



言語的力量： 麥金儂《言語而已》導讀

陳昭如

(台灣大學法律學系副教授)

壹、前言

凱瑟琳·麥金儂 (Catharine A. MacKinnon)，一位具有律師、法學教授、運動者多重身分的女性主義法學家，也是基進女性主義 (radical feminism) 或宰制論女性主義 (dominance feminism) 中最廣為人知也極具影響力的關鍵人物。她出身於菁英家庭、接受菁英教育，父親 George E. MacKinnon 是尼克森總統提名的美國哥倫比亞特區上訴法院法官 (1969-1995)¹，她跟祖母同樣畢業於著名的史密斯女

子學院 (1969)，但是政治意識型態與共和黨的溫和保守派父親截然相反。具有耶魯大學法學 (J.D., 1977) 與政治學博士 (Ph.D., 1987)² 學位的她，在美國最常被引用的法學家中排名第五³，也是最具影響力的二十五名法學家之一⁴。她的宰制理論、性騷擾與色情理論在法律、

層級承認性騷擾違反民權法的案件。當時，麥金儂還在耶魯法學院就讀，但已經寫成了日後出版的《職業女性的性騷擾：性別歧視的個案》初稿，並且也對該案的性騷擾訴訟有所影響。

² 她的政治學博士論文指導老師是著名的政治學家 Robert Dahl。

³ “50 Most Cited Law Faculty Per Year in Law Teaching,” Leiter Report on Educational Quality Rankings of US Law Schools (June 16, 2003) (http://www.leiterrankings.com/faculty/2003faculty_impact_citesyear.shtml) Last visited: 2012/01/03.

⁴ The Most Important Legal Thinkers in American Law of the Past Century (<http://leiterlawschool.typepad.com/leiter/2009/05/the-most-important-legal-thinkers-in-american-law-of-the-past-century.html>) Last visited: 2012/01/03.

* 本文係由〈導讀：言語的力量〉，收錄於邵允鐘等譯，陳昭如審校，言語不只是言語：毀謗、歧視與言論自由，2010年，頁7-31一文修改而成。謹以本文感謝麥金儂以行動實踐了 mentor 的意義。

¹ George E. MacKinnon 是 Barnes v. Costle (561 F.2d 983, DC Circuit, 1977) 的承審法官之一，並提出協同意見書。這是美國首個在聯邦上訴法院

理論與運動層面都產生深遠的影響，相關的法律爭議與論辯也多環繞著她所提出的理論而展開。近年來，她更專注於國際女性人權議題的著述與運動實踐，擔任前南斯拉夫的波士尼亞及克羅埃西亞女性控告獨裁者 Radovan Karadžić 侵犯人權的 *Kadic v. Karadzic*⁵ 一案之首席辯護律師，並擔任國際刑事法庭檢察官的特別性別顧問（Special Gender Advisor of the Prosecutor of International Criminal Court）（2008-2012）。

《言語而已》（Only Words, 中譯本書名為《言語不只是言語：毀謗、歧視與言論自由》）⁶是繼 15 年前的《職業女性的性騷擾：性別歧視的個案》⁷之後，第二本在台灣出版的麥金農譯作。這兩本著作的主題：性騷擾與色情，也正是她的理論在國內最為人所熟知的部分。麥金農在就讀耶魯大學法學院時寫成了《職業女性的性騷擾：性別歧視的個案》一書的初稿，該書於 1979 年出版的時候，她的女性主義訴訟實踐才剛開始

創造美國性騷擾立法的關鍵性發展⁸。與此不同的是，《言語而已》於 1993 年出版之時，不僅麥金農的兩本重要著作已經成為極具影響力的女性主義經典⁹，她的反色情理論也已在實踐上的短暫成功之後旋即遭遇挫敗，並召喚出龐大的反對力量與激烈的論辯，本書可說是她在歷經近十年的色情論戰之後，回應反對意見並宣示其立場的力作。而這本原文僅有 152 頁的書出版之後，也旋即引發了廣泛的討論與矚目，並且更加確立她在色情論戰中的標靶地位。雖然出版於 1993 年的英文版原文未能論及 1993 年之後的發展，但是麥金農在 2010 年為本書的台灣版所撰寫的序言中做了補充，簡短回應了本書出版之後的爭論與發展，並且再次強調她的論點。

⁵ 866 F.Supp. 734 (S.D.N.Y. 1994), 70 F. 3d 232 (2d Cir. 1996)。該案的陪審團在 2000 年的宣判創下 7 億 4 千 5 百萬美金的天價賠償金

⁶ 《言語不只是言語》並非作者希望採用的中譯書名。原文的 Only Words 可以有多重意涵，一方面諷刺以「不過是說說而已」來為色情辯護的言論自由主張，另一方面可以強調她的論點：色情只是言語而已，而言語本身就能夠施展權力。

⁷ Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of working women: A case of sexual discrimination*, New Haven: Yale University Press (1979)。中譯本為凱瑟琳·麥金農著，《性騷擾與性別歧視：職業女性困境剖析》，賴慈芸、雷文政、李金梅譯，1993 年。該書之初稿目前典藏於耶魯大學法學院圖書館。

⁸ 在該書中，麥金農系統性地將性騷擾概念化、確認其構成性別歧視，並將性騷擾類型化為兩種可相互交疊的型態：「交換條件式」（quid pro quo）與「工作狀況」（condition of work）。在當時，麥金農尚未使用現在美國法所稱的「敵意環境」（hostile environment）來描述第二種性騷擾的型態，而出版於 1993 年的台灣譯本則以譯註註明美國法律用語已將之稱為「有敵意的工作環境」。

