彈咁，睇到人血壓高」等文字敘述；第「58 頁」為四則明顯勃起陰莖及陰囊特寫畫面（見原審卷（二）第 79 頁）。
- 19、雄風第 22 期第 53 至 59 頁：「第 53 頁」為文字輔以男性各種陰莖勃起形狀特寫圖片，介紹各種陰莖之型態及性交時之刺激程度。諸如「呢種陽具適合 豬，肯定男豬欲仙欲死」、「呢種陽具最對付姣佬，佢地可接納大蘑菇頭，肉洞內頂頂撞撞，床上最易俘虜情人」等文字敘述；「第 54 至 59 頁」為四級 VCD 的內容簡介，並輔以多則男同志各種性交姿勢之 VCD 內容圖片作文字敘述，圖片均為口交、肛交、自慰、性虐待、雜交及各種性交姿勢圖片（口交、肛交之陰莖部位有以馬賽克處理），並有諸如「又吹又含又啜，擔擔抬抬……先舐大腿內側然後再追蕭……如是者三人交流口技，又有口內爆漿，打飛機場面」、「第三幕馬槽內六人淫亂雜交……六人隨即展開大混戰，你吹我插」等文字敘述（見原審卷（二）第 79 頁）。
- 20、雄風第 23 期第 45 至 47 頁：「第 45 至 47 頁」為二位男性模特兒陰莖、肛門相互對照之特寫畫面，並輔以諸如「你的陽具毫無阻攔地在我口中抽插著，偌大的巨直頂住我的咽喉！頂膩了之後，你要我用頭摩擦你的龜頭，你時而把滿是淫液和口水的陽具往我臉上、五官、胸部擦，我全身都被你的愛液塗滿了」等性愛過程之文字描述（見原審卷（二）第 79 頁）。
- 21、雄風第 24 期第 50 至 53 頁：「第 50 至 53 頁」為性愛網站圖片及四級 DVD 的內容簡介，並輔以多則男同志口交、肛交、雜交等各種性交姿勢圖片及肛門特寫圖片作文字敘述（口交、肛交之陰莖部位有以馬賽克處理），且有諸如「網頁內一班男同志，個個表情陶醉，啖到流晒口水，可想而知，多啖人肉雪條有生津解渴、潤喉奇效」等文字敘述（見原審卷（二）第 80 頁）。
- 22、雄風第 25 期第 18 至 34 頁：「第 18 至 34 頁」為多則男性欲口交、肛交之圖片，諸如一名男性模特兒以舌頭伸向另一名男性模特兒露出龜頭

之陰莖或一名男性模特兒手握另一名男性模特兒陰莖，並以嘴巴靠近該陰莖之畫面、二位男性模特兒之勃起陰莖相互交疊之特寫畫面，並有諸如「鮮美無瑕的肉腸」、「熱切渴求晶瑩玉漿」等小標題，以及「把手指抽出在嘴巴裡沾上唾液，伸向他的屁眼輕輕的給他輕插一下，當然嘴巴是不能停的」等性愛過程之文字描敘（見原審卷（二）第 80 頁）。

