

# 成人影像平台業者之法律問題簡介——以非法性影像與虛擬兒童性影像為中心

蔣昕佑\*

邱柏青\*\*

## 壹、問題意識

英國通訊局（Office of Communication, Ofcom）為英國通訊產業之主管機關，於2021年6月9日發表年度研究結果，針對英國民眾上網的習慣進行調查，其中，在使用習慣上，在2020年9月，有近半數（49%）的英國成年人，相當約2600萬人訪問了成人網站或APP，其中約有三分之一在線成年人造訪大型成人網站Pornhub，佔英國所有在線男性的50%、在線女性的16%。英國通訊局稱已開始對相關成人內容進行研究，以加強網路平台影音上的使用安全。德國線上統計數據的Statista網站2022年9月截至11月為止的調查結果顯示，在全球最受歡迎網站的前十名中，光是成人網站就佔據了三個名次，其中全球第一、二大的成人色情網站Pornhub及XVideos就包辦了第四與第五名<sup>1</sup>。而號稱亞洲最大成

人直播平台SWAG在2023年1月公布了台灣第一份成人產業的數據白皮書，2022年的總回顧《2022 SWAG INSIGHTS REPORT》<sup>2</sup>，SWAG以多元成人娛樂內容名聞遐邇，藉以總回顧向全球分享台灣成人產業的豐厚成長，其中2022年度最熱門的停留頁面即是「成人直播」，閱覽數高達7.66億次，平均每天有200萬次的觀眾造訪；而具有期限，錯過不再的限時動態則是直播外第二受歡迎的內容頁面，約有1.52億次的觀看數，而在SWAG用戶最多的台灣縣市之間，主要用戶所在地（六都+新竹）以新竹用戶平均單次在線時間6.98分鐘奪冠，而台中則以6.24分鐘為最低，低於台灣全體用戶平均，而以我國目前較知名之華語成人影像平台業者除了SWAG外，還有台灣Lctech雷麒科技有限公司之JVID線上寫真平台、及註冊於美國之麻豆傳媒，這些成人影像平台特色即為提供網路使用者

\* 本文作者係天晴和永國際商務法律事務所主持律師

\*\* 本文作者係天晴和永國際商務法律事務所主持律師

註1：參莊淳瑒著（2023），〈成人影音串流平台的營利模式與案例討論〉，電子商務時報。

<https://www.ectimes.org.tw/2023/02/>【專題報導】成人影音串流平台的營利模式與案例/，最後瀏覽日期，2023年09月15日。

註2：SWAG INSIGHTS REPORT：全台第一份成人產業白皮書釋出，2022年度關鍵字與最受歡迎創作者大公開！

<https://swag.live/blog/2022-year-in-review/>，2023年1月19日。最後瀏覽日期，2023年09月15日。

具有性意涵的影片，在現今網路發達、各式資訊隨手取得的時代中，成人影音串流平台實力不容小覷。

一般而言，成人影音網站中會有兩種觀看模式，分別是免費觀看與付費觀看。免費觀看指的是平台透過在網頁中增設廣告橫幅、片頭廣告的方式，招攬廣告商放置廣告以收取廣告費，讓用戶不須付費，僅需觀看10-15秒的廣告內容，即可免費瀏覽平台影片。此方式雖不向平台用戶收取費用，但免費影片的品質也可能較不穩定、不具保障；相反地，付費觀看是基於付費制的方式成為該網站的高級會員，以Pornhub為例是採用訂閱付費制成為Premium會員（XVideos稱作RED），即平台用戶需定期向Pornhub支付一定費用才可解鎖付費內容、觀看會員限定影片。此方式因直接向使用者收取費用，Pornhub會提供Premium會員較高、較穩定的影片內容，且在用戶成為Premium的同時，也可略過耗時的片頭廣告，節省時間直接瀏覽影片。因此，基於高清版本影片以及略過廣告等誘因，Pornhub吸引不少用戶買單升級成為Premium。除了單純線上觀看影片外，Pornhub還提供了不同的互動方式。平台用戶可基於創作者同意下，付費下載影片或節錄片段；創作者可開設粉絲團與粉絲進行互動，提供付費的粉絲專屬福利等；另外，平台也提供Tips服務，讓用戶可直接對心儀的創作者進行打賞。透過以上的種種，Pornhub在滿足消費者需求的同時，也從中獲取利潤<sup>3</sup>。

