

# 論無碼軟蕊色情片的法課題

羅承宗\*

## 壹、問題緣起

先將時間拉到2003年8月間，台北地檢署偵結《台灣水電工》案，根據當時新聞報導，檢方將本土A片演員「萱萱」、「阿賢」與拍攝的導演、攝影師、燈光師等6人依妨害風化等罪嫌提起公訴<sup>1</sup>。雖然台北地檢署請求法院從重量刑，但台北地院在同年11月上旬，依簡易判決分別判處萱萱、阿賢等人有期徒刑4至5月，併科1萬元罰金，6人皆得易科罰金。法院審理時，被告等人都認罪，法官還當庭勸告萱萱「不要再犯」云云<sup>2</sup>。

將時間拉回2021年當下，在情色平台拍攝無碼成人影片爆紅的「吳夢夢」，不滿自己出資拍攝的付費成人片，遭網友免費分享，

整理外流名單後鎖定逾50人提告，宜蘭地檢署偵查後認為，吳夢夢確實擁有遭人外流的3部成人片著作權<sup>3</sup>，網友盜錄轉傳已構成侵權，將他起訴並向法院聲請簡易判決；宜蘭地院審理後認定張姓網友罪證明確，但審酌其目的並非營利，到案即認罪且無前科，因此以違反著作權法判處拘役40天，得易科罰金4萬元，新聞媒體稱此為創下首宗司法判決保障無碼成人片著作權的紀錄<sup>4</sup>。有律師對本案撰文提到，並指出只要「夢夢」外流的性愛影片內容沒有硬蕊暴力、性虐待、人獸交等內容，是可以依著作權法提出告訴<sup>5</sup>。亦有律師指出，早年司法見解將成人片視為猥褻物，認為其並不擁有智慧財產權，但近年有許多像是日本AV片商組成的協會IPPA跨海提告

\* 本文作者係南臺科技大學財經法律研究所教授兼所長

註1：聯合報，〈A片演員製作群六人起訴〉，2003年8月7日，B4版／北市綜合。

註2：聯合報，〈A片演員阿賢、萱萱判刑五月〉，2003年11月4日，B4版／北市綜合。

註3：分別為《到粉絲家提供慰撫五分鐘不射精即可無套為性行為之挑戰》、《在粉絲家人在家時挑戰不關門性交》及《與家教老師利用家長外出時在飯桌處等發生性行為》等3部片。引自：蘋果新聞網，〈吳夢夢自製A片被PO「謎片群組」怒告！15男粉急和解 他不從卻讓她踢鐵板〉，2021年5月13日，網址：<https://tw.appledaily.com/local/20210513/HJWSBELZRNCK3HKR6JVYA6MUZQ/>（造訪日期：2021年6月23日）。

註4：顏凡裴，〈【無碼片有版權】吳夢夢告贏老司機 無碼啪片有版權創首例〉，鏡週刊網站，2021年6月2日，網址：<https://www.mirrormedia.mg/story/20210601inv001/>（造訪日期：2021年6月20日）。

註5：雷皓明，〈Swag夢夢性愛片外流，淚告侵害A片著作權 律師：沒有「哈扣」就可以！〉，法律010網站，2020年8月24日，網址：<https://laws010.com/blog/intellectual-property-rights/copyright/copyright-02>（造訪日期：2021年6月23日）。

的判例，顯見現今司法見解認為，成人影片也是著作的一種，應受到智慧財產權法保障，「但過去判例都會參照日本法規，成人影片必須在私處打上馬賽克，否則就違法，無碼片被認為有著作權，確實少見。」等語<sup>6</sup>。

早在10年前，日本Max A株式會社等8家色情影片業者，因不滿中華電信公司MOD服務涉嫌播放其未授權作品，於2010年4月間跨海來台，以捍衛著作權為由，委託律師要求中華電信、台灣大哥大、遠傳、威寶等…多家電信業者及有線電視台與其洽談授權，否則將提告求償。此外，日方委託律師亦對國家通訊傳播委員會縱容中華電信和有線電視播放未經授權影片一併提出批判。在此現實法院訴訟脈絡下，綜觀10年來法律界在「成人片受不受著作權保護？」諸多相關議論的展開，主要還是以遮掩主要性器官（有碼賽克）為主的日本成人影片為基礎所展開。

如所周之，1999年作出的最高法院88年度台上字第250號刑事判決，法官以色情影片內容違反「善良風俗」而主張不受著作權保護。2005年作出的最高法院94年度台上字第6743號刑事判決依舊重申「有悖於公共秩序善良風俗，尚難認係著作權法所保護之著

