

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：廖元豪博士



論網際網路上兒童色情言論之管制
—以美國法之學說與裁判為中心

研究生：葉子誠 撰

中華民國一〇〇年七月

謝 辭

Success and failure of the watershed, you can use these five words to express

--- I do not have time.

Benjamin Franklin

富蘭克林曾說過，成功與失敗的分水嶺在於能否善用時間。而我，在經過半年多以來的焦慮與苦惱，終於能夠戰勝時間，準時的繳出這篇論文。回想寫完初稿走出研究室當時那刻心情，只覺政大校園陽光燦爛、鳥語芬芳，心想不用再為論文寫作所苦，淚水差點奪眶而出，雖然形容的略嫌誇飾，但是剛剛結束論文時的想法就像是擺脫一場噩夢；然而，渡過一個多月的沉澱，在電腦螢幕前打著謝辭的我，卻正為完成論文要離開學校、老師以及公法組的夥伴們而感到無比惆悵。對我而言，這段謝辭不僅是感謝幫助我完成論文的師長以及同學，更是向陪伴我這三年研究所生活的你們致敬。

首先，我要感謝我的指導教授廖元豪老師，在進入碩士班之前雖然就時常閱讀老師的文章，但卻遠遠不如親自聆聽所帶來的震撼，不論是大學部或是研究所的憲法學課程，老師總能夠用鏗鏘有力的文字，帶我進入美國憲法學的精采論證中，尤其在碩一下學期修習老師與其他兩位傳播系教授所合開的「傳播與法律」，老師即清楚介紹美國對於色情言論的相關管制問題，使我對「兒童色情言論」的管制問題產生興趣，啟發撰寫本篇論文的問題意識。並且，在論文萌芽階段，每次遇有論文寫作架構上的疑問，老師都會冷靜的替我分析論文方向上的不足處；完成論文初稿時，學生向老師詢問是否能夠出席論文小型發表會時，老師也是一口答應，並且還幫忙在臉書上作宣傳，實在讓我好生感動；不論在發表會或是正式論文口試會場中，老師也不吝嗇的提供許多建議；在論文大致完稿後的修改階段，老師更在水岸咖啡廳中，細心的回答我關於英文引註的正確格式，在研究所最遺憾的事情，也就是沒有親自聽過老師在大學部所開的「美國憲法」課程，但我知道這個期待終會實現。

其次，我要感謝黃銘輝老師以及劉定基老師這兩位口試委員，於口試當天所給予學生的寶貴意見，黃老師不但以即時發問的美式風格主持本場口試，口試時稱本文為其回國後難得看到的像樣論文，更是讓學生開心的小鹿亂撞，並且，逐頁的給予本篇論文修正上的建議，均相當受用，許多更是已反映在本篇論文中。劉老師則是在學生研究所內必須專文誠摯感謝的老師，除在口試本中相當細心的抓出本文引註、判決內容以及翻譯上的錯誤之處，並摺頁後將該口試本給予學生作修改，每當夜深人靜修改老師您所留下的眉批時，都會有種被「抓包」、「看透」的感覺，不禁冷汗直流地讚嘆老師的精細與貼心。此外，修習老師加盟政大後所開設的第一門憲法專題課程，更是聽到關於美國隱私權發展的完整介紹，私下也感受到老師您亦師亦友的細心關懷，在學生擔任憲政時代的執行編輯期間，更是提供許多幫助，實在不盡感激。

另外，我也要特別感激公法組的董保城老師、詹鎮榮老師以及林佳和老師，在擔任董老師一年半的憲法教學助理期間，為課程需要旁聽老師大學部的憲法課程，感受到老師精湛的肢體語言以及總能用簡單的例子說明憲法的微言大義，使我感到佩服；而在碩一期間，曾修詹老師所開設的研究所行政法課程，簡單的幾堂課幾句話就能夠感受到老師嚴謹的德式風格，讓我在準備論文或報告時，在邏輯思考與論證上均不敢怠慢；至於林老師，則是最憧憬的大學教授風範，既能夠侃侃而談憲法國家學或勞動法領域的抽象理論與背後的歷史脈絡，又專精於手球或是籃球等運動項目，從碩一開始即和老師切磋過無數次的籃球，更多次作客老師家中進行水上游泳的活動，更感激老師得知學生與軍志學長要畢業時，還以一客豪華的牛排饗宴，為我們的碩士班生涯留下難忘的美妙回憶。

並且，除了教誨我的師長之外，我更要感謝許多公法組的夥伴們，認識你們是我繳交三年研究所學費裡所得到的最大回饋，古人有云：「友誼是人生的調味品，也是人生的止痛藥」，而你們正是我研究所生涯的調味品與論文寫作時的止痛劑，感謝在我加入公法組大家庭後，時常照顧我的咪羊、弦璋、許幹、小壁、軍志、德田、荃和以及宇修等學長姐，尤其是我的直屬學長咪羊，平時受他許多照料，在論文寫作時更多虧他多次以「抓背」、「扭動脖子」等民俗療法的幫助，使我思慮清晰、筋骨舒暢；另外也要感激許幹學長，我們都有顆容易沉溺於玩樂

的心，在準備考試期間，他傳授我橋牌的高深技術，曾伴我度過許多歡樂時光。也感謝和我同屆的椅子、俐君、光倫、大師以及 苙薰，我們這屆人數雖少，但總是舉辦許多活動和聚餐，尤其是大家在準備考試的百忙中仍為我舉辦畢業歡送，實在讓我感動，真的很高興認識你們，至於小我一屆的鍾安、佳鴻、順毅、文華、人和、子琳、之昱、敬人、耘豪、鴻升，以及更年輕的雪梅、長江、念儂、沅凌、以璇、明勳、詠婷等人，我也會想念和你們一起分享八卦情報和聊天喝酒打屁玩牌的日子，尤其是我的學弟文華，他讓我知道一個研究生可以過的多爽，同為廖門的人和及子琳則是提供許多行政事務上的幫忙，有太多太多檯面上不便緬懷的回憶，也只好深藏在我的記憶深處中。

再來，於特別銘謝部分，要先感謝參與我論文口試並提供幫助的軍志、咪羊、馥瑤、榮華以及順毅，尤其是今年一起趕上廖門畢業列車的馥瑤學姊及榮華學長，同時也感謝參與我的論文小型發表會的同學們，特別鳴謝台北市法規會的葉慶元主委（學長）在百忙中特別參加學生的論文發表會，我一直非常遺憾當天沒能讓學長聽完完整的報告，也非常感謝學長在論文結構上提供寶貴的建議。另外，也謝謝為我奔波至台大圖書館借同一本書的大神以及健智。並且，感謝與我同在研究室撰寫論文的軍志與智程，我們不但在論文寫作上相互砥礪，更在論文完成之際一同前往攀登大霸尖山，留下珍貴回憶，最後，利用這個機會表揚與我在深夜共同除去宿舍超大型「喇牙」的鍾安、文華、軍志等三位勇士，以及每個禮拜一深夜在公法學研究中心與我一同熱血奮戰的之昱、文華以及許幹等戰友。

謝辭的終點，我要感謝陪伴我的父母親以及我所愛的親友們，沒有你們的身教與言教，我絕對無法達到今日的成就，並且，由衷感謝與我並肩共渡艱苦歲月的軍志，沒有軍志精神及語言上的幫助，我無法隻身通過三個學期的法德課以及論文口試來到謝辭的彼岸，最後，古人曾說：「只要你有一個心愛的人，你就有了原動力，你就能面對全世界」，我要特別感謝陪伴身旁的阿薇，沒有他的支持與鼓勵的原動力，我實在難以面對論文寫作的艱難挑戰。

來到論文的尾聲、研究所生涯的賽末點，我希望將這本微不足道的論文，獻給我所感謝的諸位，與大家一起分享賽事的勝利。

葉子誠

2010.8.11

於 充滿回憶的公法學研究中心



摘 要

我國以成年人為色情內容描述對象的管制規範（即成人色情言論），主要見於刑法第 235 條對「猥褻性色情內容」的刑罰規定以及相關傳播法規與兒童及少年福利法對「有害兒童之色情內容」的行政裁罰；至於以兒童為描述對象的限制（即兒童色情言論），則透過兒童及少年性交易防制條例第 28 條為處罰，在此色情言論管制的法規體系下，係將「兒童色情言論」的處罰規定當作刑法第 235 條的特別法，當色情物品係描繪兒童從事色情活動時，不論在色情內容、犯罪行為態樣與刑度均廣泛地加重處罰。

然而，筆者以美國聯邦最高法院的相關判決作比較法研究，發現早在 1982 年的 *Ferber* 案判決與 1990 年的 *Osborne* 案判決，法院即指出管制「兒童色情言論」的公益目的在避免兒童遭受性虐待與剝削的「行為傷害」，而與管制其他色情言論內容所欲防止的「言論觀看傷害」有所不同，在保障兒童優勢利益的權衡下，兒童色情內容不受憲法言論自由保障，國家具有規制處罰的空間。2002 年的 *Free Speech Coalition* 案判決，法院更清楚的認為國家管制虛擬兒童色情內容的規定乃屬違憲，因其並無行為傷害之故，後來國會雖在隔年仍繼續制定處罰兒童色情言論的規定，並引發許多憲法爭議，但聯邦最高法院在後續的 *Williams* 案判決及 *Whorley* 案判決仍未改變原先見解。

因此，本論文乃嘗試以「行為傷害」的避免作為管制兒童色情言論的核心目的，藉此與其他成人色情言論作區別，並建構國家限制兒童色情言論的界限與空間，其中包括，具體討論兒童色情內涵定義、網際網路對兒童色情犯罪之影響、兒童色情犯罪行為態樣的合憲性分析以及虛擬兒童色情可罰性問題。最後則根據筆者所形構的管制模式，對兒童及少年性交易防制條例第 28 條作規範論及立法論上的檢討。

關鍵詞：兒童色情、虛擬兒童色情、戀童癖、猥褻、性虐待與剝削、明顯性意味行為、兒童及少年性交易防制條例、網際網路、言論自由。

目 錄

第一章 緒論	1
第一節、研究動機與目的.....	1
第二節、研究範圍與方法.....	5
壹、研究範圍.....	5
貳、研究方法.....	6
一、文獻整合模式.....	6
二、比較法研究模式.....	7
三、指標判決研究模式.....	7
第三節、問題提出與解決方案.....	7
第四節、本文架構.....	11
第二章 美國法上成人色情言論的管制模式	13
第一節、美國法上言論自由的基本原則.....	13
壹、言論自由之理論基礎.....	13
一、制憲者之原意.....	13
二、言論自由基本價值之理論.....	14
(一)、言論自由市場說	15
(二)、健全民主程序說	16
(三)、表現自我說	17
三、其他理論.....	18
貳、美國法上的三重審查標準.....	19

一、合理審查標準.....	20
二、中度審查標準.....	20
三、嚴格審查標準.....	20
參、言論自由審查標準的理論.....	21
一、類型化與利益衡量（Categorization and Balancing）.....	21
二、雙軌理論（the two-track theory）.....	24
三、涵蓋過廣與模糊原則（overbreadth and vagueness）.....	26
四、事前限制理論（Prior restraints）.....	28
肆、我國大法官解釋的採納.....	30
第二節、色情言論的定義與類型.....	33
壹、語源學上的定義.....	33
貳、從法律規範面向理解.....	34
參、女性主義學者不同的觀察角度.....	35
第三節、猥褻（Obscenity）性言論之管制.....	37
壹、猥褻言論的起源.....	37
貳、美國法上的開展.....	39
一、從Hicklin案至Roth案之猥褻標準.....	39
二、Roth案後所延伸的見解.....	41
三、保障「對未成年人有害」的猥褻標準之提出.....	42
四、關於持有或播放猥褻出版物.....	43
五、Miller案對猥褻言論的修正.....	44
六、以網際網路散布猥褻物品.....	46
參、管制猥褻目的之探討.....	48
一、避免對人的物化.....	48
二、維護道德.....	49

三、避免非自願觀賞者受到冒犯.....	51
四、保護未成年人之身心健康.....	52
五、防止犯罪行為.....	52
肆、小結.....	53
第四節、未達猥褻（nonobscene）之色情言論管制.....	54
壹、禁止裸露(nudity bans)	54
一、露天汽車電影院播放裸露鏡頭.....	54
二、現場的脫衣舞表演.....	55
貳、情色專區的設立(erogenous zoning).....	56
參、固有傳播媒體的低俗不雅（indecent）言論管制.....	58
一、無線廣播媒體與放寬管制的 <i>Pacifica</i> 案判決	58
二、色情付費電話.....	60
三、有線電視媒體.....	61
肆、網際網路媒體的低俗不雅（indecent）言論管制.....	63
一、國家直接管制的開端：通訊端正法.....	63
(一)、涉及法規	63
(二)、本案與先前許多判決的區辨	64
(三)、本案並無法以媒體特性決定審查標準	66
(四)、以軟體過濾資訊毋寧為較小侵害手段	66
(五)、O'Connor大法官提出的分區管制觀點	67
二、國家直接管制的終結：兒童線上保護法.....	68
(一)、涉及法規	69
(二)、「對未成年人有害資訊」的標準並未涵蓋過廣	70
(三)、限制方式並非最小侵害手段	71
三、過濾軟體的採行：兒童網際網路保護法.....	72

四、Lessig教授所提出解決網路色情問題兩種架構	74
(一)、對於網路言論的四種規制與保護面向	74
(二)、「架構」為解決網路色情言論規制的關鍵	76
(三)、以美國聯邦最高法院判決推導出的兩種解決架構	77
(四)、過濾軟體vs分區管制	78
第五節、總結－美國成人色情言論管制的二元模式.....	81
第三章 美國法上「兒童色情言論」管制的憲法議題	83
第一節、「兒童色情言論」的憲法地位.....	83
壹、 <i>New York v. Ferber</i> 案判決(1982).....	83
一、事實與法律.....	83
二、判決與理由.....	85
(一)、將「兒童色情」界定為不受保障之言論類型：	85
(二)、本案並不適用 <i>Miller</i> 案之猥褻標準	87
(三)、系爭規定是否涵蓋過窄（underinclusive）？	87
(四)、系爭規定是否涵蓋過廣（overbroad）？	88
三、相關意見書.....	88
(一)、O'connor 大法官協同意見書	88
(二)、Brennan與Marshall大法官協同意見書	89
(三)、Stevens大法官協同意見書	90
貳、 <i>Osborne v. Ohio</i> 案判決（1990）	90
一、事實與法律.....	91
二、判決與理由.....	92
(一)、本案應與 <i>Stanley</i> 案作出區別	92
(二)、本案是否違反涵蓋過廣原則？	93

(三)、本案是否違反正當程序之要求？	94
三、相關意見書.....	94
(一)、Blackmun大法官協同意見書	94
(二)、Brennan、Marshall、Stevens大法官不同意見書	94
參、上述兩則判決所建構的兒童色情言論之管制框架.....	96
一、「兒童色情」乃屬不受言論自由保障之言論類型.....	97
二、兒童色情言論之界定與處罰範圍.....	98
三、處罰「行為態樣」的擴張.....	99
四、小結.....	100
第二節、虛擬兒童色情言論的管制難題.....	101
壹、聯邦法規的制定與問題提出.....	101
貳、 <i>Ashcroft v. Free Speech Coalition</i> 案判決(2002).....	103
一、事實與法律.....	103
二、判決內容.....	104
(一)、關於聯邦法典第 2256(8)(B)規定	104
(二)、關於聯邦法典第 2256(8)(D)規定	110
三、相關意見書.....	111
(一)、Thomas大法官協同意見書	111
(二)、O’connor大法官一部協同一部不同意見書	111
(三)、Rehnquist大法官不同意見書	113
四、本案判決的分析.....	114
(一)、關於虛擬兒童色情內容之處罰	114
(二)、關於引誘兒童色情言論內容之處罰	115
參、學說評論.....	115
一、肯定說.....	116

二、否定說.....	119
三、折衷說.....	120
第三節、2003 年的兒童剝削防制法案 (The PROTECT Act of 2003)	122
壹、與兒童色情相關之定義規定.....	123
一、明顯性意味行為定義之修正.....	123
二、兒童色情定義的修正.....	124
貳、兒童色情犯罪之行為類型.....	124
一、郵寄、傳輸、運送、接收或散布之犯罪行為.....	125
二、引誘犯罪行為.....	125
三、販賣、持有或接近使用之犯罪行為.....	126
四、向未成年人散布、要約、傳送或提供兒童色情之犯罪行為....	126
參、確認抗辯事由.....	126
肆、修正「保持記錄」(record keeping) 的要求.....	127
伍、增設「兒童性虐待之視覺呈現」之猥褻類型.....	128
一、處罰規定.....	129
二、處罰範圍.....	129
三、犯罪情形的描述規定.....	129
四、確認抗辯.....	130
陸、分析與討論.....	130
一、更為折衷的虛擬兒童色情之處罰模式.....	130
二、處罰「不能辨別」是否真實的兒童色情內容之問題.....	132
三、處罰猥褻的兒童色情內容之問題.....	133
第四節、PROTECT法案制定後的問題.....	135
壹、「引誘條款」之合憲性－ <i>United State v. Williams</i> 案(2008)	135
一、事實與法律.....	135

二、判決內容.....	137
(一)、系爭規定不違反保障言論自由要求下的涵蓋過廣原則	137
(二)、系爭規定不違反正當程序保障要求下的模糊性原則 ...	140
三、相關意見書.....	141
(一)、Stevens大法官與Breyer大法官之協同意見書	141
(二)、Souter大法官與Ginsburg大法官之不同意見書	142
貳、猥褻虛擬兒童色情言論之處罰— <i>United State v. Whorley</i> 案(2009)...	145
一、事實與法律.....	145
二、判決內容.....	146
三、相關意見書.....	147
第五節、總結—美國兒童色情言論管制的檢討與採納.....	148
壹、兒童色情言論管制現況與架構.....	148
貳、Adler教授對於兒童色情言論管制的反思	149
一、兒童色情管制法規的產生.....	150
二、兒童色情管制法規的問題點.....	151
(一)、難以捉摸的管制對象	151
(二)、逐漸擴張的管制內容	152
三、兒童色情言論之論述結構的問題.....	154
四、小結.....	156
參、美國兒童色情言論管制模式的採納.....	156

第四章、建構我國網際網路「兒童色情言論」管制的合憲性空間 159

第一節 我國「兒童色情言論」的管制缺陷.....	159
--------------------------	-----

壹、我國成人色情言論的管制.....	159
一、猥褻性言論.....	159
(一)、管制法規	159
(二)、釋字 407 號解釋	160
(三)、釋字 617 號解釋	162
二、未達猥褻之色情言論的管制.....	166
(一)、電影法	166
(二)、廣電法規	166
(三)、兒童及少年福利法	167
三、與美國管制模式的相似性.....	168
貳、兒童色情言論的管制.....	171
一、管制法規.....	171
(一)、兒童的定義	171
(二)、兒童及少年性交易防制條例的制定	172
(三)、與刑法的 235 條之比較	175
二、實務運作.....	176
(一)、難以證明是否涉及未滿 18 歲之人參與	176
(二)、虛擬兒童色情言論之處罰	178
三、學說見解.....	179
(一)、以英美法之觀點作為我國修法建議	179
(二)、虛擬色情言論應否處罰之爭議	181
(三)、以日本法之觀點為觀察	183
(四)、小結	183
參、我國兒童色情管制規範的結構問題.....	184
一、未能依其「管制目的」而建構兒童色情內涵.....	184

二、忽略網際網路媒體以及電腦科技之發展.....	186
第二節、兒童色情言論內容的本質.....	188
壹、「兒童」與「色情」.....	188
貳、兒童色情言論界定之困難.....	189
一、學者的嘗試.....	189
二、法律上的觀點.....	191
(一)、聯合國兒童權利公約之定義	191
(二)、國際刑警組織之定義	191
(三)、販賣兒童、童妓及兒童色情特別報告書	191
(四)、美國	192
(五)、英國	194
三、心理學的觀點.....	194
(一)、Svending 和 Back之見解	194
(二)、Taylor之見解	195
(三)、分級系統的設立	196
四、虛擬的兒童色情內容.....	198
五、小結.....	199
參、兒童色情言論所造成的傷害.....	200
一、行為傷害.....	201
二、言論「製造」傷害.....	202
三、言論「觀看」傷害.....	203
(一)、提供製造兒童色情言論之市場	204
(二)、犯罪行為的永久記錄	205
(三)、避免引發犯罪行為	205
(四)、使兒童對於性需求去敏感化	205

(五)、童年和家庭生活的「性化」	205
肆、以兒童性侵害與剝削行為塑造兒童色情言論之內涵.....	206
第三節、網際網路兒童色情言論的犯罪行為.....	207
壹、網路犯罪之意義與類型.....	207
一、網路犯罪之意義.....	207
二、網路犯罪之特質.....	207
(一)、隱匿性	208
(二)、智慧性	208
(三)、普遍性	208
(四)、偵查困難性	209
(五)、犯罪客體多樣性	209
三、網路犯罪之類型.....	209
(一) 一般的網路犯罪類型	209
(二) 入侵型的網路犯罪	210
貳、網際網路對於兒童色情犯罪之影響.....	210
一、社會面向.....	211
二、個人面向.....	212
三、科技面向.....	213
參、網際網路兒童色情犯罪行為的類型化.....	214
一、Lanning教授	214
二、Sullivan 和 Beech教授	215
三、Alexy教授.....	215
四、Tony Krone教授	216
(一)、行為類型	216
(二)、行為特徵	219

肆、因網際網路所產生的新問題.....	222
一、蒐集行為的多樣化類型.....	222
二、網路引誘者的問題.....	222
三、偵查與追訴的困難.....	224
第四節、兒童色情言論的合憲管制體系之建構.....	224
壹、兒童色情犯罪「行為態樣」的三層思考.....	225
一、兒童色情言論的製造行為.....	225
二、兒童色情言論的經銷行為.....	226
三、兒童色情言論的蒐集行為.....	227
貳、兒童色情言論管制的合憲性分析.....	227
一、在保障兒童與言論自由拉鋸下的審查標準.....	228
二、以「兒童性虐待與剝削之行為傷害」的避免作為管制目的....	229
三、行為態樣與管制目的間之關聯性.....	231
(一)、三種行為態樣間的關係.....	232
(二)、美國聯邦最高法院之見解.....	233
(三)、本文見解.....	235
四、虛擬兒童色情之管制問題.....	236
第五章、結論與建議	238
第一節、美國法對於色情言論管制的整體樣貌.....	238
第二節、本文對於美國「兒童色情言論」管制的借鏡之處.....	238
第三節、兒童及少年性交易防制條例 28 條之修法建議.....	240
壹、兒童色情之內涵.....	240
貳、處罰之行為態樣.....	240
參、虛擬兒童色情的管制.....	241



第一章 緒論

第一節、研究動機與目的

It is only through computer systems and the mail that child pornography exists today.

--Alabama Senator Jeff Sessions¹

隨著網路愈來愈發達，兒童色情資訊在國際上或在台灣都有大量成長的趨勢；據國際網路檢舉熱線聯盟（INHOPE）報告指出，光是 2004 年 9 月到 2006 年 12 月，平均每月接獲高達 9600 件檢舉案件，已被證實為兒童色情，且以 15% 數量成長²。我國也不例外，台灣展翅協會是 INHOPE 會員，在台灣成立的網路無色情檢舉熱線統計顯示，2010 年的兒童色情案件較往昔已經成長百分之十，其中不僅有要求兒童張開雙腳的猥褻姿勢圖片，也有兒童及少年性交的內容。在這些檢舉案件中，有以兒童色情短片為主的色情網站，不用付費就可以觀看影片內容，藉此吸引民眾加入會員，或是設立兒童色情中文論壇，鼓勵使用者散布網址或支付費用以瀏覽兒童色情影像；另外，大量部落格也遭到色情業者濫用，其中充斥限制級的色情文章，連近來知名的社群網站 Facebook 也開始出現兒童色情的粉絲團，而淪為兒童色情行銷工具³。

¹ United States Senator Jeff Sessions Press Release, (Sept.16,2002), available at <http://sessions.senate.gov/headlines/child.htm> (stating Alabama Senator Jeff Sessions' support for the 2002 anti-child pornography bill).

² 請參閱台灣立報，網路兒童色情案件 2010 增一成，2011 年 4 月 15 日，網址：<http://www.web885.org.tw/web885new/news.asp?qbld=286>（最後造訪日期：2011 年 7 月 30 日）。

³ 因此，2011 年 5 月，臉書（Facebook）與微軟（Microsoft）今天正式宣布聯合出手，搜尋出含有兒童色情內容以及在臉書這個全球最大社群網站上分享的類似圖片。可參閱法新社，臉書微軟聯手，封鎖兒童色情照，2011 年 5 月 21 日，網址：<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/110521/19/2rxym.html>（最後造訪日期：2011 年 7 月 30 日）。

再以法務部統計資料為例，2004 年到 2008 年違反兒童及少年性交易防制條例的行為中，居第 2 名就是該條例第 28 條的散布、播送或販賣兒童色情相關圖片、影片、影帶、光碟之規定⁴。由此可見，網際網路的發展與崛起，以此作為媒介而散布兒童色情資訊之情況與日俱增，「網路兒童色情」儼然已經成為嚴重的社會問題。

而兒童色情言論的議題，相較於其他色情問題，格外受到關注的原因在於其往往涉及對兒童的身心傷害，該言論所傳達之內容即是兒童已遭受性虐待的具體證據，這些內容對於參與的兒童本身，或是對那些被強迫或引誘觀看的兒童而言，都是權力的濫用與剝削。是故，我國管制「兒童色情言論」的「兒童及少年性交易防制條例」，方於第一條開宗明義便提到本法之立法目的在於防制、消弭以兒童少年為性交易對象之事件。釋字第 623 號解釋更是指出：

兒童及少年之心智發展未臻成熟，與其為性交易行為，係對兒童及少年之性剝削。性剝削之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權…，為重大公益，國家應有採取適當管制措施之義務，以保護兒童及少年之身心健康與健全成長⁵。

但是，國家應如何採取適當管制措施呢？首先，在管制目的上，規範兒童色情言論之目的是「防止兒童遭受性虐待與剝削」，此與一般色情言論與猥褻性言論著重於觀看後對於社會或是兒童之負面效果有所不同，後者的危害係來自於「言論的內容」；而前者的危害是著重於「言論背後蘊藏的犯罪行為」，亦即兒

日)。

⁴ 可參閱中央社，兒童色情不設防 立委盼把關，2010 年 9 月 4 日，網址：<http://news.cts.com.tw/cna/politics/201009/201009040555400.html>（最後造訪日期：2011 年 7 月 30 日）。

⁵ 釋字 664 號解釋理由書亦再次提到：「為保護兒童及少年之身心健康及人格健全成長，國家負有特別保護之義務（憲法第一百五十六條規定參照）」。

童色情言論內容，與兒童的性虐待與剝削之間具有本質上的關聯性，換言之，其關心的不是言論如何「傳播」，而是言論怎麼被「作成」之問題⁶。然而，此一重要管制目的，是否足以支持兒童及少年性交易防制條例第 28 條規定，處罰「散布」、「播送」、「販賣」、「公然陳列」或「以他法供人觀覽、聽聞」兒童色情之行為，甚至是處罰「持有行為」之手段？似乎仍不無疑問。

並且，隨著「網際網路」的崛起以及其他的科技革新（例如數位相機、網路聊天室、部落格、社群網站等）改變了整個遊戲場域，這些科技發展減少色情言論的製造與散布傳播的成本，同時也使製造者與散布者更容易規避犯罪的追究，新科技（尤其是網際網路）已成為色情傳播者的最佳利器⁷，有份英國調查顯示，近一成男性上網主要是為了瀏覽色情網站⁸，即屬適例。而面臨此種新興媒體的發展，社會大眾得以更廉價、更便利、更廣泛的方式取得色情資訊，國家應採取何種方式管制始能在不致侵害成年人接收一般色情言論的權利下有效的管制，在現代科技的渲染下，成為一個更加困難的問題⁹。

最後，更大的挑戰來自於「虛擬兒童色情」的問題，即描繪兒童色情的電腦虛擬圖像，並非經由真實的兒童所拍攝製作，蓋此種色情內容係透過電腦技術予以合成或修改，不存在對於兒童之性虐待與剝削行為，打破傳統對於兒童色情言論的管制目的。現今，此種高科技產品的管制已引起各國的注意，在日本，東京市政府計劃修正有關兒童色情物品問題的「日本東京都青少年福利法案」，使其限制範圍將涵括「非實體存在的圖像」，並明白呼籲對未成年人的網路及手機

⁶ JEROME A. BARRON & C. THOMAS DIENES, FIRST AMENDMENT LAW 117 (4th ed., 2008).

⁷ Amy Adler, *All Porn All The Time*, 31 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 695, 696 (2007).

⁸ 蔡佳慧，綜合外電報導，近 1 成男性上網專攻色情網頁，2010 年 11 月 12 日蘋果日報，網址：http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/32956592/IssueID/20101112（最後造訪日期：2011 年 7 月 30 日）。

⁹ 釋字 623 號解釋即指出：「電子訊號、電腦網路與廣告物、出版品、廣播、電視等其他媒體之資訊取得方式尚有不同，如衡酌科技之發展可嚴格區分其閱聽對象，應由主管機關建立分級管理制度，以符比例原則之要求。」也就是要求對於網際網路的言論管制，必須更加留意手段是否涵蓋過廣，不得為避免兒童接觸某些言論而影響所有網際網路使用者取得這些資訊的權利，即「燒豬烤屋」之情形發生。

進行圖像過濾¹⁰。在美國，國會於 1996 年所制定的「兒童色情防制法」(Child Pornography Prevention Act)，其中將兒童色情定義為「以視覺描繪看似未成年人從事明顯性意味行為」之內容，使得非以真實兒童作為描繪內容亦在該法的處罰範圍之內，明白規制虛擬的兒童色情言論，對此，聯邦最高法院於 2002 年的 *Ashcroft v. Free Speech Coalition*¹¹ 案判決中，認定該項規定過度侵害言論自由而宣告違憲¹²。

而於我國，前開兒童及少年性交易防制條例第 28 條規定，規範對象雖尚未及於「虛擬兒童色情」之部分，但其他領域則已關注到「虛擬影像」的議題，衛星廣播電視法第 17 條修正草案新增第四款規定：「衛星廣播電視事業及境外衛星廣播電視事業播送之節目內容，不得有下列情形之一：四、以模擬圖示動畫或其他不當方式，描述報導關於性侵害、性騷擾、虐兒家暴、綁架殺人及自殺等案件細節。」，其提案理由即記載，因有鑑於壹傳媒集團以所謂「動畫式新聞」(動新聞)報導有關性侵、家暴、虐兒、兇殺等充滿腥羶色及血腥暴力犯罪行為引發社會公憤及民間團體撻伐之故，方提此修正案由¹³。由此可知，我國立法者亦已注意到虛擬動畫或影像可能產生之危害，將來增設「虛擬兒童色情」之管制即不無可能。

綜合以上的爭議，兒童色情言論在現今社會中已演變成一項重要的社會問題，在憲法的討論中，涉及言論自由與兒童身心健全之保護的拉鋸，而本文研究目的，則是希望以避免「兒童遭受性剝削與虐待行為」為主軸，嘗試在國家保護兒童身

¹⁰ 原文報導可參閱，朝日新聞社：漫画の性描写、都規制案結論先送りの方向，網址：<http://www.asahi.com/national/update/0317/TKY201003160528.html> (最後造訪日期：2011年7月30日) 相關法令之詳細介紹，可參閱陳韻如，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，頁80-81，2010年8月。

¹¹ 535 U.S. 234 (2002).

¹² YAMAN AKDENIZ, INTERNET CHILD PORNOGRAPHY AND THE LAW – NATIONAL AND INTERNATIONAL RESPONSES 97-98 (2008).

¹³ 參閱立法院議案關係文書院總字第 1562 號，委員提案第 9409 號，立法院第 7 屆第 4 會期第 13 次會議議案關係文書，中華民國 98 年 12 月 9 日印發，頁 93-95。

心健康的義務以及人民言論自由的保障中取得平衡點，探討應如何管制網際網路兒童色情言論。

第二節、研究範圍與方法

壹、研究範圍

本文所稱「兒童色情」(child pornography)，係指以「兒童」為描述對象之「色情」資訊，包括照片、影像、錄影等，以此與描述「成年人」為對象之「成人色情」(adult pornography)的概念作區別，質言之，兩者之區分標準在於資訊來源之「對象」不同，而均屬「色情言論」之下位概念。之所以在類型上區分「成人色情」與「兒童色情」，理由係在於「管制目的」以及「此種言論所造成的傷害」有所不同，管制成成人色情言論之目的主要為防止兒童接觸此種言論影響其身心健康，也就是阻隔兒童接收到此類言論內容，如該言論內容屬於較為嚴重的「猥褻」性言論，則更可能是出於維護善良風俗與社會風氣之目的，但無論如何，該言論本身並不會造成非法活動所帶來的危險；然而兒童色情言論則非如此，其管制目的為避免對於真實兒童的性剝削以及防止對其性剝削之邪惡欲望的形成，亦即避免製造對兒童為性剝削之非法行為，這些差異將影響國家管制的內容以及方式，實有分別討論之必要性。

就管制問題的探究上來講，仍以憲法議題之探討為主要內容，亦即處理管制目的、管制手段與該目的是否具有合致性等問題。換言之，本文研究之範圍，乃希冀劃清在網際網路的媒體類型下政府對於兒童色情言論管制之合憲性空間與界限，質言之，依照思考的順序，本文所欲探究者為以下四個部分：

一、釐清色情言論管制的樣貌，包括色情言論內容有哪些類型？政府是否以及如何對於這些色情言論之類型作管制？其管制目的與手段的合憲性界限為何？能否類型化其管制模式？

二、本文所欲處理的「兒童色情言論」之管制問題，與其他色情言論有何不同之處？應如何勾勒出兒童色情言論之內涵、行為態樣以及其與言論自由衝突時的利益衡量？

三、在網際網路與新興科技的發展對於「兒童色情言論」的加持下，國家應如何面臨網路與科技對兒童色情所造成的影響？此種有別於傳統的虛擬兒童色情言論問題，國家得否以及如何為管制？

四、上述問題，是否得在保障兒童身心健全以及維護言論自由之間，以憲法觀點釐清兒童色情言論管制之合憲性空間與界限？

貳、研究方法

本文擬利用以下研究方法進行本論文之研究：

一、文獻整合模式

此方法係指歸納、整理相關之學說論著。除了以「法令」及「立法背景」作為論述基礎外，學說對於網際網路兒童色情言論管制之研究亦為極為重要之參考資訊，藉由學術文獻之蒐集整理，將有助於歸納、演繹相關法令制度應有之內涵。本文蒐集之中文文獻，包含與網際網路兒童色情言論管制有關之學術教科書、學術論文、研究計畫、學位論文、政府出版品以及期刊文章等；而英文文獻之部分，則主要以專論及期刊文章為主，文章亦以較新且主題貼近本文題目之部分作為搜尋之主要篩選項目。

二、比較法研究模式

本文在探討網際網路兒童色情言論管制之問題時，有鑑於我國法上對此討論的學說屈指可數，而司法院大法官解釋亦未曾對此議題表示過意見，因而有將美國法上關於網際網路兒童色情言論管制之實務判決以及對於這些判決的學理討論予以介紹之必要，藉由探討美國聯邦最高法院面對兒童色情言論管制法規時，如何建構出一套審查架構予以處理，並分析其脈絡，觀察美國法與我國法秩序之間相同與不同之處，並進一步去探討美國法制如何能夠提供本國法問題解決上的啟示¹⁴，以協助作為處理我國法制時的理論參考與借鏡。

三、指標判決研究模式

承上所述，在介紹美國法上之實務判決時，本文係以時間發展之順序以美國聯邦最高法院所作之判決以及相關之協同與不同意見書作為研究之主軸，並輔以相關判決的學說評析以凸顯這些判決所涉及的爭議與問題點。

第三節、問題提出與解決方案

在確立研究之動機以及研究之範圍與方法後，本文於此將更進一步的點出我國兒童色情言論規範上的缺陷，並提出兒童色情管制上的問題點，並說明本文在參考美國法制對於色情言論的管制模式後，提出兒童色情言論與其他色情言論於管制上的不同之處，以及本文嘗試的解決方案。

大致來說，在色情問題泛濫的今日，我國色情言論管制最具影響力也最為直

¹⁴ 與此方屬「真正的」比較法研究方法，而非僅止於「描述性的」比較法研究方法。可參閱黃舒芃，比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例，月旦法學雜誌，120期，頁186-187，2005年5月。

接的是刑法 235 條對於「猥褻性言論」之刑事處罰¹⁵，該條規定對於散布、播送、販賣、公然陳列、或以他法觀賞聽聞之猥褻物品科處刑罰，至於其他可能「對兒童有害」的色情言論內容，則個別地以電影法、廣播電視法、無線廣播電視法、衛星廣播電視法等各種傳播法規以及兒童及少年福利法採取「罰緩」之行政處罰方式作為管制手段，並輔以「分級辦法」之行政命令，將帶有對兒童有害之內容列為限制級，並隔絕兒童接近使用這些內容。至於，特別針對「以兒童作為描述對象」之兒童色情言論，我國係以兒童及少年性交易防制條例第 28 條作為管制規範¹⁶，該條規定處罰散布、播送、販賣、公然陳列、以他法觀賞聽聞、以及持有「未滿十八歲之人為性交或猥褻行為之內容」，本條規範的設計上，實與刑法第 235 條規定相當雷同，僅將處罰對象限縮為「從事性交與猥褻行為之兒童」以及額外處罰「持有」之犯罪行為態樣，釋字 617 號解釋即曾謂兒童及少年性交易防制條例第 28 條之規定，為刑法第 235 條之特別法。

綜上所述，我國規範得對於「猥褻性言論」以及「兒童色情言論」直接予以刑事管制，其餘「色情言論」則僅得對於有害兒童之內容作行政處罰或是分級隔絕措施，對此，首先浮現的問題是，何以當色情內容的描述對象為未滿 18 歲之兒童時，即得針對非猥褻之性交內容以及持有行為態樣作處罰，且加重其刑事責任？「兒童色情言論」之管制目的是否與猥褻性言論及其他色情言論不同？如果不同，其規範之內容與行為態樣是否應於其他色情言論有所差異？又應如何看待

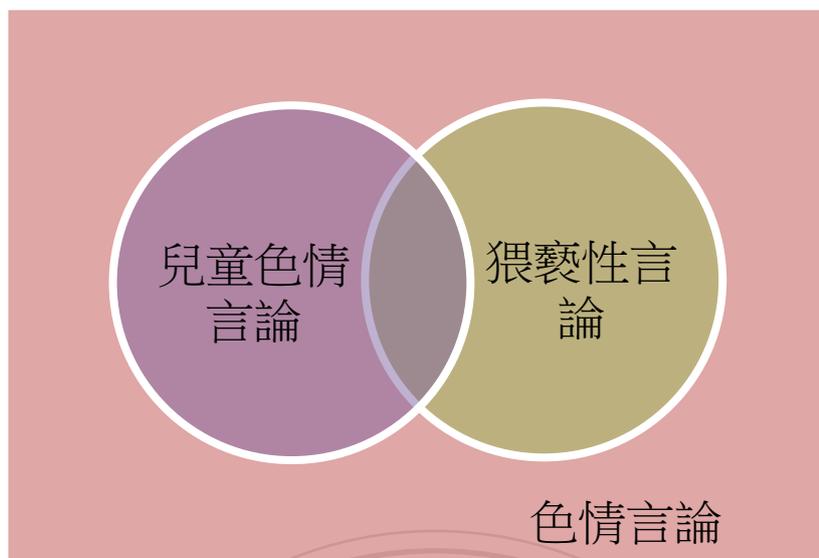
¹⁵ 刑法第 235 條規定：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。（第一項）意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他物品者，亦同。（第二項）前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。（第三項）」

¹⁶ 「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）」

「網際網路」發展下的兒童色情問題與「虛擬兒童色情言論」的出現？

對於這些問題，本文從美國聯邦最高法院判決對於色情言論所作出的許多判決作觀察後，發現法院對於以成年人作為描述對象之「成人色情」(adult pornography)與以兒童作為描述對象之「兒童色情」(child pornography)在「管制目的」以及「此種言論所造成的傷害」均有所不同，管制成成人色情言論之目的主要為防止兒童接觸此種言論而影響其身心健康，也就是阻隔兒童接收到此類言論內容，而如該言論內容屬於較為嚴重的「猥褻」性言論，則更可能是出於維護善良風俗與社會風氣之目的，但無論如何，其言論本身並不會造成非法活動所帶來的危險；然而兒童色情言論則非如此，美國聯邦最高法院認為，管制兒童色情言論之目的主要係為避免對於真實兒童的性虐待與剝削和對其犯罪過程永久紀錄的傷害。質言之，如以描述對象之年齡將色情言論作出區分，其實益在於兩者管制目的與言論造成的傷害態樣不同，管制「成人色情」內容所欲避免的是「言論觀看之傷害」，而管制「兒童色情」內容所要避免的則是「兒童性虐待與剝削行為」之「行為傷害」。

美國法此種色情言論的架構，在國家管制議題上，基於憲法言論自由的保障，國家原則不得對於色情言論內容為管制，但為防止社會大眾觀看色情內容後可能造成性道德感情受到汙染的傷害，國家對「猥褻性言論」之管制享有較大的權限，另一方面，基於防止兒童受到性虐待或剝削傷害，國家亦得針對「兒童色情言論」內容為處罰。關於這兩種國家得管制的色情言論次類型，茲將其彼此間的關連性表示如下：



如圖所示，在廣泛的色情言論內容中，國家得管制「猥褻性言論」及「兒童色情言論」等兩種類型，其中，猥褻性言論係以「言論內容」所區分的色情言論內容，兒童色情言論則是以「描述對象」作為區分類型，故兩種類型間會存有交集部分（即以描述兒童為對象之猥褻性言論）。然而，本文於此要強調的是，由於兒童色情言論管制，其關懷重點為避免兒童受性虐待或剝削之傷害，故在兒童色情內容中並不會也無須再去區分其言論內容是否屬於猥褻性言論，蓋其重視的是行為傷害而並非言論觀看所造成的效果。

因此，由於兒童色情言論主要之管制目的於其他色情言論內容並不相同，這正足以說明為何對於兒童色情的管制內容、行為態樣與刑責上，均廣泛的加重處罰的原因。然而，對於將兒童色情言論作為刑法處罰猥褻性言論之特別法的我國，似乎並未注意到「兒童色情言論」本身所特有的「管制目的」與「傷害類型」，本文即希望藉由美國法處理「兒童色情言論」的管制架構出發，以避免「兒童性虐待與剝削行為之傷害」作為管制目的，針對網際網路對於兒童色情可能造成的影響，嘗試建構處罰兒童色情言論內容的合憲性空間與界限，並以此檢討我國兒童及少年性交易防制條例第 28 條之規定。

第四節、本文架構

關於網際網路兒童色情言論的管制問題，本論文共分為五章逐步探討與提供解決之意見，茲分述如下。

第一章為「緒論」，本章依序說明本文之所以欲研究「兒童色情言論管制」的動機及目的，並規劃出研究的範圍和方法，進一步則將我國兒童色情言論管制問題提出，並說明解決問題切入角度，主要係介紹問題意識的產生、基於該意識而希望處理的問題以及範圍的界定，以便初步瞭解本論文之研究重點。

第二章為「美國法上成人色情言論的管制模式」，係從美國法之觀點，說明以成年人為描述對象之色情言論管制的基本架構，首先介紹美國法上言論自由的基本原則，再初步剖析色情言論本身的定義與類型，並分別討論美國對於「猥褻性言論」與「未達猥褻之色情言論」的管制法規與聯邦最高法院之重要判決，最後則總結此兩種色情言論類型的管制模式具有不同的管制目的與手段。

第三章為「美國法上兒童色情言論管制的憲法議題」，在對於美國法上成人色情言論管制模式有基本瞭解後，本文則從另外一個章節出發，探討以「兒童」作為描述對象的「兒童色情言論」管制問題，並凸顯出其與前章「成人色情言論」管制的不同之處。其內容則以美國聯邦最高法院的判決並依據法規制定的時間順序逐次討論，其中穿插學者的評論，最後則藉由學者 Adler 所提出之觀點檢討美國現行兒童色情管制的架構，並提出可供我國參考的兒童色情言論管制架構。

第四章為「建構我國網際網路兒童色情言論管制的合憲性空間」，本章將問題拉回我國法上，首先乃先論證我國在成人色情言論的管制上與美國的相似性，然而，於「兒童色情言論」的議題上，無論從法律規範、實務運作以及學說見解中，均忽略兒童色情言論的「本質內容」以及「網際網路媒體對其造成的影響」。是故，本文乃從學說、法律規範以及心理學上的角度嘗試界定出兒童色情言論的內涵，並進而探討網際網路犯罪之發展，並描述其網路的特性將對兒童色情言論

的犯罪行為態樣產生如何的轉變，最後，本文乃綜合前述討論，參考美國法對於兒童色情言論的管制架構，決定審查標準，並以兒童性虐待與剝削行為之「行為傷害」的避免作為核心管制目的，將兒童色情犯罪區分為三層行為態樣，分別探討兒童色情犯罪行為態樣與該管制目的間的關聯性，建構兒童色情言論的合憲管制空間與界限。

第五章為「結論」，本文將對前述各章的討論內容作出簡短且扼要的總結，並以本文所建構的兒童色情言論之合憲管制檢討我國兒童及少年性交易防制條例第 28 條之規定，並提出修法之建議。



第二章 美國法上成人色情言論的管制模式

第一節、美國法上言論自由的基本原則

在本節的內容中，本文將介紹美國憲法增修條文第一條所保障的言論自由，其背後的理論基礎以及審查基準，為後述探討美國聯邦最高法院的裁判時，提供理論的背景知識，本節的最後並簡要的論證我國大法官解釋對於憲法第 11 條的言論自由權的違憲審查中，亦曾援引過這些基本原則，以彰顯其參考價值。

壹、言論自由之理論基礎

一、制憲者之原意

美國憲法增修條文第一條規定：「國會不得制定法律……剝奪人民言論及出版的自由」¹，從文義上觀之，似乎僅有「國會」(Congress) 受此言論自由保障條款之限制，然而美國聯邦最高法院以及憲法學者均不僅以文義為限，而認為所有聯邦政府²以及各州³之行為均受此條款之限制。

¹ 原文為：「Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances」本文僅擷取言論自由保障之部分翻作中文。

² 聯邦最高法院於 *New York Times Co. v. United State*, 403 U.S. 713(1971)案中即認為言論自由條款適用於聯邦的司法以及行政行為。See JEROME A. BARRON & C. THOMAS DIENES, *FIRST AMENDMENT LAW 1* (4th ed., 2008).

³ 早先於美國制定憲法增修條文第 1 條至第 10 條的權利法案 (Bill of Rights) 時，言論自由保障條款之限制範圍並不包含各州，*Barron v. Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833)案判決亦認為該條僅適用於聯邦政府之行為；然而，後來的 *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925)案判決，法院則認為，

此外，從文義理解似乎認為言論自由乃屬「絕對保障」，美國國會在任何情況下均「不得」制定法律剝奪（abridge）人民之言論自由。實際上，也的確有人主張憲法對言論自由的保障是「絕對的」，不容許國會制定法律加以剝奪，不過，此種絕對保障的理論，並非學說之主流，並且美國聯邦最高法院的多數意見也從未接受該說為保障言論自由之根據。目前通說的見解均認為憲法對言論自由的保障並非是絕對的。至於憲法保障言論自由到如何的程度，應該以什麼標準來界定言論自由保障的範圍，眾說紛紜⁴。

是故，有些論者嘗試從制憲者之意圖來了解憲法規定的意思，然而，由於缺乏第一手資料，故只好從間接的方式推測制憲者之意圖，即以制憲當時，制憲者心中認為對言論自由存在的「危害」，作為言論自由保護條款所要排除之對象。對此，有認為在當時可能的危害是存在早期英格蘭法制中，對言論自由的「事前限制」(prior restraint)制度；有認為是要消除習慣法中的「謀叛之誹謗」(seditious libel)之罪刑；亦有認為是在維護州權不被聯邦所侵奪，而非真正顧慮人民之基本權利。由此可知制憲者當時心中準備以保障言論自由來抗拒何種危害？論者的看法並不一致，而適用憲法是否須受該意圖之限制亦頗有疑問，況且現代言論自由的相關問題亦並非制憲者當時所能慮及，如堅持制憲者之本意，則將使言論自由保障的範圍變得十分狹隘，是故，目前通說是採用比較抽象的法哲學上探討言論自由之「價值」，以之作為核心而建構出言論自由之理論以界定言論自由保障的範圍⁵。

二、言論自由基本價值之理論

承前所述，歷史以及憲法文字均無法明確的表達言論自由條款的功能與價值，

言論自由乃屬憲法增修條文第 14 條正當程序保障條款（due Process clause）中所稱之人民自由與權利，藉此得以限制各州之行為。See *Id.* at 2.

⁴ 林子儀，言論自由之理論基礎，載：言論自由與新聞自由，頁 6，2002 年 11 月。

⁵ 同前註，頁 10-13。

於是兩種對於言論自由條款的解釋取向因應而生，第一種為「工具論」（instrumental approach）者（或稱功利主義或結果主義），其認為言論自由保障之價值在於提供社會所需的利益，例如藉此發現真實以及健全民主程序等；第二種為「本質論」（intrinsic approach）者，將言論自由本身作為其價值所在，強調說話者自由表達意見的價值⁶。而這兩種價值取向，即正好反映Brandeis大法官在 *Whitney v. California*⁷案協同意見書中的觀察：「吾國之立國先賢……它們認為自由同時具備有目的性及手段性之價值（those who won our independence... valued liberty both as an end and as a means）。」而Thomas Emerson教授則進一步認為，在民主社會中之言論自由體系是植基於言論自由之四種價值或功能：（一）、確保個人自我實現的要素；（二）、增進知識及發現真理的過程；（三）、提供社會成員參與決策；（四）、維持比較能適應環境變化而又穩定的社會⁸。

雖然Brandeis大法官與Emerson教授所用的名詞有些差異，但若比較其內容，則兩氏所提並無太大之差別。事實上，所有從事同樣研究的學者所提出之言論自由的價值觀，均未超出兩人所提之綜合性的價值觀⁹。故以下分別探討這些言論自由的基本價值：

（一）、言論自由市場說

此種理論的基本想法係來自於19世紀的英國哲學家John Stuart Mill教授於其所著的「自由論」（*On Liberty*）中提出一個對抗國家管制言論自由市場的一個基本原則，其認為：「如果被禁止發表的意見是對的，我們將喪失從錯誤轉化為真實的機會；如果這個意見是錯的，我們將失去對經由與錯誤碰撞所產生的事實

⁶ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 6.

⁷ 274 U.S. 357 (1927).

⁸ THOMAS EMERSON, *THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION* 6-7 (1970).

⁹ 林子儀，同前註4文，頁15。

有較清楚的知覺與較生動印象的重要利益¹⁰。」而此種想法直到西元 1919 年才由著名的美國聯邦最高法院大法官 Oliver Wendell Holmes 引進美國，Holmes 在 *Abrams v. United State*¹¹ 案中提到：「吾人所欲求的至高之善（the ultimate good）唯有經由思想的自由交換，才比較容易獲得；亦即，要想測試某種思想是否為真理的最好方法，就是將之置於自由競爭的市場上，讓大眾來決定是否要接受其為真理。」，於是，Mill 之追尋真理說，即因 Holmes 以「市場機能」的觀念予以說明，而成為吾人所熟知之「言論思想之自由市場理論」¹²。

質言之，此說係以真理的追求（truth-seeking）作為理論核心，並且將彼此之間互有差異互相競逐的多個意見或見解並立的情況，比擬為一個觀念市場（marketplace of ideas），讓到底是哪個意見或見解的內涵比較接近真理此一判斷難題，交給市場競爭法則去進行檢驗，勝出者即比較接近真理的見解或意見¹³。

（二）、健全民主程序說

此種理論係由 Alexander Meiklejohn 教授提出，主張言論自由之價值即在於其有助於吾人健全民主政治程序的運作，是和民主政治的運作有相當密切關係的理論，此說源於「人民自治」（self-government）的民主政治理論，意即統治者進行統治的合法權力基礎，來自於被統治者的同意；因此，除了作為統治者權力行使具體表現的政府，其組成必須以人民同意為前提之外，還必須建立各種直接和間接的方式，讓人民得以行使其最終的同意權利，透過定期投票選舉的方式，行使其同意權利，參與民主政治的決策過程。故一旦針對任何和民主程序的健全運作有關的意見加以限制，選民能夠獲取的資訊內容和範圍便極可能不夠充分，故言

¹⁰ JOHN MILL, ON LIBERTY 33 (1859).

¹¹ 250 U.S. 616, at 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

¹² 林子儀，同前註 4 文，頁 20-21。

¹³ 劉靜怡，言論自由：第一講－言論自由導讀，月旦法學教室，26 期，頁 75，2004 年 12 月。

論自由乃是健全民主程序的重要基礎¹⁴。

由於Meiklejohn認為言論乃在幫助人民參與民主政治的決定，因此並不是所有言論都值得保護。只有涉及必須由大眾直接或間接投票表示意見並且與公益有關之公共問題的「政治性言論」，才為憲法言論自由保障的對象，其餘與公益無關而慮及私益之「私的言論」則非言論自由所保障，而屬於美國憲法增修條文第五條及第十四條「正當法律程序」(due process of law)的問題¹⁵。

(三)、表現自我說

此種理論係在追求自我實現 (self-realization) 或維護個人自主 (autonomy) 理論，此種主張和上述兩種理論的出發點截然不同，此一主張的基本假設，乃是將個人的存在本身，當作終極目的，而非幫助他人完成任何目的之工具或手段，從這樣的前提出發，個人存在的尊嚴和活動自主性才是目的¹⁶。換言之，個人乃為獨立自主之本體，其有權自由決定其自身之一切事宜，其中也包括自由地表達自己而不受政府之干涉。某種言論之所有要受到保護，乃是因其對表意者本身具有價值，而非因為其對他人具有某種功用，言論自由對表意者本身之價值即在保障表意者獨立自主或自由地自我表現。亦即，個人因能享有言論自由，無拘無束的自我表現，其本身之獨立主即因而得到尊重。因而根據該說，言論是否值得保護，並不在乎其是否對他人有用—例如利於追求真理，或促進健全民主程序—也不一定在乎其是否能幫助表意者自身成就高超的目的，而在乎此種言論是否為表意者獨立自主且自我決斷的一種自我的表現¹⁷。

¹⁴ 同前註，頁 75-76。

¹⁵ 林子儀，同前註 4 文，頁 24-25。

¹⁶ 劉靜怡，同前註 13 文，頁 76-77。

¹⁷ 林子儀，同前註 4 文，頁 35-36。

三、其他理論

上述所介紹的「言論自由市場說」、「健全民主程序說」以及「表現自我說」為三種探討言論自由之價值而最廣為人知的理論，然而許多學者認為言論自由之價值並非僅僅（或主要）存在於這三種理論之中，並提出其它理論。

其中一個言論自由基本價值之理論即為「安全閥理論」(Safety-value Theory)，美國聯邦最高法院大法官Brandeis在*Whitney*案判決中即抓住此種理論的本質而認為：「阻礙思想、希望與創造力是相當危險的，這種阻礙會產生壓抑，而壓抑將孕育出仇恨，仇恨將威脅穩定的國家；故使國家安定的方式應在於自由的討論預想之不滿以及提出補救措施的機會」¹⁸。

Bollinger教授則採取「寬容理論」(the tolerance theory)，認為言論自由的價值在於促進及教導寬容的能力，其指出：「言論自由保障條款需要開拓一個藉由社會交互作用而自我抑制的領域，目的係為創造一個能夠掌控因社會眾多遭遇所喚起之意見的社會空間」¹⁹，因此，在喧囂且混雜的社會中，言論自由的價值在於其本身為強化寬容理念的堡壘，其強調以自我抑制回應我們所痛恨的思想，言論自由關心的是協助形塑一個「理性的社會」(the intellectual character of the society)²⁰。

並且，Frederick Schauer教授則主張「消極理論」(the negative theory)，認為從言論自由的積極價值出發，無法提供合理解決之方法，故而主張應針對言論自由所要防止的弊害著手，這也是其理論稱為消極理論的主要原因，根據該理論的觀點，由於政府的偏見、自利，以及具有抑制其不同意者的傾向，故而不信任政

¹⁸ 274 U.S. 357, 375 (Brandeis J., concurring)

¹⁹ LEE BOLLINGER, THE TOLERANT SOCIETY: FREEDOM OF SPEECH AND EXTREMIST SPEECH IN AMERICA 9-10 (1986).

²⁰ *Id.* at 120.

府具有管制言論的適當能力，並認為政府有濫權的極大可能性。而保障言論自由的主要目的，就是為了防止政府管制言論所可能帶來的危險²¹。

最後，前開理論之探討均著重以相關且確實的方式思考言論自由與其提供之價值，然而，有些學者則嘗試從不同的觀點探討言論自由的功能，Richard Posner法官即採取「法的經濟分析理論」(Economic analysis of law)之觀點²²，分析當國家管制屬於公共利益之言論表達時所需支出的成本效益。Daniel Farber教授則接續Posner的理論而採取「公共選擇理論」(public choice theory)，認為資訊是一種公共財，其真正價值有可能會被市場及政治體系所低估，在政治程序中也易受到侵害，因此必須對資訊以及與資訊有關之活動給予特別的保障²³。

貳、美國法上的三重審查標準

目前美國法院在處理涉及憲法所保障的基本權利案件時，如無先例所立下的具體審查原則可資依循，就會在合理關聯性審查標準、中度審查標準以及嚴格審查標準等三種審查標準中選擇，作為審查標準所涉之政府立法或其他措施是否合憲的基準，而三者之重大差異即在三種審查標準於「目的」與「手段」的審查，其寬嚴程度不一。以下茲將美國三重審查標準之內涵說明如下²⁴：

²¹ FREDERICK SCHAUER, *FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY* 80-81 (1990).

²² BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 16; 詳細內容可參閱 Richard Posner, *Free Speech in an Economic Perspective*, 20 SUFFOLK U.L. REV. 1 (1986); Richard Posner, *The Speech Market and the Legacy of Schenck*, in *Eternally Vigilant* 121 (Bollinger and Stone, eds. 2002).

²³ 詳細內容可參閱 Daniel Farber, *Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*, 105 HARV. L. REV. 554 (1991); Daniel Farber, *Expressive Commerce in Cyberspace: Public Goods, Network Effects and Free Speech*, 16 GA. ST. U.L.REV. 789 (2000).

²⁴ 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載：言論自由與新聞自由，頁 142-147，2002 年 11 月。

一、合理審查標準

合理審查標準 (the rational relationship test)，是三重基準中最寬鬆的審查標準。根據該審查標準，法院在審查政府的規制措施是否合憲時，並不會嚴格地審查該規制措施的目的所追求者，是否為重要的或迫切的政府利益，只要其為「合法的」(legitimate)；同樣地，在手段的審查方面，法院也不會嚴格地要求該政府措施所用的手段是否經過嚴謹的限縮而未超過達成目的的必要範圍，或是否尚有其他侵害性較小的手段可供選擇，法院只要求系爭的政府措施所用的手段與目的的達成有「合理的關聯性」(rational relationship) 即可。因此，當法院決定用合理審查標準時，事實上等於是對政府立法或行政部門決定的完全順從 (deference)，也等於是對政府立法或行政部門的完全放任 (hands-off)。

二、中度審查標準

法院在適用中度的審查標準 (the intermediate scrutiny test)，審查系爭的政府立法或其他措施是否合憲時，首先會審查該措施之目的所追求的政府利益是否為「實質重要」(substantial or important) 的政府利益，其次則審查其所採用的手段是否與達成該目的具有實質的關連性 (substantially related to achievement of those objectives)。在審查有關言論自由的案件中，涉及非針對言論內容的規制之審查，大多採用中度審查標準。

三、嚴格審查標準

當法院在以嚴格審查標準 (the strict scrutiny test) 審查政府的立法或其他措

施是否合憲時，法院會先審查該措施之目的所追求政府利益是否為相當急迫及非常重要的（compelling）政府利益，其次則審查其為達成該目的所用的手段是否為達成該目的之必要且侵害最小的手段。由於要符合嚴格審查標準之要求幾不可能，因此，只要法院是使用嚴格的審查標準，所有被審查的政府立法或其他措施幾乎均難逃過被法院宣告為違憲的命運。此外，法院在審查言論內容的政府立法或其他措施是否違憲時，也採用此種審查標準。

參、言論自由審查標準的理論

在言論自由的案件中，其審查標準體系的發展則不完全與上述「三重審查標準」的過程相同，而有其自己的演進過程與理論基礎，而非上開三種審查標準之內涵對於目的與手段之要求所能完全涵蓋或適用²⁵。是故，以下茲將決定言論自由審查標準的理論與脈絡，介紹如下。

一、類型化與利益衡量（Categorization and Balancing）

誹謗性的言語將損害他人的名譽、仇恨以及暴力性的發言可能煽動群眾，威脅他人的話語將使人害怕與恐懼，詐欺的話術則可能導致人民經濟的損失，是故，言論本身可能會造成社會危害，國家存有管制言論自由的正當性基礎。然而，國家管制的公共利益和言論自由所保障的基本權利之間該如何調和並作出決斷，則是個難題，前開章節雖已處理言論自由的理論基礎並闡述其基本價值，然此僅提供憲法保障言論自由的基本信念，至於在具體的案件中應如何發揮言論自由的這些重要價值，仍必須另尋一個可適用個案中的判斷基準。

對此，美國聯邦最高法院於較為早期的 1950 年代，即存有「絕對保障論」

²⁵ 黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢，33 卷第 3 期，頁 78-79，2004 年 5 月。

與「利益衡量論」等兩派論者之爭執，前者以Black大法官為代表，其認為言論自由應受絕對的保障，而透過區別「言論」以及「行為」的方式來調和重要的國家利益，而Meiklejohn教授則更進一步的認為政治性言論方為言論自由保障之核心，其它種類的言論則不受保障；後者則受到Frankfurter、Harlan、Powell、Steven及Breyer等大法官的支持，強調於個案中對於相互間所涉及的利益進行權衡，然而此說雖比絕對保障論之看法更為直接，然而缺點則是其並無法說明在個案具體衡量之利益間的孰優孰劣²⁶。

於1942年由Frank Murphy大法官主筆的*Chaplinsky v. New Hampshire*²⁷案判決中，則不採取「絕對保障」論者之看法，認為：

「眾所周知，言論自由的權利並非在任何時刻或任何情境下，都是受到絕對保障的權利。對於某些經過謹慎界定及範圍相當有限的幾類言論，加以禁止或處罰，也從未產生過憲法上的爭議。這些言論類型包括淫蕩（lewd）及猥褻（obscene）性言論、粗俗的（profane）言論、誹謗性（libelous）言論及侮蔑性或挑釁性言論（fighting words）。而長期以來觀之，這些類型的言論內容並未涉及任何思想或意見之表達。而且從追求真理的觀點而論，這些類型言論並無任何社會價值。同時，即使這些類型言論能給社會帶來任何利益，這些可能的利益也明顯小於限制這些言論所欲維持之社會秩序及道德規範之社會利益。」²⁸

此種方式乃是藉由界定某些「不受言論自由保障」的言論類型，區分「高價值言論」（high-value speech）以及「低價值言論」（low-value speech），並給予不同的審查標準，審查政府對之限制是否合憲，學理上稱為「雙階理論」（the

²⁶ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 23-24；此部分亦可參閱林子儀，言論自由導論，載：臺灣憲法之縱剖橫切，2002年12月，頁137以及註100、101之說明。

²⁷ 315 U.S. 568 (1942).

²⁸ *Id.* at 571-572.

two-level theory) ²⁹。

然而 *Chaplinsky* 案判決雖提出許多不受言論自由保障的類型，但似乎仍不足以因應現實上存在有諸多不同性質或種類之言論，近來的最高法院判決則以更為彈性的方式操作此種「低價值言論」的「類型化」分析，亦即有些言論類型完全不受言論自由的保障，例如猥褻性言論、挑釁性言論、兒童色情言論、真實威脅言論、詐欺言論以及煽動暴力之非法言論；而有些言論類型則享有部分之言論自由保障，但是卻又未達到和政治性言論這種「高價值言論」相同之程度，例如商業性言論及誹謗性言論；最後，有些言論類型則有部分「內容」降低或排除言論自由之保障，例如具冒犯性 (offensive) 或粗俗不雅 (indecent) 言論以及女性色情言論 (female pornography)。這些法院判決所作的類型化分析方式，Melvin Nimmer 教授稱為「定義性的利益衡量原則」(definitional balancing)，即先依言論之類型作一般性的利益衡量以界定系爭言論應受保障之程度，並適用於將來相同類型之案件 ³⁰。

而除此「定義性的利益衡量原則」之外，另外一種調和言論自由保障與國家公共利益的類型化分析方式為「個案衡量原則」(ad hoc balancing)，亦即認為法院為判決時應將就具體個案中所涉及的利益為輕重衡量，而採取不同的審查標準，也就是著重於解決眼前的個案而非對於未來的案例嘗試形成一般性的準則 ³¹。

總結而言，美國法上對於言論自由的違憲審查方式，早期有於憲法文本而有「絕對保障論」以及「利益衡量論」之爭執，然而自 *Chaplinsky* 案判決採取「雙階理論」將言論予以類型化給予不同保障程度後，將爭議轉為如何在此種類型化的架構下作分析，而有「定義性的利益衡量原則」以及「個案衡量原則」兩種見解，以決定個案中應適用之審查標準。

²⁹ 關於「雙階理論」之詳細介紹可參閱林子儀，同前註 26 文，頁 138-139、154-156；劉靜怡，言論自由：第二講—言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，28 期，頁 43-45，2005 年 2 月。

³⁰ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 20-22.

³¹ *Id.* at 22-23.

二、雙軌理論 (the two-track theory)

於 1972 年的 *Police Department of Chicago v. Mosley*³² 案判決中，主筆的 Thurgood Marshall 大法官提到：「言論自由最重要的意義為，政府沒有權力基於言論所表達的訊息、思想、議題以及內容而對該言論予以限制。」，自此以後，法院即根據上開理念發展出「雙軌理論」(the two-track theory)，將國家對於言論的管制措施區分為「言論內容的限制」(content-based regulations) 以及「非言論內容的限制」(content-neutral regulations) 並給予不同的審查標準³³。

然而，前開 Marshall 大法官於 *Mosley* 案判決中所言仍過於專斷，在雙軌理論的操作下，政府對於「言論內容」為管制措施時，必須說明該種言論類型乃屬「低價值言論」而以定義性衡量的方式為進一步的審查，若該管制措施非屬「低價值言論」，則必須證明出於急迫重大的政府利益所採取的必要手段³⁴。

另一方面，當政府對於「非言論內容」為管制措施時，因其對於言論自由的價值所施加的負擔較輕，法院乃以較不嚴厲的方式作利益權衡，其審查標準的決定取決於對言論管制的嚴重性，對於非言論內容的「時間」、「地點」、「方式」的規制，在有些判決中，法院係以著名的 *United State v. O'Brien*³⁵ 案判決所提出用以處理「象徵性言論」(symbolic speech) 的非表意效果部份的規制是否合憲的的四項標準為審查：(1)、政府此項規制的權利為憲法所賦予；(2)、該項規制能增進重要或實質的政府利益；(3)、所增進的利益與限制言論自由無直接關係；(4)、該項規制對言論自由所造成的附帶限制 (incidental restriction) 不超過為追求重要或實質政府利益之必要限度³⁶。而有些判決中，則以「公共論壇理論」³⁷ 為審

³² 408 U.S. 92 (1972).

³³ 關於美國法上雙軌理論之詳細介紹，可參閱林子儀，同前註 24 文，頁 154-194；林子儀，同前註 26 文，頁 156-160；劉靜怡，同前註 29 文，頁 42-43、48-51。

³⁴ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 28.

