

## 釋字第六一七號部分不同意見書

林大法官子儀 提供

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

就上述問題，多數意見認為，猥褻出版品雖屬性言論之表現或性資訊之流通，仍屬憲法第十一條所保障之「言論或出版」之範疇，而得主張憲法第十一條言論或出版自由之保障。惟國家於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，仍得以法律明確規定予以適當之限制。多數意見認為刑法第二百三十五條規定所規定之猥褻出版品，雖屬評價性之不確定法律概念，然經本院釋字第四七號解釋予以闡釋後，與法律明確性原則即尚無違背。至系爭

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

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

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

刑法第二百三十五條規定之所謂「猥褻出版品」，係屬描述有關性器官或性行為之性資訊或性言論之一種類型。其是否包含於憲法第十一條所保障之言論及出版自由之「言論或出版」之範疇，而得主張言論或出版自由，如比較參酌各國憲法實務的觀點，並非毫無疑義。例如美國憲法實務，到目前為止，即認猥褻言論不屬憲法保障言論自由之「言論」，故不受言論自由之保障。<sup>1</sup> 但加拿大最高法院、德國憲法法院與歐洲人權法院則認為其仍屬言論自由所保障之言論範疇。<sup>2</sup> 本院釋字第四一七號解釋，則未採美國憲法實務觀點，而認猥褻出版品屬言論及出版自由之「言論或出版」之範疇，本案多數意見亦沿襲釋字第四一七號解釋之觀點。本席亦支持多數意見之觀點，主要理由即在美國憲法實務之觀點，有其歷史淵源，以及如採取美國憲法實務觀點，則如何界定猥褻言論即成為審理涉及猥褻言論案件之核心，而觀察美國憲法實務經過多年努力之經驗，迄今仍無法找到一個明確的定義標準，致如何區分不受保障之猥褻言論與受保障之性言論，一直存有爭執。<sup>3</sup> 不若直接肯認猥褻言論亦為憲法保障言論自由之「言

---

<sup>1</sup> 請參見 Roth v. U.S., 354 U.S. 476 (1957); U.S. v. Reidel, 402 U.S. 351 (1971); Kois v. Wisconsin, 408 U.S. 229 (1972); Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973)。Miller 案對猥褻言論所提出之定義性標準，則為美國憲法實務目前所依循之原則。

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

<sup>3</sup> 請參見美國最高法院 Brennan 大法官於 Paris Adult Theatre I v. Slaton 案之不同意見書 (413 U.S. 49, 73, Brennan, J., dissenting) 之所述。根據 Brennan 大法官之反省，自 1957 年 Roth 案開始，美國最高法院即嘗試採用定義猥褻言論之方法，將之排除於言論自由保障

論」，對其限制是否合憲，則就具體個別法律之設計，依系爭立法所欲規範之言論，從其立法目的與所選擇之手段，是否符合憲法第二十三條規定，加以審查判斷。

猥褻言論既亦係憲法保障言論自由之「言論」，則刑法第二百三十五條之規定是否合憲，應從憲法保障人民言論與出版自由之觀點，加以審查。系爭規定既係為維護社會風化，而對猥褻出版品予以規範，即係對猥褻出版品之內容或其可能之效果所作之一種規範，而屬「針對言論內容之規制」。基於憲法保障言論自由之意旨，政府不宜基於言論所表達之訊息、思想、議題或內容，而異其保護之程度，以防止政府不能容忍異見或不當干預或扭曲公眾討論，故對政府針對言論內容之規制，應採取嚴格之審查標準，審查其合憲性。<sup>4</sup>

## 二、刑法第二百三十五條規定不符法律明確性原則

基於法治原則，憲法第二十三條法律保留原則之法律，應符合法律明確原則，以確保法律具有預先告知之要件，使受規範者

---

之外，其認為至 1973 年止，其中經十六年之努力，仍然無法獲得一個明確之定義標準，致如何區分不受保障之猥褻言論與受保障之性言論，致對言論自由之保障有所不足，故其最後即放棄這種以定義方法，排除猥褻言論於言論自由保障之外之方法。有關美國憲法實務就猥褻言論定義之發展之中文介紹與分析，請參見法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，載《人權保障與釋憲法制》，1993 年 9 月再版（1985 年 5 月初版），頁 74-121。