作」立場。但自莫約從2010年開始，最高法院上述見解開始受到挑戰，法學界若干專攻智慧財產權領域的學者陸續有多篇論文，專就此課題加以探討<sup>7</sup>，多數文獻認為最高法院見解不當，咸認即便是色情影片，僅要符合最低程度的創作性，就應受著作權保護。到了智慧財產法院101年度刑智上易字第74號刑事判決，即拒絕採納「猥褻性作品不受著作權保護」之結論<sup>8</sup>。對此，智慧財產法院還特於2014年2月20日發佈新聞稿，闡明：色情著作違反社會道德或法律標準時，國家為兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，固可對色情著作之製造、陳列、散布、播送、發行及持有等行為，採取適當之管制措施，受法令之限制或規範，然不得限制色情著作取得著作權，因具有色情性質之創作，並非不受著作權保護之標的，其與取得著作權無涉。職是，基於著作人權益與社會公共利益之調和，雖得限制具有原創性色情著作之著作權行使，然衡諸比例原則，不得全面否定具原創性之色情著作應享有之著作權，創設法律未禁止之要件等語<sup>9</sup>。

此一爭議課題經過10餘年的討論後，筆者基本上贊同當前主流見解，認為色情影片應

註6：此為律師翁偉倫受訪時發言。顏凡裴，〈【無碼片有版權】吳夢夢告贏老司机 無碼啪片有版權創首例〉，鏡週刊網站，2021年6月2日，網址：

<https://www.mirrormedia.mg/story/20210601inv001/>（造訪日期：2021年6月20日）。

註7：這部分學術見解整理，可參，黃致穎（2015.11），〈從黑格爾哲學論著作權之公序良俗概念——以猥褻性作品為主〉，《法令月刊》，第66卷第11期，第62-64頁。

註8：黃致穎，前揭註，第60頁。

註9：智慧財產法院新聞稿，〈本院101年度刑智上易字第74號違反著作權法等案件，業於103年2月20日下午2時25分宣判〉，2014年2月20日，網址：

<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=150541&flag=1&regi=1&key=&MuchInfo=&courtid=>（造訪日期：2021年6月20日）。

受著作權保護的論點<sup>10</sup>，但本文也想提醒的是，從2003年《台灣水電工》取締案的「萱萱」到2021年的「吳夢夢」，18年來無碼軟蕊色情片所涉及的相關法律課題，除了常被探討的著作權外，實則也橫跨刑法、乃至行政法領域。而其中法院判決見解的分歧，更饒富興味。尤其，發展到今天，只要打開家裡有線電視訂閱鎖碼頻道，成年人不僅能直接觀賞由歐美片商製播的無碼軟蕊色情片<sup>11</sup>，而網路影音平台亦有許多由台灣業者產製的無碼軟蕊色情片可供觀覽，整體的社會現況與光碟片時代早已不可同日而語。有鑑於此，本文爰就若干法律課題，進行考察。

## 貳、現況鳥瞰

在法界2010年下半年幾篇探討色情著作是否享有著作權保護的論文中，對於研究的對象，或稱之為色情著作，或稱之為色情影

片，或文中直接以A片二字代表，相關用語概念仍屬抽象，容有釐清的必要。

所謂色情影片，亦即俗稱的A片，英文以ADULT VIDEO對應，根據維基百科解釋，乃是指以滿足性方面需求所製作之影像作品，因此又簡稱為AV<sup>12</sup>。日本的成人影片與歐美呈現方式不同，即便皆以成人為銷售散佈對象，但若裸露性器官者，該作品會被認為係違反日本刑法第175條散佈猥褻物品罪而遭取締<sup>13</sup>。為求兼顧法律規範與市場需求，在日本政府安排下，成立了「ビデオ倫理協會」（日本VIDEO倫理協會）的組織。該協會規範出第三點不露且不露毛的規定，打上遮掩的色情片遂被稱為「修正映像」或「表ビデオ（Video）」。這種方式算是一個兼顧法律與市場需求的妥協手段，亦即只要有遮掩處理，色情片基本上就是屬於著作權法保護，不受刑法取締而可合法上市販售的出版品<sup>14</sup>。前揭日本Max A株式會社等8家成人影片業者

註10：如2020年7月新北地方法院107年度智訴字第7號判決、2021年4月智慧財產法院109年度刑智上訴字第30號判決指出，按我國著作權法採創作保護主義，著作權法第10條定有明文。色情著作如係本於獨立之思維、智巧及技匠，具有原始性與創作性，著作人於色情著作完成時，即享有著作權。普法性質的介紹，可參見：雷皓明，〈A片有著作權嗎〉，ETtoday新聞雲網站，2020年01月24日，網址：