⁹ 這兩本重要著作分別是於 1987 年出版的 *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 以及 1989 年出版的 *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press。後者係由她的博士論文 *Feminism, Marxism, Method and the State*, Ph.D. Dissertation, Yale University, 1987 進一步修改而成。

貳、麥金儂的踐行女性主義

要瞭解此書，首先要從麥金儂的女性主義理論與實踐談起。在麥金儂的女性主義理論中，性／欲取向（sexuality）¹⁰是性別不平等的關鍵（linchpin）¹¹，而色情則是建構性／欲取向的媒介與場域。有別於將平等視為「相同待遇」（等者等之）的平權論、或強調男女大不同（不等者不等之）的差異論，麥金儂將性別視為宰制問題：男性的優越與女性的臣服，並將此種取徑稱為宰制論（dominance theory）。她認為，強調「女人與男人同樣都是人」的相同標準，與訴諸「女人與男人有所不同」的差異標準，這兩者的共通點是執著於性別差異，關注是否存在有不合理的性別分類或差別待遇。在麥金儂看來，兩者都忽略了界定性別差異的中性標準其實是男性標準，客觀性其實是男性觀點：為何女人必須「跟男人一樣」才能享有平等？她認為是權力的不平等建構了性別差異，而非性別差異造成權力不平等。差異是「套在宰制的鐵拳上的鵝絨手套」（the velvet glove on the iron fist of domination），性別歧視的問題不是女性的差異沒有得到正面的評價，而是權力如何定義差異¹²。正如種族正義

的根本問題是白人優越（white supremacy）而非合理或不合理的差別待遇，性別正義的關鍵是系統性的男性宰制。

關注權力的宰制論認為性別不平等是性化的（sexualized）。性／欲取向是在一個特定社會中能夠激起性慾者，而男性宰制界定了性／欲取向的意義：作為男人的意義是可以在性事上侵犯並擁有女人（有權力），而作為女人的意義則是可以為男人所侵犯並佔有（無權力）¹³。而當男性的宰制與女性的臣服被界定、並且體驗為性愉悅，侵犯就變成兩情相悅（consensual）；當暴力被認為能夠激發性慾，暴力與性之間的界限就變得模糊不清，以性來施為的暴力本身就是性。因此，在麥金儂看來，法律雖然沒有明文賦予男人強暴女人的權利，但實質上法律也不需要這麼做，因為歷來沒有任何規範強暴的法律真正損及男人對女人的性管道¹⁴。換言之，法律看似保障女人在性上不受侵犯的權利，但男人

Theory of the State, p. 219. 在此，她所批評的是主張肯定女性特質的文化女性主義。

¹⁰ 或譯為「性意識」、「性本質」、「性慾特質」。

¹¹ Catharine A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, p. 113.

¹² Catharine A. MacKinnon, *Toward a Feminist*

¹³ 必須留意的是，麥金儂所指的並非生理意義的男人或女人，而是被社會性地界定的男人或女人的處境。她特別說明，「男人」一詞乃是指「男性被依據其生理所獲得的陽剛特質地位，這詞彙本身並非生物性的」（the status of masculinity that is accorded to males on the basis of their biology but is not itself biological）。見 Catharine A. MacKinnon, "Francis Biddle's Sister" in *Feminism Unmodified*, p. 170。

¹⁴ Catharine A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, p. 239

才真正享有性權力。

色情是男性宰制的核心，是讓階層秩序變得性感而挑逗、讓不平等具有性意涵（sexual）的關鍵。麥金儂認為，批判色情對女性主義的意義，就像捍衛色情對男性優越的意義一樣重要¹⁵。色情從男性觀點界定了性別與性的意義，將女人建構為供男人之用的性物，將宰制與臣屬變成性。在色情的世界中，男人與女人是完美的互補組合：女人想被男人幹，男人想幹女人；女人等待被侵犯與佔有，男人則要侵犯並佔有女人，而一切看來都是雙方你情我願，因為這叫做「性別差異」。色情世界中的性別建構，製造了社會現實中的性別；也由於男人優越於女人的權力，使得他們對於女人的定義成為女人現實上存在的意義。

麥金儂認為，法律上的猥褻標準是男性觀點的標準（認識論問題），而擁有權力的男性可以使得他所認為的猥褻成為法律上的猥褻（政治問題）。美國的大法官波特·史都華（Potter Stewart）說：什麼是猥褻？當我看到就知道那是什麼（I know it when I see it）。然而，麥金儂質問，從女性經驗的觀點而言，史都華知道當女人看到的時候知道什麼嗎（what women know when we see what we see）¹⁶？因此，將認識論與政治相連

結的結果是：由於男人掌有權力，男人認識世界的方式以及他所認識的世界，就成為真實的世界。猥褻是男人對於性的想法，而色情則是男人為了性之所為（what men do for sex）¹⁷。色情並非一種無害的幻想、再現（representation）或模擬，而是一種性政治的實踐、一種強迫的性（forced sex），亦即性別不平等的機制。但是歷來用以管制色情的猥褻法制，卻將色情當作一種道德問題，而非平等問題，因而無助於改變女人的處境。

這些關於性與權力的論述，不是學術象牙塔中的蒼白文字。麥金儂的女性主義理論是一種踐行的理論（engaged theory）：一種拒絕將信念、經驗、行動與理論拆離，從無權者（the powerless）的觀點出發、置身於（而非外在或超越）現實處境的理論¹⁸。她致力於使「從全體女性的生活以及全體女性的觀點出發」的理論，透過法律成為改變社會現實的力量。在 1983 年至 1992 年之間，她與已逝的摯友兼戰友安德莉亞·德沃金（Andrea Dworkin）共同催生了

of the State, pp.196-7。在釋字第 617 號解釋的不同意見書中，許玉秀大法官也針對史都華大法官的這句話提出抨擊，用以說明猥褻概念違反明確性原則。許玉秀大法官批判性價值主流霸權的論點看似與麥金儂接近，但麥金儂所強調的是男性宰制霸權決定了何謂猥褻。

¹⁵ Catharine A. MacKinnon, "Not a Moral Issue" in *Feminism Unmodified*, p. 146.

