

〔美〕乔尔·范伯格 著
方 泉 译

The Moral Limits
of
The Criminal Law

刑法的道德界限

(第二卷)

对他人的冒犯

Vol. 2 Offense to Others



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

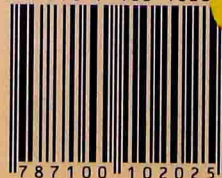
Vol. 2 *Offense to Others*

《刑法的道德界限》共四卷，是范伯格最重要的也是学术影响力最大的著作之一。此四卷虽然陆续发表于1984—1988年间，但皆为回答一个问题，即国家何以将某种行为正当地予以犯罪化？范伯格试图以一系列“限制自由原则”予以解答，以期立法者提供具有道德合法性的立法依据。

本书《对他人的冒犯》是《刑法的道德界限》第二卷，阐述了“损害原则”之外另一个重要的限制自由原则——“冒犯原则”。该原则认为，防止令人震惊、反感或恶心的精神状态是制定禁止性法律的一个具有道德合法性的理由。范伯格将“冒犯”与“损害”进行对比，澄清了“被冒犯的精神状态”的内涵。他以滋扰法律为例，探讨对冒犯行为的立法模式，并就淫秽文字与社会政策、色情与宪法，以及轻微冒犯与深度冒犯的区别等问题进行深入系统的论述，以便阐明冒犯原则作为犯罪化依据的适当范围。

<http://www.cp.com.cn>

ISBN 978-7-100-1020



9 787100 102025 >

定价：62.00元

〔美〕乔尔·范伯格 著
方 泉 译

The Moral Limits
Of
The Criminal Law

刑法的道德界限

（第二卷）

对他人的冒犯

Vol. 2 Offense to Others

 商务印书馆
The Commercial Press

2014年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑法的道德界限. 第2卷, 对他人的冒犯/(美)范伯格著;
方泉译. —北京:商务印书馆, 2014
ISBN 978-7-100-10202-5

I. ①刑… II. ①范… ②方… III. ①道德—关系—
刑事立法原则—研究 IV. ①D914.04 ②B82-051

所有权利保留。

未经许可, 不得以任何方式使用。

刑法的道德界限

第二卷

对他人的冒犯

〔美〕乔尔·范伯格 著

方泉 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京市松源印刷有限公司印刷

ISBN 978-7-100-10202-5

2014年9月第1版

开本 787×960 1/16

2014年9月北京第1次印刷

印张 26 $\frac{1}{2}$

定价: 62.00元

续卷说明

《对他人的冒犯》是《刑法的道德界限》四卷本中的第二卷。其他几卷书均将陆续独立出版，各卷本中，均包含前卷的概要。第一卷《对他人的损害》讨论了损害的概念及其与利益、需求、伤害、冒犯、权利及同意的关系；适用于损害概念，如“道德损害”、“替代性损害”以及“死后损害”时的疑难情形；未能防止损害的性质；以及有关评估、比较损害和对损害归责等方面的问题。为了深入论证，第三卷包括对个人自治的分析，对自愿为奴、其他不可撤销的承诺、危险药物、法律要求佩戴保护性头盔、自愿和同意的含义、主要的“减少自愿性的因素”——强迫、认识错误和能力限制——等问题的考量，最后一个问题则是绝症病人提出的死亡请求的自愿性问题。第四卷《无害的不法行为》将中性客观地讨论各种被冠以“法律道德主义”名义的立场，包括即使并不存在适格的被害人，刑事禁止因其可以维护生活方式、推进真正的道德、防止以剥削不法获利、提升品位及完善个性等而可具有正当性等诸多主张。

第一卷概要

第一卷引出的是一个貌似简单实则宏大的问题：国家可以正当地将何种行为犯罪化？哲学家试图通过提出我所谓的“限制自由原则”（或同等地，“强制正当化原则”）给予解答，即某种考量总是能够为刑事立法提供道德上的相关依据，即使其他依据可能更重要。《刑法的道德界限》各卷均对应一个主要的限制自由原则（参见本概要末尾列出的十条原则及其内涵）。防止对行为人以外的他人的损害总是支持设置国家强制的理由，这条原则我称之为“对他人的损害原则”（简称“损害原则”）。至少它的笼统表述几乎为所有学者接受。只有当我们考虑它是否如约翰·斯图尔特·密尔所宣称的那样，是唯一一条有效的自由限制原则时，争议才会产生。

其他三条“强制正当化原则”尤其获得了广泛支持。它们被认为（不总是被一人同时认为）是支持刑事立法的有力理由：（1）有必要防止对他人的伤害或冒犯（与损伤或损害相对）（冒犯原则）；（2）有必要防止对行为者本人，而非“他人”的损害（法律家长主义原则）；

(3) 有必要防止内在不道德行为，无论其是否具有对人的冒犯性和损害性（法律道德主义原则）。根据本书主题所阐明的观点，我所理解的“自由主义”认为经适当澄清及限定的损害原则和冒犯原则即可穷尽所有刑事制裁的道德相关性理由。（“极端自由主义”反对冒犯原则，认为只有损害原则才是可以接受的理由。）我将直言我本人对自由主义的理解。

本书中的自由主义具有双重性。第一卷和第二卷提出对自由主义的限制自由原则的解释和界定，这对于确保由它们为本书观点背书十分必要（假定它们自始就为我们的观点背书）。假定损害原则和冒犯原则是正确的，我们要问，应如何理解这些原则呢？我们所说的关键词“损害”和“冒犯”到底是什么？这些笼统的原则如何面对实际立法中的复杂问题？第一卷和第二卷试图定义、解释、限制、修饰自由主义，以便最终我们可以说，这才是自由主义最具说服力的主张，既没有过分背离自由主义标签的传统用法，也没有背离过往自由主义者，如著名的约翰·斯图尔特·密尔的内在精神。第三卷和第四卷则着重于自由主义的第二重意义，通过驳斥为很多学者主张的非自由主义原则（尤其是家长主义原则和道德主义原则），论证这些原则要成为完善的理论必须经过自由主义原则的补充。

第一卷进而问道，本书中，我们应如何理解损害原则中的“损害”？首先，明确区分非规范意义上作为利益阻退的“损害”，以及规范意义上作为“不法行为”的损害，即对他人权利的侵犯。给出了极少见的“非损害性的不法行为”的例子，即不法行为并未阻碍遭受不法行为者利益的情形；以及更加常见的“非不法的损害行为”的例子，即损害但未侵犯权利的情形。此两者皆非损害原则中的“损害”，而是另两种内涵的重合部分，即不法行为对利益的阻退，或阻碍利益的不法行为。第一章和第二章主要解决作为利益阻退的损害问题，第

三章更加详细地讨论作为对权利的侵犯的损害行为的特点。

第二章讨论适用损害概念的疑难情形：“道德损害”、“替代损害”、“死后损害”或“出生前损害”是否成立？首先我们能否说让一个人变得较之前更坏就是损害了他？柏拉图坚称，即使并未阻碍利益，“道德损害”也是损害（并且是严重损害）。我们对损害的分析是反柏拉图主义的。一个人变“坏”并不一定情况就会变“糟”；除非他在其良好品格中存在某项先在利益，否则就不会受到“道德损害”。其次，我们能否通过损害第三人而损害某人？在这个问题上我的回答十分肯定。若 B 在 C 的福祉或 C 的品行中存在一项利益，A 若直接损害 C 或使 C 堕落，则 A 就对 B 造成了“替代性损害”。第三，某人的死亡或其死后发生的事件能否损害他本人？这些问题因其敏感而无法一语带过。不过我的结论是，死亡对于死者来说可以是一个损害，因为他所有的死前利益均遭到彻底且不可逆的摧毁。若患者的“生存利益”在死后受到阻碍，死后损害也可能发生。在某人死后，生存利益的主体以及损害或好处的获益者就是死者死前本来拥有该利益的生者。死后时间不会回溯到较早的时间（可能应首先作此建议），但事件的发生可以使我们重新评价其终身福利，在合上其人生之书前进行修订。

至于出生前损害，我认为若胎儿（他们还不是人）最终出世后，因出生前遭受的损失而承受损害性后果，就可以说他们在仍处于宫内时即已遭受损害。若不法行为人明知会在数月或数年后对某人造成损害，仍故意或过失地造成一个因果联系，则人们也可以因为这种发生在他们受孕之前的不法行为遭到损害。我甚至认为在一些特定的罕见情形中，一个本可避免的受孕行为也会对人造成损害。不过，我并不认为，让某人降生人世的那个性行为可以直接对其造成损害，除非他注定以一种如此严重的残疾状态降生，以致他认为自己“生不如死”。

如果父母在怀孩子的时候，知道或者应当知道孩子降生后的残疾状态不会特别严重，那么这孩子以后就不能说他受到了不法对待，因为这次不当怀孕的唯一替代选择就是他根本不能来到人世，他应该不愿意这样吧。如果要以刑罚处罚将孩子以残疾状态带到人世的父母，而这种残疾状态比不来人世要强些，那就需要法律道德主义原则出面了，因为损害原则不会对这种刑罚处罚给予正当性的支持。

在第四章谈到的另一个分析上的问题是，损害原则是否支持对可
xii
责的未防止损害发生施以刑罚处罚？普通法传统中的一般观点均反对所谓“坏撒马利亚人法律”，即在法律道德主义下，要求人们承担“举手之劳”的救助义务。我反对所有这些论点，因为它们要么系统性地混淆了积极救助与恩赐好处的区别，要么就是在合理救助与非合理救助之间的划线问题上过于斤斤计较（类似的划线问题普遍存在于法律中，绝大多数都可以解决）。我认为，要求人们帮助防止损害有时正如以刑罚威慑要求人们不以积极行为造成损害一样合理。但困难的是，这一结论是否背离了我们之前所限定的损害原则。我认为并非如此，部分原因在于不作为在某些情况下本身就可以造成损害。为了证明这个论点，我必须驳斥来自另一面的有力观点，在第四章的最后一部分我就是这么做的。

第一卷的最后两章（第五、六章）试图确定“调和性准则”来指导立法者，将损害原则适用于特定复杂的实际情形。至此，该原则的内容仍非常抽象，以致若无进一步说明，就无法将其运用于微小损害、中等可能的损害、必须以损害另一个不兼容利益为代价方可防止的利益损害、结构冲突性损害、模仿性损害、整体损害、累积性损害等情形。我认为一些不同类型的补充性准则有助于损害原则在上述困难情形中的适用，等于在损害原则的骨架间填充规范性的血肉。这些补充性说明有很多不同的形式。有些本身就是道德原则和公正法则；有些

可用于概率和风险评估；有些则是经验法则，如解决微小损害问题的法律不理琐事准则；还有一些用来区分利益的大小，以比较冲突性损害的相对“重要性”，直至将“自由利益”放在衡量的天平一侧。还有一些制度性的实用规则，用以解决集体损害和累积性损害问题，以避免出现一律允许或一律禁止这两种极端情形。在加入这些调和性准则之后，损害原则变得不那么抽象，但同时它也失去了其结构简单、规范中立的形象。

xiii 限制自由原则的定义

1. 损害原则：总能为刑事立法提供很好的理由。认为刑事立法可能有效防止（消除、减少）对行为人（实施禁止行为的那个人）之外的其他人的损害；并且，可能找不到其他同样有效且价值成本更低的方法。
2. 冒犯原则：总能提供很好的理由支持刑事禁止法案。认为刑事立法对防止对行为人之外的其他人的严重冒犯往往是必要的，并且可能是结束该冒犯的有效途径。
3. 自由主义的立场（有关刑法的道德界限方面）：损害原则和冒犯原则，经适当地界定及修正，二者即可穷尽刑事禁止的全部正当根据。（极端的自由主义立场认为仅有损害原则是适当的……）
4. 法律家长主义原则（一种受自由主义立场排拒的观点）：总是为刑事禁止提供充分理由。认为刑事立法对防止对行为人本人（生理的、心理的或者经济上的）的损害可能是必要的。
5. 法律道德主义原则（一般的狭义理解）：根据某行为固有的非道德性，对该行为的禁止在道德上是合法的，即使该行为

对行为人或其他人既未造成损害，也未形成冒犯。

6. 说教式法律家长主义原则（家长主义和道德主义藉由一个含糊的概念“道德损害”结合起来）：总是为刑事禁止的议案提供充分的理由。认为刑事禁止对防止对行为人本人的“道德损害”（相对于生理上的、心理上的或是经济上的损害）往往是必要的。（道德损害意即“因人格受到损害”，“而成为一个更坏的人”，与身体、精神或财产上的损害相对。）
7. 法律道德主义原则（广义）：由于某些行为包含或引起其他的（“不确定的”）恶，则国家禁止这些未对任何人造成损害或冒犯的行为可以具有道德合法性。
8. 利益原则：总能为刑事禁止法案提供道德上的相关根据。认为为了给他人带来利益，对行为的禁止可能是必要的。 xiv
9. 获益的法律家长主义原则：总能为刑事禁止提供道德上的相关根据。认为如果能够为行为人本人带来利益，禁止就可能是必要的。
10. 完美主义原则（道德利益主义）：对禁止的议案总能提供充分根据。认为对人格提升有益的禁止就可能是必要的——
 - （1）对普通大众或受到限制的行为人之外的他人的人格提升有益（说教式利益原则），或者
 - （2）能够为自由受限的行为人本人的人格提升带来利益（说教式获益的法律家长主义）。

如果将“带来利益”替换为“防止损害”，则原则 8、9 以及 10（2）分别与损害原则、法律家长主义及说教式法律家长主义高度类似。

本卷的诸多部分——从某些片段到章中的主要节，均曾以论文的形式单独发表过。我很感谢出版者允许这些由他们持有版权的文章重新在此出版。第七、八章中的几个段落出自拙文“对迈克尔·贝尔斯的回应”，载于诺曼·S. 凯尔、托马斯·K. 特莱劳根合编的《法与道德问题》(*Issues in Law and Morality*) (克利夫兰：凯斯西储大学出版社，1973年版)第111—126页。第九章第五、六部分的主要内容初次发表于拙文“情感与现实中的多愁善感”(“Sentiment and Sentimentality”)，载于《美国哲学协会论文集和演讲集》(*Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*)第56卷第1期(1982年9月)。第十章源于本人1979年在堪萨斯大学的林德利讲座，1980年以“淫秽的含义”(“The Idea of the Obscene”)为题由堪萨斯大学哲学系出版。第十一章第一至六部分以“淫秽、色情与艺术：分门别类”为题，发表于布尔顿·M. 雷泽尔(Burton M. Leiser)主编之《当代价值冲突》

(*Comtemporary Value Conflicts*) (纽约：麦克米伦出版社，1981 年版) 第 237—254 页。第十二章的主体部分发表于题为“色情与刑法”一文中，载于《匹兹堡大学法律评论》第 40 卷（1979 年）。第十六章曾出现于“淫秽文字与法律”一文中，载于《哲学与法律》第 2 卷（1983 年）。

目 录

第七章 冒犯性的滋扰行为	/1
一、不承担责任：轻微冒犯无伤大雅	/1
二、滋扰法律的制定模式	/5
三、乘坐巴士	/11
四、“冒犯”的模式和含义	/15
五、冒犯与隐私的关系	/24
第八章 对冒犯原则的调和	/28
一、权衡：冒犯的严重程度	/28
二、权衡：冒犯行为的合理性	/41
三、权衡后的解读	/49
四、文化变迁和早期牺牲品	/52
五、结论	/54

第九章 深度冒犯	/55
一、滋扰模式的限制	/55
二、深度冒犯的独有特征	/63
三、再次回到“单纯意识”问题	/67
四、单纯意识问题的解决	/72
五、虐待尸体	/79
六、道德情感、道德敏感和道德神经质	/86
七、斯考基的纳粹分子	/95
八、小结	/103
第十章 淫秽的含义	/107
一、批判意义上的“淫秽”	/107
二、禁止淫秽的两个相互冲突的理论	/108
三、对淫秽物品或行为的分析	/113
四、“淫秽”的起源：粗鄙	/119
五、“淫秽”的词源：肮脏	/124
六、淫秽的范围：扩展适用的线索	/128
七、对淫秽的另一种理解： 戴维·A.J. 理查兹的观点	/134
八、小结：淫秽物品或行为的 一般特点	/136
第十一章 淫秽与色情	/140
一、色情必定淫秽吗？	/140
二、色情描写与文学戏剧艺术	/142

三、艺术性的色情：电影《艾曼纽》	/147
四、色情图片艺术、诗歌、音乐	/149
五、色情能够成为艺术吗？问题的 最低关联性	/150
六、（所有的）性何以淫秽？	/152
七、反对色情的女权主义观点 ³²	/157
八、暴力色情，男性崇拜，以及对 女性的损害	/162
九、暴力色情与深度冒犯	/174
 第十二章 色情与宪法	 /182
一、冒犯原则和美国宪法 第一修正案	 /182
二、对判决方案的批评：西科林案 与罗思案	 /188
三、对判决方案的批评：从罗思案 到巴黎成人影院案	 /196
四、回到起点：布伦南大法官的忠告	/206
 第十三章 淫秽文字及其功能（一）	 /208
一、禁忌文字的分类	/208
二、亵渎类字眼	/210
三、粗鄙类字眼	/224
四、淫秽文字的衍生用法 （一）：粗鄙	 /228

五、淫秽文字的衍生用法（二）：	
生动的描述、强化，以及渲染	/230
六、淫秽文字的衍生用法（三）：	
表达强烈的情感	/232
 第十四章 淫秽文字及其功能（二）	/240
一、淫秽文字的衍生用法（四）：	
咒骂与挑衅	/240
二、咒骂的用处	/244
三、关于挑衅文字的理论及其不足	/249
四、淫秽文字对咒骂的有限效用	/260
五、淫秽文字的衍生用法（五）：	
淫秽幽默和“黄色笑话”	/261
六、淫秽文字对淫秽幽默的有限作用	/269
 第十五章 淫秽文字与社会政策	/275
一、语境与悖论	/275
二、区分再区分：委婉语－粗鄙语对	
赞赏语－反感语	/277
三、对过度委婉语的反应	/281
四、消除淫秽文字的两种策略	/286
五、对不洁思想的分析	/295
六、淫秽文字被保留的可能	/297

第十六章 淫秽文字与法律	/302
一、说出即冒犯	/302
二、冒犯性滋扰与骚扰	/306
三、大众媒体的淫秽：F.C.C. 诉 太平洋基金会	/310
四、以电波传播不雅语言的违法情形	/316
注 释	/318
索 引	/375

第七章

冒犯性的滋扰行为

1

一、不承担责任：轻微冒犯无伤大雅

一时的恼怒、失望、恶心、尴尬以及其他诸如害怕、焦虑、轻微（“无害的”）疼痛之类令人不快的感受本身并不必然具有损害性。因此，无论损害原则经何种调和，均不能证明仅为防止对他人造成上述不快状态而干涉公民自由的合法性。为方便起见，我将使用“被冒犯”一词指代所有此类令人不快的精神状态（参见第一卷第一章第四部分），而不仅指狭义上具有冒犯性的那一类情形。如果法律是正当的，那么，要使用强制方法保护公民不受轻微冒犯，就必须依据一个独立的、特别的正当性原则，我们可名之为“冒犯原则”，它是指：总是为设置刑事处罚提供理由，认为刑罚可能是防止行为人以外的人受到严重冒犯（与损伤或损害相对）的有效且必要的途径（若无其他方法能够以同等价值成本产生同等效用）。这条原则认为，防止冒犯行为实是国家的分内之事。

正如“被损害”那样，“被冒犯”一词也有广义和狭义上的规范

意义，说到前者，包括任何一种或多种令人不快的精神状态（恶心、羞耻、伤心、焦虑等），后者则指因他人的不法行为引起的上述状态。仅有后者——不法冒犯——才是我们在冒犯原则中所理解的含义。从

- 2 这一点上看，恰与损害原则形成对应。我们也可以用动词“冒犯”表示“引起他人某种一般来说令人不快的精神状态（如恶心、羞耻）的行为”。冒犯原则以有必要防止一些人不法冒犯（冒犯且不法）他人作为强制立法的理由。最后，普通用语中狭义上的“冒犯”一词自有另一种独特含义。正如冒犯原则中的“冒犯”需要一个客观条件——这令人不快的精神状态须由确属不法的行为引起——普通用语中的“冒犯”需要一个主观条件——冒犯行为必须由受到冒犯的人承受，从而不法侵害此人，无论事实上造成侵害与否。从狭义上说，我“被冒犯”（或“承受冒犯”）是指：（1）我处于不快状态，且（2）我将该状态归因于他人的不法行为，且（3）我对他造成我陷入此种状态抱有怨愤。因他人对我的不法行为而产生的这种怨恨或忿忿之情正是不快情绪本身的一个现象学要素，它会加强并放大不快。因为看见医院的病人血肉模糊的伤口而感到恶心，这种经验是众多不快状态中的一种，我称之为“广义上被冒犯的精神状态”，但我几乎不会因为那个可怜的家伙无意中造成我的这种状态而对他产生怨恨，实际上应该没有人会产生这样的怨恨，在这种情况下，我并没有“被冒犯”，也就是说，我并未受到狭义上的冒犯。

冒犯原则要求精神上的不快（广义上的冒犯）由他人不法行为造成，但非指通常狭义上的冒犯。被害人也许不知道或者不关心他人不法造成他的不快，因此，他的不快状态并不包含怨恨要素，从而并非狭义上的冒犯。我们所说的冒犯原则既可以适用于广义的被冒犯也可以适用于狭义的被冒犯——无论有或没有怨恨——只要这种状态事实上是由于对被冒犯者权利的冒犯造成的。必须有不法行为，但被

冒犯者并不必定感到被冒犯。总之，被冒犯状态（广义上的）总是由一个不法行为在缺乏正当或免责事由的情况下造成的。

既然我要在本章捍卫一个严格限定的冒犯原则，就应从一些不承担责任的重要情形开始。首先，冒犯的严重程度较损害轻。这一价值比较判断在我看来是不证自明的，当然亦非仅凭定义得来。仅仅因为无法确切度量冒犯与损害也可能毫不费力地对其加以否定。认为冒犯处于损害天平上较低刻度位置是概念上的错误理解，其实冒犯完全是另一回事，自有其度量标准。不过很多人考虑一番之后，可能会认为，在同等情况下，仅仅受到冒犯并不像受到损害那么糟糕。我们可以（至多）倾向于认为对被害人的极度冒犯较轻微损害更加严重，但这可能是因为它们具有的冒犯性如此之大，以至于在少数情况下确实也具有损害性。（无论如何，在比较冒犯和损害的相对严重性时，极度冒犯与轻微损害的序位是可能出现的唯一矛盾之处。）持续的极度冒犯造成损害的情形，如我们所见（第一卷第一章第四部分），是因为被害人产生情绪上的不快而忽略了自己的实质利益。但被冒犯的精神状态本身并非某种损害状态。从道德责任上看其本质（除去与损害性结果可能的因果联系），它其实微不足道。

由此导出却无法证实的真理就是，一般而言，法律不应该认为冒犯如同损害一样严重。例如，如果有其他的规制方法可以同样经济有效，就不应通过刑法控制冒犯行为。冒犯并不常见，且形态各异，其控制途径包括通过个人诉讼申请禁制令，或者通过警方提出中止或停止冒犯的要求并由法院作出判令；或者通过证照程序以吊销执照作为行政处罚。这些替代措施并不能完全解决惩罚的需要（冒犯者的恶与“被害人”遭受的精神不快不成比例），但惩罚总可以作为一项威慑保留，这惩罚不是因为冒犯他人，而是因为持续实施禁止行为所表现出的对执法者的藐视。（参见第一卷导论第七部分。）因此，通常来

讲，刑法不必考虑设置由冒犯行为构成的犯罪，即使冒犯行为所包含的恶原则上可以通过刑法予以正当制止。不过，就各类实证的理由来说，仅仅通过禁制令、行政命令或撤销证照控制所有应予禁止的冒犯行为是不够的。在某些情形下，我们预先就非常清楚某种行为会造成冒犯，我们不必等到特定情形发生才决定如何解决。在另一些情形中来不及申请禁制令或行政听证程序。在这些救济到来之前，恼怒已经形成，如此这般，冒犯已经发生。

即使应当将某些单纯的冒犯行为确定为受刑罚处罚的犯罪行为，惩罚也应当轻缓：应当更多地配置罚金刑而非监禁刑，即使是监禁刑，也应当以日，而非以月或年计。若犯罪被分为轻罪和重罪，那么，冒犯行为必定属于轻罪而绝非重罪。若刑法遵循模范刑法典¹的模式，将犯罪分为重罪、轻罪、轻微罪和“违反”，²则无损害的冒犯行为最多只能是轻微罪，通常应属违反——如同交通泊车违反、非法售卖以及对健康与安全法典的非故意违反。如果某个犯罪行为既具冒犯性又具损害性，惩罚可以较重，但立法者和法官必须明确，这种严厉的处罚主要针对犯罪行为造成的损害（或危险），而非对其冒犯性的反应。国家应当对极具损害性或危险性而只具有一般冒犯性的行为给予较极具冒犯性而只有轻微损害性或危险性的行为更重的处罚。

如果不是因为立法者长期以来无视于此，这些显而易见的限定本不必特别提起。事实上，到目前为止，这都不算言过其实，立法者一直近似疯狂地认为冒犯比损害严重得多！³1961年，赫伯特·韦克斯勒（Herbert Wechsler）⁴对州刑法典进行一项调查后报告说，纽约州刑法典规定一级暴力胁迫最高处刑10年监禁，而兽奸行为最高处刑20年监禁；宾夕法尼亚州刑法典规定意图谋杀的暴力胁迫最高处刑7年，而组织卖淫则最高处刑10年；加利福尼亚州规定对妻子或子女造成

身体伤害的行为最高处刑 2 年，而对性变态行为则最高处 15 年监禁。在加利福尼亚，严重伤害或意图实施重罪的暴力胁迫分别可获刑 14 年及 20 年监禁，但成文法中强奸罪或乱伦罪的法定刑却都是 50 年。（是不是说乱伦的恶是严重伤害的恶的 2.5 倍呢？）在北卡罗来纳州，自殖民时代至 1869 年，沿袭英国传统，对于“不堪提及的反人性犯罪”，即使对方完全自愿，也要处以死刑，⁵ 这比加重殴打罪和巨额盗窃罪都要重得多。据我所知，萨迦利亚·查菲（Zechariah Chafee）给出了仇视冒犯行为的司法狂热的最佳示例：“W. T. 斯戴德（W. T. Stead）首次在一篇杂志文章‘向少女致敬’（The Maiden Tribute）中披露了贩卖白人奴隶的非法交易，英国法不但没有将投机商绳之以法，反而称斯戴德写了一个不正派的主题，把他在监狱里关了一年。”⁶ [!]

5

因为立法者往往对冒犯行为作出过度反应，我们在讨论这一主题时需要格外小心。任何立法者，只要他赞成对公开淫乱或无礼行为的惩罚远重于殴打或破闯等直接或故意的损害行为，他在针对这些行为适用立法原则时，其痛恨、厌恶或焦虑的个人情绪必定超过理性。没人会主张，淫乱行为或想想就令人厌烦的私下实施的性错乱行为会对个人或集体利益造成某种威胁，从而亟待我们不惜让冒犯者付出任何代价以免除这威胁。其实冒犯者并未造成威胁，最多只是令人厌烦的滋扰。

二、滋扰法律的制定模式

英国法和美国法中长期都有对“单纯滋扰”的规定，而这一关注迄今以来从未困扰自由主义的改革者们。“滋扰”一词源于法文 nuisance，在早期的法律英语中有时拼作“anoysance”，⁷ 表明其与生气、恼怒或不便的原始联系。极度滋扰确实可能达到损害的程度，在

隔壁的房子里制造噪音会让一个学生在考前之夜无法学习，或者堵塞的道路让人们在重要约会中迟到。尽管滋扰并未损害我们的利益，但仅仅因为生气或绕路的不便，我们也会感到不快。冒犯行为造成不快或不便——因感觉和感受到恶心、刺激、羞耻、尴尬、生气、厌倦、发火、害怕或丢脸，且无法避开不便甚至损害。一想到自己受困于滋扰，为了逃离滋扰就要付出不便的代价，我们当然会觉得这不公平，就想要得到法律的保护而不被滋扰。

在英美法中，“滋扰”一词是指两类不同的不法：一类是被称为“公共滋扰”或“普通妨害”的轻微刑事冒犯行为；一类则被称为“个人滋扰”，如干涉土地所有者对土地的使用和享有。个人滋扰的不便以个人拥有土地为条件，而公共滋扰的不便则针对任何行使共有权利的人。因此，土地所有者可以就个人滋扰起诉他的邻居，若后者养了一条狂吠的狗（让人生气），或是建了一座瘴气缭绕的池塘（让人惊恐）；一个有意或疏失的不法者可以在刑庭被控以“公共滋扰”，若他不合理地阻塞了公共高速道路（给他人造成不便），他那上了肥的植物臭气飘过半个镇子（使他人不适），豢养患病的动物（给他人造成威胁），囤积炸药（令人惊恐），举办不体面的展览（刺激他人），组织斗鸡或斗狗（冒犯他人的感受），或聚集一大批吵闹的人群（让人不得安宁）。公共或个人滋扰当然各有不同的法律救济方式。此外，根据普罗瑟（Prosser）所说，除了“都会对他人造成不便”之外，它们其实并不相同。⁶但就是这个共同要件足以使法律的一贯关注以及我们的理论兴趣正当化。

有关滋扰的法律最令人感兴趣的是它不可避免地要处理行为在法律上的权衡问题。无论是制定法律界定公共滋扰行为的立法者，还是在相邻土地所有者之间居中裁定的法庭，都必须衡量相反的考虑。我们已经看到（见第一卷第五章第六部分）在相互冲突使得损害无

可避免的情况下必须进行利益衡量的情况。适用滋扰法律时也要作同样的考虑，各种不同的个人和公共利益彼此相对时，或它们相对于不便、恼怒和“受冒犯的精神状态”之类的非利益时都必须进行权衡。综合看来，滋扰法律为立法者将冒犯原则适用于纷乱的城镇文明提供了一个模式。就个人滋扰而言，情况较刑事滋扰简单，因为仅涉及双方的便利和利益，即感到不便或受到冒犯的一方与因其行为导致诉讼的一方，但即使如此，若间接涉及公共利益，则利益平衡的工作并不比刑事滋扰的情形容易。在侵权案件的司法评议中，权衡是最为核心的内容，正如其往往出现在立法评议而非刑法的条文中。一个颇有影响力的法律指南对此解释道：

实证地看，任何人类活动，除非在旷野中实施，都在某种程度上干扰他人或存在干扰他人的风险，这种干扰从细小的烦扰直至严重的损害。一个显而易见的真理就是，群体中的每个个体都需要承担某种程度的风险以便大家仍可共处。有组织社会的存在有赖于给予和接受、居住和使之居住的原则，因此侵权法并非要在每每有一方对另一方造成不利时就去追究责任或转移损失。仅当损害和风险（或不便和冒犯）较其在该生存环境中本应承受的更为严重且无法补偿时才追究责任。⁹

认定某人的行为是对他人的滋扰仍不足以证明法律强制的必要。我们首先必须认真比较对一方造成的滋扰的大小与另一方行为的合理性，以及“同时共处”的必要性。

在那篇具有哲学意义的侵权法文章中，¹⁰ 威廉·L. 普罗瑟向我们表明，在原告和被告之间进行权衡是一件多么复杂的工作，而公共利益又是怎样无可避免地要进入权衡的范围。在描述了双方各自的不

同因素之后，普罗瑟告诉我们，在一个个人滋扰的案件中，原告所受滋扰的大小（或不便的严重性）取决于：（1）干扰程度、持续的时间及其特点，（2）原告使用其土地的社会价值，以及（3）在无不合理负担或困难的情况下，原告可以在何种程度上采取预防措施以避免滋扰。¹¹ 根据这三个要素即可得出不便的严重性。然后必须将其与被告行为的合理性进行对比，后者则取决于“（1）其最终目的的社会价值，（2）被告的动机（特别是动机是善意的还是恶意的），以及（3）在无不合理负担或困难的情况下，被告若采取合理措施是否可以避免或减少对原告造成的不便”。¹² 最后普罗瑟以“公共大众”的利益把我们大家一起放到天平上——尤其是滋扰行为发生地在其“地方属性”中包含的利益——在那个背景下，“原告和被告对土地的使用行为的合适度”。¹³

就双方的权衡而言，都必须考虑以下不同因素：

（一）不便的严重性取决于

1. 干扰的程度、持续的时间及其特点。“法律不理琐事”，普罗瑟写道，“也不会为弥补所有细小的烦恼而打扰日常生活……因此，被告的建筑物不悦目……或一个暂时泥泞的坑，或偶尔飘过一阵令人
8 不快的臭气或烟雾都不足以构成滋扰”。¹⁴ 反之，持续不散的恶臭或烟雾，以及垃圾恶臭、蟑螂横行的居所对于邻居享有自己的土地而言就是一种滋扰。滋扰法律在处理对滋扰的特别敏感性时与法律处理对损害的特殊敏感是一样的（第一卷第五章第三部分）。因此，“只要干扰是实质性的且不合理的，只要对一般人而言是冒犯性的或不便的，那么任何对财产享有者造成的干扰就是一种滋扰”。¹⁵

2. 原告使用其土地的社会价值。同等情况下，若原告与被告对各自财产的使用存在对抗性，则必须由法庭来作出权衡。如果原告的“使用”是指在夜间入睡，而被告则是享受喧闹的大型晚会，那么，即

使双方都可以主张各自对财产的使用权，但这两种使用的不可调和性将迫使法庭宣布原告的使用更具“价值”。如果原告的使用是举办喧闹的晚会，而被告则是要开动一个嘶鸣的蒸汽炉，或被告是一家医院，救护车总是拉响吵闹的警笛送来夜间急诊，法庭的裁决有时可能会不尽相同。

3. 在没有不恰当的负担或困难的情况下，原告可以在何种程度上采取预防措施避免滋扰。原告无法合理地抱怨，从邻居家偶尔飘来的烟钻进了他的屋子里，因为他可以在烟飘来的时候关上窗户。

（二）被告行为的合理性取决于

1. 最终目的的社会价值。“这世界总是要有工厂、冶炼厂、炼油厂、嘈杂的机器声和爆破声，即使需要付出身处邻近地区的些许不便，为了共同的好处而可以要求原告接受并忍耐些许但非不合理的不快……另外，一座恶臭的水池或一只狂吠的恶犬并不具有什么社会价值，其所造成的哪怕是轻微滋扰也可以获得正当救济。”¹⁶

2. 被告的动机。特别是这动机是善意的还是恶意的：“……若被告的行为完全出于恶意或歹意，如筑起一道篱笆单单就是为了阻挡原告的视野……或者打开厨房的门就是为了让邻居闻到洋葱烹调的气味，¹⁷ 则从社会角度而言他的行为无可辩驳，他应该为滋扰承担责任。”¹⁸

3. 在无不恰当之负担或困难的情况下，被告是否可以采取合理措施避免或减少对原告造成的不便。这是被告方对应于原告方清单上的第三点衡量要素。如果购置控制烟雾排放的设备要花去工厂主几十万美元，那么，一间具有社会价值的工厂排放出中等排量的烟雾也许是可以原谅的。当然，若排放的烟雾已使人不快，工厂就应该花上一些钱进行调控以防止这些不快的产生。

（三）社群或公共利益

这不仅包括被告行为的社会效用以及保护原告财产转售的利益，还是“很多情形下的决定性因素”¹⁹，包括相邻关系的本质以及迄今它所发挥的种种作用。基于自然特点以及偶然因素，不同的区域会渐渐发展为适合某一类特定的活动——商业、工业、农业或居住。其中一些活动因为相互之间的不兼容，以致对土地的使用多多少少有所分隔以防止发生冲突。因此，法庭有时会被要求“决定某个地点的最高用途究竟（已然）为何”。²⁰这样，居住在工业区的房主就不能通过提出个人滋扰诉讼抱怨噪音、灰尘或震动。反过来说，如果一家坐落在主要居民区的工厂产生同等量的噪音、灰尘或震动，就可以被认定是对附近居民的滋扰。

社会哲学家很少论证法律在噪音、灰尘、烟雾、吠犬、交通堵塞方面的控制作用。他们更愿意参与那些有关法律在令人震惊不安的不体面行为、淫秽言论、色情、褻渎、裸体以及诸如此类冒犯情感行为方面的控制作用的古老争论。由这些更令人感兴趣的行为造成的被冒犯的不快状态总体上和滋扰法律所规范的恶意行为一样让人反感。尽管它们并非损害，却是令人生厌的打扰，是对人们注意力的不快牵扯，无论当时造成何种不便，都是一种必须加以约束的干扰。简言之，它们本身都是通常意义上的滋扰。如果它们对屋主（或租户）造成居住上的不便，就应当由侵权法加以调整，通过民事诉讼的赔偿或强制性补偿获得救济。（那样的话，屋主就可以保护自己免受他邻居在自家草坪上的不雅行为或自家围墙上的淫秽标示或色情展示的滋扰。）只有当发生在公开场合并对一般大众造成不便，从而成为某种“公共的”或“一般的”滋扰时，这些情形才会受到刑法的关注。不管是哪种情形，都不应仅仅因为确实对某人或他人造成滋扰或不便，就将干涉冒犯行为的法律正当化，因为这样一来所导致的对自由的大规模干

涉必将杂乱无效。相反，冒犯原则应当通过权衡测试加以调和，正如在滋扰法律中采用的那些测试一样。

三、乘坐巴士

在论证道德合法性问题时，抽象论证的作用是有限的。本章所提及的问题是：是否存在某种人类经验，其本身无害，但却如此地令人不快，以至于我们可以正当地要求法律保护，哪怕以牺牲他人自由为代价。解决问题的最佳方式是一开始就将想象引入论证，尽我们所能地想象最具冒犯性的情形，然后对其进行分类，并在各类情形中找出问题的核心所在。相应地，本部分由若干个描述生动的假想情形组成，要求读者把自己带到故事中，想想看自己在各类情形下将如何反应。在每个故事中，读者都要把自己想象为一辆一般拥挤的公共巴士上的一名乘客，正在去往上班或其他重要约会的途中，若被迫中途下车，不仅要花钱另外乘车，还会因为迟到引致不利后果。即使并非一定要留在巴士上，但在到达目的地前下车终归还是会造成很大的不便。在每个故事中，车上的另一位乘客，或其他乘客依其个性或行为，将对你造成很大冒犯。根据冒犯的原因将故事分为如下六类：

（一）对感官的直接冒犯

故事 1. 坐在你旁边的乘客显然一个多月没有洗澡了，浑身散发出令人无法忍受的恶臭，车上再无其他地方可去，所有的位子都坐满了人。

故事 2. 一位乘客 T 恤的颜色是很不协调的红色和橘色，看上去极为刺目，他坐在你正前方的位子上，你必须低头才能避免看到他。

故事 3. 坐在你旁边的乘客从自己的手提箱中拿出一小块儿写字石板，然后用指甲在上面写写画画，发出的声响让你脊梁发冷、牙关 11

紧咬，你礼貌地请他停止，却遭到拒绝。

故事 4. 车上的一位乘客将他的便携式收音机打开到最大音量。发出的声音或尖利，或呼啸，或低缓，有时则是几乎要刺穿耳膜的摇滚乐。

（二）恶心与嫌恶

故事 5. 和故事 1 的情形类似，不过这位恶臭难闻的乘客还不停地抓挠、流口水、咳嗽、放屁和打嗝。

故事 6. 一群乘客上了巴士，和你坐在同一隔间。他们在腿上铺开桌布，打算吃个野餐，食物包括活的昆虫、鱼头，腌渍的羊、牛、猪的性器官，并用大蒜和洋葱一起焖煮过。他们的餐食让人毫无食欲。

故事 7. 情况越来越糟。这群流动野餐者按照古罗马的方式暴饮暴食，大嚼大咽直至肚皮塞爆，然后呕吐在桌布上。他们那源于古时的习惯真是令人匪夷所思，他们把自己和他人的呕吐物连同其他剩余的食物再一起吃下去。

故事 8. 故事 7 的食粪续篇。

故事 9. 在行程中的某些时间，坐在一边的乘客公开地、若无其事地更换她的卫生巾，并将用过的卫生巾随意丢弃在过道上。

（三）道德、宗教或爱国情感上的刺激

故事 10. 一群哀悼者扛着棺材上了车，和你坐在同一隔间。尽管他们全身黑色，但他们的表现却完全不像在丧礼中。事实上，他们看上去生气多过哀伤，直呼死者为“那个老王八蛋”，或“血糊糊的尸首”。有一阵他们甚至撬开棺材，用小锤子敲打死者的面部。

故事 11. 一个浑身金属条的年轻人上了车，坐在你的正前方，他的 T 恤胸前画着耶稣基督被钉在十字架上的图案。图案下方是一行字：“挺住啊，宝贝！”

故事 12. 一位乘客上车后坐在你身边，手里有一个用美利坚国旗

包住的包袱。包袱里除了其他物品，还有他的午餐，他开始进餐。进餐时他将唾沫吐在国旗的星星图案上，先是用它擦嘴，然后又用它擤鼻涕。之后又用条文图案部分擦鞋。

（四）羞耻、尴尬（包括极度尴尬），以及焦虑

故事 13. 坐在你对面的乘客光着身子。故事的一个版本：对方和你同性。故事的另一个版本：对方是异性。

故事 14. 上一故事中的乘客在座位上安静地手淫。

故事 15. 一男一女，衣衫倒也整齐，坐在你对面的座位。他们开始接吻、拥抱、抚摸，并发出很大的气息和快乐的呻吟。这些行为持续整个行程。

故事 16. 上述故事中的两人在快要达到目的地之前开始互相给对方手淫，并大声向对方发出指示或其他声音。

故事 17. 上一故事的变种。两人最终开始性交，由于拥挤的环境所限而如表演杂技一般。

故事 18. 坐在你对面的年轻人（或男或女）所穿的 T 恤胸前是一个过分渲染的男女交合图案。

故事 19. 上一故事的变种。可以辨认出图案中的男女（按照通常的表现手法）是耶稣和玛丽。

故事 20. 故事 15—17 中的男女作出一系列性虐待的行为，并伴有口头交流（“哦，打得真痛快！再来一次！划伤我吧！当众羞辱我吧！”）。

故事 21. 你对面的座位坐着两个男同性恋者。他们一开始只是相互调情，然后开始接吻、拥抱，最后相互口交并达到高潮。

故事 22. 这次，两位同性恋者都是女性，相互舔阴。

故事 23. 一位带狗的乘客坐在你这边靠过道的位子。他或她一开始通过抚摸等通常方式让狗保持安静，可是，之后拥抱取代抚摸，慢

慢升级到不只是深情蜜意，而是毫无疑问的激起性欲的方式，并最终用嘴接触狗的性器官。

13 （五）恼怒、厌烦、沮丧

故事 24. 邻位的乘客将其便携式收音机压低在合理的音量，听上去不会对感官造成侵扰。节目的内容也没有冒犯性。但一个低水准的“脱口秀”让你感到厌烦不已，而你没办法转移自己的注意力。

故事 25. 你左边的两位乘客自己就在进行着一场令人厌烦的“脱口秀”，他们那愚蠢对话中的每一个词都是那样活灵活现，以至于你根本无法想想自己的事情，或者哪怕出一会儿神。

故事 26. 你旁边的乘客是个友好的家伙，他喋喋不休且热情过分。你很快就厌倦了和他的交谈，希望自己看会儿报纸，但他坚持继续聊天，尽管你一再请求中止谈话。车子很满，没有其他空位。

（六）恐惧、怨愤、羞耻、恼怒（来自威胁、侮辱、嘲笑、藐视、讥讽）

故事 27. 坐在你旁边的乘客从自己的军用工具箱里拿出一个“手榴弹”（实际上是仿真玩具），在行程中一边抚弄，一边在空中抛接，同时用挑衅的目光睥睨四周，并发出哼哼声。然后，他又拿出一把（橡皮）刀不断地“戳”向自己和其他人，并发出阵阵狂笑。他其实并未造成损害，只不过想吓唬吓唬大家。

故事 28. 坐在你旁边的乘客臂上缠着黑色的绷带，上面是一个巨大的白色卐字图案。

故事 29. 一名乘客从一场被驱散的街头集会中过来上车，他手里拿着一面横幅，上面是一幅关于教皇的巨大讽刺漫画，以及反天主教的口号（而你是一名忠实虔诚的天主教徒）。

故事 30. 上述故事的变种。根据一些标准的冒犯性原型（如汤姆叔叔）看来，横幅上是一个黑人的图案，并附有侮辱性的标题；或

者是具有讽刺性的、扭捏作态、鹰钩鼻的费金或夏洛克的图案，并附有恶言恶语的反犹太标语；或者具有同等冒犯性的咒骂挖苦“西班牙佬”、“意大利佬”、“波兰佬”的称呼等。

故事 31. 再一个变种。一个反示威者从一个女权主义者集会过来上车。他扛着一个横幅，上面是一个女性的讽刺漫画并伴有一行巨大的红色标语：“让婊子们光着脚挺着大肚子”。

四、“冒犯”的模式和含义

我想通过这些令人毛骨悚然的故事说明几个不同的观点：至少 14
有六种相互区别的冒犯状态是由他人的可责行为引起的；经受如此遭遇，至少就极端情形而言，是一种罪恶；但对普通人（如读者）而言，这种经历虽令人不快，但并未引起或构成损害。重要的是，读者必须把自己放在巴士上，想象自己可能的反应，因为泛泛的争论无法反过来说服读者，这种代入的经验本质上就是可以通过法律合法防止的某种状态。

当我将自己带入巴士上的这些情形时，我认为最不令人不安的经历是那个规规矩矩的裸体乘客（故事 13）。无须多说，我本人从未在公共巴士上看到过裸体者，所以无法确定我将如何反应。但我知道看到一个裸体者并不会给一般人造成任何损害，仅就其本身作为“令人不安的经验”而言，我们避开就是了，比如，眼睛望向别处，或者自己发会儿呆。但我怀疑我会因为一个裸体者而产生任何困扰（出于一些急需检验的理由——参见下文，第 17 页以下），可能有些不大沉得住气的人在这种情况下会产生某种自我思绪的波动，正如我和读者可能会在其他故事中出现的反应一样。

“对感官的直接冒犯”的例子均为由声音、颜色、气味，而非任何

- 象征性符号或物体造成的极度不快。故事 2 中的 T 恤衫“冒犯了眼睛”，不是因为它是一件 T 恤衫，也不是因为它象征性地指向或暗示任何 T 恤衫的代表物或其他物体。与其说这是某种直接困扰视觉认识的介质，不如说是一种对装束的感官经验，正是这一点将对感官的直接冒犯与对感觉的冲击区分开来。作为我们心理上的一个附带事实和共识是，对于我们当中的绝大多数人来说，感觉上的伤害较直接对感官的冒犯会对我们的情感造成更大困扰，不过这一事实并不意味着未违反任何自然法。故事 3（用指甲刮擦石板）就是为了说明对感官的冒犯可以达到如此严重的程度，以致几乎让人无法忍受，即使这一冒犯并不涉及认知内容（进而达致感觉）。另外，故事 1（一位乘客的恶臭）似乎在某种程度上受到我们对某个不洗澡的人的认识，以及
- 15 因此这种认识产生的剧烈反应的影响。例如，气味本身完全相同，但对于各人的鼻子可能造成的冒犯却不尽相同。事实上，嗅觉不适（可能超过其他感官上的不舒服）很难区分信仰或感觉。新鲜烤出的乳酪通心粉其实和呕吐物的气味几无二致，但经由认识过程后，只有后者，而非前者，才是冒犯性的。可是，一盒臭鸡蛋，不管它就是作为臭鸡蛋，还是作为某个特别人士的所有物，闻起来都一样臭。没人认为高浓度的二氧化硫或是臭鼬的气味很好闻，这恐怕是一个超文化的客观事实。这些例子表明，对嗅觉器官的某些冒犯受认识上的影响较其他情况小一些。

第（一）组故事还暗示了一个事实，冒犯性的声音和气味比直接冒犯的形状或色彩更能达到某种强度上的极致。视觉冒犯除了更易避免（闭上眼睛比关闭鼻子或耳朵要容易得多）之外，比起其他感官来说，视觉没那么容易受到冒犯，这个纯粹的神经系统的事实显然对于采用冒犯原则的立法者在为适用滋扰法律而进行权衡测试时具有一定的影响。所谓“不顺眼”往往不会像令人厌恶的臭味或吵闹的噪音

那样造成很大的冒犯。

第(二)组故事带来的恶心和嫌恶,与单纯感官上的冒犯有两点重要区别。首先,他们对于被冒犯者的影响或许并不总是十分强烈,也不那么个人化,但却更深刻。实际上,“恶心”(disgust)一词的词形变化(源于“味道糟糕”的拉丁语)暗示了它所描述的情形更关乎消化道,而非感觉器官。《韦氏新国际辞典》(*Webster's New International Dictionary*)对该词的第一个定义似乎抓住了它的某种原义:“表示对食物,或对某道菜或食品的厌恶或强烈反感……”第二个定义则更宽泛,“恶心”是指“面对某种味道极其糟糕或令人厌恶的事物(任何事物)暴露在外而激起的”一种极度不安的情绪反应,例如,看到病人溃烂的伤口。无论是何种令人恶心的物体,“恶心”与其同义词“反胃”(如此恶心以至于生理上产生的反应如同胃部被翻搅)以及“作呕”(比较强烈的恶心,意指恶心想吐)仅存在程度上的区别。“恶心”本身严格说来是指精神上 and 身体上的一种不快状态,可能还处于实质损害下限的下方,而在很多情况下,反胃或作呕的状态则往往穿越了这个下限。

其次,恶心——与感官冒犯不同——总是以认识或信仰作为反应的中介。当观者看到故事6—8中那些流浪的野餐者大嚼他们那不寻常的“食物”时,搅动其胃部的并非这些作为食物的物体的颜色、形状、触感、声音——甚至也不是它们的气味(当然,仅有这些即足以造成感觉上的冒犯),而是看到这些物体,活昆虫、鼻涕虫、性器官、排泄物、呕吐物等竟然成为食物。如果观者误以为这些野餐者不过是在吃茄子、通心粉和奶酪、甜面包,他可能还是会感到一些不适,但恐怕不会达到恶心或者难受到想吐的程度。恶心更是一种感觉上的、而非感官上的被冒犯的状态,后者是指观者因目击某种物体或事件感到痛苦而形成的对冒犯状态的敏感性,因为他们的认知已将这些物体

16

或事件定位为某类物体。

与第（三）组故事中的道德、宗教及爱国情感比较而言，第（二）组故事中被冒犯的感受可称之为“低级感受”。看到某人在吃一条黏糊糊的蠕动的活鼻涕虫，哪怕仅仅是我们认为看到的场景就是如此，那么，出于对美食的感知特点，这种认知足以让我们感到恶心，并不需要我们认同某个道德规则，甚至某种特定的道德确信，即吃鼻涕虫是残忍的、罪恶的或者是变态的。事情的结果所形成的这种恶心是先于理性的、无须论证的。要通过冒犯高级感受造成恶心还需要额外的步骤。当我们看到一个金属风的年轻人蛮横地推开一位老太太去抢坐车上最后一个空位时，我们的经验所感知的东西包括年轻人、老太太、推和座位，这些让我们想起某个道德规则要求这类人应当实施的适当行为。于是，因为这家伙违反了规则，我们感到恶心。同样地，某人恶意亵渎十字架的景象冒犯了宗教情感，并非仅仅因为那被亵渎的物体只被认作一个十字形状の木架，而是因为这形状在传统上的象征意义，作为指向这物体所象征的某种宗教确信、承诺和情感的综合体。²¹

第（四）组故事中那些不雅性行为的例子包括某些极度偏离我们一般认同的“常态”标准的情形（故事 20—23），但也包括一些产生性愉悦的行为方式，这些行为方式如果私下实施是再正常不过的（故事 14—17），还包括至少这世上几乎人人都在私下参与其中的寻常状态¹⁷（故事 13）。为什么后两类的情形也让人感到不安呢？为什么行为本身可以接受，但一旦公开实施就变得“不雅”呢？这些情形与第（二）组故事中令人恶心的进食不同。它们看上去甚至更像是在公共场合“正常进食”，如在巴士上自己或和朋友一起吃花生或三明治，这些行为一般而言并非羞耻、尴尬或不雅的举动，但却恰恰违反了规范礼仪。

当然，我们的文化对于性愉悦远较对其他“无害”的愉悦要更加

紧张，鉴于过去性行为中包含的危险和危害结果——疾病、个人剥削和意外怀孕等——以及与性禁忌相联系的财产转移规则、合法性、婚姻等等相互之间错综复杂的联系，这种情况很容易理解。随着避孕技术的提高减少了疾病和意外怀孕的发生，在公开论坛中毫不避讳地谈论性方面的主题已经更加普遍化，也许我们这种过分的焦虑和敏感将来某一天会慢慢消退。尽管这方面的态度渐已宽松，但那一天似乎仍然遥不可及。

因为看到有人在公众场合裸露身体或实施性行为而感到不安是一个复杂的心理学现象，这个现象很难解释，不仅因为个体本身存在广泛不同，还因为其中涉及众多心理要素，且这些心理要素以多种可能的方式组合。首先，裸体和性交与其他形式的滋扰一样，对于注意力有着很强的吸引力，吸引着并不情愿的观者，无论他本来想着要如何。这类情形通过人的认知领域吸引其注意；无论人们在想着什么或是做着什么，它都会分散人们的注意力。其次，至少对于很多人来说，要处理的问题虽然并非无法克服，但也有些困难，这是一种令人不快的压力。要部分地解释，仅仅是部分地解释这一不快，当然是因为较一般行为来说，裸体和性交对于吸引眼球和注意力有着某种令人难以抗拒的力量。实际上，即使毫无诱因，我们当中的很多人也会花费很多时间和精力在性幻想和压抑性欲上。内在的欲望和文化禁忌之间尚未解决的冲突让很多人处于一种不稳定的非平衡状态，随时都会因为认知领域内的任何一种性暗示而以一种矛盾的方式陷入意乱情迷。看到或感受到的全部诱惑会激起人的性欲，比如看色情电影时；但窥淫的诱惑旋即触发了为人熟知的抑制和惩罚机制，并表现为羞耻感。“被冒犯状态”的主要基础在于吸引力和抑制力之间的冲突，在全部幻想的抗拒心理中，这是一个迅速从激动到难过再到焦虑的综合制造过程。当面对的不仅仅是裸体，而是真实的性行为时，即使只是“正

常”的那种，至少也会引发内心的激荡，或者仅仅自我裸露也会因自我“特别敏感、细致、脆弱”的一面而形成所谓“羞耻感”。²²如果某人未能准备好自我辩护，如“人们的感情不愿意暴露在他人面前……我们……刚好不知道，真傻”，²³则对于某些较未开化的人来说，这个结果是一种心理学上的震动；而我们当中那些更会处理自己感受的人则可能对这些行为表示愤慨，认为这是一种令人恼怒的困扰、一桩令人生厌的事，和其他那些滋扰差不多。

一些学者对因他人的公然裸露或公开性行为而产生所谓“羞愧感”的争论表示怀疑。迈克尔·贝尔斯对于事物的描述方式提出了有效的挑战：

很难理解为何公开裸露却会侵犯他人的隐私，或引起他人的尴尬情绪。所谓隐私当然只能是那个裸露者的隐私，但没人侵犯那个隐私。因为某件事情而感到羞耻的人必定与之存在某种联系，或为之承担责任。某人可能会因朋友的行为而感到羞耻，因为他可能要为朋友的行为承担各种责任，或者认为自己应当对朋友的为人负责……²⁴

羞耻，从相关意义上说，就是“一种因认为自己的行为或处境，或与自己密切联系的个人或群体的行为或处境包含罪恶、短处或不当的潜意识而导致的痛苦情绪”。²⁵因此，很难理解为什么观者对于他人在巴士上的裸露或性交行为所感到的痛苦情况会是羞耻，因为他本人行为并无不当或不雅。如果裸体乘客或性交的爱侣是他在异国的同乡，或是他的孩子，朋友，或是商业伙伴，他可能会为他们感到羞耻，但在我们前述假想故事中，实施冒犯行为的人完全是陌生人，被冒犯的观者也身处本国。

当然,无论如何,对于被冒犯者的反应的确可以很自然地用“羞耻”来描述。毕竟,裸体或“不雅”带来的出人意料的惊吓会让观者一阵脸红,这可以看作是强烈的自我意识与“羞耻、谦逊或困惑”的综合表征。²⁶那么,对他人不当行为的何种反应方属羞愧难当呢?这个问题至少有两个答案。首先,“本人的罪恶、短处或不当”作为羞耻的对象,可能是某人对冒犯性经历的自发反应,突然的失控,旋即恢复常态,在坚强的自控力下恢复正常脉搏。人们产生某种反应,马上又为这种反应感到羞愧。其次,人们产生的羞愧或尴尬可能与贝尔斯所陈述的形式不同。贝尔斯所说的那些情形中某人感到羞耻是因为他人与他有密切联系,或要为其承担责任。易言之,在那些情形下,他人的羞耻“散落”在他身上。但在另外一些情形中,陌生人的不当或愚蠢行为也可以引发观者的羞耻或尴尬。在这些情形中,观者因自身的敏感或想象而对另一方自然产生的某种同情认知,并因此而为另一方感到羞耻或尴尬。在这些情形中,观者所感受到的羞耻即使换一种情境也仍会出现。这种痛苦情绪往往非常复杂,包含了个人的或其他种类的羞耻元素。

19

有时被冒犯的精神状态更加复杂。当观者不仅从自身位置,而且从行为人的角度考量这令人尴尬的境遇,他会认为,无论他们如何看待这情形,他自己的存在就是影响他们隐私的不和谐的外来因素。他的在场就是令对方蒙羞的一部分原因,更让他备受折磨的是,既然他们并不知道也不关心自身在公共场合的不体面,他们的自尊也会在他看来早已消失。不情愿观者的痛苦情绪中还可能包含一个独立要素,就是一种被眼前场景威胁的感觉,或者是那位不受拘束的行为者,或者是这个人自己被搅动的感觉可能出现失控。这样,这人焦躁起来,唯恐表露自己的真实感觉会随时败坏自己的名声或使自己陷入尴尬。另一要素则是对整个场景的回应,包括行为人和观者,而非仅仅行为

人自己。对于观者来说看起来不雅的可能不单只是冒犯者在那儿裸露身体或勃起，而是他们或坐或卧地暴露在众人面前（参见第九章第五部分关于“淫秽场景”的内容）。淫秽不仅在于观察的对象物，实际上还在于众人都在观看，“集体”经历某种自己不愿承认的感受。观者想到可能被观众中的其他人视为场景的一部分而感到尴尬，同时也为他们感到尴尬。由此，被冒犯的观者的复杂情绪的最后一个要素就是：一种近乎困惑的感觉紊乱。

20 变态性行为的故事（故事 20—23）就是公共行为在有旁观者时更惹人生厌的例子。这些场景引发的痛苦感受包括两个因素，这两个因素在同等程度的裸体或正常性行为中很少存在：（1）有人围观令人即刻感受到的强烈威胁性；（2）“低级感受”受到震撼，恶心感与其他痛苦要素混杂在一起油然而生。威胁感的要义在男同性恋的例子中可以得到最好的展示。这个主题带来的一般紧张感有如最离经叛道的色情影片中所表现的一样。例如，著名的电影《与上帝同在》（*Emmanuelle*）中有很多女性同性恋的场景（尽管并未逼真展示），这些场景特别是为了引逗此类影片那以男性为主体的庞大观众群的。但这并不能成为很多男性憎恶和诅咒并感到恐惧的男同性恋行为的暗示。同性性行为不仅违反我们的文化禁忌，而且会威胁到异性恋的“自我理想”。在异性恋看来，同性恋几乎就是一种耻辱或笑柄，这种特别的行为并非真正男人所为。对于同性恋的仇恨成了众多男性内心自我认知的心理城堡的一部分。这种恶心的感受在关于兽奸的故事 23 中展示的很清楚，对于我们当中的大多数人来说，即使是第（二）组故事中大嚼内脏的野餐者也不及这个行为更恶心。

讨论完对感觉的冲击，要转回头去看看第（五）组故事中那些似乎无足轻重的冒犯，事实上，枯燥的无线电节目和无聊的对话从某种程度上说几乎是我们日常生活中必须忍受的一部分。不过，若达到极

端程度，也会像听到指甲刮擦石板或目击同性恋行为那样给我们带来令人难以忍受的极度不安的精神状态。单调有时被认为就是百无聊赖或厌倦，令独处的人无所事事的状态。这种状态十分令人不快，但并无任何剧烈或尖锐之所在，亦不必定是他人造成的某种“冒犯”。若某人被强拉去参与一个“单调的鸡尾酒会”或一场“单调的讨论”，那么，所造成的不快可能非常强烈、非常具有穿透力，这种“单调”甚至能够在其紧握的“猎物”身上打出“眼儿”来。单调持久且乏味，它就是能抓住你的注意力，让你无处可逃。如此造成的被冒犯状态来自另一种强烈的内在冲突：人们无望地挣扎，绞尽脑汁想出借口和其他让自己分神的事情来逃避，但当面对强烈的无聊事物紧紧抓住你的注意力时，清晰思考已经是不可能的了。如果不粗暴打断，根本无法逃脱，人们因此陷入沮丧和令人恼怒的厌烦当中。这时，人们就会“被令人恼怒的厌烦击倒”。但如果他们（故事 24 及 25）并不试图吸引你的注意力，或故事 26 中喋喋不休的说话者最后应你的礼貌要求安静下来，那么，公共汽车上这些令人生厌的人物倒也不至于那么糟糕。但如若令人生厌的乘客一个劲儿地牵扯你的注意力，那么，他们的行为就像其他故事中那些令人恶心、震惊、尴尬或惊恐的乘客一样，成为某种冒犯，虽然程度可能要轻些。

第（六）组故事中的乘客造成的是群体性侮辱，其中，轻蔑的模仿，通过展示冒犯性的标示和符号故意地逗弄和奚落，可能是被侮辱群体的成员最感困扰的行为，甚至对群体之外的人来说也是令人作呕的。和其他故事一样，这些例子中，人们需要平复被激起的不安情绪，但和其他故事不同的是，这些故事中被激起的情绪是最难平复的，突然产生的强烈愤怒，夹杂着焦虑的恐惧，以及受到羞辱、“名誉”扫地的感觉。此外，一旦燃起这种情绪，羞耻和忧虑随之而来，并伴随无望的压抑感。然而，冒犯性的符号仍处于其视觉范围内，还在那里嘲

笑并威胁着，如其他故事中那些令人生厌的道具一样，纠缠不休地吸引他的注意力。此时，袭来的羞耻感又成为一种新的焦虑：害怕自己失控而贻笑大方。这些相互冲突的元素让人找不到方向，最终陷入困惑。尽管有关“挑衅性字眼”的法理允许各州禁止“人身攻击的侮辱性称谓……它们可能挑起暴力反应”，²⁷ 但也不大可能通过法律允许人们在受到人身侮辱时将其视为一种挑战，并将其愤怒转化为以牙还牙的报复，更不会允许因看到他人裸体或不雅行为而激起性兴奋的人在对方身上发泄性欲。但，要将这激情压抑下去和解决承受耻辱、恶心、恶臭或其他令人不快让人不安的情绪一样令人困扰，即使这并未造成损害。（见第九章第七部分）

在此要明确一点，尽管不同的“被冒犯状态”特点各不相同，但它们有着某些共同的重要特征。它们都处于被冒犯者承受不快的下限，尽管不快的模式各不相同。除其中一些是对感官的刺激外，其他
22 均为由相互冲突元素之间的紧张关系形成的复杂不快状态。同时，从立法的角度来看，最重要的是它们都是滋扰行为，由于在特定的空间内无处可逃，人们无法享受工作或悠闲。在极端情形中，冒犯行为因强行拉扯人们的注意力而令人极其不安时，会迫使人们失去自我控制，停下手头的事情，集中精力对付眼前的冒犯。

五、冒犯与隐私的关系

巴士上这些具有冒犯性的人若有所冒犯，则其以何种方式侵犯了其他同车乘客的隐私呢？按通常的理解，“隐私”一词的意思还是很清楚的，但因法庭和立法者的过多使用却造成了与日俱增的混乱与矛盾。作为一个法律词汇，“隐私”进入美国法不足一个世纪。它首次出现在侵权法中时，是为了保护个人的姓名和肖像免受不当的商业

使用，之后才逐步延伸到保护个人免受尴尬展示，或被曝光其非主流信仰等；更重要的是，保护其个人事务免受电话监听、电子监控、跟踪、偷窥等非法干涉。个人免受此类恶行侵犯的道德权利是自然权利，此类恶行亦是自然罪恶。这些权利在“隐私权”一词被发明或被发现之前，虽然并未得到普通法的充分保护，但它们具有的某种不可约的多相特征，却已经通过一个不太精确的词组统一表达为“独处的权利”。

在这个大标题下，“隐私”一词很快被更广泛地用于表示其他种类的法律保护。先前所说的用以保护特定关系的保密的权利现在被视为隐私的一个特殊类型。²⁸在侵权法中，隐私权现已不仅指不为他人所知的权利，还指避免“看到或听到他人所为”的权利，²⁹显然，从根本上说，“正如看到一个偷听者或偷窥者，后者就是面对一个聒噪的不速之客时产生的反感”。³⁰在宪法中，最高法院逐渐确立了一系列对隐私的“默示权利”，以对抗政府通过法律设置限制，包括因禁止向包括夫妇在内的人出售避孕品的州立法而被侵犯的婚姻隐私权。³¹（参见下文，第三卷第九章第八部分）“隐私”一词日渐适用 23 用于各式各样的权利集合不免让很多评论家担心，这个词变得如此具有弹性及扩张性，使得相关的法律分析变得模糊起来。“因为各议题的中心迥异”，保罗·弗罗因德（Paul Freund）写道，“作为一个法律词汇，‘隐私’一词未免太贪心了”。³²

不过，很多或几乎所有关于隐私概念的法律用法都可以被纳入一两类同族的含义。伊丽莎白·比尔兹利（Elizabeth Beardsley）很好地阐明了其中的分别：“[对隐私的]非法侵犯主要可以分为两类：A 限制 B 对自己是否实施 X 或经历 E 作出决定的能力；A 知悉或披露其本不愿知悉或披露的有关 B 的信息。”³³比尔兹利将第一类的隐私权标示为自治权，后一类情形中受到侵犯的隐私权标示为选择披露

权。在窗口偷窥，秘密跟踪或拍摄，无线电追踪，发表私密谈话，截取信件，偷拍等等，所有这些都侵犯了个人隐私，因为它们侵犯了人们所享有的未经个人同意不被观察或知悉的权利。公车上的乘客并未对同车乘客实施这一类的冒犯，因此我们可以将对隐私的这种理解放在一边。令人生厌的噪音强行干扰他人是一种典型的对自治意义上的隐私的侵犯，它限制了人们就自己“是否实施 X 或是否经历 E”作出决定。“作为摆在眼前的事实，噪音夺去了人们在噪音与安静之间，或在一种声音与另一种声音之间作出切实选择的能力。”³⁴ 无论是聒噪，还是令人恶心、震惊、尴尬、无聊、感到威胁及愤怒的行为，冒犯性的乘客们显然的确侵犯了其邻座们自治意义上的隐私，因为无论是哪一种情形，它们都剥夺了不情愿的看客决定自己是否经历此情此景的能力。此外，如果有的选择，没有乘客会选择经历眼前这些令人不安的情景。每个乘客都得在整个行程中与因外在情景引发的内心感受做斗争，其实如果有其他事情做的话，他们更愿意做那些事。因为他人在某种程度上迫使其经历此情此景，除此之外别无选择，这些倒霉的乘客的自治权也就遭到侵犯（假定个人自治范围的界限并未因进入公共领域而缩小为一个几近消失的点）。

24 我们同意比尔兹利所说的“选择性披露”与“自治”是两类互不相同但被统称为“隐私”的东西，同时我们也坚信二者具有共同性，从而说明为何“隐私”一词总是在此两者意义上使用。简言之，它们是同属“隐私”下的两个种类，而非“隐私”一词的两个互不相同的含义。作为词源的“隐私”的根概念是指受到特别保护的领域，在此领域中，个人有着排他的权力决定他人能否进入，若可进入，则在何种条件下，何时进入及进入多久。（参见第三卷第十九章，第一、八部分）在这个领域中，个人就是——你可以自己挑一个比喻——老板、统治者、主人。这个领域不仅包括他的土地和他所拥有的建筑物，还

包括他与配偶、律师、神甫的关系及其精神状态或“内心世界”。若他人未经其同意而知悉且 / 或披露了这些秘密内容,就侵犯了他对自己“内在所有物”的正当控制,因为只有他本人才有权决定让别人知道什么,或者是让谁知道。他的愿望对自己具有无上的统治权。当他人未经其同意即以声音、形状、事务等入侵到他的“领地”,就侵犯了他的自治权或自主权,在那个特别的领域里,只有他本人才有权决定他要去经历什么,因为这是他控制范围内的事物。³⁵ 明明是他的自治范围,却被迫去听响亮刺耳的声音、被迫去看令人作呕的行为,正如财产权受到侵犯那样³⁶,他被“私下的滋扰行为”侵犯了。立法上碰到的有关何种冒犯行为方为犯罪行为的问题实际上就是个人隐私或自治的界限在何处的问题。描述滋扰行为的前一种方式自然就是权衡(冒犯行为的独立价值和合理性与冒犯行为导致结果的严重性相对),后一种方式则须在不同的个人隐私领域之间,以及个人与公共领域之间划定界限。虽然比喻的方式不同,但解释的模式却是一样的。

一、权衡：冒犯的严重程度

刑法中纳入“仅仅”是冒犯而无损害或危险的行为是否正当的问题终将归结到上述示例的内在作用力上，这些示例中有很多都尽可能被无情且惟妙惟肖地描述为极端情形。冒犯所带来的不快经验及其导致的羞恼不安都是恶的，尽管不像损害那样恶。与其他的恶不同，冒犯和损害都是对人的恶。它们都有明确的被害人，这些被害人都会产生愤恨，并且有权就自己受到的不当对待向特定的不法行为人提出诉求。（与“无人怨愤的恶”比较，见第四卷第二十八章）在我看来，这些事实包含了我们所能找到的最好理由，以支持法律干涉的正当性，尽管在某种情形中，甚至在所有情形中都存在更有力的抵消性理由。

当然，有充分的理由表明，我们在适用冒犯原则时必须十分谨慎。人们认为冒犯行为——完全自然的冒犯——是有用的，甚或是必要的行为，无论是商业广告还是空洞的聊天。并且，各种各样狭隘的偏见（例如，反对异族通婚的夫妇在镇子的主要街道上手牵手地散步）

也会让观者对完全合法的行为感到恶心或震惊,甚至“道德上”的排斥。我们当然不愿让这些毫无理由的反感凌驾于合法的冒犯行为之上。26 正是由于这些诸如此类的理由,冒犯原则必须限制在一个精确的范围内,并且通过适当的标准和调和准则进行补充,从而避免让大量不正当的法律干涉一拥而入。

至此,在我们看来,冒犯原则就是要解决有关当公共行为对他人造成冒犯时,是否允许该行为的问题。当然,还要与对另一方的相关考量进行权衡,而事实上,总是有另一方,也就是实施冒犯行为一方的利益需要考虑。因此,尽心尽责的立法者在考量禁止冒犯行为时,总是无法避免必须在相互冲突的考虑之间进行权衡,就像他们在适用损害原则时必须进行损害权衡那样。按照滋扰法律的模式,他们将不得不按主要类别和各种冒犯情形,在冒犯的严重性与冒犯行为的合理性之间进行权衡。冒犯的严重性主要由以下要素决定:(1)冒犯所造成的反感情绪的强度和持久性,及其作为该行为展示或实施于陌生人前可能引起的一般反应的可预测性(如果行为仅对那些有着异常敏感性的人具有冒犯性时,则该行为就不是非常具有冒犯性);(2)观者避开此冒犯场景的难易程度;(3)观者是否自愿接受被冒犯的风险,或者因其好奇心,或者因其对愉悦感的预测。(“愿者不受害”[Volenti non fit injuria]法谚同样适用于冒犯原则)我们可以参考这些标准,按顺序即为“冒犯程度标准”、“合理避开标准”,以及“同意标准”。

这些要素作为一个整体所对抗的冒犯行为的合理性则取决于(1)对行为人本人的重要性及其一般社会价值,记着,自由表达总是有着各种社会意义(若行为为某种表达);(2)行为时间地点的改变,其冒犯性是否相对减弱;(3)若造成冒犯,则该冒犯存在何种程度的卑劣动机。此外,立法者还要调查各类社区的先在特点,考虑在该行

为较为普遍的地区设定合法区域，这样人们就不会因为偶遇此景而吓一跳。

27 权衡的度量比喻手法特别有用，它使我们有望将众多考量因素设定某种程度上的变化（“重量”的变化）。这样，我们就不必冒险将变量视为绝对的定量，当这些变量处于特定刻度时对于指示立法决定即为必要或充分条件。进而言之，我们可以表明的无非是，冒犯（若有）的范围越广，造成该冒犯的行为被禁止的必要性越强，用以抵消的另一方考虑的分量也要更大。但我们不能认为，若仅当预计有超过50%，或75%，或99%，或100%的观者对行为产生被冒犯的反应，就可以依据冒犯原则对该行为正当地予以禁止。再强调一次，我们有权认定的只是，比率越高，被禁止的必要性就越强。¹

当然，冒犯的严重程度直接随其引起正常观者被冒犯状态，或合理引起的其他心理状态的强度的变化而变化。小小的恼怒并无大碍。因此，经合理调和后的冒犯原则根本不会禁止对流行品味的稍稍偏离，如男人留长发，女人剪平头。同样，冒犯的严重程度也直接随其实际“标准”持续时间的变化而变化。行为引起的如果仅仅是瞬间的恼怒，即使有片刻的强度，在权衡时也不会起什么作用，可能因此被忽略不计，因为无论是对被冒犯者，还是对一般社会大众，均无补偿的必要。

因某种行为而被冒犯的合理人数是我们要解决的第一个问题。很多公共行为对一些观者造成极度持久的冒犯，但对其他人却毫无影响。实际上，可能没有哪种行为不对他人造成冒犯。在其他条件同等情形下，如果越多的人会被冒犯，则予以法律禁止的必要性就越强。不过，“其他情形”很少会完全相同。重要的是应当记住，某种有价值的，或者至少是合法的行为也可能会冒犯到很多人，甚至可能是全部人口的大多数人，或者某些特定地域的绝大多数人。在闭塞的南部小

镇的主要街道上，异族通婚的夫妇手牵手散步也许还是会让碰上的白种路人感到震惊，甚至羞耻、恶心，但我们肯定不希望冒犯原则被用于禁止这类行为。

在前文论及本主题时²，我正是在这一点上因为忘记度量分析、急于借助我所谓的“统一标准”的绝对调和准则而陷入困境。如果需要
28 一个理由反对将异族夫妇牵手等行为犯罪化，我所要做的就是找到所要禁止行为的合理性、个人重要性、独立社会价值（尽管对大部分观者造成冒犯）、作为个人表达的性质、无其他合理替代行为、冒犯的易避免性以及其他具有决定性的要素，并把它们放在权衡的天平上。如此，若行为强烈冒犯了众多观者，我承认，这是禁止相关行为的一个依据，但却是一个可能在决定关头被其他因素超越的依据。易言之，我认为有充分的理由对“冒犯程度”采用严格标准，即“为使对冒犯行为（引起不安、尴尬、羞耻等）的法律强制正当，则应以随机被选取者最可能产生的反应为依据，并将全体居民作为挑选对象，而不是仅仅挑选某个特定区域、特定派系或党团的成员”。³我要颇为自得地指出，其实，恐怕只有裸体行为距此标准相去不远，这个“统一标准”尽管可能阻止立法者宣布在公车上实施食粪、虐尸、手淫、性交等行为为非法，但并不能够阻止将异族夫妇在一切可能的场合外出散步的行为宣布为非法，除非是在那些几乎人人都视之为极具冒犯性场景的区域。无论男女老少，无论自由主义者还是保守主义者，无论是南方人还是北方人，甚至无论是白人还是黑人，反应都必须完全相同。我想，要满足这样的条件，自由主义者大可高枕无忧。

然而，我刚在教条主义上打了个盹，很快就被将此统一标准适用于第（六）组故事——以滥用的、嘲弄的、侮辱性语言攻击特定人群，尤其是伦理、种族或宗教群体——时造成的自由主义噩梦惊醒。公开焚烧十字架，展示卐字饰（象征性地暗示屠杀或种族灭绝），在

公共媒体上说那些侮辱美国人道德体面的“笑话”，公开展示教皇讽刺画的巨型横幅，⁴等等，这些行为不仅对特定群体具有极大的冒犯性，对富有同情心的局外人来说同样是具有冒犯性的。但还是有很多人将对此无动于衷，甚至更多的人会暗自赞同。因此，以统一标准调和的冒犯原则并不能正当地禁止此类言行。为了防止发生这一不幸后果（我是这么想的），我建议对统一标准本身专门进行补充，即对于包含滥用的、嘲弄的、侮辱性的行为等特定冒犯，若它们必定会使受它侮辱的人感到不快、震惊、生气或恼怒，则冒犯原则可以适用于此，即使该行为并未冒犯所有的人。立法者应该保护那些易受冒犯的人们，即使他们是少数人，或者说得更确切些，正因为他们是少数人。⁵

正如绝大多数在仓促之间特地进行的修补工作那样，上述修补反而给这个理论带来更大的麻烦。我一开始打算做的是要找到某个依据，将巴士上一些更耸人听闻的恶劣行为与类似异族夫妇牵手散步的行为区分开来，尽管后者有时确实会引起特定观者的强烈反感。我认为我已经找到了冒犯在程度和强度上可预测的区别。事实上，这只是区别之一。当然，可以预期的是，食粪（比方说）引起的不安反应远比异族通婚更为普遍（在我们的文化中），对于后者，我们作为一个整体根本不会视之为冒犯，至少这是大多数人的反应。我不是只看事情的一面，但也没必要只在一处纠缠，因为我同样看到需要权衡的另一面，即冒犯行为的合理性以及冒犯的强度。有很多理由站在异族夫妇行为一边：这行为是合乎情理的、体现个人价值的、情深意长的、发自内心的、自然的、不可替代的，并且，它所引起的冒犯很容易避开。而巴士上的那些行为根本站不住脚！因此，即便两种情形引起的冒犯程度相同（其实根本不可能），衡量的砝码仍会大相径庭。

对另一个问题，我已经做过解释，即为什么往往还是要禁止那些

类似异族通婚的冒犯行为，这些行为所引起的冒犯程度并不高，实际上远不到“普遍”的程度，甚至不算是大多数人的反应。有两个互补的解决方案原先是有效的，两个方案都倾向于我之前采用的专门修补方案。首先，在权衡时可以看看其他作为补偿考虑的要素，若冒犯程度要素减弱，则其他要素的重要性就会加码；其次，不妨再次说明冒犯程度标准的含义，由此说明对个人的侮辱以及对某个少数群体的侮辱所包含的冒犯性可能比我们认为的更具普遍性。先说第一个方案。考虑到巴士上被种族歧视标语极大冒犯的无辜黑人的困境，或是被卐字饰勾起往日同胞惨遭屠杀记忆的犹太人的困境，尽管可能引起的冒犯程度并不太大（不如公共涂抹、食粪等行为那么强烈），但另一个重要因素可以进行补偿。例如，若冒犯的强度不够，则其尖利、险恶的锐度可以补偿其强度。事实上，在一定界限内，冒犯的强度可以随被冒犯人数的变化而变化。因此，写有“所有的美国人都是猪”的条幅，就在某种程度上冒犯了绝大多数的美国人，但几乎不会产生极其强烈的冒犯；而若条幅上写的是“所有的美国黑人都是猪”，则被冒犯的人数虽然减少，但被冒犯的强度却大得多了。如果约翰·史密斯是车上唯一的黑人，看到这条幅后，他当然会感到震惊且遭到侮辱。如果条幅上只是写着“约翰·史密斯是猪”，或“约翰·史密斯的妻子（或母亲）是猪”，那么史密斯所受到的侮辱恐怕不像他的种族被辱骂所受到的侮辱那么严重，但却更具个人威胁性和凶险感，他被激起的不安情绪相应地将更加强烈。显然，冒犯的个人指向性往往会补偿其普遍性的不足。最后，应当指出（如第九章第五部分所述），若横幅是毫无掩饰的滥用，纯粹为了冒犯、刺激或侮辱而写，毫无其他意义，那么这种行为就缺少需要衡量的社会意义，无论其在艺术上或趣味上是否粗鄙，均非真正的意见或思想交流。此外，无论这些行为对展示者有何价值，都因其包含的恶意和图谋而毫无纳入权衡考量

30

的必要。⁶

第二个方案仍颇有道理，尽管在第一个方案如此有效的前提下，它几乎毫无存在的必要。有一种感觉及其相关感受其实非常普遍，甚至人人如此，即因对个人或群体的侮辱而感到备受冒犯。当黑人或犹太人受到侮辱时，引起的冒犯程度对于白人或非犹太人观者来说可能不如黑人或犹太人所感受到的，或可能感受到的那样强烈。同样，当约翰·史密斯及其妻子或母亲受到侮辱时，不认识约翰的人很难感受到他本人所感受的侮辱。另一方面，更多的人会因对其种族、宗教或伦理群体的粗鄙侮辱，或因一个直呼其妻或其母为猪的横幅而感到备受冒犯。这些反应可能称不上“统一”，但当以假设的普遍性加以权衡时，其普遍性足以弥补“侮辱程度”要素的不足。因此，在这个意义上，面对直接侮辱而感到深受冒犯的情形其实是非常普遍的。

我们可以放弃绝对的“统一标准”及其对全无异议的刚性要求，只要我们在适用冒犯原则时在一些重要因素中继续加大冒犯程度的分量。若某个蓄意行为可能会对几乎所有瞧见的人产生冒犯（或可能冒犯几乎所有发现自己成为被冒犯对象的人，而行为本来锁定的对象范围小得多），即属应予完全禁止的情形，尽管反应的统一程度对于法律禁止而言既非必要，亦非充分。这种理论将为“车上的乘客们”带来一个非常有趣的结论。若某个行为极具冒犯性而几乎对所有人都会产生冒犯，那就没人愿意身历其境！严重冒犯对所有人来说都不是愉快的经历。毋庸赘述，没人想要被冒犯。冒犯往往会导致这样或那样的恶果，使感到厌恶、恶心、尴尬、羞恼的人们生活变糟。这就是为什么故事中那些有关冒犯的荒唐例子都要经过精心设计。我敢说读者们从来没有看到过哪个人赤身裸体地走进公共汽车，更没见过食粪、褻渎十字架、肢解尸体、公开性交等行为。我们的社会禁忌借助“公共舆论”的力量，足以在没有法律协助的情况下使我们远离上述行

为。我们几乎不需要特别针对这些邪恶行为立法，因为这些行为即使在一个两亿居民的国度里也是十年一遇。因此，对于“侵犯程度”标准来说，存在一个良性的吊诡命题：冒犯的形式越是普遍且严重，其发生的危险性就越低，也就越不需要我们通过刑事制裁加以预防。

巴士故事中的某些行为并不那么荒谬，却非常容易让观者震怒。某些行为，如听便携式收音机（或抽雪茄），其之所以尚不至于冒犯全体民众，不过是因为无论年龄、种族等因素，太多的人自己也会实施这类行为。听收音机的人不会因为别人也听收音机就不高兴，更不会因自己听收音机的行为受到冒犯；抽雪茄的人也没有冒犯自己，并且总是更乐于让别人忍受抽雪茄产生的烟雾和气味。但如果公共汽车上所有其他乘客都没有或不打算在旅途中听收音机，那么这个听收音机的人就冒犯了车上所有其他人；同样，如果公共汽车上所有其他乘客都没有或不打算在旅途中抽雪茄，则该抽雪茄者就冒犯了车上所有其他人，由此，则应禁止在车上听收音机或抽雪茄。因此，所谓“冒犯程度”标准，在自身亦实施相关行为的人那里，其重要性应不如那些不会实施该类行为的人。但如果有越多的人实施相关行为并因此而容忍之，则他们的容忍度就越应予考量，如果有超过一半的人口都有该行为并容忍之，则这些人的容忍度应当视为其他所有人的容忍度。至此，冒犯远未至“普遍”的程度，相应地，禁止该行为的必要性亦即减弱。

32

适用冒犯原则的第二个调和法谚是“合理避免标准”。就某个冒犯行为而言，在并无不便的前提下，越易避开该行为，或越易终结该行为，冒犯的严重程度就越低。冒犯故事中的巴士乘客除非下车、等下一辆车、另买张车票，并比原先预计的晚到目的地，否则就无法避开眼前的冒犯情形，即使所有这些不便所造成的损害并不值一提，但要求其他乘客如此不便方可避开冒犯是不合理的。同样，扩音器里播放

的淫秽内容，向行人手里塞色情传单，时代广场的广告牌上出现对鸡奸行为倍感愉悦的惊世骇俗的画面等，此类行为都让人无法回避。⁷

另一方面，若在并无不便的前提下即可轻易避开该类行为，则我们无权要求国家立法禁止该类行为。经适当调和的冒犯原则尤其不能以淫秽为由禁止相关书籍。如果文字隐藏在体面的封皮里，静静地立在书店的书架上，它们产生的冒犯其实很容易避免。毫无疑问，色情往往反过来被用以与“污秽”、“下流”或“肮脏”做比较。结果可与处罚给邻里带来恶臭行为的滋扰法律类比，无论人们是否看不看一眼那书的封面，都无法与酸臭腐烂的分泌物所散发的气味相提并论。一本色情书摆在书架上，究竟有谁因此而受到冒犯了呢？那些一开始就打算寻求刺激的人即使打开了那本书也不会因此受到冒犯（否则他们根本就不想读），而那些不阅读该书的人根本就不会受到冒犯。如果那书的封面太过正经，一些心无城府的读者不小心翻阅了一下，则其所见就对他们造成了冒犯，但他们要做的只是合上书离开。

冒犯原则还有一个调和法谚，这是我们的老朋友了，即“愿者不受害”。人确实会因其同意的行为受到冒犯。商人甲可能知道乙污秽不堪，臭气熏天又低俗粗鄙，却特意在午餐会上和这个充满冒犯性的人共处，为的是日后图利；在另一个场合，甲明知某部电影会让他恶心，尴尬又不安，但为了满足自己的好奇心，或出于其他一些个人原因，他仍然到电影院去观看这部色情影片。在此类自愿情形中，其受冒犯的状态丝毫不假，正如被鲁莽的机车司机撞裂的骨头，是真正的实害，但无论是其中哪种情形，受害人都不应抱怨，因为他们虽身受其害却心甘情愿，他们的权利并未受到侵犯。合理的冒犯原则认为，自愿承受的冒犯其实根本就不是冒犯，甘冒风险却对冒犯结果有所抱怨，这是不被接受的。

另一个更进一步的限制对冒犯原则也是有必要的。这个限定条

件尽管在冒犯程度标准中意义不太明晰，但却因其重要性而应予特别强调和明确。正如对损害原则的调和法谚，被冒犯的感受如果来自那些特殊的情感过敏者，则其严重程度应该打上折扣。如我们所见，几个世纪以来，滋扰法律对于那些不幸的原告们因其特殊罕见的情感而产生的不安总是降格处理；有关滋扰行为的刑事法律当然也只保护一般大众的感受，而不给予特殊处遇。⁸“所谓标准”，普罗瑟写道，“必得指社区中一般人所感受的冒犯、不安和恼怒”。⁹敲响教堂的钟，或是“开设工厂所产生的烟雾使邻居支气管炎恶化（假定这烟并不影响一般人的身体健康）都不能算是公共滋扰行为……同样，在路边放一小桶鞋钉即便让一匹容易受惊的马害怕，也并不因此被认为是滋扰行为”。¹⁰

那些对毫无挑衅意味的行为也会感到备受冒犯的人在法庭上的立场当然和那些惊马的主人一样。最易“受惊”的人不要说因为所见、所感、所嗅或所闻而感到强烈的恶心与厌恶、震惊、羞耻尴尬、不安、沮丧、愤恨或耻辱，即使是那些视野之外的活动也会令他如此担忧。如果法律许可某些形式的无害行为，尽管它们令人作呕、惹人生厌，且只允许合意的成年人关起门来闭上眼睛实施，易受惊者走在街上，想到两旁黑灯瞎火的屋子里可能正在发生这些行为，他还是会感到害怕，仅仅是“单纯的意识”就足以让他充满恐惧、焦虑乃至羞耻。如果他已有足够的证据断定在某间屋子里正在实施这些行为，情况将更糟，因为在这种情况下，所谓“单纯的意识”更会牢牢攫取他的全部思绪。正如戴维·康韦（David Conway）所指出的那样，“因为意识到某种非道德性而感受到的冒犯更不可避免。例如，有些人仅仅是知道三扇门以外的房间里居住着同性恋就觉得受到极大冒犯，关于他们成天干着‘恶心勾当’的想法简直挥之不去，这样一来，闭上眼或看向别处其实也无济于事”。¹¹

34

不过，很清楚的是，受者的心灵越脆弱，他可期待的刑法保护就越微小。假定那困扰他思绪的行为本身倒有些价值，无论是个人的还是社会的价值，则他对法律保护的要求极有可能遭到否决。如果一个喷嚏就震碎了一块儿玻璃，那么，我们只能抱怨玻璃太脆，而不能抱怨喷嚏。同样地，如果“单纯意识”是指想到私底下正在发生的谨慎而无害的“非道德”行为就会强烈地心神不安，我们只能将其归因于过敏的情感，而非那些行为。我们不会因为人们正常无害且具独立价值（至少对其本人而言）的行为使过敏者受惊就惩罚他们，因为这样的过敏者是不可期待的。若如此，我们还不妨期待这些过敏者的监护者带他们远离这些“吓人的”行为，并逐步治疗他们的敏感心智。

我们还可以对极度敏感者进一步作两个假设。他所体会的恶感本身可能很“正常”、“自然”且“合乎情理”，实际上这些感受本可由社区全体成员分担，尽管分担的程度或许不一。无论如何，仅凭比他人有着更严重的感受和痛苦，并无必要违反理性。其次，我们假定对极端冒犯的过度敏感往往是因为感受者本人未能控制自己，这一点即使不易治愈，至少可得缓解。除非因病态所致，在形成恶心、厌恶或暴怒等感觉的过程中存在某种自我放纵的因素（如波比·伯恩斯的四轮马车，“阴沉的老太婆”，“努力维持着自己的恼怒”），人们其实可以学会不让有关对象物如此困扰自己。就此说来，人的“容易受惊的特性”比马科动物更容易修正，只能算是个缺点，而不是病。和病态过敏、癫痫或失明相比，无须给予太多怜悯和迁就。即使是这些真正的疾病，亦有迁就的限度。（关于“单纯意识”的进一步讨论参见第九章第三、四部分）

总之，冒犯的严重程度取决于以下标准：

35 1. 冒犯的幅度。包括强度、持久度和广度。

（1）强度。典型冒犯行为越是以强烈的方式实施，冒犯就越

严重。

(2) 持久度。典型冒犯行为越是以持久的方式实施,冒犯就越严重。

(3) 广度。对某种冒犯的感受越是普遍,冒犯就越严重。

2. 合理避免标准。在对本人无重大不便的前提下,越是难以避免,冒犯就越严重。

3. 同意原则。若被冒犯状态为自愿导致,或其风险由受者自愿承担,为适用具合法性之“冒犯原则”,则其并非冒犯。

4. 异常敏感性的折减(第1点的必然结论)。若被冒犯状态源于异常敏感性,为适用具合法性之“冒犯原则”,则其严重程度应予折减。

应当注意到我们并未提及冒犯的合理性。即使将冒犯严重性决定因素中的合理程度因素除外,仍有很多理由反对为使法律干涉具合法性而要求被冒犯状态应合理产生。首先,若已纳入冒犯程度标准,则合理性要求在很大程度上显得多余而无必要。我想,人人都对某种行为有着不合常理的敏感癖性虽然有可能,但可能性很小。因此,经过权衡,仅对那些导致最广泛不安的行为予以禁止方为合法,才能将针对导致不合理冒犯状态之行为的禁止可能性降到最低。其次,既然是根据冒犯程度标准而非合理性标准进行判断,立法者就不必假定自己享有判定情感反应合理性的特权,对民主政制来说,这是很危险的权力。

在决定冒犯“严重性”时放弃合理性因素付出的代价是,在极少数情况下,可能有人因为冒犯行事而被法律禁止,即使该冒犯的产生并不合理。但这些情形究其本质却往往恰恰与合理性无关。因为看到裸体、当众排便、恶心的食物等而备感困扰的情况既非合理,亦非不合理,它其实是“无关合理”的。人们无法对于“邪恶的气味”说出

36

其具冒犯性的理由，同样无法就这些由文化决定的反应给出“理由”。不过，被冒犯的状态确是真实、可预期、令人不快且无可争辩的；我认为这些特点至少表面上看可以支持人们请求获得保护，这些请求虽然可能被相反的权衡因素超出，但无疑自有其意义。

必须承认，还有一些被冒犯状态易受理性的褒贬。与看到异族夫妇相反，因“老黑”这个词而感到被冒犯是非常合乎情理的。我们力图捍卫的原则应当保护人们在某些情况下免受合理发生的被冒犯状态，这类情形并无问题。而对于绝大多数不合情理的被冒犯感而言，反应的极度不合理往往导致其不会普遍性出现，如此亦即无法保证其受到法律强制的保护。在我看来，在其余一些不合理的被冒犯情形下，被冒犯者仍有权请求保护。若肯定会对每个人都产生极其真实强烈的冒犯，而冒犯行为本身并无任何个人或社会价值，那么，禁止就是合理的，即使其保护的情感并不合理。此处有与损害原则对应的案例。我们至少可以想象，由于一些普遍存在的迷信（当然也就“不合理性”）观念，几乎人人都会对某个本身无辜的行为产生某种群体性反应，即害怕此行为随时会令他们遭受生理损伤，如对心脏的损伤。当然，损害比单纯冒犯严重得多，但在这一点上，无论是损害还是冒犯均属同理。这些迷信的人们就可预见的损害请求保护的权利绝不会因其反应不合理性而有所削弱。反应的不合理性不能否定结果性的损害就是损害。我想，同样的道理亦适用于可预见且具普遍性的冒犯，哪怕这冒犯部分是不合情理的产物。¹²

我不愿将“合理冒犯”用于限制冒犯原则的最大原因其实就在于，这将导致国家机关有权就情绪或情感状态的合理或不合理性作出官方判断，其结果等于了结了存有争议的问题，对这些原本应该留待

37 无拘无束的讨论和实践的议题给出盖有官印的答案。例如，很多冒犯源于对人们心爱的、敬重的、敬仰的东西所表现出的不敬、讥讽

或恶搞。(见第九章第三部分)我想,因为对一些并不值得尊敬的事物所表现出的蔑视而感到被冒犯其实是不合情理的。但到底什么样的事物才应当真正受到爱戴、尊重或忠实呢?我只能认为,要对这些问题作出官方的行政或司法裁断是十分危险的,也是与自由主义原则相悖的。¹³

二、权衡：冒犯行为的合理性

在对冒犯的严重性提出四个衡量标准之后,谨慎的立法者将进一步用冒犯的严重性对抗各类导致冒犯之行为的合理性。出于前述理由,他并不关心冒犯是否被视为合理,行为本身的合理性与产生冒犯的合理性是两回事。除非基于那些紧急事由,普通的、有用的或必要的行为不应受到干涉;而琐屑之行为在权衡的天平上也没有多少分量。

可能导致冒犯的行为的“合理性”首先取决于对行为者本人的重要性。如果行为是其生存活动的一部分,对其加以限制将损害其经济利益,那么,无论别人怎么看,这行为显然对他很重要。若该行为可以极大增进其健康、才能、知识或德行,甚至对于达致此类利益目标极为必要,那么,该行为必定对他具有极为重大的个人意义。同样,若该行为可以为他带来愉悦,或者作为其核心的爱情、家庭或社会生活活动的实质部分,那么该行为亦对行为者十分重要。即使该行为对于促进相关利益来说并非必要,但作为替代选择仍有价值,若无该行为,则可能使对其人生目标产生同等影响的其他途径产生不便。毕竟,若被冒犯一方的便利在立法天平上具有一定的分量,则对于实施冒犯行为一方的便利也没有理由不予考量。另一方面,完全琐屑的、轻率的、任性的、无理由的行为,很容易避免却又在一念之下冲动而为之的行为,对他人无损而对行为者毫无价值的自我拆台行为,以及细

- 38 小的、不假思索的、武断的行为，均因不能满足个人重要性标准而在权衡时无须列入考量。

决定冒犯行为“合理性”的第二个要素是其社会效用，或如普罗瑟所说“法律的终极目标所包含的社会价值”。¹⁴ 诸如迁移或拆毁房屋、修理破裂的煤气管或水管、调查罪案、追捕逃犯、报道新闻等行为会带来不安和不便，但其社会价值很高，行为的一部分在于其社会效用，但如果它只对某个人有用，例如，沿街叫卖、在公共场所乱逛以捕捉性爱对象、为了赚钱散发冒犯性材料等，这些行为毫无社会贡献，对其余大众而言就是滋扰。在公车上收听无线电可能对行为人本人是有意义的，至少在这个意义上值得立法者予以尊重，但很难说这一行为对社会有何裨益。另一方面，无论是在公车上，还是在其他什么场合，与熟人自由地、轻松地、自然地交谈不仅对个人来说非常重要，即使对于整个社会的影响亦是利大于弊。人与人之间即兴的、不受限制的交谈总体而言是社会功能有效运转的一个必要条件。

