全國法規資料庫
Laws & Regulations Database of The Republic of China

發文單位：司法院
解釋字號：釋字第 407 號
解釋日期：民國 85 年 07 月 05 日
資料來源：司法院公報 第 38 卷 8 期 15-32 頁
總統府公報 第 6108 號 2-26 頁
守護憲法 60 年 第 59-60 頁
司法院大法官解釋（八）（98年10月版）第 369-399 頁
相關法條：中華民國憲法 第 11、80 條
憲法訴訟法 第 5 條
中華民國刑法 第 235 條

解 釋 文：　主管機關基於職權因執行特定法律之規定，得爲必要之釋示，以供本機關或下級機關所屬公務員行使職權時之依據。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三十二條第三款之禁止規定，所爲例示性解釋，並附有足以引起性慾等特定條件，而非單純刊登文字、圖畫即屬相當，符合上開出版法規定之意旨，與憲法尚無牴觸。惟猥褻出版品，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爲觀察，並依當時之社會一般觀念定之。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所爲釋示，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。至於個別案件是否已達猥褻程度，法官於審判時應就具體案情，適用法律，不受行政機關函釋之拘束，乃屬當然。

理 由 書：　法官依據法律獨立審判，憲法第八十條設有明文。各機關依其職掌就有關法規爲釋示之行政命令，法官於審判案件時，並不受其拘束。惟如經法官於裁判上引用者，當事人即得依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請解釋，業經本院釋字第二一六號解釋闡釋在案。本件確定終局判決係以行政院新聞局（八一）強版字第〇二二七五號函爲其認定事實之論據，經聲請人具體指陳上開函件有牴觸憲法之疑義，依上說明，應予受理。

出版自由爲民主憲政之基礎，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，爲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。其有藉出版品妨害善良風俗，破壞社會安寧、公

共秩序等情形者，國家自得依法律予以限制。

法律所定者，多係抽象之概念，主管機關基於職權，因執行特定法律，就此抽象概念規定，得爲必要之釋示，以供本機關或下級主管機關作爲適用法律、認定事實及行使裁量權之基礎。出版品是否有觸犯或煽動他人觸犯猥褻罪情節，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。猥褻出版品當指一切在客觀上，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爲觀察，並依當時之社會一般觀念定之。

行政院新聞局依出版法第七條規定，爲出版品中央主管機關，其斟酌我國社會情況及風俗習慣，於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釋謂「出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪，以左列各款爲衡量標準：甲、內容記載足以誘發他人性慾者。乙、強調色情行爲者。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、但對性行爲過分描述者」，係就出版品記載內容觸犯刑法第二百三十五條猥褻罪，違反出版法第三十二條第三款之禁止規定，應依同法第三十七條、第三十九條第一項第三款及第四十條第一項第四款處罰所爲例示性解釋，並附有足以誘發、強調色情、刻意暴露、過分描述等易引起性慾等特定條件，非單純刊登文字、圖畫即屬相當，以協助出版品地方主管機關認定出版法第三十二條第三款有關刑法妨害風化罪中之猥褻罪部分之基準，函釋本身未對人民出版自由增加法律所未規定之限制，與憲法尚無牴觸。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所爲釋示，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。

行政罰與刑罰之構成要件各有不同，刑事判決與行政處罰原可各自認定事實。出版品記載之圖文是否已達猥褻程度，法官於審判時應就具體案情，依其獨立確信之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束。本件僅就行政院新聞局前開函釋而爲解釋，關於出版法其他事項，不在解釋範圍之內，併此說明。

大法官會議　主　席　施啓揚
大法官　翁岳生
劉鐵錚
吳　庚
王和雄
王澤鑑
林永謀
林國賢
施文森

城仲模
孫森焱
陳計男
曾華松
董翔飛
楊慧英
戴東雄
蘇俊雄

協同意見書：　　大法官　吳　庚

憲法第十一條規定：人民有言論、講學、著作及出版之自由，在學理上或統稱之爲表現自由。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（註一），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，致成爲所謂單面向人（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（註二），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，發爲言論，或被目爲離經叛道，始有特加維護之必要，此乃憲法保障表現自由真諦之所在。而個人有權選擇沉默，免於發表任何言論，自亦在保護之列，否則強迫「坦白」、「交心」等極權體制下蹂躪心靈之暴政將重現於今世。至於提供必要之設施，使言論、出版及著作等自由，得以充分發揮功能，並經由制度的保障俾國民有接近使用媒體之權利（見釋字第三六四號解釋）及接受資訊之權利（the right to receive），復爲國家無所旁貸之責任。若建立事先檢查之機制，使唯有執政者喜好或符合其利益之言論及出版品得以發表或流傳，其屬違反上開憲法意旨，應予禁絕之行爲，實毋須辭費。

如所周知，美國制憲先賢對言論自由之重視，與其他自由相較，有過之而無不及，美國憲法增修條文第一條即開宗明義揭示：國會不得制定法律剝奪人民之言論及新聞自由（Congress shall make no law abridging frdddom of speech,or of the press）。彼邦自憲法實施二百餘年以來，其司法機關尤其聯邦最高法院，一方面履行其保障個人言論自由、新聞自由之崇高使命，一方面爲維護公共秩序、防止他人之名譽、財產等法益因漫無限制之言論自由遭受損害，於從事違憲審查之際，建立各種判斷之尺度，以便衡量何種言論應充分保障，何種言論得加以必要限制（註三）。從一九五〇年代以還，聯邦最高法院成員中除 Hugo Black 及 William O.Douglas 二位之外，幾乎所有大法官皆認爲猥褻物品非前述憲法增修條文所稱之「言論」或「新聞」（註四），但對如何判別猥褻性之文字圖畫，而決定其是否加以容許否則言人人殊，難有一致之見解。聯邦最高法院於審理相關案件時，曾努力尋求判斷猥褻或淫穢之標準，於是有所謂：（一）採地域標準或社區性標準，（二）依一般人而非特別敏感者之感受與反應，（三）明顯引起淫亂之興趣，（四）顯然惡劣，（五）全然欠缺補償性之社會重要性或無嚴肅之文學、藝術、政治或科學價值等各項因素，並出現合

併斟酌或獨立衡量之不同裁判先例，但依然欠缺放諸四海而皆準之恆久性準則（註五）。一國之情形如斯，不同國度，不同之社會情況，對猥褻出版品之認定，寬嚴有別，乃屬當然。試以「查泰萊夫人之情人」（Lady Chatterley's Lover） 一書爲例，一九六〇年前後已分別在美英兩國取得合法地位，但日本之最高裁判所則認其爲猥褻文書（註六），於此可見一斑。

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。完全不具有文學或藝術性質之作品，而以刺激感官引發情慾爲主題者，固然可視之爲猥褻物品。但誨淫之中又帶有文學或藝術內涵時，究應如何定位，亦屬難題。因爲藝術在概念上不易界定，實有甚於猥褻或色情二字，藝術之領域寬廣，形形色色，不勝枚舉，凡依自由創作所形成之成果，經由物品或其他媒介傳達創作者之印象、經驗、靈感或想像者，莫不屬於藝術之一種。尤有勝者，晚近所謂前衛（avantgarde）藝術之盛行，更使其範圍廣闊無邊，在法律上欲對何種創作屬於藝術，設定普遍適用之標準，殆無可能（註七）。退而求其次，亦祇能就個別創作所顯現之內容或意境，與其對正常生活之影響加以衡判。又一項作品既有上述所描繪之藝術特性，同時亦被指爲猥褻時，基於保障表現自由之憲法意旨，仍不能否定其藝術性質（註八）。若干國家遇有此種情形，法律設有兩全之解決途徑，將不適於少年閱讀之圖書經專家審議列入書單，並採分級包裝、陳列及販賣之方式處理，德國一九八五年七月十二日公布之關於危害少年書籍散布之法律（Gesetz uber die Verbreitung jugendgfahrdender Schriften） ，即屬可資參考之立法例。