在快速變動的科技時代，成人影音產業從

過去的實體片轉為線上串流平台，尤其在社群媒體活絡的情況下，漸漸發展出多元的影音傳播方式，目前成人直播平台也慢慢在這股潮流中展露頭角，未來除了將面臨多元化經營的競爭挑戰，更進一步來說，這些成人影音串流平台所涉之「性意涵的成人內容」也就不得不面臨諸多法律規範適法性的挑戰。本文將以性影像法律問題中「非法性影像」與「虛擬兒童性影像」為中心，就性影像在網路使用於我國網路用戶頻繁且占重要之現況，為近來法律相對應之因應為探討。

## 貳、成人影像平台業者面臨之法律問題

成人影像平台提供性影像供民眾觀看並藉此營利，可能涉及以下法律問題：

### 一、刑法公然猥褻罪問題

我國刑法第235條，雖規定有法定刑為兩年以下的散布猥褻物品罪，而在1996年，我國大法官就「猥褻」做出釋字第407號解釋，認為所謂猥褻出版物，是指足以刺激或滿足性慾，並引起一般人羞恥或厭惡；而在2006年，大法官又做出了釋字第617號解釋，沿用美國法的概念，將色情品分為硬蕊（hard core）與軟蕊（soft core），而為不同的處理。所謂硬蕊（hard core）即指暴力、性虐待或人獸交等而無藝術性、醫學性或教育性的

註3：參莊淳瑒，前揭註。

資訊及內容；另軟蕊即除硬蕊之外，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。釋字第617號解釋做出了判準，硬蕊的猥褻資訊或物品是不能散布販售的，否則會違反刑法第235條散布猥褻物品罪，而吃上刑責，軟蕊的猥褻資訊或物品只要能夠採取安全的阻隔措施，例如包裝、警語，即可販售，不會有違反刑法第235條的問題。

## 二、性影像是否受著作權法保護之問題

在成人影音是否有著作權之問題，我國最高法院早期88年判決曾認色情光碟片有礙我國社會風俗且有違公共秩序與善良風俗，並不是著作權法上所稱的「著作」，不受著作權之保護<sup>4</sup>。2008年我國經濟部智慧財產局就成人影片之著作權疑義，做出一個函釋表示「成人影片」不論是本國或外國，是否係著作權法所稱之著作，應視具體個案內容是否符合上述規定而定，如具有創作性，仍得為著作權保護標的。至於其是否為猥褻物品，其陳列、散布、播送等，是否受刑法或其他法令之限制、規範，應依各該法令決定之，與著作權無涉<sup>5</sup>。2014年我國智財法院，做出首個成人影片享有著作權的判決<sup>6</sup>，以違反公共秩序或善良風俗並非不得取得著作權之消極要件、具有原創性之日本色情軟蕊著作應受著作權法保護，且宣示基於比例原則，國家為兼顧善良風俗及青少年身心健康之維

護，固可對色情著作採取適當之管制措施或限制其權利行使，然不得否定有原創性之色情著作應有之著作權，否則對著作權人所造成之損害與所欲達成保護未成年人、維護公序良俗之利益間，兩者之權益顯失平衡，此判決最高法院於2017年駁回最高法院檢察署檢察總長非常上訴<sup>7</sup>，維持原判。

## 三、非法性影像問題

此處的非法性影像問題，包含「以犯罪方式取得之性影像」與「經同意攝錄之性影像經非法流通散布」兩者。近年來，韓國爆發「N號房事件」，有許多女性的私密影像在網路上被散播並被用來盈利成人性私密影像犯罪層出不窮，根據衛福部統計，2023年2月到6月共接獲1327件申訴案件，較去年同期成長5倍，被害人以女性居多，承2014年我國智財法院之判決認為「國家為兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，固可對色情著作採取適當之管制措施或限制其權利行使」等語，我國更進一步討論就成人影音中非法性影像下架問題，對色情著作採取適當之管制措施或限制其權利行使。台灣目前刑法第315條之1第2款之「竊視竊錄罪」，沒有正當理由用錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者，處3年以下有期徒刑、拘役或30萬元以下罰金。在未經過當事人同意下，對於其身體隱私部位或非公開活動的竊視竊錄，破壞當事

