

色情管制與社會淨化： 通報系統中的赤裸人¹

許雅斐

在古老的群居社會，通報是集體對抗危險、災難與緊急狀態的方式之一。例如，在宣告敵軍來犯、情勢危急時向外求援的烽火或鼓聲，或者瘟疫來襲時賴以抗衡的街道控管，後者在傅柯《規訓與懲罰》之中有非常詳細的敘述。在今日，通報系統則成為行政機構間的溝通方式，除了週期性例行繳交的報告之外，也針對那些**危及每個人生存的**、（可能）造成重大傷害的意外事件，經由規格化的行政程序進行緊急應變，以集體的力量克服可能隨時出現的急難。在實際的執行過程裡，通報系統負責傳送及登錄個案，讓行政單位即時取得資料，以便立即採取後續的處理措施，有效的掌握控制事態的最新發展。因此，「通報」意味著各種專業人員與行政機構間的權責相扣，除了例行性的工作報告整理之外，某些特殊的意外狀況

¹ 本文部分內容曾以類似標題，發表於台灣政治學會2008年「全球競爭，民主鞏固，治理再造」研討會，之後並修改部分內容在2009年台灣心理輔導專業人員協會年會研討會中發表，感謝上述兩場會議中評論人及與會者所提供的意見。

也可能經由專業人員的判斷，轉化成全國警戒的緊急事故。包括警政、消防、醫療、交通、社工、氣象、教育等部門，都藉此守護現代公民的安全生活界線。

在各個部門的日常運作中，針對危及生命的緊急狀態所發出的通報尤其重要。因為它不僅具有宣告、警示與動員的作用，也提示在動用國家權力、維護個人生命的同時，暫時「凍結既定程序與權限」的必要。而這個必要性——適用範圍與標準——如何決定，往往是靠著數十年甚至百年的生活經驗累積而來的。因此，通報系統在現代行政機構間的常態化運用，一方面具體顯現出現代國家治理權力型態的轉變——權力是透過對生命負責，而不是以死亡威脅進行治理；另一方面，各個部門主動地、有選擇地決定在何種情況下發出通報、保護人民生命財產安全，也構成了個別公民受保護的基本權利範疇。

然而，在1990年代的台灣，通報系統的作用卻逐漸轉變為眾多機構決定特定「性主體」浮現的方式之一。首先，1995年立法施行的《兒童及少年性交易防制條例》（以下簡稱《兒少條例》）第9條²及第11條³，都要求教育及社政人員必須將有性交易之虞的學生通報主管機關。而後，發生於1996年底的彭婉如命案則促使通報系統進一

² 該法條目的在於確定責任通報制，2007年修正後全文如下：「醫師、藥師、護理人員、社會工作人員、臨床心理工作人員、教育人員、保育人員、村里幹事、警察、司法人員、觀光業從業人員、網際網路服務供應商、電信系統業者及其他執行兒童福利或少年福利業務人員，知悉未滿十八歲之人從事性交易或有從事之虞者，或知有本條例第四章之犯罪嫌疑者，應即向當地主管機關或第六條所定之單位報告。本條例報告人及告發人之身分資料應予保密。」

³ 該法條目的在於建立輟學學生通報制度，全文如下：「國民小學及國民中學發現學生有未經請假、不明原因未到校上課達三天以上者，或轉學生未向轉入學校報到者，應立即通知主管機關及教育主管機關。主管機關應立即指派社工人員調查及採取必要措施。教育部應於本條例施行後六個月內頒布前項中途輟學學生通報辦法。」

步法制化⁴。當時婦女人身安全問題備受社會大眾關注，1996年12月21日婦女運動者更發起「1221女權火照夜路大遊行」，在社會的壓力下，行政院於1997年5月6日成立跨部會的「行政院婦女權益促進委員會」，同時加強「全國保護您」電話諮詢服務功能，建構被害人24小時緊急救援通報系統。稍後，立法院也通過《性侵害犯罪防治法》（以下簡稱《性侵法》）⁵，該法第8條明文規定：「醫事人員、社工人員、教育人員、保育人員、警察人員、勞政人員，於執行職務知有疑似性侵害犯罪情事者，應立即向當地直轄市、縣（市）主管機關通報，至遲不得超過二十四小時。通報之方式及內容，由中央主管機關定之」。教育部則成立「兩性平等教育委員會」，此即之後《性別平等教育法》（以下簡稱《性平法》）制訂的由來，該法第27條規定，校園內若發生性侵事件，必須將加害人姓名通報全國。由防制兒少性交易——1980年代後期雛妓被迫賣淫的性認知——發展出來的因應突發事件處理原則，在數年之內與多項法令快速結合，將通報擴散為總人口的性管理方式。此後，婦權會逐漸在各縣市政府成立，並全面推動通報系統的法制化；不出數年，通報系統被植入了各個兒少相關法規，作為啟動專業機構匯集事件與個案，再由行政與司法單位進行裁處的必要程序。

通報系統原本是專業機構中個別主事者依據自身專業判準、彈性執行的管理制度，然而，一個至今未破的命案卻將它轉化為法律明文規定、強制各個專業人員限時完成的「必要」，真正的推手則是眾多號稱追求性別平等的團體：由台灣性別平等教育協會、婦女新

⁴ 1996年11月30日，彭婉如前往高雄市參加民進黨臨時全國黨代表大會，在當天晚間搭乘計程車離開高雄市尖美大飯店後失蹤；12月3日，警方在高雄縣烏松鄉發現彭婉如的遺體。雖然警方鎖定計程車司機為犯案對象，但案情因至今一直未突破而成為懸案。

⁵ 1997年1月22日公佈實施。

知基金會、台北市女性權益促進會、台灣婦女團體全國聯合會、台灣女性學學會、台灣同志諮詢熱線協會所組成的「性別平等教育法民間推動聯盟」，不但齊力催生《性平法》⁶，婦女新知基金會在推動多年的「性侵改為公訴罪」後更積極要求修改《性侵法》，同時配合刑法中有關性侵害公訴罪的施行，**逕行通報制度**。在這些團體的想像中，性與暴力都是不斷擴張的「危險」，24小時全天候救援的通報系統必須由婦女人身安全擴及兒少保護⁷，將全民置於需要救援的「緊急狀態」。原本建立在行政體系權責之內、需經過專業評估、審慎考量後才能發布的通報，在處理校園內的性／別事件時，變成了一個無須審查、無從辯解的法律程序，在維護個人生命安全的名義下，也評量、鑑定起「性」的好壞及危害程度來。

1990年代後期，辛蒂·裴騰（Cindy Patton）在分析新興國家中「異己」（Alterity）的全球化現象時曾特別指出，台灣性／別異議份子的「權利」論述和美國相關概念的生成演變有所不同。她認為，在美國，「權利」載明於《獨立宣言》中，但事實上公民資格卻明確地排除了窮人和黑人等，所以在1950年代才會出現有關種族歧視的論述，為新的立法及行政結構奠立基礎，以發掘、評估相關問題。其他被排擠的群體——特別是美國的同志運動——則陸續要求依此模式分享權利，並透過一連串不同的策略，進入司法程序。相較之下，至少在1990年代初期，台灣的同志運動仍相當依賴女性主義及新興女權運動的論述，二者（同志／女權）之間的發展也與在地的性／別「權利」政治緊密相繫（1998: 316-318）。而從1990年代晚期

⁶ 婦女新知基金會，〈齊力催生「性別平等教育法」〉，<http://forum.yam.org.tw/bongchhi/old/tv/tv161.htm>。

⁷ 關於台灣社會脈絡中性別差異被轉化為成人／兒少差異的過程，可參見何春蕤（2005）及許雅斐（2007）。

至今，台灣部分女權運動者更將其對婦女、兒少人身自由的關切，推進至各類法規的制訂，形成嚴密的保護網絡。其中，以不需當事人同意、強制通報的方式啟動法律，規範、監督、矯治兒少的「性」，更被認為是維護兒少權利的必要條件。本文將延續權利政治的思考脈絡，分析21世紀初期台灣兒少保護的法律機制，如何排除了「其他」（性／別運動發展）的可能性。

一、《兒童與少年福利法》⁸中的色情管制：法規、個案與通報

吳姓諮商心理師（具國家考試資格）自2004年11月起接下H（1990年生）這個心理輔導個案，案主自7歲起即進入財團法人臺北市某私立育幼院，9歲時遭國中生性侵害，該案曾通報至台北市社會局第六科。2005年9月14日進行諮商時，吳姓心理師為了工作上的需要，提供H觀看（限制級）影片《放輕鬆，隨性做》，並同意H以數位相機錄製片段內容攜回育幼院中觀賞。2005年9月19日，該育幼院向台北市社會局第六科通報此事，該科審理後，認定吳姓心理師違反了《兒福法》第26條第3項規定，依同法第55條第4項規定⁹，處新臺