<sup>4</sup> 有關針對言論內容之規制之討論，其詳請參見林子儀，言論自由之限制與雙軌理論，載《言論自由與新聞自由》，1999 年元照初版第 1 刷，頁 133-96。

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

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

系爭刑法第二百三十五條規定所規範之猥褻出版品究所指，是否符合法律明確原則，應就其意義是否難以理解，是否為受規範者所得預見，是否可經由司法審查加以確認，依序分別審查。本院釋字第四一七號解釋認猥褻出版品係指「一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品」而言，且其「與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之」。<sup>5</sup> 本案多數意見，

---

<sup>5</sup> 該定義或係參考日本最高裁判所與美國最高法院對猥褻言論之定義而來。日本最高裁

亦從其解釋，未作修正。

惟本院釋字第四 七號解釋係在審查行政院新聞局中華民國八十一年二月十日（八一）強版字第 0 二二七五號函係就出版品記載內容觸犯刑法第二百三十五條猥褻罪而違反出版法第三二條第三款之禁止規定，所為例示性解釋是否合憲之問題。是該號解釋既先就刑法第二百三十五條規定之猥褻出版品闡釋如上，並認系爭之新聞局釋示合於本院上開之闡釋，則系爭新聞局之釋示即可認為屬於本院上開闡釋於個案判斷之具體標準。根據該案系爭

---

判所，於 1957 年（昭和 32 年）之「查泰萊夫人的情人」事件之判決中，就猥褻文書之定義，認應符合以下三要件：1. 造成性興奮或刺激性慾；2. 有害於一般人之性羞恥感；及 3. 違反善良的性道德觀。

美國最高法院於 1957 年之 Roth v. U.S. (354 U.S. 476 (1957))案，Brennan 大法官主筆之多數意見，對於猥褻言論則界定為：若一言論「全然欠缺補償性之社會重要性」，且「就整體視之，苟其主旨，基於現行之社區標準，足以刺激一般人之色情興趣」則屬之。此後，有關猥褻言論之界定，在其後的判決中，亦有陸續修正。其發展之中文介紹，請參閱法治斌，前揭註 3 引文。至 1973 年之 Miller v. California( 413 U.S. 15 (1973) )案，最高法院所宣示之定義標準，即為目前美國憲法實務所依循之標準。該定義標準之內容如下：「The basic guidelines for the trier of fact must be: (a) whether 'the average person, applying contemporary community standards' would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest ; (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.」美國最高法院也對何者構成 patently offensive，於同案判決中作了例示性的說明：「(a) Patently offensive representations or descriptions of ultimate sexual acts, normal or perverted, actual or simulated. (b) Patently offensive representations or descriptions of masturbation, excretory functions, and lewd exhibition of the genitals. 」

之新聞局釋示，出版品是否構成猥褻，依以下各款為衡量標準：「甲、內容記載足以誘發他人性慾者。乙、強調色情行為者。丙、人體圖片刻意暴露乳部、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者。丁、刊登婦女裸體照片、雖未露出乳部、臀部或性器官而姿態淫蕩者。戊、雖涉及醫藥、衛生、保健、但對性行為過分描述者」。將此五項標準，與本院釋字四一七號解釋就猥褻出版品之闡釋，所強調之「一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾」、「引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情」以及「有礙於社會風化」等並存之要件加以比較，顯不相當，甚或不相容。而該號解釋卻又認系爭新聞局釋示之五項標準，符合該號解釋，則該號解釋列舉要件所闡釋之猥褻出版品，究所何指，即呈模糊不清。<sup>6</sup>

釋字第四一七號解釋認猥褻出版品之認定，須「一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾」，並「引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情」。惟如一出版品已使普通一般人產生羞恥或厭惡感，如何又同時足以刺激或滿足其性慾？<sup>7</sup> 而「引起普通一般人

