

出國報告（出國類別：進修）

數位性別暴力之美國法制研究
—以深偽色情與散布性私密影像為
核心

服務機關：法務部國際及兩岸法律司

姓名職稱：林郁璇調部辦事檢察官

派赴國家/地區：美國

出國期間：民國 111 年 7 月 5 日至 112 年 7 月 4 日

報告日期：民國 112 年 10 月 3 日

摘要

本文分別從性別以及法規範的視角，剖析美國(州)法對於深偽色情與散布性私密影像的相關規定。本文發現，由於父權體制下性別權力關係的不對等，行為人藉由散布深偽色情或性私密影像的方式，將女性視為一個可慾的性客體，而在厭女文化下帶來的羞辱、貶斥，足以讓被害女性感到羞恥、恐懼，以致深偽色情與散布性私密影像的被害人，絕大多數以女性為主，伴隨著網際網路的普及性，成為新型態的數位性別暴力。對於此一問題，目前美國法就深偽色情的部分，僅有少數州在性私密影像的相關犯罪中，採取將行為客體一併涵蓋了以深偽技術所製作的影像之規範模式，而在散布性私密影像的部分，多數州刑法係從保障個人的(性)隱私權的角度予以規範，並受到(州)法院的支持，蓋惟有在個人的性自主權與性隱私權能夠受到保障的情況下，個人的性自由才得以實現。

目次

1. 研究動機、目的與經過.....	1
2. 研究方法與範圍.....	6
3. 概念分析.....	8
3.1 何謂深偽(deepfake)	8
3.2 性私密影像.....	11
3.3(深偽)色情當中的性別權力不對等.....	13
3.3.1 父權體制下的性別歧視與厭女情節	13
3.3.2 (深偽)色情中的性別權力不對等.....	15
4. 美國法有關散布性私密影像之學理討論與相關規範	20
4.1 不受憲法第一修正案言論自由的保護	21
4.1.1 學說主張.....	21
4.1.2 法院判決.....	24
4.1.3 小結—兼論我國法.....	29
4.2 隱私權.....	33
4.2.1 保障隱私權作為立法目的.....	33
4.2.2 合理的隱私期待.....	41
4.2.3 小結—兼論我國法.....	45
4.3 騷擾.....	49
4.4 性犯罪.....	52
5. 美國對於深偽影像之相關規範.....	55
5.1 現行規範.....	55
5.1.1 民事責任.....	55
5.1.2 刑事責任.....	56
5.1.3 小結：.....	57
5.2 深偽言論與言論自由的關係	59
5.3.管制方向—兼論我國法.....	62
6、心得與建議.....	66

1. 研究動機、目的與經過

2019 年，南韓爆發了「N 號房事件」，在 2018 年下半年，文亨旭以帳號「godgod」於通訊軟體 Telegram 開設 1 號房至 8 號房的聊天群組，透過在網路上徵求援交、找尋含有分享裸露照片的素人帳號，直接要求或藉由釣魚網址取得女性被害人的個人資料後，以公布資料脅迫被害人拍攝自慰等影像，或性侵、性虐待被害人並錄製影片上傳，稱呼被害人為「奴隸」¹，群組會員若不想被退群，就必須分享例如親友、女友等其他女性的性私密影像、或參與性騷擾對話。嗣後衍生出 30 多個類似群組，其中又以趙主斌開設的「博士房」性剝削情形最為嚴重，其向會員收取虛擬貨幣，提供會員觀看兇殺色情影片，或讓會員得以控制被害人²。本案直到兩名大學生「火花」與「焯」與《韓民族日報》記者共同調查，才浮上檯面³。

在臺灣，鏡週刊於 2021 年報導「臉被偷走之後—無法可管的數位性暴力？台灣 Deepfake 事件獨家調查⁴」揭露名為「台灣網紅挖

¹ 許佳琦 (2021/01/11)，〈南韓「N 號房事件」殘酷一年後？屠殺靈魂的現場直播間〉https://global.udn.com/global_vision/story/8664/5158695 (最後瀏覽日：02/10/2023)。

² 風傳媒 (2022/05/26)，〈Netflix《揭發 N 號房》不只博士房！母親、女友私密照竟藏在 1 隱密群組，背後運作模式看完三觀全毀〉，<https://www.storm.mg/lifestyle/4351696?mode=whole> (最後瀏覽日：02/10/2023)。

³ Yahoo!新聞 (2022/05/20)，〈N 號房事件後續怎麼了？共犯高達 26 萬人 震驚全球的南韓集體性犯罪案件「N 號房」事件懶人包〉<https://tw.news.yahoo.com/n%E8%99%9F%E6%88%BF-n%E8%99%9F%E6%88%BF%E4%BA%8B%E4%BB%B6-netflix-%E7%B6%B2%E8%B7%AF%E7%85%89%E7%8D%84-103431104.html> (最後瀏覽日：02/10/2023)。

⁴ 蔣宜婷、陳昌遠、陳虹瑾 (2021/05/06)，〈臉被偷走之後—無法可管的數位性暴力？台灣 Deepfake 事件獨家調查〉，<https://www.mirrormedia.mg/projects/deepfaketaiwan/> (最後瀏覽日：

面」的帳號利用深偽技術，將網紅、明星、政治人物的臉移植到色情演員身上，在推特上提供色情試看片作為宣傳，並成立 Telegram 群組提供成員付費註冊、觀看影片，受害者近百人。翌年，該週刊專題「青春煉獄：網路獵騙性私密影像事件簿」，揭露帳號

「Airdrop5」與台灣規模最大、獲利鉅額的付費網路色情論壇「創意私房」合作，自 2020 年開始，以詐騙方式誘騙被害人提供性私密影像，並在該論壇販售，甚至提供被害人的個人資訊，讓購買者得以窺探被害人、接近被害人的生活，影像進而散布至臉書社團「霸社」，受害者多達 300 人⁵。

類似的網路性犯罪隨著科技發展與日遽增，在承辦散布性私密影像案件的過程中，筆者觀察到，即使影像中往往包含了雙方主體，然而被害人絕大多數為女性⁶或 LGBT 等性少數族群⁷，網路民權組織 Cyber Civil Rights Initiative 研究指出，報復式色情的被害人有 90% 為女性⁸。既然雙方當事人均為影片的主體，何以在現實生活中，卻往往為僅有特定性別或性傾向之一方能夠用以脅迫他

02/10/2023)。

⁵ 蔣宜婷 (2022/07/29)，〈青春煉獄：網路獵騙性私密影像事件簿〉，

https://www.mirrormedia.mg/projects/image_based_sex_abuse_scam/ (最後瀏覽日：02/10/2023)。

⁶ 根據行政院衛生福利部於 2022 年的統計，被害人的性別有高達 74% 是女性、22% 是男性，見自由時報 (2022/08/26)，〈性私密影像 68% 被不明人士上傳！ 僅 39% 受害者敢報警〉，

<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/4037839> (最後瀏覽日：02/10/2023)。

⁷ Amanda Lenhart, Michele Ybarra, & Myeshia Price-Feeney, *Nonconsensual Image Sharing: One in 25 Americans Has Been a Victim of "Revenge Porn"*, 4 DATA & SOCIETY RESEARCH INSTITUTE. 1, 5 (2016) https://datasociety.net/pubs/oh/Nonconsensual_Image_Sharing_2016.pdf

⁸ *End Revenge Porn*, CYBER CIVIL RIGHTS INITIATIVE. INC, <https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf> (last visited Oct. 3, 2023)

方？此種在性別與性傾向比例上的懸殊情形，使筆者有意探究其成因：父權社會如何滋養了此類性犯罪？女性在父權體制下被形塑為情感與性的勞動與付出者，且僅有在社會認可的情境下得以實踐，例如：異性戀、一對一的性、保守的性等等⁹，社會預設並規訓女性應是純潔的、在情感表達與性事上是被動的、柔順的，而裸露或拍攝影像，無論自願或非自願性地，都將受有羞辱與貶抑，在衍生的厭女文化與蕩婦羞辱(slut shaming)¹⁰的作用下，此類性私密影像使被害人需承受社會的獵奇眼光或污名、譴責，加害人因而達成其目的，而被害人亦可能考量揭發後，其自身遭受檢討的二次傷害風險，選擇噤聲，使加害人更加有恃無恐。類似情形亦發生在性少數族群，在恐嚇案件中，不願分手的加害人威脅前伴侶將傳送兩人親密的影像予其家人，欲以揭露同志身分的方式迫使被害人順從¹¹，此一行為無非係利用社會對於同志的歧視眼光作為籌碼，若係異性戀伴侶，此種藉由公開性傾向作為威脅之方式恐怕毫無效果。

再者，既有之法規範是否能充分評價其行為？抑或反而強化社會對於女性或性少數族群的刻板印象與不利處境？當性私密影像被

⁹ See Gayle Rubin, *Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, in *CULTURE, SOCIETY, AND SEXUALITY*, 143, 153-154. (Peter Aggleton & Richard Parker ed., 2006).

¹⁰ 蕩婦羞辱指基於個人的外表、性行為以及實際或感知的性行為對個人的污名化，主要針對女性。這種污名化反映在社會和關係制裁上，例如謠言、貶斥、羞辱她人為「蕩婦」。See Margot Goblet & Fabienne Glowacz, *Slut Shaming in Adolescence: A Violence against Girls and Its Impact on Their Health*. *Int J Environ Res Public Health*. 18(12):6657(2021).

¹¹ 見臺灣新北地方法院 110 年度易字第 540 號刑事判決。

評價為危害「社會性道德秩序與善良風俗」的「猥褻物品」時，此種道德性的評價，無非間接譴責被害人所為逸脫了社會的性道德，再次強化社會對於女性的規訓，弱化女性在情欲與性實踐的能動性。進一步的問題是，何謂「猥褻物品」？所謂「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」是誰的視角？誰擁有權力定義被觀看者？所謂的「一般人」是否難以避免的落入男性凝視(male gaze)¹²？

筆者有幸錄取美國哈佛大學法學院碩士班(LL. M.)，並經法務部同意選派前往進修，為深化理解性別平等議題及性別平等在憲法上之依據和發展，筆者修習了麥金儂教授(Catharine A. MacKinnon)授課的性別平等課程(Sex Equality)，以及克拉曼教授(Michael Klarman)的憲法課程(Constitutional Law: Separation of Powers, Federalism, and Fourteenth Amendment)。此外，由於散布性私密影像、深偽影像等相關犯罪係透過網路遂行，筆者另修習埃德加教授(Timothy Edgar)的網路安全法律問題(Legal Problems in Cybersecurity and Cyber Conflict)。

¹² 男性凝視最早出現在電影理論學家莫薇(Laura Mulvey)所發表的〈視覺歡愉與敘事電影〉(“Visual Pleasure and Narrative Cinema”)，其借用精神分析，指出好萊塢電影的觀看結構是性別化的，從男性觀者的角度提供觀影者歡愉，在這個結構裡，男人觀看，而女人就是被觀看的對象，男人從觀看中得到快感。這樣的觀看形式，就是一種權力的展現。藝評家伯格(John Berger)在此之前即指出，西方油畫常見以裸女為題材，女性作為被觀看的題材，一方面在過程中習慣被觀看，另一方面也內化了男性的視角，女人即使自賞，都是以內化的男性視角觀看自己。見施舜翔(2018)，〈性、高跟鞋與吳爾芙——一部女性主義論戰史〉，頁208-210，臺灣商務印書館。黃海榮(2007)，〈「男性凝視」與色情〉，《文化研究@嶺南》，第6期，頁1。

麥金儂教授在耶魯大學取得法學與政治學博士學位，具有深厚法學素養，同時為律師、法學教授及社會運動者，所提出宰制論的平等觀、色情和性騷擾理論影響深遠，其更透過訴訟和立法將理論加以實踐。她認為性犯罪就是性別平等的侵害，率先將性騷擾視為就業和教育中的性別歧視，她與德沃金(Andrea Dworkin)將色情帶來的傷害視為女性公民權利的侵害，並提出瑞典模式廢除賣淫，其平等理論在加拿大和其他地方已被廣泛接受¹³。無論對其理論是否認同，都無法忽視其在女性主義理論當中的重要地位。

克拉曼教授專長為憲法與法律史，分別在史丹佛大學及牛津大學取得法律博士與法律史博士學位，畢業後曾任前聯邦最高法院法官金斯伯格(Ruth Bader Ginsburg)的書記員，嗣於哈佛大學任教，並擔任耶魯大學、史丹佛大學客座教授¹⁴。克拉曼教授對於歷史的熟稔及洞察，賦予憲法生命力，讓爭取民權過程中每個案件背後血淚斑斑的故事躍然紙上。

埃德加教授為前國家安全與情報官員、隱私權律師、網路安全專家，其職涯始於美國公民自由聯盟(American Civil Liberties Union)律師，為公民自由的社會運動者，嗣後進入白宮的國家安全

¹³ Harvard Law School, Catharine A. MacKinnon. <https://hls.harvard.edu/faculty/catharine-a-mackinnon/>

¹⁴ Harvard Law School, Michael Klarman. <https://hls.harvard.edu/faculty/michael-j-klarman/>

委員會，就網絡安全政策中的隱私問題向時任奧巴馬(Barack Obama)總統提供建議¹⁵。或許由於其曾任幕僚的背景，相較於純粹從法學理論的角度切入思考問題，埃德加教授亦著重於政策面向的實踐，探究法律對社會帶來的影響，進一步思索何種樣貌的社會是人們所期待的，重新理解法律的意義，此種思考脈絡，令筆者深受啟發。

2. 研究方法與範圍

數位性別暴力可能以各種形式出現，目前並無統一的定義，歐盟性別平等局(European Institute for Gender Equality)指出，對於女性和女童的網路暴力行為可以視為一種現實世界中性暴力的延伸，例如網路騷擾、跟蹤，或是發展成獨有的犯罪形式，例如散布性私密影像、個人資訊等等¹⁶。本文擬聚焦在近年來較為常見之製造或散布深偽色情影像及散布性私密影像，後者又常被稱之為「報復式色情(revenge pornography)」¹⁷。對此，美國學理上討論甚豐，或有探討相關管制與言論自由之間的關係，包含此類言論是否受憲法第一修正案所保護？若是，則國家可否介入？範圍為何？再者，