⁸ 台灣自1973年制訂《兒童福利法》以來，對兒童與少年福利的相關法令內容及名稱曾幾度修正，對於修正過程中兒少性政治的轉折，可參考甯應斌，2009，156-195，此法令以下簡稱《兒福法》。

⁹ 此案的主要相關法律條文如下，《兒福法》第26條第1項規定：兒童及少年不得為下列行為：……三、觀看、閱覽、收聽或使用足以妨害其身心健康之暴力、色情、猥褻、賭博之出版品、圖畫、錄影帶、錄音帶、影片、光碟、磁片、電子訊號、遊戲軟體、網際網路或其他物品。同條第3項規定：「任何人均不得供應第1項之物質、物品予兒童及少年。另外，該法第55條第4項也規定：供應有關暴力、猥褻或色情之出版品、圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號、電腦網路或其他物品予兒童及少年者，處新臺幣6千元以上3萬元以下罰鍰。」

幣6千元罰鍰。吳姓心理師認為此裁決侵犯了個人專業作為所以提出訴願，遭到駁回，遂提起行政訴訟，行政法院於2007年2月15日判決他勝訴，但最高行政法院卻最終判決他敗訴。

上述個案是晚近台灣政府部門執行色情管制的實際案例，**通報**則是將其由「社會生活」轉變為行政懲處與司法判例的關鍵。在該案的輔導過程中，僅僅因為輔導者使用了與同志情慾議題相關的（性愛）影片——並非刑法第235條所謂的猥褻出版品，而是《兒福法》所要求的不得提供色情影片予兒少觀看——即被台北市社會局及二審法官認定為違法。這不但使輔導者／被輔導者之間的關係被轉換為加害者／受害者，而且也凸顯了通報所開啟的性不平等效應：一方面，它被用來劃分性不平等關係——成人似乎享有觀賞的權力，但兒童不宜，同時，這個年齡劃分又預設了潛在的「強凌弱」關係，不斷彰顯兒少必須與性隔離；另一方面，流露同志情慾的（性愛）影像則因不符主流的性道德規範，被認定為有害兒少身心，必須被排除在兒少的社會生活之外，藉此強化正常／偏差之間的對立與優劣。透過法律所訂定的、針對特定性對象的排除隔離，行政機構及司法單位於法有據地進行懲處與判決。然而，相關法律的形成，罪責的確立與通報系統在其間的運作，卻顯現出過去20多年來的反色情、護兒少運動，如何將「被排除的性」塑造成法律懲處的對象。

色情檢查曾是台灣戒嚴時期端正社會風氣的手法之一；始於1987年的反雛妓運動則被視為將反色情與兒童保護運動相結合的重要轉折。顧燕翎（2009）即指出，在當時的社會情境中，性活動被認定為是男性消費女性身體的方式之一，（部分）女性主義者與性保守人士因此在反色情理念中產生了交集，且訴諸道德的禁慾主張，

配合當時主流的社會價值觀，在1987年大規模密集的救援雛妓行動之後，接著就在1988年進行掃黃行動與焚燒色情書刊。1990年婦女救援基金會更主導色情海報大獵殺行動，新聞局也大力配合，銷毀了150萬冊色情書刊，對色情採取嚴厲的禁絕措施。同時，1993年《少年福利法》的通過被視為是救援雛妓工作的重要訴求、延伸與落實（張碧琴，2005）。余漢儀（1996: 115）曾指出，台灣的部分婦運團體在進行反雛妓運動的過程中，藉著將雛妓議題由「色情」延伸至「兒童性虐待」，發展出了後續的兒童保護運動，不但因此修訂了《兒福法》、制訂了《兒少條例》，也帶出本地婦運與兒童保護的匯聚。換句話說，歷經反雛妓運動後，與性相關的多數出版品，已在兒童保護的思考框架中，由法律明確定位為「危害兒少」。

從婦女兒童容易因性交易而受害，到**任何**婦女兒童都可能遭受性侵害，訴求法律保護一直都是主要因應之道。為了對性侵害事件受害人採取**更積極的保障**，1999年刑法部分修正條文案三讀通過，對性侵犯的定義、對象、樣態、處罰均明確規範。新的條文著重於個人身體與自由的保護，推動修法者認為，強姦、強制猥褻固然妨害社會風化，但更重要的是，性侵犯實際上是侵害了個人性自主權及身體控制權的行為，屬於侵害個人法益的犯罪，應歸屬於妨害自由罪的一種，而保護個人身體與自由是國家責無旁貸的義務，必須以**公訴罪論斷**¹⁰。此次修法的成功——性侵害改為公訴罪——普遍被認為應歸功於部分婦女團體與婦運人士長年的投入推動，也就是

¹⁰ 新增定「妨害性自主罪章」來規範性侵害行為，原「告訴乃論」之規定，除配偶間之強制性交、加害人未滿十八歲與未滿十六歲受害人發生性交或猥褻者以及與直系或旁系血親為性交者等維持告訴乃論，其他樣態均改為非告訴乃論之罪，<http://www.papmh.org.tw/news/ago/sexlaw.htm>。

以婦女人權的立場嚴懲性侵害犯罪行為¹¹。另外，此次的修正案也將性侵害對象擴及男女兩性。在此之後，通報便被認定為是啟動法律、必須且必要的政府作為。而這個針對性／別人口的、以刑法為基準的、直接施行於所有人的行政管理機制，在後續的法令修訂與個案處理中產生了極為深遠的影響。其中之一就是，兒少聯盟據此要求行政及專業機構強制通報，並將此要求載明於相關法規中，以便落實兒少權利的保護。

在接下來的幾年間，通報變成最有效的性／別人口管理方式。隨著各級政府設立兒童保護通報系統，需要公權力介入的兒童保護個案量也快速增加（鄭麗珍，2008: 7）。特別是在《兒福法》於2003年5月28日公布施行後，行政院即在2004年宣示：積極整合社政、勞政、教育、衛生及村里幹事等系統的資源，使各有關機構更深入鄰里社區，全面建構縝密的通報、救援與保護服務網絡。而為了落實兒少保護工作，內政部透過地方政府及民間團體辦理通報、緊急救援、安置輔導、強制親職教育及家庭處遇服務等，以加強兒少保護教育宣導，落實責任通報制度。特別是幼稚園及中小學，若學校知悉學生遭遇性侵害事件（含疑似事件），就必須立即依法通報相關單位，而且，依照《兒福法》第34條規定，執行業務的相關人員，於知悉兒少有上述情況者，必須立即向直轄市、縣（市）主管機關通報，至遲不得超過24小時。

時間的嚴格限制，無異是透過行政管理與法律程序宣告：「暴力犯罪、危及生命」，是立法、行政、司法部門對「性與兒少」共同的解讀，一條針對性／暴力築起的政治防線，逐步將公法的管制界線

¹¹ 〈十年有成 性自主展新頁〉，http://www.newstory.info/1999/05/post_60.html。

延伸至日常生活的最細微處，由最親近民眾生活、也最基層的行政管理人員，直接決定什麼樣的「性」必須被排除在兒少的生活之外。這是一種同時擴張管制者與被管制者的技術，不僅執行者深入至社會生活的各個層面，時間的設限也讓執行者陷入「不得不」的壓力之中——必要的溝通與其他的選擇都因此被省略。

在反雛妓運動興起的20年後，當初的理念已經成功地轉換為具體的、強制的法律程序。在「性即暴力，色情即犯罪」的信念中，2007年《兒少條例》部分條文再度修正，潛在的「加害者」日益增加，必須執行通報的人員範圍擴大了¹²，網際網路、電信業者¹³和村里幹事都被納入，若知悉不報，將處新台幣六千元以上三萬元以下罰鍰。號稱重視婦女、兒少人權的立法委員黃淑英曾解釋修法的理由：以前只有社工、保育和教育人員需通報，現在也將村里長納入，因為村里長最知道這些事情；網路的也納入，因為最近業者猖獗。另外，過去只有**散布**兒童色情光碟、影帶、圖片者需受處罰，在《兒少條例》第28條修正通過後，增列無正當理由持有兒童色情物品的處分，對「**持有者**」也開罰，第一次被查獲需接受二小時以上、十小時以下的輔導教育，第二次以上被查獲，將處新台幣二萬到廿萬元罰金¹⁴。針對色情防制的監視系統與相關懲處，已經不只是行為或思想的管理了，而是確確實實地剝奪「違反者」的金錢與自由

