

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

謝良駿*

壹、前言——問題提出

一、「iWIN事件」對ACG文化創作之衝擊

於民國（下同）113年1月間，臺灣發生了一起震驚ACG文化¹愛好者的重大事件，即「iWIN事件」。據報導，網路論壇PTT討論ACG話題之C_Chat板板主發文指出，因板上文章提及熱門遊戲《蔚藍檔案》角色與成人遊

戲《雌小鬼TRAIN》，遂接獲網路內容防護機構「iWIN」²聯繫，以其內容涉嫌違反兒童及少年性剝削防制條例（下稱兒少性剝削條例）規定為由，要求板主配合下架文章；二次元色情抱枕廠商「黑白工房」亦因官網放置三點全露、幼態體型之商品圖像，基於相同理由，亦遭「iWIN」要求配合限制瀏覽或下架該圖像³。不僅如此，亦有繪師創作繪製內容為幼女性態虛擬角色裸露生殖器之圖

*本文作者係寬和法律事務所主持律師、東吳大學法律系兼任講師、台北律師公會動漫文化研究社副社長。

註1：所謂「ACG文化」，係指源自於日本之動畫（Anime）、漫畫（Comics）與遊戲（Games）之次文化；相對於真實世界之「三次元」，存在於虛擬世界之ACG文化亦稱為「二次元文化」。隨著二次元文化創作領域之逐漸擴張，亦稱為ACGN（N即小說Novel）、ACGNIV（I即偶像Idol；V即虛擬YouTuber、Virtual YouTuber，簡稱VTuber）。

註2：iWIN之全名為「iWIN網路內容防護機構」，其成立係依兒童及少年福利與權益保障法第46條第1項規定，為防止兒童及少年接觸有害其身心發展之網際網路內容，由國家通訊傳播委員會邀請各目的事業主管機關（如衛生福利部、教育部、文化部、內政部警政署及數發部等）共同籌設於102年。依同條第3項規定：「網際網路平臺提供者經目的事業主管機關告知網際網路內容有害兒童及少年身心健康或違反前項規定未採取明確可行防護措施者，應為限制兒童及少年接取、瀏覽之措施，或先行移除。」基於上情，iWIN受理民眾申訴有害兒少身心發展之網際網路內容，包含色情內容：「整個網站、網路文章或網路影片所呈現出的內容與傳遞的訊息，涉及男性女性的身體裸露、未成年的裸照、未成年遭受性剝削的內容、性行為、性暗示、媒介性交易的資訊或是具有性暗示意涵等內容，皆屬色情的範疇，而依據內容呈現的強度不同，需要提供的防護機制也不同。」參見：

<https://i.win.org.tw/appeal.php?Type=3>。（最後瀏覽日期：113年10月12日）

註3：報導參見曾子軒，〈宮崎駿都恐審查不過？動漫圈炎上「iWIN」事件一次看懂〉，網址：

<https://www.gvm.com.tw/article/110095>。（最後瀏覽日期：113年10月12日）

畫，並上傳至社群網站等行為，因涉嫌違反兒少性剝削條例第36條第1項、第38條第1項等規定，而遭臺北市政府警察局婦幼警察隊函送檢察官偵辦⁴。

肇生上開爭議之緣由，主要在於當時（即112年2月15日修正公布之）兒少性剝削條例第36條第1項、第38條第1項等規定⁵，明文禁止製造與傳布「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」。由於上開規定所稱「圖畫」，於文義上並未區分兒童或少年究竟係虛擬或真人，似乎只要客觀上可認為係兒童或少年者，均屬「兒少色情」而有兒少性剝削條例之適用⁶。

鑒於上情已涉及對非真人之虛擬角色圖畫創作之限制，構成對創作自由、言論自由等表

現自由之干預而引起法界重視。蔡易餘、黃捷與沈伯洋等立法委員遂於113年4月11日共同召集衛生福利部、法務部與臺北市動漫企劃人員職業工會進行討論。為避免法令解釋模糊造成對二次元創作之限制，該會議達成共識：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依兒少性剝削條例規定處理；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，依刑法第235條及大法官解釋第617號處理。衛生福利部亦從善如流，針對虛擬兒童及少年圖畫涉兒少性剝削條例規定疑義與處理原則乙案，於113年5月14日將上開共識作成衛部護字第1130014287號函釋⁷，藉此將虛擬兒少色情圖畫排除於兒少性

註4：據知悉，該案嗣經臺灣橋頭地方檢察署於113年8月13日作成113年度偵字第9638號不起訴處分書。

註5：（112年2月15日修正公布）兒少性剝削條例第36條第1項：「拍攝、製造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，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」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。」

註6：衛生福利部保護服務司司長張秀鶯於112年2月1日接受媒體採訪時表示：「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」、「有些作品讓人一目了然，例如穿著學生制服，或形體發育狀況明顯未滿18歲，從一般社會通則概念上，就可以判斷是兒少；若圖畫或影像又與性有關，會引起性慾、令人心跳加速，或會讓人覺得露骨、引起羞恥感，或者商品描述文案與性有關，就適用於『兒少性剝削防制條例』」。參見中央通訊社，〈下架兒少性剝削疑慮圖衛福部：保護不限真人圖像〉，網址：

<https://www.cna.com.tw/news/ahel/202402010206.aspx>。（最後瀏覽日期：113年10月12日）

註7：衛生福利部113年5月14日衛部護字第1130014287號函：「二、為防制、消弭兒童及少年為性交易對象事件，我國於84年制定施行兒童及少年性交易防制條例，當時該條例第27條即定明，拍攝、製造未滿18歲之人為姦淫或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處6個月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以下罰金。後因應社會變遷、科技發展及實務需求，歷經10次修法，皆有對圖畫之規範；88年將該條例有關『姦淫或猥褻行為之圖畫』文字修正為『性交或猥褻行為之圖畫』；104年全文修正為『兒童及少年性剝削防制條例』（以下稱本條例），將『拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品』正式移納為兒童及少年性剝削定義範圍，擴大保護對象；112年配合刑法第10條修正，將本條例第2

剝削條例之適用範圍。

承上，立法委員沈伯洋、蔡易餘先後於113年4月17日、5月8日對此議題提出兒少性剝削條例修正草案⁸。立法院於委員會審查、黨團協商、二讀階段對此議題均有詳細討論⁹。故兒少性剝削條例第2條第1項第3款嗣於113年7月12日三讀通過、經總統於113年8月7日修正公布，將處罰樣態增列重製、持有或支付對價觀覽等行為，並於修正理由中強調該規定所稱「與性相關而客觀上足以引起性慾或

羞恥之圖畫」，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，應適用刑法第235條、兒童及少年福利與權益保障法第46條等規定¹⁰。

雖然「iWIN事件」所涉虛擬兒少色情圖畫適法性風波已暫時落幕，然因法律無明文規範、僅於修正理由中敘明¹¹，立法者既未於條文中明確將虛擬兒少色情圖畫排除於兒少

條第1項第3款有關『性交或猥褻行為之圖畫』文字修正為『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』，究其修法意旨，係為避免不特定兒少個人利益受侵害之危險，以達防制、消弭以兒童及少年為性剝削對象之國家重大公益目的，先予敘明。三、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。」

註8：立法委員沈伯洋、蔡易餘等19人於113年4月17日提案第11003400號提出兒少性剝削條例第39條之修正草案於說明欄敘明條例所稱圖畫，應排除虛擬兒少色情圖畫之意旨參見立法院第11屆第1會期第10次會議議案關係文書、立法院第11屆第1會期第13次會議議案關係文書。

註9：參見立法院公報處（2024），《立法院公報》，113卷37期，第421-427頁，立法院；立法院公報處（2024），《立法院公報》，113卷59期，第275-276頁，立法院；立法院公報處（2024），《立法院公報》，113卷64期，第359-361頁，立法院；立法院公報處（2024），《立法院公報》，113卷71期，第280頁，立法院。

註10：修正理由：「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11：修法過程中，立法委員曾提出第2條第1項第3款之修正草案，建議於定義中直接明文排除二次元之虛擬創作。衛生福利部則以希望保持彈性為由，維持於修正理由中予以說明之草案。立法委員則提出明確性是否足夠之質疑。對此，法務部與司法院之答覆為：「（汪參事南均）有關文字的定義、概念，我們的意見是，像這樣的概念通常隨著社會觀念的發展會有不同的內涵，我們比較建議維持衛福部的版本，留在說明欄，讓主管機關解釋主管法規的彈性空間可以即時因應社會情勢的變遷，這樣會不會比較好？」、「（朱主任檢察官華君）…（略）…說穿了，其實行政機關的函釋基本上是不拘束我們司法機關，但是我們檢察官在辦案的時候都會參考這個意見。所以基本上雖然這個寫

性剝削條例之適用範圍外，毋寧造成執法者（檢察官或法官）仍可透過法律解釋再將虛擬兒少色情圖畫納入兒少性剝削條例之管制範圍，顯見此問題尚未獲得完善解決¹²。從而，未來虛擬兒少色情物品究應如何管制？其管制之必要性與正當性為何？仍有詳加釐清與探討之必要。

二、色情物品之管制現況

對於色情物品之管制，刑法第235條¹³已設有規範。參酌司法院大法官釋字第617號解釋（95年10月26日）意旨：(1)有關性之描述或出版品，屬於性言論或性資訊，如客觀上足以

刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者，謂之猥褻之言論或出版品；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¹⁴。(2)刑法第235條第1項所稱「猥褻之資訊或物品」，可依其內容是否含有暴力、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，而區分為「硬蕊」與「軟蕊」。若傳布屬於「硬蕊」（即含有暴力、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

在立法理由，但是我們現在函釋下去了，其實大家都看得到。以上。」、「（謝廳長靜慧）…（略）…尤其是像這樣的數位網路時代其實快速地變遷，處理個案的不管是檢察官或者法官、甚至第一線的司法警察人員，都必須要基於法與時轉，妥適地去解釋立法目的的達成，所以個案的解釋論裡面，大概就會透過目的性限縮或目的性擴張去符合防制兒少被性剝削的時代任務，所以我會建議還是由主管機關做法價值的控管。至於個案，大概就要回到罰的本旨去做個案的判斷。」參見立法院公報處（2024），《立法院公報》，113卷64期，第360-361頁，立法院。

註12：前述提及民眾張貼成人遊戲《雌小鬼TRAIN》連結文章乙案，據中央社於113年11月5日報導，士林地檢署緩起訴處分書指出，張貼者卓姓男子於民國112年12月間在聯合新聞網的遊戲角落紳士專區轉貼1篇日本成人遊戲連結文章，標題為「DLsite酪梨紳士《雌小鬼TRAIN》中文版推出，刑警遭神蘿天征變成我愛蘿？」卓男貼文內容所顯示之一名遊戲角色「喜游名心CocoKiyuna」圖畫，外貌為未成年，頭帶喇叭頭飾、綠色眼罩、身著藍色三點式比基尼、以雙腳打開呈現性挑逗坐姿，並有不明遊戲角色全裸趴跪、胸部打碼。檢察官認定，卓男之行為涉犯兒少性剝削條例第38條第1項以他法供人觀覽與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之兒童或少年圖畫罪。檢察官審酌，卓男犯後已坦承犯行，深表悔悟，並考量網站設有分級區隔機制，卓男犯罪所生危害尚屬輕微，以及卓男的犯罪手段、生活狀況、品行、智識程度等一切情狀，處分緩起訴1年，並向公庫支付新台幣5萬元。參見中央社，〈網友貼二次元兒少性影像iWIN報警緩起訴付5萬元〉，網址：<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202411050027.aspx>。（最後瀏覽日期：113年11月17日）

註13：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。（第1項）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。（第2項）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。（第3項）」

註14：司法院大法官釋字第617號解釋理由書更進一步強調：「性資訊或物品之閱聽，在客觀上足以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者，對於平等和諧之社會性價值秩序顯有危害。」、「另基於對少數性文化族群依其性道德感情與對性風化認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者之保障，故以刑罰處罰之範圍，應以維護社會多數共通之性價值秩序所必要者為限。」

或物品者，不管是否有安全隔絕措施，均為刑法第235條第1項所欲處罰之對象；倘傳布屬於非硬蕊之「軟蕊」即一般猥褻言論或資訊者，其是否構成刑法第235條第1項規定之處罰對象，則須視行為人是否同時採取適當之安全隔絕措施而定。(3)性言論之表現與性資訊之流通，是否有害社會多數人普遍認同之性觀念或性道德感情，常隨社會發展、風俗變異而有所不同。法官於審判時，應依本解釋意旨，衡酌具體案情，判斷個別案件是否已達猥褻而應予處罰之程度。(4)兒童及少年性交易防制條例（下稱兒少性交易條例）第27條及第28條之規定¹⁵，為刑法第235條之特別法，其適用不受本解釋之影響。

由是可知，（不涉及真實之兒少性影像及圖畫、語音或其他物品之）一般色情物品之內容屬「硬蕊」者，一律禁止傳布（散布、播送或販賣）；其內容屬「軟蕊」者，如有

採取適當安全隔絕措施（例如附加封套、警告標示或限於依法令特定之場所等）而非一般人得以見聞時，自容許傳布。刑法第235條第2項規定於性質上屬實質預備犯，係第1項規定可罰性之前置化，限於意圖傳布而製造、持有之行為始受規範。從而，無傳布意圖，單純製造、持有一般色情物品時（不論內容係「硬蕊」或「軟蕊」），尚不構成刑法第235條第2項之犯罪。

