

禁止虛擬兒少猥褻物品的合憲性分析 ——iWIN事件反思

陳宏泰*

壹、問題緣起：iWIN事件

民國（下同）113年1月17日，PTT網路論壇C_Chat版發布公告指出，有人向網路內容防護機構（Institute of Watch Internet Network；簡稱iWIN）檢舉版上貼文恐有危害兒少身心發展的色情內容，經該機構判定有違反兒童及少年福利與權益保障法之虞通知站方，為避免犯法，版主做出刪文處置¹。惟依據其他版主於同年1月30日公布的iWIN來函，iWIN僅要求看版管理方作出年齡防護機制／阻攔機制／過橋頁面²。

同年1月23日，iWIN邀集各平台業者開會，討論虛擬影像的兒童色情認定標準，會中ptt代表認為制定相關標準恐對網路創作自由造成負面影響。

衛生福利部保護服務司司長張秀鴛於同年2月1日接受媒體訪問時，表示「相關法規保護

對象為潛在兒少被害人，是為了避免要讓人認為『有小孩在做性交猥褻行為』，因此限制圖像不該看起來像是兒童或少年，並沒有排除圖像是否是奠基於真人或是虛擬創作³」。

衛生福利部於同年3月21日召開「研商二次元創作適用兒童及少年性剝削防制條例疑義會議」，會後發布新聞稿指出會中得出四項初步結論⁴：「一、創作自由與兒少權益並重；二、法律規範有其必要；三、認定標準應更具體；四、自律先行再由主管機關認定。」惟與會民間團體紛紛表示不同意衛生福利部結論⁵。

同年4月11日，立委蔡易餘、黃捷、沈伯洋召開「虛擬兒少色情管制執行疑義協調會」，召集衛生福利部、法務部及ACG相關代表協會討論，為避免法令解釋模糊，使二次元創作受限，會議中達成三點共識：1、兒少性影像、以真人所繪製之色情圖畫、AI生

* 本文作者係執業律師

註1：參見https://www.pttweb.cc/bbs/C_Chat/M.1705449425.A.406；最後瀏覽日期：113/10/6

註2：參見https://www.ptt.cc/bbs/C_Chat/M.1706601989.A.27D.html；最後瀏覽日期：113/10/6

註3：參見〈下架兒少性剝削疑慮圖衛生福利部：保護不限真人圖像〉，中央通訊社，113/2/1（網址：<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202402010206.aspx>；最後瀏覽日期：113/10/6）

註4：參見〈二次元創作自由與兒少權益並重衛生福利部將調整現行處理流程〉，衛生福利部網站，113/3/21（網址：<https://www.mohw.gov.tw/cp-16-78103-1.html>；最後瀏覽日期：113/10/15）

註5：參見〈衛生福利部二次元兒少性影像會議得結論與會業者反彈〉，中央通訊社，113/3/21（網址：<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202403210429.aspx>；最後瀏覽日期：113/10/15）

成之擬真色情圖畫依兒童及少年性剝削防制條例規定處理。2、動漫（含二次元創作）如內容含暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值，依中華民國刑法第235條及司法院釋字第617號解釋處理。3、兒少不宜觀看者，依兒童及少年福利與權益保障法第46條，請平台業者補正相關防護措施⁶。

會後，衛生福利部於同年5月14日作成衛部護字第1130014287號函的說明二重申4月11日會議結論：「考量兒童及少年之與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫（含素描、漫畫、繪畫等）所涉侵害個人及社會法益，並為兼顧兒童及少年保護與創作權益，上開圖畫如以真實兒少為對象所繪製，或無論是否以真實兒少為對象而以生成式AI人工智慧所製造、擬真者，則依本條例規定辦理，至其他兒童及少年之與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫，如內容涉及暴力、性虐待或人獸交等猥褻而無藝術性、醫學性或教育性價值者，則依刑法第235條規定辦理。此外，上開圖畫凡涉有害兒童及少年身心健康之網路內容，網際網路業者應依兒童及少年福利與權益保障法第46條規定，採取明確可行之防護措施限制兒童及少年接取、瀏覽或先行移除，以確保渠等之身心發展與權益。」

