

# 從網路自拍看我國對於猥褻性言論之規範-以刑法第235條為主\*

## Posting One's Naked Self-Pictures to Internet : On The Regulation of Obscene Speech and Criminal Law §235.

廖淑君

世新大學法律研究所 研究生

四維街103巷3號4樓

台北縣234永和市

[jolie\\_liao@ms90.url.com.tw](mailto:jolie_liao@ms90.url.com.tw)

### 摘要

網路使用者基於身體自主權，透過各種拍攝工具自我拍攝並將涉及人體曝露、性器官或男女性行為的自拍品上傳至網路上的行為，並不一定會該當於刑法第235條所定的犯罪，其主要取決於網路自拍品是否為猥褻品以及網路使用者透過網路傳佈其自拍品的行為是否該當於刑法第235條所定的傳佈型態；其次，以表達自我為目的的網路自拍品，客觀上雖可能會被認定為猥褻性言論，但考量實現個人自我為保障言論自由之目的之一，此種網路自拍應該受憲法言論自由之保障，惟面臨青少年身心發展之議題時，其可能必須受到限制；另一方面，各界對於網路自拍的看法所反應的是長期對於是否有必要規範猥褻性言論並將其入罪化的辯論，本文認為除了避免冒犯到那些不願看到該言論的人以及青少年身心發展的維護外，網路自拍更加地突顯出以公序良俗、刺激性犯罪、性別歧視等理由規範猥褻性言論的不合理性。如果以避免冒犯到不願看到猥褻性言論者以及青少年身心發展的維護為目的，刑法第235條全面性地禁止猥褻性言論的作法似乎範圍過廣、目的與手段不相當。建議將刑法第235條的犯罪成立要件限縮於散布、播送、販賣、陳列猥褻性言論予未滿18歲者以及不願看到該言論者，或考量廢除刑法第235條之規定，由行政罰處罰即可。

關鍵詞：自拍、猥褻性言論、刑法第235條。

### Abstract

It will not be necessarily illegal if an internet user uploads his naked self-pictures on websites. It depends on whether the self-picture is the so-called obscene speech and whether his behavior violates Sec. 235 of Criminal Law. And, since the speech to realize the individual self-fulfillment or self-expression is protected by the free speech clause, the naked self-pictures token and uploaded to the internet for the sake of the individual self-fulfillment or self-expression shall be protected by the constitution even though its content is the picture

---

\* 本文曾發表於 2004 台灣國際網路研討會(TANET)，感謝與會人士與評審所提出之寶貴意見，並感謝中央警察大學『資訊、科技與社會』學報匿名審稿委員對於本文所提出的寶貴意見。

of the naked body. However, the interest of protecting the freedom speech right of that internet user might be outweighed by that of protecting the mental development of the children and teenagers. On the other hand, the critiques or opinions on the internet user's uploading his naked self-pictures/videos on websites reflect the long-term argument on the issue whether we shall impose the criminal penalty on the production and dissemination of the obscene speech. To some extent, it is not plausible to criminalize the production and dissemination of the obscene speech because it violates the moralities of the society, possibly stimulates the sexual crimes and discriminates women. Also, if the end of criminal law §235 is to keep the healthy mental development of teenagers and children and to keep obscene speech away from those who are not willing to see that speech, its means prohibiting both the production and dissemination of obscene speech broadly is not proper to its goal. Therefore, it is argued that Criminal Law §235 shall be amended. Or it will be better to decriminalize the production and dissemination of the obscene speech and regulate it by administrative regulations whose goal is to protect the mental development of teenagers and children and to discourage the obscene speech from being an offense to those who are unwilling to see it.

**Keywords:** self-picture、obscene speech、Criminal Law §235.

## 一、前言

拜網路以及數位科技的發達，台灣近年來捲起一股網路自拍風，網路自拍的內容五花八門，但近來較引人注目者則為以人體曝露、性器官或是男女性行為等為內容的自拍影像，對於此類的網路自拍各界的看法並不一。但從法律的角度來看，直接涉及人體、性器官或是男女性行為的曝露的網路自拍品並不當然就是猥褻性言論，網路使用者將個人的自拍品透過網路傳佈的行為並不當然就會該當於刑法妨害風化罪，而表現自我係為我國憲法言論自由所保障的範圍之一，應有受到憲法言論自由的保障。另一方面，各界對於網路自拍的看法所反應的是長期以來存於猥褻性言論規範的爭論，意即是否有必要規範猥褻性言論並將其入罪化。

本文將從網路自拍風潮談起並依此重新檢視猥褻性言論的規範問題，即是否有必要將猥褻性言論入罪化。首先，本文將就網路自拍進行概念性的介紹；其次，討論網路自拍和刑法第 235 條的適用；最後，則探討猥褻性言論的規範問題。

## 二、網路自拍

### (一) 網路自拍的定義

網路建設的普及以及相關數位科技的發達促使網路自拍的盛行。網路自拍指網路使用者基於對自己身體的掌控權，透過各種拍攝工具自我拍攝並將其上傳至網路上，網路使用者從事網路自拍行為的動機並不一，大致可分為二類，第一類為以營利為目的之網路自拍，網路自拍者旨在利用網路自拍謀取利益，<sup>1</sup>第二類則不以營利為目的，網路自拍者之主要目的有為挑戰權威、較量膽勢、爭取同儕認同，<sup>2</sup>或為取悅網友，<sup>3</sup>或是以自

<sup>1</sup> 參見「大陸找幼齒性交易自拍 工程師落網」，TVBS，2004 年 3 月 31 日，available at <http://news.sina.com.tw/articles/11/84/03/11840369.html> (visited April 7, 2004)。

<sup>2</sup> 參見「自拍又來了 豪放雙姝出擊」，聯合晚報，2004 年 1 月 11 日，4 版，「《肚臍到膝蓋之間》自拍風潮」，聯合報，2003 年 12 月 28 日，E4 版，「豪放裸女 國道路肩自拍 貼上網」，聯合晚報，2003 年 12 月 15 日，11 版。

<sup>3</sup> 參見「自拍肛門！大學生為了取悅女網友 秀過頭觸法」，ET Today，2003 年 12 月 3 日，available at

拍圖片進行某種形式的抗爭，<sup>4</sup>或將網路自拍視為一種情緒宣洩，<sup>5</sup>或為加入自拍網站<sup>6</sup>... 等等。

網路自拍品的內容十分多樣化，約可分為二大類，第一類為不涉及人體曝露、性器官或是男女性行為等或是不含有性意味的網路自拍圖片或影像，例如近來流行的網路自拍裝死照<sup>7</sup>，此類所涉及的法律問題並不大，所引發的法律問題亦通常與自拍圖片或影像本身或其散佈無很大關聯；第二類為涉及人體曝露、性器官或是男女性行為等或是含有性意味的網路自拍圖片或影像，此類圖片或影像本身或其散佈所涉及的法律問題較大且較具爭議性，通常涉及刑法第 235 條散布、販賣猥褻品及製造持有罪以及言論自由的問題。<sup>8</sup>

本文旨在藉由網路自拍現象重新檢視猥褻性言論的規範，因此乃以上列所稱的第二類網路自拍為主要的討論對象，且在無特別聲明的情況下，所稱的網路自拍意指涉及人體曝露、性器官或是男女性行為等或是含有性意味的網路自拍圖片或影像。