本所涉及之出版法，自民國四十七年立法之初，即爭議不斷。解嚴以來，政治上言論之禁忌已除，應如何配合社會情況之變遷，重建保障出版自由之制度，乃應予重視之課題，因不在本件解釋範圍，暫且不論。目前出版法仍有效施行，主管機關基於職責對猥褻出版品之認定，本諸適用不確定法律概念之法則，作成行政釋示，以避免各級政府之主管機關，漫無標準，任意取締，且其對象爲營利性言論，與政治性言論無涉，故本席支持尚未達於違憲程度之多數意見。惟描述色情或性之文字圖畫等，並非當然構成猥褻而爲法所不許，取捨之間，爭論必多。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，而此種精神之前提爲信賴人民有追求幸福之能力，而非仰仗官署之干預（註九）。在法規未通盤檢討修正前，爲消除執法之爭議，中央主管機關宜設置諮詢委員會，邀集文學、藝術、法學、醫學及出版業各方面專家，以及不同宗教信仰或世界觀之人士，對發生爭議之出版品是否合於處罰之要件，逐案審查，提供有公信力之鑑定意見，並可減少與法院認定兩歧之情況出現，此類辦法在歐美國家早已行之有年，何躊躇之有？

附註：

註一：此稱爲言論思想之自由市場理論（marketplace-of-ideas theory)，爲美國聯邦最高法院大法官 Oliver W.Homes 於一項案件（Abrams V.United States, 250 U.s.616） 之不同意見書中所提倡，參照林子儀，言論自由與新聞自由，民國八十二年，二十一頁。

註二：關於制度的保障或制度性保障之概念起源及界定，參照本席釋字第二六八號之協同意見書，及李建良，論學術自由與大學自治之憲法保障，中研院人文及社會科學叢刊，第八卷第一期，民國八十五年三月，二七二－二八一頁。

註三：關於美國憲法增修條文第一條之適用，論者曾依言論之內容區分爲十九種，第

一類爲上層言論，包括政治性、宗教性、經濟性及科學性等言論；第二類爲中層言論，指娛樂性、音樂性、幽默性等言論；第三類爲下層言論，指誹謗性、猥褻性、瀆神性及色情營利言論。上層言論受上述憲法條款之保障，中層言論以有無對社會造成「明顯而立即危險」爲準，判斷其是否受保障，下層言論則以不受保障爲原則。Cf. William B.Lockhart, Yale Kasmisar,Jesse H. Choper and Steven H.Shiffen,Constitutional Law,7th ed.,1- 991,p,727. 並參照林世宗，美國憲法言論自由之理論與闡釋，民國八十五年，八十五頁。

註四：Paul E.Johnson,Gury J.Miller,John H.Aldrich, David W.Rohde and Charles W.Ostrom.Jr.,Amweican Government,3rd ed.,1994. p.122.

註五：在聯邦最高法院諸多案例中，以 Roth v.United S tates,354 U.S 476（1957）,Memoirs v.Massachusetts,383 U.S.413 （1966） ,M- iller v. California 413 U.S.419 （1973） 等三案最爲關鍵。一案係總統尼克森任命四位保守派大法官進入聯邦最高法院之後作成，故對猥褻之管制自此案之後，一度轉趨嚴格。上述案例參照 Daniel A Farber,William N.Eskridge,Jr.and Philip P.Frickey,Ca- ses and Materials on Constitutional Law：Themes For The Constitution's Third Century,1993,pp ,620-628. 中文著作可參閱法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，載於其論文集憲法專論（一），民國七十四年六十五－一二〇頁；林世宗，前書，八十五－一〇四頁。

註六：參照法治斌，前書，一二三頁；蘆部信喜（李鴻禧譯），憲法，初版，民國八十四年，一八三頁。

註七：參照德國聯邦憲法法院判決 BVerfGE 30,173 (183F.) 及 BVerfGE 67 ,213（226F.)

註八：參照上開法院判決 BVerfGE,EuGRZ 1991,S.33ff.

註九：連戰，民主政治之基石，民國六十三年，一－五十二頁；並參照法治斌，前引論文，註（八十四）。

不同意見書：　　大法官　孫森焱

憲法第十一條規定人民有言論、講學、著作及出版之自由。學者綜稱爲意見自由。國家所以承認人民有此自由，乃因人民得藉以交換知識與思想，促進人民智識與道德之發達。民主政治的真諦既在寬容各種不同的意見同時存在，意見自由實爲民主國家所承認人民享有的最重要的權利（看劉慶瑞著中華民國憲法要義六九頁以下）。此項基本權利，依憲法第二十三條規定，爲防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益之必要，得以法律限制之。因此，法律基於此項理由限制人民之基本權利時，必須考慮個人利益與社會公益之間二者之權衡問題，並以維護公共利益所必要且適當爲要件。又立法限制人民之基本權利時，限制之範圍，應求明確，以防止行政機關恣意擴充其界限（看李建良著論公益概念具體化在立法及法律適用上之原則，刊於憲政時代十二卷三期）。行政機關就限制人民基本權利之法律依職權訂定解釋性行政規則者，其內容應具體明確而無逾法律所定之要件，尤無待言。

對於出版自由之限制，出版法第三十二條第三款規定出版品不得爲觸犯或煽動他人觸犯褻祀典罪或妨害風化罪之記載。其中所謂妨害風化罪之記載，惟刑法第二百三十五條規定之猥褻文字、圖畫或其他物品始足當之。是出版法第三十二條第三款規

定出版品不得爲觸犯妨害風化罪之記載，係指出版品不得有猥褻之內容。如有違反，依出版法第三十九條第一項第三款規定，得禁止該出版品之出售及散佈；必要時並得予以扣押。其情節輕微者，依同法第三十七條規定，得予以警告；情節重大者，依同法第四十條第一項第四款規定得定期停止該出版品之發行。雖對猥褻出版品之處分，依其情節之輕重，爲不同之規定，惟關於刑法第二百三十五條規定所謂「猥褻」之意義如何？直接關涉禁止出版品之出售、散佈及發行，以行政規則訂定「猥褻出版品」之構成要件時，自應力求嚴謹，毋乃當然。關此，多數意見通過之解釋文有云：「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。」此與民國十七年十月十三日最高法院決議謂：「猥褻者，其行爲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。」最高法院二十七年上字第五五八號判例謂：「所謂猥褻係指姦淫以外，有關風化之一切色慾行爲而言。」係專指猥褻行爲者，有所不同。構成刑法之猥褻罪，除猥褻行爲外，尚須具備其他要件，觀刑法第二百二十四條以下之規定即明。若出版品之發行，則以傳播爲目的，關於「猥褻出版品」之認定應針對其性質爲確切之判斷。因而解釋文除謂「一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾」外，並謂應（一）引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，（二）有礙於社會風化爲要件。學者法治斌於所著「論出版自由與猥褻出版品之管制」（刊於政大法學評論第二十九期）亦敘及「如非以噁心或下流之方式描寫或攝影性器官或性行爲，則單純之刺激性慾，既與他人無涉，對自己亦未必有害，則爲何須接受法律之制裁？」所謂「噁心」或「下流」殆與「羞恥或厭惡感」同義。解釋文並以一般人對於「性的道德感情」爲衡量之標準。又刑法學者韓忠謨教授於所著刑法各論謂：「文明社會咸賴道德以維持風化，使男女性愛發乎情，止於禮，無背於公序良俗。」既云「發乎情」，而「飲食男女，人之大欲存焉」，則出版品之記載足以刺激或滿足性慾，原係順應「人之大欲」，刺激或滿足性慾本身，應不爲罪。要者雖「發乎情」，仍須「止於禮」而「無背於公序良俗」，以維持風化是已。至於「性的道德感情」既以一般人爲衡，若某也視之，心蕩神馳；某也則無動於衷，則爲個人感受不同問題，法官固不得僅憑一己之見爲獨立判斷之基準。所謂「一般人」亦應顧及成年人及青少年人之不同感受，爲不同之處置，方屬正辦。若成年人能予接受者，竟依青少年之觀感，全部禁止出售及散佈，「則全國之出版品又何異於兒童圖書館內之藏書或『救國團』之出版品？」（法治斌語，見上引文），行政法院八十五年度判字第二〇號判決對於涉案之某書「於上市時已密封包裝，並於封面載明：『本書限年滿二十歲之讀者購買，爲避免對未成年者可能造成之負面影響，嚴禁出售、出租、出示給未經父母同意之未成年者執有』等文字，」質疑如此情形何以違反出版法第三十二條第三款規定？因而撤銷地方新聞主管機關引用行政院新聞局八十一年二月十日（八一）強版字第二二七五號函釋意旨，依出版法第三十九條第一項第三款規定所爲之行政處分。乃本件多數意見通過之解釋文猶謂行政院新聞局上開函與出版法第三十二條第三款規定之禁止要件相符，與憲法尚無牴觸。其理由爲該函「附有足以引起性慾等特定條件，而非單純刊登文字、圖畫即屬相當」云云。惟查行政院新聞局函載：「出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪，以左列各款爲衡量之標準：甲、內容記載足以誘發他人性慾者。乙、強調色情行爲者。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，但對性行爲過分描述者。」就中關於「

