

由行為不法角度建構 跟蹤騷擾罪之刑罰正當性*

廖 宜 寧**

要 目

壹、我國跟蹤騷擾防制法的規範結構

一、立法模式與多重介入系統的交錯

二、構成要件解釋之若干問題

(一) 監視、觀察、跟蹤或知悉特定人行蹤（第1款）

(二) 以盯梢、守候、尾隨或其他類似方式接近特定人之住所、居所、學校、工作場所、經常出入或活動之場所（第2款）

(三) 對特定人為警告、威脅、嘲弄、辱罵、歧視、仇恨、貶抑或其他相類之言語或動作（第3款）

(四) 以電話、傳真、電子通訊、網際網路或其他設備，對特定人進行干擾（第4款）

(五) 對特定人要求約會、聯絡或為其他追求行為（第5款）

(六) 對特定人寄送、留置、展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品（第6款）

(七) 向特定人告知或出示有害其名譽之訊息或物品（第7款）

(八) 濫用特定人資料或未經其同意，訂購貨品或服務（第8款）

三、政策目的與法益界定的難題



* 本文感謝匿名審稿委員惠賜寶貴意見，惟文責仍由作者自負。

** 清華大學科技法律研究所助理教授，德國弗萊堡大學博士。

投稿日期：一一一年四月八日；接受刊登日期：一一一年七月二十一日

開 散 布

貳、自行為義務觀點建構跟蹤騷擾行為的刑事不法基礎

- 一、由結果到行為：社會人際網絡中的行動主體作為規範對象
 - (一)法益概念在規範正當性與規範解釋上的雙重無力
 - (二)由行為非價角度詮釋不法
 - (三)行為——結果的不法連結性：並論危險犯與適性犯的可非難性

二、跟蹤騷擾罪之不法內涵分析

- (一)禁止跟蹤騷擾的行為義務性質
- (二)可明確化的定式行為、反覆性與客觀適性作為義務設立基礎：以「製造壓迫性溝通環境」來證立行為倫理違反性
- (三)限定行為動機以限縮處罰範圍？

參、結論：刑罰基礎與刑事政策——兩條平行線？



摘 要

本文旨在由行為非價及義務違反的角度，為跟蹤騷擾罪提供理論上的正當性基礎。首先針對新通過的跟蹤騷擾防制法作一概覽，除介紹立法模式與構成要件，也透過比較法上的觀察，提出若干解釋論上可能遇到的問題，並指出對本罪保護法益的探問，無法真正為釋義學提供解釋方向。本文嘗試以另一角度理解刑事不法概念：將犯罪理解為具備社會倫理秩序違反性的義務不履行。行為結果在不法認定上的意義，乃是與行為本身作為一個整體，以綜合判斷其倫理違反性。據此，跟蹤騷擾行為的不法性，在於行為人透過反覆實施定式行為，對被害人形成一壓迫性溝通環境，造成雙方在人際互動關係上的失衡。至於「防止未來重大人身侵害」，無法作為跟蹤騷擾行為入罪化的理由。

關鍵詞：跟蹤騷擾、反覆性、適性犯、法益、行為非價、社會相當性、社會倫理秩序違反性



去年（二〇二一）年底，我國正式通過跟蹤騷擾防制法（以下簡稱「跟騷法」），並且訂在公布六個月後，即今年（二〇二二）六月一日起施行。對於許多深受跟蹤騷擾行為困擾的被害人、長期呼籲立法的學者以及相關社會支持團體而言，本法的通過可說是「千呼萬喚始出來」¹，被視為周全保護被害人的法制重要發展里程碑，甚有稱之為「婦幼人身安全最後一塊拼圖」²。對照近十餘年來的外國立法趨勢，特別是我國刑法最重要的法繼受母國：德國與日本，均已針對此類跟蹤糾纏／騷擾行為制訂獨立規範，我國的立法腳步亦可謂與「國際潮流」相應³。

然而，若檢視對於跟蹤騷擾禁止規範的解釋與適用情形，即可發現，從保護法益的界定、立法模式的選擇、個別構成要件的抽象設計到具體個案中的涵攝，均自各國立法之初就爭議不斷。而這些爭議，也讓針對這類行為直接課予刑罰的正當性大有疑慮。筆者以為，在進入跟騷法個別規範解釋與不同介入措施間的交錯適用之前，宜釐清本法在理論基礎上的若干問題，於本法正式施行之際，方能以理論上一貫的方式，處理實務上紛歧的個案，同時避免讓刑法直接「警

¹ 翁子桓，網稱《跟騷法》女權自助餐 王婉諭：令人匪夷所思，Newtalk新聞，2021年4月23日，<https://newtalk.tw/news/view/2021-04-23/567718>，造訪日期：2022年4月5日。

² 張維容，我國跟蹤騷擾防制法草案之研究，警學叢刊，第51卷第2期，2020年10月，頁96。

³ 針對歐盟立法趨勢之介紹，參王皇玉，跟蹤糾纏行為犯罪化之趨勢，戴刑事政策與犯罪研究論文集(2)，2019年10月，頁297-300；針對德國法制之詳述，同前註，頁300-307；王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，國立臺灣大學法學論叢，第47卷第4期，2018年12月，頁2369-2382；對美國立法趨勢之介紹，參法思齊，美國反跟追法（Anti-Stalking Law）之研究——兼論我國相關法制之建構，東吳法律學報，第24卷第3期，2013年1月，頁1-47；法思齊，反跟追法之新挑戰——美國網路跟追法（Cyberstalking Law）之初探，月旦刑事法評論，第5期，2017年6月，頁39-51；對日本立法趨勢之介紹，參林琬珊，日本纏擾行為規制法之背景及其立法，月旦刑事法評論，第5期，2017年6月，頁52-88；黃士軒，概觀日本糾纏騷擾行為罪的處罰現況，月旦刑事法評論，第5期，2017年6月，頁89-111。

察法化」。

壹、我國跟蹤騷擾防制法的規範結構

一、立法模式與多重介入系統的交錯

近二十年來，受到相關重大社會事件影響，跟蹤騷擾行為漸次受到輿論重視，越來越多具體行為態樣成為法律規制的對象，並且圍繞此類行為的法規制密度也不斷升高。針對此類跟蹤糾纏／騷擾行為的防止措施，大致上可分為三種立法模式⁴：行政（警察）介入模式、司法介入模式與犯罪化模式。前兩種模式都著重在事前緊急措施的介入，透過警察機關與法院核發的令狀，要求行為人必須與被害人保持特定距離，並在行為人違反令狀的時候，課予其一定的處罰效果。犯罪化模式則是直接將跟蹤糾纏／騷擾認定為刑法上的犯罪行為，行為人並非由於違反特定令狀內容受罰，而是當其對被害人實施符合構成要件中所描述的行為時，即屬刑事法所不容許的跟蹤糾纏／騷擾，可以直接對該行為施以刑法制裁。從比較法上觀察，除了丹麥採取行政介入優先措施⁵，各國在訂立相關法規時，多半採用混合模式，亦即就該當於規範定義的跟蹤糾纏／騷擾行為，同時可以啟動司法警察或法院的介入措施，以及成立一個獨立的跟蹤糾纏／騷擾罪。

我國跟騷法同樣採取兼用行政介入、司法介入與犯罪化的立法結構。符合本法第3條跟蹤騷擾的行為，可能啟動兩種法律效果：一是指向未來的保護措施，二是對已發生的行為直接課予刑罰。第一種效果又包括第4條的行政（警察）介入，以及第5條以下的司法介入。第4條規定了警察受理跟蹤騷擾案件時得採取的措施，除應著手開始調查、製作紀錄及告知被害人相關權益（第1項）外，應依職權或被害人之請求，核發書面告誡予行為人；必要時，並應採取其他保護被害

⁴ 對於不同模式的介紹，參王皇玉，跟蹤糾纏行為犯罪化之趨勢，同前註，頁307-309。

⁵ 參王皇玉，跟蹤糾纏行為犯罪化之趨勢，前揭註3，頁299。

人之適當措施（第2項）。第5條以下則規定行政介入後二年內，行為人仍再次為跟蹤騷擾行為者，被害人得向法院提出保護令聲請。法院經審理認定有必要者，應依聲請或依職權核發保護令（第12條）來避免行為人繼續與被害人接觸；行為人違反保護令者，依第19條規定，處以三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三十萬元以下罰金。考慮到家庭暴力防治法第14條亦有保護令相關規定，本法在適用上亦有部分範圍將與前者相重疊。

而在此同時，依本法第18條規定，跟蹤騷擾行為本身即屬犯罪，至少得處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金（第1項）；若行為人從事跟騷行為時攜帶凶器或其他危險物品，則得處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金（第2項）。在本法施行後，針對本條所規制之基於性與性別而來的跟騷行為，應優先於原社會秩序維護法第89條第2款的行政裁罰適用，如今後者的適用範圍僅及於「無關」性與性別的跟追行為，例如依社會通念不能容忍的採訪、追討債權、或基於其他目的對被害人的干擾，經勸阻不聽者。又依據本條第3項，跟騷罪屬告訴乃論，換言之，被害人可以自行斟酌，是否要直接向行為人提起刑事告訴，抑或是先向警察機關通報，要求行為人停止該行為⁶。

經由上述立法，我國針對跟騷行為，層層疊疊地設置了多重介入模式，看似形成一綿密網絡，以「保護」被害人「免於更嚴重的侵害」。然而，若是審視我國跟騷罪的個別構成要件，可以發現其中完全沒有包含對被害人生命、身體或性自主造成重大實害的行為。蓋此類行為，在刑法上早已有殺人、傷害、重傷害、強制性交等罪相應，根本毋待另闢專法處理。然而，從本法引入的其他運作系統來看，立法者顯然想要藉由這些先期措施，避免行為人在長期跟騷行為「之後」，可能對被害人實施其他更重大的犯罪。

6

此一設計與德國、日本新法不同，兩國在最近幾次的修法中，原則上已將跟騷行為變更為非告訴乃論之罪。

若是跟蹤騷擾的禁止規定維持行政／司法處置先行，刑罰僅作為對特定行政義務違反的回應，也就是將刑事處罰對象限定於違反保護令之行為，尚有理由認為，第3條對跟蹤騷擾行為的描述與第4條以下的禁令，乃是以國家提前介入、最大化被害人安全保護為任務；惟一旦加上第18條、也就是將第3條規定的跟騷行為直接視為刑事構成要件，則本罪隨即面臨構成要件明確性與刑事制裁正當性的挑戰。筆者以為，此種犯罪預防目標，與刑法自身存立的基礎不符。要證立本罪獨立存在的正當性，只能就構成要件裡描述的行為本身出發，闡明它的不法性依據（詳見後述）。

