

## 釋字第六一七號解釋不同意見書

許大法官玉秀

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」<sup>1</sup>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

---

<sup>1</sup> 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。

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<sup>2</sup>。

## 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<sup>3</sup>、民國十七年（舊）刑法第二百五十一條<sup>4</sup>，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

<sup>2</sup> 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。

<sup>3</sup> 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。

<sup>4</sup> 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。

第十六章妨害風化罪時，在該章修正理由中表示：「原案<sup>5</sup>本章名姦非及重婚罪，本案<sup>6</sup>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」<sup>7</sup>，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<sup>8</sup>，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，

---

<sup>5</sup>即中華民國暫行新刑律。

<sup>6</sup>即刑法第二次修正案。

<sup>7</sup>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。

<sup>8</sup>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。

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」<sup>9</sup>。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

---

<sup>9</sup>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」(チャタレー夫人の恋人)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」(悪徳の栄え)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」(四畳半襖の下張事件)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 22 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。

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<sup>10</sup>，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

---

<sup>10</sup>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](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)。

性權利/力主體意識的表現<sup>11</sup>。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<sup>12</sup>。只因為散布猥褻物品罪在德

---

<sup>11</sup>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。

<sup>12</sup> 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

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。」<sup>13</sup>。不取法德國，找美日兩國的類

---

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）

將內容含有暴力或人獸交之色情文書（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。

<sup>13</sup>Tröndle/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 Tröndle 本人至 1999 年退休之前，曾經長期擔任 Waldshut 地方法院院長。



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<sup>14</sup>，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<sup>15</sup>，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

<sup>14</sup> 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](http://www4.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sec_18_00001460----000-.html) 瀏覽日期：2006/09/26)

<sup>15</sup> 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(日本ビデオ倫理協會, 簡稱ビデ倫; Nihon Ethics pf Video Association), 參見：<http://www.viderin.jp/>

3. 全日本錄影帶倫理審查會(全日本ビデオ倫理審査会; All Japan Video Society, 簡稱 AJVS), 參見：<http://www.ajvs.net/>

4. 電腦軟體倫理機構(コンピュータソフトウェア倫理機構, 簡稱ソフ倫; 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(日本映像ソフト制作・販売倫理機構, 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(ビジュアルソフト・コンテンツ産業協同組合; 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(コンテンツ・ソフト協同組合メディア倫理委員会; 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(日本倫理審査協会, 簡稱 JEJA)、日本軟體倫理協會(全日本ソフトウェア倫理協会, 簡稱 ASEA)、日本多媒體倫理協會(日本マルチメディア倫理会, 簡稱 JMEA)、日本成人錄影帶規制管理機構(ジャパンアダルトビデオ規制管理機構, 簡稱 JAVMCO)。

制制度<sup>16</sup>，使得該國刑法第一七五條的規定適用的機會降低<sup>17</sup>。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<sup>18</sup>、丹麥<sup>19</sup>、澳洲<sup>20</sup>

<sup>16</sup> 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。

<sup>17</sup> 參見中山研一，わいせつ罪の可罰性—刑法 175 条をめぐる問題—，成文堂，1994 年 6 月，初版，第 153、154 頁。

<sup>18</sup> 法國刑法第 2 2 7 – 2 3 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。」

<sup>19</sup> 丹麥刑法第 2 3 5 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。」

<sup>20</sup> 例如澳洲首都自治區 1900 年刑法第 9 1 h 條 生產、製造持有色情物品罪（2 0 0 6 年 9 月 2 8 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，

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<sup>21</sup>，而主張以這兩個表面上管制範圍寬

(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 1 9 9 5 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 1 9 9 5 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](http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/ca190082/s91h.html)（瀏覽日期：2006/10/31）。

<sup>21</sup> 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 1 8 6 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 1 8 9 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/lo10-1995.l2t8.html - c4](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.l2t8.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/CPenalItalia4.pdf>（瀏覽日期：2006/10/31）。

墨西哥刑法典第 2 0 5 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，還有五百天至二千年之日額罰金。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 2 0 6 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為，並製作影音產品者。刑罰係五年以上十年以下有期徒刑，還有一千天至二千年之日額罰金。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。行為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，併科一千天至五千元之日額罰金。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 1 7 3 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 1 7 4 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 2 0 0 1 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](http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/cr/cpcr5.htm-4)（瀏覽日期：2006/10/31）。

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<sup>22</sup>。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

---

<sup>22</sup> 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。

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<sup>23</sup>。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<sup>24</sup>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

<sup>23</sup> 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。

<sup>24</sup> 378 U.S. 184, 197 (1964).

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<sup>25</sup>提到 Balthus<sup>26</sup>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？

---

<sup>25</sup> 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。

<sup>26</sup> 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。



## 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<sup>27</sup>，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

---

<sup>27</sup> 聲請解釋補充理由書頁三。

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407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<sup>28</sup>。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

---

<sup>28</sup> 參見前揭註 23。

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<sup>29</sup>，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<sup>30</sup>。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。

<sup>29</sup> Christian Starck, *Der Verfassungsauslegung*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. VII, 1992, § 164, Rn. 31.

<sup>30</sup> Benda/Klein, *Verfassungsprozeßrecht*, 2. Aufl., 2001, Rn. 1284.

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<sup>31</sup>。

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<sup>32</sup>，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<sup>33</sup>；至於軟蕊性資訊，只能用舉重明輕的邏輯解釋，讓出

<sup>31</sup> 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。

<sup>32</sup> 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 Korioth, 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。

<sup>33</sup> 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

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！

---

Heußner, 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: Jörn 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 Koriath, 2004, 5. Teil. D., Rn. 449.