<https://www.ettoday.net/news/20200124/1626247.htm>（造訪日期：2021年6月20日）。

註11：自由時報，〈鎖碼頻道下月解放露點不用「馬」〉，2017年5月2日，網址：

<https://news.ltn.com.tw/news/life/paper/1098850>（造訪日期：2021年6月23日）。

註12：參照維基百科日文版「アダルトビデオ」詞條，網址：

<http://ja.wikipedia.org/wiki/%E3%82%A2%E3%83%80%E3%83%AB%E3%83%88%E3%83%93%E3%83%87%E3%82%AA>（造訪日期：2021年6月20日）。

註13：根據2011年修正的日本刑法第175條，規定：公然陳列或散布猥褻文書、圖畫、有關電磁紀錄的紀錄媒體或其他物者，處2年以下懲役或250萬（日）元以下的罰金或科料，或併科懲役與罰金。利用電訊通信散布猥褻電磁紀錄或其他紀錄者，亦同（第1項），以有償的散布目的而持有前項物品、或保管同項的電磁紀錄者，亦同（第2項）。山中敬一，周慶東（譯）（2013），〈論日本最近的刑法修正〉，《高大法學論叢》，第8卷第2期，第56頁。

註14：夜影（筆名），〈有碼比較優！〉，AVNO1網站，網址：

宣稱被台灣有線電視、中華電信侵犯的色情影片，其實就專指這類的有碼片。

另一類跟有碼片分庭抗禮，有時甚至可能更受消費者青睞的，就是毫無遮掩大方呈現男女性器與性交畫面的無碼片，也是本文所探討的無碼色情片。在日本又被稱為「無修正映像」或「裏ビデオ」。這類影片主要的來源為歐美，亦有日本廠商為了規避日本法律而選擇設立於海外<sup>15</sup>。但整體而言仍以美國為大宗。

不管是昔日的光碟片，抑或今日透過網路傳輸的網站平台，無碼色情片在台灣市場長期流通，一方面雖早是公知事實，但由於我國刑法第235條針對散佈猥褻物品予以處罰，倘若常民世界所稱的色情踏入了猥褻範疇即構成犯罪<sup>16</sup>。「性器官有無遮掩」又係我國往昔偏好判斷是否猥褻物品的重要標準。至少在2006年10月司法院釋字第617號解釋前，依一般社會觀念殊難想像毫無遮掩性器官的色情影片，有不落入猥褻物品範疇的可能性。2003年《台灣水電工》取締案，即為例證。在當時時空與法治環境下，從警察到檢察官乃至法官，相信無人會認為《台灣水電工阿賢》、《台灣宋慧喬—萱萱日記》等無碼軟蕊色情片，非屬刑法第235條應予取締

的猥褻物品。

## 參、無碼即猥褻？分歧的法院判決

### 一、司法院釋字第617號解釋創設的新座標與衍生課題

何謂猥褻？1996年司法院釋字第407號解釋，雖認為所謂猥褻出版物，是指足以刺激或滿足性慾，並引起一般人羞恥或厭惡，而妨害風化者，儘管誠如學者批判，如此空泛的用語，實有等於無，並無太大實質意義<sup>17</sup>。當時有一檢察實務見解值得注意者，在於2003年11月間雲林地檢署曾就有碼色情片法律問題提出探討，案由為：「某甲在公眾得出入之場所，販售內容為男女性交畫面、但性器官部位均以馬賽克處理之色情光碟片。是否成立刑法第235條第1項之散布、販賣或公然陳列或以其他方法供人觀賞猥褻物品罪嫌？」。在否定、肯定與折衷三說間，原本雲林地檢署決議採否定說，認為「光碟片中之性交畫面，性器官部位既均以馬賽克遮蓋，則未違反社會善良風俗，應非屬刑法所稱之猥褻物品，自不構成上述罪嫌」。不過後續經高等檢察署與法務部研究後，還是比較保守地傾向折衷說，主張「…是男女性交

<http://www.playno1.com/article-367-1.html#.YM6cUuAzapo>，2007年10月12日（造訪日期：2021年6月20日）。同旨另參：蔡誌欣、阮芳賦、黎進三（2014.7），〈日本AV影片內容分析之研究：以性學觀點探討〉，《性學研究》，第5卷第2期，第7頁；王勁力、廖欽福（2017），〈論多元文化國下之文創產業與文化管制——以成人情色文化與產業為中心〉，收於許育典主編《多元文化下文創產業、娛樂產業與數位網路法制》，第77頁，元照出版有限公司。