二、構成要件解釋之若干問題

本罪最重要的構成要件——跟蹤騷擾，乃是在第3條當中予以定義：

「本法所稱跟蹤騷擾行為，指以人員、車輛、工具、設備、電子通訊、網際網路或其他方法，對特定人反覆或持續為違反其意願且與性或性別有關之下列行為之一，使之心生畏怖，足以影響其日常生活或社會活動：

- 一、監視、觀察、跟蹤或知悉特定人行蹤。
 - 二、以盯梢、守候、尾隨或其他類似方式接近特定人之住所、居所、學校、工作場所、經常出入或活動之場所。
 - 三、對特定人為警告、威脅、嘲弄、辱罵、歧視、仇恨、貶抑或其他相類之言語或動作。
 - 四、以電話、傳真、電子通訊、網際網路或其他設備，對特定人進行干擾。
 - 五、對特定人要求約會、聯絡或為其他追求行為。
 - 六、對特定人寄送、留置、展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品。
 - 七、向特定人告知或出示有害其名譽之訊息或物品。
 - 八、濫用特定人資料或未經其同意，訂購貨品或服務。
- 對特定人之配偶、直系血親、同居親屬或與特定人社會生活關

係密切之人，以前項之方法反覆或持續為違反其意願而與性或性別無關之各款行為之一，使之心生畏怖，足以影響其日常生活或社會活動，亦為本法所稱跟蹤騷擾行為。」

綜觀本條構成要件，可大致對我國規範上所要禁止的跟蹤騷擾行為作如下整理：

其一，該行為必須是「反覆或持續」為之。跟蹤騷擾行為之所以被納入刑事法禁止範圍，很大一部分原因即表現在它的時間性與重複性，經由長期對被害人實施跟蹤騷擾，來達到構成要件後面所描述的特定結果狀態。此一要件設定係參照德國刑法第238條在二〇二一年的修正用語。德國舊法採用「執著地」（*beharrlich*）來描述構成要件行為，屢受學說批評，所謂「執著」屬於模糊的內在態度要素，難以證明且有違反行為刑法之虞，而建議應改為更客觀中性的「反覆」（*wiederholt*）⁷，令該要件更客觀而明確，也終於在去年循此修訂完成。由於本罪某些行為態樣如監視、網路追蹤，可能一經開啟就延續一段時間，故除了一再反覆的多次行為外，也包括同一行為或跟騷狀態的持續。針對此一構成要件要素，立法理由除援引德國、奧地利與日本對「反覆」的解釋以為補充外⁸，並指出「本條適用非指全數款項之要件皆須成立，僅須反覆或持續從事第一項各款行為之一項或數項，即有本條適用」，換言之，行為人可能是多次從事同一款行為，也可能分別從事不同款的行為，此與德國法的解釋相同⁹。

⁷ Jörg Eisele, Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur effektiveren Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings, KriPoZ 3, 2021, S. 148.

⁸ 立法理由：「所稱反覆或持續，係謂非偶然一次為之，參考外國法制實務，德國聯邦最高法院認為判斷『持續反覆』要件，重點在於行為人是否顯露出不尊重被害人反對的意願，或對被害人的想法採取漠視而無所謂的心態；奧地利刑法認為應從『時間限度』，即長時間的騷擾，結合『量的限度』，即次數與頻繁度作整體評價；日本則認為所謂『反覆』，係指複數次重複為之，以時間上的近接性為必要，並就個別具體事案作判斷。」

⁹ BT-Drs. 19/28679 S. 12; Jörg Eisele/Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch: StGB, 30. Aufl., 2019, § 238 Rn. 25; Karsten Krupna/Dieter

其二，該行為須違反被害人之意願。一般認為，被害人的意願在此屬於阻卻構成要件之同意（*Einverständnis*），只要被害人一經同意，即不該當跟騷行為¹⁰。惟須注意，被害人的同意也必須要針對「反覆性」的行為為之，換句話說，即使被害人同意了其中一次的行為，並不代表其同意行為人可以一而再再而三地對其實施構成要件行為¹¹。

其三，行為人所為者，除了滿足各款所描述的特定行為外，該行為尚必須「與性或性別有關」。學說上特稱此類行為為「性騷擾跟追」¹²，指以性騷擾為取向的跟追，也就是帶有「性的企圖」而追躡害人。這是我國與日本的纏擾行為規制法（*ストーカー行為等の規制等に関する法律*）相類似、但與德國刑法第238條跟蹤糾纏罪（*Nachstellung*）相異之要件，蓋後者並不要求特定的性之意圖；惟，日本的纏擾行為規制法第2條第1項相當清楚地指出，糾纏等行為須是「出於對特定人之戀愛感情、其他好感，抑或是為了滿足上述感情無法被滿足的怨恨為目的」，簡言之，已在條文中明定行為的主觀目的，必須是出於愛慕或由此而生的負面情感。但我國條文的構成要件並未使用刑法上「意圖」用語，也未套用性騷擾防治法第25條構成要件中的「意圖性騷擾」，而是借用該法第2條性騷擾定義中「對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為」。然而，性騷擾防治法第2條的規定，乃是為了說明行為本身的性／性別關聯，也就是用外觀上的性／性別意涵來對行為進行限定。問題是，我國跟騷法當中的各款具體行為，除了第5款「對特定人要求約會、聯絡或為其他追求行為」外，均「非」屬性／性別相關的行為。如此一來，在各款行為外

Dölling/Gunnar Duttge/Stefan König/Dieter Rössner, *Gesamtes Strafrecht*, § 238 Rn. 15; Urs Kindhäuser/Eric Hilgendorf, *Strafgesetzbuch*, 9. Aufl., 2002, § 18 Rn. 42.

¹⁰ Eisele, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 27.

¹¹ Eisele, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 27.

¹² 張麗卿，性騷擾跟追的入罪化，*月旦法學雜誌*，第209期，2019年6月，頁89。

加上「與性或性別有關之行為」，便顯得格格不入。雖然可以透過解釋，將其限定為主觀意圖要件，但就立法技術而言，仍談不上成功。

其四，該行為必須令被害人「心生畏怖」。此要件為日本與德國所無。雖然從各自條文構成要件中所描述的跟騷行為觀之，不乏有令被害人感到懼怕或不悅的行為，但並未如我國直接將心生畏怖訂入要件。從文字上看，此一要件與刑法對恐嚇危害安全罪的要件解釋結果相同，亦有學者認為這類犯罪應視為恐嚇危害安罪的補充類型，適用起來會近似於恐嚇罪或強制罪¹³。這樣的構成要件設計，除了令我國針對跟騷行為產生與德國法不同的法益定位，也將在解釋本罪時，一併影響對下面適性要件的理解（詳見後述）。

其五，該行為必須「足以影響其（被害人）日常生活或社會活動」。這個要件應該是參照德國法上「適足以對被害人日常生活產生非屬不重大的干擾」（Eignung zur nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Lebensgestaltung）¹⁴要件而來。在二〇一七年後，德國法不再採用二〇〇七年初立法時的結果犯模式，而在構成要件中使用「（行為）適足以……」（die geeignetist...）用語，正式改採適性犯（Eignungsdelikt）認定模式¹⁵。所謂適性犯或適格犯，雖在定義上有些微差異，但一般而言均認為其屬於危險犯的一種類型¹⁶，亦即行為

¹³ 王皇玉口述，曾昭愷採訪整理，「跟蹤糾纏法制」議題探討，法務通訊，第2974期，2019年10月，頁5。

¹⁴ 本條舊法要件用語為「嚴重（schwerwiegend）干擾日常生活」，惟學說批判「嚴重」難以判斷，2021年修法乃改用「非屬不重大」。Vgl. Kindhäuser/Hilgendorf, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 43 f.

¹⁵ Michael Kubiciel, Verschärfung des Anti-Stalking-Tatbestandes, jurisPR-StrafR 8 (2016), Anm. 1. 在2021年修法以前，雖加入適性要件，但第238條仍保留評價性較高的「對被害人日常生活產生嚴重（schwerwiegend）影響」之文字，導致判斷上易生爭議。對適性犯修法模式的批判，參Georg Steinberg, Die missratene Änderung des § 238 StGB, JZ 13 (2017), S. 677 f.

¹⁶ Vgl. Michael Kubiciel/Nadine Borutta, Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung (§ 238 StGB), KriPoZ 3 (2016), S. 195. 關於學說對適性犯不同理解的介紹，參王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法治為中心，前揭註3，頁2374-2376。

無須實際上令被害人產生日常生活或社會活動變動的結果，不須判斷特定行為與危險間的因果關係，而僅須判斷該行為客觀上是否已「適足」導致特定結果狀態¹⁷。

足以招致特定適性結果的行為，須為該條項所述八款或第2項所述之定式行為，包括：

(一)監視、觀察、跟蹤或知悉特定人行蹤（第1款）

指對被害人行蹤及活動狀態的掌握。本款並未限定手段或工具，故概念上包含一切直接或間接探知被害人所在的方法，不問是否使用電子設備，也不問是否行為人親自監視跟蹤或是向第三人打聽。惟所謂「行蹤」是否包括網路足跡？亦即，所謂的網路跟追（cyberstalking）是否為本款規制範圍，還是屬於第4款的干擾或第8款的濫用資料？款項內似未有清楚說明。除此之外，參照德國法的解釋，被害人對於行為人所為之盯梢或跟蹤行為，雖不必要在行為當下知悉，但是基於上述要件最後都必須要達到令被害人心生畏怖，進而影響其日常生活或社會活動，因此被害人事前不知者，事後也必須由行為人或第三人口中得知¹⁸。

(二)以盯梢、守候、尾隨或其他類似方式接近特定人之住所、居所、學校、工作場所、經常出入或活動之場所（第2款）

指在物理空間上縮短與被害人間的距離，而對被害人形成壓迫感。依立法理由，此處的行為態樣，包含行為人受退去之要求仍滯留該等場所者。本款在用語上類似於德國刑法第238條第1項第1款。依德國學說，該款規制之類型，乃是行為人本人與被害人間的物理性靠近，故應屬己手犯¹⁹。若參考此一解釋，則「其他類似方式」也應由行為人自己為之，而不包括委由第三人實行。與德國法相較，我國法又在後面加上特定場所名稱，即被害人的「住所、居所、學校、工作

¹⁷ Andreas Mosbacher, Neuregelung der Stalking-Strafbarkeit, NJW 14 (2017), S. 983.

