

被合法的慾望、被消失的同志
晶晶書庫案(釋字第六一七號)及相關司法實務的再思考*
黃丞儀**

Constitutionalizing Desire,
Liquidizing Homosexuality
Revisiting Judicial Yuan Interpretation No. 617 and No. 623
by Cheng-Yi HUANG

* 感謝研究助理胡竣凱及黃薇儒協助蒐集資料。謹以本文向賴正哲及許許多多同志運動義工致意。

** 服務單位：中央研究院法律學研究所
通訊地址：11529 台北市南港區研究院路二段 128 號
E-mail: chengyi@gate.sinica.edu.tw

我們不必把性想成是受壓迫的，因為法律形構慾望的同時，也暗示了空缺。哪裡有慾望，哪裡就有權力關係；要以事後賦予的壓迫去貶低這種權力關係，固然是一種幻想；但要在權力所及範圍之外去追尋慾望的軌跡，恐怕也是不切實際的。¹

如果要保障少數之前，還要先維護多數的必要，何保障之有？²

大法官會議很少談「性」，更少觸及「性傾向」(sexuality)。由同志書店「晶晶書庫」負責人賴正哲提起的釋憲案，促成了迄今唯一一號同時觸及「性」和「性傾向」的解釋：釋字第六一七號(2006)。隨後，不到半年內，大法官會議作成了另外一件與「性」有關的解釋：釋字第六二三號(2007)。距離大法官們第一次處理「性」議題(釋字第四零七號，1996)，中間間隔長達十年之久。十年，白雲蒼狗，政黨輪替，潮起潮落，大法官們的釋憲技術及法律詞彙增加了，但對「性」議題的態度依然保守。任何一個國民只要拿起這兩號解釋併覽，大概很難不感到無限的空虛與迷惘。

法學界對於這兩號解釋一致的批評就是：大法官為了讓系爭條款合憲(亦即《刑法》第二三五條和《兒童及少年性交易防治條例》第二十九條)，不惜以限縮解釋的方式，侵犯立法者的權限，增加了法條白紙黑字沒有的要件(如釋字第六一七號，增加「硬蕊、軟蕊的區隔」、「加裝隔絕措施」)，甚至明顯違反立法者意旨(如釋字第六二三號)，在所不惜。(劉靜怡，黃榮堅，李念祖，高榮志)司法者如此運用具有高度

1 Michele Foucault, *History of Sexuality*, New York: Vintage, p. 81, 1985. 原英譯文為：“One should not think that desire is repressed, for the simple reason that the law is what constitutes desire and the lack on which it is predicated. Where there is desire, the power relation is already present; an illusion, then to denounce this relation for a repression exerted after the event; but vanity as well, to go questing after a desire that is beyond the reach of power.”

2 許玉秀大法官，〈釋字第六一七號不同意見書〉。

爭議性的司法解釋技術，目的不外乎為了延續現行性管制法令的合憲性地位。

對於法律技術(legal technicality)的大肆運用，我們也可以從最基本的「猥褻」定義開始質疑，也可以針對兒少條例第二十九條充斥的「不確定法律概念」(引誘、媒介、暗示)，挑戰「法明確性原則」的難以操作，進而指出文字意義的不確定性其實是所有法治國家必然存在的規範空缺，由此展現主權者對於生命政治(biopolitics)的意志專斷。然而，在運用法律技術去拼湊這兩號解釋的同時，我們恐怕將喪失從整體面去理解「性」的可能性：究竟在所謂的憲政民主國家裡面，「性」是如何被憲法支配的？為什麼會被這樣支配？被憲法化的性，和不具有「法之性質」的性，有什麼差別？對於憲法而言，性跟日常生活中會遭遇到的穿衣、騎腳踏車、買芒果、打電話是否一樣，沒有適用標準上的差別？還是說，性，跟戰爭、暴力，都被劃歸為生活的例外場域，用「例外」的法律標準來量度、執行與控制，是憲法所允許的昏昧不明場域？如果是前者，那麼不同的性傾向者是不是也應該適用同樣的量度標準，就像左撇子也要遵守紅綠燈？如果是後者，是不是只要與性有關的爭議，就直接進入原始魍魎的征戰狀態，以生存的本能來作為安排慾望出口的基準？

