

刑法第二三五條的法律效力

從晶晶書庫案談起*

許雅斐**

Experiencing the “Force of Law”
Definitions of Obscene Publications in Taiwan
by Ya-Fei HSU

* 本文的主要引文及內容有許多來自台灣基隆地方法院〈九十三年度易字第一三七號刑事判決〉，在本文中也常標示為「一審判決」，以及台灣高等法院〈九十四年度上易字第一五六七號刑事判決〉，在本文中也經常標示為「二審判決」。包括許玉秀及林子儀兩位大法官的不同意見書等，出處均為網路資料，無法標明頁數。

** 服務單位：南華大學公共行政與政策研究所
通訊地址：62249 嘉義縣大林鎮南華路一段55號
E-mail: yfhsu@mail.nhu.edu.tw

晶晶書庫(以下簡稱「晶晶」)為華人地區首家同志書店。2003年3月上旬,晶晶自香港進口「蘭桂坊」雜誌240本,經基隆關稅局五堵分局查驗該批雜誌後,向基隆地方法院檢舉。同年8月25日下午三點鐘左右,基隆刑事組依搜索票內容「查扣相關猥褻刊物」,到晶晶門市搜索,帶走書架上已封好膠膜,並貼上「限制級書刊,18歲以下不得購買」的雜誌。之後,此案共經四次偵查庭訊。2004年1月5日基隆地檢署偵結,依妨害風化罪聲請法院簡易判決處刑。晶晶拒絕簡易判決,進入一審程序,官司期間,正值保守團體組成「中華民國圖書評議基金會」大力推動圖書分級,而晶晶被查扣的刊物,一審法官即曾送交該評議基金會審核。¹晶晶一審敗訴後,進入二審,二審敗訴後,聲請大法官釋憲,做成大法官釋字第六一七號解釋(以下簡稱「釋字六一七」)。

本案的爭議在於,刑法第二三五條第一項規定:「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。」,所以,一審及二審判決皆依此認定,晶晶的犯罪事實為:晶晶明知雜誌內有成年男子裸露性器官(陰莖或肛門)特寫、男子自慰、射精、兩男或多男相互撫摸性器官、口交、肛交及性虐待等照片,並含有描述男同志性交過程的文字,在客觀上足以刺激或滿足性慾,並引起一般人羞恥厭惡感,屬於妨礙社會風化的猥褻雜誌,竟基於販賣牟利之意,自2000、2001年間起,公然陳列、販售予不特定人。刑法的規範,似乎確認了書寫同志性愛的出版品必須接受法律制裁,但問題是,刑法第二三五條本身是否違憲?

就憲法的層次而言,刑法第二三五條所規範的「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),是否屬於憲法

1 二審判決文中亦載明,財團法人中華民國出版品評議基金會曾受原(一)審法院委託鑑定本件雜誌,認定此雜誌有逾越限制級的情形,該評議基金會2005年1月20日彬版評字第009402009號函可為佐證。

第十一條：「人民有言論，講學，著作及出版之自由」的保障範疇？如果猥褻出版品確實屬於憲法第十一條的保障範疇，那麼以刑罰作為禁止的限制手段，是否符合憲法第二十三條：「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」的規範？重要的是，刑法第二三五條第一項規定是否符合法律明確性原則？所要保護的「社會風化」該如何定位？當初立法者以刑罰作為限制人民言論出版自由的理由，在今天看來，是否違憲？²就美國的情況而言，曾有法官指出，在1990年代許多針對色情出版品的案件，其實都是以法律箝制同性戀的一種政治手段，也反映出許多人對於同性戀要求與異性戀平權的憤怒。³無獨有偶，隨著大法官釋字六一七的發佈，大法官林子儀、許玉秀所發出的「不同意見書」，也顯現出台灣性主流對性邊緣、性多數對性少數的排斥與剝奪。因此，本文將從法律效力(下詳)的概念著手，分析刑法第二三五條如何成為箝制性少數的法器。

從妨害風化到妨害性自主

刑法的目的在維護社會安全，懲治犯罪，妨害風化的部分，看似與集體的性道德規範相關，但卻很少被提及。因此，何謂色情，乃至於色情如何妨害公眾文化，一直都是很模糊的。在1980年代後期到1990年初期，因反雛妓運動而興起的婦女、宗教團體，即曾主張為遏阻男性性暴力，必須透過立法、修法反色情以保護婦女、兒少。而一直爭辯不休的議題也包括：刑法妨害風化罪在施加懲罰的同時，也強化了男女的權力不平等關係，因為「妨害風化」喻示著，被強暴的女性