¹⁶ Catharine A. MacKinnon, "Pornography: On Morality and Politics" in *Toward a Feminist Theory*

¹⁷ Catharine A. MacKinnon, "Pornography's Empire" in *Are Women Human?*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (2006), p. 114.

¹⁸ Catharine A. MacKinnon, *Toward a feminist theory of the state*, p. xvi.

一系列的色情聽證會，讓諸多受色情之害的女性現身說法，並推動通過地方性的反色情民權法規。其中，較早於明尼阿波里斯（Minneapolis）通過的法律兩度被市長否決，而印地安納波里斯（Indianapolis）的法律則在生效之後，還來不及為任何人所用，就被美國書商聯盟及其他媒體一同控告其違反美國憲法第一增補條款，並在 *American Booksellers Ass'n. Inc. v. Hudnut*¹⁹一案中被確認違憲²⁰。這個訴訟案促成了反色情與反—反色情的兩大陣營。許多反性暴力的團體與個人（包括麥金儂與安德莉亞·德沃金）提出了捍衛反色情民權法的法庭之友意見書（*amici curiae brief*）²¹，反對該法的美國公民自由聯盟也提出了法庭之友意見書，許多女性主義者更聯手出擊，由 Nan Hunter 和 Sylvia Law 代表「女性主義反言論檢查團隊」（*Feminist Anti-Censorship*

Taskforce，簡稱 *FACT*）撰寫，與「女性法律辯護基金」（*Women's Legal Education Fund*）及 80 位女性主義者共同聯名提出法庭之友意見書²²，形成女性主義者「姊妹鬪牆」的內戰。

必須釐清的是，麥金儂與德沃金所倡議的反色情民權法案並非刑事的反猥褻法，也非官方用來逕行查禁的法律依據。為了救濟女性作為群體所受到的傷害，並且將權力置於受害者的手中，麥金儂與德沃金的反色情法律政策不採用刑事懲罰，也不是國家的事前審查，更不是全面的色情禁制令，而是以建立民權訴因的方式，由主張受害的女性來主動提出救濟，並致力於確保所有的案件都經過司法審查以及正當程序。不過，包括女性主義者與非女性主義者在內的反對者，仍然將之抨擊為侵犯言論自由、壓抑性自主的言論檢查惡法。反對該法的女性主義者認為，這是女性主義者與宗教基本教義派、道德保守主義者聯手打壓女性的性自主決定權。她們批評反色情民權法簡化了性的複雜性、甚至製造了性別歧視，因為性不只是危險與壓迫，也是愉悅與權力之源；色情素材既具有解放性、也包藏了壓迫，接近色情素材可以擴展女人的情慾自主，至於色情中的歧視則應該透過教育與言論市場中的辯論來改善之，而非以法律來

¹⁹ 475 U.S. 1001 (1986).

²⁰ 關於反色情民權法案在美國各地推動的情況，見 Catharine A. MacKinnon, "The Roar on the Other Side of Silence" in *Women's Lives, Men's Laws*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press(2005), p. 35。該文原為 Catherine A. MacKinnon & Andrea Dworkin, *In Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (1998)的導論。麥金儂也主張國際人權法對於人口販運（*trafficking*）的規範也可用以對抗色情。見 Catharine A. MacKinnon, "Pornography as Trafficking" in *Are Women Human?*, p. 247。

²¹ 詳細的名單，請見 Catherine A. MacKinnon & Andrea Dworkin, *In Harm's Way: The Pornography Civil Rights Hearings*, p. 463。

²² 該意見書的內容，見 Nan Hunter & Sylvia Law, "Brief Amici Curiae of Feminist Anti-Censorship Taskforce", *University of Michigan Journal of Law Reform*, 21(1988), p. 69。

壓制²³。

透過與加拿大婦運專業法律改革團體：女性法律教育行動基金（Women's Legal Education Action Fund，簡稱 LEAF）的合作，麥金儂在加拿大部分地實踐了她的理論。她為 LEAF 參與首個適用加拿大權利與自由憲章平等條款的 *Andrew v. Law Society of British Columbia* 一案²⁴撰寫意見書，其中所主張的實質平等論證得到加拿大最高法院的採納。其後，她為 LEAF 撰寫意見書參與刑法猥褻罪合憲性的訴訟，在 1992 年著名的 *Butler v. Regina*²⁵一案中也讓法院採納實質平等的論證（而非道德論證），改寫了刑法上的猥褻標準。如同在美國的色情論戰爭議，這個訴訟也在加拿大婦運界引發了強烈的爭辯與分歧，為了回應諸多批判與指控，麥金儂與德沃金在發表公開信，一方面贊同加拿大法院採用實質平等的論證，但同時批評用刑事處罰是壯大國家，而不是培力受害者。在此爭議之後，LEAF 又後續參加了有關同志色情刊物的 *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*²⁶，主張女同志色情刊物不應受到管制，但此時麥金儂則

