

色情何辜？*

如何看待大法官釋字六一七號及 釋字六二三號**

劉靜怡

壹、前言

身為一個法學領域的學習者和教學者，在「言論自由」與「性管制」這個領域裡，筆者其實是個標準的「困而學之」者。之所以「困」，是因為學術圍牆內的學理和案例演繹，從未真正清楚明確地告訴我：國家從事性言論管制的有效正當性基礎為何

* 本文部分內容，乃是根據作者出席大法官為審理刑法第235條違憲案（即釋字第617號解釋）而召開之內部座談會時，所提出之意見書，進一步修改而成，並曾部分發表於台大法律學院人權中心所舉辦之「第二屆歐洲人權裁判研討會」，本文為再度改寫後之結果，僅此說明。

** 關於釋字617號及釋字623號之緣由如下：台灣對色情言論的管制主要以刑法為之。大法官許玉秀指出，刑法第235條歷經了大清新刑律第292條、暫行新刑律第292條、舊刑法第251條，至民國24年修正為刑法第235條，其後經過民國88年與94年兩次修正，從立法過程的辯論和法律適用的結果來看，依然讓人難以理解所謂「妨害風化」到底是妨害了「什麼社會風化」。民國85年大法官會議對猥褻出版品做出407號解釋，提出了普通一般人羞恥感或厭惡感、引起而侵害性道德感情、有礙社會風化等三個條件，並承認風化之觀念常隨社會發展、風俗變異而有所不同，不能一成不變，然而，在執法機關和法院的實際法律適用當中，卻鮮少鬆動既有的保守立場。民國88年修法本來要限縮該條文只適用於對18歲以下之人散播，但是婦女團體堅持要保護青少年，仍維持235條的廣泛適用。民國95年晶晶同志書庫販賣情色圖刊一案，針對刑法235條是否抵觸憲法11條對言論自由之保障聲請釋憲，617號解釋確認軟蕊色情之販售必須包膜隔絕，而暴力獸交色情則屬觸法。此外，時至網路年代，兒童及少年性交易防治條例（兒少條例）第29條成為積極而廣泛地偵辦網路性互動的檢警機關最大的憑藉，也催生了另一波釋憲聲請，釋憲結果是民國96年的623號解釋認定兒少條例第29條授權的言論檢查係「合理與必要的手段」，以「維護國家重大公益」，達到保護兒少的目的。這一連串的言論自由攻防戰，在在凸顯憲法基本人權還有待落實。

，以及諸多以性言論為對象的管制法規所為何來。之所以「困」而「學」之，是因為過去至今在校園內外直接間接經歷或者涉入的事件和社會運動，讓我不只一次地感受到移植而來的釋字第四〇七號所能發揮的指引和澄清作用，實在極其有限，因此做為一個「規範的生活共同體」，我們早有必要共同去面對它、解構它。我們的大法官最近在釋字第六一七號和釋字第六二三號兩個解釋文裡，遭逢了類似的問題，但是，大法官們的困惑程度顯然遠低於筆者的困惑程度，因此，大法官們看似輕鬆容易地製造出了上述兩號解釋文，但是，此一釋憲結果卻為本就困惑已極的筆者，帶來了更多的困惑。

困惑之所以大惑不解，不僅僅源自於這是個憲法上難解的爭議，也因為這是個在現實世界裡長期受到高度矚目和爭議的「價值衝突」爭議，更該歸因於大法官在釋字第六一七和釋字第六二三號兩個解釋中對於價值衝突的解決，明顯出現過於速斷此一現象。例如，在釋字第六一七號中，大法官多次提及所謂的「社會（多數）共通價值」和「平等和諧之社會性價值秩序」，甚至，大法官還將這些「價值」，描繪成是現實社會裡大家共同認可的「性價值觀」，進而推論出這個性價值觀即等於社會共通價值，甚至是憲法應該保護的價值，當然高於「少數性文化族群」的「性言論表現或性資訊流通」，但是，仔細追究之下，大法官似乎並未清楚地告訴我們，這些有關性價值的宣示，其彼此間的邏輯關係究竟如何？何以大法官推論得如此輕鬆容易？又如在釋字第六二三號裡，大法官企圖透過「限縮解釋」的技巧，做成不宣告違憲但附帶警告的方式，維持兒童及少年性交易防治條例（以下簡稱「兒少條例」）的有效性，也無非是屈從於特定的性價值意識型態的結果。這樣的價值「堅持」，這樣解釋結果，讓台灣的2006年和2007年之間出現的兩號在言論自由領域誠屬重要的大法官解釋，卻成了雖向前推移卻堪稱保守的失敗結果。

雖然，美國聯邦最高法院Stewart大法官三十多年前在其判決意見協同意見書中寫道：But I know it when I see it.¹ 但是，這句表面看似輕鬆的名言的背後，卻有太多不得已的轉折，相對地²，在台灣這個社會裡，則是有太多執法者未曾培養出同樣敏銳的認知，有太多的司法者，依然無法發展出類似的判斷能力，往往無從擺脫目前刑法第二三五條所規定的「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（第一項）。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（第二項）。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（第三項）。」的字義束縛——既是束縛、又是混淆的根源——甚至無所適從。同樣地，兒童及少年性交易防治條例（以下簡稱兒少條例）第二十九條規定「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散佈、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下之罰金」，以及兒童及青少年福利法（簡稱兒少法）第二十七條「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

1. *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964)(Stewart, J., concurring).

2. 美國聯邦最高法院自一九五〇年代後期 *Roth v. United States* 此一判決出現開始，在長達二十五年的期間，在每一個涉及如何判斷某一言論是否屬於不受保護的猥褻物品的個案中，都必須逐一判斷其是否符合猥褻的定義，於是，每個大法官在審查該等個案時，均需逐一檢視潛在猥褻物品，甚至因為眼力衰退等因素，還需要同事或助理協助其完成檢視工作。Stewart大法官承認自己無法判斷哪些 *hard-core pornography* 應該構成不受言論自由保護的猥褻資訊，因而寫出這個著名的句子。See DANIEL A. FARBER, *THE FIRST AMENDMENT* 130 (2nd ed., 2003).

陳列。第一項物品之分級辦法，由目的事業主管機關定之」的規定，也製造出數量龐大的無所適從的執法者，然而，更弔詭的是，這些規定往往便是這些無所適從的執法者的最愛。正因為這兩個訴諸刑罰的規定，是執法者的最愛，因此，也就引來了製造出釋字第六一七號和釋字第六二三號兩個解釋的釋憲聲請案：前者釋字第六一七號是緣起於聲請釋憲者（其中之一即「晶晶書庫」經營者）因為販售遭檢方認定該當刑法第二三五條所處罰的「猥褻」出版品而遭法院判刑確定後，認為刑法第二三五條違反憲法所保障之言論自由和出版自由而聲請釋憲。後者釋字第六二三號則是緣起於多位遭法院援用兒少條例第二十九條之規定判刑確定後不服而聲請釋憲，以及高雄少年法院何明晃法官適用兒少條例第二十九條有疑義而聲請釋憲，大法官併案處理，乃有釋字第六二三號之出現。如此看來，大法官們在這兩個釋憲案裡應該面對的，其實應該是「立法者透過立法所劃定的性價值秩序」和「個人用以表達其性價值觀的言論或出版內容」兩者之間，究竟如何才能取得平衡點這個根本問題。

貳、釋字六一七號及釋字六二三號到底說了些什麼？

本文以下將以對照方式說明在2007年裡陸續出爐的釋字第六一七號和釋字第六二三號的內容，嘗試理解其所述為何，並且此一理解，做為檢驗兩號解釋文的基礎。

釋字第六一七號解釋首先肯定性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，也應該受到憲法對言論及出版自由之保障。但釋字第六一七號繼之表達了「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」的基本立場。

然而，即使有此基本立場，釋字第六一七號卻進一步指出：「刑法第二百三十五條第一項規定……係指對含有暴力、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為傳布，或對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，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為；同條第二項規定……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之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，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，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、物品之情形，至對於製造、持有等原屬散布、播送及販賣等之預備行為，擬制為與散布、播送及販賣等傳布性資訊或物品之構成要件行為具有相同之不法程度，乃屬立法之形成自由……上開規定對性言論之表現與性資訊之流通，並未為過度之封鎖與歧視，對人民言論及出版自由之限制尚屬合理，與憲法第二十三條之比例原則要無不符，並未違背憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨」。因此，釋字第六一七號雖亦承認「刑法第二百三十五條規定所稱『猥褻』是評價性之不確定法律概念」，然卻依舊堅持「所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限」此一釋字第四〇七號解釋所持之基本原則，認為「其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背」，而認定刑法第二三五條並無違憲之處。

至於釋字第六二三號解釋，除了重申言論自由的重要性的比例原則適用於言論自由領域之外，首先將釋憲標的兒少條例第二十九條中所規範的對象「促使人為性交易之訊息」，界定為「商業言論」，進而指出因其「促使非法交易活動」，因此立法者基於維護公益之必要，「自可對之為合理之限制」。接著，本號解釋特別指出：兒少條例第二十九條的規範目的，應該在於「限制人民傳布任何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」，所以，「行為人所傳布之訊息如非以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不屬該條規定規範之範圍」。本號解釋還特別強調這是「達成防治、消弭以兒童少年為性交易對象事件之國家重大公益目的，所採取之合理與必要手段，與憲法第二十三條規定之比例原則，尚無牴觸」。甚至進一步指出：「電子訊號、電腦網路與廣告物、出版品、廣播、電視等其他媒體之資訊取得方式尚有不同，如衡酌科技之發展可嚴格區分其閱聽對象，應由主管機關建立分級管理制度，以符比例原則之要求。」