2 大法官林子儀即曾就上述問題，質疑刑法第二三五條的違憲爭議，可參考林子儀，2007。

3 Strossen, 2000, 104。

也跨越了性道德，以致於遭受性暴力的受害者，也必須承受失去貞操的恥辱與污名。1996年11月30日，當時的民進黨婦女部主任彭婉如被砍殺35刀的屍體在高雄被發現。1997年4月又發生白曉燕(其母白冰冰為台灣知名藝人)命案，上述婦女、宗教團體即主張，必須修法以維護婦女兒少人身安全，同時，也去除法律規範中對女性不利的壓迫。在對抗性暴力的呼聲中，新的性自主概念被建立，而那些有害的——例如色情出版品——則必須被嚴格禁止。

什麼是色情？如何危害生命？在此並非考慮的重點。一如這兩個個案所凸顯的，強暴是(男性)危害(婦女兒少)個人生命的性暴力，而色情則是強暴的複製，同樣造成危害，所以必須以刑法懲治加害者。反色情的理由因此不再是抽象的妨害風化，而是具體的妨害性自主。在婦女團體的努力推動下，刑法妨害風化罪章在1999年3月更名為「妨害性自主」，這被視為兩性平權的象徵。新的名詞肯定了男女雙方的性自主，不再用貞操的角度來質疑加／受害者違背善良風俗，而是因為侵犯個人「性自主」的行為才必須懲罰；修法的正面意義也在於擺脫傳統文化所強調的女性名節、貞操，同時，最重要的是，建立性的、現代的、具體的個人權利界限。

以國家的支持與保護為後盾，女性的性自主似乎得到了法律的認證。當初婦女團體要求要把強制性交、強制猥褻罪由告訴乃論改為公訴罪的最重要理由，就是要制裁過去利用被害人恐懼「被性侵」的污名而得以逍遙法外的加害人。(陳素香，2011)法務部則一再提出說帖，強調這類案子私密性高，應留給當事人轉圜空間，改成非告訴乃論並無法解決問題。法務部當初擔心的是，偵辦這類案子必須有被害人願意挺身而出並「指認」誰是加害人，才可能有結果。如果被害人考慮到「名節」或其他因素，不肯出面指認，則檢察官如何去「說服」或「強迫」其出面，這也就是說，法律的懲處需要確切的證據來論斷，不是單憑「認知」決定的。

如今看來，法務部對證據的堅持，確實是基於專業考量。特別是在涉及性侵害的案件中，構成證據的要件，往往決定了法律是否有介入的必要。但1999年刑法修法的結果卻是，不僅「強暴、脅迫、恐嚇、催眠」等方式可能構成犯罪，而且只要「違反當事人的意願」，就足以論罪。隨著定罪條件的擴充，「男女的性接觸可能造成侵害，且必然存在著必須被懲罰的加害者」的觀點，變成了思想與論述的強迫改造。

以中產階級女性為想像的、必須由國家保護的性自主，在法律體系中也不斷提升自我價值。更值得注意的是，維護性自主也變成了反色情的重要基石。這個傾向更藉著同年修正《兒童與少年性交易防制條例》(以下簡稱《兒少條例》)而不斷強化。該條例於1995年8月通過，對於疑似從事性交易的兒少提供保護，並重罰嫖客及色情業者。而推動立法及修法的婦女、宗教團體更要求，**由於媒體所刊登的色情交易廣告，可能助長兒少性交易的發生，所以刊登廣告者需接受刑事及行政雙重制裁，以期淨化媒體。**(尤美女，2011)連帶地，在妨害性自主罪責確立後，散佈色情的刑事罪責，重新被設定為「嚴懲加害者，以保護婦女兒少」。這正是基隆海關主動查緝色情出版品的源由。

事實上，刑法第十六章雖由「妨害風化」改為「妨害性自主」，然而，從本文案例一審、二審判決文及釋字六一七所強調的「維護性秩序必須淨化色情」來看，女性的性自主並未增強，反而是藉著兒少相關法令所強調的色情淨化，要求凡違反性主流者，都必須受到法律制裁。1999年，性侵害之所以改為公訴罪，是為了把暴力隔絕在性之外。但後來許多進入司法審查的個案——一如本文案例——卻顯示，防制性侵害為的是防制「性少數對性多數的侵害」(包括論述與思想層次的)，亦即，一夫一妻異性戀之間情投意合的性關係之外的，都有問題，需接受法律審查。由此看來，過去20年與性／別相關的立法及修法，真正的目標是在於如何更動個人基本權利的界限，以便保護性多數，修