另行以跨國婦運團體 Equality Now 的名義參加訴訟，主張平等原則的適用不因性傾向而有所差別。這些理論與運動上的爭辯，都在在說明了麥金儂作為一個踐行理論家的重要影響力與高度爭議性。

參、主要論證

如同麥金儂許多的著作，《言語而已》是由她的演講稿修改而成，行文犀利且極具煽動性，理論密度極高，但同時具有濃厚的倡議性質²⁷。她的文字精簡而洗鍊，善用寫實的敘事迫使讀者面對男性宰制的現實，本書就以描繪女性的受害處境作為開端，時時以「你」、「我們」來指稱女人，召喚女性經驗的覺醒、連結不同世代女性的經驗，並且表達女人作為一種社會群體（social group）的共通「處境」。

《言語而已》全書分為三部分，第一部份「毀謗與歧視」探討美國法上傳統的毀謗概念與歧視之間的差別，連結色情與社會上的性別不平等：性騷擾與強暴，以論證色情乃是一種歧視。第二部分「種族與性騷擾」則比較種族騷擾與性騷擾法的發展，討論在何種情況下

23 Nadine Strossen 可以說是這類反一反色情女性主義立場的代表。見 Nadine Strossen, *Defending pornography: free speech, sex, and the fight for women's rights*, New York: NYU Press (2000)。

24 [1989] 1 S.C.R. 143.

25 [1992] 1 S.C.R. 452.

26 [2000] 2 SCR 1120.

27 麥金儂曾經表示，她的作品「被法律人認為不是法學，被學者認為不是學術，被知識份子認為大實務，被實務工作者認為大學術，被政治科學家認為既不政治也不科學」。Catharine A. MacKinnon, "Linda's Life and Andrea's Work" in *Feminism Unmodified*, p. 132 (1987). 兼具高度理論性與倡議性的書寫風格或許是她的作品難以被歸類的原因之一。

法律認為言論僅構成一種表達、或視之為歧視行為。第三部分「平等與言論」主張，美國憲法第 1 增補條款的言論自由保障必須同時包含第 14 增補條款所承認的平等保障。簡而言之，本書的核心論點是：色情是違憲的性別歧視，因為美國憲法的平等原則適用於性騷擾；而色情對於女性的傷害和性騷擾有類似性，因此平等原則也適用於色情。

麥金儂為何要特別強調憲法上平等原則適用於色情？這一方面是奠基於上述基進女性主義的理論，另一方面也得從歷史來加以理解。在麥金儂的理解下，美國憲法第 1 增補條款所載的歷史，是政府壓制異議言論，而非弱勢群體被言語侵犯的歷史，言論自由因此被無限上綱，而美國憲法第 14 增補條款所保障的平等也就遭到漠視²⁸。麥金儂認為，她認為這並不是世界歷史的通則，因為美國人謹記著紅色恐怖對異議者的壓迫，而歐洲人則拒絕遺忘種族仇恨宣傳在猶太大屠殺中所扮演的角色；美國法緊抱著「愚蠢的平等理論」²⁹，但北方鄰居加拿大的權利與自由憲章則採納了實質

平等理論，關注歷史上弱勢群體的地位是否獲得改善。在本書中，麥金儂既反駁了美國歷史上對於言論自由的主流典型自由主義觀點，主張「所言即所為」，也使用對抗種族歧視的平等權發展，以種族和性別的類比來凸顯自由與平等二者交織的可能性。

一、所言即所為

乍看本書的書名《言語而已》，或許無法瞭解其義。「言語」經常被當成「不過是說說而已」，沒什麼大不了，無法真的構成傷害。著名的法學與政治哲學家朗諾·德沃金（Ronald Dworkin）便是此種觀點的代表：色情是一種個人道德價值喜好的「言論」，而民主社會中的個人應該擁有道德獨立性的權利，因此不應以法律限制之，應讓各種不同的價值偏好在言論市場中自由競逐³⁰。麥金儂認為這種對於言論自由的觀點與麥卡錫時代壓制共產主義言論的歷史經驗密切相關。美國政府在那紅色恐怖的年代壓制異議者的歷史經驗，成為美國人重要的歷史教訓：政府不應限制異議言論，因為每個人都可能成為被限制的對象（而我們都不希望這發生在自己身上），限制一些言論只會導致更多言論被限制（滑坡理論），即便是錯誤的言論，都應該讓其在言論自由市場中自由發表，透過相互論辯，真理終將勝出。因此，在言論自由概念中，沒有所謂錯誤

²⁸ 麥金儂將言論自由法制拒絕保障自由的實踐追溯至 *New York Times v. Sullivan*, 376 US 254 (1964) 這個新聞自由的經典案件，認為紐約時報的勝訴意味著實質平等的挫敗，也削弱了群體毀謗法制的憲法地位，因為法院並未考量媒體的權力與受壓迫群體的弱勢。而法院以保障言論自由為名，允許納粹主義者在猶太大屠殺倖存者聚居區遊行，更說明了言論自由被擺在反種族歧視之前。

²⁹ 意即「等者等之，不等者不等之」的平等理論。在本書中，麥金儂有時將之稱為形式（formal）、消極（negative）或中性（neutral）的平等。

³⁰ Ronald Dworkin, "Is there a right to Pornography?", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1 (1981), p. 177.