---

<sup>6</sup> 請參見孫森焱大法官於本院釋字第四一七號解釋之不同意見書之相關評論；同說亦請參見法治斌，〈定義猥褻出版品：一首變調的樂章？〉，載《法治國家與表意自由》，2003年5月，頁255-58。

<sup>7</sup> 請參見 Joel Feinberg, *Pornography and the Criminal Law*, 40 UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW 567, 593 (1979). Feinberg 教授於該文所批評者，為美國最高法院於 1973 年之 *Miller v. California* (413 U.S. 15 (1973)) 案所宣示之猥褻定義標準，就其中第一項要件「訴諸於情慾之挑逗」，與第二項要件「對一般人造成明顯惡劣之冒犯」，如何能併存，所提出之質疑。其情形與本院釋字第四一七號解釋就猥褻出版品所作闡釋之要件

羞恥或厭惡感而侵害性道德感情」究所何指，一般人並不易掌握。

<sup>8</sup> 且此一要素之採用，在本質上亦有疑義。首先，一般人對於足以刺激或滿足性慾之所謂「猥褻出版品」之情慾反應，若在未有社會風化或道德標準之不斷套用與灌輸之前，其原始心理層面是否真有着羞恥或厭惡之感？如所謂感到羞恥或厭惡之反應，係因社會道德觀念所教化，而認足以刺激或滿足性慾之猥褻出版品，致使一般人有此反應，故對社會風化有所有危害，具有可罰性，則無疑形成一「套套邏輯」關係。再者，依釋字四七號解釋，是否構成猥褻言論，尚「應依當時之社會一般觀念定之」，則在欠缺實證研究支持的情況下，具體判斷恐有其困難。<sup>9</sup> 況且即便肯認「社會風化」法益的保護必要性，若系爭之資訊確實並非一般人所能接受的性資訊或性言論，則事實上所可能產生的社會危害即相當有限，理應不足為慮，<sup>10</sup> 其可責難性即不致於達到須以刑法加以規範之程度。是本院釋字第四七號解釋，雖就系爭猥褻出版品之認定，列舉標準，惟仍係以更多抽象、不確定概念來解釋一個抽象、不確定之概念。<sup>11</sup> 故刑法第二百三十五條所規範之猥褻出版品究所何指，即使經本院釋字第四七號解釋予以闡釋，其規

---

間，彼此能否併存之質疑類似。

<sup>8</sup> 請參見法治斌，前揭註 6 引文，頁 263。

<sup>9</sup> 同上註。

<sup>10</sup> 同上註。

<sup>11</sup> 請參見許宗力，談言論自由的幾個問題，載李鴻禧等合著，《台灣憲法之縱剖橫切》，2002 年 12 月，頁 266-67。



範內容仍非一般人所能合理理解，亦非受規範者所得具體預見。

本案多數意見雖就系爭規定之猥褻出版品，明示其中包括兩類猥褻出版品，其中一類係「含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值」之所謂硬蕊 (hard core) 猥褻資訊或物品；另一類則為「客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒」之非硬蕊之一般猥褻言論或資訊。<sup>12</sup>其界定雖較釋字四一七號解釋之闡釋有若干相對具體之標準，惟仍不免於使用抽象、不確定之概念，來解釋一個抽象、不確定之概念，其規範內容仍非一般人所能合理理解，亦非受規範者所得具體預見。仍難符合法律明確性原則。

至於所謂「可經由司法審查加以確認」之意，基本上係指除最終仍須以司法提供人民有效的權利救濟途徑之外，就向來大法官相關解釋之文義前後脈絡以觀，尚須包含系爭法律規定本身必須足夠明確，以作為司法審查依據之意，蓋因人民在尋求權利救濟之前，若無從得知司法審查之基準為何，則即便客觀上救濟途徑確實存在，亦無法被肯認為有效的救濟途徑。且司法審查亦須本於權力分立制衡之原則，依據法律所定之要件從事判斷，不宜逾越權力界限。<sup>13</sup>就本件聲請而言，系爭之刑法第二百三十五條關