³⁵ 391 U.S. 367 (1968).

³⁶ *Id.* at 377.

查，在 *Perry Education Association v. Perry Local Educators*³⁸ 案判決中，法院即要求：「政府必須具備重要的政府利益以及緊密關聯性的手段並且開放充足的替代管道 (ample alternative channels)。」，這些法院判決之審查標準實際上並無不同，均要求政府所採取的規制必須直接 (indirect) 且有效的 (effective)，而不必是一個侵害最小的 (less-restrictive) 限制手段³⁹。

而如何判斷政府措施係針對言論內容為限制，亦或是非針對言論內容之「時間」、「地點」、「方式」的限制，則應視政府規制的對象是否為言論所表達的思想與內容。然而，美國聯邦最高法院於 *Young v. Mini Theatre, Inc.*⁴⁰ 案判決中，提出所謂「次級效果理論」(secondary effects theory)，認為某項規定如單從規定的文字觀之，會被視為一種針對言論內容的限制措施，但如果政府可以證明其規制之目的，事實上是為了消除與該規定表現上所限制的言論本身或該言論的傳播影響

³⁷ 關於美國法上公共論壇 (Public forum) 理論，係將某些在性質上適合給與公眾發言、辯論、討論的場所 (例如街道或公園)，界定為公共論壇。公共論壇的所有權與控制權，形式上屬於政府，但政府所受的憲法拘束與「管制者」相同，原則上禁止內容限制；至於其他的場地、設備或資源，則得限制特定主題內容的言論，只要其差別待遇並非基於偏頗特定立場的「觀點歧視」(viewpoint discrimination) 即可。廖元豪，不准在我的土地說話？—言論自由與公共論壇，月旦法學教室第 62 期，頁 8-9，2007 年 12 月。

³⁸ 460 U.S. 37 (1983).

³⁹ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 29-30; 關於此種非針對言論內容之限制所採取之審查標準，國內文獻中，林子儀教授即介紹 Stone 教授所整理的「七種審查模式」，而觀察法院在具體的個案適用上曾採取合理關聯性、中度以及嚴格等三種審查標準，其並指出最近發展的趨勢則係將處理「象徵性言論」的 O'Brien 案審查標準與審查言論表達的「時間」、「地點」、「方式」是否為合理限制的審查標準，合併為一個審查原則，作為審查非針對言論內容的規制是否合憲時的基準，請參閱林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，載：言論自由與新聞自由，頁 161-168，2002 年 11 月；另外，孫千惠則整理美國聯邦最高法院對於非言論內容管制時所採取的審查標準，分別從「時間、地點與方式之規制」以及「公共論壇理論」之部分為探討，請參閱孫千惠，「非針對言論內容之規制」的審查標準—以美國最高法院之裁判為中心—，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 21-120，2003 年 6 月。

⁴⁰ 427 U.S. 50 (1976). 此為首開案例，關於此項理論，於之後的 *City of Renton v. Playtime Theatre, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986) 案判決以及 *Boss v. Barry*, 485 U.S. 312 案判決也被美國聯邦最高法院反覆適用。其中在 *Renton* 案判決中，法院即肯認基於防止成人戲院行使其言論自由之際所帶來副作用的理由，政府可以透過施行分區管制辦法 (zoning ordinance) 的手段，將成人戲院的設立位置合法排除於住宅區之外。請參閱劉靜怡，同前註 29 文，頁 50。

無關的另一種「次級的弊害」者，該規定即可視為非針對言論內容的限制措施。蓋在該案中，美國底特律市的法令規定，於該市一定地區一千呎的範圍內不得有兩家以上的成人電影院或成人書店，雖然乍看之下該規定係對色情言論內容之限制，惟法院認為該規定的立法目的並非針對言論之內容，而是為了防止因為成人電影院或書店的聚集所可能造成犯罪率提高、房地產價格跌落等次級之弊害，故應屬非針對言論內容之限制。僅僅認定政府係對言論表達的思想或資訊為規範，尚不一定構成「言論內容」之限制，尚須政府規制的目的與言論的內容或言論所生的效果有關者，才可能被視為言論內容之限制⁴¹。

三、涵蓋過廣與模糊原則（overbreadth and vagueness）

所謂涵蓋過廣原則（overbreadth doctrine），係指政府控制或防止任何活動的規制目的不得以一個過於廣泛的不必要方式來達成，以免藉此侵犯憲法所保障的言論自由⁴²。質言之，法律不得以過於廣泛而不必要的手段來達成其目的。而此原則的適用上係對於兩項在憲法訴訟上基本規範的例外，其一，違反此項原則將使法律規定本身（on its face）違憲而失其效力，而非僅是在個案的適用上（as applied）違憲⁴³；其二，涵蓋過廣原則乃屬判定第三人訴權理論（third-party doctrine）的一種例外⁴⁴，亦即，原則上不涉及訴訟關係的第三人，因本身對於該案並無任

⁴¹ 林子儀，同前註 39 文，頁 181-184。

⁴² NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449 (1958).

⁴³ 在採取具體違憲審查制度的國家（美、日、澳），違憲審查機關於審查系爭法規合憲於否時，區分為法規「條文違憲」（unconstitutional on its face）與法規「適用上違憲」（unconstitutional as applied）。前者係指法規規定之內容，無論如何解釋，皆為違憲；而後者則指係爭法規規定原有合憲操作之可能，其文義上大致符合憲法之要求，只因系爭個案中之適用方式，使其變得違憲。兩者之區分在於慎重行使違憲審查權，當宣告適用違憲即可達成救濟目的者，便無須宣告法規本身違憲。請參閱廖元豪，有點兒違憲，又有點合憲，怎麼辦？－「適用上違憲」與「合憲解釋」的選擇，月旦法學雜誌，72 期，頁 6，2008 年 9 月。

⁴⁴ 但 Henry Monaghan 教授則認為，涵蓋過廣原則並非是第三人訴權理論的一種例外，而僅是表明任何人均有權利主張法律規定違反涵蓋過廣原則，其認為此屬訴訟當事人適格而非第三人適格之問題，因為任何人的行為均僅受合憲之法律所規制，故得抗辯法律規定的合憲性。See Monaghan,

何的利害關係而不得訴諸其權利，然而仍得主張相關法律規定違反涵蓋過廣原則之要求而爭執其合憲性⁴⁵。

然而，批評此項原則的論者則認為，「涵蓋過廣原則」將允許法院去預測憲法議題並對於法律規定作抽象的、尚未成熟的、不確定的意見決定，而此認定法律涵蓋過廣的決定卻並不需要確實的去解釋系爭法律規定的缺陷在哪，以及該如何解決此項法律的問題，換言之，法院得站在維護言論自由的角度宣告法律規定涵蓋過廣而違憲，但卻沒有義務說明何處違憲以及應該怎麼彌補這個法律規定的違憲之處⁴⁶。是故，於1973年的*Broadrick v. Oklahoma*⁴⁷案判決中法院則限制「涵蓋過廣原則」的適用範圍，要求必須「實質上」(substantial)涵蓋過廣方得宣告法律規定違憲，並且在所涉及的法律規定僅規範「行為」而非「言論」時即不得適用此原則⁴⁸。

至於所謂「模糊原則」(vagueness doctrine)，此項原則係指一項法律規定內容，以一個具有通常智識經驗之人必須能知悉其意涵而不會作出不同的適用⁴⁹，換言之，法律規定必須具有可預見性，被規範的人民才能夠了解並據此作出適法的行為，此項原則係源自於正當程序保障之想法，在保障言論自由的議題上，則係避免法律規定的不明確，造成發言者動輒得咎的「寒蟬效應」(chilling effect)現象之產生⁵⁰。而此項原則與上開「涵蓋過廣原則」具有密切關聯，但兩者應有區別的可能性，蓋法律規定可能本身規範並不明確但其規制目的與手段間卻並未涵蓋過廣；亦有可能法律規定本身規定明確，但其手段則涵蓋過廣。

Overbreadth, 1981 Sup. Ct. Rev. 1; Monaghan, *Third-Party Standing*, 84 Colum. L. Rev. 277 (1984).

⁴⁵ SULLIVAN M. KATHLEEN & GERALD GUNTHER, *FIRST AMENDMENT LAW* 345 (2010).

⁴⁶ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 46.

⁴⁷ 413 U.S. 601 (1973).

⁴⁸ KATHLEEN & GUNTHER, *supra* note 45, at 347.

⁴⁹ *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926).

⁵⁰ KATHLEEN & GUNTHER, *supra* note 45, at 358-359.

四、事前限制理論 (Prior restraints)

所謂事前限制 (prior restraints) 理論係指不得對言論作事前的規制而僅得為事後的追懲，該理論乃是根源於英國的執照法案 (England Licensing Act)，於西元 1662 年通過一項規定，要求所有的出版行為均須得到國王的授權⁵¹，此種對出版品事前限制的規定，Blackstone 乃表示：「出版自由是一個自由國家所必須要具有的本質權利，而其中包含不得事前限制出版品之發行，但是並不包括在出版後免於事後刑事追懲的自由。」，Blackstone 教授認為國家對於不適當言論的處罰僅能針對「出版後的實質內容」作處罰⁵²。而美國聯邦最高法院 Holmes 大法官則承襲 Blackstone 氏的解釋⁵³，於 *Patterson v. Colorado*⁵⁴ 案中認為保障言論自由的主要目的，係在保護免於政府對於出版品的「事前限制」，而非基於公共利益所為的「實質處罰」。然而，Holmes 後來雖然改變此項見解⁵⁵，然而我們仍然可以得知言論自由之保障雖並不僅限於「事前限制的防止」，然而它在適用上有其特殊的背景與意義所在⁵⁶。

至於事前限制理論的操作與效力，聯邦最高法院於 *Near v. Minnesota*⁵⁷ 案判決，主筆的大法官 Hughes 認為，避免針對出版品的事前限制為保障言論自由的主要目的所在，然而其並非違反事前限制即屬當然違憲，而承認在極例外的情形下有合憲之空間，例如戰爭期間涉及軍事機密者（徵兵服務的實質妨礙、運輸航行的時間、軍隊的數量與位置）、猥褻性言論與資訊的出版、煽惑他人從事暴力或以武力推翻合法政府者等情形⁵⁸。並且，於 *New York Times v. United States*⁵⁹ 案判

⁵¹ John Calvin Jeffries, Jr., *Rethinking Prior Restraint*, 92 YALE L.J. 409, at 412 (1983).

⁵² *Id.* at 413-14.

⁵³ DANIEL A. FARBER, *THE FIRST AMENDMENT* 46 (2003).

⁵⁴ 205 U.S. 454 (1907).

⁵⁵ 其於後來的 *Wood v. Georgia* 案和 *Bridges v. California* 案則表示採取「明顯而立即危險原則」(clear and present danger) 為審查。

⁵⁶ 中文文獻之介紹，可參閱林子儀，同前註 26 文，頁 148-149。

⁵⁷ 283 U.S. 697 (1931).

⁵⁸ *Id.* at 716.

決，法院認為，針對任何表現方式的事前限制，法院均須要求其負「推定違憲的舉證責任」（bearing a heavy presumption against its constitutional validity）。其中Black大法官與Douglas大法官的協同意見書即指出，政府必須舉證新聞媒體報導將確定造成「直接、立即與無可彌補損害於國家或全民」，而法院認為政府在本案中並沒有盡到說明正當理由的舉證責任⁶⁰。

承上，事前限制理論雖係起源於國家對於出版品的行政管制，然而聯邦最高法院後來乃將之適用於其他國家管制行為，對此，Thomas Emerson教授將國家的事前限制分為四種態樣，分別是「行政事前許可」（administrative preclearance）、「法院禁制令」（injunction）、「事前限制法規」（legislative prior restraints-statutes）以及「其他非針對性的事前限制形式」⁶¹，並指出後述兩種事前限制態樣，或多或少與事後懲罰間並無實質上的差異，而無須以事前限制理論予以嚴格檢驗⁶²，惟亦有學者認為，即使是「行政事前許可」以及「法院禁制令」的態樣，於援引事前限制理論時，亦已偏離該理論的歷史脈絡，其矛盾且不一致的適用情形與不合理的理解方式，不應再將之視為一種言論自由的審查理論⁶³。

最後，於*Freedman v. Maryland*⁶⁴案判決中更加入正當程序保障之要求，法院認為，除前述實質要件的嚴格限制之外，各州亦必須符合憲法增修條文第4條正當法律程序之要求，故Brennan大法官認為，這種電影事實審查之制度只有在符合以下三項程序之要求方屬合憲：(1)、對於被審查電影為不受保障言論之舉證責任，須由審查機關負擔；(2)、行政機關之電影審查制度非屬最終之決定，仍須由司法機關，施以司法審判程序；(3)、行政機關實施電影審查時，須在一定

⁵⁹ 403 U.S. 713 (1971).

⁶⁰ *Id.* at 713-714.

⁶¹ Thomas Emerson, *The Doctrine of Prior Restraint*, 20 LAW & CONTEMP. PROBS. 648, at 655-656 (1955).

⁶² *Id.* at 660.

⁶³ Jeffries, *supra* note 51, at 427-434, 441.

⁶⁴ 380 U.S. 51 (1965).

短暫期間內（specified brief period）准許電影執照之核發或提交法院審判；且應為立即確定之司法決定⁶⁵。

肆、我國大法官解釋的採納

我國憲法第 11 條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」，明文將人民之言論自由權列入基本權保障的清單之中，至於為何將言論自由予以憲法程度之保障，大法官於釋字 509 號解釋即指出：「憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。」⁶⁶，由此可知，係兼採前述美國法上「言論自由市場說」、「健全民主程序說」以及「表現自我說」等基本權利之價值，而肯認言論自由乃在捍衛多元的價值。

並且，對於涉及言論自由權之違憲審查上，大法官亦曾引進前述美國法上之審查基準作判斷，例如於釋字 445 號解釋中，對於集會遊行法第 8 條所採行之許可制度，判斷同法第 11 條規定應不予許可之六種情形是否違憲侵害人民憲法第 14 條所保障之集會自由權時，採取美國法上之「雙軌理論」，對於「時間、地點、方法」等未涉及集會遊行之目的或內容之「不予許可事項」⁶⁷，乃採極為寬鬆之標準而認定合憲；而如針對集會遊行之目的與內容之「不予許可事項」⁶⁸，則嚴

⁶⁵ *Id.* at 58-59.

⁶⁶ 此段旁論(dicta)，之後仍於釋字第 644、678 解釋中再度援引，應為大法官穩定之見解。

⁶⁷ 即集會遊行法第 6 條規定集會遊行之禁制區、第 10 條規定不得為應經許可之室外集會、遊行之負責人、其代理人或糾察員資格、第 11 條第四款規定同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者、第 11 條第五款規定未經依法設立或經撤銷許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者；第 11 條第六款規定申請不合第九條規定室外集會、遊行，應由負責人於六日前向主管機關申請許可等不予許可之事項。

⁶⁸ 即集會遊行法第 4 條規定：「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土。」；同法第 11 條第二款規定有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者；同法第 11 條第三款規定有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者。

格的以明確性原則以及明顯而立即危險原則⁶⁹為審查，並作出違憲之宣告。

又如，大法官於釋字 414 號解釋表示：「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。」⁷⁰認為言論自由依其「性質」將有不同的「保護」與「限制之準則」，該號解釋即將言論區分不同的類型而採取不同的審查標準，認為政治、學術、宗教乃屬高價值言論，而商業言論則屬低價值言論⁷¹，此與美國法上的 *Chaplinsky* 案所採取之「雙階理論」有異曲同工之妙⁷²。

再者，於釋字 644 號解釋，針對人民團體法第 2 條規定：「人民團體之組織與活動，不得主張共產主義，或主張分裂國土。」以及同法第 53 條前段規定：「申請設立之人民團體有違反第二條...之規定者，不予許可」，對人民設立社團之結社自由權，以許可為管制手段所為事前限制。而本號解釋認為「設立管制」對人民結社自由之限制最為嚴重而應嚴格審查，似乎隱約有事前限制應予以從嚴審查的想法在內，但並不明確⁷³。然而，林子儀大法官於本號解釋的意見書中則

⁶⁹ 明顯而立即危險原則 (clear and present danger test) 一詞，係於西元 1919 年由聯邦最高法院大法官 Holmes 先生在 *Schenck v. United State* 案中發展而成，而該原則主要係用來解決煽動他人以暴力為內亂行為或違法行為之言論是否受到言論自由保障的判斷準則。關於此項理論的詳細說明，請參見林子儀，言論自由與內亂罪—「明顯而立即危險原則」之闡述，載：言論自由與新聞自由，頁 209-221，2002 年 11 月。

⁷⁰ 此段旁論(dicta)，之後仍於釋字第 617、623 解釋中再度援引，應為大法官穩定之見解。

⁷¹ 大法官於釋字 577 號解釋進一步表示：「是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第十一條言論自由保障之範圍，業經本院釋字第四一四號解釋所肯認。...」，似乎認為商品標示如係為促進非法交易活動，其內容虛偽不實或產生誤導作用者，將不受言論自由保障。此項描述更於釋字 623、634 號解釋所援用。

⁷² 然於之後涉及誹謗性言論的釋字 509 號解釋以及涉及猥褻性言論的 617 號解釋則似乎未見大法官運用此項理論，但至少商業性言論之部分，大法官援引雙階理論的立場相對堅定。

⁷³ 釋字第 414 號解釋，涉及藥事法規規定藥物廣告須經事前核准，乃是大法官首次面對事前限制是否合憲的問題，然大法官並未採嚴格審查標準為審查，於本號解釋中吳庚、蘇俊雄、城仲模大

明白的表示，針對言論內容的事前限制必須要嚴格審查，明白揭示林大法官採取「事前限制理論」之見解⁷⁴。

最後，美國法上之「模糊原則」與「涵蓋過廣原則」，於具體操作上類似於我國大法官所援用之「法律明確性原則」⁷⁵，此項觀察，從釋字 664 號解釋中可以得知，本號解釋於主文即提到：「少年事件處理法第三條第二款第三目規定，……該規定仍有涵蓋過廣與不明確之嫌，應儘速檢討改進。」且於解釋理由

法官部分不同意見書，認為事前限制易成為各國專制君主箝制言論思想之有效工具，已為先進國家所不能容許，而應採取嚴格審查標準為是；於釋字第 445 號解釋，多數大法官亦未接受聲請人認為集會遊行法採取「許可制」而為一種事前限制應屬違憲之主張。即肯認系爭規定，就集會遊行之時間、地點及方式採取事前許可，並不違憲，黃昭元教授曾批評：「我國大法官在釋字第 445 號解釋中，對於集會遊行法所規定的事前許可制之合憲性爭議，也已經使用（雖然可能是誤用）『雙軌理論』的審查模式，而區別不同的審查標準（『雙軌理論』一般是用於審查對言論的『事後限制』，而不是『事前抑制』）」，參見黃昭元信上帝者下監獄？－從司法院釋字第四九〇號解釋論宗教自由與兵役義務的衝突－，台灣本土法學雜誌，8 期，頁 42、註 40，2000 年 3 月；李震山教授對於釋字第 445 號解釋中對於就非涉及集會遊行內容之時間、地點、方法即從寬審查之見解亦有所質疑，蓋其並未就時間、地點、方式之表現是否為「言論不可或缺的前揭要件」，是否具有「表達、溝通意義的行為」，是否屬「言論」或「行為」而深論，並不適用事前抑制禁止之審查原則，且其認為，縱然集會內容與內容無關，該行為之表現為轉變為妨礙他人權利行為前，仍在集會自由保障範圍內。參見李震山，論集會自由之事前抑制，載：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集－政治思潮與國家法學，頁 216-217，2010 年 1 月；至於在釋字第 678 號解釋，大法官認為，國家為避免無線電波間的互相干擾而有管制的正當性，人民使用無線電波頻率，採行事前許可制，其立法目的尚屬正當。手段有必要，且有助於上開目的之達成，並無違憲法第十一條保障人民言論自由之意旨。

⁷⁴ 亦有學者批評認為釋字第 644 號解釋未能切實運用事前抑制禁止理論（本文脈絡所稱之事前限制理論）、明確性原則以及明顯而立即之危險基準等嚴格的違憲審查基準。參見許志雄，結社自由與違憲審查－司法院釋字第六四四號解釋評析，月旦法學雜誌，163 期，頁 187-192，2008 年 12 月。

⁷⁵ 關於此項原則，大法官最早提出於釋字 432 號解釋，該號釋字認為：「對於專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而依法應受懲戒處分者，必須使其能預見其何種作為或不作為構成義務之違反及所應受之懲戒為何，方符法律明確性原則，法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。有關專門職業人員行為準則及懲戒之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違……」此項見解更為之後的大法官解釋所援引，較為著名的幾號解釋可參見釋字 545、617、623、636 等號解釋。

書中進一步說明：「……關於『經常逃學或逃家』之規定，易致認定範圍過廣之虞，且逃學或逃家之原因非盡可歸責於少年，或雖有該等行為但未具社會危險性，均須依該目規定由少年法院處理；至『依其性格及環境，而有觸犯刑罰法律之虞』，所指涉之具體行為、性格或環境條件為何，亦有未盡明確之處；規定尚非允當，宜儘速檢討修正之。」其中，大法官雖以「涵蓋過廣與不明確」作為警告性宣告的理由，但實質上所操作的正是「法律明確性原則」之內涵，兩項理論存有某種程度的重疊。

綜合以上觀察，本文並非試圖論證我國大法官解釋對於言論自由違憲審查的方法論均係承襲自美國法上的原理原則，而僅是希望凸顯我國的基本權審查制度，至少在言論自由的領域中，大法官曾經多次援引過前述所介紹過之美國法的理論，藉此能夠強化後述美國聯邦最高法院的判決中所闡述與操作的原理原則，適用於我國的可能性與正當性。

第二節、色情言論的定義與類型

壹、語源學上的定義

關於色情言論的定義，在辭典裡，「牛津字典」將色情定義為：「描述妓女及其顧客的生活、態度等，是在文學或藝術中表達或暗示猥褻、不貞潔的主題」；而於「韋氏國際字典」的定義中則同時指稱兩個不同但彼此關聯的範疇，一個是所謂的色情物品，指的是帶有性暗示或性挑逗的圖片、聲音、小說、電影、繪畫等媒材；另一個主要表現在人際的性行為方面，尤其是那些超出婚姻關係，透過金錢交易形成的性慾滿足。

而如求諸於語源學 (etymology) 來觀察，身為女性主義者的Andrea Dworkin 曾就色情言論 (pornography) 的字源上來觀察，認為這個字源自於古希臘字「porno」

以及「graphos」，意指「關於妓女的描寫」。因此，「pornography」一詞的意義，即為「以女性作為一個低劣的娼妓所為的生動描述」⁷⁶。

然而這種方式嚴格說起來或許並不算是一種定義方式，而只是以所謂的「情色」來對照出色情言論的定義，因此，在許多女性主義者的觀點下，認為「情色」與「色情」是有所不同的，Gloria Steinem教授即認為，「情色」(erotica)這個字是源於「eros」(意表愛神或性愛等)，其帶有「熱情的愛」之意，因此它所表示的概念是積極的選擇、自由意志以及對特定個人的渴慕。而色情言論(pornography)則根源於「porno」，表示「賣淫」或「女性俘虜」之意，因此它的主題不是相互的愛，或甚至無關於愛，而是對女性的統治與暴力。而Helen Longino教授則強調「情色」的主要特點在於「相互尊重」，其表現方式不是以一種歧視、侮辱的姿態對「性」加以描寫，而是基於平等、相互尊重的基礎；相對於此，色情言論則是以一種不平等方式對「性」加以表現者⁷⁷。

貳、從法律規範面向理解

另外一種對於色情言論的觀察方式，不去著重於色情言論本身的內涵，而將重心放在探討法律規範對於色情言論的管制議題上，對此，美國法上承襲英國法制而從色情言論中創設所謂「猥褻性」(obscenity)言論內容，並認為其不受憲法言論自由之保護，使國家擁有寬廣的管制空間；反之，對於不符合猥褻定義下的其它色情言論，又針對其中「粗俗不雅」(indecent)言論作管制，然其受到言論自由之高度保護，而使得相當多的法律規定因此被宣告違憲，此兩種言論內容之管制問題，即為後述章節所欲探討之重點，但是至少可以先說明的是，關於色情言論內容的區分，並非來自理論上的劃分，而主要源自於規範管制上的實際操作與規範所形成。

⁷⁶ 施家倫，論色情言論(Pornography)之言論自由—以女性主義的觀點為基礎，國立政治大學法律系碩士班碩士論文，頁25，2000年1月。

⁷⁷ 同前註，頁26-27。

因此，學者John D. Zelezny嘗試對於這些概念作出區別而認為，所謂「色情」言論（pornography）係泛指所有明顯描繪與性相關且主要目的在於挑起性慾的素材；而「猥褻」（obscenity）言論的內涵則較為狹義，且帶有法律上的意義，係指一種帶有冒犯性而與性相關的素材，且已明確被美國聯邦最高法院認定不受言論自由所保障，並且幾乎所有的法律都規範此種言論類型乃屬違法，而此種言論類型的真正難題乃在於如何提出具體的標準來界定何謂「猥褻」⁷⁸；至於「粗俗不雅」（indecent）言論在電子媒體上具有特殊的法律意涵，係指限制在無線電波管制上的言論類型（在現代的意義下可能更擴及到其他通訊媒體和網際網路），然其並非必然的屬於猥褻性言論而可能合法而允許在其它言論途徑作表達⁷⁹。

參、女性主義學者不同的觀察角度

女性主義論者不同於上述以語源學即法律規範角度來理解色情言論的內涵，而係採用特徵描述的方式來對色情言論加以定義，其中最具代表性的釋在 1983 年，反色情女性主義領導者Catharine A. Mackinnon 與Andrea Dworkin所起草明尼波利斯人權法案（Minneapolis Civil Rights Ordinance），將色情定義為：「無論使用圖畫或文字，生動地描寫女性在性方面明顯的隸屬地位，且至少包括下列情節之一：女性被以性客體或商品的方式展現、以性屈從的方式展示女性、對女性身體一部分的展示使得女性被化約為僅等同於此等部分，或者將女性描述為天生的

⁷⁸ 亦有論者以中國文學之角度來觀察「猥褻」性言論，認為「猥」這個字的字義解釋為卑鄙、鄙陋、下流之意，至於對「猥褻」的解釋，大部份的辭典認為「猥褻」是形容詞，乃淫穢之意，有謂泛指異性輕薄的行為，有謂乃下流的言語或行為。可參閱吳奕林，猥褻之概念及其規範評價，國立台北大學法律系碩士班碩士論文，頁 34-35，2003 年 7 月。

⁷⁹ JOHN D. ZELEZNY, COMMUNICATIONS LAW: LIBERTIES, RESTRAINTS, AND THE MODERN MEDIA 417 (2007)；對於此定義，亦有論者質疑，事實上，齊爾澤尼對於「色情」與「猥褻」的界定，仍然停留在「猥褻」可以用來涵蓋部份的色情材料，差別在於他指出歸類為「猥褻」的色情材料是違法的、會被罪罰化、不受保障的，亦即，齊爾澤尼對於「色情」與「猥褻」的界定回到一個原點，即（某些）色情在本質上應該接受管制與處罰，只是他承認這 兩者的界定在法律上有著固有的困難，因為此項法律也被用來阻擋勞動人口接觸有關生理學與避孕難；然而，「猥褻」必然指的是色情或某些色情範疇嗎？可參閱，林路加，台灣色情出版品言論管制之研究，南華大學公共行政與政策研究所碩士論文，頁 45，2009 年 7 月。

妓女等等」。學者Helen E. Longino則將色情定義為：對女性角色或地位矮化或貶低的描寫，如同其僅為一個可以在性方面剝削、控制的性客體；亦有女性主義者將色情言論定義為：一種賣淫活動的制度與實踐，如同女性次等階層狀態的證據；為父權社會的中心特色，是男性保持對女性權力的基本工具⁸⁰。

並且，女性主義論者看待來看待「猥褻」與「色情」言論的觀點亦有所不同，其認為前者所指涉的意涵主要是一種道德上的評價，因為它往往所指涉的是一種會引起社會大眾不舒服的感受，對社會道德風氣有不良影響、淫穢的甚至下流的言論；而色情所指涉的意涵則為一種對女性的歧視與侮辱，色情言論使得支配以及權力的分化被性慾化⁸¹。進而，對於國家管制「猥褻性言論」與「色情言論」的問題上，女性主義者的批判有截然不同的內容，猥褻性言論並非它們（女性主義者）所談論的色情言論，學者Louis Henkin即認為：「猥褻性言論的管制主要並非在於保障他人，而是維護「社會的純淨」（the purity of the community），猥褻的概念本質上並非犯罪行為（crime），而是違背道德規範的罪惡（sin）」⁸²，MacKinnon則更深入的指出，法律所管制的猥褻性言論將會引發「反社會性」行為（antisocial acts），因其違反社會秩序而造成傷害，所以要禁止，而從女性主義者的觀點，則是認為色情言論本身就是關於「性」的社會秩序之本質，其正是典型的社會性行為（social acts）⁸³，其重視的是色情言論具有扭曲他人對於性的意識與判斷力的力量，而可能對於女性造成貶抑的效果。

⁸⁰ 施家倫，同前註 76 文，頁 27-28。

⁸¹ 施家倫，同前註 76 文，頁 20-21。

⁸² Louis Henkin, *Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity*, 63 COLUMBIA LAW REVIEW 391, 395 (1963).

⁸³ CATHARINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW, 150, 154 (1987).

第三節、猥褻（Obscenity）性言論之管制

壹、猥褻言論的起源

在古希臘與羅馬時代，並不存在猥褻性出版品的言論類型，當時的「情色」與「色情」議題並未區別為不同的文學流派，而均自由地直接呈現在視覺藝術以及文學作品之中，這些作品從現代角度乃屬色情文學。而在這個時代背景之下，並不排斥描繪色情的文字與圖畫，而並不會以法律去限制或壓抑這些言論⁸⁴。古希臘的雅典政治家培里克里斯（Pericles）在捍衛自由主義時，即曾對情色言論的表達表示：「我們國家所享受的自由也延伸到日常生活中，我們並不會用忌妒的眼神去監視他人，也不會因為鄰居做了甚麼事情而感到憤怒，或甚至是浸淫於那些有害而具有冒犯性的事物，儘管不會造成實害。」⁸⁵由此可知這個時代對於色情言論所持的開放態度。

而基督教對於「色情」的態度則沒有太多的不同，早期的基督教雖以極為懷疑的態度看待色情言論，但是並沒有因此即以具體性的法律來壓迫色情出版品，而當教會對於文學和藝術的出版取得獨佔性的地位時，其即開始以法律強制人民信奉正教（orthodoxy），在宗教改革（Protestant Reformation）運動時，印刷術的發明更是直接對於教會的正統產生威脅，在西元 1500 年左右時，教會開始以法律創設正式的機關來壓迫異教徒，並創設所謂的「禁書目錄」（Index Librorum Prohibitorum），其中已附帶的開展了對於猥褻出版品的管制⁸⁶。而在新教徒的國家，這些檢查制度則由市民專家或是改革過後的教會來作，英王亨利八世則是設

⁸⁴ Bret Boyce, *Obscenity and Community Standards*, 33 YALE J. INT'L L. 299, 305 (2008).

⁸⁵ *Id.* at 306; 其來源為：Thucydides, *The Peloponnesian War* § 2.37.2 (Richard Crawley trans., 1874), reprinted in *The Landmark Thucydides: A Comprehensive Guide to the Peloponnesian War* 112 (Robert B. Strassler ed., The Free Press 1996).

⁸⁶ *Id.* at 307-308.

立「星座法院」(the Court of Star Chamber)來實行這些出版品的檢查制度⁸⁷，國會更於西元 1661 年通過制定「檢查法」，以明定事前檢查制度的合法性地位。

於 19 世紀時，許多下層階級的人民攻擊貴族社會以及教會的文學與政治活動所產生的社會動亂，造就了近代意義的「色情」(pornography)與「猥褻」(obscenity)的概念，在美國獨立宣言以及法國大革命以前，猥褻言論僅於連結到對政治和宗教權威的攻擊時方被視為是一種威脅，而情色(Erotic)的作品和圖片只要在精英分子(elite)間私下傳閱的話即不予以處罰，這種寬容的現象引起了下層階級之人民去掌控這些色情出版品的需求，正如Lynn Hunt教授所言：「色情之所以開始被當作管制的對象，係為回應其對於文化的民主化之威脅(menace of the democratization of culture)」⁸⁸。

如此的社會動亂觸發了國家開始將色情言論當作管制的對象的想法，同時也終局地改變製造色情出版品的本質，在 18 世紀後期，猥褻言論與其管制係著重於異議者的政治、宗教和哲學的訊息，這種政治性的色情言論在法國大革命時亦扮演相當重要的角色⁸⁹。然而，反常地，當報刊的限制消失、文學開放以及民主有所提升之後，此種描繪「政治性」以及「反對教會干預政治」的色情言論則大量的減少（雖然此種描繪政治與社會的色情言論從未完全停止）⁹⁰。

而在維多利亞女皇時代的英國則重新展開對於色情言論的限制，於 1857 年國會通過猥褻出版刊物法 (Obscene Publications Act)⁹¹，藉此更正英國普通法上的適用（原本將猥褻當作處罰誹謗罪的類型之一），此項法案引發支配近代英語

⁸⁷ ALEC CRAIG, SUPPRESSED BOOKS: A HISTORY OF THE CONCEPTION OF LITERARY OBSCENITY 18-19 (1963).

⁸⁸ LYNN HUNT, THE INVENTION OF PORNOGRAPHY: OBSCENITY AND THE ORIGINS OF MODERNITY, 1500-1800 12-13 (1993).

⁸⁹ Boyce, *supra* note 84, at 301.

⁹⁰ *Id.* at 339.

⁹¹ Obscene Publications Act, 1857, 20 & 21 Vict., c. 83；此項法案後來被 Obscene Publications Act 所取代, 1959, 7 & 8 Eliz. 2, c. 66, § 3(8)).

系國家之猥褻法律管制的 *Regina v. Hicklin*⁹² 案判決。該案判決中，大法官 Cockburn 對猥褻下了一個判斷標準，認為，所謂猥褻係指「對於易受不道德影響或接觸此類出版品之人會產生腐蝕或敗壞之作用者。」⁹³ 此種偏頗之標準，使得所有出版品中含有的任何「兒童不宜」之內容，均有可能因此被認定為猥褻，而受到處罰，無怪乎 Alec Craig 教授會認為：「如果一貫的適用此項標準，將使文學藝術降低至托兒所（nursery）的程度。」⁹⁴。

貳、美國法上的開展

一、從 *Hicklin* 案至 *Roth* 案之猥褻標準

在 20 世紀的前半葉，許多有名的書籍，例如 Henry Miller 所著的「北迴歸線」（*Tropic of cancer*）、D.H.Lawrence 的「查泰萊夫人的情人」（*Lady Chatterley's Lover*）以及 Theodore Dreiser 的「美國悲劇」（*An american tragedy*）均與處罰猥褻的法律相牴觸而被認定為禁書，而如何判斷何謂「猥褻」，早期的美國法院判決⁹⁵ 乃遵循著前述英國法上的 *Hicklin* 案判決所提出之認定標準，亦即，出版品是否構成猥褻，僅需斷章取義的從出版品的部分文字中去分別觀察，且係以特定易受情感影響之人為準（*allowed material to be judged merely by the effect of an isolated excerpt upon particularly susceptible persons*）⁹⁶。此項標準毋寧係以出版

⁹² *Regina v. Hicklin*, (1868) 3 L.R.Q.B. 360；關於本案之詳細介紹，可參閱法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，載：憲法專論(一)，頁 73-74、121-122，1985 年 5 月。

⁹³ *Id.* at 371.

⁹⁴ Craig, *supra* note 87, at 44.

⁹⁵ 美國法院的早期幾個判決均採取 *Hicklin* 案之標準來作猥褻出版品的認定，惟自美國聯邦法官 Learned Hand 於 1913 年的 *United State v. Kennerley* 案中，對於 *Hicklin* 之標準提出質疑後，許多聯邦法院之法官均繼起校之，而提出與 *Hicklin* 案不同方向的判準，然而並未在法院中形成多數，而仍有若干堅持傳統的司法判決與之形成對立，美國聯邦最高法院雖在 1948 年之 *Doubleday and Co. v. New York* 案中，曾試圖解決此項問題，但並未形成法院多數意見。關於美國法院判決之詳細過程的介紹，可參見法治斌，同前註 92 文，頁 74-81。

⁹⁶ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 101.

品中的特定章節篇幅以及比一般民眾容易受情感影響之人來看待與非難整部作品，然而此項標準的適用是否將過度侵害憲法上言論自由保護條款，仍存有疑問。

直到 1957 年的 *Roth v. United State*⁹⁷ 案，主筆的 **Brennan** 大法官方對於此問題提供一個解答，其認為：「所有的想法，即使是異端的、爭議的甚至是仇恨的意見，均擁有補償的社會重要性，而完整的受言論自由的保障，除非其侵害其它更重要的利益，但「猥褻性言論」(obscenity) 或出版品並不在上開原則之適用範疇內，因為從言論自由保障的歷史中可得知此種言論「全然欠缺補償之社會重要性 (utterly without redeeming social importance)」⁹⁸ 並且其亦特別說明「性」與「猥褻」之區別：「性和猥褻並非同義的，猥褻出版品係涉及足使他人引起情慾興趣的性言論，如僅對於性的描繪，例如文學與科學，並本身不足以否定其受憲法言論自由的完全保障，因為性是人類生活上重要且神秘的主要能量，無可置喙的，對人類而言其是相當吸引人的興趣且無分任何年齡層，亦為人類重要的問題與公共議題。」⁹⁹ 因此，**Brennan** 大法官認為，猥褻性言論，不同於一般的性言論，而並不在言論自由保障的範圍內，而諸如明顯而立即危險原則以及其它有關言論自由的原則均無法適用於猥褻性言論的審查中。

在這樣的見解下，決定猥褻性言論的內涵即成為關鍵性的問題，對此，**Brennan** 大法官拒絕適用 *Hicklin* 案之標準，而是提出一項其認為下級法院已經採納過的新的判斷標準，即符合以下標準方屬猥褻出版品：

一般人民基於當代社區標準，從出版品的整體觀之，其主旨在於訴諸情慾興趣 (whether to the average person, applying contemporary community standards, the dominant theme of the material taken as a whole appeals to

⁹⁷ 354 U.S. 476(1957).

⁹⁸ *Id.* at 484.

⁹⁹ *Id.* at 487.

the prurient interest) ¹⁰⁰

相比之下，*Roth* 案之判斷標準，係將 *Hicklin* 案從出版品的「部分摘錄文字」為觀察改為從出版品的「整體」為觀察；並將 *Hicklin* 案中由「特定易受情感影響之人」的角度看待出版品改為從「當代社區標準下的一般人」的角度來看待之。

二、*Roth* 案後所延伸的見解

Roth 案雖改變 *Hicklin* 案判斷猥褻之標準，然而終究僅是提出一項判斷的法則，而仍然並未就猥褻的內涵做出精確的定義，而在往後的判決中仍發生相當多的問題。

例如何謂「引起一般人的情慾興趣」？*Stewart* 大法官則於後來的 *Jacobellis v. Ohio* ¹⁰¹ 案的協同意見書中則指出，「情慾興趣」的定義係將猥褻限制在「硬蕊」（hard core）的色情言論之內，方不受言論自由之保障，然其試圖界定何謂「硬蕊」的色情言論，卻終告失敗，而表示：「當我看見時我就能夠知道」（I know it when I see it）¹⁰²，在該案之後，*Stewart* 於 *Goldburg v. United State* ¹⁰³ 案的協同意見書中，則進一步澄清，為了避免在 *Jacobellis* 案中未對此種「硬蕊」之色情予以定義而造成誤會，其嘗試對於「硬蕊」色情提供定義作為參考，認為係指：「以靜止或動態之圖畫生動地表示性交行為，包括雞姦、性虐待或集體性行為，或使用粗鄙怪異的方式，以文字描述此類性行為，而無藝術價值者」¹⁰⁴。由此觀之，我們可以得知猥褻出版品定義的空洞所在，即使提出所謂「硬蕊」的色情概念試圖予以解套，亦仍然無法精確的予以描述，然而於 *Roth* 案卻並未挑戰處罰猥褻規定的「模糊性」。

¹⁰⁰ *Id.* at 489.

¹⁰¹ 378 U.S.184 (1964).

¹⁰² *Id.* at 196, 197.

¹⁰³ 383 U.S.463 (1966).

¹⁰⁴ *Id.* at 499-500.

大法官似乎亦注意到*Roth*案對於猥褻之定義並不清楚，而在*Memoirs of a Woman of Pleasure v. Massachusetts*¹⁰⁵案判決中將猥褻之判斷從「引起一般人的情慾興趣」的一項要件增加為三項要件，主筆該案的Brennan大法官認為判斷猥褻出版品須符合¹⁰⁶：

- 1、一般人民基於當代社區標準，從出版品的整體觀之，其主旨在於訴諸情慾興趣；
- 2、該出版品適用當代社區標準之下需具有明顯冒犯性（patently offensive）；
- 3、全然欠缺補償之社會價值。

也就是說，本案將「全然欠缺補償之社會重要性」此項在*Roth*案認為猥褻不受言論自由之保障之原因，轉變為一項政府管制上的一項重要限制要件，並且增加「明顯冒犯性」之要件，使得猥褻言論的判斷變得非常的狹隘，對於出版品給予最大程度的保障。

三、保障「對未成年人有害」的猥褻標準之提出

在這段時期，法院對於猥褻之認定亦存在另一種截然不同的觀點，在*Roth*案中係要求以「當代社區標準下之一般人」的角度來檢驗猥褻之標準，而Warran大法官在該案的協同意見書中則點出其問題點，其認為現今處罰猥褻的規定係著重對於接收者所造成的效果，但是很明顯地，人們對於相同的出版品會有不同的衝擊與不一致的反應，故主張審查是否屬於猥褻物品，應以被告之行為認定，而

¹⁰⁵ 383 U.S. 413 (1966).

¹⁰⁶ *Id.* at 418.

非該出版品之內容¹⁰⁷。

而後，聯邦最高法院乃採取Warren大法官的這種「彈性猥褻」（variable obscenity）之見解，在*Mishkin v. New York*¹⁰⁸案判決，主筆的Brennan大法官即認為，出版品既係以特定對象為目標，則其內容猥褻與否，則應依特定訴求之對象為準¹⁰⁹，於*Ginsberg v. New York*¹¹⁰案判決中，Brennan對於紐約州一項禁止對「未滿17歲之青少年」散布足以對其產生傷害（harmful to minors）內容的刑罰規定，此項規定不同以往之處在於，其僅限制「未成年人」接近使用（對其可能造成傷害的）色情資訊，但這些色情內容仍得對於成年人為販賣或散布¹¹¹，對此，法院有權調整適用於未成年人的猥褻定義，即使可能將侵犯言論自由的範圍，各州對於未成年人行為的控制範圍得比對於成年人更多¹¹²，並且，父母對於撫養小孩的權利是我們社會結構下的基礎，故立法者能夠決定以法律幫助父母卸下對於兒童的福祉的首要責任¹¹³，因此，國家基於保障未成年人之福祉以及保護其免於受到虐待具有重要的政府利益，而該手段與目的的達成間亦具有合理關聯性，故乃屬合憲¹¹⁴。

四、關於持有或播放猥褻出版品

以上所涉及之問題均為「散布」猥褻出版品之行為的處罰，然而，如果僅是單純的「持有」猥褻出版品，而並無散布之意圖時，其是否符合憲法之要求，即

¹⁰⁷ 354 U.S., at 495.

¹⁰⁸ 383 U.S. 502 (1966).

¹⁰⁹ *Id.* at 508-509.

¹¹⁰ 390 U.S. 629 (1968).

¹¹¹ *Id.* at 634-635.

¹¹² *Id.* at 638-639.

¹¹³ *Id.* at 639.

¹¹⁴ *Id.* at 640-643.

有疑問。對此，於 *Stanley v. Georgia*¹¹⁵ 案判決中，對於國家於刑事搜索時在被告家中搜出猥褻之影片並據此處以持有猥褻物品罪之刑罰，聯邦最高法院認為，在 *Roth* 案以及之後的判決脈絡中均未提到國家得單純處罰私自持有猥褻物品之行為，而僅止於禁止或管制特定涉及猥褻物品之公眾行為¹¹⁶，而單純處罰持有猥褻物品之行為將侵害憲法保障人民「接收資訊或思想」(to receive information and ideas) 以及可以自由地免於國家的侵擾其私人隱私與控制其想法之權利¹¹⁷，國家不得以持有猥褻物品是一種反社會行為即對之予以禁止，此與國家基於管制「散布」猥褻物品之行為而於必要時附帶禁止其「持有」行為之情形有所不同¹¹⁸，故系爭規定乃違反憲法增修條文第一條之言論自由及第十四條所保障之隱私權而屬違憲。

而在 *Stanley* 案判決認定單純「持有」猥褻出版品乃屬違憲後，許多法院之法官開始擴張該案判決的適用範圍，直到 *Paris Adult Theatre I. V. Salton*¹¹⁹ 案判決中，涉及喬治亞州一家成人電影院，標示必須年滿 21 歲並出示證明，且如對於觀賞表演感到冒犯者，請勿進入，但該戲院仍因放映兩部猥褻影片而被起訴。對此，法院認為，播放猥褻之影片並不受憲法言論自由之保障，且於公共場所播放猥褻影片並非屬憲法所保障之「隱私權」的範圍之內，蓋 *Stanley* 案判決於家中持有及觀賞猥褻影片之隱私權，並不能與在公共場所播放商業影片相提並論¹²⁰，故本案既非受言論自由權與隱私權之保障範圍，國家本於維護社會道德與公共安全之理由，自得予以限制，系爭規定乃屬合憲。

五、Miller 案對猥褻言論的修正

¹¹⁵ 394 U.S. 557 (1969)；對此判決之介紹，可參閱林世宗，言論新聞自由與誹謗隱私權，頁 94-97，2005 年 8 月。

¹¹⁶ *Id.* at 560-564.

¹¹⁷ *Id.* at 564-566.

¹¹⁸ *Id.* at 566-568.

¹¹⁹ 413 U.S.49 (1973)；對此判決之介紹，可參閱林世宗，同前註 115 文，頁 97-98。

¹²⁰ *Id.* at 65-67.

於 1973 年的 *Miller v. California*¹²¹ 案判決中，對於前開 *Roth* 案所提出之猥褻認定標準，作出重大的修正，茲將其提出之新標準分述如下¹²²：

1、一般人民基於當代社區標準，從出版品的整體觀之，其主旨在於訴諸情慾興趣（whether "the average person, applying contemporary community standards" would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest）；

2、根據適用州法定義下所描述或形容的性行為造成明顯的冒犯性（whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law）；

3、從該出版品之整體觀察乃欠缺文學、藝術、政治或科學價值（whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value）

觀其標準，所修正之內容有三點，其一為將所謂「當代社區標準」更改為「地區性社區標準」，其二為對於「明顯冒犯性」之要件，附加該冒犯性須出自於適用州法的定義下所描述或形容之性行為者，最後係將被受批評的「全然欠缺補償之社會價值」的要件改為「欠缺重大之文學、藝術、政治或科學價值」。

惟自 *Roth* 案以及之後的許多重要判決以來，一直「操刀」主筆多數意見且致力於界定與修正猥褻言論的 Brennan 大法官，在與 *Miller* 案同日作成的 *Paris Adult Theatre* 案判決中 則首次持強烈的反對意見¹²³，認為在經過十六年來的嘗試後，

¹²¹ 413 U.S.15 (1973).

¹²² *Id.* at 24-25.

¹²³ See *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49, 73-114 (1973) (Brennan, J., dissenting).；此段經典的內容亦可參閱法治斌，同前註 92 文，頁 108-109；廖元豪，全無章法的「猥褻可禁論」—亂抄美國憲法實務的結果，發表於台灣性別人權協會主辦之「探討刑法 235 條法律座談會」，頁 3，2006 年 6 月 25 日。

其已根本放棄其先前於*Roth*案判決所提出的猥褻認定標準。其並認為，無所保留的壓迫猥褻言論並沒有辦法和憲法所保障的言論自由間作調和，蓋根本沒有一種定義方式能夠充分的界定不受憲法上所保障的猥褻之意涵¹²⁴，這種猥褻定義的模糊性將引發三個根本的問題，其一是其根本無法向公眾以及執法機關提供一個構成犯罪行為的直接內涵，而違反正當法律程序；其二為對言論自由造成寒蟬效應（chilling effect）；其三則為對於司法體系造成龐大的壓力¹²⁵，故Brennan作了個總結，認為散布色情物品給同意觀賞的成年人並不能本質上的當作猥褻言論來作限制，政府僅於有關性之出版品，係向少年散布或強迫成年人觀賞時，始得管制之¹²⁶。

六、以網際網路散布猥褻物品

前開介紹的法律規定，均涉及各州「州法」所規範的猥褻物品，而在聯邦法典（United State Code）第十八章第 1460 條至第 1469 條中¹²⁷，對於猥褻物品亦制定相當廣泛的管制措施，禁止任何散布、販售甚至是運送猥褻物品之行為，然而，隨著科技發展，如在網際網路（internet）上散布猥褻物品時，因網路具有超國界之傳遞特性，則如何將前開*Miller*案所提出之「地區性的一般人標準」適用於跨國或跨州的案件之中，即成為問題。

此項爭議爆發於 1994 年的*United v. Thomas*¹²⁸案判決，一對住在加州的Thomas夫婦，它們建立一個名為「for fee」的電子佈告欄（Bulletin Board System, 簡稱BBS），提供給付費之成員下載色情的數位影像，而被檢察官以違反聯邦法典第 1465 條「意圖散布或販售而運送猥褻物品」（Production and transportation of

¹²⁴ *Id.* at 83.

¹²⁵ *Id.* at 86-88.

¹²⁶ *Id.* at 113.

¹²⁷ 18 U.S.C. §1460-1469.

¹²⁸ 74 F.3d 701(6th Cir., 1996)；關於該案一審及二審判決的詳細介紹與評析，可參閱葉慶元，網際網路上之表意自由－以色情資訊之管制為中心，國立中興大學法律系碩士班碩士論文，頁 174-180，1997 年 6 月。

obscene matters for sale or distribution) 之規定起訴¹²⁹，其第一審及第二審均被判決有罪，而上訴最高法院則被駁回確定¹³⁰。

該案中最為關鍵的爭議是，檢察官於起訴時認定Thomas夫婦有將猥褻之數位影像檔案從加州跨州傳輸到田納西州之行為，故對於本案應如何適用Miller案所採取之「地方性社區標準」來認定其傳輸之檔案是否為猥褻物品，即有爭議，亦即，「加州」以及「田納西州」均為本案之犯罪地，應適用哪個地區的一般人作為標準？是否需提出一項適用網際網路的新標準？對此，原告美國政府係認為仍得繼續適用Miller案之標準來認定於網際網路散布之猥褻物品；而美國電子取用協會（The Society of Electric Access）則提出鑑定意見認為應以「網路社群」作為Miller案判準中的社區，而非陪審團所使用之社區認定，此項抗辯亦為被告所援引¹³¹，最後，聯邦第六巡迴法院則接受原告美國政府之主張，並進一步引用聯邦法典第 3227 條規定，其指出關於猥褻犯罪地應取決於猥褻物品源自（from）、經過（through）以及進入（into）哪些地區，而這些地區均得作為檢方起訴之犯罪地，即使傳送猥褻資訊來源地之社區標準認定其並非猥褻，而所傳送的目的地之社區標準認定該物品是猥褻的，仍得予以起訴¹³²。

在此項判決的爭議發酵後，有學者即認為「網際空間」（cyberspace）的出現，將會腐蝕掉當作猥褻認定標準所適用的地方性社區標準¹³³。亦有學者更明確的指出，關於「社區」（community）這個地理學上的定義，僅有在地方執法的公務員去管制成人書店、電影院或是其他項目時方能言之成理，因為散布這些色情言論會影響「整體社區環境」和「商業的調性」（tone of commerce），但是當這類成人出版品從私人隱私的家中上網取得時，這樣子的假設則無法成立，蓋於網際空間中充滿數以千計的線上虛擬社群，除了接收訊息者的家中之外，並

¹²⁹ *Id.* at 705-706.

¹³⁰ 519 U.S. 820 (1996).

¹³¹ 74 F.3d, at 710-711.

¹³² *Id.* at 711.

¹³³ William S. Byassee, *Jurisdiction of Cyberspace: Applying Real Word Precedent to the Virtual Community*, 30 WAKE FOREST L.REV 197, 204 (1995).

不會對任何地區造成上述傷害，且此種地方社區標準在處理全國均能接觸的電子佈告欄（bulletin board）時，將造成只要任何一個地區認定所傳輸的內容為猥褻則將使各地均能予以起訴處罰，但實際上這種電子佈告欄的服務提供者並不可能知道美國各個鄉鎮地方的社區標準¹³⁴。

參、管制猥褻目的之探討

如從 Brennan 大法官對於處理猥褻性言論之看法的轉變來作個總結，我們可以得知，美國聯邦最高法院自 *Roth* 案創設猥褻的認定標準以來，之後雖然作過多次修正，然而最後卻仍然無法精確的描述「猥褻」的內涵，無法界定到底什麼樣的色情言論方不受言論自由之保障而使國家得介入管制，其實，這個困境應該回歸到更前端的位置來探討，也就是「猥褻」言論究竟有什麼特別之處，值得我們將它從所有色情言論中抓出來，並貼上不受保障的標籤，讓憲法自己退後一步，給予國家向前去規制它的空間？更精確的說，問題的癥結點在於，我們特別從色情言論中挑出「猥褻」性言論為處罰，其「管制目的」何在？唯有釐清這個問題，我們才有辦法試圖以這個目的去建構出猥褻言論認定標準，以及回答（或檢討）為何它不受言論自由之保障的理由。茲將猥褻性言論可能的管制目的討論如下：

一、避免對人的物化

許多學者認為管制猥褻性言論的目的在於此種言論將人類貶低為客體，Harry Clor 教授即指出，色情言論乃使人類的重要性與靈敏性中失去人性（dehumanize）¹³⁵，而抹去人類以及低於人類在性方面的區別¹³⁶，其目的在於透過喚起他人對於特定人為任何影響或關心其身體的基本情欲，而實質上擔保人

¹³⁴ John S. Zanghi, *Community Standards in Cyberspace*, 21 U. DAYTON L. REV. 95, 111-113 (1995).

¹³⁵ HARRY M. CLOR, PUBLIC MORALITY AND LIBERAL SOCIETY: ESSAYS ON DECENCY, LAW AND PORNOGRAPHY 192 (1996).

¹³⁶ *Id.* at 187.

類將會被表現為如同工具一般¹³⁷，而使得我們在觀看別人的色情作品或是僅僅作為自我滿足的客體或機會時將無法尊重他人¹³⁸。

但進一步來看，Clor教授雖然指出色情或猥褻言論將把人予以物化（objectification），而被貶抑為性的客體，但是卻並未對何謂「物化」作出精確定義，便得出如此結論，對此，Martha Nussbaum教授即有所回應，認為「物化」係指：「涉及許多明顯的方式把人當作客體對待、當作一項工具、使其缺乏自主權、使其欠缺主體性、當作可替換的物件、缺乏一定程度的尊重、當作可以被擁有者、當作不用考慮其經驗與感受者」¹³⁹，Andrew Koppelman教授更進一步的具體指出，Nussbaum所描述的將人貶低為性客體的「物化」具有兩種形式的特性，一種為「自我中心」（self-centeredness）的思想，其發生在某人基於性的自我的滿足而使他人喪失身為人的主體性¹⁴⁰；另外一種則為「殘暴」（cruelty），意指殘酷的色情行為與過程，將使人導向殘酷的行為舉止¹⁴¹。

二、維護道德

國家以維護道德規範為由作為管制猥褻性言論之目的，首須論證的是，國家得否基於猥褻性出版品將有損多數人的道德觀念而以強制力之規範限制其他少數人表達此種言論的權利，對此，乃涉及「法律」與「道德」的關係。

¹³⁷ *Id.* at 191-92.

¹³⁸ *Id.* at 68.

¹³⁹ MARTHA C. NUSSBAUM, OBJECTIFICATION, IN *SEX AND SOCIAL JUSTICE* 213, 238 (1999).

¹⁴⁰ 然而自我中心的想法並不一定就是邪惡的思想，近代作家 Kurt Vonnegut 即認為，色情就如同許多科幻小說一般，僅是對於「無法想像而適合的世界之幻想」（fantasies of an impossibly hospitable world），自我中心的思想能夠產生有害的行為，但是在這種前提下，我們對於財富極大化的欲望，亦可能導致我們去作偷竊行為，但是在你不會說此種對於財富的欲望是本質上不好的，同樣的，我們又怎麼說物化它人的色情是本質上不好的呢？實則這些都是我們充滿幻想的文字而已。

¹⁴¹ Andrew Koppelman, *Does Obscenity Cause Moral Harm?* 105 COLUM. L. REV. 1635, 1649 (2005).

其討論源於 19 世紀的英國學者 John Stuart Mill 與 James Fitzjames Stephen，以及本世紀 H.L.A. Hart 教授與 Devlin 法官間的針鋒相對，Mill 於其著名的「自由論」（On Liberty）中提到，其認為「個人自由」最大的威脅為多數人的統治，而應如何適當限制社會上多數人對於個人所為的壓迫呢？Mill 主張所謂的「傷害原則」（harm principle），認為在市民社會下的國家權力運用，僅得基於防止侵害他人之目的而行使之，故個人對於自身的道德以及甚至是身體的傷害，均不得正當化國家對個人行使權力¹⁴²。Stephen 則持相反之論點，贊成國家以法律規範道德及個人之自我傷害。而承繼 Mill 想法的 Hart 教授亦認為個人之道德應由個人自行作主，與公權力之行使無關，而 Devlin 則強調道德為維繫社會內部整合之基礎，道德衰退則為社會分崩離析之第一階段，故國家自得制定法律，以維護道德¹⁴³。

就管制猥褻性言論的議題上，力主管制猥褻資訊的 Harry Clor 教授乃認為，色情與猥褻物的損傷在於製造「高尚情操」與「原始而自我的中心力量」兩者相互角力的戰場，一個人的性可以是與他人擁有持久而親愛的關係，但一個人的性也可能因色情或猥褻物而造成傷害，一如對性成癮、對性產生敵意或認為性具有羞辱性；因此，Clor 認為，除非我們同意：好的道德特質並非人類福祉所必要，否則我們不否認猥褻物對道德敗壞的傷害¹⁴⁴。Charles Taylor 教授乃進一步說明這種「道德傷害」的本質，其認為人具有「道德評價」（strong evaluation）的能力，這種評價能使我們具有辨別對與錯、好與壞、高與低的能力，這種能力並不受到我們自身的欲望、喜好和選擇所影響，而是能夠獨立的透過標準去判斷¹⁴⁵，然而，人們有些欲望和感覺具有「歸屬意義」（import attributing），這些欲望與感

¹⁴² MILL, *Supra note 10*, at 1, 22.

¹⁴³ 詳細之內容可參閱法治斌，同前註 92 文，頁 168-170；英文文獻可參閱：R.J. WHITE, INTRODUCTION TO JAMES FITZJAMES STEPHEN, LIBERTY, EQUALITY, FRATERNITY 14 (1967); PATRICK DEVLIN, THE ENFORCEMENT OF MORALS 15 (1959); H.L.A. HART, LAW, LIBERTY, AND MORALITY 4-5 (1963).

¹⁴⁴ 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，頁 83-84，2007 年 6 月。

¹⁴⁵ CHARLES TAYLOR, SOURCES OF THE SELF: THE MAKING OF THE MODERN IDENTITY 4 (1989) .

覺形塑了我們的中心價值，而這種歸屬感既涉及價值判斷，則有可能錯誤¹⁴⁶。

至於，這種具有良好道德能力的歸屬感如何因為猥褻性言論的影響而受到傷害？Andrew Koppelman教授乃作出清楚的說明，其大體贊同Clor教授對於道德的描述但反對其贊成管制猥褻的結論¹⁴⁷而認為，猥褻性言論將會導致道德的傷害（moral harm），其認為特定的猥褻內容將會傳達「壞的道德固定準則」（morally bad fixed norms），這種從敘述性的文字中暗示出規範性的信念而得以適用於現實社會之中，而將遮掩人們作出正確道德價值判斷的能力而潛在的使人的基本決定受到誤導¹⁴⁸。然而，Koppelman認為這些處罰猥褻的法律規範並不够明確，而無法提供一個具體可預見的標準；並且採取處罰的手段將會過度限制言論自由之保障；再者，這些處罰未必能夠確實避免道德的傷害，因為猥褻並非必然造成道德傷害，是否造成傷害乃取決於「閱讀者」而非該「出版品」本身；最後，事實上並無法提供一個具體的方式去認定特定的猥褻出版品是否在傳達「壞的道德固定準則」，以決定是否予以處罰。故其主張以刑罰處罰猥褻性言論以防止道德傷害並不適當¹⁴⁹。

三、避免非自願觀賞者受到冒犯

猥褻性言論的展示將使許多非自願觀賞的成年人感到厭惡，未成年人更是被認為沒有能力作出自願去觀看這些內容的決定，因此所有的法官似乎都同意管制猥褻的目的在於防止非自願的觀眾觀賞到這些內容，甚至，Brennan大法官於前述的 *Paris Adult Theatre* 案判決中認為管制猥褻的立法目的應旨在防止「對於兒

¹⁴⁶ CHARLES TAYLOR, WHAT'S WRONG WITH NEGATIVE LIBERTY, IN PHILOSOPHICAL PAPERS: PHILOSOPHY AND THE HUMAN SCIENCES 211, 224 (1985).

¹⁴⁷ 關於 Koppelman 與 Clor 間的詳細對話可參閱, Andrew Koppelman, *Eros, Civilization, and Harry Clor*, 31 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 855 (2007).

¹⁴⁸ Koppelman, *supra* note 141, at 1643-1644.

¹⁴⁹ *Id.* at 1674-1675.

童散布」或是「強迫非自願的成年人接收」這些帶有猥褻性的訊息¹⁵⁰。

然而是否有「強迫非自願的成年人接收」猥褻性言論之情形，即得正當化我們去直接採取處罰手段予以管制，或是如同美國聯邦最高法院於 *Cohen v. California*¹⁵¹ 案判決中認為只要單純移開他們的視線（avert their eyes）即可避免接收到這些訊息，而無須予以管制？乃存有疑問。

四、保護未成年人之身心健康

承上所述，猥褻性言論的禁絕如在於避免非自願觀賞者受到冒犯的話，其實，更應關注的重點應在於未成年人的保護，蓋這些未成年人並沒有能力作出自願去觀看這些內容的決定，而這些猥褻物品的散布，如接收者為兒童時，由於他們心智尚未成熟、模仿力強且判斷力弱，將可能影響其身心健康，對兒童產生不良的價值觀和行為影響。美國聯邦最高法院亦曾於前述的 *Ginsburg* 案判決認為處罰猥褻的法律目的係在保護未成年人，法院認為大多數的家長不希望她們的孩子看到這些猥褻出版品，保護它們免於這些出版品的污染也正是這些家長的職責所在，而立法者得適當的幫助它們管制這些物品以卸去這些家長的責任¹⁵²。

五、防止犯罪行為

防止犯罪行為之管制目的仍存有爭議，Burger 大法官於 *Paris Adult Theatre*

¹⁵⁰ KATHLEEN & GUNTHER, *supra* note 45, at 116.

¹⁵¹ 403 U.S. 15(1971)；本案係關於被告在公眾場合穿著寫上「fuck the draft」代表反越戰徵兵的夾克，表達自己的言論，以違反社會秩序安寧為由，被控違法。由 Harlan 大法官主筆的法院判決則認為本案之情況，被告所穿著的夾克尚不足以構成實質上挑釁公眾的言論，相較於喧鬧的以聲音向居民大叫來表達意見，如果不喜歡單純的穿著夾克所表達的反戰立場，我們只要移開我們的視線有效的避免接觸到這些資訊，並不會對非自願接收言論的觀眾造成冒犯。中文文獻之介紹，可參閱林世宗，言論新聞自由與誹謗隱私權，頁 216-219，2005 年 8 月。

¹⁵² 390 U.S. 629, at 639.

案判決中曾提到：「猥褻出版品與性犯罪之間的關聯性仍存有爭論」，蓋國家之所以管制猥褻性言論的一項重要目的即在於防止違法之犯罪行為，但是這樣的前提是建立在，觀賞或閱讀這些猥褻性出版品之人將會引起他們模仿這些出版品所描述的通姦、亂倫、賣淫、性攻擊、強暴、口交、肛交、人獸交或其它性犯罪行為，但是至今仍沒有任何的證據與理由顯示猥褻與性犯罪這兩者之間的關係以及猥褻性言論本身的消費或散布所可能導致的「明顯及立即危險」¹⁵³。

肆、小結

總結而言，猥褻性言論管制，最大的問題癥結點仍出在於，法院判決既將猥褻性言論界定為不受言論自由保障之言論類型，但是自 *Roth* 案到 *Miller* 案判決以來，這個由人工創設而並非自然語言的「猥褻」意涵卻難以定義，而造成適用上的諸多困境；且更難以回答的是，上述何項管制目的足以正當化使猥褻被列為低價值言論而放寬國家對於猥褻言論的管制之理由為何？美國聯邦最高法院於最早的 *Roth* 案僅以猥褻性言論不具「任何重要價值」故不在言論自由保障的範疇之內，但並未對其管制目的作出清楚之闡明，或許正如推翻其一手打造之猥褻標準的 *Brennan* 大法官所言，不受言論自由保障的猥褻出版品僅得在向少年散布或強迫成年人觀賞時，始得管制之；或如 *Koppelman* 教授認為猥褻出版品之管制目的係在避免道德傷害，對於猥褻性言論管制的問題核心，亦即猥褻能否管制的重點應在於針對不同的目的去建構出整體管制的樣貌，探討我們要的管制目標為何，再去界定在此目標下我們所需要的猥褻言論之內涵為何以及是否應歸類為低價值言論；而非先創設一種外於言論自由保障而模糊的猥褻概念，再去想辦法為其尋找正當化國家管制的目的以及界定其內容的標準。

¹⁵³ KATHLEEN & GUNTHER, *supra* note 45, at 116-117; David A. Richards, *Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment*, 123 U. PA. L. REV. 45, 82 (1974).關於猥褻出版品與犯罪行為之間因果關係問題的正反辯證與學理分析，可參閱法治斌，同前註 92 文，頁 161-166；林志潔，同前註 144 文，頁 88-89。

第四節、未達猥褻 (nonobscene) 之色情言論管制

承接前一節的討論，美國法上針對「猥褻內容」的色情言論，雖在定義問題以及管制目的的部分仍舊爭議不休，然結論上，猥褻仍不受言論自由保障而使相關管制猥褻的法律均得合憲予以管制。至於並非在猥褻定義之內的其它色情言論，在處理上則有截然不同的方式。

法院認為此種「低俗不雅」(indecent)或是「明顯性意味」(sexual explicit)之言論並非猥褻而受言論自由之保障，故採取「嚴格審查標準」為檢驗。對此，美國聯邦最高法院曾將禁止於露天汽車電影院 (drive-in theater) 公開展示裸體的規定宣告違憲，但另一方面，法院亦曾權衡國家管制言論的政府利益而適度的放寬審查標準，例如最高法院曾允許為了非規制言論內容的其他目的而管制「情慾地區」(erogenous zoning)、或是基於無線廣播媒體的特性而允許國家管制「性的露骨言論」。是故，以下將分別討論這些未達猥褻 (nonobscene) 之色情言論內容的管制議題。

壹、禁止裸露(nudity bans)

一、露天汽車電影院播放裸露鏡頭

於 1975 年的 *Erznoznik v. Jacksonville*¹⁵⁴ 案中，涉及一項禁止露天汽車電影院於公用街道播放含有「裸露男性或女性臀部、陰部地帶及女性乳房」等「非屬猥褻」之裸露影像的法令規定，原告主張此項規定係在維護其非自願觀賞此類言論內容的公民受到冒犯，然而，由 Powell 大法官主筆的聯邦最高法院判決則否定此

¹⁵⁴ 422 U.S. 205 (1975).

