

# 虛擬兒少色情的刑事管制爭議 ——以二次元創作作品為中心

廖宜寧\*

## 壹、從「iWIN事件」談起

今（2024）年1月，台灣網路論壇PTT實業坊當中的C\_Chat（又稱西洽板）與一家經營二次元角色抱枕的電商因遭人檢舉，先後收到網路內容防護機構（Institute of Watch Internet Network，簡稱iWIN）通知，以涉嫌違反《兒童及少年性剝削防制條例》（下稱性剝削條例）為由，要求下架含有外貌看似幼態或人設是未成年之二次元角色的情色內容<sup>1</sup>。其後，由於主管兒少性剝削防制的衛生福利部保護服務司（下稱衛福部保護司）於受訪時

表示，性剝削條例保護對象為潛在兒少被害人，是為了避免讓人認為「有小孩在做性交猥褻行為」，因此並沒有排除圖像是否奠基於真人或是虛擬創作<sup>2</sup>。若依此解釋，則無論創作、持有或觀覽虛擬兒少色情，都可能涉及同法第36條以下的刑事責任。這立即引發輿論譁然與各界關注，正反意見均有支持者，許多創作者強烈主張，此一定義將嚴重侵害創作自由，現任日本參議院議員暨漫畫家赤松健則跨海公開聲援臺北市動漫企劃人員職業工會（簡稱動漫工會），各平台均議論紛紛<sup>3</sup>。

\*本文作者係德國弗萊堡大學博士，國立政治大學法律系助理教授。

註1：iWIN為依照兒童及少年福利與權益保障法第46條授權，由國家通訊傳播委員會（NCC）邀請各目的事業主管機關，如衛生福利部、教育部、文化部、內政部警政署及數位發展部等共同籌設的民間機構，目前由台北市電腦商業同業公會以標案方式運作，業務除了兒少網路行為觀察外，也包含受理相關檢舉申訴，會在收到檢舉，或發現違規內容時，通知網站先行下架或隱藏。參吳尚軒，〈【深度報導】動漫角色童顏也管？iWIN組織取締兒少性剝削為何遭炎上？〉，2024年2月，網址：

<https://tw.news.yahoo.com/%E6%B7%B1%E5%BA%A6%E5%A0%B1%E5%B0%8E-%E5%8B%95%E6%BC%AB%E8%A7%92%E8%89%B2%E7%AB%A5%E9%A1%8F%E4%B9%9F%E7%AE%A1-iwin%E7%B5%84%E7%B9%94%E5%8F%96%E7%B7%A0%E5%85%92%E5%B0%91%E6%80%A7%E5%89%9D%E5%89%8A%E7%82%BA%E4%BD%95%E9%81%AD%E7%82%8E%E4%B8%8A-000000924.html>（最後瀏覽日期：2024/4/14）。

註2：曾以寧／李亨山，〈下架兒少性剝削疑慮衛福部：保護不限真人圖像〉，2024年2月，網址：<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202402010206.aspx>（最後瀏覽日期：2024/4/14）。

註3：阿Lu，〈「自由與權益——2024 ACG創作者議題論壇」聚焦動漫畫創作自由〉，2024年3月，網址：<https://gnn.gamer.com.tw/detail.php?sn=264767>（最後瀏覽日期：2024/4/14）；轉角遊樂器，〈裁判吧！當ACG情色要素碰上刑法學，從iWIN事件談起〉，網址：[https://global.udn.com/global\\_vision/story/8664/7849701](https://global.udn.com/global_vision/story/8664/7849701)（最後瀏覽日期：2024/4/14）。

其後數月間，台灣接連發生兒少相關案件爭議<sup>4</sup>，包含知名黃姓藝人被查出持有兒少性影像，且為有「台灣N號房」之稱的情色網站「創意私房論壇」<sup>5</sup>高級會員，經檢方依性剝削條例第39條無正當理由持有少年性影像罪，對行為人作出緩起訴處分<sup>6</sup>。此一處分在輿論引發爭議，衛福部保護司長亦出面表示，黃姓行為人違法購買偷拍影片同性犯罪共犯，助長不法風氣<sup>7</sup>。此事件持續延燒，朝野紛紛督促修法。

今（2024）年7月，立法院修正通過性剝削條例，大幅加重單純持有兒少色情內容的刑罰<sup>8</sup>。不過，就年初掀起巨大爭議的「iWIN事件」及二次元創作者關注的虛擬兒少色情作品管制問題，則未成為本次修法的重點內容。鑒於iWIN事件發生後各方意見並未達成共識，衛福部、法務部與執政黨立法委員於

修法前初步討論後，認為二次元創作如內容含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值，應依刑法第235條散布猥褻物品罪處理，而不落入性剝削條例範圍，亦即，性剝削條例所規制之行為，應限於以真人為內容的兒少性影像、以真人所繪製之色情圖畫、AI生成之擬真色情圖畫，也就是「和真實能連得上關係的」作品<sup>9</sup>。

值得注意的是，本次修法過程中，曾有立委提出，應將兒少色情之定義範圍延伸至「以真人所繪製之色情圖畫及電磁紀錄生成之擬真色情圖畫」並在法條內明文規定；惟衛福部似乎認為，若直接訂入條文，可能會失去將來彈性解釋的可能性，故主張不需要將「擬真色情圖畫」訂入構成要件文字，只須在條文說明欄註明，第2條第1項第3款所指標的，僅限「以生成式人工智慧製造、擬真

註4：2024年3月，媒體上曝光2023年12月發生的保母虐童致死案，惟本案與性剝削無關聯，故非本文處理範圍。相關事實可參張珈爾／曹亞沿／鄭懿君，〈保母虐童致死案發3個月才延燒關鍵時間點、各方說法一次看〉，網址：

<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202403145002.aspx>（最後瀏覽日期：2024/4/14）。

註5：針對此論壇及其可能涉及之犯罪行為深入報導，參蔣宜婷，〈青春煉獄：網路獵騙性私密影像事件簿〉，2022年7月，網址：

[https://www.mirrormedia.mg/projects/image\\_based\\_sex\\_abuse\\_scam/](https://www.mirrormedia.mg/projects/image_based_sex_abuse_scam/)（最後瀏覽日期：2024/4/14）。另參孔德廉，〈3,244次入金紀錄、4個錢包收款2,900萬：揭露「創意私房」虛擬貨幣非法金流〉，2024年4月，網址：