同年7月12日修正通過、8月7日公布之兒童及少年性剝削防制條例第2條修正理由：

「二、為防制真實存在之兒童或少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展，並利具體認定，有關第一項第三款所稱與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫，參酌日本『兒童買春、兒童色情關係行為等規制及處罰並兒童保護等相關法律』，係以生成式人工智慧製造、擬真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。至其餘兒童或少年與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫除有刑法第二百三十五條規定之適用外，應依兒童及少年福利與權益保障法第四十六條規定，採取明確可行之防護措施，限制接取、瀏覽，以求周妥。」

上述113年1月17日起，至同年5月14日，或謂至同年7月12日止，因iWIN通知引發的後續紛紛擾擾，網路上通稱為iWIN事件。iWIN事件看似因主管機關作出虛擬兒少的猥褻物品不在兒童及少年性剝削防治條例規制範圍內的函釋，並被引為後續該條例的修正理由，而告一段落。

但仍有異音高喊著事件尚未落幕，且很快就會捲土重來。113年7月10日的一篇報導中⁷，台灣展翅協會秘書長陳逸玲即表示，臺灣將虛擬兒少排除在兒童及少年性剝削防制條例管制範圍外的作法，「它其實並不符合國際上面的討論或是趨勢。」衛福部保護服務司副司長郭彩榕亦表示，「不管是猥褻的定義，或社會上對二次元兒少性影像，會不會有性化兒少的疑慮，也許未來大家又要重

註6：參見〈iWIN管到動漫界蔡易餘曝協商3共識：爭議總算落幕〉，太報，113/4/11（網址：<https://www.taisounds.com/news/content/109/119531>；最後瀏覽日期：113/10/17）

註7：參見〈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〉，新聞實驗室，113/7/10（網址：<https://newslab.pts.org.tw/video/318>；最後瀏覽日期：113/10/16）

新再來談我們的規範內容。」

在這爭執似乎已告一段落，但可以預見紛爭已在不遠的將來的當下，似乎正是可以深入討論相關規範背後法理爭議的好時機。本文擬就相關規範的合憲性進行分析。本起事件中，最令人疑慮的便是相關規範對言論自由的限制，本文也以言論自由為分析的重心，文中縱有提及其他基本權利，也不擬深論。

貳、合憲性分析

一、受干預的基本權利：言論自由

中華民國憲法第11條規定，人民有言論、講學、著作及出版之自由。

言論自由的具體內涵，迭經司法院解釋闡明，與本文討論範圍關係較密切者，有司法院釋字第407號、414號、617號、794號、806號解釋，這幾號解釋引入了美國聯邦最高法院用於審查言論自由干預的雙軌理論及雙階理論，以下分述之。

（一）雙軌理論

雙軌理論（the two track theory）係指，對於言論自由的干預，可以區分為對於內容的限制及非對於內容的限制，對於前者應採嚴格審查標準；後者，則可以酌予放寬，採用中度審查標準⁸。

司法院釋字第806號解釋理由書中審查臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法第4條第1

項、第5條第1項及第6條第1項前段規定是否侵害人民藝術表現自由之段落：「（邊碼12）惟政府於訂定街頭藝人從事藝文活動之相關許可法令時，除應維護一般人於公共空間之通常使用外，就特別使用之管制，亦應盡量採取無涉表意內容之管制，以保障街頭藝人之表現自由。」、「（邊碼13）系爭規定三要求街頭藝人須於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，始取得系爭規定一及二所定之活動許可證，其審查內容，有部分係對申請者之表演品質，亦即技藝能力加以審查，從而涉及對於從事藝文活動內容之管制，應適用嚴格審查標準。至涉及時間、地點、方式等無關藝文活動內容管制之部分，則適用前揭中度審查標準審查。」即明白採用雙軌理論對於言論自由干預的內容／非內容限制的區分，並異其違憲審查標準。