項看法，乃援引 *Cohen*¹⁵⁵ 案判決的見解而認定該規定乃屬違憲。

法院認為本案應精細的權衡個案中表意者的言論自由權以及非自願的閱聽者的隱私權，並提出一套衡量的原則，認為各州或自治市基於保障個人的隱私權而制訂法規時，僅得對於非關言論內容的「時間、地點、方法」為限制，如國家選擇性地基於避免某些特定言論內容（相較於其它言論）對於公眾可能造成的冒犯性而加以限制時，則將提高審查標準，這種選擇性的限制僅有在表意者已侵犯至居住的隱私或是達到使非自願的閱聽者無法避免接受到這些言論的程度時，方有合憲的可能，質言之，憲法並不允許國家基於保障非自願的閱聽者而自行決定何種言論足以造成它們的冒犯感並予以限制之，因為對於這些閱聽者而言，只要移開它們的視線（*avert eyes*）即可避免這種冒犯感的產生¹⁵⁶。

故本案系爭的法規，係單獨的針對電影所涉及的「裸露內容」而禁止其播放，其所欲保護的隱私權之目的並無法正當化對於言論自由的限制，蓋在公眾街道或區域散布之言論，感覺受冒犯的觀眾只要移開它們的視線即可避免傷害。亦即，本案此種在公開場所播放成人色情電影的情形並不會使非自願的閱聽者必須強迫接受（*obstrusive*）此類言論，故這種個人於公眾街道有限的隱私權益並無法支撐針對此種言論內容為管制的規範¹⁵⁷。

二、現場的脫衣舞表演

上述判決六年後，美國聯邦最高法院於 *Schad v. Mount Ephraim*¹⁵⁸ 案中再次重申全面禁止裸露的表現行為乃是憲法所不容許的。本案乃由於一個店家在販賣成人出版品時，同時附贈消費者得觀賞實境脫衣秀的表演，然而，紐澤西州的以色

¹⁵⁵ 關於 *Cohen* 案的介紹，可參見本章註 151 之內容。

¹⁵⁶ KATHLEEN & GUNTHER, *supra* note 45, at 134-135.

¹⁵⁷ *Id.* at 135.

¹⁵⁸ 452 U.S. 61 (1981).

列山鎮 (Borough of Mount Ephraim) 之法律規定，於商業區僅得進行受「許可」之使用，並禁止進行其它目的之使用，而「現場的娛樂表演」(live entertainment) 亦屬禁止之範圍之內，使得該店家受到處罰，而主筆的White大法官認為，「娛樂表演」就像其它政治性言論與思想上的言論一樣，即使本案的娛樂節目受到限制係因其有人體裸露的表演之故，該表演仍受憲法言論自由之保障，不得因為裸露的原因就將其排除於言論自由保障之外，故White認為系爭排除該鎮的「現場的娛樂表演」之規定，必須有實質的政府利益且手段與目的達成間須有必要關連性¹⁵⁹。

因此，法院認為系爭規定之手段與目的達成間並不具備實質關連性而屬違憲，蓋以色列山鎮並沒有提出任何的證據顯示「現場的娛樂表演」之使用較「其他受許可之使用」間有著較為重要的問題，亦無法說明「現場的娛樂表演」有何不尋常的問題存在。該鎮雖聲稱不管是整體的娛樂表演或是本案的脫衣舞均仍得充足的於鄰近的（非商業）區域進行活動，但是法院認為此項見解亦缺乏任何的實證數據以供證明¹⁶⁰。

貳、情色專區的設立(erogenous zoning)

與前述Schad案判決同樣處理到「分區使用法規」(zoning law)的議題，聯邦最高法院就Young v. American Mini Theatres¹⁶¹案判決乃表示不同的觀點，認為以色情言論作為分區管制之規範乃屬合憲。該案涉及底特律市的一項法令規定，要求「成人電影院」不得坐落在附近 1000 英尺（住宅區為 500 英尺）有作其它兩處結合成人影院所附加的設施（例如酒吧、撞球室、賓館、酒店等）之處，且系爭規定並將「成人電影院」定義為：「以強調於描繪、形容或關於具體表達『性

¹⁵⁹ KATHLEEN & GUNTHER, *supra* note 45, at 136.

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ 427 U.S. 50 (1976).

活動』或『身體結構的部位』的特色或識別而呈現者」¹⁶²，兩間成人電影院則違反本規定受到處罰並上訴至聯邦最高法院。

對於本規定的合憲性問題，底特律市主張，該項規定之目的乃在避免成人電影院與其他相關的設施坐落鄰近而吸引許多不必要的短期居留者、影響當地房地產價值、增加犯罪率以及使當地居民及產業搬離之情形¹⁶³。

而主筆本案相對多數意見（*plurality opinion*）的Stevens大法官認為，本案規定的內容並未違反國家對於受保障言論管制的中立性義務，其並未涉觀點歧視（*viewpoint discrimination*），而僅是針對議題本身（*subject matter*）作規範，雖然對於言論之議題作管制仍推定為言論內容之管制，但是很顯然地，保障此種言論類型所欲維護的社會利益與無阻礙的為政治性言論之利益相比下較不具重要性，蓋「沒有人會帶著我們的兒女，為著保護我們選擇觀賞成人電影院展示這些具體性活動的公民權利而奮鬥」，是故，Stevens於結論上認為，系爭規定保護鄰近區域生活品質的政府目的與針對色情言論內容區分娛樂地段間具有合理關連性，該規定乃屬合憲¹⁶⁴。

如僅看相對多數意見，法院似乎是運用「雙階理論」而將色情言論內容歸類為低價值言論，故從寬審查，而得出合憲之結果。但是，實則不然，本案的「多數意見」，包含以Stewart為首的四位大法官的不同意見以及投下關鍵一票支持相對多數意見的Powell大法官，均不贊同相對多數意見中將色情言論列為低價值言論，其中Powell大法官明確表示，非屬猥褻的情色（*erotic*）言論不應與言論自由所保障之其它言論受不同之對待，且認為本案底特律市之法規應屬非針對言論內容之限制，亦即對於「地點」之限制，而應採寬鬆審查標準，故仍贊同本案的合憲結論¹⁶⁵。簡言之，Powell大法官色情言論並非低價值之言論，況且系爭法規亦非針對言論內容之限制，而僅為地點之限制，最後則與多數意見同樣放寬審查，

¹⁶² *Id.* at 53-54.

¹⁶³ *Id.* at 55.

¹⁶⁴ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 122-123.

¹⁶⁵ *Id.* at 123.

而在結論上「殊途同歸」。

上開Powell的協同意見，在後來類似的*City of Renton v. Playtime Theatres, Inc.*¹⁶⁶案判決中則為多數意見所採納，該案乃涉及華盛頓州的一項法令規定，禁止成人電影院坐落於住宅區、教堂、公園或學校的 1000 英尺內，首席大法官Rehnquist認為，系爭規定主要所關心的是成人電影院所可能帶來的「次級效果」(secondary effects)，而非該電影所播放的內容本身，換言之，該規定之目的係為透過分散成人電影院之分布以減少犯罪率、避免房地產貶值以及提升都市生活品質，而並非針對該院所放映之色情言論內容為限制，此即所謂的「次級效果理論」。法院適用認為此項理論，認為本案應屬非針對內容之地點限制，而認定該規定具備實質之政府利益，且手段目的具備合理關連性，乃屬合憲¹⁶⁷。

參、固有傳播媒體的低俗不雅 (indecent) 言論管制

一、無線廣播媒體與放寬管制的 *Pacifica* 案判決

美國聯邦最高法院於*FCC v. Pacifica Foundation*¹⁶⁸案判決中，對於非屬猥褻的色情言論管制創設了一項新的原則，其案例事實為紐約州的一個廣播電台，於下午兩點左右的時刻，主持人播放G.Carlin所錄製的長篇談話 (monologue) 該內容以「髒話」(Filthy Words) 為題，在節目中重複播放數種髒話詞彙，此舉受到美國聯邦通信委員會 (Federal Communications Commission) 以這些言論內容具有明顯冒犯性，其雖非猥褻的言論，但於許多兒童毫無疑問地均會收聽的下午時段為撥放，並具體描述有關性與排泄的行為而具有冒犯性，故依據聯邦法典第1464 條規定：「使用無線廣播媒體表達猥褻、低俗不雅或褻瀆的言語者，處以

¹⁶⁶ 475 U.S. 41 (1986).

¹⁶⁷ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 124.

¹⁶⁸ 438 U.S. 726 (1978).

兩年以下有期徒刑或科處罰金，或兩者併罰」¹⁶⁹（indecent），發布一道宣告性的命令（declaratory order），認定系爭言論內容對於兒童乃屬「低俗不雅」，而得對之為行政制裁。雖然該廣播電台未因此受到處罰¹⁷⁰，但此一命令的合憲性仍受到挑戰¹⁷¹。

主筆的Stevens大法官認為，在所有的媒體類型中，無線廣播媒體僅受「最小限度」的言論自由保障，而為何以無線廣播媒體表達「低俗不雅」言論受較低度保障的理由，在於其在我們生活中獨特的「普遍性質」（pervasive presence），其範圍可能會侵入私人的隱私空間，且無法完全避免其可能造成的冒犯感，甚至，具有使兒童容易接近之特性（accessibility to children）之故¹⁷²。

質言之，此種以無線電波之媒體載具所傳遞之言論，具有「普遍性」且「並無法排除兒童年齡層之聽眾」，系爭節目內容可能得允許在晚間播出，但卻並不適宜在許多兒童可能成為聽眾的下午來播送，而判斷該具有明顯冒犯性之言論是否受憲法保護，並非在任何脈絡下皆相同，言論的社會價值將會隨不同的環境而有所不同¹⁷³。Stevens大法官於本案，乃延續其在*American Mini Theatres*所主張

¹⁶⁹ 18 U.S.C. 1464 (1976 ed.)，當時的條文（後於 1994 年修正）規定：「Whoever utters any obscene, indecent, or profane language by means of radio communication shall be fined under this title or imprisoned not more than two years, or both.」

¹⁷⁰ 此命令並未給予任何實質的行政罰，而僅是「告知」廣播電台，FCC 已經認定該行為確為不妥，並提醒廣播電台，該行為將會做成紀錄，成為電台未來發給執照的參考；如果屢勸不聽，未來亦可能給予實質的懲罰。

¹⁷¹ 438 U.S., at 729-732.

¹⁷² *Id.* at 748-750；惟 1978 年所作出的 *Pacifica* 案判決見解，亦即認為無線廣播媒體具有「普遍性」及「易使兒童接近使用之特性」，故對這種媒體的播送內容為限制時，並無須採取嚴格審查標準。然而，此項見解時值今日是否仍有所適用？已經開始受到質疑，於 2010 年的 *Fox Television Stations, Inc. v. FCC* 案判決中，上訴人即主張，現今有線電視媒體以及網際網路發達的媒體環境，使得這些媒體亦具有上開普遍特性，無線廣播媒體已不再具有其專屬之特質；並且，新興科技的發展使得父母有能力決定允許子女收看之節目（例如 V-chip），而降低政府直接管制無險廣播媒體內容之正當性。惟聯邦第二巡迴上訴法院最後仍有於其無法直接推翻最高法院之判決先例，而不對無線廣播媒體作嚴格審查，但是仍然認為聯邦法典第 1464 條規定違反模糊性原則而屬違憲。See 613 F.3d 317, 326-328 (2d Cir., 2010).

¹⁷³ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 129.

之見解，將此「低俗不雅」之言論歸類為「低價值言論」，亦即僅是言論自由所保障的外緣（lie at the periphery of First Amendment concern）而已¹⁷⁴。

而正如在*American Mini Theatres*案的爭執相同，本案中，Powell大法官於協同意見書中再次明確拒絕適用此種對於受保障言論的二分法（即在受保障的言論中，又再為區分，而將某些言論歸為受保障的外緣），其認為法院並不能自由地決定哪些言論是具有價值的而受完整的保障；而哪些言論是較無價值的而受低度的保障¹⁷⁵。

二、色情付費電話

於*Sable Communication of California Inc., v. FCC*¹⁷⁶案判決乃涉及色情付費電話（dial-a-porn）之爭議，即以付費方式享有透過事先錄音而給予具有性內容之電話訊息服務。依據1988年修改之通訊法（Communication Act）第223(b)條項中規定：「在哥倫比亞地區為州際或外國通訊時，以商業目的對任何人藉由電話之手段製作（直接或藉由錄音設備）猥褻（obscene）或低俗不雅（indecent）的通訊，無論是製作人或允許任何電話設備用於上述禁止之行為者，處六個月以下有期徒刑，或五萬元以下罰金，或兩者。」，而系爭規定則引發是否抵觸言論自由保護條款之爭議¹⁷⁷。

主筆的White大法官認為，系爭規定禁止為「猥褻」電話訊息服務之部分，由於猥褻言論本即不受言論自由所保障，該規定並未違反*Miller*案判決所提出的

¹⁷⁴ 438 U.S. 726, 743.

¹⁷⁵ *Id.* at 761-762.

¹⁷⁶ 492 U.S. 115 (1989)；關於該案之詳細介紹，可參閱李仁淼，網路內容規制立法之違憲審查與表現自由—以美國法上對網路色情資訊規制立法之憲法訴訟為線索，中正法學集刊，12期，頁32-33，2003年7月。

¹⁷⁷ 47 U.S.C. §223(b).

地方性社區標準，故乃屬合憲¹⁷⁸；至於禁止為「低俗不雅」的電話訊息服務之部分，乃採取嚴格審查標準，國家必須具備基於防止兒童觀看到這些言論內容的急迫重大政府利益，且手段與目的的達成間須具有緊密關聯性方屬合憲，而本案的規制目的雖具備急迫重大之政府利益，但手段尚有以信用卡、進入密碼、擾頻等方式確認身分阻止未成年人接近此種電話服務，故該手段與目的間並不具有緊密關聯性而屬違憲¹⁷⁹。

其中就「低俗不雅」的電話訊息服務之部分，White大法官亦與先前的*Pacifica*作出區辨（distinguish），認為*Pacifica*案並未全面禁止（total ban）以無線廣播媒體傳播低俗不雅之言論，乃因無線廣播媒體具有獨特的「普遍性」，而可能侵入私人隱私空間並使兒童接收到這些訊息，而本案以電話作為傳播媒體，則不存有「非自願的觀眾」（captive audience）之問題，尋求色情電話服務者必須採取許多積極的手段（付費並撥打特定電話），故打電話之人必定是自願接受這些色情資訊者，此與無線廣播媒體中，只要一打開收音機就可能接受到非自願訊息的情況不同，故本案並不適用*Pacifica*之標準，而應適用嚴格審查標準¹⁸⁰。

三、有線電視媒體

除了上述的*Sable*案明確表示以「電話」作為傳播載具時不適用*Pacifica*所放寬的管制標準外，於*Denver Area Educational Telecommunication Consortium, Inc., v. FCC*¹⁸¹案判決中，對於1992年通過的有線電視消費者保護法第10條中(a)、(b)、(c)三個款項的合憲性作出檢驗¹⁸²。

¹⁷⁸ 492 U.S., at 124.

¹⁷⁹ *Id.* at 128-132.

¹⁸⁰ *Id.* at 127-128.

¹⁸¹ 518 U.S. 727 (1996).

¹⁸² 關於系爭三個條款的内容與合憲性分析，並非本處所關心之重點，詳細論證可參閱李仁森，同前註176文，頁36-38。

主筆的Breyer大法官在決定審查標準時，跳脫出前開兩案區辨所適用之媒體特性之既有脈絡，僅僅主張政府僅得在手段符合必要性與緊密關聯性的情形下方得限制言論自由，而不採取Kennedy大法官將公開使用頻道(Public access channel)界定為「公共論壇」(Public forum)¹⁸³以及Thomas大法官提出通訊媒體擁有者之利益將會壓縮其他媒體使用者的利益¹⁸⁴，蓋在電子通訊傳播(telecommunication)科技轉變的動態特性下，使得現今選擇一個相似與具體的理論內容而言是過早的(premature)¹⁸⁵。質言之，Breyer係將本案所涉及保障言論自由的利益以及其它參與者(有線電視業者、管理者以及觀賞者)之利益以個案權衡(balancing approach)之方式為審查¹⁸⁶。

然而，在後來的*United State v. Playboy Entertainment Group, Inc.*¹⁸⁷案判決中則改變上開*Denver Area*案判決之審查方式，對於1996年制定的通訊傳播法(the Telecommunication Act)第505條中規定，有線電視須將色情頻道以信號管制(signal bleed)集中播放或是限制該頻道於深夜兒童不宜觀賞時播放。對此，主筆本案的Kennedy大法官認為該條規定乃屬言論內容之限制，而應採取嚴格審查標準，而因同法第504條規定已賦予有線電視業者以個案基礎(individual basis)為由而將特定頻道鎖碼，故認定系爭規定之手段與目的達成間未達必要關聯性，乃屬違憲¹⁸⁸。

Kennedy認為，於*Pacifica*案中，政府得對於低俗不雅之言論為全面限制的見解，並不適用於本案之情形，蓋無線廣播頻道並不像本案的有線電視頻道一般，

¹⁸³ 116 S.Ct. 2374, 2409-2415 (Kennedy, J., concurring in part and dissenting in part); 關於本案Kennedy大法官部分協同、不同意見書之內容，可參閱李仁淼，同前註176文，頁38-39。至於「公共論壇」(Public forum)理論，可參閱本文前註37之介紹。

¹⁸⁴ 116 S.Ct., at 2421-2422 (Thomas, J., concurring in the judgment and dissenting in part).

¹⁸⁵ 518 U.S. 727, at 741-742.

¹⁸⁶ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 132.

¹⁸⁷ 529 U.S. 803 (2000).

¹⁸⁸ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 135.

有能力使用鎖碼方式採取個別性的頻道管制，而僅得全面性的予以禁止¹⁸⁹。

肆、網際網路媒體的低俗不雅（indecent）言論管制

一、國家直接管制的開端：通訊端正法

通訊端正法(Communications Decency Act of 1996, CDA)乃是 1996 年制定的通訊傳播法(Telecommunications Act of 1996)中第五章(Title V)之部分，在該法制定後隨即受到美國公民自由聯盟（American Civil Liberty Union，簡稱ACLU）團體對於該法內容的挑戰，聯邦最高法院因而作成*Reno v. ACLU*¹⁹⁰案判決。其內容茲分述如下：

（一）、涉及法規

1、美國法典 47 編第 223 條(a)項規定，禁止在知悉對象年紀的情形下，使用電子通訊傳播（telecommunication）要求、創設或請求而傳送淫穢猥褻(obscene)或低俗不雅(indecent)的資訊給十八歲以下的未成年人；

2、美國法典 47 編第 223 條(d)項規定，禁止以十八歲以下的未成年人，使用互動的電腦服務(interactive computer service)，傳送涉及或描述了性或排泄的器官或行為，並以當代社區標準(contemporary community standards)而言是顯然令人

¹⁸⁹ *Id.* at 136.

¹⁹⁰ 521 U.S. 844 (1997)；關於中文文獻對於該案之介紹，可參閱李仁森，網際網路與表現自由—自表現自由的觀點，思考網路色情資訊規制問題，月旦法學雜誌，103 期，頁 147-151，2003 年 12 月；李仁森，同前註 176 文，頁 82-88；陳起行，由 *Reno v. ACLU* 一案論法院與網際網路之規範，歐美研究，33 卷 3 期，頁 603-610，2003 年 9 月；劉靜怡，從美國聯邦最高法院 *Reno v. ACLU* 判決談網路內容規範的過去、現在與未來，月旦法學雜誌，32 期，頁 100-106，1998 年 1 月。

不悅(patently offensive)的內容，或展示其可能的取得方式；

3、美國法典 47 編第 223 條(e)項規定，為上開兩款處罰提供兩項免責抗辯事由(affirmative defenses)¹⁹¹，其一是「基於善意、提供合理有效且適當的措施」限制未成年人存取色情資訊；其二是已經採取了要求使用者經過查證有效之信用卡或其他措施，則不予處罰。

(二)、本案與先前許多判決的區辨

1、*Ginsberg v. New York* 案

聯邦最高法院基於四點理由，認為*Ginsberg*案判決中合憲的紐約州法律規定，其適用範圍較通訊端正法（以下簡稱本法）為限縮。其一，紐約州法律的規定並不會限制到父母親購買這類出版品給其子女的情況。但是本法規定，即使在父母親的同意或參與下，也無法避免適用此法條；其二，紐約州法律的規定僅適用商業性的交易，而本法則無此限制；其三，紐約州法律的規定中，限縮了所謂對於未成年人有害內容的範圍，為「全然欠缺補償之社會價值」(utterly without redeeming social importance for minors)。反觀本法規定，並未對何謂低俗不雅(indecent)作定義，更重要的是，亦未能將具有文學、藝術、政治或科學價值的作品，排除在具有明顯冒犯性(patently offensive)的認定範圍外；最後，紐約州法律的規定中，此處將未成年人定義為年齡十七歲以下，而不像本法規定為十八歲以下，而將最接近成年的一年亦納入範圍內¹⁹²。

¹⁹¹ 所謂免責抗辯(affirmative defenses)，國內翻譯亦有人稱為「免責抗辯」或「積極抗辯」，係指即使檢察官已經證明被告犯下之罪行的所有成立要件，被告成功的免責抗辯主張，可免除被告之罪責，這些抗辯之所以為免責抗辯，是因為被告必須以證據確認地證明其所提出之額外的事實，才能使其抗辯成立。可參閱 William Burnham 著，林利芝譯，英美法導論，二版，頁 330，2005 年 5 月。

¹⁹² 521 U.S., at 865-866.

2、*FCC v. Pacifica Foundation* 案

聯邦最高法院認為，前述的 *Pacifica* 案對於「無線廣播媒體」之管制採取寬鬆的審查態度，如同「電話」與「有線電視媒體」一般，並不能適用於本案管制「網際網路」之情形。其理由有三點，其一，*Pacifica* 案中涉及的命令，是由負責廣播電台管理業務已經超過二十年的 FCC 所做出，針對特定廣播節目，其內容已經與該時段所能允許的尺度相距過遠。而本法採取的類型化內容管制，並不限於特定的時段，也沒有採取任何熟悉網路網路特性主管機關的判斷標準。其二，*Pacifica* 案中的行政指導，並沒有實際的懲罰，不同於本法所課與的「刑事責任」。最後，在 *Pacifica* 案，由於在先前的歷史因素，無線廣播媒體易使聽眾接收到不預期的節目內容特性，故僅受最小限度的言論自由保障。然而，網路網路並沒有類似的歷史屬性。況且，初審法院的事實認定中即指出，網際網路上意外接觸到低俗不雅內容的風險並不大，因為在網路網路上要接受特定資訊，往往需要數個明確的步驟¹⁹³。

3、*City of Renton v. Playtime Theatres, Inc* 案

上訴人認為，本法是一種在網路網路建立一個虛擬區域(cyber zoning)，與 *Renton* 案判決中對於播放成人電影戲院的分區管制法規類似，而應屬合憲。但是聯邦最高法院認為，本法的管制範圍是整個網際網路，而該法案的目的，是避免未成年人受到網際網路上低俗不雅(Indecent)與具有明顯冒犯性內容的影響，而不是於 *Renton* 案中避免犯罪率提高、房地產下跌等「次級效果」。因此，本案系爭規定乃屬言論內容管制(content-based)¹⁹⁴。

¹⁹³ *Id.* at 867.

¹⁹⁴ *Id.* at 867-868.

(三)、本案並無法以媒體特性決定審查標準

在辨析與上開三個判決的不同處之後，主筆本案的Stevens大法官進一步認為「網路網路」並不具有電波頻譜的有限資源的特性，反而是提供了一種相對無發展限制而低價的通訊傳播方式，並且網路網路上的通訊，並不會「侵入」個人的住家或電腦，使用者並不會「意外地」接收到特定內容。而大多數情色圖片出現前，也都有會有事前警告。因此，由於網際網路並不具備「有限性」以及「侵入性」，本案尚無法根據網際網路的媒體特性認定應該給予何種程度的第一修正案言論自由保障¹⁹⁵。是故，本案決定對網際網路媒體保留其不受管制的空間，而對於本案採取「嚴格審查標準」為檢驗¹⁹⁶。

(四)、以軟體過濾資訊毋寧為較小侵害手段

聯邦最高法院認為，儘管國會基於保護兒童不受此種資訊傷害而進行立法，是具有正當性與重要性的，但是多數意見認為通訊端正法於美國法典 47 編第 223 條(a)項及(d)項所採取之手段，過度侵害憲法所保障的言論自由，乃屬違憲。

對此，上訴人雖主張，系爭規定僅限制了成人內容傳播給未成年人，但並未限制成年人間(adult-to-adult)的成人言論傳播。但是聯邦最高法院認為該主張是基於錯誤的事實基礎。蓋網際網路上通訊的設計，傳送資訊之人並無法知道，究竟接收者是否為未成年人，這將會造成傳送成人言論之人需要承擔觸法的風險，增加成人言論自由的負擔。法院認為，以使用者端(user-based)的控制軟體(software)，可以使家長防止未成年子女使用該電腦接觸有害資訊，毋寧為較有效率的管制方式。政府未能進一步釐清，為何此種影響較小的管制手段，未能達

¹⁹⁵ *Id.* at 868-870.

¹⁹⁶ BARRON & DIENES, *supra* note 2, at 137.

到效果，手段與目的的達成間即欠缺緊密關聯性¹⁹⁷。

至於，第 223 條(e)項規定所提供的正面抗辯事由中亦無法彌補其手段的過當之處，其中「基於善意、提供合理有性且適當的措施」之抗辯，法院認為，這種所謂對內容的標示，僅是在傳送資訊時，加註描述該內容是否為不當內容的動作，然而接收者是否過濾或阻止此一資訊給未成年人，傳送者並無法得知；而「採取要求使用者經過查證有效之信用卡或其他措施」之抗辯，根據初審法院的事實認定，這些技術目前多半應用於商業性的成人資訊提供者，對於一般使用者來說，則具有無法負擔的成本。而且此類技術，是否真能有效的防止未成年者接收有的資訊，也尚未能證實¹⁹⁸。

(五)、O'Connor 大法官提出的分區管制觀點

O'Connor大法官於本案一部協同一部不同的意見書中表示，設立「成人專區」(adult zone)的分區管制概念，並不是一種新創的觀念。許多州法均設立這類規定，限制未成年人進入與接觸該區域，而聯邦最高法院過去也對於這類法案在兼顧成年人與青少年的言論自由權下予以合憲的地位。質言之，這種分區管制方式之合憲性，必須要通過下列兩項檢驗¹⁹⁹：

- 1、不會過度妨礙成人獲取這些資訊 (it does not unduly restrict adult access to the material)；
- 2、未成年人並沒有閱讀或觀賞這些資訊的言論自由權 (minors have no First Amendment right to read or view the banned material)。

O'Connor大法官認為，就上開第一項標準檢驗之部分，儘管隨著網際網路技

¹⁹⁷ 521 U.S., at 877, 881.

¹⁹⁸ *Id.* at 881-882.

¹⁹⁹ *Id.* at 887-888.

術的發展，網 路上的身分認證問題普遍的獲得解決，在網際網路上進行分區管制，將不會妨礙成人獲取這類資訊。但在本案（作成判決的 1997 年）的時空背景，這樣的技術並不普遍，因此本案處罰項未成年人「展示」低俗不雅言論可能的取得方式之規定（本法 223 條(d)(1)(B)之規定），將因我們的科技無法創設出「成人專區」（adult zone）這種僅有成年人得以接觸的網路空間存在，故在無法確定接收者為成年人或未成年人的前提下，本條限制將等同於完全性的禁止展示此類言論資訊，使成年人獲取此類資訊的自由受到過度的妨礙。因此，無法通過此項檢驗²⁰⁰。

然而，關於第二項標準檢驗之部分，根據Ginsberg案判決作觀察，該案所涉及的法律規定，僅有在對未成年人乃屬不受言論自由保障的猥褻資訊才被界定為對未成年人「有害的」（harmful）的資訊，而聯邦最高法院亦肯定該法針對未成年人為對象而調整猥褻定義乃屬合憲。亦即，未成年人不得主張獲取猥褻資訊的權利，故本案處罰以「通訊傳播」或「互動的電腦服務」而「傳送」低俗不雅資訊給未成年人的規定（本法 223 條(a)(1)(B)及 223 條(d)(1)(A)之規定），如當傳輸者知悉其傳輸對象僅限於未成年人時，即當接收資訊者確為未成年人時，該規定應屬合憲，就此部分，O'Connor大法官與多數意見之看法即有不同²⁰¹。

二、國家直接管制的終結：兒童線上保護法

美國聯邦最高法院於上開 1997 年的Reno v. ACLU案判決中認定通訊端正法違反言論自由的保障而違憲之後，國會隨即參考該判決之意旨，在 1998 年 10 月通過「兒童線上保護法」（Child Online Protection Act of 1998, COPA），然於本法預定生效之際，美國公民自由聯盟（American Civil Liberties Union）即向賓州東部地區聯邦地方法院起訴針對本法發給暫時禁制令（preliminary injunction），有趣的是，地方法院以阻擋或過濾等科技比系爭規定所採取之處罰手段侵害更小

²⁰⁰ *Id.* at 890-892.

²⁰¹ *Id.* at 895-897.

為由，而同意發給禁制令，上訴後的第三巡迴法院亦維持原判，但理由則是認為本法界定「對未成年人有害的資訊」適用於網際網路上乃屬涵蓋過廣，最後，案件爭議延燒至美國聯邦最高法院，作出兩次的*Ashcroft v. ACLU*²⁰²案判決。

(一)、涉及法規

1、處罰規定

美國法典 47 編第 231 條(a)項規定，故意並知悉特定資訊的性質者，於州際或國外以全球資訊網（World Wide Web）的方式為商業行為時，以商業目的將含有「對未成年人有害資訊」（material that is harmful to minors）傳播給任何可能接收之未成年人者，處五萬元以下罰金或民事處罰，並得按日連續處罰，或處六個月以下有期徒刑，或兩者併罰。

2、處罰對象的排除

美國法典 47 編第 231 條(b)項規定，將從事服務之電子通訊傳輸業者、網際網路服務提供者、提供上網資訊地區工具業者、從事將他人製造之資訊，對其內容不加篩選或變更，予以傳播、儲存、取出、提供網路利用環境、格式化或翻譯之業者等，排除上開處罰規定之適用：

3、增設「對未成年人有害資訊」的定義：

美國法典 47 編第 231 條(e)項規定，將「未成年人」定義為：「未滿 17 歲之

²⁰² 535 U.S. 564 (2002)；542 U.S. 656 (2004).中文文獻的介紹可參閱李仁森，網際網路與表現自由—自表現自由的觀點，思考網路色情資訊規制問題，月旦法學雜誌，103 期，頁 154-155，2003 年 12 月；李仁森，網路內容規制立法之違憲審查與表現自由—以美國法上對網路色情資訊規制立法之憲法訴訟為線索，中正法學集刊，12 期，頁 95-98，2003 年 7 月；余依婷、鄭慧文、法治斌，從 *ACLU v. Reno(II)*看美國如何管制網路色情言論，資訊法務透析，頁 32-34，1999 年 10 月；美國聯邦最高法院憲法判決選譯第六輯，司法院編印，頁 31-40，2008 年 1 月。

人」²⁰³。並將「對未成年人有害資訊」定義為：「任何資訊、影像、圖片影像檔案、物件、錄音或錄影、書面或其他物品，是猥褻的，或滿足以下三項基準者²⁰⁴：

(1)、一般人民基於當代社區標準，從出版品的整體觀之，其主旨在於訴諸情慾興趣；

(2)、該資訊對於未成年人而言，是以具明顯冒犯性的方式，描述、形容或表現出實際或虛擬的性行為或性接觸、正常或反常的性行為以及以淫穢的方式展示性器官或青春期後的女性胸部；

(3)、從該出版品之整體觀察對於未成年人欠缺文學、藝術、政治或科學價值」。

4、確認抗辯事由：

美國法典 47 編第 231 條(c)項規定，行為人只要善意以下列方式限制未成年人接近有害資訊，即可作為訴追之確認抗辯²⁰⁵：

(1)、以信用卡、預付卡、成人會員、成人身分證等號碼確認身分。

(2)、以電子認證之方式確認年齡。

(3)、以其它可能利用之技術確認。

(二)、「對未成年人有害資訊」的標準並未涵蓋過廣

從上述法案內容觀之，國會這次修法最大的變化在於不再使用「低俗不雅」和「明顯冒犯性」這兩個含糊的概念，而對於何謂「對未成年人有害資訊」作出具體而清晰的定義，而這種定義方式基本上是參照最高法院在*Miller*案中對於「猥

²⁰³ 47 U.S.C. § 231(7).

²⁰⁴ 47 U.S.C. § 231(6).

²⁰⁵ 47 U.S.C. § 231(c).

褻」的審查標準，只不過根據本法保護未成年人的特殊性，加入了一些類似從未成年人的角度的標準。對此，第三巡迴法院認為參照*Miller*案所提出的「當代社區標準」並不適用於網際網路，因為網路資訊的散布者並無能力去掌握各個接收資訊者所在地的社區標準²⁰⁶，故系爭定義規定乃屬涵蓋過廣。

然而，聯邦最高法院於 2002 年 *Ashcroft v. ACLU*²⁰⁷ 案判決則駁斥此種看法，主筆的 Thomas 大法官認為，如果網路的使用者選擇將其資訊散布至某個地區，即有義務必須遵守該地區之社區標準，這個義務並不會因為該使用者決定將資訊散布至國家的每個地區，或是「希望僅向那些社會風氣較開放的地區為散布」即有所改變，蓋如果使用者僅希望其散布的資訊僅受到某些地區標準的限制，其得運用某些媒體而將其欲傳達的資訊瞄準在該特定的幾個地區就好²⁰⁸，故認為原審並未實質說明該法規有涵蓋過廣之處，而撤銷第三巡迴法院的裁判並發回更審。

惟必須說明的是，Thomas 所撰寫的法庭意見僅受包括其在內的三位大法官支持，O'Connor 和 Breyer 大法官均認為基於網際網路的媒體特性，應適用全國性的標準（national standard）判斷網路上的猥褻言論內容，而 Stevens 大法官則於其不同意見書中認為，此一規定適用在網際網路上的結果，將迫使網路言論的發表者皆須遵守依當時標準最純淨最嚴格的社區標準，而導致實質規範範圍過於廣泛的違憲結果。

（三）、限制方式並非最小侵害手段

在該案撤銷發回更審後，第三巡迴法院仍然再次作成發給暫時禁制令的裁判，但理由部分則不再爭執「社區標準」是否涵蓋過廣，而是認為本法系爭規定所採取的手段並不符合最小侵害手段的要求，因此再將爭議帶回到聯邦最高法院。

²⁰⁶ 217 F.3d 162,180 (3rd Cir., 2000).

²⁰⁷ 535 U.S. 564.

²⁰⁸ *Id.* at 583-584.

因此於 2004 年，改由 Kennedy 大法官主筆的第二次 *Ashcroft v. ACLU*²⁰⁹ 案判決，乃支持第三巡迴法院之見解，認為本案中存在一個比本法直接限制更值得稱道的、更少限制的選擇－阻擋和過濾的軟體（blocking and filtering software）。Kennedy 認為，過濾軟體與本法直接處罰之規定相比，首先在於它是安裝在每一個用戶端，而不是對整個網路作限制而可以阻擋來自海外的非法內容；其次，過濾軟體比本法提供的年齡認證方式（有些未成年人實際擁有信用卡等認證物品）更難規避，最後，過濾軟體得限制網際網路上包括電子郵件等各種通訊方式，而非僅限於以全球資訊網之方式散布²¹⁰。至於，有論者認為國會並不得立法以強制之方式要求使用「過濾軟體」，故主張其並非可行的替代方案，但 Kennedy 並不認同此一抗辯，蓋國會仍可透過賦予學校或圖書館強烈的誘因，並且推廣產業研發和家長普遍使用過濾軟體的方式，達成此一目的²¹¹。有鑑於此，最高法院維持了下級法院對本法的暫時禁制令。

三、過濾軟體的採行：兒童網際網路保護法

在美國，協助學校和圖書館幫助讀者接近使用網際網路的補助有兩個來源，一個源於 1996 年制定之通訊傳播法中的「E-Rate」計畫²¹²，另一個則來自圖書館服務與技術法案。而本案中，兒童網際網路保護法（the Children's Internet Protection Act, CIPA）採用了最高法院多數意見在 2002 年的第一次 *Ashcroft v. ACLU* 案中所「推薦」的過濾軟體。要求如果學校和圖書館希望獲得聯邦資助（或折扣）購買電腦或接近使用網路，就必須具有網際網路安全政策和技術保護措施，每一台連接網際網路的電腦必須具有相應的「過濾軟體」可以阻擋屬於猥

²⁰⁹ 542 U.S. 656 (2004).

²¹⁰ *Id.* at 667-668.

²¹¹ *Id.* at 669；此處看法之根據來自於 *United States v. American Library Assn., Inc.* 案之判決，詳見後述對本案之介紹。

²¹² 此計畫是在 1997 年創立的，並且是 1996 年電子通訊傳播法（the Telecommunications Act）的部份內容，目的即是藉由資金補貼學校與圖書館，來確保其負擔得起現代通訊傳播與資訊服務。在「E-Rate」計畫下，每年高達 20 億 2 千 5 百萬 美金的補助金額，使得各個學校與公共圖書館能夠使用各種已授權服務。

褻或兒童色情的圖像，並且防止未成年人獲取對其有害的資訊。而此項規定隨即受到挑戰，而上訴至聯邦最高法院，作成*United States v. American Library Assn., Inc.*案判決²¹³。

首席大法官Rehnquist主筆本案的多數意見，對於下級法院認為兒童網際網路保護法是「接近使用公共論壇為內容的限制」之見解提出反駁，而主張公立圖書館在社會中的價值在於追求「促進人們學習和豐富文化」的任務，圖書館對此享有廣泛的裁量權已決定提供哪些資訊給讀者，因此，圖書館提供網際網路之使用係為幫助實現圖書館的這些主要價值，而並非傳統上的基於特定目的的公共論壇，故認為本法所欲實現其保護未成年人的利益，並不會侵犯圖書館和學校等公共場所的成年用戶的言論自由權²¹⁴。

並且，本案討論的另一個重心在於使用「過濾軟體」本身的妥當性，蓋本案地方法院判決以及Stevens²¹⁵、Souter²¹⁶大法官於本案之不同意見書中，均批評「過濾軟體」將造成「過度阻擋」（overblock）的結果，把一些非屬本法所欲阻擋而對成年人與未成年人均屬無害的資訊亦列為阻擋之列，然而，Rehnquist大法官則認為，當使用者所欲瀏覽的資訊遭到阻擋時得向圖書館館員要求停用該過濾軟體，蓋本法乃明文規定授權館員得停用過濾軟體，以方便真正的研究和其他基於合法目的使用網際網路資料行為，使用者要求停用過濾軟體實並不需要附上實質的理由，至於地方法院仍認為使用者很可能不好意思請求停用該軟體之阻擋，但憲法並不保障在避免在面臨尷尬的風險下獲取資訊的權利²¹⁷。

²¹³ 539 U.S. 194, 199-201 (2003). 中文的介紹可參閱，美國聯邦最高法院憲法判決選譯第六輯，司法院編印，頁1-11，2008年1月。

²¹⁴ *Id.* at 203-206.

²¹⁵ 123 S.Ct 2297, 2313-2314 (Stevens, J., dissenting).

²¹⁶ *Id.* at 2319-2320 (Souter, J., dissenting).

²¹⁷ 539 U.S., at 208-209.

四、Lessig 教授所提出解決網路色情問題兩種架構

從「通訊端正法」(CDA)歷經「兒童線上保護法」(COPA)到「兒童國際網路保護法」(CIPA)法可以得知，美國聯邦最高法院在保護未成年人與言論自由兩個具有緊張的價值與利益之間作出衡量，認為以法律直接管制的方式並非保護未成年人利益的最佳手段，是故上開「通訊端正法」與「兒童線上保護法」均被宣告違憲，而法院卻在 *American Library Association* 案判決中肯認「兒童國際網路保護法」的合憲性，故法院似乎已經暗示採取「過濾軟體」之手段乃是管制網路色情言論的最佳解決之道。然而，「過濾軟體」是否就是處理網路色情問題的唯一答案？而我們該以怎樣的切入點來看待這個問題，均有待理論的提出。

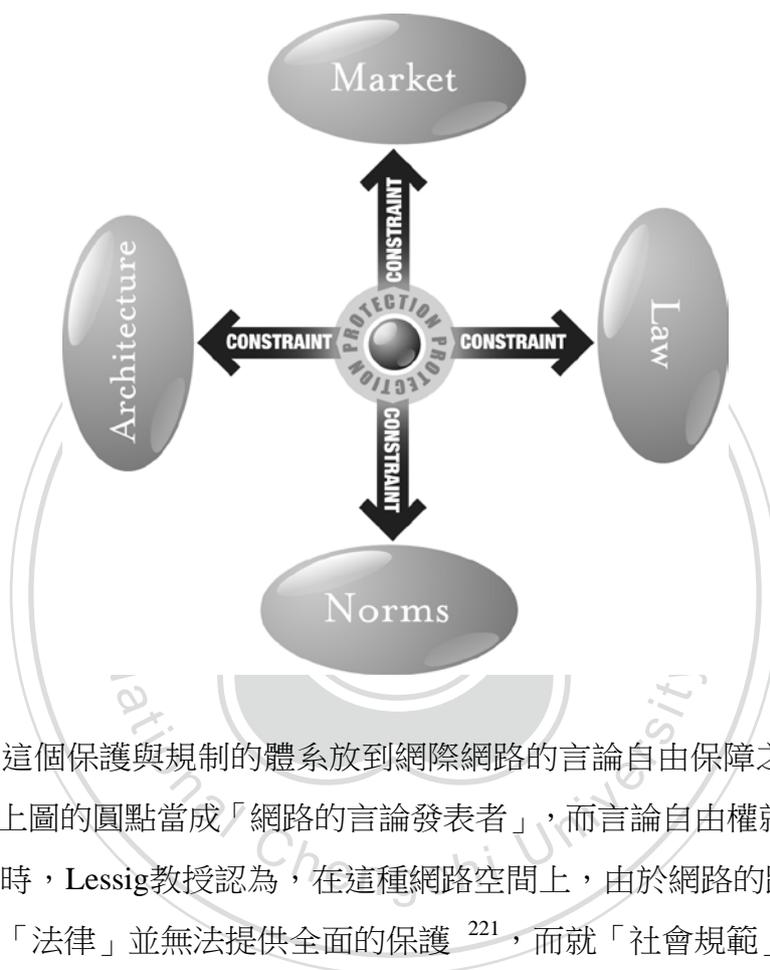
對此，Lawrence Lessig教授在《Code: version 2.0》²¹⁸這本書中，提出以市場、法律、準則與架構等四種模式作為管制面向，並精湛的指出在網際網路的言論自由問題上最重要的管制模式在於「架構」，並以美國聯邦最高法院判決的立場，推導出兩種解決網路色情言論內容管制的架構，故本文此處將以Lessig教授對於色情言論所建構的管制面貌，討論解決網路色情言論的兩種架構。

(一)、對於網路言論的四種規制與保護面向

Lessig教授對於「規制」的思考方式，係以被規制者或被約束者的角度作為出發點，如將被規制的對象比喻為一個「圓點」，其認為有四種約束規制著這個圓點，分別是「法律」(laws)、「社會規範」(norms)、「市場」(market)

²¹⁸ LAWRENCE LESSIG, CODE: VERSION 2.0 (2006)；此為 2006 年出版的第二版，其第一版的名稱為 Code and other Laws of Cyberspace (1999)，第一版的國內中文翻譯，可參閱勞倫斯·雷席格著，劉靜怡譯，網路自由與法律，2002 年 7 月。

與「架構」(architecture)²¹⁹，這四種規制面向之間存在區別卻又是相互依賴的，每一種規制可支持或反對其他的約束，其彼此間的交互作用存在複雜性。而為避免這四種面向對於圓點的規制權力，國家亦必須制定法律賦予保護原點之「權利」來約束它們，這四種規制面向與圓點（被規制者）以及保護圓點以約束這四個規制面向的權利之間的關係，得以下圖表示之：²²⁰



如果將這個保護與規制的體系放到網際網路的言論自由保障之議題當作例子，亦即將上圖的圓點當成「網路的言論發表者」，而言論自由權就是保障這個圓點的權利時，Lessig教授認為，在這種網路空間上，由於網路的跨國性特質，特定國家的「法律」並無法提供全面的保護²²¹，而就「社會規範」而言，由於

²¹⁹ 學者劉靜怡亦以實證法律、網路社會規範以及資訊科技作為分析網路世界的三種規範機制，詳細論證可參閱劉靜怡，網路社會規範模式初探，臺大法學論叢，28卷1期，頁5-17，1998年10月。

²²⁰ LAWRENCE LESSIG, CODE: VERSION 2.0, 122-123, 234 (2006).

²²¹ 學者陳銘祥進一步分析網際網路在規範建構上的四點特質，其一，其為一種傳輸通道系統而得結合其他交易行為或服務；其次，網際網路本身即是一種媒體間融合的表現；再者，網際網路可是為一種公共事業或是單純；自由競爭的營業；最後，網際網路具有匿名性與公開性的特質，可參閱陳銘祥，綜論網際網路的法律規範，月旦法學雜誌，72期，頁152-153，2001年5月；此外，陳教授對於網際網路亦提出「內容、通道」二分法的規範架構，分別對於網路訊息內容以

網路發表的言論具有匿名性，準則亦無法有效限制具有爭議性的言論，而「市場」對於網路則起了相當大的保護作用，蓋網路的發達代表言論出版成本的降低，減少市場對言論之侷限，最後，言論最大的保護者乃是「架構」，由於匿名性、分散性傳播、多點接入、與地理位置沒有必然的聯繫、缺乏內容發表識別系統和提供加密工具等，使得網路空間的架構成為網路言論的真正保護者²²²。

(二)、「架構」為解決網路色情言論規制的關鍵

進一步在探討色情言論的問題上，Lessig教授指出，色情言論和「猥褻言論」與「兒童色情言論」一樣受到國家法律所規範，差別在於後兩者均是將「所有人民」當作禁止之對象，而色情言論僅針對「未成年人」作為禁止對象，不管是在法律（如在*Ginsberg*案禁止向未成年人散布色情言論）、社會規範（社會對於色情產品消費者之譏笑及避免未成年人接觸色情之政策）與市場（未成年人並無足夠金錢購買色情產品）等三方面的規制均希望達到將色情遠離未成年人（有時亦為確保成年人之取得）之目的，然而這些規制方式均以現實世界（real space）的架構為前提，如將其置於網際網路的虛擬世界（cyberspace）「架構」中，由於色情言論散布的成本低廉以及無法確認網路世界中使用者的身分與年紀，將使得上開法律、社會規範與市場的規制發生困難，質言之，網際網路「架構」這個規

及傳輸通道作管制，並區分電信業者、網路服務者、網站所有者及使用者等不同的行為主體。可參閱陳銘祥，建構網際網路的法律規範架構，月旦法學雜誌，87期，頁231-235，2002年8月；再者，陳教授並建議四種網際網路的規範政策，針對解除管制的通信潮流應採取私人主導原則、針對綜效的通信潮流應採取公共性存在原則、針對聚合的通信潮流應採取非單一立法原則、針對全球化的通信潮流，應採取規範全球化原則。可參閱陳銘祥，政府對網際網路的規範政策，月旦法學雜誌，76期，頁185-187，2001年9月。最後，關於網際網路之管制模式與其他固有媒體間的差異與比較分析，可參閱劉靜怡，電腦網路性質及其可能適用之管制模式概述，月旦法學雜誌第19期，頁146-147，1996年12月。

²²² LESSIG, *supra* note 220, at 235-236.

制面向，使得其它三種規制面項難以發揮限制色情言論向未成年人傳播之目的，是故，在這個問題中，「架構」對於色情言論的規制與保護具有決定性的作用²²³。

(三)、以美國聯邦最高法院判決推導出的兩種解決架構

以Ginsberg案判決為例，美國聯邦最高法院曾認為禁止對於未成年人散布對其有害的色情資訊之規定乃屬合憲，然而，為確保該案的合憲管制能夠有效實現，即必須回答以下兩個問題²²⁴：

1、發言者所散布之言論是否真的「對未成年人有害」而得以管制？
(Is the speaker uttering “regulable” speech—meaning speech “harmful to minors”?)

2、接收者是否非屬「未成年人」而有權享受此項言論？(Is the listener entitled to consume this speech—meaning is he a minor?)

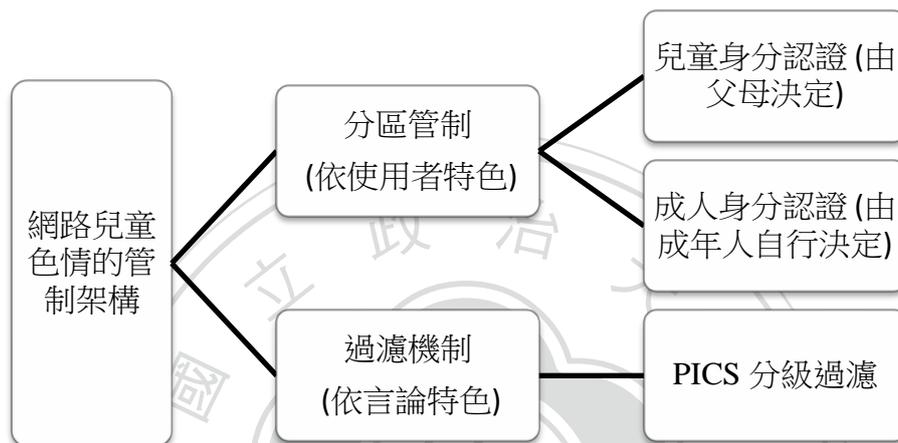
Lessig認為，在發言者與接收者之間，第一個問題應由「發言者」回答為妥，蓋等到接受者真的接受該言論並認定該訊息對其造成傷害時，則為時已晚；至於第二個問題，則應由「接收者」回答，蓋賦予發言者必須確認接收其言論者之年紀對其乃是極大的負擔。然而，前開介紹被聯邦最高法院宣告違憲的「通訊端正法」(CDA)以及「兒童線上保護法」(COPA)等規定，均將第二個問題，也就是接收言論者之身分是否為「未成年人」之問題，交由「發言者與接收者共同負擔」，此舉毋寧是要求網路發言者必須以信用卡認證等方式確認接收言論者之身分，而接收者亦必須取得該項認證以向發言者表示後方得瀏覽該資訊，這樣的手段與目的之達成間即被法院認定欠缺必要之關聯性²²⁵。亦即，上開兩部法律均將「禁止向未成年人散布」的規制負擔，強加於每位公民而違憲。

²²³ *Id.* at 246-249.

²²⁴ *Id.* at 251.

²²⁵ *Id.* at 251-252.

對此Lessig教授介紹兩種不同制度的解決方式，第一種是依循上開判決之方式作修正所建立的「分區管制」之架構，即創設「成年人身分」或是「兒童身分」以阻擋未成年人取得特定訊息；第二種則是改以「過濾軟體」所建立的架構，將過濾軟體裝置於用戶端甚至是提供網路存取使用的業者之電腦上，而藉由標示出對於兒童有害之色情言論的網頁而將之過濾，使未成年人無法接收，這也是上開判決中，法院隱約所推薦的解決架構。這兩種解決途徑得以下圖表示²²⁶：



(四)、過濾軟體 vs 分區管制

1、過濾軟體架構

以「過濾軟體」所建立的架構，係將過濾軟體裝置於用戶端甚至是提供網路存取使用的業者之電腦上，而藉由標示出對於兒童有害之色情言論的網頁而將之過濾，使未成年人無法接收²²⁷。其中最著名的就是PICS（Platform for Internet Content Selection），其係由全球資訊網路協會(WWW；World Wide Web Consortium)所訂定出的技術標準。它將網上內容進行分類，根據色情、裸露、暴力、侮辱等分類標準對網路內容依次分類，將電子標籤植入網頁當中進行標記。

²²⁶ 此圖表係改自洪殷琪，網路色情資訊管制與分級制度之研究，國立台北大學法律系碩士班碩士論文，頁118，2006年。

²²⁷ LESSIG, *supra* note 220, at 254-256.

當使用者瀏覽到這部分資訊時，系統會自動詢問是否繼續。這樣一來，使用者可以根據自己的意願選擇需要瀏覽的資訊。而有一些機構專門做分級的動作，產生很多名單，用軟體將這些名單和瀏覽器結合，就可分級，封鎖住不想看的網站²²⁸。

質言之，其為一種網際網路內容選擇平台，是目前網路上普遍使用的一種分級制度標準（Internet Content Rating Systems）²²⁹。對網上內容進行標記的標準。PICS只是為標記、分級提供一個平台。如果網站所有者想根據PICS自我標記，那麼只需要將一段特殊的命令插入網站的HTML代碼，那麼瀏覽器接收到這一信息後就會根據其中包含的分級信息進行識別和過濾，目前有很多種基於PICS平台建立的分級系統和標準，其中最為普遍的是ICRA（Internet Content Rating Association）創立的分級系統。

2、分區管制架構

其又可分為創設「成年人身分」或是「兒童身分」予以分區管制之情形，其中，前開通訊端正法與兒童線上保護法均要求確認成年人身分的認證機制，即屬創設「成年人身分」之分區管制方法²³⁰，然如前所述，其等於是同時課予發言者與接收言論者確認身分之負擔，反不如交由言論接收者負擔而在上網的瀏覽器中創設「兒童身分」的使用者。

而如何創設「兒童身分」的分區管制架構呢？Lessig教授認為，得在電腦上的瀏覽器中創設「兒童瀏覽模式」（kids-mode-browsing, KMB），並創設一項「對未成年人有害」（harmful to minors, H2M）的標籤（mark），這個標籤會將發言

²²⁸ 郭書姍，歐洲有關網路安全管制之研究，南華大學歐洲研究所碩士論文，頁 21，2008 年 12 月。

²²⁹ 關於 PICS 網路分級制度的運作方式之介紹，可參閱劉靜怡，幾個值得進一步澄清的網路規範根本問題：反省與辯論的開端，律師雜誌，233 期，頁 19-21，1999 年 2 月。

²³⁰ 美國知名的成人識別制聯盟（adult check），已經擁有數萬個各類型的成人網站，要進入這個聯盟內的網站，必須經過刷卡確認自己具備成人身分，來取得進入的密碼。可參閱林政宏、葉正賢著，網路情色報告，頁 173，1999 年 2 月。

者確信有害於未成年人之資訊內容歸類在其中，使得透過「兒童瀏覽模式」上網的使用者無法不得瀏覽「標記」為「對未成年人有害」的任何網頁，以便於未成年人瀏覽網路時，阻擋對其有害之言論²³¹。因此，只要網際網路世界建立起「對未成年人有害」的標籤體系，並且瀏覽器生產商亦將「對未成年人有害」標籤功能嵌入它們的瀏覽器中，那麼家長即得透藉此阻止其孩子接觸到標記為「對未成年人有害」之內容，至於如何使所有網際網路上對於未成年人有害的網頁均標記上開標籤，則屬政府的職責。

3、如何選擇？

對於提出「過濾軟體」與「分區管制」這兩種管制架構，兩者雖然均能達成阻擋或過濾在網際網路上對未成年人有害之資訊，然而前者之缺點在於，其並非提供一個透明的過濾系統，而可能使得過濾的內容超過使用者所希望排除的範圍；而後者雖然是一個侵害較小的手段，但是卻缺乏讓發言者去阻擋訊息接收者的誘因，蓋發言者總是希望有較多的聽眾，而不願去過濾其訊息的接受者²³²。

因此，Lessig教授最後傾向於採取「分區管制」的管制架構，理由在於兩種架構間存在「管制透明度」上的差異，亦即在「分區管制」架構下，當使用者因其身分而被拒絕進入特定網頁時，其可得知受到阻擋之結果；反之，在「過濾軟體」的架構下，當使用者無法看到特定網頁內容時，並無法得知到底甚麼樣的內容遭到阻擋，而無法挑戰受到過濾的結果，因此，在過濾軟體所無可避免的產生「過度過濾」的前提下，我們不應該採取「過濾軟體」的架構，因為當政府有控制言論的利益存在時，應該讓使用者能夠明顯的看到政府的控制措施，故最後

²³¹ LESSIG, *supra* note 220, at 252-254.

²³² *Id.* at 257-258；學者劉靜怡亦質疑，過濾軟體事實上是一種由私人主觀意志所設定的標準，未經大眾同意或審查；並且這些資訊科技之價格並不便宜，而可能對使用者造成額外負擔；最重要的是，如透過政府公權力強制裝設過濾軟體，可能過度侵害個人的言論自由。可參閱劉靜怡，網路世界規範的過去、現在與未來，月旦法學雜誌，37期，頁46，1998年6月。

Lessig乃採取較不具改造性質的架構，也就是讓兒童自行表明身分的分區管制架構²³³。

第五節、總結－美國成人色情言論管制的二元模式

國家對於成人色情言論內容之管制，涉及政府管制目的與言論自由間的價值衡量，基本上，國家並不得對言論內容作管制，然而自從美國聯邦最高法院於 *Roth* 案判決將猥褻性言論列為不受言論自由保障的言論類型以來，國家得對猥褻性的色情言論之內容直接予以管制，而檢討的焦點則轉移到應如何界定「猥褻內容」以及「管制目的」為何的問題上；至於非屬猥褻的其他色情言論內容之管制，原則上法院乃是嚴格審查，使得國家難以直接管制，除非如同 *Young v. Mini Theatre, Inc.* 案判決中並非針對言論內容之傳播效果的管制，否則，即使是對於裸露色情內容之管制，法院均宣告其管制規定乃屬違憲。

並且，由於猥褻性言論與其他色情言論的「管制目的」不同，於管制手段亦存有差異。國家處罰猥褻性言論，係為避免觀看該言論內容造成「社會善良風俗以及性道德感情」之傷害，因此為防止社會大眾觀看或閱讀此種言論，國家自得直接予以全面性的管制，至於其他未達猥褻程度的色情言論內容，法院於 *Ginsburg* 案判決中即肯認國家管制「對兒童有害之內容」之規定乃屬合憲，由此可知，主要係以保護「兒童身心健全發展」作為管制目的，避免兒童觀看對其有害之色情內容對其心靈、情緒或是對性的理解造成負面影響，而以隔絕兒童接近使用這些色情內容作為管制手段，不得全面性的禁止，以免過度侵害成年人接收這些色情言論內容的權利，這也是 *Pacifica* 案判決中，法院認為因為無線廣播媒體具有使兒童容易接近之特質，所以國家享有寬廣的管制空間之原因，也是政府屢屢對於網際網路色情言論內容作管制卻均被宣告違憲的主要因素，蓋由於網際網路的匿名性與便利性，國家難以區別兒童與成年人之瀏覽者而作出隔絕，於

²³³ LESSIG, *supra* note 220, at 258-262.

Reno v. ACLU 以及 *Ashcroft v. ACLU* 案判決中，國家對於網際網路色情言論內容的管制規範均因涵蓋過廣而可能過度侵害成年人接收色情訊息的權利，因此被宣告違憲。

由此來看，如對於美國色情言論管制作一個粗略的理解，可以將其劃分為二元模式，原則上國家並不得對色情言論內容為管制，但基於避免社會善良風俗以及性道德感情之傷害，得禁絕猥褻性言論；而為防止兒童接觸色情內容而對其身心健康造成傷害，國家得以有效的隔絕手段對有害兒童的色情言論進行管制。

最後，以上二元模式管制係針對以「成年人」為色情描述對象之色情言論，對於這類色情內容，如果涉及妨害社會風俗與性道德感情之內容時，國家得予以禁絕，而如果其觀看與閱聽會對兒童造成傷害時，國家須隔絕其接觸此類訊息，故這些色情內容所造成的傷害均來自於「觀看」本身。但是，當色情所描述的對象為「兒童」時，亦即其所呈現的內容乃屬未滿十八歲之兒童及少年的「兒童色情」內容時，此時，不光是「觀看」本身將造成傷害，該「兒童色情」內容的「製造過程」，幾乎必然含有兒童的性虐待與剝削行為，此時，如何衡量兒童保護與言論自由之保障將會是個難題。是故，下個章節，本文將針對美國法上如何處理「兒童色情」言論之管制議題，作出介紹與評論。

第三章 美國法上「兒童色情言論」管制的憲法

議題

第一節、「兒童色情言論」的憲法地位

本節藉由介紹美國聯邦最高法院早期奠定「兒童色情言論」憲法地位的 *Ferber* 案以及 *Osborne* 案判決，勾勒出避免兒童受到性虐待或剝削之言論製造傷害的政府利益，「兒童色情」乃屬不受言論自由保障之言論類型，為消滅兒童色情製造行為的市場環境（整體兒童性剝削的配送鏈），使得處罰「行為態樣」擴張至「持有行為」。

壹、*New York v. Ferber* 案判決(1982)

一、事實與法律

於 1980 年代，以兒童作為色情性剝削之對象逐漸興盛而成為一個嚴重的社會問題，美國聯邦政府與各州均開始制定對於「兒童色情」的相關管制規範，其中有多達 20 個州甚至處罰僅是描述未成年人的「明顯性意味行為」（*Sexual explicit conduct*）但未達猥褻的色情資訊，使得「兒童色情」言論的議題脫離傳統上對於「猥褻」言論的規制而自成一格。

本案所涉及的紐約州即屬上開 20 個州的其中之一，該州的刑法第 263 條第

15 項訂有處罰「促進」兒童色情言論之規定，其內容如下¹：

「任何人明知其特性和內容而製造 (produce)、指示 (direct) 或促進 (promote) 含有未滿十六歲兒童任何帶有性意味行為 (sexual conduct) 之任何表演，觸犯促進兒童為性表演之罪。」

該條亦將條文中的「促進」一詞，定義為²：

「促成 (procure)、製造 (manufacture) 發行 (issue)、販賣、給予、提供、借貸、郵寄、傳遞、轉移、改變 (transmute)、出版、分配、散布、表現、展示、廣告，或是要求或同意再次行為。」

而本案中，一位在曼哈頓販賣色情刊物之書店經營者 Paul Ferber，則因販賣兩卷描繪青少年男孩自慰的影片給兩位秘密警察，而被依上開罪名起訴，地方法院並判決 Ferber 違反「促進兒童色情言論罪」，其雖同時也被起訴違反促進猥褻言論罪，但該部分因法院認定並無足夠證據證明影片內容乃屬猥褻而獲判無罪。然而本案上訴至紐約州上訴法院時，該院則認為「促進兒童色情言論罪」之處罰範圍已並非猥褻之標準所涵蓋，故應受憲法言論自由之保障，而認定系爭規定一方面僅處罰以視覺描繪之兒童性行為而未包括其他同具危險性之活動，而屬涵蓋過窄；另一方面其處罰亦未排除含有醫學或是教育書籍等非具有猥褻目的之內容者，乃屬涵蓋過廣，故違反言論自由之保障。而後政府上訴至聯邦最高法院，因而作成 *New York v. Ferber*³ 之經典判決。

¹ McKinney's Penal Law § 263.15

² McKinney's Penal Law § 263.00(5).

³ 458 U.S. 747 (1982).

二、判決與理由

(一)、將「兒童色情」界定為不受保障之言論類型：

由White大法官主筆的聯邦最高法院判決，其首先認為自*Chaplinsky*案判決認定猥褻不受言論自由保護以來，歷經*Roth*案以及*Miller*案所提出的猥褻判斷標準，均係就保障「非自願接收猥褻言論的閱聽者」的政府利益以及「限制言論內容」所固有的檢查制度所帶來的危害間所作的利益衡量，如以這種衡量模式來看，本案所涉及的規定將不必要的賦予言論自由過度的負擔，而將天平傾向於限制言論自由的一端。然而，White於本案中則認為政府對於兒童色情言論的管制享有較寬廣的規範空間⁴，而將「兒童色情」界定為不受保障之言論類型。其理由有以下五點：

1、保護兒童具備急迫重大的政府利益

從系爭規定的立法目的與過去許多判決先例來看，對於保障未成年人身心健全發展並防止兒童免於性剝削與虐待乃是相當急迫且重要的政府利益，是故這些基於防止傷害兒童及未成人之身體、情緒以及心理健康而禁止或是打擊兒童色情之製造的法律規定，對其立法判斷我們不應該作事後批評（second-guess），而應認為其能夠通過言論自由之檢驗⁵。

2、散布行為和兒童性虐待間具有因果關係

散布兒童色情資訊的行為和兒童性虐待間具有本質上因果關係，其理由有二，其一，此種色情資訊的製造乃是對於兒童的參與過程留下永久記錄的傷害且此傷害將隨該色情資訊的流通而劇烈惡化；其二，如果我們希望能夠有效地約束那些

⁴ *Id.* at 756.

⁵ *Id.* at 756-758.

對兒童為性剝削而製造出來的色情資訊，就必須切斷後續散布兒童色情資訊的聯結網絡，因為相當多的著作與證據支持立法者確信，製造色情資訊的產業是在低調且秘密的環境下進行，所以為了在市場中交易這些資訊必須要有個明顯的管道去作散布，故僅僅處罰那些製造兒童色情圖片或影像者，就希望達成終止對於兒童的剝削的目的是相當困難的，處罰販賣、廣告、促進這些兒童色情資訊者係為了更有效的打擊兒童性剝削之問題⁶。

3、廣告或販賣兒童色情言論本身亦屬違法行為的一部分

廣告或販賣兒童色情言論為「製造兒童色情行為」提供經濟上的動機而成為該（製造兒童色情行為）整體的一部分，而屬違法行為。而憲法上言論自由之保障並不能延伸至「構成整體違反現行法之犯罪行為一部分的言論或文字」⁷。

4、兒童色情本身並無重要價值

允許性表演或複製（reproduction）兒童從事淫蕩（lewd）性活動之圖片等行為的價值並不甚重要，法院認為此種視覺描繪兒童之性表演或展示其性器官的言論不太可能構成重要或必要的文學、科學或教育價值，況且，本案的前審法官亦認為，如果「兒童色情」的展現真有其文學或藝術價值之必要性，則以「符合法定年齡而看似年輕的成年人」偽裝成「兒童」之替代方式來達成，毋寧是實際上更為可行（more realistic）之辦法⁸。

5、認定兒童色情不受言論自由保障並未違背先例

⁶ *Id.* at 759-760.

⁷ *Id.* at 761-762；對此本判決之註釋 14 中及援引兩個判決作為佐證，於 *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U.S. 490 (1949) 案中，聯邦最高法院認為勞工工會發起而被該州法院宣告無效的杯葛行為得受到限制；而於 *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm'n on Human Relations*, 413 U.S. 376, 93 S.Ct. 2553, 37 L.Ed.2d 669 (1973)案中，法院則對於以性別專欄作為徵才廣告的分類而違法助長性別歧視的報紙所發的禁制令，維持其合憲性。

⁸ *Id.* at 762-763.

法院認為將「兒童色情」歸類為不受言論自由所保障之言論內容，並不會與法院先前許多判決有所矛盾。因此，基於「兒童色情」言論乃避免兒童沉重且遍佈地承受這種成為色情製造的客體之情形，在利益衡量之下法院乃將之界定為不受保障之言論類型⁹。

(二)、本案並不適用 *Miller* 案之猥褻標準

法院認為「兒童色情」和「猥褻」相同而被排除於言論自由之保障，然而對於「兒童色情」之內涵仍必須以州法作出適當的定義，以利個案的解釋與適用。質言之，為了打擊此種「兒童色情」所造成的傷害，各州基此所制定的處罰規定，必須限制在對於具體年齡之「兒童」從事其視覺描述的「性行為」(sexual conduct) 之內容，亦即，我們必須適當的限制及描述此種「性行為」之類型¹⁰。

這種處罰「兒童」從事其視覺描述的「性行為」並不適用*Miller*案所提出的猥褻標準，蓋其不需要使一般人足以訴諸情慾興趣，且其描述亦無須造成明顯冒犯感，亦不用整體觀察其內容。並且，法院亦強調，如以散布或以其他方式描述「性行為」，但並非涉及以視覺呈現性表演或圖片及其再現形式之言論，仍在言論自由所保障之範圍¹¹。

(三)、系爭規定是否涵蓋過窄 (underinclusive) ?