¹⁵ Harvard Law School, Timothy Edgar: <https://hls.harvard.edu/faculty/timothy-edgar/>

¹⁶ *Cyber Violence against Women and Girls Key Terms and Concepts*, European Institute of Gender Equality (2022), https://eige.europa.eu/sites/default/files/cyber_violence_against_women_and_girls_key_terms_and_concepts.pdf

平台業者（例如：元宇宙、Twitter、YouTube）應擔負何種責任¹⁷？通信規範法（Communications Decency Act）第 230 條是否豁免平台業者的責任及其有無修正之必要？此外，亦有探討深偽技術對於證據法則之影響，不一而足。

從性別的視角切入，「色情」始終為女性主義長久以來的論辯，反對色情的女性主義者以德沃金和麥金儂為代表，她們認為，色情的體現是男人對女人的控制和殖民，大量色情片的情節描繪了女性享受被男人羞辱、被暴力對待，模糊了性與暴力的界線，反色情不僅是理論，也是運動訴求和政治行動¹⁸。相對於此，「反—反色情」論者威利斯(Ellen Wills)則指出，儘管大多數色情片多出自男性幻想，但女性可以拿回對於色情的主導和詮釋的權力，一味的反對色情只會造成女性承受更大的污名與羞恥¹⁹。此外，斯特羅森(Nadine Strossen)認為，對於色情的管制並不會減少性別歧視或性暴力，質疑色情導致性暴力和性別歧視的主張欠缺實證依據²⁰，其認為對於色情的管制，反而將傷害女性培力自我的性實踐，傷害更無權力、受貶抑的群體，包含女同志和女性主義者²¹，此派主張將性除魅化，鼓

¹⁷ See Nicolas O'Donnell, *Have We No Decency? Section 230 and the Liability of Social Media Companies for Deepfake Videos*, UNIV. ILL. LAW REV. 701 (2021).

¹⁸ 施舜翔 (2018)，同前註 12，頁 116。

¹⁹ 同上註，頁 118。

²⁰ NADINE STROSSEN, *Defending Pornography: Free Speech & The Fight for Women Rights* 253-254 (2000).

²¹ *Id.* at 244-245.

勵女人擁抱情慾自主、身體自主、性自主。簡言之，無論是支持色情或反色情女性主義者的派別，都認知到既存的父權體制結構對女性的壓迫，最主要的歧異在於如何實踐平等，包含國家應否以及如何介入，和法律如何制定與規範。

囿於能力與篇幅，本文以下將先就深偽技術的原理進行粗略地介紹，並探究深偽色情和性私密影像的性別意涵，其次，本文將整理美國法上關於散布性私密影像與深偽色情的相關法律及判決，兼就我國既有之法規範提出本文淺見。

3. 概念分析

3.1 何謂深偽(deepfake)

深偽(deepfake)一詞為深度學習(deep learning)和偽造(fake)的結合，指的是運用 AI 技術，藉由深度學習中的生成式對抗網路(Generative Adversarial Network, GAN)形成極為逼真的影像或聲音，特別是人臉面部表情的影像和人聲²²。GAN 的運作方式為訓練兩個相互競爭的神經網路，包含一個生成器和一判別器，生成器會先隨機地從資料庫中抽取並模仿真實的影像以生成虛假影像，判別器則將嘗試區分真實和虛假的影像，透過反覆地訓練修正，直到判別

²² Yinuo Geng, *Comparing “Deepfake” Regulatory Regimes in the United States, the European Union, and China*, 7 GEO. L. TECH. REV. 157, 158(2023).

器難以判斷生成器所創作出的影像真實性為止²³。

深偽技術可被廣泛應用於各個面向，包括電影、教育媒體和數位通信、遊戲和娛樂、社交媒體和醫療保健、時尚等各種商業領域。例如，它可以幫助為因病失去聲音的演員製作聲音、為已故演員重現經典場景，或是提升影片的品質²⁴。此外，美國的達利博物館亦曾使用深偽技術，輸入 6,000 多張達利的面部特徵影像生成表情，結合在與達利身形相同的演員影像上，並由演員模仿達利的口音錄製其訪談和私人書信內容，遊客只需要按下按鈕，就能夠身歷其境的了解達利的作品和生活²⁵。

然而，深偽技術也被大量應用於生成色情影像、政治性假消息，對於個人及民主制度產生相當大的隱憂和危害。其起源可追溯自 2017 年的 12 月，名為「deepfakes」的 Reddit 用戶運用該技術將名人的臉孔置換於色情演員的身體上，隨著該技術漸趨成熟與普及，另一個名為「deepfakeapp」的用戶創建「FakeApp」，讓任何人都可以將自己既有的資料輸入該應用程式，創建出深偽影音²⁶。據阿姆斯特丹的網路安全公司於 2019 年發布的統計資料顯示，深偽色情

²³ Andrei O. J. Kwok & Sharon G. M. Koh, *Deepfake: a social construction of technology perspective*, 24:13 CURRENT ISSUES IN TOURISM, 1798, 1799 (2021).

²⁴ Mika Westerlund, *The Emergence of Deepfake Technology: A Review*, 9 TECHNOLOGY INNOVATION MANAGEMENT REVIEW. 39, 41 (2019).

²⁵ Dami Lee, *Deepfake Salvador Dal'ı takes selfies with museum visitors*, <https://www.theverge.com/2019/5/10/18540953/salvador-dali-lives-deepfake-museum> (last visited Oct. 3, 2023).

²⁶ Samantha Cole, *We Are Truly Fucked: Everyone Is Making AI-Generated Fake Porn Now*, <https://www.vice.com/en/article/bjye8a/reddit-fake-porn-app-daisy-ridley> (last visited Oct. 3, 2023).

影像佔深偽影像的 96%，前四大深偽色情網站的瀏覽次數已達 1.34 億²⁷。雖然理論上而言，深偽色情可能發生在任何人身上，但如同一般的色情影像，深偽色情亦是性別化的—前五大的深偽色情網站被害人 100% 為女性²⁸，其中又以女性演員和歌手為主²⁹。例如，在一款用於製作深偽換臉影像的應用程式在元宇宙(Meta)推出 230 多個廣告，其中就有 127 個以艾瑪·華森(Emma Watson)為主角，74 個影片則是以史嘉蕾·喬韓森(Scarlett Johansson)為主角³⁰。

在我國，在鏡週刊於 2021 年報導揭露名為「台灣網紅挖面」的帳號利用深偽技術，將網紅、明星、政治人物的臉移植到色情演員身上事件後³¹，內政部警政署刑事警察局及臺灣新北地方檢察署查獲該帳號係由本名朱玉宸的網紅「小玉」為首的犯罪集團所經營，其手法為先上網下載被害人的影像後，利用「Deepfacelab」程式合成至色情影片販售，不法所得高達 1,338 萬 4,766 元³²。

此外，在 2019 年 5 月間，在川普(Donald Trump)與美國眾議院議長裴洛西(Nancy Pelosi)，彼此針對對方的性格與心理狀況進行

²⁷ Henry Ajder et al. The State of Deepfakes Landscape, Threats, and Impact, DEEPTRACE (2019), https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf

²⁸ Carl Oman, *Introducing the pervert's dilemma: a contribution to the critique of Deepfake Pornography*, 22(1) ETHICS AND INFORMATION TECHNOLOGY. 133, 133-134(2019).; *Id.* at 2.

²⁹ Henry Ajder et al., *supra* note 27, at 7.

³⁰ Kat Tenbarge, *Hundreds of sexual deepfake ads using Emma Watson's face ran on Facebook and Instagram in the last two days* (March 8, 2023, 4:10 AM CST), <https://www.nbcnews.com/tech/social-media/emma-watson-deep-fake-scarlett-johansson-face-swap-app-rcna73624>

³¹ 同前註 4。

³² 臺灣新北地方法院 111 年度審訴字第 356 號判決。

激烈爭執的選戰期間，臉書上出現經剪輯過後的裴洛西談話影片，該段影片將語速放慢，使裴洛西看起來說話結結巴巴、含糊不清，該影片在臉書上累積了百萬瀏覽次數，川普的個人律師朱利安尼(Rudolph W. Giuliani)在推特上轉發該段影片，並評論裴洛西說話古怪，川普也在其推特上轉發了福斯電視台剪輯裴洛西在新聞發布會上說話不流利、口吃的影像³³。該「酒醉的裴洛西」僅僅是調整原影像的語速、技術成分偏低，但卻透過社群媒體的傳播與政治人物的轉發對於輿論產生影響，美國的情報官員便警告該技術可能用於操縱和影響選舉³⁴。

3.2 性私密影像

有關於散布性私密影像之犯罪，學理上常見以「報復式色情(Revenge Pornography)」稱之，然而，「報復式色情」一詞並未能完整理解此一犯罪的概念，且易造成誤導。首先，並非所有行為人的目的均出於報復，行為人可能出於滿足一己慾望或牟利的動機，再者，此一名稱某程度地正當化了行為人的作為，暗示被害人先做了某些舉動，才導致行為人散布私密照用以「報復」³⁵。此外，「色

³³ Sarah Mervosh, *Distorted Videos of Nancy Pelosi Spread on Facebook and Twitter; Helped by Trump*, <https://www.nytimes.com/2019/05/24/us/politics/pelosi-doctored-video.html> (last visited Oct. 3, 2023).

³⁴ *Doctored Nancy Pelosi video highlights threat of "deepfake" tech*, CBS NEWS (May 26, 2019), <https://www.cbsnews.com/news/doctored-nancy-pelosi-video-highlights-threat-of-deepfake-tech-2019-05-25/>

³⁵ Jason Haynes, *Legislative Approaches to Combating 'Revenge Porn': A Multijurisdictional Perspective*, 39 STATUT. LAW REV. 319, 320 (2017).

情」一詞則帶有評價性意涵，易使人將重點放在行為人是否出於滿足性欲的目的，強調行為人的主觀意念而非被害人的受害，並且易讓人先入為主地認為如同傳播其他色情產物一樣是合法的存在，這對於在討論未經同意散布色情的議題上，並不恰當³⁶。因此，有論者主張應稱為「未經同意的色情 (Non-consensual Pornography, NCP)」，亦有主張應稱為「基於影像的性暴力 (Image-Based Sexual Abuse)」。

本文以下涉及引用美國判決或相關文獻的部分，將依照原文所使用的文字翻譯為報復式色情 (Revenge Pornography)、未經同意的色情 (Non-consensual Pornography, NCP)、基於影像的性暴力 (Image-Based Sexual Abuse)，以貼近原文意旨。

附帶一提者，本文將相關條文或判決中的 disclose 翻譯為「揭露」而不使用「公開」或「散布」，係考量我國法規中涉及的類似用語，例如在誹謗罪中的「意圖散布於眾」或公然侮辱罪中的「公然」，在實務的解釋上往往有其專屬要件，例如前者必須是不特定多數人的情境，後者則尚包含了特定多數人（三人以上），惟本文所引用之條文或判決，未必有該等條件，為避免混淆誤解，故使用了「揭露」一詞。

³⁶ Clare McGlynn & Erika Rackley, *Image-Based Sexual Abuse*, 37 OXF. J. LEG. STUD. 534, 536 (2017).

3.3(深偽)色情當中的性別權力不對等

3.3.1 父權體制下的性別歧視與厭女情節

傳統的實證生物學和生物社會學認為，人類的性染色體和基因不僅決定生理差異，也推展到行為層面，據此認為性別特質的差異是天生所致³⁷。例如，從女人的卵子數目遠少於男人的精子，而認為男性間的競爭屬於必然，男性是強勢、好戰的，女性則是被動、矜持的³⁸。然而看似客觀具實證基礎的推論，實際上仍受到根深蒂固性別二元區分意識形態所影響，例如，受孕的過程乃是仰賴如潮水般成千上萬的纖毛，引導精子沿著路徑到達卵子，決定那一個精子「被選擇」³⁹，未能與卵子結合的精子將在數小時後將死亡，然而，生物學上的相關描述強調的卻是精子的積極前進、打破卵殼的英勇形象，女性的月經更被視為一種生殖未果的失敗，「子宮內膜殘片」是「壞死組織」，相對於此，男性的精子卻往往被強調或驚嘆其數量龐大，而不會被視為浪費或失敗⁴⁰。此種將生理性別連結至特定性別特質的刻板印象，並無實證依據，卻根深蒂固地存在於社會中。

性別歧視之所以得以運作，正是藉由自然化性別之間的差異，

³⁷ 劉仲冬（2008），〈陰陽殊性、男女異行：性別差異的生物論述〉，王雅各（編），《性屬關係（上）性別與社會、建構》，六版，頁40，心理。

³⁸ 同上註，頁37-43。

³⁹ Allen G. Johnson（著），成令方等（譯），《性別打結—拆除父權違建》，頁110-111，群學。

⁴⁰ 同前註37，頁50-52。

把父權邏輯下的框架給正當化⁴¹，性別刻板印象預設了男人天生帶有侵略性和支配性的陽剛特質，女人則擁有被動、溫順的陰柔特質，在父權體制下的人們，受此規訓並藉由反覆實踐，再次強化這樣的刻板印象。不僅體現在個人人格特質的發展，在社會生活上，女性也被預設為情感和性的勞動與付出者，在家庭中被期待扮演賢妻良母的角色，延伸到在職場上，女性被認為天生適合照護與偏重情感勞動的職業（例如：幼教老師、護理師、秘書、服務人員、空服員等等），男性則被預設擅於體力為主和領導取向的職業（例如：消防員、商人、政治人物等等）。在性事上，男性被預設是積極的、征服的，性事是足以驕傲的戰果，女性則被期待是被動的，必須維持其貞潔，女性的性和情慾被視為為男性而服務和存在，且只有在符合社會規範的情形下，例如：保守地、關係內的性，才受到認可。