註4：最高法院88年度台上字第250號刑事判決。

註5：經濟部智慧財產局97年03月25日智著字第09700025950號函。

註6：智慧財產法院101年度刑智上易字第74號刑事判決。

註7：最高法院106年台非字第13號刑事判決。

人的隱私，就構成「視竊錄罪」。不過很多情況下，一開始當事人是同意向拍攝者揭露自己的身體私密之隱私的，但雙方隨著關係有所改變後，「越想越不對」才變成了「復仇式色情」，以揭露影像作為報復或威脅，因此難以適用刑法第315條之1第2款之「竊視竊錄罪」。在這種情況下，加害者只會受到刑法第235條「散布猥褻物品罪」的處罰，面對2年以下有期徒刑、拘役或科或併科9萬元以下罰金<sup>8</sup>。而針對未成年人的保護則是在兒童及少年性剝削防制條例第36條，拍攝未成年者的性交影像，不管被攝者同不同意都會被處罰；而兒童及少年性剝削防制條例第8條，也針對網路平台業者規範，若知道有相關犯罪嫌疑情事時，應先行移除內容並通知警察機關、保留相關資料。然而如果被害人是成年人，就不適用這項規定。是以，為保障被害人權益，性侵害犯罪防治法第13條有關網路性影像移除下架規定，於2023年8月15日施行，為落實性侵害犯罪防治法第13條關於性影像限制瀏覽或移除規定，衛生福利部於性侵害犯罪防治法施行細則定明，中央主管機關得知網頁資料涉有性侵害、未經他人同意攝錄、未經他人同意散布性影像、製作不實性影像等犯罪嫌疑情事，應通知網際網路平台業者並副知地方主管機關，地方主管機關應令平台業者於期限內限制瀏覽或移除犯罪有關網頁資料，同時保留犯罪資料180日供檢警單位調查偵辦，未遵守者，將依法

處以行政罰鍰，最重可對業者「封網」。

#### 四、虛擬兒童性影像問題

於此同時，世界各國也日趨注意到兒童在大眾媒體中被描繪成性對象的議題，成人社會的「性化」（Sexualisation）逐漸滲入未成年世界當中。所謂性化，指的是當人或事物上從事某些行為，藉此使他人意識到性的現象。性化可能是透過社交媒體、報章雜誌、電視電影、音樂、遊戲等傳播媒介發生，而網路的盛行讓民眾更容易接觸。在《經濟學人》報導中提到，兒童性化分成「直接」和「間接」兩種形式，前者是直接廣告、雜誌或電視節目中，將兒童（尤其是小女孩）描繪成具有性意識的角色，包括專為兒童設計「變得更性感」的商品，例如熱褲、化妝品、加裝胸墊的內衣及鋼管舞玩偶；後者則是因為科技發達，間接使兒童在網路上更容易接收性描寫的內容。在網際網路、廣告行銷推波助瀾下，接觸兒童被性化的影音內容，除了影響孩子的身心健康外，也讓沐浴在性化兒童影像中的大眾逐漸麻木，無意間習慣以性的眼光看待兒少，進而忽略潛在的性剝削危機。像在臺灣，很多人就不知道持有未成年性剝削影像，也是犯罪行為<sup>9</sup>。聯合國於「《兒童權利公約》關於買賣兒童、兒童賣淫和兒童色情製品問題的任擇議定書執行準則」（Guidelines regarding the implementation of the Optional Protocol to the

註8：參李秉芳著（2020），〈杜絕台灣「N號房」，立委要立專法「限時下架」性私密影像〉，關鍵評論。  
<https://www.thenewslens.com/article/134965>，最後瀏覽日期，2023年09月15日。

註9：參曾玉婷著（2019），〈兒童能展現「性感」嗎？談兒童性化的氾濫危機〉，共益交流站NPOst.tw，  
<https://npost.tw/archives/51477>，最後瀏覽日期，2023年9月15日。

Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography) 中，亦定義兒童色情係指以任何方式呈現兒童進行真實或技術合成之露骨性活動或主要為性目的而裸露與兒童性相關之部位，以宣達兒童性剝削之政策。日本政府於2014年在擬定色情法時，法條中曾包含禁止動漫色情，但卻遭漫畫家強力抵抗，稱此舉對侵害表現自由，因此最後不被納入現行法條，而遭聯合國特使於呼籲呼籲日本應立法禁止創作描寫未成年色情漫畫，尤其是「極度」表現出兒童色情的性的漫畫。此在在顯現，藝術的表現自由與兒童保護之間平衡點尺度，難以衡量。

