

色情 vs. 猥褻：找尋言論自由理論欠缺的權力分析觀點

(載於《月旦法學》，第 222 期, 頁 235-239，2013 年)

邱文聰

中央研究院法律學研究所副研究員

凱瑟琳·麥金儂的色情理論兼具批判與建構的雙重意涵：一方面，麥金儂質疑（美國）現行的性言論管制在標舉保障言論自由與性道德之名的背後，其實協助建構了性別不平等與宰制關係；另一方面，麥金儂則提倡藉由「色情言論」的管制解除不平等的宰制關係，進而爭取女人對自我認同之定義權力。且讓我們從現行以「猥褻言論」為中心的性言論管制說起。¹

「猥褻言論」，依照美國聯邦最高法院從 1957 年 *Roth v. United States*² 一案開始至 1973 年 *Miller v. California*³ 一案修正確立的標準，意指「依當代社群中一般人的標準，系爭言論之整體，以明顯令人冒犯的方式描繪性行為來挑起性慾，而欠缺嚴肅的文學、藝術、政治或科學價值者。」⁴ 該定義一直以來因欠缺明確性與可操作性而惡名昭彰。⁵ 此外，*Roth-Miller* 援引「當代社群中一般人之標準」來認定何謂「猥褻」，明顯是訴諸社會中「多數人」的性道德觀念與價值，來判定性言論的價值與性言論可受憲法言論自由保障的界線，⁶ 也與言論自由

¹ 本文在此以「性言論」指稱一切與性有關的言論，而「猥褻言論」與「色情言論」則分別指稱兩種對「性言論」管制的進路。

² 354 U.S. 476 (1957).

³ 413 U.S. 15 (1973).

⁴ 司法院釋字第 407 號與 617 號解釋基本上也是以相類似的概念定義「猥褻言論」：「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」或「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」。

⁵ Stewart 大法官在 1964 年的 *Jacobellis v. Ohio* 一案的協同意見中，便毫不避諱地承認：「我雖然無法在概念上精確定義什麼是猥褻，不過當我看到它時，就知道是不是了。」378 U.S. 184, 197 (1964)(Stewart, J., concurring).

⁶ 林子儀大法官在司法院釋字第 617 號解釋的部分不同意見書中，除了不認為社會多數人之性道德感情及社會風化，可成為限制言論自由的合憲依據之外，也進一步質疑「立法者立法之內容是否即等於社會風化之內涵」。

所蘊含的自由主義精神及價值中立原則存在著根本的緊張關係。⁷

對堅持言論自由管制的價值中立論者而言，麥金儂的「反色情」管制與保守主義者及衛道人士並沒有什麼不同。但麥金儂事實上卻是反道德主義的。麥金儂除了左批遵從價值中立的言論自由理論外，也右打高舉維護性道德的「反猥褻」論述。對麥金儂而言，「價值中立」與「反猥褻」二者，裡應外合地共謀建構並維繫了女性（個人與群體）不平等的社會地位。「反色情」並非擴張既有的「反猥褻」管制，而是要取而代之。

什麼是「色情」？麥金儂雖常以全稱命題的形式指控色情言論貶抑與否定女性地位，⁸ 這往往使得她要以法律來規制「色情」的規範性主張顯得十分激進。但在麥金儂小心翼翼的界定之下，色情言論除了是指經由圖像或文字將女人置於從屬地位的性露骨素材之外，還必須具備反映從屬臣服的一定要件，才具有規範評價上的可非難性。⁹

依據麥金儂的界定，「人獸交」並非「色情」，單純「誘發他人性慾」的內容，或者「刊登婦女裸體照片、雖未露出乳部、臀部或性器官而姿態淫蕩者」當中的「姿態淫蕩」，也不必然一定等同於「從屬臣服」的意涵。但另一方面，將「殺害女性當作終極性行為」的性謀殺電影，或者對女性施加折磨以滿足男性歡愉的強暴主題，等於把人降格為物，固然都屬於「色情」；即使內容不涉及暴力，而

⁷ 美國聯邦最高法院在具體的操作上，索性進一步區分「硬蕊」與「非硬蕊」的猥褻，將不受言論自由保障的「猥褻言論」儘量限縮在少數屬於「硬蕊」猥褻的性言論，例如涉及暴力、性虐待與人獸交者，以便在維護自由主義傳統與尊重社會多數價值的兩極之間，選擇以更少的價值判斷來保留多一點的自由主義色彩。

⁸ 例如，她宣稱「經驗上來說，所有色情都是在性別不平等的條件下所完成...。」CATHARINE A. MACKINNON, ONLY WORDS 21 (1993). [言語不只是言語，頁 54]。