而本案紐約州刑法第 263 條第 15 項的處罰「促進」兒童性表演罪，其中該法對於「性行為」(sexual conduct) 乃定義為：「實際或模仿的性交、悖離常軌的

⁹ *Id.* at 763-764.

¹⁰ *Id.* at 764.

¹¹ *Id.* at 765.

性交、人獸交、自慰、性虐待或淫蕩的展示性器官」¹²，其足夠精確與表示其行為之類型，其核心的內涵更得被界定為「猥褻」；而所謂「表演」(performance)則僅限於視覺表現而展示遊戲、動畫、圖片或跳舞等行為¹³，故法院認為系爭規定足堪明確，而並無「涵蓋過窄」之情形¹⁴。

(四)、系爭規定是否涵蓋過廣 (overbroad) ？

處罰「促進」兒童性表演罪之規定所規制之範圍主要乃針對硬蕊(hard core)的兒童色情部分，但上訴法院仍然認為該規定亦可能處罰到受言論自由所保障而具有教育、醫學或藝術價值的言論，然而，聯邦最高法院嚴重的懷疑此項論點，認為系爭規定所處罰的「兒童色情」範圍雖可能擴及某些不應包含的範圍(具有上開價值的言論)，但那僅是在兒童色情中佔有相當少數(tiny fraction)的情形，況且我們也不應該去假設紐約州的法院將會擴張該規定這樣至如此不合理的適用結果，故法院最後認為系爭規定並無實質上涵蓋過廣，而屬合憲¹⁵。

三、相關意見書

(一)、O'connor 大法官協同意見書

O'connor 大法官同意多數意見的結論，並且其特別強調多數意見並未採納「系爭規定必須將具有『重要藝術、科學或教育價值』的內容排除於外」的訴求，亦即，多數意見認為只要散布描繪兒童明顯性意味行為之言論僅得予以禁止，而

¹² McKinney's Penal Law § 263.00(3).

¹³ McKinney's Penal Law § 263.00(4).

¹⁴ 458 U.S. 747, at 765.

¹⁵ *Id.* at 773.

不須考量該言論的描述內容是否具有「社會價值」，舉例而言，一項描繪 12 歲之男童自慰的圖片，無論社會上認為該圖片是否具有「教育」之價值，均會對該男童造成相同的心理傷害，質言之，觀眾對於該言論之評價該規定所主張保護兒童身心健全發展的目的並不具有相關性¹⁶。

此外，如對於系爭規定排除『重要藝術、科學或教育價值』的內容，將實際上增加（不被言論自由保障所喜好的）言論內容管制的機會，本案規定並未意圖壓抑特定言論思想之傳達，其容許有關兒童性行為的言論，而僅是禁止那些實際上得以「符合法定年齡而看似年輕的成年人」偽裝成「兒童」之方式，以達成描繪「兒童色情」內容之情形，亦即，此項規定係為意圖禁止兒童作為性表演之對象以保護這些兒童免於性剝削，而並非限制（兒童色情）言論之思想¹⁷。

但另一方面，由於該規定禁止描述並未事實上造成威脅的傷害而相當可能涵蓋過廣，舉例而言，醫學課本中所展現的臨床青少年性特徵之圖片，即並非涉及系爭規定所欲處罰的兒童性剝削或虐待之情形，也並不會為兒童色情市場提供動力，然而，O'Connor 大法官最後仍然認為，系爭規定雖然無法相當必要的達成避免兒童性剝削或虐待之立法目的，然而該規定僅潛藏涵蓋過廣的可能性，而並無充分的理由能夠擔保其違憲之結論¹⁸。

(二)、Brennan 與 Marshall 大法官協同意見書

由 Brennan 大法官主筆的協同意見書，雖然大致同意多數意見之見解，但是同樣針對系爭規定是否必須將具有「重要藝術、科學或教育價值」的內容排除於外的問題表達其不同於多數意見之看法。

Brennan 認為適用本案規定時，如個案中涉及描述具有重要藝術、科學或教

¹⁶ *Id.* at 774-775 (O'Connor, J., concurring).

¹⁷ *Id.* at 775.

¹⁸ *Id.*

育價值的兒童色情時，將會違反言論自由之保障。多數意見雖然基於「兒童色情」不具有社會價值且存在急迫重大的政府利益得為管制等兩點理由，使其不受言論自由之保障，而使政府得有更多的管制空間，但是當系爭規定限制具「重要藝術、科學或教育價值」的兒童色情，且該限制具有上開價值之言論內容，亦非屬急迫重大的利益。多數意見僅著重於「兒童色情」對於兒童的參與與該資訊的流通可能對其造成的永久傷害，反而忽略該言論本身具有的價值。簡而言之，**Brennan**認為那些描述對於社會具有重要文學或科學價值的兒童色情言論卻被當然排除於言論自由所保障的範圍之外，是相當難以想像的¹⁹。

(三)、Stevens 大法官協同意見書

Stevens大法官同時反對本案多數意見假定系爭規定所處罰的「兒童色情」範圍僅是在兒童色情中佔有相當少數（*tiny fraction*）的情形，亦不贊成本案上訴法院認定系爭規定並未排除具有重要價值之言論內容而涵蓋過廣之見解。而提出一項較為保守的方式而得充足的維護政府保護兒童之利益並且對於言論自由的侵害更加輕微。其認為於本案中避免運用「涵蓋過廣」原則，而應將該問題延期至該規定之適用涉及「重要藝術、科學或教育價值」時再予以決定，將更加注重其性質（*qualitative*）而非數量（*quantitative*），當運用傳統的法則難以判決本案系爭規定的合憲性時，必須要有更精細的操作，如僅從其本質上作判決將是危險且可能造成不可預料的錯誤，反不如仰賴個案（*case-by-case*）個別作決定²⁰。

是故，**Stevens**最後雖然並不贊同多數意見認為系爭規定所涉及的「兒童色情」全然不受言論自由之保障，但仍同意不受保護的邊緣言論並不會因特殊的個案情形（處罰到具有重要價值的兒童色情言論時）而違反涵蓋過廣原則²¹。

貳、*Osborne v. Ohio* 案判決（1990）

¹⁹ *Id.* at 776-777 (Brennan, J., concurring).

²⁰ *Id.* at 779-780 (Stevens, J., concurring).

²¹ *Id.* at 781.

一、事實與法律

本案係起因於俄亥俄州一項處罰「持有或觀賞兒童色情」之法律規定²²，其內容如下：

任何人不得持有或觀賞展示非其子女或受監護之未成年人的裸露內容或表演，除非有以下例外情形：

(a)、該內容或表演係被販賣、散布、陳列、持有、管理、產生、導致其產生或呈現真實的 (bona fide) 藝術、醫學、科學、教育、宗教、政府、司法或是其它正當目的，給予醫生、心理學家、社會學家、科學家、教師、追求真實的學習或研究者、圖書館員、牧師、檢察官、法官或其他對於該裸露內容或表演有正當利益者。

(b)、任何人知悉未成年人之父母、監護人 (guardian) 或看管人 (custodian) 已同意該拍照的作品或是未成年人裸露內容之使用以及該內容之利用及傳遞方式。

並且，本法亦對於上開規定的「裸露」 (nudity) 作出如下定義²³：

演出、表現或展示男性或女性的性器官、陰部、並未完全不透明遮掩其臀部及乳頭以下的胸部以及雖有遮掩但可辨別其腫脹狀態的男性性器官。

本案例中，被告Clyde Osborne即因為俄亥俄州的警察合法搜索其家中時，發現四張裸露的青少年男性擺出明顯性意味行為姿勢的照片，而依上開「持有兒童色情」之規定，判處六個月有期徒刑。對此，俄亥俄州的上訴法院以及最高法院均維持其有罪判決，並認為系爭規定並未涵蓋過廣而違反言論自由之保障，蓋該規

²² Rev.Code Ann. § 2907.323(A)(3) (Supp.1989).

²³ Rev.Code Ann. § 2907.01(H) (Supp.1989).

定僅適用於色情的展示行為且亦要求「故意」(scienter)的主觀構成要件。最後，本案上訴至聯邦最高法院，作成*Osborne v. Ohio*²⁴案判決。

二、判決與理由

(一)、本案應與 *Stanley* 案作出區別

本案係由撰寫 *Ferber* 案多數意見的 White 大法官繼續主筆「兒童色情」言論之問題，其開宗明義即點出本案問題的開端在於：禁止持有及觀賞兒童色情言論之規定應屬合憲，抑或是如同被告所抗辯的，應適用聯邦最高法院於 *Stanley v. Georgia* 案判決中，認為處罰單純「持有」猥褻色情侵犯 (impinge) 個人於家中接收資訊的隱私權而屬違憲之見解，援引於本案而認定違憲？

對此，White大法官顯然同意前者之看法，認為對於*Stanley* 案應作限縮理解而與本案涉及「兒童色情」之規範情形有所不同，蓋本案之所以系爭禁止持有「兒童色情」規定所欲維護之政府利益明顯優於在*Stanley* 案之法律的管制目的，質言之，*Stanley* 案中禁止持有猥褻色情資訊之目的在於避免「敗壞觀賞者之心靈」(poison the minds of its viewers)；然而本案禁止持有兒童色情資訊之目的，則並非為避免該言論內容汙染被告(本案的Osborne)的心靈，而毋寧是基於保護兒童色情下的受害者(protect the victims of child pornography)，其處罰乃希望終結利用兒童作為性剝削的市場環境²⁵。

是故，在瞭解保護兒童免於性剝削的重要政府利益之後，我們無法去非難本案俄亥俄州此項為了摧毀兒童性剝削惡行的整個「配送鏈」(distribution chain)，因此，White大法官援引並更加擴張在*Ferber*案所提出之見解，認為由於更多兒童色情資訊之製造行為轉至地下祕密進行，因此政府僅僅處罰兒童色情的「製造

²⁴ 495 U.S. 103 (1990).

²⁵ *Id.* at 108-109.

行為」以及「散布行為」勢必難以達成保護兒童之目的，所以政府有必要將「持有行為」亦列入管制的範圍之內²⁶。

此外，亦有其他利益得以支撐本案系爭規定的處罰目的，其一，於*Ferber*案中曾提及兒童色情言論應受管制，其中一個理由是為避免此種資訊的製造乃是對於兒童的參與過程留下永久記錄的傷害，本案規定禁止持有或觀賞兒童色情正是希望消滅這些造成傷害的資訊；其二，禁止持有兒童色情資訊的另一個理由乃因為有相當證據顯示，許多戀童癖者（pedophiles）²⁷會利用這些色情圖片引誘其他兒童進行性行為之活動。綜合上述持有或觀賞兒童色情之重要政府利益，White認為系爭規定禁止上開內容應屬合憲之管制目的²⁸。

（二）、本案是否違反涵蓋過廣原則？

本案被告亦抗辯即使系爭規定得合憲規範持有及觀賞兒童色情言論，由於該規定之內容處罰範圍包含言論自由所保障的行為態樣，違反涵蓋過廣原則。對此，White大法官贊同俄亥俄州最高法院之見解，認為系爭規定僅處罰持有或觀賞涉及「色情的展示或重點描繪性器官」，且被描繪的對象並非「行為人的子女或受監護之人」，故在此操作下，將可避免處罰那些「無害的」（innocuous）兒童裸體內容，而不會違反上開原則之要求。本案之不同意見書雖主張系爭規定將會禁止親戚持有或觀賞未穿衣服的嬰兒圖片，然而White認為其並不符合兒童「色情的展示或重點描繪性器官」之要件，而並不會受到本規定之處罰²⁹。

²⁶ *Id.* at 110-111.

²⁷ 所謂的戀童癖者（pedophiles），依據美國衛生與公共服務部（department of health and human services）之定義，係指對於兒童具有根本性的情慾興趣之人。See Jan LaRue, *Online Pornography is Harmful*, in *ONLINE PORNOGRAPHY 26* (EMMA CARLSON BERNE eds. 2007).

²⁸ 495 U.S. 103, at 111.

²⁹ *Id.* at 112-115.

(三)、本案是否違反正當程序之要求？

被告最後則抗辯其有罪判決因為被未清楚闡述系爭規定的每個構成要件而違反正當程序（due process），蓋根據俄亥俄州最高法院之見解，系爭規定之該當，政府必須證明行為人主觀上有故意且客觀上持有「色情的展示或重點描繪性器官」之兒童色情資訊，然而陪審團卻並未被闡明（instructed）必須滿足上開構成要件方得判決有罪。對此，政府雖不否認其遺漏上述闡明之程序，但仍主張被告未於審判程序中抗辯上開程序瑕疵乃屬權利之放棄，而White大法官最後為確保被告係確實符合上開構成要件而被定罪，故將本案有罪判決撤銷發回更審³⁰。

三、相關意見書

(一)、Blackmun 大法官協同意見書

Blackmun 大法官雖同意多數意見之結論，但針對本案是否違反正當程序要求之問題，則贊同 Brennan 大法官主筆的不同意見書之見解，認為法院並未向陪審團闡明系爭規定必須滿足之構成要件所違反之程序要求，與被告是否確於審判庭上提出上開程序抗辯無關。

(二)、Brennan、Marshall、Stevens 大法官不同意見書

主筆的 Brennan 大法官雖然同意多數意見撤銷發回的判決結果，但主張系爭規定之處罰範圍乃屬涵蓋過廣，且禁止處罰單純持有色情言論之意旨亦於先前的 Stanley 案中闡明，而提出不同意見。

1、本案系爭規定違反涵蓋過廣原則

³⁰ *Id.* at 122-126.

Brennan指出系爭規定僅以「裸露內容」作為兒童色情言論之定義，惟許多判決先例均清楚的闡述單純的「裸露」言論並不排除於言論自由之保障範圍外³¹，故諸如孩童露出臀部、戰爭生存的裸體嬰兒之照片以及固有裸露文化的影像等，均在該規定的處罰範圍之內。並且該規定兩項除外條款亦未涵蓋明顯應被許可的商業用的流行照片之傳播以及親友間的照片交換等事項³²。

並且，多數意見僅以簡短的篇幅援引 *Ferber* 案判決見解即化解掉被告對於系爭規定違反涵蓋過廣原則之爭論，Brennan 大法官認為並未解決問題，亦沒有注意到本案與 *Ferber* 案之間存在決定性的不同之處。亦即，系爭規定以「色情的展示」和「重點描繪性器官」作為判斷標準，其處罰範圍顯較 *Ferber* 案所涉及之規定來的廣泛，不僅無法通過涵蓋過廣原則之檢驗，甚至還製造「模糊性」(vagueness) 的問題。

首先，*Ferber* 案之法規並未採取「重點描繪」兒童色情內容此項寬鬆的判斷標準，其次，本案規定所處罰內容係針對色情的展示「裸露內容」而非 *Ferber* 案的色情展示「性器官」，顯然本案處罰範圍乃較為寬廣；甚至其本法規定處罰「並未完全遮掩的臀部或胸部」，使得穿著半透明時裝走秀的模特兒亦可能觸法。是故，系爭規定對於之處罰實已超出 *Ferber* 案所處理的兒童色情言論之範圍³³。

其次，俄亥俄州最高法院一方面主張「兒童色情」並不等於「猥褻」，卻又未對何謂「色情的」(lewd) 展示裸體內容作出界定；至於何謂「重點描繪」兒童的性器官，亦涉及觀察者對於照片中呈現方式的主觀評價，且僅僅重點般的描繪「裸露」內容，應屬言論自由所保障之範圍，如此處罰規定將造成諸如人體彩繪女性身體、孩童裸體於沙灘上奔跑或是於浴缸洗澡等照片，均可能因拍攝之角

³¹ 其引用相當多的判決，其中最近的一號判決即為本文前開介紹過的 *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975). 於該案中，聯邦最高法院乃宣告一項禁止露天汽車電影院於公用街道播放含有「裸露男性或女性臀部、陰部地帶及女性乳房」等「非屬猥褻」之裸露影像的法令規定乃屬違憲。

³² 495 U.S., at 127-128 (Brennan, J., dissenting).

³³ *Id.* at 131-132.

度或位置而被認定為重點描繪裸露的內容³⁴。

2、本案應適用 *Stanley* 案之見解

即使系爭規定並未違反涵蓋過廣原則，*Brennan*認為多數意見將本案與*Stanley*案作區別並把論述重點放在*Ferber*案判決上是錯誤的。蓋*Stanley*案判決宣告禁止於家中私自持有猥褻出版品之規定乃屬違憲，理由為：「言論自由之保障意旨在於國家無權決定人民坐於家中時應該觀看什麼書籍與影片」，而本案被告正是於自家臥室的書桌抽屜中被搜索出四張兒童色情照片而因此被定罪，且並無證據證明這些照片已經用作商業使用或散布，而僅是收藏於存放被告私人生活的相簿之中。反而在*Ferber*案判決中，法院僅認為「製造」及「散布」兒童色情言論之行為不涉及言論自由之保障問題，並未將行為類型延伸至「持有」行為，政府有權規制製造及散布此種言論之行為並不能導出其有權處罰「持有」行為。換言之，*Brennan*認為*Stanley*案區別「持有行為」與「其它管制行為態樣」之見解仍應為法院所支持，政府對於兒童色情之製造與散布得如同猥褻言論般的予以管制，但並不包括對單純持有行為的處罰³⁵。

3、關於違反正當程序之部分

最後，*Brennan*雖同意多數意見撤銷發回被告有罪判決之結論，但特別強調其並不贊同由於被告並未於事實審審判中抗辯未告知陪審團官於本案規定的構成要件即屬被告權利之放棄，在其看來，兩者並不相關³⁶。

參、上述兩則判決所建構的兒童色情言論之管制框架

³⁴ *Id.* at 133-139.

³⁵ *Id.* at 140-141.

³⁶ *Id.* at 145-146.

一、「兒童色情」乃屬不受言論自由保障之言論類型

影響後來兒童色情管制方向的 *Ferber* 案提出一項重要的憲法觀點，認為「兒童色情」本身，既使其非屬猥褻言論，仍為不受憲法言論自由保障之言論類型，這也是聯邦最高法院第一次在並無任何不同意見之情況下作成「將某種言論類型排除於言論自由保護之外」的判決，說明此項見解乃是當時九位法官的共識決定。

正如 Brennan 大法官於協同意見書中所論述的，本案多數意見主要係基於「兒童色情」幾乎不具有任何重要的社會價值（*slight social value*），且政府保護兒童免於性剝削與虐待之管制目的具有急迫及重要性³⁷，方認為「兒童色情」不受言論自由之保護³⁸。質言之，本案係採取「定義性衡量」（*definitional balancing*）之方式，認為系爭規定保障兒童身心健全之公益目的於利益衡量上明顯優於兒童色情言論本身之價值，而得出「兒童色情」之言論類型排除於言論自由保障範圍之外的結論³⁹。

³⁷ 有學者統整關於保護兒童的立法目的，大致有以下四種公認的政府利益：(1)、政府保障人民的健康、安全、道德以及福祉；(2)、國家親權主義（*parens patriae*）下對於未成年人的利益；(3)、支持家長照顧其子女的權利的利益；(4)、維護與強化親子關係的利益。See William Green, *Children and Pornography: An Interest Analysis in System Perspective*, 19 VAL. U.L.REV. 441, 444(1985).

³⁸ 458 U.S. 747, at 776 (Brennan, J., concurring).

³⁹ SULLIVAN M. KATHLEEN & GERALD GUNTHER, *FIRST AMENDMENT LAW* 124 (2010); Schauer 教授更是提出光譜式的四種不受言論自由保障的路徑，包括(1)、僅對言論的附帶限制，而非內容限制；(2)、不在言論自由保障範圍之內（例如猥褻及偽證言論）；(3)、具有優於言論自由的利益存在；(4)、該言論內容乃屬低價值言論，並詳細的分析於 *Ferber* 案及 *Osborne* 案中占有決定性地位的是上開第四種路徑，認定兒童色情言論為低價值言論而不受言論自由之保障。See Frederick Schauer, *Codifying the First Amendment: New York v. Ferber, The Supreme Court Review*, Vol. 1982, 298-305 (1982).

二、兒童色情言論之界定與處罰範圍

在提出兒童色情言論不受憲法保護之後，*Ferber*案更進一步界定「何種」言論之內容才是不受憲法言論自由所保障的兒童色情言論，法院要求兒童色情必須是：「對於具體年齡之『兒童』從事於視覺描述的『性行為』內容」(visually depict sexual conduct by children below a specified age)⁴⁰。但是此項定義在後來的*Osborne*案判決中隨即引起爭議，因為該案所涉及的規定係限制兒童從事於「裸露」之內容或表演，似乎較*Ferber*案判決的處罰範圍更加廣泛，故Brennan、Marshall、Stevens大法官於該案的不同意見書方指出該案已違反涵蓋過廣原則之要求。惟在後來聯邦所制定的法規當中，明顯受到*Ferber*案判決影響，而以「明顯性意味行為」當作兒童色情之處罰範圍。

此外，在*Ferber*案判決中，三份協同意見書雖均同意多數意見之結論但仍舊爭執的一項問題是，本案「促進兒童色情言論罪」是否實質上違反涵蓋過廣原則之要求，其中，O'Connor大法官點出其中的癥結點乃在於：系爭規定未將具有『重要藝術、科學或教育價值』的內容排除於外，是否將導致其處罰範圍延伸至言論自由所保障的言論內容而違憲？對此，本案多數意見以系爭規定係為維護急迫重大的政府利益，且具有上開價值的言論僅在兒童色情中佔有相當少數(tiny fraction)的情形，在「兒童色情」不受言論自由保障的論證前提下，認為本案並未「實質」違反涵蓋過廣原則。然而Brennan大法官則認為如該規定之處罰如涉及描述具有重要藝術、科學或教育價值的兒童色情時，將會違反言論自由之保障；Stevens大法官則傾向採取個案解決之方式，認為應將該規定是否涵蓋過廣

⁴⁰ 458 U.S. 747, at 764；惟亦有認為*Ferber*案判決並未試圖定義何謂不受言論自由所保障的「兒童色情」，而僅是認為紐約州系爭規定對於兒童色情之描述與處罰乃屬合憲。See ERWIN CHERMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLE AND POLICIES 989 (2002)，但即使法院並為名問對於「兒童色情」作界定，但至少本案判決劃出了一條界線，認為涉及具體年齡之兒童從事視覺描述的性行為內容並非憲法言論自由所保障之範圍，無論該內容是否即完全等於「兒童色情」之內容。

的問題留待涉及「重要藝術、科學或教育價值」之「兒童色情」案例時再予以判決。

Schauer教授亦指出，本案多數意見認為系爭規定本質上乃屬合憲，而並未對該規定可能處罰涉及重要價值的兒童色情言論之情形提出解決方法，此將過度的犧牲表達藝術或教育目的之兒童色情論者之權利，故當遇到此類案件時，法院應該本於言論自由之保障而建立一套「確認抗辯事由」(affirmative defense)，使散布帶有重要價值的兒童色情言論者能夠免於處罰⁴¹。

三、處罰「行為態樣」的擴張

Ferber 案判決不但界定出兒童色情言論(不受言論自由保障的)內容與處罰範圍，更對於處罰的「行為態樣」作出闡述。質言之，基於避免兒童遭受性剝削與虐待的管制目的，政府得以處罰「製造」兒童色情的行為本身，蓋該行為本身即為造成兒童性剝削的本質內涵，至於，得否延伸的去處罰「散布」或其他促進兒童色情的行為，法院認為如果希望有效約束「製造」兒童色情的行為，就必須切斷後續散布兒童色情資訊的聯結網絡，亦即，要消滅兒童色情的製造行為，就必須連帶除去後端具有商業利益的「配送鏈」(distribution chain)，故得擴張處罰販賣、廣告、散布、促進之行為。

然而，在*Osborne*案判決，主筆的White大法官擴張其在*Ferber*案見解，認為政府僅處罰兒童色情的製造以及後端的販賣、廣告、散布、促進之行為難以達成上開目的，而必須將「持有行為」亦列入整個兒童性剝削的「配送鏈」之中，亦即，避免兒童性虐待與剝削之目的，不但得以作為處罰兒童色情言論之散布行為之根據，亦足以正當化其持有行為的可罰性⁴²，而與*Stanley*案中認為政府處罰

⁴¹ Schauer, *supra* note 39, at 297-298.

⁴² 除了避免兒童性剝削這項急迫重要的政府利益之外，法院亦舉出處罰持有行為的其他利益作為補充其一是避免對於兒童在參與兒童色情內容的製造過程中留下永久記錄的傷害；其二是避免戀童癖者利用這些言論去引誘其他兒童進行性行為。

持有猥褻色情物品乃屬違憲之見解有所扞格，也使得「兒童色情言論」之管制空間甚至得較同屬不受言論自由所保障的「猥褻性言論」之管制要來得寬廣。況且，對於單純持有行為的處罰，已將對於兒童的淫慾思想與兒童性剝削的行為間畫上等號，難脫思想處罰人民的「思想」之嫌疑，而混亂幻想與行為之間的差別⁴⁴，是故Brennan、Marshall、Stevens大法官於*Osborne*案判決的不同意見書仍堅稱應該維持*Stanley*案區別「持有行為」與「其它管制行為態樣」之見解，學者亦指出，*Stanley*案判決已經表示即使是不受言論自由所保障的猥褻性言論，持有該言論之人仍得享有獨自在家中觀賞的隱私權，而在*Osborne*案的利益衡量中，過份強調兒童色情言論背後所造成的兒童性虐待與剝削，而顯然稀釋掉行為人的隱私權⁴⁵。

四、小結

綜上所述，此兩則聯邦最高法院之判決，基於保護兒童免於性剝削與虐待的重大公益目的，將「兒童色情」建構成一項不受言論自由所保障的言論類型，並且，管制兒童色情言論所關注的是其製造過程現實上對於兒童的性剝削行為，而並非該言論本身所欲傳達的思想與內容⁴⁶，此與前述政府管制「猥褻性言論」與「色情言論」係在避免非自願的觀眾或未成年人閱聽到此類言論內容之目的有所不同，也正是*Ferber*案及*Osborne*案中均以「整體兒童性剝削的配送鏈下的所有行為」作為管制與處罰之對象，而並不排除具有重要價值之兒童色情言論內容以

⁴³ 自 *Osborne* 案判決作成後，直至 1994 年止，美國已有 26 個州明文處罰持有兒童色情言論之行為，由此可見 *Osborne* 案判決對於各州處罰持有兒童色情內容之犯罪行為乃是關鍵性的因素。See David B. Johnson, *Why the Possession of Computer-Generated Child Pornography Can Be Constitutionally Prohibited*, 4 ALB. L.J.SCI. & TECH. 311, 316(1994).

⁴⁴ Alexander Cockburn, *Possession of Child Pornography Is Punished Too Harshly*, in CHILD PORNOGRAPHY 27-28 (AMANDA HIBER eds. 2009).

⁴⁵ Lisa Smith, *Private Possession of Child Pornography : Narrowing At-Home Privacy Rights*, 1991 ANN. SURV. AM. L. 1011, 1033-1034 (1993).

⁴⁶ O'Connor 大法官於 *Ferber* 案的協同意見書即已作出此項觀察。See 458 U.S. 747, 775 (O'Connor, J., concurring).

及將處罰行為態樣擴張至持有行為的緣故。

第二節、虛擬兒童色情言論的管制難題

壹、聯辦法規的制定與問題提出

當各州均開始處罰兒童色情言論時，美國聯邦政府亦開始處理「兒童色情」的議題，根據國會調查報告之結果，美國已有數百萬具有一定規模的地下工廠正剝削著數以千計的兒童以製作兒童色情內容，而於 1977 年制定「兒童性剝削防制法」(Sexual Exploitation of Children Act in 1977)⁴⁷，處罰商業性的製造及散布任何以視覺或印刷方式 (visual or print medium) 呈現未滿 16 歲之未成年人從事明顯性意味之行為。

然而，兒童性剝削防制法在聯邦政府的實際運作上並未發揮其價值⁴⁸，為了回應該法規的缺陷以及聯邦最高法院（於 1982 年作的）*Ferber*案判決之見解，國會於 1984 年通過「兒童色情防制法」(The Child Pornography Act of 1984)⁴⁹，刪除兒童色情言論之處罰規定中要求須符合 *Miller* 案判決之猥褻要件，並將未成人之年齡限制由 16 歲提升至 18 歲，並且，由於許多兒童色情言論的交易並非為謀取利益，此項法案亦刪除製造及散布行為須具備販賣意圖之要求。根據 *Ferber* 案之意旨，國會更將原本規定「以視覺或印刷方式」(visual or print medium) 修改為「以視覺描述」(visual depiction) 來呈現。該法並於 1986 年⁵⁰增訂處罰

⁴⁷ Pub. L. No. 95-255, 92 Stat. 7 (1977).

⁴⁸ 根據美國司法部的色情委員會所作報告指出，該法施行後僅有一名行為人因為製造兒童色情內容而受到系爭規定之處罰。See ATTORNEY GENERAL'S COMMISSION ON PORNOGRAPHY: FINAL REPORT 604 (1986).

⁴⁹ Pub. L. No. 98-292, 98 Stat. 204 (1984).

⁵⁰ Pub. L. No. 99-628, 100 Stat. 3510 (1986).

廣告兒童色情言論之行為，以及違反規定時的民事損害賠償責任。四年後，隨著聯邦最高法院作出*Osborne*案判決後，國會通過「兒童保護恢復與懲罰強化法」(Child Protection Restoration and Penalties Enhancement Act of 1990)⁵¹增加持有兒童色情行為的處罰條款，最後，於1994年通過的「兒童性虐待防制法」(Child Sexual Abuse Prevention Act of 1994)⁵²，則增加兒童色情言論之輸入行為以及提供被害人強制回復原狀之救濟手段⁵³。

綜合上述聯邦法規之發展，聯邦政府已制定處罰複製、散布、販賣、接收或持有兒童色情言論之行為，並根據*Ferber*案之意旨，將「兒童色情」定義為描述真實的未成年人從事明顯性意味行為的內容⁵⁴。

但是，聯邦政府雖已制定嚴厲的處罰條款，兒童色情問題卻「與日俱增」，隨著網際網路的發展，使得兒童色情言論的散布更加便利，且新興的電腦科技技術更是得以將圖片掃描進電腦中並與以變形(morphing)而得以人工方式憑空創造兒童色情影像，這些因素均使兒童色情問題加劇惡化⁵⁵。為避免虐童或戀童癖者利用「電腦合成的兒童色情圖片」滿足其性慾或是作為引誘兒童從事性行為的方式，於1996年國會通過「兒童色情防制法」(The Child Pornography Prevention Act of 1996)⁵⁶，將「兒童色情」的定義規定，除保留原先所要求以真實兒童為對象之內容外，並擴張至處罰虛擬或電腦合成等非有真實的未成年人參與色情製作之內容，使得兒童色情之管制不再僅是針對其可能對於兒童造成的危害，而是處罰該言論本身的邪惡思想，其所維護的政府利益是否足以通過憲法言論自由保障的挑戰，即引發爭議⁵⁷。因此，聯邦最高法院於2002年作出*Ashcroft v. Free*

⁵¹ Pub. L. No. 101-647, 104 Stat. 4818 (1990).

⁵² Pub. L. No. 100-322, 108 Stat. 2036 (1994).

⁵³ 其中之介紹亦可參閱高玉泉、施博琦，全球網路內容安全體系之建構－以未成年人身心健康及人性尊嚴之維護為中心，檢察新論，2期，頁189-190，2007年7月。

⁵⁴ 18 U.S.C. § 2252 (1994 ed.)

⁵⁵ David B. Johnson, *Why the Possession of Computer-Generated Child Pornography Can Be Constitutionally Prohibited*, 4 ALB. L.J. SCI. & TECH. 311, 314-315 (1994).

⁵⁶ 18 U.S.C. § 2251 *et seq.*

⁵⁷ Debra D. Burke, *The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question*, 34

Speech Coalition 判決，處理其合憲性之問題，並展開接下來一連串的虛擬兒童色情言論管制的改革。

貳、*Ashcroft v. Free Speech Coalition* 案判決(2002)

一、事實與法律

1996年所制定的兒童色情防制法，增訂聯邦法典第2256(8)條作為「兒童色情」的定義規定，其中(B)款之規定將其處罰範圍擴張至虛擬的兒童色情言論內容，茲該規定說明如下⁵⁸：

「兒童色情」係指任何藉由電子、機器或其他方式以照片、影片、錄影帶、圖像或電腦圖片或電腦合成 (computer-generated) 影像或圖片而視覺描繪 (visual depiction) 未成年人從事於明顯性意味行為 (sexual explicit conduct)。其中包含：

- (A)、其製造涉及利用未成年人從事明顯性意味行為；
- (B)、以視覺描繪是或看似是 (is, or appears to be) 未成年人從事明顯性意味行為；
- (C)、以視覺描繪經創造 (created)、改編 (adapted) 或修改 (modified) 而看似「可辨識為未成年人」(identifiable minor) 從事明顯性意味行為；
- (D)、任何經由廣告、促進、呈現、描述或散布等方式傳達明顯性的印象，以描述未成年人從事明顯性意味行為。

HARV. J. ON LEGIS. 439, 448-451(1997).

⁵⁸ YAMAN AKDENIZ, INTERNET CHILD PORNOGRAPHY AND THE LAW – NATIONAL AND INTERNATIONAL RESPONSES 98-99 (2008).

對此，美國公民自由聯盟認為上開聯邦法典第 2256(8)(B)之規定，將處罰未涉及真實兒童的色情內容，而與*Ferber*案中認為政府處罰兒童色情言論之正當性基礎在於防止對於兒童之身心虐待有所扞格，並且將對受憲法保障的言論產生一種的寒蟬效應（*chilling effect*），認為其違反模糊性與涵蓋過廣原則，乃屬違憲。對此，地方法院審理該案時並不採美國公民自由聯盟之見解，而認為「兒童色情防制法」之規定乃屬內容中立，且並未違反上開原則。惟上訴至美國第九巡迴法院時則推翻前審之見解，認為系爭規定限制之言論內容既非*Miller*案所提之猥褻言論，亦非*Ferber*案中來自真實兒童的性剝削，故應屬違憲⁵⁹。最後，全案上訴至聯邦最高法院，作成*Ashcroft v. Free Speech Coalition*⁶⁰案判決。

二、判決內容

本案中，美國聯邦最高法院以六對三多數票，由 *Kennedy* 大法官主筆，認為聯邦法典第 2256(8)(B)和第 2256(8)(D)等兩項規定違反涵蓋過廣原則，應屬違憲，茲分述如下：

（一）、關於聯邦法典第 2256(8)(B)規定

1、本案與 *Miller* 案之猥褻判斷標準無關：

Kennedy 大法官認為，系爭聯邦法典第 2256(8)(B)所規定的「兒童色情」內容，並非僅是對於 *Miller* 案提出之猥褻標準所為補充，其處罰範圍遠超出「猥褻判斷標準」的內容。

⁵⁹ *Id.* at 100,102.

⁶⁰ 535 U.S. 234 (2002)；中文文獻之介紹可參閱，美國聯邦最高法院憲法判決選譯第六輯，司法院編印，頁 21-30，2008 年 1 月；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，頁 54-56，2002 年 11 月。

蓋根據*Miller*案之猥褻標準，政府必須證明一般人民基於當代社區標準，從出版品的整體觀之，其主旨在於訴諸情慾興趣並造成明顯的冒犯感，且從該出版品之整體觀察乃欠缺文學、藝術、政治或科學價值。反觀本案系爭規定，乃延伸處罰範圍至「未成年人從事明顯性意味行為」之內容而無須符合上開猥褻之定義標準，首先，這些「兒童色情」內容既不要求訴諸情慾興趣，其次，亦無須使一般人造成明顯的冒犯感，以 17 歲之未成年人從事明顯性意味行為之活動並不必然違反當代社區標準⁶¹。

最後，本案規定亦得處罰具有文學、藝術、政治或科學價值的兒童色情內容，這些描述未成年人從事明顯性意味活動或是性虐待之內容，從古至今實際上多為藝術及文學的創作主題，例如莎士比亞作品下的「羅密歐與茱麗葉」以及許多獲得奧斯卡獎項的電影作品⁶²，均涉及兒童色情內容。這些作品所探討的主題只要有一個符合系爭規定所禁止描述兒童色情活動之鏡頭，無須調查其是否呈現重要文學或藝術價值，即屬該規定寬廣的禁止範圍之內，而應受刑事處罰，此與「藝術作品的整體價值不能取決於單一明顯鏡頭呈現」這項憲法保障言論自由的重要規則有所不符，蓋即使是猥褻的判斷標準，法院判決亦認為須以出版品之整體作觀察，而非是「斷章取義」式的擷取特定內容⁶³。

是故，系爭聯邦法典第 2256(8)(B)對於「兒童色情」言論之定義與處罰，其目的並不能解讀為對於「猥褻」言論內容之限制，因為其處罰內容與猥褻判斷標準所欲禁止「對於當代社區標準的有意冒犯」間缺乏必要關連性⁶⁴。

2、本案已超出 *Ferber* 案所界定之範圍

⁶¹ *Id.* at 246.

⁶² 本案判決以甫剛獲得 2001 年奧斯卡最佳影片的「天人交戰」(*Traffic*)，以及 2000 年奧斯卡最佳影片的「美國心，玫瑰情」(*American Beauty*) 為例，前者之影片內容曾描述 16 歲未成年之女孩為求毒品而賣淫的過程；後者則涉及未成年情侶為性行為相關活動之內容。

⁶³ 535 U.S. 234, at 247-249.

⁶⁴ *Id.* at 249.

政府認為本案系爭規定合憲的主要理由，係指出本案所處罰的「兒童色情言論」之範圍與 *Ferber* 案之處罰範圍並無實質上可區別的差異性，而應屬合憲，即以 *Ferber* 案作為本案合憲之論述理由。對此，**Kennedy** 大法官並不贊同政府所提出的此項抗辯。

蓋 *Ferber* 案判決主要的論述主軸是，兒童色情言論的散布與銷售，和其製造行為一樣得受到政府的禁止，乃是因為在兩個層面上，這些行為與兒童性虐待之間具有「本質上的關聯性」(intrinsically related)。其一，這些色情內容是兒童被施以虐待的永久記錄，對於曾參與其中的兒童而言，這些色情物品不間斷的散布將會對兒童造成傷害，如同誹謗名譽一樣，每一次發行這些兒童色情內容，將會對兒童的名譽和情感上的健康造成新的損害；其二，兒童色情物品的交易與流通 (traffic) 乃是由於製作「兒童色情」的經濟上誘因，所以政府對於禁絕這些物品之散布網絡具有管制上的正當性。並且，在後來的 *Osborne* 案判決中，就處罰單純持有兒童色情物品之規定，法院仍強調政府對於摧毀兒童性剝削惡行的整個「配送鏈」(distribution chain) 上具有正當性，其管制目的著重於色情言論的參與者是否為「真實兒童」，而否認其它目的能夠作為政府管制的正當化理由⁶⁵。

反觀本案系爭規定所擴張處罰的「虛擬兒童色情」(virtual child pornography)，和兒童性虐待間並無上述「本質上的關聯性」，蓋其既非屬任何犯罪的記錄，在製造過程中亦無須真實兒童之參與。雖然政府主張這些言論將會導致兒童虐待的「實際情形」(actual instances)，然而其中的因果關係僅是偶然 (contingent) 且間接的 (indirect)。質言之，「兒童虐待的傷害」並非來自於「虛擬兒童色情」本身，而取決於未經實證的潛在的後續犯罪行為⁶⁶。

然而政府仍主張，因為這種「兒童色情言論」幾乎不具有任何重要價值，所以儘管這些言論僅會造成間接的傷害，仍得充分的作為管制的理由。但是，**Kennedy** 大法官認為上開論述具有兩項瑕疵，其一，在 *Ferber* 案判決中已清楚表

⁶⁵ *Id.* at 249-250.

⁶⁶ *Id.* at 250.

達重點在於兒童色情言論是「如何製造出來的」(how it was made)而非其「傳達什麼內容」(what it communicated)，在本案中Kennedy再次強調，只要系爭言論既非「猥褻性言論」，亦未涉及「性虐待的產物」時，該言論即屬言論自由的保障範圍之內。其二，*Ferber*案並非將「兒童色情」定義為毫無價值的言論類型，其類型內仍可能具有重要價值的內容，然而*Ferber*案係將（本案亦禁止的）「虛擬影像」（「以符合法定年齡而看似年輕的成年人」偽裝成「兒童」之影像內容）作為表達其意念的合憲替代方案，因此，*Ferber*案不但區別真實與虛擬的兒童色情而與以不同評價，並且亦將「虛擬兒童色情」作為解決「為了某些價值而不得使用兒童色情內容」的替代手段，是故，在本案禁絕「虛擬兒童色情」的規定之下，*Ferber*案無法作為其合憲之立論基礎⁶⁷。

3、其他規制目的不足以支持系爭規定的合憲性

(1)、「戀童癖者可能會以虛擬兒童色情言論誘拐兒童」規制目的之反駁

在前開*Miller*案以及*Ferber*案判決均無法作為支持本案系爭規定合憲之理由時，政府進一步主張系爭規定具有必要性之理由在於，戀童癖者可能會用「虛擬兒童色情」之內容去誘拐兒童（to seduce children），但是，許多事物本身是無害的，但卻有可能被用作不道德的目的，例如卡通、電玩遊戲或糖果等，因此我們不可能期待政府去禁止這些東西，因為其可能會產生濫用（misuse）的結果。政府雖得以刑事處罰提供色情言論予未成年人之不法誘惑行為，然而許多判決先例均指出，此種保護兒童之目的仍不得全面禁絕成人接收色情資訊之權利⁶⁸。

因此，政府主張禁止「虛擬兒童色情」的理由並非基於其內容，毋寧是基於

⁶⁷ *Id.* at 251；此段第二個理由之內容較為複雜，用白話一點的方式來說，法院係認為在 *Ferber* 案中係認為「真實兒童色情言論」是得被禁絕的，但如果完全予以禁絕，則可能會去限制到少數要表達重要的文學藝術價值的兒童色情內容，因此法院想到一個替代方案，就是以「虛擬兒童色情言論」（找個已成年人之作替身）內容作為展現表達重要的文學藝術價值的解決方式，因此，*Ferber* 案的假設是認為「虛擬兒童色情言論」是一種合憲受言論自由保障的替代手段，所以在禁止「虛擬兒童色情言論」的本案規定援引 *Ferber* 案的理由時，將會自打嘴巴。

⁶⁸ *Id.* at 252.

其本身可能引發其他犯罪行為（誘拐兒童），但是防止誘拐兒童的惡害結果的重點應取決於行為人的不法犯罪行為，而並非考量犯罪行為和言論本身的關聯性。故避免誘拐兒童之犯罪行為的目的與規制「虛擬兒童色情」言論的手段間並不具有必要關聯性⁶⁹。

(2)、「避免刺激戀童癖者從事不法行為之動機」規制目的之反駁

政府主張「虛擬兒童色情」會刺激戀童癖者之性慾，進而鼓勵其從事不法之行為，亦非有說服力的主張。蓋僅僅因為某種言論具有鼓勵不法行為之傾向尚不足以作為禁止的理由，必須該言論直接或極有可能立即煽動或產生不法行為時，方為憲法所許。本案中，政府並無法證明「虛擬兒童色情」和「鼓勵或刺激兒童性虐待行為」之間的直接關聯性，不得以之作為規制目的⁷⁰。

(3)、「消滅真實兒童色情市場」規制目的之反駁

政府進一步主張，為消滅利用真實兒童從事色情製造的市場，也必須同時禁止「虛擬兒童色情」，因為真實與虛擬的影像有時難以區別而時常在同樣的市場中被交易。但是這種主張乃是欠缺說服力的，首先，因為如果「虛擬影像」的確與「真實影像」完全相似的話，「虛擬兒童色情」將會在市場中取代「真實兒童色情」，蓋如果使用虛擬或電腦合成的「兒童色情」就足夠的話，色情業者就不會冒著被起訴的風險去虐待真實兒童。其次，「虛擬兒童色情」並無背景犯罪（underlying crime）可言，政府並沒有管制市場的正當性存在。

(4)、「區分真實與虛擬影像有所困難」之反駁

最後，政府主張要區分應受處罰的真實兒童色情影像和僅是電腦合成的影像亦有所困難，因此必要的解決方式即為不區分兩者而均予以處罰，對此，法院認為政府不得限制受言論自由保障的言論以當作限制不受保障言論的手段，相反的，

⁶⁹ *Id.* at 252-253.

⁷⁰ *Id.* at 253-254.

「允許某些造成社會傷害而不受保障的言論不受處罰」比「處罰某些受保障的言論」更加重要。憲法上的涵蓋過廣原則，即是要求當政府限制不受保障的言論時必須避免受保障的言論亦同受牽連⁷¹。

對於這樣的質疑，政府認為本案系爭規定不應解讀為對於言論的負擔，而僅是將舉證責任轉換至被告身上，要求其證明其言論合法之措施而已，根據該法第 2252A(c) 條設有「確認抗辯」(affirmative defenses) 之規定，賦予被告證明其持有之色情資訊並非真實兒童所演出，亦非以散布方式傳達描述真實兒童參與明顯性意味行為之印象。然而法院認為此項舉證責任之負擔太過沉重，被告既非「兒童色情」作品的製造者，其無從得知該作品中兒童的身分或其是否真實存在，且該法於 1996 年施行後，至今尚無被告能夠證明上開情形，故此項確認抗辯至少對於無辜而持有兒童色情言論者是相當難以證明的，而使它們被論以重罪⁷²。

況且，法院指出，既使承認「確認抗辯」規定的創設得以幫助系爭法規免於涵蓋過廣的指摘，本案的「確認抗辯」規定仍然規定的不夠完整與充足，其一方面僅允許製造兒童色情內容者得證明並無真實兒童牽涉其中，而並不包括「持有」兒童色情言論之被告；另一方面，其亦不適用於被告舉證證明其運用電腦合成或其他方式而並未使用真實兒童之情形，因此本案規定雖設有「確認抗辯」規定，但其不區分真實或虛擬內容而均予處罰仍過度侵害受憲法言論自由所保障之言論內容，其手段並不符合必要性⁷³。

4、小結

本案聯邦法典第 2256(8)(B) 對於兒童色情言論之定義內容，並不適用 *Miller* 案提出的猥褻要件，亦超出 *Ferber* 案所處理之範圍，政府雖提出許多規制「虛擬兒童色情」之目的，但法院仍認為系爭規定之手段乃屬涵蓋過廣。

⁷¹ *Id.* at 255.

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.* at 256.

(二)、關於聯邦法典第 2256(8)(D)規定

聯邦法典第 2256(8)(D)項規定係處罰任何經由廣告、促進、呈現、描述或散布等方式傳達兒童色情的印象，政府認為，本項規定「傳達...印象」(conveys the impression)之用語與前開第 2256(8)(B)項規定「是或看似是」(is, or appears to be)之用語的差異，在於「傳達...印象」係要求陪審團從「促進」兒童色情之方式的角度作評估，而實際作決定時仍須視禁止之內容為判斷。然而法院並不贊同政府之看法，認為本項規定並未針對「兒童色情」的內容作判斷，僅要求該作品傳達明顯性意味之內容，而並不關心其內容是否真實描述這些內容。即使某部電影並未含有「兒童色情」之內容，但是如果該電影之標題或預告傳達本片可能具有「兒童色情」內容時，仍符合本項規定。簡言之，本項規定僅著重於「兒童色情言論」的呈現方式，而非描述之內容⁷⁴。

並且，政府提出用來為本法辯護的其他主張，亦無法支持第 2256(8)(D)項之規定，例如，系爭內容在刑事程序中並不太可能被混淆成兒童色情言論，從證據的觀點來看，是否引誘色情與系爭內容是否屬於猥褻內容或許是有關連性的，亦即被告是否「單獨基於商業剝削之理由而訴諸情慾性趣」將與判斷猥褻作品之內容有關。然而本法系爭規定所禁止的言論，在相當數量上，則落在上開原則之外，蓋其無論是誰接收到本項規定所禁止的內容均是違法的，儘管這些人對於「兒童色情」內容如何銷售販賣或描述並無任何責任可言。甚至，系爭規定之內容亦未要求「商業剝削」必須為規定內容的一部分。質言之，系爭規定之處罰對象非僅是「描述引誘兒童色情內容」者，亦包括「持有那些描述引誘兒童色情言論內容」者。也就是說，本案規定處罰那些實際內容並未包含未成年人演員而僅因其包裝銷售上宣稱含有上開內容之色情影片者，以及知悉其實際內容而持有上開色情影

⁷⁴ *Id.* at 257.

片之人，故系爭規定乃違反涵蓋過廣原則而侵害憲法對於言論自由之保障⁷⁵。

三、相關意見書

(一)、Thomas 大法官協同意見書

Thomas大法官認為，政府最令人信服之主張係指出，支持本法的利益在於「控訴原則」(prosecution rationale)，亦即持有或散布涉及真實兒童影像的色情言論者，可藉由提起相關影像係由電腦合成產生，為其罪行提升(raise)合理懷疑之處，從而免被定罪。然而，被告得提升(raise)無罪之機率，並不代表其能夠成功的脫罪，實際上亦未曾有過被告提出此項抗辯而無罪之案例。故以此推測的利益並不能夠正當化本法處罰之範圍。然而，Thomas亦認為多數意見留有設立更加完整的「確認抗辯」規定以使本案合憲的可能性，其並不預斷(prejudge)完整的「確認抗辯」規定是否是唯一與處罰「虛擬兒童色情」目的具有緊密剪裁關聯性的手段，而同意多數意見之判斷⁷⁶。

(二)、O'connor 大法官一部協同一部不同意見書

O'connor大法官雖然贊同多數意見認為聯邦法典第 2256(8)(D)項「傳達...印象 (conveys the impression) 規定乃屬涵蓋過廣而違憲之見解，但卻反對多數意見將聯邦法典第 2256(8)(B)項「是或看似是」(is, or appears to be) 規定完全宣告違憲，蓋該項規定涵蓋兩種言論類型：「貌似兒童的成人色情影像」(youthful adult pornography) 以及「完全利用電腦創造的虛擬兒童色情影像」(virtual child pornography)，O'connor認為當該項規定適用於禁止「貌似兒童的成人色情影像」

⁷⁵ *Id.* at 257-258.

⁷⁶ *Id.* at 259-260 (Thomas, J., concurring).

時，方屬涵蓋過廣而違憲⁷⁷，也就是說，其認為系爭規定處罰「利用電腦創造的虛擬色情影像」是不會違反言論自由保障的。

國家對於保護兒童而處罰「性犯罪」和「真實兒童色情」的事項上具有急迫且重大的政府利益的，但是，這樣的理由亦被用作支持處罰「虛擬兒童色情」之情形，在本案中政府即主張「虛擬兒童色情」將使戀童癖者得以此誘拐兒童，或是藉由抗辯該內容乃屬電腦合成以規避刑事責任。對此，O'connor大法官認為，隨著電腦影像技術的迅速發展，上述政府的主張乃是合理的。然而，被告則主張既使系爭規定具備急迫重大的政府利益，該規定會導致帶有性意味的「卡通素描」或是「兒童塑像」亦均在處罰之列，其處罰手段與目的達成間亦不具備緊密剪裁關聯性⁷⁸。

但是O'connor認為應將該規定中的「看似是」(appears to be)之用語限縮解釋為「實際上無法辨別」(virtually indistinguishable from)之情形，因其即得避免處罰至上述被告所抗辯的範圍，並且這種解釋方式亦與原先該規定的立法目的相符，甚至此種限縮解釋亦可緩和其用語上的模糊性，被告雖仍抗辯「實際上無法辨別」的解釋方式仍是過於模糊的，蓋其亦需處理「以誰的觀點」認為是無法辨別的問題，然而，O'connor認為此項抗辯是過於誇大的，因為法院從不要求法律規定必須精確且鉅細靡遺的作出定義。儘管聯邦法典第 2256(8)(B)項規定雖然並未明文區別「貌似兒童的成人色情影像」以及「利用電腦創造的虛擬兒童色情影像」，但仍得從第 2252A(c)項規定確認抗辯中知悉，蓋其僅允許被告證明其所持有或散布之色情影像並未涉及真實兒童演出，而不得證明該色情影像係由電腦合成所得，以免其刑責⁷⁹。

總結而言，多數意見認為聯邦法典第 2256(8)(B)項「看似是」之用語乃導致涵蓋過廣的結果，但是 O'connor 大法官認為，得透過將該用語限縮解釋為「實際上無法辨別」之情形，即可避免處罰到「貌似兒童的成人色情影像」，並同時

⁷⁷ *Id.* at 261-263 (O'connor, J., concurring).

⁷⁸ *Id.* at 264.

⁷⁹ *Id.* at 264-267.

禁止「利用電腦創造的虛擬色情影像」，而不應將該規定全面宣告違憲。

(三)、Rehnquist 大法官不同意見書

關於上述O'Connor大法官對於聯邦法典第 2256(8)(B)項所作的限縮解釋，Rehnquist大法官認為根本無須作此解釋，蓋從該法規整體觀之，上開規定之處罰範圍應僅限制在「硬核之兒童色情」(hard core of child pornography)的類型上，所以「貌似兒童的成人色情影像」即不在系爭規定的處罰範圍之內。Rehnquist亦指出應該反對將系爭立法解釋成連莎士比亞悲劇電影都遭到禁止的結果，當初立法者在制定系爭規定時即指出此種情形並非其預期的適用結果，這種對於「明顯性意味之行為」(sexually explicit conduct)的狹義解讀，不僅與相關規定的文字作調和，亦是立法者當初的立法意旨，更是對此項用語意思的精確掌握⁸⁰。

至於聯邦法典第 2256(8)(D)項規定，禁止持有或散布將傳達未成年人從事明顯性意味行為之印象的兒童色情言論，依據Ginsberg案判決之標準，此項規定能夠且應該被限制在禁止「骯髒的引誘工作」(the sordid business of pandering)而不受言論自由之保障，言論自由保障那些錄影帶出租業者和影片銷售者推銷那些高度娛樂且受讚賞的影片，無論其內容是否含有貌似未成人之成年演員表演非屬猥褻但是帶有性意味的行為，而不保障那些色情的引誘者。因此促進傳達未成年人從事明顯性意味行為之印象的言論並不能僅因如果它們以其它方式推銷時則可受到言論自由保障為由，即可免於受到管制。故Rehnquist認為應該將「傳達...印象」之概念限制在處罰「色情引誘行為」上，以符合Ginsberg案之標準⁸¹。

而法院雖然憂慮系爭規定所謂的「傳達...印象」已經超出Ginsberg案所容許之標準，但是從本法的立法過程觀之，乃要求「明知」(knowingly)之要件，亦即政府必須證明被告確實知悉其所持有之兒童色情言論內容係包含真實兒童之

⁸⁰ *Id.* at 269-270 (Rehnquist, J., dissenting).

⁸¹ *Id.* at 271-272.

表演。換言之，該規定應被解釋成禁止「明知」其持有包含真實兒童表演、電腦合成或是無從辨識是否涉及真實兒童參與而具有明顯性意味之影像，而單純持有包含貌似未成年人之成年演員之色情描述並不會包含在本條禁止之列⁸²。

總結而言，Rehnquist大法官認為系爭規定雖存在適用上的潛在危險，但其認為這並不會實質上的違反涵蓋過廣原則，政府為確保能夠達到保護兒童之急迫重大目的，方將兒童色情之定義範圍擴張至難以辨識其是否包含真實兒童參與之「電腦合成影像」，該規定乃屬明確而並不會違反言論自由之保障⁸³。

四、本案判決的分析

(一)、關於虛擬兒童色情內容之處罰

聯邦法典第 2256(8)(B)項規定，處理的是處罰非涉及真實兒童參與的「虛擬兒童色情」之合憲性問題，對此，多數意見認為無論援引以 *Miller* 案中管制猥褻性言論或是 *Ferber* 案中避免兒童遭受性剝削之目的，均無法處理本案之問題。且多數意見亦指出另外四種管制目的並不足以正當化處罰「虛擬兒童色情」之手段（亦即為達此目的所採取之手段將會涵蓋過廣），故否定了政府處罰虛擬兒童色情的可能性。

然而，不同於多數意見全面否定虛擬兒童色情言論之立場，O'Connor 大法官以及 Rehnquist 大法官於意見書中，均對其內容作出區分「貌似兒童的成人色情影像」以及「利用電腦創造的虛擬色情影像」，而認為多數意見所列舉的管制目的是可以正當化處罰後者之內容的，其中 O'Connor 將系爭規定限縮解釋為只處罰「實際上無法辨別」是否為「真實兒童色情」之內容，其見解更為後來的法案

⁸² *Id.* at 272-273.

⁸³ *Id.* at 273.

所採納。

(二)、關於引誘兒童色情言論內容之處罰

至於聯邦法典第 2256(8)(D)項規定，則是處罰以引誘方式傳達明顯性的印象，以描述兒童色情言論之內容，多數意見認為該規定亦屬違憲，因為其並未針對「兒童色情」的內容作判斷，而僅是要求該作品的呈現方式，而並不關心其內容是否真實描述兒童色情內容。對此本文以為，多數意見仍是以 *Ferber* 案中要求避免兒童受到性剝削的目的作為審查的基礎，認為系爭處罰「引誘行為」之規定雖然可以部分達到消滅兒童性剝削市場配送鏈的目的，但是更可能過度的處罰那些並未持有、散布或製造真實兒童色情言論的行為人，因此違反言論自由保障之要求。

Rehnquist 大法官則認為系爭條文中「傳達...印象」之概念應限制在處罰「色情引誘行為」上，而透過「明知」(knowingly) 這項構成要件之要求，政府必須證明被告所為「引誘行為」之背後，是否確實知悉其所持有之兒童色情言論內容係包含真實兒童之參與。

參、學說評論

雖然聯邦最高法院的多數見解係認為，國家不得處罰虛擬兒童色情內容，亦即就得否處罰虛擬兒童色情言論之議題採取「否定說」，然而亦有許多大法官對此紛紛於意見書中提出不同的看法，此項問題在學界亦是討論熱烈，以下茲將學者對於國家得否處罰虛擬兒童色情內容之見解整理為肯定說、否定說及折衷說，分述如下：

一、肯定說

學者 Jason Baruch 認為政府對於虛擬兒童色情言論的處罰具有急迫重大的政府利益，而主張 *Free Speech Coalition* 案所涉及聯邦法典第 2256(8)(B) 項規定應屬合憲。

首先，對於「戀童癖者可能會以虛擬兒童色情言論誘拐兒童」之規制目的，Baruch 認為經驗上的調查結果指出，戀童癖者經常 (often) 利用該言論內容作為為上開使用目的，這項調查得用以反駁上開法院判決提出先驗的發現戀童癖者可能 (might) 會利用無害的資訊內容 (例如卡通) 以誘拐兒童，蓋兒童色情言論就是一種誘拐兒童的工具，無論其它無害的言論內容是否能夠達到與此相同的目的⁸⁴。其次，就「避免刺激戀童癖者從事不法行為之動機」之規制目的，法院指出此並不足以正當化政府的處罰手段，因為此項管制目的旨在控制思想，政府管制虛擬兒童色情言論即是在管制此種思想，但 Baruch 認為，上開論證是建立在政府所管制的想法是具體明確的情形，模糊不明 (ambiguous) 的言論內容並不能作為思想的基礎，故法院的理由並不足以否定此項目的。最後，由於區分真實與虛擬影像有所困難，因此若不處罰虛擬兒童色情言論將難以達到追訴真實兒童色情的製造及散布者之目的，對此，Baruch 則指出，如果科技的發展將阻礙對於不受言論自由保障言論的追訴時，政府得針對該科技而制定受保護言論的範圍⁸⁵，以避免規制到這些言論內容⁸⁶。

另外，關於法院對「消滅真實兒童色情市場」規制目的之反駁，亦即虛擬兒童色情市場的存在將會減少真實兒童性剝削的情形，學者 Audrey Roger 提出不同

⁸⁴ Jason Baruch, *Constitutional Law: Permitting Virtual Child Pornography – A First Amendment Requirement, Bad Policy, or Both?* 55 FLA. L. REV. 1073, 1079 (2003).

⁸⁵ Thomas 大法官於本案協同意見書即指出設立更加完整的「免責抗辯」規定將使本案有合憲的可能性。See 535 U.S. at 259 (Thomas, J., concurring).

⁸⁶ Baruch, *supra* note 84, at 1079-1080.

見解指出，許多研究兒童性侵害者之專家認為，這些性侵害者從對於真實兒童施加的痛苦以及記錄中獲得性快感，而對虛擬的兒童色情內容並無興趣。並且，有些兒童色情言論的散布者知悉其所觀看之內容為虛擬色情時，將無法使他們的性慾獲得滿足⁸⁷，學者Victoria Broussard亦指出，運用電腦科技憑空創造擬真的兒童色情影像即使在可預見的未來仍然是相當昂貴的花費，遠不如直接以真實兒童來製造色情影像來的經濟實惠，況且，將描述真實兒童參與的色情內容作合成與變化使其無法辨別是否真實或看起來像是電腦合成亦較簡單與便宜⁸⁸，是故法院這種減少真實兒童性剝削的說法值得存疑。

綜觀這些學者的見解，它們對於聯邦法典第 2256(8)(B)項制定時的立法目的——也就是政府在 *Free Speech Coalition* 案判決所提出而不被聯邦最高法院採納之管制目的——均認為足以作為處罰虛擬兒童色情言論的目的，茲以圖表整理法院與上開學者對於處罰虛擬兒童色情言論目的之見解如下：

處罰虛擬兒童色情之管制目的	聯邦最高法院判決認定違憲之理由	肯定說之學者認定合憲之理由
防止誘拐兒童	無害的言論內容亦可能誘拐兒童，此項處罰目的可能產生濫用結果	戀童癖者經常利用這些言論內容作為誘拐兒童的犯罪工具
避免犯罪行為	僅因某種言論具有鼓勵不法行為之傾向即予以處罰係在控制人民的思想	模糊不明的言論內容並非思想的基礎，無控制思想之問題
避免追訴困難	政府不得限制受保護的言論當作限制不受保護言論的手段，	制定受保護言論的範圍，即得避免限制到受保

⁸⁷ Audrey Rogers, *Playing Hide and Seek: How to Protect Virtual Pornographers and Actual Children on the Internet*, 50 VILL. L. REV. 87, 102 (2005).

⁸⁸ Victoria Broussard, *Ashcroft v. Free Speech Coalition: Legislators Push for Policy Direction to Protect the Age of Innocence while the Court Turns a Deaf Ear*, 29 T. MARSHALL L. REV. 419, 437 (2004).

	且系爭確認抗辯之內容亦不夠完整亦無法期待無辜被告提出抗辯	護言論的情形
消滅兒童色情市場	「虛擬兒童色情」將會在市場中取代「真實兒童色情」	兒童性侵害者僅從真實兒童參與的性虐待中方能獲得性快感與性慾滿足，並無法取代。

除了上述論證處罰虛擬兒童色情言論係具有急迫重要的政府利益，而得通過嚴格審查標準之考驗外，學者Adam Wasserman則從利益衡量的角度分析⁸⁹，先指出聯邦最高法院對於「兒童色情言論」之管制並非僅限於避免兒童遭受性剝削與虐待而已，尚包括兒童色情言論所造成的其他傷害，於*Ferber*案中法院之所以作出避免真實兒童受到性剝削的說詞，乃是因為在個案中該紐約州法之規定僅規制真實兒童色情之故，並不代表在如果規制虛擬兒童色情言論時會違反言論自由之保障，而於*Osborne*案中，法院亦將避免戀童癖者誘拐兒童作為正當化處罰持有虛擬兒童色情行為之手段。因此，政府處罰虛擬兒童色情之目的，應優於言論自由之利益，而足以正當化其處罰之規定⁹⁰。

⁸⁹ 其分析的途徑主要係參考 Schauer 教授對於不受保障言論之利益權衡的四種路徑作為藍本。可參閱本章註 39 之說明。

⁹⁰ Adam J. Wasserman, *Virtual.Child.Porn.com: Defending the Constitutionality of the Criminalization of Computer-Generated Child Pornography By the Child Pornography Prevention Act of 1996 – A Reply to Professor Burke and Other Critics*, 35 HARV. J. ON LEGIS. 245, 265-277 (1998)；學者 Shepard Liu 亦贊同 Wasserman 之看法，其將避免兒童遭受性剝削與虐待稱作「直接傷害」（direct harm），將兒童色情言論所造成的其他傷害稱作「間接傷害」（indirect harm），請參閱 Shepard Liu, *Ashcroft, Virtual Child Pornography and First Amendment Jurisprudence*, 11 UC DAVIS J. JUV. L. & POL'Y 1, 8-10 (2007).

二、否定說

學者Dannielle Cisneros贊同*Free Speech Coalition*案以「避免真實兒童受到性剝削」為管制兒童色情言論內容僅有的急迫重要之政府利益，由於虛擬兒童色情與兒童受性剝削之間並無直接關聯，系爭規定之處罰僅能夠去除那些並無實質受害人的虛擬影像，而並無法保護兒童免於受虐，更好的解決方式應該是想辦法阻斷兒童色情市場的流通方為上策⁹¹。

除此之外，Jisuk Woo乃從「虛擬兒童色情」究竟會對社會或他人造成哪些實質傷害的角度作分析，認為對於色情言論的傷害，法院在*Miller*案判決處理的是猥褻性言論對於社會規範與道德之傷害，於*Ferber*案判決涉及真實兒童的性虐待之傷害，著名的反色情之女性主義學者Katherine A. Mackinnon則認為色情言論係貶抑女性地位與身分而造成對於女性於態度上及行為上的暴力與歧視之傷害⁹²。

Jisuk Woo首先指出，虛擬兒童色情言論因為不涉及真實兒童參與其中，並無兒童性虐待行為之傷害，故其爭議即在於此種（並無真實兒童參與的）色情言論內容是否會對「觀看者」造成影響⁹³，對此，由於虛擬兒童色情影像與真實兒

⁹¹ Dannielle Cisneros, *Virtual Child Pornography on the Internet: A Virtual Victim?* 2002 DUKE L. & TECH. REV. 19, 9-13 (2002).

⁹² Jisuk Woo, *The Concept of "Harm" in Computer-generated images of Child Pornography*, 22 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 717, 720-722 (2004).

⁹³ 在一個關於網路兒童色情管制的研討會中，學者 Barbara Bennet Woodhouse 主張即使並無特定兒童呈現在影像中，兒童仍可能成為受害者，並可能對於所有曾受色情性剝削的兒童造成傷害。See *Regulating the Internet: Should Pornography Get a Free Ride On the Information Superhighway?* A Panel Discussion, 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 343, 360-361 (1996)；但是學者 Nadine Strossen 則反駁 Woodhouse 之見解，認為保護真實兒童免於性剝削與單純的文字與影像（而未有真實兒童受害）間具有極大的差別。See *Id.* at 368；學者 Danial S. Armaugh 則具體提出對於兒童的明顯性意味行為之描述對於受描述之兒童以及其它兒童身心之傷害間是具有因果關係的。See Danial S. Armaugh, *The Fate of the Child Pornography Act of 1996: Virtual Child Pornography: Criminal Conduct or Protected Speech*, 23 CARDOZO L. REV 1993, 2007-2009 (2002).