（二）雙階理論

雙階理論（the two level theory）係指，言論可以區分為政治、學術、宗教等高價值言論，及商業、誹謗、猥褻等低價值言論，並異其審查基準⁹。

司法院釋字第414號解釋理由書：「（邊碼1）言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商

註8：參見林子儀（1999），〈言論自由的限制與雙軌理論〉，氏著，《言論自由與新聞自由》，第154-157頁，元照。

註9：參見林子儀，前揭註8文，第158-160頁。

業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。」即已明顯將商業性言論劃分為低價值言論。

司法院釋字第794號理由書：「（邊碼11）憲法第11條規定，人民之言論自由應予保障。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，固兼具意見表達之性質，然尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀，立法者亦得對商業言論為較嚴格之規範。商品廣告所提供之訊息，其內容須非虛偽不實或不致產生誤導作用，並以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，始受憲法第11條言論自由之保障。國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊，避免商品廣告或標示內容造成誤導作用，或為增進其他**重要公共利益目的**（如保護國民健康），自得立法採取與上述目的之達成間具有**實質關聯之手段**，限制商品廣告（本院釋字第414號、第577號及第744號解釋參照）。」則表示對低價值言論的言論自由干預，應採中度審查標準。

對於猥褻性言論，司法院釋字第407號解釋理由書：「（邊碼3）猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品**整體之特性及其目的**而為觀察，並依**當時之社會一般觀念**定之。」雖然沒有直接斷言猥褻性言論屬低價值言論，但已表明猥褻性言論與藝術性、醫學性、教育性言論不同。針對言論屬性的判斷，則應就言論整體的特性及目的為觀察，依當時之社會一般觀念定之。

司法院釋字第617號解釋理由書「（邊碼1）惟憲法對言論及出版自由之保障並非絕對，應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則，國家於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制。」、「（邊碼3）猥褻之言論或出版品與藝術性、醫學性、教育性等之言論或出版品之區別，應就各該言論或出版品**整體之特性及其目的**而為觀察，並依**當時之社會一般觀念**定之，本院釋字第407號解釋足資參照。」、「（邊碼4）是前開規定第一項所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊、物品，或以他法供人觀覽、聽聞行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而**無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊、物品**為傳布，……；同條第二項規定所謂意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻資訊、物品之行為，亦僅指意圖傳布含有暴力、性虐待或人獸性交等而**無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品**而製造、持有之行為，……」則已明確表示猥褻性言論有別於藝術性、醫學性、教育性言論，屬於低價值言論。雖然大法官在本號解釋未明言所採用的審查標準，但依司法院釋字第794號解釋理由書，低價值言論應採中度審查標準。

二、基本權利的干預

本文主要分析的對象為兒童及少年性剝削防制條例第2條第1項第3款、第36條第1項，以及第38條第1項。自衛生福利部113年5月14日衛部護字第1130014287號函與兒童及少年性剝削防制條例113年7月12日修正第2條修正理由可推知，兒童及少年性剝削防制條例與中華民國刑法第235條、兒童及少年福利

與權益保障法第46條（惟本文將著重討論同法第46條之1，詳下）共同構成了對於虛擬兒少的猥褻性言論的規制體系，所以本文亦附帶討論後兩者。

（一）兒童及少年性剝削防制條例

本條例涉及干預基本權利的條文有三：

兒童及少年性剝削防制條例第2條第1項第3款：「本條例所稱兒童或少年性剝削，指下列行為之一者：……三、拍攝、製造、重製、持有、散布、播送、交付、公然陳列、販賣或支付對價觀覽兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品。」

兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項：「拍攝、製造、無故重製兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰金。」

兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項：「散布、播送、交付、公然陳列或以他法供人觀覽、聽聞兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。」