至少是部分地基于其高度的社会价值，美国法对于自由的意见表达总是另眼相看。¹⁵ 通过自发的交谈、写作，或通过更有影响力的传媒表达意见对个人而言极为重要，因为个人表达本身就很有价值，同时它还能带来个人所期待的变化。此外，对于任何积极运转的政府来说，这也极为必要，因为这样的政府需要倚重明智的公共舆论进行决策。个人对公共事务发表看法很重要，同样重要的是他需要有正常的渠道将自己的声音传递给其他社会成员，对于整个社会而言，保证所有达致真理的渠道畅通无阻非常重要，这样才可以避免我们的领袖作出轻率的决策而导致灾难性后果。有必要在此强调，亦如密尔在其《论自由》中已经强调过的那样，¹⁶ 为了提高我们达致真理、作出明智决策的可能性，非主流的、非正统的、极端的意见和其他意见一样，都需要有自己的发言人。经常性地检讨公共政策、检视难点和弱

点、发现新的相关现实、质疑迄今未受质疑的既定前提等，都具有社会意义。没有这些挑战，国家自然就会在沾沾自喜中滑向死亡的终点泥沼。正因如此，言论表达的冒犯性无法与自由表达所包含的核心社会价值相提并论。

言论表达的冒犯性有两种方式。听众可能会因言论中所包含的观点受到冒犯，例如，一个虔诚的基督徒可能会被无神论的断言所冒犯；或者听众可能会因为表达观点的方式受到冒犯，例如，看到有关耶稣和玛利亚的色情海报（故事 11 和 19）。若冒犯行为并不包含语言或标语，或者言论中并无清晰的主题内容（如具色情意味的别称），或者言论表达只是碰巧形成冒犯，那么，不是言论产生冒犯，而是表达的方式或情境具有冒犯性。¹⁷ 通过后者方式产生冒犯的言论本身对于发表者或许有些价值，因此具有一定的衡量意义，但它们几乎不会影响社会效用标准，因此，当冒犯足够严重时，即应受到法律的限制。相对而言，意见本身的冒犯性绝不会严重到超出公开表达和言论自由所包含的社会价值。人们应当有自由向人群呼吼，在自己的背后贴上标语，说我们应该以纳粹制取代民主制，我们的军队应该去入侵古巴，教堂应当全部国有化，鼓吹在公共场合发生同性行为——这些意见可能对很多人来说都具有冒犯性。不具有冒犯性的观点，即使出自具有冒犯性的言论，对于适用冒犯原则来说就好像一张王牌，个人意义和社会效用标准在此无须协商，没有什么冒犯性能够使之受到限制。

这样我们就很清楚，冒犯原则将如何适用于所谓“色情主题”。应当允许就任何涉及性、宗教、政策或其他任何主题的政策或价值发表公开主张，无论是通过传单或杂志，还是通过公告板或临时演讲桌；但没有必要允许向不愿看到的观众展示极具冒犯性的生动图画，如在热闹的市镇中心展示过分渲染性交的图画。但有关公共政策的自由言

40 论是如此重要，应当允许就许可淫秽图片的法律展开公共讨论。事实上，即使是鼓吹将杀人行为合法化的公共主张也应予许可，只要依据限定后的冒犯原则，其主张方式本身并无冒犯性即可。

决定冒犯行为合理性的另一个因素是，是否存在对行为人具有同样效果的替代方式。如果冒犯者另外择时择地实施该行为，即可以避免对观众造成冒犯，对其本人亦无不合理之不便的话，那么他若任由行为在可产生冒犯的情境下实施即为不合理之行为。很多情况下，冒犯行为本身其实并不那么令人不快，它们完全可以在行为人自己的领地或其他一些私密的场所合法实施，如果法律只是不让他人在别人的鼻子底下行事，这样一来，他当然不会招致任何抱怨。但就算是这一点也大有文章可作，恰如戴维·康韦（David Conway）所指出的那样，“如果行为禁止在公开场合实施，那么人们还是‘可以自由地私下实施……’，在很多情况下，在私下实施同样行为其实会有高度不便，甚至是不可能的，更重要的是，在某些情况下，行为一旦被限定为私下实施，其内在之逻辑与意义也即消失无踪。”¹⁸ 为了列举那些一旦限定为私下实施就会产生极度不便甚至不可能实施的例子，康韦用留长发或蓄须作为例子。但是产生的不便先放在其次：

这种情况不仅会存在不便，而且可以想象，留长发或蓄须就是为了“看起来是那个样子”。女人穿迷你裙、比基尼或仅着半身比基尼，或者干脆什么都不穿也是同样的道理。人们当然可以私下里裸体，但这样做的意义（在超市里或任何其他场合自由自在的感觉）可能就消失了，就好像要求人们在公共场合给胡子戴上套子。¹⁹

因此，如果只能私下实施，那么以某种方式行为、穿着或不穿的

意义就完全消失了。在这些情况下，至少按照有效替代标准，在公共场合实施冒犯性行为并非不合理。无论这个因素对最终的决断有多大分量，都非常有赖于行为本身究竟“意义”几何。如果裸体的意义在于方便活动、晒日光浴、凉快一下或“在超市里感觉自由自在”，那么，尽管行为可能使他人受到冒犯（感到震惊、尴尬、不安），该行为还是具有些许合理性。但如果裸体的全部意义就在于冒犯他人，如果光着身子进入超市就是因为知道会造成对他人的冒犯，那么立法者必须至少降低对该等冒犯行为合理性的考量。

这将我们导入决定冒犯行为合理性的下一条法谚。一般而言，冒犯者自有其行为动机，无论动机为何，法律均应予以尊重。但如果这动机纯属恶意，那么就完全不值得尊重。就是为了冒犯他人的感觉和情感而那样做，这并不比就是为了损害他人的利益而那样做更合理。在法律看来（由立法者出面权衡），如果动机纯属恶意，那么行为就不可能是合理的。即使因出于前述之异常脆弱性和过敏性，“易受惊者”无权请求免受最不合理行为之冒犯，他们也仍有权请求法律保护其免受这些除了引起冒犯之外别无它意的纠缠骚扰与恶意招摇。与易受损害的特质不同，对冒犯的异常过敏性更适于受到法律的保护，可以借助刑法以外的其他法律途径，如通过法院的禁制令、民事诉讼或许可个人“撤销令”等使其免受恶意利用。 41

在实践中，恶意作为一种动机恐怕很难与其他更合理些的动机区分开来，但法律必须这么做。在超市里光着身子的主妇可能觉得自己是道德改革者，她试图给自己视为愚昧无知的主流态度带来些影响和改变。她可能希望通过自己的身体力行（她视其为自己的责任）使公众习惯于看到裸体，从而使那些她认为是对裸体的过度敏感性逐步减弱，直至最终消失，随之消失的还有那些与此相关的对性的各种腐朽态度。她也许已经意识到自己裸体会让观者感到尴尬，尽管如此，而

非正因如此，她仍照旧行事。她的情况当然和恶意的麻烦制造者和仇世者不同，她可能不会受到法庭的重责。更困难的问题却是，她的行为能否在明智地适用冒犯原则时通过合理性测试。

唐纳德·范·德·维尔（Donald Van De Veer）有力地论证了，原则上有可能将恶意行为与其他他所称之“光明正大”的冒犯行为区分开来。按前文中的一个例子，他让我们考虑以下内容：“史密斯，一个古怪的自由民主党人，在自家屋顶上画了一个卐字标志以激恼他的犹太邻居，但并非为了使其转为纳粹主义，或达到其他什么目的。”²⁰ 我们已经有了一个在超市里裸体的“光明正大冒犯”的例子。

42 和范·德·维尔那个古怪的自由主义者更为类似的例子是，一个纳粹分子在屋顶上画了一个卐字标示，鼓吹他人对纳粹思想不要有偏见（假定这个纳粹分子的确真诚信仰并坚守这些内容）。范·德·维尔同时指出，持不同政见者往往无法吸引媒体注意而“获得他人的倾听”，也“无法在不实施冒犯行为的情况下获得关注”，如进行流动表演或实施令人震惊的标志性行为。和我们的建议一样，范·德·维尔也认为应对单纯恶意的行为降低考量，同时允许正当实施的冒犯行为。我赞同他的观点，但却并不认同将所谓正当性作为许可的充分条件视为绝对的原则。在范·德·维尔看来，所谓“光明正大”，是指行为是单纯的政治意见表达，而非毫无主张的恶意侮辱，或者只是一种象征手法，而非为捍卫思想或表达立场。若如此，则自由表达所包含的重要社会价值将使冒犯行为的合理性在权衡的天平上获得全码加重。用一个标志单是为了吓唬邻居，在超市赤身裸体只是为了寻求自我性刺激或勾搭异性，或者只是为了让假道学们不高兴，诸如此类都没有什么政治价值。

决定行为合理性的最后一个相关性考量要视乎冒犯行为发生地的环境特质。规则就是，在实施地越具普遍性的行为，较在实施地不

太普遍的行为更具合理性。这是“有效替代”标准的必然结论，不过那需要另行专门讨论。如果就在不远处，城市的某个区域，同性恋经常在那里的街角、酒馆、夜总会，甚至是公共汽车上相互爱抚接吻，那么，按照这个标准，同性爱人却在其他地方的公共汽车上相互爱抚接吻即属冒犯行为。同样，性爱商店、色情影院、淫秽书店都会用霓虹灯标示和栩栩如生的销售海报营造某种让人不太自然的情调和氛围，作为城中特殊的商业区域，这其实对周围早已舍弃此道的区域形成不了多少冒犯，如42街与查林路口。大城市往往会容忍某些自由地带（但会紧密监控，以防发生损害性后果），就是为了给那些异常者实施个人价值行为提供一个“有效的替代方式”，以免他们在别处实施该类行为引起严重冒犯。如普罗瑟在其有关个人滋扰行为的论述中提醒我们的，“法庭往往需要决定某个地区所承担的最为重要的用途”。²¹立法机关最好能允许法庭在判定冒犯行为的合理性时依据同样的道理评估某个街区最显著的特质。 43

总体说来，衡量的结果很可能将反对对出自情感的自然、自发的行为予以禁止，即使该等行为出自“异类”人群。我们无法对为自然权利的个人交流与表达实施任何形式的许可制度。异族夫妇在镇子的主要街道上牵手散步与同性恋一样是一种权利。另一方面，区域限制更易适用于实施过度异常的行为，如勾引嫖客的行为，用于幽会地点、卖淫活动场所、性用品商店、色情影院等。实际上美国的城市试图通过两种不同的方式控制这类尚未触及刑律但又颇具冒犯性的行为。被称为波士顿模式的方法在新英格兰未必有效。成人书店、按摩室和色情影院的可撤销执照要求店主只能在沿波士顿商业区的一条狭长街口营业。这个本来就不怎么样的街区很快就以“打斗地带”而闻名于街头混混中，同时，这个区域迅即充斥了娼妓、皮条客、骗子、歹徒、小偷、流氓、逃学的孩子、藏匿的罪犯、着制服或便服的神经紧张的

配枪警察，以及各式人肉地雷。暴力和诈骗泛滥，主要的受害人是高中生或大学生。该市很快就结束了试点，将该区域恢复原状。当局想要隔离冒犯行为，却使之迅速蔓延，不要说危险或损害，那块儿区域已经成了城市无法忍受的病菌。

底特律采取了相反的措施。该市被分为多个差不多同等面积、形状的地理区域，每个区域都有极少数可撤销执照发放给从事“冒犯性”行业的商业主（隐藏在相当得体的外表之下）。这个数字是个绝对限值，因此，该类令人不快的行业不太可能聚集在某一个区域，一并给城市形成污秽粗鄙的集中地。底特律模式当然也有其危险，但至少（在理论上）可以避免使任何一个区域出现令人无法忍受的衰退。究竟是将冒犯行为分散还是集中起来所取得的控制效果更好取决于不同城市的不同情况，特别是该区域既存的有关“冒犯服务”的供需情况。在合适的情况下，可能不管哪种方式都比直接禁止更有效，而这两种方式都更尊重个人的行动自由。

简言之，造成冒犯的行为之合理性取决于以下标准，每一条标准对于立法和司法者来说都是其适用冒犯原则的一个调和性法谚：

1. 个人重要性。根据行为对行为人自身利益的推进作用，冒犯行为对于行为人越是重要，行为越是具有合理性。
2. 社会价值。行为人的行为之社会价值越高，行为越是具有合理性。
3. 自由表达。（第1条和第2条的必然结论）意见表达，尤其是有关公共政策的意见表达，无论是涉及实证问题，还是历史的、科学的、理论的、哲学的、政治的或道德的问题，基于自由表达及自由讨论的核心社会价值，均应假定其具有极高的社会重要性。同时，自由地表达心中所想亦是人类最重要的

个人利益。意见本身的任何冒犯性都不足以抵消自由表达本身的意义，尽管表达方式的冒犯性在某些情况下，因其与言论实质内容相反，可能应予考量。

4. 替代的可能。若存在对行为人及其同伴（若有）可产生同样效果的替代时间、地点的可能性越高，且若不替代将对他人造成冒犯，则行为的合理性越低。
5. 恶意。冒犯行为的动机若为强烈的恶意，则为不合理。全然恶意的行为，除了冒犯他人别无他意，则为全然不合理。适用此标准需特别谨慎，因为恶意动机往往易与正当的动机混淆。
6. 地点的性质。（第4点的必然结论）冒犯行为在其所实施的街区是普通的，而且是人所共知的普通行为，则其不合理性要低于在行为地被认为是很不寻常的、很少见的行为。

三、权衡后的解读

根据上述标准评估完冒犯行为的合理性之后，立法者或法官（若立法者留给他裁量空间的话）必须以之“权衡”冒犯结果的严重性，后者由更早些时提到的四个标准决定。当然，立法者不会就某一特定行为或特定被冒犯状态进行单独评定，而要与另一个类型化的行为及冒犯状态进行对比。在疑难案例中，权衡的程序将十分复杂且具有不确定性，但对有些案例我们却可以按照某个标准予以明确判定。例如，同意标准在适用条件明确的情况下可以取代所有其他标准。电影放映者不能因那些自愿买票、明知影片为何内容仍前去观看的人的指控被认定实施了刑事冒犯行为。²² 因为人们不会因自己同意的事情而受到不法冒犯。同样，根据合理避免标准，不能仅仅因为书籍的内容具有冒犯性就禁书，而根据个人及社会重要性标准，亦不应仅因政论

45

内容的冒犯性就禁止该言论。另一方面，冒犯者的单纯恶意也将在衡量的天平上成为最优先的考量，决定性地表明行为的不合理性。

在某些案件中，没有任何一个标准具有优先性，但无论如何，所有适用标准放在一起总可以得出结论。在公共场合吃排泄物（食粪）当然能够完全满足严重性标准。并非神经过敏的人也会在看到这一景象时感到作呕。如果这事发生在公共汽车上，当然无法借助合理避免标准和同意标准，也就是说这种行为将使观者产生强烈的反感，因此，无论依据哪个准则，这都是一个严重的冒犯行为。而无论依据哪个衡量准则，公开食粪的行为都几乎毫无合理性。这样的行为对于那个神经质的行为人来说并无多大意义（这并不像挣钱养家，或是吃到新鲜食物那么重要），它肯定没有什么社会意义，也算不上是以某种语言表达的立场，更不是任何体裁的美学作品，而且完全可以私下进行。因此，这行为具有严重的冒犯性，且不具备独立的“合理性”。通过刑法禁止这样的行为原则上是具有合法性的，即使实际上这种立法可能并不明智且不经济，也无甚必要。

46 在一些疑难案例中，各种标准相互冲突，没有哪一个具有适用的优先性，例如，某个行为具有中等程度的冒犯性，中等程度的不合理性，没有什么自动生成的计算方法可以给出一个清楚的决定。理论家可以划定须予考量及比较的因素，但最后，没有什么能够替代判决。当事实已全部清楚，标准也逐一适用，就不需要法学家了，法官或立法者完全可以完成工作。立法或司法权衡时所使用的天平上其实并没有通常浴室中使用的秤盘上显示的那些刻度和指针（这也暗示了法官是盲目的那个说法）。案子了结之时，所有的原则均已按照适当标准进行适用，立法或司法决定可能是不智的，或者被批评为“错误的”，但却不会因适用了不可接受的理据而被认为是“非法的”。

美国各州刑法典中的很多刑事条文都无法通过明确限定后的冒

犯原则的测试。法律禁止侮辱尸体，即使在住宅内实施也不被允许；还有各类禁止个人性行为、相互合意的成人行为或卖淫嫖娼的法律，禁止私下放映色情电影、展示淫秽书籍或是亵渎上帝的法律。不过，其中某些法律还是可以得到我们这个限定版本的冒犯原则的认可。这些法律以某种概括性的模糊用语行文，将决定权留给法庭，结果，法官可以自己的方式适用冒犯原则。例如，加利福尼亚州刑法典第 415 节禁止“以喧闹或冒犯性的行为恶意干扰社区或他人安宁……”。法条列出各种示例，包括吵闹噪声、挑起斗殴、在公共街道上赛马牟利或取乐，鸣枪，“在妇孺在场或可以听见的范围内”高声喊叫粗言秽语。（不过，本条有关“妇孺”的规定不太适用于我们的冒犯程度标准。参见第十六章第一部分）同样，《模范刑法典》规定，禁止“公开淫乱”，其意指“任何〔行为人〕……明知一旦实施将使他人受到冒犯或惊吓的下流行为”。²³ 而何谓“猥亵”及其是否冒犯他人则交由法官判定。法典的其他章节在对某类行为直接适用冒犯原则方面更加精确。关于“不雅裸露”的模范条文要求对“在可能引起冒犯或惊吓的场合，以激起或满足性欲为目的暴露性器官”的行为处以刑罚处罚。²⁴ 根据该法典的规定，拉客行为可以构成犯罪，禁止以招揽拉客为目的，“在公共场合或附近游荡”。²⁵ 路易斯·施瓦茨（Louis Schwartz）指出，该法典最终版本所附之评论“使立法者的目标更为明晰，同性恋集会的冒犯性不在于其个人非道德性，而在于他们招摇过市所形成的某种公共‘滋扰’……”。²⁶ 即使是像“亵渎上帝”这样的行为，在该法典看来，只要不在公众面前实施，或者即使有观众，只要不是意图伤害某个群体的感情，以恶搞的形式破坏“某个宗教集会或宗教仪式”，就不应受到刑罚处罚。²⁷ 最后一个例子已接近非法的界限，即该法典认为“侮辱国旗或其他公共崇敬物”的行为，仅当“他人可能看到或发现”时方应予禁止。²⁸

47

四、文化变迁和早期牺牲品

即使是最粗略的调查也能显示，在文化变迁中，关于何为冒犯性的想法发生了很大的变化，这些变化即使在主流情感文化中亦十分常见，而对于同样的刺激，不同的人的反应总是如此不同。因此，冒犯原则所依赖的文化标志随地点的变化而发生很大的变化，尤其是在我们这个发生着“持续而快速变化”的国度。²⁹在公共场合排便的行为在世界上很多国家都被认为是普通的非冒犯性的行为，还有不少行为在美国虽一度被视为冒犯，而现在亦都见怪不怪。其中一个较具戏剧性的例子就是游泳衣由齐脚踝处发展到比基尼的过程，现在，就在我们眼前发生的则是由比基尼到无上装泳衣了。毫无疑问，再过些年，在不少海滩上，裸泳毫无疑问将变得稀松平常。仅就事实而言，上述情况并不会令冒犯原则合法性的那些“心有不甘”的捍卫者感到尴尬。我们可以想象，损害原则的适用过程也经历过同样的变化，却并未削弱我们对损害原则的信心。某种行为在其会传播疾病的时期当然应予禁止，但若此后因全世界的人都可以注射疫苗而使该行为已然无害之时，该行为就无须再予禁止。同样，曾在某个时期具有普遍冒犯性，而后来不再冒犯他人的行为也不应予以禁止，无论这种变化出于何因。在我看来，这两个情形源于同样的理据。

不过，对于冒犯原则的捍卫者来说，文化变迁引起的问题较技术变迁在损害原则上引起的问题更为严重。冒犯原则中的冒犯程度标准似乎允许在有失公允且道德性未定的情况下，对处于交替地带的冒犯者加以处罚。从定义上看的确如此，大部分人“既非首当其冲，亦非落

48 落于人后”。所以，大多数人无须担心依据限定后的冒犯原则制定的法律。另一方面，负责带动时代进步，为主流情感确立新方向的改革

者和创新者可能就没这么幸运。人们的情感如何才能变化（与其道德立场相对）？当然，此类变迁的一个更为常见的原因在于冒犯案件数量的稳步增长。一旦引起自发的恐惧、嫌恶、羞耻或愤慨，则恐惧和嫌恶越减弱，行为也就变得越普通。我们逐渐习惯它，学会抵抗它，不受它的伤害，到最后能够容忍它。但对那些不幸在冒犯原则明确适用时期与不再适用时期的交替期间实施特定行为的人该如何是好呢？毫无疑问，他们当中的某些人受了处罚，若晚一年实施就将毫发无损——根据我所限定的冒犯原则，的确如此。这些倒霉蛋在某种程度上就像在战争中最后倒下的战士。他们并不比较早时间牺牲的前辈们更不幸，前人们因为实施同样的行为受到同样的处罚，但越是接近早前某个文化历史时期的尾声，他们受到的处罚就越是辛酸。在之后的容忍时期看来，他们只是因为行使自由的时间稍早了些，就成为牺牲品。此外，他们的行为对于那些作为他们受罚的原因的态度及感受产生决定性的影响。他们受到的处罚恰恰有助于摧毁原本合法处罚他们的条件。

因此，我不愿意夸大 1965 年因为展示越共旗帜（令人震惊）而对反战示威者进行的惩罚，而贬低 1970 年以同样原因（并无新意）对另外一些抗议者作出的惩罚。迅速的文化变迁总会带来一些不幸的受害者，也许我应该忧伤地总结出，在交替时期出现一些不幸的牺牲者其实在所难免，这就是生活的本来面目。想到文化变迁的牺牲品绝不该受到一点点惩罚或强压，我心头的不安就会有所缓解，他们所受惩罚中所包含的“悲剧意味”也就不那么令人扼腕。此外，那些因参与正在发生的变革而受到惩罚的人很快就会因为他们自己努力创造的变化而被宣告无罪，这就是对他们的最大回报和补偿。

49 五、结论

被迫忍受冒犯，包括感官上的冒犯、恶心、震惊、羞耻、恼怒或侮辱等令人不快的不便，就是一种恶，即使它们是无害的。进一步说，冒犯是由特定人承受的某一类恶（损害是另一类恶），这些人可以提出诉求。（目前我们不去讨论它们是否属于这个一般分类的真正的恶，参见第四卷第二十八章）被害人的权利受到侵害，尽管他们并未受到损害。正因如此，刑法可以正当地对其予以规制。在此，冒犯原则被纳入为我们一直力图寻找的立法合法化原则之一。不过，这种认可并不意味着对任何类型的冒犯行为均可处以刑罚处罚，如果法律要避免侵犯自由，避免违反常识和信仰自由，在适用冒犯原则时必须经由前述各类法谚准则的调和、限制，在各类案件中平衡冒犯行为的严重性及其独立合理性。

本章最后强调的重点与前章开头处强调的内容相同。冒犯性滋扰是一个复杂艰涩的主题，值得在任何有关刑法的道德界限的著作中详述。但当我们想到（1）冒犯往往过于琐细而无须提出诉讼求得重刑，以及（2）即使没有关于滋扰行为的法律，习惯和公共舆论的力量也会有效阻止更严重情形的发生时，我们不妨得出结论，对这个主题的理论狂热可能恰恰因为在现实中它并不重要。

第九章

深度冒犯

50

一、滋扰模式的限制

如果说针对冒犯行为造成侵权所提出的诉求要旨仅仅在于其产生的滋扰——无害的恼怒、不快、不便——那么就很难理解，对错暂且不论，为何刑法一直对冒犯行为如此在意。“滋扰”本身就意味着事情很小，几乎不能算是一个与公平对待因嫌恶产生的强烈感受有关的术语，这种感受是具有通常感受力的人因某种特定经历而激起的，而这种经历一般而言是无害且不引人注目的。滋扰对刑法来说可能是无足轻重，但的确存在某些形式的严重冒犯，即使严格说来它们连滋扰都算不上，却必须对其予以严厉处罚。

对“滋扰”一词保留其在第七、第八章中的讨论中所使用的综合含义是有用的，即人们在无从躲避的情况下所感受的各种不快状态。这个意义上的滋扰就是恼怒或不便，若其由不法行为造成，且为人所感知（感到被冒犯），即成为狭义上的冒犯。若经第八章之权衡测试，它们的确是不当的，即可据此合法地禁止该冒犯行为。某些受冒犯的

51 精神状态在广义上具有某种感官特质而显得与众不同，即使它们并不
难避开，但此时，“滋扰”一词在它们面前已显得苍白无力。当然，某些时候，这些深度冒犯就是因为无法避开的情境本身造成的，这种情况造成了额外的不便和恼怒。但与其他冒犯性滋扰不同，这些深层滋扰即使已经不在眼前，仍会带来久久的折磨，因此，严格说来，滋扰即使已经停止，冒犯却仍在继续。另一方面，与深层滋扰相对，那些难以避开的不快经历我们不妨称之为单纯冒犯性滋扰。正因其缺少“深度”冒犯感受这个特点，才轻描淡写地称之为“单纯滋扰”，仅当行为属于不可免责的侵权行为（不可避免，且无法通过权衡测试），方有理由请求法律保护我们不受该类行为的冒犯。实际上，并非所有第七章中巴士上的冒犯行为都是“单纯冒犯性滋扰”，尽管大部分的确是。对感官的冒犯即属此类，如令人恶心的食粪以及令人尴尬的不雅行为。不过，宗教亵渎和伦理侮辱虽然也是“滋扰”（它们的确令人厌烦也难以避开），但程度却可能更深，其中所包含的恶独立于其难以避免性（严格说来在权衡测试中非常重要）。若仅称之为“滋扰”，似乎显得言轻了些。可能有人希望将故意实施的“深度冒犯”行为犯罪化，即使它们并不符合滋扰法律确立的权衡测试模式。我想我可以理解这些人的动机，但还是要在此反驳他们的看法。

在列出“单纯冒犯性滋扰”和“深度冒犯”的特征之前，还是应该先检视一些后者的常见示例。深度冒犯形式多样，难以归纳，但以下情形或许具有某种代表性。

1. 窥阴癖。1983年，CBS电视台新闻节目“六十分钟”讲述了在肯塔基一家煤矿公司工作的妇女们的故事。这些妇女获得了做矿工的工作，本来这工作一直以来都是由男性从事的。数年来，她们一直勤勤恳恳地完成工作，却从未真正被一些

男性矿工接受。一天，她们惊恐地发现，她们的淋浴室和卫生间与供应室之间的墙壁上被凿通了洞眼，那些男矿工藉此偷窥她们。仅仅说这些妇女因此而“感到被冒犯”或“感到恼怒”是不够的。妇女们和她们的律师情绪激动地讲述她们感受到的尴尬、窘迫和羞辱，以及被冒犯的自尊心。她们的屈辱是如此严重，以致可能给她们当中的很多人带来真正的损害性后果，对她们的实质“个人利益”造成阻退，或者对她们的关系造成永久性伤害，或者造成沮丧情绪、失眠、悲痛；即使是那些并没有达到实质损害程度的人，也的确被严重侵犯了。窘迫感等的反作用力一点儿也不弱，而将她们所感受的恶描述为“不快的精神状态”，哪怕强度和持久度再高（按滋扰的用语），看来也还缺少将其与普通冒犯性滋扰区别开来的实质特征。即使能够依据损害原则和经权衡测试限定后的冒犯原则，合法地对该冒犯行为予以刑罚处罚，本案仍给人留下深刻印象。（妇女们最终选择通过民事诉讼请求损害赔偿，并在庭外达成和解，获得赔偿及接受公开道歉，但赔偿数目没有公布。）

52

2. 纳粹和三 K 党。一个纳粹集中营的犹太幸存者看到一群美国纳粹分子趾高气扬地走在本镇大街上时的感受，或者那些被三 K 党抢劫过的黑人看见这些人在本镇广场上示威时的感受，这些感受中的几个相关要素使之与普通冒犯性滋扰区分开来。首先，这种感受并非关起门窗、捂起耳朵、转移注意力，就会眼不见心不烦。至少在某种程度上，被冒犯的精神状态可以独立于他们的所闻所见。其次，对他人来说包含了某种个人危险或威胁。那些示威者总让人联想起那曾经杀害过上百万犹太人以及折磨过无数黑人的特定群体。第三，也是更

重要的一点，示威者的仇恨标志冒犯了那些被冒犯者所珍视的东西，让他们想起了死去的亲人。

3. 让人厌恶但“无害”的异常宗教和道德行为。宗教活动或道德信仰对于虔诚的信徒来说是那样弥足珍贵，正如犹太人或黑人对自己被杀害的亲人的感情，而邪教或异端行为则被认为是低劣而恶心的，正如纳粹分子和三 K 党进行示威。正因如此，罗伯特·保罗·沃尔夫（Robert Paul Wolff）认为，对一个虔诚的加尔文主义信徒，或是一个自律的素食者来说，看见自己的社区出现一个基督徒或是一个食肉者，就好像脸上挨了一拳，或是被“小偷偷走了钱包”，“无神论者的出现”好像“在折磨他的灵魂”，让他“夜不能寐”。¹我们注意到，沃尔夫提到那些宗教或道德异端人士时，他们的出现并不像前面那些趾高气扬的人，而是低调的、私下的以及谨慎的。也许这假设的例子太极端，但读者应该能够回想起几个世纪以来，新教徒的教堂在西班牙天主教区是非法的；在印度，私自屠宰牛是非法的；在以色列，禁止商业性养猪；在沙特阿拉伯，着牧师袍是刑事犯罪行为，即使是外国人或者只是私下穿着，因为在这里，牧师袍被认为是上帝的鼻孔发出的臭气。当然，这些刑事禁止既不符合损害原则，亦不符合经权衡测试适用于普通冒犯性滋扰行为的冒犯原则。如果宗教仪式和就餐习惯也可以成为被禁止的依据，那么，只要那些“虔诚而自律的人”一想到有人私下正做着某事就会感到恶心，那么，任谁也不能确信自己的自由能够得到保障。（不同的虔诚而自律的群体会对不同的事情感到恶心，历史上不乏其例，刑法被用来解决民事争端。）但如果我们在对诸如犹太人或黑人的深度冒犯情形适用冒犯原则时，鼓吹放松权衡测试，那么我

们就得找到一个与眼下这个案例不同的情况。精神上的深度被冒犯状态还有两种例子可能极其类似。

4. 崇敬物标志。传统上说，刑法典一直禁止侮辱国旗或其他公共崇敬物，以及侮辱尸体的行为。国旗、十字架和尸体本身并无利益可言，对于它们不可能造成损害原则意义上的“损害”（第一卷第一章第一部分），但若此类深度冒犯行为在公共场合实施，则可将其作为公共滋扰行为给予相应处罚，尽管有时这种冒犯是通过言论实施的，或者“以某种个人的政论进行表达的”。² 很难说这类行为可以通过任何权衡测试而被认定为侵权，因为言论自由具有极高的社会价值。但若此类行为均在私下实施，那么它们在权衡测试中的可避免性就不太可能被其他因素压倒。实际上，如果人人都能轻易避开，那么就根本连“滋扰”都算不上。但国家的刑法典在过去一般都会禁止此类行为，依据就是这类行为对心灵所造成的独特的“深度”冒犯。例如在宾夕法尼亚州，1945 年的一条法律禁止“公开或私自损坏、涂抹、污损、踩踏国旗，或对国旗以任何言辞或行为表示不敬”。³

54

毫无疑问，无神论者在他们的反教堂场所公开集会时所实施的行为会造成广泛而深度的冒犯，如涂抹宗教图画，在宗教肖像上进行不敬装饰，将宗教文献投入火中等等。现代有关亵渎上帝或亵渎神圣的法律往往仅仅处罚“恶意或狂热的亵渎者，故意干扰某个宗教集会或宗教仪式，意图伤害该群体的感情并引发骚乱”。⁴ 但若在另时另地，这些私人行为恐怕就没那么幸运，只要它们引发了某种对宗教情感的深度冒犯，法律就会对它们予以惩罚。值得注意的是，从来没有法律出于公正感而处罚那些在教堂中恶毒诅咒守法的无神论者的行为，这

里的问题并不在于，或者说不仅仅在于立法者缺乏平等观念，而是因为无神论者因此而受到的冒犯并不是所谓深度冒犯，因为他们所信仰的东西并未受损。

还有一种广泛存在的深度冒犯是由污损一代代英雄为之浴血捐躯的爱国标志行为造成的，而对尸体的亵渎所造成的冒犯更加严重。模范刑法典的作者们曾就此两种冒犯是否属深度冒犯，以致即使私下实施亦应处以刑罚的问题展开艰苦争论。最后的版本是一个妥协的结果。“第 250.10 节中规定，即使行为人已尽量使行为私密，但若 [行为人]……知道可能会对其家人情感造成伤害，则对亵渎尸体的行为应予处罚……另一方面，第 250.9 节规定，亵渎国旗或其他公共崇敬物的行为仅当有旁观者时方受处罚。”⁵ 为何如此区别对待呢？模范刑法典的作者之一，路易斯·施瓦茨（Louis Schwartz）有如下解释：

55 当我检视存在于仅在公开实施时方受到惩罚的道德冒犯行为与那些哪怕私下实施亦会受到惩罚的道德冒犯行为之间的不同对待时，我认为其中除了令人厌恶的强度不同之外，并无其他可以表明该两类行为之间有何不同。起草者和立法者们的直觉是，对尸体的不敬行为较对国旗的不敬行为是更令人难以忍受的冒犯。因此，是前者而非后者，我们认为应当将刑法的控制扩展……至私下实施的范围，因为他们知道那种冒犯仍在继续。⁶

这与本人的直觉相符，的确，很多人在情感上都认为对尸体的不敬较对国旗的侮辱是“更令人难以忍受的冒犯”，但这并不必然意味着侮辱尸体包含的“冒犯强度”较侮辱国旗更甚。如果强度是比较的依据，那么，从一般大众的“普通感受”推导，我们应当将食粪、吃活虫、性交、指甲刮石板以及数周不洗澡的行为犯罪化，“尽管行为人其

实都是私下里实施的”。更合理的解释是，尽管侮辱尸体或侮辱国旗所产生的被冒犯感在性质上不同于其他冒犯行为，但它们都是对高阶情感的冒犯（第七章第四部分），而它们彼此之间也相互区别，侮辱尸体所冒犯的道德原则——尊重人性——较侮辱国旗所冒犯的道德原则——爱国——更为根本。撇开冒犯的强度和持久度不谈，侮辱尸体所造成的冒犯更为“深度”。

侮辱尸体和侮辱国旗之间还有一点不同也是造成我们产生不同反应的部分原因。国旗是某种抽象意义的任意的或传统的符号，和它所象征的东西并无显著相似之处。只是根据传统的理解，由其代表一个国家。如果有人设计出一个完全不同的国旗，比如在一片金色与黑色条纹的背景，加上绿色的集合图形，如果我们都同意将其作为国旗，那么它就可以代表美利坚合众国，尽管这个新国旗在色彩和形状上的任意性一点都不比旧图案少。另一方面，尸体是某个活着的人的自然象征，毋庸置疑，与其所象征的那个人是一体的。如果有人侮辱尸体，看起来和侮辱那个曾经活着的人是一样的，自然会有一种真正犯罪的恐怖性。施瓦茨的一个观点与此相关，但有所不同：“我认为就立法者的容忍度来说，和确认尸体所代表的那个人相比，一般人通过国旗确认某个国家或它所象征的其他意义要困难得多……”⁷ 这一观察的确有道理。如果我在公共汽车上看见有人用锤子击打棺材里那个人的脸（第七章第三部分），我的反应肯定是立刻用手捂住脸，觉得自己就是棺材里那个挨打的人。若说看到有人侮辱一面旗帜，我的反应肯定不是这样。看到被侮辱对象而产生的强烈自我投射能使内心的反感更加强烈，但这并不会加重对道德情感的影响，也就不会形成所谓“深度”冒犯。

5. 堕胎和侮辱尸体。反对堕胎的人认为，胎儿一经孕育即为一个

活生生的人，存在利益，享受权利，其首要利益就在于活下来，所对应的权利就是“获得生命的权利”。根据这种观点，在胎儿孕育的任一阶段将其杀死都侵犯了该项权利，毁灭了对应的利益，亦即不当对待并损害（损害原则意义上）了这个“受害者”。但另有很多人，包括同样反对堕胎但理据不同的人认为，将胎儿，尤其是怀孕早期的胎儿视为真正的人是毫无说服力的，因为它缺少很多人之成为人的特点：相对成熟的意识，理解力，掌握概念，有自我认识。⁸ 胎儿具备拥有这些特点的潜力，但这只能说明胎儿可能成为人，但还不是能够享有利益和权利的真正的人。

当然，胎儿早在第十周的时候就能被辨认出具有人的脸和小小的胖手。看到这些，我们也会惊讶它们已经如此像一个婴儿。狂热的反堕胎者就是依据这种相像来推行他们的观点。他们当中的很多人会举着一张可爱的十周“未出生婴儿”的图片，控诉施加在它们身上的外科手术残暴。他们的这些论证很难让人不受震动。但这仍不能证明十周的胎儿享有作为人的权利。人们还是可以坚定不移地否定它们的出生权，因为仅仅是具有人的一些外部特征，或者可以对外界刺激作出反应并不能令人信服地证明其已经是人。从这些照片中我们所能得到的推断只能说对于胎儿存在某种道德属性，但并非能够决定我们的态度的某种权利或人性（当然这一点也并不必然和法律强制与否相关）。我特别要说的是，它们那似人的特征只是一种自然符号，十周的胎儿仅仅是可预期的人，是专属于某个真正物的象征。作为象征，它们成为某种可以传递敏锐感受的目标，它们被毁灭当然合乎情理地会让某些人受到震动，像是某个珍爱的对象受到暴力摧残，从而造成真实的深度冒犯。

以下（第五部分）将提到的一系列包括如何对待尸体的问题中，深度冒犯的相关性问题更加明显。一个刚死的人的身体比孕育中的胎儿更能自然地被视为人的象征。死后的人和出生前的人都和真正的人存在自然联系，当然也就成为寄托于真正的人的情感象征，但我们寄托在新尸体上的情感更为强烈，这不仅因为它作为一般意义上的人的象征符号，并且，它不像胎儿，它是某个特定人的特定人生轨迹的遗留物。同时，我们甚至不想通过修辞手法对尸体设定权利和利益（除非他生前立下经证实的遗嘱才有可能），当然这权利绝非“生的权利”。没人可以杀死尸体，或袭击、殴打、强奸尸体，却可以象征性地侵犯尸体，而没有哪个社会会容忍对尸体的残害。比如说碎尸后又将四肢乱丢的行为，定会震动任何一个正派人的情感。

如果说这种行为侵犯了某种权利，那就是旁观者不受冒犯的权利，以及那些即使未在现场亲睹亦会对其造成深度冒犯的人的权利。这种行为即使没有侵犯任何人的权利也仍可能是不法行为。

二、深度冒犯的独有特征

现在我们已经有了几个关于深度冒犯的例子，那么，如何总结它们与那些我们称之为“单纯冒犯性滋扰”之间的区别呢？我们先来历数单纯冒犯性滋扰造成冒犯状态的一般特点。首先，这些感受相对琐细肤浅，无论是和损害相比，还是和其他一些精神状态相比，例如那些因高阶情感受到冒犯而造成的精神状态。其次，单纯冒犯性滋扰的侵权与它们的受害人及其产生的后果一一对应、不可割裂。若无冒犯行为的介入，就不可能产生相应的被冒犯状态，即使通过传闻得知冒犯行为将要发生或已经发生。是那些真正经历到的行为，而不只是单纯得知的行为造成了冒犯。就单纯冒犯性滋扰而言，存在就是被感知

58

(esse est percipii)。第三，单纯冒犯性滋扰所造成的冒犯至少部分是人的，绝大多数情况下则全然是人的。被冒犯者都认为自己就是那个被侵犯的受害者，因冒犯行为而产生某种不快且无法摆脱的精神状态。因为感到厌恶、恶心、震惊、恐惧、愤怒、烦躁、尴尬、羞耻或焦虑而受到的伤害，使其能够以己之名，代表他本人，对使其陷入上述经历的冒犯者提出控诉。如若并不在场，当然也就无权提出请求。第四，单纯滋扰性冒犯的一般特征在于其行为之不当源自对他人感官或较低阶情感造成的冒犯（参见第七章第四部分）。我们并不认为此类冒犯之不当（与自己的原则相抵触）在于其可能在某处发生，而在于其的确在某处发生，并使目击者产生不快。用库尔特·贝尔（Kurt Baier）的话说⁹，行为冒犯了我们的情感，但并不必然冒犯了我们关于情感或本质属性的原则。因此，它只是“冒犯了我的感官”（或低阶情感），并未冒犯我们。第五，也是最后一点，在普通滋扰中，冒犯行为不为别的，仅因对目击者造成不快状态而被认为是不当的（因此才让人抱有怨愤，并因此而成为狭义上的冒犯）。它并非基于某些独立存在的原因而制造了不快状态。¹⁰

深度冒犯的特点与普通滋扰性冒犯的上述五个特点完全相反。首先，这些特点有种难以言传的不同“语气”，只能近似地描述为深层的、重度的、惨痛的、严重的，且一旦过度即很有可能造成损害的。这就是为何仅用“滋扰”来描述是不够的，因为“滋扰”一词的固有含义就是指琐细之事。其次，即使人未在场直接面对冒犯行为，还是可能因为“一想到”这样的行为正在发生，哪怕只是在私下里进行，也会感受到冒犯。我看到公共汽车上有人裸体会觉得是一种冒犯，但我不会因为想到私下里有人正在自己家里裸体而感到被冒犯，易言之，这种冒犯并非深度冒犯。从这个角度来看，某些令人恶心的行为（单纯冒犯性滋扰）似乎变得有所不同。看到公共汽车上的乘客食粪

我会感到恶心，并且似乎还会觉得一旦想到他们私下在自家餐桌上这么吃也会同样感到恶心。但其实一旦场景不在眼前，这种恶心的感觉仅当我发挥充分想象——视觉的、听觉的和嗅觉的——时才会逐渐产生，即使是这样，也并非因为想到某种行为违反了某种原则，而是因为自己丰富的想象力造成了冒犯。我本人就是这冒犯的始作俑者，当然也就只能怪我自己。这就如同我集中所有意念尽力想象公交车上的乘客在自家浴室里裸体的具体场景，这图景占据了我的全部注意力，我却去抱怨别人，怪他们那些并未在我眼前实施的日常活动对我造成“深度冒犯”。因为这样的念头而感受到的冒犯并非深度冒犯，因为只有当我亲眼见到这样的场景才可能被冒犯，而深度冒犯则是指无论在何地发生，无论我是否亲见，我都会被冒犯。另一方面，如果有人内心存在某种奇怪的道德确信，认为即使是私下裸体也会令上帝感到难堪¹¹，因此也是一种罪恶的话，那么这个人因为想到他人在自家裸体就会感受的冒犯倒的确是“深度冒犯”。

第三，在深度冒犯的情形中，即使感知到恶，被冒犯的亦不仅仅局限于我们的感官或低阶情感，还有我们本人。我们的反应并非那众所周知的故事里，男人无法忍受看到公车里有女士站立，看到这种情况，他们总是移开目光（倒不是让出自己的座位）。移开目光是不能摆脱深度冒犯的。第四，深度冒犯源自人们决定其高阶情感的某种本质原则，被冒犯不为别的，而是因为确信行为就是不当的。而不是反过来因为行为造成了冒犯而被认为是不当的。

最后，所有的深度冒犯至少都有部分是非个人的，在绝大多数情况下全然非个人的。针对那些并未亲见的侮辱国旗、践踏尸体、污损宗教偶像或堕胎行为，被冒犯者并不认为是他们自己受到冒犯，因此也并不是因其本人而感到冤屈（被侵权）。当然，窥淫癖和宗教侮辱是这方面的例外。应该说这两类冒犯亦有共通之处。深度冒犯

在于冒犯了他或她内心深处的道德情感，但同时，他或她也刚好是该冒犯行为的侵犯对象。相对而言，在国旗、宗教偶像、尸体和堕胎的情形中，除了受到深度冒犯的一方，他能够提起诉讼的唯一理据就在于他那被冒犯的精神状态。但那却偏偏不是他自认为的所受冒犯之处。

然而，因困惑于不同类型的强烈情感，人们往往会误解自己的愤怒对象。密尔就提醒我们，“很多人都觉得那些他们反感的行为对自己造成了伤害（无论是否亲见），抱怨它们伤害了自己的感情……”¹² 这些因听闻他人的私下行为而感受到的深度冒犯其实出于某种非个人的原则，或神圣的象征意义，或诸如此类。然后他们就将此种精神上的不快状态作为滋扰提出诉请（即使在其经历中，不安感受只是其中一个很次要的因素）；他们重新聚集怨愤，将自己提到台前作为“受伤害”一方。在采取这个步骤之后，本来只是作为非个人的怨愤，现在却直接以本人的名义表达——这就失去了原本蕴含的道德力量。密尔对这些人的回应是毁灭性的：

……某个宗教偏执狂讨厌他人基于可恶的崇拜物或教义而不尊重其信仰感受，于是亦就不尊重他人的宗教情感并因此而受到指控。可是，在坚持自己立场的那个人的感受与冒犯其信仰的那个人的感受之间并没有什么对等性，正如小偷希望偷到钱包的想法和钱包主人要保住钱包的想法之间无法对等一样。人的喜好无非就是对自己的观点或钱包的关切。¹³

那些因并未亲见的行为而受到深度冒犯的人最好还是以非个人的理据提出要求法律“保护”的诉请。

在窥淫癖和种族侮辱的情形中，被害人作为受到冒犯一方，是

冒犯行为的直接侵犯目标，他们所感受到就是深度冒犯，因为那是对他们所珍视的东西造成的冒犯（人的尊严和逝去亲人之间的紧密联系）。他们的反应当然不仅仅只是“气恼”，正因如此，诸如此类的反应我们称之为“深度冒犯”。在其他情形中，冒犯源于自身之外的东西，冒犯之所以是深度的，就在于它对个人道德情感的强烈冲击，即使并无任何个人情感在其中。事实上，当个人滋扰的怨愤感越来越强烈，非个人的震惊和伤害必然相应减弱，直至整个感受失去其深度冒犯的特征。若听闻有人私下侮辱尸体而产生被冒犯的反应是我们此处所说的深度冒犯，则被冒犯者其实完全没有想到他自己。他之所以陷入这种被冒犯状态全因他的道德信仰，而并非因为自己也置身其中。

三、再次回到“单纯意识”问题

深度冒犯概念促使我们重新审视早前已经差不多结束了的一个话题（参见第八章第一部分）。“单纯意识”问题要求我们就如何适用冒犯原则作出决定。如果说立法者制定相关法条的目的在于防止冒犯，那么，究竟应该关切被冒犯者中的哪些人呢？（1）所有旁观者？显然不是，那些甘冒风险留在一旁的人无权抱怨，那些可以轻易离开的人也不应有更多的抱怨。那么是不是（2）那些无法避开的旁观者？或者我们应当关切（3）那些并不在场，仅因“单纯意识”到冒犯行为正在某个现场以外的地点发生就受到冒犯的人？或许我们还应该走得更远去考虑（4）单纯意识到可能正在某处发生——可能是任何地点——的完全无责的合法行为就倍感冒犯的人？如果我们画一条线纳入（3）而排除（4），那么，那些关起门来安静低调实施深度冒犯行为的人就会因为他们并未冒犯任何旁观者而逃脱法律的制裁，因为既然没有旁观者，当然也就无人知道他们屋内发生何事，没

有人会因想到侮辱旗帜、同性恋性行为或诸如此类的事情正在发生就受到冒犯。但那些在私下实施却并未试图掩藏其行为的人，的确会冒犯一些因单纯意识即受冒犯的人。如果将第（3）组人包括在内的话，那么冒犯者甚至需要承担刑事责任。

库尔特·贝尔以一贯清楚的笔调写道：

……那些违反受到广泛且深刻认同原则的行为，亲眼所见并非造成冒犯的必要前提。当然，如果我秘而不宣地将人肉作为午餐，和羊，或是和我的妹妹发生性行为，那么，因为没人见到这一切，所以也没有人会因为我的行为感到被冒犯。但如果我告诉他人，或邀请他们带上自己喜欢的尸体、羊或亲属过来参加这样的聚会，情况当然就不同了。事实上，他们不来参加我的聚会也不会使我的行为变得无冒犯性……如果我在屋外装上一盏霓虹灯，标明“食人肉，兽奸，乱伦，门票 5 元，餐食 25 元，近亲属半价”，那么，对于持有相关道德情感原则的人来说，将是更大的冒犯。¹⁴

如果我们允许库尔特·贝尔描述的行为，但禁止向他人描述此类行为，禁止邀请他人实施此类行为，禁止对此类行为公开宣示或广而告之，那么我们尊重了这些人的行为自由，却以剥夺其言论、写作、交流或表达自我的自由为代价（人的基本权利之一）。在权衡的天平上，由于表达自由作为个人的和公共的善所包含的巨大价值，反对禁止表达要比反对禁止将上述冒犯行为犯罪化的理由更加充分。

美国法学会（American Law Institution）其实就是希望通过《模范刑法典》说明，具有深度冒犯性但无害的行为若私下实施则应允许，只要行为人尽合理努力使行为秘而不宣即可。持有这一立场的人

建议使用英美法系中刑法条文对此类行为予以处罚的一个常用词组：公开且臭名昭著的不正当关系，而非谨慎低调的行为，可予刑罚处罚。路易斯·B. 施瓦茨告诉我们，法学会最终否决了这一建议，他们认为将一个“其罪责取决于说长道短的程度”的冒犯行为犯罪化是不明智的。¹⁵ 我不太确定这话的含义，但我可以想象法典制定者脑海里可能会浮现以下场景。两个“深度冒犯者”（同性恋者、侮辱旗帜者、践踏尸体者等等）为经常性秘密实施其恶行，租了一间公寓。首先，邻居并不知情也不关心。不过，过了一段时间，房东太太因为好奇，在钥匙眼里窥视，她完全惊呆了。这个长舌妇很快就把这消息告诉了所有的邻居。成群的孩子们总是等着这对情侣回来，尾随着他们，又是嘲笑又是奚落，直到他们进家门；大人们则兴奋地聚在一起说三道四。不可避免地，这对情侣出来进去就成了一道公开的风景，人人都知道他们何时何地做什么事，尽管他们一再尽力保持低调。虽然他们的行为从未被人目睹，对大家却成了“公然且众所周知的冒犯”，而冒犯原则若延展至保护第（3）组人，就应该将这对情侣逮捕，予以刑罚处罚。当然，立法者可能会认为，不能因为不走运地遇到一位嚼舌的房东太太就要承担刑事责任。要么那些很幸运的保守住秘密的人也应受到处罚（因为他们冒犯了第（4）组中因单纯意识而受到冒犯的人）；要么，哪怕是冒犯了第（3）组人，无论是好运还是歹运都无须受罚。对这两类人士区别对待等于将行为的罪责交给“饶舌的程度”来决定，而这完全不在可控范围内。但这里还是有第三类人——贝尔所说的那些私下实施，但并未采取任何保密措施的人。如我们所见，反对将其犯罪化的立场认为，言论自由的价值足以使其正当化，除非在天平上有足够分量的相反理由。在这些情形中，对冒犯行为“最低程度的知晓”被高度稀释了，已基本失去权衡的分量。

从传统上说，如果仅仅因为知道行为正在或可能在发生就受到冒

犯，无论这些行为造成了多大的深度伤害，自由主义者们已经对将无害且无旁观者的私下行为犯罪化作出决然反驳。密尔对于那些声称因他人的利己行为而需要法律保护其个人情感的人的诚意表示深切且正当的怀疑，¹⁶ 关于少数人仅仅基于那秘而不宣的理由被不公正地剥夺自由，他给出了很多实例，这些行为即使无害且无人旁观，亦被视为严重冒犯：吃猪肉的自由（在穆斯林国家），新教徒或犹太教徒信仰上帝（在西班牙），在安息日演奏音乐、跳舞、游戏或去戏院（在清教徒的大不列颠和新英格兰），在自家饮酒（在美国的禁酒时代）。

H. L. A. 哈特进一步强调：

最根本的反对理由在于，仅仅因为意识到有人在以你认为是错的方式行事，你就要求法律保护你的权利，这当然是任何一个重视个人自由价值的人都不会认同的。因为……法律强制力一旦被用以保护个人的此等苦恼，那么就再也停不下来了。如果认为他人正在干错事而引起的苦恼就是损害（比“可防止的冒犯”好些），当然，你想到那些你不想让别人做而别人正在做的事就感到的苦恼当然也是损害；在这原则的延展下，仅剩的自由就是做没人反对的事。这样的自由毫无意义。¹⁷

哈特在此有些夸大其词，如果被禁止的无见证行为仅限于深度冒犯行为，加之谨慎的权衡测试，冒犯原则并不会允许立法者仅仅出于他人就是不想让其实施的原因而禁止某些私下实施的行为。既然前提是要进行权衡测试，那么认为“自由就是做无人反对的事”就是完全不合逻辑的结论（non sequitur），还不如说仅有的自由就是做那些不是人人（或几乎不是人人）都反对的事。毕竟，哈特说的是，一个抽抽噎噎的家伙会搞得一个自由主义者完全没胃口将无害且无旁观者

的行为犯罪化：

认同个人自由价值就应该至少接受个人能够做他想做的事的原则，即使其他人得知他要做的事会感到苦恼——除非有什么其他的好理由去禁止它。认同个人自由价值的社会秩序不会同时认同他人不应偶尔受到苦恼的困扰。¹⁸ 64

当然，这里还是有些夸大其词。可能也有人认为自由虽有些许价值，但防止因单纯意识而受到冒犯也是有些价值的，因此，二者亦应不时相互权衡一番。但哈特的观点看来并不是要定义自由主义的价值观念（第一卷，导论，第五部分），易言之，自由其实有着巨大的价值，而不是“某种价值”或是“些许价值”。自由有着如此巨大的价值，不可能即刻为防止那些因单纯意识或仅有的意识所产生的“区区苦恼”而牺牲掉。即使为保护道德情感不受深度冒犯，也不能合乎逻辑地推导出应当保护所有人不感到任何苦恼，这的确是一个实证事实（是密尔最强调的一点），立法者一旦踏上斜坡，就会一滑到底。

这样一来，自由主义者所诠释的冒犯原则就对他们形成了两个方向上的紧张关系。那些注重深度冒犯独特性质的人认为，应当放宽源自滋扰法律判定冒犯是否严重到足以受刑事处罚程度的标准测试，这样一来，即使是无人见证的冒犯行为在某些情况下也可能被禁止。另一方面，那些注重自由的巨大价值的人则认为，自由主义者应当更加坚定地反对禁止无害且无见证行为的刑事立法。这些自由主义者往往认为权衡测试还不够严谨，因为在某些情况下，这些测试本身即已确立了对不被察觉的无害行为的禁止，应当代之以对自由更加无条件的保护。直至此处，针对适用冒犯原则的调和标准要求所产生的压力，本书一直在努力抗拒将“深度冒犯”视为例外；同时，同为自由主义

者，我要提醒其他自由主义者，权衡测试绝不会允许将单纯意识造成的冒犯作为禁止私下无害冒犯行为的砝码，当然，也没有任何此类被冒犯状态存在丝毫价值。不过，我恐怕有些过于乐观了。

四、单纯意识问题的解决

65 我之所以认为权衡测试并无问题是基于一个假定，即秘密的私下行为绝不会成为严重冒犯的来源。因为它所引起的冒犯无论是强度还是广度都与被人亲见的行为所引起的冒犯不同，它总是可以“合理避开”的。若此类行为尚有例外，我认为那是源于对冒犯的某种过度的，甚至是病态的、过敏的反应，不足以干涉他人完全涉己的行为。在未失去自由表达权利的情况下尽可能谨慎从事，且行为人并未恶意图侵犯那些对冒犯过敏的人，则无论是在个人价值上还是在社会价值上，这些行为均有最低合理性。当然，关键一点在于，只有那些过度“敏感的人”才会因为单是意识到无害无见证但令人恶心的行为就会感到不安，他们的反应，和少数那些容易受惊的马匹一样，不能作为干涉他人无辜且有价值行为的根据，而要求他人为避开这些过敏者徒增不便。

有关道德过敏者的观点并未给紧张不安的自由主义者带来他们想要的安慰，毫无疑问，无论是密尔还是哈特也对此感到不安。确定无疑的事实是，二十世纪的西方民主下，对无见证且无害行为产生的极端的、广为流传的、无可避开的冒犯只可能发生在道德过敏者那里。但这种联系并不必定发生在所有年代的所有社会。要是这种对冒犯的过敏性变得稀少且例外又会如何？要是它广为传播成了新的敏感标准呢？若如此，它就不再是所谓过度的，或是“敏感的”了。我们可以就过度敏感的字面含义提出同样的问题。要是国内 90% 的

马匹，即统计学上的“一般”的马，而今都具有我们原先所说的“易受惊”的特性将会如何呢？我们不会称一般的马为易受惊的马，因为“易受惊”本意是指异常的或特别的紧张不安，在统计学上说是异常的马，一般的马当然不会这样。这时，我们只好再提出新的惊马标准，即只有那些较新近被视为一般的马更容易受惊的马才适于被称为“易受惊的马”。当然，即使如此，人们没有义务改变策马的习惯行为，却必须在如今被视为普通的马匹面前更加小心。

做个类比就很清楚。在沙特阿拉伯，以我们的标准看，90%的人都是容易受惊的马，当然在他们自己眼里倒是正常的。在美国，几乎人人都因为第七章中描述的巴士上的行为陷入深深的不安状态，但几乎没有人会因为想到这些行为在某个他所知道的私下场所发生，或只是在某处发生而产生同样的不安状态，因为那是合法的。但我们至少可以想象，几乎所有沙特阿拉伯人只要想到某处有人在吃猪肉或饮酒，或在他们国家的某个地方基督徒正在做礼拜就会产生同样的不安，一如他们亲眼见到这些恶心的行为一样。这种情形不乏其例，我们的权衡测试对立法者进行刑事禁止并非屏障。特别是若私下行为既非表达性的（没有听众进行交流），亦非宗教性的，亦无其他社会重要性或个人价值（如，行为是侮辱或损毁宗教圣像或爱国象征），则其砝码就抵不过其让所有“正常”的观者看到景象却无法摆脱的不可避免性。因此，自由主义者总结道，尽管权衡测试可以发挥作用，防止立法者将私下的无害行为犯罪化，但这些测试也可能在更加同质、集权的国家中被用于将此类行为犯罪化，在这些国家里，少数人的权利其实更需要保护。

必须回应的是，尽管冒犯原则须经权衡测试的调和，但它并不能为自由主义者提供其所需要的全部保证。这并不是说不能给他们任何实质性的保证，而是说它不能保证不被误用。在任何社会，它都不

会被用以作为惩罚言论表达（听众并非无可避开）、私下的宗教行为、私下进行的自愿性行为（对当事人来说有很高的个人价值）的依据。但它可能被用以保护人们免受“深度冒犯”，若此冒犯带来的不快几乎对所有人来说已达到公共滋扰的最强程度，且冒犯行为本身几乎毫无价值。这些条件也许在美国难以满足，但在世界上其他地方则有可能达到。不过，自由主义者还可以得到进一步保证，即使冒犯原则在原则上认可某个刑事禁止的合法性，立法者也还需经权衡测试方可获得通过立法的正当理由。或者这冒犯行为极其罕见异常而不值一提，或者因为其他的实证原因导致立法将产生令人难以接受的副作用。这种法律本身将刺激嚼舌者、偷听者、告密者，警察将忙于令人厌恶的侦查活动，令每个人的隐私陷入危险，还会造成选择性司法擅断，匿名信不断增加，总而言之，警力将浪费在毫无结果或负价值的事情上。最后，即使这样的法条生效，但亦因其源自冒犯原则，配置的法定刑必定较轻（参见第七章第一部分），也就没有多少阻吓力。因此，自由主义者不必担心立法上适用冒犯原则立刻就会给我们的自由带来威胁。当然这保证还不足够有力。自由主义者想要的保证是，若行为完全私下进行且无害，为了防止因仅仅意识到这种行为在或可能在发生而可能产生的被冒犯状态，就通过立法禁止这些行为，在原则上就是不正当的，无论何时何地，这样的立法都是错误的。为了达致这一结论，有必要补充一个不同的自由主义式策略。

我们再回到“深度冒犯”概念。若立法者通过法律保护他人免受单纯意识导致的冒犯总是正当的，那就必须确保他人所受之冒犯确为“深度”冒犯。如果说仅仅为保护感官或低阶情感（因“令人恶心”的行为造成）而禁止无见证行为，则如我们所见，那其实是在保护被冒犯者免受并非无可回避且必须见证的行为的冒犯！在这种情况下，法律保护的其实是他自己的丰富想象，而这属于他的可控制范围，除

非他患有神经官能症而无法抗拒。对于真正的深度冒犯，被冒犯者对未亲见行为的反对并非出于因想到这行为而引起的对自身精神状态的影响。实际上，这些次生的不快状态只是行为人冒犯了他的道德情感所导致的结果，若非此冒犯，这不快也就不会产生。若说被冒犯者的不快状态导致其道德情感受到冲击，就是本末倒置了。这些状态无关其诉请。他的怨愤并非出自一己个人。因此，为了保护他而立法禁止该冒犯行为就说不通了。¹⁹ 若有人在自家屋里私下侮辱旗帜、践踏尸体，外人即使看到，也不能声称自己就是这冒犯行为的被害人。无论有无被害人，他都认为这行为是错的，正是这一点冒犯了他。一旦他将注意力转移到自己的不快上，他提出的诉请性质就变了，他的道德热情就像被穿孔的试管里的空气一样瞬间消散了。

但如果并非被冒犯者本人需要法律“保护”其不受无害无见证行为的冒犯，那么，还有谁可能提出“保护”请求呢？当某个非个人物体在私人住所遭到摧毁，究竟是谁的权利受到侵犯了呢？当然不是那物体本身，首先那是并非能够享有权利的物件。当然也不是行为人，他自愿实施了他想要实施的行为。侮辱崇敬物，无论是人造的还是自然的崇敬物，即使无人看见，也是一种罪恶。但这种罪恶看来并非是任何人提出诉请的前提基础。

鼓吹惩罚无害的无见证行为的人在其描述中恐怕要面临两难境地。为论证自己的观点，他要么适用冒犯原则，要么（默默）寻求法律道德主义这种非自由主义原则的支持。前者即请求保护，免受因“单纯想法”或“单纯意识”到恶心行为正在发生而产生被冒犯的不快状态。后者则是适用所有自由主义者都反对的限制自由原则：这是支持刑事禁止的好理由，即有必要防止任何内在非道德行为，无论其是否对他人造成损害或冒犯。若最终寻求的是自由主义冒犯原则，那么这个观点将存在一个致命的缺陷。根据我们所诠释的冒犯原则（第

七章第一部分), 刑法可以用来保护人们不受不当冒犯, 意即不受他人以侵权方式造成不快的精神状态。假定私下毁损崇敬物是不当的(即使并不存在被害人), 那就会对任何不赞成这类行为的人在得知此事时造成“不当冒犯”: 行为是不当的, 且为造成某种严重被冒犯状态的原因。但对于真正的自由主义冒犯原则来说, 这还不足以称之为“不当冒犯”。造成冒犯的行为应该不仅是不当的, 还必须是对被冒犯者的不法行为, 即侵犯了被冒犯者的权利。²⁰ 但正如我们所见, 即使被冒犯者本人也不能认定自己的权利必定被他认为道德败坏的无证行为所侵犯。如果他想进一步提出个人诉请, 他自然就成为密尔所指责的在道德上以自我为中心的诚意可疑的人。(参见注释 12、13 和 16) 他所受到的深度冒犯对他而言并无不当, 当然也就不存在自由主义冒犯原则意义上的“深度冒犯”了。

被冒犯者经历的道德冲击、嫌恶和忿恨并不代表他个人, 而是代表他所秉持的道德原则以及他对珍贵符号的道德尊重。要将这些道德上的反应作为对冒犯行为予以法律强制惩罚的根据, 就只能求助于法律道德主义原则, 后者通过将道德确信法律化来控制道德违反行为, 即使这些行为并未侵犯任何权利, 从而亦无任何人可“保护”。而自由主义者坚决反对法律道德主义原则, 他们认为冒犯原则没法为立法者的犯罪化立法提供任何依据。简而言之, 为防止单纯意识的冒犯而将私下行为犯罪化的依据要么建立在冒犯原则上, 要么建立在法律道德主义上。寻求自由主义的冒犯原则行不通, 因为单纯意识的冒犯并非该原则所指向的“深度冒犯”; 但若寻求法律道德主义, 也许能够行得通, 但却无法说服自由主义者, 因为自由主义反对法律道德主义。结论就是, 自由主义不认同任何处罚造成单纯意识的冒犯却无害的私下行为的立场。进而, 自由主义者可以继续采用冒犯原则而无须担心有任何尴尬境地。约翰·斯图尔特·密尔能提供保证。

然而，解决单纯意识问题的情况还很复杂。在某些情形中，禁止单纯意识冒犯的无见证行为并不需要用到法律道德主义。我是指那些针对个人的深度冒犯，即使撇开道德内容，被害人仍能以个人怨愤提出诉求。因为冒犯行为明白无误地指向他们，即使他们本人并未亲见。例如，在无最近亲属同意的情况下，尸检或对尸体进行研究是不合法的（见第五部分）。如果不是这样，那么，不管她高不高兴，一名寡妇见到自己心爱丈夫的最后一面就是在科学实验中被砸烂的面部。她不必亲眼见到那个过程（够幸运的话），只要想一想那场景就足够她痛苦，这痛苦无法摆脱，就算她一直去想其他不开心的事也无济于事。她的怨愤和其他任何不赞同对尸体如此做法的人的怨愤完全不同。她的怨愤是个人的（以她本人之名），而不仅仅因为她的道德情感受到冒犯（她并无道德情感不受侵犯的权利），她的痛苦挥之不去，因为那不是别人，正是她的丈夫。在这个特例中，与个人感受相关的一方正是权利被侵犯一方，尽管还有其他人也会在得知这一情形时感到被深深冒犯。（“私下的”种族歧视或滥用色情行为也会对单纯得知的被侮辱群体造成个人冒犯，因此必须作为特例对待。参见以下第七、八部分，以及特别在第十一章第九部分）因此，在保护她的权利方面，禁制令或民事诉讼较刑事诉讼更加经济。

70

还有一个难题。单纯意识的冒犯者（如一个食人肉者，他通过捐赠或其他合法途径获得尸体）私下实施冒犯行为，他不仅毫不掩饰，反而“公开且广而告之”地宣传他的口味，邀请他人参加，公然向他人广而告之，甚至立起霓虹灯标志（如库尔特·贝尔的例子），对此又应如何处理呢？对于那些将尸体作为生物的人来说，这样的行为不仅让他们一想到食人肉的主张就会受到道德上的冲击，何况那些广告更会令他们的不快挥之不去，那冒犯性的标志会令每个观者不断产生被冒犯的感受。我认为，自由主义原则可以保证对此类过度宣扬的干

涉，而并不涉及隐私、交流、表达等基本权利。但相互冲突的价值权衡十分微妙，错判的风险很大。

考虑以下系列情形。第一种情形，孤独的食人肉者通过打电话、写信或私下交谈，邀请同伴加入。如果他有权私下里实施此冒犯行为（若为造成对他人的损害，则自由主义者不能否认他的这项权利），那么他当然有权和他人谈论此事，并邀他人参加。但如果他在大街上和陌生人搭讪，积极主动，再三坚持，他就造成了公共滋扰，成为骚扰者。（参见第十六章第二部分）假定第二种情形，行为人将用词谨慎且无伤大雅的广告贴在自家房上，或登载在报纸上。自由主义者不会反对这种情形。第三种情况就是我们之前提到的情形，行为人用夸张的霓虹灯做广告。第四种情况是，广告遍布城市的各大广告牌，以及贯穿市中心商业区的高架铁路月台上的巨型霓虹灯。最后，第五个情形，广告牌上描绘的是俊男靓女正从尸体上割下臀部的肉。

自由主义者可能会按普通滋扰同意禁止图像标志的行为。如同第七章中巴士对乘客一样，公共街道对很多人来说是无可避免的场所。对行为惟妙惟肖的描述和行为本身一样，会令人感到恶心、作呕、难受、尴尬或气恼。第四个例子要困难得多。无法避开的显著标志应当禁止，因为它们歪曲了公众的意图，改变了公共环境。城市的某个部分往往属于某个人，但城市作为一个整体却代表着全体市民。他们更希望在所有主要街道两旁种上树木，竖立英雄纪念碑，用雕像、艺术品、镌刻诗句的匾额点缀公共空地。即使是百老汇大街或皮卡迪利广场上那照亮夜空的巨型霓虹灯牌，也设在私人地界，向公众传达私人信息，为城市营造出独特的氛围，从而成为外来者眼中这城市独一无二的符号。城市中邀请食人肉、兽奸、污损象征物、焚毁旗帜以及侮辱尸体的“纪念碑”越多，这城市的氛围就越会显著改变，并损害公共利益。“这就是我们想要的城市象征么？”市民也许会问，如果

市民的回答是“不！”那么，我想自由主义者恐怕也不会反对减少上述破坏性的交流和广告方式，并同意采取适当的法律措施。

我们开头所说的例子，单个的霓虹灯牌，就是一个位于界限边缘的情形，因为它只是一个孤立的场景，不会影响城市的整体视觉环境。当然，霓虹灯看了眼睛会发酸，其实就像其他为啤酒、教堂仪式或哲学书籍做广告的霓虹灯一样，看了都会让人眼睛发酸。但文字内容本身，在吸引路人的眼球时会对其中那些抱有内心确信的人造成冒犯，从而成为一种公共滋扰。非自由主义者不会这样回答，“我不管你私下做什么，那是你的事，但请不要哪壶不开提哪壶，把我也硬扯进去”。私下食人肉的行为和私下侮辱崇敬物一样。但如果用霓虹灯牌做广告，就如同公开亵渎崇敬物，即公开展示亵渎神圣的淫秽形象或信息。就感觉来说，如果亵渎不是公开进行，就算不上亵渎。如果是公开进行的，那就完全满足立法目的，因为它已超越冒犯性滋扰的界限了。当然，文字和图片不同，而图片并不等同于公开实施行为。若仅通过文字来吸引人们对亵渎的注意，那么，“亵渎”似乎是一个很奇怪的字眼，因为文字本身是不可观看的。孤独的食人肉者如果停止使用霓虹灯牌，且使用低调的字眼，那么他一定会从这个迷局中获益。

五、虐待尸体

72

读者不应从上述示例中得出结论，认为我对所有形式的深度冒犯都不以为然。人拥有高阶情感是件好事，对他们来说，有些东西是宝贵的，甚至是神圣的，象征这些事物的符号具有同样的重要意义，不应受到合法的嘲弄。我们不妨停下来想象一下，如果人人没有任何值得珍视的或者值得深切尊重的东西，我们的生活将会变成怎样。如

果人人心中全无神圣，我怀疑我们还能否获得个人安全，社会稳定的基础也将脆弱而易变。很自然地，在深度冒犯问题上，人们会指望损害原则，而另外一些人则会祈求法律道德主义。冒犯原则将被挤出我们的讨论范围，或者（很可能）沦为无足轻重的配角。

本章剩下的内容将着重讨论涉及对死者的象征性不敬、侮辱少数民族以及堕胎问题时所产生的争论。我们应当尤其注意，即使这些争论抛弃冒犯原则，转而求助于其他限制自由原则，它们还是要用到权衡测试，否则即是有偏见的，或是片面的。我们应当尊重某些象征物，但更重要的是，我们也别尊重过头。否则，我们尊重了它们，却恰恰丢掉了它们所象征的价值，陷入多愁善感和神经过敏的道德陷阱。

和我们之前示例暗示的内容相反，几乎无人出于个人喜好（食人肉者，恋尸癖，遁世者，精神错乱者）对尸体施以虐行。若是出于某种需要而粗暴对待尸体，则世人会出现不同的道德立场。动机始终是帮助活人，即使确知将以某个宝贵的自然人性象征物为代价。自从科学家们发现对尸体的研究将带来怎样的价值，人们就开始就如何对待尸体展开伦理学上的争论。1828年，国会中的一名边沁主义者引入了一部法案，后来被称为《尸体法案》（Dead Body Bill），它允许对尸体出于科学研究目的的使用，若死亡发生在使用公帑的贫困家庭、医院或庇护所，且尸体死后一定期限内无最近亲属提出其他请求。该法案最终获得通过，但在之前却饱受批评，认为其对穷人不公。由于死后被肢解的恐惧感过甚，这个法案导致穷困的老人们“宁可死在大街上，也不愿意去医院”！²¹

同样的政治争论在晚些的十九世纪再次发生，结果也雷同，提案要求制定尸体解剖条例，以满足刑事侦查或公共健康之需要。这些争论本已在晚近时期医学技术发展的情况下烟消云散，但现在却又卷土重来。一个近期的例子是1978年发生在加利福尼亚州议员和交通部

之间的论战。政府和几家大学实验室签约，委托他们在不同速度的真实碰撞下，对汽车安全气囊设计进行测试。通过假人所做的实验当然不能满足对真人乘客保护程度的测试要求，于是实验室就在征求最近亲属的同意后，用尸体取代假人做此实验。莫斯议员给交通部长写了一封怒气冲冲的信，信中指出说，“利用尸体进行汽车安全实验违反了人类道德和尊严的基本准则，必须立即永久停止。”²² 尽管交通部也声称，禁止使用尸体将使汽车安全防护“倒退很多年”，但实验还是停止了。²³

道德哲学家恐怕也要思索，为何利用尸体进行创伤性实验较利用尸体进行病理学解剖更加违反“道德”和“尊严”？答案可能在于这些不同的使用中包含的不同象征意义。在安全气囊实验中，尸体被外力击碎，而在实验室的肢解，却是身着一尘不染白大褂的医学工作者在无菌室中完成的，这传递出某种让人接受的专业医学领域的象征性尊重。可能有人反驳说，除了象征性因素，对尸体的这两种使用并无“实质不同”，但象征性意义正是我们要讨论的问题，是关切和谅解的唯一焦点。将尸体排除出撞击实验的决定与刑法无关，因此和我们的目的没有密切联系。但如果这决定已经上升到立法者的层面，使他们考虑是否应当通过刑法禁止用尸体做此类实验，那么冒犯原则就不能保证实验者的自由不受干涉。工作人员都是自愿加入的，在雇佣过程中并无强制。而最易受到感情伤害的直系亲属，都已经过咨询，全部同意这种使用。实验也是在相对私密的情况下进行的。易言之，实验并非在公开场合进行，公众走在大街上或是公园里，是无法随意看到实验场景的，尽管当局并未特意阻止希望观看的公众前往旁观。不过，实验既未尽力保密，规模又很大，所以这实验的确是“公开且臭名昭著的”。不少人单是得知就觉得受到冒犯。因此，这实验极有可能对广大的知悉群体造成大面积的深度冒犯。但那冒犯都是以非

个人方式形成的，而不是纯属个人怨愤的普通冒犯性滋扰。如我们所见，对深度冒犯予以保护的依据主要来自法律道德主义原则，而非冒犯原则，但自由主义者并不接受法律道德主义。当然也可以寻求损害原则，这原则自由主义者是接受的。如果有人提到对某个自然崇敬物的尊重存在社会效用，那么损害原则就将支持他的论点（参见第六部分）。但在眼前这个案例中，那真实却飘渺的价值敌不过实实在在的救死扶伤的考量（如果相信交通部的话）。

现今在对待尸体方面最广泛持久的争论恐怕就是从新鲜尸体上向饱受病痛折磨的病人移植其所需器官的问题了。从晚近那些富有天才的哲学家们的著作中²⁴，无论当事人是否同意，从活人身体提取器官进行移植、从而阻退他们的利益或夺取他们的生命所产生的道德预设问题，已为我们熟知。但我在此处提请读者注意的可能冲突并非利益与利益，或生命与生命之间的冲突，而是利益或生命与象征意义及情感之间的冲突。

一个将死之人或其近亲属是否有权拒绝他人在其自然死亡后使用他的器官？几乎没有哪位学者，包括实用主义者，认为将死之人及其近亲属有义务献出器官。在很多情况下，这可能会涉及宗教信仰。在美国，这可能会侵犯由宪法第一修正案所确认的宗教信仰自由。另一个更常见的论题是，从新鲜尸体上提取器官是否需要他死前签署同意书；或者，提取器官是默认程序，除非死者生前提出反对，或其近亲属在其死后提出反对。默认模式将为移植和实验提供更多器官，长远看，将直接或间接地挽救更多生命。另一方面，反对者认为既然尸体是其生时标明身份的实质象征，对于在他死后即成为某种“神圣物”的尸体，他必须有主动控制权，那么只有存在某个将移植器官转换为馈赠礼物的系统，才能对这些事实作适当认定。未能对死后的器官使用提出反对是另一回事，“真正的赠予”问题仍然继续。“默认提

取器官”，保罗·拉姆齐（Paul Ramsey）反对道，“将剥夺人们显示慷慨美德的权利”。²⁵天平的一边是人的生命；另一边则是人的权利——可不单单是取得或撤销他的同意以便在他死后使用他身体的权利（这个权利倒是可以保护得到）——而是他利用某个象征性意识把自己的身体变成一个“礼物”的权利。即使是在利益与象征性之间存在的这种极端冲突中，拉姆齐仍然认为象征意义砝码更重。如果不是因为这主题太过严肃，我简直要指责他过于感情用事了。

感情用事的结果往往就是为了区区象征而牺牲实实在在的，自己的或他人的利益。在更罕见的情形中，那备受珍爱的象征物正是受到损害的那类利益的标志物，因此，在情绪化的行为中的确存在某种虚伪的不一致性。威廉·詹姆斯（William James）有一个关于俄罗斯女士的故事就是这类伪善的好示例，这位女士在戏院里为戏剧中的虚拟人物啜泣不已，可她的马夫就在戏院门外冻得快要死掉。错误就在于将某种价值赋予某个符号，然后为了自己陷入其中的情感而牺牲真实的利益，包括符号本身代表的利益。这一过程并非存心欺骗，投入的情感也足够真诚。其中的矛盾也不仅仅在于说还是做。错误更部分在于人们对理想作出承诺的本质。陷入对象征物的感情用事反而分散了他对象征物所代表的利益的关注。

就算是情真意切，深度情感若支持对他人合法利益的侵犯，亦不能作为立法的决定性理由。出自情感的行为损害了利益，就变成贬义的“滥情”了，很多诉诸情感的人其实都是在诉诸“滥情”。胎儿作为人的一个自然象征，理应受到尊重，但如果为了维持这个尊重而禁止堕胎，那么一个十二岁的少女，被歹徒强暴后怀孕，并染上致命的性病，禁止她堕胎其实就是为了保护某个人性的符号，却牺牲掉一个实实在在的人的最重要的人生利益。同样地，新鲜的尸体是人的神圣象征，但如果为了尊重这个象征而禁止尸体解剖和尸体研究，就是剥

夺生者从医学知识中获益的权利，任由成千上万不知名的人患病或死去。对神圣符号如此“尊重”其实是拙劣的。

调和冒犯原则的权衡测试总是诉诸利益，包括“冒犯行为人”的利益以及那些他可能帮到的人的利益，诉诸利益总是比诉诸受冒犯的情感更有分量和说服力，当两者不可避免地存在矛盾时，应当利益优先。这个道理在情感本身存在某种瑕疵时（矫造的、做作的、虚假的或非人的）更加明白，无论情感是高尚还是朴素，都是如此。卡多佐大法官曾经就一桩重新埋葬尸体的民事案件写道，“备受珍视的情感不应因一时心血来潮而受到嘲弄”。²⁶我同意这说法，但想把这判词说得更明白些：挽救生命、医学研究、刑事侦查等可都不是什么一时的心血来潮。

在对待尸体方面，利益和情感的最戏剧化冲突可能发生在未来。威拉德·盖林（Willard Gaylin）在其著名的文章“收获尸体”²⁷（“Harvesting the Dead”）中已经预测到了这一点。新的医疗技术对死亡有了新的定义，即不可逆地丧失大脑功能或大脑皮层高阶功能，盖林让我们想象这会产生何种结果。在这新定义下，一个人可能会在其已被宣布死亡之时，他的心脏还在跳动，肺部还在呼吸，内脏功能仍旧保持。如果脑死亡后生理功能仍可通过呼吸机获得外部维持，而此时大脑皮层已经死亡，不可逆地陷入昏迷的身体实际上是在自我运作。如盖林所说，“这身体还是温暖的，有呼吸的，有脉搏的，有排泄的，这尚能排泄的身体需要护理、喂食，需要照料，而这种状况也许会持续很多年。”²⁸

盖林于是让我们想象某种未来机构——他称为“生物大卖场”的地方——脑死亡的尸体，委婉地称之为“新尸体”，被存放在那里，等待被投入各项重要的医学使用当中。这种生物卖场被安排在医药实验室和医院病房之间。在那些排列整齐的病床上，在那白色床单下

就是一具具“刚出炉”的新尸体。新尸体的脸如同这些人生前一样，同样的特征，甚至同样的肤色。每一具新尸体都是一个完美的自然象征，不仅象征着一般的人性，还象征着曾经在那身体上存活生命的那个人。一开始人们甚至不会注意到他已经死了，因为他的身体还在有效运转。

但现在一群医学院学生需要学习肠道或阴道检查，让他们消除作为新手在检查真正的病人时可能担心出现的困扰或尴尬。之后安排以最完美方式进行的药物疗效测试——将其用于人体以判定疗效而不会危及任何人的生命健康。病房中的其他新尸体也证明了它们比活体动物更好的实验对象，和狗或老鼠不同，尸体不会感到痛苦，不会像活体动物那样备受折磨。还有一些新尸体可以作为血液抗原、血小板这些在冷冻条件下无法存活的活体组织的银行或储存器。从另外一些新尸体中可以获得骨髓、角膜和软骨，用来为附近医院的病人进行移植手术。其他的新尸体还可以用来制造荷尔蒙、抗毒素血清和抗体，进入预防或治疗疾病的商业用途。 77

即使我们使用的是完全脑死亡的尸体，盖林估计按照美国的人口，脑血管疾病、意外、他杀或自杀每年可以造成至少 70000 具适用的新尸体。其中一些对尸体的使用将带来商业利润，可以用来支持那些没有利润的使用，并且可以带来无可估量的战胜病痛和死亡的净利益。不过，当我问及我的哲学班学生以及三年级的法学院学生时，至少有一半人认为，尽管整个计划会带来利益，但实在过于恶心而不应执行。盖林本人将我的问题以雄辩的方式提出，他在描述完生物卖场的利益之后写道：

可是，在列出所有好处之后，明确的救命潜力，清晰的人道目的，成熟的技术，单纯的动机，正当的物质成本——可是，我们该如

何抚平情感？账单入项上那些四肢、肝啊、肾啊我们该如何填写成本价格，如何填写这个仁慈的努力所包含的恶心之处？²⁹

这里的恶心之处并不能压倒盖林所描述的人道利益，不过，当冒犯原则行不通时，其他限制自由原则，包括自由主义的损害原则还是可能为相关法律禁止找到正当依据，下面我们就转入讨论这种可能。

六、道德情感、道德敏感和道德神经质

可以想到有三种论点能支持或补足对深度冒犯的解读。第一种观点策略地求助于限制自由原则，我们称之为“完美主义”（参见第78 四卷第三十三章），希望借助提升、推进或将人性“完美化”以支持相关刑事禁止。第二种观点以某种复杂的方式适用冒犯原则，考量那些因不恰当的“机构性象征意义”所产生的微妙而严重的冒犯。第三种则着眼于因普遍削弱对某种自然符号的尊重而间接产生的公共损害。当然，这个论点其实就是求助于损害原则。威廉·梅（William May）在他的一篇非常用的文章中对上述三种观点展开论述，释放因实用主义地计算公共收益而被冒犯的情感，以反对收集器官和“收获尸体”。³⁰梅的论点是支持关于什么该做、什么不该做的道德结论，而非关于应当制定什么样的禁止性立法的政治—道德结论（我们的关注点）。无论如何，他的论点若加入限制自由原则为前提，就能轻易地被重新塑造为政治—道德结论。（没有理由认为梅本人愿意对其观点作此重塑，我也不会为他提出任何有关刑事立法合法性的观点。）现在应当做的是重新构建，适用这法律—立法语境，对梅提出的这三种观点逐一进行批评。

1. 认为被冒犯的情感对我们的人性至关重要的观点。梅回顾了

那个不知道害怕的年轻人的格林兄弟童话故事：

面对死尸他毫不害怕——无论是吊起来的人还是他想要弄的那具尸体，从某种观点来看，他的行为充满令人愉快的孩子气，可要是换个角度，他真不是人。他的父亲为他感到羞耻，于是这个年轻人被送到很远的地方“去学习如何害怕”。只有当他学会了畏惧，他才能摆脱这种莫名的冷酷状态，重新成为人。³¹

梅认为这个故事说明了“我们内心深处存在的人性尊严与畏惧之间的联系”。³²而日复一日地收集可再利用的新尸体器官，其实就是“拒绝认可人应该有所畏惧的事实”。“这里面有一丝非人的意味”，他写道，“那些人的人道主义坚信，对社会需要的满足可以轻易压倒任何其他考量，从而将该类行为降低为日常的、常规的、普通的活动。”³³在梅的评论中，我们可以感知某种二阶恐惧，包括他感觉到一种本应自然产生的重大恐惧不见了，又进而导致那本该作为一种道德震撼的存在，现在却变得稀松平常。这不禁让人回想起越战期间的新闻

79

报道中，恶意射杀、被碾压的婴儿、每日“清点尸体”变成乏味的日常画面，仿佛这些不过是普通的体育报道。

我们可以重构梅的论点，让它适于被称为“情感论点的一个标准形式”。这论点如下：

(1) 一旦会削弱或泯灭某个自然的、真实的人性情感，并降低（贬低人性）人的性格特质，那就是一件坏事情。

(2) 在对待尸体的态度中包含自然的、真实的人性情感。

(3) 日复一日地收集器官、收获尸体将削弱并将最终使这些情感消失。

(4) 因此，这些做法将降低人性特质，因此，是一件坏事。

现在，我们再加上：

（5）提升（或防止降低）人性特质是设置刑事禁止法律的有力且相关的理由（法律完美主义）。

（6）因此，有充分的理由禁止常规收集器官及脑死亡尸体的行为。

对此，我有几点评论。首先，这有别于对冒犯原则的道德适用，否则会产生困扰。冒犯原则的首要前提就是，无论何事，只要造成绝大多数人，或普通人的深度反感，就有理由说它是坏事。（产生反感总是令人不快的经历，而引起他人不快是不当的。）相对来说，梅教授的观点是，无论何事，只要削弱了绝大多数人，或普通人产生反感的能力，就有理由说它是坏事。他不太关注保护人们不产生反感，倒是更关注保护人们的“人性”，保留人们自然产生反感的能力。

同样地，梅教授的观点与“普通观点”相对，后者假设在观看与让人害怕的东西之间，以及在让人害怕的东西与反对立场之间存在自然的普通联系。这种说服技巧其实就是一种对人不对事（*argumentum ad hominem*）的论证。仅从个人情感出发，自然产生某种恶心感的人不需要更多的论证；他可以立即诉诸自己的不安感。显然，梅教授的策略并无用处，想到日常收集器官等行为并不会让他的反对者吓得落荒而逃，而梅教授也不想指责他们的人性（尽管他的确在他们的观点中觉察到“一丝非人的意味”）。

我对梅教授的第一个反驳就是，他的观点只能适用于真空条件，而必须抽去它本应指向的真实世界。在其前提或结论中均不存在某个认同的条款，哪怕是获得利益与防止损害之间的相关性也未提及，似乎“治疗白血病或其他疾病，减少病痛，维持生命”³⁴等等都不值一提。实际上，无论是梅还是拉姆齐，后者早先反对收集器官的论点建立在微妙地优先认可象征主义捐赠与受保证的慷慨仁慈的基础上，他

们在论及这些紧急问题时更多地是以文学批评的方式，而非道德家的方式，去争论符号的适当性。必须严正提醒他们，就在他们区分符号与情感之时，有人正不断地患病或死去。威廉·詹姆斯提到的那个多愁善感的俄罗斯公爵夫人可能的确为舞台上的人物经受着某种真实的人类情感，但那故事的意义并不在此，而在于她的马车夫的死。

为适当使用，梅的观点必须进行重塑。无论如何，他的前提中所包含的资料显示某个行为削弱了人的自然情感，是个坏事情，因此，除非在天平的另一端有其他相反的考量，否则，既然这是坏事，当然就不应实施。很好，有人接受这个提议，并且指出防止死亡和病痛就是一个可以优先于符号完美无瑕的相反理由。

为何梅及其他有着同样观点的学者似乎都不太愿意提及对病痛的减少和对生命的挽救呢？我怀疑这是因为他们都对最脆弱的实用主义有着如此的结果主义者考量，仿佛将救命与感情相提并论是一种道德误判，就如同牺牲一个不情愿的人，用他的器官挽救其他生命一样。他们宣称有一种权利是不受惊吓，或者不让受惊吓的能力减弱，它们与不被杀及不被“肢解”³⁵的权利有着同样的优先顺序，但这种宣称是经不住推敲的。梅径直否定那些认为“社会需要”优先于所有其他考量的观点，似乎是说一个病人对器官移植的需求与一座城市建一座新图书馆或改进公共交通的需要没什么两样。在另一篇文章中，他同样用了“社会秩序”一词，更增添了名声不好的空想意味。他提及日常收集器官计划时写道，“个人最宝贵的东西被国家以社会秩序的名义进行盘点、提货并销售。”³⁶如梅所见，道德冲突介乎真诚的人类情感与某种内在价值之间，往往被称为“单纯功利主义”。被忽视的是作为矛盾一方的所谓“社会效用”，其本身就包含了个人获得救助和治疗的权利。如果，与此相反，情感也存在权利，人们就会认为这种权利的重要性较生命权利或舒缓病痛的权利低些。杰西·杜克米

81

尼尔（Jesse Dukeminier）很好地阐明了这一点。他反对将这些冲突性的利益标签为“对器官的社会需要”。他反驳说，“器官并非移植给社会，而是移植给人！”³⁷

为充实这个观点，我们可以考虑以下场景：病人 A 死在医院的病房里，关于其身体的身后事，他什么话都没有留下。隔壁房间的 B 需要马上获得器官才能活命。A 的直系亲属拒绝将自己亲人的器官用作移植，于是 B 死了。B 的权利是否受到侵犯？是否存在不公？还是仅仅没能实现“社会效用”？也许我们会认为不仅仅是某个社会效用未能实现，而是一种不正当，因为 B 是个特定人，一个受害者，而不仅仅只是一个未知的可能性或抽象物。但再考虑一个场景。病人 C 死在医院的病房里，关于其身体的身后事，他什么话都没有留下。就在此时，D 遭遇车祸，五分钟后他被救护车送到医院，急需获得 C 的某个器官方可活命。C 死的时候，没人知道有关 D 的事，对于相关各方而言，D 完全是个陌生人。C 死之时，C 的亲属拒绝任何人使用 C 的器官，最后，D 在十分钟后死去。D 的权利是否受到侵犯？或者仅仅是社会效用未能实现？若认同后者，则可能会说那是因为没人认识 D，没人知道他的名字，没人对他有任何特定意图。就如同他没有名字，没有身份，没有权利，仿佛在 C 死亡时，D 的不被人知晓的状态剥夺了他作为人的权利，将他视作非人的“社会效用”的一个要素。

即使经过完全重塑而表述为一个更加弹性的结论（“如此一来……”），梅的第一个论点还是存在隐忧。我认为前提（2）并无不妥，如果将针对新尸体的自然人性情感视为他们自己的权利，那么当然不应加以玷污。但我对前提（1）和前提（3）有所保留。前提（1）需要重新定位。它说无论何事，只要是削弱或泯灭某种情感就是件坏事。我认为，重要的是，我们不仅要能够产生情感，更要能够审视及控制情感。当然，人们有时确实需要“学习畏惧”，但更普遍的情形是

人们必须学习如何不畏惧。人死不能复生，当然，他们也不会像一缕青烟般散去。我们当中的某些人可以害怕得闭上眼，但有些人却必须去解剖它们。病理学家往往必须要对尸体进行检查或测试；手术室里的外科医生要打开尸体，又切又割；殡仪人员要对尸体进行防腐处理；焚化人员要对尸体进行焚烧。这些专业人员可不能害怕，如果为了“保留他们的人性”而抑制自己的自然感受，那他们肯定会陷入痛苦，这些有用的行当就都没人干了。当然，还有一个反向的危险，这些人的工作以牺牲其人性及其产生自然情感的能力为代价。需要的既不是压抑，也不是多愁善感，前者会导致非人性，后者则陷入过敏。需要的是对情感谨慎理性的管理，某种“对感情的养成和自律”。³⁸

我必须特别提及有部分实证主义立场的前提（3），即收集器官（“收获尸体”当然更是如此）将普遍性地削弱或泯灭人类基本情感。这些用于医药的行为不必如此粗鲁地、轻率地、不敬地实施，这些作为专业人士的工作本应存有尊严。对于专业人士本身而言，他们的工作并不比病理学家或殡仪人员更会降低人性。还有一些专业人士甚至必须硬着心肠在活人身上工作。我怀疑梅教授是否像十九世纪的学者那样，认为外科手术也是“非人的”？外科大夫是否会因为日日面对血液、伤口和痛苦，回到家里就会殴打妻子、乱踢小狗，并对失去亲人漠然视之？那样的话，当然可以说他们是非人的。

有一点我倒是同意梅教授，即失去产生恶心的能力的确是人性的降低。基于同样的理由，失去恶心的能力是一件坏事，就好像变得麻痹而听之任之。最完美的美德就是饱含真情且能够控制它。亚里士多德笔下的勇士在险境中也会自然地感到害怕（否则他就是“非人的”了），但他们会适当行事。

2. 关于所谓“机构性象征意义”的观点。传统上说，医院是救死

- 83 扶伤的场所。现代医院融合了治疗功能和各种辅助功能，以致在公众的观念中形成某种形象冲突和模糊的象征意义。现在，医院既是培训机构、医药研究和实验场所，还是永久伤残和绝症患者的收容地等。于是，梅教授警告我们，“如果发展日常收集器官活动，医院将与死亡进一步联系起来……医院本身将成为吞噬世界的拱门符号。”³⁹公平地说，所有机构都会形成自身独特的符号意义，而功能的混同会模糊这符号意义，但在我看来，很难认为这必定是件坏事，与其所带来的挽救生命、纾解病痛的利益相比，这一点其实不算什么大恶。学校传统上是念书的地方，但现在也组织很多活动，如培训驾驶和组织足球队。监狱传统上是惩罚和悔过的场所，现在还作为生产单位和职业治疗中心。教堂，本是进行宗教仪式的场所，现在却举办舞会和博彩游戏。有人可能会认为，这些附加的功能不应出现，因为它们会干扰这些场所原先执行的那些更重要的功能，但这倒并非梅教授观点的要害。他并不是说收集器官的功能会损害医院原本的治疗功能。他关注的只是机构性象征意义本身。如同一位训练有素、精妙独到的文学批评家，他论证的是某种象征意义的优先性，而对那些挽救生命之类的利益统统不予考虑。

当然，梅对医院良好形象的担忧并非仅指对某个符号本身意义的担忧。随着令他担忧的变化的出现，医院在病人心目中的形象在发生变化。死在医院的预期已经足够糟糕了，现在病人还会想到医院还是一个“收集”尸体的地方。我们对医院的描绘，除了医疗病房，还有坟墓，并点缀以“焚化炉”等。如此说来说去，我们所有的人，作为未来可能出现在医院的病患，都会对此举手反对。这些例子说明梅的观点并非毫无道理。但其中的不可类比性也非常明显。埋葬和焚化尸体的功能并不必定放在医院里。这样做从效率上说只坏不好，还会使整体氛围变差。但器官移植需要医院的相关设施，移植的对象是已经住

院的病人，需要进行与外科手术同样的程序，需要医院才会有的特定设备。对于这个观点，我们能说的不过是，如果将医院的符号意义变差作为反对医院新功能的理由，那么，要是这变化是毫无意义的——不存在任何实质利益——当然就不应允许。但救死扶伤可不是什么毫无意义的目的。

梅教授在这个论点中的终极关注点可能并不是那么关乎象征意义上的医院氛围，而是更加关乎病人的品行，他们会因为单是得知他们所在的医院日日都在收集人体器官就受到伤害，即使因为他们的拒绝，在他们医院不会发生这样的情况。但很难理解的是，为什么想到尸体在埋葬前被提取器官要比想到尸体在地下腐烂或被焚烧更令人感到不堪？只有某个抱有所谓“情感信仰”的病人，或者是亚当·史密⁴⁰分析过的那个对尸体抱有迷信观念的人，才会因为得知这个情况而受到伤害，但此类信仰早已销声匿迹了。

3. 关于受威胁的敏感性存在巨大社会效益的观点。我想到了类似的那个为人熟知的“规则功利主义”观点。这个观点在梅教授的论文中有所暗示，不过在另外一些讨论实用伦理主题，如堕胎或杀婴的学者那里得到过更加细致的阐述。我想到的那个观点与梅教授的第一个论点的区别在于，其前提所诉诸的情感并非指某个受到威胁的情感于最佳或最具人性感觉的状态时所包含的固有价值，而是该情感之普遍存在当中所包含的巨大社会效益。我们将此观点按照梅教授第一个观点的模式重新表述如下：

