

跟蹤糾纏行為犯罪化之趨勢

王皇玉*

目次

- 壹、前言
- 貳、歐盟成員國對於跟蹤騷擾行為之犯罪化趨勢
- 參、德國刑法第 238 條跟蹤糾纏罪
- 肆、跟蹤糾纏防制模式之採擇
- 伍、結語

摘要

過去長年以來，跟蹤騷擾行為都被視為違法性過於輕微，以致於在刑法領域中，不被當成犯罪行為來對待，也沒有相對應的刑法處罰規定，只有在家庭暴力防治法上有相關規定。然而這樣的立法狀態，顯然並不足夠。目前世界各國，幾乎都在重大跟蹤騷擾事件衍生出更嚴重的犯罪或事故後，反省思考跟蹤騷擾行為之不法性，因而制定處罰跟蹤糾纏之刑法規定，例如美國加州於 1990 年因少女明星遭長期跟蹤的粉絲槍殺事件後，率先將跟蹤騷擾行為以刑法條文的方式制定出來。這股將跟蹤騷擾行為加以犯罪化的立法趨勢，在 2013 年歐盟理事會通過之「預防與對抗對婦女與家庭暴力公約」之後，達到高峰。從人身保護完整性的觀點來看，我國實有制訂相類似法律規範之必要。

關鍵字：跟蹤、騷擾、家庭暴力、恐怖情人、民事保護令

* 王皇玉，台大法律學院教授暨科際法律研究所所長，德國海德堡大學法學博士。Email: hwang47@ntu.edu.tw 本論文為科技部專案委託研究計畫《家庭暴力與跟蹤騷擾之刑法規範研究》，計畫編號：107-2410-H-002 -073 -MY3 之研究成果。

Trends in Criminalization of Stalking

Huang-Yu Wang*

Abstract

Over the past years, stalking and harassment behaviors have long been viewed mild violation of laws. As a result, they are not treated as criminal behaviors in the field of the Criminal Code. The North-American state of California was the first jurisdiction to create a specific criminal provision to deal with the stalking behaviors. The trends in the criminalization of stalking haven also taken place in Europe which were influenced by the 2013 Council of Europe Convention on prevention and combating violence against women and domestic violence. From the perspective of integrity of personal protection, it is necessary for Taiwan to formulate similar laws and regulations.

Key Words: Stalking, Harassment, Domestic Violence, Horror Lover, Civil Protection Order

* Huang-Yu Wang, Professor in College of Law at National Taiwan University, Dr. jur., Heidelberg University, E-mail: hwang47@ntu.edu.tw

壹、前言

近幾年來，社會發生多起跟蹤騷擾事件，造成社會大眾之熱烈討論。第一起是民國 103 年 9 月間轟動一時的台大宅男殺人案，本例外觀看似一件分手男女朋友的情殺案，然而，如果將殺人時點向前回溯，會發現男方在分手後，曾經對女方進行了大約二週的騷擾、跟蹤、侵入住宅與恐嚇。此一台大宅男殺人案發生之後，激發了立法委員迅速於民國 104 年 2 月 4 日修正「家庭暴力防治法」（以下簡稱「家暴法」），增訂了第 63 條之 1 所謂的「恐怖情人條款」，亦即將舊有的家庭暴力防治法上的民事保護令的聲請與核發對象，擴大及於「非家庭成員」，亦即，即使非家庭成員，也未曾有過同居關係，只要現有或曾有親密關係之伴侶，亦可根據家庭暴力防治法第 9 條以下之規定，向法院申請民事保護令（包含通常保護令、暫時保護令及緊急保護令）。

家暴法新增訂的第 63 條之 1 第 1 項規定中，將被害人之範圍擴大為「年滿十六歲，遭受現有或曾有親密關係之未同居伴侶施以身體或精神上不法侵害」，換言之，加害人與被害人之間，不一定要是家庭成員，也不一定要有事實上的同居關係，至於條文中「親密關係伴侶」，在同條第 2 項中之立法定義為「前項所稱親密關係伴侶，指雙方以情感或性行為為基礎，發展親密之社會互動關係。」

第 63 條之 1 的增訂，根據當時衛生福利部所提之立法理由如下：鑑於本法第三條規定「配偶或前配偶」、「現有或曾有同居關係」，致未同居親密關係暴力被害人，無法獲得相關人身安全保障，且經查未同居之親密關係暴力多盛行於十六至二十四歲之女性，爰增列第一項年滿十六歲曾有或現有未同居親密關係而遭受其伴侶施以虐待者，準用本法第九條至第十三條、第十四條第一項第一款、第二款、第四款、第九款至第十三款、第三項、第四項、第十五條至第二十條、第二十一條第一項第一款、第三款至第五款、第二項、第二十七條、第二十八條、第四十八條、第五十條之一、第五十二條、第五十四條、第五十五條及第六十一條之規定。

新制定的「恐怖情人條款」，像台大宅男殺人案中，加害人與被害人曾是男女朋友且有過親密關係，雙方分手後，被跟蹤騷擾的分手女友，即符合「曾有親密關係之未同居伴侶」，可以根據「家暴法」第 63 條之 1 而向法院聲請保護令。