「兒童」及「少年」在兒童及少年性剝削防制條例未立法定義，惟參考兒童及少年福利與權益保障法第2條，兒童應係指未滿12歲之人、少年應係指12歲以上未滿18歲之人。就兒少性剝削防制或權益保障而言，兒童及少年之間不應有所差異。但醫學上戀童癖

（pedophilia）「是經由對未達青春期的兒童觀看、觸摸或從事性行為，以獲得性的滿足，通常是對13歲或更年幼的兒童¹⁰。」對於兒童性剝削的防制，會涉及到戀童癖患者的治療及處遇問題¹¹，即有必要與少年分別探討。此外，兒童及少年性剝削防制條例第4條第1項規定：「高級中等以下學校每學期應辦理兒童及少年性剝削防制教育課程，至少二小時。」也就是說，6歲以上的兒童及少年已開始接受兒少性剝削防制教育了。

另外值得一提的是，兒童及少年定義既然是未滿18歲之人，則虛擬的兒少也只能夠是虛擬的未滿18歲之人，是否符合譚納標準（Tanner scale）、是否身著學生制服，應非所問。就算在解釋論上將兒少的定義與兒童及少年福利與權益保障法第2條脫鉤，或者另起爐灶專門立法規範，都要面對不論採用譚納標準或衣著打扮，同樣的標準是否要回過頭來套用到真人出演的猥褻作品上。

兒童及少年性剝削防制條例第2條第1項第3款、第36條第1項、第38條第1項規範拍攝、製造、重製、持有、散布、播送、交付、公然陳列、販賣或支付對價觀覽**真實兒少**之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，從而構成對於特定態樣的性言論的言論自由構成干預。而在今年的爭議中，主管機關認為也規範拍攝、製造、重製、持有、散布、播送、交付、公然陳列、販賣或支付對價觀覽**虛擬兒少**之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品，從而構

註10：Ronald J. Comer（著），林美吟（譯）（2012），《變態心理學》，2版，第491頁，心理出版社。

註11：尤其戀童癖者經常至少另外有一種心理疾患，參前註書，第491頁。

成對於特定態樣的性言論的言論自由構成干預。

兒童及少年性剝削防制條例第36條、第38條為中華民國刑法第235條的特別法¹²，因為除了製造、持有、散布、播送或販賣猥褻物品外，涉及真實兒少的猥褻物品，本身的製造過程通常就牽涉到對兒少強制性交、猥褻或準強制性交、猥褻等犯罪，為犯罪過程的紀錄。這些紀錄若被散布於眾，將造成兒少更進一步的傷害¹³，所以前階段的製造行為也在禁止之列。因為涉及真實兒少的身心健康法益，所以刑度從「二年以下有期徒刑、拘役或科或併科九萬元以下罰金」，提高到「一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰金」。涉及虛擬兒少的猥褻物品因為不會傷害到真實兒少的身心健康法益，所以用同樣的規範、同樣的刑度規範涉及真實兒少與虛擬兒少，本身也有違反平等原則的嫌疑。因平等原則超出本文討論範圍，於此不細論。

（二）中華民國刑法第235條

中華民國刑法第235條：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科九萬元以下罰金。」

意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他

物品者，亦同。

前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。」

本條為司法院釋字第617號解釋標的，雖然該號解釋並沒有特別提到雙軌理論，但已經隱含區分內容 / 非內容限制而異其審查標準的精神。該號解釋將猥褻物品區分為「含有暴力、性虐待或人獸性交等之猥褻物品」（以下簡稱「特殊猥褻物品」）與「其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻物品」（以下簡稱一般猥褻物品），前者完全不得散布、播送、販賣或其他任何流通，後者於採取適當之安全隔絕措施後仍得流通。也就是說，在合憲性解釋下，嚴重違反社會多數共通之性價值秩序的特殊猥褻物品，可以完全限制其流通。而違反社會多數共通之性價值秩序程度較輕微的一般猥褻物品，採取安全隔絕措施後即可繼續流通，言下之意就是完全限制一般猥褻物品流通，等同於對於所有猥褻性言論的內容限制，將無法通過合憲性審查；反之，要求一般猥褻物品流通時要有安全隔絕措施，僅係對於猥褻性言論的非內容限制，干預程度較為輕微，可以通過合憲性審查。