然而，以世界性的普世價值而言，嚴格防堵一切形式的兒童色情內容顯然具有較大優勢，於2019年間，聯合國人權事務高級專員辦事處 (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights) 發布「《兒童權利公約》關於買賣兒童、兒童賣淫和兒童色情製品問題的任擇議定書執行準則」，明白指出委員會認定並鼓勵各國管制「不存在的兒童」與「看似兒童」之色情製品<sup>10</sup>。換言之，聯合國鼓勵管制之虛擬兒童性影像不僅是真實的兒童色情，也不管實際設定角色之真實年齡為何，只要角色「看起來像」

兒童的角色均應管制，而於此同時，知名線上遊戲平台「Steam」亦以趨於嚴格之態度執行關於虛擬兒童色情之管制，例如Steam曾將以校園人士作為故事背景之遊戲下架，縱使遊戲說明中已敘述所有角色均成年亦同<sup>11</sup>；社群平台「Discord」也在社群守則中表示「分享描繪未成年人的卡通或經過數位修改的色情內容（例如蘿莉控或正太控）」將被刪除<sup>12</sup>。

就此兒童性化的議題，我國亦依據兒童及少年福利與權益保障法（以下簡稱兒少法）第46條規定，為防止兒童及少年接觸有害其身心發展之網際網路內容，由召集各目的事業主管機關委託民間團體成立內容防護機構，辦理兒少網路行為觀察、建立與執行申訴機制、推動及檢討內容分級制度、過濾軟體之建立及推動、教育宣導兒少上網安全、推動網路平台提供者建立自律機制、與其他防護機制之建立及推動等事項。國家通訊傳播委員會 (NCC) 召集教育部、內政部、衛生福利部、經濟部及文化部，於102年8月成立 iWIN 網路內容防護機構 (Institute of Watch Internet Network, 以下簡稱 iWIN)，執行上述 7 大事項。

因「刑法公然猥褻罪之認定」與「性影像是否具有著作權」兩項問題，目前實務見解

註10：見CRC/C/156，63... The Committee encourages States parties to include in their legal provisions regarding child sexual abuse material (child pornography) representations of non-existing children or of persons appearing to be children, in particular when such representations are used as part of a process to sexually exploit children.

註11：參上報《因故事背景發生在校園《我的女友》遭Steam平台禁止發售》，Alien，2019年3月5日，<https://today.line.me/tw/v2/article/Q6JYGz>，最後瀏覽日2023年9月18日。

註12：參Discord社群守則「Changing policy on cub porn」：...Furthermore, the following will lead to content removal and a warning (or ban depending on the severity): Sharing illustrated or digitally altered pornography which depicts minors (such as lolicon or shotacon).

已趨向穩定，故本文暫不於此深究討論。本文主要簡介之相關法律責任，以「非法性影像移除」與「虛擬兒童性影像」為主。

### 參、非法性影像法規

鑒於數位科技發展迅速，被害人性影像一旦遭外流散布，造成被害人心理傷害恐難抹滅，為保障性侵害案件（含性影像散布案件）及兒少性剝削案件被害人權益，行政院推動跨部會合作於111年3月10日增修性暴力防制四法，以專章保護、加重罪責、提供被害人相關協助及各項配套措施等方向同步研修「中華民國刑法」、「犯罪被害人權益保障法」、「兒童及少年性剝削防制條例」、「性侵害犯罪防治法」，其中「中華民國刑法」、「犯罪被害人權益保障法」已於今112年2月8日總統公布，「性侵害犯罪防治法」、「兒童及少年性剝削防制條例」則於15日由總統公布。性暴力防制四法本次修正亮點為無論兒少或成人性影像皆加重刑責，嚴懲性影像犯罪。針對兒少性影像部分，於「兒童及少年性剝削防制條例」依其手段提高刑責，使兒童或少年被拍攝、自拍、製造性交或猥褻行為之性影像案件，最高可處10年有期徒刑，散布兒少性影像最高可處7年有期徒刑，無正當理由持有兒少性影像則由行政罰修正為刑罰，最高處1年有期徒刑，另外境外犯散布兒少性影像罪都納入處罰，以嚴懲散布兒少性影像者。另針對成人性影像部