思想可言，內容與觀點檢查更是集權政府才作的惡行。

熟悉馬克思主義理論的麥金儂當然非常清楚左派觀點對於市場的批判，她的女性主義理論也毫不留情地抨擊「言論自由市場」這個自由主義者奉為圭臬的概念，將之視為在權力不平等的條件下，讓強者可以暢所欲言、而弱者被迫噤聲的壓迫利器。她認為白種男人從其社會位置觀點出發，創造了憲法第一增補條款，以確保他們不會喪失既得權力，這些男人當中有些人是奴隸主，而且大多都擁有女人³¹。因此，憲法第一增補條款要求聯邦政府所保障的，是白種男人歧視少數族裔與女性的言論自由。然而，如果承認平等是一種憲政價值與要求，那麼人們縱使可以爭辯不同意見，卻不能以任何方式將某些群體置於次等的弱勢位置。

對於自由主義的色情理論，麥金儂的根本質疑是：「言語」看似「說說而已」，卻可以造成真正的傷害，因此色情不是言論自由問題，更非道德問題，而是平等問題。「言語傷人」通常被用來描述言語對於「個人」所造成的情緒、心理與名譽的侵害，這是傳統的毀謗法所處理的對象。但麥金儂所指的傷害，並不是道德或名譽的「冒犯」，而是對於女性「群體」地位的貶抑與否定：色情以傷害女人的方式來進行產製，造成女人的噤聲（silencing）、鼓勵性暴力，並建

構了女人的次等性³²。

許多反對者質疑色情傷害命題的因果關係能否成立：色情真的導致性暴力、造成噤聲效果嗎？用以證明因果關係的證據是否充分有效？而相關實證研究證據不足、無法證明色情導致性暴力，也就成為反對法律管制色情言論的主要理由³³。麥金儂舉出諸多經驗研究證據來支持因果關係的成立，並且認為不應以傳統的方式來理解因果關係。她指出，猥褻法並不以因果關係為要件，而在色情的論辯中，人們把因果關係拿來爭辯，而主流的看法更認為色情造成傷害的因果關係，必須像車禍意外一樣明確，否則就不能認為有造成傷害。這種因果關係的定義是在其他政策領域中所採用的法學與科學標準：就像吸煙與癌症、酒醉駕車與車禍意外間的關係。然而，麥金儂認為色情是系統性的，其所造成的傷害是如此地普遍，並且以獨特的方式造成傷害，女人是以群體成員的身分而被傷害，那麼因果關係在本質上就是集體性且脈絡性的，不能以上述線性且孤立的方式來理解³⁴。

³¹ Catharine A. MacKinnon, "The Sexual Politics of the First Amendment" in *Feminism Unmodified*, p. 207.

³² 麥金儂認為色情也傷害了男性，但這種傷害並未強制地將男性置於女性之從屬，而女人則被社會性地界定為男性之從屬。See "Catharine A. MacKinnon, Francis Biddle's Sister" in *Feminism Unmodified*, pp. 189-90.

³³ 例如大法官林子儀在釋字第 617 號解釋的部分不同意書中便表示，由於缺乏實證研究證據支持，色情言論是否實質上傷害了女性的自由與平等仍有討論空間。

³⁴ Catharine A. MacKinnon, "Pornography: On Morality and Politics", *Toward a Feminist Theory of the State*, pp. 207-8.

關於色情的傷害，麥金儂在本書中所主要挑戰的是「言語」和「行為」的二分：色情之所以能夠造成傷害，是因為「說」就是「做」，所言即所為³⁵。約翰·奧斯丁（John Austin）是最早提出「言語行為」（speech act）理論的語言學家。麥金儂雖然用言語行為來分析性別不平等，但她並未完全仰賴該理論³⁶，而雷·藍騰（Rae Langton）才明確地用言語行為理論來闡釋麥金儂的論點。在《言語而已》出版的同年，藍騰發表了一篇文章，採用奧斯丁所做的三種區分：以言表意（locutionary act，用言語提出陳述、表達內涵）、以言取效（perlocutionary act，用言語來造成特定的作用或後果）、以言行事（illocutionary act，用言語來做特定的行為），來論證色情造成女人的噤聲。色情觀點就是權力觀點，它建構了性為何物，使女人成為男人的性物：女人總是願意跟男人性交的、享受被男人凌駕於其上，而且女人說不就是要。於是，色情產生了「以言取效」的噤聲：一個說「不」並且抗拒的女人，無法使「不」的言行產

生其所欲的效果，以及「以言表意」的噤聲：一個女人可能說「不」，但男人無法「瞭解」（understand）她在說「不」，她對於演出色情的抗拒更可能被理解為是一種色情的展演，因此她無法藉由說「不」來拒絕³⁷。於是，正如安德莉亞·德沃金所言，問題並不在於憲法第 1 增補條款是否或應否保障色情，而在於色情是否讓女人無法行使憲法所保障的言論自由³⁸。這也造成麥金儂所說的狀況：色情讓個人無法區分暴力或強暴、或暴力與性之間的區別，而性侵害法中「同意／合意」（consent）的要件也就變得可疑。

麥金儂提出「說」就是「做」、透過「說」來「做」，除了要證成（為藍騰所更進一步闡釋的）噤聲效應之外，主要目的是要證明色情對女性構成傷害，駁斥言論自由市場的主流觀點，卸除美國憲法第 1 增補條款絕對主義為色情所設下的言論自由防護網，並論證美國憲法第 14 增補條款平等保障在色情問題上的可適用性。為什麼「說」就是「做」？首先，由於色情乃是透過實際上傷害女人——強迫口交、強暴、輪暴、販運、謀殺……——而製成，因此色情本身就是一種行為。其次，在特定的條件下，法律會將某些言語視為行為，而不是觀點或思想的表達，例如對一隻受過訓練的警犬說「殺」，這發號施

³⁵ 這是台灣有關色情言論管制的法學研究所較為忽略的論點，不過近年來台灣的語言哲學的研究則開始從言語行為的理論來討論色情言論管制，例如：鄭光明，麥肯能的噤聲論證，歐美研究，36 卷 3 期，2006 年，頁 427-63；鄭光明，麥肯能與藍騰的平等論證，歐美研究，38 卷 1 期，2008 年，頁 103-60；謝世民，猥褻言論、從娼賣淫與自由主義，政治與社會哲學評論，16 期，2006 年，頁 1-41。這些持自由主義立場的研究從言語行為的理論來檢討色情言論，並且認為色情並未構成傷害或冒犯。

³⁶ 見麥金儂在本書第一章註 31 的說明。

³⁷ Rae Langton, "Speech Acts and Unspeakable Acts", *Philosophy and Public Affairs*, 24 (1993), p. 293.