童參與之色情影像難以分辨，作為性犯罪藍本以及鼓勵他人模仿性犯罪行為的可能性與真實兒童色情並無二致，是故，虛擬兒童色情內容對於性犯罪的「行為影響」(behavioral effect)之範圍乃取決於觀看者辨別真實與虛擬影像的能力；其次，虛擬兒童色情言論亦可能產生「態度影響」(attitudinal effect)，根據實證經驗，曝露在兒童色情下之人會對於與兒童從事性活動之行為「去敏感化」(de-sensitized)，但是這種「脫敏作用」之範圍是否確實得轉化為行為上的改變仍未可得知。

反色情之女性主義學者所關心的是態度上的改變將會導致性犯罪的產生，因此即使是虛擬的兒童色情內容亦會對於兒童群體造成傷害。但Jisuk Woo則質疑態度與行為間之關聯性，其認為除非有具體例證顯示因為面對兒童色情態度的改變而使特定兒童能夠免於性剝削與虐待，否則我們很難去辨識出這種抽象的傷害，如果認為觀看兒童色情內容並萌生如同影像中與這些兒童發生性行為也許不錯的想法，就能夠被認定為對於兒童之傷害的話，那麼政府對於這些言論內容之管制乃是試圖「控制思想」而並非「防止兒童受到傷害」，質言之，反色情之女性主義學者主張管制兒童色情，但卻並未訴諸於虛擬兒童色情言論本身所造成的傷害，而是基於該言論造成的整體社會態度之影響，亦未能論證思想與行為之間的關聯性，將是針對思想的管制而非是行為⁹⁴。

三、折衷說

早先於*Free Speech Coalition*案作出之前的1997年，也就是兒童色情防制法制定後的隔年，Debra D. Burke教授即對於兒童色情防制法中的兒童色情定義有所質疑，其認為在嚴格審查標準的適用下，該定義規定所欲維護的公益目的將不夠充足且手段亦非屬必要。其認為該規定所定義的違法兒童色情言論之範圍除涉及真實兒童參與性意味行為之外，尚包括「宣稱其為真實」(advertised as being

⁹⁴ Woo, *supra* note 92, at 726-730.

real)、「由可辨識為未成年人所組成」(composed using identifiable minors)以及「僅僅看似由未成年人所為」(merely appear to be made with minors)的兒童色情言論，其認為前兩者之處罰乃屬合憲，而對於「僅僅看似由未成年人所為」的兒童色情內容為處罰時，則有違憲之疑慮⁹⁵。其更細部區分虛擬兒童色情言論之類型而區別管制，除與前開O'Connor大法官之見解類似，更為後來的聯邦法案(PROTECT法案)所採納。

細究其理由，Burke指出法院對於保障未成年人身心健全之發展具有急迫重大的政府利益⁹⁶，把兒童當作製造色情言論的客體將毫無疑問的侵害上開利益，該言論內容係對於兒童受到性虐待的永久記錄，而這種重大利益係來自於對於個別兒童的特定傷害(particularized harm)，而非如同管制猥褻性言論欲維護的社會普遍傷害(general harm)。然而在「虛擬兒童色情」的管制上原則上並無對於兒童的特定傷害，僅有例外在該虛擬兒童色情內容具有永久記錄可辨別的未成年人的參與時，方可能具有上開利益，亦即，虛擬兒童色情的管制在沒有可辨別或是根本不存在未成年人的參與時，不具有急迫重大的公益目的⁹⁷。

是故，系爭兒童色情防制法之規定中，Burke認為處罰「宣稱其為真實」的兒童色情言論，應屬合憲，因為在Ginsberg v. United State⁹⁸案判決中，對非屬猥褻的言論如果其透過引誘方式傳達其含有猥褻之內容時，得如同猥褻性言論般不

⁹⁵ Burke, *supra* note 57, at 439, 470.

⁹⁶ 此可參見前開Ferber案以及Osborne案之判決內容。See *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 756-757 (1982); *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103, 109 (1990).

⁹⁷ Burke, *supra* note 57, at 462-463.

⁹⁸ 383 U.S. 463 (1966)；該案判決中的被告挖空心思地儘可能使其經銷之出版品「染色」，使未知其內容者「想入非非」，例如將郵政信箱設於Intercourse, blue ball, middlesex等具有雙關語之特定地點，廣告中更強調，如郵局將訂購之雜誌查禁，將無條件保證匯款將如數返還，使其更具吸引力。由於出版商將本書全然視為猥褻之專書，而未及其他內容或價值，故雖就其內容以觀，可能尚不足以達到猥褻之程度，但附加此一外在之行為，即可使其「性質」改觀，而成為政府合法管制之對象。可參閱法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，載：憲法專論(一)，頁97，1985年5月。

受言論自由之保障，況且商業化的性剝削將降低社會的福祉⁹⁹，且錯誤、誤導性的商業性言論本即不受言論自由保障之故¹⁰⁰¹⁰¹。

並且，其認為對於「由可辨別的未成年人所構成」的兒童色情言論，其僅是透過變形（morph）的方式去描述明顯性意味之行為，因其仍足以辨別出影像中的未成年人，故仍會對兒童參與性虐待的傷害留下永久記錄，而得予以禁止¹⁰²。

第三節、2003 年的兒童剝削防制法案 (The PROTECT Act of 2003)

當聯邦最高法院在 *Free Speech Coalition* 案中宣告「兒童色情防制法」相關規定違憲後，國會隨即修法因應，並於 2003 年通過兒童剝削防制法案 (The PROTECT Act of 2003, Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act, 以下簡稱 PROTECT 法案)，施行至今¹⁰³。本法案係針對兒童色情資訊之規制，當中乃對於原先的兒童色情防制法之規定作出相當多的修正，主要條文涉及規定「兒童色情犯罪行為」的聯邦法典第 18 編第 10 章第 2252A 條、「與兒童色情相關之定義」的第 2256 條以及「保持記錄」要求的第 2257 條規定。茲將本法案主要內容說明如下¹⁰⁴：

⁹⁹ See *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 761(1982).

¹⁰⁰ See *Central Hudson Gas & Elec. V. Public Serv. Comm'n*, 447 U.S. 557, 563-64 (1979).

¹⁰¹ *Burke*, *supra* note 57. at 469.

¹⁰² *Id.* at 469-470；學者 Wasserman 亦贊同 *Burke* 的看法，認為系爭規定之目的係為避免永久記錄對於之兒童性虐待，且該言論的散布和記錄將侵害兒童之隱私利益，最後也旨在防止兒童性受害者利用這些言論內容誘拐兒童，故得通過嚴格審查標準之要求。See Wasserman, *supra* note 90, at 262-263.

¹⁰³ 本法自 2003 年以來，近幾年亦不乏作出部分用語上的修正，本文於此雖係介紹 2003 年所制定的 PROTECT 法案，但如遇有相關修正之規定，介紹上仍以現行最新之規定為準。

¹⁰⁴ PROTECT 法案增設與修改相當多的條文，本文與此並無意將其全部羅列，而僅是將其重要

壹、與兒童色情相關之定義規定

一、明顯性意味行為定義之修正

PROTECT法案係將明顯性意味之行為（sexual explicit conduct）的定義作出修正，加入「擬真的」及「繪畫的」的文字，以規制虛擬兒童色情內容，其於聯邦法典第18編第10章第2256(2)規定：

- (A)、除下述(B)段以外，明顯性意味之行為係指真實(actual)或擬真(simulated)的下列內容：
- (i)、包含性器官對性器官、口腔對性器官以及肛門對性器官等性行為；
 - (ii)、人獸交；
 - (iii)、自慰；
 - (iv)、性虐待；
 - (v)、色情展示任何人的性器官或陰部。
- (B)、於適用本法 2256(8)(B) 時，明顯性意味之行為係指：
- (i)、包含性器官對性器官、口腔對性器官、肛門對性器官或同性或異性之間繪畫的(graphic)性行為，以及任何人展示性器官、乳房或陰部之色情擬真的性行為；
 - (ii)、繪畫的或色情擬真的人獸交、自慰以及性虐待；
 - (iii)、繪畫的或色情擬真的展示任何人的性器官或陰部。

部分列舉出來。中文文獻綱要式的部分內容介紹可參閱陳韻如，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，頁 64-65，2010 年 8 月。較為詳細之介紹則可參閱 AKDENIZ, *supra* note 58, at 120-129；Rogers, *supra* note 87, at 97-101；Brian G. Slocum, *Virtual Child Pornography: Does it Mean the End of the Child Pornography Exception to the First Amendment?* 14 ALB. L.J. SCI. & TECH. 637, 654-659 (2004).

而上開規定中所謂「繪畫的」(graphic)的意義，PROTECT法案亦於增設第2256(10)項，而將其定義為：

以「繪畫的」來描述明顯性意味之行為，係指觀看者能夠觀察被描述之人或動物於描述明顯性意味之行為的任何性器官或陰部之一部分。

二、兒童色情定義的修正

此為PROTECT法案最重要的修正內容，將前述*Free Speech Coalition*案判決中被宣告違憲的聯邦法典第2256(8)(B)以及第2256(8)(D)項規定，PROTECT法案均根據該案的意旨作出調整，而將第2256(8)(D)項規定予以刪除，並對第2256(8)(B)項規定作出以下修正：

(B)、以視覺描繪數位影像、電腦影像或電腦合成影像之未成年人從事明顯性意味行為內容，或無法辨別其是否含有(is indistinguishable from)未成年人從事明顯性意味行為之內容；

至於何謂該條所規定的「無法辨別」(indistinguishable)，PROTECT法案亦於增設第2256(11)項，而將其定義為：

所謂「無法辨別」一詞於描述上的意涵，係指實際上難以辨識，亦即一般人觀看這些描述內容均會認為其涉及未成年人從事明顯性意味行為，而此定義並不適用於圖畫、卡通、雕塑或繪畫所描述的兒童及成年人。

貳、兒童色情犯罪之行為類型

一、郵寄、傳輸、運送、接收或散布之犯罪行為

聯邦法典第18編第110章第2252A(a)(1)項規定，對於任何人故意（knowingly）利用包括電腦在內的國際或國內交易方式或設備為「郵寄」（mail）、「傳輸」（transport）、「運送」（ship）或其他，為含有「兒童色情」之內容者，予以處罰。同條第2252A(a)(2)項則規定「接收」（receive）或「散布」（distribute）上開已為郵寄、傳輸、運送之「兒童色情」內容者，予以刑事處罰。

同條第2252A(a)(3)(A)並規定處罰，基於經由郵寄或其他包括電腦在內的任何國際或國內交易之方式或設備為散布之目的，而「複製」（reproduce）「兒童色情」內容者。

二、引誘犯罪行為

關於第 2252A(a)(3)(B)，乃為PROTECT法案所新增之規定，用以處罰引誘（pander）行為¹⁰⁵，其規定任何人故意經由郵寄或利用任何國際或國內交易之方式、設備或包括電腦在內的其他工具，而為「廣告」（advertise）促進（promote）「呈現」（present）「散布」（distribute）或「教唆」（solicit）行為，以在某種程度上表現其看法（reflects the belief）或是意圖導至其他人相信（intended to cause another to believe）其含有以視覺描繪猥褻或涉及真實兒童參與的明顯性意味之行為，將予以刑事處罰。

¹⁰⁵ 關於 pander 這個字的係指勾引、慫恿、拉皮條、迎合，帶有滿足他人不道德或低俗的淫慾之意，本文與此則將之翻譯為「引誘」的意思。

三、販賣、持有或接近使用之犯罪行為

第2252A(a)(4)(B)項規定，任何人故意「販賣」或「意圖販賣而持有」，已經利用任何包括電腦在內的國際或國內交易之方式或設備為郵寄、傳輸、運送或製造之兒童色情，將予以刑事處罰。

第2252A(a)(5)(B)項則規定，任何人故意「持有」或「意圖觀賞而接近使用」(access)書籍、雜誌、期刊、影片、錄影帶、電腦磁片或任何其它含有兒童色情內容，並已經利用任何包括電腦在內的國際或國內交易之方式或設備為郵寄、傳輸、運送或製造之兒童色情，將予以刑事處罰。值得注意的是，對於本項持有行為以及接近使用行為之處罰較其它兒童色情之犯罪行為要來得輕，當觸犯其它各項的犯罪行為時，將處以5年以上至20年以下的有期徒刑¹⁰⁶，而違反本項規定則處以10年以下的有期徒刑¹⁰⁷。

四、向未成年人散布、要約、傳送或提供兒童色情之犯罪行為

第2252A(a)(6)項規定，任何人故意散布、要約、傳送或提供「給未成年人」(to a minor)任何以電子機器或其他方式製造之圖片、影片、錄影帶、照片或電腦產生之影像，而視覺描繪未成年人從事明顯性意味行為或看似未成年人從事明顯性意味行為之內容。這些影像包括已經利用任何包括電腦在內的國際或國內交易方式或設備為郵寄、傳輸、運送或製造之兒童色情，或是上開散布、要約、傳送或提供行為係經由郵寄或其他國際或國內交易之方式或設備所完成。

參、確認抗辯事由

¹⁰⁶ 18 U.S.C.A. § 2252A(b)(1).

¹⁰⁷ 18 U.S.C.A. § 2252A(b)(2).

本法案於第2252A(c)項規定，對於違反前開第2252A(a) (1)、(2)、(3)(A)、(4)、(5)項規定而被起訴者提供兩項確認抗辯事由如下：

- (1)、系爭兒童色情內容製造時，其從事於明顯性意味行為之人已屬成年。
- (2)、系爭兒童色情內容並非由真正的兒童（actual minor）所製造。

本法案於第2252A(d)項規定，對於違反上開第2252A(5) 項規定而被起訴時，更提供以下確認抗辯事由：

- (1)、持有少於三張的兒童色情影像。
- (2)、迅速且忠誠的不保留或允許任何人接近使用或複製任何影像，但是法律執行機關採取合理的方式銷毀每一張影像，或是向法律執行機關報告情況並提供該機關接近使用每一張影像之情形不在此限。

由此可知，對於PROTECT法案中第2252A(3)(B)處罰引誘行為（包括廣告、促進呈現散布或請求行為）之規定，以及第2252A(6)(B)處罰向未成年人散布、要約、傳送或提供兒童色情之犯罪行為並未設有確認抗辯之規定，然而，至少在本法案所修正的確認抗辯，已經允許對於持有之犯罪行為，以及虛擬色情言論作出抗辯，這是1996年制定的兒童色情防制法所未及之處¹⁰⁸。

肆、修正「保持記錄」（record keeping）的要求

在PROTECT法案通過前，聯邦法典的2257條本即有「保持記錄」之規定¹⁰⁹，該規定制定目的係基於保護未成年人免於受色情影片之利用，而要求色情影片的製作者確認其雇用演員之年齡，並且於所有色情影片複製時均須附上該內容之記

¹⁰⁸ YAKDENIZ, *supra* note 58, at 128；在 PROTECT 法案修正之前的規定，行為人僅得以其影像內容為「看似未成年人之成年人」作為免責抗辯之內容，於 *Free Speech Coalition* 案判決中，法院即暗示如有更完整的免責抗辯事專將可能使系爭規定得以合憲。See 535 U.S. 234, at 256.

¹⁰⁹ 18 U.S.C.A. § 2257 (1994 & supp. V 1999).

錄。於PROTECT法案通過後，對於保持記錄之製作項目則增設「數位影像」以及「運用電腦處理過的真實人類影像」¹¹⁰。後來，根據PROTECT法案之規定內容，美國司法部門為強制執行該「保持記錄」規定，而於聯邦規章（the code of federal regulation）中亦增設「保持記錄」之規定¹¹¹以求貫徹。

細究其內容，「保持記錄」對於「主要製造者」（primary producer）和「次要製造者」（secondary producer）之規範與要求有所不同，前者係指製造影片、錄影帶、照片或創造數位影像或運用電腦處理過的真實人類影像從事於明顯性意味之行為¹¹²；後者則指基於商業散布之目的而製造、收集、生產、出版、複製、重製、重新發行上開內容者¹¹³。對於「主要製造者」乃要求其必須保持：(1)姓名、日期與每個表演者可用以辨識的影印影像(2)明顯性意味之行為之內容與出版地(3)表演者曾經使用過的其他姓名等辨識記錄¹¹⁴；至於次要製造者則僅要求其保持主要製造者的上開辨識記錄以及主要製造者的姓名與地址¹¹⁵。

伍、增設「兒童性虐待之視覺呈現」之猥褻類型

2003年制定的PROTECT法案，其另外一項重點係於聯邦法典第18編第10章第71章專門規範猥褻性內容的章節中，於第1466A項增設名稱為「猥褻的兒

¹¹⁰ 18 U.S.C.A. § 2257(a) (2006)；其實該條於2003年通過PROTECT法案後即有作出修正，增加「電腦合成影像」以及「數位影像或圖片」的項目，但在2006年時又對此再次修改為「數位影像」以及「運用電腦處理過的真實人類影像」。關於相關內容之介紹，可參閱 Gray Mateo, *The New Face of Child Pornography: Digital Imaging Technology and the Law*, 2008 U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 175, 192-193 (2008)；Rogers, *supra* note 87, at 100.

¹¹¹ Child Protection Restoration and Penalties Enhancement Act of 1990 and PROTECT Act; Record Keeping and Record Inspection Provisions, 28 C.F.R. §75.2 (2005).

¹¹² 28 C.F.R. §75.1(c)(1).

¹¹³ 28 C.F.R. §75.1(c)(2).

¹¹⁴ 28 C.F.R. §75.2(a)(1)-(2).

¹¹⁵ 28 C.F.R. §75.2(b).

童性虐待之視覺呈現」(Obscene visual representations of the sexual abuse of children)之規定。

一、處罰規定

第 1466A(a)項及(b)項規定，任何人於第 1466A(d)項所描述的情形下，故意製造、散布、接收、意圖散布而持有、單純持有任何以圖畫、卡通、雕塑或繪畫等形式，而視覺描繪關於(1)、「猥褻的未成年人明顯性意味行為的描述」或是(2)、「是或看似未成年人從事於繪畫式的人獸交、性虐待或同性或異性間之性行為而欠缺文學、藝術、政治或科學價值」之內容者，除單純持有行為將依據第 2252A(b)(2)項規定處以處以 10 年以下的有期徒刑，其它行為均依據第 2252A(b)(1)項規定處以 5 年以上至 20 年以下的有期徒刑。

二、處罰範圍

第 1466A(c)項規定明白表示，前開處罰規定並不要求被描繪的未成年人真實的存在，亦即其處罰範圍涵蓋至「虛擬兒童色情」內容。

三、犯罪情形的描述規定

第 1466A(d)項所描述之情形有以下五種：

1、任何涉及或助長犯罪行為之交流，透過郵寄、包括電腦在內的任何國外及國內的交易方式、或是以任何方式或國內外的交易機構 (instrumentality) 用作犯罪或助長犯罪行為的任務，而為傳達 (communicate) 或運送 (transport)。

2、任何涉及或助長犯罪行為之交流，透過郵寄、包括電腦在內的任何國內或國外的交易方式，而意圖 (contemplate) 為視覺描繪的傳送或傳輸。

3、任何人旅行或在任務的過程中或助長犯罪行為的任務中被運送以為 國內

外的交易。

4、任何已經以包括電腦在內的任何國內或國外的交易方式郵寄、運送或製造，而涉及犯罪行為的視覺描繪。

5、在具有特別海事的或領土的管轄審判權（*jurisdiction*）之美國（包含在美國持有）或其他領土上犯罪之犯罪行為。

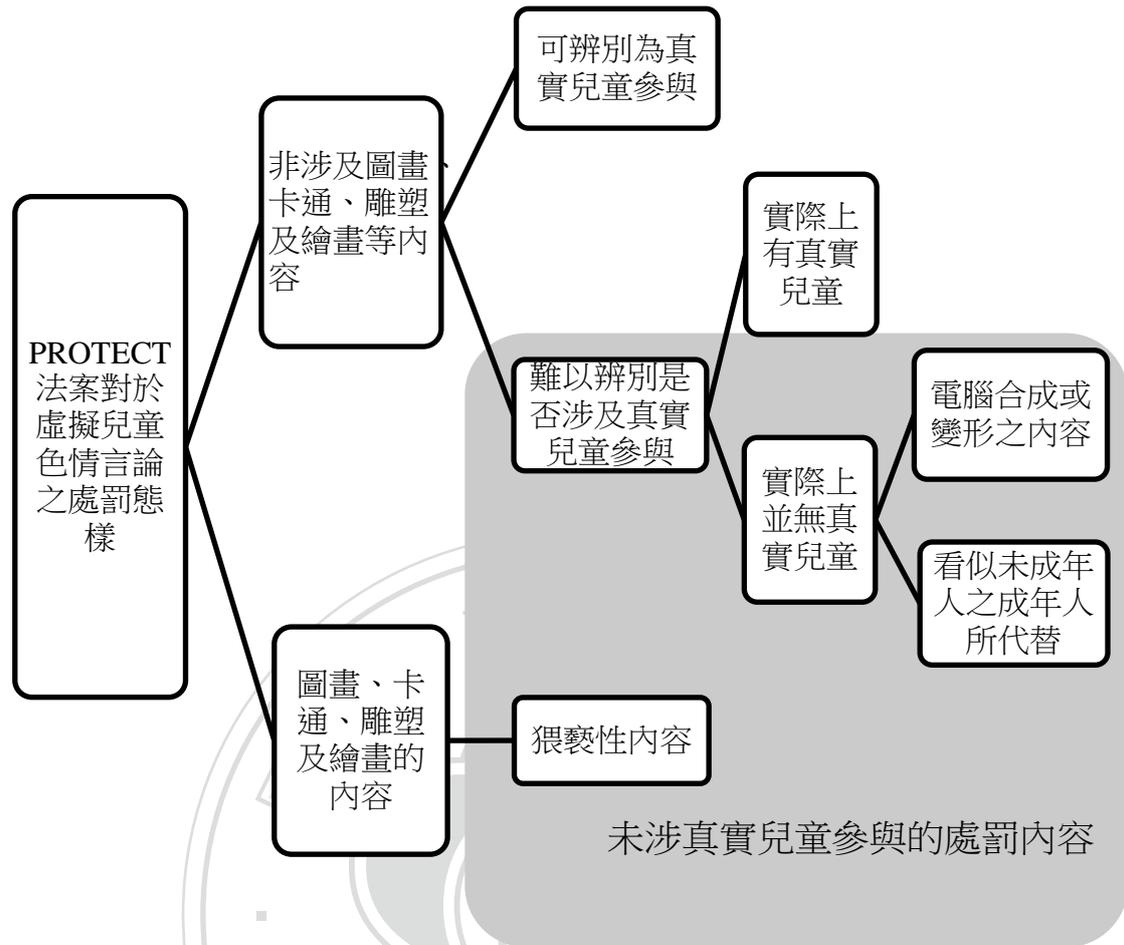
四、確認抗辯

第 1466A(e)項規定有兩種對於違反第 1466A(b)項規定處罰之持有行為時，設有兩種確認抗辯事由，其內容則與前開第 2252A(d)項規定完全相同。

陸、分析與討論

一、更為折衷的虛擬兒童色情之處罰模式

綜觀 PROTECT 法案整體的修正，係對於 *Free Speech Coalition* 案判決作出回應，亦即針對被該案宣告違憲的虛擬兒童色情處罰條款，作出較為折衷的修正，將原先處罰「看似」描述兒童色情之定義（2256(8)(B)）限縮為「不能辨別」；並同時增設處罰「猥褻的」虛擬兒童色情言論之規定（1466A(a)(b)），規範當涉及圖畫、卡通、雕塑或繪畫等必定能夠辨別為沒有真實兒童參與之兒童色情類型，如屬猥褻性言論時仍應予以處罰。就整體處罰虛擬兒童色情言論的走向來看，似乎部分參考 *Free Speech Coalition* 案中 O'connor 大法官意見書以及學者 Burke 之見解，而從原本「肯定」之處罰模式改為「折衷」之處罰模式，但 PROTECT 法案之分類上又較上開兩人區分的更細微，茲以圖示如下：



觀察上開圖表後我們可以得知，此種折衷式的虛擬兒童色情處罰規定，仍得以規範未涉真實兒童參與的兒童色情言論內容，其中包括實際上並無真實兒童參與的電腦合成或變形的內容、看似未成年人之成年人所代替之內容以及猥褻性的圖畫、卡通、雕塑及繪畫內容。

另外，原先兒童色情防制法案所處罰「傳達兒童色情印象」之引誘行為則予以刪除（2256(8)(D)），改為較為完整的引誘行為處罰條款（2252A(a)(3)(B)），把要件限縮為必須「以在某種程度上表現其看法」或是「意圖導致其他人相信之情形」方得予以處罰，然而其要見仍設計的相當抽象與廣泛，且並不要求引誘之行為人確實持有兒童色情物品，故於後來遭受合憲性之挑戰，詳見下一節之介紹。

最後，PROTECT 法案中並輔以「行為人已成年」及「兒童色情內容非涉及真實兒童」等兩項確認抗辯事由（2252A(c)）作為避免上開規定有「傷及無辜」之情形。

二、處罰「不能辨別」是否真實的兒童色情內容之問題

對於此種處罰模式，雖已較原先只要「看似」描述兒童色情即予處罰來得和緩，可以看見立法者極欲將言論自由的侵害最小化，但是上開折衷處罰模式仍可能仍可能引發問題。首先，學者Gray Mateo指出，對於虛擬兒童色情言論之處罰所可能侵害到未涉及真實兒童但卻不能辨別之「看似未成年之成年人從事之色情內容」，仍得依據PROTECT法案之規定予以處罰，且由於其不能辨別是否涉及真實兒童參與，自亦無法適用該內容非涉及真實兒童作為確認抗辯。¹¹⁶學者甚至直接批評此項立法規定根本為了有效地規避電腦科技進步下使得真實與虛擬之兒童色情影像難以分辨之追訴困難問題¹¹⁷。

其次，學者Audrey Rogers認為，所謂「難以辨別」之要件，係以「一般人之標準」來作判斷時，如果行為人認為其所持有之兒童色情內容可以辨別為虛擬的兒童色情，但是一般人卻認為該內容難以辨別其是否涉及真實兒童參與，行為人仍將受到處罰，此時被告所負的責任已非故意責任，而是由一般人作為判斷準則的過失責任¹¹⁸。

因此，學者Jasmin J. Farhangian一針見血地作出評論，如依據聯邦最高法院之見解，處罰描述「不能辨別」是否涉及真實兒童的色情言論內容仍屬違憲侵害言論自由之保障，蓋只要該言論之內容並未涉及真實兒童的性剝削即非屬「兒童

¹¹⁶ Mateo, *supra* note 110, at 197.

¹¹⁷ Timothy J. Perla, *Attempting to End the Cycle of Virtual Pornography Prohibitions*, 83 B. U. L. REV. 1209, 1226-1227 (2003).

¹¹⁸ Rogers, *supra* note 87, at 101；相同見解可參閱 Perla, *supra* note 117, at 1228.

色情言論」之範疇，PROTECT法案與先前 1996 年制定的兒童色情防制法相同，均將處罰範圍涵蓋到既非猥褻亦非涉及真實兒童性剝削之內容，雖然系爭規定處罰「不能辨別」之兒童色情內容係基於科技進步使得真實與虛擬的兒童色情無法有效辨別而區別處罰之故，但是此項基於追訴犯罪困難之目的於 *Free Speech Coalition* 案當中並未被法院採納為正當化處罰之管制目的，況且本法雖設有確認抗辯之規定，但此對於被告仍是過重的舉證負擔¹¹⁹。

最後，須特別強調的是，對於「不能辨別」是否真實的兒童色情之定義內容，影響最大的就是聯邦法典第 2252A(a)(5)(B)項所規定之處罰「持有」行為的情形，蓋單純持有這些不明來源的色情內容，行為人根本無法證明其是否涉及真實兒童之參與，對此議題，學者 Robert M. Sieg 認為適當的解決方式應該是透過處罰持有兒童色情言論的未遂犯來處理，亦即將判斷可罰性的重心移至行為人主觀上的故意（是否知悉其持有之兒童色情影像乃是由真實兒童所參與），而非是逕自擴張對於兒童色情之定義內容¹²⁰。

三、處罰猥褻的兒童色情內容之問題

PROTECT法案另外一項創舉是將猥褻性言論結合了虛擬兒童色情作為處罰之基礎，以處理那些「圖畫、卡通、雕塑或繪畫等必定沒有真實兒童參與之內容」以及「含有藝術價值之兒童性虐待影片，且足以辨別其為未成年人」等情形，然而 Mateo 認為運用「猥褻標準」作為判斷兒童色情言論之可罰性並不妥適，蓋於 *Ferber* 案判決中，法院即曾明白表示並無法將兒童色情言論之類型套用在猥褻性

¹¹⁹ Jasmin J. Farhangian, *A Problem of Virtual Proportions: The Difficulties Inherent in Tailoring Virtual Child Pornography Laws to Meet Constitutional Standards*, 12 J.L. & POL'Y 241, 273-275 (2003); Brian G. Slocum, *supra* note 104, at 667-685.

¹²⁰ Robert M. Sieg, *Attempted Possession of Child Pornography – A Proposed Approach for Criminalizing Possession of Child Pornographic Images of Unknown Origin*, 36 U. TOL. L. REV. 263, 264-272 (2005)；同此建議者亦可參閱 Perla, *supra* note 117, at 1231-1236.

言論的判斷標準之中¹²¹，且要求符合猥褻之標準將忽略無數的官方證明書均顯示「法律執行機關及保護兒童的激進主義者」與「法院」之間所關心的內容有著極大的不同之處，故其認為法院以猥褻作為處罰虛擬兒童色情之規定乃是「過時的」，改以提供「正當目的」作為免於處罰的抗辯，將會是解決問題更好的手段¹²²¹²³。

學者Chelsea Mclean則主張將Miller案判決所提出的三項猥褻標準用於處理「虛擬兒童色情」將是無法契合的¹²⁴，一方面兒童色情內容僅可能使戀童癖者或性虐待者產生性慾，而並不足以引起一般人的「情慾興趣」，且對於兒童色情之描述亦不須達到具有「明顯冒犯感」的強度，最後，即使兒童色情言論具有「文學、藝術、政治或科學等價值」其未必即因此受憲法之保障。因此，Mclean精湛的指出，管制「兒童色情」的困難之處即在於是我們很難清楚的定義其內涵，是故，以猥褻標準來辨別及處罰「虛擬的兒童色情」內容是相當危險的¹²⁵。另外，當以猥褻標準處罰「虛擬的兒童色情」的持有行為時，更會發生Stanley案與Osborne案判決間的交錯問題，前者認為不得處罰持有「猥褻性言論」之行為，而後者則認為得處罰持有「涉及真實兒童參與之色情言論」之行為，如果我們肯認猥褻的虛擬兒童色情之可罰性，將與上開兩案判決之見解均有未合之處¹²⁶。

學者Virginia F. Milstead則質疑，運用猥褻標準來追訴「虛擬兒童色情」之內容時，將會發生檢察官放棄將具體案件認定為「真實兒童色情」而全部以「虛擬

¹²¹ 458 U.S. 747, 764.

¹²² 例如含有未成年人為性行為之奧斯卡得獎影片「美國心玫瑰情」，得以「具有藝術價值」作為免於處罰的正當目的。

¹²³ Mateo, *supra* note 110, at 196-197.

¹²⁴ *Free Speech Coalition* 案判決中，法院即認為「兒童色情」內容既不要求訴諸情慾興趣，其次，亦無須使一般人造成明顯的冒犯感，以 17 歲之未成年人從事明顯性意味行為之活動並不必然違反當代社區標準，故對於虛擬兒童色情內容之判斷與猥褻標準並無直接關聯。See 535 U.S. 234, at 246.

¹²⁵ Chelsea McLean, *The Uncertain Fate of Virtual Child Pornography Legislation*, 17 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 221, 240-243 (2007).

¹²⁶ *Id.* at 243-244.

而非真實」的兒童色情內容為追訴，因為，以猥褻標準來認定其是否犯罪較證明該內容涉及真實兒童參與要來的困難的多¹²⁷。

有鑑於上述學者的質疑，後來此項處罰「猥褻的」虛擬兒童色情言論之規定亦受到言論自由的挑戰，詳見下一節之介紹。

第四節、PROTECT 法案制定後的問題

本節乃探討 PROTECT 法案制定後，其增訂的兒童色情言論之「引誘條款」，以及處罰「猥褻性」的圖案、卡通、雕塑及繪畫等兒童色情內容之規定，均受到憲法言論自由的挑戰，雖然從結果來看，法院乃維持上開兩項規定的合憲性，但是這些規範仍留待將來的檢驗。

壹、「引誘條款」之合憲性—*United State v. Williams* 案(2008)

一、事實與法律

本案乃涉及 2003 年 PROTECT 法案所新增處罰引誘行為條款的合憲性問題，該條內容如下¹²⁸：

任何人故意經由郵寄或利用任何國際或國內交易之方式、設備或包括電腦在內的其他工具，而為「廣告」(advertise)「促進」(promote)「呈現」(present)「散布」(distribute)或「教唆」(solicit)行為，

¹²⁷ Virginia F. Milstead, *Ashcroft v. Free Speech Coalition: How can Virtual Child Pornography be Banned under the First Amendment?* 31 PEPP. L. REV. 825, 853, 867 (2004).

¹²⁸ 18 U.S.C.A. § 2252A(a)(3)(B).

以在某種程度上表現其意念 (reflects the belief) 或是意圖引起他人相信 (intended to cause another to believe) 其含有以視覺描繪猥褻或涉及真實兒童參與的明顯性意味之行為。

本案的案例事實為，於 2004 年的 4 月 26 日，Michael Williams 以帶有明顯性意味的暱稱進入一個公開的網路聊天室，而後，一位警員則以「Lisa n Miami」的暱稱進入，接著 Williams 留言：「孩童的爸爸有其和女兒的好圖片與您交換幼童的圖片或是線上視訊」，該名警員即開始與 Williams 對話，並於線上交換一些非色情的兒童圖片（這些圖片實際上係由成人的圖片作竄改），Williams 並聲稱其有男子性侵害 (molest) 其四歲女兒的圖片，但其懷疑這名警員的身分，故要求其提出更多照片，該名警員拒絕，於是 Williams 留下一段訊息並附上超連結，其中含有七張年約 5 至 15 歲的真實的兒童色情圖片，於是警方即以此申請搜索令，於 Williams 家中扣押兩個硬碟，裡面存有至少 22 張真實的兒童色情圖片。故 Williams 依據 PROTECT 法案而被起訴其違反聯邦法典第 2252A (a)(3)(B)項規定之引誘 (pander) 以及第 2252A (a)(5)(B)規定之持有 (possess) 兒童色情圖片等兩項罪名。

Williams 雖對上述兩項罪名認罪，惟其對於處罰「引誘行為」規定的合憲性提出質疑，地方法院不採其抗辯，判決二項罪名均各處有期徒刑 60 個月。被告上訴後，聯邦第 11 巡迴上訴法院撤銷對於引誘兒童色情一罪的有罪判決，認定該條款範圍涵蓋過廣且定義用語模糊不明，有違憲法對於言論自由及正當程序原則之保障。本案於 2008 年上訴至聯邦最高法院，作出 *United State v. Williams*¹²⁹ 案判決。

¹²⁹ 553 U.S. 285 (2008)；關於本案判決內容之介紹，可參閱 Benjamin A. Mains, *Virtual Child Pornography, Pandering, and the First Amendment: How Developments in Technology and Shifting First Amendment Jurisprudence Have Affected the Criminalization of Child Pornography*, 37 HSTCLQ 809, 831-834 (2010).

二、判決內容

(一)、系爭規定不違反保障言論自由要求下的涵蓋過廣原則

1、系爭規定將處罰範圍擴張至「虛擬兒童色情」內容

主筆本案多數意見的Scalia大法官認為系爭處罰引誘行為規定的合憲性問題乃在於，其禁止要求或提供兒童色情之內容，而不論該言論內容是否存在真實兒童的參與。此與先前聯邦最高法院於*Ferber*案、*Osborne*案和*Free Speech Coalition*案判決均僅限制散布或持有真實兒童參與之色情內容有所不同，系爭規定除了處罰真實兒童色情外，亦處罰將「真實兒童色情」引進兒童色情散布網絡的附隨言論（collateral speech），因此，在網路上要求兒童色情言論的網路使用者將會違反本項規定，即使其並未持有任何兒童色情圖片；而將虛擬的兒童色情言論廣告為涉及真實兒童參與時，亦會受本法之處罰。質言之，系爭規定並未依循*Ferber*案（涉及真實兒童參與之色情言論）和*Miller*案（涉及真實或虛擬兒童參與之猥褻性言論）判決合憲禁止的立場為規範，其處罰範圍有違反涵蓋過廣原則之疑慮¹³⁰。

2、請求提供或要求獲得不法內容之言論並不受言論自由的保障

從*Giboney v. Empire Storage & Ice Co*¹³¹案以及*Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Comm'n on Human Relations*¹³²案判決可以得知，要求從事於違法交易行為（offers to engage in illegal transaction）乃屬不受言論自由保障的言論類型，有人認為此得用以解決處罰請求提供或要求兒童色情言論之規定的合憲性問題，惟聯邦第 11 巡迴上訴法院則認為，上開判決之不受言論自由保障的見解僅適用

¹³⁰ *Id.* at 293.

¹³¹ 336 U.S. 490 (1949).

¹³² 413 U.S. 376 (1973).

於「商業性的」(commercial) 要求提供或接收違禁品之言論，而本案系爭規定之處罰範圍並未限於「商業性言論」，尚包括非關商業的其他內容，故認為不適用上開判決之見解，於審查上應採取嚴格審查標準。

但是，Scalia大法官則認為聯邦第 11 巡迴上訴法院（以下簡稱前審法院）乃是誤解前開兩項判決之見解，其並非基於「商業性言論」僅享有較低程度的言論自由保障，而是「請求給予或接收不得合法持有的言論」，因其不具有社會價值，而如同猥褻一般不受言論自由保障的原則。亦即，請求提供或要求獲得不法內容之言論（Offers to provide or requests to obtain unlawful material），不論其是否涉及商業交換，均不受言論自由之保障，否則豈非認為憲法一方面允許國家禁止提供非法販賣毒品的言論，另一方面卻不得禁止提供免費贈送毒品的言論（因其未涉及商業性質）¹³³。

另外，要強調的是，提議參與非法活動（proposal to engage in illegal activity）與單純倡導不法行為（abstract advocacy of illegality）之間存有重要的區別¹³⁴。本法案並未禁止單純倡導兒童色情之言論，而僅針對取得兒童色情資訊之提供和請求的提議予以處罰，而並不會超出憲法保障言論自由的界限¹³⁵。

3、對於聯邦巡迴上訴法院認定違憲理由的反駁

前審法院不但錯誤的認為本案系爭言論應受言論自由之保障，其提出三點認定違憲的理由，更受到Scalia大法官的反駁。

首先，前審法院認為系爭規定乃屬違憲的原因在於，此項規定的違反並不以任何兒童色情言論存在為前提，而使得吹牛者、誇大其詞者以及說謊者均有可能觸法。然而，Scalia認為，法院的判決先例指出政府得分別禁止「詐欺的要求」

¹³³ 553 U.S., at 297-298.

¹³⁴ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) (*per curiam*); *See also NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982).

¹³⁵ 553 U.S., at 299.

(fraudulent offers)以及「提供違法產品的要求」(offers to provide illegal products)的行為，但前審法院卻禁止政府處罰同時涉及「詐欺」以及「提供違法產品」的要求行為，其論點並不具有邏輯性¹³⁶。

其次，前審法院根據*Brandenburg*¹³⁷案判決之意旨，認為系爭規定處罰「促進」(promote)兒童色情言論之規定，乃屬受言論自由所保障的「單純倡導不法行為」之言論，其處罰範圍乃屬涵蓋過廣。對此，Scalia則反對這樣的解讀，其認為「促進」一詞並非意指「我相信兒童色情應該合法」、「我鼓勵你去獲得兒童色情物」等「單純倡導」的陳述，而是指「出於移轉特定意涵的兒童色情言論之意圖所作的建議」¹³⁸。

最後，前審法院認為系爭規定僅處罰「表現(兒童色情)意念」(reflects the belief)的引誘行為，而將會誘捕(ensnare)到哪些錯誤地相信其引誘的內容為兒童色情言論的行為人，但是Scalia則指出此理由具有兩種概念上的區別，其一，如果前審法院是認為處罰誤將其所散布之「虛擬兒童色情」內容以為是「真實兒童色情」內容者乃屬違憲的話，Scalia表示反對，蓋要求提供非法內容或是從事於不法行為之言論及非屬言論自由所保障之範圍，儘管行為人誤解其對於其要求行為之實際預測，法律之所以處罰引誘或請求行為乃是因為其為「傳送兒童色情言論」之犯罪作準備的一種前階段犯罪行為；其二，前審法院認為該法規之適用可能包括處罰主觀上相信無害的圖片為「色情的」(lascivious)的行為人，但是Scalia則清晰的說明，此種情形並無本案系爭法規的適用，因為被告必須對於其所引誘之內容有所認識，且該內容客觀上亦符合法規的定義(而非被告主觀的臆測)，方有其適用¹³⁹。

4、本案並未推翻*Ferber*案與*Free Speech Coalition*案之見解

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ 395 U.S. 444 (1969).

¹³⁸ 553 U.S., at 300.

¹³⁹ *Id.* at 301.

關於本案判決的不同意見書批評，本案係暗中地變更*Ferber*案與*Free Speech Coalition*案判決見解，因為由上開兩案可以得知，法院認為即使政府僅是禁止提供交易「虛擬兒童色情」之言論而非其內容本身，仍然不受言論自由所保障。

對此，*Scalia*大法官則回應，請求提供或要求接收「虛擬兒童色情」內容原則上並不受本法禁止，系爭規定僅有當行為人本身相信或是意圖使接收者相信，其所傳達的交易內容涉及真實兒童的參與時，方可能受到處罰，而本案判決的不同意見書要求當對一方或雙方當事人並非完全知悉交易之內容違法時，系爭規定應例外不予處罰，但*Scalia*認為區別被告是否對於犯罪內容有所錯誤而決定是否給予處罰這件事情，並無需要保障言論自由的利益存在。立法者並不會因為行為人意圖取得實際上並非真實的國家安全文件就不予以處罰，憲法對於言論自由的保障並不會創設「因為行為人誤認其犯罪事實而得以獲判無罪」之刑法基本原則的例外¹⁴⁰。

(二)、系爭規定不違反正當程序保障要求下的模糊性原則

前審法院另外一個認定系爭規定乃屬違憲的理由是其違反憲法增修條文第5條之正當法律程序要求下的模糊性原則（*Vagueness doctrine*），前審法院認為系爭規定中要求「某表現其意念」（*reflects the belief*）以及「意圖引起他人相信」（*intended to cause another to believe*）之要件，太過於模糊且欠缺客觀可供遵循的標準。

其試舉兩例來說明本規定的模糊之處，其一，假設一封含有圖片檔的邀請郵件，並且包含一個訊息寫著：「小珍妮在浴缸裡一快、快！」，此時，由於系爭規定並不要求違法物品之真實存在，政府對於認定此郵件之訊息是否某種程度表現其引誘兒童色情言論之意念將實際上享有幾乎不受限制的自由裁量權。其二，假設一封標題為「一些孩童在床上的好照片」並附加一個幼童穿著睡衣睡在床上

¹⁴⁰ *Id.* at 303-304.

的圖片檔。上訴法院描述了三個假定的寄件者：一個自豪的祖父母、一個慣於寄送一些活潑的半開玩笑式之主題的可愛照片的人，以及一個意圖交易這些圖片以取得更多的圖片的兒童性騷擾者。此時，因為在上述每個寄件者均以電子郵件寄送圖片為「方法」(manner)，且寄件者之身分以及信件之內容亦並與系爭規定之要件無關，因此這三個寄件者都有可能面臨系爭規定的追訴¹⁴¹。

然而，Scalia認為上述這兩個例子均缺乏證據足以使陪審團取得毫無合理懷疑之確信該行為人主觀上有所認知，且使用「表現其意念」或是「意圖引起他人相信」之方法以展示涉及真實兒童從事於明顯性意味行為之情形。另外，上訴法院更根本的錯誤在於，這些案例雖然是基於系爭規定所規範之要件產生的問題。但事實上這個問題並非是來自於模糊性原則之違反，而是因為在毫無合理懷疑之確信下對證據高度的要求¹⁴²。

三、相關意見書

(一)、Stevens 大法官與 Breyer 大法官之協同意見書

由 Stevens 主筆的協同意見書考量到以下兩點具有相互關係的事項而贊同多數意見認定系爭規定合憲之結論，其一，其相信對於每個法律規定為適當的解釋時，必須謹守維持法律規定的效力而避免使其違憲的原則，其二，系爭規定文字本身的射程範圍是不清楚的，因此避免違憲的義務使得我們得以適當的超出文義之範圍以探求立法者之真意。

而當初立法者制訂系爭條款時，將其訂為「引誘行為」(pandering) 條款或「引誘與教唆行為」(pandering and solicitation) 條款，儘管其規定內容未出現「引

¹⁴¹ *Id.* at 305.

¹⁴² *Id.* at 305-306.

誘」的字詞。而牛津英語辭典係將「引誘」解釋為「服侍他人色慾之滿足」，而布萊克法律辭典則解釋為「販賣或散布關於文字或是視覺上內容的行為以公然地廣告而引起接收者的情慾興趣」，總結這兩種解釋，Stevens認為「引誘」係指：「供給文字或圖像以公然地廣告而引起色情興趣的事務」(the business of purveying textual or graphic matter openly advertised to appeal to the erotic interest)¹⁴³。

是故，如果行為人基於合法且非色情的(lascivious)目的而為引誘行為，且其內容涉及重要的文學、藝術、政治或科學價值時，應非屬本法所欲規制之範圍，而不應受到處罰¹⁴⁴。

(二)、Souter 大法官與 Ginsburg 大法官之不同意見書

主筆不同意見書的Souter大法官雖然同意政府得合憲的限制兒童色情言論的引誘行為，亦贊同其得以處罰那些與「現存」(extant image)影像無關的引誘內容，但這些內容仍須是明確且真實存在的。而本案系爭處罰引誘行為規定的要件並不要求其是否涉及真實兒童存在，而為維護言論自由之保障，我們必須對那些非真實的(fake)兒童色情言論(包括電腦合成照片以及看似未成年的成年色情影像)給予保護，Souter大法官進而認為，多數意見在對於上開利益的權衡上，實際上已在暗中變更先前Ferber 和 *Free Speech Coalition*案的重要決定，故方撰寫此份不同意見書¹⁴⁵。茲將其重要的論證內容分述如下：

1、本案乃實質變更 *Free Speech Coalition* 案之見解

本案系爭規定於適用上的典型情況，包括行為人透過其要求或教唆行為以獲取或提供真實兒童參與的色情內容，儘管這些內容僅是行為人所聲稱而並非是現

¹⁴³ *Id.* at 308 (Stevens, J., concurring).

¹⁴⁴ *Id.* at 309.

¹⁴⁵ *Id.* at 309 (Souter, J., dissenting).

存的；亦或是聲稱其呈現、散布、廣告或是促進兒童色情言論，但卻並未提供任何的實質內容。這些言論均意在促進非法的交易行為，而不受言論自由所保障。然而除此之外，系爭規定的處罰範圍尚包括行為人故意誘導或許欺而使他人相信並進而提供兒童色情內容，甚至包括行為人錯誤的相信其能夠得到這些內容而傳送其接受他人的要求，這些情形儘管行為人是不可能完成其犯罪的，亦將會受到本法之處罰¹⁴⁶。

由此觀之，其與先前的*Free Speech Coalition*案判決之矛盾明顯易見，*Free Speech Coalition*案乃肯認非猥褻性之虛擬兒童色情影像，仍受憲法第一修正案之言論自由保障，因為政府方面並未建立虛擬兒童色情資訊與兒童安全間之關連性，是故，法院最後認為「虛擬色情言論」並不能構成刑事犯罪行為，因此，如果無證據證明涉及真實兒童，兒童色情資訊之交易即不得加以處罰，政府必須證明資訊客體為真實兒童，而非由行為人負擔證明其言論不違法之責任。但根據本案規定，不但在影像涉及真實兒童時無庸證明該兒童為真實存在，即可處罰交易之提議，甚至連完全未顯示出真實兒童之影像的交易提議，亦得予以處罰。然而根據*Free Speech Coalition*案最高法院揭示的原則，第一種情況必須具有充分之證據證明始得處罰，第二種情形根本就不應施以刑事規範¹⁴⁷。

2、對於支持系爭規定合憲理由的回應

多數意見舉出三個理由為政府處罰涉及言論自由保障內容的交易提議行為作辯護，首先，多數意見認為系爭規定設有行為人必須「傳達其信念或使他人相信」其提議之交易行為涉及真實兒童參與，而並不會處罰到受保障的虛擬兒童色情言論內容，對此Souter大法官認為，重點並非其處罰的交易行為係在描述虛擬兒童色情，而是因為該規定處罰傳達其信念或使他人相信有關真實兒童色情之內容，根本並非現存或是無法證明其涉及真實兒童之參與，亦即，行為人所傳達或使他人相信之內容並不需是現實存在的正確內容，使得該規定可能會處罰合法

¹⁴⁶ *Id.* at 311-312.

¹⁴⁷ *Id.* at 313-314.

以及違法的交易行為¹⁴⁸。

其次，多數意見認為系爭規定所處罰之言論內容並不言論自由保障，然而Souter大法官認為這種說法並未處理其本質的難題，也就是根據*Ferber* 和 *Free Speech Coalition*案判決之見解均認為僅有當交易行為所傳送之影像涉及真實兒童時，方不言論自由之保障，而並非謂言論自由不保障所有對於違法行為之提議¹⁴⁹。

最後，多數意見類推適用刑法的理論而認為，對於意圖犯罪的提議行為，並不會因為某些使其不可能完成犯罪行為的阻礙（於此的阻礙可能為年齡、說法和偽裝的兒童特色）而使其無罪，亦即，只要行為人主觀上認為其所提議之交易行為係涉及真實兒童色情言論，即得予以處罰。但是Souter大法官則認為上開原則之適用與*Free Speech Coalition*案認為兒童色情言論之處罰僅有在其涉及「真實兒童」時方得為之的要求間是不合邏輯的，況且，其不合理的變更了「事實上挫敗原則」（*factual frustration rule*）¹⁵⁰之概念，使得行為人客觀上所為之交易行為根本無關真實兒童的色情言論內容，亦即並非違法交易行為時，仍因其主觀上的犯罪故意而得該當系爭規定之未遂犯而受處罰，是有問題的¹⁵¹。

3、系爭規定違背*Brandenburg*案之意旨

聯邦最高法院於*Brandenburg*案判決曾經明確的表示，言論自由旨在確保政府不得限制或禁止人民單純倡導不法行為之言論，而僅有當該言論客觀上將直接煽動或產生立即不法行為，且主觀上亦意圖煽動或產生此種行為時，方得予以限制。因此，任何對於言論自由的限制必須植基於該言論實際上可能造成的傷害，

¹⁴⁸ *Id.* at 314-315.

¹⁴⁹ *Id.* at 315.

¹⁵⁰ 此項原則係指帶有明確意圖的犯罪行為完成時將被認定為犯罪行為，例如行為人意圖殺害他人但卻錯誤地拿到裝有空包彈的手槍朝受害人開槍，如果其子擋已經裝上手槍時，其仍得該當殺人罪名，僅有在其開槍的故意行為是事實上不可能完成時，方得以避免該犯罪之完成。

¹⁵¹ 553 U.S., at 315-318.

而本案中則未能符合該案之精神，其僅因行為人本身基於其主觀上的陳述作為處罰其提議為交易行為之依據，將使該規定的處罰範圍涵蓋過廣¹⁵²。

貳、猥褻的虛擬兒童色情言論之處罰 — *United State v. Whorley* 案(2009)

關於PROTECT法案內容之爭議，除上述聯邦法典第2252A(a)(3)(B)項處罰「引誘行為」之規定外，另一樁訴訟*U.S. v. Whorley*案，乃涉及聯邦法典第1466(A)(b)項對於「猥褻的虛擬兒童色情言論」之處罰規定的合憲性爭議問題。

一、事實與法律

於2003年PROTECT法案所增訂之聯邦法典第1466A(a)項規定：

任何人於第1466A(d)項所描述的情形下，故意製造、散布、接收、意圖散布而持有、單純持有任何以圖畫、卡通、雕塑或繪畫等形式，而視覺描繪關於以下兩種內容者，依據第2252A(b)(1)項規定處以5年以上至20年以下的有期徒刑：

- (1)、「猥褻的未成年人明顯性意味行為的描述」或；
- (2)、「是或看似未成年人從事於繪畫式的人獸交、性虐待或同性或異性間之性行為而欠缺文學、藝術、政治或科學價值」。

被告Whorley於2004年3月間某日，在維吉尼亞州勞工委員會內，使用原供求職者搜尋求職資訊之公用電腦設備接收20張日本色情漫畫，內容描繪少女遭男子強制性交；被告亦接收了真實兒童色情影像之電子檔案，再以電子郵件寄發這些

¹⁵² *Id.* at 321-322.

兒童色情資訊；被告並且寄發、收受多封描述兒童遭亂倫性交及性虐待的電子郵件。而依聯邦法典第1462條「接收猥褻物品罪」以及上開所示的聯邦法典第1466(A)(1)條「接收兒童色情物品罪」規定遭地方法院判處有期徒刑20年¹⁵³。

被告不服而上訴至聯邦第四巡迴上訴法院，爭執上開兩項規定的合憲性，對於聯邦法典第1462條處罰接收猥褻性言論之規定，其主張由於接收（receive）行為僅是持有的附帶行為，而對於處罰持有猥褻言論之行為，聯邦最高法院曾於 *Stanley v. Georgia* 案中判決違憲，故系爭規定違反 *Stanley* 案判決意旨以及模糊性原則之要求；至於同法第1466條處罰接收兒童色情言論之規定，被告則主張系爭日本漫畫的內容非描繪真實兒童，地方法院之判決於適用上違反言論自由之保障，對此，美國第四聯邦巡迴上訴法院因而作成 *United State v. Whorley* 案判決，駁回其上訴而認定系爭規定並不違反言論自由條款¹⁵⁴，被告的辯護人請求上訴法院重啟聽證程序，但於2009年6月18日為巡迴上訴法院法官投票否決¹⁵⁵，最後其請求上訴至聯邦最高法院，該移審令之請求亦於2010年1月11日遭到最高法院的否決¹⁵⁶，全案因此確定。

因此，本文以下僅針對聯邦第四巡迴上訴法院關於聯邦法典第1466(A)(1)條「接收兒童色情物品罪」規定的合憲性分析作介紹。

二、判決內容

被告認為本法第1466A(a)項規定乃屬違憲，係因其認為該規定之適用應僅限於「真實兒童」內容，而不應包括本案有關卡通描繪而未涉及真實兒童參與之內容，如果該規定得擴張至「非真實兒童之色情內容」，則將違反聯邦最高法院於 *Ferber* 案及 *Free Speech Coalition* 案要求政府僅得處罰描繪真實兒童的明顯性意

¹⁵³ 400 F.Supp.2d 880 (E.D. Va., 2005); 386 F.Supp.2d 693 (E.D. Va., 2005).

¹⁵⁴ 550 F.3d 326 (4th Cir., 2008).

¹⁵⁵ 569 F.3d 211 (4th Cir., 2009).

¹⁵⁶ 130 S.Ct. 1052 (2010).

味行為之見解¹⁵⁷。

然而，法院認為被告過於狹隘地僅關注第1466A(a)項規定之適用，而未注意到第1466A(c)項已明白規定本條規定並不要求被描繪的未成年人真實的存在，亦即其處罰範圍已涵蓋「虛擬兒童色情」。因此，接著必須面對的問題就是第1466A(a)項規定之處罰範圍（包含非真實兒童之內容）是否已違反*Ferber*案及*Free Speech Coalition*案之見解？對此，法院認為，上開兩案判決確實認為言論自由並不保障涉及真實兒童之色情言論內容，但前提是該言論內容非屬猥褻，*Free Speech Coalition*案即曾提到猥褻性的言論在任何情況下均不受言論自由之保障¹⁵⁸，故精確的說，憲法所保障的是非屬猥褻且未涉真實兒童參與之色情言論內容。被告之抗辯乃忽略第1466A(c)項之規定係針對「猥褻的」未成年人明顯性意味行為的描述，因此，無論系爭規定是否涉及真實兒童，其僅針對猥褻性言論內容為處罰應符合聯邦最高法院於*Miller*案判決之見解¹⁵⁹。

三、相關意見書

聯邦第四巡迴上訴法院的Gregory法官撰寫的本案一部協同一部不同意見書，其雖贊同系爭規定並未違憲侵害言論自由之保障，然而其對於系爭規定之適用範圍有不同之解釋，其認為該規定應解釋為：「僅有在處罰由卡通或圖畫等方式所描述之內容係具體表現『真實兒童色情』之內容」時方有適用，儘管這些兒童無法明確的予以識別。根據Gregory之見解，本案被告所接收的日本色情漫畫，其內容毫無爭議的並非經由真實兒童所呈現，故應不受系爭規定之處罰¹⁶⁰。

其認為系爭規定仍須適用於具體表現真實兒童色情內容的理由有三，首先，

¹⁵⁷ 550 F.3d, at 335-336.

¹⁵⁸ See *Ashcroft*, 535 U.S. at 245-46; see also *Miller*, 413 U.S. at 24; *Kaplan*, 413 U.S. at 119.

¹⁵⁹ 550 F.3d, at 336-337.

¹⁶⁰ *Id.* at 351.

該規定係處罰「未成年人的明顯性意味行為」之內容，而所謂「未成年人」應指生存且負有權利與義務的自然人，是故任何有關未成年人的虛擬或圖解之影像應不包含在內；至於，多數意見認為被告忽略第1466A(c)項之規定內容之部分，Gregory則認為該規定僅在放寬對於證據認定之要求，亦即政府並不需要鉅細靡遺地證明系爭兒童色情內容是由可識別的真實兒童參與製作而成；最後，如將第1466A(a)項的第(1)款及第(2)款作比較後可以得知，如不將第(1)款限縮解釋為「具體表現真實兒童色情」之情形，將使要件較嚴格的第(2)款¹⁶¹遭到架空¹⁶²。

第五節、總結－美國兒童色情言論管制的檢討與採納

壹、兒童色情言論管制現況與架構

自從美國聯邦最高法院於*Ferber*案判決注意到兒童色情的製造過程所造成的傷害特質，基於保護兒童不受性剝削與虐待而奠定「兒童色情言論」不受言論自由保障之結論後，該案之見解持續影響至今而未曾被推翻，更被擴大適用，而在後來的*Osborne*案判決將處罰的行為態樣擴張至「持有行為」，然而，於2002年的*Ashcroft v. Free Speech Coalition*案判決則為兒童色情之管制劃下一道底線，法院宣告兒童色情防制法對於「虛擬兒童色情言論」之處罰乃屬違憲，認為兒童色情言論內容的處罰前提必須是一涉及「真實兒童」的色情內容。

然而，隔年美國國會針對上開判決見解乃因應制定PROTECT法案，將「虛擬兒童色情言論」之處罰規定予以修正，採取較為折衷的見解，其主要修正內容，

¹⁶¹ 第 1466A(a)項第(2)款要求「是或看似未成年人從事於繪畫式的人獸交、性虐待或同性或異性間之性行為而欠缺文學、藝術、政治或科學價值」，其與第(1)款要求「猥褻的未成年人明顯性意味行為的描述」相較之下，就行為態樣（人獸交、性虐待或性行為）及是否具有重要價值的判斷上，第(2)款之要件明顯較為嚴格。

¹⁶² 550 F.3d, at 351-352.

包含「引誘條款」以及「猥褻的虛擬色情言論處罰條款」在後來*Williams*案判決以及*Whorley*案判決中均由聯邦法院¹⁶³認可其合憲性，從結果來看，PROTECT法案所增訂內容均能夠通過言論自由的檢驗，亦即現今PROTECT法案的處罰範圍已不再堅守「真實兒童」的色情內容的界線範圍，而得以處罰「難以辨認其是否涉及真實兒童參與之兒童色情」、「猥褻性兒童色情」以及「要求從事違法之交易行為」等可能並無真實兒童參與的內容。

平心而論，現行法律規範下，政府雖已可能處罰未涉「真實兒童」的色情內容，但係透過結合猥褻性言論之內容、或是違法行為不受言論自由保障作為理由，美國聯邦最高法院從未推翻或是限縮*Ferber*案判決的見解，根本上，美國對於兒童色情言論的處罰，仍係以避免「兒童遭受性虐待與剝削」作為管制目的，為消滅兒童色情製造的市場，在利益衡量上乃是認為保護兒童之政府利益優於言論自由權以及隱私權之保障，肯認政府得處罰兒童色情言論的散布、販賣、促進甚至是持有行為。

貳、Adler 教授對於兒童色情言論管制的反思

對於由美國聯邦最高法院所一手建構的兒童色情言論管制體系，美國的憲法學者均不乏批評，其中著力最深的是美國紐約大學的Amy Adler教授¹⁶⁴，其分析兒童色情言論的管制目的之游移與管制內容的擴張，已使兒童色情管制從冠冕堂皇的避免兒童色情言論背後性虐待與剝削行為之傷害，轉變為對兒童具有情慾興趣之邪惡思想的控制，而已經過度侵害言論自由之保障，茲將其對於批判的內容分述如下：

¹⁶³ *Williams* 案判決係聯邦最高法院判決，*Whorley* 案判決則是聯邦第四巡迴上訴法院判決，該案於 2010 年上訴至聯邦最高法院但遭到駁回。

¹⁶⁴ Adler 教授於 2001 年發表了兩篇批判兒童色情言論管制的鉅作，內容均在 50 頁以上，極力的批評兒童色情管制的問題。See Amy Adler, *The Perverse Law of Child Pornography*, 101 COLUM. L. REV. 209 (2001); Amy Adler, *Inverting the First Amendment Inverting the First Amendment*, 149 U. PA. L. REV. 921 (2001).

一、兒童色情管制法規的產生

在美國法上，最早開始出現管制兒童色情言論的法規乃是為了回應 1970 年代晚期的社會批判，在當時，兒童性虐待之行為從其藏身處被發現且視作是一種有害的社會秘密，並且此項問題的嚴重性並升高至國家緊急狀況（**national emergency**）之程度¹⁶⁵，在這個時期，兒童性虐待被認為是一種可怕到難以形容的禁忌以及我們所能想像最壞的犯罪行為，甚至比謀殺罪還要嚴重¹⁶⁶。而兒童色情言論則是此種性虐待行為下的產物，而政府亦開始留意及關注到兒童色情的在劇烈的增加當中，因此兒童色情言論的管制法規在美國各州急速的擴張¹⁶⁷。

是故，兒童色情言論的管制規定的迅速發展，乃是由於人民情感上以及心理上對於兒童性虐待反映以及文化上的恐慌所因應而生，然而這些管制規定應如何與憲法所保障的言論自由權相權衡即是個難題，正如同美國早期因為戰爭的原因而對於國家安全問題提高重視且有所恐慌，故對於煽動內亂與顛覆國土的言論管制所發展出的「明顯而立即危險原則」一般，現今兒童色情言論之管制問題亦會遭遇到困境¹⁶⁸。

¹⁶⁵ Ian Hacking, *The Making and Molding of Child Abuse*, 17 *CRITICAL INQUIRY* 253, 257 (1991).

¹⁶⁶ JAMES R. KINCAID, *EROTIC INNOCENCE : THE CULTURE OF CHILD MOLESTING* 12-16 (1998).

¹⁶⁷ PHILIP JENKINS, *MORAL PANIC : CHANGING CONCEPTS OF THE CHILD MOLESTER IN MODERN AMERICA* 147 (1998).

¹⁶⁸ Amy Adler, *Inverting the First Amendment Inverting the First Amendment*, 149 *U. PA. L. REV.* 921, 922-924, 934-935 (2001).

二、兒童色情管制法規的問題點

(一)、難以捉摸的管制對象

Adler教授指出，兒童色情言論之管制問題乃在於法院並未對兒童色情本身作出定義，使得兒童色情言論成為一項難以捉摸的管制目標，聯邦最高法院於*Ferber*案中，雖認為「兒童色情言論」不受言論自由的保障，但卻未曾正面的界定其內涵，更直接的接受該案中的紐約州法之規定當作定義內容¹⁶⁹。並且，該案中雖列舉了五點理由作為兒童色情言論不受保護之理由，但是法院賦予政府廣泛管制此種言論的主要原因乃是由於該言論之製造必須伴隨兒童性虐待行為之故，此與猥褻性言論之管制的不同處在於，管制猥褻之目的在於其為「低價值的言論表達」，而管制兒童色情言論之目的則植基於「嚴重的犯罪行為」，也因為此種管制目的之差異，兒童色情言論不需要創設「具有重要的文學、藝術、政治及科學價值」之例外情形，並且不必向猥褻性言論一樣就內容為「整體判斷」，而得針對單獨的文字內容為判斷，並且法院亦准許處罰「持有」兒童色情言論之行為，整體看來，政府對於兒童色情言論管制享有較猥褻性言論更大的管制空間¹⁷⁰。

然而，政府得如此廣泛的管制兒童色情言論，卻又未明確定義其內涵之結果，將造成兩個憲法問題，其一是違反模糊性及涵蓋過廣原則，而威脅到受言論自由所保障之兒童圖片或影像；其二則是隨著兒童色情內容定義之擴張，將使其得以處罰並未對兒童為性侵害行為之內容。Adler教授舉例說明，例如一位十歲的女孩在海灘上穿著比基尼泳裝與其母親一同戲水，卻被躲在遠處的拿著長鏡頭數位相機之人針對其性器官之部位拍攝照片，該女孩與其母親根本不知道此人之存在，亦不知悉其遭拍攝照片，而此照片中，並未涉及任何兒童遭受性侵害或虐待，然

¹⁶⁹ *Id.* at 936-937.

¹⁷⁰ *Id.* at 938-940.

而此照片卻可能被認定為是兒童色情內容，製造或持有此照片將因此而遭受處罰，由此可知，兒童色情的管制法規事實上是在處罰「戀童癖者本質上的怪異慾望」（the peculiar nature of pedophilic desire），管制擴張的原因是因為戀童癖者喜愛各式各樣的兒童圖片（例如兒童做體操、揮舞指揮棒之行為、在泳池嬉戲或甚至是穿著冬季厚外套的照片）而並不僅限於那些「兒童性虐待」之色情內容。是故，管制兒童色情言論的問題不在於「如何」界定「好」與「壞」的言論內容，而是好壞的言論根本無法區分，而根本就是同一件事物，也就是說，如果立法者想要管制戀童癖者的邪惡思想，在法律上無異是「刻舟求劍」而不可能達成¹⁷¹。

（二）、逐漸擴張的管制內容

自*Ferber*案以來，美國法上對於「兒童色情」均以「性意味之行為」（sexual conduct）作定義，係指淫蕩（lewd）或是挑逗性的（lasciviousness）展示其性器官，然而這種本身即相當模糊的定義內涵後來逐漸的擴張開來¹⁷²。

首先，於1989年的*Massachusetts Oakes*¹⁷³案判決中，對於得否處罰「裸露」之兒童色情內容即產生爭議，Scalia大法官以及Blackmun大法官於協同意見書中即採取肯定之見解，認為政府可以處罰「裸露」性的言論內容，而本案之規定乃屬合憲是因為其已對於該處罰內容提供一個「真摯的目的」（bona fide purpose）之除外條款¹⁷⁴，然而，Brennan大法官則於本案不同意見書中則反駁，這個除外條款過於狹隘而僅得適用於一小部分的合法言論內容¹⁷⁵。隔年，於*Osborne*案判決中，法院認為俄亥俄州的法律規定處罰對於「裸露」（nudity）而重點描繪其性器官之內容，並附上（bona fide purpose）的除外條款，法院認為該規定乃屬

¹⁷¹ *Id.* at 941-946.

¹⁷² *Id.* at 946-947.

¹⁷³ 491 U.S. 576 (1989).

¹⁷⁴ *Id.* at 585-590 (Scalia & Blackmun, JJ., concurring in the judgement in part and dissenting in part).

¹⁷⁵ *Id.* at 593 (Brennan, J., dissenting).