¹⁸ Eisele, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 8.

¹⁹ Eisele, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 8.

場所、經常出入或活動之場所」，看似羅列了絕大部分被害人可能出入的地點。但觀其文字，其中「……或活動之場所」，是否要受本句前段「經常出入」描述所限？若然，是否因此排除被害人非經常出入、僅出於特定原因或是偶然現身的地點，例如出席婚喪喜慶、演講、出遊？若否，即包含接近一切被害人所在地點，則加上這段文字即顯畫蛇添足。

(三)對特定人為警告、威脅、嘲弄、辱罵、歧視、仇恨、貶抑或其他相類之言語或動作（第3款）

透過語言或行為舉止對被害人傳達特定感受性訊息。本款統攝的行為態樣非常冗雜。警告與威脅，字面上異於強制罪或恐嚇罪的強暴、脅迫、恐嚇要件，立法者是否刻意選用不同的文字描述，藉此區分行為惡性程度？尚難確認。至嘲弄、辱罵、歧視、仇恨、貶抑，令人聯想到刑法第309條、第310條的妨害名譽罪，惟名譽並非本罪保護法益，故重點應置於行為人透過該等言行，客觀上造成足以令被害人改變特定意思形成與意思實現的事態。至於後段「其他相類之言語或動作」此一概括式要件，究竟是要和前面的哪種言語動作相類？似難由前面列舉的各項概念，歸納出一種共同的言說行動模式。畢竟，威脅、嘲弄、歧視、仇恨，除了均屬負面情感外，其內涵各各不一，不若刑法上強暴、脅迫、恐嚇等概念，可以大致歸類為範疇相同、只是程度不一的行為。本款所指各種言行既然欠缺可類比性，則其概括條款究竟指的是哪方面的行為，也就難以特定。

(四)以電話、傳真、電子通訊、網際網路或其他設備，對特定人進行干擾（第4款）

本款規範的是非當面接觸被害人，而以其他電子或數位方式，影響被害人日常作息的行為。此處的「干擾」要件相當模糊，蓋類似的德國刑法第238條第1項第2款係要求行為人與被害人「建立連繫」（Kontakt...her(zu)stellen），故若行為人故意撥打只響一聲的電話，不待被害人接起即掛斷，便不屬該款中的「建立連繫」，因為如此舉

動，反而是在躲避與被害人直接接觸²⁰；反之，我國法構成要件則不排除此類行為，立法理由亦明文指出，本款所稱干擾「包含撥打無聲電話或發送內容空白之傳真或電子訊息，或經拒絕後仍繼續撥打電話、傳真或傳送電子訊息等」，其射程要較德國法更寬泛。

(五)對特定人要求約會、聯絡或為其他追求行為（第5款）

本款指行為人對被害人提出要求，欲令其從事特定無義務之事。文字上應是參照日本纏擾行為規制法第2條第1項第3款所訂定，但較日本條文規定多出了後段的概括條款。立法理由稱，此處所指其他追求行為，係「對於特定人展現其基於戀愛、憧憬、好感或對其有性相關意圖等感情所為之表達行為」。換言之，後段所描述之行為，並不需是向被害人提出何等具體要求，僅單方面的情感表達亦屬之。

(六)對特定人寄送、留置、展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品（第6款）

本款處罰的是向被害人傳遞特定物品或訊息的行為。構成要件文字較前一款更加概略，蓋條文中並未限制傳送內容，既未如前一款限定在「約會、連絡或追求」之訊息，亦未如日本纏擾行為規制法第2條第1項第6款指明須寄送「穢物、動物屍體或其他得引起顯著不快或嫌惡情感之物」或第8款「有害於性之羞恥心」的事項或文書、圖畫、電磁紀錄，導致一切訊息都被涵括在內，不但極易與前後款項產生競合，且實在難以從構成要件清楚地認識，究竟本款具體上是要禁止何種行為類型。

(七)向特定人告知或出示有害其名譽之訊息或物品（第7款）

本款仿日本纏擾行為規制法第2條第1項第7款訂立，由於我國未如日本法在第8款另外規定告知有害性之羞恥的事項或物品等行為，則後者是否能被包含在本款內？這將涉及對性隱私訊息的規範上定位問題。惟即使不適用本款，寄送性影像給被害人也會被歸入第6款的

²⁰ Eisele, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 13.

規制範圍。

(八)濫用特定人資料或未經其同意，訂購貨品或服務（第8款）

本款係仿倣德國刑法第238條第1項第3款訂立。所謂個人資料，可參照個人資料保護法第2條中的定義，指自然人之姓名、聯絡方式，及一切得以直接或間接方式識別該個人之資料。在德國法中，本款特指濫用被害人資料訂購商品或服務的行為，也就是在被害人未同意的情形下，以「被害人名義」訂購商品，換言之，若行為人係以「自己名義」替被害人購買東西，則不屬之²¹。又除此之外，德國法尚規範了「濫用被害人資料，令第三人與其接觸」的行為類型，例如假冒被害人之名發出性交易邀約，使不知情之第三人聯繫被害人詢問性交易與否者是²²。惟我國法未規範後面一種類型，條文文字中只概略使用「濫用特定人資料『或』未經其同意」，使得濫用資料與未經被害人同意這兩個構成要件要素似乎擇一該當即可，則本款是否應如德國法上解釋，限定須以被害人名義濫用其資料，實難確定。

又本條第2項規定，行為人對被害人之配偶、直系血親、同居親屬或與特定人社會生活關係密切之人為第1項任何一款構成要件行為，亦成立跟騷罪。本項與第1項唯一的差別只在於，針對第三人為跟騷係與性或性別「無」關的行為。一般而言，針對與被害人關係密切之第三人的跟騷行為，原本就與跟騷被害人的動機不同，蓋在此種情形，第三人只是被利用以騷擾被害人的媒介，行為人可能經由第三人獲取與被害人有關的信息，或是透過騷擾第三人對被害人形成壓力。不過，在構成要件中特別寫出「與性或性別無關」，導致正面要件與負面要件同時存在條文文字內，在立法技術上，不但是畫蛇添足，且容易產生掛一漏萬之弊。對第三人（親屬或親近之人）所為者，可以是八款構成要件中的任何行為。此種規定方式與日本法同，而與德國法略有差異，後者僅限定在行為人對第三人以生命、身體完

²¹ Eisele, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 17.

²² Eisele, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 18.

整性、健康或自由之惡害相脅（在情節重大的案例是以生命危險相脅，甚至對其殺人未遂），或是對其進行網路跟追，抑或是散布上述資料或公開其圖像的情形（參照德國刑法第238條第1項第4款至第6款、第2項第1款、第2款、第3項）。

至於本條第1項前段「以人員、車輛、工具、設備、電子通訊、網際網路或其他方法」，實屬贅文，蓋此處條列的方法，只是將分散於下面各款的不同行為方式集合起來前置，究竟何種行為工具對應到何種具體的構成要件，依然必須回到各款中描述的個別行為態樣去判斷。例如第2款規定「以盯梢、守候、尾隨或其他類似方式接近特定人之住所、居所、學校、工作場所、經常出入或活動之場所」，由於構成要件中所指「盯梢、守候、尾隨」以及後面「接近……場所」均是物理空間上的概念，因此本款所稱之行為，應是行為人在現實上靠近被害人，而不包括網路追蹤，後者屬於第1款的行為範疇；與此相對，第4款則是規定「以電話、傳真、電子通訊、網際網路或其他設備，對特定人進行干擾」，將干擾方式限定在使用電子或其他設備，如此一來即可知，使用肢體方式干擾被害人生活步調並非本款規制的行為。總而言之，在各款條文前面硬是要總括式地羅列所有行為態樣，非但沒有具體化構成要件行為的功能，反增理解與適用上的混亂與爭議。

三、政策目的與法益界定的難題

從歐美各國、日本到我國關於跟蹤騷擾行為的規制發展沿革，可以發現一個共同特徵，那就是大多由重大社會案件觸發立法契機，如美國加州的瘋狂粉絲殺人案²³、日本的桶川事件²⁴與三鷹事件²⁵、我國

²³ 事件介紹，參林美薰、林嘉萍，反制跟蹤騷擾，台灣大步走，婦研縱橫，第105期，2016年10月，頁12。

²⁴ 事件介紹，參林琬珊，前揭註3，頁56。

²⁵ 事件介紹，參林琬珊，前揭註3，頁72。

的「台大宅男」殺人案與世新大學情殺案²⁶等，使得原本不直接由刑罰規制，而僅附屬於其他法規（家庭暴力、社會秩序一般性維護）、作為輔助達成其他規範目的而予以限制的跟蹤騷擾糾纏行為，獨立成為刑事法處罰的對象。究其政策動機，乃是為了改善原本行政機關受理此類跟騷案件時的消極態度，俾有效防止後續可能出現的重大人身犯罪。立法理由謂：「跟蹤騷擾行為之規範係基於危險犯概念，使國家公權力得大幅提早介入調查及處罰，故將其適用範圍限縮在易發生危險行為，保護生命、身體及自由等核心法益免受侵害，以符合比例原則。」亦可印證此一政策目標。

然而，若將本罪的規範目的定位為「及早保護被害人免於重大人身侵害」，則姑且不論實證統計學上，跟蹤騷擾行為引發後續重大人身侵害的「高概然率」，是否果真已經達到有如放火罪中放火行為與延燒危險性的必然連結程度，單就政策上期待本法負起「大幅提早介入」、有效預防犯罪的目的設定，即顯然違反了刑法上最基本的行為刑法原則與罪責原則。對於尚未著手實行重大人身犯罪的行為人，僅僅由於（所謂）「前階段」的跟蹤騷擾行為即處以刑罰，正當性顯然不足。再者，跟蹤騷擾行為罪的法定刑度其實相當低，以我國與日本為例，均僅為一年以下有期徒刑，較恐嚇危害安全罪更低，德國則是三年以下有期徒刑，這樣的法定刑度，顯然與涉及重大人身侵害的刑事責任不成比例²⁷。考慮到以上原因，各國在將跟蹤糾纏／騷擾行為犯罪化的同時，基本上都將本罪的不法性與「被害人在未來可能遭受到更大侵害」的危險分開，嘗試賦予本罪獨立的法益內容，以證立專屬於跟騷行為的刑法非難基礎。

