

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○○○路○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。

參、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：

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)。

②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）予以傳布之行為，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。

① 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）。

②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：

①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。

②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為，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、性行為之描述而減損其價值；反之，藉由閱讀性行為描述，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為應屬高價值言論，從而，國家行為對其之規制應以嚴格之審查標準予以檢視。

③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

為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，散布猥褻物品之行為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」之行為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」之行為，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他人干擾之自由（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」之行為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為。若散布「猥褻物品」之過程中，行為人將有意願接

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，在無任何人因為「猥褻物品」之散布而受到傷害之情形下，法律即無必要對行為人刑之以罰，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」之機會為手段，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」之散布並非完全應為國家所禁絕，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」之具備應為整體考量，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」---為判斷基準，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，應為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 之確定判決咸認為，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為之照片與文字，認為其具「猥褻性」而為「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「性行為非公然原則」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 Sexualité) 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/aboutsexualrights.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 9 5 年 6 月 2 7 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。

參、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，本條規定實有抵觸憲法第 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、持有猥褻物品之行為，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為，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能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」，Strafbedürftigkeit)，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」，Strafwürdigkeit)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牴觸之性質——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 9 5 年 1 0 月 1 3 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

即被告賴 ○ 哲

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○○○路○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○哲雖對於其係晶○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

於其經營之晶○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：玲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。變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」。而晶○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。姪刑法第 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」、「瀆者自瀆」、「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……埋手指攞，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，啜到流晒口

水，可想而知，多啜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」、「小益拿了皮帶，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，操到籬兀兀、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：

①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）。

②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、一則為讀者趴於床上裸露肛門、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）。

- ③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)。

④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)。

⑤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)。

⑥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)。

⑦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)。

⑧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)。

⑨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）。

- ⑩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）。
- ⑪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）。
- ⑫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）。

⑬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）；

⑭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）。

⑮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)。

①6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，於同年月 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 9 4 年 1 2 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)