

# 我國ACG文化下動漫創作管制之正當性反思

張偉志\*

## 壹、前言

回顧我國的漫畫發展史，民國（下同）51年修正公布、55年正式實施之「編印連環圖畫輔導辦法」有相當深遠的影響，該部法令開啟我國的漫畫審查制度，導致興盛一時的本土漫畫走向衰退、台灣漫畫家封筆改行、國內漫畫產業幾乎停擺，出版社為了填補審查制度所造成的市場真空，將日本漫畫以盜版翻印的形式大量引進台灣，因而培養起台灣閱聽者對於日系漫畫作品的接受程度與閱聽習慣，奠定日後台灣社會對於日系漫畫、動畫的閱聽與創作文化基礎<sup>1</sup>。

在今日我國自由民主憲政秩序之下，已發展出蓬勃且富有活力的多元文化社會，任何人可以本於其自身信念與價值認同去自由追隨、參與任何文化，並成為文化社群的一份子。漫畫、動畫等著重視聽覺感官的藝術形式，其內容虛構性及表現手法無設限的本

質，促使動漫作品能包容任何的創作理念，讓動漫文化的內在多元性發揮得淋漓盡致。

不過，現行我國法令對於動漫創作，仍存在程度不一的管制措施，其正當性是否合理，不無疑問。本文擬以憲法多元文化國原則與動漫文化研究為核心主軸，先介紹以動漫創作為核心之ACG文化的內涵與特色，其次說明多元文化國為ACG文化與動漫創作的憲法保障基礎，最後探討現行管制措施的正當性並提出若干反思。

本文所稱的「動漫創作」，包含動態面的創作活動以及靜態面的創作成果。

## 貳、我國ACG文化與動漫創作

### 一、何謂「ACG」？

ACG是Anime<sup>2</sup>（動畫）、Comics（漫畫）、Games（電玩遊戲）的合稱縮寫，意指動漫<sup>3</sup>或二次元<sup>4</sup>，意涵上包含所有與動漫相關聯的

\* 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：關於「編印連環圖畫輔導辦法」作為我國漫畫審查制度的緣由、內容、運作與影響，請參見周文鵬（2007），《臺灣漫畫審查現象及其對國內漫畫發展影響之研究》，淡江大學中國文學系碩士論文。

註2：英文「anime」為日文「アニメ」（全稱「アニメーション」，為源自英文「animation」的外來語）的發音寫法，意指「動畫」。在ACG文化的語意情境，大多指日本製或具日式風格的手繪影片。

註3：動漫一詞為「動畫」與「漫畫」的慣用合稱，泛指動畫、漫畫以及一切與動漫有關的事物。「動漫」為較新興的用法，早期多使用「卡漫」（即「卡通」與「漫畫」的慣用合稱）一詞。「卡通」為源自

娛樂與藝術表現形式，例如Novels（小說，指輕小說<sup>5</sup>）、Idols（偶像，指日式偶像<sup>6</sup>、與動漫作品有關的偶像<sup>7</sup>）、VTuber（虛擬YouTuber<sup>8</sup>）、Drama（戲劇，指日劇、動漫作

品衍生的廣播劇及舞台劇）、Music（音樂，指與動漫作品有關的歌曲<sup>9</sup>）。

「ACG」為在台灣的語言使用情境下所發明的詞彙<sup>10</sup>，由喜愛日本二次元、御宅文化

英文「cartoon」的英譯外來語，根據教育部《重編國語辭典修訂本》，意指「一種誇張、象徵性的美術畫法」，在台灣的語言使用情境，多指供未成年人觀賞的手繪影片即「卡通影片」。但自從日本動畫在華語圈越來越多閱聽者後，中文語彙用法上逐漸以「動畫」指稱「日本卡通影片」或「日式卡通影片」，與日文「アニメ」在日本的使用情境大致相同。

註4：二次元為日文「二次元」在中文的直接引用，「次元」為數學與物理空間的「維度」同義詞，二次元原指二維空間或二度空間，亦即平面空間。因動畫、漫畫及電玩遊戲均以平面媒體呈現虛擬角色，其構成具有二維空間的本質，故常被稱為「二次元」。相對而言，人類生活的現實空間則為三維空間，亦即「三次元」。在台灣，「二次元」與「三次元」經常被用作動漫世界與現實世界的對應詞。請參見董驥（2018），《二次元文化中的動漫詞彙研究——以臺灣網路傳媒為中心》，第16頁，國立政治大學中國文學系碩士論文。而當二次元作品的虛構角色與三次元世界的真人（例如聲優、cosplay角色扮演者）產生跨界連結時，則稱為「2.5次元」。

註5：輕小說為源自於日本的通俗小說子類型，內容特色為高度的娛樂性與易讀性，文體相當口語直白，故事題材包羅萬象，目標讀者通常為國、高中生與年輕人，書本封面與內頁有動漫風格的單頁式、跨頁式或多頁摺疊式插圖。中文「輕小說」一詞源自於日文「ライトノベル」，該日文名詞為和製英語「light novel」（和製英語指僅使用於日文情境的日文本土自製外來語，並非源自英文）。有論者認為，輕小說因題材多元而無法以傳統的「類型化敘事公式」（如推理小說、科幻小說）進行分類，其本身為獨立且有別於其他文類的文學類型，並從輕小說出版商業邏輯所設定「發生在青少年日常生活中、切身相關的社會議題與生活議題」的觀點，認為一項文本作品歸類為輕小說的方式為「出版社說了算」。參見楊若慈（2014），〈日本輕小說的初步觀察：一個文化商品的突圍與限制〉，國立交通大學通識教育中心（編），《另眼看御宅——跨媒體傳播下的日本文化剪影》，第50-52頁，國立交通大學出版社。

註6：此處的「idol」，專指在日文使用情境下的「アイドル」（和製英語），亦即於流行文化中受人崇拜的藝人。相對而言，在英文使用情境下，「idol」具有多重義涵，除指藝人之外，尚指宗教膜拜對象、神像、受崇拜之人或物。

註7：例如聲優（源自於日文「声優」），亦即在日本動畫產業以偶像化方式所培養的動畫配音員。當今的聲優除須具備精湛的聲音演出技能外，通常亦須具備一定程度的歌唱技能，甚至是戲劇表演技能。關於日本聲優文化在台灣的容受現象，請參見楊雅婷（2017），〈虛與實的融合體2.5次元的魅力——論日本聲優風潮之形成與聲優文化在臺之現況〉，梁世佑（編），《過動：第五屆御宅文化研討會暨巴哈姆特論文獎文集（上）》，國立交通大學出版社。

註8：VTuber一詞為「virtual」與「YouTuber」的合稱，指主要活動在影片網站YouTube以二次元/動漫風格虛擬角色形象（此虛擬角色形象稱為「皮」，幕後真人稱為「中之人」）與閱聽者即時互動的網路直播主。

註9：主要指動畫作品中的歌曲（日文「アニメソング」或簡稱「アニソン」，和製英語「anime song」），包含片頭曲、片尾曲、片中曲（插入曲）、角色歌等。在日本，動畫歌曲已成為J-POP（日本流行音樂）下自成一體的獨立類型。此外，VTuber、以翻唱或改編動漫歌曲為出道起點的獨立創作者，其所製作、演唱的原創歌曲，亦會被歸類為與動漫作品有關的歌曲。

註10：除最常見的「ACG」簡稱用法外，亦有「ACGN」（動畫、漫畫、電玩遊戲、輕小說）、「ACGND」（動畫、漫畫、電玩遊戲、輕小說、戲劇）、「ACGNIV」（動畫、漫畫、電玩遊戲、輕小說、偶像、VTuber）等簡稱用法。

的台灣動漫愛好者所自創<sup>11</sup>，至今在國內已為社會所慣用，成為「動漫」的代稱或替換詞，甚至逐漸具有一定程度的正式性<sup>12</sup>、學術性<sup>13</sup>，並已廣泛使用於全球華語圈<sup>14</sup>。

動漫迷或ACG愛好者又稱御宅族<sup>15</sup>，於當今台灣社會的語言使用脈絡，泛指對於動漫、ACG相關聯的娛樂與藝術表現形式有一定程度喜愛，並認同動漫、ACG所展現的文化現象之人。在台灣的口語情境，有時亦使用「宅宅」、「宅男」、「宅女」作為代稱。

## 二、我國ACG文化及其內涵

文化是人類內在思想、精神與價值認同於有形與無形方面的外在展現，反映在個人的生活風格、社群的互動模式與社會的整體運作<sup>16</sup>。流行文化為當今社會下透過大眾傳媒與商業運作於大眾之間所盛行的現象，並以

快速變化為特徵。

ACG文化，或稱動漫文化、二次元文化、御宅文化，指以動漫創作為核心，由創作者、商業營運者、閱聽者（尤其是動漫愛好者）共同構成文化參與者，透過單方輸出與多方互動，所形成自成一格之內在價值認同與外在實踐行動的流行文化現象。

### （一）我國ACG文化的外來容受與在地化

誠如前言所述，在「編印連環圖畫輔導辦法」的漫畫審查制度下，台灣本土漫畫式微，取而代之的是以盜版翻印形式大量引進台灣的日本漫畫，逐漸培養台灣閱聽者對於日本漫畫作品的接受程度與閱聽習慣。

此外，基於文化圈地域性及文化相似性，日本動漫創作（無論是動畫、漫畫、電玩遊戲、輕小說等）的創作內容與表現手法，均為台灣閱聽者高度接受，因此以動漫創作為

註11：最早見於國立中山大學BBS站（Bulletin Board System，電子布告欄系統）動漫板名稱「ACG\_Review板」，後由國內早期動漫愛好者團體「傻呼嚕同盟」發揚光大。請參見維基百科「ACG」條目，網址：

<https://zh.wikipedia.org/zh-tw/ACG>（最後瀏覽日期：2024年11月15日）。

註12：依文化內容策進院設置條例所設立、由文化部所監督的行政法人「文化內容策進院」（簡稱文策院），於其公開文件、記者會場合即多次使用「ACG」指稱動漫。

註13：例如，致力推動台灣ACG研究的學術團體「台灣ACG研究學會」即在組織名稱上使用「ACG」一詞，並以該組織名稱向內政部立案登記為人民團體（成立日期：2022年5月22日，立案證書字號：1110036829）。另外，從國內大專院校的碩博士論文來看，根據國家圖書館「臺灣博碩士論文知識加值系統」，截至本文完稿為止，共計有19篇論文直接在論文題目使用「ACG」一詞指稱動漫。

註14：例如中國知名影音平台bilibili（B站）之營運商哔哩哔哩股份有限公司（港交所：9626）提交予香港交易所（香港交易及結算所有限公司）之上市公司年報即使用「ACG」一詞指稱動漫。請參見哔哩哔哩股份有限公司（2024），《2023年度報告》，第20頁。

註15：「御宅族」一詞源自日文「おたく」（或以片假名寫作「オタク」），以日文漢字寫作「お宅」或「御宅」。

註16：聯合國教育、科學及文化組織〈世界文化多樣性宣言〉序言將「文化」視為「某個社會或某個社會群體特有的精神與物質，智力與情感方面的不同特點之總和；除了文學和藝術外，文化還包括生活方式、共處的方式、價值觀體系，傳統和信仰（the set of distinctive spiritual, material, intellectual and emotional features of society or a social group, and that it encompasses, in addition to art and literature, lifestyles, ways of living together, value systems, traditions and belief）」。