## (二) 網路自拍的散布模式

網路作為一種傳播平台，其傳遞與散佈訊息的方式相當多元化，例如透過電子郵件、MSN Chat 及 Yahoo Messenger 等諸如此類的 P2P 軟體、架設 www 網站等方式傳佈訊息。網路訊息的呈現可結合文字、聲音、圖片、影像等，以多媒體的型態呈現。故以網路做為傳播媒介的網路自拍自然是可以多媒體的型態呈現，且傳播方式相當多元。

但如依訊息傳播方式的侵略性，即網路閱聽人有無預期其所將閱讀的訊息內容的可能性，則約略可以將網路傳播分為低度侵略性及高度侵略性二種傳播方式。低度侵略性的傳播方式是指網路閱聽人可以預期到其所將閱聽的網路訊息內容，最典型的是於進入網站前設有類似「本網站為成人網站，未滿 20 歲者請勿進入」的警告標語，使網路閱

---

<http://intermargins.net/Forum/2003/xiaxin/news/news11.htm> (visited April 7, 2004)

<sup>4</sup> 例如同志為了抗議警方查獲同志轟趴的不合理對待，以網路自拍作為抗議的手段，於 2004 年 5 月的第九屆校園同志甦醒日 GLAD 系列活動中舉辦了一個名為「幹叫自拍」的活動，徵求以文字或影像呈現身體的作品，藉此呼籲民眾正視自己的身體自主權，並將一部內有男主角背部全露、深情擁吻的同志情侶自拍片，放置在網路上來反諷刑法 235 條妨害風化罪。參見「眾慾無罪 同志自拍反歧視」，中時電子報，2004 年 4 月 1 日，available at <http://times.hinet.net/SpecialTopic/930223-onsphoto/4908910.htm> (visited May 28, 2004)，「同志發聲自拍權不容公權力入侵舉辦『幹叫自拍』廣徵呈現身體的文字或影像」，台灣日報，2004 年 5 月 2 日，available at <http://tw.news.yahoo.com/040502/46/m9zc.html> (visited May 28, 2004)，「校園同志甦醒日 台大男廁放裸照」，民視，2004 年 6 月 13 日，available at <http://tw.news.yahoo.com/040613/44/q14b.html> (visited June 24, 2004)，「網路自拍 無罪！同志團體批刑法漠視人權」，TVBS 新聞，2004 年 6 月 12 日，available at <http://tw.news.yahoo.com/040612/39/pzn3.html> (visited June 24, 2004)。

<sup>5</sup> 參見「常期自曝 就算變態」，星報，2003 年 12 月 5 日，14 版，「自拍裸照上網 不只是愛現 醫師憂心背後潛藏性汙濫等問題」，聯合報 2003 年 12 月 17 日，B4 版。

<sup>6</sup> 參見「自拍性愛圖片 一對夫妻『不藏私』網站家族上供欣賞 市刑大昨約談到案 依妨害風化罪嫌送辦」，聯合報，2003 年 10 月 25 日，B4 版。

<sup>7</sup> 參見「網路新流行 裝死自拍照 批評者：腦袋裝屎」，ET Today，2004 年 3 月 29 日，available at <http://news.pchome.com.tw/society/ettoday/20040329/index-20040329225843042258.html> (visited April 7, 2004)。

<sup>8</sup> 例如學者何春蕤認為淨網行動逮捕非商業色情的素人自拍乃是以法律箝制台灣性言論的手段。「何春蕤：台灣箝制性言論 網站連結動物戀挨告 她將出庭 兩千人連署聲援」，聯合報，2003 年 9 月 11 日，A7 版。；學者卡維波認為司法單位以露點與否決定作為取締的標準是僵化、蠻橫的，取締網路自拍是對表達自由的一種諷刺。卡維波，2003，取締自拍 危及表達自由，網路雜誌：重裝 RESET，available at <http://reset.dynalias.org/blog/archives/000049.html> (visited Feb. 25, 2004)。

聽人難以在沒有心理準備或是偶然的情況下進入該網站，或透過 Yahoo Messenger 進行聊天者，在雙方皆有意識的情況下透過檔案傳送的功能相互傳遞自拍圖片或自拍影片；高度侵略性的傳播方式則指網路閱聽人無可能或是難以預期到其所將閱聽到的網路訊息內容。

### (三) 網路自拍與一般色情之比較

網路自拍和一般的色情資訊都涉及到刑法第 235 條和言論自由的問題，最主要侵害的法益是社會法益，即公序良俗。但網路自拍乃是網路使用者自主地將以自己為拍攝主角的圖片上傳之網路上，在不營利的情況下，很難稱得上有將身體商品化或物化、做為交易客體或是性別歧視的情況。其次，一般色情可能是基於販售之目的，多會以身材姣好或長相討好的女性或男性為拍攝主體，而網路自拍則未必如此，燕瘦環肥皆有，長相也未必討好。最後，網路自拍和一般色情資訊相同，皆不能避免維護青少年身心發展的議題。

## 三、網路自拍與猥褻性言論

### (一) 猥褻性言論在憲法上的定位

#### 1. 猥褻性言論的概念

我國早期實務對於猥褻的定義傾向於行為本身的界定，而較少著重於猥褻性言論本身的闡釋，最早的二個實務判例--民國 17 年 10 月 13 日最高法院會議決議指猥褻乃「行為在客觀上足以引起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾」，民國 27 年上字第 558 號指出「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」，但二者在判斷上都相當的抽象且都著重於有關於色慾行為，而非猥褻性言論的界定。要至民國 85 年大法官會議做成第 407 號解釋之後，對於猥褻性言論才有較清楚的解釋與判定標準。

民國 85 年大法官會議第 407 號解釋指出，猥褻性言論必須是「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」的言論，但該號解釋亦指出具有藝術、醫學、教育等性質者不被視為猥褻性言論，而如何判定言論內容是否猥褻該號解釋指出應依當時社會的一般觀念，就言論內容整體的特性和目的觀察、決定是否為猥褻性言論，例如出現在醫學指南上的性言論(例如描述性行為或身體器官)並不算是猥褻性言論。

#### 2. 猥褻性言論受言論自由保護之程度

我國憲法明文規定人民有言論自由，但保障言論自由之目的為何，即憲法為什麼要保障言論自由，此為一重要議題，因此將涉及到某一言論是否受到憲法的保障以及所適用的相關審查標準。<sup>9</sup>Thomas I. Emerson 教授指出保障人民言論自由的目的有四種，分

<sup>9</sup> 美國法院於面臨有關言論自由的違憲審查案件時，系爭法規如是對言論內容進行規範時，其會先行類型化系爭法規所欲規範的言論內容，如果所規範的是高價值的言論，則法院於審查時會採取嚴格的審查標準，如果是低價值的言論，則法院於審查會採取較寬鬆的審查標準，至於採用何種審查標準通常尚須視