這兩號解釋當中，雖然與性有關的技術詞彙層出不窮，舉凡性言論、性資訊、性道德感情、性慾、性器官、性行為、性交、性活動、性觀念、性文化、性風化、性交易、性剝削、性價值秩序皆是，但其實我們看到的卻是「性」的退位。透過這些歧義多變的詞彙，大法官們迴避了「性究竟是什麼及性管制如何可能」的問題。對他們來說，這個問題或許不重要，因為法律沒有規定性是什麼，技術上也不需要處理。但是無論是猥褻、色情、援交、網路性愛，哪一個不是人類社會繽紛斑斕的性生活一端？法律要判定何者為異端，應該被驅逐出羅馬城而歸於無人之荒野時，難道不應該先思考在性的領域裡面，誰才是

異端、誰才是常態？迴避了「性」本質的討論，讓這兩號解釋只剩下法律技術的殘軀，以一種畸形的姿態在憲法國度內支配眾生。

一、親密關係的異化與民主的暴力

在釋字第六一七號解釋理由書中，大法官花費了許多篇幅來說明什麼是「性價值秩序」。在這段被他們同僚批評為「不知所云」、暴露「欠缺理解與思考」的文字當中，多數意見認為：「男女共營社會生活，其關於性言論、性資訊及性文化之表現方式，有其歷史背景與文化差異，乃先於憲法與法律而存在，並逐漸形塑為社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，而客觀成為風俗者。」

在這個靜止的「風俗」歷史圖像中，男女共營的性生活是被概括吸納進入憲法國度的。怎麼吸納？用民主的暴力來轉換。生存在一個以「民主」為樂、一切以「民主形式」為最高的憲政民主國家，即便是「生之慾」，也不能只是單純行樂而已，必須被注入立法者打造好的模子裡面，長成「社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式」。可是，立法代議士自己的性觀念和性行為是不是「社會多數人普遍能夠認同」，套一句判決常用陳腔：「並非所問」。那麼，到底「社會多數人」是誰？是不是司法者把話塞到立法者嘴巴裡去，就變成「社會多數人」的意見？刑法第二三五條有定義什麼是「猥褻」嗎？從頭到尾就只有「猥褻」二個字而已。³ 二個字，就算用放大鏡去看，也就只有二個字，不會變成「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」這45個字。這是立法機關「為維持男

3 刑法第二三五條規定：「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。(I)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。(II)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。(III)」

女生活中之性道德感情與社會風化」而制訂的規範嗎？是經過民意機關以多數判斷的結果嗎？說到底，這是司法者自己的價值判斷吧？如果是的話，為什麼還要假託立法者？這就是民主的虛妄。明明是司法者自己造立出來的神像，卻要假民主之名，好像這樣才有正當性。司法者就是在主權者壟斷政治性權力的狀態下，以自己意志遂行「憲政民主」的菁英統治(aristocracy)。

儘管時光流轉，釋字第六一七號一點都沒有超越比它早十年作成的釋字第四零七號。在猥褻的定義上，釋字第六一七號完全沿用釋字第四零七號的矛盾定義，既要興奮又要羞愧(「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」)。尤有甚者，釋字第六一七號更進一步以「倫理可非難性」來證立(justify)刑法第二三五條的合憲性基礎。什麼是陳列猥褻物品的「倫理可非難性」呢？大法官認為，這些猥褻書刊「對於平等和諧之社會性價值秩序顯有危害」。若然，我們也可以合理懷疑肛交違憲，因為它對於平等和諧之社會性價值秩序會有危害，讓其中一方處於動物的姿態進行性交，貶低其人格，而且太多人進行肛交，會讓這個國家沒有下一代。空洞的「平等和諧的性價值秩序」倘若可以作為證立刑罰的基礎，那麼憲法也應該一併規定所有人都只能採取「符合人性尊嚴」的性交體位。