核心的日本二次元文化及其文化發展脈絡，在各方面均為台灣高度容受，且時至今日此一外來文化在地容受的現象仍持續進行，據此形塑我國的ACG文化。

儘管具有高度的日本風格與日系色彩，台灣ACG文化仍有發展出在地化的內涵，例如前述「ACG」一詞的發明與使用、源自中國歷史人物並在台灣ACG圈流行的網路迷因「曹氏宗親會」<sup>17</sup>等。此外，近年來韓國漫畫（尤其是條狀漫畫，簡稱條漫）亦隨智慧型手機與通訊軟體的普及化而培養越來越多的台灣閱聽者，使台灣ACG文化在不久的將

來可能會逐漸出現不同文化的揉雜現象<sup>18</sup>。

## （二）從小眾次文化到大眾流行文化

ACG文化在我國已發展多年，並已形成穩定成熟的文化社群。但若回顧發展歷程，儘管程度上不如日本御宅族般在當地所受到的嚴重歧視與誤解，但台灣主流社會過去對於當時仍屬小眾次文化的ACG文化或多或少帶有偏見<sup>19</sup>，研究御宅學的社會學者甚至幽默看待外界的刻板印象<sup>20</sup>。

近年在商業運作的推波助瀾之下，不少熱門日本動漫作品在我國形成風靡一時的社會現象<sup>21</sup>，此外，各級政府與相關部會亦持續

註17：此用語源自於東漢末年掌控漢室、權傾天下的丞相曹操，根據史書記載，就可考證的範圍，曹操有15名妻妾，其中多有先前已有婚姻者（如杜夫人、尹夫人、鄒夫人）。於中國ACG圈，有創作者以幽默、揶揄的二次創作方式特別強調曹操「喜愛人妻」的稗官野史形象，進而逐漸成為流行於全球華語ACG圈的網路迷因，後於2024年7月間，台灣有創作者工作室舉辦「曹氏宗親會-人妻主題同人創作交流會」實體活動，進一步將此網路迷因發揚光大。在ACG圈的語言使用情境，「曹操」、「曹賊」、「曹氏宗親會」、「曹幸福」等用法，均指喜歡人妻角色或人妻屬性的愛好者或癖好。

註18：就筆者的觀察，儘管現階段文化揉雜現象尚不明顯，且韓國漫畫背後的文化思想是否、如何影響台灣ACG文化亦尚待觀察，不過若從產業面的角度，或許可看出未來的發展軌跡。在日本，動漫作品的原作通常為漫畫或輕小說，先改編成動畫，以建立、強化作品的知名度，而後則進一步改編成電玩遊戲、廣播劇、影視戲劇、舞台劇等藝術形式。而在韓國，動漫作品的原作大多為漫畫，而後則改編成影視戲劇（例如韓國電影《與神同行》即改編自同名韓國漫畫），成為韓國相當成熟之影視產業、影視圈的一環，卻也因此脫離了動漫圈，甚至為數不少的韓國漫畫家創作的目的，即是希望自己的漫畫作品將來能翻拍成影視戲劇。不過，近年來出現一種更有趣的現象：部分韓國漫畫原作交由日本動畫公司改編成動畫，並由日本聲優進行配音，例如在台灣ACG圈頗具話題性的韓漫改編動畫《我獨自升級》，此種跨國界、跨文化的產業合作，是否、如何影響台灣ACG文化，亦令人拭目以待。

註19：請參見苦勞網，〈污名御宅族動漫愛好者中視抗議〉，2007年9月23日，網址：<https://www.cooloud.org.tw/node/9021>（最後瀏覽日期：2024年11月15日）。

註20：例如「因為現實中交不到男女朋友，所以才會喜歡ACG嗎？」、「現實和虛幻一定分不清楚才會去喜歡那些（二次元的）東西吧？」、「動漫宅宅——男的是怪大叔、女的是魚干妹？」、「喜歡動漫的宅宅不擅長跟人搭話、人際關係也不是很好？」、「宅宅都是魯蛇嗎？是不是社會適應不良才會喜歡虛擬人物？」、「腐女是不是都很好色才會去看BL？」、「宅宅通常坑疤臉，油性頭皮但又不仔細洗頭，只穿Tshirt不穿襯衫，襪子只有白色的？」、「房間床單一定印有蘿莉女角？」請參見王佩迪（2015），〈棄療入宅之快問快答〉，氏編，《動漫社會學：別說得好像還有救》，第29-47頁，奇異果文創。

註21：例如《鬼滅之刃》、《SPY×FAMILY間諜家家酒》、《【我推的孩子】》、《葬送的芙莉蓮》。

大力支持動漫展覽並鼓勵動漫創作，甚至願意接受新興的ACG文化藝術表現形式<sup>22</sup>。因此，目前台灣的ACG文化在逐漸拓展社群成員的發展之下，儼然漸成為大眾流行文化。

### （三）ACG文化的高度包容性

動漫創作的本質為虛擬、虛構世界，不需要受到現實世界的法律、道德觀與價值觀等規範所約束，亦無需理會現實世界的物理或自然法則，再加上動漫創作屬於側重視聽覺感官的表現形式，各種誇張、荒誕不經的題材、創意發想、表現手法均可自由發揮，而能創造出各種天馬行空、無限可能的內容。

因此，以動漫創作為核心的ACG文化，可以完全包容各式各樣的想法、喜好、價值觀、性別認同、性癖，慾望、幻想、妄想，所有人皆能找到屬於自己的歸屬之處，展現出ACG文化的強大包容性與極致多元性。

### （四）ACG文化的三大特色：性、萌、絆

誠如前述，我國ACG文化高度容受日本二次元文化，因此兩者在文化內涵上並無太大差異。

ACG文化是以「動漫作品」（尤其作品中的角色）為核心基底，先由創作者基於其創意發想與目標受眾設定進行內容創作，再由商業營運者推廣、行銷作品，最後由閱聽者接受作品內容並作出相對應的文化實踐行為（如觀看動漫作品、購買周邊商品、參加聲優見面會、從事同人二次創作<sup>23</sup>、進行cosplay

角色扮演等）。

作品之所以能被推廣、被閱聽，乃因其內容為文化社群成員所接受，展現出創作者與閱聽者有共同、共享的文化認同與價值觀。因此，透過作品內容的梳理，即可探知並瞭解整體ACG文化中的重要內涵。以下筆者將以文化參與者的觀察角度，歸納出ACG文化的三大特色：性、萌、絆。

#### 1.性：滿足性的需求

性，為人類的生物本能與原始需求，亦為生命延續的契機。從古至今，不論何種文明、何種文化，均可在各種文化藝術形式看見「性的表現」。

以動漫作品為核心的日本二次元文化，乃至於台灣及全球華語圈ACG文化，「性的表現」均為至為顯著的文化特色，甚至與「萌」的文化特色不相上下。

此處的「性」並非僅指性慾或色情，而是一種非常廣義的概念，可分為四個層次：(1)最狹義的色情與猥褻、(2)性方面的誘惑或挑逗、(3)角色性別或性別特徵的魅力、(4)以隱晦表現任由閱聽者自行做性相關的幻想。

第一個層次，為最狹義的概念，亦即一般意義下的色情與猥褻。除非是以色情表現為核心的18禁成人動畫（表番），以一般大眾為目標閱聽者的動畫

註22：例如國營事業中華郵政公司與台灣VTuber的商業合作，以及公共電視自2023年起舉辦「金V獎」以推廣台灣VTuber文化。

註23：「同人」，指「志同道合之人」，「二創」即二次創作，指作品愛好者將喜愛的官方作品（通常為商業作）用自己的方式進行詮釋。參見蔡明叡（2019），〈台灣同人二創的「愛」與商業轉變〉，胡正光、周文鵬（編），《另眼看御宅2：熱血二次元的動漫部落格》，第25頁，國立交通大學出版社。

（表番）較少露骨展現此方面。不過在同人二次創作的文化實踐當中，以原作角色為基礎而改編的同人本，通常會大量、極致展現色情與猥褻要素，藉此展現創作者的創意與幻想，並滿足閱聽者的喜好與慾望。

第二個層次，為引起閱聽者感受到「性方面誘惑或挑逗」的表現手法，例如乳搖<sup>24</sup>、幸運色狼<sup>25</sup>、塗防曬乳<sup>26</sup>、

角色自稱「真空」<sup>27</sup>、兔女郎衣裝、死庫水<sup>28</sup>、過膝襪的穿著過程<sup>29</sup>、裸足（並在構圖比例上特別顯眼）、鴨子坐<sup>30</sup>、體育坐<sup>31</sup>、以極甜美聲音嗲喊「お兄ちゃん」<sup>32</sup>等。

第三個層次，為呈現角色性別或性別特徵的魅力，如性感、刻意顯露性別特徵的衣裝設計；此外，還有刻意模糊化男性與女性的生理性別界線及

註24：乳搖，指女性角色胸部的晃動表現。關於乳搖的議題分析，詳參劉揚銘（2017），〈虛擬與現實中的乳搖想像〉，梁世佑（編），《過動：第五屆御宅文化研討會暨巴哈姆特論文獎文集（上）》，國立交通大學出版社。

註25：「幸運色狼」一詞為日文「ラッキースケベ」（和製英語「lucky スケベ」）的中文翻譯，意指某一角色因意外或無意間觸碰或看見另一角色的上半身或下半身私密部位。於動漫作品中，「幸運色狼」橋段最常出現在浴室、露天澡堂、學校樓梯、更衣室，通常「幸運者」為男性角色，遭觸碰或看見的為女性角色。

註26：專指在夏天的海邊場景，女性角色呈現趴姿、解開泳衣或已裸露背部，並要求另一男性或女性角色幫忙在背部塗抹防曬乳，且在塗抹過程中帶有某程度的性意味。例如《我的朋友很少》動畫第一季第10話，女主角柏崎星奈要求另一女主角三日月夜空為其塗抹防曬乳。

註27：指在衣裝下未穿著內衣或內褲的狀態。動漫作品最常見為角色自稱未穿著內褲，此情形有一專有名詞「ノーパン」（ノー・パンツ，和製英語「no pants」或「no panties」）。

註28：指日本學校女學生泳衣，日文為「スクール水着」，中文翻譯僅取用「スク水」，其中「スク」以音譯呈現「死庫」，日文漢字「水」則直接以中文「水」讀音，合稱即為「死庫水」。此種學校用泳衣為緊身連體泳裝，並完全遮蔽穿著者的胸部、腰部、腹部及陰部，但自大腿根部以下則完全裸露。儘管此種學校用泳衣為相當保守的泳裝設計，但動漫作品卻經常用來呈現性方面的挑逗（俗稱「遮比不遮還色」的典型應用）。例如在《約會大作戰》動畫第一季OVA（番外篇）中，女主角之一的鳶一折紙應男主角五河士道的指示，在公園換上死庫水的衣裝。又例如在物語系列《化物語》動畫第10話中，女主角之一即遭到蛇怪纏身的千石撫子，以死庫水的衣裝在北白蛇神社接受蛇怪斬除儀式。

註29：特別是緩慢且帶有挑逗性的穿法，或者女性角色伸出裸足並要求男性角色協助穿過膝襪，例如《繼母的拖油瓶是我的前女友》動畫第8話、《不時輕聲地以俄語遮羞的鄰座艾莉同學》動畫第1話。

註30：或稱「蘿莉坐」，指角色呈現跪坐姿勢並將小腿向外側分開。此種坐姿大多情形在展現女性角色的萌屬性，有時亦用來呈現性方面的挑逗。有趣軼聞為，中國官方編定的小學生課本曾經因插圖中的女孩呈現鴨子坐，而遭批評容易喚起男性的慾望。請參見鏡新聞，〈中國教科書又辱華？女孩「日式」坐姿遭指「易喚醒男性慾望」〉，2022年8月31日，網址：

