

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論虛擬兒童色情之刑事規制

—對於「國際共識」的觀察與反思—

A Study on the Criminal Regulations of Virtual Child
Pornography: Observation and Reflection on the
“International Trend”

周 政

Cheng Chou

指導教授：李茂生 博士

Advisor: Mau-Sheng Lee, Ph.D.

中華民國 100 年 8 月

August 2011

謝辭

這本論文能夠順利完成，首先要感謝的是恩師李茂生教授。回想起來，整個論文寫作的過程，就是一個不斷被李老師「電」的過程。從主題的選擇，到架構、方向的構思，乃至批判性論述的建立，都是被李老師不厭其煩地「電」出來的。慚愧的是，我常常自顧自地埋頭苦幹，隔很久才找李老師討論一次。真的非常感謝李老師願意包容學生的諸多光怪陸離行徑，除了感謝，還是感謝。

其次要感謝的是不吝撥冗擔任口試委員的許恒達教授與王正嘉教授。承蒙兩位老師包容我那有著諸多瑕疵的口試本，慚愧之餘，更是萬分地感謝。許老師一針見血地指出我對於保護法益的闡述有所不足，對於德國法制的觀察也發生些許誤解；王老師則精準地點出我在導論中關於問題意識的說明還有些不夠清楚，而且某些章節標題也下得不太好，需要修改。有賴兩位老師的寶貴建議，這本論文才能脫胎換骨，臻於良善，學生實在感激不盡。

還要感謝中央大學性／別研究室的甯應斌教授及本系博士班的野崎孝男學長。承蒙甯教授惠賜文章，解決學生在圖書館借不到書的燃眉之急；靠著野崎學長的幫忙，學弟才能取得國內圖書館未訂購、網路上亦無提供下載的日本期刊文獻資料，謝謝您們。

此外，更要感謝本系博士班的黃宗旻學姐。您總是在適當的時機貼心地稍來電子郵件，叮嚀我們諸如論文研討會、口試、離校手續等等的注意事項，如果沒有您，我很可能會像無頭蒼蠅一樣，忙得焦頭爛額卻事倍功半吧。而且，您在我的論文研討會上所提出的批評和建議，也讓我看到自己的盲點，瞭解自己應該如何改進，真的太感激您了。

最後要感謝的是支持我完成研究所學業的幕後功臣，我的父親和母親。不可諱言，相較於許多必須兼顧工作與學業的同學、朋友，我的研究所生涯是過得比較鬆散的。在父親和母親的包容與支持下，我才能夠沒有後顧之憂，隨心所欲地按照自己的步調去學習、研究，這實在是莫大的恩惠，真的非常非常謝謝你們。

其實，讓這本碩士論文能夠誕生的條件，並不只是從「開始動筆」到「口試通過」再到「修改完畢」這段過程中所付出的努力以及所獲得的幫助而已，還包括了我在整個碩士班階段—或許也應該包括大學部階段—所修過的課程，曾給予我指教的老師，曾與我討論切磋過的學長姐、同學、學弟妹，以及相互陪伴的朋友等等。

再次感謝恩師李茂生教授，您開設的刑法課程總是能夠帶領我們一窺法律語

言背後蘊含的恐怖與黑暗，帶給我們難以言喻卻又心領神會的啟發，使我們保有對於法律現象進行深刻反省的可能性。如果沒有您，我可能不會立志要唸研究所，更不會成為「這種類型」的法律系學生，當然也不會寫出這本碩士論文了，真的是千言萬語也不足以表達我對您的感激之情。

感謝黃榮堅教授和王皇玉教授，一直以來都從兩位老師那裡學到不少東西，尤其承蒙兩位老師的包容，讓我在專題課堂上總是能夠暢所欲言，真的非常感激。感謝林鈺雄教授，初來乍到研究所時，對於專題報告的寫作方式還有些不太上手，在您的課堂上學到了許多寶貴的經驗，非常感謝您。感謝陳妙芬教授，還記得在課堂上，您明快地指出我的報告題目太大，給了我一記當頭棒喝，讓我學到不少。感謝黃銘傑教授和蔡英欣教授，同樣地包容我在日文法學的課堂上暢所欲言，獲得更多思辨與表達的機會。感謝王兆鵬教授、陳昭如教授、張文貞教授、林仁光教授以及每一位在我研究所四年中曾給予我學業或生活方面的指教、建議、關懷的老師，真的很謝謝您們。

感謝每一位曾給予我幫助或支持的學長姐、同學、學弟妹以及朋友，任何一次的經驗分享，或是一句鼓勵的話，我都非常的感激。特別感謝至鴻學長、婉珊學姐、錦秀學姐、阿部學姐、志強學長、耕維、佳彥、孟衡、育駿、士軒，以及R96刑法組的昀睿、彥榕、文如、騏璋、琇如、政揚、小嵐、明芝、佳靜、經晟、琬婷、沛辰、尚儒、琇涵，還有曾在2402研究室一起打拼的奕婷、政憲、秋蓮、岳峻、孟蕙，以及2411的室友們，于軒、正杰、維翰...當然還有2415的季陽、慶鴻、健智、贊榮、為翔、玉盈、以蓓，2410的又禎、佳叡、乃瑩、仁杰、欣愉、惇嘉、敦元，2409的明倫、禹劭、宗霖。經常在學業上相互砥礪的宇修、君逸、允亮、忻穎、慶禹、宜寧...當然更不能忘了大學家族的宏迪學長、芳君學姐、開台學長、家倩學姐、俊棠學長、文心學姐、則威學長、亭亞學姐、元楷學長、書沁、菽玲、千瑜、鵬全、韶曼、映如、子元、宇涵...以及總是一起吃喝玩樂、相濡以沫的高中同學們，大師、阿寶、茶茶、威萱、培麟、阿劭、阿亨、肉餅等等。還要特別感謝以前高二時的導師陳淑惠老師，在幾次我陷入低潮的時候，願意聆聽我的傾訴，給予我心靈上的支持，謝謝您。

要感謝的人實在太多，說「謝天」又有陳腔濫調之嫌。但我始終相信，因為有你們，才有今天的我。或許表達感謝最好的方式，就是像你們所給予我的一樣，在未來人生的道路上，也給予周遭人們許多幫助及關懷吧。

摘要

兒童色情是指「以兒童（未滿 18 歲之人）為描繪對象的色情作品」。兒童色情的製造過程須對實際的兒童為性濫用、性剝削者，稱為「真實兒童色情」；反之，無須為實際的性濫用、性剝削者，則稱為「虛擬兒童色情」，例如內容涉及兒童的裸體或性行為的電腦合成照片、電腦繪圖、動畫、漫畫等。我國《兒童及少年性交易防制條例》目前僅規制真實兒童色情，但有論者主張應修法將虛擬兒童色情也納入規制，理由在於真實與虛擬可能難以分辨，且虛擬兒童色情同樣會刺激、助長兒童性濫用、性剝削；不過，反對規制論者也已經指出，贊成規制的理由不僅違反罪疑唯輕原則，更欠缺危險性的實證基礎。儘管如此，藉由對於相關國際公約、區域協定及各國立法例的考察，我們發現不僅「國際共識」贊成規制逼真的虛擬兒童色情，甚至有不少歐美國家也早已將非逼真的虛擬兒童色情入罪化。然而透過對於「國際趨勢」的反思，我們將會發現，所謂「真實與虛擬難以分辨」的問題很有可能並不存在，而這種正當性存疑的「國際共識」，其實只是一種象徵意義大於實際效用的「象徵刑法」而已。從法社會學的視角來看，配合著資本主義社會發展的需要，神聖、純潔、無性的理想兒童形象應運而生，成為性道德規制的一環，而戀童者則因為褻瀆了純潔的兒童而被妖魔化。再加上現代風險社會中，犯罪風險被過度放大，亟欲消除內心不安的民眾只能訴諸政治化、民粹化的象徵刑法，象徵地標識出危險份子並予以嚴懲，藉由這種「象徵的風險管理」來獲得虛幻的安全感。所以本文初步認為，這樣的「國際共識」並不宜貿然採納，否則很可能破壞刑法基本原則，使刑事規制淪為單純的「替罪羔羊」機制而已。

關鍵詞：兒童色情、虛擬兒童色情、兒童性濫用、兒童性虐待、兒童性剝削、兒童及少年性交易防制條例、猥褻物品、戀童、蘿莉控、性道德、兒童形象、風險社會、刑法機能化、象徵刑法、替罪羔羊；Child pornography, Virtual child pornography, Sexual abuse of child, Sexual exploitation of child, Child and Youth Sexual Transaction Prevention Act, Obscene material, Pedophilia, Lolita complex, Lolicon, Sexual morality, Image of children, Risk society, Functionalism of criminal law, Symbolic criminal law, Scapegoat.

目次

第一章 導論.....	1
第一節 問題意識.....	1
第二節 研究方法與研究範圍.....	3
第三節 論文架構.....	4
第二章 兒童性濫用、兒童性剝削及兒童色情之概念解析.....	6
第一節 兒童性濫用.....	6
第一項 兒童性濫用的概念意涵.....	6
第二項 性濫用對於兒童的負面影響.....	8
第三項 兒童性濫用的成因.....	10
第四項 加害者的特質及類型.....	12
第五項 小結.....	13
第二節 兒童性剝削.....	14
第一項 兒童性剝削的概念意涵.....	14
第二項 兒童性剝削的成因.....	15
第三項 加害者的特質及類型.....	22
第四項 小結.....	22
第三節 兒童色情.....	23
第一項 兒童色情的概念意涵.....	24
第二項 兒童色情的類型.....	26
第一款 真實兒童色情.....	26
第二款 貌似兒童色情.....	27
第三款 電腦合成兒童色情.....	27
第四款 虛擬兒童色情.....	28
第五款 兒童不雅圖像.....	29
第三項 兒童色情產生的問題.....	29
第一款 導致兒童遭受性濫用或性剝削.....	29
第二款 妨礙兒童人格的健全成長.....	30
第三款 造成以兒童為性慾對象的社會風氣.....	31
第四項 兒童色情收藏者的類型與特質.....	31
第一款 戀童的收藏者.....	31
第二款 非戀童的收藏者.....	32
第五項 小結：兒童色情規制的保護法益.....	33
第四節 本章小結.....	35
第三章 虛擬兒童色情可罰性與我國法規制現況之探討.....	37
第一節 虛擬兒童色情概念之再類型化.....	37
第一項 依作品形式區分.....	37
第二項 依視覺上的逼真程度區分.....	38

第三項 依牽涉真實兒童的程度區分	39
第四項 小結	40
第二節 虛擬兒童色情規制的正反議論	41
第一項 贊成規制的理由	41
第一款 個人法益的觀點	41
第二款 社會法益的觀點	42
第二項 反對規制的理由	42
第一款 對於贊成規制理由的批評	42
第二款 規制執行困難所導致的刑罰正當性疑慮	47
第三節 我國法關於虛擬兒童色情規制的現況	52
第一項 兒童及少年性交易防制條例？	52
第一款 立法沿革	53
第二款 規制的客體範圍	54
第三款 規制的行為態樣	57
第四款 實際上的追訴及處罰狀況	59
第二項 刑法第 235 條	60
第三項 學者提出的兒少條例修正建議	65
第四項 小結	66
第四節 本章小結	67
第四章 對於規制兒童色情之「國際共識」的考察	68
第一節 國際公約及區域協定	68
第一項 聯合國兒童權利公約	68
第二項 網路犯罪公約	70
第三項 歐盟打擊兒童性剝削及兒童色情框架決定	72
第四項 小結	74
第二節 外國法	76
第一項 美國法	76
第一款 1977 年保護兒童對抗性剝削法案	76
第二款 1984 年兒童保護法案	80
第三款 1996 年 CPPA 法案	84
第四款 2003 年 PROTECT 法案	88
第五款 小結	91
第二項 英國法	92
第三項 加拿大法	98
第四項 德國法	103
第五項 法國法	107
第六項 日本法	110
第一款 1999 年兒童色情禁止法	110

第二款 2004 年的修正	113
第三款 學說上的議論	114
第四款 小結	119
第三節 各國立法例的比較分析	120
第一項 自規範體系的特徵觀察	120
第二項 自規制客體的廣泛程度觀察	121
第三項 從規制的行為態樣廣泛程度觀察	123
第四項 小結	124
第四節 本章小結	124
第五章 對於虛擬兒童色情入罪化趨勢的反思	126
第一節 逼真作品入罪化是罪疑唯輕的例外？	126
第一項 罪疑唯輕原則的意義	126
第二項 罪疑唯輕原則的「例外」或「限縮」	128
第三項 逼真虛擬作品入罪化與罪疑唯輕的例外無關	129
第一款 理論構造上的齟齬	129
第二款 實際需求上的疑慮	130
第四項 小結	132
第二節 作為象徵刑法的虛擬兒童色情規制	133
第一項 兒童形象與虛擬兒童色情規制	133
第一款 現代社會中的理想兒童形象	133
第二款 兒童純潔形象的歷史軌跡	135
第三款 資本主義社會中的性道德規制	139
第四款 神聖的兒童·邪惡的兒童色情	142
第二項 風險社會與虛擬兒童色情規制	144
第一款 風險社會概說	144
第二款 犯罪作為一種風險	145
第三款 象徵刑法與象徵的風險管理	148
第四款 虛擬的兒童色情·象徵的刑法規制	151
第三節 本章小結	155
第六章 結論與建議	158
參考文獻	163

第一章 導論

第一節 問題意識

筆者的研究動機，來自於 2009 年 5 月間一則在網路上某動漫討論區中看到的消息：美國愛荷華州有一名男子因持有日本色情漫畫而被起訴，面臨最高 15 年的重刑，而讓他遭逢牢獄之災的關鍵，就是因為那些漫畫中有「蘿莉」角色。什麼是蘿莉？蘿莉這個名詞來自於日本的動漫文化，而它的源頭則是西方文學名著《Lolita》。因為《Lolita》描寫的是中年男子愛上 12 歲小女孩的故事，所以後來「Lolita」就往往被用來代指未達青春期、尚未發育的小女孩，而在日語中則被縮寫為「ロリ」(Loli)，於是成為我們口中的「蘿莉」。因此，讓這位美國男子恐將身陷囹圄的原因，就是他持有「虛擬兒童色情」—以兒童為描繪對象，但其中的兒童只是虛構人物的色情作品。

或許各位讀者看完這則消息的反應是：變態！噁心！這人怎麼會喜歡看內容有小女孩的色情漫畫？說實話，這樣的評語並不令人意外，反而還相當「正常」。但如果各位能夠稍微冷靜下來想一想，或許各位的內心也會隱約感覺到：15 年的重刑好像太誇張了。甚至，如果我們還願意多想一點的話，或許我們會開始產生這樣的疑惑：奇怪，美國不是有一堆充斥變態、血腥、暴力的電影嗎？像什麼《驚聲尖叫》、《奪魂鋸》、《德州電鋸殺人狂》之類的，怎麼從來沒聽過有人因為持有這些電影的 DVD 而被起訴？為什麼電影可以演出變態殺人的情節，只要劃歸「限制級」就 OK，但漫畫卻不能描繪小女孩的裸體或性行為？

這就是筆者最早產生的問題意識：為什麼要處罰持有虛擬兒童色情的行為，甚至，還處罰到這麼重？當筆者用「兒童色情」這個關鍵詞搜尋到（只有）幾篇國內的法學文獻後，不但沒有完全解答這個疑惑，反而還產生了更多疑惑。

首先，筆者瞭解到我國《兒童及少年性交易防制條例》中已有處罰「單純持有兒童色情」的規定，不過這裡所謂的兒童色情僅限於「真實兒童色情」，亦即真人照片、影片的情形。換句話說，單純持有「虛擬兒童色情」並不會受到處罰。對此，有學者批評我國法違反「國際共識」，背離兒童保護的宗旨，建議增訂關於「電腦合成兒童色情」——亦即將不相干的兩張照片「移花接木」合成在一起——的處罰規定。但筆者不解的是，如果按照學者的說法，虛擬兒童色情不僅會刺激、助長兒童性剝削、性濫用等犯罪行為，更會在社會中散播可怕的、錯誤的思想，那麼為何學者最後得出的結論是應該增訂「電腦合成兒童色情」的處罰規定呢？如果虛擬兒童色情真的如此恐怖，應該是不分類型全面加以禁止才對，不是嗎？

其次，透過另一位學者對於美國法現況的介紹，筆者才瞭解到原來美國已經將一切「視覺形式」的兒童色情作品都納入刑事規制的範圍，但正如同他所質疑的，如果純屬虛構的兒童色情漫畫應該被禁止，那麼，文字形式的兒童色情小說呢？語音形式的兒童色情廣播劇呢？為什麼「國際共識」沒有說要把這類作品也一起消滅？甚至，如他所指出的，所謂「國際共識」對於「兒童」的定義是「未滿 18 歲之人」，相信很多人應該會和筆者一樣感到困惑：怎麼會都 16、7 歲了還叫「兒童」？

再者，在僅有的幾篇文獻中，關於外國法制的介紹大多集中在英、美兩國上，雖然另有一兩篇文獻介紹到日本法制，但除此之外就付之闕如了。於是筆者更想要知道：歐陸國家的作法又是怎樣的呢？所謂的「國際共識」都已經落實成他們的實定法了嗎？

甚至，一個更根本的質疑是：所謂「國際共識」真的存在嗎？尤其，在我國

和日本均未處罰虛擬兒童色情的現況下，所謂「國際共識」究竟真的是全世界的共識，或者，只是西方歐美國家的共識而已呢？如果只是西方歐美國家的共識，那麼這中間是否存在著文化差異所導致的偏見或壓迫？它會不會只是特定意識型態下的產物？而那樣的意識型態背後是否又隱藏著某些深層的社會結構？

總而言之，本文所要探討的問題就是：

1. 何謂虛擬兒童色情？
2. 為何需要規制虛擬兒童色情？其可罰性基礎為何？正反議論的狀況如何？
3. 規制虛擬兒童色情是否為「國際共識」？若是，則此一「共識」的具體內容為何？
4. 各「法學先進國家」對於虛擬兒童色情之處理方式為何？各國的作法彼此間是否有共通點？
5. 承上3、4，如果規制虛擬兒童色情不僅是「國際共識」，更是「多數先進國家的作法」那麼，此一現象有無值得反省、批判之處？

第二節 研究方法與研究範圍

本文的研究方法，可以從兩個不同的層次來加以界定。第一個層次是研究素材的來源，就此筆者要採取的是文獻分析法，從相關法律、國際公約、區域協定、學術著作、一般著作或新聞報導等文獻的分析著手，並不涉及田野調查或統計實證等。第二個層次則是法學方法的採擇，就此筆者會兼採比較法學與法社會學等方法，這當然是由於本文一方面要釐清所謂「國際共識」和「多數先進國家作法」的面貌，另一方面又要探究其背後的社會文化背景因素使然。

本文的研究範圍，也可以區分兩個部分來加以說明。第一個部分是比較法的

研究範圍，就此筆者會以聯合國、歐盟的相關公約或協定，以及美國、英國、加拿大、德國、法國、日本等國的相關法制為觀察對象，儘管可能過於龐雜，但筆者希望能夠盡可能具體地呈現所謂「國際共識」和「多數先進國家作法」的面貌，尤其希望能夠呈現英美與歐陸國家的比較分析，所以尚祈各位讀者諒解。不過，筆者受限於語言能力，關於德國與法國法制的介紹，僅能仰賴該國政府所發行的官方英譯法典，以及相關二手文獻而已，或許略嫌勉強，但筆者以為至少能收拋磚引玉之效，併此說明。至於第二個部分則是法社會學的研究範圍，就此筆者會將觀察的焦點集中在「性道德」及「風險社會」這兩個主題上，因為筆者的假設是：對於虛擬兒童色情的規制，其實是源自於人類社會中某種性道德的禁忌以及現代風險社會下民眾對犯罪恐慌的影響，所以筆者將嘗試會透過上述兩個主題的相關文獻分析來印證這項假設。

第三節 論文架構

第一章 導論

第二章 兒童性濫用、兒童性剝削與兒童色情之概念解析

本章的任務是嘗試釐清兒童性濫用、兒童性剝削及兒童色情這三個議題之間的關聯性，並指出兒童色情的概念意涵及類型，使我們理解到兒童色情為何通常會被放在防制兒童性濫用、性剝削的脈絡下討論。

第三章 虛擬兒童色情可罰性及我國法規制現況之探討

本章的任務是將虛擬兒童色情再類型化，分析其問題特性，介紹關於虛擬兒童色情規制的贊成與反對理由，指出規制落實的可能障礙，並探討我國虛擬兒童色情規制的現狀。

第四章 對於規制兒童色情之「國際共識」的考察

本章的任務是透過對於關於兒童色情規制的國際公約、區域協定及各國立法例的考察，使我們瞭解到所謂「國際共識」的內涵為何，並彙整分析各國立法例的規範模式。

第五章 對於虛擬作品入罪化趨勢的反思

本章的任務在於，以贊成規制理由與反對規制理由彼此針鋒相對的爭點為座標，分析檢討「國際共識」的正當性基礎，並嘗試引入法社會學的觀點，對於入罪化的趨勢提出更深層的批判。

第六章 結論與建議

本章將以前四章的討論為基礎，提出原則上反對規制虛擬兒童色情的結論，並針對所謂「移花接木」合成照片的問題，建議透過妨害名譽罪的解釋適用或修法增訂規制條款的方式，來回應關於當事者兒童可能因肖像被盜用而蒙受名譽損害及心理創傷的質疑。

在引註格式方面，本文採取同頁註（footnote）方式，並以臺大法學論叢的格式為藍本，但為求簡潔，中、日文獻均採用相同格式，並省略出版地、出版者等，例如園田壽（1999），《解說》兒童買春・兒童ポルノ処罰法，12 頁；英文文獻則依作者、主要篇名、刊名、年份、頁數順序註記，出版者亦省略，例如 Yaman Akdeniz, Internet Child pornography and the Law (2008), p.185-186.。

第二章 兒童性濫用、兒童性剝削及兒童色情之概念解析

開宗明義，既然要談虛擬兒童色情，那麼總該先探討虛擬兒童色情的概念意涵。然而如後所述，虛擬兒童色情是兒童色情的一種類型，而兒童色情又被認為是兒童性濫用（sexual abuse of child）或兒童性剝削（sexual exploitation of child）問題的一環。因此，若要探討虛擬兒童色情的概念意涵，就勢必得追本溯源，從兒童性剝削、性濫用與兒童色情三者之間的關係談起。以下，本文擬先針對兒童性濫用、兒童性剝削及兒童色情的概念及問題背景作一介紹，再進入關於虛擬兒童色情概念意涵的探討。但首先要請各位讀者注意的是，雖然我國《兒童及少年福利法》所稱「兒童」係指未滿十二歲之人，所稱少年係指十二歲以上未滿 18 歲之人，但由於國際上關於兒童色情的討論，幾乎都以未滿 18 歲之人為對象¹，所以為求簡便，以下若未特別說明，原則上本文所稱的「兒童」均指未滿 18 歲之人，而當兒童與青少年這兩個詞彙同時出現或單獨提及青少年時，則回歸我國《兒童及少年福利法》的定義。

第一節 兒童性濫用

第一項 兒童性濫用的概念意涵

「兒童性濫用」這個詞彙聽起來似乎有些生硬，如果換成「兒童性虐待」，或許會令人感到比較熟悉一些。「兒童虐待」（child abuse）是一個源自於兒童福利思想的概念。從最廣泛的角度來說，兒童虐待指的是一切成人對於兒童的不當對待，而足以妨害兒童之身心發展者²。兒童虐待又可分為四種類型³：

¹ 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，頁 38，註 1 的說明。

² 余漢儀（1995），兒童虐待—現象檢視與問題反思，頁 23 以下。

³ 陳若璋（1998），兒童青少年性虐待防治與輔導手冊，頁 5-6、11-12。

1. 身體虐待：在非意外事故情況下，成人對兒童施加外力，導致或容任其遭受身體傷害，包括踢打、綑綁、灼燒等，使兒童身體健康受傷害、身體功能喪失，甚至死亡；
2. 精神虐待：對兒童辱罵、恐嚇、輕視、嘲笑，或持續不合情理的差別待遇，造成其心智、心理與情緒上的嚴重傷害；
3. 疏忽：因照顧不當，導致兒童健康或福祉受損，包括無法供給或拒絕供給兒童充分的食物、衣物、住所、醫療照顧或免於身受傷害的保護，以及照顧不足導致嚴重的營養不良或成長遲緩；
4. 性虐待：指發生在兒童與成人之間的性接觸，且兒童被利用當作成人發洩性慾的工具，又可分為身體接觸及非身體接觸兩種情形：
 - (1) 身體接觸：例如不舒服的身體接觸、調戲、熱烈親吻、愛撫身體、撫摸生殖器、口交、性交、插入陰道或肛門、強暴等；
 - (2) 非身體接觸：例如言語挑逗、舉動淫蕩、裸露、利用兒童散發、販賣色情物品、強迫兒童觀看色情影片或圖片、利用兒童從事色情活動，例如拍攝裸照、拍攝色情電影、現場色情表演、賣淫等。

此外，兒童性虐待依發生場合的不同，又可區分為家庭內性虐待與家庭外性虐待兩種情形，前者係指發生在家庭成員間的性虐待（俗稱亂倫），後者係指非家庭成員之外人對兒童所為的性虐待。在家庭外性虐待的情形，施加虐待者不一定是陌生人，也可能是熟識者，例如鄰居、朋友、師長等。實現性虐待的手段並不以暴力為限，亦包括恐嚇、言語施壓、哄騙或或賄賂等情形在內⁴。

由上可知，兒童性虐待指的就是一切成人對於兒童在「性」方面的不當對待。然而，在我們的日常生活用語中，「性虐待」往往被理解為一種變態的性行為，亦

⁴ 陳若璋（1998），兒童青少年性虐待防治與輔導手冊，頁 8-9。

即所謂的 sadistic abuse，令人聯想到鞭打、滴蠟、綑綁等帶有身體接觸性質的施暴行為。甚至，在刑事法的領域中，由於司法院大法官釋字第 617 號解釋提及所謂「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」，導致相關文獻上對於「性虐待」的理解似傾向於所謂 sadistic abuse 的情形⁵。因此，為了避免各位讀者受到上述日常或文獻用語的影響，而在不知不覺中對於「兒童性虐待」採取了較為狹隘的理解，本文擬以「性濫用」取代「性虐待」的用語，以求能夠充分掌握 child abuse 的意涵⁶。

第二項 性濫用對於兒童的負面影響

根據文獻上的看法，性濫用對於兒童的影響可分為三個方面⁷：

1. 生理的影響：性器或私密部位受傷及感染、得到性病、懷孕等。
2. 行為的影響：
 - (1) 短期：過度自慰、過度性行為、害怕或厭惡上體育課、曠課、逃學、逃家、犯罪、舉止退化等。
 - (2) 短期或長期：胃口不佳、睡眠品質不穩、容易做惡夢、公開的自慰行為、酗酒、吸毒、賣淫、自殺等。
 - (3) 長期：
 - A. 人際關係方面：難以和他人建立信任、親密的關係、妨礙成年後和

⁵ 例如「...如果處罰物化他人的行為是對於性自主權的保障，那麼是否被物化者自我同意時，就不在處罰的範圍內？比如在 S/M（含虐待的性行為）中，如果被虐待者本身同意這樣的行為，是否基於尊重性自主權的行使，而認為該虐待行為就該人而言並非物化行為？...」參照林志潔（2007），誰的標準？如何判斷？—刑法第二三五條散布猥褻物品罪及相關判決評釋，月旦法學雜誌，145 期，頁 89。

⁶ 尤其，像是後面會討論到的「未成年少女自願拍寫真集」等問題，姑且撇開未成年人有無完全自我決定權的爭議，在雙方你情我願、過程平和的情況下，要把「拍寫真集」這件事情理解為對於少女的「性虐待」，對於讀者來說恐怕會有點困惑吧。因此，儘管「性濫用」一詞也有缺點（例如可能令人聯想到「藥物濫用」（drug abuse），而進一步產生「性濫交」等錯誤印象），但本文還是決定以它取代「性虐待」一詞。如果不幸造成反效果，還請各位恕罪。

⁷ 陳若璋（1998），兒童青少年性虐待防治與輔導手冊，頁 29-32。

異性交往的能力、害怕與他人有身體上的接觸等。

B. 性的方面：過於早熟、對於性有焦慮或罪惡感、成為同性戀、性冷感、濫交等。

C. 病態情緒的發展方面：成為兒童性濫用的加害者、罹患多重人格或精神分裂症等。

3. 心理的影響：

- (1) 恐懼：有強烈的不安全感，特別害怕處於與事發時類似的空間環境；覺得自己很容易遭到侵犯或傷害，認為類似事件很可能會再度發生；覺得無法掌握自己的身體安全。
- (2) 羞恥：覺得自己很骯髒，沒有資格過正常生活或和別人平等相處；覺得自己被羞辱過，不值得別人喜愛；覺得丟臉，竟然無法保護自己，所以也不值得被別人保護。
- (3) 罪惡感：認為這件事情的發生是自己的錯，因為自己才讓家人的生活變得一團亂，不但讓自己蒙羞，也讓家人難過等。
- (4) 憂鬱、沮喪：認為遭受過性濫用是一個不管自己怎麼努力都永遠無法抹除的污點；認為自己沒有資格追求或享有美好、快樂的生活；時常覺得自己是可憐、不幸的人。
- (5) 自卑、缺乏自信：認為自己永遠無法和他人平起平坐；覺得自己是個沒有能力的人，竟然連自己都無法保護；否定自己的能力和價值，認為自己一無是處。
- (6) 憤怒與敵意：覺得別人都對不起自己，因為加害者讓自己受傷害，而其他人都沒有提供援助；產生防衛心理，以恨意和敵意掩飾內心的沮喪、不安與挫折感；不願相信別人，害怕會被欺騙或背叛；以攻擊性的姿態生活，因為自己有受苦經驗，所以也不願讓他人好受。
- (7) 情感疏離、冷漠：總覺得別人熱情、誠懇的外表下，一定隱藏著有關

性的企圖；因為不信任他人，害怕會被傷害，所以無法和別人建立親密的關係；以拒絕別人的情感來保護自己；認為別人接近自己都是別有目的，準備要利用自己，所以用冷漠當作自己的保護色，不讓別人有可乘之機，或看出自己脆弱的一面。

由上可知，性濫用被認為不僅會對兒童造成身體與心理健康方面的傷害，更會對於兒童的人格發展及人際關係造成嚴重的不良影響，甚至會使兒童（包括成年以後）出現偏差行為，或進而成為下一個兒童性濫用的加害者。

第三項 兒童性濫用的成因

兒童性濫用發生的原因，可以分別就家庭內與家庭外兩種情形加以說明⁸：

1. 家庭內性濫用的成因

(1) 家庭因素：

- A. 婚姻功能失調：夫妻感情不睦、破裂，或配偶間性關係不良等。
- B. 家庭功能失調：夫妻離異或一方死亡而成為單親家庭，夫妻之一方發生身心障礙而缺乏保護子女的能力等。
- C. 加害者缺乏良好的性關係。
- D. 家庭內的性意識模糊或過於鬆散，例如父母在家中穿著引起性刺激的衣著。
- E. 家庭內的性態度過於壓抑或排斥，例如在社會上表現出高道德感、斥責嫖妓行為的父親，轉而向家人尋求性關係。

- (2) 社會因素：加害者遭遇工作上的挫折、壓力或失業，或是人際關係不佳、在社會上被孤立等。

⁸ 陳若璋（1998），兒童青少年性虐待防治與輔導手冊，頁 17-18、21-23。

(3) 加害者個人因素：

- A. 早期經驗不佳：遭受性濫用、疏忽對待，或被愛的需求無法獲得滿足等。
- B. 依賴性強，渴望被關愛。
- C. 缺乏自信，自我評價低落。
- D. 專制的大男人或大女人主義觀念：認為家中成員都是自己的財產、自己的附屬品，可以予取予求。
- E. 不易控制衝動。
- F. 缺乏抒解壓力的能力。
- G. 為獲得權力及控制的滿足感。
- H. 視性濫用為自己抒解沮喪或壓力的管道。
- I. 酗酒、吸毒的影響。

2. 家庭外性濫用的成因

(1) 加害者在早期曾有遭受性濫用的經驗

- A. 早期遭受性濫用的創傷使其心性發展在幼年時受阻，對自我評價低，常感到沮喪，在成人或同儕團體中容易害羞、不安，與兒童相處時才感到輕鬆、愉快及滿足。
- B. 早期遭受性濫用的經驗傷害了其心理健康及自尊，而透過對於抵抗力弱的兒童為性濫用，他們才獲得權力的滿足感。
- C. 加害者認同侵害自己的人，或加害者將當年遭受性濫用所產生的憤怒轉嫁到受害兒童的身上。

(2) 加害者早期並無遭受性濫用的經驗

- A. 早期被忽視、安全需求被剝奪的經驗，使其心性發展在幼年時受阻，對自我評價低，常感到沮喪，在成人或同儕團體中容易害羞、不安，與兒童相處時才感到輕鬆、愉快及滿足。

- B. 需獲得權力感來發洩生活上的挫折與羞辱。
- C. 生活壓力的逼迫、刺激。
- D. 性無能或性關係不良。
- E. 發洩憤怒。
- F. 發洩性慾。
- G. 好奇。

第四項 加害者的特質及類型

1. 出於滿足性慾之動機者

文獻指出，這類兒童性濫用的加害者依其特質大致上可分為兩種類型⁹：

(1) 特別對兒童有性方面的偏好—戀童者 (pedophilia)：

他們對成年異性沒有性的需求及慾望，往往未婚；有的心性發展還停留在兒童或青少年期；他們的性濫用行為多出於預謀且持續多年，且有強迫性，每隔一段時間就必須尋找兒童作為性濫用的對象；他們視性濫用行為如自然需求，沒有罪惡感；若戀童者早年曾是性濫用受害者，則往往找尋和自己受害年齡相仿的兒童為對象。

(2) 將兒童青少年視為成人性伴侶的替代者：

他們對成年異性有性慾，也有正常的異性關係，通常也有正常的心性發展。他們往往是因為遭遇到重大壓力，才轉而向對其較無壓力的兒童為性濫用行為；因為兒童容易控制，所以選擇兒童作為抒解壓力、尋求安慰的對象。而且他們對於自己的行為會有罪惡感。

⁹ 陳若璋 (1998)，兒童青少年性虐待防治與輔導手冊，頁 22-23。

2. 非出於滿足性慾之動機者

例如為了金錢利益而將兒童用於色情活動，亦即後述的「兒童性剝削」。

第五項 小結

綜上所述，兒童性濫用是兒童虐待的一種類型，其所指涉的是一切成人對於兒童在「性」方面的不當對待。成人對兒童為性濫用的動機可能是出於滿足自己性慾，但也可能並非如此。

兒童性濫用的主要特徵在於，成人利用兒童缺乏性知識或自主同意能力，而將兒童視為可以恣意支配的客體，使兒童涉入有關「性」方面的活動。換句話說，兒童性濫用的概念是源自於兒童保護及兒童福利的觀點，由於考慮到兒童身心尚未成熟，涉入有關「性」的活動（尤其是涉及身體接觸的性行為）可能導致兒童遭受身體上或心理上的傷害，影響兒童人格的健全成長，所以將兒童性濫用理解為一種成人對於兒童的錯誤對待方式。因此，反對兒童性濫用的主張，訴求的是一種全體成人對於兒童的責任，要求全體成人除不得將兒童當作自己或他人的性慾對象或客體之外（例如性侵兒童或迫使兒童賣春），亦不得使兒童暴露於可能有害其人格健全發展的性資訊中（例如強迫兒童觀看色情影片），否則均屬對於兒童的不當對待，亦即虐待。

由此可知，兒童性濫用是一個相當廣泛的概念，其涵蓋範圍遠大於一般所謂的「兒童性侵害」，這點還請各位讀者多加留意¹⁰。

¹⁰ 雖然在刑事法的領域中，亦有文獻將 child sexual abuse 及 child sexual assault 這兩個詞彙劃上等號，均翻譯為「兒童性侵害」者，例如高鳳仙（2006），我國性侵害受害兒童保護之政策回顧與展望，律師雜誌，322 期，頁 58。然而，即使該文對於「性侵害」一詞採取較為廣義的看法，認為「性侵害係指違背意願之性接觸而言，包括違背意願之生殖器插入、口交、肛交、異物插入、觸摸胸部、臀部、生殖器等身體隱私處均屬之」，但如本文所述，兒童福利觀點下的 sexual abuse of child 概念並不限於上述直接或間接的接觸行為。況且，該文對於「兒童性侵害」的定義無法涵蓋本文所要探討的兒童色情問題，因為如後所述，兒童色情的內容不一定是描繪成人對兒童的「性接觸」，也有可能是描繪兒童裸體或暴露性器等。故同樣地，為了避免產生誤會，本文不擬將 sexual abuse of child

第二節 兒童性剝削

第一項 兒童性剝削的概念意涵

顧名思義，兒童性剝削的意思是在「性」的方面對兒童加以「剝削」。根據文獻上的看法，剝削指的是交易雙方之給付不成對價關係，強勢的一方以不成對價之給付交換弱勢一方的服務；而性剝削就是強勢的一方以不對等的代價獲得弱勢一方的性服務；由於兒童身心發展未臻成熟，尚無性自主能力，因此，兒童所提供的性服務，無論對方所給付的代價有多高，都是「不對等」的；換句話說，基於保護兒童的立場，兒童的「性」是無價的，不得成為市場上交易的商品，所以不論給付之價格如何，也不論兒童是否「自願」，都是一種性剝削¹¹。

由此可知，兒童性剝削其實就是兒童性濫用的一種類型¹²，亦即兒童性濫用結合了經濟上的要素而產生的概念¹³，其特徵在於成人利用自己相對於兒童的優勢地位，將兒童「商品化」，使兒童的「性」成為可以被買賣的「性服務¹⁴」。從兒童福利及兒童保護的觀點來看，這無疑也是一種成人對於兒童的不當對待。

文獻指出，兒童性剝削主要有「童妓」(child prostitution)及「兒童色情」(child pornography)兩種類型¹⁵。童妓指的是成人利用兒童從事性交易工作；兒童色情指的則是利用兒童從事現場色情表演或拍攝製造色情影片、照片等。不過這裡所稱的兒童色情概念較為廣泛，與本文後續所要探討的兒童色情（物品）略有差異，

翻譯為「兒童性侵害」，併此敘明。

¹¹ 謝采倩(1998)，兒童及少年性交易防制條例之研究—以「雛妓問題」法概念之相關議題為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁21、121-122。

¹² 洪文惠(1995)，未成年少女從娼原因之探討，律師通訊，187期，頁20。

¹³ 園田寿(1999)，《解說》兒童買春・兒童ポルノ処罰法，12頁。

¹⁴ 至於成人的「性」是否就可以「商品化」，則涉及（成人）性交易是否應合法化的問題，其並非本文所要探討的主題，故不深究。

¹⁵ 陳慧女(1999)，性剝削問題的本質與處遇—兒童及少年性交易防制工作的省思，社區發展季刊，91期，頁317。

這點也請讀者留意。

至於近年在我國社會被視為新型態性交易的「網路援交」中，雖然從事性交易的青少年並非如過去的「雛妓」那樣受到色情業者的控制，而是「自主地」透過網路尋找交易對象或接受交易的邀約，但由於青少年被認為並無足夠的自主判斷能力，故網路援交仍然被婦女及兒童福利團體認為是一種性剝削¹⁶。

第二項 兒童性剝削的成因

我國文獻關於兒童性剝削問題的探討大多集中在 1990 年代的「雛妓問題」上，而關於造成兒童進入色情行業而遭受性剝削的原因，彙整相關文獻的看法，可以區分「個人因素」、「家庭因素」及「結構因素」三個方面來說明¹⁷：

1. 個人因素

(1) 兒童虐待的受害經驗

家庭內的虐待容易導致兒童逃家，而逃家的兒童往往孤立無助又欠缺謀生能力，為了維持生存，最簡單的方式就是從事色情行業，利用自己的身體賺錢。此外，遭受父母虐待的兒童容易產生自暴自棄的心態，想要以傷害自己的方式來報復父母，因而步入了色情行業。

(2) 遭受性侵害或過早發生性行為

遭受性侵害或性濫用的兒童，由於受到嚴重的心理創傷，或因為羞於啟齒而

¹⁶ 勵馨社會福利事業基金會（2007），網路援交現況之探討，頁 1，網頁：

http://www.goh.org.tw/topic/data/report_prostitution3.pdf（最後瀏覽日期：2011/4/16）

¹⁷ 以下整理自謝采倩（1998），兒童及少年性交易防制條例之研究—以「雛妓問題」法概念之相關議題為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 55-66；陳慧女（1999），性剝削問題的本質與處遇—兒童及少年性交易防制工作的省思，社區發展季刊，91 期，頁 316-325；洪文惠（1995），未成年少女從娼原因之探討，律師通訊，187 期，頁 20-22；以及鄭瑞隆（1997），少女從娼原因與防治策略之研究，犯罪學期刊，3 期，頁 97-99。

背負沈重的壓力，容易產生偏差行為，例如逃家、吸毒、加入幫派等，進而導致兒童為了金錢來源或是被他人脅迫、引誘而從事色情行業。另外，過早發生性行為可能導致兒童的性觀念過於鬆散，進而降低了踏入色情行業的心理障礙¹⁸。

(3) 價值觀念的「偏差」

A. 親情方面

有些兒童（尤其是少女）抱持著「孝順」的觀念，為了改善家中經濟條件，讓父母過更舒適的生活，或是因為家中突遭變故，經濟陷入困窘，只好自願犧牲身體，從事色情行業。除此之外，有些兒童也是基於「孝順」的理由，而在父母逼迫自己從事性交易時，採取了順服的態度。

B. 愛情方面

有些少女遇人不淑，遭到男友欺騙玩弄，又因為不識世事，或因為憧憬愛情的少女情懷，願意為「愛」犧牲一切，以從事色情行業的所得來供養男友；另外也有某些少女是遭到男友始亂終棄，因而對男人抱持憎恨的心理，便想要透過從事色情行業的方式來玩弄男人，以洩憤取樂。

C. 人生方面

有些少女認為職業不分貴賤，性交易就是靠自己的身體、勞力賺錢，也可以是一種職業；也有些少女不愛工作，只想玩樂，或是愛慕虛榮，喜歡穿戴名牌，對她們來說性交易是一種可以輕鬆快速賺錢的方法，這些觀念也是導致兒童投入性交易的因素。而且，一旦習慣了不必勞動即可賺進大把鈔票的生活，這些少女就很難再回歸簡單樸素的生活，從而也無法脫離色情行業。

¹⁸ 針對我國「雛妓問題」的研究指出，有百分之六十五以上的雛妓在從事色情行業之前即曾與人發生性關係，其中約百分之十九是被強暴的。參照鄭瑞隆（1997），少女從娼原因與防治策略之研究，犯罪學期刊，3期，頁98。

2. 家庭因素

(1) 家庭功能失調

從事性交易的兒童，其家庭結構大多是不健全的，其生長於單親家庭或破碎家庭比例高於一般兒童，父母離婚或分居的比例亦偏高。缺乏家庭的溫暖、單親父母無暇與兒女溝通、隔代教養的祖父母力有未逮等各種因素，再加上青春期的叛逆性，很容易導致兒童發生逃家等偏差行為，進而走入色情行業。

(2) 家庭病態 (family pathology)

有些兒童出生在一個病態的家庭中，例如父母本身即以開設賭場或從事性交易為生，或是一直有家人在從事犯罪行為或性交易，導致兒童長期耳濡目染之下，對於違反主流社會規範的行為習以為常，不僅不排斥從事性交易，甚至還會認為是繼承父母衣鉢而覺得理所當然。

(3) 虐待兒童或教育方式過於嚴苛

不健全或病態的家庭也容易發生虐待兒童的情形，而虐待兒童容易導致兒童產生逃家等偏差行為，已如前述。另外也有些社經地位不差的完整家庭，由於父母管教方式不當，凡事要求過於嚴苛，動輒責備，導致正值叛逆期的青少年產生自暴自棄或以作賤自己來報復父母的心態，進而落入「逃家—缺錢—性交易—無法自拔」的惡性循環中。

3. 結構因素

(1) 貧窮

在世界各國，貧窮都是童妓問題最主要的成因，在第三世界的貧窮國家中更是如此。1990年代的我國雖然已非「貧窮國家」，但社會底層的貧窮問題仍然是造就「雛妓問題」的因素之一。社會底層的貧窮問題往往是伴隨著家庭失能或家庭

病態而產生的，例如父母或家人沈迷賭博、酗酒、吸毒或不務正業，導致傾家蕩產，因而造成兒童自願或被迫從事色情行業的結果。

(2) 父權社會

這裡所謂的父權社會，主要是指我國社會的情形而言。

A. 娼妓制度的背景

傳統上，娼妓被認為是必要之惡，因為男性的性慾比較旺盛，相反地女性天生是比較缺乏性需求的，而且女性的「性」目的在於傳宗接代，應該僅存在於家庭之中，故一方面為了滿足男性天生的需要，另一方面也為了保護一般良家婦女不因男性天生的性慾而遭受侵害，娼妓制度遂應運而生。因此，色情行業的存在可以說是父權社會文化的產物。

B. 女性的客體化及「幼齒迷思」

文獻指出，父權社會下的男女性行為只是一種權力關係的展現，亦即以男性為權力主體，女性則被視為滿足男性性慾需求的客體。而未成年少女無論身體或心智發育都還不足，人生閱歷也尚淺，故在男女的互動關係上，相對於嫖客，少女處於弱勢的地位。於是，在與成年女性的性關係中可能遭遇的挫折或壓力，驅使男性轉向這些從事性交易的未成年少女，藉由她們的無知來顯現自己的優越。甚至，我國民間向來有與幼女或處女性交能夠「採陰補陽」、延年益壽的傳說。在這種迷思的推波助瀾之下，雛妓的需求市場更加擴大，進而引發人口販賣的問題。

C. 女性的經濟弱勢

此外，父權社會文化的影響也反映在就業市場的性別歧視問題上。即使跨入二十一世紀已逾十年的現在，社會上仍然存在著質疑男女薪資差別對待的聲音，

而根據文獻指出¹⁹，在 1990 年代的我國社會，女性在勞動市場上往往遭受許多不平等的對待，不但工作機會侷限於某些符合女性刻板印象的類別，平均所得通常也低於同職等的男性，而且這類工作往往欠缺自我實現之發展性。至於未成年少女由於通常尚未完成學業，欠缺一技之長，能夠從事的職業範圍又更窄，多半只能擔任服務生或小妹等工作，易受騷擾且毫無尊嚴。不論未成年少女是基於何種原因而亟需金錢，相較於「正常」的工作，還不如色情行業來得「自由」、「好賺」。這也是提高兒童進入色情行業動機的原因之一。

D. 惡質的應酬文化

最後，我國社會中惡質的應酬文化也扮演著將少女送入色情行業的一大推手。我國商場上交際應酬時，總是少不了酒和女人，到酒店喝酒時要有小姐「坐檯」陪酒，喝完酒還可以「帶出場」性交易，這樣的應酬文化也支持著色情行業的存在。而且「應酬文化」結合了「男性優越」及「幼齒迷思」，導致酒客偏好年輕的乃至未成年的坐檯小姐。即使當前的我國社會已無「雛妓問題」，但未成年「公關」、「傳播妹」等從事色情行業的少女仍然存在²⁰。

(3) 色情文化

¹⁹ 李佳玟（1995），未成年從娼制度之初步分析—兼論防治策略，法律學刊，25 期，頁 52-54。轉引自謝采倩（1998），兒童及少年性交易防制條例之研究—以「雛妓問題」法概念之相關議題為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 61，註 118、119。

相關實證研究可參閱陳鎮洲（2007），台灣地區男女薪資差異趨勢之研究（以 1979 - 2000 年為例），國立政治大學經濟研究所碩士論文；方俊德（2005），臺灣歷年男女薪資差距趨勢之研究，國立台北大學經濟學系碩士論文。

²⁰ NOWnews 今日新聞網（2011/03/11）14 未成年少女脫衣陪酒 高雄社會局也訝異 高雄檢警日前查獲色情酒店，並在 70 名酒店小姐中發現有 14 人未成年，高雄市社會局表示，這是今年以來所接收最嚴重的案件，社工員正在調查個案的狀況，其中有人還是高職學生，有些已輟學，社工員會在 3 天內會將調查資料交由法院。

刑事局南部打擊犯罪中心於去年 9 月間接線報得知，綽號「百九仔」之在逃犯嫌林威成於高雄、台南地區經營色情脫衣酒店牟取暴利，並以旗下小姐幼齒、玩法大膽，消費低廉為號召，並以毒品控制旗下未成年賣淫女子，甚至侵入校園招攬未成年在校生及中輟生下海陪酒賣淫，行徑極為大膽。（摘錄）