<https://www.twreporter.org/a/chuangyi-sifang-forum-illicit-financial-flows>（最後瀏覽日期：2024/4/14）。

註6：劉昌松，〈快訊／黃子佼竟是偷拍論壇「創意私房」大戶6年買上百片存硬碟〉，網址：

<https://www.ettoday.net/news/20240403/2712489.htm>（最後瀏覽日期：2024/4/14）。

註7：沈佩瑤／李亨山，〈黃子佼持兒少性影像獲緩起訴保護司：他的行為就是性犯罪共犯〉，2024年4月，來源網址：<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202404040250.aspx>（最後瀏覽日期：2024/4/14）。

註8：新法修正詳細內容，參

<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?0^18606060C0C0181860606079C01819626E60CCC4981A666462C0>（最後瀏覽日期：2024/10/18）。又，考慮到性剝削條例中的定義文字過於繁瑣，本文一律以「兒少色情」概括一切與兒少性之行為相關的影像、圖畫、語音及其他內容。

註9：曾子軒，〈iWIN審查事件落幕！排除動漫，真人「N號房」才要管〉，2024年4月，網址：

<https://www.gvm.com.tw/article/111794>（最後瀏覽日期：2024/4/15）。

繪製或以真實存在之兒童或少年為創作背景之色情圖畫為限」即可<sup>10</sup>。

然而，這樣的說法令人擔憂。原因在於，年初的iWIN事件爭議，正是由於對性剝削條例第2條第1項第3款內規定之兒少性影像、圖畫或語音射程範圍出現不同意見，這顯示該條文文字有進一步明確化的需求。然而，主管機關卻以希望「保持彈性」為由，放棄直接修改條文文字的立法途徑，將現行條文中的性影像、圖畫或語音概念，透過修法理由說明直接延伸到擬真圖像，那麼，將來這些概念是否可能再次往外擴張至二次元創作中的虛擬兒少色情作品？實難肯定。——事實上，在本法修正通過後，仍有檢察官依iWIN於修法前的檢舉，而依本法第38條規定，對一位轉貼二次元成人遊戲網址的行為人作出緩起訴處分，並要求其支付公庫5萬元<sup>11</sup>。因此，對於涉及兒少色情內容的二次元作品是否具備以刑罰禁止的正當性，仍有討論必要。

## 貳、製造、散布、持有兒少色情內容的刑事處罰理據

### 一、兒少色情內容作為兒少性剝削行為的證據與延續

要探討虛擬兒少色情是否及何以能動用刑

罰予以禁止，首先要確認「真實」——也就是以真人經驗為內容——之兒少色情禁止的理由。但是，單是將重點放在標的客體——即「兒少色情」——上面，顯然是不夠的。刑法禁止的對象是人的行為，必須將特定行為與行為客體結合起來，才能正確地評價以此為內容的禁止規範是否合理。

對照本次修法前後的條文內容，可以發現：在今年7月新法通過前，性剝削條例第2條第1項第3款當中規範的性剝削行為，並不包含「持有」、「重製」及「觀覽」兒少性影像；第44條的付費觀覽行為，在修法前僅限真人直播行為，而不及於預錄之影像；第39條關於持有兒少色情的處罰規定，也是在不久前，也就是2023年修法之時，才正式由行政罰改為刑罰，成為一種「犯罪」行為。換句話說，涉及兒少色情內容的性剝削行為，應是以製作與散布行為為核心。究其原因，是由於製造或散布色情內容的行為，往往會直接違反當事兒少的意願，或是濫用與兒少間的信賴、權力不對等關係，在行為當下就有侵害他人性自主或性隱私的疑慮。

從這個觀點出發，兒少色情內容本身之所以會成為禁止標的，是因為這些內容乃是前階段性剝削行為的紀錄，也就是性剝削的證據。一旦這些真實紀錄持續存在，或是在不

註10：參本條修法理由說明。另參立法院第11屆第1會期第10次、第12次、第13次會議議案關係文書；立法院公報第113卷第37期委員會紀錄，第422頁；立法院公報第113卷第59期黨團協商紀錄，第275-276頁；立法院公報第113卷第64期黨團協商紀錄，第359-361頁。

註11：謝幸恩，〈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，網址：[https://www.cna.com.tw/news/asoc/202411050027.aspx?fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMTEAAR3qGwXRqGalyvd0kfqXBHN9xJwv7W9xiFO-yywmqtmfEdmirefpTT2OWC8\\_aem\\_VriKtM9f4wwHb-bttWlg2g](https://www.cna.com.tw/news/asoc/202411050027.aspx?fbclid=IwZXh0bgNhZW0CMTEAAR3qGwXRqGalyvd0kfqXBHN9xJwv7W9xiFO-yywmqtmfEdmirefpTT2OWC8_aem_VriKtM9f4wwHb-bttWlg2g)（最後瀏覽日期：2024/11/12）。

特定多數人之間傳播，對當事人的侵害就可能不斷加深擴大<sup>12</sup>。而造成此種傷害的緣由，除了前階段的性剝削行為外，社會上看待性與兒童的觀念，以及性與被害人自我認同、名譽人格間的複雜關係，毋寧才是令取得或觀覽兒少色情具備可罰性的合理因素<sup>13</sup>。同理，擬真或AI生成的兒少色情影像，也是因為可能依樣描繪、暗中影射真實世界當中的人物，或與之雷同，就其製造、散布等行為方具備處罰理由。

與此相較，尤其是並未參考真實事件原型、純屬二次元創作的虛擬兒少色情，顯然與上述情況不符：動漫或電玩作品中的角色，並非何種性剝削行為的產物或證據，也無從指涉特定兒少當事人。據此，無論是製作、散布或持有虛擬兒少色情的行為，都欠缺與真實兒少色情相當的處罰依據。

