

色情管制爭議中的言論自由*

陳宜中

中央研究院人文社會科學研究中心副研究員

色情言論的管制與否、如何管制，向來具高度爭議性。本文從維護言論自由作為重要的公民基本權利的視野，分析、評估兩大類管制色情的理由：一類以色情「對一般人的冒犯性」作為立論基礎；另一類著重於色情「對脆弱心靈的污染性」，及其所可能造成之種種「傷害」。本文以釋字第 617 號為例，考察「對一般人的冒犯性」此類管制理由；並評估「色情助長性犯罪」、「保護青少年及兒童」及「色情傷害女性」等幾項主要的傷害說詞。這些討論旨在說明：原則上，除非色情言論侵害了他人之基本權利，或對他人造成相當明確且實質、並具政治道德重要性之傷害，否則政府不應禁止或限制之。再者，即使管制目的具一定正當性，政府基於對言論自由之保障，亦應避免過度管制。本文並對德沃金的兩項相關說法，進行修正與補強。修正之處在於：社會多數不願聽聞色情之「個人偏好」，可能仍不足以構成管制色情的充分理由。補強之處在於：色情言論所具之公共審議旨趣，其冒犯主流之性格，及其增進知識之作用，使我們有必要正視其客觀的存在價值。通過這兩個論點，德沃金的色情權利論說將獲得進一步深化。

關鍵字：色情、管制、言論自由、冒犯性、傷害、德沃金

* 作者感謝兩位評審提供寶貴的修正建議。

收稿日期：97 年 5 月 12 日；接受刊登日期：98 年 2 月 10 日

壹、前言

色情文字或影像，究竟該受到何種管制？管制的理由何在？倘若色情也屬於一種言論或表達，則其管制與否、如何管制，將無可避免地涉及言論與表達自由之（去）保障問題。在當代憲政民主社會，言論與表達自由（或簡稱言論自由）已被肯認為憲政之基本要件、公民之基本權利。從這個角度來看，色情言論雖非絕不可管，但管制理由須充分，管制手段須合理，否則即有侵害言論自由之虞。當然，何種管制理由才算正當，何種管制手段才合乎比例，皆具一定爭議性。

一、管制色情的兩類理由

「色情」原指「與妓女有關之事」，這個名詞直到十九世紀中葉才開始廣泛流通（Williams, 1989: 9-16; Hunt ed., 1993）。在十九世紀英國，隨著資本主義現代性的發展，女性與下層階級逐漸有機會接觸色情讀物，例如針對女性讀者的浪漫小說（Mudge, 2000）。今日觀之，那些浪漫小說可能連情色都稱不上，遑論色情；然因其偏離了維多利亞時期的主流性價值觀，英國統治階級遂將之查禁。著名的 Hicklin Rule 於 1868 年應運而生，它將「猥褻品」界定為一種「敗壞與腐化」（deprave and corrupt）讀者（尤指女性和年輕人）心靈的道德污染物（Barendt, 2005: 366, 370-373）。與此同步，美國亦參照 Hicklin Rule，於 1873 年通過了查禁猥褻品的 Comstock Act。這個法案並非以「一般人」的性價值觀作為立法依據，而接近於以「小女孩是否遭到道德污染」作為認定猥褻品的判準（Friedman, 2000: 183-204; Juffer, 1998: ch.1; Wheeler, 2004）。¹

歷史地看，以「小女孩是否遭到道德污染」作為查禁標準，非但沒有過時，反而稱得上是色情管制史上不斷出現的命題。及至今日，「保護兒童」、「保護青少年」、「保護女性」等，仍被認為是管制色情的重要理由。在當代主

1 另見 Richards (1999: ch.5) 論美國的反猥褻法及其效應。

禁派的管制論述之中，心靈脆弱、不堪承受色情污染者，除了兒童及青少年外，還包括強暴犯、戀童癖、異性戀者、同性戀者等，乃至於所有成年女性和男性。Hicklin Rule 與 Comstock Act 的持續影響力，由此可見一般。

除「對脆弱心靈的污染性」外，色情猥褻物的另一大問題，被認為在於「對一般人的冒犯性」。1950、1960 年代以降，出現了另一種色情管制標準，亦即：猥褻與否，查禁與否，須從其「對一般人的冒犯性」加以判定。美國最高法院在 1957 和 1973 年的兩個相關判例中，宣告以「一般人」及其所在「社群」之性價值觀，作為猥褻品之認定標準。凡露骨描繪性行為、刺激性慾之色情物品，要是「清楚冒犯」了「一般人」及其所在「社群」之性價值觀，並且不具任何（或任何重要的）文學、藝術、政治或科學價值者，將屬於不受美國憲法第一修正案所保障之「猥褻」範疇。² 英國 1981 年的 Indecent Display (Control) Act，亦以「對一般人的冒犯性」作為判準，禁止某些色情物之公開展示 (Barendt, 2005: 385-387)。中華民國大法官釋字第 617 號解釋，同樣以對「一般人的感覺」和／或「社會多數共通之性價值秩序」之冒犯性，作為認定猥褻物之判準 (司法院大法官，2006)。

基於以上認識，本文將區分兩大類管制色情的理由。一類以色情「對一般人的冒犯性」作為立論基礎；另一類則著重於色情「對脆弱心靈的污染性」，及其所可能造成之種種「傷害」。這兩類說詞能否構成管制色情之正當理由，又足以正當化哪些管制手段，即是本文所要探討的主題。

二、本文的問題意識

本文將言論自由視為重要的公民基本權利；並將言論自由之平等保障，視為重要的公共政治道德。由此出發，本文將通過對色情管制爭議之逐步分析，以釐清下列兩個基本論點及其現實意涵。第一，原則上，除非色情言論侵害了他人之基本權利，或對他人造成相當明確且實質、並具道德（此指公共政治道德）重要性之傷害，否則政府不應禁止或限制之。第二，即使管制

2 參見 Barendt (2005: 363-370) 論美國最高法院 1973 年的 *Miller v. California* 判例。關於這個判例的各種討論甚多，本文不擬贅述。

目的具一定正當性，政府基於對言論自由之保障，亦應避免過度管制（over-regulation）。

本文將申論指出：以「對一般人的冒犯性」作為管制色情之理由，實問題重重；然若色情言論對他人造成相當明確且實質、並具政治道德重要性之傷害，則政府得對其進行管制。不過，「色情助長性犯罪」、「保護青少年及兒童」以及「色情傷害女性」等幾項主要的「傷害」說詞，並不足以證立任何大範圍的禁止或查禁手段。³

德沃金（Ronald Dworkin）的色情權利（right to pornography）論說，是本文最主要的理論參照對象。德沃金從某種「平等自由主義」的視野，反對政府禁止（prohibit）色情言論；但他並不反對政府基於「平等尊重其他人的個人偏好」之考量，對色情言論物之公開展示，施加某些合理限制（restriction）。德沃金並強調：即使色情屬於低價值言論，其言論自由權利仍應受到保障（Dworkin, 1985: ch.17; 1996: ch.9, ch.10）。本文除了評估前述兩類管制理由外，亦將對德沃金的這兩項說法，進行修正和補強，以期深化自由主義的色情權利論說。

本文第二節將以釋字第 617 號為例，分析並質疑「對一般人的冒犯性」、「維護社會多數共通之性價值秩序」、「妨礙社會風化」此類管制理由。第三、四、五節分別評估「色情助長性犯罪」、「保護青少年及兒童」、「色情傷害女性」等幾項主要的「傷害」說詞。第六節通過對德沃金的分析，進一步釐清本文的論點及其現實意涵。第七節總結全文。

貳、色情與「一般人的感覺」

「猥褻」（obscenity）一詞原有「令人嘔心」、「上不了檯面」之意，其所指事物未必與「性」或「色情」有關。「性」與「猥褻」的緊密聯結，連同以「反猥褻言論法」查禁「色情」之手段，皆是現代性的產物，直到十九世紀才

3 可參見 Schauer (1982: ch.12) 論言論自由與比例原則，以及 over-regulation 與 under-regulation 相關課題。

開始從英國向世界流傳。⁴ 及至二十世紀，包括中華民國在內的許多國家，都制定了「反猥褻言論法」或類似法律，以壓制非主流的性言論、性表達或性資訊。

和英美一樣，台灣也有反猥褻言論法，且行之有年。中華民國刑法第 16 章（妨害風化章）第 235 條規定：

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。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。

與此條文相關的司法解釋，包括釋字第 407 號，以及釋字第 617 號。要言之，多數釋憲者認為刑法第 235 條的目的在於「維護社會多數共通之性價值秩序」；且認為這是個正當目的，具「民主正當性」，並未違反憲法對言論自由之保障（司法院大法官，2006）。

2006 年 10 月 26 日的釋字第 617 號，宣告刑法第 235 條並不違憲。在台灣法學界，對此解釋不甚滿意的法學家所在多有，包括對其提出不同意見的林子儀（2006）和許玉秀（2006）大法官。⁵ 以下，本文不擬對刑法第 235 條是否違憲之爭議，進行任何法學討論。釋字第 617 號將被解讀為一個以「對一般人的冒犯性」作為管制理由的問題文本。

一、釋字第 617 號的兩類猥褻物

同志書店晶晶書庫因進口、販賣同志色情刊物而遭到法辦，於是聲請釋

4 參見 Sigel ed. (2005)、Weeks (1981; 1985)、Hunt ed. (1993) 論性管制與色情管制的近代史。

5 其他相關討論，請參見黃舒芃（2008）註 1 所引之文獻。

憲，要求大法官解釋刑法第 235 條是否違憲。根據刑法第 235 條，凡「散布、播送、販賣、公然陳列、或以他法供人觀覽、聽聞」猥褻物之行爲或意圖，即已構成犯罪事實。易言之，除非晶晶書庫進口、販賣之刊物不算「猥褻物」，否則幾乎罪證確鑿。

有別於刑法第 235 條，釋字第 617 號區分了兩類猥褻物。一類是「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」（以下簡稱「重度猥褻物」）；另一類是「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」（以下簡稱「輕度猥褻物」）。重度猥褻物，全然不可（意圖）散布、播送、販賣、公然陳列、或以他法供人觀覽、聽聞。輕度猥褻物則可以「傳布」，但須採取「適當之安全隔絕措施」，以免「一般人得以見聞」（司法院大法官，2006）。

釋字第 617 號的重度猥褻物，不等於一般所謂的「硬芯 (hardcore) 色情」，因為絕大多數「硬芯色情」並不含有暴力、性虐待或人獸交。釋字第 617 號的輕度猥褻物，也不等於一般所謂的「軟芯 (softcore) 色情」，而指所有「其他令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒」之猥褻物。這類輕度猥褻物，可能屬硬芯色情，可能屬軟芯色情，也可能不算色情。例如：在丹麥與瑞典，同性戀接吻的影像不算色情；但如果台灣的「一般人」「感覺」這類影像「不能忍受而排拒」，其便落入了輕度猥褻之範疇。