惟若內容涉及兒少性影像及圖畫、語音或其他物品¹⁶之「真實兒少色情物品」，依現行兒少性剝削條例第36條、第38條等規定，不論有無採取適當安全隔絕措施，均一律禁止傳布及製造。至於持有兒少性影像及圖畫、語音或其他物品，立法歷經多次修正，最終一律禁止「無正當理由持有」。

詳言之，於94年2月5日修正公布之兒少性交易條例第28條第2項僅規定「意圖散布、播

註15：當時之兒少性交易條例（95年5月30日修正公布）第27條：「拍攝、製造未滿十八歲之人為性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以下罰金。（第1項）意圖營利犯前項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑，應併科新臺幣五百萬元以下罰金。（第2項）引誘、媒介或以他法，使未滿十八歲之人被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。（第3項）以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使未滿十八歲之人被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。（第4項）前四項之未遂犯罰之。（第5項）第一項至第四項之物品，不問屬於犯人與否，沒收之。（第6項）」、（94年2月5日修正公布）第28條：「散布、播送或販賣前條拍攝、製造之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。（第1項）意圖散布、播送、販賣而持有前項物品者，處二年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金。（第2項）前二項之物品，不問屬於犯人與否，沒收之。（第3項）」上開規定嗣經修正為現行之兒少性剝削條例第36條、第38條等規定。

註16：「其他物品」於意義上是否包含文字？文獻上有認為兒少色情之行為客體應限於視覺表現物，而不包含文字在內。參見周晨蕙（2016），檢視兒少色情之刑罰正當性，第86-88頁，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文。亦有認為，除視覺表現物者外，「其他物品」於意義上並未排除聽覺表現物，且意義上亦包含文字在內，參見李昕陽（2018），當靜香穿上泳衣洗澡——論兒童色情之刑事管制，第131-133頁，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

送、販賣而持有前項物品者，處二年以下有期徒刑，得併科新臺幣二百萬元以下罰金」，規範方式與刑法第235條第2項相同，並不處罰（無散布、播送、販賣之意圖而）「無正當理由持有」者。嗣於96年7月4日修正公布兒少性交易條例第28條增訂第3項¹⁷，首次將無正當理由持有兒少性影像及圖畫、語音或其他物品者課予法律責任，即第一次被查獲者處行政責任、第二次以上被查獲者處刑事責任；上開規定於104年2月4日再經修正公布為兒少性剝削條例第39條，仍維持相同規範架構¹⁸。然條例第39條於112年2月15日經大幅修正，依持有標的（性影像或圖

畫、語音等其他物品）之不同區分管制方式，將無正當理由持有兒少性影像者予以特別規範而一律課予刑事責任；而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者，「為避免逕處刑罰過苛，並考量觀看、聽聞此類圖畫、語音或其他物品後，仍有進一步侵害兒童或少年之可能」，仍維持第一次被查獲者處行政責任、第二次以上被查獲者處刑事責任之規範架構¹⁹。又因113年間發生藝人黃子佼為「創意私房」高級會員之重大社會事件，第39條規定再於113年8月7日修正公布，將無正當理由持有之原因是否有支付對價而課予不同程度之刑罰²⁰。

註17：（96年7月4日修正公布）兒少性交易條例第28條第3項：「無正當理由持有前項拍攝、製造兒童及少年之圖片、影片、影帶、光碟、電磁紀錄或其他物品，第一次被查獲者，直轄市、縣（市）主管機關得令其接受二小時以上十小時以下之輔導教育，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。」

註18：（104年2月4日修正公布）兒少性剝削條例第39條：「無正當理由持有前條第一項物品，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，其物品不問屬於持有人與否，沒入之。（第1項）無正當理由持有前條第一項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，其物品不問屬於犯人與否，沒收之。（第2項）」

註19：（112年2月15日修正公布）兒少性剝削條例第39條：「無正當理由持有兒童或少年之性影像，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰金。（第1項）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。（第2項）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。（第3項）查獲之第一項及第三項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。（第4項）」

註20：（113年8月7日修正公布）兒少性剝削條例第39條：「無正當理由支付對價而持有兒童或少年之性影像，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。（第1項）無正當理由持有兒童或少年之性影像，處三年以下有期徒刑、拘役，得併科新臺幣六萬元以上六十萬元以下罰金。（第2項）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。（第3項）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。（第4項）查獲之第一項、第二項及第四項之附著物、圖畫及物品，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之。（第5項）」

然於現行法制下，「虛擬兒少色情物品」究竟應如何加以管制？究竟是否應視為一般色情物品，容許單純之製造與持有，且僅有內容屬「軟蕊」並採取適當安全隔絕措施時始得傳布？抑或應與「真實兒少色情物品」等同視之，適用兒少性剝削條例相關規定而一律禁止傳布、製造及持有？易言之，兒少性剝削條例於制定之初，究竟有無將虛擬兒少色情物品納入管制範圍之本意？考察上情，因涉及如何理解113年8月7日修正公布兒少性剝削條例第2條第1項第3款規定，自有詳加探究之必要。

有鑑於在ACG文化 / 二次元文化中，不論是成人漫畫²¹抑或是同人二次創作，色情均為重要類型之一。而動漫與或遊戲作品中之人物設定為中學生（少年）亦極為常見，以「蘿莉」、「正太」（即外觀貌似幼童之二次元幼態角色，不論角色實際設定年齡是否為幼童）為要角更是稀鬆平常。從而，儘管兒少性剝削條例第2條第1項第3款所稱「與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫」，現階段已於修正理由具體敘明「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」，惟主管機關衛生福利部於立法過程中仍不斷表明其適用法律仍有「保持彈性」之空間；法務部與司法院亦表示「行政機關函釋不拘束司法機關」，法院仍可於個案中「目的性限縮或目的性擴張」適用法律。從而，倘若未來一旦再將虛擬兒少色情物品視為兒少性剝削條例之管制與適用對象，毋寧將再次對ACG文化、二次元文化之創作者（製造者、傳布者）與愛好者（持有者）造成嚴重衝擊。筆者身為ACGNIV文化愛好者²²，擬從法律觀點，釐清虛擬兒少色情物品於現行法制下之管制現狀，以界定兒少性剝削條例第2條第1項第3款於未來解釋與適用之正確方向，進而兼顧二次元文化創作權利與兒童少年權益保護。

以下，本文擬以虛擬兒少色情物品最常見之媒介即漫畫為觀察對象，先回顧與觀察向來司法實務解釋如何管制虛擬兒少色情漫畫，並釐清司法實務發生兒少性剝削條例適用爭議之始末緣由，進而檢討現行法律管制

註21：所謂成人漫畫，如以最廣義之角度加以定義，係指以成人讀者為目標客群。男性向之成人漫畫，多以挑逗讀者性慾為目的，並以描寫性愛為故事主軸者，即幫助讀者洩慾之助興漫畫。由於市面上亦有許多非成人向，卻亦能使人感到性興奮之青年漫畫、少年漫畫甚或幼兒漫畫，因此類「賣肉」漫畫亦能挑起性慾，以致成人漫畫之定義將隨著讀者看待漫畫角度之不同，成人漫畫之定義將隨之改變而模糊不清。作者於創作作品時，可能並無性方面之目的，卻經讀者自行以有色眼光進行解讀而自願自地興奮起來。又成人漫畫不以男性向為限，亦包含以女性讀者為目標客群之女性向BL（Boy's Love）、TL（Teens Love，於故事中著重使用「青少年風格」以表達「成人向」（即帶有性元素之題材）內容之創作類型）。惟女性向之成人漫畫則與男性向作品有所不同，首要目的未必是挑起讀者之性慾，亦不以洩慾為主要目的。如此一來，使得成人漫畫更加難以定義。參見稀理都（著），陳識中（譯）（2019），《成人漫畫表現史》，第336-337頁，台灣東販。

註22：附帶一提，筆者與同為ACGNIV文化愛好者之律師同道所共同成立之台北律師公會動漫文化研究社，於社長之帶領下，曾於113年5月11日開拓動漫祭PF40會場，針對立法委員所提出之各版本兒少性剝削條例修正草案，與臺北市動漫企劃人員職業工會之幹部共同討論其因應對策。

虛擬兒少色情漫畫之正當性。

貳、司法實務管制虛擬兒少色情漫畫之概況

如為「虛擬成人」而與真實人物無涉之一般色情漫畫，刑法第235條第2項並未禁止無傳布意圖之單純製造或持有，惟該條第1項僅容許「軟蕊」內容於採取適當安全隔絕措施下進行傳布，至於「硬蕊」內容則一律禁止傳布，已如前述。由是可知，刑法第235條第1項針對猥褻物品之管制，不因其內容對象是否為真實或虛擬人物而有不同，縱使漫畫創作為虛擬人物，倘內容含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值者，該「硬蕊」內容仍一律禁止傳布²³。

惟涉及「虛擬兒少」之色情漫畫，司法實務究竟是依刑法第235條規定視為一般色情物品？抑或是依兒少性剝削條例而與「真實兒少色情物品」等同視之？即有待研究。筆者遂以「性交易&漫畫」、「性剝削&漫畫」、

「猥褻&漫畫」為關鍵字，於「法學資料檢索系統」進行裁判檢索（最後瀏覽日期：113年10月27日），並整理、分析當前司法實務面對虛擬兒少色情漫畫之立場與態度。

一、初期發展：虛擬兒少色情漫畫視為一般色情物品

兒少性交易條例制定公布於84年8月11日，該條例第28條第1項雖規定散布、販賣、公然陳列，或以他法供人觀覽未滿十八歲之人為姦淫或猥褻行為之圖畫等物品者構成刑事犯罪，惟司法實務早期均一律將虛擬兒少色情漫畫視為一般猥褻物品，逕以刑法第235條第1項之販賣或散布猥褻物品罪論罪；倘漫畫內容涉及「虛擬兒少色情」，並未另行適用兒少性交易條例，甚至有見解明確表示兒少性交易條例第28條第1項規定不適用於虛擬兒少色情漫畫。以下僅就較具代表性之案例詳加說明：

（一）【案例1-1】【《我家也有外星人》案】

被告於97年4月11日於自營之「錦和租書城」內，出租內容有男女性交畫面之猥褻漫

註23：相關案例如下可供參考：被告在新光華商場「數位夢天堂」店內陳列架上，於100年11月23日公然陳列「放課後調教放送室」、「生贖夫人」、「鬼畜無慘」等漫畫，復於101年2月初公然陳列「放課後調教放送室」、「侵蝕之刻」、「姦獄島」、「寢取的淫猥婦」等漫畫，均以新台幣100、120元之價格標售，並供入店內之不特定顧客往來觀看、挑選。上開漫畫內容皆含有刻意誇大表露男、女性器官，呈現男女異性、同性間各式性交、口交、雜交、自慰等各種姿勢畫面，其中並有刻意描述暴力、性虐待而無藝術性、教育性、醫學性等價值，在客觀上足以誘發他人性慾，並引起普通一般人羞恥感或厭惡感而侵害性的道德感情。經檢察官偵查後聲請簡易判決處刑，由臺灣臺北地方法院改以通常程序審理。臺灣臺北地方法院101年度易字第289號刑事判決（101年8月6日）以被告係犯刑法第235條第1項之販賣猥褻物品罪為由，分別處拘役30日、30日，應執行拘役40日。至於經查扣之「痴女荒淫後宮」等漫畫，其封面畫面並無任何噴霧、或馬賽克處理，清晰得知女子均係裸露生殖器官，且刻意誇大表女性器官、各式性交、口交、雜交、自慰等各種姿勢畫面，且搭配女子喊叫聲字語及描述該情節等，但尚無任何暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之描述，屬非硬蕊之一般猥褻物品，且已為適當安全隔絕措施，故可認被告之行為顯與刑法第235條第2項意圖販賣而持有猥褻影像之附著物罪之構成要件不合，依法即應為無罪之諭知。

畫，並於同日遭警方當場查獲，扣得有猥褻內容之漫畫共7本。被告因涉犯刑法第235條第1項之公然陳列猥褻圖畫、物品供人觀覽罪嫌，經檢察官聲請簡易處刑、臺灣板橋地方法院97年度簡字第4716號刑事判決於97年5月30日為有罪判決，被告不服提起上訴。

被告抗辯要旨略謂：系爭漫畫7本為知名之東立出版社出版，雖屬限制級漫畫，應非刑法所定義之猥褻物品，且伊將系爭漫畫放在限制級區，應無違法等語。嗣於97年10月22

日經臺灣板橋地方法院97年度簡上字第703號刑事判決撤銷原判決，改判被告無罪，其理由要旨略謂：本案系爭漫畫7本即《性感女主播》²⁴內有男女性交畫面，然男女生殖器部分並未繪出、以空白或遮掩方式呈現，且無暴力、性虐待或人獸性交等內容，男女性交亦非故事情節描述、強調之重點；扣案之《我家也有外星人》²⁵、《青春狂想曲》²⁶、《性感魔女1》²⁷均有女子裸露胸部畫面，偶有愛撫、男、女自慰畫面，惟自慰情節並未描繪