法的真正目的並非保護婦女，而是懲罰不合性規範者。同時，國家治理的基礎也改變了：「性侵害」的懲治要義不在於暴力行為，而是那些思想及論述不符合社會主流價值者。

憲法保護的目的

憲法規範被視為當代各國民民主法治的基礎，但它對個別公民保護的界限該如何設定？阿岡本(Giorgio Agamben)在 *State of Exception* (《例外狀態》)一書中對法律的權力限制提出的解釋是，在1791年法國憲法第六條中，法律效力意謂的是法律的不可抵觸性，連主權者都不得任意廢除或修改。從更細緻的現代學說來看，區分法律的效能(*efficacy*)與法律效力(*force of law*)，也標示著法律的作用有其內在差異：前者歸屬於每個有效的法令，並由法律效果(*effects*)的絕對性所構成；後者則強調法律的位階，個別法令是相對於法秩序中其他法令(如位階最高的憲法或低階的行政命令)的效力而被賦予特定的運作空間。(Agamben, 2005: 37)簡單地說，(1)法律具有絕對的社會拘束力。(2)法律自身必須受到法律體系內部的規範。因此，包括憲法在內，任何法律的生成與運作都依照相對的價值體系而設定，各種不同層級的法律也按照既定的管制範疇行使效力。

「法律效力」作為一個法律術語，也同時定義了規範的拘束力或可適用性(*applicability*)與其形式本質的分離。在極端情況下，法律效力也可能被濫用。因為，它雖定義了規範的拘束力或可適用性，但卻無法阻卻特定多數勢力在立法或執法過程可能出現的濫權。作為一個不確定元素流動著(例如刑法中的性自主或猥褻，由於法律所要保護或懲罰的標的並不清楚，當特定(性)價值被認定為唯一真理時，以此為依歸的法律判決就可能存在適用問題，甚或是國家權力濫用的危險)，它可以被國家權威與特定組織所宣稱。這不但說明的「法律效力」本身即

是政治權力的使力點，無疑地，像是某種神祕元素，或者更像一個虛擬。(Agamben, 2005: 39)這個解釋不僅說明法律秩序內存在著法律效力的相對性，也凸顯出建構法律的政治力量，本身極可能造成憲政體制的失序。

在本文案例中，從憲法規範的法律效力來看，性的言論出版自由之所以入憲，就是因為性表達自由是一種合法公民的國家認證：特別是人口之中的性少數，自我認同的權利必須由憲法加以保障。這也就是為什麼針對本文案例，釋字六一七會指出，憲法第十一條保障人民出版言論自由，為的是使人民能夠享有取得充分資訊與實現自我的機會。同時，性言論與性資訊的流通，不論基於營利或其他目的，都應該受到憲法保障。然而，此種保障並非絕對，必須得依照憲法第二十三條的規定(在本文案例中指涉的是對不同性傾向的平等保障)，以法律明確而適當地限制保護範疇。這番說明同時開啟了兩個問題：(1)憲法第十一條要保護的是什麼？(2)保護的界限如何設定？釋字六一七給的答案是，憲法所要保護的是「男女生活中性道德感情與社會風化」，而且，立法者顯然已就「社會多數共通價值」做出判斷，釋憲者需加以尊重。在性多數的價值秩序獲得保護的前提下，才能保障性少數。這顯示，性多數與性少數之間，似乎存在一個明確的界限，可以清楚認定，而「維護性多數」必須優先於「保障性少數」，因為前者大於且多於後者。看起來，釋字六一七似乎主張，**憲法必須維護的是「多數與少數之間的不平等關係」？**

針對此點，持不同意見的大法官許玉秀認為，釋字六一七是大法官會議有史以來首次肯定憲法對性言論自由與性資訊流通自由的(獨立)保障，將其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。這值得肯定，但它卻對保護理由隻字未提。大法官林子儀在釋字六一七不同意見書也指出，多數大法官決議刑法第二三五條合憲是有問題的。刑法必須保護社會多數的性道德情感與社會風化嗎？理

由是什麼？由於釋字六一七並未說明保護性多數是要保護什麼，也沒有解釋這個保護的合理性與必要性，無論在名義上或實質上，都違反憲法審查所賦予的任務。由於法律的效力—特別是在憲法層次—決定了人民的權利，所以憲法審查同時也牽動公民的基本權利界限。

也由於刑法第二三五條具備以刑罰論罪的法律效力，所以言論出版自由的憲法規範尤其重要。大法官林子儀強調，民主憲政的核心價值，就在於避免言論出版自由受侵害以至於造成思想控制與政治獨裁。基於憲法保障言論自由的基本要義，政府不應該也不可以因為特定言論所表達的訊息、思想、議題或內容，而給予差別待遇。這是為了防止政府因不能容忍異議或不當干預、扭曲公眾討論，所以才對政府的言論管制，採取較嚴格的審查標準，確保其合憲性。但刑法第二三五條卻以維護社會風化的名義，對猥褻出版品的內容或可能效應嚴格規範，屬於「針對言論內容的管制」，已超出了憲法規範的範疇。

