

新興法律問題學術研討會

再論虛擬兒少色情的刑事管制爭議： 生成式 AI 時代下的新挑戰

吳睿恩、張景閔

壹、前言

自 20 世紀中後期以來，電腦資訊科技發展迅速，藉由網際網路的連結，使得資訊傳播更為普及，人們取得資訊及知識更為容易，然而網路時代固然帶來便捷，卻也對人類生活帶來全新挑戰，特別是衍生諸多新興網路犯罪，對於既有社會所建構之道德秩序產生衝擊：不光是利用新興科技工具實施既有犯罪，是否仍然該當刑法構成要件，或是需由立法者介入解決，已然引發討論¹；網路時代出現的諸多新興行為，

在刑事政策上是否具有可罰性，亦值深思——換言之，在網路時代下，既有刑法規範的解釋適用、乃至新興管制的正當性基礎及手段選擇，均是當前刑事法學所面臨的重要課題。

資訊科技的發展速度，確實遠超於我們的想像。正當法律人試圖因應網路及資訊科技對於法律秩序造成的衝擊，人工智慧（artificial intelligence，下稱 AI）即於 20 世紀末問世，並隨著機器人學之進展，藉由機器學習技術，輸入大量資料至電腦中，使電腦進行數據識

* 感謝新興法律議題研討會講評人高玉泉教授對本文所提出的諸多寶貴建議，惟一切文責仍由作者自負。2 位作者撰文時為 64 期學習司法官，現職分別為桃園地檢署檢察官、臺北地院法官。

¹ 參見：薛智仁，初探人工智慧對刑法學的挑戰——以自動駕駛為例，台灣法律人，27 期，頁 108（2023 年）。



別與分析，歸納出特定規則²。當然，AI 本身亦經歷多種模型發展歷程，包含從早期之分辨式（discriminative）AI 發展至近兩年被譽為革命之生成式（generative）AI，且生成式 AI 的模型架構亦由過去主流之「生成式對抗網路（Generative Adversarial Network，GAN）」模型轉向「擴散模型（Diffusion Model）」³。如今，在眾多科技人員投入開發下，人們已可透過基於擴散模型而運作的生成式 AI 軟體，諸如：Midjourney 及 Stable Diffusion 等，生成擬真度極高的影像，單憑肉眼甚至難以與真實影像區辨。

既然目前生成式 AI 的軟體技術，已可讓使用者透過輸入文字指令而產生其欲取得之圖片或影像，有心人士如欲透過生成式 AI 輸出各類色情影像，在技術上亦非不可能，例如日本曾有民眾透過生成式 AI 軟體，輸出女性表徵之裸體海報並於網路上販售，而遭警方逮捕⁴；更有民眾利用深偽技術（deepfake），將名人之臉孔合成至色情影像中，並藉此謀利⁵。

相比於成人色情影像，以生成式 AI 生成兒少之色情影像⁶，則是更棘手的問題：析言之，兒少色情影像因涉及兒童身心的健全發展，不僅由近年韓國

² AI 在近年轉變較大的原因之一，是由「專家系統」轉為「機器系統」，相關說明可參見：陳昇瑋、溫怡玲，人工智慧在台灣：產業轉型的契機與挑戰，1 版，頁 80-86（2019 年）。

³ 關於生成式 AI 發展歷程及模型架構的簡要介紹，可參見：沙珮琦，眼見不一定為憑？生成式 AI 帶來的信任危機！，中央研究院研之有物，2023 年 8 月 31 日，<https://research.sinica.edu.tw/deepfake-detection-generative-ai-jun-cheng-chen/>（最後瀏覽日：2025 年 6 月 20 日）。

⁴ 參見：戴雅真，日本首例以 AI 製作色情海報販售 4 人被逮，中央社，2025 年 4 月 14 日，<https://www.cna.com.tw/news/aopl/202504150180.aspx>（最後瀏覽日：2025 年 6 月 28 日）。

⁵ 2021 年即爆發知名 Youtuber「小玉」利用深偽技術，製作換臉色情影片並販售牟利之案件，本案刑事判決可參見：臺灣新北地方法院 111 年度審訴字第 356 號判決、臺灣高等法院 111 年度上訴字第 3787 號判決、最高法院 113 年度台上字第 1728 號判決。不過，深偽技術雖亦是 AI 技術運用之一環，但常見的深偽技術運用，是將真實人物的臉部影像合成至其他影像上，與完全由生成式 AI 產出擬真之影像有所不同，並非本文探討範圍。

⁶ 國際終止兒少性剝削組織（ECPAT International）認為，所謂色情（pornography）製品係描繪成人間的合意性行為，但兒少並無能力同意其所涉及的性相關行為，且可能為犯罪的被害人，故呼籲以「兒少性剝削製品」（child sexual exploitation material）之用語取代之，參見：Susanna Greijer & Jaap Doek 著，李心祺譯，保護兒童免於性剝削及性虐待之專有名詞使用準則，頁 38-40（2021 年）。惟鑑於生成式 AI 所製造之兒少色情影像，似無實際之兒少參與其中（詳見下述）；及本文所參照之美國聯邦最高法院判決亦多使用「色情」一詞，為便於理解，本文仍選擇使用「兒少色情」之用語。

N 號房或我國創意私房案件均引發喧然大波可知，社會對於兒少色情影像幾乎採取零容忍、全面禁止的態度，亦即不應製造、也不應持有該類影像，而我國法制亦對於以真實兒少所製造之色情影像，就製造、散布、持有等行為，均以嚴厲之刑罰相繩；然而，非利用真實兒少製造之「虛擬（virtual）」兒少色情影像是否亦應同受限制，則引發激烈的討論，且迄今亦未能達成共識⁷。

以生成式 AI 技術製造，且高度擬真之兒少色情影像（下稱「AI 兒少色情」），則似乎介於真實與虛擬之間：一方面，AI 兒少色情並無明確的真實兒少參演，不同於真實兒少色情；另一方面，其高度擬真，甚至單憑肉眼已無法區辨真假之特質，則與過往討論之虛擬兒少色情有別——在此情況下，AI 兒少色情是否應該同受管制、管制的正當性基礎何在，實有釐清的必要。

相比於我國實務對於虛擬兒少色情是否應受管制及管制理由等問題，尚未形成一致的見解，美國聯邦最高法院在 2002 年的 *Ashcroft v. Free Speech*

Coalition 判決（下稱 *Ashcroft* 判決）中⁸，則對管制虛擬兒少色情的可能理由及能否成立，均有詳盡的論述。故在思考管制 AI 兒少色情的正當性基礎時，美國法上的討論誠值參照，因此本文將以美國法、特別是 *Ashcroft* 判決為參照，分析管制 AI 兒少色情的正當性基礎可能為何。

以下，本文將先於「貳、我國現行刑事管制規範概覽」，說明 AI 兒少色情在我國現行刑法法制下的評價及爭議；繼於「參、美國法上之討論」，說明美國聯邦最高法院對於虛擬兒少色情管制的立場及發展脈絡；並於「肆、管制 AI 兒少色情之正當性基礎」，以 *Ashcroft* 判決為基礎，分析在立法論上可能證成 AI 兒少色情管制的理由；最後於「伍、結論」總結全文，並就我國 AI 兒少色情之管制，提出初步之修法建議。