修正後的家暴法雖然逐步擴大「民事保護令」的適用範圍，但擴大適用的對象仍然僅止於以情感或性行為為基礎的親密關係伴侶，也就是現有或曾

有男女朋友關係、同性戀人關係之人。對於不屬於以情感或性行為為基礎的親密關係伴侶，仍然不受此法之保護。因此像如下第二起案件之情形，被害人就處於求助無門狀態。

第二起造成熱烈討論的案件，是發生於民國 106 年 12 月 11 日，一起世新大學男學生疑似追求不成，持刀刺傷女學生事件。受害女學生自高一開始，即遭該名男同學搭訕，且多次拒絕其追求，該男同學後來改成尾隨跟蹤，被害人也曾於事件發生前一個月到警察局求助。由於加害人與被害人之間，並無前面那種所謂的「恐怖情人」關係，因此本事件發生後，根據報載，警方因為無相關法令規範跟蹤騷擾行為，因而無法作出任何處置或提供保護措施。並且，就在被害人向警方求助未果之一個月後，該名跟蹤者進一步地造成刺傷女學生之更嚴重傷害¹。因為此一事件，立法委員要求內政部應儘速提出防制跟蹤騷擾行為的相關法令²。

在幾起社會注目跟蹤糾纏事件發生之後，內政部為防制跟蹤騷擾行為，制定了「糾纏行為防制法」草案，此一草案雖於民國 107 年 4 月 19 日經由行政院會通過，且送立法院審議³，然而，即在數月前（108 年 4 月 30 日），立法院朝野協商時，因內政部及警政署認為該草案與其他法律重疊、案件量大，排擠治安維護工作，因而對外宣布要求本法暫不推動⁴。防制跟蹤騷擾行為之法律規範的立法工作，遂在多方期待與注目之下，戛然而止。

「糾纏行為防制法」草案立法停滯的原因之一，乃警政機關擔憂案件量大，警察勤務無法負荷，且可能排擠治安維護工作。此一擔憂，是因為「糾纏行為防制法」草案主要採行的是日本法模式，亦即優先透過「警察介入」方式，以提供被害人保護。事實上，許多國家的防制跟蹤騷擾的法律規範，採取的是結合「司法介入」與「犯罪化」的混合模式。所謂「司法介入」模式，係由法院核發民事保護令以保護被害人，例如德國法制上有所謂「暴力防範法」（Gewaltschutzgesetz），該法主要賦予民事法院對於跟蹤、騷擾或糾纏行為有一個核發「民事保護令」的法源依據，此等以核發民事保護令的「司法介入」模式，與我國家暴法類似，但所保護的對象不限家庭成員之間的家暴行為，即便陌生人之間的跟蹤騷擾糾纏行為，被害人亦可向法院聲請

¹ 相關事件內容，參考 <https://tw.news.yahoo.com/世新情殺-高-跟蹤到大學-被砍女學生曾報警求救-093425013.html>（最後瀏覽日：2019/06/30）

² <https://tw.news.yahoo.com/世新大學刺殺案-藍委籲-跟蹤騷擾防治法-儘速立法-051910063.html>（最後瀏覽日：2019/06/15）

³ <https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/51450566-1d51-40ee-a9c2-d1a484d24a8b>（最後瀏覽日：2019/06/30）

⁴ <https://www.rti.org.tw/news/view/id/2020142>（最後瀏覽日：2019/06/30）

民事保護令。⁵除此之外，許多國家的刑法中，也明文制定所謂的「跟蹤糾纏罪」，也就是將跟蹤糾纏行為直接「犯罪化」，以刑事犯罪事件來處理。此種跟蹤糾纏罪，其性質介於強制罪與恐嚇安全罪之間，在十九世紀末近代刑法制定之初，並未被當成一種犯罪行為來對待，然而，過去二十年來，越來越多國家在刑法典中將此等行為制定為犯罪行為，例如美國與歐盟諸國。

我國近年來，對於跟蹤糾纏行為的防制對策，一直在制定專法的政策上打轉，事實上，要防制跟蹤糾纏行為，實不以制定專法為限，可以學習歐盟國家，直接在刑法典中，將此等行為制定為犯罪行為，亦即採取「犯罪化」模式，亦可達到防制跟蹤糾纏行為之效。本文以下論述將聚焦於跟蹤糾纏行為「犯罪化」歷程，首先介紹歐盟各國將跟蹤騷擾行為加以犯罪化的趨勢；其次則介紹德國刑法於2007年新增訂的跟蹤騷擾罪之特色；最後再探討我國立法草案所採模式之利弊，以提供我國未來刑法修正的參考。

貳、歐盟成員國對跟蹤騷擾行為之犯罪化趨勢

跟蹤糾纏可以說是一個非常古老的現象，然而在1990年代之前，這樣的行為並不被認為是一種犯罪行為。一直到1990年，美國發生一起「人身攻擊」式的跟蹤騷擾行為，亦即美國加州少女明星Rebecca Schaeffer遭狂熱粉絲跟蹤三年，最後在自家門前被槍殺之事件後，美國加州率先將跟蹤騷擾行為以刑法條文的方式制定出來（California Penal Code, Section 646.9），這也是世界第一部反跟追法。加州制定法律之後，美國其他州也迅速跟進，幾乎在三年內，全美各州及哥倫比亞特區，均於刑法上制定了跟蹤糾纏罪⁶。甚至到了1993年，聯邦政府制定了「反跟蹤法模範法典」（Model Anti-stalking Code for States）⁷。

受到美國立法影響，1990年中期之後，與美國法一樣採取普通法（Common Law）的國家，例如澳洲、加拿大，也陸續制定反跟追法。歐盟諸國中，也是到了1990年中期之後才開始看見較為密集的關注與討論，其中與美國一樣採取普通法的英國、蘇格蘭、愛爾蘭於1997年制定了處罰跟

⁵ 關於德國「暴力防範法」之介紹，可參考王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第47卷第4期，2018.12，頁2364以下。

⁶ Van der Aa, New Trends in Criminalization of Stalking in the EU, Eur J Crim Policy Res(2018) 24, 316.