## 二、風險危險化與刑罰前置化的禁止

除了上述觀點，針對兒少色情的管制理

由，向來亦不乏另一種主張，那就是認為兒少色情內容可能是後續兒少性侵害行為的「觸發因子」——會觀看兒少色情的人，就是實際上可能性侵害兒少的潛在犯罪人，而這些兒少色情內容會增加這類人後續遂行性犯罪的機率，此即所謂的危險犯或刑罰前置化見解<sup>14</sup>。此外，也有學說主張，以兒少為主角的色情內容，可能增加兒少的觸及率，也就是令兒少更容易成為色情內容的受眾，而有促成或教導兒少為性行為的效果，將有害兒少身心健全發展；為保障兒少的性正常發展利益，無論是何種型態的兒少色情均應禁絕，包含虛擬兒少色情亦應加以處罰<sup>15</sup>。亦有學說從兒童人權保護的國際趨勢出發，要求無論是真實或虛擬兒童色情資訊，均應徹底自網路消失<sup>16</sup>，單純二次元創作亦應在處罰之列。

針對以上幾種見解，本文均持反對立場。無論是認為兒少色情可能導致行為人後續的性侵害犯罪、兒少可能因觀看到色情內容而

註12：德國、日本、美國法上均持類似理由，參Laufhütte/Roggenbuck, in: LK-StGB, 12. Aufl., 2009, 184b Rn. 11. 謝煜偉（2010），〈論虛擬兒童色情的刑事立法趨勢——誰的青春肉體不可褻瀆？〉，《月旦法學雜誌》，186期，第49-50頁。蘇慧婕（2014），〈虛擬兒童色情物品的言論自由難題——美國聯邦最高法院相關判決評析〉，《法官協會雜誌》，第16期，第175頁。

註13：參廖宜寧（2023），〈以「性意涵」重構刑法規範中的「猥褻」概念〉，《臺北大學法學論叢》，第125期，第121-129頁；氏著（2022），〈從「妨害風化的猥褻物品」到「妨害性隱私的性影像」——散布性關聯影音圖像之不法性質〉，《月旦法學雜誌》，第327期，第167-169頁。

註14：Gropp, FS Kühne 2013, S. 684; Hörnle, MōKo-StGB, § 184b Rn. 3. 另參陳重言（2014），〈兒少色情物品的刑法規範——以虛擬角色及持有行為為核心〉，《法官協會雜誌》，16卷，第197-198頁；黃惠婷（2011），〈兒童及少年性交易防制條例第二十九條爭議問題之研討〉，《警察法學》，10期，第248頁。2023年修正之性剝削條例第2條第三款立法理由亦採相類見解，認為之所以要禁止兒少色情之圖畫，係為「避免因觀看兒童或少年與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥行為之素描、漫畫、繪畫等色情圖畫，致進一步侵害兒童或少年」。

註15：陳重言，前揭註14，第197-198頁。

註16：高玉泉（2003），〈網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討——一個由兒童人權出發的觀點〉，《國立中正大學法學集刊》，第11期，第10頁。

模仿跟進，抑或模糊的「全面性兒少保護」，均面臨1) 實證上因果關聯的不確定性與2) 刑罰前置欠缺正當性兩大問題。

關於虛擬世界的性犯罪或性暴力，是否與現實中的犯罪行為有所關聯，一直都欠缺實證研究上的明確統計數據<sup>17</sup>；而對於啟動國家刑罰的門檻來說，「不排除有所關聯」的可能性是遠遠不夠的——只有充分且穩定的經驗性數據，才能合理說明二者的因果連繫。退萬步言，即使能證明觀覽兒少色情之行為與實際針對兒少的性犯罪間確有一定關聯，將刑罰介入時點提前到僅觸及兒少色情內容的行為，同樣值得商榷。刑罰是國家暴力對個人行為的直接回應，基於刑罰本身的嚴重性，其發動基礎應當根基於一個「已經」被視為侵害的行為，而非可能引發「將來」其他侵害的行為，否則將導致刑罰介入時點的無限倒退。立法理由中的論點，毋寧是將日常生活中的風險「危險化」，將刑法要禁止的行為過度前置，使刑罰失去罪責原則下的正當性基礎，實不可採<sup>18</sup>。

至於認為其他不特定多數兒少作為潛在受眾，將因接觸兒少色情內容，促成或教導其過早嘗試性行為、進而危害其正常之性發展，更是過於模糊的說法。同上所述，從實證層面觀之，兒少色情是否會增加對兒少閱聽受眾的觸及率，以及是否果真會造成觀覽內容之兒少的效仿，自始即欠缺明確證據。

更關鍵的問題，是在一個致力尋求去除性之汙名、肯定每個人積極性自主的自由社會，究竟要如何說明「接觸性與從事與性相關的活動」在本質上是對兒少身心有害的行為？再者，同樣退萬步言，即使肯認後階段的性行為或性接觸對兒少有一定影響<sup>19</sup>，刑罰介入的時點也只能是後面，即特定兒少真正「發生性行為」的那個時候。試圖以此為由，往前消弭一切兒少色情內容的出現，乃是不當擴張的危險犯思維。

簡言之，無論是作為性剝削行為的證據，或是後續性犯罪的危險觸發因子，都不足以說明對虛擬兒少色情的刑事處罰依據。

### 參、兒少色情內容的呈現作為獨立侵害類型

本文以為，要證立虛擬兒少色情的可罰性，不能訴諸將來可能發生犯罪事件的推測，而只能是從這些色情作品本身造成的侵害出發進行討論。亦即，必須在將製作、散布、持有或觀覽虛擬兒少色情本身視為獨立侵害行為的前提下，論證對各類行為施加刑罰的正當性。

#### 一、從保護兒少形象的規範目的到兒少色情可能蘊含的性風俗內涵

如上所述，正因立法理由及部分學說對於

註17：Frommel, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § §184-184e Rn. 3; auch Eisele, in: Sch/Sch, 30. Aufl., 2019, §184b Rn. 2.