別是(1)確保個人自我的實現，(2)增進知識與追求真理，(3)確保個人對於社會決策形成過程的參與，以及(4)維持社會穩定與社會變遷間的平衡。<sup>10</sup>總括來說，正當化保障人民言論自由權利的理由大致可以分為二類，第一類是著重於保障言論自由對於個人價值實現的助益，第二類則是著眼於保障言論自由對於社會所帶來的助益。<sup>11</sup>前者包括表現自我說--保障言論自由的目的在於實現個人的自我與保障個人的自主權，言論的價值核心在於實現表意人個人本身的目的，而不是作為實現他人目的之工具。<sup>12</sup>後者包括(1) 追求真理說--保障言論自由的目的在於追求真理，因此，凡有助於大眾追求真理的言論都應受到保障，而追求真理的最佳方法則是維持一個能夠讓各種不同的言論、意見或思想相競爭的開放性言論市場，<sup>13</sup> (2)健全民主程序說--保障言論自由的主要目的在於健全民主程序的運作，言論自由的保障有助於各種意見的呈現，將促使大眾有機會接收到足夠且充份的資訊，因而做出較正確的政治判斷。<sup>14</sup>以爲美國為例，該國對於言論自由的保障較傾向由言論所能帶給社會的效益來決定其是否受言論自由的保障，<sup>15</sup>反映在對於猥褻性言論是否受言論自由保障的議題上，則認為該等言論不能為社會帶來任何助益，故不受憲法言論自由之保障。<sup>16</sup>

我國大法官會議解釋並未明白指出猥褻性言論受言論自由的保障的程度為何，但大法官會議解釋第414號中曾提及某一言論受憲法言論自由保障的程度依其是否有助於形成公意、發現真理或表達信仰等而有所不同。依此推論，猥褻性言論和有助於形成公意、發現真理、表達信仰的言論受憲法保護之程度似不能相提並論，在我國憲法上的定位應當是屬於受保護密度較低的言論，除非該猥褻性言論的第二次言論有助於公意的形成、促進真理的發現或旨在表達信仰。

## (二) 我國目前與猥褻性言論相關的刑法規定

### 1. 刑法 235 條之規定

刑法對於猥褻性言論的規範主要見於第 235 條，該條所規範的犯罪型態有下列幾種：

- (1) 散布猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，
- (2) 播送猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，
- (3) 販賣猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，
- (4) 公然陳列猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，
- (5) 以他法供人觀覽、聽聞猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或

---

具體個案而定；系爭法規如不是針對言論內容進行規範時，法院亦會採取較寬鬆的審查標準，至於採用何種審查標準亦是視具體個案而定。參見 林子儀，1999，『言論自由的限制與雙軌理論』，收錄於言論自由與新聞自由，台北：元照出版公司，158-63 頁。

<sup>10</sup> THOMAS I. EMERSON, TOWARD A GENERAL THEORY OF THE FIRST AMENDMENT 3 (1963).

<sup>11</sup> T. BARTON CARTER, THE FIRST AMENDMENT AND THE FIFTH ESTATE REGULATION OF ELECTRONIC MASS MEDIA 15 (2003).

<sup>12</sup> 林子儀，1999，『言論自由之理論基礎』，收錄於言論自由與新聞自由，台北：元照出版公司，34-35 頁。

<sup>13</sup> 同前註，21-22 頁。

<sup>14</sup> 同前註，24 頁。

<sup>15</sup> 同前註，20-27 頁。

<sup>16</sup> *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-72 (1942); *Samuel Roth v. United States of America*, 354 U.S. 476, 484-87 (1957); *Marvin Miller v. State of California*, 413 U.S. 15, 33 (1973).

(6) 意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品。

“散布”按 84 年台上字第 6294 號判例指「散發傳佈於公眾之意」；“公然”按大法官會議第 145 號解釋須達到事實上有不特定人或多數人得以共見共聞的程度，且多數人亦包括特定多數人在內，至於特定多數人的人數須達到多少才算是多數人，則須視各個犯罪的成立要件而定。而刑法第 235 條中的公然，84 年台上字第 6294 號判例指出由於刑法第 235 條之目的乃在於維護社會法益，在猥褻品只供自己或極少數特定人觀覽而未達危害社會秩序的情況時，不算是刑法第 235 條中所稱的公然陳列；“他法”則為概括性規定，84 年台上字第 6294 號判例指出刑法第 235 條雖未將“公然”納入構成要件中，但基於刑法第 235 條立法意旨的考量，仍應將公然的要件納入。

## 2. 網路自拍與刑法第 235 條

網路自拍不一定會構成刑法第 235 條犯罪，須視網路自拍品是否為猥褻性言論以及其傳佈型態而定。

首先，網路自拍品須就實際個案具體認定方能確定網路自拍品是否為刑法第 235 條中所稱的猥褻品，不因其直接涉及人體、性器官或是男女性行為的曝露就當然判定為猥褻性言論。

有些網路自拍圖片或影片在客觀上就社會當時一般人的立場觀之確實是有可能會刺激或引發性慾，例如為加入自拍網站而將夫妻二人之性行為全程拍攝起來並置於自拍網站供會員觀賞的網路自拍品，此種情況下，該網路自拍品可以稱得上是猥褻品。不可否認地，網路自拍品並不同於一般色情刊物皆以身材良好或長相良好的女性或男性為拍攝主體，未必會引起他人的性慾，但卻是有可能會令人覺得受到冒犯或有厭惡感，故仍有可能會被認定為猥褻品；其次，按大法官會議第 407 號解釋，猥褻性言論應與具有藝術、醫學、教育等性質者有所區別，故應觀察言論整體的特性及目的並依當時之社會一般觀念決定是否有具有藝術、醫學、教育等性質，所以網路自拍品如果具有藝術性質，則當然不算是猥褻性言論。

其次，是否該當於刑法第 235 條，尚須視網路自拍者傳佈其自拍品的方式而定。以營利為目的的網路自拍者，將具猥褻性的自拍圖片上傳至網路上的主要目的，在於吸引他人觀賞並購買相關產品，此種行為該當於刑法第 235 條關於販賣猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之客觀構成要件應是無任何疑慮的；不以營利為目的之網路自拍者其行為不該當於刑法第 235 條關於販賣猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之構成要件是確定的，而是否有該當於其他犯罪態樣，則須視依實際具體個案而定。不論將自拍圖片上傳至非完全公開的會員制網站、完全開放的網站或是得讓不特定人觀看的電子相簿等，按 84 年台上字第 6294 號判例之解釋來看，如果已達破壞社會公序良俗的程度，那麼就可以稱得上是公然，構成刑法第 235 條中所稱的公然陳列<sup>17</sup>；如果網路自拍者是透過電子郵件的方式向特定朋友或同學傳送自拍圖片，應不算是散發傳佈於公眾，將不會構成刑法第 235 條之犯罪，但如果網路自拍利用各種軟體去搜集其他網路使用者的郵件位址並大量寄發其自拍圖片時，則即可以算是散發傳佈於眾，而有可能構成刑法第 235 條所定之犯罪；如果網路使用者利用 Yahoo Messenger 做為聊天平台者，於雙方有意識

<sup>17</sup> 王銘勇，2002，網路犯罪相關問題之研究，台北市：司法院，62-64 頁。

的情況下透過檔案傳送的功能相互傳遞自拍圖片或影片時，僅是向極少數人傳送資訊，不能算是散發傳佈於公眾，不會構成刑法第 235 條所定的犯罪態樣。

總而言之，網路自拍是否構成刑法第 235 條之犯罪須視網路自拍品是否為猥褻性言論以及傳佈態樣是否該當於刑法第 235 條所定的行為態樣而定。

### (三) 以表現自我為目的的網路自拍

網路自拍者能否以網路自拍是爲了表達個人自我之緣故而排除刑法第 235 條之適用？

本文並不認爲網路自拍者得以其自拍品係爲表達個人自我之主觀意思而排除其自拍品非猥褻性言論。按大法官會議第 407 號解釋，「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[者]」爲猥褻性言論，對於猥褻性言論的認定係採取客觀標準而非個人的主觀意念，以表達自網路自拍品在客觀上確實有可能會引發、刺激他人性慾或使他人感到冒犯，更無法脫離妨礙社會風化之嫌，因此，客觀上來說，其仍有可能被認定爲猥褻品。其次，該號解釋雖有指出猥褻性言論有別於藝術性、醫學性、教育性等言論，其區別應著眼於言論整體的特性及目的，就當時社會的一般觀念定之，亦是採取客觀標準，但以表達自我為目的的網路自拍品不在作為教學使用、置於醫學百科圖鑑供人研究、作為人類性行為研究等等，從當代社會一般人的標準來看，很難稱得上是具有醫學或教學性質，除非客觀上可以認定其具有藝術性質，方不算是猥褻性言論。但是，網路自拍者將被列為猥褻性言論的自拍品上傳至網路上不一定會構成刑法第 235 條的犯罪，須視其傳佈態樣而定，如果有該當於刑法第 235 條所列的傳佈型態，則將會構成刑法第 235 條所定之犯罪，惟本文認爲此舉可能會有違憲之虞。

