

Pornography, Prostitution, and Liberalism

Ser-min Shei

Department of Philosophy

National Chung Cheng University

# 猥褻言論、從娼賣淫與自由主義\*

謝世民

國立中正大學哲學系

## 前言

就政治道德的層面而言，個人是否應該受到憲法保障、不受法律限制，有權出版猥褻言論或從娼賣淫？這個問題涉及個人在什麼範圍內、在多大程度上可以依照自己的價值觀而行動和生活，而這也就是一般所謂的個人自由(personal liberties)的合理範限問題。<sup>1</sup>個人自由的範限，雖然非關政治平等，無涉民主的鞏固與深化，也不影響權力分立、正當程序、或分配正義之落實，但對個人會訂定什麼樣的人生計畫，影響甚鉅，因此一直受到政治哲學家的關注。個人自由有別於政治自由，兩者的基礎（或重要性的來源）並不相同：一般而言，政治自由與政治過程的公平性有關，而個人自由對人格和價值觀的自主發展有關。就政治過程（政治權力的競逐程序、影響政治權力之行使的因素）的公平性而言，政治言論自由、集會結社自由之保障至為重要，但猥褻言論或從娼賣淫之自由是否受到保障，對政治過程是否公平似乎並沒有直接關係。<sup>2</sup>政治自由是否得到適當的保障，我們

---

\* 本文的初稿曾在紀念殷海光先生學術基金會所主辦的【自由主義與新世紀台灣】學術研討會（2004/9/16-17）上宣讀，作者非常謝謝中央大學哲學所甯應斌教授的評論。本文也曾在台灣哲學會的年度學術研討會（2004/11/27）上宣讀，作者要謝謝台灣大學哲學系苑舉正教授和東吳大學哲學系陳瑞麟教授當時的指教。清華大學哲學所吳瑞媛教授對本文的最後版本提出了詳細的評論和建議，作者受益匪淺，也感激不盡。當然，如果本文還有錯誤，他們都與這些錯誤無關。

<sup>1</sup> 本文所謂的「猥褻言論」，泛指我國刑法第二百三十五條中的「猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品」。有時候為了行文方便，本文也使用「猥褻出版品」一詞替代「猥褻言論」。「從娼賣淫」指性交易，而非只是「廣泛而言」或「某個意思上」涉及性的工作，如擔任檳榔西施、從事鋼管秀。

<sup>2</sup> 然而，也許有人會認為猥褻言論並非完全與政治無關。有些人散播猥褻言論，也許是有政治動機的（例如，最近奧地利藝術家將英國、美國、法國元首猥褻化的交媾圖片公開展示，以抗議全球化的不義），而如果確實有，那麼這樣的動機會使得猥褻言論成為政治言論。若然，那麼禁止猥褻言論之散播便有限制政治自由之嫌。相反地，我們也注意到，有些女性主義者，例如，MacKinnon (1993)，認為猥褻言論與從娼賣淫，妨害女性的言論自由，有損兩性的政治平等，不

大致上透過檢視國家的立法就可以判定，但除了法律之外，個人自由的範限還受到其它因素之限制，其中最重要的有兩種：社會輿論和道德。第一，很明顯地，除了法律之外，社會輿論也限制個人自由：如果一個人做某件事（或不做某件事）會受到社會輿論的制裁，那麼這個人就不算有自由去做這件事（或不去做這件事）。再者，除了法律和輿論之外，道德義務，在某個意義上，也限制了個人自由：如果一個人有道義義務去做某件事，那麼這個人便沒有自由不去這件事。對某些事情而言，例如，肉食，即使國家沒有以法律制裁來限制個人做這些事情的自由、社會也沒有透過輿論去限制這些自由，但這不見得就等於說，個人在道德上有自由去做這些事情，至少對動物權的信仰者而言，我們並沒有這樣的自由。換言之，我們在道德上是否有食肉的自由，有待論證，並非法律和社會輿論就可以完全決定。

雖然道德、社會輿論與法律制裁對個人自由限制的程度，孰重孰輕，見仁見智，但是法律制裁的嚴厲性，無庸置疑。因此，個人是否應該不受法律制裁（不論是否應該受到輿論批評或是否有違道德），享有猥褻言論和從娼賣淫之自由，一直是政治哲學中（相對於社會哲學和道德哲學而言）一項有爭議的問題，而不同的憲政民主社會也在這樣的爭議中各自解釋本國的憲法，採行相應的、鬆緊不同的管制方案。

依個人的觀察，經過思想界前輩們的努力，作為政治哲學的自由主義所堅持的價值已逐漸被台灣社會所接受，而成為許多人討論公共事務時自然會去援引、作為根據的一項理論資源了。<sup>3</sup>為了確認自由主義是否真的值得我們接受，我們

---

利民主的深化。這些論點將會在後面有進一步的討論。

<sup>3</sup>不過，我的意思不是說台灣社會已經是一個自由主義式的社會了。就自由主義的標準而言，我和許多人一樣，也認為台灣社會在很多方面還有進步的空間，有待我們去反省和批判，例如，許多論者指出，自由主義所堅持的政治價值必須依賴一個成熟的公民社會才能得到真正的落實鞏固，但不認為台灣社會已經是一個成熟的公民社會了。

必須時時從批判的角度來考察自由主義，剖析自由主義針對特定的議題、在最佳的詮釋下所持的立場是否合理。基於這樣的前提，本文的目的在闡明、辯護自由主義對上述的問題可以採取的、值得我們接受一種立場。這種立場介於完全否認個人享有猥褻言論和從娼賣淫的自由與完全肯定之間，異於一般人對自由主義的印象，以為自由主義會主張政府不應該限制個人在這兩方面的自由，因此有申論的必要。

本文認為，就憲政民主社會而言（包括我國在內），猥褻言論與從娼賣淫是否應該受到保障，涉及兩個層面：第一，在憲法層面上，如果國家立法禁止，這樣的禁止是否違憲？以我國的具體情況來說，我們的憲法是否保障猥褻言論以及從娼賣淫的自由？第二，獨立於憲法層面的考慮，在政治道德的層面上，這樣的禁止，即使是透過民主程序的決定，是否違反了自由主義的基本原則（例如，中立性原則）？就我國而言，如果我們採取自由主義的立場來詮釋憲法所保障的個人基本自由，那麼這兩個問題其實密不可分：我國憲法到底保障哪些個人自由（是否包括猥褻言論以及從娼賣淫的自由），取決於我們對憲法的最佳詮釋，而最佳詮釋必須奠基在一套合理的政治道德觀之上。<sup>4</sup>本文認為，就憲政民主國家而言，最合理的政治道德觀必須至少包含自由主義的基本原則。<sup>5</sup>本文不準備針對最後這項觀點進行辯護，而是要以這項觀點為前提，考察自由主義對猥褻言論和從娼賣淫的立場。一般論者也許會認為答案非常明顯：自由主義的基本原則不僅要求國家應該保障個人猥褻言論的自由，而且也要求國家不可以禁止個人從娼賣淫。然而，針對這種看法，本文只能同意前面一半：自由主義主張國家不可以完全禁止猥褻言論，但在目前的階段可以禁止個人從娼賣淫。本文的主要目的在於說明、辯護這個中間立場。一般論者認為，由於性自由是一種重要的個人自由，因此，自由主義會要求國家充分尊重個人的性自由，而為了要尊重個人的性自由，

---

<sup>4</sup> 這個觀點的說明辯護，請見Dworkin（1986）以及Dworkin（1996）。

<sup>5</sup> 這個論點的說明與辯護，請見Rawls（1996）。

國家就必須合法化或除罪化從娼賣淫、允許個人從娼賣淫。不過，以下本文將指出，為了平等地保障每個人的性自主（避免讓個人非自願地失去性自由），國家其實有堅強的理由禁止個人從娼賣淫。本文試圖論證，正因為性自由對個人非常重要，性自主的平等保障是政治正當性的條件，因此，自由主義者對於國家是否可以限制個人從娼賣淫的自由，有很強的理由去採取一個有別於放任主義（libertarianism）的立場。

本文的第一節首先說明自由主義的基本原則，第二節對論證策略稍做釐清，第三節針對我國憲法第二十三條，提出一種自由主義式的理解，以自由主義的基本原則來詮釋這項限制個人自由的條款，第四節論證猥褻言論自由的確受到我國憲法（在自由主義的詮釋下）的保障，第五節說明性自主之保障與從娼賣淫之複雜關係，並為本文的主要論點進行辯護。

## 一、自由主義的基本原則

對於個人免於法律制裁之自由的合理範圍問題，在政治的光譜上，主張個人自由的範圍應該越廣越好者，我們稱之為「開明派」或「自由派」。對自由派而言，國家可以限制個人自由，僅當受限的行為，如果沒有受到限制，會對他人的福祉產生負面的影響。也就是說，如果一項行為對他人的福祉不會產生負面的影響，那麼國家就不可以加以限制。<sup>6</sup>或更嚴格地說，個人自由的界線，對自由派而言，在於不得侵犯他人的正當利益，如此而已。訴諸這項因素之外的其它考慮去限制個人自由的政策，自由派一概反對。他們特別反對政府以「違背社會善良風俗」、「不道德」作為限制任何一項個人自由的理由，除非政府能同時提出堅實的證據，說明他人的正當利益在多大程度上會受到這項個人自由的侵犯和損害。舉證

---

<sup>6</sup> 持這種立場者，一般稱之為彌爾式的自由派（Millian liberals）。See John Stuart Mill, *On Liberty*.