整體而言，父權社會將男性視為支配方，女性則被置於從屬地位；男人享有各種資格，包含社會上的領導位置、權威、影響力⁴²，可以取用來自女人的各種服務，而女人則負擔義務，必須為男人滿足他們的需求，這其中包括家務勞動、情感、性與生育⁴³。厭女情節（Misogyny）則扮演著執法者角色，負責監督與執行父權裡的秩序，

⁴¹ 凱特·曼恩（著），巫靜文（譯），《不只是厭女》，頁 122，麥田。

⁴² 同上註，頁 165。

⁴³ V 太太（2021/11/02），〈我變成那張被意淫的臉（中）：Deepfake 的問題不在情慾，是權力不對等〉，<https://opinion.udn.com/opinion/story/120732/5860132>（最後瀏覽日：02/10/2023）。

將女人區分為「好女人」與「壞女人」，獎勵前者，並對破壞父權期待與規範的「壞女人」進行懲罰，迫使女性回到預設的角色或位置⁴⁴。曼恩(Kate Manne)以一個淺顯的例子，來說明厭女情節是如何產生的：想像一個顧客在餐廳裡，期待自己受到恭敬的對待，餐點要被殷勤的奉上，服務生給予禮貌的笑容，顧客處在一個擁有權力的位置，而當服務生並沒有按照期待提供服務，反而是忽視該顧客，或甚至反轉權力的位置，期待顧客服務該服務生時，挫折感、地位受威脅感和敵意就爆發了⁴⁵。換言之，厭女者往往並非是對於所有的女性懷抱敵意（他們很可能會強調自己愛太太、女兒，和女性同事相處愉快），而主要是對於不遵從父權規範的女性，透過各式各樣的貶抑行動—奚落、貶低⁴⁶、性化或去性化、物化、幼體化等等，達到懲罰的效果⁴⁷，深偽色情與報復式色情，即為一例。

3.3.2 (深偽)色情中的性別權力不對等

反色情往往容易被誤解為反性，被認為是出於道德的批判，但實際上，以麥金儂為主的反色情論者強調的是權力不對等。麥金儂指出，性的相關問題不在於道德，道德性的譴責只是發言者將自己

⁴⁴ 同前註 41，頁 129。

⁴⁵ 同上註，頁 86。

⁴⁶ 近年來網路上出現的「母豬教」、「台女」等用語，即為一例。該等用語的使用者主張該等用語僅是針對特定類型的女性，例如身材肥胖、拜金特質等等。一方面強化對女體應纖瘦的刻板印象，另一方面強調「好女人」應有的價值。見余貞誼，〈我說妳是妳就是——PTT「母豬教」中的厭女與性別挑釁〉，<https://sdgs.udn.com/sdgs/story/120990/4397063>（最後瀏覽日：02/10/2023）。

⁴⁷ 同前註 41，頁 109。

處在譴責者的位置，區隔出自身和其所譴責的對象，使人無法真正理解暴力情境中的處境⁴⁸。反對色情的原因不在於色情是不好的、不道德的，而是色情實踐並強化了性別不平等。

麥金儂所提出的宰制論關注在權力的不對等：男性的宰制(dominance)與女性的臣服(submission)。她認為，性和性別都是權力問題，性侵害和性暴力與權力不平等有關，女人被性別化地被支配、被暴力對待、被強暴、娼妓化、為色情所用、成為親密伴侶關係中的受害者⁴⁹。在色情作品中，女人渴望被佔有和殘酷對待，男人把言語或其他東西塞進女人的嘴裡，製造出女人渴望被網綁、毆打、折磨、蹂躪和殺害的場景，或期待被佔有和使用，女性是用來被侵犯和佔有的，而男性的存在則是用來侵犯和佔有女性⁵⁰。當男性的宰制與女性的臣服被界定、並且體驗為性愉悅，侵犯就變成兩情相悅(consensual)；當暴力被認為能夠激發性慾，暴力與性之間的界限就變得模糊不清，以性來施為的暴力本身就是性⁵¹。男人在性當中加諸於女人的性暴力因此被合理化與浪漫化。

反對論者認為，對於色情的管制不僅是壓抑性表達，造成寒蟬

⁴⁸ 同上註，頁 77。

⁴⁹ 凱瑟琳·麥金儂(著)，陳昭如等(譯)，〈性平等論爭—麥金儂訪臺演講集〉，頁 80，國立臺灣大學。

⁵⁰ Catherine A. MacKinnon, *Not a Moral Issue*, 2(2) YALE L. & POL'Y REV. 321, 326 (1984).

⁵¹ 陳昭如(2012)，〈言語的力量：麥金儂《言語而已》導讀〉，《台灣法學期刊》，第 193 期，頁 55。

效應，實際上，某些色情材料挑戰了傳統性別刻板印象，刻劃女性平等的地位上，自願地享受性愛⁵²，對於某些女性來說，色情材料反而可以使女性去探索他們自身的慾望和愉悅，重新詮釋並拿回對於性的想像⁵³。

上述對於色情的論辯，主要仍是針對傳統色情產業所產製的色情材料，而對於色情材料的內容，究竟是在傷害女性，抑或是仍可能使女性取得自我情慾與性實踐的自主權，看法有所分歧，但並非對於未經同意散布性私密影像或深偽色情提出見解。不同於傳統色情產業的產製，在未經同意散布性私密影像和深偽色情的情形，均是被害人在其自主性被徹底剝奪的情況下所發生。

如同前述，性（別）暴力問題往往來自於權力與支配，而非情慾，當一段關係結束時，男性透過散布性私密影像作為「懲罰」，來控制與壓迫（前）伴侶，鞏固自己在（前）關係裡的主導地位。另一方面，跟著觀看或散布的群眾，也可能將個別女性視為「代罪羔羊」，她們代表著某類不合規範、隨時有可能挑戰，甚至顛覆男性地位的女性形象，因此需要受到壓制，在羞辱、懲戒「壞女人」的同時，也引誘並強制其它「好女人」們繼續遵守父權規範⁵⁴。白話地

⁵² Nadine, *supra* note 20, at 162

⁵³ *Id.* at 165.

⁵⁴ V 太太 (2020/03/30), 〈你的情慾不是你的情慾：當「未經同意散布私密影像」成為一種龐大產業〉, <https://opinion.udn.com/opinion/story/120732/4454085> (最後瀏覽日：02/10/2023)。

說，常見的情形是在分手後，不甘心的男性以散布前伴侶的性私密影像作為「懲罰」該女性的手段，而該「懲罰」機制之所以得以運作，在於父權規範下，女性的性主要是以服務男性為目的，對於「背叛」男性伴侶者的「壞女人」施以懲罰，顯得理所當然⁵⁵，不僅如此，拍攝的行為亦不符合父權社會對於女性的貞潔要求和想像，更足以證明其為「壞女人」，正當化其他男性取用其性的行為，加之父權社會也鼓勵男性展現對於女體的興趣，以證明自己是具有陽剛氣概的男人，也因此，作為男性的資格使之可以在毫不遮掩地宣揚「跪求載點」、「如果沒蒐集全，別說你是宅宅」的同時⁵⁶，一邊譴責、規訓女性「敢拍就不要怕外流」，權力不對等下產生集體的性暴力於焉產生。

在深偽色情的部分，不同於散布性私密影像所散布的客體多為真實發生過的內容，深偽色情乃是透過科技技術讓特定人被性化。或有認為，深偽色情的問題在於非真實，使人誤解影像中之人物曾經做過影像中的行為，侵害其自主意願與外在形象，此固然有其道理，然而，以小玉事件為例，群組內的人們多知悉該影片為虛構，他們喊價競標「今晚想挖誰的臉？」⁵⁷，對於影片非屬真實一事並無

⁵⁵ 在此處的背叛並不見得指情感上的不忠誠，而是指從有權力者的角度（在此為男性），因權力位階受到挑戰或翻轉，所產生的受威脅感與敵意（例如：憑什麼與我分手？）。

⁵⁶ 王立柔（2017/10/11），〈有錢就能散布別人裸照，誰讓加害者有恃無恐？〉
<https://www.twreporter.org/a/revenge-porn-issue>（最後瀏覽日：02/10/2023）。

⁵⁷ 同前註 4。

誤解，那麼，深偽色情是否僅是「無害的性幻想」而已？

如前所述，深偽色情的被害人主要為女性，製作者與消費者則以男性為主，此種性別比例上的懸殊情形，如同散布性私密影像，源自於性別權力的不對等，而非僅只是性慾或情慾，父權社會賦予男性的資格感與權力，讓他們得以合理化這些在違反女性意願的情況下，「操作」女性的身體與性的行為—甚至以此為傲⁵⁸。此外，在小玉事件中，不乏看到女性政治人物或名人成為被害人，女性在政治場域上常面臨的困境在於，一方面社會期待作為生理女性，應擁有溫暖關愛的特質，但另一方面，人們期待的領袖特質卻是高度陽剛化的，因此，女性若在政治場域中展現競爭與果斷的領袖特質，又會被認為不符合其女性身分，過於野心與權謀⁵⁹。當女性試圖與男性競爭，爭取男性在父權社會下專屬的特權（社會上的領導位置、權威、影響力等），挑戰既有的秩序規範時，就成為常見的厭女來源⁶⁰—把她的頭壓下去。因此，藉由社會對於性的禁忌，尤其是對於女性的貞潔枷鎖，製作深偽影片便成為方便的手段，剝奪其對於自身身體與性實踐的自主權，而成為一個人人可觀賞、可慾的性客體，讓被害女性感到羞恥、恐懼，在群體中噤聲，甚至退出於公眾場域

⁵⁸ 同前註 43。

⁵⁹ 楊婉瑩（2019），〈沒有選擇的選擇—女性從政者的雙重束縛〉，《這是愛女，也是厭女》，頁 172-174，遠足文化。

⁶⁰ 同前註 41，頁 166-167。

之外—深偽色情不是無害的性幻想，而是集體施為的性暴力。

4. 美國法有關散布性私密影像之學理討論與相關規範

目前聯邦並未針對報復式色情定有相關規範，在州法方面，除了南卡羅萊納州和麻塞諸塞州之外，48 個州及波多黎各、關島和華盛頓特區均已立法規範⁶¹。針對截至 2016 年 2 月為止各州所訂立的 75 條相關法律所作的一份研究指出，對於報復式色情的規範，有 27% 的法律認定其問題在於不當記錄或散布敏感的影像，23% 的法律將報復式色情視為對侵犯隱私的犯罪⁶²，此外，對於合意拍攝而事後未經同意散布的行為，只有 19% 的法律加以規範保護⁶³。

在構成要件方面，59% 的法律要求行為人在主觀上必須具備特定意圖，例如侵犯被害人隱私，或恐嚇、騷擾、脅迫被害人、營利、滿足性慾等；16% 的法律規定該影像必須可識別被害人；12% 的法律規定只有在造成被害人受有傷害的情況下，才屬刑事犯罪⁶⁴。在客體方面，上開州法均規定只有在被害人在影像中為裸體、部分裸體、或從事性活動時，才屬立法保護範疇，惟在定義上也有所差異，有部分的州僅為一般性的描述，而有些州則是具體的指出特定身體部

⁶¹ *Nonconsensual Pornography Laws*, CYBER CIVIL RIGHTS INITIATIVE. INC, <https://cybercivilrights.org/nonconsensual-pornography-laws/> (last visited Aug. 26, 2023).

⁶² Cynthia J. Najdowski, *Legal Responses to Nonconsensual Pornography: Current Policy in the United States and Future Directions for Research*, 23:2 PSYCHOL. PUBLIC POLICY, LAW. 154, 157 (2017).

⁶³ *Id.* at 158.

⁶⁴ *Id.* at 159.

位，例如，西維吉尼亞州定義性私密影像為包含「個人的生殖器、陰部、肛門或女性青春期後的乳房」⁶⁵。

本文將各州州法對於報復式色情的規範，大致整理為四種取徑，分別為：(1)主張報復式色情屬於對隱私的重大侵害，應屬不受憲法第一修正案言論自由保護的新類別，或主張類比聯邦最高法院已明白表示不受言論自由保護的兒童色情(Child Pornography) 或猥褻性言論(Obscenity)。(2)主張報復式色情屬於對於隱私權的侵害。(3)主張報復式色情屬於騷擾行為。(4)主張報復式色情屬於性犯罪。以下析述之：

4.1 不受憲法第一修正案言論自由的保護

4.1.1 學說主張

論者主張，報復式色情與兒童色情有共通之處，如同聯邦最高法院在 *New York v. Ferber* 一案中，認定兒童色情排除在憲法第一修正案言論自由的保護之外，報復式色情應同樣不受言論自由的保護⁶⁶。在 *Ferber* 案中，紐約州法禁止任何人促進(promote)內容為16歲以下的兒童為性行為之物品，包含製作、販賣、散布等。立法者認為，以兒童作為色情材料的主體，有害於該兒童的生理、情感

⁶⁵ Tessa Cole et al., *Freedom to Post or Invasion of Privacy? Analysis of U.S. Revenge Porn State Statutes*, 15:4 VICT. OFFENDERS. 483, 492 (2020).