性生活涉及的親密關係(intimacy)經釋憲者藉由民主形式而被吸納進入憲法權利體制，這是一種近代理性操作下的結果。為了增加生產力和提高社會控制，近代國家以家戶單位(household)為經濟計算的基礎，進行人口學統計、經濟學推演以及警察權的行使，讓主權的力量滲透到社會生活的每一點上。(Foucault, 1991)親密關係原先不以家庭內發生為限，但是在近代國家興起後，逐漸被收編到以家戶為單位的治理關係裡面(governmental rationality)。這種治理性的輻輳也正是工業文明的開端，在經濟理性支配下主權者以法律來規制生產關係，透過擬制的立法者來對於人民生活進行各種規劃與控制。在此過程中，親

密關係逐步被異化為條文製造出來的法律關係，進而轉化為支撐工業文明的家戶單位。在這整個理性國家的圖像中，性，於是失去氣味與悸動，只有機械式抽插。這正是勞倫斯(D. H. Lawrence)在《查泰萊夫人的情人》當中極力抵抗的工業文明所帶來的巨大破壞，讓人失去生命力的根本。在性的荒原中，有追逐、矜持、衝突、臣服與反叛，有不顧羞恥地呻吟與痛苦顫抖，有超越倫常的離經叛道，也有生命的創造與毀滅。勞倫斯所描繪的世界，人必然保留了原始動物本能，而驅動人類從事性活動便是生存慾望及自然需求下產生的本能動力。

在此「生之慾」世界裡，主體與客體並非不能替換，宰制與壓迫也可能轉化為情感交纏與昇華的來源；這不是權利指令可以完全貫穿的領域，也很難有全知全能的道德評價。從這裡來看，硬蕊和軟蕊的區分，其實有很大的困難。所謂的暴力、性虐待，其實有時候和性的高潮驅力很難區分。在人類的性生活中，很可能出現非常激烈的性愛交媾，導致傷痕累累，但是內心情緒滿溢賁張，成為彼此隸屬的儀式。這時候發生的暴力或虐待，到底是構成性行為的一部份，還是單純的暴力或虐待行為，恐怕很難透過直接觀察來論斷。性與愛有時候是一種彼此傷害與毀滅的過程，法律要如何又為何要確保每個人都可以過著甜蜜生活呢？在這裡，我們遭遇到了理性的困難，性本身可能是一種本能(instinct)的作用，超越理性的量度。進入本能的世界，理性架構的法權體制似乎就無用武之地。因此，性在這裡變成了法外之域，是一種生死交關的例外狀態。

二、法治的例外與性的崩解

面對此一「例外狀態」，大法官透過立法者在刑法第二三五條留下的「不確定法律概念」來架構性的價值秩序，其實正是兩種「例外狀態」的撞擊。前面已經提過，大法官自己也承認「猥褻」是一種評價性的不

確定法律概念，這種不確定法律概念就是立法者留下來開放式規範語句，讓裁判者依個案事實來進行評價與規範填補。這種規範空缺，也創造了不穩定的、恣意的評價空間，在理性運作上是與「以法主治」(the rule of law)相矛盾的，充滿不確定性，也會造成個案判決時的不穩定與欠缺可預測性。(Endicott, 2000)因此，不理性的「不確定法律概念」(猥褻)要如何收編理性世界的例外狀態(性)?在釋字第六一二號上我們看到的其實是一種獨斷的權力行使，獨白式的斷定「性價值秩序」。不過，這種權力獨斷，又是憲政民主國家創造出來的「必要之惡」。透過憲政民主體制將主權暴力的形式加以正當化，進而將社會生活秩序順理成章地置於近代國家理性的支配。換言之，晶晶書庫案挑戰的其實不只是刑法第二三五條而已，而是已經被異化的性親密關係，以及創生這種異化的近代理性國家。(Stoler, 1995)

