臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

113年度上易字第15號

上　訴　人　臺灣花蓮地方檢察署檢察官

被　　告　劉美芳

000000000000000000

000000000000000000

上列上訴人因被告妨害風化案件，不服臺灣花蓮地方法院112年度易字第471號中華民國113年3月6日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署112年度偵字第7349號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決撤銷。

二、甲○○犯公然陳列猥褻物品罪，處拘役伍日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。

三、扣案如附表所示之物，均沒收。

犯罪事實

甲○○係址設花蓮縣○○市○○○路0○0號「車頭選物販賣店」之負責人，明知附表所示之物係供人發洩性慾(自慰)為目的之假男性及女性性器官，均屬猥褻物品，竟基於公然陳列猥褻物品之犯意，於民國000年00月間起，在「車頭選物販賣店」內電子抓物機檯內(俗稱夾娃娃機)放置附表所示之物，供不特定人投幣選物夾取，而公然陳列，嗣於112年5月5日14時許，為警在上址當場查獲，並扣得附表所示之物，而查悉上情。

理　由

一、證據能力部分：

本案當事人就本判決下列所引被告以外之人於審判外陳述之證據，均同意有證據能力(見本院卷第59頁)，本院審酌該等供述證據作成時，核無違法取證或證明力明顯過低之情，認為以之作為本案之證據實屬適當，依刑事訴訟法(下稱刑訴法)第159條之5第1項規定，應有證據能力。其餘資以認定被告犯罪事實之非供述證據，均查無違反法定程序取得之情

形，依同法第158條之4反面規定，亦具證據能力。

二、實體事項：

(一)認定犯罪事實所憑之證據及理由：

1、上揭犯罪事實，業據被告於本院審理時坦承不諱(見本院卷第61、62頁)，並有花蓮縣政府夾娃娃機店家聯合稽查記錄表1份、店內現場圖1紙、現場照片20幀在卷可佐，復有如附表所示物品扣案可憑，足認被告之任意性自白應與事實相符，堪可採信。

2、按刑法上所謂「公然」，乃足使不特定人或特定多數人得共聞共見之狀態為已足，不以實際上已共聞或共見為必要(最高法院110年度臺上字第3630號判決參照)。次按刑法第235條第1項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他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猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為...上開規定對性言論之表現與性資訊之流通，並未為過度之封鎖與歧視，對人民言論及出版自由之限制尚屬合理，與憲法第23條之比例原則要無不符，並未違背憲法第11條保障人民言論及出版自由之本旨。刑法第235條規定所稱猥褻之資訊、物品，其中「猥褻」雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限(司法院釋字第407號解釋參照)，其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背(司法院釋字第617號解釋參照)。至於「猥褻性」之判斷方法，則須審酌該物品關於性之露骨、詳細描寫敘述程度及其手法、描寫敘述(部分)

在物品整體所占比重分量、於物品上所表現之思想與描寫敘述之關連性、物品之構成、展開及因藝術性、思想性等緩和性刺激之程度等因子，經整體觀察該物品，該物品是否係在訴求一般人好色之興緻，加以判斷。查：

(1)被告公然陳列附表所示物品係直接露骨、詳細以圖樣(片)方式展現(男、女)生殖器官，同時描寫敘述與性或性交相關之文字(如「男之雄和女之渴望〈日文〉」、「SEX」、「尤物之名器」、「最高之快感」、「騷」、「絕妙」、「插入感」、「AV情人」、「單穴構造」等，見警卷第31至36頁)。

(2)以圖樣(片)方式展現生殖器官，以及描寫敘述與性或性交相關文字，在物品上所占之比重分量甚高。

(3)於物品上所表示之性(性交)思想與圖樣展現、描寫敘述關連性甚為明顯。

(4)物品之構成、展開、排列及組合等(見警卷第30至36頁)，主要係在訴求性與性交相關之思想。

(5)學術性、藝術性、科學性價值甚低，未達足以緩和性刺激程度，顯不在表現自由保護射程內。

(6)經整體觀察各別物品及(個別)物品構成、展開、排列及組合等，足認被告陳列物品僅在訴求一般人好色之興緻，無學術性、藝術性，而不足以昇華、解消露骨、粗俗之性描述，應認被告陳列之物品屬猥褻物品無疑。