註15：蔡誌欣、阮芳賦、黎進三，前揭註14，第9頁。

註16：同旨參照：王勁力、廖欽福，前揭註14，第74-75頁。

註17：吳景欽，〈有無碼是認定猥褻的關鍵嗎？〉，ETtoday新聞雲網站，2014年11月20日，網址：<https://forum.ettoday.net/news/427618#ixzz6yWNSaqOK>（造訪日期：2021年6月20日）。

畫面、性器官部分鏡頭以馬賽克處理，是否視為猥褻物品不可一概而論，端視畫面之內容是否足以使一般人產生羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情」<sup>18</sup>。儘管如此，不過長久以來，從檢警到法官，還是習以有無裸露性器官及交媾畫面作為判斷色情片是否構成妨害風化罪的重要判斷標準之一。

自從2006年司法院釋字617號解釋作成後，法治上則釀成了地殼板塊變動般的劇變。簡單來說，面對色情影片，有無遮掩性器官不再是猥褻罪構成與否的判斷標準，取而代之的全新作標則是用「硬蕊」(hard core)、「軟蕊」(soft core)標準予以界分猥褻物品。所謂「硬蕊」猥褻物品，係指「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」，只要被認為屬於「硬蕊」之猥褻物品，不論其有無適當的阻隔，都被將法律所取締。至於「軟蕊」猥褻物品，則是在「硬蕊」猥褻物品外，亦即不涉及暴力、性虐待或人獸性交但又會足以刺激或滿足性慾，臉紅心跳的猥

褻資訊或物品。這類性質上屬於「軟蕊」猥褻物品，只要用適當安全手段加以阻隔，就會被排除於猥褻物品取締範圍之外<sup>19</sup>。

誠如學者指出，大法官創造「軟蕊、硬蕊」的界分標準，無疑具有濃厚美國法色彩。但若把此理論橫向移植台灣，有一點恐怕被當年大法官忽略的是：美國色情片都以無碼呈現，大抵沒有以無碼賽克遮掩問題。但是反觀台灣與日本，觀眾偏好與法制狀況相近，且主要流通作品為日本的有碼色情片<sup>20</sup>。

司法院釋字617號解釋為猥褻物品創設了相對明確、執法上可操作的新作標，固然值得肯定<sup>21</sup>。將硬蕊色情片劃入猥褻罪的範疇，也大致符合社會常民的法律情感。只是在軟蕊無碼片部分，由於司法院釋字617號解釋既揚棄實務行之多年的「裸露性器官及交媾畫面」而改以軟蕊、硬蕊作為判斷猥褻物品的標準，則倘若色情影片內容雖充斥性器官及交媾畫面，但卻不涉及硬蕊內容，且具有適當安全隔絕措施者，這類的軟蕊無碼片應排除在刑法猥褻物品取締範圍外。更明白的

註18：引自《法務部公報》，第317期，2003年12月16日，第36-37頁。

註19：有關實務與學說見解之整理，可參：李彥光(2009.9)，〈論刑法上性交、猥褻與性騷擾之界限〉，東吳大學法學院法律學系碩士論文，第121頁以下。另參：王勁力、廖欽福，前揭註14，第82頁。

註20：王勁力、廖欽福，前揭註14，第84頁。

註21：當然亦有對於該號解釋大力撻伐的觀點，學者黃榮堅即批判刑法第235條處罰散播猥褻物品行為範圍過廣，大法官解釋只有宣告本條文違憲一條路。刑法第235條經過「合憲解釋」的結果，除了侵害立法權之外，反而變成一個可以恣意解釋的欠缺構成要件明確性的條文。參見：黃榮堅(2006.12)，〈棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋〉，《台灣本土法學雜誌》，第89期，第73頁。另外，對於硬蕊、軟蕊標準的批判，可參見：黃朝義(2013.12)，〈販售猥褻光碟片構成犯罪與否之判斷基準——從新北地院一〇二年度簡上字第七號判決與釋字第六一七號解釋論〉，《月旦法學雜誌》，第223期，第256-257頁；黃琬倫(2015.7)，〈論性表現與公然猥褻罪及散布播送陳列猥褻物品罪〉，國立高雄大學法律學系研究所，第94-95頁；李庭歡(2019.1)，〈論性的刑事規制——散布猥褻物品罪之再檢視〉，國立台灣大學法律學院科際整合法律學研究所，第118-119頁。

說，於2006年10月釋字617號解釋作成後，「無碼色情片＝猥褻物」的傳統標準理應不復存在，如前述《台灣水電工》、《瑄瑄日記》等曾於2003年遭刑法取締的無碼作品，由於其內容尚不涉及硬蕊情節，在司法院釋字617號解釋後，理論上就有合法生存的解釋空間<sup>22</sup>。