⁶⁶ Evan Ribot, *Revenge Porn and the First Amendment: Should Nonconsensual Distribution of Sexually Explicit Images Receive Constitutional Protection?*, 2019 U. CHI. LEGAL F. 521, 540-543 (2019)

和心理健康，聯邦最高法院尊重立法者此一判斷⁶⁷。其次，聯邦最高法院指出，散布兒童色情的行為與性剝削兒童具有關連性，兒童色情物品是兒童參與的永久記錄，其散布會加劇對兒童的傷害，立法者固然可以只禁止製作的行為來杜絕兒童遭受性剝削，但製作兒童色情是一個在暗處的行業，後續必然的販賣行為才會使之曝光。況且，兒童色情的販賣提供了製造方經濟上的誘因，因此，最迅速解決兒童性剝削問題的方式，就是對販賣者進行刑事制裁，以根絕該市場⁶⁸。最後，考量到兒童色情的言論價值微乎其微，相較於對參與的兒童所帶來的嚴重影響，聯邦最高法院認為將兒童色情排除於言論自由的保護之外並不違憲⁶⁹。

相對於此，在報復式色情的案件中，論者認為，即使該性私密影像的製作過程並未造成實際傷害(例如：雙方合意所拍攝)，和兒童色情的製造本身即會對兒童造成傷害不同，但後續未經同意的散布行為，同樣是將被害人參與的記錄，透過網路或其他媒介傳播造成被害人永久性的傷害⁷⁰，當受害者的性私密影像可在網路上搜尋而得，不僅僅將遭受網路上的羞辱和霸凌，承受精神上的壓力，在現實生活中也可能受到人身攻擊，或甚至因而遭受解雇。根據微軟

⁶⁷ New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 756-57 (1982).

⁶⁸ *Id.* at 759.

⁶⁹ *Id.* at 763.

⁷⁰ Evan Ribot, *supra* note 66, at 542-543.

2009 年的一項研究，超過 80% 的雇主將應聘者的網路聲譽作為招聘的篩選要件之一，雇主不會確認被害人的影像是出於自願或非自願的被散布，而是直接不安排面試或提供工作機會⁷¹。被害人所承受之傷害遠高於該報復式色情的言論價值，該言論應排除於言論自由保護範圍外。

另有論者認為，報復式色情的規範可結合聯邦最高法院在 Miller v. California 一案當中對於猥褻言論的三要件，而將之排除於言論自由的保護之外⁷²。在 Miller 一案中，聯邦最高法院認定猥褻言論的認定標準為：(1)以普通一般人用當代社區的標準，整體性地觀察該作品，可認為該作品訴諸情色、淫穢興趣(prurient interest)。(2)該作品以明顯冒犯的方式描繪或描述性行為，以及(3)該作品整體以言，缺乏嚴肅的文學、藝術、政治、或科學價值⁷³。通常來說，報復式色情很容易滿足(1)和(3)的要件，至於在是否構成「明顯冒犯(patently offensive)」，則有疑問，例如，若性私密影像的內容僅為裸體，在美國法下難以被認為屬於猥褻物品。論者指出，聯邦最高法院在 Ginzburg v. United States 一案中，對

⁷¹ Danielle Keats Citron, 'Revenge porn' should be a crime in U.S., CNN.com (Jan. 16, 2014), <https://www.cnn.com/2013/08/29/opinion/citron-revenge-porn/index.html>

⁷² Cynthia Barmore, *Criminalization in Context: Involuntariness, Obscenity, and the First Amendment*, 67 STAN. L. REV. 447, 461-462 (2015).

⁷³ Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973) ((a) whether the average person, applying contemporary community standards, would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest; (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.)

此要件進行寬泛解釋，該判決認定對於猥褻物品的判斷也包含了對其整體背景脈絡的觀察，即使出版品內容本身並不猥褻⁷⁴，但公開地宣傳、銷售該出版品的情色內容，用以吸引讀者以牟利，這樣的方式是濫用憲法對於言論自由的保護，並對於大眾構成了明顯的冒犯⁷⁵。因此，在報復式色情案件中，即使該性私密影像本身不構成猥褻物品，但散布性私密影像的行為人，嚴重侵害了以同意為基礎建立的親密關係，從而構成了明顯冒犯⁷⁶，該等言論應不受憲法第一修正案關於言論自由的保護。

不過，在數個案件中，州政府雖有主張報復式色情言論應如同兒童色情或猥褻性言論，從而不受憲法第一修正案結合第十四條對言論自由的保護，然而，該等主張迄今皆尚未被法院所採納，目前並無具拘束力的州法判決先例，明確表示報復式色情屬於不受言論自由保護的類別之一。

4.1.2 法院判決

4.1.2.1 State v. VanBuren (2019)

在 State v. VanBuren 一案中，被告將被害人先前私下透過臉書訊息傳送給庫恩的裸照，發布在庫恩的臉書並標記被害人，在被

⁷⁴ 本案例中包含三份出版物，其中一本為關於愛、性和性關係主題的文章和圖片散文，第二本則包含了性與性關係的文章，以及對一位心理治療師的專訪，該心理治療師對於性關係抱持極為開放的態度，第三本則為一本性自傳。

⁷⁵ Ginzburg v. United States, 383 U.S. 463, 470–71(1966).

⁷⁶ *supra* note 66, at 465.

害人致電要求庫恩刪除上開貼文時，被告回電並自稱為庫恩的女友，辱罵被害人，表示會將照片傳給被害人工作的單位進行報復⁷⁷，被告被起訴違反佛蒙特州法關於未經同意色情的規定。

佛蒙特州法律規定：意圖傷害或騷擾、恐嚇、威脅、強迫，而未經同意，故意揭露可識別的他人的裸體或從事性行為的影像，且該揭露行為可能使合理一般人受有傷害者，處以 2 年以下徒刑，得併科 2,000 元的罰金⁷⁸，該罪屬輕罪，惟若有基於營利意圖而揭露該等影像，則為重罪。此外，該州明確規定同意拍攝影像本身不等於同意揭露該影像。

被告主張，上開規定限制了憲法第一修正案所保護的言論，且無法通過嚴格審查⁷⁹。州政府則主張，報復式色情構成猥褻性言論，且其侵害隱私權，不受到言論自由的保護⁸⁰。

佛蒙特州最高法院認為上開州法的規定和猥褻性言論有所不同。其一，未經同意的色情的法律規範目的在於保護被害人的隱私、安全和人格完整，和猥褻性言論著重在人們可能被迫接觸具冒犯性的影像並不相同⁸¹。此外，未經同意的色情目的在於羞辱當事人，而非引起觀看者的性欲，佛蒙特州對於未經同意的色情規定其

⁷⁷ State v. VanBuren, 214 A.3d 796–97 (2019).

⁷⁸ 13 V.S.A. § 2606

⁷⁹ VanBuren, 214 A.3d at 797.

⁸⁰ Id. at 797.

⁸¹ Id. at 798.

內容必須包含生殖器、肛門、女性的乳頭或從事性行為，這些內容並不當然在當代社會標準下訴諸情色，也不必然會具有冒犯性。法院同意此種侵害隱私和被害人同意的行為是冒犯的，但在州法規定下，觀看者並不需要知道該影像是未經被害人同意而散布才該當上開規定⁸²。因此，佛蒙特州最高法院認為，該州法的規定和憲法上猥褻性言論並不相同，不能據此主張不受憲法言論自由的保護。

值得一題者，雖然佛蒙特州最高法院認為未經同意色情和兒童色情有類似之處，而聯邦最高法院已明示兒童色情不受到憲法第一修正案言論自由的保護，但佛蒙特州最高法院仍拒絕將未經同意色情認定為不受言論自由保護的新類別⁸³。

4.1.2.2 *People v. Austin*⁸⁴(2019)

本案涉及事實為，被告與馬修訂婚，兩人共享一個 iCloud 帳戶，所有發送到馬修的 iPhone 或從馬修的 iPhone 傳送的數據都會傳送到該共享 iCloud 帳戶，被告的 iPad 亦連結到該 iCloud 帳戶，被告並未採取任何行動改變帳戶的設定⁸⁵。某日，被告在其 iPad 收到馬修和被害人之間的訊息，其中包含了被害人的裸照，馬修和被害人都知道被告收到上開訊息⁸⁶。馬修和被告因此取消了婚禮

⁸² *Id.* at 800-801.

⁸³ *Id.* at 800.

⁸⁴ *People v. Austin*, 155 N.E.3d 439 (2019).

⁸⁵ *Id.* at 449.

⁸⁶ *Id.*

並分手，馬修告知親友兩人的關係已結束，因為被告瘋了，被告不煮飯和做家務。被告寫了一封信向親友解釋她的想法，並隨信附上受害人的裸照以及受害人和馬修之間的訊息內容作為證據，被告因此被起訴未經同意散布性私密影像⁸⁷。

伊利諾州州法中規定未經同意散布性私密影像屬重罪，其內容為：明知或可得而知影像中之人並未同意散布，且行為人依取得該影像的情狀，明知或可得知悉該影像亦欲保持隱私，而故意散布 18 歲以上之人從事性行為，或露出全部或一部的私密部位之影像，且可自該影像可識別出該人，或由影像所結合的資訊可辨識出該人⁸⁸。

被告主張該州州法係針對言論內容的限制，其目的並不符合重大的政府利益，無法通過嚴格審查而違反伊利諾州憲法及美國憲法。州政府則主張，未經同意散布性私密影像應為憲法第一修正案言論自由所不保障的言論類別。

伊利諾州最高法院引用了 VanBuren 一案，表示將未經同意散布性私密影像作為言論自由保障之例外的論述雖然相當有力，但在聯

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ Section 11-23.5(b) provides as follows:

“(b) A person commits non-consensual dissemination of private sexual images when he or she:

(1) intentionally disseminates an image of another person:

(A) who is at least 18 years of age; and

(B) who is identifiable from the image itself or information displayed in connection with the image; and

(C) who is engaged in a sexual act or whose intimate parts are exposed, in whole or in part; and

(2) obtains the image under circumstances in which a reasonable person would know or understand that the image was to remain private; and

(3) knows or should have known that the person in the image has not consented to the dissemination.”

邦最高法院處理這個議題前，伊利諾州最高法院拒絕將未經同意散布性私密影像視為言論自由保護例外的新類別。

4.1.2.3 State v. Casillas⁸⁹(2020)

本案事實為，被害人在訂婚和交往期間將其電視的帳戶和密碼提供給被告 Casillas，讓被告可以用該帳戶看電視，兩人分手後，被告使用該帳戶和密碼資料，登入被害人的其他網路帳戶，包含了 Verizon 的雲端儲存空間，被告自該雲端獲得了被害人和其他男性的性行為照片及影片，並將該內容傳送給 44 個人及公開於網路⁹⁰。

被告被起訴未經同意散布性私密影像罪嫌，依照明尼蘇達州州法規定，明知或可得而知影像中之人並未同意散布，且行為人自製作該影片或取得影片的過程，知悉或可得而知影像中之人對該影像有合理的隱私期待，而故意散布他人從事性行為或裸露一部或全部的私密部位之影像，且影像中之人可藉由影像內容本身、或是附隨於該影像的資訊被識別，構成犯罪⁹¹。

本案例中，明尼蘇達州主張，該法禁止的言論不受到憲法第一修正案言論自由的所保障，因為該言論屬於對隱私的嚴重侵犯。明尼蘇達州最高法院拒絕此一論理，法院引用了判決先例，指出要成功

⁸⁹ State v. Casillas, 952 N.W.2d 629 (Minn. 2020)

⁹⁰ *Id.* at 634.

⁹¹ *Id.* at 636.

地論證某種言論屬於不受保護的新類別，必須要提出有說服力的證據，證明對該言論內容的限制是歷史長期所禁止的言論，該舉證責任相當高。聯邦最高法院對於虐待動物、極度暴力，以及假訊息，均拒絕創設該等言論屬於不受言論自由保護的新類別⁹²。

其次，該州亦主張該法所禁止的言論屬於猥褻性言論與兒童色情，從而不受言論自由的保護。明尼蘇達州最高法院並未採納此看法，就猥褻性言論的部分，法院指出，倘若一個人未經他人同意，與第三人分享了該他人私密部位照片，該照片未必會符合猥褻性言論所定義的「明顯冒犯」或「訴諸情色、淫穢」的要件；倘若一個丈夫未經妻子同意，將妻子裸露乳頭的哺乳照片傳送給他人，該照片不符合「訴諸情色、淫穢」的要件，但卻會該當上開散布性私密影像的規定，因此，不應認為該法律規定是在規範猥褻性言論⁹³。至於兒童色情的部分，不同於以真實兒童作為主角的兒童色情，該法目的並不是要保護兒童免於性剝削，該法所適用的許多性私密影像主角為成年人。

4.1.3 小結—兼論我國法

如上所述，各州法院並未採納將報復式色情類比為猥褻性言論、兒童色情言論，而不受憲法第一修正案言論自由的保護的見

⁹² *Id.* at 637-638

⁹³ *Id.* at 638-639.

解。事實上，Miller 案所提出認定猥褻的三個標準飽受質疑，論者有指出，認為猥褻言論不受保護是因為它不傳達任何思想（或沒有值得保護的思想），但這個說法難以解釋為何藝術和音樂受到完全的保護⁹⁴。再者，當代社區標準指的是那個社區？範圍為何？在網路蓬勃發展的時代，當代社區標準因超越了物理限制而更顯模糊，在 A 社區可認為訴諸情色、淫穢的作品，在 B 社區可能並非如此⁹⁵。猥褻概念的不確定性，使執掌司法權柄的人享有偌大的詮釋空間，聯邦最高法院法官 Potter Stewart 在 *Jacobellis v. Ohio* 一案關於判斷硬蕊色情製品時，在其協同意見書表示的經典名句「我看到我就知道了(I know it when I see it.)⁹⁶」體現了猥褻定義的不確定性。

即便認同猥褻性言論不受憲法第一修正案言論自由所保護的見解以及 Miller 標準，如同佛蒙特州最高法院在 *VanBuren* 一案所言，性私密影像不等同猥褻性言論，例如，照片內容為洗澡或母親哺乳而露出乳頭的照片，難以將之認定構成明顯冒犯性或訴諸情色、淫穢，但其對於被害人的傷害未必比一張描繪被害人從事性行為的照片為低。

⁹⁴ Bret Boyce, *Obscenity and Community Standards*, 33 YALE J. INT'L L. 299, 340 (2008).

⁹⁵ *Id.* at 322.