（1）无论何事，若将削弱或泯灭某种具有社会利益（防止损害）的人类情感，即具有社会损害性，因此是一件坏事。

（2）在对待尸体方面存在某种情感，该情感若用以对待尸体以外的物品将带来巨大的利益效果，否则，将产生损害性后果。

（3）日常收集人体器官和脑死亡尸体将削弱或泯灭此类情感。

(4) 因此, 这些行为会造成广泛损害, 所以是坏事。

现在我们再加上——

(5) 防止损害的必要性总是设置刑事禁止的有力且相关的理由(损害原则)。

(6) 因此, 有充分且相关的理由禁止日常收集人体器官和脑死亡尸体的行为。

85 斯坦利·本(Stanley Benn)对杀婴和堕胎提出了类似但更有说服力的观点。⁴¹ 本认为, 胎儿甚至是新生婴儿并非拥有生命权的真正的人。但他指出, 他们和我们在日常生活中看到的人在生理上的高度类似会激发我们的自然温情, 而这种温情对我们人类非常有用。如果我们有某个“一经请求即可杀婴”的系统, 那么, 我们所拥有的那种对婴儿的天然温情将被削弱, 结果是, 无论是对我们自己, 还是对日后和我们发生联系的人, 都将具有巨大的破坏性。如果我们在婴儿期就受到情感震撼, 待日后长大成人, 肯定也不会感到快乐, 并对他人构成危险。简言之, 这个观点诉诸某个行为的社会不利性, 即它将使实施者, 甚至是被动默许者变得粗鲁或产生兽性。本引用了类似的反对将捕捉动物作为运动项目的观点。根据该观点, 若对动物失去温情也许对动物而言并无损害性, 但这种情感的消失却会间接威胁那些过往因为这种情感受益的其他人。此类观点的优势在于它允许争论, 在新方案的不利之处与其带来的利益之间进行谨慎的对比。

该立场的弱点在于很难说明让人变粗鲁的影响真的会由主要对象波及次要对象。据我所知, 妇产科大夫并不会粗暴地对待自己的孩子; 从事捕杀动物工作的人并不比其他更粗鲁地对待宠物; 外科大夫下班以后也不会效仿杀人碎尸者杰克。我想此类论点的前提往往低估了人性情感的灵活性。当意识到我们对某类对象的情感将会激发某种不当行为时, 我们就应有意约束这一情感, 但若其对另一类对象没

有这种危险，就应任其自由抒发，⁴²亦即应更准确地控制情感的强度，防止其成为具有偏见的行为动机。那些未能如此养成其情感的人往往会失去控制，基于某种独立的理由以不明智的方式行事，却又以所谓“人性”、“诚实”或“自然”来为他们的行为寻找理由。这个模式其实就是贬义上的“多愁善感”。幸运的是，这种情况并不像我们担心的那么普遍，无论如何，解决的办法是提升对感情的约束，而不是抛弃挽救生命的技术成果。 86

简而言之，我认为，只要通过灵活的控制，在有效的人道主义与保留人性本质情感之间并不存在不可解决的冲突，我希望这个结论并非过于乐观。

七、斯考基的纳粹分子

没有什么比嚣张地挥舞种族仇恨和种族灭绝的符号所引起的深度冒犯更值得关注了。1977年，一伙美国纳粹分子试图在伊利诺伊州犹太人口占60%的斯考基游行示威，这是此类单纯象征主义行为的最好示例，从那以后便成为此类案件的典型代表（斯考基式案件）。讽刺的是，正因为其单纯性，却让这个案件在法律上变得复杂困难。政治言论自由受到美国宪法第一修正案的保护，没人能够阻止他人发表任何政治观点（适当的时间、地点和方式），无论这观点如何丑陋荒谬。但这伙美国人并不打算发表任何政治主张，他们的目的就是在村镇公园行进，既不发表演说，也不散发文字材料，但他们穿着纳粹突击队员褐衫，佩戴卐字标志，举着语带讥讽的标语。这里似乎并不包含那无可争议的宪法价值——意见表达自由。他们更是为了恶意冒犯居住在斯考基的犹太人（包括5000到7000名纳粹集中营的幸存者），侮辱他们，伤害他们，并间接威胁他们。当然，如果他们扛着的

标语上只是写着“犹太人是人渣”，他们也不能算是在进行某项政治活动或是在“辩论场合”发表“观点”。除了发表演说鼓吹或宣传信仰，其他的，不多不少，就是恶意侮辱。⁴³ 纳粹分子的游行行动非常近乎于单纯的恶意侮辱。⁴⁴

斯考基的一位大屠杀幸存者在二战期间曾亲眼目睹自己的母亲，连同其他五十名妇女，被德国突击队员扔到井里活埋，这些人身着褐衫，脚踏军靴，佩戴卐字袖标。其他幸存者也都有过类似经历。现在，他们居住的村镇出现的场景是，一群身着纳粹制服、脚穿长筒军靴的年轻人，为希特勒庆祝生日。这群美国纳粹分子就是要故意侮辱他们，其所传递的“信息”绝不是给非犹太人的。谁能怪斯考基居民这样理解这“信息”呢：“你以前是逃掉了，肮脏的犹太人，但现在我们又来了，我们会抓住你们”？⁴⁵ 对纳粹制服游行者的“象征意义行为”的这种理解应该比伊利诺伊州最高法院 1978 年的判决中的解释更加自然，该判决推翻了下一级法院作出的禁制令。它针对禁止展示卐字标志的禁制令是否违反美国宪法第一修正案的问题写道，“展示卐字标志，尽管在一个自由国度中因为唤起某种回忆而具有冒犯性，但其实只是一种符号性的政治演说，试图向公众传播展示者所坚持的信仰。”这种说法真是荒谬，就好像说摸摸鼻头或竖起中指或发出呸呸声都是在“发表政治演说”，或者说“黑鬼，去死吧！”也是一种政治观点一样。

纳粹分子的游行活动肯定会对几乎所有不得不目睹的斯考基居民造成精神上的严重被冒犯状态。同样清楚的是，这种冒犯属于深度冒犯，因为这冒犯就是以这些居民所珍视的价值为目标的。但因为纳粹分子早就宣告了这场示威行动，所以不希望看到的人应该可以很容易避开不看，且可能只会引起很小的不便。即使是对那些为了避开而出现较大不便的人而言，如妈妈为了避开这场示威，下午就不能带孩

子去公园，那也只能将其作为轻微滋扰，因为宣传的力度很大，不想看的人尽可以另作安排。但那些留在家里或工作场所的人的主要抱怨其实是，尽管在物理空间上与那场景已经隔开，但这并不能阻止他们经历难以忍受的情感折磨。对于犹太人来说，无论他身处纽约、洛杉矶，还是特拉维夫，因为得知此时在斯考基正在发生的游行而被冒犯的情感都是一样的。这种被冒犯是一种非常复杂的精神状态，包括道德上的愤怒、不安、恶心（狭义的冒犯），恐怕还有暴怒甚至绝望。但就道德因素主导而言，其中所包含的个人怨愤恐怕很少，客观地说，存在特定被害人的情况可能一个也没有。我们受到道德侮辱，但我们并不必然受到个人的不当对待。并未亲见的斯考基犹太人的个人抱怨倒也有，毫无疑问，他为了避开市政厅及其周边公园式所忍受的不便确实是一种滋扰。但这一抱怨的前提并非“深度冒犯”。

尽管受冒犯者感到强烈反感，但既然那些恶意卑鄙的侮辱是可以避开的，就无法支持对那些纳粹分子进行法律干涉。但如果他们的行动非常频繁，天平的指针就会调头了。因为要经常性地在某个时间避开某个公共场所很快就会成为一项公共滋扰。或者更进一步，这些纳粹分子不定期地自由集合在商场或公共道路旁，身着褐衫，佩戴卐字袖标，那么，很明显他们的行为已经不只是公共滋扰了。实际地说，对这些滋扰最好的解决办法是通过行政方式——制止命令，撤消许可，以及禁制令，而将刑事处罚作为后备制裁。若无这些措施，公共场所将变成第七章中描述的公共汽车那样令人不快，且无可逃避。

关于斯考基案件的争议关键是对美国宪法的适当解释，但这超出了本书范围。无论是纳粹分子游行权利的支持者还是反对者，都提出了很多道德相关性的观点，即我们的法律，无论是宪法还是法律，究竟应当怎样。我们已经使用了第八章中以权衡测试调和后的冒犯原则，并得出结论，上述侮辱的确对具有正常情感的人造成严重、深度

且普遍的冒犯，但斯考基案件中冒犯的严重性因其轻易避开性而减弱。在天平的另一侧，冒犯行为的砝码更轻，实际上，单纯侮辱的自由表达中所包含的“社会价值”要比真正的政治鼓吹及政治辩论（这里并不包括）小得多，而这冒犯行为很明显存在恶意动机。如果这些因素发生微妙变化，那么天平就会转向容忍的方向。纳粹分子为了加强侮辱，可能会散发宣扬立场的资料——鼓吹更加警惕共产主义间谍；认为保护少数族裔的行动计划侵犯了白人的权利；煽动制定宪法修正案禁止不同种族通婚等等。若如此，他们的行为更能获得保护，无论是依据法庭对第一修正案的解释，还是依据以言论自由标准调和的冒犯原则。但纳粹的天然符号意义还是会伤害犹太人听众的感情，且这些标志和他们宣传的内容并无关联。当然，表达的方式，而非其教义内容，才是反对这些行为的依据。如果这些纳粹分子身着便服而非纳粹制服，也没有佩戴任何卐字标识，那么，就没有理由禁止他们的行为了。在天平的另一侧，如我们所见，如果军服和种族屠杀标识越难避开，禁止的可能性也就会越大。

反对斯考基式纳粹游行的人很少简单地基于“滋扰”、“冒犯”、“侮辱”、“羞辱”等词进行反对，而是说禁止这种游行是为了防止多种损害。这些论点很少包含前提条款，所以往往会在宣扬容忍立场的美国公民自由联盟的发言人面前一败涂地。⁴⁶ 例如他们称纳粹的行为会导致“恐慌”，这哪怕和在剧院中大呼“着火”的情况相比都还有些牵强。稍微有些许说服力的论点是，纳粹分子的制服游行会“煽动骚乱”。当然这个观点并不是说纳粹分子会煽动一群支持者，以确切的语言刺激他们，以华丽的辞藻操控他们，让他们去袭击犹太人、黑人或警察。斯考基的居民对伊利诺伊州上诉法庭提出的诉请反倒是说，纳粹分子虽然只是安静游行，但自然会激怒斯考基的犹太人，他们很可能会暴力攻击这些示威者。法庭通过听取一系列证人的证词，

得到如下判断：

一位斯考基居民是数个犹太人组织的领导，他在法庭作证，当他通过报纸得知将有这个游行，他召集了 15-18 个斯考基境内的犹太人组织，决定包围那个区域，并计划在那游行的同一天组织反游行示威……他估计将有 12000-15000 人将会参加。按照这位证人的观点，如果当日该游行并未举行，那么他们的反游行示威将和平进行。如果纳粹示威如期举行，反游行示威的参加者必将怒火中烧，难以控制……原告还提供了——一个犹太居民作证，他是纳粹集中营的幸存者。他证明了卐字标志对于他及其他幸存者的含义。根据他的证词，卐字标识就是他的亲人被纳粹杀死的符号，而且也意味着他和他的孩子们现在不再安全。他还进一步作证说，如果纳粹分子出现在斯考基，他并不会对他们施以暴力攻击，但如果他真的看到卐字标识，他不知道还能否控制自己……⁴⁷

这些反应当然可以理解，如果有一个怒火中烧的人攻击了某个示威者，我们可以判断，这种刺激可以减轻袭击者的罪过。但如果示威者有权做他们想做的事，那么，观众实施暴力的可能性不应成为禁止示威的依据。那等于承认对冒犯性示威及不受欢迎的演说者和政治鼓吹者有所谓“起哄者的否决权”。如果法律通过事前不予许可或者事后惩罚，禁止公开演说或象征性行为，而依据就是演说的观点或象征意义不受欢迎，听众可能会实施暴力，那么法律实际上就是在以他人的刑事犯罪倾向为依据进行处罚。“人不因他人要袭击他而成为罪犯……”，查菲写道。他进一步说道，无论何种理论，“一小撮没有忍耐力的人……就可以组织任何集会……一个表达大多数守法公民情感的集会也会因为一小撮人威胁要冲进大厅而变成非法集会”。⁴⁸ 如

果演说受到暴力威胁，显然，解决的办法不是禁止演说，而是加强警力保护。

如果纳粹分子有权在公众场合身着制服及卐字标识安静集会，那么这项权利就不应因可能产生的暴力回应而被剥夺。那对整个言论自由来说都是一个讽刺。摆在我们面前的关键问题是，纳粹分子是否有权展示这些标识去面对那些不便避开的观众。伊利诺伊州上诉法院也认为问题就在于此，并支持县法院判定的禁制令中有关禁止纳粹分子在斯考基的游行过程中展示卐字标识的内容。这一禁止的依据并非为防止愤怒的居民可能造成的暴力损害，而是因为：

卐字标识对每个犹太人来说都是一种个人冒犯，这令他们回忆起对他们实施种族屠杀的那些人正是以卐字为其象征的……那些佩戴同样卐字标识的人令他们家破人亡。当然，成千上万的斯考基犹太居民肯定都对卐字标识感到极度嫌恶，看到被告选择的卐字标识，他们立即就会认为那是对他们的个人侮辱。⁴⁹

简而言之，这种被冒犯精神状态的内在属性本身就是禁止某种符号的依据，它并非损害，同时假定行为不符合“合理避开”要求，亦无自由表达价值于其中，且其他权衡测试亦已严格进行。

上诉法庭在维持对展示卐字标识的禁制令时，还提到了所谓“挑衅性语言”的问题⁵⁰（参见下文第十四章第三部分）。法官颇有说服力地暗示，对仇恨符号的展示正如“那些针对普通人的具有个人侮辱性称呼的滥用，从常识上说，本质上会刺激暴力反应”。⁵¹我们马上就会明白，可以预测的对侮辱性称呼的暴力反应尽管是“相当自然的”，却并非正当行为。如果大街上有个陌生人向我走来，侮辱我或我的亲人，于是我朝他的下巴揍了一拳，他的挑衅可能会减少我的罪过，甚

至可能使我免受处罚，但我以暴力回应语言，而我既未受到身体伤害的威胁，亦未有受到进一步骚扰的可能，那么，我的行为就不可能是正当的，也无法像正当防卫那样成为刑事犯罪的无罪辩护事由。民主国家的“理性公民”在面对丑陋言辞和论点时必须有足够的自我控制力而不应以暴力作为回应。如果有人被跟踪、被侮辱、被嘲讽、被挑衅，他完全可以申请禁制令，或者指控行为人骚扰；如果他已被逼到墙角，没时间做这些，他也可以正当地使用“合理力量”来制止滋扰；或者，如果他被人跟踪到家门口，他可以报警以消除滋扰。但如果他并未受到此类滋扰，就该拔腿离开是非之地，如果这对他来说并不困难，那么，法律的意思就是让他这么做。

斯考基的犹太居民在日常进出而眼见纳粹标识时将陷入很困难的境地。他们的感情受到严重伤害，他们肯定很想把示威者赶出去，但即使暴力反应是自然且可预期的，法律却并不允许他们这么做。如此一来，自然就会产生沮丧的情绪，他们困惑，究竟什么才是对的，被冒犯者那翻江倒海的情绪里混杂着深深地被冒犯以及其他情绪因素——仇恨、被亵渎的回忆、道德愤怒、恐惧以及绝望。如果没有足够合理的方式帮助他避开这种状态，没有合法的渠道让他发泄心中的愤懑，而恶意折磨他们的行为又并无任何社会价值，那么，他只能被迫在自己身处的法律体系中毫无目的地忍受痛苦。可选择的方案是，92 要么允许他使用暴力，要么制止（或消除）挑衅。禁止卐字标识的正当性并不在于展示它“很可能会带来暴力”，而在于既允许符号冒犯，又禁止暴力回应，将对被冒犯者产生无法忍受的双重打击。不过，无论怎样，暴力回应必须予以禁止。

然而，上诉法院有关禁止在斯考基展示卐字标识的禁制令却被伊利诺伊州最高法院的判决推翻。我已对最高法院判决的很多理据进行了反驳，尤其是他们宣称卐字标识不是符号滥用冒犯，而是符号政见

表达。但有一些内容我是赞同的，尤其是基于案件的特定事实，冒犯是可以合理避开的，即使少数个案情况不是这样。法庭意见中还一笔带过了一个观点，却是最重要的观点。将卐字标识和其他符号区分开来的难度令我们不太会在其他情形中也裁定禁止。如果某个特定的法庭判决不算太武断，那就一定会产生某个更普遍的规则，在适用于其他情形时可予以考虑。对于密歇根州迪尔伯恩的阿拉伯裔美国人来说，大卫王之星的意义和卐字标识在斯考基是一样的。关于斯考基案件的那份不同的最高法院判决能否保证在迪尔伯恩可以获得禁止犹太复国主义运动的禁制令呢？或者在迈阿密进行亲卡斯特罗活动？如果区别仅在于反感的程度不同，那么我们如何划出一条有效的界限呢？禁止在斯考基进行纳粹示威是否就可以禁止黑人军人团体手举“黑人力量”的标语在排挤他们的白人社区举行游行示威呢？

此类观点在公共政策议题的讨论中十分常见。有两种相互区别的形式，各自又被冠以数个名称。第一种形式认为在逻辑上不可能在维持一个判决的同时，却因为不赞同而否定其他判决。这种观点往往被称为“划线说”、“分离说”、“归谬法说”，或是“滑坡说”的逻辑版本。第二种形式认为采取某种立场存在政治危险，我们可能会受到政治力的强制，受益方会偷偷地将之前判决并不必然导出的其他判决强加在我们头上。这种形式往往被称为“多米诺骨牌说”，或“踏出第一步说”，或“滑坡说”的实用主义（政治）版本。此观点的第一种逻辑形式是指，法庭必须注意，他们的判决是原则性的决定。第二个政治形式的观点是指，决策者和立法者如果不想搬起石头砸自己的脚，就必须严肃对待自己的决定。

如果基于其特定冒犯性而在某些地区禁止展示卐字标识，会不会在逻辑上导致我们基于同样的依据禁止其他具有冒犯性的标识呢？⁵²我能想到的和卐字标识同类的符号是三 K 党的白袍、头巾、绳索和燃

烧的十字，但就很难再想到其他了。黑人力量的标语不是一回事，那其实是说“别欺负我们，我们会捍卫自己的权利”。卐字标识和三 K 党标识的主要特点在于它们让人联想起历史上曾经发生的暴行——以私刑、拷打、屠杀，剥夺一个种族的合法权利。我们不会因为禁止三 K 党在哈林区游行，就必定会剥夺人们在密西西比州市镇游行示威的权利，因为这两者是完全不同的情况。普通游行者的民事权利并无暴力威胁，他们不会冒犯人们珍爱的东西，也不会和历史上的暴行或种族屠杀发生任何联系。

这一观点的要害在于划线的困难是实际存在的，而不仅仅是逻辑上的。自由主义者对踏进的那只脚感到尤其紧张。法庭可能会在区分案件情形方面找到逻辑上的依据，之所以没有找到这样的依据是因为政治压力所要求的微妙偏向很难掌握。如果今天我们有充分的理由禁止卐字标识和燃烧的十字标识，明天可能也会有很好的理由禁止其他标识。我想，美国公民自由联盟立场背后的动机可能就在于此，所以他们反对对纳粹分子采取法律行动。即使不同意其立场，也还是可以同情其动机。

八、小结

若简单地将“深度冒犯”描述为“冒犯性滋扰”将产生误导，不仅因为两者在主观感觉上存在本质区别，还因为它们在客观知觉上也相互独立。“深度冒犯”所包含的冒犯性的本质并非某人因无法避开而不得不经历的个人不快。某人对冒犯行为感到愤怒是由于某个独立于其本人之外的原因。而冒犯原则并不认为仅仅因为有人得知某个私下行为（无人看见）正在（或可能在）发生而需要法律保护其免受深度冒犯，就应由法律干涉该行为。因单纯得知而产生的被冒犯状态

并非冒犯原则所说的“不法冒犯”，因为对于被冒犯者而言，那并非针对个人的不当行为，亦未侵犯其权利，事实上，如果合理地低调行事，就不会侵犯任何人的权利。在这种情况下，如果行为还是被禁止了，那么禁止的合法性只可能求助于法律道德主义原则。冒犯原则不会管得这么宽。

反对以冒犯原则得出应当禁止单纯意识的冒犯将会面临两难：

(1) 该冒犯要么是“深度冒犯”，要么只是一般滋扰。

(2) 如果是深度冒犯，就不能作为个人诉请的事由，因其并非“不法冒犯”。

(3) 如果只是一般滋扰，虽可作为个人怨愤，但一般滋扰如不在场就不能成立。因此，单纯得知情况，不管如何解释，都不能被认定为不法冒犯。

这种观点显然是指那些因私下的变态性行为、无见证污损崇敬符号、虐待尸体等行为引起的单纯意识的冒犯。若单纯意识的冒犯指向特定个人，被冒犯者可以认为自己就是那被害人，比如，当得知新尸体受到不体面的对待时，她要问的不能只是“怎么能作出这种事？”，而是“怎么能对我心爱的丈夫或孩子作出这种事？”“他们怎么能这么对我？”更常见的情形是，当某人认为自己就是那已得知但未见证的行为的被害人，同时他又坚信该行为道德败坏，那么，他对以自己的道德感受作为被冒犯依据这一点就会感到困惑，因为这正是密尔大力批判的道德自我中心主义。（既是深度冒犯又是个人冒犯的行为将在第十一章第九部分详述）反对将无见证且无害的冒犯行为犯罪化的原则可能还有一个例外情况，即将私下实施的行为通过冒犯性的图片广告进行大肆宣扬，吸引他人对私下行为的关注。不过，将通知、广告和招揽行为统统一律禁止，就会侵犯行为人自由表达的权利，该权利比其他人免受冒犯的权利重要得多。划线总是一件难事，但我

们可以正当地禁止霓虹灯牌宣扬私下进行的食尸、恋尸癖、兽奸行为（贝尔的例子），或是禁止装饰卐字标识的标语上写着在 306 房间举行纳粹分子“私人集会”以纪念历史上发生的大屠杀。冒犯原则不能适用于这样的行为，当然，如果并无公开标语，那就不能以某个在自家门后私下进行的合法行为正在发生的可能性作为禁止的依据。这样的可能性，即使是最神经质的道德家也是可以合理避开的。

因为尸体是某种珍贵物，亦即那个曾经存活的人的自然象征，一般说来，对于所有人类而言，因残暴或不敬地对待尸体而被冒犯的道德情感值得尊重。但我们面临的选择一边是象征意义与感情，另一边则是活人受到威胁的利益，要是我们因为害怕冒犯感情而无视利益，就成了多愁善感的道德过敏或道德神经质了。假设已有调和冒犯原则适用的权衡测试，根据冒犯原则，即使是未来可能发生的“收获”脑死亡尸体的计划（尽管在我们的想象中，这会导致深度冒犯）也不能被正当地予以禁止。

在道德情感上，单单只是传统的象征符号也会和它所代表的自然物有着同样的控制力。公开污损宗教或爱国崇拜物会令不情愿的旁观者恼怒。另一方面，“无见证的亵渎行为”却根本不是亵渎行为。从严格意义上说，这类形式的侮辱象征物必须要有展示过程。恶的某个传统性象征就是对道德情感的亵渎。展示它们所引起的深度冒犯与其说是不敬行为的结果，毋宁说是恶的象征物对他们所珍视的价值的直接侮辱。这类标识如卐字和三 K 党的长袍，它们除了冒犯、侮辱、威胁，没有别的功能。因为它们与历史上曾经发生的屠杀事件相连，它们在这方面十分有效。在“政治集会”上，它们的真实功用并非鼓吹政见，辩论政治议题，说服听众，而是打击、侮辱、恐吓、威胁。它们当然也“很可能”引发暴力回应。但这在不可避开的情况下并非禁止它们的原因。真正的原因更在于（加上它们通过其他方式引起的深度冒犯）

它们是“语言暴力”，法律只是不允许身体暴力，而这会令那些承受冒犯的人感到更加沮丧。若不存在真正的表达自由问题，那么第八章的权衡测试总是可以得出结论，反对在冒犯中使用这些标识。它们是
96 恶意卑鄙的，并非真正的政治“演说”，亦不存在任何社会价值的，在“冒犯行为的合理性”测试中，它们几乎毫无得分。如果行为真的成了政治鼓吹，其社会价值或“合理性”就会自然产生，但如果鼓吹的仅仅是在右臂绑上黑色布条，上面是象征三 K 党的符号，行进在哈林区的中心地区，那么，显然，威胁和侮辱，而非说服，才是其真正的目的，这样的行为在“替代选择”和“地点的性质”测试中同样会得分很惨。

第十章

淫秽的含义

97

一、批判意义上的“淫秽”

现代英语中的“淫秽”(obscene)一词至少有三种含义。在最主流也最原始的用法上,它是对使观者产生某种被冒犯精神状态的物体的批判性评价。若我们说“X是淫秽物品”,那么对于X就是一种很低的评价。我们会看到,“批判意义上的‘淫秽’其实包含了一系列以不同方式与被冒犯相关联的感受”。若某人评价X是淫秽的,那么他可能是在表达他被X冒犯的反应,或者可能他认为该反应是正常的,于是向他人说明这种反应,并为其合理性做辩解。无论是哪种情况,他应该都不会为X说什么好话,甚或还在以某种特定的方式谴责它。如果他仅仅在预设绝大多数人可能都会对X产生被冒犯反应,那他还算公允。但对适用冒犯原则的法官或立法者来说,以单纯预设为依据将使其失去对X的中立立场。在日常生活中,某人若说“X是淫秽的”,他其实是在表达、认定、预设由X产生的冒犯,三件事同时在做;但在某些特殊情形下,他可能只能做其中一到两件事。问题就在

于那“一系列”批判性含义。

98 我们首先从“淫秽”的另外两种含义展开对这一系列批判性含义相互间的比较。第二种含义是由美国最高法院在一系列官方法律定义（见第十二章）中提出的。所有这些法律定义几乎都接近“色情的”（pornographic）的大致含义，即指故意引起性欲反应的物品或展示。但当需要更全面的解释时，这些定义是根本不够的，它们要么太宽泛，要么太具体（参见第十一章第一部分）。“淫秽”的第三种用法是不雅文字的某种传统标签或分类术语。这第三种用法既非预判、表达，亦非接受其所标签的任何文字，它只是简单地分类。我可以说某人的见解是“带有淫秽字眼的”，但这并未表达、认定、预设对这些字眼的任何特定态度。为了切断源于“淫秽”其他含义的批判性，说话者以第三种方式使用该词时会在前面加上“所谓”，即他可以说“所谓淫秽的侮辱性绰号”，或“所谓脏字”。

本章中我将对批判性的淫秽含义进行分析。“色情”意义上的淫秽（最高法院的意思）将在第十一、十二章中讨论，而对所谓“淫秽文字”的讨论贯穿第十三至十六章。我们暂将此三种含义分开，尽管无论是在日常用语上，还是在法律表述中它们常常彼此混淆。这种模棱两可对于立法和司法往往造成尤其不幸的后果，因为概念混同的欺骗性往往被视为论证的压倒性模式。

二、禁止淫秽的两个相互冲突的理论

在一份精到的判决中，¹ 认定淫秽比说清楚淫秽为何物要容易得多。一个半世纪以来，美国上诉法院很少能两者兼顾，因为那些将淫秽物品或行为犯罪化的法律的合宪性很少受到挑战。事实上，直到南北战争以后，甚至在狂热的安东尼·科姆斯托克（Anthony

Comstock)煽动起州立法律之后,美国都完全没有涉及淫秽物品或行为的法律,直到20世纪,才以反淫秽法律的正当性与合宪性表现出对淫秽物品或行为的官方担忧。禁止淫秽物品或行为的法律往往比禁止其他公共滋扰行为——不雅裸露、涂鸦、公开淫乱或排泄——的法律更少受到质疑。²关于淫秽物品的法律最显著的特征就是,它总是直指各种形式的表达——言论、作品、出版物、图片、照片、展示、戏剧化表演和电影——这些形式都是受美国宪法第一修正案及 99 第四修正案之正当程序条款所保护的表达自由。1918年至1958年间³,关于表达自由的一般理论往往都将“淫秽物品或行为”作为一类例外,同侮辱、煽动暴力、教唆犯罪、诈欺广告等一起,排除在宪法保护的范畴之外。但也正是从这段时期开始,对表达自由的宪法保护逐步加强,并对法庭形成压力,要求其对作为例外的淫秽物品或行为作出更加明确的认定。“因此,在关于言论自由问题的主流观点之外,直至……法官在表达自由的案件中碰到将理论与依据禁止淫秽物的法律所作的判决一致起来的困境时,有关淫秽的法律似乎发生了某种‘沉睡者’的进展。”⁴这首先就导致了对有关将淫秽言论作为例外的理论的修正努力。

这类努力从一开始就碰到干扰,这种干扰源自那些往往被认定或追诉为淫秽的东西本身就千奇百怪。它们几乎都围绕着所谓“三大不洁”:裸体、性和怪异行为。“淫秽”一词对于这三大类冒犯性物品的限定作用如此之强,以至于《模范刑法典》的作者们就是以“裸体、性或怪异行为中所包含的可耻的或变态的利益”来给淫秽物品下定义(部分地)。⁵支持禁止淫秽物品或行为的一个重要理论正源于司法判决对裸体和性的特别注意以及对怪异行为的全盘忽视。正常人觉得(部分)性和裸体是很诱人的。裸体或性行为的迷人展示、描述或图片会以其色欲的、淫荡的、猥亵的意境和形象让人产生激情的

震颤。(我们能够用于描述此种状态的常用的、技术的、俗俚的词汇真是不计其数。)根据某些传统道德观念,单是这种感受就已经是一种内在的恶,还好这种观念现在已经过时了。如果某个法官或立法者仍秉承这种立场并将其作为合法化原则,即我所称之“法律道德主义”,它认为法律为防止此类罪恶或不道德而非为防止损害是禁止性立法的依据,这样一来,就不用再寻求其他理论依据就可以禁止淫秽物品或行为了。

但他很快就会在一个相关但不同的理论上出岔子。他可能还认为,不仅恶的想法是内在的恶,恶的想法还会对人的性格造成可怕的影响。一个传统的道德法律公式是,诱人的性图片会使人“堕落”。关于性的不雅想法会让这个人也变得色眯眯且不雅。根据“道德家长主义”这个合法化原则,有不洁想法对人的性格是坏的(损害性的),国家应当通过禁止使人堕落的物品以保护其权利。如果某个法官或立法者非常关注性物品的诱惑力或人性的普遍弱点,他甚至会直接以损害原则将对淫秽物品或行为的禁止正当化,因为只有这样才能保护那人的邻居不被强奸或遭受其他反社会性行为。

基于正常性行为对正常人的催情效应的理论,在应用于所谓“令人作呕”⁶的描绘时就毫无说服力了,包括对排泄的描写和对粪便的热衷,或让一般人作呕的性倒错行为,如鸡奸、兽奸、虐待狂、丑陋的裸露等。这些行为是标准的“淫秽行为”,但对于普通人来说不但毫无吸引力,而且还令人作呕。对于这类形式的淫秽而言,用“污秽”、“下流”或“肮脏”来描述最为恰当。对于绝大多数人来说,它们与其说是诱人的禁果,不如说是烂苹果。禁止它们的最显著依据是为了防止对被动的观者造成冒犯性滋扰。

对于道德家来说,就自己的立场从两种方式反对性淫秽是困难的。要论证一个立场可以有很多论据。有时,相互分离的理由在各自

的立场上个个都有道理，但要放在一起就会产生矛盾或吊诡的情形，就好比一个孩子为自己打另一个孩子的行为进行辩解时常说的那样，“要是他不先打我，我是不会打他的”。⁷杰尔姆·弗兰克（Jerome Frank）法官在合众国诉罗思一案（*United States v. Roth*）的判决中就指出了这种难处，该案 1956 年由第二巡回上诉法院审结：

如果说对于淫秽物品或行为的惩罚是合宪的，原因就在于其以反社会的方式，通过使性变得迷人而激起性幻想，那不是就可以推导出，凡是使性变得丑恶的行为就是对社会有益的——可是这样一来，又会和惩罚邮寄“丑陋”资料的法律发生矛盾。⁸

弗兰克的困境中无法调和的矛盾只有一种方式可以解决。他可以

可以不把“诱人的”和“恶心的”情况视为对各种可能性的穷尽，而是说，它们二者虽然是相互矛盾的，但并未穷尽所有的可能。关于性的描述和讨论可以既不吸引人，也不让人排斥，比如那些出现在科学作品、医学教材和医疗诊断中的内容。反对性淫秽的人可以呼吁，禁止那些让一般人觉得性行为特别诱人或特别令人抗拒的东西。诱人的描绘可以依据常见的道德主义或家长主义的理由予以禁止（事实如此）；那些令人抗拒的描绘尽管有些价值，它们可以使淫荡下流的行为无路可走，但因为它们作为滋扰行为而包含令人产生诸如恶心、反感等不快的“被冒犯状态”的负价值，所以必须予以禁止。这种立场倒没有什么矛盾之处，但也没有什么可推荐的价值。

101

弗兰克法官忽视了存在既不诱人亦不令人恶心的性行为的可能，而哈里·卡尔文（Harry Kalven）则忽略了另一种更为微妙的可能，既诱人又让人恶心的性行为：“既然它[淫秽物品或行为]不能同时对同一观众产生两种感受，那就应该对对象控制予以更加精确的导

向。”⁹ 卡尔文此处忽略了一个非常重要但往往不易发觉的问题：性淫秽物品或行为在同一时间、同一角度，对于同一观者而言，可以是既诱人又让人恶心的。它既可以以一种方式，也可以以两种方式发生，这是另一处不易发觉的区别。经历某种自发产生的既被诱惑又感到恶心的感受可能让人觉得羞耻，总体上是一种深度冒犯，或者也可以被描述为极其兴奋，而成为某种复杂的快感。¹⁰ 对于本已负担过度的淫秽概念来说，既感羞耻又感兴奋的感受将使其更加步履蹒跚。

在羞耻的尴尬的复杂结构中同时包括迷人和恶心，这恐怕是性淫秽所造成的最特殊的冒犯模式。即使是最一本正经的人也很难抵御性的诱惑力。他一旦看到，就会产生淫荡的感受和不洁的想法，但他又会对自己的激动感到羞耻。他心底最深沉的意识可能会终止这一斗争，但淫荡和羞耻之间的这种斗争可能会像角斗士一样还需纠缠一段更长的时间。在极端情形中，淫荡变成恶心，最终形成自我仇恨。

追求刺激则是另一回事，它同样复杂，且更具心理学上的神秘性。在正经人看来很奇怪的是，有些人非常享受淫荡与恶心之间形成的紧张关系，他们喜欢发觉其中的躁动感和兴奋感，很像那些在公园玩轮滑或其他刺激性活动的年轻人那样追求刺激的感受，而这类活动往往受到警告或不被接受。也很类似（虽然不完全类似）观看恐怖演出或鬼片时产生的兴奋感。（1974年，成千上万的纽约人排队数小时就是为了让电影《驱魔人》吓个半死，而在观看过程中，有几十人当场昏厥。）¹¹ 类似的还有所谓“爱飙泪者”，甚至还有人喜欢观看极度危险的赛车和攀岩。这类兴奋感（除了自愿遭受危险的情况）从心理学的功能分析上说就是所谓替代升华，它源于人类爱刺激和冒险的天性，有时则是为解决自己的心理问题而寻找替代品，比如知道自己的安全其实只是“暂时的”。同样地，在性方面安全地“嬉戏”（对某些人来说）令人兴奋，沉迷于淫荡的想法和形象，甚至嘻嘻哈哈地僭越内心

约束的想象界限，其实就像从滑轮上摔出去一样，他们并非真的放弃自己。

从这个角度说，性的图片、电影和文学描写会造成内心的紧张、摇摆及矛盾。但对其他一些观者来说，同样的物品可能会让他们感到愉悦，当然总会有些人“无动于衷”，无所感触。那些只是感到愉悦的人，以及那些毫无感觉的人不会以“淫秽”一词来形容他们之所见，或者可能会在那个可能表示“一般称之为淫秽”的词上加注提示性引号。如果这些物品不被认为具有冒犯性，当然也就不会被认为是淫秽的（真实含义而无须引号）。此处即为对淫秽进行概念分析的第一条线索。

三、对淫秽物品或行为的分析

淫秽物品，不论为何，皆为冒犯性物品。这为我们的分析开了个好头，但作用并不大。全面的分析应当包括区分可能成为淫秽物品的种类，以及淫秽物的冒犯模式，说明冒犯对何人及其以何种方式产生。我们可以从后面这个问题开始。同样的物品可能对一个人造成冒犯，而对另一个人不造成冒犯，并且，鉴于人的多样性，恐怕没有哪样东西不会冒犯任何人。如果“淫秽的”一词可以用于或不用于同一物品，或者可以用于几乎所有物品，那么它也就毫无意义了。所以更恰当的说法应该是，说“X 是淫秽的”意味着“X 可能会冒犯所有人”。对“淫秽的”的这种解释，正如 P. H. 诺维尔 - 史密斯（P. H. Nowell-Smith）所说的，这是个“倾向性的词”，它“表示某物具有引起某种情感或某类情感倾向的特性”。¹² 诺埃尔 - 史密斯将倾向性词汇与单纯描述性词汇，如“红色的”、“方的”、“高的”等进行比较。并不是说倾向性词汇不能表示物体具有某种特性或某类特性，而是说它们并非仅仅以某种局限性的方式“描述”某物。说某个景观从某处看非常宏

103

伟，可能暗指其为全景式的，但也可以如诺埃尔 - 史密斯所说的那样，是指它能够激起人们敬畏或惊叹的反应而令观者窒息。说它能够使任何人都激起这种情绪，就是说它在典型的情境中将使典型的或“一般人”激起这种情绪。如果约翰·多伊（John Doe）站在彼处却毫无触动，这并不能说明那景观并不宏伟，而是说约翰·多伊不是那种典型的观者。诺埃尔 - 史密斯认为典型的倾向性词汇包括：“令人恐惧的、毛骨悚然的、令人失望的、让人恶心的、荒谬的、可笑的、有趣的、壮观的。”¹³（“令人失望的”就是“容易让人感到失望”，“让人恶心的”就是“容易让人产生恶心”，“有趣的”就是“容易让人感到有趣”等等。）这里出现了“让人恶心的”，这意味着“淫秽的”也可以列入其中。

诺埃尔 - 史密斯所说的倾向性词汇可以简单地用来预判人们对某个即将见到的物体的反应，而不必表达说话者本人的态度。前面例子中的约翰·多伊在被问及对眼前景观的感受时可能会说，“确实挺宏伟，但我并不觉得有什么”。但这种情况因人而异，算是例外。一般来说，说话者若使用某倾向性词汇就是暗示他本人也像其他人一样有同样的反应，并且这种反应在此情此景下是适当的反应。如果某人感到某书很沉闷，但被你问及时却说这书很有趣，那么，即使不能说他在撒谎，也必须说他的话有误导性，即使事实上你或其他人确实会觉得这书很有趣。诺埃尔 - 史密斯对这一点解释得很好：

在没有其他证据的情况下，一个倾向性的句子（在句子中使用倾向性词汇）往往表示说话者有相应的反应。如果一面说某本书很有启示性也很有趣，但一面又接着说它对自己并无启示也毫无趣味的话就很奇怪了。奇怪，但也并非毫无可能。“这真是一次可怕的经历，但我并不害怕”。“好像很好笑，但我一点儿也笑不出

来。”……在这些例子中，“倾向性元素”被收回了，而这些评论并不自相矛盾，我们不能说“X是可怕的”就意味着并必然（合乎逻辑地）导出“我觉得X很可怕”。但不管怎么说，在缺少收回表达的情况下，我们总是认为说话者也会有相应的反应。¹⁴

在典型用法中，说话者不仅暗示自己也有（曾经有，或者将会有）相应的情绪或感受，还意味着他认为该种情绪或感受是在此情景下最正确恰当的反应。在典型情形中，琼斯说X很有趣，就意味着他认为（1）X会逗乐一般人，（2）暗示（除非有明确收回）他本人也会被逗乐，（3）面对X，被逗乐是正确恰当的反应。如果对他的意图有任何怀疑，他可以通过说X“真的”、“确实”很有趣来加重语气。这一点也适用于（除了偶尔的例外）其他倾向性词汇，如“令人恐惧的”或“令人恶心的”。此种三叉式分析（预设、表达、接受）确定了倾向性词汇的“标准用法”。

语言很少如此简单明确，即使被限定入某个如此简洁的公式，无论何种标准用法，总会同时产生各种莫可名状的非标准用法。尤其是倾向性词汇有时会被用于不接受的场合。一个高度自律勤奋的人可能承认某种情境是可怕的，因为他知道这些情境会令观众或普通人感到恐惧，但他并不认为自己也会被吓到，同时也否认感到害怕才是恰当的反应。一个道学家可能承认某个“伦理上的笑话”确实有趣，但他不仅否认发笑是恰当的反应，而且警告人们不应发笑。营养专家可能承认吃昆虫是件令人恶心的事，但却因为草蜢的高蛋白含量而认为感到恶心并非恰当的反应。

倾向性词汇有时因为被如此持续地适用于某一类物体，以致成为惯例，若不这样适用反倒有些奇怪甚至自相矛盾。无论如何，那些否认传统反应却又以不接受的方式适用的人会被迫以其他方式作出回

样的反应。妥协的方式可能是对该类倾向性词汇加上指示性引号。¹⁵ 若某个倾向性词汇以此种方式用于描述物体 X, 那么大概的意思就是“对于绝大多数人来说是 A, 但对我却不是”。通常的暗示是说话者以非接受的方式使用 A, 亦即加上“所谓的”, 比如“一个所谓的黄色笑话”, 或“一个所谓的好女孩”。即使他本人一点儿都不觉得那个笑话脏, 他还是会用“黄色笑话”这个传统标签贴上去, 正如他会(即使他并不认为被冒犯是正常反应)给某种不礼貌的侮辱性称谓贴上“淫秽字眼”这一传统标签。

在诸如“有趣的”、“令人恐惧的”、“让人恶心”一类词汇的另外一种非标准用法中, 接受功能被保留下来, 但却排除了预设元素。按道理说, 这其实在语言学上是有问题的。如果我知道某个情况让我发笑但并未逗乐他人, 我肯定不愿意承认这情况并不可笑, 同时坚称无论如何我都觉得很好笑。如果我害怕关门, 我就得承认关门并不是什么可怕的事, 只有我自己害怕而已。如果煮沸的西红柿让我恶心, 我得承认它们并不令人恶心, 虽然它们的确让我本人感到恶心。(也许我不知道什么是坏的, 但我知道什么是我不喜欢的。)听上去确实有些奇怪, 一方面坚称发笑、害怕、恶心是恰当的反应, 同时却又承认其他人并不会对此产生同样的感受。但有时我们又会自信满满地坚持己见, 管它“奇怪不奇怪”, “我可不管 X 会让这世上什么人被逗乐(或感到害怕、恶心), 反正 X 就是很有趣(或令人恐惧、让人恶心)”。到了这一步, 我们确信走到边界, 我们的论点论据已经准备妥当, 没有更多的耐心放在语言学的双关语上。我们也许会说, “我反正是笑了(害怕了、恶心了), 我敢说任何人只要处在我的情况下都会发笑(害怕、恶心)”。“重要的是 X 是否具备值得发笑(害怕、恶心)的特点, 或是否是适于发笑(害怕、恶心)的对象, 而不是在语言学的惯例上是否允许我们使用‘有趣的’(‘令人恐惧的’、‘让人恶心的’)

来描述一个其他人不太会发笑（害怕、恶心）的事物。”

说话者一方面接受某种情绪反应，同时又不关心有多少人也有同样的反应，对某个词汇的这种用法恐怕不能说是“倾向性词汇的非标准用法”，而是它已经变成了另一种词。诺埃尔 - 史密斯将诸如“合意的”、“值得赞许的”、“可惜的”等词称为“动词形容词”，¹⁶因为这些词说的是某种反应“会被”感受到。但有时将倾向性形容词变为动词形容词会引起语言学上的巨大压力，以致形成令人难以忍受的“怪异”。幸运的是，往往很容易找到另一个动词形容词，或接受性词汇（我更愿意这样称呼）缓解这种压力，让论证得以继续。我是那个 106 唯一被 X 逗乐的人吗？很好，也许 X 并不有趣（我放弃那个倾向性词汇），但它真的很好笑，极具喜剧效果。不管一般人怎么看，真正了解个中含义的敏感的人就会被它逗乐。我是那个唯一被 Y 吓到的人吗？很好，也许 Y 并不令人恐惧，但不管怎么说它还是很惊悚危险，任何感官敏感的人都会感到害怕。我是那个唯一被 Z 恶心到的人吗？很好，也许 Z 并不令人恶心，但无论它是否让其他人恶心，我反正是真的感到恶心了。也许更实用的词是“应该好笑的”、“应该让人害怕的”，以及“应该让人恶心的”。如此一来，存在于倾向性词汇的非标准用法中的语言学压力就消失了。

如何才能理性地论证对某些物品或行为产生的恶心或厌恶是“应该的”、正常的或恰当的反应呢？如何才能以理性的方式说服他人产生同样的反应？可能没办法有理有据地说明这种判断的恰当性，正如没法向一个毫无幽默感的人证明某个笑话真的很有趣。说服这样一个人恐怕只能是某种程度上的（通过换一种表述方式，解释语言背景，或者发出富有感染力的笑声等）。这种模式对于淫秽物品或行为来说，要说服某人相信 X 真的具有冒犯性的唯一方式就是让他也感受到震动或恶心，让他更真实彻底地感受 X，以另一种方式展示 X，

通过新的但很准确的语言描述 X，解释环境背景，发出有传染性的作呕声。不过这种方式并不同于数学里给出前提然后得出定理，也不同于科学家、史学家或律师提出证据支持其关于事实的主张，甚至也不同于道德家引经据典支持他们的道德判断或道德原则。和这些说理方式相比，说明某种感受的恰当性的方式是“非理性的”（包括对应该恶心的判定）。但若“理由”是相关的，那么使用这种所谓“非理性”的方式就并无狡诈之处。重新描述、背景介绍或感染性的示例确实是“相关的”，而扭手、威胁、使用药物或催眠的方式则不属此类。人们寻找最好的理由进行辩解并无不妥，即使论证完全缺乏理性。也许这就是亚里士多德的意思，他曾写道，不论何种表达，“我们都不该期待其具备超过主题本身所包含的更高的精确性”。¹⁷

“淫秽的”之类术语的用法远未达到清楚明确的程度。哲学家们把时间浪费在此类争论上是荒谬的。但以概括的方式描述其中几种重要用法的特点则是可能的。除此之外要求更高的精确性既很困难，又毫无必要。“淫秽的”一词的常见用法如下：

- （1）一个标准的倾向性词汇，包含预设、表达和接受要素，大概意即“令人恶心的”、“让人震惊的”或“令人作呕的”。
- （2）一个动词形容词，仅用于表示认同某种情绪反应是恰当的，大概意即“应该让人恶心的”、“应该让人震惊的”或“应该让人厌恶的”，如果真的有这样的词的话。
- （3）一个非标准的倾向性词汇，主要且只用于预设的某种物品或行为，他人所产生的反应，包括真实反应或假定的反应。

此外，通常都是一次以两种甚或全部三种“批判性”方式使用。当然，“淫秽的”一词也可以独立承担“色情”或“语言禁忌”的含义，而完全脱离评判或分类的用法。

四、“淫秽”的起源：粗鄙

我们的下一个任务就是要确切地描述特别针对淫秽物所产生的冒犯。一般而言，有两种模式的冒犯是我们往往会冠以“淫秽的”一词的，即对下流的反应和对粗鄙的反应，有理由相信，二者均对“淫秽的”一词的概念的历史发展产生影响。我们首先从“粗鄙”开始，我要引用彼得·格拉森（Peter Glassen）¹⁸的一篇敏锐但可能不太知名的文章。¹⁹在这篇文章中，格拉森用“形象”（charientic）一词指称某一类他认为不同于道德判断或美学判断的价值判断。而粗俗就是这类判断中的典型：

在我看来，这类判断并非道德判断。那些被认为是粗鄙的行为——嚼口香糖，当众吵闹，挖鼻孔等——并不被认为有何道德不当或是不道德的。甚至一个具有最高道德水准的人也可能被认为或多或少有些粗俗……一个行为可以同时以多角度进行评判……在我看来，同样很清楚的是，“粗鄙”一词亦非美学判断，108它更多是针对人或其行为，而非针对事物或经验的。“粗鄙”用于艺术作品简直就是侮辱性绰号，但“美”和“丑”却不是这样。²⁰

描述形象的词汇，有褒有贬，除了“粗鄙”，还有“粗鲁”、“土里土气”、“毫无品位”、“大老粗”、“优雅”、“敏感”、“有修养的”、“有文化的”、“有品位的”、“气派的”以及“酷”。这些词与“正派的”、“邪恶的”、“诚实的”、“冷酷的”不同，也区别于“美丽的”、“丑陋的”、“娇艳的”和“矮胖的”。

格拉森进一步将形象赞许和道德赞许区分开来；前者接近崇拜，后者接近尊敬。道德否定则是一种不快的反应，引出愤怒和敌意，而形象否定则引出“瞧不起的反应”，觉得是个笑料或笑柄（在安全距离下并不会感到很大的冒犯）。“我们嘲笑粗鄙者，但我们惩罚邪恶者”。²¹ 不过，粗鄙一旦近距离发生，就不那么好笑了，产生的骚扰可能会很严重，即使算不上损害，但也会激起痛斥，而非笑声或倨傲的态度：

但有时我们会听到对粗鄙的激烈指责。这些指责就像愤怒的道德家那样包含痛恨和激情，却并非表达某个道德立场。那是源于生活在不和谐环境中所产生的不快或沮丧所激起的愤怒。²²

在其他方面，形象词汇和道德词汇也是相互独立并行使用的。因为粗俗行为往往是无意实施的（疏忽大意），所以粗鄙行为也就没有恶意，格拉森这样告诉我们，但当我们突然发现自己实施了某个“形象上有失检点的行为”（*faux pas*）时，确实会感到某种类似道德羞耻感的尴尬感觉。²³ 同样地，道德伪善在形象感受中也有对应物——自命不凡。那些认为形象上的体面至关重要的人不是因为行为不道德而不做不道德的事，而是因为行为粗俗而不做，“在那些行为下面包含的是”，“廉价”，“形象不好”，或“二等同伴”。不诚实的、冷酷的行为，往往既粗俗又丑恶，不是那种优雅的人或自视甚高的人该做的事。这里，形象判断加强了道德判断，二者均对不道德行为产生影响。不过，形象判断和道德判断，无论如何结合，仍是泾渭分明的两种判断。²⁴

将淫秽用于描述个人及其行为，或者作为对其反应的“移就修辞”都是绝妙的形象判断。这并不是说有关淫秽的判断就是最典型最

具代表性的形象判断，但它们的确是形象判断中的极端形式。淫秽位于粗俗的最外缘。若要回答“一个人能有多么粗俗”的问题，答案就是“粗俗到淫秽的程度”。淫秽行为可不光是样子不好看、不优雅或不得体；而是样子最坏的行为，完全是粗鲁的、野俗的、丑恶的。和名词“淫秽物品或行为”对应的形容词充分解释了前者的极端特点：淫秽是纯粹的、不掺杂的、露骨的、完全的、直接的、毫无掩饰的、赤裸裸的、光溜溜的、彻头彻尾的、极端的、十足的、震撼的、突出的以及不加修饰的。它让人直面，摆到你的鼻子底下，冲击你的眼球。淫秽不包括间接而微妙的形式，绝对不会披上面纱，含蓄地、暗示地出现。“微妙的淫秽行为”本身就是一个自相矛盾的词。²⁵

一个淫秽下流的人是指其性格或行为极其不雅而十足令人厌恶，他往往会冒犯所有人，被冒犯的感受就是对他的正常（至少是可以理解的）反应。淫秽下流的人是总是粗劣的。《韦氏新国际词典（第三版）》（*Webster's Third New International Dictionary*）对“粗劣”一词的讨论中，比较并对比了它的一些近义词，包括粗俗、丑恶、淫秽和下流。“粗劣”本身在用于描述性格或行为时，是形象术语的范例，是指人“粗鲁或在品位、行为方式或情感方面非常低劣；没有养成品位、礼貌或修养，或缺乏高雅的感觉”，这些人往往“在语言和思想上粗鲁不堪，尤其常常冒犯语言上的禁忌”。“粗鄙”的意思差不多，但可能语气更加强烈，指“大老粗”。“粗野”显然也有相近的意思，但它“强调动物性的粗野，缺乏调教”。“淫秽”当然是“这类强调不得体、不体面或龌龊的词汇中语气最严重的”。最后，“下流”暗指“粗野的玩笑或对污言秽语和粗话的幽默感”。下流的行为我认为恐怕只是有些“淘气”，尽管是极端的淘气，但也可以列入形象判断的负面评价词汇中，用于描述令人恶心的冒犯。在这些词当中，“淫秽”是最强烈的词，除非我们把韦氏词典中没有提到的“不雅”也纳入其中。

“体面的”和“不雅的”比我们提到的其他词汇更令人困扰，这可能是因为另外一对词组“体面”和“不雅”，一个是道德评价，另一个是形象评价。毫无疑问，从词源学上说，形象评价词汇先于道德评价词汇，“不雅的”的确如“粗劣的”、“粗野的”、“粗俗的”、“淫秽的”一样，属于形象家族词汇。正面评价词“体面的”早在1593年由法文词 *decent* 转变而来，更早的词源则是拉丁文 *decere*，意即适宜的、合适的；后者与希腊文 *dokein*，意即看上去不错（强调看上去），以及表示“取悦”或“作出优雅的姿态”的梵文动词相关。英文中其他的相关词是“装饰”（*décor*）、“装潢”（*decorate*）、“得体”（*decorous*）、“不得体”（*indecorous*），以及“尊贵”（*dignity*）和“义愤”（*indignation*）。《牛津英语词典》列出了其中的主要含义，即“适宜的、合适的、和环境协调的、得体的……”，并且“符合高尚品位，特别是脱离了谦卑和淫秽”。韦氏词典的定义是，“语言、行为、着装或仪表是得体的，尤其是以某种被广泛接受的标准来看：庄重得体，恰当，合宜，用作‘体面的行为’或‘体面的语言’”。另一方面，不雅则是指某种“对体面的冒犯”或“对庄重的反对”。不雅行为是指“不得体的、不合宜的或不庄重的”，例如某人的行为“仓促不雅”，不雅的语言则“不宜听不宜看，是对谦逊和优雅的冒犯”。

这些词典中定义的不雅作为纯粹的形象概念适用于冒犯性的或其他不得体方式的展示，用以表达观者的“看法”。在这个意义上，行为不雅意即其具有极度不适宜观看的特点。因为各种各样的原因，它使观者很不舒服，感到局促尴尬。不雅的形象特性对我们的影响很大，即使我们原则上并不反对它所指的那类行为。无论从何人的标准来看，有很多种形象意义上的不雅行为都不具内在非道德性，若是私下实施，没人会反对。H. L. A. 哈特以夫妻在公共场合性交为例，说明该行为不雅，但并非不道德，因为若私下实施没人会反对。²⁶ 在生

活的其他领域还有其他微妙的例子和性无关。事实上任何显摆的展示都会让观者嫌恶，任何毫无品位的招摇都显出形象意义上的“不雅”。罗伯逊·戴维斯（Robertson Davies）在他的小说《第五商业》（*Fifth Business*）中用“不雅”来描述那个过分热切的神职人员，因为表现得太过虔诚而令集会的人群感到尴尬，尽管一个选择了宗教职业的人在私下里再怎么虔诚也不为“过”：

信众中有不少人说他和上帝走得太近，这让人觉得他怪异得让人害怕。我们在家里也会进行祈祷，早餐前的敬拜仪式，这就够了。111
但他好像要时刻跪在地上祈祷，这看上去反而有些不雅。因为我经常在他们房子周围活动，有时我会撞到这种情形，他就让我也一起和他跪下直到他结束——那可能是十到十五分钟以后了。²⁷

第二类肖像式的“不雅”行为则是一种混合含义上的，部分是形象上的，部分是道德上的。这些行为冒犯了观者不是因为他们一般会令观者不快，而是因为通过行为表达的行为者的态度令观者认为有某种道德不当，而正是这种态度冒犯了道德情感。但这种冒犯部分也是形象上的，因为这种态度若赤裸裸地公开实施，就会象征某种不敬的姿态，因此是不合宜的、不得体的、不庄重的。各种“草率不雅”的例子都能很好地说明这种混合含义。参加在小酒馆里举行的合唱会本身并无内在非道德性，但如果刚刚参加完亲人或最好朋友的葬礼之后就急急忙忙地跑去参加这样的合唱会就显得很不得体（最低限度）。约会某位女士没有什么不道德，但如果自己刚死了妻子或者对方刚刚死了丈夫就急急地跑去就很不得体（最低限度）。这些例子可能未必在道德上令人作呕，但存在道德瑕疵，无论其是否公开实施都会令人反感。不过，在这些例子中，行为的公开性为其增加了一处冒犯性。赤

裸裸的展示令我们倍感不安，道德瑕疵最好远离公众的视线。道德瑕疵已经够不好，让它公之于众就是错上加错。将道德瑕疵招摇过市就是最坏的品位。在上述例子中，当众展示瑕疵本身就是对观众记忆的侮辱。

第三种不雅，或者说单纯道德上的不雅是非道德的一种极其特殊的形式，无论其非道德行为是在公开场合还是在私人场所实施。维多利亚式的丈夫在公共场合总是保持形象，但回到家里却残忍地对待无助的妻子，这样的丈夫就是一个“不雅的家伙”。他的残忍很野蛮，因而是一种“积极的不雅”，如我们所说，无论一旁是否有观者。如果他在公共场合发脾气，并且当着亲戚朋友的面羞辱自己的妻子，那么他的行为就同时具有两种意义上的不雅：既不道德，也毫无修养。只有后面这种情况才可以说是下流的，因为若私下实施就没有观者会感到112 恶心。产生冒犯是因为其行为违反了观者的道德准则，冲击了观者的道德情感，而不仅仅只是像当众排便那样冒犯了他的感觉、品位或尊贵。

从完全的道德意义上说一个“十足的体面人”，不仅仅是一个在公共行为上表现得体的。如果这就是它的全部含义，那也不过就是句恭维话。它要求这个人具备毫无瑕疵的端正品行。同样的含义上可以说明为什么当人们在极其需要帮助之时会“求诸其体面”。我们可能会对自己说，“作为体面人，我可不能对他的不幸坐视不管”。这个用法与形象意义上的优雅无关，大概的意思就是，既然我想做个好人，总得看上去像个好人，或者至少看上去不坏。

五、“淫秽”的词源：肮脏

极端粗鄙和不雅是淫秽的某种形式，但绝不是仅有的形式，甚至

可能也不是淫秽一词原始用法所指向的模式。从词源学上说,该词据说源于拉丁文 ob (之前,反) 加上 caenum (下流)。而罗马人也在他们的语言中使用过近似的词表示“下流的”意思。该词在英语中仍可用于描述那些并非出自人类之手的自然物。任何自然物,若未经人类加工,而又被认为是下流的、污秽的、恶心的、黏糊糊的,或者从一般意义上而言是惹人生厌的,就可以称之为淫秽。其标准用法之一是指事物“摸上去恶心”。《韦氏词典》引用一个未署名作者的条目,“阴湿洞穴的内壁长满了恶心的真菌”。²⁸ 一块儿“非自然的”阴湿霉烂的毒菌的恶心程度比石头下的烂泥里蠕动的鼻涕虫差不了多少。恶心的东西总让我们牙关紧咬,浑身起鸡皮疙瘩。²⁹

实际上,我们对污秽的心理意识(和该词的来源无关)早在婴儿期的摇篮里就已经由我们的父母通过“肮脏反应”根植于心了。试想一个场景,在一个春天的日子里,母亲坐在城市公园里的长椅上,看着自己的孩子在草地上爬来爬去。很快,一个东西进入婴儿的视线。他爬过去把那东西抓在手里,本能地要往嘴里放。那东西可能是一个被丢弃的烟盒,一块儿嚼过的口香糖,一团动物的粪便,一个不明黏稠物,一条虫子,或是一个吃过的冰激凌盒,一块湿答答的融化在烂泥里的巧克力糖。当然,母亲吓得一跃而起,“不,不,”她大喊,“脏,脏,很脏!”类似的警告用语并带有负面反胃的口气和反应,标志着这类东西和其他东西不同,是不能碰的。吃奇怪的东西和吃兄弟的东西不同,它没有道德上的问题,并不包含自私、小气、不公平或者冷酷的意味,不能吃只有一个原因:脏!(还有什么更好的词么?) 113

孩子通常学得很快。这类的反应他们很快就能够控制,但有时可能也会导致一段时期的矫枉过正(一般出现在7岁到12岁,有些人可能延续到成年期),在这个时期里,孩子可能对所有奇怪的东西都会有一种不信任感,即使看到纽堡酱龙虾或法式奶汁河蚌也会作出类

似的反应（当然就是模仿当时母亲所表现出的反应），“脏！”，或者是“太恶心了！”从那时起，对于品位的教育就真正开始了。

毫无疑问，对于肮脏的反应就是讲求卫生和健康的开始，甚至从婴儿期就开始了。显然这是一个习得的反应，婴儿通过喝止而学习到控制其本能动作。但恶心其实是对某些事物的普遍反应，即使是对小孩来说，也可能存在其本能基础。德斯蒙德·莫里斯（Desmond Morris）就暗示说，对蛇、虫子、小型爬行物的反感可能是人类的本能。³⁰这种内在的本能反应是在长期进化过程中形成的，对生存具有很高的价值，类似猫科动物的“紧张感”，或是鸟类持续活动的头部传达的警觉性。无论是否习得，它们都对物种的存续有用。

对污秽的、恶心的、奇怪的东西产生的肮脏反应无论是习得的，还是本能的，都是一种自然的普遍现象。当然，引发这一反应的东西非常多，正如恶心的、奇怪的或“肮脏的”一类概念本身就是多样的。即使是对公认的肮脏的、吓人的、恶心的东西的反应也不尽相同。想象一下栩栩如生的、色彩逼真、极度放大、处于完全充血状态的男性和女性的性器官。窥视这类极不自然的物体，人们可能出自以下四种目的，任一目的都表示某种特定的性格态度或反应。第一种反应几乎人人都有，当人们突然面对上述图片被放在巨大屏幕上时，会吓得落荒而逃。这放大的图片是在“太过火了！”即使是个好东西，若太过分也会让人害怕。第二种反应可能会出自医生或医科学生：漠然的，客观的，科学的态度。看到性器官就像看到其他人体器官一样，只会想到这器官是健康的，还是病态的，就像在端详一张X光片。第三种可能的反应包括前两者反应的此起彼伏或者同时出现。可能觉得受到触动，内心产生某种“生殖躁动”，尽管表面上表现出排斥。因为图片过于细致而产生的耸动感让人觉得不太舒服，但想到毕竟看到的是性

器官，可能还是会躁动难安。在这种情形中，淫秽是性欲的障碍而非挑逗。第四种可能（可能性不大）的反应是公开地陶醉于这粗俗的图片，虽然也觉得肮脏，但仍公开地自我放纵于其中。

我们上述四类观者会否觉得这图片淫秽？第一类人，当然并非第二类人，会认为很淫秽。第三类人模棱两可的反应，若是欲望压倒反感，毫无疑问，道德家都会认为那就是淫秽，但混合情形来进行分析更妙，淫秽的粗俗要素没能敌过欲望躁动的引诱。第四种情形提出了特定的概念问题，下文将予以讨论解决。公开沉迷者显然并不认为那图片是淫秽的。他的反应并非肮脏反应。但另外一个人认为这整个场景，包括那投射到屏幕上的图片，以及那个沉迷于图片的人，都是淫秽的，正如他看到某人参加死敌的葬礼表现出愉悦时所作出的反应一样。在上述两种情形中，旁观者认为，淫秽并不在于图片或死亡这些刺激本身，而在于人们对这些刺激所作出的令人恶心的反应。同样，穆斯林或犹太人并不觉得猪肉本身是污秽的，但看到有人大嚼猪肉，他们会认为这个场景才是污秽的。

禁忌行为或其他行为侵犯了观者的“高阶情感”，标志着第三类淫秽，前两类分别是对感官以及“低阶情感”的冒犯。几乎人人都会被奇怪的或异类的东西所冒犯，就像看到黏液、痰或是软哒哒的东西，¹¹⁵所有这些都让人联想到不健康的、肮脏的排泄物。这些物体会直接冒犯感官，或者看来像鼻涕虫而让人感到恶心。但猪肉的例子表明，某些物体或行为之所以让人恶心是因为它们是被禁忌的，这类情形发展到极端就会被认为是“淫秽”的。此外，所谓不雅，若构成对道德原则赤裸裸的违反（公开折磨囚犯）也会因为被认为是淫秽的而令人恶心。³¹

六、淫秽的范围：扩展适用的线索

粗暴地违反适当体面行为的标准或原则的情形往往不仅限于性行为或异类行为。“淫秽”一词还可以延展地适用于其他行为。对于那些严守《模范刑法典》对淫秽的定义只限于性、裸体或异行的人来说，对该词的其他用法只能是次要的或派生的，甚至是隐喻层面的。但若不讨论这些“延展性适用”，对淫秽的讨论就是不完全的，因为这些用法在英语上来说同样是通用的、明确的以及毫无疑义的，而对淫秽的有限定义忽略了一些实质性的内容。当然，所有这些延展的用法都围绕着该词的主要用法产生（肮脏的自然物体、粗劣的行为和异物）。如果我们想要找到打开该词含义核心要素的秘密钥匙，使之适用于更为人熟知的领域，那么，研究不涉性及不涉色情的用法将很有意义。考虑以下十句话：

1. “死在星空下有些淫秽。”³²

2. “影片《邦妮与克莱德》的高潮场景中那机枪四射的场景也许没有什么道德不当，但那子弹击中身体后，鲜血从弹孔中飞溅的画面是非常令人反感的画面——冒犯性和冲击性太强，可以说是淫秽的。”

3. “没有什么比斩首示众的反示威更淫秽的了。”

4. “……对于即将发生的死亡感到狂喜是很淫秽的。”³³

5. “‘我们不能让佛教和尚[僧人]自焚，也不能让阮夫人[吴庭
116 艳先生的妻妹]将和尚的行为淫秽地评论为烧烤’，鲍尔先生说，‘政
变不可避免’。”³⁴

6. “在这些情况下，痛苦被降格为对人的淫秽地嘲弄，只有阵阵昏厥才能减轻皮肉之苦。”³⁵

7. “在电影的高潮阶段，多里安·格雷的形象在一阵淫秽的恐惧

中公之于众。”

8. “争论……因为太不负责而简直到了淫秽的程度。”³⁶

9. “看来克拉夫特先生的承诺表明，美国现在的首要任务是加强对私人石油公司的控制，让他们按照符合美国利益的方向经营，而不是在大批失业和经济下滑的情形下，继续追逐淫秽的私利。”³⁷

10. “‘黑鬼’是英语中最淫秽的词。”³⁸

前五个句子都和死亡有关，这是一个和淫秽高度相关的主题，很奇怪《模范刑法典》没有把死亡也作为淫秽的一大情形纳入，从而将原有的三大不洁扩充为四分天下。在有年轻女士在场的情况下用最粗劣的语言讲述性行为原本被认为是最确定无疑的淫秽行为之一，但现在人们认为，其淫秽程度和对着耄耋之人谈论死亡的行为差不多，尤其是用那些粗鲁的词汇，如“乌鸦呱呱叫”、“残骸”、“僵尸”，或“骨头渣子”之类的话。至少是有病人或上年纪的人在场的情况下，死亡是该绝口不提的话题。试想，一位老人在公开场合谈论自己即将到来的死亡将使我们感到多么不安。此外，没有什么语言文字比淫秽更能描述我们近观一具尸体那直瞪瞪的眼睛和发绿的皮肤时那种毛骨悚然的感受了。也没有什么行为比对一具死尸的不当反应——侮辱、蔑视、不敬、食人肉或恋尸癖更为淫秽。³⁹

第一个例子若缺少语境可能很难理解。作者很可能是认为老人或病人死在家中或是死在病床是一个很自然的情况，就像出生、成长或腐烂，没有什么好哀痛的。但星空之下的旷野却是年轻的、健康的、充满活力的情侣或梦想家活动的地方。如果一个年轻人“在星空下”中枪倒地，那场景是不自然的，也是“不恰当的”，因此和自然场景中的死亡相比是令人反感的。¹¹⁷

电影《邦妮与克莱德》中的死亡场景运用了新的电影技术，后来被大量模仿，它以极具真实效果的方式刺激了危险性物体对人类的杀

伤力。震撼性的现实主义特写效果和电影之前情节中快乐幸运的轻松节奏形成强烈对比，对观众造成几乎难以承受的冲击，并以最具戏剧张力的方式令观众把报应主义的信息也带回了家。这令人极其反感的场景更夸大了电影的戏剧目的，表明即使是极其淫秽的场景也具有美学效用。不过，在很多时候，过多的鲜血反而会分散观众的注意力，削弱电影的主题。哈夫洛克·埃利斯（Havelock Ellis）也许在词源学上犯了错误，但却具有心理学上的洞见，他认为淫秽物品或行为只能限于“私下进行”，舞台上只能暗指或以象征性地表现（如俄狄浦斯失明⁴⁰）。

对于任何身处法国大革命时期的教育良好、中庸而不谙世事的英国人来说，没有什么比斩首示众更淫秽的了。斩首示众的确是淫秽行为的典型，其之所以成为公然的冒犯基于以下几点。首先，被斩开的身体和头颅绝对是淫秽物体。其次，斩首行为是对人性的公然违反，是公开违反道德原则的行为，所以是淫秽的。第三，在公众面前展示这样的淫秽行为是极度令人反感的，同时也侵犯了受刑人的尊严和隐私，这使得原有的淫秽含义又增加了一个维度。⁴¹最后，当人头落地之时，革命群众狂喜的尖叫声中表现出的嗜血热情显然不是一个基于人性的应有反应，一个神经脆弱的人很容易因此场景而受惊。对观众展示本身就是淫秽的。而观众的反应又使这淫秽程度加倍。

我们可以很容易想象上述第四种情况。我们可以想象示威者站在蒙面囚徒面前抗议，或者站着为将死的政治囚犯祈祷，如罗森博格，萨柯或万泽蒂。在街对面一群反示威者举着谴责背信者该死，或是说吊死这些混蛋还便宜了他们的标语。反对死刑是文明化的应有姿态；
118 仇恨和嗜血间接传递出的却是另一种信息，可能很令人恶心，但还不至于淫秽。另一方面，赤裸裸的嗜血狂热，大声地、自豪地叫嚣而毫不掩饰，这被放大的情绪就是淫秽的。（如果说例5中阮夫人对僧人

自焚所表现出的极端愚昧的态度也可以称作某种“情绪”的话。)

“一堆模糊血肉”被用于一个有尊严的人时，那景象往往让人吓得往后一跳。这样的一个人“人”是令我们浑身发抖的恶心物体，是一个被降格的人，毫无希望、隐私和尊严，甚至也没有自我意识。腐烂的水果冒犯我们的感官，腐烂的人同样令我们心碎。“嘲弄人性”其实就是对我们的适当性感觉的粗鲁冒犯，是令人齿冷的淫秽。

多里安·格雷的形象和前面的例子有相似性，但也存在一些有趣的区别。当然，画面极其丑陋。我们看到的（只）是一个人满脸疥疮，四处流脓，牙齿断裂，眼睛充血，表情怪诞不经。它不只是冒犯了我们的眼睛（当然包括冒犯了我们的眼睛），人的脸部被扭曲到如此程度本身就是淫秽的。

但并不能因为这个例子就认为淫秽属于“美学领域”，即使可以假定丑陋确实可以纳入美学范围。认为一幅作品丑陋是美学判断，当然不是什么赞扬的话。（我们可以说一幅作品很丑，但同时也有一些优点。）极度丑陋作为“积极的”美学缺陷，很自然地冒犯了我们的眼球和感受，如果达到厚颜无耻和极端露骨的程度，就成了淫秽作品。但对作品作出淫秽评价，并不像对其作出丑陋评价那样属于美学判断，而对淫秽作品作出的肮脏反应也不属于“美学反应”。一个装修糟糕的房间，可能因为其凌乱的色彩，互不搭配的家具，毫不协调的杂乱设计，而被一个具有专业自信的设计评价为丑陋。房间的修饰违反了传统的设计原则，除非是故意要以如此丑陋达到另外的效果，否则，对它的美学评价肯定是负面的。但如果所有的家具是霉烂的，到处是虫子和虱子，墙纸斑驳，房间布满灰尘，满地都是乱扔的垃圾，那么这种丑陋就已经接近“淫秽点”，最终的评价会是“肮脏”，这可就

119

如果我们认为某张脸是丑陋的，我们的意思可能是说这张脸不符

合传统的脸形或结构原则，因此对它作出负面的美学评价。“眼睛太小，鼻子太长，嘴唇太厚”，我们可能会这样说，以此解释为什么这张脸不美。我们可能还会发现，一张平平无奇的脸会因为拥有这张脸的人精神焕发而生动起来，即使它作为美学评价对象而言并不够美。但如果面部特征丑陋到损害视觉、引起战抖和恶心，我们就不会再给出任何美学评价。美学评价此时只能让位给恶心、反感、淫秽（到极限时）之类的评价了。

基于美学评价的失败作品往往也令其非美学缺陷被放大，所以这两种缺陷很容易混淆。特别当作品往往会放大作者的道德或形象缺陷时更是如此，这些缺陷使得作品本身只是作为“移就修辞”出现，在这种情况下，艺术对象将极度粗鄙感归于这位作者，而不是将某个美学上的缺陷归于其创作者，尽管同时也会传递出某些美学特质。在某些特殊情形中，作品失败并非因为它在美学上“做得不好”，而是因为它没能在美学上“做得好”，在这些情况下，很容易将作品表现出的美学缺陷混淆为作者的道德或形象缺陷，尤其当这种缺陷非常强烈，达到令人作呕的程度。不过，反感，既可以是道德上的、形象上的，也可以是因为肮脏造成的。事实上，没有什么纯粹的“美学反感”，准确说来，若当情绪达到反感的程度，其中已经包含了多方面的因素。

在以上提到的一些不常见的例子中，我们批评某件作品在美学上失败，即使我们无法确定该作品存在任何作为美学缺陷的积极特点，美学失败是缺少美学优点而不是存在转换的非美学缺陷的结果。这样一部作品要么成功要么失败。成功的话，它的“美”或其他美学优点即被放大，如果不能成功，就无法取得这样一种积极效果，它的美学价值也就为零。在那种情况下，这作品完全无法触动我们。我们只是耸耸肩而不为所动，我们的美学经验就到那里为止。这样的作品要么

有着积极的美学价值，要么就没有美学价值，但它们并没有什么美学上的负面价值（除非这个词是用来特指缺少积极的美学优点）。当然，在我们的经验中也存在消极元素，但严格说来，它们并非美学元素。例如，一部作品可能陈腐、老套、滥俗、毫无创意、廉价或粗劣，这些特点可能使我们感到乏味、恼怒甚至嫌恶。但我们所感受到的这些冒犯与其说是一种美学上的反感，还不如说是道德上或形象上的反感更合理。我们的负面美学评价只是，“这个不行”。我们说这是一部装腔作势、冷嘲热讽、愚蠢不智且不严肃的作品，其实就是在对作品的创作者进行道德评价，正如评价这是一部粗俗老套的作品那样，某种程度上就是在对创作者进行形象评价。如果作品的某些特点（如过于丑陋）让人产生肮脏反应，那么，在描述这个反应时，就不是在表达美学评价，正如当我们感到非常恶心时其实就是在表示我们对对象物的反感。⁴²

最后三个例子所包含的淫秽类型其实源自对道德原则的露骨违反，对于信守这些原则的人来说，他们的道德情感受到了打击。一场不负责任的国会或议会辩论属于公开事务。人们坐在大厅里旁听，听到的是以原则交换廉价的政治目的。人们读到有关“幕后”掩藏的腐败的揭露文章时可能感到愤怒或失望，但当他们看到在公共领域中，为了达到政治企图而毫不掩饰地践踏原则时，这种赤裸裸的道德冒犯“简直就是淫秽”。同样地，在经济艰难时期，某个行业的“肮脏”利润往往直接令人感到某种不公正，这种感觉包括对一种对社会责任及利益分配不公的直觉判断，这种现象对人的感情造成的影响类似于一阵狂风吹来。我们必须再次提到，淫秽，无论是在原义上，还是在衍生意义上，都不存在任何微妙的意味。

最后一个例子，“黑鬼”一词当然是一个包含滥用和仇恨的侮辱性词语。它倒不想冒犯所有人，但却应该冒犯所有人。这里所说的淫

秽是在动词形容词意义上使用的（意即产生恶心感是正常反应），而非作为标准倾向性词汇以进行部分预判。

121 七、对淫秽的另一种理解：戴维·A. J. 理查兹的观点

我对淫秽范围的理解不同于戴维·A. J. 理查兹（David A. J. Richards），后者对于淫秽的分析在某种程度上既充分又深刻。⁴³ 理查兹的观点和前文提到的强调其冒犯感特点的评价类似，同时，他并不认为定义可以解决所有问题，还有其他特定的物体、行为或描述也是“真正的淫秽”。理查兹在检视了一类被公认为淫秽的对象后，提炼出淫秽物的一个相对狭义的共同特点，但这个特点会将我们前面绝大部分示例中对淫秽的“延展用法”排除在外。我认为，很清楚的是，根据理查兹的观点，肮脏的利润、下流的辩论，以令人反感的方式谈论死亡、死刑，描绘伤口的恶心图片，对他人的死亡感到雀跃、恶意模仿他人等等，都仅仅是一种隐喻，没有什么理论意义。

理查兹认为淫秽的概念就是“对身体机能的滥用”。⁴⁴ 根据他的定义，淫秽一词所表现的概念复杂性源于受“狭义定义的功能和目的”⁴⁵ 控制的所有身体组织和器官，就像刀叉都有各自的用处。刀用来切割，如果用刀剔牙或是挖耳朵，就是对刀的“滥用”。同样，根据传统，“滥用身体机能是不洁的、污秽的、丢脸的，总之，是淫秽的”。⁴⁶

淫秽是对人的行为的古老态度的概念残留物……这个意义上的淫秽就是某种邪恶，是对身体机能自然功用毫无价值的滥用。因此，淫秽的文化定义揭示了身体机能的哪些领域集中了文化的中心内涵，一旦偏离就会激起最强烈的焦虑。例如，大小便失禁总

是用于社会最弱势的人群身上，如婴儿和老人……⁴⁷

理查兹与那些对淫秽概念持传统西方立场的发言人的不同之处不在于其分析，而在于其适用。传统道德家往往以手淫作为人体机能滥用的典型，认为那是淫秽的、令人恶心的。但理查兹却认为人体器官，特别是性器官的功用并不那么狭窄。在他看来，其功用至少应当包括为了愉悦。他认为没有什么自愿进行的性行为是完全“非自然的”。当然，他也并未完全超越他所身处的文化模式。因此，他在暗示所谓色情在他看来并不淫秽的同时又认为，食粪和食呕吐物是另一回事，这些行为是对进食功能的滥用。⁴⁸ 122

理查兹的分析的优点在于，他认为淫秽不是仅靠定义就可以解决的一个开放式的问题，它需要讨论恶心和反感的合理性。当然，对身体器官和系统的自然定义及其适当功能的不同定义还是会带来分歧。他的优点在于强调将淫秽的含义与不洁的含义联系起来，尽管他未能充分重视与宗教禁忌以及形而上学——理论教义无关的肮脏反应。但他所称之“对身体机能的滥用”作为我们适用淫秽概念时一个很策略的原则，却可能不尽严谨，因为作为原则，它稍嫌不足，要么太宽泛，要么太具体。

说理查兹的原则可能太宽泛是因为它首先会将某些行为归入某些人视为淫秽的那一类，但事实上，这些行为可能并不应如此归类。例如，我认为，罗马天主教会对于避孕行为的官方指责正是基于与理查兹同样的立场，身体系统自有其“特定的功能和目的”。根据教会的立场，这一行为通过外力避免怀孕是对生殖系统之性交功能的非自然滥用。正因如此，人工避孕是不当的、不道德的、罪恶的，但教会并未据此宣称这一行为是“淫秽的”。淫秽，不论有何其他含义，都是事物表象的某个方面。夫妇二人在卧室内做爱时使用避孕工具，并尽力躲开偷窥狂汤姆，当然就不是什么淫秽行为，也不存在什么道德问题。

仅当行为公示于众时才能说那是“淫秽的”。再举一个类似的但与性无关的例子，吸烟。对于视其为不洁或不卫生的行为的人来说，就像避孕之于生殖系统那样，这是对呼吸系统的滥用，也是对肺的功能的滥用。但据我所知，并没有人认为吸烟是“淫秽的”——不谨慎、不慎重、考虑不周，甚至不道德，但无论它产生多大的公共冒犯，都不能说它是淫秽的。

理查兹在提出淫秽理由时变换了这方面的术语，但在确立原则时又显得过于宽泛。他很喜欢将所论内容与人们因为无法胜任（他的原话）某种“包含其自身利益的”⁴⁹ 身体功能而产生的羞耻感联系起来。用刀剔牙是对刀的非自然使用（或滥用），用刀切割，如果切得很粗、不均匀，虽然是对刀的自然使用，但显然用的很不好甚或说这人不会用刀，这对匠人来说当然会感到羞耻。但工艺粗糙并不“淫秽”。理查兹提出的基于“功能的完全实现”的原则需要首先将失败的个人性行为——性冷淡、不举、早泄——归入淫秽行为，而使这些行为与（如）公开兽奸为伍。

理查兹对其原则的表述实际上也会使淫秽的范围过于狭窄，因为他会将一些公认为淫秽的行为或物品排除在外：“对人类的淫秽模仿”，对死亡的不当反应，淫秽图景，肮脏的利润，可耻的不负责任，公开的不平等，对被害人的公开折磨等。对于“淫秽”一词的这些使用，部分（而非全部）超出了该词的标准原意，但即使如此，它们也已成为固定的隐喻而不仅仅是夸张而不准确的习语而已，它们所指的并非身体器官功能的非自然滥用，或不能胜任的误用。

八、小结：淫秽物品或行为的一般特点

现在就我们对评价性淫秽的概念分析进行总结。根据前文所述：

1. 淫秽物品或行为是造成反感、震惊、恶心的极端冒犯形式，尽管该物品和行为可能同时也有某种程度的吸引力。

2. “淫秽”一词非常类似于“令人震惊的”、“令人反感的”、“令人恶心”等词，既可以是一个标准的倾向性词汇，也可以是一个单纯的预判性词汇，或者只是一个单纯的接受性词汇而与预判无涉，或者，124在某些情形中，作为一个传统的描绘标签。若以标准倾向性词汇适用于X物，即强调X会让一般人感到恶心、震惊或反感；暗示其（除非有明确收回表示）对说话者本人造成极大冒犯，并认同恶心、震惊或反感是对X的适当反应。

3. 在作为标准倾向性词汇以及动词形容词的同时，它还包含了冒犯的恰当性的意思。最终对于恰当性的这些判断找不到充分的理由支持，但有些考虑还是可以对影响他人起到作用——“相关”——让他人引起同感，并以此使恰当性显得更加合理。

4. 淫秽物与其他冒犯物的最大区别在于其毫不掩饰性：它们冒犯大众，毫不掩饰，露骨地公然展示。遮遮掩掩的冒犯并非淫秽；那是一种隐藏的不道德，除非对规范造成极度冒犯，那就一定不是淫秽；一个可爱的专业脱衣舞者慢慢地优雅地除衫是很迷人的，而一个毫不可爱的裸体者突然跑上舞台展现在毫无准备的观众面前，就其招摇唐突而言，后者就是淫秽。而在大屏幕上投射性器官的特写或彩色幻灯片的情形，即使能挑动很多人的情欲，也是令人作呕的。

5. 有三类对象可以“淫秽”称之：淫秽的自然物、淫秽的人或行为，以及淫秽的作品。在自然物和其他类别之间存在的区别是最本质的概念上的区别，后者的淫秽来自粗劣。淫秽的自然物会引起肮脏反应。在我们的文化中，这些东西至少包括软哒哒、黏糊糊、湿漉漉的东西；排泄物、分泌物、脓；苍白的、冰冷的非生命体，奇怪的、非自然的、非人的东西。淫秽的人或行为是指粗鄙、粗劣到极点的人或行

为，它们违反了所有原则，包括道德上的和形象上的标准。认为人或行为的淫秽在于其非道德性，其实也在对其进行形象判断。当我们谴责其道德不当时，就是在作道德判断，当我们谴责其为淫秽（因为冒犯了道德情感），我们其实也是在作极端的形象判断。后者情形中，我们也应准备好进行负面道德评价，对单纯的形象评价进行补充。

淫秽的作品指对淫秽的人、淫秽的行为或物体所作的令人震惊的毫无掩饰的描绘。对令人恶心的（肮脏的）对象的再现本身也令人恶心到淫秽的程度，而这种再现本身就具有内在的淫秽性。在其他情况下，淫秽作为“移就修辞”间接是指创作者本人的粗劣。无论是哪种情况，对创作物的淫秽评价都不属于美学评价。

6. 有三种方式可令以下对象的冒犯性达到淫秽的程度：直接冒犯感觉（有些辨认不出的东西其实是“摸上去很淫秽”）；冒犯低阶情感（类似阴湿洞壁上的真菌、鼻涕虫或死尸）；或者冒犯高阶情感。后者主要包括公开实施禁忌行为（吃猪肉），或者作出不恰当的反应（对死尸的下流反应），或者违反原则（肮脏的利润，可耻的不负责任）。堕落、性倒错、降低人格或嘲弄人性等，和其他一些最令人震惊的公开违背伦理原则的非道德行为一样，都能以第三种方式被认定为淫秽。⁵⁰ 故意对受骗者讲述一个恶心的毫无掩饰的谎言并因此非法获利就是“淫秽的”，因为这对于作为观者的一般人而言，道德情感受到了打击。

7. 打击高阶情感的主要行为方式是对他人行为的不当反应。有一种次生道德反应特别可能被纳入淫秽范围。例如，对他人的不幸发出嘲笑往往就是淫秽的，哪怕那不幸算是罪有应得。即使被动地看到他人的行为，只要是可以避开却不避开的，就是淫秽的。在大批公众面前公开实施绞刑就是淫秽的，即使观者非常虔诚，他们也侵犯了当事人的隐私和尊严。若观者表现出嗜血的狂热，那么这场景的淫秽程

度也即时加倍,既具有冒犯性,而观者的反应也极度不当。

窥淫癖是另一种对道德反应的明确违反。假定 A 夫妇在家中性交,他们并不知道 B 此时正在窗户偷窥。B 所看到的并非淫秽,但他偷看这一事实却是淫秽的。如果第三人 C 看到 B 在偷窥,那么他认为这一幕是淫秽的,当然就受到冒犯。⁵¹但如果 C 很享受眼前一幕(A 夫妇在性交,而 B 在偷窥),那么 C 也成为淫秽场景的一员。但再后来的 D 看到这一幕也可能会感到既下流又好笑。他其实和那让人震惊的行为已相隔较远,当他看到眼前这荒唐的淫秽链接时,发笑其实算是适当的反应。⁵² 126

第十一章

127 淫秽与色情

一、色情必定淫秽吗？

在对淫秽的讨论中，没有什么错误比简单地以色情来定义淫秽的内涵及范围更糟糕的了。¹ 按照标准用法，若称某事物淫秽，意即谴责该事物令人震惊的粗劣或赤裸裸地让人恶心，因为“淫秽”一词，正如“有趣”，被用来表示某个特定的反应（前者是反感，后者是开心）往往被所有人认同为恰当的反应。另一方面，“色情的”一词只是单纯指对性细致描绘的文字和图片，它们被用来激起读者或观者的性欲。如果将“淫秽”和“色情”互换使用，一如两者并无二致，必将引出关于是否所有色情均为淫秽的争论。当然，对于成千上万钟情于色情书籍、图片、电影的人来说，他们觉得自己锁定的对象并不淫秽或是令人恶心。如果相关物品的确“真的很淫秽”，那也不是因为“淫秽”和“色情”的定义使然，而是由于它们露骨地违反了相关原则，要确定它们淫秽与否，需要经过严肃的论证。简言之，任何色情物淫秽与否，是一个开放的问题，需要的是论证而非定义。

美国最高法院对此存在不同用法。综合地说，在寻求“淫秽”定义当中他们的总体态度是：即使未表达咒骂，未滥用诅咒和侮辱性称谓，未使用渎神语言，未提及粪便或任何传统上被贴以“淫秽”标签的无礼语言，未令感官恶心，无性行为或性事物冒犯高阶情感，而仅仅通过口头或图片或戏剧性资料及展览，意在激起性欲，那么就是“淫秽”。在最高法庭的用语中，“淫秽”可能意即“色情”。在1971年科恩诉加利福尼亚州（*Cohen v. California*）一案中，哈伦大法官（Harlan）非常精确地记录了这一用法。² 保罗·罗伯特·科恩因身着背后写有“去他妈的征兵”字样的夹克，而被一家地方法院判定扰乱公共宁静。最高法院受理其上诉时，哈伦大法官写道：

这……并非淫秽案件。要扩大国家禁止淫秽言论的权力无论需要满足何种其他条件，该言论必须在某种程度上是能够激起性欲的。然而，本案中并不能令人信服地得出结论，即任何人在面对科恩不体面的夹克时，往往都会激起这样的反应。³

如果仅有激起性欲的语言才是“淫秽的”的，那么很多“脏话”禁忌语（愤怒地侮辱）都毫不淫秽——显然，最高法院的上述用法必定带来这一荒谬的结论。

较低层级的法院在沿用最高法院判例时还曾有过更荒唐的用法。在1977年康涅狄格州诉无名氏（*Conneticut v. Anonymous*）⁴一案中，一个高中学生就其因一个“淫秽姿势”被判有罪而提出上诉。这个年轻人粗暴地侮辱一个巡警。那个姿势就是传统上被称为“给你个手指”的竖中指行为。上诉法院认为，这个姿势并不淫秽（甚至不认为法条有这个意思），因为“要达到淫秽，必须要能够明显地激起性欲……而竖中指并不会激起性欲，它只是表达愤怒”。⁵ 这个观点之所

以令读者倍感讶异，是因为鉴于“淫秽”一词与冒犯性（恶心和情感上的震惊）的常规性联系，法庭似乎认为只有与性有关的才是冒犯性的，这个判断要么是错的（如果它是对冒犯事实的客观描述），要么就在道德问题上有悖常理（如果它是对何种事物才是冒犯的对象

129 判断）。它还暗示，作为单纯的定义，根据事实本身，所有激起性欲的事物都是令人强烈反感的，这样，从一开始就带来了针对色情的问题。

二、色情描写与文学戏剧艺术

对于试图（明确地）叙述色情与文学戏剧之间关系的作者们来说，他们在定义上还会面临一个更加困难的局面。文学作品与色情作品之间的确至少有一个相同之处：它们都是书。但这远不能区分二者彼此，或者在理论上找出二者的同属关系。毕竟，书总是鱼龙混杂。食谱书教你如何做饭；电话簿让你能够找到朋友或公司的电话号码；字典给出字词的含义及标准拼写；色情书激起人的性欲；小说、戏剧、短篇故事……而文学作品又是另一回事。文学评论成为争议的关键问题在于，“在何种程度上，可以说色情作品不仅仅激发性欲，更是合法的文学作品？”⁶ 这个问题的预设是，无论是书籍、戏剧或电影，对色情文学作品都需要检视并进而定义其特性功能。⁷

色情作品是否是文学作品的三个导向性答案是：（1）色情作品与文学作品之间就如同小说和电话簿，二者相互区别，色情作品（就像电话簿一样）自有功用，从这一点上看，它和文学作品没有混淆；（2）按照文学作品的标准判断，色情作品是真正文学作品的堕落形式，其中总是包含性欲；（3）按照文学作品的标准判断，色情作品也可以是文学作品的某种形式，甚至按照这些标准，具有很高的文学价值。但这种论证很容易因为现实中一部作品往往具有交叉的“特性功

能”而被混淆。一部真正的文学作品也可能偶尔引起人的性欲，就如同偶尔也会让人产生愤怒、遗憾或任何其他情绪那样。一部纯粹的色情作品——完全描写性交——可能也会在这儿或那儿写上一段优美而富有诗意的文字，显得“文笔”不错。此外，一种书亦可能被当作另一种书作“特性使用”：例如，有人会在读乔伊斯、劳伦斯或《旧约》时手淫。⁸也有人用一本小说来学习单词拼写（但这并不会使那本小说成为字典），还有人用小说当凳子，或者用它来挡开房门。尽管存在功能使用上的交叉，我们在原则上还是可以准确地描述不同种类书籍的不同特点及功用。小说可以当字典，色情书可以用作门撑，但这些都不是它们的主要功能。

关于第一点中色情与文学之间关系的最有力论述来自安东尼·伯吉斯（Anthony Burgess）。他的观点值得详列如下：

色情作品往往描绘带有想象力的性行为，而且往往并不考虑生理上的限度。这样的作品激发人的性幻想，并通常以无害的手淫方式抒发。因此，色情作品是宣泄性欲的工具，它并不会促使人们通过真正的性交模式完成：其实，这种书在某种程度上说，只不过是性伴侣的替代物。⁹

当然，伯吉斯所说的色情是相对于“性欲理想主义”而被其他一些作者称作“春宫色情”的那部分作品¹⁰。后者是指某一类作品（书籍、小册子、图片和电影），已经泛滥成灾，它们没有任何（直接的）严肃的文学或艺术目的，其全部热情是从生理上对各类性行为进行极为细致的描写。另一方面，性欲理想主义是一类关于性行为、性幻想、性需求等主题的文学作品，虽然相关描述详尽生动，但仍属于贴近现实生活的严肃作品。性观念和性行为对很多人来说都是生活的重要组

成部分。它们往往能够决定我们是何种人，会面对何种人，我们的生活会发生何事，我们的生活会去向何方。因此，在关注人的现实生活，评论人的现实生活，并激起对现实生活的最恰当反应的小说中，它们是很重要，而且往往可以说是极其重要的元素。但春宫作品对这些毫不关心，它们的目的是激起性兴奋，仅此而已。

伯吉斯提醒我们，春宫色情作品和他所称之另一类“说教作品”有相同之处，例如以小说的形式进行政治宣讲，故事情节的全部目的就在于激起人们对独裁者的愤怒、对革命的狂热，或对慈善的热心。

131 色情作品与说教作品（如斯马尔的《自助》）有一点相同：它们刺激并期待以现实行为方式宣泄该刺激——手淫或其他社会行为。它们和文学作品的目的不同，文学作品的目的并非激起某种情绪及该情绪的宣泄。亚里士多德在论及宣泄问题时曾暗示过这一点。¹¹

在电话簿上找到号码是一种好的“查找体验”，但并非文学体验。没人会混淆电话簿和小说；但对色情与文学的混淆却是普遍的，也是致命的。“色情作品”，伯吉斯总结道，“并无害处，只要我们别因为错误地将其作为文学作品而败坏了自己的品位。”¹²

乔治·斯坦纳（George Steiner），第二个观点的代表者，对色情的容忍度更低，也许只是因为他已经无法忍受对文学作品本身的各种误读。对于那些去成人店搜寻春宫作品的人来说，斯坦纳对这类作品的标准描述非常精到。他列举此类作品中的几个有限主题，详述它们若对应于真实的性行为会产生怎样的生理限制，人体那数量有限的“性之孔”，以及“性高潮其实相当迅速且伴随频繁的间歇”。¹³无论如何，“黄书都是大同小异”。¹⁴无论长相、种族、性格及环境背景如

何，春宫色情总是“遵循既定的程式，包括性虐待[一方享受另一方的侮辱]、排泄、阴茎崇拜或女性的回应。这种套路就像童子军手册一样毫无变化”。¹⁵ 或者，我们还可以加上一句，就像一本字典或电话簿。

著名作家以文学笔调撰写的高级色情同样也不过是色情。若是有人困惑于亨利·米勒、简·吉尼特或威廉·伯勒等人那些卓越的作品，那么，斯坦纳的论调同样击中要害。谈到全明星阵容的“高级色情作品”《奥林匹亚的读者》(*Olympia Reader*)时，斯坦纳几乎崩溃，“在看了五十页‘坚挺的乳头’、‘温柔张开的大腿’以及‘热流’在狂喜中进进出出之后，我受不了了，不是因为假正经的愤慨，也不是因为我是个可怜的性压抑者，而只是因为那纯粹的乏味单调。即使是私通也不会如此乏味而了无新意”。¹⁶ 当然，私通并不乏味，除非有人想以此为业。

“高级色情”也是色情，无论你怎么分析，这一点足以回应所有在单调乏味的劣作中加入些许文学元素的流行作家。没人比斯坦纳说得更清楚了。也没有人能更加有力地说明将色情错当为文学而对想象力、对品位以及对语言本身所造成的损害。但不管怎样，斯坦纳并没有回答伯吉斯的问题。文学是一回事，色情又是另一回事。要是以文学标准评价色情，得分肯定总是很低，如果有人坚持按照文学的方式来阅读，其实就把它变成了极其糟糕的文学作品，结果就像所有糟糕的文学作品那样——浅薄的西部片、肥皂剧、催泪剧、大批量生产的侦探剧以及哥特式爱情剧。可是没有必要，亦没有理由以此种角度看待色情。 132

第三种观点的有力捍卫者，肯尼斯·泰南(Kenneth Tynan)对色情的定义方式与伯吉斯相同，将色情与文学明确区分开来。不过泰南坚持认为，若色情作品写得很好，很艺术，那就没有理由不给它贴