---

<sup>12</sup> 依據多數意見，系爭法律的具體適用解釋應為：若傳布屬於第一類所謂「硬蕊」之猥褻資訊或物品即為刑法第二百三十五條第一項所欲處罰之行為。至於傳布第二類非硬蕊之一般猥褻言論或資訊，是否構成上開法律規定處罰之對象，則須視行為人是否同時採取適當的安全隔絕措施而定。

<sup>13</sup> 就「可經司法審查加以確認」內涵之探討，請參見例如陳愛娥，如何明確適用「法

於「猥褻物品」之認定，即便如釋字第四一七號解釋之標準，在規範內容及效果上仍有一般人難以合理理解與預見其法律效果之疑義，則其在實質意義上是否得經由司法加以審查確認，以發揮權利救濟之積極功能，實不無疑問。

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

退萬步言，縱使系爭規定符合法律明確性原則，其以維護社會風化為立法目的，亦與憲法第十一條保障言論自由之意旨不符，而屬違憲。<sup>14</sup>

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

---

律明確性原則」？—評司法院大法官釋字第五四五號解釋，載《月旦法學雜誌》，第88期，2002年9月，頁251-252。

<sup>14</sup> 關於道德或風化不宜作為刑法規範之保護對象，國內學者之相關論述請參見例如蘇俊雄，《刑法總論I》，1998年3月修正再版（1995年10月初版），頁10-13；林山田，《刑法通論（上）》，2005年9月九版，頁52-53；黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，2004年6月二版，頁15-18；林東茂，從「強吻案」談刑法上的猥褻概念，載《臺灣本土法學雜誌》，第42期，2003年1月，頁81。

立法者立法之內容是否即等於社會風化之內涵呢？實則法律與社會共享之價值或道德之間關係，相當複雜，正如多數意見也意識到，社會上自然形成之價值秩序，未必等同於法律秩序，它可能先於法律存在、也可能悖於法律而存在、可能引領立法又或者逐漸為立法所改變。什麼才是現今台灣社會共享的性道德價值，並不能逕以某個法律存在之事實而獲得證明。當司法釋憲者逕自指稱系爭法律之存在，即必然代表立法者可決定有某種公共之抽象道德情感值得保護，不僅可能缺乏根據，更危險的是可能逕自聲稱保護一種或許並不存在的性道德。質言之，如依多數意見之論述，其無異主張，立法者既然制定刑法第二百三十五條，即代表社會上必然是具有一定之性道德感情與社會風化；而後又以該聲稱應受保護性道德感情與社會風化，反過來證立這個法律規範之正當基礎。其結果是，規範性道德感情與社會風化之法律只要一經立法，即必然同時證明了它本身有一個要保護之正當之性道德感情與社會風化。從違憲審查的觀點來看，此意謂著立法目的部分完全無須審查，因為只要有系爭法律存在之事實，就已經足以證明了有正當立法目之存在。

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

依多數意見所言，刑法第二百三十五條之立法目的所保護者

係為由立法者依社會多數人普遍認同之「性道德感情」或「社會性價值秩序」或「社會風化」，而禁止與多數人不同之少數性言論，適足以造成以主流意見排擠或壓抑其他非主流意見之危險。而此危險正是憲法所以保障言論自由所欲防止者。<sup>15</sup>誠如吳庚大法官於本院釋字第四一七號解釋之協同意見書所言：「允許人民公開發表言論、自由表達其意見，乃社會文明進步與閉鎖落後之分野，亦唯有保障各種表現自由，不同之觀念、學說或理想始能自由流通，如同商品之受市場法則支配，經由公眾自主之判斷與選擇，去蕪存菁，形成多數人所接受之主張，多元民主社會其正當性即植基於此。又民主社會之存續及發展有賴於組成社會之成員的健全，一國國民祇有於尊重表現自由之社會生活中，始能培養其理性及成熟之人格，而免遭教條式或壓抑式言論之灌輸，致成為所謂單面向人 (one-dimensional man)。憲法上表現自由既屬於個人權利保障，亦屬於制度的保障，其保障範圍不僅包括受多數人歡迎之言論或大眾偏好之出版品及著作物，尤應保障少數人之言論。蓋譁眾取寵或曲學阿世之言行，不必保障亦廣受接納，唯有特立獨行之士，發為言論，或被目為離經叛道，始有特加維護之必要，此乃憲法保障表現自由真諦之所在」。蓋憲法保障言論自由之目的，亦在保障社會每一個人得以獨立自主地充分表現自我，並進而促成社會價值與文化之多元。是國家對於每一個人之言論，原則上即應予以同等之尊重，不應其支持者之多寡，而異