細讀第六二三號解釋的內容，我們不難發現，大法官認定促使一般人為性交易的言論，屬於「商業言論」，而商業言論必須符合「所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者」，方受憲法言論自由之保障。至於「其他描述性交易或有關性交易研究之言論，並非直接促使人為性交或猥褻行為，無論是否因而獲取經濟利益，皆不屬於促使人為性交易之訊息，自不在兒童及少年性交易防治條例第二十九條規範之範圍」，則可以說是釋字第六二三號勉強為性言論所框限出來的自由空間。

其次，釋字第六二三號以「立法者基於維護公益之必要」做

為出發點，認為「兒童及少年之心智發展未臻成熟，與其為性交易行為，係對兒童及少年之性剝削。性剝削之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響」此一「保護兒童及少年之身心健康與健全成長」的理由，認定兒少條例第二十九條「乃在藉依法取締促使人為性交易之訊息，從根本消弭對於兒童及少年之性剝削」，因此，「凡促使人為性交易之訊息，而以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容者，具有使兒童少年為性交易對象之危險，一經傳布訊息即構成犯罪，不以實際上發生性交易為必要……故不問實際上是否發生性交易行為，一經傳布訊息即構成犯罪」。只有在「檢察官以行為人違反上開法律規定而對之起訴所舉證之事實，行為人如抗辯爭執其不真實，並證明其所傳布之訊息，並非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不具有使兒童及少年為性交易對象之危險」的情況下，釋字第六二三號才認定其不屬該條規定規範的範圍。

釋字第六二三號認為，這是基於保護兒童及少年免於因任何非法之性活動而遭致性剝削此一普世價值之基本人權理念而來，與憲法第二十三條規定之比例原則也無牴觸之處。至於系爭法律規定之「引誘、媒介、暗示」等用語，雖然釋字第六二三號也承認其屬「評價性之不確定法律概念」，然卻同時認定「其意義依其文義及該法之立法目的解釋，並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背」。

細讀這兩個大法官解釋文的內容，我們不難發現大法官不斷重複「社會（多數）共通價值」、「平等和諧之社會性價值秩序」、「保護兒童及少年免於因任何非法之性活動而遭致性剝削，乃普世價值之基本人權」和「立法的基本價值決定」等用語，

可見在這兩號解釋裡，刑法第二三五條和兒少條例第二十九條所規範的內容涉及的「價值」問題，是大法官們心中念茲在茲的對象。那麼，到底，大法官們是怎麼面對和處理「價值」的呢？

參、檢視釋字第六一七號和釋字第六二三號

在釋字第六一七號中，大法官最令人印象深刻的表現，應該是其多次提出「社會多數共通價值」、「平等和諧之社會性價值秩序」和「社會共同價值秩序」等用語，換言之，大法官在釋字第六一七號中所使用的，是一再訴諸「性價值」或「共同價值」的論理模式。這樣的論理模式，或許並不值得驚訝，因為，本號解釋所涉及的是刑法第二三五條所規定的「猥褻出版品」刑罰規定是否違憲的問題，而「猥褻」這個概念，向來便是評價空間極大且容易引發價值衝突的問題，亦即刑法第二三五條所涉及的違憲爭議，原本即是性價值觀不同的個人之間或性價值觀不同的群體之間的爭議。

不過，正因為刑法第二三五條是不是違憲，本質上是一個價值爭議，也就因而為價值觀的介入，創造出極大的空間。然而，在這樣的情境下，大法官的任務，不正是在「立法者為整體社會規劃的性價值秩序」和「個人表現自我性價值觀的言論出版自由」兩者之間，找到憲法上的平衡點嗎？

讓我們回到刑法第二三五條本身的規定內容：「猥褻成立與否」，是刑法第二三五條適用的前提要件，但幾乎難以否認的是，認定猥褻成立與否，卻高度仰賴適用法律者本身的主觀價值判斷，所以也就讓刑法第二三五條難脫違背法治國家基本的「法律明確性」原則此一要求的嫌疑。大法官在釋字第六一七號裡所做的選擇，是沿用釋字第四〇七號裡所界定的「猥褻」定義，或者是更進一步來說，是辛辛苦苦地透過法律釋義學的技巧，希望藉

此消除釋字第四〇七號中依然清晰可見的法律內涵不明確此一疑慮，這個現象從大法官在釋字第六一七號裡所說的「刑法第二百三十五條規定所稱猥褻之資訊、物品，其中『猥褻』雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（本院釋字第四〇七號解釋參照），其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背」這段話，便可以清楚感受得到。

不過，即使大法官遁逃到法律釋義學裡，但是，既然將「猥褻與否」當做把關內容的標準，那麼，便躲不掉背後其實隱含了「立法者有權禁止代表某種價值的言論與資訊流通」的基本哲學此一問題。然而，以「防堵代表某種特定價值的言論與資訊」為目的，並且以刑罰做為手段的法律規定，是否真的不違背憲法第十一條保障人民言論自由與表現自由的初衷？大法官即使透過法律釋義學的方式，企圖澄清「猥褻」一詞的內涵，但對於此一問題的回答，毋寧說是出自於某一預設的特定價值標準而做出來的論證，似乎難以令人心服。

一、「言論」有「價值高低」之分？誰來決定「價值」？

當大法官在釋字第六一七號解釋文明確指出「男女共營社會生活，其關於性言論、性資訊及性文化等之表現方式，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，而客觀成為風化者。社會風化之概念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同。然其本質上既為各個社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，自應由民意機關以多數判斷特定社會風化是否尚屬社會共通價值而為社會秩

序之一部分，始具有充分之民主正當性」時，似乎在告訴我們：「社會共通價值」是可以被發現和被確認的，所以，「由民意機關以多數判斷特定社會風化是否尚屬社會共通價值而為社會秩序之一部分」，自然也就不令人意外，而接下來「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」的說法，表現出大法官既不願意介入何謂「社會共通價值」的判斷和爭執，也承認立法機關掌有「判斷社會共通價值並據此立法以維持社會秩序」的權力，所以，不合立法機關所認同的價值標準的言論與資訊，一律會遭到否定和禁止如眼前所見者，也就不難想像了。

同時，大法官在釋字第六二三號中認為「促使人為性交易之訊息，乃促使人為有對價之性交或猥褻行為之訊息（兒童及少年性交易防治條例第二條、第二十九條參照），為商業言論之一種」，為「商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障」此一條件鋪下基礎，隱隱然已經告訴我們，釋字第六二三號所涉及的言論內容，是「價值較低」而受「較低程度保護」的言論類型，接著又立即劃出「至於其他描述性交易或有關性交易研究之言論，並非直接促使人為性交或猥褻行為，無論是否因而獲取經濟利益，皆不屬於促使人為性交易之訊息，自不在兒童及少年性交易防治條例第二十九條規範之範圍」此一化外之地，以免招致將所有非屬主流的性言論，均打入低價值言論類型之譏，這種欲拒還迎的處理手法，自然也同樣地不難想像。

然而，即使不難想像，或許我們該問的是：言論的「價值」，真的是該如此形式化地決定下來嗎？

美國聯邦最高法院在發展雙軌理論，做為檢視政府針對言論

的內容所做的限制措施是否該被判斷為違憲的過程中，則是發展出了雙階理論（two-level theory）。而美國言論自由實務此一操作模式，其實也是在解釋文中強調「應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則」的釋字第六一七號，以及將兒少條例第二十九條所規範之言論歸類「商業言論」的釋字第六二三號所採取的模式。美國區分言論類型的雙階理論，最早源自於Murphy大法官在Chaplinsky v. New Hampshire一案中所寫的旁論，就言論對社會的價值做為標準，將言論予以價值化³。而嗣後美國聯邦最高法院有關言論自由的判決中，也有部分大法官的確是遵循Murphy大法官的分類見解，針對不同類型的言論，以不同的審查標準，審查政府管制的合憲性，針對此種分類和審查模式，學者稱之為雙階理論⁴。

根據Geoffrey Stone教授的分析，倘若系爭言論被認定為屬於針對言論內容所為的管制，那麼法院通常會先從雙階理論所發展出來的分析方法，去判斷系爭言論是否屬於「低價值言論」（low value speech），倘若該言論被判斷為屬於低價值的言論，那麼便很可能被歸類為不受言論自由保障的言論類型，這些言論類型通常包括直接教唆行使暴力的言論（incitements to violence）、誹謗言論（libel）、猥褻性言論（obscenity）、挑釁性言論（fighting words）、商業性言論（commercial speech）等等。換言之，根據雙階理論，某些類型的言論固然屬於言論自由保障的對象，但是，除此之外，的確是有某些類型的言論，例如以上所述的言論類型，不必列入美國憲法增修條文第一條的保障範疇之內；究其實際，這些類型的言論，其內容並不涉及任何具有實質意義的意見或觀點的表達，甚至很難說有社會價值可言，所以被列為低價值的言論，無從與政治性言論這類合乎民主憲政社會傳統運作邏輯而被評價為「高價值言論」（high value speech）的言論類型，相

3. 315 U.S. 568, 571-72 (1942).