那麼，究竟本罪的「保護法益」是什麼呢？由比較法上觀察，無論在德國或在日本，學說上對本罪的法益定位都有爭議。就德國刑法

²⁶ 事件介紹，參張維容，前揭註2，頁79。

²⁷ 德國刑法另外在第238條第3項規定了對被害人或其親近者殺人未遂的行為類型，並大幅提高刑度，是直接將本罪與重大人身犯罪結合的立法。但這樣的作法是否妥適，頗值懷疑。

第238條觀之，特別是本罪在二〇一七年修法後²⁸，依照立法理由及多數學說見解，禁止跟蹤糾纏行為，乃是為了保護被害人的意思形成與意思實現自由²⁹，而「非」廣泛的個人法和平性³⁰、免於恐懼的自由³¹或未透過個別行為決定進一步限縮的一般性人格權³²。

之所以要將本罪的法益作如此限縮，除了與「跟追」（Stalking、Nachstellung）一詞在文義上的直接結果相連結³³，也由於德國法中的跟蹤糾纏罪在體系上位於妨害自由罪（§ 239 StGB）之前，將其理解為對自由法益的干擾，具有體系上的一貫性³⁴；再者，後面所列幾種法益，對應到構成要件行為上太過模糊³⁵，無法有效限縮應罰的具體行為類型。雖然刑法上亦不乏保障此類法益的犯罪，如侵入住居罪與恐嚇危害安全罪，然而上開犯罪的構成要件行為顯然較為明確，相較之下，跟蹤騷擾罪條文中的構成要件，大都指涉到所謂「一般互動中具有社會相當性的行為」，若是僅以被害人心理上的恐懼或不安感來判斷法益侵害，將有處罰範圍過廣之虞。據此，行為人的跟蹤糾纏行為，除了該當眾多其他構成要件描述外，最重要的是該行為必須「適足以嚴重干擾被害人日常生活」，也就是足以令被害人由於行為人的跟蹤糾纏，而改變在生活中的具體意思形成與意思實現

²⁸ 本罪在2007年訂立時，仍被理解為結果犯，對法益定位也較分歧，參Lutz Eidam/Holger Matt/Joachim Renzikowski, StGB, 2. Aufl., 2020, § 238 Rn. 1.

²⁹ Eisele, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 4; vgl. auch BT-Drs. 16/575, S. 6; BT-Drs. 18/9946, S. 13 f.; Jan Gericke/Günther Sander, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl., § 238 Rn. 1; Bernd-Rüdeger Sonnen/Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl., § 238 Rn. 13.

³⁰ 不同見解，參Wolfgang Mitsch, Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB), NJW 2007, S. 1238.

³¹ 不同見解，參Jörg Kinzig, Stalking – ein Fall für das Strafrecht?, ZRP 8 (2006), S. 257.

³² Jörg Kinzig/Sebastian Zander, Der neue Tatbestand der Nachstellung, JA 2007, S. 482.

³³ BT-Drs. 16/3641, S. 14.

³⁴ Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 23. Aufl., 2022, § 26a Rn. 2.

³⁵ Eisele, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 4.

結果，例如退掉原本參與中的健身房、變更原先沒有要搬家的計畫、離開原本沒有打算轉換的工作職位等等。

至於日本的纏擾行為規制法，則是在第1條點出其立法目的是在「防止對個人身體、自由及名譽的危害，同時增進國民生活之安全與平穩」。又第2條第4項點出，該法所處罰的纏擾行為，就對特定人從事該條特定款項³⁶之行為者言，須以令被害人因身體安全、居住平穩或是名譽被侵害，抑或是行動自由顯著被侵害而感到不安之方法為之。乍看之下，日本對於纏擾罪的法益定位，似乎是著重在被害人因構成要件行為威脅到其身體、住居、名譽、行動自由所產生的「不安感」；但仔細觀之，可以看到本項最後乃是以「行為手段」（……感到不安「之方法」）作為判斷不法的核心，學說亦多認為日本的纏擾罪亦屬危險犯型立法。但是，究竟日本的纏擾罪是要處罰纏擾行為對人身與自由、名譽、生活安穩造成的危險，而以「不安感」作為危險的客觀證明或指標，還是處罰造成不安感這件事本身？在日本學說之間似乎也還有爭議³⁷。

我國跟騷法第1條規定：「為保護個人身心安全、行動自由、生活私密領域及資訊隱私，免於受到跟蹤騷擾行為侵擾，維護個人人格尊嚴，特制定本法。」這樣的文字敘述，幾乎是把所有想像得到的法益都塞進去了，真可謂我國典型「大雜燴」式的規範目的寫法。順帶一提，本法第3條中特別提及的「性與性別」因素，並沒有出現在第1條立法目的當中，換言之，若依第1條規範意旨，本法似乎未限定其保護範圍僅及於與性相關的行動自由、意思形成與意思實現自由，或者由性領域衍生的人格尊嚴，卻在定義跟蹤騷擾行為時排除了其他類型的跟騷行為。

綜觀本條所列之法益類型，包括：(一)身心安全與(二)生活私密領域

³⁶ 指第2條第1項第1款至第4款行為，以及第5款中傳送電子郵件之部分。

³⁷ 關於本罪定位與「不安感」之間的關聯性討論，對日本學說的介紹，參黃士軒，前揭註3，頁105-107。

及資訊隱私。立法理由援引釋字第689號意旨，認為本法以維護個人「免於身心傷害之身體權、於各場域中得合理期待不受侵擾之自由與個人資料自主權」為目標。不過，所謂「身體權」概念十分模糊，若是指傷害罪下的身體完整性，則會因上述刑罰過度前置化的理由而失去正當性；從而較合理的解釋，是指被害人可能因為跟騷行為受到心理健康上影響。又關於隱私部分，釋字第689號解釋乃是針對社會秩序維護法第89條第2款的合憲性問題作成，該條款所涉者僅僅是行政法上的裁罰，且在裁罰前尚須有「經勸阻不聽」的軟性行政介入先行措施，是以即使行為地屬於公共場域，照理說被害人在此很難被認為享有合理隱私期待，但大法官仍認為，「……系爭規定處以申誡或新臺幣三千元以下之行政罰鍰，可認對隱私權之保護密度較為寬鬆，而提供個人隱私權最基本之保障，既符合刑罰謙抑原則，亦未逾越必要性及適當性之要求，而與比例原則無違。」反之，新修正的跟騷法直接將特定的跟追行為入罪化，課予行為人刑事上責任，此時是否還適宜用「各場域中得合理期待不受侵擾之自由與個人資料自主權」來作為保護法益的一環，即值商榷。此外，本條提到的法益尚有(三)行動自由與(四)個人人格尊嚴，前者即是德國法上肯認的法益類型，後者則恰好相反，德國通說認其過於寬泛、違反明確性原則而不能視為本罪的保護法益。

綜上所述，我國跟騷法所要保護者似乎可說是一組「複合式法益」。誠然，本法第1條所揭示的立法目的，多半屬於象徵式宣示，不一定會左右個別構成要件的解釋。然而，若將此處的身心安全、行動自由等要件一一對應至第3條的具體犯罪審查中，即會產生犯罪結果認定上的疑義。

一如前述，第3條的規範結構，參考德國刑法第238條文字，本屬適性犯，即行為就其客觀性質而言「足以影響其（被害人）日常生活或社會活動」。不過，倘若將此一要素與前面一句「心生畏怖」要素相連結，則似乎顯示，我國法上對行為適性性質的判斷，乃是以該行為是否讓被害人心生畏怖為準；只是，參照德國法上對本罪適性要件

——影響被害人日常生活——的解釋，當特定行為從客觀上看，已足以導致他人生活型態的改變，那麼該行為對被害人自由的影響，應已達到左右其意思形成及意思實現的程度，也就是該當於（心理）強制的效果，而不只是內心的畏懼不安。

如果要避免構成要件要素標準不一、相互矛盾，那麼要不應該放寬對後面適性要素的判斷，也就是將「影響其日常生活或社會活動」理解為單純的心理狀態改變，即該行為使被害人在從事日常活動時，心中持續感受到畏怖不安、焦慮恐慌；要不就是無視「心生畏怖」字面意義，以該行為是否在客觀上足以令一般人產生「必須改變生活方式或社會活動內容，否則可能會受到更嚴重侵害」的行為選擇轉變為認定標準。但若採前者，則本罪事實上已經屬於實害犯，而非適性犯，且將隨之產生與恐嚇危安罪的競合；若採後者，將「心生畏怖」作為適性判斷的其中一個要素，又顯多餘。無論何者，恐怕都有令條文結構前後不一之虞。

若由立法理由稱「至有無該當跟蹤騷擾行為，應一併衡酌被害人主觀感受，並以『合理被害人』為檢視標準」、「至畏怖之判斷標準，應以已使被害人明顯感受不安或恐懼，並逾越社會通念所能容忍之界限」觀之，採取的似乎是前者。要是果真這樣理解，本罪在定位上就會與德國法有所差異，即非屬「性質上足以改變被害人日常生活型態」的適性犯罪，而是「事實上造成被害人內心畏怖」的實害犯。這樣的解釋方式固然有其優勢，蓋德國刑法第238條的適性犯設計，在學說上並非毫無爭議，因為目前刑法上採用危險犯或適性犯的條文，均是針對超個人法益所設，反之，涉及高度屬人法益的犯罪，採取適性犯模式是否有其正當性，即頗受質疑³⁸。我國跟騷法第3條立法理由指出，本罪「係保護個人法益」，那麼用特定實害作為可罰性起點，似較有說服力；只是，對照上文提及我國法第1條立法理由「……基於危險犯概念」云云，顯亦認為本罪採取的是非實害犯的立

³⁸ Kristian Kühl, Stalking als Eignungsdelikt, ZIS 7 (2016), S. 450.