網址：<http://www.nownews.com/2011/03/11/91-2695563.htm#ixzz1JrL7Gy5d>（最後瀏覽日期：2011/4/18）

文獻認為，在兒童青少年每天接觸的各式媒體中（尤其是網路）充斥著大量不受規範的色情影片、圖片或文字等，這些色情資訊容易刺激兒童青少年對於性的好奇及衝動，導致他們過早發生性行為，或是因為不懂得保護自己而遭受性侵害或性濫用，進而種下日後走入色情行業的危險因子。此外，在父權社會之下，色情資訊的內容往往呈現出將女性客體化或偏好「幼齒」的傾向，長期接觸這種色情資訊可能影響兒童青少年的性觀念，使他們更容易認同、接受性交易，進而容易成為性剝削的受害者，或是在成年後也成為加害者。

(4) 資本主義下的「性產業」

在資本主義社會中，某一產業必須有一定的獲利能力，始能繼續存在。關於我國 1990 年代「雛妓問題」的研究指出，「雛妓產業」每天創造的性交易消費額，單單嫖妓的部分即有上億元，如果再加上酒菜、房間等相關消費額，數字必定更為龐大²¹。

事實上，整個「雛妓產業」除了淪為交易客體的少女外，還包括「供應商」與「中間商」。供應商就是私娼寮、應召站等負責提供「商品」的色情行業，中間商則是負責提供場地或仲介服務，例如飯店、旅館業者、服務生、旅行社、導遊等。而且，由於性交易是非法活動，所以「交易秩序」的維持無法仰賴正常的法律途徑，只能訴諸幫派或黑道等力量來解決。於是，色情業者必須雇用保鏢以防止少女逃跑，解決客人「白嫖」不付錢的問題，或是防止其他幫派或黑道份子上門勒索；或者是購買毒品供少女吸食，作為控制她們的手段；此外可能也必須繳交「保護費」給當地的黑道組織。甚至，色情業者為了避免被查獲，還必須賄賂相關政府人員，或是忍受他們的予取予求。上述任何一個環節都涉及了人力資源的需求及金錢利益的交換，形成了一個規模龐大的「產業」，而位於這個產業結構

²¹ 勵馨基金會編（1993），*雛妓防治問題面面觀*，頁 10。轉引謝采倩（1998），*兒童及少年性交易防制條例之研究—以「雛妓問題」法概念之相關議題為中心*，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 62，註 122。

最底層的，就是遭受剝削的悲慘兒童。

雖然「雛妓問題」似乎已經走入歷史，現在備受關注的是「網路援交」問題，然而依照前述看法，只要「應酬文化—男性優越—幼齒迷思」仍然存在，色情行業中就少不了未成年少女，從而上述的龐大「性產業」結構仍會繼續將青少年吸收進去。所以性產業的存在也是導致兒童性剝削的結構因素之一。

(5) 帝國主義心態下的「色情觀光」

「色情觀光」(sex tour)的現象也是貧窮造成兒童性剝削問題的例證之一。色情觀光指的就是以性交易為主要或次要目的而前往他國旅遊，亦即我國社會俗稱的「砲兵團」。色情觀光的一大特色在於，這些觀光客往往來自於比當地國更富裕的國家，於是他們便能以相對低廉的代價獲得性服務，而這種「撿便宜」的心態也間接促使當地國的色情業者以剝削婦女或兒童的方式來供應性服務。

不過，兒童的問題又與婦女略有差異。以兒童為性交易對象的色情觀光客主要有兩種類型，一種是戀童者，通常是從西方國家前往亞洲或非洲地區，例如1980年代的日本就有許多來自歐美國家或澳洲的色情觀光客從事「兒童買春」行為，因而導致兒童性剝削的問題開始浮上檯面受到輿論的重視²²，而2004年我國檢警也查獲戀童者前往大陸地區與進行色情觀光的案例²³；另一種則並非戀童者，而是基於其他原因而對兒童（尤其是少女）有特殊偏好的色情觀光客，例如誤以為找兒童性交易就不會得到愛滋病，或是在成年女性面前會自卑，只好轉而尋求未成

²² 森山真弓、野田聖子（2005），よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法，4頁。

²³ 蘋果日報（2004/04/01）大陸買春團 自拍嫖童妓 迫幼女穿水手服 製成光碟上網賣

【曾維民、塗豐駿／台北報導】一名性變態男子日前夥同五名友人組成「砲兵團」赴大陸嫖童妓，他不但將女童打扮成卡通人物、要求穿著水手服予以姦淫，還強迫女童進行多P性愛，過程中女童痛得嚎啕哭喊，但他卻得意地將全程拍成「姦童光碟」上網販賣；他被警方逮捕時，同居女友才知男友變態惡行，當場要與他分手。

網頁：http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/883316/IssueID/20040424（最後瀏覽日期：2010/04/17）

年少女²⁴，當然更包括抱持「幼齒迷思」的成年男性，例如我國開放人民赴大陸地區觀光之後出現的許多買春團、砲兵團即屬此類。

在兒童保護意識還不發達的國家，兒童本來就因為弱勢而容易成為性剝削的受害者，貧窮國家為了獲得觀光客帶來的經濟利益，也往往傾向容許或放任這些性剝削現象的存在，而先進國家的人民挾其經濟上的優勢，為了享受廉價或在本國無法獲得的性服務，前往其他國家從事兒童性交易，剝削這些兒童的「性」，這種作法無非就是一種帝國主義的心態。

第三項 加害者的特質及類型

文獻認為，在 1990 年代我國社會的「雛妓問題」中，將子女推入火坑的父母、色情業者（包括所謂老鴇和皮條客等）以及嫖客統統都是加害者，而利用兒童從事現場色情表演（俗稱牛肉場）或拍攝製造色情影片、圖片的業者當然也是加害者²⁵。如果依照這種看法，不僅網路援交的「嫖客」也會被認為是加害者；現場色情表演的觀眾，以及色情影片、圖片的購買者，恐怕也會被認為是加害者。

其次，嫖客等「消費者」又區分為戀童者與非戀童者兩種類型，這兩類加害者的特質可參照前面關於兒童性濫用加害者特質的說明，於此不再贅述。

第四項 小結

綜上所述，兒童性剝削其實就是兒童性濫用的一種類型，亦即成人利用自己相對於兒童的優勢地位，將兒童的「性」商品化。兒童性剝削的型態主要有兒童性交易及（廣義的）兒童色情兩種，前者係指他人支付對價而與兒童從事（通常

²⁴ 森山真弓、野田聖子（2005），よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法，4 頁。

²⁵ 陳慧女（1999），性剝削問題的本質與處遇—兒童及少年性交易防制工作的省思，社區發展季刊，91 期，頁 317。

涉及身體接觸)的性行為，後者係指利用兒童從事現場色情表演供人觀看而收取對價，或是拍攝製造色情影片照片等物品（亦即狹義的兒童色情）而加以販賣的情形。

自兒童保護的觀點而言，由於兒童尚無足夠的判斷能力，所以成人應該要保護兒童的「性」不受到濫用，如果成人背棄了這項責任，反而將兒童的「性」當成商品加以販賣或消費，使兒童淪為僅供成人發洩性慾或牟取利潤的「性客體」，那麼就會被認為是一種對於兒童的性剝削行為²⁶。在這種觀點下，將兒童推入火坑的父母、色情行業的經營者、嫖客、色情表演的觀眾或色情物品的購買者，都是將兒童客體化、商品化的「加害者」。其中，本文特別關注的是嫖客、觀眾、購買者等「消費者」，因為他們通常是為了滿足性慾而消費兒童的「性」，其中有些是所謂的戀童者，而本文所要探討的主題—虛擬兒童色情的刑事規制—也和此一現象有著密切的關聯

兒童性剝削問題的成因包括個人因素、家庭因素以及社會經濟文化等結構性因素，而且不論是個人或家庭都會受到結構的影響，所以這三種因素並非各自獨立互不相干，而是彼此交織在一起的。其中值得注意的是，色情文化的存在及色情資訊的流通，也被認為是導致兒童投入色情行業而遭受性剝削的原因之一，這點與本文主題有著特別密切的關聯，後續將會有更深入的討論。

第三節 兒童色情

透過以上關於兒童性濫用及兒童性剝削的討論，我們已經知道，利用兒童拍攝製造色情影片或照片等物品，是一種兒童性濫用或性剝削的行為，而這些影片或照片等物品就被稱為「兒童色情」(child pornography)。「色情」的定義始終是一

²⁶ 園田寿(1999)，《解說》兒童買春・兒童ポルノ処罰法，12頁。

個相當困難的問題，「兒童色情」自然也不例外。不過在兒童性濫用、性剝削的問題脈絡下，兒童色情被認為具有獨特的問題性，與一般的色情（亦即所謂成人色情）不可同日而語。換句話說，兒童色情的問題是伴隨著兒童性濫用、性剝削的問題而誕生的，所以兒童色情的概念意涵，也必須從防制兒童性濫用、性剝削的角度來加以探討。

第一項 兒童色情的概念意涵

文獻認為，兒童色情的製造，性質上就是兒童性濫用、性剝削的一環²⁷。如前所述，因為兒童欠缺足夠的自主判斷能力，所以成人利用兒童拍攝製造色情影片、照片等，就是一種對於兒童的性濫用，如果再加上牟利的動機，就會成為一種對於兒童的性剝削。既然色情影片、照片通常含有關於裸體、性器官或性行為、性活動的描繪、呈現，那麼兒童色情影片、照片的製造過程，必定伴隨著兒童性濫用的發生。在這個意義上，所謂兒童色情就是「兒童性濫用的紀錄、證據」。因此有論者認為應該以「兒童性濫用圖像」(child abuse image, or abusive image) 取代兒童色情一詞²⁸。

當然，色情作品的形式本來就不限於影片或照片。兒童色情影片、照片受到關注的原因在於，一方面，從攝影技術的原理來說，影片或照片中出現的事物「原則上」都是真實存在的，所以兒童色情影片或照片的存在「原則上」就表示實際上有兒童遭受性濫用；另一方面，寫實的影像能夠給予觀賞者最強烈的印象與刺激，所以在色情作品的市場中，對於影片或照片的需求是其他形式的作品所難以取代的。

²⁷ 高玉泉（2003），網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討（1999-2002）——一個由兒童人權出發的觀點，國立中正大學法學集刊，11期，頁39。

²⁸ Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming* (2009), p. 31. Also See Yaman Akdeniz, *Internet Child Pornography and the Law* (2008), p. 11. 園田寿（2010），兒童ポルノ禁止法の問題点，法學セミナー，671号，36頁。

但是，在某些情況下，「兒童色情」的製造並不會伴隨著兒童性濫用的發生，例如由貌似兒童但實際上已成年的演員扮演兒童²⁹。此外隨著電腦繪圖與影像處理科技的發達，不僅可以把一張正常照片中的兒童頭像和另一張照片中的成人裸體合成為一張看似為兒童裸體的照片，更可以完全以電腦繪圖的方式製作出宛如照片般逼真的兒童色情圖像。這類色情作品的製造，並不需要藉助實際上的兒童性濫用事件便能完成³⁰，但仍然被稱為「兒童色情」。例如以成人扮演兒童的作品被稱為「貌似兒童色情」(youthful-adult pornography)，將兒童照片與成人照片合成的作品被稱為「電腦合成兒童色情」(computer-generated child pornography)，完全以電腦繪製的作品被稱為「虛擬兒童色情」(virtual child pornography)³¹。這些衍生概念的存在顯示兒童色情的概念已經無法與「性濫用的紀錄」劃上等號。

其實，根據文獻上的看法，兒童色情的問題不僅在於製造過程所伴隨的兒童性濫用行為，更在於作品所傳達給觀看者的訊息，亦即一種「以兒童為性慾對象」的思想或意念（詳如後述）。在這種看法之下，兒童色情似乎可以定義為「以兒童為描繪對象的色情作品」。雖然這種定義仍然會遭遇「色情」概念曖昧不明的質疑，不過「色情」本來就難以定義，況且本項之目的主要在於說明兒童色情與兒童性剝削、性濫用間之關係，以及兒童色情所衍生出的相關名詞概念，並不涉及刑法上應該如何定義兒童色情的問題；況且，雖然在法學領域中，想要明確定義何謂「色情」並非易事，但對於一般人來說，色情本來就是一種「說不上來，但看了就知道」的事物³²，所以請容許本文暫時先採用上述這種「以概念說明概念」的定義方式，以便能夠完整地掌握接下來所要介紹的諸種兒童色情類型。

²⁹ 尤其當兒童的年齡門檻設定「高達」18歲時，這件事情更是一點都不困難。

³⁰ 不過，在「移花接木」合成照片或以電腦繪圖臨摹實際存在兒童之五官相貌的情形，有一種看法認為「合成」或「臨摹」的行為本身就是對於當事者兒童的性濫用，詳如後述。

³¹ 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，頁40。

³² 葉煬彬（2001），色情作品在男性青少年階段所扮演的角色，頁6。

總而言之，以下所稱「兒童色情」係指「以兒童為描繪對象的色情作品」。

第二項 兒童色情的類型

第一款 真實兒童色情

真實兒童色情指的是製造過程中涉及「實際的」兒童性濫用的色情作品。換句話說，真實兒童色情就是所謂「兒童性濫用的紀錄、證據」。一般談到兒童色情時，若無特別說明，通常都是指真實兒童色情而言，所以文獻上亦有稱為「普通兒童色情」者³³。理論上，真實兒童色情的創作形式並沒有限制，只要涉及對於真實存在的兒童為性濫用，文字、繪畫、錄音、攝影、錄影、雕塑等任何方式都是可能的³⁴。

需要注意的是，所謂「真實」是指兒童的真實存在、確有其人，但並不表示作品所傳達出來的「訊息」必然是真實的。例如色情作品通常涉及性行為的描繪，然而這裡所謂的「性行為」可能並不是真正的（real），而是偽裝的、模擬的（simulated）。例如，色情電影業者找來一位女童當演員，讓他與成年男演員共同表演一場性交的戲，但男演員並未真的將性器插入女童的性器中，只是透過「錯位」的拍攝手法，使觀眾看起來的感覺是兩人在性交³⁵。縱使影片中的性行為不是真的，利用兒童拍攝色情影片一事仍然是不折不扣的兒童性濫用行為，所以系爭影片仍然是「真實兒童色情」。

³³ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67卷，4号，138頁。

³⁴ 乍聽之下似乎有點匪夷所思，不過仔細想想就會發現確實如此。例如成人要求兒童裸體或暴露性器官，自己一邊觀賞一邊用文字加以紀錄、描述，或是繪製素描，甚至雕琢塑像，都可能是「製造過程涉及兒童性濫用」的作品，至於創作出來的作品是「藝術」還是「色情」，那又是另一個問題了。

³⁵ 這種色情影片俗稱「非真槍實彈」。

第二款 貌似兒童色情

貌似兒童色情 (youthful-adult pornography) 指的是以成人扮演「兒童」而製作的色情作品。這種作品顯然不涉及兒童性濫用，故與真實兒童色情有別。原則上，貌似兒童色情僅可能為影像或聲音的形式，否則自無「扮演」之必要。一般來說，成人要模仿兒童的音調、口吻並不困難，但要成人在視覺效果上扮演青春前期以前的幼齡兒童則非易事。不過由於兒童的年齡門檻被設定在 18 歲，已屆青春前期、第二性徵已發育完成的青少年也被納入「兒童」的範圍，所以貌似兒童色情的射程範圍相當寬廣，甚至連許多由文學名著改編的電影，都有可能因為描繪了青少年的裸體或性行為而落入「兒童色情」的概念範圍中³⁶。

第三款 電腦合成兒童色情

電腦合成兒童色情 (computer-generated child pornography) 指的是透過電腦影像處理技術，將兒童的頭部影像與其他成人或兒童的身體影像加以合成，使觀看者產生頭部和身體屬於同一人的印象的色情作品。因此，這種作品僅限於影像形式。

文獻認為，電腦合成兒童色情的出現造成真實兒童色情在訴訟上的證明遭遇困難，因為被告可能抗辯系爭兒童色情照片僅係電腦合成作品，製造所謂合理懷疑 (reasonable doubt) 而獲判無罪³⁷。雖然電腦合成兒童色情的製造並不涉及實際的兒童性濫用，但對於被盜用肖像的當事者兒童來說，可能會有名譽受損的問題

³⁶ 至於這些作品能否因為具有藝術性而被排除在規制範圍外，則是另一個問題。

³⁷ 高玉泉 (2002)，論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由——從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278 期，頁 60。

³⁸，因而文獻上亦有主張「電腦合成兒童色情並非無被害人」的看法³⁹。

第四款 虛擬兒童色情

虛擬兒童色情（virtual child pornography）指的是製造過程不涉及實際兒童性濫用的兒童色情作品。因此，貌似兒童色情及電腦合成兒童色情都可以算是廣義的虛擬兒童色情。不過一般提及虛擬兒童色情時，大多是指狹義的虛擬兒童色情，亦即貌似、電腦合成以外的作品類型。

理論上，虛擬兒童色情的創作形式亦無任何限制，不過在諸多創作形式中，最受到關注的是電腦繪圖（computer graphics；簡稱 CG）、動畫（animations）及漫畫（comics）等。這是因為隨著電腦繪圖技術的發達，想要繪製出宛如照片般逼真的虛擬圖像已非難事，導致真實與虛擬兒童色情間的界線趨於模糊，進而造成真實兒童色情的證明困難；至於動畫、漫畫方面，則是因為日本的動畫、漫畫乃至電玩遊戲產業都非常發達，同時也存在著大量的色情動畫、漫畫及電玩遊戲，其中描繪未成年人的虛擬兒童色情作品更是所在多有，而在幾起誘拐殺害女童事件爆發後，質疑虛擬兒童色情會引發犯罪、危害兒童安全的聲音也更為強烈⁴⁰。

根據文獻上的看法，虛擬兒童色情還可以依據有無使用真實兒童頭像、逼真程度的高低、被描繪兒童之身分是否可得特定等要素再進一步加以類型化，本文在下一節中將會有更詳細的探討。

³⁸ 園田寿（1999），《解說》兒童買春・兒童ポルノ処罰法，31 頁

³⁹ 高玉泉（2002），論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由—從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278 期，頁 58。

⁴⁰ 例如 1988 年至 1989 年之間發生的「東京・埼玉連続幼女誘拐殺人事件」，又稱「宮崎勤事件」，就是在媒體的報導及渲染之下，將嫌犯宮崎勤的犯案動機歸咎於動漫的影響，連帶地導致當時日本的動漫產業遭受毀滅性的打擊，更讓所謂「御宅族」（Otaku）被貼上「犯罪預備軍」的污名化標籤。

第五款 兒童不雅圖像

兒童不雅圖像 (indecent child images) 的概念源自於英國的《1978 年兒童保護法》(Protection of Children Act 1978)，不過該法並未定義何謂「不雅」。依照牛津辭典的解釋，「不雅」係指「不遵守一般被認可的行為準則，尤其是與性有關者」⁴¹。文獻指出，不雅的概念範圍除涵蓋「猥褻」(obscene) 外，尚包括身體私處的不當暴露等下流、粗鄙行為之呈現⁴²；例如單純性器官（包括乳房及生殖器等）之暴露及任何具有性挑逗、性暗示或令人反感之情形（例如偷拍內衣褲、小解等）均屬之⁴³。換句話說，猥褻的概念可以被包含在不雅的概念中，不過，當不雅與猥褻同時被提及時，不雅係指「尚未達到猥褻但已屬不雅」的情形而言。

第三項 兒童色情產生的問題⁴⁴

第一款 導致兒童遭受性濫用或性剝削

首先，涉及兒童色情的「行為」，可以大別為「製造」、「流通」及「持有」等三種態樣。兒童色情的製造過程，不論有無使用強制手段，都是在對於當事者兒童進行性濫用、性剝削的行為，造成當事者兒童遭受身體上或心理上的傷害。這種身心傷害是難以磨滅的，往往成為當事者終其一生都無法揮去的陰影。其次，兒童色情是當事者兒童遭受性濫用、性剝削的被害記錄，其存在的本身將會對於當事者造成二度傷害，縱使當事者成年後亦然；而且，兒童色情的散布流通更會持續擴大這種二度傷害。

⁴¹ “not conforming with generally accepted standards of behaviour, especially in relation to sexual matters.”

⁴² 高玉泉（2003），網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討（1999-2002）——一個由兒童人權出發的觀點，國立中正大學法學集刊，11 期，頁 40。

⁴³ 高玉泉（1998），論網際網路上兒童色情資訊之法律管制——兼評我國兒童及少年性交易防制條例之相關規定，政大法學評論，60 期，頁 195。

⁴⁴ 以下主要參考紙谷雅子（1999），チャイルド・ポルノグラフィと表現の自由，法律時報。70 卷，11 号，38 頁的說明。

再者，兒童色情的存在及流通會助長兒童性剝削的供需網絡，因為兒童色情的內容標示了可供性剝削或性濫用的對象，使戀童者或有意從事此等行為之人容易搜尋到他們的目標；而且，戀童者往往利用兒童色情作為引誘兒童的工具，未成年人接觸兒童色情後容易產生錯誤的性觀念，導致他們淪為性剝削或性濫用的受害者而不自知。此外，戀童者不僅會在相互交換、討論兒童色情的過程中，使自己的戀童傾向合理化、正當化；更有可能在觀看兒童色情後產生性慾衝動，進而實行對兒童性剝削或性濫用之行為。所以，兒童色情不僅在製造過程中會造成現實的兒童受害，其流通和持有也會造成將來的兒童受害。

最後，無論是在兒童色情製造過程中直接遭受性濫用、性剝削的兒童，或是被兒童色情間接地導致遭受性濫用、性剝削的兒童，都可能因為身心受創導致人格偏差，進而在成年之後也成為兒童性濫用、性剝削的加害者，造成更多兒童受害。

第二款 妨礙兒童人格的健全成長

如前所述，未成年人接觸兒童色情後容易產生錯誤的性觀念，縱使並未因而淪為性剝削、性濫用的受害者，也可能導致人格發生偏差。尤其現代青少年瀏覽網際網路的時間普遍來說比成年人更多，在網路色情氾濫的現況下，青少年非常容易接觸到兒童色情而產生偏差觀念，甚至發展為戀童者⁴⁵。

⁴⁵ 蔡為旭（2007），兒童性剝削之問題探討，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 104-105。

第三款 造成以兒童為性慾對象的社會風氣

有文獻主張，兒童色情不僅是兒童性剝削、性濫用的證據而已，更是「兒童可以被任意支配擺佈、從事性行為」這種錯誤、可怕思想的傳達⁴⁶；換句話說，兒童色情的本質就是對於兒童的性剝削，亦即不尊重兒童的人性尊嚴，將兒童當作性的對象，欺負兒童未臻成熟而榨取他們的「性」⁴⁷。

另有文獻指出，長期接觸兒童色情可能會改變個人的性態度及性行為模式，使其傾向以兒童為性對象⁴⁸。這種效應若是在社會中擴散，將形成一種以兒童為性慾對象的風氣，不僅會造成更多兒童遭受性濫用、性剝削，更是對於兒童人權及人性尊嚴的莫大傷害⁴⁹。尤其，在我國社會文化中尚有「幼齒迷思」的情況下，兒童色情的存在無非是火上加油，恐怕會讓這種以兒童為性慾對象的風氣更加興盛。

第四項 兒童色情收藏者的類型與特質

由於「兒童」的年齡門檻設定在 18 歲，故以「兒童」為性慾對象的人未必都是戀童者。因此，依據性傾向的不同，兒童色情收藏者至少可以區分為戀童者與非戀童者兩種類型。

第一款 戀童的收藏者

文獻指出，幾乎所有的戀童犯罪者都收集兒童色情；而根據 1980 年代的研究，這類收藏者又可細分為下列四種類型：

⁴⁶ 高玉泉（2002），論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由—從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278 期，頁 53。

⁴⁷ 後藤弘子（2010），兒童ポルノ規制をどう考えるか，法学セミナー，671 号，41 頁。

⁴⁸ 翁毓秀（2002），兒童色情問題初探，兒童福利期刊，2 期，頁 182。

⁴⁹ 高玉泉（2002），論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由—從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278 期，頁 57。

1. 壁櫥的收藏者：這類收藏者很謹慎地購買兒童色情物品，也將其收藏保密。通常這類收藏者不會直接涉及兒童性濫用。
2. 孤立的收藏者：這類收藏者除了謹慎地收藏之外，也會涉及兒童性濫用，但是對於其行為嚴加保密，害怕被抓到。這類收藏者除了會購買兒童色情外，也會製作自己加害對象的兒童色情，而加以收藏。
3. 閣樓的收藏者：這類收藏者會與他人分享自己的收藏品及性經驗，但對於創造利潤並無興趣。
4. 商業的收藏者：這類收藏者涉及製造、複製和交易牟利，同時也會涉及性剝削行為。

文獻認為，上述四種收藏者中，只有第一類比較不會直接對兒童或社會造成重大傷害，其餘三者均有可能涉及犯罪行為，尤其是第四類的收藏者，不僅對個別兒童，同時也對整體社會造成較嚴重的傷害⁵⁰。

第二款 非戀童的收藏者

非戀童的收藏者往往出現在虛擬兒童色情的場合，尤其在許多日本動畫、漫畫以青少年為主角的情況下，所謂「同人誌⁵¹」的衍生創作自然也以青少年為主角，其中更有著相當數量的「成人向」色情作品。不少動漫愛好者除了收藏原著之外也會收藏同人誌，包括色情或非色情作品。縱使他們可能並非戀童者，也未必傾

⁵⁰ 翁毓秀（2002），兒童色情問題初探，兒童福利期刊，2期，頁184-185。

⁵¹ 「同人誌」（どうじんし）是日文名詞，本來是「同人雜誌」的略稱，意思是「由志同道合之人所共同出版的書刊雜誌」，所以原則上是「非商業性質」的出版品。不過，在日本動漫文化的領域中，同人誌的概念意涵有著多重意涵，其中一種就是「衍生創作」，例如喜歡漫畫《海賊王》的人，在原作的人物角色及劇情設定等背景基礎上，自己創作一本漫畫或小說，然後自己印製、販售。理論上，這可能是一種侵害著作權的「改作」行為，但在日本的動漫文化中，這種行為通常並不會受到原作者的追究。而在同人誌的市場中，以色情或情色為賣點的「成人向」作品也占有非常重要的地位，只要是知名度高、愛好者多的漫畫或動畫作品，通常都會有相對應的成人向同人誌。

向以青少年為性慾對象，但由於「兒童」的年齡門檻高達 18 歲，這些動漫愛好者仍然成為了「(虛擬) 兒童色情的收藏者」。

第五項 小結：兒童色情規制的保護法益

由上可知，兒童色情就是以兒童為描繪對象的色情作品。兒童色情主要有以下數種類型：製造過程涉及實際的兒童性濫用者，稱為真實兒童色情；以成人扮演兒童者，稱為貌似兒童色情；以電腦技術將兒童頭像與他人身體合成者，稱為電腦合成兒童色情；至於貌似、電腦合成以外又不涉及實際的兒童性濫用者，稱為(狹義的) 虛擬兒童色情。依照文獻上的看法，兒童色情的問題不僅在於製造過程可能涉及性濫用、性剝削，更在於可能引發或助長兒童性濫用、性剝削的行為，甚至造成有害兒童健全成長的社會環境。所以自兒童保護的觀點而言，兒童色情是兒童性剝削及性濫用問題的一環，與一般色情或猥褻言論管制的議題不同⁵²。

如前所述，從兒童保護的觀點來看，兒童色情的製造過程必然伴隨著兒童性濫用⁵³。但嚴格來說，兒童色情的製造過程中如果發生性濫用行為，本為刑法強制罪、強制性交(或與幼年人性交)罪、強制猥褻(或與幼年人猥褻)罪、和誘罪、略誘罪、傷害罪等犯罪的射程範圍。所謂「兒童色情就是對於兒童的性濫用」是立法者事前對各類法益侵害的一種集合性擬制。此際，受到侵害的是一種專屬於「兒童」的法益集合體，亦即，立法者事先設定，只要兒童實際上做出或遭遇某些舉動(例如暴露性器、自慰或與人模擬性交等)，這個特殊的兒童法益就受到了侵害⁵⁴。從防制兒童性濫用的觀點出發，性濫用會傷害兒童的身心健康、妨礙兒童

⁵² 翁毓秀(2002)，兒童色情問題初探，兒童福利期刊，2期，頁182。

⁵³ 前已提及，兒童性剝削其實就是兒童性濫用的一種類型，前者可以被包含於後者的概念中，故為求簡潔，於此僅使用兒童性濫用一詞。

⁵⁴ 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，頁51。這種「擬制侵害」的最佳範例，就是所謂的「援交少女」：儘管她們可能並不認為自己受到性濫用、性剝削，也不認為自己有受到什麼「傷害」，甚至相反地，可能還覺得輕鬆賺錢

的健全成長，而規制兒童色情的目的，就是在於避免兒童遭受性濫用。所以，上述的特殊兒童法益，其實就是兒童權利保護觀點下的「兒童健全成長的權利」⁵⁵。不過，這裡所說的健全成長權利，指的是作為現實被害者的個別兒童的權利，屬於個人法益。這種源自防制兒童性濫用思維的「個人法益說」，可謂是兒童色情規制保護法益論的原始見解⁵⁶。相對於個人法益觀點，另一種看法是從保護不特定多數兒童的觀點，認為一連串兒童色情的相關行為（製造、流通、持有）都有引誘性侵兒童犯罪的潛在危險性，故應全部加以禁止，甚至更進一步認為，規制兒童色情所要保護的非僅是不特定多數兒童的具體利益，而是維持一個「不以兒童為性慾對象的社會環境」以及保護「一般兒童健全成長的權利」。據此，無論是虛擬或真實兒童色情，只要作品傳達出把兒童當成性慾主體或客體的資訊時，就應該發動規制力量加以禁絕。這樣的見解被稱為「社會法益說」⁵⁷。不過，多數國內文獻並不強調法益的概念，而是直接將規制的正當性建立在兒童色情的負面影響上，所以在開展論述的時候並不會刻意區分個人法益或社會法益，而是將一切訴諸於「兒童人權保護」⁵⁸。

附帶一提，從憲法保障表現自由（言論自由）的觀點來看，色情作品也是一種將思想、觀念傳達於外的「表現」，所以文獻上有稱之為「性表現」者⁵⁹。色情

很高興，但《兒童及少年性交易防制條例》仍然擬制這些從事性交易的少女的「法益」遭受「嫖客」的侵害。

⁵⁵ 這裡的看法參考盧映潔（2008），兩小無猜是原罪？—刑法第二二七條之與幼年人性交猥褻罪及相關條文的修正研議，月旦法學雜誌，152期，頁218-220。

⁵⁶ 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，頁51。

⁵⁷ 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，頁51-52。

⁵⁸ 這種論述方式可參照高玉泉（2003），網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討（1999-2002）—一個由兒童人權出發的觀點，國立中正大學法學集刊，11期；高玉泉（2002），論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由—從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278期；陳秀峯（2001），談網路兒童色情之處置—以日本處理網路兒童色情為例，月旦法學雜誌，69期；高玉泉（1998），論網際網路上兒童色情資訊之法律管制—兼評我國兒童及少年性交易防制條例之相關規定，政大法學評論，60期。

⁵⁹ 例如許福生（1998），性表現自由與刑法散布猥褻物品罪，中央警察大學法學論集，3期，頁271-310；曾根威彥（1985），性表現の自由と性的ルールの保護，氏著，表現の自由と刑事規制，162頁以下。

作品或性表現是否能夠主張表現自由（言論自由）而抵抗來自於國家法律的管制，一直是常見的憲法爭議問題⁶⁰，不過在兒童色情的場合，情況就變得有些不同了。文獻認為，由於兒童色情的製造過程伴隨著兒童性濫用或性剝削行為，所以兒童色情沒有辦法透過表現自由而獲得正當化⁶¹。對於以成人為描繪對象的「成人色情」，國家予以規制的理由往往是為了追求所謂「維護社會善良風俗」這類較為抽象、模糊的公共利益，因而容易招致違憲的批評；然而，一般認為管制兒童色情的理由是為了保護兒童免於遭受性濫用、性剝削，亦即訴諸於較為具體、清晰的個人法益保護，所以比較能夠獲致合憲的結論。不過，上述說法顯然是針對「真實兒童色情」而發。至於針對製造過程並未伴隨實際兒童性濫用、性剝削行為的貌似、電腦合成乃至虛擬兒童色情，國家的規制措施能否通過司法違憲審查的考驗，就會成為比較複雜的問題⁶²。

第四節 本章小結

透過本章的討論，我們釐清了兒童性濫用、兒童性剝削與兒童色情這三者之間的關聯，並瞭解了在兒童權利保護的脈絡下，兒童色情所具有的問題性為何，以及在刑事法的視角中，規制兒童色情所要保護的「法益」內容為何。首先，兒童性濫用指的是成人對於兒童在「性」方面的一切不當對待；而兒童性剝削指的是將兒童的「性」視為商品而加以消費或牟利的行為，亦即一種附加了經濟性要素的兒童性濫用行為；至於兒童色情指的是以兒童為描繪對象的色情作品，由於其製作過程往往伴隨兒童性濫用或性剝削行為，所以被視為兒童性濫用、性剝削問題的一環。不過，某些兒童色情並不涉及實際的兒童性濫用或性剝削行為，這

⁶⁰ 例如我國司法院大法官釋字第 407 號及第 617 號所處理的猥褻物品問題即屬適例。

⁶¹ 園田壽（1999），《解說》兒童買春・兒童ポルノ処罰法，15 頁；森山真弓、野田聖子（2005），よくわかる改正兒童買春・兒童ポルノ禁止法，94 頁。

⁶² 關於憲法學方面的討論，可參閱永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（一）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，105-154 頁；永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，4 号，110-166 頁。

類作品可以稱為廣義的虛擬兒童色情，其問題性便與一般的真實兒童色情有所不同。其次，無論是在兒童性濫用、兒童性剝削或兒童色情的問題中，「戀童者」或「傾向以兒童性慾對象之人」都扮演著重要的角色。然而文獻也顯示了兒童性濫用或兒童性剝削的成因均相當複雜而多元，戀童者或傾向以兒童性慾對象之人的存在並非唯一的原因，這一點也請各位讀者務必謹記在心。最後，關於兒童色情規制的保護法益，學說上固然有「個人法益說」及「社會法益說」兩種不同見解，但多數國內文獻並不強調法益概念，而是直接訴諸「兒童人權保護」。



第三章 虛擬兒童色情可罰性與我國法規制現況之探討

第一節 虛擬兒童色情概念之再類型化

如前所述，虛擬兒童色情係指製造過程不涉及實際兒童性濫用的兒童色情作品。因此，所謂貌似兒童色情或電腦合成兒童色情其實也都可以被包含在廣義的虛擬兒童色情概念中。而本文認為，為了進一步釐清虛擬兒童色情可能涉及的法益侵害與刑事責任問題，應該有必要從不同的角度將虛擬兒童色情更細緻地類型化，以利後續的分析與討論。

第一項 依作品形式區分

理論上，虛擬兒童色情的作品形式並無限制，不過實際上仍然以某些特定形式較為普遍。按照 1998 年國際刑警組織於法國里昂所召開之網路兒童色情專家會議的看法，兒童色情可以大致分為「文字」、「視覺」、「語音」等三種類型¹。這種分類方式可以說是依照色情作品的形式（亦即傳播媒介²）而區分，同樣可以適用在虛擬兒童色情的場合。

文字（written）的虛擬兒童色情通常是小說（novel）。視覺（visual）的虛擬兒童色情則非常多樣化，同時也是佔最大宗的作品形式，舉凡照片、影片、圖畫乃至電玩遊戲均屬之。至於語音（audio）的虛擬兒童色情則相對少見，雖然聯合國於 1995 年所提出的關於買賣兒童、兒童賣春及兒童色情特別報告書（Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the sale of children, child prostitution and child pornography）中指出，當時電話或其他語音設備已被廣泛地利

¹ 高玉泉（1998），論網際網路上兒童色情資訊之法律管制—兼評我國兒童及少年性交易防制條例之相關規定，政大法學評論，60 期，頁 183。

² 「文字」（text）相對於「閱讀」（read），「視覺」（visual）相對於「觀看」（see），而「語音」（audio）則相對於「聆聽」（listen）。

用於傳播涉及兒童的色情訊息³，不過以我國的情況來說，無論是真實或虛擬的語音兒童色情都似屬少見。此外，隨著電腦科技被大量應用於電玩遊戲，各式各樣兼具聲光影音效果的電玩遊戲隨處可見，如果電玩遊戲的內容包含了兒童裸體或性行為的描繪，則可以說是混合媒介式的虛擬兒童色情⁴，不過在一般人的觀點中，電玩遊戲仍然以視覺效果為其主要特徵，所以這類作品有被歸類為視覺作品的傾向。

第二項 依視覺上的逼真程度區分

所謂逼真，指的是圖像的呈現近似於肉眼所見，栩栩如生、幾可亂真的意思。圖像的「逼真性」與「再現性」應予區別。再現性指的是系爭影像指涉了或再現了一定的事實；如果該影像是以現場旁觀者的角度觀察，並將其觀察所得的影像於其他媒材上呈現，即可謂具有事實的再現性；亦即，「再現」的反面就是「虛構」(fiction)。所謂(廣義)虛擬兒童色情的「虛擬」，其實就是指「欠缺事實再現性」而言。貌似或電腦合成兒童色情雖然傳達了「有兒童遭受性濫用」的印象，但這個印象與事實不符，所以欠缺事實再現性。不過，再現性與逼真性這兩個概念之間，並不存在上下位的關係；畫面的逼真與否，與事實的再現與否，並沒有必然的關聯。儘管如此，我們往往會習慣用逼真性來推測其再現性，看到幾可亂真的圖像就以為該圖像所指涉的是現實中發生的事件。但是，當電腦繪圖及影像處理技術已經超越了人的肉眼辨識能力時，逼真性與再現性之間的經驗上連結也就隨

³ UN, Reports to the General Assembly, A/50/456, p.6. 網址：
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/285/34/PDF/N9528534.pdf> (最後瀏覽日期：2011/4/28)

⁴ 例如在日本的 ACG 市場 (Animations Comics Games；亦即卡通動畫、漫畫及電玩遊戲) 中常見的「美少女戀愛冒險遊戲」(Gal-game)，其中有些是專門針對成人市場的「成人向」作品，內容可能含有(被遊戲劇情設定為)未滿 18 歲的虛擬人物的裸體或性行為描繪。這類電玩遊戲早期僅有文字對白及人物、場景畫面，但隨著電腦科技的發達，消費者擁有的電腦設備效能也越來越好，於是，有「聲優」(配音員)為遊戲角色對白配音的「全語音」作品，乃至由多段卡通動畫交織而成、根據玩家的選擇而呈現不同劇情發展的「全動畫」作品陸續登場。如此一來，這類電玩遊戲就可以說是文字、視覺、語音三合一的虛擬作品。

另外，歐美國家著名的網路遊戲「第二人生」(Second Life)，近年來也引發了一些涉及虛擬兒童色情的疑慮，後續發展頗值注意。

之被削弱了⁵。換句話說，虛構的未必不逼真，逼真的未必是真實。

雖然「真實」與「逼真」之間已經出現斷裂，不過我們仍然很難擺脫用逼真性來推測再現性的習慣。論者指出，這種「外表等於實質」的「相似原則」，是人類自遠古時代以來形成的一種心理機制，而足以挑戰此一原則的攝影技術發明至今也還不到兩百年，自然難以動搖這種在百萬年的進化過程逐漸累積而成的鐵律⁶。而相似原則可以導出的另一個心理機制是：如果兩件事物相像，則對於其中之一所做的事（譬如污染它），也會影響另一個⁷。於是，當我們看到一張透過電腦繪圖技術製作，宛如照片般逼真的兒童色情圖片時，縱使我們已經知道實際上並沒有任何兒童因為這張圖片的製作而遭受性濫用，但我們還是可能產生不安或不快的感覺，彷彿照片中的「兒童」是存在於現實中的悲慘受害者；而當我們知道有戀童者藉由這樣的圖片獲取性的刺激或滿足時，我們可能會如同得知現實中有兒童受害一般地感到憤慨。如後所述，「逼真的虛擬兒童色情」與「非逼真的虛擬兒童色情」在法律評價上往往有所不同，這種差別對待在一定程度上可以透過相似原則來加以解釋。

第三項 依牽涉真實兒童的程度區分

雖然虛擬兒童色情並不涉及實際的兒童性濫用行為，但仍然有可能「牽涉」到真實存在的特定兒童。最明顯的例子當然就是將兒童頭像與他人身體加以合成的電腦合成兒童色情，在這種情形中，由於系爭照片所描繪的兒童係真實存在之人，倘若合成效果相當逼真，便足以使人產生確有其事的錯誤認知，從而系爭照片的流通、散布不僅可能傷害該兒童的名譽，甚至也可能造成該兒童得知此事後遭受心理創傷，有害其人格之健全成長。因此，如果虛擬兒童色情牽涉到真實存

⁵ 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，頁49-50。

⁶ Dan Garner 著，李靜怡、黃慧慧譯（2009），販賣恐懼：脫軌的風險判斷，頁46-47。

⁷ Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯（2007），逃避人性，頁157。

在的兒童，在其規制必要性的思考上，也就不得不將上述問題一起納入考量。

從而，有學者區分「部分虛擬兒童色情」與「完全虛擬兒童色情」兩種類型，前者係以真實兒童頭像加以合成，但後者則否；而依據系爭作品中的「兒童」身分是否可得辨識、特定，上述兩者各自又可以再區分為「具特定性」與「不具特定性」兩種子類型⁸。舉例而言，如果電腦合成作品中的真實兒童臉孔經過畫面處理而難以特定其身分，則屬「不具特定性的部分虛擬兒童色情」，此時由於觀看者無法將畫面中人物連結至真實存在之人，故對於當事者名譽的影響微乎其微；但即便是完全以電腦繪圖技術繪製的逼真作品，倘若製作者係以真實存在之兒童為「觀念上」的模特兒，而加以臨摹其容貌五官，使觀看者能夠辨識出該兒童之身分，則屬「具特定性的完全虛擬兒童色情」，這種作品對於該兒童的名譽或心理健康均有造成傷害的可能⁹。

第四項 小結

由上可知，本節所進行的類型化工作絕非無意義的排列組合，因為隨著作品類型的不同，其可罰性的高低或有無也可能有所變化。以下本文在檢討虛擬兒童色情的可罰性時，將會使用本節類型化之後產生的各種下位概念，以利辨析。

⁸ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67卷，4号，138頁以下。

⁹ 然而不可否認的，這種問題也往往是在「知名童星被惡意合成色情照片」の場合才比較容易受到重視。畢竟，如果只是平凡的一般人，色情作品的觀看者也很難「特定」出照片中兒童的身分，從而所謂「名譽受損」一事是否成立，也不無疑問。

第二節 虛擬兒童色情規制的正反議論

第一項 贊成規制的理由

第一款 個人法益的觀點

首先，雖然有學者指出，在個人法益說的觀點下，虛擬兒童色情的製造過程中並無實際兒童遭受性濫用，因此並不具備可罰性¹⁰；然而反對見解則認為，在合成頭像或臨摹真人的場合中，如果系爭作品具有高度逼真性，兒童的身分亦可得特定，則未必不能將被合成頭像或被臨摹五官的兒童理解為「被害人」，因為這種作品的流通散布不僅會損害當事者兒童的名譽，更有可能造成其心理上的創傷，有害於兒童的健全成長¹¹。其次，在影像處理科技非常發達的今日，具有高度逼真性的電腦合成或虛擬兒童色情，已經與真實兒童色情難以分辨，如果不將之納入規制範圍，可能導致被告提出系爭作品僅為電腦合成或虛擬兒童色情之抗辯，使法院產生合理的懷疑而無法形成有罪判決之確信心證，僅能判決被告無罪。其結果是，縱使系爭作品果真為現實兒童受虐的紀錄，執法單位也莫可奈何，如此一來勢將導致真實兒童色情的規制淪為空談¹²。

所以，虛擬兒童色情不僅未必沒有被害兒童存在，更可能妨礙真實兒童色情規制的落實，故同樣有加以禁止之必要。

¹⁰ 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，頁51。

¹¹ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法學，67卷，4号，148-149頁；以及高玉泉（2002），論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由—從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278期，頁58。

¹² 高玉泉（2002），論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由—從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278期，頁60。

第二款 社會法益的觀點

首先，虛擬兒童色情的製造過程雖然並未發生實際的兒童性剝削或性濫用，但仍有可能刺激戀童者的性慾衝動，並使他們正當化、合理化自己的戀童傾向；亦有可能被戀童者用於引誘兒童從事性行為。所以虛擬兒童色情雖然並未產生現實的被害兒童，但有可能產生未來的被害兒童，故仍有加以禁止之必要。其次，虛擬兒童色情同樣可能導致兒童或青少年產生錯誤的性觀念，進而導致人格發生偏差，妨礙其健全成長。尤其現代的兒童或青少年經常接觸卡通、漫畫乃至電玩等虛擬創作物，如果對虛擬兒童色情不加以規制，不啻將兒童或青少年暴露於導致人格偏差的危險中。況且，兒童色情表彰了「將兒童作為性慾對象」的思想，這一點無論在真實或虛擬兒童色情上，都沒有任何差異。如前所述，兒童色情本質上就是對於兒童的性剝削、性濫用，如果社會容許這類對「虛擬兒童」加以性剝削、性濫用的作品存在，也就意味著社會容許「將兒童當作性慾對象而加以消費是可以的」這種想法¹³。

因此，為了保障「全體兒童健全成長的權利」，維持一個「不以兒童為性慾對象的社會環境」，虛擬兒童色情與真實兒童色情都應該加以禁絕。

第二項 反對規制的理由

第一款 對於贊成規制理由的批評

由上可知，贊成規制虛擬兒童色情的理由可以歸納為下列四點：第一，逼真的虛擬兒童色情與真實兒童色情難以分辨，造成後者證明上的困難；第二，虛擬

¹³ 後藤弘子（2010），兒童ポルノ規制をどう考えるか，法学セミナー，671号，41頁。

兒童色情所傳達出來的思想會對兒童及青少年的身心產生不良影響；第三，虛擬兒童色情會助長兒童性剝削、性濫用犯罪；第四，合成照片會傷害當事者的名譽及心理健康。然而，以上四點理由也各自都有值得檢討之處¹⁴。

針對第一點，首先，所謂「逼真」或「難以分辨」仍然是曖昧不明確的概念，如果「系爭作品是否為真實兒童色情」一事有證明上的困難，那麼「系爭作品是否逼真、難以分辨」就沒有證明上的困難嗎¹⁵？其次，依照罪疑唯輕原則，如果難以證明系爭作品是真實兒童色情，本來就應該判決無罪，倘若為了解決「難以證明」的問題，就把「難以證明」本身也入罪化，可能會有違反罪疑唯輕原則的弊病。更何況，所謂難以分辨的問題，也僅存在於所謂逼真的虛擬兒童色情上，然而對於漫畫、卡通等欠缺逼真性的虛擬兒童色情，要求入罪化的聲音也從來沒有停歇過，但第一點理由顯然無法充分說明這種主張的基礎何在。最後，退萬步言，如果要解決「難以分辨」的問題，其實透過舉證責任轉換的設計也可以達成，並不需要直接加以入罪化¹⁶。

針對第二點，首先可以質疑的是，如果兒童色情會傳達出錯誤的思想，妨礙兒童及青少年的人格健全成長，那麼應該是任何表現形式的作品都有這種問題，何以多數國家立法例¹⁷的規制範圍都僅限於「視覺描繪」，而不及於文字、語音等形式的作品？縱使所謂語音兒童色情有證明困難的問題，然而對於視覺兒童色情的規制都可以為了解決證明困難而將難以分辨的情形也入罪化，那麼語音兒童色

¹⁴ 以下主要參考謝煜偉（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，頁52-53。

¹⁵ 換句話說，這種作法就是用規範性、價值性的構成要件要素，取代原本屬於事實性、描述性的構成要件要素，從而將本來應該以客觀證據加以證明的問題，偷偷地置換成法官的規範性價值判斷問題，其目的如下所述，無非就是為了規避罪疑唯輕原則的問題。

¹⁶ 這是部分美國學者的見解，參照永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（一）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法學，67卷，3號，148頁以及154頁，註71。

¹⁷ 詳請參閱第四章的介紹。雖然可能引發「順序顛倒」的質疑，但筆者在這裡想要呈現的是正反意見交鋒的爭點，所以不得不先將既有文獻上的看法併陳，若造成讀者的錯亂，還請包涵。