<https://www.mnews.tw/story/20220831nm002>（最後瀏覽日期：2024年11月15日）。

註31：指角色呈現臀部著地且兩腿屈膝，大腿併攏，小腿或為併攏、或為交疊，而兩手通常抱著膝蓋。此坐姿常見於日本中小學體育課學生席地而坐的場景，因而得名。

註32：「お兄ちゃん」為「哥哥」在日文的親密用法。在日本二次元文化，此種表現手法，在某些作品係展現「兄控」（對親生哥哥抱持有戀愛情愆的妹妹）對於兄妹戀情的禁忌挑戰，後此種「兄控精神」或「意圖使人享受被親生妹妹角色愛慕的精神」擴展應用在其他非親兄妹的場合。

性別刻板印象，例如性別轉換<sup>33</sup>、男扮女裝<sup>34</sup>、女扮男裝<sup>35</sup>、偽娘<sup>36</sup>、偽偽娘<sup>37</sup>、蘿太<sup>38</sup>、扶他<sup>39</sup>。

第四個層次，「性」的色彩並不明顯，甚至有些隱晦不清，但背後的原意（或即便創作者在創作時並未察覺此方面的創作意識），多為激發起閱聽者自行去進行性方面想像或性幻想，並據此由官方推出周邊商品<sup>40</sup>，或由粉絲進行二次創作，例如男性向（目標閱聽者為男性）作品有一定數量為所謂的「後宮型」。而描繪男性之間愛情或友情的女性向（目標客群為女性）BL（Boy's Love）作品，即便原作本身並無任何明顯的性方面互動情節，但作者或多或少會隱晦地將其中的男性角色定位為「攻」或「受」，目的即在方便閱聽者自行想像或在二次創作時呈現性行為或性方面行動的創意發想。

## 2.萌：令人為之心動

ACG文化最廣為人知的文化特色，莫過於「萌」。由於即便非ACG文化社群

成員的一般人均清楚瞭解「萌」作為ACG文化特色的各種表現手法，故本文僅簡單介紹。

「萌」一詞為日文漢字「萌」的中文直接翻譯，核心意涵為「可愛」，用來形容可愛的角色形象、外觀要素。而後逐漸衍生使用在「令人為之心動」的情形，例如萌的行為、萌的性格、萌的台詞、萌的故事橋段，連「反差」（外觀與性格不一致、性格與行為不一致）都被評價為「萌」（反差萌）。

在日本二次元文化中，萌文化或萌要素具有舉足輕重的關鍵地位，成為動漫產業、商業運作的重要發展方向之一，例如日本書商芳文社旗下的漫畫雜誌連載諸多以「萌」為核心特色的漫畫作品，許多作品更隨著動畫化的成功而廣為人知<sup>41</sup>。此外，即便是戰鬥系、硬派或黑暗風格的動漫作品，亦有萌系外傳<sup>42</sup>、Q版小劇場<sup>43</sup>、Q版化角色的周邊商品，以滿足二次元、ACG文化下閱聽者對於「萌」的需求。

註33：例如《亂馬1/2》、《後街女孩》、《不當哥哥了！》。

註34：例如《漂亮臉蛋》、《老子是魔法少女》。

註35：例如《櫻蘭高校男公關部》的藤岡春緋、《偽戀》的鶴誠士郎、《奇諾之旅》的奇諾。

註36：指有著女性外貌的男性角色。例如《命運石之門》的漆原琉華、《調教咖啡廳》的神崎日照、《徹夜之歌》的蘆原白華、《不道德公會》的諾瑪·路恩。

註37：指看似為男性的偽娘，但實際上為女性的角色。例如《我的朋友很少》的楠幸村。

註38：指有著蘿莉（小女孩）外貌的正太（小男孩）角色。例如《佐賀偶像是傳奇》的星川莉莉。

註39：指同時具備男女性別的角色。例如《異種族風俗娘評鑑指南》的可利姆維兒。

註40：在男性向的後宮型作品，官方插圖或衍生周邊最常見的意象為，與同一位男主角有戀愛或曖昧關係的多位女性角色身穿西式新娘服或日式白無垢新娘服，並圍繞在男主角身邊。

註41：例如《K-ON！輕音部》、《請問您今天要來點兔子嗎？》、《搖曳露營△》。

註42：例如Fate系列《Fate/kaleid liner魔法少女☆伊莉雅》。

註43：例如《進擊的巨人》動畫藍光DVD所附的特典動畫Q版小劇場。

### 3.絆：讓人獲得支持感

另一較少人提及、但同樣重要的文化特色，為「情感連結」，或稱為「羈絆」（日文為「きずな」，日文漢字寫作「絆」），無論是人際之間愛情、友情、親情、嚮往、共同努力做某件而建立的特殊情誼，或此等情感的各種排列組合與交織，對彼此之間的情感上認同<sup>44</sup>。此一特色應源自日本社會的集體主義，經華語ACG圈容受後，恰與華人文化的集體主義一拍即合。

由於多數動漫作品的「想像上目標閱聽者」大多集中在國、高中生，此年紀正值長成過程中人生最迷惘的時期（對愛情、對友情、對未來），因此作品會

大量展現「絆」的要素，以最大化閱聽者的共鳴。「絆」展現在動漫作品當中，往往可以成功達到讓閱聽者動容、悸動、感動、低迴、矛盾、懸念、殘念、胃痛虐心、淚流滿面<sup>45</sup>、笑著笑著就哭了等情感上的渲染效果。這種「絆」的表現手法，目的在於使閱聽者對於作品產生共鳴與共感，以強化閱聽者對於作品及角色的認同，進而帶動後續的文化實踐行動。

在絆文化的影響下，動漫作品通常會呈現出典型的創作手法與角色設定。首先針對角色設定，作品主角原本為家裡蹲<sup>46</sup>、中二病<sup>47</sup>、陰角<sup>48</sup>、不擅人際互動<sup>49</sup>、獨來獨往<sup>50</sup>、遭到霸凌<sup>51</sup>、具格格

註44：在絆文化下，動漫作品中常見的經典台詞包含：「連我的份一起活下去？」、「為什麼不試著多依賴別人」、「我絕對不會認同你」、「你憑什麼擅自解讀我的心情」、「你是不是沒有朋友？」、「原來我們這樣算朋友？」、「因為我們是家人」等。

註45：無論在日本動漫圈或台灣ACG圈，公認最令人淚流滿面的經典作品，莫過於日本遊戲公司Key所製作的戀愛冒險遊戲《CLANNAD》（台灣有譯為「小鎮家族」），以及日本動畫公司京都動畫所製作的改編動畫《CLANNAD》（第一季）與《CLANNAD～AFTER STORY～》（第二季）。此作品的故事起點以高中少男少女為主角，並以愛情、友情、親情為敘事題材，鋪陳一段段催淚劇情。此作品的最高潮，為改編動畫《CLANNAD～AFTER STORY～》（第二季）的第16、17、18話。

註46：例如《果然我的青春戀愛喜劇搞錯了。》男主角比企谷八幡、《遊戲人生》男主角空與女主角白、《天使的3P！》男主角貫井響、《天使降臨到我身邊！》女主角星野宮子、《不當哥哥了！》男/女主角緒山真尋。「家裡蹲」一詞的日文為「引きこもり」，指長期隱身在家而不願外出露面之人。

註47：例如《中二病也想談戀愛！》女主角小鳥遊六花、《我的妹妹哪有這麼可愛！》女主角五更琉璃（黑貓）。

註48：例如《TIGER×DRAGON！》男主角高須龍兒與女主角逢坂大河、《喜歡本大爺的竟然就妳一個？》女主角三色院堇子、《弱角友崎同學》男主角友崎文也、《孤獨搖滾！》女主角後藤一里。

註49：例如《古見同學是溝通魯蛇。》女主角古見硝子、《情色漫畫老師》女主角和泉紗霧、《不會拿捏距離的阿波連同學》女主角阿波連玲奈、《雛子的筆記》女主角櫻木雛子、《星靈感應》女主角小之星海果。

註50：例如《我被綁架到貴族女校當「庶民樣本」》女主角天空橋愛佳、《敗北女角太多了！》男主角溫水和彥。

註51：例如《不知內情的轉學生不管三七二十一纏了上來。》女主角西村茜、《少女樂團吶喊吧》女主角井芹仁菜。

不入特徵（例如混血兒、外國人）<sup>52</sup>、性格上難以親近<sup>53</sup>、性格上狂暴而令人畏懼<sup>54</sup>等，一開始無法或拒絕融入所處的社會環境，經過故事情節的發展及自我矛盾的拉扯，逐漸回歸集體主義下的社會關係，與其他角色建立起情感連結。

其次，在故事設定為「異世界／從異世界轉生」的動漫作品，若頗析其背後的意涵（無論作者有意或無意），某方面而言即在凸顯來到／來自異世界而與眾不同、無依無助的主角如何逐漸與陌生世界的角色們建立起情感連結。

此外，在英雄式的動漫作品，日本式的英雄角色大多強調集體合作，例如典型由5位英雄組成且各有代表色的「戰隊」，並在各種戰鬥合作或冒險中建立起堅強的情感連結。相對而言，美國動漫作品則大多強調個人式的英雄主義，其他角色僅為輔助、眾星拱月的性質。

在ACG文化下，「絆」不只存在於虛擬動漫作品當中，更呈現在虛擬動漫角色與真實閱聽者之間，閱聽者對於虛擬角色展現出認同與喜愛，進而帶動文化實踐與商業運轉<sup>55</sup>。

## 參、ACG文化與動漫創作的憲法保障基礎

在我國憲法下，ACG文化與動漫創作如何受到憲法層次的保障？其憲法根據為何？以下分述之。

### 一、多元文化國與文化權利

「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。」此為司法院釋字第603號解釋所揭櫫的憲法最高價值，亦道出所有基本權利的共同核心內涵。人性尊嚴之首要意涵，即在肯認每一個人均為自主、自決的獨立個體<sup>56</sup>。因此，司法院釋字第689號及釋字第712號解釋進一步表示，基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障。

憲法固然拘束所有政府機關，以確保人的尊嚴在消極面上不受到國家制度與國家行為的侵害，但人畢竟生活在社會當中，倘若社會結構與狀態對於人格的自由發展有所阻礙、壓迫，國家尚應在積極面上主動維護一個人人可健全自主自決的社會環境，以消除此種阻礙壓迫。

#### （一）多元文化國作為憲法基本原則

註52：例如《我的朋友很少》男主角羽瀨川小鷹。

註53：例如《我的朋友很少》女主角三日月夜空、《食戟之靈》女主角薙切繪理奈、《不時輕聲地以俄語遮羞的鄰座艾莉同學》女主角艾莉莎·米哈伊洛夫納·九條。

註54：例如魔法禁書目錄系列《科學一方通行》男主角一方通行、《約會大作戰》女主角時崎狂三。

註55：在日本社會的含蓄氛圍下，人與人之間的情感表達多用「喜歡」而很少輕言「愛」，但日本御宅族面對虛擬動漫角色卻經常把「愛」掛在嘴上，形成相當有趣的對比，也證明當絆文化橫跨二次元與三次元之時，可以讓人跳脫現實世界的社會規訓。

註56：蔡宗珍（1999），〈人性尊嚴之保障作為憲法基本原則〉，《月旦法學雜誌》，第45期，第99頁。

文化是人類內在思想、精神與價值認同的外在展現。當社會的主流文化社群壓迫其他的少數文化社群，將可能導致後者逐漸喪失其文化特性，隸屬於該等社群之人將再也無法展現其原有的獨特思想、精神與價值觀，從而失去其人格發展的自主性以及自我決定、自我實現的可能性。