⁷ 林美薰、林嘉萍（2016），反制跟蹤騷擾，臺灣大步走，婦研縱橫，第105期，頁12。

蹤糾纏行為刑法規定，其立法之背景，乃是源自於英國皇室成員遭到嚴重的狗仔隊跟蹤騷擾而發生車禍事故，英國社會與學界要求正視此一現象，故因而制定了糾纏騷擾法（Harassment Act），此乃最早制定刑法處罰條文的歐盟國家⁸。然而，歐盟諸國在2007年之前，也只有8個國家在刑法中制定跟蹤騷擾罪，有文獻指出，在那個年代，跟蹤騷擾行為之犯罪化，即便引起公眾討論與社會輿論之關注，但是否要制定相關刑法以因應，較多的論點是消極的，亦即認為，跟蹤糾纏行為如果涉及傷害或恐嚇，既有的刑法已足以因應此等犯罪行為，實無需制定新的刑法條文。也因為這樣的論點，各國在犯罪化的立法過程中，都遇到不少阻力。⁹

歐盟各國開始積極地制定處罰跟蹤糾纏行為，主要是受到2013年歐盟理事會通過之「預防與對抗對婦女與家庭暴力公約」（Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence）的影響。該公約第34條規定「成員國必須採取必要的立法或其他措施，以確保對他人之蓄意的、重複的威脅行為，且引發他或她擔憂安全之行為犯罪化」（Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the intentional conduct of repeatedly engaging in threatening conduct directed at another person, causing her or him to fear for her or his safety, is criminalized.）。鑑於此一公約條文之要求，自2013年之後，歐盟各國在刑法上制定處罰跟蹤糾纏行為的情形，越來越普遍。截至2016年5月為止，28個歐盟成員國已全數簽署此一公約，以時序來看，歐盟成員國中，陸續在刑法上制定有關跟蹤糾纏罪的國家，依序如下¹⁰：

	國家	刑法修正處罰跟蹤糾纏行為之年份	相關條文
1	愛爾蘭	1997	刑法第10條
2	蘇格蘭	1997	刑法第39條
3	英國	1997	騷擾防治法第2a條4a條

⁸ De Fazio, The Legal Situation on Stalking among the European Member States, Eur J Crim Policy Res(2009), 15, p. 230.

⁹ Van der Aa, New Trends in Criminalization of Stalking in the EU, Eur J Crim Policy Res (2018) 24, pp. 316；德國2007年制定跟蹤騷擾罪時，刑法學界反對立法的聲音也是認為跟蹤糾纏行為是相對輕微的干擾，不具需罰性，如果真的出現嚴重的暴力行為或傷害、恐嚇等犯行，再以刑法處罰即可，Neubacher, An den Grenzen des Strafrechts-Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße, ZStW 118, 2006, S. 866.

¹⁰ Van der Aa, New Trends in Criminalization of Stalking in the EU, Eur J Crim Policy Res (2018) 24, pp. 327-332.

4	比利時	1998 制定、2001 修正	刑法第 140 條
5	荷蘭	2000	刑法第 285b 條
6	馬爾他	2005	刑法第 251AA 條
7	奧地利	2006	刑法第 107a 條
8	德國	2007	刑法第 238 條
9	匈牙利	2008 制定、2013 年修正	刑法第 222 條
10	義大利	2009	刑法第 612 條
11	盧森堡	2009	刑法第 444-2 條
12	捷克	2010	刑法第 354 條
13	波蘭	2011	刑法第 190a 條
14	斯洛伐克	2011	刑法第 360a 條
15	瑞典	2011 制定、2016 年修正	刑法第 4 章第 4b 條
16	克羅埃西亞	2013	刑法第 140 條
17	羅馬尼亞	2014	刑法第 208 條
18	芬蘭	2014	刑法第 25 章第 7 條 (a)
19	法國	2014	刑法第 222-33-2 條
20	斯洛維尼亞	2015	刑法第 134a 條
21	西班牙	2015	刑法第 172 條
22	葡萄牙	2015	刑法第 154-A 條

歐盟國家中，比較特別的是丹麥。2013 年歐洲理事會通過「預防與對抗對婦女與家庭暴力公約」之後，丹麥是唯一對此公約第 34 條條文主張保留的國家。丹麥所保留的部分，是針對跟蹤糾纏行為之犯罪化。丹麥政府認為，對於跟蹤糾纏行為之防制，不一定要優先以刑法加以處罰，也可透過其他方式加以防制。其實，丹麥原本就被認為是歐洲各國中，最早在刑法上制定處罰跟蹤糾纏行為的國家，只是丹麥的防制跟蹤糾纏模式，是以警察措施優先介入的方式為之。丹麥刑法於 1933 年制定之刑法第 265 條規定如下：「不顧警察之警告，對他人以騷擾、信件追求或其他類似方式糾纏而侵害他人和平，處以罰金或二年以下自由刑。本條警察之警告，其效力為 5 年。」¹¹

¹¹ Van der Aa, New Trends in Criminalization of Stalking in the EU, Eur J Crim Policy Res (2018) 24, p. 320.