⁹⁶ *Jacobellis v. State of Ohio*, 378 U.S. 184(1964).

再者，管制或禁止猥褻性言論的目的多在於保障社會性道德風俗，當性私密影像被認定為「猥褻物品」時，表面上看似懲罰加害者，但亦間接譴責了被害人，認定其所為侵害社會的性道德，再次強化社會對於女性的規訓，打壓女性在情欲與性實踐的能動性。更遑論在猥褻物品的定義上，所謂的「普通一般人」以及「當代社區」的標準，在父權體制下，往往是將男性視角作為客觀標準。

我國在刑法妨害性隱私及不實性影像罪罪章(下稱新法)修正通過前，實務上多有將散布性私密影像論以刑法第 235 條散布猥褻物罪嫌，而有關猥褻物品之定義，依大法官解釋第 617 號，採取了和 Miller 案幾乎相同的標準。大法官認為，所謂猥褻物品，係指含有暴力、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為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品。大法官指出，該法之立法目的在於「維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重。惟…仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。」姑且不論社會多數共通價值與少數性文化即有本質上的潛在衝突與矛盾，所謂社會多數共通價值，

在父權體制之下，仍不免淪於對女性身體自主的規訓。

法院曾經在判決中指出：「被告將其前配偶的照片張貼於臉書社團，觀諸被告所張貼之前揭照片，第 1 張照片係告訴人身著浴袍於室內沙發上交叉雙腳，左肩浴袍滑落，露出左乳房之圓弧曲線及少許乳暈邊緣…右下角之第 6 張雖似露出右胸部分乳頭，惟被告稱其有在疑似露點之部分放馬賽克。而依前揭照片整體觀之，圖像皆展露女性之肢體及些微露出乳暈、乳頭部位，藉以呈現人體之性感樣貌，而具有近似沙龍寫真照片構圖之藝術性與美感，被告張貼前揭照片，旨在與假定之聯誼對象間進行交流以引發遐想，藉以勾起他人交換伴侶興致之情況，則前揭告訴人展示撩人姿態之相片，能否謂『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，顯非無疑⁹⁷。」法院需依既有的法律及大法官解釋適用法律，因此作成上開判決，然亦顯現了既有的猥褻的論述模式可能產生的問題。誰來定義女性身體與姿態究竟只是「性感」、「引發遐想」或「令一般人感覺不堪呈現於眾」、「不能忍受而排拒」？女性的身體自主權與性自主權，在猥褻的論述脈絡下全然不存在，女性被害人僅得在其展演出「被國家認證的猥褻」情況下，才可能藉由刑罰使加害人受有制裁。

⁹⁷ 臺灣高等法院 106 年度上易字第 1053 號刑事判決。

4.2 隱私權

雖然迄今並無法院認定性私密影像屬言論自由所不保護的類別（即該等言論仍受憲法所保障），但法院均肯認州政府可基於保護個人隱私權或性隱私權的立法目的，對於未經同意散布性私密影像加以限制。不過，有關該等限制是針對言論內容的限制或非針對言論內容（內容中立）的限制，法院有不同看法，有認為所限制的言論內容，僅限於州法所明定的私密影像，屬於對特定言論的限制，有認為所限制的並非言論內容本身，而是針對未經同意的散布行為造成侵害被害人隱私的效果，關鍵在於散布的非法性，法律並沒有偏好或打壓特定的性觀點，屬於非言論內容的限制。若為前者，在合憲性的判斷上，適用嚴格審查標準，即政府必須基於維護重大迫切利益（compelling interest）始可限制該等言論，若為後者，例如對於時間、地點、方式的管制，則適用中度審查標準。一般來說，針對言論內容的管制，該規範往往難以脫離違憲的命運，但目前為止，各州法院對於該州的散布性私密影像的相關規範，無論採取何一標準，尚未有被宣告違憲的情形。以下析述之：

4.2.1 保障隱私權作為立法目的

4.2.1.1 *People v. Iniguez*⁹⁸(2016)：保障隱私權為政府的重要利

⁹⁸ *People v. Iniguez*, 202 Cal. Rptr. 3d 237, 243 (Cal. App. Dep't Super. Ct. 2016).

益

本案涉及的事實為，被告將曾經與其約會過的被害人裸露胸部的照片，張貼於被害人任職單位的臉書頁面，並註記被害人的姓名以及「做得好，請解雇這個蕩婦」等內容，被告被起訴違反加州法所定的散布私密影像罪⁹⁹。該法為輕罪，規定：任何人在他方同意或理解他方有意維持隱私的情況下，以任何方式拍攝或錄影他人的私密部位，或是可識別之他人的身體部位，嗣後基於造成他人嚴重心理壓力之意圖而散布，並造成他人嚴重心理壓力，受有刑事處罰。所謂私密部位，指生殖器的任何部份，對於女性來說，另包括乳暈頂部以下的胸部任何未覆蓋或可從衣服透視的部分。

加州上訴法院認為，該法目的在於保護個人實質的隱私利益不被以令人無法容忍的方式侵犯，符合政府的重要利益（important interest），使人們免於他人藉由故意散布性私密影像造成嚴重心理壓力是社會迫切的需求（compelling needs of society）。加州上訴法院並未說明加州上開法律屬於對言論內容的管制或是內容中立，惟依其所使用之用語來看，似採取中度審查。

4.2.1.2 State v. Culver¹⁰⁰ (2015): 保護個人隱私為重要政府利

益

⁹⁹ *Id.* at 241.

¹⁰⁰ *State v. Culver*, Wis. 2d 222(2018).

Culver 因被害人告知警方 Culver 在住處藏有槍枝，出於憤怒，其未經被害人的同意，將被害人的裸照張貼在網路上，其被起訴張貼私人影像（private depiction）罪嫌¹⁰¹。

威斯康辛州法規定，行為人明知未經他人同意，而發布他人的私人影像，構成輕罪。所謂私人影像，係指該影像內容描繪他人的裸體或部分裸體，或從事性行為，該他人有意只讓特定之人拍攝、觀看，或持有，包含經其同意而拍攝之人或是其直接有意將影像交付之人¹⁰²。換言之，該法僅適用在影像中被描繪之人有意識地將影像作為其私密物品的情況。

被告主張該法涵蓋過廣，威斯康辛上訴法院認為，該法旨在保護個人隱私，讓個人免於未經同意被公開在網路上被大眾觀看，屬於重要的政府利益（important state interest），當該言論僅涉及純粹的私人事務時，其所受到言論自由的保障較低¹⁰³。該法定有各種要件將範圍限縮在特定情況才構成犯罪，被告並未能舉證證明該法有何涵蓋過廣的情形，其主張並無理由¹⁰⁴。

雖然法院並未明確地說明其適用的審查標準，不過由其所使用的用語（重要的政府利益），以及證明違憲的責任由被告負擔等情，

¹⁰¹ *Id.* at 229.

¹⁰² *Id.* at 231.

¹⁰³ *Id.* at 237.

¹⁰⁴ *Id.*

可推知法院應係採取中度審查。

4.2.1.3 State v. VanBuren (2019)：保障隱私權為政府重要迫切利益

在本判決中，佛蒙特州最高法院援引了聯邦最高法院判決先例，指出各州可以在不違反憲法第一修正案的情況下，對於侵犯非公眾人物隱私的相關言論予以限制。在隱私權與言論自由之間的調和上，聯邦最高法院的穩定地見解為：(1)涉及非公眾人物私人事務的相關言論，和涉及公眾議題或公眾人物的言論，在憲法上所受到言論自由的保護程度並不相同；(2)州法對於隱私權的保護有長久歷史，不當然因第一修正案對言論自由的保護而退讓。(3)法院在隱私權與言論自由兩者的衡平上採取了審慎的態度¹⁰⁵。

佛蒙特州最高法院對於該州未經同意的色情規範採取了嚴格審查標準，在目的上，法院認為該法符合重大迫切的政府利益，理由在於，涉及私人事務的言論在憲法上重要性相對較低，且證據表明散布非自願的性私密影像對於被害人可能造成嚴重傷害¹⁰⁶。上開規範並不涉及公共議題，而是個人最私密的事物，在一系列隱私利益中，很難想像還有什麼比描繪個人進行性行為或個人生殖器、肛門或陰部但未經個人同意公開分享的影像更私密的了，這種嚴重的個

¹⁰⁵ *VanBuren*, 214 A.3d at 805.

¹⁰⁶ *Id.* at 808.

人侵犯和羞辱所造成的後果通常包括嚴重的情緒困擾，因此，政府保護個人免於此種隱私侵害的利益極為重大¹⁰⁷。

在手段與目的上，佛蒙特州最高法院認為，該法規定符合嚴密剪裁 (narrowly-tailored)，該法並非漫無邊際，在主觀上有嚴格的意圖要件，客觀行為需可能使合理一般人受有傷害，對於影像的內容(裸體、性行為)亦有精確的定義¹⁰⁸。此外，該法排除了基於公共利益所為的揭露行為，包含執法機關執行職務、醫療行為、訴訟使用等¹⁰⁹。再者，為了確保保護隱私權的立法目的，該法亦排除了隱私利益甚為微小的情況，即在公共、商業場所或其他缺乏合理隱私期待的情境¹¹⁰。法院同時指出，在此問題上，民事責任相較於刑事責任不必然屬於較小侵害手段，受到刑事處罰的人往往受有更多的程序保障，且巨額的民事賠償可能比刑事責任造成更大的寒蟬效應¹¹¹。

4.2.1.4 *People v. Austin* (2019)：保障隱私權作為重要/實質的政府利益

在 *People v. Austin* 一案，伊利諾州最高法院引用聯邦最高法院在 *City of Renton v. Playtime Theatres, Inc* 的見解進行類

¹⁰⁷ *Id.* at 811.

¹⁰⁸ *Id.* at 811-812.

¹⁰⁹ *Id.* at 812.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.* at 813.

比。在 City of Renton 一案中，Renton 市禁止成人電影院位於任何住宅區、教堂、公園或學校 1,000 英尺範圍內，聯邦最高法院認為，該法令並非對於成人電影院播放的內容進行限制，而是考慮到對於成人電影對周圍社區的二次影響，而限制其地點¹¹²。伊利諾州最高法院指出，伊利諾州對於未經同意的色情的法律並非針對內容本身，而是行為人是否明知或可得知悉該影像亦欲保持隱私，在未經同意的情況下散布，倘若是經同意而獲得及經同意而散布的情形，完全不構成刑事責任，重點在於散布的非法性。如同其他隱私相關法規，對於特定敏感訊息的揭露得為限制，例如醫療記錄、生物識別數據、社會安全碼等¹¹³。

因此，伊利諾州最高法院認為，該州關於未經同意散布性私密影像的規範係內容中立，受中度審查，該法律的目的必須是為了重要或實質的政府利益(important or substantial governmental interest)，其手段和目的必須嚴密剪裁(narrowly tailored)¹¹⁴。

法院肯認本案未經同意散布性私密影像的規範，其立法目的在於保護隱私權，該法涉及的言論為純粹的私人事務，與公共議題無關，不具有公益性質，法院指出，未經同意散布性私密影像對於被

¹¹² *Austin*, 155 N.E.3d at 457.

¹¹³ *Id.* at 458.

¹¹⁴ *Id.* at 459.

害人造成巨大的傷害，該等影像經常和可識別的資訊一同散布，被害人因而受到騷擾、性侵害的威脅、被解雇、嚴重的心理傷害、感到自卑或無價值，其中，女性受害者高達九成，考慮到被害人面臨的困境和其對於隱私的利益，符合實質政府利益¹¹⁵。

在手段與目的的衡量上，法院認為，立法機關對於採取的手段有廣泛的裁量權，中度審查並不要求最小侵害手段。民事侵權行為的規定並不能夠取代刑罰規範，前者僅是賠償被害人所受損失，且許多受害人無力負擔高額的訴訟費用，反之，刑事處罰具有威攝效果，法院否決了可用民事侵權行為作為替代手段的主張¹¹⁶。

4.2.1.5 *Ex parte Jones*¹¹⁷ (2021)：保障性隱私權為政府迫切利益

本案的起訴的事實為，行為人在被害人對於該照片有合理隱私期待的情況下，取得了被害人的性私密影像，行為人在揭露被害人照片同時也洩漏了被害人的身分¹¹⁸。

德州刑法 21.16(b)有關本案所適用的報復式色情的要件如下：

(1) 未經被描繪者同意，故意揭露描繪他人裸露私密部位或者發生性行為的影像；(2) 該影像來自被描繪者，或者是在所描繪的人合理預期該影像將保持私密性的情況下所拍攝；(3) 該揭露對所描繪的

¹¹⁵ *Id.* at 461-462.

¹¹⁶ *Id.* at 463.

¹¹⁷ *Ex parte Jones*, 2021 WL 2126172(Tex. Crim. App. 2021).

¹¹⁸ *Id.* at 4.

人造成傷害；(4) 該影像的揭露的方式使被描繪者得以被識別，包含任何和該影像相關，附帶於該影像或是後續提供的資訊，或第三人針對該影像而提供的相關訊息。其中，「私密部位」指一個人裸露生殖器、陰部、肛門、臀部或女性乳頭。

德州刑事上訴法院¹¹⁹認為，上開法規涉及對言論內容的限制，採取嚴格審查標準，應由政府負擔舉證責任證明其合憲性¹²⁰。法院認為，該法並不是處罰所有故意揭露他人影像的行為，而是只針對涉及暴露私密部位和性行為的影像內容，不能認為是針對時間、地點、內容所產生的次級效果進行管制，因為該影像的本質，也就是性的露骨內容，才是造成傷害的原因¹²¹。

法院認為，保護個人隱私免於實質侵害是政府迫切的利益，當隱私的利益重大，且該侵害是以令人不可忍受的方式所為，政府有迫切利益保護該隱私。當一個人沒有同意在私密場域裡(例如在家中)，或是向公眾暴露特定身體部位(例如裙子上方)而被拍攝時，其實質的隱私利益就受到了不可忍受的侵犯¹²²。

如同前述其他判決所認定的，報復式色情的法律在於保護個人的性隱私，不過，在本案中，法院特別指明該法所保護的是性隱私

¹¹⁹ 本文依字面用語翻譯(Court of Criminal Appeals of Texas)，惟該法院是德州刑事案件的最高法院(The Court of Criminal Appeals is Texas' highest court for criminal cases)。

¹²⁰ *Ex parte Jones*, 2021 WL 2126172 at 5.