情又有何不可？因此，一方面說虛擬兒童色情也有害兒童及青少年的身心健康，另一方面卻又將文字、語音等形式的作品排除於規制範圍之外，根本就是說理前後矛盾。其次，縱使承認兒童及青少年長期接觸暴力色情資訊對其人格形成有一定的負面影響，但這並不意味著以兒童青少年為主角的色情作品就當然屬於上述那種有害人格發展的色情資訊¹⁸。此外，從手段的選擇來看，如同其他保護兒童青少年的制度一般，採取適當的分級措施，或許比打壓、禁絕的作法來得更為妥當。但第二點理由並未充分說明何以非採取刑事規制不可。

此外，所謂「兒童色情本質上就是對兒童為性剝削、性濫用」及「維持一個不以兒童為性慾對象的社會環境」這類看法，也有諸多可議之處。尤其是在完全虛擬兒童色情的場合，不僅製造過程並無現實的兒童遭受性剝削、性濫用，甚至也沒有被合成頭像或被臨摹五官的「被害人」，如果還硬要說系爭作品是對兒童為性剝削、性濫用的話，也只能算是一種「觀念上、思想上的兒童性剝削」，換句話說，把兒童當成性慾對象的想法，就是兒童性剝削、性濫用。但如此一來，處罰虛擬兒童色情就等於是在處罰人的思想，這種作法恐怕有侵犯人性尊嚴之虞。而且所謂不以兒童為性慾對象的社會環境，如果不是為了避免兒童被害，其意義也就只剩下對於人民的「思想改造」了，然而如後所述，目前並無可靠的證據可以支持虛擬兒童色情與兒童被害之間的因果關係，所以這種說法仍然會有干預人民內心思想、侵犯人性尊嚴的問題。

相對來說可能比較合理的是第三點理由，亦即將處罰的正當性基礎建立在導致後續犯罪的危險性上。然而美國聯邦最高法院在 2002 年的 *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 判決中即明白指出，虛擬兒童色情的存在與兒童性濫用的發生之

¹⁸ 例如描繪十七歲高中生情侶兩情相悅發生性行為，露骨地呈現他們如何做愛，採取何種體位，發出如何的呻吟聲，生理上有如何的反應等情境的色情漫畫，試問兒童青少年觀看此種作品後，會受到什麼樣的身心傷害？如果有人擔心兒童青少年產生「十七歲也可以從事性行為」這種「錯誤觀念」，那麼我們該進一步懷疑的就是：憑什麼十七歲不可以從事性行為？而這就是本篇論文後續所要討論的核心問題：兒童青少年不能有「性」，這種觀念是怎麼來的？

間欠缺直接的因果關係，並未達到明顯而立即危險的程度¹⁹；日本學者亦指出，目前並無科學證據可以支持虛擬兒童色情會助長兒童性濫用犯罪的說法²⁰。如此一來，虛擬兒童色情的規制就只能建立在相當薄弱的正當性基礎上了。雖然有日本學者提醒，目前也同樣沒有科學證據可以終局地否定兒童色情與兒童性濫用之間的因果關係²¹，然而相對地，將虛擬兒童色情納入規制範圍後，將會造成多麼嚴重的「言論萎縮」及「寒蟬效應」，也同樣是難以估計的²²。

最後，關於合成照片可能對當事者兒童造成名譽損害及心理創傷的問題，似乎比較少看到反對規制論者提出有力的回應²³。於此值得思考的是，名譽本來就是

¹⁹ 針對美國聯邦最高法院的見解，學者高玉泉批評：「根據聯合國教科文組織的分析，戀童症者在網路上散布兒童色情的文字或圖像足以誤導兒童及公眾而產生與任何年齡的兒童發生性行為並無不妥的錯誤價值判斷。其結果為更多人陷入『偏差行為』而危害社會。換言之，虛擬兒童色情的製造及散布，其潛在受害者尚包括社會大眾（包括兒童）。此種危害，既然是如此明顯立即而重大，其是否仍應受言論自由保障，值得懷疑。」參照高玉泉（2002）論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由—從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278期，頁58。

高玉泉教授所稱「聯合國教科文組織之分析」，係指1999年聯合國教科文組織（UNESCO）於巴黎舉行的“Expert Meeting on Sexual Abuse on Children, Child pornography and paedophilia on the internet: an international challenge”專家會議所發表之“Protect Children on line: Final report, declaration and action plan”報告。

然而，高玉泉教授所引用的乃是該文的序言（preface）部分，並非經過嚴謹研究之後發表的學術報告結論，更何況，該文論及兒童色情對兒童的不良影響時，僅使用了“could”這樣的中性詞彙，並未表達有足夠證據可以證明兩者間因果關係的意思。所以，虛擬兒童色情是否果真如高玉泉教授所言，有引發戀童者犯罪的「明顯立即而重大」危險，該文並未提供可靠的答案。茲附上該文的摘錄及出處，以供讀者參考查證：“...Repeated and relentless exposure to paedophile writings, essays and images **could** mislead children and the general public into thinking that there is nothing wrong with free sex for children of any age, that there is nothing illegal or harmful with the sexual abuse of children or in displaying such acts through pornography or paedophile websites on the Internet.” From: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001194/119432eo.pdf>（粗體及底線為筆者所加）

²⁰ 安部哲夫（2010），なぜ児童ポルノは規制されるのか？，法学セミナー，671号，39頁；後藤弘子（2010），児童ポルノ規制をどう考えるか，法学セミナー，671号，42頁。

²¹ 後藤弘子（2010），児童ポルノ規制をどう考えるか，法学セミナー，671号，42頁。

²² 舉例而言，有一部日本成人漫畫叫做《奧さま・デ・ナイト！》（中譯：夜妻），女主角是一位已婚成年女性，但身材非常嬌小，經常被誤認為小孩子。尤其在日本漫畫常見的大眼睛、小嘴巴人物風格下，如果不是先知道女主角的年齡設定，對於不明究裡的人來說，這部作品恐怕怎麼看都像描繪成年男性與未成年少女從事性行為的「虛擬兒童色情」。但其實這部漫畫的劇情相當溫馨甜蜜，女主角常常因為自己身材像小孩子而自卑，害怕丈夫會和其他更有魅力的女性發生外遇，但她的丈夫總是不厭其煩地鼓勵她，用實際行動讓她放心，於是夫妻倆始終非常恩愛。

縱使我們知道，一部作品不能只看片段，而應該要看整體，但倘若有人將上述漫畫中的性愛場景單獨加以複印或掃描下來然後提供給他人觀看，被檢察查獲後再經由媒體報導登上了社會新聞版面，其結果是，社會大眾開始議論紛紛，擔心其中的性愛場景可能被單獨抽取出來，淪為戀童者滿足性慾或引誘兒童的工具，那麼，就算漫畫家自己並未面臨牢獄之災，社會大眾「關愛的眼神」也足以讓漫畫家從此不敢再碰這種故事題材吧。

²³ 例如日本學者園田壽僅指出，合成照片固然可能造成名譽損害，但要將日本法所規制的「兒童

刑法所保護的法益之一，倘若有兒童因合成照片而蒙受名譽損害，是否適用妨害名譽的規定處理即可？按刑法第 310 條規定：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金（第一項）。散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金（第二項）。對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限（第三項）。」而電腦合成兒童色情所傳達的其實就是一個虛偽的事實，因為照片或影片中登場的兒童事實上從未裸體或暴露性器官供人拍攝，更不曾與他人從事性行為，但逼真的合成照片或影片卻可能讓人誤以為真有此事。而且，儘管我們知道，遭受性濫用的兒童應該是「受害者」，應該得到保護和支持，而非輕蔑或歧視，但從社會現實來看，裸照或性行為的照片被公開者，很難說沒有蒙受名譽的損害²⁴。不過，所謂名譽指的是一種社會評價，而且是依附於特定個人而存在的，所以如果沒有讓多數人知悉，或是指摘的對象無從特定，就很難認定「名譽」有遭受損害。刑法第 310 條之所以設有「意圖散布於眾」的要件，以及司法實務見解之所以要求指摘的對象須可得特定²⁵，原因便在於此。所以，如果合成照片具有逼真性及特定性，造成當事者兒童的名譽損害，那麼適用誹謗罪處理即可，似無另設處罰規定的必要。

退步言之，縱使我們從兒童虐待的概念出發，認為「把兒童的照片用於色情的用途」一事本身，就是一種對於兒童在「性」方面的不當對待，進而認為無論合成照片是否具有身分特定性，也無論行為人是否意圖散布於眾，舉凡製造、流

色情」（兒童ポルノ）擴張及於合成照片，在解釋論上是行不通的。參照園田寿（1999），《解說》兒童買春・兒童ポルノ処罰法，31 頁。又例如國內學者謝煜偉雖然反對規制虛擬兒童色情，但其並未針對「合成照片造成名譽損害及心理創傷」這點加以回應，詳請參照謝煜偉（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，頁 52-53。

²⁴ 相同見解參照柯耀程（2008），情人看招（糟）！，月旦法學教室，66 期，頁 19；以及臺灣臺北地方法院 99 年度易字第 2481 號刑事判決。不同見解參照黃榮堅（1999），郎心狼心，月旦法學雜誌，46 期，頁 12-13。黃榮堅教授認為，「…基本上，只有當一個人被定位成傷害他人的人，其人格才足以被貶損。被拍裸照，主體人格並不會因此被貶損…」。

²⁵ 司法院院解字第 3806 號解釋：「來電所述既非對於特定人或可推知之人所發之言論自不構成刑法第三百零九條及第三百一十條之罪。」

通、持有者均應處罰，這樣的看法恐怕也是很有問題的。一方面，相較於真實兒童色情的製造過程中需要拍攝兒童裸體、性器官或性行為，對於兒童造成的身心傷害不可謂不大，如果要將電腦合成兒童色情的製造、流通或持有理解為一種「性濫用」，其侵害性應該也是微小得多，甚至不在《兒童及少年福利法》的行政處罰範圍內²⁶，若要施以刑事處罰，恐有輕重失衡的疑慮。另一方面，在侵害性很微小的情況下，對於合成照片的規制可能淪為處罰人的內心思想，亦即處罰行為人「不愛護兒童，竟把兒童的照片用於色情用途」的心態，縱然是為了給予兒童特別的保護，是否值得使用這種有嚴重侵犯人性尊嚴之虞的手段，仍值疑慮。

第二款 規制執行困難所導致的刑罰正當性疑慮

從實際執行的層面來說，虛擬兒童色情的規制更可能有諸多窒礙難行之處。雖然用「執行上有困難」來否定刑事規制的必要性，似有本末倒置之嫌，但是我們不可否認，實際上的執行困難也很可能導致刑法規範淪為擺著好看、徒具象徵意義的空中樓閣，反而有損國民對於刑法秩序的信賴。而且，從刑法的「法益保護機能」出發，縱使我們能夠肯認刑法以外的社會控制手段對於法益保護有所不足，刑法的介入並不違反「補充性原則」，但倘若發現犯罪的可能性極小，以致刑罰成為偶然的產物，或是會被執法機關的選擇性處理所左右時，仍然不應認同刑法的發動²⁷。也就是說，在這種情勢下，刑法的介入所能達成的法益保護效用，與偶然性、選擇性執法對於公平正義的傷害兩相權衡，恐怕是弊大於利，有違反憲法的（狹義）比例原則之虞²⁸。如此一來，看似僅為後續執行的問題，卻可能回過頭來動搖刑事立法的妥當性。因此，在討論虛擬兒童色情的刑事規制必要性時，

²⁶ 兒童及少年福利法第 30 條第 11 款規定：「任何人對於兒童及少年不得有下列行為：...十一、利用兒童及少年拍攝或錄製暴力、猥褻、色情或其他有害兒童及少年身心發展之出版品、圖畫、錄影帶、錄音帶、影片、光碟、磁片、電子訊號、遊戲軟體、網際網路或其他物品。」顯然並不包括「濫用兒童照片」的情況在內。

²⁷ 內藤謙（1991），刑法講義總論（上），56 頁。

²⁸ 這裡的看法參考黃佳彥（2009），論刑法第一百九十條之一保護法益—從刑法機能角度觀察，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，頁 16。

我們也不得不考慮，虛擬兒童色情的實體認定或偵查追訴是否有著先天上的困難或障礙，以致有淪為偶然性、選擇性執法的危險。

一、認定上的困難

首先是色情作品中「兒童」的認定問題。姑且不論可能抵觸罪疑唯輕原則的弊病，就所謂欠缺逼真性的虛擬兒童色情而言，由於卡通、漫畫僅使用簡單的線條勾勒人物的五官，導致「成人」與「兒童」的相貌差異實際上並不明顯，縱使我們並非不能從故事劇情中推測出登場人物的年齡，但倘若真的乏其他線索可供判斷²⁹，理論上僅能遵循罪疑唯輕原則判決無罪，這種結論恐怕也是贊成規制論者難以接受的。況且，在「兒童」的年齡門檻高達18歲的情況下，縱使是逼真的電腦繪圖作品，也可能會因為成人與「兒童」本來就不容易分辨，而發生同樣的情形³⁰，於是，所謂「真實兒童色情與虛擬兒童色情難以分辨」的問題，並沒有辦法透過將虛擬兒童色情納入規制而解決，因為「虛擬兒童」本身就難以分辨。第二，虛擬創作可以天馬行空，例如在卡通、漫畫的世界中，相貌身材有如兒童的成人、服用藥物返老還童的成人、甚至是能在成人與兒童間自由變化或根本沒有年齡可言的神靈、鬼怪、半人半獸、人造人之類的虛構人物，可以說多不勝數。那麼，描繪這類虛構角色從事性行為的作品，（如果他們的相貌或身材看起來像兒童的話）是否傳達出了「將兒童當作性慾對象」、「對兒童為性剝削、性濫用」的思想呢？從作品整體的意義上來說並沒有³¹。但是，贊成規制虛擬兒童色情的論者顯然不可能放過這些「看起來分明就是兒童」的虛構人物，因為他們會擔憂，這類作品同樣可能刺激戀童者的性慾或使戀童者合理化自己的行為。然而，倘若又要以此為由，將「難以分辨系爭虛構人物是否為兒童」的情形納入規制，或是將舉證

²⁹ 例如被告所持有的圖片僅為某色情漫畫的性愛場景片段，但出處難以考據。

³⁰ 事實上，真實世界中的「成人」與「兒童」，在相貌或身材上是否有明顯差異，本身就是個大問題。試問，縱使是在真實世界中，18歲的少女與17歲的少女，果實在相貌或身材上有明顯到足資辨別的差異嗎？

³¹ 採此看法者，例如謝焯偉（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，頁40。

責任倒置，要求被告必須自行證明「系爭虛構人物其實已經成年或並無年齡問題」始能免責，恐怕不僅對於罪刑法定原則、構成要件明確性原則及罪疑唯輕原則的戕害已經到了無以復加的地步，更是對於思想及創作自由的嚴重箝制³²。

二、偵查與追訴上的困難

其次，兒童色情的偵查與追訴本來就存在著許多障礙，而尤其在電腦科技及網際網路發達後更是如此。文獻指出，網路犯罪不易偵查及發覺之原因包括：1. 網際網路具有無遠弗屆、廣泛散布之特質，犯罪行為人多以匿名且不斷更換帳號之方式在網路上從事犯罪行為，且網際網路之來源網址可造假，造成追蹤不易；2. 網路資料常是數字代號，且網路犯罪所遺留下來的產物或證據亦僅為電磁記錄，其證明力如何，均備受考驗；3. 網路犯罪不但所能取得之證據有限，證據資料更極易銷毀，即使人在外地，只要透過網路連線操作電腦主機，執行檔案刪除或磁碟格式化指令，即可瞬間將所有存於電腦內之犯罪資料銷毀而不留痕跡；4. 實務偵查人員普遍在電腦、網路上專業知識不足，而具有網路專業之偵查人員又不敷所需，對於日新月異的網路犯罪類型及急遽增加的網路犯罪案件，其偵查能力亟待突破；5. 真實世界的立法機制往往是為了解決虛擬世界過去已發生的問題，但網路虛擬世界中犯罪手法不斷翻新，持續創造新型態的犯罪模式，衝擊真實世界的法秩序，所以立法速度的緩不濟急也成為規制網路犯罪之阻礙³³。而本文認為，除了網際網路的影響之外，虛擬兒童色情本身的特性也會增加部分偵查或追訴的障礙。

首先針對源頭的製造行為來說，由於真實兒童色情涉及實際的兒童性濫用、性剝削行為，故雖然受害兒童可能因為遭受威脅或不願張揚而放棄揭發加害者的犯行，但至少保留了由受害兒童出面揭發犯罪的可能性；然而虛擬兒童色情的製

³² 難道漫畫家在畫的時候，還得謹慎小心地避免讓別人看不出自己筆下的人物是幾歲嗎？

³³ 關於網路兒童色情的特性，可參閱陳韻如（2010），網路兒童色情資訊之刑事規制，東吳大學法律學系碩士在職專班科技法律組碩士論文，頁 7-26；刑事訴訟法領域的討論可參閱法思齊（2010），網路兒童色情案件之搜索與扣押，軍法專刊，56 卷，4 期。本文在這裡側重的是虛擬兒童色情本身特性所造成的偵查或追訴困難。

作過程並不需要對兒童為實際的性濫用、性剝削，無論是電腦合成、電腦繪圖或是手工繪圖、寫作，均可由個人私下獨力完成，除非製造者主動將作品加以公開或因其他犯罪嫌疑遭受搜索而間接查獲，否則並不易發覺。此外，由於網際網路具有「無國界」的特性，流通在網際網路上的虛擬兒童色情可能來自世界任何一個角落的製造行為，所以想要「按圖索驥」追查源頭的製造者其實相當不容易。

其次針對中間的流通行為，包括運輸、散布、交付、販賣、出租或公開展示等，也會依系爭作品為「有體物」或「無體物」而各有其規制上的困難點。如果系爭作品為書籍、畫冊、光碟等有體物，固然可針對書店、遊戲軟體店、漫畫小說或影視出租店等公開、實體的流通管道加以查緝，但私人之間的流通行為或網路購物、郵購等流通管道就比較不易被發覺。而如果系爭作品為電腦檔案等「無體物」，其流通行為大多透過網際網路為之，例如透過電子郵件或即時通訊軟體（例如 MSN）等方式進行「一對一」的傳送，或透過於網路討論區張貼圖片、將檔案上傳至網路空間供人下載等方式進行「一對多」的散布，甚至是透過所謂 P2P（peer-to-peer）軟體進行「多對多」的交叉共享。上述各種流通方式中，「張貼圖片」和「提供下載」比較容易透過網路搜尋引擎發覺³⁴，但由於網際網路的「匿名性」及「無國界性」，無論是張貼者或上傳者位於外國，或是網站架設於外國，都會造成追訴上的困難；況且針對有設置資訊安全防護措施的網站或封閉式討論區，一般的關鍵字搜尋也難以奏效。至於如果想要在數據傳輸的過程中直接攔截虛擬兒童色情，勢必要與 ISP 業者合作，透過自動的關鍵字偵測或圖像比對等技術，才能夠在一連串無意義的電子訊號中分析出哪一筆才是虛擬兒童色情，然而這種作法一方面會有侵犯人民隱私權的疑慮³⁵，另一方面由於圖像比對技術尚非完

³⁴ 其實，虛擬兒童色情之所以還能夠在網際網路上輕易地被搜尋到，也是因為部分國家（尤其是日本）尚未將虛擬兒童色情入罪化的緣故。

³⁵ 即使歐美國家在 911 恐怖攻擊發生後也不得不開始監控網路上的資訊流通，但其目的是為了防範恐怖攻擊，至於因此而抓到虛擬兒童色情，也只是「順便」而已，並非其原始目的。

美，光是想要攔截色情圖片，都很容易發生誤判的情況³⁶，更不用說要在色情圖片中篩選出虛擬兒童色情，所以仍然有一定的困難存在。

最後針對末端的持有行為，如同製造行為一般，無論系爭虛擬兒童色情是有體物或無體物，只要持有者尚未對外流出，他人就不易得知其持有的事實。尤其電腦檔案等無體物因為存在於硬碟、光碟等儲存媒介中，更無法由外觀得知其是否為虛擬兒童色情。

由上可知，除了兒童色情本來就具有的偵查及追訴困難度之外，虛擬兒童色情本身的特性也會再增加一部分的困難度。而克服這些障礙的方法大致上有下列幾種：

1. 誘捕偵查：例如架設假的兒童色情網站吸引他人張貼圖片或上傳影片，或是假意徵求兒童色情，誘使他人從事相關行為後再伺機蒐證並加以逮捕。不過這種作法不免引發是否違反正當法律程序的質疑³⁷。
2. 鼓勵檢舉：這種作法一方面是為了補司法單位人力或物力之不足，另一方面則是為了解決個人的「製造」、「持有」行為難以發覺的問題³⁸。不過本文認為，這種作法的效果恐怕也是有限的，因為，首先縱使由民間團體自發性動員人力上網瀏覽、搜尋色情網站中的虛擬兒童色情，也仍然無法解決網站或圖像來源位於國外的問題；其次，能夠得知他人製造或持有虛擬兒童色情者，往往是同好者或共同生活之人，要期待這些人主動揭發持有者的行為，恐非易事。

³⁶ 廖有祿、莊懿強（2005），中文色情網站之實證研究，資訊科技與社會學報，5卷，2期，頁112。

³⁷ 高玉泉（1998），論網際網路上兒童色情資訊之法律管制—兼評我國兒童及少年性交易防制條例之相關規定，政大法學評論，60期，頁185。

³⁸ 類似看法參照立法院公報，96卷，31期，頁44，黃偉哲委員的發言。

第三節 我國法關於虛擬兒童色情規制的現況

第一項 兒童及少年性交易防制條例？

我國《兒童及少年性交易防制條例》第 27 條規定：「拍攝、製造未滿 18 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（第一項）。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（第二項）。引誘、媒介或以他法，使未滿 18 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（第三項）。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 18 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（第四項）。前四項之未遂犯罰之（第五項）。第一項至第四項之物品，不問屬於犯人與否，沒收之（第六項）。」同法第 28 條規定：「散布、播送或販賣前條拍攝、製造之圖片、影片、影帶、光碟、電磁紀錄或其他物品，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（第一項）。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（第二項）。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（第三項）。前三項之物品，不問屬於犯人與否，沒收之（第四項）。」

這兩條規定就是我國法上關於兒童色情的規制依據。

第一款 立法沿革

我國於 1985 年起，經報章雜誌披露原住民少女被父母販賣從娼的事件之後，未成年少女從娼的問題漸為社會所重視。而在輿論、學界及民間公益團體的疾呼下，雛妓在法律及社會上的角色定位也有了顯著的轉變，且對於雛妓的研究相較以往也有更廣泛而深入的探討，雛妓不再被視為偏差或犯罪者，而是性剝削、性濫用下的受害者。在 1993 年至 1994 年間，由不同立法委員所起草的「雛妓防治法草案」、「雛妓防治條例草案」及「雛妓防治條例部分條文修正草案」先後被提出，均併案交由立法院內政及邊政、司法兩委員會聯席審查，歷經八次聯席會議後，於 1995 年 6 月 26 日完成一讀。草案進入二讀後又經朝野協商。協商版本認為「雛妓」一詞容易對少女造成二度傷害，不宜作為法案名稱，建議更名為「兒童及少年性交易防制條例」。同年 7 月 13 日，協商版本草案經院會二、三讀通過；8 月 1 日，《兒童及少年性交易防制條例》（以下簡稱兒少條例）正式公布施行³⁹。

根據原「雛妓防治法草案」的總說明，該草案所要保護救援的對象，並不限於從事營利之性交或猥褻行為者，尚包括從事公然猥褻（如脫衣舞）及被利用製造營利性之猥褻圖畫、錄影帶或其他物品者（如色情影片、圖畫）⁴⁰。此一方針並落實於完成立法的《兒少條例》第 27 條及第 28 條中。其後，上開條文歷經數度修正，所處罰的行為態樣也逐漸擴張。1999 年，配合刑法妨害風化罪章之修正及妨害性自主罪章之增訂，將第 27 條所稱「姦淫」修正為「性交」，其餘維持不變⁴¹；2005 年，參照刑法第 235 條散布猥褻物品罪之規定，於第 28 條增訂「意圖散布、

³⁹ 以上整理自鄭昆山、王唯鳳（2005），評兒童及少年性交易防制條例第二十九條，軍法專刊，51 卷，7 期，頁 3；以及立法院公報，84 卷，46 期，頁 145。

⁴⁰ 立法院公報，84 卷，46 期，頁 165。

⁴¹ 立法院公報，88 卷，13 期，頁 232。

播送、販賣而持有」等行為之處罰規定⁴²；2006年，配合刑法廢除常業犯之修正，將第27條之常業犯規定刪除，並調整項次⁴³；2007年，參考國際公約及外國立法例，於第28條中增訂了「無正當理由而持有」行為之處罰規定⁴⁴。此後即未有修正，施行至今。

第二款 規制的客體範圍

《兒少條例》第27條所規制的客體為「未滿18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」，同法第28條所規制的客體為「前條拍攝、製造之（未滿18歲之人為性交或猥褻行為）圖片、影片、影帶、光碟、電磁紀錄或其他物品」，兩者在文字上雖有細微差異，惟其所指涉的概念應屬一致⁴⁵。

由於《兒少條例》本身並未針對「性交」、「猥褻」等概念加以定義，故理論上應援用刑法典關於性交、猥褻之定義。所謂「性交」，依刑法第10條第5項規定，係指「非基於正當目的所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」；至於「猥褻」，刑法本身並未加以定義，故應參照判例或司法解釋，然而由於刑法在不同罪章、罪名中都使用相同的「猥褻」一詞，導致司法實務在不同脈絡下所為的解釋也有所差異。例如在刑法第224條強制猥褻罪的脈絡下，最高法院認為「所謂猥褻，係指姦淫以外有關風化之一切色慾行為而言，苟其行為在客觀上尚不能遽認為基於色慾之一種動作，即不得

⁴² 立法院公報，94卷，7期，頁438。

⁴³ 立法院公報，95卷，25期，頁143。

⁴⁴ 立法院公報，96卷，54期，頁112。

⁴⁵ 在2007年修法前，兩條的規制客體之文字描述完全相同，但2007年修法僅單獨修正第28條，造成文字上有所不一致。

謂係猥褻行為⁴⁶」、「刑法上之猥褻云者，係指其行為在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己之性慾而言⁴⁷」；而在刑法第 235 條散布猥褻物品罪的脈絡下，司法院大法官釋字第 407、617 號解釋認為「猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限」、「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。又有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。至於個別案件是否已達猥褻程度，法官於審判時應就具體案情，適用法律，不受行政機關函釋之拘束，乃屬當然。」從法條文字來看，似乎應該採取猥褻行為脈絡下的猥褻概念；實務上雖有少數判決採取猥褻行為脈絡下的猥褻概念⁴⁸，不過多數判決則是傾向猥褻物品脈絡下的猥褻概念⁴⁹。

⁴⁶ 最高法院 27 年上字第 558 號判例。

⁴⁷ 最高法院 81 年台上字第 1975 號判決。

⁴⁸ 例如台灣台東地方法院 99 年度訴字第 67 號判決：「被告向 A 女詐稱欲與其玩「蓋眼睛、猜東西」之遊戲，雖未及將其性器放入 A 女口腔時，然已同時拍攝該過程之照片 2 張（警卷電子檔照片編號第 60 至 61 號），**其照片內容雖不符合性交之定義，然係被告為興奮或滿足其性慾所拍攝，核其所為係犯以詐術，使未滿 18 歲之人被拍攝猥褻行為之照片罪...**」（粗體及底線為本文所加）

其實該判決的論述並不是很清晰。一種可能的解讀是：所謂照片的內容並不僅止於「被告正要將性器放入 A 女口腔」，更包括「被告正要將性器放入 A 女口腔，且過程被拍了下來」的意義，而被告對 A 女所做的「這件事」會讓被告興奮或滿足其性慾，故「這件事」本身是一個猥褻行為，而記錄了「這件事」的照片就是《兒少條例》第 27 條所稱「未滿 18 歲之人被拍攝猥褻行為之照片」。然而這種看法馬上就會遭遇問題：倘若拍照者與從事猥褻行為者並非同一人，甚至照片中只有未滿 18 歲之人而無其他人，那麼所謂「刺激或滿足性慾」又是指誰的性慾？

⁴⁹ 例如台灣桃園地方法院 93 年度桃簡字第 1693 號判決：「查本件扣案之編號 A 1 至 A 6 7、B 1 至 B 3 6、C 1 所示光碟片一百零四片係含有成年、未滿 18 歲男女相互撫摸性器官、男女互為性交、裸露女性生殖器等具體描述性行為過程之猥褻內容，**均足以使人觀後產生羞惡之感甚明**，均屬描述性交或猥褻行為之色情光碟。...核被告拷貝製造未滿 18 歲男女為性交及猥褻行為之影音光碟之所為，係犯兒童及少年性交易防制條例第 27 條第二項意圖營利而製造未滿 18 歲之人為性交或猥褻行為之光碟罪...」

以及台灣台中地方法院 99 年度訴字第 2808 號判決：「**兒童及少年性交易防制條例第 27 條、第 28 條所謂之猥褻行為物品，應係指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且足以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者屬之**。查被告所拍攝如犯罪事實一（五）所示之其環抱被害人乙男，且 2 人均裸露生殖器，或被害人甲男、乙男均各自裸露生殖器之影像檔案，雖未針對其等生殖器部位予以特別拍攝或放大，然依其等全裸、肌膚接觸、彼此相對應位置及該等影像檔案**全部內容綜合以觀，客觀上已顯足以刺激或滿足一般人性慾，且其內容亦無藝術性、醫學性及教育性價值，而侵害性的道德感情，**

學者指出，由於《兒少條例》第 27 條係以「未滿 18 歲之人」為保護對象，則解釋上必以真有其人為限，故電腦合成或虛擬兒童色情均不受規制；至於，若客觀上無法證明被拍攝的對象未滿 18 歲，亦不在規制範圍內（至於能否成立未遂犯係另一問題）；然學者亦指出，這類欠缺實際被害人的兒童色情並非無法可罰，蓋在釋字 617 號之見解下，這類兒童色情仍有論以刑法 235 條散布猥褻物品罪之空間⁵⁰。而實務上雖然曾有檢察官對於涉嫌在網路上散布兒童色情漫畫的行為人以違反《兒少條例》起訴，但法院最後判決認為《兒少條例》所規範之「未滿 18 歲之人」以自然人為限，不包括內容純屬虛構之漫畫人物，惟系爭色情漫畫符合猥褻物品要件，應以散布猥褻物品罪論處⁵¹。另一方面，實務上鮮少有涉及電腦合成或貌似兒童色情的案例。有學者認為這可能是因為法院尚未意識到兒童色情有所謂電腦合成的問題，或是因為我國的被告（包括其辯護人）從未提出系爭作品僅為電腦合成的抗辯⁵²。此外實務上亦不乏因無從查證系爭照片或影片中之人是否為未滿 18 歲之人，而被法院或檢察官認定系爭物品不該當《兒少條例》之要件，僅能以猥褻物品論處之案例⁵³。這或許就是貌似兒童色情並未成為實務問題的理由。

並有礙社會風化，是該影像檔案自係屬猥褻行為之物品。」

此外，台灣高等法院 91 年度少連上訴字第 139 號判決更是直接將《兒少條例》第 27 條和刑法 235 條「包裹」在一起處理：「按刑法所稱猥褻者，固包含具有姦淫性質者在內，但並不僅此為限；而稱猥褻物品者，乃只一切在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，有礙於社會風化之物而言。故應從物品之整體特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念，判斷其是否旨在刺激或滿足性慾，而足以使人發生羞恥嫌惡之感，此有司法院大法官釋字第四百零七號解釋意旨可資參照。本件自前揭被告住處扣案之個人電腦所列印之圖片資料中，有專為刺激或滿足性慾為主旨之男女交媾、口交及暴露性器官等猥褻畫面（列印附卷，其中並有成年人與未滿 18 歲之男女為上述行為），足以使人生羞惡之感，是其應屬猥褻物品無疑。核被告販賣上開色情光碟之行為，係犯兒童及少年性交易防制條例第 28 條第一項之散布並販賣未滿 18 歲之人為性交或猥褻行為之圖畫、光碟、電子訊號等物品之罪、刑法第二百三十五條第一項販賣猥褻物品罪...」（粗體及底線為本文所加）

⁵⁰ 高玉泉（2002），論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由——從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278 期，頁 60；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，頁 48。

⁵¹ 例如台灣台北地方法院 97 年度簡字第 1857 號判決、98 年度簡字第 4959 號判決。

⁵² 高玉泉（2003），網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討（1999-2002）——一個由兒童人權出發的觀點，中正法學集刊，11 期，頁 44。

⁵³ 例如台灣台北地方法院 95 年度易字第 1412 號判決以及台灣高等法院上易字第 413 號判決；台灣板橋地方檢察署 97 年度偵字第 27900 號聲請簡易判決處刑書。

第三款 規制的行為態樣

第 27 條所處罰的行為態樣是「拍攝、製造」；「意圖營利而拍攝、製造」；「引誘、媒介或以他法，使未滿 18 歲之人被拍攝、製造」；及「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 18 歲之人被拍攝、製造」等行為。至於第 28 條所處罰的行為態樣則是「散布、播送、販賣、公然陳列或以他法供人觀覽、聽聞」；「意圖散布、播送或販賣而持有」；及「無正當理由而持有」等行為。

由上可知，《兒少條例》將「拍攝、製造」與「使未成年人被拍攝、製造」兩種情形脫勾處理。所以在實務上，偷拍未成年情侶性交過程的行為，儘管與一般人所想像的「兒童性剝削」不同，卻仍會被認定為「拍攝」⁵⁴；又針對意圖販賣牟利而向他人購買光碟、錄影帶後自行拷貝的情形，法院也很直觀地將「拷貝」與「製造」劃上等號⁵⁵，似未意識到如此一來可能導致單純基於個人使用目的之複製行為也受處罰的問題。況且本文認為「拍攝」與「製造」的區分似無必要，因為所謂拍攝，無非是指照片或影片的拍攝而言，但不論是傳統或數位照相機、攝影機，完成拍攝動作後必然會產生一定的成品，例如未顯像的底片、膠卷，或是內含電子訊號（電磁記錄）的 VCD、DVD、硬碟、記憶卡等物品，換句話說，拍攝的概念可以被包含於製造的概念中，缺乏獨立的意義⁵⁶。

針對散布、播送、販賣、公然陳列或以他法供人觀覽、聽聞及持有等要素，《兒少條例》未設定義規定，故僅能援用刑法 235 條公然猥褻罪之解釋⁵⁷。刑法 235 條

⁵⁴ 例如台灣台北地方法院 98 年度訴字第 1810 號判決。

⁵⁵ 例如最高法院 95 年度台上字第 635 號判決、台灣台北地方法院 90 年度易字第 1336 號判決、台灣桃園地方法院 93 年度桃簡字第 1693 號判決。

⁵⁶ 縱使認為「拍攝」未必產生成品（例如忘記裝底片的情形），但在沒有產生成品、紀錄的情形，自然也不符兒童色情規制的目的，而應回歸妨害性自主犯罪加以處理。

⁵⁷ 以下整理自林山田（2004），刑法各罪論（下），增訂 4 版，頁 499-500；以及最高法院 84 年度

之「散布」，係指擴散傳布於眾，包括一次擴散傳布於不特定人或特定多數人，及一次傳布於一人但反覆多次為之，使之擴散於眾等情形；「播送」係指將文字、圖畫、聲音或影像等透過器械設備，使其原文、原音或原像重現；「販賣」係指有償的轉讓，包括出售或互易，通常均係反覆多次為之；又早期有實務見解認為販賣應兼指販入及賣出而言，行為人須於販入後又賣出，否則即不構成販賣⁵⁸，惟晚近實務變更見解，認為不以販入後又賣出為必要，如以營利為目的而購入或賣出，其犯罪即告完成⁵⁹；「公然陳列」係指將猥褻物品置於不特定人或特定多數人得以共見共聞的狀態；「以他法供人觀覽、聽聞」則指以散布、播送、販賣、公然陳列

台上字第 6294 號判例。

⁵⁸ 司法院（72）廳刑一字第 1066 號。

⁵⁹ 司法院（83）廳刑一字第 07568 號。

發文字號：司法院（83）廳刑一字第 07568 號

發文日期：民國 83 年 04 月 21 日

座談機關：

資料來源：刑事法律問題研究 第 10 輯 199-203 頁

相關法條：中華民國刑法 第 235、237、239 條（83.01.28 版）

法律問題：刑法第二百三十五條第一項之販賣猥褻物品罪，其所稱販賣，是否兼指販入賣出而言？

討論意見：甲說：應兼指販入及賣出，因該條並無處罰未遂犯之規定，且刑法對於意圖販賣而持有猥褻物品，已於該條第二項另有處罰規定，自不能以最高法院六十六年第一次刑庭會議所作決議而認只要有販入或賣出行為之一，即成立該條項之販賣罪（臺灣高雄地方法院七十二年秋季法律座談會採此見解）。

乙說：肅清煙毒條例所指之販賣，前經最高法院二十五年非字第一二三號判例及司法院院解字第 407 七號解釋認不以販入復行賣出為構成要件，最高法院六十六年第一次刑庭決議亦參照此判例、解釋，而認藥物藥商管理法第七十三條第一項（即現藥事法第八十三條第一項）之販賣不以販入之後復行賣出為構成要件，該院七十九年第二次刑事庭會議更認「司法院院解字第 407 七號解釋及本院二十五年非字第一二三號判例就販賣一詞所為之釋示，於法律明文規定處罰販賣者，有其適用。」，則刑法第二百三十五條第一項之販賣亦應作相同解釋。該條第二項另有意圖販賣而持有之處罰規定，然肅清煙毒條例第七條第一項亦有相同規定，此於非以營利意圖買入嗣始起意出售而持有或以「販入」以外之原因而取得者均有適用，故不能以刑法第二百三十五條第二項有「意圖販賣而持有」之處罰規定，即認同條第一項之販賣應兼指販入及賣出。

審查意見：所謂「販賣」並不以販入之後復行賣出為構成要件，如以營利為目的，將猥褻物品購入或將賣出，有一於此，其犯罪即告完成，此為最高法院近年來統一之見解，採乙說。

研討結果：照審查意見通過。

司法院刑事廳研究意見：

同意研討結果，本院七十二年十二月五日（七十二）廳刑一字第 1066 號函就同一問題所持見解應予變更。

以外之方法，使不特定人或特定多數人得以觀賞、瀏覽或聽聞猥褻文字、圖畫、聲音、影像或其他物品。而針對現實中常見的行為人架設所謂 FTP 伺服器，放置兒童色情影片供不特定人下載之情形，實務上認定為「散布」而非「公然陳列」⁶⁰。

最後，關於 2007 年修法時增訂的「無正當理由而持有」行為態樣，根據立法理由的說明，其處罰之理由在於：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；惟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；而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。

第四款 實際上的追訴及處罰狀況

根據我國法務部的統計資料⁶¹，從 2002 年到 2010 年，因違反兒少條例第 27 條而被起訴的被告累計為 90 人，被判決有罪確定者為 73 人；至於因違反同法第 28 條而被起訴的被告累計為 136 人，被判決有罪確定者為 95 人，兩者的有罪判決

⁶⁰ 例如台灣高等法院 92 年度少連上易字第 27 號判決。類似見解參照司法院 98 年度智慧財產法律座談會提案及研討結果刑事訴訟類第 15 號：

法律問題：(一) 某甲擅自在網路上建立超連結，供不特定多數人得以點選下載未經授權重製之院線片電影壓縮檔，則某甲提供該超連結之行爲是否構成著作權法第 91 條之 1 第 2 項所規定之「公開陳列」？

甲說：否定說。

所謂的「公開陳列」，依傳統實務見解皆係指行爲人將實物陳列於一般公眾得以自由出入及隨時知悉的場所下，而建立超連結提供公眾下載，僅係一種透過網路上的虛擬空間來提供一般公眾得以下載電子檔案的管道，與一般傳統認爲之實物陳列有所不同，故本案例，甲建立超連結以提供不特定人得以下載電子檔案之行爲，不構成「公開陳列」。

研討結果：多數採甲說。

⁶¹ 法務部統計處，地方法院檢察署辦理兒童及少年性交易防制條例案件統計，網址：<http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/%20monthly/t5-30.pdf>（最後瀏覽日期：2011/5/23）

確定人數合計為 168 人。在這 9 年間，因違反兒少條例而被判決有罪確定的全體被告累計有 7758 人，也就是說，因違反第 27、28 條而被判決有罪確定的人數僅佔了其中約 2% 而已；相較於每年均在 10 萬人以上的全體有罪判決確定人數，更是微乎其微⁶²。

2002 年時曾有學者為文指出「民間團體近年來接獲上萬件網路上兒童色情的檢舉案件」，並主張「臺灣地區兒童色情光碟及錄影帶之所以氾濫，多少與我國執法機關未能有效監控及偵查網路上兒童色情資訊有關」；該文也認為，警方追查網路上兒童色情成效不彰的原因可能在於「技術能力不足」及「警力資源之不當利用」，而後者指的是警方多將時間與精力投注於違反兒少條例第 29 條，亦即所謂「網路援交」案件的偵辦中⁶³。確實，以 2002 年為例，因違反第 29 條而被起訴的人數就有 1344 人，而被判決有罪確定的人數也有 1116 人，但因違反第 27、28 條而被起訴的人數合計僅有 25 人，被判決有罪的也只有 14 人，兩者相比顯然懸殊。然而本文認為，所謂兒童色情「氾濫」之說，仍有可疑之處，一方面，民間團體所接獲之大量檢舉案件，其中是否有所重複、網站是否為我國人民所架設、圖片是否為我國人民我所張貼，均有待進一步釐清；另一方面，固然警方過去曾大量地以「釣魚」的誘捕偵查（甚至是陷害教唆）手段偵辦網路援交案件，但要說警方必然是因貪圖「釣魚」辦案的方便而對網路上「大量」的兒童色情視而不見，恐怕也言之過早。

第二項 刑法第 235 條

我國刑法第 235 條規定：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像

⁶² 法務部統計處，地方法院檢察署執行裁判確定情形，網址：

<http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/%20monthly/m12.pdf> (最後瀏覽日期:2011/5/23)

⁶³ 高玉泉(2002)，網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討(1999-2002)——一個由兒童人權出發的觀點，中正法學集刊，11 期，頁 46-47。

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、拘役或科或併科三萬元以下罰金（第一項）。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（第二項）。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（第三項）。」此即一般所謂散布猥褻物品罪。

在我國刑法典中，散布猥褻物品罪屬於妨害風化罪章，傳統學說見解均認為本罪的保護法益是社會之善良風俗或合理之性秩序與性道德，因為這類行為將使猥褻物品流傳於公眾，「足以助長淫風」、「導致對於性生活之誤認，破壞性道德」⁶⁴。雖然後來的學說已提出許多不同看法，例如有認為本罪的保護法益應該是青少年的身心發展，所以應該本罪應該限縮解釋，僅能適用在具體情況中可能對青少年造成傷害者⁶⁵；亦有認為本罪之目的在於防止「性客體價值觀的創造與學習」，所以只有當系爭資訊「散播人可以成為性客體的價值觀」時，才應該受到禁止⁶⁶。然而依照釋字第 617 號解釋的看法，所謂「社會風化」指的就是「社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式」，所以本罪之立法目的就在於「維持男女生活中之性道德感情與社會風化」、「維護社會多數共通之性價值秩序」，「以刑罰宣示憲法維護平等和諧之性價值秩序，以實現憲法維持社會秩序之目的」。由此可見，儘管釋字第 617 號解釋的多數意見並未使用「淫」之類的負面字眼，卻仍然是採取了接近傳統學說見解的立場，但多數意見並未具體說明我國「社會多數共通之性價值

⁶⁴ 黃榮堅（2006），棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，臺灣本土法學雜誌，89 期，頁 55。

⁶⁵ 黃榮堅（2006），棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，臺灣本土法學雜誌，89 期，頁 56。

⁶⁶ 許玉秀（2003），妨害性自主之強制、趁機與利用權勢——何謂性自主？，臺灣本土法學雜誌，42 期，頁 29。

許玉秀教授指出，從性自主權的觀點出發，只有「宣揚不把人類視為性主體」、「散播人可以成為性客體的價值觀」的資訊，才是不可以傳播且應該被消滅的資訊。所以刑法第 235 條所要保護的「善良風俗」，指的應該就是由「人是性主體、有性自主」這個價值觀所建構的性秩序。在這個意義上，刑法第 235 條可以被理解為「防止性客體價值觀學習與創造的抽象危險犯」。值得注意的是，許玉秀教授後來擔任大法官時，在針對釋字第 617 號解釋所提出的不同意見書中，則主張「散布有害性資訊或性言論，如果沒有廣為傳布，就沒有危險可言；倘若廣為傳布，有流通管道，就有管制方法，以行政手段管制，能防範於未然。如以刑罰手段制裁，總在犯罪事實發生之後，緩不濟急。雖然刑罰規定也有事前教育的一般預防效果，但是比起行政手段的立即介入干預，防範效果究竟相差太多」，因而認為並無必要採取刑罰手段。

秩序」的內容為何，因而遭受少數大法官不同意見書的猛烈批評⁶⁷。

本罪所規制的客體是猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，簡稱「猥褻物品」。而參照釋字第 407、617 號解釋，這裡所謂「猥褻」的概念包含以下四項要素：第一，客觀上足以刺激或滿足性慾；第二、其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結；第三、引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情；第四、有礙於社會風化。本罪僅規制具有公開流通性質的行為（包括意圖公開流通而製造、持有），單純製造、私下流通及單純持有等行為並不在處罰之列。此外，釋字第 617 號解釋則更進一步地針對不同性質的猥褻物品創設了不同的規制密度⁶⁸，首先，如果系爭物品含有暴力、性虐待、人獸性交等內容，亦即學說上所謂的「硬蕊」(hard core) 猥褻資訊，則完全禁止公開流通；其次，如果系爭物品並不包含前述的硬蕊猥褻資訊，但欠缺藝術性、教育性或醫學性價值，則必須附加適當之安全隔絕措施（例如附加封套、警告標示或限於依法令特定之場所等），始能合法地公開流通；最後，如果系爭物品雖然該當猥褻定義，但具有藝術性、教育性或醫學性價值者，無論是否包含硬蕊資訊，均可合法地公開流通，並不違反本罪。

前已提及，文獻上通常都會強調兒童色情與猥褻物品不同，前者涉及的是兒童性濫用或兒童性剝削的問題，後者則僅屬妨害風化的問題。然而，在兒少條例第 27、28 條與刑法第 235 條同時存在的現況下，兩者的適用範圍無可避免地會發

⁶⁷ 詳請參閱司法院大法官釋字第 617 號解釋中林子儀及許玉秀兩位大法官的不同意見書。

⁶⁸ 司法院大法官釋字第 617 號解釋文（節錄）：「刑法第二百三十五條第一項規定所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行爲，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或物品爲傳布，或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而傳布，使一般人得以見聞之行爲；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、物品之行爲，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、持有之行爲，或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，意圖不採取適當安全隔絕措施之傳布，使一般人得以見聞而製造或持有該等猥褻資訊、物品之情形...」（底線爲筆者所加）

生重疊。儘管釋字第 617 號解釋已經明白指出，兒少條例第 27、28 條是刑法第 235 條的特別法⁶⁹，所以當系爭兒童色情同時該當兩者的構成要件時，似乎可以透過法條競合（法律單數）的理論加以解決⁷⁰，但這畢竟僅限於真實兒童色情的情形，因為按照多數學說與實務的看法，兒少條例第 27、28 條的規制範圍並不包括虛擬作品在內。所以就現況而言，我國法上關於虛擬兒童色情的刑事規制，便僅有刑法第 235 條散布猥褻物品罪而已。

不過本文認為，從贊成規制虛擬兒童色情的立場來說，刑法第 235 條的打擊範圍顯然是有所不足的，尤其從個人法益保護的角度來看更是如此。因為，虛擬兒童色情的問題在於可能刺激、助長兒童性濫用或性剝削，規制虛擬作品的理由應該是在於保護兒童，而非維護所謂善良風俗，用刑法第 235 條來規制虛擬兒童色情，恐怕是混淆了問題的焦點。其次，虛擬兒童色情必須具備「客觀上足以刺激或滿足性慾」的要素，始能該當本罪規制的客體，然而戀童者的性傾向與一般人不同，大多數人對於幼兒的裸體描繪可能並不會產生性慾⁷¹，但這樣的虛擬作品仍然可能刺激戀童者的性慾而引發兒童性濫用的問題，如果貫徹「客觀」解釋，則許多虛擬作品將被排除在本罪的規制範圍外，造成更多漏洞⁷²。再者，從避免刺