足以誘發他人性慾」及「強調色情行爲」二者，如竟列爲衡量是否觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪之標準，無異以「性慾」及「色情」爲惡，刻意壓抑「性」感之傳播，又何異倡導禁慾主義。終其極，則凡文字或圖畫涉及「性」者，遠者如「金瓶梅」、「肉蒲團」固無論矣，即近者於報章雜誌刊載之小說描述色情細膩而入微者，豈非全在禁售之列。然而此類書刊果得依公權力禁絕乎？觀中原之古代「性」書於台灣之夜市場地攤上，隨時可以購得翻印本，且此類書籍於中國文學上占有一席之地，思過半矣。再丙項所稱圖片，觀諸傳播媒體刊登之男女廣告照片，暴露乳部、臀部者，已非罕見，如何一概禁止？又一時興起之黏巴達舞舞姿豈非極盡挑逗之能事？其照片能謂「姿態」不「淫蕩」乎？抑有進者，夫妻能互相歡愉性生活的樂趣，斯爲維持家庭幸福美滿生活的重要因素，文學上讚美男女間享受魚水之歡之作品，不能因其強調色情而否認爲文學作品，藝術家繪製表現人體之美之逸品，亦不能因其暴露肉體而指爲猥褻而予禁止。刑法學者周冶平於所著刑法各論有云：「真正藝術作品因處理方法關係，有時亦可能有猥褻性」（看同書四八六頁），旨哉斯言。然則藝術與猥褻之分際何在？本件多數意見通過之解釋文亦謂「應就出版品整體之特性及其目的而爲觀察」，不可一概而論，自屬的論。至於爲醫藥衛生保健而介紹性行爲，其描述詳盡而圖文並茂者，既以提供夫妻尋求幸福之途徑爲目的，又何罪之有？行政院新聞局上開函未遑深研猥褻出版品之含義，亦未區分成年人及青少年人不同層次之人對於色情出版品感受程度有所不同，未循分級管制之途徑，遽以抽象簡單之原則列爲取締之標準，其不當，已不言而喻。解釋文後段對此已有發覺，除就「猥褻出版品」說明詳盡的意義外，並提示法官於審判時應就個別案情，依其獨立確信之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束。另方面竟仍宣示行政院新聞局上開函釋與憲法尚無牴觸，殊屬矛盾。

日儒末弘嚴太郎於一九二二年六月發表「公務員的頭腦」一文，對於日本海關官吏將旅客攜帶入關意大利畫家波提且利於一四八二年所繪「春」複製品予以沒收，慨嘆公務員的格調低俗、變態（收錄於「謊言的效用」 ）。其文曰：「『春』予人神秘的感覺，又帶有憂鬱的沈重的孤寂感。其柔和的色彩與人感懷的心情。」末弘嚴太郎如此形容初次見到此畫的感受。繼謂：「如果看到此畫而萌生猥褻的感覺，或竟感受若干劣情者，毋寧爲相當低級的非正常人。海關官吏如不理會旅客的解說，竟毫無道理將其沒收，實爲相當低級而變態的趣味與性慾的人，或特別具有惡意所爲」云云。藝術耶？猥褻耶？學者與公務員的認知差距竟如此懸殊，行政機關以行政規則訂定認定猥褻出版品之衡量標準，即不能不審慎從事。賦與公務員得憑一己之見，恣意擴充限制出版自由之範圍，當爲法治國家所不取。

不同意見書：　　大法官　蘇俊雄

行政主管機關基於職權，就所執行法律之規定，固得爲必要之釋示，以供本機關或下級機關所屬公務員行使職權時參考；惟從中央與地方權限劃分之觀點而言，尚不得逕以行政法學總論之觀點，一概肯認此等「解釋性行政規則」，而必須進一步檢討中央行政機關下達函釋，有無違反地方自治保障之問題。又系爭之行政院新聞局（八一）強版字第〇二二七五號函，實已扭曲了出版法第三十二條第三款的規範意旨，而與憲法第十一條、第二十三條、第一七二條等所揭示之保障出版自由之意旨、以及比例原則、明確性原則、法律優位原則等憲法位階之原理原則相牴觸，應屬無效。此項解釋原則與多數意見通過之解釋文及解釋理由，法理見解不同，爰提不同意見書，說

明理由如後：

一、行政院新聞局依出版法第七條之規定，固爲出版法制的中央主管機關；但其是否得下達行政規則以拘束省（市）及縣（市）政府對於出版法的解釋與適用，仍應先就出版法制的中央與地方之權限劃分，進行討論。蓋依據省縣自治法之規定，省新聞事業、縣（市）新聞事業，分別爲省、縣（市）之自治事項（參照該法第十二條第二十六款、第十三條第二十六款）；直轄市自治法亦規定市新聞事業，爲直轄市自治事項（參照該法第十一條第二十七款）。此際所言之「新聞事業」，是否包括出版事項之規制，毋寧值得論證檢討。即便專就出版法而論，該法第六章有關行政處分之規定，僅於第四十條第二項有關「定期停止發行處分」、第四十一條第一項有關「撤銷登記」以及第四十三條第一項有關「禁止進口」等部分之規定，有提及行政院新聞局；其餘之行政處分（主要是出版法第三十七條至第三十九條所規定之警告、罰鍰以及禁止散布或扣押等處分），解釋上均應屬地方政府之權責。出版法施行細則第二十九條，並明示「出版品之內容應由地方主管官署負責審查」，應可進而確認－有關出版品的行政管制，有部分屬於地方自治團體的自治事項（法律賦予的自治事項）。就此而言，行政院新聞局，就地方政府對於出版法第三十二條第三款的解釋適用，以下達解釋性行政規則的方式行「適當性監督」，毋寧有逾越其自治監督權限之疑義（註一）。多數意見通過的解釋文及解釋理由，未就出版法制之權限劃分問題，進行檢證，而逕依行政法學總論之原則，肯定行政院新聞局下達系爭函釋之權限；此在論理上應存有缺失，尚難贊同。

二、即使吾等不論行政院新聞局是否有權下達此等函釋，拘束地方政府對於出版法第三十二條第三款之解釋適用的問題；在規範審查上，仍應就該系爭函釋的具體內容，有無牴觸憲法保障出版自由之意旨或有無逾越出版法之規範意旨等問題，進行論證檢討。由於系爭規範涉及對人民表現自由之規制，並應適用較嚴格之審查基準進行規範控制（註二）。多數意見就此未加詳論，即肯定該函釋之合憲性，而僅抽象地表示對規範內容之意見；此就解釋原則與審查方式而言，實難予以贊同。謹就主要論點，分析如次：

1 國家對於出版自由之管制，理論上固不限於其能以刑法規範由司法機關爲審查決定；行政機關基於法律之授權，亦得以行政處分之方式進行管制。惟管制之目的，必須合乎憲法第二十三條所揭示之公益原則；管制方式之選擇，亦必須合乎比例原則等之要求。司法院釋字第一〇五號解釋，雖已肯認出版法第四十條、第四十一條規定，由行政機關逕行處理，合乎憲法第二十三條所定必要情形；但就限制出版自由的核心問題，此號解釋實欠缺比例原則之論證。此項威權體制下之見解，自有重新審酌變更之必要（註三）。

依出版法第三十二條第三款之規定，出版品不得爲觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，違反此項規定者，行政機關得依同法第三十七條規定予以警告；或依第三十九條規定禁止其出售及散布，並於必要時予以扣押；或依第四十條規定定期停止其發行；或依第四十一條規定予以撤銷登記；主管機關依同法第四十二條規定，並得予以沒入。此外，就國外發行之出版品，行政院新聞局亦得依出版法第四十三條規定禁止其進口。此等規定構成了我國出版法制對於出版品內容（此際尤其是針對「猥褻出版品」而言）的行政管制。僅基於意義抽象不明確的「善良風俗」，而對出版品之內容進行上述效果相當強大的行