貳、我國現行刑事管制規範概覽

⁷ 相關討論可參見：廖宜寧，虛擬兒少色情的刑事管制爭議—以二次元創作作品為中心，全國律師，28 卷 12 期，頁 6-20（2024 年）；謝良駿，蘿莉控都是犯罪預備軍？兒童及少年性剝削條例虛擬兒少色情之過去與未來，全國律師，28 卷 12 期，頁 21-50（2024 年）。

⁸ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 US 234 (2002). 本判決中文節譯可參見：劉靜怡譯，*Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 US 234 (2002)，收於：司法院編，美國聯邦最高法院憲法判決選譯（VI），頁 21-30（2008 年）。



本節將檢視 AI 兒少色情影像於我國現行刑事管制規範下的法律評價，以下依序就可能涉及之刑事規範分別說明。

一、刑法第 235 條散布猥褻物品罪

我國刑法中仍設有妨害風化罪章，該罪章中之有刑法第 235 條散布猥褻物品罪，其保護法益、存在目的，乃至合憲性，長期以來為學界與實務所爭論。細繹本罪之規定，本罪所指客體為「猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品」，而猥褻之定義，則為本罪構成要件詮釋之關鍵。就此，司法院大法官釋字第 407 號解釋指出：「猥褻出版品」係指「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；司法院大法官釋字第 617 號解釋則進一步依猥褻物品之內容而異其構成散布之標準——如「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」，原則禁止傳布；相對如「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」倘以「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，方構成散布⁹。

回到本文所討論之 AI 兒少色情影像，倘若涉及對於兒少性暴力、性虐待或是人獸交，因此類影像或物品本質上屬於硬蕊資訊，如依目前實務見解，即構成刑法第 235 條之猥褻定義；至若不屬於硬蕊概念下之猥褻，如足以刺激或滿足性慾，引起一般人羞恥或厭惡，倘未採取適當阻絕措施，仍有成立本罪之空間。不過，本罪主要管制行為乃「散布」、「播送」、「販賣」或「意圖散布、播送、販賣而製造、持有」，如單純持有或製造或許不在本罪行為構成要件內，即不構成本罪。是如單純利用生成式 AI 軟體輸出兒少猥褻影像，雖該當製造行為，除非有散布、播送、販賣之意圖，否則仍無法成立本罪。

二、刑法第 319 條之 4 意圖散布以電腦合成製作他人不實性影像罪

本罪於 2023 年 1 月 7 日增訂，其立法背景主要係因某網紅利用深偽技術

⁹ 有論者根本認為本條違憲，參見：司法院大法官釋字第 617 號解釋許玉秀大法官協同意見書；黃榮堅，棄權又越權的大法官釋字第 617 號解釋，台灣本土法學雜誌，89 期，頁 70-73（2006 年）。

將知名人士之臉部合成至性影像中¹⁰，引發社會關注並促成本次修法。由於本條規範客體為「性影像」，立法者於增訂本條時，同步新增刑法第 10 條第 8 項，以明定性影像之定義，即內容含有「刑法第 10 條第 5 項第 1 款或第 2 款之行為、性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位、以身體或器物接觸前款部位，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為、其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為」之影像或電磁紀錄，換言之，性交行為及實務界定之猥褻行為均納入性影像之範疇，甚至單獨呈現性器亦屬之¹¹。

惟從本條之構成要件觀察，其文義明確要求為「他人」之性影像，且須「足以生損害於他人」¹²，亦即需要有真實被害人存在，始有構成本罪之可能，故本文所探討之 AI 兒少色情，因無具體被害人存在，尚難成立本罪。

三、兒童及少年性剝削防制條例

兒童及少年性剝削防制條例（下稱

兒少性剝削條例）之前身為兒童及少年性交易防制條例，係立基於保護兒童及少年之目的而制定，後為避免「性交易」一詞之污名化，方於 2015 年 1 月重新制定條文，並改以「性剝削」概念作為核心。

所謂「性剝削」之定義，可參該條例第 2 條，迭經多次修正後，其現行條文如下：「本條例所稱兒童或少年性剝削，指下列行為之一者：一、使兒童或少年為有對價之性交或猥褻行為。二、利用兒童或少年為性交或猥褻之行為，以供人觀覽。三、拍攝、製造、重製、持有、散布、播送、交付、公然陳列、販賣或支付對價觀覽兒童或少年之性影像、與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品。四、使兒童或少年坐檯陪酒或涉及色情之伴遊、伴唱、伴舞或其他類似行為」，其中與本文關聯之性剝削定義為第 3 款，而 AI 兒少色情主要可能涉及之處罰規定，則在於兒少性剝削條例第 36 條至第 38 條。因此，有疑義者在於：第 2

¹⁰ 同前註 5，該名被告係以生成式 AI 軟體「DEEPFACELAB」，將真實名人的臉部合成至自網路下載之成人性交或猥褻影像，進而販售之。

¹¹ 本次關於性影像之定義性規定，確實連帶影響與性影像有關之刑法構成要件，而引發新舊法比較之討論，參見：最高法院 112 年度台上字第 863 號判決、臺灣高等法院 113 年度侵上訴字第 44 號判決。

¹² 學界認為本罪之適性犯，本質需具高度擬真性，且須對外散布或交付始會構成，參見：王皇玉，刑法分則（一），1 版，頁 391-392（2025 年）。



條第 1 項第 3 款所稱之「性影像」及「與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品」，是否係以真實兒少色情為限？抑或包含虛擬、乃至於 AI 兒少色情？

自兒少性剝削條例第 2 條 2023 年修正理由載明「為保護兒童及少年身心健全發展，避免兒童及少年遭受任何形式之性剝削、從事色情表演或作為色情之題材而助長性差別待遇意識，避免觀看兒童或少年色情圖畫、照片之人，採取實際行動侵害兒童或少年，提高犯罪之危險性，爰原第三款之性交或猥褻行為之圖畫仍有規範必要，避免因觀看兒童或少年與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥行為之素描、漫畫、繪畫等色情圖畫，致進一步侵害兒童或少年」可知，2023 年修正兒少性剝削條例第 2 條時，係將包含二次元創作之虛擬兒少色情，均劃入「與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫、語音或其他物品」之範圍內。

然而，將二次元創作劃入兒少性剝削條例管制範圍是否妥適，隨即引起熱議，為杜爭議，立法院於 2024 年修正第 2 條第 1 項第 3 款之處罰樣態時，一

併於修正理由中論及「第 1 項第 3 款所稱與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之圖畫，參酌日本『兒童買春、兒童色情關係行為等規制及處罰並兒童保護等相關法律』，係以生成式人工智慧製造、擬真繪製或以真實存在之兒童或少年為創作背景之色情圖畫為限」，亦即僅處罰 AI 兒少色情，其餘二次元創作等之虛擬兒少色情，則非本法所處罰之範圍¹³。

在我國地方法院首例因 AI 兒少色情影像涉犯兒少性剝削條例之案件中¹⁴，該案被告利用「Stable Diffusion」生成式 AI 軟體，輸入與兒童及少年性相關之生成詞，生成女童及少女裸露胸部、下體之影像檔，後續於網路上之販賣，法院亦判決被告有罪，並指出：「兒童及少年性剝削條例第 36 條、第 38 條所定之兒童或少年與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之『圖畫』，當包含描繪未滿 18 歲之兒童或少年為性的露骨行為之素描、漫畫、繪畫等色情圖畫，至所描繪之兒童或少年，是否確有其人，則非所問」。