---

<sup>15</sup> 請參見法治斌，前揭註 6，頁 263。

其待遇。吳庚大法官亦再三提醒「立法者及行政部門宜從根本上放棄「作之君」、「作之師」的心態，勿再扮演指導國民何者可閱覽，何者應拒讀之角色，須知民主政治之基石乃在於傳統自由主義之精神，而此種精神之前提為信賴人民有追求幸福之能力，而非仰仗官署之干預」。<sup>16</sup>是若承認保護多數人普遍認同之性道德感情或社會風化，作為限制人民性言論自由之立法目的，毋寧是由多數指導少數如何生活、指導少數應該擁有哪些價值，即非尊重每一個人對其生活之自主選擇與安排之能力，亦否認每一個人獨立存在之尊嚴。而僅以保護多數主流之性觀念為目的，禁止或排除少數非主流之性觀念，實與憲法保障言論自由所欲尊重與促進社會多元價值與文化之意旨相違，實難認係合憲之立法目的。且刑法第二百三十五條規定係屬政府針對言論內容之規制，本即應採取嚴格之審查標準審查其合憲性，其僅以抽象不確定之維護社會風化為其立法目的，亦難謂屬合憲之重大迫切之目的。

#### 四、以刑罰作為維護社會風化之手段，不符憲法第二十三條之比例原則。

又在實際社會生活中，存有許多侵害公共生活秩序之行為，其不法程度之強弱輕重不同，但並非皆可作為刑法處罰之對象。近代國家刑法之目的，並非賦予國家創設使用刑罰之權力，而在

---

<sup>16</sup> 請參見法治斌，前揭註3，頁173。

於限制國家行使刑罰權的條件。<sup>17</sup>刑法規範體系的機能，在於健全地確認、創造、解釋保護法益的理論與正當程序，以貫徹罪刑法定主義的理念，並實現正義。而確認刑法所加以保護的生活利益，便是在選擇對於公共生活而言不可欠缺，必須藉由以國家強制力為後盾之刑罰實施始能加以保護的法益。刑罰既以國家強制力為後盾，故在運用上應本於節制的思想，在必要與合理的最小限度內為之，僅於採取其他較寬之手段（如民法或行政法規範）無法做有效法益保護之際，在不得已的情形下，始納入以刑罰作為保障手段之對象。而這種「刑法謙抑」的思想亦為貫穿整體刑事法領域的基本理念，尤其在價值多元、開放的現代社會，刑法謙抑的思想更須予強調。<sup>18</sup>在此原則下，吾人不能期待藉由刑法規定來提高道德或倫理水準，而將某一行為「犯罪化」，否則即屬刑法之濫用，反足以危害刑法之本質與其規範功能。<sup>19</sup>

在罪刑法定主義的觀點下，法益的具體內涵必須是可以透過理性來加以檢驗的。設若法益的內涵無法具體落實到某個必須透過法律體系來加以保障的價值，那麼規範目的將會有無限膨脹的可能，如此，國家的刑罰權將會變得十分危險。對於所謂的「妨害風化行為」，由於保護法益過於抽象，實際上所受侵害亦難以具體說明，以其作為刑罰之理由，勢必也將無法清楚說明刑法保