4. Laurence H. Tribe, American Constitutional Law § 12-8 (1988).

提並論，所以也就以不同的違憲審查基準，審查其合憲性。

嚴格說來，率爾將上述言論歸類為不受言論自由保障的言論類型，其實有過度簡化之嫌，因為，針對以上任何一種類型的言論，究竟應該適合如何的標準進行歸類，以及是否應該被歸類為不受保障的對象，在判決和學說方面，其實都已經發展出一套堪稱精細複雜的判斷標準和先例，做為參考依據。再者，雙階理論的認定標準，也不是固定不動的；某些過去曾經不受保障的言論類型，隨著時代和社會的發展，也有可能納入言論自由的保障範疇之內，以美國法制為例，商業性言論中的廣告，在七〇年代以前曾經是不受言論自由保障的言論類型，如今則完全改觀，即使受保障的程度不見得和其他言論類型所受到的保障等量齊觀，但是的確轉而納入言論自由的保障範疇，便是最典型的實例。從這個角度來看，姑且先不論其判決結果如何，歐洲人權法院不強調區分言論類型的必要性，而是轉而強調各國道德標準會因時因地而異的判決態度，保留了相當的包容和彈性空間，或許不無道理。

不過，同時也值得注意的是，在美國有關言論自由保障的討論中，雖然經常出現所謂高價值言論與低價值言論的分類，一旦某一言論類型被歸類為低價值言論，政府的規制措施往往可以通過違憲審查的考驗。不過，某些原先被認定為低價值言論者，隨著時代改變，不再列身此一範疇，並非不常見，而大法官的意見轉向，也所在多有。舉例來說，雖然在Reno v. ACLU⁵這個判決意見裡，顯然並未對高價值言論和低價值言論兩者的區分多所著墨，但是，究諸實際，主筆此一判決意見的Stevens大法官，過去雖然一直是篤信此種高價值言論與低價值言論分類取向的大法官，但在此一由Stevens大法官所主筆的判決意見，卻並未再度以此一分類架構作為判斷依據，其箇中原因或許在於聯邦最高法院中的

5. 521 U.S. 844 (1997).

其他大法官並不贊同之故，但也等於是已經暗示了聯邦最高法院在雙階理論上的態度已經鬆動轉向。當然，此一分類架構此次未在Stevens大法官所執筆的多數判決意見中占據明顯的地位，是否意味著高價值言論與低價值言論此一區分架構將從美國聯邦最高法院的判決主流中逐漸式微，不再是低價值言論受較低程度保障的主要理由，或許言之過早，但卻可能是今後值得密切觀察的趨勢。

反觀我國的釋字第六一七號和釋字第六二三號兩個解釋文的內容，雖然和先前的釋字第四〇七號比較之下，或有「進步」之處，多少跳脫了釋字第四〇七號只看到「社會風化」、「善良風俗」和「普通一般人的性道德」感情之外，這從釋字第六一七號直接點出刑法限制猥褻性言論，是和「社會多數共通之性價值秩序」和「少數性文化族群的性言論」兩者之間的衝突有關，多少可以看得出一點努力的痕跡。然而，即使如此，釋字第六一七號將「多數」決定的性價值秩序，當做可以限制少數性文化族群的言論自由的正當理由，其中除了賦予多數掌握透過法律去決定少數的性言論表現內容此一意涵之外，事實上可以說還隱含了將少數的性文化族群的性價值觀，列於價值比較低的地位此一意味。至於釋字第六二三條則是將系爭立法二十九條所規定的「使人為性交易」的訊息，當做言論自由領域內的「商業言論」來處理，自然也就被列為價值較低的言論類型。由此可見，「價值」在大法官的這兩號解釋當中，佔據了不可小覷的地位。

不過，即使我們的大法官認知到「價值」的重要性，但在這兩號解釋裡，並未如上述Reno v. ACLU判決中的Stevens大法官一般，考量定義言論「價值」高低時可能遭遇的困境，而是選擇了迴避，並且將關於價值的考量因素，完全託付給立法機關決定的基本立場。同時，我們的大法官也並未如歐洲人權法院目前關於色情言論的規範所表現出來的基本判決立場一般，不特別強調或採取應該完全以系爭言論「價值」高低做為連結各國「判斷餘

地」⁶之關鍵這種處理模式，也就是歐洲人權法院似乎是仍然將認定言論「價值」高低此一工作，當做司法權的「天職」之一，從未承認任何人有權利將其自身的道德信條加諸於他人身上，或者是以他人較為次等或低級為由，強迫他人放棄其道德倫理觀。詳言之，歐洲人權法院在 *Handyside v. UK*⁷、*Sunday Times v. UK*⁸和 *Müller v. Switzerland*⁹這幾個判決裡所表達的基本立場，其實應該是：歐洲人權法院之所以應該尊重各國政府的判斷，是因為各國政府比歐洲人權法院處於較佳的位置，得以知道其國內多數人的道德偏好為何，以及哪種限制措施是其國內人民所需要的限制措施。所以，歐洲人權法院所採取的處理模式是：道德標準因時因地而有不同，而各國政府因直接與持續地和其國內的主流勢力（vital forces）有所接觸，所以就界定與適用道德標準而言，各國政府應該是比歐洲人權法院處於較佳的位置。歐洲人權法院並不是直接去判斷或者援引任何國家的國內道德標準，否定非主流勢力的言論自由權利。歐洲人權法院這種基本立場，和我們的大法官

6. 歐洲人權法院所使用的所謂「判斷餘地」（margin of appreciation）原則，所指涉的乃是歐洲各國國際人權條約締約國在評價事實情況和適用系爭人權條款方面的權力。「判斷餘地」的理論基礎是：每個社會都應該享有一定的空間，去平衡個人基本權利和國家利益，並且藉此解決因為各個社會歧異的道德信仰所產生的衝突。除此之外，內國當局和法官對於個案的具體情況，和歐洲人權法院的國際法官相較之下，應該是處於個更好的判斷位置，這也是「判斷餘地」此一原則受到重視的原因之一。
7. *Handyside v. United Kingdom*, European Court of Human Rights, Judgement of 7 December 1976, Series A, No.24; 1 European Human Rights Record (EHRR) 737 (1979-80).
8. 此一判決涉及歐洲人權法院必須就英國政府禁止*Sunday Times*刊登某篇文章的禁令是否違背言論自由做出裁判的問題。系爭文章涉及一群因母親曾在懷孕期間服用*thalidomide*而產下四肢嚴重畸形的孩童。當英國法院審理因為此一藥物而提起之損害賠償訴訟時，為了避免出現「藐視法庭」的情況，英國法院禁止該文章的登載。歐洲人權法院在判決中認定此一禁令是基於正當目的而來，亦即採納了此一禁令乃是為了維護司法權威及司法公正性的主張。*Sunday Times v. United Kingdom*, Judgement of 26 April 1979, Series A, No.30; 2 EHHR 245 (1979-80).
9. *Müller v. Switzerland*, Judgement of 24 May 1988, Series A, No.133; 13 EHRR 212 (1991).

目前所展現出來是有明顯不同的。尤其，當我們的大法官一再強調「社會共通價值」這個基本論調時，其實無異於為立法者制訂用來規範少數價值或情慾認同的法律做了相當有力的背書與加持，大幅提高其禁止「少數」認同與需求的言論與資訊的形式正當性，同時，甚至回過頭來讓大法官自己也陷入了無論如何都不該違逆「社會共通價值」的限制框架裡，怎還可能以釋憲者之姿去否定反映「社會共通價值」的法律呢？

如此一來，我們的大法官所展現的，究竟是「保護民主程序中的少數」此一「憲法價值」捍衛者的基本立場，還是維護社會上多數人透過投票行為選出立法者去界定的「主流價值」的偏好，便成了非常值得玩味之處了。

二、努力保護未成年人身心健康時，可能犧牲了什麼？

從美國憲法保障言論自由的判決歷史來觀察，有關色情與猥褻性言論或資訊的判斷，往往涉及極為細微的差異。究其實際，並非所有和「色情」有關的資訊或言論，都可以被判定為屬於「猥褻」的資訊或言論，不受憲法言論自由之保障。相反地，有些具有色情性質的資訊或言論，本質上可能僅屬於粗鄙不雅（indecent）的色情言論或資訊（non-obscene sexual speech），仍然應該受到言論自由的保障，則是美國聯邦最高法院向來所採取的見解。

再者，根據美國聯邦最高法院的看法，基於保護未成年人身心健康的理由，政府仍然可以在合理的範圍內，針對上述不具有猥褻性質，但內容已達粗鄙不雅程度，不適宜未成年人接受的言論或資訊出現在廣電媒體上或者其他公開展示場合的情況，予以規制；不過，此等規制措施必須以不限制成年人取得上述粗鄙不雅資訊的言論自由權利為前提，亦早為聯邦最高法院所肯認。換言之，如果政府基於保護未成年人的理由，對粗鄙不雅但不構成猥褻的資訊或者言論內容進行規制。而其所採取的規制措施，已

經造成即使連成年人應該可以接收或取得的言論或資訊內容，也只限於適合未成年人接收或取得的資訊範圍內時，則此類規制措施往往會遭到被判定為違憲的命運。

根據以上簡要分析，我們不難發現：任何僅僅以未成年人「可能」會接收或取得為理由，便處罰公開傳送粗鄙不雅或者明顯令人感到不悅，但不具猥褻性質的資訊或言論之行為的立法，都可能會引起極大的言論自由爭議；這正是當年CDA（The Communications Decency Act，「通訊傳播端正法」）此一立法在數案上訴至聯邦最高法院併案審查後，被聯邦最高法院以其違反成年人的言論自由基本權利為理由，判決為違憲的主要理由。就成年人接收資訊的權利而言，在Reno v. ACLU此一判決中，大法官John Paul Stevens便寫出了核心所在：「不容否認地，我們已經一再地表明在保護兒童免於具有傷害作用的資訊影響方面，政府的確有其正當利益可言。可是，此一政府利益卻不能作為正當化以非屬必要的方式，廣泛壓制傳播給成人的資訊的作法。」

就接收資訊的權利而言，我國憲法雖未明文保障人民接收資訊的基本權利，但是從憲法保障言論自由的初衷，應可推論出此乃憲法所保障的基本權利¹⁰。雖然此一層面的意義，在傳統的言論自由領域中長期以來備受忽略，甚至，往往只是被當做憲法保障「表達」自由的另一面而已，但是，若是願意深入挖掘，其意義恐怕不僅僅是限於如此而已：其可能包括即將邁入成熟階段的青少年，如何透過接收資訊的權利，去深化自己的權利意義，去發現自己和自我實現¹¹，甚至也是和接收資訊的隱私權¹²互相連

10. See, e.g., Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 564 (1969)("the right to receive information and ideas, regardless of their social worth....is fundamental to our free society....and is a part of the First Amendment.").