上艺术的标签作为褒扬。色情，他说，“以性高潮为目的，这是传统艺术的终极目的不去触及的领域。其目的简单明了：产生勃起〔或者女性的性反应。女性总是被泰南遗忘，但其实也是色情作品的消费群体〕。技巧越高，效果越好”。¹⁷ 到这里都没问题。没人会反对伯吉斯。此外，与色情作品可否在作为色情的同时也能够成为文学的问题不同，色情作品可以有相当的价值，而不仅仅是“无害的”。当然，并非人人都读色情作品，就像不是人人都查字典或电话簿一样。但对于特定人群，它们却可能是极其有用的。和其他作者不同，¹⁸ 泰南没有提到老人的绝望以及欲望滞后于苦恼的夫妇，但他确实提到四种其他类型：第一，少数无法找到有相同需求伴侣的人；第二，长相或身体“奇丑无比”但又“没钱召妓”的人；¹⁹ 第三，“身边没有妻子或女伴的长途旅者”，对他们而言，色情书就是“一段便携的回忆，一条到达乐园的捷径，一种无须不忠即可释放紧张的方式”。²⁰ 最后是“单身汉，或是身处异国又语言不通的人”。²¹ 这一点当然也很重要。

泰南的下一步论证则完全脱离了伯吉斯和斯坦纳的思路：

133

因为春宫作品展示的是某项生理功能，文学批评家传统上拒绝承认那也是一种艺术形式。按他们的标准，艺术应当寻求那不可触摸的灵魂和想象；而寻求生殖器的只能属于信息一类。他们忘了，细致微妙的语言同样可以去描绘阴茎。色情并非仅仅用那个脏字去轰炸读者。²²

很遗憾，泰南并未引用或举出任何示例。春宫书店里的标准色情书籍和斯坦纳所归纳的特点是如此一致，以致让人怀疑它们是否均出自同一部专门撰写色情书籍的计算机。读者不仅备受那四字母单词的狂轰滥炸，还要受到那些陈词滥调的攻击——颤抖的嘴唇和粉红色的

乳头，张开的大腿和流淌的精液——一本书接着一本书。但如果春宫作品的确是以艺术的方式进行描写又该如何认定呢？是不是这样的作品就可以成为文学作品了呢？

有个语言学上的迷思不易厘清。几乎人类所有的目的行为或创造行为都可以通过粗俗或艺术的方式进行。创作或弹奏音乐可以或粗俗或艺术；设计或建造建筑物可以或粗俗或艺术；写作诗歌可以或粗俗或艺术。音乐、建筑和诗歌都是艺术的形式。如果艺术地进行，则它们就是好音乐、好建筑或好诗。不过，即使是坏的艺术，也仍然是艺术。俗烂的小说还是小说，糟糕的摄影图片还是摄影图片。另一方面，使用电话簿或字典也可以或粗俗或艺术；补衣服或修化油器也可以或粗俗或艺术；投篮得分也可以或粗俗或艺术。但这并不表示查字典、修补物件或运动都是艺术形式。它们当然都不是高雅艺术。

我认为可能还是有人觉得字典、汽车和篮球也是艺术形式。职业人士可能也认为自己的工作是一个艺术的过程。但即使我们对此表示同意（有些许不情愿），那也并不意味着电话簿的艺术性排列会使其成为文学作品，或者对建筑物的艺术性修补就是建筑，或者艺术地冲到第二垒位置就是芭蕾。同样也不意味着艺术性地描写“生气勃勃的阴茎”的语言就是文学。“一事物只能是它本身，而非他物。”

三、艺术性的色情：电影《艾曼纽》

法国导演贾斯特·杰克金的电影恐怕是我们能找到的最能代表艺术色情的典型。他于1973年拍摄的电影《艾曼纽》(Emmanuelle)当年成为法国电影史上票房最高的影片，1975年拍摄的续集《O娘的故事》(The Story of O)沿用同样的手法，几乎再次打破票房纪录。134
两部电影因其艺术的表现手法而与其他色情电影区分开来。《艾曼纽》

从很多方面来看确实很美：影片的场景是曼谷那风景如画的街道和公园，附近是热带丛林和山峦，摄影出神入化，若作为风光纪录片肯定能够获奖。正如《O娘的故事》的一位评论者所说，“细致柔软的镜头呈现出如此美景，好像喷了香奈尔香水一样”。²³《艾曼纽》中的背景音乐精致诱人——可能是自拉夫尔的波列罗舞曲以来最具暗示力的音乐——由交响乐队全情演绎。还有非常美妙的舞蹈场景，原创编舞，且具东方韵味。但无论它有怎样的艺术性元素，正如一本再怎么精心编排的食谱也不会成为小说那样，《艾曼纽》同样也不会成为文学艺术作品。它的唯一主题或“情节”就是那个忙于工作的法国外交官的妻子为了打发寂寞，一再把自己交给各种年龄、性别、种族的伴侣。“故事”就是如此发展，在影片的结尾，她已经沉迷于群交。除了这些，“故事”只是关于如何将同样套路的十二到十五个性冒险情节安排开来，这些情景总是一再出现在春宫作品中：和陌生人在机舱暗处性交（伴随喘息和喊叫）；在同一架飞机上和另一个男人在卫生间性交；和一个女人性交；在无聊中手淫；在暹罗人的拳击赛后以粗暴的性行为作为奖赏（类似施虐狂），同时和多个男人性交，等等。这部电影显然满足斯坦纳提到的全部色情标准，同时也丝毫不能达到伯吉斯-亚里士多德的戏剧艺术标准。并不是说它努力达到而未达到，它其实完全达到了它本想达到的全部目的。

《艾曼纽》的确是色情，但它并不显然是淫秽。艺术性和淫秽总是很难共处。性行为作暗光处理，细节通过暗示的手法，没有对性器官及其接触的特写镜头，男性性器官完全不会出现。（这是为了销售给广大读者的色情作品中常见的双重标准。商业预设认为读者主要为男性，他们喜欢看女同性恋但不愿看到男性的同样情节，甚至不愿意看到男性的性器官。）简言之，电影中并无丑陋不堪的场景，似乎是要降低某种催情效力。

四、色情图片艺术、诗歌、音乐

色情电影或色情书籍无论做怎样的艺术性处理，它们都只能是色情的，而无法取得戏剧文学作品的地位，但是，对于色情图片来说，情况可能稍有不同。这个结论并不吊诡。在现实中，图片的艺术目的和色情目的可以通过同一张图片同时达到。一幅描述性交的图画如果满足作为好画的标准，本身就是一件艺术作品；它拥有和谐的色彩，均衡的构图，细致的线条，巧妙的光影处理，画中人物有着优雅的姿态和表情。这样一幅作品可能只是为了勾起观者的性欲。如果那就是它的目的，那么它当然就是一幅色情作品。根据伯吉斯提出的理由，文学作品和色情作品中描绘的形象可能难分彼此。当然，一部冗长复杂的文学作品中可能有整节内容都是全然色情的，或者艺术与色情以各种形式杂然相陈。这样的作品可以称之为既文学又色情，正如一本字典在各字母排列之间放进一部小说，就成了字典加小说。但文学部分和色情部分是清晰可分的，不像图画，可以同时是美术作品和色情作品。我认为这一点放在那些诱惑性的色情音乐上更有说服力。一个作曲家完全可以特别将自己的作品设定为施虐狂的音乐并达到目的，同时又可以使自己的作品就是一部真正的音乐作品，甚至成为一部高超的音乐作品。

很难证明诗歌原则上也可以同时既满足文学标准，又能达到激起读者性欲的色情目的。因此，从这一点出发，抒情诗更应纳入图画艺术和节目音乐范畴，而非其他文学种类。不过还是很难找到明确无误的例子，说明其作为好的严肃诗歌的同时，也具有色情效果；这个困难恐怕正来自于两个客观天然的障碍相互作用。（当然，情诗是另一回事。）²⁴ 讨论至此，不可能既是文学艺术又是色情的作品恐怕就

是讲故事的作品，它们具有铺设的情节——短故事、小说、戏剧和电影。根据伯吉斯和亚里士多德的观点，悲剧不可能一方面激起人的性欲，同时又达到悲剧效果。伤感元素可以感染、启迪、让人悲痛，但一部作品不可能既具有这些特征，同时又能够激起读者或观众的性欲。喜剧尤其难以成为色情作品（尽管它也可以成为色情素材），因为笑“其实就是宣泄”，不会成为紧张的理由而需要以“现实生活行为”再另加宣泄。笑点可不是性器官。

五、色情能够成为艺术吗？问题的最低关联性

美学家和评论家可能会感兴趣的一个问题是，为什么社会哲学家会在意色情是不是艺术或别的什么东西呢？当然，美国法庭认为艺术作品，即使是不那么好的艺术作品，具有某种特殊的社会价值或“补偿性的社会意义”，艺术和色情的关系问题具有关键的现实意义。但这个问题在适用于美国宪法时却导致了很有趣的情况，对于关注揭示根据道德正当性原则可以制定何种限制个人自由的立法问题的哲学家或社会批评家来说，这个问题无足轻重。这个原则就是，无法合理避开的具有严重冒犯性（令人恶心、震惊或反感）的公开行为可以作为某种公共滋扰而被禁止。立法者通常被认为有权通过刑法的方式控制经慎重限定的冒犯行为，即使该行为并未直接损害健康或福利。但和这个权利及其限度有关的是，一部艺术作品到底包不包含这种冒犯性？毕竟，无论来源为何，冒犯性就是冒犯性，如果冒犯因其不可避免而使得立法者有权立法予以禁止，那么冒犯行为的其他特征还具有何种关联性呢？

事实上，一部艺术作品的冒犯性肯定具有某些相关性。如我们所见（第七章第二部分，第八章第二部分），有关滋扰的民事和刑事法

律是法庭有权衡量某种行为是否冒犯行为的“合理性”。按照顺序，137
判断冒犯行为或不便行为合理性的第一个标准是其社会效用，即“法律所认可的作为其最终目的的社会价值”。正如在滋扰法律中，有用的工业所产生的噪音或气味即使无可避免，也不应予以禁止，但如果它们是毫无社会效益的个人行为的产物，如果它们也没有什么“补偿性社会效益”，刑法就会予以禁止，除非其作为某个具有社会效益目的的副产品。事实上，公开的冒犯性的、描述性的作品可能刚好也是具有社会效益的严肃的文学作品（冒犯行为就是指对该类冒犯性作品的创作或展示），而严肃的文学艺术作品就公共利益而言理应受到鼓励。为创作有意义的文学作品付出些许代价是值得的，正如工厂、发电厂和屠宰场所产生的噪音和气味也是必须付出的代价一样。如果色情描写并非出自严肃的艺术目的，那就无须以所谓补偿性社会价值来予以平衡（没有任何艺术性），这样一来，只要符合冒犯原则的其他标准，就可以通过法律予以禁止。

但即使是毫无文学或戏剧意图的十足春宫作品，如肯尼斯·泰南所指出的，也可能具有某种个人或社会效益，所以对于冒犯原则来说，并不存在“一开一合”的闸门来决定如何禁止。价值的平衡可能是很接近的。从冒犯原则出发，要禁止某个作为艺术的色情作品恐怕理由并不充分。无论我们根据泰南的说法赋予纯色情作品怎样的社会价值，我们都必须承认，文学、戏剧、美术作品以及音乐（无论是否成功）作为一类艺术，其社会价值较春宫作品要高得多，禁止它们将付出很高的代价。只要一部音乐或美术作品中的色情元素并不导致负面的社会价值，那么这部作品的价值就不应因此类性内容或性效果而被抹杀。将创作艺术作品的任何子类的行为犯罪化将令整个艺术产业“感到齿冷”，并威胁到这个产业对我们文明社会的贡献。²⁵

11. 对于冒犯物件或行为的“合理性”或“社会价值”的这些考量在

- 138 非典型性情形中应当特别慎重，即使已经符合决定冒犯严重性的全部标准。如我们所见，冒犯的严重性是要衡量，（1）敏感的普遍性，²⁶（2）典型情形中的敏感的严重程度，（3）避开的不便程度，以及（4）被冒犯的精神状态或其风险是否自愿承受。当然，在色情展示最具争议性的情形中，冒犯物件所造成的冒犯并不强烈，或不持久，或不普遍，因此不能即行判定其为“淫秽”（或至少不够淫秽）；或者它们可被合理避开，因此并不会对人们造成严重不便；旁观者乃自愿接受被冒犯的风险，因此并不存在被动的观者；或者只有那些异常敏感的人才会感到被冒犯。此外，决定冒犯的存在及其程度的某些标准具有优先序位。特别是如果仅有的观者是自愿的，那么，根本就不必考虑某个细致描写性主题的电影或书籍是否具有社会价值，关于它是否是一部真正艺术作品的问题也即毫无意义。

六、（所有的）性何以淫秽？

关于淫秽与色情之间关系的最后一个问题是人们在一阵茫然之后才浮现出来的。这个问题并非有关细致描述性行为事实上是否为淫秽，而是问，为什么，性，这个对于我们所有人的生活来说都具有极高价值的部分，竟可能淫秽呢？为什么细致描述的性行为有可能造成冒犯反应？特别是，为什么，所有的性都可能产生类似“肮脏反应”的感受，那本是恶心和反感的极端情绪。即使乍看起来很令人迷惑，因为“淫秽”一词的标准用法就是包含了此类恶心，但为何肮脏反应可以是面对毫无节制的性描写时的合理反应呢？这些问题极其复杂，最终应由心理学家而非哲学家来解决，但这些问题的大致答案还是可见的。很清楚，答案至少有两种：（1）细致的性描写违反了某种道德感受（尤其以粗俗的文字时），（2）即使不涉及道德

情感，细致的性描写在极端粗劣的情形下会因“心理距离”而造成打击。139
以下我会顺次加以考量。

“淫秽”一词一般仅用于被视为不道德的行为，当以该种方式使用时，我们仅将其指向那些最不道德的行为。秘密的、越轨的、微妙的私下实施的不道德行为无论有多么严重，都很少被判定为“淫秽”。（但可参见第十章，注释25）我们往往认为那些绝对公开而露骨地实施的非道德行为，因其“令人震惊”或令人反感而成为这类行为的典型。“淫秽”一词强调行为的震撼力源于对道德规范的偏离性，因此，如果无所顾忌、直白无误地欺骗公众，而公众也知道他们是有意的，那么，即使这些行为并未偏离道德规范很远，也可以被判定为“淫秽的谎言”。淫秽评价主要是指其对情感的粗暴冒犯，无论是对道德情感、宗教情感、爱国情感的冒犯，抑或仅仅只是对品位或感官的冒犯。

很自然地，对于性行为抱有道德信念的人会觉得对禁忌性行为毫无掩饰地展示或描述是淫秽的。不仅仅因为其违反了道德规范，还因为它们如此公开而毫无顾忌。在这种情况下，这些人的情感有权要求受到尊重，而且是来自法律的尊重。

不过，这些论证仍流于空泛而并未消除心理学分析方面的困惑。几乎没有人认定所有的性行为都如此不当，无论何种环境，无论何种行为人。人们至多认为非法性行为、婚外性行为或不当时间地点的性行为是不道德的。不过还是有很多人认为，无论性行为是否合法，对它的描述就是淫秽的。那么，对道德原则的违反为何会产生淫秽呢？

我想要回答这个问题首先要区分描述的内容，这个没什么淫秽的，至少与道德原则无关，以及描述这种行为本身，这个恐怕涉及对道德规范的冒犯。在对真实或虚构人物的性行为的惟妙惟肖、毫无掩饰的描述中，即使特定环境下该行为是合法的，存在于观者脑中

140 的“不洁思想”却是不道德的，这在很大程度上是“想象的欲望”，一旦出现就是非道德的。观者看到淫秽描述（此处所指），觉得自己产生的性欲很恶心，并很快变成一种耻辱感和嫌恶；或者，如果观者是群体中的一员，他或她也许想到他人也有这种无可避免的不洁想法是令人反感的，或者可能认为展示或描述性本身就是不道德的，因为这会触及观者的弱点，诱使他们产生不道德的念头。因此，并非描绘的内容不道德，而是描绘行为本身在那些情形下是不道德的，而这种一般感受的场景，伴随那些动机、意图和效果，也就被认为是非道德且——因为这非道德是无耻公开的——淫秽的。

对性会成为淫秽的第二种解释与道德观念无关。即使完全抵制性禁忌的正经人也会认为某些性描写的冒犯性达到淫秽的程度。这些人的反应与那些严守性原则的受困于个人性欲与羞耻的人的反应泾渭分明。他们的反感并非道德反感，而是对那种由粗劣色情以及其他各种经验所带来的令人无法忍受的亲密的自发反感。乔治·P. 埃利奥特（George P. Elliott）对这种现象分析如下：

从心理学上说，[无行为]色情的问题在于，至少在我们的文化中，它冒犯了隔离感、个人感以及隐私……我们对于只能为自我实施的自愿的身体功能有一种个别感受——洗澡、进餐、大便、小便、交合——以进食为例，它很少有强烈的禁忌；但如果在餐桌上自己是唯一吃或不吃的那个人，很多人都会觉得不安。而在自己吃一块儿红酒浸泡的生牛扒与观看电影人物做同样的进食动作之间是不同的。当看到或想象到一张离得太近的进食的嘴时，我们总想退后一点；同样，当看到一男一女实施性行为时，我们也想要离得远些。²⁷

“如果不是退后，”埃利奥特补充道，“而是偷窥，那到头来就会以性收场。”²⁸ 这里，他提出了一个不同的，但不太站得住脚的观点。问题是（应该是），如果我们反感地窥视，我们最好保持适当距离，而不是像“偷窥”那样。无论是性现实主义艺术还是富有艺术性的色情都可以满足距离原则，这样一来，我们就可以把自己想象为其中一方，而不是觉得自己是入侵的第三者或尴尬的“偷窥者”。

色情作家的目的是催情而非催吐，这一点可以给埃利奥特很好的指示。他以有力的示例告诉我们，距离问题如何在图片艺术中得以解决，并暗示对于色情作家而言可以采用同样的解决之道，但那是因为他断定色情作品就是毫无艺术性的恶心的作品。色情图片艺术通过艺术表现形式来保持距离，印度庙宇的色情雕塑群即通过将雕像变小，或简化细节的方式进行： 141

对于一个正在排便的人，我们都不会想靠得太近，也不想将该自然行为作特写式的描绘——因为上去打扰是令人不快的应受指责的行为。比起正在排便的阿尔伯特·施维泽来，人们更愿意描绘一个小偷偷走了带着三个孩子的寡妇的最后一片面包。不过，布鲁盖尔的作品“荷兰箴言”描绘了两个人站在窗口向下面的河水中排便，有人觉得这场景还挺有趣——因为它只是这令人愉悦的大幅图画中的一小部分而已，且该两个人物都画得很小，线条粗略又距离遥远。²⁹

我们应该如何看待——或者更准确地说——法律应该如何看待——那些埃利奥特笔下并未精确描述其心理的人，难道他们的口味不同，宁愿那心理距离更近，令其性内容更加放大且更为细致？“即使是正在给婴儿哺乳的壮大护士乳房上的斑点”也会令小矮人格利

佛反感（埃利奥特提醒我们）。³⁰ 即使那乳房如果变成适于格利佛的大小一定是形状优美且赏心悦目的，但一旦这样放大，光是那乳头就有“人的半个脑袋大小”。这种转换使他的想法变得合理，很多读者亦会产生同样的想象，但对于一些特别的读者，这样的想法会让他们备感兴奋的话，我们又该如何是好呢？当然，如果这种怪异的满足需要并未以其他不情愿的观者受到直接冒犯为代价，那么法律什么都不会说。

更有趣的问题是，绝大多数人在生理和心理上并不以接近被我们的文化视为“个人”的器官或行为为乐。沉迷于这些事物就好像沉迷于鬼祟的、气味异常的事物一样，我们会很快产生感官上的反感，类比来说，就是淫秽。

现在可以对（评价性的）色情与淫秽之间的关系进行一个小结。淫秽与色情是完全不同的两个概念，在适用于现实生活时会产生交集，但绝不相互重合。淫秽事物是指通过激起恶心、震惊或反感的反应冒犯他人的事物。此外，当我们称某物淫秽，即表示我们认为某种形式的冒犯反应是对该事物的适当反应。另一方面，色情作品包括图片、戏剧、书籍、电影，其目的在于激起性欲。某些淫秽物（如脏字或脏手势）并非色情。事实上，某些淫秽物和性毫无关联。这类淫秽包括人的排泄或其他令人恶心的事物，诸如对他人不幸感到雀跃、种族诋毁、无耻的谎言以及其他公开而与性无涉的不道德事物。某些色情事物，如艺术绘画，并非淫秽；而另外一些对性行为的特写或极力放大则是淫秽，尽管因其过于淫秽而往往无法达到其色情目的。

由于缺少足够的证据说明其余社会损害的联系，色情仅当其为淫秽时方可由法律禁止，而禁止的原因在于其淫秽。但淫秽（极具冒犯性）仅为正当禁止的必要条件，而非充分条件。此外，冒犯行为必须无法合理避免，且被冒犯风险并非观者自愿选择的结果。（毫无疑问附加条件，例如应当尽合理努力避开儿童。）

对于小说和戏剧作品的定义无法满足同时具有色情性质的作品。另一方面,色情的绘画、作曲或诗歌创作中并不存在相互矛盾的概念。但艺术可否色情的问题尽管显然对于美国宪法很重要,立法者可能会提出场所限制,但对于公共政策评论而言无足轻重,后者只是要求立法者在数个选择中找到他们应该做的。最高法院对于第一修正案的解释允许立法者禁止所有并非艺术(言论)的淫秽物。³¹合理的限制自由原则认同艺术作品的重要性,而反对立法者对于哪怕是毫不艺术的淫秽的禁止,只要这淫秽并非不可避免地强加给观者。如果观者仅仅是那些不觉得受到冒犯或者自愿承担被冒犯风险的人时,甚至没有必要讨论一本书或一部电影是否(或者在何种程度上是)艺术作品。

最后,我们考量性行为为何会被视为淫秽的问题,既然所有的人都会从中获得快感。那些认为色情即淫秽的人要么是认为实施环境使其不道德或因其毫无掩饰而冲击了道德情感,要么就是认为,即使并不涉及道德,距离太近也会引起反感和恶心。 143

七、反对色情的女权主义观点³²

近年来,对色情的有力攻击源于另一个不尽相同的理由。直到1970年左右,要求法律限制色情的呼吁主要来自“性保守派”,他们认为性欲满足本身就是不道德或贬低人格的,对其进行公开描述就是淫秽。然而,新的攻击并非来自清教徒式的人,而是来自身处性革命前线的妇女。我们从来都不会听到这个团体对色情提出任何传统式的抱怨——色欲就是不道德的,性挑逗使人堕落,“渴望淫欲”的场景令道德情感受到冒犯。新的控诉是说色情贬低、滥用、践踏女性,同时色情鼓动了某种普遍的态度,从而增加了针对女性的性暴力犯罪。她们认为,色情对公共安全造成威胁,对其作法律禁止既可以从损害原

则中找到依据，也可以类比斯考基的纳粹示威以及三 K 党游行的案例而找到其作为深度冒犯的依据。

若将女权主义者的抨击视为某种全新的论点将导致误解。从 1960 年代开始，色情就成为一个新的丑恶现象。性虐狂总是作为其中的常见要素而被用以满足少数人的特别口味，即使是在不那么过分的色情作品中，也开始多多少少出现将女性视为“性客体”的表达。但现在，暴力色情的大潮已席卷整个社会，即使是发行量巨大的色情杂志也不再以惯有的程式化故事进行表现，代之以对女性明显敌意的清晰表达，封面和内容中“女性和儿童受殴打、虐待”，显然是为了“对消费者进行性挑逗”。³³ 当色情杂志月刊每月销售量达到一千六百万、色情产业营业额每年达到四十亿美元时，是该敲响警钟的时候了。³⁴

144 不过，并不能必然地认为，色情就是对女性的贬低。首先，我们很容易想象一个理想化的色情场景，描绘男女之间纵情于性快感，他们之间并不存在任何相互的主宰或羞辱。³⁵ 相关事物也许符合我之前对“色情”的定义，即完全有效地激起观者的性欲，而无关任何性别歧视元素。即使我们关注现实的色情标本——典型的一类——我们会发现其实并不存在男性主导或羞辱女性的内容。1930 年代和 1940 年代的十多岁少年往往都认为典型的色情就是带有喜剧色彩的脱衣小册子。那些角色都来自于当时流行的合法的脱衣喜剧——“甘普夫妇”、“穆林斯”、“麦琪与吉格斯”等等。——还有来自原型的动画片。不过，色情脱衣舞都是为了激起性欲。和所有色情作品一样，卡通片也会夸大器官的尺寸，“剧情脉络”也如出一辙。但剧情中带有强烈的幽默，剧中那些无拘无束、令人愉悦的人物形象一起分享性欲欢愉的盛宴。剧中的女性与其说被主宰或被羞辱，不如说她们享受着和男人一样的趣味。（这个特点特别表现了男孩子们只能在梦中见到大胆的女孩。）这些剧集中没有假正经和伪君子，也没有光屁股，绝大多数

消费者看完这些剧集并不会损害他们的道德。

在另外一些色情作品中，确实出现了男性主宰或羞辱女性的内容，但即使是这些作品，也可以有所解释。这些皆出于幻想的本性，尤其是青春期幻想的本性，对于那个幻想者而言，无论是关于性欲还是什么，美妙的幻想总是既过分又不现实。如果幻想者是女性，那一定会是个浪漫故事，她可能会幻想自己被一群英俊的为自己害相思病的男人包围，或者和一个随时准备拜倒在她脚下的优秀男人坠入爱河，他匍匐在她经过的土地，若有需要会为她下地狱——无休无止的陈词滥调。如果幻想者是个男性，他的白日梦就是性，他会幻想女人们匍匐在他经过的路上，为了和他做爱什么都愿意，而那些已经见识过他的雄风的女人更是跪在地上求他再来一次，等等。幻想的本质在于自我谄媚，而并非表示对异性的“敌意”。

还可以有其他的解释。“性欲”，诺曼·梅勒（Norman Mailer）写道，“是一个让人迷失方寸的世界……”³⁶若欲火控制了想象，当然就会伴随无限暗示的形象，伴随毫无拘束的热情爆发。不仅男人，女人也会在性高潮中又咬又抓（就像家猫），而“我要把你捏成碎片”——一个毫无拘束的典型表达——通常被视为爱的表达，而不是谋杀的意思。145
雄性动物的性热情（与我们的主题还是有些联系）源于那控制其在激烈对抗中的身体和心理状态的深度本能或荷尔蒙水平。对于男性来说，这种解释是有道理的，色情可以使他勃起，但并不表示他对女性的任何态度，或者他对女性的一般行为方式。当然，就常识而言，很多“正常”人，包括男人和女人，有时也会沉浸在性虐待的幻想中，但这并不影响他们的行为或性格。此外，有些色情作品特别显示对男性性虐待的一面，一些面目可憎的人在当中实施“强奸”或虐待的行为。这些作品当然不是伟大的艺术品，但他们也不是特意要贬损女性。

但这并不能排除存在某些色情作品，它们对女性极具冒犯性甚至极具危险性，“色情”的标签当然还要保留。已经有很多女性主义作家这样限定过，但对于整个讨论却带来更多困惑。格洛丽亚·斯泰纳姆（Gloria Steinem）反对所谓“真正的淫秽就是将性欲与对女性的主宰联系起来”³⁷的观点（淫秽确实有这样的用法），但她随即偷换了概念，以致从定义上说（因此也没有多大意义），只要如此，则所有的色情都是淫秽。她解释说，源于希腊语的“淫秽”一词，词根意思是“妓女”或“女俘”，“因此这个词并非互爱，甚至根本不是爱，而只是对女性的主宰和暴力”。³⁸斯泰纳姆的解释确实是对的，通常被称为“色情”的故事、图片、电影的主题当然不是爱，但也并不必然表示它们都毫无例外地在展现男性对女性的主宰。当然，斯泰纳姆并没有直接这样下结论，而只是对重新定义作出约定。她的建议可能令其他作者闪烁其词，硬是要在一些单纯激起性欲而被称作“色情”的作品中找到性别歧视的内容——只是因为他们被归入这一类。斯泰纳姆在重新定义时将“性欲”与“色情”分开。她总结说，性欲关乎性，而“色情则关乎权力，以性为武器的权力”，征服者主宰被害人。这种区分有现实性，但用其他词汇，诸如“贬低性色情”（斯泰纳姆的“色情”）相对于“其他色情”（史坦能的“性欲”）来表达更合适。

在五花八门的贬低性色情作品中至少应当区分出其中很重要的一类。一些贬低性色情同时也包含暴力，鼓吹对女性的生理摧残，描绘“折磨或奴役的武器、伤口或伤痕”。³⁹《小姐儿杂志》（*Chic Magazine*）曾经刊登过一组令人生寒的照片，照片中一个女人满身血污，正握住一把刀手淫，标题是“切碎科伦芭茵”（“Columbine Cutsup”）⁴⁰。在一部名为“虐杀”（*Snuff*）的电影中，女性角色（对于扮演这些角色的女演员感觉也是一样）为了观众的性娱乐而被折磨致死。这部电影曾在纽约的商业院线短暂上映过。发行量巨大的月

刊《皮条客》(*Hustler*)曾有一期的封面照片是一个裸体女性的头部被塞入绞肉机,她的大腿摆出性迎合的姿势向绞肉机张开,而其余部分则成为机器下面出口处的绞肉。凯瑟琳·巴里(Kathleen Barry)认为,无数令人齿冷的描述造成某种恐怖:“一部又一部电影中,女性被强奸、被射精、被喷小便、被肛交、被殴打,杀人电影里,在性高潮的狂欢中被杀死。”⁴¹ 哎呀,这种例子真是数不胜数,令人沮丧。

不过,还有一类色情尽管亦贬低女性,但并不包含暴力。格洛丽亚·斯泰纳姆提到了一些更为隐秘的强制:“一种征服者与被害人之间的生理态度。利用种族和阶层差异暗示同一件事。可能是一方赤身裸体,而另一方则穿戴整齐,以此显示极端的不公。”⁴² 随着强制的暗示形式愈加隐秘,以致没有哪个立法者有足够的勇气进入这一领域去面对那极为困难的划线问题。

不过,处在极端的那些最为暴力的情形当然是清楚明确的,它们都宣扬用淫乱和暴力对待被害人,这样做的目的明白无误地就是为了 147
让男性观众勃起。也许色情还有其他形式,无论是否具有贬低性,是否存在利益,我们都仍能有力地论证,若要限制色情业者的自由,就应局限于这一类色情。一些女性学者可能认为,一旦设置这个限制,就无法禁止较多的色情,但那其实是因为她们对色情的定义范围指的就是其中最令人反感的那部分。⁴³ 色情故事或色情电影可能也具有斯泰纳姆所说的贬低性,如一个聪明的男人和一个愚蠢的女人;或者一个有钱的男人和一个女佣,这刻意制造的不平等就是为了满足男性消费者的愿望。但如果作品只是以这种方式贬低女人,那就一定不属于之前提到的极端类型。此外,男女平等的故事——可能也是色情的——也不属于这个范围。

法律能否正当地限制色情业者生产销售暴力侮辱女性的色情作品的自由、限制其消费者购买和使用这些作品的自由呢?(我认为没

有充分的理由能够禁止那些仅仅通过隐秘的、非暴力的方式贬低女性的色情作品。)很多女性主义者对此即使不太情愿,也还是给予肯定的态度。她们的论证主要分为两类:一些人简单地求助于损害原则。暴力色情对女性构成侵权和损害。根据这个论点,暴力色情要么将女性作为一个群体进行贬低,要么(更重要的)诱使男性对女性施暴,或是营造出令该类犯罪更易发生的社会氛围。由此,涉及损害原则的两种传统法律类型分别为贬低型和诱发型。另一种论点则寻求冒犯原则,但并非为防止“滋扰”,而是为了防止类似斯考基的犹太人或三K党游行的镇上的黑人所感受到的深度冒犯。

八、暴力色情,男性崇拜,以及对女性的损害

我不想花太多时间停留在禁止具有贬低性的暴力色情或其他极端色情是因为它们贬低女性的观点上。从简化问题的角度出发,我首先要指出,要适用民法中的侮辱诽谤条款难度会很大。因为这些条款的宪法要求是不能侵犯表达自由,而刑事上的侮辱诽谤法条带来的问题更不易处理。尤其是贬低群体,无论是民事上还是刑事上都会使问题进一步放大。而另一个观点则认为,色情就是进行宣讲——针对女性的宣讲。它其实并非法律意义上的通过散布损害性谎言而实施的诽谤。这些色情作品并未作出任何断定,但它们宣扬了一种无脑玩偶的女性形象,说她们只适于供男人玩乐而被利用或被凌虐。这种形象当然降低了男性对女性的认识。即使并不能证明误导行为对女性造成的切实损害,仅仅这个理由(如果贬低就是论证的基础)就足以对其加以禁止。

若贬低性色情贬低(侮辱诽谤)了女性,那是出自它们对女性的认识——错误的认识——它传递了这种认识,并在消费者那里变本加

厉，使他们在总体上降低了对女性的认识。如果某部色情作品将女性描绘成低声下气、俯首帖耳的家庭角色，可能会使消费者相信，女性基于其内在性格，就只适合这些角色。毫无疑问，很多色情作品都将女性描述为这类形象，但如果这就是法律意义上的贬低女性的话，那么电视上播放的肥皂广告就也属于此列了。还有很多小说，甚至是某些好小说。（即使在一部好小说里，也会有那么几个遭到贬低的角色。）某个群体的形象不太讨好并不能成为禁止小说或广告的依据。此外，在这些作品中有时根本不是指向群体，而只是针对某个个人（或者少数几个人），而且不过是虚构的个人。莎士比亚笔下的福斯塔夫是否就是为了贬低胖子呢？夏洛克这个角色是否就是为了贬低犹太人呢？在群体贬低法律之下，还有哪个作者能指望写一部关于堕落的黑人的小说而不受审查或陷入更糟糕境遇的危险呢？小说作者所感受到的寒意简直要结冰了呢。

此外，如弗雷德·伯杰（Fred Berger）指出，⁴⁴色情作品并非通过细微的描述将具有贬低性的形象和不名誉的确信灌输给消费者，而是通过作品的内容刺激观者自己原本就抱有的期待、态度和确信。这与相信权威机构的灌输以及提出论断方的论断，或者根据语言使用的惯例及其内涵理解该论断大不相同。若无该等语言上的固有成规，对作品的诠释就该传递出其本身固有的信息，而诠释的过程，如伯杰解释的那样，“总归是一个判断问题，因人而异”。⁴⁵ 在一些人看来是低声下气，在另一些人看来却是性压抑。很难想象法庭如何能设立某个有效的但可能不太公平的测试，用以确定某部作品损害了男性对女性的认识，从而应被认定为刑事诽谤，因为观者的反应很大程度上来源于他自己的原有态度，并且这种反应因人而异。

单单一部作品要诋毁一个群体并不容易，何况这个群体占到总人口 149 的 51%。（一个遁世者能否仅凭其有关“人性”的错误论述就能够

“诋毁”整个人类，从而使每个人都成为他的受害者呢？）也许以大量的宣传册作为烟幕弹，并由有识、有势之士的名誉背书，要诋毁一个不论多大的群体都不难，但只要有言论自由，这些条件就很难满足。无论如何，诋毁本身并非女性遭受极端贬低性色情侵犯的控诉要旨。看到杂志的封面是一个绞肉机中的女人，所有的女人都被侮辱、被贬低，甚至被威胁了，但这并不意味着她们被诽谤了。这些词汇掩盖了问题的实质，如果说女性被色情作品损害了，那么，该损害应该是直接的、实实在在的，而非仅仅是“对名誉利益”的损害。⁴⁶

在损害原则下，禁止暴力色情的主要理由是其鼓动强奸和生理暴力。在美国既有大量针对女性的性暴力，也有大量的暴力色情。根据美国联邦调查局的统一犯罪数据（1982年），在美国，每三名12岁女孩当中就有一名女孩可能遭到强奸；而稍早几年的研究显示，春宫色情书中出现暴力场景的占到全部此类书籍的20%，而发行量较大的色情刊物中出现暴力卡通或暴力图片的占总量的10%。⁴⁷一些作者已经暗示在暴力色情与针对女性的性暴力之间肯定存在某种直接的因果联系；但要断定强奸与暴力色情之间的因果关系显然要更复杂些。按照阿里亚·奈尔（Aryeh Neier）所说，这种直接联系的嫌疑并不存在：

……看看别国的情况。例如在……爱尔兰和南非，针对女性的暴力很普遍，但这些国家并没有色情作品。与此形成对比的是，在丹麦、瑞典和荷兰，针对女性的性暴力要少得多，但在这些国家中的色情作品并不比美国少。当然，除非有更多的证据，否则，除了看到这两个事实并存之外，并不能证明色情与针对女性的暴力之间是否存在因果联系。但这种证据……确实不存在。⁴⁸

另一方面,有证据表明,电影或电视里的那些耸人听闻的故事往往会提示(往往并非有心)作案方法(参见第一卷第六章第五部分),即使报纸上的新闻报道亦会触动所谓“模仿式犯罪”现象。如果仅凭这一点就可使审查和处罚正当化,那么,我们就可以有理由查禁电影《卡拉马佐夫兄弟》和电视剧《根》(两者皆被视为影响模仿式犯罪的典型)。“如果‘勾起’人们的糟糕行为的每一部作品都被查禁的话,那我们图书馆的书架上就剩不了几本书了,也没有几部电影可以放映了。”⁴⁹一部色情作品中的暴力情节的确可能成为在特定的时间、地点对特定被害人实施特定犯罪的必要条件。如果没有看过这情节,行为人可能确实不会在同样的时间、地点以同样的方式实施该犯罪行为。但这种因果解释在很大程度上取决于他本人的心理特征和个人秉性,在特定时间他还是可能实施类似的罪行。一个非强奸犯不大可能因为看了色情作品就变成了强奸犯。如果色情作品真的和强奸的发生存在强烈的因果联系(和轻微模仿效应相对),那也是因为它首先给行为人灌输了冷酷的性格。

强奸是一个非常复杂的社会现象,无法给出一个统一的解释。无论我们如何设计制度,有些强奸是无法消除的。其中较多情形源自深度个人心理问题、迁怒等。但对于另外一些强奸来说,可能在数量上更占据优势的是,大部分是出自社会的而非心理的原因。在这些情形中,强奸犯在他的特定亚文化看来心理正常,他平静而有意地实施强奸,而非出于怒火,他这么做并不令周遭的人感到意外,他非如此不能保住在他的群体中的位置。他那莫名的暴力只能解释为其社会化的特定形式的结果,他对主流男子气概理想的崇尚,在墨西哥语中称为machismo(大男子气概),这在很多国家都存在,当然也包括美国。

要赢得周遭对其男子气概的称许,男人需要做到坚强、无畏、不拘于小节、狂野、不多愁善感、硬气、善饮、不唯唯诺诺、异教、随时

准备为荣誉而战，且一旦战斗即不计后果。他是性方面的斗士，必须完全主宰“他的”女人，这些女人对他须如奴隶般臣服，即使他对她们并无体贴，只是把她们当做战利品展示，而同时，他却特别忠实于他的“队友”（他总是这样或那样的一个“团队”的成员）。因对男子气概的膜拜而给男人、女人以及男女关系带来的损害⁵⁰，却正是文明社会的产物。也许在战争期间倒有些用处，而战争对于任何年代的年轻男子而言都至关重要。若如此，则男子气概持续下来是我们关于战争过时问题的更有力论据（在各种论据当中）。

在诉诸暴力色情之前，必须理解男子气概的极端特征。诉诸色情不能只从好色、淫欲出发。事实上，它也完全不会诉诸一个没有被灌输男子气概观念的心理正常的男人。其实，这些图片、故事或电影无非只在表达或加强男子气理念。“好好快活一下”，它们好像在说，“但切记要羞辱女人，告诉她们谁才是老板。切记不要给她们丝毫温柔的感受，免得她们反过来控制你，那会毁了你在群体中的位置。记住要像‘一个狂野的男人’”。

莎拉·J. 麦卡锡（Sarah J. McCarthy）在其有关本主题的出色论文中引用了几个来自宣扬男性气概的《顶层公寓》（*Penthouse*）杂志的恐怖示例，这种男性气概是诉诸暴力色情的一个必要条件：

“猛击女人的头部，把她拖到岩石后面，然后占有她，是有道理的……”，1980年2月的《顶层公寓》中，一个男人这样说。杂志对各类尼安德特人（这名字就显得自我膨胀）的访谈以“让女人和痛苦调情吧”为题炒作。

“我们就是强奸犯，因为我们生来如此”，戴尔称，“我们不理性，在性方面完全疯狂。我们在性方面宁愿乱交、随性而为、转

瞬即逝，也不那么深入。我们就像种牛，看到女性就上……”

在《顶层公寓》二月刊中“给编辑的信”里，某个自称是大学三年级生的人写来一封关于“口交”的肮脏的信。他写到凯西以及他如何“将自己那十一英寸的大家伙塞进她的喉咙”。[性功能的自我吹嘘，色情作品式的]而凯西“几乎昏了过去”[欺骗与自我欺骗，色情作品式的]。格洛丽亚·斯泰纳姆在1980年《女士》五月刊中写道，“自从《深喉》上映以后，出现了一种全新的色情模式，除了常见的强奸方式之外，新增了从喉咙实施强奸的野心……”

在《顶层公寓》另一期的一篇文章中提到“丢”这个词。一个驾驶1974年版凯迪拉克的来自阿尔布开克的大学生，称自己 152
“对任何裙子里的东西都感兴趣”。“你是怎么做的？”《顶层公寓》的访问者问他。“反正就发生了”，戴瑞尔说，“那是两年前我上高中的时候，我也不知道是怎么回事，我当时正和一个女孩约会，我在我的汽车里干了她，然后把她丢了出去。毫不夸张”。⁵¹

这些令人恶心的例子并不能证明暴力色情的灌输能力，它们只是表明那些本来就适合作为暴力色情作品读者的那些人的态度和行为的示例。这些例子往往在军事部门或工厂的劳工阶层年轻人当中很普遍，而在中产阶级的兄弟会场所或宿舍中也不少见。这些标志通常是为了做给旁边的弟兄看，显示一种挑衅性的自尊。引自《顶层公寓》的话就是如此。这些荒谬的言论如此公开，既非出于热情，亦非出于仇恨或淫欲。它们似乎就是在说“我们大男人就是这样的——不好也不坏”。莎拉·麦卡锡对此有精准的理解——

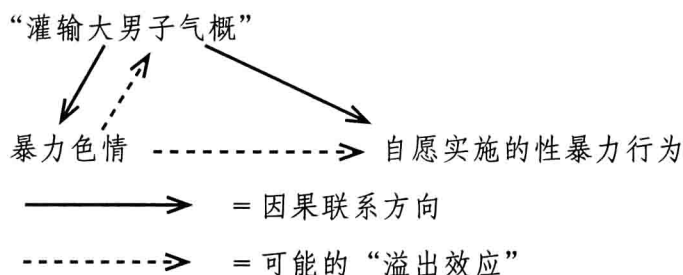
尽管我知道存在男性的愤怒，就像也存在女性的愤怒一样，但这可能并非强奸的主要原因。我们要考虑的反倒是强奸的平淡无奇，它就是大男子主义的逻辑结论，是我们性别安排的最终讽刺性结果。一些男人认为就该要强奸。这很大程度上源于错误的性教育，而非来自神秘的愤怒。在美国的诸多亚文化中，对女性施暴是可以接受的、意料之中的，甚至是时髦的……⁵²

可能没有比轮奸更典型地表明男性气概的强奸了，这是一群性崇拜的“个人主义分子”，从某种程度上说，有时这很像是一群不自信的男人为了在同性间彼此“证明自己”而举行的青春期仪式，被害人不过是一个工具。在其《违背我们的意志》⁵³的一个有关强奸和战争的章节中，苏珊·布朗米勒探讨了越战中美国士兵的行为。很多老兵都提到强奸很普遍但很少被报道。一个老兵否认自己也牵涉其中，但却对其他人的强奸行为作出生硬的辩解：“只有当周围有很多人的时候，他们才会这么做。你知道，这让他们感觉很好。他们相互证明自己的能力。要是只有他们自己，他们才不会那么做呢。”⁵⁴在战争期间，男子气概的观念尤其强烈，它们成为士兵们庆贺自己坚强的程序，然后彼此说服自己的确拥有这种气概。

如果禁止暴力色情是否会真的减少性暴力的发生呢？没人知道
153 确切的答案，但若如我所见之，男子气概的灌输是性暴力的主要来源，而暴力色情只是激起原本已由社会深植在读者身上的大男子气，那么禁止暴力色情可能效果无几。色情作品不可能通过一个简单的手势就像施了魔法一样把人变成强奸犯。阅读色情作品的大男人实施强奸不是因为暴力色情像个皮条客，而是因为他们本来就认同那样的理念。当然，暴力色情“持续轰炸”也许会使一个体面的男人也变成暴力倾向的大男人。但可能性也不大，因为这类读物一开始就不会吸引那些

并不受所谓男子气概观念影响的人，因此“持续轰炸”根本就不能成立。一开始就想要购买这样的读物显然还有一些更基本的原因存在。暴力色情其实是男子气概的标志而非原因，禁止标志并非保护潜在被害人的解决之道。我认为暴力色情对于现实发生的暴力行为顶多存在小小的溢出效应。有时某个暴力色情作品会暗示一个淫荡的新把戏（如“口交”），并被早已有此倾向的人实施。更多的时候，对某个新发明的色情暴力场景的反应就像那个《顶层公寓》的大学生读者所说的“丢出去”那样：“我是在两年前上高中时做的，我也不知道那到底是怎么回事。”他读了杂志，才知道“是这么回事”，但他的行为并未因此发生什么改变。

如果我对其中的因果联系判断是对的，那么可以大致通过以下图示表示：



主要的因果联系并非出自暴力色情与现实暴力情节之间，亦非由暴力色情产生并加强男子气概观念。而是灌输男子气概观念本身既导致暴力色情的存在（提供了读者），也引起了现实生活中的性暴力（提供了动机）。虚线箭头表示我认为在暴力色情分别与男子气概观念之间及与现实性暴力之间可能存在单向的微小溢出效应，但色情绝非因果联系的主要源头。只要男子气概观念还在灌输，性暴力就会继续，无论我们是否从法律上取缔暴力色情。

那么，我们是否还有望能够从根源上减少直至截断这种观念的灌输呢？刑法单凭自己可做不到。我们不能因为资本主义滋生“贪婪的

个性”就禁止企业；或者因为军队滋生“专横的个性”就取缔军队；或者因为某些宗教培养“清教主义”就禁止某种宗教；当然也不能因为某些行为或单位鼓励男子气概观念就将其犯罪化。可是，这种男子气概观念是文化上的，而非本能上的，用以表达它的行为不是固有的，而是习得的。习得的东西当然可以不习得。学校应该发挥作用。当然，学习看清男子气概而避免其弊端与培养爱国心和孝心一样重要。要取得效果，就要坦率直接地教授，而不是依赖普遍的陈词滥调。要谈论孩子对异性态度的缘起，讨论男性的不安感，对女性的怨恨、冷酷甚至可憎的例子。广告公司和电影公司应当（首先）被要求（若有必要）予以配合，就像它们曾经成功地削弱了吸烟的迷惑力那样。不要用迷人的年轻模特拍摄拿着刀片耍弄鸡肉或俄罗斯轮盘赌，或饰演被“丢出去”的女孩。作品（尤其是电影）应该适于神职人员、教师、青年顾问和假释官。这些作品同时应该强调灌输男子气概对于男性同样造成损害，而这损害后果有多么悲惨。当然，新的道德教育必须很小心，避免成为提供生活模式的说教片。人力是无法消除青少年热爱激情、冒险甚至危险的天性。此外，不应忽视团队工作、同志情谊以及坚强性格的培养。而所谓男子气概的灌输会损害这些价值。一旦明白了虐待妇女的真实动机，这种行为就会遭到群体的蔑视，而不再是获得声誉的有效途径。

强奸是一种严重损害。防止损害当然是刑法合法性的理由。因此，若强奸行为的因果联系十分明确，禁止暴力色情的法律就可以正当地限制自由。但这仍不足以要求全面禁止色情，尽管某些色情对
155 第三方造成损害性后果，但还有很多情形却并非如此。“来自另一方的表达往往是个人行为最重要的原因”，肯特·格里纳沃尔特（Kent Greenawalt）指出，“但刑法并不能就此认为所有的表达都是导致犯罪的原因。例如，某个上司批评下属，该下属因为不开心而在数小时

后袭击了工友，若因此而惩罚该名上司就有些荒唐可笑了”。⁵⁵ 论点更明确。即使统计上有证据表明某种语言交流会以一定的比例导致对方损害第三方，从而使该种损害结果并非“事出偶然”，也仍不能确保禁止该种交流的法条的合法性。若因为不开心的职员有时会对工友产生攻击性而通过法律禁止批评他人就更荒唐了。

同样的观点还有更具相关性的例子。弗雷德·伯杰给出了一个讽刺性的例子：

一家发表经常被女性主义引用的观点的杂志也发表过这样一篇文章。该文认为，西方社会的女性愈加解放，女性犯罪就愈上升。这些犯罪包括抢劫、盗窃、诈骗及勒索，而纵火、谋杀、袭击等犯罪行为也是如此。但如果以此作为禁止女性通过言论自由谋求进一步解放，以摆脱对男性的从属依赖地位的话，那么言论自由就毫无价值了。⁵⁶

当然，你可以否认暴力色情作品就像女性主义的学术文章一样，也是一种有价值的自由表达方式。但问题是间接损害本身并不足以成为犯罪化的依据，还需要进一步满足其他条件方可。在那些性暴力的示例中，暴力色情作品的损害性边缘效应是通过犯罪人（强奸犯）实施犯罪行为而产生的。我们的立法已经明确禁止强奸行为和性暴力行为。此外，如果损害原则仅因与主要损害间接相关就允许对行为的犯罪化的话，那么诸如展示、售卖暴力色情的行为也应予禁止，那么法律就会存在产生不公的危险。因为除非满足进一步的条件，法律竟会因为某些人的自愿行为而处罚另外一些人。（详述参见第一卷第六章第五部分“模仿性损害”）假设 A 不当损害 B（如强奸）的情形为：

（1）A 完全出于自愿实施犯罪行为，（2）若非 C，他就不会损害 B。 156

在满足进一步条件的情况下，我们肯定要问，C 是否应与 A 一样承担损害 B 的刑事责任？若 C 传递的信息对 A 是帮助性的，且 C 故意如此，那么，C 当然应当承担责任。在这种情况下，C 成了共犯。根据传统上的法律，C 若鼓励对 B 实施犯罪行为，C 同样需承担责任。最清楚的情形是，C 通过引诱唆使 A 实施犯罪行为。“鼓励”也是一种犯罪，如果采取主动促使的方式。有时，单纯的犯罪建议也是某种鼓励，但如果这种鼓励是一般性的，犯罪建议指向的是“一般读者”和无限的观众，那么，往往就称之为“鼓动”。按理说，鼓动犯罪是制造犯罪的某种方式，而其本身亦往往就是犯罪。色情杂志里一篇鼓吹强奸的文章（并非鼓吹有关强奸的立法修改）也许就是犯罪，如果其目的十分强烈，且对读者造成的影响已达到相当危险的程度。⁵⁷

暴力色情看来并不属于上述任一情形。其作者或销售者并非教唆强奸；他们并未促使或建议强奸，亦未鼓动强奸。如果他们的顾客中的某些人，在某个时间，觉得因这些作品而受到鼓励，因为作品对强奸的描述刚好勾起他们的欲火而实施强奸，色情业者一定坚称，那是这些人自己的事，责任只能由这些人自己承担。在色情方面，“鼓励”的最有效方式在普通法中一般称为“诱使”。爱德华·科克爵士在 1628 年时写道，“所有诱使……他人决意犯罪，或煽动他人犯罪”的行为皆为从犯。⁵⁸ 因此，在密尔那著名的例子中，⁵⁹ 对站在米贩子门前的愤怒群众发表长篇演说，很可能成为诱使众人对那令他们恨之人骨的商人施暴的火引，即使演讲者并未明确促使、建议或鼓吹使用暴力。不过，若演讲发生在二十小时之前，在另一地点面对平静许多的听众，尽管它同样可能与最终的暴力行为存在因果联系，但与作为“诱使”或“积极煽动”（密尔语）结果的损害之间就不存在紧密联系了。

假定“交流”是某种表达方式而具有重要的社会价值，那么就不

能单单因为它可能导致其他人自主实施损害行为就被犯罪化,即使纯色情作品并不被视为“交流”、“表达”或“言论”(作为美国宪法第一修正案中的含义)。但作为并无具体内容的单纯符号性的催情或性辅助工具⁶⁰(参见第十二章第二部分),他们对于使用者本人而言也还是存在个人模仿价值的,从保护个人性体验上来说,这也是一种社会价值。藉此,为了防止对他人可能造成的损害,仅当直接引起该损害,如直接“诱使”,方能限制人的自由。弗雷德·伯杰建议,损害必须符合三个必要条件,才能正当地审查或禁止色情作品。他认为,色情作品,甚至暴力色情作品并不符合其中任一条件:

1. 必须有确实的证据证明存在切实严重的损害[我想加上一句——否则不会发生的损害];
2. 损害必须与表达之间存在明确且直接的联系;
3. 无法通过进一步的言论或表达有效对抗该损害。⁶¹

伯杰认为,在拥挤的戏院里故意乱喊“着火了”就完全符合上述条件。若如此,他就必须将第二个条件解释为法律意义上的诱使标准——使另一方(或群体、多方)决意犯罪,煽动他们达到歇斯底里或恐慌的程度,以致之后造成的损害并非出自完全自愿或完全故意的行为。在这种情况下,诱使者和行为人就该损害承担同等责任,甚至是更重的责任。当然,色情业者与强奸犯之间的关系远未达到直接的程度。只有达到这种程度,才能对色情业者进行处罚,同时相应减轻强奸犯(可怜的家伙,他“只是受到了煽动”)的责任。

也许恰好有证据证明色情业者的行为能够满足伯杰提出的条件,或其他一些类似的标准,若如此,则自由主义者会毫不犹豫地通过刑法防止损害。同时,自由主义者会很自然地就色情对第三方的损害性效用产生某种不安的怀疑,即可以不断通过“进一步的言论或表达”抵制男子气概观念的灌输,从而“有效地对抗损害”。

九、暴力色情与深度冒犯

158 损害原则显然不足以成为禁止色情的合法性依据。那么，冒犯原则效果是否好些呢？色情展示可能成为公共滋扰，当然，若权衡测试都指向滋扰一侧，冒犯行为可予以正当禁止，或者要求其减少冒犯性。贬低性的暴力色情作品对女性（以及支持女权的男性）的冒犯与色情文学对正经的道学者的冒犯存在本质不同。只要把色情作品脱离其视线，后者群体所感受到的羞耻、尴尬、震惊、恶心和愤怒就完全可以避免。而将女性放在绞肉机里的图片，无论是否在其视线范围内，对女性的冒犯都会令其道德情感产生深切反感。女性主义作家往往将其类比于种族歧视文学或电影。

假定一些商人认为在白人社区存在固有的仇视黑人的潜在情形，而迎合这种仇视情绪的产品能够赚大钱。由于明确无误的种族主义标志或过度的种族歧视的行为在美国已经不那么被接受，于是，很多内心暗自仇视黑人者会很享受在电影院里不时看到由白人扮演黑人的丑化演出，这类演出中，“黑鬼们”“有着大大的眼睛，白得像月亮，荞麦似的头发又短又直，任什么都害怕——蜘蛛、[他们自己的]影子，鬼魂”。⁶²一般都是喜剧开场，主要故事情节可能是一个蛮横的黑人碰到正直的白人，被嘲讽、被追逐，被扔上脏东西或被粘上羽毛，被折磨或被阉割，在高潮场景中，他们在兴奋的白人看客眼前被绞死。这类电影的主要目的是提供宣泄受压抑的仇恨的途径。在商业上倒是很谨慎，广告很低调，并用委婉语“民间故事电影”加以标识（类似于“成人电影”）。

若自由主义的立法者认为，我们都知道，这类电影并未鼓吹对黑人的暴力或煽动群体性暴力，并且它还还为反社会情绪提供了无害的发

泄渠道，从而降低了种族主义者的危险性，既然并无证据可以证明这类电影对黑人造成实质损害，那么就不应立法禁止这类电影。我想，这样的解释恐怕无法说服黑人。就算自由主义者保证说如果存在损害性后果，会继续找寻证据，或者通过教育来消除种族主义罪恶，也无法平息众多黑人的愤怒情绪。“这些都很好”，黑人会回应说，“但首先我们的感受受到痛苦煎熬，无论我们是否去影院观看这类‘民间故事电影’，我们的道德情感都会受到冒犯。这类电影的存在就是对我们情感的伤害。我们虽然未受当面羞辱，但它们令我们的生存空间变得恶劣”。

将其类比于暴力色情电影虽然可以但并不算非常恰当。（一个有趣的事实是，尽管在美国，暗地里的种族主义者为数不少，但还没有哪个商人通过这类电影使种族主义情形狂热地爆发。）色情作品对其消费者具有催情效应，这就使得它们比“民间故事电影”在提供个人价值方面更胜一筹，即使其余情况相同。另一方面，“民间故事电影”较色情电影更易伪装成真正的戏剧作品，这也使得划线问题更难解决。这两类电影所造成的单纯意识冒犯同样深切，都超出了“单纯滋扰”的程度而直接触碰到道德情感。

不过，否认损害原则或冒犯原则可以为“戳破疖子”的立法提供依据并不表示对受冒犯者的不同情态度。我所认为的“深度冒犯”（参见第九章第四和第八部分）既可以是非个人的道德冒犯，也包括因个人经历的被冒犯心理状态而产生的个人反应。如果是非个人的、无涉利益的冒犯，那么法律禁止只能通过自由主义者反对的法律道德主义原则提供依据。若如此，我们就必须论证，为取悦观众而播放暴力电影本身就是恶的，为防止此恶，有必要立法禁止，即使这种恶并未对任何人构成不当侵权（参见第四卷第二十七章“无人怨愤的恶”）。另一方面，如果深度冒犯是个人的，个人因权利受到不法侵害

而成为“被害人”，那么诉因就是，该冒犯性事物令其产生不快情绪而成为滋扰。但若该冒犯并未强制观看或强行播放，或者并未大肆宣传，不愿看的人完全可以在无重大不便的情况下避开，那么这种冒犯就不太严重。简言之，冒犯原则并不能确保对该类电影的立法禁止，除非该冒犯不可避免，或属于单纯得知冒犯，否则就只是可以合理避开的一般滋扰。尽管从其作为非个人的道德恶行特征上说，它是不可避免的，但除非适用法律道德主义原则，否则，我们就不能把所有认为是恶行的事物一律禁止，而不理会其是否侵权。

160 我认为，这个观点提出了两个重要要求（参见前文第 69 页）。可能也会存在某些特殊情形可以从两难间顺利穿越。精神状态上的深度被冒犯状态既包括无涉利益的愤慨，亦包括个人愤慨，此时，冒犯原因是对被冒犯方本人及其所属群体的冒犯。面对他人，个人被贬低、被侮辱的感觉往往就是被不法侵犯，即使并未涉及个人利益，且这种不快状态亦可轻易避免。但更困难的问题是这种感觉到底是否确属受到不当对待，且其权利是否确实遭到侵犯。对于这个问题，处于极端情形之间的案例要容易判断些。假设以下案例 1，2a，2b 和 3。案例 2a 和 2b 我认为更困难些。

案例 1。A 私下亵渎 B 深深崇敬的圣像。后来当 B 得知这一情形时在道德上极其愤慨。我们假定 A 的行为属道德不当，但并未对 B（或任何人）造成损害，也绝非直接针对 B。（A 和 B 相互不认识）但 B 只要一想起这事，就感到被深深冒犯，同时也产生道德愤慨。但 B 并不觉得个人受到不当对待。A 并未因实施 B 在道德上不赞同的行为而侵犯 B 的权利。B 并非 A 的道德不当行为的“目标”，B 当然也就不是被害人。

案例 2a。对 B 怀恨的 A 及其朋友经常在私下聚会时，在 B 背后侮辱 B，恶意嘲笑 B，B 得知后在道德上（至少与利益无涉）极其愤

慨。A 及其朋友的行为是不当的，但并未以任何方式损害 B（例如，并未煽动或污蔑），但他们的行为在某种程度上确实是指向 B，B 得知后当然感到被深切冒犯。他个人感到被不当对待，但果真如此吗？他的权利确实受到侵犯了吗？他的确是道德不当行为的“目标”，但他就是“被害人”吗？A 及其朋友会对他的抱怨回击道，“我们刚好都不喜欢你（有没有道理并不是问题），我们一起分享这种不喜欢时感到很开心。这怎么就侵犯了你的权利了呢？难道你有权利要求别人必须喜欢你吗？难道你有权利要求所有的人都必须喜欢你吗？事实上，我们只是私下的小圈子，我们不喜欢你并不关你的事。”

案例 2b。A 及其朋友是同情纳粹的反犹太分子，他们经常私下在 A 的公寓里秘密聚会，整晚沉浸在关于虐待和嘲讽犹太人的故事当中，他们放映以前的反犹太纳粹宣传影片，观看有关新发掘的纳粹集中营里的犹太人尸体的新闻。后者使他们感到很开心，除了角落的一个怪家伙一边看犹太人被折磨的图片，一边手淫。我们当然可以断言这是道德不当但并不必然带来损害的行为，这些行为以犹太人这个群体作为“目标”。B 是个犹太人，后来当他得知此事时，在道德上极其愤慨，感到被深深冒犯，认为自己受到不道德行为的不当对待。但我们还是得承认，他作为行为的目标（之一），所感受到的冒犯显然是“个人的”，但同时却并不能确定，他就是权利被侵害的该行为的被害人。

案例 3。这个例子容易些。A 及其朋友 C、D、E 聚会，他们三人都不认识 B。A 故意对 C、D 和 E 谎称 B 有猥亵儿童的犯罪前科，161 还是个毒品二道贩子。这令 B 在 C、D、E 那里清誉全毁，后者最终将这个谣言在很多人那里传开，包括 B 的客户。B 的生意下滑，经济利益及其好名声所包含的利益因诽谤而受损。后来，当 B 得知原委后感到很愤怒。他不但是不当行为的目标，而且亦是权利被侵犯的被害

人。他不只是感到被不法对待，他的确受到了不法对待。

我认为，案例 2a 和 2b 中的目标并非被害人，因此他们感到的深度冒犯，包括道德上的和个人感受上的，并非“不法冒犯”（侵犯权利的冒犯），后者才有理由受到刑事禁止。我很清楚，很多读者并不认同我的“直觉”，而争论并不能解决问题。即使我退一步假定在案例 2a 和 2b 中 B 的权利的确如案例 3（肯定不包括案例 1）受到侵犯，对于鼓吹对 A 进行法律制裁的人来说也于事无补（只要不去寻求法律道德主义）。即使假定一方的权利因单纯得知冒犯而受到侵犯，要依据冒犯原则惩罚那些行为也是对冒犯原则的过度延展。如果是那样的话，就等于将那些可以避开被冒犯状态的一方的感受优先于他人私下相互表达的自由。B 可能在得知敌对者向那些甚至不认识自己的人侮辱或嘲笑自己时备感受冒犯。我认为，这种情况即使并无诽谤，也较其他情形更有说服力。但陌生人所接受的信息无非是 A 对 B 的评价很低（这是 A 的权利）。他们还会由此认为 B 对 A 也会评价很低。B 如果确实不愿对 A 的任何听众表达这种不屑，我想，那也是 B 的权利。

种族主义和色情影片并未直接侮辱任何特定人，而是针对一个群体，这样就冲淡了侮辱的影响，或者至少按比例分摊到个人那里。“民间故事电影”因其针对的群体较色情电影针对的一半性别群体在人数上少得多，而这些人曾在历史上曾备受奴役和折磨，其造成的冒犯也就更严重。正因如此，一个黑人即使没有观看这种影片，其感受到的个人愤慨也会较一个没有观看色情电影的女性更常出现。⁶³ 女性单纯得知暴力色情演出是所感受到的一般性利益无涉的道德愤慨，黑人同样也会感受到，但这些愤慨远远不及他所感受到的个人冒犯。无论
162 如何，可以理解黑人的这种愤慨，自愿观看的观众在私人或商业戏院观看侮辱性影片，与一群志同道合的朋友在某个私人住宅或俱乐部聚

在一起侮辱他人其实如出一辙。两种情形均道德恶劣，但两种情形都不足以依据自由主义原则予以处罚。不过，为便于论证，我且假定该侮辱是对被侮辱方的不法侵犯（侵犯其权利），且（毫无疑问）即使侮辱在其背后发生亦会令其单纯得知就备感冒犯，至此，我还可以姑且假定这是可以经冒犯原则进行刑事禁止的相关原因。毕竟，只有对适格的不法冒犯才能如此。当然，除非能够满足冒犯原则的权衡测试（这要求冒犯行为毫无个人或社会价值），否则相关原因绝非充分原因。

我们的理论必须为深度冒犯建立的第二个栖身之所就是承认应对宣示和广告严加限制。黑人不应被强制观看“民间故事电影”，从而不必受到直接羞辱而令其自尊尽失。他可以走开，避免这糟糕情形的发生。但如果城里到处都是这部电影的广告，或者，更糟糕的是，广告语并未使用委婉语，而直接写道，“把黑鬼们打回原形”，那么冒犯就不再是个人的，亦不再是可避免的，而成为深度冒犯。这种标语比我们之前提过的食人者邀请同好前去赴会的广告（第九章第三、四部分）造成的冒犯更加深切，因为它们本身就是为了直接侮辱黑人，以这种挑衅文字令他们崩溃，而暴力回击是不被允许的。露骨的广告，即使没有图片（有图片当然更糟），也会造成很大的冒犯，在保证交流自由的基础上对其进行限制当然是必要的。

在本章及前章中我们区分了单纯得知的三种深度冒犯情形。第一种是私下亵渎诸如宗教圣像或国旗之类的象征物，以及私下虐待尸体。假定这些“私下”行为并无旁观者，或者旁观者是自愿在场。第二种是“斯考基类案件”，如发生在斯考基的纳粹示威，以及三 K 党在哈林区的游行。通过展示明知具有冒犯性的种族仇恨标志进行侮辱。第三种情形是为了迎合自愿买票的观众的找乐心理，在私人或隔离的地点放映种族歧视的“民间故事电影”或暴力色情电影。上述三种情形均会造成单纯得知冒犯，同样，对于不情愿的观者（若有）也

会造成同等“深度冒犯”。但它们在某些方面却存在细微差别。

因“私下褻渎”而导致的单纯意识冒犯并非个人冒犯。易言之，冒犯并非因被冒犯方认为自己受到不当对待（事实上，他甚至承认他所认为的那劣行并未侵犯任何人）。如果他要求法律禁止该劣行（姑且称之），冒犯者就会回击道，“我的行为与你何干？你对我的行为感到道德上的愤慨，但除此之外我什么也没做。你的愤怒未必正当，无论是为了将你自己的道德判断强加于人（包含法律道德主义），还是仅仅因为你感到某种道德上的强烈不满，你（或任何人）都没有干涉我的理由。只要你别总想着那些你看不到的东西，就可以躲开这种不快。如果说你已无法躲开这种不快，那说明你在忍受某种强烈的精神强制，这时，你才可以寻求帮助”。私下褻渎行为造成的冒犯，简言之，并未不法侵犯任何人，即使行为本身属道德不当。因此，无论行为令人如何恶心，依据自由主义原则并不能正当地禁止该行为。

不过，从另两类来看，单纯得知的深度冒犯同时也是个人冒犯。“民间故事电影”的制作人若问“与你何干”时，一些人就可以回答说“我是黑人，你的电影嘲讽、侮辱黑人，就是嘲讽、侮辱我和我爱的人。所以当然与我相关”。若有理由认为某人因他人在其背后的侮辱行为受到不法侵犯（我对此表示怀疑），那么，黑人的单纯得知冒犯，以及暴力色情令女性产生的单纯得知冒犯均不仅属深度冒犯，同时（对他们而言）还符合冒犯原则所要求的不法性。因此，有理由禁止这些行为，但若行为人并未强制任何人旁观，或者以张扬的方式广而告之，则这个理由往往并无决定性。冒犯性事物往往确实不具有个人或社会价值，但作为一般类型（电影和书籍），当中却包含了我们所有人的

164 重大自由利益。此外，色情电影迎合了某种性欲要求，虽然有些变态，但对某些人来说还是一个很重要的个人价值来源，属于不应干涉的私人经验领域。无论色情电影价值如何低微，无论制作者的动机如何卑

劣，这种价值都不会被抵消。戏院业主肯定并不想冒犯附近的任何女性，他的全部目的就是要从男性身上挣钱。事实上，不要激怒女权组织反倒符合他的商业利益，因为一旦这些组织发起抵制运动，他就不得不另寻压力较小的生路了。如果每个暴力色情业者都碰到这种情况，这个行业就会像今时今日的“民间故事电影”产业那样萧条。即使没有法律的支持，黑人群体对“民间故事电影”的抵制也会使得观众宁可呆在家里看录像，戏院业者只能认输。不过，一旦如此，在家里观看此类电影的行为就像私下进行的侮辱性交谈（无论如何贬损第三方）以及私下进行的自愿性行为（无论如何变态）那样，显然是无须承担刑事责任的。

包括斯考基的纳粹游行和哈林区的三 K 党示威在内的第三类情况与第二种情形有两点重要区别。这种冒犯行为的唯一目的就是找出那些会受到最严重、最深切、最个人的冒犯的对象，然后将这冒犯施加给他们。这是彻彻底底的恶意而毫无社会价值可言。至少在单纯的假设案例中，对某些人而言是无法避开的，且行为传递的唯一“信息”就是恶意滥用象征物，这样的话，冒犯原则完全可以使法律禁止具正当性，包括禁制令、“强制停止”或禁止性条文。这些情况与暴力色情之间的差别是微妙的，但冒犯模式或方式的细小差别却可能是为政策带来重大差别的基础，而在刑事政策领域尤其如此。总之，无论在哪里划线，总会有些案例落在靠近这条线的两侧。

第十二章

165 色情与宪法

一、冒犯原则和美国宪法第一修正案

本章，我们将撇开更极端形式的色情对女性造成的冒犯和危险，回到传统路径，研究色情的道德及法律性质。在这个问题上，我们尤其要检视自由主义论证方式的一个引导性替代方法，亦即通过美国法庭对淫秽案件的主流判决进行讨论。如我们所见（第十一章第一部分），无论“淫秽”一词含义如何，在美国最高法院的法庭上，相对于更广泛使用的“色情”一词，它却只有狭义上的用法。在最高法院那里，只有引起观者性欲反应的才是“淫秽”的，任何可能引起该种“心理刺激”的事物都有可能被贴上淫秽的标签，无论其对产生该种反应的人是否具有冒犯性。我们应看到，若造成的惊吓及反感极为强烈且普遍，则最高法院有时也会在该狭义范围外适用“淫秽”。在此，最高法院为保护不情愿的观者免受冒犯性滋扰，恢复了该词的自由主义功能。但在另外一些情况下，最高法院的立场似乎将“性兴趣”作为真正的敌人，无论其是否具有冒犯性，仿佛对淫秽的判定就是为了

166

防止或惩罚某种内在的罪恶的精神状态（引出非自由主义的“法律道德主义”原则），或者是为了“保护”人们不要走上堕落之路，即使这种堕落是人们心甘情愿的，既未造成损害，亦未冒犯他人（引起“法律家长主义”的道德版本）。自由主义对“淫秽”一词的理解与法律上的一般用法如出一辙，即“极度反感”，反淫秽的法律具有传统的自由主义功能，就是为了在经过权衡测试的前提下防止冒犯性滋扰。但最高法院却认定“淫秽”就是“激起性欲”，并认为反淫秽法律的功能是非自由主义的，是为了防止人们产生性欲，保护人们的道德不至堕落。我认为，这两个相互关联的误解，将道德主义原则和家长主义原则变成宪法原则——已经使最高法院在淫秽法律问题上陷入绝境。

尽管我们这里并非讨论美国宪法，但仍有必要浏览一下最高法院最近关于色情案件的一些判决，尤其是最高法院为解决这个问题提出的多个司法模式。即使匆匆一览也能发现，最高法院在多个合法性原则之间来回游走，一会儿适用经权衡测试调和的自由主义原则，一会儿又来了可疑的道德主义原则；这里和家长主义关系暧昧，那边又对微妙的公共损害嗤之以鼻，从来也没有一个明确的主张和立场。因此，道德哲学家总是对判例法提出各种反对意见。我的目的是要确定何种官方限制具有道德合法性；最高法院的目的则在于建立何种限制方为宪法所允许，尤其是为宪法第一修正案所允许。（当然，还有一个关注点和上述两种不同，即联邦和州立法者的目的是将政策制定为良好的法律，这就需要确定何种限制既符合宪法，又符合道德合法性原则的要求）尽管目的不同，还是可以依据自由主义原则标准（部分源自滋扰法律）对最高法院的司法见解进行诠释，对偏离部分提出批评。一旦最高法院的标准偏离了我们提出的标准，那就意味着要么最高法院的标准是对宪法的误读，要么宪法本身未能满足理想化描述。我们不必逐一叙述这些判决，因为此处主题并非法哲学。“法律实证

主义者”肯定会说，不管怎样，宪法是一国法律，如果它不符合理想标准，就该通过修正案进行修正。反之，“自然法”学家则会坚持，宪法包含所有的道德标准是不证自明的，因此，任何不符合道德标准的宪法解释都是错误的。幸运的是，本书的有限写作目的使得本人可以避免这个令人头疼的问题。

若要从第一修正案的框架来谈淫秽问题，将行为和表达区分开来就很重要。冒犯行为中并无宪法问题。美国的立法者完全可以适用冒犯原则，经我们所推荐的标准之调和，即可禁止高声喧哗，极度不雅行为，公开裸体、下流行为，以及冒犯性的拉客行为等。但若这“行为”涉及观点、态度或感受的口头或书面表达，或者通过艺术、音乐、戏剧或电影的形式予以“表达”，那么限制性立法似乎就突破了第一修正案的明确保护。若“行为”只是占有象征性的或是表达性的物品，如书籍、图片、磁带或影片，或是将这些物品展示或售卖给自愿的对象，那么，禁止这些行为就违反了第一修正案，因为这将给物品的制造者带来危险，并在一般意义上对言论自由造成“唇亡齿寒效应”。此外，表达仅在交流过程中方体现价值，而这个过程必定需要有观者。赶走观者其实就是对其“言论表达”的干涉，这可是第一修正案明确禁止的。最高法院的问题就是：如果被禁止的行为的冒犯性是通过文字、图片、戏剧或电影表达的话，则禁止该行为的法律如何能够保证第一修正案所保护的“言论自由”和“出版自由”。

1950年代之前，美国最高法院从未在“淫秽”（诸如“性感的”、“激起性欲的”、“情色的”之类）物品或行为是否受禁止“限制或剥夺言论、出版自由”的宪法第一修正案保护的问题上给出一个明确立场。当时，美国联邦政府和几乎所有州都立法禁止淫秽，但越来越多的案件以该类法律侵犯言论自由的不合宪性提出上诉。当最高法院决定就某些上诉案进行听审时，实际上有两条路摆在它的面前（现在看

当然有些马后炮)。

1. 它可以认定,确定无疑地激起性欲的物品,或售卖、展示该类物品的行为就是“言论”或表达,因此受第一修正案的保护。这样,淫秽表达如同其他表达一样,不应因其表达的内容(观点、立场、感受或态度)而受到禁止,至多因其表达的方式而被禁止。正如言论通常是自由的,除非其为贬低性的、虚假的,或者是对犯罪的唆使或引诱方可受到处罚,淫秽言论亦是如此,通常是自由的,除非成为某种公共滋扰,或符合一些例外情形方可受到处罚。在这个方案中,贬损、虚假等例外中并不包括“淫秽”(最高法院所认为的)。

即使最高法院选择这第一条路,它可能还是认为,只要小心从事,禁止淫秽的法律还是合宪的。例如,可以依据其极端冒犯性而立法禁止对淫秽物品进行公开展示。但在这种情形下,可能还是有人会认为宪法要求必须满足我们前述的冒犯原则的权衡测试。易言之,只要冒犯程度并不严重,或者可以合理避开,或者风险为自愿者承担,则即使那就是明白无误的“淫秽”(激起性欲)也不应被禁止。很容易想象控制色情的禁止性法律是什么样子。只有在公共场合对不情愿的观者或儿童进行的冒犯性展示才是可以被禁止的。简言之,选择这条路的话,要么根本不存在禁止“淫秽”的法律,要么这类法律和控制公共滋扰的法律同属一类,符合经调和的冒犯原则即可具有合法性。

第一条方案解释下的淫秽的宪法地位模式,可以在最高法院关于“宗教信仰自由”的一系列案例中找到。¹一般而言,任何作为宗教礼仪核心部分的行为,或是某个道德规范所要求的行为都受法律保护。除非该行为恰好符合犯罪要件要求,例如用活人祭祀或通过布道教唆犯罪。若第一修正案明确认可宗教信仰自由的重要价值,我们可以推知,要将任何与宗教有关的行为犯罪化,相应地需要符合更高的条件。行为的宗教价值越高,其包含的“国家利益”也就越重要(否则必须

169

要存在损害、冒犯或反感等)。因此,为保证第一修正案的实施,包含于冒犯原则中的滋扰法律的权衡测试是制定限制宗教自由立法所必需的实质条件。²

2. 法庭也可以选择另一条路,即不将色情物品视为言论或艺术表达,按照第一修正案要求的价值,这些作品没有任何意义。这条路当然是“非自由主义”的,也是毫无说服力的。将绝大多数色情作品都视为“概念”的表达更无说服力。戏剧或文学作品中的性欲现实主义与单纯色情之间的区分并不清楚,但色情的明确案例很容易将其与其他表达性艺术作品区分开来。所谓“淫秽图片”和春宫色情“故事”都是单纯通过符号挑逗性器官的工具。那是它们的独有功能,若这一功能得以实现,则对相关消费者而言就是有价值的。对于单纯此类情形(这样就总可以确定其性质),把它们视为言论或艺术就如同将避孕套或其他刺激性欲的工具视为言论或艺术一样荒谬可笑。

第二种选择从第一修正案出发,基于色情作品并非“言论”的判断而拒绝对其提供保护。但这并不意味着色情作品因其不受第一修正案的保护,就不受宪法的任何保护;同时,也并不因为超出宪法范围,就意味着对它的禁止可以无条件地具有合法性。如果立法者可以任意禁止公民私下且无害的行为,仅仅因为这些行为“淫秽”(刺激性欲),那么立法者的这种自由往往就是对个人“隐私”的侵犯,或者(避免麻烦的字眼)是对个人以自己中意且对他人无害的方式控制自己性生活的自由的侵犯。毫无节制地禁止自由同样会侵犯个人权利,哪怕并未侵犯第一修正案所保护的权利。

170 面对令道德反感的结果,遵循第二方案的最高法院可能会有两种方式的反应。如果它乐意,可以在宪法中找到禁止诸如性生活之类人类基本行为的立法即对某种隐含权利的侵犯,尤其当这种行为是私下进行的、经同意的、无害的。在格里斯沃尔德诉康涅狄格州

(*Criswold v. Connecticut*)一案中³, 法庭在第一、第四、第五、第九和第十四修正案的缝隙间找到了一个不被注意的“隐私权”, 若称之为有关利己及私密事务的个人自治权更不易引致歧义。在格里斯沃尔德一案中, 隐私权用来为违反禁止使用避孕套法律的行为进行辩护。这一权利通过艾森施塔特诉贝尔德(*Eisenstadt v. Baird*)一案⁴延及未婚者, 进而在斯坦利诉佐治亚州(*Stanley v. Georgia*)一案⁵中扩展到在家中观看色情影片的行为。在罗诉韦德(*Roe v. Wade*)一案中⁶, 同样的权利被用以推翻禁止妇女堕胎的法案, 因为这侵犯了她们的“隐私”, 即她们处置自己身体的自治权利。这许多形形色色的权利都被冠以相同的“隐私权”似乎有些牵强, 但这恰恰表明人类行为的某个领域除了行为人自己之外, 并不关别人的事, 当然更不关刑法的事。格雷厄姆·休斯(Graham Hughes)受到最高法院关于“隐私”态度的鼓励, 谨慎地说出“适当的性刺激或性满足也是正当的宪法自由”。⁷他认为, 总体上说, 这些形形色色的司法判决的共同点“肯定是指, 性活动所包含的某种内涵使得人们受到法律的保护, 除非该行为以冒犯的方式公开进行”。⁸

法庭还有一个可能的反应是, 将色情排除在第一修正案保护的范围内, “淫秽物品”的使用即使是非常谨慎且仅限于成人, 仍无法在宪法中找到任何为其提供保护的依据。如此, 则法官也只能暗恨经调和的冒犯原则未写入宪法, 而无法促使立法者启动修正案程序。或者, 他可能会鼓吹, 那些反淫秽法条只能经由法律家长主义或道德主义原则方可获得合法性。但作为宣誓秉持宪法的法官, 他不能任意推翻关于禁止冒犯行为的法案, 无论该法案如何荒谬不公。

这两种相互关联的反应之间并不总像看上去那样泾渭分明, 针对一些难以区分是色情还是艺术的混合作品, 以及具有基本表达性质的色情作品, 这两种反应会发生部分重合。可以说, 在这种情况下, 法

庭要做的不是确立何谓“淫秽”的原则，而是确立“保护表达”的原则，因为若当此类表达并未强制观众或强加给儿童，则无论其如何下流、肮脏、具有挑逗性或看上去不似表达，均不应被禁止。问题不在于性本身是否应明确予以禁止，而在于该种表达本身就是不可禁止的（除非其成立滋扰），因此，我们最好先解决确认的问题。

二、对判决方案的批评：西科林案与罗思案

在 1957 年美国最高法院开始关注淫秽问题之前，此领域的引导性判决是英国判例。在著名的雷吉娜诉西科林（*Regina v. Hicklin*）一案中，⁹ 科伯恩爵士（Lord Cockburn）设立了一套测试淫秽与否的方案，这个测试方法“直到二十世纪都广为人所接受”。¹⁰ 在 1868—1957 年，由于联邦立法和州立法关于淫秽的规定用语模糊，美国上诉法院均沿用这个判例中的测试方法对上诉案进行审理。¹¹ 在那期间，科伯恩爵士的话被引用了一遍又一遍：“我认为测试淫秽的方法就是，涉嫌淫秽的事物是否令接受该不道德影响的人道德堕落，以及此类出版物会落入何人手中。”¹²

西科林方案中注意到的第一个问题是，该方案是对淫秽的测试，而非对“淫秽物”一词的定义。科伯恩爵士显然认为“淫秽物”大致意即“经令人反感的方式处理的与性有关的事物”，因此，他的“测试方案”告诉我们的是，对文字和图片的何种处理是令人反感的，且达致可适用禁止“淫秽物”法律的程度。

还应注意到，科伯恩爵士的测试并不涉及冒犯原则，反而涉及性欲物品可能引起的不确定的损害。读黄书或看淫秽图片会令人“腐化堕落”，否则这些人仍纯洁无瑕。处女会变成荡妇和娼妓；品行端正的人会变成浪荡子和好色之徒。尽管前纽约市长吉米·沃克说的对

(“没有哪个漂亮女孩会因为一本书就自甘堕落”),色情作品不会使品行端正的人实施性犯罪,但它还是可能强化人们的性观念,尽管并无实际性行为,但仍会反映在人们的性幻想中。按照维多利亚时代的标准,这同样是某种“堕落”或“腐化”。如果科伯恩爵士所认为的“社会损害”是指因普通民众皆纵情声色而对社会秩序的削弱,则西科林测试的正当性最终(不证自明地)还是会脱离损害原则。毫无疑问,其中包含了道德主义的元素,我们完全看得出科伯恩爵士的观点是,下流的思想状态就是固有的恶,无论其是否通过损害行为表现出来。最终的结论很可能就是道德主义和家长主义的混合。色情作品的潜在读者需要受到保护以免受“道德损害”,即对其性格的损害(参见第一卷第二章第一部分及第四卷第三十三章)。不论他们是否甘受其害,都要保护他们免受损害。让成人远离色情作品的这种维多利亚式的正当化理由其实和我们现在让孩子远离色情作品的理由完全相同。科伯恩爵士并不关心被强制的观者所受到的冒犯;他的全部注意力都放在“对不道德的影响处于开放状态”的危险上,以致并未担心那些非道德损害的情感冒犯。

在科伯恩爵士对“这些书会落入何人手中”的关注中,我们完全能够看出维多利亚时代对社会底层的傲慢态度。受过教育的绅士们当然可以毫不担心因为看了色情书就会堕落,或者不会出现那种堕落,但要是这黄书落在仆人们的手中可怎么办?或者传到那些乐于接受这种坏影响的普通工人或其他人(更不要提这些人的妻子了)手中又如何是好?也许科伯恩爵士关于“谁的脑袋愿意接受这种非道德影响”的思维模式正如不能让酒鬼拿到酒瓶,因而不能没人管酒的思维模式一样。也许他认为存在某种“性瘾者”群体,他们一旦看到色情书就“放不下来”,总是需要更多刺激才能满足他们的需要,最后,甚至单纯的色情亦无法满足他们的需要,他们实际发生的性行为频率

也会越来越高。当然，这并非阅读色情书后产生的一般反应，而只有那些“愿意接受这种非道德影响”的人才会如此。

1957年，布伦南大法官（Brennan）在罗思诉合众美国（*Roth v. United States*）一案¹³的判决中开创性地论述了他的主要观点，他就西科林模式（如我们所解释的）提出三点反对理由：（1）这种模式对作品是否淫秽的判断建立在断章取义的基础上；（2）这种模式对作品的淫秽性判断建立在其对少数异常人士的影响上；（3）这种模式是不分时间、地点和环境而进行的机械判断。¹⁴这三点使得马萨诸塞州法院查封了德莱赛的《美国悲剧》¹⁵，利利安·史密斯的《奇怪的水果》，¹⁶以及厄尔斯金·卡德维尔的《上帝的小园地》，¹⁷联邦检察官甚至试图据此禁止乔伊斯的《尤利西斯》。¹⁸西科林测试中的“断章取义”和“文化恒久不变”标准在今天看来显然是错误的，但尤其错上加错的却是“敏感人群”标准，在我们所讨论的认定滋扰的调和标准中，恰恰是异常敏感人士可以降低冒犯的严重性。¹⁹西科林对异常道德性格的关注正如规定使特别容易受惊的马受惊需承担民事责任的法律，以及规定为保护少数过敏人士而禁止在桌上放盐的法律。

无论布伦南将如何建立其淫秽测试，他都会修正西科林测试的这三个错误，他做到了。他认为，要判断一本书是否淫秽，“应将该书的全部内容作为一个整体来判断”，²⁰要考虑的是这些作品对“一般人”的影响（而非异常敏感人士）²¹，并且只能依据“现代社区标准”（而非恒久不变的维多利亚时代上层阶级的标准）²²。三个关键词组——“作为整体的全书主题”，“一般人”，以及“现代社区标准”——成为其后法庭进行淫秽测试的固定组成部分，尽管理解上仍会出现分歧，但这些标准显然较西科林测试有了进步。布伦南开了个好头。

不幸的是，罗思案判决的其余部分却造成了理解上的混乱，直至今日。这混乱部分源于其文字表达，如“完全不能补偿社会重要性”

以及“寻求性欲利益”，这是罗思案判决中另外两个著名的关键词组。布伦南想说的可能是淫秽作为一个“综合判断”而对某类物品作出的低分评价就是某种独立的认定与评价，完全无法补偿社会价值。但我却认为他的论述实际上部分地在为“淫秽”构建一个新法律定义。定义的另一部分则由“寻求性兴趣”条款续接上。这样一来，他就是在说：我们所说的“淫秽”就是这个意思，“因其制作目的仅为激起色 174 欲而不具有第一修正案所保护的表达价值”。有伤风化的小说仍是文学作品，而第一修正案保护所有的文学作品。但纯色情作品，无论是文字还是图片，或两者兼有，不论好坏，均不属于任何形式的文学或艺术，还是有某些作品，与其归入诗歌、戏剧等一类，还不如归入催情药或性工具一类更为合适。鼓吹性自由的观点是关于性活动的观点表达，它们应当受到保护，即使这些人也许本人就有些好色。艺术加色情的“混合情形”（如果综合考量“全书”的“核心主题”）也是应受保护的。如果在“微小价值”上加入“毫无价值”，那么原有价值显然会被冲淡，但即使是被冲淡的价值也仍应予以保护。这一立场可以在罗思案判决的余下部分找到支持，这部分的内容看上去就是对“淫秽”的正式定义：“淫秽物品是指与性有关并以某种方式唤起性欲的物品。”²³ 易言之，就是色情。在最高法院看来，该定义显然只和性欲有关；“追求性兴趣”将各种非色情的对性的描述排除在外，“例如在艺术、文学和科学作品中出现的描述”。²⁴ 整个定义其实就是在说，淫秽的法律定义就是色情；“毫无重要性”条款加上“彻头彻尾的色情”。完整的定义即法律上的淫秽就是纯色情。

仍有歧义的是“寻求”。它是否意即“意图激起某种兴趣”或“能够，无论意图如何，激起这种兴趣”？意图或可能的效果均为必要，加在一起就可以成为确定作品为色情的充分条件。如果我们想要有说服力地解释那些无能的色情作品，就必须纳入这种解释。那些无

能的色情作家为了挣口饭吃，写作关于打扮厚重的尴尬中年人的色情故事，以为这样就可以令他们的读者“欲火中烧”。他当然想要刺激性欲，但这就像祈求一个吝啬鬼施舍一样，不可能达到目的。无能的色情作家努力想写成色情作品，但不管这念头有多罪恶，他都没能成功。因此，作为单纯意图的“寻求”读者的性欲并不足以构成色情。此外，还需要具备某个一般的冒犯性特征方可，但这个特征又针对谁呢？前面的“一般人”标准和“时代群体标准”条款中所提到的“按其

175 其所处时代的群体标准衡量一般人”就可以填充进去了。

如果我们最高法院关于“淫秽”定义的理解是对的，那么，其判断淫秽的测试又是怎样的呢？一个化学家可以通过描述分子结构告诉我们何为“酸”，例如它们包含正价的氢原子，或是酸的基本特性。但若我们问的是如何判断某物为酸时，他可能就会说另一番话，不那么饶有趣味，但更能解决问题，例如，酸可以溶于水，酸的味觉，可以使石蕊试纸变红。同样，字典可以给出“醉酒”的定义，生理学家则会提出各类醉酒情形中的生理特性，但如果我们希望获得一个有效的醉酒测试，那么我们需要的就是像酒精测试仪这样的东西，以及衡量醉酒的标准。古老的西科林测试不像是个定义，倒像是酒精测试仪或石蕊试纸。一个测试是说血液中存在一定浓度的酒精即为醉酒；另一个测试则是说对特定敏感人士能产生特定效果的即为淫秽物品。实际上，色情判断与其说类似于判断某物是否导致醉酒，不如说更类似于判断某人是否醉酒。两种判断均在于确定某物能否对某类特定对象产生可度量的效果。显然，西科林测试完全不能令人满意地完成任务。那么，罗思案是否可以提供一个更好的方案呢？

对罗思案的最佳理解就是，该案并不试图以某个判断淫秽的实用测试方案来完善对“淫秽”（作为色情）的定义及其对色情（并非表达）的分析。²⁵ 无论是罗思案还是其他类似判例，法庭都无意建

立某个淫秽的确认测试。实际上，想要做到这一点将面临诸多令人绝望的困境。关于这一点，斯图尔特法官在雅各贝里斯诉俄亥俄州（*Jacobellis v. Ohio*）案²⁶中表述得很清楚，他说他从未试图描述出一条关于“春宫色情”的标准，“尽管做不到这一点，但我看到某部作品就能够进行判断……”²⁷或许，正因为纯粹的色情作品具有一般模式化的特点²⁸，“淫秽”的石蕊试纸其实并无必要，坐在陪审席上的普通男人或女人可以很容易地将它们辨认出来。一旦我们认为某本书就是色情作品，那么，唯一的测试就是，“作为整体看来”，该作品是否同时也是文学或观点等受保护的表达方式。纯粹色情很容易辨认，困难的倒是在艺术类色情影片以及性欲现实主义小说之类的混合作品中辨认出“具有抵消性”的价值元素或内容。 176

一旦将罗思案中的五个关键词组结合起来，一个判断测试的框架就浮现在眼前。最高法院在提炼出罗思公式的一系列判决中存在的困境之一，是看不清楚其是否意图提供一张实用试纸。实际上，布伦南大法官将这些标准称为西科林测试的“替代方案”，他在设计这个测试时这样说道：“……本测试：按照现代社区标准，该物品的整体主旨是否令一般人激起性兴趣。”²⁹这个公式的核心问题并非其作为测试的模糊性和不精确性；在这些方面，它并不比西科林测试更糟。问题倒是在于它其实并非西科林测试的“替代方案”，而仅仅是对西科林测试的修饰：以“一般人”替代易受人群，以“现代社区标准”替代恒久不变的维多利亚时代标准，以“该物品的整体”取代片页只语。这些替代表明罗思公式的起点、目的、前提都和西科林测试一样，只是为了避免不利的副效应更为谨慎而已。

但事实上，依据西科林测试，能够达到某种效果的性物品就是“淫秽”的主体部分。那些效果本身是如此之恶，以致成年人也不应自冒风险受到影响。最终，这公式所依据的就是法律道德主义和法律家

长主义原则；而冒犯性滋扰的概念丝毫未被提及，或者哪怕只是隐含地涉及。我们能否相信，布伦南大法官，这个最高法院中最坚定的自由主义者，有意将道德家长主义纳入宪法学原则？我们能否相信，他认为国家有权保护“一般人”免受其自愿选择的读物而产生的道德堕落，而其中并未对任何第三方造成损害或冒犯？唯一的答案只能是，布伦南大法官并不那么明白自己说过的话。

177 当他适用诸如“一般人，适用……标准”之类的语句时，最大的困扰出现了。什么标准呢？谁来适用呢：一般人，还是法庭？这些问题至少有三种可能的答案。第一种解释，若罗思公式的确是对西科林测试的修补，那么“标准”就是指该物品是否能够造成腐化堕落。（类似的就是某种饮料是否能使“一般人”醉酒）在这种情况下，标准并非由一般人适用（按照布伦南的语义），而是由法庭适用于一般人。根据这个解释，法院的任务就是要决定该物品对一般人的影响是否改变其性格，按照他所属的群体标准，这种改变是否属于性格上的腐化堕落。这样看来，复数形式的“标准”其实是指这样两个相互区分的标准：一个用来决定物品对一般人的影响，另一个则用来判断该影响是否属道德腐化。前一个标准来自社会科学，后者则来自“当代社会”。

不过还是很难相信，尤其是根据之后淫秽案件的判决，在罗思案判决中，哪怕是在其边缘地带也难觅冒犯标准的踪迹。当然，这些标准本身会因时因地发生变化。在对罗思案判决的第二种解释中，这些标准也属须予“适用”的标准。无论它们对人的性格的影响好坏，这些作品究竟是否使一般人震惊呢？要回答这个有关冒犯性的问题，我们必须遵循特定历史社会中“一般人”所恪守的正派标准，一旦这标准被违反，就会令他感到震惊或恶心（而非纯思辨性质的对他性格的影响）。

罗思公式的原文用语还可能有第三种解释，相关“标准”用来

指导另一个判断，即该物品能否激起（“寻求”）一般人产生下流想法（“性兴趣”）。这些标准本身会因社区和文化的不同而发生变化。即使是同一社群，亦会因为不同时期而有不同内容。随着有关行为和服饰的规范的变化，不同服饰和举止的习惯性影响也发生变化。祖辈们看到女性露出脚踝就足够兴奋了，父辈们喜欢看女性露到膝盖，而要让孙子辈的年轻人兴奋起来就只能是轻薄的比基尼了。根据这第三种解释，法庭必须视时代特点方可确定，在彼时彼地，同时也有赖当时当地一般人的视觉经验，要激起一般人的性兴奋需要到何种程度。

这三种关于罗思案判决的解释哪个才对呢？我的结论是，法庭可 178
没想到这么多，而每种解释都有其道理，司法语言的模糊性反映出司法观念的不确定和冲突。如果第一种解释是对的，那么布伦南法官，正如他之前的科伯恩爵士一样，都只是一个道德家长主义者，他们都力求通过立法保护人们免受性格方面的损害而非其他后果。既然很难相信布伦南大法官会持有这种观点，第一种解释恐怕就站不住脚了。而在第二种解释上，法庭将滋扰原则或冒犯原则适用于淫秽物品，但——令人吃惊的是——却并未适用保护自愿消费者隐私的调和法则。第三种解释可能最接近法庭的本来想法，因为它将罗思公式理解为确定某物是否色情的测试，亦即法庭所理解的“淫秽”测试，而非确定其在情感及性格方面的影响后果。就此种解释而言，亦如前两种解释，淫秽的概念是相对的，因一般人激起性兴奋的要求而异。如此，则该种解释较前两种解释更令自由主义者失望。在法庭看来，若如此理解，则毫无疑问，立法者有权禁止诱发性欲的物品，亦不必解释为何如此定义且依据的标准如此不定的“淫秽”也可以被禁止。不言自明的前提就是，只要立法者认为下流的思想就是固有的恶（既非损害亦非冒犯）就足够了。

三、对判决方案的批评：从罗思案到巴黎成人影院案

从罗思案判决的主要观点表述看，似乎作品的冒犯性与其是否淫秽从而是否应予禁止无关。淫秽就是色情，而单纯色情既非文学亦非科学，完全不具备受第一修正案保护所要求的特性。那么，确定某书或电影是否确属色情的测试到底是什么呢？就是法庭将主流社群标准适用于一般人，以判断“该物品整体上是否引起性兴趣”。当中丝毫未提及它们是否令人反感、厌恶、恶心或震惊，亦丝毫未暗示国家立法的旨趣可能源于其滋扰性。