---

<sup>17</sup> 請參見黃榮堅，前揭註 14，頁 11。

<sup>18</sup> 請參見蘇俊雄，前揭註 14，頁 3、5-6。

<sup>19</sup> 請參見林山田，前揭註 14，頁 52-53。

護的目的，恐有陷入情緒性地使部分行為「犯罪化」之虞。是以，從刑法的基本功能與目的觀之，對於所謂「社會風化」的維護，並不適合以刑罰作為第一線的管制手段。

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

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

惟本席並非謂政府對性言論或出版品之限制，即當然違憲。其規定是否違憲，仍須就其規範之具體情形，依其立法限制之目的、為達成該目的所選擇的性言論類型、及對該類型言論採取何種限制之措施或手段，依嚴格的審查標準，具體審查之。一般而言，如其限制之目的係為「保護兒童及少年之身心健全發展」，或「保障他人免於性言論干擾之自由」，應屬重大迫切之目的，而具有正當性。就此，蘇俊雄大法官於本院釋字第四一七號解釋之不同意見書，已有闡述。本案多數意見，對系爭規定採取符合憲法意旨之解釋方法，限縮刑法第二百三十五條適用範圍時，亦隱含有保障他人免於性言論干擾之自由之考量。果若如此，其立法目的即非當然以維護社會風化為其立法目的，而轉化為免於干

擾自由之保護。<sup>20</sup>

除上述二種立法目的之外，尚值得提出思考討論的另一種限制性言論可能之合憲目的為「保護女性免於淪為性言論之客體，以維護女性之性自主與平等」。此為加拿大最高法院於 1992 年，在 R. v. Butler 一案<sup>21</sup>中所持理由之一。<sup>22</sup> 此種限制之目的，並非泛泛指向社會風化或公序良俗，而係憲法以所要追求的價值，為合憲之目的。此種立法目的係以一定類型之性言論會對女性的性自主與平等造成一定傷害為前提，所謂一定之類型之性言論，乃指將女性描述為屈從的客體，將女性描繪成性玩物、崇拜男性、

---

<sup>20</sup> 就如同言論自由除保障表意自由之外，也保障不表意之自由一般，言論自由保障除保障聽聞之自由外，也保障不聽聞之自由。對於他人言論，基於個人的好惡，個人當然有拒絕聽聞或接收的自由，此即免於干擾的自由。惟一旦聽眾或觀眾選擇不聽或不看時，表意人表意之自由即與聽眾或觀眾不聽之自由發生衝突。原則上，如果一個人可以很輕易地避開其不想聽聞之言論時，則應容忍表意人表意自由。但如果一個人像俘虜一般 (captive audience)，被迫接收其不想聽聞之言論時，或是要付出相當的代價才能迴避其不想聽聞之言論時，則應保障其不想聽聞與免於干擾之自由。

<sup>21</sup> R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452.

<sup>22</sup> 系爭案件乃處理加拿大刑法第 163 條處罰製造、發行、散布、販賣或公開陳列猥褻物品罪是否違反憲法對言論自由之保障。加拿大刑法第 163 條對於猥褻的定義為：「本法所稱之猥褻指主要內容在展現過度的性剝削，或過度展現性與犯罪、恐怖、殘酷或暴力之結合之出版品。」系爭條文最後被加拿大最高法院認為合憲，然加拿大最高法院並非基於維護社會風化道德而認為此等對性言論自由的限制乃屬合理。加拿大最高法院在該案中明白揚棄僅以維護社會道德與風化即可以作為限制性言論的正當理由。其更明白指出：「僅僅因為某一種公共道德與性道德反映了某一社群的傳統，就將此一公共道德與性道德強加於眾人之上，乃有害於個人自由之行使與享有。」