此一條文立法草案，最早甚至可追溯至1912年，在1933年正式立法通過之後，隨後又於1965年、2004年歷經二次修法，二次修法的原因，都是增加較為嚴重的跟蹤糾纏行為態樣，並加重刑罰。¹²

基本上，丹麥的立法模式，與歐盟諸國的犯罪化模式，非常不同，最主要的差異在於，丹麥刑法不是直接在刑法上制定處罰跟蹤糾纏行為，而是「行政禁令先行」的立法模式。亦即對於跟蹤糾纏者，被害人應優先尋求警察機關之援助，如有必要，警察機關之首長應先對跟蹤糾纏者發出禁制令。如果跟蹤糾纏者後來並未違反此一禁制令，則不會受到任何刑罰，僅有在跟蹤糾纏者於警察機關發出禁制令之後的5年內，有為違反禁制令而為跟蹤糾纏時，才會使用刑法處罰¹³。

參、德國刑法第238條跟蹤糾纏罪

一、保護法益之確立

我國刑法繼受自德國刑法，即使刑法分則上的犯罪類型，也幾乎與德國刑法相同。德國在早期的普魯士刑法典中，也無針對跟蹤騷擾的處罰規定，然而在2007年3月31日，德國刑法分則中新增定了第238條跟蹤糾纏罪（德文稱為Nachstellung），制定此一條文之背景，是為了彌補刑法對跟蹤糾纏行為的處罰漏洞¹⁴。然而，就如同歐盟其他國家對跟蹤騷擾行為是否應該犯罪化的質疑，德國刑法界在制定這條條文時，也追問著兩個主要的核心問題：第一，究竟跟蹤騷擾行為是不法行為嗎？這樣的行為侵害了什麼法益？第二，即便跟蹤騷擾行為具有不法性的，然而此等侵害，有必要加以犯罪化嗎¹⁵？

在制定此一條文之前，德國文獻上曾有一些實證研究，根據一項2004年間的研究，在700名受訪者的問卷中，有12%的人表示曾經被他人跟蹤騷擾過，此一數字指的是，這些人在其生活中，至少有一次遭受為期至少2星期且以至少二種不同之方法被跟蹤騷擾過，且因此而感到恐懼。在這些被害人當中，90%是女性，而加害人則大約90%是男性。此研究中之被害人

¹² De Fazio, The Legal Situation on Stalking among the European Member States, Eur J Crim Policy Res(2009), 15, p. 231.

¹³ Van der Aa, New Trends in Criminalization of Stalking in the EU, Eur J Crim Policy Res (2018) 24, p. 320.

¹⁴ Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, §238, Rn. 2

¹⁵ Guelke/Sorell, Violations of Privacy and Law: The Case of Stalking, LEAP 4, 2016(4), p.33.

表示，被跟蹤糾纏會引發個人精神上與生理上之症狀，包含強烈的不安感、恐懼、睡眠障礙、腸胃消化不良或憂鬱症。

在2010年有另一項實證研究表示，11%的民眾曾經在他的生命中遭遇過跟蹤糾纏。其中三分之一的案例，跟蹤糾纏甚至持續超過1年。受訪者表示遭受跟蹤騷擾造成的健康影響，從精神上的恐懼緊張，到生理上的疾病，包括惡夢失眠、心臟與循環疾病、腸胃消化疾病等均有¹⁶。因此，跟蹤纏擾之行為，不僅被認為對他人的「生活形成」(Lebensgestaltung)造成嚴重干擾，甚至會因此而侵害被害人的心理與生理健康。¹⁷

2007年修法時，學說上對於跟蹤糾纏罪，有認為有立法必要者，但也不乏質疑的聲音。所質疑的點，主要在於保護法益為何並不明確，或認為，即便將跟蹤糾纏行為犯罪化，也應該以嚴重影響被害人的生活才能處罰，輕微的跟蹤騷擾行為，不應該用刑法處罰¹⁸。然而反之，就跟蹤糾纏行為所侵害之法益，亦有認為與恐嚇罪一般，是一種精神上尋求安心感覺之保護，也就是一種免於恐懼的自由(Frei von Furcht)，然而此等很概括的免於恐懼的自由，是否可能藉由刑法手段來達成目的，也就是刑法手段是否具有「合目的性」(Zweckmäßigkeit)是有疑問的¹⁹。另有質疑此等跟蹤糾纏行為的「需罰性」(Strafbedürftigkeit)，認為所謂糾纏都是輕微的干擾，如果嚴重到以殺人、傷害、強制、恐嚇、侵入住宅等行為出現，其實刑法已足以制裁，如果只是製造心理不安，則目前刑法上對於製造他人精神上不安，性質上是否屬侵害法益，實有疑問。

儘管眾多爭議，然而德國仍於2007年修正刑法時，制定了跟蹤糾纏罪，並將其安插在妨害自由罪章中。儘管一開始許多學者對於這個罪的保護法益採取質疑的態度，然而近年來，跟蹤糾纏罪的保護法益幾乎已經定調，為個人對自己生活方式所享有的行為自由與決定自由。²⁰此等自由，在學界上也被認為類似恐嚇罪一樣，是個人享有免於恐懼的自由(Frei von Furcht)²¹，或認為，本罪是一種對被害人精神上安心感的保護，而此等對感覺的保護(Gefühlsschutz)，也就是保護被害人內在的安寧(Ruhe)與平靜(Frieden)²²。此外，也有認為，本罪之保護法益除了「安心」之外，尚

¹⁶ Schöch, Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand, NStZ 2013, S.221.

¹⁷ Kinzig, Stalking - ein Fall für das Strafrecht? ZRP 2006, S.255.; 王皇玉, 跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第47卷第4期，2018.12，頁2370.

¹⁸ Kinzig, Stalking - ein Fall für das Strafrecht? ZRP 2006, S.257.。

¹⁹ Kinzig, Stalking - ein Fall für das Strafrecht? ZRP 2006, S.257.

²⁰ Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019, §238, Rn. 4.

²¹ Kinzig, Stalking - ein Fall für das Strafrecht? ZRP 2006, S.257.

²² Mitsch, Der neue Stalking - Tatbestand im Strafgesetzbuch, NJW 2007, 1237.