註24：經筆者檢閱《性感女主播》（女子ア十七瀬）之文本，該作品之原作者為滝沢寛之、漫畫家為八月薫，由東立出版社出版，第一冊出版日期為96年7月10日、第二冊出版日期為96年11月25日（東立出版社自行歸類為「青年系列」）。該作品均可於博客來、誠品等網路書店之線上通路購買。該作品於出版時有於封面標示「限：未滿十八歲者不得觀覽」。故事女主角為香田七瀬，22歲。故事設定為：香田於「共朋電視台」擔任女主播，敘述女性主播於電視台之職場工作與節目製作等具體情節，屬於社會寫實之作品。於第1話中，電視台將製作週三晚間九點之綜藝節目，規劃由男藝人擔任主持人，並挑選電視台內女性主播擔任搭檔。「台場電視台」女主播內川祥子（30歲）為爭取擔任搭檔主持人之機會，邀請兒玉部長至飯店，主動與兒玉部長發生性關係，嗣後內川則順利成為搭檔主持人。於第26頁有繪製內川之裸露胸部之畫面，第27、28頁雖有涉及男女性交之描寫，除有繪製女性胸部之畫面外，對於男性之性器、女性之陰部均未有清楚之繪製；於第2、3話中，第44-45、74-75頁雖有香田與其男友敏明之男女性交之描寫，惟除有繪製女性胸部之畫面外，對於男性之性器、女性之陰部均未有清楚之繪製；於第5話中，女主播遠藤以出賣肉體作為條件，為冬木部長之情婦，藉此取得擔任主播之工作機會，於第92-94頁雖有遠藤與冬木之男女性交之描寫，惟除有繪製女性胸部之畫面外，對於男性之性器、女性之陰部均未有清楚之繪製。

註25：經筆者檢閱《我家也有外星人》（しらぬGA宇宙人）之文本，該作品之作者為日本漫畫家東直矢，由東立出版社出版，第一冊出版日期為89年8月30日、第二冊出版日期為90年3月20日。該作品均可於博客來等網路書店之線上通路購買。該作品於出版時有於封面標示「限：未滿十八歲者不得觀覽」。故事男主角為山本健二，高中一年級；女主角天宮惠美里，奇亞拉的第二世代人，為外星人。故事設定為：外星人天宮惠美里賭上種族延續命運，來到地球學習愛與性，山本健二於得知女主角之身分與前來地球之目的後，拼命扮演老師的角色，保護女主角，並教導其什麼是地球人的愛（參見第二冊前情提要）。作品內容有女主角裸露胸部之畫面（第1、2、3、5話）；第3話雖有男主角或男子全身裸露之畫面，惟並未繪製性器（以馬賽克方式遮蔽呈現），惟內容有涉及以「眼鏡蟲」檢查身體為由插入男主角肛門（以馬賽克方式遮蔽呈現）；第6話則有男女愛撫之畫面。惟該作品並不直接涉及性行為之描寫。

註26：經筆者檢閱《青春狂想曲》（青春ビンタ）之文本，該作品之作者為日本漫畫家私屋カヲル，由東立出版社出版，第一冊、第二冊出版日期均為92年12月19日（東立出版社自行歸類為「青年系列」）。該作品均可於博客來、誠品等網路書店之線上通路購買。該作品於出版時有於封面標示「限：未滿十八歲者不得觀覽」。

註27：該文本似為《Miss性感魔女》（Miss ウィザード（仮）），該作品之作者為日本漫畫家葉月京、エヌ山、TON等，由東立出版社出版，第一冊出版日期為96年3月5日（東立出版社自行歸類為「青年

性器，係以遮掩或抽象誇張方式呈現，全篇主要內容均係以少年男女兩性間好奇、幻想、試探過程為誇張、諷刺描述，未含有暴力、性虐待或人獸性交內容，裸露部分並非故事情節描述、強調之重點。依現今社會發展程度、普遍接受之道德觀念，並權衡我國對兩性交往關係之一般觀念，應認上揭內容尚難謂足以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，致有害於社會善良風俗，達應以刑事追訴程序予以懲罰之程度²⁸。

惟檢察官仍不服上開判決而提起上訴。於97年12月31日再經臺灣高等法院97年度上易

字第2965號刑事判決撤銷原判決，改判被告有罪，處拘役50日，其理由要旨略謂：被告於「錦和租書城」內並無設置明顯專櫃或專區；本案系爭漫畫7本均有男女性交之內容，且均明顯繪出男女生殖器部分，其內容均係關於男女性交情節之描述，亦均有女子裸露胸部、愛撫、男女自慰畫面，且其內容係以誇張之方式呈現，全篇主要內容均係以少年男女、多人性交過程，為誇張之描述，應認上揭內容已足以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，致有害於社會善良風俗，達於應以刑事追訴程序予以懲罰之程度²⁹。

系列」)。該作品均可於博客來、誠品等網路書店之線上通路購買。該作品於出版時有於封面標示「限：未滿十八歲者不得觀覽」。故事男主角為御宅族處男，御手洗太，24歲；女主角為見習魔女虎葉、奈葉。故事設定為：見習魔女虎葉、奈葉於人間界開始修練之旅，欲協助御手洗太實現願望：脫離處男的行列、受女孩子歡迎、和花澤小姐兩情相悅。第16頁雖有繪製女主角虎葉裸露上半身即胸部之畫面、第18、19頁雖有虎葉為洗太手淫、口交之畫面，惟並未清楚繪製男性性器（以馬賽克與錯位方式遮蔽呈現）。第24頁雖有虎葉、奈葉全身赤裸、繪製女性胸部，以及男女愛撫之畫面，惟並未清楚繪製男女性器；第31、39頁雖有男女性交之畫面，惟除有繪製女性胸部之畫面外，對於男女性器均未有清楚之繪製。第50-53頁雖有男女愛撫之畫面，惟除有繪製女性胸部之畫面外，對於男女性器均未有清楚之繪製。

註28：臺灣板橋地方法院97年度簡上字第703號刑事判決：「本案系爭漫畫固含有裸露身體等未成年人不宜觀覽之內容，然此節應係基於青少年身心健康維護之目的，而以其他方式加以隔絕之課題，容屬出版品分級陳列、販售之行政管理事項，仍難逕認為符合刑法第二百三十五條規定所稱猥褻文字、圖畫之定義。被告既未出租符合刑法定義之猥褻文字、圖畫，即未構成犯罪，原審遽為論罪科刑，容有未洽」

註29：臺灣高等法院97年度上易字第2965號刑事判決：「惟查扣案之漫畫7本，經本院勘驗後認扣案之『性感女主播1』、『性感女主播2』、『我家也有外星人1』、『我家也有外星人2』、『青春狂想曲1』、『青春狂想曲2』、『性感魔女1』等書，均有男女性交之內容，且均明顯繪出男女生殖器部分，其內容均係關於男女性交情節之描述；扣案之『我家也有外星人1』、『我家也有外星人2』、『青春狂想曲1』、『青春狂想曲2』、『性感魔女1』亦均有女子裸露胸部、愛撫、男女自慰畫面，且其內容係以誇張之方式呈現，全篇主要內容均係以少年男女、多人性交過程，為誇張之描述（如『性感女主播1』第27、28、45、75、92、93頁、『性感女主播2』第25、46、47、81、120、156、200頁、『我家也有外星人1』第40、80、102、160、161頁、『我家也有外星人2』第156、161頁、『青春狂想曲1』第58、84、85、113、114頁、『青春狂想曲2』第47、48、49、67、68頁、『性感魔女1』第18、19、24、31、39頁）；核其內容並不具任何藝術性、醫學性、教育性之價值，亦無關於該書主題之必要性，依現今社會發展程度、普遍接受之道德觀念，並權衡我國對兩性之一般觀念，應認上揭內容已足以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，致有害於社會善良風俗，達於應以刑事追訴程序予以懲罰之程度。」

(二)【案例1-2】【《天元突破紅蓮之眼》同人本案】

被告自97年3月22日起，在住處以電腦設備利用「露天拍賣網站」張貼其在日本網站上訂購、內容含有裸露男女性器官、性交、猥褻，客觀上足以刺激或滿足性慾之《SWEET》、《LOVE SWEAT》、《Persona 3》、《天元突破紅蓮之眼》等漫畫書³⁰之資訊，以販售該等猥褻漫畫書，藉以牟利，嗣經警方查獲並扣得上開色情漫畫書4本。檢察官以被告所為係僅犯刑法第235條第1項之販賣猥褻物品罪嫌，對此聲請簡易判決處刑，嗣於97年5月14日經臺灣臺北地方法院97年度簡字第1857號刑事簡易判決處拘役30日。

承上，警方雖認為被告涉犯兒少性交易條例第28條罪嫌，惟檢察官以虛擬兒少色情漫畫並非上開規定之規範對象，系爭漫畫雖含有未成年少男性交及裸露男性生殖器之內容，惟其人物既非自然人，即與該條構成要件

不符，認為被告罪嫌不足、不予起訴³¹。

(三)【案例1-3】【《獨門學習方法》案】

被告於96年12月18日在住處利用電腦網路設備連接至「HK007論壇網站」之「成人漫畫區」內，在其會員申設之相簿張貼主題「獨門學習方法(18P)」之裸露未滿18歲少女胸部、性器官及性交等內容之猥褻漫畫圖片，供網路上不特定人觀覽而散布上開猥褻圖片。嗣經巡邏員警執行網路巡邏時發現上情而移送偵辦。檢察官以被告所為係犯兒少性交易條例第28條第1項之散布未滿18歲之人為性交行為之猥褻漫畫圖片罪嫌，對此聲請簡易判決處刑。

惟98年12月31日臺灣臺北地方法院98年度簡字第4959號刑事簡易判決以虛擬兒少色情漫畫並非上開規定規範之範圍（且自外觀觀察，難以確認所描繪之對象係18歲以下之少年或兒童）為由³²，依刑事訴訟法第300條規定變更起訴法條，認為被告僅犯刑法第235條

註30：單純從名稱推測，「Persona 3」可能為Atlus發行之《女神異聞錄系列》系列RPG遊戲《女神異聞錄3》(Persona 3)的改編漫畫同人本，而「天元突破紅蓮之眼」可能為GAINAX原創機器人動畫《天元突破紅蓮螺巖》的改編漫畫同人本。

註31：參見臺灣臺北地方法院97年度簡字第1857號刑事判決之附件，即臺灣臺北地方法院檢察署檢察官97年度偵字第8525號聲請簡易判決處刑書：「至報告意旨另認被告涉犯兒童及少年性交易防制條例第28條罪嫌。惟按兒童及少年性交易防制條例第28條第1項規定處罰之散布、販賣前條（即同條例第27條）拍攝、製造之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品，其規範內容應限以自然人為對象，不包括內容純屬虛構之人物漫畫，是被告所販賣漫畫書，其內容雖含有未成年少男性交及裸露男性生殖器之內容，惟其人物既非自然人，即與該條之構成要件未符，應認被告罪嫌不足，然此部分若成立犯罪，與前開聲請簡易判決處刑部分，有裁判上一罪關係，爰不另為不起訴處分，併此敘明。」

註32：臺灣臺北地方法院98年度簡字第4959號刑事簡易判決：「按兒童及少年性交易防制條例之立法目的，係為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，上開條例第1條定有明文。是上開條例係以保護、防制及消弭未滿18歲之兒童及少年免於性侵害為其規範目的，此由上開條例第四章罰則之規定，自第22條起至第28條止，均係以對未滿18歲之兒童或少年為性侵害者為處罰對象，益足證之。而被告本案所散布之上開猥褻圖畫，其內容之文字、情節係以虛擬之漫畫人物為對象，且自外觀觀察，難以確認所描繪之對象係18歲以下之少年或兒童，亦無任何文字說明描繪對象係設定在

第1項之散布猥褻圖畫罪而處拘役30日。

（四）【案例1-4】【《大天使的新娘》BL 作品案】

被告於其設址高雄市所開設經營之「漫畫物語生活概念館」內，公然陳列而出租《初體驗的祕密》、《SEX DRUNKER》、《大天使的新娘》³³、《桃色男子林檎篇》等13本漫畫書，其內容繪有男男裸露全身、性器官、相互愛撫，暨男同志性交、口交、肛交、指姦等性愛過程，並有射精、精液流出等具體畫面，客觀上足以刺激或滿足性慾及引起一般人羞恥或厭惡感，係屬猥褻物品。上開猥褻漫畫書以每本出租1天新臺幣10元、

現場觀看每本8元之價格，出租與不特定人而供人觀覽。嗣於98年8月20日經警方持臺灣高雄地方法院法官核發之搜索票至上開「漫畫物語生活概念館」執行搜索後當場查獲，並扣得上開猥褻漫畫書13本。經檢察官提起公訴，於99年3月31日經臺灣高雄地方法院以99年度易字第115號刑事判決認定被告犯刑法第235條第1項以出租之方法供人觀覽猥褻漫畫書刊罪，處拘役30日（緩刑2年）。

（五）【案例1-5】【《來做好色的事吧》案】

被告因販賣色情漫畫書《來做好色的事吧》³⁴、《強制娼婦》各1本，經檢察官聲請簡易判決處刑，於102年6月24日經臺灣桃園

18歲以下之少年或兒童之情，有『HK007論壇網站』擷取資料1份、網路列印猥褻漫畫圖片5張在卷可佐（見偵查卷第15頁至第19頁），自難認定前開猥褻圖畫屬上開條例所規範之範圍，且縱前開猥褻圖畫之內容、情節係設定以未滿18歲之男女為主角，惟亦非內含真實之未滿18歲之兒童或少年性交、猥褻之畫面，亦難謂係屬上開條例所規範之範圍，是核被告所為，係犯刑法第235條第1項之散布猥褻圖畫罪，聲請人認被告上開所為，係涉犯違反兒童及少年性交易防制條例第28條第1項之散布未滿18歲之人為性交行為之猥褻圖片罪嫌，尚有未恰（理由詳如前述），惟基本社會事實相同，爰依刑事訴訟法第300條規定變更起訴法條。」