- 23、雄風第 26 期第 17 頁至 36 頁：「第 17 頁至 36 頁」為二位男性模特兒愛撫、肛交、口交之各種姿勢圖片，如一名男性模特兒以舌頭伸向另一名男性模特兒勃起之陰莖或一名男性模特兒手握另一名男性模特兒勃起陰莖，並以嘴巴靠近該陰莖、一名男性模特兒勃起陰莖碰觸另一名男性模特兒肛門之畫面，並有諸如「綁手蒙眼被遭虐打」、「小盆拿了皮帶，狠狠的往阿漢的身上抽打……拿了阿漢的內褲，往阿漢的嘴裡塞去」等性虐待之文字敘述（見原審卷（二）第 80 頁）。
- 24、雄風第 27 期第 45 至 56 頁：「第 45 至 49 頁」為二位男性模特兒肛交之性愛動作圖片，「第 50 頁至 56 頁」為四級 DVD 及性愛網站的內容簡介，並輔以多則男同志口交、肛交、雜交等各種性交姿勢圖片作文字敘述（口交、肛交之陰莖部位有以馬賽克處理），且有諸如「三個姿勢狂 FUCK，精液狂射，彈到老遠」等文字內容敘述（見原審（二）卷第 80 頁）。
- 25、雄風第 28 期第 41 至 49 頁：「第 41 至 49 頁」為四級 DVD、VCD 及性愛網站的內容簡介，並輔以多則男同志口交、肛交、雜交等各種性交姿勢、陰莖互疊、勃起陰莖特寫及男性精液之圖片作文字敘述（口交、肛交之陰莖部位有以馬賽克處理），且有諸如「三個人擁埋一堆，變成一座肉火山，噴出熊熊慾火，仲玩埋吹簫三重奏，你吹我的，我吹佢的」等文字內容敘述（見原審卷（二）第 80 至 81 頁）。
- 26、雄風第 29 期第 37 至 43 頁：「第 37 至 43 頁」為四級 DVD 及性愛網站的內容簡介，並輔以多則男女同志口交、肛交、二男一女、多人雜交等各種性交姿勢之圖片作文字敘述（口交、肛交之陰莖部位有以馬賽克處理），且有諸如「兩王一后玩 3P」、「全人類玩 6P，你爭我奪，含陽舐撻」等文字內容敘述（見原審卷（二）第 81 頁）。
- 27、雄風第 30 期第 32 至 59 頁：「第 32 至 51 頁」為二位男性模特兒愛撫親吻、男性模特兒單獨或多人手握陰莖或自慰之圖片，並有諸如「當他們倆慢慢平息恢復過來後，又抬起我的雙腿，在空中大大的分開，這次他們倆毫不留情的用起靈活的舌頭，在我前後又舔又含的……前後夾攻下，將精液完全射在他的嘴裡。他不但將我所有射出的精液吞了下去，一面還用舌頭舔乾淨了我的陰莖」等文字敘述。「第 52 至 59 頁」為性愛網站及四級 DVD 的內容簡介，並輔以多則男同志口交、肛交、多人雜交等各種性交姿勢及性虐待之圖片作文字敘述（口交、肛交之陰莖部位有以馬賽克處理），且有諸如「喂，快 D 插入啦！泵滿我個油缸呀！」等文字內容敘述（見原審卷（二）第 81 頁）。
- 28、雄風第 31 期第 13 至 41 頁：「第 13 至 34 頁」為二男或三男舌吻、親吻乳頭、身體、肛門、愛撫陰莖之圖片；「第 35 頁」為私人相簿，該頁為讀者自拍寄與出版本雜誌社之裸露個人勃起陰莖之圖片；「第 36 至

41 頁」性愛網站及四級 DVD 的內容簡介，並輔以多則男同志口交、肛交、多人雜交等各種性交姿勢之圖片作文字敘述（口交、肛交之陰莖部位有以馬賽克處理），且有諸如「三人混吹、二人纏綿」等文字內容敘述（見原審卷（二）第 81 頁）。

29、雄風第 32 期第 32 至 37 頁：「第 32 頁」為一名男性模特兒全裸雙手碰觸明顯勃起陰莖之畫面；「第 33 頁」為一名男性模特兒全裸寫真，其陰莖呈明顯勃起狀態之畫面；「第 34 至 37 頁」為性愛網站及四級 DVD 的內容簡介，並輔以多則男同志各種口交、肛交、多人雜交姿勢、多位男性模特兒勃起陰莖特寫之圖片作文字敘述（口交、肛交之陰莖部位有以馬賽克處理），且有諸如「又查又插，操到籊兀兀、波大大，身水身汗咁走去沖涼，嘩！爽到震」等文字內容敘述（見原審卷（二）第 81 至 82 頁）。