包含「自由」，也就是個人的行動自由與意思決定自由之保護，因為跟蹤騷擾行為往往迫使被害人必須改變生活方式或變換住所。此外，本罪保護法益還包含了心理與生理健康。因為立法初衷考慮的就是跟蹤糾纏行為對被害人造成的精神層面的影響，例如被害人因而處於恐懼、緊張狀態，甚至因此罹患失眠、幻聽、幻想、憂鬱等精神疾病²³。

二、是否必須對被害人產生負面影響？

德國於2007年制定第238條追蹤糾纏罪時，原本採取的是一種「結果犯」（Erfolgsdelikt）的立法模式。其條文要求，行為人如果以下列5種行為之一，無故持續地跟蹤糾纏他人，「且因此而嚴重侵害他人的生活方式」（und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt），處3年以下自由刑或罰金刑。²⁴

- 1、（有目的地）出現在他人附近
- 2、使用電子通訊工具或其他通訊具，或經由第三人而嘗試與他人接觸
- 3、濫用他人相關個人資料，為他人郵寄訂購之物品或服務或促使第三人與他人接觸。
- 4、以侵害本人或其近親之生命、身體完整性、健康或自由加以脅迫
- 5、採取其他相類行為。

此等「結果犯」立法模式，必須以被害人已經感知與感受到恐懼，且因此而影響其生活，作為犯罪構成要件。換言之，德國的立法模式，其成罪要件必須跟蹤糾纏行為，已經對被害人形成負面影響，亦即採取以「結果為導向」的成立要件。反之，倘若被害人渾然未察覺自己被跟蹤，其生活方式即無可能因此而受到負面影響，也就無從成立本罪。

以歐盟各國的立法例來看，各國關於跟蹤騷擾行為之犯罪成立要件，是否必須已經對被害人產生負面的影響，立法上其實是有分歧的。在2012年之前，已有13個歐盟成員國刑法上制定有跟蹤糾纏罪，觀察這13國的立法方式，其共通的趨勢是，跟蹤糾纏罪之成立要件，多數國家立法上採取的要件，是以被害人已經受到跟蹤騷擾行為而對其生活或是心理健康產生負面不良影響，作為犯罪成立要件，只是各國對於所謂「對被害人之負面影響」的定義與要件，寬嚴不一。各國立法趨勢之所以要求，跟蹤騷擾行為之成立必須「對被害人造成負面影響」，主要理由在於，跟蹤騷擾罪成立的核心要件

²³ Satzger/Schluckebier/Widmeier, StGB, Kommentar, 2. Aufl., 2014, §238, Rn. 1.

²⁴ 德文翻譯參考王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第47卷第4期，2018.12，頁2372。

是「恐懼」，如果被害人沒有感受到恐懼（例如根本不知道自己被跟蹤），或是並未因為跟蹤騷擾行為帶來的恐懼而使自己的生活有何負面影響，應屬一種不可罰的騷擾（harassment），而非可罰的跟蹤糾纏（stalking）²⁵。

然而，以被害人已經受到跟蹤騷擾行為而有負面不良影響，作為犯罪成立要件，亦不乏批評意見。批評的理由包含如下幾點²⁶：

- （一）跟蹤糾纏罪如果必須對被害人形成負面影響做為要件，有可能無法防範於未然，因為跟蹤騷擾有可能是未來更嚴重犯罪的前兆，如果非要已經對被害人形成不良影響，刑法才能介入，有可能為時已晚。
- （二）刑法上對於所有犯罪類型，其成立犯罪之要件，鮮少繫於被害人的心理狀態，也無需要求被害人必須經歷恐懼，何以跟蹤糾纏罪卻要求被害人必須經歷恐懼？此外，被害人是否經歷或感受到恐懼，此等主觀狀態也很難證明。
- （三）以結果為導向的法律條文，對於那些膽量比較大，未感受到恐懼或受威脅的被害人，形成不平等。從一個2016年實證研究結果來看，在1430個符合跟蹤騷擾被害人的問卷調查受訪人當中，只有36%的受訪人表示，在被跟蹤騷擾時有經歷到恐懼。此外，從性別差異性來看，此一研究結果也提到，女性被害人被跟蹤騷擾之後感受到恐懼的比例，比男性高出許多。

此外，亦有認為可以模仿美國法之立法模式，不以被害人是否實際經歷或感受到恐懼，作為犯罪成立要件，而是採取「理性人標準」（reasonable person standard），亦即只要該跟蹤糾纏行為從平均的理性人觀點來看，已經足以讓人感到恐懼，即便該個別被害人並未實際經歷恐懼，仍然可以成立犯罪²⁷。此一理性人標準，在操作上比較像是「客觀化」標準，也就是並不繫於被害人主觀想法。

儘管有前面各種批評，歐盟各國的立法趨勢，基本上仍然以跟蹤糾纏行為必須對被害人產生負面的影響，作為立法趨向。其中，立法上將成立犯罪要件設定的最為嚴格的，要屬德國於2007年所制定的第238條追蹤糾纏罪。

德國2007年刑法的立法模式，採取的「結果犯」立法，要求跟蹤糾纏罪之成立，除了要有所列舉的跟蹤糾纏行為外，尚必須使被害人的生活方式因而受到負面影響與改變（條文中要求必須達到「嚴重侵害他人的生活方

²⁵ Van der Aa, New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States, Eur J Crim Policy Res (2018) 24, p. 320.

²⁶ 以下批評意見參考 Van der Aa, New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States, Eur J Crim Policy Res (2018) 24, p. 321.

²⁷ Van der Aa, New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States, Eur J Crim Policy Res (2018) 24, p. 321.