政管制，是否合乎憲法保障出版自由之意旨，以及憲法第二十三條所揭示之公益原則與比例原則，毋寧非常需要深入檢討。蓋「猥褻出版品」固然有管制的需要，但管制的目的，應限於「保障他人免於猥褻物品干擾之自由」以及「保護青少年的健全發展」，方具有正當性（註四）；而若從此兩項目的觀察，動輒以行政管制使出版品完全喪失流通之機會，無疑有違必要性原則。按以禁止廣告推銷、禁止公開販售的方式，即可達到不強迫他人接受色情資訊的規範目的；以圖書分級制度等方式，亦可達到保護青少年之目的，二者均無全面禁止發行之必要。就此而言，出版法第三十九條至第四十三條等規定，合憲性毋寧有相當大之疑義；該等規範之合憲性問題未於聲請解釋的範圍內，毋寧至爲可惜。

2 退而言之，即便吾人肯認上述法律的合憲性，對於規制該等規定之解釋適用的法規範，仍必須進行審查與控制，以確保該法秩序整體的合憲性。

系爭行政院新聞局（八一）強版字第〇二二七五號函，係就出版法第三十二條第三款所稱之「妨害風化」，提出行政機關的認定標準；而出版法第三十二條第三款規定，則是做爲同法第三十七條、第三十九條至第四十三條等各種行政處分的主要構成要件之一。惟行政機關下達該項函釋的前提，應在於行政機關依出版法第三十二條第三款之規定，有自行認定所謂「獨犯或煽動他人觸犯妨害風化罪」之權限。在檢討該函釋內容之問題前，毋寧有就此先決問題進行檢討之必要。

關於行政機關是否有權自行認定出版法第三十二條第三款所定構成要件，而不待普通法院之刑事判決認定結果的問題，雖然是法律解釋的問題，但是仍必須合乎比例原則等法治國家之憲法位階的原理原則。而從比例原則之觀點而言，由於出版法第三十九條以下所設定之行政處分，對於出版自由構成相當強烈的干預限制，具有使出版品完全喪失於市場上流通之機會的效果；若要維持其目的與手段之間的相當性，必然須就其構成要件做嚴格的限定，以避免對出版自由作出不必要的限制。就此而言，如果出版法第三十二條第三款所定的構成要件，可以不論該出版品是否達到違反刑法第二三五條「散佈販賣製造猥褻文書圖畫罪」之程度，不以刑事法院有罪判決之宣告爲限，而任由行政機關自行認定、適用的話，則我們勢必無法確保行政機關發動各種強烈之行政管制措施的必要性。蓋如果一出版品未被刑事法院認定爲是「猥褻出版品」的話，即表示此際尚無以刑法規範的法益保護需要性；此際如果仍可任由行政機關發動各種較諸刑法制裁規範有過之而無不及的強烈行政管制措施（例如出版法第三十九條的禁止出售、散布或扣押），無疑輕重失衡，造成對人民之出版自由不必要的限制。

換言之，基於構成要件與法律效果的整體判斷，出版法第三十二條第三款並沒有可任由行政機關自行認定何謂出版品之記載觸犯妨害風化罪或者煽動他人觸犯妨害風化罪之餘地；對於該等構成要件，應以刑事法院有關刑法第二三五條以及刑法第一五三條之認定判斷爲準。在此先決問題上，系爭行政院新聞局（八一）強版字第〇二二七五號函，實已牴觸了出版法第三十二條第三款之意旨，且有違憲法第二十三條所揭示的比例原則。

3 再退而言之，即便吾等不論行政機關對於「猥褻出版品」之管制，是否得有自己之認定標準的問題；關於出版管制的構成要件，尤其是其具體適用的判斷標

準，仍然必須合乎法治國家之「明確性理論」的要件，以避免對於意見表達之行爲，產生自我抑制的「寒蟬作用」（chilling effect）（註五）。綜觀行政院新聞局（八一）強版字第〇二二七五號函釋，就出版法第三十二條第三款規定之「觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪」的管制對象，所提出之具體判斷標準，主要是以「足以誘發他人性慾」、「色情行爲」、「姿態淫蕩」、「過分描述」等不確定法律概念所構成。這些概念做爲行政機關認事用法的標準，無疑過於空泛而不明確；想要合理地期待行政機關能據以爲「客觀」、「公正」的判斷，而不流於個人主觀、恣意的評價，根本上毋寧有相當之困難。質言之，即便吾等肯認出版法第三十二條第三款之規定的合憲性（該款使用「煽動」之概念，是否適當，尤有爭論之餘地）；行政院新聞局該項函釋所提出之認定標準，亦有違限制出版自由必須合乎的「明確性基準」，應該加以非難。

綜上所言，行政院新聞局（八一）強版字第〇二二七五號函釋，不僅有違憲法第二十三條所揭示之比例原則，亦不合乎明確性原則之要求；該號函釋既逾越了出版法第三十二條第三款的規範意旨，與憲法第十一條保障出版自由之意旨、憲法第二十三條所揭比例原則以及憲法第一七二條法律優位原則相牴觸，自應爲違憲之非難。此外，出版法第三十二條第三款、第三十七條以下等行政管制規定，亦有儘速檢討改進之必要。多數通過的解釋文以及解釋理由，未就本號解釋所涉問題，審慎斟酌衡量，即肯認該等函釋之合憲性，毋寧使得我國之出版法制，仍停留在威權體制之格局，而不利於多元開放社會中，人民之資訊取得以及各種不同價值理念之追求與實現。出版自由關乎個人精神自由的外在表現，就人性尊嚴之自我實現而言，具有重大意義。除非基於保護他人自由法益以及保護青少年健全發展之考量，可對出版自由爲必要之限制外；國家應本法律管制之精神，予以最大限度之尊重與保障。此項原則，對於「猥褻出版品」的管制而言，猶有適用之必要。爰提不同意見書如上。

（註一）對於地方自治團體的自治事項，監督機關只能對之爲適法監督；至於行政規則之下達，則已屬於適當性監督之層次。參見許宗力，論國家對地方的自治監督，收於氏著法與國家權力，民國八十一年，頁三五八至三六二；三六五。

（註二）對於出版自由的限制，應適用較爲嚴格的審查基準。參照蘆部信喜著、李鴻禧譯，憲法，民國八十四年，頁一八五至一九七。

（註三）對於司法院釋字第一〇五號解釋，我國學界已有相當多之評議，值得參考。參見法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，收於氏著人權保障與釋憲法制，民國八十二年再版，頁一五七至一五九；曾劍虹，出版自由與出版業者之研究，台大法研所碩士論文，民國八十一年，頁二〇七至二〇八；二四〇至二四六（收錄曾錦源之評論）。

（註四）關於猥褻出版品的管制目的，應非防止違法或維護道德；詳見法治斌，同前註論文，頁一六〇至一七二。於刑法學的討論上，刑法妨害風化罪章所要保護的法益，亦並非抽象的善良風俗，而是被認爲在於保護「自由法益」；參見陳志龍，法益與刑事立法，民國七十九年，頁三二。

（註五）關於「明確性理論」，參見蘆部信喜，同前註書，頁一九一至一九三。

抄正〇有限公司代表人陳〇照聲請書

受文者：司法院

主　旨：爲行政法院二件確定終局判決適用法令有牴觸憲法之疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，聲請解釋憲法，請鑒核。

說　明：一、聲請解釋憲法之目的：

緣聲請人正○有限公司就憲法保障之出版自由權遭行政主管機關不法侵害，經依法定程序提起行政訴訟，對行政法院之確定終局判決所適用之法令有牴觸憲法之疑義，爲落實憲法第十一條之立法意旨，爰提出本聲請案。