不过，在五年以后的曼纽尔公司诉戴（*Manual Enterprises v. Day*）案³⁰中，最高法院回想出冒犯概念，并将其马后炮式地加入罗思公式中。邮政部以淫秽为由禁止邮寄专门登载全裸或接近全裸的男模照片的三种杂志（《曼纽尔》、《特里姆》和《希腊画报》）。该三本杂志的出版社曼纽尔公司上诉至最高法院，声称这些出版物均为“健美杂志”，因此并非淫秽。哈伦大法官，支持该案请愿者的两个观点之一的发起者，回避了该类杂志是否激起普通（男）同性恋而非普通人的性兴奋（这个问题在1966年的米希金诉纽约州 [*Miskin v. New York*] 案³¹中得以解决）从而是否属于淫秽的问题，而强调了冒犯问题：“这些杂志并未如此冒犯当今社会的体面标准——后文即指‘特定冒犯性’或‘不雅’。”³² 哈伦大法官继而指出，“特定冒犯性”和“激起性兴奋”是构成淫秽的必要条件和共同的充分条件。³³ 而这些杂志（至多）只具备这些“各不相同的要素”³⁴中的一个，因此它们并非淫秽，尽管它们的确可能激起同性性欲。两个条件是否同时具备是由群体标准决定的：冒犯性由举止标准或“习惯性体面限度”决定，³⁵ 性兴奋则由一般人标准决定。“在绝大多数的淫秽案例中”，哈伦急于提醒我

们,“两个要素往往合二为一”,³⁶而明显激起性欲的特点本身就具有“特定冒犯性”。

罗思公式的下一步发展发生在1966年一个奇怪的日子里,最高法院就金兹伯格诉美国(*Ginzburg v. United States*)案³⁷,米希金诉纽约州(*Mishkin v. New York*)案³⁸和约翰·克利兰的《女人快乐自传》诉马萨诸塞州司法部长(“*John Cleland's Memoirs of A Woman of Pleasure*” *v. Attorney General of Massachusetts*)案(简称“自传诉马萨诸塞州案”)³⁹等作出判决。其中,米希金案是自曼纽尔诉戴一案以来作出的最佳转变,因此我就从该案说起。该案解决了哈伦大法官在曼纽尔案中回避的那个问题中,米希金因违反纽约州刑法关于禁止出版、持有及销售淫秽物品的规定,被判处3年监禁并处12000美元罚金,米希金就此判决提出上诉。涉案书籍描述了施虐和受虐性行为,恋物癖,女同性恋和男同性恋。显然,对于这些作品,“一般人”⁴⁰ 180只会感到反感,而不会激起性欲。因此,这些书并非追求激起“普通人”的性欲。在最终6:3的判决中,最高法院维持原判,并将罗思公式重新表述如下:“若物品的目的就是为了迎合某个性越轨群体,而非普通公众,那么,只要该物品整体上旨在于激起该特定群体的性欲,就可以满足罗思公式中对激起性欲的要求。”⁴¹最高法院保护虐待狂、恋物癖和同性恋者拥有同等权利不受性欲刺激。显然,“特定冒犯性”是由“一般人”标准决定的(即使并无一般人受到冒犯),而性兴趣测试则适用该物品指向的特定人群的标准。

也许有人会说,作为一个一般性规则,群体越特殊,则按一般人标准衡量的冒犯性越大。普通人对同性恋较异性恋感到被冒犯(恶心、震惊),对兽奸又较同性恋更感到被冒犯,等等。另一方面,作为一个一般性规则,越是针对特殊群体,则整体上诱发的性欲就越少。进而,冒犯性物品越是满足“特定冒犯性”测试,其对社会整体造成

的性欲总量就越小——至少对那些比较为人所知的性越轨行为是这样。在一个限定的案例中，冒犯性可能达到极致，但淫欲却少到无足轻重的程度，如此一来，则该种物品只能满足两个条件中的一个了。显然，最高法院并不认为一本书要被认定为淫秽而必须激起的性欲有何总量上的限制。若满足“特定冒犯性”标准，激起任何总量的性欲都能够为立法禁止提供依据。若冒犯性达致极端程度，则性兴奋标准几乎已无必要。实际上，在这种情形下，无论如何，该类物品都会被作为滋扰而被禁止；若禁止的依据在于“淫秽”，则性欲方面的基本条件还是必须的。但这样挂着虚名有何意义呢？

181 在罗思公式中加入“特定冒犯性”使最高法院避免遭遇另一种极端的尴尬境地，即对特定案例适用淫秽测试，却并未在当中发现任何冒犯性。若无冒犯性要素，罗思—米希金规则只要求毫无社会价值的物品激起某些观者的性欲，无论大小多少，均可认定为淫秽。这样一来，如果全美有十七个人会因抚摸石头获得性满足，那么，若有某本杂志针对这十七人登载了五颜六色的岩石和卵石图片，则这就是淫秽。哈伦大法官后来添加的冒犯性要素挽救了最高法院，使其不必面对这样的尴尬案件。既然根据米希金规则，迎合石头恋物癖者的性杂志，只要登载裸体者贴着各种沙石、玄武岩、花岗石摆出各种性姿势且面露狂喜表情图片，就可以被认定为淫秽。毫无疑问，按照“性兴趣”标准（最低限度符合）和“特定冒犯性”标准来看，越轨性杂志完全属于淫秽，尽管可能在图片周围还点缀了一些地质学的文章。

和米希金案同一天宣判的金兹伯格诉美国案⁴²则另辟蹊径，而这是罗思案始料未及的。但这条蹊径却将最高法院带入错综复杂的境地，后来法院只好退了出来，并令拉尔夫·金兹伯格意外而失望地被判处5年监禁。金兹伯格因出版《爱神》（*Eros*）杂志和《选择性滥交主妇手册》（*The Housewife's Handbook on Selective Promiscuity*）

一书而被判定违反禁止淫秽的联邦法律。⁴³ 他上诉后，最高法院将绝大多数时间花在讨论若依据“三叉式”罗思公式，该出版物是否确属淫秽的问题上。多数意见认为，要构成淫秽，该出版物须令读者产生性兴奋，按社会行为标准须具备特定冒犯性，且“全无社会价值”。金兹伯格的律师则强调，该出版物在色情内容中混合了应受保护的文学和新闻内容，因此，总体上看，该出版物具有社会价值。但这些都没有用，最高法院于1966年3月21日作出的判决仿佛是一颗炸弹。布伦南大法官在其多数意见中认为，金兹伯格的出版物之所以被认定为淫秽，是因为该等出版物的广告中充满了“对快乐论者的挑逗”。⁴⁴ 他承认，如果法庭只考虑出版物的内容，那这将是一个非常困难的案件，但金兹伯格所做的广告改变了局面。⁴⁵

仔细研究布伦南大法官的意见就会发现，他往往在一定程度上求诸道德主义、家长主义和未经调和的冒犯原则。布伦南大法官在使用其本人设定的罗思公式（在自传案中的三叉测试）时，⁴⁶ 首先就要确定该等物品是否淫秽。它们是否意在激起读者的性兴趣？当然，它们确有此意；其宣传用语已昭然若揭⁴⁷。该等物品“公开宣传其激起消费者性欲的目的”。⁴⁸ 的确，法庭上，金兹伯格的律师指出，总体看来，这些出版物因其中一些文章和故事而具有一定的社会价值，但布伦南认为，这可疑的理由被金兹伯格本人确定的广告调子所推翻。广告“与决定该等物品是否具有社会价值相关，无论真假——无论是为了市场推广，还是为了法律目的所作的虚假声明”。⁴⁹ 必须承认，金兹伯格的广告中并未提及文学价值、科学研究或道德—政治鼓吹；“销售者强调的唯一内容就是该出版物在激起性欲方面的作用……”⁵⁰ 此即为布伦南的第一个论点：在“疑难案件”中，出版物的广告可能被用来作为确定该物品是否仅考虑性兴趣，即构成法律上之淫秽的纯色情作品的证据。⁵¹ 若仍存疑，法官则会以被告人自己的用语作为其淫

秽内容的证据。这一点可能是行为人在实施犯罪行为时无法预料的，而就是这最后一招，将金兹伯格送进监狱坐了五年牢。其后的色情出版商都吸取了教训，他们的广告往往使用符号性文字，如“成人书”和“性文学”这样的字眼，而这些书当然仍一如既往地“脏”。这个判决把某个人送进了监狱，却并不能带来改变。

183 布伦南大法官的意见的确对冒犯原则表达了些许敬意，实际上是不得不表达些许敬意，现在，“特定冒犯性”已经成为改版的罗思公式中的三叉之一。但在这个问题上，他还是浅谈辄止：“上诉人的出版物特意表现出其作品能够激起性欲……似乎在强迫公众面对作品的冒犯；这种肆无忌惮更加深了出版物对那些被冒犯者的冒犯。”⁵²也许这颇有深意的话确有道理。在拥挤的闹市区，一块儿显眼的标语牌上用红色大字写着“黄色图片有售”肯定对那些会被下流图片冒犯的人造成冒犯，当然，也有很多人并不会被冒犯，如果他们本来就想要这产品。不过，为下流图片做广告的冒犯性肯定不及在广告板上直接出现下流图片本身。和后者相比，刺目的广告只是小过。无论如何，广告行为可以适用相关的具体法律来警告广告商。但金兹伯格的广告行为并未触及这类法律，他蹲了监狱，却是因为他无法知晓的犯罪行为。

布伦南关于广告行为与确定淫秽间相关性的最后一个论点是某种特殊的法律道德主义—家长主义立场（参见第四卷第三十、三十一章）。“性爱本能作为某种性刺激工具被生产、推广、售卖。和其他出版物一样，其对性及性事物的描述使其能够为那些意在‘通过色情激起最普遍存在的人性弱点的皮条客实现广告效应’。”⁵³后面这段话简直昭然若揭。布伦南的愤慨并非指向色情或性刺激，而是“下流的拉皮条行为——‘通过文字或图片的方式向顾客公开宣传其恰恰意在激起性欲’。”⁵⁴在此，布伦南和《模范刑法典》⁵⁵一样，在淫秽问题

上采取了曲线救国的策略。路易斯·B. 施瓦茨对此策略解读如下：

从某种角度来看，一本书或图片那华而不实的“广告词”充其量只是为了增加销售吸引力的问题：为了销售。禁止淫秽物其实亦将不正当竞争法纳入其中。正如禁止销售者利用人爱赌博的弱点进行推广一样，也禁止他们利用人类在那遮羞布后最普遍存在的弱点推广书籍、电影或其他商业性展示。⁵⁶

简言之，国家应当保护消费者不受诱惑性广告“对其弱点的利用”，无论这弱点是指性幻想、赌博还是其他。（那为何不推及人们爱吸烟、吃甜食或吃冷食的弱点呢？）

在将人被色情作品激起性欲视为某种“弱点”时，布伦南似乎在作某种道德判断，并因此而将传统性道德的内容纳入法律。假如一个色情作品的顾客并不认为自己的爱好是一个弱点呢？“按照我自己的标准，我并不认为我需要的那种兴奋是罪恶的”，他或许会说，“可能别人认为那是欲望，但在我看来却是完全无辜的。我以良好的愿望理解它，要是有人告诉我，我的道德感需要调整，或是我的道德约束应受法律调整，我觉得那未免太指手画脚了”。另一个顾客可能在道德上比较保守，他或许有时会因自己的性欲冲动而感到羞愧，但他同样可能宣称，他的内心冲突并不关别人的事。当然，他还会说，也不关法律的事。这两位顾客可能都承认他们对性兴奋的需要，但同时却否认，并非任何需要都是“弱点”，若无外力帮助，他们就无法控制自己。

如果将人们对性欲的需要与那些真正的人性弱点相比，如威士忌之于酗酒，海洛因之于毒瘾，甚至是尼古丁对于吸烟者，上述针对布伦南大法官的回答的合理性就会降低。若某个销售广告直接针对酗酒者以强化其酗酒习惯，则不仅对其他循规蹈矩的酒商不公平，⁵⁷ 对那

个被利用的可怜虫也是不公平的。他们对这种瘾癖心存悔意，也想戒除，他们可能会第一个承认，这不是好事，从这一点上说，这类瘾癖的确可以被视为某种弱点。同样，直接针对青少年的烟草广告会令不确定的无辜受众形成终生吸烟习惯，只能在痛苦中英年早逝方可获得解脱。但这些例子对色情的自愿消费者并无说服力。此处以道德家长主义原则并不能实现正义。这足以表明，布伦南关于广告与淫秽之相关性的这最后一个论点其实默认了这个原则。

我们不必在最高法院 1966 年关于三件淫秽案件的判决上逗留太久。⁵⁸ 约翰·克利兰的《女人快乐自传》因其主角芬妮·希尔而更加广为人知。该书 1750 年首次在英格兰发行，之后于 1963 年在美国重版。就该书所受之淫秽指控，马萨诸塞州最高法院的一个 4 比 3 的判决正式判定其为淫秽。⁵⁹ 不少专家证人，包括英语和历史方面的教授都出庭证实该书并非全无补偿性价值，尽管它和晚近出现的色情作品一样充斥春宫描述。根据布伦南法官所述之法庭多数意见，本案唯一的问题就是，按照罗思公式，该书是否确属淫秽，而他认为，不是。⁶⁰ 布伦南将九年前他本人提出的罗思公式发展为“三叉测试”——追求性欲，特定冒犯性，以及毫无补偿性社会价值——作为淫秽的适当标准是其观点的主要意义所在。这个标准后来被称为“自传标准”或“芬妮·希尔标准”，比“罗思公式”更为人熟知。

后一个有关淫秽的里程碑式判决并未改变淫秽确认公式，但却对另一个问题产生重要意义。斯坦利诉佐治亚州案⁶¹ 提出的问题是，在家中持有淫秽物品且无意售卖的行为是否可遭到控诉。9 比 0 的判决断然认为不可。马歇尔大法官根据宪法第一和第十四修正案，暗示可将持有淫秽物品的权利视为更广义上的隐私权而予以保护，并在格里斯沃尔德诉康涅狄格州一案⁶² 中将这一点明确化。民权自由主义者先是鼓掌欢迎，等他们冷静下来细看马歇尔大法官论述的理据

时，不禁忧心忡忡，因为马歇尔所说的隐私权并非由“住宅之神圣不可侵犯”所展开之系列权利中的某种个人隐私权。马歇尔写道，上诉人“主张依其住宅隐私而满足其智慧或情绪需要的权利。主张其在自家书房中的个人阅读内容不受国家审查的权利……第一修正案的意思应当是，州无权告诉坐在家中的某个人该读何书或该看何电影”。⁶³ 尽管州无权审查个人书房或卧室，但马歇尔的观点并未否认州可以审查个人船只、汽车、行李、口袋、提包或钱夹的权力。在住宅上的限制使得对隐私的保护只能局限于一个狭窄的范围。

最高法院和淫秽案件纠缠的第二个重要日子是1973年6月21日，当天，最高法院就米勒诉加利福尼亚州（*Miller v. California*）案⁶⁴及巴黎成人影院诉斯莱顿（*Paris Adult Theatre v. Slaton*）案作出判决。⁶⁵ 当时，最高法院的人员组成正发生变化，在首席大法官沃伦·伯格的领导下，最高法院出现了“保守派”多数。当时，国内出现了反对淫秽以及批评最高法院相关“宽松”判决的声浪。首席大法官伯格及其同事显然期望收紧对淫秽的法律控制，藉此“平息事态”，但他们也愿意保留对前辈的尊重，尤其是对“自传公式”的尊重。结果，在两个案件中都是5:4的判决。由伯格大法官阐述的法庭观点对自传测试只略动皮毛，将三叉条件各自稍作修正，即（1）判定物品是否有意激起性兴趣的标准以本地标准优先于国家标准；⁶⁶（2）明显的性描述物品的使用或展示可被认定具有特定的冒犯性，即使发生在只有成人自愿观众在场的商业剧院也是如此（住宅的隐私不应等同于“淫秽物品销售者和消费者无论走到何处，身边都有一个‘隐私地带’”）。⁶⁷ 此外，并非所有针对“自愿成人”的行为都能寻求宪法保护；⁶⁸（3）淫秽物品并非毫无补偿性社会价值，而是缺乏“严肃的文学、艺术、政治或科学价值”。⁶⁹

显然，这一判决意在保持早前法庭对淫秽作出测试的持续性的前

提下，允许对色情业者提出更加严格的指控。适用“性兴奋”测试是以本地社区规范而非全国性规范为标准，使得地方法院即可判定某人因销售相关物品有罪，若在另一地方法院或更高一等法院，该等物品未必会被认定淫秽。而最高法院否认围绕个人存在一个可移动的隐私区域，以及否认成年人的自愿交易非属特定冒犯性，使得地方法院可以阻止色情电影在公共戏院放映，无论广告如何低调，无论观众事先受到何种警示，亦无论如何有效地阻止儿童入场。进而，最高法院认为若要获得第一修正案的保护，一本性主题的书必须具备严肃的文学、艺术、政治或科学价值，这一要求使得对处于边缘地带的作品的指控更易成功，如描绘芬妮·希尔的优美文字，会令历史和社会学者产生评论兴趣，尽管该书的确意在色情。芬妮·希尔当然并非全无价值，但很难说那是严肃的文学价值。

伯格的确达到了他的双重目的。既收紧了对淫秽的法律控制，亦继续忠实于在最高法院具有基础意义的罗思-自传方法。不过，如此一来，他却使那个方法变得有些荒谬。以地方标准取代全国标准将导致，一旦该作品违反国内最为道学的标准，就很难在其他地方出版。出版商必须非常小心地检查本州以外的标准，而不能像当初拉里·C. 弗林特所做的那样，有人订购，他就将《皮条客》杂志寄到那人所在的俄亥俄州小镇上。结果他因为违反俄亥俄州的禁止淫秽法律而被判入狱7—25年。⁷⁰ 一个全国性出版商或电影制作公司怎能指望在全国范围内销售其出版物或电影？因为一旦他对某个小镇的“社区标准”有所误判就可能进监狱。只有当出版物在任何一地都不受质疑的情况下才可能实现在全国范围内的随意销售。威拉德·盖林（Willard Gaylin）对这一荒谬不公之处描述如下：

187 威拉德·盖林（Willard Gaylin）对这一荒谬不公之处描述如下：

最高法院建立的原则……意在允许地方建立自己的社区标

准，按照各地民众的意愿实现多元化。结果……社区控制为全国
性销售的文学和电视作品所设置的限制就是那个最清规戒律的
小镇所设置的标准。⁷¹

从道德层面上看，伯格法庭对自传公式的第二条修正更为荒谬，
它限制了由个人住宅所确定的个人隐私范围，否认宪法对被害人同意
原则的认可（当然，很可能荒谬的是宪法，而非那五个提出多数意见
的最高法院法官）。第三条“修正”并非仅仅对罗思公式中“毫无社
会价值”条件的调整或收紧，它几乎摧毁了布伦南大法官设立这一条
时所依据的源于第一修正案的理据。人们可以自由地进行文学、艺术
创作，自由地进行政治和道德判断，自由地进行科学发现；人们可以
自由地发明创造、进行实验以证实或证伪；人们可以自由地不成功地
创作出糟糕的艺术作品，或得出错误的见解，只要那是他们自己的选
择或本人觉得合适，事情也只能那样：这才是所谓“社会价值”，才是
第一修正案所保护的社会价值。

伯格的“修正”似乎限制了对优秀小说、电影、严肃政治评论和
重要科学报告及理论发现的宪法保护。如果未来法庭严格按照他的观
点行事，他们就不得不拒绝对绝大多数涉及性主题的小说给予保护，
因为这些小说，和另外一些小说一样，肯定都缺乏“严肃的文学价
值”。最高法院传递的信息令人沮丧：如果你所计划撰写的小说包含
性描写，而住在某个偏远地区的人可能因此而受到惊吓或引诱，那你
最好要确保这部小说具有重要的文学价值；如果你的小说从文学角
度看普普通通的话，你的出版商就可能进监狱。谁会认为这就是第一
修正案想要给文学事业提供的保护呢？

四、回到起点：布伦南大法官的忠告

布伦南大法官于十六年前提出的罗思公式令最高法院在米勒案和巴黎成人影院案中道路崎岖，并最终对基本方案失去耐心，并在巴黎成人影院案判决的反对意见中呼吁一个新的开始。⁷² 布伦南写道，首席大法官伯格所代表的多数意见并未“严重偏离罗思公式的理念”，那只是对罗思公式的重新“表述”。⁷³ 巴黎成人影院案的判决看似对色情采取了更严厉的态度，实则其缺陷与早期判决如出一辙。首先，布伦南大法官认为，这些案件所依据的公式都很模糊，无法“对实施可能为[淫秽法律]禁止之行为的那些人给予明确提示”。⁷⁴ “隐含的原则是”，首席大法官沃伦早前写道，“行为人不应因其不理解其法律性质的行为而承担刑事责任”。⁷⁵ 没人能够预测最高法院将如何决定那些边缘案件，原则上这类案件不计其数，结果的不确定性令“售书……成为一个恐怖的职业”，⁷⁶ 同时“也令法律变得任意”。⁷⁷ 其次，它会对所有涉及性主题写作的人造成恐怖效用，既然区分允许和禁止的那道线摇摆不已，那就很可能突然发生位移而使作者留在不受保护的错误一边。⁷⁸ 最后，布伦南总结道，不断将模糊的公式用于确定受指控物品的淫秽性所形成的“体制化链条”已使得最高法院不堪重负。⁷⁹ 由此，布伦南不得不得出结论，对罗思-自传-巴黎成人戏院公式修修补补永远都无法给淫秽一个足够明确细致的定义，以避免出现不幸的副产品。

那么，最高法院的新出路在何方？布伦南提出一个建议。“鉴于国家在限制那些不受保护的言论时不可避免出现的副效应，我们必须特别小心地求证国家利益以便令限制合法化。因为若限制言论并不能带来实际利益，当然也就无法避免随之而来的副效应。”⁸⁰ 所谓“国

家利益”是否令低调自愿地享受色情物品的行为应由国家予以控制或防止呢？这利益显然并非为阻止一人对另一人的损害，因为行为是自愿的，被害人同意原则已经排除了这种个人损害。当然这利益亦非为保护儿童。因为此处与国家禁止将淫秽物售与青少年的法律毫无冲突，事实上，巴黎成人戏院禁止任何儿童入场观看表演，但这些却被秉持伯格法官所代表的最高法院多数意见的佐治亚州最高法院的判决视若无物。⁸¹当然，这利益亦非防止冒犯性滋扰，因为巴黎成人戏院的影片既未强制观看，亦未冒犯性地大肆张贴下流广告。“必须在某些独立利益中找到法律限制的正当理由，方可限制自愿成年人的阅读和观看习惯。”⁸² 189

这类法规中隐含的原理并不难找到，从罗思案至西科林案，无论是在自传案中还是在巴黎成人戏院案中，它始终都在。即使对冒犯性要求略有触及，最终亦仍是寻求道德家长主义原则。当最高法院为归责于色情而如此描述国家利益，哪怕只是自愿的成年人私下低调地使用，我们还能做何他解？但道德家长主义很难与宪法契合，最高法院曾在其他案件中允许理性的成年人自寻死路，只要他们没有硬拉上其他人。“在斯坦利案中”，布伦南写道，“我们认为，所谓国家在‘控制个人思想道德内容’方面的权利合法性与‘宪法第一修正案的精神完全不符’”。⁸³布伦南总结道，国家并无合法依据禁止个人享受色情，但于规制“性内容物品的销售方式上”或许存在国家利益，⁸⁴包括防止污染儿童、保护被动读者不受冒犯，以及保护社区不至伦理腐化。布伦南的结论其实和多年前一样：以色情概念作为公共滋扰的潜在来源，在符合适当调和的冒犯原则要求的情况下，施以法律控制。若色情并未构成滋扰，且（现在我们必须加上）并未对女性的安全造成威胁，那么，国家就不应干涉。

第十三章

190 淫秽文字及其功能（一）

一、禁忌文字的分类

“淫秽”一词，除用于表示且 / 或包含反感、震惊或恶心，以及指向色情（按美国的法律语境）外，还作为一类传统的标签指向某类特殊的文字。这些文字几乎在所有语言中都可以找到对应的意思，¹ 它们往往造成巨大冒犯。淫秽文字与其他冒犯性语言不同，撇开其所要传递的信息不谈，它们之所以令听者震惊完全是因为它们所使用的特定字眼。根据一定的语言习惯，对于该种语言的使用者而言，这类文字，仅仅作为文字，就能够内在地造成冒犯和震惊，有时甚至会引起惊吓和恐惧。甚至有人认为这些文字在语言中发挥的功能就是为了让听者震惊。之所以如此是因为文字禁忌在特定社会群体中有某种特别的作用力，尽管并未有力到无人胆敢违反的程度。正是由于文字禁忌与一般违反之间的紧张关系，这些文字具有特别的表现力。无论目的为何，在不恰当的语境中说出任何此类字眼肯定会令听者产生特定的情绪反应，绝大多数人对这类字眼都格外关注、焦虑甚至害怕。

淫秽字眼的魔力及其社会效果是本章要讨论的主要内容。

狭义上的淫秽字眼与单纯不礼貌的字眼之间的区别首先是程度上的，为图省事或者没有什么原则区分的时候，我们会混用。常见的玩笑式淫秽字眼很快就能点出来，它们当中包括宗教用语——“上帝”、“基督”、“诅咒”、“地狱”，以及其他现在已经不再通用的如“咄”^{*}、“该死”^{**}等等，或是在笃信宗教的国家，尤其是罗马天主教国家，那些不容亵渎的字眼，类似其他语言中的“处女”、“圣母”以及天使、圣徒或圣迹的名称。所有这些“亵渎字眼”有其宗教用途——发誓、诅咒敌人、表达愤怒——就是为了亵渎。除了亵渎类的文字，淫秽文字还包括各类粗鄙的字眼，绝大多数与排泄物或性这两类有关。前一类主要指尿、粪便或排泄器官，如“小便”、“屎”、“屁”、“粪团”和“屁股”等最为常见。狭义上说，这些都是“脏字”。广义上说，因为现在将性视为“脏污”的态度已经不再，这种理解也就不太普遍。“脏字”还包括对性器官和性行为的粗俗表达。现代英语中这类字眼主要包括“鸡巴”、“屌”、“奶头”、“屌”、“干”，而被普遍视为此类字眼之首的就是“操”。还有很多其他用语被认为仅仅出于无礼的目的——“混蛋”和“婊子养的”，这些字眼在被视为禁忌而让人震惊后很长时间仍在被使用。还有“相公”、“玻璃”等关于同性恋的用语；“法西斯”等政治仇恨用语往往被用于政治辱骂的宣传品中；“黑鬼”、“犹太佬”、“拉丁佬”等则是对某些族群的蔑称，等等。

或者因为淫秽而过于不尊，或者因为玩笑过火而被禁忌，这样的字眼实在有太多类别。如我们所见，如此广的类别既包括性方面的粗俗字眼（从整体上说恐怕是最具冒犯性的一类字眼），也包括“脏字”、政治标签和种族歧视，这些字眼的唯一目的就是侮辱他人，此外

* Zounds, God's wounds的缩略变体。——译者注

** Sblood, God's blood的缩略变体。——译者注

还包括宗教亵渎等字眼。还有一些“开玩笑的字眼”，其淫秽性较弱或者已被冲淡。不过，把所有这些字眼均混为一谈，似乎它们同源且具有相同的功能，是极为危险的，那样的话就很容易以用于某个子类的词去覆盖全部类别。最好将这些词分门别类，避免简单化处理。我们已经提出了最便利的分类方法，即主要分为两类：亵渎类和粗鄙类。而亵渎类又可分为亵渎上帝、发毒誓、诅咒，而粗鄙类则可分为排泄、性以及其它子类。此外，这两类禁忌用语之间的界限往往较为模糊。某些粗鄙类的用语也会以亵渎的方式让人震惊，尽管其中并不包含“亵渎类字眼”，而在某些不恰当场合所使用的亵渎用语却可能因引起“恶心”、“想吐”的感受而被视为淫秽。当言谈中同时出现亵渎字眼和粗鄙字眼时，效果更是多重的。例如在宗教场所，有人大呼性淫秽语或排泄类淫秽语就是对上帝的侮辱，这既极其亵渎，又极其淫秽。在这种情况下，淫秽性越强，亵渎亦越严重，反之亦然。²无论如何，亵渎类和粗鄙类字眼互不同属，且冒犯方式不同。我们来看看第一类。

二、亵渎类字眼

在正常的祈祷、宗教仪式、理论教条等功能之外，亵渎字眼至少有三类功能。其禁忌用法有亵渎上帝、发誓和诅咒。

亵渎上帝。从最广义上说，亵渎上帝是指对所有与神圣有关的事物不敬。显然，该词最初仅指完全的震惊：诅咒或辱骂上帝。但在衍生含义上，亵渎上帝并不需要诅咒或辱骂，而在这个广义用法上，也并非仅限于对上帝不敬。若上帝是被亵渎的对象，即指“以语言、文字、符号等方式说上帝的坏话，或以行动表明不信上帝”。³这样，口头说“上帝真残忍”，“上帝是个英国佬”，“我就是上帝”就是最常见

的例子。还有一些不适当的例子，如“J.C.”，“老头子”，以及“圣鬼”。不管对什么人，态度过于随便都会显得粗鲁，而对神放肆当然更是如此。我们看到在某些传统中，不避讳地提到上帝就是亵渎，更不用说以随便、嘲弄的语气谈论上帝了。 193

神圣的概念显然是我们所谓亵渎上帝的概念的基础。严格对应其最初用法，神圣是单一的，上帝本人就是唯一的神圣。现在，这个词的用法有所拓宽，用以指“和宗教、祭祀等有关的事物，值得宗教崇拜，如‘以神圣的耶稣之名’或‘耶路撒冷神圣的土地’，及指值得崇敬、尊敬的，如‘令人尊敬的旧时光’或‘值得珍惜的记忆’”。⁴在其更松散的含义里，神圣物是指任何事物，无论是否与宗教有关，只要其值得最高敬意即可，如我们说“对我母亲充满敬意的回忆”，“故国神圣的土地”，“令人崇敬的科学事业”。无论神圣物为何，肯定都不是惹人发笑的事物。神圣物是开不得玩笑，不应慢待，更不能嘲笑或漠视。在此意义上，无论对无神论者还是有神论者，神圣物对每个人来说都是神圣的。一个不视任何事物为神圣的人可以对任何事物发笑——孩子的痛苦、种族屠杀的遇难者、对他爱人的侮辱以及对上帝的嘲弄。

正因为至少广义上绝大多数人心中都自有其神圣物，亵渎称谓和其他传统上的不敬用语可以造成极大冒犯，极强的侮辱、惊吓等。英语中很多传统上的亵渎用语均源于历史上人们对永久惩罚的确信以及对自己罪孽的恐惧。亵渎上帝类的字眼并非仅仅是习惯上的一种侮辱性称谓，它们更带有危险及情绪上的触动力。在敬神的国家中，亵渎上帝的字眼仍具有很强的作用力。欧内斯特·海明威在《丧钟为谁而鸣》中富有洞见地写道：

没有什么语言比西班牙语更邪恶。不仅有着英语中的全部肮脏

字眼，还有一些字词仅用于那些亵渎上帝与其宗教严格性相对应的国家。贝尔兰多上尉是一个非常虔诚的天主教徒，那个狙击手也是。他们都是来自纳瓦拉省的西班牙王室正统派成员，但他们俩一生气就会说那些诅咒或不敬上帝的话，他们视之为罪恶，不停地忏悔。⁵

在宗教教义已经失去对大众控制力的地方，这类词汇也保留下来，但不再具有惊吓力或冒犯性。亵渎语言的侮辱力要看结果。“我嘲弄你认为神圣的东西”，但如果对方并不视其为神圣，那就不会有什么冒犯产生，相关言论也就变得波澜不惊。海明威小说中的西班牙战士总是一边回忆各自的母亲一边吐痰（甚至更糟，吐到牛奶里），甚至指责对方的母亲私通（或更糟），或者对各自的宗教不敬，还有什么比不敬上帝的诅咒更令一个西班牙人感到受侮辱呢？

“听着”，安德鲁斯说，“我就一个人，只有我自己。我以（污秽语删去）圣迹起誓，就我自己。让我进去”。

“听起来像个教徒”，他听见有人一边说一边笑。⁶

亵渎用语通过表达对对方视为神圣事物的不敬而冒犯对方，但这并未穷尽不敬用语的全部含义。“你妈是个婊子”并非宗教亵渎，但仍令人震惊、愤怒。在奉行宗教“苦行”的早些时候，亵渎上帝不仅仅是像其他粗鄙用语那样造成冒犯。在中世纪，对不敬上帝的言论的处罚是被石头砸死，因为当时认为这些语言不仅具有冒犯性，还对一般利益具有危险性，或者说具有积极损害性。还曾对以亵渎神圣为目的（或结果如此）的语言发布禁令，以免全体成员受到宗教报复的威胁。正因如此，不敬上帝的用语不仅具有冒犯性，而且令人恐惧，似

乎一旦有人开口，所有人都会想到那令人恐怖的后果。这种恐怖跟随冒犯性字眼，无论以何种目的使用，无论使用者有无恶意，无论是正式说出还是偶然提及，无论听者是否持有相应的宗教信仰。（无神论者喊一句“愿上帝打死我”，难道没有一个人心悸吗？）在笃信宗教的年代，对亵渎上帝用语的小心谨慎并不亚于今天我们对爆炸物的态度。

不少学者从亵渎上帝用语引起恐惧的能力以及早年对它的严厉处罚，追溯到古代的“姓氏禁忌”。“禁忌”一词来自一个波利尼西亚部落，汤加的语言，指禁止被认为会对全体成员造成威胁的特定行为、所有物、语言，并以此将精神污染者或那些巫言惑众的人隔离。“指出禁忌是为了预防‘污染’，如禁止食用特定食物或……触摸尸体；或 195 是为了确保特权和财产，如禁止在某块儿土地通行。禁忌往往由首领或牧师确认，并对波利尼西亚人形成明确的符号或标志”，⁷ 比如，死去首领的生前居所会以禁忌符号标识之。詹姆斯·弗雷泽爵士（Sir James Frazer）在其经典著作《金枝》⁸ 中谈到，与波利尼西亚禁忌系统文化类似的情况在全世界比比皆是，即使在现代欧洲，也有禁忌及其包含的信仰系统留存下来。部落里的每个人不仅时时感受到自然的威胁，还担心受到恶意的、怀恨的邪恶念头的威胁。部落的领袖或大王的安危对部落的威胁更甚，需要对他们给予特别保护。因此，首领总是被隔开的，他的子民不能靠近他或触碰他。整个部落都靠他，这样可以保护他不受坏的影响、黑暗魔力以及污秽的精神空气的危害。陌生人尤其是一类邪恶力量或污染物，不仅威胁首领，也威胁所有部落成员。除非举行过清洁仪式，否则决不能与陌生人接触。饮食总是很危险的，因为“此时灵魂会从嘴中逃出，或者被魔力、敌人抽出”。⁹ 为了所有人的安全，需要全方位的禁忌系统，针对各类对象物、进食方式、精神净化等，特别是对首领，在某些部落中，甚至不能被任何人

看见他进食。不仅对首领（为了他们自己以及全体成员的安全）有禁忌，对陌生人有禁忌，甚至对刚有亲人离世的哀悼者，刚从战场回来的战士，刚杀生的杀人者、猎手、渔夫，以及正在行经或生产的妇女也是如此。

此外，被禁忌者的所有物或服饰也被认为是不洁的或是被污染的，因此不得触碰。大王的东西不能触碰则是因为它们神圣，其他被禁忌者的东西不能触碰是因为它们肮脏，不过两者在禁忌的仪式和效果上是一样的，亦都是为了防止邪恶的精神而导致厄运。¹⁰

弗雷泽特别强调的一点是，被禁忌的人或物主要有两类：

196 在主要部落中，由首领、大王或牧师主持的净化仪式在很多方面类似，如针对杀人者、居丧者、产妇、少女、猎手、渔夫等。在我们看来，这些不同类型的人在特征和情况上各不相同；有些人是神圣的，有些则是不洁的或被污染的（从道德层面上说）。但当时还不能对其进行道德区分，神圣和污染的不同概念还没有产生。对部落的人来说，所有这些事物的共同特征就是具有危险性，而我们今天将这种危险称为精神上的恶，并据此想象为……禁忌行为，意即保留精神力量以免其成员因接触外部世界而招致痛苦或损害。¹¹

大王、神父和首领都是必须保护其不受污染或其他恶毒巫术影响的神圣者，而居丧者、猎手、行经的女性等被隔开则是为了避免他们污染其他成员。

精神污染的原因论研究还可追溯至另一种迷信，不仅针对人或物，还针对字眼，尤其是名字。这种迷信认为语言有某种独立的原因力，在某些语境下说出来就能形成污染、伤害或诅咒。可以通过针刺

代表某人形象的人偶的方式远程伤害他，当然，也可以通过说出代表其“形象”的他的名字损害他。

因为不能清楚地区分文字和实物，古人普遍认为名字与人或物之间存在的并非仅为任意或想象中的联系，而是一种切实的结合，这种结合使得作用于其名字与作用于其头发或其身体其他任何部位一样，都能产生神奇的效果。事实上，古人十分珍视自己的名字，认为那是自己至关重要的一部分。¹²

弗雷泽举出大量来自世界各地的例子，说明名字在古代是个人的重要组成部分，而姓名禁忌是为了保护一般人的姓名不受罪恶的魔咒。“每个埃及人都有两个名字，一个是真名字，一个是好名字，或者说一个是大名，一个是小名；好名字或小名在外使用，而真名字或大名则会被小心地隐藏起来。”¹³ 第二姓名被认为并非本人的一部分，因此可以随意使用，既可用于个人称谓，也可被第三人使用，都不会给姓名的拥有者带来危险。而那个大名则要保密。在很多部落里，即使是亲戚的姓名也是受到禁忌的，近亲之间“不仅不能念出各自的姓名，就连和姓名类似的字眼也应当避免”。¹⁴ 总之，小心为妙！最后，病人的名字（作为病人，他们对报复性的冒犯精神敏感）尤其危险而必须予以禁忌。“在维多利亚时代就很少提及死者的名字，提到他们 197 时，总是会换一种语调说‘逝者’或‘那已不在人世的可怜人’。”¹⁵ 可以想象，这类禁忌不利于保持精确的历史记录。¹⁶

按照弗雷泽的观点，和禁止提及普通人的“真名”同理，对首领或其他神圣人物直至上帝的名字的禁忌更是无处不在。在误用大王和神职人员的姓名禁忌方面还更为谨慎，因为对这些重要人物的损害会对部落及其管理运作产生更大危害。

如果巫师掌握了大王的名字，所有的人都要倒霉。而上帝这王中之王也躲不过巫师对名字的滥用。“正如古人隐瞒自己的真名，以免被巫师拿去用于罪恶之途，他就会想，上帝一定也想保住名字的秘密，而不想其他的神或人知道这个秘密，从而可以用它来念咒。”¹⁷ 我们不必急于以此类动机来理解《圣经》中希伯来人提到的“不可言说的”至高无上者。不过，在近东，不提神圣的名字也是一种古老的禁忌，而这与希伯来人非常熟悉的埃及人的习惯可能也存在着文化同化的关系。但对笃信一神教的犹太人来说，这种禁忌的动机更接近于我们之前所提到的所谓不希望因为太过接近而冒犯了万能的主的想法，弗雷泽的解释对此有所忽略。假定我们称呼某个大王为“乔治”，那么以真名称呼万能者就是彻头彻尾的大不敬。无论如何，要面对像万能者的姓名（可分离且可控部分）这样令人敬畏的东西，任何人都会不战自退。小心面对的最好方式就是不要面对。在它面前，人人都只剩下两股战战。

褻渎言辞（或类似的字眼）有两种冒犯方式。对某人珍视而给予最大尊敬的东西发表不敬的言辞，实际上就是贬损对方的个人价值和个人理想。这种“不敬”并不要求直接使用某个特定的字眼。“你妈是个妓女”，以及“我唾弃耶路撒冷的土地”并未使用特定字眼。另一种不敬言辞则须用到——甚或只须提到——禁忌字眼，就会因为这种

198 字眼的使用而产生极大的冒犯。该类不敬言辞包含姓名禁忌和文字的作用力。这类言辞有很强烈的表达力，以致即使说者无意，亦会造成担忧和恐惧。今天，不敬神者的言辞——以不敬的口吻提及“应予敬畏的东西”——当中的不敬与特定标志或发音之间的联系已经削弱很多。那些字眼已经失去了原有的魔力，作为“不中听的噪声”以习惯性、无意而缺乏热情的方式保留下来。很多学者颇为遗憾地认为，这种趋势意味着我们语言的表达力下降，其中一位还（并非充满希望

地）说道，“无论何时何地，善良的人们认为把神圣的名字或用语拆开展用作普通字眼，就是在诅咒他们的邻居”。¹⁸

发毒誓。对于古代人来说，一个主要的个人问题就是，当谎言遍布而自己的重大利益处于危急关头时，何时方能相信并接受他人的承诺。同样的难题是，自己又如何说服他人相信自己所言非虚，且自己会言出必果。一个实用的办法就是提出担保。“拿走这头牛，或这匹马，或这块儿金子，在我承诺期间作为担保吧，如果事实证明我说了谎，我没有实践我们的诺言，那么这些东西就归你了。这样一来，就可以防止我不诚实，因为我会害怕失去自己的财产而只能信守诺言。”这也许可以担保承诺，但反过来对承诺者而言，被承诺者的担保又是如何呢？可以通过一个第三方来保管这个财产，直至诺言期间结束。可是，这第三方的可信度问题又随之而来。迟早会由权威政府或以国家的权力作为贷款的担保，以使协议或合同生效。而在国家相关部门执行这一职能之前，个人交易者只能凭借言辞作为信用的担保。在古代社会，商业活动中普遍以“口头声明”发誓的方式进行。

誓言中的首要要素是神圣地起誓，赋予某个普通的评论或观点以正式称谓或特殊的地位。然后是见证人。“我庄严地宣誓，若你下周帮我收割庄稼，那么我就会在下下周帮你收割庄稼，由今天到场的各位做个见证……”这意味着即使我没能履行诺言，也不能否认誓言。第三个要素则是宣誓若未能履行，则值钱的财产会被没收。这段话必须准确直白。之前那收割庄稼的誓言就会这样继续：“我以对所有爱我的人的忠诚发誓，如果未能履约就会失去财产。我以我妻子的忠贞发誓，如果未能履约，就会永远失去她对我的信任。如果我所言非实，厄运就会降临到我的孩子身上，等等，等等。”

第四个和第五个要素则是祈求神圣的力量或权威的力量，确保在未能履约的情况下剥夺背信者的财产。按照伯吉斯·约翰逊（Burgess

Johnson) 的描述, 一般人都会“首先大声地乞求自然力在其背信时施加惩罚。之后也是对类似力量的祈求, 因为他们认为在洪水、闪电、山体滑坡或树木折断等景象的背后都蕴含了神秘的力量”。¹⁹ 随着时间的推移, 约翰逊进一步推测道:

……如果他发现住在隔壁山洞的巴布夫妇对他所说的跑掉的鱼的事情怀疑地眨眼时, 他不但会祈求要是他说谎, 就让落石砸死他, 还会用手指碰碰石头表示挑战, 这往往能够增加他的话的可信度, 邻居们会以更信服的态度继续倾听下去。如果此时他说要是他说谎的话就会瞎眼, 或者会被打死, 死后手被钉在尖矛上, 那么他的话就更可信了。但如果最后他提到了神, Lars Porsena [伊特鲁利亚王] 就不得不召出九位神, 那他在邻居中就不会有好名声了。²⁰

泛灵论者相信言辞和姿态的魔力, 因此召唤神灵并无必要。如果他没有说真话, 就不会真的要召唤落石来改变自己的命运。

一直以来, 人们在誓言的四个元素上发挥了充分的想象力而令其产生诸多变化。²¹ 尤其是在见证人、没收财产和神圣力方面更是充满想象。“以神作为见证”, “上天作为见证”, “我在天空的星星面前起誓”, 诸如此类。关于向谁或在谁的面前起誓这部分, 原则上并不受任何限制。而在惩罚那个部分更是充满诗意: “穿过我的心房让我死去”, “上帝让我眼瞎”(是英文里“天哪”[Blimey]的词源)亦比比皆是。荷马说得更好:

宙斯, 这最最荣耀、伟大而永生的神啊, 要是人们违背了誓言, 就让他们脑浆像酒一样流淌, 让他们的孩子——以及他们的

妻子成为别人的奴隶。²²

用于向神圣的力量起誓的东西往往表示某种被剥夺的承诺。古罗马的年轻人往往用自己生殖力的丧失起誓，如果他说谎，就会失去睾丸（testes）（这正是英语中“证明”、“证词”、“证据”的词源）。

在表现形式丰富多样的誓言下，被剥夺的承诺均伴随合乎逻辑的后果：“如果我所言非实，那么我就不叫约翰·多伊，或者鱼会长翅膀。”（因为我的名字就叫约翰·多伊，而根据长期的经验，鱼长不了翅膀，因此我说的都是真的。）这个过程很直接。早期的誓言实际上就是：“如果我说假话，就会碰到倒霉事，我当然不希望自己发生倒霉事，因此我当然不会说谎。”或者说的方式会稍微有些变化，“如果我说假话，那么倒霉的厄运就会真的降临，而我不想厄运降临，当然就不会说假话”。“作为一个绅士以及一个受过教育的学者，我发誓……”（使剥夺成为真的有价值的描述），“我说的都是真的，否则，我妈就是个婊子”，“我要是做了那样的事就是只狗”，或“就是个犹太人”（莎士比亚在《亨利四世》中所写的台词）。

毫无疑问，在宗教世界崛起之前，起誓的艺术就已经有了充分的发展，但当人们可以以神作为神圣力时，仍然成为一个新的刺激。宗教场所、神庙、圣骨或神圣物都是作为“起誓对象”的新的有效选择，神不单是担保的力量，他们本身就是如父如君的权威者。约翰逊对宗教誓言的发展追踪如下：

即使在人们崇拜神很长时间以后，人们仍然以看得见的人或物起誓，这些人或物要么权威，要么危险，要么被认定具有某种魔力。此时的誓言可能是以一张虎皮起誓，说自己一旦说谎，就会被老虎吃了；或者如果刚好在蚂蚁山上，就会被蚂蚁咬死。总

之起誓的那个东西只要能够损害他就可以了。

第一个以神发誓的人一定会感到一阵激动，他可能会在停了一会儿之后手抚神的偶像或者神的圣物，乞求神在自己说谎时伤害自己。最后，到了中世纪时期，单是口头说出神或圣徒的名字已经没有什么尊重力了，正式的有约束力的誓言一定要起誓者在发誓的同时手抚圣物或神物才行。²³

201

通过宗教圣物起誓以确保承诺是任何依赖文字力的早期时代发展的顶点。通过语言的方式就可以操控藏在滚石、蚁山和虎皮中的鬼神惩罚说谎者和背信者。大自然本身可以因为虚假的誓言出来痛击说谎者。当然，无论你怎么涂抹，这些过程都是神秘的。实际上，大自然只遵循自身的规律，对于人类玩的把戏总是冷眼旁观，当然也根本没有什么游荡的“鬼神”。在虔诚的（一神教）信仰者眼里，如果为着和一般人以自然物或动物起誓的同样目的，而以神来起誓的话，是大不敬的行为。毕竟，上帝可不是什么老虎皮或蚂蚁山。从假定的万能者本人看来，总是为一些人类的琐事麻烦他，好像他不是一个可以任意行事的万能者，而只是一个护身符，这对他真是十足的蔑视。“要是我没做到，就让上帝诅咒我”。说谎者虽然这么说，但这并不会迫使上帝真的就会诅咒他，好像他的话对上帝的有着强迫的力量似的。上帝想诅咒谁就诅咒谁，他的决定并非依据人的语言而自动产生回应。我们怎能想象一个万能者会如此轻易地受到并非他本人的语言或行为的驱使呢？那起誓者以为自己是谁啊！

以上帝及其圣物起誓因此被认为是某种亵渎，这不是因为提到了不可言说的名字而可能导致令人恐怖的后果，而是因为对应予崇拜的事物表现出不敬、放肆甚至无礼，慢待了神圣物。起誓的全部历史的核心部分就是口头表达的魔力，以及认为人可以通过说出特定字眼而

令自然界发生恐怖事件的荒唐假设。只要人的誓言为的是个人目的，那么以上帝的名义起誓就是亵渎。但如果是为了大众的目的，一般认为上帝应该是乐于成为此类誓言的一方的。相互独立的部落在交换人质时所说的“神圣誓言”就是这种例外；官方的誓言（以圣经为美国起誓）也保留至今。在这类誓言中提到上帝之名并非不敬。

20

诅咒。“口头咒骂”是比起誓更古老的语言形式，也与所谓的语言魔力更加紧密相关。我们可以想象当语言还只是咕哝声和咆哮声的时期，人类使用语言的第一个用法就是对敌人的恶言。伯吉斯·约翰逊告诉我们，当原始部落人的邻居们互相咒骂时，其他人都会蜷缩着躲在一旁，而站在咒骂者与被咒骂者之间的人也会“伸长脖子，好让那些咒骂的字眼无害地飞走”。²⁴毫无疑问，古代的先民们并不能清楚地区分作为恶毒愿望的象征性表达的文字，以及作为直接即可对那些被咒骂者，甚至是那些并非作为咒骂目标的旁观者造成损害的文字。约翰逊提到爱尔兰民俗学认为，诅咒一旦说出，就会在空中飞行并落在某处。如果它没有击中目标，就会在空中徘徊七年，直至击中对方，或者，它会变成一个“游荡的诅咒”，化作某种罪恶的诱惑或疾病跟随目标。很多部落的人都相信，如果这口头诅咒未能打中目标，就会像飞去来器一样转回头奔向诅咒者本人，令其受到损害。

正因如此，古人在诅咒时总是非常小心地指向确定的目标。因此，诅咒往往伴随着手指指向目标的姿势。此外，

如果诅咒者能够触碰到对方，那么诅咒就会更加有效；如果他未能做到，或者没有勇气这样做，还可以通过触碰对方的私人物品来达到这个效果，而早在更新世时期，人们在诅咒时先碰自己的鼻子，然后再用手指指向敌方。²⁵

历史上最令人恐惧的诅咒方法是恶意地怒视或“邪恶的眼”，这在几乎所有的社会里都被视为邪恶者的礼物。对敌人吐唾沫也是有效的，因为“唾液中带有诅咒的毒液”。²⁶

最早出现的诅咒和最早出现的誓言一样，都没有提及神。邪恶的愿望，只要表达和指向方式得当，就能够在没有神力帮助的情况下发挥魔力。“愿你变瞎”，“愿你早死”，以及“让瘟疫把你带走”都是这类的典型例子。而一旦神学产生，诅咒的词汇立刻得到极大丰富，对方可以下地狱，可以被鬼神或万能的主摧残致死。约翰逊提醒我们，
203 《旧约》中耶和华在斥责亚当、夏娃、那条蛇以及该隐时发出的强烈诅咒。十七世纪时，源于圣经模式的诅咒艺术已经发展到很高阶段，不需要邪恶之眼、唾液或其他物品就可以发挥作用。1656年斯宾诺莎被犹太教会的长老逐出教会的著名事件就是明证：

依照天使的判决，依照圣徒的虔诚，遵循圣书中写明的那六百一十三条戒律，我们谴责、驱逐、诅咒并隔绝巴鲁赫·斯宾诺莎，我们诅咒他，就像约书亚诅咒杰里科；我们诅咒他，就像伊莉莎诅咒孩子；以圣经中所有的诅咒来诅咒他；白天，我们诅咒他；夜晚，我们诅咒他；他躺下，我们诅咒他；他起身，我们诅咒他；他出门，我们诅咒他；他回家，我们诅咒他；主永远都不原谅他；主的怒火烧灼他，并将圣典中的全部诅咒都指向他。主将他的名字逐出天堂。主让他被所有以色列部落驱逐，并将圣典中的全部诅咒都指向他。没有人和他说话，没有人写信给他，没有人向他表露善意，没有人和他呆在同一屋檐下，没有人愿意靠近他。²⁷

一个正式且官方的驱逐并非个人琐事，因此提到主的名字并非不

敬。实际上，官方宣誓的内容就是诅咒。教会机构不允许就个人事务诅咒或宣誓。这种禁令的原因还是在于用上帝之名诅咒是对上帝的不敬和亵渎。上帝会依己之愿惩罚他想惩罚的人，而不会因为人的语言力进行自动回应。不过，正如起誓中的情形，对一旦诅咒而产生恐惧的情况还有另一种解释。诅咒作为一种传统的人类活动，总是和人们对语言魔力的迷信紧密联系在一起，而这种迷信眼下已经不流行了（当然也未完全消失），诅咒的表达性已经消失，我们不再相信，仅仅说了一句话，无论这句话为何，会令我们失明，哪怕我们吐唾沫、用手指触摸，甚至提到上帝的名字。我们相信，无论这些话有着多么不敬的冒犯性，这样的诅咒都是无害的。而这种信仰对于人类来说还是新的内容。

约翰逊认为传统的诅咒价值还有另一种来源。古代部落的人认为，神和人一样，对巫术、黑暗势力或口头诅咒的魔力均无免疫力。我们已经看到这种观念可以用作解释先民们在前一神教时期对亵渎言辞的恐惧。同样，在诅咒中提到神亦会因虑及神也会被诅咒的可能而令人不安。据约翰逊所说，没有什么诅咒比诅咒将死之人更加恶毒，正因如此，古代视圣所为“庇护所”是较天主教更古老的习惯。 204

逃犯在教堂里是安全的，这并非因为他若死去会玷污那神圣的所在，而是因为在教堂里，他就被视为神的客人，若他死前诅咒神，神也会受到损害，因此只要他还留在那里，神就会保护他。之后会发生什么事并不重要。²⁸

简言之，亵渎字眼的震动力在过去只依赖于人们对言辞魔力的迷信——巫术、口头对自然的操控，或以言辞及姿势作为武器。正因为前一神教时期的先民们抱有这些信仰，亵渎字眼首先就被禁止了，正

因为这种禁忌，若用到它们就会带来惊吓和恐惧。在现今时代，亵渎文字表达力的丧失很大程度上源于对口头魔力信仰的降低（尽管文字迷信即使在启蒙时期仍四处游荡）。²⁹“亵渎文字”还是会冒犯敬神者，至少在极端情形下，对他人视为最高荣誉和信仰的事物表达不敬就是亵渎。但这种冒犯不再与特定文字之间存在实质联系。在听者看来，对所谓亵渎文字的使用并不包含原始意义上的亵渎意图或效果。（“如果那不是查理·布朗，就让我下地狱！”说这话的语气是轻松的，并没有对任何人不敬。）而那些亵渎表达之所以包含不敬是由于“亵渎文字”以外的原因。实际上，亵渎言辞可以不适用任何特定的亵渎文字，“你的神残忍又奸诈；我鄙视他，我坚信他会倒台”。当然，传统的亵渎文字还是可以加强语气或达到其他目的。“如果那不是查理·布朗，就让我下地狱”显然比“真意外，那是查理·布朗”语气更加强烈。有人可能认为亵渎文字有更强烈的语气只是因为它们就是语言中用于强调的文字。有些词汇一定具有这种功能，语言传统将此类功能赋予某些词汇。但需要解释的是为何恰恰是这些词汇被赋予这种功能。问题的答案肯定是，这些词汇还保留着早期社会所赋予的社会负面评价的气息，那时，人们害怕这些禁忌文字的魔力，令它们受到道德（而非仅仅“语言学上的”）规则的谴责。

三、粗鄙类字眼

此处我们没有必要像对亵渎文字进行分门别类那样，对各类粗鄙文字进行全面审视。因为粗鄙文字为何具有冒犯性的原因并无任何神秘可言，而它们与古代对语言魔力的迷信传统之间亦无直接联系。粪便类的文字最不成问题。诸如“屎”、“大便”以及“屁股”等词都极具表达力且使用非常广泛，当然，它们不会出现在礼貌场合或正式的

交谈当中（例如，政治演说、布道或评论性发言）。在正式场合使用这些字眼就如同身着睡袍或浴衣赴宴，人人都知道不能那么做。正因为不能在正式场合使用，在非正式场合，它们就显得格外有表现力。事实上，对于一个工地上的工人来说，如果他说“哦，真令人失望”，或“我保留不同意见”，或“我对此并不关心”，而不是说“哦，屎！”或“一堆屎”，或“我连屎都懒得拉”，那么，亦会如同身着燕尾服参加公园野餐那样失当。我们无须多虑为何按照礼仪规则可将粪便类字眼排除出礼貌的语境。它们被排除是对其字面意思的自然反应，那是属于生理排泄的过程和产物。大小便是肮脏的、臭的、令人恶心的不洁之物。所有文明社会都会尽力处理身体的排泄物以防止污秽，进而避免因粪便的累积带来寄生虫、传染病及瘟疫。对排泄器官的控制是教育婴儿的首要课程，也是对其最基本控制力的培训。毫无疑问，有关排泄的象征物能激起我们类似看到真实排泄物那样的恶心感。不过提及此类事物有时不可避免，于是，我们就为孩子们发明了一些替代词，如“屁屁”或“噗噗”，或求助于较有节制的词如“结肠运动”、“直肠运动”、“大的”、“小的”等。

这样，我们就清楚了为何粪便类词语别具表现力和冒犯性。正因如此，有人将粪便类词语作为性粗鄙内容的一类模式，并将其视为无 206 差别的“脏字”类型，认为它们都出于同样的理由而具有冒犯性。这种错误认识出现在爱德华·萨加林（Edward Sagarin）那富有开创性的杰作《脏话剖析》（*The Anatomy of Dirty Words*）一书中³⁰。追随本杰明·李·沃夫（Benjamin Lee Whorf）和其他人类学家的脚步，萨加林认同，语言的变化跟从文化立场的变化，反之亦然。他同样认为，我们词汇中的淫秽部分其实是“反生物偏见”立场的表达。“无法解释”，他写道，“生物类脏字的适当性，因为非生物的消极词汇不同于那些简单明了的词汇：过程，身体的一部分，排泄物都受到鄙视。因

此这些词语仅当用于对人或物的低等评价时才是恰当的”。³¹ 此处，萨加林将粪便类词汇和性粗鄙词汇统称为“生物性脏话”；他的预设是，人们对性的一般态度与对排泄物的态度不存在显著差别（都是“脏的”）；他还认为将排泄物视为肮脏的想法与将性行为视为肮脏的想法同样不理性。今天，很少有人认为阴茎、阴道、性交是肮脏的。当然，对于那些特别喜欢使用性粗鄙词汇的人来说，他们本身就特别不会将其视为肮脏或令人恶心的词语。实际上，他们特别喜欢持续杂乱的性行为。可是，没有人会喜欢持续杂乱地排泄！因为排泄物又臭又脏，令人恶心。如果这仅仅是“文化偏见”，那至少还有一个特别有用的目的，就是公共卫生。事实上，这当然不是什么偏见，而是一个有着最充分理由支持的理性评价。萨加林认为对性的清教徒立场是不理性的。这是对的，但正因为他将人们对性的态度等同于对排泄物的态度，他就必须得出另一个结论，即人们对排泄物的态度也是不理性的。

萨加林的错误不是什么大错。现在还是有很多人认为性是肮脏的，如同我们对污秽物的态度一样。萨加林找到一些表面证据论证他对该两类粗鄙词汇的同化。他提到的表达是，“我连屎都懒得拉”，认为这句话的大致意思就是“我一点儿都不在乎”。他继续写道——

同样的表达也可以用“操”：“我连操都懒得操。”这类表达的源头恐怕都是“去他的，我一点都不在乎”，后者又源于俚语“该死的白铁匠”，用指“毫无用处”。在那两个现代表达形式中使用了相同的表达，象征着两种无用的东西：排泄物和性行为。³²

我们肯定可以就“我都懒得操”找到更好的解释。我们无法相信，那些最喜欢使用性粗鄙词汇的军队、工厂、营地成千上百万的

年轻人们，难道会认为“性行为”是“毫无用处的象征”！想想那些军队里的士兵总是性脏字不离口，就好像在焗薯上撒盐。难道这样的表达意味着他们“鄙视性及其他生物性物体”？这未免太不符合事实了。这些咒骂的语言很大程度上出自他们被隔离的环境。他们当中的绝大多数人都无法正常接触到女性，从而处于性饥渴和性困扰状态。他们持续地使用“操”这个词（“操”是他们语言中出现频率最高的字眼，作为形容词可以修饰任何名词，也可以放在任何词汇之间）无非是为了消解、舒缓、抚慰这种饥渴和困扰状态，通过毫无惧意地使用这个词来抵御内心的恐惧。每个人都只在有其他士兵在场时才会使用这些脏字，因为众人聚在一起可以产生某种勇气，亦正适合虚张声势的举动。“极端淫秽的言论或笑话”，彼得·法伯（Peter Farb）写道，“往往以不常用的脏字为标志，借助哄笑来隐藏说话者就其个性或文化方面的禁忌主题所感受的焦虑”。³³ 在我们的文化中，很多年轻人都对自己的性生活深感焦虑。淫秽字眼不仅仅在“隐藏”这种焦虑，更是在对抗、否认这种焦虑。

正因为有在礼貌场合严格禁止使用性词汇（也是一种“禁忌”），使得诸如“操”这样的字眼具有格外的表现力，这并非由于字面上的生理指向，或者，换句话说，那并不是因为古人将性视为肮脏的或令人恶心的事物，而是因为对于性行为的众多“禁忌”使得性粗鄙词汇如此有震撼力。控制社会成员的性冲动永远都是一个社会的最高利益之一，只有这样，才能防止社会堕落，才能更好地维护家庭，照顾初生的婴儿，防止性疾病传播的危险。这些社会利益完全可以类比降解排泄物的利益。但与限制排泄的禁忌得到所有成年人的认同，并能够有力控制不易确定的排泄欲的情况不同的是，控制性行为的禁忌总是要和性冲动发生冲突，而且无法一劳永逸地将其平息。性冲动与性压抑之间的紧张总是处于潜意识的状态，使年轻人躁动不安。当规范被削

弱，期待有所改变，潜在的焦虑被不确定性以及担心成为傻瓜的想法强化。自信不足、对规则无把握、受到威胁的自尊心以及欲望与禁忌之间的紧张等因素综合作用，要想消除这种折磨，脏字就成了非常有用的驱魔咒语。正是这些原因使得“操”这样的字眼特别有力，而不是像萨加林所说的那样，“对所有与性有关之事物所抱有的内在负面态度”。³⁴如果说年轻男性使用性脏字的确表达了某种“负面的”或敌意的态度的话，那么，目标肯定不是性行为，而可能是女人，出于酸葡萄心理，将女人作为替罪羊。³⁵

四、淫秽文字的衍生用法（一）：粗鄙

海淫海盗字眼的主要用途就在于惊吓、冒犯、恶心他人。正因其具有引起冒犯的作用，这些词汇才被适用于多种目的。第一个目的就是以粗鄙的方式指向与排泄或性有关的行为、物体或器官。“噢，屎！”并不指向任何事物；其唯一功能就是发泄。“那就是一堆屎”说的是某个之前的提议，而并非直指大便；这只是贬低事物的一种类比或隐喻方式，而并非指字面上的排泄物。但如果说的是“我要去拉屎”，或“清掉那堆狗屎”，就只是“粪便”或“排泄物”的不雅表达，指的就是那行为或物体本身。不雅词汇为我们描述或指向事物在因过分洁净而显单调的词汇之外提供了一个替代选择。

这样的替代词汇究竟有多大用处呢？显然绝大多数人都会发现其实粗鄙词汇简直不可或缺。所有人都知道并理解它们的含义，甚至包括那些从不敢把它们说出口的人。“在某些场合”，萨加林认为，“这些词毫无疑问是人们需要描述〔性或排泄〕那些过程时唯一想到的词”。³⁶

医学术语、拘谨的表达、委婉说法无法满足日常表达。它们不能满足人与人之间的日常交谈，对想法的自由交流，甚或是人们的自言自语。需要有简单的字眼，如果没有（自始没有），也要发明出来。³⁷ 209

萨加林的观点是对的，但会与他本人之前的表述矛盾。很可能最初那个“操”字再简单直白不过，是毫无冒犯性的大众日常用语。只是后来当它们被委婉语及其他的复杂拉丁词语替代之后，才落入不雅的境地。十三世纪的英国农民在想要指向排泄行为或性行为时，不大可能说出“排泄物”、“直肠运动”、“结肠运动”、“交配”等词汇，于是更简单的词就被发明出来，成为更便捷的表达。

粗鄙词汇的用途不仅仅在于简便，更在于它们所表达的态度，那恰恰就在于它们本来就很粗鄙。有时我们希望尽量直白而忠于事实，而不愿显得太容易受惊或神经过敏，这既无道德倾向，亦无情感倾向。玫瑰就是玫瑰，蜘蛛就是蜘蛛，屎当然就是屎。简单的街边交谈无须矫揉造作、多愁善感，也无须刻意修饰。有时——不是总是，但确实有时——这种无废话的谈话模式是完全需要的，即使不是如此，我们也希望能够有这样的表达词汇。这正是粗鄙词汇的用途之一。它们告诉听者，说话者是个直接的人，没有耐心搜寻雅致的字眼。就像有时——不是总是，但确实有时——我们希望只穿内衣且光着脚，粗鄙词汇就是我们字典里的内衣和光脚。

粪便类和性行为类词汇的另一个主要用途是表示无礼和不敬。它们是卓越的“不敬”词汇，替代中立的同义词语表达冒犯和不敬（详见第十五章第一部分）。正如委婉用语对那些拘谨保守者的用处一样（如，以“做爱”替代“性交”，“洗手间”替代“厕所”，“小便”

替代“排尿”)；另外一些人则发现可以通过不委婉用语去挑战那种谨小慎微、缺乏主张的态度，如，以“操”替代“性交”，“便池”替代“厕所”、“撒尿”替代“小便”。我们并不意外地看到，生理功能类的词汇往往有三类用途：作为中性词指向该事物本身；作为抚慰工具的使用法，以及作为淫秽字眼——出于不敬——表达无礼的态度或对传统的不敬。

五、淫秽文字的衍生用法（二）：生动的描述、强化，以及渲染

海淫海盗的词汇由于被禁忌而产生的冒犯性，其震撼作用可令本来并不淫秽的谈话增加力度。当然，并非只有淫秽词语方可丰富表达，但它们的确有用。例子很多，不过我比较喜欢用下面这些。和“吓得我屎都拉不出来了”相比，“我非常害怕”尽管准确但毫无感染力，而“吓得我拉出绿屎”更妙（“绿色”本来就是“未成熟”、“未准备好”的意思）³⁸。用于军队里的那个“一团糟”（snafued）也惟妙惟肖，部分是因为它使用了一个禁忌词。这个首字母缩拼词“情况正常：去它的吧”（“Situation Normal : All Fucked Up”）比“再次陷入糟糕的境地”更具表现力。“我死定了”虽然是陈词滥调，但也比“我确实很惊讶”的表达力强；“我肯定会踩一脚屎”则更有力。同样地，“凉得像老巫婆的奶头”，或“凉得像爱达荷井下工人的屁股”也很有表现力。一个女人想要回击男人令她讨厌的搭讪当然可以说“去死”，更有想象力的回应则是“死都找不到地方死”，要更有力道地还击还可以说“回去捅甜甜圈吧”。最后一个例子来自《丧钟为谁而鸣》中那个西班牙游击队员的话。他没有说“我希望看到所有的纳粹分子都被杀死”；而是说“我想在用他们的蛋蛋[睾丸的粗鄙表达]作出的

浓汤里游泳”。³⁹所有这些例子，在未被过度使用时，都具有原创性和冲突性，其中所包含的戏剧张力完全来自那个禁忌字眼。那个淫秽字眼刚好传递出不敬的态度并完全能够达到目的。

正是由于对淫秽词汇的禁忌，或者说由于存在视之为淫秽的传统，使得它们能够在丰富多彩的习语中发挥如此有效的作用（以及相关衍生作用）。在无预警的情况下，该类字眼会强化震惊的元素。例如“操”这个字因其发音已受到严格禁忌，此音一出，就如警铃。就像用红色字体印刷出来一样，令人无法忽视而吸引所有人的注意力。与此同时，又以某种溢出效应，使与其相连的词语及其所传递的信息也能吸引注意，这就是它渲染或强调的作用之所在——在日常习语中的作用。⁴⁰

淫秽词语用于富于想象力的生动描述时形成一类俚语，但仅仅 211 是一类而已。这些淫秽词汇的确是俚语，但并非所有俚语都由淫秽语而来。其实，非淫秽的俚语也有些不体面的意味，在正式场合最好避免使用。《牛津英语词典》对俚语的定义是“用于口头表达的语言，是标准教育程度以下的表达……”。某些习语一开始只是俚语，由于长期的使用而成为固定习语。另外，一些令人尊敬的作家或演说者所发明的词汇从一开始就不算“俚语”。而另一些则开始是俚语，此后成为固定表达，但并未取得语言中的较高地位。H. L. 门肯（H. L. Mencken）认为俚语和习语之间的区别“就和存在的任何区别一样”：

俚语源于富于创意者希望使语言更具表现力的努力——增加简洁有力的词汇储备，拓宽比喻的范围，提供新的相互区别的单词。正如奥托·叶斯伯森博士所说，这也是诗人的目的（实际上也是散文家的目的），但他们受到品位与文学规范，以及，虽

然不总是那样，历史和逻辑考量的局限。俚语的创作者则毫无限制：他可以自由地以各种方式将新词捏合在一起抓住听众或读者，不用任何现成的材料，也不管受众是本国人还是外国人。⁴¹

禁忌字眼显然是俚语发明者的素材之一。“吓得屎都拉不出”和“操得一团糟”现在已经成为固定的俚语，因其表现力而被广泛使用，但肯定不会用在好的方面。这方面自有那些非淫秽的俚语，如“平脚板”、“条子”、“小子”、“死脑子”、“打嗝”、“亲嘴”、“扒窃”、“弄坏”、“够胆”以及“瘾君子”、“学问家”、“书呆子”和“胆小鬼”等。

六、淫秽文字的衍生用法（三）：表达强烈的情感

诅咒肯定具有某种心理学上的功能，如罗伯特·格雷夫斯（Robert Graves）写道：

童年过后，以嚎啕大哭放松自己的方式已经不受鼓励，甚至抽泣也被认为是极度懦弱的象征。可是，要在痛苦的折磨中一声不吭是不可能的。神经系统需要某种不会显得胆小懦弱的表达，作为危机中的神经刺激，诅咒就不同了，它像是狂欢节时对命运的藐视。⁴²

格雷夫斯就诅咒所说的内容完全可以适用于淫秽表达，它可以
212 用于对各种情绪表达的修饰，除了痛苦和失望——愤怒、狂热、仇恨、恶心、崇拜、渴望、沮丧、恐惧、放松、愉悦和惊讶。

淫秽词语的超级表达力无可否认。想想用“上帝的大便”来表示惊讶，即使是“哇”或“真要了命了”都无法表达出这种担忧与反感

混杂的情绪。“哦，屎！”同样是我们用于失望情绪的最贴切表达。“我连屎都懒得拉”亦最能有力地表达出那种愤怒地“漠视”和反对的情绪。“我操！”则通过那个最淫秽的字毫无指向地表达出沮丧、恶心和绝望。

格雷夫斯所举的在痛苦折磨中说出诅咒和淫秽字眼的例子很重要，因为这揭示了禁忌字眼表达各种不快情绪的一种方式。奇怪的是，这些淫秽字眼恰恰与它们直接表达出的感觉相对，如同左手交出的东西用右手接住。痛苦时所说出的淫秽字眼并非某种被动表达，而仅仅是一种呻吟，并非起誓或发泄，而仅仅是与痛苦搏斗。当被用于无礼和不敬时，淫秽字眼只是表示有意识地、故意地对禁忌的违反。而在痛苦时说出淫秽字眼既是为了表达痛苦，同时，却也是为着否认痛苦，既在抱怨这个过程，也表示自己仍可控制这个过程。

有必要再次强调，使淫秽词汇具有表达力的禁忌是文字禁忌。一般而言，我们之所以不可以使用“屎”或“操”，并不是因为，或者不单单因为这些词所指向之物，如果它们的确指向某物的话。当用于无指向的表达，如“哦，屎！”或“我操”时，这字眼本身就是淫秽的。如果在印刷时有意将淫秽字眼漏掉些字母而人人人都知道那是何词的话，严格说来，就不算违反禁忌。多年以来，那个字只能有首字母出现在印刷物中，然后会有三条短划线来表示这个词的全部含义。如果读者都知道其意所指，那么“F--- it!”的冒犯性怎么就会小于“Fuck it!”，“Oh s---!”又怎么会小于“Oh shit!”呢？用空格向读者传达出的正是那个字，但那个字又并未印出来，那个禁忌——和所有禁忌一样坚不可摧——其实就没有被违反。⁴³

在探究禁忌文字表达感受的方式时，不妨比较一下，对于任一情感，为何非语言的声音，如哼哼声、笑声、叹息声和呻吟声，以及传统上非淫秽的发声，如“咦”、“哇”和“噢”，与淫秽表达“哦，屎”

和“我操”等均具有表现力。先来看看因为某些事件而产生的悲伤悔恨或失望的感觉。这样的感觉可以直接以一声叹息或哼一声来表达，在特定情境下，在旁观者看来那是很自然的，即使是不太情愿的失望表示——如果不是“语言表达”，那么至少也是对所经历情感的表露或“释放”。“表达者”所发出的声音是情感的自然流露，但那并非任何意义上的语言。如果他希望以语言传达感觉，他就可以宣称他有那种感觉，继而对其进行描述，或者他可以用那些被称之感叹语的表达（感叹的词汇和激动的词汇）直接表达出类似以“自然的”非语言发声所表达的感觉，而无须任何宣称或描述。如，他可以说出那个词“哎呀”，与之类似的还有“哎哟！”或“噢！”或“哇！”，尽管这些词并不指向任何事物。感叹词并非无意义的声音；它们的本职作用是由语言传统决定的，正如“男人”或“桌子”一样，尽管作用不同，但都须遵循一定的语言规则和用法。“男人”和“桌子”各自用于代表男人和桌子；这就是它们的意思。而“哎呀”并不指向任何事物，而是用来表达伤心或失望。在约定俗成的英文用法中，它肯定不能表示欢快，正如“男人”不可能指蟑螂，“桌子”不代表蒸汽机一样。有关感叹词用法的规则源自对其定义的表述，即 C. L. 史蒂文森（C. L. Stevenson）所称之词语的“情绪性含义”。“不论哪种语言中都有呻吟声”，史蒂文森说道，“只有英文里有‘ouch’，若是学习法语，一定要学习用‘helas’代替‘alas’，当然，哪里的叹气声都是一样的”。⁴⁴ 史蒂文森说的是对的，“ouch”和“alas”在英语中的含义是完全情绪性的；“helas”则在法语中表达和“alas”同样的情绪；而叹气和呻吟因其为无须求助于语言习惯的“自然交流”，根本就不是语言。⁴⁵

表达失望的第三种方式是在词汇中淫秽的那部分里找到某个词来用，如“哦，屎”。它同样可以表达“哎呀”所表达的感觉。这是人

人皆知其为较“哎呀”更为强烈表达感觉的习语，没人会产生误解。根据决定其“情绪性含义”的语言规则，它和“哎呀”以及深深地叹息一样，都不能表达欢快的情绪。但“噢，屎！”比“哎呀”的语气强烈多了，因为它运用的是另一种表达机制。既然“屎”是被禁忌的，我们可以说：“我感到深深的失望，以致违反文字禁忌对我而言只是小事一桩，我根本不在乎自己的无礼和粗鄙，我只想适当地表达出自己的感受。”这样看来，文字禁忌对于强化表达是必要的。如果这种功能弱化或消失，那么“哦，屎”和“哎呀”也就没什么两样，那时，我们还得找出新的说法来取代现在所用的“哦，屎”。

简言之，淫秽词汇的表现力存在双重来源。某人面对突如其来的事件而备感沮丧时说出“哦，屎！”时，人人都理解个中含义：（1）没有指向或描述任何事物；（2）感受得到抒发；（3）这些感受属于有限范围内的负面感受，包括悲伤、沮丧和失望；（4）这些感受绝非兴奋、愉悦等。说话者也许是戏剧演员，或是个骗子在说“情绪性的谎言”。他可能并未真正感受到失望的情绪，只是假装失望。但不管怎样，他都是在表达失望，否则就违反了语言的既定用法。以上论述意即“哦，屎！”和“该死”、“哎呀”以及“老天”一样，是某种情绪的表达。但前者多出的一个特点是，它是被禁忌的；由于其他一些规则，或许更是指礼仪规则，而非语言规则，令该词一旦在不当场合说出，就令人震惊，产生冒犯，像一个警铃，提醒人们的注意。作为感叹词，“哦，大便”和“哎呀”或“该死”一样，都表达失望，但正因其受到禁忌，使其成为最强烈的、加红线的“哎呀”或“该死”。同样，“我操”亦同“我诅咒”一样，表现出某种沮丧、反感或绝望以示抗拒。但正因其受到禁忌，使其成为最强烈的“我诅咒”或“下地狱吧”。

情绪性含义既可以是褒义的，如“乌拉”和“太棒啦”，也可以是贬义的，如“嘘”和“哎呀”，也可以是中性的，如“哇”、“噢”和

“哟”，用以表达惊讶或兴奋。情绪性词汇既可以表达感受，如“哎呀”（伤心失望）和“太棒啦”（兴奋欢快），也可以表达态度，如“好”、“自由”及“正义”（赞成）和“有病”、“独裁”及“不公平”（反对）。不存在“中立的态度”，因为态度总是出现在某一极，赞成或者反对，喜欢或者讨厌。有些情绪性词汇是单纯情绪性的，如感叹词“乌拉”、
215 “嘘”、“哇”、“咦”、“哟”、“棒啊”、“哎呀”等。史蒂文森将此类情绪性含义称为“独立的情绪含义”，因为这些词的情绪性含义并不以任何描述性内容作为必要基础。另一方面，很多情绪性词汇则更加复杂，既包括描述性元素（史蒂文森称之为“认识性含义”）也包括情绪性元素。那个复杂的词“民主”意即“通过直接多数选票或通过选举代表组成政府”。但在描述性含义以外，传统上说，“民主”一词表达出某种赞成的情绪，即对其所指向的描述性含义表示赞同。当某词的情绪性含义有赖于针对其所指向之事物的一般态度时（对于“民主”一词来说就是如此），史蒂文森称之为“从属的情绪性含义”，但“无论如何，情绪性含义绝非描述性含义的功能之一，[作为感叹词]可无须依赖后者，[出于‘惯性’或‘迟滞’]即使后者发生变化，亦可得以保留，从这个角度说来，它也是‘独立的’”。⁴⁶

淫秽词汇的范例“屎”、“操”均兼具描述性含义（指向粪便、排泄物和性交）和情绪性含义。情绪性含义既表达感受，又表达态度，依其所在短语而定。“哦，大便”表达愤怒的失望（某种感受），但“那真是一堆臭大便”则表示反对。另一方面，“操”往往被用于表达态度（“操你”表达敌意，“操他妈一团糟”表达某种反对或不赞成）。这些词汇表达的感受和态度都是负面的。一个吊诡的问题是，这些淫秽词汇的情绪性含义在多大程度上依赖于它们的描述性含义。在这方面，粪便类的词汇与性方面的词汇是有所区别的。人类对排泄物的态度总体上是极其负面的。排泄物是“污秽的”，即难闻又恶心（甚至“极

其恶心”）。正是由于人们对该词所指向之物的一致态度，该词的情绪性含义是高度负面的，非常适于指向人们希望贬损的人或物。此外，由于该物的声音和形象都受到严格禁忌，说话者或作者可以通过它的震撼力强化所要表达的态度。一般说来，“屎”的情绪性含义依赖于人们对该词所指向之物的压倒性态度。“操”带来的震撼力更强，但它所传达的负面表达主要来自其作为违反禁忌的作用，因为对于该词所指向的性行为，很难说存在某种统一的谴责、反感或负面的态度。因此，216文字禁忌和传统的性道德观念都被抛在远处（非常遥远），而独立地表现出其情绪性含义。

当然，“屎”一词有时被用来作单纯的感叹词理解而毫无描述性含义，但即使如此，其情绪性含义仍部分源于人们对其在其他方面所指向之物的一般态度。常见的是，“屎”被用于隐喻的表达，其作用的发挥存在双重来源：源于字面所指之物的情绪性含义，以及源于文字禁忌的强调意义。因此，“牛屎”用于形容吹牛浮夸，“鸡屎”用于形容累赘无聊，气量狭小，往往指制度规则和官僚体制。两者寓意都很强烈：用大坨的屎形容吹牛，小块儿的屎形容小气，两者都表示无用且令人反感。若用“牛的排泄物”和“鸡的排泄物”则效果会差很多。因为它们都缺少力度和对传统的不敬，这些均需通过对禁忌的故意违反方可表露无遗。“屎”可以帮助说话者加入强硬且不敬的态度。他通过这个词告诉全世界，他不说废话、有话直说、不矫揉造作，不耐烦说那些多愁善感的伪善之词。

史蒂文森的某些论述源于美国最高法院就科恩诉加利福尼亚州案。⁴⁷ 回顾一下（见第十一章第一部分），保罗·罗伯特·科恩被控违反洛杉矶市禁止性法律关于“故意实施冒犯行为，干扰社区或个人之宁静生活”的规定。在反对越战运动期间，科恩在洛杉矶市法院的公共走廊逗留了一段时间，当时法庭内正在审理另外一些反战者的案

件。他的“冒犯行为”是指他当时身着一件印有“操他妈的征兵”字样的夹克衫。使用冒犯原则即可支持对科恩的判决。法庭也许应该这样论证，科恩受美国第一宪法修正案保护的权利不应受到侵犯，他受到指控不是因为他夹克上的文字信息的实质内容，而是因为他在表达该信息时使用了具有冒犯性的且非必要的字眼。被动地看到那个“操”字的人都会感到震惊和冒犯，此情此景会成为一个小小的滋扰（可以这么说）。另一方面，科恩所传达的信息内容不过就是“反对征兵”，这正是某种受第一修正案中表达自由条款保护的政治观点。如果当时走廊里有两个青年，其中一人的夹克上写着“反对征兵”，另一个的夹克上是“我操”，那么，只有后者才能被控以违反宪法和法律。总而言之，科恩之所以受到指控，是因为公开使用淫秽字眼，而不是因为其表达政治观点。

哈伦大法官作为代表该案多数派的五名法官之一，并未采取上述论证路径。他认为，首先，科恩诉加利福尼亚州案非属“侵犯隐私案”，这实际上是在用晦涩的法学术语表示，案件并不满足适用冒犯原则的“合理避免”标准——“旁观者只要闭眼就可有效避免其感情受到进一步攻击”。其次，也是更有趣的是，哈伦大法官认为，科恩要表达其所要表达的内容，即其根据第一修正案有权表达的内容，他非得加上那个“操”字不可。“反对征兵”和“操他妈的征兵”不同，只有后者才更能表明科恩想要表达的观点。哈伦的解释恐怕史蒂文森不会反对：

很多语言表达都具有交流功能：它们不仅能够传递相对精确的意见，还可以传递一些不可言说的情绪。实际上，人们在选择用词时，不仅考虑其认识意义，也考虑其情绪意义。我们不认为，宪法在保护个人表达的认知性内容的同时，对情绪性

功能毫不在意，后者严格说来往往可能正是信息所要传递内容的核心所在。⁴⁸

哈伦大法官总结道，科恩要想准确地向公众表达其“对越战及征兵制度的深恶痛绝”，除了淫秽字眼，他别无选择。⁴⁹ 受到严格禁忌的字眼以其震惊力成为表达最深切负面情绪的不二选择。

一、淫秽文字的衍生用法（四）：咒骂与挑衅

淫秽词汇的另一个基本用法是咒骂，或者说是对个人的辱骂。咒骂有很多用法——强化表达、戏谑、诽谤、侮辱、挑战和挑衅。淫秽词汇可以帮助说话者达到上述目的，但它们往往毫无实质性意义，且可能自降身份。本节的目的就是要区分其中的不同关联性，首先从区分最常见的咒骂形式与更古老的诅咒开始。

从诅咒和起誓到赤裸裸的咒骂或毫无修饰且直截了当的责骂之间只有一小步距离。伯吉斯·约翰逊简单地回顾了这一小步的发展：

如果某人让他的敌人到狗那边去，住在狗窝里，和狗一起抢骨头吃，那是一种古老的诅咒。“希望你去”是其固定句式。或者他愿敌人变成狗，这也是一种诅咒，需要更多的古老魔法。但如果他说他的敌人就是狗，直呼其为狗，则是中古时期以后的事情了。¹

骂人是语言艺术的较高境界，尽管其基本形式与其他种类的基本侮辱一样并不够艺术。约翰逊将古代的侮辱形式分为四大类。（我的分类与其不同，有些类别我会予以整合，然后另外加上其他类别。）根据约翰逊的分类，先民们将敌人比作低等动物；将他们的外表和性格描述得不堪；指责他们的可耻行为（无论这指责有无实质证据）；咒骂他们的长辈（尤其是父母）。当然，所有这些形式的咒骂都保留至今。显然，只有少数侮辱包含了海淫海盗的词汇，那既可能出于必然，也可能出于偶然。“你是只猪”并不淫秽，“你的脑子就是个垃圾桶”也毫不淫秽。但约翰逊所说的关于“可耻行为”的第三类侮辱几乎都包含性字眼，即用完全不雅的字眼指控敌人。同样，对长辈的侮辱往往通过侮辱其母亲名誉的语言进行，如“婊子养的”或“王八蛋”，最初的意思都是指责他人母亲的不贞行为。 219

约翰逊的清单里至少漏掉一种传统类型：以粗鄙的词汇指责某人为某种性器官或排泄器官。称某人为动物，如马，当然是侮辱性的，但同样是侮辱，若称其为身体的一部分，如“屁股”，则侮辱性更为强烈。而如果将两者结合，称他人为“马屁”，则可达到极佳的侮辱效果。爱德华·萨加林将此种淫秽侮辱视为对所有生物的鄙视，可他忘记进行区分了。称呼他人为“那玩意儿”并不表示对敌人身体上该器官的鄙视，其侮辱性来自将敌人比作该器官，那器官非常重要，但毫无脑子。“那玩意儿”是鄙视没脑子的傻瓜的惯用语。它和称人为“驴子”或“火鸡”是一样的意思。当它以字面意思指向阴茎时，倒是一个本来的称呼，就像狗的字面意思就是狗一样。但若用作隐喻，则是一种侮辱，即以不容置疑的口吻批评对方没脑子。

禁忌文字能够给辱骂增色，正如其可为起誓、诅咒、感叹、宣布、讲笑话增色一样。说某人愚蠢是一种单调的侮辱，但如果说“他的脑袋长在屁股上”显然就生动得多。而用淫秽粗话相互加强作用则可达

220 到特别效果，将这些粗话夹杂在一起没有其他的理由，只是为了形成某种恶毒的语势，最大限度地不断释放各个禁忌词汇的震撼力。军营里的侮辱往往运用这种不间断的方式强调所要表达的敌意。这种侮辱方式如果放在我们这文明世界中，对说话者来说，将比任何语言都更能产生震撼力。即使是在军营这种毫无淫秽震撼力的地方，这种侮辱也比其他形式的侮辱有效，它可以表达有力的挑衅性，例如一个士兵对另一个士兵骂道，“你这个操你妈、操你妹妹、操你自己、操你后门的婊子养的！”这种谩骂极其恶毒，既有起伏又有节奏，还有内在关联，简直就是禁忌词汇的大集合。

而非淫秽的辱骂也可以采取同样的方式，脏字对于情绪化的侮辱非常必要，但对于生动的侮辱却毫无必要。有两个文学上的例子可以充分证明此点。第一个例子是克里斯托弗·弗赖依的作品《女士不应焚死》中托马斯·曼迪普对海博·泰森所说的话，他给自己的话加了咒骂的前缀：“你个满嘴泡泡、胡言乱语、咕咕啾啾、满脸裂口、浮夸卑劣的老家伙！”² 这一系列的词当中并无任何淫秽字眼，但却爆发出如此巨大的愤怒！我自己喜欢的是另一个例子，这个名气更大的文绉绉的辱骂来自莎士比亚《亨利四世》第一幕：

福斯塔夫：哈尔，现在几时了，老弟？

哈尔王子：你这肥佬，只知道吃饱了晚餐就解开纽扣，一过中午就躺在长椅子上大睡；你忘了什么才是你真该知道的。真是见鬼，你怎么会问起时间来了？除非小时是白葡萄酒，分钟是阉鸡，时钟是老鸨的舌头，日晷是妓院的招牌，太阳是身着火焰色绸缎的风流娘们。真搞不懂你怎么多起事来，倒要问现在是几时了。³

至少在我们的时代里，和莎士比亚的雄辩相比，任何淫秽词汇都难以望其项背。

在咒骂语言中，淫秽词汇可以扮演很多角色，但其主要作用并不是非令语言生动有色。淫秽字眼对辱骂的一个功能是加强贬斥和痛骂的语气。若在谴责、责骂或训斥中点缀以“操”、“屎”或“屁”，意味着说话者的确非常在意。他想要传达的贬斥信息是如此重要，以致他情愿违反那通常会束缚他的禁忌，只有这样才能表达他的愤怒和焦虑。脏字本身并无用法上的指向。它们仅有的功能就是警示、聚焦、221划线，以便吸引注意力。

奇怪的是，淫秽粗话有时会在“戏谑”、“插科打诨”、“搞笑”等语言形式中扮演相反的角色。这类玩笑话是表达挑衅立场的升华形式。说话者之间通常是好友关系，相信对方出于善意。他们所用的表达通常会被认作侮辱，但其所处语境却令善意清楚无疑。插科打诨是为开心而斗嘴，就像调情之于性。淫秽字眼可以用于关起门来的私下戏谑，仅仅因为人人都明白它们并不表达真正的愤怒情绪而不应用于陌生人之间或用于正式场合。它们可以这样用于打趣是因为那种谈话是玩笑式的，而非具真实威胁性的。

当咒骂具有严重的侮辱目的，淫秽语言往往能够增强效果。“你这个屁玩意儿”是比“你这个没脑子的畜生”或“你这个没脑子的玩意儿”更强烈的侮辱。“你这个屎玩意儿”是极其野蛮的侮辱，（甚至）比“你这个没脑子的性器官”语气更加强烈。这些鄙视用语比“傻瓜”、“狗屁”、“小丑”、“蠢驴”、“火鸡”、“爬虫”更加恶毒，部分是因为暗喻得惟妙惟肖，另外也因为对语言禁忌的违反增加了震撼力。和这些贬损类词汇相对的是一组道德侮辱词汇，如“臭鼬”、“蠢猪”、“虱子”、“老鼠”等，以及准淫秽词语“王八蛋”、“婊子养的”。这些简单的侮辱表达的是恐惧甚至是某种尊重。它们表示那人虽既邪恶又刻

薄，却又似乎拥有某种危险的权力而让人又恨又怕。⁴有趣的是，用来指责对方刻薄无礼的单纯的性粗鄙词汇，如“王八蛋”，原本是通过辱骂其母来羞辱对方的。古时认为私生子肯定是刻薄粗鲁的迷信现在已经没人相信；不过作为文化上的滞后，“王八蛋”还是可以表达出个人的愤怒。

二、咒骂的用处

作为一种单纯的侮辱，骂人必须与诽谤做个比较，后者是恶意地以不实之词损害他人的名誉。“你这个狗娘养的”只是单纯辱骂，没人真的相信其字面意思，也没人相信那人的母亲是狗。“你的母亲是个婊子！”如果愤怒的说话者完全不认识对方的母亲，也无从了解对方母亲的生活，那么这也只是个单纯的侮辱，不存在任何事实价值或字面意思。如果这话让人觉得难听，那并非因其损害了任何人的名誉。如果报纸专栏文章指责你是某个犯罪组织的成员，或者说你常常醉酒驾驶的士，那这不仅毁坏了你作为生意人或的士司机的名誉，更威胁到你的人生甚至自由。由于对你的利益造成的此类有形后果，你可以就该报给你名誉和资产带来的损害提起诉讼要求补偿。贬损言辞（侮辱诽谤）会影响那些相信你的人，并可能导致其以损害方式对待你。另一方面，单纯的侮辱并不会因为将你的个人信息传递给第三人而对你造成损害。我们很快就会看到，其功能实现途径迥异。

还有另一类咒骂，既非诽谤，亦非单纯侮辱，而是各有类似之处，被称为“事实性贬低”。这种咒骂并非通过向第三人恶意传播不实信息以损害某人的名誉。和诽谤不同，它的全部目的就是面对面的冒犯，第三人是否得知皆非所问。但和单纯侮辱不同，它的确是要造成事实上的名誉贬损，而非仅为发泄胸中恶气。这种基于事实的指责意

在提醒对方伪装下的缺点或缺陷，至少在说话者看来那算是耻辱，并以此令对方沮丧。在校园里发生的嘲笑往往最为典型。“你是个跛子，耶！耶！”奚落一个装义肢的孩子就是此类侮辱的典型形式。对一个确实反应迟钝的孩子说“你这个笨蛋，耶！耶！”也是如此。另一方面，在愤怒和沮丧中骂一个智力正常的人“你这个榆木脑袋”或“你这个傻子”就只是单纯的侮辱，没人会按其字面意思理解。几乎没有哪个淫秽词语可以起到嘲笑的作用。“你是个他妈的跛子”虽然可以加重语气，但却减弱了对对方是个跛子这一事实的强调。另一方面，“你是个他妈的傻子”显然就是一种侮辱，淫秽词汇的加入并未削弱其侮辱性。

单纯侮辱可能只是用来表达恶意，它亦可用于个人间某种正式的对抗性用语，就像国家间表示对抗的外交辞令那样。侮辱词汇是正常礼仪被搁置的标志，随之而来的很可能是暴力后果。在某些情况下近乎暴力威胁——不算诅咒（“愿瘟疫带走你”或“愿上帝惩罚你”），不算确定意图的表露（“我要拧掉你的脑袋”）——而更像某种不确定的威胁、准威胁，或近乎威胁（“我很鄙视你，以致有点儿想要打出你的脑浆”，或“为了这点钱，我会……”，或“如果我不是这样一个绅士的话，我真会……”，或“要不是看你这么可怜，我真想……”）。侮辱是一回事（“你这个婊子养的”），准威胁又是另一回事，但此二者往往相伴相随，以致出现其中一个就表示另一个就在不远处。甚至在某些特殊族群中，对侮辱的理解本身就包含了“准威胁”的表达。

侮辱本身，如我们所见，可以使用淫秽或非淫秽字眼，可以只是简单地辱骂，或者只是形式上的指责而并不会被理解为某种事实。“猪崽子”并非事实表述，而贫民区里的标准侮辱“你操你妈”亦非指控对方有乱伦行径，“你吃屎”这样指责对方食粪的鄙视言辞，或类似令人震惊的指责对方鸡奸、肛交、兽奸等言辞，皆非事实上的指控。这

些形式意义上指责的言语成为真正的认知内容源于说话者对于对方几乎毫无期待，他准备好了接受对方任何最为低贱的消息；没有任何形式的贬损是说者不能接受的，“即使他……我也毫不惊讶”。

普通的指责或诋毁与咒骂或形式上的指责不尽相同。我们在当面指责对方，说他是个懦夫、撒谎精、骗子或杀人犯的时候，很少不希望对方对我们的指责严肃以待。严重的诋毁往往并不使用淫秽字眼。不仅因为这些禁忌字眼毫无必要，而是因为这些字眼会产生误导效果，使相关内容更像是一种形式上的指责，而非严肃的道德评价。“你和你妈乱伦，这是多大的罪恶啊”，这样的表述采用的就是适于做道德评价的低沉语言。如果同样的指控用贫民区的脏话说出来，就不再是真实的指责，而流于单纯的侮辱。真正的指责用的是箭而非怒气，或者根本就不该带有任何情绪；单纯的侮辱（往往带有脏字）只能表达敌意。

形式上的指责或骂人并非表达对对象物极度不敬的唯一方式。第三种方式是对受侮辱一方崇敬或珍爱的事物表示轻蔑、鄙视、嘲笑、贬损，例如，对对方的爱人受到损害的事实表示高兴。西班牙人会对敌人说“我对着你妈的奶吐唾沫”。任何欧洲人都明白“你妈是个婊子”的意思。东方式的咒骂“愿羊粪落在你祖母的坟上”就是一种对孝敬祖先的受侮辱者极具滑稽色彩的辱骂。诅咒和单纯侮辱不是一回事，但它因为贬损对方珍爱之人或物而同样具有“侮辱性”。一个古老的古巴侮辱就是“我朝使徒们的二十四只脚吐口水”⁵（“使徒”指耶稣基督派出传布福音的十二个门徒——译者注），即以对某人视为珍宝的对象表达鄙视的方式进行侮辱。阿拉伯人则简单地说道“诅咒你的宗教”。⁶以此类推，对敌人的单纯侮辱可以是：“我鄙视所有你视为神圣的事物。”这种鄙视往往可以通过非淫秽词汇有效地表达出来，但毕竟，使用禁忌词汇可以使其效果放大，因为淫秽词汇本

身就是任何语言中用来表示不敬的部分。淫秽语言是语言中的异类，是对传统规范的违反，是对虔诚情感的蔑视。因此，其功用就在于用它比不用它更具侮辱性。

侮辱的第四类方式意在建立或宣称对象就说话者处于较低地位。这类侮辱可称为“象征性地宣称主导地位”，因其意在于说话者与被害侮辱对象之间建立某种关系，即前者处于主导地位，而后者处于从属地位。被害侮辱者肯定会因其对说话者俯首帖耳的低下地位而倍感侮辱和羞耻。这种侮辱往往通过描述对方彻头彻尾的从属地位达到目的。而令人震惊的淫秽词汇恰是对社会规范彻头彻尾的不敬，从而特别适于此类表达。⁷