註33：經筆者檢閱《大天使的新娘》（鋼鉄の大天使）之文本，該作品之作者為日本漫畫家水上シソ，由晨星出版社出版，出版日期不詳（日本發行時間為2007年9月，芳文社出版）。該作品於出版時有於封面標示「限制級：未成年者禁止閱讀」。封底文字敘述謂「此外還有被哥哥當成抵押品的高中生…和愛上哥哥友人的高中生…等精彩作品」等語。此作品為短篇故事集，每話均為獨立之短篇。第一話「我會為你守密」，故事設定為父母因車禍離世，兄弟二人相依為命，兄深水已成年，獨自扶養高中生弟阿弘（受）。兄之友人瀧川（攻）於出差後前往兄弟二人家中拜訪。弟因愛上瀧川，二人於深夜發生性關係，畫面中有二人愛撫、撫摸性器（性器之繪製僅有輪廓，尚非以寫實手法描繪）、肛交與射精等內容（第23-33頁）。於第34頁，兄撞見二人性交後對瀧川謂：「終於出手囉…要娶我，也要等他高中畢業才行！」、「別擔心！」、「對警察還有公司我都會守密的。」等語。第二話「好球地帶」，故事設定為高中生三年級的涉（受）為棒球社學長，三年級因即將引退，故擬集資購買新球具送給學弟妹，而將錢交給涉代為購買。抵達運動用品店後，涉因找不到錢而擔心難過，店長（攻）則提議以發生肉體關係作成贈送球具之對價，二人則於運動用品店發生性關係，畫面中有涉裸體、經店長愛撫與親吻，涉為店長口交、撫摸性器（性器之繪製僅有輪廓，尚非以寫實手法描繪）、射精、肛交等（第49-50、55、60-65頁）。於第53頁，涉謂：「從我出生到現在…十八年來第一次有了秘密」等語。第三話「隨便你如何處置」，故事設定為友人藤村為向拉麵店店長坂本（攻）借貸300萬元，將其高中生弟藤村真琴（受）抵押給坂本，其中內容亦有涉及二人發生性關係之描寫。由是顯見，該作品部分內容屬虛擬兒少色情漫畫甚明。

註34：經筆者檢閱《來做好色的事吧！》（エッチなことしよ）之文本，該作品之作者為日本漫畫家百舌

地方法院102年度桃簡字第1062號刑事簡易判決以被告犯刑法第235條第1項之販賣猥褻圖畫罪為由，處罰金1000元，併沒收上開漫畫。

二、立場轉變：虛擬兒少色情漫畫為條例規範對象

然自99年起，司法實務立場開始有所轉變，逐漸出現將漫畫內容涉及兒少色情者，視為兒少性交易條例第28條第1項所稱「未滿十八歲之人為姦淫或猥褻行為之圖畫」、修正後之兒少性剝削條例第38條第1項所稱「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」之見解。以下僅臚列具代表性案例供參：

（一）【案例2-1】【《秘密之扉》案】

被告因違反兒少性交易條例案件，經扣案《淫妖蟲蝕》、《秘密之扉》色情漫畫書壹本，檢察官依刑事訴訟法第253條之1為緩起

訴處分，復於緩起訴期間期滿後單獨聲請法院宣告沒收，於99年12月17日經臺灣臺南地方法院99年聲字第2244號刑事裁定准予沒收³⁵。

（二）【案例2-2】【《無防備少女宣言》案】

被告為超商負責人，自96年2月6日起，僅以透明封套將猥褻物品即《聖潔的鈴音》等，以及含有未滿18歲之人為性交圖畫之物品即《無防備少女宣言》、《難忘淫事》等合計155本漫畫包膜，並公然陳列在超商書架上，使不特定人均得以見聞。嗣經警方於同年2月8日臨檢而查獲，並扣得上開漫畫。案經警方報請臺灣高雄地方法院檢察署檢察官聲請簡易判決處刑。於102年12月30日經臺灣高雄地方法院102年度簡字第3715號刑事簡易判決以公然陳列猥褻物品部分所為係犯刑法第235條第1項之公然陳列猥褻物品罪，以及公然陳列含有未滿18歲之人為性交圖畫之物品部分所為係犯兒少性交易條例第28條

紫（もずや紫），由天使心出版有限公司出版，出版日期為99年5月。該作品於封面有明確標示為「限制級：未滿十八歲者不得觀賞」，於版權頁亦有標示：「本書不適合未滿18歲之青少年閱讀，嚴禁販售予未滿18歲之青少年；違者自行負擔法律責任」。該作品為短篇故事集，每話均為獨立之故事。該作品主要內容均為描寫男女主角間之性行為，且女主角裸露胸部之畫面、男女性器均有清楚明顯之繪製。因人物分別有穿著制服、學生泳衣（スクール水着），故事大多發生在校園，可知人物設定為學生，其外觀上看似為未成年人，惟故事中並無明確之設定敘述，故該部分可否認為已涉及兒少色情，似容待商榷。惟該作品於「變成大人的方法」乙話，男女主角設定為兄妹，妹妹美由於對白中表示：「今天在學校，早紀跟由香，都說中學生還跟哥哥一起洗澡很奇怪」等語，顯見妹妹之設定為中學生，核屬未成年人，故可推知該作品屬虛擬兒少色情漫畫應無疑義。

註35：相同情形，均經檢察官為緩起訴處分、緩起訴期間期滿後單獨聲請法院宣告沒收者，另參見臺灣板橋地方法院99年聲字第1320號刑事裁定（被告經扣案色情漫畫書102本）、臺灣臺南地方法院99年聲字第2239號刑事裁定（被告經扣案「粉紅少女」色情漫畫書壹本）、臺灣臺南地方法院103年聲字第889號刑事裁定（被告經扣案色情漫畫書6本）、臺灣臺北地方法院104年聲字第98號刑事裁定（被告因於「露天拍賣」網站兜售內容含有裸露未滿18歲男女性器官、性交、猥褻動作畫面及「小學五年級的處女沒有這麼濕的吧？…前幾天剛滿11歲了…妳也太猥褻了吧？看不出來是小學生的小穴哦…」等色情漫畫書6本並經扣案）、臺灣臺北地方法院104年聲字第2826號刑事裁定（被告於「露天拍賣」網站兜售內容含有未滿18歲之人為性交、猥褻行為圖片之漫畫2本並經扣案）。

第1項之公然陳列性交物品罪；被告以一公然陳列之行為，同時觸犯上開二罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條之規定，從一重之兒少性交易條例第28條第1項之罪，處有期徒刑2月（緩刑2年）。

（三）【案例2-3】【《小蘿莉狂抽猛插》案】

被告自105年7月28日利用電腦設備連接網際網路進入露天拍賣網站，以賣家身分公然刊登《小蘿莉狂抽猛插》漫畫之拍賣網頁，並上傳內容含有與兒童、少年為性交行為，且無藝術性、醫學性或教育性價值之色情漫畫封面內容至網頁上，藉以招攬不特定人購買，於106年6月22日經警方執行網路巡邏發現上開網站內容，佯以買家身分下標購入該漫畫一本，警方收到書籍後，確認內頁均為兒童及少年為性交行為之猥褻圖畫，而查悉上情。經檢察官提起公訴，於106年12月5日經臺灣臺北地方法院106年度審簡字第2124號刑事判決以被告犯刑法第235條第1項之以網際網路方法供人觀覽猥褻圖畫罪及兒少性剝削條例第38條第1項以網際網路方法供人觀覽兒童、少年為性交行為之圖畫罪。被告以一行為觸犯二罪名，為想像競合犯，應依刑

法第55條規定，從一重之兒少性剝削條例第38條第1項之罪，處有期徒刑3月。

（四）【案例2-4】【《淫姊小正太》案】

被告於104年8月20日起至106年6月3日經警方查獲之日止，利用電腦網路設備登錄露天拍賣網站，販賣有裸露性器官、性交或幼童裸露身體之圖畫即《別做出這麼過份的事》、《淫姊小正太》漫畫書予不特定人。經檢察官聲請簡易判決處刑，於107年6月29日經臺灣雲林地方法院斗六簡易庭107年度六簡字第32號刑事判決以被告係犯刑法第235條第1項販賣猥褻圖畫罪與兒少性剝削條例第38條第1項販賣兒童少年為性交猥褻行為之圖畫罪，以一行為觸犯上開二罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條前段規定，從一重之兒少性剝削條例第38條第1項之罪，處有期徒刑2月。

（五）【案例2-5】【《青春on air》案】

被告於106年6月28日經警方查獲其於住處以電腦設備連接網際網路至露天拍賣網站上，出售內容為16歲少女為猥褻行為之《青春on air》猥褻漫畫書1本³⁶，嗣經員警執行網路巡邏勤務查扣在案。被告因犯兒少性剝削條例第38條第1項販賣少年為猥褻行為之圖書

註36：經筆者檢閱《青春on air》（青春オンエア）之文本，該作品之作者為日本漫畫家ボン貴花田，由東立出版社於100年8月25日第1刷出版發行（東立出版社自行歸類為「青年系列」）。該作品均可於博客來、誠品等網路書店之線上通路購買。該作品於出版時有於封面標示「限：未滿十八歲者不得觀覽」。故事男主角為宮野大樹，16歲，高中一年級；女主角大橋桃乃，高中一年級。故事設定為：女主角係在網路上以不公開面貌之方式，以甜美聲音進行直播，並依聽眾要求講出情色台詞之人氣直播主「小桃」，但其實際個性係膽小怕羞、內向且不擅與人相處，外表亦不顯眼之女高中生。女主角之夢想係成為聲優，故利用網路直播作為練習。偶然間，「小桃」之真實身分經同班同學亦為粉絲之男主角發現後，兩人便決心共同努力，實現女主角成為聲優之夢想。作品內容有女主角裸露胸部之畫面（第1、3話）、女主角全身裸露之畫面（第1、4、6、8、9話）；第2話則有女主角騎乘至男主角身上、男主角撫摸女主角胸部之畫面；第5話則有以特寫鏡頭描寫女主角吃冰棒之畫面（可能容易使人聯想為口交之畫面）；第9話有男主角撫摸女主角胸部之畫面。惟整部作品並無任何關於男女性器與性行為之描寫。

罪，於106年9月28日經臺灣臺南地方檢察署檢察官以106年度偵字第13522號依刑事訴訟法第253條之1為緩起訴處分，復於緩起訴期間期滿後單獨聲請法院宣告沒收，於110年8月12日經臺灣臺南地方法院110年度單聲沒字第181號刑事裁定准予沒收。

三、爭議案件

於司法實務立場轉變後，針對漫畫作品內容涉及兒少色情內容者，究竟應否構成兒少性剝削條例第38條第1項所稱「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」乙節，上開爭點於案件中產生重大疑義者，有以下較具代表性之案例可供參考：

(一)【案例3-1】【《老師什麼最討厭》BL 作品案】

被告自106年5月17日利用電腦網路設備登錄「露天拍賣」網站後，未作適當隔離措施，即刊登內容載有老師威脅學生為性交、猥褻行為之《老師什麼最討厭》漫畫書³⁷之

廣告及販賣訊息，嗣於106年6月28日經警方於網路巡邏時發現，隨即向被告出價購買，於106年7月2日經被告將上開漫畫書寄送至員警指定地點，而循線查悉上情，並扣得前揭漫畫書1本。檢察官聲請簡易判決處刑，於106年12月29日經臺灣雲林地方法院106年度六簡字第340號刑事簡易判決以虛擬兒少色情漫畫並非兒少性剝削條例第38條第1項規定所規範之範圍為由³⁸，僅以被告犯刑法第235條第1項之販賣猥褻漫畫書罪，科罰金新臺幣1萬元。

(二)【案例3-2】【《清一色是童貞》案】

被告於106年6月7日在其居處利用電腦設備上網連結至露天拍賣網站，上傳兒童或少年裸露性器官或其他身體部位之猥褻圖畫書籍封面，並刊登「二手好書無底價標多少賣多少日漫中文版18禁H漫A五本魔的穴系列合售八成新」之標題，以競價方式出售書籍內容含有少男少女性交圖畫之猥褻色情書刊5本，另刊登「二手好書無底價標多少賣多少18禁

註37：筆者推測該書似為《老師什麼的最討厭了》（先生なんて嫌いです）、作者為日本漫畫家ひなこ，由東立出版社於106年5月所出版之漫畫作品。該作品均可於博客來、誠品等網路書店之線上通路購買。該作品於出版時有於封面標示「限：未滿十八歲者不得觀覽」。故事男主角有二，高中生生田碧（受）以及學校老師志津（攻）。故事設定為：生田於某日擬向女同學佐東告白遭拒絕，過程經社會科老師志津在場聽聞，女同學則當場向散發成熟悠閒氣質、廣受女孩們歡迎的志津老師告白，以致生田直接宣告失戀，生田則因此對志津老師產生反抗心理。作品於第3話有志津老師強吻生田，有強調二人舌吻之畫面，以及志津老師手握生田性器之畫面；第4話則有志津老師對生田之性器口交之畫面；第7、8話則有志津老師與生田二人裸體進行性行為之畫面（惟性器部分均未以寫實之方式繪製）。至於有關性器與性行為之描寫，並非故事情節描述、強調之主要重點。