責任，自由派認為，落在想要限制個人自由者身上。這個自由派的立場，對許多人而言，具有一定的說服力。例如，除非在非常特定的條件下，抽煙、喝酒的行為本身，也許對行為者有害，但對他人的福祉並沒有負面的影響，因此目前已經很少人會認為政府可以禁煙、禁酒（政府禁止公共場所吸煙、酒醉駕車，並非等於禁煙、禁酒）。當然，這種立場並沒有蘊含說，對他人的福祉會產生負面影響的行為，國家就一定要加以限制。是否有必要加以限制，有許多因素要考慮，例如，這些行為，如果被允許，是否也有正面的效益、對行為者有多重要、對他人的負面影響程度有多大、這些負面影響在什麼程度上是他人可以透過選擇避開的、限制的成本有多高、是否有限制之外的替代方案、是否有效等等。對自由派而言，比較重要的問題是，他們必須對所謂的「正當利益」提出一套界定，否則他們的主張便不夠明確，無助於他們對於個人自由的辯護，而自由派進一步去說明「正當利益」、證成其主張時，所依賴的一套政治哲學，正是自由主義。

作為一套政治哲學，自由主義關切政治正當性問題（the question of political legitimacy）：自由主義關切政治權力（political powers）之分配與政治權力之行使應該滿足什麼條件才具有正當性。政治權力是一種二階權利（second-order rights），是一種賦予權利、課與義務而且得以強制他人接受之權利。<sup>7</sup>對自由主義者而言，國家以法律制裁限制個人自由是政治權力的典型行使。作為一種政治哲學，自由主義的特色不僅在於強調國家應該尊重個人自由、應該把個人的基本自由之平等保障作為最優先的考慮，更在於要求國家不得訴諸某些理由作為行使政治權力（政治決定）之根據。自由主義假設說，公民不僅有能力依照自己的理性或對理由的判斷去形成、修正和追求一套終極價值觀（a conception of the good），而且還非常重視這項能力的施展。這項能力，羅爾斯稱之為「價值觀能力」（the capacity for a conception of the good）。雖然自由主義強調理性對施展價

---

<sup>7</sup> 關於權力之分析Hart（1961）；關於強制與政治之關連，參見Larmore（1996）。

值觀能力的重要性，但自由主義不認為理性的自由使用會使公民趨於接受相同或彼此相容的終極價值觀。在這樣的前提下，自由主義主張：政治決定（即政治權力之行使），若要對每個受約束的公民而言都具有正當性，除了應該有利於（或至少沒有不利於）他們去施展這項能力之外，政治權力的行使者還必須在不同終極價值觀之間保持中立，不得訴諸任何會引起合理爭議的終極價值觀作為理由或根據。換言之，自由主義，作為一種政治正當性的學說，旨在說明現代國家的公民應該如何行使政治權力（對受其約束者而言）在道德上才對、才是正當的。因此，自由主義式的正當性原則具有兩部分：（1）政治決定或政治權力的行使，就後果而言，必須有利於（或至少沒有不利於）公民去施展他們的價值觀能力；（2）政治決定或政治權力的行使，就理由或根據而言，必須充分，但不得訴諸任何會引起合理爭議的終極價值觀（中立性原則）。<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup>為什麼政治權力的正當性必須以中立性為條件，Larmore（1996）有詳盡的論述。Larmore指出，自由主義的道德基礎來自一項康德式的前提：人由於具有價值觀能力而具有相同的道德地位與價值，必須受到同等尊重。同樣的看法，請見Dworkin（1985: 182）以及Nussbaum（1999: 5, 57）。又，由於本文的目的並不在於論證自由主義的合理性，因此不準備深入分析自由主義所面臨各種批判及回應，而只想提出幾項釐清性的說明以避免一些可能的誤解。有些論者會質疑，人有許多能力，如語言的能力、生殖的能力、感覺快樂痛苦的能力等等，但出於什麼考慮，自由主義者要特別強調人有能力依照自己的理性去形成、修正和追求一套終極價值觀？對此，一項我認為還算具有說服力的理由是說，因為這項能力使人具有（較高）道德地位之故。羅爾斯也將這項能力稱之為一項道德能力（moral power）。除此之外，羅爾斯還強調另一項使人享有（較高）道德地位的能力，他稱之為‘the capacity for a sense of justice’（「正義感能力」）。對這兩項道德能力的詳細說明，請見Rawls（1996）。對羅爾斯而言，一個人的終極價值觀通常奠基於一套全面性的哲學、宗教或世俗的道德學說上。自由運用理性的公民趨於接受不同但合理的價值觀，這件事被羅爾斯稱之為「合理多元主義的事實」。羅爾斯強調，自由主義者認真嚴肅地對待合理多元的事實，希望能將社會的統合與穩定性，建立在不訴諸會引起合理爭議的價值觀之正義觀上。如果我們不用羅爾斯的術語來說明中立性原則，那麼我們可以簡單說：為了尊重人因有理性能力而具有的較高的道德地位，自由主義強調個體化的正當性，堅持政治權力的行使對每個公民而言都必須具有正當性，而且在這樣的基礎上，自由主義者主張，政治權力的行使必須滿足中立性原則。本文將自由主義定位在它對於政治中立性的強調上，用意不是要把中立性等同於自由主義的全部。對許多論者而言，公民在政治上的平等參與（政治自由、民主）應該也是自由主義的另一項重點。例如，根據羅爾斯，公民具備正義感能力，而且也看重這項能力之發展；對羅爾斯而言，平等的政治自由對於公民這項能力之發展與施展具有必要性。另外，我們也必須注意，機會平等、分配正義以及程序正義之哲學基礎為何，自由主義的中立性原則本身也只能提供一部份而非完整的說明。Sher（1997）對中立性原則有嚴厲的批評，值得自由主義者的注意和回應，但不是本文的重點。

作為一套政治正當性的學說，自由主義對政治權力之行使所立下定限是不可忽視的。明顯地，為了要有利於公民施展他們的價值觀能力，國家必須適當地保障個人形成、修正和追求自己的價值觀之自由，任何限制個人自由的政治決定必須有充分理由，而且不得訴諸會引起合理爭議的價值觀，更不得因為某些人的終極價值觀並未得到社會其他成員的認同、甚至在道德上被他們所否定或鄙視，而禁止這些人去鼓吹或追求這個價值觀。更明確地說，自由主義的中立性原則要求國家謹守這樣的誡命：它必須有充分的理由才能限制或禁止某一類行為或生活方式，但不得是因為行為者所根據的或追求的終極價值觀被社會其他成員所排斥、輕視、鄙夷或唾棄，或這類行為或生活方式冒犯了社會其他成員的終極價值觀。<sup>9</sup>質言之，中立性原則是限制性的，它要求說，即使某些人的價值觀受到多數人的否定、鄙視（因此根據這種價值觀而行動或生活這回事本身就冒犯了多數人），這件事本身不能成為國家以政治權力限制個人自由的理由：國家必須在其它基礎上有充分理由才能限制或禁止這類行為和生活方式，否則，國家在公民所信仰的不同終極價值觀之間便有失中立。<sup>10</sup>

有些論者指出，如果自由主義的正當性原則是要限制政治決定（政治權力之行使），那麼它所限制的對象應該是任何層次的政治決定，不僅涵蓋制憲、修憲、釋憲、立法院的一般立法、一般法院的判決，也包含低階公務員的行政措施，然而，如此廣泛範圍，會產生一個問題：正當性原則的限制會過強，而會時時受到

---

<sup>9</sup> 這項誡命所相應的個人權利，鐸肯稱之為‘the right to moral independence’（「道德獨立權」）。參見Dworkin（1985）。許多政治權力的行使是透過法律授權而為的（法律本身就是政治權力行使的結果），但法律授權並不一定構成特定政治決定（例如禁娼或時速限制）的充分理由。特定政治決定的必要性往往有待法律授權之外的理由加以說明。自由主義的誡命是說：國家不得訴諸會引起合理爭議的價值觀來正當化它的政治決定。