¹² 相關法條的修正後內容請參閱本文註釋3。

¹³ 國家通訊傳播委員會簡任技正溫俊瑜曾對此提出質疑。他認為，要求電信業者得負通報義務的做法，可能涉及侵犯通信秘密。通報必須舉證，但在電信業者不能違法監聽消費者、無去得悉通信內容的狀況下，如何通報？參見〈兒少性交易防治初審通過 村里長等納入通報〉<http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,130503+132007040900812,00.html>。

¹⁴ 〈兒少性交易防治初審通過 村里長等納入通報〉，<http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,130503+132007040900812,00.html>。

，就連不該拘禁人身自由的行政罰，也可以用「上課」或「治療」方式，要求無特定意圖的持有者在特定時間進行思想改造。

在保護兒少的大旗幟底下，什麼樣的情況下必須緊急通報？通報的意義是什麼？這些問題似乎是不必思考的。只要虐兒、家暴、性侵害等相關新聞一躍上媒體版面，顯示有婦女或兒少的身體受到傷害，上述團體就宣稱通報系統必須更加深入各個社會環節。2009年4月23日，在〈兒虐事件頻傳，令人怵目驚心〉的社會氛圍中，被酒醉父親丟入沸騰鍋水中的黃小妹離世了，以保護兒少為職志的團體立刻提出「全台至少還有三千名兒童因家長濫用酒精、毒品，人身安全備受威脅」的說法。婦女救援基金會與兒福聯盟則擬與立委合作，提案連署修改《兒福法》第34條，將兒少保護通報責任納入村里長、村里幹事，建構更完整的兒少保護網¹⁵。在兒童保護議題上，性與暴力的連結／操作已經成了推進通報責任的來源，所有相關的專業與行政人員都必須背負責任。而這個將理念落實為法條的過程，也揭示了兒少聯盟運作的固定模式——社會事件被發現，與立委合作推動修法，要求行政部門動員、及時救援，最後凝結成無法更動的法律條文——製造法律程序，維護兒少權利。

在反雛妓、反色情的歷史發展中，強制通報的法律要件逐漸擴散至保護兒少的相關法規；在維護生命的聲浪中，以（全面）通報強化政府職能，實施緊急救援，變成無可挑戰的必要。隨著民間團體的立法推動，行政單位的確實執行以及司法部門的依法行事，原本存在於各個行政部門的管理技術，現在則獲得各項法律的支持，

¹⁵ 〈兒盟：村里長納入兒虐通報網〉，<http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,110503+112009042300117,00.html>。

逐漸把矛頭轉向針對性／別人口。然而，從「受害者」到「被決定者」，聲稱受到保護的兒少主體是無法表述任何個人意見的。那麼保護兒少的必要程序——通報——究竟為的是什麼？

從本文的案例來看，結合相關法律條文的通報至少顯示了雙重意義：1. 行政機構可直接將與同性戀議題相關的影片定義為色情、甚至是某種層次的性犯罪，2. 任何專業機構或行政單位都可以隨時啟動法律機制，以管制總人口的身體與性。回頭看來，藉著宣示性／暴力對兒少的危害，部分婦運與社會團體聯手推動的立法、修法、擴大通報，最後只是使反色情的政治效應明確顯現：以「無性兒少」排除他者的主權決斷。而「通報」——這個排除參與者聲音、以國家權力直接論斷的程序——也在防制色情的法規中扮演著「個案生產者」以及「將性不平等法制化」的雙重角色。

二、一個案例：色情影像的價值與審查程序¹⁶

性／別事件為何必須使用通報？在《性史》第1冊最後1章，傅柯（Michel Foucault）曾提及，現代性的特質就是自然生命被納入國家機制與計算中，現代人因此是個生存狀態受質疑的生物；政治轉變為生物政治，傅柯將此命名為「生命－權力」（bio-power）或生命政治（bio-politics）。他解釋，現代主權國家對人民所施行的權力運作，強調的是生命的維護，在以總人口作為性治理對象的前提下，兒童的性化是以種族的健康為宗旨，婦女則應該對她們孩子的健

¹⁶ 本節的主要引文及內容大多來自台北高等行政法院〈95年簡字第676號判決〉，在本節中也常標示為「一審法官判決文」，以及最高行政法院〈96判字第2076號判決文〉，在本節中也經常標示為「二審法官判決文」。出處為網路資料，無法標明頁數。

康、對家庭結構的穩固和社會未來負責。因此，性的管理必須以對個人的訓練和矯正的要求為基礎（Foucault, 1990: 146-147）。從這個角度看來，當前施行於各個專業機構、針對各種性／別事件的通報，不但是一個不需經過任何審查即可直接啟動條文的行政程序，也是捕捉特定性／別人口進行懲處與改造的起始點。

2005年9月28日，台北市政府社會局在（本文上節所提及的）個案調查報告中指出，吳姓心理師於2005年9月14日與輔導案主H進行諮商會談時，曾挑選兩部同志議題相關影片與H共同觀賞，影片名稱分別為《放輕鬆，隨性做》（限制級）及《我好朋友的情人是我的好朋友》（輔導級），並在觀賞過程中與H討論同志議題。當時H拿出數位相機表示希望錄下《放輕鬆，隨性做》影片其中片段，吳姓心理師同意H的要求，讓他錄下幾段影片中（僅裸露上半身）的性愛鏡頭。之後，H因晚上就寢前在棉被裡觀看，經該院主任巡房發現，並向台北市社會局通報，吳姓心理師因此被該局裁定違反《兒福法》第26條第3項，乃依同法第55條第4項處以6千元罰鍰。歷經一審二審維持原判，然而，台北市政府社會局的決議、行政法院及最高行政法院的判決文，卻對「上述影片是否具教育價值，心理師的專業輔導是否失當，以及誰有權決定」等問題採取完全不同的觀點，形成迥異的法律論證，也使得此判例及回照出通報系統運作的正當性，成為分析色情檢查與兒少保護的重要借鏡。

一個重要的背景因素是，在進入法律判決之前，H在9歲時所遭遇、且曾經被通報的性侵害事件，已經使他被定位為一個必然受害的少年，同時，這個以年齡別劃分的身份，也將整起事件連結至特定的法律範疇，使得《放輕鬆，隨性做》這個限制級影片是否屬於「猥褻、色情錄影帶」成為本案的主要爭議點。在一審的判決過程中

，法官曾深入探究台灣針對兒少所設定的影片分級制，並提出下列說明：

1. 《兒福法》第2條、第26條第1項、第3項、第27條及第55條第4項分別有明文規定：

- (1) 出版品、電腦軟體、電腦網路應予分級；其他有害兒童及少年身心健康之物品經目的事業主管機關認定應予分級者，亦同。前項物品列為限制級者，禁止對兒童及少年為租售、散布、播送或公然陳列。第1項物品之分級辦法，由目的事業主管機關定之。
- (2) 供應有關暴力、猥褻或色情之出版品、圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號、電腦網路或其他物品予兒童及少年者，處新臺幣6千元以上3萬元以下罰鍰。

2. 《出版品及錄影帶節目帶分級辦法》第1條、第11條第1款及第12條分別明定：

- (1) 本辦法依兒童及少年福利法第27條第3項規定訂定之。
- (2) 錄影節目帶分下列四級：一、限制級：未滿18歲之人不得觀賞。
- (3) 錄影帶節目帶之內容有下列情形之一，列為限制級：一、描述賭博、吸毒、販毒、搶劫、綁架、殺人或其他犯罪行為者。二、過當描述自殺過程者。三、有恐怖、血腥、殘暴、變態等情節，且表現方式強烈，一般成年人尚可接受者。四、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，尚不足致引起一般成年人羞恥或厭惡感者。

除了查詢「限制級影片」的劃分標準及相關法源外，一審法官也謹慎地引用刑法第235條及晚近的大法官第617號解釋，針對該影片中的色情意涵是否可能危害兒少身心，在判決文中提出非常重要的分析與說明：

1. 刑法第235條第1項規定，所謂「散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為」，是指傳布含有暴力、性虐待或人獸性交等無藝術性、醫學性或教育性價值的猥褻資訊或物品，或者，傳布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的猥褻資訊或物品，未採取適當安全隔絕措施，而使一般人得以見聞的行為；根據同條第2項規定，所謂意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻資訊、物品的行為，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的猥褻資訊或物品，而製造、持有之行為，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受，而產生排拒感的猥褻資訊或物品，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、物品的情形。