⁶⁹ 司法院大法官釋字第 617 號解釋理由書（節錄）：「...又兒童及少年性交易防制條例第 27 條及第 28 條之規定，為刑法第二百三十五條之特別法，其適用不受本解釋之影響，均併予指明。」

⁷⁰ 嚴格來說，兒少條例第 27、28 條能否算是刑法第 235 條的「特別法」，其實還有待釐清。誠如學者謝煜偉所指出的：「...如果規制目的不同，散布『兒童色情物品』與散布『猥褻物品』罪之間並不會存有普通法與特別法之關係。況且，同法（按：指兒少條例）第 27 條乃處理拍攝與製造時點的行為，根本與刑法散布猥褻物品罪之態樣相異，何以能論以後者之特別法？」參照謝煜偉

（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，頁 47-48。而事實上，在司法院尚未作出釋字第 617 號解釋之前，有實務見解認為應該論以「想像競合犯」，學者亦有相同見解者。參照陳秀峯（2001），談網路兒童色情之處置—以日本處理網路兒童色情為例，月旦法學雜誌，69 期，頁 154。

⁷¹ 這個問題也出現在日本法的議論中。雖然日本的《兒童買春・兒童色情禁止法》所規制的客體僅限於真實兒童色情（詳如後述），但由於該法對於兒童色情的定義仍與「猥褻」概念有所掛勾，所以同樣也面臨這種解釋適用上的麻煩。

⁷² 縱使要求法官考量戀童者的性傾向而加以判斷，恐怕也是不可能的任務。一方面，把「客觀上足以刺激或滿足性慾」解釋為「客觀上足以刺激或滿足一般人或戀童者的性慾」，恐怕已經逾越了文義解釋的極限，有破壞法律基本原則的問題；另一方面，除非法官自己就是戀童者，否則法官怎麼可能知道戀童者看到什麼樣的東西會產生性慾呢？如果給予法官這種判斷的權限，無非是讓法官可以恣意地基於自己的想像來斷定他人內心的意識狀態，這很難說不是對於人性尊嚴的極大侮辱（當然，問題癥結不在戀童與否，而是在於把「刺激性慾」設計成構成要件要素一事的本身）。

激犯罪之目的出發，單純製造、私下流通乃至單純持有等行為也應該納入規制，但刑法第 235 條顯然無法達成這點⁷³。

此外，依照釋字第 617 號解釋創設的「層級化規制密度」，不含硬蕊資訊但欠缺藝術、教育或醫學價值的虛擬兒童色情，只要加上適當安全隔絕措施，仍然可以合法地公開流通，如此一來，描繪成人與兒童「你情我願」發生性行為，不含暴力、性虐待或等情節，而僅具色情、娛樂價值的虛擬作品，似乎只要加上封套即可合法散布、販賣，恐怕造成極大的漏洞。雖然後來有學者主張，從釋字第 617 號解釋所定義的硬蕊資訊「推而論之」，「內容有兒童青少年性行為相關的影音畫面的性資訊」也應該視為硬蕊資訊⁷⁴；實務上亦有法院判決呈現出將虛擬兒童色情一律視為猥褻資訊的傾向⁷⁵，不過這種作法是否過度擴張了釋字第 617 號解釋的本意，仍不無疑問⁷⁶。

⁷³ 例如學者高玉泉就主張：無論散布或取得、持有電腦合成兒童色情者，「其心皆可誅」。參照高玉泉（2002），論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由—從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278 期，頁 57。

⁷⁴ 例如學者林志潔主張：「...目前依據釋字第 617 號解釋，軟蕊資訊（也就是無暴力血腥性虐待的資訊——推而論之，也不應該涉及內容有兒童青少年性行為相關的影音畫面的性資訊）被定義為非刑法第 235 條的猥褻物，因此若經過適度分級，是允許散布的，傾向以管控的方式為之。」參照林志潔（2007），誰的標準？如何判斷？——刑法第二三五條散布猥褻物品罪及相關判決評釋，月旦法學雜誌，145 期，頁 86。

不過筆者懷疑，從該文的論述脈絡來看，該文作者所處理到的「兒童色情」，很有可能是真實作品而非虛擬作品，因為該文在回應許玉秀大法官不同意見書的「禁止物化他人觀點」時指出「...猥褻資訊中若有兒童進行性行為，為了保護兒童，即便兒童同意該資訊仍需禁止，這因為兒童身心未成熟，故法律將兒童視為無同意能力的原因，因此這樣的禁止不會被認為侵犯了兒童的性自主權，反而被解釋為一種保障性自主權的方式。」（頁 89）。按兒童色情中的「兒童」若非真人，自無所謂「同意」與否的問題，而禁止虛擬兒童色情也不可能有「侵犯兒童的性自主權」的疑慮（侵犯漫畫人物的性自主權？）。所以筆者合理地推測，該文作者在討論此一問題時，其內心所想像的「兒童色情」，其實是專指真實作品而非虛擬作品。如此一來，該文是否能夠作為支持「虛擬兒童色情＝硬蕊」的例證，恐怕是有疑慮的。

⁷⁵ 例如臺灣臺北地方法院 97 年度簡字第 1857 號判決，以及臺灣臺北地方法院 97 年度簡上字第 233 號判決（亦即前者的上訴審判決）。

⁷⁶ 其實這裡就涉及到我們對於「性虐待」一詞的理解。本文在介紹「兒童性濫用」概念的時候已有提到，Sexual Abuse of Child 一詞也被翻譯為「兒童性虐待」。而且，根據 Black's Law Dictionary (9th ed. 2009) 的解釋，Sexual Abuse 的意涵是「1.非法或錯誤的性行為，尤其是成人對於未成人所為者（1. An illegal or wrongful sex act, esp. one performed against a minor by an adult.）2.強暴（rape）」。

所以，倘若釋字第 617 號解釋所使用的「性虐待」一詞，其實就是來自於 Sexual Abuse 的概念，那麼就極有可能包括兒童性濫用的情形在內。

然而，正如本文在第二章第一節所指出的，我國文獻上對於釋字第 617 號所稱「性虐待」一詞的理解，其實是傾向所謂 sadistic abuse，亦即俗稱「SM 性虐待」的情形。況且，無論是從在釋字

第三項 學者提出的兒少條例修正建議

早在 1998 年，就有學者主張我國兒少條例第 27、28 條的規定「與英美二國法律比較結果，仍嫌簡陋，故有修正之必要」，乃提出如下之修正建議⁷⁷：第一，規制客體應擴張為「未滿 18 歲之人為姦淫⁷⁸、猥褻或其他不雅行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品」；第二，應增訂處罰電腦合成兒童色情之規定，例如「以電腦技術合成製造圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，亦同」；第三，應增訂關於持有行為之處罰規定。其後，文獻上除了有贊成規制電腦合成作品及持有行為的看法⁷⁹之外，更有進一步主張「我們不能想像有任何戀童癖、性變態者存在，成為收藏者，而隨時可能量變、質變成為另一個加害兒童的壞蛋」、「畢竟我們並沒有冒險的理由，也不能夠有任何苟且偷安的僥倖心態。防堵兒童性剝削情事的發生，應作到滴水不漏」，故應修法將全部的虛擬作品都納入規制，客體範圍更應及於不雅圖像，且製造、散布及持有等行為均應加以處罰的見解⁸⁰。

當然，除了 2007 年的修法增加了關於持有行為之處罰之外，上述關於虛擬作品入罪化的修法建議，至今為止都沒有獲得採納。但值得注意的是，在兒少條例第 27、28 條的規制範圍已經囊括了製造、持有及公開流通行為的前提下，倘若立法院採納了上述最激進的修法建議，很簡單地把規制客體的性質擴張到一切虛擬

第 617 號解釋本身或其不同意見書中，均無法看出大法官們有將「兒童色情」理解為「內容包含性虐待的硬蕊猥褻資訊」的傾向。況且，如果虛擬作品的內容僅係描繪兒童裸體、暴露性器官或自慰，或者是描繪兒童之間的性行為，而並未出現成人對於兒童為任何性行為，恐怕就難以符合「內容涉及性虐待（性濫用）」的要素，但這類作品顯然會被認為是兒童色情。所以要從釋字第 617 號解釋導引出「虛擬兒童色情＝硬蕊」的結論，不僅過於跳躍，更是根本上就有困難。

⁷⁷ 高玉泉（1998），論網際網路上兒童色情資訊之法律管制—兼評我國兒童及少年性交易防制條例之相關規定，政大法學評論，60 期，頁 199。

⁷⁸ 當時刑法妨害風化罪章尚未修正，故兒少條例仍使用「姦淫」而非「性交」的用語。

⁷⁹ 例如翁毓秀（2002），兒童色情問題初探，兒童福利期刊，2 期，頁 189。

⁸⁰ 例如蔡為旭（2007），兒童性剝削之問題探討，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 107-108。（按：該文所稱「兒童性剝削」即包括兒童色情在內，參照該文頁 15。）

作品，並把資訊內容的範圍擴張到「不雅」，就會導致「單純製造、持有虛擬的兒童不雅圖像」也被入罪化。如此一來，任何人徒手繪製一張圖片，其畫面呈現出未滿 18 歲之人為「不雅」行為者，就會該當「製造兒童色情」而遭受刑事處罰。可想而知，光是虛擬作品中的「兒童」及「不雅」應如何認定一事，就可以引發很大的爭議⁸¹；更不用說，根本的問題是，對於這類行為的處罰是否已經嚴重逸脫了刑法的謙抑性及最後手段性等原則，變成是在處罰人的思想？

雖然截至目前為止，立法院對於兒少條例的修正動向仍然集中在第 29 條散布性交易訊息的問題上，對於第 27、28 條甚少著墨，然而這一兩年來，隨著幾起性侵兒童案件被媒體大幅報導，進而引發所謂「白玫瑰運動」，我國社會對於兒童性侵害問題的關注程度似有升高的趨勢，戀童癖或「蘿莉控」⁸²等詞彙也開始出現在媒體報導中，一旦再度發生兒童性侵害案件，而檢警又在被告的住處搜出符合虛擬兒童色情概念的漫畫、動畫乃至電玩等物品時，社會大眾是否會開始接受「兒童色情會刺激戀童者犯罪」的論述，進而形成民意壓力，迫使立法院修改兒少條例，將虛擬兒童色情納入規制範圍？並非不可想像。

第四項 小結

1999 年誕生的《兒少條例》第 27 條及第 28 條是我國法上直接針對兒童色情的規範，雖然歷經數次修法後，其所規制的行為態樣已經囊括了絕大多數的製造及流通行為⁸³，然而規制的客體範圍僅限於真實兒童色情，且須以作品內容描繪性交或猥褻行為為限。因此，《兒少條例》的規制範圍並不包括電腦合成、虛擬或貌

⁸¹ 如果我畫一張圖是長著翅膀、拿著弓箭、全身赤裸的「愛神邱比特」，是不是也在製造兒童色情？

⁸² 「蘿莉控」這個名詞源自「Lolita Complex」的日文縮寫「ロリコン」(Lolicon)，本來指的是一種如小說《Lolita》所描述的那樣，對於未成年少女抱持性傾向的情結，雖然在日本動漫文化中，蘿莉控則偏向專指熱愛「蘿莉型動漫人物」的人，並不意味著這些人對於真實的小女孩會產生性慾，不過在媒體報導中，「蘿莉控」往往被和「戀童者」劃上等號。

⁸³ 可以說只剩下對於特定人的「交付」行為或自特定人處「收受」的行為沒有處罰到而已。

似兒童色情，甚至也不包括所謂「非猥褻但不雅」的情形。對此，有學者批評現行規定違反「國際共識」，背離保護兒童的宗旨，實應修法增加電腦合成、虛擬兒童色情以及所謂不雅兒童色情之處罰規定⁸⁴。不過，這些不受《兒少條例》規制的兒童色情若符合猥褻物品之要件，仍受我國刑法 235 條之規制，但其處罰之行為態樣相較於《兒少條例》就小得多，單純製造或持有之行為並不在規制範圍內。

第四節 本章小結

綜上所述，我們可以觀察到的是，關於虛擬兒童色情的可罰性基礎問題，大致上有四種論述方向。第一種是將可罰性基礎建立在對於真實兒童色情規制的妨礙上，第二種是建立在對於兒童人格健全成長的妨礙上，第三種則是建立在對於社會風氣的不良影響上（這種論述主要針對成人而非兒童），至於第四種則是建立在對於兒童性濫用、性剝削犯罪的刺激或助長作用上。第一種看法會遭遇的是違反罪疑唯輕原則的問題；第二種看法則會面臨違反比例原則或刑法最後手段性的批評；第三種看法不免有以刑法強制道德之嫌，因而有向第四種看法靠攏的傾向；不過第四種看法也同樣要面對欠缺危險性的實證基礎等質疑。此外，虛擬兒童色情無論在實體認定或偵查追訴的程序上都可能遭遇許多困難，這不僅是肇因於其本身的特性，更是由於網際網路發達使然，即便採取誘捕偵查或獎勵檢舉等措施，也難以完全克服這些障礙。然而儘管如此，來自學界或民間要求將虛擬兒童色情入罪化的呼籲卻從未停歇，而在贊成規制者的口中，規制虛擬兒童色情儼然是「世界潮流」、「國際共識」，更唯恐我國「落人之後」。因此，本文將在下一章中考察有關兒童色情的國際公約、區域協定及外國立法例，並嘗試進行外國法與我國法的比較分析。這項工作除了可以釐清所謂「國際共識」的面貌，對照我國法制是否果真有所不足之外，更能夠為本文第五章所要進行的批判工作鋪設紮實的基礎。

⁸⁴ 例如高玉泉（2003），網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討（1999-2002）——一個由兒童人權出發的觀點，中正法學集刊，11期，頁40-41；高玉泉（2002），論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由——從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278期，頁60。

第四章 對於規制兒童色情之「國際共識」的考察

第一節 國際公約及區域協定

第一項 聯合國兒童權利公約

聯合國《兒童權利公約》(Convention on the Rights of the Child)於1989年公佈，1990年生效，截至2009年為止已有193個國家正式批准；而在聯合國的192個會員國中，亦僅有美國和索馬利亞(Somalia)尚未批准。該公約第34條規定¹：

締約國有義務保護兒童免於任何形式的性剝削或性濫用。為此，締約國尤應採取一切適當的內國、雙邊及多邊措施，以防止下列行為：

- (a) 引誘或強迫兒童從事任何非法的性行為
- (b) 剝削並利用兒童從事賣淫或其他非法的性工作
- (c) 剝削並利用兒童從事色情表演或作為色情物品的題材

由上可知，該公約已明白表達了「不得將兒童用於色情物品之題材」的規範意旨。而該公約下的《關於買賣兒童、兒童賣春及兒童色情之選擇議定書》(Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography，以下簡稱兒童色情議定書)則更進一步地規定了兒童色情物品的定義，以及規制兒童色情物品的具體內容。該議定書於2000年生效，截至2010年10月為止已有141個締約國簽署並批准，另有26個締約國已簽署但尚未批准。

¹ 原文為：

States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

- (a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;
- (b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;
- (c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

一、兒童色情之定義

依《兒童色情議定書》第2條第(c)款規定，所謂兒童色情（Child Pornography）係指「對於兒童從事真實或模擬之露骨的性活動，以任何方式所為的一切表現；或主要為了性的目的，而對於兒童的私密部位所為的一切表現²」。需要注意的是，這裡所稱的「模擬（simulated）」係指色情作品中的兒童實際上並未真的從事性行為，相反地，只是偽裝、演戲的情形。所以，這裡所稱的「模擬」並非指成人扮演兒童的貌似兒童色情，更與虛擬兒童色情無關。

表面上，《兒童色情議定書》關於兒童色情的定義並未包括虛擬兒童色情在內³。然而，由於本定義包括了「以任何方式所為的一切表現」，所以有國外學者指出，縱然是文本形式（textual）的作品，無論是文字（written）、漫畫（cartoon）或繪畫（drawing），均在該定義的涵蓋範圍內⁴。就此而論，《兒童色情議定書》關於兒童色情的定義，似乎仍有將逼真及非逼真的虛擬兒童色情均包括在內的潛力；至於包括貌似兒童色情的可能性，恐怕也很難斷然地加以否定。

二、規制之行為態樣

依《兒童色情議定書》第3條第1項第(c)款規定⁵，各締約國至少應將下列行為態樣列入刑事處罰的範圍：製造（producing）、散布（distributing or disseminating）、輸入（importing）、輸出（exporting）、提供（offering）、銷售（selling），

² 原文為：

Child pornography is any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes.

³ 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，頁39。作者本人的看法。

⁴ Yaman Akdeniz, Internet Child pornography and the Law (2008), p.11

⁵ 原文為：

Each State Party shall ensure that, as a minimum, the following acts and activities are fully covered under its criminal or penal law, whether these offences are committed domestically or transnationally or on an individual or organized basis:

...

(c) Producing, distributing, disseminating, importing, exporting, offering, selling or possessing for the above purposes child pornography as defined in Article 2.

或為上述目的而持有（possessing for the above purposes）等行為。由此可知，針對單純持有之行為，《兒童色情議定書》並未硬性規定「必須」加以入罪化，而是留給各締約國自行決定。

第二項 網路犯罪公約

《網路犯罪公約》（Convention on Cybercrime）是全球第一個針對網路犯罪而制定的國際公約，由歐洲理事會⁶（Council of Europe）所起草，於2001年公佈，2004年開始生效。截至2011年為止，已有30個國家簽署並批准，此外並有17個國家已簽署但尚未批准。除了歐盟的會員國之外，亦有許多非歐盟會員的國家簽署此一公約，包括美國、日本、加拿大、南非等⁷。《網路犯罪公約》第9條的標題為「關於兒童色情之犯罪（Offences related to child pornography）」，明白地將兒童色情定位為一種重要的網路犯罪類型。

一、兒童色情之定義

《網路犯罪公約》第9條第2項⁸規定，該公約所稱之兒童色情，包括下列三種色情作品：

- a 在視覺上描繪未成年人從事性的露骨行為
- b 在視覺上描繪貌似未成年之人從事性的露骨行為
- c 在視覺上描繪呈現未成年人從事性的露骨行為之逼真影像

⁶ 需要注意的是，歐洲理事會（CoE）並不是隸屬於歐洲聯盟（歐盟）底下的機構，更與歐盟各國部長所組成的「歐盟理事會」（Council of European Union）有別。

⁷ 參照歐洲理事會的官方網站說明

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=7&DF=25/01/2011&CL=ENG>

⁸ 原文為：

For the purpose of paragraph 1 above, the term “child pornography” shall include pornographic material that visually depicts:

- a a minor engaged in sexually explicit conduct;
- b a person appearing to be a minor engaged in sexually explicit conduct;
- c realistic images representing a minor engaged in sexually explicit conduct.

同時，本條第 4 項⁹亦規定，針對上述第 b 款及第 c 款的定義，各締約國保有一部或全部不予適用的權利。換句話說，兒童色情是否須限於實際上真有兒童受害，或只須看似像兒童（如電腦合成或 3D 影像等）或難以分辨（如以成人扮演兒童）一事，仍由各國立法者自行判斷¹⁰。

學者指出，由於本項規定限於「視覺上描繪 (visually depict)」，故已明確排除文本形式（文字、漫畫、繪畫等）的兒童色情¹¹。不過，上述第 b 款明白地將貌似兒童色情納入了兒童色情的定義，並無疑問；而且，從上述第 c 款使用了「逼真影像」(realistic images) 一詞來看，《網路犯罪公約》的兒童色情定義其實已經觸及了虛擬兒童色情的領域，只是範圍限定在「逼真」的程度而已。因此，文字、漫畫固然被排除在外，但若是極為精緻的電腦繪圖 (CG)，則可能還是會落入上述第 c 款的範疇¹²。

二、規制之行為態樣

《網路犯罪公約》第 9 條第 1 項¹³規定，各締約國應透過立法或其他方式，將故意且無正當理由之下列行為入罪化：

a 意圖透過電腦系統¹⁴散布而製造兒童色情

⁹ 原文為：

Each Party may reserve the right not to apply, in whole or in part, paragraphs 1, sub-paragraphs d. and e, and 2, sub-paragraphs b. and c.

¹⁰ 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，頁 40。

¹¹ Yaman Akdeniz, Internet Child pornography and the Law (2008), p.11

¹² 例如電影《阿凡達》或電玩《太空戰士》中的電腦動畫水準，若用來繪製兒童色情動畫，恐怕還是要被列為打擊的對象吧。

¹³ 原文為：

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct:

- a producing child pornography for the purpose of its distribution through a computer system;
- b offering or making available child pornography through a computer system;
- c distributing or transmitting child pornography through a computer system;
- d procuring child pornography through a computer system for oneself or for another person;
- e possessing child pornography in a computer system or on a computer-data storage medium.

¹⁴ 《網路犯罪公約》第 1 條 a 款對於「電腦系統」(computer system) 的定義是「任何根據程式而運作自動化資料處理的單一裝置，或任何包含一個以上根據程式而運作自動化資料處理之裝置的多

- b 透過電腦系統提供兒童色情，或使之可被取得
- c 透過電腦系統散布或發送兒童色情
- d 透過電腦系統為自己或他人取得兒童色情
- e 於電腦系統或電腦資料儲存媒介中持有兒童色情

同時，本條第 4 項亦規定，針對上述第 d 款及第 e 款的定義，各締約國保有一部或全部不予適用的權利。換句話說，單純持有的行為是否可罰，以及可罰的範圍為何，亦交由各國立法者自行判斷¹⁵。

第三項 歐盟打擊兒童性剝削及兒童色情框架決定

歐盟理事會（Council of the European Union）的《打擊兒童性剝削及兒童色情框架決定》（Council Framework Decision 2004/68/JHA of 22 December 2003 on combating the sexual exploitation of children and child pornography¹⁶；以下簡稱歐盟框架決定）是一個為了在法律定義、追訴程序及懲罰方式上整合歐盟各成員國的刑事立法政策，以便更有效率地打擊兒童性剝削及兒童色情等犯罪而制定的協議。《歐盟框架決定》的倡議始於 2001 年，歷經兩年多的討論及審查，最後在 2003 年 12 月獲得通過，並於 2004 年 1 月 20 日開始發生效力¹⁷。依照《歐盟框架決定》第 12 條的規定，各成員國至遲應於兩年內，亦即 2006 年 1 月 20 日以前，採取必要的措施以遵循《歐盟框架決定》。

數相互連線或關連的裝置集合。」。原文如下：

"computer system" means any device or a group of interconnected or related devices, one or more of which, pursuant to a program, performs automatic processing of data.

¹⁵ 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，頁 39。作者本人的看法。

¹⁶ 全文下載連結：

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:013:0044:0048:EN:PDF>（最後瀏覽日期：2011/5/25）

¹⁷ Yaman Akdeniz, Internet Child pornography and the Law (2008), p.185-186.

一、兒童色情的定義

依照《歐盟框架決定》第 1 條第(b)項的規定¹⁸，兒童色情係指「描繪或呈現下列情形的色情作品：(i)真實的兒童參與或從事露骨的性行為，包括淫穢地展示兒童的性器官或肛門；或(ii)看似兒童的真人參與或從事上述(i)之行為；或(iii)非實際存在的兒童參與或從事上述(i)之行為的逼真圖像」。也就是說，《歐盟框架決定》的兒童色情定義包括真實兒童色情、貌似兒童色情及逼真的虛擬兒童色情¹⁹，但不及於非逼真的虛擬兒童色情。不過，依照第 3 條第 2 項第(a)款的規定²⁰，針對貌似兒童色情，各成員國得自行決定是否予以除罪化。

二、規制的行為態樣

首先，依照《歐盟框架決定》第 3 條第 1 項的規定，各成員國必須採取必要措施，以確保故意且無正當理由的下列行為，無論是否透過電腦系統²¹為之，均會受到處罰：製造（production）；散布或發送（distribution, dissemination or transmission）；供應或使他人可取得（supplying or making available）；取得或持有

¹⁸ 原文為：

(b) 'child pornography' shall mean pornographic material that visually depicts or represents:
(i) a real child involved or engaged in sexually explicit conduct, including lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a child; or
(ii) a real person appearing to be a child involved or engaged in the conduct mentioned in (i); or
(iii) realistic images of a non-existent child involved or engaged in the conduct mentioned in (i);

¹⁹ 嚴格來說，其實這裡會產生一些疑問。因為從「realistic images of a non-existent child」的用語來看，應該是指「圖像中的兒童並非確有其人」的情形，然而在電腦合成兒童色情的場合，作為頭像的兒童仍然確有其人，只是身體不一樣而已，所以合成作品是否該當(iii)的定義，似乎有文字上的疑義。不過英國學者 Yaman Akdeniz 認為，上述(iii)的定義可以涵蓋「擬似照片」(pseudo-photograph；英國法上的概念，詳見本章第二節第二項)，而擬似照片包括以電腦合成技術「移花接木」及以電腦繪圖技術完全憑空繪製的情形在內。See Yaman Akdeniz, *Internet Child pornography and the Law* (2008), p.21, 187. 所以按照 Akdeniz 的看法，《歐盟框架決定》的兒童色情定義可以包括一切逼真的虛擬作品在內。

²⁰ 原文為：

2. A Member State may exclude from criminal liability conduct relating to child pornography:
(a) referred to in Article 1(b)(ii) where a real person appearing to be a child was in fact 18 years of age or older at the time of the depiction;

²¹ 依照第 1 條第(c)款的定義，電腦系統係指「任何根據程式而運作自動化資料處理的單一裝置，或任何包含一個以上根據程式而運作自動化資料處理之裝置的多數相互連線或關連的裝置集合。」原文為：

(c) 'computer system' shall mean any device or group of interconnected or related devices, one or more of which, pursuant to a programme, perform automatic processing of data;

(acquisition or possession)。不過依照同條第 2 項的規定²²，針對下列幾種情形，各成員國可以自行決定是否加以除罪化：

- (一) 在製造或持有真實、貌似作品的場合，系爭作品中的「兒童」已達性行為同意年齡，且係經其同意而製造或持有，並僅供其私人使用者。但行為人濫用其年長、成熟、地位、經驗或受害者的依賴性而取得同意者，不在此限。
- (二) 在逼真虛擬作品的場合，系爭作品係由行為人自己製造並持有，製造過程並未使用任何真實或貌似作品，且僅供其私人使用，並不涉及散布之危險者。

其次，依照第 5 條的規定，各成員國應採取必要措施，以確保第 3 條第 1 項所列舉的各種行為態樣均會受到至少在 1 年至 3 年之間的有期徒刑；而針對取得及持有以外的行為態樣，如果受害者未達內國法定的性行為同意年齡，又具有某些特殊情狀，諸如造成受害者的生命危險、使用嚴重的暴力或造成受害者嚴重的傷害、涉及組織犯罪等²³，則刑罰應提高為至少 5 年至 10 年之間的有期徒刑。

第四項 小結

首先，在兒童色情的定義方面，《兒童權利公約》及《兒童色情議定書》採取的是相當廣泛而抽象的定義，不僅可以包括文字、視覺及語音等各種形式的作品，

²² 原文為：

2. A Member State may exclude from criminal liability conduct relating to child pornography:

(a) (略)

(b) referred to in Article 1(b)(i) and (ii) where, in the case of production and possession, images of children having reached the age of sexual consent are produced and possessed with their consent and solely for their own private use. Even where the existence of consent has been established, it shall not be considered valid, if for example superior age, maturity, position, status, experience or the victim's dependency on the perpetrator has been abused in achieving the consent;

(c) referred to in Article 1(b)(iii), where it is established that the pornographic material is produced and possessed by the producer solely for his or her own private use, as far as no pornographic material as referred to in Article 1(b)(i) and (ii) has been used for the purpose of its production, and provided that the act involves no risk for the dissemination of the material.

²³ 詳見第 5 條第 2 項第(b)款及(c)款的規定。

更可以涵蓋包括貌似兒童色情在內的一切虛擬作品。至於《網路犯罪公約》則採取了較為限縮的定義，一方面僅限於視覺描繪，排除了文字或語音等形式；另一方面，雖然明示包括貌似兒童色情及逼真的虛擬兒童色情，但又容許各締約國自行決定是否採用。其次，在規制的行為態樣方面，《兒童權利公約》及《兒童色情議定書》要求必須入罪化的行為態樣包括製造、散布、輸入、輸出、提供、販賣，或為上述目的而持有等行為，但並不包括單純持有。而《網路犯罪公約》則是在「透過電腦系統」的前提下，要求必須將意圖散布而製造、提供、使之可被取得、散布、或傳輸等行為態樣入罪化；至於透過電腦系統為自己或他人取得、於電腦系統或電腦資料儲存媒介中單純持有等行為態樣是否入罪化，則由各國立法者自行決定。

此外，近年來歐盟持續致力於刑事司法的區域整合，尤其在人口販運、兒童性剝削及兒童色情這類通常具有跨國性特徵的犯罪上，區域整合的重要性更為凸顯，而《歐盟框架決定》也就配合著這項需要應運而生。針對虛擬兒童色情的問題，《歐盟框架決定》的規制客體限於視覺形式，而涵蓋貌似兒童色情及逼真的虛擬兒童色情，但不及於非逼真的虛擬兒童色情；儘管各成員國仍得自行決定是否將貌似作品除罪化，但《歐盟框架決定》所呈現出的立場很清楚是「原則禁止，例外容許」，所以整體來說，只要是「看起來像」真實兒童色情的作品，均在歐盟官方政策所要打擊的範圍內。其次，《歐盟框架決定》所規制的行為態樣也涵蓋了從製造、流通到持有等一切行為；不過，歐盟官方似乎注意到兒童色情規制與個人隱私及表現自由之間的緊張關係，所以針對逼真虛擬作品特別設有除外條款，讓各成員國可以自行決定是否將僅供私人使用而無流通危險的製造或持有行為除罪化，但同樣地，《歐盟框架決定》所展現的態度仍然是「原則上一律禁止」。雖然《歐盟框架決定》僅於歐盟內部發生效力，但作為刑事司法區域整合的一步，其具有相當程度的實質拘束力，如後所述，德國法上關於兒童色情的規制就是為

了配合《歐盟框架決定》而有重大的修正²⁴，所以仍然具有不容忽視的參考價值。

綜上所述，從相關國際公約及區域協定的現狀來看，我們不難發現，目前世界各國雖然對於打擊兒童色情有共識，但對於「兒童色情的定義」及「行為態樣的入罪範圍」仍有爭議²⁵。

第二節 外國法

第一項 美國法

在 1970 年代的美國，兒童色情已經成為重要的公共議題，而聯邦政府也立即採取立法手段加以管制²⁶。1978 年，國會通過了《保護兒童對抗性剝削法案》，於聯邦法典（U.S Code）中增訂第 110 章「兒童性剝削」（Sexual Exploitation of Children），對於兒童色情的定義及處罰範圍設有明文規定。此後，這部法律歷經多次修正，也數度遭受違憲挑戰。就整體趨勢而言，美國聯邦法對於兒童色情的打擊日趨嚴厲，無論是兒童色情的定義或處罰範圍，都不斷地被擴張。雖然美國是聯邦制的國家，除了聯邦法典之外，各州亦有自己的刑法典，但筆者受限於能力及篇幅，以下關於美國法制的介紹，僅以聯邦法典及相關重要憲法判決為代表²⁷。

第一款 1977 年保護兒童對抗性剝削法案

1970 年代的美國，兒童色情作品大量出現，到了 1977 年，規制兒童色情的運

²⁴ 詳見本章第二節第四項

²⁵ 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，頁 40。

²⁶ 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，頁 44；高玉泉（1998），論網際網路上兒童色情資訊之法律管制，政大法學評論，60 期，頁 185。

²⁷ 由於美國聯邦法典的條文結構相當繁瑣，故以下關於美國法的介紹，法條編號均依循聯邦法典所使用的號碼，並冠以「§」符號，例如「§2256(8)(B)」，不使用「條、項、款、目」等，以求簡潔易讀。但引註格式仍依該國習慣。

動在全國各地展開²⁸。1978年2月，國會通過《保護兒童對抗性剝削法案》(Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977；以下簡稱1997年法案²⁹)，於聯邦法典第18章《犯罪及刑事程序》(亦稱為聯邦刑法典)中增設第110章《兒童性剝削》，其下有三個條文，分別是§2251「兒童性剝削」、§2252「涉及未成年人性剝削作品的特定行為」及§2253「本章相關名詞定義」。

一、規制的行為客體

1977年法案所規制的客體是「製造過程涉及利用未成年人從事性的露骨行為，且描繪未成年人從事上述行為之猥褻性視覺或印刷媒介³⁰」，而並未直接使用「兒童色情」一詞。這項描述包含了四個要素，分別是：未成年人(minor)、性的露骨行為(sexually explicit conduct)、猥褻(obscene)、視覺或印刷媒介(visual or print medium)，而每個要素都有其定義：

1. 未成年人：指未滿16歲之人
2. 性的露骨行為：包括真實或模擬的(actual or simulated)下列行為：
 - (1) 性交(包括性器對性器、口腔、肛門，或口腔對肛門)
 - (2) 人獸性交
 - (3) 自慰
 - (4) 為了刺激性慾而進行的性虐待(sado-masochistic abuse；此係指施虐與被虐同時進行的情形)
 - (5) 淫穢地(lewd)暴露性器或私處
3. 猥褻：根據聯邦最高法院於1973年的Miller v. California判決中所提出的三段判準(three-part test)，猥褻係指「就其整體觀察，由平均人依當時的社群標準而判斷，該作品足以激發色慾，並以明顯令人不快的方式描繪性活

²⁸ 三島聰(2008)，性表現の刑事規制，235頁。

²⁹ 雖然該法案是在1978年通過，但提案時間是在1977年，所以被稱為「1977年保護兒童對抗性剝削法案」。

³⁰ 18 USC 2253 (1977).

動，且欠缺文學、藝術、政治或科學上的重要價值³¹」。

4. 視覺或印刷媒介物：包括影片、照片、底片、幻燈片、書籍、雜誌，或其他任何視覺或印刷媒介物。

二、規制的行為態樣

該法所規制的行為態樣包括：

1. 為了製造兒童色情物品，且明知或可得而知該等物品將被跨國或跨州的貿易或郵遞所運輸，而使未成年人從事任何性的露骨行為；或為了製造兒童色情物品，而使未成年人從事任何性的露骨行為，且事實上該等物品已被跨國或跨州的貿易或郵遞所運輸³²。相當於我國法概念上的「意圖營利而製造」。
2. 為了販賣或商業性散布，而故意透過跨國或跨州的貿易或郵遞，運輸或運送兒童色情物品³³。相當於我國法概念上的「意圖販賣或散布而運輸」。
3. 為了販賣或商業性散布，而故意收受業經跨國或跨州的貿易或郵遞所運輸或運送的兒童色情物品；或故意販賣或為販賣而散布業經跨國或跨州的貿易或郵遞所運輸或運送的兒童色情物品³⁴。相當於我國法概念上的「意圖販賣或散布而收受」及「販賣」。

1997 年法案固然是規制兒童色情的立法，但從法案名稱來看，其基本的性格是保護兒童免於被剝削——亦即杜絕對兒童施以性濫用而攫取經濟利益的情形。該

³¹ Miller v. California, 413 U.S. 15, 93 S.Ct. 2607 (1973)
原文為：

...taken as a whole, appeals to the prurient interest in sex; portrays, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and, taken as a whole, does not have serious literary, artistic, political, or scientific value.

³² 18 USC 2251 (1977).

³³ 18 USC 2252(1) (1977).

³⁴ 18 USC 2252(2) (1977).

法所處罰的行為態樣均以具備營利意圖或販賣意圖為限，恰恰反映了這點³⁵。

受到上述規制運動高漲的影響，1980 年代初期，各州政府都制定了規制兒童色情的法律。不過，有三分之一以上的州法並不要求兒童色情須以具備猥褻性為前提，且更將處罰範圍擴張及非商業性的單純散布（distributing）行為，這就引發了是否違反憲法修正案第一條的爭議³⁶。

三、1982 年 Ferber 判決

1982 年的 New York v. Ferber 案³⁷（以下簡稱 Ferber 判決）可以說是兒童色情與猥褻概念分道揚鑣的重要判決。本案的主要爭點在於，紐約州法禁止散布非猥褻的（non-obscene）兒童性表演資訊，是否違反憲法第一修正案「立法不得侵犯言論自由」的保障條款。本案判決指出，兒童色情與猥褻言論同樣不在憲法第一修正案的保障範圍內，對於兒童色情之製造、販賣、流通等行為加以處罰的規定合憲。負責主筆的 White 大法官列舉了五點理由³⁸：

1. 未成年人的身心健全發展是州政府的重大迫切（compelling）利益；
2. 散布描繪未成年人從事性活動的照片或影片之行為，與兒童性濫用的發生之間有密切關連（intrinsically related）；
3. 廣告及販賣之兒童色情行為，在經濟上提供了製造的動機，從而成為生產兒童色情的必要條件；
4. 容許讓未成年人從事性活動並將之拍攝為影片，僅有低微的正面價值；
5. 將兒童色情排除於憲法第一修正案的保護之外，與過去的判決先例並無矛盾。

³⁵ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（一）：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，121 頁。

³⁶ 三島聡（2008），性表現の刑事規制，235-236 頁。

³⁷ 458 U.S. 747, 102 S. Ct. 3348 (1982).

³⁸ 三島聡（2008），性表現の刑事規制，236 頁；Also See Yaman Akdeniz, Internet Child Pornography and the Law (2008), p.95.

本案判決最大的特色在於，聯邦最高法院在審查系爭兒童色情是否應受憲法第一修正案保護時，並未使用向來所遵循的猥褻判斷標準，而是直接針對兒童色情與兒童性濫用問題之間的關係本身加以論述。所以有學者認為，本案判決不但嚴格地區分了兒童色情與一般猥褻，更確立所謂兒童色情包括非猥褻之情形，使兒童色情的範圍擴張及於所謂「不雅」(indecent)的情形在內。而這一點也影響了日後國會修法的方向³⁹。

第二款 1984 年兒童保護法案

受到 Ferber 判決的影響，且有鑑於 1977 年法案的效果不彰，美國國會於 1982 年再次展開關於兒童色情的調查，經過長達兩年的研究及審議後，在 1984 年制定了《兒童保護法案》(Child Protection Act of 1984；以下簡稱 1984 年法案)，對於 1977 年法案的內容做出了諸多修正⁴⁰。

一、規制的行為客體

在兒童色情的定義方面，1984 年法案將「未成年人」的範圍擴張到未滿 18 歲之人，並遵循 Ferber 判決的見解，將「猥褻性」的要件刪除；「性的露骨行為」的範圍也有所放寬⁴¹。同時，由於 Ferber 判決將兒童色情的規制正當性建立在「對於被描繪的兒童造成實際的精神傷害」這點上，強調兒童色情的範圍必須限定在照片等直接得以視覺認識到實際性濫用行為的作品，於是 1984 年法案便將「視覺或

³⁹ 高玉泉 (2002)，論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由—從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278 期，頁 53。

⁴⁰ 永井善之 (2003)，兒童ポルノの刑事規制について (一)：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，125 頁。

⁴¹ 例如，在性虐待 (abuse) 方面，1984 年法案刪除「爲了刺激性慾」的要件，並將舊法的「施虐與被虐」(sado-masochistic) 修改爲「施虐或被虐」(sadistic or masochistic)；而在「暴露性器或私處」方面，則是將「淫穢」(lewd) 修改爲較爲和緩的「好色」(lascivious)。參照謝煜偉 (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，頁 44，註 20；以及永井善之 (2003)，兒童ポルノの刑事規制について (一)：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，132 頁，注 26 的說明。

印刷媒介」修正為「視覺描繪」，排除了印刷媒介（亦即文字形式）的兒童色情，並刪除了舊法關於視覺或印刷媒介的列舉規定⁴²。

二、規制的行為態樣

在規制的行為態樣方面，1984 年法案刪除了關於製造行為的營利意圖要件，同時也刪除了關於運輸、散布、收受等行為的販賣意圖要件。理由在於，兒童色情經常是由戀童者基於個人使用之目的而作成，在具有相同嗜好者之間被無償地散布或交換，要求營利或販賣意圖要件的舊法難以規制這些行為⁴³。此外，1984 年法案一方面增訂了關於「意圖散布而重製」(reproduce for distribution) 行為的處罰規定，另一方面卻刪除了「販賣」行為的處罰規定⁴⁴。

三、1986 年及 1988 年的修正

1986 年，聯邦法典第 110 章再次修正，除了增訂兒童色情犯罪被害者的民事救濟制度外，更增訂了關於「參與製造兒童色情」及「宣傳、廣告兒童色情」等行為的處罰規定，同時並添加了「所謂視覺描繪，包括未顯像的膠卷或錄影帶 (undeveloped film and videotape)」的定義說明⁴⁵。

另一方面，在 1986 年 7 月，司法部長所屬的色情問題委員會 (Attorney General's Commission on Pornography) 所提交的最終調查報告指出，當時正在逐漸普及的電腦網路上的電子佈告欄 (BBS)、電子郵件 (E-mail) 等服務，已經被戀童者運用於交換、聯絡兒童性濫用或兒童色情的相關資訊，實有透過立法加以規制的高度

⁴² 永井善之 (2003)，兒童ポルノの刑事規制について (一)：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，125-126 頁。

⁴³ 永井善之 (2003)，兒童ポルノの刑事規制について (一)：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，125-126 頁。

⁴⁴ 永井善之 (2003)，兒童ポルノの刑事規制について (一)：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，頁 132，注 26 的說明。

⁴⁵ 永井善之 (2003)，兒童ポルノの刑事規制について (一)：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，頁 126

必要性。受到這份報告的影響，國會在 1988 年再次修法，針對兒童色情的「宣傳、廣告」及「運輸、散布、收受」等行為，均添加了「以任何方式，包括透過電腦」(by any means including by computer) 的文字⁴⁶。

不過學者也指出，1988 年的修正雖然透過行為手段的擴張，看似將「電腦數據」(data) 也納入了規制客體的範圍中，然而作為定義規定的第 2256 條 (原 1977 年法案的第 2253 條) 並沒有隨之修正，所以在法條文字上仍然沒有賦予規制客體擴張的明確依據⁴⁷。

四、1990 年 Ohio 判決

上述報告書除了指出電腦網路上兒童色情的規制必要性外，更表示為了根絕兒童色情，亦應處罰僅基於個人使用目的而持有兒童色情的行為。這項見解發揮了一定程度的影響力，處罰及於單純持有行為的州逐漸增加，到 1990 年為止已有十九個州。然而這樣的立法屢屢引發違憲的爭議，受到追訴的被告往往引援聯邦最高法院的 Stanley v. Georgia 判決提出抗辯，因為聯邦最高法院曾在該判決中表示處罰單純持有猥褻物品行為的州法違憲⁴⁸。

1990 年，聯邦最高法院在 Osborne v. Ohio 判決⁴⁹ (以下簡稱 Ohio 判決) 中肯定了處罰單純持有行為的合憲性，理由在於⁵⁰：

1. Stanley v. Georgia 案與本案不同，前者涉及的喬治亞州法是以保護社會倫理道德為其立法目的，但本案涉及的俄亥俄州法則是以保護被害兒童的身

⁴⁶ 永井善之 (2003)，兒童ポルノの刑事規制について (一)：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，頁 127

⁴⁷ 永井善之 (2003)，兒童ポルノの刑事規制について (一)：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，頁 128

⁴⁸ 永井善之 (2003)，兒童ポルノの刑事規制について (一)：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，頁 129

⁴⁹ 495 U.S. 103, 110 S. Ct. 1691 (1990).

⁵⁰ 永井善之 (2003)，兒童ポルノの刑事規制について (一)：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，頁 128-129。

心健全為其立法目的，屬於重大迫切的公共利益，故能順利通過第一修正案的審查。

2. 由於兒童色情市場的地下化，僅僅處罰製造及散布等行為，難以達成有效的規制，因此，透過將處罰範圍及於單純持有行為，抑制兒童色情的需求，連帶地減少製造的行為，是非常合理的作法。
3. 因為兒童色情就是當事者兒童的受虐記錄，其存續本身就是對於當事者兒童的永久性傷害，而且兒童色情經常成為戀童者引誘兒童從事性行為的道具，所以，藉由處罰單純持有行為促使民眾廢棄兒童色情，也是符合公共利益的。

五、1990 年及 1994 年的修正

受到 Ohio 判決的影響，同年，國會隨即通過了《保護兒童之治療與加重制裁法案》(Child Protection Restoration and Penalties Enhancement Act of 1990)，不僅恢復對於販賣行為的處罰，更將「意圖販賣而持有」及「單純持有三項以上兒童色情物品」等行為態樣也納入處罰範圍。而同年通過的《犯罪控制法案》(Crime Control Act of 1990)也將聯邦法典第 110 章的標題由 1977 年以來的「兒童性剝削」修改為「兒童性剝削及其他性濫用」⁵¹。

1994 年，國會再度通過《兒童性濫用防制法案》(Child Sexual Abuse Prevention Act of 1994)，針對製造、運輸、散布、收受、販賣、意圖販賣而持有及單純持有等一切行為態樣，全部增設「未遂」(attempts to violate)或「共同謀議」(conspires to violate)的前置化處罰規定。此外，針對意圖輸入美國而於美國領土外製造、運輸、散布、收受、販賣或意圖運輸、散布、販賣而持有等行為態樣，亦增設處罰

⁵¹ 永井善之(2003)，兒童ポルノの刑事規制について(一)：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，頁 129-130。

規定⁵²。

第三款 1996 年 CPPA 法案

由於電腦繪圖（CG）及影像處理技術的發達，縱使沒有實際利用兒童從事性活動，也能透過電腦合成或 CG 等方式製造出相當逼真的兒童色情。隨著這類（廣義）虛擬兒童色情的普及，主張應該加以規制的聲音也開始出現。然而，因為向來的兒童色情防制法案均以保護兒童免受性剝削為出發點，並以保護被害兒童身心健康的理由論證規制的正當性，所以，面對這些實際上並無性剝削被害兒童存在的兒童色情，本法就遭遇了規制上的困難。

1996 年的《兒童色情防制法案》（Child Pornography Prevention Act of 1996；以下簡稱 CPPA）便是在這樣的背景下應運而生的。CPPA 的立法目的主要有兩點：第一、由於真實和虛擬兒童色情事實上難以區別，若將規制客體限制於真實兒童色情，會造成舉證上的困難，而在實際案例中，被告亦往往主張「系爭物品僅屬虛擬兒童色情」而抗辯成功。第二、虛擬兒童色情和真實兒童色情一樣，都可能被戀童者當作引誘兒童從事性活動的工具，從而有助長兒童性剝削、性濫用的危險⁵³。

一、規制的行為客體

CPPA 直接使用了「兒童色情」的詞彙，並將其定義增訂於第 2256 條第(8)項⁵⁴：

⁵² 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（一）：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，頁 129-130。

⁵³ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（一）：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，頁 136。

⁵⁴ 原文為：

‘child pornography’ means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where—

(A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct;

兒童色情係指任何以電子、機械或其他方法製造或作成，關於性的露骨行為之視覺描繪作品（包括照片、電影、影像、圖片、電腦或電腦合成之圖像或圖片）且符合下列各款情形者：

- (A) 其製造過程涉及利用未成年人從事性的露骨行為；
- (B) 其內容係描繪或看似為描繪未成年人從事性的露骨行為；
- (C) 其業經製作、編輯或修改而呈現身分可得特定之未成年人從事性的露骨行為；
- (D) 其廣告、宣傳、展示、說明或發送之方式，傳達出該作品涉及描繪未成年人從事性的露骨行為之印象。

上述四款情形，(A)指的就是一般所理解的「真實兒童色情」，(B)的前半段亦同，並無特殊之處；(B)的後半段則包括完全以CG繪製的「(狹義)虛擬兒童色情」及以成人扮演兒童的「貌似兒童色情」等兩種類型；而(C)所指涉的則是「電腦合成兒童色情」，包括將兒童頭像「移花接木」到成人身體上，或是將普通的兒童照片修改、合成為看似在從事性的露骨行為等情形。至於(D)則是基於「皮條客理論」(pandering theory)，不問實際內容為何，一律視為兒童色情，屬於比較特殊的類型。

另外，CPPA亦明文規定，該法所稱「視覺描繪」包括「儲存於電腦磁碟中或以電子方法儲存，得轉換為視覺圖像之數據資料⁵⁵」(data stored on computer disk or by electronic means which is capable of conversion into a visual image)在內，正式地將規制客體擴張及於電腦數據(data)等無體物，並使該法能夠名正言順地將電腦

(B) such visual depiction is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct;
(C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct; or
(D) such visual depiction is advertised, promoted, presented, described, or distributed in such a manner that conveys the impression that the material is or contains a visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct

⁵⁵ 18 USC 2256(5) (1996)

網路上的傳輸行為納入規制範圍。

二、規制的行為態樣

CPPA 法案在原有的§2252 之下增訂了§2252A，其所規制的行為態樣與第§2252 大致相同，亦即運輸、散布、收受、意圖散布而重製、販賣、意圖販賣而持有以及單純持有 3 項以上兒童色情物品等行為，且均包含「透過電腦」的方式在內。

三、2002 年 Free Speech 判決

早在美國參議院司法委員會審議 CPPA 的過程中，就有認為 CPPA 違憲的反對聲音，但最後 CPPA 仍順利通過審議，並交付院會表決通過⁵⁶。果不其然，CPPA 施行後很快地就遭遇到合憲性的挑戰。在 1998 到 2000 年間，共有四個不同的聯邦上訴法院判決認為 CPPA 合憲，但第九巡迴上訴法院則在 Free Speech Coalition v. Reno 案的判決中認為 CPPA 違憲。為了解決各上訴法院見解不一致的問題，聯邦最高法院受理了 Free Speech Coalition v. Reno 案來自政府方面的上訴，並於 2002 年作出了 Ashcroft v. Free Speech Coalition 判決⁵⁷（以下簡稱 Free Speech 判決），認定 CPPA 所增訂的第 2256 條第(8)項第(B)款及第(D)款等定義均過於廣泛，違憲⁵⁸。理由在於⁵⁹：

1. §2256(8)(B)將貌似兒童色情及虛擬兒童色情納入規制範圍，逾越 Miller 判決與 Ferber 判決所容許的界限，而政府方面所提出的理由並不合於聯邦最高法院的判決先例或憲法第一修正案的言論自由保障條款。
2. 首先，虛擬兒童色情和貌似兒童色情未必一律欠缺藝術價值、違反社群

⁵⁶ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（一）：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，頁 137。

⁵⁷ 535 U.S. 234, 122 S. Ct. 1389 (2002).