由上可知，不論就法條文義或立法歷程而言，AI 兒少色情屬於兒少性剝

¹³ 此一作法，係因修正時立法者原本有意納入，但最終衛生福利部表示仍需保留彈性，雖最終未將該內容明文化於法條之文義中，參見：謝良駿（註 7），頁 23。

¹⁴ 參見：臺灣橋頭地方法院 113 年度審訴字第 135 號判決。

削條例的處罰範圍，實務亦同此見解；不過，從保護法益的角度出發，是否應將 AI 兒少色情納入管制，則仍有討論空間。

由上開本法第 2 條 2023 年之修正理由，提及「保護兒童及少年身心健全發展，避免兒童及少年遭受任何形式之性剝削、從事色情表演或作為色情之題材而助長性差別待遇意識」及「避免觀看兒童或少年色情圖畫、照片之人，採取實際行動侵害兒童或少年，提高犯罪之危險性」可知，立法者所設定之保護目的大致可區分為 2 點：1. 避免兒童及少年成為實際表演對象而成為性剝削客體，及 2. 避免閱聽者閱覽後而實際產生後續實際犯罪行為——換言之，不單僅有保護「被害兒少」之個人法益，但仍以避免對實際兒少造成傷害為主¹⁵。

就實務判決而言，最高法院 114 年度台上字第 70 號判決揭櫫：「又本條例第 36 條第 2 項係保護法益為兒少身心健全發展，與刑法保障個人性行為之自決自由的妨害性自主罪章，及維護和性相關之社會倫理善良風俗的妨害風化罪章等法益有別，且係立法者為避免兒

少成為性影像之拍攝對象，特別規定加以處罰，屬立法形成之自由，自與比例原則無違」；最高法院 113 年度台上字第 2162 號判決則指出：「現今社會處於網路時代與數位化環境，拍攝、製造、儲存、傳送、複製含有兒童及少年性影像內容之檔案、電子紀錄訊號物品，甚為容易，更易於散布、播送、陳列，甚至販賣營利，影響無遠弗屆，倘因此侵害兒童及少年之性隱私，將造成難堪、恐懼等身心巨大創傷。是以拍攝、被拍攝、自行拍攝、製造兒童及少年性活動過程中之性影像，侵害兒童、少年身心健全發展之基本人權，均係侵害兒少性隱私之犯罪類型，而為法所禁止」。由此可見，最高法院對於兒少性剝削條例之保護法益認定，目前以強調保障兒少身心健全發展為主軸，同時亦提及避免造成對於兒少傷害，此部分概念確實與立法理由一貫，但也附帶表示與刑法妨害性自主及妨害風化罪章之保護法益有別。

但在學說部分，則有論者認為虛擬兒少色情欠缺可罰性基礎¹⁶：如謝煜偉即批評，擴張處罰虛擬兒少色情的真正

¹⁵ 亦有論者認為兒少年性剝削條例之保護法益應帶有保障兒少正常性自主權發展，參見：陳重言，兒少色情物品的刑法規範—以虛擬角色及持有行為為核心，法官協會雜誌，16 卷，頁 197（2014 年）。

¹⁶ 亦有論者支持將虛擬兒少色情納入管制，例如：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



原因，並非出自「個別受害兒童再次受創的防免」、「青少年整體身心健全之維護」或「性自主權之保障」，而是透過刑罰宣示兒童概念及兒童形象的純潔性，藉以保護「成人眼中身心健康的兒童形象」¹⁷；廖宜寧則強調，二次元創作的虛擬兒少色情，並未直接侵害兒少性自主或性隱私，且因欠缺實證數據佐證，不能遽認觀覽兒少色情行為將導致後續性侵害犯罪¹⁸——儘管上開討論主要是針對二次元創作之虛擬兒少色情，在兒少性剝削條例於 2024 年修法、在修正理由中將之排除於處罰範圍後，爭議似已暫告段落；但 AI 兒少色情同樣未直接侵害真實兒少的性自主或性隱私，則其管制正當性究竟為何，則是尚待解答的問題¹⁹。

四、小結

基上說明，就解釋論之層次，依我國目前刑事規範，AI 兒少色情雖能依

刑法第 235 條處罰，但該條有一定主觀要件，成罪並不容易；此外由兒少性剝削條例之修正理由，可知 AI 兒少色情落入兒少性剝削條例處罰範圍，此一立場亦為實務見解所支持。但就立法論之層次，AI 兒少色情與一般虛擬兒少色情之差異為何、處罰 AI 兒少色情是否具有正當性，則仍有待釐清。以下，本文將參照美國法上實務判決及學界見解，嘗試回答此一問題。

參、美國法上之討論

美國法上關於虛擬兒少色情（virtual child pornography）的管制爭議²⁰，主要涉及是否牴觸美國憲法增修條文第 1 條的言論自由保障。對此，聯邦最高法院在 Ashcroft 判決中，強調虛擬與真實兒少色情言論的差異，並肯認虛擬兒少色情言論同受增修條文第 1 條保障。以下，本文將以 Ashcroft 判

59-60（2002 年）；陳重言（註 15），頁 197-198。

¹⁷ 參見：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 57-59（2010 年）。

¹⁸ 參見：廖宜寧（註 7），頁 19-20。

¹⁹ 參見：謝良駿（註 7），頁 50。

²⁰ 在美國法上多以「兒童色情」（child pornography）泛稱描寫未成年人（minor）從事具明顯性意涵之言論，惟依據美國聯邦現行 18 U.S. Code § 2256(1) 之規定，其所稱之未成年人係指未滿 18 歲之人，與本文其餘以我國法為基礎、使用「兒少色情」一詞之涵蓋範圍相同。為避免混淆，本節除翻譯法條時仍使用「兒童色情」外，其餘均使用「兒少色情」稱之。

決為核心，介紹多數意見在本判決中的論證，以及協同及不同意見的質疑，藉此說明虛擬兒少色情在美國法上的管制爭議²¹。不過，在此之前，為了解虛擬兒少色情在美國言論自由體系下的定位，本文將先簡要回顧聯邦最高法院在 *Ashcroft* 判決前，對於猥褻及真實兒少色情言論管制的立場。

一、*Ashcroft* 判決之前：從猥褻到真實兒少色情

虛擬兒少色情言論屬於具有明顯性意涵（sexually explicit）言論的一種，而聯邦最高法院對於明顯性意涵言論管制的立場，要從猥褻言論（obscenity）說起：在 1942 年的 *Chaplinsky v. New Hampshire* 判決中²²，法院將猥褻言論排除於增修條文第 1 條的保障之外²³；其後又於 1972 年的 *Miller v. California*

判決中²⁴，指出法律對於猥褻言論之禁止，如符合下列三項標準：1. 依當時該社群之標準，可認該言論整體而言引發閱聽人的情慾興趣（prurient interest）；2. 以明顯具冒犯性的方式（in a patently offensive way）描繪性行為；3. 整體而言，該言論欠缺嚴肅的文學、藝術、政治或科學價值時²⁵，則不違反經增修條文第 14 條而適用於各州之增修條文第 1 條。

繼猥褻言論之後，法院在 1982 年的 *New York v. Ferber* 判決中²⁶，新增兒少色情言論為不受增修條文第 1 條保障的言論類型，並肯認 1977 年制定，非以猥褻為定義、處罰促進兒少為性表演（promoting a sexual performance by a child）的 *New York* 州刑法第 263 條之 15 節（§ 263.15 of the *New York Penal Law*）²⁷，並未違反增修條文第

²¹ 就此議題的完整討論，可參見：蘇慧婕，虛擬兒童色情物品的言論自由難題——美國聯邦最高法院相關判決評析，*法官協會雜誌*，16 期，頁 172-189（2014 年）。

²² *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568 (1942).