合憲，而Brennan大法官於意見書中則再次批評處罰「裸露」性言論的不當之處¹⁷⁶，整體來看，這兩則判決實已推翻先例認為「裸露」（nudity）內容乃受言論自由所保障之內容的見解¹⁷⁷，而擴張兒童色情內容的範圍，聯邦上訴巡迴法院甚至於*United States v. Knox*¹⁷⁸案判決中指出，兒童色情言論係指挑逗性的展示其性器官之內容，即使是描述兒童穿著衣服的圖片亦包括在內¹⁷⁹，更加擴展其定義之範疇。

至於所謂「挑逗性的展示」（lasciviousness exhibition）意指為何，聯邦上訴巡迴法院於*United States v. Dost*案判決中提出以下六項可供操作的標準¹⁸⁰：

- (1)、視覺描述的焦點在兒童的性器官或陰部；
- (2)、視覺描述的性暗示之設定；
- (3)、描述兒童不自然的姿勢或是穿著不合適其年齡的衣著；
- (4)、兒童完全或部份穿著衣物、或裸露；
- (5)、視覺描述性的羞恥感或是自願從事性行為；
- (6)、視覺描述意圖或刻意引誘出觀看者的性回應。

對此，Adler則批評此種操作標準存在兩個問題，其一，其根本就是要求我們從「戀童癖者之觀點」來看待圖片或影像之內容，上開標準所重視的是其內容是否得以喚起閱聽者性的渴望或是對此感到滿足，故在適用上開標準時，我們必須站在戀童癖者的角度去思考什模樣的內容方得引起或滿足其性慾，此與猥褻性

¹⁷⁶ 495 U.S. 103, at 127-128 (Brennan, J., dissenting).

¹⁷⁷ 於 *Ferber* 案中，法院即認為「裸露」係受乃屬受保障之言論內容，See *New York v. Ferber*, 458 U.S. 765 n.18；於 *United State v. X-Citement Video* 案中 *Scalia* 大法官於不同意見書中亦將單純的裸露和硬蕊的色情言論內容作出區分，See *United State v. X-Citement Video, Inc.*, 513 U.S. 64, at 83-85 (1994) (*Scalia, J., dissenting*).

¹⁷⁸ 32 F.3d 733 (3th Cir., 1994).

¹⁷⁹ *Id.* at 736-737.

¹⁸⁰ 636 F. Supp. 828, 832 (1986).

言論中要求從一般人的角度判斷是否造成明顯的冒犯感之間存有極大的差異。其二，此種標準必須判斷圖片或影像內容「意圖產生的效果」(intended effect)，然而這種效果應該如何認定，即會產生困難，對此可能有兩種見解，一種是應從照片或影像「本身」(in the picture itself)作觀察，另一種則是認為應從「行為人的實質感受」(actual response of defendant)來判斷¹⁸¹。然而，Adler認為無論從何種角度作分析，均係試圖判斷該「兒童色情內容」是否引起有性相關的效果，而與戀童癖者的感受與回應無法分開¹⁸²，使得兩者的成為「相互依賴」的詞語，兒童色情係指戀童癖者所持有的兒童圖片內容；而戀童癖者則指持有兒童色情言論之人¹⁸³。

三、兒童色情言論之論述結構的問題

美國早期在面對「煽動內亂或暴力之言論」時係採取「言論」與「行為」區分的論述結構，認為言論與行為不同，對於言論僅有在「明顯而立即危險」時方得予以限制¹⁸⁴，然而，政府在處理「兒童色情言論」的議題時則並未遵循此種「區別言論與行為的二分模式」，反而是採取激進的女性主義者對於色情言論之

¹⁸¹ 聯邦上訴巡迴法院的判例則是採取前者之見解，認為應客觀的從照片或影像本身為判斷，任何超出此範圍的解釋方式均是不能接受的，因為此種主觀的恣意可能會侵害到無辜的內容，質言之，法院係贊同以客觀的角度去判斷照片或影像所欲達成之效果。See *United States v. Villard*, 885 F.2d 117, at 125 (1989).

¹⁸² 例如在 *Dost* 案中，法院舉了一個例子作說明，如果有張照片內容為一位十歲的女孩裸露的坐在沙灘上，展示其纖細的腰身，且其張開雙腿也完全的露出陰部而並無陰影或是身體的遮掩。See *Dost*, 636 F.Supp. at 833；對此，法院僅從該照片去認為此符合具有挑逗性的展示之要件，即屬兒童色情內容，而無須探討該女孩是否受到色情業者之性剝削或是出於自願而接受。See Amy Adler, *Child Pornography Law and the Proliferation of the Sexualized Child*, in *CENSORING CULTURE: CONTEMPORARY THREATS TO FREE EXPRESSION* 237 (2006).

¹⁸³ Amy Adler, *supra* note 168, at 954-961.

¹⁸⁴ 詳細之介紹可參閱林子儀，言論自由與內亂罪－「明顯而立即危險原則」之闡述，載：言論自由與新聞自由，頁 209-221，2002 年 11 月。

見解¹⁸⁵，其中的指標性學者MacKinnon乃以規範性或描述性的觀點認為色情文字將女性「貶抑為性奴隸」¹⁸⁶，並且會造成「社會結構性的傷害」¹⁸⁷，故「色情言論內容」本身即為「行為」而不應受到言論自由之保障，也就是說，在處理兒童色情的議題上，法院如同將色情言論視作貶抑女性地位與價值的行為一般，將兒童色情言論與兒童性虐待或剝削行為劃上等號¹⁸⁸。

然而，Adler認為對於言論的「再現形式」並不等於言論本身，例如一張拍攝強匪搶劫銀行的「照片」，我們並不會去處罰它，而是會將它刊登在報紙上，故言論自由的基本想法並非將犯罪行為的圖畫或影像等同犯罪行為本身；再者，即使我們真的將兒童色情言論與兒童性虐待或剝削行為等同視之，如前所述，在Ferber案以後兒童色情內涵已被擴張濫用至並無任何性虐待或剝削之情形¹⁸⁹。而MacKinnon之想法係模糊了言論及其所造成的效果之間的區別，亦忽略社會結構的多元性，每個人對於兒童色情的理解無可避免的將產生多種解釋可能性，而

¹⁸⁵ 對於激進的反色情女性主義論者的基本想法之介紹，可參閱施家倫，論色情言論(Pornography)之言論自由—以女性主義的觀點為基礎，國立政治大學法律系碩士班碩士論文，頁76-94，2000年1月。

¹⁸⁶ MacKinnon認為此種色情內容中的女性都是強迫行為下的受害者，色情工廠會利用各種五花八門的方式強調對於女性的性虐待，即使有人主張她們是自願性的擺出這些色情姿勢，其仍是相信這種自願同意是無效的，因為這種同意的選擇是色情業者所預先決定的，並且，這種同意也是受到污染的，因為所有的色情均建立在性別之間的不平等情況，對於那些窮困、無家可歸、鋌而走險的女性的優勢性地位所作，在欠缺同意的情形下，MacKinnon認為色情根本就是強暴的文件內容，See ANDREA DWORKIN & CATHARINE A. MACKINNON, PORNOGRAPHY AND CIVIL RIGHTS: A NEW DAY FOR WOMEN'S EQUALITY 10-14 (1988); CATHARINE A. MACKINNON, ONLY WORDS 15, 20 (1993).

¹⁸⁷ MacKinnon認為色情內容建構出一種所有女性均為受害人的世界，色情的照片或影像已經超出其內容本身對於女性的傷害，其藉由性高潮的控制而將女性貶抑為一個次級的、受害而不平等的地位。See DWORKIN & MACKINNON, *supra* note 186, at 46; MACKINNON, *supra* note 186, at 25.

¹⁸⁸ 除了反色情的女性主義者將「色情言論」視作為「行為」之外，學者Frederick Schauer在一篇相當著名的文獻中認為「猥褻性言論」並非言論自由保障下的「言論」，在Roth v. United States案中認為此種言論欠缺任何價值，而Schauer指出此種特質使得猥褻性言論並非是「言論」，因為其被用以製造「純粹物理上的效果」。See Frederick Schauer, *Speech and "speech" – Obscenity and "Obscenity": An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*, 67 GEO. L.J. 899, at 923,928 (1979).

¹⁸⁹ Adler, *supra* note 168, at 981-988.

多重的解讀將產生不同的效果，而非如同MacKinnon將色情言論解讀為「語內表現行為」，只要在特定語境中說出即完成的言語表達行為¹⁹⁰。因此，將兒童色情言論與兒童性虐待或剝削行為輕率的作結合之結果，事實上不但增加更多的兒童色情現象¹⁹¹，更使得兒童色情變成是一種「思想犯罪」，意在處罰戀童癖者對於兒童的幻想¹⁹²。

四、小結

Adler教授係完整的對於美國法之發展作出批判¹⁹³，認為法院在*Ferber*案判決中將兒童色情言論的管制目的連結到兒童性虐待或剝削之行為，而違反言論應與行為區分的基本原則，於法律管制上不但難以處罰到確實具有兒童性虐待或剝削之色情內容，更反而不斷的擴張處罰的範圍，而使「言論」與「行為」的連結關係越趨薄弱，而變質為思想的控制。

參、美國兒童色情言論管制模式的採納

相較於英語系的其他國家，美國對於兒童色情言論的管制並非嚴苛，以加拿大為例，加拿大最高法院於2001年的*R. v. SHARPE*¹⁹⁴案判決中，認為加拿大刑法典（Criminal Code）第163.1(4)條處罰持有兒童色情言論內容之規定，乃屬合憲，

¹⁹⁰ *Id.* at 992, 1000.

¹⁹¹ Amy Adler, *The Perverse Law of Child Pornography*, 101 COLUM. L. REV. 209, 245-255 (2001). Adler 教授於該文中指出，兒童色情言論與對其管制的法律之間並非相對，而是相互混合且依賴的關係，犯罪行為與其限制之間是相互的，法律越是將兒童色情視作為禁忌(taboo)，反而越會產生更多的兒童色情言論。

¹⁹² *Id.* at 995.

¹⁹³ 然而，其所批判美國法對於兒童色情管制的兩篇文獻均著於 2001 年，故其並無對於後續 PROTECT 法案制定後的發展作出評論。

¹⁹⁴ *R v. Sharpe* (2001) SCC 2. File No. 27376, 26 January 2001.

其中不但肯認該條規定所處罰之對象，並不限於真人的影像，而得延伸至幻想創作的繪圖、卡通或電腦產生的合成影像¹⁹⁵，並認為持有兒童色情言論之行為與對兒童造成傷害之間具有關聯性¹⁹⁶；而在英國法制上，英國兒童保護法（*Protection of children Act 1978*）係將兒童色情定義為粗俗不雅（*indecent*）的兒童照片或影像，其亦得處罰合成或是虛擬的兒童色情內容，亦得規範製造、散布以及持有兒童色情之犯罪行為，而這些規定並未受到憲法的質疑¹⁹⁷。

美國法對於兒童色情的管制觀點，與前述加拿大以及英國法制不同處在於，其認為僅有避免「兒童遭受性剝削與虐待之傷害」的管制目的方足以正當化政府對於兒童色情內容作管制，故於 *Free Speech Coalition* 案判決中，方認為不具「言論製造之傷害」的虛擬兒童色情言論乃屬違憲，否認單純避免「言論觀看之傷害」得作為急迫重要的管制目的，這也是美國聯邦最高法院衡量「保護兒童身心健全發展」與「言論自由價值」後所作出的結果。

然而，如同前開 *Adler* 教授對於美國法的兒童色情言論管制之批判，我們可以得知，即使管制目的乃屬急迫重要，其實際上的管制內容予處罰之行為態樣，仍有可能使得整個良善的管制目的變調，亦即，我們必須遵循兒童色情言論與其他色情言論所不同之管制目的，以嚴格限縮兒童色情之內涵與處罰之行為態樣，否則即難以說明，為何一張單純的色情影像內容，僅因其所描述的對象為未成年

¹⁹⁵ 加拿大刑法典第 163.1(1)(a)(i) 條對於兒童色情的定義規定，與前述美國兒童色情防制法相類似，包括展示是或被描述為（*is or is depicted as*）未滿 18 歲之人（*person*）從事或被描述其從事明顯性活動之行為，故方有其處罰對象是否包括非自然人之虛擬人物之問題，該判決指出：「禁止管有的是否只限於真人的影像，或是否延伸至幻想創作的繪圖、卡通或電腦產生的合成影像。所得的證據顯示，不論是否描劃真正兒童，明顯的涉及性的物品也是有害的。再者，以現代製作科技的質素，我們也很難把「真人」與電腦創作影像或合成影像區分。既然國會把管有對兒童構成合理傷害風險的物品列作刑事罪行，則根據此目的對「人」作出釋義，似乎除了真人的描劃外，也應該包括幻想創作的視覺作品。」 *See AKDENIZ, supra note 58, at 141-142.*

¹⁹⁶ 其理由為兒童色情將會造成兒童認知上的扭曲、並使人產生幻想而從事犯罪、並藉此引誘誘拐兒童，並且該色情言論之製造過程亦會對於兒童為性虐待之行為。 *See Id. at 145.*

¹⁹⁷ 詳細內容可參閱高玉泉，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，頁 23-24，2003 年 4 月。

之兒童，國家即得予以直接禁絕。因此，本文乃採納美國聯邦最高法院之憲法觀點，以避免「兒童性虐待與剝削之行為傷害」作為兒童色情言論的管制目的，至於美國法對於兒童色情管制法規的內涵以及處罰之行為態樣，則有所保留，於下個章節中，本文將嘗試以此管制目的，自行建構出網際網路發展下的兒童色情言論管制之合憲性空間。



第四章、建構我國網際網路「兒童色情言論」管制的合憲性空間

第一節 我國「兒童色情言論」的管制缺陷

壹、我國成人色情言論的管制

一、猥褻性言論

(一)、管制法規

我國對於「猥褻性言論」之管制，早期係透過「刑事管制」和「行政管制」雙軌並行的模式為之，就刑事部份，係規範於刑法第 235 條，茲將該規定列明如下：

「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。」（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）

然而，對於條文中猥褻的定義，最高法院曾針對猥褻之行為著有決議及判例，

表是猥褻「係指姦淫以外有關風化之一切色慾行為」¹及「在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾」²，所述既頗為抽象，又非著眼於出版品故法官於此類案件審判時，認事用法之裁量空間實頗為寬廣³。

至於行政管制之部分，過去內政部和新聞局皆曾掌理過出版品之管理工作，其中對於猥褻性言論乃規範於管理出版品的出版法（該法現已廢止）中，該法第 32 條第三款規定：「出版品不得為左列各款之記載：三、觸犯或煽動他人觸犯褻瀆祀典罪或妨害風化罪者。」，明列出版品不得違反包括刑法第 235 條在內的妨害風化罪章之規定，如有違反之情事者，依據該法之規定得予以警告⁴，並得禁止其出售或散佈，必要時並得予以扣押之⁵，情節重大者更可以定期停止其發行⁶，行政院新聞局並曾發函提出五點衡量猥褻之標準⁷，而此種威權統治時期所特有的言論管制規定，已於民國 88 年 1 月 25 日被廢止⁸。

（二）、釋字 407 號解釋

然而並行的刑法以及出版法規定如發生爭議時，乃各自隸屬於普通法院以及

¹ 最高法院 27 年上字第 558 號判例。

² 民國 17 年 10 月 13 日最高法院決議。

³ 法治斌，定義猥褻出版品：一手變調的樂章？，載：法治國家與表意自由：憲法專論(三)，頁 249-250，2003 年 5 月。

⁴ 出版法 37 條規定：「出版品違反第三十二條第三款及第三十三條之規定，情節輕微者，得予以警告。」

⁵ 出版法 39 條第一項第三款規定：「出版品有左列情形之一者，得禁止其出售及散佈，必要時並得予以扣押：三、出版品之記載違反第三十二條第二款及第三款之規定者。」

⁶ 出版法 40 條第四款規定：「出版品有左列情形之一者，得定期停止其發行：四、出版品之記載違反第三十二條第二款及第三款之規定，情節重大者。」

⁷ 中華民國八十一年二月十日（八一）強版字第○二二七五號函：「出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪，以左列各款為衡量標準：甲、內容記載足以誘發他人性慾者。乙、強調色情行為者。丙、人體圖片刻意暴露乳部、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者。丁、刊登婦女裸體照片、雖未露出乳部、臀部或性器官而姿態淫蕩者。戊、雖涉及醫藥、衛生、保健、但對性行為過分描述者」。

⁸ 中華民國八十八年一月二十五日總統華總一義字第 8800015690 號令公布廢止。

行政院所管轄，但兩者規範間對於猥褻之認定標準並不相同（前者為最高法院決議與判例；後者則為新聞局的函釋），且是否違反出版法第 32 條之認定並不受刑事判決的拘束，故個案適用時即發生兩法對於猥褻之認定標準不同之爭議，大法官並因而作成釋字 407 號解釋。

釋字 407 號解釋，認定行政院新聞局就出版品記載內容觸犯刑法第 235 條之罪而違反出版法第 32 條第 3 款規定所為之函釋，與憲法並未牴觸，且本號解釋並不援引最高法院之決議、判例對於猥褻的單薄描述⁹，亦不採取新聞局對猥褻所列舉的五種衡量標準，而是破天荒的提出更為完整且明確的猥褻出版品定義，大法官指出：

猥褻出版品當指一切在客觀上，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，有礙於社會風化之出版品而言。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。

仔細比較，本號釋字所建構的猥褻標準，實與美國聯邦最高法院的 *Miller* 案判決中的猥褻標準相當類似，然而卻並未明確說明是否採取該判決所提出的「當代社區標準」(contemporary community standard)，此或許是考量到我國的地區幅員不大、標準各地差異有限以及兩國文化不同之故¹⁰。然而，仍有不少學者質疑此種猥褻標準具有模糊而不夠明確之處¹¹，況且，大法官雖提出明確的猥褻標準，

⁹ 有學者認為此乃是因為最高法院解釋的對象在於「行為人具有猥褻性的行為」，而釋字 407 號解釋談的是「猥褻出版品的猥褻性」，故兩者猥褻性的地方不同之故。可參閱高榮志，活跳跳的色情世界，死板板的釋字六一七，全國律師，第 11 卷第 5 期，頁 39，2007 年 5 月。

¹⁰ 法治斌，同前註 3 文，頁 256；林世宗，美國憲法言論自由之理論與闡釋，頁 93-94，1996 年 2 月；劉靜怡，言論自由：第四講－猥褻性言論與表現自由，月旦法學教室，32 期，頁 54，2005 年 6 月。

¹¹ 廖元豪，同前註 123 文，頁 1-6；高榮志，同前註 9 文，頁 41-42；劉靜怡，同前註 10，頁 55。其中，學者廖元豪即具體的指出，*Miller* 案判決提出的猥褻標準之定義除遠較中文版來通順而容易理解之外，這套標準在我國的整體法律制度架構下將會出現更多問題，包括我國並無如同美國的陪審團制度而僅得由承辦法官來作「引起普通一般人羞恥或厭惡感」之認定，並不具有正

但於實體問題的解決上，卻仍顯保守，而未非難行政院新聞局的函釋內容，以及其與本解釋之猥褻標準間的相容性，這也是本號解釋孫森焱大法官以及蘇俊雄大法官於不同意見書中所批評之處¹²。

(三)、釋字 617 號解釋

在出版法廢除之後，剩餘管制猥褻性言論的刑法 235 條規定亦遭受合憲性的挑戰，於 2003 年 8 月，臺灣第一家同志專業書店「晶晶書庫」所進口香港合法男體雜誌，遭到警察進入並依搜索票內容當場查扣相關猥褻刊物，強令店員將限制級書區中貼有明顯「十八禁」警語且封膠膜的男體雜誌拆封供攝影存證，檢方並依刑法 235 條予以起訴¹³，遭法院判刑確定，該書店負責人認為刑法 235 條有牴觸憲法第 11 條言論自由、第 22 條人民自由權利保障概括條款之疑義，故聲請大法官解釋。

大法官因此作出釋字 617 號解釋，針對刑法第二百三十五條散佈販賣猥褻物品罪之規定，大法官先是肯定色情言論受到憲法之保障，認為性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，應受憲法第 11 條對言論及出版自由之保障，惟須符合法律明確性原則以及比例原則之要求。

對於前開釋字 407 號解釋對於猥褻所提出的判斷標準，學者已多有批評其違反法律明確性原則之要求，然而大法官於本號解釋中仍僅是輕描淡寫的操作該項原則而認為：

所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性

當性，且我國亦無「起訴裁量」機制，而可能使刑罰的執行過於嚴苛或選擇性執法的情形，最後，Miller 案要求系爭法律必須對猥褻出版品中「被描述之性行為」為清楚之界定，而我國行法 235 條全無定義的粗糙規定，並無法通過審查。

¹² 法治斌，同前註 3 文，頁 257-258。

¹³ 王蘋、陳俞容，性、猥褻、言論自由—從同志書店「晶晶書庫」被查扣大批男體寫真雜誌談起，全國律師，8 卷第 6 期，頁 7-8，2004 年 6 月。

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（本院釋字第四〇七號解釋參照），其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。

至於實質的合憲性審查部分，大法官認為此類猥褻物品侵害社會共同價值秩序之行為（善良風俗），即違反憲法上所保障之社會秩序，立法者制定法律加以管制，其管制目的乃屬正當。又因其破壞社會性價值秩序，有其倫理可非難性，故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目的，其手段亦屬合理。然而，本號解釋最重要的創舉，則是對於處罰猥褻之刑罰規定作出「合憲性解釋」以限縮其適用範圍，避免該刑罰手段涵蓋過廣，大法官指出：

前開規定第一項所謂散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊、物品，或以他法供人觀覽、聽聞行為，係指對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊、物品為傳布，或對其他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、物品，未採取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）而為傳布，使一般人得以見聞之行為；同條第二項規定所謂意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻資訊、物品之行為，亦僅指意圖傳布含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品而製造、持有之行為，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、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。

在本號解釋中，大法官對於國家管制猥褻性言論之問題表示了相對清晰的意見，肯認猥褻性言論亦受言論自由之保障，維護社會的善良風俗與性道德感情之目的乃屬正當，以刑罰手段作為管制手段乃屬合理，最後對於處罰之範圍作合憲性的限縮解釋，以是否含有「暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊、物品」作為區分，只要不含有這些內容，僅須採取適當

之安全隔絕措施，即不在刑法處罰範圍之內。然而，該解釋仍遭受相關意見書¹⁴以及許多學者的批評¹⁵。

就本文的觀察上，本號解釋大致上有兩點值得討論之處，其一是在處理猥褻性言論是否受憲法之保護的議題上，林子儀大法官於其部份不同意見書中乃贊同多數意見未採美國法上自Roth案判決之立場，而認為猥褻應受憲法第 11 條言論自由保護之見解，其與美國聯邦最高法院的Brennan大法官於 *Paris Adult Theatre I. V. Salton*案中均有相同的憂慮，擔心猥褻本身內涵的空洞性並無法提供一個明確而清楚的判斷標準¹⁶；其二則是關於管制猥褻之目的，本號解釋的多數意見明確認為，管制猥褻的公益目的在於維護性的道德感情與社會的善良風俗，並錯誤指出釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷應予以尊重¹⁷，對此管制

¹⁴ 林大法官子儀提出之部分不同意見書，雖然肯定多數意見認為猥褻性言論亦受言論自由所保障的立場，但仍然認為散布猥褻物品罪違反言論自由的保障，且不符合憲法比例原則；許大法官玉秀提出之不同意見書，則針對多數意見一針見血指出其矛盾與盲點所在，並擺脫傳統言論自由的論述，以性自主權作為本罪應除罪化的主要理由，可參閱林志潔，散布猥褻物品罪與性道德的刑事規制－簡評大法官釋字第六一七號解釋－，台灣法學雜誌，89期，頁77。

¹⁵ 可參閱林志潔，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，頁80-95，2007年6月；林志潔，散布猥褻物品罪與性道德的刑事規制－簡評大法官釋字第六一七號解釋－，台灣法學雜誌，89期，頁74-77，2006年12月；黃榮堅，棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，台灣法學雜誌，89期，頁55-73，2006年12月；李念祖，禁止猥褻言論的定義魔障，台灣法學雜誌，89期，頁52-54，2006年12月；陳子平，刑法第二三五條散布猥褻物品等罪之合憲論與違憲論（上）－釋字第六一七號解釋與日本實務及學說，月旦法學雜誌，156期，頁167-202，2008年5月；陳子平，刑法第二三五條散布猥褻物品等罪之合憲論與違憲論（下）－釋字第六一七號解釋與日本實務及學說，月旦法學雜誌，157期，頁182-201，2008年6月。

¹⁶ 林子儀大法官認為：「本院釋字第四〇七號解釋，則未採美國憲法實務觀點，而認猥褻出版品屬言論及出版自由之「言論或出版」之範疇，本案多數意見亦沿襲釋字第四〇七號解釋之觀點。本席亦支持多數意見之觀點，主要理由即在美國憲法實務之觀點，有其歷史淵源，以及如採取美國憲法實務觀點，則如何界定猥褻言論即成為審理涉及猥褻言論案件之核心，而觀察美國憲法實務經過多年努力之經驗，迄今仍無法找到一個明確的定義標準，致如何區分不受保障之猥褻言論與受保障之性言論，一直存有爭執。不若直接肯認猥褻言論亦為憲法保障言論自由之「言論」，對其限制是否合憲，則就具體個別法律之設計，依系爭立法所欲規範之言論，從其立法目的與所選擇之手段，是否符合憲法第二十三條規定，加以審查判斷。……」

¹⁷ 有論者即精確的批評，大法官對於規範導向的價值宣示，應從憲法規範出發論證其所彰顯的

目的的迷思，不止是美國法上存在許多討論，我國學界亦存有不同的見解，林子儀大法官於意見書即率先指出「善良風俗」並非屬一項具體的保護法益¹⁸，而學說上有論者認為「道德感情與善良風俗」並不足以作為正當化猥褻管制的目的¹⁹，有論者則進一步指出處罰猥褻性言論的管制目的應置於「青少年的身心發展」與「私生活和廣義的性自主決定權」之上²⁰，更有論者認為並無任何管制目的足以正當化猥褻性言論的刑罰管制手段，而似乎應將猥褻之刑事處罰除罪化²¹。

價值內涵，再根據該價值內涵審酌公權力對具體現實進行規制的合憲性，而並非從現實層面理解「價值」，進而透過這種價值來引導、形成憲法規範的具體內涵，可參閱黃舒玓，「價值」在憲法解釋中扮演的角色—從釋字第 617 號解釋談起，憲法解釋之理論與實務第六輯，頁 206，2009 年 7 月。

¹⁸ 林子儀大法官於部份不同意見書中提到：「由於多數意見只說明社會性道德感情與社會風化，係由立法者依社會多數共通價值予以判斷，並未說明其具體內容為何，惟如果不能將刑法第二百三十五條所欲保護社會風化之抽象內容，進一步轉化成具體所欲保護之利益，釋憲者即難就該法律之保護目的是否合憲予以審查。」；有趣的是，對於此項質疑，許宗力大法官於釋字第 666 號解釋協同意見書中則不經意的有所回應：「本院釋字第六一七號解釋指出，為免危害社會多數人普遍認同的性道德感情與社會風化，立法者以刑罰限制性言論之表現與性資訊之流通，並不牴觸憲法第十一條及第二十三條規定，是釋憲者似承認國家得以刑罰為手段，維護抽象之社會善良風俗。但實則該號解釋係以限縮刑法第二百三十五條規範範圍之方式，將抽象的社會善良風俗具體化為對第三人法益之保護，亦即限於處罰散布、製造、持有含暴力、性虐待或人獸性交等無藝術、醫學或教育價值之猥褻物品，因為這類資訊可能誘發暴力犯罪之傾向，而危害大眾人身安全；以及處罰對其他猥褻物品未採取適當之安全隔離措施而為傳布，或意圖使一般人得以見聞而製造、持有之行為，因其已侵及第三人免於被迫聽聞猥褻資訊的自由。」

¹⁹ 學者李念祖認為，以多數決定的性價值秩序當做限制少數性文化族群之性言論表現的理由，本質上是在賦予多數有權透過法律決定少數的性言論表現內容，而此項論證並不符合憲法保障言論自由之根本精神，也不因是否加入「性」的因素而有所不同，可參閱李念祖，同前註 15 文，頁 53。

²⁰ 黃榮堅，同前註 15 文，頁 60。

²¹ 學者廖元豪認為不僅「妨害公序良俗」與言論自由保障非主流的精神並不相同，即使是為了「保護兒童青少年」，該猥褻內容會造成兒童青少年的何種傷害？是否具有因果關係？就算此得作為管制猥褻之目的，於手段上亦應區分不同年齡層的青少年，且交由家庭自我教育或許是更小侵害的必要手段。可參閱廖元豪，我的色，她的情，干你什麼事？—法律憑什麼管色情？，台灣本土法學雜誌，69 期，頁 1-3，2005 年 4 月；學者許育典亦認為「維護善良風俗」以及「維護青少年身心健康」均無法作為管制猥褻之目的，可參閱許育典，多元文化國下色情管制的憲法正當性—以中央大學性別研究室動物戀網頁案為例，東吳法律學報，17 卷 2 期，頁 66-80，2005 年 12 月；學者林志潔則先提出六種管制猥褻所欲保護的法益（包括敗壞道德、物化他人、危害

二、未達猥褻之色情言論的管制

(一)、電影法

電影法第 24 條規定：「電影片除經主管教育行政機關核准之教學電影片外，非經中央主管機關檢查核准發給准演執照不得映演。」而其中主管機關檢查之項目，與色情言亂有關者係規定於電影法第 26 條第一項第四款規定：「電影片不得有左列情形之一：四、傷害少年或兒童身心健康。」同條第二項並規定違反前項規定之電影片，中央主管機關於檢查時，應責令修改或逕予刪剪或禁演。但有關電影之事先檢查，管制標準為傷害少年或兒童身心健康，恐失之空泛；對於電影藝術之創作，將可能造成不當抑制²²。

電影法第 30 條則規定：「電影片經檢查無第二十六條第一項各款情形之一，中央主管機關應依內容予以分級，限制觀看之年齡、條件，並於准演執照載明之；其分級處理辦法，由中央主管機關定之。」對此，中央主管機關訂定「電影片分級處理辦法」，將電影片分為普通級、保護級、輔導級和限制級，其中該辦法第 3 條規定，如電影內容涉及「以動作、影像、語言、文字、對白、聲音表現淫穢情態或強烈性暗示，尚不致引起一般成年人羞恥或厭惡者」，必須列為限制級。

(二)、廣電法規

廣播電視法第 21 條第四款規定：「廣播、電視節目內容，不得有左列情形之一：四、傷害兒童身心健康。」如違反上開規定得依據同法第 43 條規定處以罰鍰；有線廣播電視法第 35 條第二款規定：「節目內容不得有下列情形之一：

兒童及青少年、強化性別歧視、使人感到厭惡羞恥、引發性犯罪），再論證這些法益均未能對猥褻的管制行為提供足夠的正當化基礎，可參閱林志潔，同前註 144 文，頁 83-90。

²² 楊勝雄，論網際網路上色情資訊之管制措施對言論自由之限制—以電腦網路內容分級處理辦法為中心，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文，頁 44，2005 年 7 月。

二、妨害兒童或少年身心健康。」，違反者依據同法第 66 條訂得處以罰鍰；衛星廣播電視法第 17 條第二款規定：「衛星廣播電視事業及境外衛星廣播電視事業播送之節目內容，不得有下列情形之一：二、妨害兒童或少年身心健康。」，違反者依據同法第 36 條規定處以罰鍰。

廣播電視法第 26 條之 1 第一項、有線廣播電視法第 41 條第一項及衛星廣播電視法第 18 條第一項規定乃授權主管機關訂定「電視節目分級處理辦法」，其中第 4 條規定「以動作、影像、語言、文字、對白、聲音表現淫穢情態或強烈性暗示，一般成年人尚可接受者。」不適合少年及兒童觀賞者，應列為「限制級」，並應鎖碼播送。

(三)、兒童及少年福利法

兒童及少年福利法第 26 條第一項第三款規定：「兒童及少年不得為下列行為：三、觀看、閱覽、收聽或使用足以妨害其身心健康之暴力、色情、猥褻、賭博之出版品、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。」該條第二項規定：「父母、監護人或其他實際照顧兒童及少年之人，應禁止兒童及少年為前項各款行為。」如違反時，得依據 55 條之規定處以罰鍰。質言之，本條規定係課予家長必須監督兒童接近使用包括色情在內的不當內容，處罰之對象為家長本身。

至於提供兒童接近使用上開不當內容者之責任，則規定於兒童及少年福利法第 30 條第 12 款：「任何人對於兒童及少年不得有下列行為：十二、違反媒體分級辦法，對兒童及少年提供或播送有害其身心發展之出版品、圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號、網際網路或其他物品。」如違反時，依據同法第 58 條第二項規定處以罰鍰，並得勒令停業一個月以上一年以下。

然而，上開「媒體分級辦法」所指為何？除了前述由廣電三法所授權訂定之「電視節目分級處理辦法」之外，兒童及少年福利法第 27 條亦規定：「出版品、

電腦軟體、電腦網路應予分級；其他有害兒童及少年身心健康之物品經目的事業主管機關認定應予分級者，亦同（第一項）前項物品列為限制級者，禁止對兒童及少年為租售、散布、播送或公然陳列（第二項）第一項物品之分級辦法，由目的事業主管機關定之。（第三項）」因此，行政院新聞局依據上開條文之授權而分別訂定了「出版品及錄影帶節目分級辦法」²³、「電腦軟體分級辦法」以及「電腦網路內容分級處理辦法」，其中，均將「以動作、影像、語言、文字、對白、聲音表現淫穢情態或強烈性暗示，尚不致引起一般成年人羞恥感或厭惡感。」列為限制級之內容，並且，在網際網路內容提供者之部分，於電腦網路內容分級處理辦法第 8 條規定，除具有「標示」分級義務之外，尚賦予國家「限制接收、瀏覽之措施」，其規定：「電腦網路服務提供者經政府機關或其委託之機構告知電腦網路內容違法或違反本辦法規定者，應為其他限制兒童及少年接收、瀏覽之措施，或先行移除。」²⁴

三、與美國管制模式的相似性

在出版法廢除之後，我國現今對於猥褻性言論僅存在刑法第 235 條之管制規定，然而由於我國對於「猥褻」一詞並無定義之故，大法官藉著釋字 407 號解釋的機會，參考美國聯邦最高法院的 *Miller* 案判決，對猥褻出版品作出定義，接著在釋字第 617 號解釋則正式面對猥褻性言論本身是否合憲之問題，大法官對此除明白的指出管制猥褻之目的在於維護「社會善良風俗與性道德感情」，並為避免

²³ 出版法於民國八十八年一月二十五日廢止後，取而代之的即是依兒童少年福利法第二十七條第三項所授權訂定之「出版品及錄影節目帶分級辦法」，該分級辦法係針對出版品及錄影節目帶進行內容之分級管理。

²⁴ 此種以通知與取下作為國家之管制手段，其能否通過合憲性之審查則有疑義。詳細論證內容可參閱楊勝雄，同前註 22 文，頁 127-176；另外，有論者則是認為網際網路的分級辦法規定係屬違憲，蓋其形式上雖是針對形式上的「包裝方式」進行限制，而未涉及內容，但是實際上，網路內容提供者於上傳資訊時必須先判斷「內容」屬於何種級別，若屬限制級則負有標示義務，顧應屬言論內容之限制，應予以嚴格審查，於實質合憲性檢驗上，其雖符合急迫重要之政府利益，但手段與目的達成間欠缺必要性，應屬違憲，可參閱洪殷琪，同前註 226 文，頁 129-133。

違憲結果，而將此項規定的處罰範圍限縮於暴力、性虐待與人獸交而無藝術性、醫學性或教育性價值之「硬蕊」(hard core)猥褻內容，至於其他「非硬蕊」之猥褻內容，如已採取適當的隔絕措施，即不在處罰之列，此種合憲性解釋方式似乎亦是參考Miller²⁵案判決以及美國聯邦最高法院Stewart大法官於Jacobellis v. Ohio案判決及Goldburg v. United State判決的協同意見書之見解²⁶。而就論證過程之部分，仔細觀察我國對於色情言論之管制現狀與釋憲實務，本號解釋雖未明採美國法上的「雙階理論」，將猥褻性言論認定為不受保障的言論類型，然其管制目的與處罰手段均與美國法上之判決內容相當類似，就限縮刑罰處罰範圍之部分，我國或許是更加的進步。

至於未達猥褻程度之其他色情言論，我國於電影法、廣播電視法、無線廣播電視法以及衛星廣播電視法等各種傳播法規以及兒童及少年福利法均以「罰緩」之行政處罰方式作為管制手段，並輔以「分級辦法」之行政命令，將帶有「以動作、影像、語言、文字、對白、聲音表現淫穢情態或強烈性暗示，一般成年人尚可接受者。」這種對於成年人非屬猥褻性言論，而對未成年人可能造成身心傷害之色情內容²⁷，列為限制級，並以隔絕方式禁止未成年人閱聽到相關內容，此種管制目的與方式正與美國法上對於色情言論的管制方向相同。至於如何隔絕之問題，就電影法之部分，電影播映前須作事前核准，經列為限制級後使未滿 18 歲之人無法觀賞；就廣電法規之部分，列為限制級後則是透過鎖碼方式禁止未成年人收看該節目；就網際網路之部分，則是賦予政府有「限制接取、瀏覽之措施」

²⁵ 學者段重民認為 Miller 案數次在判決中提出只有「硬蕊」的純粹露骨的極端「性」色情 (hard core pornography) 才得被認定為猥褻而應受州法律的管制。可參閱段重民，網路色情的刑事責任—從我國與美國的法律談起，法令月刊，59 卷 12 期，頁 78，2008 年 12 月。

²⁶ Stewart 大法官係將猥褻性言論限制在「硬蕊」(hard core)的色情言論之內，方不受言論自由之保障，嘗試對於「硬蕊」色情提供定義作為參考，認為係指：「以靜止或動態之圖畫生動地表示性交行為，包括雞姦、性虐待或集體性行為，或使用粗鄙怪異的方式，以文字描述此類性行為，而無藝術價值者」

²⁷ 此種「色情」定義方式與美國聯邦最高法院 Ginsberg v. New York 案判決之精神不謀而合，該案法院認為紐約州一項禁止對「未滿 17 歲之青少年」散布足以對其產生傷害 (harmful to minors) 的圖片或雜誌的刑罰規定乃屬合憲，此項規定不同以往之處在於其僅限制「未成年人接近使用(有害的)色情資訊」，但得對於成年人為販賣或散布。

之權限，將不符合分級標示之網頁予以移除；最後，於兒童及少年福利法更是對於違反上開分級辦法而向兒童及少年提供或播送有害其身心發展之內容者處以「罰鍰」作為管制手段。

因此，我們不難看出對於非屬猥褻內容的色情言論管制，其管制目的即在於「未成年人身心健全之保護」，致力於阻絕兒童及少年接觸到不當而可能對其造成傷害之色情內容，除以行政處罰作為處罰手段之外，更透過各種傳播內容之「分級辦法」，使未成年人無法接近使用限制級的內容，此屬於「分區管制架構」的一種類型，亦是*Reno v. ACLU*案判決中O'Connor大法官於意見書中所建議之方式。然而我國的分級管制架構，於處理網際網路之媒體類型時將會發生困難，其雖未直接針對網路色情內容進行管制，而不會遭遇到美國聯邦最高法院於*Reno v. ACLU*案判決中的違憲問題，但是利用「分級辦法」並輔以行政處罰之方式為管制亦會產生問題，蓋網際網路上的網站、網頁具有匿名性之特質，而並無成人、未成年人分類的法定要求，至多有些網站標示有警示文字，但許多則未有此類標示，因此在缺乏家長在旁監測（通常沒有）的場合，未成年人其實很容易、很自由可以接近使用網際網路上有關色情的物品，以致事實上無法完全避免未成年人接觸到色情的物品或出版品²⁸。有論者即指出現今對於網際網路色情資訊的處理措施與趨勢，歸納起來主要可以區分成「法律規範的制定」、「自律的方式」以及「軟體過濾或分級制度」等三種型式，Lessig教授亦將網路管制架構分為「分區管制架構」以及「過濾軟體架構」兩種，對此，我國主要係以法律對「分級制度」作出規範，將來或許可引進「軟體過濾」或其他「使用者自律」的方式以管制網路色情資訊²⁹。

綜上所述，我國對於色情言論的管制乃採取「二元模式」，一方面基於維護「社會善良風俗與性道德感情」之法益而於色情言論中創設「猥褻性言論」之類

²⁸ 陳銘祥，虛擬色情，真實犯罪－網際網路上的色情相關活動與其法律規範上的問題，月旦法學雜誌，83期，頁215-216，2002年4月。

²⁹ 關於「軟體過濾」以及「使用者自律」的發展與內容可參閱錢世傑，網際網路色情資訊防範措施之相關問題探討，全國律師，2卷11期，頁38-41，1998年11月。

型，並謹慎的透過區分「暴力、性虐待以及人獸交」等硬蕊猥褻內容及其他非硬蕊之猥褻內容，限縮其形罰之處罰範圍，而取得與言論自由保障之下的平衡點；令一方面對於猥褻性言論以外的色情言論內容，則是以保護「未成年人之身心健全」作為管制目的以及保護之法益，而以「分級辦法」規定作為隔絕為成年人接觸此類訊息之手段，雖然這種分級方式，在遭遇網際網路之媒體類型時，因其媒體特性而難以阻絕未成年人之接近使用而屬現今之管制難題，整體來看，我國對於色情言論之管制問題與美國法上之判決與規範趨勢大致相同。

貳、兒童色情言論的管制

一、管制法規

(一)、兒童的定義

關於「兒童」年齡界定，我國兒童及少年福利法第 2 條規定：「本法所稱兒童及少年，指未滿十八歲之人；所稱兒童，指未滿十二歲之人；所稱少年，指十二歲以上未滿十八歲之人」，對於「兒童」及「少年」作出區隔，此與少年事件處理法之定義有所配合³⁰。

然而，所謂兒童 (child)，目前世界上多數國家，採用的是 1989 年聯合國會議通過的聯合國兒童權利公約 (Convention on the Rights of the Child) 之定義³¹。聯合國兒童權利公約第一條規定亦未區分兒童及少年之概念，而將未滿十八歲之人一律稱為「兒童」(a child means every human being below the age of eighteen

³⁰ 少年事件處理法第 2 條規定：「本法稱少年者，謂十二歲以上十八歲未滿之人。」，後來的兒童及少年性交易防制條例規定中，亦區分兒童以及少年之概念，故由此可知，我國法律在使用這兩個概念用語時，標準是一致的。

³¹ 曹哲寧，網路犯罪偵查手段之研究—以兒童性剝削犯罪為中心，國立中興大學科技法律研究所，頁16，2010年6月。

years) ³²本文前章所介紹的美國相關兒童色情法制，亦採取此項標準，為使本文之論述理路一致，以下所稱之「兒童」係指「未滿十八歲之人」，包括在我國規範脈絡下的兒童及少年³³。

(二)、兒童及少年性交易防制條例的制定

為因應臺灣的「雛妓問題」而有立法保護的急迫需求下³⁴，勵馨基金會於1992年6月起結合民間團體、法律、社會、社工、心理等學者專家及實務工作者推動草擬完成「雛妓防制法」草案，立法院自1994年10月起逐部審查各草案，在民間團體奔走催生下，於1995年7月13日完成「兒童及少年性交易防制條例」三讀程序，並自公布日起施行之³⁵。

該條例第1條開宗明義揭示立法的精神在：防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，亦即保護未成年的兒童少年免於遭受性剝削（sexual exploitation），廣義而言是在保護免於遭受潛在的「性侵害」（sexual assault）³⁶。釋字第623號解釋亦指出：「兒童及少年之心智發展未臻成熟，與其為性交易行為，係對兒童及少年之性剝削。性剝削之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心

³² 可參閱網址：<http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>（最後造訪日期：2011年7月30日）

³³ 在國內文獻中亦有論者以「未成年人」作為兒童及少年之總稱，將其意義著重於與「成人」對應的概念，在年齡部分則指未滿十八歲之人。可參閱邱靖貽，刑法之性管制—以兒童及少年之相關規範為論述中心，國立臺灣大學法律系碩士班碩士論文，頁9-10，2006年7月。

³⁴ 雖然在「兒童及少年性交易防制條例」之前，有關「雛妓問題」的防治規定已散見於刑、社會秩序維護法、少年事件處理法、少年福利法以及兒童福利法中，但是相關條文有則名實不符，有則彼此衝突，有則掛一漏萬，導致執法者常有適用法律不當，甚至錯誤的情況，亦使加害者得以遊刃於法律漏洞之間，而受害者卻常因法律的執行不當而遭受二度傷害，再再皆造成台灣法律在「雛妓問題」的防治上捉襟見肘的現象，使民眾對法律與執法者的不信賴感越加惡化。可參閱勵馨基金會，淺談「兒童及少年性交易防制條例」之訂定緣由及立法過程—兼談施行困境及我們的期待，律師雜誌五月號，212期，頁33，1997年。

³⁵ 施慧玲，兒童及少年性交易防制條例之立法意義與執法極限—一個應用法律社會學的觀點，律師雜誌三月號，222期，頁38，1998年3月。

³⁶ 陳慧女，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316-325，2000年10月。

理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權……，為重大公益，國家應有採取適當管制措施之義務，以保護兒童及少年之身心健康與健全成長。兒童及少年性交易防制條例第一條規定：『為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例』，目的洵屬正當。」而認為保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，保護兒童免於性剝削乃是重大公益目的，故國家應採取適當管制措施之義務。

其中，兒童及少年性交易防制條例第 27 條規定乃處罰「拍攝」、「製造」、「引誘、媒介」、「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」等兒童色情言論之「製造行為」所設之刑責：

拍攝、製造未滿十八歲之人為性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以下罰金。（第一項）

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，使未滿十八歲之人被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。（第三項）

以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使未滿十八歲之人被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。（第四項）

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）

而於該條例第 28 條規定則進一步處罰「散布」、「播送」、「販賣」、「公然陳列」、「以他法供人觀覽、聽聞」以及「持有」兒童色情言論者之刑責：

「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）

另外，特別值得注意的發展是，現行規定的第三項處罰無正當理由「持有」兒童色情行為之規定，係於 2007 年 6 月 14 日修法所增設，當時提出該修正案的黃淑英委員即說明，處罰兒童色情之持有行為主要係考慮兒童及青少年身心健康的發展，因為這些物品恐怕會成為記錄，導致兒童及少年心理上永久的傷害，另外亦參考德國、澳洲、瑞典等十四個先進國家的立法例，認為處罰兒童色情之持有行為在全世界是一個潮流³⁷。並且，該條項通過後亦列明出三點的修法理由³⁸：

- 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；
3. 斬斷市場需求，抑制兒童及少年色情製造。

³⁷ 可參閱國會論壇，擬具「兒童少年性交易防治條例第九、三十六、二十八、二十九條條文修正草案」（黃委員淑英之發言記錄），全國律師五月號，頁 91-92，2007 年。

³⁸ 可參閱民國 96 年 07 月 4 日第 28 條兒童及少年性交易防制條例第 28 條之立法理由，網址：<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDOC01.asp?lsid=FL002523&lno=28>（最後造訪日期：2011 年 7 月 30 日）

(三)、與刑法的 235 條之比較

整體來看，上開規定的制定緣由，從當時立法院審查「兒童及少年性交易防制條例」所作的討論可知，上述兒童及少年性交易防制條例第 27、28 條實為刑法第 235 條散布、販賣、製造猥褻性言論罪之特別法³⁹。其中第 27 條幾乎無異議通過由謝啟大委員所提之版本；至於第 28 條對於散布、販賣、播送者之處罰，主要是因為刑法第 235 條規定之刑罰處罰過輕之故⁴⁰。釋字 617 號解釋亦提及：「兒童及少年性交易防制條例第二十七條及第二十八條之規定，為刑法第二百三十五條之特別法，其適用不受本解釋之影響……」以下茲將該兩項規定簡單比較如下⁴¹：

	刑法第 235 條	兒少條例第 27、28 條
違法行為本質	妨害風化	兒童性剝削與虐待
處罰行為態樣	製造、散布、販賣行為	製造、散布、販賣、公然陳列及持有行為
處罰對象	一般人	性變態、戀童癖者
處罰內容	猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品 ⁴²	未滿十八歲之人為性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品
刑責	一律處二年以下有期徒刑	製造或拍攝者處六個月以上五年以下有期徒刑；散布、播送、販賣、公然陳列者處三年以下有期徒刑

³⁹ 兒童及少年性交易防制條例第 5 條規定：「本條例為有關兒童及少年性交易防制事項之特別法，優先他法適用。本條例未規定者，適用其他法律之規定。」

⁴⁰ 可參閱兒童及少年性交易防制條例修案，立法院公報第 189 輯，頁 345。

⁴¹ 本圖表係改編自高玉泉，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，頁 37，2003 年 4 月。

⁴² 依據刑法第 220 條第 2 項規定，已將「電磁紀錄」視為「文書」，而包括在刑法第 235 條規定之處罰內容中。

二、實務運作

(一)、難以證明是否涉及未滿 18 歲之人參與

在我國法院實務判決對於兒童及少年性交易防制條例第 28 條「兒童色情言論」為散布、販賣等行為之處罰規定運作上，問題焦點在於「難以證明」其所描述之內容含有「未滿 18 歲之人」為性交或猥褻行為。

以臺北地方法院95年度易字第1412號刑事判決為例⁴³，該案被告乙、丙共謀由被告乙將購得內容含有裸露男女性器官、性交及人獸交媾之猥褻影音光碟，在乙租屋處內，以燒錄機33台連續燒錄製造大量之猥褻影音光碟，並架設8部電腦主機，以網路交換機相互串連，再使用發信軟體大量發送標題為「幼天使系列：八十歲老頭忘情配合演出」、「年輕學生妹妹與狗狗雜交作愛」影片等廣告信，並架設「幼天使」網站、「臺灣無碼VCD量販店」等網站，網頁上並張貼猥褻影音光碟之猥褻圖片光碟目錄供人觀覽，招攬不特定人上網瀏覽購買光碟，而連續於網路上販售猥褻影音光碟牟利。

對此，臺北地方法院除認為被告乙丙兩人均涉及刑法第235條第1項之販賣猥褻影音光碟罪、以他法供人觀賞猥褻圖畫罪及同法第2項意圖販賣而製造猥褻影音光碟罪之連續犯，而判處兩人有期徒刑六個月之外，該案檢察官尚對被告兩人違反兒童及少年性交易防制條例第28條第1項販賣未滿18歲之人為性交、猥褻行為之影片而提起公訴，然而法院認為該案必以被告所販賣之光碟，確實含有未滿18歲之人為性交或猥褻行為之內容，被告二人均否認扣案影音光碟內有未滿18歲之人為性交或猥褻行為之內容，公訴檢察官於二審法院審理中雖表示：「就光碟片內女子之身形、模樣、長相與發育狀況，當可知光碟內之女子係尚未滿18歲」，惟法院指出：

⁴³ 關於本案之介紹亦可參閱陳韻如，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，頁 120-121，2010 年 8 月。

此一犯罪客觀構成要件，自應以積極證據證明之，而不得以擬制、推測之方法而為認定。法院又認為依被告二人所述製造光碟之方式係取得母帶後加以燒錄重製而成，並未實際接觸光碟內容之人物，故被告二人無從直接觀察光碟片內女子之面貌、身形、言行舉止，無法直接觀察女子實際年齡，且被告二人之廣告信名稱縱如上所述，亦無從據此證明影音光碟片內從事性交之人確實為未滿18歲之人。故認被告二人並未違反兒童及少年性交易防制條例第28條之罪。

然而，又以臺北地方法院97年度簡字第3976號判決為例，該案被告基於散布、播送猥褻圖畫之不法犯意，使用電腦連結其向 yahoo 奇摩網路無名網站申請之會員相簿帳號，以標題「惡極-國中古惑女」張貼內含裸露胸部及下體打架之猥褻圖片，供不特定人上網觀覽，嗣經警上網巡邏時循線查獲。起訴之檢察官及法院均以被告違反兒童及少年性交易防制條例第28條第1項之以他法供人觀覽未滿18歲之人為猥褻行為之影片罪作為裁判依據。

該案中無論在檢方或院方的認定上，似乎均未見針對圖片中所拍攝之女童做任何論述。女童是否因身材發育尚未完全，由身高、性徵一望即知為未滿18歲之兒童？抑或身著知名之國中制服因此明顯為兒童？檢察官直接認定圖片中為13至16歲之依據或判斷標準為何？均未有說明⁴⁴。

由此觀之，在刑事訴訟法「無罪推定原則」的要求下，判決被告有罪須達毫無合理懷疑之確信程度，故對於色情物品之內容是否涉及未滿18歲之人，不得僅以該物品所聲稱之名稱（幼天使、年輕學生妹妹、國中古惑女等）或是就該物品描述對象的身形、模樣、長相與發育狀況之推測⁴⁵即為斷定，然而實務運作上，

⁴⁴ 曹哲寧，同前註31文，頁80-81。

⁴⁵ 例如臺灣板橋地方法院檢察署97年度偵字第27900號聲請簡易判決處刑書：至報告意旨另以扣案之猥褻影音光碟片內容為未成年少女穿著學生制服之性交、猥褻畫面，因認被告另涉兒童及少年性交易防制條例第28條之罪嫌。然查：扣案上開猥褻光碟片雖有少女著學生制服之性交、猥褻畫面，但畫面上表演該動作之女子、面貌成熟且發育良好，以一般人之感官認知，實無法認定係未滿18歲之人，有本署97年10月21日勘驗筆錄及翻拍照片在卷可稽，是本案既無從查知演出之

仍不乏直接認定之情形。

(二)、虛擬兒童色情言論之處罰

關於非涉及真實兒童參與的虛擬兒童色情言論內容得否處罰，於兒童及少年性交易防制條例中並未特別說明，實務上則多屬採取否定之見解，認為該規定僅處罰真實的「自然人」，而不包括如色情漫畫或動畫之虛擬人物。

以台北地方法院97年度簡字第1857號刑事簡易判決為例，被告以電腦設備利用網際網路連結至拍賣網站，張貼內容含有裸露男女性器官、性交、猥褻行為等漫畫書並販售牟利。檢察官以被告甲涉犯刑法第235條第1項之販賣猥褻物品罪聲請簡易判決處刑，並敘明本案不構成兒童及少年性交易防制條例第28條罪嫌之理由如下：

兒童及少年性交易防制條例第28條第1項規定處罰之散布、販賣前條拍攝、製造之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品，其規範內容應限以自然人為對象，不包括內容純屬虛構之人物漫畫，是被告所販賣漫畫書，其內容雖含有未成年少男性交及裸露男性生殖器之內容，惟其人物既非自然人，即與該條之構成要件未符⁴⁶。

然而，亦有少數的見解支持以兒童及少年性交易防制條例作為處罰虛擬兒童色情言論之依據。例如臺灣臺北地方法院97年度簡字第4913號刑事簡易判決，該案被告在住處內利用電腦網路設備申設個人部落格網頁，並在網頁之相簿內張貼標題為「成人漫畫」、「俏警花」、「H-COMICS」、「三國夢想」、「DETECTIVE

女子係何人，以供傳喚究明是否確係未滿18歲之人，故尚難僅因該女子身著學生制服，即認其為未滿18歲之人。據此，礙難遽認被告涉犯兒童及少年性交易防制條例第28條第1項罪名。可參閱陳韻如，同前註文，122頁之註釋184。

⁴⁶ 持相同見解者可參閱臺灣板橋地方法院檢察署97年度偵字第14208號案件、臺灣板橋地方法院檢察署97年度偵字第8324號案件、臺灣臺北地方法院檢察署98年度撤緩偵字第313號案件、臺灣板橋地方法院速偵字第832號案件。

CONAN」、「SAN GO」，而內容為男女裸露性器官、為性交行為及未滿18歲之人為性交行為之猥褻圖畫供不特定人瀏覽觀看。檢察官以被告涉嫌違反兒童及少年性交易防制條例第28條第1項散布未滿18歲之人為性交行為之圖畫罪聲請判決處刑，法院以被告係一行為犯刑法第235條第1項散布猥褻圖畫罪、兒童及少年性交易防制條例第28條第1項散布未滿18歲之人為性交行為圖畫罪，從一重論以被告散布未滿18歲之人為性交行為圖畫罪，判處有期徒刑4月，緩刑2年⁴⁷。

三、學說見解

(一)、以英美法之觀點作為我國修法建議

如前所述，我國學界探討兒童色情言論管制的文獻不多，其中著力最深的應為高玉泉教授，高教授早於1998年即撰文探討兒童色情言論之管制問題⁴⁸，其首先介紹美國聯邦最高法院於1982年的*Ferber*案就紐約州法律禁止散布兒童性表演之非猥褻（non-obscene）資訊是否違反憲法言論自由保障條款時表示，兒童色情與猥褻問題不同，後者乃針對觀看猥褻作品之不良後果；前者則著重於防制以兒童為內容之性虐待情形，並認為對於描繪兒童之春宮圖片可以擁有較大規範空間，以及於1990年在*Osborne*案中，就俄亥俄州法律處罰持有兒童色情圖片是否違反憲法修正案第一條之言論自由及第四條隱私權之保障時，再度肯定兒童保護政策的優先性，認定該項法律並不違憲⁴⁹；其次則探討英國有關兒童色情資訊管制之法律，其中值得注意的是1994年之刑事司法及公共秩序法第84條第4項規定，所謂兒童色情圖片已包括「電子傳輸」之圖片，該條亦對於所謂「假性（合成）圖片」予以處罰，另外，依修正之該法第160條規定，持有不雅或假性

⁴⁷ 98年度偵字第25292號針對網路色情漫畫之類似案例，亦採取此種見解。詳細內容與評論可參閱曹哲寧，同前註31文，頁81-82、98-99。

⁴⁸ 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年12月。

⁴⁹ 同前註，頁185-187。

兒童色情圖片者，亦屬犯罪⁵⁰。最後，在詳述美國以及英國法制後，高玉泉教授對於我國兒童及少年性交易防制條例第 28 條規定作比較法之觀察，提出三點修法之建議⁵¹：

一、就處罰之範圍而言，本法限於處罰拍攝、製造及散布未滿十八歲之姦淫及猥褻情形。而觀諸英美兩國法律及國際組織之定義，所謂兒童色情，皆採從寬解釋，包括猥褻（obscene）及不雅（indecent）之情形在內，單純性器官（包括乳房及性器官）之暴露及任何具有性挑逗、性暗示或令人反感之情形（如偷拍內衣褲、小解等）亦屬之。故其建議兒童及少年性交易防制條例第 27 條第一項、第三項或第四項「猥褻」一詞之後，增列「或其他不雅」五字，以徹底杜絕「猥褻」一詞適用於本法所可能產生的模糊地帶。而後，系爭規定於隔年（1999 年 4 月 21 日）為配合刑法第二百二十一條等之修正，將原條文「姦淫」修改為「性交」。對此項修正，高教授仍認為有檢討之處，蓋美國法係以「明顯之性行為」（sexual explicit conduct）作為兒童色情之判斷標準；在英國，其兒童保護法稱為「不雅之兒童色情」（indecent child pornography），故其認為，我國上開規定應增加「其他不雅（或色情）」，以與先進國家看齊⁵²。

二、本法對於電腦合成之圖片應否處罰，未有規範，而就國際間已逐漸形成的共識及英美兩國法律皆認為電腦合成之春宮圖，亦應處罰。另外，由於合成圖片與真實圖片有時很難區別，為避免兒童色情圖片製造者抗辯其所製造之圖片為合成圖片而主張無罪，故英國法律特將此可能發生之爭議、疑難予以填補。故其建議於兒童及少年性交易防制條例第 27 條增列第二項：「以電腦技術合成製造前項之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，亦同。」⁵³

三、本法對於持有未成年人之色情圖片，不予以處罰，違反國際潮流。其並援引前開介紹之 *Osborne* 案之判決理由，而認為既然兒童及少年性交易防制條

⁵⁰ 同前註，頁 190-191。

⁵¹ 同前註，頁 194-197。

⁵² 高玉泉，同前註 41 文，頁 41-43。

⁵³ 高玉泉，同前註 48 文，頁 195-196。

例係以保護未成年人為主要目的，則自應保護徹底，持有兒童色情圖片之行為亦應予以處罰，故建議於該法第 28 條增列第二項規定：「持有前項物品者，處六個月以下有期徒刑，得併科新台幣十萬元以下罰金。」⁵⁴而後，於 2007 年 07 月 04 日，立法者即採取高教授之意見，將「持有」行為列入處罰之列。

(二)、虛擬色情言論應否處罰之爭議

1、肯定說

2002 年 4 月 16 日，美國聯邦最高法院作出 *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 案⁵⁵判決，認為「兒童色情防制法」(Child Pornography Prevention Act) 中關於處罰虛擬兒童色情及利用貌似未成年人之成年人拍攝色情圖像兩者規定過於廣泛 (overbroad)，從而違反憲法上之言論自由權。對於此一判決，高玉泉則另為撰文，以兒童人權的觀點認為，虛擬色情與真實兒童色情有時無法區分，然均會造成對人性尊嚴的莫大傷害，且虛擬兒童色情的製造及散布非無受害者，其雖無真實受害兒童，然其潛在受害者尚包括社會大眾，最後並依據聯合國、國際刑警組織及國際兒童人權保護非政府組織近十年來的共識，而認為虛擬色情言論應該予以處罰。⁵⁶高玉泉並指出，對於虛擬或合成的兒童色情問題，我國兒童及少年性交易防制條例並無規定，然遇到此種情形，似可依刑法第 235 條散布、播送販賣製造猥褻物品罪予以處罰⁵⁷。

2、否定說

⁵⁴ 高玉泉，同前註 48 文，頁 196-197。

⁵⁵ 535 U.S. 234 (2002).