（三）兒童及少年福利與權益保障法

兒童及少年福利與權益保障法第46條規定，網際網路平臺提供者應自律限制兒童及

註12：參見司法院釋字第617號解釋理由書：「（邊碼4）又兒童及少年性交易防制條例第二十七條及第二十八條之規定，為刑法第二百三十五條之特別法……」

註13：參見兒童及少年性剝削防制條例第28條（即現第38條）96.06.14修正理由：「一、處罰持有兒童色情物品，主要理由有三：1.兒童及少年色情產品為對受害人虐待之永久紀錄，足以對其未來造成持續性傷害」

少年接取、瀏覽有害兒少身心健康之網際網路內容（以下簡稱有害網路內容），與同法第46條之1規定個人不得於網際網路上散布或傳送有害網路內容，共同構成該法保障兒童及少年不受有害網路內容之規範。前者規範對象為網際網路平臺提供者，且未直接課予渠等義務，而係第1項授權成立網路內容防護機構建立防護機制¹⁴，渠等的義務係依據本條第2項訂立自律規範採取防護措施，及依據第3項限制兒童及少年接取、瀏覽有害網路內容，或將之先行移除，也就是說，並非網際網路平臺提供者的言論自由受到干預；後者限制任何人未採取防護措施於網際網路上散布或傳送有害網路內容，干預有害網路內容發表者的言論自由，規範方式也可與司法院釋字第617號解釋作成後的中華民國刑法第235條對比。

兒童及少年福利與權益保障法第46條之1：「任何人不得於網際網路散布或傳送有害兒童及少年身心健康之內容，未採取明確可行之防護措施，或未配合網際網路平臺提供者之防護機制，使兒童及少年得以接取或瀏覽。」

三、合憲性審查：目的是否為重要公共利益？

中華民國憲法本文及增修條文均未對兒少

權益有所著墨，惟司法院釋字第623號解釋理由書明確表示：「兒童及少年之心智發展未臻成熟，與其為性交易行為，係對兒童及少年之性剝削。性剝削之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權（聯合國於西元1989年11月20日通過、1990年9月2日生效之兒童權利公約第19條及第34條參照），為重大公益，國家應有採取適當管制措施之義務，以保護兒童及少年之身心健康與健全成長。兒童及少年性交易防制條例第1條規定：『為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例』，目的洵屬正當。」保護兒少免於性剝削，從而維護兒少身心健康與健全成長，應為重要公共利益無疑。

有必要進一步說明的是，虛擬兒少的猥褻物品的製作過程未傷害真實兒少，持有或散布虛擬兒少的猥褻物品也不會對真實兒少造成二次傷害，則法院及主管機關如何主張禁止製作、持有或散布虛擬兒少的猥褻物品有助於保護兒少免於性剝削呢？

四、合憲性審查：目的與手段間是否有實質關聯？

法院及112年1月10日修正理由的論點可以

註14：依據iWIN完成之「網路有害兒少身心健康內容防護層級例示框架」，有害兒少身心健康之網際網路內容包括：一般色情、兒少色情、暴力、恐怖、血腥、有害兒少物品，以及其他違反有害兒少身心健康內容。每一項依嚴重程度可分作1到4級，而異其建議最低防護機制：最嚴重的第4級應禁止出現，第3級應設立嚴格年齡防護機制，第2級應有阻攔機制，第1級無建議最低防護機制。值得一提的是，依據107年7月31日公開版本，一般色情項下規範真實人物與虛擬人物，兒少色情項下則僅規範真實兒少。也就是說，iWIN不採兒童及少年性剝削防制條例亦規範虛擬兒少的見解。