¹²¹ *Id.* at 6.

¹²² *Id.* at 7.

(sexual privacy)，指出人們對於性隱私的利益是實質性的，因為性行為是人類最私密的行為，侵犯性隱私的後果可能很嚴重，包括騷擾、失業和自殺，報復式色情的被害人沒有辦法藉由言論反駁這些對其私密事項和身體自主權的嚴重侵害¹²³。

4.2.2 合理的隱私期待

由上可知，部分州法法院已肯認得基於保障隱私權之目的訂立未經同意散布性私密影像之規範，而依聯邦最高法院 *Katz v. United States* 一案 Harlan 大法官的協同意見書，憲法第四條所保障之隱私權要件有二，即行為人在主觀上有合理的隱私期待，且客觀上該隱私期待在社會通念認為合理。論者認為，依照此一判準，行為人若是在公眾場合裸露或是有類似情狀，則其應無從主張受隱私權保障¹²⁴，例如：行為人有意地在公開場合裸露其生殖器而被拍攝的照片。反之，如該照片是在私下場合拍攝，且和取得照片一方有保密的承諾，那麼可認為行為人有合理的隱私期待¹²⁵。

此外，聯邦最高法院在上開 *Austin* 一案中亦明確表示，被拍攝者的同意必須觀察其脈絡決定，一個人同意被拍攝，或是自願性地將影像傳給（預期中的）他人，不等同於其同意將影像傳布給無關

¹²³ *Id.*

¹²⁴ Jonathan S. Sales & Jessica A. Magaldi, *Deconstructing the Statutory Landscape of “Revenge Porn”*: An Evaluation of the Elements That Make an Effective Nonconsensual Pornography Statute, 57 AM. CRIM. L. 1499, 1524 (2020).

¹²⁵ *Ex parte Jones*, 2021 WL 2126172 at 12.

的第三人。在該案中，上訴巡迴法院認定：當女朋友向第三方，即她的男朋友，發送一張裸體自拍照時，她就放棄了對照片中隱私的所有期望。聯邦最高法院否定此一見解，認為這樣的論理是對此類通信性質的根本誤解，收到裸照的男友是私人通信的他方，而不是第三方，發送此類照片的女朋友不會自動放棄對照片的隱私合理期待，在與預期接收者的個人直接通信中分享私人性圖像，並不表明該分享從未打算保持私密性¹²⁶。

隨著科技的發展與進步，認定合理的隱私期待並非易事，美國聯邦最高法院早期曾確立了第三人原則(Third Party Doctrine)，意即，行為人一旦自願地將資訊分享給第三人(例如：銀行傳票)時，行為人對於該資訊已無合理的隱私期待¹²⁷。然而，現今的交易模式、生活型態日益複雜，人們無形之中幾乎無時無刻在向第三人分享資訊，甚至可以說，在不分享資訊的情況下，日常生活將窒礙難行。例如：以寄送電子郵件為例，寄件者的郵件伺服器會發起簡易郵件傳輸通訊協定連線，之後依電子郵件地址將網域名稱轉換為IP位址，再轉寄至收件人的郵件伺服器，將電子郵件儲存在該伺服器上，依照通訊協定的不同，將電子郵件下載到收件人的裝置並從郵件伺服器中將其刪除，或是儲存在電子郵件用戶端中，允許收件

¹²⁶ *Austin*, 155 N.E.3d at 452.

¹²⁷ *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976).

人從任何連線裝置存取¹²⁸。此外，無論是透過雲端平台儲存資料、使用手機連網、撥打電話、上網搜尋資料，資訊的發送、傳遞、儲存往往都要仰賴第三方提供軟硬體設備始能完成，若依照上開第三人原則，而認定皆不受到隱私權的保障，似與使用者之期待不相符。

在 *Carpenter v. United States*¹²⁹ 一案中，聯邦最高法院針對檢察官在無令狀搜索及扣押被告 Carpenter 長達 127 天、1 萬 2,898 個地點的基地台位址數據資料(Cell Site Location Information, CSLI)，認定違反了被告受憲法第四條對於隱私權的保護，並表示拒絕將第三人原則適用於基地台位址數據資料。

首先，在 CSLI 是否受憲法隱私權保障的部分，法院認為，手機是日常生活中普及且持續存在的一部分，對於參與當代社會所不可或缺，這個帶有時間和移動軌跡記錄的 CSLI 如同一個窗口，政府藉著這個窗口，掌握了一個人的生活，不僅揭露特定活動，還透過這些活動揭示了個人的家庭、政治、職業、宗教和性生活¹³⁰，CSLI 帶來了更大的隱私疑慮，當政府從電信商取得 CSLI 的資料時，就侵犯了被告對於自身行動的隱私期待。

¹²⁸ Cloudflare，〈什麼是電子郵件？| 電子郵件定義〉，<https://www.cloudflare.com/zh-tw/learning/email-security/what-is-email/>（最後瀏覽日：02/10/2023）。

¹²⁹ *Carpenter v. United States*, 138 S. Ct. 2206(2018).

¹³⁰ *Id.* at 2217.

政府主張本案適用第三人原則，因為 CSLI 是由電信商創建並維護的商業記錄¹³¹。聯邦最高法院否定了此一看法，法院認為，這種想法未能因應數位時代的巨大變化，第三人原則的概念在於，一個人有意和他人分享訊息，就減少了他對於隱私的期待，但是，隱私期待的降低不等同於放棄了憲法對於隱私權的保障。法院將本案和先前的判決先例作區辨，指出所蒐集的資訊的本質應該也要被納入是否有「合理隱私期待」的判準中。例如，在 *United States v. Miller* 及 *Smith v. Maryland* 案件中，聯邦最高法院均認定該等案件所取得的資訊不受憲法第 4 條對隱私權的保障，*Miller* 一案係有關調取被告銀行的帳戶記錄，該銀行帳戶記錄並非機密，而是商業交易之用；在 *Smith v. Maryland* 一案，法院認定警察在電話上裝設筆型記錄器(*pen register*)取得的通聯記錄不屬於搜索，該通聯記錄並沒有包含任何身分的訊息¹³²。然而，本案並不是只有關於一個人在一個特定時間所處的地點，而是一個人有一段長時間的詳細物理位置，這是過去的判決先例所沒有處理到的。

關於第三人原則的另一個要件「自願揭露」的部分，在 CSLI 的情況也不適用，法院認為，雖然被告可能抽象的意識到電信公司擁

¹³¹ *Id.* at 2219.

¹³² *Id.* at 2219.

有活動記錄檔，但這並非基於被告有意識的積極作為所致¹³³，對於基地台位址數據資料的搜索扣押，仍需要有令狀始得為之。

聯邦最高法院強調，本案決定的範圍是狹窄的，並未針對即時定位(real-time CSLI)表示意見，也並未擴及外交或國家安全的其他資訊蒐集技術，法院在此類案件中必須謹慎行事¹³⁴。簡言之，法院在本案並未推翻第三人原則，而是和先前的判決先例做出區別，表明 CSLI 不適用於第三人原則，但亦拒絕將本案的論理直接擴張適用至其他新型態的資訊蒐集。

4.2.3 小結—兼論我國法

如同論者指出，隱私權的保護是促進一個開放社會至關重要的價值觀和關係所不可欠缺，人們仰賴對於隱私的保護進行社會生活，信賴擁有個人敏感資訊的醫生，信任擁有信用卡資訊銷售員，法律也保護這類財務、醫療、交易等資訊的隱私，個人的性資訊也應受到同等的尊重¹³⁵。基於保護隱私權而規定的法律，看似限制了言論自由，但其實也同時提升了言論自由，當人們擔心私人談話可能會被公開時，法律對隱私權的保護消弭了這樣的疑慮，反而鼓勵了人們可以自在地說出原本可能不會說的話¹³⁶。當人們因為恐懼被

¹³³ *Id.* at 2220.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ Mary Anne Franks, "Revenge Porn" Reform: A View from the Front Lines, 69 FLA. L. REV. 1251, 1325 (2017).

¹³⁶ Justice BREYER, with whom Justice O'CONNOR joins, concurring. *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 537 (2001).

散布性私密影像以致於失去工作、影響家庭和人際關係，就會導致人們壓抑情慾和性慾的實踐，或在性方面的類似表達¹³⁷，而惟有在隱私權能夠被確保的情況下，個人的性自主和身體自主或親密關係的建立，才可能充分完整實現。

在判斷合理的隱私期待部分，如同 Austin 一案法院所表示，一個人同意被拍攝照片，不等同於一個人同意被散布照片。同意是根據脈絡而決定，同意不是一個全有全無的開關，同意在某種情況下分享資訊，並不表示同意在另一種情況下共享該資訊。當一個人將信用卡交給服務生時，他並不同意讓服務生使用該卡進行個人購物，當一個人提供醫生敏感的健康資訊時，他並沒有授權該醫生與公眾分享這些資訊，戀人之間分享的內容並不等於他們與同事、熟人或雇主分享的內容¹³⁸。聯邦最高法院目前仍未揚棄第三人原則，但在 Carpenter 一案中，提出了判斷合理隱私期待的重要因素，即考量資訊的本質和分享該資訊是否是有意識的行為，隨著科技發展，人們現今在蒐集訊息、使用訊息、傳遞訊息幾乎難以避免分享一部分的資訊，過程亦趨複雜化，可預見往後聯邦最高法院將針對不同的個案逐步發展出細緻的論理。

¹³⁷ Mary Anne Franks, *"Revenge Porn" Reform: A View from the Front Lines*, 69 FLA. L. REV. 1251, 1326 (2017).

¹³⁸ Danielle Keats Citron & Mary Anne Franks, *Criminalizing Revenge Porn*, 49 WAKE FOREST L. REV. 345, 355 (2014).

我國刑法新增訂第二十八章之一「妨害性隱私及不實性影像罪」罪章，於 2023 年 1 月 7 日由立法院三讀修正通過，於同年 2 月 8 日施行。新法涵蓋了前階段的不法取得行為(第 319 條之 1、第 319 條之 2)及後階段的散布等行為(第 319 條之 3)，立法理由指出「性隱私為私人生活最核心之領域」，明確表示其保護法益為性隱私權。然而，觀諸配合上開罪章一同修正的刑法第 10 條規定：「稱性影像者，謂內容有下列各款之一之影像或電磁紀錄：一、第五項第一款或第二款之行為（按：性交）。二、性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位。三、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。四、其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。」顯然仍採取和妨害風化罪章中關於猥褻的定義，如前所述，該定義並不明確，仰賴司法機關的詮釋，不免有流於主觀恣意及加深性污名化的疑慮。事實上，在三讀附帶決議時，立法者有指出此一問題：

「客觀上足以引起性慾或羞恥之行為」此一認定標準，可預見其在具體案件的適用上將爭議不斷。蓋『足以引起性慾』涉及品味的評價性字眼，加害者可能為了脫罪，而對受害者之身材或長相進行貶抑性描繪，以其姿色不足以引起性慾為藉口，抗

辯構成要件不該當，造成受害者在審判過程中的二度傷害；『足以引起羞恥』，則使受害者覺得自己『應為自身的性的面向之公開而感到見不得人』而受到更深的創傷。

另，基於法律明確性原則，為使受規範者可得預見其行為可能之法律效果，並避免法律疑義，在定義時實應明確描述會構成性影像內容之裸露身體部位之範圍¹³⁹。

值得注意者，新法同時一併修正了性侵害犯罪防治法第7條，將散布性私密影像的相關犯罪，準用性侵害犯罪防治法中，有關被害人身分保密、偵查或審判時得請求親屬或信賴之人陪同、偵查或審判必要時應由具相關專業人士在場協助詢（訊）問等規定，以及網路平台業者限制或移除犯罪有關之網頁資料的規定，在程序上強化對性私密影像被害人的保護。由上可知，我國有關妨害性私密影像的條文，一方面認為該法的保護法益為性隱私權，但同時又兼採了妨害風化罪責中關於猥褻的定義，而在程序的保護上，則準用了對於性侵害被害人的規定。

再者，在立法過程中，司法院曾表示應就客體「性影像」的部

¹³⁹ 立法院公報處（2023），《立法院公報》，第112卷第14期院會紀錄，第10冊，頁231，立法院。

分，排除不具有合理隱私期待的情形（例如：商業片）¹⁴⁰，最終並未被採納，不過，同樣是保護隱私權的個人資料保護法第 41 條，條文亦未明確表示限縮於有合理隱私期待的情形，在適用上，有法院曾援引釋字第 689 號解釋林子儀大法官及徐璧湖大法官部分協同及部分不同意見書中，關於合理隱私期待的判準，主張應該就被告言論發表之場域、所涉及公益性程度、個人資訊之主、客觀合理隱私期待的高低（即主觀上個人是否顯現對該隱私不欲公開；客觀上一般人是否對該隱私不會對外公開）、所揭露個人資訊量之多寡、整體對隱私權侵害之嚴重程度（即所謂「馬賽克理論」或譯為「鑲嵌理論」，即如馬賽克拼圖一般，乍看之下微不足道、瑣碎的個人資料，但拼聚在一起後就會呈現一個寬廣、全面的圖像，而對個人隱私權產生嚴重危害）等因素綜合觀察¹⁴¹。