<sup>10</sup> 這種自由主義，我們可以稱之為最小的自由主義。又，個人發展和行使價值觀能力之自由，對自由主義者而言，是相當重要的一項價值。富裕作為目標，具有正當性。但是我們應當重視生態環保人士的終極價值觀：當一個社會的富裕程度到達一定指標時，訴諸富裕作為國家目標則可能預設了會引起合理爭議的價值觀。



逾越，而使得去要求每項政治決定都謹守正當性原則變得不切實際。<sup>11</sup>面對這樣的質疑，我們也許可以退一步說：就憲政民主社會而論，憲法可以說就是公民（作為一個集體）最基本的政治決定，因此，我們也許應該對自由主義的核心主張稍加修正，考慮以憲法為正當性原則首要的適用對象，並且假定說，當憲法滿足正當性原則時，如果一項政治決定是以合憲的法律授權為充分基礎，那麼延伸而言，這項政治決定對每個受到約束的公民而言就具有正當性。<sup>12</sup>

在這樣的瞭解下，以正當性原則為核心的自由主義者通常擁護憲政民主的政治體制，要求國家將個人（為了發展和行使終極價值觀的能力以及依照自己的終極價值觀而生活之自由）所需要的條件，定位為基本自由和權利（思想、言論、人身安全、集會結社、秘密通訊、置產、工作…等自由），由憲法保障，不得列入政治議程。<sup>13</sup>這樣的自由主義將是本文據以討論猥褻言論和從娼賣淫的立場。<sup>14</sup>不過，自由主義者通常不會停留在憲法層次，他們除了要求政治權力之行使不得侵犯這些基本自由和權利之外，通常也鼓吹容忍的社會道德，以確保少數免於受到多數的壓迫，而失去影響多數、改變多數的機會。有些自由主義者甚至還主張，國家也應該確保個人享有公平的機會以及合理額度的資源去行使這些基本自

---

<sup>11</sup> Sher (1997)的第二章就曾提出這樣的質疑。

<sup>12</sup> 這裡我們也許應該加上一項但書：修憲的政治決定，如果合憲，必須不得使得修憲後的憲法失去正當性，否則修憲的政治決定，雖然合憲，但並不具正當性。本文對正當性的分析，在很大程度上符合一般人對於合法性與正當性的區別（合法性不等於正當性），但也能夠說明在許多時候我們認為具合法性的政治決定就具有正當性。

<sup>13</sup> 例如，Larmore (1996)指出，民主的政治程序（政治自由的平等分配），對自由主義者而言，是保障個人基本自由和權利最有效的手段。

<sup>14</sup> 這樣的自由主義非常接近晚期羅爾斯的政治自由主義。不同之處在於：羅爾斯的政治自由主義主張，除了憲法的核心要素之外，公共理性原則也是公共理性原則適用的對象。羅爾斯所謂的「公共理性原則」要求，當公民以政治權力（如投票）去制訂憲法的核心要素與落實基本正義時，他們只能訴諸政治價值或對終極價值觀保持中立的政治正義觀作為根據。請見Rawls (1996: 214-215); Rawls (1999: 136-137)。羅爾斯為什麼只以憲法的核心要素與基本正義之問題（而非任何層次的政治決定）作為公共理性原則的適用對象，請參見Scanlon (2003: 162-163)的說明。由於適用對象之不同，本文的正當性原則並不完全等同於羅爾斯的公共理性原則。另外，許多熟悉羅爾斯的讀者應該注意到，嚴格而言，羅爾斯並沒有使用「公共理性原則」（“the principle of public reason”）一詞而只使用“public reason”與“the idea of public reason”，這裡我純粹為了行文方便而加上「原則」二字。

由和權利。<sup>15</sup>由於這些額外的主張是否也是以正當性原則為核心的自由主義者有充分理由接受的，並不是本文所要關注的，也不會影響本文的主要論點，將在此略過不論。

## 二、論證策略上的幾點考慮和釐清

自由主義的原則是抽象的。當我們訴諸自由主義來檢視一個社會的法律秩序時，我們必須判斷它是否有利於個人施展價值觀能力，以及判斷它是否對某些價值觀有偏見，而要判斷一個社會的法律秩序是否對某些價值觀有偏見，我們不能僅僅觀察什麼樣的價值觀在這個社會流行、被接受的程度，而是追究這個社會是否出於偏見而建立它的法律秩序。我們不僅要看結果，更要看理由，而理由是否帶著偏見，並不是自明的，而是有待論證的。論證不可避免地必須訴諸各造都不懷疑的前提，也就是所謂的共識，而共識一定具有社會相對性以及時代性（歷史性），因此當我們去剖析自由主義對某項社會爭議的立場時，這樣的剖析通常也就會訴諸一些社會共識作為論證的前提，這些社會共識雖然有利於我們去論證某個立場，但也可能是這個立場的限制（受限於特定歷史階段、特定社會）。當我們在論證自由主義對於猥褻言論和從娼賣淫的立場時，我們必須承認我們的論證也有這樣的兩面性。

在台灣，關於性的議題（例如，性高潮的可欲性、性與愛的可分離性），我們的看法相當多元分歧，甚至已經到了不是以線性的光譜就能夠窮盡的地步，也許多維空間座標才能將我們之間分歧的看法準確定位。這是任何憲政民主社會必然會有的現象，而自由主義正是為了回應多元分歧而生的政治哲學。同樣值得注意的是，憲政民主社會雖然充斥著各種互不相容的價值觀，但是也並非全無共

---

<sup>15</sup> 確保個人享有合理額度的資源，是Rawls（1999）認為自由主義式的正義觀所必須滿足的條件之一。關於自由主義在政治體制、社會經濟制度的主張，請參考江宜樺（2001）。

識，例如，我們雖然對性有許多分歧的看法，但是，關於性道德，基本共識還是存在的：一般人會同意，任何人都不應該性騷擾他人，更不應該妨害他人的性自主。雖然有人可能不接受這項原則，或在行為上實際違反了這項原則，但這項共識應該不是偏見，而是我們經過反思之後，沒有好理由拒絕的一項行為原則、一項我們應該據以評斷行為在道德上對錯的標準。我們有理由相信，那些認為自己沒有理由接受這項原則者，在思想上犯了錯誤，而那些實際違反這項原則者，則在行為犯了錯誤，兩者都令人遺憾，應該受到糾正。當然，要讓有疑者確信以上的論點無誤，我們還需要更多的論證去剖析、回應他們可能提出的各種疑點。不過，這應該不是非常急迫的事，因為願意挺身公開辯護性騷擾、為妨害他人性自主提供理據者，在目前畢竟罕見。比較值得注意的是，雖然社會上的多數人對於性道德有上述的共識，但這並不表示，大家對於彼此有共識的原則在具體脈絡中的正確適用，都沒有爭議。共識存在的條件，在於我們對於這些原則的適用典範有一致的看法，而非在於我們對每個具體脈絡的適用都有一致的看法。我們對於性騷擾和妨害性自主的社會共識，亦是如此。例如，男性上司拍女性下屬的臀部，或暗示下屬要和他發生性關係才能獲得晉升，是典型的性騷擾，但是，同事在辦公室裡講黃色笑話，若是偶一為之，對其它同事是否構成性騷擾，大家的看法則未必一致；同理，強姦是妨害他人性自主的典範事例，但是社會多數人立法禁止從娼賣淫，是否也算妨害了他人的性自主，對某些人而言，並非沒有可爭議的空間。一定要說那些認為禁娼罰嫖妨害性自主者犯了思想上的錯誤，或者剛好相反，恐怕都需要許多論證才能使人確信。當然，也有些論者認為這種爭議沒有正解，只是見仁見智的問題。不過，要證明這種爭議沒有正解，並不容易，我們不僅必須證明爭議雙方所提出的理據都不充分，我們還要說明任何一方都不可能有充分的理據才行。由於要證明這種爭議沒有正解相當困難，因此，當我們認為雙方都缺乏充分的理據時，明智的態度也許是採取不確定、各有保留的立場，而不是採取沒有正解的立場。