釋字六一七主張，刑法第二三五條的立法原意必須受到尊重，但是，當初立法者所要保護的社會風化到底是什麼？此法條的存在就能證明現今台灣社會共享特定的性道德價值嗎？大法官林子儀即表示，當釋憲者逕自指稱法律的存在即必然有某種(絕對的)公共道德感情值得保護，這不僅缺乏根據，更危險的是，憲法可能只是被用來保護一種或許並不存在的、虛擬的性道德。不論1928年制訂該法條時的社會狀況為何，不論現今社會變動的快速與多元發展，特定道德感情與社會風化只要經過立法確認，即必然同時證明它自身的正當性，且受憲法保護。從違憲審查的觀點來看，這表示立法目的部分完全無須審查，因為只要有法律存在的事實，就已經足以證明立法目的的正當性了。事實上，釋字六一七號解釋所堅持的「社會風化必然存在，且必須受憲法保護」觀點，其實根本就是逃避審查的責任。

而這正是本文案例一審判決所依恃的法理原則。在本案一審判決文中，刑法第二三五條被認為是懲治猥褻罪的依據，法官還特別指

出，考量此法條的立法目的，是因為散播猥褻物品於社會公眾，可能導致自我控制能力欠缺者，以非法方式滿足性慾，並破壞社會善良風俗，助長淫風，而侵害社會大眾的性道德感情，所以設刑罰加以禁制。在法官的認知中，刑法第二三五條的正當性在於維護性多數的不受侵害。但這就足以因少數人可能被誘發的「惡行」，剝奪每個人的權利？

這個潛在的、足以誘發犯罪的「猥褻惡行」該如何界定？大法官許玉秀回溯釋字第四零七號解釋（以下簡稱「釋字四零七」）對於猥褻的定義時，曾說明，該號解釋所提及的猥褻，基本上是抄襲自日本最高法院的一系列指標性判決。但釋字四零七所提出的「性道德感情」、「社會風化」、「善良風俗」等，雖然屬於流動與不確定性概念，卻還有一段「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」，表示可以透過多元觀點解釋「性道德感情」與「社會風化」，同時也確立了在不同的時空，可以有不同的「性道德感情」與「社會風化」。但釋字六一七卻完全排除釋字四零七多元平等的性道德觀念，這無異是以法律限縮性少數的活力，顯現出民主憲政倒退的徵候。

因此，大法官許玉秀在〈釋字六一七號解釋不同意見書〉中即指出，刑法第二三五條的猥褻罪其實是性多數對性少數的壓迫，而釋字六一七所謂的保障少數，不過是男女常態性價值秩序霸權對性少數的施捨。它堅持的是男女共營生活的社會風化，而一個單一地、先於法律而存在的、普遍為社會認同的性道德感情與社會風化，則被稱為男女共營生活的社會風化。這不但再度強化自以為是的性價值主流，也認定保障性少數是一種施捨。透過此種點破性差異與性歧視的前瞻性眼界來看，憲法第十一條所要保障的，應該是多元性價值觀，就是任何人都不能自居於性主流的價值觀，或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。否則，法律體系內多數與少

數的劃分，很容易就轉變為主流對邊緣的壓迫，也使法律淪為性道德的壓迫工具。

大法官林子儀則更清楚點出，法定的性壓迫可能造成的憲政危機。他認為，釋字六一七做出刑法第二三五條合憲的審查結果，是以保護多數人普遍認同的性道德感情或社會風化，作為限制人民性言論自由的藉口，結果是認可由多數指導少數如何生活、指導少數應該擁有哪些價值，而非尊重每個人對生活自主選擇與安排的能力，也否認每個人獨立存在的尊嚴。重點是，僅以保護多數主流的性價值為目的，排除非主流的性少數，其實是與憲法保障言論自由所要達成的「尊重、促進社會多元價值與文化」相違背，刑法第二三五條怎麼可能合憲？況且，禁止不同於多數人的少數性言論，極可能導致以主流意見排擠或壓抑其他非主流意見的問題，而此種不平等正是憲法保障言論自由所必須遏止的。

大法官林子儀也進一步闡釋憲法如何防制法律體系內的性不平等，並說明保障言論出版自由為何是民主憲政的基石。他認為，基於當代民主原則，民主社會的存續及發展有賴於社會成員理性成熟的健全人格，而一國國民只有在尊重表現自由的生活中，才能培養出理性成熟人格。在憲法保障層次，言論自由屬於個人權利，其保障範圍不僅包括一般出版品，更應保障少數人的言論。因為譁眾取寵或趨炎附勢的言行，往往很容易受群眾歡迎，但特立獨行的言論，卻常被視為離經叛道，所以必須受法律保護，這就是憲法保障言論自由的真諦。同時，憲法保障言論自由的目的，也是為了保護每個社會成員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的多元發展。所以，國家對於每一個人的言論，原則上都必須同等尊重，不應該因為支持者的多寡，而給予差別待遇。從這點來看，憲法的價值就在於尊重少數，防止不平等的產生。而大法官林子儀的論證，無疑地，已為本案立下最佳註腳：以刑罰作為懲罰性少數的手段違反憲法規範，刑