法模式，再加上第3條依然保留與德國法相同的「足生影響」要件，使得本罪在解釋上始終無法擺脫矛盾。

對此，筆者以為，上述法益定位上的紊亂，恰暴露出目前的刑法理論在面對現代諸多入罪化趨勢上的困境：一方面難以掌握到一個明確的、對應於特定實害結果的法益，並由此開展釋義學上有意義的構成要件解釋方向，同時又不落入刑罰過度前置化的批判；另一方面，堅守古典刑法理論的主張，似乎也不可能完全拒絕將這些行為收編為刑法規制的對象，或是拒絕解釋這些條文。那麼，除了徹底接受功能性刑法理論，將刑法單純視為調控風險的工具，而個人也只是受到管制的客體這個選項之外，是否還有其他出路，在嚴肅看待社會脈絡及人際權力結構關係的前提下，為一套以自由主體為核心的刑法理論找到一點可能性？

貳、自行為義務觀點建構跟蹤騷擾行為的刑事不法基礎

一、由結果到行為：社會人際網絡中的行動主體作為規範對象

(一)法益概念在規範正當性與規範解釋上的雙重無力

長久以來，刑法的任務都被視為是法益保護。即使法益理論的濫觴與刑法謙抑性或自由理念毫不相干，法益概念本身也不斷受到質疑³⁹，但在現今的德國與我國刑法釋義學上，刑法上的犯罪大致仍被理解為法益侵害。對於法益理論的支持者而言，法益概念具備實質上限制刑罰、並內含立法批判性的功能⁴⁰。然而，隨著現代生活不斷被切割為愈加細緻的時間與空間，人們越來越想要精準控制周遭的對

³⁹ Vgl. Günther Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 13 ff., 37.

⁴⁰ Claus Roxin, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Ulfrid Neumann/Herzog Felix (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 573.

象，包括其他個人的行為。當風險社會⁴¹這個概念被提出之後，查知、掌握、消滅各種風險，似乎就成為人類永恆的目標。如果將犯罪視為一種必須被調節的風險，而刑法則是管制風險的手段，那麼據此制訂出來的刑法規範，勢必將與堅守實害傷害原則的法益概念難以相容。照理說，宣稱自身具有立法批判性的法益理論，應該會對絕大多數的「新型」犯罪展開猛烈抨擊。然而，觀察通說所採立場，事實上鮮少有看到直接從法益概念出發，認定某一條文不具備與基本權相應的法益適格，從而欠缺正當性（且理當廢除）的觀點⁴²。反之，可以看到的是，為了迎合名目繁多、日趨嚴密的禁止規範類型，越來越多新型法益被創設出來，大量膨脹的危險犯即為著例。

但就連傳統的危險犯概念，似乎也已經不敷使用。對跟蹤騷擾糾纏行為的禁止，就是最明顯的案型。一如上述，由法益保護角度觀之，危險犯的設計，乃是規制對不特定多數人創造一典型危險狀態的行為，又或是對所有人共同生活的場域貢獻某種微量侵害、但最終可能累積為生存環境重大威脅的行為⁴³。而適性犯在本質上和危險犯類似，換言之，針對高度個人專屬法益的侵害危險，原則上不應使用危險犯或適性犯模式規制⁴⁴。若是跟騷法開啟先例，昭示：為了更完

⁴¹ Ulrich Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986, S. 25 ff., 67 ff.

⁴² 若是果真出現這樣的觀點，那麼法益理論隨即會陷入另一個危機：何以刑法學者有權代替憲法審查，自行宣稱某個條文不具有存在的資格？自憲法角度的批判，參，Armin Engländer, *Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?*, ZStW 127 (2015), S. 627 ff.

⁴³ 此即所謂累積犯，在環境刑法領域備受討論。參Lothar Kuhlen, *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)*, GA 1986, S. 389, 399 ff.; Lothar Kuhlen, *Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, ZStW 105 (1993), S. 697, 716 ff. 中文文獻參譚純良，*抽象危險犯作為對抗環境犯罪的基本制裁手段——以污染水體行為為例*，月旦刑事法評論，第8期，2018年3月，頁30-67。

⁴⁴ Vgl. Kühl, a.a.O. (Fn. 38), S. 450. 實定法上雖然亦有少數針對高度個人專屬法益的危險犯規定，例如遺棄罪，不過學說上對於這類犯罪的正當性始終爭執不斷，參李茂生，*論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）——兼評最*

整、更及時保護法益，在高度人身專屬法益上也可以使用危險犯模式，那麼是否會導致一連串重刑化的滑波效應？殊值擔憂。

又，依上文對我國法的檢討，可以看到在跟蹤騷擾行為的規範結構裡，存在複數侵害結果類型。若是將這些可能的侵害都理解為法益，那麼法益概念除了在形式上標誌出立法者預設的政策目標、具有某種政令宣導的成分外，其實別無進一步限制處罰、或有助解釋規範適用的功能。跟騷法第1條提到的「個人身心安全、行動自由、生活私密領域及資訊隱私」與「個人人格尊嚴」，都對應到不同的具體法益，但這些法益，並未對具體構成要件解釋產生絕對的導引效果。例如第8款「濫用個人資料」，看似與個人資訊隱私的干擾相關，但事實上單純對他人資訊的獲取及使用，並不當然構成第3條的犯罪，蓋各款中的行為尚須進一步符合第3條第1項中「使之心生畏怖，足以影響其日常生活或社會活動」之要件，而本文在上面亦已提及，此一構成要件敘述，同時指向個人內在免於恐懼的安全感與個人意思形成與意思實現自由，這兩個法益雖然近似，但在刑法上對應到的卻是不同犯罪，那麼究竟有沒有必要將其中一個法益確認為本罪真正要保護的對象？確認了以後，對於構成要件解釋果然會產生決定性影響？

這些針對跟騷禁止規範解釋的矛盾，更顯著地曝露出傳統法益侵害思維中的問題：用「實質犯罪概念即為法益侵害」來思考犯罪，其實無法正確掌握犯罪行為的本質。刑法上的客觀歸責理論，已經證明並非造成法益侵害的行為即屬犯罪，而是必須將客觀上不可歸責的行為排除於不法範疇之外；反之，危險犯或適性犯概念的存在，則說明了在沒有客觀上法益實害的情形下，行為依然可能是不法的。換言

高法院99年度台上字第3048號判決，法令月刊，第63卷第3期，2012年3月，頁19-28；徐偉群，論遺棄故意與遺棄罪的立法作用，中原財經法學，第19期，2007年12月，頁150以下；又依部分實務見解，本罪可能亦有保護抽象的扶養請求權之作用，而超出了純粹個人專屬法益範圍。對此介紹及批判，參許澤天，遺棄罪之研究——待釐清保護法益的具體危險犯，東吳法律學報，第22卷第2期，2010年10月，頁5-8、26-28。

之，若採用嚴格意義來理解法益，將法益侵害限制在實害領域，那麼可以說，法益侵害與行為不法之間，並沒有絕對的條件關係⁴⁵。對於「犯罪是什麼？」這個問題，或許有較「法益侵害」更為適切的答案。

(二)由行為非價角度詮釋不法

承上，以下筆者將嘗試以行為作為核心，重新詮釋跟蹤騷擾行為的不法性。此一觀點乃是根基於行為非價與應報理論⁴⁶的思想，將討論重心置於行為義務的具體內容，以及行為結果在行為不法性認定上的意義。

行為非價（Handlungsunwert）概念⁴⁷的出現，與Hans Welzel提出的目的行為理論密切相關⁴⁸。這個今日看似顯得過時的理論，其實揭示了一個至今仍應作為刑法核心理念的思維：有能力遵守規範，從而也因此受到規範所要求的，乃是作為自由主體、擁有意志、並且能依其意志為行為的個人⁴⁹。而刑法上的歸責理論，事實上就是自由行為

⁴⁵ 當然，理論上也可以從另外一個角度來理解法益，那就是無限擴大法益概念可能的涵攝範圍，創造出「危險法益」，將非屬實害的風險狀態也解釋為法益侵害。但如此一來，法益概念的批判性格也將完全消失。

⁴⁶ 本文採用的行為非價理論是與一套以應報為目的的絕對刑罰理論相配合，而不同於以一般預防為主要考量的行為不法學說，換言之，刑事不法的意義，最終乃是對自主意思支配下的行為課責，而不在更有效率地防止犯罪。礙於篇幅，關於這部分的深入闡述，已超出本文欲處理的範圍，因此僅簡略帶出立場，留待他日另行為文討論。

⁴⁷ 國內文獻針對行為非價以及與其對立之結果非價概念的詳細介紹，參許恆達，「行為非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論，第114期，2010年4月，頁227-235。

⁴⁸ Vgl. Hans Welzel, Studium zum System des Strafrechts, in: Hans Welzel (Hrsg.), Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 120 ff.; Hans Welzel, Persönlichkeit und Schuld, in: Hans Welzel (Hrsg.), Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 185 ff.

⁴⁹ 目的行為論與意志行動之間關係的探討，可參Björn Burkhardt著，陳俊偉譯，Welzel的目的行為論與哲學行動理論，科技法學論叢，第14期，2019年6月，頁19-55。

在概念意涵上的逐步開展⁵⁰。這樣的歸責理論打從一開始就考慮到，要充分理解社會互動行為，需要承認其中溝通過程的自主性，而這又是根基於參與其中的個人相互承認，承認彼此乃是能自由地承擔責任的自身生活形塑者⁵¹。這種形塑生活的能動性，乃是透過無數主體間的具體溝通過程來完成的。無論是合法抑或不法的行為，從本質上看，都是一種溝通行動（kommunikativer Akt）⁵²。個人藉由行為與他人產生交互關係，事實上就是一種溝通關係。

這樣的溝通關係，也表現在行為人透過行動對法秩序表露的態度上。法規範代表了社會上溝通的強制性規則，為人際互動設下界線。此一規則的正當性，來自於其作為整體自由法秩序與個人開展自由人格之間的中介。詳言之，擁有自由任意的個人與他人在共同體內經營共同生活，透過他的實踐，讓構成共同體根基的自由秩序得以運作；反過來看，作為共同體代表的國家，則要確保目前的人際溝通實踐規則，確實能讓個體之間的自由開展空間達到均衡，不過度向其中一方傾斜，導致理應對於所有個體開放、提供其現實自由基礎條件的法秩序，淪為讓少數特定個體恣意擴張領域的前法權狀態。而用以標記特定行為究竟屬於可容許的個別主體溝通行為，抑或是已偏離自由法秩序衡平限度者，即為Welzel論證不法時所提出的「社會相當性」⁵³與「社會倫理秩序違反性」⁵⁴這組概念。

所謂的社會相當性行為，就是遵循在特定歷史時空中形成的共同體生活秩序所為的行為⁵⁵，而這樣的行為秩序，也構成個人從事人際交往時應遵守的義務。從今日——我們作為憲政主義下的自由法治國

⁵⁰ Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 297.

⁵¹ Pawlik, a.a.O.

⁵² Pawlik, a.a.O. (Fn. 50).