註18：參徐育安（2017），〈傳統刑法理論與現代風險社會——以我國食安法爭議為核心〉，《臺北大學法學論叢》，104期，第121頁；周漾沂（2019），〈重新理解抽象危險犯的處罰基礎——以安全性理論為中心〉，《臺北大學法學論叢》，第109期，第177頁。

兒少色情及兒少性行為間之關聯、及其所生侵害內容表述含混，有學者因而指出，禁止一切涉及兒少色情內容的行為（包含製造、散布、持有、觀覽等），事實上是為了保護一種「純潔的兒少形象」，也就是要將與一切與兒少相關的對象與環境徹底地「去性化」<sup>20</sup>，屬於性風俗的法益範疇，故認定任何一種兒少色情的存在，都已經是對性風俗的侵害。只是，不少學說在此同時亦進一步提出批判，認為這樣的想法無異往昔風俗犯罪的復辟，以刑法處罰悖德行為，實應盡量避免，更不應將處罰範圍由真人色情紀錄擴張至虛擬兒少色情<sup>21</sup>。

此外，部分學說尚主張，應全面杜絕真實及虛擬兒少色情的規範保護目的，包含讓不願見到兒少色情內容的成人不致被迫觸及該內容<sup>22</sup>。只是，此種主張有混淆性剝削行為與刑法第235條之妨害風化行為的傾向；反之，如果能清楚區辨這兩類規範的不同目的，即前者以兒少群體的性自主與身心健全發展為保護對象，後者以一般公眾的性道德感情為保護對象，便不應率爾認定性剝削條例所要禁止的對象，會當然包含以虛擬兒少色情為內容的行為。無論如何，採取性風俗之規範解釋途徑者，其共同特徵為將所有兒少色情內容視為一種冒犯性的、違背一般人

「性道德感情」的存在，並且認為性風俗隱含有「兒少不應與性聯想在一起」的觀念。

誠然，性風俗或性道德法益，在今日的自由法治國內顯得格格不入。但本文以為，如果只是反對一個模糊的「性風俗」、「性道德」或兒少的「純潔形象」概念，而不檢討此種概念的內涵，以及這個概念在現代社會的作用方式，則難免錯失更細緻地探討虛擬兒少色情究竟是否可罰的機會。因此，有必要更深入闡釋兒少色情為公眾帶來的「冒犯」，也就是性道德或性風俗受到侵害的原因。

## 二、兒少色情內容作為言論及其管制條件

### （一）應區分主觀的欲望傾向與客觀的言論表達

從iWIN事件中衛福部的態度，以及前述出於廣泛性「兒少形象保護」的觀點，可嘗試歸結出贊成管制一切兒少色情者背後可能依循的性道德邏輯，那就是：色情內容中的主角，將受到來自閱聽者的貶抑性評價，而這種貶抑性評價，將讓（善意的）公眾感到不安或不悅。所謂性道德的維護，就是透過禁絕可能被評價的客體來消除這種不安或不悅（詳見後述）。處罰虛擬兒少色情，是要避

註19：事實上，無論立法理由或學說，似均無明確地交代，這裡可能發生的「影響」到底是什麼？若是後續與兒少發生性行為之人已成年，且對兒少有濫用權力不對等關係之情事，導致兒少因此產生信賴崩解或心理傷害，則該性行為本身方為性剝削，刑罰不應在更早的時點介入；若兒少之間發生性之接觸，且雙方均無違反相對人之意願，則在刑法第227-1條亦有減輕或免除其刑規定的前提下，到底兒少會因為提早有過性接觸而在多大程度上損及其身心發展健全，其實是不清楚的。

註20：謝煜偉，前揭註12，第53-55頁；許恆達（2016），〈兒童及少年性剝削防制條例刑事責任之評析〉，《月旦刑事法評論》，1期，第58-59頁。

註21：謝煜偉，前揭註12，第58頁。

註22：黃惠婷，前揭註14，第248頁。

免虛擬世界內的觀念外溢到現實世界，即讓越來越多人抱持「兒少的肉體形象可與『性』聯想在一起」或「兒少之肉體性徵是可被欲望之對象」這類想法，使得不特定的兒少群體在社會上遭到貶抑性地對待。據此，主張禁止所有性與幼體的連結型態，是為了不讓公領域內充斥「錯誤」的性道德觀、甚至是「錯誤」性欲望的生成，並損及兒少群體的主體地位。

然而，上述說法已然混淆了討論的層次。首先，必須確定一點：個人的欲望——無論其內容為何——本身，在規範上的評價都是中性的。純粹的思想或內心信念（*Gesinnung*）不能作為法律規制對象，因為這不僅在現實上不可能實現，也違反現代國家對於主體自由的基本預設。即使是精神醫學上診斷的戀童癖（*pedophilia*），除非該癖性者已實際與真實兒少從事性行為、或是已過度影響到其日常生活，否則究竟是否要積極改變此一欲望偏好，都只能取決於當事人自己的意願，法律不應有任何強制介入空間<sup>23</sup>。並且，即使不談法律規範，單從日常人際交往規則來看，純粹內心的欲望，也完全與他人無涉，並不會因此令他人的主體性受到貶抑。

對於社會共同生活而言，可能開始對他人產生影響的，是個人呈現欲望或滿足欲望的

方式。當個人欲望以特定形式被表達出來，無論是語言、文字、影像、圖畫，這些表達形式便都具備了溝通的功能，因而也就屬於一種言論，屬於憲法上言論自由的射程範圍。

自憲法層次觀之，關於國家能否及在何種限度內得以法律限制個人言論，應先採用雙軌理論（*the two-track theory*）判斷系爭規範是否涉及對言論內容的管制——這在針對以兒少色情為內容的言論管制上，應屬肯定；其次，則應以雙階理論（*the two-level theory*）區分高價值言論與低價值言論，前者應以嚴格標準審查實定法規範，後者則會給予立法者較大的自由形成空間，即憲法上較易承認限制言論自由法規範的合憲性<sup>24</sup>。所謂的高價值言論，通常包括攸關公意形成、真理發現或信仰表達的政治性、學術性、宗教性言論（釋字第414號解釋參照），而仇恨性（包含挑釁性及誹謗性言論）、猥褻性言論，則多半被認定為低價值言論<sup>25</sup>。然而，低價值言論仍在一定程度上受到憲法言論自由的保障，立法者仍須進行充分說理，作為限制特定言論的正當性理據<sup>26</sup>。

## （二）兒少色情內容可能連結到的言論內涵——隱藏在社會形象與性別結構下的性道德觀

註23：至於刑法第91-1條的強制治療，仍以受處分人有實際觸犯性犯罪為前提，且該措施雖屬拘束人身自由的保安處分，但仍與刑罰有別。

註24：蘇慧婕（2017），〈言論管制的中立性——美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析〉，《憲法解釋之理論與實務》，第9輯，第229-231頁。

註25：Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 571-72 (1942).