分，於「中華民國刑法」增訂妨害性隱私及不實性影像罪章，未經他人同意攝錄性影像，最重處3年有期徒刑；以強暴、脅迫攝錄性影像罪，最重處5年有期徒刑；未經他人同意散布性影像罪，最重處5年有期徒刑；製作或散布他人不實性影像（深度偽造）罪，最重處5年有期徒刑。另，針對未經同意遭散布或遭恐嚇威脅散布成人性影像之被害人，現在都可以準用性侵害被害人保護服務措施，包含被害人身分隱私保密、刑事司法程序保障、保護扶助服務及性影像移除及下架機制等，性影像被害人可直接至衛福部首頁的性影像處理中心提出線上申訴，由中心協助通知網際網路平台業者限制瀏覽或移除性影像，並副知主管機關，透過公權力落實性影像移除下架，以解決過去遭受性影像散播威脅的被害人，無單一求助管道之困境。另外，網際網路平台業者透過性影像處理中心、網路內容防護機構、主管機關、警察機關或其他機關知悉有被害人性影像後，應先行限制瀏覽或移除被害人性影像有關之網頁資料，倘未先行限制瀏覽或移除，目的事業主管機關最高可對其處新臺幣60萬元以下罰鍰，並令其限期改善，屆期末改善者，得按次處罰，並得限制接取該網站，因該項規定於性侵害犯罪防治法公布後6個月實施，衛福部將持續召開跨部會研修會議，研訂性影像移除機制、流程與配套措施，並建立溝通平台，透過網際網路平台業者合作，在技術可行下，儘速限制瀏覽或移除下架性影像，杜絕性影像散布<sup>13</sup>。

註13：衛生福利部保護服務司新聞稿，2023年2月16日。

<https://www.mohw.gov.tw/cp-16-73611-1.html>

緊接112年3月衛福部因成人性影像包含性侵害案件性影像、未經同意散布性影像、Deepfake性影像等多種態樣案件，就有關網路平台業者於透過機關（構），知有性影像犯罪嫌疑情事後，應先行限制瀏覽或移除犯罪有關之網頁資料之時限，討論決議以：一、衛福部委託成立性影像處理中心，於受理申訴後通知網路平台業者應先行限制瀏覽、移除影像，並副知地方主管機關，有關該通知是否行政處分性質，以及下架時限之起算時點，再為研議。二、網路平台業者於透過機關（構），知有性影像犯罪嫌疑情事後，應先行限制瀏覽或移除犯罪有關之網頁資料時限，性侵害、兒少性剝削等兩類案件以24小時為原則；刑法妨害性隱私及不實性影像罪（刑法第319條之1至第319條之4）案件以72小時為原則。三、至於兒少性剝削案件是否一律24小時，或參酌英國德國規定採分級處理，於修正施行細則時一併討論。於112年4月研商決議性影像處理中心通知業者移除性影像係為觀念通知性質，仍應由地方主管機關作成行政處分要求業者限制瀏覽或移除，時限規範採小時至規範。並擬就為利網路平台業者、目的事業主管機關據以執行兒少性影像限制瀏覽、移除下架機制，於「兒童及少年性剝削防制條例」細則修正草案中，一、第五條，增訂中央主管機關得知有第四章犯罪嫌疑情事網頁資料，應通知網路業者及目的事業主管機關之義務，並增訂目的事業主管機關收受通知後應以書面令網路平台業者於24小時內限制瀏覽或移除第四章犯罪有關網頁資料，及通知與行政處分應記載之事項。二、第六條，增訂目的事業主管機關

令網路業者於24小時內限制瀏覽或移除第四章犯罪有關網頁資料之行政處分，得以電子文件傳送為之，並增訂依法送達之時限及但書規定。三、第七條，增訂網路業者之網站未公開揭示收受行政處分之電子郵件或聯絡資訊者，目的事業主管機關有即時處置之必要時，得限制接收。四、第8條，增訂目的事業主管機關為令其限制接取之行政處分所應記載事項及救濟程序。