11. See generally Catherine J. Ross, *An Emerging Right for Mature Minors to Receive Information*, 2 U. PA. J. CONS. L. 223 (1999).

12. See, e.g., Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514, 532 (2001)("....privacy of communication is an important interest that encourages the uninhibited exchanges of ideas and

接、息息相關的¹³。同樣地，倘若不保障非屬主流的言論和意見，不保障接收非屬主流資訊的基本權利，便會使得公民毫無管道可以取得形成最適當的集體決策結果所需要的多元資訊，在這種欠缺真正自由和公開的文化下，也無從形成真正的公民社會所需的民主自治基礎¹⁴。同時，以上所謂的多元資訊，在一個多元社會中，似乎不該狹隘地限於和政治性決策有關的資訊，因此，也就難以想像接收資訊的權利，不包括接收性資訊和性言論的權利在內。

頗令人感到遺憾的是，無論是釋字第六一七號或者釋字第六二三號，其實都已經在大法官自己所認定的「社會多數共通價值」和「保護未成年人身心健康」這兩個經過未徹底檢驗的管制理由陰影下，完全忽略了「成人接收資訊的權利」此一被包括美國聯邦最高法院和歐洲人權法院在內的司法者，視為民主社會基石的權利，可能同樣具有被充分討論、檢視和珍惜的價值。即使釋字第六二三號的多數意見內容，強烈意味著兒少性交易防治條例第二十九條實質上已經違反了「比例原則」，但是卻不直接宣示該條文違憲，反而以「目的限縮解釋」並且「指示行政機關」採取特定作為的方式，維護了這個條文，更是令人不解。

轉而從女性主義領域的辯論來看，到底該如何看待言論自由和情色言論兩者之間的關係，一直是個女性主義不同陣營間爭議頗大的問題，其間的正反對立觀點固然也頗為錯綜複雜¹⁵。不過，倘若願意暫時將「性交易」和「情色言論」分開處理，那麼，性交易在道德上是對是錯，或許可由言論市場決定，即使法律上

information among private parties.”).

13. See generally Julie E. Cohen, *A Right to Read Anonymously: A Closer Look at "Copyright Management" in Cyberspace*, 28 CONN. L. REV. 981 (1996).

14. See generally CASS SUNSTEIN, *WHY SOCIETIES NEED DISSENT* (HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2003).

15. See generally CATHARINE A. MACKINNON, *WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS* 297-372 (2005).

可以基於維護未成年人身心健康或避免性剝削等法益，對該種行為予以管制，但似乎仍應以發生具體法益侵害之行為或結果為必要這樣的主張，在法律理論上才是普遍可以接受的結論。因為，倘若是如目前刑法第二三五條之規定內容和實務適用方式，一經散布此種言論即陷人於罪，無異於以公權力壟斷、獨占甚或禁絕和性相關之議題或言論的討論和散佈空間，並且透過刑罰手段壓縮性自主表達自由。釋字六一七號和釋字六二三號雖然高舉保護的大旗，但是卻僅僅透過「有預見可能性」和「合憲性解釋」的手段，迂迴地迴避了這個要緊的問題。

大法官在兩號解釋文中認為我國目前對於猥褻物品或情色資訊的規範，以刑法第二三五條和兒少條例第二十九條這種刑罰手段，做為限制或規範的手段，屬於「合憲」的管制模式，可以說是忽略了以刑罰手段規範性言論的必要性，有許多值得商榷之處¹⁶。刑罰手段畢竟是國家所有的管制手段中，最為嚴苛的類型，以此種最為嚴苛的手段管制性言論，其必要性值得檢討。其結果可能是完全扼殺性言論的生存空間¹⁷，也可能是逼使性言論走向地下，另成交易市場，更可能是導致某些特定的性別文化或性文化遭到歧視，而其他同樣具有性意涵、但屬一般社會大眾熟知的主流性文化，即使非法，依然大行其道地到處傳播。平心而論，這便是我們目前身處的社會實況。

類似的論理邏輯，也出現在Stevens大法官在CDA一案的判決

16. 類似批評，可參見：黃榮堅，棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，台灣本土法學雜誌，第89期，2006年12月，頁55-73；林志潔，散佈猥褻物品罪與性道德的刑事規制——簡評大法官釋字第六一七號解釋，台灣本土法學雜誌，第89期，2006年12月，頁74-78；李念祖，禁止猥褻言論的定義魔障，台灣本土法學雜誌，第89期，2006年12月，頁52-54；林志潔，誰的標準？如何判斷？——刑法第二三五條散佈猥褻物品罪及相關判決評釋，月旦法學，第145期，2007年6月，頁80-95。

17. See generally Amy Adler, *What's Left?: Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression*, 84 CAL. L. REV. 1499 (1996).

意見中。Stevens大法官指出：CDA本身是透過刑法制裁的方式規制網路內容，非Denver案中所涉及之民事法規可以比擬者，刑法制裁對於網路言論發表者而言，則是具有更強的嚇阻效果，因此，在違憲審查方面，CDA此一刑事法規應該接受比較嚴格標準的審查。換言之，從言論自由保障的基本原則著眼，如果某一特定政府規制措施的確是為了達到保護未成年人身心健康此一極具重要性的利益（compelling interest），而其所採取的規制手段也經過合理的設計，立法內容明確，不至於產生使不具有猥褻性質且適合成人接收取得的資訊大幅萎縮的寒蟬效果（chilling effect）者，才能夠通過合憲的審查。

此處同時值得注意和區辨的是，美國著名的基進女性主義者Catherine MacKinnon 和Andrea Dworkin等人所推動的反色情立法，雖然曾經引發相當廣泛的重視和爭議，但是，究諸實際，該立法所採取的管制手段，本質上是民事賠償的手段，而非繩之以刑罰。甚至，即使只是採取民事懲罰的手段，在主張人民有權利閱讀該立法所禁止的種種淫逸和猥褻資訊的人士提出的憲法爭訟中，受理該訴訟的聯邦地方法院仍然認定其違憲，聯邦第七巡迴上訴法院亦維持此一見解和判決結果，而美國聯邦最高法院也拒絕審查該判決。

主筆聯邦第七巡迴上訴法院判決的Easterbrook大法官在該判決意見中特別指出：該立法並非全面禁止所有情色或猥褻物品，而只是禁止那些反映出女性逆來順受、甘受操弄或者應該遭受此種待遇的觀點的物品，可是，在Easterbrook法官的理解中，不能夠僅僅因為某一物品或資訊想要傳達的是「壞的」（bad）訊息，或者是要傳達大眾「不應該聽到」的訊息，便應該受到箝制或禁絕¹⁸。

18. American Booksellers Association v. Hudnut. 771 F. 2d. 323 (7th Cir. 1985), *aff'd mem.*, 475 U.S. 1001 (1986).

再者，刑法上所謂犯罪之不法，無從脫離「侵害利益」此一核心概念，然而，猥褻物品到底是侵害了什麼樣的利益，卻很難從哲學層面或法律哲學層面找到理論上足以服人的理由¹⁹。試想：即使接觸或閱讀之後產生「厭惡或羞恥感」，對於成年人而言，即使足以刺激或滿足其性慾，也難以認定會構成傷害，甚至，此等「厭惡或羞恥感」，恐怕也不盡然應該受到負面評價。

既然情色言論不盡然有害，有時候甚至是有益的，那麼，管制者最大的關切，應該便是「保護青少年身心健全發展」此一理由了。然而，對性教育的基本態度如何，以及對情色物品的管理政策是否良善，恐怕才是比較有效的因應之道，用刑法禁絕情色言論，頂多只是立法者對聲音高亢的衛道者交差了事的作法，對於「保護青少年身心健全發展」來說，根本無濟於事。

在女性主義論述的領域裡，我們非常熟悉「情色言論貶抑女性」這種基進主義女性主義的說法：其主張自由主義認為「敘述及描寫色情」的「情色言論」本身並不構成任何傷害的說詞²⁰，是不盡負責的說法，因為，雖然情色言論本身固然的確是不會對女性直接造成性騷擾、強暴或毆打那類的傷害，但是情色言論卻經常在無形中鼓勵人（尤其是男人）去做出這類傷害女性的事情，再者，以情色言論污衊和歧視女性的特質來看，其「本身就有傷害性」²¹；自由主義女性法學者的上述說詞，其實無非是「受男人欺騙的女人」和「性別迫害的共謀者」最典型的表現²²。甚

19. See, e.g., Andrew Koppelman, *Does Obscenity Cause Moral Harm?*, 105 COLUMBIA L. REV. 1635 (2005).

20. See, e.g., Nan D. Hunter & Sylvia A. Law, Brief Amici Curiae of Feminist Anti-Censorship Task Force et al. to U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, *American Booksellers Association, Inc. et al. v. William H. Hudnut III et al* (April 18, 1985).