3、綜上所述，本案事證明確，被告犯行可堪認定，應依法論科。

(二)論罪科刑：

1、刑罰法律規定之販賣罪，其意圖營利而販入，尚未賣出者，應論以販賣未遂罪(最高法院101年度第10次刑事庭會議決議參照)。查被告將附表之物擺放於未設任何隔絕措施，使不特定人得以見聞之電子抓物機檯內，供人投幣選物夾取，並保證投入一定金額即可取物，業據被告於警詢中供承在卷(見警卷第10至12頁)，雖有販賣意欲，然因無

證據證明被告已有賣出，且刑法並未處罰販賣猥褻物品未遂罪，自無從以販賣猥褻物品罪或其未遂罪相繩。

2、核被告所為，係犯刑法第235條第1項之公然陳列猥褻物品罪。被告意圖販賣而持有猥褻物品之低度行為，為公然陳列猥褻物品之高度行為所吸收，不另論罪。被告自000年00月間起公然陳列猥褻物品，迄至為警於112年5月5日查獲時止，均為犯罪行為之繼續，屬繼續犯。

三、撤銷改判之理由、量刑及沒收：

(一)原審諭知被告無罪，固非無見。惟查：附表物品確屬猥褻物品，詳如前揭二(一)2所述，原審以附表物品未達刑法上「猥褻」程度而為無罪諭知，容有未洽，檢察官上訴指摘原審事實誤認，為有理由，應由本院撤銷改判。

(二)量刑：

爰以行為人之責任為基礎，審酌：

1、被告為圖販賣以營利而為本案犯行之犯罪動機及目的，具有私慾私利性；

2、被告擺放附表物品在人潮較多之花蓮縣花蓮市國聯三路「車頭選物販賣店」內、店外未張貼未滿18歲人請勿進入、陳列猥褻物品數量非少、陳列時間非短等犯罪手段及情節尚稱激烈；

3、被告行為侵害性之道德感情、妨礙社會風化等犯罪所生損害，尚難謂嚴重；

4、被告於本案犯行前並無法院判罪處刑紀錄(見本院卷附臺灣高等法院被告前案紀錄表)，素行品行非差；

5、被告於原審準備程序(見原審卷第42頁)及本院審理時坦承犯行(見本院卷第61、62頁)，可徵其已知所過錯，反省本案己身所為，犯罪後態度尚可；

6、被告自陳高中肄業之教育智識程度(見原審卷第75頁)，參以被告於偵訊中供承：附表之物不適合給小孩子看等語(見偵卷第24頁)，可徵其違法性認識、控制行為能力非差；

7、被告現無業，無收入、經濟狀況勉持，須照顧相依為命領

有身心障礙證明之老母(見原審卷第75頁，本院卷第61頁)等家庭經濟生活狀況；

本院審酌上開各情、檢察官、被告關於量刑之意見(見原審卷第76頁、本院卷第62、63頁)，暨衡酌「罪刑相當原則」等一切情狀，量處被告如主文之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

(三)沒收：

按「前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。」刑法第235條第3項定有明文。查扣案如附表物品，均為猥褻之物品，不問屬於被告與否，均應依刑法第235條第3項規定沒收之。

據上論斷，應依刑訴法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段規定，判決如主文。

本案經檢察官簡淑如偵查起訴，檢察官陳宗賢提起上訴，檢察官崔紀鎮到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　6　　月　　26　　日

刑事第一庭審判長法　官　林信旭

法　官　張健河

法　官　顏維助

以上正本證明與原本無異。

被告或得為被告利益上訴之人如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　6　　月　　26　　日

書記官　秦巧穎

附表：

編號	物品名稱	數量(個)
1	假陰道	1

2	上原亞衣假陰道	1
3	御姐款假陰道	1
4	淫語彼女假陰道	1
5	佰色貓假陰道	1
6	霸王假陽具	1
7	七色香假陽具	1
8	春之苑假陰道	1
9	AV情人假陰道	1
10	修羅斗士假陽具	1
11	修羅斗士假陽具	1
12	修羅斗士假陽具	1

附錄本案論罪科刑法條全文：

中華民國刑法第235條

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2年以下有期徒刑、拘役或科或併科9萬元以下罰金。

意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他物品者，亦同。

前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。