2. 根據司法院大法官釋字第617號解釋，只要具備藝術性、醫學性或教育性價值，縱內容涉及性事，甚至引起一般人的反感，仍非猥褻、色情物品。

除了檢視現行法令對色情的相關規範之外，一審法官也深入體察《放輕鬆，隨性做》這部影片所處的社會情境，發現它雖被劃分為限制級，但卻屬於1999年金馬國際影展的參展片，且榮獲1998年奧斯汀同志電影節觀眾票選最佳影片，並非一般所謂的色情片，而是具備一定藝術價值的國際影片。同時，臺北市政府民政局2001年及2002年同志公民運動出版的《認識同志手冊》中，均將它列為推薦給父母、輔導老師及尋求認同的同志影片。而且，一審法官為審慎求證，探查該影片的性意義與性價值，也親自勘察錄影帶，認為其內容雖涉及性事，但「係以輕鬆、逗趣的喜劇手法，深入探討同

志社群的多元樣貌與價值觀，應不致引起一般人之羞恥或厭惡感，可以認定其具有一定之教育價值」。最後，一審法官採用大法官釋字第617號解釋的見解，認定《放輕鬆，隨性做》錄影帶，在專業輔導個案上具有教育性、藝術性，而非《兒福法》第55條第4項所規範的「猥褻、色情」錄影帶。

在本案中，一審法官對於該影片所蘊含性價值的詳細考察，是透過相關（刑事）法條、憲法層次的法律解釋、官方文宣、社會生活情境等思考脈絡，外加親身體驗後，做出了深具啟發性的法律見解與司法判決，實可為此類型判例的典範。該影片性價值的認定，不但是決定此案之心理師與H之間是否具有構成受害者／加害者關係的法律要件，也對法律範疇內定義色情的相關見解提出知識／權力的論證分析，判定該影片在專業輔導工作中的價值與必要。事實上，一審法官已在判決中對限制級影片的價值提出正面看法，既肯定該影片所傳達的同志情慾，也支持影片在心理輔導中的專業價值——改變並重塑案主的心理結構。

對照一審法官的細緻查證，將此案逕行通報的教養機構及懲處吳姓心理師的行政單位恰恰顯現出如何運用「無自主能力的受害者」來進行性的政治決斷：通報，既是這個決斷的關鍵使力點，也是相關法令的連結處，並將下一個決斷推向專業目的主管機關。二審法官的判決文直接從保護兒少的角度出發，斷定一審法官引用的法條有誤，採證台北市社會局行文衛生局轉市立醫院的回覆（見下文），並提出向影片商優士電影有限公司電話查證結果，強調《放輕鬆，隨性做》確屬限制級影片。二審法官隨即堅稱限制級色情影片危害兒童身心，認為《兒福法》是以保護兒少身心健全發展為目的。由於兒少身心發展未臻成熟，心性未定，易受外界不良環境、物

質的影響而產生偏差，基於國家親權主義，必須以公權力介入，將有礙兒少身心健康的物質與環境予以排除。據此，二審法官強調《兒福法》是基於這樣的理念所制定的保護法規，要求兒童及少年父母、監護人、專業人員及社會大眾必須負起保護兒少的責任，所以給兒少觀看限制級影片即是違法行為。

二審法官的判決，著重的不只是該影片的（性階層）類別，也帶出了本案的另一個重要爭議點：將限制級影片交給兒童觀賞，是否違反專業倫理？專業輔導工作中使用該影片的必要性與正當性，是否足以超越《兒福法》的規範效力？對於一審法官而言，影片內的同性情慾與性愛鏡頭不必然會危害觀賞的兒少，也認定心理師以影片進行輔導的原意是因為輔導議題為同性間性行為與暴力，所以選用該影片做為介入與H討論的工具，目的是讓H更能察覺每個人對性的看法與行為都不相同，及對性、安全及暴力之間的關係有更健康的認識與態度，絕非一般所認知的「妨害少年身心健康」行為。而且，H在翻拍該影片部分片段之後，也只是供自己觀賞，並沒有拿給院內其他未接受輔導的院生觀看，也沒有任何證據顯示，H有傳布這些影片畫面給其他院內的人。對一審法官而言，這顯然並未違反《兒福法》第55條第4項的規定，然而台北市政府卻以此作為開罰的理由。

二審法官以台北市政府社會局徵詢市府衛生局——有關前述諮商處遇過程是否符合心理諮商必要處遇方式——後由市立聯合醫院轉來的回覆文，斷然否定一審法官的判決，採信文內醫師所說的：「法律規定青少年不能觀看限制級影片，若是則觸犯法律！……治療師在諮商過程中雖可以有創意，只要對該影片能掌握，播放影片本身是沒有問題的，但是不能違反法規。……當處理青少年個案時，

需注意有什麼倫理議題需要先了解」（粗體字為作者所加）。換言之，二審法官藉由醫師鑑定，再次強調《兒福法》的絕對性，並認定專業輔導不得違反（《兒福法》所決定的）專業倫理。二審判決文也指出，吳姓心理師既然是通過國家考試、領有專業執照的心理師，應該具有足夠的專業能力，在提供影片觀賞進行心理諮商輔助行為之前，認清該影片等級，在進行兒少諮商輔導工作時，自應更為謹慎；也就是說，吳姓心理師在沒有搞清楚影片是否為限制級、是否違反《兒福法》且未與該育幼院溝通的情況下，自行決定使用該影片，顯然違反諮商專業倫理守則。二審法官顯然認為，心理輔導的專業界線必須由法律決定，而非由負責該項工作的心理師決定，同時，根據醫療衛生單位——一種知識位階高於心理輔導的專業——的鑑定，全然否定了吳姓心理師的輔導專業。

相對地，在論證「專業輔導工作中使用該影片的必要性與正當性，是否足以超越《兒福法》的規範效力？將限制級影片交給兒童觀賞，是否違反專業倫理？」這樣的問題時，一審法官寫下了非常縝密的思考與查證過程。一審法官先是依據行政訴訟法第176條準用民事訴訟法第339條規定，請私立東吳大學社會工作學系王行教授為鑑定證人，就擔任H（在育幼院內發生性侵害）相關事件的過往經驗及個人專業，對本案心理師輔導H的評估報告做出專家鑑定，並根據王教授的「行政訴訟鑑定報告書」，陳述下列意見：

1. 本案心理師放映《放輕鬆，隨性做》影片輔導個案，**有無諮商輔導專業的必要？**

本案所輔導的對象，曾被評估為混合性侵害受害及加害問題。個案幼年時已在育幼院中長期遭受性侵害，對性暴力的諮商輔導工

作而言，預防性暴力的再發生即是輔導工作的重點，然而此類型個案通常難以建立專業關係，除了「受害經驗」不易啟齒外，不被主流文化所接受的「性經驗」更難在諮商工作者面前吐露。如果此類型個案是在「非自願性」的處境下接受輔導，諮商關係將更難建立，而輔導成效也相當有限。但透過影片的使用，吳姓心理師逐漸與個案建立可深入探查的專業關係，關鍵即在於他從以「受害／加害」為輔導重點，轉變為以H的關切為會談重心，探究H內心焦慮與困惑的癥結：同性情慾。過程中，吳姓心理師運用與個案生命經驗相關（變裝、同性情慾等）的影片資源（其中也包括了該片所涉及的同志身分社會壓力、愛滋疾病、性別多元化、性別政治等），作為提升H受輔導意願與打開生活中封閉經驗的工具，討論同志議題，得到個案認同，以利發展深入的輔導關係，誠屬必要的作為。

2.該片是否具教育功能？

該片討論了親密關係中的忠誠、自我發展與責任感等議題，確實能回應性別教育中所面對的多元性別與愛情關係等嚴肅議題。更重要的是，該片劇情中，男同志遭受異性戀者的侮辱與暴力攻擊時，在憤怒中以性攻擊做為反制與報復，之後也進入了同儕之間的人我辯證與自我反思歷程。此段劇情可與H的生命經驗相對照，具有明確的教育價值。

本案一審法官在斟酌上述王行教授的鑑定意見後，認為吳姓心理師在諮商過程中與H共同觀看該影片，在學理上是成立的，且在實務上也有其必要。一審法官更引用《心理師法》第19條第1項：「心理師應謹守專業倫理，維護個案當事人福祉」，認為在諮商專業

倫理的要求下，吳姓心理師本來就應該維護個案當事人（即H）的福祉。此外，諮商專業倫理要求諮商師應在尊重當事人人格尊嚴的前提下，積極提供諮商服務，以促進當事人健全人格的成長與發展，才能符合當事人的最佳利益。所以，心理師提供討論同志情慾的影片給H觀看，是著眼於影片的教育價值，且有其必要，不能用一般猥褻、色情影片角度來看。