人對於性資訊的需求，就如同我們對於其他資訊的需求一般，有了充分的資訊我們才能夠決定我們的慾望是什麼，以及如何滿足我們的慾望，如此才能夠讓人的生活所要追求的快樂達到最大化<sup>23</sup>。承此觀點，既然要透過觀賞色情影片來滿足慾望，則強調觀看色情影片之餘卻要求特別要遮掩性器官，似乎毫無邏輯可言。本文要強調的是，不管是大法官們的「有心栽培」抑或「無心插柳」，司法院釋字617號解釋這個新座標一舉移除了電視或電腦螢幕上多少年來惱人不已的那塊模糊地帶，讓有適當安全隔絕措施的軟蕊無碼片，可能免於遭到刑法猥褻物品罪取締。從而衍生的後續課題則是：此標準乃超越色情片大國日本，而與歐美等國並駕齊驅。

只是回顧過去10年來我國法院相關審判實務，作為告訴人一方的日本成人影片商基本上並非依循我國的司法院釋字617號解釋「軟蕊·硬蕊」標準產製影片，主要還是以男女性器官有無適度的遮掩為關鍵，僅有少數判決才會觸及無碼成人影片的問題，因此這個新作標所帶來的衝擊影響並不明顯。然

而，隨著時代推移至今，尤其在網路情色平台高速便捷傳遞下，日本海外片商、歐美片商，甚至由台灣產製的無碼成人影片已為數頗多。倘若以司法院釋字617號解釋來看，「吳夢夢」系列影片在內容並未涉及硬蕊內容前提下，即便影片裡男女性器官毫無遮掩，只要有適當的隔離措施機制防範未滿18歲之人接觸，即應非屬刑法第235條的取締對象。

## 二、若干相關判決考察評析

### （一）無碼軟蕊非猥褻物品：臺北地方法院102年度易字第785號判決、臺灣高等法院102年度上易字第2591號判決

本案被告從網路下載無碼色情影片，2013年7月間並於「UT北部男同志」聊天室以密語方式進行兜售，遭網路巡邏員警查獲，旋遭台北地檢署以刑法第235條第1項之販賣猥褻物品罪嫌起訴。2013年10月作出臺北地方法院102年度易字第785號判決，本案是否構成刑法第235條，法官林怡伸主要從無碼色情影片係「硬蕊或軟蕊」、「有無適當安全隔絕措施」兩階段加以判斷。就前者而言，法官認為：…揆諸前揭釋字第617號解釋意旨，本件被告所販賣者，應屬第二類即「非硬蕊」之猥褻物品，而非第一類「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「硬蕊」猥褻物品，故本件應審究者，乃係被告販賣上開色情影片有無採取適當之安全隔絕措施。換言之，無碼色

註22：王勁力、廖欽福，前揭註14，第85頁。

註23：黃榮堅，前揭註21，第57頁。

情片於經確認為「非硬蕊」內容後，即進入後階段有無適當安全隔絕措施的檢討。

至於在後者部分，法官林怡伸則進一步闡述：…被告並非公開在網路上販賣毫無隔絕之猥褻物品，而係將販賣訊息以密語方式傳送予在「UT北部男同志」聊天室線上之人，凡收受此訊息之人，當可自行斟酌是否有購買意願並進而決定是否另與被告以skype方式聯絡購買事宜，縱使有購買意願，亦無法直接得知或取得扣案行動硬碟之色情影片完整內容，是本案應認被告業已採取適當之安全隔絕措施無訛。從而，依司法院釋字第617號解釋意旨，被告縱有因販賣而持有扣案「軟蕊」猥褻色情影片之行為，在其已採取適當安全阻隔措施之情況下，即不應以刑法第235條之罪相繩。

本案經檢察官不服上訴後，臺灣高等法院於2014年1月很明快地作出臺灣高等法院102年度上易字第2591號判決，駁回台北地檢署上訴。再由審判長洪光燦、法官楊智勝、邱同印組成的刑事第一庭裡，法官們主要延續臺北地方法院102年度易字第785號判決的基本立場，一方面在法理上指出「按釋字第六一七號，以「硬蕊」、「軟蕊」區分而異其成罪之要件，若販賣之光碟，內容上屬於含有暴力、性虐待、人獸交等「硬蕊」之猥褻資訊或物品，不論有無適當的隔絕措施，均構成犯罪；若內容非「硬蕊」，即被歸類為「軟蕊」，此時，應再次判斷有無「適當