30、檢察官補充理由書所載雄風第 33 期至第 68 期部分：

雄風第 33 期「第 36 至 41 頁」、第 34 期「第 34 至 39 頁」、第 35 期「第 26 至 35 頁」、第 37 期「第 26 至 33 頁」、第 38 期「第 32 至 41 頁」、第 39 期「第 26 至 27 頁、29 至 35 頁」、第 40 期「第 26 至 35 頁」、第 41 期「第 30 至 36 頁」、第 42 期「第 28 至 36 頁」、第 43 期「第 28 至 34 頁」、第 44 期「第 26 至 33 頁」、第 45 期「第 34 至 37 頁」、第 46 期「第 30 至 35 頁」、第 47 期「第 32 至 50 頁」、第 48 期「第 36 至 44 頁」、第 49 期「第 28 至 37 頁」、第 50 期「第 34 至 39 頁」、第 51 期「第 30 至 43 頁」、第 52 期「第 32 頁、第 45 頁」、第 53 期「第 34 至 45 頁」、第 54 期「第 66 至 76 頁」、第 55 期「第 64 至 77 頁」、第 56 期「第 64 至 45 頁」、第 60 期「第 36 至 47 頁」、第 61 期「第 35 至 41 頁」、第 63 期「第 38 至 49 頁」、第 64 期「第 34 至 39 頁」、第 65 期「第 56 至 57 頁」、第 66 期「第 36 至 45 頁」、第 67 期「第 42 至 47 頁」、第 68 期「第 54 至 64 頁」為性愛網站、三級或四級 VCD、DVD 的內容簡介，並輔以多則男同志各種口交、肛交、多人雜交之性愛姿勢、男性精液流入口中及肛門、精液灑於身上、射精、男性勃起陰莖、肛門特寫、假陽具插入男性肛門、自慰動作等圖片作文字敘述（僅口交、肛交之陰莖部位以馬賽克或模糊化處理），且有諸如「白潺潺的精液好像水銀瀉地一樣，無孔不入，川流不息，睇到男 MODEL 滿嘴、滿身都係熱暖暖的精液」、「乘機狂插口，搞到佢上下都唔得閒」、「男 MODEL 由單拖到雙飛到 3P，玩法多樣化，單拖方面有男 MODEL 導演椅上打飛機，射到浸瀉肚臍」、「有怪手出現摸、插、掙、掰，再插手指、插假陽具，C 眼越撐越大」、「兩名全裸隊友濕吻、互插、含吹吮錫」等文字內容簡介（見原審卷（二）第 82 至 83 頁）。

雄風第 35 期「第 27 頁」、第 37 期「第 34 至 35 頁」、第 39 期「第 28 頁」、第 41 期「第 29 頁」、第 42 期「第 37 頁」、第 43 期「第 35 頁」為私人相簿，均係讀者自拍寄與出版本雜誌社之全裸個人寫真，第 35 期「第 27 頁」中之陰莖均呈明顯勃起之狀態，並

有以手握勃起陰莖及肛門特寫之圖片；第 37 期「第 34 至 35 頁」中之陰莖均呈明顯勃起之狀態，並有以手觸摸或手握勃起陰莖之圖片，其中手握勃起陰莖部分以馬賽克處理，其餘則無；第 39 期「第 28 頁」係三則男性頭部以下之寫真，其中二則之陰莖呈明顯勃起狀態，一則則著有內褲，未裸露性器官；第 41 期「第 29 頁」係三則男性全裸寫真，其中二則係胸部以下之寫真，陰莖均呈明顯勃起狀態，一則為臉部以曝光處理之全身裸照，陰莖呈自然下垂；第 42 期「第 37 頁」為四則照片，其中二則上半身有著衣服，下半身係以手握勃起陰莖之畫面、一則為讀者臥於床上裸露肛門、勃起陰莖之畫面、一則為讀者躺於沙發之全裸寫真，其陰莖呈明顯勃起狀態；第 43 期「第 35 頁」為二則讀者手握自己明顯勃起陰莖之全身裸體寫真（見原審卷（二）第 83 頁）。

雄風第 43 期「第 25 至 27 頁」：第 25、26 頁為一名男性模特兒手握自己明顯勃起陰莖，並有精液灑於身上之畫面、第 27 頁為明顯勃起陰莖之特寫畫面（見原審卷（二）第 83 頁）。