我們不妨追問：所謂「客觀上足以刺激或滿足性慾」之物，究竟是刺激或滿足了「誰」的性慾？人獸交、極度暴力色情等，可能僅僅刺激或滿足了極少數人的性慾。男同志色情、女同志色情等，也未必會刺激或滿足大多數異性戀者的性慾。由此觀之，任何足以刺激或滿足任何人性慾之物，皆是釋字第 617 號的潛在管制對象。不過，單單刺激性慾尚不符合管制要件，管制與否終須取決於「一般人的感覺」。例如，雖然林志玲等名模經常刺激他人性慾，但爲「一般人」歡迎或接受，所以不算猥褻。然若名模刺激他人性慾的程度太過（如三點全露），「令一般人感覺不堪呈現於眾」，便算是輕度猥褻。至於同性戀接吻的影像，雖其性暴露程度及刺激他人性慾的加總效應，皆比不上林志玲的性感照，但若「令一般人不能忍受而排拒」，則同樣算是輕度猥褻物。

由於刑法第 235 條全面禁止猥褻物之流通，釋字第 617 號相對開明之處在於：輕度猥褻物可有條件流通。實際上，除了少數「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」之重度猥褻物外，絕大部分色情文字或影像（含軟芯色情、大部分硬芯色情等）皆可條件流通。這同時暗示（但並未明言）：輕度猥褻物不但可進口、販賣，也可在台生產、出版。不過，輕度猥褻物仍不得公開展示，不得「使一般人得以見聞」，須採取「適當之安全隔絕措施」方能流通。

二、釋字第 617 號的管制理由

按照釋字第 617 號：

憲法第 11 條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會。性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，亦應受上開憲法對言論及出版自由之保障。惟憲法對言論及出版自由之保障並非絕對，應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則，國家於符合憲法第 23 條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制（司法院大法官，2006）。

照其解釋，「性言論之表現與性資訊之流通」，屬於憲法第 11 條所保障之「言論及出版自由」範疇。此一見解廣為憲政民主國家所採納，但與美國有所出入。由於美國最高法院將不受第一修正案所保障之言論，歸於言論自由範疇之外，因此，主張「政府應禁止 X 言論」的美國人士，經常同時強調「X 其實不算『言論』」。⁶有別於此，大多數其他國家對「言論」及「言論自由」，採取了不同的措辭方式；例如：X 言論同屬憲法所保障之言論自由範疇，惟憲法對言論自由之保障並非絕對，在某些情況下仍得禁止或限制 X 言論。這是釋字第 617 號及本文所採取的詮釋途徑。

6 參見 Barendt (2005: 361-370) 與 Schauer (1982: ch.12) 的相關討論。

按照釋字第 617 號，雖然性言論應受憲法第 11 條之保障，但政府仍得以「為維護社會秩序所必要者」為由，禁止或限制某些性言論。因為憲法第 23 條規定：「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」。這暗示「為維護社會秩序所必要者」可成為限制言論自由之理由。

刑法第 235 條的合憲與否，非本文關切焦點。但即使刑法第 235 條並未違反憲法第 23 條，那也不表示憲法第 23 條就沒有問題。所謂「為維護社會秩序所必要者」，不但很容易遭到濫用，而且經常被用來箝制公民之言論自由。釋字第 617 號即為一例：

為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。惟為貫徹憲法第 11 條保障人民言論自由及出版自由之本旨，除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德情感與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障（司法院大法官，2006）。⁷

關鍵在於：以「維護社會多數共通之性價值秩序」或「維持社會風化」為由管制色情，無異於壓制少數者的言論自由，和／或少數者言論的自由。此種壓制之所以問題重重，不僅僅是因為「冒犯了一般人的感覺」、「為保護社會多數之性價值觀」等說詞似乎相當含混。事實上，就算「一般人的感覺」或「社會多數之性價值觀」相當明確（如排拒同性戀、提倡異性戀、對人獸交感到嘔心等），以這種理由來支持（刑法第 235 條、釋字第 617 號）對非主流性言論之壓制，仍然十分可議。⁸ 試想：假使「一般人的感覺」或「社會多數之性價值觀」皆排拒同性戀，政府便可以箝制同性戀言論嗎？

7 引文中的粗體字，為筆者所加。

8 另見林子儀（2006）的部分不同意見書。

在憲政民主社會裡，原則上無論是主流或多數價值，還是非主流或少數價值，其言論與表達自由權皆須受到保障。以「冒犯主流或社會多數之性價值觀」作為懲罰理由，不僅僅是歧視性的立法，甚至稱得上是政治壓迫。因為言論自由權的最重要立意之一，正在於保障少數、非主流、反主流、反政府或異端言論之自由，以使其免於遭到政府和／或社會多數之徹底壓制。

誠然，就和其他重要的基本公民權一樣，言論自由權並非絕對。做偽證、賄賂、惡意毀謗他人名譽、不實廣告、威脅恐嚇、在人群聚集處高喊失火等等，顯然不應受到保障。但原則上，言論自由權意味著「雖然我不同意你，但你也有言說或表達的權利」，以及「雖然我（你）的意見冒犯了你（我），但我們都有以言論冒犯他人的權利」。試想：對於肉食者來說，素食主義者批判肉食習慣的某些言論，可能具一定冒犯性。對於台灣的部分獨派（或統派）人士來說，統派（或獨派）的某些政治意見或價值，甚至可能具高度冒犯性。然而，我們既不會接受以「維護一般人的肉食習慣」為由，禁止或限制素食主義言論。我們很可能也不會支持統派（或獨派）政府以「捍衛統派（或獨派）共通之價值秩序」為由，箝制獨派（或統派）之言論自由。

相對於此，包括台灣的多數大法官在內，卻仍有許多人認為：「冒犯主流或社會多數之性價值觀」可成為箝制性言論之正當理由。針對這個立場，第六節將提出進一步質疑。

參、色情之特殊傷害(I)：助長性犯罪

前文提到，十九世紀後期英美的反猥褻出版品法，並非以「對一般人的冒犯性」作為立法依據，而係從「對某些脆弱心靈的道德污染」去界定猥褻與否。時至今日，雖然「道德污染」及其相關語彙已不如從前流行，但諸如「色情助長性犯罪」、「保護青少年及兒童」、「色情傷害女性」等常見的傷害說詞，皆仍隱含著某種「道德污染」概念。因為，色情必先影響人心，方能造成其他更具體、更客觀之傷害。

色情影響人心，這點似乎很難否認。但色情如何影響人心（或身心），其影響程度為何，如何改變人的行為，是否導致或促成「傷害」等問題，則很

難獲致不具爭議性的答案。在色情言論及其特殊傷害之間，無疑存在著太多變數；要科學地證明兩者之間的「因果關係」，實非易事，甚至相當困難。即因如此，大部分「傷害」說詞仍停留在直覺層次，指控色情對某些脆弱心靈形成「道德污染」，並臆測其「可能」導致或促成之種種不可欲後果。以下，我們將分析當代幾項主要的「傷害」說詞，並評估其政治道德份量。

一、色情助長性犯罪？

「色情助長性犯罪」本是一個直覺。由於色情刺激性慾（尤指男人性慾），被激起之性慾及性幻想若無法獲得滿足，似乎不無可能以性犯罪作為出口。基於此一直覺，「色情助長性犯罪」之說歷久不衰。某些性犯罪者「我都是受色情影響」之供詞，以及某些模仿色情片之性犯罪案例，亦經常被主禁派視為「色情助長性犯罪」之有力佐證。⁹

此外，亦有論者認為，「某些種類的色情」應更可能助長性犯罪。比方說，暴力色情，特別是重度或極度暴力色情，可能使其嗜好者想要模仿（某種道德污染），乃至助長類似的性暴力（某種客觀傷害）。又如，許多反色情的女性主義者表示：刻劃女人享受性虐待的色情，描寫女人愛好陽具的一般硬芯色情，或如 *Playboy* 把女人客體化為男人性玩物的軟芯色情等等，皆會使男人對女人產生非分之想，甚至性犯罪念頭（某種道德污染），乃至付諸實際行動（某種客觀傷害）。¹⁰

不過，誠如不少論者（包括部分主禁派人士）所指出，色情的一項主要功能在於「協助自慰」（Schauer, 1982: 181; MacKinnon, 1993: 17）。其另一項重要功能，則在於滿足各種在現實世界裡難以獲得滿足之性幻想。由於自慰有利於降低性衝動，有助於滿足性慾，所以，色情似乎不無可能產生「代替性交」的效應。至於色情所提供的種種性幻想，亦不無可能使部分本有性

9 著名的反色情女性主義論者 Andrea Dworkin 和 Catharine MacKinnon 即經常引用這類供詞，以佐證「色情助長性犯罪」之說。

10 參見 A. Dworkin (1974: part 2; 1981; 1997)、MacKinnon (1987; 1989; 1993; 2005; 2006)、Barry (1979: ch.9) 的反色情女性主義論述。另見 Nussbaum (1999: ch.8, ch.9) 的相關討論。

犯罪傾向者，變成不付諸實際行動的自慰者。由此觀之，色情既有刺激性慾及性幻想的作用，亦有滿足性慾及性幻想的作用。色情既可能增強某些人的性衝動，亦可能降低其他人的性衝動。¹¹

無論如何，色情的流通與消費，果真助長了性犯罪率嗎？這問題的答案是：此種可能性雖難以完全排除，但過去數十年來的社會科學研究，卻始終無法確切地證明之。在色情的消費程度與性犯罪的統計數字之間，究竟具有何種因果關係，至今仍是個懸而未決的公案。英美兩份具高度公信力的較早期研究報告，皆一致表示：色情與性犯罪之因果關係，尚待進一步證明。¹²時至今日，美國最高法院與加拿大最高法院，亦仍持同樣看法。¹³

社會科學家難以證實「色情助長性犯罪」，或許並不讓人意外。事實上，美國的強暴案件佔人口比率，一直遠高於其他先進國家（包括色情管制程度最低的丹麥和瑞典），甚至高出數倍之多。這個特殊的美國現象究竟與「色情」有何關聯性，迄今仍未獲得可靠解釋（Segal, 1990: ch.9）。又如，某項廣為人知的統計研究顯示，丹麥自 1960 年代末起解除色情管制，然其性犯罪率不增反降（Posner, 1992: 368-369）。亦有論者指出，在重度暴力色情廣泛流通的日本，性犯罪率要比大多數先進國家為低（McIntosh and Segal eds., 1992: 7; Posner, 1992: 369-371）。就戰後先進國家而言，至今仍無可信的研究顯示：在 1950、1960 年代色情開始流行之後，或 1990 年代網路色情出現之後，性犯罪率出現了明顯的上揚趨勢。以上種種，雖皆不足以證明「色情並未助長性犯罪」，但顯然不利於「色情助長性犯罪」之假說（Schauer, 1987: 737, 767-770）。

由於性犯罪率牽涉到的變數太多，要科學地證明「色情助長性犯罪」實非易事。從目前的研究概況來看，「色情對性犯罪率的影響有限」毋寧是更加合理的假設。在此情況下，政府若僅僅以「色情『可能』助長性犯罪」為由，

11 參見 Segal (1990: ch.8) 的相關討論，另見 Loftus (2002)。

12 此指 1970 年的 Report of the US Commission on Obscenity and Pornography，以及 1979 年英國 Williams Committee 的 Report of the Committee on Obscenity and Film Censorship。