#### 1. 表現自我為憲法言論自由所保障

言論自由為一個人得以利用任何媒介表達其個人思想內容的自由，包括利用言語、文字、圖畫、肢體動作等表達個人的意見、思想或價值觀<sup>18</sup>，我國憲法第 11 條明文規定人民有言論、出版、講學、著作等表現意見之自由，大法官會議解釋第 509 號更指出言論自由為憲法第 11 條所明文保障的基本權利，應受到最大限度的保障。

我國大法官會議解釋已將個人自我的實現與其他目的同列為保障言論自由的理由，大法官會議解釋第 414 號指出「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會」，大法官會議解釋第 509 號亦指出「鑑於言論自由有實現自我...之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障」，故只要言論有助於實現個人自我以及釋字第 414 號及第 509 號所言的目的，則為憲法言論自由所保障。

#### 2. 大法官會議解釋並未明白指明猥褻性言論不受言論自由的保護

我國在猥褻性言論與言論自由的討論發展上，大法官會議解釋並未明白指明猥褻性言論不受言論自由的保護，惟我國大法官會議解釋第 414 號中確實有提及某一言論受憲

<sup>18</sup> 李惠宗，2001，憲法要義，台北：元照，168 頁。

法言論自由保障的程度依其是否有助於形成公意、發現真理或表達信仰等而有所不同，依此推論，猥褻性論在我國憲法上的定位應是屬於受保護程度較低的言論。但大法官會議解釋已指出實現自我為保障個人言論自由的目的之一，以表現自我為目的的網路自拍雖客觀上被判定為猥褻性言論，但當網路自拍者的目的係在藉由網路自拍品表達個人自我以及對個人身體自主權的決斷時，按我國保障言論自由之旨意來看，應受到言論自由的保護。

是以，以表現自我為目的網路自拍品縱然在客觀上被認定為猥褻性言論，其旨在實現個人自我，理應有受到言論自由之保障。然而，不可否認地，言論自由不是一種絕對權利，而是一種相對權利，我國憲法第 23 條有規定言論自由「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，言論自由的行使必須顧及他人的權利或是社會公共利益，例如一個人雖然有言論自由，但是並不代表其可以任意詆毀或口出惡言侮辱、中傷他人。如前列所提到的，網路自拍和一般色情資訊相同，不能避免維護青少年身心發展的議題，而對於青少年身心的維護確實具有公益性，能夠正當化政府對於網路自拍現象的規範，大法官會議第 509 號解釋即曾指出政府機關於解釋何為猥褻性言論時，應要考量青少年身心發展維護之議題。

因此，以表現自我為目的之網路自拍者雖然可以享有言論自由，但是基於保護青少年身心發展之緣故，政府將得以限制網路自拍者的言論自由，換言之，以表現自我為目的之網路自拍者基於青少年身心發展之緣故，不得任意地透過網路散佈其自拍品，必須避免青少年可能會接觸到此類自拍品的機會，或者必須於網站入口標示類似「未成年人不得進入網站」之標語等。

政府介入規範網路自拍風具有其正當性，但是，這並不當然表示政府可以全面地禁止、取締網路自拍，相反地，政府必須講求比例原則，否則政府的作為將有可能會違憲。是以，目前警方對於網路自拍的處理方式--只要有露點即為不法並全面取締，其合憲性似乎有待商榷。

#### (四) 小結

網路自拍不一定都會該當於刑法第 235 條所定的各項犯罪，主要取決於二點，一是網路自拍品是否為猥褻品，二是網路自拍者透過網路傳佈其自拍品的行為是否該當於刑法第 235 條所定的傳佈型態。其次，表現自我乃為我國憲法言論自由所保障，為大法官會議釋字第 414 號及第 509 號所明白揭示者，以表現自我為目的的網路自拍品在客觀上雖可能被認定為猥褻性言論，但其目的在於實現個人自我與表現個人對於身體自主權的運用，應受到憲法言論自由的保障，惟面臨青少年身心發展的議題時，有可能必須退讓。

#### 四、從網路自拍看猥褻性言論規範<sup>19</sup>

各界對於網路自拍的見解並不一，警方對於此類的網路自拍不論其是否具有營利性質皆採取取締的態度<sup>20</sup>，立委林志隆認為此類網路自拍有礙風化，建議加重散布猥褻文

<sup>19</sup> 本文的討論並不特地從網路特性出發，因法律所規範的乃是因科技而發生變動的社會關係，而非科技本身。See John H. Sommer, *Against Cyberlaw*, 15 BERKTLJ 1145, 1151-61 (2000).

<sup>20</sup> 內政部於民國 85 年成立刑事警察局電腦犯罪偵查小組，88 年 7 月擴編為偵查第九隊，86 年 6 月開始

字、圖畫、聲音、影像等的刑罰以及將散布者個人姓名和照片公布在網路上<sup>21</sup>，學者何春蕤認為淨網行動逮捕非商業色情的素人自拍乃是一種利用法律箝制台灣性言論的有力手段<sup>22</sup>，學者卡維波對於司法單位以露點與否決定是否取締的標準乃是僵化、蠻橫的，取締自拍乃是對於表達自由的一大諷刺<sup>23</sup>。上列的爭論主要根源於人們對於性言論的看法不一，但更深層地來看，網路自拍的問題反映出長期存於是否有必要規範猥褻性言論並將其入罪化的論戰上。

### (一) 對於猥褻性言論規範的理由

一般而言，支持猥褻性言論應受到規範、入罪化的論點大抵有下列幾點：

#### 1. 維護社會道德/公序良俗

一般而言，支持猥褻性言論入罪化最主要的理由，乃是來自於對抽象之公序良俗、道德的維護，例如美國早期即以維護風俗道德為由而利用刑法規制猥褻性言論<sup>24</sup>。我國對於猥褻性言論的規範，最主要的考量點亦是著眼於公序良俗的維護，實務判例及大法官會議皆明白地指出此一考量點，84年台上字第6294號指出刑法第235條第一項所定的犯罪屬於侵害社會法益的犯罪，可罰性在於「使猥褻物品流傳於社會公眾，足以助長淫風，破壞社會善良風俗」，大法官會議解釋第509號指出如果出版品有妨害善良風俗，破壞社會安寧、公共秩序時，政府機關自然得立法以予規範。