註26：參劉靜怡（2005），〈一個自由主義女性法學者的憲法反思：錯亂「淨化」價值觀下的情色言論規範框架曾否改變？〉，《律師雜誌》，313期，第55頁；陳宜中（2009），〈色情管制爭議中的言論自由〉，《人文及社會科學集刊》，第21卷第3期，第419頁。

乍看之下，兒少色情內容的表達當然屬於低價值言論，因為它是所謂猥褻性言論的一種。不過，此種概括式論斷其實是不精確的。從言論的表達方式、目的設定與具體語境觀之，製造二次元的虛擬兒少內情內容，尤其是以繪圖方式呈現者，應被認為亦享有著作權法上的權利<sup>27</sup>，且可能屬於藝術性創作，若在刑事法上拒絕承認此類創作行為的價值而一體禁絕，將使得著作權法上肯認的主觀權利在原應更審慎適用的刑事法領域完全失去合法表現空間，而違反法規範系統自整體觀察不應存在矛盾的原則；以盈利為目的而製造、散布兒少色情的行為，則應同時屬於商業性言論，是否屬於低價值言論容有爭議（釋字第577號解釋參照<sup>28</sup>）；至於持有、觀覽等滿足欲望的行為，往往是在私領域內為之，是否能將此種純粹消費兒少色情內容的行為視作「冒犯公眾」的猥褻性言論，亦有疑問。

而由言論內容觀之，包含兒少色情在內，被歸類為「猥褻性言論」的色情內容，背後多半都涉及更深層的社會價值衝突。詳言之，當代社會雖致力於消除「性」概念本身帶來的羞恥感，但卻仍困於「性」在社會實踐上遵循的一套價值立場，也就是上文提到的，對於被看作性欲望對象者的貶抑。一旦個別行為人基於此種價值立場，試圖將欲望本身的樣貌等同於對其他主體之評價，並以

言論形式表達出來，一般性或全稱式地談論、貶抑特定性別或特定年齡的主體，便將引發將特定群體「客體化」的批評。

以下將進一步說明這套價值立場的具體內涵，希望有助於理解色情作品的管制動機與合理界限。為能更清楚地呈現這套性言論可能隱含的價值觀，在此要介紹三個性別理論當中的概念，即「男性凝視」（male gaze）、「賺賠邏輯」，以及「厭女」（Misogynies）。

### 1. 男性凝視：父權結構下的審美與主客關係

所謂男性凝視指的是，女性形象的塑造、呈現與評價，來自於一種由男性作為主體的視角，由男性決定審美的標準與欲望對象，女性則是回應者與滿足者。Berger在其《觀看的方式》一書中著名的一段，具象地描述了男性凝視的運作方式：「男人行動，女人表現。男人注視女人。女人看自己被男人注視。這不僅決定了男人與女人之間的大部分關係，同時也影響了女人與自己的關係。女人內在的審視者是男性：被審視者是女性。它把自己轉變成對象——尤其是視覺的對象：一種景觀。」<sup>29</sup>

須特別澄清，雖然Berger在其書中使用「男人」與「女人」這樣的稱謂，但因其原書作成於1970年代，在50年後的今日，自不應將這兩個稱謂當然適

註27：參蔣昕佑、邱柏青（2023），〈成人影像平台業者之法律問題簡介——以非法性影像與虛擬兒童性影像為中心〉，《全國律師》，第27卷第10期，第27頁。

註28：另參釋字第623號解釋許玉秀大法官不同意見書。陳仲麟（2011），〈商業性言論憲法解釋十年回顧與評析〉，《中原財經法學》，第27期，第111頁。

註29：John Berger著，吳莉君譯（2005），《觀看的方式》，第58頁。粗體為原文所加。

用於特定生理性別，更不能直接指涉特定的個人想法，毋寧應將之理解為一般性的、社會文化脈絡中的形象概念。此處所稱「男性」，並非是指有一個或一群男性正在觀看、或正在欲望著什麼，更不是說只要某個男性審視了或欲望了什麼，就可以直接套用「男性凝視」來描述並予以指責。男性凝視此一概念所指涉的，並非「某個（群）人的具體舉止或主張」，而是一種社會結構，一種針對性別形象的價值觀，這樣的結構及價值觀將影響個人看待自身的方式，以及個人在人際交往關係當中的行動選擇。

男性凝視在人際互動上最大的負面影響，是令（社會文化意義上的）女性形象成為被審視（凝視）及欲望的客體。此種凝視與欲望本身其實並非當然表現為負面或貶低的評價，反之，凝視者與欲望者對於被凝視的對象往往抱持欣賞、嚮往甚至迷戀與崇拜的主觀情緒；並且，在個案情境中進行凝視的也不一定就是男性，事實上，男性凝視在現實中影響的往往包含呈現女性形象的個人。正如Berger書中所說：「為了在審視的過程中取得某些支配權，女性必須控制這種審視，甚至把它內化。她必須

以她內在的『審視者』自我對待她內在的『被審視者』自我，藉此向別人展示他們該如何對待這個人。」<sup>30</sup>

惟，只要這樣的結構及其蘊含的價值觀繼續運作，以女性形象活動於社會的個人，便不免受到這些結構性限制，而使得自由的現實範圍被壓縮，甚至始終被視為被消費的客體。單純的概念翻轉——例如改採「女性凝視」——並不能為此種困境解套，因為只要結構並未改變，則身處結構中的個人，無論是男性或女性，都無法擺脫男性凝視的內在審視觀點<sup>31</sup>。

## 2. 賺賠邏輯：肉體的性化與價格化

另一個同樣存在於社會運作現實內而難以輕易改變的價值觀念，就是「賺賠邏輯」。此種邏輯是依據下列前提假設而來<sup>32</sup>：

- 「1）不管進行觀看的主體是男是女，值得被看的永遠是女體。
- 2）女體上值得看的只有那三點，其中又以最後一點最難得。
- 3）男人看到女體是賺，如果自己的身體被女人看到也是賺。
- 4）女人的身體被看到是賠，如果自己看到男體也是賠。」

和男性凝視概念類似，賺賠邏輯同樣

註30：John Berger著，吳莉君譯，前揭註29，第57頁。

註31：Syea, E. (2022, June 24). The false freedom of the female gaze. IAI News. /articles/the-false-freedom-of-the-female-gaze-auid-2163 (最後瀏覽日期：2024/10/20)。