²³ 不過，聯邦最高法院在 *Stanley v. Georgia* 判決中，認為在增修條文第 1 條及第 14 條之保障下，法律不得將單純持有猥褻物之行為入罪，*see. Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969)。此與法院在 *Osborne v. Ohio* 判決中，肯認禁止持有兒少色情物品之規定並未違憲不同（詳見下述）。

²⁴ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

²⁵ *Id.* at 24-25.

²⁶ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

²⁷ 本條規定「明知其性質及內容，而製造、指導或促進未滿 16 歲兒童為性行為表演者，構成促進兒童為性表演之罪（A person is guilty of promoting a sexual performance by a child when, knowing the character and content thereof, he produces, directs or promotes any performance which



1 條的保障——由 White 大法官主筆的多數意見認為：避免兒少受到性剝削及性虐待，構成極為重要的政府目的；兒少色情的產製是對於兒少參演的永恆紀錄，其流通則加劇了參演兒少所受的傷害，且欲有效控制兒少性剝削物品的產製，則必須關閉兒少色情的流通網絡，因此散布描寫兒少性活動的影像，與兒少性剝削二者之間具有內在關聯（intrinsically related）；又兒少色情物品的廣告與販賣行為，為製造此類物品提供了經濟誘因，故亦同應全面禁止²⁸。此外，兒少參演性行為的價值極為渺小，也很少作為文藝、科學或教育作品中重要且必要的部分——法院並進一步指出，如果出於文學或藝術價值所需要，可以已達法定年齡以上、但看起來較年輕者代之，或以非法律所禁止之模擬（simulation）方式取代²⁹。

而後，法院在 1990 年的 *Osborne v.*

Ohio 判決中³⁰，延續 *Ferber* 判決「保障參演兒少權利」的論述³¹，進一步肯認 Ohio 州「任何人不得持有或觀看展示非其子女或非受其監護之未成年人之裸體物品或表演」，即禁止持有兒少色情物品的規定³²，並未牴觸增修條文第 1 條之言論自由保障——同樣由 White 大法官主筆的多數意見指出：Ohio 州處罰持有及觀看真實兒少色情行為，乃基於保護未成年人身心健康及消滅兒少性剝削市場的迫切政府利益；且 Ohio 州的規定具有鼓勵持有人銷毀被害人遭虐待的永恆紀錄，避免該等物品遭戀童者用於誘拐其他兒少之正當作用³³。

由上可知，聯邦最高法院基於避免兒少遭受性剝削之迫切政府目的，分別在 *Ferber* 及 *Osborne* 判決中，肯認禁止流通及持有兒少色情物品規定的合憲性，而有別於 *Ferber* 判決，將禁止兒少色情物品流通的正當性繫於防止對參演

includes sexual conduct by a child less than sixteen years of age.)」。另同法進一步定義所謂「性行為」係指「真正或擬真（simulated）的性交、違異性行為（deviate sexual intercourse）、人獸交、自慰、性虐待或生殖器的下流展示」，See Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther, First Amendment Law 120 (3rd ed. 2007).

²⁸ *supra* note 26, at 756-762.

²⁹ *Id.* at 763.

³⁰ *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990).

³¹ 蘇慧婕（註 21），頁 177。

³² Ohio Rev. Code Ann. § 2907.323(A)(3) (Supp.1989). 該規定的完整中文翻譯可參見：蘇慧婕（註 21），頁 176。

³³ *supra* note 30, at 111.

兒少的直接侵害；Osborne 判決則擴大承認處罰持有兒少色情物品，亦具有防止戀童者持之誘拐非參演兒少的間接侵害之利益。

二、Ashcroft 判決：管制虛擬兒少色情的正當性為何？

1996 年，美國國會通過兒童色情防制法（The Child Pornography Prevention Act of 1996，下簡稱 CPPA），以擴大兒少色情言論的管制範圍：除禁止使實際未成年人從事具明顯性意涵行為的視覺性描述（visual depiction）³⁴，更擴及是或「看似是（appears to be）」以未成年人從事具明顯性意涵的視覺性描述，包含相片、電影、錄影帶、圖片、電腦或電腦合成的影像或圖片在內³⁵；且以任何具明顯性意涵的影像，進行廣告、推銷、描寫或傳送等行為，因而傳達使未成年人從事具明顯性意涵行為的印象（conveys the impression）者，亦受禁止³⁶。

Free Speech Coalition 是一成人娛樂產業組成之同業聯盟，其連同其

他組織提起訴訟，其主張 CPPA 上開「看似是」及「傳達印象」之規定，涵蓋範圍過廣（overbroad）且過於模糊（vague），從而箝制受增修條文第 1 條所保障之作品產製。最終，法院以 6 比 3 的票數認定：上開 § 2256(8)(B) 及 § 2256(8)(D) 規定均因涵蓋範圍過廣而違憲，並由 Kennedy 大法官主筆多數意見。另本判決共有 3 份意見書，分別是：

1. 由 Thomas 大法官提出的協同意見書；
2. 由 O'Connor 大法官提出、Rehnquist 首席大法官及 Scalia 大法官加入（均僅加入不同意見部分）的部分協同、部分不同意見書；
3. 以及 Rehnquist 首席大法官提出、Scalia 大法官部分加入之不同意見書。

（一）多數意見

就 § 2256(8)(B)，即將虛擬兒少色情言論一併禁止之規定³⁷，多數意見首先強調 CPPA 不適用 Miller 及 Ferber 判決，因此該 2 判決不能作為支持其合憲的理由：在 Miller 判決部分，由於 CPPA 並不要求受管制內容必須「引發閱聽人的情慾興趣」，亦不須「明顯具

³⁴ 18 U.S.C. § 2256(8)(A).

³⁵ 18 U.S.C. § 2256(8)(B). 在此定義下，包含：(1) 純粹以電腦生成之虛擬兒少色情物品；(2) 以真實兒少照片為基礎，進行變造之虛擬兒少色情物品；以及 (3) 以看似未成年人之成年人而製造之色情物品，均在禁止的範圍內，參見：蘇慧婕（註 21），頁 180。

³⁶ 18 U.S.C. § 2256(8)(D).