13 參見 Nowlin (2003: ch.4, ch.5)、Lacombe (1994: ch.6) 論加拿大最高法院的見解。

便施以嚴厲的管制手段，勢將有侵害言論自由之虞。

1992年，加拿大最高法院在一次重要判例中表示：雖無可靠證據支持「色情助長性犯罪」，但加拿大政府仍得「假設」色情助長性犯罪，並以其為由，查禁有此嫌疑之色情猥褻物 (Nowlin, 2003: 126-128)。在女性主義學界，這個著名判例引發了廣泛討論。主張查禁色情的女性主義者，自然歡迎此項判決；反對查禁色情的女性主義者，則對其提出諸多批評。¹⁴ 拜此判決之所賜，加拿大警方被賦予更大、更廣泛的查禁權力，得逕行扣押任何有污辱女性、或助長性犯罪之嫌的色情言論物；且無論後者是否具任何社會價值，皆可查扣，皆可先斬後奏。連色情研究者都無從判定其具體社會效應之物，警方卻可逕自檢查、查扣之。更值得注意的是，在遭其查扣的色情言論物之中，尤以同性戀內容為最大宗。這不禁讓人懷疑：男女同志是否特別容易遭到強暴，因此必須特別關照 (Richards, 1999: 199-209)？

加拿大最高法院的前述判決，及其所正當化的查扣行動，顯然是對言論自由之不當打壓。從維護言論自由的角度，就算「色情『可能』助長性犯罪」可成為管制理由，政府亦不得動用此種明顯過當的查禁、扣押手段。這屬於不合比例的「過度管制」，無論在理論上還是實務上，皆形成對言論自由之不當箝制。再者，「色情『可能』助長性犯罪」之泛泛說詞，真能構成管制色情之正當理由嗎？對此，筆者和大多數當代自由主義論者一樣，傾向於否定的看法。

二、(極度) 暴力色情

有些主禁派人士表示：相對於不含暴力成份的色情，「暴力色情」更可能助長性犯罪或暴力犯罪。照此說法，「暴力色情」(或至少「極度暴力色情」)是正當的管制對象；政府得以「(極度)暴力色情『可能』助長性犯罪」為由，禁止或限制之 (Fiss, 1992: 2056; Donnerstein et al., 1987)。然而，這真是正當的管制理由嗎？

14 參見 MacKinnon (1993)。另見 Nussbaum (1999: ch.9)、Chancer (1998: ch.3)、McIntosh and Segal eds. (1992)、Strossen (2000)、McElroy (1995) 之反查禁立場及論證。

在硬蕊色情之中，所謂的「暴力色情」屬於極少數，實不應包括絕大部分 S/M 角色扮演情節中的合意行為。加拿大警方以「這類 S/M 色情『可能』助長性犯罪」為由逕自查禁之，不僅手段不正當，理由也不正當。不過，某些更極端的暴力色情所模擬、再現的虐殺、割肉、先姦後殺、先殺後姦等鏡頭，可成為正當的管制對象嗎？

實際上，「極度暴力」與「色情」的關聯性不大。任何院線片上的「極度暴力鏡頭」，或任何小說裡的「極度暴力描寫」，無論其性暴露的程度為何，亦屬於極端的暴力再現 (representations)。如果政府的管制理由在於「極端的暴力再現『可能』助長暴力犯罪」，那麼需要管制的，將不僅僅是「極度暴力色情」而已，還應當包括所有「極度暴力電影」、「極度暴力小說」等等。一個合理的懷疑是：更具藝術性、有豐富情節的「極度暴力電影」（包括許多好萊塢院線片）與「極度暴力小說」，比起低成本、不堪入目、但性暴露程度較高的「極度暴力色情」，說不定更「可能」助長暴力犯罪。要是政府耗費大量社會成本於查禁「極度暴力色情」，但卻以「有藝術性」或「有社會價值」為由，容許極端的暴力再現以其他形式不斷出現（包括 911 恐怖攻擊鏡頭），這種管制方式恐難稱明智 (Cohen, 2006: 293-295)。

易言之，單獨挑選「極度暴力色情」作為管制對象，似乎很有問題。再者，極端的暴力再現真的助長了暴力犯罪嗎？僅僅以「極端的暴力再現『可能』助長暴力犯罪」作為管制理由，其實亦頗有問題。即使政府在民意壓力下，欲對所有極端的暴力再現（包括「極度暴力色情」）進行管制，亦不應採取過當的禁止手段。在罪證不明確的情況下，即全面禁止這類再現之流通，勢將構成不合比例的過度管制。關於此點，第六節將提出進一步說明。

綜上，「色情助長性犯罪」之說，尚未獲得證實，且難以獲得證實。直到目前為止，「色情對性犯罪率的影響有限」毋寧是更為合理的假設。因此，以「色情（可能）助長性犯罪」為由管制色情，實難稱正當。此外，「（極度）暴力色情『可能』助長性犯罪或暴力犯罪」之說，亦問題重重，不足以支持任何單獨針對「（極度）暴力色情」的管制行動。

肆、色情之特殊傷害(II)：污染青少年、傷害兒童

一、保護青少年

許多家長相信，兒童及青少年心智尚未發展成熟，接觸色情將對其產生不良影響。不過，真正可能因閱聽色情而受其影響者，主要還是青少年，而非幼兒或兒童。家長擔心青少年接觸色情，將使其對性產生更大興趣，進而影響其人格發展，影響其學業，影響其對異性的態度，甚至影響其性傾向等等。基於此，「保護青少年免於色情污染」廣被認為是管制色情之正當理由。¹⁵

不少人相信，倘若大多數家長擔心色情污染青少年，政府便不得不採取某些管制行動。究其主要理由：在大多數國家（按：瑞典或許是個部分例外），監護、養育未成年子女的主要責任，仍落在家長而非政府身上；在家長及其未成年子女「利益一致」之基本假設下，縱使多數家長「色情有礙青少年身心發展」之判斷未必正確，甚至帶有偏見，政府也不得不做出部分讓步。

然而，家長作為未成年子女的自由意志的代理人，究竟可被賦予多大的代理權利／力，卻仍值得商榷。比方說，就算多數家長相信體罰子女是他們的權利，政府仍有理由禁止家長對子女施暴；縱使部分家長不希望子女上學，政府亦有理由貫徹義務教育政策。暫且不論幼兒和兒童，由於青春期的青少年已開始對性產生興趣，並隨著年齡增長而逐漸發展出自主性，家長的代理權利／力非但不是絕對的，而且逐漸縮減。試想：統派（或獨派）家長有權利拒絕青少年子女接觸獨派（或統派）言論嗎？倘若多數家長不希望青少年子女接觸 X 言論，政府便可管制 X 言論嗎？要言之，僅僅因為「多數家長相信色情有礙青少年身心發展」便管制色情，似乎頗有問題。

實際上，多數家長對色情的憂心，相當程度反映出家長自己的性價值觀，而不僅僅是「爲了青少年好」。比方說，在一個高度歧視同性戀的社會裡，多

15 Dworkin (1996: 217-218) 亦未否認政府得基於「保護兒少」之理由，對色情言論之流通進行某些合理「限制」，詳見下述。另見 Thornburgh and Lin eds. (2002) 關於青少年與網路色情之研究。

數家長可能因為自己歧視同性戀，而不希望子女接觸到同性戀資訊。同樣的，「保護青少年免於色情污染」之主張，亦往往夾雜著家長自己（及社會多數）的性價值觀（Dworkin, 1985: 356）。但色情對「多數家長共通之性價值觀」之冒犯性，可成為正當的管制理由嗎？對此，本文傾向於否定的看法。

要是家長擔心色情對青少年造成不良影響，較佳的因應方式或許是更有效、更全面的性教育——包括色情教育。來自政府的色情管制，至多只是一種「使青少年較不易接觸到色情」的治標手段。若要避免不安全的性行為、懷孕、墮胎等情事，家長不但可以主動對子女進行性教育和色情教育，也可以、或甚至應該要求政府加強對青少年的性教育和色情教育。相對於色情管制，性教育和色情教育並無侵害言論自由之虞。政府若捨此不由，單單加強管制色情之力道，恐難稱正當。

陳冠希事件對家長及政府的一大啓示，或許正在於：愈是壓抑青少年的性好奇心，部分青少年就愈對性感到好奇；而且，通過同儕及互聯網，他們總有辦法看到家長或政府認為他們不該看到的東西（如陳冠希的性愛自拍）。愈是把性與色情當成禁忌，部分青少年就愈想要突破禁忌。要是缺乏適當的性教育和色情教育，色情管制反而可能使他們走上「自力救濟」之路，使他們的色情經驗「地下化」。如若這種「地下」色情經驗對青少年造成傷害，家長及政府都不是沒有責任。

一般來說，社會多數之性價值觀愈保守，對青少年的性教育就愈殘缺，家長就愈擔心色情污染青少年。反之，性教育愈有效、愈全面，社會多數之性價值觀就愈不保守，家長就愈不會視色情為洪水猛獸。Richard Posner (1992: 190-192, 269-272) 曾以瑞典和美國為例，說明此間問題之所在。在性教育相對成功、色情管制程度屬全球最低的瑞典，少女懷孕的比例遠低於性價值觀相對保守的美國。美國性保守派以「保護兒童及青少年」之名，不斷施壓政府管制色情；但少女懷孕、不安全的性行為等，實與性教育的缺失息息相關；而性教育的失敗程度，又往往與性保守派的政治力量成正比。易言之，管制色情並非「保護青少年」的靈丹妙藥，成功的性教育才是。在性價值觀相對保守的社會，政府若真要「保護青少年」，首先便必須加強對青少年的性教育——儘管這可能冒犯社會多數、多數家長共通之性價值觀。

基於以上分析，「管制色情以保護青少年」之說，似乎頗有問題。雖然許多家長相信色情有礙青少年身心發展，但這相當程度反映出多數家長以及社會多數的性價值觀。再者，諸如不安全的性行為、少女懷孕、墮胎等值得關切的事項，很難說是「色情所造成的」或「受到色情的污染所致」；性教育（包括色情教育）的抱殘守缺，可能才是關鍵所在。由此觀之，政府實不該爲了保護多數家長、社會多數之性價值觀，而以「保護青少年免於色情污染」作爲藉口，動輒祭出管制手段。

德沃金指出，某些家長之所以不希望子女輕易接觸到色情，可能未必是出於對其他價值觀的歧視，而僅僅是出於「不希望我的子女輕易接觸到色情」的「個人偏好」。因此，德沃金表示政府仍得以「保護兒少」爲由，對色情的公開展示施加某些合理「限制」，如適當的地點、分級或時段限制。但另一方面，他強烈反對政府以這類理由，全面「禁止」色情言論物之公開展示乃至私下流通（Dworkin, 1985: 356; 1996: 217-218）。