另外，針對台北市政府社會局駁回訴願，及其所依據的台北市立聯合醫院的鑑定意見：「法律規定青少年不能觀看限制級影片，若是則觸犯法律！……治療師在諮商過程中雖可以有創意，只要對該影片能掌握，播放影片本身是沒問題的，但是不能違反法規！心理師所採用的治療媒介應要謹慎為宜」，一審法官也提出非常精彩的法律見解。首先，由「衛生醫療」專家來處理「心理輔導」的專業鑑定，並不合適。其次，「違反法規即是違法」的答覆，完全置專業於不顧，是捨棄必要性、教育性的法律斟酌要件。最重要的是，台北市立聯合醫院的鑑定意見並非針對心理師（對H）的輔導方法是否有必要性而進行專業評估，只說提供限制級影片給青少年觀看就是違法，這實際上是代替主管機關進行「法律判斷」。吳姓心理師之所以給H觀看影片，目的在於進行輔導，而此種方法是經過一段時間且詳細的專業評估後針對個案進行的，就如同麻醉科醫生給癌末病患注射嗎啡一樣，具有阻卻違法的效果。

然而，本案二審法官卻駁回一審法官的判決，認定台北市政府社會局及市立聯合醫院的處理「程序合宜」，於法有據。主要論點依序為：

1. 針對一審法官判決文中認定「該諮商輔導議題為同性戀，台北市政府社會局以醫療機構的意見為依據，有重大違誤」的論點，

二審法官引用了《心理師法》第3條規定：「本法所稱主管機關：在中央為行政院衛生署；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府」，強調既然（台北市）心理師的主管機關是衛生單位，那麼徵詢衛生局提供本案諮商輔導處遇意見的程序，是合法合理的，並無違誤。

2. 即使本案中限制級影片是用來作為輔導或治療媒介，但吳姓心理師同意H以數位相機錄製影片部分性愛內容攜出觀賞，顯然已經逾越適當、必要的諮商輔導範疇，違反《兒福法》規定。

3. 由於台北市政府社會局已徵詢衛生局意見並取得回覆，有關聲請送交東吳大學社工系王行教授鑑定一事，不論鑑定結果為何，都不影響本案違法情事，實屬不必要的作為。

本案由專業機構向行政單位通報所啟動，最後在最高行政法院「以《兒福法》為依據，無須專家意見」的判決中，維持當初台北市政府的裁決——吳姓心理師因違反《兒福法》而必須繳納6千元罰鍰。一個自1980年代反雛妓運動延續而來的反色情政治，輕易地將本案心理師與（同性戀、跨性慾傾向的）H之間的諮商輔導關係，轉化為加害／被害的法律要件，再由行政裁決與司法判決加以確定。前所未有地，為了保護兒少，立法要義、行政管理、司法判決連成一線，在性階層的區隔中做出政治決斷。依照既定的「程序」，一個不符主流性道德價值的輔導過程，先被以醫療診治的角度認定為不合適，再由法官依照法律條文判定違法：這是可直接作用於每一個公民心理結構的法定程序。國家主權的性／別決斷，以行政／司法權力清楚地劃分「性」的專業知識管轄範疇，而「通報」這個最初的起點，不但連結社會生活與法令制度，更直接將個人送交國家處決，也在不同的身體／情慾階層中，以國家權力維護性／別秩序。

三、正當法律程序：應該保護誰的基本權利？

在本文上述案例中，一審法官曾一再陳述，吳姓心理師運用與同志情慾議題相關的影片輔導H有其必要，然而，二審法官卻一再以程序問題否決一審法官的法律見解，認為《兒福法》的「保護兒少」要求具有絕對優先性，足以排除憲法層次的大法官釋字第617號解釋與一審法官所採信的專家見解。然而，二審判決文中並未解釋：如何決定何種程序是正確的？如何評估此案中H是否受到色情影片危害？如何危害？對這些問題，二審法官所依據的台北市立聯合醫院回覆文亦未加以說明。不過，在二審判決書的最後部分，在論證刑法第235條、釋字第617號解釋及《兒福法》的適用範疇及對象時，二審法官顯然對台灣的「兒少保護」及「色情影像」做出比過去更嚴格的裁決，同時也凸顯出以通報系統連結被害兒少與法條後的具體作用，也就是：管理兒少的生命形式及性偏差（在此案中包括觀看性影片以及同性戀）的排除。

一個個案經通報之後到底該由那些法條處置？二審法官在判決文第五大點中先以提問方式考量刑法第235條、釋字第617號解釋及《兒福法》的適用性，然而，在論證過程中卻是以《兒福法》第26條第1項、第3項、第27條及第55條第4項為基準，說明兒少不得為「觀看、閱覽、收聽或使用足以妨害其身心健康之暴力、色情、猥褻、賭博之出版品、圖畫、錄影帶、錄音帶、影片、光碟、磁片、電子訊號、遊戲軟體、網際網路或其他物品」，且任何人均不得提供上述物品予兒少；其他有害兒少身心的物品則由目的事業主管機關認定並分級，亦不得與予兒少。二審法官依此認定，《兒福法》禁止提供兒少觀看閱覽者，除「猥褻」物品外，尚包括「暴力、色情及

足以妨害其身心健康」之物品，並不以刑法第235條所稱的猥褻物品為限，而同法第27條第2項禁止對少年散布者則依「出版品及錄影帶節目帶分級辦法」而定，亦不以猥褻之物品為限。因此，二審法官強調，對於兒少而言，《兒福法》對涉及性／暴力出版品的規範顯然較刑法嚴格，所以一審法官（引用釋字第617號解釋）判決不當。由此看來，兒少性／別事件中的通報，不但是啟動相關法規的關鍵，也直接將繫案兒少送進「不得為」——不得看、不得接觸任何與性相關訊息——的生命狀態。

確切地說，兒少性／別事件的通報機制所啟動的是多重的法律禁制，也強化行政機關對總人口——特別是兒少——的生命治理，同時還具有阻擋其他法律的作用。在本案中，一審法官曾引用《心理師法》說明運用影片有其專業上的必要，但二審法官卻認為，依照《心理師法》第19條第1項規定：「心理師應謹守專業倫理，維護個案當事人福祉」，心理師提供心理諮商的方式必須合法，僅以個人主觀的專業判斷，而置行政機關的監督與法律禁令於不顧，已全然忽略了兒少保護的法律要件。換句話說，即使是各個專業領域的基本運作，亦不得超出現行法律與行政機關的性管理範疇。

以此來看，與其說通報機制轉向性／別事件是為了維護兒少的基本權利，倒不如說是為了透過「性」來管理總人口的生命形式。傅柯曾針對現代國家的生命管理做出解釋，他認為，現代人進行政治鬥爭的目的，就是為了生命；生命則被理解為人的基本需要、具體的本質、潛在能力的實現及一切可能的頂峰。儘管政治鬥爭是透過權利的肯定得以表達，但是生命（而不是權利）才是政治鬥爭的賭注。正是為了對生命、肉體、健康、幸福和滿足需要，人們才發明了「權利」，重新發現「自己是什麼」、和「能夠是什麼」的「

權利」(Foucault, 1990: 143-146)。權利在此被理解為維持特定生命型態運作的方式，因此，對權利的界定與維護所進行的法律程序，本身即具有政治決斷的作用。

作為一個告發性／別事件的程序，通報勢必得面對下列問題：到底「誰」可以得到國家法律的保護？該選擇哪一種基本權利加以保護？選擇的標準及適用範圍是什麼？更精確地說，哪一種權利才能啟動法律程序？或者，什麼樣的情況下才能啟動保護兒少的法律程序？在保護兒少的法規中，未經當事人同意的通報，是保護還是剝奪？政治決斷的任意性，是否該受到限制？

對於保護兒少相關的法律程序運作問題，大法官許玉秀曾在〈釋字第590號不同意見書〉中提出說明。她認為，《兒少條例》所指涉的兒少都是被認定為沒有能力保護自己的人，他們是脆弱的，所以應該給予法律上的保護，這就是《兒福法》的立法本意。脆弱的人容易成為被害人，成為被害人使得脆弱的人更加脆弱，所以更需要被保護；如果不能完全從被害人的角色看待《兒少條例》中的繫案兒少，無法正確解讀其安置保護流程，也就無法正確執行《兒少條例》的保護安置。但麻煩的是，該條例第15條至第18條的審理流程卻限制兒少的人身自由，而負責把關的法官則因為遭到釋憲機制及該條例的阻擋，根本求救無門，致使這些看似「保護受害者」的法律設定，實際上，變成了**強制處分**——無來由地將兒少如罪犯般拘禁於安置場所。這顯示，處理兒少保護的相關法律程序，在立法過程就已經出現問題了。