當然，以上這些方法論上的觀察，並沒有解消我們的共識，也沒有解消我們之間的道德和政治爭議：如果我們應該尊重他人的性自主，我們是否就不應該禁止他人從娼賣淫？個人是否享有製造、持有、散播、販賣、消費猥褻言論（出版品）的自由？這兩項自由是否都應該受到國家的尊重，不被禁止？如果不是，理由何在？根據一般的觀察，台灣目前沒有人認為政府可以禁煙、禁酒，但是多數人仍然認為，政府可以禁止賭博、吸毒，而對於政府是否可以禁止猥褻言論與從娼賣淫，則有一些爭議，類似於大家對於政府是否可以禁止代理孕母、安樂死的反應，差別只是爭議的程度而已：相較於代理孕母和安樂死而言，認為我們有好理由允許猥褻言論和從娼賣淫的人數似乎較少。對許多人而言，一方面，猥褻出版品有違善良風俗，有害閱聽人的身心健康、加深一般人對女性的刻板印象，從娼賣淫更是是低賤的行為、道德墮落的表現，不僅褻瀆性的神聖性，也會傳播疾病。另一方面，對這些人而言，這兩項個人自由，對於其它重要價值（例如政治自由、機會平等、分配正義）之保障與實現，並無必要性，因此在他們看來，散播、販賣猥褻出版品與從娼賣淫的自由，毫無疑問地，應該受到國家的限制，而且為了達到有效管制的目的，他們認為國家應該以刑罰禁止這兩種行為。在這樣的民意基礎上，我國《刑法》第二百三十五條禁止猥褻言論之散播，《社會秩序維護法》第八十條禁止從娼賣淫。<sup>16</sup>然而，對這兩項自由具有高度興趣的少數人並非完全保持沈默：引爆辯論的導火線，遠一點的有台北市廢公娼事件，近一點的是人獸交圖片超連結事件，更近的則是新聞局的《出版品及錄影節目帶分級辦法》，而他們對主流觀點的批判也都曾引起社會輿論的一陣注意。<sup>17</sup>這些反對者通常認為，為了尊重個人的表意自由、形塑社會的性道德之自由，政府不應該禁止個人散播猥褻言論，為了尊重個人的性自主和工作自由，政府也不應該禁止個

---

<sup>16</sup> 除了猥褻言論和從娼賣淫之外，許多論者注意到，其它種類的色情行業（例如酒廊的陪酒服務、理容店和三溫暖的按摩服務等等）並沒有受到嚴格的管制。黃淑玲（2001?）認為，政府對於這類色情行業的縱容，更應該受到批判。

<sup>17</sup> 這些事件的來龍去脈之報導以及批評性的文字，有興趣的讀者可以去瀏覽國際邊緣中的相關網站：<http://www.intermargins.net/>。

人選擇從娼賣淫。<sup>18</sup>由於個人免於受法律制裁之自由一般都明訂於憲法，因此在憲法的層次上，這些人也通常會認為，猥褻言論和從娼賣淫分別受到我國憲法第十一條（言論自由權）以及第十五條（工作權）的保障，並且認為我國目前禁止散播猥褻言論和從娼賣淫的法律通不過憲法第二十三條所明訂的門檻：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者，不得以法律限制之。」

對許多人而言，以上這兩種立場似乎窮盡了我們可能的選擇，而有些人也許還相信，我們不僅必須在這兩種立場之間做取捨，而且也認為如果我們接受自由主義，那麼我們在原則上就必須反對國家對猥褻言論的自由以及從娼賣淫的自由所設下的限制。本文認為，從自由主義的觀點去分析我國憲法對於個人自由的保障，政府最多只能限制但不應該完全禁止猥褻言論之散播。我國憲法第二十三條，在自由主義式的解釋下，可以說明為什麼國家對猥褻言論的散播必須採取允許性的立場。但為了對個人的性自主提供平等的保障，本文認為，自由主義者有理由主張，政府在配套措施存在的情況下可以禁止個人從娼賣淫。就這個中間立場而言，刑法第二百三十五條明顯值得商榷，但社會秩序維護法第八十條並非完全沒有正當理據。<sup>19</sup>以下本文先從自由主義的立場來檢視我國的憲法，之後將審視自由主義最近所遭受的一些批判，特別是來自激進女性主義者的批評，分析這些批判的妥當性以及自由主義的可能回應，並且在這個基礎上，說明和辯護本文對於猥褻言論和從娼賣淫所採取的中間立場。

### 三、自由主義的憲法與猥褻言論自由

---

<sup>18</sup> 為這種開放立場辯護最力、也最具有說服力者，在台灣首推何春蕤（）與甯應斌（）。

<sup>19</sup> 如上所述，本文並沒有企圖在此為自由主義提供系統性的辯護。在面對社會爭議時，本文雖然把自由主義視為理所當然的論證前提，但這並不代表說，自由主義是我們一定不能放棄的哲學立場。以自由主義的立場來面對這些爭議，其實也等於把這些爭議當成反省、檢視自由主義是否值得我們接受的一次試煉，而猥褻言論與從娼賣淫之自由是否應該受到國家的限制，正是這樣的爭議。

自由主義者認為，政治決定必須尊重個人自由的合理範圍才具有正當性。由於在憲政民主的體制下，憲法對個人自由的保障，等於對政治決定設下了基本的限制，因此，一項政治決定是否具有正當性與它是否具有合憲性有密切關連。若然，那麼在憲政民主國家討論個人自由的合理範圍問題，我們不可避免地必須先就憲法的相關規定進行考察。就我國的憲法而言，最可能與猥褻言論和從娼賣淫有關的條文是第十一條和十五條，分別明訂人民享有言論自由以及工作權；更重要地，我國憲法第二十三條對於個人自由的保障和限制，有原則性的規定：

以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者，不得以法律限制之。

根據一般憲法學者（如吳庚（2003））的看法，憲法第二十三條應該和憲法保障基本權的各項條款（例如這裡的第十一條、第十五條）一起適用。由於憲法一般而言是民主社會中最重要的政治共識，因此本文將不質疑第二十三條的恰當性，而願意假設說：這條規定和憲法其它保障基本權的條款為政治決定設下合理的限制，也為個人自由提供了合理的保障。<sup>20</sup>問題是：在這樣的假設下，國家是否有恰當的理由以法律限制個人散播猥褻言論的自由和從娼賣淫的自由？明顯地，這個問題的答案繫於我們對第二十三條的解釋。本文將為第二十三條提供自由主義式的解釋，並且說明刑法第二百三十五條有違憲的嫌疑。如上節所說，本文希望能夠澄清一項誤解。許多人認為，如果自由主義者對猥褻言論採取允許性的立場，那麼自由主義者對從娼賣淫應該也會採取允許性的立場，然而本文將提出論證說明，自由主義者不一定非如此不可。本文認為，從自由主義的基本原則出發，我們應該可以同意：

---

<sup>20</sup> 如果憲法第二十三條對個人自由所提供的保障並非合理，那麼修憲便是必要的手段。

---

為了說明這項論點，本文首先說明保守派的錯誤；接著我們考察某些基進女性主義者對於猥褻言論與性交易的批判，並且說明自由主義者應該如何回應女性主義者的這些批判，為猥褻言論自由辯護。

針對猥褻言論和從娼賣淫，最保守的立場主張說：

(1)

我國《刑法》第二百三十五條，以及《社會秩序維護法》第八十條正反映了這種最保守的立場。<sup>21</sup>持這種立場者，依他們對於猥褻言論的認定標準，在適用《刑法》第二百三十五條上，會採取不同的立場：有人採較寬鬆的標準（不考慮言論出現的整體脈絡），把《查泰萊夫人的情人》、《金瓶梅》、人獸交圖片劃入為猥褻言論，而採較狹窄的標準者（考慮言論出現的整體脈絡）則可能將這兩本情色文學作品排除在猥褻言論之外。為了避免刑法第二百三十五條成為藝術創造與學術研究的障礙，大法官會議釋字第四〇七號釋憲文採取較狹窄的標準。

然而，不論採取了何種認定標準，這種立場一向受到許多崇尚個人自由的論者之質疑，被批評是侵犯了個人的基本權利。上節提到，就法律的層次而言，這些論者強調，我國憲法保障言論自由（第十一條）和工作權（第十五條），而且

---

<sup>21</sup> 持這種立場者通常還主張，政府也應該禁止「媒合賣淫」、「使人為性交易」（社會秩序維護法第八十、八十一條、兒童及青少年性交易條例第二十九條）。本文為了簡單起見，暫時不去討論這些衍生的立場。

憲法第二十三條也對政府管制言論自由、工作權有所限制：「除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者，不得以法律限制之。」這些論者認為，目前政府以刑法第二百三十五條，以及社會秩序維護法第八十條，分別禁止猥褻言論的散佈、播放和販賣，以及人民從娼賣淫之自由，已經逾越了這些限制，恐有違憲之嫌。就我們所知，大法官會議尚未有機會直接就這項爭議進行釋憲，因此我們並不知道大法官們的觀點是什麼。<sup>22</sup>無論如何，是否違憲，一項關鍵的問題是：刑法第二百三十五條是否違反個人在憲法第十一條中所享有的言論出版自由權？社會秩序維護法第八十是否侵犯了個人在憲法第十五條所享有的工作權？