只有在接受多元文化的社會，人的自我開展與自我決定才具備可能性，進而自由地作出自我決定，達成自我實現<sup>57</sup>。因此，旨在維護多元文化社會的「多元文化國」，當為憲法規範秩序的基本原則。

我國憲法增修條文第10條第11項明文規定：「國家肯定多元文化」，此為我國多元文化國的憲法依據<sup>58</sup>。文化基本法第2條第1項更進一步規定：「國家應肯認多元文化，保障所有族群、世代與社群之自我認同，建立平等及自由參與之多元文化環境。」明確揭示我國法秩序的文化基本價值與原則，在於促進多元文化的發展。

在多元文化國之憲法要求下，國家一方面必須與文化事務保持距離，使文化事務在不受國家干涉下自由開展，另一方面，亦有義務創造一個自由、多元而開放的客觀文化環境，透過文化政策與制度落實多元文化<sup>59</sup>。從而，由文化國原則具體發展出二項重要憲法原則：

- 國家中立性原則，國家在消極面上無權去贊同或反對特定的文化認知（保持距離中立性），而在積極面上透過法秩序保障人民可自由選擇與決定其文化世界觀，以保護文化差異，避免主流文化社群壓迫非主流文化社群（擴展中立性）<sup>60</sup>。
- 國家寬容原則，國家應寬容並保護少數或弱勢的文化社群發展，從而尊重弱勢文化社群的文化差異<sup>61</sup>。

當今台灣主流社會對於動漫作品乃至於ACG文化已有相當的接受程度。不過，在法律制度上，依舊遺留過去主流社會的偏見，尤其在涉及性虐待或非人類生物觸手的成人動漫作品是否構成刑法第235條規定的猥褻物品、含有虛擬兒少色情或猥褻意涵的動漫作品是否構成兒童及少年性剝削防制條例第36條、第38條及第39條所規定的客體（均後詳述）等方面。「性」既為ACG文化的重要特色之一，若國家未積極修正存有文化偏見的相關法律，導致ACG文化社群成員遭貼上犯罪標籤，此實無異於扼殺社群成員對於ACG文化的價值認同，使其在文化實踐時必須小心翼翼地自律審查，壓迫ACG文化社群個體成員的人格發展與自我實現，進而嚴重阻礙文化內的發展與文化間的交流，最終文化國原則下的國家中立性原則與國家寬容原則均雙雙落空。

註57：許育典（2024），〈文化基本權作為文化憲法的建構〉，《文化基本權與多元文化國》，第12頁，元照。

註58：許育典（2024），〈多元文化國下通訊傳播自由的建構〉，《文化基本權與多元文化國》，第81頁，元照。

註59：許育典，前揭註58，第82頁。

註60：許育典（2024），〈文化國與文化公民權〉，《文化基本權與多元文化國》，第260-264頁，元照。

註61：許育典，同前註，第264-266頁。

## （二）多元文化國下的文化基本權與文化權利

在多元文化國下，人民享有憲法的文化基本權，以保障每個人可以自由地選擇、表達、分享、展現其文化生活、認同與價值觀，而不受到國家或其他文化社群的侵犯或壓迫，復且國家更應主動積極落實基本權。

廣義的文化基本權，包括言論（通訊傳播）自由、著作自由、出版自由、學術自由、宗教自由、教育基本權及藝術自由<sup>62</sup>。從憲法基本權利清單中歸納出文化基本權，有其特殊意義——除各個自由權固有的主觀公權利以在消極面上防止國家侵害外，尚在客觀法功能面向，共同形成憲法上的客觀價值決定，以在積極面上課予國家義務去實現這些文化基本權<sup>63</sup>。

除了上述的傳統基本權利，文化基本法進

一步規定我國人民享有「文化權利」，該法第1條規定<sup>64</sup>之立法理由明示，文化權利的概念，「涵蓋參與、表意、共享、近用、創作及其保護、多元及多樣性發展等範疇，且可能隨文化創新及互動有所調整」。此概念範疇甚為廣泛，且權利類型在我國尚稱新興，帶有非常強烈的宣示性意義，以凸顯我國落實多元文化國、實現多元文化社會的企圖心。

文化基本法規定相當豐富的文化權利，例如第3條規定創作、表意、參與之自由及自主性<sup>65</sup>，第4條規定文化權利一律平等<sup>66</sup>，第5條規定文化近用權利<sup>67</sup>，第6條規定語言選擇權利<sup>68</sup>，第7條規定人民享有創作活動成果所獲得精神與財產上之權利及利益<sup>69</sup>，第8條規定人民享有參與文化政策及法規制（訂）定之權利<sup>70</sup>，第11條規定圖書館應保障人民有平

註62：許育典，前揭註58，第76頁。

註63：許育典、葉怡欣（2022），〈從文化憲法建構文化權利入憲——以釋字第八一三號解釋為例〉，《財經法學研究》，第5卷第2期，第39-40頁。

註64：文化基本法第1條規定：「（第1項）為保障人民文化權利，擴大文化參與，落實多元文化，促進文化多樣發展，並確立國家文化發展基本原則及施政方針，特制定本法。（第2項）文化事務，除其他基本法有特別規定者外，適用本法之規定。」。

註65：文化基本法第3條規定：「人民為文化與文化權利之主體，享有創作、表意、參與之自由及自主性。」。

註66：文化基本法第4條規定：「人民享有之文化權利，不因族群、語言、性別、性傾向、年齡、地域、宗教信仰、身心狀況、社會經濟地位及其他條件，而受歧視或不合理之差別待遇。」。

註67：文化基本法第5條規定：「（第1項）人民享有參與、欣賞及共享文化之近用權利。（第2項）國家應建立友善平權之文化環境，落實人民參與文化生活權利。」。

註68：文化基本法第6條規定：「（第1項）人民享有選擇語言進行表達、溝通、傳播及創作之權利。（第2項）各固有族群使用之自然語言與臺灣手語，國家應定為國家語言，促進其保存、復振及永續發展。」。

註69：文化基本法第7條規定：「（第1項）人民享有創作活動成果所獲得精神與財產上之權利及利益。（第2項）國家應保護創作者之權利，調和創作者權益、產業發展及社會公共利益，以促進文化發展。」。

註70：文化基本法第8條規定：「（第1項）人民享有參與文化政策及法規制（訂）定之權利。（第2項）國家應確保文化政策形成之公正與公開透明，並建立人民參與之常設機制；涉及各族群文化及語言政策之訂定，應有各該族群之代表參與。」。

等存取資訊資料之權利<sup>71</sup>。

這些在法律層次規範的文化權利，對於憲法層次的基本權，究竟有什麼樣的規範意義？本文認為，從文化基本法的立法理由觀之<sup>72</sup>，該部基本法毋寧是立法者本於多元文化國的憲法客觀價值決定，進一步透過立法形成去具體化、細緻化憲法上的文化基本權<sup>73</sup>，甚至將原僅屬國家任務的客觀法秩序原則轉化為人民可據以主張的主觀公權利。

由於上述文化基本權與文化權利均為多元文化國原則下的產物，因此在憲法釋義學上的權利定性與內涵詮釋方面，將更具有文化憲法的色彩，進而可據此探討本文所關懷的ACG文化下動漫創作管制相關議題。

## 二、言論自由、創作自由與藝術自由

當國家對於動漫創作進行管制，在不同的面向上，將影響不同的基本權利，包含言論自由、創作自由與藝術自由。

### （一）言論自由，旨在確保意見的自由流通

所謂言論自由，非僅指狹義上憲法第11條規定的「人民有言論……之自由」，而是更

上位的表現自由。

司法院釋字第445號解釋於理由書中表示，憲法第11條所規定的言論、講學、著作及出版之自由，以及憲法第14條所規定的集會之自由，同屬表現自由的範疇，其中集會自由主要係人民以行動表現言論自由，而講學、著作、出版自由則係以言論或文字表達意見。

針對藝術表現自由，司法院釋字第806號解釋表示，在此自由權之下，人民可透過藝術表演活動表達創作理念以實現自我，尋求與表演對象之意念溝通及相互理解、共鳴，為憲法第11條所保障表現自由的範疇。

言論自由及其他表現自由，國家應給予最大限度的保障，因為言論及其他表現自由具有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理之政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，此為司法院釋字第756號解釋理由書所明示。憲法法庭113年憲判字第3號判決理由亦同此意旨<sup>74</sup>。

由上可知，言論自由或表現自由，對於顯現

註71：文化基本法第11條規定：「（第1項）國家應促進圖書館之設立，健全圖書館事業之發展，提升圖書館人員專業性，並應藉由多元形式或科技媒體，增進人民之圖書館近用，以落實圖書館功能及知識傳播。（第2項）各級政府應建立圖書館典藏與營運制度，對圖書館之典藏管理、館藏資源開放使用、館際合作及閱讀推廣等事項採取適當措施。」

註72：文化基本法第3條、第4條、第6條、第7條及第8條等規定的立法理由，在敘述體例上均為「我國憲法對於（該條文化權利）……並未有明文規範」，可證立法者係有意識地將該法所列的文化權利連結到憲法規範層次。

註73：此種「由立法者具體化憲法基本權內涵」的規範特徵，亦存在於社會國原則下賦予人民向國家為特定內容給付的社會權，例如健康權、適宜居住權等。

註74：憲法法庭113年憲判字第3號判決理由表示：「憲法第11條規定，人民之言論自由應予保障。其目的在保障言論之自由流通，使人民得以從自主、多元之言論市場獲得充分資訊，且透過言論表達自我之思想、態度、立場、反應等，從而表現自我特色並實現自我人格，促進真理之發現、知識之散播及公民社會之溝通思辯，並使人民在言論自由之保障下，得以有效監督政府，從而健全民主政治

於外的各種訊息表現而言，如同歷來司法院大法官所揭示，旨在確保意見之自由流通<sup>75</sup>。

在多元文化國下，促進各種文化社群的言論自由、表現自由，厥為實現多元文化社會的關鍵條件，亦為國家的憲法義務。

## （二）創作自由，旨在保障內在思想與精神的外顯有形化活動

憲法並未明文規範創作自由，司法院大法官亦未曾提及。有論者認為所謂的創作自由乃以言論自由為基礎，意指作者按照自己的意願，在公領域自由地發表創作<sup>76</sup>，對此，本文採取不同的看法，蓋此即為言論自由或表現自由的保障範圍，尚無必要另以「創作自由」稱之。

文化基本法第3條規定：「人民為文化與文化權利之主體，享有創作、表意、參與之自由及自主性。」立法理由表示：「我國憲法對於創作活動、進行文化表現與傳播之自由，未有明文規範，為確認該等自由之保障，參考『世界人權宣言』第二十七條、『經濟社會文化權利國際公約』第十五條，保障人民參與文化生活之自由、創作自由，及『保護和促進文化表現形式多樣性公約』第二條保障人民

進行文化表現之自由」，明確將「創作活動之自由」定性為「創作自由」。

從上述條文規定及立法理由可清楚瞭解，立法者明確區分「創作」與「表意」<sup>77</sup>二種概念，有意將「創作」視為獨立於「表意」的保護法益。

因此，創作自由即在保障創作活動本身，亦即「創作過程的自由與自主性」。具體而言，人民可自由地將其內在思想與精神活動有形化、具象化為外在可感知形式（不論是無形口述或有形文字），國家不應恣意干預創作的形成過程。此種自由權旨在確保內在思想與精神活動可按個人意願決定是否有形化、如何依附在外顯的媒介上，在是否、如何創作的過程中，均為人格自我實現的展現。因此，創作自由的內涵真諦，應是以「思想自由」為基礎。至於後續是否對外向他人傳布，在所不問；若有傳布，則另屬前述言論自由或表現自由的保障範圍。