法第二三五條確實違憲。

猥褻出版品的認定

刑法第二三五條的「猥褻」，指的是什麼？本文案例的一審判決認定，猥褻出版品指的是，在客觀上必須有足以直接刺激或滿足個人性慾的功能，因為具有刺激或滿足性慾的效應，所以可能誘發性犯罪或破壞性秩序，以致於侵害性社會道德。二審判決則持類似觀點，也援引大法官釋字四零七，說明依照猥褻出版品的整體特性、目地及社會一般觀念，可與藝術性、醫學性、教育性等出版品明確區隔者。因此，刑法第二三五條所規範的「猥褻」，有其事理的必然性與規範的必要性，不違反「罪刑法定主義」與「法律保留原則」。釋字六一七也同意此說法，認為「猥褻」雖屬評價不確定的法律概念，但其意義並非一般人難以理解，而且受規範者應該可以預見，也可經由司法審查加以確認，所以不違背法律明確性原則。

然而，許玉秀大法官從憲法保護的目的加以推論，指出上述說法顯然違憲。她認為，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，就必須說明性言論自由與性資訊流通自由對於實現個人自我是否有用。而一旦釋字六一七面對此問題，則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具有正面價值，也就是勢必得肯定他們對於發展完整人格、實現自我所必備的個人自主意識的形成與自我決定權的存在是重要的。而一旦性言論與性資訊的憲法價值被肯定，那麼性言論自由與性資訊流通自由所要實現的目的，亦即性自主意識（性權利主體意識）的養成與性自我決定權的實現，自然成為所有法律保護的源由。

從這個角度深入探討，大法官許玉秀直接指明，**刑法的真諦在於保護性自主，而非懲罰性少數**。釋字六一七對多數、少數的區隔毫無

意義可言，真正重要的就是性權利／力主體意識（性自主意識）。她特別強調「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」，相反地，是否構成「猥褻」，必須以性資訊是否含有使人成為性權利／力客體的訊息，作為硬蕊、軟蕊區分的依據。軟蕊是容可許的，「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」。（黑體字為作者所加）；硬蕊則是指那些必須受管制的部分。這樣的區分是必要的，因為猥褻概念具有相當大的彈性解釋空間，特定社會性道德感情與社會風化，也會因時代的變異使硬蕊性資訊的範圍放寬或縮小，這才是當初立法者使用猥褻這個評價性概念的原始意涵。而如果釋字六一七真要為刑法第二三五條做出合憲的決議，那就必須採取僅僅管制硬蕊性資訊的要求，才可能是一個合乎理性的、未逾越當初立法意旨的解釋。因此，刑法第二三五條所牽動的不仅是憲法是否保護性自主的問題，也是性自主是否被法律剝奪的問題，而這也回頭挑戰了1999年刑法妨害風化罪改為妨害性自主罪意義何在。

大法官許玉秀這個非常具進步性的論點，直接指明刑法第二三五條對猥褻出版品的認定不符合法律明確性原則，所以管制界限才會有問題。大法官林子儀則進一步強調，法律規範的不明確，極可能導致權力濫用的危險。因為刑法制裁是以國家強制力作為後盾，動輒剝奪人民生命、自由及財產權利，本應以嚴格標準要求規範內容的明確性，這也就是「罪刑法定主義」作為刑法規範基本原則的重要緣由。如果受管制者完全無法預先清楚知悉規範內容指的是什麼，那規範的正當性必然有問題。同時，若執法者因法律的含混其詞而恣意曲解、濫權不公，正當法律程序的要求也勢必失去著力點。

其實，不只刑法第二三五條對猥褻出版品的認定不明確，釋字四零七及六一七也講得不清不楚。大法官許玉秀指出，釋字四零七所提示的引起羞恥感或厭惡感，完全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實難以確定。大法官林子儀更反問，如果不是(虛擬的)社會風化或道德標準硬套在「一般人」之上，那厭惡感或羞恥感又從何而來？如果該出版品已經使一般人產生羞恥或厭惡感，如何可能(同時)足以刺激或滿足其性慾？也就是說，猥褻的概念，顯然欠缺法律的明確性，如大法官許玉秀所言，「**從釋字第四零七號解釋至今，何謂侵害性的道德感情和有礙社會風化，從來沒有清晰過**」。而釋字六一七既然說不清楚什麼是社會多數人普遍認同的性道德感情和社會風化，也就不可能知道什麼樣的性言論或性資訊，會侵害性道德感情、有礙社會風化，那又如何可能知道什麼樣的性資訊和性言論稱得上猥褻？更重要的是，大法官林子儀所提到的，若特定性資訊或性言論並非一般人所能接受，那實際上所可能產生的社會危害也相當有限，真的需要用到刑法制裁嗎？