³⁷ 囿於篇幅，多數意見就 § 2256(8)(D) 規定違憲之論證，於茲不贅。



冒犯性」，僅需描繪具有明顯性意涵之行為即可，且即便具有嚴肅價值者亦同受禁止，且在 CPPA 之規定下，縱使整部作品僅出現單一符合其定義之畫面亦應受處罰，與 Miller 判決所採取的整體考量標準不同³⁸；在 Ferber 判決部分，則因 Ferber 判決所涉及的言論，本身即是虐待兒少的紀錄，而 CPPA 所禁止的言論，既未記錄任何犯罪，其產製也未造成任何受害者，故其與兒少性剝削間，並不具有內在關聯，即便政府主張虛擬兒少色情亦會導致兒少性剝削的實際結果，但二者間的因果連結僅是偶然且間接的，而政府雖主張依據 Ferber 判決，兒少色情很少是有價值的言論，但 Ferber 判決主要建立在「兒少色情如何被製造」、而非「兒少色情所傳播的內容」，且將真實及虛擬兒少色情二者之差異，作為支持其判決的依據，故而消除二者間差異，並將虛擬兒少色情入罪的 CPPA，無法適用 Ferber 判決³⁹。

既然無法援用 Miller 及 Ferber 判決，政府又提出數項支持 CPPA 合憲的

主張，但多數意見均一一駁斥：1. 對於政府主張「戀童者將以虛擬兒少色情物品誘拐兒少」，多數意見認為政府不能僅因擔心言論可能為兒少所吸收，即禁止成人接收該等言論的權利，且對於兒少權利的侵害係來自於行為人的非法行為，並非該等言論⁴⁰；2. 對於政府主張「虛擬兒少色情將刺激戀童者性慾」部分，多數意見則延續向來的「明顯而立即」危險標準，即除非某一言論與立即出現的違法行為間，具有直接的關聯性，否則不得據以禁止該言論⁴¹；3. 對於政府主張「為禁絕真實兒少色情產業須一併禁止虛擬兒少色情」，多數意見認為倘若虛擬兒少色情即為足夠，將很少會有色情業者冒著被起訴的莫大風險而虐待真實兒少，故此一抗辯亦不成立⁴²；4. 對於政府主張「禁止虛擬兒少色情言論以有效追訴真實兒少色情言論」，多數意見則指摘此牴觸禁止涵蓋範圍過廣（overbreadth doctrine）原則，即要求政府不得以禁止不受保障之言論為由，而導致相當數量受保障之言論同

³⁸ *supra* note 8, at 246-249.

³⁹ *Id.* at 249-251.

⁴⁰ *Id.* at 251-253.

⁴¹ *Id.* at 253-254.

⁴² *Id.* at 254.

遭禁止或箝制⁴³。

(二) 協同及不同意見

Thomas 大法官在其協同意見書中指出：在政府所提出的各項立法理由中，最有說服力的是「有效追訴」的主張，只不過其未能充分論證。隨著科技發展至難以區辨特定色情圖像究屬真實或虛擬，導致政府無從執行禁止真實兒少色情之法律時，若搭配適當的積極抗辯（affirmative defense），或以較限縮的方式進行限制，政府對於虛擬兒少色情的管制將不必然被禁止。換言之，當科技發展已妨害了對非法言論的追訴，政府將可能具備迫切利益，透過禁止某種狹義的合法言論，以有效執行禁止真實兒少色情之法律⁴⁴。

O'Connor 大法官則在其部分協同、部分不同意見書中表示，§ 2256(8)(B) 禁止看似以未成年人從事具明顯性意涵之視覺性描述的規定，僅在「以看似未成年人之真實成人參演」的情形，始因涵蓋範圍過廣而違憲，但在虛擬兒少色情部分，其則肯認政府具有保

護兒少的迫切利益，並認為 CPPA 對於虛擬兒少色情的禁止，能夠避免「戀童者將以虛擬兒少色情物品誘拐兒少」、「虛擬兒少色情將刺激戀童者性慾」，且政府對於無法「有效追訴真實兒少色情言論」的擔憂，亦屬合理⁴⁵；此外，O'Connor 大法官也主張應將「看似是」之要件理解為「幾乎無法區分（virtually indistinguishable from）」，藉以將動漫手稿（cartoon sketches）及雕塑（statues）等排除適用，以避免涵蓋範圍過廣之問題⁴⁶。

最後，Rehnquist 首席大法官在其不同意見書中，除贊同 O'Connor 大法官，亦認同政府有禁止虛擬兒少色情之迫切利益，且法院應尊重國會對於電腦科技的發展，將使真實兒少色情言論難以被有效追訴的判斷，以及將「看似是」限縮解釋為「幾乎無法區分」外⁴⁷；更進一步主張「具明顯性意涵之行為」限縮解釋在「硬蕊（hard core）」之範圍內，如此 CPPA 之規定即可通過增修條文第 1 條之憲法審

⁴³ *Id.* at 254-255.

⁴⁴ *Id.* at 259-260.

⁴⁵ *Id.* at 263-264.

⁴⁶ *Id.* at 264-265.

⁴⁷ *Id.* at 267-268.



查⁴⁸。

三、小結

在 Ashcroft 判決後，美國國會在 2003 年通過立即終結兒童剝削之檢控補救及其他手段法（the Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act，下稱 PROTECT）⁴⁹，PROTECT 法將「未成年人從事具有明顯性意涵行為的數位影像、電腦影像或電腦合成之影像，或無法區分是否屬於此等影像」的視覺描述亦定義為兒少色情⁵⁰，然亦增訂「該等視覺描述並非利用實際之未成年人製造」之積極抗辯規定⁵¹，使被告得舉證系爭影像為虛擬兒少色情而免受處罰。

回顧上開指標判決可知，美國聯邦最高法院在 Ferber 判決中，以參演兒少的權利保障（直接侵害）為基礎，確立真實兒少色情並非受增修條文第 1 條所保障的言論；在 Osborne 判決中，則進一步肯認防止戀童者用以引誘非參演兒少（間接侵害），亦是禁止持有真實兒少色情物品規定的正當目的；但在

Ashcroft 判決中，則認為虛擬兒少色情不同於真實兒少色情，而不具備上開直接或間接侵害。

肆、管制 AI 兒少色情之正當性基礎：再訪 Ashcroft 判決

如前所述，聯邦最高法院對於真實兒少色情言論的管制正當性，奠基於對參演兒童的直接侵害，其後又擴及對於非參演兒童的間接侵害。不過，在 Ashcroft 判決中，多數意見則認為 CPPA 所處罰之言論類型，並無實際之未成年人參演，不具備直接侵害；並逐一論述「戀童者將以虛擬兒少色情物品誘拐兒少」（下稱「誘拐理論」）、「虛擬兒少色情將刺激戀童者性慾」（下稱「刺激理論」）、「為禁絕真實兒少色情產業須一併禁止虛擬兒少色情」（下稱「市場理論」），以及「有效追訴真實兒少色情言論」（下稱「追訴理論」）等防止間接侵害之管制理由，均不足以證成 CPPA 管制的正當性。

⁴⁸ *Id.* at 269-272.

⁴⁹ Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act of 2003, Pub. L. 108-21, § 502, 117 Stat. 650.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

然而，不論是晚近生成式 AI 的快速發展，或是人們對於兒少性剝削犯罪模式的深入研究，均使多數意見在 *Ashcroft* 判決中的論述受到挑戰。具體言之，就生成式 AI 的運作模式而言，AI 兒少色情是否必然未涉真實未成年人，而不具直接侵害？而假可亂真的 AI 兒少色情，又是否可能帶來類同於真實兒少色情的間接侵害，而具備管制的正當性？以下，本文將依序檢視 *Ashcroft* 判決所駁斥的各項管制理由，是否會因 AI 兒少色情的發展而受到挑戰。

一、直接侵害

如前所述，欲透過輸入生成式 AI 軟體產生兒少色情影像，須經由機器深度學習發展，而不論採取 GAN 或擴散模型，均須有大量數據庫給予 AI 系統歸納規則，故生成圖片的 AI 軟體運作，係以圖片資料庫的建立為前提。因此，陸續有論者質疑在資料庫擷取資料的過程中，已將可識別身分之兒少照片搜集至資料庫中，諸如從父母社群網站擷取