泛稱為「誘發犯意說」，此說可參見臺灣高等法院107年度上易字第1109號刑事判決。判決中，法院引用96年7月4日修正兒童及少年性交易防制條例第28條（現第38條）的修正理由：「2.兒童色情圖片對慾望的刺激是有關聯性的，觀看之後可能會採取實際的行動去傷害兒童」，主張「……避免觀看兒童或少年色情圖畫、照片之人，於觀看後採取實際行動去侵害兒童或少年，提高犯罪之危險性，應認兒童及少年性剝削條例第38條所定之兒童或少年為性交、猥褻行為之『圖畫』，當包含描繪未滿18歲之兒童或少年為性的露骨行為之素描、漫畫、繪畫等色情圖畫，至所描繪之兒童或少年，是否確有其人，則非所問。」

112年1月10日修正兒童及少年性剝削防制條例第2條，其修正理由二、（二）：「……而衡酌九十六年七月四日修正公布之兒童及少年性交易防制條例第二十八條規定之物品包括兒童或少年為性交或猥褻行為之圖片，其立法理由揭示，處罰持有兒童色情物品之主要理由係兒童色情圖片對慾望之刺激具關聯性，觀看後可能採取實際行動傷害兒童，嗣兒童及少年性交易防制條例於一百零四年二月四日修正公布為現行名稱及全文，上開第二十八條規定修正移列為第三十八條，將

原第二十八條第一項之『圖片』修正為『圖畫、照片』，即為保護兒童及少年身心健全發展，避免兒童及少年遭受任何形式之性剝削、從事色情表演或作為色情之題材而助長性差別待遇意識，避免觀看兒童或少年色情圖畫、照片之人，採取實際行動侵害兒童或少年，提高犯罪之危險性，爰原第三款之性交或猥褻行為之圖畫仍有規範必要，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。……」縱未正面肯認虛擬兒少亦受兒童及少年性剝削防制條例規範，明顯採取「誘發犯意說」。而依此說推論，虛擬兒少亦應受兒童及少年性剝削防制條例規範。

觀看虛擬兒少的猥褻物品後，是否會誘發觀看者進一步侵害兒童或少年，這是一個實證的問題，目前主管機關衛生福利部並未提出相關數據以實其說¹⁵。退步言之，縱使認為保護兒少免於性剝削極為重要，不能夠因為欠缺研究就鬆懈對於兒少的保護，「誘發犯意說」邏輯上仍有矛盾。

猥褻物品「客觀上足以刺激或滿足性慾」（參見司法院釋字第617號解釋）。縱使**概念上可能**有人因觀看虛擬兒少的猥褻物品而採取實際的行動去傷害兒童，**實際上**是否曾經

註15：113年2月5日，有民眾於公共政策網路參與平台提議「二次元創作（虛擬產物、圖畫）受兒少性剝削條例規範限制的適切性」，提議內容：「1.相關單位應先提供二次元創作（虛擬產物、圖畫）與真實兒少受害之相關性數據與社會調查結果（如已發生之案件多少比例是受虛擬創作誘導而發生），並參考其他國家進行相關措施後的成效，再進行條例的研議，也應考量此條例的修訂解釋對於其他民眾權益的影響。」衛生福利部後續未回應相關性數據的質疑。衛生福利部保護服務司網站公布之兒童及少年性剝削被害人相關統計，亦無加害人是否受虛擬兒少猥褻物品誘發犯意之資料。

發生過不清楚；反之，**概念上接觸**虛擬兒少的猥褻物品也能夠滿足性慾，是否有觀看者因性慾獲得滿足，從而未採取實際行動對兒少造成傷害，也未可知。由於實證研究的匱乏，難以判斷「誘發犯意說」下，限制虛擬兒少的猥褻物品是否真的發揮保護兒少免於性剝削的功能。