所有这些侮辱性表达中最令人费解的就是“操你”，其原生意义早已消弭在中古时代。较强壮的说话者向争执的对手说出这话代表某种强势（当然也是淫秽的）姿态，即使不是暴力挑衅，至少也会带来激愤和心跳加速。如果所有的侮辱都来自我们所述及的这三种形式——辱骂、形式上的指责或鄙视对方的珍爱物——那么，“操你”根本就算不得侮辱。但就广义上的“侮辱”而言（伤害对方自尊感的行为、言辞等；冒犯；漠视），这当然就是侮辱。我认为它属于第四类侮辱，和“亲我的屁股”（当然是说对方的低下地位）、“我呸你”（可以 225 同时伴随或不伴随该行为）一样，表达相对于对方的象征性主导地位。同属第四类侮辱的还包括说话者对被侮辱者宣称拥有巨大优势地位，这种优势地位是如此明显，以致这种鄙视的态度对于说话者而言非常恰当，而自我贬损及令人倍感羞耻的谦恭姿态对于被侮辱者来说也是非常恰当的。

卡尔·萨根（Carl Sagan）特别提及“操你”是历经史前时代而保留下来的遗迹：

有着“哥特式”面部的松鼠猴在相互致意时会作出某种动作。雄性松鼠猴龇出牙齿，摇撼着笼子的栏杆，发出惊吓其他松鼠猴的短促尖叫，并抬起腿，露出勃起的阴茎。这些行为在现代人的社交聚会中当然极不礼貌，但在松鼠猴的族群中，不过是一种表示其在等级群体主导地位的姿势……

性展示与其在等级社会中的地位之间的联系早在先民时代就已经频繁出现。在日本猕猴中，社会等级通过每日的交配活动维持：低等雄性猕猴采用的交配姿势是发情期的雌性猕猴所采用的姿势，它们会被高等雄性猕猴趴在身上进行象征性的交配。这些交配活动只是走走过场。它们并无太多性的内容，而只是用于表示在这个族群中身份有别的事实。

在一项针对松鼠猴行为特征的研究中，卡斯帕是这一种群中最为活跃的动物，尽管其性活动占据整个种群的三分之二，但大多数此类活动都是针对雄性成年松鼠猴的。卡斯帕的性行为动机在于建立主导地位，而非性行为本身，这一事实表明性器官系统存在相互区别的两种功能。研究这一种群的科学家总结道，“展示性器官是等级族群中最为有效的社会标志行为。它的象征意义是，‘我才是主人’。这种行为从性活动中产生，但却被用于社会交流，并产生独立于繁殖以外的功能……”

性、挑衅、控制之间的行为学及神经解剖学上的联系源于多种研究。大型猫科动物以及其他一些动物的交配形式在其早期阶段与决斗相区别。我们都知道，家猫用爪子慢慢地抓挠沙发面或人的皮肤时，会发出很响的呼噜声。就像很多（淫秽）言辞一样，通过性取得控制力在人类的异性性交或同性性行为（当然不是这类行为的唯一特征）中也可以找到证据。想想那在各种

语言中均属最为常见的两个字口头禅，其所指即为生理上的愉悦行为；而其英语词形很可能源于德国及荷兰中部使用的动词 *fokken*，意思是“击打”。其用法正如猕猴的象征性行为，尽管并未加上“我”，但双方都明白其中的含义。这句话，以及其他很多表达，都是人类的仪式性交配活动……这些行为恐怕能一直回溯到松鼠猴那里，回溯到数百万年前的地理时代。⁸ 226

萨根的观点纯属推测，但我想，对于“操你”来说，恐怕再没比这个更有说服力的解释了。

三、关于挑衅文字的理论及其不足

和绝大多数用于表达情绪的语言一样，单纯侮辱不仅具有表达力，还具有共鸣性；二者基于被侮辱者与侮辱者就某个问题持有同一立场。正因如此，双方都陷入某种目的的操控。侮辱所表达的恼火可能只是虚张声势。即使最冷静地恶意使用淫秽语言也可以预期对方的愤怒反应。正因如此，侮辱性表达，无论是否淫秽，都能够随时挑起激情和暴力。一方可以通过侮辱另一方（可以同时伴有侮辱性的标志或姿势）驱使对方陷入无预期的打斗或令其羞耻的退缩。简言之，单纯侮辱就是危险的武器。

侮辱性词汇可以通过两种方式传递侮辱并刺激暴力回应：或者直接挑起对方的怒火，或者被对方视为挑战宣言。前者是煽动性的；后者则是挑衅性的。煽动中存在必然的因果机制。它通过采用人所共知的某一类词汇挑起情绪性反应，可以预期，某一类人（在某些情况下几乎是所有人）都会产生强烈的反应。在大街上走到一个陌生男人面前，称他为“操你母亲的家伙”，对方当然会有情绪性的反应——

恐惧、害怕或愤怒。他会（不由自主地）握紧拳头、心跳加速，并开始出汗。以某种恶毒的语气说出的这话本来就会令对方产生这些生理及心理反应。这些反应并非一成不变。人类对于侮辱的反应并不像将糖放入水中所起的反应那样固定。当然，人类对侮辱的一般反应还是可以预见的，我们可以用“因果趋势”、“动作机制”或“操控”、“驱使”加以描述。即使是理想法律框架中的“理性人”，也会在面对侮辱性语汇时怒火中烧、失去自控。在此情况下，侮辱会令他通过暴力语言或行为还以颜色。

挑衅功能的实现则有所不同。挑衅性语言并不仅仅表达恶意及激起听者的愤怒。依其象征意义，仅仅说出挑衅语言就是某种直接行事的方式，某种通过行为改变双方关系的方式。简言之，挑衅就是某种语言行为，如J. L. 奥斯丁所称之“行动性语言”。⁹一旦多伊对罗说，“真诚地邀请您下周三过来晚餐”，多伊和罗之间的关系就发生了变化。罗是被邀请者，而多伊是邀请者，双方建立了一种新的社会关系。广义上说，由于双方形成新的权利和义务关系，亦即建立起某种新的道德联系。同样，一个执业牧师在仪式最后说，“我宣布你们结为夫妻”，或“我宣布你的教名为约翰·保罗·多伊”，新的法律关系随即产生：一对男女成为夫妻，或者某人拥有教名。就像有魔力一样，特定情境下说出特定的语言就会为这世界创造出新的事实。当然，所谓“口头魔力”根本就不存在。我们都知道，根据语言学的惯例，某些言辞会带来某些结果，改变世界正是这些言辞的功能。由此，若多伊对罗说，“我要挑战你”，或使用其他字眼或象征性姿态作出同样表示，他就改变了自己与罗之间的关系，这和不借助语言而使用其他方式达致的效果是一样的，他也可以赠送礼物给罗、抢夺他、推搡他、亲吻他或向他敬礼，或者通过语言邀约、邀请、赐予教名，或宣布其与他人结为夫妇。

将大量挑衅的习语描述为语言学上的传统可能是个错误。我们可以在字典上查查“我挑战你”的意思和用法。但挑战的方式却可以完全不说“挑战”这个词，¹⁰甚至什么也不说。挑战的方式随族群和时代的不同而不同。局外人可以通过直接观察、口头询问、阅读社会工作者、社会学家、人类学家的报道加以了解，但他们恐怕都不会去查字典，即使是那些通过文字进行挑战的方式，因为历史书中描述的 228 象征性挑战已不复存在。早年在美国西部，牛仔对酒馆里的所有枪手提出挑战的方式是，在自己的肩头放上一根薯条，谁要是把它碰下来，就算是打一场的挑衅。或者，在言辞激烈对抗的最后，有人会精心挑选一根薯条放在对方肩上，若对方胆敢抖落下来就算是应战。这样，优势并不在争斗挑起者一方，对抗会进行得更公平。中世纪时期，人们若将自己戴的用皮革和金属片制成的手套（铁手套）拉下来并当着对方的面摔在地上就是挑战。规则允许对方“捡起手套”，或者由第三方代表他捡起手套接受挑战。牛仔的做法以及中世纪的这种挑战规则至今仍被描述得十分清晰，但其所包含的意义却已经消失无踪。（今天，你若是肩膀上放着根薯条走到酒吧里一个陌生人面前，人家恐怕根本不会注意你。如果你硬是提醒对方注意，那么，他要么感到困惑，要么觉得滑稽，而绝不会觉得受到挑衅。如果你把自己的手套脱下来摔在地上，他可能会礼貌地帮你捡起来，当然，他也可能会觉得你莫名其妙，带着尴尬落荒而逃。）

今天，当铁手套和薯条已经进入历史，我们如何向他人提出挑战呢？还是有一些象征性姿态可以表示侮辱以发出挑战，¹¹当然，也可以明白无误地说，“我挑战你”，不过后者是不同于侮辱的一种挑战方式。是否在辱骂、形式上的指责、对珍视物表达鄙视或象征性的主导宣称当中，存在某些清楚无误的挑衅形式呢？美国法庭给出的答案是肯定的，在他们空泛犹疑的论述中称此类形式为“挑衅性字眼”。（参

见第九章第七部分)

229 这一学说最早见于美国最高法院就查普林斯基诉新罕布什尔案 (*Chap Linsky v. New Hampshire*) 作出的判决¹²。查普林斯基是耶和
华见证会的信徒,因在新罕布什尔的罗切斯特街上散发文字资料,受到公共滋扰的指控而被捕。在被解往警察局途中,他对马歇尔愤怒地
用非道德词汇大喊大叫:“受到上帝诅咒的骗子”,以及“该死的法西斯主义者,罗切斯特政府是法西斯,是法西斯的代理者”。在查普林斯基
基的长篇责骂中并无一字淫秽。他的话看上去是诋毁,但愤怒地指责
他人是纳粹分子一般都被理解为辱骂或形式上的指责,尤其当被指责
者是政客或政府公务人员时更是如此,因此,并不能就此指控其诽谤。
这些话毫无疑问就是侮辱,与诬陷、基于事实的贬低或破坏名誉均存在区别。查普林斯基因违反关于禁止“对任何合法出现在街道或公共场合的任何人使用冒犯性、嘲笑性、骚扰性字眼”的法律而受到指
控。此案一直上诉至最高法院,最高法院维持了原判决。弗兰克·墨
菲(Frank Murphy)大法官在判决中的观点产生了广泛影响,但表述
得并不清楚:

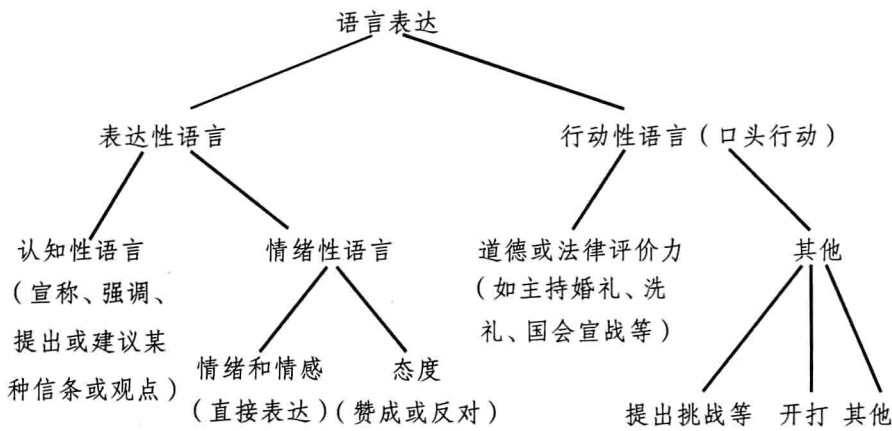
对某些范围明确且狭义的言论施以预防和惩罚并不会产生
宪法问题。当中包括淫秽的、冒犯的、诽谤的言论,以及侮辱性、
挑衅性字眼——这些言辞单是说出来就足以造成伤害,或立即
打破和平宁静。我们早已明确,这些言论并非观点表达的实质
内容,不具有社会价值,亦不会产生任何关于秩序和价值的社
会利益。¹³

并不是很清楚墨菲大法官所认为的“挑衅性字眼”的效力是如
单纯煽动性字眼那样——存在挑起或造成暴力回应的“趋向”——

还是如行动性言辞，像铁手套、薯条或中指之类所产生的效果。如果是后者，作为暴力事件的第一步，就像开架的第一拳或是个人“宣战”一样，应予禁止。墨菲法官对其作后一种解释，受到托马斯·I. 埃默森在其关于第一修正案的哲学著作的支持。埃默森在书中开宗明义地表述了解释言论自由条款的基本原则。“表达自由系统的核心观念”，他写道，“是应由‘表达’组成的行为与由‘行为’组成的行为区分开来。‘表达’自由是允许的，应受鼓励的。‘行为’却应受到宪法规定的限制，但这种限制不应是对言论的控制”。¹⁴ 在书中的后面部分，他提到查普林斯基案，写道：

在表达—行为理论下，唯一可以被划为行为的表达就是表达者参与了暴力行为。这种情况仅指挑衅的形式是面对面的个人侮辱。此类“挑战性行为”可以等同于碰落肩上的薯条—— 230
这是令双方进入战局的传统象征性行为。简言之，那就是开战的信号。但将煽动性或侮辱性字眼归入“行为”则应限于直接面对的情形。因此，如果这类字眼被用于面向不特定听众的演说，即使说者指向特定的个人、组织或群体，这种交流就仍属于“言论”范围。除非演说者在听众中挑出特定个人，对其进行个人的侮辱或挑衅，否则，就不能算是行为的组成部分。换一种方式说，“挑衅性字眼”学说即是“不利趋向”（因果性的煽动）的测试。¹⁵

在作出足够的区分之后，现在我们可以建立一个相关语言用法的图表或“路线图”：



单纯的表达，即使是全然认知性的语言，也可能导致暴力，如表达奚落或严厉指责的语言。当然，单纯情绪性表达也可能具有挑动性，如在葬礼上大笑。喜欢或不喜欢的表达，往往是赞成或反对的态度有时也会引起——实际上在某些情况下很可能造成——持不同意见者极大的愤怒。这些例子在法律看来都具有“挑动性”或“诱导性”，因为当中的语言表达导致某类听众产生敌意反应是人所共知的趋向。但埃默森所说的关于挑衅性字眼的理论并非仅仅与“煽动性”语言有关，或者仅仅与伴随“不利趋向”的字眼有关。这个理论无法适用于上表中的表达性语言一类。不过，它倒是适用于“口头行动”

231 类语言，即行动力超过表达力的语言。这类语言可以非正式地等同于诸如主持婚礼、赐予教名或宣布战争等法律行为，从而可作为暴力事件的一部分——第一部分。正如按照法律规则的要求，只有适当权限的人在适当的情境下，以适当的方式说出适当的字眼，才能使言论产生预期的效果，从一般人认可的习俗出发，亦要求“挑衅性字眼”应由一定的人群说出（不包括未成年人、醉酒者、无行为能力人等），以一定范围的内容说出（只是说“我不喜欢你”算不上是挑衅性字眼），以一定的态度说出（随便开开善意的玩笑是不算的），并且在一定情境下说出（可不能在教堂里）方可成立。当相关言辞这样“妥妥当

当”地说出，¹⁶定然会在说话者与相对人之间形成某种敌对状态。

毫无疑问，所有这些都包含了某个事实要素。对手们再也找不到决斗法典，也找不到铁手套和薯条的传统——被普遍认可的宣布进入暴力状态的非口头方式。某些口头侮辱在某些族群中被视为恶意挑战，或被视为挑起敌意的“口头行为”。问题是，哪种侮辱才具有这种清晰的、受到普遍认可的象征意义呢？查普林斯基案对我们的研究没有多少指导意义，即使是埃默森那有益的开篇也不会让我们走得更远。

查普林斯基案的第一个缺陷在于，它对“挑衅性字眼”的分类毫无说服力。墨菲大法官的意见里并不包括如何确定挑战性言辞的正式原则，如果说他的论述中包含了不十分明确的原则的话，那就是，某个受到羁押或人身控制的个人愤怒地责骂警察为“法西斯”或“骗子”属于语言上的暴力行为，“这言辞会直接造成伤害或立即打破宁静和平”。查普林斯基的话和所有侮辱性词汇一样存在激起对方怒火的“不利趋向”，但即使是马歇尔本人亦未视之为暴力行为的开始，因为没有记录表明此后存在任何暴力回应。“骗子”和“法西斯主义者”，当用于公共政治人物时，属于标准的政治咒骂，而不具有诸如 232 “王八蛋”、“猪猡”、“老鼠”及“婊子养的”等词汇所包含的一般侮辱性。墨菲关于挑衅性词汇的模糊原则——如果他确实打算建立这样的原则的话——实在太过宽泛了。

而埃默森教授所阐释的有关查普林斯基案原则的第二个缺陷恰与第一个相反，它太狭窄了。它认为挑衅性语言必须符合直接向对方发出“个人侮辱”的要求，这使我们所说的第三类侮辱被排除在外，即其并非意在受侮辱者本人，而是贬损对方珍爱的人或物。事实上，第三类侮辱是挑衅性字眼中最具研究意义的一类。单纯的辱骂并不能直接引发暴力；形式上的指责或象征性的主导地位宣称都不属此类。

口头攻击那些被对方视如珍宝的事物则另有乾坤。无论哪个族群，无论何时何地，攻击对方父亲的人品、母亲的忠实、女儿的贞洁，或对故去亲人祖先的怀念，鄙视其宗教信仰或其教堂的领袖，侮辱其对圣徒的纪念，或侮辱其所在的异教徒团体（尤其是侮辱其对“神圣的”痛苦和磨难的纪念）都被认为是挑衅性语言。即使今时今日，若对黑人说他们最适合奴隶制，解放黑奴是个错误，或对犹太人说希特勒的“最终解决方案”其实本应获得成功，就是通过语言“挑起争斗”。人们往往还借助所使用词汇的“不利趋向”功能自动激起对方的怒火，但那是另一回事。埃默森所理解的真正的挑衅性字眼不仅仅能够激起怒火。即使没能激起怒火，它们也能制造敌意，这往往通过影响对方的自尊，或对方的“荣誉感”——让对方觉得，面对这种侮辱，无论他愿不愿意，生不生气，应战是他必须做的。他坚信，如果不照例作出回应，就是对自己所受侮辱的默认，这对他本人来说是一种耻辱，为了表示无辜，他也必须应战。在他看来，沉默就是对侮辱的认同，而那将有损于他的人品。

233 这些想法使得个人将侮辱皆视为“挑衅性字眼”。这些想法未必合理，甚至根据某些客观标准，它们毫不合理。但它们往往易于理解，在典型情形中，也易于预测。正是因其在某个特定文化群体中具有自然性和可预测性，使得它们成为该群体中用于判断挑衅性字眼的标准。由于这些原因而激发的暴力是另一种回应，毫无相似可言。无论是单纯被激怒而大发脾气（以其“挑衅性”或“诱导性”），还是为免成懦夫而采取的行动（如同在决斗法典下拒绝决斗），都很难说存在单纯的个人侮辱情形。无论如何，如果我们的社群中真的存在挑衅性字眼，那么，其中必然包括对对方珍爱物的侮辱，无论是否直接侮辱对方本人。

对埃默森有关挑衅性字眼论述的另一个修正则是澄清对肩上薯

条（或将铁手套掷在地上）的有趣类比。无论将薯条放在肩上再打落的行为最初表示何意，现在，“肩上有根薯条”已经成为固定习语，包含了极度贬损的意味。人们觉得一个肩膀上有薯条的人（喻义）要么好勇斗狠，要么过于敏感不安，甚至沉郁、易怒、暴躁。总之，不是褒义的法。有时，我们说某人肩膀上有根薯条却并非一般意义上的用法，而是特别关乎这样或那样的敏感主题——针对财产税务、财产诈骗或其在“越战”中的遭遇。也许我们每个人肩膀上都有一根这样或那样的薯条碰不得，别人得小心为上，虽然具体为何并不清楚，但肯定是某种不好的情况。尊重对某些事物的敏锐情感正是因为其不可避免。要不被当今的普通语言误导，理解这一点很重要，即假定肩膀上有根薯条的那一方从一开始就享有默认的权利。

问题出现了：如果我们以薯条为喻来阐释“挑衅性字眼”理论，那么“放上”或“拿下”薯条的动作是否即为行动的开始？此二者肯定皆与当今习语中所谓肩膀上有根薯条（特定事物）相互区别。肩膀上有根薯条的人并非有意将薯条放上，向不特定人或任何特定人发出挑衅。他在那一点上较他人更易受到攻击，这甚至可以在其受到指控时作为受到煽动或诱导的辩护事由。显然，那并非我们所寻求的“行动的起点”。相较而言，故意把薯条放上去的人就像中世纪那扔掉铁手套的骑士一样，就是在提出挑战。我们可以认为使用挑衅性字眼的人是以口头方式提出挑战，他所说的话如同提出挑战的行为具有同样的效果。让他人参加某个共同行动当然是共同行动的开始，但这是另一回事，除非特定情形下对方除了加入别无选择。出于决斗的名誉性，接受挑战其实是别无选择的选择，因为如果不接受挑战，就会在他人面前名誉扫地。（参见第一卷第六章第一部分）现在，这种影响仅存在于某些西方亚文化中，立法者和法官，作为法律的创制者，总是尽力将这一影响降到最低。禁止对侮辱还以暴力的立法正是为了给

受侮辱者一个不使用暴力的“选择”。并非基于挑战而令某些侮辱成为挑衅性字眼，当今时代，暴力挑衅本身并不必定引发暴力行为。因此，放上薯条并不会成为暴力事件的起点。

用薯条喻义解释“挑衅性字眼”的最好方式是埃默森所采用的方法。作为争执起点的口头表达正如打落薯条的动作。不过，将挑衅性字眼视为对挑战的接受容易令人误解，因为它们的本意是提出挑战。要让薯条喻义发挥作用，我们就必须干脆忘记挑战（当然，铁手套喻义亦是如此）。以挑衅性言辞打落并非出于挑战的目的而放上的薯条，对于某个族群的一般成员来说，这种明白无误的感觉是人所共知的。受侮辱一方是指发现自己肩上有一根薯条的人，就好像他发现自己后背长了一个毒瘤；无论好坏，那都是他身体的一部分。“薯条”并非对他人发出的任何挑战，他本人倒是希望这个无可逃避的弱点永远不会被别人触碰。当然，他并非向全世界宣布，谁要是想挑战，只需就此弱点侮辱他就行，那他除了应战别无选择。即使真的希望别人注意这根薯条，那也只是某种警告。

存在于某个族群的挑衅性字眼都是具有行动力的言辞，如宣战一般，必然会在双方之间造成暴力性的敌意状态。遭受这些言辞的人，如果对该类言辞有着同样的理解，必定认为对方早已预计到他的暴力
235 回应且已做好暴力准备，甚至就是出于暴力目的。这些话如同决斗的第一拳或第一次推搡。若如此，则它们当然应当成为国家法律禁止的对象，因为它们并非观点、信条、情绪或态度的表达，作为口头行动，它们受到禁止并未干涉任何表达自由。此外，作为暴力行为——个人之间的宣战——对它们的禁止能够符合合理公共政策的立场，至少，挑起的争斗可能成为公共滋扰。

不过，禁止挑衅性言辞并非允许对其作出毫无控制的暴力回应（参见第九章第七部分）。法律禁止所有暴力行为，无论是言辞上的还

是物理作用上的，除非出于自我防卫（或为他人或财产进行防卫等）。受到挑衅性言辞攻击的一方，就像听到宣战一样，对手已在面前，如果退无可退或情形十分危急，当然就可以采取防卫行动，但这并不意味着允许他采取非为自卫所必需的还击，即使保护“名誉”似乎也很有必要。立法者可以通过立法允许其进行超出自卫原则的暴力还击，但对挑衅性言辞的禁止逻辑上并不意味着对暴力回击的允许。无论如何，法律限制受侮辱者的暴力选择正是为了削弱有关“个人战争”的社会—语言联系。如果法律要求被侮辱者必须转身离去（如果可以安全做到的话），或者在原地紧握拳头，随时准备挥拳过去，就会削弱言辞本身的作用力。在守法社群中，暴力并非对“挑衅性言辞”的必然回应，从而并非可预测的回应形式。若这样的时代果真到来，这些言辞将因其作用力消失而过时；挑衅性言辞亦将不复存在。但说我们已经进入那样的时代是没有说服力的，只要在特定人群中存在被视为“神圣”的事物，只要人们有理由无法忍受奚落和嘲弄，那样的时代就远未到来。

在作结论之前，还应指出查普林斯基案的挑衅性言辞理论中的另一个缺陷。我们应区分侮辱的目标物，个人、群体或信仰，与侮辱的对象，侮辱言辞所针对的特定人。查普林斯基案认为，侮辱要被认定为挑衅性字眼，必须以特定人作为言辞对象，侮辱的就是这个人，而非其他第三方，或非人的事物。我们已经批评了这种要求，即侮辱的目标物必须和侮辱的对象合而为一。对于侮辱对象为特定人的要求我们必须有所保留。我已经论证了挑衅性言辞最重要的类别就是以第三方为侮辱目标的侮辱形式，其侮辱的目标不同于，或者大于仅仅以对方个人作为侮辱目标的侮辱言辞。作为挑衅性言辞的目标物，最具说服力的是群体（如家庭、民族、宗教团体）和机构（如教堂、宗教机构）。在大型犹太人聚居区手举纳粹标语，身着纳粹军服，佩戴卐字袖

章举行游行是对整个民族（及其不愿启齿的痛苦折磨）的侮辱，同时也对所有在场的犹太人构成第三类侮辱。同理也适用于在波士顿爱尔兰人区举行反天主教北爱尔兰的游行，或是在哈林区举行三 K 党游行。其中所包含的侮辱并非针对某个特定的犹太人，而是针对所有在场的犹太人。有人可能认为，从社会角度而言，针对群体的侮辱更具挑衅性，从而较针对特定个人的侮辱言辞更应予以禁止。如果这些言辞或符号满足挑衅性字眼的全部要求，除了偶然的、衍生意义上的情形，并非有关政见或立场的严肃表达，那么它们是针对群体还是针对个人其实无关紧要。

四、淫秽文字对咒骂的有限效用

要体现淫秽词汇的冒犯性，以及因违反禁忌而产生的震惊力，将其置于各类咒骂中是最为普遍的用法。事实上，它们特别适合发挥这项功能，以致对于咒骂的部分目的来说，它们甚至是必不可少的。当然，对于其他部分目的而言，它们也有所帮助但并非必要，而对于另一些目的，在咒骂中出现淫秽字眼可能会妨碍这些目的的实现。

必须使用淫秽字眼的咒骂具有特别的敌意特征。淫秽字眼（冒犯字眼）咒骂中的针刺，使愤怒近乎威胁。它们明确无误地表现出说话者的严重挑衅倾向。严重的侮辱中必须显示深切的敌意，当中需要至少有那么一两个禁忌字眼。在表达不敬的习惯用法中，它们主要用来表示对他人深爱之物的鄙视。至于以形象的语言描述特定的性姿势则被认为是最能表达从属低下的蔑视符号，这类语言尤其在表达象征性主导地位时作用显著。

要表达最大的敌意，传统淫秽语绝对必要。诸如露骨仇恨或极端蔑视等“毫无节制的情绪”无法通过谨慎守礼的语言表达出来。只有

令人极端震惊的字眼才能完成这个任务。这些字眼不可避免地成为表达“毫无节制的情绪”形式上的标准用语：这同时也降低了它们的恶毒攻击力。禁忌可以减缓这一降低的进程，使淫秽语仍处于普通用语之外，但这些语言要想具备更强的表达力、更接近“毫无节制”的程度，仍存在持续的压力。从这一点看来，淫秽语与我们通常表达情绪高涨的语言具有同样的变化趋势。“最佳”变成“最最佳”，“很好”变成“超好”，“巨大”则变成“超级大”，等等。不以其实质内容，而以其发音造成震惊的淫秽语数量有限，彼此之间的关联性亦有限。因此，严重的侮辱不仅需要这些词汇加强语气，还需要对品味及道德禁忌的恶意违反，以及将表达嫌恶的字眼的冒犯性最大化。

对于正面的热情——我们为这种精神状态发明了诸如“很棒”、“了不起”等——以及诸如爱或愉悦等正面情感来说，淫秽粗鄙语起不到任何强化或放大作用。淫秽语的使用会为表达注入敌意、不尊重社会规范或谈吐失当的意味，从而抑制了上述正面情感的表达。但对于负面情感而言，单是对禁忌的违反就能够强化表达。说话者宁愿采用这些令人震惊的字眼足以说明其精神状态。

要达到表达目的，至少有三类咒骂不应使用淫秽语。诽谤中伤若不使用淫秽语反倒更易达到目的。如果目的在于毁坏对方的名誉，不使用淫秽语可以使语言显得更加客观且非出于个人目的。同样，诋毁也应当以更加严肃、中立的语气说出。最后，淫秽语会减轻恶意欢笑语气，从而削弱建立在贬损基础上的嘲弄意味。当然，若目的仅在侮辱，则淫秽语一定有益无损。

五、淫秽文字的衍生用法（五）：淫秽幽默和“黄色笑话”

传统淫秽词汇的最后一种“衍生用法”出现在“黄色笑话”或

“脏笑话”中。令我们发笑的总是偏重在性和排泄物方面，若我们意识到最严重的禁忌及道德规范正落在此领域内，这个事实就不足为奇了。关于禁忌主题的笑话就像民间歌曲和其他民间艺术一样，通过口头传递的方式一代代保留下来，最初的作者早已不知其名。这些民间故事往往但并不必定包含传统淫秽字眼。一些有伤风化的故事即使用最冷静的语言讲述也令人忍俊不禁，就算有必要使用淫秽字眼，这些故事的趣味性却主要源于本身的意思，即指向性或者排泄行为本身。本节我们首先讨论性及其他禁忌事物何以具有趣味性，以及淫秽字眼如何产生淫秽幽默的问题。

由于淫秽字眼的主要功能是冒犯，且其衍生功能之一是强化侮辱，可能有人会觉得淫秽字眼在黄色笑话中的作用也是表达敌意和挑衅。笑话要让人笑，总要有个取笑的靶子，即我们取笑的那个人¹⁷。理论分析的危险在于可能会搞错淫秽字眼发挥实质功能的特定情形。并非所有的笑声都是针对个人的，对黄色笑话发出的笑声并不一定表达尖刻的敌意。黄色笑话没有理由不能同时成为某种武器——讥讽的、咬啮的、刻薄的、刺人的武器；但更多的时候，伤及风化的幽默仅仅为了好笑，是对不洁、不协调或小诙谐自发产生的愉悦反应。

黄色故事的用处甚至不仅是为了让人发笑，从弗洛伊德开始，一些学者赋予其更多意义，试图说明黄色故事的本质。弗洛伊德注意到黄色笑话往往被用于“口头诱惑”。在他的时代，如果一个男人对一个女人讲了一个黄色笑话，那么那位女士“可以选择拒绝（不笑，或者‘表示不理解’）这一口头邀约”。如果她咯咯笑了，或者会心一笑，那么这个反应就会被认为是愿做进一步发展的鼓励。如果黄色笑话描绘性器官或使用大量的禁忌词汇，就可能被认为是某种“口头强奸”。当然不排除一些粗俗的男子通过讲下流笑话达到上述实质目的，但鉴于笑话总是这样在男男女女中口口相传，而读者看到书上的一则

笑话脱口而笑时往往并不会会有勃起反应，这些事实表明，性幽默的功能特征中并不包含引诱或挑衅。

对下流故事而言，比性欲或愤怒更具解释力的情绪是焦虑。我们当中的很多人在很大程度上，或者说我们当中的绝大多数人都在某种程度上因我们文化中的禁忌行为而感受到某种威胁，并形成焦虑，这些行为关乎身体功能，包括乱伦、同性恋等，往往令我们内心的焦虑浮出水面。一些人将这种焦虑藏在心底，一些人将这种焦虑转为笑声，还有一些人则通过讲黄色笑话释放这种焦虑。在此，黄色笑话成为人们自我保护的工具。如彼得·法伯指出的，人们通过讲述符合本人焦虑心境的黄色笑话，将自己的焦虑传递给听者。“如果听者并不存在〔此种〕焦虑，那么，这样的笑话只能令其尴尬。”¹⁸ 根据法伯的观点，这样的听者可能会觉得说话者“有病”而笑不出来，并就笑话所反映的焦虑作出评价。¹⁹ 当然，笑声可以缓解紧张，释放压力，但这些不是全部，因为它忽视了一个事实，即笑话要达到这些目的，首先必须好笑才行，这才是它的本质特征。

马克斯·伊斯特曼（Max Eastman）指出，令我们发笑的事物可分为两个基本类型。他所谓的“滑稽可笑”是一种感性幽默，是因为那些事物“看上去很好笑”，小丑的面部表情、卓别林的走路姿势、空间中的不协调排列等，就像阿贝·马丁（Abe Martin）所评论的那样，“没有什么比满床的胡须更好笑的场景了”。²⁰ 伊斯特曼提醒到，最早对滑稽景象发出的笑声就是婴儿对大人扮鬼脸所作出的反应。第二类好笑的事物则是以令人惊讶的方式进行嘲讽，即某种恶作剧。这同样源自婴儿的经验，大人一手给他一个玩具，却在最后一秒用另一只手将玩具藏起，婴儿的情绪若正好，就会发出笑声。伊斯特曼认为，逗笑婴儿的这两种方式，正是对喜剧所做的最著名的两个哲学定义。²⁴⁰ 对鬼脸发笑符合亚里士多德对喜剧的定义，即“既不令人痛苦，亦不

令人沮丧的缺陷或丑陋”。而逗弄或恶作剧式的玩笑则符合康德对笑声的解释，即“紧张的期待突然化为乌有”。后一种幽默往往是交替出现的惊讶效果，不仅是一种好玩的恶作剧，还蕴含着后一种结果其实比本来期待的结果更为人接受，因此，这种玩笑“戏耍了我们的头脑——就期待而言有些失望，但却传递出隐藏的愉悦之情”。²¹

“黄色笑话”，与所有其他类型的搞笑故事一样，可以采用滑稽可笑的形象制造亚里士多德式的效果。（想想一个大腹便便的军官被怒火中烧的妓女关在酒店房间门外，身上除了一条毛巾别无遮羞之物。）但若把这个笑话作为故事，通过讲述的顺序制造戏剧高潮，则又符合康德的模式。期待不断堆积，但突然间在恶作剧中陷入失望，然后以某种手法，为失望提供一个替代结果作为奖赏。当然，这个过程并非既定程式的机械展开。要想得到令人猛然发笑的效果，必须有纯熟的技巧和高超的才智。（根据《韦氏字典》第三版所说，“尤其在制造滑稽效果上，措辞得当、洞察敏锐”。）²² 对于被捉弄的那个“被害人”而言，技巧和才智会令他们获得更多一层愉悦的体验。

很多探讨幽默的学者都抓住康德的观点，即笑话引人发笑就在于耍弄了说者或听者的期待，使之从某种“紧张”中解脱出来。笑声本身可以暗喻为“引爆”，因为绷紧的弦被松开，紧张亦得以“释放”。关于引爆机制及放松本质的作用，有着众多理论学说，但这些理论似乎只能适用于部分而非所有主要类型的幽默。²³ 无论笑声的“机制”为何，这种现象本身至少具有独立于其他心理状态或心理系统的不同特征。笑话所释放的“紧张”或许包含了造成发笑者长期心理负担的某种焦虑——与笑话主题相关的焦虑，或者与他对说话者心存的疑虑有关。（他在笑话我吗？或者是在引诱我吗？他是要令他自己、我或是其他人尴尬吗？）但如果对方觉得这故事只是好笑，且只作好笑的反应，那么就会产生并释放其本身所包含的“紧张”，而不仅仅是激

发听众原有的紧张。笑声，据阿瑟·凯斯特勒（Arthur Koestler）所说，是“为达到某种实质目的的活动……是与生存斗争无关的享受反射，是某种生理上的享受……”²⁴当然，在特定情形中，笑声可能具有某种生理或心理功能。它可以缓解好斗心和焦虑感，放松紧张的肌肉系统。可是，喜剧要想做到这些首先得让我们发笑才行，愉悦是对好笑事物的反应。反之，如果我们的心情不好，好笑的事物看起来也会变得丑陋且令人不快。而当我们心情愉悦、享受时光的时候，无害的丑陋景象不仅不会刺伤我们的眼睛，反而会令我们开心；荒诞不经的故事不仅不会冒犯我们，反而给我们带来欢笑；恶作剧不仅不会触怒“被害人”，反而能取悦他们。

黄色笑话并非 D. H. 帕克（D. H. Parker）²⁵ 对喜剧故事的一般总结的例外：喜剧往往包含某种标准（原则、规则或规范），某个对象，或某种行为，但又很难以客观标准衡量。某些情形中，我们采用标准的观点，因滑稽的人或物“笑倒”，例如，我们会觉得夸夸其谈自毁形象的做法很好笑。在另一些情形中，我们会反过来嘲笑那个标准，如看到一个婴儿对大人扮鬼脸我们会觉得很好笑，或者我们会觉得下流故事好笑，因其违反性传统规则而令我们愉悦。我认为，帕克的错误在于，他认为所有的笑声都是对这样或那样的事物发笑。人的思维可以从单纯的不协调（不一致、不相符、不成比例）中获得丰富的喜剧感受，并非必定存在某个标准或某个被耍弄的对象。帕克所说的定论往往特别出现在淫秽故事中，因此帕克所作的区分对于将黄色故事依其产生的反应加以分类还是有用的。

有些黄色故事其实是语言上的想入非非或戏耍。这些故事在讲述者和听者间形成心照不宣的诙谐效果。为了享受这些故事的乐趣，听者对于故事所违反的道德规范及道德标准必须采取较低的立场。根据帕克所说，就是和说者立场近似，可以接受对规范的轻微嘲弄。不

过，其精神实质并非恶意嘲弄，发出咯咯一笑而非恨恨作声。这样的喜剧就是逗乐。

242 在很多黄色笑话中，对性道德规范的戏耍既表现在故事内容上，也表现在讲出这故事本身，而另一些黄色笑话（尤其是通过隐喻来达到喜剧效果的那种）的全部可笑之处就在于讲述方式。淫秽双关语就是后一类型的典型例子。尽管语气轻松，淫秽双关语在卫道者看来仍然是颠覆性的。法伯告诉我们，“这是因为双关语很巧妙地攻击了禁忌字眼的神秘性，同时又尽力表现得很无辜”。²⁶ 我们的愉悦反应就像学校的淘气鬼，给老师贴了一封稍稍违禁却又巧妙地掩盖其真正动机的信一样。其中的乐趣在于老师的反应，如果她有类似的幽默感，又有欣赏的智慧，那么她很可能会会心一笑。同样，“说‘她只是个渔夫的女儿，但当她看到我的钓竿缠着她的线’，其实是通过双关禁忌语偷偷地骂人”。²⁷ 这些话看上去模棱两可，听者可能会因为接收到不同的信息而作出不同的反应。如果有人笑了，那么他“肯定是在相关语境中乐于看到禁忌被打破”。²⁸

双关语被认为是一种较低级别的幽默形式，因为并不需要有多大的语言智慧，其中的技巧往往一望而穿。另一方面，同样是借禁忌词汇或性规范开玩笑，虽然看上去没那么无辜，黄色打油诗则是恶作剧般的才智展示，需要韵律、节奏和丰富的想象。其中的花招很聪明，起先把我们引向一边，最后才亮出陷阱，足令任何风趣的人发笑。即使是淫秽恶作剧，如果有足够的想象力，也能够戏耍我们的头脑。据说，七十年前，当米开朗琪罗创作的马库斯·奥莱利乌斯（Marcus Aurelius）雕像的原尺寸复制品在布朗大学揭幕时，学校举行了一个正式的仪式，邀请了乐队和诸多名流，仪式上，雕像中马的阴茎突然喷出水柱射向人群。原来，一群恶作剧的大学生前一天晚上在马的阴茎上钻了一个孔，将中空的马身注满了水，并在钻孔处设置了一个阀

门，然后用线将阀门和幕布连在一起。结果一拉幕布，这马即时春光乍泄。据说，那水足足喷了两天。如果恶作剧者将孔钻在别的部位，肯定不会像这样引人发笑。正是因为选择了马的阴茎（一个“禁忌器官”），才使得这个恶作剧如此有趣。如果不是它在其中发挥核心作用，这个恶作剧将毫无重点，亦无甚趣味。²⁹

黄色笑话的第二类是准淫秽幽默和下流故事，它们往往令好色之徒窃笑或傻笑。当然，任何一种黄色笑话都会引起如此反应。其中，243某些笑话意在引起如是反应，某些笑话则特别适于作出如是反应。对于所涉及的禁忌，讲笑话的人总是摆出满脸严肃的样子，并希望听者也是如此，然后，他再偷偷地违反这个禁忌。产生的反应是下意识的，同时又掺杂了些羞愧——于是就报以窃笑和傻笑。这种乐趣被认为是某种思想不洁（见第十五章第二部分）。故事的性欲内容往往令人兴奋，但这种反应往往令听者举棋不定。他一方面被激起性欲，同时又自感羞愧难当。在帕克看来，听者嘲笑的是性规范，但笑得并不轻松，他的笑声亦令他感到惶恐，为了镇定下来，他会立即自我克服这惶恐。实际上，他随即换个角度，将自己的笑声指向该违犯对象的缺陷上。这样做是因为他仍尊重那规范，以致他无法在头脑清醒的情况下笑得太久。因此，这笑声是偷偷地、带着羞愧发出的，或者是故作正经、虚情假意地发出的，是一桩不想引起注意的高兴事。³⁰

黄色故事的第三类（或者说是对于任何黄色故事的反应）是粗俗的幽默，这种泥腿子式的笑话倒是能够引起发自内心的放声大笑。伊斯特曼将笑声区分为“维多利亚式的窃窃淫笑和伊丽莎白式的放声淫笑”，以及“现代温室的窃笑和古代野外的大笑”。³¹ 后者是那些不受任何禁忌规范约束的人的幽默，对于这些人来说，其语言表达和性行为中本来就没有这样的规范约束。他们发笑并非为了释放源于该笑话之外的某种“紧张”；亦非为表示嘲讽或展示焦虑。其中的乐趣

正如其他笑话一样——激起性欲的景象和诙谐的花招即时令风趣者发笑。至于这笑话刚好和性及其他“身体功能”相关也没什么好解释的，因为这些本来就处于人类经验的中心领域，当然会时时涌上心头。

伊斯特曼反对弗洛伊德的观点，因为（按他所说）“他把这种幽默说得鬼鬼祟祟，好像充满罪恶”。³² 弗洛伊德的观点其实是另一种理论，他将幽默的某个子集视为幽默的全部。某些笑话的确可以促动我们的心弦而令我们释放紧张，但同样的笑话也能以寻常笑话引人发笑的机能，逗乐心中早已无此紧张感的人。伊斯特曼用下面这个笑话说明了这一点：

有个妇女带着九个孩子乘火车。检票员来检票时，她说道，“这三个孩子十三了，所以买了全票，但另外那三个只有六岁，还有三个今年才四岁半”。检票员惊讶地看着她。

“你是说每次都生三个孩子吗？”他问道。

“哦，不”，她说，“有时候我们一个都生不出来”。³³

这个笑话完全可以说明帕克所解释的这个类别。它让我们对这妇女发出善意的笑，她不经意间说出了自己对性的观点，并形成行为与解释之间的悬殊状态。如果我们注意到了这一不协调之处，那么，即使我们没有注意到这则笑话所冒犯的事物或标准，也会认为这个故事好笑。比较自我压抑的人可能会通过自身的焦虑或尴尬体会到其中的幽默之处。通过火车上的这个笑话，伊斯特曼将“维多利亚式的笑声”和“伊丽莎白式的笑声”区分开来：

你的头脑中是否一开始就闪现出“每次”正是逗乐的关键要素，对性行为的不当联想就掩藏在这个要素下，并使谈话变得

彬彬有礼？你的言谈是否礼貌且习惯于压抑这种联想？但这些是否并不妨碍你体味出这笑话中的诙谐之处？如果你习惯于此，那么你肯定会窃窃淫笑而乐在其中，如果不是，你也会把它当做一個普通的笑话发出善意一笑。³⁴

“窃窃淫笑”是逗乐掺杂一丝尴尬的混合物，部分原因在于你暗自感受到这笑话不光是在说那位妇女，在某种程度上说的就是你。不仅有负疚感，还有羞愧和尴尬，诸多感受混杂在愉悦感中，结果就是窃笑，而非大笑。不过，伊斯特曼的主要观点就是，黄色笑话和其他笑话一样，也可以引起善意的笑。

六、淫秽文字对淫秽幽默的有限作用

某些带有性主题的喜剧故事可以用一尘不染的语言说出来，但由于它们的内容及其与禁忌事物的不当关联，仍然属于“黄色故事”。这些故事之所以“淫秽”，既非因其关联形式，亦非因其所用字眼，而是因其所述内容。如果我们用脏字取而代之，讲述同一故事，可能会产生些许伊斯特曼所说的那种典型的粗俗幽默所产生的“坦率表述的愉悦”效果³⁵。但这类故事的笑点并不依赖于所使用的语言，即使去掉这些粗俗幽默，同样会引人发笑。另一些故事，如伊斯特曼提到的那个火车上的故事，代之以脏字讲述恐会将其中的喜剧效果破坏殆尽。

因此，淫秽语言并非是所有淫秽幽默的必要元素，甚至在某些情况下是不相容的。但还是有不少淫秽笑话必须用到脏字。至少从某种程度上说，不是它们所指之物，而是这些脏字本身对故事的笑点起到作用，如果代之以中性词汇，就无法达到效果。脏字所指向的事物或

行为往往受到禁忌，即使如此，是我们态度中的情绪性含义，而非情绪性作用令我们感受到幽默。在另外一些情形中，脏字并无指向，包括粗鄙的指向，而仅为表达强烈的情感，增加色彩，达到非淫秽词汇所无法达到的侮辱效果。

淫秽词汇对淫秽故事的作用可能只是辅助性的，它可以令一个已经挺好笑的故事更加好笑，或者更加充实，或者令一个本来不太好笑的故事变得好笑。第一类故事的主要笑点在于故事中的事件和形象（和用洁净语言表述是一样的）。淫秽语言所起的作用就是聚焦及强调，表达说话者对其所述事件的（事不关己的）立场。它们为故事加入辣椒及味素，放大了喜剧效果，尽管事件本身就是喜剧。在叙事中表现出适当的强调具有无可争议的策略性意义。如伯吉斯·约翰逊所说，幽默家“总是知道应当在何处强调，以及强调多少为宜”。³⁶ 为了取得适当的喜剧效果，必须控制好听者的期待，把握好听者的紧张度，并适时给他下套。如果在关键点强调不够，或者在不恰当的地方胡乱强调，故事就会失败。“令人倒胃口的夸大和让人腻烦的虚词”是最失败的，³⁷ 如约翰逊所说，其实这就是缺乏幽默感：

小男孩、推销员以及很多人都不明白这个道理。他们往往在故事的高潮处加入老式的诅咒字眼和那个脏字，以为这样就能让人发笑。而下一次，他们会加入更多的诅咒词汇和更多的脏字，希望听者笑得更响。我知道他们的全部目的就在于加入禁忌词汇，并指望看到听者鼓掌。³⁸

246

约翰逊的观点很容易理解。事实上，有些下流故事需要微妙地挑动听者的期待，哪怕插进一个淫秽字眼都会令喜剧效果毁于一旦。但还是有很多黄色故事，若在关键点上缺少淫秽字眼，其喜剧效果就会

大打折扣。有些故事本来与性或排泄无关，之所以“脏”就是因为用脏字加以强调，另一些故事“脏”则是因为它们的内容，但脏字也一同增加了幽默效果。现在该给些示例了（每类一个）。

一天，家住克利夫兰的约翰·史密斯突然听到耳边响起一个声音。“去拉斯维加斯，去拉斯维加斯”，一直不停地这么说。六个月过去了，这声音一直不断，最后，史密斯作出英明决断，坐飞机去了拉斯维加斯并入住一家酒店。这时，那个声音又响了起来，“去赌场”，它说。史密斯不喜欢赌博，但经过两天不间断地听到这样的指示，他还是去了。“去幸运轮那里”，那声音说道，口气不容置疑。“押一百块在红色上。”史密斯只好照做，结果小球就停在红色格内。“把手头的钱全部押黑色”，那声音非常冷静地说。史密斯再次照做，结果又赢了。现在那声音变得深沉阴森，甚至带着极度自信的神秘感。它不断地在史密斯耳边发出巨大的回响，以致史密斯很惊讶为什么别人听不见。“现在，把所有的钱再押红色”，它命令道。史密斯不再犹豫，结果又赢了。随着时间的推移，周围慢慢聚集起人群，连赌场的老板也紧张地站在桌边，生怕他再赢一次自己就会破产。史密斯这时想拿钱走人，但那声音再次响起，口气简直像上帝：“全押红色。”轮盘不停地旋转，一圈又一圈，小球最后停在了……黑色。这时，那声音说道，“哦，去他妈的”。

如果最后那声音说的是“哎呀”，虽然还是会有些逗乐，却很难令读者爆笑。即使是神也可能说出“哎呀”，但“哦，去他妈的”却是人极度失望时说的话。这句话让我们立刻明白，史密斯可不是给什么神啊，或是什么灵异现象给害了，害他的是他自己。

第二个例子是指脏字有助于故事的喜剧效果但并非必要元素。这故事本来就有点儿脏（本来就挺好笑），但淫秽字眼增添了它的喜剧性。

247

一个上门推销员在芝加哥换乘火车时，在车站看到一个女孩，就对她说，“嗨，我半个小时之后要赶另一趟火车，没他妈多余的闲工夫，你想不想搞一下？”那女孩回答道，“嗯，通常来说我可不是那种人——不过你还真说动我了。”³⁹

如果用“没有时间可以浪费”代替“没他妈多余的闲工夫”，用“上床”代替“搞”，还是挺好笑，但那女孩恐怕就不会像淫秽版本里那样，以诱惑的态度回应推销员的邀约了。并且，这种动机和理性化的不协调，以及因此造成行为和修饰之间的不协调会变得模糊，喜剧效果当然会打折扣。

还有一些例子表明，如果没有淫秽字眼，故事的喜剧效果就会消失。故事的全部效果就在于使用了淫秽字眼。某些情形中，故事因其内容和主题，不管怎样都可成为黄色故事，但如果缺少淫秽字眼，就一点儿都不好笑。这类笑话绝大多数并非与性行为规范有关，而与语言规范有关。如我们所见，淫秽双关语不仅玩弄这些规范，如果技巧灵活、足够诙谐，就能起到挠听者脚底的效果。还有一些故事比双关语更复杂，但亦遵循类似的原则，并达到类似的效果。

一个不经世事的记者因为写出过分夸大的标题而被编辑责骂。第二天，他得知有人从精神病院脱逃，这个杀人狂跑到临近的镇子四处恐吓并强奸了一名妇女。记者非常详细地记录了所有的细节，并兴味十足地开始撰写报道……然后交付印刷，标题

是：傻子惊逃，四处乱搞。⁴⁰

这里的淫秽词当然指向性行为。含糊不清的诙谐即刻产生喜剧效果，最后的结词很好地起到强调作用，完全是因为对文字禁忌的违反才使得这故事好笑。⁴¹按这故事所说，那记者并未违反任何其他禁忌。

第二个例子如下：

第一次世界大战胜利之后，英国部队在伦敦一个广场集合，为颁发代表乔治国王的荣誉勋章举行盛大仪式。一切都进行得十分顺利，直到皇室全家给最后一位英雄，第二十步兵团的格林斯比下士颁发勋章。

国王仍如之前程序中那样，以疲态毕现的语气说道，“在敌人的猛烈炮火之下，他……”

“妈的”，格林斯比小声说道。

“他不顾个人安危……”

248

“妈的”，格林斯比又说道，声音响了些。

“安静”，国王说道，“记住，皇后在这儿呢”。

“奋勇抗敌，听从职责的召唤……”

“妈的”，格林斯比说得更响了，这会儿其他人也能听得到。

“看在上帝的份儿上，你这家伙”，那臭名昭著的独裁者喊道，“我警告你说话小心点儿，皇后在这儿呢，她也能听得见！别令皇后尴尬！”

就在这时，玛丽皇后走上前来嚷道，“操他妈的，乔治，要是他不想要这该死的勋章，就不要颁给他！”

这个故事里有好几层幽默之处。伊斯特曼所说的两种基本幽默这里都有所表现，两种幽默都依赖于一个淫秽字眼。想到一个军人在独裁者面前说“妈的”，我们就会咯咯一笑。一个笔直立正的军官和一个一脸错愕的国王，这是多么具有喜感的卡通画。惊讶感控制着我们放下戒备（如果讲故事的人技巧够好的话），直至最后发出爆笑释放之前的紧张。通过嘲弄皇后的权威，我们在她身上找到了乐子。此外，一个高贵庄重的典范却不顾基本的语言文明，如此令人窒息的反差令我们发笑。即使我们的笑声并非嘲弄规范或其违反者，我们也可以因这种反差发笑。想想看，如果用“别和他说了，陛下”取代“操他妈的，乔治”，没有这淫秽字眼滑稽地联系上如此人物，那这故事就毫无可笑之处了。

一、语境与悖论

我在前文的讨论中提出了一个接近真理的实用性主张，即淫秽字眼的主要功能是冒犯，在此基础功能上，淫秽字眼还有其他衍生功能。这个断言倒也不是完全正确。越抽象的真理就越复杂，甚至近乎悖论。准确的说法应该是，淫秽字眼的主要功能或即时作用就是明显地违反禁忌，正因其具有这一功能，淫秽语不可避免地会即时影响听者的感受，这种影响我们可以简捷地、但多少有些误导性地称之为“冒犯”。一般说来，毫无思想准备的人会感到不快。他会感到震惊、戒备、焦虑、不安、恼怒、生气或厌恶；他们至少会警觉、坐立不安，并“竖起耳朵”。淫秽字眼产生如是效果有时部分源于其所指事物（独立的情绪性含义），即使用非淫秽语言描述该类事物亦会产生类似效果。当然，淫秽语即使并无指向亦有如此功能，这完全是因为它说出了特定的声音或写出了特定的符号，从而违反了禁忌。借助发出特定声音 250 蔑视禁忌来强调自己及自己的言行，表达对规范、听者或相关主题的

不敬，等等。这反过来使我们借助其他的语境特征，达到深度表达、抵御鼓动、排除痛楚、战胜恐惧、否定虔诚的权威、戏谑、加强侮辱、挑衅、激怒，甚至，如我们所见，诱惑、逗乐、点爆恶作剧和粗鄙故事等“衍生目的”。

即使是对淫秽语如此详尽的阐述，也须认真加以限定，并注意悖论的存在。首先是限定问题。淫秽字眼的首要基础功能就是违反规范，但其所违反的规范并非绝对的禁止规范，而依赖于特定语境。在宗教气息更浓厚的时代和地区，说出不可言说的上帝或其他渎神语从来都是一桩可怕的罪行。¹而关于性或排泄行为的语言禁忌一般说来就没那么严重。人人都知道它们的指向和作用。在情绪高涨的时候，人人都会在亲密朋友间用上这些词。在某些语境中，人人都知道，说出这些词是允许的，在另一些语境中，它们不仅符合要求，甚至符合礼节。在军队的营房里，这些词肯定不会冒犯任何人，同时，人人都知道若是其他公共场合或正式场合，就不可能如此安全地说出这些字眼。这些词所具有的一般震惊作用使其能够发挥其他一些衍生功能，即使面对那些不会对它们大惊小怪的人时也是如此。就算是马夫或者士兵，若是听到自己的母亲或国家元首在电视讲话中说出这些字眼也一样会感到震惊。语言规范是结构复杂的礼仪规范的组成部分，礼仪规范包括什么可以说或做，由谁说或做，对谁说或做，在何种情况下说或做。正式的舞会上不能穿睡袍，反正就是不能这么做；同样，建筑工人不能在工地上穿着燕尾服，反正也是“不能这么做”。

“悖论”则源自我们对淫秽词汇主要及即时功能在于违反一般禁忌的断言。从功利主义角度来说，首先得存在禁忌，然后违反它们，方可以此达到“衍生”目的。吊诡的是，如果我们都这样理解，亦即无人会将其视为有理有据的独立规范而认真对待，这样一来，淫秽语的“魔力”就消失了，无法达到其他衍生目的。在这种情况下，某种

道德情境或“善意的谎言”要保持它们的作用，付出的代价似乎比获得的好处更大（参见第四部分）。

不过，好处还是很显著的。或许最大的好处就是，淫秽语使我们能够以独一无二的方式对权威性的虔诚信条表达个人不满。如我们所见，淫秽语首先是不尊、不敬、不恭的语言。有时我们用它是为了向特定人传递不敬的态度，或表达不一致的立场。有些人一贯用它是为了反对为一般大众虔诚遵守的规范，为了表达某种人生态度，为了传达愤世嫉俗的思想。这些人想要我们知道，他们并非不敬“牛屎”，他们看穿了矫揉造作和伪善矫饰。让虚伪的骑墙者面对硬碰硬的道理；他们想要我们知道，他们随时准备说出事物的“本来面目”，因为他们是强硬者，是正派人，不是巧言令色的伪君子。他们用淫秽语添油加醋表示他们的粗鄙，但更重要的是，他们说，即使如此，那也不过是他们所鄙视的传统所认定的粗鄙。

二、区分再区分：委婉语－粗鄙语对赞赏语－反感语

不过，没有人会嘲弄所有的事物。正如我们在需要不敬语、嘲弄式的不敬语的同时，也需要敬语以及（除非我们心中无任何敬畏）崇拜语。我们可以称呼琼斯为“屁眼”，称史密斯为“史密斯先生”或“史密斯神父”，或者（在某些情况下）称之为“大人”或“总统先生”。为了表达对绝大多数人的那种中立态度，我们可以直接称呼“琼斯”或“史密斯”。因为态度的不同，语言为我们提供了三类（有时甚至是四类或更多类）术语，有时（并非所有情况下）语言甚至可以为我们的表达所有微妙的态度，对同一事物表达赞成、反对或公事公办的中立态度。对于死去的人，一些人我们说他“完了”，另一些人我们说他“去世了”。我们也可以简单地称其为“死者”，或“刚刚离世

者”、“尸体”、“死尸”。对于夫妻之间的性生活,有些人说“操”,另一些人(更细致些)说“做爱”,或“上床”,或“一起睡觉”。人人都要排便,但有些人说“拉屎”,另一些人说“活动直肠”,还有些人说“自我放松”,孩子们则说“坐马桶”。这些事情发生在“厕所”、“浴室”或“茅房”中。简言之,有些情况下,铲子就是铲子,没什么好说的,但有些情况下则是“挖掘工具”,另一些情况下则成了“血淋淋的铁锹”。

252 一个中性词通过修饰可以产生几十个同义词。当中一些词仍可保持情绪上的中立。但其他那些词则统统可以用于表达某种故意的立场,“正面的”或是“负面的”态度。当中包括尊敬或不敬,赞成或反对,喜欢或不喜欢,爱好或不爱好,柔软或强硬的态度,以及其他极端化的回应。首先从最广义上说,我们可以将表达正面态度的词汇归入“委婉语”(源于希腊语“euphemos”,好听的,吉利的),将表达负面态度的词汇归入“粗鄙语”(源于希腊语“kakia”,恶毒的,难听的),不过两组中均存在诸多混杂特征。这样的分类让我们立即注意到,淫秽语是粗鄙语的子集(最极端一类);同时,只要某个中立词汇有一个对应的粗鄙语,同样也会对应一个或多个委婉语。

但情况很复杂,不是做这样一个分类就可以说清的。如果不能说清我所称之“正面和负面态度”的两极回应的混杂特征,可能就会歪曲对我们所说的淫秽语属于粗鄙语的理解。在下面的图表中,我尽量对这些“态度”做进一步区分。淫秽语及其他粗鄙语通常所表达的态度可以分为两类。它们很少被用于谴责或说理式的反对——当然更不会用于道德谴责或道德反对。它们往往要么用来表示不喜欢(其所指向之人或物),要么用来表示不尊重(相关规则或听者)。“屎”及其相关语最适于表达不赞赏或不喜欢,而那个超级淫秽语“操”则是表达不敬的标准工具。若某人以“屎”指向排泄物,那么他很可能就是在

表达不满,尤其当这个词伴随以适当的姿势或面部表情。“屎”这个词是完成这个任务最适当的工具,这主要是因为我们的文化对其字面意义所指向之物的普遍态度,即主要原因在于其独立的情绪性含义。但“屎”同时亦是淫秽语,是禁忌所谴责的,和其他淫秽语一样,它通过违反禁忌来表达不敬。而“操”并不具备源自其字面所指的独立情绪性含义,其所表达的不敬更加纯粹。用这个词的时候,表达的是一种反对矫揉造作和惺惺作态的强硬立场,意思就是“我说话就是直截了当”。显然,这种态度与其说是不赞成、不赞赏或不喜欢,不如说是不敬(不虔诚,不尊重)更准确。

很多学者,包括权威格申·莱格曼(Gershon Legman),都使用 253 “反感语”,而非我们所用的“粗鄙语”,作为与“委婉语”相对的称呼。²有另一个术语可选当然是好事,这样我们就可以用它对相关词汇作进一步区分:表达不爱好、不赞赏或不喜欢的词汇,现在我们可以称之为反感语;而表达对规范不敬的词汇,我们可以继续称之为粗鄙语。不幸的是,这样一来,委婉语就会变得模棱两可,既要作为粗鄙语的对称,也要在另一个意义上成为反感语的对称。如果我们愿意接受一个生造的词“赞赏语(prophemism)”(唉!)作为“反感语”的对称,而将“委婉语”仅作为“粗鄙语”的对称,这种模糊状态就得以消除。既然所有的淫秽字眼都具有粗鄙语的功能,仅有少数(与粪便有关)术语表达反感,那么,我们的主要兴趣就可以放在粗鄙语和委婉语的功能上了。上述区分通过下表列出:

1. 赞赏词汇对反感词汇

荣耀的

贬抑的

认可的

不认可的

表达喜爱的

表达不喜爱的

褒扬的
崇拜的

谴责的
蔑视的

如“女士”、“发言人”、“律师”、
“公务员”、“做爱”

如“婊子”、“官僚”、“狗屎”、
“讼棍”、“老黑”、“肉体之罪”

2. 委婉语对粗鄙语

尊敬的
虔诚的
文明的
精细的
绅士的
修养的
软化的
缓和的
间接的
细心的
修饰的
圆通的

不敬的
轻蔑的
粗放的
粗糙的
粗鄙的
生硬的
未软化的
直接的
草率的
粗野的
未修饰的
不圆通的

如“化妆间”、“反胃”、“去世”、
“嘘嘘”、“上床”

如“茅房”（或“厕所”）、
“呕”、“翘辫子”（死）、“尿”、
“操”

254 艾伦·沃克·里德（Allen Walker Read）将粗鄙语定义为“以讽刺的方式说某物的坏话，如说别人的衣服是破衣烂衫，说别人的马是老弩，说所有的妇女都是婊子”。³ 他所举的例子恰恰反映了对粗鄙语

与反感语的混淆。在英美国家喜用俚语的 1930 年代里,“破衣烂衫”是对衣服所用的粗鄙语,正如“磨牙的”之于食物,“女的”之于妇女。但“老弩”之于马匹是一个(婉转的)反感语;“毒药”、“垃圾”之于食物则是不那么婉转的反感语;而“婊子”和“荡妇”之于妇女当然是粗鄙的反感语。我们用赞赏语和反感语来褒贬所指之物,或颂扬或贬低,或赞赏或谴责。不过,我们用粗鄙语时并不一定是说坏话。粗鄙语以一种粗糙率直的方式——好的、坏的、中立的——谈论事物。粗鄙语亦非皆为淫秽语,“磨牙的”和“破衣烂衫”就是明证。当然有些词汇极其粗鄙,但并不甚淫秽(在文明社会里并未受到过多禁忌),可能产生冒犯但不至于令人震惊,如“呕吐”、“厚脸皮”、“屁”、“臭”、“胆子”、“完蛋”、“打嗝”。而真正的淫秽字眼,因其发声违反了禁忌,而最具粗鄙性。但粗鄙语却不仅仅只是“说坏话”。

三、对过度委婉语的反应

我们会很自然地发现一些经过精心修饰的词语可以用来表达不恭维、不取悦的态度。因此,应尽量避免使用某些词语,若说出令人不快的真相实属无奈,也要尽量找些不那么唐突的字眼来,尽管实际上说的还是同一件事。这样,我们在委婉语中又开发出新的分支,和这个分支相比,原来的那个词就显得粗鲁了些,直至那个词源,原本可归入中性词,变成一个粗鄙词。“胖”或“老”最能说明这一变化历程。今天看来,如果说一个胖人“胖”是不太文明的说法,显得唐突。当然,还有很多反感语可以用来描述这个人(“大腹便便”、“死肥佬”、“一身猪油”、“胖子”)。现在已经找不到与胖相对应的粗鄙语了,但却有很多对应的委婉语可以接受,即使这个胖人非常敏感细腻:“结实”、“大个头”、“强壮”、“丰满”、“胖乎乎”、“重量级”、“臃肿”、“硕大”、

“胖鼓鼓”、“粗壮”。而最近于中性描述的拉丁词“肥胖”（曾主要用作医学术语）现在也经历了和“胖”一样的变化历程，成为不太受欢迎的唐突话。威廉·萨菲尔（William Safire）描述了“老”所经历的同样变化（但与粗鄙词“老东西”以及反感词“老古董”无关）。老人不喜欢被描述为老，“上了年纪”或“有年纪了”也都不喜欢；于是人们称他们为长者：即使这个委婉词也显得有些老态龙钟，于是我们代之以“年长者”和“金色年龄”，而老年妇女则扬着下巴称自己为“熟女”。⁴

在《美国语言》（*The American Language*）一书关于委婉语发展历程的著名讨论中，H. L. 门肯（H. L. Mencken）在“厕所”及其亲属词中获得了极大的乐趣。⁵“厕所”一词专指用于排尿和 / 或排便的场所，在英语中最初被视为替代直白用语的委婉语（门肯以反感的语气称之为“语言表达中滑稽可笑的蛛丝”），现在几乎已经被遗忘了。但委婉语只能糊弄一段时间，时间一到，它自己也会变得不体面，激发人们寻找新的委婉语。“厕所”就这样，从一个委婉语变成“中性词”，直至最终成为“不太文明”的粗鄙语。委婉语的发展总是这样首尾相连，以致在某个特定时期，我们很难确定究竟什么是中性的，什么不是中性的。过分文明的人已经开始使用“休息室”、“洗手间”和“公共放松站”，以及“小男孩屋”、“小女孩屋”、“男士屋”、“女士屋”、“休息间”、“船头”、“浴室”（即使里面根本没有浴盆），甚至“化妆间”。真的是化妆间！毫无疑问，这些词也有相反的发展轨迹，即代之以真正的粗鄙语，如“茅厕”⁶和“马桶”。而那些喜欢“直抒胸臆”的人则干脆用粗鄙语“茅房”。“厕所”一词没有对应的反感语，也没有对应的赞赏语，可能“放松站”还有些赞赏的意味。

软化那些制造焦虑的议题有很多方式，可以通过委婉地说出指向物来安抚易受惊扰的情感。英语中的 toilet 和法语中的 W. C. 很常用。

一尘不染的医学或科学词汇往往直接来自古代语言，为了表达体面，它们往往被用于非医学或科学的领域。这类词包括“小便”、“大便”、“阴茎”和“性交”。还有一些非常迂回累赘的说法，如“在体面的情况下”、“坏名声的屋子”、“肉体关系”，以及“浴室”、“睡觉”这些虚词儿。

委婉语中还有一类有趣的词汇专门用于孩子——“肚肚”、“屁屁”、“尿尿”、“嘘嘘”、“鸡鸡”等。长时间以来，若非必要，父母习惯于不和孩子提及“私密部位”及其功能。若不可避免而必须提及，就会使用特意为孩子发明的词儿，这些词儿很可爱，没有成人用语的粗鄙性。即使是医学词汇，如“阴茎”、“排尿”亦应避免使用，以缓和这种直接指向所造成的冲击。⁷在此，我们必须指明此类委婉语及其在孩子情感成长过程中的重要性。如果对着一个婴儿直接说坐在马桶上拉屎，而不是坐在桶桶上噗噗，他当然也就无从知道两种表达之间的差异，他从父母那里学到讲卫生和相关的语言，就他经验的过程而言，没有什么字眼更恰当的了。在这种情况下，粗鄙语对他而言不再有什么魔力，在他成长的关键阶段，语言禁忌对他也不会有什么约束力。若如此，则对婴孩使用的委婉语似乎只是可笑的面具，父母所在意的只是孩子尚不存在的情感，但实际上，这种情感已经建立起来了。简言之，如厕训练既是卫生训练，也是语言禁忌训练。正因为培养语言礼仪的最早人生阶段中使用的委婉语，诸如“狗屎”之类的字眼才会在之后的人生中显示它们的表达力。

无论是在性行为 and 排泄行为方面，或是其他领域，我们语言中的委婉语总是多过中性词和粗鄙词。如我们所见，关于厕所和洗手间，除了“茅房”，我们很难找到其他淫秽语，却可以找到大量的委婉语。除了“操”和“干”一直保留为性交的淫秽语，只偶尔有其他词汇加入淫秽语的行列，并随着语言习惯来来去去，但性交的委婉语却

多如牛毛。在其他领域，人们想去掉粗鄙词的粗鄙，往往都能达到目的。门肯用去一整章论述“委婉语”，包括贸易和职业方面的委婉语，还包括异族团体方面的委婉语。⁸他提醒我们，可以称捕鼠人为“灭鼠工程师”，或“灭鼠者”、“虫害控制者”。同样，对尸体进行防腐处理的人员可以在“丧葬业者”、“殡仪员”、“丧事承办人”、“防腐处理大夫”等称呼中作出适当选择。门肯写道，对犹太人更尊重的称呼是“希伯来人”，黑人则应是“非裔美国人”。一旦有关职业和异族团体的负面词汇繁衍起来，更可能成为反感词而非粗鄙词，表达不赞成和不喜好的态度，而非通过直愣愣地违反禁忌以表示不敬。“德国大兵”、“德国酸菜”^{*}、“法国青蛙”^{**}、“爱尔兰佬”、“英国佬”、“迭戈”^{***}、“意大利佬”、“匈牙利佬”、“犹太佬”、“西妮”^{****}、“西班牙佬”、“老黑”和“黑鬼”等往往用来表示敌意，而非仅作为无礼的粗鄙语。“诉讼代理人”是律师的正式委婉语，但“讼棍”却不仅仅是对律师的无礼称呼（不仅仅拿走了律师头上的光环），更是在以某种不喜欢或不赞赏的口吻提到律师。“江湖郎中”和“屠夫”同样也意在表达此种不满（用于医生时）。

使用粗鄙语甚至淫秽语部分是为了调整因过度委婉而造成的失衡，避免因语言的过度修饰而造成矫揉造作和惺惺作态。当然，有很多中性词让我们在指向某个事物时，不会显得过于虔诚或过于轻蔑。只要我们愿意，就可以说“律师”、“医生”、“政府工作人员”，而不说“诉讼代理人”、“执业医师”和“公共行政管理人员”。但正因为太多的人使用委婉语，为了拒绝矫饰，倒不如直接说“开刀的”、“耍嘴皮子的”或“当官的”。

* 对德国人的贬称，因德国人嗜吃酸菜。——译者注

** 对法国人的贬称。——译者注

*** 西班牙人常用名，对西班牙人的贬称。——译者注

**** 对犹太人的贬称。——译者注

晚近著名哲学家柯特·J. 杜卡斯 (Curt J. Ducasse) 从布朗大学退休后, 从来不用委婉语或中性词提及自己的死亡。他不说“去世”而说“完蛋”, 不说“尸体”而说“臭皮囊”。我们当然知道 (第十章第六部分) 这些粗鄙词已经接近淫秽。杜卡斯当然自有其用意。他反对不敢面对死亡的惺惺作态, 不愿提及死亡的矫揉造作, 以及除了畏缩的低语和掩饰的言辞, 交谈中避免说起死亡的怯懦。他使用的这些负面词不是反感词, 而是粗鄙词, 因为他并非为了表达对这些主题的反感, 而是为了表达说话者对主流态度的反对, 易言之, 他反对对死亡的这种遮遮掩掩的主流态度。同样, 如果有人用“操”而不是“性交”或“做爱”, 那并不表示他不喜欢性交, 而是对其他人有关性活动的某种态度表示鄙视。而对一个习惯于对律师采用不太庄重的称呼的人来说, 他不称呼“诉讼代理人”或“诉讼顾问”的目的可能不是反对律师本身, 而是反对将律师作为荣誉和尊重的社会典范。

二十年前, 黑人领袖发起运动, 旨在以粗鄙词“Black”取代委婉语“Negro” (“Black”的西班牙文), 作为美国黑人的正式称呼。运动获得了完全成功, 现在, “Black” (黑人) 已被视为中性词。黑人领袖之所以要促成这一改变, 是因为他们认为黑人受到白人歧视如此大的影响, 以至于他们会下意识地认为自己特殊的种族特征是可耻的, “应该藏起来的”, 所以希望有较软化的委婉语。新词直接肯定了之前只能间接接受的内容, 通过为这个原本被视为粗鄙语的词正名, 黑人群表达了对自己肤色的自豪感。“Nigger” (老黑) 一词却无法承担这个功能, 因为它不是粗鄙语, 而是极端的反感语。“老黑”表达了对黑人的蔑视, 而“黑人”却表达了对在白与黑之间歧视黑的传统主流态度的蔑视。 258

简言之, 淫秽语都是粗鄙语, 少数是反感语。有时, 只是有时, 它们可用于表示对其字面指向事物的“负面立场” (反感语), 但它们总

是可以表示对主流虔诚态度的蔑视（粗鄙语）。不仅如此，淫秽反感语可用于表达对非字面意义指向物的负面感觉，例如，将他人的信条或论点视为“一堆屎”。这种隐喻是粪便类淫秽语在日常用语中的最常见用法。同样，性方面的粗鄙语往往通过违反禁忌制造震惊效果，从而对与性毫无关联的事物表示轻蔑。“你他妈的把枪拿走”，中士对他的士兵说的话就是一种粗鄙的转喻，通过表示不敬的粗鄙语，渲染并强调一个与性毫无关联的主题。

四、消除淫秽文字的两策略

尽管任何语言中都存在淫秽字眼，但没有淫秽字眼的语言也是可以想象的。如果淫秽语从我们的语言中消失会怎么样呢？有两种方法可以清除我们语言中的淫秽语，这两种方案的鼓吹者都致力于将其变成政策，而第三种观点则认为应当保留并保护淫秽字眼。如果人人都严肃对待语言禁忌而不再违反它们，淫秽语自然会消失（按照第一种观点是应当消失）。禁忌字眼会变得毫无用处，也不会有新词取而代之。纯洁语言的第二个途径的前提是，没有人遵守语言禁忌。如果人人都使用淫秽字眼，这些字眼自然也就丧失了震惊和冒犯功能。它们能够保留下来，但因为过度使用而变得干净。第二种过程的模式（或者说是解决淫秽天敌的第二种策略）已经发生在渎神字眼上。美语的一般使用者在二十世纪的最后十年里已经不会对“上帝诅咒”、“地狱”或“诅咒”等词感到震惊。“愿上帝瞎了我的眼”从前电力十足，现在却只存在于伦敦东区方言中，变成“瞎了眼的”，其词源恐怕只有辞典编纂者和学者才知道。第三种可能，作为一项政策受到部分学者的鼓吹，即保持言谈与禁忌之间的紧张关系，使得淫秽语的表达力能够在二者失衡时轮番刺激它们。第三种途径，如罗伯特·格雷夫斯、

伯吉斯·约翰逊以及 H. L. 门肯所说，特别强调淫秽语对艺术地、精确地表达的独特贡献（即我所称之淫秽语的“衍生功能”）。

净化语言的第一种方案当然得到传统的“铁杆道德家”或“卫道士”的支持，此时此地，卫道士关注的主要是消除特定文字或语言的罪恶，而非未来获得毫不淫秽的语言。实际上，如果卫道士想清楚这一点，可能就不会赞同将淫秽语清除干净，因为那样的话，等于剥夺了他在这个问题上的主要工作，就好像记者多年来一直揪着理查德·尼克松不放，到时他们会怀念这些祸根的。此外，如果因为缺少词源而无法说出淫秽语，那么纯洁的人就无法因为他们使用纯洁的语言而获得道德加分，到那时，可就无法通过言谈区分谁是羊、谁是狼了。无论如何，如果卫道士在每个个案上都得手，毫无淫秽语的语言就会出现，即使这个结果并非其反对淫秽言辞的本来目标。

“卫道士计划”（如果我们可以如此称呼的话）的无望是显而易见的。假设卫道士获得政治权力，将所有的污言秽语一次性清除干净，且保证它们有去无回。我们可以想象最严厉残酷的方式，焚书、私刑、雇佣密探等，一段时间以后，可能绝大多数公民都不再记得“那个最首要的淫秽词”曾存在于我们的语言中。但那个字仍然是我们用来指向性行为的最简单的熟语，只要性行为还在继续，我们就不可避免地会发明另一个词来指向它。问题是这个词是否还会被认作淫秽。在推行禁欲主义的氛围中，新的淫秽标准肯定不可避免。这部分是因为卫道士对性态度的态度本身将继续，而自然会将指向性行为的词纳入淫秽范围，部分则是因为不断加强的语言禁忌很快会将反感性的粗鄙语，如“干”放入包含“操”的淫秽语当中，这些词的发音亦会受到全面禁止。

清除脏字比排除脏字容易得多。新词总是通过俚语产生，只要存在需要，这些词就会走向极端，成为粗鄙语或反感语。只要语言禁忌还在（我们眼下假定这禁忌不断加强），极端粗鄙词就会受到禁忌。

现在,由于被列入禁忌范围,其粗鄙作用进一步增强,与之前相比,其与对应的淫秽词间的功能区别将不那么明显。创造粗鄙词永远都不困难。只要存在为人们严格遵守的尊敬标准,只要不存在“没有什么神圣的”立场,只要虔诚仍旧继续,我们对语言就会保持警觉。新出现的禁忌字眼不仅因为它们所嘲弄的事物而造成冒犯,还会因为违反新近增强的口头禁忌规范而具有更强烈的冒犯性。禁止性规则总是自我拆台,因为禁忌越强,禁忌语的冒犯性也就越强。

由于语言禁忌往往会令单纯粗鄙语变成淫秽语,卫道士计划要想成功,要么得削弱禁忌(当然他们不会这么做),要么得清除所有粗鄙语,无论其淫秽与否。那么这个禁欲主义审查的极端情形是净化所有的硬话和软话,粗鄙语和委婉语。好的或是坏的术语(赞赏语和反感语)都无可避免,其中很多词其实对卫道士是有用的,当然,这些词将被保留。粗鲁的词汇和细致的词汇对于正常的描述并无必要,当然可以一并去掉。只有“铲子”能留下,“挖掘工具”和“血淋淋的铁锹”都将消失。发动这样一种极端运动的动机之一可能是有理由担心,如果保留这些委婉语,不久它们可能也会进入其对立面,成为粗鄙语。如果仅仅留下中性词和委婉语,中性词就成为相对粗野的那个词,而立即被那些正在寻找粗话的人采用。很快,“中性词”因为被用作粗鄙词,也会冒犯爱挑剔的耳朵。那些既不喜欢“燕尾服”也不喜欢“睡袍”的人将创造出新的中性词,以前那种三分天下又会重现。严格的语言禁忌就会对三类中最粗糙的那一类冠以罪名,很快它们就成了淫秽语。

那么,同时根除委婉语和粗鄙语能够成功阻止上述情形的发生吗?通过严格政策控制其粗鲁及精致字眼的语言需要从头到脚地严格区分尊敬语和粗鄙语。如同毫无阶级划分的国家统一行为和着装那样,语言也是如此。没人端庄正经,也没人粗俗不羁。甚至是这些

形容词也会很快消失无踪。此外，所有的人都被剥夺对语言工具的使用，虔诚与不虔诚，体面与不体面，都无法以简单的方式直接表达。当然，这首先是那些想表达这些态度的人的损失，而要消灭这些态度将十分困难，即使成功也是皮洛士式的胜利，代价极高。

净化粗鄙语的运动的可能的形式将是忍受或鼓励委婉语。但以中性词或委婉语作为描述词汇的语言本身存在不稳定性。如我们所见，中性词成为新的粗鄙语的压力始终存在，因为它们相对粗鲁。因此，必须给它们施加反压力，一旦它们出现一丝粗鄙的迹象，即予废弃和禁止。这样一来，为了避免此种情形，“出于中性目的”用词时，干脆直接用委婉语而非中性词。但如果长期如此，委婉语也会以同样的方式被毁掉。需要出现新的委婉词，转换的进程会加速。很快，我们会有大量的委婉语而没有中性词，因为反正中性词都活不长。⁹

对于卫道士来说，没有比启蒙时代的社会学家爱德华·萨加林更好的盟友了。出于个人目的，萨加林认为应当停止使用所有现存的脏字。与卫道士不同，萨加林特别强调，废弃冒犯词汇的抵制运动主要是为了防止造成死亡事件。根据萨加林所说，无论是淫秽语使用者还是卫道士，都对这些词抱有他所谓的“反生物学偏见”。卫道士听到“操”这个声音就因其违反禁忌而惊恐不安。而说话者挑选这个词则表现了他对性的“不健康”态度，因为这个词，在他看来，反映了他的态度。一个观念解放的人觉得性行为是人生的寻常事件，并不比握手更具道德性，这样的人不会想要使用淫秽语，因为那对于表达他的态度毫无意义。如果他终究还是用了淫秽词，那就无意中透露了他反性行为的立场（萨加林所说），结果还是落入卫道士之手。因此，萨加林并不为新自由感到鼓舞——

只有发动一场改变语言的运动……才能将现代人从既定的

命运中拯救出来——赢得，失去，投入反审查的斗争——自由主义者肯定会在对禁欲主义者的斗争中输掉……除非改变使用淫秽词的语言结构，这些词汇被人们使用得愈广，他们对身体及其功能的强硬态度就愈加强……禁欲主义者会输掉一次次战役，但最终能够赢得整个战争。¹⁰

阐述上述论点的章名恰好就是——“胜利属于被玷污者”。

我们所作的区分足令我们清楚地看到萨加林的模糊之处。首先，他似乎认为淫秽字眼主要是反感词——以贬低的方式指向生物性部位或生物性活动，并通过暗喻将这种贬低转向其不喜之人或物。相反，我们的观点是，淫秽字眼主要是粗鄙语，以粗鄙的方式说话，通过违反禁忌，震动听者，继而造成侮辱、下流等衍生效果。其次，粪便类词汇与性词汇的区分必须严肃以待。两类都是粗鄙语，但粪便类淫秽语源于人们对令人恶心的排泄物的一致负面态度，亦即反感的态度，因此非常适于暗喻式的侮辱。第三，萨加林认为淫秽语的负面情绪性含义完全依赖于它们的字面指向物，从而完全忽视了“独立情绪性含义”和“情绪惯性或情绪滞后”现象。

性淫秽语最初源于对性的不健康态度。当然，性字眼而非呼吸系统字眼成为淫秽词毫不奇怪。正是由于对性不断加强的卫道士态度，这个简单直白的盎格鲁-撒克逊中性词变成了粗鄙词，以致必须
263 由更加迂回体面的词替代。那时，粗鄙语显得如此粗鲁，定会遭到严格禁忌，成为淫秽语。除非对性的负面态度取得胜利，否则上述这些情形都不会发生。到目前为止，萨加林是对的。但所谓“负面态度”是多种多样的。对性的态度永远无法像对排泄物的态度——反感、排斥——那样获得高度统一。性被认为具有强大的吸引力，甚至是一种魔力，一种需要战胜、需要抵御的诱惑。由于性淫秽字眼的独立情绪

性含义，对它的禁忌滞后于公众对性的态度的变化。至少可以这么说，几个世纪以来，对性的态度多样化起来，但绝大多数人，即使到今天，还是会在听到“操”这个字时感到不安，即使他们并不认为性是邪恶的。不安主要源于对禁忌的违反，而非对相关生物性主题的态度。

很多对性很敏感且态度保守的人，哪怕用迂回的语言谈论性也会令他们尴尬，但即使是这种人的所谓“负面态度”也肯定与卫道士的态度不同。对于这些人来说，性是私密的，但并非邪恶的。¹¹ 他们因为怕被刺探隐私而感到不安和担心，他们只是想表示不想在这方面为人所知。谈论性令他们警觉，并产生防范心理。若谈话非常粗鄙，这种效果更会放大。因此，性淫秽语在这些人群中保持潜力，但即使所有性淫秽语都从语言中消失，这些人对性的害羞态度仍将继续。将这种尴尬的畏缩态度解释为淫秽语的结果，就好比将马车的车厢放在马的前面。它不是淫秽语的结果，而是前提条件。

没有充分的理由认为，对性持禁欲态度越广泛，性淫秽词被用得越多，就对卫道士越有利。淫秽语由于违反其使用禁忌而在社会生活中发挥多种功能，即使这禁忌源于禁欲主义态度，出于情感上的惯性，它还是能够广泛传播开来，削弱或改变那些态度。因为禁忌是如此强硬，反使得禁忌字眼具有了最基本的符号性功能：使用这些词是令人变粗鲁的最快、最容易也是最极端的方式。是粗鄙，而非性，产生震惊力。

第二种针对淫秽语的长期政策与萨加林的目标相同¹²（也和卫道士的目标一致），但使用的策略不同。我们不能认为语言禁忌可以彻底杜绝淫秽语现象。根据第二种方案，要消除淫秽语，语言禁忌必须隐蔽起来，号召故意“说脏话的策略”。¹³ 这个政策的首席策略家是艾伦·沃克·里德，他认为我们可以漠视禁忌，因为“人们不去使

264

用被打上烙印的字眼，并非忽视禁忌，而是主动支持禁忌”。¹⁴

里德毫不犹豫地将文字禁忌本身视为敌人。他明智地将他所称之为“概念禁忌”（已经够坏了）与“文字禁忌”（更坏）区分开来，并在史蒂文森提出关于独立情绪性含义以及情绪惯性理论之前，指出文字禁忌往往完全独立于概念禁忌。文字禁忌的刚性及独立作用是因为人在童年时就已经习得：“说到这些词时就会一片寂静，拒绝接受这些词传递的信息，或惩罚……不小心说出这些词的人。”¹⁵当然，在禁忌的利齿之下使用这些词亦会有所回报，这就是为何在禁忌之下，这些词仍能坚持保留下来。回报本身就是禁忌的作用，易言之，就是对禁止的兴奋感。里德称之为“紧张的兴奋”、“禁果的香味”、“在淫秽中偷舔嘴唇的愉悦”，以及“心痒痒地却又心绪不宁”。没有禁忌，当然就不会有这种兴奋，禁忌越强烈，违反后的兴奋感也越强烈。

“为何”，里德问道，“禁忌不会自我拆台呢？”¹⁶为什么这些字眼不会像萨加林和卫道士期待的那样自动消失，从而使禁忌无禁可忌？里德的解释所依据的“不安的兴奋”就是我们所称之为“淫秽语的衍生功能”。他亦称后者为“反向禁忌”，并表明他反对这种禁忌，正如他反对与口头禁忌相关的任何事物：

现在我们来考察一种古怪的举动……有些人对禁忌的反应反而是加倍使用这些字眼。他们希望通过违反禁忌表达其焦躁的精神状态，或以适当的词表示某种侮辱，以此获得兴奋感。这并非违反禁忌，而是通过非正常的方式遵守禁忌。因此可称为“反向禁忌”。¹⁷

里德的论证就是在这里出错的。如果禁忌禁止人们使用某个词，那么，要是有人出于其他外部目的，为了达到震惊效果而故意公开使

用这个词的话，那就是违反禁忌。如果说做了禁忌禁止的事却并非违反禁忌，那么到底什么才算是违反禁忌呢？坚称如果为了其他目的违反禁忌实际上就是“遵守”禁忌的话，那真是对语言的折磨。为什么里德要让自己陷入这样的境地呢？我想那是因为他觉得，所谓文字禁忌，你越是违反，它越是强烈。为了表明淫秽语的功能在于造成效果独特的侮辱，或放松某人的“焦躁神经”，或排除痛苦，或表达对战争邪恶的深恶痛绝，或谴责、蔑视、宣称象征性的主导地位，或激怒、挑衅、粗鄙逗乐——使用淫秽语是为了表现它们如何被用于造成合理结果，从而证实文字禁忌的功能。有用的人造物会得到使用，而且是频繁的使用。里德知道对一个词的工具性使用会加强赋予其功用的那个规范，但却又得出结论，对淫秽语的使用，因为能够加强相关禁忌，就不能算是对禁忌的违反，反而是对禁忌的“遵守”。比“遵守”更合适的词其实是“利用”，因为发挥被禁忌的词的用处正是利用那个禁忌的结果。里德当然感觉到，这些用处因其依赖于禁忌，同样会带来邪恶，但里德并未衡量因禁忌的存在而同时带来的利弊，他好像不愿接受利的一面，似乎这无关紧要，于是就用一个令人困惑的标签“反向禁忌”把它打发了。 265

不过，里德针对禁忌提出的策略比萨加林更接近真理。里德认为出于其他目的使用淫秽语会以某种方式加强禁忌。这个我前面已经提过了。但里德还有一个对的地方是，他强调，对淫秽语的过度使用会削弱其淫秽程度。他说，假设我们越来越频繁地使用禁忌字眼，但不是为了侮辱、开下流玩笑等目的——出于这些目的使用淫秽字眼反而会加强它们的作用力。我们不该大声地、卖弄地、炫耀般地说出来，因为这些词的粗鄙性会过分刺激听者。我们也不该偷偷摸摸、满脸羞愧地说出来，因为那样会显得鬼鬼祟祟，反而刺激“不洁思想”。显然，里德希望我们按其所指使用淫秽语，¹⁸去“排泄”或“去洗手间

时”就直截了当地说要去“拉屎”，说性交时，就用“操”。这将使我们回到粗鲁先民们那未经雕饰的语言习惯，日常生活的日常用语，该怎么说就怎么说。那时，对性及身体功能的羞愧感就会减弱，而这些词作为“反向禁忌”所发挥的作用也将随之减弱。

266 这个方案需要人人都毫无羞愧地使用这些字眼。为了避免“反向禁忌”，使用时应低调进行，提醒人们，语言并非任何人的私人财产，且这样的变化应当在取得大众一致态度的基础上循序渐进。开头最好在家庭内部进行，使青少年的头脑不会因这些词而产生一丝痛苦。¹⁹

里德的策略并不新鲜，将粗鄙语像中性词那样使用，不久它们就会变成中性词。我们已经提过这类例子。通过运动将“Negroes”改称“Blacks”，原先作为粗鄙语的后者所包含的自贬意味被成功清除；而杜卡斯长期用“完蛋”的本来意义指称死亡，赶走了些许对死亡的恐惧。里德则出于同样的目的使用“操”，希望其粗鄙性能够赶走人们对性抱有的羞耻感。当“黑人”还是粗鄙词时，好像黑色的皮肤是令人羞于启齿的事，说出来不可能礼貌。同样，杜卡斯认为，死的那个粗鄙词可以排除存在于我们社会中对死亡的恐惧态度。此外，如果指向性行为的字眼主要都是粗鄙词，除此之外根本没有中性词用来指称它，只有令人尴尬的迂回词（“性行为”）、外来语（“性交”，coitus）和委婉语（“做爱”），那意味着这个行为必定包含某种东西而令人“极不好意思提起”。对淫秽词的口头禁忌反映了人们在真实生活中对其所指之物的主流态度，但禁忌反过来又加强了这种态度，这就是恶果。当然，文字并非态度的全部来源，只要这些态度还在，即使语言进行改革，这些态度还是会激发新的粗鲁词汇取代已经受到尊

重的“操”，成为新的淫秽语。里德预见到这种危险，语言只是与不健康态度作战的前线之一，即使战争胜利，仍须时时保持警觉。

五、对不洁思想的分析

到底萨加林和里德在淫秽词汇中看到了什么令他们如此遗憾？他们所称之“不健康”的态度究竟为何？里德所说的“反向禁忌”到底是淫秽的哪种“衍生功能”？尽管用语模糊，里德的动机是明确的。他攻击的真正目标是有时被称作“不洁思想”的某种复杂态度。（我们在第十四章第五部分“令人窃笑的黄色笑话”中已经提到过。）《查泰莱夫人的情人》出版不久，他就提笔称赞 D. H. 劳伦斯以“直截了当的诚挚方式”使用传统的性淫秽语，并将其与其他一些“以反向禁忌的方式”使用脏字的作家进行对比。后者将性视为“肮脏的秘密”。“有些人固执地认为，对于禁忌，他们最想要的就是在淫秽中获得心痒痒的欢娱。”²⁰ 267

不洁思想存在于人的性格深处。对一个人来说，对淫秽词的禁忌很重要，但他的态度却模棱两可。一方面他认为性很肮脏，或者至少性淫秽词的确是脏字；另一方面，他却喜欢沉湎于这肮脏中，如果不是沉湎，至少也是享受。这些可能给他带来“偷偷的兴奋”。这兴奋不仅来自对禁忌的违反，还因其违反了自己的标准。因此，这种兴奋是污秽的、不良的、令人恐惧的、鬼鬼祟祟的、下意识的、愧疚的。具有不洁思想的人并非不为其使用的词汇感到羞愧，亦非不是下意识地使用这些词汇。他的窃窃淫笑本身就包含着尴尬，他并不为自己感到骄傲。

有着不洁思想的人只会部分地将禁忌藏在心底。其实在某种程度上说，那也是他信奉的规范，这就是他感到羞愧，或者在公共场合感到尴尬的原因。（要是有人从钥匙孔里看到他的所作所为，他不仅

会担心受到惩罚或排斥，更会羞得满脸通红，他觉得自己真是堕落了，没能忠实于真正的“自我”。）禁忌总是外在的、不相容的，所以才会不时被头脑不洁的人违反，而这些人才会获得如此真实的欢娱。

是什么令这些为人熟知的行为如此猥琐？我想那是因为头脑不洁者缺少赤诚之心。我们觉得他人格分裂，认为他缺少道德整体感（整齐划一性）。不管他抑制哪一边，我们都觉得他是个伪君子。当我们去分析他的动机时，发现他喜欢逃避又游移不定。他总是陷入自我欺骗的挣扎之中，不敢面对真实的自己。在与自己良心的关系中，他
268 总是成为马屁精、骗子和小丑的奴隶。尽管他们绝大多数都是利己主义者，但也不想保留这样的性格弱点。我们讨厌不尊重可敬者的人，但我们更蔑视不尊重自我的人。此外，我们不得不怀疑这个在自我与“更好的自我”之间态度犹疑的人存心欺骗，这定将损害他与他人之间的关系。

里德的根据很可靠，他认为，如果大家统一行动，一齐使用禁忌字眼，将排除人们使用这些字眼的羞耻感，扯下兜售淫秽的思想不洁者的遮羞布。里德的计划不仅会清除那些“肮脏的”、“不体面的”、“可耻的不洁思想”等令人厌恶的思维习惯，同时也会将“体面”和“洁净思想”的美德一并葬送。后者一方面是负面的，因为缺乏肮脏思想的对比；对于吹毛求疵、自认高人一等的人来说则是正面的，因为他们不再会被脏字震惊或冒犯。如果禁忌被消解，所谓不洁思想自然也不复存在，如此一来，洁净思想也会随之消失。但这种结果总体上还是正效应。1929年，伯特兰·罗素即论及这一点：

我所得出的结论是，我对我校孩子们的观察表明，这个观点是正确的，即大人假正经，孩子反而会学坏。我从未教过自己的两个孩子（一个7岁男孩和一个5岁女孩）性或排泄行为有何

特别之处，并在最大程度上不给他们任何有关体面或不体面的概念……不过，其他孩子……，我面前那些六七岁的孩子却都已经知道任何与性器官有关的事物都是不恰当的。他们很惊讶地发现，在学校里，这些内容可以像其他任何事物一样以寻常的语气谈及。过了一段时间，他们在那些本来让他们感觉不体面的谈话中放松了些；他们发现大人们并不会审查他们的这类交谈，慢慢地，他们对这些言辞感到厌倦，头脑变得和那些从未被传授过体面思想的人一样洁净……²¹

上述内容传递的信息很清楚：不要再教人“体面”，那么，体面和不体面（不洁思想）很快都会消失。

罗素和里德的这个观点有理有据，现在已被广泛接受。在针对性和身体功能的态度——语言外现象——范围内完全合理。适用于淫秽语言时也有道理。如果我们都公开地使用这些字眼，并且，如果我们对语言外现象均不再抱有不健康的态度，那么，令人生厌的不洁思想 269 就会逐渐消失，直至最终绝迹。此外，罗素和里德都认为这是个好结果，这种看法当然是对的。但他们没有注意到一种可能，即淫秽字眼得以保留，只是不再“肮脏”，正如渎神语自从不再具有令人恐惧的危险性之后，就被保留下来并得到广泛使用那样。²²这是对淫秽词汇的第三种方案所包含的可能情形，现在我们必须予以考虑。

六、淫秽文字被保留的可能

从罗伯特·格雷夫斯、伯吉斯·约翰逊以及 H. L. 门肯等人的著作中可以看到，他们都认为淫秽语的衍生功能增强了它们的表达力，并使其得以保留，当然，这需要维持认为它们一无是处的文字禁忌。

这一通行观点的问题在于：如果我们首先要以淫秽语之所以淫秽为根据，改正人们对淫秽语指向事物的不良态度，又怎能因淫秽语的功能而保留淫秽语呢？没有不洁思想，怎么会有淫秽语？文字不“脏”，怎么会有冲击力？