針對這項問題，持否定立場者主張說，猥褻言論不是言論，從娼賣淫不是工作，因此刑法第二百三十五條並沒有違反憲法第十一條言論出版自由權，社會秩序維護法第八十條也沒有違反憲法第十五條工作權。更有甚者，他們還主張，個人散播猥褻言論之自由或從娼賣淫之自由，並不屬於憲法第二十二條所涵蓋的範圍<sup>23</sup>，因此刑法第二百三十五條以及社會秩序維護法第八十條並不是對憲法第二十二條的自由加以限制，因此也沒有違反憲法第二十三條的問題。

採取保守立場者如果要以這種方式作為辯護策略，那麼他們就有必要去說明為什麼猥褻言論不是言論，從娼賣淫不是工作。然而，如果大家不去過度扭曲中文，這樣的說明應該不成立。因此，比較可行的辯護策略似乎是去承認目前的法律確實是對言論自由和工作權的限制，但否認他們違反了憲法第二十三條的比例

---

<sup>22</sup> 釋字第四〇七號解釋並非直接針對刑法第二百三十五條，而是針對已廢止的《出版法》對第二百三十五條所為的例示性解釋是否違憲進行解釋。不過，有人也許會認為說，釋字第四〇七號解釋文等於肯定了第二百三十五條的合憲性。許多自由派論者呼籲政府修正刑法第二百三十五條以及社會秩序維護法第八十條，但為了某些緣故並沒有直接挑戰他們的合憲性。這也許是因為他們不相信大法官會接受他們的觀念。蘇俊雄大法官針對釋字四〇七號解釋文所提之不同意見書，將自由派的立場作了強而有力的陳述。

<sup>23</sup> 我國憲法第二十二條：「凡人民之其它自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」這是憲法保障個人自由的概括條款。



原則。以下本文所要檢視的就是這樣的辯護策略。我們必須考察：刑法第二百三十五條以及社會秩序維護法第八十條是否真的是「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」的必要手段？是否真的沒有對個人自由限制較小的替代方案（例如，限制個人散播猥褻言論的區域場所、頻道、劃定從娼賣淫的紅燈區等等）？我們應該可以同意，這是任何堅持刑法第二百三十五條以及社會秩序維護法第八十條合憲者至少必須回答的問題。不過，任何人也都相信，刑法第二百三十五條以及社會秩序維護法第八十條的立法意旨並不在於避免緊急危難；因此，這兩條法律，若要合憲，頂多是「防止妨礙他人自由、維持社會秩序或增進公共利益」的必要手段，但是否如此，正是自由派與保守派爭議之所在。

對此爭議，自由主義者會提出二項論點。第一，要決定猥褻言論之散播與從娼賣淫是否是否妨礙他人自由、是否妨害社會秩序和公共利益，我們不得訴諸引發合理爭議的價值觀作為根據；第二，在這樣的限制下，我們還應該考慮他人是否可以透過選擇去避免自己的自由受到妨礙，以及政府是否可以透過其它辦法去維護社會秩序和公共利益：除非選擇或其它辦法的代價過高，政府不得限制這些自由，或者說，代價越低，政府限制這些自由的合理性也就越低。這兩項論點如果值得我們接受，那麼要辯護保守派的立場就不是一件容易的事。保守派可能提出兩種論證來辯護他們的政治立場，但本文認為這兩種論證都缺乏說服力：

- (2) 在目前的社會條件下，猥褻言論以及從娼賣淫，不論是否在特定區所為之，都有害社會的善良風俗。
- (3) 在目前的社會條件下，猥褻言論以及從娼賣淫，不論是否在特定區所為之，都妨害了（包括娼妓在內的）婦女同胞的利益。

針對(2)，自由主義者的典型回應是：社會的性道德秩序是每個社會成員都有權

利去形塑的對象。自由主義者強調，保守派有權利透過言論「污名化」性解放者（和娼妓），形塑社會的性道德秩序，但無權禁止性解放者透過言論「清白化」自己的性偏好和性實踐來形塑社會的性道德秩序；彼此對讓對方所感到的不自在，應該公平地來分配才是，而性解放者願意接受「僅在特定區所散播和販賣猥褻言論以及從娼賣淫」的實踐，以減低對保守派的冒犯和不便，已經是相當合理的讓步了。<sup>24</sup>這些挑戰（2）的論點，本文認為有一定的說服力，不準備在此進一步討論，而想把焦點放在（3）。<sup>25</sup>

如果（3）成立，那麼保守派根據「妨害公共利益」把「猥褻言論的自由與從娼賣淫的自由」排除在憲法第二十二條的範圍之外，不能說毫無根據，畢竟婦女同胞的利益是公共利益相當重要的一部分。然而，我們有什麼理由相信（3）成立呢？事實上，當前國內外許多女性主義者時常以更強的口氣以（4）來代替（3）：

（4） 在目前的社會條件下，猥褻言論以及從娼賣淫，不論是否在特定區所為之，都是在**傷害**（包括娼妓在內的）婦女同胞。<sup>26</sup>

為了讓這項論點可以得到更仔細的檢視，我們也許可以將（4）區分為兩部分：

（5） 在目前的社會條件下，猥褻言論，不論是否在特定區所為之，都是在**傷害**婦女同胞。

---

<sup>24</sup> 性解放者對於各級學校的性教育應該會有相當大的興趣，因為他們認為各級學校的性教育對於社會成員的性態度會有影響，而這會關係到性解放者是否能夠成為社會的多數。

<sup>25</sup> 為了公平起見，人人享有權利去形塑社會的性道德秩序，這已是自由主義者的重要論點。更詳細的說明，請參考Thomas Scanlon（1979）和Ronald Dworkin（1985）。在我國，甯應斌（2000）、何春蕤（2001）也提出所謂的性正義來說明（2）的脆弱性，呼應自由主義者的立場。

<sup>26</sup> 典型的代表是Andrea Dworkin 以及Catharine MacKinnon。

(6) 在目前的社會條件下，從娼賣淫，即使在特定區所為之，一旦制度化或除罪化，將會**傷害**（包括娼妓在內的）婦女同胞。

明顯地，要說服任何人接受（5）和（6），女性主義者（或者想要採取這種論證策略的保守派）必須說明，猥褻言論和制度化的從娼賣淫以**什麼方式**傷害了婦女同胞。

針對（5），有一種傳統的指控是說，猥褻言論導致婦女更可能經歷家暴或被男性強姦；較新的指控是說，猥褻言論貶低女性的人格，而其存在本身就構成一種干擾，使女性的意見、想法、觀點之表達失效或無法受到平等的重視，妨礙了女性的言論自由。<sup>27</sup>針對（6），一種傳統的指控是說，有些婦女因為從娼賣淫的制度化/合法化而在經濟艱難的情況下選擇了從娼賣淫，而使自己的處境變得更差，在從娼賣淫中身心受到凌虐和踐踏；較新的指控是說，從娼賣淫的制度化/合法化鬆動了社會保障婦女同胞性自主的機制，而在目前的社會條件下，性自主是一項婦女同胞極為重視的價值，喪失性自主是一項嚴重的損失。<sup>28</sup>無論新舊，本文以下將說明，保守派與女性主義者為（5）所做辯護，值得商榷，但以性自主為（6）所做的辯護，本文認為值得自由主義者重視，不過自由主義禁娼的論證方式稍微不同：相對於女性主義將性自主之喪失等同於傷害而主張禁娼，自由主義禁娼的基礎是個人性自主的平等保護。

#### 四、 女性主義與猥褻言論自由

我們先從（5）的辯護開始。為了簡化本文的討論，我們不妨接受女性主義者的前提：許多猥褻言論的內容確實貶低了婦女的人格。然而，（5）若要成立，關鍵

---

<sup>27</sup> MacKinnon (1986) 與Michelman (1989)。

<sup>28</sup> 並非所有自稱女性主義者都接受這些說明。

的問題是，猥褻言論是否在因果上使得婦女遭到更多的家暴和強姦？就我所知，由於牽涉的變數太多，目前的經驗科學研究尚未有一致的答案，並沒有明確證據顯示，猥褻言論自由受到較大幅度保障的國家，婦女遭受家暴和強姦的案例較多。<sup>29</sup>不過，在猥褻言論自由受到保障的情況下，自由主義者並不反對說如果特定的猥褻言論確實導致明確的家暴或強姦事件，那麼除了國家的刑法介入、懲罰家暴犯和強姦犯之外，受害人可以對此特定猥褻言論的製造者和傳播者提起民事的訴訟，請求賠償，但這並不等於接受國家可以普遍地禁止猥褻言論。