#### 2. 維護青少年身心發展

另一個支持規範猥褻性言論的論點則是基於對青少年身心發展的維護，例如美國早期雖以道德為由而將猥褻性言論入罪化，但稍後美國最高法院在 *Ginsberg v. New York*(1968年)<sup>25</sup>、*FCC v. Pacifica Foundation*(1978年)<sup>26</sup>等案件中明示為維護青少年的身心發展，得以規範猥褻性言論/色情資訊。我國對於猥褻性言論的規制，除了著眼於公序良俗的維護之外，青少年身心發展的維護亦是另一考量點，大法官會議第509號指示主管機關於認定某一言論是否為猥褻性言論時，對於風化觀念之要件的詮釋，除了須尊重憲法對於言論自由的保障以及考量善良風俗外，尚應兼顧青少年身心健康之維護。

#### 3. 性別歧視

除了上列的二個理由外，支持猥褻性言論需受到規範的論點來自於女性主義的觀

---

第一波全國同步掃蕩色情網站，之後，仍不定期實施全國同步掃蕩網路色情網站。參見 張維平，我國網路犯罪現況分析，*available at* <http://www.tcpsung.gov.tw/cybercrime/page2.thm> (visited March 26, 2004)；關於網路自拍風潮，偵九隊副隊長鄭清輝曾表示只要是露三點的照片就達猥褻、妨礙風化的條件，民眾一檢舉，刑事局一定會偵查，參見 前註 21；實務上確實可見因露點的網路自拍圖片而遭警方取締、移送法辦的例子。參見「網路刊登露鳥照片 科技男判刑六個月」，TVBS-N，2004年3月11日，*available at* [http://www.tvbs.com.tw/news/news\\_list.asp?no=nancy20040311182331](http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=nancy20040311182331) (visited March 18, 2004)。

<sup>21</sup> 「你色情自拍 我全秀出來 網路黃風吹不盡 立委要求修法令 姓名照片全都露」，星報，2003年12月5日，14版。

<sup>22</sup> *Supra* note 8.

<sup>23</sup> *Id.*

<sup>24</sup> 陳新民，2001，中華民國憲法釋論，台北：三民，230頁。

<sup>25</sup> *Sam Ginsberg v. Sate of New York*, 390 U.S. 629 (1968).

<sup>26</sup> *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978).

點，視猥褻性言論是一種物化女性身體、次等化女性以及商品化女性身體的行為，滿足男性窺視女性身體的慾望，侵犯了婦女的權益並違反性別平等的原則，乃是一種性別歧視<sup>27</sup>。

除上列所稱的數個原因之外，一般認為猥褻性言論需要受到規範的原因尚來自於認為該種言論會刺激性犯罪的發生<sup>28</sup>。

## (二) 對於猥褻性言論規範的省思

對猥褻性言論的規範長期存有爭議，支持規範猥褻性言論的理由亦一直遭受攻擊，而網路自拍更加顯示規範猥褻性言論的不合理性。

### 1. 就社會道德/公序良俗的維護而言

很多言論受到管制或約束的理由多是因為其確實侵害了他人的權利，例如毀謗罪和侮辱罪之可罰性在於該種行為對個人的名譽權造成侵害，<sup>29</sup>但猥褻性言論的可罰性卻在於其侵害了抽象的社會法益--社會道德/公序良俗，很少有人會因為猥褻性言論而受到傷害，如果有也可能是會使那些不願看到該言論的人會感覺受到冒犯，但卻不能因此將猥褻性言論視為如同噪音、空氣汙染...等具有強烈外部不利益的公害，因為猥褻性言論在傳佈上乃是可以避免冒犯到那些不願意看到該言論的人，<sup>30</sup>例如於猥褻性書刊上標示「內容猥褻」、「三點裸露」等類似的資訊或是將猥褻性節目列於鎖碼頻道播出，使人們對於言論內容有預見可能性，進而決定是否要觀看該言論，但事實上刑法第 235 條的規定卻不是如此，凡只要有危害社會公序良俗的情況，即有可能該當於刑法第 235 條所定的行為態樣；其次，何謂社會道德或公序良俗？其不過是社會中多數人所持有的看法或觀感，對於猥褻性言論的規範不過是反映出這群「多數人」的想法，而忽略了「少數人」的言論，換言之，言論市場上存有一群對意見市場具有宰制力的人，他們可以決定那些言論得以在言論市場上流通，如果市場出現不合於他們品味的言論，那麼他們就會將其摒除在言論市場外，<sup>31</sup>而猥褻性言論的情況正是如此，但是言論自由是每一個人皆得享有的權利並不限於社會的多數人。其次，以社會道德/公序良俗為由亦反映出大家長式的父權思想，藉由標準化的道德標準來指示人民的正確的言論與行為，不相信人類的理性和作選擇的能力，亦不尊重個人的自主權，以道德、公序良俗為由而規範猥褻性言論的傳佈，是要求人民「端正禮儀」。

網路自拍更突顯了上列的論點。網路自拍者基於自己身體自主權，利用各種工具拍攝自己並將其上傳至網路上的行為，並不會對他人造成傷害，且網路自拍品的傳佈亦是

---

<sup>27</sup> Andrea Dworkin 及 Catharine A. MacKinnon 認為色情資訊(pornography)是一種歧視性別，侵犯女性的權益，違反性別平等。Catharine A. MacKinnon, *Pornography, Civil Rights, And Speech*, 20 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 1, 22 (1985).

<sup>28</sup> 參見 法治斌，1993，論出版自由與猥褻出版品之管制，收錄於人權保障與釋憲法制 憲法專論(一)，台北：月旦，160-161 頁。

<sup>29</sup> John Tehranian, *Sanitizing Cyberspace: Obscenity, Miller, And The Future Of Public Discourse On The Internet*, 11 JIPL 1, 6 (2003).

<sup>30</sup> See David Cole, *Playing by Pornography's Rules: The Regulation of Sexual Expression*, 143 U. PA. L. REV. 111, 128 (1994).

<sup>31</sup> 意見市場就如同商品市場，當市場出現獨占力或市場力很強的意見團體時，其即有可能可以排除其他與其相互競爭的言論/意見。

佈得以低度侵略性的傳佈方式為之，使網路閱聽人可以預期到其所將閱聽到的網路訊息內容的傳播方式，例如於進入網站前予以標示，例如「本網站為成人網站，未滿 20 歲者請勿進入」，但現行法規及警方的作法卻是不論網路自拍的傳佈方式是否有避免冒犯到不想看到該言論的人。其次，每個人對於自己的身體都享有自主權，網路使用者基於對自己身體之掌控權，透過各種拍攝工具自我拍攝並將其上傳至網路上的行為，係基於個人自由意志與意願的自發性行為，而對於網路自拍的取締就如同前面所提到的，乃是一種教導人們該如何對待自己身體的父權式思想，未有尊重個人自由意志的選擇。

## 2. 就性別歧視而言

就女性主義的觀點而言，女性主義所提到物化女性的論點並不止存在於猥褻性言論，廣告、音樂、電玩等其他言論亦有之，但該種言論所受到的言論自由的待遇卻與猥褻性言論不同，<sup>32</sup>例如幾年前台灣有一家瘦身美容業者利用一名 14 歲的少女拍攝了一支名為“返老還童”的廣告，該廣告有物化女性身體、滿足男性偷窺女性身體慾望之嫌，<sup>33</sup>業者在輿論的壓力下停止於媒體播送該廣告，但該廣告的定位乃是商業性言論，受到言論自由的保障勝於猥褻性言論所受到的保障。如果僅以物化女性、歧視女性為由即須規範猥褻性言論，那麼其他有類似情況的言論亦須受到規範，但事實卻不是如此，故僅以此為由而規範猥褻性言論，在論理上似乎稍嫌薄弱。