女性在性當中所表現出受害者、被征服者的形象甚至享受被侵害征服的快感。此等言論透過性的描述，強化男女之刻板印象，灼傷女性之性自主與平等。<sup>23</sup> 再者，強調女性享受暴力、羞辱女性的言論亦可能造成反社會的行為，引起更多的性暴力犯罪。惟言論所傳達的乃為思想、意念，其是否在實質上即傷害女性之性自主與平等，甚或成為引起反社會之肇因，在論理上與實證研究上仍容有討論空間。故此等立法目的是否合憲，仍要視具體的情況與證據予以判定。<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> 部分女性主義者如 Catherine A. MacKinnon 以及 Andrea Dworkin 即認為，色情言論 (pornography) 不僅僅是無害的幻想，管制色情言論的目的亦不在於這些言論不符合多數的性道德價值觀。色情言論是一種強迫的性，是鞏固男性至上的機制，是男性對女性宰制的情慾化。男人透過色情言論定義女人並進一步將女性客體化，色情言論中的女性形象是屈從的、享受男性侵略、以身體與性來取悅男人。色情言論並不是言論自由的展現，而是性別歧視的一種實踐，對於婦女地位以及平等權保障造成貶低與傷害。色情言論中所傳達出的女性形象是不會拒絕的、永遠是受壓迫者，在色情言論的反覆實踐中，女性的主體性地位完全被忽略。請參見 CATHARINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW (1987); Andrea Dworkin, Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality, 8 HARV. WOMEN'S L.J. 1 (1985). (在美國法制，色情言論的範圍較猥褻言論 (obscenity) 為廣，後者包含於前者的概念之中。MacKinnon 與 Dworkin 對於色情言論有特別的界定，請參見 CATHARINE A. MACKINNON, WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS 494 (2005).)

<sup>24</sup> 類似觀點請參見例如謝世民，猥褻言論、從娼賣淫與自由主義，《政治與社會哲學評論》，第 16 期，2006 年 3 月，頁 24-5。外國文獻中，亦有許多學者對於反色情言論女性主義者的立場多所反省或批評：或質疑性言論的製造傳播與傷害女性的性自主與平等地位兩者間，不必然具有因果關係；或擔心其支持國家介入管制的立場會被執法機關所濫用，反而造成箝制女性、同性戀者與性少數團體性言論的反效果；或甚至進一步

至於為達到上開之可能目的，所選擇之手段是否符合比例原則，則應視所欲限制的性言論類型及所欲保護的對象與法益（成年人不願閱聽之自由、女性之性自主與平等、兒童或少年之身心健全發展），分別判斷其手段是否能達成上開之目的且為達成目的之必要且侵害性最小手段，不能率爾即以刑法為手段限制之。<sup>25</sup> 且如所採取之手段有類如對出版品採取分級制度等事前限制時，除其須符合必要且侵害較小手段之外，更要特別給予程序性之保

---

認為，性言論不見得只會對女性地位造成傷害，反而具有解放女性情慾的可能性。相關討論，請參見 Nadine Strossen, *The Convergence of Feminist and Civil Liberties Principles in the Pornography Debate*, 62 N.Y.U.L. REV. 201 (1987); Robin West, *The Feminist-Conservative Anti-Pornography Alliance and the 1986 Attorney General's Commission on Pornography Report*, 1987 AM. B. FOUND. RES. J. 681. 因此，「保護女性免於淪為性言論之客體，以維護女性之性自主與平等」是否為限制性言論之可能的合憲目的，仍須就其規範之具體情形與證據予以判定。

<sup>25</sup> 即便如 Catherine A. MacKinnon 和 Andrea Dworkin 主張要限制一定類型之性言論的女性主義學者，亦不主張以刑罰作為國家管制的最主要手段，而認為應該以促進民權（civil rights）保障與性別平等為核心，讓受到色情言論（pornography）傷害者可以經由民事程序（civil action）請求損害賠償（damages）以及聲請法院禁制令（injunctions）。其原因在於，限制色情言論的目的不在強化、正當化國家對於言論的偵查，而是對女性、受害者的賦權（empowerment）。換言之，限制色情言論的目的若在於促進性別平等，決定的權力就應該交還給女性，方能落實性別平等。若僅依賴國家刑罰權的發動來處罰將女性視為客體的色情言論，則可能會造成國家檢察司法機關選擇性執法的結果，不但無助於減少貶低女性地位的性言論及出版品，反而可能過度賦予國家偵查性言論權力，造成國家箝制女性、同性戀者或性少數團體性言論的發展的反效果。請參考，CATHARINE A. MACKINNON, *WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS* 299-308 (2005); Andrea Dworkin & Catharine A. MacKinnon, *Statement Regarding Canadian Customs and Legal Approaches to Pornography*, Press Release, Aug. 26, 1994.

障，<sup>26</sup>以減少因採取事前限制而對人民言論自由造成過度之傷害。

---

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