創作為人類有意識地將其內在思想、精神與價值認同進行有形化，為文化社會的基礎活動；而創作表現、創作結果將形成文化底蘊，若經傳布或經他人感知，將能使文化進

之發展。由於言論自由有上述實現自我、提供資訊、追求真理、溝通思辯及健全民主等重要功能，國家自應給予最大限度之保障（司法院釋字第509號、第644號、第678號、第734號及第756號解釋參照）。」（段落編碼30）

註75：如司法院釋字第414號、第617號、第623號、第634號、第744號、第794號等解釋以及憲法法庭112年憲判字第17號判決。

註76：王勁力、廖欽福（2016），〈論多元文化國文創產業與文化管制——以成人情色產業為例〉，《月旦法學雜誌》，第255期，第40頁。

註77：司法院釋字第577號解釋表示，憲法第11條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。憲法法庭111年憲判字第2號判決進一步表示，國家法律如強制人民表達主觀意見或陳述客觀事實，係干預人民之是否表意及如何表意，而屬對於人民言論自由之限制。

一步發展與發揚光大，促進社會的多元文化性。若國家對於特定內容的創作活動加以管制（例如禁止創作虛擬兒少色情或猥褻動漫作品），即屬以特定價值觀反對特定的文化認知，非但違反多元文化國下的國家中立性原則（保持距離中立性），更可能侵犯對於特定文化認同之人的思想自由。

### （三）藝術自由，旨在保護藝術的發想、創作、成果與傳布

相較於其他表現形式多著重在意見與資訊的傳遞與流通，藝術則著重在創作者自身對於其創作理念與精神的展現，包含題材選擇、展現方式、發表形式及作品特殊地位，以及人民對於藝術的互動，包含接近、欣賞、對話與參與。因此，將藝術自由視為獨立的基本權利，在多元文化國下，有其憲法釋義學的特殊涵義。

從基本權的保護法益觀之，藝術自由在主觀公權利的面向具有二功能，包含藝術創作者對抗國家干預的個人主觀防禦權，以及人民共享文化藝術資源的個人主觀共享權；在客觀法規範的面向亦具有二功能，包含國家有義務積極保障藝術自由並促進文化藝術活動的客觀價值秩序，以及國家有義務保障藝術領域之自治與自律的制度性保障<sup>78</sup>。

若進一步聚焦在藝術自由的主觀防禦權，

可依照不同階段更細緻地探究權利內涵。首先為最一開始的「創作準備階段」，包含創作取材的行為與動機、材料物品的取得、工作設備的設置等。其次為「創作進行階段」，藝術創作者可自由選擇藝術創作的形式與思維，並可自由選擇創作的題材或題目。而後則為「創作發表階段」，藝術創作者可自由地以任何形式或方法向第三人傳布其藝術創作成果<sup>79</sup>。

本文認為，為了更完整保障創作者形成藝術成果的自由與自主性，在藝術作品完成當下的「創作成果階段」，創作者享有該作品應有的一切權利與利益以使其後續可自由地利用作品，亦宜納入藝術自由的主觀防禦權。而此權利內涵，在多元文化國原則下，可與憲法第15條財產權保障共同形成創作成果的憲法保護網。

人民享有創作活動成果所獲得精神與財產上之權利及利益，為文化基本法第7條第1項明文規定。觀其立法理由，可知該條規定最主要在保障創作成果的智慧財產權<sup>80</sup>。當國家以藝術創作內容違反公共秩序善良風俗為由否定作品的著作權保護資格，此舉非但侵犯創作者就該作品的人格權與財產權，更形同否定特定內容的創作成果、宣示其不值得法律保護且不值得國家與他人予以尊重，對

註78：許育典（2024），〈文化國下的藝術自由憲法保障〉，《文化基本權與多元文化國》，第331-344頁，元照。

註79：許育典，同前註，第333-334頁。

註80：文化基本法第7條第1項規定的立法理由表示：「一、我國憲法對於人民創作活動成果所獲得精神（spirit，即指如名譽及心靈上尊重態度）與財產上之權利及利益，未有明文規範，為保障其內容，參考『世界人權宣言』第二十七條、『經濟社會文化權利國際公約』第十五條、『原住民族權利宣言』第三十一條，爰訂定第一項。所稱『人民創作活動』包括個人與集體創作，例如智慧財產權相關法律、原住民族傳統智慧創作保護條例等保護之創作者與創作內容皆屬之。」

於該創作所屬的文化社群而言，無異於該內容的創作活動遭到國家禁止，進而影響選擇相同創作題材的自由與自主性。

### 三、思想自由

人的思想、精神與價值認同，均存在於每個人的腦內，只有當外顯於言論或其他表現形式之時，他人方能加以探知。由於外在的言論與表現能呈現內在的思想，也就是內在思想為外在言論與表現的基礎，因此當國家對言論或表現的「內容」加以審查、限制或禁止時，實際上就是對「思想」的管制。

大法官於司法院釋字第567號解釋<sup>81</sup>及憲法法庭111年憲判字第2號判決<sup>82</sup>均表示，思想自由保障人民之良心、思考、理念等內在精

神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，應受絕對保障，不容國家機關以任何方式予以侵害。由此可見，思想自由為人性尊嚴的體現，一經侵害即屬違憲，因此應給予「絕對性」的保障，故不論在何種情況（非常時期或平時）均不得以國家法律或管制措施加以限制。

國家保護文化藝術創作，是為了保障人民的基本權利與自我實現，並保障多元文化社會的形成與維繫。當國家基於某種價值觀或價值決定，對於特定的創作內容加以管制（例如禁止創作、禁止持有），導致該文化社群的成員無法透過該類型創作內容展現文化特性、發展人格與實現自我時，不僅違反

註81：司法院釋字第567號解釋理由書表示：「非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法第二條規定國家機關得以人民思想行狀未改善，認有再犯之虞為理由，令入勞動教育場所強制工作嚴加管訓，無異於允許國家機關得以強制方式改造人民之思想，違背憲法保障人民言論自由之本旨，亦不符合最低限度之人權保障，併予指明。」（段落編碼3）

註82：憲法法庭111年憲判字第2號判決理由表示：「思想自由保障人民之良心、思考、理念等內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，應受絕對保障，不容國家機關以任何方式予以侵害。就此，司法院釋字第567號解釋曾明確論知：『縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。』國家於非常時期，如仍不得以因應緊急事態為由而強制人民表態；則平時法制自更不得以追求其他目的（如維護名譽權等）為由，強制人民表態，以維護人民之思想自由。」（段落編碼14）、「強制道歉係強制人民不願自己之真實意願，表達與其良心、價值信念等有違之表意。個人是否願意誠摯向他人認錯及道歉，實與個人內心之信念與價值有關。於加害人為自然人時，強制道歉除直接限制人民消極不表意之言論自由外，更會進而干預個人良心、理念等內在精神活動及價值決定之思想自由。此等禁止沉默、強制表態之要求，實已將法院所為之法律上判斷，強制轉為加害人對己之道德判斷，從而產生自我否定、甚至自我羞辱之負面效果，致必然損及道歉者之內在思想、良心及人性尊嚴，從而侵害憲法保障自然人思想自由之意旨。」（段落編碼15）

多元文化國下的國家中立性原則與國家寬容原則，損及言論自由、創作自由與藝術自由，更嚴重影響該文化社群成員的文化認同，侵害其思想自由。

## 肆、現行動漫創作管制的正當性探討

### 一、管制的正當性理由

整體法秩序的管制目的，是為了一個盡可能讓所有社會成員在最大多數對象上擁有最大範圍自我實現的多元社會<sup>83</sup>。在我國憲法多元文化國的規範拘束下，立法機關在立法時，應考量各類多元族群的文化觀點，不得制定帶有預設歧視立場的法律；行政機關在執法時，不得僅以其自身價值觀作成決定，而導致在結果上打壓不同價值觀的文化族群；司法機關在進行價值判斷時，尤其是關於公序良俗等不確定法律概念，應注意當事人的文化族群、文化價值觀、族群風俗等因素<sup>84</sup>。

台灣ACG文化是所有具相同價值觀與文化認同的文化參與者歷經長久而共同形塑，有其獨特且自成一格的文化發展脈絡與特色，讓台灣成為更豐富且有活力的多元文化社會。而動漫創作為ACG文化的核心產物，十足展現文化特色以及創作者的文化價值認同，當國家擬對動漫創作實施管制時，必須

具備在憲法價值上足以犧牲多元文化社會的正當性理由始可為之，且管制的手段與程度必須嚴守比例原則，否則將嚴重損及人民的基本權利，大幅背離憲法的文化國義務。

以下探討將著重在法價值決定以及不同法價值的衝突與調和，促使讀者們進一步反思，因此並不會公式化地就各種管制措施進行違憲審查標準、密度的操作。

### 二、管制措施與正當性反思

目前我國法令與司法實務對於動漫創作的管制措施，依照管制的方式，可分為公開播映管制、傳布流通管制、創作思想管制。以下分別說明各項管制措施的依據與內容，並探討各該措施的憲法正當性。

#### （一）公開播映管制

現行法令對於動漫作品在媒體的公開播映管制，主要在電視、電影與網際網路。由於電視節目閱聽者在我國ACG圈已日漸式微，故本文不擬討論廣電三法的分級制度。

##### 1. 管制措施：閱聽者分級制度

分級制度之本意為保護未滿18歲的兒童及少年閱聽者之身心健全發展，避免心智尚未完全成熟的兒少閱聽者觸及超越其相應年齡的影視內容。

現行電影法採分級審議制度，片商於公開播映前，應將內容送主管機關進行審議，核准後方能映演。若未經主管審議分級並核准者，不得映演<sup>85</sup>。

註83：許育典，前揭註57，第15頁。

註84：許育典，前揭註58，第82-83頁。

註85：電影法第9條規定：「（第1項）申請電影片、電影片之廣告片審議分級者，應填具申請書，並檢附相關文件、資料，報中央主管機關核准。（第2項）電影片、電影片之廣告片非經中央主管機關審議分級並核准者，不得映演。但教育行政機關主管之教學電影片，不在此限。（第3項）電影審議

至於兒童及少年福利與權益保障法（下稱兒少權益保障法），除第44條規定針對出版品、錄影節目帶、遊戲軟體定有分級要求外，第46條規定則針對網際網路內容，要求成立內容防護機構（目前為iWIN網路內容防護機構，下稱iWIN機構），以防止兒少接觸有害其身心發展的網路內容，並要求網際網路平台業者應訂定自律規範採取內容防護措施，且使其負有義務依iWIN機構告知對未採防護措施的網路內容進行限制瀏覽或移除。

## 2. 管制正當性的反思

我國自104年修正施行的電影法之電影分級審議制度，不時會傳出審議結果的爭議。於ACG領域，過去的爭議為涉及大量血腥暴力的動畫作品，在劇場版電影經核准審議為「保護級」，但其前作之電視版動畫卻在各影音平台列為「輔導十二歲級」，因而遭外界質疑劇場版電影的分級審議核准結果<sup>86</sup>。

由於電影的分級審議制度，係在確保兒少不會接觸到不符合其心智年齡的電影作品，對於ACG文化本身尚無有顯著的負面影響，故制度本身具有正當性。不過在實務運作上，分級審議的核准結果理應作成更全盤的考量，否則當電視版動畫前作被列為「輔導十二歲級」，劇場版動畫續作卻只被列為「保護