雄風第 44 期「第 21 至 25 頁」、「第 36 至 43 頁」：第 21 至 23 頁為數則一名男性模特兒裸露肛門、明顯勃起陰莖、陰囊之畫面及單純裸露肛門之特寫畫面、第 24 頁為一名男性模特兒手握自己明顯勃起陰莖之畫面、第 25 頁為二則一名男性模特兒自慰之畫面，自慰動作部分有以模糊畫面處理。第 36 至 43 頁為三位男性模特兒互相親嘴、親吻臀部、乳頭、口交畫面，第 41 至 43 頁口交之陰莖部分有以黑點遮住，並以「慾林三雄」作為標題，且有「『快一點！深一點！』森寶覺得不夠！覺得是隔鞋搔癢，他往前一進，把整支大屌都伸了進去……一伸一進的進入日發星的口內，而因痛苦而加重了日隆手的力量，日隆用力搓揉森寶的兩粒睪丸，森寶慢慢的興奮了起來，開始呻吟了起來」等性愛過程之文字內容敘述（見原審卷（二）第 83 至 84 頁）。

雄風第 47 期「第 46 至 55 頁」為二名男性模特兒在海邊、沙灘口交、肛交等各種性愛姿勢畫面，以及單純肛門接觸勃起陰莖之特寫畫面，並以「慾海痴男」作為標題，且有「我慢慢將我那脹紅發硬、青筋浮現的血性氣概推進，起先是龜頭，然後整根順勢而入。我賣力地往下壓，那快感不禁讓我倆低吟著，他夾勒我的陽具，我繼續的抽動……保羅旺盛地精力還一邊打著飛機，不知什麼時候，我們一起到了高潮，我的精液充塞他的體內，而他則灑在自己的胸膛」等性愛過程之文字內容敘述（見原審卷（二）第 84 頁）。

雄風第 48 期「第 45 至 55 頁」為多則二位或三位男性模特兒各種口交、肛交姿勢，以及射精、精液灑於口中、肛門之畫面，並有「他說：『好爽！原來插男人是這麼爽！』我看著他說：『你問看你哥，被插爽不爽？』俊勳說：『本來怕死了，因為真的很痛，但後來是真的很爽，尤其後面被插著，前面又打槍，那爽的感覺很強烈……』」等文字內容敘述（見原審卷（二）第 84 頁）。

雄風第 50 期「第 33 頁」為男性下半身之裸體寫真，該男性陰莖呈明顯勃起狀態，且有精液流於陰毛周圍之畫面（見原審卷（二）第 84 頁）。雄風第 52 期「第 19 頁」為男性下半身之裸體寫真，該男性手

握自己明顯勃起之陰莖，且有精液流於手上、陰毛及胸前之畫面（見原審卷（二）第 84 頁）。

雄風第 53 期「第 46 至 57 頁」為多則二位或三位男性模特兒各種接吻（含舌吻）、口交、肛交姿勢，以及精液灑於胸前之畫面，並有「不知不覺，我想我要舔舔小賢的鳩了，那麼多淫水流出來，而我用舌頭去舔就好像四級片上的劇情一樣，我吐了吐口水，接著試著伸出舌頭緩緩近小賢不斷跳動的老二……舔……呀……舔，小賢的淫水愈來愈多」等文字內容敘述（見原審卷（二）第 84 至 85 頁）。

雄風第 55 期「第 52 至 63 頁」為多則二位或三男性模特兒親吻、口交、肛交，以及精液灑於胸前之畫面（見原審卷（二）第 85 頁）。

雄風第 56 期「第 61 至 63 頁」為五則一名男性模特兒全裸寫真，其中二則之陰莖呈自然下垂狀態，另三則之陰莖則呈明顯勃起之狀態（見原審卷（二）第 85 頁）。

雄風第 57 期「第 64 至 71 頁」為多則二位男性模特兒在沙灘上各種口交、親吻（包括吻肛門、乳頭、耳際、舌吻）畫面；「第 72 至 73 頁」為凸長超淫連載小說，並輔以男性自慰、勃起陰莖畫面作如「台上龍二和廣城二人互相吸吮著對方硬直的陰莖，愛撫對方鼓漲的陰囊，不久廣城身體抖了一下，眼前一片空白，將自己精液灌滿龍二的嘴巴，龍二將口中的精液吐在手中，塗在自己的巨型生殖器上和廣城的後庭，然後用力的挺進廣城體內」等小說內容之敘述（見原審卷（二）第 85 頁）。