二、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文：

聲請人鑑於目前國內傳播正確性教育之書籍頗爲缺乏，前向英國最大出版集團「Reed International」之子公司「Paul Hamlyn 」出版公司及英國著名的「Dorlinf Kindersley」出版公司分別購買英文原著名爲「Making Love 」及「Sensual Massge」二書之中文版權，將之翻譯成中文版而以「性愛大全」及「性按摩」爲名，於八十二年六月一日出版發行。台北市政府（新聞處）竟以該二書部分內容刊登人體圖片，裸露乳部、臀部，違反出版法第三十二條第三款規定爲由，依同法第三十九條第一項第三款規定，對聲請人處以「禁止出售及散佈並扣押其出版品」之行政處分（附件一）。聲請人不服，提起訴願、再訴願，均遭駁回（附件二）。嗣經提起行政訴訟，亦遭駁回（附件三）。查行政法院該二件爲聲請人敗訴之判決所持理由主要均以「出版品不得爲觸犯或煽動他人觸犯妨風化罪之記載，爲出版法第三十二條第三款所明定。違反上開規定者，依同法第三十九條第一項第三款規定得禁止其出售及散佈，必要時並得予以扣押。又凡出版品內容記載足以誘發他人性慾者，強調色情行爲者，人體圖片刻意暴露乳、臀部或性器官，而姿態淫蕩者；或雖涉及醫藥衛生保健，但對性行爲過分描述者，爲出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪之衡量標準，復經行政院新聞局八十一年二月十日（八一）強版字第○二二七五號函釋有案。」云云論據，亦即有無違反出版法第三十二條第三款之規定，概以前揭新聞局函釋爲衡量標準。惟查，該函係新聞局爲出版法暨其施行細則之行政解釋，僅供地方新聞主管機關執行業務之參考，並非中央法規標準法第七條所稱之命令（附件四）。地方新聞主管機關憑新聞局內部該份函釋作爲限制人民出版自由權之依據，其適法性已屬可議，乃職司行政爭訟審判工作之行政法院竟予附合，顯未盡審理之責。按人民有出版之自由，且除爲防止妨礙他人自由、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，憲法第十一條及第二十三條分別定有明文。出版法第三十二條各款關於出版品登載之限制規定，即本諸此一憲法理念而爲之立法，否則行政機關任意發布之命令或所爲之行政解釋，便得據以限制人民之出版自由，則憲法保障人民出版自由權之規定豈非形同具文？

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解：

出版品不得爲觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，出版法第三十二條第三款固有明定，惟核其構成要件，須出版品之出版發行有觸犯刑法

妨害風化罪或煽動他人觸犯刑法妨害風化罪等刑事不法行爲始足當之，否則即無該條款之適用（同條第一款規定之觸犯內亂罪、外患罪，第二款規定之觸犯妨害公務罪、妨害投票罪、妨害秩序罪等，亦同此義）。此爲出版法對出版品主管機關行政裁量權所爲之立法限制。而有無觸犯前揭刑法之罪，只有司法機關之刑事法院始得認定，行政機關無權審究。假若行政主管機關主觀上認爲出版品有妨害風化或煽動他人妨害風化之虞，即得本諸行政裁量權而予處分，則出版法第三十二條各款即不會以「觸犯‥‥罪」爲構成要件，蓋任何學法的人皆知，前揭用語僅對處罰刑事不法之行爲者有之，而對處罰民事不法或行政不法之行爲者，均不可能採此用語，立法者之所以爲此立法，目的在對出版品主管機關行政裁量權加以限制，否則法條用語不會如此嚴謹。又其他如公職人員選舉罷免法第三十四條第一、二、三、四、五款對候選人消極資格之限制規定、公司法第三十條第一、二、三款對經理人消極資格之限制規定、醫師法第五條第一款對醫師消極資格之限制規定、藥師法第六條第一、二款對藥師消極資格之限制規定、會計師法第四條第一、二款對會計師消極資格之限制規定、教育人員任用條例第三十一條第一、二款對教育人員消極資格之限制規定、引水法第十三條第五款對引水人消極資格之限制規定等等，亦均須俟司法機關之刑事法院對各該行爲人之不法行爲爲犯罪處斷後，行政機關始得據以決定有無各該條款消極資格限制之適用。因之，出版法第三十二條各款對出版品登載之限制規定，即除非行爲人犯有刑法內亂罪、外患罪、妨害公務罪目的在對出版品主管機關行政裁量權加以限制，否則法條用語不會如此嚴謹。又其他如公職人員選舉罷免法第三十四條第一、二、三、四、五款對候選人消極資格之限制規定、公司法第三十條第一、二、三款對經理人消極資格之限制規定、醫師法第五條第一款對醫師消極資格之限制規定、藥師法第六條第一、二款對藥師消極資格之限制規定、會計師法第四條第一、二款對會計師消極資格之限制規定、教育人員任用條例第三十一條第一、二款對教育人員消極資格之限制規定、引水法第十三條第五款對引水人消極資格之限制規定等等，亦均須俟司法機關之刑事法院對各該行爲人之不法行爲爲犯罪處斷後，行政機關始得據以決定有無各該條款消極資格限制之適用。因之，出版法第三十二條各款對出版品登載之限制規定，即除非行爲人犯有刑法內亂罪、外患罪、妨害公務罪、妨害投票罪、妨害秩序罪、褻瀆祀典罪及妨害風化罪等情事，否則行政主管機關即不得爲任何損及人民權益之處分。又司法院大法官會議釋字第三一三號解釋「對人民違反行政法上義務之行爲科處罰緩，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令爲補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符合憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。」亦明白揭示行政法上之法律保留原則，不容行政機關任意破壞。茲聲請人前代表人陳〇煌因出版發行「性愛大全」及「性按摩」二書籍被訴涉嫌妨害風化案件，經台灣台北地方法院審理認爲「值此資訊傳播迅速，社會早已多元化發展之際，衡諸該書刊所欲教導讀者性行爲知識之目的，該書刊所附圖片縱有

裸露人體之胸、臀等部位，亦屬必然且合於一般社會善良風俗。」及「本件被告出版發行中文版性愛大全及性按摩二書，其目的在傳播性教育之知識，就該二本書刊所載之文字及圖片等內容判斷，並未妨害我國目前之社會善良風俗，而非刑法第二百三十五條第一項所稱之猥褻物品，核與販賣猥褻書刊罪之構成要件有間」等語，而判決陳○煌無罪確定（附件五）。揆諸前述說明，行政法院即應尊重該院判決，而撤銷行政機關先前違法、不當之行政處分及訴願、再訴願決定，乃竟置該刑事判決於不顧，仍以行政院新聞局該份函釋爲聲請人有無違反出版法第三十二條第三款之判決依據，其八十三年度判字第一八○一、一九五九號二判決所適用之法令，與憲法第十一條人民出版自由權保障之規定顯有牴觸，而有聲請釋憲之必要。

三、關係文件之名稱及件數：

附件一：台北市政府（新聞處）行政處分書影本二紙。

附件二：訴願、再訴願決定書影本各二份。

附件三：行政法院八十三年度判字第一八○一、一九五九號二判決影本二份。

附件四：行政院新聞局函影本一份。
立法院秘書處函影本一紙。

附件五：台灣台北地方法院八十二年度易字第八一八四號刑事判決影本一份。

附件六：委任書一紙。

聲請人 正○有限公司
代表人 陳○照
代理人 張靜律師

中　　華　　民　　國　八十三　年　　十一　　月　　十一　　日

附件三：

行 政 法 院 判 決　　八十三年度判字第一八○一號

原　　告　正○有限公司
代 表 人　陳○照
訴訟代理人 張靜 律師
被　　告 台北市政府

右當事人間因出版法事件，原告不服行政院中華民國八十三年五月二日台八十三訴字第一五三二八號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如左：

主　　文

原告之訴駁回。

事　　實

緣原告民國八十二年六月一日出版之「性愛大全」一書，因部分圖片及文字涉及妨害風化，經被告依據出版法規定，以八十二年七月三十一日府新一字第八二○五八四一七號處分書禁止出售及散佈並扣押其出版品。原告不服，提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟，茲摘敘兩造訴辯意旨如次：原告起訴意旨略謂：一、原告之代表人近日業變更爲陳○照，原代表人陳○煌仍擔任原告公司出版品之發行人，