對照本文案例的爭議與大法官許玉秀的見解，「正當法律程序」(due process of law) 的概念提供了更進一步的討論空間。該原則主要源自於英美法系國家，可以被回溯至1215年《大憲章》的第39章

¹⁷。到了20世紀，許多國家紛紛透過立法，將「正當法律程序」確立為行政法的基本原則。一般公認，正當法律程序在美國持續獲得認同並不斷擴充其現代意涵，它被認為是一種對政府作為的檢驗與審查，是法院運用司法權力對政府權力進行干涉的手段，目的在於保障個人權利，通常不會被拿來針對其他個人。美國憲法第5條修正案明定：未經正當法律程序，不得剝奪任何人的生命、自由或財產¹⁸；美國憲法第14條修正案也規定：不得未經正當法律手續使任何人喪失其生命、自由或財產¹⁹。就這兩項法律條款而言，民主憲政的法治精髓在於對個人權利的保障，主要是指政府必須尊重任何依據國內法賦予人民權利的法律，而非僅尊重其中一部分權利。由此，對國家權力和政府行為的限制成為必要。最重要的是，「正當法律程序」的價值，體現在對個人權利的保護，它既具有相對的實質程序價值，又具有自身的獨立價值，從而為現代公民權利的程序保障奠定了憲法基礎。那麼，作為一個行政機構可自行發動的程序，「通報」難道不需要接受正當法律程序的檢驗？

如果正當法律程序的理念是維護公民權利，那麼，什麼樣的權利是必須維護的？正當性何在？在1960年代，各種社會運動興起之後，歐美各國政府面臨各種保護弱勢的要求，正當法律程序的政治意涵也日益重要。王錫梓在討論美國憲法、行政法制度以及社會關

¹⁷ 英國國王做出了以下的承諾：除非經過同等人按照本地的法律合法判決，任何自由人不得被捉拿、拘囚、剝奪產業、罪犯化、放逐或受到任何損害，王室也不能採取或下令行動攻擊他。原文如下：No freeman shall be arrested or imprisoned or deprived of his freehold or outlawed or banished or in any way ruined, nor will we take or order action against him, except by the lawful judgment of his equals and according to the law of the land. ◦

¹⁸ 檢附原文如下：No person shall be ... deprived of life, liberty, or property, without due process of law. ◦

¹⁹ 檢附原文如下：nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law. ◦

係的轉變時曾歸納出一些基本要點，他認為，根據適用標的不同，可以將其分為實質的正當程序（substantive due process）與程序的正當程序（procedural due process）。前者指的是，當政府剝奪公民的生命、自由或財產時，必須提供充分的理由以證明其行為的必要性和正當性；實質的正當程序要求政府必須為其作為提供正當理由，主要適用於對立法和政策的正當性（justification）審查。程序的正當程序則要求，政府權力的行使過程必須滿足某種最低限度的公平（fairness），亦即，政府政策執行的方式和順序是否符合了政府施加管制或懲罰過程的公正性（王錫梓，2009），此項原則不但觸及公法最根本的權限問題，也估量政府對待公民的方式是否合宜或失當。對照這兩個正當程序的基本要求來看，專門告發性／別事件的「通報」，既缺乏「提供充分理由」的實質要件，也無法提出符合最低公平的程序要件。

事實上，大陸法系的德國更徹底地將正當法律程序運用於約束政府權力。李建良在基本權理論的研究中指出，德國聯邦憲法法院對《Mülheim-Kärlich（核電廠）裁定案》的解釋文即將基本權的程序關連性，從「司法程序」拓展到「行政程序」之上（李建良，2004: 488）。該案涉及核電廠執照核發的問題，是由人民提出憲法訴願，其爭議點在於：行政法院對於《原子能法》中有關「民眾參與程序規定」的解釋與適用，是否牴觸憲法保障基本權的意旨而構成違憲，因為行政法院認為該法中有關第三人參與程序的規定，其目的並非在保護人民的權利，而僅是用來提供行政機關必要的資訊。德國聯邦憲法法院於解釋文中指出：

基本權利應透過一定程序予以保障，憲法保障基本權力的意旨，不僅對於實體法之規定有所影響，同時亦及於相關程序法之規

定。就具體個案而言，國家未履行保護基本法第二條第二項之法益（生命權，身體權）的義務，就核電廠的許可核發設有相關程序規定，核發（核能電廠）許可的機關如未能遵守，即構成對生命權及身體權的侵害。（李建良，2004: 488）

面對1960年代社會運動之後各種保護社會弱勢、維護公眾利益的要求，德國聯邦憲法法院在回應「什麼樣的基本權利該獲得保護？該採用何種標準？」的法律問題時，提出的答案是：個人基本權利的保障必須載明於法律程序中，特別是與身體權及生命權相關的事項，更重要的是：

立法者在其負有保護義務的特定事務領域中，如果設定一種以民眾參與為中心的程序，則此項程序參與對相關當事人具有確保其基本權利的作用，從而此等**程序規定必須做合於（主觀）基本權利保護意旨的解釋**。（李建良，2004: 488）（粗體字為作者所加）

德國聯邦憲法法院的這段話，可視為大陸法系國家吸納英美法的正當法律程序概念後，對於新興社會運動所要求保護公民基本權利的呼聲所擲出的法治國家重要聲明。在「維護公民權利，約束政府權力」的前提下，這個判例回答了「國家／法律該如何保護潛在受害者」的問題。從憲法層次的觀點而言，為了保護個別公民的基本權利，無論立法者或行政管理者都必須從「被保護者」的位置出發，這也就是正當法律程序最重要的意涵：立法者與行政管理者必須正視參與者的溝通（*Kommunikation der Beteiligten*）（李建良，2004: 497），而司法機構也必須以此作為主要的判決依據。這個劃時代的憲法解釋，完整說明了現代行政管理體制中，任何政治決斷都可能具有某種程度的任意性，因此，行政與司法單位必須審慎看待被影響者的位置與意見。

就本文上節所討論的案例而言，二審判決書也曾數度提出「程序」觀點，認為程序正確才能達成保護兒少的立法目的，但如果以上述美國和德國的判例來看，省察正當法律程序的要義——維護公民權利，約束政府權力，程序規定必須做合於（主觀）基本權利保護意旨的解釋，那麼本案一審法官的程序——解讀與色情相關的法條，回顧該影片座落的社會情境並親自體驗，採納專家意見，從受輔導者的立場出發，以及最後也是最重要的，提出對其最有利的解釋——是具有正當性的。反觀台北市政府社會局和二審法官，雖然都聲稱保護兒少，卻無視於被輔導案主H的個人需求（觀看同志影片），反而把審判的核心要件放在色情影片是否為限制級，還以行政主管機關（台北市衛生局）回覆文來區隔權力位階及專業知識範疇，從而做出「兒少是神聖的，性（影片）是低劣的色情，專家鑑定不必要，行政管轄權決定專業價值」的結論。

事實上，本案反而揭露了，不論是通報系統的運用或《兒福法》的相關規定，甚至許多與兒少相關的法規，都從未考量正當法律程序的基本要件——參與者的溝通。只因兒少被視為未成年，無性自主能力，所以，特別是任何與性有關的感受或行為都被納入「受害者必須由國家加以保護」的範疇。而這也是導致這個受輔導個案因通報而進入行政裁決與司法程序的關鍵。影片的分級制、防制色情，據說都是為了保護兒少，但是這樣的保護從來就不是站在兒少的立場出發，而「通報」——這個缺乏參與者的、無須參與者的程序——其實凸顯的正是性價值的排序問題：受保護的是哪一種性？對不同類型的性（例如同性戀）又產生何種政治效應？

四、兒少保護的「程序」：製造未知的恐懼，進行剝奪與排除

過去20年多來，隨著各種婦女、兒少保護相關法令的制訂及修正，通報系統被視為政府部門處理緊急事件的萬靈丹——它自身即是一個無須審查、無從辯解的法律程序，也自發地啟動所有相關程序。一如本文個案所顯示的，只是諮商輔導過程中用了一部影片，就足以因為色情影像危害兒少身心而懲處諮商心理師，那麼，這套運用於性／別人口的法律機制——發現、防制、矯正、懲罰，其實已將保護個人自由的公法，逆轉為以暴力排除性異己的刑罰。這個權力形式的徹底轉變，一方面顯示，針對潛在受害者的通報是透過特定對象的受害化，由國家主權對性／暴力——這個原本在反雛妓運動過程中即出現的法律對抗目標——進行政治操作²⁰；另一方面，隨著兒少保護理念在法律範疇內的正當化，以「通報」來保護兒少基本權利的作法，其實已經排除了許多的「其他」。