筆者認爲，德沃金的「個人偏好」論證，似乎仍有值得商榷之處。比方說，如果部分家長「不希望我的子女輕易接觸到色情」的「個人偏好」應當獲得尊重，那其他家長「希望我的子女受到更好的性教育和色情教育」的「個人偏好」似乎便難以獲得平等的尊重。關於德沃金的「個人偏好」論證，第六節將提出進一步分析。

綜上，雖然「保護青少年免於色情污染」廣被認爲是管制色情之正當理由，但這個管制理由實有不少牽強之處。即使是德沃金的「個人偏好」論證，亦值得再三斟酌（詳見第六節）。不過，德沃金的基本立場，亦即「反對全面禁止色情之展示乃至流通，但容許某些合理的流通限制」，卻仍具重要意義。時至今日，政府往往在種種社會壓力之下，以「保護兒少」之名，行全面圍堵、查禁色情之實。這類明顯不合乎比例的過度管制措施，無疑正是德沃金的主要批評對象。某些低度的管制手段，如適當的分級、時段限制、警語、隔離措施，或要求有線電視及網路連線公司提供家長「不接收某些頻道或網址」之選擇等，也許不得被容許爲一種政治妥協。但基於對言論自由權、對成人閱聽權之保障，以及對青少年的自主性的一定尊重，政府實不該動用過度的管制手段，如禁止有線電視提供成人色情頻道、規定色情物品不得郵

寄、查禁境內成人色情網站，等等 (Barendt, 2005: 374-378)。

二、兒童色情

兒童色情可分為兩類：一類涉及真實兒童演員的真實演出（以下稱「真實兒童色情」）；另一類是不涉及兒童演員的虛擬版本（以下稱「虛擬兒童色情」）。要生產「真實兒童色情」，必先誘導或強迫兒童從事性演出。由於這很可能包含對兒童演員的性剝削、性虐待或性侵害，政府實有很好、很強的理由，立法禁止「真實兒童色情」之生產與流通。¹⁶ 美國最高法院判決「禁止真實兒童色情並不違憲」，即是基於防止兒童遭到性剝削、性虐待或性侵害之考量。¹⁷

「虛擬兒童色情」因無涉兒童演員，其管制與否須取決於其他考量。包括著名小說 *Lolita*、電影《鐵達尼號》、中國古典文學《金瓶梅》或甚至《紅樓夢》在內，不少文化創作都包含虛擬的兒童色情（或青少年色情）。*Lolita* 的女主角 12 歲，《鐵達尼號》的女主角 17 歲，皆發生性行為。《金瓶梅》裡，西門慶對男童有性癖好。《紅樓夢》的青少年男主角賈寶玉，號稱「天下第一淫人」，性生活頗為複雜。由此觀之，今日被視為罪惡的「兒童色情」（或更確切地說，「兒童及青少年色情」），其所表達之種種性幻想，恐怕不全然是「變態」——除非我們認為《紅樓夢》是「變態」文學。在日本，「裝可愛」的虛擬兒童及青少年色情甚至相當發達。

雖然「虛擬兒童色情」無涉兒童演員，但有些論者認為：這類色情仍可能使人對兒童及青少年產生性幻想，因而助長對兒童及青少年的性犯罪。不過，就和「色情助長性犯罪」一樣，這個臆測始終是個臆測，並未獲得證實。因之，美國最高法院反對政府管制「虛擬兒童色情」(Barendt, 2005: 377)。對「虛擬兒童色情」進行管制，將使 *Lolita*、《鐵達尼號》、《金瓶梅》或甚至《紅樓夢》都變得岌岌可危，因而妨礙這類文化創作之出現 (Posner, 1992: 375-378; Jenkins, 2001: 220-221)。若以「有藝術性」為由赦免這類文化創作，

16 參見 Jenkins (2001)、Taylor and Quayle (2003)、Davidson (2005: ch.5) 論兒童色情。

17 此指 1990 年的 *Osborne v. Ohio* 判例。

但卻單單挑選「虛擬兒童色情」作為管制對象，似乎亦頗有問題。

伍、色情之特殊傷害(III)：污染、傷害女性

一、色情與婦道

十九世紀英國的 Hicklin Rule 與美國的 Comstock Act，皆以「保護女性免於色情污染」為其重要考量。在維多利亞時代性價值觀的作用力下，英美（男性）立法者相信：色情猥褻物將「敗壞與腐化」部分女性的脆弱心靈，對其形成道德污染，乃至使其偏離婦道。¹⁸ 與此相似，至今仍有不少保守派人士認為：色情對父權家庭及其家庭價值的最大威脅，在於其可能傳達之「性可發生於婚姻關係外」、「女性不必守貞」、「女人也該獲得性滿足」等訊息 (Posner, 1992: 372-374)。

在男性主導的家庭及性秩序下，男人或可在外發洩性慾（所謂「男人都會犯的錯」），但女人則受到更強的身體規訓。太過性解放、或性活動太過醒目的女性（包括妓女、實踐性解放的女性主義者、陳冠希的女友等），向來被視為父權家庭及性秩序的「他者」，或者需要懲罰，或者需要控管。因之，現代男性統治者不時以「保護女性」為由查禁色情，以防女性因接觸「與妓女有關之事」而偏離婦道 (Nussbaum, 1999: ch.11; Shrage, 1994: ch.6)。

維多利亞時代以降，亦有不少爭取婦女權利（如投票權）的婦運人士及女性主義者，激進地想要消滅一切「與妓女有關之事」。為了贏得男人的尊敬，她們強調自己是良家婦女或賢妻良母，以別於不守婦道的妓女及其他壞女人。妓女與色情，被這些「可尊敬的」婦運人士視為女人的恥辱，以及「社會淨化」運動的清除目標。「女人要選票，男人要貞潔」是十九世紀後期英國婦運人士的著名口號。¹⁹ 時至今日，這句口號仍稱得上是部分中產階級女性主義的基本寫照。為了向男性爭取更多權益，部分婦運人士對「與妓女有關之事」，時而展現出更加激進的道德與政治姿態。

18 參見 Wheeler (2004)、Sigel ed. (2005)、Friedman (2000)、Juffer (1998)。

19 參見 Bartley (2000; 2002)，另見 Wheeler (2004)、Connelly (1980)。

然而，擔心女性遭色情污染而不守婦道，擔心色情侵蝕「社會多數之婦道觀」，或擔心色情使中產階級婦權運動變得不受尊敬等等，應非管制色情之正當理由。在近代色情管制史上，就連女性主義者提倡避孕之言論，都會被當作是鼓吹女性不守婦道的「猥褻言論」而遭到法辦(Richards, 1999: ch.5)。回頭來看，主張避孕之女性主義言論，可能確曾使不少女性逐漸偏離了傳統婦道，使其背離了性保守派之性價值觀。不過，以「捍衛婦道」為由懲罰避孕言論，顯然難稱合理。

今日觀之，「偏離婦道」並非一種足具政治道德重要性之「傷害」，而毋寧更接近於「對一般人（的性價值觀）的冒犯性」、「妨礙社會風化」那類不恰當的管制理由。就算社會多數普遍認為偏離婦道（如避孕、婚前性行為、婚外性行為、墮胎、試婚、同居、離婚、劈腿、好性、女同性戀等等）並不可欲，政府仍不應以「維護社會多數之婦道觀」為由，壓制可能顛覆主流婦道之異己言論，包括色情言論。

二、色情與兩性不平等

1970年代以降，以「反色情」作為主要號召的激進女性主義論者，提出了另一種「色情傷害女性」之說詞。要言之，色情把女人客體化為男人的性玩物或性工具，因而對男人及女人形成道德污染；色情使男人把女人當成性具，使女人活在男人的性具期待之下，進而衍生出種種不利於兩性平等之社會效應。²⁰照其說法，色情除了助長性犯罪外，亦對女性造成其他重要傷害。例如，通過「女人是男人性具」之文化建構，色情使男人更不尊重女人「說不」的權利；色情對女人產生了某種「消音」(silencing)作用，進而助長男人對女人（作為性屈從者、作為男人性具）的歧視與宰制(MacKinnon, 1993; cf. Dworkin, 1996: ch.10)。

受限於篇幅，本文勢將無法對這股女性主義思潮及其形成背景，連同女

20 參見 A. Dworkin (1974; 1981; 1997)、Brownmiller (1999)、Barry (1979)、MacKinnon (1987; 1989; 1993; 2005; 2006)、Easton (1994)、Dines et al. (1998)、Langton (1990; 1993)、Pateman (1988)。另見 Fiss (1996)、Sunstein (1993)、May (1998) 的相關說法。

性主義內部針對色情管制之正反方辯論，進行全面深入的討論。²¹ 關於「色情助長性犯罪」之說，前文已有說明，不另贅述。以下，我們僅將對「色情助長兩性不平等」之相關論證，提出一些基本考察。

首先，色情是否可能助長「女人是男人性具」之文化建構？事實上，任何可能讓人聯想到主僕關係的性再現，皆被反色情女性主義者批判為男主女僕的性／別意識型態的衍生物。即使是女主男僕的 S/M 角色扮演，即使是女方主動、男方被動的性再現，即使是男同志或女同志色情，皆遭到類似的質疑、批評。這不免令人好奇：是否所有的異性戀色情，以及大部分的同性戀色情，乃至所有性暴露程度較高的性再現，甚至所有的性行為，皆在傳播、複製男主女僕的性／別意識型態？若然，那究竟什麼才算是正確的性再現？才算是正確的性行為？弔詭的是，反色情女性主義者在如此蓋棺論定色情的同時，似乎也正是在強化、複製男主女僕的意識型態。在 Andrea Dworkin 和 Catharine MacKinnon 的筆下，此種意識型態可謂無所不在，色情幾乎是其化身。²²

但色情所傳達之訊息，顯然不只一種。色情文本就和其他文本一樣，既容許閱聽者以各種不同方式加以解讀，亦存在著顛覆主流意識型態的可能性。前面提到，對性保守派而言，色情最危險的訊息並不在於「女人是男人性具」，而在於性與婚姻、性與家庭之脫鉤。其實色情對其他人來說，亦不無可能帶有「性慾應該獲得滿足」、「婚外性行為並非大逆不道」、「女人應該享受性」、「女人可成為性主體」、「男人是女人的性玩物」、「S/M 可能值得一試」、「男性被動也不錯」、「原來還有這種玩法」或「人獸交好嘔心」等意涵，不一而足。在色情所可能傳達的種種訊息之中，「女人是男人性具」只不過是其中一種 (Cohen, 2006: 284-289)。

正因為色情的文化訊息並非單一，其具體的社會效應為何，至今仍眾說紛紜。反色情的性保守派，多認為色情可能顛覆父權家庭及其家庭價值。不

21 相關辯論請參見 Cornell ed. (2000)、Spector ed. (2006)、McIntosh and Segal eds. (1992)、Weitzer ed. (2000)、Nagle ed. (1997)、Berger et al. (1991)、Shrage (2007)。

22 參見 Smart (1989: ch.6)、Richards (1999: ch.5)、Chancer (1998: ch.6)、Barendt (2005: 380)、Nussbaum (1999: ch.8)、Segal (1987) 的相關批評。