註38：臺灣雲林地方法院106年度六簡字第340號刑事簡易判決：「是上開條例係以保護及防制兒童及少年免於遭受性剝削為其規範目的，此由上開條例第四章罰則之規定，自第31條起至第38條止，均係以對未滿18歲之兒童或少年為前揭性剝削者為處罰對象自明。是上開條例第38條第1項所指之兒童或少年，解釋上自應以『未滿18歲之自然人』為規範對象，始符合前開立法宗旨。查本件扣案漫畫書之主要內容均係以圖畫方式描繪猥褻、性交行為之情節，該圖畫內容中之角色均係虛擬人物而非自然人，亦無積極證據證明屬兒童或少年為性交或猥褻之照片，難認屬上開條例所規範之範圍，是被告所為自無從以兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項之罪相繩，附此說明。」

短篇情色文學精選四本激情藥劑 / 電梯之狼 / 專櫃小姐作戰計畫 / 我被學生上了合售八成新」之標題，以競價方式出售書籍內容含有性交圖片之猥褻色情書刊4本。嗣經警方執行網路巡邏時發現上開競價資訊，下標後向被告購買上開書籍9本。檢察官以被告涉犯刑法第235條第1項公然陳列猥褻物品、兒少性剝削條例第38條第1項公然陳列兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫等罪嫌而提起公訴。

於106年11月21日經臺灣臺中地方法院以106年度易字第3426號刑事判決被告無罪，理由要旨略謂：關於兒少性剝削條例第38條第1項部分，因兒少性剝削條例第38條第1項所指之兒童或少年，解釋上自應以「未滿18歲之自然人」為規範對象，本件扣案之書籍9本，圖畫及文字內容中之男女均係虛擬人物而非自然人，均難認屬上開條例所規範之範圍³⁹。

另關於刑法第235條第1項散布猥褻物品罪部分，本件扣案之9本書籍尚未發現內含性暴力、性虐待或人獸性交等猥褻資訊，應屬「軟蕊」猥褻物品；因被告在露天拍賣網站販售上開書籍已採取適當之安全隔絕措施⁴⁰。

檢察官因不服上開判決而提起上訴，嗣於107年2月27日經臺灣高等法院臺中分院以107年度上易字第45號刑事判決撤銷原判決，改判被告犯兒少性剝削條例第38條第1項之販賣及公然陳列兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫罪，處有期徒刑2月。關於兒少性剝削條例第38條第1項部分之理由略謂：兒少性剝削條例第38條係基於保護兒童及少年之目的，避免觀看兒童或少年色情圖畫、照片之人，於觀看後採取實際的行動去傷害兒童或少年，應認該色情圖畫中之兒童或少年縱使是虛擬人物，亦屬該條規範之對象⁴¹；從

註39：臺灣臺中地方法院106年度易字第3426號刑事判決：「是上開條例係以保護及防制兒童及少年免於遭受性剝削為其規範目的，此由上開條例第四章罰則之規定，自第31條起至第38條止，均係以對未滿18歲之兒童或少年為前揭性剝削者為處罰對象自明。是上開條例第38條第1項所指之兒童或少年，解釋上自應以『未滿18歲之自然人』為規範對象，始符合前開立法宗旨。查本件扣案之色情書籍9本，其中色情漫畫係以圖畫方式描繪猥褻、性交行為之情節，色情小說則係以文字敘述猥褻、性交行為之情節及對象，圖畫及文字內容中之男女均係虛擬人物而非自然人，至上開色情小說內含之猥褻照片雖為真實男女，惟無積極證據證明屬兒童或少年為性交或猥褻之照片，凡此均難認屬上開條例所規範之範圍，是被告所為自無從以兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項之罪相繩。」

註40：臺灣臺中地方法院106年度易字第3426號刑事判決：「本案被告係在露天拍賣網站之『成人專區』刊登前揭販賣猥褻書籍之訊息一節，有該拍賣網頁列印資料在卷可憑（見偵卷第16頁），而露天拍賣網站關於『成人專區』之管制措施為：會員以申設之帳號登入『成人專區』後，系統頁面會出現『本商品為限制級商品，限18歲以上會員瀏覽與購買』，會員需點選『我已滿18歲』始能進入『成人專區』等情，有露天拍賣網頁進入成人專區畫面之列印資料在卷可考（見偵卷第34頁），足認被告並非恣意在網路上公然陳列猥褻物品，而係將之刊載於拍賣網站所特別設立之『成人專區』內，已充分揭露所販賣之書籍內容屬限制級即涉及男女裸露性器官、為性交行為等猥褻內容，且登入『成人專區』之網頁時，系統頁面亦會自動出現警告標語，則由司法院釋字第617號解釋理由書對所謂『適當之安全隔絕措施』例示『附加封套、警告標示或限於依法令特定之場所內』等方式以觀，堪認定被告已採取適當之安全措施。」

註41：臺灣高等法院臺中分院107年度上易字第45號刑事判決：「由上開96年7月4日修正之兒童及少年性交易防制條例第28條立法理由一之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

而，「正確的性教育」、「清一色是童貞」⁴²書籍（漫畫）內容，有外表稚嫩、清澀之男、女裸體、性交，及撫摸、裸露生殖器特寫等圖畫，兼有表明上開人物為中學生之文字，核屬兒少性剝削條例第38條第1項所稱之圖畫⁴³。

（三）【案例3-3】【《老師的秘密、我的秘密》案】

被告甲為「茵德可絲動漫店」之負責人，被告乙為員工，負責網路上架及銷售事宜。被告甲於105年5月8日在「茵德可絲動漫店」

內，指示被告乙利用電腦設備連接網際網路進入露天拍賣網站，於成人專區公然刊登《老師的秘密、我的秘密（上）》漫畫⁴⁴之拍賣網頁，並上傳漫畫封面內容至網頁上。於106年7月27日經警方於執行網路巡邏發現上開網站內容，佯以買家身分下標購入該漫畫1本，被告甲收款後即寄出書籍，警方收到書籍後，確認內頁均為兒童及少年為性交行為之猥褻圖畫，而查悉上情。檢察官以被告甲、乙係共同犯兒少性剝削條例第38條第1項之散布及販賣兒童或少年為性交行為之圖畫

取實際的行動去傷害兒童。」，及104年2月4日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第38條條文將原兒童及少年性交易防制條例第28條第1項之『圖片』修正為『圖畫、照片』可知，上開條文係基於保護兒童及少年之目的，避免觀看兒童或少年色情圖畫、照片之人，於觀看後採取實際的行動去傷害兒童或少年，應認該色情圖畫中之兒童或少年縱使是虛擬人物，亦屬該條規範之對象。」

註42：經筆者檢閱《清一色是童貞》（キミたち童貞？）之文本，該作品之作者為日本漫畫家にったじゅん，由魔之穴出版，出版日期不詳（日本發行時間為2011年3月，三和出版）。該作品於出版時有於封面標示「限制級、18限、未滿十八歲之人請勿觀賞」。此作品為短篇集，每話均為獨立之短篇。作品內容均有大量男女主角全身裸露之畫面，以及諸多對於性行為、性器之描繪，男女性器均有寫實、清楚且誇張之繪製。該作品應顯然屬於虛擬兒少色情漫畫無疑。

註43：臺灣高等法院臺中分院107年度上易字第45號刑事判決：「扣案如附表編號6所示『正確的性教育』、編號8所示『清一色是童貞』書籍（漫畫）內容，有外表稚嫩、清澀之男、女裸體、性交，及撫摸、裸露生殖器特寫等圖畫，兼有『這就是中學女生的全裸喔』、『你是國中生吧？可不可以陪我做愛啊？』、『請問～你還是國中生吧？你曾經和女生發生過關係嗎？』等對白文字，有上開漫畫節錄內容影本在卷可稽（見偵卷第19、20、22、23頁），此部分事實亦堪認定。」

註44：經筆者檢閱《老師的秘密、我的秘密》（せんせいと、わたしと）之文本，該作品之作者為日本漫畫家岡田コウ，由未來數位出版，上冊、下冊出版日期均為106年5月初版一刷。該作品均可於博客來、金石堂、Readmoo讀墨等網路書店之線上通路購買。該作品上冊、下冊於出版時有於封面標示「18+限制級：未滿十八歲請勿觀看」、封底亦強調「限制級：未滿十八歲之人不得欣賞」。於目錄後特別強調：「本作品純屬虛構，與實際存在之人物、團體、事件等毫無關係。作中所出現的所有角色均已成年。彼此稱謂純屬演出需求，非實際關係。」等語。於版權頁特別強調：「♥滿足性幻想，減少性犯罪♥※本作品內容為虛構之故事。所出現之地名、人名、故事、背景及團體名稱等均為虛構。如有雷同純屬巧合。※本作品的讀者需成年且能為自己行為負責，作品中如有違反社會善良風俗之行為，因可能構成犯罪行為，請勿模仿。※本作品中部分內容有性描寫、露骨、恐怖、血腥、殘暴等，均為創作及藝術之需要，無法接受者請勿觀賞本書。」故事男主角為中學老師筱田寬和（28歲）；女主角有二，和久井沙耶香（12歲）以及森田柚花（14歲），均為中學生。故事內容大致為：沙耶香與柚花均對筱田老師有好感而分別主動與筱田發生性關係。作品內容均有大量女主角全身裸露之畫面，以及諸多對於性行為、性器之描繪，男女性器均有寫實、清楚且誇張之繪製。該作品應顯然屬於虛擬兒少色情漫畫，毫無疑問。

罪嫌及刑法第235條第1項散布猥褻物品罪嫌而提起公訴。

於107年3月30日經臺灣臺北地方法院以106年度審易字第3424號刑事判決被告二人均無罪，理由要旨略謂：關於刑法第235條第1項散布猥褻物品罪部分，漫畫內容含有男女性交之畫面，客觀上未含暴力、性虐待或人獸性交等猥褻資料，足以刺激或滿足性慾，一般人當會感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之，屬無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻物品；被告二人在露天拍賣網站販售上開漫畫時已採取適當之安全隔絕措施⁴⁵，故不該

當刑法第235條第1項之罪。另關於兒少性剝削條例第38條第1項部分，因無積極證據足資認定圖畫中之人物係兒童或少年，尚無從以兒少性剝削條例第38條第1項之罪相繩⁴⁶。

檢察官因不服上開判決而提起上訴，嗣於107年7月24日經臺灣高等法院以107年度上易字第1109號刑事判決駁回上訴，雖維持被告二人無罪之結論，惟關於兒少性剝削條例第38條第1項部分之理由略有不同：兒童及少年性剝削條例第38條所定之「圖畫」，其描繪之兒童或少年是否確有其人，並非所問⁴⁷；該漫畫之內容確有描繪未滿18歲之少年為性交、

註45：臺灣臺北地方法院106年度審易字第3424號刑事判決：「被告二人在露天拍賣網站之成人專區刊登上開漫畫之拍賣網頁，並上傳該漫畫封面內容至網頁上等節，業已認定如前，而露天拍賣網站關於成人專區之管制為：會員以申設之帳號登入成人專區後，系統頁面會出現『本商品為限制級商品，限18歲以上會員瀏覽與購買』，會員須點選『我已滿18歲』始能進入『成人專區』等情，業據被告二人於偵查及本院審理中供述明確，並有露天拍賣網頁進入成人專區畫面之列印資料在卷可考（參106年度偵字第21276號卷第11頁、本院卷第27頁），足認被告二人並非恣意在網路上公然陳列猥褻物品，而係將之刊載於拍賣網站所特別設立之成人專區內，已充分揭露所販賣之書籍內容屬限制級即涉及男女裸露性器官、為性交行為等猥褻內容，且登入成人專區之網頁時，系統頁面亦會自動出現警告標語，則由司法院釋字第617號解釋理由書對所謂『適當之安全隔絕措施』例示『附加封套、警告標示或限於依法令特定之場所內』等方式以觀，堪認被告二人已採取適當之安全措施，而不該當刑法第235條第1項之罪。」

註46：臺灣臺北地方法院106年度審易字第3424號刑事判決：「按之上開96年7月4日修正之兒童及少年性交易防制條例第28條立法理由一之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。』可知上開條文係基於保護兒童及少年之目的，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傷害兒童或少年。本案被告二人於露天拍賣網站之成人專區刊登並販賣之『老師的秘密、我的秘密（上）』漫畫，其封面及內頁固有身著制服之女學生圖畫，並載有老師、學生之字樣，惟並無積極證據足資認定圖畫中之人物係兒童或少年，根據罪證有疑、利於被告之證據法則，尚無從以兒童及少年性剝削防制條例第38條第1項之罪相繩。」

註47：臺灣高等法院107年度上易字第1109號刑事判決：「綜合前述兒童及少年性剝削條例之立法目的、處罰持有兒童色情物品之立法理由包含『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』、104年2月4日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第38條條文將原兒童及少年性交易防制條例第28條第1項之『圖片』修正為『圖畫、照片』，通體觀察，基於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，造成兒童及少年身心之不良影響，亦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

撫摸及裸露生殖器猥褻行為⁴⁸。惟被告二人未拆封檢視該漫畫書籍內容，不知其內容係描繪兒童或少年為性交、猥褻行為，故毋庸負擔兒少性剝削條例第38條第1項之罪責⁴⁹。

四、近期發展

隨著司法實務對於虛擬兒少色情漫畫係兒少性剝削條例第38條第1項所稱「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」之見解逐漸趨於一致後，近期仍有二則

具代表性案例，先後針對以真實兒童作為漫畫創作素材之「真實兒少色情物品」，以及「生成式AI」所創作高度擬真之「虛擬兒少色情物品」等情形，肯定適用兒少性剝削條例：

(一)【案例4-1】【「繪製真實兒童生殖器漫畫」案】

被告B男、C女為被害人A子（109年7月生）之父母。C女為增加其臉書粉絲專頁瀏覽次數，於110年6月28日下午在其住處，以其

非所問。被告甲○○及其辯護人主張該條例第38條所謂兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫應以該圖畫或照片係基於自然人性交或猥褻所製成為限等語（見本院卷第38頁反面），尚屬無據。」