特定人口群尋求新的法律保護，是創造權利價值的方式之一；在美國，同性戀運動正是運用正當法律程序爭取憲法平等權的典型範例。但裴騰在分析其性／別政治意涵時特別指出，正當法律程序的權利政治其實蘊含著內在矛盾性，而且在某種程度上，追求公民權利的各種策略在現今美國的政策辯論中只能為同性戀贏得有限的正當性。不論是好是壞，這種缺乏實質保障的限制，使得「權利」既固化為最主要的性異議模式，也成為最後底線；「很少人願意放棄

²⁰ 所謂政治操作，在此是指本段所提到的「以暴力排除性異己」，更進一步的解釋詳見下文。

追求權利而去支持無法保證成功的queer政略」²¹（1998: 307）（粗體為作者所加）。依照裴騰的看法，就當代美國實際的性／別政治發展而言，藉由正當法律程序所維護的權利，反而可能樹立無法推進的封鎖線，形成一種阻礙，而非保護；在社會運動層面上，它阻卻了開拓新興性／別主體的可能性，使其不受保護，甚至**壓制其他群體追求創造新的性／別異議**。

裴騰也深刻地理解到，特別是在現今複雜的政局局勢中，「權利的保護」可能是一種危險的假象。作為性／別文化政治的一環，「權利」也可以用來強化原有的性／別階層內的不平等，而且，現代國家對特定群體的保護，經常是有選擇性的、策略性的，甚至於保護的標準與適用範圍也是在特定局勢下預先擬定的。裴騰認為，面對當今全球化、跨國性的社會力，新興民主國家常使用權利論述作為表現自身「現代性」的途徑之一，但也可能為了符合特定的現代化標準，而發展成政治上的保守傾向（1998: 308）。如果以台灣的保護兒少論述來看，跨國性的政治力量確實已與國內的兒少保護團體相互串連²²。而除了國際政治原先存在的（政治）不平等階層關係可能會影響國內的性／別政治情勢演變之外，裴騰也提到：

特別在媒體報導方面，跨國媒體集團常常只選擇報導某些「違反人權的事件」，以醜化那些不受歡迎的國家，而同時暗中抬高那些「人道國家」（如美國）的身價。這個被各個違反人權國家所賴以比較的模範，其實非常言行不一：**到底哪個國家的公民享有這些虛幻的權利？**（1998: 309）（粗體字為作者所加）

²¹ 此段引文內的queer，在台灣大多被翻譯為「酷兒」，其主要內容及意涵可參見甯應斌，1998。

²² 這種針對性／別人口的跨國聯合模式也被稱為「全球治理」，何春蕤曾對此做過詳盡的分析，詳見何春蕤，2005。

裴騰的這段話，原來是在批判跨國政治力與媒體對權利建構的政治操作，但也可以看成對「正當法律程序」「權利保護」論述的強力批判。原來，「保護」可能是一種虛幻的藉口，為的是（對其他性／別異議份子）進行性壓制的政治操作，它可以採用不具任何實質意義的文化象徵，輕易地將特定的、要保護的權利推向至高無上、不可侵犯的法律位置，而使得不同立場的性／別異議份子變成無法受到法律保護的個體。這也就是說，特定權利的「保護」，可能將法律秩序推進至製造「赤裸人」（naked life，或 bare life，或譯「裸命」）的「例外狀態」（the state of exception, Ausnah-mezustand，或譯戒嚴the state of emergency）（下詳）。

義大利政治哲學家阿岡本（Giorgio Agamben）在推演傅柯生命政治的概念時，曾試圖重新界定現代主權國家的治理，以及人類所面臨的基本生存狀態。他將生命區分為兩個面向：自然生命（希臘文 Zoe）與政治生命（希臘文 Bio），處在這兩種生命的分裂狀態之間的，即是所謂的赤裸人。在《被譴咒的人》（*Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*）一書中，「**赤裸人是指，沒有受到政治權利與法律保護的生命狀態**」（徐文瑞、李西特，2006）（粗體為作者所加），但赤裸人並非只是單純的、生物性的，相反地，他依然無法脫離政治與法律的束縛，法律的力量仍持續在他的身上產生作用。更重要的是，這並非只是現代國家中被法律排除在外的少數人所面臨的特殊狀況，而是所有人所面對的共同處境。阿岡本將其命名為「例外狀態」。

依照阿岡本的觀點，生命政治中的死亡威脅與生命維護，其實是一體兩面的。透過國內的法律管制，現代國家不只維持國境內的秩序，也同時將例外狀態——權利的剝奪與排除——視為社會常

態。因此，即使法律看似剝奪了赤裸人的政治意義，但赤裸人仍活在法律的力量下，對赤裸人而言，法律變成了純粹的暴力。在現代國家內部，赤裸人其實就是被國家主權以「例外狀態」之名加以驅逐的人，他們雖然具有自然生命，但他們的生命卻隨著各項公民權的剝奪，也喪失了政治意義。他們處在被剝奪公民權和人權的赤裸狀態。更進一步地說，「**為了反恐避免社會動亂，一種隱性的、常態性的、世界性的例外狀態，儼然已經變成人們日常的生存方式**」（徐文瑞、李西特，2006）（粗體為作者所加）。不論是否真的面臨危及人民生命安全的重大事件，國家主權都可以藉著擱置法律，把社會集體的生命置於赤裸狀態中。

對阿岡本而言，「赤裸人」的治理型態之所以能夠存在，是因為超越法律關係的「必要之事」本身即屬於策略性的政治操作。在討論法律與傳統中例外狀態的處置時，阿岡本曾提及了例外狀態與「必要」情況之間的糾結關係，他提出古代格言「必要之事無須法律」（*necessitas legem non habet*）（Agamben, 2005: 24），並質疑在辯護主權決斷例外狀態時，「必要」是否有其客觀事實的依據。倘若真的存在必要情況的客觀事實，那麼必要／例外狀態的認識與認可，將是個無須決斷的單純技術程序而已，也就不需要所謂「例外狀態」的主權者了，因為「決斷」的過程已經被技術化、標準化了。反過來說，主權者決斷例外所根據的「必要」，也只是名義上的，其命名與宣告必要／例外狀態的能力，必然包含了裁斷的任意與不受限於客觀事實的虛構。而且，「宣告」必要／例外，其實就具有凌駕（甚至取消）客觀事實的政治效應，因此，在必要情況的名義下宣告例外狀態，懸置法律，伸展緊急處置的權力，實際上是為特定統治者或特定政治利益服務（朱元鴻，2005: 200）（粗體為作者所加）。透

過對赤裸人與例外狀態的政治分析，阿岡本所要表明的是，當國家／法律越是聲稱情況緊急必須動用特別權力，權利剝奪與排除的操作空間就越大，隱藏在正當理由背後的必要，也就越值得懷疑。

無論是裴騰論證現代社會權利保護的矛盾特質，或阿岡本所分析的常態性主權政治，他們所企圖證明的是，一個虛構的權利保護機制，可以非常輕易地被用來牽制、剝奪其他的、不必要的權利：保護與剝奪經常是一體兩面的。如果把台灣的兒少保護放進這樣的權利政治脈絡來看，那些虛構的、可以宣告緊急例外狀態的權力是如何生產出來的？宣告受害者持續增加、引發社會對未知恐懼的緊張焦慮，以致於國家主權必須強化懲治犯罪的呼聲，究竟從何而來？在2007年成功修改《兒少條例》，據稱為杜絕色情之害而將網路、電信業者及村里幹事納入通報系統之後，2009年4月底持續推動修法的兒少聯盟又再度以受暴婦女、兒童不斷增加，要求社會關注遭受家暴的弱勢者²³，而時間則恰巧落在被丟入沸水的黃小妹離世、婦女救援基金會與兒少聯盟要求修改《兒福法》、將兒少保護通報責任納入村里長、村里幹事之後。沒有人提起，為什麼必須修改法律，才能阻卻不斷升高、隨時隨地遭受暴力威脅的恐懼；也沒有人會問，以無所不在的通報系統，強化兒少的權利保護，到底造就了什麼。因為，持續20多年對抗性／暴力、保護兒少的思維，已規律地灌注「性與色情危害兒少」的文化內涵，成功地將防制色情的法律規章發展成排除性異己的政治策略，從而訂定出通報的必要與法律程