⁹ (1) 不把女人當人，將之呈現為純粹的性客體、物品或商品；(2) 將女人呈現為享受羞辱或痛楚的性客體；(3) 將女人呈現為在強暴、亂倫或其他性虐待過程中體驗性歡愉的性客體；(4) 將女人呈現為被網綁、切割、支解或帶有身體傷痕或瘀青的性客體；(5) 使女人擺出性的臣服、性奴隸或展演物的姿勢或體位；(6) 將女人化約為被呈現的女人身體部位，例如陰道、乳房、臀部等；(7) 呈現女人被物體或動物所插入；(8) 將女人呈現於各種帶有貶抑、羞辱意味或受傷害、受折磨的場景中，使她看起來齷齪、低等、流血、瘀青、或帶傷，並將此置於一種可使這個場景中的上述所有條件都具有性意味的脈絡之中。*Id.* at 121-22 n.32. [同前註，頁 168-69 註 32]。

僅以「暴露乳部、臀部或性器官」來呈現女體的《花花公子》，¹⁰ 或者日本的「女體盛」，也仍是「物化女性、將女性視為性客體或使用物」的「色情」。

麥金儂認為這些色情並非只是抽象言語，它具體地造成女人的傷害。首先，色情往往在其產製過程中涉及脅迫與暴力，使色情本身就是一種傷害行為，而這種傷害行為並非只是一種「演出」或「模擬」，因為在色情中，勃起的陰莖不斷插入女人體內，是因為它實際上就是一遍遍地插入女人體內，而並非「模擬」。¹¹ 即使「在主流媒體裡，暴力場景是用特效做出來的」，但是「色情中被打、被凌虐的女人表示她們實際上真的被打、被凌虐。」¹² 麥金儂認為，產製色情所使用的暴力縱然在表面上可能事前經過作為性客體的女人的同意，但此間的從屬臣服關係不僅使得暴力之惡不能藉由同意而獲得解消，也讓所有的同意/合意都變得可疑。

以帶有女性被征服意涵的暴力與脅迫手段來產製色情，對色情中的女人造成實際的傷害，雖可以用來說明何以應該反對某些類型的色情，但不一定能說明其他類型色情的問題，尤其是產製過程不涉及脅迫與暴力的純文字色情。因此麥金儂進一步指出，若從色情所可能產生的效法作用與影響來評價，色情「言論」也應當與「行為」等同視之。色情之所為不僅是實際提供男人藉由觀看而獲得「性」體驗的可能，¹³ 更因為色情足以改變人的態度並誘發仿效甚至犯罪行為，而以系統性的方式導致色情中的性暴力與身體傷害，在現實世界中的女人身上被反覆重製。¹⁴

雖然在自由主義傳統的言論自由理論下，以「言論」在真實的「物質場域」(material realm)中導致實際傷害為由，欲限制或禁止言論自由，並非不可想像，但「言論」與「真實世界中的傷害」二者間，往往被要求必需具備緊密的連結關係，正如同欲以言論可能帶來的影響與效果為由限制高價值之言論時（例如，煽

¹⁰ *Id.* at 22. [同前註，頁 57]。

¹¹ [同前註，頁 61-62]。

¹² [同前註，頁 61]。

¹³ 「色情提供了兩種典型的性，一種是給那些想在污泥中打滾又不願弄髒雙手的人，一種是給那些只想稍稍弄濕雙手就能褻瀆純潔的人。」[同前註，頁 61]

¹⁴ 陳昭如，〈導讀：言語的力量〉，[同前註，頁 18]

動他人為內亂或違法行為之言論)，也必須該等言論已帶來「明顯而立即危險」，始得為之。物質性的關連讓麥金儂的色情理論遭遇挑戰。

不過，除了在「物質場域」中帶來實際傷害外，麥金儂認為色情所造成的外在影響與傷害，也同時表現在其他面向。我嘗試使用「主觀場域」(subjective realm)與「社會場域」(social realm)這兩個概念來說明色情在身體傷害以外的其他影響。¹⁵ 麥金儂認為即使並非所有的色情皆透過侵害與壓迫的手段而完成，也並非每一個色情都可以線性因果的方式建立其與實際物理傷害間的關連，但所有（符合其定義的）色情卻都是在性別不平等的條件下所完成，並且繼續利用色情中女人的從屬臣服形象，來形塑所有女人（與男人）的自我認同。色情所從事的主體性形塑工程不僅可能會在個別女人的心理（主觀場域）留下「女人較男人劣等」的傷痕，也在「社會場域」中繼續維繫男性優越與女人低賤的意義建構並加以傳遞。女人，作為一個無力者，被剝奪了自我建構其主體認同的權力。