⁵⁶ 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，頁 56-59，2002 年 11 月。

⁵⁷ 同前註，頁 60。

相較於對於虛擬或合成的兒童色情力主處罰之高玉泉教授，學者謝煜偉則認為不應處罰「虛擬兒童色情」言論，其將支持處罰之三點理由分別予以反駁⁵⁸：

一、關於虛擬兒童色情的逼真性所造成現行法證明上的困難，其認為立法者所顧慮的已經不是具體實在的兒童遭受性的虐待，而是擴及到此類影像傳遞出的內容所可能造成的負面影響。

二、至於虛擬兒童色情所傳達出來的內容會助長性差別待遇的意識，並且會造成青少年身心之不良影響亦有疑義，蓋此似乎忽略其他類型的色情文書也可能出現這種內容，且規制範圍卻只限定在視覺上描述而不包括聲音、文字等表現類型，且採取適當的分級措施，或許是更為妥當的方式。

三、而其認為虛擬兒童色情會提高戀童犯罪的危險性的看法可能比較合理，但如果整套處罰便建立在此種相當薄弱的正當化基礎上，到底會造成多嚴重的「言論的萎縮」同樣也不容易估計。

更為關鍵的是，謝煜偉亦點出將處罰對象擴及到虛擬圖像，將使原先所設定的保護目的無法提供合理解釋，而替代性的論述，如潛在的兒童受虐危險性說、不良影響說等又破綻百出時，或許意味者保護目的其實已隨著立法趨勢跟著發生質變⁵⁹，而其擴張處罰的真正原因，並不是出自個別受害兒童再次受創的防免，亦非出於青少年整體身心健全的維護或出自對性自主權的保障，而是來自於更深層的禁忌（即對於兒童形象與性的禁忌）⁶⁰。故總結而言，其認為我國應嚴拒「虛擬兒童色情」或「貌似兒童色情」入罪化，且於散布猥褻物品罪的適用上，不應當然視為釋字第六一七號中的硬蕊資訊，仍舊要以整體觀察其表現內容是否訴諸挑逗性慾、明顯令人不快，以及欠缺文學、藝術、政治或科學之價值為基準為判

⁵⁸ 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，頁52-53，2010年10月。

⁵⁹ 同前註，頁53。

⁶⁰ 同前註，頁55。

斷⁶¹。

(三)、以日本法之觀點為觀察

最後，除高玉泉教授自英美法之觀點切入之外，陳秀峯教授則以日本處理網路兒童色情為例作分析，在日本實務上針對利用網路通訊提供猥褻圖像者、以馬賽克處理過之網路猥褻圖像者、利用國外伺服器儲存猥褻圖像者、透過鏈結(link)用其他網站提供閱覽猥褻圖像之機會者及網路服務提供者等人，皆繩之以刑法上之猥褻罪。然而針對網路兒童圖像未達猥褻程度者，依據日本國內法律，尚難加以取締，處於無法可管，任意流竄的狀態，進而促使日本國會議員迅速通過「兒童買春兒童色情等處罰及兒童保護等法律」，該法對於兒童色情圖像之散布、販賣、出租、公然陳列及為此目的而製造、持有、搬運、輸出入日本或外國者，處以徒刑及罰金（第七條）。以此反觀我國，陳教授則點出，就我國刑法與兒童及少年性交易防制條例條文文字觀之，其對於網路色情、網路兒童色情不區分是否已達猥褻程度皆加以規範，如對網路色情、網路兒童色情中未達猥褻程度者予以處罰，是否涉及憲法所保障之表現自由？不無爭論之餘地⁶²。

(四)、小結

總結而言，國內學者所關注的「兒童色情」問題仍舊著重於管制範圍與管制目的之部分，亦即可否處罰持有行為以及處罰範圍是否包括虛擬色情言論，以及兒童及少年性交易防制條例中對於「兒童色情言論」之管制與刑法第 235 條中對於「猥褻性言論」管制上之關聯性，雖均點出現今規範兒童色情所遭遇到的難題，然而並未能對於這些法律規定，從更上位的憲法學理通盤的建構起一個兼顧保護

⁶¹ 同前註，頁 59。

⁶² 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 148-155，2001 年 2 月。

兒童利益與言論自由的合憲性管制框架，給予立法者對於既有規定的省思與將來的修正方向給予指引。

參、我國兒童色情管制規範的結構問題

一、未能依其「管制目的」而建構兒童色情內涵

綜合上開討論，本文認為，立法者實係將兒童及少年性交易防制條例第 27、28 條當作刑法第 235 條的加重處罰規定，當涉及猥褻物品之製造或散布時依照刑法之規定處罰，而當該物品更進一步乃屬未滿十八歲之人所為性交或猥褻行為時，則優先適用兒童及少年性交易防制條例作刑責較重的處罰，也就是說，該條例乃是刑法的特別法規。然而，弔詭的是，兒童及少年性交易防制條例無論在處罰的行為態樣(包括持有行為之處罰)以及處罰範圍(包括非屬猥褻的性交行為)卻又較刑法第 235 條之規定寬廣。

會有此種矛盾之情形，乃是因為立法者忽略「兒童及少年性交易防制條例」與「刑法」之間，亦即「兒童色情言論」與「猥褻性言論」之間存在本質上的差異，兩者所欲維護的公益目的並不相同⁶³，應不具有普通特別之補充關係，而均係基於特定之管制目的而從「色情言論」中所脫離出來的不同類型，申言之，蓋刑法之所以將「猥褻性言論」從色情言論中獨立出來而為特別之管制，目的在維護「男女生活中之性道德感情與社會風化」⁶⁴；至於兒童及少年性交易防制條例則是把「兒童色情言論」基於「避免真實兒童遭受性剝削與虐待」⁶⁵而從色情言論中獨立出來。

⁶³ 相同見解者，高玉泉，同前註 41 文，頁 37-38。

⁶⁴ 或許有論者對於猥褻性言論之管制目的存有他見，但至少「維持男女生活中之性道德感情與社會風化」乃是釋字第 617 號解釋所提出之公益目的，並且，刑法第 235 條亦分類於妨害風化罪章中。

⁶⁵ 兒童及少年性交易防制條例第 1 條即規定：「為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特

更進一步的說，對於「色情言論」概念的分類，須先區分「以成年人作為描述對象」（成人色情）以及「以兒童作為描述對象」（兒童色情）之類型，其實益在於，前者所欲避免者僅是來自於該「色情內容」所造成的「言論觀看傷害」，至於這種傷害之內容則來自於相當多不同的面向，「成人色情」當中具有猥褻性的內容，係在避免這些內容之散布將敗壞「社會善良風俗」⁶⁶；至於其它一般「成人色情」言論（例如低俗不雅之言論內容）之管制則為避免「心智未趨成熟的兒童接觸到這些訊息而影響其身心發展」以及「非自願之閱聽者接觸這些訊息而受冒犯感」所造成的傷害。這也是美國法上對於一般成人色情言論之管制之趨勢，均以是否能夠有效阻擋兒童及其他非自願者觀賞者作為管制的必要手段⁶⁷

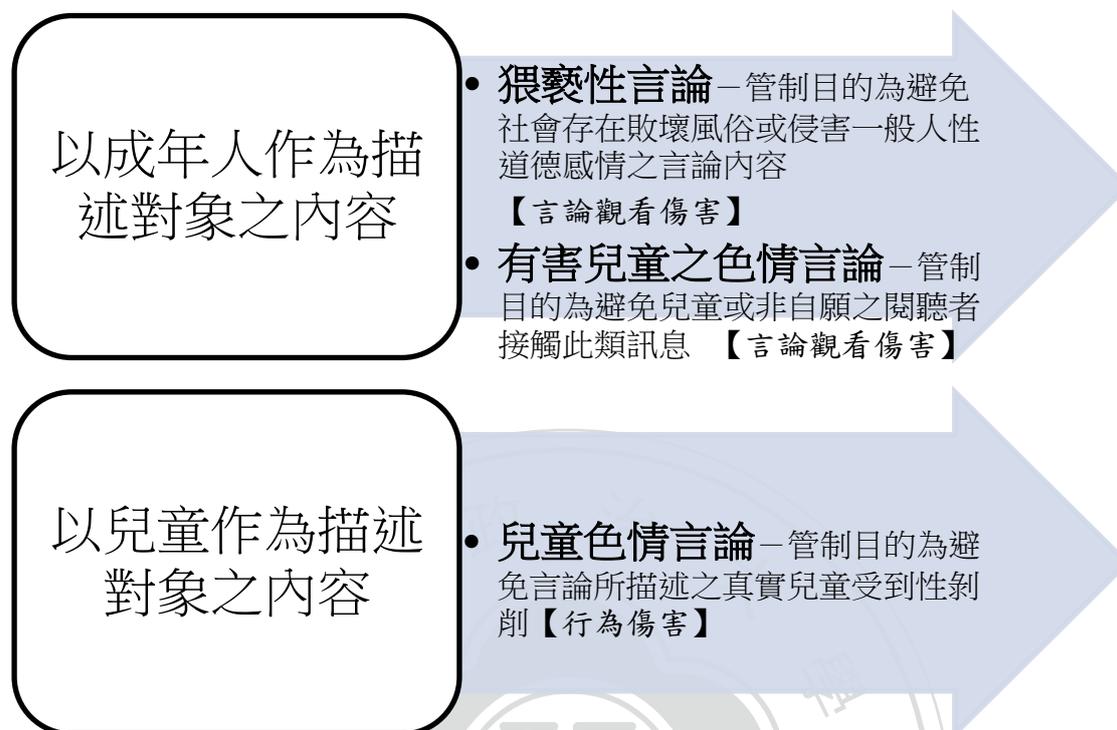
而後者，即兒童色情言論，除同樣避免「色情內容」所造成「言論觀看傷害」以外，更重要的是避免該「色情內容」背後的「性虐待與剝削行為」所造成的「行為傷害」，亦即兒童色情言論的製造過程幾乎必然產生對於兒童的性剝削與虐待，該言論的製造本身亦會對兒童造成永久的紀錄，並隨著散布而逐漸擴大其傷害。美國聯邦最高法院在 *Ferber* 案判決即已觀察到此種差異所在，而將其列為不受言論自由所保障的言論類型，而後續所出現的虛擬兒童色情管制之問題，則因其並無「真實兒童遭受傷害」，其管制之政府利益將緊縮為對於「言論觀看傷害」而已，故美國聯邦最高法院方於 *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 案判決中認定兒童色情防制法對於虛擬兒童色情之內容管制規定乃屬違憲，然而，美國在 PROTECT 法案之後的發展，則漸漸的偏離管制兒童色情言論的初衷，開始處罰「難以辨別是否涉及真實兒童參與的色情內容」以及「猥褻性的兒童色情內容」。

制定本條例」，故其管制目的與刑法乃有差異。

⁶⁶ 或是「物化他人」、「影響未成人之身心健康」、「對非自願者造成冒犯感」、「避免違法行為」等目的。

⁶⁷ 例如在 *FCC v. Pacifica Foundation* 案判決中，法院認為「無線廣播媒體」具有普遍得使兒童容易接收之特性而給予政府管制之空間，而在 *Reno v. ACLU* 以及 *Ashcroft v. ACLU* 案判決中，法院則認為對於網際網路色情言論管制中，「過濾軟體」係較直接管制侵害言論自由較小之必要手段，亦是因為其得以有效隔絕兒童接受這些訊息之故。至於對猥褻性言論之管制則著重於避免妨害社會善良風俗與性道德感情之破壞，故其係在避免這種言論散布於社會之中，旨在防止社會大眾接受到這些言論內容。

至此，本文可將色情言論所描述之對象為區分後作出以下圖表之分類：



總結而言，我國管制兒童色情之「兒童及少年性交易防制條例」，其制定雖是出於解決雛妓問題，保障兒童免於性剝削與虐待，但是其中第 27、28 條對於「兒童色情言論」之處罰規定，卻未能發揮上開立法目的之精神，並遭受學者的批評，因此，本文認為應有確實建構兒童色情之內涵之必要性。

二、忽略網際網路媒體以及電腦科技之發展

舉美國為例，在 1980 年代美國政府幾乎已經消滅兒童色情物品的非法交易，由於兒童色情的製造所費不貲且相當困難，其交易亦具有高度風險，許多戀童癖者因此不容易尋找或與他人交流，使得兒童色情行業迅速衰退，然而，隨著電腦

科技的進步這樣的情況有了巨大的改變⁶⁸。

「網際網路」(internet)的出現，使戀童癖者能夠輕易而不花費任何成本的聚集並分享他們的兒童色情物品，網際網路的易接近性以及匿名性意味者兒童色情內容得以此無限寬廣的作散布，在今日，透過網頁、電子郵件、即時通訊軟體、線上聊天室、新聞群組、電子佈告欄以及P2P的網路技術等均完整的提供戀童癖者散布與接收這些訊息的場域。並且，為了更方便的分享真實的兒童色情內容，在電腦科技發展的推波助瀾下使得「虛擬兒童色情」開始崛起，這種色情內容係運用變形技術而創造電腦合成影像或使成年人之影像內容能夠看起來像似未成年人。更嚴重的是，對於一個儲存在電腦中的數位影像，我們難以辨別其為「真實兒童色情內容」還是「虛擬兒童色情內容」，因為只要我們將影像掃描或傳輸至電腦中，我們得以運用許多影像編輯軟體（例如Adobe Photoshop）作出變形、扭曲、平滑等任何形式的改變，且編輯過的影像將無法還原，所以，我們並無法判斷一個數位影像是單純掃描或傳輸至電腦中的原始影像，抑或是經過編輯軟體所修改過的影像⁶⁹，此將造成政府追訴真實兒童所參與的色情內容之困難性，這也是美國於2003年制定的PROTECT法案，將兒童色情的定義中加入「難以辨別」其是否涉及真實兒童之明顯性意味行為的緣故。

並且，網際網路媒體和電腦科技發展在我國兒童色情言論市場亦逐漸發酵，前開所列舉的國內實務案例均透過「網際網路」為傳播，包括以「Pchome 露天拍賣」⁷⁰、「無名小站」⁷¹、「個人部落格」⁷²、「論壇網站」⁷³、「蕃薯藤免費網路

⁶⁸ Chelsea McLean, *The Uncertain Fate of Virtual Child Pornography Legislation*, 17 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 221, 223-224 (2007).

⁶⁹ Timothy J. Perla, *Attempting to end the Cycle of Virtual Pornography Prohibitions*, 83 B.U.L.REV.1209, 1218-1219 (2003).

⁷⁰ 97年度簡字第1857號判決、98年度偵字第25292號。

⁷¹ 臺北地方法院97年度簡字第3976號判決、98年度訴字第1810號判決、97年度偵字第16559號、98年度偵字第27538號。

⁷² 臺北地院97年度簡字第4913號簡易判決。

⁷³ 98年度簡字第4959號簡易判決、97年度偵字第18281號、98年度偵字第28560號。

空間」⁷⁴、「e-mule P2P軟體」⁷⁵等方式散布或販賣，其中亦多有檢察官實際上難以辨別其所描述之內容是否涉及未滿 18 歲之人以及漫畫、動畫等虛擬兒童色情內容之案例情形，但是，我國兒童及少年性交易防制條例第 28 條卻未對於透過網際網路散布或販賣兒童色情內容的傳播管道，以及處罰內容涉及難以辨別是否真實或是如同動畫等純粹虛擬色情內容之情形作出因應。

第二節、兒童色情言論內容的本質

壹、「兒童」與「色情」

關於「兒童色情」之意涵是相當不確定且混亂的，「兒童」與「色情」兩詞本身即具有爭議，合併後更是相形複雜且帶有矛盾性，是故，曾任職美國聯邦檢察總長的Drew Days曾說過：「兒童以及色情的議題幾乎不可能詳盡且理由充分的進行討論」(The issue of children and pornography is almost impossible to discuss in a reasoned way)⁷⁶，當然，我們可以說構成兒童色情言論的基本要素是必須含有「兒童的照片」，而各國法律對於兒童的定義則是從年齡著手，且麻煩的是不同的國家對於兒童的年齡標準規範不同，如前所述，本文贊同聯合國兒童權利公約規定未滿十八歲之人即為「兒童」，但是各國對於允許合意發生性關係的年齡則多為十六歲（我國亦然）；令一方面，社會及心理學家則強調，建構兒童的意涵並不能僅從年齡作判斷而同時是社會和文化的狀態，西方對於童年（childhood）的概念並不必然得以適用於其他國家的社會之中，並且不同文化間對於兒童勞動與與性行為之解讀亦不相同⁷⁷。再者，試圖以年齡作為兒童的判斷準則，對於正

⁷⁴ 98 年度偵字第 4936 號。

⁷⁵ 98 年度偵字第 13257 號、98 年度偵字第 17151 號。

⁷⁶ John Heilemann, *Big Brother Bill*, WIRED, Oct, 1996, at 53, 54 (quoting Drew Days.).

⁷⁷ 甚至，學者 Neil Postman 認為，由於傳播媒介的改變，電視的發明使區分兒童與成人的根基被破壞殆盡，學者 David Elkind 亦指出，兒童無法經由語言描述而想像出來的暴力與性愛場景，

在發育中的青少年時常亦難以判斷其實際歲數，而在認定上發生困難。最後，假設我們已經具備由「兒童」所參與之影像，關於這個影像得否評價為「色情」，亦相當具有爭議，許多媒體認為兒童色情應為具有極端的性特徵的圖片或影像，並將之與兒童的性侵害作連結，並針對兒童色情的製造、散布及持有等犯罪行為來追訴⁷⁸。

貳、兒童色情言論界定之困難

探討兒童色情言論內容的本質，本文試圖乃從學說見解、法律規範以及心理學觀點等三個角度作分析，與此可以先說明的結論是，從這三種角度嘗試定義兒童色情言論內容，均會得到不同的內涵與範圍，而凸顯出兒童色情言論的界定的困難性。

一、學者的嘗試

對此，許多學者均試圖定義兒童色情言論之範圍，學者Lanning率先作出界定並提出「兒童色情言論」(child pornography)與「兒童色情文學」(child erotica)的重要區別，前者乃指具有明顯兒童性意味意涵的兒童影像；後者則指與兒童有關並向他人提供性目的取向的內容。此項區分乃在強調並不是所有與性相關的兒童影像均屬兒童色情內容。其並提出具操作性的三種分類標準作為執行機關予以區分的依據如下⁷⁹：

1、暗示的(indicative) — 帶有情慾興趣的描繪穿著衣物的兒童。

均直接而鮮明地呈現在電視螢光幕上，兒童因此輕易的就能夠踏進成人世界，兩者之間的界線自然就趨於模糊。可參閱邱靖貽，刑法之性管制—以兒童及少年之相關規範為論述中心，國立臺灣大學法律系碩士班碩士論文，頁 20-22，2006 年 7 月。

⁷⁸ MAX TAYLOR & ETHEL QUAYLE, CHILD PORNOGRAPHY: AN INTERNET CRIME 3-4 (2003).

⁷⁹ KENNETH V. LANNING, CHILD MOLESTERS: A BEHAVIORAL ANALYSIS 24-26 (1992).

- 2、粗俗不雅的（indecent）—帶有情慾興趣的描繪裸體的兒童。
- 3、猥褻的（Obscene）—描繪明顯帶有性意味行為的兒童。

但是Lanning這種定義與區分方式仍然過於廣泛，且其完全並未針對製造或持有兒童色情言論之行為作出特徵性的描述，學者Boyle即認為許多研究過度重視色情言論所造成的影響，而忽略其製造過程對於兒童的傷害，這種定義方式主要的缺陷在於其並未考慮消費者或其他個人如何使用或理解色情或其他影像媒體以及告知它們對於其行為舉止的選擇、責任與義務⁸⁰。也就是說，上述這些定義文字僅是單純對於兒童色情影像內容的描述，而缺乏的是試圖理解兒童影像的本質以及它們對於擁有或使用者的重要性。對此，學者Tate即關注到這些特徵，而將兒童色情定義為：「經由明顯的生殖器之鏡頭顯示靜止不動的裸露兒童，並分別的紀錄其口部、肛門、陰道的虐待或互動行為」⁸¹。

除此之外，前面曾提到兒童色情言論之製造並非是偶然發生的，而對於兒童色情的蒐集行為亦然，這種行為乃是經由個人刻意的選取而獲得，因此，定義兒童色情言論的難題即是，這些蒐集的兒童色情資訊係取決於這些資訊內容的客觀特質以及蒐集者的主觀心態。也就是說，我們在定義禁止蒐集的「兒童色情」之內容與範圍時，有一大部分必須考量行為人對於這些內容的主觀評價，因此，Tate教授甚至認為年紀越輕的兒童或是描述更加奇特的行為，通常具有越高的交易價值⁸²。最後，由於電腦科技的進步，對於兒童色情定義的困難亦出於難以辨別真實的兒童色情內容以及電腦所創造的虛擬兒童色情內容。

而在理解學說對於兒童色情內涵定義的嘗試後，以下本文將透過法律上的觀點以及社會學上的觀點來更進一步的探討其內涵。

⁸⁰ Karen Boyle, *The Pornography Debates: Beyond Cause and Effect*, Women's Studies International Forum, 23(2), 187-195 (2000).

⁸¹ TATE, *supra* note 105, 15-16.

⁸² *Id.* at 24.

二、法律上的觀點

(一)、聯合國兒童權利公約之定義

聯合國兒童權利公約第1條明白界定兒童保護的年齡為18歲之外，該公約亦就兒童色情有相關的規範，該公約第34條(C)款規定：「簽約國保證兒童不受任何形式之性剝削及性迫害。因此，簽約國應透過適當的國內法、雙邊及多邊協定以防止：兒童從事色情活動或內容的剝削利用」⁸³。

(二)、國際刑警組織之定義

國際刑警組織(International Criminal Police Organization；簡稱INTERPOL 或 ICPO) 是繼聯合國外，規模第二大的國際組織，依據國際刑警組織於1993年第61屆大會之定義，兒童色情係指「視覺描繪對於兒童的性剝削，並聚焦於兒童之性行為及性器官」(the visual depiction of the sexual exploitation of a child, focusing on the child's sexual behavior or genitals)⁸⁴。

(三)、販賣兒童、童妓及兒童色情特別報告書

除上述聯合國兒童權利公約以及國際刑警組織定義外，國際上比較完整的對於「兒童色情」作出定義乃見於聯合國1995年所提出的關於販賣兒童、童妓及兒童色情特別報告書 (UN Special Rapporteur on the Sale of Children, Child

⁸³ See Article 34: 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: (c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

⁸⁴ INTERPOL 61st General Assembly, INTERPOL Recommendation on Offenses Against Minors (1993).

Prostitution and Child Pornography) 根據該報告，兒童色情資訊可分為三部份⁸⁵：

1、兒童色情資訊為對兒童性虐待或性剝削的結果

其定義為以任何方式描述或促使對兒童為性剝削，包括文字或視聽物品，其重心為兒童之性行為及性器官。

2、視覺色情

對兒童為明顯的性活動之視覺描繪，包括真實或模擬之情形，或為滿足（網路）使用者之性需求而為之性器官之淫穢呈現，並涉及生產、散布或使用該等物品等。

3、語音色情

以任何語音設備利用兒童之聲音，包括真實或模擬兩者，滿足（網路）使用者之性需求，並涉及生產、散布或使用該等物品等。

(四)、美國

現行的美國聯邦法典第2256(8)項規定對於「兒童色情」定義如下⁸⁶：

「兒童色情」係指任何藉由電子、機器或以其他方式以照片、影片、錄影帶、圖像或電腦圖片或電腦合成（computer-generated）影像或圖片而視覺描繪（visual depiction）未成年人從事於明顯性意味行為（sexual explicit conduct）。其中包含：

⁸⁵ 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，頁183，1998年12月。

⁸⁶ 18 U.S.C.A §2256(8).

- (A)、其製造涉及利用未成年人從事明顯性意味行為；
- (B)、以視覺描繪數位影像、電腦影像或電腦合成影像而是或不能辨別其是否為 (is or is indistinguishable from) 未成年人從事明顯性意味行為；
- (C)、以視覺描繪經創造 (created)、改編 (adapted) 或修改 (modified) 而看似「可辨識為未成年人」(identifiable minor) 從事明顯性意味行為。

至於構成「兒童色情」內涵的「明顯性意味之行為」(sexual explicit conduct) 所指為何，聯邦法典第2256(2)項規定⁸⁷：

- (A)、除下述(B)段以外，明顯性意味之行為係指真實(actual)或擬真(simulated)的下列內容：
 - (i)、包含性器官對性器官、口腔對性器官以及肛門對性器官等性行為；
 - (ii)、人獸交；
 - (iii)、自慰；
 - (iv)、性虐待；
 - (v)、色情展示任何人的性器官或陰部。
- (B)、於適用本法 2256(8)(B) 時，明顯性意味之行為係指：
 - (i)、包含性器官對性器官、口腔對性器官、肛門對性器官或同性或異性之間繪畫的 (graphic) 性行為，以及任何人展示性器官、乳房或陰部之色情擬真的性行為；
 - (ii)、繪畫的或色情擬真的人獸交、自慰以及性虐待；
 - (iii)、繪畫的或色情擬真的展示任何人的性器官或陰部。

⁸⁷ 18 U.S.C.A §2256(2).

(五)、英國

英國在 1978 年通過之「兒童保護法」(Protection of Children Act 1978)及 1994 年之「刑事司法及公共秩序法」(Criminal Justice and Public Order Act 1994)的規定乃處罰拍攝、製造、散布、展示及持有兒童色情或虛擬兒童色情之行為⁸⁸。然而，卻未對於「兒童色情」作出任何定義，事實上，在 2003 年制定性犯罪法案 (Sexual Offences Act 2003) 之前，「兒童」和「色情」兩句詞語從未結合在處罰兒童色情的犯罪行為中，兒童保護法以及刑事司法及公共秩序法均僅於法條中規定處罰「粗俗不雅的兒童照片」(indecent photograph of Children)的相關犯罪行為⁸⁹。

三、心理學的觀點

(一)、Svendin 和 Back 之見解

以心理學之觀點來看兒童色情之意涵亦存在問題，學者Svendin 和 Back將兒童色情定義為：「意圖喚起成年人對於性的情感、幻想或回應的文字或影像(例如照片、幻燈片、影片、錄影帶或電腦程式)」⁹⁰此項判斷標準的問題點在於其定義仍然取決於行為人主觀的想像，而並非客觀的內容，某種程度這也反映出人們對於兒童色情的真實經驗即是如此。但是，我們不可能去控制人們對於兒童色情的幻想，並且此種定義方式將使得兒童色情言論的範疇無遠弗屆，舉凡日常家庭的相簿或是童裝服飾的型錄中均有可能引起他人的幻想。

⁸⁸ 高玉泉、施博琦，全球網路內容安全體系之建構－以未成年人身心健康及人性尊嚴之維護為中心，檢察新論，2期，頁189，2007年7月。

⁸⁹ YAMAN AKDENIZ, INTERNET CHILD PORNOGRAPHY AND THE LAW – NATIONAL AND INTERNATIONAL RESPONSES 19 (2008).

⁹⁰ CARL GORAN SVENDIN AND KRISTINA BACK, CHILDREN WHO DON'T SPEAK OUT 9 (1996).

(二)、Taylor 之見解

在瞭解上述定義方式的缺點後，學者Taylor則提出另外一種定義的方法，將我們對於兒童色情蒐集行為背後隱藏之成年人對於兒童的情慾興趣的認知作為兒童色情內涵的理解，其強調那些從實際且符合經驗的角度來看是帶有兒童之情慾興趣而會吸引成年人之影像內容，並將其區分為三種光譜式的不同種類。茲將其分述如下⁹¹：

1、「色情文學」(erotica)

這種言論內容並不涉及裸露以及其他性行為，而僅是單純描述兒童的影像或可能含有其它具有明顯的性意涵 (sexual connotations) 的內容，例如穿著泳衣的兒童照片，此種類型以前述的童裝衣物型錄為例，這些內容雖仍有可能引起成年人對兒童的情慾興趣，但是其製造以及持有仍然均屬合法。

2、「裸露內容」(Nudity)

此種類型包括各種形式的裸露內容，然而，此種類型遭遇到裸體主義者 (nudism) 所拍攝或發行的裸體照片時可能產生爭議，這種裸體行為屬於合法活動並無疑義，但卻又符合此種類型的文字描述，是故，對於此類言論之持有並不一定違法。

在此類型中尚有涉及裸露內容的「偷拍照片」(covert photograph)，包括裸露玩耍、沙灘邊游泳的孩童，這些照片大多是秘密地在遠處透過長鏡頭的相機拍攝而成，照片中的孩童以及其父母親均不會知悉其被拍照入鏡，這類型的影像具有腐蝕性，因為其將無害且適當的照片予以性化，而有可能構成法律上所稱的

⁹¹ Max Taylor, *The nature and dimensions of child pornography on the Internet* (2002), available at : http://www.ipce.info/library_3/files/nat_dims_kp.htm (last visited : July, 30, 2011)

兒童色情。除此之外，在此類型之中絕大多數乃屬「裸露姿態的照片」(posed pictures involving nudity)，此與一般成人色情內容意義相當，大部份是由專業的攝影師所製作的高質感影像，此類照片多是含蓄的表達其性意涵並擺出具有時尚風格且具挑逗性的姿態，而非表現出明顯帶有性意味的行為，照片中的兒童通常是相當漂亮及乾淨的。此種言論類型並非全然是違法的，許多因具有藝術價值而屬合法。然而，這些內容卻會高度的吸引對兒童有情慾興趣的成年人，這些照片有時候會被有心人士修改為兒童性虐待的內容。

3、具有明顯性意味的內容

此類型的內容包括重點描繪性器官或肛門的，經由明顯帶有性意味的方式，而展現真實或虛擬兒童的性行為，有些甚至包括人獸交或是性虐待的內容，這些內容具有極度清楚的性意涵，而持有這些照片在歐美各國均被認定為是違法的。

(三)、分級系統的設立

當我們試圖發展兒童色情內容的描述性類型時，分析的重點應在於兒童的犧牲與受害，不管這些言論內容是偶然或是故意的製造出來，每當這些內容用作性幻想或其他目的之使用時，該內容中的兒童即受到犧牲。使用者蒐集兒童照片的重要目的就是能夠立即的得到兒童受虐犧牲的內容⁹²。對此，於COPINE(Combating Paedophile Information Networks in Europe centre)計畫中，Taylor和Quayle教授整理出十種成年人會對於兒童產生情慾興趣的兒童色情類型，而並非這些類型均會符合前述法律所定義的兒童色情內容，所有的第一種類型和部分的第二、第三種層級之類型應該均非法律劃定的兒童色情範圍，但其描述的內容卻可供作PICS(Platform for Internet Content Selection)網際網路內容選擇平

⁹² Margaret Healy, *Child Pornography: an international perspective* (2004), available at : <http://www.crime-research.org/articles/536/> (last visited : July, 30, 2011)

台和RSACi(Recreational Software Advisory Council) 分級系統之用。茲將該分級內容敘述如下⁹³：

兒童色情		
層級	名稱	內容特徵的描述
1	暗示的 (indicative)	來自商業管道或家庭相簿中非情色、非與性相關的圖片，例如顯示穿著內衣褲或泳裝之兒童內容。
2	裸體的 (nudist)	合法來源取得在適當背景下之裸露或半裸露之兒童內容。
3	情色的 (erotic)	暗中地取得兒童於遊樂場所或其他安全環境的照片，顯示其穿著內衣褲或是各式各樣裸體的內容。
4	擺姿勢的 (posing)	故意且充分地擺出特定姿勢而穿著部份或裸露之兒童內容。
5	情色姿勢的 (nudist posing)	故意且充分地擺出情色或挑逗姿勢而穿著部份部分或裸露之兒童內容。
6	明顯情色姿勢的 (explicit nudist posing)	強調性器官部位的裸露或部分及完全穿著衣服之兒童內容。
7	明顯性活動 (explicit sexual activity)	並無成年人參與而涉及觸摸、互相或自我自慰、口交、性交的兒童照片。
8	性侵害 (assault)	涉及成年人參與，含有遭受強制性侵害的兒童內容。
9	重大性侵害 (gross assault)	重大而猥褻的兒童性侵害內容，涉及成年人參與的侵入式性交、自慰以及口交。
10	性虐待/人獸交 (Sadistic/Bestiality)	顯示兒童被捆綁、被縛住的敲打、鞭打或其它隱含有痛苦的行為之內容；涉及兒童與動物進行某種形式的性行為內容。

另外，英國有鑑於法院審理網路上兒童案件日益增多，且兒童色情內容輕重有別，殊難一以斷之，而另一方面，法律所規定的處罰範圍亦落差甚大，造成法院在審理具體個案時量刑上的困擾，故英國上訴法院於 2001 年提出其「量刑指

⁹³ Max Taylor, Gemma Holland and Ethel Quayle, *Typology of Paedophile Picture Collections*, The Police Journal, 74(2), 100-101 (2001).

導原則」(sentencing guidance)，後經由委請學者所成立的「量刑諮詢小組」(sentencing advisory panel) 提出更具體的標準，將上開表格中的十種兒童色情類型區分為作為五個等級，以作為量刑客觀化之標準如下⁹⁴：

量刑諮詢小組的標準		COPINE 計畫的標準	
1	描述未涉及性活動的裸體或情色姿勢之內容者	1	暗示的
		2	裸體的
		3	情色的
		4	擺姿勢的
		5	情色姿勢的
		6	明顯情色姿勢的
2	兒童間之性行為或是兒童單獨的自慰行為	7	明顯性活動
3	成人與兒童間的非侵入性行為	8	性侵害
4	成人與兒童間的侵入性行為	9	重大性侵害
5	性虐待或人獸交	10	性虐待人獸交

四、虛擬的兒童色情內容

承上以法律規範及心理學觀點對兒童色情所作的界定，在電腦科技的進步與發展下，遭遇到一項更加棘手的問題，也就是並非所有的兒童色情內容都如同我們所看到的一般，電腦的技術可以憑空創造出並非拍攝而成的影像⁹⁵，或甚至是

⁹⁴ Anthony R. Beech, Ian A. Elliott, Astrid Birgden, Donald Findlater, *The Internet and child sexual offending: A criminological review*, In AGGRESSION AND VIOLENT BEHAVIOR, Vol. 13, 220 (2008), 亦可參閱高玉泉，同前註 41 文，頁 26-31。

⁹⁵ 日本少女團體「AKB48」的人氣實習生「江口愛實」，據《Weekly Playboy》雜誌報導，證實江口愛實是虛擬人物，而製作過程則是取自團員，頭髮和身形來自大島優子；而眼睛是前田敦子；鼻子是筱田麻里子；眉毛則是邊渡麻友；臉型是高橋南，和研究生佐佐木優佳里的聲音，總共由 6 人所合成。由此可知，現今電腦合成科技的逼真性。可參閱 NOWnews 今日新聞，AKB48 江

未有真實兒童參與的色情內容，而屬於「虛假的」(pseudo) 照片或影像，這種內容得經由高度的電腦技術所創造，其內容可能並非真實的人物或真實事件的發生，亦得以「電腦合成」方式，將兒童的頭像接在成年人的身體上，或是將成年人的身體特徵作處理(例如將胸部縮小或是將恥毛移除)而使其看起來像是兒童，另外一種形式則是運用「疊圖」(superimpose) 技術將不相干的照片或影像轉為具有性意味之內容，例如一個兒童雙手拿著玩具的照片，玩具可能得被疊圖為一個成年男性，使該名兒童看起來像是在拿著男性的性器官⁹⁶。

在美國法上很早就發現這種「虛擬兒童色情言論」的出現，而於 1996 制定兒童色情防治法處罰所有「看似」(appear to) 未成年人從事明顯性意味之行為的言論內容，雖然該法後來被聯邦最高法院宣告違憲，但並非即代表「虛擬兒童色情」是不得處罰的，蓋國會在 2003 年制定的 PROTECT 法案即修正對於此種言論內容的管制方式，僅處罰「實際上無法辨別」(virtually indistinguishable from) 是否涉及真實兒童參與以及猥褻性的兒童色情內容，並在後來獲得合憲性的評價。

五、小結

從心理學之觀點對於「兒童色情」所作出的定義範圍是較法律所作出的定義廣泛，但我們不應該錯誤的作出二分法的理解，因為這兩種觀點是基於不同的關懷重點而作出不同的定義內容，並無「孰優孰劣」或是「相互取代」的問題，心理學之觀點所關懷的是哪些兒童色情內容會吸引成年人產生對兒童情慾興趣，而法律上之觀點則是試圖對兒童色情內容建立一套客觀的判斷標準，其不可能將所有足以吸引成年人對於兒童產生性幻想的所有色情內容均列入管制之列⁹⁷，質言

口愛實證實是合成引發粉絲不滿拒買，2011年6月21日，網址：
<http://news.sina.com.tw/article/20110621/4494825.html> (最後造訪日期：2011年7月30日)

⁹⁶ TAYLOR & QUAYLE, *supra* note 78, at 37-38.

⁹⁷ *Id.* at 24-27.

之，法律上對兒童色情的定義必須是清楚、客觀而得以操作的準則，而心理學上所提出的定義範圍則是補充法律定義的不足之處，幫助我們釐清其內涵而非專斷的去涵攝適用法律中的文字，但是其論述基礎為「成年人對兒童之情慾興趣」的性幻想，而法律是無法也不應該對於人民心中的幻想作出規制⁹⁸。最後，對於兒童色情定義的新興難題在於「虛擬兒童色情言論」的管制，蓋虛擬的兒童色情內容雖可能符合上述法律或是心理學上對於兒童色情之定義內涵，但是其並未涉及真實兒童的性虐待或剝削行為，而並無「行為傷害」，其管制的目的與公益性將會受到質疑。

總而言之，在法律規範上應如何劃定兒童色情言論之界線，或許必須提高層次，從憲法的觀點探討國家為何要管制兒童色情言論？管制兒童色情所欲維護的管制目的為何？只有在瞭解政府的管制是為避免何種傷害的情形下，我們才能夠站在這個立足點上去討論兒童色情內容之定義。

參、兒童色情言論所造成的傷害

承上，要定義兒童色情之本質內容，我們必須釐清的是，管制這些兒童色情言論的行為態樣係在避免哪些傷害結果的造成，轉換到憲法層次，即為國家管制這些兒童色情言論之犯罪行為所欲維護的政府利益為何之問題，對此，得從兒童色情言論背後所造成的「行為傷害」，及兒童色情言論本身的「製造」(production) 傷害以及「觀看」(viewing) 傷害來作分析：

⁹⁸ *Id.* at 192-193.

一、行為傷害

所謂行為傷害，係指「兒童性虐待與剝削行為」對於兒童所造成的傷害。其中兒童性虐待（*Sexual Abuse of Children*），係指牽涉兒童的非法性活動，或雖屬合法，但所牽涉的兒童不能作出知情同意的性活動，其中包括在家中或其他地方、任何人士直接或間接對兒童作出的性利用或侵犯，侵犯者可能是兒童的父母、照顧者、或其他成年人、其他兒童或是陌生人士，個別或有組織地進行或以獎賞或其他方式引誘兒童加以侵犯⁹⁹。至於，兒童性剝削（*Sexual Exploitation of Children*），或稱是兒童商業性剝削，指的是透過某些商業交換的方式侵犯兒童與其權利，意即有一交換行為存在，而一方或多方從該交換中剝削未滿18歲兒童的性（*Sex*），可能是拍攝兒童猥褻裸照，也可能是對兒童猥褻，或是直接對兒童性交，再進而從中獲得利益（如現金，物品或勞務）¹⁰⁰。

兒童性虐待與性剝削之行為，對於兒童將造成日後身心健康與人格發展有極大的負面影響¹⁰¹，對此國家自當負有保護之義務，釋字第623號解釋即曾提到：「保護兒童及少年免於因任何非法之性活動而遭致性剝削，乃普世價值之基本人

⁹⁹ 對於其內涵，學者 Finkelhor 提出一套極為著名的四個「先決條件模型」（*Precondition Model*），認為必須符合：（一）、性虐待的動機；（二）、克服內在約束；（三）、克服外在約束；（四）、克服兒童的抵抗等四種先決條件的情況下才會引發「兒童性虐待」，Finkelhor 不但以此刻劃出兒童性虐待的藍圖，更從「動機的強烈程度」以及「性偏好的獨特性」兩個方面對兒童性虐待者作出分類 See DAVID FINKELHOR, *CHILD SEXUAL ABUSE: NEW THEORY AND RESEARCH* 180-198 (1984).

¹⁰⁰ 曹哲寧，同前註 31 文，頁 17。

¹⁰¹ 然而，學者甯應斌認為「兒童性虐待」應有更廣泛的意涵，並非僅針對戀童癖者對於兒童的性侵害之少數的個人病態問題，而是保護兒童社會、政治以及經濟上的集體福利，其指出西方兒童性虐待（*child abuse*）係認為兒童保護話語的核心轉軸是兒童性侵害，故而同時建構了兒童色情與戀童犯罪（包括誘拐或殺害兒童）的恐慌，製造與現實不成比例的焦慮恐懼和道德情緒，以達到多重的政經與社會控制效果，保守派認為色情汙染兒少，讓兒童走入歧途，但其實色情只是性成熟兒少的手淫工具，兒少走歧途與否的關鍵在於兒少有無很好的教育環境，亦即，兒童色情的實質是：這個國家與社會對兒童的經濟與教育資源有無足夠的投入且平等的分配，使得每個兒童都能有很好的將來。可參閱甯應斌，*Child Abuse、兒福法律與兒童性侵害的政治*，載：兒童性侵犯：聆聽與尊重，頁 189-194，2009 年。

權，為國家應以法律保護之重要法益」，故政府對於此種行為之管制，具有相當重要的公益目的以及急迫性，其管制旨在避免性犯罪行為直接對於兒童所產生的傷害，這種傷害之避免也是整體「兒童色情」管制背後的核心目的與價值。

二、言論「製造」傷害

關於兒童色情言論的「製造」傷害之內涵，我們必須知道，兒童色情係指涉兒童性虐待的影像，兒童色情內容之製造行為必須對於兒童為性虐待或侵害，或是使其表現出色情的姿態，並且以拍攝或錄影等方式永久的儲存為圖片、影像等形式作記錄，故兒童色情製造行為乃是兒童受到性虐待與剝削的起點，言論製造所造成的傷害，主要即是由於其與兒童性虐待與剝削之犯罪行為間具有幾乎必然的關聯性之故。

至於，兒童色情之製造與一般「成人色情內容」不同之處在於，色情內容中的兒童與製造者之間權力地位的不對等，兒童根本無法有意識性地「選擇」其是否或如何出現在照片或影像中，亦無法期待兒童能夠拒絕此種言論的製作¹⁰²，這正是為什麼兒童色情言論的製作會造成「言論製造傷害」，而成人色情言論的製作卻無此傷害的原因。

然而，或許有論者認為，兒童色情內容未必是在權利不對等的關係下有意的製造出來，在不同情境下偶然產生的影像亦可能構成兒童色情內容，管制兒童色情言論除得抑止兒童性虐待之行為產生，亦可能處罰到無辜而並非從事於兒童性剝削的其他人，惟學者Max Taylor 及 Ethel Quayle則堅稱所有兒童色情言論的製造非「偶然的」(accidental)，其內容的製作均屬「故意」，所有兒童色情之製造均是由對兒童的情慾性趣以及性侵害所構成。其並提出兩種方式來辨別兒童色情所製造的內容，其一為「私人製造」(private production)的情形，關於兒童色情內容之製造者幾乎均為兒童的父母、監護人或是其他家中的親戚，然而如為

¹⁰² Note, *Anti-Pornography Laws and First Amendment Values*, 98 HARV.L.REV. 460, 473 (1984).

青少年時期的男孩則有可能來自於孩童家庭以外的他人所製造；其二則為「後續的散布」（further distribution）目的，製造者可能將之散布於具有相同癖好之人或是基於商業目的而散播出去¹⁰³。

此外，學者Shepard Liu將此種「製造」傷害稱作「直接傷害」（direct harm），認為此種傷害係直接經由兒童色情中所描述的真实兒童內容所引起，其對於兒童的生理、心理以及情感上均會造成影響，而當這些色情內容散布開來時，亦將因為其永久記錄兒童參與色情之經過而造成額外的創傷¹⁰⁴。

三、言論「觀看」傷害

與兒童色情內容之觀看有關的行為包括「持有」「蒐集」與「散布」行為，其較前述的「製造」行為更具有擴散性，學者Tim Tate認為「觀看」隱含某種程度的消極觀察，但是戀童癖者並不會僅是觀看其所蒐集的內容，並將之分門別類並加入索引，同時也會對於這些內容自慰以及幻想其中情節¹⁰⁵。然而這些「觀看者」只是對這些色情內容自慰或引起其情慾性趣，而不會像製造者一樣涉及特定的性犯罪行為，但即使如此，許多學者仍主張「兒童色情」亦可能引起（除製造行為所生的性虐待或性侵害以外）其他形式的性犯罪行為¹⁰⁶，戀童癖者可能透過這些色情內容接近或使兒童對性「去敏感化」，或是更進一步的利用這些色情內容誘拐其他兒童¹⁰⁷。

¹⁰³ TAYLOR & QUAYLE, *supra* note 78, at 21-23.

¹⁰⁴ Shepard Liu, *Ashcroft, Virtual Child Pornography and First Amendment Jurisprudence*, 11 UC DAVIS J. JUV. L. & POL'Y 1, 8-9 (2007).

¹⁰⁵ TIM TATE, CHILD PORNOGRAPHY 112 (1990).

¹⁰⁶ Keith F. Durkin, *Misuse of the Internet by pedophiles: Implications for Law Enforcement and Probationpractice*, Federal Probation, 61(2), 14-18 (1997).

¹⁰⁷ R.P. Tyler & L.E. Stone, *Child pornography: Perpetuating the Sexual Victimization of Children, Child Abuse and Neglect*, The International Journal 9, 313-318 (1985).

Shepard Liu則將此種傷害稱作「間接傷害」(indirect harm)，蓋兒童色情通常作為戀童癖者的剝削與虐待兒童的催化劑¹⁰⁸，其並非直接對兒童產生傷害，而是由於「兒童色情言論」與「兒童性虐待行為」之間的本質關聯性，廣告、媒介及散布兒童色情言論將引起或促進其他受害人的產生¹⁰⁹。學者Sarah Sternberg則將此種傷害更加細分為「次要傷害」(secondary harm)以及「觀看效果的傷害」，前者係指兒童性侵害者會將兒童色情內容當作幫助工具，亦即「同儕壓力」(peer pressure)在兒童色情言論中將發揮關鍵性的影響，教導兒童認為從事於性行為活動是常態的行為舉止；後者則指觀看兒童色情言論所造成的效果，戀童癖者會利用此種言論刺激或滿足其性慾，有些甚至將因此採取違法之行為¹¹⁰。

整體而言，我們不能單純以控制對兒童的性幻想正當化管制兒童色情言論的散布與持有，而必須尋求更多實質的理由作為支持。以下試將其可能造成的傷害羅列如下¹¹¹：

(一)、提供製造兒童色情言論之市場

兒童色情言論的製造傷害，主要係為製造兒童色情提供市場，亦即兒童色情內容的製造過程，需要一個對兒童為性虐待或使其擺出性感姿勢的違法或不當行為，在這個情形下，觀看者對於這些內容的要求（無論透過網路活動、私人行為或是商業給付）提供了市場環境而幫助或是慫恿其過程。

¹⁰⁸ Vincent McCarthy, *Child Pornography in a Virtual World : The Continued Battle to Preserve the Child Pornography Prevention Act of 1996*, 23 CARDOZO L. REV. 2019, 2023 (2002).

¹⁰⁹ Liu, *supra* note 104, at 9.

¹¹⁰ Sarah Sternberg, *The Child Pornography Prevention Act of 1996 and the First Amendment : Virtual Antitheses*, 69 FORDHAM L. REV. 2783, 2785-2786 (2001). 亦可參考 Samantha L. Friel, *Porn By Any Other Name? A Constitutional Alternative to Regulating "Victimless" Computer-Generated Child Pornography*, 32 VAL. U. L. REV. 207, 246 (1997).

¹¹¹ TAYLOR & QUAYLE, *supra* note 78, at 24-27.

(二)、犯罪行為的永久記錄

無論是何種媒體所顯示的兒童色情內容，均保存對於兒童性虐待的內容，散布以及觀看兒童色情的行為並確保該內容自其存在起永久的提供兒童性虐待的影像與記憶，這對該名兒童本身及其家庭均會造成巨大的創傷，更是侵犯其隱私權，並且，隨著網際網路的出現，任何兒童色情內容一旦散布至網路上，即將永無止境的散布出去，而不可能永久的清除這些內容的複製與持有。

(三)、避免引發犯罪行為

兒童色情內容創造對於兒童的性幻想，而我們所關心的乃是這些幻想是否有成為真實行動的可能性，觀看這些內容將使觀看者合理化這些行為內容並使他們鼓起勇氣去嘗試這些犯罪行為，然而，在理論上避免實際的犯罪行為或許是種合理的擔憂，但在經驗上，幻想與實際行動之間的因果關聯性是存有疑問的。

(四)、使兒童對於性需求去敏感化

兒童色情內容可以當作是一種訓練過程中的學習工具，藉以使兒童對於性需求去敏感化（de-sensitised），並使其將不適當的活動視作理所當然。並且，這種「去敏感化」的過程同時也在影響觀看者，使他們為了持續喚起兒童的性慾，而積極尋求更新或是更加極端的兒童色情言論。

(五)、童年和家庭生活的「性化」

一個更為普遍的問題是，觀看兒童色情內容的結果是造成童年和家庭生活方面的「性化」（sexualize），然而，西方社會的共識認為孩童的童年以及家庭生活不應該受到「性事物」的侵害。

肆、以兒童性侵害與剝削行為塑造兒童色情言論之內涵

綜上所述，雖然對於兒童色情言論的界定問題，從法律學以及心理學的角度觀察會得出不同的答案，從兒童色情言論可能造成的傷害類型來看，其雖然可能產生「行為傷害」、「言論製造傷害」以及「言論觀看傷害」，但是真正的重點應在於「行為傷害」的避免，這也是區分「成人色情」與「兒童色情」的區別實益。質言之，對於「兒童色情」(child pornography)的理解不應以「成人色情」(adult pornography)作為比較點，蓋兩者之間的觀察角度不同，對於成人色情管制係著重於其對觀看者的傷害，兒童色情管制則著重於該言論是否會造成「兒童性虐待與剝削行為」，因此，我們應將「兒童色情」理解為「彰顯或促進兒童性虐待或剝削的內容」，於此方得清楚的表達兒童色情言論的本質¹¹²。

但是我們仍必須認知到，「兒童性侵害與剝削行為」畢竟與「兒童色情言論」具有本質上的不同，於第三章中，本文曾介紹 Adler 教授批判美國法上逐漸擴張兒童色情言論之內涵，乃是模糊言論與行為的區別性，也會使得管制的目標從「保障兒童身心健全」轉為「思想的箝制」。

是故，我們不可能處罰所有「彰顯或促進兒童性虐待或剝削的內容」，因為這將使得「單純裸露」或是僅帶有「暗示性的」的兒童照片或影像，亦涵蓋在處罰之列，對此，英國法上僅以「粗俗不雅」(indecent)一詞作為兒童色情內容之內涵，似乎仍著重在觀看者的角度來看待，而未關注隱藏該言論身後的兒童性犯罪行為，相較之下，本文認為採取美國現行聯邦法典之定義方式，將兒童色情內容定義為「明顯性意味之行為」，並具體列舉典型的兒童性虐待與剝削之內涵（例如性虐待、性交、口交、肛交或明顯性器官之裸露等），似乎較為妥適。

¹¹² 學者 Tate 則認為這種兒童性虐待行為的本質並非「色情」，而是「對於孩童的性侵害」。See Tim Tate, *The child pornography industry: International trade in child sexual abuse*, in CATHERINE ITZIN, *PORNOGRAPHY: WOMEN, VIOLENCE AND CIVIL LIBERTIES* 203 (1992)；然而 Max Taylor 認為由於「兒童色情」之用語已成為國際共識而較容易為眾人所理解，故仍得援用該詞，See TAYLOR & QUAYLE, *supra* note 78, at 7.

第三節、網際網路兒童色情言論的犯罪行為

壹、網路犯罪之意義與類型

一、網路犯罪之意義

所謂「網路犯罪」(cybercrime)一詞，係指涉及電腦以及網路的犯罪行為，國內尚無學者對此加以定義，然而許多論者均認為此屬電腦犯罪之一環，而延用電腦犯罪為其定義，有認為係指行為人破壞電腦、操縱電腦系統及其相關設備的正常運作，或對電腦所處理之資訊內容為偽造、變造、洩漏、竊取，進而侵害他人法益的犯罪行為；亦有認為係指藉電腦以遂其犯罪目的之人的犯罪行為，然而，姑且不論意涵是否與網路犯罪完全一致，二者實有重疊之處。網際網路犯罪係行為人實施與網際網路及電腦系統有關之犯罪，雖可稱為電腦犯罪之延伸，然因科技發展、網際網路之內涵、範圍、層面並非傳統電腦所能涵蓋¹¹³。而學者馮震宇則將之定義為利用網際網路之特性為犯罪手段或犯罪工具之網路濫用行為¹¹⁴。

二、網路犯罪之特質

既謂網路犯罪係利用網際網路之特性以作為犯罪手段或工具，以下則描述其網路犯罪的特質所在，其中包括隱匿性、智慧性、普遍性、偵查困難與犯罪客體

¹¹³ 陳韻如，同前註43文，頁7。

¹¹⁴ 馮震宇，我國網路犯罪類型及案例探討，載：網路法基本問題研究（一），二版，頁 4-5，2000年9月。

多樣化等五種特性，茲簡要敘述如下¹¹⁵：

(一)、隱匿性

網際網路的特質在於具有隱匿性，亦即行為人雖非電腦資料的有權使用人，或未經同意而使用他人電腦進行犯罪行為，或行為人隱匿其真實身分，而仍不會被察覺，透過網路連結，只要使用匿名、別名、綽號或假借他人名義申設帳號、或盜用他人帳號，甚至對網路來源網址予以造假等，均有助於犯罪行為人之隱匿，尤其公眾場所提供一般民眾使用之網路設備，例如網路咖啡店、學校電子計算機中心或公務機關供公眾使用之電腦設備等，均成為「隱匿性」犯罪之最佳地點。

(二)、智慧性

電腦係高科技的產品，欲藉其從事不法行為，必須具備一些基本的電腦知識，而利用網路則必須具備較單純電腦使用更深的知識，若是利用網路逃避電腦安全系統的稽核防護，更需要有高度的電腦知識，方得為之。

(三)、普遍性

早期電腦犯罪主要之犯罪行為多為程式操縱、電腦間諜與電腦破壞等，此類行為通常須具有電腦之專業知識始能違犯，然而隨著電腦及網際網路之普遍應用，越來越多的人可以接觸電腦並且運用網路，相對地，因為網際網路普遍化的結果，利用網路所觸犯的犯罪行為亦隨之普遍化。

¹¹⁵ 同前註，頁 5-7。

(四)、偵查困難性

網路犯罪發現不易、偵查困難，其原因在於電腦資料常常是數字或代號，而犯罪者多以匿名且不斷變更密碼，並且利用網路犯罪之行為與結果之發生往往相距甚久，待其結果發生時，可能已無從追蹤，最後，檢調人員之電腦或網路專業知識不足，無法及時採取有效方法展開追蹤調查，甚至須仰賴專業人員方得進行之。

(五)、犯罪客體多樣性

網路犯罪的另一個特色，就是犯罪態樣繁多；有針對電腦軟體之入侵或損壞者，如入侵電腦竄改資料，散播電腦病毒等類型；有利用網際網路所提供之服務特性而犯者，如色情網站、利用電子郵件恐嚇或發表不當言論等。由於網路犯罪之態樣繁多，故其犯罪客體亦因此而多樣化，此係一般犯罪所未有之特點。

三、網路犯罪之類型

關於電腦犯罪及網路犯罪類型，可分為一般類型與入侵型之電腦及網路的犯罪，茲將其所涉及之犯罪內容說明如¹¹⁶：

(一) 一般的網路犯罪類型

1、非法使用電腦系統或變更資料

¹¹⁶ 陳韻如，同前註 43 文，頁 12-13。

指非法對電腦系統或資料為不正當的變更，如竊取密碼、使用他人電腦、無權使用電腦的電腦竊用，或有權使用電腦卻擅自變更程式或資料內容的行為。

2、利用電腦為犯罪工具

指利用電腦遂行犯罪意圖，而侵害各種法益，如利用電腦存取非法資料，以電腦重製軟體程式。當網際網路亦成為犯罪工具時，行為人即可在網際網路之虛擬空間中實施傳統犯罪行為，例如：網路賭博、網路詐欺、網路恐嚇、網路誹謗、網路色情、網路盜版（違反著作權法、商標法等）、網路販賣違禁物（例如槍砲、毒品）

（二）入侵型的網路犯罪

相較於法定傳統犯罪類型，電腦犯罪、網路犯罪通常被認為是屬於高科技犯罪類型，因為從事電腦或網路犯罪者需具備較高的網路知識，而且熟知網際網路環境，一般的電腦及網路犯罪類型通常是以電腦或網路為工具的犯罪行為，而當其以網際網路特性或環境而存在時，通常是以入侵或攻擊一詞作為犯罪行為在網際網路場域的描述，如一般常見聞的駭客（hacker）入侵網路、破解者（cracker）對網路發動攻擊等，而特殊的是這種型態必須完全藉助電腦及網際網路才能達到犯罪的實行。所以入侵型的電腦及網路犯罪態樣較具有網路特質。此類犯罪類型包括非法入侵（illegal access，網路犯罪公約§2）、非法截取（illegal interception，網路犯罪公約§3）、資料干擾（data interference，網路犯罪公約§4）、系統干擾（system interference，網路犯罪公約§5）、設備濫用（misuse of devices，網路犯罪公約§6）等。

貳、網際網路對於兒童色情犯罪之影響

在瞭解網際網路犯罪的特性與類型後，本文接著要探討的是，新興的網際網路媒體將會對於傳統的兒童色情犯罪產生怎樣的改變？對此，得從「社會面向」

(social)、「個人面向」(individual)以及「科技面向」(technological)等三方面探討如下：

一、社會面向

網際網路已經用來為兒童色情使用者創造一個「自我正當化」(self-justifying)的線上社群環境，這種環境可以稱為「虛擬社群」(virtual community)，學者Rheingold將其定義為：「由網絡空間所產生的社會聚集體，其人數足以支撐起長期的公眾討論、感受以及形成網狀的個人關係」¹¹⁷，故許多戀童癖者得利用網路空間，並設定其會員之資格作為過濾，即可成立志同道合的一個社群，藉以彼此交流所持有的兒童色情內容或是分享經驗等。其中作為虛擬族群使用的線上交流平臺，大致上有「電子郵件的新聞群組」、「電子佈告欄」、「網路聊天室」、「多人參與歷險遊戲」(Multi-User Dungeon，簡稱MUD)以及「全球資訊網」等。近年來的網路使用者則多使用「網路討論區」或是「臉書」(facebook)作為交流之方式。

對此現象的產生，學者Philip Jenkins即認為，網路兒童色情已然形成一種次文化(subculture)的類型，其特色在於此種網路社群中存在特殊且具知識的兒童色情文化，當中許多人均持有大量的兒童色情照片或影像，並且，無須經由面對面的接觸與認識即得互相交流¹¹⁸。

¹¹⁷ HOWARD RHEINGOLD, THE VIRTUAL COMMUNITY: HOMESTEADING ON THE ELECTRONIC FRONTIER 5 (1993).

¹¹⁸ PHILIP JENKINS, BEYOND TOLERANCE : CHILD PORNOGRAPHY IN THE INTERNET 88-90 (2003).

二、個人面向

透過網際網路的使用，私人得以相當容易的接近使用或與他人分享兒童色情內容，蓋在網路出現之前，交易或散布等行為必須透過彼此接觸或透過關係進行交易。但是在目前的網路世界中，經由各種虛擬網路的交換系統，兒童色情的圖像及影片可以透過電子郵件或網路傳送的形式進行，訂閱者可以透過電子佈告欄及網頁直接下單，即可經由數據交換系統取得兒童色情材料，隨時可以觀看或印製，甚至重製轉寄散布給任何人。

在容易接近與分享的情形下，私人得任意的使用網路而刺激或滿足自身性慾，學者Griffiths即列出十一種利用網際網路進行以性作為目的之行為，包括¹¹⁹：

- 1、尋找與性相關的教材作教學使用；
- 2、購買或販賣物品；
- 3、在線上虛擬情色商店中購買物品；
- 4、線上尋找娛樂或性需求的物品；
- 5、尋找性治療的學者；
- 6、尋找性伴侶並維持長久關係；
- 7、尋找性伴侶但僅維持短暫關係；
- 8、在網際網路上尋找性犯罪的對象；
- 9、透過聊天室或電子郵件以增進或維持線上關係；
- 10、交換性別探討性別與身分問題或創設虛擬帳號建立線上關係；
- 11、以數位科技利用網際網路的影像滿足娛樂或性需求。

學者Durkin並指出四種戀童癖者所可能濫用網路的行為¹²⁰：

¹¹⁹ Mark Griffiths, *Excessive internet use: Implications for sexual behavior*, *CyberPsychology and Behavior*, Vol. 3(4), 537-552 (2000).

- 1、兒童色情言論的交易；
- 2、找出兒童的居住所並予以侵害；
- 3、與兒童進行不適當的性溝通；
- 4、與其他戀童癖者交流。

這些基於性目的所為之行為，最具威脅性的即為利用網際網路尋找性犯罪的對象，其中通常是利用網路聊天室作為平台，並在匿名的環境下辨認出其為兒童或是成年人。

三、科技面向

網路使用的匿名性和加密技巧，也對兒童色情的調查工作，產生很大的衝擊。網路之匿名性可使戀童症者與兒童建立友誼而不必洩漏其身分，如此又可滿足性變態者之幻想，並促其採取進一步的犯罪行動¹²¹，且匿名性的傳遞在幾經跨國或跨州的傳播之後，使得追蹤原件發送地的工作變得十分的困難，尤其是匿名的轉寄者，使得所有原始寄件人的電子郵遞住址遭到刪除，並且轉手給其他人，即使是函件回覆，也都會發生一樣的問題。加密技術更會妨礙調查的進行，透過數學公式和解密的技術，使得他人無法破解及閱讀檔案的內容。

數位科技以及網際網路的產生，使得兒童色情之消費者相當容易地搜尋到大量的兒童色情資訊，而因此著迷而成為專門兒童色情內容的「蒐集者」，並且，基於網際網路搜尋功能的便利性，許多兒童色情言論之蒐集者亦能夠追求更加極端且偏激的內容。質言之，網際網路對於兒童色情的蒐集行為扮演極為重要的角色，蒐集者不再是為喚起個人性慾而蒐集兒童色情內容，而是因為希望能夠集滿整個系列或是新的內容，且由於網際網路的自由性以及行為人藉助電腦軟體的幫忙，其所蒐集之內容通常是相當龐大的¹²²，正如學者Tate所言：「戀童癖者不會

¹²⁰ Durkin, *supra* note 106, at 14-18.

¹²¹ 高玉泉，同前註 48 文，頁 186-187。

¹²² TAYLOR & QUAYLE, *supra* note 78, at 94.

僅為觀看內容而蒐集兒童色情言論，而會將之分門別類並加入索引。」¹²³，這種蒐集者的行為特性更是彰顯出其將兒童色情言論當作「戰利品」和「商品」看待，而與單純針對言論內容的下載者有所不同。

參、網際網路兒童色情犯罪行為的類型化

基於上述網際網路對於兒童色情內容構成影響的三種面向，許多學者開始以社會科學研究方式，探討兒童性侵害犯罪者利用網際網路的犯罪行為態樣作類型化，然而卻多僅從「蒐集者」的角度作為探討核心，直到學者 Tony Krone 方以細膩且宏觀性的觀察角度以所有的犯罪行為態樣作觀察，茲分別介紹如下：

一、Lanning 教授

早先於 1984 年，學者 Lanning 即將兒童色情之蒐集者分為「秘密的」(closet)、
「獨自的」(isolated)、
「小規模的」(cottage)¹²⁴以及「商業的」(commercial) 等四種態樣，首先，秘密的蒐集者係指私下自行蒐集兒童色情言論內容而並未從事於兒童性虐待之行為；獨自的蒐集者，則指將蒐集行為與兒童性虐待行為作結合，其蒐集之內容包含其本身所為犯罪行為的紀錄；至於小規模的蒐集者則曾經

¹²³ TATE, *supra* note 105, at 112; 近來美國某公立學校代課老師因持有兒童色情言論而遭到起訴的案子即可印證 Tate 的看法，該案據當地新聞網站報導，起訴的曼哈頓地方檢察官萬斯說，被告們交易兒童性侵犯照片的方式，就像其他人交易棒球明星卡一樣。「他們仔細地標記和分類，並與其他人分享他們的珍藏。」，可參閱一涉案代課教師拒認罪 26 人藏兒童色情照被捕，新島日報，2011 年 6 月 16 日，網址：<http://news.sina.com.hk/news/32/1/1/2357604/1.html>（最後造訪日期：2011 年 7 月 30 日）

¹²⁴ 「cottage」一詞乃指村舍、小屋之意，此處之翻譯方式，係根據作者對其蒐集態樣的描述而翻為「小規模的」。

由網際網路與其他同好的蒐集者分享其經驗；最後，商業的蒐集者則是基於追求經濟上獲利之目的而蒐集兒童色情言論¹²⁵。

此種區分方式係從蒐集者的類型作為出發點，光譜式地以其蒐集目的作出區分其與兒童性虐待行為的關聯性，此亦成為往後學者所普遍採取之類型化方式，然其缺點則在於過分拘泥於蒐集者之角度作分析，並未論及於網際網路上可能採行之其他犯罪行為態樣。

二、Sullivan 和 Beech 教授

學者Sullivan 和 Beech 建議一個較為單純的類型化標準，第一種最為嚴重的類型是將蒐集兒童色情內容當作其所有犯罪行態樣之一部分的行為人，其餘蒐集外亦會進行兒童性侵害或虐待行為；第二種是蒐集兒童色情言論以滿足自身對兒童之情慾興趣的行為人，此種類型之人亦有可能提升至第一種類型而開始進行兒童性侵害之犯罪行為；最後一種則是單純出於好奇心而蒐集兒童色情言論的行為人，其並不會採取任何兒童性侵害之犯罪行為¹²⁶。然而，這種類型化之方式只是提供一個網際網路上兒童性侵害犯罪的思考起點，而並未分析這些網路兒童犯罪者的動機與行為類型。

三、Alexy 教授

學者Alexy主張將類型化的區分標準置於「兒童性犯罪行為的增殖」與「接近使用兒童色情內容者」上，而分為「交易者」(traders)、「旅行者」(travelers)以及「交易－旅行者」(traders－travelers)，交易者係指以網際網路交易或蒐

¹²⁵ LANNING & ANN WOLBURT BURGESS, CHILD PORNOGRAPHY AND SEX RINGS 83-92 (1984).

¹²⁶ J. Sullivan & A.R. Beech, *Assessing Internet sex offenders*, in CHILD SEXUAL ABUSE AND THE INTERNET: TACKLING THE NEW FRONTIER 69-83 (MARTIN C. CALDER eds. 2004).

集而增進而性虐待與剝削行為市場之人，旅行者則指利用網際網路強迫和控制兒童與之交流並達成其性目的之人，而所謂交易－旅行者則是指涉同時進行上述兩種行為者¹²⁷。

四、Tony Krone 教授

(一)、行為類型

基於網際網路的特性，利用網路為兒童色情言論的犯罪行為類型變得更加的多樣化，並不死板地僅限於前開所歸納的「製造者」、「散布者」以及「蒐集者」而已，對此，學者Tony Krone乃將其具體類型化為九種行為態樣，茲分別介紹如下¹²⁸：

1、網路瀏覽者 (browser)

網路的使用者通常會不經意地透過垃圾電子郵件或是色情網站而瀏覽到兒童色情言論，並決定保有這些內容，當網路瀏覽者被證明是意圖持有這些兒童色情內容時各國通常會將其認定為犯罪行為，然而，除非被告坦承該犯行，否則是否意圖持有這些物品，僅能從客觀的環境作事實的判斷，例如其是否重複瀏覽該色情網站等。

2、幻想者 (private fantasy)

¹²⁷ Eileen M.Alexy et al., : *Traders, travelers, and combination trader-travelers*. *Journal of Interpersonal Violence* Vol. 20, 804-812 (2005).

¹²⁸ Tony Krone, *A typology of Online Child Pornography Offending*, *TRENDS & ISSUES In Crime and Criminal Justice*, No. 279, 3-5 (2004).

如果僅是個人自身對於兒童的情慾幻想，並無任何的犯罪行為可言，但如果這種想像已經具體轉化為文字或是數位形式時(例如在自己的網誌中描述幻想與兒童性愛經驗，或是未成年人將自拍照放置網路相簿中)，即使行為人並無意將其與他人分享，仍有可能因此構成「持有」兒童色情之犯罪行為。雖然，個人的幻想內容暴露公開的機率不高，但仍有可能因為駭客程式、電腦破解或維修等情形，而散布於大眾¹²⁹。

3、拖網者 (trawler)

拖網者係指無安全性而利用小型網路結構而蒐集色情物品之犯罪者，此種好色且廣泛涉獵 (omnivorous) 含有明顯性意味之色情內容者，僅是附帶蒐集「兒童色情言論」內容，亦即行為人雖然可能對於兒童色情具有好奇心，但並不會專門去追求兒童色情言論。

4、非安全的蒐集者 (non-secure collector)

非安全的蒐集者係有意識的從網際網路或是聊天室中下載或是交易兒童色情言論之內容，且並未設有進入的資格或條件(密碼或是要求交換一定數量的照片或影像等)，與拖網者相較之下，此種蒐集者會運用例如點對點之對等網路 (Peer to Peer) 這種較高程度的網路結構。

5、安全的蒐集者 (secure collector)

¹²⁹ 例如香港藝人陳冠希的裸照事件，亦是陳冠希將其電腦送往 Elite Multimedia 電腦店修理時，遭修理電腦之工程師非法複製照片後，在未經陳冠希本人的同意下，透過不詳管道，在網路上公布。可參閱張安箴，從陳冠希裸照事件談起—價值與法律及社會交鋒，全國律師，第 12 卷 5 期，頁 24-25，2008 年 5 月。

相較於非安全的蒐集者，此種蒐集者僅透過加密等設有進入的資格或條件的環境中蒐集兒童色情言論內容，許多群體會透過設定會員資格並要求遞交一定分量的兒童色情內容方得加入為會員，這些蒐集者通常具有大量積聚兒童色情物品之慾望。

6、網路引誘者 (online groomer)

網路引誘者，係利用網際網路上意圖與兒童為「虛擬性愛」(cyber sex)¹³⁰或是「真實的性愛」(physical sex)而建立性關係的行為人，換言之，乃指意圖與兒童少年交往，降低兒童對性方面的警戒與兒童建立親密的友誼，其最終目的在於兒童發生性行為之行為人。

其中，所謂「groomer」一詞，係指涉為誘拐兒童之人，亦即「groom」這個字本來的意思是說去引誘人家做什麼事情。誘拐兒童常發生於網路聊天室，但也曾出現於 P2P 及線上遊戲等對兒童具有吸引力的網路場域。由於網路聊天室被認為公共場域所進行的對話，且常被誤認為具有高度的隱密性，因此兒童通常認為其較一般的溝通方式安全。這樣的錯誤認知於是被戀童症者利用，而在對話中要求兒童提供其個人興趣、身分相關資訊乃至居住位置等。漸漸地，聊天的內容觸及兒童的性經驗、寄發兒童色情圖像乃至邀約性交等¹³¹。

7、性虐待者 (physical abuser)

¹³⁰ 學者 Kimberly Young 指出虛擬性愛是一種始於網路接觸或主要是透過電子對話，例如：e-mail、虛擬社群（聊天室、互動遊戲和新聞群組）來聯繫的一種浪漫的，或是一種性的關係。虛擬性愛對伴侶與婚姻關係均會造成巨大影響，有些研究即表示虛擬關係是介入和破壞伴侶、婚姻、性與家庭關係的殺手，是造成離婚和分居的主因。See Kimberly S. Young, Eric Griffin-Shelley, Al Cooper, James O'apostrophe;mara, Jennifer Buchanan, *Online infidelity : A new dimension in couple relationships with implications for evaluation and treatment*. Sexual Addiction & Compulsivity, Vol. 7, 59-74 (2000).

¹³¹ 郭書珊，歐洲有關網路安全管制之研究，南華大學歐洲研究所碩士論文，頁 9-10，2008 年 12 月。

性虐待者係積極從事兒童性虐待之犯罪行為者，並利用兒童色情言論內容補充其對性的渴望，而性虐待者將其虐待過程記錄作為個人使用，但通常並無意圖將其散布於公眾，在這種類型中，遭到指控製造或持有兒童色情內容者通常也會附帶將其以兒童性虐待為起訴。

8、製造者 (producer)

製造者係指記錄自己或他人對兒童的性虐待，而製作兒童色情物品之人，兒童色情言論的製造者通常亦為兒童的性虐待者，但是並非絕對。

9、經銷者 (distributor)

經銷者未必對於兒童具有情慾興趣，他們可能基於營利的目的，而自行製造或以任何方式蒐集兒童色情言論並架設網頁向觀看者收取費用，藉此牟利。

(二)、行為特徵

這些在網際網路發展下所特有的兒童色情犯罪行為態樣，其中，「製造者」與「經銷者」之類型與前述相同，至於網路瀏覽者、幻想者、拖網者以及無論安全與否的蒐集者均可涵蓋在本文前述的兒童色情言論之「蒐集者」類型之內，而這幾種蒐集者之間的差異在於網際網路使用的程度（網路瀏覽者的程度最低，依次為幻想者、拖網者，蒐集者之程度最高）以及使用安全性的與否，而在網際網路發展下最具獨特性的則是「網路引誘者」的類型，其屬與兒童性虐待行為具關聯性的兒童色情言論的一種新興類型，於網際網路上利用言論而藉以誘拐兒童並完成兒童性虐待之行為，依據這些行為態樣為犯罪行為時所須運用之網際網路架

構的程度、其為犯罪行為之安全性以及其與兒童性虐待之間的關聯性等特徵，以表格整理如下¹³²：



¹³² Krone, *supra* note 128, at 4.