級」，恐有變相鼓勵滿6歲、未滿12歲的兒少先去觀看「輔導十二歲級」前作的疑慮。

兒少權益保障法對於出版品、錄影節目帶、遊戲軟體的分級制度，其正當性亦較無爭議。至於該法對於網際網路內容的防護機制，由與主要爭議均在兒少性剝削的相關議題，容後詳述。

## （二）傳布流通管制

當動漫作品含有色情或猥褻內容，則在傳布流通上，將受到刑法第235條散布猥褻物品罪的管制。

### 1. 管制措施：禁止傳布含猥褻內容的動漫創作

刑法第235條第1項、第2項規定：「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。」

至於上開規定的「猥褻」意指為何？司法院釋字第617號解釋採取了硬蕊、軟蕊的定義方式，迄今司法實務均穩定採取此一見解。所謂硬蕊猥褻物品，「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

分級不得逾越比例原則。（第4項）為辦理電影片之審議分級業務，中央主管機關應組成電影片分級審議會，其成員應包括政府機關代表、各相關領域具有學術或實務經驗之學者、專家。（第5項）前項電影片之審議分級業務，中央主管機關得委託民間專業團體辦理。（第6項）電影片分級審議會之審議結論應予公開，並逐項具體敘明理由。」

註86：此作品即《鬼滅之刃》系列的《鬼滅之刃劇場版無限列車篇》。

猥褻資訊或物品」；至於所謂軟蕊猥褻物品，則指「對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資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施」。

## 2. 管制正當性的反思

對於軟蕊猥褻物品的定義，尤其採取適當安全隔絕措施就不構成刑法第235條所規定的客體，已足以兼顧並平衡「性少數文化族群」、「性言論之表現」、「性資訊之流通」與「成年人不願閱聽之自由（保障他人免於猥褻物品干擾）」、「兒少身心健全發展」等重要法益，本文敬表贊同。

然而，對於所謂的硬蕊猥褻物品，本文認為釋字第617號解釋非但未隨社會觀念變遷而過度因襲85年釋字第407號解釋，甚至作出相當武斷、過於死板的價值判斷，導致ACG文化下動漫作品的傳布與流通遭受到不合理的阻礙。

95年間作成的釋字第617號解釋所列「無藝術性、醫學性或教育性價值」，應係承襲85年間作成的釋字第407號解釋對於「猥褻出版品」與「藝術性、醫學性、教育性等出版品」的區分。然而，此種區分法是否具有意義？尤其藝

術性的部分，硬蕊猥褻概念是否全然不具任何藝術價值？既然110年作成的釋字第806號解釋已表示「藝術價值之高低，本屬個別閱聽者主觀之評價，不容政府以公權力取代」，顯現大法官明確知悉藝術性的價值評判應交由個別閱聽者而非政府，但現今司法實務在解釋適用刑法第235條規定時，卻依舊遵照釋字第617號解釋而以公權力強行介入猥褻物品的藝術性判斷，此舉恐違背整體法秩序的價值一致性。

更進一步來說，當含有性相關內容的動漫作品涉及暴力、性虐待或人獸交等硬蕊猥褻概念，是否即可認為毫無任何藝術性？答案自然是否定的。若暫時跳脫ACG領域、進入一般社會通念下的典型藝術領域，可發現在各國與各地文化的藝術史上，涉及性暴力、性虐待或人獸性交情節或題材的繪畫、雕塑與其他形式藝術作品，並非完全不存在，亦非極為罕見，反而存在一定的數量，且刻正展示在各大博物館、美術館<sup>87</sup>。釋字第617號解釋稱「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」<sup>88</sup>，似乎認為此類藝術作品屬於硬蕊範圍而應將傳布行為或預備傳

註87：以人獸性交為例，世界藝術史上最廣為人知的作品，當為日本江戶時代末期浮世繪大師葛飾北齋於1814年所創作的浮世繪作品《章魚與海女》。在此繪畫作品中，有一名海女及二隻章魚，大章魚一邊用觸手撫摸海女的乳頭、一邊吸吮海女的陰部，小章魚則吸允海女的嘴部並以觸手盤繞海女的頸部，畫面背景的文字則為二隻章魚與海女之間極為煽情的對話。詳參維基百科「章魚與海女圖」條目，網址：

<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E7%AB%A0%E9%B1%BC%E4%B8%8E%E6%B5%B7%E5%A5%B3%E5%9B%BE>（最後瀏覽日期：2024年11月15日）。

註88：請留意，此處大法官在介詞的運用上係使用「而」，並非使用「且」。

布行為科以刑事責任，但這種判斷結果顯然違背一般社會大眾的藝術認知；縱使大法官所指涉的硬蕊概念係指含有暴力等「且」無藝術性等，但釋字第806號解釋已認為藝術價值的評判為個別閱聽者的主觀認知，故「是否涉及暴力、性虐待或人獸性交」與「是否具備藝術性」，兩者間顯然不再具備任何法律價值判斷的關聯性。

回歸ACG領域，「性」既為ACG文化的重要特色，虛擬的動漫作品自然存在各種性相關情節，其中即有暴力、性虐待與人獸性交。在目標閱聽者設定為一般大眾的動畫（表番）當中，以性虐待情節為核心題材的動漫作品，創作精神或在展示虐待者與受虐者之間的性愉虐互動與情慾表現，甚至由「性」衍生出「絆」，並與「萌」產生交織關係<sup>89</sup>。而以「人與非人性交」、「非人與非人性交」為核心題材的動漫作品，創作精神則或為透過性互動情節凸顯虛擬非人角色、擬人化獸角色的引人之處，並滿

足閱聽者的不同性癖與性喜好<sup>90</sup>。

在憲法多元文化國下，作為ACG文化核心的動漫作品在本質上為虛擬、虛構，不會傷害現實世界的任何特定對象，因此可以在創作上有各種天馬行空、無限想像的文化產出內容，進而豐富、促進社會的多元性。因此，當硬蕊猥褻概念賦予司法者乃至於國家機關以公權力強行介入藝術性、教育性的價值判斷，甚至一律禁止硬蕊動漫作品的傳布流通行為時，顯然違背國家不應對各種文化社群之文化認同帶有預設立場的中立性原則，且違背國家應積極維護不同文化社群之文化差異的寬容原則，並損及創作者的創作自由與藝術自由、閱聽者的文化權利，進而阻礙ACG文化參與者的人格自主發展與自我實現。

本文認為，在文化憲法下，關於刑法第235條猥褻物品的解釋適用，應揚棄釋字第617號解釋的軟、硬蕊區分法<sup>91</sup>，而應全面採取有無適當安全隔絕措施作為判斷基準，方能確保ACG文化

註89：例如今年（2024年）頗具話題性的漫畫改編動畫《夢想成為魔法少女》，劇情描述非常憧憬魔法少女並將視之為英雄般存在的女主角柊舞緹娜，某天因意外成為邪惡組織的女幹部，並與同組織的其他女性成員在對抗魔法少女的過程中，兼以實施各種性暴力與性虐待，而魔法少女之一的水神小夜（瑪吉雅碧藍）作為受虐的一方，後期即產生心態上的轉變。此作品的情慾表現，為女性角色之間（百合）的性愉虐互動與情感流動，並且完美串連「性」、「萌」、「絆」等三大ACG文化特色。為了宣傳作品，該部改編動畫的日本動畫製作公司「旭Production」跨海來台於今年2月「第12屆台北國際動漫節」與同年8月「第23屆漫畫博覽會」均有參展，以獨立專區展示動畫角色設計與經典場景的原畫稿，非但極具藝術性，更具有教育意義。

註90：例如2020年在台灣ACG圈引起熱烈討論的漫畫改編動畫《異種族風俗娘評鑑指南》，劇情描述在奇幻異世界的世界觀設定下，冒險者男性人類史坦克、男性精靈傑爾、雙性天使克利姆為風俗店的常客，經常一同光顧各地的特色風俗店，並據此作成體驗評鑑供其他人參考。作品中的風俗娘種族包羅萬象，如人類、妖精族、貓娘族、惡魔族、半獸族、史萊姆、獸人族、草菇族、人偶、魔法師、不死族（吸血鬼、殭屍、骷髏等）、魔法師等。

註91：有論者認為，司法院釋字第617號解釋採取歐美式的軟、硬蕊界分標準，若據此將日本凌辱系動漫

不會遭受到莫名的國家干預。

### (三) 創作思想管制

在我國最具爭議性的管制，即為兒童及少年性剝削防制條例（下稱兒少性剝削防制條例；原名稱為兒童及少年性交易防制條例，下稱兒少性交易防制條例）禁止產製（創作）、傳布或持有含有虛擬兒少色情的動漫作品。

#### 1. 原有管制措施：禁止產製、傳布或無故持有含虛擬兒少色情的動漫創作

根據兒少性剝削防制條例第1條規定，該法的立法目的為防制兒童及少年遭受任何形式之性剝削，保護其身心健全發展。至於何謂兒少性剝削？該條例第2條第1項列舉四大行為態樣，其中涉及虛擬動漫創作的行為態樣為同條項第3款所規定的拍攝、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」（下稱兒少色情圖畫等物品）。

若從事上述行為態樣中的任一行為，以及從事其中的產製、傳布行為是否具備營利意圖，將受到程度不一的處罰，兒少性剝削防制條例第36條規定以刑事責任處罰產製行為<sup>92</sup>，第38條規定亦以刑事責任處罰傳布行為<sup>93</sup>，第39條規定則以先行政責任、後刑事責任的方式處罰無故持有行為<sup>94</sup>。

至於何謂兒少色情圖畫等物品？是否包含不涉及真實自然人的虛擬兒少角色？當動漫作品含有虛擬兒少性交或猥褻的內容，是否應以兒少性剝削防制條例加以處罰？法律條文並無明確規範，對此司法實務有肯、否兩說，礙於篇幅，本文不逐一分析個案判決。由於採取肯定說的實務見解均以立法理由為

與遊戲裡常見的「觸手」題材逕予判斷為絕對不可觸碰的人獸交禁區，似有小題大作之嫌。見羅承宗（2013），〈論凌辱系遊戲的法律課題〉，《科技法律評析》，第6期，第279頁。

註92：兒少性剝削防制條例第36條第1項、第4項規定：「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。」、「意圖營利犯前三項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。」

註93：兒少性剝削防制條例第38條第1項、第2項、第3項規定：「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」、「意圖散布、播送、交付或公然陳列而持有前項物品者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」、「意圖營利犯前二項之罪者，依各該條項之規定，加重其刑至二分之一。販賣前二項性影像、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，亦同。」

註94：兒少性剝削防制條例第39條第3項、第4項規定：「無正當理由持有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、語音或其他物品，第一次被查獲者，處新臺幣一萬元以上十萬元以下罰鍰，並得令其接受二小時以上十小時以下之輔導教育，其附著物、圖畫及物品不問屬於持有人與否，沒入之。」、「無正當理由持有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、語音或其他物品第二次以上被查獲者，處新臺幣二萬元以上二十萬元以下罰金。」

據<sup>95</sup>，故以下將聚焦在立法歷程。

該條例前身即兒少性交易防制條例於96年7月4日修正公布第28條規定，對於「無正當理由持有未滿十八歲之人為性交或猥褻行為之圖片」增訂刑事處罰，立法理由表示處罰持有兒童色情圖片乃因該類圖片對慾望刺激有關，觀看後可能實際傷害兒童<sup>96</sup>。嗣於104年2月4日修正全文並更名為兒少性剝削防制條例之時，上述第28條改列為第38條，並將「圖片」修正為「圖畫、照片」。