21. See, e.g., Catharine A. MacKinnon, *Pornography, Civil Rights, and Speech*, HARV. CIV. RTS-CIV. LIB. L.REV. 20 (1985).

22. See, e.g., Catharine A. MacKinnon, "On Collaboration," in MACKINNON, *FEMINISM UNMODIFIED* 198-205 (1987).

至，所謂的「情色言論」，無論其具體內涵為何，根本就等同於性暴力活動，根本不應該受到言論自由的保障²³。即使基進主義女性法學者的論述邏輯是從異性愛的基本觀點出發²⁴，有其先天上的偏狹特性，不但以所謂「『同意』是個虛假的概念」（consent is a fake concept）的說法，幾乎全盤否定女性的自主同意能力和自主選擇可能性，甚至與道德保守主義的訴求結果沒有兩樣，然而，正因為如此，正因為諸如此類的邏輯其實是許多內容審查制度背後的重要支撐點，所以，我們不得不嚴肅地問問：在這樣的女性主義辯論歷史和架構下，我們到底該如何看待刑法第二三五條和兒少條例第二十九條？如何看待大法官的釋字第六一七號和釋字第六二三號？

雖然自由主義女性主義法學者也同意「情色言論貶抑女性」的觀點，同時並不以擁護色情產業和情色言論為基本立場，但是，內容審查制度是自由主義女性主義法學者相當不以為然的處理模式，因為，倘若用刑罰手段這種具有高度嚇阻效果的手段，來解決猥褻物品或「情色言論」所帶來的不平等「問題」，那麼，同時會遭到消滅的，也包括「女性的聲音」在內²⁵，尤其，在強調所謂「執法公平性」的「性別盲」的國家公權力機器下，「女性的聲音」也不可能倖免於難，反而得不償失。從自由主義的憲政觀點來思考眼前的刑法第二三五條，到底是不是一個真正「友善」的制度呢？從憲法言論自由保障的觀點，針對刑法第二三五條所做的分析，是不是的確有值得女性主義者對傳統的法學論述稍做「讓步」，想想其是否不全是「男性論述」的產物，反而是有助於增進女性主義者不該否定的「自主性」此一核心價值呢？

23. See, e.g., CATHARINE A. MACKINNON, ONLY WORDS (1993).

24. See, e.g., ANDREA DWORKIN, PORNOGRAPHY: MEN POSSESSING WOMEN (1989).

25. See generally NADINE STROSSEN, DEFENDING PORNOGRAPHY: FREE SPEECH & THE FIGHT FOR WOMEN RIGHTS (1994).

其次，基進立場的女性主義者為了和言論自由的基本原則取得某種程度的共識，往往會將「情色言論」區分為「污穢而不受言論自由保障的」和「健康而有言論自由價值的」兩種情色言論類型²⁶。這樣的區分在言論自由的規範分析層面上固然有其意義，而且多少也能緩和基進立場的女性主義者所受到的批評²⁷。然而，即使以言論的「價值高低」做為限制與否的基準，是憲法言論自由原則下可以接受的分析架構，但是在實際執行層面上，是否能夠做到完全避免涵蓋對象過寬過廣的「入人於罪」問題這個地步，甚至有無可能反而如加拿大在一九九二年出現的授權海關查禁沒收色情刊物的判決²⁸所導致的結果一樣，讓海關將這個判決當做用來對付內容為男女同性戀和女性主義刊物的利器，讓所有的「情色言論」和「女性的聲音」一律變成「性正確」的犧牲品，也讓女性主義者不得不向父權體制典型代表的家長式主義低頭，進行事前自我審查，恐怕是採取任何一種立場的女性主義者，都該反問自己的問題。

換言之，刑法第二三五條緊縮各種「猥褻言論」和「情色言論」可能存在的任何管道（甚至包括製造和持有行為在內，亦即刑法學者所指出之應該謹慎處理的「刑罰前置化」問題），以及限縮「情色言論」市場的作法，是否反而傷害到女性，是值得考慮的問題²⁹。尤其，究竟有無真正可信的系統化研究，可以充分證明猥褻物品或「情色言論」必然會引發性暴力，同樣值得質疑³⁰。此一問題若未能釐清先予以釐清，一味以「保護」為名包

26. See, e.g., JILLIAN RIDINGTON, CONFRONTING PORNOGRAPHY: A FEMINIST ON THE FRONT LINES 27 (1989).

27. See, e.g., RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION, Part II (Harvard University Press, 1996).

28. Butler v. Regina, 1 S.C.R. (1992, Canada).

29. Nadine Strossen, *A Feminist Critique of "the" Feminist Critique of Pornography*, 79 VA. L. REV. 1099, 1183 (1993).

30. *Id.* at 1118.

裝保守的性恐慌和性道德，是否反而會讓這場「反情色言論運動」，成為「女人是受害者」的「神話」永垂不朽、難以改變的最佳推手，而忽略了基進派女性主義者成為「反女性主義的保守派」最佳合作對象和工具這個危險？

三、「合憲性解釋」如何誤導了大法官？

釋字第六一七號以刑法第二三五條做為釋憲對象，倘若撇開大法官在釋字六一七號中所使用的解釋技巧不論，為數不少的學者論述，都對刑法第二三五條的合憲性抱持相當程度的質疑立場³¹。然而，大法官卻偏偏在釋字第六一七號裡選擇了反其道而行的作法，透過「合憲性解釋」的處理模式，宣告刑法第二三五條合憲。到了釋字第六二三號，大法官依然循此模式，宣告兒少條例第二十九條合憲。大法官們苦心迂迴，換來的到底是什麼？

究其實際，「合憲性解釋」恐怕是大法官在「充分尊重」「社會共通價值」的前提下，導致不違逆法律的解釋結果出現的必然選擇：當大法官將「社會共通價值」，與立法機關制訂法律時所宣示的「維護普通一般人性的道德感情」和「平等和諧之社會性價值秩序」此一「立法者的價值」幾乎劃上等號時，難免已經預設了刑法第二三五條「合憲」的立場，但是，大法官又自覺到必須向本號解釋裡不斷強調的「少數性文化族群」保障必要性做個交代，於是，本號解釋幾乎省略掉過去大法官在歷來的基本

31. 例如：黃榮堅，棄權又越權的大法官釋字六一七號解釋，台灣本土法學雜誌，第八十九期，2006年12月，頁71-73；李念祖，禁止猥褻言論的的定義魔障，台灣本土法學雜誌，第八十九期，2006年12月，頁52-54；林志潔，散佈猥褻物品罪及性道德的刑事規制：簡評大法官釋字六一七號解釋，台灣本土法學雜誌，第八十九期，2006年12月，頁74-78；高榮志，德沃金（Ronald Dworkin）「唯一正解」之理論與實踐——由「晶晶書庫案」的「猥褻」爭議談起，國立台北大學法學系碩士論文，2007年6月；高榮志，活跳跳的色情世界，死板板的釋字六一七，全國律師雜誌第十一卷第五期，2007年5月號，頁38-54；林志潔，誰的標準？如何判斷？——刑法第二三五條散佈猥褻物品罪及相關判決評釋，月旦法學第一四五期，2007年6月，頁52-54。

權審查過程中都相當重視的比例原則，反而繞了一大圈，選擇了既能維護「社會共通價值」和「立法者的價值」，又能「保障」「少數性文化族群」的「合憲性解釋」結果。即使，建立在「不妨礙社會共通價值」前提下的保障少數性文化族群說法³²，在釋字第六一七號下頂多只是口惠而實不至的說詞而已，無奈的是，大法官仍選擇如此為之。

以刑法第二三五條的規定內容來判斷，除了立法用語過於模糊（vague），導致一般人在行使表意的權利時，隨時必須猜測自己的行為是否有觸法之虞外，其所採取的規制手段，亦有未經過嚴密的設計（narrowly tailored），有涵蓋範圍過於廣泛（overbroad）的問題。以目前刑法第二三五條的規定來看，其適用結果很可能是導致現實社會中所有包涵有色情意涵的言論完全無從合法出現。其次，本條所使用的是一個意義未臻明確、也難以明確化的用語：「猥褻」，即使有釋字第四〇七號解釋，實際上亦無助於受規範者理解其意涵範圍，而僅能以猜測其意義。因此，其不但有違背「明確性原則」之嫌，也和言論自由領域中強調政府制訂涉及言論管制的立法時，若是「未臻明確」（vagueness），將難逃違憲命運之原則有關：透過意義如此含糊的用語，將情色刊物列為刑法規範對象，不僅違背「正當程序」強調fair notice的初衷，讓人民無從預測何種情色言論將列為受禁止的對象，亦將因此導致言論市場上的寒蟬效應（chilling effect）。因此，在面對言論規範的問題時，即使是性言論的規範，也應該緊守「刑罰乃最後手段」此一原則，而觀諸刑法第二三五條的內容，

32. 釋字第六一七號解釋理由書：「……惟性言論與性資訊，因閱聽人不同之性認知而可能產生不同之效應，舉凡不同社群之不同文化認知、不同之生理及心理發展程度，對於不同種類及內容之性言論與性資訊，均可能產生不同之反應。故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。」