網路自拍的出現更使此一論理受到挑戰。網路自拍是網路自拍者自我意志運作的結果，在單純的展示自己的身體且不以營利為目的情況下，很難稱得上有將身體商品化或物化、做為交易客體的情況。此外，在有些情況下，女性乃是網路自拍品的消費者，物化的則是男性，例如男性網友為取悅女網友而進行網路自拍，<sup>34</sup>女性的權益未有受到性別不平等、性別歧視的傷害。

## 3. 就維護青少年身心發展而言

不可否認地，網路自拍和一般色情資訊相同，並不能避免維護青少年身心發展此一議題。關於猥褻性言論會對青少年身心發展造成傷害的實証研究並不多見，1950 年代的實証研究發現會影響不良少年的因素，猥褻品並不在名單中，<sup>35</sup>然此種結論可能是因為當時傳播媒介並不十分廣泛，仍以平面媒體為主，不良少年的閱讀行為亦不盛行的緣故。然而，今日傳播媒介多元化，尤其是網路對於青少年而言具有易近性，且根據調查青少年的上網率達 80% 以上，<sup>36</sup>在時空背景已大不相同的情況下，該研究並不能證明猥褻性言論或網路自拍品不會對青少年身心發展造成傷害。其次，青少年因看了 A 片而與

<sup>32</sup> David Cole, *supra* note 30.

<sup>33</sup> 參見 張錦華，2001，從“返老還童”廣告看媒體素養教育（轉載自 媒體識讀教育月刊，2001 年 2 月 1 日），available at <http://www.learn.taipei.gov.tw/089995/theme/005.htm> (visited Sep.18, 2004)。

<sup>34</sup> 參見 註 3。

<sup>35</sup> S. GLUECK & E. GLUECK, UNRAVELING JUVENILE DELINQUENCY xiv-xv (1950) 轉引自 法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，同註 28，164 頁，註 355。

<sup>36</sup> 經濟部技術處於 2003 年委託資策會 ACI-FIND 對我國家庭上網的情況進行調查，據該調查「15 歲至 19 歲」者上網比例為 95%，「10 歲至 14 歲」者上網比例為 83%。經濟部技術處產業電子化指標與標準研究計畫/ 資策會 ACI-FIND (2003)，available at [http://www.find.org.tw/0105/howmany/howmany\\_disp.asp?id=65](http://www.find.org.tw/0105/howmany/howmany_disp.asp?id=65) (visited Sep 17, 2004)

他人發生性行為或性侵害他人的新聞確實有之，<sup>37</sup>雖然這有可能是因為青少年不了解性行為的意義所致。但不可否認地，青少年的心智發展尚未成熟，正處於學習、模仿的階段，是否具自我抉擇的能力、能否真正瞭解行為的意義與結果以及自己將因此付出的成本等都令人質疑。在猥褻性言論可能會對青少年產生負面影響的情況下，避免青少年接觸到猥褻性言論以維持其身心之發展，本文認為並無不妥。但這不表示政府就可以全面禁止猥褻性言論的傳佈，在法規的設計上應是考量如何不讓青少年接觸到該等言論，例如禁止販售 A 片予青少年、要求網路自拍網站採取會員制並且不能接受青少年為其會員等。但目前刑法第 235 條卻是全面地禁止猥褻性言論，似乎有規範過廣，目的與手段不相當，有違憲之可能。

#### 4. 就刺激性犯罪而言

就猥褻性言論會提高性犯罪一事而言，根據實証研究的結果，猥褻性言論與反社會行為並不相關，<sup>38</sup>如果要說有的話，大概也只能說具有暴力性質的猥褻性言論與不受歡迎的行為間具有關聯性，而非猥褻性言論對於反社會行為的發生具有關聯性。<sup>39</sup>相反地，猥褻性言論可能有助於夫妻間相處的情趣，維持家庭的和諧，或是有宣洩性的效果，使閱聽人心中的念頭得以透過猥褻品而抒發出來，<sup>40</sup>而網路自拍亦同，其未見得會刺激性犯罪的發生，但是可見得的是網路自拍有刺激性犯罪以外的效果，例如增進夫妻之間的情趣、男女之間的情誼、取得同儕的認同等，以猥褻性言論會增進性犯罪為由而規範猥褻性言論實有待斟酌。

#### (三) 本文的看法

對於猥褻性言論的規範主要基於維護社會道德/公序良俗、維護青少年身心發展、歧視性別、刺激性犯罪等，除了避免冒犯到那些不願看到該言論的人以及青少年身心之維護外，上述規範猥褻性言論的理由都是相當的薄弱，網路自拍更加說明了此點。其次，以避免冒犯到那些不願看到猥褻性言論的人以及青少年身心發展的維護為目的來看，刑法第 235 條全面地禁止猥褻性言論，似有規範過廣、目的與手段不相當之情況。

雖然，是否要將刑法第 235 條關於散佈、公然陳列...等猥褻性言論予以除罪化，一直是人們長久以來所辯論的，能否輕易地將猥褻性言論予以除罪化確實有待商榷。但實質而論，如前所言的，除了避免冒犯到不願看到猥褻性言論及維護青少年身心發展外，規範猥褻性言論之必要性令人質疑，其次，猥褻性言論的可罰性以及將猥褻性言論入罪化是否符合刑法謙抑性的精神亦有待商榷。因此，本文建議宜修正刑法第 235 條，限縮犯罪的成立要件，或考量廢除刑法第 235 條之規定，改以行政罰處罰。

---

<sup>37</sup> 2004 年 6 月間曾有一國小男學生涉嫌性侵害同女學童，該男學童表示性行為只是一種遊戲，因此才會表演給其他同學看，表示「一直看 A 片沒意思，想找真人發洩」。「涉性侵 六女童 小五生：只是遊戲」，聯合報，2004 年 6 月 16 日，A9 版；2004 年 2 月間，台北縣一名國二學生因時常看色情影帶，為體會「做愛的感覺」而性侵害他的妹妹，「國二少年狼 學 A 片性侵犯妹」，聯合報/2004 年 2 月 28 日，A8 版。

<sup>38</sup> See Gordon HAWKINGS & FRANKLIN E. ZIMRING, PORNOGRAPHY IN A FREE SOCIETY 77-76 (1998) cited in Gretchen Witte, *Internet Indecency And Impressionable Minds*, 44 VILL. L. REV. 745, 759 n.81 (1999).

<sup>39</sup> See U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, ATTORNEY GENERAL'S COMMISSION ON PORNOGRAPHY 324 cited in *id.*, 760 n. 87.