同樣的問題叢結也出現在釋字第六二三號有關網路援交的案例。《兒童及少年性交易防治條例》第二十九條立法理由明白說了，為了保護兒童及少年，不論傳布的內容是否以兒童、少年性交易為內容，或是否以兒童、少年為傳布對象，只要在法條規定的媒體上(包括平面、電子媒體及網路)傳布、播送、或刊登「足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易」的訊息，都構成犯罪。立法理由認為因為兒童及少年的判斷力弱，容易受到這一類訊息的不良影響，因此即便內容跟兒童少年無關，只要在平面、電子媒體及網路上傳播這一類的訊息，都會影響兒童少年的身心健康。

雖然大法官在釋字第六二三號裡面，將本條的適用範圍限於「以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容之訊息」或「向兒童少年或不特定年齡之多數人，傳布足以促使一般人為性交易之訊息」。只要不屬於這兩者，而且加上隔絕措施，使接收訊息者為18歲以上，就不需繩之以法。但是，性的曖昧與本能的衝動，仍然時常造成「引誘」、「媒

介」、「暗示」的界線變得模糊。⁴這一類的「不確定法律概念」，也再一次證明了國家要收編「性」的領域必須透過法治的「例外狀態」來進行。儘管較諸「性價值秩序」，「保護兒童少年不受性剝削」聽起來是更堂而皇之的法益，但是原條文規定的對象根本不限於兒童少年，而是鋪天蓋地網羅所有人。釋憲者透過限縮解釋承認了這套性管制法令的合憲性，毋寧也承認了國家可以用這類「例外狀態」來收編「性」所代表的「生之慾」。

進一步來說，「被憲法異化的親密關係」，在知識論上實是一種最深度的自內殖民現象。上述「例外狀態」的規範收編，是託藉民主形式來將符合近代理性、工業文明的性價值秩序客觀化，進而抹除（「淨化」）其他非西方近代「清教徒」式的性生活型態選擇。這種被客觀化的「性價值秩序」其實蘊含了近代西方的「國家／社會」對立及政治理性（governmental rationality）等預設價值，與傳統中國法律「禁淫詞」的儒家道德分屬不同意義體系。雖然在立法理由及司法解釋的表述上，仍混雜了傳統價值，呈現多源並生的狀態；但是這種將慾望憲法化的論述過程，不折不扣就是建構理性國家的知識生產模式。在此過程中，「性」所營生的例外狀態，就逐漸崩毀於理性計數的、「千人一面」、具有民主正當性的性價值秩序中。

4 關於此點，林子儀大法官在釋字第六二三號所提〈不同意見書〉有精彩的批判：「即使司法實務亦常有將凡與性交易可能有關之言論，即認係屬於『足以引誘、媒介、暗示』而促使人為性交易之言論，而以系爭規定予以處罰之例，致人民有關性交易言論動輒得咎。[……]網際網路之開放特性，早已使其成為一般庶民對公眾事務發言之最佳管道，原為民主社會不可多得之言論平台。但正因其開放之特性，使言論之發生原點與最終之接受者之間，存在多元且多層次之中介傳播者，例如學校之各級單位，網路聊天室之站長、室長，討論區之站長、版主等等。此等中介傳播者多數不僅缺乏法律專業知識，亦無傳統媒體編審人員之經驗。則在從事司法實務之人業已對系爭條文之解釋發生強烈疑義之際，又如何期待上述中介傳播者得以毫無刑責相繩可能之疑慮，而不進行過度之言論監控？此等寒蟬效應，有悖於健全言論自由發展之精神，實非吾人所樂見。」（重點為筆者所加。）

三、溶解於「少數性文化族群」的同志身分

雖然，釋字第六一二號以「少數性文化族群」來指涉同志社群，也表示「為貫徹憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨，除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律或法律授權訂定之命令加以限制者外，仍應對**少數性文化族群**依其性道德感情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。」但是當少數性文化族群的性價值和法律相衝突時，多數意見的大法官們仍然強調要「維護社會多數共通之性價值秩序」。那麼到底是要怎麼保障「少數性族群文化」的性言論表現和性資訊流通？