實難推論出其符合此一原則的結論。畢竟，法律文字雖然往往不得不容許相當程度的「不確定法律概念」，然而，凡是涉及刑罰，尤其是處罰言論表達自由的規定時，「明確性」的要求都應該嚴格遵守，應無疑義可言。

回顧大法官過去的解釋，對於「明確性」的要求，也顯示出類似的態度。舉例來說，在涉及集會遊行基本權利的釋字四四五號解釋，大法官便以「明確性原則」為理由，將舊集會遊行法當中「有事實足認有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」和「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者」之規定，宣告違憲失效。在釋字第五二二號解釋，大法官同樣以「刑罰明確性原則」為理由，將證券交易法中「違反主管機關其他依本法所為禁止、停止或限制命令者，處一年以下有期徒刑……」的規定，宣告違憲。

雖然，大家都知道，關於猥褻出版品的定義，大法官曾經做出釋字第四〇七號解釋加以闡釋，但是，平心而論，該解釋似乎仍然充滿模糊的解釋空間。舉例來說，對於不同主體而言，是否能夠刺激或引起性慾，便可能人言言殊，有不同的結果。所以，大法官釋字第四〇七號解釋所謂的「猥褻出版品，乃指一切在客觀上，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，有礙於社會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之」這段精華，本身便可能成為法官陷入困局的真正來源。

讓我們回頭檢視一下極可能是釋字第四〇七號做成當時，被大法官列為重要參考依據之一的美國聯邦Miller v. California³³這個判決：Miller案判決針對如何判斷猥褻物品，所建立的判斷標準如下：

33. 413 U.S. 15 (1973).

- (a) whether 'the average person, applying contemporary community standards' would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest；（在適用「當代社區標準」並經過整體考量後，是否一般人仍會認為該作品刺激性慾；）
- (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law；（該作品是否以明顯具有冒犯意味之方式，描繪或形容系爭州法所定義之性行為）；and
- (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.（整體考察之後的結果，是否足以判定該作品缺乏嚴肅之文學、藝術、政治或科學價值。）

根據上述內容，我們或許不難歸納出：所謂猥褻物品，必須符合下列條件：目的是在於挑逗情慾，內容則是要讓一般人形成冒犯感，而且不具有任何有藝術、文學或科學等價值的作品。然而，美國聯邦最高法院這個Miller test，過去幾十年來便是備受學界質疑的判斷標準³⁴，換言之，Miller test和釋字第四〇七號，似乎都只是以更多的不確定概念，來取代原即令人無所適從的不確定概念而已，和「以經解經」相差不遠。即使是曾經在Roth v. U.S.此一判決中力主「猥褻言論不受保障」立場的大法官Brennan，在美國各級法院努力和「猥褻性言論的憲法地位」奮鬥了十多年之後，在和Miller案同一天做出判決的Paris Adult Theatre I v. Slaton³⁵一案中，發表了長篇的不同意見書，主張大法官們應該誠實而公開地承認，即使經過多年的努力，法院根本無法區分「可

34. Steven J. Heyman, *Ideological Conflict and the First Amendment*, 78 CHI.-KENT L. REV. 5, 31 (2003).

35. 413 U.S. 49 (1973).

罰的」和「應受保護的」的色情出版品之間的區別，更重要的是，他甚至指出，這種「劃定分界線」的工作，就制度上而言，根本不適合由法院來承擔³⁶。同時，即使是在Miller此一判決中，一樣提出不同意見書的Brennan、Stewart和Marshall三位大法官，也對該判斷標準所下的「猥褻性言論定義」之模糊程度，感到幾無可容忍之餘地。而在美國學界執法律經濟分析牛耳的Posner，也在此一議題上頗有同感³⁷。那麼，讓我們平心靜氣地想想：釋字第四〇七號的模糊性與不可預測性，是不是還高過Miller test呢？是不是給了執法者和司法機關過度的裁量空間呢？在台灣法律制度和運作現狀下，是不是會出現更多侵害人民基本權利的狀況呢？

「社會公共秩序和善良風俗」理論上是否足以構成憲法上所要求的「極重要政府利益」（compelling government interest），「猥褻」之處罰若係以「公序良俗」做為唯一理由，是否能通過嚴格標準之違憲審查，本有辯論空間，就算承認「社會公共秩序和善良風俗」和「社群標準」（community standards）是個正當的管制理由，誰能確保我們的司法機關與執法人員，不是有意無意地在扮演僵化的「衛道」機器這樣的角色呢？

讓我們以Reno v. ACLU此一判決為例，說明Miller test在適用上的有限性。猥褻性的資訊或言論除了必須是整體觀察下（taken as a whole），訴諸一般人的淫慾（prurient interest），並且欠缺任何嚴肅的文學、藝術、政治或者科學價值者（lacks serious literary, artistic, political, or scientific value），方屬該當，似乎是當然的解釋結果，有關此點，雖然當時代表美國政府提出上訴的聯邦司法部（The Department of Justice）力陳CDA（The Communications Decency Act，「通訊傳播端正法」）所採的定義用Miller案所建立的定義標準檢驗之後，無模糊之嫌，但是，主筆的Stevens大法官

36. *Id.* at 73-114 (Brennan, J., dissenting).

37. See generally RICHARD A. POSNER, SEX AND REASON 351-82 (1992).

仍然不為所動地特別指出：CDA甚至根本沒有規定就整體加以判斷，欠缺嚴肅的文學、藝術、政治或科學價值者，方屬所謂猥褻的言論或資訊內容，等於根本否定了「猥褻」與「粗鄙不雅」兩者定義方面的差異，在判斷某一網路資訊或言論應該受到言論自由保障方面，應該扮演有意義的角色。有趣的是：Stevens大法官過去在Pacifica案中所主筆的判決意見，其實正是遭受同樣的批評，由此可見Stevens大法官在規範色情言論與資訊方面所採取的立場，在本案中的確出現了明顯的轉折。

釋字第四〇七號不僅在理解層面上困難度頗高，其適用困難度也大大減損了其可能的貢獻與價值。因此，如何在合乎比例原則的前提下，另闢規範途徑，或許是可以考量的方向。

從美國聯邦最高法院有關言論自由的判決歷史來觀察，我們不難發現早在一九七八年，所謂「粗鄙不雅」的言論，即已出現在美國聯邦最高法院的判決中，而廣義的分區管制觀念，也隨之出現。在FCC v. Pacifica Foundation³⁸此一判決中，聯邦最高法院即已針對廣電媒體的內容管制，正式提出見解。在此一判決中，聯邦最高法院強調：由於廣播電視本身屬於影響層面既深且廣的媒體，並且是一般未成年人十分容易接近利用的資訊取得管道，所以政府可以採取規制措施要求廣電業者將粗鄙不雅的節目安排在某些特定的晚間時段播出，以避免未成年人觀賞，此一規制作法尚屬適當。

這就是所謂的「分區管制取向」（zoning approach）：透過物理上或技術上的分區管制手段，隔絕一般社會通念下可能冒犯他人和侵害青少年身心的資訊，並且針對其可能衍生的次要效果（secondary effects），加以管制³⁹。即使是針對裸舞所引發的爭議，美國聯邦最高法院也是採取類似的基本態度⁴⁰。

38. 438 U.S. 726 (1978).

39. See also City of Los Angeles v. Alameda Books, Inc., 122 S. Ct. 1928 (2002).

40. See generally Amy Adler, *Girls! Girls! Girls!: The Supreme Court Confronts the G-String*, 80 N. Y. L. REV. 1108 (2005).

舉例來說，Stevens大法官在前述的Reno v. ACLU⁴¹案的多數判決意見中，針對Reno v. ACLU此一判決和Renton v. Playtime Theatres Inc.一案的不同之處做了一番分析。在Renton此一判決中，聯邦最高法院指出：針對放映色情電影的戲院，政府雖然不能直接採取禁止其放映行為的措施，可是，在管制措施方面，政府還是可以採取一些表面上看似針對附隨於此類戲院的存在而產生的次要效果（secondary effects）者，例如以避免影響當地房地產價格變動，以及當地犯罪率上升等問題為理由的管制措施，限制此一類型戲院出現在某些地區。

在該案中，日前甫退休的O'Connor大法官，也在少數意見書中表示：CDA唯一可以被判定為違憲之處，在於其規制方式限制了一般成年人原可接觸取得的網路資訊。但是，上訴人所提出的CDA乃是對網路世界進行分區管制的主張和理念，則是值得贊同的。在該份少數意見書中，O'Connor大法官首先指出：細究CDA的規範目的，事實上只是國會想要透過「分區管制」的方式，在網際網路上創造出只適合成人進出的「成人區」（adult zones），而觀諸聯邦最高法院過去所作成的判決，此種分區管制的規範手段，在憲法層面上應該是可以被允許的。

接著，O'Connor大法官引用許多州禁止未成年人進入色情電影院、成人書店、酒店、酒吧和其他成人娛樂場所的法律規定，藉以說明其認為實施分區管制的法律，在滿足以下兩種條件時，應該被判定為合憲有效的見解：（一）此一分區管制之規範手段不會不當地限制成年人接近取得色情或猥褻資訊；（二）對於未成年人而言，不得主張其基於未成年人的身份，具有閱讀或瀏覽色情或猥褻資訊的憲法上言論基本自由權利。針對這兩個基準，O'Connor大法官指出：以一九九七年的網際網路現狀而論，CDA

41. 521 U.S. 844 (1997).