後於112年2月15日修正公布兒少性剝削防制條例第2條第1項第3款規定，

其立法理由除重述96年7月4日之上開理由外，並進一步表示104年2月4日修正公布第38條規定之文字調整（「圖片」修正為「圖畫、照片」）的立法意旨為避免觀看兒童或少年相關色情素描、漫畫、繪畫等圖畫之人，採取實際行動侵害兒童或少年，提高犯罪之危險性<sup>97</sup>。於同一次修正公布之第39條規定在立法理由更表示處罰兒童色情物品的持有行為，係避免不特定兒少之個人利益有受侵害危險，以達防制兒少性剝削之國家重大目的<sup>98</sup>。

2.iWIN事件與管制措施的鬆綁：條例修

註95：例如臺灣高等法院107年度上易字第1109號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院107年度上易字第45號刑事判決。

註96：96年7月4日修正公布兒少性交易防制條例第28條規定之立法理由第一點表示：「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；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；及3.斬斷市場需求，抑制兒童及少年色情製造。」

註97：112年2月15日修正公布兒少性剝削防制條例第2條第1項第3款規定之立法理由第二點之（三）表示：「又考量刑法修正條文第十條第八項所稱性影像指一定內容之影像或電磁紀錄，並未包含兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫。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。另考量實務上仍有使兒童或少年為性交或猥褻行為之語音（如色情電話）之情形，為避免兒童或少年遭受此類性剝削，爰於第三款增訂是類語音，亦為兒童或少年性剝削行為。」

註98：112年2月15日修正公布兒少性剝削防制條例第39條規定之立法理由第一點表示：「衡酌本條例處罰持有兒童色情物品之立法理由係考量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，為避免兒童及少年遭受任何形式之性剝削，避免觀看兒童或少年性影像之人採取實際行動侵害兒童或少年，提高犯罪之危險性，爰本條所欲規範者，並非侵害特定兒童或少年個人利益之行為，而係避免不特定兒童及少年之個人利益受侵害之危險，以達成防制、消弭以兒童或少年為性剝削對象之國家重大公益目的。」

### 正理由排除虛擬兒少色情

儘管早在兒少性交易防制條例的時代，立法者已表明虛擬兒少色情亦在禁止之列，但當時司法實務係採取相反的見解，認為條例之立法意旨在於保護真實兒少，並不包含純屬虛構的動漫作品<sup>99</sup>，因此在當時的台灣ACG圈鮮少受到關注。

隨後，因司法實務開始肯認虛擬兒少色情亦應在該條例的禁止之列，網路上的ACG社群開始有相關討論，但依舊未引起太大關注。

到了今年（113年）1月間，因有網友轉載含有虛擬兒少猥褻繪圖的動漫新聞，以及因有成人色情動漫抱枕業者在其官網漏未將部分網頁設置防護機制，先後遭人檢舉之後，iWIN機構乃以疑似違反兒少性剝削防制條例為由，要求相

關網路業者下架網頁或補正防護機制。此舉引發台灣ACG文化社群的高度不滿，認為虛擬兒少色情的認定標準模糊不清，且無法理解為何虛擬動漫作品為法律所禁止，乃號召文化社群成員大量向iWIN機構提出檢舉，逼使其訂定明確標準，同時亦在公共政策網路參與平臺進行提案<sup>100</sup>，由於過程中一度傳出主管機關擬將以「眼睛占臉部的比例」作為虛擬角色是否為兒少的認定標準<sup>101</sup>，導致ACG文化社群成員更加激憤，並引發後續一連串的議題討論、各大利益團體發表聲明、新興利益團體的組織動員、主管機關召開會議、修法遊說活動、多位立法委員公開質詢等，形成備受社會各界關注的網路與實體群眾運動，在台灣ACG圈史上稱為「iWIN事件」<sup>102</sup>。

嗣於同年8月7日修正公布兒少性剝

註99：例如臺灣臺北地方法院97年度簡字第1857號刑事判決、臺灣臺北地方法院98年度簡字第4959號刑事判決。

註100：包含於2024年2月5日提案之「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」(詳參：[https://join.gov.tw/idea/detail/233df5b7-cbb8-4ffc-b8fb-5279ef84823a?fbclid=IwAR3fNpk51tX6j4fEBT2BRq9K5bHi\\_PKcVVIFcSK3\\_3YLFClidNIXbOgAdIwE](https://join.gov.tw/idea/detail/233df5b7-cbb8-4ffc-b8fb-5279ef84823a?fbclid=IwAR3fNpk51tX6j4fEBT2BRq9K5bHi_PKcVVIFcSK3_3YLFClidNIXbOgAdIwE))

及於2024年2月13日提案之「以素材取得之合理性為中心減少創作相關法律上使用評價性之不確定法律概念，並確保落實文化基本法。」(詳參：[https://join.gov.tw/idea/detail/def58152-570a-47af-b5bc-372912a6ac23?fbclid=IwAR0\\_qMChmyZbIkGP3I5Af4UQ2Li8gZSoTIOL5nnzYPouyXuOQ6zCFYDcg90](https://join.gov.tw/idea/detail/def58152-570a-47af-b5bc-372912a6ac23?fbclid=IwAR0_qMChmyZbIkGP3I5Af4UQ2Li8gZSoTIOL5nnzYPouyXuOQ6zCFYDcg90))

註101：請參見大報，〈【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7日，網址：  
<https://www.taisounds.com/news/content/71/108209>（最後瀏覽日期：2024年11月15日）。

註102：詳見INSIDE〈黑白工房「被iWin」事件懶人包：二次元兒童色情創作應該被法律管制嗎？〉，2024年1月31日，網址：  
<https://www.inside.com.tw/article/34080-csam-manga>；遠見，〈宮崎駿都恐審查不過？動漫圈炎上「iWIN」事件一次看懂〉，2024年2月8日，網址：  
<https://www.gvm.com.tw/article/110095>；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>。（最後瀏覽日期均為：2024年11月15日）。

削防制條例第2條規定之立法理由，明確將虛擬兒少色情排除於該條例禁止之列，而回歸刑法第235條規定的規範範圍<sup>103</sup>。自此，iWIN事件終告落幕，產製、傳布或無故持有含虛擬兒少色情的動漫創作不再構成兒少性剝削防制條例所禁止的犯罪行為。

### 3. 真鬆綁或假鬆綁：立法理由對司法者有拘束力嗎？

不過，虛擬兒少色情的管制爭議，是否自此完全平息？

現行兒少性剝削防制條例僅在第2條立法理由中表示排除虛擬兒少色情，而並未直接反映在條文規範上。解釋適用法律的法學方法固然包含立法原意的考察與探求，但憲法賦予法官獨立審判的權限，個別法官仍有權依其法律確信與價值判斷在法律文義範圍內認事用法，毋庸受到立法理由的拘束。

因此，除非將來直接於條文規範上明文排除，否則現階段兒少性剝削防制條例對於虛擬兒少色情的管制，仍可能在個案中復辟。

### 4. 管制正當性的反思

在iWIN事件的相關討論中，已多有論者明確指出虛擬兒少色情不存在真實被

害人、缺乏在地實證研究可支持觀看虛擬兒少色情與實際犯罪之間具關聯性。本文擬另闢蹊徑，聚焦在憲法多元文化國與比較文化的層次，就兒少性剝削防制條例對於創作與思想的管制正當性，進行相關探討與反思。

#### (1) 憲法多元文化國不容許創作與思想的管制

當國家開始監控與強制精神思想、道德及社會的文化世界觀意識發展之時，將危及現代憲政國家賴以存續的自由與民主基礎<sup>104</sup>。

兒少性剝削防制條例禁止虛擬兒少色情動漫創作的產製（創作）、傳布、持有行為，意味著立法者欲完全禁止該類型創作的存在，從創作源頭到閱聽市場均全面杜絕，將虛擬兒少色情視同非法毒品、非法槍砲彈藥般。此舉當為國家大喇喇、毫不遮掩地限制ACG文化社群成員的言論自由與表現自由、創作者的創作自由與藝術自由，以及閱聽者的思想自由。

況且，「性」與「萌」為ACG文化的二個重要特色，其結合與交織自然會創造出虛擬兒少或貌似兒少的虛

註103：2024年8月7日修正公布兒少性剝削防制條例第2條規定之立法理由第二點表示：「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。」

註104：許育典，前揭註60，第265頁。

擬角色的性相關作品，進而帶動ACG文化的成長與發展、促進台灣社會的多元性。因此，當立法者以欠缺在地實證研究、甚至本於特定利益團體宗教觀與道德觀的法律，強行加諸在ACG文化社群進行「文化認同與思想改造」之時，將嚴重危及多元文化社會與自由民主憲政秩序的根本基礎，侵害社群成員在ACG文化脈絡下發展人格、實現自我的人性尊嚴。

文化基本法已於108年公布實施，將我國憲法多元文化國下的國家義務（消極不侵害文化基本權、積極維護多元文化社會）予以具體化，基於整體法價值一致性的憲法基本原則，立法者即不應另在兒少性剝削防制條例為差別待遇而禁止ACG文化社群展現「性」與「萌」的結合特色，而依法審判的司法者更應恪遵文化憲法的禁命與誠命，在解釋適用兒少性剝削防制條例時，尊重並維護ACG文化作為我國多元文化社會的一環。

## (2)文化在地性與多元性的充分理解與

### 尊重

除了所謂「觀看虛擬兒少色情可能導致實際犯罪」的論點外，尚有認為對虛擬兒少色情加以管制的正當性基礎在於國際公約與他國立法趨勢。

然而，法律作為社會規範，與當地社會與文化具有緊密且強烈的連結，因而具有濃厚的在地性色彩。如在立法政策上擬參考外國立法例，本應先仔細研究、衡酌該外國法律制度下的社會與文化背景，否則若無視於外國立法例之制度背景而直接照抄為內國法制度，容易產生水土不服的問題。

歐美國家因有其社會、文化與宗教發展脈絡，對於兒少保護向來採取極高的標準，並反映在當地國內法律與國際公約，尤其在「性」相關議題（廣義的性）。舉例而言，近年來歐美社會對於「兒童作為時尚服裝廣告模特兒」一事不時有「性化兒童」、「色情化兒童」的質疑聲浪<sup>105</sup>，但從我國乃至於東亞

註105：例如國際知名時尚服飾品牌H&M曾在澳洲發布一則校服廣告視覺圖，廣告有二名年齡約國小年紀的女孩身穿著短袖白色襯衫、外罩無袖連身學生洋裝，裙長為膝上高度，並搭配白襪與黑色漆皮鞋，二人的動作為回頭望向鏡頭，一人面無表情、另一人面帶微笑，廣告標語寫著「讓人為了H&M的返校時尚而回頭」。此廣告一經在網路發布，立刻招致歐美社會的群起撻伐，認為H&M性化兒童、宣揚戀童癖，並表示「令人不安」、「噁心」、「惡劣」等負面評價，隨後H&M立刻刪除廣告並道歉。詳參自由時報，〈H&M校服廣告遭批「性化兒童」急刪除網：令人不安〉，2024年1月23日，網址：

<https://news.ltn.com.tw/news/world/breakingnews/4561031>；壹蘋新聞網，〈H&M最新廣告出包！挨批性化兒童 網罵「噁心、惡劣」〉，2024年1月23日，網址：

<https://tw.nextapple.com/international/20240123/8411315883B402895D18288F424E2C8A>。（最後瀏覽日期均為：2024年11月15日）。