112年6月衛福部就有關目前社群平台及濫用短網址服務亂象之改善檢舉及使用管理機制分享，近期臉書社群出現多以Risus為名設立的臉書社團，疑似違反刑法妨害性隱私犯罪、濫用Risus短網址、未經他人同意散布性影像等，性影像中心接獲14件申訴案件，已通知網路平台業者移除下架，經檢視皆無兒童性影像；其中僅1件為成年性影像被害人提出申訴，該被害人性影像經性影像處理中心通知網路業者後已移除下架，被害人並報警提出刑法妨害性隱私及不實性影像罪告訴，後續可透過檢察官聲請扣押、搜索，避免性影像再遭散布。其他13件案件皆是針對整個臉書社團進行檢舉，該中心已通知臉書依據社群守則處理，惟因為無明確被害人提出申訴，且刑法妨害性隱私及不實性影像罪，未經同意散布性影像罪為告訴乃論，該中心尚難判斷影像連結是否皆為未經同意散布之違法影像，亦難協助被害人依前述申訴提起法律告訴、及移轉檢警偵辦。

從另一個角度來說，網路平台業者就此包含性侵害案件性影像、未經同意散布性影像案件，經性影像處理中心通知，知有性影像犯罪嫌疑情事後，有應先行限制瀏覽或移除

犯罪有關之網頁資料之義務，此立即之禁止、限制之處分，含有急迫、不可回復之情形，基於保護「未經同意散布性影像」之被害人，有立即性的效果。然再為思考者，網路平台業者多有當事人同意之商業創作作品，透過自律機制，先審查出所謂性影像案件為經當事人同意、或契約約定而得創作、錄製、散布之商業行為，卻因惡意商業攻擊、或表演者、創作者與平台或發行商之契約履行糾紛而毀約等等申訴，遭受即時下架處分後，卻需經冗長之行政、法律救濟始得回復重新上架，無疑亦是對於自由商業行為的一種侵害，此主管機關在審查「未經同意散布性影像」之要件，仍應有相對應之即時平反機制，以免在平台業者強烈競爭的網路環境，淪為商業上之惡意攻擊的武器。

## 肆、虛擬兒童性影像問題

### 一、虛擬兒童影像之規制基礎

針對兒少性影像部分，依其行為手段提高刑責，兒童或少年被拍攝、自拍、製造性交或猥褻行為性影像案件，最高可處10年有期徒刑，散布兒少性影像最高則可處7年有期徒刑，另無正當理由持有兒少性影像則由行政罰修正為刑罰，最高處1年有期徒刑，境外犯散布兒少性影像罪亦以納入處罰，以嚴懲散布兒少性影像者。

關於「避免兒童遭受性剝削」應為普世價值並無疑義，現行法規修正後，對於「真實存在」的兒童予以保護，避免其遭受性影像之剝削與傷害，其修法提高保護密度與強度的措施尚值肯定，然而此時出現一個問題，

對於「虛擬」或「貌似」的兒童性影像產品，是否仍為上開法規之射程範圍？虛擬者，指利用各種工具（包含電腦）無中生有繪製、製作，「貌似」則係以成年人為拍攝，惟其可能因長相年幼或加以後製，使其看起來像似未成年人之性影像。惟無論如何，此種虛擬或貌似兒童性影像作品均不存在一個現實中遭受性侵害或性剝削的兒童，如予以管制其正當性為何？製造、散布、持有該等影像或圖畫，分別可能違反兒童及少年性剝削防制條例第36、38或39條之規定，惟其處罰的理論基礎與規制正當性何在？關於此，可能須從保護法益開始討論。

### 二、個人法益說

此可能為兒童色情規制之原始見解，根據此種見解，認為兒童只要產生色情影像，不論其是自願或是被迫，均屬性剝削之一環，法律擬制兒童在性影像發生之情況下即是遭受了性之虐待，而侵害其個人法益。因此，對其進行拍攝、引誘、容留、媒介之人，即違反了兒童及少年性剝削防制條例第36之規定，散布、公開或陳列其影像之人，違反同法第38條規定，就連單純持有，也可能違反第39條之規定，而需課以刑責。而如採個人法益說之解釋立場，因為虛擬兒童色情並無真實存在之兒童受到傷害，其架構處罰正當性顯有困難，故主張應規範虛擬兒童色情或貌似兒童色情者，多採後述之社會法益說予以補充處罰正當性。