⁵³ Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 1989, S. 50 ff.

⁵⁴ Hans Welzel, Über die ethische Grundlagen der sozialen Ordnung, in: Hans Welzel (Hrsg.), Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 242, 244 ff.

⁵⁵ Welzel, Studium zum System des Strafrechts, a.a.O. (Fn. 48), S. 142.

——視角觀之，此一秩序當然不直接等同於在歷史中偶然出現並固化了的風俗習慣，或純粹訴諸多數主觀好惡的利益衡量⁵⁶。因為若是如此，實際上的秩序就會自然朝向人際權力結構中占優勢之一方傾斜，讓規範失去上面所說的中介與衡平功能。而放任此種傾斜所導致的更深層矛盾，乃是由於規範作為義務來源的正當性，係來自於法秩序對個別自由主體地位、以及其有能力形塑自身生命關係的承認。若是現實上的規範已經大幅度偏離此一意旨，甚至否認了受規範者的法權主體地位，那麼規範本身的存立基礎也將蕩然無存。

不過，基於同樣的理由，此一秩序也不直接指向一套完全呈現為抽象形式的普遍法則。因為這樣的法則，乃是以個別主體之間自始立於平等的法權地位、享有同等的自由實現可能性為前提。它指向一套恆久不變的基本權利範疇，讓個人保有最核心的法權領域支配權，然後為人際間的協調互動留下最大範圍的彈性。然而，個人抽象形式的自由，要能化為其具體生活中的選項，有著為數眾多的現實上條件⁵⁷，而這些條件始終隨著歷史、文化、社會環境的變遷而異動。隨著科技愈益深廣的應用，個人與他者共同經營的社會生活，一方面透過科學媒介持續擴張，另一方面卻也開始在越來越高的程度上必須與風險並存。早在數十年前，Welzel就已經舉了交通工具⁵⁸的發展為例，指出社會生活日益充滿冒險活動，人們甚至必須冒生命危險從事或忍受特定風險。於是更進一步，人們開始考慮在生活中習慣這些風險，直到最終它們成為社會定在的日常部分而可以被忽略⁵⁹。換句話說，必須接受某些可能引致他人侵害的風險行為，仍屬於社會相當性

⁵⁶ 基於抽象法權主體角度對於此種秩序的批評，參周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，國立臺灣大學法學論叢，第41卷第3期，2012年9月，頁1037。

⁵⁷ Pawlik, a.a.O. (Fn. 50), S. 186.

⁵⁸ Welzel舉的例子是鐵路，不過在今日，我們所接受的日常風險，無論在種類或程度上，都顯然已遠大於此。

⁵⁹ Welzel, Studium zum System des Strafrechts, a.a.O. (Fn. 48), S. 141.

的範圍。而事實上，這也就是刑法上容許風險的意義⁶⁰。就合於社會相當的行為而言，無論內含的固有風險最後是否實現，該行為自始均非不法。

與此相對，現代社會在接受某些行為風險的同時，卻也由於以下原因，降低了對於特定行為的相當性認定：其一是物質科技上的發展，尤其是數位資訊與網際網路的運用，讓個人擴展自身行為、對他人產生影響的方式、概率與程度大幅增加；其二是建構人際關係的組織與體制規模日趨龐大與複雜，個人在參與社會活動時，被越來越綿密的權力網絡所包圍，這使得體制內的某些人擁有更多機會、知識或資源，濫用自身的優勢地位，干擾他人的權利領域；其三則是整體意識層面的轉變：個人對於自我的關注，以及相關學科——諸如法哲學與法社會學——對於自由概念與社會制度運作的探索，上述人際互動關係中的權力結構開始被愈益細緻地檢視，其中不免有越來越多互動模式被標記為「踩紅線」，也就是超越了社會相當的程度，而不再見容於法秩序。

當特定個人依其任意，不斷開展其行為領域，且該行為在特定時空背景下所帶來的外部效應，已然大到嚴重影響其他主體行使其任意自由的空間，致使其互動失去平衡時，法規範即有理由考慮介入，要求個人必須放棄特定行為選項，將一定程度的自由領域留給其他共同體當中的成員。上述主體關係當中可支配自由領域的過大失衡，就是「社會倫理秩序違反性」。這樣的關係，不僅造成個別主體間的不對等，也讓由各種人際關係共同組成的整體法秩序狀態失去穩定。從這個角度來看，法規範當中的行為義務指的是：國家作為調和個人間自由領域、確保整體自由秩序的代表，向其公民提出了協力維持此一自由秩序狀態的請求⁶¹。

⁶⁰ 對於容許風險概念的深入闡發，參黃榮堅，基礎刑法學（上），第4版，2012年3月，頁289-300。

⁶¹ 不法作為公民協力義務，參Pawlik, a.a.O. (Fn. 50), S. 82 ff.; Michael Pawlik, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017, S. 35 ff.

而在這個意義下的不法行為，即是行為人透過意志在客觀世界的實現，向法秩序傳達了他拒絕履行此一義務的訊息，採取這個拒否立場本身就是刑事不法行為⁶²。從自律主體觀點來詮釋，可說是行為人針對現行有效的刑法規範秩序提出了一道對立規則，並經由他的行為，表明其視這個對立規則為優先於法規範的準則⁶³。此一基於任意立法而來的自我「膨脹」(Selbsterhöhung)——或說「專橫」(erhebung)⁶⁴——使得國家課予行為人的刑罰得以正當化。一旦行為傳達出對法秩序的拒否態度，行為人作為公民所應負的義務內容，也就由遵守規範轉變為忍受刑罰⁶⁵。

質言之，刑事不法概念，乃是刑法規範針對個別公民的溝通行為所作成之價值判斷。這個價值判斷的標準，來自維繫法共同體及其成員人性尊嚴的自由倫理秩序，旨在承認個人自律主體地位的前提下，協調公民之間的現實自由框架範圍，讓共同生活的複數主體，能在其依任意所為之互動過程中，維持相對均衡的關係。

(三)行為——結果的不法連結性：並論危險犯與適性犯的可非難性

上述以行為非價作為不法內涵的判定，與傳統法益侵害——結果非價的相異之點在於，判斷的對象始終是與意志所連結的行為本身，而非由某個特定的侵害結果「回推」到它在因果關係上的肇因要素。但是，這並不表示行為結果與不法認定完全不相干。

上文已經說明，行為乃是一種溝通方式，也在溝通的意義上被認定為不法。而作為溝通的行為「文本」，始終不可能單獨存在⁶⁶。行為所代表的言說，只有在它的現實性當中，也就是實踐當中才有意

⁶² Pawlik, a.a.O. (Fn. 50), S. 297.

⁶³ Pawlik, a.a.O. (Fn. 61), S. 29-30.

⁶⁴ Pawlik, a.a.O. (Fn. 61), S. 30.

⁶⁵ Pawlik, a.a.O. (Fn. 61), S. 56.

⁶⁶ Stanley Fish, *Das Recht möchte formal sein*, 2011, S. 97.

義⁶⁷。行為的意涵必須在它所實踐的具體社會共同體裡，以一種客觀的方式被理解⁶⁸。行為所引發的結果，也同樣屬於行為實踐的一環，與行為過程合為一個整體，成為規範詮釋的對象。由於行為在不同溝通脈絡下具有多義性，究竟行為人是否真的將自我立法下的準則置於有效規範秩序之前，往往必須觀察一連串的行為進程，直到確認他果真已經透過行為，表現出蔑視規範、也就是蔑視其協力義務的外觀：「著手」，刑罰才有發動回應的必要。而當行為發動後，若果真導致他人法權領域的嚴重干擾——即實害既遂，該行為在客觀上，即體現為對規範秩序更為重大、更具「現實性」的破壞，從而與之相應，也將觸發更嚴厲的制裁。簡言之，行為結果乃是辨識行為不法性、以及不法程度的輔助判定元素，但並非行為不法的充分或必要條件。

這個不法切入觀點，對於刑法上欠缺實害的犯罪類型而言，尤其具有實益。其中，最典型的例子就是抽象危險犯。

傳統上，以特定行為結果作為不法判斷重要因子的實害犯，其構成要件多屬非定式行為，也就是涵蓋一切可能引發結果的行為態樣。由於這些行為在真正造成實害前，本身往往內含社會相當性的特徵，以殺人為例，事前的準備行為，諸如購買刀具、農藥、瓦斯、繩子，或是打聽被害人行程、租借車輛等，都無法直接判定為違反社會倫理秩序的行為，從而必須待行為進展至某一階段，讓第三人可以從客觀上辨識出行為的反倫理性，像是持刀侵入被害人住居並潛伏於床下⁶⁹、或是準備好汽油而將被害人鎖入後車廂⁷⁰，方能自規範角度，將行為解釋為對法秩序的敵對意志表現。反之，刑法上的危險犯，原則上均為定式行為：縱火、危險駕駛、使用偽造文書等。客觀來看，這些外在表現，已經表達了對特定社會體制的否定訊息，足以標示出行為本身的社會倫理秩序違反性。是以，法規範在定式行為被實現的

⁶⁷ Pawlik, a.a.O. (Fn. 61), S. 61.

⁶⁸ Pawlik, a.a.O. (Fn. 61), S. 17-18.

⁶⁹ 最高法院29年上字第21號（前）判例。

⁷⁰ 最高法院81年台上字第4125號判決。

階段，就可以認定，行為人實現了一個否定義務的意志，這個意志將導致規範對其遵守義務的要求，轉化為一個課予其刑事責任的權限。

根據上面對於行為與結果關係的描述，可以進一步區分不同強度與屬性的行為義務。詳言之，刑法作為力度最高的強制法，要回應的是一個高強度的權力問題（*Machtfrage*），這個問題由個人憑其恣意的強力向法共同體提出，挑戰並否定了原本適用在法秩序內的規範，而刑法必須透過相對應的強力，也就是刑罰的施加，再次否定個人的否定行為，重新回復原有規範的有效性，確認權力依然掌握在法共同體手中⁷¹。換句話說，要啟動刑罰，首先要能肯定，個人確實是經由行為，提出了一個強烈的規範否定意思。若是單純行為外觀所表達的否定意涵尚不強烈，那麼一定的行為結果，就是判別刑事不法所必需的要素。亦即，個人所實施的特定行為與結果，應作為一個統一的整體，在特定「行為語境」（*praxeologischer Kontext*）⁷²下，綜合判斷其是否逾越了社會相當性、從而具備不法性。相對地，當行為在溝通中傳達的訊息不夠明確，客觀上又欠缺其中一個解讀行為意義的要素（如適性結果），導致剩下的部分（行為形式外觀）不足以表彰社會倫理秩序的違反時，就不足以證成一個刑法上的義務（但視情形，仍可能構成一個民法或行政法上的義務）。

據此，行為、結果還有不法之間的關係，事實上會受到社會對於特定行為外觀在溝通意義上是否明確、以及是否顯然相當於日常活動的評價，呈現側重行為或側重結果的光譜。外觀上越是超出法秩序容忍程度的行為，行為不法性與實害結果之間的連繫要求越低；反之，越是難以從行為本身劃分出社會相當性與社會倫理違反性之界線者，在不法判定上，對一個客觀行為結果的需求也就越高。而劃分這兩種——可容忍與非容忍——行為的標準，則如上文敘述，會隨著社會的變遷而更動，這也說明了個人作為公民對於法秩序所負的義務，並

⁷¹ Pawlik, a.a.O. (Fn. 61), S. 54.