或許，本文案例所揭示的是，真正的問題不在於猥褻出版品的認定，而是在於權力的濫用。大法官許玉秀即反問，釋字六一七要在「維護多數」的前提下「保障少數」，但如果在保障少數之前，還要先維護多數，何保障之有？究竟多數的必要是什麼？如果真的要保障少數，豈不是應該在所謂維護多數的必要上讓步嗎？她也在不同意見書中為晶晶平反：**假如少數性文化族群指的是同志團體，而如聲請人所主張，描繪男體屬於確立性傾向認同所不可或缺的輔助品，則法律應該予以保障，而不是將其認定為猥褻出版品。**

無論從憲法或刑法層面，兩位大法官都明確指出，刑法第二三五條對猥褻出版品的規範問題重重。那為何此法條還能適用呢？阿岡本在提到「例外狀態是一個無法空間，其中的關鍵是一個沒有法律的法律效力」時，對法規範的適用做出了深刻的批判。他指出，在法規範適用的關係中，所爭論的並不只是邏輯的涵攝，而是一個純粹虛擬的、抽象的一般命題，如何過渡到一個真實片段的具體過程。它總是需要一個實踐活動，也就是由一個或多個論述主體對語言的設定，以及對一

個複雜裝置的履行。(Agamben, 2005: 39-40)就本文案例而言，晶晶所販售的雜誌，因其內容出現男男性交圖像，不但因此被——基隆海關、檢警、出版品評議基金會、一審、二審及釋字六一七一指認為猥褻出版品，也在具體的審判過程中被認定刑法第二三五條適用於此案，最終則在釋字六一七的宣告中建立憲法層次的法律效力。一個政治性的指涉，最後成為了由制度性權力加以擔保的表述，且因為「性道德的多數決」而難以被質疑。以致於，憲法(第十一條)原先所賦予人民的言論自由，反而受到刑法第二三五條的限制，無法適用於它最應該保護的性少數，甚至連憲法第二十三條的平等原則也無法適用。這也顯示，法律的適用，本身就是一個複雜的政治過程，特別是再將特定事項認定為(憲法規範的)「例外」時。

這就是為什麼大法官林子儀會說，刑法第二三五條實質上引發了公法體系權力界限的問題。釋字六一七認定該法條合憲的理由之一是尊重立法者，但在此卻隱藏著釋憲機關的技術操縱空間。在本文案例中，無論是一審、二審或釋字六一七，都強調刑法第二三五條的必然與必要。然而，誠如大法官林子儀所言，釋字六一七中(猥褻出版品的認定)「可經由司法審查加以確認」的說詞，就過去大法官相關解釋文前後脈絡來看，法律規定本身必須足夠明確是重要前提，如此才能作為司法審查依據，如果法律條文不明確，那釋憲者可以強詞奪理地說它明確嗎？再者，司法審查機構最終仍須提供人民有效的權利救濟途徑，但如果人民在尋求權利救濟之前，無從得知司法審查的基準為何，那即使存在救濟途徑，也無法奏效，等同於權利被取消，憲法的保護也就失去效力了。而且，憲法審查也必須遵守權力分立制衡原則，依據法律所規定的要件做出判斷，不能逾越權力份際。更明白地說，當執法者與釋憲機關的作為都擴張出遠大於法規範的法律效力時，權力界限的問題就更重要了。

刑法管制的合理性

從本文案例的一審、二審與釋字六一七來看，憲法第十一條言論出版自由的保障，名義上雖是每個人都享有的，但實質上卻是「合格者」的權利。這個似乎是針對性少數的限定意義何在？

丁乃非在〈位移與游動：菁英女性「家園」裡的蒼蠅貓狗〉一文中曾指出，即使現代社會把平等原則明載於憲法中，台灣許多女性菁英所預設的、一個歷史及地域政治所規範的個人主體，仍造成形塑性少數的根本限制。這個主體是具有排他性的，透過國族、性別與階級的共同作用，可以依照主流價值的規範辨識、區隔「他者」，以便將不適者排除在外。甯應斌則認為，現代個人生活方式的差異、傳播與交通發達所造成的時空壓縮與世界村現象、以及外來移民，都帶來了社會的多元化發展，但也因此引發了人們很根本的、生存層次的不安全感，從而想要重建一個穩定安全、可安身立命社會基礎，於是傾向以自身的價值作為絕對道德，而認為其他人缺乏正確的道德價值觀，以致於在道德判斷上嚴厲而僵硬，善惡界線分明，故而傾向懲罰與排斥，將偏差視之為異己，加以污名、區隔或隔離，甚至妖魔化(甯應斌，2005：7-8)，而各種限定與排除的政治策略，也造就了更多的不平等：