⁵⁸ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，4 号，頁 116。

⁵⁹ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，4 号，頁 116-119。

標準而構成不受憲法保障的猥褻言論。因為青少年的性行為是社會現實的一部分，古往今來有無數的藝術作品以此為主題。故 CPPA 使得非猥褻的言論也被納入規制範圍，違背 Miller 判決的意旨。

3. 其次，虛擬兒童色情和貌似兒童色情的製造過程並不會發生實際上的兒童性剝削或性濫用，但 Ferber 判決之所以容許將非猥褻的兒童色情納入規制範圍，理由就在於保護兒童免於遭受性剝削或性濫用，換句話說，Ferber 判決所承認的規制類型僅有真實兒童色情而已。故 CPPA 與 Ferber 判決亦有所違背。
4. 再者，雖然政府方面主張，虛擬兒童色情和貌似兒童色情可能刺激戀童者的性慾，進而從事現實的兒童性剝削或性濫用行為，但此一因果關係過於偶然、間接，並不足採信。況且真正會造成傷害的不是言論本身，而是後續的犯罪行為，除非言論本身足以煽動犯罪且達到具有明顯而立即危險的程度，不得規制言論本身，否則無異於處罰個人的內在思想。在這點上，CPPA 亦與過去的判決先例（*Brandenburg v. Ohio* 判決⁶⁰）不符。
5. 此外，政府方面亦主張，虛擬兒童色情和貌似兒童色情可能被戀童者用於引誘兒童從事性的露骨行為。然而事實上，糖果、玩具也可以被用來誘惑兒童，但並不會有人主張要規制糖果、玩具。因為誘惑行為本身的可罰性應該與系爭言論分別以觀。而根據過去的判決先例（*Sable Communications of California, Inc. v. F.C.C.* 判決⁶¹），關於成人色情的規制，縱使以「對兒童有害」為理由，亦不能肯定全面禁絕的正當性。故政府方面所持的此一理由亦不足以支持 CPPA 的合憲性。
6. 最後，政府方面還主張，虛擬、貌似兒童色情與真實兒童色情事實上難以分辨，會造成舉證上的困難，對於真實兒童色情的規制會產生障礙。

⁶⁰ 395 U.S. 444, 89 S. Ct. 1827 (1969).

⁶¹ 492 U.S. 115, 109 S.Ct. 2829 (1989)

然而，從憲法言論自由保障條款的觀點來看，CPPA 等於是為了規制不受保障的言論，而把本應受保障的言論也納入規制，完全是本末倒置的作法。

7. 基於上述理由，§2256(8)(B)所稱「看似為描繪未成年人從事性的露骨行為」之定義要素過於廣泛，違憲。
8. 此外，§2256(8)(D)將廣告、宣傳方式予人兒童色情印象的作品一律視為兒童色情，亦不合於判決先例或言論自由保障條款。首先，「皮條客理論」並無法說明系爭作品本身的可罰性。固然有判決先例採用皮條客理論認定系爭作品的猥褻性，但該判決僅在處理提供者的刑責，相對地在 CPPA 下，縱然只是單純地收受或持有，也會因為系爭作品的提供方式而受罰。再者，「皮條客理論」的適用，並不要求系爭「拉皮條」行為必須是兒童性剝削的一環。所以§2256(8)(D)的定義要素也有過於廣泛的問題，違憲。

第四款 2003 年 PROTECT 法案

CPPA 被宣告違憲之後，國會隨即於 2003 年再度通過《即刻終止兒童性剝削法案》(Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act of 2003，以下簡稱 PROTECT)，以為因應。

一、關於逼真的虛擬作品

首先，PROTECT 將§2256(8)(B)所稱「看似」(appear)修改為「難以分辨」(indistinguishable)，並將此一概念的適用範圍明文限定在「極為逼真」(virtually indistinguishable)的情形，亦即「一般人均會認為系爭作品所描繪者為真實存在的未成年人」者，故不適用於素描(drawing)、漫畫(cartoon)、雕刻(sculpture)或「繪畫」(painting)等形式的作品⁶²。同時，該款所稱「性的露骨行為」之範圍

⁶² 18 USC 2256(11)

也被限縮在下列三種情形：「(i)寫實的性交行為；或色情地模擬性交行為而暴露任何人之性器、乳房或陰部者；(ii)寫實的人獸交、自慰、性虐待（包括施虐或被虐）；或色情地模擬上述行為者；(iii)色情地暴露性器或陰部的行為，包括寫實的或模擬的情形在內⁶³」。而這裡所謂「寫實」(graphic)，是指「讀者能夠在系爭描繪中觀察到人或動物之性器或私處」而言⁶⁴。

如此一來，(廣義) 虛擬兒童色情的規制就被區分為兩種類型：第一種是例如電腦合成頭像等極為逼真的虛擬兒童色情，第二種則是例如卡通、漫畫等欠缺逼真性的虛擬兒童色情。前者適用的是聯邦刑法第 110 章關於兒童色情的處罰規定，至於後者則適用 PROTECT 在聯邦刑法第 71 章猥褻物品犯罪中增訂的§1466A 加以規制。

二、關於非逼真的虛擬作品

§1466A 的標題為「兒童性濫用之猥褻視覺表現」，而其所規制的行為客體為「包括素描、漫畫、雕刻及繪畫在內的一切視覺描繪作品，而符合下列情形之一者：(1)描繪未成年人從事性的露骨行為，且具猥褻性；(2)描繪或看似為描繪未成年人寫實地從事性的露骨行為，且欠缺文學、藝術、政治、或科學的重要價值者，但描繪自慰或色情地暴露性器或私處之作品不在此限⁶⁵」。而這裡所謂「寫實」同樣是指「讀者能夠在系爭描繪中觀察到人或動物之性器或私處」而言⁶⁶。更重要的是，本條所稱「未成年人」並不以真實存在之人為限⁶⁷。至於在規制的行為態樣方面，§1466A 處罰製造、散布、收受、意圖散布而持有及單純持有等行為，並包括

⁶³ 18 USC 2256(8)(B)

⁶⁴ 18 USC 2256(10)

⁶⁵ 換句話說，如果系爭作品所描繪的只是未成年人自慰或色情地暴露性器或私處，那麼還必須同時違反社群標準而達到猥褻程度，才會成為本條所規制的客體（亦即上述(1)的情形）。

⁶⁶ 此一要素的意義在於「視為違反社群標準」。換句話說，相較於(1)的情形，(2)的情形由於該等行為同時涉及性器或陰部的暴露，直接視為違反社群標準，所以只要再欠缺藝術科學等價值，就會落入猥褻表現的範疇。

⁶⁷ 18 USC 1466A(c)

未遂或共同謀議之階段在內。

三、關於媒介行為的處罰

此外，PROTECT 一方面雖然刪除了§2256(8)(D)「以媒介方式推斷內容」的特殊定義，另一方面卻又增訂§2252A(3)(B)，直接明文處罰「媒介行為」(pandering)。該款所規制的行為態樣為「藉由一定方法廣告、宣傳、展示、發送或兜售系爭作品，而該等方法反映出行為人確信系爭作品涉及下列情形或有意使人相信者：(i)描繪未成年人從事性的露骨行為，且具猥褻性；(ii)描繪真實存在之未成年人從事性的露骨行為」。

四、2010 年 Whorley v. United States 判決

雖然 PROTECT 是依照 Free Speech 判決的見解而作出修正，但違憲的疑慮並未完全消除。學者指出，縱使把「看似」修改為「難以分辨」，仍然可能導致某些「極為逼真」的貌似兒童色情及電腦合成兒童色情遭受處罰，但這類作品的製造過程卻並無實際兒童受害。不過在另一方面，對於 PROTECT 以 Miller 判決的「猥褻」概念處理虛擬兒童色情的作法，亦有持肯定態度的見解⁶⁸。而直到 2008 年的 United States v. Williams 判決⁶⁹，聯邦最高法院才首次對於 PROTECT 的合憲性表示意見，然而該案的爭點的是處罰「媒介行為」的合憲性，並未觸及兒童色情定義的問題。

2008 年 12 月 18 日，第四巡迴上訴法院駁回了一名男子 Dwight Whorley 的上訴⁷⁰。Whorley 被控於 2004 年 3 月間透過電腦網路下載了 20 張日本色情漫畫，內容描繪少女遭強暴的過程；被告亦下載了一些真實兒童色情的檔案，再以電子郵

⁶⁸ 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，頁 47。

⁶⁹ 553 U.S. 285, 128 S. Ct. 1830 (2008).

⁷⁰ United States v. Whorley, 550 F.3d 326 (2008)

件寄發這些資訊；被告並寄發、接收了多封描述兒童遭亂倫性交及性濫用的電子郵件。2005年10月，Whorley被陪審團認定為有罪；且由於Whorley是累犯，於2006年3月遭地方法院判處20年有期徒刑。Whorley提起上訴，其理由之一為：系爭日本色情漫畫並非描繪真實兒童，應受憲法第一修正案的保障，但上訴法院表示僅表示§1466A所規制的客體本來就不以描繪真實兒童為要件，而駁回了其上訴。Whorley請求上訴法院重啟聽證程序，但於2009年6月15日為上訴法院否決⁷¹。Whorley再向聯邦最高法院提出上訴聲請，但聯邦最高法院於2010年1月11日裁定拒絕受理⁷²。所以截至目前為止，聯邦最高法院對於虛擬兒童色情可罰性的態度尚不得而知。

第五款 小結

自1977年法案通過以來，美國法對於兒童色情的規制日趨嚴厲。1996年以前，在保護兒童免於性剝削和性濫用之立法目的下，美國法先是將兒童色情的規制與猥褻表現的規制脫鉤處理，然後逐步擴張規制的行為態樣，並且為了因應電腦網路的普及，試圖將規制的客體擴張及於電腦數據等無體物。到此為止，美國法所規制的對象仍然僅限於真實兒童色情。然而1996年通過的CPPA卻大幅擴張了規制客體的範圍，將虛擬、貌似、電腦合成等類型的兒童色情全部一網打盡。美國有學者認為，這項修正意味著立法政策上的轉變，亦即，處罰兒童色情的理由並非因其對兒童造成傷害，而是因其本質上為邪惡之故（an evil in and of itself）⁷³。2002年的Free Speech判決宣告CPPA違憲，乍看之下對於自由派人士來說是一大勝利，然而聯邦最高法院認定CPPA違憲的理由，其實也預留了國會另行立法規制

⁷¹ 陳韻如（2010），網路兒童色情資訊之刑事規制，東吳大學法律學系碩士在職專班科技法律組碩士論文，頁72-73。

⁷² Whorley v. U.S., 130 S.Ct. 1052 (Mem), NO. 09-6521 (2010).

⁷³ Debra D. Burke, "The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question", 34 Harvard Journal of Legislation (1997), p.52. 轉引自高玉泉（1998），論網際網路上兒童色情資訊之法律管制，政大法學評論，60期，頁188，註33。Also See Yaman Akdeniz, Internet Child Pornography and the Law (2008), p.97.

(廣義) 虛擬兒童色情的空間⁷⁴。果不其然，2003 年通過的 PROTECT 仍未放棄對於 (廣義) 虛擬兒童色情的規制，而是透過「極為逼真」與「欠缺逼真」的二分法，將前者和後者分別處理。當然問題並沒有因此而解決，一方面，「極為逼真」的虛擬兒童色情仍然欠缺實際受害者，其可罰性本有疑慮，縱使在電腦合成的情形，似可將被「移花接木」之照片中的兒童理解為「被害人」⁷⁵，然而合成照片之行為如何能與「性剝削兒童」相提並論，顯有疑問；另一方面，在美國法的架構下，欠缺逼真性的虛擬兒童色情，縱然可以因為兼具猥褻性而取得可罰性，但同樣屬於猥褻表現，虛擬兒童色情的處罰卻和成人色情有天壤之別⁷⁶，然而 Free Speech 判決已經指出，所謂虛擬兒童色情會導致實際兒童被害的說法立論過於薄弱，如此一來更令人質疑這種差別對待的理由何在。

總結來說，美國法對於 (廣義) 虛擬兒童色情的規制現況是，區分「極為逼真」與「欠缺逼真」兩種類型，前者主要打擊的對象是「移花接木」的電腦合成兒童色情；至於後者所打擊的則是卡通、漫畫等 (狹義) 虛擬兒童色情，若同時兼具猥褻性，則亦在規制之範圍內，無論是製造、運輸、散布、販賣或持有，均在禁止之列。

第二項 英國法

英國是一個聯合王國，其刑事司法也具有「一國多制」的特色，英格蘭及威爾斯地區、蘇格蘭地區、北愛爾蘭地區分別擁有各自的刑事司法制度，惟筆者能

⁷⁴ 高玉泉 (2003)，網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討 (1999—2002) ——一個由兒童人權出發的觀點，中正法學集刊，11 期，頁 17。

⁷⁵ 採此見解者例如高玉泉 (2002)，論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由——從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278 期，頁 58。

⁷⁶ 以單純持有為例，行為人若單純持有非逼真但猥褻之虛擬兒童色情，依第 1466A 條第(b)項規定，其處罰係比照第 2252A 條第(b)項第(2)款關於單純持有真實兒童色情的情況，可處 10 年以下有期徒刑，然而單純持有猥褻的成人色情，根本不會受到任何處罰！又以意圖販賣而持有為例，在非逼真但猥褻之虛擬兒童色情的場合，依第 1466A 條第(a)項規定，其處罰係比照第 2252A 條第(b)項第(1)款意圖販賣而持有真實兒童色情的情況，可處 5 年以上 20 年以下有期徒刑，然而意圖販賣而持有猥褻的成人色情，依第 1460 條第(a)項規定，法定刑度不過 2 年以下而已！

力有限，故以下所介紹的英國法，僅以英格蘭及威爾斯地區的制度為代表，合先敘明。

英國法上關於兒童色情的規制，係以《1978 年兒童保護法》(Protection of Children Act 1978；以下簡稱 1978 年法) 第 1 條與第 7 條，及《1988 年刑事裁判法》(Criminal Justice Act 1988；以下簡稱 1988 年法) 第 160 條為骨幹。其後，《1994 年刑事裁判與公共秩序法》(Criminal Justice and Public Order Act 1994) 將合成照片納入規制客體範圍，《2003 年性犯罪法》(Sexual Offence Act 2003) 第 45 條將兒童的年齡門檻由未滿 16 歲提高為未滿 18 歲，乃成為現行規定⁷⁷。

一、規制的行為客體

1978 年法第 1 條所規制的客體並不稱為「兒童色情」，而是稱為「兒童不雅照片」(indecent photographs of children)。所稱「兒童」係指未滿 18 歲之人；而所稱「照片」包括「正片」及「底片」，亦包括「影片」(含一切形式之動態影像紀錄)、「照片或影片的複製品」、「構成影片之部分的照片」及「任何儲存於電腦磁碟中或以其他電子方法儲存，而可轉換為照片的數據」等。其次，本條的規制客體尚包括「擬似照片」(pseudo-photograph) 在內，其係指「以電腦影像技術或其他任何方法製造之看似為照片的圖像」(an image, whether made by computer-graphics or otherwise howsoever, which appears to be a photograph)。將兒童頭像「移花接木」到成人身體上的電腦合成照片即屬之⁷⁸。

然而，1978 年法並未定義何謂「不雅」，甚至在英國的其他法令中也無法找到「不雅」的定義，所以並沒有明文規定的明確判斷基準。對此，實務判例指出，

⁷⁷ 間柴泰治(2008)，諸外国における実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する法規制の例，レファレンス，694号，56頁。

⁷⁸ 高玉泉(1998)，論網際網路上兒童色情資訊之法律管制—兼評我國兒童及少年性交易防制條例之相關規定，政大法學評論，60期，頁191。

應由陪審團或治安法官根據「社會上廣泛被認同的禮儀準則（the recognized standards of propriety）」而加以判斷。此際必須注意的是：第一、不應單純就系爭照片的本身來判斷，尚須考量製造、散布等行為時的狀況或動機，例如非出於故意，僅係偶然地誤觸快門而拍下的照片，並不構成「不雅」；第二、縱使系爭照片並未描繪性行為，仍有可能構成「不雅」，例如「上半身穿著罩衫但下半身僅穿著內褲且刻意凸顯胸部的 14 歲少女照片」，或是「在天體營聚會的泳池畔所拍攝，姿態尚不致挑起性慾的 7 歲男童裸體照片」，均被英國法院認定為「不雅」；第三、將本非「不雅」的照片加以收集編撰所產生的物品，也可能會構成「不雅」，例如將電視上播放的醫學紀錄片中出現的男童性器畫面節錄出來編輯而成的影片，也被英國法院認定為「不雅」⁷⁹。

該法所稱「兒童」係指 18 歲以下之人。而在擬似照片的場合，如果系爭照片所傳達出來的印象是「照片中的人物係未滿 18 歲之人」，或雖然照片中的人物擁有部分成人的生理特徵，但系爭照片所傳達出的「主要印象」如同上述者，均視為「兒童」之照片⁸⁰。此外，如果全體證據顯示系爭照片中的人物係未滿 18 歲之人，亦應視為「兒童」之照片⁸¹。如此一來，由成人扮演兒童的貌似兒童色情作品也可能落入規制範圍內。

至於完全虛擬兒童色情是否亦受規制，則取決於系爭作品是否能符合「擬似照片」的要素。依照英國官方機構的見解，在現行法下，如果兒童不雅圖片是以電腦繪圖技術製作或由人工繪製而有如照片般逼真，儘管系爭圖片並未描繪真實兒童或真實事件，仍然會受到規制⁸²。英國學者 Yaman Akdeniz 也指出，「擬似照

⁷⁹ 間柴泰治（2010），日米英における児童ポルノの定義規定，調査と情報，681 号，9 頁。

⁸⁰ 1978 年法第 7 條第(8)項

⁸¹ 1978 年法第 2 條第(3)項

⁸² Home Office, Consultation on the possession of non-photographic visual depictions of child sexual abuse, 2007, p.3. 網址：

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100418065544/http://www.homeoffice.gov.uk/documents/co>

片」除了包括移花接木的電腦合成照片外，也可包含完全透過電腦軟體憑空製作而無須用到任何真實照片的作品在內⁸³。換句話說，縱然圖片中的「兒童」僅為虛構人物，只要系爭圖片給人的感覺是有如照片般逼真，仍然會該當「擬似照片」。所以，《1978年兒童保護法》的規制範圍包括任何逼真的虛擬作品在內⁸⁴；不過，非逼真的虛擬作品也仍然可能落入猥褻物品規制的範疇，並非不受任何規制。

英國法上的猥褻出版品規制，主要是由《1959年猥褻出版品法》(Obscene Publications Act 1959；以下簡稱1959年法)及《1964年猥褻出版品法》(Obscene Publications Act 1964；以下簡稱1964年法)所構成。1959年法所規制的客體為「依整體觀察，有導致閱聽者墮落或腐化之傾向的文書、錄音、影片或圖片⁸⁵」；其所處罰之行為態樣包括「散布、傳閱、販賣、租借、交付或意圖販賣或出租而提供」、「展示、播放、投影」及針對以電子方式儲存之數據資料的「傳輸」等行為⁸⁶。此

[ns-2007-depiction-sex-abuse2835.pdf?view=Binary](#) (最後瀏覽日期：2011/5/26)

⁸³ Yaman Akdeniz, *Internet Child pornography and the Law* (2008), p.21.

⁸⁴ 不同見解，參照間柴泰治(2008)，諸外国における実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する法規制の例，レファレンス，694号，58頁。該文指出：「現行法制（按：英國法）上，描繪非真實存在兒童的色情漫畫或動畫是否會成為規制對象，取決於其是否該當1978年法第1條的『擬似照片』。根據「擬似照片」的定義，應該只有具備照片般的逼真程度，且描繪真實存在的兒童或現實的行為者，才會成為規制對象。因此，(1)欠缺逼真性，或(2)並非描繪真實存在兒童或現實行為者，並不會成為規制對象。」

不過筆者認為，該文應該是發生了翻譯上的錯誤，才會得出這樣的結論。因為，該文所引註的文獻也是 Home Office, *Consultation on the possession of non-photographic visual depictions of child sexual abuse*, 2007, p.3. 但這份文獻的英文原文是：A pseudo-photograph is defined as an image, whether made by computer graphics or otherwise, which appears to be a photograph. So, under current law, if an indecent image of a child created by CGI, or for that matter a drawing or cartoon, looks realistic enough to appear to be a photograph, **despite not actually depicting a real child or a real event**, possession could still be covered by Section 160 of the 1988 Act. (底線及粗體為筆者所加) 正確的翻譯應該是「儘管並非描繪真實兒童或真實事件，持有之行為仍受1998年法第160條的規制」，也就是說，會落入1978年法第1條的定義範圍。

⁸⁵ 1959年法第1條第(1)項及第(2)項。

⁸⁶ 原文為：

1 Test of obscenity.

- (1) For the purposes of this Act an article shall be deemed to be obscene if its effect or (where the article comprises two or more distinct items) the effect of any one of its items is, if taken as a whole, such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it.
- (2) In this Act "article" means any description of article containing or embodying matter to be read or looked at or both, any sound record, and any film or other record of a picture or pictures.
- (3) For the purposes of this Act a person publishes an article who—
 - (a) distributes, circulates, sells, lets on hire, gives, or lends it, or who offers it for sale or for letting on hire; or

外 1964 年法增加了對於「意圖得利而持有」行為的處罰規定⁸⁷。上述行為若遭正式起訴，可處 3 年以下有期徒刑或科或併科罰金；若適用簡易程序，可處 6 月以下有期徒刑或科或併科罰金⁸⁸。因此，非逼真的虛擬兒童色情如果被認定為有導致閱聽者墮落或腐化之傾向，仍然受到猥褻出版品法的規制，但單純持有之行為則不在處罰之列。

二、規制的行為態樣

英國法所規制的行為態樣，依照其處罰的輕重程度，可以分為兩類。第一類就是 1978 年法第 1 條第(1)項⁸⁹所規制的製造及流通行為，包括「拍攝」、「允許拍攝」、「製作」、「散布⁹⁰」、「展示」、「意圖散布、展示而持有」及「廣告⁹¹」等。依同法第 6 條規定，這類行為若遭正式起訴，可處 10 年以下有期徒刑或科或併科罰金；若適用簡易程序，則可處 6 月以下有期徒刑或科併科罰金。至於第二類則是 1988 年法第 160 條第 1 項所規制的單純持有行為，依同條第 2A 項的規定，若遭正式起訴，可處 5 年以下有期徒刑或科或併科罰金；若適用簡易程序，則可處 6

(b) in the case of an article containing or embodying matter to be looked at or a record, shows, plays or projects it, or, where the matter is data stored electronically, transmits that data.

⁸⁷ 原文為：

1 Obscene articles intended for publication for gain.

(1) (略)

(2) For the purpose of any proceedings for an offence against the said section 2 a person shall be deemed to have an article for publication for gain if with a view to such publication he has the article in his ownership, possession or control.

⁸⁸ 1959 年法第 2 條。

⁸⁹ 原文為：

(1) It is an offence for a person—

(a) to take, or permit to be taken or to make, any indecent photograph or pseudo-photograph of a child; or

(b) to distribute or show such indecent photographs or pseudo-photographs; or

(c) to have in his possession such indecent photographs or pseudo-photographs, with a view to their being distributed or shown by himself or others; or

(d) to publish or cause to be published any advertisement likely to be understood as conveying that the advertiser distributes or shows such indecent photographs or pseudo-photographs, or intends to do so.

⁹⁰ 依照第 1 條第(2)項的規定，將「持有拋棄於他人」或「為使他人獲得而加以暴露或提供」者，都會該當「散布」。

⁹¹ 詳細地說，應該是「刊登廣告或使其被刊登廣告，且該廣告足以使人認為廣告者係散布、展示或意圖散布、展示兒童不雅照片或擬似照片」的行為。某種程度上這也是一種「皮條客理論」的展現。

月以下有期徒刑或科或併科罰金。不過根據英國上訴法院「量刑諮詢小組」(The Sentencing Advisory Panel)所公布的量刑基準表(sentencing guideline)，若系爭兒童不雅照片僅為電腦合成者，則針對單純供個人使用之持有行為，原則上僅科以罰金即可，惟依照英國上訴法院的看法，倘若系爭合成照片「於一般照片之範疇外尚傳達出特別怪誕的印象(particularly grotesque image)」則可能視同真實照片處理，依其照片內容及行為態樣之嚴重程度而為不同處理，理由在於，儘管這些照片並不會腐化(corrupting)其內容所描繪的小孩，仍然可能如真實照片一般落入或被展示於那些易受傷害的人們(the vulnerable)，而同樣具有腐化他們的作用⁹²。

此外，英國法亦設有阻卻犯罪事由⁹³：第一，僅針對散布、展示、意圖散布或展示而持有以及單純持有等行為態樣，行為人能證明自己有正當理由者⁹⁴；第二，若行為人能證明自己並未看過系爭照片且不知系爭照片為不雅，或並無理由懷疑系爭照片為不雅者⁹⁵；第三，若照片中之「兒童」已滿16歲，且與行為人有婚姻或事實上婚姻關係(lived together as partners in an enduring family relationship)者⁹⁶；第四，出於刑事訴訟程序中必要之行為者⁹⁷；第五，系爭照片係在被告本人或其代理人並未事先要求的情況下被送達被告處，且被告已於合理期間內拋棄系爭照片者⁹⁸，均不受處罰。

三、小結

1994年，英國政府開始注意到實務上無法追訴電腦合成兒童色情的問題，因而有意修法將合成作品也納入規制。當時，有學者指出修法針對的目標不在於系

⁹² Yaman Akdeniz, *Internet Child pornography and the Law* (2008), p.75.

⁹³ 以下整理自間柴泰治(2008)，諸外国における実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する法規制の例，レファレンス，694号，57頁。

⁹⁴ 1978年法第1條第4項第a款、1988年法第160條第2項第a款。

⁹⁵ 1978年法第1條第4項第b款、1988年法第160條第2項第b款。

⁹⁶ 1978年法第1A條、1988年法第160A條。

⁹⁷ 1978年法第1B條。

⁹⁸ 1988年法第160條第2項第c款

爭合成照片本身，而是在於其產生的過程，也有論者預測將來會有越來越多真假難辨的擬似照片出現，而且英國警方相信，製作或持有擬似照片的人，日後終究會著手於兒童性濫用的行為，此外亦有主張，證據顯示擬似照片可以取代真實照片而成為加害者誘拐（grooming）兒童的道具。藉由這些主張的支持，1994 年的修法得以把正當性建立在「防制兒童性濫用」這點上⁹⁹。不過，反對見解強調擬似照片並未傷害兒童，並主張不應規制單純製造而未加以散布的行為，此外亦有論者從根本上挑戰規制持有行為的必要性，質疑這種作法是否果真保護了兒童¹⁰⁰。所以，儘管國內也存在著正反意見的爭執，但英國的立法者仍然是選擇了規制路線。

整體來說，英國法對於兒童色情的規制範圍也是日益擴張，先是處罰的行為態樣從製造、流通擴張到持有，再來是從真實作品擴張到逼真的虛擬作品，最後則是提高了兒童的年齡門檻。雖然截至目前為止，英國法的規制範圍終究沒有擴張到非逼真的虛擬作品，但其國內仍然持續存在著要求將非逼真虛擬作品入罪化的聲音¹⁰¹。

第三項 加拿大法¹⁰²

一、沿革

加拿大雖然是聯邦制的國家，但全國均適用同一部《加拿大刑法典》（The Criminal Code of Canada）。對於兒童色情的規制措施，始於 1993 年《刑法典（兒

⁹⁹ Yaman Akdeniz, *Internet Child pornography and the Law* (2008), p.21-23.

¹⁰⁰ Yaman Akdeniz, *Internet Child pornography and the Law* (2008), p.92.

¹⁰¹ 間柴泰治 (2008)，諸外国における実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する法規制の例，レファレンス，694 号，59 頁。

¹⁰² 以下整理自間柴泰治 (2008)，諸外国における実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する法規制の例，レファレンス，694 号，53-56 頁。

童色情及敗壞道德)與關稅率修正法案¹⁰³》增訂的第 163.1 條，針對兒童色情之製造、散布、販賣及單純持有等行為加以處罰。2001 年，加拿大聯邦最高法院在 R. v. Sharpe 判決中肯定了第 163.1 條的合憲性，但同時針對部分行為態樣創設了阻卻犯罪成立事由（詳如後述）。2002 年 6 月，為了因應網際網路上的兒童色情問題，又增訂了關於透過電子郵件散布、於網站上公開及故意連結（access）網路上兒童色情等行為的處罰規定。2005 年再度修法，主要為了回應 R. v. Sharpe 判決見解，一方面擴張兒童色情的定義，另一方面則將被告的抗辯事由加以嚴格化，乃成為現行規定。

二、規制的行為客體

該條所稱兒童色情包含下列三種作品¹⁰⁴：

1. 呈現未滿或被描繪為未滿 18 歲之人從事或被描繪為從事露骨的性行為，或其主要特徵係基於性之目的而描繪未滿 18 歲之人的性器官或肛門部位之照片、影片、或其他視覺表現。
2. 主要特徵係基於性之目的而描述或呈現與未滿 18 歲之人為性行為的文字或語音作品。
3. 向未滿 18 歲之人提議或勸誘從事性行為的文字、語音作品或視覺表現。

¹⁰³ An Act to Amend the Criminal Code and the Customs Tariff (child pornography and corrupting morals) (1993, c.46)

¹⁰⁴ 原文為：

Definition of “child pornography”

(1) In this section, “child pornography” means

(a) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,

(i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or

(ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years;

(b) any written material, visual representation or audio recording that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act;

(c) any written material whose dominant characteristic is the description, for a sexual purpose, of sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act;
or

(d) any audio recording that has as its dominant characteristic the description, presentation or representation, for a sexual purpose, of sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act.

由於只要是「被描繪為」未滿 18 歲且從事露骨的性行為即可符合上述 1. 的情形，所以第 163.1 條的規制客體範圍可以涵蓋貌似、電腦合成及虛擬兒童色情圖像。事實上在 2005 年 10 月，一名加拿大男子就因為輸入符合兒童色情定義的日本動畫作品而被判決有罪，而這也是加拿大的法院首次處理到兒童色情動畫、漫畫的案例¹⁰⁵。不過，在文字或語音作品的場合，由於條文僅規定「未滿 18 歲之人」而不包括「被描繪為未滿 18 歲之人」，所以應該僅限於文字或語音形式的真實兒童色情。

三、規制的行為態樣

根據處罰的輕重程度，可以區分為兩類。第一類是關於製造和流通的規制¹⁰⁶，舉凡製作、印刷、出版，或基於前述目的而持有；或發送、使之可取得、散布、販賣、廣告、進口、出口，或基於前述目的（進口除外）而持有等行為，均在禁止之列。這類行為若遭正式起訴，可處 1 年以上 10 年以下有期徒刑；若適用簡易程序，則可處 90 日以上 18 月以下有期徒刑。第二類是關於單純持有及故意連結等行為的規制¹⁰⁷。這類行為若遭正式起訴，可處 45 日以上 5 年以下有期徒刑，若

¹⁰⁵ 間柴泰治(2008)，諸外国における実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する法規制の例，レファレンス，694号，56頁。

¹⁰⁶ 原文為：

Making child pornography

(2) Every person who makes, prints, publishes or possesses for the purpose of publication any child pornography is guilty of

- (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or
- (b) an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months and to a minimum punishment of imprisonment for a term of ninety days.

Distribution, etc. of child pornography

(3) Every person who transmits, makes available, distributes, sells, advertises, imports, exports or possesses for the purpose of transmission, making available, distribution, sale, advertising or exportation any child pornography is guilty of

- (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or
- (b) an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months and to a minimum punishment of imprisonment for a term of ninety days.

¹⁰⁷ 原文為：

Possession of child pornography

適用簡易程序，則可處 14 日以上 18 月以下有期徒刑。而所謂「連結」，指的是故意使兒童色情被自己或他人瀏覽，或被發送給自己或他人的行為¹⁰⁸。

在抗辯事由方面¹⁰⁹，首先，針對製造行為，如果被告主張其相信系爭作品中的人物已滿或被描繪為已滿 18 歲，則被告必須證明自己已經採取一切合理措施確認該名人物的年齡且確保系爭作品並未將該名人物描繪為未滿 18 歲，始能阻卻刑責；其次，如果被告能證明其行為具有執法、科學、醫學、教育或美術等方面之正當目的，且對於未滿 18 歲之人並未造成不當之危險，亦可阻卻刑責。

四、重要判決

1993 年 12 月 22 日發生的藝術家逮捕事件是第 163.1 條首次被適用的案例。當時，一位名為 Eli Langer 的藝術家創作了許多繪畫及素描作品，並在多倫多的畫

-
- (4) Every person who possesses any child pornography is guilty of
- (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of forty-five days; or
 - (b) an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months and to a minimum punishment of imprisonment for a term of fourteen days.

Accessing child pornography

- (4.1) Every person who accesses any child pornography is guilty of
- (a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of forty-five days; or
 - (b) an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months and to a minimum punishment of imprisonment for a term of fourteen days.

¹⁰⁸ 原文為：

- (4.2) For the purposes of subsection (4.1), a person accesses child pornography who knowingly causes child pornography to be viewed by, or transmitted to, himself or herself.

¹⁰⁹ 原文為：

Defence

- (5) It is not a defence to a charge under subsection (2) in respect of a visual representation that the accused believed that a person shown in the representation that is alleged to constitute child pornography was or was depicted as being eighteen years of age or more unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of that person and took all reasonable steps to ensure that, where the person was eighteen years of age or more, the representation did not depict that person as being under the age of eighteen years.

Defence

- (6) No person shall be convicted of an offence under this section if the act that is alleged to constitute the offence
- (a) has a legitimate purpose related to the administration of justice or to science, medicine, education or art; and
 - (b) does not pose an undue risk of harm to persons under the age of eighteen years.

廊展出，但這些作品符合第 163.1 條的兒童色情定義，因而導致 Langer 遭到警方逮捕，5 件繪畫與 34 件素描作品遭到扣押。隨後 Langer 獲得釋放且未被起訴，不過檢方仍依據第 164 條規定向法院提起沒收該批作品的訴訟，因而引發了相關規定是否違憲的爭議。1995 年 4 月 20 日，安大略省法院作出判決，認為第 163.1 條並不違憲，但系爭被扣押的 39 件作品具有藝術價值，故不該當該條所定之兒童色情。該案經向加拿大最高法院提起上訴，但以遭到駁回收場。

2001 年 1 月 26 日，加拿大最高法院在 R. v. Sharpe 案¹¹⁰中首度對於第 163.1 條的合憲性做出判斷。該案被告被控單純持有及基於散布之目的而持有兒童色情，其主張第 163.1 條侵害表現自由而違憲。加拿大最高法院的多數意見認為，第 163.1 條雖然侵害表現自由，但並未逾越合理的限制，並不違憲；另一方面，僅針對單純持有及單純製造的行為，如果系爭作品是(1)所有者為了專供自己使用而僅由自己創作、保有的文字或視覺表現，或(2)所有者為了專供自己使用，僅由自己所創作或係描繪自己本人，而並未描繪非法的性行為，且由自己所保管的視覺記錄，完全或幾乎不具有對於兒童造成傷害的合理危險性，故可免除其刑責。

R. v. Sharpe 判決的見解表現出一種從「是否具有造成兒童遭受侵害的危險性」來認定系爭作品是否該當兒童色情的觀點，而這樣的觀點也或多或少反映在 2005 年修正的抗辯事由中。不過，R. v. Sharpe 判決見解同時認為，「防制兒童性濫用」之立法目的與「規制兒童色情」之刑罰手段間的因果關係證明，並不以嚴謹的、有具體根據的科學證明程度為必要，這點十分值得注意¹¹¹。

五、小結

¹¹⁰ R. v. Sharpe, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC2.

¹¹¹ 間柴泰治(2008)，諸外国における実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する法規制の例，レファレンス，694号，55頁，注46。R. v. Sharpe, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC2, paragraph 84-94.

《加拿大刑法典》第 5 章的標題為「性侵害、公共道德及脫序行為」(PART V SEXUAL OFFENCES, PUBLIC MORALS AND DISORDERLY CONDUCT)，而第 163 條至第 172 條屬於「易敗壞道德之犯罪」(Offences Tending to Corrupt Morals)，從體系上來看，緊接在第 163 條（有關猥褻物品之犯罪）之後的第 163.1 條也屬於侵害公共道德之犯罪類型，不過加拿大最高法院在 R. v. Sharpe 判決中已指出，系爭規定之目的在於防制兒童性濫用。第 163.1 條的兒童色情定義不僅涵蓋真實、貌似、電腦合成乃至虛擬兒童色情圖像，甚至及於文字、語音形式的真實兒童色情；且處罰之行為態樣更包括製造、流通乃至單純持有。從而，對於虛擬兒童色情的規制並不需要援用關於猥褻物品的處罰措施。學者認為，加拿大無論是在規制客體和行為態樣的廣泛上，或是在對於被告抗辯事由的限定上，其嚴峻之程度都是其他各國所難得一見的¹¹²。

第四項 德國法

一、沿革

德國刑法典經過 2003 年的修正後，不再如過去一般將內容涉及暴力、兒童性濫用及人獸性交的文書合併在同一條項（2003 年以前的舊法第 184a 條，以及更早的第 184 條第(3)項）中加以規範，而是將兒童性濫用的部分抽離出來，成為獨立的§184b。不過，相較於英美等國直接將兒童定義為未滿 18 歲之人，德國刑法典仍然沿用其一貫的兒童定義，亦即未滿 14 歲之人。不過，早在 2003 年 12 月，歐盟理事會便已做出《打擊兒童性剝削及兒童色情框架決策》，將兒童色情的「兒童」定義為未滿 18 歲之人。直到 2008 年，德國才為了將上述框架決策內國法化而再度修正刑法典，一方面保留原有的第 184b 條並做小幅度修正，另一方面新增第 184c 條關於青少年色情文書的規制條款。於是，德國法對於「兒童色情」與「青少年

¹¹² 間柴泰治(2008)，諸外国における実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する法規制の例，レファレンス，694号，56頁。

色情」的區分處理，乃成為其一大特色¹¹³。

二、規制的行為客體

德國刑法(以下同)第 184b 條所規制的「兒童色情文書」(kinderpornographische Schriften)，係指內容涉及「由兒童所為、對於兒童而為、或在兒童面前所為的性活動」的文書。所謂「兒童」，參照第 176 條第(1)項規定，係指未滿 14 歲之人。所謂「文書」，依第 11 條第(3)項的規定，除了一般意義的文書之外，尚包括錄音、錄影、數據儲存、圖畫及其他表現物。更重要的是，兒童色情的定義涵蓋「真實或接近真實的事象」(tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen)在內，依照學者的解釋，所謂事象的再現(wiedergeben)比較偏向「意義內容」(Sinngesamt)的再現，因此連虛擬事象都可包括在內¹¹⁴，從而，德國刑法的兒童色情定義可以包括動畫及漫畫等非逼真的虛擬作品在內¹¹⁵；不過亦有學者批評這種解釋已經過於擴張¹¹⁶。

至於第 184c 條所規制的「青少年色情文書」(jugendpornographische Schriften)則係指內容涉及「由青少年所為、對於青少年而為、或在青少年面前所為的性活動」的文書。所謂「青少年」係指 14 歲以上未滿 18 歲之人而言。其餘要素的解釋與「兒童色情文書」均相同。

¹¹³ 必須承認的是，筆者並不會德文，所以關於德國刑法條文的介紹，僅能仰賴德國聯邦司法部(Bundesministerium der Justiz)於 2010 年所發布的官方英譯本，以及中國大陸方面的簡體中文譯本。若提及特殊或專有名詞時，則加註原文以供各位讀者參照，合先敘明。英譯本參照 Translation of the German Criminal Code, provided by Prof. Dr. Michael Bohlander, © 2010 juris GmbH, Saarbrücken. 網址：http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html (最後瀏覽日期：2011/6/7)；中譯本參照徐久生、庄敬華譯(2004)，德國刑法典(2002 年修訂)，北京：中國方正。

¹¹⁴ vgl. Fischer, Straftgesetzbuch, 56. Aufl., 2009, §184b/5-6. 轉引自謝煜偉(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，頁 59，註 55。

¹¹⁵ 戶田典子(2009)，ドイツの青少年保護法—酒、たばこ、有害メディアの規制，外国の立法，241 号，77 頁。

¹¹⁶ 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，頁 59，註 55，該文作者自己的看法。

三、規制的行為態樣

針對「兒童色情文書」，第 184b 條所規制的行為態樣依處罰之輕重程度可區分為兩大類別。第一類是「散布」、「公然陳列、張貼、放映或以他法使他人得以利用」、「意圖用於前述行為或幫助他人為前述行為，而製造、取得、供應、保管、提供、要約、宣傳或企圖輸入或輸出」及「企圖為他人取得持有」，這類行為可處 3 月以上 5 年以下有期徒刑；若行為人係出於經濟上的動機或是身為反覆實施此類犯罪的團體一員而為之，則加重為 6 月以上 10 年以下有期徒刑。第二類是「企圖為自己取得持有」及「持有」，可處 2 年以下有期徒刑或罰金。

而針對「青少年色情文書」，第 184c 條所規制的行為態樣也可依處罰輕重程度而區分為兩大類。第一類和「兒童色情文書」的規制完全相同，包括「散布」、「公然陳列、張貼、放映或以他法使他人得以利用」、「意圖用於前述行為或幫助他人為前述行為，而製造、取得、供應、保管、提供、要約、宣傳或企圖輸入或輸出」及「企圖為他人取得持有」等行為，可處 3 年以下有期徒刑或罰金；同樣地，若行為人出於經濟上的動機或本於反覆實施此類犯罪的團體一員而為之，則加重為 5 年以下有期徒刑。第二類則是「企圖為自己取得持有」，可處 1 年以下有期徒刑或罰金；但倘若系爭文書係行為人本人於未滿 18 歲時製作，且當中所涉及之人已同意者，不在此限。由此可見，針對「青少年色情文書」，單純持有之行為並不在處罰之列。

四、小結

德國刑法第 184 條以下關於「色情文書」的各種規制條款，位於刑法典第十三章《妨害性自主罪》中。依照德國學說的看法，對於「兒童色情文書」的規制，其目的在於間接地防止兒童性濫用¹¹⁷，亦即避免成人因為接觸描寫兒童色情而產

¹¹⁷ Kinderhaeuser, LPK-StGB, §184 Rn.1. 轉引自黃榮堅（2006），棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，臺灣本土法學雜誌，89 期，頁 60，註 11。

生對兒童為性行為的動機¹¹⁸。而 2008 年增訂關於「青少年色情文書」的規制，可以說實際上就是對於保護年齡的提高，只是為了配合刑法典既有的體系，故不稱之為「兒童色情」而已。不過德國學說上也普遍承認，立法者關於色情文書所產生的負面效應，完全是基於假設而來，亦即，兒童色情文書到底會不會真的引發他人對於兒童為性行為一事，其實並沒有經過確切實證統計的證明¹¹⁹。

總結來說，在規制客體方面，德國刑法上的「兒童色情文書」與「青少年色情文書」均包括真實作品及一切虛擬作品在內；而在規制的行為態樣方面，針對兒童色情文書，意圖流通而製造、流通、持有等行為均在處罰之列，惟在青少年色情文書的場合，僅處罰意圖流通而製造及流通等行為，單純持有並不會受罰。而且相同的製造或流通行為，在青少年色情文書的場合便會得到相對於兒童色情文書較輕的處罰。對於這種區分「兒童」（未滿 14 歲者）及「青少年」（14 歲以上未滿 18 歲者）的處理方式，本文粗淺的看法認為，可能是基於青少年已具有某種程度的性自主決定權，相較於對兒童為性行為的情形來說，對青少年為性行為的可罰性是比較低的¹²⁰，如此一來，縱使是為了避免他人觀看青少年色情文書後進而實際地對青少年為性行為，其規制的強度和密度自然也無須如兒童色情文書般嚴峻。

¹¹⁸ Sch-Sch-Lenckner/Perron, §184 Rn.3. 轉引自黃榮堅（2006），棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，頁 60，註 14。

¹¹⁹ LK-Laufhuetten, §184 Rn.2; Sch-Sch-Lenckner/Perron, §184 Rn.3; SK-Horn, §184 Rn.2. 轉引自黃榮堅（2006），棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，頁 61，註 16。

¹²⁰ 在一般情形下，對於兒童為性行為者，依德國刑法第 176 條第(1)項規定，可處六月以上十年以下有期徒刑；至於對青少年為性行為者，依同法第 182 條第(1)項規定，僅限於「在剝削的情狀下」，可處五年以下有期徒刑。

第五項 法國法¹²¹

一、沿革

1992 年全面修正的法國新刑法典（1994 年施行）已經有許多相當先進的犯罪類型規定，例如法人的刑事責任、歧視罪、性騷擾罪等，且已有關於兒童性濫用或兒童色情之製造、散布等行為的處罰規定，又歷經 1998 年、2004 年、2007 年及 2010 年的修正而更加完備。學者指出，從這當中可以觀察到法國立法者一貫的立場就是保護處於弱勢的兒童¹²²。而現行的兒童色情規制是由新刑法典（以下同）第 227-23 及 227-24 條所構成。1992 年立法當時，第 227-23 條僅處罰兒童色情的製造與提供行為，2002 年，持有行為也被禁止，2007 年，不僅在網際網路上經常性瀏覽兒童色情網站的行為也被納入處罰範圍，關於其他行為態樣的處罰也被提高。綜觀歷次修正的結果，法國法的兒童色情規制可說具有既廣泛且嚴厲的特色¹²³。

二、規制的行為客體

第 227-23 條所規制的客體是「具有色情（pornographique）特徵的未成年人圖像或其他表現物（l'image ou la représentation）」。所稱未成年人係指未滿 18 歲之人（參照第 122-8 條），而且包括「看似為未成年人」的情形，但能證明拍攝或製作當時已滿 18 歲者，不在此限（本條第 6 項）。所謂「圖像」是指真實的未成年人的影像，而「其他表現物」則涵蓋一切以兒童為題材而含有色情內容作品，包括

¹²¹ 必須在這裡承認的是，其實筆者也不懂法語，但為了盡可能地讓所謂「國際趨勢」、「世界潮流」的面貌完整，筆者斗膽不揣淺陋，儘管只能高度仰賴二手資料，也還是希望能夠將法國關於兒童色情的規制現況作一概略的介紹，若有不夠嚴謹之處，尚祈各位讀者海涵。同樣地，提及特殊或專有名詞時，會加註原文以供各位讀者參照。以下參考島岡まな（2010），フランス刑法における児童ポルノ問題，法学セミナー，671 号，43-45 頁；罗结珍译（2003），法国新刑法典，北京：中国法制；以及法國政府法規入口網站（<http://www.legifrance.gouv.fr>）所提供的法國刑法典官方英譯版，網址：<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=33>（最後瀏覽日期：2011/5/24）