生活照片，而侵害兒少隱私權⁵²，進而據以認定：如利用生成式 AI 軟體輸出兒少性影像，因其數據庫中存有真實兒少圖像，故其所生之擬真色情影像仍涉及真實兒少⁵³，亦即於數據訓練過程中，對真實存在兒少致生直接侵害⁵⁴。

不過，上開直接侵害之推論是否合理，即可否直接藉由資料庫中存有實際個人照片，則認定直接侵害被害人，恐有疑問：易言之，在生成圖片過程中，AI 所擷取之照片是否有辦法具體連結至真實個人、且其是否屬於兒少，尚難明確判斷。因此，本文認為，欲以直接侵害實際兒少，作為正當化處罰生成 AI 兒少色情影像之事由仍稍微薄弱，且現實上也難以認定資料庫生成圖像之過程，均係以實際兒少畫面所製成，既然無法認定取自於真實兒少，以防止直接侵害作為處罰 AI 兒少色情之依據，即非妥適。

二、間接侵害

在各項間接侵害中，本文認為誘拐

⁵² Vittoria Elliott Business, *AI Tools Are Secretly Training on Real Images of Children*, Wired (Jun. 10, 2024), https://www.wired.com/story/ai-tools-are-secretly-training-on-real-childrens-faces/?utm_source=chatgpt.com.

⁵³ Human Rights Watch, *Australia: Children's Personal Photos Misused to Power AI Tools* (Jul. 2, 2024), <https://www.hrw.org/news/2024/07/03/australia-childrens-personal-photos-misused-power-ai-tools>.

⁵⁴ See W. Clayton Wilder, *Virtual Vice: The Urgent Need to Reassess Ashcroft v. Free Speech Coalition in the Age of AI-Generated Child Pornography*, 48 L. & PSYCHOL. REV. 185-190 (2023-2024).



理論及市場理論足資作為處罰 AI 兒少色情之正當性事由、刺激理論及追訴理論則否，理由如下：

(一)誘拐理論

隨著兒少性剝削犯罪在晚近漸受關注，Winters 與 Jeglic 試圖歸納兒少性誘拐（sexual grooming）的行為模式，並將兒少性誘拐的行為歷程劃分為 5 個階段：(1) 受害者選擇：行為人會識別出基於心理、情感或家庭因素，較脆弱之兒少，選擇其作為潛在的受害者；(2) 接觸並孤立：行為人會開始透過如參與青少年志工活動、或以取得其監護人信任的方式接近兒少，一旦開始接觸，行為人會嘗試將該名兒少與其同儕或照顧者孤立，以私下進行性誘拐行為；(3) 建立信賴：行為人試圖取得該兒少及其生活中重要成人的信賴；(4) 脫敏（desensitization）：行為人會透過使兒少對性內容（包含色情或裸體內容）脫敏，並增加肢體接觸，為性剝削行為

做準備；(5) 維護：在性剝削行為發生後，行為人為持續性剝削行為並避免遭發現，將操弄兒少，使之對性剝削行為感到自責、或擔心揭露的後果⁵⁵。

而兒少色情內容，即是行為人用以使被害兒少對性脫敏的重要工具，Jeglic、Winters 及 Johnson 以曾遭受兒少性剝削行為的成年人為研究對象進行實證分析，結果顯示：相比於未曾遭受兒少性剝削行為者，曾遭受兒少性剝削行為者曾被「展示兒少色情內容」的勝算比（odds ratio）為 7.82 倍，且此一差異達到統計上顯著，故 Jeglic、Winters 及 Johnson 將而⁵⁶。

不是所有兒少色情內容，都必然會被用於兒少性誘拐或性剝削犯罪，但向兒少展示兒少色情內容，既作為使兒少對性脫敏、進而使行為人得以對兒少遂行性犯罪的重要手段，其與兒少性誘拐或性剝削犯罪間，具有一定的關聯性。AI 兒少色情既與真實兒少色情內容難以

⁵⁵ Georgia M. Winters & Elizabeth L. Jeglic, *Models of Sexual Grooming*, in: *Sexual Grooming: Integrating Research, Practice, Prevention, and Policy* 15, 25-26 (2022). 在臺灣，於 2023 年爆發的一起兒少性剝削犯罪案件，被告的犯罪手法亦符合上開歷程：被告提供親子 DIY 手工皂體驗、並從事包車親子旅遊團，見被害人家庭社經條件較弱勢、家長因照顧其他子女或工作而心力交瘁，遂邀請被害人到家裡玩，取得被害人及家長的信任後，被告在屋內向被害人播放大量兒童性影片，告訴被害人這些是正常的行為，最終對被害人實施性侵，參見：張子午，獨家調查：「大貓案」權自立的共犯首度曝光，報導者，2024 年 5 月 30 日，<https://www.twreporter.org/a/child-and-youth-sexual-exploitation-criminal-case>（最後瀏覽日：2025 年 6 月 27 日）。

⁵⁶ Elizabeth L. Jeglic, Georgia M. Winters & Benjamin N. Johnson, *Identification of red flag child sexual grooming behaviors*, 136 *Child Abuse Negl.* 1, 5 (2023).

區別，其作為使兒少對性脫敏的手段、使行為人得以對兒少實行性誘拐，在效果上當無二致——不僅如此，Wilder 更指出，由於行為人可自行利用生成式 AI 製造其所需要的兒少色情內容，相比於使用真實兒少色情內容，其性誘拐犯行更易得逞，例如：行為人可先利用 AI 生成一同為兒少之形象，並以此形象與受害兒少互動，相比於以成人身分互動，更易取得受害兒少的信賴，而後行為人可生成該虛擬兒少的 AI 色情內容，讓受害兒少相信其他兒少也經常從事性行為，以達成減敏的效果⁵⁷。

由上可知，AI 兒少色情與傳統二次元的虛擬兒少色情不同，其難辨真假的特質，使其與兒少性剝削犯罪的關聯更為顯著。就此而言，若延續多數意見在 Ashcroft 判決中的立場，除非能夠證明 AI 兒少色情內容，具有明顯而立即的危險，否則不能將行為人後續的兒少性剝削犯行，歸咎於前階段的 AI 兒少色情內容；惟若回歸 Osborne 判決肯認防止戀童者用以引誘兒少，得作為禁止持有真實兒少色情依據之立場，則在 AI

兒少色情的誘拐效果不亞於、甚至更甚於真實兒少色情的情形下，誘拐理論應可作為正當化管制 AI 兒少色情的論據。

(二)刺激理論

有別於誘拐理論關注兒少色情物品對兒少的影響，刺激理論則側重於對行為人的影響。由於 AI 兒少色情與真實兒少色情難以區辨，二者激起行為人性慾、甚至促成其實行兒少性剝削犯罪的效果應無不同⁵⁸，故既有對真實兒少色情的研究發現，亦可適用於 AI 兒少色情。

既有研究已經指出，真實兒少色情可能激起持有者對兒少的性慾：Seto 等人以轉介至加拿大成癮與精神健康中心（the Center for Addiction and Mental Health）的 685 名男性患者為受試者，並依性犯罪史將之區分為：兒少色情犯、針對兒少的性罪犯、針對成人的性罪犯，及無任何性犯罪史之患者 4 組，藉由分別使受試者觀看不同年齡及性別的裸體圖像及錄音旁白，測量受試者的性興奮程度⁵⁹——研究結果顯示，兒少色情犯對於描繪兒少的性刺激物反

⁵⁷ *supra* note 54, at 193.