少女性主義者、性權運動者、同志人權團體、同性戀研究者等，亦不否認此種可能性。但反色情的女性主義者則相信：色情不但強化了父權宰制，甚至稱得上是男性宰制女性的最主要工具。這兩種看法之潛在衝突，似乎正暗示色情的社會效應可能相當多面、頗為複雜。

正因為色情的社會效應並非單一，激進女性主義者的「消音」論證，從一開始便有以偏概全之虞。所謂的「消音」論證，至少包含了兩個面向。其一，色情言論通過其「女人是男人性具」之強勢文化建構，對女性形成了某種「消音」作用。其二，色情言論的「消音」作用，不但助長了兩性不平等，侵害了女性的平等權，甚至直接侵害了女性的言論自由權。然而，就算色情言論真有某種「消音」作用（詳見下述），這能構成查禁色情之正當理由嗎？由於德沃金（Dworkin, 1996: ch.9）已對「消音」論證提出了有力反駁，國內學者鄭光明（2008: 103-160）亦已詳細分析了「消音」論證及其問題，以下我們將在這些既有的理論基礎之上，從更寬廣的政治視野去質疑激進女性主義者的查禁主張。²³

從某個角度來看，任何強勢話語都可能對弱勢話語，形成帶壓迫性的「消音」作用（按：此指政治社會學意義下的「消音」）。例如，在愛國主義話語的強勢運作下，異議者往往不得不假裝自己也很愛國，否則便很可能被指責成不愛國、甚至賣國。在今日台灣，誰要是主張兩岸立刻統一，即很可能被指責為「不愛台灣」或「賣台」；在奧運民族主義抬頭的中國大陸，誰要是同情藏獨或替 CNN 說話，即很可能遭到圍剿。又如，在所謂的資本主義文化霸權下，革命份子亦經常感嘆其革命主張遭到系統性的文化壓制。從政治社會學的角度，凡此種種或許都稱得上是「弱勢話語遭到消音」的案例。然而，「弱勢話語遭到消音」之社會效應，卻並不足以正當化政府的言論禁令。

一般來說，愈是弱勢話語，愈需要言論自由權之保障。若反其道而行，要求政府查禁強勢話語（如國族主義與愛國主義話語、資本主義文化霸權、父權家庭意識型態等等），則非但不具政治可行性，反倒可能賦予政府更大的言論查禁權力。現實地看，政府最可能查禁的言論，絕非國族主義、愛國主

23 另見謝世民（2006: 26-28）的相關討論。

義、資本主義文化霸權、父權家庭意識型態等強勢話語，而正是非主流、反主流的弱勢話語。即因如此，稍有常識的不愛國者、革命份子、同性戀者等，絕不會指望政府替他們查禁強勢話語。

相形之下，反色情女性主義者不但指望政府查禁色情，而且還受到性保守派的強力支持 (Lacombe, 1994)。²⁴ 這強烈暗示：雖然色情產業的規模已相當可觀，但色情可能仍稱不上是特別強勢的話語，而且還是經常遭到打壓、為社會多數所抵制的性話語。²⁵ 1960 年代以降，色情逐漸流行，但女性主義言論不但未被消音，反而成長茁壯。試想：如果色情的「消音」作用十分顯著，何以反色情女性主義論說廣被討論，而且普獲尊重 (Barendt, 2005: 378-379)？如果色情通過其「消音」作用，嚴重妨礙了兩性平等之推進，何以色情管制程度最低的丹麥和瑞典，竟屬於兩性平等指數最高的國家 (Posner, 1992: 371-372)？

正如同不愛國者可能礙於愛國主義話語的強勢而選擇不發言，色情或許也可能對女性產生類似的「消音」作用（按：此指政治社會學意義下的「消音」）。然而，此種「消音」作用卻並未直接侵害女性的言論自由權。誠如德沃金 (Dworkin, 1996: 221-222) 所指出，以「色情侵害了女性的言論自由權」作為查禁色情的理由，無疑是個嚴重的範疇謬誤；畢竟，消極的言論自由權是否受到保障，與某些社會群體的特定言論能否廣受重視，是性質不同的兩個問題。若謂色情的「消音」作用值得關切，那絕不是因為色情剝奪了女性的言論自由權，而主要是因為這類「消音」作用可能不利於推進兩性平等。不過，若要降低或緩解此種「消音」作用，較有效、且具政治正當性的做法應在於：提昇女性的社經政治地位，並為兩性平等提供更有利的言論環境。

一個重要的參照對象，或許是北歐及歐陸先進國家對政治獻金及政治廣告之規範。因為後者的主要立意，正在於營造出更公平的政治言論環境，以防止金錢過度影響政治，乃至對某些政治言論產生消音作用 (cf. Dworkin, 2000: ch.10)。同樣的，政府亦可通過種種辦法，在不查禁任何言論的前提下，

24 另見 McIntosh and Segal eds. (1992) 論反色情女性主義與性保守派的合流。

25 參見 Lane III (2001) 論色情產業。

為兩性平等營造出更佳的言論環境。但令人遺憾的是，反色情女性主義者普遍希望政府查禁色情，以消色情之音。²⁶ 然而，如果查禁色情的理由在於其「消音」作用，那政府在查禁色情之前，又是否該先查禁國族主義、愛國主義、資本主義文化霸權、父權家庭意識型態等強勢話語？這些強勢話語的消音作用，不是遠甚於色情嗎？

進而言之，在色情開始流行以前，父權社會對女性的宰制早已超過千年。倘若色情真是男性宰制女性的最主要工具，我們便無從了解：近代以來，為何色情不斷遭到男性統治者查禁？以及，為何在色情管制程度最低的丹麥和瑞典，女性的社經政治地位反而遠高於其他國家？持平而論，如若色情的主要罪名在於「助長兩性不平等」，則幾乎所有提倡家庭的主流話語，都同樣應該被禁，甚至更應該被禁。²⁷ 包括《傲慢與偏見》、瓊瑤小說等，乃至「女星嫁入豪門」之報導，恐怕也都該查禁；因為這類主流話語千年以來對女性的「消音」作用，遠遠大過於色情。

從促進兩性平等的角度，「女人是男人性具」之文化建構，無疑需要被挑戰、批判、解構。然而，反色情女性主義者所支持的查禁手段，一則不足以挑戰、解構父權宰制的文化霸權，另則把色情抬舉為男性宰制女性的最主要工具，再則把言論禁令當成是促進兩性平等的捷徑。這個立場值得討論之處仍多，但以上分析當有助於說明：色情的文化或社會效應並非單一，且相當多面、複雜；而即使色情可能對女性形成某種「消音」作用，乃至助長兩性不平等，這仍不足以構成查禁色情之正當理由。

綜上，前述兩種「色情傷害女性」之說詞，皆值得商榷。其一，就算色情使女性偏離婦道，政府亦不應為了維護「社會多數之婦道觀」而管制色情。其二，就算色情可能助長「女人是男人性具」之文化建構，並對女性形成某種「消音」作用，這也不是查禁色情之正當理由。更何況，色情的社會效應絕不是單一的。政府或應設法營造出更有利於兩性平等的言論環境，但卻不

26 反色情女性主義的各種政策立場，請見 Lacombe (1994)、Easton (1994)、Strossen (2000) 的相關討論。

27 參見 Barrett and McIntosh (1982) 論家庭。另見 Walby (1990; 1997) 論兩性不平等的其他面向。

應以「色情消女性之音」這類理由查禁色情。²⁸

陸、言論自由與色情權利

前文對種種「傷害」說詞之具體評估，或仍有一定的爭論空間。例如，在色情與性犯罪、保護青少年、虛擬兒童色情、色情與兩性平等課題上，部分論者可能質疑本文低估了主禁派論證的力道。由於色情管制無可避免地涉及價值（言論自由）與價值（其他重要價值）之間的權衡，以及相當具體、實質的經驗判斷，種種合理的分歧或許在所難免。但大體而言，本文之論證仍出於捍衛言論自由權之基本立場。和德沃金一樣，本文試圖為所謂的「色情權利」進行辯護。

前文對色情管制爭議之分析，旨在釐清兩項主要論點及其現實意涵。第一，原則上，除非色情言論侵害了他人之基本權利，或對他人造成相當明確且實質、並具道德（此指公共政治道德）重要性之傷害，否則政府不應禁止或限制之。第二，即使管制目的具一定正當性，政府亦應避免過度管制。基於對言論自由之保障，政府應避免動用過度的管制手段；在同樣有效的管制手段之中，應選擇言論自由代價較低者；相對於更有效、但言論自由代價過高者，應考慮選擇未必同樣有效、但言論自由代價較低者，等等。

以上基本論點，已廣為當代自由主義論者所接受，似無任何新穎之處。然而，究竟何謂「具政治道德重要性」之傷害，則仍有商榷的餘地。²⁹ 本文主張，色情「對一般人（的性價值觀）的冒犯性」，不屬於一種足具政治道德重要性之傷害。由於這個論點仍具爭議性，以下我們將通過德沃金加以釐清。

筆者認為，德沃金的色情權利論說，仍有值得修正與補強之處。其一，儘管德沃金強烈批評「對一般人（的性價值觀）的冒犯性」此類管制理由，但似乎仍對其做出了部分讓步。他表示：基於「平等尊重其他人的個人偏好」

28 參見 Weinstein (1999) 論色情與仇恨言論問題。另見陳宜中 (2007) 論極端仇恨言論的管制爭議。

29 參見 Schauer (1993) 論言論與傷害。

之考量，政府得「限制」色情言論物之「公開展示」。其二，德沃金的此項讓步，又似乎與「色情屬於低價值言論」之判斷有關。以下，我們將針對德沃金的這兩個面向，進行修正與補強，以期深化自由主義的色情權利論說。

一、色情管制與「個人偏好」

德沃金是主張「色情權利」最力的當代自由主義論者。他為色情權利所做之辯護，最早出現於 1981 年的〈我們有色情的權利嗎？〉(Do We Have a Right to Pornography?)；此後，他亦曾為文批評反色情女性主義者的傷害說詞 (Dworkin, 1985: ch.17; 1996: ch.9, ch.10)。以下，我們僅將就德沃金論證的兩個重要面向，提出分析與商榷。

在〈我們有色情的權利嗎？〉文中，德沃金的批評對象是英國威廉斯委員會 (Williams Committee) 的色情管制論述。威廉斯委員會表示：由於尚無可靠證據支持「色情助長性犯罪」，後者並非管制色情之正當理由；然而，色情對一般人、對 public decency 的冒犯性，則是正當的管制理由。照其說法，政府之所以禁止人們在公開場所暴露性器官或性交，主要正是基於這類行為對一般人、對 public decency 的冒犯性。同理，政府亦得以此為由管制色情 (Dworkin, 1985: 343-345)。³⁰

英國 1981 年的 Indecent Display (Control) Act，即是此一思路下的產物。相對於「猥褻」，public decency 似乎是更低的管制門檻；因為在英文語境下，indecent 之物未必猥褻，但猥褻之物幾乎肯定是 indecent 之物。可以說，正是威廉斯委員會的報告，促成了 1981 年禁止色情「公共展示」(public display) 之法案。雖然威廉斯委員會反對政府全面禁止色情之流通，但英國政府卻以該委員會所提出之「維護 public decency」的理由，立法禁止幾乎所有的色情廣告 (Barendt, 2005: 385-391)。