式」之結果），最後則必須檢驗行為與結果之間是否具有因果關係。在實務判斷上，被害人必須先感受到恐懼；此外，必須證明他的日常生活方式，因為這些跟蹤糾纏行為，已經被迫發生了改變²⁸，例如被害人為了避開行為人，刻意將上班時提早，或是繞道而行、放棄自己常用交通工具、避開前往某些地方；或是因為居家被跟蹤或觀察，所以搬家以逃脫跟蹤，或家中長年拉上窗戶、窗簾；或是工作地點被騷擾而失去工作或換工作；每天察看門外是否有人站崗，沒有人才敢出門；不敢接聽電話；因為無聲電話而失眠等。

這樣的「結果犯」結構，讓本罪的解釋非常嚴格，甚至難以成罪。因為被害人如果沒有客觀上可察覺的生活方式之改變，就無法認定已經因為這些行為而「嚴重損害生活方式」。然而，跟蹤糾纏行為所造成的損害，通常也包含精神層面與心理層面，例如恐懼、不安、擔憂，或是以精神疾病的方式展現，例如罹患憂鬱症，如果採「結果犯」模式，僅是被害人主觀上感受恐懼，而客觀上的生活形成沒有被迫改變，則行為人仍然不成立本罪。²⁹

由於德國2007年刑法制定時，採取「結果犯」立法模式，在德國學界不時有人批評為保護被害人實不足夠，因為不僅犯罪成立要件過於嚴苛，且要求被害人負舉證責任，故在各方要求修法的壓力下，德國政府於2016年10月12日提出改善對跟蹤糾纏行為保護之法律草案（Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen）³⁰。該草案內容主張修正目前刑法第238條採取結果犯的立法模式，且建議修法方向，是改成「適性犯」模式，也就是只要評估跟蹤糾纏行為在客觀上「適合於」（德文用語為geeignen）或「足以」帶來或造成被害人原本生活型態的改變，即可成立犯罪，至於事實上被害人是否有此等生活方式已經改變的結果發生，並非必要³¹。

此等「適性犯」的立法模式，乃奧地利刑法第107a條所採。奧地利刑法第107a條之內容與跟蹤糾纏的行為態樣，大致上與德國刑法第238條相同，但奧地利刑法與德國刑法最大的不同在於，前者之刑法條文規定，持續地跟蹤糾纏他人，只要「適合於」（即「足以」）使他人的生活型態發生難以接受的損害（die geeignet ist, die Person in ihrer Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen），即可成立犯罪。此一立法模式，也被認為是一種抽象危險犯³²。在奧地利刑法上，判斷是否具「適合於發生損害」，於認定上可

²⁸ Köhne, “Unerwünschte Nähe” - Mehr Opferschutz bei der Nachstellung? ZRP 2014, S.141.

²⁹ Köhne, “Unerwünschte Nähe” - Mehr Opferschutz bei der Nachstellung? ZRP 2014, S.141.

³⁰ BT-Drucksache 18/9946.

³¹ 王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第47卷第4期，2018.12，頁2376。

³² Hochmayr, Das sukzessive Delikt-ein neuer Deliktstypus, 2010, ZStW 122 (2010), S.759f.

以從「時間長短」來判斷，若是長時間的騷擾則屬之；倘若僅是偶然發生一次的行為，並不屬之；不過也可以從「量」來判斷，也就是以跟蹤糾纏之次數、頻繁度等來判斷。有主張一個月內必須至少有三次較為嚴重的跟蹤或干擾行為，或是數個月內至少有 10 次輕微的跟蹤騷擾行為。但如果是以網際網路的方式騷擾，例如在網路上以被害人名義貼文提供性交易服務，即便貼文只是一次性的行為，如果一直長期的放任不刪除貼文，也可認為以不作為方式「持續」的騷擾。至於「足生損害」之判斷，只要結合前面所述時間與數量（次數）之情形，綜合判斷即可，無須客觀上真的出現已經造成被害人損害之結果³³。

德國刑法第 238 條規定，後來於 2017 年修正，模仿了奧地利刑法，將跟蹤糾纏罪從「結果犯」改為「適性犯」，修法後之條文如下：³⁴

第一項規定

無故以下列方式持續地跟蹤糾纏他人，足以嚴重侵害他人的生活形成，處 3 年以下自由刑或罰金刑，

- 1、（有目的地）出現在他人附近；
- 2、使用電子通訊工具或其他通訊具，或經由第三人而嘗試與他人接觸；
- 3、濫用他人相關個人資訊，為他人郵寄訂購之物品或服務或促使第三人與他人接觸；
- 4、以侵害本人或其近親之生命、身體完整性、健康或自由加以脅迫；
- 5、採取其他相類行為。

第二項規定

行為人之行為，對被害人、被害人之近親親屬或與被害人親近之人形成生命危險或嚴重身體損害者，處三月以上五年以下自由刑。

第三項規定

行為人因其行為導致被害人、被害人之近親親屬或與被害人親近之人死亡者，處一年以上十年以下自由刑。

第四項規定

第一項之行為採告訴乃論，但刑事追訴機關因為追訴犯罪具有特殊之公共利益，不在此限。

³³ Hochmayr, Das sukzessive Delikt-ein neuer Deliktstypus, 2010, ZStW 122 (2010), S.760.