事實上，透過排擠醜化邊緣來打造自身的道德文化優勢，正是這些新主流的權力基礎與身份認同；同時，新主流甚至以社會批判論述來抗拒新身體、新科技、新藥物、新人倫的出現。國家與新主流利用道德恐慌的建構，或者利用社會保護與福利的措施，也進一步擴張與鞏固國家與新主流的權力。而「排斥」的一個重要效果就是不許某些人動搖既有階層體制(性、年齡、族群、階級……的階層)、拒絕某些人對平等公民權的要求。(甯應斌，2005：10)

依照甯應斌的說法，邊緣偏差者之所以成為法律懲罰的對象，是主流性道德自身的焦慮向外投射的結果。從這點來看，1999年刑法妨害性自主章則與《兒少條例》修正，表面看來是維護婦女、兒少權益，但真正的目的其實是在鞏固主流性道德，也間接促成刑法第二三五條後來在晶晶施展其法律效力。

然而，重點是，刑法存在的目的，並非懲罰。法律的懲處有輕重之別，許多侵害公共生活秩序的行為(如違反交通規則)，不見得適用刑法。針對本文案例，大法官林子儀即特別強調，近代國家制定刑法的目的，不是為了賦予國家創設使用刑罰的權力，而是限制國家行使刑罰權的條件。**「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」**。所以在考量刑法的適用時，必須先確認所要保護的，是對於公共生活不可或缺的，才能以國家強制力為後盾，懲罰違反者。這也顯示，刑法在運用上理當自我節制，只能在必要與合理的最小限度內施行。而這種「刑法謙抑」的思想也是貫穿當代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，更不能藉由刑法規定來提高(以主流價值為歸依的)道德觀，而將某一行為「犯罪化」，否則即是(懲罰)權力的濫用，反而危害了刑法的規範功能。

在本文案例中，一審判決曾列明，政府對言論出版自由的限制，只要所採取的手段與限制的目的之間有合理關連即可。釋字六一七則認定，猥褻出版品破壞了社會性價值秩序，所以必須以刑罰宣示、實現憲法維持社會性價值秩序，手段合理，並未過度歧視。然而，大法官許玉秀卻直接戳破這個假象。她認為：**「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」**(黑體字為作者所加)。換句話說，如果憲法真的要保障言論自由，就必須對所有(關於性的)出版品一視同仁，給予相同的法律

定位，也承認所有性權利的主體地位，這樣才能建構、維護平等和諧的性價值秩序。就晶晶這類型的案例而言，大法官許玉秀也提醒，不論性資訊與性言論是否有害，如果不廣為傳布，就沒有任何危險可言，無須管制；如果真的廣為傳布，只要有流通管道，就有管制方法，以行政手段管制，即能防範於未然。以刑罰管制猥褻出版品，根本就沒有必要。

很巧妙的是，大法官林子儀也從罪刑法定主義的觀點，呼應甯應斌的說法，要求國家不得將邊緣偏差「犯罪化」。他說明，不論刑法要保護的是什麼，其具體內涵都必須是可以透過理性加以檢驗的。如果無法驗證，那麼規範目的將有無限膨脹的可能，這樣一來，國家的刑罰權將變得非常危險。對於所謂的「妨害風化」，由於內容過於抽象，實際上所受侵害亦難以具體評估，以此作為刑罰的依據，勢必無法清楚說明刑法保護的目的，恐怕只是陷入情緒性地製造部分行為的「犯罪化」。所以，從刑法的基本功能與目的來說，對於所謂「社會風化」的維護，並不適合以刑罰作為管制手段。

面對台灣當前將猥褻出版品罪罰化的趨勢，不但大法官林子儀提出權力濫用的警告，大法官許玉秀更把釋字四零七及釋字六一七拿來相互比較，直指台灣性／別政治意識正朝向保守制約倒退。她說明，釋字六一七看來好像還蠻善意的，似乎只是把憲法第十一條的保護範疇縮小而已，因為特定出版品的散佈或販賣，只要有適當安全隔絕措施，即不必受處罰。但實際上則不然，因為決定刑法懲處的界限，除了散布的方式外，還取決於猥褻出版品的定義。如果依照釋字四零七及目前的法律規定，隨著社會發展、風俗變異而形成的性道德情感與社會風化，法律懲罰的對象應該只侷限於硬蕊的猥褻資訊——不管是否具有安全隔絕措施。但釋字六一七卻把未採此項措施的軟蕊性資訊傳布行為也納入處罰，等於是擴充了刑法懲處的範疇，是一種更嚴格也更倒退的法律作為。

在這個意義上，刑法第二三五條像是一個空間的開啟，在其中適用與規範顯露出了它們的分離——憲法第十一條的保護無法及於猥褻出版品，而憲法第二十三條也失去平等原則該有的作用，反而讓晶晶的同志刊物變成刑法懲處的標的。透過這個方式，一審、二審及釋字六一七一預設了法律與性少數之間的連結—焊接了規範與現實，擴張了原本遙不可及的法律效力。最後，一連串的判決與審查完成了正常／規範領域的不可能任務，一個不具理性言說的法律暴力，宣稱實現了一個沒有任何現實指涉的表述、一個例外狀態，它標示著一個門檻，在其上虛擬可已變成真實，邏輯與實踐彼此混染，才得以製造出以司法迫害性少數的違憲事件。