註32：何春蕙（1994），《豪爽女人》，第16-17頁。當然，因「賺賠邏輯」被提出至今，已經過30年，該論述中使用的「男人」、「女人」之指稱，早有檢討必要，且上面所說的四種前提假設，亦需要依個別情境調整。

不應直接被看作個別主體的主觀想法，而是描述社會在實踐性之欲望時呈現出來的整體結構。公眾對色情內容的「羞恥或厭惡感」，以及對其中所涉當事人的負面評價，都受到這套邏輯的影響。即使觀看主體不同，被觀看者的形象、以及被觀看這件事的社會評價，仍是固化的。並且，只要此一社會結構與多數價值觀並未從根本上發生改變，單是透過少數個人的「覺醒」或行動抉擇，事實上無法輕易翻轉此一邏輯<sup>33</sup>。

### 3. 厭女：性別形象的固化與女體的神聖性

最後是厭女。這個概念經常被誤解為憎惡女性，但其實此一概念中譯下的「厭」字並非單純的厭惡，而同樣是指向一種結構或價值觀念<sup>34</sup>。根據該觀念，男性、女性被視為二元分立的群體，雙方各自有一個規範性的面貌，亦即男性「應該」要展示陽剛，且表現出外向、自信與堅強的形象，女性則「應該」舉止陰柔並內斂自持；陽剛對應強大霸道且具侵略性的形象，陰柔則對應脆弱、純白無瑕與需要保護的形象。由此導出一套依據生理性別而來的行動準則，並對不符合該準則的男性或女性加

以批判——常見的「蕩婦羞辱」<sup>35</sup>（與相對的「聖女情節」），即是根據上述準則，認定「正面的」女性形象不應有過度積極外放的性欲表現、不應被「性化」，方能呼應其純真無垢的特質。

綜合上述概念，這些性與性別的結構問題，同樣會在兒少身上發揮作用。當欲望對象是兒童與少年時，由於這些群體在近現代越來越傾向被描繪成純真、美善卻又脆弱且需受保護的形象<sup>36</sup>，對兒少肉體的潔白、珍貴或柔弱想像，與對女體陰柔形象的想像高度接近，則其一旦兒少被當作欲望對象，更將強化上述幾個概念下的運作結構。據此，也可以推測出一種認定兒少色情之所以「冒犯」公眾、傷害性道德的理由：被觀看、被欲望的兒少，被認為受到物化，同時將在「被性化＝破壞純潔神聖」的觀念邏輯運作下受到傷害。反過來說，兒少若是作為閱聽人，當其看到色情內容的時候，也會被認為是受到傷害。

### （三）性道德觀在公領域的表述應視為具備政治性質

上文所舉的男性凝視、賺賠邏輯或厭女，

註33：在性別運動中，以何春蕤作為代表的「性權派」，或許就是在「如何行動以抵抗結構」的環節採取了錯誤的策略——要求個人改變思考方式，將自身的性與欲望和不平等的社會評價脫鉤，這在個人依然身處結構的前提下，是非常困難的。但是，這並不代表其對此一結構的觀察與洞見毫無值得參考之處。筆者認為，賺賠邏輯的概念對今天社會中的性別結構仍有解釋力。

註34：對此概念的詳細探討參Kate Manne著，巫靜文譯（2019），《不只是厭女》，第102-104、110-116、122-126頁。

註35：Sweeney, B., *Slut shaming*, in THE SAGE ENCYCLOPEDIA OF PSYCHOLOGY AND GENDER, 1579-1580 (Vol. 4, 2017).

註36：參謝煜偉，前揭註12，第53-54頁。

均非規範性用語，其並非對個別主體的客觀評價，更不意味著這樣的前提假設內容是值得被實踐的（恰好相反），而是作為社會學意義上的概念，用以解釋社會運作的實然狀態，並且在社會運動中，這些觀念通常是被對抗或翻轉的標的。

不過，作為社會現實的描述，這些概念在一定程度上也能用以理解立法者的決策，因為立法往往是為了因應社會實然面上的衝突。當男性凝視與賺賠邏輯主導著人際上的性互動，立法者便會被要求用法規範保障互動中處於相對不利益的一方，以平衡結構上的不對等關係。這種作法，在多數學說所採用的法益論框架下，即構成「性風俗」或「性道德」內涵的一部，以法律來避免特定性別形象淪為純粹被凝視的欲望客體。防止有人「多賺或慘賠」，成為「維護性風俗」的一種方式。

本文以為，性與性別結構是性犯罪裡不可忽視的要素，無論是性道德或性自主的實踐都受到此一結構影響。然而，在主觀想像裡將欲望形象客體化、藉以尋求自身欲望的滿足，與在溝通情境中如何看待另一個與自己平等的主體、並與之進行互動，乃是兩件事。如果虛擬的兒少色情內容僅僅是作為商業用途，或是讓個別閱聽者滿足欲望，且其表達方式並未直接貶低特定群體，則其雖易被歸類為低價值言論（純粹的猥褻性言論），但社會損害性亦極小，欠缺合理的管

制理由——畢竟，一個追求相互尊重、肯定多元價值與積極性自主權的社會，就算是在道德實踐層次，也仍應容許性欲以兒少（幼體）的形式被具象化，並透過語言、文字、影像、圖畫加以呈現，讓個人能藉由感知這些形式來實現創作、盈利或滿足性欲的自由。

反之，一旦作為言論的兒少色情內容在公領域被提出，並且依照具體的溝通情境，行為人可被認定為試圖站在男性凝視、賺賠邏輯、厭女思想或將兒少客體化的立場，透過該色情內容來表達、甚至積極提倡上述關於性與性別的歧視性價值觀，便應認為該言論已經屬於一種政治上的主張，而兼具高價值言論的性質，不應輕易否定其受言論自由權利保障的可能性——這也是學說上所稱的色情言論「悖論」：越是極端、冒犯公眾或違反主體平等預設的言論，越是具有高度爭議性、容易引發社會上的討論與進一步效應，而有受保護的需求<sup>37</sup>。

從基本權干預角度來說，要課予行為人放棄表達特定言論的義務，除非該言論具備下列其中一種情形：

第一種是該言論直接造成特定個人的侵害，或擴大既有的侵害範圍，例如名譽或隱私，此即性剝削條例得禁止製造、散布、消費以真人為藍本之兒少色情內容的理由。此外，根據歧視性或仇恨性言論的定義及相關學說<sup>38</sup>，此類言論的侵害對象，除個人外，

註37：陳宜中，前揭註26，第421頁。

註38：Andrew Sellars, *Defining Hate Speech 16*, BERKMAN KLEIN CENTER RESEARCH PUBLICATION, No. 2016-20, 24-31 (2016).