¹²² 島岡まな（2010），フランス刑法における児童ポルノ問題，法学セミナー，671 号，43 頁。

¹²³ 島岡まな（2010），フランス刑法における児童ポルノ問題，法学セミナー，671 号，43 頁

繪畫、漫畫、動畫、電腦繪圖等¹²⁴。至於所謂「色情」則屬委諸於法院自由判斷的規範性要素。學者指出，參照代表性的法國刑法各論教科書的說明¹²⁵，所謂色情的概念，相較於舊刑法典所使用的「對於善良風俗之侮辱」而言，要來得較為狹窄，單純的裸體或情色（eroticism）表現並不屬之；有關兒童色情的犯罪，僅僅是在保護未成年人而已。

由此可知，第 227-23 條所規制的客體包括一切虛擬兒童色情作品在內，無論有無逼真性、虛擬的程度高低，均在所不問。雖然針對貌似兒童色情設有除外條款，但舉證責任由被告負擔。本文以為，除非被告本身就是貌似兒童色情的製作者，否則想要舉證成功應該是極為困難的¹²⁶，所以從實際上的觀點來看，第 227-23 條所展現的態度應該是擺明了要規制一切型態的虛擬兒童色情。

三、規制的行為態樣

第 227-23 條第 1 項及第 2 項禁止了「意圖流通而拍攝、製造或發送¹²⁷」，以及「以任何方法提供、散布、使他人可取得」或「輸入、輸出」或「使其被輸入、輸出」等行為，違反者可處 5 年以下有期徒刑或 7 萬 5 千歐元以下罰金；又依第 3 項規定，若意圖流通兒童色情而使用供不特定公眾瀏覽的通訊網路（亦即 Internet），則加重為 7 年以下有期徒刑或 10 萬歐元以下罰金。同條第 4 項規制的是持有及經常性瀏覽兒童色情網站的行為，違反者可處 2 年以下有期徒刑或 3 萬歐元以下罰金。此外，第 5 項則針對組織犯罪的情形設有再加重的規定，可處 10 年以下有期徒刑或 50 萬歐元以下罰金。

¹²⁴ J.PRADEL=M.DANTI-JUAN, “Droit pénal spécial”, 2éd., 2002, p.465. 轉引自島岡まな（2010），フランス刑法における児童ポルノ問題，法学セミナー，671 号，45 頁，註 5。

¹²⁵ J. LARGUIER=Anne-Marie LARGUIER, “Droit pénal spécial”, 12éd., 2002, p.315. 轉引自島岡まな（2010），フランス刑法における児童ポルノ問題，法学セミナー，671 号，45 頁，註 6。

¹²⁶ 尤其是單純持有的行為人，對於一張連來源都不清楚的兒童色情圖片，要調查圖片中人的真實身分就已經非常困難了，要找人來作證更是痴心妄想的成分居多。

¹²⁷ 英譯本所使用的描述是「taking, recording or transmitting with a view to circulating it」。

由上可知，在行為態樣方面，第 227-23 條的規制範圍也幾乎囊括了從源頭的製造、中間的流通乃至末端的持有等一切行為，唯一的例外就只有不具流通意圖的單純製造行為。

四、小結

學者指出，法國早在 1975 年就廢除了一切關於色情物品的規制，雖然新刑典又開啟了關於兒童色情的規制，但並非是為了保護所謂「善良的性風俗」這類社會法益，試圖壓制人們多樣化的價值觀與思想，而是著眼於兒童虐待的防止。從 1992 年以來，第 227-23 條的處罰範圍不斷擴張，刑罰也被提高，這種發展趨勢明確地表達出立法者的意思：縱使與兒童性濫用的關聯性很低，仍然要嚴厲地加以規制¹²⁸；為了防止對於兒童的性濫用，應考慮一切的可能性而進行天羅地網式的規制，縱然因此而多少限制了居於優勢地位的成人的思想、良心及表現的自由，也是不得已的¹²⁹。當然，這種嚴罰化的立法趨勢必然有其社會或文化背景的存在。學者同時也指出，一方面法國社會中的戀童者犯罪問題相當嚴重，另一方面則是受到「兒童作為一種聖潔的存在，應當受到優厚的保護」這種傳統基督教價值觀的支配，這些都是無可否認的重要因素¹³⁰。

總而言之，法國法的規制客體涵蓋了一切真實及虛擬的兒童色情，處罰的範圍雖然不及於欠缺流通意圖的單純製造行為，但也已經囊括了意圖流通而製造、流通乃至持有等絕大部分的行為。在法國法之下，單純持有虛擬兒童色情的行為也會受到處罰，縱然是不具逼真性的漫畫或動畫，亦不例外，可以說是相當嚴峻的立法。

¹²⁸ 島岡まな（2010），フランス刑法における児童ポルノ問題，法学セミナー，671号，44頁。

¹²⁹ 島岡まな（2010），フランス刑法における児童ポルノ問題，法学セミナー，671号，45頁。

¹³⁰ 島岡まな（2010），フランス刑法における児童ポルノ問題，法学セミナー，671号，45頁。

第六項 日本法

第一款 1999 年兒童色情禁止法

一、沿革

1994 年，日本批准了聯合國兒童權利公約，不過當時的日本政府認為既有的兒童福祉法和各地方政府的青少年保護育成條例已經足夠，並不需要採取新的立法措施。然而，在 1996 年於瑞典首都斯德哥爾摩召開的「全球反兒童性剝削大會」中，來自世界各國的猛烈批判火力，都集中在日本人前往東南亞從事兒童買春，以及日本國內大量製造兒童色情等議題上，於是日本政府不得不開始採取立法手段以為因應。1998 年 5 月，在野黨向國會提出了《兒童買春、兒童色情處罰暨兒童保護法¹³¹》草案，並順利進入審議階段。同年 6 月，聯合國兒童權利委員會向日本提出呼籲，要求日本制定關於兒童買春及兒童色情的通盤對策，而要求日本規制上述問題的國際輿論也更加高漲。由於進入審議階段的草案不僅將「繪畫」納入兒童色情的定義範圍，其處罰的態樣更及於單純持有之行為，因而遭受多方批判。於是，由執政黨與在野黨議員所組成的跨黨派聯盟撤回了原先的草案，修改之後再度提交眾議院，並獲得通過。1999 年 5 月 26 日，《兒童買春、兒童色情處罰暨兒童保護法》（以下簡稱兒童色情禁止法）公佈，並於同年 11 月 1 日開始施行¹³²。2004 年，《兒童色情禁止法》修正，目的在於擴大對於網際網路上兒童色情的規制並強化罰則¹³³。2008 年，在野黨提出了將單純持有行為及創作物納入規制的修正草案，2009 年，執政的民主黨也提出了修正草案，不僅採納了在野黨版本，更主動追加了兒童色情定義的修正及取得行為的規制，惟上述兩案最終均因

¹³¹ 原文為「兒童買春、兒童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」，而日本文獻上多略稱為「兒童買春、兒童ポルノ処罰法」或「兒童買春、兒童ポルノ禁止法」。

¹³² 園田寿（2000），兒童買春・兒童ポルノ処罰法の成立，現代社会と刑事法（宮澤浩一先生古稀祝賀論文集，第三卷），307-309 頁。

¹³³ 間柴泰治（2008），諸外国における実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する法規制の例，レファレンス，694 号，48 頁。

眾議院解散而胎死腹中。所以今日所見的《兒童色情禁止法》，仍然維持在 2004 年修正後的樣貌。

二、規制之行為客體

1999 年的《兒童色情禁止法》第 1 條明白地宣示「有鑑於兒童性剝削及性濫用對兒童權利之侵害明顯重大，本法之目的在於透過處罰兒童買春、兒童色情相關行為，並規定保護因此等行為而遭受身心有害影響兒童之措施，以擁護兒童之權利」。承此，同法第 2 條第 1 項將「兒童」定義為未滿 18 歲之人，而且根據立法者（法案的提案者，以下同）的說明，僅限於真實存在之兒童¹³⁴；同條第 3 項將「兒童色情」定義為「照片、錄影帶或其他物品，而符合下列情形之一者：(1) 以視覺上可辨認之方法，描寫對於兒童所為或由兒童所為之性交或類似性交行為之姿態；(2) 以視覺上可辨認之方法，描寫他人觸摸兒童性器等部位或兒童觸摸他人性器等部位之姿態，而刺激或引發性慾者；(3) 以視覺上可辨認之方法，描寫兒童完全或部分未著衣物之姿態，而刺激或引發性慾者」。這裡所稱「性器等部位」，根據同條第 2 項的定義，係指「性器、肛門或乳頭」。又根據學者的說明¹³⁵，「兒童之姿態」僅須視覺上可辨認即足，不以直接描寫性器等部位為必要，縱使有加上所謂馬賽克等模糊處理，亦不生影響；「類似性交行為」係指「實質上可與性交等同視之的行為」，具體而言，包括「在等同於異性間性交的型態下所為，或模仿性交所為的手淫、口交、同性間性行為等」；關於「刺激或引發性慾」，根據審議過程中提案者的答詢，係以一般、通常之人為判斷基準，而非以具特殊性癖好之人為準；「衣物」係指社會通念上一般人所穿著之衣物，故社會通念上非一般人所穿著，以透明或半透明材質製作的服飾，均非本項所稱的「衣物」；而「照片、錄影帶或其他物品」均指有體物而言，故電腦數據等無體物「本身」並非本項所稱之兒童色情，然而記錄了該等數據的軟碟、硬碟、CD-ROM、MD、LD、DVD 等

¹³⁴ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，4 号，137 頁。

¹³⁵ 園田寿（1999），《解說》兒童買春・兒童ポルノ処罰法，20-32 頁。

物品，仍可該當「其他物品」而屬本項所稱之兒童色情；又因本項定義並未如日本刑法第 175 條猥褻物品頒布罪一般，將「文書」納入規制客體之範圍，故小說等文字表現並非本項所稱之兒童色情；至於「繪畫」雖然也算是「視覺上可辨認之方法」，在法案審議過程中也曾被提及，但最終並未被納入規制範圍；值得注意的是，若將實際兒童被害的場景繪製成圖畫，一般認為解釋上仍可該當「其他物品」而構成兒童色情¹³⁶。

三、規制之行為態樣

1999 年《兒童色情禁止法》所規制的行為態樣包括「散布、販賣、常業租賃，或公然陳列」（第 7 條第 1 項），「基於前項行為之目的，而製造、持有、搬運、輸入本國或從本國輸出」（同條第 2 項），而且包括「日本國民基於前項行為之目的，而輸入外國或從外國輸出」的情形（同條第 3 項）。根據日本學者的說明，「販賣」係指對不特定人或多數人之有償的讓與行為，「散布」係指對不特定人或多數人之無償的交付、讓與行為，而「常業租賃」係指以反覆繼續之意思而租賃予他人之行為¹³⁷；「公然陳列」係指使不特定人或多數人得以觀覽之行為，且不以現實上有人觀覽為必要（亦即為抽象危險犯）；「製造」包括製作原件或複本的情形；但單純個人所為的複製行為，若非基於第 1 項行為之目的，即不屬之；「持有」僅須達到事實上支配的狀態即可，並不以物理性的持有為限；而「搬運」必須有現實上的場所變動，若僅訂立契約而尚未實際搬運，仍不足當之。又本條所稱散布、販賣、租賃、持有、搬運、輸入或輸出等行為態樣，在概念上均意味著「物」之移動，從而在解釋上無法及於網際網路上的數據傳輸；因此，透過通訊線路傳送影像數據並非「搬運」，同時也無法該當「輸入」或「輸出」；雖然有判例針對行為人將猥褻圖片檔案上傳至網路硬碟供人下載之情形，將系爭硬碟解為猥褻物品，

¹³⁶ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，4 号，139-140 頁。值得注意的是，永井認為以漫畫方式記錄真實兒童受害過程，亦該當「其他物品」，而屬於「真實兒童色情」。

¹³⁷ 森山真弓、野田聖子（2005），よくわかる改正兒童買春・兒童ポルノ禁止法，95 頁。

並將設定供不特定人或多數人下載之行為解為「公然陳列」，但學者認為，除非是在直接公開播放影片的情形，否則要將網路上的數據傳送認定為「陳列」，在解釋上會有困難¹³⁸。

第二款 2004 年的修正

2004 年，《兒童色情禁止法》在規制的行為態樣方面作了大幅度的修正。本次修正的特色有三點：第一、將「追隨國際上關於兒童權利保護之動向」增列為立法目的之一；第二、因應舊法的施行狀況而提高法定刑；第三、配合聯合國《關於買賣兒童、兒童賣春及兒童色情之選擇議定書》及《網路犯罪公約》的規定，擴大處罰範圍¹³⁹。

首先在第 2 條兒童色情的定義方面，將舊法的「照片、錄影帶或其他物品」修正為「照片、電磁記錄媒體或其他物品」；這裡所稱「電磁記錄」係指以電子、磁性或其他人類知覺無法認識的方式所作之記錄，而供電腦數據處理之用者；且所稱「記錄」必須具有一定程度的永續性¹⁴⁰。其次在第 7 條處罰的行為態樣方面，配合《兒童色情議定書》及《網路犯罪公約》的規制範圍，不再區分有償或無償，直接以「提供」及「對不特定人或多數人提供」取代舊法所列舉的「散布、販賣、常業租賃」等行為，而形成下列四種態樣：1.對特定人提供，包括透過電信線路之方式（第 7 條第 1 項）；2.基於前項之目的，而製造、持有、搬運、輸入或輸出，或保管電磁記錄（第 7 條第 1 項）；3.對不特定人或多數人提供，包括透過電信線路之方式，或公然陳列者（第 7 條第 4 項）；4.基於前項之目的，而製造、持有、搬運、輸入或輸出，或保管電磁記錄（第 7 條第 5 項）；此外，針對單純供個人收藏

¹³⁸ 園田寿（1999），《解說》兒童買春・兒童ポルノ処罰法，44-49 頁。

¹³⁹ 森山真弓、野田聖子（2005），よくわかる改正兒童買春・兒童ポルノ禁止法，58-60 頁。

¹⁴⁰ 森山真弓、野田聖子（2005），よくわかる改正兒童買春・兒童ポルノ禁止法，77-78 頁。

觀賞之用而「製作¹⁴¹」兒童色情之行為，亦增設處罰規定（第7條第3項）。

第三款 學說上的議論

在1999年《兒童色情禁止法》制定前，日本對於性表現的法律規制架構，向來都是以刑法典關於猥褻表現的規制為中心，至於不具猥褻性但對青少年有害的性表現，則由地方自治法規層級的青少年保護條例加以規制，或是由《風俗營業法》加以約束。相較於歐美諸國將兒童色情理解為兒童性剝削及性濫用問題的一環，視為一種獨特的性表現類型而加以規制的作法，日本僅透過一般的性表現規制架構加以因應。所以，描繪兒童裸體或兒童從事性活動的作品若是無法滿足猥褻性或對青少年的有害性等要件，實際上就會被放任不管，於是日本成為了網際網路上毫無節制地大量發送兒童色情的源頭，為此飽受國際輿論的批評¹⁴²。而有別於以社會的善性風俗為保護法益且主要著眼於以成人為描繪對象的日本刑法第175條猥褻物品頒布罪，《兒童色情禁止法》所規制的兒童色情縱使尚未達到猥褻的程度，其製造過程即為兒童性剝削或性濫用的行為，而且其本身又是系爭兒童受害過程的半永久記錄，故對於兒童的侵害極為嚴重。在這個意義上，《兒童色情禁止法》是基於兒童保護的觀點嘗試對於向來猥褻物品規制所無法涵蓋的範圍加以新的規制¹⁴³。然而，無論是在兒童色情的定義方面，或是在處罰的行為態樣

¹⁴¹ 《兒童色情禁止法》第7條第3項的原文為：「前項に規定するもののほか、児童に第二条第三項各号のいずれかに掲げる姿態をとらせ、これを写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物に描写することにより、当該児童に係る児童ポルノを製造した者も、第一項と同様とする。」簡單來說，該項所處罰的行為僅限於第一手的製作原本行為（例如將系爭兒童姿態拍攝、錄製為DVD），而不及於第二手以後的複製行為（例如將他人持有的DVD拷貝一份供自己觀賞）。為了行文之便，本文姑且將該項所處罰的行為態樣簡稱為「製作」，以有別於「製造」。

而根據立法者的說明，將單純複製行為排除於處罰範圍外的理由是：這種製作原本的行為雖未對兒童有所強制，但仍是一種兒童性剝削的行為，其不僅會對兒童造成身心傷害，更創造了後續流通的危險性，所以具有較高的可罰性；但相較之下，單純複製的行為對於兒童的身心傷害就小得多，況且數位資料的複製非常簡單而容易，從刑罰均衡的觀點來考慮的話，若非基於提供他人之意圖而複製，似乎尚無施以刑罰之必要。參照森山真弓、野田聖子（2005），よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法，99-100頁。

¹⁴² 永井善之（2003），児童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67卷，4号，134頁。

¹⁴³ 園田寿（2000），児童買春・児童ポルノ処罰法の成立，現代社会と刑事法（宮澤浩一先生古稀

方面，《兒童色情禁止法》都存在著許多問題，因而招致不少批判。儘管 2004 年的修正解決了部分網際網路上兒童色情的適用問題，但兒童色情的定義並未修正，故本來即存在的問題仍舊沒有獲得解決。

一、關於兒童的年齡範圍

有學者批評，即使是為了和《兒童權利公約》及《兒童福祉法》接軌，「未滿 18 歲」的年齡設定也嫌過高，例如在 16、7 歲少女自願擔任模特兒拍攝裸體寫真集的情形，否定其性的自主決定權，恐非妥當¹⁴⁴。此外亦有女性學者指出，關於年紀較大的「兒童」拍攝寫真集的情形，本人的同意應如何評價，也和性交同意年齡（日本刑法上設定為 13 歲）的問題有關，應有加以檢討的必要；但性交同意年齡的設定本身亦應一併檢討¹⁴⁵。

二、關於「兒童之姿態」

學者指出，第 1 款兒童色情所稱的「性交或性交類似行為」過於嚴格，無法包括在整個性濫用過程中，發生於這類行為前後的兒童姿態，例如有穿著衣物的兒童身體被人觸摸、兒童看著成人展示性器而露出困惑表情、面露懼色但有穿著衣物的兒童等，在現行法下均不受規制；學者並質疑此一結果的合理性¹⁴⁶。亦有學者批評，利用同一次機會對同一受害者所拍攝的一連串照片，從前後的脈絡可判斷出實際上有兒童性濫用行為，則理論上每一張照片都應該是「兒童性濫用的被害記錄」而屬兒童色情，然而該法的定義卻可能導致部分照片明明透露出兒童性濫用的跡象，卻因為不符合定義要素而被排除於規制範圍之外，故該法有明顯的缺陷¹⁴⁷。

祝賀論文集，第三卷），311 頁。

¹⁴⁴ 園田寿（2000），兒童買春・兒童ポルノ処罰法の成立，現代社会と刑事法（宮澤浩一先生古稀祝賀論文集，第三卷），322 頁

¹⁴⁵ 後藤弘子（2010），兒童ポルノ規制をどう考えるか，法学セミナー，671 号，42 頁。

¹⁴⁶ 安部哲夫（2010），なぜ兒童ポルノは規制されるのか？，法学セミナー，671 号，37 頁。

¹⁴⁷ 園田寿（2010），兒童ポルノ禁止法の問題点，法学セミナー，671 号，35 頁。

相較於第 1 款被批評為範圍過窄，第 2 款及第 3 款兒童色情所描述的行為態樣則是過於廣泛，因而遭受批評。儘管立法當時，為了避免一般家庭相冊中常見的嬰幼兒成長記錄照片也被納入兒童色情範圍，添加了「刺激或滿足性慾」之限制，但如後所述，此一要件不但沒有解決問題，反而製造更多問題。況且，縱使增加此一要件，由於所謂「衣物」在解釋上仍有許多模糊地帶，如穿著緊身體操服、比基尼泳衣或披著浴巾等兒童的姿態仍可能該當第 3 款兒童色情，雖有主張應限縮於姿態煽情者¹⁴⁸，但亦有論者批評，所謂煽情與否的認定，仍會依據不同年齡、性別或社會價值觀而有所差異，故此一要素並無明確化的效果¹⁴⁹。

三、關於「刺激或滿足性慾」

第 2 款及第 3 款兒童色情定義均包含了「刺激或滿足性慾」，但第一款則無。一般認為，這是因為第一款情形在「類型上」可認為必然會刺激或滿足性慾¹⁵⁰。然而這種移植自猥褻物品概念¹⁵¹的兒童色情定義，從制定之初便飽受學者批評。首先，在定義中混入了這類有待法官為價值性或評價性判斷的要素，會讓兒童色情的概念變得非常不明確；其次，相較於刑法上的猥褻物品尚以「過度地」刺激或滿足性慾為必要，兒童色情則無須受此限制，如此一來，具有藝術性質的作品可能也會受到規制¹⁵²；再者，最大的問題是，如依立法者所言，所謂刺激或滿足性慾的判斷基準為「一般人」，那麼，17 歲少女自願擔當模特兒而拍攝的性感泳裝寫真集，就有可能因為「足以刺激或滿足一般人的性慾」而被認定為第 3 款兒童色情；相反地，遭受性濫用而暴露私處的 6 歲女童照片，卻會因為「無法刺激或

¹⁴⁸ 例如森山真弓、野田聖子（2005），よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法，80 頁。

¹⁴⁹ 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，42 頁。

¹⁵⁰ 森山真弓、野田聖子（2005），よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法，79 頁。

¹⁵¹ 依照日本向來判例的見解（最判昭和 26・5・10 刑集 5 卷 6 号 1026 頁），猥褻係指「過度地刺激或滿足性慾，且有害於一般人正常的性羞恥心，而違反善良的性道義觀念者」，參照西田典之（2005），刑法各論，3 版，355 頁。

¹⁵² 園田寿（2000），児童買春・児童ポルノ処罰法の成立，現代社会と刑事法（宮澤浩一先生古稀祝賀論文集，第三卷），323 頁。

滿足一般人的性慾」而不受規制¹⁵³，造成極大的矛盾。然而，縱使「一般人基準」有此缺陷，也不能因此就改採「戀童者標準」，否則此一要件將完全喪失意義，進而導致一般家庭中的嬰幼兒成長記錄照片也淪為兒童色情。

四、關於兒童的「實在性」

從兒童權利保護的觀點出發，實際上存在被害兒童的真實兒童色情理應受到規制，並無爭議。日本的立法者及學者多認為，以繪畫方式記錄實際兒童被害過程的作品亦在規制範圍內，相信也是本於此一觀點而得出的結論¹⁵⁴。然而虛擬兒童色情及電腦合成兒童色情是否在規制範圍內，仍不無疑問。儘管立法者曾指出，將「繪畫」從兒童色情定義的列舉中刪除，就是為了避免使人誤解，以為描繪虛構兒童的色情漫畫也受規制¹⁵⁵，判例與多數學說見解亦採取「個人法益說」的觀點，認為實際上並無被害者的虛擬兒童色情不在該法之規制範圍內；但仍有少數學說見解採取「社會法益說」的觀點，主張該法的保護法益係「不以兒童為性慾對象的社會環境」及「全體兒童健康成長的權利」，況且兒童的真實存在並非文義解釋上的必然要求，故認為完全虛構的作品亦可該當兒童色情¹⁵⁶。而關於電腦合成兒童色情，雖然立法者也曾表示，該法的兒童色情定義所稱「姿態」是由身體部分所構成，若系爭色情圖像中的身體部分並非真實兒童的身體，而係成人的身體或是作畫而來，則仍不該當兒童色情；但在法案審議過程中，亦有實務家或議員主張，如果系爭色情圖像具有高度逼真性，且其中的兒童身分可得特定，則就作品整體之評價而言，仍可將其中（臉部）的兒童理解為被害者，而認定系爭圖

¹⁵³ 園田寿（2010），兒童ポルノ禁止法の問題点，法学セミナー，671号，34-35頁。

¹⁵⁴ 相對地，美國法上似乎很少看到這方面的議論。原因為何，耐人尋味。

¹⁵⁵ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67卷，4号，149頁。身為立法者之一的森山真弓及野田聖子亦在其著書中表示，至少就2004年修正的現行法而言，漫畫、卡通、電腦遊戲等虛擬兒童色情並不在規制範圍內。參照森山真弓、野田聖子（2005），よくわかる改正兒童買春・兒童ポルノ禁止法，182頁。

¹⁵⁶ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67卷，4号，144-145頁。

像該當兒童色情，且學說上亦有採此見解者¹⁵⁷。不過亦有學者指出，在這類電腦合成的情形，對於被合成頭像的少女來說固然是名譽受損，但並未對該少女有任何性剝削或性濫用行為，所以在解釋論上會有困難¹⁵⁸。此外尚有學者從個人法益的觀點出發，認為規制兒童色情的理由不僅在於「性濫用行為本身」及「受害記錄的製作本身」對於兒童身體上、精神上健全性的侵害，也在於「受虐事實的流傳散布」對於當事者兒童名譽及身心健全性的傷害，所以在不處罰單純持有行為的前提下，透過解釋將具有身分特定性及高度逼真性的電腦合成兒童色情或虛擬兒童色情納入規制範圍，是可以通過合憲性檢驗的¹⁵⁹。

五、關於「單純持有」的可罰性

對於單純持有的入罪化，不同學者的看法頗為分歧。第一種見解認為，所謂「斷絕需求市場」的說法雖然言之成理，但是在第 3 款兒童色情定義過於模糊，可能連一般家庭中的嬰兒成長記錄或 16、7 歲少女所拍攝的性感泳裝寫真集都會被涵蓋的現況下，處罰單純持有行為恐怕會對個人隱私或表現自由造成過度的侵害¹⁶⁰。第二種見解則認為，贊成規制的理由是可以成立的，但基於刑罰最後手段性的要求，採用無罰則的訓示規定以宣示其違法性，應該就可以充分達到立法目的了¹⁶¹。不過亦有女性學者從其他觀點對於上述兩種看法加以質疑：第一，父母幫小孩拍裸體照片本身就有問題，在沒有得到兒童同意，或利用身為父母的權力來得到兒童同意的情況下，把兒童的裸體用照片等形式記錄起來，這種行為能夠被正當化嗎？第二，讓年齡稍長的未成年少女拍攝泳裝寫真集，是一種透過消費她們年齡和身體的不平衡（unbalance）來取樂的行為，在這個意義上，認定為是

¹⁵⁷ 永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，4 号，141 頁。

¹⁵⁸ 園田寿（1999），《解説》兒童買春・兒童ポルノ処罰法，31 頁。

¹⁵⁹ 詳請參閱永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，4 号，150-155 頁。

¹⁶⁰ 園田寿（2000），兒童買春・兒童ポルノ処罰法の成立，現代社会と刑事法（宮澤浩一先生古稀祝賀論文集，第三卷），307-309 頁；園田寿（2010），Q&A 兒童ポルノ禁止法，法学セミナー，671 号，33 頁；園田寿，兒童ポルノ禁止法の問題点，法学セミナー，671 号，34 頁。

¹⁶¹ 安部哲夫（2010），なぜ兒童ポルノは規制されるのか？，法学セミナー，671 号，38 頁。

一種性濫用、性剝削毋寧是比較容易的¹⁶²。

第四款 小結

綜上所述，日本法關於兒童色情的定義時而過廣時而過狹，又與猥褻概念有所掛勾，因而造成了許多解釋適用上的困難。採取個人法益說的學者認為，規制兒童色情的主要理由就在於系爭作品是兒童受虐的被害記錄物，所以應將重點置於實際上性濫用行為的存在，明確定義性濫用行為的範圍，甚至建議放棄「兒童色情」一詞，直接正名為「性濫用記錄物」¹⁶³；至於實際上並未發生性濫用的虛擬兒童色情，則歸由猥褻物品罪或青少年健全育成條例來處理¹⁶⁴。亦有學者兼採個人及社會法益說，認為兒童色情的本質就是對於兒童的性剝削，容忍對於「虛擬兒童」為性剝削、性濫用的作品，就意味著承認「將兒童當作性的對象加以消費是沒關係的」，而「禁止將兒童作為性的對象而加以剝削」一事，很難說與「維持善良的性風俗」無關，所以應該再次釐清透過「猥褻」與「兒童色情」之間的關係，才可能將《兒童色情禁止法》特定在性剝削、性濫用的記錄物方面¹⁶⁵，似乎也贊同將虛擬兒童色情委諸於猥褻物品規制處理。而民主黨於 2009 年 3 月向國會提出的修正草案，也展現了將兒童色情與猥褻概念切離的態度¹⁶⁶。未來日本是否會走上與美國相同的道路，將兒童色情與猥褻脫勾處理，值得關注。

總而言之，日本法對於兒童色情的規制，依照立法者和多數學者的看法，在客體方面僅限於視覺形式的真實兒童色情，並未包括虛擬作品在內；至於在行為態樣方面，單純製造、意圖流通而製造、流通及意圖流通而持有等行為均在處罰之列，但不及於單純持有的行為。雖然虛擬兒童色情仍然可能依刑法第 175 條猥

¹⁶² 後藤弘子（2010），兒童ポルノ規制をどう考えるか，法学セミナー，671号，42頁。

¹⁶³ 例如園田寿（2010），兒童ポルノ禁止法の問題点，法学セミナー，671号，36頁。

¹⁶⁴ 例如安部哲夫（2010），なぜ兒童ポルノは規制されるのか？，法学セミナー，671号，39頁。

¹⁶⁵ 例如後藤弘子（2010），兒童ポルノ規制をどう考えるか，法学セミナー，671号，42頁。

¹⁶⁶ 安部哲夫（2010），なぜ兒童ポルノは規制されるのか？，法学セミナー，671号，37頁。

褻物品頒布罪加以規制，但由於「猥褻」的判斷係以「一般人」為標準，故許多符合兒童色情定義的作品都可能無法符合猥褻物品定義，而且事實上，透過官方與民間團體協力運作的出版品分級制度，該條規定適用的機會已經大幅地減少¹⁶⁷，所以從贊成規制虛擬兒童色情的立場來看，日本法的規制強度和密度或許是相當「不足」的。

第三節 各國立法例的比較分析

第一項 自規範體系的特徵觀察

首先，在規制虛擬作品的各國法制中，依據是否將「逼真」和「非逼真」的虛擬作品切割處理，可以區分為「一元制」與「二元制」兩種類型；其次，依據「非逼真」的虛擬作品是否也被放在規制兒童色情的脈絡下¹⁶⁸，又可再區分為「單軌制」及「雙軌制」。採取「一元制」的國家有德國、法國、加拿大；而採取「二元單軌制」的國家是美國；至於採取「二元雙軌制」的則是英國。至於日本則和我國一樣，由於並未規制虛擬作品，故不屬於上述任何一種類型。

從美國和英國的立法沿革來看，形成「二元制」規範體系的主要原因，應該就是電腦合成及電腦繪圖技術的出現；由於英美的兒童色情規制始於1970年代後期，當時的立法者無法預見逼真虛擬作品的存在，所以到了1980至1990年代，才為了解決所謂「難以分辨」的問題，而開始醞釀將逼真的虛擬作品納入規制。相反地，採取「一元制」的國家大多是在1990年代才展開兒童色情的規制，或許是由於有英美的經驗可供參考，已經沒有必要將電腦合成作品切割出來處理，所以就直接採取了「一元制」的規範體系。不過，從1990年代當時的相關論述來看，無論是採取「一元制」還是「二元制」的國家，似乎都還沒有意識到（通常不具

¹⁶⁷ 參照司法院釋字第617號解釋的許玉秀大法官不同意見書中的說明。

¹⁶⁸ 反之則是被放在規制猥褻物品的脈絡下，甚至根本不受規制。

逼真性的) 日本色情動畫、漫畫乃至電玩的問題，然而「一元制」的立法例卻已經為日後的規制鋪好了路，這到底是該國立法者的先見之明，還是僅僅出於偶然，於此尚不得而知。

至於「二元單軌制」與「二元雙軌制」的區分，最大的差異就反映在「持有非逼真虛擬作品是否應予處罰」這點上。採取「單軌制」的美國法儘管將非逼真虛擬作品的規制放在聯邦法典規制猥褻物品的章節中，但從單純持有也會被處罰這點來看，仍然呈現出不折不扣的兒童色情規制思維，亦即「防止刺激兒童性濫用犯罪」。至於英國何以未將非逼真的虛擬作品納入規制，於此亦無法提供答案，只得留待日後更進一步的研究。

第二項 自規制客體的廣泛程度觀察

對於虛擬兒童色情的規制，其規制客體到底應該廣泛到什麼程度，從國際公約、區域協定及各國法制的最大公約數來看，能夠說有「共識」的頂多就是逼真的虛擬作品了；至於針對非逼真的虛擬兒童色情作品，各國的作法就相當分歧，尚難稱為「國際共識」。對於採取一元制的加拿大、法國來說，規制虛擬作品本來就不是問題，而對於二元單軌制的美國來說，聯邦刑法典§1466A 的打擊範圍也可以及於非逼真的虛擬作品；但《歐盟框架決定》、《網路犯罪公約》以及英國、日本的法制均未將非逼真的虛擬作品納入規制。

至於貌似兒童色情的問題，固然《兒童權利公約》、《網路犯罪公約》和《歐盟框架決定》都表現出原則上應加以規制的態度，但從各國立法例來看，貌似兒童色情往往並沒有被當成一種獨特的類型來處理。本文以為，這是立法技術和實際需求所導致的結果。首先，採取一元制的國家通常採用「看似為」(appears to) 或「被描繪為」(be depicted to) 這種構成要件設計，亦即將判斷重心放在觀看者

的感受上，所以只要觀看者覺得那是未成年人，原則上就會該當兒童色情，頂多是另外給予被告舉反證推翻的機會而已；其次，採取二元制的國家則是透過「逼真」與「非逼真」的區別來設計構成要件，所以貌似兒童色情無可避免地會消融在這種區別中，亦即，如果畫面中的人看起來很像（真實的）未成年人，就會落入「逼真虛擬作品」的範疇¹⁶⁹，相反地如果看起來不像（真實的）未成年人，就會落入「非逼真虛擬作品」的範疇。最後，從筆者蒐集到的文獻來看，對於貌似兒童色情的討論其實不多見¹⁷⁰，筆者以為，這可能是因為成人通常無法扮演未達青春期、尚未發育的兒童，所以對於這類作品的供給和需求恐怕並不存在；至於由成人扮演已發育的青少年，如果一看就知道顯然超過 18 歲甚多，只是故意穿上童裝或學生制服演出，那麼當然可以馬上排除，不成問題，但如果畫面中的人看起來是已發育的青少年但又無法看出是否低於 18 歲，則無論是法官或陪審團，恐怕都很難形成有罪的心證，所以這種案件或許根本就不會被偵辦或起訴。

此外，關於兒童色情的「色情」要素的判斷，有些國家是直接定性為構成要件中的規範性要素，而委諸於法院的自由判斷，例如法國法上的「色情」（pornographique）、加拿大法上的「露骨的性行為」（explicit sexual activity）、英國法上的「不雅」（indecent）及德國法上的「性行為」（sexuelle Handlungen）等；至於美國雖然不厭其煩地列舉各種構成「露骨的性行為」（explicit sexual activity）的情形，但仍然無可避免地摻雜了一些規範性要素在內，例如「好色的」（lascivious）等。

¹⁶⁹ 畢竟貌似兒童色情也是「廣義的」虛擬兒童色情。

¹⁷⁰ 例如永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（一）：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，3 号，105-154 頁；永井善之（2003），児童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，4 号，110-166 頁，這兩篇以虛擬兒童色情為主題的連載文章篇幅超過 100 頁，但論及貌似兒童色情的情況卻屈指可數，甚至往往是放在註腳中附帶說明而已。

第三項 從規制的行為態樣廣泛程度觀察

虛擬兒童色情的製造過程並不涉及兒童性濫用，所以後續的流通乃至持有也沒有所謂「延續、擴大傷痛」或「供需市場」的問題。從而各國立法者在設定虛擬兒童色情規制的行為態樣範圍時，考量的重點也幾乎都是放在「對於兒童性濫用的刺激或助長作用上」。於是我們可以看到，《兒童權利公約》並未要求單純持有行為的入罪化；《網路犯罪公約》也讓各締約國可以自行選擇是否將單純取得及持有等行為入罪化；而《歐盟框架決定》亦針對僅供個人使用而無散布危險的製造及持有行為，提供了除罪化的可能性；此外，德國、法國也並未將不具散布意圖的單純製造行為入罪化。這些作法反映的就是，不少國家的立法者認為某些行為態樣的危險性較低，所以入罪化的必要性也隨之降低。

然而，英國、美國及加拿大這三個英語系國家卻是不約而同地將單純製造及單純持有行為一律入罪化。英國的情形比較可以理解，因為其規制的虛擬作品僅限於逼真的「擬似照片」，而其入罪化的理由之一就是為了防堵被告抗辯「無受害兒童」，反過來說，假設被告抗辯成功，則縱然系爭照片的製作過程真有兒童受害，製造者（以及作為「共犯」的持有者）仍可逍遙法外，所以姑且不論妥當與否，至少英國的作法是有其脈絡可循的。但是美國和加拿大的情況就比較耐人尋味，尤其美國採取的是「二元制」，關於非逼真虛擬作品的規制是在2003年的PROTECT法案通過後才確立下來的，由於是在猥褻物品的章節中新增條文，大可重新斟酌規制客體的性質而設計規制的行為態樣範圍，然而美國的作法卻很明顯的是將既有的兒童色情規範體系完全「拷貝」一份放到猥褻物品的章節中（連法定刑都完全一樣），或許只是為了避免再度被宣告違憲，才把規制範圍限定在兼具「猥褻性」的情況而已¹⁷¹；究其原因，或許正如學者所指出的，1996年CPPA的登場，表示

¹⁷¹ 因為依照美國聯邦最高法院的見解，猥褻言論並不受憲法第一修正案的保障。

美國的立法者認為「兒童色情本質上就是邪惡的¹⁷²」，於是作為 CPPA 被宣告違憲之後的「救援投手」而登場的 2003 年 PROTECT，自然也不脫這種思維了；換句話說，既然兒童色情本質上就是邪惡的，那麼無論真實或虛擬作品都一樣邪惡，製造或散布者「其心可誅」，持有者也一樣邪惡，至於作品逼真與否，其實已經沒有什麼差別了。

第四項 小結

透過相關國際公約、區域協定及各國法制的考察，儘管不同法制的歷史背景、規範構造都有著許多差異，但我們仍然可以看出國際間確實存在著某種共識：逼真的虛擬兒童色情應該受到規制，無論電腦合成或電腦繪圖作品皆然。至於單純製造或持有的行為是否應該受到規制，以及規制客體是否應該擴張到非逼真的虛擬作品等問題，則尚未形成穩定的共識。

第四節 本章小結

在本章中，我們確認了某程度上確實存在的「國際共識」，也觀察了各國法制的特色及思維。但必須承認的是，所謂「國際共識」仍然難以擺脫「歐美共識」或「西方共識」的色彩。例如日本無論在國際地位、經濟發展或法學成就上，都是東亞地區數一數二的國家，然而在虛擬兒童色情的規制上，日本至今仍未「與國際接軌」。尤其在刑事法的領域中，美國、德國與日本向來都是我國學習仿效的「先進國家」代表，然而在虛擬兒童色情的規制上，這三個國家卻剛好依序呈現出「由嚴厲到和緩」的降冪排列。這種現象不免令人開始懷疑，所謂的國際共識是否真的是「共識」？還是美國挾其超強地位，透過全球化浪潮將自身文化價值

¹⁷² Debra D. Burke, "The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question", 34 *Harvard Journal of Legislation* (1997), p.52. 轉引自高玉泉 (1998)，論網際網路上兒童色情資訊之法律管制，政大法學評論，60 期，頁 188，註 33。Also See Yaman Akdeniz, *Internet Child Pornography and the Law* (2008), p.97.

觀推銷到全世界的產物？

其次，我們在第三章中已經討論過贊成及反對規制虛擬兒童色情的議論。當時我們已經發現，贊成規制的幾項理由其實都是有瑕疵的：用「難以分辨」當作逼真作品入罪化的理由，可能違反罪疑唯輕原則；用「妨害兒童青少年身心健康」當理由，可能違反刑法的最後手段性原則；就算用「刺激、助長兒童性濫用」當理由，也會面臨危險性欠缺實證基礎的質疑。然而儘管如此，所謂的「國際共識」仍然毅然決然地將逼真的虛擬作品入罪化。這也令人懷疑，難道歐美「先進」國家的立法者都不考慮這些問題？更微妙的是，如果要談「對於兒童性濫用的刺激、助長作用」，那麼逼真和非逼真作品不都會「散播可怕思想」嗎？不都可以「用於引誘兒童」嗎？為什麼會產生只規制逼真作品的所謂「國際共識」呢？如果真的是為了解決「難以分辨」的問題，那麼我們不禁又要質疑，這種問題真的有那麼嚴重嗎？需要犧牲刑事法的基本原則來「解決」它？如果真的很嚴重，那為什麼我國從未發生過類似問題？真的是我國的被告「太笨」嗎？還是，說不定事實上根本就沒有多少「難以分辨」的案件？

由上可知，儘管我們可以肯定所謂「國際共識」的存在，然而這項「共識」的本身仍然存在著許多的可疑之處。如果沒有加以檢討、反省就全盤接納，美其名是「與國際接軌」，實際上會不會只是被有心人士牽著鼻子走，然後破壞了我國法制的合理性，亦未可知。所以，本文將在下一章中針對所謂「國際共識」加以批判，並嘗試更深一層地探尋促成虛擬兒童色情規制的社會心理因素。

第五章 對於虛擬兒童色情入罪化趨勢的反思

第一節 逼真作品入罪化是罪疑唯輕的例外？

如前所述，贊成規制虛擬兒童色情的理由之一，就是為了避免在追訴真實兒童色情犯罪的場合中，給予被告藉由所謂「虛擬抗辯」(virtual pornography defence)的提出，使法院無法形成超越合理懷疑的心證而獲判無罪的機會，進而造成真實兒童色情的規制無法落實。雖然持反對意見者認為這會違反罪疑唯輕原則，不過這個問題恐怕並不是一句「違反罪疑唯輕原則」就可以完全解決的，因為，任何原則都可能有例外，而在文獻上也確實可以看到某些被認為是「罪疑唯輕原則的例外」的制度設計。所以，於此值得探究的兩個問題是：第一，從理論面來說，逼真虛擬作品的入罪化是否可以成為罪疑唯輕的例外？第二，從實際面來說，逼真虛擬作品是否果真會導致訴訟上的證明困難？換句話說，開啟例外的「必要性」是否存在？透過這兩個問題的探討，可以讓我們在法律本身的層次上檢驗所謂「國際共識」是否值得學習與仿效。

第一項 罪疑唯輕原則的意義

罪疑唯輕原則指的是拉丁法諺「in dubio pro reo」，亦即「存有疑問時應作有利於被告的決定」，所以也稱為「有疑唯利被告原則」。依照此原則，當法院窮盡一切事實調查之能事後，如果對於部分重要事實之存在與否仍舊無法排除懷疑，就必須依照對被告最有利的可能性來下判決。而這樣的原則也宣示了現代法治國家對於刑事司法的基本價值觀：我們不容許一個在刑事程序中沒有被完全證明的事實對於被告產生不利的後果。學者指出，無論是在德國或臺灣，這樣的想法都被廣泛地承認，甚至被譽為「法治國的基礎原則」。但有趣的是，罪疑唯輕原則雖然一方面在核心領域受到百分之百、完全一致的肯認，另一方面卻又在許多細節部分

具有高度的爭議性¹。

罪疑唯輕原則的本質是一種「裁判規則」，亦即指示法官在事實不明的情形下要如何做出一個實體決定的規則。其實，刑事程序上處理事實不明的可能模式並非僅有「罪疑唯輕」一種。例如古日耳曼普通法的糾問程序所採的「嫌疑刑罰」制度，就允許法官在被告雖涉有嫌疑但現存證據並不足以定罪的情況下，作成一個科處較輕刑罰的有罪判決。然而，這種制度看似折衷，其實已經嚴重地偏離了現代法治國家的基本價值觀，因為任何一個無辜的人都有可能陰錯陽差地成為刑事程序中的被告，這種作法形同是處罰被告與該案件「有所牽連」，而不是在處罰其犯罪行為；況且這樣的處罰也與刑罰的基本理念不符，因為涉有嫌疑的人未必是真正的犯罪人，對於無辜者施加的刑罰，既無應報可言，更違背公平正義，無法發揮預防犯罪的效果。因此學者指出，現代法治國家已經不再容許嫌疑刑罰的存在。不過，透過這點我們也可以瞭解到，裁判規則究竟應設計為「有疑唯利被告」或「有疑唯不利被告」，其實並非單純的邏輯問題，而是在權衡兩者法律效果的利弊得失之後所做出的一種基本價值選擇。畢竟，「有疑唯不利被告」雖然可能造成冤獄，但「有疑唯利被告」也可能造成真正犯罪人逍遙法外。只是有鑑於刑罰無論在倫理非難或權利侵害的程度上都特別嚴重，所以「對於一個無罪之人作出有罪判決」便顯得更加不正義，而這樣的風險是一個以人性尊嚴為基點的現代法治國家所不能承受的²。簡而言之，罪疑唯輕原則之所以成為「原則」，是兩害相權取其輕的價值選擇結果，而非邏輯上的必然。所以，罪疑唯輕原則仍然保留了限縮適用或創設例外的可能性，例如刑法學理上所謂的「選擇確定」理論，即屬一例。

¹ 蔡聖偉（2008），論罪疑唯輕原則之本質與適用，收錄於氏著，刑法問題研究（一），頁 3-4。

² 蔡聖偉（2008），論罪疑唯輕原則之本質與適用，收錄於氏著，刑法問題研究（一），頁 7-8。

第二項 罪疑唯輕原則的「例外」或「限縮」

談到罪疑唯輕原則的例外，最容易被提及的就是德國法上的「選擇確定」(Wahlfeststellung)理論。亦即，當現存證據顯示被告必然有違犯兩個不同罪名的其中之一，卻因重要事實有部分無法證明，導致無法斷定究竟何者方屬正確，倘若針對不同罪名分別適用罪疑唯輕原則，勢必僅能判決被告無罪，然而這種結論不僅嚴重違背社會大眾的法律感情，同時也將使刑罰的應報與預防作用雙雙落空；因此，一方面為了避免被告獲得其不應得的利益，另一方面也為了避免法官不願縱放被告而粗暴地認定事實，德國通說與實務認為，此時法院仍然可以作出有罪判決，但必須在判決主文中記載罪名的選擇確定性，且僅能依較輕的罪名科刑。例如警方在被告住處尋獲一輛失竊賊車，經調查後已排除被告在不知情的情形下取得該車的可能性，但仍無法確定被告究竟是自行竊取該車(竊盜罪)還是自他人處故意買受(贓物罪)，此時法院若援用選擇確定而下有罪判決，應於判決主文中記載「被告依竊盜罪『或』贓物罪判處有期徒刑……」³。由此可知，選擇確定理論作為罪疑唯輕原則的例外，其正當化的依據是來自於被告行為至少已經具備一定程度的可罰性，依較輕罪名科刑並不違背罪責原則這點。

除了選擇確定理論之外，文獻上還有提到的是誹謗罪的真實證明條款，亦即我國刑法第 310 條第 3 項前段「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」的規定⁴。司法院大法官釋字第 509 號解釋的吳庚大法官協同意見書指出，上開規定與德國刑法第 186 條第 1 項但書的規定相當，而德國通說認為該項但書就是對於罪疑唯輕原則所為的例外規定⁵。也就是說，當行為人所指摘或傳述之事的「真

³ 蔡聖偉(2008)，論罪疑唯輕原則之本質與適用，收錄於氏著，刑法問題研究(一)，頁 50 以下。

⁴ 關於此一條款在犯罪結構上的定位，學說上約有「阻卻違法事由說」及「客觀處罰條件說」等兩種不同看法。參照林鈺雄(2003)，誹謗罪之實體要件與訴訟證明—兼評大法官釋字第五〇九號解釋，國立臺灣大學法學論叢，32 卷，2 期，頁 80。

⁵ 亦有學者稱之為罪疑唯輕原則「適用範圍的部分限縮」。參照林鈺雄(2003)，誹謗罪之實體要件與訴訟證明—兼評大法官釋字第五〇九號解釋，國立臺灣大學法學論叢，32 卷，2 期，頁 89。

實性」無法確認時，應該由行為人亦即被告承擔不利益後果。本文認為，這項例外規定的創設反映的是立法者所為的價值選擇，亦即，在表意人的言論自由與他人的人格權（名譽）發生「基本權衝突」時，立法者選擇較優先保護他人的人格權，但為兼顧言論自由的保障，亦給予表意人證明自己言論自由比他人的人格權更值得保護的機會。而立法者之所以如此選擇，無非是著眼於誹謗言論一旦散布於眾，通常就已經對於他人名譽造成難以回復的損害，所以本於風險與利益合理分配的觀點，希望表意人不要輕率地發表誹謗言論⁶。由此可知，罪疑唯輕原則的例外創設，似乎也可以從系爭行為導致法益侵害的高或然率及損害的難以復原性等方面得到正當化的依據。

第三項 逼真虛擬作品入罪化與罪疑唯輕的例外無關

第一款 理論構造上的齟齬

如前所述，真實兒童色情的製造過程必然涉及兒童性濫用、性剝削，所以兒童色情的流通乃至持有等行為不僅加深、延續受害兒童的心靈創傷，更是創造兒童色情需求市場、刺激更多製造行為的「共犯」。而將逼真的虛擬兒童色情納入規制的主要論據，乃是著眼於其逼真性可能導致真實兒童色情的證明困難，有礙於兒童性濫用、性剝削的防制。不過，將上述看法與「選擇確定」或「誹謗罪的真實證明條款」等罪疑唯輕的例外情形相互比較之後，我們不難發現，上述看法想要比照辦理而取得正當化依據，恐怕是非常困難的。

首先，當我們關切「難以分辨」的問題時，我們在乎的是「如果圖片中的兒童是真人，那麼其創傷將會隨著這張圖片的流通和持有而加深、延續」，也就是說，

⁶ 這裡的看法部分參考林鈺雄（2003），誹謗罪之實體要件與訴訟證明—兼評大法官釋字第509號解釋，國立臺灣大學法學論叢，32卷，2期，頁82。

當我們如此思考的時候，我們是把真實兒童色情的可罰性建立在「製造過程有實際兒童受害」這點上，然而，虛擬兒童色情無論如何就是「製造過程無實際兒童受害」，所以不管虛擬作品再怎麼逼真，也不可能援用選擇確定理論的「精神」來創設罪疑唯輕的例外，因為逼真虛擬作品和真實作品之間並不存在任何類似「選擇確定」的關係，兩者的可罰性根本沒有重疊或交集的部分。其次，也是基於同樣的道理，不管虛擬作品再怎麼逼真，製造過程就是沒有實際兒童受害，和誹謗行為那種一旦做了就很難說沒有造成名譽損害的特性完全無法相提並論，換句話說，「或然率」根本就是零，而且根本沒有損害，更無所謂損害難以復原的問題。況且，所謂的「國際共識」是直接將逼真虛擬作品比照真實作品給予同樣嚴厲的處罰，根本沒有給予被告舉證「系爭作品僅為虛擬」以阻卻刑事責任的空間，很明顯地，這種作法已經和罪疑唯輕原則的例外一點關係都沒有了，純粹只是不附理由地把逼真虛擬作品和真實作品劃上等號而已，可以說比「嫌疑刑罰」更有過之而無不及。

第二款 實際需求上的疑慮

以「真實和虛擬難以分辨」作為逼真虛擬作品入罪化的理由，除了在理論上說不通之外，一個更根本的質疑是：所謂「證明困難」的問題實際上真的存在嗎？如果實際上根本沒有這種問題，那麼我們就更可以確定，逼真虛擬作品的入罪化，其實根本和罪疑唯輕的例外無關，因為適用罪疑唯輕原則並不會產生什麼不合理的結果，從而也沒有必要創設「例外」。

以美國為例，1996年CPPA的立法理由之一，就是為了解決所謂證明困難的問題、避免被告抗辯系爭兒童色情僅為虛擬作品而獲判無罪；而2002年聯邦最高法院作出Free Speech判決後，當時的聯邦檢察總長（Attorney General）也很快地發表回應，其認為該判決將會導致實務上在追訴兒童色情製造者或持有者時，遭

遇更多難以想像的困境 (immeasurably more difficult)。不過當時便有論者批評這種主張是「極度誇張之能事」(grossly exaggerated)，而實際上的統計數據也證明了論者的批評誠屬正確：在 2000 年及 2001 年，起訴定罪率都是 76%，而 2002 年則為 70%，2003 年為 71%，2004 年為 66%，情況顯然並不像檢察總長說得那麼嚴重。此外，在 2003 年 PROTECT 法案的審議過程中，參議院的報告所引證的「虛擬抗辯」案例，也是屈指可數 (handful) 而已，但該份報告卻宣稱「這個問題將會導致關於兒童色情的起訴率大量地下降」。學者指出，從目前可得的證據來看，上述參議院報告所提供的訊息是在製造錯誤的印象 (misleading impression)⁷。

更離譜的還在後頭。文獻指出，在上述參議院報告所引證的三個無罪案例中，U.S v. Sims 案⁸獲判無罪是肇因於政府方「思慮不周且疏忽懈怠的訴訟策略」(ill-convinced and neglectful strategy)，並非被告高明地善用虛擬抗辯的結果；而在 U.S v. Bunnell 案⁹中，被告根本從未出庭過，也從未在陪審團面前提出虛擬抗辯，更遑論「抗辯成功」；最後，在 U.S v. Reilly 案¹⁰中，爭執的焦點在於被告主觀上是否明知其所收受的色情圖片中的「兒童」為真人，而非系爭圖片客觀上是否僅為虛擬作品。此外，審理 U.S v. Sims 案的第十巡迴上訴法院也指出，即使擔任控方的政府負擔證明系爭色情圖像中的「兒童」為真人並達到超越合理懷疑程度的義務，也沒有必要動用專家證人 (expert testimony) 或由真實受害兒童進行指認 (identification of the actual child victims)；相反地，陪審團通常都有能力分辨真實和虛擬作品，而當沒有證據足以使人相信系爭圖片並非真實作品時，政府方除了系爭圖片本身之外，也無須再提出任何證據了¹¹。也難怪有學者不客氣地指出，從 1996 年 CPPA 的制定開始，對於虛擬兒童色情入罪化的政策辯護就是由民眾的道

⁷ Yaman Akdeniz, *Internet Child pornography and the Law* (2008), p.136-137.