³⁸ Andrea Dworkin, *Pornography: Men Possessing Women*, New York: Putnam's (1980), p. 9.

令的言語本身就構成殺人行爲，而非僅是說說而已，更非表達一種觀點。最後。言語可以是一種權力的施展，「說說而已」就足以構成歧視、造成傷害，例如一個上面寫著「僅限白人」的標誌，就是種族歧視的行爲。色情是一種透過「說」來「做」的性別歧視行爲，它塑造了性別的定義（人們如何理解女人），並且使得該定義成爲現實（人們如何對待女人）。因此，管制色情是爲了反性別歧視，而非內容或觀點的限制與檢查。麥金儂質問，何謂觀點歧視呢？禁止法律矯正歧視被認爲是一種觀點，而國家保障色情對女人的侵犯，則不是一種觀點？這正說明了國家中立性實爲男性觀點的偽裝。

經常被忽略甚或誤解、因此也必須特別注意的是，並非所有與性相關的素材都是麥金儂與德沃金的理論與法律對策中所指的「色情」。由於問題不在於色情「表達」了什麼樣的思想或觀點，而是色情「做了什麼」：歧視並傷害女性，因此麥金儂與德沃金將色情界定爲「經由影像或言語，使女人處於從屬地位的性露骨素材」，而且這類性露骨素材還必須具備其他要件，例如將女人非人化、將女人客體化並且在性侵害中感到愉悅等。麥金儂與德沃金根據實驗、證詞等經驗證據，詳列出色情要件清單，因爲色情必須具備這些要件才能「做」出傷害，而且這麼詳盡的列舉式定義也可以極小化寒蟬效應³⁹。她在本書中所舉

出的色情實例，也都是基於訪談、證詞、判決、報導、出版品、研究等經驗證據，而非虛構⁴⁰。在這樣的定義下，不涉及歧視的同志情色素材當然不是色情，而且更應該受到保障，因爲這樣的情色素材挑戰了異性戀男性霸權⁴¹。

再者，也並非所有符合上述定義的色情素材，都可以成爲麥金儂與德沃金所倡議的反色情民權法案中可被提起訴訟的對象。她們由平等（而非道德）觀點來定義色情，並界定色情素材必須符合以下的情況，才可以構成性別歧視的民權訴因：強制一個人爲了色情而表演、將色情強制加諸於他／她人、因爲特定的色情而導致侵犯她／他人、涉及人口販運的色情。換言之，僅只色情素材的存在並不足以啓動反性別歧視的法律機制，必須有符合上述條件的受害者採取行動提出告訴，才會開啓法院的介入。

麥金儂「所言即所爲」的論證遭致不少批評與質疑，其中最爲挑釁的反駁

法庭之友意見書以及 Strossen 等反對者，認爲這種對於色情的定義還是太過概括而不明確，而且仍然將認定是否構成色情的權力置於國家之手。

40 讀者如果留意本書的註腳，就會發現麥金儂盡可能地爲她所舉出的各種例子提供經驗證據，表明這是莫基於現實所發生的事，而非她自己杜撰的。

41 不過，這並不表示同志的性素材不可能是一種歧視性的色情素材。麥金儂的學生、現於澳洲任教的 Christopher N. Kendall 便進一步探究了男同志情色的性別歧視問題。Christopher N. Kendall, *Gay Male Pornography: An Issue Of Sex Discrimination*, Vancouver: University of British Columbia Press (2004).

³⁹ Catharine A. MacKinnon, "Francis Biddle's Sister" in *Feminism Unmodified*, p. 177. 不過，FACT 的

來自於著名的評論作家與哲學家卡林·羅馬多 (Carlin Romano)。他在《言語而已》的書評中，以「假定我想要強暴麥金儂」開始他的評論，並以一段幻想強暴麥金儂的虛構敘事作為結尾，聲稱這是為了要測試麥金儂的論點：色情言語真的等同於性行為嗎？羅馬多並且堅稱麥金儂不可能被嘲笑，因為她擁有明星的權力 (star power)⁴²。麥金儂公開表示這個書評真的強暴了她，而且這是一種傷害所有女人的「公然強暴」 (public rape)⁴³。她更進一步主張，公然強暴乃是始自於色情，而女人在言語上公開地被強暴，則造成女人的噤聲⁴⁴。我們難以想像朗諾·德沃金會被以此種方式來檢驗他的論點，即便真的有人如此作了，也難以構成色情或歧視。言語可以遂行歧視，而且是針對弱勢群體才能產生傷害的力量，即便是弱勢群體中的菁英，例如麥金儂與指控黑人大法官性騷擾的黑人女性法學教授安妮塔·希爾 (Anita Hill)，也不能倖免。大衛·狄尼里 (David Dinielli) 說得好：麥金儂的「言語」所激起的挑釁與攻擊，正證明了她的論點⁴⁵。

⁴² Carlin Romano, "Between the Motion and the Act", *Nation*, Nov. 15, 1993, pp. 563-70.