之安全隔絕措施」，若有隔絕措施，不會成罪；否則應成立本罪」，另一方面就本案事實面而言，認為「本件被告販賣之色情影片既屬非硬蕊之一般猥褻物品，且已採取適當之安全隔絕措施，尚與刑法第235條第1項所規範販賣猥褻物品罪之構成要件有別」，進而駁回台北地檢署上訴，全案定讞。

## （二）無碼即猥褻物品？智慧財產法院109年度刑智上訴字第30號判決

回顧2021年4月作成的智慧財產法院109年度刑智上訴字第30號判決，其後的事實背景就是日本「知的財產振興協會」（IPPA）代表羽部康裕受日本成人片商委任，長期在台灣從事檢舉盜版片工作進而衍生的一連串法院裁判<sup>24</sup>。因此整個法院審判的主軸，大抵環繞在跟告訴人有密切經濟關係性的案扣170餘片「侵害他人著作權所重製」的有碼色情光碟而已。至於同案被扣押的1,517片無碼光碟，法院則稱：

扣案1,517片無碼光碟為猥褻物品：按猥褻出版品，乃指一切在客觀上，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。刑法第235條第2項規定所謂意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻資訊、物品之行為，亦僅指意圖傳布含有暴力、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

註24：蘋果日報，〈情趣店長怒告AV巨頭 原來日本成人片商抓盜版「搞錯片」〉，2019年10月20日，網址：  
<https://tw.appledaily.com/local/20191020/KX63KSMHVVFCNBAPXSBGIYDWHI/>（造訪日期：2021年6月21日）。

褻資訊或物品而製造、持有之行為，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斥之猥褻資訊或物品，意圖不採取適當安全隔絕措施之傳布，使一般人得以見聞而製造或持有該等猥褻資訊、物品之情形（參照大法官釋字第407號、第617號解釋）。證人即承辦警員謝○○於原審審理陳稱：伊們就查扣色情光碟部分，僅就成品（即有包裝封面）1,682片進行細部勘驗，裡面含有165片有碼片，另外1517片為無碼片，屬於無著作權之猥褻物等語…另上開扣案影片之內容，多有包括強調性器官特寫、性器官接合等畫面，此有臺灣新北地方檢察署刑事警察局偵查第四大隊106年8月15日職務報告、查扣色情光碟數量勘驗彙整表各1份、勘驗截圖164張及勘驗PDF檔光碟在卷…可查，是該等扣案之猥褻光碟足以使一般人產生興奮或刺激性慾，而與單純展現人體美感因而裸露女子乳房、下體之圖像不同，更與具有教育性、醫學性之影像迥異，其拍攝手法足使觀者產生羞恥心理及厭惡感而傷害善良風俗及性之道德感情，衡諸目前社會觀念，足認扣案之如附表所示猥褻光碟，屬於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斥之猥褻資訊或物品。

智財法院審理的核心在於判斷著作權侵害

情事的有無，至於扣案1,517片無碼光碟是否為猥褻物品？智財法院在本案裡其實並沒有花心思進行直接勘驗，而僅完全聽信警方的供述或職務報告而間接判斷，並將這批無碼光碟一概以猥褻物品視之。這個見解，本文難以苟同。詳言之，隨著大法官釋憲制度與時俱進的發展，判斷是否構成刑法上猥褻物品罪的法律標準，早已從1996年司法院釋字第407號解釋「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」此一虛無飄渺、猶如法律咒語般的模糊文字，進一步進展到相對具體、可操作的司法院釋字第617號解釋。如前揭於2013至2014年間作成的臺北地方法院102年度易字第785號判決、臺灣高等法院102年度上易字第2591號判決所示，法院理應稟持2006年司法院釋字第617號解釋意旨來進行刑法上猥褻物品罪的判斷。

本文認為，智慧財產法院109年度刑智上訴字第30號判決對於無碼色情片的理解，可謂完全漠視了司法院釋字第617號解釋存在，令人費解。誠如學者曾批判目前司法實務，竟以有無打上馬賽克遮住重要部位來為是否猥褻的認定基準，雖可避免差別對待，卻明顯有違釋字第617號解釋之精神，且大法官想將軟性色情品去罪化的美意，亦將因此大打折扣<sup>25</sup>。就本案來說，倘若智財法院真的有興趣想究明這扣案1,517片無碼片是否刑法上的猥褻物品，法官應進一步就其內容依據司法院釋字

註25：吳景欽，〈有無碼是認定猥褻的關鍵嗎？〉，ETtoday新聞雲網站，2014年11月20日，網址：<https://forum.ettoday.net/news/427618#ixzz6yWNSaqOK>（造訪日期：2021年6月20日）。