<sup>40</sup> 參見 法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，同註 28，頁 160-163。

## 1. 修改刑法第 235 條，限縮犯罪的成立要件

目前我國刑法第 235 條第一項規定「散布、播送或販賣猥褻文字、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，...」，第二項規定「意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品者，亦同。」構成要件主要著眼於(1)物品是否構成猥褻性言論，(2)行為人散布、播送或販賣猥褻品之行為是否在事實上有不特定人或多數人(包括特定多數人)得以共見共聞，或是(3)行為人陳列或以他法供人觀覽、聽聞猥褻品之行為並非共自己或極少數特定人觀覽、聽聞，且以達危害社會秩序之程度者。整體來看，刑法第 235 條之構成要件未有考量到行為人所散布、播送、販賣、陳列或以他法供人觀覽、聽聞猥褻品之對象是否為青少年或是成年人，是否有意願看到該猥褻品，乃是採取全面性的禁止規定，因此產生刑法第 235 條之規範範圍有過廣之疑慮。

本文建議修改刑法第 235 條，將犯罪的成立要件限縮於那些向青少年，意即未滿 18 歲之未成年人以及不願看到猥褻性言論者，散布、播送、販賣、陳列猥褻品，或利用其他方法供未滿 18 歲之青少年或不願看到猥褻性言論者觀覽、聽聞猥褻品。

將犯罪條件限縮於行為人所散布、播送、販賣、陳列或以他法供人觀覽、聽聞猥褻品之對象為未滿 18 歲之青少年似較容易且較易成文化，例如可將刑法第 235 條第一項修正為「散布、播送或販賣猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品予未滿十八歲之人，或公然陳列，或以他法供未滿十八歲之人觀覽、聽聞者，...」，第二項修正為「意圖散布、播送、販賣予未滿十八歲之人而製造、持有猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品者，亦同。」雖然主觀行為係較難判斷，尤其如何能確認行為人係為意圖散布、播送、販賣予未滿十八歲之人而製造、持有猥褻品，但是本文認為尚應能從其他客觀行為推斷出，例如猥褻品以透明膠模包裝且標示內容不宜未成年觀賞，那麼應可以推斷行為人未有意圖散布、播送、販賣予未滿十八歲之人而製造、持有猥褻品。

然而，將犯罪條件限縮於行為人所散布、播送、販賣、陳列或以他法供人觀覽、聽聞猥褻品之對象為不願看到猥褻性言論者似較不易且難以成文化，但本文認為猥褻品會對於不願意看到猥褻品之人形成一種犯冒，必然是行為人在未經當事人的同意的情況下向其散布或播送猥褻品，如果當事人是主動積極地去尋求有關於猥褻品之資訊，或是行為人是在當事人的同意下才向其提供猥褻品，根本稱不上會有冒犯到他人的情況。因此，於此一部份，本文認為可以將犯罪的成立要件限縮於行為人未經當事人之同意的情況下，即主動向其散布、展示、播送或主動兜售猥褻品，例如可於修改刑法第 235 條，將其犯罪成立要件限縮於向未滿 18 歲之人散布、播送、販賣、陳列或以他法供人觀覽、聽聞猥褻品之行為後，於其中加列在未取得當事人同意前，不得主動向其散布、展示、播送或販售猥褻品之規定，例如「未經當事人同意而向其散布、播送、展示或販賣猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品者，...」。

## 2. 考量廢除刑法第 235 條之規定，改以行政罰

除了修改刑法第 235 條，限縮犯罪的成立要件之外，本文認為可以考量廢除刑法第 235 條之規定，改以行政罰為之，然而，是否於廢除刑法第 235 條之後，需另立新法以規範猥褻品之散布、播送、販賣...等或現有的法規即得以處理此一問題。

目前我國為維護兒童及青少年之身心發展，訂有「兒童及少年福利法」，該法第 26

條規定，任何人皆不得向兒童及青少年提供「足以妨害其身心健康之暴力、色情、猥褻、賭博之出版品、圖畫、錄影帶、錄音帶、影片、光碟、磁片、電子訊號、遊戲軟體、網際網路或其他物品」，故任何人皆不得向兒童及青少年提供猥褻品。其次，兒童及少年福利法第 27 條第 1 項規定「出版品、電腦軟體、電腦網路應予分級；其他有害兒童及少年身心健康之物品經目的事業主管機關認定應予分級者，亦同」，第 2 項規定「前項物品列為限制級者，禁止對兒童及少年為租售、散布、播送或公然陳列」，第 3 項則授權目的事業主管機關須定立前述物品之分級辦法。依此，新聞局訂有「電腦網路內容分級處理辦法」以及「出版品及錄影節目帶分級辦法」。按電腦網路內容分級處理辦法之規定，電腦網路內容分為四級，包括普遍級、保護級、輔導級以及限制級，<sup>41</sup>要求網路內容服務提供者須為適當的內容分級標示，<sup>42</sup>且於「提供者提供網路聊天室、討論區、貼圖區或其他類似之功能者，應標示是否設有管理員及適合進入瀏覽者之年齡」<sup>43</sup>；出版品及錄影節目帶分級辦法亦如同電腦網路內容分級處理辦法對於出版品及錄影節目帶進行分級，如出版品內容或錄影節目帶為限制級時，業者於封面明顯標示該出版品為「限制級：未滿十八歲之人不得閱聽」或「本片列為限制級，未滿十八歲之人不得觀賞」<sup>44</sup>，以設置專區或於出版品上加裝封套的方式陳列、出售或出租出版品或錄影節目帶，並於專區前明白標示「未滿十八歲之人不得租買」或「未滿十八歲之人不得租買」。<sup>45</sup>

依此來看，現行法規得以保障未滿 18 歲之青少年及兒童之身心發展，如果有違反上述兒童及少年福利法第 26 條及 27 條之規定，按該法第 55 條之規定，主管機關將得對其課予罰鍰，因此，如果於廢除刑法第 235 條，將猥褻性言論予以除罪化後，似無必要再另立新法，因為現行的兒童及少年福利法即得達到保障兒童及青少年身心健康之目的。

不可否認地，兒童及少年福利法所保障的是兒童及青少年身心健康，而不是在於保護那些不願看到猥褻性言論者。但是，本文認為如果廢除刑法第 235 條之規定後，那些不願看到猥褻性言論者並非因此而完全無法律救濟可尋，仍有可能透過諸如電腦處理個人資料保護法、民法中關於隱私權保護之規定…等規定尋求救濟，例如行為人在未依合法途徑取得當事人之個人資料，在未經當事人同意下，即用該個人資料並利用網路傳輸內含猥褻性言論之電子郵件時，行為人已違反了個電腦處理個人資料保護法之規定，<sup>46</sup>當事人自得依電腦處理個人資料保護法之相關規定請求損害賠償。

綜合上述之討論，在廢除刑法第 235 條後，現行法規得以兼顧不願看到猥褻性言論者之權益的保護以及青少年身心發展之維護，因此，本文認為無需另立新法，以現行的相關法規處理猥褻品之散布、播送、販賣…等問題即可。

## 五、結論與建議

網路使用者基於對自己身體之掌控權，透過各種拍攝工具自我拍攝並將其上傳至網路上的行為，並不一定會該當於刑法第 235 條所定的各項犯罪行為，其主要取決於二點，

<sup>41</sup> 電腦網路內容分級處理辦法§4。

<sup>42</sup> 同前註§6。

<sup>43</sup> 同前註§5。

<sup>44</sup> 出版品及錄影節目帶分級辦法§6，§18。

<sup>45</sup> 同前註§8，§19。

<sup>46</sup> 電腦處理個人資料保護法§18，§23。

一是網路自拍品是否為猥褻品，二是網路自拍者透過網路傳佈其自拍品的行為是否該當於刑法第 235 條所定的傳佈型態，以表現自我為目的的網路自拍品在客觀上雖可能被認定為猥褻性言論，但其目的在於實現個人自我與表現個人對於身體自主權的運用，故應受到憲法言論自由的保障。但更深層地來看，網路自拍風潮的盛行與警方的取締行為顯示出長期存在於是否有必要規範猥褻性言論並將其入罪化的辯論上，從涉及人體曝露、性器官或是男女性行為網路自拍來看，除了避免冒犯到那些不願看到該言論的人以及青少年身心發展的維護外，網路自拍更加突顯出支持規範猥褻性言論的理由的不合理性。其次，以避免冒犯到不願看到猥褻性言論及維護青少年身心的目的來看，刑法第 235 條全面地禁止此種言論，似乎範圍過廣，有違憲之可能。