⁴³ David Streitfeld, "Does Rape in Words Equal Rape in Deed?", *Los Angeles Times*, Jan. 05, 1994.

⁴⁴ Catharine A. MacKinnon, "From Silence to Silence: Violence Against Women in America" in *Women's Lives, Men's Laws*, p. 350.

⁴⁵ David C. Dinielli, "Poised at the Threshold: Sexual Orientation, Law and the Law School Curriculum in the Nineties", *Michigan Law Review* 92 (1994), p.

二、種族與性別

麥金儂的作品中頻繁地使用種族與性別的類比⁴⁶，並討論種族與性別的關係。本書也不例外。在種族主義盛行、並且憲法上種族平等審查發展相當成熟的美國，這是一種相當聰明的論述策略。首先，有些種族歧視的言論跟色情一樣，是透過實際傷害少數族裔的行為而被製作出來，例如對黑人私刑 (lynching) 黑人的照片。這類種族歧視言論的問題並不在於該私刑是違法的 (但實際上經常被默許)，而在於必須真的有黑人被私刑殺死。既然必須進行私刑才能展示私刑，那麼觀看私刑跟觀看這樣的照片有什麼不同呢？如果私刑是非法的，但私刑的照片卻是被保障的言論，這說得通嗎⁴⁷？其次，種族歧視言論與色情同樣都是「言語而已」，卻沒有被當成「不過是說說罷了」、並因此享有言論自由的保護。僅限白人的標誌、焚燒十字架、種族隔離的住宅廣告、三 K 黨的塗鴉、對黑人所為的私刑照片、懸掛的絞索繩圈 (對黑人絞殺私刑的象徵)，這些都在法律上被視為種族歧視的「行為」，是針對弱勢的種族群體所為的歧視，不需要所恐嚇的侵害真實地發生

1910.

⁴⁶ 不過，麥金儂並不贊成美國法以分類為核心的種族平等審查模式，以及仿照此模式所發展出的性別平等審查標準。因此，她通常引用的是採用實質平等觀點的反種族歧視判決，例如宣告種族隔離教育違憲的 *Brown v. Board of Education*。

⁴⁷ Catharine A. MacKinnon, "Pornography as Defamation and Discrimination" in *Women's Lives, Men's Laws*, pp. 324-25.

在具體個人身上（例如造成黑人被私刑殺害），就是法所不許的行為。在性騷擾的情況，與性有關的言語也已經被法律當作行為來看待，而不被認為是在表達一種可被討論的觀點或思想：「跟我上床，否則就炒妳魷魚」這樣的言語，明確地被法院認定為是一種交換條件性騷擾的性別歧視行為，並且也不以結果的發生：「拒絕跟上司上床，因此被炒魷魚」作為構成歧視的條件。既然歧視性的言語可以被當成行為來看待，那麼色情為何不是呢？法律既然將性騷擾與種族騷擾都當作「行為」來看待，並且認定這是一種歧視，當然也應該將色情視為性別歧視的行為。不過，美國法院並未運用種族與性別的類比來擴張平等保障，反而是透過明確地將性別類推至種族，使得防治種族騷擾的法令失效（例如大學中禁止種族騷擾的反歧視政策被認為違反言論自由），又透過將種族類推至性別，來削弱性騷擾的反歧視規範（例如大學中禁止性騷擾的政策也遭到限制言論自由的質疑）。麥金儂因此感嘆道，原以為認定反色情民權法案違憲的 *American Booksellers Ass'n. Inc. v. Hudnut*，是在色情議題中以「男女有別」而合理化女性次等性的判決，正如同在種族議題中建立「隔離且平等」（*separate but equal*）的 *Plessey v. Ferguson*（163 U.S. 537 (1896)），但這顯然還太高估了 *American Booksellers Ass'n. Inc. v. Hudnut*，該案比較像是合法化奴隸制的 *Dred Scott v. Sandford*（60

U.S. 393 (1857)）⁴⁸。

麥金儂並且進一步對區別種族歧視與色情，並且討論性別與種族的交錯性，主張種族與性別既分別、又共同作用而造成並惡化不平等與壓迫。她認為種族歧視與色情有所不同，並沒有經驗證據指出「閱讀種族歧視的文宣會導致攻擊弱勢種族的行為」，種族歧視言論作用的方式是倡導宣揚一種錯誤、違反平等的邪惡觀點。但是色情作用的方式，並不是說服讀者接受女人次等性的觀點與政治性立場，而是規避了意識過程，人們並沒有意識到自己的態度與作為是被色情所塑造。因此，色情比種族歧視言論更不應該被當成是一種傳達觀點的言論。不過，種族騷擾與性騷擾也經常共同作用而難以區分，許多性騷擾都帶有種族意涵，許多種族主義的行為也多涉及性⁴⁹。不過，區分歧視是基於種族或基於性別並不重要，重點是「區別此種言論是否與性攸關」，因為與性無關的騷擾主要是透過其內容而發生影響，但與性相關的騷擾則是性本身：「嗨，小騷貨，過來親一個吧」這句話本身就是性行為。

黑人女性法學教授安妮塔·希爾（Anita Hill）指控黑人男性大法官克拉倫斯·托馬斯（Clarence Thomas）性騷擾的著名案件，也成為麥金儂討論種族

⁴⁸ Catharine A. MacKinnon, "Civil Rights Against Pornography" in *Women's Lives, Men's Laws*, p. 307.