雄風第 58 期「第 44 至 49 頁」為多則二位男性模特兒肛交之畫面，以及一則二位男性模特兒肛門及明顯勃起陰莖接觸之特寫畫面，並有諸如「看著他在雜誌上所擺出來的各種性感又健美的姿勢，不禁又使我的陽具頓時充血，開始想翹著他的雙臀，一手扳開他的屁眼，另一手則搓硬他巨大的男性性器官，然後乞求我將他長長的肉棒塞進我那緊緊的小穴中，來來回的抽動幹著自己，並不時的自他口中發出滿足且又淫蕩的呻吟聲……」等旁白文字敘述（見原審卷（二）第 85 頁）；

雄風第 59 期「第 21、79 至 80 頁」：「第 21 頁」為男性明顯勃起陰莖之大特寫，並有精液灑於陰毛上方處之圖片；「第 79 至 80 頁」為三則一名男性模特兒手握自己明顯勃起陰莖，且有精液灑於胸前、陰毛處之圖片（見原審卷（二）第 85 至 86 頁）。

雄風第 65 期「第 34 至 35 頁」：「第 34 頁」為一名男性模特兒全裸寫真，其陰莖呈自然下垂狀態、「第 35 頁」為一名男性模特兒手握自己明顯勃起陰莖之全裸寫真（見原審卷（二）第 86 頁）。

雄風第 67 期第「第 38 至 41 頁」為四則男性模特兒全裸寫真，四則之陰莖均呈明顯勃起狀態，其中二則之男性模特兒有以手握自己陰莖之根部位置（見原審卷（二）第 86 頁）。

（三）觀之上開勘驗所見，本件「蘭桂坊」、「雄風」雜誌內容刻意放大、強調男性性器官，且有男性自慰、勃起射精、精液流出、男男、多男肛交、性交、性虐待之圖片與具體男同志性交行為之文字描述。就購買之閱讀者而言，在客觀上已足以引發其性慾之刺激與滿足；就普遍大眾之認知而言，依我國現行社會觀

念，上開圖片與文字描述之流通或公開，已違反性隱密原則，而引起普通一般人對之產生羞恥或厭惡之感覺，進而侵害社會大眾性之道德感情，有礙於社會善良風俗，自屬刑法第 235 條稱之「猥褻」物品。被告雖辯稱：整體以觀，上開雜誌並非猥褻物品，且晶○書庫所販賣者係男同志雜誌，其主要觀眾係男同志，若不審酌性傾向之差異，而以異性戀者之生理、心理及經驗來感覺、評定男同志雜誌是否為猥褻出版品，即為假平等、真歧視，顯難違反尊重差異、多元平等之人權保障原則。又上開刊物經年進口，未經取締，並經香港高等法院評定為可合法販售與成年人之第二級雜誌，其確信非猥褻物品云云。然：