4.3 騷擾

另有許多州法將報復式色情視為一種騷擾型態，採取此一規範取徑者，雖然在構成要件上和上述採取隱私權取徑的構成要件相類似，但均將此類犯罪規定於危害社會道德的罪章中，並在主觀要件中增設意圖騷擾或恐嚇等要件，目的在於限縮適用的範圍，避免過

¹⁴⁰ 見立法院議案關係文書院總第 246 號政府委員提案第 17874、24335、25078、26808、27340、27366、27356、27388、27403、27495、27516、27543、27588、27604、27641、27707、27783、27785、27819、28031、28035、28353、28381、28518、28614、28666、28761 號之 1，頁 102。

¹⁴¹ 臺灣新北地方法院 109 年度訴字第 952 號刑事判決。

度侵害言論自由。

例如，阿拉斯加州規定，意圖騷擾他人，而公開或散布他人生殖器、肛門或女性乳房或該人從事性行為的數位或印刷之照片、圖片或影片，構成二級騷擾(輕)罪¹⁴²，並將此罪規定於危害公共秩序罪章內；北卡羅萊納州規定，成年人意圖脅迫、騷擾、恐嚇、貶低、羞辱所描繪之人或造成經濟損失，或導致他人受脅迫、騷擾、恐嚇、貶低、羞辱或使所描繪之人受有經濟損失，未經被描繪之人的同意或可得而知該人有意使影像保持私密的狀態，而故意揭露他人暴露私密部位或從事性行為的影像，且該影像中所描繪之人可從所揭露的影像本身或與影像相關的信息中被識別，構成重罪，該州將此罪規定於危害公共道德罪章¹⁴³；奧克拉哈馬州規定，意圖騷擾、恐嚇或脅迫他人，或一個合理之人可知悉該散布行為將對他人構成騷擾、恐嚇或脅迫的情況下，未經同意或一個合理之人可知悉被描繪者不會同意散布，而故意散布他人從事性行為或裸露其一部或全部之私密部位的影像，且該他人可從影像本身或與該影像相關的資訊被識別，構成未經同意散布性私密影像之(輕)罪¹⁴⁴，該州將此罪規定於危害公共道德罪章。

¹⁴² ALASKA STAT. § 11.61.120 (2019)

¹⁴³ N.C. GEN. STAT. § 14-190.5A (2017)

¹⁴⁴ OKLA. STAT. TIT. 21, § 21-1040.13b (2020)

在規範未經同意散布性私密影像的行為上，增加該主觀的意圖要件是否適當，不無疑問。散布的行為人未必是出於騷擾或恐嚇特定的被害人所為，也可能出於滿足性慾或營利的意圖，知名報復式色情網站 IsAnybodyDown.com 的創辦人 Craig Brittain，每月自該網站獲利 3,000 美元，其向媒體聲稱該網站的目的不在於羞辱或傷害任何人，而是出於「娛樂和商業目的¹⁴⁵」，即為一例。

再者，實務上要證明行為人是出於該騷擾或恐嚇等意圖所為，並不容易，倘若行為人與被害人彼此並不認識，亦無除了散布之外的其他客觀舉動(例如：寄送恐嚇信、索取金錢等)，即難有客觀事證足以證明行為人主觀上具備上開意圖。實務上亦見有法院認為要符合該等意圖，行為人與被害人必須要有某程度的溝通與交流方屬之，在 *People v. Barber*¹⁴⁶ 一案中，被告未經同意，將其前女友的裸照張貼在被告的 Twitter 帳戶上，並將照片傳給被害人的雇主和其姊妹，被告被起訴的罪名之中，包含了第二級騷擾罪嫌，依照紐約州刑法規定，一個人基於騷擾、恐嚇或警告他人的意圖，透過電話、信件或其他任何傳遞方式，以可能造成他人煩擾的方式為之，始構成該罪，紐約市刑事法院因此而認定，雙方必須具有某程度的

¹⁴⁵ Hayley Peterson, 'It's only entertainment:' Creator of 'revenge porn' site shrugs off potential lawsuits and says his number one goal is making money (Feb. 5, 2013, 17:49 PM), <https://www.dailymail.co.uk/news/article-2273963/I-entertainment-Creator-revenge-porn-site-shrugs-potential-lawsuits-says-number-goal-making-money.html>

¹⁴⁶ *People v. Barber*, 992 N.Y.S.2d 159 (Crim. Ct. 2014).

溝通或交流¹⁴⁷，而本案中，被告並未有任何和被害人有接觸的行為，而只是張貼在自己的社群帳戶及傳送給第三人，對於被害人不構成騷擾罪責¹⁴⁸。然而，即便行為人並非基於上開意圖而為散布，對於被害人所造成的傷害並無絲毫減少。若是為避免法規範涵蓋過廣而導致過度限制言論自由，可訂定例外排除不構成犯罪的情形，例如基於報導或訴訟目的、偵查犯罪等而為持有或散布等，即可達到避免過度箝制言論自由的效果。

4.4 性犯罪

近來多有論者指出，報復式色情不僅僅只是侵犯被害人的隱私，單純以侵犯隱私來理解報復式色情並不足以掌握其本質，報復式色情是性暴力，因為其帶給被害人在身體、情感、精神上的傷害，與性侵害被害人所受到的性質相似¹⁴⁹，所造成的侵害包含：(1) 侵犯個人和身體的完整性：這種基於網路影像的性暴力往往伴隨著個人資訊，讓被害人在現實生活中受到騷擾¹⁵⁰，93%的受害者表示他們經歷了嚴重的精神上痛苦，83%的受害者表示他們在社交、工作或其他重要領域上的能力受到重大的損害¹⁵¹，受害者換工作、換學

¹⁴⁷ *Id.* at 5.

¹⁴⁸ *Id.* at 6.

¹⁴⁹ Roni Rosenberg & Hadar Dancig-Rosenberg, *Reconceptualizing Revenge Porn*, 63 ARIZ. L. REV. 199, 203(2021).

¹⁵⁰ *supra* note 36, at 545.

¹⁵¹ *End Revenge Porn*, CYBER CIVIL RIGHTS INITIATIVE. INC, <https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf> (last visited Oct. 2, 2023).

校，從公領域離開，不再使用社群媒體。(2)侵犯尊嚴和隱私：侵害了個人價值，不被當成一個平等的個體對待¹⁵²。(3)壓制了個人的性自主和性表達：當個人的隱私和尊嚴無法受到確保的情況下，個人就無法充分展現其性自主和性表達，女性因為拍攝性私密影像，或者允許該影像存在，在性別不平等的文化和社會環境下受到羞辱性的懲罰，社會提醒女性有責任要避免這類事情發生，在分享影像之前多加思考，但這種說法不但忽視了分享私密影像也是性表達的形式之一，更忽略了這其實是對於女性的性實踐和性表達的極其有害的迷思，讓選擇不跟隨該迷思的人受到羞辱，進行自我審查¹⁵³。

此外，規範報復式色情所要保護的價值，和規範傳統性犯罪所要保護的價值相同，聯邦最高法院表示，妨害性自主罪所要保護的是人性尊嚴(human dignity)、性隱私(sexual privacy)和性自主權(sexual autonomy)。在人性尊嚴的部分，報復式色情侵害了被害人的尊嚴，對之進行性羞辱，當一個人的性隱私被侵害了，也是對於人性尊嚴的侵害，報復式色情貶抑女性，讓她的身體成為不再屬於她自己，而成為一個可慾的客體，且不同於妨害性自主可能是一次性的行為，報復式色情的傳播帶來的傷害可能更加嚴重¹⁵⁴。

¹⁵² *supra* note 36, at 546.

¹⁵³ *Id.* at 548.

¹⁵⁴ *supra* note 149, at 220.

性隱私對於一個人實踐性自主是必要的，這種隱私只有在個人對於自己的身體和親密關係能夠擁有不受干擾的空間才能實現，這種空間包含了阻卻他人在未經同意底下觀看自己的身體，包含自己私密身體部位的照片不會在未經同意的情況下被散布，報復式色情是對於性自主權的侵害，因為被害人的身體在未經同意的情形下被使用¹⁵⁵。

性自主權包含了一個人要如何形塑親密關係和性的認同，個人只有在性的認同和性行為不受到無關的人的注視底下，才得以探索和型塑自己的身體、與他人的親密關係，這是個人人格最私密的核​​心，個人應該有權決定她們是否、對何人展現。報復式色情剝奪了這種自主決定，藉由社會集體的貶斥，讓女性噤聲、沉默，壓抑其在性自主的慾望和實踐¹⁵⁶。

反對者或許會認為，報復式色情和典型的性犯罪不同，因為性犯罪是利用性行為來滿足個人的性慾，但報復式色情可能出於營利、報復、娛樂等意圖，不過，性犯罪不見得是為了滿足性慾，而是權力和控制的實現。此外，在性犯罪中重要的是保護的價值，而非犯罪者的想法。另一個反對的理由可能是，性犯罪必須限於身體的直接接觸，而報復式色情並不包含在內，論者認為，重點在於受

¹⁵⁵ *Id.* at 221.

¹⁵⁶ *Id.*

侵害的保護價值，而性犯罪和報復式色情的共通性在於對性自主權的侵害¹⁵⁷。

5. 美國對於深偽影像之相關規範

目前聯邦並未針對深偽訂定相關刑事或民事責任，僅有於《2020 國防授權法案》¹⁵⁸要求國家情報總監須向國會情報委員會提交報告，說明深度偽造對於國家安全的潛在影響，以及外國政府實際或可能使用機器操縱媒體傳播虛假信息或從事其他惡意活動的評估，此外，報告中必須涵蓋中國、俄羅斯政府的深偽技術以及偵測深偽相關發展。各州則陸續立法規範，簡述如下：

5.1 現行規範

5.1.1 民事責任

加州修訂選舉法，規定任何人出於惡意，基於損害候選人名譽或以欺騙方式使選民支持或反對特定候選人的意圖，在選舉前 60 日散布具有實質欺騙性的影像或影音內容(materially deceptive audio or visual media)，該內容係指故意操縱候選人的外表、言論或行為的圖像或影音，使一般人看來誤認為真實，或將導致一般人對該圖像或影音傳達之內容產生與倘若見聞原始版本截然不同的

¹⁵⁷ *Id.* at 223-224.

¹⁵⁸ 50 U.S.C.A. § 3369a

理解或印象，負擔民事損害賠償責任。該法設有例外免責條款，包含在該影像旁邊以該內容所使用的最大字體同等大小的文字註明該內容非屬真實、或在音檔內容中清晰揭露，另排除了諷刺或模仿的內容、新聞媒體報導等¹⁵⁹。

加州民法 Cal. Civ. Code § 1708.86 規定，除了在特定例外狀況下，明知未經同意或可得而知並未獲同意而製作、散布經由電腦生成所產生他人性器或性行為的影像者，應負損害賠償責任。

明尼蘇達州 M. S. A. § 604.32 規範了未經同意散布性私密影像的民事責任，並將性私密影像包含以深偽技術所製作的內容。該法將深度偽造定義為「任何錄影、電影、數位或實體照片，或任何言論、行為之表現形式，其內容極為真實，以致一個合理之人會相信其為該被描繪之人的言論或行為；其製作在很大程度上取決於技術，而非另一個人在肢體或口頭模仿該人的能力」。

5.1.2 刑事責任

明尼蘇達州 § 609.771 則規範利用深度偽造影響選舉的刑事責任，該法要件包含：(1) 行為人知悉或可得知悉該影像為深偽；(2) 該影像係基於傷害候選人或影響選舉之意圖所製作；(3) 未經該被描繪之人同意；(4) 於選舉前 90 日；(5) 散布之行為。另定有禁制

¹⁵⁹ Cal. Elec. Code § 20010

令。

德州在其選舉法¹⁶⁰規定，任何人意圖傷害候選人或影響選舉結果而製作深偽影像，並在選舉前 30 日公開或散布該影像構成刑事犯罪，其中所謂「深偽影像(deep fake video)」係指基於欺騙的意圖，而製作真實存在的人物在做現實上並未發生的動作。

維吉尼亞州 VA Code Ann. § 18.2-386.2 規定，任何人意圖脅迫、騷擾、恐嚇，明知或可得而知未經授權，而惡意散布或販賣內容為他人全裸或露出生殖器、陰部、臀部、女性的乳房，構成輕罪，該法將客體包含了製造、修改或編輯他人的影像或照片，且該影像或照片可藉由面容或其他相似性、特徵辨識出該人。

路易斯安那州在其電腦犯罪中規定，任何人知悉該從事性行為的影像屬深偽且未經被描繪之主體同意，而故意宣傳、散布、展示、交換、販賣者負有刑責，並針對被描繪之主體為未成年人另設有加重之獨立刑責，此外，將客觀行為包含製作、持有在內¹⁶¹。

5.1.3 小結：

由上可知，目前對於深偽影像的規範，相較於未經同意散布性私密影像為少，且並非所有深偽影像均受規範，無論是民事責任或刑事責任，目前均僅針對涉及選舉以及性影像的內容，在選舉深偽

¹⁶⁰ Tex. Elec. Code § 255.004

¹⁶¹ La. Stat. Ann. § 14:73.13

影片部分，均有特定意圖的要件，在性影像的部分，則是在既有的
 散布性私密影像刑罰上，將客體擴及至深偽影像。

關於針對深偽色情的刑事責任規範，整理如下表：

州	法條	立法定位	主觀犯意	客體內容	客觀行為 (侵害手段)
維吉尼亞州	VA Code Ann. § 18.2-386.2 Unlawful dissemination or sale of images of another; penalty	猥褻及其相關犯罪 (Obscenity and Related Offenses)	意圖脅迫、騷擾、恐嚇	他人全裸或未著衣物並暴露外生殖器、陰部、臀部或乳房之影像或照片；「他人」包含了製造、修改或編輯該人的影像或照片，且該影像或照片可藉由面容或其他相似性、特徵辨識出該人	惡意 (maliciously) 散布或販售
路易斯安那	LSA-R. S. 14:73.13 (B)(1) § 73.13. Unlawful deepfakes	電腦相關犯罪(Computer Related Crime)	知悉該影像屬深偽且未經被描繪者之同意	被描繪者從事性行為(sexual conduct)。性行為指以下任何一種行為，無論是實際的還是模擬的：性交、口交、肛交、口肛交、自慰、獸交、性施虐、性受虐、以情色的方式將任何物體插入陰道或直腸、為了刺激觀看者	故意 (knowingly)宣傳、散布、展示、交換、販售