然而，是否要將刑法第 235 條關於散佈、公然陳列...等猥褻性言論予以除罪化，一直是人們長久以來所辯論的，能否輕易地將猥褻性言論予以除罪化確實有待商榷。但實質而論，如前所言的，除了避免冒犯到不願看到猥褻性言論及維護青少年身心發展外，規範猥褻性言論之必要性令人質疑，其次，猥褻性言論的可罰性以及將猥褻性言論入罪化是否符合刑法謙抑性的精神亦有待商榷。

因此，本文建議(1)修正刑法第 235 條，限縮犯罪的成立要件，或(2)考量廢除刑法第 235 條之規定，改以行政罰處罰。如果是採用第一種方式，建議將犯罪的成立要件限縮於向未滿 18 歲之未成年人以及不願看到猥褻性言論之人散布、播送、販賣、陳列猥褻品，或利用其他方法供未滿 18 歲之青少年或不願看到猥褻性言論之人觀覽、聽聞猥褻品者。如果是考量廢除刑法第 235 條之規定，改以行政罰處罰，本文認為現行的法規，例如兒童及少年福利法、電腦處理個人資料保護法...等，已能兼顧不願看到猥褻性言論者之權益以及青少年身心發展之維護，因此，本文認為無需另立新法，以現行的相關法規處理猥褻品之散布、播送、販賣...等問題即可。

## 六、參考資料

- [1] 王銘勇，2002，網路犯罪相關問題之研究，台北市：司法院。
- [2] 李惠宗，2001，憲法要義，台北：元照。
- [3] 陳新民，2001，中華民國憲法釋論，台北：三民。
- [4] 李仁淼，2003，『網際網路與表現自由—自表現自由的觀點，思考網路色情資訊規則問題』，*月旦法學雜誌*，第 103 期，138-165 頁。
- [5] 李仁淼，2003，『網路內容規則立法之違憲審查與表現自由—以美國法上對網路色情資訊規制立法之憲法訴訟為探討』，*中正法學集刊*，第 12 期，35-141 頁。
- [6] 林子儀，1999，『言論自由之理論基礎』，收錄於言論自由與新聞自由，1-59，台北：元照出版公司。
- [7] 林子儀，1999，『言論自由的限制與雙軌理論』，收錄於言論自由與新聞自由，133-196，台北：元照出版公司。
- [8] 法治斌，1993，『論出版自由與猥褻出版品之管制』，收錄於人權保障與釋憲法制 憲法專論(一)，65-174，台北：月旦。
- [9] 吳振彰，2000，『憲法上言論自由之討論』，*中山學報*，第 21 期：39-55 頁。
- [10] 許福生，1998，『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：271-310 頁。

- [11] 劉靜宜，1998，『誰怕網路色情？言論自由、資訊科技與女性主義的三邊對話』，*台灣法學會學報*，第 19 期： 91-169 頁。
- [12] 陳銘祥，1999，『外在表現自由』，*月旦法學雜誌*，第 47 期： 118-124 頁。
- [13] 卡維波，『取締自拍 危及表達自由』，*網路雜誌：重裝 RESET* (2003)，  
<http://reset.dynalias.org/blog/archives/000049.html> (visited Feb. 25, 2004)。
- [14] 張錦華，2001，從"返老還童"廣告看媒體素養教育（轉載自 *媒體識讀教育月刊*，2001 年 2 月 1 日），*available at* <http://www.learn.taipei.gov.tw/089995/theme/005.htm> (visited Sep.18, 2004)。
- [15] 簡榮宗，2001，『台灣人比較好色？談網路色情的規範』，*權平法律資訊網*，  
<http://www.cyberlawyer.com.tw/alan2-25.html> (visited March 18, 2004)。
- [16] SHARON K. BLACK, *TELECOMMUNICATIONS LAW IN THE INTERNET AGE* (2002).
- [17] T. BARTON CARTER, *THE FIRST AMENDMENT AND THE FIFTH ESTATE REGULATION OF ELECTRONIC MASS MEDIA* (2003).
- [18] THOMAS I. EMERSON, *TOWARD A GENERAL THEORY OF THE FIRST AMENDMENT* (1963).
- [19] GERALD R. FERRERA ET AL., *CYBER LAW: TEXT AND CASES* (2001).
- [20] Mark C. Alexander, *The First Amendment And Problems Of Political Viability: The Case Of Internet Pornography*, 25 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 977 (2002).
- [21] Debra D. Burke, *Cybersmut And The First Amendment: A Call For A New Obscenity Standard*, 9 HARV. J. L. & TECH. 87 (1996).
- [22] David Cole, *Playing by Pornography's Rules: The Regulation of Sexual Expression*, 143 U. PA. L. REV. 111 (1994)
- [23] Jennifer Q. Crews, Note, *Regulating Pornography on The Internet : Cyberporn Reignites First Amendment Battles*, 20 LAW & PSYCHOL. REV. 179 (1996).
- [24] Patrick T. Egan, *Virtual Community Standards: Should Obscenity Law Recognize The Contemporary Community Standard Of Cyberspace?*, 30 SUFFOLK U.L. REV. 117 (1996).
- [25] Yuval Karniel & Haim Wismonskey, *Pornography, Community And The Internet-Freedom of Speech And Obscenity on The Internet*, 30 RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J. 105 (2004).
- [26] Gyong Ho Kim & Anna R. Paddon, *Cybercommunity Versus Geographical Community Standard For Online Pornography: A Technological Hierarchy In Judging Cyberspace Obscenity*, 26 RUCTLJ 65 (1999).
- [27] Barbara N. Ryra, Comment, *Cyberporn: Contemplating The First Amendment in Cyberspace*, 6 SETON HALL CONST. J.L. 221 (1995).
- [28] Glenn E. Simon, *Cyberporn And Censorship: Constitutional Barriers To Preventing Access To Internet Pornography By Minors*, 88 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1015 (1998).
- [29] John H. Sommer, *Against Cyberlaw*, *Berkeley Technology Law Journal* 1146, 1151-61 (2000).
- [30] John Tehranian, *Sanitizing Cyberspace: Obscenity, Miller, And The Future Of Public Discourse On The Internet*, 11 JIPL 1 (2003).
- [31] Catharine A. MacKinnon, *Pornography, Civil Rights, And Speech*, 20 HARV. C.R.-C.L. L.

REV. 1 (1985).

- [32] Jaewan Moon, *Obscenity Laws In A Paternalistic Country: The Korean Experience*, 2 WAUGSLR 353 (2003).
- [33] Russell B. Weekes, *Cyber-Zoning A Mature Domain: The Solution To Preventing Inadvertent Access To Sexuality Explicit Content On The Internet?*, 8 VAJLT 4 (2003).
- [34] Matthew K. Wegner, Note, *Teaching Old Dogs New Tricks: Why Traditional Free Speech Doctrine Supports Anti-Child-Pornography Regulations In Virtual Reality*, 85 MINN. L. REV. 2081 (2001).
- [35] Gretchen Witte, *Internet Indecency and Impressionable Minds*, 44 VILL. L. REV. 745 (1999).