註48：臺灣高等法院107年度上易字第1109號刑事判決：「查被告甲○○、乙○○於露天拍賣網站成人專區所刊登並販賣之『老師的秘密、我的秘密（上）』漫畫書籍，其內頁有身著學校制服、外表稚嫩、清澀之男女裸體、性交及撫摸、裸露生殖器特寫等圖畫，兼有表明上開人物為中學生之文字，有該漫畫書籍內頁部分內容翻拍照片附卷可佐（見偵卷第8頁反面至第10頁），並有該漫畫書籍1本扣案為憑。而依我國國民教育法第2條第1項前段規定『凡6歲至15歲之國民，應受國民教育』、第3條第1項規定『國民教育分為二階段：前6年為國民小學教育；後3年為國民中學教育』，是依我國學制，除有特殊情形外，中學生應係未滿15歲之人；另日本現行教育體制，亦與我國類似，依日本學校教育法第17條規定，年滿6歲至12歲、滿12歲至15歲之人，應強制性接受初等教育、中等教育等情，此為本院職務上所知悉，是無論係依我國或日本現行教育制度，除有特殊情況，中學生均應係未滿15歲之人。從而，堪認被告甲○○、乙○○於露天拍賣網站成人專區所刊登並販賣之『老師的秘密、我的秘密（上）』漫畫書籍之內容，確有描繪未滿18歲之少年為性交、撫摸及裸露生殖器猥褻行為。」

註49：臺灣高等法院107年度上易字第1109號刑事判決：「查被告甲○○、乙○○於本院審理時，均否認知悉該『老師的秘密、我的秘密（上）』漫畫書籍之內容含有描繪少年為性交或猥褻行為，被告甲○○於警詢、原審審理時亦供稱：該『老師的秘密、我的秘密（上）』漫畫書籍係由未來數位出版社正式獲日本授權出版的漫畫書籍，到貨時已經封裝，一旦拆封，就無法退貨，會造成成本損失，因此不可能拆開檢視其內容；伊有看過國內一些大型書店如金石堂也有販售相同書籍，所以就上架販售，不知道內容屬兒童或少年猥褻刊物等語（見偵卷第5頁正反面、原審卷第18頁反面、第50頁），被告乙○○亦於警詢、原審審理時供稱：伊受雇於被告甲○○所經營茵德可絲動漫店，係依甲○○指示而為本案刊登、販售『老師的秘密、我的秘密（上）』漫畫書籍，沒有犯罪故意；一般書籍配送到店後，伊僅清點數量是否正確就上架，因為數量很多，且廠商規定拆封就不可退貨，所以不可能每本書都拆封檢閱內容等語（見偵卷第7頁，原審卷第50頁、第52頁），佐以一般客製化之商品、報紙、期刊或雜誌、影音商品、電子書或其他電腦軟體等商品，或因商品具使用1次性、消耗性，或為避免商品於展售過程中毀損，廠商於出貨前多以塑膠膜將商品包裹，避免消費者任意拆封檢視、使用，一旦拆封則視同購買，此為眾所周知之事，是被告甲○○、乙○○2人辯稱未拆封檢視該漫畫書籍內容，不知其內容係描繪兒童或少年為性交、猥褻行為等語，核與常情無違，應可採信。」

所有電腦繪製C女、B男雙唇緊閉碰觸A子生殖器之圖畫（下稱系爭漫畫），以此方式製造兒童為猥褻行為電子訊號1份⁵⁰。檢察官提起公訴，於111年11月24日經臺灣士林地方法院110年度侵訴字第47號刑事判決以系爭漫畫為兒少性剝削條例第36條所規範兒童為猥褻行為之電子訊號，被告C女繪製系爭漫畫之行為自屬製造兒童為猥褻行為之電子訊號⁵¹，犯製造兒童為猥褻行為之電子訊號罪，處有期徒刑7月。

（二）【案例4-2】【「生成式AI女童及少女裸露寫真」案】

被告在其住處以電腦設備執行「Stable Diffusion」生成式人工智慧（AI）繪圖軟體，輸入與兒童及少年性相關之生成詞，生成女童及少女裸露胸部、下體之影像檔之數位寫真集，於112年10月18日至「蝦皮購物」網路申設賣場，刊登販售上開數位寫真集供不

特定人選購，迄被查獲止，共販出10餘本數位寫真集，獲利1,386元。嗣經民眾檢舉，於113年2月2日經員警前往被告住處執行搜索，案經檢察官偵查起訴。於113年8月26日經臺灣橋頭地方法院113年度審訴字第135號刑事判決以被告犯兒少性剝削條例第38條第3項後段、第1項之販賣兒童及少年與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫罪，處有期徒刑7月（緩刑2年）⁵²。

參、爭議發生之問題所在

一、司法實務之飄忽不定

綜觀上述司法實務對於內容涉及兒少色情漫畫作品之法律適用所採取立場與案例類型，可整理歸納要旨如下：

（一）初期階段，虛擬兒少色情漫畫與一般色情物品之管制無異，僅適用刑法第

註50：臺灣士林地方法院110年度侵訴字第47號刑事判決：「觀諸系爭漫畫，其內容略以：A子因剛洗完澡全身赤裸躺在浴巾上，生殖器裸露且可辨識陰莖、睪丸等生理構造，被告B男持毛巾欲擦拭A子，被告B男緊閉口腔碰觸A子生殖器，接著被告C女亦緊閉口腔碰觸A子生殖器，A子則全身赤裸表示：『……』，並註記：『你們有想過我的感受嗎？』，有系爭漫畫附卷可稽（見他卷第47頁至第57頁）；而依社會一般通念咸認以嘴碰觸生殖器足以誘起、滿足、發洩人之性慾，亦如前（一）2.②所述，且當時A子為未滿1歲之兒童，系爭漫畫所描繪A子遭被告B男、C女以嘴碰觸生殖器顯與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥，系爭漫畫自屬A子為猥褻行為之電子訊號。」

註51：臺灣士林地方法院110年度侵訴字第47號刑事判決：「而保護兒童及少年免於任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權，本院就系爭漫畫整體特性而為觀察，考量A子尚在稚齡，被告C女身為A子之母，竟利用父母與幼童間關係，製造其與被告B男口腔緊閉碰觸A子生殖器而對A子為猥褻行為之系爭漫畫，顯與性相關且客觀上足以引起性慾或羞恥，從被告C女行為之表徵性、外顯性判斷，已該當兒童及少年性剝削防制條例第36條第1項所規定製造兒童為猥褻行為電子訊號之構成要件。又系爭漫畫既描繪被告B男、C女對A子為猥褻行為，而與性行為具高度聯結，參酌目前一般社會觀念，實難認具藝術性、醫學性或教育性價值，客觀上亦屬足以刺激或滿足性慾，並引起通常一般人羞恥或厭惡感而侵害性之道德感情，復有害於社會風化，亦屬刑法第235條第1項之猥褻圖畫至明。」

註52：臺灣橋頭地方法院113年度審訴字第135號刑事判決：「是認兒童及少年性剝削條例第36條、第38條所定之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』，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。」

235條第1項販賣或散布猥褻物品罪之規定，並依司法院大法官釋字第617號解釋意旨，「硬蕊」一律禁止傳布、「軟蕊」則須採取適當安全隔絕措施後始得傳布。案例1-4漫畫《大天使的新娘》、案例1-5漫畫《來做好色的事吧》均為日本成人漫畫（H漫）之中文譯本，於類別上，前者係女性向之BL本、後者係男性向之BG本⁵³，雖其內容均涉及描寫未成年人性行為，惟司法裁判實務上並不特別強調內容是否涉及未成年人，仍僅將其視為一般色情物品而適用刑法第235條第1項規定。依案例1-2、1-3之漫畫作品名稱所示，似為成人男性向BG本之H漫，實務亦明確否定將虛擬兒少色情漫畫視為兒少性交易條例第28條第1項所稱「未滿十八歲之人為姦淫或猥褻行為之圖畫」，均認為條例之規範內容應

限以自然人、即真實之未滿18歲兒童或少年，而不包含以純屬虛擬之漫畫人物作為對象之情形。另值得加以注意者，案例1-1所涉及之漫畫作品《性感女主播》、《我家也有外星人》、《青春狂想曲》、《性感魔女》，類別上應僅係十八禁之青年漫畫⁵⁴，而非成人男性向BG本之H漫。地方法院雖認定被告涉犯刑法第235條第1項之犯罪，惟地方法院合議庭以上開作品並未繪出男女生殖器、男女性交、裸露等部分，其亦非故事情節描述、強調之重點為由，認定並非刑法第235條第1項所稱「猥褻圖畫」而不構成犯罪，而將上開十八禁青年漫畫作品排除於一般色情物品範圍之外。然案件經檢察官上訴至臺灣高等法院後，仍認為上開漫畫均屬「猥褻圖畫」而構成犯罪。

註53：所謂H漫，即情色／色情漫畫，H源自日文「変態（へんたい，hentai，有下流、變態之意）」。H漫尚可分類為內容以男女性愛為主之BG本（Boy and Girl）、男男性愛為主之BL本（boy's Love），以及女女性愛為主之GL本（Girl's Love）。男性向之BG本，主要係男性為主體慾望女性之作品，其特色在於強調女性客體之肉體美，以及女性客體之性態度，前者係以誇張之手法描寫女性之第二性徵如乳房、陰部與臀部，後者係女性表現出對性愛之異常歡愉。此類作品主題在於性愛過程之描寫，著重表現女性角色之肉體與性愛姿勢，劇情通常並不重要。BL本依照主要讀者受眾之不同，可區分為男性向與女性向，前者主要受眾為同性戀男性、後者則為女性。女性向之BL本，主要係女性為主體慾望男性之作品，特色在於強調男性客體之容貌美與男性客體之性愛過程。不同於男性向作品，女性向BL本較強調男性外貌之美型，少有誇張之肌肉與巨大之陽具，多為勻稱之體魄與合乎形象之陽具描寫；關於男性性交過程之描寫，重點放在雙方之表情變化與情感互動。BL本通常將男性分為「攻」「受」雙方，相應於現實中男同性戀之「1號」（性關係中之進入者）與「0號」（性關係中之被進入者），而受方男性多會呈現纖細嬌柔之女性特質。參見楊若暉（2015），《少女之愛——台灣動漫畫領域中的百合文化》，第25、108、125-129頁，獨立作家。

註54：H漫與十八禁之青年漫畫有別，二者不宜等同視之。詳言之，以男性向BG本之H漫為例，內容主題多以性愛過程之描寫為主，劇情通常並不重要，著重表現女性角色之肉體與性愛姿勢，均以寫實與誇張之方式繪製男女性器；至於十八禁之青年漫畫，其內容可能涉及關於性之描寫，惟性愛內容之描述並非此類作品之主題，且通常不會對於男女性器有詳細之描繪。

- (二) 約自99年間起，開始出現應將虛擬兒少色情漫畫與一般色情物品加以區分之見解，而應將虛擬兒少色情漫畫除適用刑法第235條第1項者外，更應同時適用兒少性交易條例第28條第1項、修正後之兒少性剝削條例第38條第1項等規定。依所能搜尋之相關案例，此類漫畫作品大多為日本成人漫畫之中文譯本，類別為成人男性向BG本之H漫（參見案例2-1、2-2、2-4）。至於案例2-5之漫畫《青春on air》，類別上應僅係十八禁之青年漫畫，而非成人男性向BG本之H漫，卻經法院認定為虛擬兒少色情漫畫而適用兒少性剝削條例之規定（參見案例2-5）。
- (三) 於司法實務立場轉變以前，虛擬兒少色情漫畫因至多僅被視為刑法第235條第1項之猥褻圖畫，故創作（製造）漫畫、單純持有漫畫等行為並不構成刑法上之犯罪。然而，兒少性交易條例第28條於96年7月4日經修正公布而增訂第3項規定、一律禁止單純持有兒少猥褻圖畫，再因司法實務自99年起開始轉變立場、而將虛擬兒少色情漫畫視為兒少性交易條例第28條第1項之兒少猥褻圖畫後，解釋論上將導致創作

漫畫、單純持有漫畫等行為均會分別構成兒少性交易條例第27條第1項（製造猥褻圖畫）、第28條第3項（無正當理由持有）之犯罪（現行法為兒少性剝削條例第36條第1項、第39條第3項、第4項）。由此可知，依目前司法實務法律解釋之立場，將明顯將大幅擴大法律適用之範圍與對象。

- (四) 於司法實務立場轉變以後，依筆者透過法學資料檢索系統所能搜尋之案例，迄今僅有因傳布（散布、播送、交付、公然陳列或以他法供人觀覽、聽聞）虛擬兒少色情漫畫而構成兒少性交易條例第28條第1項、修正後之兒少性剝削條例第38條第1項犯罪之案例⁵⁵，尚無因創作漫畫、單純持有漫畫等行為而構成犯罪之案例。

- (五) 承上，筆者認為於司法實務立場轉變後，藉由觀察案例3之三則個案，當可發現法院於適用法律上所產生之重大疑義。詳言之：

於案例1-4漫畫《大天使的新娘》中，該作品屬日本成人漫畫（H漫）女性向之BL本，此類作品為限制級而禁止未成年人觀賞。由於內容涉及性行為之描寫，故法院至多僅將其視為一