				性慾而展示生殖器或陰部或直腸區域，或以情色的方式排泄，無論上開行為是獨自進行、與同性或異性為之、與人或動物為之。	
	LSA-R. S. 14:73.13 (A) § 73.13. Unlawful deepfakes		知悉該影像屬未成人之深偽	未成年人從事性行為	故意 (knowingly) 製作或持有
	LSA-R. S. 14:73.13 (B)(2) § 73.13. Unlawful deepfakes		知悉該影像屬未成人之深偽	未成年人從事性行為	故意 (knowingly) 宣傳、散布、展示、交換、販售

來源：作者整理

5.2 深偽言論與言論自由的關係

和未經同意散布性私密影像相同，深偽色情也面臨了是否受到憲法第一修正案對於言論自由保護的問題，聯邦最高法院迄今所揭示不受言論自由保護的類型，僅有煽惑犯罪(incitement)、猥褻性言論(obscenity)、誹謗性言論(defamation)、挑釁性言論(fighting words)、兒童色情(child pornography)、詐欺(fraud)、脅迫(true threats)、對於政府造成明顯而立即危險的言論等，不包含深偽色情。

聯邦最高法院在 *United States v. Alvarez* 一案中指出，單純虛假的言論本身並不當然不受到言論自由的保護¹⁶²。該案涉及的事實為，Alvarez 因謊稱自己榮獲國會榮譽勳章，觸犯了聯邦的《2005 年冒用榮譽法》(Stolen Valor Act)，該法規定，任何人不得以口頭或書面虛偽陳述自己獲得國會授予的任何軍職勳章或獎章，違者處以罰金或徒刑¹⁶³。聯邦最高法院指出，言論自由並沒有一般性地排除虛假言論，如果人們要能夠在公眾場合或私底下積極地敞開表達意見，不可避免的會出現虛假陳述的情況，而這是言論自由所要保護的¹⁶⁴。

法院肯認政府主張的迫切利益，亦即維護勳章誠信的立法目的，因為謊言會貶低了該獎項的崇高目的，削弱了它所確認的榮譽，此外，謊言可能會冒犯勳章的真正持有者，當謊言讓他們與一個不值得的冒充者為伍時，這是對他們的勇敢和崇高原則的侮辱¹⁶⁵。然而，政府仍然必須負擔舉證責任，證明對於言論的限制有實際上的必要性(actually necessary)，政府並沒有舉證證明大眾對於勳章的觀感，會因為像本案這樣的謊言而被減損，也沒有說明為什麼駁斥的言論不足以實現政府的上開利益¹⁶⁶。在本案的情形，

¹⁶² *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709, 718 (2012).

¹⁶³ *Id.* at 715.

¹⁶⁴ *Id.* at 718.

¹⁶⁵ *Id.* at 724.

¹⁶⁶ *Id.* at 725.

Alvarez 謊言被揭穿後，在網路上被譏笑，反而喚醒了大眾對於勳章的崇高敬意¹⁶⁷。

法院強調，治癒錯誤言論的方式就是真實的言論，一個社會的公民有義務和權利去進行開放、動態、理性的對話¹⁶⁸，只有一個弱小的社會才需要政府去保護、去干預，才能下定決心維護真理，真理不需要手銬，也不需要勳章來為其辯駁¹⁶⁹。最後，法院認為政府可以藉由建置查詢資料庫列出勳章得主名單，即可確保勳章制度的誠信，上開法律並非最小侵害手段。據此，法院宣告該法律違反的第一修正案對於言論自由的保護¹⁷⁰。

論者指出，過去這種對於言論市場自由競爭的概念，認為虛假言論和真理相互競逐，直到後者勝出為止，在網路上可能不成立，網路改變了人們接收和分享訊息的方式，也促進了錯誤訊息的傳播，因為它欠缺了傳統使用的把關機制，例如專業編輯¹⁷¹。再者，社群媒體演算法讓深偽影像和其他煽動性的內容比起真實、較不吸引人的內容更容易傳播¹⁷²。社群媒體的演算法大多數時候仰賴人們的參與度—按讚、留言、分享，幾乎所有的網路平台都有流行度偏

¹⁶⁷ *Id.* at 727.

¹⁶⁸ *Id.* at 728.

¹⁶⁹ *Id.* at 729.

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ Stephan Lewandowsky et al., *Misinformation and Its Correction: Continued Influence and Successful Debiasing*, 13 PSYCHOLOGICAL SCI. IN PUB. INTEREST 106, 110 (2012).

¹⁷² Moncarol Y. Wang, *Don't Believe Your Eyes: Fighting Deepfaked Nonconsensual Pornography with Tort Law*, U. CHI. LEGAL F. 415, 436(2022).

差(popularity bias)，演算法透過找出人們喜歡的內容，把這些內容優先呈現在使用者的頁面，以大幅提升使用者的參與度，讓使用者花更多時間在社群媒體。這樣的想法建立在群體智慧的假設上，也就是越多人喜歡的觀點可以帶領更好的決策，但該假設的前提必須是群體由不同的、獨立的來源所組成，但現實上，人們傾向跟自己相近的人來往(即俗稱的「同溫層」)，而且機器人、內容農場等技術的發展，也使演算法在判別訊息的流行度上失真，最終導致低品質的內容有更高的可能性被放大¹⁷³。

不僅如此，相較於一般言論有透過論辯澄清的可能，深偽言論的特色之一在於太過真實，隨著技術發展，人們縱使有意查證，也未必能有工具得以辨明真偽，在深偽色情的問題上，無論受害者如何澄清，眼見為憑有其強大的說服力¹⁷⁴。因此，當言論自由市場失靈之際，外力管制成為可能的選項之一，例如政府的介入，或是仰賴平台業者的管理，然而如何管制，則為另一棘手問題。

5.3. 管制方向—兼論我國法

如前所述，聯邦僅有針對深偽技術對於國家安全造成的危害進行評估報告，尚無一般性的規範，歐盟則已逐步發展出相關管制方

¹⁷³ Filippo Menczer, *How “engagement” makes you vulnerable to manipulation and misinformation on social media*, <https://www.niemanlab.org/2021/09/how-engagement-makes-you-vulnerable-to-manipulation-and-misinformation-on-social-media/> (last visited Oct. 3, 2023).

¹⁷⁴ Nina I. Brown, *Deepfakes and the Weaponization of Disinformation*, 23 VA. J.L. & TECH. 1, 55 (2020).

式，可為參考。歐洲議會研究服務機構（European Parliamentary Research Service，簡稱 EPRS）在 2021 年提出的政策分析報告，將深偽作品的生命週期分為不同的階段，包含¹⁷⁵：

(1) 技術層面(Technology dimension)：

指從風險控管的角度來監理人工智慧，在歐盟委員會的提案中，明確規定深偽技術必須符合某些最低要求，特別是加註標籤的部分。

(2) 創作層面(Creation dimension)：

針對深偽的創作者制定政策和規則，此層面也包含了惡意使用深偽技術的人，這類人通常採取匿名方式且不易被識別，無從期待其遵守標籤的規定，因此有必要採取其他政策，包含科以刑事責任，或採取外交途徑及國際協定以杜絕來自國外的惡意深偽。

(3) 流通層面(Circulation dimension)：

此部分主要針對深偽作品的流通進行管制，深偽作品的散布和流通的規模決定其影響和嚴重程度，因此，通常會建議對平台和其他中介機構就責任和義務為規範，例如：安裝檢測軟體

¹⁷⁵ Tackling Deepfakes in European Policy, EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (2021), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/690039/EPRS_STU\(2021\)690039_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/690039/EPRS_STU(2021)690039_EN.pdf)

等。

(4) 目標層面(Target dimension)：

惡意深偽對於個人會造成影響，因此，歐盟委員會提出了對被害人保護的幾種方案，例如加強對於個人資料的保護，以及制訂歐盟統一對於人格權使用的規範。

(5) 受眾層面(Audience dimension)：

深偽的影響不只是個人的，也可能是社會層面，因應的選擇方式包含對於可信來源加註標籤、投入資源在公民的媒體識讀等。

依照上述歐盟的政策，刑罰在於創作層面與流通層面始介入，其考量或在於避免過早以刑罰介入之疑慮。

我國目前對於深偽技術尚無類似歐盟有整體性的框架規範，而是類似美國採取針對特定內容的模式，即就深偽色情進行管制，政治性深偽部分，公職人員選舉罷免法於 112 年 6 月 9 日增訂之的 51 條之 3、修正第 104 條規定，將「深度偽造」納入選舉罷免規範，另於總統副總統選舉罷免法增訂第 47 條之 3、修正第 90 條規定，將「深度偽造」納入選舉罷免規範。修正後刑法在新增的妨害性隱私及不實性影像罪章中，第 319 條之 4 規定「(第 1 項) 意圖散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽，以電腦合成或其他科

技方法製作關於他人不實之性影像，足以生損害於他人者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。(第2項)散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽前項性影像，足以生損害於他人者，亦同。(第3項)意圖營利而犯前二項之罪者，處七年以下有期徒刑，得併科七十萬元以下罰金。販賣前二項性影像者，亦同。」若對應上開歐盟政策所分的階段，分別規範創作(製作)以及流通的階段，並在前者加入了意圖的要件。

在立法過程中，對於本條所保護的法益為何，曾有所討論。立法理由表示上開條文係為保護個人之隱私權及人格權，司法院則主張，在行為客體為「不實」性影像的情形，並非被害人真正之性隱私資訊，其真正私密領域未受到侵擾，因此，「隱私權」應非本罪保護之法益¹⁷⁶，另外，司法院認為，深偽色情將使人誤以為被害人拍過色情影音，或該不實性影像為本人真實之性影像，造成個人社會評價貶低、社會形象減損之結果，因此除人格權的侵害外，亦侵害個人名譽權。

本文認為，不實的影像並非被害人真實的私密生活，因此是否構成隱私權的侵害，尚有疑問。在名譽權的部分，固然，個人影像被挪用而成為深偽色情客體的被害人，尤其是女性，在既有的社會

¹⁷⁶ 立法院議案關係文書院總第246號政府提案第17874號。

脈絡下，將可能受到他人異樣的眼光與羞辱，然而，此係因為父權社會下對於女性在性方面的枷鎖與禁忌感，導致即便被害人是非自願地成為影像中的客體，社會仍然會認為女性牽扯到性事便是不名譽，如同早年將妨害性自主罪章定義為妨害風化罪章，但此係在性別不平等的社會脈絡下產生的結果，性事本身並非禁忌，女性可以享有其性自主，擁抱其性慾與情慾，而拍攝性私密影像，亦為其性自主權的實踐之一，若將重點錯置於名譽權，而強調被害人的社會形象受損，不僅無助於拆解性的污名，反而再次深化社會對於女性性自主權的箝制、打壓。深偽色情之所以傷害被害人，在於被害人非自願地成為他人性的客體，被觀看、被消費，被扭曲了個人自我身分與形象認知¹⁷⁷。

6、心得與建議

父權體制下性別權力關係的不對等，使行為人得以藉由深偽色情或散布性私密影像的方式，剝奪女性對於自身身體與性實踐的自主性，將女性視為一個可慾的性客體，而厭女文化伴隨的羞辱、貶斥，足以讓被害女性感到羞恥、恐懼，甚至消失於群體之中，導致深偽色情與散布性私密影像的被害人，絕大多數以女性為主。

¹⁷⁷ V 太太 (2021/11/02), 〈我變成那張被意淫的臉 (上): 為何 Deepfake 色情片讓人不適?〉, <https://opinion.udn.com/opinion/story/120732/5857556> (最後瀏覽日: 02/10/2023)。

本文爬梳了美國(州)法下，有關深偽色情與散布性私密影像的規範，關於深偽色情的部分，目前僅有少數州在性私密影像的相關犯罪中，採取將行為客體一併涵蓋了以深偽技術所製作的影像之規範模式，而在散布性私密影像的部分，多數州刑法係從保障個人的(性)隱私權的角度予以規範，並受到(州)法院的支持，蓋惟有在性隱私權能夠被確保的情況下，個人的性自主、身體自主或親密關係的建立，才可能充分完整實現。我國在刑法修法後，針對深偽色情及散布性私密影像進行亦有相關規範，並進一步地將對於妨害性自主案件被害人的保護準用至散布性私密影像案件的被害人，強化對於被害人的保護，惟對於性私密影像的定義仍建立在「猥褻」的概念上，除有不明確而流於恣意的疑慮外，亦無助於拆解社會對於女性在性方面的籍制與污名，上開美國各州州法之規定，以特定身體部位之裸露或性行為作為性影像之規範客體，或為可採取之方式之一。

聯邦最高法院在 *Palmore v. Sidoti* 一案，有關一名白人父親主張，女兒將因其擁有監護權的白人母親和黑人男子的再婚，承受種族歧視，基於女兒的最佳利益，請求改定監護權，法院指出，若認為種族偏見不存在是無視於現實，但是，憲法雖然不能控制偏見，卻也不能容忍偏見，社會的偏見或許為法律所不及，但法律不

能直接或間接地賦予偏見效力¹⁷⁸(The Constitution cannot control such prejudices but neither can it tolerate them. Private biases may be outside the reach of the law, but the law cannot, directly or indirectly, give them effect.)。同樣地，法律對於現實社會中既存的厭女文化與數位性別暴力，有其侷限與窮盡，惟若能意識到性別中的權力不對等，即可盡可能地避免在適用與解釋上加劇歧視或造成二次傷害。

¹⁷⁸ *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429, 433(1984).