的確無法通過上述第一個條件的檢驗，亦即CDA保護未成年人的作法，的確限制了成年人取得色情網路資訊的權利。可是，另一方面，就第二個條件而言，O'Connor大法官則認為：既然未成年人不可主張取得色情與猥褻性資訊的言論自由權利，則CDA所採取的規範手段，應該可以被評價為禁止未成年人取得上述資訊的必要手段。

當然，仔細觀察此一判決的見解，不免令人擔心政府很可能會以遏止所謂的言論次要效果產生為由，間接達到限制言論發表與資訊流通的目的。換言之，一旦將某特定規制言論的立法定性為內容中立（content-neutral）的規制措施，往往便有偷渡其針對言論內容設限（content-based）的可能性產生。事實上，在Renton案中，聯邦最高法院的確肯認基於預防成人戲院行使其言論自由之際所帶來的副效果的理由，政府可以透過施行分區管制辦法（zoning ordinance）的手段，將成人戲院的設立位置合法排除在住宅區之外。換言之，此一分區管制手段，僅屬於針對言論發表的「時間、地點與方式」（time, place and manner）進行規制，不涉及言論內容的管制，無侵害言論自由之虞。所幸在本案中，聯邦最高法院認為CDA本身根本是屬於一種針對網路世界的言論與資訊內容進行管制的措施（content-based regulation），不應通過嚴格審查標準。換言之，Stevens大法官指出：CDA的規範對象是針對言論的「主要效果」，而不是「次要效果」或者「副效果」。Stevens大法官此一論述邏輯，或許同樣值得我們的大法官們深思。

然而，可惜的是，即使比較法上不乏類似可行的處理模式，或者甚至可以說是文獻豐富到難以計數的地步，但是，我們的大法官無論在釋字第六一七號或者釋字第六二三號中，卻都幾乎視而不見：在美國聯邦最高法院的上述論理當中，對於「少數性文化族群」所表達或所需的性資訊和性言論予以限制時，在管制手段的選擇上，必須通過相當嚴謹的審查，方得有效成立，很難想

像其會輕易成為大法官心目中「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」或「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。在歐洲人權法院的判決裡，我們可以看到法院雖然尊重各國政府的「判斷餘地」，但是卻不時小心謹慎地提醒自己這是因為歐洲人權法院在歐洲司法體系中所扮演的角色使然，而非各國政府的判斷餘地，絕無可資質疑之處。相對地，我們的大法官在釋字第六一七號中不但主動臆測立法者在刑法中第二三五條中要保障的是「為維持男女生活中之性道德感情與社會風化」此等「善良風俗」法益，也幾乎完全尊重或頂多只能從高度臆測中獲得支持的「立法者選擇」，無視於依刑法第二三五條做字義解釋，便已經出現了處罰散播猥褻物品行為的範圍過廣的嚴重問題，若是真要面對釋字第四〇七號遺留未解的問題，應該選擇刑法第二三五條違憲的明顯程度⁴²已經足以被宣告為違憲的處理模式。相反地，大法官卻選擇了一種幾乎堪稱「媚俗討好」的操作方式，以「合憲性解釋」的「善意」動作，讓聲請人的個案可以免於刑罰，但仍選擇不去對自己所臆測出來的「為維持男女生活中之性道德感情與社會風化」此一「善良風俗」法益，採取任何「不敬」的行動。如此一來，無異於肯定刑法第二三五條的基本立場，宣示台灣社會仍然處於人民的性資訊自由的原則仍遭禁止的狀態。

在釋字第六一七號中，大法官雖然比釋字第四〇七號往前跨了一大步，直接點破刑法第二三五條禁止猥褻言論，所表現的是「社會多數共通之性價值秩序」和「少數性文化族群的性言論或性資訊流通」兩者之間的衝突，但是，其依然無法擺脫多數以刑罰壓迫少數的桎梏，所以只能左支右絀地自行創設出刑法第二三五條本身並未明示的「硬蕊」資訊和「軟蕊」資訊分類，讓

42. 黃榮堅教授亦採類似看法。參見：黃榮堅，棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，本土法學雜誌，2006年12月號，頁55起。

具有「藝術性、教育性或醫療性」的「軟蕊」資訊，不致於構成刑法第二三五條的規範對象，大法官此種操作模式雖然是為了幫少數性文化族群尋求不至於入罪的出路，但卻徒然引來轉移焦點和越權之譏⁴³。

至於在釋字第六二三號中，大法官也是採取「合憲解釋」的取向，將兒少條例第二十九條予以「目的性限縮」，宣告該規定並不至於違憲，但是在解釋文中則提出附帶警告，要求主管機關訂定分級制度，以符合比例原則的要求。同樣令人感到遺憾的是，既然兒少條例第二十九條不符合比例原則的要求，那麼，大法官何不宣告其違憲，反而任由刑罰繼續箝制言論內容？甚至，在舉證責任上，還以「檢察官以行為人違反上開法律規定而對之起訴所舉證之事實，行為人如抗辯爭執其不真實，並證明其所傳布之訊息，並非以兒童及少年交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不具有使兒童及少年為性交易對象之危險，自不屬該條規定規範之範圍」這種違反「無罪推定」和「不自證己罪」原則的論理，勉強維持兒少條例第二十九條的合憲性，更是令人不解。從釋字第六二三號解釋出現後，執法者對於兒少條例第二十九條的適用，似乎並未出現任何明顯的謙抑自制趨勢，反而是讓所謂的取締援交更具有正當性此一現象來看，許玉秀大法官在釋字第六二三號解釋中，特別指出「系爭規範本身的不完備，使得合憲性解釋無法處理法定刑違反比例原則的問題，因這樣的不完備只有靠立法者全盤規劃才能解決，故而合憲解釋並非本件聲請案的適當解決方式」⁴⁴的主張，或許才是大法官們當初應該選擇的「正解」。

43. 同前註。

44. 見釋字第六二三號許玉秀大法官之部分不同意見書。

四、個人性價值認同應受保護的權利？抑或立法多數強加價值選擇於少數身上的權利？

我國大法官在釋字第六一七號和釋字第六二三號裡雖然都直接或間接地承認不受多數人歡迎的言論，也同樣可以享有言論自由的保障，但是，在細究和互相比較之下，在歐洲人權法院的情色言論相關判決裡，無論是涉及情色言論爭議或者是以言論攻擊或嘲弄宗教信仰的爭議，其所強調的重點，均是個人的道德或情感認同不受他人公開言論表達侮辱褻瀆的權利，相對地，我們的釋字第六一七號和釋字第六二三號，卻更偏向於以立法多數所決定的性價值秩序，當做足以限制少數情慾族群的性言論或性資訊選擇的正當理由。也就是釋字第六一七號和釋字第六二三號的內容，無形中已經可以說是違背言論自由保障的根本精神了，成為多數強加其性價值選擇於少數身上的結果。而大法官在釋字第六一七號和釋字第六二三號選擇尊重立法多數所決定之性價值制度此一立場的同時，只以類似「合憲解釋」、「採取必要之隔絕措施」（姑且不論這根本就是誤解當今數位科技本質而且內容模糊不清的條件，關於大法官對於「採取必要之隔絕措施」過於樂觀的立場，作者將另外為文分析之）和「證明……不具有使兒童及少年為性交易之危險」這些迂迴無用、甚至徒留爭執引信的方式，來回應其人民權利守護神的基本角色召喚，不僅誤解誤用了憲法第二十三條的比例原則、違反了無罪推定原則⁴⁵，從大法官做為現代民主憲政國家的違憲審查者，理應保障少數選擇自己所認同的價值的權利、保障少數在未積極侵犯侮辱他人認同或價值的前提下，應可追求其自主空間—包括性自主的空間—的權利此一司法角色的觀點來看，實在讓人不能不說我們的大法官是失職了。

大法官之所以失職，其根源很可能是大法官在這兩號解釋裡

45. 參見釋字第623號林子儀大法官之不同意見書，以及許宗力大法官之部分協同部分不同意見書。

，陷入一個極大的盲點：將立法多數所決定的性價值秩序，當做限制少數性文化族群之性言論的正當理由，賦予多數有權透過法律決定少數的性言論表現內容。再者，由於大法官又進一步將立法多數所決定的性價值秩序，等同於「社會共通價值」來看待，並且遺忘了應該檢視所謂「社會共通價值」，與大法官維護言論自由此一憲法價值的基本職責是否相符？「社會共通價值」是否該被當做凌駕個人基本權利的正當理由？「社會共通價值」是不是可以讓釋憲機關隨其心境和認知所需，拿來當做規避其論證任務的藉口？在以上這一連串的問題未獲大法官正面回答的情況下，憲法所保障的言論自由，在猥褻言論和色情資訊的領域裡，不但未曾因為釋字第六一七號和釋字第六二三號的陸續出現，而扮演更為清晰明確的角色，反而陷入一團更為複雜的價值混亂當中。而刑法第二三五條和兒少條例第二十九條，繼續在大法官「合憲解釋」的護持下，變成一個可以透過恣意解釋、操弄而維護執法者口中抽象的「社會共通價值」的執法工具，也將是不令人意外的結局了。