- 1、我國法律對性權利之保障與性秩序之維護，除婚姻等身分制度涉及「制度性保障」之外，並不因性別而有差異。申言之，不因行為人或相對人為異性戀或同性戀而有不同。例如刑法中妨害性自主罪或妨礙風化等罪，對於異性戀所生之性行為，或同性戀所為之性行為，均予以相同之評價。而就猥褻物品之認定而言，只要具有刺激或滿足個人性慾之功能，有誘發性犯罪或破壞性秩序之危險，並違反社會大眾對性隱密之要求，其公開足以產生之羞恥或厭惡之感覺，而傷害社會大眾對於性之道德感情者，即具有猥褻之成分，並不因內容為描述男女性交，或男男、女女性交而有不同。於同性戀社群力求突破歷史性、結構性所為之各種壓迫之今日，最終目的乃在爭取與異性戀者相同之對待，如於刑法第 235 條猥褻之認定上，採取較異性戀寬容之態度者，反而造成對同性戀所謂「反歧視」之情形，嚴重違反憲法第 7 條中之性別平等原則。本件雜誌上開部分之圖片與文字，足使人產生羞惡之感，而屬猥褻物品，自不因以同性戀為設定之閱讀對象而應予寬容。此與基於藝術性、醫學性、教育性所出版，內容有性器官之圖片、畫面及文字說明之情形迥異，同性戀並非如藝術、醫學、教育之目的對象，而於異性戀外成為一特殊之閱讀族群。故被告將同性戀標上一特殊之「目標閱讀群」，實非可採。又上開雜誌之內容，雖有情色小說、如何預防愛滋等醫療保健及同志交友、同志社會事件報導等單元，惟這些單元仍不影響前揭圖片及文字描述在於刺激或滿足個人性慾，而非為藝術、醫學、教育甚至正當娛樂之目的，係屬猥褻物品之認定。被告以司法院釋字第 407 號解釋已揭明是否猥褻物品，須就出版品整體之特性及目的予以觀察，而辯以：依原審勘驗結果，僅有部分頁數涉及猥褻內容，然就整本雜誌通體觀察應非猥褻物品云云，無非故為曲解大法官前開解釋之意旨。被告為此請求將本件雜誌送請國立高雄師範大學性別研究所或世新大學性別研究所鑑定，核無必要。
- 2、又上開雜誌封皮本身即以顯著顏色區分並予標示：「本物品內容可能令人反感，不可將本物品派發、傳閱、出售、出租、交給或出租於年齡未滿 18 歲的人士或將本物品向該等人士出示、播放或放映」等警告文字，且被告是認於其販入之初，均有詳閱或大致翻閱，內容具有刺激並滿足閱讀者之性慾之功能，可見對於本件雜誌內含有前揭猥褻圖片及文字知之甚明。雖被告提出經香港高等法院「淫褻物品審裁處」評定為可合法販售予成年人之「第二級物品」（即未滿 18 歲不得閱讀之出版品）之證明文件，且本件雜誌經進口多年，先前並無在海關被查扣之紀錄，然物品內容是否已達猥褻程度，應考量當時社會對猥褻品之一般觀念，以及對之容忍程度

，依當時時空標準為界定，已如前述。本件雜誌前揭內容對於性慾刺激滿足之彰顯及描述，依我國現今社會通念已達普通一般人產生羞惡之感，他地容許出版流通，不意謂被告對於本件雜誌前揭內容無猥褻物品之認識。海關前未因猥褻物品而予以查扣，亦同此理，自不得作為無猥褻物品認識之藉口。至依被告之請求傳訊之證人利○報關有限公司（下稱利○報關公司）負責人丁○年於原審證稱：印象中晶○書庫進口的書籍大部分都有查驗，但有無翻閱不清楚（見原審卷（二）第 224 頁），於本院證稱：進口報單上沒有記載書籍名稱，只是記載「中文書籍」，查驗時只要看確是中文書籍，即予放行，不知有無翻開檢視內容等語（見本院卷第 67 頁），就其所知就進口書籍如何查驗之情形作證。而無論如何查驗之方式，被告所認識的是經海關放行之雜誌，依前說明，此情顯不影響被告所有本件雜誌有猥褻內容之認識。

- 3、至被告所辯：上開雜誌皆封好膠膜，在書店之陳列上也作限制級書刊之分級管理，且於該雜誌封面、封底都印有明顯警告標語，可對個人性愛領域與社會領域明白分別，無販賣猥褻出版品或公然陳列觀覽之妨害風化犯行可言云云。然被告具有販賣猥褻物品之故意，已如前述，此故意不因雜誌有否以膠膜封住、加註警告標語或作限制級書刊之分級管理而有所影響。又依中華民國出版品分級實施規約第 3 條規定：「未違反法令規定之出版品有下列內容之一者，應列為限制級：一、描繪自殺、吸毒、暴行或其他不良行為，有導致青少年模仿之虞者。二、以文字、圖畫或攝影之方法，裸露人體性器官或過當描繪性行為者」，第 6 條第 1 項規定：「出版業者自行認定列為限制級出版品，於發行時應在出版品封面明顯處標示『未滿十八歲不得觀覽』字樣，其標示不得小於封面五十分之一，並密封包裝」。另被告行為後行政院新聞局 93 年 8 月 26 日訂定發布、94 年 4 月 1 日修正、同年 7 月 1 日施行之出版品及錄影節目帶分級辦法第 5 條規定：「出版品之內容有下列情形之一，有害兒童及少年身心健康者，列為限制級，未滿十八歲之人不得閱聽：一、過當描述賭博、吸毒、販毒、搶劫、竊盜、綁架、殺人或其他犯罪行為者。二、過當描述自殺過程者。三、有恐怖、血腥、殘暴、變態等情節且表現方式強烈，一般成年人尚可接受者。四、以語言、文字、對白、聲音、圖畫、攝影描繪性行為、淫穢情節或裸露人體性器官，尚不致引起一般成年人羞恥或厭惡感者」，第 6 條規定：「限制級出版品應在封面明顯標示『限制級：未滿十八歲之人不得閱聽』字樣。前項標示不得小於封面五十分之一」，第 8 條規定：「租售限制級出版品者，應以設置專區、專櫃或加封套方式陳列限制級出版品。前項專區、專櫃，應明顯標示『未滿十八歲之人不得租買』字樣」，可見警語、封套、專區係在對於不涉及猥褻內容之限制級物品予以管理，並非已超越限制級之猥褻物品，一旦以限制級出版品管理之方式，加註警語、封套、放置在限制級專區，即可不問實質內容如何。至被告於原審曾請求傳喚證人高○超、巫○樑、陳○容、江○雯、蔣○儀，以證明晶○書庫為分級管理良好之書店云云，顯無必要。