⁷² Pawlik, a.a.O. (Fn. 61), S. 12.

非一成不變，而是會因為整體時空脈絡、人際間權力結構的流轉有所增減。

在此意義下的「適性犯」(Eignungsdelikt)，就是以對行為的具體描述為中心，同時透過共同體內其他成員的經驗，推斷系爭行為與特定結果間的因果關聯，從而判定行為不法的犯罪類型。究其本質，仍屬於定式行為。不過，因為構成要件中描述的行為，在現實的因果關係檢驗中，並未呈現壓倒性指向單一結果的高概率，而是有可能導致程度不一的數種情狀，因此另外加上「適足以引發某結果」的構成要件要素，以之將規範對象予以限縮並明確化。

二、跟蹤騷擾罪之不法內涵分析

(一)禁止跟蹤騷擾的行為義務性質

至此，我們或許可以嘗試從行為不法的視角，重新審視新修正的跟騷法下的行為義務內容。

毫無疑問，跟騷行為的人罪化，代表了刑法上行為義務性質的轉變。在本法修訂之前，跟騷行為並非獨立犯罪，而僅為依社會秩序維護法得處以行政裁罰、或是依家庭暴力防治法等法得據以聲請核發民事保護令的行為。換言之，在過去，跟蹤、糾纏、騷擾等行為，雖然被肯認為人際互動上的人格負面展現，並且在滿足一定的前提下，具有行政或民事規範上的意義，但以刑法觀點言，並不認為這是逾越社會相當性的行為。換句話說，刑法上規範的真空，表明法共同體認定：單憑跟騷舉止，尚不足以解讀為行為人對法秩序拋出了一個「權力的提問」，而是僅涉及規範所設自由框架內兩個任意意志間的「你來我往」。

雖則此種規範密度在今日看來似乎是一個「保護漏洞」，但若從本文對行為規範與行為義務本質的角度來理解，就能正確地認識到，此處涉及的是隨著社會環境更易，而逐漸產生的人際權力關係轉變。詳言之，在數位科技猶未普及、個人尚未化為原子式勞動力被投入高度分工之資本市場前，社會呈現以家族鄰里為中心的居住型態，與他

人緊密連繫、公私不分的生活模式深植人心。雖然在這樣的社會裡，「隱私」或「自我人格同一性」、「自我決定」等概念相對淡薄，甚至不被賦予獨立的權利地位，但也因當時物質條件限制，無論是個人抑或國家，幾乎不可能對他人進行無孔不入的全方位追蹤與監控。同時，過去社會對於性與性別問題的關注程度、踏入職場年齡、對交往及婚姻的想像、以及「建立家庭」在一般人生命中所佔重要性大小等等，或許也在較大機率上，減少了陷入「求偶焦慮」、並且演變為對他人瘋狂干擾的個體數量。據此，跟騷只是人際互動上惱人、不適切的舉止，跟騷行為對被跟騷者可能造成的影響，被認定為偶發事件，尚屬「日常風險」，是單純與私領域相關、或僅對社會秩序形成輕微擾動的事項，個人必須忍受、自行斡旋、或是透過其他相對柔性的體制來處理。直到行為人在特定條件下，進一步違反了上開體制課予他的初階義務——如「遵守保護令」，該後續的行為始得被視為犯罪⁷³。可以說，在這個階段，「不跟蹤騷擾他人」僅為對社會秩序的低度連帶性義務，或者表現為刑法上的次階義務。

然而，時至今日，高度都市化、個人化、數位化的現代生活步調，取代了往昔人與人之間的連結，個體在情感上益趨疏離與孤立；反過來，拜科技設備之賜，個人越來越容易探知他人行跡、以及透過各種無須當面接觸的方式，不當地支配了原本雙方地位應屬對等的溝通脈絡，進而產生對他人自主意思的干擾。基於此一時空背景的變動，法秩序因而改變了對於跟騷行為的行為意義詮釋：跟騷行為是個人任意領域的異常擴張，該行為對被跟騷者施加的壓力已然過大，導致若是法秩序放任後者承擔這樣的壓力，勢必違反人際關係中的衡平，使任意空間過度地向行為人一方傾斜。是以，有必要變更法秩序針對此類行為原先設下的義務性質，將該行為直接視作對規範的強力否定，並動用同樣屬於強力的刑法予以回應，方能正確反映跟騷行為在人際溝通中的本質。

元照出版提供 請勿公開散布

⁷³ 參家庭暴力防治法第61條。

據此，不妨將跟蹤騷擾罪解釋為：由原先行政法上低度義務與結合民事保護令的次階義務，被提升至刑法上第一階義務的規範。此一義務性質的轉化，是以當代社會環境、物質技術發展，與個人藉由對上開條件的工具理性運用，改變了互動關係裡的權力天秤為基礎。在人際結構確實存在上開失衡狀態前提下，將跟蹤騷擾行為定位為刑法上的犯罪，並非完全不可能獲致理論上的正當性⁷⁴。

(二)可明確化的定式行為、反覆性與客觀適性作為義務設立基礎：以「製造壓迫性溝通環境」來證立行為倫理違反性

上述論證角度，重在行為本身的可非難性，而不是行為可能招致何種實害結果，更不是基於「大幅提早介入以預防重大犯罪」。蓋依本文觀點，刑法施加於個人身上的強制力，其正當性來自法秩序與擁有自律與自我目的性之個別主體間的相互承認⁷⁵。刑罰作為對個人實現其任意意志的回應，表明了原先存在的、基於此一承認關係而來的行為規範依然有效。換言之，刑罰並非為了未來的某個預防計畫而存在，也不是服務於「加強法共同體成員的集體確信」這樣的目標。刑罰本身就是實現（vollzieht）這個確信⁷⁶。要能證成刑法上的特定行為義務，必須是此一義務內容同時包含了個人與他者的合理自由空間，並且它的內容其實已經在一般生活中被實踐。

就跟騷行為而言，重點在於，「放棄跟騷行為」對於一般人而言，是否已經是在一定情境下（被相對人拒絕或被躲避）應該選擇的行為？反過來說，若不用刑法禁止此一行為，是否必然導致整體社會在人際結構上的失衡？這個問題的答案，不僅取決於特定時空下的社會實態，也取決於規範對跟騷行為的具體描述（見下文）。雖然從立

⁷⁴ 不過，這並不表示本文贊同跟騷行為當然有直接入罪的「必要性」。事實上，就跟人際往來可能存在各種應對方式一樣，不同法秩序、不同的規範系統，因應跟騷行為的方式也可能有所差異。本文的論述基點，仍是在實定法已然將跟騷行為入罪的背景下，嘗試為其找到合理的解釋方向。

⁷⁵ 參上文貳、一、(二)。

⁷⁶ Pawlik, a.a.O. (Fn. 61), S. 53.

法動機來看，修法過程羈雜了大量政治決策與預防目的，且此一企圖也明顯遺留在本法針對跟騷行為所設的「行政／司法介入暨犯罪化雙軌模式」當中，但若要讓本罪的存在不致違背最基本的罪責原則，那就只能針對跟騷行為的構成要件，正面評價它們指涉的行為義務是否合理。

首先要說明的是，之所以不馬上鎖定某一個法益，並直接由它出發來檢視整個條文，是由於筆者認為，要揭示特定行為義務，比起抽象的法益，個別具體的構成要件本身才是重點：跟騷法第3條當中描述的八款行為，每一款都在描述行為義務的內容，這些內容可能分別或共同包含隱私、人格、名譽、自由等諸多法益名目，但這些所謂的法益，只是標誌行為義務涉及到他人法權領域中的何種對象，並不當然證成個別條文的正當性，個別行為對該法益的侵擾，也不必然連結到最後對行為人的刑事歸責。誠然，現代法治國家的刑事法條文，原則上都可以指涉到某個合乎自由憲政思維的法益，而體現於構成要件中的法益，也有助於法律學習者或適用者快速掌握系爭案件涉及何種對象領域；但是，「找到」一個或數個法益，並不代表讓具體的行為義務直接變得合理，也不代表完成了解釋工作。法益或可作為法律解釋的起點，但它既非最終目標，亦不主導刑事歸責的判斷。

跟蹤騷擾罪之所以能構成刑法上的強行義務，即跟騷行為之所以得以被判定為違反了當前的社會倫理秩序，係經由以下三種構成要件特徵共同證成的：一是具體而明確的定式行為描述，二是強調行為的反覆性與持續性，三是與行為結果相連結的適性要素。這些要件共同勾勒出「跟蹤騷擾」此一被規範標誌出來的行為類型，其中，個別款項內規定的每一種定式行為，都必須一一檢視，然後將其置於體系化的規範脈絡之下，闡釋何種行為應該落入其涵攝範圍。

本罪在一般情形下（未另外攜帶凶器或其他危險物品），法定刑僅為一年以下有期徒刑，較刑法上的恐嚇危害安全罪更低，是以，當行為人對被害人造成干擾的程度已達恐嚇罪構成要件描述者，理論上

該行為自應以恐嚇罪相繩，而無本法第18條跟騷罪適用餘地⁷⁷。要將尚未達到輕度妨害自由類型——恐嚇罪程度的行為標記為不法，客觀上既然欠缺一個能夠與恐嚇相類比的行為結果，那麼就必須在構成要件內描述出足以明確化不法內涵的行為外觀。對此，立法者參考外國立法例，設下八款定式行為。從前文壹、二部分對各款構成要件的介紹與檢討，已經揭示出立法者對於所欲捕捉的定式行為掌握不足的問題，包括各款涵攝的行為彼此重疊、同一款內列舉的行為態樣關聯不明、未明確規定行為人對被害人施加干擾的內容等，特別是各款中概括性規定的「其他相類之言語或動作、其他設備、其他追求行為、其他物品」等要件，恐令被涵攝的行為範圍過大，而未符合個人可預測之明確化下限⁷⁸。