罗伯特·格雷夫斯强调淫秽语和渎神语的表达力，但他也很沮丧地意识到，口头禁忌的削弱会削弱禁忌文字的表达力，他无法在语言本身之外为造就淫秽语和渎神语的禁忌找到理性根据。不过，让他有所安慰的是，这社会上总有些好说话的“好好先生”，对于毫无根据的禁忌，即使并不相信，也会出于虚荣来献献殷勤。从他本人所处的思想解放的智者圈子出发，格雷夫斯细致地把握住平衡：

对于那些千奇百怪的禁忌来说，毫无缘由地赞成和毫无缘由地反对同样愚蠢。好好先生们在与密友心情愉快的交谈中心情愉快地批评这禁忌的荒谬之处，但他们并不认为有必要为脱离这个禁忌找到理由而欢呼……我所在的社会……是个淫秽社会：易言之，尽管在理智上反对它，但在情感上接受禁忌的效力。²³

格雷夫斯所描述的态度使得淫秽字眼在表达力不受严重影响的情况下得以保存，但代价过于高昂。他所说的“好好先生”比令里德
270 烦扰的思想不洁者好不了多少。实际上，可以将他们与思想不洁者“等量齐观”，在道德上“等量”，在虚伪上“齐观”，不过是以相反的方式。思想不洁者因其理性判断而存在情感需要；好好先生对禁忌的“虚伪情感”却又为其理性判断所排斥。好好先生并不令人厌恶（至少对于其他好好先生来说是如此），但他们却与思想不洁者一样缺少个人尊严及道德上的表里如一。他无法保证道德行为的一致，因为他的情感，是道德情感而非食欲，脱离了理性判断的控制。理想社会与

格雷夫斯所称之“淫秽社会”存在部分形似。这个社会中的人在理智上和情感上排斥文字禁忌的历史根基，但同时又愿意保留这些淫秽语，为着在必要的情形中发挥它们的作用。

伯吉斯·约翰逊认为，随着禁忌被冲淡，老的淫秽词将失去魔力，新的淫秽词必将产生以取而代之。为了满足过去由渎神语及淫秽语承担的“强调”功能，新的词汇也“必须具有惊吓力，因为它们要去震惊；必须显得不详，像提到神灵那样产生损害威胁；必须造成不安，因为听者即使不知其所云，但听到那声音就会担心祸事降临”。²⁴ 根据约翰逊的观点，出于对禁忌的理性排斥而独立发挥作用的老淫秽词的表达力被削弱的原因之一，是我们这个“嘈杂的”社会对这些词汇的过度使用。“强调会毁掉强调；各类嘈杂的声音令文字的力量加速消亡。”²⁵ 约翰逊将这种现象标签为“好上加好”，²⁶ 它每天都为我们创造出新的词汇，如“太好了”（其实也没有很好）、“太可怕了”（其实也没什么好怕的）、“糟透了”（其实也没有很糟）、“妙极了”（其实也没有多妙）、“很棒”（其实也没什么区别）。当这些词越频繁地用于寻常事物时，就越无法表达事物的极端状态以及相关场景中的极端情绪。为了保留语言的力量以便在需要时表示强调，我们必须放慢冲淡强调的速度，或者尽快制造出新的词汇以满足需求。即使如约翰森这样的现实主义者，也只好选择后者。

约翰逊最有趣的观点是，可以从无意义的文字或声音中发明新的渎神语和淫秽语（最好是短促尖利的词）。不少人都有这种看法。例如大仲马小说里的一个人物喜欢用“马拉卡”作为淫秽语。约翰逊也喜欢这个词，他带些批评地表示了赞赏：271

好处就是这个词毫无意义，这正是誓词应有的特点。应该既合理又狂热，又不代表任何事物。应该不连贯、不一致，带着些

许狂野的热情……²⁷

当然，这种生造词的最大缺点在于，在为说话者释放情绪的同时，对于听者却无法产生预期的效果。²⁸听者或许觉得有意思、有力度，还有些神秘感，但并不会感到震惊或被冒犯。即使语境并不礼貌，听者也不会听出其中的不洁意味。如果有人希望使“马拉卡”发挥作用，那就得在公共场合说出来，并且诱使更多的人都来使用这个词，使这个词所发出的声音尽可能变得不名誉，直至认为在公共场合发出这种声音是粗鲁无礼的行径。到时，词典会这样定义它：“感叹词，一般认为较粗鲁”，或“不礼貌用语”。此时，这个词即使毫无实质含义，也会在粗鄙语中占据一席之地，不过要发展到淫秽的程度还有很长的距离。

单是通过语言禁忌要创造一个自始淫秽的词汇恐怕不太可能，即使这个词并不存在不当之语言外联系。我们最好先保证现有的渎神语和淫秽语能够维持原状。当然，宗教观念的变化以及禁忌的削弱令其电力减弱，但不管怎样，出于语言惯性，它们还是能保留相当的震撼力。即使是无神论者，有时也会惊喜地发现“该死的”、“下地狱”或“看在基督的份儿上”等词（伴以适当的语言和姿势）的强调作用。即使在文明社会，称某人是“婊子养的”²⁹或“王八蛋”还是一种很有力道的口头侮辱，尽管出于语法规则，说者和听者都不会怀疑任何一方的母亲的“荣誉”。那个极端淫秽词尽管不如之前那样具有震撼力，但还是会对在性问题上态度或严肃或世故或道学的人造成冲击，具有其在其他衍生目的上发挥的相同功效。几个世纪后，由于过度使用，这个词可能会失去效用（尽管我还是希望不会），但不可能凭空就能捏造出与之具有完全相同效用的词来。从性观念解放的进程看，“操”的情绪性含义依赖于最初给予其动力的态度和信条。独立的情

272

绪性含义可以始终维持，没有什么比传统含义更持久的了，它可以一直持续到永久。愿它能够永远保留下来，成为令人惊畏的迷信、假道学和“不洁思想”的最后遗迹！

一、说出即冒犯

法律对于使用淫秽语的行为如果应当表态，那么应当如何表态呢？即使法律道德主义也无法论证全面禁止说或写淫秽文字的正当性。普通人日常讲的脏话，如伯吉斯·约翰逊所说，“并非道德败坏或举止失当的结果，不过是表面微恙，我们可称之为语言疾病。如果我们将之比作口蹄疫或慢性嗝气的话，可能更容易把事情说清楚……”¹ 失当举止的实质在其冒犯性。在家庭内部或可信任的亲朋好友间说说脏话是不会冒犯任何人的，当然也就不算得举止失当。国家如果规定每讲一句脏话都是犯罪，就如同将人们在浴室或床上裸体的行为规定为犯罪一样。²

当然，历史上人们曾认为说出渎神字眼是公共危险行为，因为那会激怒神并给整个部落带来损害。这些字眼给人们带来的情感作用非常显著，因为人人都笃信那个被预设的危险。如果我们仍抱有此类迷信观念，根据公共损害原则，则应认定其为犯罪并处以重刑。不过，

这种迷信观念现在已经消失，因此，原先因其危险性而令人震惊的不良言辞，现在则因其粗鲁而令人震惊。

现代社会从来都不需要由刑法来维护得体举止的一般规则或特定的礼仪形式（除了淫秽语的使用）。理由可能是（1）举止造成的冒犯往往很琐细，无须刑法规范调整，以及（2）即使不太琐细的冒犯，通过社会性（非刑事）制裁即可得到有效控制。很少有人有意招致他人的不满和轻视。因此，产生冒犯的情形并不多见。即使的确出现了这类情形，用庞大笨拙的刑法体系加以解决简直就是用大炮打小鸟。

在大多数情况下，因为公开说出或出版淫秽文字而产生的瞬间冒犯是一种转瞬即逝的现象。冒犯变得缓和，然后消失而不会反复。在个人冒犯的情形中，就像被蚊子咬了一口。它来了，我们皱了皱眉，它走了，一切结束。假设情况相反，一如我们的法律和传统有时表现的那样，假定我们当中的很多人都特别敏感脆弱，听见一个脏字立刻就会感到受伤，或者因为极度震惊而陷入深深的痛楚沮丧之中。实际上，在维多利亚时代，女士听见脏字会立刻晕过去，然后由人抬到床上。无论维多利亚时代女士的反应是否是她们的真实状态，现在要是有人听见脏话时和她们反应相同，那一定会被认为是过度敏感。以刑法保护特殊人群，如我早前论证过的（第八章第一部分），并不能获得经调和的冒犯原则的支持。无论如何，人们不那么脆弱总是好事。否则，淫秽语就会变得像武器那样危险，为了不互相伤害，每个人都需要武装到牙齿。显然，防止这种情况发生的更现实的策略是令我们更坚强，而非以严厉的语言审查解除公众的武装。如果人人都穿上厚厚的全身防弹服，枪支管制就会毫无必要。

传统观点认为，需要保护其免受哪怕是一个脏字冒犯的人群是“妇女和儿童”。有时，若淫秽语言或行为的听众或观众是女性或青少年，那这个词组会直接进入刑法；有时，它潜伏在立法争论的背后，

275 或出现在司法语言当中。哈伦大法官在提及科恩诉加利福尼亚州案的相关案件事实，即科恩身着背部写有“去他妈的征兵”的夹克在洛杉矶市法院大楼的走廊里晃悠时，也忍不住写道，“当时走廊里有妇女和儿童在场”。³

为什么妇女和儿童在场的事实应当具有法律意义呢？可能的解释有几种，但无一具有足够的说服力。可能人们曾经认为，或者至少那些上等阶级曾经认为，作为淫秽字眼的传统意义，它们就是冒犯女性而非男性的语言工具。毕竟，人们认为女性更脆弱细致。她们老是待在家里，远离那举止粗鲁的男人世界。不过，无论这种观点曾经多么有说服力，拿到今天来适用却显得很荒谬。今天，随着千百万女性进入劳动力市场，男性和女性之间的藩篱早已被打破。无论如何，用淫秽文字的传统作用作为解释的根据已不具说服力。而男性也并非对淫秽文字有免疫力。即使在全男性的场合，淫秽文字亦并非毫无意义的声音。也许人们从军营、锅炉房、船舶、矿山等从来不出现女性的地方得出这个观点，但总会有些其他场合，淫秽字眼亦足令男人——即使是士兵、水手、矿工——感到震惊或被冒犯。这些场合可能男女混杂，如教堂或舞会，也可能全部是男人，如立法辩论、司法听证、董事会、大学课堂。这里的区别在于，在正式场合，淫秽字眼会造成冒犯，在非正式场合就不会，这种区别取决于场合的性质不同，而非有无女性在场。今天，在法律上建立这种对应关系即使在统计学上也无法得到证实。

另一个解释在一个世纪前极受重视，当时显得很有趣，但放在今天则是彻头彻尾的胡言乱语。这个解释是，有女性在场时说出脏话会玷污这位女士。尤其是性淫秽语更具有这种魔力，正如当初人们相信读神话所能产生的那种魔力一样。说出那个字足令无意的听者（假定是妇女或儿童）不洁。当然，拥有这种魔力的丈夫和父亲们就会非

常注意保护“他们的”女人纯洁无瑕。淫秽语言和文字即使不具毁灭性，至少也会造成道德污染。有年轻女性在场而说出脏字就像糟蹋处女一样，尽管没那么严重。

除了某些法官和立法者，这种解释说服不了任何人。认为无人知晓其意义的一个声音或一个符号能够自动毁灭一个不幸听到或看到它的人，这简直就是给最明目张胆的迷信背书，连那前提都是不可能的。另一方面，如果因为年轻小姐们懂得脏字的意思，一说出脏字就会玷污她们的话，那么这个说法将面临两难。要么年轻小姐们不识禁忌词，她当然就不会被玷污；要么她已经知道这个词，那么，她早已不纯洁了。 276

道德腐蚀的观点如果冲淡些倒还有些许说服力，即淫秽言辞并不会以某种语言魔力即时造成玷污，而是慢慢使妇女或儿童变得粗野。有她们在场，每多说一句脏话，都会增强她们对淫秽语的免疫力、磨钝她们的情感、减少她们身上的“淑女味”。直至有一天她自己也会说出禁忌字眼。这种观点回避了即时玷污的问题，较上一个实在些，但正因为温和了些，其道德说服力也小的可怜。它没有适用损害原则和冒犯原则，转而在性的双重标准下寻求道德家长主义的支持，即负责任的成年人（如果仅指女性）应受到保护，以免其个人道德情感受到腐蚀（通过对另一方的强制命令），无论其责任程度如何，或是否自愿受到腐蚀。此外，所谓“腐蚀”取决于同一社群中绝大多数成年男性的立场。可是，将成人视为小孩本已令人产生道德反感，何况还是如此对待所有的成年女性。⁴

另一方面，父母在培育孩子的道德情感方面包含相当大的利益，因此他们往往会在这个问题上寻求法律的支持。例如，即使是在允许对自愿的成年人提供色情表演或色情读物的地方，若法律没有规定对儿童的例外，亦会令父母震怒。规定例外的理由并不特别清楚，但或

许类似以下观点。儿童在童年期接触到的性现象将极大影响他成人后对性的态度。那些喜欢向孩子反复灌输他们认为正确的性态度的父母对色情作品皆持悲观态度，他们怀疑色情业者在篡夺他们对孩子进行性教育的专有权力。众所周知（第十一章第七至九部分），很多色情作品都表达对女性的敌意或蔑视。绝大多数色情作品让人在性反应上抱有不现实的遐想。⁵显然，没有任何父母会采用色情作品作为对孩子进行性教育的教材。法律禁止色情作品在儿童中传播其实是在保护父母对孩子进行道德教育的利益。

不过，让孩子听到脏话其实对孩子道德观念的培养没那么大影响。倒不如将其视为对儿童进行语言训练的例行阶段。如果能让每个普通成人列出其个人用语中的主要淫秽语，恐怕并不是件难事。听到这些词是习得这些词的意义及用法的必要途径。毕竟，要让孩子明白某个词“下流”，他首先得知道这个词才行。如果可以的话，要保证他们纯洁无瑕的理想方式就是让淫秽语在他们这一代消失，不过那又会让后代为造出新的替代词而烦恼。重要的是让孩子知道，在某些场合这些词令人震惊，而在另一些场合则不会，这样，他们既可以通过使用淫秽词学到有用的技巧，以表达深切的情感、强烈的侮辱、开开下流玩笑等，同时又能避免造成不必要的或者无意的冒犯。孩子们要学会这些，首先需要看到成人如何使用，从成人那里，他们可以学到使用的核心特征——如何令自己震惊。

二、冒犯性滋扰与骚扰

冒犯原则并不支持以刑事制裁禁止人们在公共场合说脏话，即使是为了故意冒犯。蚊子叮一口是件太小的事情。但另一方面，如果蚊子一直盯着被害人不放就是另一回事了。单纯冒犯与冒犯性滋扰的区

别在于，后者是指被冒犯方无法避开冒犯，或者，无法在不发生不合理不便、代价或损害其他利益的情形下避开冒犯。因此，他别无选择，只能忍受精神上的不快状态、损害或不便。他确实会忍受这种滋扰，但并非毫无怨愤。仅当对淫秽语的使用造成不当的、故意的滋扰，刑法方可正当地予以禁止，意即（1）淫秽语的使用意在震惊、惹恼、冒犯听众，而无任何值得尊重的外在目的（令人唾弃的、邪恶的动机）；²⁷⁸（2）听者并非自愿，且已尽其所能避开滋扰；以及（3）根据其所使用之淫秽词汇的性质和数量，对听者极可能造成重大的持续的冒犯，而使用者明知这一点。简言之，这种滋扰就是骚扰，对淫秽语的使用足以引致道德怨愤。

刑法典应当包含造成严重及 / 或深度不安的故意行为，即使并未对被害人造成实质损害或实质损害的威胁。《模范刑法典》的作者们充满感情地提出骚扰罪的建议（以补充“暴力胁迫”、“故意危及他人人身”以及“暴力犯罪威胁”等罪名），他们在第 250.4 节将其定义如下：

若某人以骚扰他人之故意，（1）无合法联系之目的打电话；或（2）为激起他人的暴力回应而侮辱、刺激或挑战他人；或（3）在他人极其不便的时间，或以冒犯性的粗鲁言语，不断重复令人恼怒的谈话；或（4）无合法目的而意图实施损害行为，则构成轻罪。⁶

重要的是应当注意到法典这一节并未特别提及淫秽语言。使用淫秽语只是造成他人被冒犯意识状态的行为方式之一。如果对方无法避开，就构成滋扰；如果滋扰是故意且恶意的，以重复行为或另一“行为过程”实施，就构成骚扰。所有这四种方式均可在不涉及淫秽语

的情况下构成；反过来，不满足其他条件而仅仅使用淫秽语是（应该是）合法的。（这并不是说符合其他条件后，当中的语言就会变成淫秽语。）

279 如果按照旧稿，在“损害行为”前加上“冒犯性或令人惊恐”一词，则包含甚广的第 250.9（d 部分）会更合理。⁷ 那么，它就不仅包括损害被害人利益的骚扰行为，还包括那些给被害人带来实质损害威胁的单纯滋扰。试想一个单纯的骚扰案件，当中存在淫秽语的使用。假定街上一个男人走向一位女士。这个男人可能是陌生人，可能是熟人，也可能是个“敌人”。[性别在此起到重要作用。男性骚扰者往往避开其他男性，以免受到暴力回应，女性是危险性较小的被害人选。此外，绝大多数针对男性的骚扰可以适用第 250.4（2）的规定。] 这个男人立刻开始毫无来由地对那位女士说些性及排泄方面的淫秽语。受到惊吓后，那位女士可能会转身疾步走开。但这男人继续在人行道上跟在那位女士身后，没完没了地重复那些下流话，那位女士更快地向自己家的方向走去，但这时，那男人说的话更恶心了，他以淫秽粗鄙的字眼说到身体的排泄物、排泄器官及排泄过程。尽是用那些特别强烈的字眼强调他此刻的情绪。然后他又开始用淫秽的语言“评价”这位女士，极尽诬蔑之能事。通过那几种基本方式侮辱她——咒骂、恶毒地指责、贬损她最珍爱的人或物（如她对父母的怀念），以及进行主导性宣称（如“操你！”）。最后，他又开始以极其下流的方式讲黄色笑话。最后，那位女士终于到家，进门，并对尾随者摔上门。至此，烦恼结束，没有任何实质性损害——可能对她的安全感有所影响。按照我所解释的第 250.4（2）的规定，那个男人还是对她构成犯罪，她可以就此对这个骚扰者提出指控。

必须注意到，即使这个案例中并不出现任何淫秽语，冒犯还是很严重，或者至少严重到足以承担刑事责任。现在我们将该案中的脏字

去掉。那男人跟在那位女士身后，挑衅性地胡言乱语，然后对着那位女士大叫，“桌子！”“桌子！”“桌子！”“桌子！”“椅子！”“椅子！”“胳膊！”“腿！”“性交！”“排泄！”等等，一遍一遍地不停反复。然后，正当她认为他是个狂热的疯子时，他开始说些有意义的话了，但那是什么话啊！他劝说她和他上床，用生动但一尘不染的语言描述性行为。她的步伐愈加快了。他却开始向她表达深切的爱意，语气沮丧失望又充满敌意，但言辞并不淫秽。然后他开始指责她做了邪恶的坏事，侮辱她，糟践她，宣称要拿下她，但用的都是“干净的语言”。最后他用不伦之恋的笑话逗弄她，全部都用的是可以接受的语言。整个追逐的过程大约持续了一个小时，她不断求他停止，警告他，表示自己很愤怒，并努力逃离。他完全明白她的不快。另一方面，他却在整个事情中自得其乐，希望第二天还能碰到她。 280

第二个版本的故事里因为缺少淫秽语，可能要求我们就“严重的深度冒犯”、未经同意以及合理避开方面提出较第一个版本更多的证据（我们的案例中证据已足够充分，责任的承担不存在疑问）。为什么有如此要求呢？我想这是因为淫秽语粗俗、粗鄙、不尊重一般规范，在一定条件下结合其他要素后就会造成令人惊恐的效果。对女性直接提出性要求会令对方羞恼，但若用淫秽语提出这个要求，造成的后果更甚。天知道（她会嘀咕）这粗鄙的男人还想干什么？他看来有所图谋。按照冒犯原则保护的范畴，恐惧和焦虑是其中最糟糕的“被冒犯状态”，且最易演变为实质损害。众所周知，有多种微妙行为可以造成过度恐惧及焦虑，进而令人的心理受到伤害，而“并行的”恐惧与焦虑完全能够对个人利益造成损害。即使没有合理危险，也不应要求我们忍受他人以恶意的、无法避开的方式造成的恶意的、无法避开的不快、反感和厌恶感。

防止被冒犯状态的法律优先防止恐惧和焦虑，这一点有助于解

释《模范刑法典》中的规定，即为何一些法条要求行为必须满足“不停重复”说话或延展“行为过程”的条件（第3项，第4项，可能还有第2项），而另外一些条文（第1项，可能还有第2项）则仅仅要求一个信息或一句话而已。为什么打一个骚扰电话就要承担刑事责任，⁸而其他语言交流，即使令人恼怒、在不恰当的时间进行、使用淫秽字眼，却还要其不断重复才行？当然，原因部分在于电话是敌人进入对方住宅的一种延伸方式。要是骚扰发生在屋外，我们总可以躲进家中。但我们无法躲开家里的电话铃声，那定会牺牲我们在自己家中的便利和安全。特别强调电话骚扰的严重性还有一部分原因在于，不受欢迎的电话总是不祥之兆；我们无法控制它们，亦无法接近来电者。它们总是毫无预兆地说来就来。我们所知道的就是，它可能还会响起。基于所有这些原因，它们不仅比面对面的口头骚扰更令人烦恼，亦更令人恐惧。如果再加以淫秽语言，就完全能够制造恐怖。因此美国很多州的法典都禁止使用“粗鄙语、就渎神语、淫秽或不雅语言”进行电话骚扰。⁹这里需要强调的一点就是，法律保护人们免受恶意制造的恐惧与焦虑，免受以违反禁忌的语言直接制造的震惊和反感。

三、大众媒体的淫秽：F.C.C. 诉太平洋基金会

另一种“侵入”我们住宅隐私的形式则通过电波出现在我们的电视机或收音机里。正常说来，将电视节目或广播节目视为“入侵”有些荒唐，因为首先我们自愿地购置了相关接收设备，打开它们，调到自己想要的频道。此外，我们可以调台，可以关掉这些装置，或者干脆把它们从家里搬出去。和电话骚扰、大喇叭噪声骚扰以及其他形式的外来骚扰不同，电视或广播在我们家中完全由我们控制。淫秽信

息还是会传来,但我们的被冒犯状态只是匆匆一瞬,肯定会转瞬即逝。和对淫秽来电的反应不同,这种被冒犯状态并不包含恐惧的焦虑,也不存在即使尽己所能亦无法避免其反复发生的情况。

不管怎样,管制部门和法院炮制了一种关于滋扰的理论,以使对淫秽广播的强制措施合法化,甚至暗示电波中的淫秽字眼就是某种骚扰。最有代表性的判例就是美国联邦通讯委员会(F. C. C.)诉太平洋基金会案,¹⁰1978年,美国最高法院对该案作出终审判决。五年前,太平洋基金会旗下纽约 WBAI-FM 广播电台曾播出一档有关“我们社会中的语言使用”的讨论节目,其中播出了由乔治·卡林表演的长达12分钟的滑稽独脚剧《下流字眼》。该独脚剧嘲讽 F. C. C. 禁止人们使用“那七个下流词”——“你不能在空中说的词”。卡林逐一念出这七个词,细细玩味,假扮学者模样逐一评论,并支持它们在日常习语中使用。卡林对日常表达极为敏感,有着说多地方言的天才,并且非常善于掌握喜剧表达的节奏。听众们开头显得有些紧张,到了中段,就已经表现得很开心了。最后,听众的反应不是窃笑,而是狂笑。 282

这段节目在一个周二下午两点播出,但后来 F. C. C. 收到一封投诉信,一个男人说他开车时听到了这个节目,但车上坐着他未成年的儿子。信中抗议道,“肯定还有其他的孩子听到这种垃圾”。F. C. C. 将信转给电台,电台的回复是,那独脚剧“在一个讨论今日社会对语言的态度”的节目中播出,并在节目开始时发出警告,该节目中有令一些人备感冒犯的“敏感字眼”。此外,它还说,“卡林并未口吐脏话;他只是以一种无害的方式用到它们,以讽刺我们对这些词所抱有的态度”。不管怎样,F. C. C. 发出一条宣告令,表示“认同该份投诉”,并通知电台“可能受到行政处罚”,如吊销执照、罚款或不更新执照。尽管他们没提,但实际上他们也可以选择提起刑事起诉,《美国法典》第18篇第1464节规定:“通过电信方式传播淫秽、不雅或亵渎语言,处

10000 美元以上罚金，或处 2 年以下监禁，或并处。”实际上，委员会并未对电台进行正式制裁，只是警告说，他们会处理那封投诉信，如果还有类似投诉，他们将做进一步考虑。与此同时，委员会还签发了一份《备忘意见》，说明其对广播语言的规范标准，指出，卡林的语言“尽管不见得淫秽，但显然具有冒犯性”。[!] 节目有一定的“文学价值”，他们并不想绝对禁止，而只在“听众中可能有孩子在场的时段”禁止播出。委员会表示，冒犯性语言应当受到“与我们法律中针对可调节 [此处为调节播出时段] 而非全面禁止的滋扰行为的原则”保护。

太平洋基金会就此宣告令提出上诉，案件后来被发到哥伦比亚特区上诉法院。之后，F. C. C. 就该上诉判决向最高法院提出上诉。上诉法院的判决被推翻，最高法院以 5 比 4 的结果维持委员会的命令。

283 代表多数意见的史蒂文森 (Stevens) 大法官撰写的判决听上去挺合理，但的确包含几许挣扎之处——他当然并不反对宪法第一修正案所保护的自由——但在说理时确实存在几处细小但实质性的错误。第一个错误是混淆了瞬间接触不雅语言所产生的瞬间冒犯与强烈的、持久的、无可躲避的冒犯造成的滋扰。这个错误出现在史蒂文森解释为何广播和电视形式的交流所受到的保护最少 (IV, A, 13) 之处。他说，第一个原因是，由于广播的特定性质，可以直接侵犯听众的住宅隐私，在此，“对个人权利的保护远不及第一修正案对广播业者权利的保护”。接下来就是这著名的一页：

因为广播听众总是把台调过来调过去，节目开头的警告并不能使听众或观众完全避免接收他们本不想接收的节目内容。如果让听众一听到不想听的内容就把设备关掉，就如同让一个人在挨第一拳揍后最好的方法就是调头跑开一样。我们可以挂掉不雅来电，但这个选项并不能屏蔽来电者，亦无法避免已经发生的

损害。

假设你在家一边工作一边听广播。由于太过专心，你没发觉已经开始另一个节目了。突然，你听到了一连串的脏话。你感到恶心，立刻将台调到音乐节目，或者干脆关掉收音机。“太晚了”，史蒂文斯大法官说，“损害已经造成”。相反，其实什么损害都没发生，就算发生了冒犯，也只不过像“蚊子叮”一样，我们已经论述过，它们在法律面前不值一提。史蒂文斯大法官却认为，瞬间接触就像挨了“一拳揍”，似乎其严重程度好比有人冲进你家对着你的鼻子狠揍，你被逼无奈，只能弃家出逃。这也太拿文字的力量当回事了。

史蒂文斯大法官对骚扰电话的比喻忽略了一个实质性区分，我们可以一挂电话就避开骚扰者，却无法防止其再度来电。即使电话没再打来，你也无法确信它不会再来，因此，你无法停止内心的恐惧和焦虑。你所知道的就是，那神秘的来电者可能还会以其他方式骚扰你。他的不雅用语只是嘲笑、恐吓、侮辱、诽谤的一部分。和电台里的不雅语言不同，他的信息是个人的，直接指向你的，就像鼻子上挨了一拳。而偶然在电台听到独脚剧的人绝不会认为受到个人侮辱。史蒂文斯大法官不仅混淆了瞬间冒犯与冒犯性滋扰，他还因为将二者均视为骚扰而错上加错。 284

但混淆并未就此结束。史蒂文斯告诉我们，第二个理由是，之所以对广播更严格是因为这是一种“可为儿童接触到的独特途径，即使是不识字的小孩子也能接收到”。他认为，这一点使得本案区别于科恩诉加利福尼亚州案：“科恩衣服上的字一年级的孩子可能还不认识，但太平洋基金会的电台广播却能够即时扩大儿童的词汇量。”史蒂文斯大法官并未继续解释为什么儿童的词汇量扩大对其有害。每个正常成年人都认识性淫秽语和排泄行为淫秽语，这些词当然也会成为孩子

的字库的一部分。如果孩子从未学过某个词，那他一定会对这个词感到好奇。他会问父母，父母告诉他只是个不好的词，对人使用是不礼貌的，永远也不要用。如果父母的语气非常严厉，会对孩子产生很强烈的情绪作用，这其实正是孩子学习该词含义及用法的第一步。在教育的过程中其实很难做到客观。

史蒂文斯大法官对电台节目的青少年听众的担忧其实放错了地方。事实上，向儿童介绍性主题，帮助他们建立基本的性态度和性反应存在有效的途径。法律应当保护父母教育子女免受色情作品荼毒的权利。史蒂文斯的错误在于将性欲感觉和行为领域混同于语言教育领域，用适于前者的标准规制后者。

混淆首先发生于适用的法条。如我们所见，第 18 编第 1464 节规定，禁止“通过电台传播淫秽、不雅或亵渎语言”。卡林的独脚剧没有使用亵渎语，在这一点上他是合法的，独脚剧并不满足法院自说自话式的古怪解释；这个节目并不能令人产生淫欲或勃起反应。史蒂文斯总结说，那令人不快的语言既非淫秽亦非亵渎，而是“不雅”，即“道德标准上可以接受，但让人不舒服”。如果那些话说多了会诱发听众的性欲，也许能够作为家长抱怨或国家干涉的理由（尽管性欲只有一定年龄以上的人才会产生，在那个年龄以下，比如学前班儿童，是不可能理解色情独脚剧的）。因为违反了语言禁忌而可能造成冒犯，但“不雅文字”仅仅令人不快而已，就像拖着鼻涕的鼻子或脏衣服，它们是很粗鄙的。孩子们应该知道粗鄙是令人不悦的，但孩子们首先得知道什么是粗鄙语，听到时如何辨别，然后才能教会他们学会避开。这个过程与性欲或性教育无关。至多，过多提及“不雅词语”而未予适当指导对孩子的行为养成有害，但很快，孩子们就会明白，坏习惯会让别人不高兴，这个意识会慢慢强化。无论如何，很难理解为何文字的片刻闪现会对儿童的道德性格培育造成严重的、甚至是重

大的影响。¹¹

布伦南大法官坚决反对的观点在我看来倒更有道理。史蒂文斯在求助于住宅隐私及孩子在场的可能性方面的论证已显不足，何况又极大地忽视了“那些传播节目信号以及愿意接受节目信号的人的利益，尽管在很多人——包括 F. C. C. 和法庭——看来，这些人的行为是冒犯性的”。一般而言，住宅权的确比陌生人的自由表达权更重要，但电台节目很容易避开，在这种情况下，根本谈不上隐私权被侵犯的问题，而自由表达的利益却很重要。卡林不仅仅为了娱乐听众挣点钱，也可以认为他意在讽刺。他也许希望传递一个有说服力的主题，即淫秽语是“无害的”，对它们的主流态度非常“愚蠢”。如果说罗伯特·保罗·科恩的政治观点与其表达形式不可分离，则卡林的情况亦如出一辙。单是“征兵是罪恶的”或“人们对淫秽语的态度是愚蠢的”均远不足以表达政治抗议者及道德讽刺家希望传达的全部信息。

调整节目播放时间对那些欣赏并喜欢他的睿智，并和他同样认为对“淫秽语”的主流态度很愚蠢的人来说是某种不便。喜欢卡林节目的听众数量一定很大，总数应该以百万计，法庭对他们的利益却漠不关心。布伦南大法官认为他的同事们存在一个坚定的倾向令他困扰——“不能欣赏我们土地上的多元文化，即有很多人的所思所行所言与这法庭中的成员是不同的，他们没有那么脆弱的情感”。他是指一些世故的精英讥讽卡林是夜总会的角色，只有大学生才会买他的碟片；他更指，在黑人聚居区，这些“脏字”其实正是日常用语的一部分。¹²

286

今天的判决对于某些电信业者及听众影响巨大，这些人在何种字眼或表达是可接受的问题上与法庭观点不同。对于因种种原因使用在不同社会—经济背景看来具有冒犯性字眼的那部

分人，包括意在表达对主流观点蔑视态度的人，都会产生巨大影响。在这种情况下，法庭今天的判决在更广义上看，正是主流文化又一次试图强力迫使那些持不同立场者以它的方式思考、行为、说话。

四、以电波传播不雅语言的违法情形

史蒂文斯将滋扰理论适用于公共广播的薄弱之处，以及布伦南强调电信业者及少数派利益的观点，反而掩盖了政府究竟应如何规制广播用语的问题。一般而言，政府强烈支持的立场，如斯图尔特大法官在其独立反对意见中简短阐明的，仅当广播用语中出现法庭意见所界定之“色情”淫秽语，而非特定意义上违反语言禁忌的“不雅”淫秽语时，政府委员会或法庭方可正当地予以限制，但既然国家的唯一考虑是不让儿童接触，则即使是色情语言，至多要求其“调整播出时段”，而非绝对禁止。¹³

那么，应如何防止电波中充斥淫秽语的情况发生呢？冒犯原则的支持者应该相信广播电台市场的自由竞争就可以防止这种情况发生。如果绝大多数听众都会被粗鄙语言冒犯（有些同意反复？），尤其是被那些毫无意义而频繁使用的粗鄙语冒犯，那么绝大多数电台都会认为，使用淫秽语言不符合其商业利益，除非在特定情形下使用（例如，就针对语言的态度展开讨论的节目）。要是人们认为某个电台总是冒犯他并令他不快，就不会再收听那个台，那么，那个台的收听率就会下降。也许这个台能够锁定足够的少数派听众而获得盈利，但只要绝大多数听众都认为粗鄙语具有冒犯性，那么，这个台的情况就不可能适用于所有电台，或者至少是绝大多数电台。近期一位评论家就此经济机制解释如下：

若如[F. C. C.]委员会所说,淫秽广播令众多听众拒绝收听,那么投资者一定会收回投资。近年来广播电台领域的竞争压力并不鼓励趋同,因此出现了诸多类型的电台:新闻台、黑人音乐台、经典音乐台、乡村与西部音乐台、摇滚台、地下电台等。无论淫秽语冒犯了收听某个类型电台的那部分听众,F. C. C.都不必担心所有电台都变成“淫秽”电台。¹⁴

另一方面,如果很多听众都对粗鄙语的冒犯性产生免疫,所有的商业电台都发现“变黄”有利可图,那么,问题又来了,这时那些淫秽语还继续粗鄙吗?冒犯原则是不支持为了保护那极少数对冒犯特别敏感的人而立法禁止的。这寥寥几人应该别再收听广播,当然,他们可以私下以他们那早已过时的语言相互交流。

第七章 冒犯性的滋扰行为

1 美国法学会 (American Law Institute):《模范刑法典》(*Model Penal Code*), 官方版 (费城, 1962 年版), 第 I.04 节。

2 冒犯属违反, 而非犯罪, 根据规定该冒犯行为之法律, 可处罚金, 或罚金并处没收, 或处承担民事责任。认定冒犯之判决不会给行为人带来认定犯罪之刑事判决所产生的不利后果。(《模范刑法典》第 I.04 节第 5 部分)

3 在此, 我们不得不注意到, 认定“犯罪”最常见的依据既非“损害”, 亦非“伤害”, 而是“冒犯”。

4 赫伯特·韦克斯勒 (Herbert Wechsler): “量刑、矫正及《模范刑法典》”(“Sentencing, Correction, and the Model Penal Code”), 载《宾夕法尼亚大学法律评论》, 第 109 卷 (1961 年), 第 473、474 页。

5 北卡罗来纳州的法律照搬了 1533 年的一部英国法律 (于亨利八世在世时有效)。这个法律规定“鸡奸”为应处死刑之重罪。关于“鸡奸罪行”, 北卡罗来纳州的法律写道, “基督徒中不应发生的不正常的令人恶心的反人性犯罪”, 无论对方是“人或兽”。1869 年, 该

罪刑罚减轻为“五年以上六十年以下”监禁。

6 萨迦利亚·查菲 (Zechariah Chafee):《美国的表达自由》(*Free Speech in the United States*) (剑桥, 马萨诸塞州: 哈佛大学出版社, 1964 年版), 第 51 页。查菲提供了另一个好例子 (第 286 页): 第一次世界大战期间蒙大拿州的一部有关煽动罪的法律——

蒙大拿州法律规定, 对各类侮辱《宪法》、军服、旗帜的行为为处 20 年监禁, 直至 1918 年国会将蒙大拿的法律纳入《间谍法案》。没有比蒙大拿的斯塔尔的命运更能说明战争立法的性质: “他落入一群乌合之众的手里, 向特定的爱国主义标准屈膝, 强迫他亲吻国旗以宣扬他们对旗帜的古怪敬意。斯塔尔奋力反抗, 他说, ‘这是干什么呢? 这不过是一片布, 涂上颜色, 在角落上有些标记。我才不会亲这东西。上面恐怕还有细菌’。国家 290 对这群暴民听之任之, 却根据《蒙大拿煽动骚乱法案》的规定, 控告他 ‘使用语言对国旗表示轻蔑和不敬’, 判他十年以上二十年以下劳役。”

7 威廉·L. 普罗瑟 (William L. Prosser):《侵权法手册》(第 2 版) (*Handbook of the Law of Torts*), (圣保罗: 西方出版公司, 1955 年版), 第 390 页注释 7。

8 威廉·L. 普罗瑟:《侵权法手册》(第 4 版) (圣保罗: 西方出版公司, 1971 年版), 第 573 页。

9 《侵权法重述》(*Restatement of the Law of Torts*, Section 822, comment j) (美国法学会, 1939 年)。

10 普罗瑟, 前注书 (注释 8)。

11 同前注, 第 597 页。

12 同前注, 第 597—599 页。

13 同前注, 第 599—600 页。

14 同前注,第 577—578 页。

15 同前注,第 593 页。

16 同前注,第 597—598 页。

17 梅德福特诉利维案 (*Medford v. Levy*), 31 W. Va. 649 (1888)。

18 普罗瑟,前注书(注释 8),第 598—599 页。

19 前注书,第 599 页。

20 前注书,第 600 页。

21 人性中有一种不太好的倾向就是往往将较低阶的情感上升为道德或宗教情感,以致将某种本能反应视为理性的或神圣的原则。

J. S. 密尔在《论自由》第四章第十三段给出了一个标准示例:

举一个小例子:对于基督徒来说,没有什么行为比吃猪肉更能表示他们对穆罕默德的仇恨了。基督徒和欧洲人不论讨厌何物,都不及穆斯林反感这种饱食行为更甚。首先,这冒犯了他们的宗教;但无法解释他们反感的程度或种类;因为他们的宗教也禁止饮酒,每个穆斯林教徒都认为饮酒是错误的,但并非令人反感的。相反,他们对这“不洁生物”的肉的本能反感是某种天生的反感,不洁的概念一旦植入情感,即使个人习惯极不卫生的人也会视其为不洁……

22 海伦·林德(Helen Lynd):《论羞耻与身份搜查》(*On Shame and the Search for Identity*)(纽约:Science Editions,1961年版),第 33 页。

23 前注书,第 32 页。

24 迈克尔·D. 贝尔斯(Michael D. Bayles):“评论”,载诺曼·凯尔(Norman Care)、托马斯·特莱劳根(Thomas Trelogan)编:《法律和道德问题》(*Issues in Law and Morality*)(克利夫兰:凯斯西储大学出版社,1973 年版),第 125 页。

25 《韦氏新国际词典》(第3版)(*Webster's New International Dictionary*), 1961年版。 291

26 同前注。

27 参见查普林斯基诉新罕布什尔案(*Chaplinsky v. New Hampshire*), 315 U.S. 568 (1942)。本案将于第十二章第五部分详述。

28 保罗·A. 弗罗因德:“隐私:单一概念还是数个概念?” (“Privacy: One Concept or Many”), 载 J. R. 彭诺克(J. R. Pennock) J. W. 查普曼(J. W. Chapman)编:《习惯法第十三部:隐私》(*Nomos XIII: Privacy*) (纽约: Atherton Press, 1971年版), 第102页。

29 富勒·V. 哈珀(Flowler V. Harper)、小弗莱明·詹姆斯(Fleming James, Jr.):《侵权法》(*The Law of Torts*) (波士顿: Little, Brown, and Co., 1956年版), 第一卷, 第681页。

30 同前注。

31 格里斯沃尔德诉康涅狄格州案(*Griswold v. Connecticut*), 381 U.S. 479 (1956)。本案将于第三卷第十七章第八部分进行详述。

32 弗罗因德, 前注书(注释28), 第192页。另见海曼·格罗斯(Hyman Gross):“隐私与自治”(“Privacy and Autonomy”), 同载于该书第169—181页。

33 伊丽莎白·L. 比尔兹利(Elizabeth L. Beardsley):“隐私、自治与选择性披露”(“Privacy, Autonomy and Selective Disclosure”), 载 J. R. 彭诺克、J. W. 查普曼编:《习惯法第十三部:隐私》(纽约: Atherton Press, 1971年版), 第56页。根据本书的习惯更改了字母名称。

34 前注书, 第58页。

35 但也无法合理期待这些均处于其控制之下。如比尔兹利所说:

当然，如果是非人的故意行为造成的声响（如打雷），或 X 进入某个区域前可合理预见的声响（如地铁的咔咔声），或具有一定社会价值的声响（如钻井的声音或者唱片音乐），都是可以接受的：这些都不会引起“侵犯隐私”的问题，同样，现代社会生活中的喧嚣之声亦是如此。（比尔兹利，前注书，第 58 页。）

36 欧内斯特·范·德·哈格（Ernest Van den Haag）在“论隐私”（“On Privacy”）一文中极其赞同这个观点，载 J. R. 彭诺克、J. W. 查普曼编：《习惯法第十三部：隐私》（纽约：Atherton Press，1971 年版），第 150 页以下。如果有人认为，若以土地财产权所做的比喻是正确的，那么，即使是美妙的声音或令人欣赏的举止，若未经同意侵入，技术上说也是对隐私的侵犯。

第八章 对冒犯原则的调和

1 唐纳德·范·德·维尔（Donald Van De Veer）在其有关调和冒犯原则的标准中纳入了一个独立的“比例标准”，限制的要求应比例性提高，即冒犯必须达到“很严重，可能带来不可弥补的[损害]，难以修复”的程度。参见他的文章“冒犯行为的强迫性限制”（“Coercive Rstraint of Offensive Actions”），载《哲学与公共事务》（*Philosophy and Public Affairs*），第 8 卷（1979 年），第 192 页。根据我所建议的平衡测试，我所提出的全部标准均为“比例标准”。

2 参见拙著《社会哲学》（*Social Philosophy*）（恩格尔伍德克利夫斯，新泽西：Prentice-Hall，1973 年版），第 44 页；以及文章“‘无害的非道德行为’与冒犯性滋扰”（“‘Harmless Immoralities’ and Offensive Nuisances”），载拙著《权利、正义与自由的边界》（*Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*）（普林斯顿，新泽西：普

林斯顿大学出版社, 1980 年版), 第 88 页。

3 前注书《权利、正义与自由的边界》, 第 88 页。

4 有关这一描述的真实案例的深入讨论, 参见查菲:《美国的表达自由》(剑桥, 马萨诸塞州: 哈佛大学出版社, 1964 年版), 第 161 页。

292

5 实际上, 很多州的立法者正是这么做的。《纽约州刑法典》第 722 节特别规定, “公共场合实施不当的、威胁性的、侮辱性的言论或行为, 或对他实施令人恼怒的、妨碍性的、冒犯性的行为”, 应受刑罚处罚, 并不需要造成实质性损害。1939 年, 在一起典型的指控中, 一个叫尼夫 (Ninfo) 的基督教街头演说家因说道, “如果可以的话, 我想吊死这个国家所有的犹太人, 我希望希特勒给我 10 万美元, 我就能让那些犹太人看看我会做些什么, 你们这些小丑, 你们这些该死的犹太人, 你们这些渣滓”。他最终受到指控。参见戴维·里斯曼 (David Riesman): “民主与侮辱: 对群体中伤的控制” (“Democracy and Defamation: Control of Group Libel”), 载《哥伦比亚法律评论》, 第 42 卷 (1942 年), 第 751 页以下。里斯曼不仅讨论了对群体的冒犯性侮辱, 还讨论了有关群体贬损更复杂的论题。

6 范·德·维尔认为 (本章前注 1, 第 180 页) 保护个人不受群体 (少数派) 侮辱的法律规定实际上也 “对强制禁止其他一些难以忍受的合法行为打开了大门”。他所预见的那种 “难以忍受” 的结果, 其实是令人胆怯的结果: “认为滥用的侮辱行为肯定会令某些人难过、惊恐、愤怒或气恼的观点当然是对的, 包括关于波兰人、犹太人、新教徒后代、女人、教皇、巴基斯坦家族的笑话, 或是有关 ‘老古董’、‘热血拉丁人’、‘大惊小怪的自由主义者’、‘法西斯分子’、‘大男子主义者’ 或 ‘黄脸婆’ 的故事。” (前注) 但这些并非我所建议之经调和的冒犯原则支持的结果。不快、惊吓、生气、恼怒的程度不一, “合法”

的程度、社会和个人效用也不一。范·德·维尔给出了一些例子，其中造成的冒犯微小，但包含的自由表达价值却极高。没有理由认为，权衡测试会导致反直觉的结论。也许范·德·维尔正是在适用斜坡理论的入门版本（除了那些混合性的隐喻），即暗示毫无顾忌的立法者和法官或许误用了冒犯原则，但那是另一回事。

7 关于广告牌的例子，迈克尔·贝尔斯指出，为防止这些行为而将其入罪既无必要，亦不经济。不过，立法机关应该授与管理机关要求其取下广告牌的权力，并保留在拒不执行的情况下施以刑罚的可能。如贝尔斯充满同情地提到，《模范刑法典》竟认为对安放此类广告牌的行为应处以一年以下监禁！参见迈克尔·D. 贝尔斯：“评论”，载诺曼·凯尔、托马斯·特莱劳根编：《法律和道德问题》（克利夫兰：凯斯西储大学出版社，1973年版），第122、124页。

8 由我之前的论证可以看出，这一点很容易被夸大（参见本章注释2的资料）。很容易被夸大为“对异常敏感的人不必给予任何尊重”。更合理的说法是，“越是敏感异常”，其权重越低，因此，社会价值显然比极端敏感人士的权利更重要。另一方面，不应忽视的是，如果某个社会价值可以通过非冒犯方式实现，则若以冒犯行为实施的话，其“社会价值”就应当打折。范·德·维尔（前注书，第184—
293 185页）给出很多例子，说明既要尊重异常敏感者，但亦不应抹杀价值行为：“……法律禁止在医院附近鸣笛，以免打扰宁静，同样，机车司机应当为盲人让出右侧道路……或各个部门应当修建轮椅通道。”

9 威廉·L. 普罗瑟：《侵权法手册》（第4版）（圣保罗：西方出版公司，1971年版），第578页。关于支气管炎的例子，普罗瑟援引了裘德诉格兰尼特州砖材公司案（*Judd v. Granite State Brick Co.*），68 N. H. 185, 37A, 1041（1804）；惊马的例子，他引用了罗泽尔诉北太平洋R.R.公司案（*Rozell v. Northern Pacific R.R.Co.*），39 N. D.

475, 167N. W. 489 (1918)。

10 普罗瑟, 前注书。

11 戴维·A. 康韦 (David A. Conway): “法律、自由和不体面” (“Law, Liberty and Indecency”), 载《哲学》(*Philosophy*), 第 49 卷 (1974 年), 第 143 页。

12 关于其究竟价值几何, 我很欣慰可以在滋扰法律中找到相同的立场, 并由此找到更多的灵感。普罗瑟提到一个关于隐私滋扰的案件。该案中, 被告是一家结核病医院, 原告则是附近的居民。原告胜诉, 尽管法院认为“并未发现”作为构成滋扰基本要素的接触危险。但法庭认为, 该地区所有居民都存在“被征地”的焦虑, 正是这种焦虑令被告人构成滋扰, 即使并无实质危险的证据。

13 此前四个段落一字不差, 引自本人对迈克尔·贝尔斯的回应。参见迈克尔·D. 贝尔斯: “评论”, 载诺曼·凯尔、托马斯·特莱劳根编: 《法律和道德问题》(克利夫兰: 凯斯西储大学出版社, 1973 年版), 第 137—139 页。重印于拙著《权利、正义与自由的边界》(普林斯顿, 新泽西: 普林斯顿大学出版社, 1980 年版), 第 96—109 页。

14 普罗瑟, 前注书 (注释 9), 第 597 页。

15 关于表达自由价值的经典表述, 参见前注查菲书 (注释 4), 以及托马斯·I. 埃默森 (Thomas I. Emerson): 《自由表达制度》(*The System of Free Expression*) (纽约: 兰登书屋, 1970 年版)。有关剥夺自由表达权的深入讨论, 参见托马斯·M. 斯坎伦 (Thomas M. Scanlon) 的两篇论文: “表达自由的理论” (“A Theory of Free Expression”), 载《哲学与公共事务》, 第 1 卷 (1972 年); 以及“表达自由与表达的种类” (“Freedom of Expression and Categories of Expression”), 载《匹兹堡大学法律评论》, 第 40 卷 (1979 年)。

16 约翰·斯图尔特·密尔: 《论自由》, 第二章。

17 有时,淫秽的表达正是表达的核心内容,而非仅仅为了“指着鼻子骂”。参见科恩诉加利福尼亚州案 (*Cohen v. California*), 91 S. Ct. (1971), 以及本书第十一章第一部分、第十三章第六部分,以及第十六章第一部分。在这个问题上,我早期的观点(参见《权利、正义与自由的边界》,前注书,第100—102页)是错误的。

18 戴维·A. 康韦,前注书(注释11),第139—140页。

19 前注书,第140页。

20 范·德·维尔,前注书(注释1),第186页。

21 普罗瑟,前注书(注释9),第600页。

22 参见沃伦·伯杰(Warren Berger)首席大法官和美国最高法院在巴黎成人影院I诉斯莱顿(*Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. [1973])案中的多数意见。

294 23 美国法学会:《模范刑法典》(费城,1962年),§251.1。

24 同前注,§213.5。

25 同前注,§251.3。

26 路易斯·B. 施瓦茨(Louis B. Schwartz):“道德冒犯与《模范刑法典》”(“Morals Offenses and the Model Penal Code”),载《哥伦比亚法律评论》,第63卷(1963年),第675页。

27 同前注,第673页。

28 同前注,第675页。

29 贝尔斯,前注书(注释7),第118页。

第九章 深度冒犯

1 罗伯特·保罗·沃尔夫:(Robert Paul Wolff):《自由主义的不足》(*The Poverty of Liberalism*)(波士顿:Beckon Press,1968年

版),第24页。

2 路易斯·B.施瓦茨:“道德冒犯与模范刑法典”,载《哥伦比亚法律评论》第63卷(1963年)。重印于乔尔·范伯格、海曼·格罗斯编:《法律哲学(第2版)》(*Philosophy of Law*)(贝尔蒙德,加州:Wadsworth Publishing Co.,1980年版),第215页注释14。

3 Pa. Stat. Ann. Tit. 18, § 4211 (1945)。

4 施瓦茨,前注书(注释2),第210页。

5 同前注。

6 前注书,第211页。

7 同前注。

8 有关“人形特征”更详细的清单及更详尽的讨论,参见约瑟夫·弗莱彻(Joseph Fletcher):“人性的彰显:试述人的形象”(“Indicators of Humanhood: A Tentative Profile of Man”),载《黑斯廷斯中心报告》(*Hastings Centre Report*),第2卷(1972年);劳伦斯·C.贝克尔:《人:概念的边界》(“Human Being: The Boundaries of the Concept”),载《哲学与公共事务》,第4卷(1975年);玛丽·安·沃伦:“论堕胎的道德及法律规范”(“On the Moral and Legal Status of Abortion”),迈克尔·图利:“为堕胎和杀婴辩护”,两篇文章均被收录于乔尔·范伯格编:《堕胎问题(第2版)》(*The Problem of Abortion*)(贝尔蒙德,加州:Wadsworth Publishing,1983年版)。

9 库尔特·贝尔(Kurt Baier):“对淫秽物的自由主义解释”(“The Liberal Approach to Pornography”),载《匹兹堡大学法律评论》,第40卷(1979年),第620页。

10 库尔特·贝尔,前注书,第621页。在这个问题上有如下论断:

令人恶心的行为让看到的人恶心，因而冒犯了这些人。在此，恶心就是被冒犯，是对感官的直接侵袭。恶心，这一对人的冒犯，如此真实的冒犯，其实只要阻止那侵袭就可以避免。如果喜欢烧橡胶的气味，我只要尽力避免这气味飘到附近打扰邻居，就可以避免冒犯他人而承担冒犯的法律責任。如果我只是向他们夸耀自己这异常的爱好，或是邀请他们到我家参加闻怪味聚会，我并没有冒犯他们。并不应因为我的爱好奇怪，就降低构成冒犯的标准。

11 再举一个同样奇怪的观点，参见伯特兰·罗素：《非主流文章》（*Unpopular Essays*）（纽约：Simon and Schuster, 1950 年版），第 75—76 页：

有时我对那些自以为虔诚的亵渎者十分震惊——例如那些洗澡时从来不脱浴袍的修女。问她们为何不脱浴袍，因为不可能有男人会看到她们，她们回答说，“哦，但你忘了还有神圣的上帝啊”。显然她们把上帝视为偷窥狂，因为他无所不能，所以能穿透浴室的墙壁看到她们，既然如此，浴袍对他又怎能起到屏蔽作用呢？这实在令我惊奇。

- 295 12 约翰·斯图尔特·密尔：《论自由》，第四章第 12 段。
- 13 同前注。
- 14 库尔特·贝尔，前注书（注释 9），第 621—622 页。
- 15 路易斯·B. 施瓦茨，前注书（注释 2），第 210 页。
- 16 密尔，前注书（注释 12），在第四章第 12 段，密尔写道：

……在只关乎个人自身的问题上，以法律的形式施加于少数派的多数派意见对或错的可能性各占一半，因为在这种情况下，公共意见最多也只是部分人关于什么对别人有好处或什么对别人有坏处的意见而已，甚至有时候连这种程度也达不到——公众

带着极漠不关心的态度，依其个人好恶进行判断并考虑，而对他人的快乐和便利一带而过。有很多人都认为无论任何行为，只要他们不喜欢，就认为那是对他们的伤害，而将其视为对他们情感的暴行……公众何曾在意所谓普遍的经验标准呢？公众干涉个人行为时，很少顾及其他，而只是认为和自己不同的行为或感受就是滔天罪行……

17 H.L.A. 哈特：《法律、自由与道德》（*Law, Liberty, and Morality*）（斯坦福，加利福尼亚州：斯坦福大学出版社，1963 年版），第 46—47 页。

18 同前注书，第 47 页。

19 反堕胎者一想到对已具人形的“未出生婴儿”施以流产手术，其情感就会受到极大摧残，但他并非仅为表达本人思绪宁静被打破之愤慨。这就是为何不应对其适用“眼不见心不烦”的原则。他被冒犯的状态是一种很典型的深度冒犯，而非单纯对丑恶的、惹人烦心的或令人尴尬的景象所产生的恶心反应。这就是为何我们说被冒犯的是他的道德情感，而非仅仅是他的敏感细致。

20 在这方面，冒犯原则也可以对应于损害原则。正如若损害行为同时亦是对被害人之侵权行为，则损害原则可令强制法律正当化；若冒犯行为同时亦是对被害人之侵权行为，则冒犯原则亦可令强制法律正当化。两个原则（包括所有自由主义的自由限制原则）都是保护权利的原则。

21 M.J. 杜里（M. J. Durey）：“抢夺尸体者与边沁主义者”（“Bodysnatchers and Benthamites”），载《伦敦杂志》（*London Journal*），第 22 卷（1976 年），转引自托马斯·C. 格雷编：《对道德的法律强制》（*The Legal Enforcement of Morality*）（纽约：兰登书屋，1983 年版），第 111 页。

22 N. 韦德 (N. Wade): “疾速赴死与尸体数量” (“The Quick, the Dead, and the Cadaver Population”), 载《科学》, 1978 年 3 月 31 日, 第 1420 页。重印于格雷书 (注释 21), 第 106 页。

23 同前注。

24 还可参见菲利帕·富特 (Philippa Foot): “堕胎问题与双重效应原则” (“The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect”); 约翰·哈里斯: “救命的乐透” (“The Survival Lottery”); 理查德·特拉梅尔: “救命与夺命” (“Saving Life and Taking Life”); 南希·戴维斯: “避免损害的优先性”, 以及布鲁斯·拉塞尔: “论积极义务与消极义务的相对严格性” (“On the Relative Strictness of Negative and Positive Duties”), 悉数收录于邦尼·施泰因博克 (Bonnie Steinbock) 编:《杀人与见死不救》(*Killing and Letting Die*) (恩格尔伍德克利夫斯, 新泽西: Prentice-Hall, 1980 年版)。

25 保罗·拉姆齐:《病人也是人》(*The Patient as a Person*) (纽哈文: 耶鲁大学出版社, 1970 年版), 第 210 页。

26 尤姆诉戈尔曼案 (*Yome v. Gorman*), 242 N.Y. 395 (纽约上诉法庭, 1926 年)。有关本案资料及本节所提到的有关死尸问题的其他资料, 我得感谢托马斯·C. 格雷教授及其杰作《对道德的法律强制》
296 (纽约: 兰登书屋, 1983 年版)。

27 威拉德·盖林: “收获尸体” (“Harvesting the Dead”), 载 *Harper's Magazine*, 1974 年 9 月。

28 同前注, 第 26 页。

29 同前注, 第 30 页。

30 威廉·梅: “对新尸体的态度” (“Attitudes Toward the Newly Dead”), 载《黑斯廷斯中心研究》, 1972 年第 1 期, 第 3—13 页。

31 同前注,第5页。

32 同前注。

33 同前注。

34 杰西·杜克米尼尔 (Jesse Dukeminier):“提供移植器官”(“Supplying Organs for Transplantation”),载《密歇根法律评论》,第68卷(1968年),第811页。

35 这个词用来表达某人的器官在未经本人同意的情况下用于移植,最初见于约翰·哈里斯:“救命的乐透”,载《哲学》,第50卷(1975年)。

36 梅,前注书(注释29),第6页。

37 杰西·杜克米尼尔,前注书(注释34)。

38 迈克尔·坦纳 (Michael Tanner),“多愁善感”(“Sentimentality”),载《亚里士多德学会会志》,第77卷(1976—1977),第135页。

39 梅,前注书(注释29),第6页。

40 我们对死尸表示同情时,斯密写道,“由于悲哀且没完没了的忧郁症引起的幻想就会一起涌来,……在他们死去的身体里有我们活着的灵魂,有我们的情感。”参见亚当·斯密:《道德情感论》(*The Theory of Moral Sentiments*)(1970年第6版)。重印于L.A.塞尔比-比格(L.A. Selby-Bigge):《英国道德哲学家》(*British Moralists*)(纽约:Bobbs-Merrill,1964年版),第1卷,第262—263页。

41 斯坦利·I.本:“堕胎、杀婴及对人的尊重”(“Abortion, Infanticide, and Respect for Persons”),收录于乔尔·范伯格编:《堕胎问题(第2版)》(贝尔蒙德,加州:Wadsworth,1983年版),第135—144页。

42 若该两类别间并不存在区别,则对情绪灵活性的控制是不可忍受的。例如,很难不同情简·英格里希提到的护士们(“堕胎与人

的概念”，收录于乔尔·范伯格编：《堕胎问题》，前注书注释 41），她得在照顾早产 6 周的婴儿与解决 24 周时被流产的胎儿间作出选择。这里的危险并非这些护士会变得铁石心肠，而是她们会因此感到极度沮丧，甚至造成心理创伤。

43 现在，读者可以清楚地看到，“侮辱”（或“冒犯”）是有关“深度冒犯”的讨论的核心概念。这个有争议性的重要概念将在第十四章关于淫秽语言的主题中详细讨论。淫秽语言的功能之一就是表达侮辱；因此有必要在那一章进行讨论。但并非所有的侮辱都包含淫秽字眼，同时，亦非所有的淫秽字眼都只出现在侮辱中。侮辱概念有着更广义上的一般意义。

44 在之后的法庭听证中，一个主要议题就是斯考基公园区要求纳粹分子缴纳 350000 美元的保证金方可使用公园。标语牌和横幅的内容只是“为白人争取言论自由”和“为美国白人争取言论自由”。“单纯侮辱”则是通过卐字袖标和纳粹军服传递出来的。

297 45 给《国家》（*The Nation*）主编的信，1978 年 5 月 6 日，吉尔伯特·戈登（Gillbert Gordon），斯考基镇的资深律师。

46 特别参见卡尔·科恩的文章“斯考基——我们对表达自由忠诚度的最极端考验”（“Skokie—The Extreme Test of Our Faith in Free Speech”），载《国家》，1978 年 4 月 15 日。他与编辑的通信，1978 年 5 月 6 日；以及“集体诽谤案”（“The Case Against Group Libel”），1978 年 6 月 24 日。

47 斯考基镇诉国家社会党案（*Village of Skokie v. National Socialist Party of American*），伊利诺伊州上诉法庭第一分庭（1977 年 7 月 12 日）。

48 查菲：《美国的表达自由》（剑桥，马萨诸塞州：哈佛大学出版社，1941 年版），第 152、161、426 页。同样的判决出现在特米尼

罗诉芝加哥案 (*Terminiello v. Chicago*), U.S. 1 (1949)。

49 斯考基镇诉美国国家社会党案, 参见注释 46。

50 关于这一理论的经典论述见于查普林斯基诉新罕布什尔案 (*Chaplinsky v. New Hampshire*), 315 U.S. 568 (1942)。我将于第十四章第三部分详述。

51 “挑衅性字眼”的这个定义源于科恩诉加利福尼亚州案 (403 U.S. 15, 20, 29 L. Ed. 2d 284, 291, 91 S. Ct. 1780, 1785)。

52 相比挥舞传统神圣标志的情况, 故意展示羞辱他人珍爱物的标志的例子更多。展示一个上有裸体人物的十字架, 该人物脸上写有表示其性兴奋的文字, 这种羞辱肯定会对内心造成深度冒犯。这类例子与卐字标志的情况不同, 但二者又都与象征性鼓吹及单纯的丑陋或不快相区别, 因为后者不应立法禁止。

第十章 淫秽的含义

1 波特·斯图尔特 (Potter Stewart) 大法官也发表过同样的观点 (参见雅克贝里斯诉俄亥俄州案, *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S., 184 [1964])。说到“春宫色情”, 斯图尔特写道, “我今天并不想给这个类别下定义, 也许我永远都没有足够的才智做到这一点。但只要我看到它, 我就能认出它……”

2 参见路易斯·亨金 (Louis Henkin): “道德与宪法: 淫秽之恶” (“Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity”), 载《哥伦比亚法律评论》, 第 63 卷 (1963 年), 第 393 页。

3 小哈里·卡尔文 (Harry Kalven, Jr.): “淫秽法律中的形而上学问题” (“The Metaphysics of the Law of Obscenity”), 载菲利普·B. 库兰 (Philip B. Kurland) 编: 《最高法院评论》(*The Supreme Court*

Review) (1960年)(芝加哥:芝加哥大学出版社,1969年版),第2页。卡尔文提到的发展历程始于合众国诉申克案(*U. S. v. Schenck*), 294 U.S. 47 (1919); 发展于耶茨案(*Yates*), 354 U.S. 298 (1958)。

4 同前注。此处,卡尔文特别是指柯蒂斯·博克(Curtis Bok)大法官的意见,参见英联邦诉戈登案(*Commonwealth v. Gordon*), 66 Pa. D.&C. 101 (1949); 以及杰尔姆·弗兰克(Jerome Frank)大法官的意见,参见合众国诉罗思案(*United States v. Roth*), 237 F. 2d, 796 (2d. Cir. 1956)。

5 美国法学会:《模范刑法典》, § 251.4 (1) (1962)。

6 “催情”淫秽与“催吐”淫秽的区分最初见于约翰·M. 伍利(John M. Woolsey)大法官那著名的判词,参见合众国诉《尤利西斯》案(*United States v. One Book “Ulysses”*), 5 F. Supp. 182 (S.D.N.Y., 1934)。

7 伯特兰·罗素认为这种观点杀伤力极强:“……这是将实证主义和逻辑主义观点结合的弱点,因为后者如果有用的话,则前者即为
298 多余。例如,‘我昨晚没有喝醉,我只喝了两杯,另外,大家都知道我很能喝’。”罗素所说的“多余”确实将困难表露无遗!参见其《西方哲学史》(伦敦:Allen & Unwin, Ltd., 1946年版),第679页。

8 合众国诉罗思案, 237 F. 2d 801, n. 2 (2d Cir., 1956)。

9 小哈里·卡尔文,前注(注释3),第41页。

10 做一个有用但不是很严肃的比喻,人的性羞耻感就是他或她触发了自己沉睡的“感应器”时产生的(自我)惩罚。如果为了某种危险的快感而“撩拨”或故意惊醒那感应器,即会感到某种“兴奋”。

11 芭芭拉·塔奇曼(Barbara Tuchman)在《远处的镜子》(*A Distant Mirror*) (纽约:诺普夫出版社,1978年版),第587—588页中提醒我们,即使恶心也能令人“兴奋”,十五世纪的法国,在历经一

个世纪的战争后，鼠疫横行，满目疮痍。“艺术家们对惨状的细致描述令人恐惧：每一个尸体上都爬满了虫子，癞蛤蟆身下就是死人的眼珠子。无数潮湿的壁画上描述死亡舞会……[戏剧中]以写实主义展现对处女的强奸行为；基督徒的仿真人体模型被士兵砍掉头颅；或者孩子被母亲吃掉。”塔奇曼总结道，“戏剧舞台走向恐怖的极端，似乎人们特别需要感受那种由恶心带来的兴奋”。

12 帕特里克·H. 诺维尔-史密斯 (Patrick H. Nowell-Smith):《伦理学》(*Ethics*) (哈蒙兹沃斯, 米德尔塞克斯: 企鹅出版社, 1954年版), 第72页。

13 同前注, 第72页。

14 同前注, 第85—86页。

15 参见 R.M. 黑尔 (R. M. Hare):《道德的语言》(*The Language of Morals*) (牛津: 克拉伦登出版社, 1952年版), 第18—19页。

16 诺维尔-史密斯, 前注书, 第62—65页。

17 亚里士多德:《尼各马可伦理学》, 第1卷第三章。

18 彼得·格拉森:“‘形象’评价”(“‘Charientic’ Judgements”), 载《哲学》, 1958年4月, 第138—146页。

19 按格拉森的话说,“从 χαριεντος, χαριεις 的词源看, 在希腊语中, χαριεις 是优雅的、完美的成功人士的常用语……οι χαριεντος 是有品位的人、有教养的人……与 οι πολλοι 相对……”。参见利德尔与斯科特编:《希腊文—英文词典》(第6版), 1869年。

20 同前注, 第138、139页。

21 同前注, 第142页。

22 同前注。

23 格拉森的话显然是赘述。有失检点仅仅是形象上的。“有失检点之于形象, 正如过失之于道德”。

24 拉塞尔·贝克 (Russell Baker) 很赞同这个观点。在一篇富有洞见的文章中, 针对“极度文明”学者说时代广场已经堕落的严重攻击, 贝克敏锐地分析出, 这些人虽使用道德术语, 实则并非道德意义上的, 而是形象意义上的攻击: “很遗憾‘低级’这个词已经在美国俚语中消失, 因为没有其他词能够如此充分地描述时代广场的堕落, 这种堕落确实太低级了。”贝克的反应并非道德攻击, 因此他
299 也并不太沮丧: “沮丧是针对堕落本身, 而非为自己找借口, 这种堕落就是, ‘你和我, 我们都很丑陋、低级、没品位、冷酷又凶残; 让我们承认这一点吧, 然后好好打个滚儿’。”贝克的结论是对的, “以前被称作‘世界的十字路口’, 现在则是令人生厌的地方, 自由给予没有品位的人与高雅人士相同的权利, 任其堕落。时代广场的例子并不在于它堕落了, 而在于它如此普通、如此低级、如此丑陋、如此粗鄙, 正因如此, 而如此令人沮丧。作为世界的堕落中心, 时代广场就是臭水沟”。参见拉塞尔·贝克: “周日观察: 下等”(“Sunday Observer: Cheesy”), 载《纽约时报杂志》(*New York Times Magazine*), 1976年4月18日。

25 常常令我关注的一个明显的例外就是, 以安静的、微妙的或优雅的方式实施的令人震惊的不道德行为。在这些情形中, 我们的道德情感被震惊不是因为行为的张扬、不是因为行为的蛮横无理, 而是因为它距离行为规范“太远”, 极度偏离道德规范。我们来看说谎的三种方式: (1) 稍稍偏离真相, 略带影射或误导暗示。(2) 稍稍偏离真相, 直接断言, 毫无掩饰, 以致听者觉得这谎言有些淫秽。(3) 极度偏离真相——“真正的弥天大谎”——为非法获利而欺骗听者, 最微妙的暗示, 毫不刺耳。第三种情形就是微妙而淫秽的谎言, 微妙是指说谎技术, 淫秽是指谎言对规范的违反, 这可不单是不遵守规范, 而是戏弄规范。

26 H.L.A. 哈特:《法律,自由与道德》(斯坦福,加利福尼亚州:斯坦福大学出版社,1963年版),第45页。

27 罗伯逊·戴维斯(Robertson Davies):《第五商业》(*The Fifth Business*)(哈蒙兹沃斯,米德尔塞克斯:企鹅出版社,1977年版),第40页。

28 H.G. 韦尔(H. G. Well):“时间机器”(“The Time Machine”),载《短篇故事选集》(哈蒙兹沃斯,米德尔塞克斯:企鹅出版社,1958年版),第7—83页。其中包括对令人反感的“Morlocks”的描述,一种虚构的生活在远古时期的睿智生物。它们的外形像洞穴真菌,令人生厌。有趣的是,韦尔在他的描述中总是不能避免使用“淫秽”一词:“看到它们的身体,我不禁头皮发紧。它们是虫子半漂白的颜色,就像动物学博物馆里的标本,摸上去凉凉的,让人恶心。”(第49页)“你很难想象它们看上去有多恶心——苍白的、没有下巴的脸,没有眼睑的粉色的眼睛!”(第53页)“……这白塌塌的、淫秽的、昼伏夜出的东西……”(第45页)。

更有趣的是,霉(一种真菌)往往看上去也很淫秽,正如我们日常用语中对“黏液”和“污秽”等词的衍生用法。

29 这里必须解释一下。有人对这种淫秽非常重视。也许在表达性使用中,鼻涕虫、蛤蟆、老鼠、蝙蝠都是“淫秽”的,但不要因此而不假思索地认为对淫秽的所有反应都是恶心。这一点在鲁思·皮特(Ruth Pitter)的诗中有最准确的诠释。

《蝙蝠》

黯淡又低贱,可怕的东西
怪异的翅膀吓人地扑动起乱舞的尘埃
这诡异的样貌
造就这恶魔的是不是防水材料?

像是乌黑的破布条
又湿又冷一团糟

古怪、恶毒又衰老
我现在拥有了邪恶的你——因为那只猫
最近抓来的这只小蝙蝠
被它轻轻一挠
在罪恶的黑色地毯上
在凄惨的灯光下
它蹒跚前行，再也不能飞高

尽管因为害怕而无法爱
却还是为它有所感怀
尽管感到恐怖恶心，我还是弯下腰
轻轻地把它拿起来
放在那
让它重见曙光的所在

真相很奇怪！
温暖如牛奶，洁净如花朵，光滑如丝绸！
哦，这张脸让人怜惜
半透明的瘦瘦的耳朵，多么细腻！
栗色的绉纱般的翅膀
比任何女士的礼服都更加精细——
裹着这么个小东西！

温暖, 洁净, 可爱, 虽不白晳
母亲的叮嘱你要牢记:
去捕捉那些害虫
带着我的保佑翱翔天地。

参见鲁思·皮特:《诗集》(*Collected Poems*)(纽约:麦克米伦出版社, 1968年版)。

30 德斯蒙德·莫里斯:《裸体者》(纽约:麦格劳—希尔出版社, 1967年版), 第235页以下。

31 《韦氏字典》第3版对“淫秽”给出两条定义。一条对应于我所谓的“针对低阶情感的淫秽”, 另一条对应于我所谓的“针对高阶情感的淫秽”。该词典给出的其他定义可以归入我的第二大类下:“就一般认为适当的规范看来是极度恶心的”, “违反某些原则或与之抵触而产生的冒犯或反感”, “因为恶意、伪善、犬儒式的不负责任、对道德伦理原则无所顾忌所造成的反感”。库尔特·贝尔举出一个1930年代被一些人称之为“终极淫秽”的例子:“……就是墨索里尼 301 的儿子胡言乱语, 说他投到阿比西尼亚村庄的炸弹所引起的爆炸就像美丽的星空。”参见“对淫秽物的自由主义解释”(“A Liberal Approach to Pornography”), 载《匹兹堡大学法律评论》, 第40卷(1979年)。

32 转引自《韦氏词典》(第3版), 更进一步的出处未注明。

33 T. R. 伊巴拉(T. R. Ybarra)转引自《韦氏词典》(第3版), 更进一步的出处未注明。

34 唐·香农(Don Shannon):“据鲍尔称肯尼迪批准了一项推翻吴庭艳政府的命令”, 载《洛杉矶时报》, 1975年7月25日。

35 安东尼·弗卢(Antony Flew):“安乐死原则”(“The

Principle of Euthanasia”),载 A.B. 唐宁（A. B. Downing）编：《安乐死与死亡的权利》（*Euthanasia and the Right to Death*）（伦敦：Peter Owen，1969 年版），第 33 页。

36 转引自《韦氏词典》（第 3 版）“The New Republic” 词条，进一步的出处未注明。

37 G. 冈德森（G. Gunderson）写给《先驱论坛报》的信，1975 年 7 月 15 日。

38 霍华德·穆迪（Howard Moody）：“给出淫秽的新定义”，（“Towards a New Definition of Obscenity”），载《危机中的基督教》，1965 年 1 月 25 日。

39 还有一个关于死亡的淫秽用法示例：

现在——最高峰！

一项太阳能发声墓碑专利技术诞生！录音可持续播放两小时。加拿大一家公司提议修建一座金字塔式陵墓，当中包括 200000 个棺材和壁龛，可容纳 1000000 只骨灰盒。还有一个特点是将在 534 英尺的顶层开一家餐厅。

这是匹兹堡悼念协会发布的一则广告，引自《纽约客》，标题为“部门无可奉告”（“No Comment Department”）（1983 年 7 月 12 日）。

40 哈夫洛克·埃利斯：《论生命与性》（*On Life and Sex*）（花园城，纽约：花园城出版公司，1947 年版），第 175 页。

41 维维安·默西埃（Vivian Mercier）认为斩首示众正是标准的淫秽。有趣的是，他随后将此标准适用于公开性交的情形，强调其同样违反隐私和自尊。“有人观看”，他坚持认为，“就会有所不同”。“观看公开斩首和观看公开性交一样……如果行为人正实施性行为，对我来说，感觉就像观看公开斩首一样；如果那不是假装的，我会觉

得自己没必要看。我的态度与看到私下性交时的享受格格不入。看这类电影或看真人演示时感到类似窥淫癖的不安似乎有些反应过度，不过我还是相信有很多人都像我这般拘谨。”转引自默西埃：“主珀西与/或查泰莱夫人”（“Master Percy and/or Lady Chatterley”），载道格拉斯·A. 休斯编：《关于淫秽的见解》（*Perspective on Pornography*）（纽约：圣马丁出版社，1970年版），第31、32页。

42 本段所表述的观点乔治·桑塔亚纳（George Santayana）也曾提及，《美的感觉》（*The Sense of Beauty*）（纽约：斯基伯纳出版社，1896年版），第23页说道：“……美学判断主要是正面的，即是好的；道德判断主要是负面的，或恶的。”桑塔亚纳的意思显然是指，若某个行为不出错（例如，没有违反规则或侵犯权利），就可以在道德上获得正面评价。但某个作品如果不成功，在其美学评价一定是负面的。行为可以既不好也不坏而在道德上保持中立（不坏）；但某件作品如果既不好也不坏，那么其美学评价一定是差的（不好的作品）。 302

43 戴维·A.J. 理查兹（David A. J. Richards）：“表达自由与淫秽法律：有关第一修正案的道德理论”（“Free Speech and Obscenity Law：Toward a Moral Theory of the First Amendment”），载《宾夕法尼亚大学法律评论》，第123卷（1974年），第45—91页。

44 同前注书，第51页。

45 同前注书，第52页。

46 同前注。

47 同前注。

48 同前注，第56页。理查兹在注释68中作出说明：“食粪的例子发生在M. 德·萨德：《索多玛的120天》（*120 Days of Sodom*），载《马奎斯·德·萨德全集》（第二卷）（1966年版），第215、222页。德·萨德给出了其他类似的例子，例如吃呕吐物，有人会觉得很

淫秽，即使他不觉得春宫淫秽。”参见前注书，第 215 页。其实，理查兹和德·萨德的唯一共同之处就是，他们都不觉得春宫淫秽。

49 “……淫秽是羞耻的子类。我相信，对羞耻的正确理解应当是因为无法胜任特别想做的事情而产生的自我认知落差。”参见理查兹书，第 51 页。

50 那是因为我们当中绝大多数人所秉持的道德原则都源于人性的神圣不可侵犯。当然，虔诚者会把信仰交给神、宗教符号、宗教仪式和圣礼。因此，亵渎这些神圣物对虔诚信徒造成的冒犯正如对人性的侮辱，不过“淫秽”一词并不常用于描述亵渎和不敬。我认为那是因为往往只有宗教方面的冒犯才被认为是“淫秽”的，因为其中包含着令人恐惧的事物，似乎电闪雷鸣和大自然的报复必然随之而来。

51 默西埃（前注书，第 31—32 页）引用了一个弗兰克·奥康纳的短故事，情节与此例类似。奥康诺尔的道德更为基本。默西埃写道，“……我和弗兰克·奥康诺尔的故事‘世界上的男人’的叙述者观点相同。受到朋友吉米的怂恿，他去偷窥隔壁一对年轻夫妇的床事，结果，他没有看到任何淫荡之举，倒是在看到那年轻的妻子跪地祈祷时，他‘……觉得有人在看我们，于是立刻，我们不再是偷窥者，而是被窥视者。作为被窥视者而处于如此令人羞耻的境地，以致我完全无法想象那对夫妇的所作所为有何可耻之处’”。

52 对好笑的事情的特有反应中包含了下流喜剧的种子——一种区别于淫秽的艺术形式。一方面，D 被 B 和 C 行为上的不协调所影响；另一方面，又受其所信奉的得体标准的影响。如果他认为这种不协调违反了标准，那么他笑的是那两方的怪癖。但下流喜剧在性方面总让人有些矛盾，以致 D 对那两方的判断说明在某种程度上他也在取笑标准。正是这一点将不规矩变成真正的下流（同

时伴随对单纯不协调情形的钟情),并将其与单纯的刻薄嘲弄区分开来。 303

第十一章 淫秽与色情

1 没有犯这致命错误的光荣名单中首推保罗·古德曼(Paul Goodman),他在论文中写道,“色情的并非就是淫秽的”,但这是指并非出于故意激起性欲的目的。但“如果对欲望的刺激是确定的[强调],是针对性的,那么就是淫秽,一个普通人的性利益怎么能是令人羞耻的呢?觉得自己的性兴奋是不可接受的,就会产生羞耻感……因此法庭[认为色情就是淫秽]大错特错。这真是一项可悲的社会政策”。参见其论文“色情、艺术与审查”(“Pornography, Art, and Censorship”),收录于D.A. 休斯编:《关于色情的见解》(*Perspectives on Pornography*)(纽约:圣马丁出版社,1970年版),第42—60页。没犯错误的光荣名单中还包括斯坦利·埃德加·海曼:“为色情辩护”,也收录于该文集;戴维·A. J. 理查兹:《对法律的道德批评》(*The Moral Criticism of Law*)(贝尔蒙特,加州:Wadsworth,1977年版);以及弗雷德里克·F. 肖尔(Frederick F. Schauer):《淫秽的法律》(*The Law of Obscenity*)(华盛顿特区:Bureau of National Affairs,1976年版)。

2 科恩诉加州案,403 U. S. 15 (1971)。

3 同前注,第20页。

4 康涅狄格州诉无名氏案,34 Conn. Supp. 575, 377 A. 2d 1342 (1977)。

5 同前注,第20页。

6 道格拉斯·A. 休斯编:《关于色情的见解》序言(纽约:圣马

丁出版社, 1970 年版), 第 xiv 页。

7 当然, 特定的肖像艺术 (绘画和雕塑) 以及色情图片也可能产生同样的问题。

8 可能也有一些奇怪的人, 在这儿或那儿, 在此时或彼时, 甚至可以用字典、烹调书以及电话簿帮助其手淫。这方面有一些令人惊讶的例子, 参见厄尔·芬巴尔·墨菲 (Earl Finbar Murphy): “色情的价值” (“The Value of Pornography”), 载《韦恩法律评论》(Wayne Law Review), 第 10 卷 (1964 年), 第 655 页以下。人与人的不同几乎是无限的, 尤其是在性方面的不同。但这并不妨碍我们尽力进行定义和分类。

9 安东尼·伯吉斯 (Anthony Burgess): “色情是什么?” (“What is Pornography?”), 载休斯书, 前注 (注释 6), 第 5 页。

10 参考 E. 克朗豪森与 B. 克朗豪森 (E. and B. Kronhausen): 《色情与法律》(Pornography and the Law) (纽约: Ballantine Books, 1959 年版)。

11 伯吉斯, 前注书 (注释 9), 第 6 页。

12 同前注。

13 乔治·斯坦纳: “暗夜的文字: 高级色情与人性隐私” (“Night Words: High Pornography and Human Privacy”), 收录于休斯书, 前注 (注释 6), 第 47 页。

14 同前注, 第 48 页。

15 同前注。另见唐纳德·E. 韦斯特莱克 (Donald E. Westlake): 《再见, 谢赫拉沙德》(Adios Scheherazade) (纽约: Signet, 1970 年版), 第 8—13 页。色情小说作者的套路有四种基本模式……“就是按图索骥……极像木工手艺活……我觉得我也能写出一个卖给这个圈子” (第 6 页)。

16 斯坦纳,前注书,第103页。

17 肯尼斯·泰南(Kenneth Tynan):“淫书可以留下”(“Dirty Books Can Stay”),载休斯书,前注(注释6),第111页。

18 示例可参见维维安·默西埃:“主珀西与/或查泰莱夫人”,载休斯书,前注(注释6),第24页。

19 泰南,前注(注释17),第112页。

20 同前注。

21 同前注。

22 同前注书,第113页。

23 伯纳德·德鲁在1975年11月17日的韦斯切斯特-洛克兰德报(属甘尼特报业连锁集团)上发表的评论。

24 毫无疑问,真正具有高度文学价值的爱情诗就像《圣经》中的“众歌之歌”那样,也可作色情之用。其实,任何事物都可以被用于实现它本来用途或本来内容之外的目的。关于这一点参见E.F.墨菲的前注书(注释8)。不过,将反映性爱欢愉主题的艺术爱情诗与具有真正美学价值的色情肖像艺术划为一类是更自然而不教条的做法,前者的相对不足可归因于这个题材更困难。

25 同样基于这个理由,创造作为个人表达形式的艺术品的想法有某种“特殊的地位”。

26 特别是,若被冒犯状态的产生仅因被冒犯方过于敏感,就不属于“非常严重的”冒犯,尽管的确属于冒犯。

27 乔治·P.埃利奥特:“反对色情”(“Against Pornography”),载休斯书,前注(注释6),第75—76页。

28 同前注,第76页。

29 同前注,第77页。

30 同前注。

31 参见后文第十二章第二、三部分。当然，观点的表达，科学发现等也受第一修正案的保护。法庭的口头用法中，真正的艺术作品、观点的表达等首先被排除在“淫秽”之外。更自然的说法恐怕应是，我们有宪法规定的权利，保护我们去创作或展示艺术作品，包括淫秽的作品，以表达政治观点，包括淫秽的政治观点等。若法庭认为第一修正案并不保护淫秽，那么它的意思是不保护淫秽的非艺术、淫秽的非表达等，特别是不保护单纯的性欲刺激或催情剂。

32 在惩罚和审查问题上，我不打算暗示一种被所有学者称之为“女性主义者”所持有的观点。一些学者，像安·加里（Ann Garry）在“色情与对女性的尊重”（载《社会理论与实践》，1978年第4卷）一文中，否认色情依其本性必定贬损女性的说法。其他人，像温迪·卡米娜（Wendy Kaminer）在“色情与第一修正案：预先禁制令与个人行为”（载劳拉·莱德勒编：《回到黑夜：色情作品中的女性》，纽约：William Morrow and Co.，1980年版）一文中认同我在本文对色情的分析，否认这为审查提供了足够的依据。我归于“女性主义者”的观点仅指某些具有代表性的激进女性主义者的观点，这些观点在
305 二十世纪七八十年代为众多女性主义作家坚定捍卫。

33 丽莎·莱尔曼（Lisa Lehrman）：《暴力色情研讨会文集》序言“贬低女性对阵表达自由”，载《纽约大学法律与社会变迁评论》（*New York University Review of Law and Social Change*），第8卷（1978—1979），第181页。

34 这个人物源于萨拉·J. 麦卡锡（Sarah J. McCarthy）：“色情、强奸与男性崇拜”，载《人性》（*The Humanist*），1980年9月—10月，第11页。

35 安·加里（前注32）在这一点上很有说服力：

试想以下情形。有两个人彼此相爱，他们喜欢一起打网球、

打桥牌、性交。在实施所有这些行为时，他们不必担心被绞死、被判有罪，或被对方主宰或被物化。这两个人喜欢看网球比赛和浪漫老电影这些电视节目，喜欢看茱莉亚儿童烹饪节目，喜欢读报纸上的桥牌专栏，喜欢看色情电影。再想想，这对男女在社会上再寻常不过，而无性别歧视的色情正如这无性别歧视的关系一样寻常。在我看来，这种清晰很好很健康。我看不出在这种情况下色情会令何种利益消失。人们似乎很享受看别人的活动，或者享受去做他们喜欢看也想做的事（特别是他们也能做得好）。我们并未从道德上反对人们观看网球比赛的电视节目，那么，我们为什么要反对人们看色情作品呢？（第 419 页）

我要从两个角度衡量加里的观点。首先，对于她的观点来说，两人“相爱”并非必要，假定两人相互喜爱尊重也可。其次，只有拍得不错的电影才能给他们带来愉悦，尤其当 they 和影片影像有一定空间距离。否则反倒会引起非性欲的反感。

36 诺曼·梅勒：《性的囚徒》（*The Prisoner of Sex*）（纽约：New American Library，1971 年版），第 82 页。

37 格洛丽亚·斯泰纳姆：“淫书与色情文学，泾渭分明”（“*Erotica and Pornography, A Clear and Present Difference*”），载 *MS*，1978 年 11 月，第 53 页。

38 同前注，第 54 页。苏珊·温德尔（Susan Wendell）提出了一个类似的定义，根据这个定义，除了例外，“对人的不正当生理强制”的描述就是色情的，即使并非总是与性相关。参见戴维·科普（David Copp）、苏珊·温德尔编：《色情与审查，哲学和法学上的研究》（*Pornography and Censorship, Scientific, Philosophical, and Legal Studies*）（水牛城，纽约：普罗米修斯出版社，1983 年版），第 167 页。在苏珊·布朗米勒看来，色情〔所有的色情〕是反女性宣教“永不消

逝的主题”——《违背我们的意志：男人、女人、强奸》（纽约：Simon and Schuster, 1975 年版），第 394 页。洛伦·克拉克（Lorenne Clark）认为，色情作品的核心内容总是刻画女性“处于被羞辱、被贬低并受到暴力对待的状态”，此外，“色情作品总是描述女性是心甘情愿的，甘受这种对待的”。参见她的文章“自由主义与色情”（“Liberalism and Pornography”），载科普·温德尔所编前注书。

39 斯泰纳姆，前注书（注释 36），第 54 页。

40 丽莎·莱尔曼，前注书（注释 33），第 181—182 页。

41 凯瑟琳·巴里（Kathleen Barry）：《女性性奴役》（*Female Sexual Slavery*）（纽约：Avon Books, 1979 年版），第 206 页。

42 斯泰纳姆，前注书（注释 37），第 54 页。

43 这些定义中最极端的要数安德里·德沃金所说的“将谋杀色情化是色情作品的实质内容……”。参见“色情与不幸”，载劳拉·莱德勒编：《回到黑夜：色情作品中的女性》（纽约：William Morrow

306 and Co., 1980 年版）。

44 弗雷德·R. 伯杰：“色情、女权主义与审查”（“Pornography, Feminism, and Censorship”，未发表之论文，加州大学戴维斯分校哲学系），第 17 页以下。这篇学术水平很高的论证有力的论文令我收获颇多。

45 同前注，第 18 页。

46 “贬损〔侮辱、诽谤〕是对名誉或好名声利益的侵犯，通过向他人传播不实信息毁坏被害人的名声，或令他人对被害人产生相反的感觉和认识。”参见威廉·L. 普罗瑟：《侵权法手册》（圣保罗：西方出版公司，1955 年版），第 572 页。

47 这些研究为伯杰引用，前注书（注释 44），第 38 页。

48 阿里亚·奈尔：“删去第一修正案”（“Expurgating the First

Amendment”),载《国家》，1980年6月21日，第754页。

49 同前注。

50 前职业棒球手赖恩·杜伦尽管严重酗酒且常常因粗暴而被驱逐，其职业生涯短暂但仍算辉煌。直到四十岁时，他才决定在一家康复中心的帮助下改过自新。为何他的行为如此不理性——总是宿醉后上场？“关键在于男子汉总是藐视一切的”，他说，“我身边的绝大多数小子都特别崇拜那些头天晚上大醉，第二天还能上场打球的人”。参见《新闻周刊》(Newsweek)，1983年6月20日，第13页。

51 萨拉·J.麦卡锡：“色情、强奸与男性崇拜”，载《人性》，1980年9/10月，第15页。

52 同前注，第17页。

53 苏珊·布朗米勒：《违背我们的意志：男人、女人、强奸》（纽约：麦克米伦出版社，1975年版）。

54 转引自麦卡锡，前注书（注释51），第17页。

55 肯特·格里纳沃尔特（Kent Greenawalt）：“言论与犯罪”（“Speech and Crime”），载《美国律师协会基础研究杂志》(American Bar Foundation Research Journal)，1980年第4期，第654页。

56 伯杰，前注书（注释44），第23—24页。伯杰引用的是：弗雷达·阿德勒（Freda Adler）：“妇女解放与女性犯罪的交互性：一个跨文化的视角”（“The Interaction between Women’s Emancipation and Female Criminality: A Cross-cultural Perspective”），载《国际犯罪学与监狱学杂志》(International Journal of Criminology and Penology)，第5卷（1977年），第101—102页。

57 美国最高法院的严重性与危险性标准非常之高，以致杂志文章除非可立即引起对具体被害人的行为，否则即使鼓吹（通常的方式）强奸也不会受到刑罚处罚。在具有里程碑意义的判例勃兰登堡诉

俄亥俄州案中 (*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 [1969]), 法庭判决认为, 除非能够即时诱发非法行为, 否则对非法暴力行为的鼓吹不受处罚。承担责任需满足两个条件。该鼓吹必须 (1) “直接诱发或造成即时非法行为”, 且 (2) 具有成功诱发或造成该类行为的可能性。

58 爱德华·科克:《英格兰法律制度》(*Institutes of the Laws of England*) (第二卷), 第 182 页。

59 约翰·斯图尔特·密尔:《论自由》, 第三章第一段。密尔写道, “认为米店老板让穷人挨饿, 或者私人财产就是抢劫的观点如果通过报纸发表并不应受到限制, 但如果是在一家米店门口面对一群义愤的民众说出这些话, 或者对着同样一群人手举写有这些话的标语牌, 受到刑罚处罚则是正当的”。

60 这种具有说服力的解释参见弗雷德里克·肖尔 (Frederick Schauer) 的文章“言论与‘表达’——淫秽与‘淫秽作品’: 以宪法语言解读”(“Speech and ‘Speech’ — Obscenity and ‘Obscenity’: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language”), 载《佐治亚法律评论》, 第 67 卷 (1979 年)。

61 弗雷德·L. 伯杰, 前注书 (注释 44), 第 28 页。

62 萨拉·J. 麦卡锡, 前注书 (注释 51), 第 11 页。

63 另一方面, 很难知道安德里·德沃金对他人色情作品的极具个人性的反应是否典型——“……色情作品让我无语……色情作品让我日日恶心。”参见论文“暴力色情作品的影响”, 载《暴力色情研讨会文集》, 前注书 (注释 33), 第 239 页。

第十二章 色情与宪法

1 可参见迈耶诉内布拉斯加州案 (*Meyer v. Nebraska*), 262 U.S. 390 (1923); 康特维尔诉康涅狄格州案 (*Cantwell v. Connecticut*), 310 U.S. 296 (1940); 阿宾顿学区诉申普案 (*Abington School District v. Schempp*), 374 U.S. 203, 253 — 258 (1963) (布伦南大法官的附随意见)。

2 在适用言论自由条款方面, 一家有线媒体描述了一个非常典型的利益平衡情形:

百汇使徒教堂的民众坚信要向上帝奉献某种愉悦的声音。但他们的邻居们却认为那不过是噪声。(橡树溪案, WIS., OCT. 23, 1977 [AP])

事实上, 附近的居民非常恼火, 向位于密尔沃基郊区的市议会声请, 要求该教堂遵循与附近工厂同样的禁令, 将噪声控制在 58 分贝以下。

“我们是这一带唯一一所不能发出超过 58 分贝噪声的教堂学校”, 本堂牧师弗兰克·坦米尔说, “这是歧视”。

承认“我们的确唱得很响”, 牧师说, “这是出于崇敬而发出的声音——如果你干涉这声音, 就是反对宪法第一修正案”。

教堂的乐队包括吉他、圆号和萨克斯。还有 50 人的合唱团和音响系统。

阿尔德曼·戴尔·尼罗德报道说, 因为这噪声, 附近居民甚至在家里也没法好好说话。尤其当夏季窗户都打开的时候更是如此。

首次要求教堂保持 58 分贝以下声音的规定是在 1976 年, 当

时，教堂被允许扩建其教学设施。这个月早些时候，教堂被批准建造一所学校，同样要保证保持 58 分贝以下噪声。

去年夏天，城建检查员乔治·西蒙斯带着分贝测量仪去教堂微服私访，每次录得噪声都低于 58 分贝，但他说现在很难获得稳定的数字，因为教堂的噪音是非恒定的……

“如果你住在教堂附近，那你就应该接受，教堂总会发出些声音”，他说，“因为那不是一座坟墓”。

308 禁令尚未发布，坦米尔说，要是有更多的居民投诉就可能发布。

他还说《圣经》故事提到，最初使徒们的聚会就并不安静。“如果使徒们在橡树溪相遇，他们也会打破这里的宁静。”他说。

毫无疑问，这是一个边界案例，它和其他公共滋扰问题的唯一区别在于，这个冒犯行为包含了某种特定的宪法性立场，某种为宪法认可的社会价值。似乎暗示着，如果 58 分贝是对商业—工业活动的最高噪声限制，那么这类活动因为受第一修正案的荫庇，噪声上限就应该更高些。此外，这个问题没有任何特别之处，必须进行权衡测试。对于天主教堂而言，圆号和功放音响就那么重吗？如果在夏日的星期天，要求附近居民必须离家一小时或关上窗户会给他们带来多大的不便呢？（这种冒犯是否可以合理避免或是否存在被动听众呢？）可以想象，对并非在感官上而是情感上冒犯附近居民或路人的色情材料展示活动也应做类似的测试。如果冒犯性材料被视为“演说”或表达而受第一修正案的保护，则在对其的忍受方面就会实质加分，但如果这种冒犯很极端，亦不可避免等，则禁止方面就会加更多的分。

3 381 U.S. 479 (1965) .

4 405 U.S.438 (1972) .

5 394 U.S.557 (1969) .

6 410 U.S. 113 (1973) .

7 格雷厄姆·休斯:《法庭的良心》(*The Conscience of the Courts*)(花园城,纽约: Doubleday, 1975年版),第56页。

8 同前注。

9 L. R. 3 Q. B. 360 (1868) .

10 托马斯·I. 埃默森(Thomas I. Emerson):《自由表达制度》(*The System of Free Expression*)(纽约:兰登书屋,1970年版),第469页。

11 可参见美国公民自由联盟诉芝加哥市案(*American Civil Liberties Union v. City of Chicago*), 3 Ill. 2d 334, 121 N.E. 2d 585 (1954); 精艺图片公司诉纽约州立大学董事会案(*Excelsior Pictures Corp. v. Regents of the State of New York*), 3 N.Y. 2d 237, 144 N.E. 2d 31, 165 N.Y.S. 2d 42 (1957); 人民诉双日公司案(*People v. Doubleday & Co.*), 297 N.Y. 687, 77 N.E. 2d 6 (1974), *aff'd*, 335 U.S. 848 (1948)。

12 L. R. 3 Q. B. at 371.

13 354 U.S. 476 (1957) .

14 同前注,第488—490页。

15 参见马萨诸塞州诉弗里德案(*Commonwealth v. Friede*), 271 Mass. 318, 171 N. E. 472 (1930)。

16 参见马萨诸塞州诉伊森施塔特案(*Commonwealth v. Isenstadt*), 318 Mass. 543, 62 N.E. 2d 840 (1945)。

17 司法部长诉《上帝的小园地》案(*Attorney General v. "God's Little Acre"*), 326 Mass. 281, 93 N. E. 2d 819 (1950)。

18 合众国诉《尤利西斯》案(*United States v. One Book*

Called "Ulysses"), 5F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1933), *aff'd*, 72 F. 2d 705 (2d Ar. 1934)。

19 在其他案件中决定损害严重性的类似标准也会降低那些由具有社会意义的行为对极少数异常敏感人士造成的损害的严重程度。

309 20 354 U.S. at 489.

