

二次元創作自由與國家管制界限

張偉志*

二次元創作，或稱動漫創作，泛指動畫、漫畫、電玩遊戲、輕小說等娛樂與藝術表現形式以及所衍生的關聯創作，絕大多數為日式風格。在當今台灣，二次元創作隨處可見，從大眾運輸工具的彩繪車廂，到IP聯名合作的餐飲店，再到近年屢屢引起熱烈討論的話題性日本動畫。

但在今年（2024年），二次元創作與台灣動漫圈（ACG圈）卻遭遇到空前的危機。從今年初開始，陸續有網友因在網路上張貼含有虛擬兒少角色猥褻或性相關圖畫的動漫新聞、二次元繪圖、周邊商品圖片，遭人向iWIN網路內容防護機構提出檢舉，嗣該機構以違反《兒童及少年福利與權益保障法》（下稱《兒少權益保障法》）及《兒童及少年性剝削防制條例》（下稱《兒少性剝削防制條例》）為由要求移除網頁或限制瀏覽，

甚至有網友遭移送刑事偵查程序，引發台灣動漫圈的高度不滿，認為虛擬兒少的認定標準不明確、創作自由遭侵犯、法律不應禁止未涉及真實兒少的二次元虛擬世界，而主管機關衛生福利部的保守態度¹更導致爭議加劇並持續發酵，進而引發後續一連串的議題討論、群眾運動、修法遊說。此事件稱為「iWIN事件」。

最後，《兒少性剝削防制條例》在今年7月的修法中，於立法理由說明欄將虛擬兒少色情圖畫排除於該條例的規範範圍。至於在修法之前遭移送刑事偵查程序的事件苦主，有人獲得不起訴處分²，有人卻遭到緩起訴處分（亦即罪嫌已達起訴門檻，酌情附條件與期間暫不起訴）³。儘管修法理由已說明排除二次元圖畫，但將來司法實務是否採取相同見解？仍有待觀察。

* 本文作者係執業律師，台北律師公會動漫文化研究社社長。

註1：在iWIN事件中，《兒少性剝削防制條例》主管機關衛生福利部保護服務司司長強調：「把孩子當作猥褻、甚至意淫對象，這是我們不樂見的。」請參見NOWnews今日新聞，〈動漫「兒少」怎認定？網炸鍋「看起來像」太主觀 衛福部回應了〉，2024年2月2日，網址：

<https://www.nownews.com/news/6358348?srsltid=AfmBOoqXyfgVdHfO-8TTJfTyTfOoNQS6MjRqmYGBu4wLtM5zk91pllVq>（最後瀏覽日期：2024年11月15日）。然而，主管機關對於同年（2024年）4月黃姓知名藝人被查獲收藏大量真人兒少性影像的「台版N號房事件」，卻未在第一時間將該名藝人列為拒絕合作對象，甚至坦言「很兩難」，因而遭到外界嚴厲質疑，詳參註釋4。

註2：請參見公視P新聞實驗室，〈網路二次元性影像該管嗎？iWIN爭議落幕？專家：兩年內恐再掀論戰〉，2024年7月10日，網址：

<https://newslab.pts.org.tw/video/318>（最後瀏覽日期：2024年11月15日）。

註3：請參見中央通訊社，〈網友貼二次元兒少性影像iWIN報警緩起訴付5萬元〉，2024年11月5日，網址：<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202411050027.aspx>（最後瀏覽日期：2024年11月15日）。

iWIN事件的法律癥結點在於「動漫圈社群成員的創作自由等基本權利」與「國家基於兒少保護所實施的管制措施」之間的衝突與調和。本期專題規劃以「二次元創作自由與國家管制界限」為題，共有四篇專文，從不同的角度探討事件的法律爭議，乃至於國家對二次元創作管制的正當性與界限，以期提供予各界參考，並促進公共議題的思辨。

首先，廖宜寧教授的〈虛擬兒少色情的刑事管制爭議——以二次元創作作品為中心〉一文，從iWIN事件帶入《兒少性剝削防制條例》的爭議條文及近期修法過程，先探討對於真實兒少色情內容從事特定行為的刑罰正當性，轉而討論虛擬兒少色情內容納入刑罰的正當性疑義，並在「所有兒少色情內容均將冒犯、傷害大眾的性道德與性風俗」的基調上進一步細緻剖析「刑罰管制虛擬兒少贊成論」的論述基礎及背後思路，亦即以憲法言論自由理論為架橋，導入三個性別社會學理論以說明色情內容、猥褻性言論背後所涉及的社會性別結構與性別價值，以說明前述贊成論的基礎，進而回歸憲法言論自由，並提出言論思辨的省思。而後，點出二次元虛擬創作世界作為包容不同慾望型態、促進多元討論、可翻轉現實刻板印象的場域，以及創作者與閱聽者對於幼態虛擬角色長期累積、共同形塑的共識，以在ACG特殊文化脈絡下，說明虛擬兒少色情作為欲望型態的具象化表現及純粹的客體，最後反思《兒少性剝削防制條例》處罰二次元虛擬兒少色情對於ACG文化圈的衝擊及價值衝突，以建立該條例刑罰範圍的明確界限。廖宜寧教授的文章特色為，基於議題橫跨數個學術領域的特