在釋字第六一七號和釋字第六二三號這兩個在我國釋憲史上本應為情色言論管制合憲性奠定重要解釋地位的釋憲文裡，我們不能說大法官完全未曾嘗試踐履「價值追索」的任務，不過，這個價值追索的過程，卻在大法官將「社會共通價值」導向具有相當寬廣形成空間的「立法者價值」之後，嘎然而止，完全轉化成為立法者的價值追索權限。於是，雖然大法官們在這兩號解釋裡不斷訴諸「價值」，但此處的「價值」，卻是大法官們在故意標榜自己的中立不涉入態度之下，將「社會共通價值」和「立法者價值」兩者劃上等號之後，所彰顯出來的「立法者價值確認權力」，既然立法者有權確認價值，那麼，和立法多數不屬於同一價值陣營的少數人，其價值認同和價值選擇如何能夠不受多數的壓抑，如何還能受到保護，自然也就頗有可疑可譏之處了。這或

許正是林子儀大法官在其部分不同意見書裡明白指出的：「立法者立法之內容是否即等於社會風化之內涵呢？實則法律與社會共享之價值或道德之間關係，相當複雜，正如多數意見也意識到，社會上自然形成之價值秩序，未必等同於法律秩序，它可能先於法律存在、也可能悖於法律而存在、可能引領立法或者逐漸為立法所改變。什麼才是現今台灣社會共享的性道德價值，並不能逕以某個法律存在之事實而獲得證明。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。質言之，如依多數意見之論述，其無異主張，立法者既然制定刑法第二百三十五條，即代表社會上必然是具有一定之性道德感情與社會風化；而後又以該聲稱應受保護性道德感情與社會風化，反過來證立這個法律規範之正當基礎。其結果是，規範性道德感情與社會風化之法律只要一經立法，即必然同時證明了它本身有一個要保護之正當之性道德感情與社會風化。從違憲審查的觀點來看，此意謂著立法目的部分完全無須審查，因為只要有系爭法律存在之事實，就已經足以證明了有正當立法目的之存在。……多數意見只說明社會之性道德感情與社會風化，係由立法者依社會多數共通價值予以判斷，並未說明其具體內容為何，惟如果不能將刑法第二百三十五條所欲保護社會風化之抽象內容，進一步轉化成具體所欲保護之利益，釋憲者即難就該法律之保護目的是否合憲予以審查。依多數意見所言，刑法第二百三十五條之立法目的所保護者係為由立法者依社會多數人普遍認同之『性道德感情』或『社會性價值秩序』或『社會風化』，而禁止與多數人不同之少數性言論，適足以造成以主流意見排擠或壓抑其他非主流意見之危險。」

肆、觀察心得：代結論

行文至此，似乎可以得出幾個結論。筆者認為：刑法第二三五條和兒少條例第二十九條係爭規定內容模糊不清，用語既不明確，其規範射程範圍也可能過廣，不但受規範者欠缺預測可能性，也容易造成國家機器以刑罰手段入人於罪的結果，而在法律體系中，刑罰是對人民基本權利限制最為嚴苛的手段，刑罰手段絕對應該被當做國家規範個人自由權利的最後手段，應該謹慎為之，但是，目前的刑法第二三五條和兒少條例第二十九條的內容及其執行實務，卻適得其反。執法者毫不節制—不幸地這似乎正是刑法第二三五條和兒少條例第二十九條的實務操作現狀，而且在釋字第六一七號和釋字第六二三號出現之後也不會有明顯改變的現狀—頻繁適用現行法的結果，不但箝制性言論發表者的表現自由，還剝奪了成人以及即將步入成年階段的青少年，自主選擇閱讀刊物和接收資訊的權利。台灣此等執法現象，乃做成釋字第六一七號解釋和釋字第六二三號解釋的大法官所深知的事實，而歐盟人權法院或美國聯邦最高法院在表現自由與言論自由領域所依循的理論和做出的相關判決，無論是否完全合乎本土的脈絡，也多多少少都為我們的大法官提供了一些具有啟發性的線索，無奈的是，從這兩號解釋的結果看來，我們的大法官們，似乎就是不為所動。

無論是從道德哲學或者法律哲學的層面來探討，似乎很難看出猥褻或色情資訊會對他人或社會整體造成具體的傷害，既無具體傷害，何來禁絕之必要性或以刑罰手段處罰之必要性可言？因此，國家以刑法手段全然禁止猥褻或色情資訊，有待商榷之空間甚大。究其實際，管制性言論的原因，不外乎「避免冒犯到不想接觸到性言論的他者」（亦即尊重他人自主性），以及「保護未成年人身心健康」兩者⁴⁶，而其規範方式，應有不少比現行刑罰

46. 蘇俊雄大法官在釋字第407號解釋的不同意見書中，亦採取類似見解。

管制模式對人民基本權利限制更小的手段，可供選擇，例如適當的分區管制措施或身份驗證義務，便是常用的管制手段，現行刑法第二三五條和兒少條例第二十九條的內容及其一網打盡的執行方式，在手段選擇的檢視上，似乎也不應該通過比例原則的檢驗。大法官在釋字第六一七號和釋字第六二三號這兩號解釋中，對於這些問題的討論和處理，顯然過於粗糙。

退一步言之，即使釋字第四〇七號的內容仍有適用性，即使大法官在這兩號解釋文中採取的，是比釋字第四〇七號更為進步的立場，但是，從理論上來看，除了極端例外的情況外，理論上很難想像有任何圖書和資訊，會無法找出釋字第四〇七號中所列舉的社會價值。因此，除了比例原則的審查之外，大法官至少應該考慮援用「轉換舉證責任」這種在法學上幾乎是屬於「常識」的處理技巧，要求執法者必須證明系爭言論不具有任何價值可言，避免發表性言論者必須就其言論的社會價值，負擔過份沈重的舉證責任，不利人民發表言論。然而，當我們看到釋字第六一七號解釋不選擇以明確的方式去處理此一問題，同時，釋字第六二三號解釋的內容，甚至招來違反「無罪推定原則」之譏時，便實在不得不令人搖頭嘆息。

釋字第六一七號和釋字第六二三號解釋的聲請者，或許的確有「主流性慾」和「邊緣性慾」之差異，但是，這一類的聲請者，未來在釋字第六一七號和釋字第六二三號的架構下，其命運和境遇，在既有的法律執行現狀下，似乎也不會有太多的不同，或者是有太大的改善。究其實際，大法官們在釋字第六一七號和釋字第六二三號這兩號解釋裡，陷入林子儀大法官所指出的「逕自聲稱保護一種或許並不存在的性道德」這種「自我掩飾」當中——將立法者透過立法手段強加在少數身上的「社會共通價值」，當做掩飾自己本身所持之價值立場的障眼法——換句話說，在這種「自我掩飾」下，大法官們的真實心念所在，或許不是要尊重代

表多數的立法者所選擇的「社會共通價值」，而是大法官們自己主觀認定的價值信念，而且，大法官們是以「社會共通價值」當做包裝手法，無比方便地偷渡了自己恐怕自始即已認定的主觀價值信念，如此一來，所謂對「少數性文化族群」的保障，當然只有在合乎「維護社會共通價值」此一條件下，才能受到承認，而在這種「規範結合現實」的解釋取向下，大法官自然會認定「侵害社會共同秩序的行為」等同於「違反憲法上所保障的社會秩序」，根本忘卻了憲法賦予掌握違憲審查權的司法者最重要的任務，便是保護少數的權利⁴⁷此一法學上的共識，不願意用心去處理「多數與少數兩者間的權利衝突」這個憲法上的基本問題，導致釋字第六一七號和釋字第六二三號兩者內容焦點錯置此一荒謬後果出現。

Judith Baer在*Our Lives Before the Law: Constructing a Feminist Jurisprudence*⁴⁸這本書序言中便開宗明義地自陳該書的寫作緣由「一則是出於憤怒，其次則是出於希望」，作者的「憤怒是來自於對女性日常生活所做的觀察，也出自於對女性主義論述無力處理女性當今處境的失望」，而其之所以懷抱希望，則是因為「相信理論可以解釋處境，實踐可以改善處境」⁴⁹。就女性主義對於情色言論規範所採取的態度來說，無論是極力贊成禁絕情色言論者，或者反對過度管制的立場，這樣的自我剖析，或許也有類似而可資援用之處。但是，在釋字第六一七號和釋字第六二三號出現之後，我們其實不難發現，和Judith Baer的反省類似的思考脈絡，似乎並未真正在我們大法官的腦海中浮現，而這裡所謂的「相信理論可以解釋處境，實踐可以改善處境」，或者歐洲人權法院

47. RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 15-31 (1996).

48. 《法律之前的女性：建構女性主義法理學》，商周出版，2000年

49. JUDITH A. BAER, OUR LIVES BEFORE THE LAW: CONSTRUCTING A FEMINIST JURISPRUDENCE (1999).

過去多年來在發展「判斷餘地」原則時所強調的「言論自由是民主社會的重要基礎，本於此一基礎，政治代議士和人民之間才能夠透過開放的雙向溝通模式，互相傳遞觀點、意見、與事實。其次，自由表達和溝通個人的感受、想法和意見，才能真正發揮個人潛能，實現自我」論調衍生出來的對性自主權的尊重和保護，似乎也成了釋字第六一七號和釋字第六二三號的最佳具體嘲弄對象。或許，司法權應該自問的是，在今天的台灣，我們真正面對的是何等面貌的情色言論規範框架？司法權到底願不願意去面對這樣的框架？台灣社會過去幾十年來從威權走向民主，從閉鎖走向開放的過程，是否也該促成情色言論規範框架的徹底改變？倘若答案是否定的，就像釋字第六一七號和釋字第六二三號一般地繼續給人民否定的答案，那麼，釋憲機關的責任，真的只是毫不反省地附和理性基礎薄弱至極的性恐慌和性道德立法嗎？