當然，我們對於色情與「主體性形塑」二者關連性的實證資料，恐怕不會比我們目前對於色情究竟造成多少「實際傷害」的證據有更多的掌握。¹⁶ 不過，當「隔離而平等」的政策因為在社會場域中傳遞黑人劣等的訊息而被認為違反平等保障原則時，同樣也不是真的建立在堅強紮實的實證研究基礎之上，¹⁷ 而是因為我們必須反對「種族隔離政策」所隱含否定黑人作為平等公民之社會地位的意義建構。同樣地，當性言論管制「只禁猥褻，卻縱容色情」時，就是透過維護男性主宰的性道德觀而反面圈畫出可被允許的女性從屬臣服角色，藉以繼續維持女人不配擁有平等人類之社會地位的意義建構。反對色情就只是要反對這種意義建構。

¹⁵ 已故言論自由理論之學者 C. Edwin Baker 提出「物質場域、主觀場域、社會場域」三者，作為分析「意義」展演其作用的三個不同場域。C. Edwin Baker, *Injustice and the Normative Nature of Meaning*, 60 MD. L. REV. 578, 583-86 (2001).

¹⁶ See President's Commission on Obscenity and Pornography, Report of The Commission on Obscenity and Pornography (1970) ("there was insufficient evidence that exposure to explicit sexual materials played a significant role in the causation of delinquent or criminal behavior.").

¹⁷ Brown 案的 footnote 11 除了在研究證據的解讀上有些問題之外，其論證也有一些問題。See Catharine A. MacKinnon, *Concurring in the Judgment, in WHAT BROWN V. BOARD OF EDUCATION SHOULD HAVE SAID* 143, 146-47 (Jack M. Balkin ed.)(New York: NYU Press, 2001). 另請參見邱文聰，〈被忽略的（立法）事實：探詢實證科學在規範論證中的可能角色兼評釋字第 584 號解釋〉。

麥金儂上述的色情理論在幾個面向上直接挑戰了價值中立與自由主義式的言論自由理論。首先，麥金儂質疑「言論」與「行為」二分的規範架構，主張藉由言語不但能做出特定的行為（透過「說」來「作」），言語也能造成一般是由行為所造成的特定作用或後果，因此「言論」並非只應受到「言論自由」的規範。不過，傳統言論自由理論並非沒有意識到「言論」仍可在外在世界中直接發生作用，只不過預設了一個具有完整自主性的閱聽者，可以在意見市場(a marketplace of ideas)的自由交流中，接收並轉化非誹謗言論在意義傳達上所可能帶有的傷害性作用。因此，麥金儂雖指出「言論」與「行為」皆能產生外部作用，非可截然二分，我們仍須搭配她的其他主張，才能掌握其理論的基進本質。

麥金儂對傳統言論自由理論更直接的批判主要針對著自由主義所標榜的價值中立原則，以及連帶的「觀點中立」(viewpoint neutrality)要求。傳統言論自由理論為保障各種不為社會所歡迎的異端邪說，因而要求言論自由的管制必須嚴守「觀點中立」原則，冀求以更多的言論治癒異端邪說所可能帶來的任何傷害，而非直接以特定觀點介入而進行言論管制。然而對麥金儂而言，「觀點中立」的虛妄表現在「禁止猥褻卻保障色情」的性言論管制，其實是維繫男性宰制與女性臣服從屬的性道德觀點與特殊價值。¹⁸「觀點中立」的虛妄更表現在其無視於說者與聽者所處的權力關係結構，而假設言論自由市場與具有自主能動性之言論消費者，以致於「將色情中受虐女性與施虐者間的權力關係，比擬為美國政府和反對政府人士之間的關係」，¹⁹卻忽略了色情以其貶抑女人的方式形塑女人自我認同的力量，「更像是國家的權力，或至少受到一樣強大、一樣無制衡、一樣具有正當性的權力所支撐。」²⁰在極端不平等的社會結構中，「言論自由」往往只是用來維繫有力者的社會地位。

正是麥金儂色情理論將「權力」的要素帶入「言論自由」的分析，崩解了傳統言論自由理論對「言論自由市場」的基本想定。²¹

¹⁸ 許玉秀大法官在司法院釋字第 617 號解釋的不同意見書中則認為「禁止猥褻」其實是維護「男女常態的性價值秩序霸權」。

¹⁹ [前揭註 8 引書，頁 75]。

²⁰ [同前註，頁 76]。

²¹ See also Judith Bat-Ada, *Freedom of Speech as Mythology*, 35(3) HIGHER EDUCATION QUARTERLY 349-359 (1981).