針對威廉斯委員會的報告，德沃金的批評主要是理論性的。他的主要觀點是：威廉斯委員會所提出之管制理由（亦即「維護 public decency」）及其理論基礎，實問題重重，難以證立其所主張之具體管制手段（亦即「限制但

30 另見 Geuss (2001: ch.2) 論性暴露的公私意涵。

不全面禁止色情之流通])。德沃金申論：政府之所以不應禁止色情流通，其主要理由應在於對每個人、每位公民的道德獨立性 (moral independence) 之平等尊重。照他的陳述，每個人、每位公民都應該享有影響道德環境之權利；倘若政府禁止色情之私下流通與消費，則將無異於否定此一重要權利。威廉斯委員會以「維護 public decency」作為管制理由，但這個理由並不恰當，很可能用來正當化全面禁止的手段，因而違背了「平等尊重」之政治道德 (Dworkin, 1985: 353-359; 1996: 237-238)。³¹

正如英國 1981 年的法案所顯示，威廉斯委員會所提出之主要管制理由 (亦即「維護 public decency」)，使得「禁止色情公開展示」成為可能。當時所謂的「公開展示」問題，主要是指色情戲院、色情錄影帶店、色情用品店、色情場所該如何管理的問題，尤其是可否出現色情廣告、看板或其他宣傳品的問題。由於威廉斯委員會表示「維護 public decency」可成為管制理由，英國政府遂以此為由，全面禁止色情廣告 (Barendt, 2005: 387)。

在〈我們有色情的權利嗎？〉文中，德沃金分析指出：就算一般人不希望在去雜貨店的路上看到性器官圖片，甚至不希望在公共場所看到任何色情廣告，政府仍不應全面「禁止」色情之「公開展示」。因為全面禁止色情之公開展示，勢將妨礙色情之私下流通，因而對某些人、某些公民「影響道德環境之權利」構成不當壓制。另一方面，雖然德沃金強烈質疑「維護 public decency」這類管制理由，但他並不反對政府基於「平等尊重其他人的個人偏好」之考量，對色情言論物之「公開展示」施加某些合理「限制」，如適當的地點及廣告規範等。要言之，「禁止公開展示」屬於不合比例的過度管制，勢將嚴重影響色情之私下流通。但某些「限制公開展示」的合理手段，不但可被接受，甚至稱得上是為「平等尊重其他人的個人偏好」所必要者 (Dworkin,

31 德沃金的批評對象還包括 Devlin (1965) 與 Hart (1963)。其中 Devlin 特別強調政府應以法律維持道德，此立場比起 Hart 和威廉斯委員會，對色情言論顯得更不友善。主張政府應以法律維護多數或主流性價值觀者，不見得會同意威廉斯委員會的實際管制主張 (亦即「可限制但不全面禁止」)，因為 public decency 這類概念可能被擴充詮釋，乃至使色情言論的「私下流通」都成為問題。關於這類主禁論證，另見 Conway (1974)、Gastil (1976)、Clor (1996)。

1985: esp. 355-359)。

在此，德沃金區分了兩類偏好。不同於「個人偏好」(personal preferences)，「外在偏好」(external preferences)係指「某些價值觀較不值得尊重」之偏好。這是一種歧視他人價值觀之偏好，因此不應成為政府的立法依據。在色情問題上，德沃金認為政府不應以社會多數之「外在偏好」，作為管制與否、禁止與否之考量；然而，某些人「我並不歧視色情，也不反對別人消費色情，只是自己不想在路上看到色情，或不希望自己的子女輕易接觸到色情」之「個人偏好」，則應當受到平等尊重。易言之，政府基於「平等尊重其他人的個人偏好」之考量，得對色情之「公開展示」施加合理「限制」。³²

與此相關，林子儀 (2006) 表示：

就如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。

德沃金筆下「自己不想聽聞 (但不歧視) 色情」之「個人偏好」，與林子儀大法官所謂「免於 (色情) 干擾的自由」或「不想聽聞 (色情) 的自由」，似有異曲同工之處，當可一併討論。

首先，倘若色情言論如林子儀及其他大法官所主張，同屬憲法所保障之言論自由範疇，則拒絕聽聞色情言論之自由保障，似不應超過拒絕聽聞其他

32 德沃金的「個人偏好」與「外在偏好」之別，早在 Dworkin (1977) 即已提出。更細部的理論性分析，可參見陳宜中 (2007)。

言論之自由保障。比方說，如果一個人不想聽聞或接收馬英九相關訊息，他可以不看報紙的政治版面，不看電視新聞及政論節目；同樣的，如果一個人不想聽聞或接收陳冠希的性愛自拍，他可以不上網搜尋，不看八卦週刊。但問題正在於：包括台灣政府在內，各國政府似乎特別關切「不聽聞、不接收色情言論的自由」或「免於色情言論干擾的自由」。在台灣，這種「自由」甚至受到刑法第 235 條的超高度保障。林子儀大法官之所以認為刑法第 235 條違反比例原則，顯然與此相關。

進而言之，林子儀所謂「免於成為 captive audience 的自由」，似乎並不等於一般所謂「不想聽聞 X 言論的自由」或「免於 X 言論干擾的自由」。原則上，應受高度保障的是前者。任何使他人成為 captive audience 的行徑（如半夜在住宅區使用擴音器傳教或發表政見），原則上屬於正當的管制對象（但也有例外情況如土石流警告）。至於一般所謂「不想聽聞 X 言論的自由」或「免於 X 言論干擾的自由」，正因其往往淪為政府箝制 X 言論之便宜說詞，實有必要更嚴格檢驗之。

試想：把自己的性愛自拍放在自己的部落格上，提供有興趣的網友點看、下載，到底算是私下流通行為，還是「強迫他人聽聞」、「使他人成為俘虜」的妨礙自由行為？從某個角度來看，這完全是私下流通，因為不想點看者並未被強迫去點看——此即構成釋字第 617 號所謂「適當之安全隔離措施」。但對於台灣的警察而言，這儼然已構成了「使一般人得以見聞」之犯法行為，觸犯了刑法第 235 條。在此，我們不妨追問：色情言論與其他言論究竟有何不同？為何單單「免於色情言論干擾的自由」（而非「免於任何言論干擾的自由」）受到超高度保障？這種特殊待遇合理嗎？再試想：同性戀者「免於異性戀言論干擾的自由」獲得了任何保障嗎？素食主義者「不想聽聞肉食言論的自由」呢？

再回到德沃金「平等尊重其他人的個人偏好」之說法。我們不妨追問：他人不想聽聞色情言論的「個人偏好」，究竟具有多大的政治道德份量？要是同性戀者說「我們並不歧視異性戀，也不反對他人私下閱聽異性戀言論，只是自己不想在公共領域聽聞之」，或要是部分男性對女性主義言論表達類似看法，這些「個人偏好」應當獲得尊重嗎？政府得以此為由，「限制」異性戀

或女性主義言論之「公開展示」嗎？對此，本文持保留態度。單單「其他人（不想聽聞）的個人偏好」，似乎仍不足以凌駕（override）憲政民主制度對言論自由之保障。

本文並不反對政府對某些色情言論物之公開展示，施加合理的程序管制，例如要求重度色情刊物或網站加上封套或警語。因為：正如林子儀大法官所言，「免於成為 captive audience 的自由」應當獲得尊重與保障。但德沃金的「個人偏好」論證，卻仍值得商榷。雖然某些人之所以不想聽聞色情，可能並非出於歧視其他價值觀的外在偏好，而確實只是因為自己很不想聽聞，或很不想自己的子女聽聞；不過，所謂「不願聽聞色情的個人偏好」、「不想聽聞色情的自由」或「免於色情干擾的自由」等等，在現實世界裡很容易遭到濫用，且經常被用來正當化不成比例的過度管制。因此，我們在考慮這類管制理由時，必須格外審慎，以免將歧視性的「外在偏好」誤認為是單純的「個人偏好」。

進一步看，德沃金本人似乎只有在色情管制問題上，強調政府得以「尊重其他人的個人偏好」作為管制言論的理由。事實上，德沃金對功效主義的一項主要批評，正在於它往往忽視了「個人偏好」所夾雜的種種「外在偏好」。在 1977 年的《認真對待權利》（*Taking Rights Seriously*）書中，德沃金特別強調：基於「個人偏好」而對言論與表達自由設限，實難避免「外在偏好」所造成的道德難題。這是因為：在許多情況下，我們很難斷定某種偏好到底是個人偏好的成份居多，還是外在偏好的成份居多。因此，倘若吾人認真看待言論與表達自由的重要性，原則上便不該輕易對其設限（Dworkin, 1977: 274-276）。同樣值得注意的是，德沃金從未主張政府得基於「尊重其他人的個人偏好」之考量，對仇恨言論進行限制。如果「其他人的個人偏好」真的那麼重要，「不想聽聞仇恨言論的個人偏好」照說也應當獲得平等尊重——但德沃金卻從未如此表示。³³ 所以，我們終究必須追問：色情言論到底有何特殊之處？為何不想聽聞色情的「個人偏好」值得尊重，但不想聽聞仇恨言論或其他言論的「個人偏好」卻往往不被尊重？

33 參見 Dworkin (2006)，另見陳宜中 (2007) 的相關討論。

正因為德沃金的立場並不一致，我們可以合理地懷疑：雖然德沃金強烈批評「對一般人（的性價值觀）的冒犯性」、「對 public decency 的冒犯性」此類管制理由，但似乎仍對其做出了部分讓步。否則，「平等尊重其他人的個人偏好」將可用來正當化對各種言論的限制，而不僅僅止於色情言論。

即因如此，本文對德沃金的「個人偏好」論證，仍持保留態度。德沃金對家長保護兒少的「個人偏好」之讓步，似乎也值得商榷；因為要是部分家長不希望子女輕易接觸到色情的「個人偏好」應當獲得平等尊重，那政府恐怕連青少年性教育都難以推展。照理來說，林子儀所謂「免於成為 captive audience 的自由」，通過某些低度的管制手段即可獲得滿足。相對於此，雖然德沃金強調政府不應全面禁止色情言論物之公開展示（以免連帶地妨礙其私下流通），但他的相關說法卻似乎暗示更廣泛的「限制」措施（只要不使色情言論物無法私下流通）。在本文看來，德沃金的這個立場或許是當代民主政治的民意壓力下的不得不然；但這應該更恰當地理解為一種「政治妥協」，而不意味著「其他人不想聽聞 X 言論的個人偏好」在任何情況下皆須獲得尊重。

在種種民意壓力之下，在民主正當性的政治作用力之下，任何政府恐怕都不得不對所謂的「主流民意」進行部分讓步。在此，德沃金堅持政府不得全面禁止色情之流通（「真實兒童色情」除外），毋寧是自由主義的政治底線。但自由主義基於對言論自由權之保障，或許應該要求更多，應該更仔細地檢驗「不願聽聞色情的個人偏好」、「不想聽聞色情的自由」或「免於色情干擾的自由」這類說法的政治道德份量。這是本文對德沃金的一項（部分）修正。