國家一般社會文化通念的角度，絕大多數人可能無法理解兒童穿著正常衣裝拍攝商業廣告為何有所謂「性化」、「色情化」的問題。

由於「性」為ACG文化相當重要的特色，當日本或日系動漫作品與二次元文化進入歐美社會時，也同樣必須面對當地社會文化與法律制度的高標準兒少保護觀念，因而產生明顯的文化認知差異與文化衝突，甚至不時傳出令亞洲ACG文化圈啼笑皆非的情形<sup>106</sup>。此外，各大歐美社群平台、通訊軟體的使用規則，均嚴格禁止任何虛擬兒少的性相關圖片或言論。

台灣ACG文化長期容受日本二次元文化，可說幾乎全盤接受「性」、「萌」、「絆」三大文化特色。而我國無論在社會、文化或宗教發展脈絡，均迥異於歐美國家。立法者維護兒少身心健康及人格健全發展，固然旨在履行憲法第156條規定之國家特別保護義務<sup>107</sup>，但在手段上不

應照單全收歐美國家法律制度背後的特殊社會文化背景，更不應抱持著家父長式的道德觀霸權思維，反而應先充分理解並尊重我國社會與文化的在地性與多元性，並在符合憲法的前提下，調和各方的利益，以實現文化基本法第7條第2項規定的真諦：「國家應保護創作者之權利，調和創作者權益、產業發展及社會公共利益，以促進文化發展。」

### (3) 虛擬兒少血腥暴力動漫作品的省思

承前所述，歐美社會對兒少保護的高標準，反映在當地法律與國際公約上，而對於虛擬兒少色情加以禁絕，其背後思維即為「兒少不應成為性化的對象」。

由於筆者並非生活在歐美社會與文化背景下，本文不擬從歐美觀點深入探討上述思維，但在今年初發生在我國的iWIN事件中，主管機關曾經表達類似立場以說明管制的正當性<sup>108</sup>，因此以下擬從台灣ACG文化參與者的「內在觀點」加以回應，

註106：例如自2024年10月6日播放的漫畫改標動畫《妻子變成小學生。》，劇情描述男主角新島圭介自從十年前愛妻新島貴惠因事故去世之後，與女兒新島麻衣一直處在低潮之中。某天，一位自稱是新島貴惠轉世的小學生白石萬理華突然造訪新島家，自此展開了溫馨又令人感動的故事。然而，在該部動畫上映之前，歐美網友卻曾對此作品加以撻伐，大多數的批評者甚至未曾看過原作漫畫。請參見遊戲角落，〈都標題黨？《妻子變成小學生》無端遭英語圈謾罵：日本動漫越來越怪了〉，2024年6月21日，網址：

<https://game.udn.com/game/story/122089/8045424>（最後瀏覽日期：2024年11月15日）。

註107：請參照司法院釋字第664號、第689號解釋以及憲法法庭111年憲判字第8號判決。

註108：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）。

以期促進法律價值判斷的思辯。

動漫作品可貴之處在於題材選擇、創作內容與表現手法的高度自由性，且因純屬虛構而不涉及真人，亦可跳脫現實世界的法律、道德觀與價值觀等紀律規範框架，故能包容任何天馬行空的創意、想像、慾望、幻想、妄想、喜好等，以滿足各式各樣的閱聽者。此外，日本動漫作品因在「想像上的目標閱聽者」大多設定為青少年，為了產生最大程度的共鳴與共感，故無論作品的世界觀為何，主角的年齡或外觀設定大多均為青少年，亦即未滿18歲的未成年人。

當現實世界的兒少保護觀點，被拿來看待、檢視虛構世界的虛擬兒少角色時，「性剝削」的議題首先會被提出討論，在「情感投射作用」下，認為任何虛擬兒少均不應有任何色情或性相關的連結，蓋真實兒少的身心健全發展、免於性剝

削是非常重要的保護法益，故虛擬兒少亦應比照辦理。

若虛擬兒少在虛構動漫作品亦應有健全的身心發展，則「虛擬兒少不應被性化」的支持者，又該如何看待含有虛擬兒少血腥暴力的動漫作品？在現實世界的道德觀與價值觀，人的生命具有絕對性，為人性尊嚴的根本基礎，但當動漫作品中有虛擬兒少遭殺害、虛擬兒少有殺戮行為或虛擬兒少互相殺害，前述支持者是否更應該提出嚴正抗議以端正視聽？

在創意無設限的虛構世界，動漫作品的暴力情節、血腥表現可謂不計其數，幾乎所有現象級的熱門動漫作品皆含有虛擬兒少角色的血腥暴力情節<sup>109</sup>。此外，不少在ACG圈廣為人知的動漫作品甚至毫不掩飾地細膩描繪各種驚悚且殘忍的虛擬兒少殺戮畫面，例如斷肢<sup>110</sup>、斷頭<sup>111</sup>、臟器外露<sup>112</sup>、活體肢解<sup>113</sup>、分屍<sup>114</sup>、

註109：例如《ONE PIECE》（航海王）、《火影忍者》、《進擊的巨人》、《鬼滅之刃》、《咒術迴戰》、《葬送的芙莉蓮》。

註110：例如原創動畫《機動戰士鋼彈水星的魔女》第一季第12話，女主角蘇萊塔·墨丘利（17歲）為了拯救即將遭敵人殺害的另一女主角米奧琳涅·連布蘭及其父親，於是操作大型鋼彈機器人以「拍蚊子」方式將敵人一掌打碎，動畫中細膩描繪在外太空無重力狀態下敵人身軀遭打碎後其血液與斷肢在空中飄浮的畫面。

註111：例如漫畫改編動畫《鬼滅之刃》男主角竈門炭治郎（15歲）加入鬼殺隊後，即多次以日輪刀斬殺外型與人類無太大差異的鬼，有的鬼甚至在外觀上貌似兒少。改編動畫對於砍斷鬼的頭部、身軀、血液噴濺等血腥暴力情節，有相當寫實且細膩的表現。

註112：例如輕小說改編動畫《Re：從零開始的異世界生活》男主角菜月昴（17歲）從當代日本被傳送到異世界後，獲得「死亡回歸」的特殊能力（死亡之後立刻時光倒流到特定的時間與地點復活，但死前的個人記憶與恐懼情緒並不會消除），為了拯救其他的角色，菜月昴接連不斷面臨各種的死亡結局。改編動畫為了突顯此作品的黑暗奇幻特色，以各種毛骨悚然的表現手法描繪菜月昴的死

行刑式槍殺爆頭<sup>115</sup>等。暴力美學與虛擬兒少角色的結合，呈現出ACG文化的另一種樣貌風景。

「虛擬兒少不應淪與暴力連結」此一論點似乎並非歐美社會的主流觀點，亦鮮少見對於日本暴力動漫的批評（事實上歐美暴力電玩遊戲的血腥暴力程度與日本暴力動漫不分軒輊），相對而言，「虛擬兒少不應被性化」卻是歐美社會的主流觀點，此種明顯的價值判斷差異，除非係立基於「觀覽虛擬兒少暴力動漫並不會引發對真實兒少實際施暴」、「觀覽虛擬兒少色情動漫可能誘發對真實兒少實施性犯罪」之實證研究，否則如何自圓其說生命身體的價值低於性健全發展的價值？又如何說明虛擬兒少受暴或施暴並不會影響現實世界的真實兒少保護理念？

回到台灣，ACG文化及各種動漫作品已為社會高度接受，並無任何本

土研究顯示成年人觀覽虛構世界的動漫作品可能誘發其在現實世界傷害他人或社會，況且台灣社會對於真實兒少的看待，並不會因為真實兒少擔任時尚服裝廣告模特兒、虛擬兒少角色在虛構故事有性相關表現，就對真實兒少另起「特殊眼光」而形成實際傷害行動的潛在風險。

在台灣社會的發展脈絡，ACG文化社群向來非常清楚現實世界與虛構（虛擬）世界的區分，然而未能理解ACG文化內涵的其他文化社群似乎總存有誤會，甚至不時混淆「暴力色情動漫作品的『閱聽者』應予分級管制，以維護兒少閱聽者的身心健全」與「暴力色情動漫作品的『內容』應予以管制，以避免成年閱聽者觀覽後實際傷害兒少」二種截然不同的觀念。在多元文化社會下，國家基於憲法文化國的寬容原則，理應積極促成社會成員對不同文化社

亡，例如頭部遭打爆後眼珠在地上滾動、結冰後身軀遭凍碎、各種的斷頭情節（並特寫因不同死亡方式而顯露出的不同驚恐表情）、跳下懸崖後身軀插入尖錐狀巨石、持刀自戕、腹部遭砍傷劃開後在逃跑中被流出的腸子絆倒、遭大量魔獸啃食殆盡等。此外，該作品女主角之一、屬於鬼族的雷姆（17歲）亦曾遭到魔女教以極為驚悚駭人的方式活生生折斷四肢，最後在萊月昂的懷裡斷氣死亡。

註113：例如漫畫改編動畫《來自深淵》系列的劇場版《來自深淵深沉靈魂的黎明》，其中一段情節極為驚悚：外觀相當年幼的角色普魯修卡（至少10歲以上）在出於自願之下遭到活生生逐一肢解，剩下的身軀隨後被裝進狹小的箱子內。

註114：例如漫畫改編動畫《鏈鋸人》男主角淀治（16歲）及其收養為寵物的惡魔波奇塔在動畫第1話即雙雙遭到其他惡魔群起殺害分屍，屍塊並被全數丟進垃圾桶。

註115：例如輕小說改編動畫《86——不存在的戰區——》男主角辛耶·諾贊（16歲）在多名戰友受重傷而奄奄一息之際，為了避免戰友的大腦遭敵軍奪走利用，多次持手槍行刑式射擊重傷戰友的頭部，以送戰友生命最後一程並破壞大腦的可利用性。

群的文化差異寬容，而非在法律制度與司法審判中偏袒特定的、甚或不符我國國情的道德觀，進而侵犯受迫文化社群的文化認同。

## 伍、結論

我國ACG文化高度容受日本二次元文化，並已逐漸從小眾次文化發展為大眾流行文化。ACG文化以動漫創作為核心，其三大特色為「性」、「萌」、「絆」，展現在動漫作品與文化實踐當中。

多元文化國為我國憲法基本原則，要求國家在消極面上不可侵犯人民的文化基本權與文化權利，在積極面上有義務維護多元文化社會，而在多元文化國下的中立原則與寬容原則，則要求國家必須確保不同文化社群間的文化差異。文化社群的成員享有文化基本權與文化權利，並在言論自由、創作自由、藝術自由與思想自由的保障下確保其價值觀

與文化認同。當國家對於文化「內容」進行管制，即可能侵害社群成員的思想自由。

目前我國對於動漫創作所實施的管制措施，包含公開播映管制、傳布流通管制、創作思想管制。就公開播映管制，電影法及兒少權益保障法之分級制度旨在保護兒少閱聽者的身心健全發展，其管制不至於對ACG文化產生明顯負面影響。就傳布流通管制，刑法第235條規定處罰所有的硬蕊猥褻物品，對於具藝術性、內容高度多元的動漫創作，恐有過度干預的疑慮。就創作思想管制，兒少性剝削防制條例基於「觀覽可能導致犯罪」的理由，全面禁止虛擬兒少色情動漫創作的產製（創作）、傳布、持有行為，對於ACG文化社群的基本權以及ACG文化的存立基礎，產生極為嚴重的侵害，虛擬世界的體驗並不會在現實世界產生犯罪風險，國家應充分理解並尊重ACG文化的特色，不應以特定的道德觀強加在ACG文化社群之上，否則將嚴重危殆多元自由民主憲政秩序的存立基礎。