- （四）至被告另辯稱：刑法第 235 條禁制所謂「猥褻出版品」，涉及人民表意自由等基本權利之嚴重限制，應以嚴格之標準為審查，因其並未造成實害之結果，

且無所保障之實質重大利益；又該條之構成要件要素，過於抽象、主觀，必須經法院判決確定後，方可確定是否達猥褻之程度，顯有「行為後法」之嫌，不合「罪刑法定主義」與憲法第 23 條之「法律保留原則」云云。徵諸猥褻性物品存在之目的與價值，為刺激或滿足個人性慾，而因其刺激之結果，有誘發性犯罪或破壞性秩序之可能。雖目前社會大眾，對於性內容之呈現，已有相當之接受或容忍，但如已達猥褻，而生羞恥或厭惡之感覺，為維持社會秩序、增進公共利益所必要，確有保障之實質利益。而刑法上猥褻之認定，即基於上開規範意旨為判斷，並無違反「罪刑法定主義」與「法律保留原則」之問題。

(五) 至財團法人中華民國出版品評議基金會受原審法院委託鑑定本件雜誌，認本件雜誌有逾越限制級之情形，有該評議基金會 94 年 1 月 20 日彬版評字第 009402009 號函在卷可參（見原審卷（一）第 131 至 155 頁）。被告對於上開基金會之評議方式及決議內容均提出質疑，而主張評議結果無證據能力，亦無證據證明力。惟本件雜誌業經原審勘驗，並認定猥褻內容如上，未以上開評議結果作為認定猥褻內容之依據，故關於該基金會所為評議之證據能力及證明力，不再論述，附此說明。

(六) 綜上所述，被告所辯均不足採，復有扣案如附表編號三所示之「蘭桂坊」雜誌 69 本、「雄風」雜誌 456 本可資佐證。本件事證明確，被告犯行堪以認定。

三、核被告所為，係犯刑法第 235 條第 1 項之販賣猥褻物品罪。其為販賣猥褻雜誌而公然陳列之低度行為，已為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。其先後多次販賣之犯行，時間緊接，犯罪構成要件相同，顯係基於概括犯意反覆為之，為連續犯，應依刑法第 56 條之規定論以一罪，並加重其刑。