³⁴ 王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第 47 卷第 4 期，2018.12，頁 2377。

三、是否必須要有特定意圖？

關於「跟蹤糾纏行為」之定義，歐盟各國的立法趨勢，幾乎都是將各類跟蹤糾纏行為以例示方式制定出來。此一例示方式主要是為了符合罪刑法定原則，藉由較為明確的立法定義，提供刑事追訴審判程序比較相對明確之判決。然而，如同德國刑法第238條一樣，各國立法時，都會在所列示的行為態樣之外，另以概括方式規定「其他相類行為」。這樣的立法趨勢，主要在於跟蹤糾纏的行為態樣，實在過於變化多端，因此幾乎無法以列舉的方式將所有可能的行為態樣加以窮盡，因此條文中所列之行為，僅具有例示作用。³⁵

此等以例示方式所定之「其他相類行為」，在德國制定第238條時的立法理由中，被認為具有「捕獲性構成要件」之作用，或是一般性的行為概括條款（Handlungsgeneralklausel）。亦即，如果行為人的行為雖不符合所列舉的行為，但是從行為的質與量來看，亦足以達到干擾被害人的生活方式時，亦可成立本罪³⁶。本款在德國文獻上雖有批評此等立法方式有違反罪刑明確性原則之虞，或被批評為有違反類推適用禁止原則之嫌³⁷；然而，多數文獻則認為，此等立法模式早已在德國刑法上出現，例如德國刑法第315條妨害道路交通安全罪中，也有規定此等概括式行為，例如「採取一個類似且具危害性之攻擊行為，由於此等概括式行為並非單獨存在，而是條文的前階段已經例示出多種行為態樣，因此可以說是一種在構成要件範圍內的類推適用（innertatbestandliche Analogie），由於此一「其他相類行為」在解釋與適用上仍具有明確性，故並不違反憲法³⁸。

至於跟蹤糾纏行為是否必須出於「特定意圖」或針對「特定被害人」？我國內政部提出來的立法草案，³⁹參酌了日本法之規定，於草案第3條中列舉7款所欲防制之糾纏行為，此外，對於糾纏行為之定義，要求必須基於特定意圖，亦即對「特定人的愛戀、喜好、怨恨」，而對該特定人或其配偶、直系血親、同居親屬、生活關係密切之人，反覆或持續為以下7種行為，而使該特定人或被騷擾者心生厭惡或畏怖：

³⁵ Van der Aa, *New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States*, Eur J Crim Policy Res (2018) 24, p. 322.

³⁶ 王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第47卷第4期，2018.12，頁2381。

³⁷ Lackner/Kühl, in: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., 2018, §238, Rn. 5.

³⁸ Schönke/Schröder, *StGB*, 30. Aufl., 2019, §238 Rn. 23.

³⁹ 相關說明參考王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第47卷第4期，2018.12，頁2384。

1. 以人、設備等監視、觀察、跟蹤、知悉行蹤或活動
2. 盯哨、尾隨、守候等方式接近他人住居所、學校、公司等
3. 打無聲電話、或經拒絕仍撥打電話
4. 要求約會、聯絡
5. 寄送、留置等或播送文字、影像等
6. 告知或出示有害個人名譽的訊息
7. 濫用他人資料、或未經同意代購商品、服務

我國法與日本法此等立法，是將加害人設定為恐怖情人或因愛生恨的追求者。然而現實生活中的跟蹤騷擾行為，加害人可能出於各種不同意圖，例如英國 1997 年制定跟蹤糾纏罪之立法背景，是因為皇室成員遭到狗仔攝影師的跟蹤糾纏，此等攝影師如影隨形的跟蹤糾纏，乃出於商業意圖，實與「愛戀、喜好、怨恨」無關。如果強迫要求跟蹤糾纏行為一定要出於特定意圖，反而又會出現各種處罰漏洞。因此歐洲各國的跟蹤糾纏罪中，均不要求加害人必須出於對被害人的「愛戀、喜好、怨恨」等主觀意圖。

肆、跟蹤糾纏防制模式之採擇

一、警察介入模式

對於跟蹤騷擾行為，究竟應該採取什麼方式加以防制？根據過去內政部所提之「糾纏行為防制法」草案內容來看，立法上主要採取日本「纏擾行為規制法」（ストーカー行為等の規制等に関する法律）的立法模式。此一立法模式比較像是擴大版的社會秩序維護法，將防制跟蹤糾纏行為之權責機關列在警察職權之下，防制之方法則是採取行政罰與刑罰交錯方式，被害人遇到跟蹤糾纏行為，優先向警察機關申請「禁止處分」，其內容為命令行為人不得再為糾纏行為。如果行為人如果違反「禁止處分」，則可科以罰鍰或刑罰。從前面歐盟各國法律之介紹來看，此一模式也與丹麥刑法類似。

本法草案的立法模式，其優點是對於跟蹤騷擾行為，可以有一個專責的應對組織（即警察機關），且有法源依據得以介入制止此等行為。相形之下，在目前沒有相關法律的情形下，即使被害人向警察機關報案遭到跟蹤糾纏，因為沒有法源依據，因此警察機關不一定會處理；即便受理，警察仍必須根據社會秩序維護法 89 條第 2 款對於跟追行為，僅在「經勸阻不聽」的情形下，才能加以裁罰。此外，此一立法模式也與前面所介紹的丹麥刑法類似，也就是優先由警察加以介入。

然而，比較疑慮的是，警察在被害人報案後，可以核發「禁止處分」，此等核發「禁止處分」的程序是行政程序，比起採取司法途徑的「保護令」模式，其舉證方式、調查程序與核發程序均不若司法程序慎重，且警察職權有擴大之虞。其實，從警察工作量與工作負擔的觀點來看，內政部及警政署希望該草案暫不推定的原因，也正是因為此等「警察介入」模式，不管是舉證方式或調查程序，均對警察形成工作負擔增大的壓力，在警察人力有限的情形下，此等預估案件量非常大的防制跟蹤騷擾之業務，亦可能排擠其他治安維護工作，因而對外宣布要求本法暫不推動。

二、司法介入模式

所謂「司法介入」模式，就是將保護跟蹤騷擾被害人之措施，依附在法院核發的「民事保護令」之下，此乃德國「暴力防範法」（Gewaltschutzgesetz）的立法模式。目前我國家暴事件的「民事保護令」核發制度，也是此等「司法介入」模式之典範。