⁵⁸ See Emmy Waters & Trey Boyd, *AI-Generated Child Pornography Fuels the Child Sex Exploitation Industry*, The Heritage Foundation (Aug. 28, 2023), <https://www.heritage.org/big-tech/commentary/ai-generated-child-pornography-fuels-the-child-sex-exploitation-industry>.

⁵⁹ Michael C. Seto, James M. Cantor & Ray Blanchard, *Child Pornography Offenses Are a Valid Diagnostic Indicator of Pedophilia*, 115(3) J. Abnorm. Psychol. 610, 611-612 (2006).



應，顯著高於對描繪成人的性刺激物；且相比於其他組別，兒少色情犯也對於描繪兒少的性刺激物表現出更大的性興奮⁶⁰。Seto 等人因而指出，兒少色情犯罪是戀童傾向（pedophilia）的強烈指標，而這或許是因為人們通常會選擇符合其性癖的色情內容，鑒於合法的成人色情選擇繁多，不具戀童傾向者很少會選擇非法的兒少色情內容⁶¹。

不過，儘管涉及兒少色情犯罪者，可能具有較高的戀童傾向，但兒少色情犯罪與兒少性剝削犯罪間的關聯性為何，目前則未有共識⁶²：其中最常被提及的研究，是 Bourke 與 Hernandez 以在 Butner 聯邦監獄中，因犯下流通、接收或散布兒童色情物品罪，而接受性犯罪者治療計畫的 155 名受刑人為受訪者所進行的研究，結果顯示 85% 的受訪者承認曾動手實施（hands-on）兒少性剝削犯行，因此 Bourke 與 Hernandez

認為兒少色情與兒少性剝削犯罪間，具有明顯的關聯⁶³。不過，儘管上開研究為許多美國法院判決所引用，但其在研究方法上也受到諸多批評，例如：其樣本數過小、並未使用對照組、樣本不具代表性，且受訪者自承內容是否為真無從驗證等⁶⁴。

而後，隨著相關研究的累積，Seto 等人以網路性犯罪、特別是網路兒少色情犯罪者，是否「曾犯」（犯罪史）或「將犯」（再犯率）實體性犯罪為主題，對相關研究進行整合分析（meta-analysis）⁶⁵——結果顯示：就犯罪史而言，約有 12% 的網路兒少色情犯罪者，過去也曾有實體性剝削犯罪的前案紀錄，並有 55% 的犯罪者自承曾犯下實體性剝削犯罪⁶⁶；就再犯率而言，則僅約有 2% 的網路兒少色情犯罪者，在 1.5 至 6 年的追蹤期間內犯下實體的兒少性犯罪⁶⁷。

⁶⁰ *Id.* at 612-613.

⁶¹ *Id.* at 613-614.

⁶² See Nicholas Pisegna, *Probable Cause to Protect Children: The Connection Between Child Molestation and Child Pornography*, 36(2) B.C. J.L. & Soc. 287, 303-304 (2016).

⁶³ Michael L. Bourke & Andres E. Hernandez, *Butner Study Redux: A Report of the Incidence of Hands-on Child Victimization by Child Pornography Offenders*, 24(3) J. Fam. Violence 183, 189 (2009).

⁶⁴ *supra* note 62, at 305-306.

⁶⁵ See Michael C. Seto, R. Karl Hanson & Kelly M. Babchishin, *Contact Sexual Offending by Men With Online Sexual Offenses*, 23(1) Sex. Abuse 124, 126-127 (2010).

⁶⁶ *Id.* at 132-133.

⁶⁷ *Id.* at 135.

一言以蔽之，依照目前的實證研究結果，雖可認定兒少色情犯罪與兒少性剝削犯罪間具有某種程度的關聯，但尚難遽認二者間具有明確的因果關係，故現階段要以刺激理論作為管制 AI 兒少色情的正當性基礎，恐怕仍有困難，尚需佐以更豐富的心理學或犯罪學研究結果，始可能成立。

(三)市場理論

在 Ashcroft 判決中，多數意見不僅駁斥了「為禁絕真實兒少色情產業須一併禁止虛擬兒少色情」的政府主張，甚至認為虛擬兒少色情似可取代真實兒少色情。然而，Wilder 指出，多數意見似乎錯認了真實兒少色情製造者的行為動機：一如國會在 2003 年通過 PROTECT 法時的說明：「真實兒少色情來自於對於真實兒少的性虐待，真實兒少色情的製造是兒少性虐待的副產品、而非主要原因，沒有證據能夠證明以簡單、廉價的方式，即透過電腦合成擬真兒少圖像之未來發展，能夠停止、或甚至減少對於真實兒少的性虐待，或對於該虐待的視覺紀錄」⁶⁸；而英國網路觀察基金會（Internet Watch Foundation）觀察暗

網論壇使用者對於 AI 兒少色情的回饋，亦發現有許多使用者仍表示「對 AI 沒興趣」、「只想要真實的東西」，並聲稱 AI 兒少色情永遠無法取代真實兒少色情，因為其缺乏「危險的感覺（sense of danger）」⁶⁹。由此可見，即便 AI 兒少色情與真實兒少色情已難以區別，但對部分真實兒少色情的消費者而言，真實兒少色情作為犯罪紀錄的本質，仍與 AI 兒少色情有所不同，而非 AI 兒少色情所能取代。

Wilder 也進一步主張，AI 兒少色情的氾濫，不僅未能取代真實兒少色情，更反而促進之：真實兒少色情的製造者可能透過在社群網站發布虛擬兒少色情內容的方式，吸引有興趣者點閱，並將之引導至流通真實兒少色情的私密社團⁷⁰。

因此本文認為，多數意見在 Ashcroft 判決關於市場理論的推論，明顯與現實不符：AI 兒少色情並未消滅真實兒少色情、反而助長之一一而考量 AI 兒少色情對於真實兒少色情市場的助長，法院在 Ferber 判決中，以消滅市場作為禁止真實兒少色情的理由，亦應適用於

⁶⁸ Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act of 2003, Pub. L. 108-21, § 502, 117 Stat. 677.

⁶⁹ Internet Watch Foundation, How AI is Being Abused to Create Child Sexual Abuse Imagery, 33-34 (2023).

⁷⁰ *supra* note 54, at 191-192.



AI 兒少色情，故市場理論亦可證成對 AI 兒少色情的管制。

(四)追訴理論

當 AI 與真實兒少色情已難以區辨，Thomas 大法官在其意見書中表達的顧慮已然成真：倘未予禁止 AI 兒少色情，則行為人遭查獲持有兒少色情時，大可抗辯其係 AI 生成、而非真實兒少色情，檢警必須證明確有真實兒少參演，否則法院即難遽為對被告不利之判斷，然而隨著兒少色情內容不斷流通、傳遞，並不總是能順利循線查獲參演之真實兒少，因此若被告提出 AI 抗辯，確實為真實兒少色情的查緝增添許多困難。

不過，儘管追訴理論在現實上甚有可能發生，其得否作為禁止 AI 兒少色情的正當性基礎，則不無疑義：暫且不論此一理論是否違反罪疑惟輕之原則⁷¹，正如 Thomas 大法官肯認追訴理論的前提，係搭配適當的積極抗辯或限縮解釋，嗣後通過的 PROTECT 法即採取積極抗辯的立法模式，使法院雖得於「無法區分」是否屬於真實兒少色情時加以處罰，但仍使被告得舉證抗辯該色情內容非屬真實而不受處罰。本文認為，透過積極抗辯的立法模式，改由被告承擔系爭兒少色情內容並非真實的舉證責任，即足以解決現實上難以查緝真