事實上，由於自由主義強調個人是否可以施展價值觀能力，因此自由主義者承認我們必須關切：猥褻言論之散播或從娼賣淫是否會讓社會陷入一種不利於某些人施展他們的價值觀能力之狀態？如果會，那麼自由主義會同意，這樣的自由並不在憲法保障之列。是否如此，有待經驗證據的檢驗。當然，對持某些價值觀的人而言，猥褻言論之散播或從娼賣淫可能會讓社會陷入一種不利於他們所追求的價值觀，但是，這並不等於不利於他們施展他們的價值觀能力，因為他們仍然享有追求自己的價值觀的自由，他們可以鼓吹自己的價值觀，批判猥褻言論和從娼賣淫，並且他們也享有修正自己的價值觀之自由。自由主義不接受的是，他人以自己的價值觀不容易實現來作為限制猥褻言論和從娼賣淫之根據。

自由主義者承認，言論自由是相當重要的價值，政府不僅本身不應該限制個人的言論自由，而且也應該確保人際之間的互動不得侵犯彼此的言論自由。例如，政府應該禁止他人以擴大機或遊行鼓譟來干擾我的演講，讓我的聽眾無法接收到我所要傳達的觀念或訊息。我們都知道，警察通常將立場衝突的政治示威和遊行加以隔離，這除了確保人身安全之考慮外，要讓個人能夠行使言論自由，也

---

<sup>29</sup> 如果猥褻言論與家暴或強姦的因果關係確實存在，那麼自由主義者會承認這構成一項理由禁止猥褻言論。不過，我們在第一節提到，政府是否因此就應該禁止，並非直接了當的問題。政府還必須考慮其它因素，例如禁止的成本、有效性。

是重要的因素。因此，如果猥褻言論的存在（流通）本身便妨害了婦女同胞的言論自由，那麼政府當然有很強的理由加以禁止。然而，猥褻言論的存在本身妨害了婦女的言論自由嗎？女性主義者MacKinnon認為是。

MacKinnon強調，猥褻言論使婦女的言論受到輕視，難以被男性嚴肅對待，甚至被扭曲誤解（例如，成人影片使許多男人相信，當女人說「不要」的時候，她們的意思往往是「要」）。Rae Langton（1990; 1993）更進一步指出，猥褻言論的存在和流通，就是為婦女搭建了一座舞台：就像當演員發現後台失火時所發出的警告因為舞台的存在失去了它的意義，不被觀眾當真，婦女同胞的言論也因為許多猥褻言論的存在而失去傳達訊息的功能。在這樣的類比基礎上，這些女性主義者斷言，在一個允許猥褻言論（特別是貶低女性人格的出版品）存在的社會，婦女並沒有享有真正的言論自由。這是相當弔詭的結論：散播猥褻言論的自由，如果得到保護，會妨礙他人的言論自由。如果這是對猥褻言論的正確分析，那麼自由主義者訴諸言論自由的重要性，並無法說明猥褻言論自由（相對於婦女的言論自由）的優先性。MacKinnon和Langton的論證策略引發了一些語言哲學家的興趣，紛紛從他們對說話行動（speech act）的瞭解，來檢視這項論證。<sup>30</sup>在此，本文無意進入語言哲學的討論，只想簡單指出，即使猥褻言論確實有MacKinnon和Langton所說的消音效果，<sup>31</sup>對女性的言論自由有負面的影響，這種干擾與「擴大機」、「遊行鼓譟」影響他人言論自由仍有重要的差異，不能混為一談。如果猥褻言論因為內容之故而使得某些其它言論被誤解，不被認真考慮、甚至使得女性因為知道自己的言論會被誤解而不願意去表達，那麼猥褻言論確實產生了令人遺憾的後果，但是並不等於限制或剝奪了女性的言論自由。言論自由要求別人不得干擾自己的表達行為，但並沒有要求別人應該正確瞭解自己表達的內容。我們應

---

<sup>30</sup> Jacobson（1995）、Hornsby（1998）、West（1999）、Green（1998）、McGowan（2003）。

<sup>31</sup> 這只是假設，實際上是否如此，仍有爭議。許多論者指出，八點檔連續劇以及許多商業廣告也許更應該為男性對女性的偏見負責。

該以別的方式來增進他人對自己的瞭解和尊重，而不是以禁止他人的猥褻言論來鞏固自己的發言空間或人格地位。<sup>32</sup>自由主義者認為，出於對個人的尊重，政府應該對各種言論保持中立，保障每個人鼓吹、傳播自己的觀念、思想和偏好的自由，即使某些觀念、偏好的自由盛行會使得其它觀念、偏好失去信仰者，甚至使得這些觀念和偏好的鼓吹者和信仰者受到嘲笑和誤解。然而，基於同樣的理由，秉持自由主義精神的政府是否也應該保障人民從娼賣淫的自由呢？本文不認為如此。要說明為什麼自由主義並不主張政府應該保障個人從娼賣淫之自由，讓我們先分析一下女性主義者對（6）的辯護。

## 五、從娼賣淫與性自主

有些女性主義者認為，如果政府合法化或除罪化從娼賣淫，那麼婦女不僅只是人格和地位會受到扭曲，而且有實質的傷害，因此這些女性主義者不僅否認我國憲法第二十二條涵蓋了從娼賣淫的自由，他們還主張，秉持自由主義精神的政府也不應該立法保障從娼賣淫的自由。這裡關鍵的問題是，合法化或除罪化從娼賣淫會使婦女同胞受到什麼樣的實質傷害？合法化或除罪化從娼賣淫（相對於讓娼妓只能躲在暗處）不是正好可以保護娼妓嗎？一般贊成合法化和除罪化從娼賣淫者認為，女性主義者無法回答這樣的質疑。對他們而言，我們很有理由相信，如果娼妓在受到不當侵犯時可以聲請檢警與司法介入，尋求保護而不受懲罰，那麼這樣的制度對潛在的侵犯者會產生嚇阻作用，進而降低了娼妓的受害機會，換言之，合法化或除罪化從娼賣淫比較能夠保障婦女的福祉。

---

<sup>32</sup> Ronald Dworkin (1996)。根據Dworkin的看法，不僅猥褻言論的傳播，甚至是種族仇視言論的傳播，都應該受到保障。不過他也一再強調，保障言論自由並不等於容忍就業和入學的歧視。對Dworkin而言，就業和入學歧視背離了平等，為自由主義所不允許，但保障猥褻言論和種族仇視言論並沒有背離平等，反而是政治平等的條件，同時也是對每個人型塑自己的道德環境之權利的尊重。Dworkin認為，我們可以透過言論的方式去嘲諷、批評猥褻言論和種族仇視言論（甚至別人的宗教信仰），但是不可以禁止他人去鼓吹、傳播這些言論和信仰。

對此質疑，我們有一種自然而普遍的回應是說：娼妓，不論從娼賣淫是否合法化，在工作的過程中就受到了傷害，因為娼妓通常（由於各種因素）非自願地出賣了自己的身體，等於被迫失去了對性的控制、失去了一般人所享有和看重的性自主。娼妓是否遭到嫖客其它種類的傷害，是另外一回事。當然，許多國內外的娼妓研究指出，性工作者（娼妓）對於性交易所能控制的程度，以及其中複雜、動態的現象，遠遠高於一般人的刻板印象。這些研究對娼妓的工作環境、工作操演的觀察、分析和詮釋，確實深化了我們對於性工作（賣淫）的瞭解。<sup>33</sup>不過，更重要的是，只要有些婦女從娼賣淫的理由不是自願的，她們在工作中自我保護的技巧不論多高，與嫖客的互動不論多例行化，她們無可否認地都失去了（相當程度的）性自主：她們能決定與什麼人性交、在什麼時候性交、以什麼方式性交的自由，相較於一般人而言，受到相當大的限制，至少她們得（而一般人不用）時時刻刻被迫決定是否要接客、決定是否要接受嫖客所要求的性交方式等等。<sup>34</sup>

對女性主義者而言，國家應該禁止從娼賣淫，因為從娼賣淫的合法化等於國家不去保護某些人（特別是婦女）的性自主、默許他們在困難的環境下放棄性自主，就像奴隸買賣的合法化一般，在道德上是錯的。針對這樣的論證，主張國家應該合法化從娼賣淫者指出，他們可以同意性工作者（從娼賣淫者）會失去一定程度的性自由，但否認這就等於失去性自主。對他們而言，把失去性自由等同於失去性自主，是概念上的嚴重混淆，理由如下：

我們不能因為某人從事的是性工作，因此就斷定此人缺乏性自主或沒有自主人格，性工作本身並不必然蘊涵工作者缺乏自主或性自主。正如同，我們不能因為某人從事的是X工作，因此就斷定此人缺乏X自主。X工作缺乏X方