德國法上的「暴力防範法」（Gewaltschutzgesetz），乃於2001年12月11日制定，2002年1月1日生效，算是德國最早有關防治跟蹤、騷擾的法制。其保護被害人之措施，其性質類似於我國的家庭暴力防治法，主要目的，是為了賦予民事法院有一個核發「民事保護令」（Schutzanordnungen des Zivilgerichts）之法源依據，而且讓被害人在民事上有一個保護令的請求權基礎。

德國之「暴力防範法」，其立法模式與我國家庭暴力防治法相同，是由被害人向民事法院聲請核發保護令，行為人如果違反保護令而做出跟蹤騷擾行為，則再以刑法處罰。本文將此一保護途徑稱為「司法介入」途徑。此等司法介入模式，優點是程序較為慎重，且司法程序所應具備之調查證據、舉證與聽審活動，均必須踐行；缺點則是，耗費時間較久，且倘若被害人不願向法院提出聲請，司法就無法加以介入。相較之下，內政部之「糾纏行為防制法」草案採取的「警察介入」途徑，是將防制跟蹤糾纏行為之權責機關列在警察職權之下，由警察核發「禁止處分」，此等「警告前置制度」，對於跟蹤騷擾者先由警察首長核發「警告命令」，目的是促使受警告人自發地停止其行為。由於「警察介入」模式，非常依賴警察職權之行使，因而有加重警察工作負擔之傾向。

三、犯罪化模式

前面所介紹的歐盟理事會公約與歐盟成員國的立法模式，本文稱為犯

罪化模式，基本上就是在刑法上直接制定處罰條文。此等處罰條文與恐嚇罪類似，也是保護被害人免於恐懼之自由。雖然此等跟蹤糾纏行為可能只是一種對法益的輕微侵害，但從目前歐盟諸國的立法趨向來看，仍然具有制定刑法之必要性。此外，此一跟蹤糾纏行為的犯罪化趨勢，與前面的「警察介入模式」或「司法介入模式」，基本上可以雙軌併行。因此即便目前立法院朝野協商時，因內政部及警政署認為該草案與其他法律重疊、案件量大，排擠治安維護工作，因而對外宣布暫不推動「糾纏行為防制法」，在刑法上仍不妨學習歐盟諸國之刑法，制定跟蹤糾纏罪，不僅可藉此宣示刑法對此等免於恐懼自由法益保護之重視，也不至於產生案件量大排擠治安維護工作之疑慮。

伍、結語

過去長年以來，跟蹤騷擾行為都被視為違法性過於輕微，以致於在刑法領域中，不被當成犯罪行為來對待，也沒有相對應的刑法處罰規定，只有在家庭暴力防治法上有相關規定。然而這樣的立法狀態，顯然並不足夠。目前世界各國，幾乎都在重大跟蹤騷擾事件衍生出更嚴重的犯罪或事故後，反省思考跟蹤騷擾行為之不法性，進而制定處罰跟蹤糾纏之刑法規定，例如美國加州於1990年因少女明星遭長期跟蹤的粉絲槍殺事件後，率先將跟蹤糾纏行為以刑法條文的方式制定出來；英國於1997年因為皇室成員遭狗仔攝影師緊迫盯人的跟拍行為，因而出車禍死亡事件，成為歐盟諸國中最早制定針對跟蹤騷擾行為之處罰規定。這股將跟蹤騷擾行為加以犯罪化的立法趨勢，在2013年歐盟理事會通過之「預防與對抗對婦女與家庭暴力公約」之後，達到高峰。目前，幾乎歐洲各國均有相關犯罪化的規定。

反觀我國，近幾年來，許多重大的跟蹤騷擾事件陸續傳出，但是現行法律規範中，除了家庭暴力防治法之外，幾乎沒有直接針對跟蹤騷擾行為的處罰規定。近來因為行政院研擬的「糾纏行為防制法」草案，採取日本立法模式，亦即優先由警察介入保護被害人，使警政機關因擔憂案件量大，警察勤務無法負荷，且可能排擠治安維護工作，因而立法工作突然喊停，實令人遺憾與錯愕。本文則建議，在此際「警察介入」立法模式處於爭議與紛擾時期，或可拋開此一爭議，模仿美國與歐盟諸國之立法方式，直接在刑法上制定相關處罰規定，亦即採取「犯罪化」模式，如此才是對人民人身完整性的保護。

參考文獻

中文文獻

王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第47卷第4期，2018.12，頁2347-2392。

林美薰、林嘉萍，反制跟蹤騷擾，臺灣大步走，婦研縱橫，第105期，2018，頁6-15。

外文文獻

De Fazio, Laura, The Legal Situation on Stalking among the European Member States, Eur J Crim Policy Res(2009) 15, 229-242.

Guelke, John/Sorell, Tom, Violations of Privacy and Law: The Case of Stalking, LEAP 4, 2016(4), 32-60.

Hochmayr, Das sukzessive Delikt-ein neuer Deliktstypus, 2010, ZStW 122 (2010), S.757-784

Lackner/Kühl, in: Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2018

Kinzig, Stalking - ein Fall für das Strafrecht? ZRP 2006, S.255-258

Köhne, “Unerwünschte Nähe”- Mehr Opferschutz bei der Nachstellung? ZRP 2014, S.141-143

Mitsch, Der neue Stalking – Tatbestand im Strafgesetzbuch, NJW 2007, S. 1227-1242

Neubacher, An den Grenzen des Strafrechts-Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße, ZStW 118, 2006, S. 855-866.

Satzger/Schluckebier/Widmeier, StGB, Kommentar, 2. Aufl., 2014

Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., 2019

Van der Aa, Suzan, New Trends in Criminalization of Stalking in the EU, Eur J Crim Policy Res(2018) 24, 315-333.