也可能是指向某種性別、性向或年齡層的群體。惟若要禁止個人表達此類言論，無論是考慮刑法或行政法上的管制手段，系爭言論都應在主客觀雙方面達到明確而嚴重的程度，即言論內容直接傳達對特定群體身分的仇恨或否定，例如將同性戀者視為社會的「敵人」或認為其不應存在，而在具體溝通環境下，該仇恨內容可能引起對該特定群體的暴力傷害，且行為人主觀上對上開言論內容與可能的傷害結果具備故意<sup>39</sup>。

第二種是該言論將為整體法秩序帶來急迫且嚴重的損害。對此，我國於釋字445號解釋引入美國司法實務上的「明顯而立即危險原則」<sup>40</sup>，即只有在特定言論將對法秩序造成嚴重且具急迫性之危險時，國家方能以法律限制該言論的表達。從第445號解釋所涉規範看來，其審查對象係針對以集會遊行方式表達之言論，參考美國聯邦最高法院暨學說的看法，除客觀上的立即危險性外，行為人主觀上同樣須具備煽動或從事非法行為的故意<sup>41</sup>。

由以上兩種情形出發，舉重以明輕，僅基於色情言論內容中隱含的歧視性社會結構，或是對某種群體身分／形象的欲望，對該群體而言，尚未達到明顯而立即危險的程度。因此，就虛擬兒少色情作為言論的角度切入，必須在具體個案中分別審視其溝通脈絡與言論內容，只有在個別行為人直接表達出將兒少群體一律貶抑為性欲望客體的意思，且依當下情境，可能直接對兒少群體產生嚴

重傷害時，才需要考慮是否要依仇恨性言論管制的法理加以干預。

從另一方面來說，用刑法處罰一種「錯誤的欲望表達」或「錯誤的性觀念」，無論是男性凝視、賺賠邏輯、厭女思想、將兒少視為性欲聯想的對象，或是將性欲幼體化的表現，都不太可能成功達到對抗或翻轉的效果。因為，如果直接將特定性別或特定年齡群體視為脆弱、易受傷害、有待保護的對象，反而是在加固上述賺賠邏輯或厭女的價值觀。事實上，法律的強制力永遠無法直接塑造新的欲望形式，或量身打造一套新的性觀念。若是認真地將兒少色情內容視作可能「冒犯」公領域空間的言論，反而應該肯認此類言論帶來的政治效益，盡量在法規範上包容其存在，透過實質內容的辯論，給予公眾省思的機會。

#### （四）二次元創作當中的兒少色情內容——凝視與欲望的各種型態

回到本文討論的重心——二次元創作中的虛擬兒少色情內容。實則，二次元世界恰是最適合實踐上文所言，對不同欲望型態予以包容、並藉此促進多元討論的場域。在真實社會裡亟待反轉的諸般刻板印象，或在真實人際互動中難以撼動的性別觀念，透過虛擬創作為中介，將獲得更豐富的轉化可能性。我國因歷史、地緣、社會等因素，受到日本ACG（或稱ACGN）文化<sup>42</sup>深厚影響，在此背景下，虛擬兒少色情議題之討論核心，包括

註39：Andrew Sellars, supra note 38, at 16.

註40：Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

註41：林子儀（1999），〈言論自由與內亂罪——「明顯而立即危險原則」之闡釋〉，收錄於氏著，《言論自由與新聞自由》，第226頁；許凱翔（2020），《論仇恨性言論之刑法管制》，第113、116頁。

註42：ACG文化意指動畫（Anime）、漫畫（Comics）、電玩（Game），有時會再加上小說（Novel）。

本次iWIN事件引發爭議的創作，都應置於此一特殊文化脈絡中審視。

歷經數十年發展，ACG文化早已形成具備諸多面向與次領域的成熟系統<sup>43</sup>，在此無法詳細介紹。這裡只提一個ACG文化中與兒少色情關連密切的概念，即「萌」（もえ）或「萌屬性」。根據「萌」這個詞在ACG文化內的定義，指的是「虛擬角色身上能對人產生性吸引的特徵」，包含角色的相貌與性格<sup>44</sup>。萌屬性概念在作品表現上的關鍵作用，在於它乃是一種記號式或符號化的元素，即透過具體化、標籤化的客觀形式與角色身上萌屬性間的固定對應關係<sup>45</sup>，使閱聽者能迅速地經由腦中對這些符號或元素的理解掌握角色，然後依照閱聽者自身的主觀偏好，去感受角色身上的性吸引力。常見的萌屬性，像是以年齡段來劃分類型者，如蘿莉、正太、乙女，以性格劃分者，如傲嬌、病嬌、天然呆，以相貌體型劃分者，如馬尾、雙馬尾、貧乳、巨乳、白虎、幼體，以服飾劃分者，如水手服、獸耳，以身分劃分者，如妖精、獸人、機娘，其他還包括性向、口頭禪、飲食與工

作習慣等，且各類屬性元素尚可交錯搭配產生不同組合<sup>46</sup>。

這些符號化的屬性元素，乃是集合了「圈內人」各種欲望型態的「資料庫」<sup>47</sup>，也確實可以說是一種「男性凝視」（無論觀看者與被觀看角色的性別或性向定位為何）的實際例證。二次元角色是純粹的客體，負責表現與滿足，無論是外觀、身分或性格，都是閱聽者對自身欲望的具體投射。此一欲望的塑造，來自ACG文化發展過程中創作者與閱聽者的共同參與，在長期積累下逐漸形成一種關於審美與性吸引力的共識。在二次元創作中的兒少色情內容，對於熟悉這套萌屬性「使用規則」的閱聽者而言，與其說會產生與真實世界中兒少形象的聯結，毋寧更接近固有屬性元素的集合體——這也說明，為何有些沉迷於二次元內「蘿莉」、「正太」形象的閱聽者，面對現實世界中的幼兒，不但不會產生性興奮，甚至避之唯恐不及。因為對其具備性吸引力者，並非性剝削條例中談論的「（真實）兒少形象」，而是能完全依其偏好堆疊起來的個別萌屬性<sup>48</sup>。