---

<sup>33</sup> 何春蕤（2001）、甯應斌（2002, 2005）。

<sup>34</sup> 當然，在任何社會中，我們都可以發現，有些良家婦女的性自主不見得比娼妓高。但這並不

面的自由，有所約束限制，這事實本身並不必然蘊涵工作者缺乏 X 自主。因為一般人在工作中，受限於契約，會有缺乏自主或自由的情況，也就是選擇受到工作內容的約束：這是缺乏工作自由。例如，一個人在談話節目中做主持人，這個人的談話自主或自由就受到限制。補習班請你教英文，你因此不能教法文，這是缺乏工作自由，但不表示你缺乏自主人格。

從娼賣淫是一種工作，娼妓依照與嫖客之間訂定各種商業契約進行服務，因此，在工作時，娼妓因為賣淫契約會對其工作有些限制而缺乏工作自由，但這不表示娼妓因而缺乏性自主。事實上，在性交易中，嫖客也相同地缺乏自由，嫖客也相同地受限於工作契約的內容，但是我們並不因此說嫖客缺乏性自主。如果妓女不願意從事某個契約外的行為，客人此時的強迫當然就涉及了妨害性自主或性騷擾的問題。<sup>35</sup>

---

是這裡所要討論的重點。有關禁娼與性自主之關連，本文從Anderson (2002) 獲益良多。

<sup>35</sup> 這個段落是從甯應斌教授對本文初稿的回應稿中整理出來的文字。甯教授建議我們使用「倡妓」一詞而非已被污名化的「娼妓」來指涉性工作者，以示中立。在這篇回應稿中甯教授強調，只要我們認清從娼賣淫是一種工作，一種進步的、現代的性工作是可以想像的：「在工作中的妓女，當遇見客人提出各類要求時，例如時間延長、肛交、S/M、洗澡、口交、角色扮演、特殊姿勢、妓女穿著等方面的變化，通常都會在價格上加碼。這種協商契約的細緻程度，往往和性工作產業的發達程度成正比，越發達就會對契約細節規定的越仔細與明確。這對買賣雙方都是一種保障，這使得性服務很有穩定性或交易秩序。……性工作的除罪化、合法化，可以最大程度地保障妓女的性自主以及顧客的性自主，因為一個上軌道的、現代化、企業化、契約定型化的性產業，使工作內容有清楚的界定，透過這個清楚界定能保障妓女嫖客雙方的自主人格。任何對自主的侵害或工作者的人權都可以由國家公權力來保障，就像任何行業或勞動契約一樣。如果我們觀察國外一些半合法化的性工作行業，我們就會發現妨礙性自主與性騷擾是較容易界定的。像 A 片演員、猥褻圖片的模特兒或從事膝上秀或脫衣觀淫的性工作者，其工作都是會受到限制的，有時是店家、有時是法令的限制，例如不准膝上秀的女郎和男客性交，但是這不是這些女郎缺乏性自主，而是其工作契約有約束限制。如果男客突然亂摸脫衣舞女郎，那就是性騷擾；或者顧客突然強行插入膝上秀女郎，那就是強姦。現代的性工作，即，不是那種被囚禁、被人口販賣、失去人身自由的賣淫者，而是作為一個自由人的賣淫者，有種種現代制度結構上的保障使他在性工作過程中保有自主人格。」本文並不否認，這樣的性工作在將來的世界也不可能出現。



這個論證似乎強而有力，不過卻包含了一個嚴重的漏洞。在某個意思上，性工作確實是一種工作，而就像任何工作都蘊含著工作者的某些自由會受限，性工作者的性自由也會受限。這點我們可以同意。不過，我們的同意僅止於此一抽象的原則：X工作者會失去一定程度的X自由，但不一定失去X自主。真正相干的問題在於，什麼時候X工作者不僅失去了X自由，而且也失去了X自主？對於這個問題，上述的論證並沒有明確觸及。我認為，X工作者是否會失去X自主，關鍵的因素在於：X工作者是否自願從事X工作。也就是說，如果X並非自願從事X工作，那麼X不僅失去X自由，而且也失去X自主。當然，在日常生活中，許多人從事的許多工作都是非自願的（他們如果可以選擇的話寧可不作），因此在這個意思上，他們失去了（相應於這類活動的）自主。不過，我們必須注意另一個問題：當一個人從事X工作時，這個會失去一定程度的X自由，但失去X自由到底（對這個人而言）有多重要？一般而言，X自由愈重要，人愈不願意失去X自由，因此當一個人從事X工作時，這個人是非自願的可能性就愈高；反之，X自由愈不重要，人對自己是否失去X自由就不會那麼在意，因而從事X工作者是自願從事X工作的可能性就愈高。例如，在補習班教英文時，我們沒有自由教法文，但這通常是自願的：因為作為一個英文補習班老師，失去在英文補習班裡教法文的自由，並不是什麼了不起的損失。因此，在英文補習班裡，一個人失去這種自由，並不等於失去自主。將這樣的分析運用到性自由與性自主，我們必須同意說：失去性自由並不等於失去性自主，但是如果一個人非自願地失去性自由，那麼這個人就是失去了性自主。因此，針對性自主，關鍵的問題在於：性自由有重要？根據上述的分析，如果性自由對人很重要，那麼失去性自由者通常是非自願的，因為性自由愈重要，人愈不願意犧牲性自主。回到現實世界，至少在台灣社會（以及其它許多社會）的這個階段，性自由對一般人而言非常重要（遠遠高於在英文

補習班裡教法文的自由)<sup>36</sup>，因此我們可以說，性工作者通常應該是非自願的情形居多（當然有例外）。若然，那麼一般的從娼賣淫者不僅失去性自由，而且還失去性自主。

在上述的釐清下，由於許多人應該同意性自由非常重要，因此會接受從娼賣淫者失去性自主這個論點，不過這並不代表，上述的論證為國家禁止從娼賣淫提供了一項充分理由，因為如果從娼賣淫者通常是被迫的，那麼國家禁止從娼賣淫只是會讓許多被環境所迫者非法地從娼賣淫，而非法的從娼賣淫者所受到的保障低於合法的從娼賣淫者。從被迫從娼賣淫者的角度而言，合法化對他們的福祉較有保障。換言之，即使從娼賣淫者通常失去性自主，這個論證無法充分說明禁娼的合理性，因為娼妓合法化的主張者仍然可以務實地訴諸兩害相權取其輕作為辯護。

務實當然是我們制訂公共決策時不可忽視的考慮，不過，我認為自由主義在此可以增強主張禁娼者的立場，因為如果我們接受性自由對一般人而言是重要的（因此失去性自主是一項嚴重的損失），那麼自由主義者可以訴諸性自主的平等保護來說明為什麼國家應該禁止從娼賣淫。對自由主義而言，性自由是否重要，國家不能置喙（根據中立性原則），但是如果性自由重要，那麼國家必須對公民的性自主提供平等保護才具有正當性。換言之，自由主義者所堅持的，不是國家是否致力於保護人民的性自主，而是國家是否平等地保護人民的性自主。如果在我們的社會裡，政府為了保障婦女的性自主，禁止一般企業將性服務列為聘僱或工作的條件，但卻合法化從娼賣淫，那麼政府顯然對於不得已而從娼的婦女之性自主，未予同等的重視。這種雙重標準是自由主義認為有待商榷之處。換言之，

---

<sup>36</sup> 這裡所討論的性自由很重要嗎？未來會怎麼樣，我不知道，但就目前的歷史階段而言，答案應該是肯定的。

根據自由主義，政府為了同等尊重個人的自由，至少在目前性自由仍然受到高度重視的階段，不應該合法化從娼賣淫但禁止一般企業將性服務列為聘僱或工作的條件。

事實上，自由主義的中立性原則本身並不反對國家合法化從娼賣淫（如果企業將性服務列為工作條件也是合法的），但是我們說過，自由主義其實也要求政治權力的行使應該有利於個人施展他們的價值觀能力，而由於性自由是一般人相當看重的生存條件，因此，如果一個人必須被迫放棄性自由，那麼這個人在價值觀能力的施展上也將受到嚴重的影響。基於以上的分析，國家應該同時禁止個人從娼賣淫以及禁止企業將性服務列為工作條件，避免讓個人必須時時被迫放棄性自由，無法適當地施展他們的價值觀能力。