另一個論點出自台灣展翅協會秘書長陳逸玲，或可稱之為「犯罪工具說」。陳逸玲於113年3月21日衛生福利部召開的「研商二次元創作適用兒童及少年性剝削防制條例疑義會議」中表示，「兒童及少年性剝削防制條例將虛擬兒少性剝削影像納入規範，是因這樣的製品對兒童仍有影響性及潛在傷害，實務上仍可見用此**誘拐兒童、減低兒童性敏感度**的案例，顯見這類製品確實仍會對兒童造成傷害¹⁶。」陳氏進一步表示，「兒童及少年性剝削防制條例所規範內容是指涉及強調放大兒童性交、孩童性器官，或是孩子被性侵卻很享受等內容，並不是所有虛擬圖畫都在範圍內，也不是所有二次元創作都受限¹⁷」。

根據衛生福利部保護服務司統計，兒童及少年性剝削受害人，110年度有1848人、111年度有2271人、112年度有3346人。任何一件兒少受性剝削的案件都值得重視，本文無意主張虛擬兒少的猥褻作品被用作對兒少性剝削的案件數量少，因而無管制的必要。惟虛擬兒少的猥褻作品縱用作兒少性剝削案件的犯罪工具，對於犯罪結果的發生有多大的

貢獻則有疑問。如果兒少性剝削案件中涉及虛擬兒少的猥褻作品者不過千分之一、二，顯然絕大部分的兒少性剝削案件無須虛擬兒少的猥褻作品作為犯罪工具，則在涉及虛擬兒少的猥褻作品的案件中，去除虛擬兒少的猥褻作品，是否真的能防止犯罪結果發生？或者，縱使去除虛擬兒少的猥褻作品，行為人仍有其他諸多手段可用於誘拐兒童，或降低兒童性敏感度，而無法達到減少兒少性剝削案件發生的效果呢？

退步言之，縱使不論虛擬兒少的猥褻作品對於犯罪結果貢獻的大小，兒童及少年性剝削防制條例無法限制國外的創作者繼續創作虛擬兒少的猥褻物品、也無法限制架設在海外的色情網站刊載虛擬兒少的猥褻物品，兒童及少年福利與權益保障法亦無法限制人民接取前開網站，則於國內限制製作、持有或散布虛擬兒少的猥褻物品，是否真的能防止行為人取得虛擬兒少的猥褻物品，實令人懷疑。

再退步言之，縱認即使行為人可輕易取得海外虛擬兒少的猥褻物品，仍不應縱容國內製造、散布或持有可能被用於實行兒少性剝削案件的工具，惟前已言之，依兒童及少年性剝削防制條例第4條，6歲以上兒童或少年以每學期接受至少兩小時之兒少性剝削防制教育。而6歲以下兒童，依兒童及少年福利與權益保護法第51條：「父母、監護人或其他實際照顧兒童及少年之人，不得使六歲以下

註16：參見〈虛擬兒少性影像違法與否民團肯定由公權力認定〉，中央通訊社，113/3/21（網址：<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202403210361.aspx>；最後瀏覽日期：113/10/28）

註17：同前註。

兒童或需要特別看護之兒童及少年獨處或由不適當之人代為照顧。」則在6歲以下兒童由可信賴之人全天候提供完善照顧，6歲以上兒童亦已每學期接受充分之兒少性剝削防制教育，是否已足以防止少數行為人使用虛擬兒少的猥褻物品達到誘拐兒童或減低兒童性敏感度之結果？雖然不應將防制兒少性剝削案件的努力全部由兒少這一方承擔，但考量到法規上本來就已要求高級中等以下學校的兒童或少年接受兒少性剝削防制教育，且在犯罪中利用虛擬兒少的猥褻物品者如本文推測，僅占全體案件中的極少數，則兒少性剝削防制教育的落實顯然要優先於虛擬兒少的猥褻物品的查禁。是以，縱使當前高級中等以下學校提供的兒少性剝削防制教育尚不足以防止行為人利用虛擬兒少的猥褻物品誘拐兒童或減低兒童性敏感度，首先仍應完善兒少性剝削防制教育。兒少性剝削防制教育完善後，如果已有效防止行為人使用虛擬兒少的猥褻物品誘拐兒童或減低兒童性敏感度，則再依「犯罪工具說」禁止製造、散布或持有虛擬兒少的猥褻物品，則與所欲保護的兒少免受性剝削的法益欠缺實質關聯性。