網際網路兒童色情的犯罪行為態樣				
犯罪類型	特徵	犯罪者建立網絡的程度	安全性	與兒童性虐待的關聯性
網路瀏覽者	例如垃圾電子郵件、偶然進入可疑的網站	無	無	低
幻想者	有意識地創作線上的文章或數位影像供私人使用	無	無	低
拖網者	利用瀏覽網頁等方式積極地尋找各種色情內容	低	無	低
非安全的蒐集者	通常使用 P2P 的網路結構積極地尋找兒童色情	高	無	中
安全的蒐集者	僅透過安全的網路結構（設定進入資格或條件）積極地尋找兒童色情	高	安全	中
網路引誘者	和網際網路上的兒童培養關係，兒童色情內容可能被用作幫助性虐待之行為	多樣化—與兒童作線上接觸	安全性取決於兒童	高
性虐待者	積極地從事虐待兒童的行為，並將兒童色情內容滿足其性慾	多樣化—與兒童作物理上的接觸	安全性取決於兒童	高
製造者	記錄自己或他人對兒童的性虐待，而製作兒童色情物品	多樣化—視其是否成為經銷者	安全性取決於兒童	高
經銷者	散布上述各種層級的內容	多樣化	傾向於安全	中

肆、因網際網路所產生的新問題

一、蒐集行為的多樣化類型

綜上所述，我們可以得知，「蒐集者」受到網際網路媒體的發展影響最深，蓋由於網際網路資訊搜尋的便利性以及資源豐富性，兒童色情的蒐集者可以輕鬆的找尋到大量內容，因此，根據蒐集者利用網際網路的關聯性高低，Krone即分為網路瀏覽者、幻想者、拖網者以及利用高度網絡結構進行的蒐集者，並且，蒐集者持有兒童色情內容背後的目的亦呈現多元化的情形，Sullivan、Beech、Lanning等學者的類型化方式，即是將蒐集者依據「好奇心的驅使」¹³³、「滿足性慾」、「性虐待行為的紀錄或戰利品」以及「商業營利」等不同的蒐集目的作為區分標準。亦即，拜網際網路媒體所賜，兒童色情言論的蒐集行為發展出多元化的目的以及類型，此種轉變將影響政府對於兒童色情持有行為的管制妥適性。

二、網路引誘者的問題

網際網路媒體之匿名性對於社會面的影響，產生「網路引誘者」的兒童色情犯罪行為態樣，其通常係利用網路聊天室（chat rooms）並建立虛擬帳號並假裝其為兒童之身分，而能夠輕易地得到其他兒童使用者之信任，藉以與之發展「虛

¹³³ 今年在香港即發生一起警方打擊從網站下載兒童色情品罪行，昨日商業罪案調查科在全港十二個地點，共拘捕十六人，包括一名年僅十五歲學生和三名女子，檢走十七部電腦及一部 iPad，發現共收藏六百段影片、逾四千張圖片。商業罪案調查科警司招秀美表示，他們從事各行各業，但所屬職業不會接觸兒童；全部沒有風化案底，初步相信基於好奇才下載瀏覽，只屬個人行為，並非集團式犯案，也不涉及發放和商業用途。可參閱大公報，學生下載兒童色情品被捕，2011年3月25日，網址：<http://www.takungpao.com/hm/top/2011-03-25/654896.html>（最後造訪日期：2011年7月30日）

擬性愛」，網際網路這種隱匿性的特質，使戀童癖者非基於成年人與兒童之身分，而得以兒童之對等身分與其他兒童作交流¹³⁴。

由於此種「引誘兒童」之言論傳播背後之目的係在於與兒童為性交易、性侵害或是其他剝削目的，應有管制的必要性，但是，我們不可能將所有「足以」引誘兒童的任何言論內容，均予以禁絕，此可能會對於憲法第 11 條言論自由造成過度的箝制，參照我國兒童及少年性交易防制條例第 29 條之規定，僅僅因為處罰「足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息」之言論內容，即造成極大之爭議，雖然大法官於釋字 623 號對於該規定作合憲性解釋，將其處罰範圍限縮在「未採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人」的情形，許多學者均認為系爭規定以刑罰直接作為管制手段違反比例原則之要求，而有違憲侵害言論自由權之疑慮¹³⁵，學者林志潔更是精確的抓到真正的問題點，其指出兒童及少年性交易防制條例第 29 條規定，並非是兒童少年的性自主或身心健康等法益受到侵害，而僅是兒童少年有可能接觸到色情訊息而已，其處罰對象，並非針對兒童少年的性剝削行為，而是希望遏止所有與性交易有關的訊息，以避免其對兒童少年可能造成的危險¹³⁶。

¹³⁴ MAX TAYLOR AND ETHEL QUAYLE, *supra* note 78, at 185.

¹³⁵ 此外，學者許育典認為，系爭規定並不符合比例原則之要求，其認為立法者應嚴格區分閱聽對象，則由主關機關建立分級管制制度，才能真正符合必要性原則，並且該規定涉行政罰而適用刑事罰，亦違反刑法最後手段性原則，可參閱許育典，當網路言論自由遇到青少年保護，月旦法學教室，67 期，頁 8-9，2008 年 5 月；學者高玉泉亦認為，維護兒少閱聽環境，應由業者、家長及民間團體，透過自律規範、檢舉機制、網路分級、媒體素養及教育宣導等為之，不應藉由刑罰之規定達此目的，可參閱高玉泉，網路援交與言論自由－兒童及少年性交易防制條例第二九條及第三三條之檢討－，台灣法學雜誌，131 期，頁 26，2009 年 7 月 1 日。許宗力大法官於釋字 623 號解釋部分協同部分不同意見書中也指出：「以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容者，或縱非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，但廣泛散布或針對兒童及少年傳布，皆有引誘或媒介兒童及少年為性交易之危險，故一經散布訊息即構成犯罪，不使兒童及少年實際上發生性交易為必要。是很明顯地，立法者係將系爭規定設計為抽象危險犯，認為非將刑罰前置化，使刑罰制裁範圍往前擴大至言論散布之層次，即不足以達到有效保護兒童及少年免於從事性交易之目的。」

¹³⁶ 林志潔，無菌空間的想像與堅持？－評釋字六二三號解釋及兒少性交易防制條例第二九條一，台灣法學雜誌，92 期，頁 233，2007 年 3 月。

三、偵查與追訴的困難

由於網路犯罪具有隱匿性、跨國性之特性，造成犯罪行為人之身分難以追查，蓋網路使用者大多透過匿名方式互動，無法獲知對方之性格、特質、所處場景與個人資料之真實性，亦無法確認網路資訊來源之正確性，以致當犯罪發生時，在特定犯罪嫌疑人方面即遭遇困難，並且，被害人與行為人間欠缺關連性，亦難以自被害人方面清查行為人身分¹³⁷。

再者，網際網路技術的發展，亦增加偵查之困難，例如上述Krone教授分類中之「安全的蒐集者」，可能以會員資格或條件控管其兒童色情論壇之會員，而難以查緝，甚至有些行為人亦會將檔案以加密方式傳送，因難以窺知訊息及檔案內容，亦或是隱藏自己使用之IP位址或採取跳板方式從事網際網路犯罪¹³⁸。

最後，由於網際空間中各種資訊之傳輸均由數字、代號取代，網路兒童色情資訊之犯罪所遺留下來者，亦僅為電磁紀錄，為充分盡其證明力，除需經過讀取、列印之程序呈現於刑事訴訟程序及相關刑事案卷中外，證據資料又極易銷毀。即使在外地，亦可輕易透過網路進入電腦主機或儲存兒童色情資訊之網路空間，刪除資訊，銷毀犯罪證據資料¹³⁹。

第四節、兒童色情言論的合憲管制體系之建構

在前面的討論中，本文雖已介紹法律規範上以及心理學上對於兒童色情言論

¹³⁷ 林孟瑤，網際網路色情犯罪與刑事偵查之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，頁 30，2006 年。

¹³⁸ 同前註，頁 31。

¹³⁹ 陳韻如，同前註 43 文，頁 134。

的定義，並闡述兒童色情言論所造成的「行為傷害」「言論製造傷害」以及「言論觀看傷害」後，對「兒童色情言論內涵」作出界定，並討論在網際網路發展下，產生的新興犯罪行為態樣與類型，以及其可能產生的爭議問題。進而，於本節中，本文則藉由將兒童色情犯罪區分為三種行為態樣，並就審查標準的決定、管制目的、管制行為態樣與目的之關連性以及虛擬兒童色情言論之管制等問題逐步的進行合憲性分析，希望建明確的建構出兒童色情言論管制的界限。

壹、兒童色情犯罪「行為態樣」的三層思考

對於兒童色情犯罪的「行為態樣」有哪些？是否均得予以處罰？對於這個問題，本文認為得將兒童色情之犯罪「行為態樣」依據發展順序分為三個層次作思考，每個層次的均有不同的「內涵」、「傷害型態」以及「管制目的」。茲將這些犯罪行為態樣依序分述如下：

一、兒童色情言論的製造行為

第一個層次係兒童色情言論的製造行為，其內涵包括以任何形式將前述兒童性虐待與剝削行為的過程以拍攝影像或照片並予以儲存之行為，此種行為除將造成「言論製造之傷害」¹⁴⁰，更會造成「行為傷害」，蓋由於許多兒童性虐待與剝削者均會將兒童遭受性侵害之過程製造為照片或影像予以記錄，當作「戰利品」、或是作為日後引起性慾的工具，而正因為此種「行為」與「言論」間的聯繫關係，使得「兒童色情言論」成為不合法且邪惡的內容，因為它代表著兒童受到虐待而淪為性客體之情形，此時，管制兒童色情言論就是在打擊該言論背後的兒童性犯罪行為。

¹⁴⁰ 亦即該言論內容的製造將對兒童將來的身心發展造成創傷，其永久記錄兒童犯罪過程的紀錄，亦將隨著後續的散布或傳播行為而不斷擴大。

須特別說明的是，「兒童性虐待與剝削行為」與「兒童色情言論的製造行為」之間的關係，基本上，兩者具有相當高度的連結性，兒童色情的製造與拍攝，幾乎必然係屬對於兒童的性虐待與剝削行為，然而亦存在部分例外情形，例如兒童在沙灘裸體戲水而被戀童癖者以長鏡頭之相機於遠處偷拍其露出陰部的照片、或是兒童自發性的拍攝自己或與他人的性愛或猥褻照片，並將之和別人分享的情形，此時雖有兒童色情之製造情形，但卻並無兒童的性剝削與虐待行為。

二、兒童色情言論的經銷行為

第二個層次涉及兒童色情言論的「散布」、「販賣」、「呈現」、「引誘」等行為態樣的管制，此類行為態樣間所具有的共同特色是均屬「兒童色情言論」製造後所生的各種後續「經銷」行為。其會造成「言論觀看之傷害」。

在更多的兒童色情言論被「製造」出來後，隨著此種言論的市場需求提高，兒童色情業者開始以商業的方式來經營兒童色情，花錢聘請未成年人從事拍攝或演出兒童色情內容，將兒童當作賺錢的商品¹⁴¹，是故，管制兒童色情言論，除重在處罰兒童性虐待與剝削之行為外，亦是在遏止「兒童色情市場」的流通與擴張。質言之，「言論觀看傷害」亦會導致「言論製造傷害」的產生，處罰兒童色情的經銷行為，重點即是在抑止性侵害犯罪的市場動機，管制該兒童色情言論的市場需求以避免其他兒童淪為受害人之傷害。除此之外，「言論觀看傷害」亦包括其他的傷害內容，蓋這些言論無異是受性虐待或剝削之兒童的永久記錄，其內容的廣泛傳播對兒童將造成二度的傷害，並且，亦可能引其他人的性慾而使他人從事兒童性虐待或剝削等犯罪行為，最後這些兒童色情內容亦可能被當作誘拐兒

¹⁴¹ 這種情形下的製造行為或許已得到該名兒童之同意，而並非屬強制行為，然而基於未成年人的思慮發展並無成年人來得周全，因為兒童色情言論將留下永久紀錄且流通於市場後難以根除，既使在同意的的情形下亦會對兒童造成身心發展的不良影響。亦即，在成年人與兒童尖權力不對等的情形下，兒童通常並沒有作出選擇的空間，其同意行為可能非出於本意或是出於思慮不周的情形下作出的決定。

童之工具，亦即藉由兒童觀看或閱讀後使其對於性需求去敏感化。

總結而言，管制兒童色情言論的經銷行為係為避免「言論觀看之傷害」，而「言論觀看之傷害」包括「兒童色情製造市場之流通」、「犯罪行為的永久記錄」、「引誘犯罪」、「誘拐兒童」等傷害內容，其中「兒童色情製造市場之流通」之傷害將大量增加引發「兒童言論製造行為」的可能性，而進一步產生「兒童性虐待與剝削之行為」，並造成「行為傷害」。

三、兒童色情言論的蒐集行為

兒童色情言論的蒐集行為係指基於蒐集之目的與意圖，而「持有」兒童色情內容的行為，如前所述，在網際網路盛行的環境下，觀賞並持有兒童色情言論內容者快速成長，這些言論的交流以及搜尋皆因網際網路的便利性而越來越容易，蒐集的目的也「五花八門」，此種行為態樣亦可能造成「言論觀看傷害」，但論其實際，言論的蒐集所造成的「兒童色情製造市場之流通」之傷害，關聯性已較為遙遠，故其與「言論製造行為」甚至是更背後的「兒童性虐待與剝削行為」間的關聯性更顯得相當薄弱，故主要係著重於「犯罪行為的永久記錄」、「引誘犯罪」、「誘拐兒童」等觀看傷害。

貳、兒童色情言論管制的合憲性分析

上述按照順序羅列的三層「兒童色情犯罪行為態樣」中，第一層「兒童色情言論的製造行為」係對於「行為效果」的管制，而第二層「兒童色情言論的經銷行為」及第三層的「兒童色情言論的蒐集行為」，則是對於「言論效果」的管制，嚴格來講，只有後兩層的犯罪行為態樣的處罰方屬言論自由權之限制，對蒐集行為之限制更是涉及到「隱私權」的侵害問題，其合憲性與否乃涉及我國憲法第 23 條的公益目的要求以及比例原則之檢驗。對此，本文先決定兒童色情言論內

容之管制所應適用的審查標準，再以「兒童性虐待與剝削之行為傷害」的避免作為管制目的，並以此檢討上開行為態樣之管制與該管制目的達成間是否符合比例原則之要求。

一、在保障兒童與言論自由拉鋸下的審查標準

從憲法言論自由的審查標準理論來分析，針對限制兒童色情言論內容的法律規定，如適用「雙軌理論」，原則上應嚴格審查，但美國法上於 *Ferber* 案判決則採取「定義性利益衡量」之方式，偏重於兒童身心健全之保障，運用「雙階理論」而認定「兒童色情言論」乃屬不受憲法言論自由保障的低價值言論。

然而，這套標準是否可以（或應該）套用於我國法中，則不無疑義，以針對「猥褻性言論」內容管制的釋字第 617 號解釋為例，「猥褻性言論」類型在美國亦被歸類為低價值言論，不受言論自由所保障，然於我國大法官解釋中，則未採納上開「雙階理論」之內涵，該號解釋認為：「性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，亦應受上開憲法對言論及出版自由之保障。」，林子儀大法官於該號解釋意見書中即指出，猥褻本身內涵的空洞性並無法提供一個明確而清楚的判斷標準，故贊同多數意見不採用「雙階理論」之見解。以此來看，兒童色情言論之內涵，與猥褻性言論相較，亦具有管制目的與內涵不清楚的問題存在，美國法的經驗已經告訴我們，在無法對兒童色情內容作出精確的定義與明確化其管制目的之前，適用「雙階理論」將兒童色情言論列為不受保障的言論類型，恐將造成管制對象的擴張，使其管制轉變為成年人對於兒童情慾思想的控制，換言之，如果把兒童色情內容界定為不受保障的言論類型，則會像猥褻性言論一樣，必須面臨難以定義該不受憲法所保障的內涵究指為何的問題。是故，本文認為，釋字 617 號解釋的見解於兒童色情言論管制議題中亦有適用，兒童色情言論應受到我國憲法第 11 條言論自由之保障。

因此，在不援用「雙階理論」的情形下，對於兒童色情言論的內容管制，應

依據「雙軌理論」之操作，而採取嚴格審查標準¹⁴²。或許有論者會認為，兒童色情言論之管制係基於避免兒童遭受性虐待或剝削之行為結果，那麼就不是對於言論本身的傳播效果而為管制，亦即，非針對言論的傳播內容對於觀看者所造成的傷害，而是避免該言論製造過程對於兒童的行為傷害，因此，並非對於言論內容之限制，無須嚴格審查。然而，本文認為，即使限制兒童色情言論係為防止前階段虐待或剝削兒童的製造過程，但該項限制本身亦會對於言論的傳播效果產生巨大的箝制，此種說法恐將混淆言論與行為之間的差別。是故，限制兒童色情言論內容的法律規定，應以「嚴格審查標準」為審查，政府對於兒童色情言論內容之限制，必須符合急迫重要的政府利益，其手段與目的達成間必須符合必要或緊密剪裁之關聯性。

二、以「兒童性虐待與剝削之行為傷害」的避免作為管制目的

決定採取嚴格審查標準後，對於兒童色情言論管制目的之審查，除須具備急迫重要的政府利益外，亦涉及「言論自由」與「兒童身心健全保障」之間的利益衡量問題。

關於兩者之間的價值決定，美國聯邦最高法院於*Ferber*案判決中基於兒童色情言論與兒童性虐待與剝削行為間具有本質關聯性，且該言論本身不具任何價值，而將其歸類為不受言論自由所保障之言論類型¹⁴³，後於*Osborne*案判決中更是明

¹⁴² 雖然，雙軌理論於我國的實踐，僅止於釋字 445 號解釋，且該號解釋亦同時涉及事前限制的問題，大法官亦並未清楚的表明採納「雙軌理論」。但是，如同林子儀大法官於釋字 617 號解釋的意見書中所提到的，本文以為，基於憲法保障言論自由之意旨，政府不宜基於言論所表達之訊息、思想、議題或內容，而異其保護之程度，以防止政府不能容忍異見或不當干預或扭曲公眾討論，故對政府針對言論內容之規制，應採取嚴格之審查標準，審查其合憲性。

¹⁴³ 本文亦贊同這個利益衡量的結果，然而對於具體法規形成後的具體化利益衡量問題，也就是限制手段與目的間的比例原則之檢驗問題，*Ferber* 案的操作結果則顯得相對鬆散，正如前述 Adler 教授的觀察，法院相當自然地將「兒童性侵害行為」與「兒童色情言論」等同視之，認為處罰言論就是在避免該行為的發生，卻忽略對於該「兒童性侵害行為」本身，法律本即有處罰規定作為

確的指出，如果要有效的約束「製造」兒童色情的行為，就必須連帶除去後端具有商業利益的「配送鏈」(distribution chain)，故得擴張處罰販賣、廣告、散布、促進甚至是最末端的單純持有行為，然而，當聯邦最高法院於*Ashcroft v. Free Speech Coalition*案判決中首次處理到「虛擬兒童色情」的處罰時，則將該規定宣告違憲，認為避免刺激戀童癖者之性慾、使其從事不法行為、誘拐兒童、避免追訴困難避免言論「觀看」造成傷害的管制目的均無法作為正當化管制兒童色情言論之手段¹⁴⁴，蓋其既未涉及真實兒童之參與，自無造成「行為傷害」的可能性，由此觀察來看，美國聯邦最高法院係肯認政府得對兒童色情言論之「經銷」與「蒐集」行為作出管制，其著重的是兒童色情言論之管制與「兒童性虐待與剝削之行為傷害」之間的關聯性，並認為此種「行為傷害」之防止具有急迫重要之政府利益。

嚇阻，另外對於後階段的言論作處罰之必要性何在？或許有論者認為此種言論本身即不具任何價值，自得予以禁絕，但是「兒童色情言論」本身內涵界定的模糊性與困難性，將使得兒童色情內涵逐漸擴張而超出原本規範的本質，亦即，要避免製造兒童色情內容而為性侵害犯罪的市場動機，就必須瞭解對兒童具有情慾興趣的戀童癖者所喜好的內容為何，但實際上至今我們仍無法歸納出他們所喜好的兒童色情內容，而只好不斷將處罰的範圍增加。更重要的是，許多兒童色情內容可能並非基於「兒童性侵害行為」所產生，或是具有文學、藝術等社會價值。因此，欲建立「兒童色情言論」與「避免其他兒童受到性虐待或剝削行為」的關聯性，必須更加審慎的界定出兒童色情的內涵，並且增設例外情形的除外條款，而不得僅因兒童色情不受言論自由保障，不具社會價值即得正當化其任何的管制行為與範圍。

¹⁴⁴ 然而，亦有學者從 *Ferber* 案以及 *Osborne* 案判決作觀察之結果，而認為聯邦最高法院係指出管制兒童色情言論的急迫重大的政府利益係同是在於該言論所造成的「直接傷害」(即言論製造之傷害)以及與直接傷害具有本質關聯性的「間接傷害」(即觀看之傷害)，因此於 *Free Speech Coalition* 案判決中，處罰虛擬兒童色情言論雖僅在避免「間接傷害」的造成，即使不具有「行為傷害」作為管制目的，仍具有管制上的正當性，可參閱 Liu, *supra* note 104, at 9-10, 36-40；亦有學者詳細論證「間接傷害」之防止亦具備急迫重大之政府利益，可參閱 Jason Baruch, *Constitutional Law: Permitting Virtual Child Pornography – A First Amendment Requirement, Bad Policy, or Both?* 55 FLA. L. REV. 1073, 1079-1080 (2003)；Audrey Rogers, *Playing Hide and Seek: How to Protect Virtual Pornographers and Actual Children on the Internet*, 50 VILL. L. REV. 87, 102 (2005)；Victoria Broussard, *Ashcroft v. Free Speech Coalition: Legislators Push for Policy Direction to Protect the Age of Innocence while the Court Turns a Deaf Ear*, 29 T. MARSHALL L. REV. 419, 437 (2004)；Adam J. Wasserman, *Virtual.Child.Porn.com: Defending the Constitutionality of the Criminalization of Computer-Generated Child Pornography By the Child Pornography Prevention Act of 1996 – A Reply to Professor Burke and Other Critics*, 35 HARV. J. ON LEGIS. 245, 265-277 (1998).

如同本文在第三章的最後所提到的，以「兒童性虐待與剝削之行為傷害」的避免作為唯一足以正當化兒童色情內容管制的政府利益，乃是因為這種管制目的的限縮，毋寧就是「言論自由」與「兒童身心健全保障」之間的權衡結果，一方面政府得打著「保護兒童」的名號而管制兒童色情言論，但另一方面，卻也僅能基於避免「行為傷害」的目的而限制言論自由權，故並不能夠處罰虛擬的兒童色情內容，對比「加拿大」與「英國」均承認得處罰虛擬的言論內容，這種管制目的之限縮顯為美國高度重視言論自由保護的結果。

如前所述，本文認為兒童色情言論之內涵應以兒童彰顯或促進兒童為性虐待或剝削行為作為其本質內容，並參考美國法之見解，限制兒童色情言論應以「行為傷害」的避免作為核心管制目的，而非言論所造成的觀看傷害，這也是兒童色情言論獨立於其他色情言論而為管制的原因，況且，釋字第 623 號解釋亦曾肯認避免兒童遭受性剝削乃是重大公益目的¹⁴⁵，故此項管制應得通過目的審查之要求。

三、行為態樣與管制目的間之關聯性

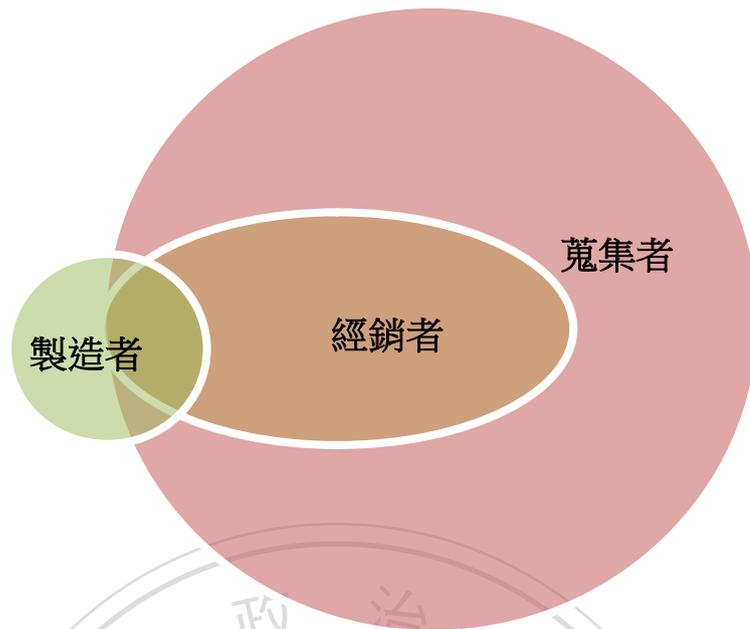
通過目的審查後，第二個問題則是手段與目的間的關聯性審查。亦即國家的管制手段是否與該管制目的間具有必要或緊密剪裁的關聯性，本文於此擬先探討前開所區分的三層兒童色情之犯罪行為態樣間的關係，再分析這三種行為態樣與管制目的間的關聯性是否充足。

¹⁴⁵ 釋字 623 號解釋理由書提到：「兒童及少年之心智發展未臻成熟，與其為性交易行為，係對兒童及少年之性剝削。性剝削之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權（聯合國於西元一九八九年十一月二十日通過、一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約第十九條及第三十四條參照），為重大公益，國家應有採取適當管制措施之義務，以保護兒童及少年之身心健康與健全成長。兒童及少年性交易防制條例第一條規定：「為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例」，目的洵屬正當。……」

(一)、三種行為態樣間的關係

兒童色情言論管制的真正難題在於管制行為態樣與管制目的之間的關聯性連結問題，在本文採取「嚴格審查標準」的要求下，手段與目的達成間必須具備實質關連性。對此，本文嘗試將「兒童色情言論之管制行為態樣」與「政府管制目的」作結合觀察，探討管制何種兒童色情之管制目的方足以正當化國家對於言論內容之限制。質言之，本文於此將說明兒童色情言論之製造行為、經銷行為以及蒐集行為與「兒童性虐待與剝削行為」間之連結性與關聯性，並以此探討作為能否正當化管制手段的政府利益。

國家對於兒童色情言論之管制正當性，係植基於其與「兒童性侵害或剝削行為」之間的關聯性，但無論如何，兩者之間並不具有絕對的「連結關係」，且不同的兒童色情「行為態樣」與性虐待或剝削行為間亦具有不同的關聯性。其中，兒童色情言論的「製造者」(producers)與該行為的關聯性最為緊密，蓋兒童色情照片或影像的產生，通常是作為兒童性侵害者的戰利品、對於其喜好的兒童樣貌留下回憶物，或是作為商品販賣而散布給其他人，但亦有許多性侵害者在犯行後並不會留下任何照片或影像內容，甚至，許多兒童色情內容並非透過性虐待或剝削行為所生，而是偶然取得(例如遠處偷拍、於他人相簿中獲得或是兒童自願與他人分享)；至於兒童色情言論的散布、販賣、呈現或是引誘等「經銷者」(distributors)，與兒童性侵害或剝削行為之關聯性則較為疏遠，蓋製造兒童色情言論之行為人，除非是基於商業而剝削，否則極少將其散布或呈現給他人，亦即，許多兒童色情內容傳播者本身並非製造該內容之行為人；最後，與兒童性虐待或剝削行為之關聯性最為遙遠的是「持有」兒童色情言論內容的「蒐集者」(collectors)，這也是最為廣泛的行為態樣，絕大多數的兒童色情犯罪均來自於單純的持有行為，且經銷者同是也是蒐集者之一。綜上所述，我們可以將兒童色情言論中的製造者、經銷者以及蒐集者的關係圖示如下：



(二)、美國聯邦最高法院之見解

於 *Ferber* 案判決中，White 大法官即指出兒童色情的「散布行為」與兒童性虐待或剝削行為間的因果關聯性，其提到：

散布描述青少年色情之照片和影片的行為和兒童性虐待間具有本質上因果關係…… (The distribution of photographs and films depicting sexual activity by juveniles is intrinsically related to the sexual abuse of children...) ¹⁴⁶

並且，亦將關聯性較弱的兒童色情「廣告」及「販賣」行為，亦認為其為兒童色情言論之製造提供經濟上的動機，而得同受管制：

廣告或販賣兒童色情言論為「製造兒童色情行為」提供經濟上的動機而成為該（製造兒童色情行為）整體的一部分，而屬違法行為。而憲

¹⁴⁶ 458 U.S. 747, 759.

法上言論自由之保障並不能延伸至「構成整體違反現行法之犯罪行為一部分的言論或文字」(The advertising and selling of child pornography provide an economic motive for and are thus an integral part of the production of such materials, an activity illegal throughout the Nation. It rarely has been suggested that the constitutional freedom for speech and press extends its immunity to speech or writing used as an integral part of conduct in violation of a valid criminal statute.)¹⁴⁷

於*Osborne*案判決中，White大法官更進一步連結「持有行為」與兒童性虐待與剝削行為間的關聯性，其認為¹⁴⁸：

在*Ferber*案判決以後，由於更多兒童色情資訊之製造行為轉至地下祕密進行，因此政府僅僅處罰兒童色情的「製造行為」以及「經銷行為」勢必難以達成保護兒童之目的，……基於政府利益的重要性，我們認為俄亥俄州禁止兒童色情之「持有」及「觀賞」行為乃屬合憲。(since the time of our decision in *Ferber*, much of the child pornography market has been driven underground; as a result, it is now difficult, if not impossible, to solve the child pornography problem by only attacking production and distribution. ...Given the gravity of the State's interests in this context, we find that Ohio may constitutionally proscribe the possession and viewing of child pornography.)

因此，美國聯邦最高法院在結論上係認為，製造者、經銷者以及蒐集者這三種行為態樣，與兒童性虐待或剝削行為之間均具有充分的關聯性連結，故為避免「兒童性虐待與剝削之行為傷害」之急迫重要公益目的，政府均得予以管制。

¹⁴⁷ *Id.* at 761-762.

¹⁴⁸ 495 U.S. 103, 110-111.

(三)、本文見解

關於「兒童色情言論之犯罪行為態樣」與「兒童性虐待或剝削行為」間的連結性，沒有太大爭議的應是兒童色情「製造行為」的處罰，製造及拍攝兒童色情內容之行為幾乎必然代表其背後有兒童性犯罪之行為，至於兒童色情「經銷行為」之部分，雖然已與兒童性犯罪行為不具有必然性的關係，但是考量到無論是散布、廣告、呈現或販賣行為，均可能促進整體剝削或虐待兒童之市場，對於兒童色情言論的經銷行為之管制與避免兒童性虐待與剝削間仍具有必要的關連性。

惟本文認為，「兒童性虐待或剝削行為」與「蒐集行為」（也就是兒童色情的持有行為）間的連結性太過遙遠，蓋「蒐集者」通常並非「製造者」，而絕大部分均係基於各式各樣自身對於兒童的情慾興趣而蒐集並持有這些兒童色情內容，這些人的存在，充其量僅是作為兒童色情言論製造者的觀眾而已¹⁴⁹；並且，由於網際網路媒體的出現，使得持有兒童色情言論者具有更多樣化的蒐集目的，更加印證本文認為不能處罰兒童色情「單純持有行為」之立場，蓋管制兒童色情言論內容的正當化根源來自於其與背後兒童性虐待與剝削行為的關聯性，然而現今多樣化的蒐集行為，使得單純持有行為已經與「兒童性虐待與剝削行為」之間的關聯性顯得相當薄弱，質言之，在網際網路使用情形下，許多兒童色情的蒐集者已不再是基於情慾興趣而持有這些言論內容，對於促進兒童色情言論市場的誘因相當有限，且難以證明或是區別基於不同蒐集目的而持有兒童色情內容之行為人，因此，限制兒童色情的蒐集行為，雖得制裁那些基於「供需法則」而對兒童色情內容有需求的行為人，但更多的情形是去處罰任意下載色情資訊這種並非專門蒐集兒童色情、且無此意圖的網路瀏覽者，此種限制將違反涵蓋過廣原則之要求。

再者，在兒童色情言論之內涵本身不夠精確時，對於單純持有行為之處罰無

¹⁴⁹ TAYLOR & QUAYLE, *supra* note 78, at 199.

異等同於控制他人的思想，限制人民於獨處時所得觀賞與瀏覽的內容，不但係對人民言論自由權的箝制、更是隱私權的嚴重侵害，在*Stanley*案判決中，聯邦最高法院亦提到：「國家無權決定人民坐於家中時應該觀看什麼書籍與影片」，是故，對兒童色情言論的蒐集行為作管制，應屬涵蓋過廣且過度侵害人民之言論自由權以及隱私權，該限制手段與避免兒童性剝削與虐待之間並不具備必要或緊密剪裁關聯性¹⁵⁰。

四、虛擬兒童色情之管制問題

前開對於兒童色情管制之犯罪行為態樣均以「兒童性虐待與剝削之行為傷害」作為核心管制目的，探討各種行為態樣間與「兒童性虐待或剝削行為」的關聯性之強弱，然而對於非涉真實兒童參與的「虛擬兒童色情言論」管制問題，則相對容易，因為並不涉及兒童性虐待與剝削的犯罪行為，故並不會具有「行為傷害」以及「言論製造傷害」，因此其內容的製造、經銷或蒐集等行為的管制，即失去與「兒童性虐待與剝削之行為」的連結性關係，而僅單純的具有「言論觀看傷害」。

因此，在憲法層次的問題是，單純為避免「言論觀看之傷害」的政府利益，是否得作為支撐限制兒童色情言論內容的目的？美國法上於 *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 案判決中即正確而清楚的說明僅僅基於避免「言論觀看之傷害」之管制目的，並不足以正當化對於兒童色情言論內容之管制。然而，在 PROTECT 法案制定後則有「峰迴路轉」的發展，國會再次立法而採取折衷的方式，處罰「難以辨別」是否屬於真實兒童參與的色情言論以及「猥褻的」兒童色情言論，前者充滿「寧可錯殺而不可放過」的想法，管制那些不確定是否屬於（可處罰的）真實兒童色情之灰色區塊；後者則巧妙的將「虛擬兒童色情言論」結合「猥褻性言論」以取得管制上的正當性，除此之外，更曾以「避免從事於違法交易行為」而處罰兒童色情之相關引誘行為。簡而言之，國會在發現單純「言論觀看傷害」並

¹⁵⁰ 本文與前述美國聯邦最高法院判決，對於兒童色情言論持有行為之管制與避免兒童遭受性虐待與剝削之間關連性的判斷有所不同，或許也是因為所採取的審查標準有異之故。

無法正當化管制手段後，即修正規定而改以避免「追訴困難」以及猥褻性言論所造成「妨礙社會善良風俗」或是「促進違法行為」等作為管制目的，但是仍舊並未推翻或變更以「行為傷害」作為管制主軸的見解。

尤其，本文對於上開三項 PROTECT 法案所增設處罰「難以辨別」是否屬於真實兒童參與的色情言論之部分，仍無法支持其對兒童色情言論內容的管制。蓋所謂處罰難以辨別為真實兒童色情之言論，雖可能因此得以制裁具有真實兒童參與但卻有難以辨認或難以舉證證明之案例，但亦可能處罰「貌似成年人之未成年人」以及「電腦合成之虛擬內容」等未涉及真實兒童參與之情形，其處罰方式明顯涵蓋過廣，而背後正當化管制的目的也僅是「避免追訴困難」而已，雖然該法於聯邦法典第 2252A(c) 項設有「系爭兒童色情內容並非由真正的兒童所製造」之確認抗辯事由，但實際上這種「舉證倒置」的作法，除非行為人本身即為言論的製造者，否則一般經由各種媒體管道取得而持有兒童色情內容之人，又怎麼有辦法舉證證明其非涉及真實兒童參與呢？因此，「避免追訴困難」之管制目的，並非屬重要的政府利益，而不具備管制的正當性。

總結而言，與「兒童性虐待或剝削行為」全然無關的「虛擬兒童色情言論」，而純粹僅構成「言論觀看之傷害」，而不具有正當化兒童色情言論內容管制的正當性，其管制問題，本文認為應該回歸其他「成人色情言論」之管制模式，如涉及猥褻內容時得予以處罰，而其他色情內容則不宜由國家直接管制，關於美國法上處罰「難以辨別」是否屬於真實兒童參與的色情內容，本文亦認為基於「追訴困難」之管制目的無法正當化其手段之採取，不得據此對於兒童色情內容為處罰。

第五章、結論與建議

第一節、美國法對於色情言論管制的整體樣貌

美國法上對於「色情言論」之法律規範與判決，從「描述對象」以及「管制目的」可以區分為三種類型，以成年人作為描述對象之色情言論部分，其一是對於「猥褻性言論」的管制，其管制目的係為避免「社會善良風俗與性道德感情」受到汙染，由於其不具任何社會價值而被歸類為不受言論自由保障的言論類型，為防止社會大眾觀看後所造成的影響，而得以刑事管制予以禁絕；其二是「未達猥褻的其他色情言論」的管制，其管制目的為「未成年人身心健全之保障」，由於其係避免兒童觀看會對日後身心健康的發展產生不良後果，故其管制手段係以各種媒體阻隔兒童接近使用兒童色情言論為重心，不得採取直接內容管制方式；其三則是以兒童作為描述對象之「兒童色情言論」，其管制目的係防止「兒童性虐待與剝削之行為傷害」，基於保護兒童之重要公益目的，此種言論亦被認為係不受言論自由保障的言論類型，而得對於該言論之製造、經銷以及蒐集行為予以刑事管制。

藉由上述管制模式我們可以得知，美國法管制「兒童色情言論」之目的，係有別於其他色情言論之類型，乃著重於「兒童性虐待與剝削之行為傷害」，而非其觀看後對於社會大眾或是兒童所造成的傷害，故本文認為「兒童色情言論」不但在描述對象有其區別之處，其所欲避免之「傷害類型」亦與其他色情言論迥不相同，應可從「色情言論」中獨立而為討論。

第二節、美國對於本文「兒童色情言論」管制的借鏡之處

具體探討美國法對於「兒童色情言論」管制的合憲性與界限时，美國聯邦最高法院緊緊依循著「行為傷害」作為管制上的核心目的，於 *Ferber* 案與 *Osborne* 案判決中，法院接續的承認兒童色情言論的經銷者與蒐集者均會促進「兒童性剝削與虐待行為」之市場環境，政府得直接予以管制，然而當 *Free Speech Coalition* 案判決中，面對「虛擬的」兒童色情言論時，其並不涉及兒童性虐待或剝削行為，亦即欠缺避免「行為傷害」之管制目的時，法院則認定政府管制之手段乃屬違憲。雖然，於 PROTECT 法案制定後，近年來法院於 *Williams* 案以及 *Whorley* 案判決中，乃另闢蹊徑的以「追訴犯罪之困難」、「要求從事於違法交易行為」與「猥褻性」作為支持管制未涉及「兒童性剝削與虐待行為」的兒童色情言論內容，但是仍舊並未推翻 *Ferber* 案以來所根深蒂固的管制方針。對於美國聯邦最高法院對兒童色情言論管制的見解，與加拿大以及英國的管制情形相較之下，本文認為係兼顧「兒童保護」以及「言論自由」間所作的利益衡量結果。

回到我國兒童色情的管制，則以規範「兒童色情言論」的兒童及少年性交易防制條例第 28 條當作刑法第 235 條處罰「猥褻性言論」的特別規定，忽略兩種色情言論類型間於避免之傷害類型上具有極大的不同，亦未考量現今網際網路發展下對於兒童色情犯罪行為態樣所造成的影響。因此，本文嘗試從前述美國法上避免「兒童性虐待與剝削之行為傷害」作為管制目的，認為「兒童色情內容的本質」應理解為「彰顯或促進兒童性虐待或剝削的內容」，但是在法律規範的定義上，為避免超出造成「行為傷害」的可能範疇，應針對性交、性虐待、人獸交等與兒童性虐待與剝削具有必然性的明顯性意味行為內容作管制；並對於網際網路影響下，兒童色情犯罪行為態樣的擴張作出探討，並點出其可能引發之問題點。

最後，本文認為兒童色情言論管制不應採取美國法「雙階理論」之操作，在保護兒童與言論自由保障的拉鋸下，對於兒童色情言論內容為管制時，應採取「嚴格審查標準」作為審查標準，並以「行為傷害」的避免作為管制兒童色情言論的核心目的，分別探討兒童色情言論的製造行為、經銷行為以及蒐集行為與該管制目的間之關聯性，嘗試建構出管制兒童色情的合憲性空間與界限，就結論上，本文認為對於兒童色情的蒐集行為作處罰，其處罰範圍將會涵蓋過廣，且過度侵害

言論自由權與隱私權；並且，由於虛擬兒童色情內容並不具有「行為傷害」，故應回歸一般色情言論管制模式為處理，不應將之包括在兒童色情言論的內涵中。

第三節、兒童及少年性交易防制條例 28 條之修法建議

壹、兒童色情之內涵

我國兒童及少年性交易防制條例第 28 條兒童色情言論之處罰規定，依據同法第 27 條，係以「未滿十八歲之人為性交或猥褻行為」作為兒童色情言論之定義，國內的評論，學者高玉泉認為，應仿效英國法之管制而增加「不雅之兒童色情（indecent child pornography）內容，以與先進國家看齊；學者陳秀峯則質疑對網路兒童色情中未達猥褻程度之「性交」內容予以處罰，將會涉及憲法保障表現自由之爭議問題。

對此，本文認為應以「彰顯或促進兒童性虐待或剝削的內容」作為決定兒童色情內涵之標準，故上述規定中以「猥褻」或是「粗俗不雅」作為其內涵會有所問題，蓋這些內涵仍係從觀看者之角度作分析，例如猥褻之判斷標準係要求該內容必須訴諸情慾興趣、引起他人的明顯冒犯感，而與兒童及少年性交易防制條例中強調「兒童性虐待與剝削行為」之管制目的有所扞格，至於就法律規定上應如何界定其內涵，則有立法者形成之空間，就立法論上，本文建議採取美國法上以「明顯性意味之行為」，作為其內涵，並且明文列舉其內涵，包括描述性交、人獸交、自慰、性虐待、色情展示任何人的性器官或陰部等內容。

貳、處罰之行為態樣

我國兒童及少年性交易防制條例第 27 條第一項規定處罰「拍攝」與「製造」

兒童色情言論之行為，亦即對於「製造者」之處罰；而同法第 28 條第一項則處罰「散布」、「播送」、「販賣」、「公然陳列」以及「以他法供人觀覽、聽聞」兒童色情言論之行為，亦即對於「經銷者」之處罰；同條第二項及第三項則處罰「意圖散布、播送、販賣而持有」以及「無正當理由持有」兒童色情言論之行為，即對於「蒐集者」之處罰。

本文之見解則是建議將「意圖散布、播送、販賣而持有」、「無正當理由持有」等持有行為之處罰條款予以刪除，理由即是此種行為態樣與「兒童色情性虐待與剝削行為」間僅具有單薄之連結性，其限制可能涵蓋過廣而過度侵害言論自由與隱私權。雖然，有論者可能認為這些持有行為之處罰規定，一者是附加「散布、播送、販賣」之意圖，一者是加入「無正當理由」之要件，而可以避免處罰到與增進兒童色情製造市場之流通的蒐集行為，然而，對於「散布、播送、販賣」之意圖，實際上將難以證明，恐流於恣意，反不如於行為人為散布、播送、販賣行為之時再予以處罰要來的明確；而對於「無正當理由」之要件，則是將舉證責任倒置為行為人證明其持有之原因乃屬正當，然而何種理由方屬正當？卻不無疑義，為免治絲益棼，應將持有行為予以除罪化。

參、虛擬兒童色情的管制

關於虛擬兒童色情言論內容之管制，由於兒童及少年性交易防制條例的處罰內容是針對「未滿十八歲之『人』」，其是否包含非涉真人參與之內容，即有疑問，而於我國實務運作上，有將兒童及少年性交易防制條例中所謂「未滿十八歲之人」解釋為「自然人」，而不包括虛擬色情或是電腦合成之影像內容，而回歸刑法第 235 條之規定處理，蓋刑法該條條文之處罰內容僅謂「猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品」，解釋上得以涵蓋至虛擬影像；此外，亦有直接適用兒童及少年性交易防制條例第 28 條規定直接予以處罰者。

對此問題，本文以為，因虛擬兒童色情影像僅會造成「言論觀看之傷害」，

而並無聯結到「兒童性虐待與剝削行為」而造成「行為傷害」情形，故應回歸一般成人色情言論的管制模式，如屬猥褻性言論之內容，則以刑法第 235 條作為處罰，其餘內容如涉及有害兒童及少年身心健康之內容時，則得以電影、電視節目、出版品、電腦軟體、網際網路等「分級辦法」中標示為「限制級」，以隔絕兒童接觸這些內容，無須國家直接予以處罰。



參考文獻

一、中文文獻

(一)、專書論著：

William Burnham 著，林利芝譯，英美法導論，二版，2005 年 5 月。

布萊恩·卡衡、查理斯·尼森編，巫宗榮譯，數位法律：網際網路的管轄與立法、
規範與保護，1999 年。

林世宗，言論新聞自由與誹謗隱私權，2005 年 8 月。

林世宗，美國憲法言論自由之理論與闡釋，1996 年 2 月。

美國聯邦最高法院憲法判決選譯第六輯，司法院編印，2008 年 1 月。

勞倫斯·雷席格著，劉靜怡譯，網路自由與法律，2002 年 7 月。

(二)、期刊與專書論文：

王蘋、陳俞容，性、猥褻、言論自由—從同志書店「晶晶書庫」被查扣大批男體
寫真雜誌談起，全國律師，第 8 卷第 6 期，頁 7-16，2004 年 6 月。

李仁淼，網路內容規制立法之違憲審查與表現自由—以美國法上對網路色情資訊
規制立法之憲法訴訟為線索，中正法學集刊，12 期，頁 35-144，2003
年 7 月。

_____，網際網路與表現自由—自表現自由的觀點，思考網路色情資訊規制問題，
月旦法學雜誌，103 期，頁 138-165，2003 年 12 月。

- 李念祖，禁止猥褻言論的定義魔障，台灣法學雜誌，89期，頁52-54，2006年12月。
- 李震山，論集會自由之事前抑制，載：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集－政治思潮與國家法學，頁207-226，2010年1月。
- 余依婷、鄭慧文、法治斌，從ACLU v. Reno(II)看美國如何管制網路色情言論，資訊法務透析，頁26-47，1999年10月。
- 林子儀，言論自由之理論基礎，載：言論自由與新聞自由，頁3-59，2002年11月。
- _____，言論自由的限制與雙軌理論，載：言論自由與新聞自由，頁135-196，2002年11月。
- _____，言論自由與內亂罪－「明顯而立即危險原則」之闡述，載：言論自由與新聞自由，頁199-228，2002年11月。
- _____，言論自由導論，載：臺灣憲法之縱剖橫切，頁103-179，2002年12月。
- 林志潔，散布猥褻物品罪與性道德的刑事規制－簡評大法官釋字第六一七號解釋一，台灣法學雜誌，89期，頁74-78，2006年12月。
- _____，無菌空間的想像與堅持？－評釋字六二三號解釋及兒少性交易防制條例第二九條一，台灣法學雜誌，92期，頁227-239，2007年3月。
- _____，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80-95，2007年6月。
- 法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，載：憲法專論(一)，頁65-174，1985年5月。
- _____，定義猥褻出版品：一首變調的樂章？，載：法治國家與表意自由：憲法專論(三)，頁247-265，2003年5月。
- 段重民，網路色情的刑事責任－從我國與美國的法律談起，法令月刊，59卷12期，頁68-83，2008年12月。

- 施慧玲，兒童及少年性交易防制條例之立法意義與執法極限——一個應用法律社會學的觀點，律師雜誌，222 期，頁 38-50，1998 年 3 月。
- 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，頁 177-199，1998 年 12 月。
- _____，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 51-62，2002 年 11 月。
- _____，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 3-61，2003 年 4 月。
- _____，網路援交與言論自由——兒童及少年性交易防制條例第二九條及第三三條之檢討——，台灣法學雜誌，131 期，頁 9-26，2009 年 7 月 1 日。
- 高玉泉、施博琦，全球網路內容安全體系之建構——以未成年人身心健康及人性尊嚴之維護為中心，檢察新論，2 期，頁 188-204，2007 年 7 月。
- 高榮志，活跳跳的色情世界，死板板的釋字六一七，全國律師，第 11 卷第 5 期，頁 38-54，2007 年 5 月。
- 張安箴，從陳冠希裸照事件談起——價值與法律及社會交鋒，全國律師，第 12 卷 5 期，頁 23-32，2008 年 5 月。
- 陳子平，刑法第二三五條散布猥褻物品等罪之合憲論與違憲論（上）——釋字第六一七號解釋與日本實務及學說，月旦法學雜誌，156 期，頁 187-202，2008 年 5 月。
- _____，刑法第二三五條散布猥褻物品等罪之合憲論與違憲論（下）——釋字第六一七號解釋與日本實務及學說，月旦法學雜誌，157 期，頁 182-201，2008 年 6 月。
- 陳起行，由 Reno v. ACLU 一案論法院與網際網路之規範，歐美研究，33 卷 3 期，頁 599-628，2003 年 9 月。

- 陳銘祥，綜論網際網路的法律規範，月旦法學雜誌，72期，頁148-161，2001年5月。
- _____，政府對網際網路的規範政策，月旦法學雜誌，76期，頁181-188，2001年9月。
- _____，虛擬色情，真實犯罪－網際網路上的色情相關活動與其法律規範上的問題，月旦法學雜誌，83期，頁210-217，2002年4月。
- _____，建構網際網路的法律規範架構，月旦法學雜誌，87期，頁73-81，2002年8月。
- 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年2月。
- 陳慧女，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316-325，2000年10月。
- 許志雄，結社自由與違憲審查－司法院釋字第644號解釋評析，月旦法學雜誌，163期，頁173-193，2008年12月。
- 許育典，多元文化國下色情管制的憲法正當性－以中央大學性別研究室動物戀網頁案為例，東吳法律學報，17卷2期，頁1-92，2005年12月。
- _____，當網路言論自由遇到青少年保護，月旦法學教室，67期，頁6-7，2008年5月。
- 黃昭元，信上帝者下監獄？－從司法院釋字第490號解釋論宗教自由與兵役義務的衝突－，台灣法學雜誌，8期，頁31-45，2000年3月。
- _____，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢，33卷第3期，頁45-128，2004年5月。
- 黃舒芃，比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例，月旦法學雜誌，120期，頁183-198，2005年5月。

- _____，「價值」在憲法解釋中扮演的角色—從釋字第 617 號解釋談起，憲法解釋之理論與實務第六輯，頁 191-221，2009 年 7 月。
- 黃榮堅，棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，台灣法學雜誌，89 期，頁 55-73，2006 年 12 月。
- 馮震宇，我國網路犯罪類型及案例探討，載：網路法基本問題研究（一），二版，頁 333-368，2000 年 9 月。
- 甯應斌，Child Abuse、兒福法律與兒童性侵害的政治，載：兒童性侵犯：聆聽與尊重，頁 156-195，2009 年。
- 廖元豪，全無章法的「猥褻可禁論」—亂抄美國憲法實務的結果，發表於台灣性別人權協會主辦之「探討刑法 235 條法律座談會」，2006 年 6 月 25 日。
- _____，我的色，她的情，干你什麼事？—法律憑什麼管色情？，台灣本土法學雜誌，69 期，頁 1-3，2005 年 4 月。
- _____，不准在我的土地說話？—言論自由與公共論壇，月旦法學教室第 62 期，頁 8-9，2007 年 12 月。
- 劉靜怡，網路社會規範模式初探，臺大法學論叢，28 卷 1 期，頁 1-45，1998 年 10 月。
- _____，電腦網路性質及其可能適用之管制模式概述，月旦法學雜誌第 19 期，頁 145-148，1996 年 12 月。
- _____，從美國聯邦最高法院 *Reno v. ACLU* 判決談網路內容規範的過去、現在與未來，月旦法學雜誌，32 期，頁 99-114，1998 年 1 月。
- _____，網路世界規範的過去、現在與未來，月旦法學雜誌，37 期，頁 38-55，1998 年 6 月
- _____，幾個值得進一步澄清的網路規範根本問題：反省與辯論的開端，律師雜誌，233 期，頁 12-29，1999 年 2 月。
- _____，言論自由：第一講—言論自由導讀，月旦法學教室，26 期，頁 73-81，2004 年 12 月。

_____，言論自由：第二講－言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，28期，頁42-51，2005年2月。

_____，言論自由：第四講－猥褻性言論與表現自由，月旦法學教室，32期，頁52-61，2005年6月。

錢世傑，網際網路色情資訊防範措施之相關問題探討，全國律師，2卷11期，頁39-41，1998年11月。

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，頁38-59，2010年10月。

勵馨基金會，淺談「兒童及少年性交易防制條例」之訂定緣由及立法過程－兼談施行困境及我們的期待，律師雜誌五月號，212期，頁32-36，1997年。

(三)、學位論文：

方定國，猥褻性言論概念的重新詮釋－以我國刑法235條為中心，世新大學法律院碩士論文，2008年7月。

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，國立臺灣大學法律系碩士班碩士論文，2006年7月。

吳奕林，猥褻之概念及其規範評價，國立台北大學法律系碩士班碩士論文，2003年7月。

林孟瑤，網際網路色情犯罪與刑事偵查之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2006年。

林路加，台灣色情出版品言論管制之研究，南華大學公共行政與政策所研究所碩士論文，2009年7月。

洪殷琪，網路色情資訊管制與分級制度之研究，國立台北大學法律系碩士班碩士論文，2006年。

施家倫，論色情言論（Pornography）之言論自由—以女性主義的觀點為基礎，國立政治大學法律系碩士班碩士論文，2000年1月。

孫千惠，「非針對言論內容之規制」的審查標準—以美國最高法院之裁判為中心—，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2003年6月。

郭書姍，歐洲有關網路安全管制之研究，南華大學歐洲研究所碩士論文，2008年12月。

曹哲寧，網路犯罪偵查手段之研究—以兒童性剝削犯罪為中心，國立中興大學科技法律研究所，2010年6月。

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年8月。

葉慶元，網際網路上之表意自由—以色情資訊之管制為中心，國立中興大學法律系碩士班碩士論文，1997年6月。

楊勝雄，論網際網路上色情資訊之管制措施對言論自由之限制—以電腦網路內容分級處理辦法為中心，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文，2005年7月。

二、英文文獻

(一)、專書論著：

ALEC CRAIG, SUPPRESSED BOOKS: A HISTORY OF THE CONCEPTION OF LITERARY OBSCENITY (1963).

AMANDA HIBER, CHILD PORNOGRAPHY, Greenhaven press (2009).

ANDREA DWORKIN & CATHARINE A. MACKINNON, PORNOGRAPHY AND CIVIL RIGHTS : A NEW DAY FOR WOMEN'S EQUALITY, Organizing Against Pornography (1988).

CATHARINE A. MACKINNON, FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW (1987).

CATHARINE A. MACKINNON, ONLY WORDS, Harvard University Press (1993).

CHARLES TAYLOR, SOURCES OF THE SELF: THE MAKING OF THE MODERN IDENTITY (1989).

CHARLES TAYLOR, WHAT'S WRONG WITH NEGATIVE LIBERTY, IN PHILOSOPHICAL PAPERS: PHILOSOPHY AND THE HUMAN SCIENCES (1985).

DANIEL A. FARBER, THE FIRST AMENDMENT, Foundation Press (2ed., 2003).

DAVID FINKELHOR, CHILD SEXUAL ABUSE: NEW THEORY AND RESEARCH, New York: The Free Press (1984).

EMMA CARLSON BERNE, ONLINE PORNOGRAPHY, Opposing Viewpoints Series, Greenhaven press (2007).

ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW : PRINCIPLE AND POLICIES, Aspen Law & Business (2ed., 2002).

FREDERICK SCHAUER, FREE SPEECH: A PHILOSOPHICAL ENQUIRY, Cambridge University Press (1990).

HARRY M. CLOR, PUBLIC MORALITY AND LIBERAL SOCIETY: ESSAYS ON DECENCY, LAW AND PORNOGRAPHY (1996).

HOWARD RHEINGOLD, THE VIRTUAL COMMUNITY: HOMESTEADING ON THE ELECTRONIC FRONTIER, The MIT Press (1993).

JAMES R. KINCAID. EROTIC INNOCENCE : THE CULTURE OF CHILD MOLESTING, Duke University Press Books (1998).

JEROME A. BARRON & C. THOMAS DIENES, FIRST AMENDMENT LAW (4ed 2008).

JOHN. MILL, ON LIBERTY (1859).

JOHN D. ZELEZNY, COMMUNICATIONS LAW : LIBERTIES, RESTRAINTS, AND THE MODERN MEDIA (5ed., 2007).

KENNETH V. LANNING, CHILD MOLESTERS: A BEHAVIORAL ANALYSIS, Washington, DC: National Center for Missing and Exploited Children (1992).

LANNING & ANN WOLBURT BURGESS, CHILD PORNOGRAPHY AND SEX RINGS, Lexington Books (1984).

LAWRENCE LESSIG, CODE: VERSION 2.0, Perseus Books Group (2006).

LEE BOLLINGER, THE TOLERANT SOCIETY: FREEDOM OF SPEECH AND EXTREMIST SPEECH IN AMERICA, Oxford University Press (1986).

LYNN HUNT, THE INVENTION OF PORNOGRAPHY: OBSCENITY AND THE ORIGINS OF MODERNITY, 1500-1800 (1993).

MARTHA C. NUSSBAUM, OBJECTIFICATION, IN SEX AND SOCIAL JUSTICE (1999) .

MADELEINE SCHACHTER & JOEL KURTZBERG, LAW OF INTERNET SPEECH, Carolina Academic Press (3ed., 2008).

MAX TAYLOR & ETHEL QUAYLE, CHILD PORNOGRAPHY: AN INTERNET CRIME, Routledge (2003).

PHILIP JENKINS, MORAL PANIC : CHANGING CONCEPTS OF THE CHILD MOLESTER IN MODERN AMERICA, New Haven and London: Yale University Press (1998).

PHILIP JENKINS, BEYOND TOLERANCE: CHILD PORNOGRAPHY IN THE INTERNET, New York University Press (2003).

RICHARD DELGADO AND JEAN STEFANCIC, MUST WE DEFEND NAZIS? HATE SPEECH, PORNOGRAPHY, AND THE NEW FIRST AMENDMENT, New York University Press (1997).

SULLIVAN M. KATHLEEN & GERALD GUNTHER, FIRST AMENDMENT LAW, Foundation Press (4ed., 2010).

CARL GORAN SVENDIN AND KRISTINA BACK, CHILDREN WHO DON'T SPEAK OUT, Stockholm, Swedish Save the Children (1996).

THOMAS EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION (1970).

TIM TATE, CHILD PORNOGRAPHY, Trafalgar Square (1990).

YAMAN AKDENIZ, INTERNET CHILD PORNOGRAPHY AND THE LAW-NATIONAL AND INTERNATIONAL RESPONSES (2008).

(二)、期刊論文：

A Panel Discussion, *Regulating the Internet: Should Pornography Get a Free Ride On the Information Superhighway?* 14 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 343 (1996).

Adam J. Wasserman, *Virtual.Child.Porn.com: Defending the Constitutionality of the Criminalization of Computer-Generated Child Pornography By the Child Pornography Prevention Act of 1996—A Reply to Professor Burke and Other Critics*, 35 HARV. J. ON LEGIS. 245 (1998).

Amy Adler, *The Perverse Law of Child Pornography*, 101 COLUM. L. REV. 209 (2001).

Amy Adler, *Inverting the First Amendment Inverting the First Amendment*, 149 U. PA. L. REV. 921 (2001).

Amy Adler, *Child Pornography Law and the Proliferation of the Sexualized Child*, in CENSORING CULTURE: CONTEMPORARY THREATS TO FREE EXPRESSION, The New Press (2006).

Amy Adler, *All porn all the time*, 31 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 695 (2007).

Andrew Koppelman, *Does Obscenity Cause Moral Harm?* 105 COLUM. L. REV. 1635 (2005).

Anthony R. Beech et al., *The Internet and child sexual offending: A criminological review*, in AGGRESSION AND VIOLENT BEHAVIOR, Vol. 13 (2008).

Audrey Rogers, *Playing Hide and Seek: How to Protect Virtual Pornographers and Actual Children on the Internet*, 50 VILL. L. REV. 87 (2005).

Benjamin A. Mains, *Virtual Child Pornography, Pandering, and the First Amendment: How Developments in Technology and Shifting First Amendment Jurisprudence Have Affected the Criminalization of Child Pornography*, 37 HSTCLQ 809 (2010).

Brian G. Slocum, *Virtual Child Pornography: Does it Mean the end of the Child Pornography exception to the first amendment?* 14 ALB. L.J. SCI. & TECH. 637 (2004).

Bret Boyce, *Obscenity and Community Standards*, 33 YALE J. INT'L L. 299 (2008).

Chelsea McLean, *The Uncertain Fate of Virtual Child Pornography Legislation*, 17 CORNELL J.L. & PUB. POL'Y 221 (2007).

Danial S. Armaugh, *The Fate of the Child Pornography Act of 1996: Virtual Child Pornography: Criminal Conduct or Protected Speech*, 23 CARDOZO L. REV 1993 (2002).

Dannielle Cisneros, *"Virtual Child" Pornography on the Internet: A "Virtual" Victim?*, 2002 DUKE L. & TECH. REV. 19 (2002).

David B. Johnson, *Why the Possession of Computer-Generated Child Pornography Can Be Constitutionally Prohibited*, 4 ALB. L.J.SCI. & TECH. 311 (1994).

David A. Richards, *Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment*, 123 U. PA. L. REV. 45 (1974).

Debra D. Burke, *The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question*, 34 HARV. J. ON LEGIS. 439 (1997).

Eileen M. Alexy et al., *Internet offenders: Traders, travelers, and combination trader-travelers*, Journal of Interpersonal Violence, Vol. 20 (2005).

Frederick Schauer, *Speech and "speech" —Obscenity and "Obscenity" : An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*, 67 GEO. L.J. 899 (1979).

Frederick Schauer, *Codifying the First Amendment: New York v. Ferber*, The

Supreme Court Review, Vol. 1982 (1982).

Gray Mateo, *The New Face of Child Pornography: Digital Imaging Technology and the Law*, 2008 U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 175 (2008).

Ian Hacking, *The Making and Molding of Child Abuse*, 17 CRITICAL INQUIRY 253 (1991).

Jan LaRue, *Online Pornography is Harmful*, in ONLINE PORNOGRAPHY, Greenhaven Press (EMMA CARLSON BERNE eds. 2007).

Jason Baruch, *Constitutional Law: Permitting Virtual Child Pornography—A First Amendment Requirement, Bad Policy, or Both?* 55 FLA. L. REV. 1073 (2003).

Jasmin J. Farhangian, *A Problem of Virtual Proportions: The Difficulties Inherent in Tailoring Virtual Child Pornography Laws to Meet Constitutional Standards*, 12 J.L. & POL'Y 241 (2003).

Jisuk Woo, *The Concept of "Harm" in Computer-generated images of Child Pornography*, 22 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 717 (2004).

J. Sullivan & A.R. Beech, *Assessing Internet sex offenders*, in, CHILD SEXUAL ABUSE AND THE INTERNET: TACKLING THE NEW FRONTIER, Russell House Publishing Ltd (MARTIN C. CALDER eds. 2004).

Karen Boyle, *The pornography debates: Beyond cause and effect*, Women's Studies International Forum, 23(2) (2000).

Lisa Smith, *Private Possession of Child Pornography : Narrowing At-Home Privacy Rights*, 1991 ANN. SURV. AM. L. 1011 (1993).

Louis Henkin, *Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity*, 63 COLUMBIA LAW REVIEW 391 (1963).

John Calvin Jeffries, Jr., *Rethinking Prior Restraint*, 92 YALE L.J. 409 (1983).

John S. Zanghi, *Community Standards in Cyberspace*, 21 U. DAYTON L. REV. 95 (1995).

Keith F. Durkin, *Misuse of the Internet by pedophiles: implications for law enforcement and probation practice*, *Federal Probation*, 61(2) (1997).

Kimberly S. Young et al., *Online infidelity : A new dimension in couple relationships with implications for evaluation and treatment*. *Sexual Addiction & Compulsivity*, Vol. 7 (2000).

Mark Griffiths, *Excessive internet use: Implications for sexual behavior*, *CyberPsychology and Behavior*, Vol. 3(4) (2000).

Max Taylor, Gemma Holland and Ethel Quayle, *Typology of Paedophile Picture Collections*, *The Police Journal*, 74(2) (2001).

Note, *Anti-Pornography Laws and First Amendment Values*, 98 HARV.L.REV. 460 (1984).

R.P. Tyler & L.E. Stone, *Child pornography: perpetuating the sexual victimization of children*, *Child Abuse and Neglect*, *The International Journal*, Vol 9 (1985).

Robert M. Sieg, *Attempted Possession of Child Pornography—A Proposed Approach for Criminalizing Possession of Child Pornographic Images of Unknown Origin*, 36 U. TOL. L. REV. 263 (2005).

Samantha L. Friel, *Porn By Any Other Name? A Constitutional Alternative to Regulating “Victimless” Computer-Generated Child Pornography*, 32 VAL. U. L. REV. 207 (1997).

Sarah Sternberg, *The Child Pornography Prevention Act of 1996 and the First Amendment : Virtual Antitheses*, 69 FORDHAM L. REV. 2783 (2001).

Shepard Liu, *Ashcroft, Virtual Child Pornography and First Amendment Jurisprudence*, 11 UC DAVIS J. JUV. L. & POL'Y 1 (2007).

Tim Tate, *The child pornography industry: International trade in child sexual abuse*, in *PORNOGRAPHY: WOMEN, VIOLENCE AND CIVIL LIBERTIES* (CATHERINE ITZIN eds. 1992).

Timothy J. Perla, *Attempting to end the Cycle of Virtual Pornography Prohibitions*, 83 B.U.L.REV.1209 (2003).

Tony Krone, *A typology of Online Child Pornography Offending*, TRENDS & ISSUES in crime and criminal justice, No. 279 (2004).

Thomas Emerson, *The Doctrine of Prior Restraint*, 20 LAW & CONTEMP. PROBS. 648 (1955).

Victoria Broussard, *Ashcroft v. Free Speech Coalition: Legislators Push for Policy Direction to Protect the Age of Innocence while the Court Turns a Deaf Ear*, 29 T. MARSHALL L. REV. 419 (2004).

Vincent McCarthy, *Child Pornography in a Virtual World : The Continued Battle to Preserve the Child Pornography Prevention Act of 1996*, 23 CARDOZO L. REV. 2019 (2002).

Virginia F. Milstead, *Ashcroft v. Free Speech Coalition: How can Virtual Child Pornography be Banned under the First Amendment?* 31 PEPP. L. REV. 825 (2004).

William S. Byassee, *Jurisdiction of Cyberspace: Applying Real Word Precedent to the Virtual Community*, 30 WAKE FOREST L.REV (1995).

William Green, *Children and Pornography: An Interest Analysis in System Perspective*, 19 VAL. U.L.REV. 441(1985).

(三)、網路資源：

Max Taylor, *The nature and dimensions of child pornography on the Internet* (2002), available at : http://www.ipce.info/library_3/files/nat_dims_kp.htm

Margaret Healy, *Child Pornography: an international perspective* (2004). available at : <http://www.crime-research.org/articles/536/>