註43：例如，根據偏好屬性的不同，可再區分宅文化、萌文化、腐文化。

註44：參萌娘百科，

<https://zh.moegirl.org.cn/%E8%90%8C%E5%B1%9E%E6%80%A7>（最後瀏覽日期：2024/10/22）。萌屬性也可以進一步擴大為一切ACG作品中討人喜愛的特徵。

註45：東浩紀著，褚炫初譯（2012），《動物化的後現代：御宅族如何影響日本社會》，第69頁以下。

註46：參萌娘百科，

<https://zh.moegirl.org.cn/%E8%90%8C%E5%B1%9E%E6%80%A7>（最後瀏覽日期：2024/10/30）。

註47：東浩紀，前揭註45，第53頁以下、75頁以下。

註48：因此有認為，二次元創作中「性的幼體化」與一般兒少性剝削防制所要達到的「幼體的性化」其實是兩種不一樣的欲望型態，參翁世航編，〈iWIN下架成人遊戲圖片惹議，沈伯洋：虛擬世界應該跟實體世界的認定標準完全切開〉，中央通訊社，網址：

<https://www.thenewslens.com/article/198634>（最後瀏覽日期：2024/10/22）。

如此一來，也就產生二次元創作中的虛擬兒少色情與真人兒少色情的關鍵差異處：在純粹的二次元世界裡，既無真人、亦無「類真人形象」出現。由於諸般屬性都有如零件可供拆卸與拼裝，與其說這類作品是將一個完整而真實的主體「物化」為欲望客體，不如說此處涉及的其實是名副其實的「物」，是透過文字與圖像，將欲望具象化、擬人化的結果<sup>49</sup>。因此，在欲望流動與滿足過程中，沒有哪個真實主體（或類似主體的形象）因此而「賠」，或因此受到貶低。因賺賠邏輯或男性凝視導致的可能傷害，是可以避免在二次元世界實現的。

此外值得一提的是，其實ACG文化圈在過去很長一段時間裡，都是對多元文化或性少數抱持包容態度的場域。某些作品內呈現的角色性格，恰是對「厭女」結構的反轉——如男角毫不起眼且具備陰柔特質、女角則充滿陽剛之氣<sup>50</sup>——這些性格同樣會藉由固定的屬性符號或標籤，成為角色外觀或性格的一部，藉此讓閱聽者能夠認知並欣賞，透過作品本身的魅力，讓不同的價值觀進入社會。而近20年來，在ACG次文化的同人文化圈裡，也陸

續出現各種拓寬凝視型態、包容多元性傾向、對抗社會既有性別架構的發展<sup>51</sup>。

綜上所述，虛擬兒少色情作為欲望具象化的產物，重點在於如何安置與看待它。基於屬性元素有如資料庫般的零碎性與可切分性，二次元世界內的性別與兒少形象，是可以更輕易地與現實區隔開來的。要促進此一虛擬世界及現實世界的區隔化認知，有賴ACG文化圈的內部發展與社會對話，強制性的法律規範絕非合適手段。對於廣大的「圈內」受眾來說，禁絕一切兒少色情的表現形式，根本不會有「矯正」性道德觀的效果，而是直接剝奪了他們原本可能朝多元方向開展的欲望型態。與此相對，透過熟悉的符號、角色本身的創新與突破，更有機會開啟良性溝通，促進社會整體的思辨。

#### 肆、結論

有別於真實與擬真之兒少色情內容，二次元創作中的虛擬兒少色情內容，並無直接侵害個別兒少性自主或性隱私的情形，亦非屬前後階段性剝削行為的證據。並且，在欠缺

註49：參東浩紀，前揭註45，第74頁。

註50：參王佩迪，（2016），〈在動漫中尋找多元陽剛特質：以萌系戀愛動漫和BL為例〉，《性別平等教育季刊》，第75期，第16-20頁；氏著（2015），〈動漫文化中的「厭女」——以及其他的選項！〉，<https://opinion.udn.com/opinion/story/8881/1334862>（最後瀏覽日期：2024/10/30）。

註51：相關論述參王佩迪（2020），〈入櫃的腐女與男同志：「BL慎入」「#拒娘」的自我否定現象〉，<https://opinion.udn.com/opinion/story/8881/4709746>（最後瀏覽日期：2024/10/30）；氏著（2016），〈動漫萌角色：動漫文化物化了女性？〉，<https://opinion.udn.com/opinion/story/8881/1836465>（最後瀏覽日期：2024/10/30）；王佩迪主講，涂芝瑄撰稿，〈自主規制或高調腐女？論BL文化與社群的性別意涵〉，<https://www.csat.org.tw/Journal.aspx?ID=22&ek=142&pg=1&d=2823>（最後瀏覽日期：2024/10/30）。

確切實證數據佐證的情況下，不能輕率地認為觀覽兒少色情行為將導致後續的性侵害犯罪，更不宜因此將刑罰前置化。

單純以兒少作為主觀性欲幻想的對象，涉及個人偏好，法律無從干涉。會在公共言論領域引發爭議的，是當兒少色情作為一種言論，在公領域被表達出來的時候。由於現實社會結構中運作著的男性凝視、賺賠邏輯與厭女思想，再加上對兒少的純潔想像，可能令兒少色情被認為是在強化「兒少的肉體形象是可被性所欲望的客體、且可經由觀覽這些肉體形象讓觀覽者賺取無形利益」的觀念，需要透過法律來對抗。

但是，由手段目的關聯性來看，以法律禁止特定言論，並不能改變既有社會結構，反而可能固化其中的不平等；而由言論性質來看，表達特定性別觀念或性道德的言論，其實已屬政治立場的表達，具有促進公共討論的作用，應盡量容許其存在。再者，二次元中的虛擬兒少色情，在ACG文化脈絡裡，其實更可能跳脫現實上的賺賠或厭女邏輯，在具象化多種欲望型態的同時，不讓特定個人淪為客體。據此，本文認為，性剝削條例第2條中所指之性影像或與性相關之圖畫、語音，不僅現在不包含二次元的虛擬兒少色情，將來也不應繼續擴張。