合先陳明。二、查本件「性愛大全」書籍（下稱本書），係由一套暢銷世界二十九國，銷售量達三百五十萬冊之英文書籍所直譯而來，其內容不僅在傳播正確的性知識，促進國民性教育的健全發展，更寓有解決諸多潛在婚姻危機的社會功能。原告在出書前為求慎重，特延請中華民國性教育學會理事長暨醫學博士李玆堯及知名性學專家許耕榕等專家學者為審稿推薦，正派嚴謹，可見一斑。核譯者內容，用辭遣字精簡洗鍊，流暢優美，未曾就原著之內容為任何之添加修改。又本書所引為參考之照片亦皆與原著相同，並與文字內容具有實質之關連，且均為對其內容為適度表達所必須，尤未附加任何單純只為滿足讀者感官刺激之色情圖片，更無裸露男、女生殖器之照片。是故，本書內涵毫不具任何猥褻之成份，洵非一般坊間有礙風化之不良色情書刊所堪與比擬。三、按所謂猥褻之文字、圖畫，指足以刺激性慾或滿足性慾之文字、圖畫，惟猥褻之文字、圖畫與藝術性及醫學上研究性之文字、圖畫，究有何區別，應就民族文化、社會道德、習慣風俗與科學藝術研究之需要，依客觀之情形以認定之。故台灣高等法院八十一年度上易字第六二四〇號判決清楚載明「猥褻之文字，乃指足以刺激性慾或滿足性慾之文字而言，惟猥褻之文字與藝術性、學術性、醫學性、教育性等文字，究有何區別，應就民族文化、社會道德、習慣風俗、科學研究之需要、藝術創作之範疇等各種情形加以判斷認定。」因而，「猥褻」概念之認定，實不應僅憑其足以刺激或滿足性慾而率予論斷，必因時間、空間之改變而異其評價。申論之，「猥褻」概念之評價，其標準應求諸社會一般人之平均值，而非少數行政主管官員乃至衛道人士之主觀認知，否則即易失之偏頗。因此，本書之發行若遽指為妨害風化，則顯有將「客觀風化觀念」與「主觀道德標準」（甚至是泛道德化之標準）相互混淆，難免遭社會各界嚴厲之批判。尤其因本書被查禁後，行政院新聞局官員王更陵於八十二年九月十三日出席「性愛教育與性愛」座談會中，亦坦承本書之被查禁，政府作業不是非常周延，而學者專家都肯定本書在現在社會中確有存在之必要。雖然被告和訴願機關相當堅持出版品是否有觸犯妨害風化之情節，因各國風俗習慣之不同，倫理觀念之差距而異其認定標準，然而這本被我官方認為「國情不合」之西方性學書籍，中共官方竟准許原告公司於八十二年十二月在廣東省一九九三年南國書香節廣州中國圖書交易會公開銷售，為何同為中國人，較保守之中國大陸官方能接受這本書，而我們台灣開放社會的政府官員就不能，難道台灣社會或政府當局官員竟比大陸還較落後、封閉與保守？再者，與本書內容相當之張老師出版社出版之「金賽性學報告」書籍，被告何以認定未達出版法第三十二條限制刊載之程度？又觀之現今國內各類書報雜誌，內容中極盡挑逗之性文字及模特兒裸露身體、姿態淫蕩之照片，已司空見慣，而販賣各類器官造型之物品以及各種玩具之所謂情趣用品商店亦到處林立，其危害青少年之程度絕不亞於本書，卻未見主管官員認真取締過，試問政府之執法標準何在？四、出版品不得為觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，出版法第三十二條第三款固有明定，惟核其構成要件，須出版品之出版發行有觸犯刑法妨害風化罪或煽動他人觸犯刑法妨害風化罪等不法行為始足當之，否則即無該條款之適用。此為出版法對出版品主管機關行政裁量權所為之立法限制，即原訴願決定機關前函覆原告公司詢問有關本案之問題，亦明白表示出版法第三十二條關於出版品刊載內容之限制，係比照刑法對各該犯罪之構成要件作為審處依據，除衡酌我國風俗習慣及倫理道德外，並參考法院判決見解，以訂定取締標準。而有無觸犯前揭刑法之罪，只有司法機關之刑事法院始得認定，行政機關無權審究，亦即，被告如欲依前揭條款對出版品為行政處分，應受法院之確定判決所拘束，否則法院判決之實質確定力或既判力何在？如該出版品之相關人員確

因出版發行而遭法院判刑，主管機關即必須依前開出版法之法條爲適當處分，並無自由裁量之餘地；惟若主管機關已先行依前開出版法法條爲行政處分，如嗣後法院確定判決認爲無觸犯妨害風化罪時，主管機關亦理應依職權或當事人之訴願、再訴願，而撤銷原來所爲之行政處分，否則其原先之行政處分即屬違法。查原告公司出版發行本書，動機、目的均極純正，已如前述，而原告公司前代表人陳○煌因本書之出版發行被訴涉嫌妨害風化案件，業經台灣台北地方法院判決無罪確定在案，則被告對原告公司處以「禁止出書及散佈並扣押其出版品」之行政處分，而又不主動依職權或被動撤銷，揆之首揭說明，其行政處分自屬違法。五、綜上，本案原行政處分顯然違法，而損害原告之權利，訴願及再訴願決定未依法撤銷原處分，認事用法，自難令人信服，懇請判決將原決定及原處分均予撤銷等語。

被告答辯意旨略謂：一、按出版品不得爲觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，爲出版法第三十二條第三款所明定，違反上開規定，得依同法第三十九條第一項第三款規定，禁止其出售及散佈，必要時並得予以扣押出版品。凡出版品內容記載足以誘發他人性慾者，強調色情行爲者，人體圖片刻意暴露乳、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者；刑登婦女裸體照片，雖未露出乳部、臀部或性器官而姿態淫蕩者；另確涉及醫藥衛生保健，但對性行爲過分描述者，依行政院新聞局八十一年二月十日（八一）強版字第○二二七五號規定應予取締違規有案。查該書部分內容刊登描述男女性行爲或女性裸露乳部、臀部之照片、插圖，姿態淫蕩不雅，均於前揭法條規定及函釋意旨限制記載之範圍；至於出版品是否有違出版法第三十二條第三款出版品不得爲觸犯或煽動他人觸犯妨害風化之記載規定，固屬抽象標準，然仍可依本國習俗及倫理觀念予以認定，被告依法予以處分，並非無據。二、被告於八十二年七月三十一日以府新一字第八二○五八四一七號函及第八二○五八四一六號函示原告所發行之「性愛大全」及「性按摩」兩書，因違反出版法規定，已禁止其出售及散佈並扣押其出版品在案，但原告竟公然藐視公權力之存在，分別於八十二年八月九、十一、十三等日在聯合報、中國時報刊載大篇幅之促銷廣告「購買『性愛大全』十『性按摩』（以下兩書均被台北市政府處以禁止出售及散佈並扣押之處分）送『寶寶是從那裡來的呢？』乙書」，並以郵政劃撥方式公開販售以規避查察取締，故被告新聞處遂依出版法於八十二年八月十四日分別以北市新一字第○八四六八號暨北市新一字第○八四六九號函台北郵政管理局及郵政儲金匯業局劃撥處，請其依相關郵政法規勿再受理有關原告發行之「性按摩」、「性愛大全」之郵遞及儲匯業務，至於郵政當局如何執行，則非本府所能過問，故本府新聞處並無逾權或過當之處。綜合上述所論，本件原告之訴爲無理由，敬請判決駁回原告之訴等語。

理　由

按出版品不得爲觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，爲出版法第三十二條第三款所明定。違反上開規定者，依同法第三十九條第一項第三款規定得禁止其出售及散佈，必要時並得予以扣押。又凡出版品內容記載足以誘發他人性慾者或強調色情行爲者或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，或刊登婦女裸體照片，雖未露出乳部、臀部或性器官，而姿態淫蕩者，或雖涉及醫藥衛生保健，但對性行爲過分描述者，依出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪之衡量標準，復經行政院新聞局八十一年二月十日（八一）強版字第二二七五號函訂有案。查原告於八十二年六月一日出版之「性愛大全」一書，被告以其部分圖文涉及妨害風化，乃依首揭出版法規定予以禁止出售及散佈並扣押其出版品之

