

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為，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，惟依法律限制基本人權，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

即 被 告 謝 ○ 雄

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。」有司法院釋字第四〇七號解釋文可供參照。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，啟迪新知，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。」以下至第二〇八頁止，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「アイラ・デラックス」(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，不外於誇大性愛之過程、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)