許玉秀大法官在其〈不同意見書〉中批評：「如果真的要保障少數，豈不是應該在所謂維護多數所必要上面讓步？」她接著質疑，如果「描繪男體屬於確立性傾向認同所不可獲缺的輔助品」，那麼男體出現在同志書刊和非同志書刊是不是要有不同的認定標準？如果不是，「保障少數性文化族群」豈不是徒托空言？事實上，大法官連「同志」或「同性戀」都不願意寫在解釋文或解釋理由書上，所謂的「少數性文化族群」是指什麼？包二奶、娶小老婆、和童養媳結婚的？還是師生戀、老少配、跨種族通婚？就人口數而言，這些可能都不算多數的人口，那他們的性生活型態算是「少數性文化」的一種嗎？所謂的「少數性文化族群」和「多數性文化族群」之間究竟是質的差異、還是量的差異？

而且，大法官又指出「暴力、性虐待、人獸性交等」類型的性言論或性資訊即便包上封套也不能夠公開陳列或販售。那麼「暴力、性虐待、人獸交」所例示的究竟是「少數中的少數」，還是不分少數多數都可能出現的情形呢？也就是說，這裡可能出現交錯的情形，例如：同性戀的性愛影片中同時也出現性虐待的行為。那麼這種影片和異性戀A片中的性虐待行為，就釋字第六一七號而言，是不是有同樣的法律評價？如果是的話，同性戀與異性戀相同，就不必區分多數與少數性

文化族群，只要有諸如暴力、性虐待、人獸交這一類特定類型的性言論或性資訊就構成猥褻物品罪。大法官可以大大方方地承認同性戀者享有與異性戀者一樣(queer-as-folk)的性言論表現與性資訊流通自由。如果不是的話，那麼暴力、性虐待、人獸交算是「少數中的少數」嗎？這種例示的方式讓人更不確定也許哪一天，某些性言論、性資訊會被劃到「可以容忍的少數」範圍之外。而且，被劃到「可容忍的少數」外面去的標準又是什麼？由釋字第六一七號解釋理由書來看，多數意見大法官們採取的判斷標準應該是「破壞社會性價值秩序」的倫理可非難性。那麼，暴力、性虐待、人獸交所破壞的「社會性價值秩序」比同性戀、雙性戀、跨性別等更嚴重？為什麼可以這樣比較？簡單說，大法官所提出的「社會性價值秩序」其實是一張空白支票，也是一個「不確定法律概念」，讓各級法院的法官自己去兌現自己心裡面的性厭惡感與後天培養出來的羞恥感。⁵由於釋字第六一七號也沒有說清楚同性戀、雙性戀、跨性別究竟是不是「少數性文化族群」，也許有一天，法官自己也可把這三者通通劃到「少數性文化族群」之外。換言之，同志在這個案子當中如果有獲得什麼的話，也只不過是法官此時此刻因憐憫所給予的(而且隨時可以被剔除的)保障而已。

四、「隔絕」的翻轉

藉由例示「暴力、性虐待、人獸交」，大法官將性言論區分為硬蕊和軟蕊。不論硬蕊或軟蕊，只要是具有「藝術性、醫學性或教育性價值」，通通都可以過關。如果不具有藝術、醫學、科學價值，軟蕊的只

5 如林子儀大法官在釋字第六一七號所提〈部分不同意見書〉中批評的：「當司法釋憲者逕自指稱系爭法律之存在，即必然代表立法者可決定有某種公共之抽象道德感情值得保護，不僅可能缺乏根據，更危險的是可能逕自聲稱保護一種或許並不存在的性道德。」(重點為筆者所加。)

要加裝封套就不構成刑法第二三五條的「猥褻」，硬蕊的無論如何就是不行。這種分類架構在司法實務上至少有三個問題：(1)硬蕊和軟蕊的區分，在操作上會出現浮動的審判標準；(2)「藝術性、醫學性或教育性價值」的認定，必須透過專家證詞，而科學社群對於性價值的認定是否具有民主正當性；(3)所謂的「安全隔絕措施」是指什麼？要多隔絕才算隔絕？