²³ 根據內政部最新統計，九十七年家庭暴力通報案件計七萬九千八百七十四件，較前年成長一成，呈現逐年攀升趨勢。其中，被害人主要集中在卅至五十歲婦女，比例高達四成；未滿十八歲的兒少受暴案件比重亦逐年增加，增幅達二成最為顯著。兒童、婦女仍是家庭暴力下的弱勢者。參見〈去年受暴婦女增1成 兒少增2成〉，<http://news.chinatimes.com/2007/Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,5030432+112009042700078,00.html>。

序的必須。

結論

在現代公法體系中，行政法是為規範行政機構作為、維持社會基本秩序而訂定的，刑法則是以保護人民安全、懲治犯罪為其目的，而在各個專業領域，則由長年累積的知識與經驗形成各自的專業規範，共同維護國境內公民的公共生活。然而，部分婦女及社會團體卻以兒童及婦女人身安全之名，制訂各種法律，繁衍出多種性接觸形式的罪罰化，甚至強制行政機構與各類專職人員都必須承擔起通報的責任，直接進行犯罪的認定與裁處。本文案例的判決無非是提醒，只要是與兒少相關、只要是觸及性、即使只是日常生活的一個小插曲，都可能落入程序化的法律懲處中。大法官林子儀曾在〈釋字第584號解釋不同意見書〉中強調：當政府對人民所為的限制與剝奪越是嚴苛，正當法律程序的要求便益發重要。在歷經20多年保護兒少的風潮之後，該認真思考的是，為什麼必須將全民置於急需救援的緊急狀態，才能維護國境內的公民安全？為什麼必須以剝奪及排除其他的性，來成就虛幻的權利保護？

當「無性自主能力的受害兒少」變成一種文化信念，當法律明文規定各個專業人員與行政人員必須在24小時之內完成通報時，國家管制的權力已徹底轉變：由防衛的、維護人民生命，變成必須積極排除「不適當」的性。當性的不平等已然法制化，在什麼樣的前提下才能使用通報？由誰啟動？如何啟動？這些都已不再是問題時，本文的案例所提醒的是，以通報系統處理性的政治決斷，必須受到一定的限制；越是容易執行的性決斷，其前提與限制也就應該越

嚴格。

參考書目

中文部份

- 辛蒂·裴騰 (Cindy Patton), 1998, 〈欲望隱形轟炸機：新興國家中「異己」(Alterity) 的全球化現象〉,《酷兒理論與政治》專號, 中壢：中央大學性／別研究室, 32-46。
- 徐文瑞與瑪蘭·李西特 (Manray Hsu and Maren Richter), 2006, 〈為赤裸人做的展覽〉, http://blog.roodo.com/mei_island/archives/2627901.html。(2008年6月25日瀏覽)
- 大法官會議, 2004, 〈釋字第584號解釋〉, <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/抄本584.doc>。(2009年8月6日瀏覽)
- 大法官會議, 2005, 〈釋字第590號解釋〉, http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=590。(2008年1月25日瀏覽)
- 王錫銘, 〈需求、學說與革命----以正當法律程式的「革命」與「反革命」為個案的分析〉, <http://www.publiclaw.cn/article/Details.asp?NewsId=214&Classid=&ClassName>。(2009年瀏覽)
- 台北高等行政法院, 2006, 〈95年簡字第676號判決〉。
- 朱元鴻, 2005, 〈阿岡本『例外統治』裡的薄暮或晨晦〉,《文化研究》1: 197-219。
- 何春蕤, 2005, 〈從反對人口販賣到全面社會規訓：台灣兒少NGO的牧世大業〉,《台灣社會研究季刊》59: 1-42。
- , 2006a, 《動物戀網頁事件簿》, 中壢：中央大學性／別研究室。
- , 2006b, 〈20060922向大法官書記處提供有關刑法235條的專家意見〉, <http://intermargins.net/repression/deviant/Pornography/articles/02.htm>。(2008年12月2日瀏覽)
- 余漢儀, 1996, 〈婦運對兒童保護之影響〉,《婦女與兩性學刊》7 (1996年4月): 115-140。
- 李建良, 2004, 〈論基本權利之程序功能與程序基本權——德國理論的借鑑與返思〉,《憲政時代》29 (4): 481-539。
- 林子儀, 2004, 〈釋字第584號解釋不同意見書〉, <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/抄本584.doc>。(2009年8月6日瀏覽)

- 沈美真，2002，〈兒童及少年性交易防制條例〉的特色及條文簡介〉，《台灣NGO立法行動：「兒童及少年性交易防治條例」立法與監督過程紀實》，台北：勵馨社會福利事業基金會，頁16-3。
- 柯朝欽，〈例外狀態作為一種治理模式〉，
<http://blog.yam.com/etpower/article/12159917>。(2008年8月18日瀏覽)
- 張碧琴，2005，〈女性主義與防制雛妓問題的民間行動之關係〉，
http://taiwan.yam.org.tw/womenweb/papers/0001_2.htm，2005/2/28。
- 許玉秀，2002，〈是保護？是禁錮？評釋台灣新竹地方法院八十九年度第一〇三號民事裁定並檢討兒童及少年性交易防制條例〉，《月旦法學雜誌》81(2002年2月)：184-189。
- ，2005，〈大法官釋字第五九〇號解釋不同意見書〉，《月旦法學雜誌》119(2005年3月)：1-21。
- 許雅斐，2007a，〈性／別規範與仇恨犯罪：性工作的政策管制〉，《文化研究》4：41-81。
- ，2007b，〈差異化的主體，行政化的管理：評析*Framing the Sexual Subject*〉，《公共行政學報》：143-155。
- 婦女新知基金會，〈齊力催生「性別平等教育法」〉，
<http://forum.yam.org.tw/bongchhi/old/tv/tv161.htm>。(2009年2月15日瀏覽)
- 最高行政法院，2007，〈96判字第2076號判決〉。
- 甯應斌，1998，〈什麼是酷兒？〉，《性／別政治：酷兒理論與政治》專號，中壢：中央大學性／別研究室，頁32-46。
- ，2009，〈Child Abuse、兒福法律與兒童性侵犯的政治〉，《兒童性侵犯：聆聽與尊重》，趙文宗編，香港：圓桌文化，頁156-195。
- 鄭麗珍、林子倫，2008，〈兒童及少年保護體系之政府職能分析（委託研究計畫期中報告）〉，行政院研究發展考核委員會，
<http://www.tpgrc.org.tw/img/upload/20080904002.pdf>。(2008年10月15日瀏覽)
- 蔡志宏，〈限制寬鬆的兒童少年安置，不違憲嗎？〉，
<http://www.libertytimes.com.tw/2004/new/may/22/today-o5.htm>。(2008年1月25日瀏覽)
- 顧燕翎，〈婦女參政—體制外的運動～激進化婦運〉，
http://taiwan.yam.org.tw/womenweb/outmov_5.htm。(2009年7月2日瀏覽)
- 勵馨基金會，2002，〈「兒童及少年性交易防制條例」施行五週年公聽會新聞稿：是保護還是處罰—中途學校在哪裡？〉，《台灣NGO立法行動：「兒童及少年性交易防治條例立法與監督過程紀實》，台北：勵馨社會福利事業基金會，頁246-251。

引用媒體相關報導

- 〈十年有成 性自主展新頁〉, http://www.newstory.info/1999/05/post_60.html。
- 〈去年受暴婦女增1成 兒少增2成〉, <http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,5030432+112009042700078,00.html>。
- 〈兒少性交易防治初審通過 村里長等納入通報〉, <http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,130503+132007040900812,00.html>。
- 〈兒盟：村里長納入兒虐通報網〉, <http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,110503+112009042300117,00.html>。

外文部份

- Agamben, Giorgio (1998). *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Heller-Roazen (trans.). Stanford: Stanford UP.
- (2005). *State of Exception*. Kevin Attell (trans.). Chicago/London: Chicago UP.
- Butler, Judith (1997). *The Psychic Life of Power: Theories in Subjection*. Stanford: Stanford UP.
- Foucault, Michel (1990). *The History of Sexuality*, Volume I: Introduction. Robert Hurley (trans.). New York: Vintage Books.
- (1995). *Discipline & Punish: The Birth of the Prison*. Alan Sheridan (trans.). New York: Vintage Books.
- (2003). *Society Must be Defended: Lectures at the College de France, 1975-76*.
- Mauro Bertani and Alessandro Fontana (eds.). David Macey (trans.). New York: Picador.