### 三、社會法益說

相對於個人法益說，從保護不特定多數兒童的觀點，認為兒童性影像都有引誘性侵兒

童犯罪的潛在危險性，要保護的不只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<sup>14</sup>。是以，不論是真實的、虛擬的、甚至只是「貌似」的兒童色情影像，都可能造成以兒童色情為偏好之人據此用以滿足性慾，而流通此種作品更可能造成後續犯罪之增長，而有導致實際存在之兒童受侵害之可能，據此，必須使用國家力量予以規制，使其禁絕於市場。

姑不論此種論理之矛盾與實證性缺乏之隱憂，從個人法益擺盪至社會法益的論述，顯然受到大多數較大多數國家之支持，同本文先前所述，聯合國已將虛擬兒童色情與貌似兒童色情之素材認定為應管制之素材，並「鼓勵」各國予以適當規範，首當其衝者自然是ACG發達且文化獨特之日本，目前日本雖已於2014年通過禁止針對兒童的買春和色情法<sup>15</sup>修正案，將「持有」兒童色情影像之行為列為刑事犯罪，惟對於漫畫、動畫之部分等虛擬兒童色情仍予以排除。<sup>16</sup>

#### 四、我國實務見解

因單純持有兒童性影像近日才修法處以刑責，針對單純持有「虛擬兒童性影像」相關問題，尚乏實務見解得參考，惟針對散布之部分，已有以下實務見解表示縱使為虛擬之

兒童色情創作，因104年修法時將「圖片」改為「圖畫、照片」，而圖畫即於文意上可能包含虛擬之創作，故縱使只為散布虛擬兒童色情圖片，仍應處以刑責，具體判決包含：

- (一) 臺灣高等法院臺中分院107年度上易字第45號刑事判決：「查『兒童及少年性交易防制條例』於84年8月11日公布施行後，歷經數次修正，其間於96年7月4日修正公布第28條，迄104年2月4日公布修正全條文及修正名稱『兒童及少年性剝削防制條例』，原兒童及少年性交易防制條例第28條『(第1項) 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2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3項) 無正當理由持有前項拍攝、製造兒童及少年之圖片、影片、影帶、光碟、電磁紀錄或其他物品，第一次被查獲者，直轄市、縣(市) 主管機關得令其接受二小時以上十小時以下之輔導教育，第二次以上被查獲者，處新臺幣二萬元以上

註14：參謝煜偉(2010)，〈論虛擬兒童色情的刑事立法趨勢——誰的青春肉體不可褻瀆？〉，《月旦法學雜誌》186期，第51頁。

註15：全名為兒童買春、兒童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律，本文試譯為「關於兒童買春、兒童色情相關行為的規範和處罰，以及兒童保護等相關之法律」。

註16：參見四國新聞社，兒童ポルノ法案修正へ/漫画、アニメは規制外，2014年5月23日，<http://www.shikoku-np.co.jp/national/political/20140523000676>，最後瀏覽日：2023年9月18日。

二十萬元以下罰金。(第4項)前三項之物品，不問屬於犯人與否，沒收之。』之規定，修正並移列為兒童及少年性剝削防制條例第38條：『(第1項)散布、播送或販賣兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣5百萬元以下罰金。(第2項)意圖散布、播送、販賣或公然陳列而持有前項物品者，處2年以下有期徒刑，得併科新臺幣2百萬元以下罰金。(第3項)查獲之前二項物品，不問屬於行為人是不是，沒收之。』。由上開96年7月4日修正之兒童及少年性交易防制條例第28條立法理由一之2.『兒童色情圖片對慾望的刺激是有關聯性的，觀看之後可能會採取實際的行動去傷害兒童。』，及104年2月4日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第38條條文將原兒童及少年性交易防制條例第28條第1項之『圖片』修正為『圖畫、照片』可知，上開條文係基於保護兒童及少年之目的，避免觀看兒童或少年色情圖畫、照片之人，於觀看後採取實際的行動去傷害兒童或少年，應認該色情圖畫中之兒童或少年縱使是虛擬人物，亦屬該條規範之對象。」