關於第一個問題，最困難的應該是「暴力、性虐待」要如何認定？前面已經說過，性的過程中很可能出現生物本能的宰制、侵犯與反抗，這些行為很可能在不同法官的審理中，會被認定為暴力或性虐待。比方說，把女性的眼睛矇上布帶、雙手綁縛進行性交，算不算性虐待？今年2月和3月高雄地院的二則判決，都將這種行為視為性虐待，而有這類畫面的影片就直接構成「硬蕊」的性言論，即便加裝安全隔絕措施，也該當刑法第二三五條。⁶即便要改採許玉秀大法官所建議的「權利／力主體意識」(性自主意識)作為硬蕊和軟蕊的區分標準，恐怕也很難判斷像窒息式性愛的畫面究竟是否欠缺性自主意識。困難點就在於人類性行為背後有太多複雜的訊息和詮釋意義，同樣一個眼睛矇上布帶、雙手綁縛的性交過程，有人認為是性虐待，有人認為是增加情趣。如果說這樣是讓人居於從屬地位，被物化，欠缺權力主體意識，應該被禁止，那麼按摩棒或跳蛋可能也要被禁止使用。在刑法第二三五條沒有辦法被廢除的前提下，筆者認為區分硬蕊和軟蕊沒有太大意義的。應該將所謂硬蕊性言論中涉及暴力、性虐待的行為回歸到刑法有關侵害生命、身體法益的規範來處理即可。亦即如果出現殺人、傷害、強制、剝奪行動自由、恐嚇或公然侮辱等行為，應該處罰行為人本身。把這些行為和性言論區隔開來，或許才能更釐清保障性言論的意義。

6 高雄地方法院九十九年簡字第一一八號判決、簡字第一九一七號判決。

至於第二個問題，除了牽涉到不同語言(科學語言和司法判決)在脈絡轉換下產生的權力附加效果外，最主要的挑戰還是來自於分類架構背後蘊藏的價值判斷：為什麼藝術性、醫學性及教育性的性言論或性資訊就可以享有較高的憲法保障？要多藝術性才構成藝術性呢？如果有一個人號稱是藝術創作者，設計了一張明信片，上面有男性裸體含馬英九頭像、女性裸體含希拉蕊頭像，兩者性器官交合，並在性器官上以星號、「神聖大中華帝國聯邦」、「MIT精品」等字樣遮蓋，旁邊寫著「九九神功」，這能夠當作含有藝術性的性言論嗎？在台北地方法院九十九年度易字第零九號判決中，劉素如法官認為這些明信片是被告在「抒發其政治理念、或宣傳九九帝王神功」，並非「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物品」，也不是「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物品。」因此判決被告無罪。但是這樣的圖像和單純男女性交、裸露性器官的圖像相較起來，為什麼後者的價值較低，而前者就可以晉升為具有較高價值的藝術性、政治性言論？凡此都涉及分類架構預設的價值判斷。

關於第三個問題，大法官告訴我們，凡是附加封套、警告標示或限於依法令特定之場所而為傳布，就算是採取適當的安全隔絕措施。那麼在重點部位打馬賽克算不算？很有趣的是，早在2003年，雲林地檢署舉辦的法律問題座談會上，多數檢察官決議認為「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」。⁷雖然，法務部最後採取高檢署的折衷說，認為「不可一概而論，端視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」。由此可知，即便是檢察官社群內也有不同的認定標準。許多檢察官都認為在性器官上打馬賽克，已經不算是猥褻物

7 法務部九十二年11月24日法檢字第0920804864號函。

品。依此見解，只要性器官和交媾畫面被「隔絕」，就沒有猥褻的問題。

在釋字第六一七號中，大法官對「安全隔絕措施」採取例示的方式。雖然說是例示，但下級法院的法官卻常常僅以此為限，其他方式都不算「隔絕」。比如說，把A片放在櫃檯下面，用箱子裝起來，算不算隔絕？⁸放在小房間裡面，用電動門控制，經過濾身分才能進去租借或選購，算不算隔絕？⁹如果在網頁上註明「未滿18歲網友，謝絕進入」之文字，並且要求先加入成為網站會員，並且透過行動電話取得認證密碼後才能開通帳號，這樣算不算採取「安全隔絕措施」？