德沃金之所以認為「不願聽聞色情的個人偏好」值得重視，但卻未曾考量「不願聽聞仇恨言論的個人偏好」，似乎還與他「色情屬於低價值言論」的判斷息息相關。以下，我們將對「色情屬於低價值言論」這個說法，提出一些必要的商榷。

二、色情言論的價值

主張禁止色情言論的人士，經常將其貶抑為「低價值言論」，甚至強調「色情不是言論」。一種常見的主禁派說法是：色情（或猥褻）言論並非政治言論，對公共政治辯論幾無貢獻，所具之其他社會價值亦甚低，充其量只是一種低

價值言論；色情既屬於低價值言論，所受之保障程度自然較低，對其進行管制之正當性門檻亦較低。³⁴

這個說法說對的一點是：理論上，憲政民主制度對政治言論之自由保障，要高於其他言論。³⁵不過，就算是高價值的政治言論，其保障亦非絕對；而即使是所謂的「低價值言論」或甚至「垃圾言論」，亦非不受保障。在我們每天所接觸到的種種言論與表達之中，大部分恐怕都會被歸類為公共性不高、價值不高的言論與表達，但基本不受管制。反之，許多受到管制的言論，包括毀謗名人、揭弊、揭人隱私、色情猥褻言論等，反而往往變成公眾話題。換句話說，任何言論的管制與否，與其公共性或社會價值之高低，並無直接或必然關係。「低價值言論」的管制門檻或許低於政治言論，但許多不具公共性或政治價值的言論（如某些宗教言論），仍受到相當高度的保障。畢竟，憲政民主制度對言論自由之保障，並非僅僅著眼於政治言論之於民主政治的重要性。³⁶

在此，德沃金的論證途徑是：即使色情不是政治言論，即使色情言論的社會價值似乎較低，但基於「平等尊重每個人、每位公民的道德獨立性」之政治道德原則，政府仍不應以想當然爾的泛泛說詞作為管制理由。德沃金表示：就算政府全面禁止色情言論，此亦無礙民主政治之運作。易言之，若要證立廣泛的色情權利，把色情比附為政治言論是行不通的，而必須訴諸「平等尊重」之政治道德原則（Dworkin, 1985: 335-336; 1996: 233, 237）。對德沃金而言，「平等尊重」是支持言論自由作為公民基本權利的最重要理由。原則上，政府應對各種言論保持價值中立，不得針對特定的言論內容進行管制，否則即違反了平等尊重原則（Dworkin, 1996: ch.8）。

德沃金的「平等尊重」原則及其理論基礎，非本文以有限篇幅所能深究。在此，值得強調的重點有二。第一，德沃金並未否認色情是一種幾無政治價

34 參見 Alexander ed. (2000: ch.13) 對這類說法的分析與批評。

35 對政治言論的看重其來有自，較早期的論證請見 Chafee (1996) [1920]、Meiklejohn (1948)、Kalven (1988)。另見 Barendt (2005: ch.V) 的分析。

36 另見 Mill (1989)、Schauer (1982)、Haworth (1998) 論言論自由的其他面向。

值、公共性不高、其他社會價值亦甚低的「低價值言論」。第二，即使色情屬於低價值言論，德沃金從「平等尊重」原則為色情權利所做之辯護仍可成立，因其無涉色情言論之價值高低。這是德沃金的論證進路。

在德沃金的論證基礎上，我們將進一步指出：在色情管制爭議已高度政治化的今日，聲稱「色情是低價值言論」恐有以偏概全之虞。客觀而言，色情言論的存在價值或許正在於其所引發的諸多政治與文化爭議，其對「社會多數共通之性價值秩序」之挑戰，及其增進知識之作用。

歷史地看，尤自十九世紀中葉起，色情的管制與否、如何管制，已逐漸變成高度政治化的問題。1950、1960年代以降，此種政治化趨勢更愈演愈烈。一方面，廣義的自由派（包括言論自由派、女性主義者、同志人權團體、性工作者、性解放派等）呼籲政府解除或修正種種不合理的管制措施。另一方面，廣義的主禁派（包括性保守派、父權家庭的擁護者、宗教人士、反色情女性主義者、家長團體等）則不斷施壓政府加強管制力道，以淨化社會、以捍衛家庭價值、以服膺宗教戒律、以保護女性、以保護青少年及兒童、以尊重民主多數等等。隨著資本主義消費社會的發展，及社會文化的民主化趨勢，幾乎每個年代都有些「舊色情」變成「新情色」，也都有些「新色情」在主禁派的壓力下遭禁（Duggan and Hunter, 1995; Sigel ed., 2005）。

此種「色情管制的政治」所呈現出的，毋寧是現代人對性的普遍焦慮。從佛洛伊德到金賽、到傅柯，以及1960年代以降方興未艾的性學研究、色情研究等等，皆指向性之於現代人、現代社會的高度重要性。³⁷性，很可能座落於現代人自我認同的核心地帶。倘若色情（或猥褻）言論不具任何社會、文化或教育意義，或不具任何審議旨趣（deliberative interests），則似乎很不可能引起如此廣泛激烈的公共爭議（Cohen, 2006: 284-291）。總的來看，「色情」與其說是一種「低價值言論」，倒不如說是一種特別容易引起性焦慮、自我認同焦慮、以及性價值爭議的言論範疇，也因此特別容易在民意壓力下遭禁。性與色情，雖然尚稱不上是主流政治之一環，但在包括台灣在內的許多國家，亦已逐漸變成具能見度的重要公共課題。在台灣，近年來的公娼爭

37 參見 Dollimore (1991)、Foucault (1978-1986)、Weeks (1981; 1985)。

議、人獸交爭議、刑法第 235 條及兒少法爭議、援交與釣魚爭議、同志人權爭議、網路性愛自拍爭議、陳冠希事件爭議等等，皆呈現出性管制與色情管制的政治化趨勢。

色情管制的一個「悖論」在於：色情言論的非主流及爭議性格愈受到肯認，其審議旨趣愈高，政府愈有理由保障色情言論的自由。例如，對釋字第 617 號來說，色情猥褻言論的主要問題在於其挑戰、冒犯了「社會多數共通之性價值秩序」。但換個角度來看，愈是挑戰主流價值的言論，原則上不是愈需要言論自由權的保障嗎？

又如，對相信「色情傷害女性」的論者而言，色情的污染及傷害作用或者在於使女性偏離婦道，使其脫離家庭價值的規訓；或者在於助長「女人是男人性具」之文化建構，乃至對女性形成消音作用，進而助長兩性不平等。儘管這兩種說法並不一致，甚至互相衝突，但若放在一起來看，似乎正凸顯出色情言論及其社會效應的高度爭議性格。然而，愈是引發諸多歧見的言論，愈是處於公共辯論核心地帶的言論，愈是具有審議旨趣的言論，原則上不是愈需要言論自由權的保障嗎？

就算色情本身不是政治言論，但總的來看，色情言論仍有其客觀的存在價值，包括其公共審議旨趣、冒犯主流之性格、增進知識之作用等等。要判斷出此種價值之存在，我們毋須訴諸任何特定的性價值觀。從釋字第 617 號，不難窺知色情猥褻言論對「社會多數共通之性價值秩序」的冒犯性。從「色情傷害女性」之兩種說詞，亦不難發現：色情所涉及之政治及文化爭議其實頗為複雜。更值得一提的是，色情所引發的種種研究與爭論，實已相當可觀。³⁸時至今日，色情言論所具之公共審議旨趣，其冒犯主流之性格，及其增進性文化知識之作用，幾已無可否認。

即使色情言論的存在價值不受肯認，我們仍可在德沃金的理論基礎上，為廣泛的色情權利進行辯護。但如果前述看法可以成立，那麼，我們或許有更強的理由支持自由主義的色情權利論說。

38 另見 Williams ed. (2004) 所收之色情研究論文。本文所引用之參考文獻，大多數皆稱得上是廣義的色情研究。

柒、結論

色情言論的管制與否、如何管制，向來具高度爭議性。本文從維護言論自由作為重要的公民基本權利的視野，分析、評估了兩大類管制色情的理由：一類以色情「對一般人（的性價值觀）的冒犯性」作為立論基礎；另一類著重於色情「對脆弱心靈的污染性」，及其所可能造成之種種「傷害」。本文申論指出：「對一般人（的性價值觀）的冒犯性」並非管制色情之正當理由；然若色情對他人構成相當實質且明確、並具政治道德重要性之傷害，則政府得對其進行管制。

在第二節裡，我們以釋字第 617 號為例，分析並質疑「對一般人的冒犯性」、「維護社會多數共通之性價值秩序」、「妨礙社會風化」此類管制理由。接著在第三、四、五節裡，我們逐步考察了「色情助長性犯罪」、「保護青少年及兒童」、「色情傷害女性」等幾項主要的傷害說詞，並評估其政治道德份量。我們分析指出：第一，「色情（可能）助長性犯罪」並非管制色情之正當理由；單單針對「（極度）暴力色情」進行管制，亦難稱合理。第二，「管制色情以保護兒少」之說頗為牽強，但「真實兒童色情」則是正當的管制對象。第三，即使色情使女性「偏離婦道」，政府亦不應以此為由管制色情；即使色情可能助長「女人是男人性具」之文化建構，對女性形成某種「消音」作用，因而強化了兩性不平等，這些仍不足以構成查禁色情之正當理由。

本文通過對色情管制爭議之逐步分析，所表達之自由主義基本觀點如下。原則上，除非色情言論侵害了他人之基本權利，或對他人造成相當明確且實質、並具道德（此指公共政治道德）重要性之傷害，否則政府不應禁止或限制之。此外，即使管制目的具一定正當性，政府亦應避免過度管制。

在第六節裡，我們針對德沃金的兩項相關說法，進行了修正與補強。德沃金表示：基於「平等尊重其他人的個人偏好」之考量，政府得「限制」色情言論物之「公開展示」。但我們分析指出：所謂「不願聽聞色情的個人偏好」、「不想聽聞色情的自由」或「免於色情干擾的自由」等等，可能仍不足以構成管制色情的充分理由。

德沃金的色情權利論說，可與「色情屬於低價值言論」之判斷並行不悖。他的論證途徑是：即使色情屬於低價值言論，其言論自由權利仍應受到保障。在此理論基礎上，本文進一步指出：基於色情言論所具之公共審議旨趣，其冒犯主流之性格，及其增進性文化知識之作用，我們當有更強的理由支持自由主義的色情權利論說。

所謂的「色情權利」並不意味著自由放任，但它確實意味著：基於對言論自由權之高度保障，管制色情的理由須正當，管制色情的手段須合理。「色情權利」當然不該無限上綱，但色情言論的管制與否、如何管制，仍須建立在維護言論自由作為重要的公民基本權利的前提之上。

參考資料

司法院大法官

2006 〈釋字第 617 號〉。2008 年 4 月 5 日，取自 http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/p03_01.asp?expno = 617

林子儀

2006 〈釋字第 617 號解釋部分不同意見書〉。2008 年 4 月 5 日，取自 http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/P03_01_detail.asp?expno = 617&showtype =意見書