至此，也許支持從娼賣淫合法化者也許仍要質問：性自由真的有那麼重要嗎？從娼者願意用性自由來交換其它的利益，難道不是表示她們並不那麼在意性自由嗎？政府憑什麼可以訴諸一般人對性自由的重視為理由來剝奪自願從娼賣淫者的自由呢？再者，舊的問題其實似乎還是沒有解決，因為被迫從娼賣淫者，在非法的情況下，依然受到較少的保護。在資本主義社會裡，不論性工作是否合法，被迫成為性工作者，就是性工作者，而且從這些被迫成為性工作者的立場而言，他們寧願是合法性工作者，比較不願意成為非法性工作者。我們必須承認，要充分地回應這兩個問題，並不容易，因為我們不能否認有些人確實不認為性自由有什麼重要性、有些被迫從娼者也希望自己的處境不會因為禁娼而更為不利。不過，本文以下的簡單回應，應該還是可以說明為什麼自由主義可以採取禁娼的立場：

第一，自由主義要求國家必須保障猥褻言論的自由。如果猥褻言論的自由得到保障，那麼對性自由持不同態度者可以透過她們的言論（包括猥褻言論）改

變他人，而使保障性自主在未來的歷史階段來失去重要性。屆時，也許國家不僅應該允許個人從娼賣淫，而且也應該允許企業將性服務列為工作條件。因此，對於那些不認為性自由有任何重要性者，禁娼並沒有歧視他們的價值觀。

第二，禁止從娼賣淫，在某一層意義上，等於剝奪了某些人的生存選項；因此，若要具有政治正當性，禁止從娼賣淫的政府必須相對地致力於提昇婦女的社會經濟地位，至少要使每個人都有從娼賣淫之外的生存和發展選項。

第三，即使政府已經使每個人在從娼賣淫之外還有其它的生存和發展選項，我們不能完全排除說，有可能某些人仍然因為情況特殊而被迫為非法的性工作者，而且由於走入地下，處境可能會比合法化時差、人身安全受到較少的保障。我認為，為了保護這樣的性工作者免於受到進一步的傷害，國家可以採取罰嫖（以及懲罰淫媒）不罰娼的方式為之，而且罰嫖（以及懲罰淫媒）不罰娼還有其它的優點：首先，這等於國家懲罰企業主將性服務列為工作條件一般，具有一致性；再者，禁止從娼賣淫，政府確實忽視了那些自願選擇放棄性自由者的利益，因此不罰娼（加上政府提供其它的生存發展選項）有助於降低這些人所受到的不利對待。

## 五、結論

在憲政民主社會中，就政治道德層面而言，猥褻言論和從娼賣淫是否落在個人自由的合理範圍內，一直是個有爭議的話題。就台灣社會而言，我國憲法是否保障猥褻言論和從娼賣淫之自由，大法官會議並沒有明確加以肯定，而且由於猥褻言論和從娼賣淫都涉及到性而未得到多數民眾的認同，因此目前都在政府禁止之列。對於沒有受到憲法明確保障的個人自由，國家是否應該立法限制，涉及的因素相當多，社會多數人對於這些因素的權衡和判斷，往往會影響國家的決策。如果多數人的權衡和判斷受到偏見的蒙蔽，那麼個人自由就有可能會受到不當的限

制。當然，多數人的權衡和判斷是偏見抑或是真知灼見，我們並沒有先驗的立足點去決定和保證，只能以開放的態度去進行反思和批判，力求謹慎。因此，面對我國政府對於個人自由在猥褻言論及從娼賣淫兩方面的限制，以及社會多數人對於猥褻言論及從娼賣淫的看法，我們的基本態度也理當如此，必須時時檢討這些限制和看法是否有合理的根據，期能免於淪為偏見的奴隸。本文指出，由於禁止是政治權力的行使、個人自由的受限，因此是否正當有理，一直受到許多自由主義者的質疑。本文的基本論點是，自由主義會反對政府完全禁止個人散播猥褻言論，但自由主義並不反對，政府基於平等保護個人的性自主可以禁止個人從娼賣淫。由於個人自由的合理範限並非自明的（並非有理性的人想清楚就會有一致的立場），而且也涉及具體社會對價值的共識，因此本文所提出的分析和論證應該沒有窮盡我們最後能想到的，而本文為自由主義的中間立場所做的辯護，如果仍然不夠充分，那麼至少是對保守派和放任自由主義的挑戰，接下來我們要期待的，應該是這些立場的信仰者對本文的回應與批判。

## 引用書目

朱敬一與李念祖

2003 《基本人權》，台北：時報文化。

吳庚

2003 《憲法的解釋與適用》，初版，台北：三民書局（總經銷）。

江宜樺

2001 《自由民主的理路》，初版，台北：聯經。

何春蕤

2001 〈自我陪力與專業化操演：與台灣性工作者的對話〉，《台灣社會研究季刊》，第四十一期，頁1-52。

甯應斌

2002 〈性工作是否為「工作」？馬克思的商品論與性工作的社會建構論〉，《台灣社會研究季刊》，第46期，頁87-139。

甯應斌

2005 〈再論性工作與現代性：高夫曼式的詮釋分析〉，《台灣社會研究季刊》，第55期，頁141-224。

Anderson, Scott

2002 “Prostitution and Sexual Autonomy: Making Sense of the Prohibition of Prostitution,” *Ethics*, 112, no. 4: 748-780.

Dreben, Burton

2003 "On Rawls and Political Liberalism," in *The Cambridge Companion to Rawls*, ed., Samuel Freeman, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 316-346.

Dworkin, Ronald

1985 "Do We Have a Right to Pornography," in *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Dworkin, Ronald

1986 *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Dworkin, Ronald

1996 *Freedom's Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 1996.

Green, Leslie

1998 "Pornographizing, Subordinating, and Silencing," in *Censorship and Silencing*, ed. Robert Post, Los Angeles, Calif.: Getty Research Institute, 1998, 285-311.

Hart, H. L. A.

1961 *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.

Hornsby, Jennifer

1998 "Free Speech and Illocution," *Journal of Legal Theory*, 4: 21-37.

Jacobson, Daniel

1995 "Freedom of Speech Acts? A Response to Langton," *Philosophy and Public Affairs*, 24: 64-79.

Larmore, Charles

1996 *The Morals of Modernity*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

MacKinnon, Catharine.

1986 "Pornography, Civil Rights and Speech," *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 28.

McGowan, Marry Kate

2003 "Conversational Exercitives and the Force of Pornography," *Philosophy and Public Affairs*, 31, no. 2: 155-189.

Michelman, Frank.

1995 "Civil Liberties, Silencing, and Subordination," in *The Price We Pay*, eds. Laura Lederer and Richard Delgado, New York: Hill and Wang, 1995.

Mill, John Stuart

1978 *On Liberty*, Indianapolis, Hackett.

Moris, Christopher

1998 *An Essay on the Modern State*, Cambridge University Press.

Rawls, John



1996 *Political Liberalism*, paperback edition, New York: Columbia University Press.

Scanlon, T. M

1979 "Freedom of expression and categories of expression," *University of Pittsburgh Law Review* 40, no. 4, 519-50, reprinted in *The Difficulty of Tolerance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 84-112.

Scanlon, T. M .

2003 "Rawls on Justification," *The Cambridge Companion to Rawls*, ed. Samuel Freeman, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 139-67.

Sher, George

1997 *Beyond Neutrality: Perfectionism and Politics*, Cambridge: Cambridge University Press.

West, Caroline

1999 "Scorekeeping in a Pornographic Language Game," *Australasian Journal of Philosophy* 77: 300-322.

## 中文摘要

本文針對猥褻言論和從娼賣淫提出一種自由主義的立場。這個立場有別於完全禁止的保守派，也有別於完全開放的放任自由派。本文認為，自由主義會反對政府完全禁止個人散播猥褻言論，但自由主義並不反對，政府基於平等保護個人的性自主可以禁止個人從娼賣淫。本文詳細剖析了自由主義的正當性原則，主張正當性原則具有兩部分：(1) 政治決定或政治權力的行使，就後果而言，必須有利於（或至少沒有不利於）公民去施展他們的價值觀能力；(2) 政治決定或政治權力的行使，就理由或根據而言，必須充分，但不得訴諸任何會引起合理爭議的終極價值觀（中立性原則）。在這項原則的基礎上，透過分析言論自由的內涵以及性自由與性自主之區別，本文反駁了保守派與放任自由派的論點。

關鍵字：正當性原則、言論自由、性自主

## Abstract

This essay is an attempt to defend a liberal position with respect to pornography and prostitution. It argues against both conservatives and libertarians. Its main claims are that to respect freedom of speech, the state may regulate pornography, but should not prohibit pornography, and that in order to provide equal protection of sexual autonomy for all, the state may ban prostitution. Its main arguments are based on a liberal principle of legitimacy, which consists of two parts: (1) the state should ensure the favorable conditions for its citizens to develop and exercise their capacity for a conception of the good; and (2) the state should be neutral with respect to controversial conceptions of the good when it exercises its powers.

Keywords: liberal legitimacy, freedom of speech, sexual autonomy