617號解釋「軟蕊／硬蕊」標準具體、直接勘驗這批無碼色情片。倘若其內容屬於軟蕊色情片，縱令毫無碼賽克遮掩，也不應受檢警機關「無碼色情片＝猥褻物」的古老標準左右，而遽指其為猥褻物品<sup>26</sup>。

#### 肆、兒童及少年福利與權益保障法的視角觀察

兒童及少年福利與權益保障法第44條規定，新聞紙以外之出版品、錄影節目帶、遊戲軟體應由有分級管理義務之人予以分級；其他有事實認定影響兒童及少年身心健康之虞之物品經目的事業主管機關認定應予分級者，亦同（第1項）。第一項物品之分級類別、內容、標示、陳列方式、管理、有分級管理義務之人及其他應遵行事項之辦法，由中央目的事業主管機關定之（第3項）。在此立法授權下，有關色情影片部分，出版品及錄影節目帶分級管理辦法第5條規定，出版品之內容有涉及「過當以語言、文字、對白、聲音、圖畫、攝影描繪性行為、淫穢情節或裸露人體性器官者」情形，有害兒童及少年身心健康者，列為限制級，未滿18歲之人不得閱聽。此即為我國「18禁」的法源依據，其中關於與刑法猥褻罪的差異，值得觀察。

詳言之，稟持前揭兒童及少年福利與權益保障法第44條建立分級制度的立法授權，出版品及錄影節目帶分級管理辦法第5條第4款規定，出版品之內容有過當以語言、文字、對白、聲音、圖畫、攝影描繪性行為、淫穢情節或裸露人體性器官情形，有害兒童及少年身心健康者，列為限制級，未滿18歲之人不得閱聽。類似的修正，也見於電視節目分級處理辦法第4條3款，規定電視節目有以動作、影像、語言、文字、對白、聲音表現淫穢情態或強烈性暗示，18歲以上之人尚可接受者情形，列為「限」級，並應鎖碼播送。由此觀之，可見從出版品、錄影帶到電視節目，「限制級」的概念正在悄悄地朝寬鬆方向調整。刑法長久以來使用的「猥褻」概念已經相當巧妙地被抽換揚棄，而改而創設出更明確的文字，藉以劃定什麼樣內容的色情影片禁止18歲以下之人過早接觸，以妨礙身心發展。

至於在另一方面所透露出來的端倪則是，蓋成人色情影片大抵就是「過當以語言、文字、對白、聲音、圖畫、攝影描繪性行為、淫穢情節或裸露人體性器官」或是「以動作、影像、語言、文字、對白、聲音表現淫穢情態或強烈性暗示，18歲以上之人尚可接受」為內容，稟持司法院釋字617號解釋意

註26：為何檢警機關有此傾向？學者黃朝義從刑事程序偵察觀點有相當深入的剖析。黃朝義指出，實體法如何解釋不法構成要件，直接影響偵查與審判實務。釋字第617號將問題複雜化，先區分硬蕊、軟蕊，導致偵查與審判機關得先去勘驗其內容。然偵查本屬流動之進程，任何可能性都存在，在未扣案勘驗前，如何得知販賣的內容屬於硬蕊。因此，偵查實務或許可以在網路購物時詢問內容有無涉及暴力、虐待等硬蕊性資訊，以為判斷偵查應否進行。然過程中對於光碟片內容問得太多，一定會令販賣者生疑，警察之辦案勢必受阻。是以，在釋字第617號「硬蕊」、「軟蕊」判斷標準存在時，任何偵查實務都難以被歸納為牴觸釋字第617號。引自：黃朝義，前揭註21，第260-261頁。

旨，即便是無碼成人片，只要內容並非硬蕊又有適當安全隔絕措施，當聽閱者年滿18歲以後，即可自由觀賞這些限制級影片。而製作散佈這些限制級影片的業者，亦應屬於合法的商業行為，也不應再以刑法猥褻罪相繩。總之，司法院釋字第617號解釋給了軟蕊色情片一個合法存在的空間，縱使內容令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒，但只要具備安全隔絕手段，就能排除刑法猥褻物品取締之列。不過也值得注意的是，相較於語帶模糊的大法官釋字第407號解釋，司法院釋字第617號解釋關於猥褻範疇的界定益加明確，尤其將猥褻物品區分軟蕊 / 硬蕊的創意造法，更為本號解釋最大的特色。只是不諱言的是，即使是產製成人影片大國的日本，到今天為止「無修正映像」這類的無碼色情片，仍是刑法猥褻罪取締的對象。