實兒少色情的難題，因此追訴理論亦不足以作為禁止 AI 兒少色情的正當性基礎。

三、小結

綜上所述，如以 Ashcroft 判決中所討論的直接與間接侵害，作為可能證成限制 AI 兒少色情的正當性基礎，本文認為：就直接侵害而言，儘管現行的生成式 AI 模型，仍需以既有影像作為資料庫，但因已無法判斷有無實際侵害的對象，及該對象身為何、是否屬於兒少，尚難認為 AI 兒少色情具有對參演兒少的直接侵害；就間接侵害而言，本文則認為誘拐理論及市場理論亦適用於 AI 兒少色情，從而作為管制的正當性基礎，至於刺激理論因現階段尚難建立明確的因果關聯而難以成立，而追訴理論則因得以舉證責任轉換的立法模式取代，均無法據以正當化對 AI 兒少色情的處罰。

伍、結論

綜觀本文先前所述可知，以生成式 AI 軟體輸出高度擬真之兒少色情影像，依我國目前刑法及刑事特別法規範，構成刑法第 235 條散布猥褻物品罪，及兒

⁷¹ 參見：謝煜偉（註 17），頁 51。

少年性剝削條例第 36 條至第 38 條等罪。然而，兒少性剝削條例處罰 AI 兒少色情之正當性基礎為何，則未見詳盡說明。

基於現今 AI 技術已能輸出高度擬真、甚至難辨真假之影像，是否應將 AI 兒少色情影像納入刑罰範圍，值得進一步深究。本文從美國聯邦最高法院指標性之 *Ashcroft* 判決出發，儘管該判決認為 *CPPA* 所管制之虛擬兒少色情言論，無法適用法院在 *Miller* 或 *Ferber* 判決之立場，並認定虛擬兒少色情不構成直接侵害及間接侵害。然而，在 *Ashcroft* 判決作成的 20 多年後，在當今生成式 AI 的技術下，AI 兒少色情不僅可能被戀童者利用，作為使兒少對性脫敏以遂行性剝削犯罪的工具，更可能助長真實兒少色情的流通市場，因此本文認為，為了防止 AI 兒少色情可能帶來的上開間接侵害，足以證成禁絕 AI 兒少色情的正當性。

為避免 AI 兒少色情影像被用以遂行兒少性剝削犯罪，並助長真實兒少色情之流通，本文認為現行兒少性剝削條例將 AI 兒少色情納入處罰之立場，可資贊同；惟就具體條文之設計上，本文

則建議：1. 現行兒少性剝削條例第 2 條第 1 項第 3 款係透過 2024 年之修正理由，限縮於「以生成式人工智慧製造、擬真繪製或以真實存在之兒童或少年為創作背景之色情圖畫為限」，為避免法院解釋、適用之立場不一，仍宜修法明定之；2. 本文據以證成處罰 AI 兒少色情正當性之基礎，既在於其與真實兒少色情「難以辨別」，修法時宜增訂此一要件，而非所有以生成式 AI 生成之兒少色情均受處罰；3. 考量 AI 兒少色情影像未對實際兒少造成直接侵害，立法者於刑度設計上，或有一定的裁量空間，並應符合罪刑相當之憲法原則⁷²。至於是否應進一步擴大處罰範圍，諸如涵蓋所有虛擬兒少色情、納入不同的行為態樣，或如何進一步明確化「難以辨別」之要件、應透過如何之程序形成心證，僅能容待日後討論。

隨著已有案件進入法院，AI 兒少色情的可能危害不再只是危言聳聽、而是迫在眉睫的管制難題。隨著 AI 技術的快速發展，對人類的社會生活及制度規範帶來新的挑戰，在享受新興科技所帶來的便利同時，其所相應產生的風險與危害，亦值得我們嚴肅面對。

⁷² 前註 14 之判決亦以「本案並無實質被害人」為由，於論罪科刑時適用刑法第 59 條酌減被告刑度。



參考文獻

- 王皇玉（2025），刑法分則（一），1版，臺北：元照。
- 高玉泉（2002），論虛擬兒童色情資訊之規範與言論自由－從國際兒童人權的立場評析美國聯邦最高法院最近的一則判決，律師雜誌，278期，頁51-62。
- 陳昇瑋、溫怡玲（2019），人工智慧在台灣：產業轉型的契機與挑戰，1版，臺北：天下雜誌。
- 陳重言（2014），兒少色情物品的刑法規範－以虛擬角色及持有行為為核心，法官協會雜誌，16卷，頁194-199。
- 黃榮堅（2006），棄權又越權的大法官釋字第六一七號解釋，台灣本土法學雜誌，89期，頁55-73。
- 廖宜寧（2024），虛擬兒少色情的刑事管制爭議－以二次元創作作品為中心，全國律師，28卷12期，頁6-20。
- 薛智仁（2023），初探人工智慧對刑法學的挑戰－以自動駕駛為例，台灣法律人，27期，頁104-134。
- 謝良駿（2024），蘿莉控都是犯罪預備軍？兒童及少年性剝削條例虛擬兒少色情之過去與未來，全國律師，28卷12期，頁21-50。
- 謝煜偉（2010），論虛擬兒童色情的刑事立法趨勢－誰的青春肉體不可褻瀆？，月旦法學雜誌，186期，頁38-59。
- 蘇慧婕（2014），虛擬兒童色情物品的言論自由難題——美國聯邦最高法院相關判決評析，法官協會雜誌，16期，頁172-189。
- Bourke, Michael L., and Andres E. Hernandez. 2009. Butner Study Redux: A Report of the Incidence of Hands-on Child Victimization by Child Pornography Offenders. *Journal of Family Violence* 24(3):183-191.
- Jeglic, Elizabeth L., Georgia M. Winters, and Benjamin N. Johnson. 2023. Identification of Red Flag Child Sexual Grooming Behaviors. *Child Abuse & Neglect* 136:105998.
- Pisegna, Nicholas. 2016. Probable Cause to Protect Children: The Connection Between Child Molestation and Child Pornography. *Boston College Journal of Law & Social Justice* 36(2):287-318.
- Seto, Michael C., James M. Cantor, and Ray Blanchard. 2006. Child Pornography Offenses Are a Valid Diagnostic Indicator of Pedophilia.

- Journal of Abnormal Psychology* 115(3):610, 610-615.
- Seto, Michael C., R. Karl Hanson, and Kelly M. Babchishin. 2010. Contact Sexual Offending by Men With Online Sexual Offenses. *Sexual Abuse* 23(1):124-145.
- Sullivan, Kathleen M., and Gerald Gunther. 2007. *First Amendment Law*, 3rd ed. New York, NY: Foundation Press.
- Wilder, W. Clayton. 2023. Virtual Vice: The Urgent Need to Reassess Ashcroft v. Free Speech Coalition in the Age of AI-Generated Child Pornography. *Law and Psychology Review* 48:169-196.
- Winters, Georgia M., and Elizabeth L. Jeglic. 2022. Models of Sexual Grooming. Pp. 15-35 in *Sexual Grooming: Integrating Research, Practice, Prevention, and Policy*, edited by E. L. Jeglic and C. C. Calkins. Cham: Springer.