結論

2005年12月2日，台灣司法史上首宗關於性傾向平等的案例，經高等法院宣判，晶晶負責人因販售猥褻書刊罪，被罰拘役50日，得易科罰金，全案至此定讞，不得再上訴。而後的釋字六一七亦認定此判決合憲。持不同意見的大法官——特別是許玉秀——則嚴詞駁斥一審、二審及釋字六一七：以空洞的性價值秩序證明刑罰手段剝奪人民基本自由的合理性，完全沒有表現出釋憲機關審查刑罰規範最起碼的嚴謹與負責。刑法學者經過多年的努力，力圖證明剝奪人民自由需以保護具體法益為前提，然而，從執法者到釋憲機構的權力操作，卻使色情管制成為公法體系的例外狀態，造就出超越憲法規範的法律效力。值得慶幸的是，她所提出的「以性自主意識的操作來審查性言論與性資訊，不但可立足於性平等作為清楚判準，最重要的是，真正符合憲法意旨」，當可為台灣司法立下一個歷史性的註腳。

與本文案例相對照，刑法第十六章由妨害風化改為妨害性自主的本意，似乎在刑法第二三五條的執行中被錯置了。對色情出版品的禁

制與懲罰，反映的是性自主的內在差異：性多數的性自主可以排除性少數的。一個致力於維護性自主的法律，反而變成了箝制性少數的法器，完全忽略了；「這些雜誌其實是男同志社群藉以認定彼此身份歸屬的重要符號，也是一種反抗異性戀宰制的言論工具」。(黃丞儀，2005) 一個對性少數而言具重要意義的出版品，反而在刑法第二三五條的法律效力中變成了犯罪證據，從而映照出其自身存在的法律暴力。從這個角度來看，本文案例所揭示的是：言論自由的真諦在於，國家不得任意評斷言論出版內容，性自主的真義則在於，個人的主體性必須得到同等的尊重。透過本文案例，晶晶事實上為台灣的性少數建立了重要的權利論述界限。

參考書目

中文部分

- 丁乃非，2003，〈位移與游動：菁英女性「家園」裡的蒼蠅貓狗〉，何春蕤編，《性工作研究》，中壢：中央大學性／別研究室，397-419。
- 大法官會議，1996，〈釋字第四零七號解釋〉。
- 大法官會議，2007，〈釋字第六一七號解釋〉。
- 尤美女，〈女性意識之興起與婦女權益之保障：台灣婦女團體之角色〉，「國家人權委員會與人權的促進與保障」國際學術研討會，<http://hre.pro.edu.tw/download/essay-ch-9-1161865950/you.pdf>。
- 〈刑法「妨害性自主罪」修訂的評估與展望〉，《網氏／罔市女性電子報》第29期，<http://forum.yam.org.tw/bongchhi/old/microphone/microphone17.htm>。
- 林子儀，2007，〈釋字第六一七號解釋不同意見書〉。
- 〈性侵害公訴罪，修法良意，豈能濫用〉，http://tw.myblog.yahoo.com/ysm_918/article?mid=84&prev=87&cl=f&fid=6&sc=1。
- 陳美華，鄧佳蕙，〈1999台灣女權報告：婦女人權〉，http://www.scu.edu.tw/hr/document_imgs/documents/d6.pdf。
- 陳素香，〈污名與被侮辱者〉，《自由時報》2011年5月13日，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/may/13/today-o9.htm>。
- 許玉秀，2007，〈釋字第六一七號解釋不同意見書〉。
- 黃丞儀，2005，〈航向酷兒共和國〉，http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail2。

asp?id=985。

甯應斌，2005，〈排斥的公民社會：公民治理與「文化戰爭」〉，《公民身分的再思與打造：華人社會的社會排斥與邊緣性》(*Rethinking and Recasting Citizenship: Social Exclusion and Marginality in Chinese Societies*)，譚若梅、古學斌、江紹祺編，香港理工大學應用社會科學系政策研究中心，3-26。

台灣高等法院，2005，〈九十四年度上易字第一五六七號刑事判決〉。

台灣基隆地方法院，2004，〈九十三年度易字第一三七號刑事判決〉。

英文部分

Agamben, Giorgio, 2005, *State of Exception*, translated by Kevin Attell, Chicago and London: University of Chicago Press.

Derrida, 1992, Force of Law: The “Mystical Foundation of Authority”, In Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, David Gray Carlson (eds.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, London/New York: Routledge.

Strossen, Nadine, 2000, *Defending Pornography: Free Speech, Sex and the Fight for Women's Rights*, New York/London: New York UP.