⁸ 220 F. Supp. 2d 1222 (D.N.M 2002).

⁹ 2002 WL 927765 (D.Me. 2002).

¹⁰ 01 Cr. 1114 (RPP), 2002 WL 31307170 (S.D.N.Y. Oct. 15, 2002).

¹¹ Yaman Akdeniz, *Internet Child pornography and the Law* (2008), p.137-138.

德恐慌所引導 (panic-led)¹²；此外亦有美國學者毫不留情地批評：PROTECT 的兒童色情定義不僅抵觸憲法的言論自由保障條款及正當法律程序的要求，更低估且侮辱了那些執掌聯邦檢察單位的人們；他們顯然不需要這種「低到愚蠢」(dumbed-down) 的證明門檻的協助，也能確保他們起訴的案件獲判有罪¹³。

至於其他國家的情形，從筆者目前所掌握的資料來看，所謂證明困難的問題並沒有經常被提及，也沒有被當成重要的立法理由。固然，對於打從一開始就採取「一元制」的法國、加拿大、瑞典等國家來說，無論真實或虛擬作品統統一網打盡，根本不需要考慮這個問題；至於英國 1994 年在研議將疑似照片納入規制範圍時，被提出來當作證據的案例也只有僅僅一個而已¹⁴，雖然也不能排除英國政府是「有先見之明」、「防患於未然」的可能性，不過對照美國的情況來看，再加上我國至今為止從未出現所謂「虛擬抗辯」的案例，我們應該至少可以同意：所謂證明困難的問題其實「很有可能」並不存在。

第四項 小結

如果逼真虛擬作品入罪化的理由是為了解決「真實與虛擬難以分辨」的問題，那麼透過以上的討論我們可以發現，所謂「國際共識」的作法如果要落實到刑法規範中，不僅在理論構造上會遭遇難以自圓其說之處，甚至實際上是否真有這種問題需要解決，也都非常值得懷疑。然而奇妙的是，儘管存在著諸多可疑之處，這樣的作法仍然成為了「國際共識」。更不用說，在我國分明從未出現「虛擬抗辯」

¹² Yaman Akdeniz, *Internet Child pornography and the Law* (2008), p.139.

¹³ Yaman Akdeniz, *Internet Child pornography and the Law* (2008), p.139. 該書作者引用 Feldmeier, J.P., 'Close Enough for Government Work: An Examination of Congressional Efforts to Reduce the Government's Burden of Proof in Child Pornography Cases' (2003), 30 *N. Ky L. Rev.* 205, 220-23. 引言原文為：

"The PROTECT Act's 'close enough' definitions of child pornography not only run afoul of First Amendment and due process requirements under the Constitution, they also undermine and insult the men and women serving as federal prosecutors who are more than capable of securing child pornography convictions without the assistance of dumbed-down evidentiary standards."

¹⁴ Yaman Akdeniz, *Internet Child pornography and the Law* (2008), p.21.

案例的情況下，仍然有學者堅持要仿效英美的作法，建議增訂關於合成色情的處罰規定。那麼，何以從學者、立法者、民間團體到一般社會大眾，都有人對於這樣的作法深信不疑，甚至還汲汲營營地想要將規制範圍繼續擴張到非逼真的虛擬作品呢？其實，從英美修法納入逼真虛擬作品時有被提出的相關論述來看，「難以分辨」或「證明困難」的問題都是和其他許多理由混在一起談的，而在國際公約或區域協定的制定過程中，也看不出來這個問題佔有獨自的重要地位。所以筆者在此想要提出的一個假說是：其實對於贊成規制虛擬作品的人來說，所謂「難以分辨」或「證明困難」的問題，根本就不是他們主要考量的重點；所謂「國際共識」的前進腳步僅止於逼真虛擬作品，不過是一種偶然；而這個偶然的發生原因也純粹只是人們對於逼真作品與非逼真作品在「直覺感受上的差異」而已。在下一節中，筆者將嘗試透過關於刑事法領域中「資本主義社會中的性道德規制」及「風險社會中的象徵刑法」這兩個議題的討論，來印證這個假說。

第二節 作為象徵刑法的虛擬兒童色情規制

第一項 兒童形象與虛擬兒童色情規制

第一款 現代社會中的理想兒童形象

在我們對於兒童和童年 (childhood) 的觀念中，存在著一個最普遍而長久的社會建構：純潔 (innocence)¹⁵。在西方社會中，凡是訴求反兒童性濫用或性剝削的社會運動，通常都會強而有力地打出「捍衛兒童純潔」的旗號；例如訴求保護兒童遠離網路色情的「純潔與正直」(Innocence and Integrity¹⁶)；反兒童性剝削與

¹⁵ Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming* (2009), p.148. 以及高榮志 (2007)，活跳跳的色情世界·死板板的釋字六一七，全國律師，11卷5期，頁52。

¹⁶ <http://www.innocenceandintegrity.com/> (最後瀏覽日期：2011/6/7)

性奴役的「純潔亞特蘭大」(*Innocence Atlanta*¹⁷)；以及加拿大發起的反兒童商業性剝削運動「被竊的純潔」(*Stolen Innocence*)。而在國際上，聯合國教科文組織在1999年發起的「純潔危機」(*Innocence in Danger*¹⁸)運動也成功地匯集了大眾對於兒童販運及性濫用問題的關注¹⁹。此外，雖然背景和訴求略有不同，但我國在2010年也出現了訴求主張嚴懲性侵兒童罪犯的「白玫瑰運動²⁰」，按照主辦單位的說法，「白玫瑰」就是象徵著兒童的純潔²¹。這種「純潔」的兒童形象往往和某些特定的論述相連結，例如「兒童是脆弱、易受傷害的，所以需要被特別保護」，更重要的是，純潔的概念往往指向了「無性」(unsexualized)；而這種兒童形象也確實成為了許多社會政策的正當化基礎，當兒童越是被建構為純潔、脆弱且需依賴時，這種形象就越能夠成為推動立法採取保護措施的力量²²。

在我們對於童年的建構中，一個代表性的要素就是「對於性的無知」。事實上，兒童在「性」方面的純潔正是將他們與成人區分開來的關鍵。透過這種讓兒童維持在無知狀態的建構運作，成人確保了「性」僅存在於成年(adulthood)的領域中。於是，對於「性」的瞭解或接觸，都被認為會腐化兒童並永遠地抹去他們的純潔。這種強調「性」會敗壞兒童的純潔的看法也可以從立法者或學術文獻所使用的語言中得到佐證，例如英國的立法者擔憂兒童色情會「腐化」(corrupt)兒童，學者也指出，兒童性濫用經常被建構為一種「掠奪純潔」(despoliation of innocence)而非濫用權力的行為²³。而在環繞著兒童色情問題的相關法律論述中，我們也能清楚地看到一種對於「童年的純潔有如聖物而應受保護」這種觀念的服膺，例如英

¹⁷ <http://www.innocenceatlanta.org/> (最後瀏覽日期：2011/6/7)

¹⁸ <http://www.unesco.org/bpi/eng/unescopress/1999/99-219e.shtml> (最後瀏覽日期：2011/6/7)

¹⁹ Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming* (2009), p.181.

²⁰ <http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/apr/1/today-fo3-2.htm> (最後瀏覽日期：2011/6/7)

²¹ 參照白玫瑰社會關懷協會的網頁說明。網址：

<http://www.facebook.com/pages/%E7%99%BD%E7%8E%AB%E7%91%B0%E7%A4%BE%E6%9C%83%E9%97%9C%E6%87%B7%E5%8D%94%E6%9C%83/155990071109339?sk=info> (最後瀏覽日期：2011/6/7)

²² Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming* (2009), p.180.

²³ Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming* (2009), p.182.

國在 1994 年準備修法將疑似照片納入處罰範圍時，政府機關的說帖主張：「電腦合成照片把我們的孩子弄成那樣的姿態，威脅了他們的純潔與端莊」、「這些照片讓我們完全失去了孩子們—以及他們的純潔與正直」。這種將「純潔的消逝」與「兒童的消逝」劃上等號的論述只是凸顯了純潔的建構在某種特定的兒童概念中佔有何等重要地位而已²⁴。

相對於兒童的純潔，兒童色情的持有者則被建構為「悖德」(immoral)、「邪惡」(depraved) 的形象。兒童色情所描繪的「受害者」與持有兒童色情的「加害者」被擺放在兩個極端上，一邊是純潔而神聖的前者，另一邊則是污穢而邪惡的後者；這種巨大的隔閡提供了正當化的依據，讓刑事立法可以去禁止任何把兩者湊在一起的行為—儘管這裡的「兒童」只是影像而已。於是我們就能在媒體上看到，兒童性濫用的防制往往被描寫成「純潔 vs 腐敗」、「善良 vs 邪惡」的戰爭²⁵。在這種情況下，對於兒童色情的規制也儼然成為了一場不折不扣的「聖戰」²⁶。

第二款 兒童純潔形象的歷史軌跡

透過關於西方兒童史的研究，我們將會更加認同兒童或童年的純潔形象只是一種社會建構的產物，而非盤古開天以來的永恆必然。如前所述，所謂純潔往往就意味著與「性」的隔離。然而，中世紀的成人並不像現代的成人那樣致力於使兒童遠離「性」，相反地，他們毫不保留的公然在兒童面前談論與性有關的話題；成人不曉得要隱藏性衝動，也不曉得要保留「性」的秘密不給兒童知道²⁷；甚至，中世紀的兒童「性侵害」案件相當普遍，而且這樣的行為相當受到容忍，其寬容

²⁴ Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming* (2009), p.182-183.

²⁵ Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming* (2009), p.183-184.

²⁶ 這裡的看法參考李茂生 (2003)，論性道德的刑法規制，收錄於臺灣法學會主編，臺灣法學新課題 (一)，頁 326，註 47 的說明。

²⁷ Neil Postman 著，蕭昭君譯 (1994)，童年的消逝，頁 25。

的程度，就現代人的觀感來說簡直叫人咋舌²⁸；此外，成人還可以隨心所欲地玩弄兒童的性器官，而僅僅是出於好玩而已。正如兒童史學家 Ariès 所言：「玩弄兒童私處的行為，成為普遍的傳統...」²⁹。雖然許多批評者認為 Ariès 宣稱「童年的概念在中世紀並不存在」的說法過於誇大，不過至少我們可以肯定的是，從古至今，人們對於兒童的看法並非一成不變，而現代西方社會中所存在的純潔兒童形象，在中世紀的歐洲的確不存在。

在 17 到 18 世紀這段期間，兒童的形象漸漸產生變化。一方面，因為印刷術的發明，知識的傳播取得不再僅僅仰賴口耳相傳，人們必須透過學習閱讀、寫字才能進入印刷品的世界，於是學校取代了師徒制而成為教育的主要手段³⁰，學校逐漸變成兒童的特定活動場域，修業年限也變得比較長；另一方面，受到早期浪漫主義與新式教育思想興起的影響，人們對於兒童的看法也開始發生改變；例如洛克（John Locke）就主張，兒童剛出生時，心靈就像一塊白板，不僅可以塑造，而且容易塑造，所以家長、學校乃至政府都必須負責提供良好的教育來為兒童的心靈補白³¹；而盧梭（Jean Jacques Rousseau）的《愛彌兒》（*Émile*）一書更提出了一種明顯帶有純潔、易受污染特徵的兒童形象，他認為「出自造物主之手的東西，都是好的，而一到了人的手裡，就全變壞了」³²，亦即，兒童在原初就自然地是純潔的，但人類的社會卻讓兒童腐化了³³，所以成人應當努力排除外來力量的影響，順著兒童本性加以引導，始能避免社會墮落的摧殘³⁴。

²⁸ Richard A. Posner 著，高忠義譯（2002），性與理性（下）：性規範，頁 610。

²⁹ Neil Postman 著，蕭昭君譯（1994），童年的消逝，頁 25。

³⁰ 邱靖貽（2006），刑法之性管制—以兒童及少年之相關規範為論述中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 17。

³¹ 陳炎琪（2004），和略誘未成年人罪之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 59。

³² 邱靖貽（2006），刑法之性管制—以兒童及少年之相關規範為論述中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 18。

³³ Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming* (2009), p.179.

³⁴ 邱靖貽（2006），刑法之性管制—以兒童及少年之相關規範為論述中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 18。

儘管這種帶有宗教色彩的純潔兒童形象起初僅為貴族和中產階級所接受，然而隨著工業革命與資本主義的發達，中產階級佔據了社會主流的位置，並開始透過各種慈善運動將這種理想的兒童形象推廣出去，而勞動階級家庭中悲慘、貧窮乃至墮落的兒童，無疑的就是他們首要的「救援」目標³⁵。到了 19 世紀末，童工立法及義務教育的實施讓兒童不分階級都得離開工廠而被送進學校，而實際上勞動市場的變遷也將兒童推離了工作世界，於是兒童的生活便在空間上與成人區隔開來。在這段變遷過程中，中產階級的兒童觀以及將童年神聖化、認為透過童工獲利是在「褻瀆聖物」的看法扮演了重要的推手³⁶。針對涉及「性」的場合，更好的例子是英國 1885 年的刑法修正，將性行為同意年齡由 13 歲提高為 16 歲，而這次修正恰好就緊接在一場訴求反對少女賣春的社會運動落幕之後，論者指出，立法者的意圖就是要維持理想童年中的純潔無垢，而那些已受玷污的、早熟的（knowing）的少女則被當成恥辱而掃地出門；墮落的（fallen）、早熟的少女受到苛刻的對待，他們被關進習藝學校或矯正機構中，免得污染了其他純潔的同儕；這種提高性行為同意年齡的作法主要就是在「保護」勞動階級的女孩，因為她們被認為是最有受到成年男子性濫用的危險³⁷。

最後，在 19 世紀末到 20 世紀初這段期間，一般人的兒童觀逐漸形成共識，純潔、脆弱、需受保護的理想兒童形象於焉形成。童年是一段與成人世界有所區隔的時期，兒童應該待在學校、遊樂場和自己的房間裡，接受教育和規訓，為邁入下一個人生階段作準備。我們對於兒童的看法化為具體的法律、政策及社會制度後，這些制度又會不斷地複製、產出「典型」的兒童形象，更進一步地形塑、強化我們的兒童觀，形成一種互相證明的循環效果³⁸。而隨著第二次世界大戰後兒童權利地位的提升，兒童形象也呈現出新的面貌；以「兒童權利」形構出來的兒

³⁵ 陳炎琪（2004），和略誘未成年人罪之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 61。

³⁶ Colin Heywood 著，黃煜文譯（2004），孩子的歷史，頁 44。

³⁷ Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming* (2009), p.180.

³⁸ 邱靖貽（2006），刑法之性管制—以兒童及少年之相關規範為論述中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 20。

童形象透過國際條約擴散到全世界，聯合國《兒童權利公約》堪稱當代兒童形象擴散的最佳範例³⁹。

在當代的兒童權利論述中，兒童的純潔、脆弱、需受保護等社會建構，披上了「兒童人權」的外衣，成人恣意建構理想兒童形象的事實則被悄悄地隱藏了起來。一方面，當代的兒童權利論述創造出一種「合理」且「普遍」的兒童形象，主張兒童享有普遍人權的資格並得以自我實踐其普遍權利，換句話說，兒童不是保護的客體，而是權利的主體；但在另一方面，當代的兒童權利論述仍然宣稱兒童身心尚未成熟，所以在一定的發展階段及條件下，考慮到兒童身心發展的需要，應有享受特別照顧、保護的「特殊權利」。結果是，家父長式的親權巧妙地在兒童最佳利益考量的名目下，變成了兒童的「權利」⁴⁰。

最明顯的例子同樣是「性」。兒童一方面被承認為權利的主體，但另一方面又以兒童身心尚未成熟為由，否定了其在「性」方面享有完全的自主權利，而這無疑地是「兒童性濫用」及「兒童性剝削」相關論述的基礎——兒童尚無足夠判斷能力，所以無論其是否同意，都是一種傷害兒童的行為。原因無他，就在於「性」仍然是兒童與成人的分界點。這種無視個別兒童的生命經驗，一律將兒童與「性」的接觸視為「傷害」的論述，無非就是「兒童應保持純潔，而純潔等於無性」這種論述的翻版。從而，在尚未享有完全的性自主權之前，家父長們所要做的就是保護純潔的兒童們免於遭受「性」的污染；而2000年的《兒童色情議定書》正是這種思維下的產物⁴¹。

³⁹ 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，頁54。

⁴⁰ 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，頁54。

⁴¹ 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，頁54-55。

第三款 資本主義社會中的性道德規制

如前所述，即使在西方社會中，純潔的理想兒童形象也是在 16 世紀以後，才隨著中產階級與資本主義的興起而逐漸成為佔據社會主流價值的地位，並透過社會福利的立法措施將這種兒童形象半強迫地注入勞動階級的家庭中，最後才成為了某種「社會共識」。透過觀察這樣的軌跡，我們不難發現資本主義兒童的純潔形象與中產階級的家庭價值有著極為親近的關係。以下，本文想要引介學者對於資本主義社會中家庭價值與性道德規制的分析及批判，並嘗試指出性道德規制與兒童純潔形象之間的關聯。這裡所要談的資本主義，並不只是所謂「自由市場經濟」的代名詞而已，相反地，依照學者的看法，現代的資本主義已經超越了經濟層面，而發展成一種包括國家裝置、文化、意識形態等面向的大型社會結構體⁴²；而在資本主義社會中，對於有關「性」與「勞動」的信念、行動模式的規訓，就是不可或缺或社會控制手段⁴³。

首先，勞動是生產的活動，而性則是一種讓勞動能夠再生的活動，前者具有生產性，而後者則具有再生產性，兩者形成無限的循環，於是勞動和性就成為了資本主義社會推進的兩輪。而資本主義的精義就在於透過中立媒介（亦即貨幣）而形成的交換系統，也就是商品化系統。所以，作為資本主義兩輪之一的勞動就會被商品化，但為了避免商品化的勞動過於疲累，進而產生倦怠感，於是又必須創造出一種非商品化的勞動想像，來治癒人們在勞動時所產生的傷痕，甚至於產生愉悅的感受，以便支持人們繼續勞動。另一方面，性則是一種讓勞動能夠再生的活動，亦即，性的活動（服務）除了讓勞動者暫時地產生復原的感覺（性的撫慰機能⁴⁴）外，更能夠生產出下一代的勞工（性的生殖機能）⁴⁵。其次，為了讓性

⁴² 李茂生（1998），權力、主體與刑事法，頁 253。

⁴³ 李茂生（2003），論性道德的刑法規制，收錄於臺灣法學會主編，臺灣法學新課題（一），頁 296。

⁴⁴ 李茂生教授的原文並未使用這個名詞，筆者只是為了方便指稱才加上去的，特此說明。

⁴⁵ 李茂生（2003），論性道德的刑法規制，收錄於臺灣法學會主編，臺灣法學新課題（一），頁 296。

的撫慰機能及生殖機能更有效率地發揮，性原則上是不能被商品化的，原因在於：第一，性一旦被商品化而如同勞動般無限循環，其本身也會產生疲累而無法提供精緻的服務；第二，商品化的性，通常就無法發揮生殖機能（因為一旦懷孕就會喪失商品價值）；第三，縱或勉強達成了生殖機能，也無法完成精緻的養育⁴⁶。所以，為了確保性的再生產機能，性必須拒絕被商品化，否則就無法與商品化的勞動互相結合。在勞動的領域中，商品化的性被視為違法的勞動，而受到法律直接或間接的規制，原因就在這裡；相反地，非商品化的性則會被讚揚，並且在與「愛」結合後，發展出愉悅的特性⁴⁷。

於是在資本主義社會中，配合著透過「男性適合勞動、女性適合生育」這種性差（gender）⁴⁸的運作，「性—愛—婚姻—家庭」的連鎖關係成為了性道德的主要內涵：在家庭中的、私密的、基於愛而來的、具有再生產機能的性，才是美好的、純潔的、受到讚揚的性⁴⁹。除此之外的性，全部都是「不好」的，頂多只是在程度上有差異而已。關於這點，我們只要觀察一下社會中的各種有關性的道德論述，應該就可以得出肯定的結論⁵⁰。而且，這樣的性道德論述與基督教也有著密切的關聯。依照聖奧古斯丁（St. Augustine）的看法，獨身守貞才是最高的德行，因為性交本質上仍然是獸行慾望；然而在婚姻中，也唯有在婚姻中，出於生殖需要的性交，才能合乎道德；性交既有善也有惡，唯有通過傳宗接代，惡舉才能轉化為善行。聖奧古斯丁在考察過各種性交形式和姿勢後下了結論：唯有男在上、女在下且臉朝上的姿勢才是正確的性交形式⁵¹；他甚至反對任何的前戲活動，並確信唯一

⁴⁶ 這裡就涉及到「家庭」作為養育下一代勞動力場所的功能。

⁴⁷ 李茂生(2003)，論性道德的刑法規制，收錄於臺灣法學會主編，臺灣法學新課題(一)，頁 296-297。

⁴⁸ 李茂生(2003)，論性道德的刑法規制，收錄於臺灣法學會主編，臺灣法學新課題(一)，頁 299。

⁴⁹ 這裡的看法參考李茂生(2003)，論性道德的刑法規制，收錄於臺灣法學會主編，臺灣法學新課題(一)，頁 297-298。

⁵⁰ 例如同性戀、婚前性行為、未婚懷孕、私生子、通姦、一夜情、多重性伴侶、炮友，乃至兩小無猜、偷嘗禁果等等，這些（可能）會得到負面評價的性行為或性態度、性傾向統統都具有「不在婚姻中」、「無結婚或生育可能」或其他類似的性質。

⁵¹ 這就是所謂「傳教士體位」的由來，而這種體位被奉為正確的原因，其實是因為它最能確保卵子成功受孕，亦即最能貫徹性的生殖機能。

正當的部位是陰道，與之相配的正當工具則是陰莖；除此之外，任何其他形式的性行為都是邪惡的。聖奧古斯丁後來成為了西方基督教會在性和婚姻方面最權威的導師，透過他對聖經教義的解釋，西方基督教會基本的性態度—禁欲—就確立下來了⁵²。爾後，正如韋伯（Max Weber）在《新教倫理與資本主義精神》中所指出的，這種禁欲的宗教思想成為資本主義興起的重要力量⁵³。於是，「性原則上都是不好的，只有婚姻能讓它變成好的」這種性道德觀念，就成為資本主義社會中對於個人規訓的重點所在⁵⁴。

不過，隨著資本主義走向晚期的爛熟階段，這種緊扣著婚姻與家庭制度的性道德觀念也開始發生些許的龜裂。首先，第二次世界大戰後女性地位的提昇及性自主與性解放的聲浪高漲，鬆動了既有的性差結構；其次，普世人權的思想形塑了自律、自我決定的理想主體，連帶地讓理性、自主也成為足以「正當化」性行為的依據之一；再者，受到產業結構變化及高等教育普及的影響，人們接受學校教育的時間拉長，踏入社會的時間點延後，連帶地促成晚婚的趨勢，但對於性的撫慰機能的需求仍然存在，所以對於婚前性行為必須有所讓步；最後，離婚或不婚比率的上升，某程度上對於性產業的合法化也有貢獻。然而，這些傳統性道德觀念的「讓步」或「退縮」一旦遇到了兒童的性，又馬上可以翻轉為另一種適用於成人身上的性道德標準。一方面，在高唱理性、自我決定及性自主的同時，我們又將兒童視為沒有自主判斷的能力，以保護為名，要求成人不得對兒童為性行為，甚至也不得任意地將性資訊提供給兒童（除非是「正確」的性教育），否則統統都會被打為性濫用、性剝削；原因在於，在主體的自律、自我決定取代婚姻成為最重要的性行為「正當化」依據時，兒童仍然必須作為未成熟、不完全的主體而與成人有所區隔，從而傳統的「性＝獸慾＝墮落」公式仍然會發揮作用，但又

⁵² Vern L. Bullough & Bonnie Bullough 著，戚堅衛譯（2000），性態度：神話與真實，頁 14-16。

⁵³ 詳可參閱 Max Weber 著，于曉等譯（2001），新教倫理與資本主義精神。

⁵⁴ 從刑法上的性交同意年齡或許也可以看出端倪，14 歲的設定可能是因為青春達到可以生育的程度，而 16 歲則是配合民法的女性最低結婚年齡限制。

沒有「主體自我決定」可供正當化，所以這樣的行為勢必會得到「人權」法律秩序的否定⁵⁵。另一方面，為了配合科技產業及所謂知識經濟的需求，良好勞動力的培育所需時間也隨之延長，從而以擴大保護範圍為名，提高了性濫用、性剝削防制法中的兒童年齡，然而掩蓋在「保護」外衣之下的意圖，其實只是為了讓（即使已經 16、7 歲的）兒童不要拋下「正當職業」走入性產業，或是避免讓兒童發生懷孕、性病等足以中斷學業並傷害其（未來的）勞動價值的情事而已。這或許就能解釋，何以贊成規制兒童色情的論者往往一方面強調實際查獲的色情圖片中最小的兒童才幾歲，另一方面卻從未解釋超高的「兒童」年齡門檻從何而來⁵⁶。

第四款 神聖的兒童·邪惡的兒童色情

由上可知，普遍存在於西方社會中的純潔兒童形象，是由資本主義及基督教文化共同形塑而成的。隨著社會的發展，例如經濟繁榮、教育水平提高、後工業社會對於教育程度的高要求等，兒童進入成人階段的時間點被延後了⁵⁷，換句話說，童年被拉長了，從而兒童及青少年必須保持「無性」的時間也同樣地被拉長了。即使我們已經進入 21 世紀，然而在童年的世界中，「性」仍然是「禁忌」(taboo)⁵⁸，甚至連早就超過性行為同意年齡的青少年，也還是被期待應該要「純潔」⁵⁹，而當兒童的純潔被無限上綱為具有宗教意味的神聖象徵時，任何可能將兒童貼附

⁵⁵ 兒童少年福利法、少年事件處理法、兒童色情防制法等制度中共同的特徵就是上限為 18 歲的年齡門檻，筆者猜想，這個年齡門檻和刑法的責任能力年齡規定之所以相同，背後應該有著某種共通的原因，而這個原因很有可能就和理性、自律和自我決定的主體概念有關，而且前者是從刑法的概念複製出去的，但受限於能力不足，還沒有辦法提供有力的論證。

⁵⁶ 這種論述策略，例如蔡為旭（2007），兒童性剝削之問題探討，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 5、18、25-26、30-31。又例如高玉泉（2003），網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討（1999-2002）——一個由兒童人權出發的觀點，國立中正大學法學集刊，11 期。該文作者於結論中一邊感性地談到自己兩歲多的兒子需人照顧的可愛模樣，一邊則再次呼籲兒童需要成人細心呵護。筆者好奇的是，不知 16、7 歲的青少年如何能與兩歲幼兒相提並論？

⁵⁷ 邱靖貽（2006），刑法之性管制——以兒童及少年之相關規範為論述中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 17。

⁵⁸ 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，頁 55。Also See Suzanne Ost, Child Pornography and Sexual Grooming (2009), p.187.

⁵⁹ 例如青少年純潔協會的訴求。網址：<http://www.purelove.org.tw/>（最後瀏覽日期：2011/6/7）

上「性」意涵的行為都會受到異常嚴格的檢視⁶⁰，更不用說是赤裸裸地將兒童當作描繪對象的虛擬兒童色情了。對於虛擬兒童色情的處罰慾望，正透露出社會並不只是想要保護個別兒童免於遭受性濫用，而是要保護（成人）社會對理想兒童形象的情感，亦即一種「不可褻瀆的青春肉體」⁶¹。而隱藏在這種理想形象背後的，仍然是資本主義社會中的性道德，只是以略為不同的面貌登場而已。當我們把虛擬兒童色情的取得及持有者打為變態、妖魔的同時，其實也就是在宣示一件事情：他們是資本主義體制下的「不從之民」，他們不服從這個社會中的遊戲規則，因為他們不僅對成年異性沒有性慾⁶²，卻偏偏對那些還不能結婚、不能生育、甚至也還不宜「轉大人」的兒童有性慾，更嚴重的是，他們竟然沈溺在虛擬色情的世界裡無法自拔，逃避上帝賦予人類的組織家庭、傳宗接代的神聖使命。至於虛擬兒童色情的製造及流通者當然更為可惡，因為他們的所作所為不僅是在「認同」那些邪惡戀童者的需求，更是讓本來應該善良和諧的社會中平白無故多出一堆可以供邪惡戀童者取樂的虛擬兒童色情，所以他們的罪責更重於那些單純取得或持有的人。而當上述這些人被推向邪惡、背德甚至「非人」的極端時，正好可以反過來向社會中輸出「正常人」的形象：一個理性、健康—更重要的是「愛護兒童」—的異性戀者。

⁶⁰ 例如父母一邊送女兒去學跳熱舞，但又一邊排斥某些帶有性感挑逗意味的舞蹈動作，但事實上，街舞或熱舞本來就源自於美國社會中的底層：（尤其以黑人為代表的）青少年街頭次文化，一方面對於街舞的「青春活力」心生嚮往，另一方面卻又要假裝看不見青春期「異性相吸」的天性本能，這或許就是中產階級家庭價值焦慮的最佳例證。

⁶¹ 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，頁55。該文作者用「不可褻瀆的青春肉體」一詞來形容這種情感，可以說相當傳神。

⁶² 從資本主義遊戲規則的立場來說，就算是對成年異性有性慾，起碼也比較好一點。儘管透過成人色情刺激滿足性慾也是「不純潔的性」，卻能受到一定程度的容忍，原因或許就在於此。

第二項 風險社會與虛擬兒童色情規制

第一款 風險社會概說

風險社會本來是德國社會學家 Ulrich Beck 所提出的概念，用來描述現代社會的狀況與問題⁶³。他以核電廠災變、各國的核武競賽，以及基因對醫療科技對於人類及自然的威脅為例，指出現代社會崇尚科技與工業的發展，使人類陷入集體不安全的風險情境。他強調，雖然人類從古至今都面對著各式各樣的風險，但近年來工業與科技高度發展所帶來的風險有別於以往，不但後果更為嚴重，其影響層面更超越國家與階級界線。所以，他認為當代社會所關注的議題已不再是財富分配是否合乎社會正義，而是風險限制與分配的問題。從 19 世紀初以來的階級社會，在 20 世紀下半葉逐漸被風險社會所取代，風險意識逐漸壓過階級意識。而這種認知的改變貫穿了整個社會不同領域與政府的不同部門，各個領域都開始將風險作為描述與衡量問題的方式，並以風險管理與安全維護作為政策主軸。也就是說，風險管理已逐漸成為當代社會統治與社會生活的主要模式⁶⁴。

按照 Beck 的看法，首先，科學技術經常伴隨著風險，而為了認識、評價風險，則需要發展新的科學技術，但其成果卻又有著必須再被克服的風險。風險和科學技術兩者間透過對於他方的反覆確認，形成一種彼此相生並不斷發展的關係。然而科學壟斷風險判斷的同時，也會因為自身的侷限而無法避免風險想像上灰色地帶。其次，也就因為如此，所以人們對於風險的認識都環繞著一般性知識的「科學」，而非自身實在的「經驗」。由於風險並非建立在經驗上，一般市民難以察覺與感知風險；同時，風險雖然已經透過一般性知識而被普遍認識，但風險的成因與對應方法卻可能連專家都力有未逮，於是人人都認識到風險的存在，任何人都

⁶³ 詳可參閱 Ulrich Beck 著，汪浩譯（2003），*風險社會*。

⁶⁴ 李佳玟（2005），*風險社會下的反恐戰爭*，*月旦法學雜誌*，118 期，頁 31。

可能受到風險波及，但又沒有人能完全地處理風險。這種無法預測的危險性，使人類陷入了不安定的狀態中；面對著無邊無際的風險，社會全體均有著不安的感受。從而，如何處理風險與不安感，就成為風險社會下的重要課題⁶⁵。

由此可知，Beck 提出的風險概念，具有「損害巨大性」（廣泛性）、「不可支配性」（不可避性）及「不可預測性」（不可視性）等特性，而「超越階級而共有的不安全感」、「自這種不安全感而生的社會連帶」及「這種社會連帶成為政治力量」等情勢，就是「風險社會」這種社會型態的主要特徵⁶⁶。

第二款 犯罪作為一種風險

當風險社會的概念出現在刑事法領域中，首當其衝的質疑就是：犯罪和 Beck 的風險概念有何關聯？

有一種看法認為，相對於工業社會高度發展所帶來不可避免的「現代型風險」，犯罪和自然災害一樣都是屬於「傳統型風險」；不過，以「不安全感的共有」為基礎的「安全性」理念，也可以指向這類傳統型風險。因為對於這些傳統型風險，我們也還無法具體地加以掌握，在這個意義上，也是具有不可預測的特性；而且，在大多數人均有受害可能性這點上，也具有一定的廣泛性。不過這種看法還是認為，相對於 Beck 的風險社會中不安感有著普遍存在於我們生活內部的特徵，傳統型風險對於我們的生活來說是外在的事物，所以兩者仍然有著決定性的差異⁶⁷。此外，也有一種類似的看法認為，總體的犯罪現象其實在統計上是可以預

⁶⁵ 黃佳彥（2009），論刑法第一百九十條之一保護法益—從刑法機能角度觀察，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，頁 6-7。

⁶⁶ 安達光治（2006），生活安全条例—「リスク」と「監視」の意義に関する一考察，犯罪社会学研究，31 号，7 頁。並參考林宗翰（2006），風險與功能—論風險刑法的理論基礎，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 12。

⁶⁷ 安達光治（2006），生活安全条例—「リスク」と「監視」の意義に関する一考察，犯罪社会学

測的，也被控制在一定的範圍內，所以對於社會來說並非毀滅性的，和現代型風險仍有不同⁶⁸。然而亦有學者認為，風險社會使得人們的意識及反應模式發生了變化；毋寧說，為風險社會賦予特徵的並不在於風險本身，而是在於人們的反應模式；而刑事法領域中的犯罪化、嚴罰化等動向，或許就反映著人們反應模式的變化⁶⁹。

如前所述，現代型風險具有潛在化、一般化的特質，雖然不存在於人們的經驗中，但風險所假設結果一旦被相信後，風險便成為真實⁷⁰。當科學上不承認時，風險就不存在⁷¹；反過來說，科學也能「創造」風險。所以，人們對於風險的認知是可以被塑造的。如果能夠透過「科學」創造出某種關於犯罪的一般性知識，將犯罪呈現為具有現代型風險的特徵，並成為人們普遍的認知，那麼犯罪就會被理解為一種風險。

在 19 世紀後半開始到 20 世紀這段期間全面地發展的犯罪控制制度，可以說是一個專門化、專家化的過程，而作為其發展支柱的，就是科學的專門知識。並且，將犯罪控制的科學化與專門機構的獨佔結合在一起的，就是福利國家的理念——僅透過以稅收支持其營運的國家機關來遂行（傳統型）風險負擔的公平化⁷²。學者指出，直到 1970 年之前，刑事制度的重心都還是放在個別犯罪者的矯治上，在這個時期，社會大眾對於科學及代表科學的專具有信心，相信只要透過適當的制度安排，專家與制度便能矯正行為偏差的犯罪者⁷³。換句話說，這個時期關於犯

研究，31 号，8 頁。

⁶⁸ 松原芳博（2009），リスク社会と刑事法，法哲学年報，2009，80 頁。

⁶⁹ 松原芳博（2009），リスク社会と刑事法，法哲学年報，2009，80 頁。

⁷⁰ 黃佳彥（2009），論刑法第一百九十條之一保護法益—從刑法機能角度觀察，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，頁 6，註 8。

⁷¹ 黃佳彥（2009），論刑法第一百九十條之一保護法益—從刑法機能角度觀察，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，頁 8。

⁷² 小西由浩（2006），新しいリスクとしての犯罪—犯罪予防と警戒原則，犯罪社会学研究，31 号，44 頁。

⁷³ 李佳玟（2005），風險社會下的反恐戰爭，月旦法學雜誌，118 期，頁 55。

罪的「科學」並不承認犯罪是一種不可控制、不可預測的風險。

這樣的情勢在 1960 年代到 1970 年代間開始發生變化。美國 1960 年代的犯罪率上升，造成中產階級民眾對於犯罪的觀感改變；犯罪不再是黑人或窮人才會遇到的問題，走夜路、搭地鐵都有可能成為犯罪的受害者⁷⁴。而 1970 年代的能源危機與經濟衰退，造成福利國家思想的衰退，取而代之的是強調個人責任與市場競爭的新自由主義；再加上同時期發生的幾次嚴重監獄暴動事件，導致社會大眾產生「一切無效」(Nothing Works!) 的感受，進而對於矯治主義喪失信心⁷⁵。此外，在 1950 年代到 1970 年代這段時間，電視逐漸普及，家家戶戶都養成看電視的習慣，而對應於 1960 年代犯罪率高漲的問題，新聞媒體偏愛報導犯罪新聞，尤其是聳動的謀殺及暴力犯罪，而且多半刻意強調受害者的痛苦，並藉此批評刑事司法體制的無能⁷⁶。在媒體的刻意渲染之下，謀殺、強暴、誘拐性侵兒童等重大犯罪佔據了民眾對於「犯罪」的主要印象，而這些犯罪在總體犯罪率當中僅佔了非常小比率的事實，則被有意無意地忽視了⁷⁷。矯治主義衰退後，政客、媒體取代了既有的專家，儼然以新的專家姿態粉墨登場。政客為了爭取選票，競相煽動民眾的不安全感，並推出打擊犯罪的鐵腕政策⁷⁸，以塑造自己的英雄形象。於是，在對於犯罪的嚴重不安感影響下，一直以來傾向支持矯治主義的中產階級，宛如期待落空後發洩情緒般地轉向了嚴罰主義⁷⁹。犯罪控制的「科學」技術重心也從事後的矯治移往事前的預防，監禁逐漸成為純粹監禁、達成「隔離無害化」的場所，犯罪學等矯治知識的重要性慢慢地被精算與統計的技術取代，統計意義上的風險逐漸變成定義犯罪問題的主要框架，而統計與精算則為研擬犯罪控制策略不可或缺的技术

⁷⁴ David Garland 著，周盈成譯（2006），控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序，頁 205。

⁷⁵ 李佳玟（2005），風險社會下的反恐戰爭，月旦法學雜誌，118 期，頁 55。

⁷⁶ David Garland 著，周盈成譯（2006），控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序，頁 212。

⁷⁷ Dan Garner 著，李靜怡、黃慧慧譯（2009），販賣恐懼：脫軌的風險判斷，頁 217-218。

⁷⁸ 伊藤康一郎（2006），理性と感情—リスク社会化と厳罰化の交差，犯罪社会学研究，31 号，76 頁。

⁷⁹ David Garland 著，周盈成譯（2006），控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序，頁 94。

至此，犯罪終於披上了現代型風險的外衣。由政客、媒體、乃至道德事業家（moral entrepreneurs⁸¹）及部分學者組成的「新專家集團」不斷地向市民社會輸出對於犯罪的風險認知。在民眾對於犯罪的想像中，充斥著各種最嚴重的犯罪類型，犯罪的損害被描繪成極其巨大，犯罪的發生也被描繪為層出不窮卻又難以預測。民眾普遍對於犯罪抱持著不安感，卻又不知如何應對風險，只好求諸於政府的介入，但正如前所述，即使是「專家」也未必知道何種方法才能真正地控制風險，從而在這種情勢下應運而生的，就是象徵意義大於實際效用的「象徵刑法」。

第三款 象徵刑法與象徵的風險管理

在風險社會下，國家與社會成為巨大的風險迴避組織，而配合著民眾不安感所產生的「安全性」需求，更帶來了政治干預範圍擴大的結果。即使怎樣的政策能處理風險問題仍然不清楚，風險社會仍然產生了藉由法律擴張對生活領域的規範來防衛危險發生的趨勢。於是，法律明顯呈現出工具性、政策性考量的現象。同時，由於這些政策考量是由市民強烈的需求所主導，專家若無法以單純明快的結論回應社會期待，其發言便會喪失影響力。因此，政策決定就難以避免象徵性與民粹傾向。而在這樣的背景下，刑法不僅無法置身事外，更因為刑罰的嚴厲性而被當成對應風險問題的特效藥。透過各式各樣的管道，要求以刑法提供保護的要求被傳遞給國家，不僅政府被迫必須有所回應，刑法理論也不得不（明示或默示地）將對應風險的政策納入考量。從而刑法出現了強調其社會機能與問題解決取向的「機能化」現象，其具體成果就是刑事立法的大量增加及管轄範圍的擴大⁸²。

⁸⁰ 李佳玟（2005），風險社會下的反恐戰爭，月旦法學雜誌，118期，頁55。

⁸¹ ウィリアムズ・アンディ（2006），小兒性愛者・パニック・抗議運動：嚴罰的ポピュリズムの解明，犯罪社会学研究，31号，54頁。

⁸² 黃佳彥（2009），論刑法第一百九十條之一保護法益—從刑法機能角度觀察，國立臺灣大學法律

當刑法和政策產生親和性時，由於政策相對於既有的刑法體系有著更多不確定因素，連帶地就會蘊含著以政策合理為由而肯認刑罰規定，甚至配合政策需求而量身打造刑法解釋論述的可能⁸³。於此相應而生的，就是刑法的「處罰前置化」（法益保護早期化）與「法益的抽象化」（普遍法益概念）等現象⁸⁴。

處罰前置化的基本思維是：既然風險是隨時隨地存在，而只要有風險存在就有實現的可能性，那麼越早抑制風險，對於市民安全的保障就越好⁸⁵。亦即，在個人法益保護的場合，因為強烈的犯罪預防（抑制犯罪風險）要求，倘若刑法等到法益侵害發生時才介入，會被認為是緩不濟急，此際，立法者會大量使用危險犯——尤其是抽象危險犯的規定；甚至，當立法者認為連等到「法益危殆化」才介入都嫌太慢時，最極端的情形就是發展出完全不具法益關聯性的「形式犯」規定⁸⁶。至於法益的抽象化，指的是不同於生命、身體、自由及財產等古典法益，而是以「範圍廣泛、內容不明確且難以定義」的法益為保護對象一事。「對於系統的保護」乃至「對於系統之信賴的保護」這種普遍性的法益概念如雨後春筍般出現在現代刑法中，例如經濟犯罪的「市場交易秩序」、環境犯罪的「國民健康」、電腦犯罪的「對於網路系統的信賴」，乃至組織犯罪或跟蹤犯罪（stalker）的「市民生活的平穩⁸⁷」，甚至達到連「規範的本身⁸⁸」都成為法益的境地⁸⁹。對應於民眾亟欲消除不安感的需求，這類普遍性法益可以加大宣傳效果，某種程度上可以說，普遍性法益的宣示是企圖（暫時地）解決民眾強烈要求刑法保護的問題。甚至，抽象化的