21 同前注。

22 同前注。

23 同前注,第 487 页。

24 同前注。

25 并非仅对特定“色欲利益”才出现这样的测试。一些评论者可能也会尝试这个方法。他们会在词源学字典上查找“色欲的”一词,发现其源于拉丁语,翻译过来就是“痒痒的,渴望某物,好色的”。它现在的意思是“有淫荡的想法或欲望”。但它并未告诉我们任何为我们所不知的特别由色情作品诱发的性欲状态究竟如何。它并未给我们任何新的信息供我们更加准确地定义色情物品。

26 378 U.S. 184, 197 (1964) (斯图尔特大法官的附随意见)。

27 同前注,第 197 页。

28 可参见 D. 克朗豪森、P. 克朗豪森:《色情与法律(修订版)》(*Pornography and the Law*) (纽约: Ballantine Books, 1964 年版)。

29 罗思案 (Roth, 354 U.S. at 489)。

30 370 U.S.478 (1962)。

31 383 U.S.502 (1966)。

32 370 U.S. at 482.

33 同前注,第 485—486 页。

34 同前注。

35 同前注。

36 同前注。

37 383 U.S.463 (1966) .

38 383 U.S.502 (1966) .

39 383 U.S.413 (1966) .

40 我在这里欠芭芭拉·利文布克 (Barbara Levenbook) 教授一个人情,“一般人”一词在淫秽语境中是无用的。说到性欲问题,恐怕只能是“一般男人”和“一般女人”。

41 383 U.S. at 508.

42 383 U.S.463 (1966) .

43 224 F. Supp. 129 (E.D. Pa 1963), aff'd, 338 F. 2d 12 (3rd Cir. 1964), aff'd, 383 U.S.463 (1966) .

44 383 U.S. at 468.

45 同前注,第474—475页。

46 383 U.S. at 418.

47 金兹伯格, 383 U.S., 第468页。

48 同前注,第467页。转引自罗思案,参见354 U.S.,第495—496页(首席大法官沃伦的附随意见)。

49 同前注,第470页。

50 同前注。

51 同前注,第475—476页。

52 同前注,第470页。

53 同前注,第471页。转引自施瓦茨:“道德冒犯与《模范刑法典》”,载《哥伦比亚法律评论》,第63卷(1963年),第669、677页。

54 同前注,第467页。转引自罗思案,参见354 U.S.,第495—496页(首席大法官沃伦的附随意见)。

55 《模范刑法典》, § 207.10 (官方版本,1962年)。

56 路易斯·B.施瓦茨：“道德冒犯与《模范刑法典》”，载《哥伦比亚法律评论》，第63卷（1963年），第669、677页。

57 同前注，第677—681页。

58 《约翰·克利兰的女人快乐自传》诉司法部长案（*A Book Named "John Cleland's Memoirs of A Woman of Pleasure" v. Attorney General*），383 U.S. 413（1966）。

59 349 Mass. 69，296 N.E. 2d 403（1965）。

60 383 U.S. at 418.

61 同前注，第564—566页（*Griswold*，381 U.S. 479 [1965]）。

62 同前注。

63 394 U.S. at 565.

64 413 U.S. 15（1973）。

65 413 U.S. 49（1973）。

66 米勒案（*Miller*），413 U.S. at 30—34.

67 *Paris Adult Theatre*（巴黎成人影院案），413 U.S. at 66.

68 同前注，第68—69页。

69 *Miller*，413 U.S. at 24—26.

70 *State v. Flynt*，No. B-761618（Com. Pleas Hamilton County，Ohio 1976）。

71 威拉德·盖林：“淫秽”（“Obscenity”），载《华盛顿邮报》，1977年2月20日，第1版。

72 413 U.S. 49，73—74（1973）（布伦南大法官的反对意见）。

73 同前注，第81页。

74 同前注，第86页。

75 *United States v. Harris*（合众国诉哈里斯案），347 U.S. 612，617（1954）。

76 巴黎成人影院案 (*Paris Adult Theatre*, 413 U.S. at 88) (布伦南大法官的反对意见), 转引自金兹伯格诉纽约州案, 390 U.S. 629, 674 (1968) (福塔斯大法官的反对意见)。

77 巴黎成人影院案, 413 U.S. at 88 (布伦南大法官的反对意见)。

78 同前注, 第 88—90 页。

79 同前注, 第 91—93 页。

80 同前注, 第 103 页。

81 228 Ga. 343, 185 S.E. 2nd 768 (1971)。

82 413 U.S. at 107.

83 同前注, 第 108 页。转引自斯坦利案, 394 U.S. at 565, 566。

84 413 U.S. 113.

第十三章 淫秽文字及其功能 (一)

1 参考彼得·法伯 (Peter Farb):《文字游戏: 说话的效果为何?》(*What Happens When People Talk?*) (纽约: Bantam Books, 1975 年版), 第四章。

2 古老的普通法规定的冒犯中, “以亵渎的语言诽谤”被视为淫秽亵渎, 在英国这法律仍然有效。近期的一个判例是 1977 年对詹姆斯·柯卡普的指控, 在一本同性恋杂志中, 他发表了一首诗《爱要说出来》。《伦敦时报》认为这首诗写的是“一个罗马军官对被钉在十字架上的耶稣的同性之爱”。这首诗可能既淫秽又亵渎, 但不是因为它使用了淫秽又亵渎的字词, 而是因为这首诗的主题本身 (一种“想法”) 被认为既淫秽又亵渎, 这是另一回事, 而且是一个不那么严重的事。本章仅论述出于各种目的对传统淫秽语言的使用。 311

3 《韦氏新国际英语词典》(*Webster's New International*

Dictionary of the English Language)(第2版),非缩略本(1954年版)。

4 同前注。

5 欧内斯特·海明威:《丧钟为谁而鸣》(纽约:Bantam Books, 1951年版),第338页。

6 同前注,第369页。问话的士兵们是西班牙内战期间反教会势力的共和党人,紧跟着上述引言的是:“然后,另一个人说,‘最好就是往他脑袋上扔一颗炸弹’。”

7 《韦氏词典》,前注(注释3)。

8 J.G. 弗雷泽:《金枝》(*The Golden Bough*)(纽约:麦克米伦出版社,1985年版)。

9 同前注书,第230页。

10 人们在亵渎神圣物与接触受玷污物之间的关系问题上存在的困惑直到今天仍然存在,即将渎神语视为“脏字”,将排泄语视为“亵渎”。

11 弗雷泽,前注(注释8),第260页。

12 同前注,第284页。

13 同前注,第285页。

14 同前注,第290页。

15 同前注,第293页。

16 “关于不提死者名字的迷信将会斩断历史传统的问题,这个领域的很多其他学者也有评论。‘克拉马斯人’(俄勒冈南部印第安部族。——译者注),A.S. 加特谢特先生观察后说道,‘他们的历史回溯不足一个世纪,原因就在于其法律严格禁止在提到死者或其行为时直呼其名。法律对于加利福尼亚州的印第安人与俄勒冈印第安人同样严格,如若违反可能被判处死刑。这当然足以压制一个民族的所有历史知识。没有名字可怎么写历史呢’?”(弗雷泽,前注书,第297页)

17 同前注,第 302 页。

18 伯吉斯·约翰逊:《消失的亵渎艺术》(*The Lost Art of Profanity*)(印第安纳波利斯和纽约:Bobbs-Merrill,1948 年版),第 39 页。

19 同前注,第 82 页。

20 同前注,第 83 页。

21 罗伯特·格雷夫斯(Robert Graves):《波希纳,或誓言与不当语言的未来(第 2 版)》(*Lars Porsena or The Future of Swearing and Improper Language*,伦敦:Kegan Paul,1927 年版),第 50 页。

22 转引自约翰逊,前注书(注释 18),第 101 页。

23 约翰逊,前注书(注释 18),第 86 页。

24 同前注,第 52 页。

25 同前注。

26 同前注,第 53 页。

27 弗雷德里克·波洛克(Frederick Pollock):《斯宾诺莎的一生和他的哲学》(*Spinoza, His Life and Philosophy*)(伦敦:C. Kegan Paul & Co., 1880 年版),第 18 页。

28 约翰逊,前注书(注释 18),第 54 页。

29 多年前的一个夏天,在我外出度假的路上两次碰到轮胎漏气的情况,我不禁叫了起来,“又没气了——真是堆臭狗屎!”我也不明白为什么坐在车里说这句话,当然,我很明白的是,这话对轮胎是没有用的。 312

30 爱德华·萨加林:《脏话剖析》(*The Anatomy of Dirty Words*)(纽约:Lyle Stuart,1962 年版)。

31 同前注,第 161—161 页。

32 同前注,第 143 页。

33 彼得·法伯,前注书(注释 1),第 95 页。

34 萨加林,前注书(注释 30),第 152 页。

35 有关男性敌意不知不觉化为粗话的过程,参见罗伯特·贝克(Robert Baker):“‘蠢货’和‘小妞’:‘人’在哪儿?”,载罗伯特·贝克、弗里德里克·艾里斯顿编:《哲学与性》(*Philosophy and Sex*)(水牛城:普罗米修斯出版社,1975 年版),第 45—64 页。前面第十一章第八部分之后论及,男性气概膜拜在对性粗鄙语强制使用的背后,是个人不安全感、附属感以及对女性的酸葡萄心理的极端夸大或扭曲的表现形式。

36 萨加林,前注书(注释 30),第 47 页。罗伯特·格雷夫斯说了个故事,“第一次大战期间,在‘卢斯’(音同‘洗手间’。——译者注)被子弹射伤的士兵在被访者问及他是在哪儿受的伤时,只能答道,‘很抱歉,夫人,我不知道:我没学过拉丁语’”。参见前注书(注释 21),第 19 页。

37 萨加林,第 47 页。

38 同前注,第 46 页。

39 海明威,前注书,第 306 页。

40 若持续使用淫秽语,就像在军营里那样,淫秽语会失去其震惊力,但强化并传递强调语气的功能仍然存在。对英国士兵俚语的研究中总有一个故事被用来说明“操”这个字震惊力的降低——“原本起强化作用以表达强烈情绪,现在只是一个传统的赘词。加上后缀 -ing 和 -ingwell 变成形容词或副词并被放到每句话中,这个词变得越来越普通,甚至士兵们要想表达情绪时会忽略这个词。如果一个士官说,‘操你的拿枪去!’ ,那这只会被理解为例行公事。但如果他说‘拿枪去!’ 反而意味着现在有危险。”参见约翰·布罗

菲 (John Brophy)、埃里克·帕特里奇 (Eric Partridge):《英国士兵的歌曲和俚语 (1914—1918)》(*Songs and Slang of the British Soldiers, 1914—1918*) (伦敦, 1930 年版), 第 15 页以下; 转引自门肯:《美国语言》(第 4 版) (纽约: Alfred A. Knopf, 1946 年版), 第 315 页。

41 门肯, 前注书, 第 563 页。

42 格雷夫斯, 前注书 (注释 21), 第 32 页。

43 犹太人从来不写英文词 “God”, 而代之以 “G-d”。美国出版物上一直都用 “f---” 和 “s---” 的做法也是对先民的姓名禁忌怀旧却又经妥协的表现。只有违反了那个字母的禁忌才被认为是罪恶。

44 查尔斯·L. 史蒂文森 (Charles L. Stevenson):《伦理和语言》(*Ethics and Language*) (纽哈文: 耶鲁大学出版社, 1944 年版), 第 39 页。史蒂文森在埃德加·赖斯·伯勒斯的狂想剧中找到了一个合适的例子, “剧中写到, 绿人和火星人开心时 (放松的那种开心) 会尖声笑, 生气时则大声笑”。这种反应我们是没办法做的, 基于对所有国家人类行为的观察, 他人不会对这种反应有实用意义上的期待。如果我们用 “火星人” 的表达方式进行自我训练, 并告诉我们的朋友提前注意, 那么我们也可以在面对他们时, 用尖叫表示开心, 用大笑表示生气, 但这样的情况其实是我们在使用另一种语言或私人密语。 313

45 史蒂文森所说的关于语言的含义就是听者或读者对说者的话的观点, 受到广泛批评, 现在已经不流行了。本书没有必要再对从史蒂文森那里借用的这一有用区分进行理论基础的 analysis, 亦无须表示接受或反对。一些批评家, 如 J. O. 厄姆森 (J. O. Urmson) 在《伦理学的情绪理论》(*The Emotive Theory of Ethics*) (伦敦: Hutchinson & Co., 1968 年版) 中指出, 语言中存在一种非描述性但具表达力的元

素，与其说它是语言的“力量”，不如说它是某种含义。我们无须令自己陷入这种技术困境，因为我们的唯一目的是要提出一个最低阶的观点，即感叹语是语言的一部分，语言的传统决定了我们通过它们所能表达的东西。我会继续以中立的方式使用“情绪性含义”一词，以尊重哲学家们就此产生的争议。

46 史蒂文森，前注书（注释 44），第 72 页。

47 *Cohen v. California*（科恩诉加州案），408 U. S. 15（1971）。

48 同前注，第 1786 页。

49 同前注。

第十四章 淫秽文字及其功能（二）

1 伯吉斯·约翰逊：《消失的亵渎艺术》（*The Lost Art of Profanity*）（印第安纳波利斯和纽约：Bobbs-Merrill，1948 年版），第 124 页。

2 克里斯托弗·弗赖伊（Christopher Fry）：《女士不应焚死：喜剧》（*The Lady's Not for Burning : A Comedy*）（纽约和伦敦：牛津大学出版社，1949 年版），第 28 页。

3 《亨利四世》，第一部分，第一幕，第二场。

4 参见大卫·休谟：《道德原则研究》，第六章，第 16 段。

5 约翰逊，前注书（注释 1），第 163 页。

6 同前注，第 161 页。

7 具有独立情绪性含义的淫秽语最具震惊力，往往被用于第四类的单纯侮辱。它们更令人震惊除了因为它们所使用的词，更因为它们的内容（如，“吃我的屎”）。

8 卡尔·萨根：《伊甸园的飞龙》（*The Dragons of Eden*）（纽约：

兰登书屋, 1977 年版), 第 52—54 页。长篇引用已获出版商许可。

9 J. L. 奥斯丁: “行为句式”(“Performative Utterances”), 载其《哲学论文集》(*Philosophical Papers*) (伦敦: 牛津大学出版社, 1961 年版), 第 220—240 页。

10 同样, 承诺有很多方式, 但不一定要用到“承诺”这个词。

11 这种传统姿势的一个例子就是把中指伸出来, 这种古老的淫秽姿势被称作“竖中指”。内尔森·洛克菲勒, 前纽约州州长, 因为在 1960 年代的一次演说中对抗议群众竖中指, 迅速获得了坏名声。在大城市, 机车司机每天都在相互竖中指。《手势词典》(麦塔成, 新泽西: 稻草人出版社, 1975 年版) 中论道, “竖起的中指是一种阴茎崇拜符号。其所表达的侮辱具有悠远历史。第欧根尼据说就曾以此侮辱过狄摩西尼”。(第 71 页) 314

12 查普林斯基诉新罕布什尔案, 315 U.S. 568 (1942)。

13 同前注, 第 337—338 页。

14 托马斯·I. 埃默森 (Thomas I. Emerson): 《表达自由制度》(*The System of Freedom of Expression*) (纽约: Vintage Books, 1975 年版), 第 96 页。

15 同前注, 第 337—338 页。

16 J. L. 奥斯丁使用的术语, 前注书 (注释 9), 第 224 页以下。奥斯丁更多提到的是不得当的言谈而非得当言谈。

17 彼得·法伯: 《文字游戏: 说话的效果为何?》(*Word Play: What Happens When People Talk?*) (纽约: Bantam Books, 1975 年版), 第 96 页。

18 同前注, 法伯的观点源于 G. 莱格曼 (G. Legman): 《脏笑话的基本原理》(*Rationale of the Dirty Joke*) (纽约: 格罗夫出版社, 1968 年版), 第 17—23 页。

19 法伯的观点被适用于出现在特定(“变态的”)脏笑话中的受到否认或被偷偷拿掉的那种焦虑时效果特别明显。但对于令拉伯雷式的人发出大笑的性笑话则会失去效用,因为这些人并不拿一般的性规范当回事,也很少对自己的性快感存在焦虑心态。莱格曼对各种文化中的脏笑话进行收集分类,对其中最特别亦最具危险性的主题特别关注,他声称,脏笑话的原则性功能在于缓解焦虑:“故事或笑话……是面对严重问题,甚至是生理状态的保护机制,只要说出来——或者通过接受他人的描述——哪怕是一个笑话;或者自己说,或者听别人说,就可以通过无害而必要的大笑让积聚的紧张松弛下来。这可能正是创作幽默的原则性功能,把焦虑化为幽默接受下来,哪怕是男人当乌龟、阳痿、同性恋、性无能、死亡、疾病,以及罪恶的事,尽管这些事情一点儿都不好笑。性幽默正如在黑暗中吹口哨,就像博马舍笔下的费加罗,‘要是不笑,他会哭出来的’。”参见前注书(注释18),第18页。

也许在我们当今时代,符合莱格曼理论的笑话的最好例子与性或排泄毫无关联,却与道德规范相关,这种焦虑很特别。我是指正在大学校园流行的“死婴笑话”。例如,“什么更容易装卡车?死婴还是保龄球?”答案是,“死婴,因为你可以用铲子”。“为什么死婴横在路上?”答案是,“因为它被绑在一只鸡上”。“怎样让死婴浮起来?”答案是,“将死婴和两匙冰激凌一起放在搅拌器里”。如此等等。

20 马克斯·伊斯特曼:《笑声中的愉悦》(*Enjoyment of Laughter*)(纽约:Simon and Schuster,1936年版),第49页。

315 21 同前注,第39页。最好的笑话和俏皮话应该同时包含亚里士多德式和康德式两种元素。看看一个学生在考试中的回答(迈克尔·沃尔泽的回忆,参见《纽约书评》,第26卷第15期,1979年10月11日,第6页):“马基雅维里一只脚站在中世纪,另一只脚却在

向冉冉兴起的文艺复兴之星敬礼。”这句话描绘了一个滑稽可笑的形象，让读者本以为已经说完了（“另一只脚却……”），但又以某种意想不到的错位感令人惊讶。

22 *Webster's New Collegiate Dictionary* (Springfield, Mass : G. & C. Merriam Co. , 1977), p.1346.

23 伊斯特曼对“特别为说明这个问题而想象出的模糊机制或大脑水力学”方面的部分观点进行小结。参见前注书（注释20），第23页：“我参考了诸如赫伯特·斯潘塞的观点，当我们的神经能量准备好面对大事，结果却只来了件小事时就会发笑；在斯潘塞的基础上，奥地利心理学家利普斯提出‘心理闸门理论’，由利普斯开始，喜剧快感归因于某种‘心理支出经济’……为发笑的特定利益发明这些虚构体系的唯一理由就是，对于严重精神痛苦来说，喜剧快感的产生是可期待的自然事件……”

24 阿瑟·凯斯特勒：《观点与展望》（*Insight and Outlook*）（纽约：麦克米伦出版社，1949年版），第3页。

25 德威特·亨利·帕克（Dewitt Henry Parker）：《美学原则》（*The Principles of Aesthetics*）（纽约：F. S. Crofts & Co., 1947年版），第94—102页。

26 法伯，前注书（注释17），第99页。

27 同前注。

28 同前注，第100页。

29 随后几年，由于太多人拿这尊贵的雕塑开玩笑，当局最后用钢锯把那器官给锯掉了。

30 根据特定的反应，单纯或接近单纯色情与色情幽默之间泾渭分明。喜剧和性欲反应之间往往相互排斥。色情，即使以“脱衣喜剧”的面目出现，都是激起性欲紧张后，留待作品外部的触发来释放

紧张，色情喜剧引发的笑声则是对这种紧张的直接释放。而效果色情作品（不好笑的色情作品）所引发的笑声是下意识的窃笑或淫笑。可参照罗伯特·格雷夫斯对“幽默淫秽”与“色情淫秽”的区分，载《波希纳，或誓言与不当语言的未来（第2版）》（*Lars Porsena, or the Future of Swearing and Improper Language*）（伦敦：Kegan Paul, 1927年版），第52页。

31 伊斯特曼，前注书（注释20），第267页。

32 同前注。

33 同前注。

34 同前注。

35 同前注，第274页。

36 伯吉斯·约翰逊，前注书（注释1），第212页。

37 同前注。

38 同前注，第213页。

39 彼得·法伯，前注书（注释17），第97页。

316 40 爱德华·萨根：《脏话剖析》（纽约：Lyle Stuart, 1962年版），第133页。

41 禁忌可以是“纯语言上的”，仅适用于对语言的使用而与行为上的禁忌相对（如，性行为），但同时又在特定社群中作为真正的道德规则或礼仪规则，而非仅仅作为语法规则。违反语法规则并不会像违反禁忌那样令人震惊。它们所违反的语法规则与我们本章所说的“语法规则”大不相同，易言之，礼仪或道德规则在此刚好针对语言的使用。语法规则告诉我们如何正确说话；文字禁忌，以及其他礼仪规则则告诉我们，如何才能行为得体（礼貌）。

第十五章 淫秽文字与社会政策

1 这一点上并非没有单纯的宗教例外。在很多先民部落中，通常情况下被视为渎神淫秽语或禁忌语的文字在宗教仪式中或紧急情况下却是必要的。参考 E. F. 埃文斯 - 普理查德 (E. F. Evans-Pritchard): “一些非洲集体淫秽语” (“Some Collective Expressions of Obscenities in Africa”), 载《大不列颠及北爱尔兰皇家人类学研究所杂志》(*Journal of the Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*), 第 59 卷 (1929 年), 第 311—331 页; 以及爱德华·萨加林:《脏字剖析》(纽约: Lyle Stuart, 1962 年版), 第 22—25 页。

2 威格申·莱格曼:《脏笑话的基本原理》(纽约: 格罗夫出版社, 1968 年版), 尤见于第 14 章。与之形成对比, 萨加林, 前注书 (注释 1), 第 15 页, 则倾向于更准确的反义词, 希腊语 “cacophemism”, 并将其归功于首次使用者艾伦·沃克·里德 (Allen Walker Read), 参见其《西北美民间碑文的词汇证据: 对英语词汇初级要素的研究》(*Lexical Evidence from Folk Epigraphy in Western North America: A Glossarial Study of the Low Element in the English Vocabulary*) (巴黎: 个人出版, 1935 年版), 第 11 页。(该书于 1977 年由威斯康星州沃基肖的马莱迪克塔出版社重印, 并换了一个不太委婉的题目《经典美国涂鸦》。)在我看来, 萨加林所说的 “cacophemism” 就是莱格曼所说的 “dysphemism”。两位作者均未就该两词进行对比并得出本文所提出的区分。

3 里德, 前注书 (注释 2), 第 13 页。

4 威廉·萨菲尔: “论语言”, 载《纽约时报》, 1981 年 9 月 25 日。

5 H. L. 门肯:《美国语言》(第 4 版), (纽约: Alfred A. Knopf,

1946 年版), 尤其参见第 6 章。

6 门肯将此词一直追溯到 1930 年代东部女子大学里使用的俚语。1920 年代在瓦萨, 厕所被称为 “The Fred”。参见萨加林, 前注书 (注释 1), 第 73 页。

7 我的四岁儿子和邻居孩子在说到自己的 “阴茎” 时直截了当, 一如他说到自己的胳膊或腿, 可是小伙伴告诉他, 他妈妈说 “阴茎” 是脏话。他很困惑, 有一次他问他妈妈, “什么是 ‘脏话’ 啊?”

8 H.L. 门肯, 前注书 (注释 5), 第 284—289 页。

9 如果说这种推测有些夸大, 那么请看 H. L. 门肯笔下维多利亚时期美国的编年史:

317 1873 年, 当弗雷德里克·马利亚特船长……来到美国时, 他立刻遇到了麻烦……和一位女士一起, 瞪大眼睛注视着尼亚加拉大瀑布的奇迹, 令他不开心的是, 这位女士崴了小腿。当她一瘸一拐地回家后, 他问道, “你的腿伤得怎么样?” 她转过来看着他, “显然非常惊讶并且感到被冒犯”, 但很快她平复了情绪, 告诉他, 在女士面前永远不能说 “腿”: 正确的词是 “下肢” ……同理, “灯笼裤” 改为 “下身服装” 或 “不能说的东西”; “袜子” 让位于 “紧身裤”; ……“乳房” 称作 “胸部”; “妻子” 因为有性的意味而须改称 “女士”; “公牛” 变成 “牛畜” 或 “家牛”; ……“上床” 称 “退下”; 不说 “引诱” 女仆, 而是 “背叛” 女仆; 而 “胃” 这个词, 在英国本土本来是禁用的, 在这里却无端多出些魔力, 是指称乳头以下至骨盆这片区域的委婉语。30 年代到 40 年代是委婉语的黄金时代。母狗、公羊、公猪、种马和雄鹿等都不能出现在书面语中, 甚至母马亦因近乎猥琐而弃之不用……阉割也换成改变、安排、替代, 即使在农场也不例外。“椅子” 不用, 用 “座椅”, 现在似乎开始用 “靠背椅”, 因为 “座椅”

也显得不太体面了。有女士在场时说“衬衣”简直是“公开的侮辱”。甚至“女人”这个词，也因为类似德语的 *mensch* 变成指摘语，而为“女性”所替代。即使是“女性”，一段时期之后也招来了坏名声。1861年，瓦萨学院初建，当时名为瓦萨女性学院，那位以难缠著称的萨拉·约瑟芬·海尔夫人，《哥蒂女士手册》的编辑，强烈反对这个词，于是“女性”一词就被删掉了。在那些精致的岁月里，任何有性暗示的字眼都是被禁止的。甚至“体面”一词本身，用在女人身上也是不体面的。[参见门肯，前注书（注释5），第302—303页。]

门肯描述了这一发展的高潮期：“1931年，在查塔努加市，警察逮捕了一个勾搭路人的男人，宣布对他的指控为‘和一个女人在街上同行’，报纸就是这么报道的。”（第304页）“女人”一词走过了一段奇怪的路程，从中性词到用指成年女性的轻度粗鄙词，最后成了“妓女”的委婉词！

10 萨加林，前注书（注释1），第173—174页。

11 即使对性持有的各类“积极态度”，亦会对性淫秽产生强烈的“消极立场”。罗伯特·格雷夫斯认为，“很难确定这种禁忌在多大程度上受相关性的影响，或者这种感觉在多大程度上属于清教徒式的自我憎恨”。参见《波希纳，或誓言与不当语言的未来（第2版）》（伦敦：Kegan Paul，1927年版），第19页。哈夫洛克·埃利斯认为〔《论生命与性：爱与美德文集》，第一卷（花园城，纽约：花园城出版公司，1947年版），第66—69页〕对性采取“神圣态度”的人会觉得“操”这个字很令人恶心，正如一个宗教信仰者对亵渎字眼的感觉，这并非因为他们认为性本身令人恶心。

12 彼得·法伯解释，为何语言淫秽的消失被众多学者视为目标：“很多学者都认为，[文字禁忌]并非语言精细和文明的标志，而

是语言的伤口。当某个社区将某些文字作为禁忌并将其隔离开来，其实就是对性行为或其他生理行为的贬低；这将引发人们对抑制性词语的罪恶感，甚至会波及正常描述身体行为的字眼；这还会刺激露阴癖，这些人以这种方式替代说出禁忌词，并为就粪便和性行为的低级幽默提供借口。”参见《文字游戏：语言的效果为何》（纽约：Bantam Books，1975 年版），第 92 页。

13 同前注，第 105 页。

14 里德，前注书（注释 2），第 14 页。

15 同前注，第 10 页。

16 同前注，第 12 页。

17 同前注。

18 “真正可以打破禁忌的唯一方法就是不带感情地使用其字面意思。”参见前注，第 13 页。

19 同前注，第 14 页。

20 同前注，第 15 页。

21 伯特兰·罗素：《婚姻与道德》（纽约：Liveright Publishing Corporation，1929 年版），第 105—106 页。

22 参见门肯，前注书（注释 5），第 313 页：“1931 年……L.W. 梅里韦瑟观察到，‘见鬼’一词在美国是如此风行，可能不出几年就会被用到烂’，预计到此灾难，他甚至暗示可以为其找到合适的替代词。但直到今天，这个词仍然是我们的日常用语，我们也有理由相信，今后它还会继续被沿用下去。”

23 格雷夫斯，前注书（注释 11），第 52—53 页。

24 伯吉斯·约翰逊：《消失的亵渎艺术》（印第安纳波利斯和纽约：Bobbs-Merrill，1948 年版），第 167 页。

25 同前注，第 190 页。

26 同前注,第212页。

27 阿尔弗雷德·乔治·加德纳 (Alfred George Gardiner), 转引自约翰逊, 前注书, 第168页。大仲马的《布拉热诺纳子爵》中的人物布兰切特,“马拉卡”是他在最悲惨的时候所使用的词。

28 在这一点上,约翰逊似乎刚好颠倒了黑白,他写道,“这富有创造性的行为最主要的麻烦是,脱口而出的亵渎艺术,如同其他艺术,必须为宣誓者提供情感上的宣泄,同时也要对接受宣誓者造成情感上的冲击,而后者可以通过无意义的术语获得”。参见约翰逊,前注书(注释24),第172页。

29 这个说法在美国的流行往往令外国人倍感惊讶。门肯表达了他对这个词的感受:

……我们对不体面的单词总是没法准确地加以描述。我们所说的全能女佣是指婊子养的,但这个词对于讲斯拉夫语或拉丁语的人来说,并非我们所认为的胡说八道。这里没有抬脚、没有击打、没有碰撞。巴勒莫最默不作声的警察也能在早餐和午餐铃声之间想出十几个比这好得多的词儿。这个词儿真的太平淡、乏味、干瘪了,如果在说它的时候眨眨眼或带点儿戏弄劲儿,那简直就是示爱。合众国的议员们相互之间就是用这个词儿来相互示好的。如果在它的前面放上第二人称代词和形容词“老”的话,甚至连领班神父听了也会不动声色的。更糟的是,这个词常被缩略为 s.o.b., 或变成孩童用语“挨枪子儿的”。后者毫无冲击力,以致我们当中的意大利人将它作为对某个美国人的称呼:他们称他为 la sanemagongna, 以此表明他们对对方背景的藐视。在标准意大利文中,至少有不啻四十个同义词,每个词都更粗野、更绝妙、更痛快。而回溯到拿破仑时代的方言里,更是有成百上千的同义词。[门肯,前注书(注5),第317—318页]

我只能勉强回应至此，这个词组简直是迄今为止我们有过的最绝妙的词儿。把这点儿也剔出的话就有点儿太愚蠢了。

第十六章 淫秽文字与法律

1 伯吉斯·约翰逊：《消失的褻渎艺术》（印第安纳波利斯和纽约：Bobbs-Merrill，1948年版），第28页。

2 甚至最高法院也赞同的一个观点是：“即使是最具冒犯性的字眼，对它们的某些用法也是受到保护的。”斯蒂文斯大法官在联邦通讯委员会诉太平洋基金会案（*Federal Communications Commission v. Pacific Foundation*）中的说法（参见注释10）。

3 科恩诉加利福尼亚州案，91 S. Ct.（1971），第1784页。

4 即使按其道德术语，家长主义的论点也无法自证。可能的情形是，说出某些淫秽字眼可能是放大情感的必要。如果她从未听过脏话，那么，她的反应恐怕就不只是受到震动，而应是震惊或讶异。

5 其他可参见E. 克朗豪森和B. 克朗豪森：《色情与法律》（纽约：Ballantine Books，1964年版），第224—225页。

6 美国法学会：《模范刑法典》，1962年5月4日官方版本（费城，1962年），第224—225页。

7 我们可以假定当中包含单纯的危险行为，亦即，产生不合理损害风险的行为。

8 《模拟刑法典》草案第250.4条规定“以重复致电骚扰他人的行为”构成犯罪。官方最终版的一个评论对此解释道，此处修订是考虑到“人们对早前版本中‘重复’一词的批评，该词未能纳入拨打单次骚扰电话的行为，以及分别向不同的人拨打电话的行为。这些行为表面上看都不具有重复性”。参见前注书（注释6），第225页。文本

中的不同规定即有这些理由。当中表达的观点并非说通过电话传递一个淫秽信息是多么严重的冒犯行为，而是说，即使是对被害人如此轻微的冒犯，亦可能被认定为犯罪：（1）要求警方就第二次及后面多次电话举证的责任似乎有些不合理，尤其当第一次电话已经被当场抓获的情况下更是如此，以及（2）一个行为人分别向多个人拨打电话，每人不超过一次，则其犯罪性并不与对每个人的冒犯程度存在直接比例关系。第二种观点暗示，在这种情况下，冒犯并非累加性的，犯罪性却是累加性的，这个逻辑有些奇怪。在其他条件同等的情况下，恶意行为人向同一个人拨打一百个骚扰电话，比恶作剧的行为人向一百个人每人拨打一个骚扰电话具有更大的可责性。良心或许会阻止人们使某一入感到崩溃，但却似乎可以容许人们使很多人感到一点 320 点骚扰。

9 《得克萨斯州刑法典》第 476 条（1948 年）规定了“粗俗、褻渎、淫秽或不体面的”用语。《弗吉尼亚刑法典》§ 18.1-238（1960 年）认定“滥用电话……使用粗俗、褻渎或不体面的语言”为不法。《印第安纳州刑法》§ 10—1511（1956 年）并未规定褻渎性的语言，却规定“为取乐、骚扰等目的不断致电的行为”不法。《威斯康星州刑法》§ 947.01（2）（1958 年）最为严格，规定无论是否包括淫秽语言，或是否多次拨打，只要“意图惹恼他人”，单次致电亦构成犯罪。

10 联邦通讯委员会诉太平洋基金会案，438 U.S. 726（1978）。

11 鲍威尔大法官在同意意见中，显然认为这是不证自明的，他重申：

因此，孩子们或许不能保护自己免受言辞之害。对绝大多数成年人而言这会令他们感到震惊，通过选择练习，一般可以避免受到影响。同时，这种语言对于孩子的影响可能比对成人的影响更持久、也更深重……委员会的观点是适当的，这并非为限制言

辞，而是为了保护未成年人的利益。本案中所涉及的语言和其他坏行为一样，会潜在地腐蚀、损害未成年人。

不过，鲍威尔大法官并没有解释，仅仅言辞何以能对孩子造成如此之大的影响。

12 布伦南大法官指出，“法庭和委员会非常厌恶的这些言辞，恰恰被包含在众多亚文化当中，是人们诸多日常用语的一部分。学术研究已经证明了这一点……正如某位研究者总结道，‘我们都知道，诸如‘狗屎’、‘操’之类的字眼在[黑人]方言里根本没有亵渎或贬低的意思，除非在一些特定意境的背景下，或是特别的暗示当中’”。引文摘自 C. 宾斯 (C. Bins)：“当代非裔美国人口头文学志” (“Toward an Ethnography of Contemporary African-American Oral Poetry”)，载《语言和语言学论文集》(*Language and Linguistic Working Papers*) (华盛顿特区：乔治城大学出版社，1972 年版)，第 82 页注释 5。

13 初看起来，“色情”电话服务这个新现象介于广播—电视色情与通讯色情之间。一方面，有关信息通过电话传入家中，因此，这种行为应当处罚，特别是小孩子很容易知道拨打特定号码。另一方面，信息之所以传来，始作俑者是接受者自己，这与广播电视内容的骚扰并不相同。权衡之下，以滋扰理论为依据设定处罚似乎不妥。电话“服务”的出现似乎更取决于家长的自律。

14 “评论：脏字、联邦通讯委员会与第一修正案——规制淫秽广播” (“Note—Filthy Words, The F. C. C., and the First Amendment : Regulating Broadcast Obscenity”)，载《弗吉尼亚法律评论》，第 61 卷 (1965 年)，第 617 页。

索引

(索引中的页码均为本书边码)

A

*A Book Named "John Cleland's
Memoirs of a Woman of Pleasure"*

v. Attorney General, 《约翰·克利
兰的女人快乐自传》诉马萨诸塞州
司法部部长案, 参见“*Memoirs*” *v.*

Massachusetts, “自传”诉马萨诸塞
州案, 第 179 页, 第 184—185 页

Abington School District v. Schempp,
阿宾顿学区诉申普案, 第 307 页注释

Abnormal susceptibility to offense,
对冒犯的异常敏感性, 第 26 页, 第
33—34 页, 第 41 页, 第 65 页, 第 173
页, 第 233 页, 第 274 页, 第 287 页,
第 292—293 页注释, 第 304 页注释

Abortion, 堕胎, 第 56—57 页, 第 59
页, 第 72 页, 第 85 页, 第 295 页注

释, 第 296 页注释

Administrative orders, 行政命令, 第 3
页, 第 88 页, 第 164 页

Adult book stores, 成人书店, 第 43
页, 第 131 页, 第 182 页

Adultery, 通奸, 第 46 页

Advertisements, offensive, 广告,
冒犯性的, 第 61—62 页, 第 70—71
页, 第 94 页, 第 99 页, 第 162 页, 第
181—184 页

Advocacy, 鼓吹, 第 39—40 页, 第 42
页, 第 86 页, 第 88 页, 第 96 页, 第
306 页注释

Aesthetic judgments, 美学评价, 第
107—108 页, 第 118—120 页, 第
302—303 页注释

Ambience, 氛围, 第 71 页

American Civil Liberties Union, 美国公民自由联盟, 第 89、93 页

American Civil Liberties Union v. City of Chicago, 美国公民自由联盟诉芝加哥市案, 第 308 页注释

Anger, 生气, 愤怒, 第 5 页, 第 13 页, 第 29 页, 第 48 页, 第 128 页, 第 222 页, 第 226 页, 第 232 页, 第 249 页, 第 292 页注释

Annoyance, 恼怒, 气恼, 第 5 页, 第 13 页, 第 50 页, 第 51 页, 第 60 页, 第 70 页

Anxiety, 焦虑, 第 1 页, 第 11 页, 第 18 页, 第 33 页, 第 191 页, 第 207—208 页, 第 239 页, 第 243 页, 第 249 页, 第 280 页, 第 283 页, 第 293 页注释, 第 314 页注释

Aptness words, 倾向性文字, 第 103—106 页, 第 123—124 页

Aristotle, 亚里士多德, 第 106 页, 第 130 页, 第 134 页, 第 240 页, 第 298 页注释, 第 315 页注释

Art, pictorial, 艺术, 图片的, 第 135—136 页, 第 142 页

Assumption of risk, 风险预设, 第 26 页, 第 142 页, 第 168 页

Attorney General v. "God's Little Acre", 司法部部长诉《上帝的小园地》案, 第 308 页注释

Austin, 奥斯丁, J. L., 第 314 页注释

Authority, defiance of, 权威, 藐视, 第 3 页, 第 212 页

Autopsies, 解剖, 第 73 页, 第 76 页

Available alternatives to offensive conduct, 冒犯性行为的有效替代行为, 第 40 页, 第 42 页, 第 44 页, 第 96 页

B

Badinage, 戏谑, 第 218 页, 第 221 页

Baier, Kurt, 贝尔, 科尔特, 第 58 页, 第 61 页, 第 62 页, 第 70 页, 第 95 页, 第 294 页注释, 第 295 页注释, 第 300 页注释

Baker, Robert, 贝克, 罗伯特, 第 298—299 页

Balancing, 权衡, 第 6 页, 第 24 页, 第 25—37 页, 第 44—47 页, 第 49 页, 第 50 页, 第 53 页, 第 61—63 页, 第 66 页, 第 70 页, 第 72 页, 第 137 页, 第 168 页, 第 169 页, 第 292 页注释。

也见 Interest balance, 利益权衡

Bare knowledge offence, “单纯意识”

引起的冒犯,第33—34页,第61—69页,第94页,第159页,第161页,第162页,第163页

Bare knowledge problem, 单纯意识问题,第60—71页,第94页

Barry, Kathleen, 巴里,凯瑟琳,第146页,第305页注释

Bayles, Michael, 贝尔斯,迈克尔,第18—19页,第290页注释,第292页注释,第293页注释,第294页注释

Beardsley, Elizabeth, 比尔兹利,伊丽莎白,第23页,第291页注释

Becker Laurence C., 贝克尔,劳伦斯·C.,第294页注释

Benn, Stanley, 本,斯坦利,第85页,第296页注释

Berger, Fred R., 伯杰,弗雷德·R.,第148页,第155页,第157页,第306页注释,第307页注释

Bestiality, 兽奸,第12页,第20页,第95页,第100页

Bins, C., 宾斯, C., 第320页注释

Blasphemy, 亵渎神明,第46页,第47页,第54页,第197—198页,第310—311页注释。也见 obscene words, 淫秽文字

Bonnie and Clyde, 《邦妮与克莱德》,第115页,第117页

Boredom, 厌倦,第5页,第13页,第20—21页

as ennui, 百无聊赖,第20页

as irksome tediousness, 令人恼怒的厌烦,第20—21页

Brandenburg v. Ohio, 勃兰登堡诉俄亥俄州案,第306页注释

Brennan, Justice William J., 布伦南大法官,威廉·J.,第172—173页,第176—178页,第181—184页,第285—286页,第307页注释,第310页注释,第320页注释

Breughel, Pieter, 布鲁盖尔,皮克特,第141页

Brophy, John, 布罗菲,约翰,第312页注释

Brownmiller, Susan, 布朗米勒,苏珊,第152页,第305页注释,第306页注释

Buggery, 鸡奸,第100页,第289页

Burger, Warren, 伯格,沃伦,第185—189页,第293页注释

Burgess, Anthony, 伯吉斯,安东尼,第130—131页,第134页,第135页,

第 303 页注释,

Burns, Bobby, 伯恩斯, 波比, 第 34 页

Burroughs, Edgar Rice, 伯勒斯, 埃德加·赖斯, 第 312 页注释

Burroughs, William, 伯勒斯, 威廉, 第 131 页

C

Cacophemism, 粗鄙语, 第 251—254 页, 第 256 页, 第 257 页, 第 258 页, 第 260 页, 第 261 页, 第 262 页, 第 265 页, 第 266 页, 第 271 页, 第 316 页注释, 第 317 页注释

Cadaver research, 尸体研究, 第 73—74 页, 第 76 页

Calumny, 诽谤, 第 218 页, 第 221 页, 第 230 页, 第 237 页, 另见 Defamation, 侮辱

Cannibalism, 食人, 第 70—71 页, 第 72 页, 第 95 页, 第 162 页

Cardozo, Justice Benjamin N., 卡多佐大法官, 本杰明·N., 第 76 页

Caldwell, Erskine, 卡德维尔, 厄尔斯金, 第 173 页

Cantwell v. Connecticut, 康特维尔诉康涅狄格州案, 第 307 页注释

Carlin, George, 卡林, 乔治, 第

281—282 页, 第 285—286 页

Catharsis, 宣泄, 第 130 页, 第 158 页

Chafee, Zechariah, 查菲, 萨迦利亚, 第 4 页, 第 90 页, 第 289 页, 第 291—292 页注释, 第 293 页注释, 第 297 页注释

Chaplinsky v. New Hampshire, 查普林斯基诉新罕布什尔案, 第 228—229 页, 第 231—232 页, 第 235 页, 第 291 页, 第 297 页注释, 第 314 页注释
Charientic judgments, 形象判断, 第 107—112 页, 第 124 页, 第 298 页注释

Charientic virtues, 形象赞许, 第 108 页

Children, protection of, 儿童, 保护, 第 171 页, 第 188 页, 第 189 页, 第 270 页, 第 282 页, 第 284—285 页, 第 286 页, 第 320 页注释

Chilling effect, 齿寒效应, 第 134 页, 第 148 页, 第 167 页, 第 188 页

Cigar smoking, 吸雪茄, 第 31 页

Cigarette smoking, 吸烟, 第 122 页

Civil suits, 民事案件, 参见 Torts, law of, 侵权法

Clark, Lorenné, 克拉克, 洛伦, 第

305 页注释

Cleland, John, 克利兰, 约翰, 第 184 页

Coarseness, 粗劣, 第 109 页, 第 124 页, 第 138 页, 第 253 页, 第 261 页, 第 262 页, 第 280 页

Coarsening effect, 变粗鲁的影响, 第 85 页, 第 276 页, 第 296 页注释

Cockburn, Alexander, 科伯恩, 亚历山大, 第 17 页, 第 178 页

Cohen, Carl, 科恩, 卡尔, 第 297 页注释

Coben v. California, 科恩诉加利福尼亚州案, 第 216—217 页, 第 275 页, 第 284 页, 第 285 页, 第 293 页注释, 第 297 页注释, 第 303 页注释, 第 313 页注释, 第 319 页注释

Coke, Sir Edward, 科克, 爱德华爵士, 第 156 页, 第 306 页注释

Commonwealth v. Friede, 马萨诸塞州诉弗里德案, 第 308 页注释

Commonwealth v. Gordon, 州诉戈登案, 第 297 页注释

Commonwealth v. Isenstadt, 马萨诸塞州诉伊森施塔特案, 第 308 页注释

Comstock, Anthony, 科姆斯托克, 安

东尼, 第 98 页

Connecticut v. Anonymous, 康涅狄格州诉无名氏案, 第 128 页, 第 303 页注释

Conscientious offensiveness, 光明正大的冒犯, 第 41 页

Contraception, 避孕, 第 17、122 页

Conway, David, 康韦, 戴维, 第 34、40 页, 第 293 页注释

Copp, David, 科普, 戴维, 第 305 页注释

Coprophagia, 食粪癖, 第 11 页, 第 28 页, 第 45 页, 第 55 页, 第 122 页

Corpses, mistreatment of, 对尸体不敬, 第 11 页, 第 28 页, 第 46 页, 第 55—56 页, 第 57 页, 第 59 页, 第 60 页, 第 69—70 页, 第 71 页, 第 72—85 页, 第 95 页

Counseling crime, 教唆犯罪, 第 99 页

Cultural change, 文化变迁, 第 47—48 页

Cunnilingus, 舔阴, 第 12 页

D

Davies, Robertson, 戴维斯, 罗伯逊, 第 110 页, 第 299 页注释

Davis, Nancy, 戴维斯, 南希, 第 295

页注释

Dead Body Bill, 尸体法案, 第 72—73 页

Death, 死亡, 第 76—77 页, 第 116—118 页, 第 257 页, 第 266 页

Decency, 体面, 参见 Indecency, 不体面

Deep Throat, 深喉, 第 151 页

Defecation, public, 排便, 公开地, 第 29 页, 第 47 页, 第 140 页

Defamation, 侮辱, 第 99 页, 第 168 页, 第 222 页, 第 306 页注释, 也见 Calumny, 诽谤

Of groups, 对群体, 第 292 页注释, 第 297 页注释

Of women, 对女性, 第 143 页, 第 147—149 页

Defilement, 污言秽语, 第 257—276 页

Degradation of women, 对女性的贬低, 第 143 页, 第 149 页, 第 305 页注释, 第 306 页注释

Dehumanization, 灭绝人性, 第 78—82 页

Demosthenes, 狄摩西尼, 第 314 页注释

Depersonalization, 降低人格, 第

125 页

De Sade, M., 德·萨德, M., 第 302 页注释

Desecration, 亵渎神圣, 第 16 页, 第 71 页, 第 91 页, 第 95 页, 第 160 页, 第 232 页

Private, 私下的, 第 54 页, 第 59 页, 第 68 页, 第 162 页

Dignity, affronts to, 尊严, 冒犯, 第 51 页, 第 60 页, 第 73 页, 第 78 页, 第 162 页

Diogenes, 第欧根尼, 第 314 页注释

Dirty-mindedness, 不洁思想, 第 265 页, 第 266—269 页, 第 270 页, 第 272 页

Disgust, 恶心, 第 1 页, 第 2 页, 第 5 页, 第 11 页, 第 15 页, 第 16 页, 第 20 页, 第 25 页, 第 27 页, 第 51 页, 第 52 页, 第 58 页, 第 67 页, 第 70 页, 第 101—104 页, 第 123 页, 第 124 页, 第 127 页, 第 138 页, 第 139 页, 第 140 页, 第 177 页, 第 178 页, 第 214 页, 第 215 页, 第 216 页, 第 281 页, 第 290 页, 第 294 页注释, 第 298 页注释, 第 317 页注释

Disphemism, 委婉语, 第 209 页, 第

251—254 页, 第 255 页, 第 257 页,
第 258 页, 第 260 页, 第 262 页, 第
316 页注释

Disrespect, 不敬, 第 193 页, 第 194
页, 第 209—210 页, 第 212 页, 第
216 页, 第 223 页, 第 250 页, 第 251
页, 第 252 页, 第 258 页, 第 280 页

Dissection, posthumous, 尸体解剖,
第 73 页

Drama, 戏剧, 第 129—133 页

Dreiser, Theodore, 德莱赛, 西奥多,
第 173 页

Drew, Bernard, 德鲁, 伯纳德, 第
304 页注释

Ducasse, Curt J., 杜卡斯, 柯特·J.,
第 257 页, 第 266 页

Duelling, 决斗, 第 231、232、234 页
Dukeminier, Jesse, 杜克米尼尔, 杰
西, 第 81 页, 第 296 页注释

Dumas, Alexandre, 大仲马, 第 271
页, 第 318 页注释

Duren, Ryne, 杜伦, 赖恩, 第 306 页
注释

Durey, M.J., 杜里, M.J., 第 295 页
注释

Dworkin, Andrea, 德沃金, 安德里,

第 305—306 页注释, 第 307 页注释

E

Eastman, Max, 伊斯特曼, 马克斯,
第 239—240 页, 第 243—245 页, 第
248 页, 第 314 页注释, 第 315 页注释
Eisenstadt v. Baird, 艾森施塔特诉拜
尔德案, 第 170 页

Elliott, George P., 埃利奥特, 乔
治·P., 第 140—141 页, 第 304 页
注释

Ellis, Havelock, 埃利斯, 哈夫洛克,
第 117 页, 第 301 页注释, 第 317 页
注释

Eillston, Frederick, 艾里斯顿, 弗雷
德里克, 第 312 页注释

Embarrassment, 尴尬, 第 5 页, 第 12
页, 第 18 页, 第 41 页, 第 51 页, 第
70 页, 第 244 页, 第 267 页

Vicarious, 替代的, 第 12 页, 第
18—19 页

Emerson, Thomas I., 埃默森, 托马
斯·I., 第 229 页, 第 231—234 页, 第
293 页注释, 第 308 页注释, 第 314
页注释

Emmanuelle, 艾曼纽, 第 20 页, 第
133—135 页

对他人的冒犯

Emotive meaning, 情绪性含义, 第 213—217 页, 第 230 页

attitudes contrasted with feelings, 态度, 与情绪对比, 第 214 页

dependent, 依赖, 第 215—216 页, 第 249 页, 第 252 页, 第 313 页注释

derogatory, 负面的, 第 215 页

independent, 独立的, 第 215—216 页, 第 262 页, 第 264 页, 第 272 页

neutral and laudatory, 中立的与褒义的, 第 214 页

Emphasis, Linguistic, 强调, 语言的, 第 204 页, 第 210 页, 第 211 页, 第 245—246 页, 第 250 页, 第 258 页, 第 270 页

English, Jane, 英格里希, 简, 第 296 页注释

Ethnic jokes, 种族笑话, 第 104 页, 第 292 页注释, 也见 Racial slurs, 种族歧视

Etiquette, violations of, 礼仪, 违反, 第 17 页, 第 205 页, 第 214 页, 第 274 页

Euphemism, 委婉语, 第 209 页, 第 244 页, 第 247 页, 第 251—258 页, 第 261 页, 第 317 页注释

Evans-Pritchard, E.E., 埃文斯 - 普理查德, E. E., 第 316 页注释

Excelsior Pictures Crop. v. Regents of the State of New York, 精艺图片公司诉纽约州立大学董事会案, 第 308 页注释

Excretion, 排泄, 第 98 页, 第 99 页, 第 115 页, 第 205—206 页, 第 238 页, 第 252 页, 第 262 页, 第 268 页。也见

Obscene words, 淫秽文字

Expression, distinguished from action, 表达, 区别于行为, 第 167 页, 第 168 页, 第 169 页, 第 171 页, 第 229—230 页

Eyesores, 显著标志, 第 71 页

F

Falling dominoes argument, 多米诺骨牌说, 第 92—93 页

Farb, Peter, 法伯, 彼得, 第 207 页, 第 239 页, 第 242 页, 第 310 页注释, 第 312 页注释, 第 314 页注释, 第 315 页注释, 第 317—318 页注释

F.C.C.v. Pacifica Foundation, F.C.C. 诉太平洋基金会案, 第 281—287 页, 第 319 页注释, 第 320 页注释

Fear, 恐惧, 第 5 页, 第 13 页, 第 29 页,

第 30 页,第 33 页,第 91 页,第 192 页,
第 221 页,第 278 页,第 280—281 页,
第 283 页,第 292 页注释

Federal Communications Commission,
联邦通讯委员会,第 281 页,第 285
页,第 287 页

Feelings, rational appropriateness of,
情绪,恰当的反应,第 106—107 页,
第 138 页

Fellatio, 口交,第 12 页

Feminism, 女权主义,第 143—164 页,
第 304 页注释,第 305 页注释

Fetishism, 恋物癖,第 179 页,第
181 页

Fighting words, doctrine of, 挑衅性
文字,原则,第 21 页,第 91 页,第 95
页,第 162 页,第 226—236 页

Filth, 猥亵,第 110 页,第 112 页,第
115 页

Finger, giving the, 竖中指,第 128
页,第 313—314 页注释

Flag, desecration of, 国旗,亵渎,第
5 页,第 47 页,第 54—56 页,第 59
页,第 71 页

Flagrant affronts, 公然冒犯,第 62 页,
第 89 页,第 159—160 页

Fletcher, Joseph, 弗莱彻,约瑟夫,第
294 页注释

Flew, Antony, 弗卢,安东尼,第 301
页注释

Flynt, Larry C., 弗林特,拉里·C.,
第 186 页

“Folk films”, “民间故事电影”,第
158—164 页

Foot, Philippa, 富特,菲利普,第 295
页注释

Fortas, Justice Abe, 福塔斯,阿贝大
法官,第 310 页注释

Frank, Jerome, 弗兰克,杰尔姆,第
100 页,第 297 页注释

Frazer, Sir James, 弗雷泽,詹姆斯爵
士,第 195—198 页,第 311 页注释

Free-floating evils, 无人怨愤的恶,第
159 页,第 178 页

Freedom of expression, 表达自由,第
38—40 页,第 42 页,第 44 页,第 45
页,第 53 页,第 61 页,第 62 页,第
65 页,第 70 页,第 86 页,第 88 页,
第 90 页,第 99 页,第 147 页,第 155
页,第 165—189 页,第 216—217 页,
第 283 页,第 286 页,第 292 页注释,
第 304 页注释,第 308 页注释

Freud, Sigmund, 弗洛伊德, 西格蒙德, 第 238—239 页, 第 243 页, 第 315 页注释

Freund, Paul, 弗罗因德, 保罗, 第 23 页, 第 291 页注释

Frustration, 沮丧, 第 92 页, 第 95 页, 第 214 页

Fry, Christopher, 弗赖伊, 克里斯托弗, 第 220 页, 第 313 页注释

G

Gardiner, Alfred George, 加德纳, 阿尔弗雷德·乔治, 第 318 页注释

Garry, Ann, 加里, 安, 第 304—305 页注释

Gatschet, A.S., 加特谢特, A. S., 第 311 页注释

Gaylin, Willard, 盖林, 威拉德, 第 76—77 页, 第 187 页, 第 296 页注释, 第 310 页注释

Generosity, virtue of, 慷慨, 美德, 第 75 页

Genet, Jean, 吉尼特, 简, 第 131 页

Gerundive words, 动词形容词, 第 105—106 页, 第 123—124 页

Ginzburg, Ralph, 金兹伯格, 拉尔夫, 第 181 页

Ginzburg v. United States, 金兹伯格诉美国案, 第 179 页, 第 181—183 页

Give and take, principle, 给予和接受, 原则, 第 6 页

Glassen, Peter, 格拉森, 彼得, 第 107—112 页, 第 298 页注释

Goodman Paul, 古德曼, 保罗, 第 303 页注释

Gordon, Gilbert, 戈登, 吉尔伯特, 第 297 页注释

Gossip, level of, 说长道短的程度, 第 62 页

Graves, Robert, 格雷夫斯, 罗伯特, 第 211—212 页, 第 259 页, 第 269 页, 第 270 页, 第 311 页注释, 第 312 页注释, 第 315 页注释, 第 317 页注释, 第 318 页注释

Graffiti, 涂鸦, 第 98 页, 第 316 页注释

Greenawalt, Kent, 格林沃尔特, 肯特, 第 155 页, 第 306 页注释

Grey, Thomas C., 格雷, 托马斯·C., 第 295 页注释, 第 296 页注释

Grievance evils, 怨愤的恶, 第 49 页, 第 58 页, 第 60 页, 第 67 页, 第 87 页, 第 94 页, 第 159 页, 第 161 页

Grimm brothers, 格林兄弟, 第 78 页
Griswold v. Connecticut, 格里斯沃尔德
 诉康涅狄格州案, 第 170 页, 第 185
 页, 第 291 页注释

Grossness, 肮脏, 第 109 页, 第 113 页

H

Hale, Sarah Josepha, 海尔, 萨拉·约
 瑟芬, 第 317 页注释

Hangings, public, 绞刑, 公开的, 第
 117—118 页, 第 125 页

Harassment, 骚扰, 第 91 页, 第
 277—281 页, 第 283 页, 第 319—320
 页注释

Hare, Richard M., 黑尔, 理查德·M.,
 第 298 页注释

Harlan, Justice John M., 哈伦, 约
 翰·M. 大法官, 第 128 页, 第 179 页,
 第 181 页, 第 217 页, 第 274—275 页

Harm, 损害, 第 2 页, 第 36 页, 第 53
 页, 第 89 页, 第 90 页, 第 150—151
 页, 第 154 页, 第 172 页, 第 194 页,
 第 277—281 页, 第 283 页, 第 308 页
 注释, 第 319 页注释

threshold of, 程度, 下限, 第 5 页,
 第 15 页, 第 52 页

Harm principle, 损害原则, 第 1 页,

第 2 页, 第 47 页, 第 52 页, 第 53 页,
 第 72 页, 第 77 页, 第 78 页, 第 84 页,
 第 100 页, 第 143 页, 第 147 页, 第
 157 页, 第 159 页, 第 273 页, 第 276
 页, 第 295 页注释

Harper, Fowler V., 哈珀, 富勒·V.,
 第 291 页注释

Harris, John, 哈里斯, 约翰, 第 295
 页注释, 第 296 页注释

Hart, H.L.A., 哈特, H. L. A., 第
 63—64 页, 第 65 页, 第 110 页, 第
 295 页注释, 第 299 页注释

Heckler's veto, 起哄者的否决权, 第
 90 页

Hemingway, Ernest, 海明威, 欧内
 斯特, 第 193—194 页, 第 210 页, 第
 311 页注释, 第 312 页注释

Henkin, Louis, 亨金, 路易斯, 第 297
 页注释

Homer, 荷马, 第 200 页

Homosexuality, 同性恋, 第 12 页, 第
 20 页, 第 42 页, 第 43 页, 第 47 页,
 第 134 页, 第 179—180 页

Honor, 荣誉, 第 21 页, 第 232 页, 第
 235 页, 第 271 页

Hughes, Douglas A., 休斯, 道格拉

斯·A., 第 301 页注释, 第 303 页注释

Hughes, Graham, 休斯, 格雷厄姆, 第 170 页, 第 308 页注释

Hume, David, 休谟, 大卫, 第 313 页注释

Humiliation, 羞耻, 第 5 页, 第 12 页, 第 13 页, 第 51—52 页

Humiliation of women, 对女性的羞辱, 参见 Degradation of women

Hurt, 伤害, 第 1 页, 第 58 页

Hyman, Stanley H., 海曼, 斯坦利·H., 第 303 页注释

I

Incest, 乱伦, 第 4 页

Incitement, 煽动, 第 89 页, 第 99 页, 第 156—157 页, 第 230 页, 第 232 页。也见 Provocation

to crime, 犯罪, 第 168 页

to imminent lawless action, 即时非法行为, 第 306 页注释

to rape, 强奸, 第 156—157 页

to riot, 骚乱, 第 89 页

to violence, 暴力, 第 99 页

Inconveniences, 不便, 第 6—9 页, 第 10 页, 第 49 页, 第 50 页, 第 51

页, 第 87 页, 第 90 页, 第 277 页, 第 307—308 页注释

Indecency, 不体面, 第 17 页, 第 109—112 页, 第 268 页, 第 281 页, 第 284—285 页, 第 286 页

charientic concept of, 形象概念, 第 110—111 页

contrasted with immorality, 与不道德对比, 第 110 页

hybird conceot of, 混合含义, 第 111 页

moral concept of, 道德上的概念, 第 111-112 页

Indecency exposure, 不雅裸露, 第 46 页, 第 98 页。也见 Nudity, public, 裸露, 公开

Infanticide, 杀婴, 第 85 页

Injunctions, 禁制令, 第 3 页, 第 70 页, 第 88 页, 第 164 页

Insult, 侮辱, 第 13 页, 第 21 页, 第 28 页, 第 42 页, 第 86 页, 第 88 页, 第 95 页, 第 96 页, 第 149 页, 第 160 页, 第 162 页, 第 163 页, 第 193 页, 第 218—238 页, 第 265 页, 第 279 页, 第 283 页, 第 296 页注释, 第 314 页注释

accusations, ritual, 指责, 形式的, 第 223 页, 第 232 页, 第 237 页, 第 279 页

accusations, serious(villification), 指责, 严重的(诽谤), 第 223 页, 第 230 页, 第 237 页

disparagement of third parties, 侮辱的第三种形式, 第 223—224 页, 第 279 页

dominance claims, symbolic, 象征性的主导地位, 第 224—226 页, 第 232 页, 第 237 页, 第 265 页, 第 279 页

name-calling, 骂人, 第 218 页, 第 219 页, 第 221 页, 第 232 页, 第 279 页

put-downs, factually based, 事实上的名誉贬损, 第 222 页, 第 237—238 页

Intensification, 强化, 参见 Obscene words, derivative uses of, 淫秽文字, 衍生用法

Interest balancing, 利益权衡, 第 6 页, 第 26 页, 第 307 页注释

Interjections, meaning of, 感叹语, 含义, 第 213—217 页

Interracial couples, 异族夫妇, 第 25 页, 第 27 页, 第 29 页, 第 36 页, 第 43 页

Irreverence, 亵渎, 第 192 页, 第 209—210 页, 第 224 页, 第 238 页, 第 251 页, 第 252 页, 第 265 页

J

Jacobellis v. Ohio, 雅各贝里斯诉俄亥俄州案, 第 175 页, 第 297 页注释

Jaeckin, Just, 杰克金, 贾斯特, 第 133—134 页

James, Fleming, 詹姆斯, 弗莱明, 第 291 页注释

James, William, 詹姆斯, 威廉, 第 75 页, 第 80 页

Jespersion, Otto, 叶斯博森, 奥托, 第 211 页

Johnson, Burgess, 约翰逊, 伯吉斯, 第 198 页, 第 199 页, 第 200—201 页, 第 202 页, 第 203 页, 第 204 页, 第 219 页, 第 245—246 页, 第 259 页, 第 269 页, 第 270 页, 第 273 页, 第 311 页注释, 第 313 页注释, 第 315 页注释, 第 318 页注释, 第 319 页注释

Joyce, James, 乔伊斯, 詹姆斯, 第 129 页, 第 173 页

K

Kaminer, Wendy, 卡米娜, 温迪, 第 304 页注释

Kronhausen, F and B., 克朗豪森, F. 和 B., 第 303 页注释, 第 309 页注释, 第 319 页注释

Ku Klux Klan, 三 K 党, 第 52 页, 第 93 页, 第 162 页, 第 164 页, 第 236 页

Kalven, Harry, 卡尔文, 哈里, 第 101 页, 第 297 页注释, 第 298 页注释

Kant, Immanuel, 康德, 伊曼纽尔, 第 240 页, 第 315 页注释

Koastler, Arthur, 凯斯特勒, 阿瑟, 第 241 页, 第 315 页注释

L

Lawrence, D. H., 劳伦斯, D. H., 第 129 页, 第 267 页

Lederer, Laura, 莱德勒, 劳拉, 第 304 页注释, 第 306 页注释

Legal moralism, 法律道德主义, 第 68—69 页, 第 72 页, 第 74 页, 第 94 页, 第 99 页, 第 159 页, 第 161 页, 第 163 页, 第 166 页, 第 170 页, 第 182 页, 第 273 页

Legal perfectionism, 法律完美主义, 第 77 页, 第 78 页, 第 79 页

Legal positivism, 法律实证主义, 第 167 页

Legman, Gershon, 莱格曼, 格申, 第 253 页, 第 314 页注释, 第 316 页注释

Lehrman, Lisa, 莱尔曼, 丽莎, 第 305 页注释

Levenbook, Barbara, 利文布克, 芭芭拉, 第 309 页注释

Lewdness, 淫乱, 下流, 第 5 页, 第 46 页, 第 125 页

License withdrawals, 撤销证照, 第 3 页

Licensed zones, 授权区域。参见 Zoning restrictions

Line-drawing arguments, 划线说, 第 92-93 页

Lipps, Theodor, 利普斯, 西奥多, 第 315 页注释

Literature, 文学, 第 129—133 页, 第 174 页, 第 187 页

Lust 性欲, 第 101 页, 第 144—145 页, 第 166 页, 第 172 页, 第 173 页, 第 178 页, 第 179 页, 第 180 页, 第 243 页, 第 284 页

for blood, 嗜血, 第 117—118 页

Lynd, Helen, 林德, 海伦, 第 290 页

M

Macho, cult of, 男性气概, 男性崇拜,
第 150—155 页, 第 312 页注释

Magic, 魔力, 第 195 页, 第 198 页,
第 204—205 页, 第 275—276 页

Mailer, Norman, 梅勒, 诺曼, 第 144
页, 第 305 页注释

Malice, 恶意, 参见 Spitefulness, 可
责性

Manners, bad, 方式, 坏的, 第
192—193 页, 第 271 页, 第 273 页,
第 285 页。也见 Etiquette, violations
of, 礼仪, 违反

Manual Enterprises v. Day, 曼纽尔公
司诉戴案, 第 179 页

Marryat, Frederick, 马利亚特, 弗雷
德里克, 第 317 页注释

Marshall, Justice Thurgood, 马歇尔,
瑟古德大法官, 第 185 页

Martin, Abe, 马丁, 阿贝, 第 239 页

Masturbation, 手淫, 第 28 页, 第 121
页, 第 129 页, 第 130 页, 第 160 页

May, William, 梅, 威廉, 第 78—86
页, 第 296 页注释

Mayhem, 损害, 第 4 页

McCarthy, Sarah J., 麦卡锡, 莎拉·J.,

第 151—153 页, 第 305 页注释, 第
306 页注释, 第 307 页注释

Medford v. Levy, 梅德福特诉利维案,
第 290 页注释

"Memoirs" v. Massachusetts, 《自传》
诉马萨诸塞州案, 第 179 页, 第 182
页, 第 184—187 页, 第 189 页, 第
310 页注释

Mencken, H.L., 门肯, H. L., 第 211
页, 第 255 页, 第 256 页, 第 259
页, 第 269 页, 第 312 页注释, 第
316—317 页注释, 第 318—319 页注
释

Mercier, Vivian, 默西埃, 维维安, 第
301 页注释, 第 302 页注释, 第 304 页
注释

Merryweather, L.W., 梅里韦瑟,
L. W., 第 318 页注释

Meyer v. Nebraska, 迈耶诉内布拉斯
加州案, 第 307 页注释

Mill, John Stuart, 密尔, 约翰·斯图
尔特, 第 38 页, 第 59 页, 第 60 页,
第 63 页, 第 65 页, 第 68 页, 第 69 页,
第 94 页, 第 156 页, 第 290 页注释,
第 293 页注释, 第 295 页注释, 第 306
页注释

Miller, Henry, 米勒, 亨利, 第 122 页
Miller v. California, 米勒诉加利福尼亚州案, 第 185 页, 第 187 页
Misanthropy, 遁世, 第 72 页
Misbkin v. New York, 米希金诉纽约州案, 第 179—181 页
Moble Penal Code, 《模范刑法典》, 第 46—47 页, 第 54 页, 第 62 页, 第 99 页, 第 183 页, 第 278 页, 第 280 页, 第 292 页注释, 第 294 页注释, 第 297 页注释, 第 310 页注释, 第 319 页注释
Moody, Howard, 穆迪, 霍华德, 第 116 页, 第 301 页注释
Moral egotism, 道德上以自我为中心, 道德自我中心主义, 第 68 页, 第 94 页
Moralism, 道德主义, 参见 Legal Moralism, 法律道德主义
Moralistic paternalism, 道德家长主义, 第 100 页, 第 166 页, 第 170 页, 第 172 页, 第 176 页, 第 182 页, 第 183 页, 第 184 页, 第 189 页, 第 276 页, 第 319 页注释
Morris, Desmond, 莫里斯, 德斯蒙德, 第 113 页, 第 300 页注释

Motive of offending conduct, 冒犯行为的动机, 第 7 页, 第 8 页, 第 26 页, 第 41 页
Murphy, Earl Finbar, 墨菲, 厄尔·芬巴尔, 第 303 页注释, 第 304 页注释
Murphy, Justice Frank, 墨菲, 弗兰克大法官, 第 229 页, 第 231 页
Music, 音乐, 第 134 页, 第 135—136 页, 第 142 页
Mussolini, Benito, 墨索里尼, 本尼托, 第 301 页注释

N

Natural law theory, 自然法理论, 第 167 页
Nausea, 作呕, 第 15 页, 第 70 页, 第 120 页
Nazis, 纳粹, 第 52 页, 第 86—96 页, 第 164 页, 第 296 页注释
Necrophilia, 恋尸癖, 第 72 页, 第 95 页
Neier, Aryeh, 奈尔, 阿里亚, 第 149 页, 第 306 页注释
Neighborhood, established uses of, 街区, 规划使用, 第 9 页, 第 42—44 页, 第 96 页
Nixon, Richard, 尼克松, 理查德, 第

259 页

Nowell-Smith, P.H., 诺维尔-史密斯, P.H., 第 103-106 页, 第 298 页
注释

Nudity, public, 裸露, 公开的, 第 12 页, 第 14 页, 第 16—20 页, 第 40 页, 第 41 页, 第 58 页, 第 99 页, 第 100 页, 第 115 页, 第 273 页

Nuisance, 滋扰, 第 5 页, 第 9 页, 第 18 页, 第 50 页, 第 53 页, 第 88 页, 第 159 页, 第 165 页, 第 179 页, 第 180 页, 第 216 页, 第 277—281 页

abatement, 减少, 第 91 页

common, 共同的, 第 5 页, 第 10 页

magnitude of, 幅度, 第 6—8 页

“offensive nuisance merely”,
“单纯冒犯性滋扰” 第 57—58 页, 第 93 页, 第 277—281 页

public, 公共的, 第 5 页, 第 6 页, 第 10 页, 第 33 页, 第 47 页, 第 66 页, 第 70 页, 第 71 页, 第 157 页, 第 168 页, 第 189 页, 第 308 页注释

Nuisance Law, 有关滋扰的法律, 第 5—10 页, 第 26 页, 第 32 页, 第 50—57 页, 第 64 页, 第 166 页

O

Oaths, 誓言, 起誓, 第 193 页, 第 198—204 页, 第 219 页, 第 273 页, 第 275 页

of office, 官方的, 第 201—202 页

Obscene radio and television programs, 淫秽的广播电视节目, 第 281—287 页, 第 320 页注释

Obscene telephone calls, 淫秽电话, 第 280—281 页, 第 283 页, 第 319—320 页注释

Obscene words, 淫秽文字, 第 190-287 页

blasphemies, 亵渎神明, 第 191 页, 第 192—205 页, 第 273 页, 第 310—311 页注释

curses, 诅咒, 第 191 页, 第 202—205 页, 第 218 页, 第 219 页, 第 223 页, 第 224 页

in humor, 用于幽默, 第 244—248 页

in invective, 用于咒骂, 第 236—244 页

profanities, 渎神语, 第 191—205 页, 第 250 页, 第 269 页, 第 275

页, 第 281 页

scatological vulgarities, 污秽而粗鄙, 第 192 页, 第 205—207 页, 第 219 页, 第 238 页, 第 250 页, 第 262 页, 第 279 页, 第 284 页

sexual vulgarities, 有关性的粗俗表达, 第 191 页, 第 206 页, 第 219 页, 第 250 页, 第 279 页

swearing, 起誓, 第 191 页, 第 198—202 页, 第 218 页

Obscene words, derivative use of, 淫秽文字, 衍生用法, 第 204—248 页, 第 249—250 页, 第 266 页, 第 279 页。也见 Insults, 侮辱

challenge, 挑战, 第 226—228 页, 第 233—234 页, 第 265 页

colorful speech, 渲染的表达, 第 210—211 页, 第 258 页

expressions of strong feeling, 表达强烈情感, 第 211—217 页, 第 265 页, 第 277 页

intensification, 强化, 第 210—211 页, 第 218 页, 第 222 页, 第 237 页, 第 279 页

invective, 咒骂, 第 218—238 页
obscene wit and the dirty joke, 淫秽幽

默和黄色笑话, 第 238—248 页, 第 265 页, 第 277 页, 第 279 页, 第 318 页注释

provocation, 挑衅, 第 218—238 页, 第 250 页, 第 265 页

vivid description, 生动描述, 第 210—211 页

vulgar reference, 低俗的词汇, 第 208-210 页, 第 247 页, 第 265 页, 第 279 页

Obscenity, 淫秽, 第 32 页, 第 39 页, 第 46 页, 第 97—287 页

allure of, 淫荡的, 第 101—102 页, 第 123 页

aphrodisiac, 催情, 第 100 页, 第 140 页, 第 297 页注释, 第 304 页注释

artful, 艺术的, 第 133 页

as abuse of bodily function, 对身体机能的滥用, 第 121—123 页

as class of indelicate word, 不雅文字, 第 98 页, 第 190 页

as pornography, 色情, 第 97—98 页, 第 127—164 页, 第 165 页, 第 286 页, 第 303 页注释

blatancy of, 露骨的, 第 109 页, 第 124 页, 第 127 页, 第 139 页, 第

302 页注释

“deprave and corrupt” formula
for, “腐化堕落”公式, 第 100 页, 第
171 页, 第 172 页

definition of contrasted with test
for, 与测试方法相比, 第 171 页, 第
173 页, 第 175 页, 第 178 页

emetic, 令人恶心的, 第 100 页,
第 140 页, 第 141 页, 第 297 页注释

extended applications of, 扩展适
用, 第 115—120 页

judgmental sense analyzed, 批判
意义上的, 第 97—126 页

judgment sense defined, 批判性
含义, 第 97—98 页

on billboards, 广告板上, 第
182—183 页

rationales for the prohibition, 禁
止的理据, 第 98—102 页

reveling in, 沉迷, 第 114 页

scope of, 的范围, 第 115—120 页

subtle, 微妙的, 第 109 页, 第
124 页, 第 299 页注释

thematic, 主题的, 第 39 页, 第
40 页

three-pronged test of, 三叉测试,

第 182 页, 第 184—185 页

to the touch, 触摸, 第 112 页,
第 125 页

tow-fold concept of, 双重含义,
第 179 页

O'Connor, Frank, 奥康纳, 弗兰克,
第 302 页注释

Offense, 冒犯, 第 1—5 页。也见
Profound offense, 深度冒犯

common elements in, 共同要素,
第 21—22 页

duration of, 的持续时间, 第 27
页, 第 35 页

extent of, 的程度, 第 27 页, 第
35 页

extreme, 极度, 第 3 页

general and specifically
normative senses, 广义和狭义上的规
范意义, 第 1 页, 第 87 页

impersonal, 非个人的, 第 59 页,
第 67 页, 第 74 页, 第 159 页, 第 160
页, 第 163 页

instant, 瞬间的, 第 274—277 页,
第 283 页

intensity of, 强度, 第 27 页, 第
30 页, 第 35 页, 第 56 页, 第 87 页,

第 182 页, 第 280 页

less serious than harm, 严重性较
损害轻, 第 2 页, 第 25 页, 第 49 页

magnitude of, 幅度, 第 26 页,
第 35 页, 第 138 页

modes and meaning of, 模式和
含义, 第 14—22 页

patent, 特定的, 第 179—181 页,
第 185 页

personal, 个人的, 第 58 页, 第
64 页, 第 67 页, 第 87 页, 第 90 页,
第 93 页, 第 143 页, 第 159 页, 第 160
页, 第 161 页, 第 163 页, 第 284 页

reasonableness of, 合理性, 第
35—37 页

relation to privacy, 与隐私的关
系, 第 22—24 页

sense in offense principle, 在冒
犯原则中的含义, 第 2 页

taking, 感到, 第 5 页, 第 25 页,
第 50 页

Offense principle, 冒犯原则, 第 1 页,
第 26 页, 第 40 页, 第 52 页, 第 65 页,
第 67 页, 第 77 页, 第 88 页, 第 95 页,
第 157 页, 第 167 页, 第 182 页, 第
274 页, 第 276 页, 第 295 页注释

endorsed, 纳入, 第 49 页

formulated, 规范意义, 第 1 页

mediating maxims for, 调和性法
谚, 第 44 页

reasons for caution in applying,
谨慎适用的理由, 第 25—26 页

Officious talkers, 喋喋不休者, 第
21 页

“Open and notorious” illicit relations,
“公然且众所周知的”不正当关系,
第 62 页

Organ salvaging, routine, 器官救助,
第 76—86 页, 第 95 页

Organ transplants from dead bodies, 从
尸体上移植器官, 第 74—78 页

P

Pandering, 拉皮条, 第 183 页

Paris Adult Theatre v. Slaton, 巴黎成
人影院诉斯莱顿案, 第 185—189 页,
第 293 页注释

Parker, Dewitt Henry, 帕克, 德维
特·亨利, 第 241 页, 第 243 页, 第
244 页, 第 315 页注释

Partridge, Eric, 帕特里奇, 埃里克,
第 312 页注释

Pederasty, 鸡奸, 第 32 页

Peeping, 偷窥, 参见

Voyeurism, 窥阴癖

People v. Doubleday & Co., 人民诉双
日公司案, 第 308 页注释

Perfectionism, 完美主义, 参见 Legal
perfectionism, 法律完美主义

Permits withheld, 撤销许可, 第 88 页,
第 90 页

Perversion, 变态, 第 4 页

Pitter, Ruth, 皮特, 鲁思, 第 300 页
注释

Poetry, 诗歌, 第 135—136 页, 第
142 页

Pollock, Frederick, 波洛克, 弗雷德
里克, 第 311 页注释

Pollution, spiritual, 沾污, 精神上的,
第 194—196 页, 第 311 页注释

Pornography, 色情, 第 122 页, 第
127—164 页, 第 165—189 页, 第 276
页, 第 303 页注释, 第 304 页注释

as propaganda, 宣讲, 第 147 页

billboards, 广告板, 第 182 —
183 页

causal bearing on rape, 与强奸的
因果关系, 第 149—157 页

conscious redefinition of, 有意识

的重新定义, 第 145—146 页

contrasts with erotic realism, 与
性欲理想主义对比, 第 130 页, 第
169 页

defined, 界定的, 第 127 页, 第
142 页

degrading, 贬低, 第 145—147
页, 第 148 页, 第 158 页

feminist case against, 女权主义
者的反对立场, 第 143—164 页

hardcore, 春宫色情, 第 130 页,
第 169 页, 第 184 页, 第 297 页注释

“high porn”, “高级色情”, 第
131—132 页

ideal, 理想的, 第 143 页

magazines, 杂志, 第 143 页

mixed cases, 混合作品, 第 170
页, 第 174 页

movie theatres, 影院, 第 43 页

pure, 单纯的, 第 169—170 页,
第 174 页, 第 315 页注释

violent, 暴力的, 第 143 页, 第
146—147 页, 第 150—157 页, 第 158
页, 第 163 页

Powell, Justice Lewis, 鲍威尔, 刘易
斯大法官, 第 320 页注释

Privacy, invasions of, 隐私, 侵犯, 第 22—24 页, 第 52 页, 第 66 页, 第 70 页, 第 169 页, 第 186 页, 第 217 页, 第 283 页, 第 286 页

as being put in a false light, 被不当曝光, 第 22 页

as embarrassing publicity, 尴尬展示, 第 22 页

as invasion of autonomy, 侵犯自治, 第 23—24 页

as trespass on property, 侵犯财产, 第 291 页注释

as unwarranted intrusion, 未经许可侵入, 第 22 页, 第 50—52 页

relation to offense, 与冒犯的关系, 第 22—24 页

right to, 有权做, 第 22—24 页, 第 170 页

sexual, 性的, 第 263 页

Profound offense, 深度冒犯, 第 51—96 页

distinctive characteristics of, 独特, 第 57—60 页

of violent pornography, 暴力色情, 第 143 页, 第 157—164 页

putative examples of, 常见示例,

第 51—57 页

Prosser, William L., 普罗瑟, 威廉·L., 第 6 页, 第 33 页, 第 38 页, 第 42 页, 第 290 页注释, 第 293 页注释, 第 306 页注释

Prostitution, 卖淫, 第 43 页, 第 46 页

Provocation, 挑衅, 第 218-238 页, 第 250 页, 第 265 页

Prudery, 正经, 第 101 页, 第 140 页, 第 144 页, 第 158 页, 第 187 页, 第 271 页, 第 272 页

Prurient interest, 色情的价值, 第 165 页, 第 173—174 页, 第 177—181 页, 第 186 页, 第 243 页, 第 284 页, 第 309 页注释

Psychic distance, 心理距离, 第 139 页, 第 141 页, 第 143 页

Puritanism, 清教徒主义, 第 206 页, 第 259—264 页, 第 271 页, 第 317 页注释

R

Racial slurs, 种族歧视, 第 13 页, 第 29 页, 第 51 页, 第 60 页, 第 69 页, 第 72 页, 第 116 页, 第 120 页, 第 158 页, 第 191 页

Ramsey, Paul, 拉姆齐, 保罗, 第 75

页,第 80 页,第 295 页注释

Rape, 强奸, 第 149—159 页, 第 155—156 页

advocacy of, 鼓吹, 第 155—156 页

gang, 歹徒, 第 152 页

collaboration in, 共犯, 第 155—156 页

encouragement of, 鼓动, 第 155—156 页

incitement to, 唆使, 第 155—157 页

solicitation of, 引诱, 第 155—156 页

Ravel, Maurice, 拉尔夫·莫里斯, 第 134 页

Read, Allen Walker, 里德·艾伦·沃克, 第 254 页, 第 264—270 页, 第 316 页注释, 第 318 页注释

Reasonable avoidability of offense, 合理避开冒犯, 第 26 页, 第 32 页, 第 35 页, 第 45 页, 第 65 页, 第 87 页, 第 88 页, 第 91 页, 第 136 页, 第 159 页, 第 168 页, 第 278 页, 第 308 页注释

Reasonableness of offending conduct,

冒犯行为的合理性, 第 8—9 页, 第 26 页, 第 28 页, 第 29 页, 第 37—44 页, 第 96 页, 第 137 页, 第 163 页, 第 292—293 页注释

Reasonableness of offense taken, 接受冒犯的合理性, 参见 Offense, reasonableness of, 冒犯, 合理性

Reformers and trend-setters, 改革者和创新者, 第 48 页

Regina v. Hicklin, 雷吉娜诉西科林案, 第 171—173 页, 第 175—177 页, 第 189 页

Religion, free exercise of, 宗教, 信仰自由, 第 168—169 页

Repugnance, 恶心, 第 26 页, 第 77 页, 第 113 页, 第 114 页, 第 123 页, 第 138 页, 第 140 页, 第 163 页, 第 290 页注释, 第 317 页注释

Repulsiveness, 厌恶, 第 109 页, 第 178 页, 第 249 页

Resentment, 怨愤, 第 2 页, 第 13 页, 第 58 页, 第 60 页, 第 87 页

Response, morality of, 反应, 道德的, 第 125—126 页

Revulsion, 嫌恶, 第 11 页, 第 15 页, 第 48 页, 第 68 页, 第 90 页, 第 110

页,第120页,第140页,第237页
Ribaldry, 下流, 第109页, 第126
页,第243页,第245页,第262页,
第265页,第277页,第302—303
页注释

Richards, David A.J., 理查兹, 戴
维·A.J., 第121—123页, 第302页
注释,第303页注释

Riesman, David, 里斯曼, 戴维, 第
292页注释

Rockefeller, Nelson, 洛克菲勒, 内尔
森, 第314页注释

Roe v. Wade, 罗诉韦德案, 第170页

Roots, 《根》, 第150页

Roth v. United States, 罗思诉合众国
案, 第172—178页, 第180—182页,
第184—189页

Rule utilitarianism, 规则功利主义, 第
84—86页

Russell, Bertrand, 罗素, 伯特兰, 第
268—269页, 第294页注释, 第297
页注释, 第318页注释

Russell, Bruce, 拉塞尔, 布鲁斯, 第
295页注释

S

Sacred, concept of, 神圣的, 概念, 第

193页, 第195页, 第235页

Sacred symbols, 神圣标志, 参见
Symbols, 标志

Sacrilege, 亵渎, 参见 Blasphemy, 亵
渎神明

Sado-masochism, 性虐待狂, 第100
页, 第143页, 第145页, 第179页

Safire, William, 萨菲尔, 威廉, 第
255页, 第316页注释

Sagan, Carl, 萨根, 卡尔, 第
225—226页, 第313页注释

Sagarin, Edward, 萨加林, 爱德华,
第206页, 第208—209页, 第219页,
第261—265页, 第266页, 第312页
注释, 第316页注释, 第317页注释

Santayana, George, 桑塔亚纳, 乔治,
第301—302页注释

Scanlon, Thomas M., 斯坎伦, 托马
斯·M., 第293页注释

Schwartz, Louis B., 施瓦茨, 路易
斯·B., 第46—47页, 第54页, 第62
页, 第183—184页, 第294页注释,
第295页注释, 第309页注释, 第310
页注释

Schauer, Frederick F., 肖尔, 弗雷德
里克·F., 第303页注释, 第307页

注释

Selective enforcement, 选择性司法擅断, 第 66 页

Sense, affronts to, 含义, 冒犯, 第 5 页, 第 10—11 页, 第 14—15 页, 第 16 页, 第 51 页, 第 58 页, 第 67 页, 第 125 页, 第 294 页注释, 第 300 页注释, 第 307—308 页注释

Sensibilities, 情感, 第 9 页, 第 14—16 页, 第 55—59 页

 affronts to, 冒犯, 第 9 页, 第 58 页, 第 67 页, 第 86 页, 第 158 页

 changes in, 变化, 第 48 页, 第 49 页

 distinguished from senses, 与感觉相区别, 第 14—15 页, 第 16 页

 higher order, 高级, 高阶, 第 16 页, 第 55 页, 第 57 页, 第 59 页, 第 72 页, 第 114 页, 第 125 页, 第 128 页, 第 131 页, 第 300 页注释

 lower order, 低级, 低阶, 第 16 页, 第 20 页, 第 58 页, 第 67 页, 第 114 页, 第 125 页, 第 139 页, 第 290 页, 第 300 页注释

 moral, 道德的, 第 56 页, 第 59 页, 第 60 页, 第 64 页, 第 67 页, 第

77—86 页, 第 124 页, 第 125 页, 第 138 页, 第 143 页, 第 158 页, 第 290 页注释, 第 295 页注释

 patriotic, 爱国的, 第 54 页

 religious, 宗教的, 第 54 页, 第 290 页

 shocks to, 刺激, 冲击, 第 5 页, 第 6 页, 第 14 页, 第 16 页

 standards of, 标准, 第 61 页

Sentimentality, 多愁善感, 第 72 页, 第 75 页, 第 77—86 页, 第 95 页, 第 209 页, 第 216 页, 第 252 页, 第 257 页

Sentiments, rational superintendency of, 情感, 理性的管理, 第 82 页

Sex acts, private, 性行为, 私下的, 第 46 页, 第 66 页, 第 125 页

Sex acts, public, 性行为, 公开的, 第 12 页, 第 16—20 页, 第 28 页, 第 98 页

“Sex-addicts”, “性瘾者”, 第 172 页

Sex education, 性教育, 第 276—277 页, 第 284 页

Sex organs, 性器官, 第 113—114 页, 第 124 页, 第 134 页, 第 169 页, 第 219 页, 第 239 页, 第 242 页, 第 268

页

Sex shops, 性用品商店, 第 43 页

Shakespeare, William, 莎士比亚, 威廉, 第 200 页, 第 220 页, 第 313 页
注释

Shame, 羞耻, 第 1 页, 第 2 页, 第 5 页, 第 12 页, 第 17—19 页, 第 21 页, 第 27 页, 第 33 页, 第 48 页, 第 101 页, 第 123 页, 第 140 页, 第 232 页, 第 243 页, 第 244 页, 第 267 页, 第 268 页, 第 303 页注释

Shannon, Don, 香农, 唐, 第 301 页
注释

Shock, 震惊, 第 5 页, 第 25 页, 第 27 页, 第 57 页, 第 68 页, 第 95 页, 第 123 页, 第 139 页, 第 177 页, 第 178 页, 第 190 页, 第 210 页, 第 216 页, 第 217 页, 第 220 页, 第 237 页, 第 249 页, 第 254 页, 第 258 页, 第 276 页, 第 278 页, 第 281 页

“Sixty Minutes”, “六十分钟”(电视节目), 第 51—52 页

Skittishness, 轻佻, 第 33—34 页, 第 65 页, 第 173 页, 第 209 页

Skokie-type cases, 斯考基式案件, 第 86—96 页, 第 162—163 页, 第 164

页, 第 296 页注释

Slang, 俚语, 第 211 页, 第 298 页注释

Smirks and snickers, 傻笑与窃笑, 第 243 页, 第 315 页注释。也见 Dirty-mindedness, 不洁思想

Smith, Adam, 斯密, 亚当, 第 84 页, 第 296 页注释

Smith, Lillian, 史密斯, 利利安, 第 173 页

Smut, 污秽, 第 32 页, 第 100 页, 第 299 页注释

Snuff, “虐杀”, 第 146 页

Sodomy, 兽奸, 第 4 页, 第 71 页

Solicitation, 教唆, 第 46 页, 第 94 页, 第 168 页, 第 283 页

Spencer, Herbert, 斯潘塞, 赫伯特, 第 315 页注释

Spinoza, Baruch, 斯宾诺莎, 巴鲁赫, 第 203 页

Spitefulness, 恶意, 第 7 页, 第 26 页, 第 30 页, 第 41 页, 第 42 页, 第 44 页, 第 45 页, 第 65 页, 第 88 页, 第 164 页, 第 278 页

Squeamishness, 神经过敏, 第 72 页, 第 77—86 页, 第 95 页, 第 209 页

Stanley v. Georgia, 斯坦利诉佐治亚州

案,第170页,第185页,第189页
State v. Flynt, 州诉弗林特案,第310
 页注释

Stead, W.T., 斯戴德, W. T., 第4页

Steinbock, Bonnie, 施泰因博克, 邦
 尼, 第295页注释

Steinem, Gloria, 斯泰纳姆, 格洛丽
 亚, 第145—146页, 第151页, 第
 305页注释

Steiner, George, 斯坦纳, 乔治, 第
 131—132页

Stevens, Justice John Paul, 斯蒂文斯,
 约翰·保罗大法官, 第283—285页,
 第286页, 第319页注释

Stevenson, Charles L., 斯蒂文森, 查
 尔斯·L., 第213—214页, 第264页,
 第312页注释, 第313页注释

Stewart, Justice Potter, 斯图尔特, 波
 特大法官, 第175页, 第286页, 第
 297页注释, 第309页注释

Swastika, 卐字, 第13页, 第41—42
 页, 第87—93页, 第236—297页注释

Swift, Jonathan, 斯威夫特, 乔纳森,
 第41页

Symbolic political speech, 符号政见表
 达, 第92页

Symbolism, institutional, 象征主义,
 机构的, 第78页, 第82—84页

Symbols, 象征, 第55页

conventional, 传统的, 第55页,
 第95页, 第297页注释

natural, 自然的, 第55页, 第57
 页, 第72页, 第75页, 第78页, 第
 95页

sacred, 神圣的, 第52页, 第53
 页, 第57页, 第60页, 第70页, 第
 72页, 第297页注释

T

Taboos, 禁忌, 第194—198页, 第
 239页, 第244页, 第249页, 第316
 页注释, 第317页注释

inverted, 反向的, 第264—267
 页

name taboos, 姓名禁忌, 第194
 页, 第196—198页

word taboos, 文字禁忌, 第190
 页, 第204—205页, 第207页, 第
 208页, 第210页, 第212—214页,
 第216页, 第217页, 第219页, 第
 236—268页, 第242页, 第243页,
 第246页, 第247页, 第250页, 第
 252页, 第258页, 第260页, 第263

页,第264页,第268页,第270页,
第271页,第281页,第285页,第
286页,第316页注释,第317页注
释,第318页注释

Tanner, Michael, 坦纳, 迈克尔, 第
296页注释

Target of abuse, 不当对待的目标。也
见 Victim of abuse, 不当行为的被害
人,第160页,第235—236页

Tear-jerkers, “爱飙泪者”, 催泪剧,
第102页,第132页

Tension, release of, 紧张, 释放, 第
240—241页,第243页,第314页注
释,第315页注释

Terminiello v. Chicago, 特米尼罗诉芝
加哥案,第297页注释

The Brothers Karamozov, 《卡拉马佐
夫兄弟》,第130页

The Exorcist, 《驱魔人》,第102页

The story of O, 《O 娘的故事》, 第
134页

Threats, 恐惧, 第13页,第20页,第
96页,第223页

Thrill-seeking, 追求刺激, 第
101—102页,第267页,第298页
注释

Torts, law of, 侵权法, 第6页,第7
页,第9页,第22页,第52页,第70
页,第147页

“Tossing”, “丢”, 第151—152页,
第153页,第154页

Tooley, Michael, 图利, 迈克尔, 第
294页注释

Trammel, Richard, 特拉梅尔, 理查
德, 第295页注释

Transferred epithets, 移就修辞, 第
108—109页,第119页,第125页

Tuchman, Barbara, 塔奇曼, 芭芭拉,
第298页注释

Tynan, Kenneth, 泰南, 肯尼斯, 第
132—133页注释,第137页,第304
页注释

U

United States Constitution, 美国宪法,
第165—189页,第283页,第308页
注释

United States v. Harriss, 合众国诉哈
里斯案,第310页注释

United States v. One Book Called
“Ulysses”, 合众国诉《尤利西斯》案,
第100页,第297页注释,第308页
注释

United States v. Roth, 合众国诉罗思案, 第 100 页, 第 297 页注释, 第 298 页注释

United States v. Schenck, 合众国诉申克案, 第 297 页注释

Universally, standard of, 统一标准, 第 27—32 页

Universalizability, hypothetical, 普遍性假设, 第 30—31 页

Urmson, J.O., 厄姆森, J. O., 第 313 页注释

V

Van den Haag, Ernest, 范·德·哈格, 欧内斯特, 第 291 页注释

Van DeVeer, Donald, 范·德·维尔, 唐纳德, 第 41—42 页, 第 291 页注释, 第 292 页注释, 第 293 页注释

Vehicle safety research on dead bodies, 利用尸体进行车辆安全测试, 参见 Cadaver research, 尸体研究

Victim of abuse, 不当行为的被害人, 也见 Target of abuse, 不当对待的目标

Village of Skokie v. National Socialist Party of America, 斯考基镇诉国家社会党案, 第 86—96 页, 第 297 页注释

Volenti non fit injuria, 同意原则, 愿者

不受害原则, 第 26 页, 第 32 页, 第 35 页, 第 45 页, 第 187 页, 第 188 页

Vomit-eating, 吃呕吐物, 第 11 页, 第 58 页, 第 122 页

Voyeurism, 窥阴癖, 第 51—52 页, 第 60 页, 第 125—126 页, 第 140 页

Vulgarity, 粗鄙, 第 107—112 页, 第 124 页, 第 127 页, 第 254 页, 第 260 页, 第 261 页, 第 263 页, 第 271 页, 第 280 页, 第 281 页, 第 285 页, 第 286—287 页, 第 299 页注释。也见 Obscene words, 淫秽文字

W

Wade, N., 韦德, N., 第 295 页注释

Walker, Mayor Jimmy, 沃克, 吉米市长, 第 171 页

Walzer, Michael, 沃尔泽, 迈克尔, 第 315 页注释

Warren, Chief Justice Earl, 沃伦, 厄尔首席大法官, 第 188 页, 第 309 页注释

Warren, Mary Anne, 沃伦, 玛丽·安, 第 294 页注释

Wechsler, Herbert, 韦克斯勒, 赫伯特, 第 4 页, 第 289 页

Well, H.G., 韦尔, H.G., 第 299 页注释

对他人的冒犯

Wendell, Susan, 温德尔, 苏珊, 第
305 页注释

Westlake, Donald E., 韦斯特莱克, 唐
纳德·E., 第 303 页注释

Whorf, Benjamin L., 沃夫, 本杰
明·L., 第 206 页

Wolff, Robert Paul, 沃尔夫, 罗伯特·
保罗, 第 52—53 页, 第 294 页注释

“Women and children”, “妇女和儿

童”, 第 274—277 页

Y

Yome v. Groman, 尤姆诉戈尔曼案, 第
295 页注释

Yukkiness, 肮脏, 第 112—115 页, 第
124—125 页, 第 138 页

Z

Zoning restrictions, 区域限制, 第
43 页

[General Information]

书名=刑法的道德界限 第2卷 对他人的冒犯

SS号=13659799