## 伍、當SWAG重新開站時：代結論

在2006年司法院釋字第617號解釋之後，已採取適當安全隔絕措施的軟蕊無碼色情片，理應早已不在刑法第235條猥褻物品罪所取締之列，法院判決如前述2013至2014年間作成的臺北地方法院102年度易字第785號判決、臺灣高等法院102年度上易字第2591號判決，很顯然地係支持這個看法。只是弔詭的是，即便到了2021年，不僅智慧財產法晚近

作出罔顧司法院釋字第617號解釋的智慧財產法院109年度刑智上訴字第30號判決，若干檢警機關迄今似乎也依舊罔顧司法院釋字第617號解釋而偏好用昔日標準，進行刑法猥褻物品罪偵察起訴工作。

2021年4月間檢警於台北市查抄成人影片網站SWAG，即為晚近備受關注的事件<sup>27</sup>。以軟蕊無碼色情片為主要內容的SWAG網站，在設有適當安全隔絕措施前提下，台北地檢署究竟如何適用刑法第235條？令人好奇。本案於隔(5)月中旬旋被台北地檢署處分緩起訴，檢察官並開出包括：網站要設置過橋頁面、確實實施年齡驗證、免費的內容要做適當糊化、付費的內容要更進一步年齡驗證，例如透過信用卡付費等方式、直播內容要設防護措施，例如安排人工監看或設置觀眾檢舉機制、直播要設置關鍵字過濾的程式，防止有人從中從事性交易等非法行為、設置申訴管道，供檢舉不合法內容、網站上要顯示不得從事非法行為的警示公告、平台上不得有性暴力或性虐待等內容、與iWIN（網路內容防護機構）建立聯繫窗口等10項條件，本案經高檢署駁回再議後，全案遂告確定<sup>28</sup>。本案從2021年4月初的大動作偵辦查扣，到5月中旬卻迅速地以緩起訴悄然落幕。至於標榜「亞洲最大的私密成人平台」、「本網站已依法自律調整防護措施」的SWAG網站，此刻則正常且順暢地進行商業營運中。在經過年齡與手機認證機制後，任何成年人均可登錄

註27：聯合報，〈播台女露點片色情網SWAG被抄〉，2021年4月3日，A14版 / 社會。

註28：蘋果新聞網，〈老司机笑了！SWAG重新開站 負責人緩起訴確定〉，2021年5月18日，網址：<https://tw.appledaily.com/local/20210518/RF4KKBRMMVDVNAT6YPFQ6P2M7I/>（造訪日期：2021年6月22日）。

會員，並以購買鑽石（類似遊樂場代幣概念）方式觀賞許多軟蕊無碼片，甚至亦提供雙向互動的機制設計。

分析本案，本文認為台北地檢署所陷入的三重困境，一方面在於就法律面而言，自司法院釋字617號解釋之後，刑法第235條已漸漸不容易作為取締軟蕊無碼色情片的法律依據，即使貿然起訴，後續也很難獲得法院支持。其次就感情面而言，承前所述，日本成人片影響台灣相當深遠。在日本以「性器官」有適當無遮掩作為影片合法發行的的重要標準下，日本色情影片業者10餘年前跨海來台提告中華電信公司MOD服務播放未授權作品案，其內容當然也完全是無碼色情片。加上我國檢警機關長期以「裸露重要性器官」有無作為偵辦猥褻物品慣習下，儘管與司法院釋字617號解釋意旨大相逕庭，感情上卻也可以理解為何檢警機關仍查抄以軟蕊無碼色

情片為內容的網站舉動。最後，就現實面而言，在大動作的偵查查扣行動後，倘若以不起訴結案，也恐遭社會非議。由此觀之，有條件的緩起訴遂成了讓本案迅速落幕的最佳途徑。

如同論者觀察，人類終其一生，都是性的生物（sexuality beings），只要是人類就會有對「性」的需求與渴望，而在現代科技的推波助瀾下，成人影片更因此而不斷推陳出新，電視、網路及有線頻道的普及、各種五花八門的電子儲存媒介，讓成人影片的蹤跡無遠弗屆，成為現代成年人生活中的一部分<sup>29</sup>。以「亞洲最大的私密成人平台」SWAG網站重開為契機，面對迅速發展且變化多端的成人影音色情產業，除了刑法、著作權法乃至兒童及少年福利與權益保障法授權建構的分級制度外，後續更多的法律課題勢必將層出不窮，值得法界持續關注。

註29：蔡誌欣、阮芳賦、黎進三，前揭註14，第4頁。