處分。原告以該書係在傳播正確性知識及性教育，襄助國民性教育之健全發展，如意在妨害風化，焉有購買版權、翻譯原著，甚至聘請專家學者審稿推薦之理。而該書既係傳播正當性知識，其內容自涉及男女性行爲之描述，且所用之圖片皆係與原文書籍相同，雖有裸露之處，然其皆係對文字內容爲適度表達所必須，未附加任何單純只爲滿足讀者感官刺激之色情圖片，更無裸露男、女生殖器之照片，本書內涵不具任何猥褻之成份。而涉及性學方面之書籍，坊間種類甚多，如由張老師出版社出版之「金賽性學報告」書籍，與本書內容相當，被告何以認定未達出版法第三十二條限制刊載之程度？爲何未見主管機關有任何處置？又出版法第三十二條關於出版品刊載內容之限制，係比照刑法各該犯罪之構成要件爲審處之依據，而有無觸犯前揭刑法之罪，只有司法機關之刑事法院始得認定，如該出版品之相關人員確因出版發行而遭法院判刑，主管機關即必須依前開出版法之法條爲適當處分，亦即應受刑事判決所拘束，惟若主管機關已先行依出版法爲行政處分，如嗣後法院判決認爲無觸犯妨害風化罪時，主管機關亦理應依職權或依當事人之訴願、再訴願而撤銷原來之行政處分。本件原告公司前代表人陳〇煌因本書之出版發行被訴涉嫌妨害風化案件，業經台灣台北地方法院判決無罪確定，則被告理應撤銷對原告所爲之行政處分云云。查原告所發行之「性愛大全」一書，其中第二十頁「性的信號」、第二十六頁「羞怯及壓抑」、第四十二頁「女性高潮」、第五十七頁「幻想」、第九十至九十二頁「口交」、第九十五頁「按摩」、第九十九至第一二一頁「性交姿勢」、第一三二頁「性與健康」及第一四〇頁「女性性慾「等頁所刊載之內容盡情描述男女性行爲或刊登女性乳部、臀部之裸露圖片或淫蕩之姿態，顯有妨害風化之情形，均已違反限制記載之範圍。又查出版品是否有觸犯妨害風化之情節，因各國風俗習慣之不同、倫理觀念之差距而異其認定標準，該局就首揭出版法第三十二條第三款所爲之銓釋，即衡酌我國之習俗觀念而成。原告所發行之「性愛大全」一書，部分之圖片及文字說明均足以誘發他人性慾，與傳送正當之性知識與性教育無關。無論其是否有購買版權並聘請專家學者審稿推薦，或訴稱所用參考圖片皆與原文書籍相同，皆爲對文字內容爲適度表達所必需云云，仍無解於應負出版法限制記載之責任。被告認原告將此等圖片精印於出版品，公然散佈出售，影響社會善良風俗甚鉅，情節非屬輕微，依出版法第三十九條第一項第三款之規定予以禁止出售及散佈並扣押其出版品，乃主管機關爲管理出版品所爲之必要處分，爲依法行政之行爲。又訴稱涉及性學方面之書籍，如由張老師出版社所出版之「金賽性學報告」等，與本書內容相當，卻不見主管機關有任何處置云云。然查其中或爲另案應否取締，或爲記載之事實尚未達於取締之標準，要難執爲本案免責之依據。再者，本書封面雖標有「限二十歲選購，讀者年滿十八至二十歲，需家長陪同閱讀」等文字。惟查原告將「性愛大全」一書公然陳列販售，或利用郵政劃撥方式促銷，其欲達到廣泛銷售之目的至爲顯然，所訴殊無足採。又查刑事判決與行政處分，原可各自認定事實，被告爲出版業之地方主管機關，其對原告違反出版法之事實，自得依其所得證據，逕爲認定，不受刑事判決之拘束。而首揭行政院新聞局函釋，係主管機關依職權對出版法第三十二條第三款規定所作之執行標法，既與法律規定之意旨並無違背，自得予以適用。原告所訴有無妨害風化事實之認定，應受刑事判決所拘束，原告公司前代表人業經法院判決無罪確定，被告理應撤銷所爲之行政處分云云，核無足採。從而，本件被告所爲原處分並無違誤，一再訴願決定遞予維持，亦無不合。原告起訴意旨，仍持前詞爭執，自難認爲有理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴爲無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段判決如主文。

中　　華　　民　　國　八十三　年　　八　　月　二十五　日

行 政 法 院 判 決　　八十三年度判字第一九五九號

原　　告　正○有限公司

代 表 人 陳○照

訴訟代理人 張　靜 律師

被　　告 台北市政府

右當事人間因出版法事件，原告不服行政院中華民國八十三年五月二十四日台八十三訴字第一八七二五號再訴願決定，提起行政訴訟。本院判決如左：

主　　文

原告之訴駁回。

事　　實

緣原告於民國八十二年六月一日出版「性按摩」一書，因部分圖片及文字涉及妨害風化，經被告機關依據出版法規定，以八十二年七月三十一日 82 府新一字第八二○五八四一六號處分書禁止出售及散佈並扣押其出版品，原告不服，循序提起行政訴訟。茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨略謂：一、本件「性按摩」書籍，其內容旨在傳播正確的性知識，促進國民性教育的健全發展，並寓有解決諸多潛在婚姻危機的社會功能。原告在出書前為求慎重，特延請中華民國性教育學會理事長暨醫學博士李茲堯教授及國家考試命題委員林忠濤先生等專家學者為審稿推薦，正派嚴謹，可見一斑。核譯者內容，用辭遣字精簡洗鍊，流暢優美，未曾就原著之內容為任何之添加修改。又本書所引為參考之圖片亦皆與原著相同，並與文字內容具有實質之關連，且均為對其內容為適度表達所必須，尤未附加任何單純只為滿足讀者感官刺激之色情圖片，更無裸露男、女生殖器之照片，是故，本書內涵毫不具任何猥褻之成份，洵非一般坊間有礙風化之不良色情書刊所堪與比擬。二、按所謂猥褻之文字、圖畫，指足以刺激性慾或滿足性慾之文字、圖畫，惟猥褻之文字、圖畫與藝術性及醫學上研究性之文字、圖畫，究有何區別，應就民族文化、社會道德、習慣風俗與科學藝術研究之需要，依客觀情形認定之。故台灣高等法院八十一年度上易字第六二四○號判決清楚載明「猥褻之文字，乃指足以刺激性慾或滿足性慾之文字而言，惟猥褻之文字與藝術性、學術性、醫學性、教育性等文字，究有何區別，應就民族文化、社會道德、習慣風俗、科學研究之需要、藝術創作之範疇等各種情形加以判斷認定。」因而，「猥褻」概念之認定，實不應僅憑其足以刺激或滿足性慾而率予論斷，必因時間、空間之改變而異其評價，故其評價標準應依時、空環境及社會通念，就客觀事實認定，不能以少數人之價值觀為準。因此，本書之發行若遽指為妨害風化，則顯有將「客觀風化觀念」與「主觀道德標準」相互混淆，難免遭社會各界嚴厲之批判。尤其因本書被查禁後，行政院新聞局官員王更陵於八十二年九月十三日出席「性愛教育與性愛」座談會中，亦坦承本書之被查禁，政府作業不是非常周延，而學者專家都肯定本書在現代社會中確有存在之必要。雖然被告機關和訴願機關相當堅持出版品是否有觸犯妨害風化之情節，因各國風俗習慣之不同，倫理觀念之差距而異其認定標準，然而這本被我官方認為「國情不合」之西方性學書籍，中共官方竟准許原告公司於八十二年十二月在廣東省一九九三年南國書香節廣州中國圖書交易會公開銷售，為何同為中國人，較保守之中國大陸官方能接受這本書

，而我們台灣開放社會的政府官員就不能，難道台灣社會或政府當局官員竟比大陸還較落後、封閉與保守？再者，與本書內容相當之張老師出版社出版之「金賽性學報告」書籍，被告機關何以認定未達出版法第三十二條限制刊載之程度？又觀之現今國內各類書報雜誌，內容中極盡挑逗之性文字及模特兒裸露身體、姿態淫蕩之照片，已司空見慣，而販賣各類器官造型之物品以及各種性玩具之所謂情趣用品商店亦到處林立，其危害青少年之程度絕不亞於本書，卻未見主管官員認真取締過，試問政府之執法標準何在？三、出版品不得爲觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，出版法第三十二條第三款固有明定，惟核其構成要件，須出版品之出版發行有觸犯刑法妨害風化罪或煽動他人觸犯刑法妨害風化罪等不法行爲始足當之，否則即無該條款之適用，此爲出版法對出版品主管機關行政裁量權所爲之立法限制，即原訴願決定機關前函覆原告公司詢問有關本案之問題，亦明白表示出版法第三十二條關於出版品刊載內容之限制，係比照刑法對各該犯罪之構成要件作爲審處依據，除衡酌我國風俗習慣及倫理道德外，並參考法院判決見解，以訂定取締標準。而有無觸犯前揭刑法之罪，只有司法機關之刑事法院始得認定，行政機關無權審究，亦即，被告機關如欲依前揭條款對出版品爲行政處分，應受法院之確定判決所拘束，否則法院判決之實質確定力或既判力何在？如該出版品之相關人員確因出版發行而遭法院判刑，主管機關即必須依前開出版法之法條爲適當處分，並無自由裁量之餘地；惟若主管機關已先行依前開出版法法條爲行政處分，如嗣後法院確定判決認爲無觸犯妨害風化罪時，主管機關亦理應依職權或當事人之訴願、再訴願，而撤銷原來所爲之行政處分，否則其原先之行政處分即屬違法。查原告公司出版發行本書，動機、目的均極純正，已如前述，而原告公司前代表人陳〇煌因本書之出版發行被訴涉嫌妨害風化案件，業經台灣台北地方法院判決無罪確定在案，則被告機關對原告公司處以「禁止出售及散佈並扣押其出版品」之行政處分，而又不主動依職權或被動撤銷，揆之首揭說明，其行政處分自屬違法。四、綜上，本案原行政處分顯然違法，而違害原告之權利，訴願及再訴願決定未依法撤銷原處分，認事用法，自難令人信服，懇請併予判決撤銷。