殊性，援引並環環相扣刑法學、憲法學、性別社會學、御宅社會學等理論，以證立文章的核心觀點——《兒少性剝削防制條例》的刑罰範圍不應擴張至二次元虛擬兒少色情。

其次，謝良駿律師的〈蘿莉控都是犯罪預備軍？兒童及少年性剝削防制條例管制虛擬兒少色情之過去與未來〉一文，亦從iWIN事件為出發點，帶入色情物品的管制法令，轉而以「漫畫」為核心展開虛擬兒少色情物品的探究，以我國司法實務的相關裁判為探究的主軸，爬疏並逐一解析實務上有關虛擬兒少色情漫畫的代表性裁判，並觀察到實務裁判在時間序上存有「立法目的解讀差異」的變化趨勢，進而指出立法者在《兒少性剝削防制條例》為司法預留有從寬或從嚴解的空間，但法院在個案判斷上卻有解讀不一致的情況，接著從修法理由探討當虛擬兒少色情漫畫納入處罰的刑罰前置化正當性疑義，文末則呼籲在表意自由及思想自由下應思考ACG次文化的存在價值。謝良駿律師的文章特色為，爬梳虛擬兒少色情漫畫的代表性司法裁判並分析實務見解趨勢方向及變化，並本於考證精神仔細研究案關漫畫，以確認作品內容究否、如何涉及虛擬兒少角色與性相關內容。

接著，陳宏泰律師的〈禁止虛擬兒少猥褻物品的合憲性分析——iWIN事件反思〉一文，同樣以iWIN事件為討論起點，依時序帶入主管機關會議結論、立委協調會共識、主管機關函釋及修法理由，並提到相關利益團體對於修法方向抱持不同意見，接著以憲法第11條規定之言論自由與歷來司法院相關解釋進行違憲審查的操作與論述，點出猥褻性言論屬於低價值言論而應採中度審查標準，隨後

提出刑法第235條、《兒少權益保障法》第46條及《兒少性剝削防制條例》共同構成虛擬兒少猥褻性言論的規制體系，並對《兒少性剝削防制條例》進行合憲性審查討論，先歸納出實務上贊成以該條例規範虛擬兒少猥褻物品的論述有「誘發犯意說」及「犯罪工具說」，再從公共利益、目的與手段關聯性檢討上述贊成論的二種說法，認為在欠缺實證研究下，二說皆無法通過合憲性審查。陳宏泰律師的文章特色為，緊扣爭議條文在事件前、後的發展脈絡，並以言論自由的違憲審查分析條文與贊成論的合憲性，並輔以真實兒少本身依法應接受性剝削防制教育的旁證論點。

最後，筆者的〈我國ACG文化下動漫創作管制之正當性反思〉一文，則以憲法多元文化國原則與動漫文化研究作為核心主軸，首先點出「ACG」一詞在台灣作為「動漫」代稱的語彙使用脈絡，接著說明我國ACG文化係高度容受日本二次元文化，並解釋所謂「ACG文化」為以動漫創作為核心由全體文化參與者共同形成內在價值認同與外在實踐行動的流行文化，具有高度包容性的特徵，且以

「性」、「萌」與「絆」為三大內涵特色，而後，指出我國憲法係以多元文化國為基本原則，人民享有文化基本權與文化權利，國家在消極面上不可侵犯人民權利、在積極面上應維護社會的文化多元性，最後說明我國現行法令對於動漫創作的管制措施有公開播映管制、傳布流通管制、創作思想管制，逐一檢討各該管制措施的正當性、點出iWIN事件，並帶入比較文化的觀點，從而強調國家對於藝術與文化應保持中立且應積極寬容社會的文化差異。筆者文章的特色為，以憲政秩序與法律價值判斷作為各項論點的核心思想，以及比較東亞文化與歐美文化在面對兒少、虛擬兒少議題的觀念差異，並輔以大量動漫作品作為例證與補充。

iWIN事件及其背後爭議雖以偶然搭上修法順風車⁴且妥協的方式快速暫時落幕（惟仍必須十分敬佩事件過程中所有倡議者、行動者的努力奉獻），但在立法過程及立法技術方面似乎又埋下未來相關議題再次被提出討論的不確定因素。假設未來爭議再起，筆者相信本期專題的四篇專文將可在彼時成為社會大眾溝通討論、思辨交流的參考文獻。

註4：2024年7月12日修正、同年8月7日公布之《兒少性剝削防制條例》，係因應今年（2024年）4月間黃姓知名藝人遭查獲收藏大量真人兒少性影像一事背後的「台版N號房事件」，在短時間內迅速完成修法，以強化網路防制措施、加重兒少性影像相關行為的處罰。由於時間點與今年1月起爆發的iWIN事件恰巧重合，因此虛擬兒少色情的管制爭議才有機會搭順風車在上述修法中一併處理。值得提及者為，由於黃姓知名藝人過去曾與衛生福利部有多次合作，當衛生福利部保護服務司司長（其贊同虛擬兒少色情應納入管制，見註釋1）被媒體問及是否會將該名藝人列為拒絕合作對象時，竟坦言「這件事很兩難」，並稱希望給大家都有重新學習機會云云。請參見聯合新聞網，〈黃子佼曾多次與衛福部合作…是否列拒絕往來戶？保護司坦言「很兩難」〉，2024年4月6日，網址：<https://udn.com/news/story/7266/7881325>（最後瀏覽日期：2024年11月15日）。上述說法立刻遭到各界大加撻伐，因此衛生福利部立刻改稱將來不會再與該名藝人有任何合作。由此可發現，主管機關對於「虛擬兒少色情」與「真人兒少色情」的態度立場似乎有輕重失衡、本末倒置之疑義。