綜上所述，不論採「誘發犯意說」或「犯罪工具說」，目前都欠缺證明虛擬兒少的猥褻物品會誘發性剝削兒少的犯意或淪為誘拐兒童、降低兒童性感度的工具的實證數據。在此前提下，本文以為考量保護兒少免於性剝削為重要公共利益，只要「誘發犯意說」或「犯罪工具說」在道理上說得通，即可認為對於保護兒少免於性剝削有實質關聯。然而，「誘發犯意說」忽略猥褻物品亦有滿足性慾的功能，虛擬兒少的猥褻物品有

可能滿足潛在行為人的性欲，從而抑止渠等採取實際的行為。在欠缺實證數據的前提下，正負相抵，難以肯認查禁虛擬兒少的猥褻物品，確實與保護兒少免於性剝削間有實質關聯。「犯罪工具說」則未考量替代的犯罪工具、海外虛擬兒少的猥褻物品的可及性，以及兒少性剝削教育的成效，與保護兒少免於性剝削間亦欠缺實質關聯。是以，以保護兒少免於性剝削為由限制言論自由（虛擬兒少的猥褻物品），因目的與手段間欠缺實質關聯，無法通過合憲性審查。

參、結語

前已言及，解釋論上，直接將兒童及少年性剝削防制條例第2條、第36條、第38條的「兒童」及「少年」解釋成包含虛擬兒少的話，則對於虛擬兒少猥褻物品的製作、散布及持有者的刑罰，均另外評價了真實兒少猥褻物品的製作、散布及持有對於真實兒少的傷害，而有違反平等原則之嫌。而「兒童」、「少年」依據兒童及少年福利與權益保護法第2條之立法定義，應係指未滿18歲之人，則是否符合譚納標準及是否身著學生制服均非所問。即便認為兒童及少年性剝削防制條例的「兒童」及「少年」可與立法定義者不同，仍要面對同樣的標準是否回過頭來用到真人出演的猥褻物品上。當然，解釋論上也會面對下述立法論中有侵害言論自由之嫌的問題。

立法論上，即便虛擬兒少猥褻物品可罰論者放棄既有的兒童及少年性剝削防制條例條文，另起爐灶，亦應通過合憲性的審查。查

禁虛擬兒少猥褻物品干預人民的言論自由，若以歷年來司法院解釋所引進的美國聯邦最高法院的類型化方法，屬於對低價值言論的內容限制，應採用中一度審查標準，必須為增進重要公共利益目的，方得立法採取與上述目的之達成間具有實質關聯之手段，查禁虛擬兒少猥褻物品。

保護兒少免於性剝削，從而維護兒少身心健康與健全成長，為重要公共利益無疑。查禁虛擬兒少猥褻物品如何保護兒少免於性剝削，法院及112年1月10日修正理由的論點為「誘發犯意說」，另有實務工作者主張兒少性剝削案件中，曾有虛擬兒少猥褻物品被用於誘拐兒童、減低兒童性敏感度之案件，本

文稱之為「犯罪工具說」。礙於實證資料的缺乏，本文僅就兩說道理上是否說得通做判斷，結論是均難謂與保護兒少免於性剝削間有實質關聯性。

或許查禁虛擬兒少的猥褻物品的理由不限於本文所整理出來的二說，或許實證調查的結果會顯示查禁虛擬兒少的猥褻物品確實能保護兒少免於性剝削。但面對性、兒少以及戀童癖等社會敏感議題，如同這次iWIN事件中臺灣社會的表現，能夠大家坐下來思考法律政策的成效及代價，已經是法律人所能期待極為理想的狀況了。本文也許尚不能涵蓋所討論爭議的全貌，但希冀面對未來可能再起的議論，能貢獻一二。