去年在板橋地方法院審理的一宗案件中，檢察官認為情色影片網站即便採取前述的措施，亦僅屬「消極之分級警示手段，少年兒童自仍有接觸網站內容之可能」。但是，承審的盧軍傑法官在判決書中明確地回應，按照檢方的標準，即便是大法官所例示的「附加封套或警告標示」，也不見得能絕對排除未滿18歲者接觸的機會。而且，倘依檢方採取的嚴格標準，將造成「**性資訊流通之絕對退縮，甚使有意閱覽，且有充分自我決定能力之其餘成人再無接收機會**，此等弊害又豈會是大法官正面作成以上說明，傳達性言論表現自由亦受憲法保障之解釋本意。」(重點為筆者所加)¹⁰同時，該判決非常具有批判精神地指出：

8 高雄地方法院九十九年簡字第一五八二號判決認為：單純裝箱放在桌下並不算採取任何安全隔絕措施。

9 高雄地方法院九十九年簡字第一一八號判決認為：只有電子遙控門鎖是不夠的，店員要一一確認顧客身分才算採取是當安全隔絕措施。

10 板橋地方法院九十九年易字第一一〇號判決。該判決中有不少精采的論述，值得細閱，限於篇幅僅摘錄部分：「(如果網站要登記信用卡、銀行帳號、身分證字號才算採取安全隔絕措施，)對網路資訊提供者產生沉重財務壓力，致再無經營之機；個人認證系統促使網路匿名特性遭致完全揭露，對原不受限而得自由決定接受該等資訊與否之成年人亦成負擔，或因憂心資料將遭濫用而降低瀏覽意願等，凡此於起訴書上同曾提及之負面效果，豈能置而未論不予評估，審度以上得失，限制手段與保護目的之間是否真屬比例相當。」又，「憲法雖授權法律秩序可對基本權利發動限制，但仍有其界限，即使符合憲法第二十三條之要件，亦不得剝奪基本權利之核心意義，網路猥褻資訊傳布相較於藉用其他媒體途徑以為之表現，在查得真有足以正當化彼等應作差別對待之實質理由存在前，對網路言論自由之保護程度，又怎可僅

「無限上綱前揭保護目的(善良風俗或少年兒童身心保護)之過程中，使性言論表現自由再無網路之主張空間。[……]非但嚴重干預資訊提供人士或成年接收者之基本權行使自由，更已侵犯至其等權利之核心領域當中。」這段話的重要意義在於點出釋字第六一七號所例示的安全隔絕措施並非要求「絕對隔絕」，相對地，所謂的「隔絕」只是為了平衡憲法上彼此衝突的兩種價值，提供想看和不想看的閱聽人有選擇接觸與否的機會。換言之，它不應該是對於慾望的壓制，反而是讓慾望有合法的流動渠道。同理，釋字第六二三號限制網路性資訊的訊息接收人必須大於18歲，不是說18歲以下的閱聽人絕對不可以有任何機會接觸到這些性資訊，事實上以目前的資訊科技也不見得能作到防堵偽造年齡或假冒人名的可能性，法律頂多只能要求資訊提供者設有「門檻」的限制，讓閱聽人自己判斷是否適直接觸。至於，是不是真的已經超過18歲，大法官並未要求一一去查證。

其實，現在最容易獲得各種性資訊或性言論的場所既不是光碟出租店，也不是實體書店，而是網路。上述的硬蕊軟蕊分類、科學論述價值、隔絕措施，都應該放到網路世界裡面來接受檢驗。網路與性的結合，讓前述抵抗近代國家理性的「生之慾」領域有更大的發揮空間，同時也帶來更大的挑戰。在網路的世界中，我們要如何確認「引誘、媒介、暗示」的背後帶有「促使人為性交易」的意涵？有可能只是詐騙集團的虛情假意，最終目的在騙取銀行帳號；也有可能只是為了增加臉書粉絲，而有性的暗示或引誘而已。此外，在網路世界裡，我們如何確認貼上去的圖檔會「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」？在一件涉及警方釣魚辦案的判決中，台北地院的林孟皇法官認為男同志影片中的影像「為男同性戀者正常性行為之一