四、原審認被告所犯罪證明確，適用刑法第 56 條、第 235 條第 1 項、第 3 項、第 41 條第 1 項前段、罰金罰鍰提高標準條例第 1 條前段、第 2 條之規定，並審酌被告並無前科（參卷附本院被告全國前案紀錄表），素行尚佳，其長期於所營公眾得出入之書店販賣猥褻雜誌，雖對社會善良風俗造成一定之危害，惟其對販售之書刊有予膠膜處理，並於書店為限制分級管理，且其所營書店為同志書店，至該書店購書者較之一般書店者微，對社會法益之侵害較輕及其犯罪後之態度等一切情狀，量處拘役 50 日，並諭知易科罰金之折算標準。又扣案如附表編號三所示之猥褻雜誌計 525 本（包括「蘭桂坊」雜誌 69 本、「雄風」雜誌 456 本），不論屬於犯人與否，均依刑法第 235 條第 3 項之規定宣告沒收。另以警方在晶○書庫內搜索扣得如附表編號三所示以外之「蘭桂坊」、「his」及「e 雜誌」等，因未據起訴，且亦查無積極證據足認係屬猥褻雜誌，不予宣告沒收（檢察官以補充理由書將原起訴之犯罪事實，即除附表三所示以外之其他「蘭桂坊」、「his」及「e 雜誌」部分，予以減縮，見原審卷（二）第 3 至 8 頁）。核其認事用法均無不合，量刑亦屬妥適。

五、又以公訴意旨另稱：被告基於販賣如附表編號一、二所示之含有猥褻圖片，或兼含猥褻文字等物品之各種雜誌之概括犯意，先於 92 年 3 月上旬，自香港地區販入而進口如附表編號一所示之雜誌後，並委由不知情之利○報關公司，於同年 13 日向五堵分局申報進口（報單號碼為 AW/92/1121/0017 號）；次於 92 年 5 月中旬，再自香港地區販入並進口如附表編號二所示之雜誌後，亦委託不知情之利○報關公司向五堵分局申報進口（報單號碼為 AW/92/2392/0243），因

認被告此部分亦涉有刑法第 235 條第 1 項販賣猥褻物品罪嫌。按刑法第 235 條第 1 項中之販賣猥褻物品罪，其所謂販賣，固指以營利為目的，將猥褻物品販入或賣出而言，不以先買後賣為限，且一有販入或賣出，犯罪即屬完成（最高法院 83 年度台上字第 5689 號判決意旨參照）。而既稱「販入」，自以該猥褻物品業經行為人購買而置於其實力支配範圍者而言，倘行為人自國外訂購之猥褻物品，在報關提領貨物前即被查獲，因此際該物品尚在海關之實力支配下，對社會法益並無破壞之虞，自屬不罰之販賣猥褻物品未遂，而不成立刑法第 235 條第 1 項之販賣猥褻物品罪。查被告自香港進口如附表編號一、二所示之雜誌，前者於 92 年 3 月 13 日由被告複委託之利○報關公司向五堵分局申報進口時，因電腦抽中查驗報關，經海關驗貨員於次日驗貨結果認進口書刊有妨害風化，乃遭海關扣押；後者係於 92 年 5 月 19 日由上開報關公司向五堵分局報理退運後，於 92 年 5 月 23 日經海關查驗結果認該進口書刊亦係妨害風化書而不准退運，並予以扣押等情，業據證人即利○報關公司負責人丁○年於原審證述在卷（見原審卷（二）第 219 至 224 頁），並有上開二批貨物進口報單（見第 2381 號偵查卷第 2 頁、第 2278 號偵查卷第 2 頁）、緝私報告表（見第 2381 號偵查卷第 4 頁、第 2278 號偵查卷第 5 頁）、基隆關稅局 92 年第 09200280 號（見第 2278 號偵查卷第 6 頁）、第 09200709 號處分書（見第 2381 號偵查卷第 5 頁）在卷可稽，顯見被告進口之如附表一、二所示二批貨物，在被告或其手足尚未提領貨物前，即遭海關扣押，而未置於被告之實力支配下甚明。從而，依前揭說明，被告此部分即屬販賣未遂，而刑法第 235 條之販賣猥褻物品，並不處罰未遂，故被告此部分即不構成犯罪，此部分本應為無罪之諭知，惟公訴人認此部分與前揭有罪部分，具有連續犯裁判上一罪之關係，爰不另為無罪之諭知，亦無不合。被告上訴，否認犯罪，為無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第 368 條，判決如主文。

本案經檢察官郭弘佑到庭執行職務。

中 華 民 國 94 年 12 月 2 日

（本件判決書附表略）

（本件聲請書及補充理由書其餘附件略）

參考法條：中華民國憲法 第 11、23 條（36.01.01）

中華民國刑法 第 235 條（95.05.17）

兒童及少年性交易防制條例 第 27、28 條（95.05.30）