註55：筆者進行實務見解之檢索時，發現因傳布虛擬兒少色情漫畫而經法院判決之相關案例甚少，而與筆者個人生活經驗即虛擬兒少色情漫畫隨處可見之印象不符（例如：案例2-5《青春on air》、案例3-1《老師什麼的最討厭了》、案例3-3《老師的秘密、我的秘密》等作品，均可於一般網路商店線上通路中見聞販售之資訊）。上開情形，究竟係大量案件均經檢察官於偵查中作成不起訴、緩起訴處分，因而案件並未進入法院？抑或此類案件甚少（經警方移送）由檢察官偵辦？經筆者就教於婦幼專組之高檢署檢察官、地檢署檢察官後，均表示相較於其他犯罪類型，虛擬兒少色情漫畫之相關案件確實為數甚少；地檢署檢察官個人於婦幼專組服務期間，甚至未曾偵辦過此類案件，其認為主要原因在於警方甚少主動移送此類案件至地檢署所致。

般色情物品（即適用刑法第235條第1項）。於此情形下，由於漫畫BL本係女性閱讀漫畫之重要類型之一，擁有廣大之閱讀受眾⁵⁶，故漫畫BL本之創作與單純持有均屬合法行為而無涉於犯罪，亦符合社會生活之實際現況。或許有鑑於此，於案例3-1中，法院仍採取相同之立場，將漫畫《老師什麼的最討厭了》BL本僅視為一般色情物品，並透過解釋論、以虛擬人物而非（未滿18歲之）自然人為由，將該漫畫自始排除於兒少性剝削條例第38條第1項所規定「兒少性交猥褻行為圖畫」範圍以外。

然而，上開立場卻未能於案例3-2、案例3-3予以維持。於案例3-2漫畫《正確的性教育》、《清一色是童貞》等作品，係以未成年人為故事男女主角，並以誇張手法對於性行為、性器進行敘述與描繪，類型上屬日本成人漫畫（H漫）男性向之BG本。被告所販賣之上開漫畫為二手商品，故被告對於漫畫之內容知之甚詳。第一審法院雖將該漫畫視為一般色情物品（立場同案例1-1至案例1-4），以被告已採取適當安全隔絕措施為由而判決無罪；惟第二審法院卻改採案例2-1至案例

2-4之立場，將該漫畫視為「兒少性交猥褻行為圖畫」而認為被告犯兒少性剝削條例第38條第1項之犯罪。而於案例3-3漫畫《老師的秘密、我的秘密》，該作品內容亦涉及未成人人性行為之敘述、類型上屬日本成人漫畫（H漫）男性向之BG本。被告為販售動漫商品之商店，其所販賣之上開漫畫為新品而未曾拆封檢視。第一審法院同樣將該漫畫視為一般色情物品（立場同案例1-1至案例1-4），以被告已採取適當安全隔絕措施為由而判決無罪。第二審法院則改變法律意見，雖將該漫畫視為「兒少性交猥褻行為圖畫」，惟法院卻以被告未拆封檢視該漫畫書籍內容，不知其內容係描繪兒童或少年為性交、猥褻行為為由而維持被告無罪之結論⁵⁷。倘依上二案例之見解，則創作、單純持有BG本虛擬兒少色情漫畫之行為，將亦構成犯罪。

上開三則案例之作成之時間相近，彼此卻採取截然不同之立場，甚至一、二審之見解各異。何以同屬描繪未成人人性行為之日本成人漫畫（H漫），女性向BL本非兒少色情、男性向BG本卻為兒少色情？依此邏輯，何以創作與單純持有女性向BL本不構成

註56：關於臺灣動漫女性讀者如何開始閱讀男男愛之BL作品而成為「腐女子」，以及女性如何接觸情慾作品之敘述，可參見千翠（2015），〈從「同人女」到「腐女子」〉，《動漫社會學：別說得好像還有救》，第57-69頁，奇異果文創。

註57：實則，該漫畫上冊之封面係以女主角和久井沙耶香（作者設定為12歲）躺臥於筱田老師懷中進行構圖，老師將女主角上半身之水手服掀起至胸部以上，上半身為赤裸，裸露胸部之部分以文字進行遮蔽，下半身僅著內褲。從此觀之，法院以被告「未拆封檢視該漫畫書籍內容」而認定無犯罪故意乙節，論理上稍嫌牽強。

犯罪、惟男性向BG本卻構成犯罪？將二者作成法律上不同評價，是否合理？上開判決似乎沒有解決任何爭議，反而留下更多矛盾與困惑。

二、立法目的之模糊不清

司法實務原先認為虛擬兒少色情漫畫與一般色情物品之管制無異，僅適用刑法第235條第1項販賣或散布猥褻物品罪之規定，而認為兒少性剝削條例之行為客體對象應限於真實之兒童與少年⁵⁸；惟自99年起開始轉變立場，於107年間案例3-2、案例3-3之二則案例後，上級審法院接連推翻下級審法院之意見，明確肯定色情漫畫中之兒童或少年縱使是虛擬人物，亦屬兒少性剝削條例第38條第1項所稱之圖畫⁵⁹。而法院之所以改變立場，主因顯然在於兒少性交易條例、即兒少性剝削條例立法目的之解讀⁶⁰。

以案例3-2為例，一審法院認為兒少性剝削條例「以保護及防制兒童及少年免於遭受性剝削為其規範目的」，自條例第31條起至第

38條止，「均係以對未滿18歲之兒童或少年為前揭性剝削者為處罰對象自明」，因此推論條例第38條第1項所指之兒童或少年，解釋上自應以「未滿18歲之自然人」為規範對象，進而排除對虛擬兒少色情漫畫之管制。然而，二審法院則認為條例第38條第1項之目的不僅止於此，更有基於保護兒童及少年之目的，「避免觀看兒童或少年色情圖畫、照片之人，於觀看後採取實際的行動去傷害兒童或少年」，故認為色情圖畫中之兒童或少年縱使是虛擬人物，亦屬該條規範之對象。

按94年2月5日修正公布之兒少性交易條例第28條第2項之規定，僅處罰意圖散布、播送、販賣而持有未滿十八歲之人為性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，而不處罰單純持有者；嗣於96年7月4日修正公布兒少性交易條例第28條而增訂第3項規定，擴大處罰無正當理由持有兒童及少年之圖片、影片、影帶、光碟、電磁紀錄或其他物品者（第一次被查獲者處行政責任、第二次以上被查獲者處刑事

註58：文獻上同此見解者，參見謝煜偉（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38-59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65-67頁；周晨蕙，前揭註16，第76-83、110頁；姚佑軍（2019），論兒少色情管制之正當性，第223頁，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

註59：關於美國法對於虛擬兒童色情物品應否加以禁止乙節，相關文獻可參見蘇慧婕（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》，16期，第172-189頁；李昕陽，前揭註21，第18-79頁。

註60：司法實務開始轉變立場，明確肯定色情漫畫中之兒童或少年縱使是虛擬人物，亦屬兒少性剝削條例第38條第1項所稱圖畫之見解，依筆者所能搜尋取得之法院裁判，時間大約於99年間。如考量檢察官作成之緩起訴處分並未公開、或地方法院未將相關裁判上傳法學資料檢索系統等情節，實務轉變立場之時間可能更早。惟其確切時間及其原因為何？有待釐清。倘參照兒童權利公約施行法（103年6月4日公布、同年11月20日施行）、兒少性剝削條例（104年2月4日修正公布、行政院令發布自106年1月1日施行）之施行時間均發生較晚，筆者推測，其原因應與96年7月4日修正公布而增訂兒少性交易條例第28條第3項之規定有關。

責任），其修正理由所提及處罰持有兒少色情物品之第二點主要理由，即觀看「兒童色情圖片」者於慾望受到刺激後「可能會採取實際的行動去傷害兒童」者，由於虛擬人物之色情圖片亦可能使觀看者之慾望受到刺激，則上開「兒童色情圖片」於解釋上則可能包含虛擬之兒少人物⁶¹。

再觀諸112年2月15日修正公布兒少性剝削條例第39條之規定，依無正當理由所持有標的（性影像或圖畫、語音等其他物品）之不同而區分管制方式。無正當理由持有兒少性影像者，同條第1項規定加重其責任（即一律

課予刑事責任），其修正理由提及觀看「兒童色情圖片」後可能採取實際行動傷害兒童、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，亦強調觀看後慾望受到刺激各節，解釋論上則可能將「圖片」與「影像」之意義均解釋包含虛擬兒少人物⁶²。至於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、語音或其他物品者，同條第2項、第3項規定仍維持第一次被查獲者處行政責任、第二次以上被查獲者處刑事責任之管制方式⁶³。並參照該次修正公布兒少性剝削條例第2條第1

註61：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；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。二、考量特定社會情境下，持有兒童色情物品之必要性，參考加拿大與荷蘭相關立法例，以科學、教育、醫療為正當持有之理由。三、採用刑法而非行政法規範之，乃因採行政法處罰，社政單位無權對持有兒童色情物品者進行蒐證，故改採刑法處罰，以確保其落實，並比照本法第三十六條明訂罰金程度。」第一點理由係著眼於對受害人之保護，該部分係指真實之兒童及少年當屬無疑。惟第二點理由認為觀看「兒童色情圖片」者於慾望受到刺激後，「可能會採取實際的行動去傷害兒童」，該圖片之意義固然包含真實之兒童及少年，惟其意義上是否亦包含虛擬人物？因修正理由之文字在語義上有未盡明確之處，故可能存有正反兩面之解釋空間。

註62：修正理由一：「性剝削加害人常透過其持有之兒童或少年性剝削製品誘拐兒童或少年，使更多兒童及少年受害，另性剝削加害人間也常透過交換已持有之性剝削製品以獲得更多相關違法製品，同時促使性剝削製品之供需關係存續。二〇〇〇年聯合國訂立之『關於買賣兒童、兒童賣淫和兒童色情製品問題之兒童權利公約任擇議定書』第三條(c)款即明確要求締約國將『製作、分銷、傳送、進口、出口、出售、銷售或擁有第二條所界定之兒童色情製品』納入刑法規範。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。爰參酌各國立法例，例如日本對於持有兒童或少年色情物品行為處一年以下有期徒刑；德國刑法第一百八十四條對於單純持有兒童或少年色情刊物處三年以上有期徒刑；奧地利刑法亦同，爰增訂第一項，定明無正當理由持有兒童或少年之性影像，處以刑罰。」

註63：修正理由：「二、第一項與第二項移列為第二項及第三項。有關無正當理由持有兒童或少年性交或猥褻行為之圖畫、語音或其他物品者，考量實務上多有因朋友轉傳而誤觸法令遭裁罰之情形，為避免逕處刑罰過苛，並考量觀看、聽聞此類圖畫、語音或其他物品後，仍有進一步侵害兒童或少年之可能，爰於第二項定明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行為之圖畫、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

項第3款⁶⁴之修正理由中強調：「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」⁶⁵，均可推知立法者於規範上並未完全排除對於虛擬兒少色情漫畫之管制可能性。由於立法者自始為法院所保留得選擇從嚴或從寬解釋

法律之空間，導致應否擴大管制範圍則繫於法官一念之間。案例1-1至案例1-5等五案得選擇從嚴解釋、案例2-1至案例2-5等五案亦可從寬而走向擴大管制，毋寧造成案例3-1與案例3-2、案例3-3之衝突與尷尬。其中最為困擾者，莫過於閱讀與持有虛擬兒少色情漫畫之「腐女子」與「御宅族」們，究竟是否會成為「犯罪預備軍」？⁶⁶

時以上十小時以下之輔導教育，其附著物及物品不問屬於持有人與否，沒入之。至於第二次以上被查獲，已非誤觸法令之情形，爰於第二項定明予以刑事罰。三、考量特定社會情境下，持有兒童色情物品之必要性，例如實務上網際網路防護機構因受理民眾檢舉網路上兒童或少年性影像，因而持有該性影像用以請網路業者移除、下架情形，參考加拿大與荷蘭相關立法例，以科學、教育（如學術研究）、醫療（執行性治療）為正當持有之理由，爰第一項至第三項排除上述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行為之圖畫、語音或其他物品之情形。」

註64：兒少性剝削條例第2條第1項第3款由原條文（107年1月3日修正公布）「拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品」修正為（112年2月15日修正公布）「拍攝、製造、散布、播送、交付、公然陳列或販賣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」，將照片、影片、影帶、光碟、電子訊號配合刑法第10條第8項規定修正為性影像，圖畫部分仍予以保留。

註65：修正理由：「第一項第三款修正如下：（三）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66：「正太控」多為喜好BL之女性讀者，關於女性如何閱讀正太作品，參見elek（2015），〈正太控？BL？未熟的性魅力〉，《動漫社會學：別說得好像還有救》，第247-256頁，奇異果文創。由於社會大眾對於喜愛幼女擬態形象動漫作品之「蘿莉控」御宅族男性讀者貼上「戀童癖」的負面刻板印象，因此「蘿莉控」在御宅族中經常自損自嘲自娛，經常將「FBI」、「犯罪」、「坐牢」掛在嘴邊而產生許多謎音（meme），諸如：「警察先生就是這個人！」、「蘿莉控不是人是禽獸。」不僅如此，「蘿莉控」甚至對於「犯罪預備軍」標籤恨中有愛：別人不行說，自己整天提。關於「蘿莉控」如何閱讀動漫作品之心路歷程，可參見fallengunman（2015），〈警察先生，就是這個人！某名七年級御宅族／蘿莉控的養成故事〉，《動漫社會學：別說得好像還有救》，第49-56頁，奇異果文創。