因網路使用之本身特性便恣意減縮，完全之義務承擔，意謂完全之權利限制，至此再談性言論自由依釋字第六一七號解釋應同受保障，有何實益」。

環，且『客觀上並不可能刺激或滿足一般人之性慾』。¹¹但在網路上，我們如何確知收受資訊者是屬於男同志社群之一員或異性戀者？換言之，實體世界的分類與隔離，一到了網路世界恐怕都變得只剩形式而已。網路帶來的匿名性和身分流動，讓「適當之安全隔離措施」(釋字第六一七號)或「必要之隔絕措施」(釋字第六二三號)都成了空洞的要求，甚至讓「少數性文化族群」或「18歲以下兒童少年」變成隨時可以替換的代名詞而已。如此一來，大法官會議解釋所提出的種種「隔離措施」要求，適可以被翻轉為「開放」的符號，讓「生之慾」透過網路自理性國家的控制中脫逃。

結語

無論司法判決的論證或學術語言的分析，都遮掩不了釋字第六一七號的空洞與無力。晶晶書庫負責人賴正哲在釋憲聲請書中這麼說：「聲請人於晶晶書庫販售男體寫真與雜誌之行為，實係實踐同志運動與同志自我認同之性言論表達，對聲請人之自我認同，或對同志社群及隱藏在社會角落之同志族群之認同皆有其重要意義，不因其涉及裸體或性器官、性行為之描述而減損其價值；反之，藉由閱讀性行為描述，或觀看裸體、性器官之表露可能對於同志身分認同之形成與確定更是一種重要之方法。」訴訟不是打筆仗而已，對許多人而言，那可能是人生歷程的一大轉捩點。過程中的煎熬，對於公平正義的渴望與幻滅，生命裡的來來去去，無不交織成為訴訟的一點一滴。經過漫長的堅持，最後只換來「少數性文化族群」七個字，依舊撼動不了刑法第二三五條塑造的猥褻大山，未免太殘酷了。要說是法條構成的理性國家太過堅硬也行，要說是在概念分類的框架裡面同志怎麼分都會被分到

11 台北地方法院九十六年簡上字第三二九號判決。

「少數」也行，反正就是得要依法慾望，依法交媾，依法「被消失」。只不過，在司法判牘上「被消失」的不只是同志的身分認同，還有「生之慾」觸動的那個世界。看見了嗎？在那不可測的深淵裡，同志和非同志是一起擁抱著下墜的。

參考書目

中文部分

- 司法院，2006，〈大法官解釋第六一七號〉。
- 司法院，2007，〈大法官解釋第六二三號〉。
- 高雄地方法院，2010，九十九年簡字第一一一八號判決。
- 高雄地方法院，2010，九十九年簡字第一九一七號判決。
- 法務部，2003，九十二年11月24日法檢字第0920804864號函。
- 高雄地方法院，2010，九十九年簡字第一五八二號判決。
- 台北地方法院，2007，九十六年簡上字第三二九號判決。
- 板橋地方法院，2010，九十九年易字第1100號判決。
- 李念祖，2006，〈禁止猥褻言論的定義魔障〉，《台灣本土法學》，第89期，52-54。
- 高榮志，2007，〈活跳跳的色情世界，死板板的釋字六一七〉，《全國律師》，第11卷第5期，38-54。
- 黃榮堅，2006，〈棄權又越權的大法官釋字六一七號解釋〉，《台灣本土法學》，第89期，55-73。
- 劉靜怡，2008，〈性言論與性管制—從歐洲人權法院的經驗看我國釋字六一七號及釋字第六二三號解釋〉，林鈺雄、顏厥安編，《人權之跨國性司法實踐(二)》，301-349。

英文部分

- Endicott, Timothy, 2000, *Vagueness in Law*, Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- Foucault, Michel, 1991, "Governmentality", in Graham Burchell, Colin Gordon, and Peter Miller eds., *The Foucault Effect*, Chicago: University of Chicago Press.
- Stoler, Ann Laura, 1995, *Race and the Education of Desire: Foucault's History of Sexuality and the Colonial Order of Things*, Durham and London: Duke University Press.