⁴⁹ 麥金儂近年來在「強暴作為種族滅絕與酷刑」這個議題上更進一步發揮了這個論點。

與性別關係的對象。托馬斯是第二位黑人大法官，他的提名被視為非裔美人的榮耀，但希爾挺身而出，指控托馬斯曾經在就業平等機會委員會擔任她的上司時，對她性騷擾。這個事件成了種族主義與性別歧視交錯關係的經典案例：反對種族主義，是否就應該支持托馬斯的任命？但反對性別歧視，則應該支持被性騷擾的希爾？⁵⁰麥金儂認為，作為黑人女性的希爾在聽證會上作證敘述托馬斯的性騷擾言語，不只她的陳述不被相信——女人、特別是黑女人欠缺可信度——⁵¹，她陳述侵害事實的言語更成為色情——在色情所塑造的世界中，性騷擾的證詞就是一種性——，這在在說明了「性的言語如何作為種族主義以及性別歧視中的實際行為」。

值得注意的是，在《言語而已》出版的同年，一群著名的批判種族理論（critical race theory）學者們也共同出版了一本關於種族仇恨言論與言論自由的重要著作⁵²，主張種族歧視的言論——

表達種族次等性，針對某個歷史上被壓迫群體的迫害、憎恨與貶抑性訊息⁵³——被視為種族歧視，因此不在憲法言論自由的保護範圍之內⁵⁴。批判種族理論學者對於言論自由的抨擊固然也激發了論辯，但並沒有遭到如色情論戰那樣激烈的對立與攻訐。我們要如何理解反種族歧視論述與反性別歧視論述在言論議題上的不同發展？或許這正是麥金儂所批判，性別被以「差異」而非「權力宰制」來理解的結果。

肆、色情爭議迷霧中的平等與自由

麥金儂所期望的願景始終如是：讓言論自由不再為社會優勢群體服務，讓平等成為事實、而非被爭辯的價值，讓女人成為人的名稱。這個願景迄今並未實現，而色情與反色情的論戰也從未停歇。在《言語而已》出版的十五年後，加拿大雖然接受了部分麥金儂的理論主

⁵⁰ 環繞於本案的討論，參見 Toni Morrison, *Racing Justice, En-gendering Power: Essays on Anita Hill, Clarence Thomas, and the Construction of Social Reality*, New York: Pantheon (1992)。美國社會中長年上演種族與性別的戰爭，從 19 世紀爭取投票權的廢奴與女權運動之間的緊張矛盾衝突，到 2008 年歐巴馬與希拉蕊的民主黨總統候選人提名之戰，可見一斑。

⁵¹ 麥金儂認為，她自己也因為女人的身分而欠缺可信度：「法律給我一些可信度，但被認為是女人卻拿走了這可信度。法律給予男性可信度，而女性身分則消除可信度」。See Catharine A. MacKinnon, "Linda's Life and Andrea's Work" in *Feminism Unmodified*, pp. 13233.

⁵² Mari J. Matsuda, Charles R. Lawrence, Richard

Delgado and Kimberle Williams Crenshaw, *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, Colorado: Westview Press (1993).

⁵³ 這是日裔的批判種族女性主義學者 Mari Matsuda 所提出的定義。見 "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" in *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment*, p. 36.

⁵⁴ 不過，這些學者所主張的法律對策並不完全相同。Mari Matsuda 和 Charles R. Lawrence III 主張以刑事手段與合憲的大學規範來限制種族仇恨言論，而 Richard Delgado 則主張採用民事的侵權求償。

張，但後續發展卻如麥金儂與德沃金當初的公開信所言，壯大了國家而不是培力受害者。麥金儂在為本書的台灣版撰寫的序言中，便批評加拿大的執法仍以刑事司法為主，未能有效地培力受害者並且遏止色情對女人的侵害。而我國大法官釋字第 407 號與第 617 號解釋以維護道德風化之名而認定刑法第 235 條猥褻罪合憲，即便在釋字第 617 號解釋中肯定了保障「少數性文化族群」之必要，林子儀大法官仍在其部分不同意見書中援引麥金儂與德沃金的反色情民權法案為例說明平等價值可作為合憲目的⁵⁵，但有關釋字第 617 號解釋的爭議仍然環繞著言論自由打轉，而平等則通常被理解為不受限的自由。

持續進行中的「捍衛言論自由 vs.

保障性別平等」、「倡議性自主 vs. 反對性壓迫」戰爭，雙方處於高度敵對情勢。然而，在差異之中尋求共識，並非完全不可能。贊成自由與自主的一方，往往也認同平等與反壓迫的必要性，而站在平等與反壓迫的一方，當然也並不否定自由與自主的重要性。爭議的起源不只是運動策略與方法手段之爭，也因為平等與自由是如此高爭議的概念（contested concept），而人們對於社會現實的認識，更可以相當不同。在自由與自主論述盛行的當下，本書的平等與反壓迫觀點在運動與理論上都遭受相當多的批判，同時也蒙受不少誤解。釐清誤解或許無法解決敵對陣營雙方的種種歧異，但有助於撥開迷霧，讓平等與自由價值的交織成為可能。

⁵⁵ 林子儀大法官在部分不同意見書中肯定性別平等可以是管制言論的合憲目的，他引用了麥金儂與德沃金的色情言論定義，並且釐清其反色情立法並非刑事管制，因此加拿大雖然採用實質平等觀點來界定猥褻，但是以刑法來管制猥褻言論並不符合麥金儂與德沃金的主張。不過，他並未檢討色情理論與言語行為理論的關係，也因此沒有真正釐清麥金儂理論中的色情定義。