三、將虛擬兒少色情漫畫刑罰前置化之正當性？

兒少性剝削條例之立法目的，旨在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（第1條意旨參照）。從而，為避免真實兒童及少年之性影像對其未來造成持續性傷害，兒少性剝削條例第36條、第38條、第39條禁止製造、傳布與持有兒少性影像，固屬國家之重大公益目的，殊無疑義。惟實務見解於擴大將虛擬兒少色情漫畫列為管制對象時，係以「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」之理由作為歸責基礎，顯然將刑法之處罰置以前置。然而，為避免真實兒少受到傷害，提前處罰虛擬兒少色情漫畫之製造、傳布與持有，究竟有無其正當性？

詳言之，依上開立法理由之邏輯，觀看兒童色情圖片會刺激其慾望，因而可能採取行動傷害兒童，果爾，則刺激慾望（性慾）之

原因多端，觀看涉及虛擬兒少色情之小說文字、成人色情影像與圖片均會刺激其慾望，動物戀者對於動物、鞋腳戀者對於腳鞋、物戀對於物（甚至是屍生戀者對於屍體、異形戀者對於異形）亦同，渠等是否亦可能採取行動傷害兒童？況且，何以人之慾望（性慾）經刺激後，必然採取行動傷害兒童？上開各節在關聯性均殊難理解。再者，承上邏輯，「蘿莉控」之成人男性於閱讀虛擬兒少色情漫畫後既可能採取行動傷害女童，同理，則「正太控」之成人女性亦可能採取行動傷害男童。然而，臺灣社會上是否曾有發生相關事件之案例？

日本於1988年至1989年間固曾發生「宮崎勤事件」，其先後綁架殺害四名年紀介乎四歲至七歲之女童。犯人宮崎勤經逮捕後，由於電視新聞播放宮崎勤房間被錄影帶與漫畫堆滿之景象，造成日本社會對御宅族開始出現歧視與偏見⁶⁷。然而，上開犯罪之情節，究竟係犯人有精神上疾病所致，抑或肇因於閱

附帶一提，日本插畫家兼個人勢（即個人經營之意）之知名VTuber「時雨羽衣」（しぐれうい），其人物設定為同時兼具16歲JK（日文女子高校生じょしこうこうせい、jyoshi koukousei，即女高中生意）與9歲蘿莉之二種形象（皮），常態性呈現為16歲JK，且不時以9歲蘿莉形象呈現，並在聲線上進行符合各自形象之差異化表演。其粉絲（即羽衣粉，均自稱為ゴミ（gomi，垃圾之意））均暱稱16歲JK形象為「羽衣媽媽」。9歲幼女形象之羽衣於2022年5月25日在其首張個人音樂專輯中推出代表性歌曲「肅聖！！蘿莉神安魂曲☆」（肅聖！！ロリ神レクイエム☆），推出後在網路爆紅，係VTuber中觀看次數最多及首部觀看次數破億之原創音樂影片。其歌詞之內容設定，羽衣以第一人稱進行敘事，採用毒舌系與治癒系之聲線，對於嘗試接近她的蘿莉控進行辱罵。歌詞中對蘿莉控提到「一旦觸摸就逮捕，在監獄中等著點名」、「我們法庭見吧」，並對獄中之蘿莉控繼續予以「打擊」，聲稱蘿莉控是「垃圾」、讓人「噁心」、要求他們「閉嘴」等；同時又聲稱要寬恕蘿莉控，引導其「獲得救贖」，歌曲最後一句歌詞為「真的，有夠噁心啊」作為全曲終結，充分藉由諷刺蘿莉文化達到服務蘿莉控粉絲之目的。上開嘲諷式之作品，可充分反映社會大眾對於蘿莉控御宅族之偏見印象，以及蘿莉控如何以自嘲方式面對社會的不友善。因此，御宅族會視這樣的社會偏見為「這在我們業界是一種獎勵」（我々の業界ではご褒美です）。以上相關資訊，特感謝專題責任編輯協助補充。

註67：當時第一個進入宮崎勤房間之讀賣新聞記者木村透回憶，證實當時是他故意將原本應該不會被攝影機拍到之色情劇畫「年輕太太的熱騰騰內褲」擺到顯眼位置。參見稀見理都，前揭註21，第82頁。

讀虛擬兒少色情漫畫？倘若多數人觀看或閱讀真實成人色情物品後並不必然採取行動傷害成人、觀看或閱讀虛擬兒童色情物品後並不必然採取行動傷害兒童，則單純基於「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」之理由，對於虛擬兒少色情漫畫之製造者、傳布者與持有者施以刑事法律制裁而課予刑罰，是否欠缺科學依據、純屬立法者（甚或法官）之主觀偏見甚或對於漫畫之歧視？

肆、代結論：民主多元社會對於次文化之包容

一、主流文化對於漫畫創作之偏見或歧視

漫畫向來對於臺灣青少年乃至成人文化而言具有其重要地位，也許是諸葛四郎、或許是小叮噹（哆啦A夢），每個世代都有個屬於他們自己的共同記憶。漫畫曾經陪伴著我們學習成長，教導我們勇於追求自己的夢想、告訴我們面對難關不輕言放棄；漫畫曾經乘載著我們美好回憶，從中我們體驗戀愛的酸甜苦辣、從中我們鍛鍊愛與被愛的能力。不僅如此，自1960年代後半至1980年代，漫畫於日本社會之地位已有劇烈之變化，漫畫不

再只為小孩存在，而開始被視為一種文化，而逐漸成為一種「文學」；同一時期之法國，繼「第七藝術」之電影與「第八藝術」之電視後，漫畫則成為「第九藝術」，係符號學最好的討論對象⁶⁸。然而在臺灣之現實情形中，漫畫卻長久以來被視為社會邊緣、甚至是次等之文化。臺灣社會對於漫畫有特別強烈之獨有歧視。

如今，社會大眾仍對於漫畫及其愛好者即御宅族仍存有諸多偏見，諸如：「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？」、「看『這些』漫畫不會有不良影響嗎？」、「你看BL，所以你是同性戀？」、「腐女是不是都很好色才會去看BL？」⁶⁹實則，御宅族雖然喜好虛構，但若從法國精神分析師賈克·拉岡（Jacques Lacan, 1901-1981）取向之精神分析進行理解，御宅族並不會將現實與虛構混為一談，其慾望態樣係能在幻想與日常模式兩者之間自由切換，而更能平等地從虛構或現實中找出屬於自己之現實；不僅如此，御宅族之特質在於想像之性倒錯傾向與日常之正常性癖好相互背離，御宅族能夠在想像之領域中確保自己之性向並使其充分運作，因為在想像之領域中，任何人都擁有性倒錯之權利⁷⁰。

誠然，立法者基於保護兒童及少年免於遭

註68：四方田犬彥（著），邱香凝（譯）（2015），《漫畫的厲害思想：1960-80年代日本漫畫的嶄新想像》，第293頁，奇異果文創。

註69：王佩迪（編）（2015），〈棄療入宅之快問快答〉，《動漫社會學：別說得好像還有救》，第29-47頁，奇異果文創。

註70：齋藤環（著），林詠純（譯）（2023），《戰鬥美少女的精神分析：從心理學、動漫媒體及日式空間看陽具少女的誕生與御宅族心理》，第68、78-79、95、278頁，心靈工坊；派翠克·加布雷斯（Patrick Galbraith）（著），林詠純（譯）（2018），《萌的宣言：圈內人看漫畫、動畫與遊戲的世界》，第177、220-221頁，國立陽明交通大學。

受任何形式之侵害以確保其身心健全發展，出發點或許均出於良善。然而，明知完全欠缺任何科學實證之情形下，執著徒以「觀看兒童色情圖片者均可能會採取實際的行動去傷害兒童」為由、不假思索地遽謂製造、持有虛擬兒童色情漫畫者均為罪犯，恐怕已涉及對於成年人表意自由與思想自由之嚴重干預。

二、於創作與想像的世界中「性癖是自由的」

按「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。」司法院大法官釋字第567號解釋理由書明確揭示思想自由為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，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之旨趣。「國家權力

所不及處，唯個人腦袋與閨房之間」，國家權力對於個人思想不應有干預及強制之舉，即使於國家處於非常處境亦然，國家無法強迫人民應如何思想及有如何之感情。思想自由所表現於外者乃表現自由。表現自由之價值在於可以實現個人成就，透過思想自由，期待發現真理、促進政治參與、令人民暢言，保持社會安定並呈現多元化的社會⁷¹。

如今，在擁有言論與出版自由之臺灣，我們除了可以閱讀與欣賞於某些威權專制國家無法出版之精采著作外⁷²，我們更能透過書籍感受偉大的智慧與心靈、經由文本沉浸於作家於所創作構築之虛擬世界。在這裡，同樣是法律人的三島由紀夫於《假面的告白中》私密地訴說「我」在13歲時因見到義大利畫家吉多·雷尼（Guido Reni，1575-1642）所繪製之作品〈聖塞巴斯蒂安〉（Saint Sebastian）所誘發之性欲⁷³；日本唯美大師谷崎潤一郎於36歲那年在《痴人之愛》毫無羞恥地談論對15歲少女NAOMI的愛⁷⁴；曾獲得谷崎潤一郎文學獎之日本女性作家山田詠美以作家生涯三十年之代表作發表《賢者之愛》，則將主客體易位，28歲的真由子與好姊妹百合的兒子、15歲的直巳（NAOMI）開始兩人生活作為復仇，描述真由子如何逐步引誘直巳對自己之性欲⁷⁵。上開作品雖透過文字針對成年人對

註71：李惠宗（2006），《憲法要義》，第168頁，元照。

註72：諸如，日本講談社所出版〈中國的歷史〉系列《巨龍的胎動：毛澤東、鄧小平與中華人民共和國》（巨龍の胎動：毛沢東VS鄧小平）乙冊，簡體中文版無法在中國發行，該書唯一之（繁體）中文版係由臺灣商務印書館於2016年12月在臺灣發行。知名全球史學者暨漢學家卜正民（Timothy Brook）之精采著作《忽必烈的獵豹：八百年來的中國與世界》（Great State: China and the World）亦僅在臺灣於2023年7月由聯經在臺灣發行（繁體）中文版。

註73：三島由紀夫（著），劉子倩（譯）（2021），《假面的告白》，第41-44頁，大牌。

註74：谷崎潤一郎（著），劉子倩（譯）（2019），《痴人之愛》，第29、35、40頁，大牌。

註75：山田詠美（著），陳系美（譯）（2016），《賢者之愛》，第6、13、124-126頁，大田。

未成人之情欲、乃至於針對未成人之性進行描寫，此等「兒少色情」小說完全無損於其在文學上之重要價值與地位。

試著換另一個角度思考，假設在一個全面禁止虛擬兒少色情漫畫創作的平行世界，會是一個什麼樣的面貌呢？許多特殊的漫畫表現形式諸如「乳房表現」、「乳首殘像」、「觸手」、「斷面圖」、「啊嘿顏」以及擬音語與狀聲詞、「體內視角」、「水晶插入」、「男捨離」、「心形眼」、「標籤藝術」等具有特殊創意之漫畫技法⁷⁶，乃至於與愛欲相關的諸多題材⁷⁷，恐將因此消失；「花之24年組」之代表少女漫畫家之一竹宮惠子則不會創作以兩名14歲少年間為主角之男男戀愛、內容更包含強姦、亂倫、毫不保留地描寫出如風暴般強烈、激情的性衝動《風與木之詩》⁷⁸，BL作品不僅不會出現在這個世界上，女性讀者將失去經由BL作品掌控情慾之自主權、對父權制度與社會對女性之壓迫進行挑戰與對抗之機會⁷⁹。以法律介入創作世界之自由領域，對於人類之精神與

思想發展而言，究竟是福是禍？

三、虛擬兒少色情管制之未來？

虛擬兒少色情應否納入管制之問題，立法者於制定兒少性剝削條例之時，為法院於個案操作中預留解釋空間，原先從嚴解釋之政策方向，隨後於99年間則正式轉向從寬解釋。在「iWIN事件」以後，立法者於113年8月7日修正公布在修正理由已對於「圖畫」之意義加以闡釋，雖再度回到將虛擬兒少色情回歸刑法管制之原點，惟同時卻又於修法過程中再三強調應預留法律解釋之「彈性空間」。從而，虛擬兒少色情究竟應如何加以管制？未來仍有許多可能面臨之挑戰，諸如：虛擬兒少色情之漫畫、乃至於小說文字，究竟應否成為管制對象？管制生成式人工智慧製造、擬真繪製之虛擬兒少為創作背景之色情圖畫，其管制正當化究竟為何？社會發展瞬息萬變，ACG文化應如何在主流文化安生立命？民主多元社會又應如何理解與包容次文化？則是吾人要共同攜手面對的重要課題。

註76：相關介紹可參見稀見理都，前揭註21，第17-262、330-335頁。

註77：關於日本成人漫畫各類型作品之發展歷史，參見永山薰（著），陳識中（譯）（2019），《成人漫畫研究史》，第104-253頁，台灣東販。

註78：藤本由香里（著），李雨青（譯）、李衣雲（審定）（2024），〈少年愛·JUNE/YAOI·BL—各名稱的成立與發展〉，《BL教科書》，大塊，2024年5月初版1刷，第3-5頁。

註79：溝口彰子（著），黃大旺（譯）（2016），《BL進化論：男子愛可以改變世界！日本首席BL專家的社會觀察與歷史研究》，第82-95頁，麥田。