被告答辯意旨則謂：一、按出版品不得爲觸犯或煽動他人觸犯妨害風化罪之記載，爲出版法第三十二條第三款所明定，違反上開規定，得依同法第三十九條第一項第三款規定，禁止其出售及散佈，必要時並得予以扣押出版品。凡出版品內容記載足以誘發他人性慾者，強調色情行爲者，人體圖片刻意暴露乳、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者；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；另確涉及醫藥衛生保健，但對性行爲過分描述者，依行政院新聞局八十一年二月十日（八一）強版字第〇二二七五號函規定應予取締有案。查該書部分內容刊登描述男女性行爲或女性裸露乳部、臀部之照片、插圖，姿態淫蕩不雅，均於前揭法條規定及函釋意旨限制記載之範圍；至於出版品是否有違出版法第三十二條第三款出版品不得爲觸犯或煽動他人觸犯妨害風化之記載規定，固屬抽象標準，然仍可依本國習俗及倫理觀念予以認定。原告所發行之「性按摩」乙書，部分之圖片裸露女性乳部、臀部姿態淫蕩及文字說明誨淫均足以誘發他人性慾，涉及妨害風化，違反限制記載之規定。另出版品是否有觸犯妨害風化之情節，常因各國風俗習慣之不同，倫理觀念之差距而異其認定之標準。本府就出版法第三十二條第三款所爲之詮釋，即衡酌我國之習俗觀念而成。與行政法院八十年判字第一〇〇四號及判字第一〇〇五號判決之見解，亦不謀而合。二、原告所發行之「性按摩」乙書，部分之圖片及文字說明均足以誘發他人性慾，與傳達正當之性知識與性教育無關，無論其是否有購買版權並聘請專家審稿推

薦，或訴稱所用參考圖片皆與原文書籍相同，皆爲對文字內容爲適度表達所必需云云，仍無解於應負出版法限制記載之責任。本府認爲原告將此等圖片精印於出版品，公然散佈出售，影響社會善良風俗甚鉅，情節非屬輕微，依出版法第三十九條第一項第三款之規定予以禁止出售及散佈並扣押其出版品，乃主管機關爲管理出版品所爲之必要處分，爲依法行政之行爲。三、雖原告自訴妨害風化部分，獲法院判決無觸犯妨害風化罪，但行政罰與刑罰的構成要件不同，刑事判決與行政處分，原可各自認定事實。本府爲出版業之地方主管機關，對原告違反出版法之事實，自得依所得之證據，逕爲認定，故原告所訴應經法院之判決方得爲妨害風化之認定及臺灣台北地方法院業經判決無罪確定云云，實不足採。四、綜合上述所論，本件原告之訴爲無理由，敬請裁判駁回。

理　　由

一、按出版品不得爲觸犯或煽動他人觸犯妨風化罪之記載，爲出版法第三十二條第三款所明定。違反上開規定者，依同法第三十九條第一項第三款規定得禁止其出售及散佈，必要時並得予以扣押。又凡出版品內容記載足以誘發他人性慾者，強調色情行爲者，人體圖片刻意暴露乳、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者；或刊登婦女裸體照片，雖未露出乳部、臀部或性器官，而姿態淫蕩者；或雖涉及醫藥衛生保健，但對性行爲過分描述者，爲出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪之衡量標準，復經行政院新聞局八十一年二月十日（八一）強版字第〇二二七五號函釋有案。本原告於八十二年六月一日出版之「性按摩」一書，被告認其部分圖文涉及妨害風化，乃依首揭出版法規定予以禁止出售及散佈並扣押其出版品之處分。原告訴稱該書係在傳播正確性知識及性教育，襄助國民性教育之健全發展，如意在妨害風化，焉有購買版權、翻譯原著，甚至聘請專家學者審稿推薦之理。而該書既係傳播正當性知識，其內容自涉及男女性行爲之描述，且所用之圖片皆係與原文書籍相同，雖有裸露之處，然皆係對文字內容對適度表達所必須，未附加任何單純只爲滿足讀者感官刺激之色情圖片，更無裸露男、女生殖器之照片，本書內涵不具任何猥褻之成份。而涉及性學方面之書籍，坊間種類甚多，如由張老師出版社出版之「金賽性學報告」書籍，與本書內容相當，被告何以認定未達出版法第三十二條限制刊載之程度？又出版法第三十二條關於出版品刊載內容之限制，係比照刑法各該犯罪之構成要件爲審處之依據，而有無觸犯前揭刑法之罪，只有司法機關之刑事法院始得認定，如該出版品之相關人員確因出版發行而遭法院判刑，主管機關即必須依前開出版法之法條爲適當處分，亦即應受刑事判決所拘束，惟若主管機關已先行依出版法爲行政處分，如嗣後法院認爲無觸犯妨害風化罪時，主管機關亦理應依職權或依當事人之訴願、再訴願而撤銷原來之行政處分。本件原告公司前代表人陳〇煌因本書之出版發行被訴涉嫌妨害風化案件，業經台灣台北地方法院判決無罪確定，被告理應撤銷對原告所爲之行政處分云云。查原告所發行之「性按摩」一書，其中封面、第三頁總審訂序、第四頁至第五頁目錄、第六、八頁前言、第十頁「營造感性的氣氛」、第十四頁「敏感的身體」等頁所刊登女性圖片裸露乳部、臀部姿態淫蕩，涉及妨害風化，違反限制記載之規定。又查出版品是否有觸犯妨害風化之情節，因各國風俗習慣之不同、倫理觀念之差距而異其認定標準，該局就首揭出版法第三十二條第三款所爲之銓譯，即衡酌我國之習俗觀念而成。原告所發行之「性按摩」一書，部分之圖片及文字說明均足以誘發他人性慾，與傳送正當

之性知識與性教育無關。無論其是否有購買版權並聘請專家學者審稿推薦，或訴稱所用參考圖片皆與原文書籍相同，皆爲對文字內容爲適度表達所必需云云，仍無解於應負出版法限制記載之責任。被告認原告將此等圖片精印於出版品，公然散佈出售，影響社會善良風俗甚鉅，情節非屬輕微，依出版法第三十九條第一項第三款之規定予以禁止出售及散佈並扣押其出版品，乃主管機關爲管理出版品所爲之必要處分，爲依法行政之行爲。又訴稱涉及性學方面之書籍，如由張老師出版社所出版之「金賽性學報告」等，與本書內容相當，卻不見主管機關有任何處置云云。然查其中或爲另案應否取締，或爲記載之事實尚未達於取締之標準，要難執爲本案免責之依據。再者，本書封面雖標有「限二十歲選購，讀者年滿十八至二十歲，需家長陪同閱讀」等文字。惟查原告將「性按摩」一書公然陳列販售，或利用郵政劃撥方式促銷，其欲達到廣泛銷售之目的至爲顯然，所訴殊無足採。又查刑事判決與行政處分，原可各自認定事實，被告爲出版業之地方主管機關，其對原告違反出版法之事實，自得依其所得證據，逕爲認定，不受刑事判決之拘束。而首揭行政院新聞局函釋，係主管機關依職權對出版法第三十二條第三款規定所作之執行標準，既與法律規定之意旨並無違背，自得予以適用。原告所訴有無妨害風化事實之認定，應受刑事判決所拘束，原告公司前代表人業經法院判決無罪確定，被告理應撤銷所爲之行政處分云云，核無足採。從而，本件被告所爲原處分並無違誤，一再訴願決定遞予維持，亦無不合。原告起訴意旨，仍持前詞爭執，自難認爲有理由，應予駁回。

二、據上論結，本件原告之訴爲無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段判決如文。

中　　華　　民　　國　八十三　年　　九　　月　　九　　日

（本聲請書其餘附件略）

參考法條：中華民國刑法 第 235 條 (83.01.28)

出版法 第 7、32、37、39、40 條 (62.08.10)

中華民國憲法 第 11、80 條 (36.01.01)

司法院大法官審理案件法 第 5 條 (82.02.03)