許玉秀

2006 〈釋字第 617 號解釋不同意見書〉。2008 年 4 月 5 日，取自 http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/P03_01_detail.asp?expno = 617&showtype =意見書

陳宜中

2007 〈仇恨言論不該受到管制嗎？反思德沃金的反管制論證〉，《政治與社會哲學評論》23: 47-87。

黃舒梵

2008 〈「價值」在憲法解釋中扮演的角色：從釋字第 617 號談起〉。發表於第六屆「憲法解釋之理論與實務」暨釋憲六十週年學術研討會，中央研究院法律學研究所籌備處、中華民國憲法學會主辦，台北：南港，1 月 11-12 日。2008 年 4 月 5 日，取自 http://www.ias.sinica.edu.tw/resource/970111/970111_1_2.pdf

鄭光明

2008 〈麥肯能與藍騰的平等論證〉，《歐美研究》38(1): 103-160。

謝世民

2006 〈猥褻言論、從娼賣淫與自由主義〉，《政治與社會哲學評論》16: 1-41。

- Alexander, L. (ed.)
2000 *Freedom of Speech, Volume I: Foundations*. Dartmouth: Ashgate.
- Barendt, E.
2005 *Freedom of Speech*. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press.
- Barrett, M. and M. McIntosh
1982 *The Anti-Social Family*. London: Verso.
- Barry, K.
1979 *Female Sexual Slavery*. New York and London: New York University Press.
- Bartley, P.
2000 *Prostitution: Prevention and Reform in England, 1860-1914*. London and New York: Routledge.
2002 *Emmeline Pankhurst*. London and New York: Routledge.
- Berger, R. J., P. Searles, and C. E. Cottle
1991 *Feminism and Pornography*. New York: Praeger.
- Brownmiller, S.
1999 *In Our Time: Memoir of a Revolution*. New York: Dial Press.
- Chafee, Z. Jr.
1996[1920] *Freedom of Speech*. New York: William S. Hein & Co.
- Chancer, L. S.
1998 *Reconcilable Differences: Confronting Beauty, Pornography, and the Future of Feminism*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Clor, H. M.
1996 *Public Morality and Liberal Society*. Notre Dame and London: University of Notre Dame Press.
- Cohen, J.
2006 "Freedom, Equality, Pornography," pp. 258-295 in Spector (ed.), *Prostitution and Pornography: Philosophical Debate about the Sex Industry*. Stanford: Stanford University Press.
- Connelly, M. T.
1980 *The Response to Prostitution in the Progressive Era*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press.
- Conway, D.
1974 "Law, Liberty, and Indecency," *Philosophy* 49: 135-148.
- Cornell, D. (ed.)
2000 *Feminism and Pornography*. Oxford: Oxford University Press.
- Davidson, J. O.
2005 *Children in the Global Sex Trade*. Cambridge: Polity.
- Devlin, P.
1965 *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press.
- Dines, G., R. Jensen, and A. Russo
1998 *Pornography: The Production and Consumption of Inequality*. New York and London: Routledge.

- Dollimore, J.
1991 *Sexual Dissidence: Augustine to Wilde, Freud to Foucault*. Oxford: Clarendon Press.
- Donnerstein, E., D. Linz, and S. Penrod
1987 *The Question of Pornography: Research Findings and Policy Implications*. New York: Free Press.
- Duggan, L. and M. D. Hunter
1995 *Sex Wars: Sexual Dissent and Political Culture*. New York and London: Routledge.
- Dworkin, A.
1974 *Woman Hating*. New York: Dutton.
1981 *Pornography: Men Possessing Women*. New York: Perigee Books.
1997 *Life and Death*. New York: Free Press.
- Dworkin, R.
1977 *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
1985 *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
1996 *Freedom's Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
2000 *Sovereign Virtue*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
2006 "The Right to Ridicule," *The New York Review of Books* 53(5). 23 March.
- Easton, S. M.
1994 *The Problem of Pornography: Regulation and the Right to Free Speech*. London and New York: Routledge.
- Fiss, O. M.
1992 "Freedom and Feminism," *Georgetown Law Review* 80(6): 2041-2062.
1996 *The Irony of Free Speech*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Foucault, M.
1978-1986 *The History of Sexuality*. 3 vols. New York: Pantheon Books.
- Friedman, A.
2000 *Prurient Interests: Gender, Democracy and Obscenity in New York City, 1909-1945*. New York: Columbia University Press.
- Gastil, R. D.
1976 "The Moral Right of the Majority to Restrict Obscenity and Pornography Throughout Law," *Ethics* 86: 231-240.
- Geuss, R.
2001 *Public Goods, Private Goods*. New Jersey: Princeton University Press.
- Hart, H. L. A.
1963 *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press.
- Haworth, A.
1998 *Free Speech*. London and New York: Routledge.
- Hunt, L. (ed.)
1993 *The Invention of Pornography: Obscenity and the Origins of Modernity, 1500-1800*. New York: Zone Books.

Jenkins, P.

- 2001 *Beyond Tolerance: Child Pornography on the Internet*. New York and London: New York University Press.

Juffer, J.

- 1998 *At Home with Pornography*. New York and London: New York University Press.

Kalven, H. Jr.

- 1988 *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America*. J. Kalven (ed.). New York: Harper & Row.

Lacombe, D.

- 1994 *Blue Politics: Pornography and the Law in the Age of Feminism*. Toronto: University of Toronto Press.

Lane III, F. S.

- 2001 *Obscene Profits: The Entrepreneurs of Pornography in the Cyber Age*. New York and London: Routledge.

Langton, R.

- 1990 "Whose Right? Ronald Dworkin, Women, and Pornographers," *Philosophy and Public Affairs* 19: 311-359.

- 1993 "Speech Acts and Unspeakable Acts," *Philosophy and Public Affairs* 22: 293-330.

Loftus, D.

- 2002 *Watching Sex: How Men Really Respond to Pornography*. New York: Thunder's Mouth Press.

McElroy, W.

- 1995 *XXX: A Woman's Right to Pornography*. New York: St. Martin Press.

McIntosh, M. and Segal, L. (eds.)

- 1992 *Sex Exposed: Sexuality and the Pornography Debate*. London: Virago Press.

MacKinnon, C. A.

- 1987 *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- 1989 *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- 1993 *Only Words*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- 2005 *Women's Lives, Men's Laws*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- 2006 *Are Women Human?* Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.

May, L.

- 1998 *Masculinity & Morality*. Ithaca and London: Cornell University Press.

Meiklejohn, A.

- 1948 *Free Speech and Its Relation to Self-Government*. New York: Harper & Brothers.

- Mill, J. S.
1989 *On Liberty and Other Writings*. S. Collini (ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Mudge, B. K.
2000 *The Whore's Story: Women, Pornography, and the British Novel, 1684-1830*. Oxford: Oxford University Press.
- Nagle, J. (ed.)
1997 *Whores and Other Feminists*. New York and London: Routledge.
- Nowlin, C.
2003 *Judging Obscenity: A Critical History of Expert Evidence*. Montreal & Kingston: McGill-Queen's University Press.
- Nussbaum, M. C.
1999 *Sex and Social Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Pateman, C.
1988 *The Sex Contract*. Stanford: Stanford University Press.
- Posner, R. A.
1992 *Sex and Reason*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Richards, D. A. J.
1999 *Free Speech and the Politics of Identity*. Oxford: Oxford University Press.
- Schauer, F.
1982 *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press.
1987 "Causation Theory and the Causes of Sexual Violence," *American Bar Foundation Research Journal* 12(4): 737-770.
1993 "The Phenomenology of Speech and Harm," *Ethics* 103: 635-653.
- Segal, L.
1987 *Is the Future Female? Troubled Thoughts on Contemporary Feminism*. London: Virago Press.
1990 *Slow Motion: Changing Masculinities, Changing Men*. New Brunswick, New Jersey: Rutgers University Press.
- Shrage, L.
1994 *Moral Dilemma of Feminism: Prostitution, Adultery, and Abortion*. New York and London: Routledge.
2007 "Feminist Perspectives on Sex Markets," *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Retrieved April 5, 2008, from <http://plato.stanford.edu/entries/feminist-sex-markets>
- Sigel, L. Z. (ed.)
2005 *International Exposure: Perspectives on Modern European Pornography, 1800-2000*. New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press.
- Smart, C.
1989 *Feminism and the Power of Law*. London and New York: Routledge.

- Spector, J. (ed.)
2006 *Prostitution and Pornography: Philosophical Debate about the Sex Industry*. Stanford: Stanford University Press.
- Strossen, N.
2000 *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*. New York and London: New York University Press.
- Sunstein, C. R.
1993 *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: Free Press.
- Taylor, M. and E. Quayle
2003 *Child Pornography: An Internet Crime*. Hove and New York: Brunner-Routledge.
- Thornburgh, D. and H. S. Lin (eds.)
2002 *Youth, Pornography, and the Internet*. Washington, D.C.: National Academy Press.
- Walby, S.
1990 *Theorizing Patriarchy*. Oxford: Basil Blackwell.
1997 *Gender Transformations*. London and New York: Routledge.
- Weeks, J.
1981 *Sex, Politics, and Society: The Regulation of Sexuality since 1800*. London: Longman.
1985 *Sexuality and Its Discontents*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Weinstein, J.
1999 *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*. Colorado: Westview Press.
- Weitzer, R. (ed.)
2000 *Sex for Sale: Prostitution, Pornography, and the Sex Industry*. New York: Routledge.
- Wheeler, L. A.
2004 *Against Obscenity: Reform and the Politics of Womanhood in America, 1873-1935*. Baltimore and London: The John Hopkins University Press.
- Williams, L.
1989 *Hard Core: Power, Pleasure, and the "Frenzy of the Visible."* Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Williams, L. (ed.)
2004 *Porn Studies*. Durham and London: Duke University Press.

Freedom of Speech in the Controversy over the Regulation of Pornography

I-chung Chen

Associate Research Fellow

Research Center for Humanities and Social Sciences, Academia Sinica

ABSTRACT

What might be the legitimate reasons for regulating pornography? To what extent should pornography be immune from regulation because it is a form of 'speech' or 'expression'? This paper contends, from the standpoint of safeguarding freedom of speech as an important basic right, that pornography should not be regulated on grounds of its 'offensiveness to the average person' or for any similar reasons. Arguments from mere offensiveness are rejected for being unjustly protective of majority interests. But the case for regulation could be legitimately made, however, if the specific harms allegedly caused by pornography are sufficiently clear, substantial, and important from the point of view of public political morality. This paper examines several major claims about 'harm', regarding, for example, sexual crimes, harms to children, and harms to women. Most of these claims are less than convincing, while others might be taken to justify reasonable forms of regulation. What Ronald Dworkin has called the 'right to pornography' is, on the whole, reconfirmed. Yet Dworkin's partial concession to the offensiveness principle, and his equation of pornography with low-value speech, are found to be unsatisfactory. Revising and improving on Dworkin's approach, this paper contributes to strengthening the free speech justification for a 'right to pornography'.

Key Words: pornography, regulation, freedom of speech, offensiveness, harm, Dworkin