學院法律學系碩士論文，頁 9。

⁸³ 黃佳彥（2009），論刑法第一百九十條之一保護法益——從刑法機能角度觀察，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，頁 10。

⁸⁴ 從廣義的角度來說，後者其實是前者的下位概念。

⁸⁵ 王正嘉（2009），卡片犯罪立法中的經濟刑法原理與社會機能，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，頁 105。

⁸⁶ 黃佳彥（2009），論刑法第一百九十條之一保護法益——從刑法機能角度觀察，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，頁 23。

⁸⁷ 松原芳博（2009），リスク社会と刑事法，法哲学年報，2009，86 頁。

⁸⁸ 李茂生（2009），風險社會與規範論的世界，月旦法學雜誌，173 期，頁 151-152。

⁸⁹ 關於這種普遍性法益概念的正當性探討，可參閱王皇玉（2005），論販賣毒品罪，政大法學評論，84 期；王皇玉（2004），論施用毒品行為之犯罪化，臺大法學論叢，33 卷，6 期；以及周濛沂（2008），論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由，臺大法學論叢，37 卷，4 期。

普遍法益還可以用來掩飾處罰前置化所衍生的問題，因為它並非訴求古典個人法益的提前保護，而是將系爭行為直接定性為造成法益「實害」的行為，從而避免了實質預備犯的色彩⁹⁰。然而，當處罰的前置化使行為類型與法益侵害之間的實質關聯性減弱甚至根本欠缺時，藉由處罰來抑制風險的實際效果，自然也跟著減弱乃至根本喪失。此外，這些過於早期化的處罰對象往往及於（客觀上）僅為私人領域活動或日常的中性行為，要從這些行為的本身來劃定處罰的界線會有困難，從而實際上也很難貫徹執行。此外，普遍性法益的抽象、稀薄也會導致我們難以判斷何種情狀下的何種行為才是侵害了法益或使法益暴露於受侵害的危險，而既然連行為是否侵害了法益都弄不清楚，則對於行為的處罰是否果真保護了法益，當然就更不清楚了。這種實效性存疑、宣示意義大於實際效用的刑事立法活動，其實只是一種具有「欺瞞」作用的「象徵刑法」而已⁹¹。

在刑事政策風險管理化、刑法機能化的情勢之下，刑法本身也成為了風險管理的策略性工具。理論上，以風險管理為核心的刑事政策的目標，就是辨認出何為高危險的犯罪者與被害者類型、何為經常發生犯罪的時間與地點，以及何為可能會被利用的犯罪工具，從而犯罪控制的重點便是針對這些統計上的高危險類型、地點、行為與工具進行監控與干預，透過各種風險管理措施提升社會大眾的安全⁹²。然而如前所述，無論是民眾或專家其實都無法確知何種方法能夠真正有效控制風險，於是人們只好大量地利用政治的力量尋求飲鳩止渴式的風險管理，而政治的最大武器不外就是象徵刑法的立法活動⁹³。

換句話說，象徵刑法無非只是一種「補償作用」而已⁹⁴，而刑法的倫理非難性

⁹⁰ 黃佳彥（2009），論刑法第一百九十條之一保護法益—從刑法機能角度觀察，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，頁 24。

⁹¹ 新谷一幸（1995），ハセマー「象徵的刑法と法益保護」，修道法學，17 卷，2 号，184 頁。

⁹² 李佳玟（2005），風險社會下的反恐戰爭，月旦法學雜誌，118 期，頁 33。

⁹³ 李茂生（2009），風險社會與規範論的世界，月旦法學雜誌，173 期，頁 148。

⁹⁴ トーマス・リヒター著，中空壽雅訳（2006），象徵的刑法とそれがもたらすもの—ドイツの議

以及隱藏在刑罰權背後的主權暴力，則是讓這種補償作用得以「彌補」現實中無力感的關鍵因素。透過象徵刑法的立法活動，實際上根本無力解決犯罪問題的政府「秀出」(acting out)雄壯威武的一面，讓民眾感覺到政府「有在做事」(Something has been done)⁹⁵；民眾則透過（實際上或精神上⁹⁶）參與立法的推動而獲得一種自己「有能力做些什麼」的虛幻滿足感，於是暫時地驅散了內心的不安。如此一來，象徵刑法就成為一種「象徵的風險管理」⁹⁷，政府透過立法將某種行為納入規制而標識出危險源並「象徵地」加以排除，而民眾也因為看到了這樣的過程而獲得安全感。然而，值得注意的是，象徵的風險管理是把「人」當作危險源，而在這個標識危險源的過程中，被我們挑選出來的其實就是所謂的「異常者」，尤其在政治化、民粹化的作用下，對於正常與異常的區分雖然往往有「科學」的背書，但實際上仍然是非常恣意的⁹⁸，而在區分的背後運作著的，其實是從未停止運轉的差異排除機制及理想人類形象的製造機器⁹⁹。

第四款 虛擬的兒童色情·象徵的刑法規制

讓我們回頭看看贊成規制虛擬兒童色情的理由：第一，逼真虛擬作品可能與真實作品難以分辨，造成後者的規制障礙；第二，對於戀童者來說，虛擬作品同樣可以刺激性慾、自我正當化及用於引誘兒童，所以同樣會刺激及助長性濫用、性剝削；第三，虛擬作品同樣會塑造以兒童為性慾對象的社會風氣，並妨害兒童人格的健全成長；第四，合成照片會傷害當事者的名譽及心理健康。

論狀況，比較法學，39卷3號，169-170頁。

⁹⁵ 謝煜偉（2005），寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學雜誌，126期，頁138。

⁹⁶ 例如走上街頭參加示威遊行，是一種實際上的參與；而在網路討論上同仇敵愾或在電視機前面邊看新聞邊罵，則是一種精神上的參與。

⁹⁷ 松原芳博（2009），リスク社会と刑事法，法哲学年報，2009，88頁。

⁹⁸ 李茂生（2009），風險社會與規範論的世界，月旦法學雜誌，173期，頁148。

⁹⁹ 這裡的看法參考李茂生（2008），新少年司法與矯治制度實施十年的光與影，收錄於林山田教授紀念論文集編輯委員會編輯，刑與思－林山田教授紀念論文集，頁604-605。

關於第一點理由，我們在本章第一節中已經引證了許多資料，指出這種問題很可能並不存在，縱使真的存在也應該設計成舉證責任轉換的制度，而非一律比照真實作品處罰；第二點理由也同樣值得懷疑，除了危險性欠缺實證基礎外，事實上更有實證研究指出，其實整體而言，兒童色情在戀童犯罪者（pedophilic sex offenders）的性幻想或性行為中並未扮演重要的角色，甚至，有些加害者是被非色情（non-pornography）的兒童圖像所刺激才犯罪的，例如童裝型錄、迪士尼電影、電視廣告中光屁股或包尿布小孩的畫面等，都有被加害者提到過¹⁰⁰；第三點理由不僅欠缺實證基礎，而且就算要解決這個問題，也應該優先考慮分級制度等行政管理措施，而非直接祭出刑罰；最後，第四點理由雖然可能從兒童保護的觀點來加以正當化，但也應該放在妨害名譽而非兒童性濫用的架構下處理。儘管贊成規制的理由有著諸多瑕疵，但「國際共識」不但肯認了規制逼真虛擬作品的正當性，更有不少「先進國家」將逼真與非逼真的虛擬作品一律納入規制。這種現象乍看之下令人費解，不過如果從「象徵刑法」與「象徵的風險管理」的角度來看的話，我們應該就會恍然大悟了。

如同本章第二節所討論過的，配合著資本主義社會中的性道德規制，理想的兒童純潔形象被建構了出來，並帶有宗教色彩的神聖象徵意義，其效果就是將戀童者貼上邪惡的標籤，並將兒童性濫用的行為塑造為玷污純潔、褻瀆聖物的意義。在這樣的社會心理背景下，西方社會中的兒童性濫用被放大為一種極其恐怖的犯罪類型。就像 David Garland 所指出的，在媒體與政客的渲染、操弄之下，這類案件受到矚目的程度與其發生的機率完全不成比例；而一般所認為這類案件對於兒童造成的傷害，和貧窮、醫療照護短缺、父母虐待等更為結構性的傷害及疏忽比起來，也是不成比例的。他又指出，戀童者被典型地描繪為危險的、無法自我控制的、無可救藥的生物，對於最無辜、最脆弱的受害者——亦即我們的孩子——構成嚴重的危險。就像現代社會的許多危險一樣，戀童者在我們的日常生活環境中不

¹⁰⁰ Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming* (2009), p.187-188.

露形跡地潛伏，在正常外表下隱藏著「他者性」(otherness)¹⁰¹。於是我們可以看到，兒童性濫用—特別是家庭外的¹⁰²—被塑造成一種具有現代型風險特徵的犯罪類型。

當民眾對於兒童性濫用犯罪抱持著嚴重的不安感，卻又缺乏有效的風險抑制對策時，能夠提供虛幻安全感的象徵刑法便再度登場了¹⁰³。從理論構造上看，相對於各種長期監禁、剝奪假釋機會、社區登記公告等針對個人法益犯罪的措施¹⁰⁴，虛擬兒童色情的規制無疑地就是處罰前置化的展現，從而也無可避免地面臨欠缺法益關聯性的質疑，雖然贊成規制論者通常也會很快地搬出「社會法益說」來加以護航，不過社會法益說仍然無法解釋單純製造與單純持有的處罰正當性，所以我們就會看到，在贊成規制虛擬作品的論述中，上述四種理由往往分進合擊、互相支援，至於是否符合既有的刑法理論構造，並非贊成規制論者關心的重點¹⁰⁵。如果我們從「象徵的風險管理」來看，虛擬兒童色情規制的重點無非就是要將「戀童者」和「虛擬作品」這兩種「危險源」納入象徵刑法的「控制」之下。首先，我們透過虛擬作品的製造、流通乃至持有行為來「辨識」出戀童者：既然他會把兒童當成色情的描繪客體，表示他腦中有邪惡思想，不管他是製作合成照片還是完全憑空繪製，也不管他是否只是要製作或提供給別人看，統統都一樣邪惡；畢竟，如果你沒有邪惡思想，你怎麼會知道別人（其他戀童者）想看、愛看什麼呢？有這種邪惡思想的人，就有可能是戀童者，所以我們應該把他標示出來¹⁰⁶—儘管

¹⁰¹ David Garland 著，周盈成譯（2006），*控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序*，頁 184。

¹⁰² 事實上，近年來亦有開始將家庭內的兒童虐待視為一種難以預測的風險，並採取風險管理式防制策略的傾向，詳可參閱上野加代子（2006），*リスク社会における児童虐待—心理と保険数理のハイブリッド統治*，*犯罪社会学研究*，31 号，22-37 頁。

¹⁰³ 日本學者安部哲夫在論及兒童色情問題時，就曾提出《兒童色情禁止法》可能淪為民粹主義導致的「象徵刑法」的警告。參照安部哲夫（2010），*なぜ児童ポルノは規制されるのか？*，*法学セミナー*，671 号，39 頁。

¹⁰⁴ 例如美國著名的「梅根法案」、「潔西卡法案」等。

¹⁰⁵ 這種論述手法可參照高玉泉（2002），*論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由—從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決*，*律師雜誌*，278 期，頁 58；以及後藤弘子（2010），*児童ポルノ規制をどう考えるか*，*法学セミナー*，671 号，41 頁。

¹⁰⁶ 就像學者李佳玟所指出的，不精確地根據犯罪統計，僅主觀認定某一類型人屬於高風險犯罪者

只是在象徵刑法中象徵地標示出來而已。其次，「專家」告訴我們虛擬作品會刺激、助長犯罪，甚至會讓兒童產生偏差的性觀念、更會讓更多成人變成戀童者，所以虛擬作品的存在本身就讓我們感到不安¹⁰⁷，為了消除我們的不安感，我們勢必要求消滅一切的虛擬作品，儘管只是單純持有，我們也一概不允許；實際上有多少虛擬作品並不重要，重要的是它們必須全部被納入控制之下一儘管只是象徵刑法的象徵控制而已。換句話說，我們是在我們的腦中進行想像的風險管理，一種透過自我欺瞞、自我滿足而消除不安感的象徵性風險管理¹⁰⁸。

本文認為，只有「逼真的虛擬視覺作品」被「國際共識」入罪化的迷團就可以在在這裡找到解答：因為社會大眾對於虛擬作品的「想像」未必一致，但最大公約數就是「視覺逼真」，因為當虛擬作品是視覺形式而且很逼真時，就會帶給人一種「好像真有兒童遭受性濫用」的錯覺，於是我們對於兒童性濫用的風險認知就被啟動了¹⁰⁹；而且，當我們腦中浮現的虛擬兒童色情相當逼真時，對於這種作品的杜絕、消滅就更能讓我們感受到，我們彷彿成功地保護了兒童，使他們沒有落入那些變態、邪惡的戀童者手中—縱使這裡的「兒童」只是一幅影像而已。儘管這個推論可能稍嫌大膽，但本文想要指出的是，在刑事立法活動已經難脫政治化、民粹化的現在，研究者或許已經不能只是操作既有的刑法基本原理原則，得出「立法不當」的結論後就額手稱慶，相反地應該嘗試去瞭解隱藏在「民粹立法」背後的心理動機與直覺思維，才能更切中要害地加以對抗¹¹⁰。

並加以監控，也是一種以風險管理為核心的犯罪控制策略。參照李佳玟（2005），風險社會下的反恐戰爭，月旦法學雜誌，118期，頁33。

¹⁰⁷ 這裡的看法參考李茂生（2003），論性道德的刑法規制，收錄於臺灣法學會主編，臺灣法學新課題（一），頁326，註47對於猥褻物品的說明。

¹⁰⁸ 松原芳博（2009），リスク社会と刑事法，法哲学年報，2009，89頁。

¹⁰⁹ 很多人（尤其是中年以上的人）可能一輩子都沒想過有兒童色情漫畫、卡通這種東西，尤其在日本ACG輸出到歐美國家之前，西方人可能也從沒想過會有這種以「蘿莉」為賣點的作品。

¹¹⁰ 這裡其實還會引發一個質疑：一開始就不區分逼真與否，將虛擬作品一律納入規制的國家，難道就是因為該國立法者已經認知到「非逼真作品」的存在嗎？本文認為未必如此，相反地很有可能只是立法技術的考量而已。

不過本文想要指出的是：不分青紅皂白將所有虛擬作品一網打盡，在「象徵的風險管理」下毋寧是正常的現象，至於排除非逼真作品的看法，或許才是基於刑罰謙抑或言論自由考量而產生的偶

第三節 本章小結

在本章第一節中，我們探討了從「罪疑唯輕的例外」來正當化逼真虛擬作品入罪化趨勢的可能性，最後我們發現，這種作法不但在理論架構上無法自圓其說，其實際上的必要性也是非常可疑的。但如此一來，所謂的「國際共識」究竟如何成立，就變得更加耐人尋味。為了解答這個問題，本文提出了一個假說：其實所謂國際共識，只是一種在道德恐慌下配合「民眾直覺感受」而出現的產物而已。為了嘗試印證這個假說，本文必須接著探討道德恐慌的來源：純潔的兒童理想形象與現代社會中對於犯罪風險的普遍不安感，並指出風險社會中刑事立法的政治化傾向，是讓民眾的直覺感受能夠左右立法設計的原因。

於是在第二節中，我們討論了隱藏在虛擬兒童色情規制背後的社會心理背景，亦即一種對於純潔兒童形象的偏執，而這種將兒童神聖化的傾向得到資本主義社會中的性道德規制及基督教文化中的性敵視態度支持，連帶地使得戀童者或兒童色情背上褻瀆聖物及邪惡墮落的象徵符號。於是，只要知道社會中有兒童色情這樣的污穢存在，即使只是無受害者的虛擬作品，即使沒有可靠的證據顯示虛擬作品會刺激助長犯罪，即使實際上幾乎沒有「難以分辨」的問題，贊成規制的論者還是堅持消滅一切的兒童色情。這某程度上也解釋了何以「國際共識」會將逼真虛擬作品比照真實作品處罰，因為在褻瀆神聖純潔兒童的意義上，真實和虛擬作品其實沒有什麼差別。

承接著第二節的討論成果，我們在第三節中繼續探討「民眾的直覺感受」如

然。換句話說，排除非逼真作品的立法例，也很可能因為立法者在道德恐慌的社會氣氛下，採信了「難以分辨」的規制理由以免導致真實兒童色情的規制有漏網之魚，但又同時「良心發現」地認為非逼真的虛擬作品並無被害人故不應加以規制而已。此外還有一種可能性：立法者（在直覺上）認為非逼真的虛擬作品比較不真實，所以刺激、助長犯罪的危險性也比較低。但無論如何詮釋這種現象，都不能忘記「民眾的直覺感受」可能在其中扮演著重要角色一事。

何成為左右刑事立法的關鍵。透過關於風險社會理論與相關刑法、刑事政策乃至犯罪學理論的介紹，我們瞭解到當代的刑事立法活動往往呈現出嚴罰化、民粹化的特徵，並產生了許多可能欠缺實際效用而徒具象徵意義的刑法規範。而這種現象產生的原因，又可以歸咎於風險社會中不安全感的蔓延，民眾亟需看到政府有所作為以獲得安全感，以及在能源危機導致福利國思想沒落、新自由主義興起的背景下，矯治無效論的提出造成矯治主義與專家主義的衰退。結果是，民眾的感受取代專家的判斷成為制度形成的關鍵，從而，具有「立即反應」特質的刑事立法活動成為政府安撫民眾不滿情緒的道具。在神聖、純潔兒童形象的社會心理背景下，兒童性濫用的犯罪風險被政客及媒體過度誇大，陷入道德恐慌的民眾為了消除嚴重的不安感，只好求助於象徵刑法的象徵風險管理。於是，刑法一儘管只是象徵地一將被恣意地視為危險源的戀童者和虛擬兒童色情納入控制之下。而逼真的虛擬作品之所以被挑出來入罪，一方面是因為「難以分辨」的理由說服了恐慌的民眾，另一方面正是因為「栩栩如生」的逼真作品帶給民眾一種「彷彿是實際上發生的事情」的感受，所以比非逼真作品更能激發民眾的風險認知。儘管在贊成虛擬兒童色情的理由中，從「難以分辨」到「助長犯罪」統統都有可疑之處，儘管單獨挑出虛擬視覺作品入罪化的作法難以自圓其說，但在一切以民眾感受為依歸的風氣下，可疑之處也變得不再可疑：只要直覺感受是好的，那就一切沒問題。

本文認為，這樣的「國際共識」或「先進國家作法」是否值得仿效，其實是很有疑問的。這並不是因為筆者以「菁英」自居，而否定、輕蔑「庶民」的想法和需求。相反地，只是由於歷史的教訓提醒我們，在社會變遷的過程中，人口結構的浮動和共同價值的變化，往往催化出儀式性的刑罰（當然也包括刑法在內），藉由指定出一個被妖魔化的他者並絕對地加以排除，以重新凝聚社會連帶，而在這樣的過程中，透過被妖魔化、非人化的他者所彰顯出來的，其實是對於既有的

社會菁英價值觀的反覆確認；也就是說，面對新的社會情勢，刑法可以迎合既有的社會菁英階層而創造新的犯罪類型，然後這些將這些不符社會需要的殘渣排除出去，重新凝聚社會的共同價值¹¹¹。論者指出，晚期資本主義的重要特徵就在於生產結構與製造技術的轉變，傳統勞動與充分就業的概念被解構，人的身分定位又趨於浮動，於是許多社會邊緣人自然地就成為我們首先要獵殺的對象¹¹²。再加上電視及電腦網路的普及，兒童與成人都能不分軒輊地從大眾媒體上獲取知識，導致成人與兒童間的分野日趨模糊，因而有學者提出了「童年之死」的看法¹¹³。而褻瀆兒童純潔形象，侵犯成人與兒童的界線，並背離資本主義社會中的婚姻與家庭價值的戀童者，或許就是在這種情勢之下，成為了我們為了維持社會所獻祭的替罪羔羊¹¹⁴。更糟的是，這些「戀童者」可能只是一些在現實的男女人際關係中受挫，因而遁逃到虛擬的世界中尋求慰藉的所謂「失敗者」而已¹¹⁵，根本就不什麼「戀童癖」，卻糊里糊塗地被推上了打著「兒童保護」旗號的女巫審判，然後被綁上名為「司法」的火刑台燒死。

那麼，當我們知道號稱「正義」的刑法竟然可以為了迎合社會主流價值（雖然多半會以「民眾共識」的外觀出現）而被任意地扭曲，當我們知道超高的「兒童」年齡門檻背後隱藏的可能是特定宗教觀下的意識型態壓迫，當我們知道實際上窒礙難行的虛擬兒童色情規制可能只是基於心理補償作用而誕生的象徵刑法，此際，身為刑事法學的學習者或研究者的我們，還能夠不戒慎恐懼嗎？還能夠以「外國月亮比較圓」的心態，對於刑罰正當性存疑的「國際共識」不分青紅皂白地全盤接受嗎？筆者以為，答案應該是呼之欲出了。

¹¹¹ 李茂生（1998），權力、主體與刑事法，頁 233-243。

¹¹² 謝煜偉（2005），寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學雜誌，126 期，頁 141。

¹¹³ 詳可參閱 David Buckingham 著，楊雅婷譯（2003），童年之死：在電子媒體時代下長大的孩童；以及 Neil Postman 著，蕭昭君譯（1994），童年的消逝。

¹¹⁴ 關於替罪羔羊機制的研究，詳可參閱 René Girard 著，馮壽農譯（2004），替罪羊；國內文獻的相關引介及說明，可參照謝煜偉（2005），寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學雜誌，126 期；以及李佳玟（2004），死刑在台灣社會的象徵意涵與社會功能，月旦法學雜誌，113 期。

¹¹⁵ 這裡的看法參考李茂生（2003），論性道德的刑法規制，收錄於臺灣法學會主編，臺灣法學新課題（一），頁 324 關於猥褻物品的說明。

第六章 結論與建議

在邁向結論之前，先讓我們「回首來時路」，重新梳理一下本文已完成的工作。

透過第二章關於兒童性濫用、兒童性剝削及兒童性濫用的討論，我們發現兒童性濫用、性剝削的加害者未必都是所謂的「戀童者」，而且兒童性濫用、性剝削的成因非常多元，「戀童者」及「色情文化」的存在僅佔了一小部分的因素，而且在「未滿 18 歲＝兒童」的超高年齡門檻之下，兒童色情的收藏者更未必都是戀童者。這些資訊都可以讓我們警覺到一件事：把兒童性濫用、性剝削的發生歸咎於虛擬兒童色情對於戀童者的刺激或助長作用，甚至將虛擬兒童色情的持有者視為「犯罪預備軍」的看法，其實是非常危險的。而透過第三章的分析，我們更可以發現到，不僅贊成規制虛擬兒童色情的各種理由均有明顯缺陷，甚至連虛擬兒童色情的認定和落實執行都有諸多窒礙難行之處，然而，在我國《兒童及少年性交易防制條例》尚未納入規制，僅能依刑法第 235 條散布猥褻物品罪處理的現況下，贊成規制論者仍然高喊「仿效英美法制」、「配合國際共識」，意欲修法將規制範圍擴張到連「單純持有虛擬不雅圖像」都可涵蓋的境界，彷彿要讓臺灣社會變成連一幅—儘管只是用畫的—「少女出浴圖」都看不到的無菌空間。或許會有人質疑，贊成規制論者的本意並非如此，是筆者自己過度延伸，然而事實上，按照贊成規制論者自己提出的修法建議加以操作，勢必會得出這種結果，所以這種反駁並不能成立¹。

然後，透過第四章的討論，我們又發現到「國際共識」確實存在，而且很奇妙地是將逼真的虛擬兒童色情比照真實兒童色情加以規制，於是我們更加大惑不解：難道世界各國的政府和立法者都不懂刑法基本原理原則？難道他們都沒看到

¹ 如果贊成規制論者沒有想到自己的修法建議可以導致這種結論，那剛好就是本文第五章所討論到的問題：道德恐慌與民粹立法。

贊成規制的理由有那麼多瑕疵和矛盾？所以在第五章中，我們嘗試著透過「罪疑唯輕的例外」來正當化這種「國際共識」的作法，但我們很快就知道這是行不通的，最後我們只好相信，所謂「國際共識」真的大有問題。然而我們會好奇的是：到底是什麼原因促成了這種莫名其妙的「國際共識」？於是我們開始思考一種可能性：世界各國的立法者只聽得進贊成規制論者的主張，反對規制論者的批評都被當成耳邊風。接著，我們以「道德恐慌」的社會現象為出發點，大膽地假設這個現象的成因就是「兒童的純潔形象」與「風險社會」所造成的，並透過相關文獻資料的引用，相當程度地印證了我們的假設。最後我們發現，虛擬兒童色情的規制其實不過是藉由「象徵刑法」所進行的「象徵性風險管理」而已，除了淪為民眾消除不安感的道具外，更蘊含將所謂「戀童者」妖魔化、他者化以便成為維護社會穩定的「替罪羔羊」機制。

於是本文認為，面對這樣明顯有問題的「國際共識」，我們就算不能全盤否定，也應該保持戒慎恐懼的態度，而非將「國際共識」奉為圭臬，更不能因為「國際共識」採取贊成規制的立場，就無視各種贊成規制理由本身所具有的缺陷。簡單地說，不是外國都說對就一定對，我們還是必須回歸刑法的基本原理原則來思考規制的必要性，縱然要給予兒童特別優厚的保護，也不能無限上綱到嚴重破壞刑法謙抑性、最後手段性的地步。

因此，相對於國內論者所提出的修法建議，筆者斗膽不揣淺陋，也在此提出自己的對案加以回應：

1. 原則上，我國完全無須增訂虛擬兒童色情的處罰規定。因為各項贊成規制的理由都有明顯的瑕疵，其可罰性基礎非常薄弱。此外，在刑法第 235 條尚未廢除前，應嚴謹地操作釋字第 617 號的猥褻定義，避免為了滿足

民眾的處罰慾望而恣意擴張，尤其不可將「內容涉及兒童」一律與「性虐待」劃上等號，更不可透過「類推解釋」將內容涉及兒童的猥褻資訊一律視為絕對禁止流通的硬蕊資訊²。

2. 退萬步言，縱使真有修法必要，也僅能增訂關於逼真虛擬作品的舉證責任轉換規定，而且不能適用於單純持有的場合³。因為即便我們承認「難以分辨」問題確實可能發生，頂多也只能基於兒童保護的特殊性創設「罪疑唯輕的例外」，然而當被告僅為單純持有時，兒童保護的利益就過於稀薄，尚不足以正當化舉證責任轉換的措施。此外，為了保障被告的武器平等，似應同時規定當被告抗辯系爭兒童色情僅為虛擬作品時，法官「應」依職權移付鑑定。
3. 除此之外，針對電腦合成照片可能造成當事者兒童名譽損害及心理創傷的問題，本文初步認為，透過刑法誹謗罪的適用就可以解決，似無增設處罰規定的必要。退萬步言，縱使立法者認為有必要增訂獨立的處罰規定，本文仍然認為，這應該定位為妨害名譽而非兒童色情的問題，否則無非又是另一個「獵殺戀童者」的替罪羔羊機制而已。換句話說，規制這種行為的考量在於兒童的人格發展尚未穩定，自我認同容易受到外力破壞，所以對於兒童的名譽情感給予特別的保護。所以處罰範圍應僅限於具有公開流通性質的行為，不及於單純製造及單純持有⁴，而刑度設計

² 這裡的看法參考謝煜偉（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，頁59。此外本文認為，當虛擬作品內容涉及「半人半獸」等幻想生物時，不應認定為「人獸性交」，以免有心人士蓄意藉此查禁涉及這類題材的色情漫畫、動畫或電玩等作品。

³ 試擬條文如下：

新增第27條第3項（其後各項依序後移）

「前二項情形，能證明系爭圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品之拍攝、製造過程未利用未滿十八歲之真實之人為性交或猥褻行為者，不罰。」

新增第28條第3項（其後各項依序後移）

「前二項情形，能證明系爭圖片、影片、影帶、光碟、電磁紀錄或其他物品之拍攝、製造過程未利用未滿十八歲之真實之人為性交或猥褻行為者，不罰。」

⁴ 這點是參考日本學者永井善之的看法，參照永井善之（2003），兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法學，67卷，4号，153頁。

亦不宜重於誹謗罪的 2 年以下有期徒刑⁵，並應告訴乃論。

有美國學者指出，近年來的美國社會狀況呈現出把兒童性濫用看得比謀殺更嚴重的過度反應，陷入完全不容冷靜討論的道德恐慌或集體歇斯底里（mass hysteria）狀態⁶；導致實務判例對於兒童色情的認定趨於寬鬆，結果相繼發生藝術家、新聞記者乃至兒童的父母或其他親戚因為拍攝了在海灘或浴室嬉戲的裸體兒童照片而遭到逮捕甚至起訴的事件；學者並嚴詞批評，美國的兒童色情規制早已背離了保護兒童免受性剝削、性濫用的宗旨，而變成了規制人對於兒童之特定看法本身的思想犯罪⁷。這恰好呼應了本文的觀點：虛擬兒童色情的規制只是一種標識出有著「邪惡思想」的「異常者」，並藉由排除他們而重建資本主義社會所需共同價值的替罪羔羊機制而已。

於是，當贊成規制論者大嘆國內不論實務界或學術界都不甚重視兒童色情問題的特殊性時⁸，筆者反而認為這或許就顯示了我國並不像西方社會那樣，在資本主義與基督教文化的雙重影響下，純潔兒童形象已經深深地嵌合在多數民眾的深層意識中，所以才沒有盲從於這一波將虛擬兒童色情入罪化的「國際潮流」。然而，實際的情況並不容許我們過於樂觀。2010 年爆發的「白玫瑰運動」已經將「兒童應該純潔」的意識形態推到了公共論壇的檯面上，2011 年的一則「拍女童看情色動漫 警追臉書男」的新聞⁹，不僅讓「蘿莉控」這個名詞在媒體上大量曝光，更

⁵ 比照誹謗罪而非刑法第 315-1 條及第 315-2 條的原因，是因為後兩者立法時也有過於政治化、民粹化的傾向，刑度有被不當提高的危險。

⁶ Amy Alder, *Inverting the First Amendment*, 149 U. PA. L. REV. 921, 934 & n.62 (2001); see also Philip Jankins, *Beyond Tolerance: Child Pornography on the Internet*, at 32-33 (2001).轉引自永井善之(2003)，兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，4 号，頁 165，註 2。

⁷ Amy Alder, *supra* note 2, at 994-95.轉引自永井善之(2003)，兒童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的兒童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学，67 卷，4 号，頁 165，註 4。

⁸ 例如翁毓秀(2002)，兒童色情問題初探，兒童福利期刊，2 期，頁 182；高玉泉(2003)，網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討（1999-2002）——一個由兒童人權出發的觀點，國立中正大學法學集刊，11 期，頁 2、53。

⁹ 拍女童看情色動漫 警追臉書男 TVBS 新聞(2011/03/11) 有網友向媒體投訴，一名綽號「頑馱無零」的男子，在 Facebook 上貼一系列女童照片，裡頭竟然

被與「戀童癖」劃上等號。姑且不論我國算不算「資本主義社會」，繼受歐陸刑法體系的我國刑法其實本來就包含性道德規制的成分在內，這一點從妨害性自主罪章與妨害風化罪章就可看出來¹⁰。一旦民眾對於兒童性侵案件的風險認知大幅提高，我國又不像日本有相當規模的動漫產業可以發揮投鼠忌器的作用，則同樣善於討好選民的我國政府，會不會在政治盤算與（具基督教背景的）兒福團體及道德事業家的遊說下，一舉將規制範圍推向虛擬兒童色情，誰也不敢保證。

反對規制虛擬兒童色情的人並非不愛護兒童，更非鼓勵戀童，而只是想要抵抗一種恐慌的、民粹的、徒具象徵作用的、比起解決問題更會製造問題的刑法怪獸。甚至如果可能的話，也希望讓這部不斷生產理想人類形象的「人性製造機」不要過度地運轉。因為，每一次的運轉都是一場象徵的大屠殺。被殺戮的不是別人，正是我們那污穢的、慾望的動物身體。

最糟的是，我們的靈魂仍然沒有上天堂。

是小女孩觀看色情動漫的照片，還有拍攝她們拉起上衣、露出內褲的畫面，網友懷疑男子是喜愛女童的「蘿莉控」，可能有戀童傾向；而這名男子已經關閉網頁，但警方還是要追查他有沒有不法行爲。（節錄）

事實上，蘿莉這個名詞是源自於名著「蘿莉塔」，劇情是中年男子愛上女童的故事，之後就泛指蘿莉是還沒發育的小女孩，而蘿莉控就是對她們異常喜愛的人，因此警方懷疑這名男子就是所謂的蘿莉控，擔心更嚴重會有戀童的不法行爲。（節錄）

網址：http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=yehmin20110311120310（最後瀏覽日期：2011/6/3）

¹⁰ 例如學者黃榮堅就指出：「從刑法文字本身以及傳統社會中的理解，猥褻兩個字的意思就是除了「夫妻間性關係」之外全部與「性」有關聯的資訊及動作，而在這個定義下的猥褻也等同於對於善良風俗或性道德的妨礙。」參照黃榮堅（2006），棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，臺灣本土法學雜誌，89期，頁56。換句話說，於刑法235條制定之初，立法者所欲表彰的「社會多數共通之性價值秩序」，其實就是「以夫妻間性關係為最正確」的價值觀。

參考文獻

一、正體中文部分（按作者姓氏筆畫順序排列）

（一）專書

Colin Heywood 著，黃煜文譯，*孩子的歷史：從中世紀到現代的兒童與童年*，台北：麥田，2004。

Dan Garner 著，李靜怡、黃慧慧譯，*販賣恐懼：脫軌的風險判斷*，台北：柏雅，2009。

David Buckingham 著，楊雅婷譯，*童年之死：在電子媒體時代下長大的孩童*，台北：巨流，2003。

David Garland 著，周盈成譯，*控制的文化：當代社會的犯罪與社會秩序*，台北：巨流，2006。

Martha C. Nussbaum 著，方佳俊譯，*逃避人性*，台北：商周，2007。

Michael Wyness 著，王瑞賢、張盈堃、王慧蘭譯，*童年與社會—兒童社會學導論*，台北：心理，2009。

Neil Postman 著，蕭昭君譯，*童年的消逝*，台北：遠流，1994。

René Girard 著，馮壽農譯，*替罪羊*，台北：臉譜，2004。

Ulrich Beck 著，汪浩譯，*風險社會*，台北：巨流，2003。

Vern L. Bullough & Bonnie Bullough 著，戚堅衛譯，*性態度：神話與真實*，台北：桂冠，2000。

Victor C. Strasburger, Barbara J. Wilson, & Amy B. Jordan 著，林佳蓉等譯，*媒體素養教育：兒童、青少年與媒體*，台北：華騰，2010。

余漢儀，*兒童虐待—現象檢視與問題反思*，台北：巨流，1995。

李茂生，*權力、主體與刑事法*，台北：自刊，1998。

林山田，*刑法各罪論（下）*，增訂4版，台北：自刊，2004。

陳若璋，*兒童青少年性虐待防治與輔導手冊*，台北：張老師文化，1998。

甯應斌，*性無須道德：性倫理與性批判*，桃園：中央大學性／別研究室，2007。

葉永文，*排除理論*，台北：揚智，1998。

葉煬彬，*色情作品在男性青少年階段所扮演的角色*，台中：教育部臺灣省中等學校教師研習會，2001。

蔡聖偉，*刑法問題研究（一）*，台北：元照，2008。

蘇俊雄，*刑法總論（I）*，修正再版，台北：自刊，1998。

(二) 專題論文

- 王正嘉，風險社會下的刑法保護機能論，法學新論，6期，2009.01。
- 王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌，159期，2008.08。
- 王皇玉，論施用毒品行為之犯罪化，臺大法學論叢，33卷，6期，2004.11。
- 王皇玉，論販賣毒品罪，政大法學評論，84期，2005.04。
- 李佳玟，死刑在台灣社會的象徵意涵與社會功能，月旦法學雜誌，113期，2004.10。
- 李佳玟，風險社會下的反恐戰爭，月旦法學雜誌，118期，2005.03。
- 李茂生，風險社會與規範論的世界，月旦法學雜誌，173期，2009.10。
- 李茂生，新少年司法與矯治制度實施十年的光與影，收錄於林山田教授紀念論文集編輯委員會編輯，刑與思—林山田教授紀念論文集，台北：元照，2008.11。
- 李茂生，論刑法修正草案第十條有關性交的定義，臺灣本土法學雜誌，46期，2003.05。
- 李茂生，論性道德的刑法規制，收錄於臺灣法學會主編，臺灣法學新課題(一)，台北：元照，2003.09。
- 李聖傑，從性自主權思考刑法的性行為，中原財經法學，10期，2003.06。
- 李錫東，從《出版法》廢止及出版品分級制度談當前的出版品管制法規，出版界，84/85期，2009.02。
- 周漾沂，論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由，臺大法學論叢，37卷，4期，2008.12。
- 林志潔，誰的標準？如何判斷？—刑法第二三五條散布猥褻物品罪及相關判決評釋，月旦法學雜誌，145期，2007.06。
- 林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明—兼評大法官釋字第五〇九號解釋，國立臺灣大學法學論叢，32卷，2期，2003.03。
- 法思齊，網路兒童色情案件之搜索與扣押，軍法專刊，56卷，4期，2010.08。
- 柯耀程，情人看招（糟）！，月旦法學教室，66期，2008.04。
- 洪文惠，未成年少女從娼原因之探討，律師通訊，187期，1995.04。
- 翁毓秀，兒童色情問題初探，兒童福利期刊，2期，2002。
- 高玉泉，網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討（1999-2002）—一個由兒童人權出發的觀點，中正法學集刊，11期，2003.04。

高玉泉，論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由—從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278期，2002.11。

高玉泉，論網際網路上兒童色情資訊之法律管制—兼評我國兒童及少年性交易防制條例之相關規定，政大法學評論，60期，1998.12。

高榮志，活跳跳的色情世界·死板板的釋字六一七，全國律師，11卷5期，2007.05。

高鳳仙，我國性侵害受害兒童保護之政策回顧與展望，律師雜誌，322期，2006.07。

許玉秀，妨害性自主之強制、趁機與利用權勢—何謂性自主？，臺灣本土法學雜誌，42期，2003.01。

許育典、陳碧玉，以青少年保護為核心的媒體素養教育；從管制「性」資訊談起，教育研究集刊，54輯，4期，2008.12。

陳秀峯，談網路兒童色情之處置—以日本處理網路兒童色情為例，月旦法學雜誌，69期，頁148-159，2001.02。

陳慧女，性剝削的問題本質與處遇—兒童及少年性交易防制工作的省思，社區發展季刊，91期，1999.10。

黃榮堅，性交易與刑法上妨害性自主概念關係之研究，收錄於蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編輯，自由·責任·法—蘇俊雄教授七秩祝壽論文集，台北：元照，2005.08。

黃榮堅，郎心狼心，月旦法學雜誌，46期，1999.03。

黃榮堅，棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，臺灣本土法學雜誌，89期，2006.12。

甯應斌，Child Abuse、兒福法律與兒童性侵犯的政治，收錄於趙文宗編，兒童性侵犯：聆聽與尊重，香港：圓桌文化，2009.04。

甯應斌，年齡解放的理論基礎：邁向兒童青少年（性）解放，發表於中央大學性／別研究室主辦，第四屆性教育、性學、性別研究暨同性戀研究國際學術研討會，1999.05。

廖有錄、莊懿強，中文色情網站之實證研究，資訊科技與社會學報，5卷，2期，2005.12。

鄭昆山、王唯鳳，評兒童及少年性交易防制條例第二十九條，軍法專刊，51卷，7期，2005.07。

鄭瑞隆，少女從娼原因與防治策略之研究，犯罪學期刊，3期，1997.12。

盧映潔，兩小無猜是原罪？—刑法第二二七條之與幼年人性交猥褻罪及相關條文的修正研議，月旦法學雜誌，152期，2008.01。

謝煜偉，寬嚴並進刑事政策之省思，月旦法學雜誌，126期，2005.11。

謝煜偉，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，2010.11。

(三) 學位論文

王正嘉，卡片犯罪立法中的經濟刑法原理與社會機能，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，2009。

李駿逸，論「性」之刑事法規制—以語言、權力、系統等差異理論作觀察，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2007。

林志鍵，性自主？性桎梏？—我國刑法性自主犯罪之分析與批判，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2005。

林宗翰，風險與功能—論風險刑法的理論基礎，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2006。

邱靖貽，刑法之性管制—以兒童及少年之相關規範為論述中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2006。

洪殷琪，網路色情資訊管制與分級制度之研究，國立台北大學法學系研究所碩士論文，2006。

張秀敏，薔薇園裡的少年愛—同人誌文化與青少女性別主體，國立中正大學電訊傳播研究所碩士論文，2005。

張峪嘉，性犯罪的刑事立法規範—以性自主權的保障為核心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005。

陳炎琪，和略誘未成年人罪之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2004。

陳韻如，網路兒童色情資訊之刑事規制，東吳大學法律學系碩士在職專班科技法律組碩士論文，2010。

黃佳彥，論刑法第一百九十一條之一保護法益—從刑法機能角度觀察，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2009。

蔡為旭，兒童性剝削之問題探討，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2007。

謝采倩，兒童及少年性交易防制條例之研究—以「雛妓問題」法概念之相關議題為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，1998。

譚德周，刑法性犯罪歷次修正原因之探討—以提案及審議過程為核心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2004。

(四) 政府公報

立法院公報，84 卷，46 期。

立法院公報，88 卷，13 期。

立法院公報，94 卷，7 期。

立法院公報，95 卷，25 期。

立法院公報，96 卷，54 期。

二、簡體中文部分

罗结珍译，法国新刑法典，北京：中国法制，2003。

徐久生、庄敬华译，德国刑法典（2002 年修订），北京：中國方正，2004。

三、日文部分（不分類型，按作者姓氏五十音順排序）

安達光治，生活安全条例：「リスク」と「監視」の意義に関する一考察，犯罪社会学研究 31 号（2006.10）。

安部哲夫，なぜ児童ポルノは規制されるのか？，法学セミナー671 号(2010.11)。

伊藤康一郎，はしがき：犯罪学におけるリスク社会論，犯罪社会学研究 31 号（2006.10）。

伊藤康一郎，理性と感情：リスク社会化と厳罰化の交差，犯罪社会学研究 31 号（2006.10）。

井樋三枝子，立法情報【スウェーデン】児童ポルノ犯罪に関する諸規定の改正，月刊版 246-1 号（2011.01）。

井樋三枝子，立法情報【スウェーデン】日本の漫画画像所持に関する児童ポルノ犯罪有罪判決，外国の立法，月刊版 246-1 号（2011.01）。

ウィリアムズ・アンディ, 小児性愛者・パニック・抗議運動: 厳罰的ポピュリズムの解明, 犯罪社会学研究 31 号 (2006. 10)。

上野加代子, リスク社会における児童虐待: 心理と保険数理のハイブリッド統治, 犯罪社会学研究 31 号 (2006. 10)。

大屋雄裕, 自由とは何か—監視社会と「個人」の消滅 (筑摩書房、2007 年)。

紙谷雅子, チャイルド・ポルノグラフィと表現の自由, 法律時報 70 卷 11 号 (1998. 10)。

金尚均, 危険社会と刑法—現代社会における刑法の機能と限界 (成文堂, 2001)

金尚均, 刑法とリスク, 法の科学 40 卷 (2009)。

小嶋紀行, 改正青少年健全育成条例が成立—性描写漫画の販売規制拡大—東京都, 地方行政 10198 号 (2011. 01)。

後藤弘子, 児童ポルノ規制をどう考えるか, 法学セミナー671号(2010. 11)。

小西由浩, 新しいリスクとしての犯罪: 犯罪予防と警戒原則, 犯罪社会学研究 31 号 (2006. 10)。

島岡まな, フランス刑法における児童ポルノ問題, 法学セミナー671号(2010. 11)。

新谷一幸, ハセマー「象徴的刑法と法益保護」, 修道法学 17 卷 2 号 (1995. 10)

曾根威彦, 表現の自由と刑事規制 (一粒社、1985)。

園田寿, 《解説》児童買春・児童ポルノ処罰法 (日本評論社, 1999)。

園田寿, Q&A 児童ポルノ禁止法, 法学セミナー671号(2010. 11)。

園田寿, 児童ポルノ禁止法の問題点, 法学セミナー671号(2010. 11)。

園田寿, 児童買春・児童ポルノ処罰法の成立, 宮澤浩一先生古稀祝賀論文集編集委員会編, 現代社会と刑事法 (宮澤浩一先生古稀祝賀論文集・第三卷) (成文堂, 2000)。

高橋一郎, セクシュアリティと子ども神話—性教育の領域から, 日本教育社会学会大会発表要旨集録 46 号 (1994. 08)。

田邊泰美, 英国児童虐待防止研究: 児童性的虐待 (ペドファイル: 児童性愛者/集団) 対策に関する一考察(その 1), 園田学園女子大学論文集 43 号 (2009. 01)。

田邊泰美, 英国児童虐待防止研究: 児童性的虐待 (ペドファイル: 児童性愛者/集団) 対策に関する一考察(その 2), 園田学園女子大学論文集 44 号 (2010. 01)。

トーマス・リヒター著，中空壽雅訳，象徴的刑法とそれがもたらすもの—ドイツの議論状況，比較法学 39 卷 3 号（2006. 03）。

戸田典子，ドイツの青少年保護法—酒、たばこ、有害メディアの規制，外国の立法 241 号（2009. 09）。

内藤謙，刑法講義総論（上）（有斐閣、1991）。

永井善之，児童ポルノの刑事規制について（一）：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学 67 卷 3 号（2003. 08）。

永井善之，児童ポルノの刑事規制について（二・完）：いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に，法学 67 卷 4 号（2003. 10）。

西田典之，刑法各論（弘文堂、2005）。

間柴泰治，諸外国における実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する法規制の例，レファレンス 58 卷 11 号（2008. 11）。

間柴泰治，日米英における児童ポルノの定義規定，調査と情報 681 号（2010. 06）。

松原芳博，リスク社会と刑事法，法哲学年報 2009（2009）。

三島聡，性表現の刑事規制—アメリカ合衆国における規制の歴史的考察（有斐閣、2008）。

本柳亨，リスク社会における犯罪統制—リスクとしての犯罪，社学研論集 10 号（2007. 09）。

森山真弓、野田聖子，よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法（きょうせい、2005）。

渡辺富久子，立法情報【ドイツ】児童ポルノサイトへのアクセスの防止に関する法律，外国の立法，月刊版 244-1・2 号（2010. 07）。

四、英文部分

Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming: Legal and Societal Responses*, Cambridge University Press, 2009.

Yaman Akdeniz, *Internet Child Pornography and the Law: National and International Responses*, Ashgate Publishing Limited, 2008.

五、網頁資料

Westlaw International 法律資料庫：

<http://www.westlaw.com>

日本政府法規入口網站：

<http://law.e-gov.go.jp>

加拿大聯邦司法部網站所提供的《加拿大刑法典》：

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46>

全國法規資料庫：

<http://law.moj.gov.tw>

李復甸、林瑞發，兒童色情網路管制之初探，收錄於法務部犯罪研究中心編，刑事政策與犯罪研究
論文集（三）：

<http://www.criminalresearch.moj.gov.tw/public/Data/9107184254522.pdf>

法務部統計處，地方法院檢察署執行裁判確定情形：

<http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/%20monthly/m12.pdf>

法務部統計處，地方法院檢察署辦理兒童及少年性交易防制條例案件統計：

<http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/%20monthly/t5-30.pdf>

法國政府法規入口網站所提供的《法國刑法典》英譯本：

<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=33>

英國政府法規入口網站：

<http://www.legislation.gov.uk>

德國聯邦司法部網站所提供的《德國刑法典》英譯本：

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html

歐洲理事會《網路犯罪公約》：

<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>

歐洲聯盟《打擊兒童性剝削及兒童色情框架決定》：

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:013:0044:0048:EN:PDF>

勵馨社會福利事業基金會，網路援交現況之探討，2007：

http://www.goh.org.tw/topic/data/report_prostitution3.pdf

聯合國《兒童權利公約》：

<http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>

聯合國《關於買賣兒童、兒童賣春及兒童色情之選擇議定書》：

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/285/34/PDF/N9528534.pdf>