(二) 臺灣高等法院107年度上易字第1109

號刑事判決：「綜合前述兒童及少年性剝削條例之立法目的、處罰持有兒童色情物品之立法理由包含『兒童色情圖片對慾望的刺激是有關聯性的，觀看之後可能會採取實際的行動去傷害兒童』、104年2月4日修正公布之兒童及少年性剝削防制條例第38條條文將原兒童及少年性交易防制條例第28條第1項之『圖片』修正為『圖畫、照片』，通體觀察，基於保護兒童及少年身心健全發展，避免兒童及少年遭受任何形式之性剝削、從事色情表演或作為色情之題材而助長性差別待遇意識，造成兒童及少年身心之不良影響，亦避免觀看兒童或少年色情圖畫、照片之人，於觀看後採取實際行動去侵害兒童或少年，提高犯罪之危險性，應認兒童及少年性剝削條例第38條所定之兒童或少年為性交、猥褻行為之『圖畫』，當包含描繪未滿18歲之兒童或少年為性的露骨行為之素描、漫畫、繪畫等色情圖畫，至所描繪之兒童或少年，是否確有其人，則非所問。」

換言之，我國司法實務針對虛擬性影像如非採取不同見解，單純持有之行為亦可能受到處罰，而此種處罰之正當性，根據立法理由中對於「兒童色情圖片對慾望的刺激是有關聯性的，觀看之後可能會採取實際的行動去傷害兒童」之假設，顯然並非單純個人法益，而是引入性風俗法益之規範意涵<sup>17</sup>。也

註17：關於兒童及少年性剝削防制條例中針對性風俗法益意涵之論述，請參許桓達(2016)，〈兒童及少年性剝削防制條例刑事責任之評析〉，《月旦刑事法評論》，第1期，第47-69頁。

因此，也有學者認為對「虛擬兒童色情」的處罰，終究意味著是以刑罰來對兒童概念及兒童形象純潔性的宣示，保護成人眼中那身心健康之兒童形象<sup>18</sup>。

## 伍、本文意見代結論

我國在成人影像平台的數位科技發展迅速時下，積極跨部會推動增修性暴力防制四法，以專章保護、加重罪責、提供被害人相關協助及各項配套措施，並透過性影像處理中心來最為第一關審查機構為高密度監理，立意殊值贊同及肯定。然成人影像平台的數位科技同前言所述，其乃結合數位科技之高度經濟活動類別，且跨國、跨平台，甚至牽涉社會犯罪認定，以我國衛生福利部保戶服務司作為主管機關管理，實為能量不足因應，疲於奔命，無疑使整個管治成本提高。以現今法律經濟學來討論，套以經濟學寇斯定理「無交易成本，法律即無存在的理由」，私有財產權明確是市場交易的前題，換言之，明確的私有財產權，可以減低市場交易成本，使得市場交易成為可能。而私有財產權明確了，市場交易成本本可能過高，則財產權的分配要一次到位，如此可避掉市場交易成本。成人影像平台正因其性影像內容涉犯道德、風俗之禁忌，更結合數位科技的日新月異特性，以僵化之主管機關召集跨部會法律機制來因應，將導致市場交易成本

提升，亦即使得「性影像」之產權管治成本提升。

具體執行方式，建議參考日本290多家成人片業者所組成的「特定非營利活動法人智慧財產振興協會（Intellectual Property Promotion Association, IPPA）」，強制我國成人影像平台加入業者成立協（公）會並納管，由團體自律監督，互相制衡為先，建立團體自律規範及對應罰則，同時應輔導建立平台影片上架審核規範及機制，備查影像散布之同意書、契約書文件隨時供申訴查詢，影像於平台上架時，應有平台自我控制及稽核機制，為第一道防線，加強平台業者法令遵循，主管機關得隨時介入稽查。並以網路科技犯罪之防治，以行政院數位發展部為功能性監理，對於「成人影像」之平台為專責機構，予以即時對於管制上的核心為「網路」上之管制。我國現行忽略業者應以團體先為自律，透過政策給予使業者自行提出因應其經營方式討論細部計畫，一律在專法上直接規定施行細則，此實非有效防範之監理機制。本文提出「團體自律」建議，對應本議題前述市場結構性複雜及如何有效執行相關法規和監督風險多元的成人影像平台，先以此方式統整業者之運作，再以業者團體提出之討論，彌補法律之不足，爾後主管機關再予以協助建議或修法，加強依自律規範管理，盼能有效率使這商業大洪流的「成人影像平台」之商業運作下能有更適宜之法規範產生、及監理。

註18：參謝焯偉，前揭註14，第58頁。