不過，雖然存在諸多立法技術上的問題，但這些問題並不致於直接導致本罪的設立本身完全失其正當性基礎。因為，單憑個別款項對行為的描述，原本就不足以構成這些行為在刑法意義上的倫理違反性。就跟騷行為而言，最重要的兩個構成要件要素，一是實施各定式行為的頻率與期間，也就是條文中強調的「反覆性」與「持續性」；二是該行為與特定結果之間的適性關聯，也就是跟騷行為對被害人來說「足以影響其日常生活或社會活動」。亦即，單看各款條文中的個別構成要件，依其描述的行為外觀，或許有不少是呈現為人際來往中

⁷⁷ 但行為符合跟騷罪者，被害人仍有第4條以下向警察機關通報及後續保護令聲請資格。

⁷⁸ 從這個角度來看，德國刑法第238條第1項第8款的概括性（又有稱捕獲性）要件並不符合此處的定式要求，學說上亦不乏認其違反憲法上明確性原則的批判。不過在歷次修法過程中，本款均未被刪除，立法者所持理由是為了避免處罰漏洞（BT-Drs. 18/10654, S. 5），以及認為本款仍得依「法定構成要件內含之類推適用」方式確定其內涵（BT-Drs. 16/3641 S. 14）。然而，此種構成要件內含之類推適用，須以類推結果能與法定列舉的諸般行為態樣相類比為前提，且二者能被歸納在同一上位概念之下；在跟騷罪的情形，因前幾款要件內涵差異過大，欠缺統一的上位概念以作為解釋適用的指引，故實難從中得出概括條款中所指「可（與前七款）相類比之行為」（vergleichbare Handlung）為何（vgl. Eisele, a.a.O. (Fn. 9), Rn. 23, 23a）。

的常見互動形式，例如傳送檔案、在公開場合相遇或代訂商品；然而，這些行為若長期、頻繁發生，並且考慮到互動的具體過程與內容，依照這個法秩序（包括被害人在內）一般人所理解的社會互動規則，可以普遍性地認定，行為人事實上創造了一個充滿壓迫性的溝通環境，使得被害人身處權力關係失衡的溝通脈絡，且由於行為人咄咄相逼的舉動，令被害人必須付出額外代價來脫離（或甚至難以脫離）這個溝通環境。

乍看之下，「製造壓迫性溝通環境」似乎比特定的「意思形成與意思實現自由」更加抽象，難以作為解釋個別要件的指引；惟本文提出此一概念，並非旨在取代法益對構成要件的標誌功能，而是在形式性的法益名目之外，一方面就理論層次進一步說明本罪可能的正當性基礎，另一方面則在釋義學層次作為行為可歸責性的判斷標準，也就是說，行為人必須是「濫用現代社會與科技帶給他的優勢，透過法律明定之跟騷行為模式，製造出不均衡的人際互動環境，而此一環境上的壓迫，足以使被害人的意思形成及意思實現自由受到影響」，才是刑法所要處罰的跟蹤騷擾行為。

至於具體而言，行為的反覆性與持續性需要達到何種程度，方能判定行為人為雙方製造了上開壓迫性環境，必須就個別構成要件的行為性質分別認定。就本法第3條第1項所規定的跟騷行為來看，其中第1款、第2款、第4款、第5款、第6款，因從條文描述的定式外觀，難以立即和同類型但合於社會相當性的行為區分開來，所以理當高度要求行為的反覆性或持續性，並且更嚴格地檢驗行為是否足以干擾被害人的日常生活；而第3款、第7款、第8款中之個別行為，對被害人的冒犯程度原本就較高，甚至可能已然該當刑法上其他犯罪如恐嚇、妨害個資之構成要件，則在審查時，除了考慮與其他犯罪間的競合關係，在反覆性與適性性的認定上，也不妨放寬標準。

此外，條文中的「心生畏怖」要件，亦宜解釋為輔助判斷溝通環境失衡的其中一個要素，而不再強調該要件對應到的法益與意思形成／意思實現自由之間的差異性；換句話說，「心生畏怖」應為導致

「被害人意思形成／意思決定」受到影響的原因，但仍須達到後面的適性程度，系爭行為才能被認定該當本罪要件。雖然在適性要素的把關下，本要件確實欠缺單獨檢驗的實益，但尚不直接造成條文適用上的自我矛盾。質言之，這些構成要件中的所有要素，都是在確定行為本身的社會倫理違反性格。這些針對行為的描述，必須視為一個整體來看待，而不能拆解為個別「符合社會相當性的日常互動」。

藉由上面的論證，可以回應對跟騷行為之處罰欠缺特定法益實害結果為基礎的質疑：所謂刑法是要保護法益侵害、危險犯或適性犯乃是前置化的法益保護規範等，是過度著重不法與行為結果之間關聯性的看法。與此相對，依筆者觀點，不法是對行為本身的價值評價，刑法歸責的真正內涵，在於對社會倫理違反性格的確認，而此一內涵涉及特定實空背景下的人際交往樣貌。國家的任務在維持不同個體間實質自由條件的互惠與對等，讓法秩序內不同個體都能享有相對均衡的自由開展空間；而個人作為公民，其自由主體地位本就來自與法秩序間的相互承認，從而其亦有義務協助國家實現此一任務，在一定前提下，縮限自身的任意自由行使，以確保其他公民的自由領域不受到過度侵擾。如果能正確地認識到，刑罰發動的條件原本就不絕對連結到某個結果，而是更細緻地分析一段現實中的具體人際互動關係，以雙方權力結構是否因為其中一方的任意作用產生過大落差，來判斷強行法規介入的容許性，當可更加確實地掌握對跟騷行為課予刑事責任的理由，還有此一規範所隱含的具體行為義務性質。

(三) 限定行為動機以限縮處罰範圍？

最後，若從行為義務角度來看，是否能合理化我國跟騷法將處罰範圍限定在「與性或性別有關」的行為？筆者對此持保留態度⁷⁹。何以限定有關性與性別的跟騷行為為禁止對象？對此，立法理由說明謂：「……跟蹤騷擾行為主要源自迷戀、追求（占有）未遂、權力

79

元照出版提供 請勿公開散布
此意圖要件亦未出現在歐盟相關立法例中，參王皇玉，跟蹤糾纏行為犯罪化之趨勢，前揭註3，頁307。

與控制、性別歧視、性報復或性勒索等因素，是類與性或性別有關之跟蹤騷擾行為人，無視對方意願的施加大量關注甚至意圖控制，其行為顯示將被害人當成自己的附屬品，因而具有發生率、恐懼性、危險性及傷害性4高特徵，爰本法以防制性別暴力為立法意旨，並以『與性或性別相關』定明行為構成要件……。」依立法理由說明，乃是將「性或性別」解釋成一種行為主觀目的。這樣的考慮，完全是以實證經驗為出發點，由出於情感之跟騷行為在案件比例上的優勢，加上此類跟騷行為往往伴隨重大人身侵害的高概然率，來試圖證立對此類行為單獨創設禁止規範的必要性。

行為人對被害人懷抱特定情感，固然是容易促使行為人急於翻轉雙方權力結構⁸⁰、從而對被害人施加壓迫的重要動機。只是，上述統計上的趨勢，似乎無法直接從邏輯上反面推導出「基於其他目的的跟蹤騷擾行為，對被害人感受影響較小、可罰性較低」的結論。如上所述，筆者以為，跟騷行為的禁止基礎，在行為人對被害人所製造的溝通失衡情境，令被害人只能單方面受到行為人的步步進逼、情緒發洩，而無法以實質對等的主體地位結束互動。若從此一行為適性角度觀察，則與性或性別無關的跟騷舉止，諸如前文提過的債權追索、跟拍採訪或尋仇報復，同樣有可能形成針對被害人的單方壓迫，令被害人心生畏怖，進而影響其日常生活與社會活動。換言之，由行為外觀與行為結果，都無法證立單以性與性別作為限定處罰範圍依據的合理性⁸¹。

此外，從性與性別作為意圖的角度觀之，雖然刑法上確有透過意圖要件來限定處罰範圍的設計，但是，意圖之所以能用作縮小規範對

⁸⁰ 對於長期在追求伴侶過程中受挫者而言，藉由跟騷行為，能夠引起對方的注意，讓自己從原本的「被拒絕」、「被無視」，到被對方忌憚、完全掌握甚至能影響對方的生活作息，兩人之間的主被動關係完全逆轉過來，即使追求不能成功，但自己在這段關係當中的「重要性」似乎提高了，這樣的「效果」或許是讓某些跟騷者始終不願放棄的原因。

⁸¹ 不同見解，參張麗卿，前揭註12，頁99-100。

象的要素，其根據在於意圖與行為不法性本身的連結。詳言之，意圖內容必須是針對規範所要介入的具體法權領域，也就是被認定為法益的對象，例如竊盜罪的不法所有意圖，係連結到（經由持有關係所表彰的）私人財產權⁸²。惟無論依照立法理由、學說見解或條文構成要件，均顯示跟騷行為的不法性是來自於對被害人意思自由的侵害，而欠缺與性自主侵害的相關性。據此，即使行為人懷抱有性或性別上的特定目的，也無法論證其行為因而具備更大的「惡性」，而應優先於其他意圖予以規制的必要。

另外一個可能為此一限定解套的說法，是援引刑法上的謙抑性原則⁸³，亦即，對於此種輕度干擾行為的入罪化，應儘量限縮本罪適用範圍，不讓它擴及原本應屬於新聞自由或其他行動自由的領域。然而，基於新聞自由或是其他符合社會相當性的行為，在社會倫理違反性的實質審查階段，亦即刑法上的客觀歸責層次，自始即可排除於可罰性之外；退一步言，這類行為尚有刑法上個別阻卻違法事由可資援用，並不會讓處罰範圍不當擴大。刑法是普遍適用的行為規範，對於超越人際互動界線的同類型、同程度行為，理應採取同等程度的介入。所謂的刑法謙抑性原則，應該是決定針對同一類行為是否動用刑罰、以及動用何種程度之刑罰時，統一予以考慮的原則，不能作為選擇性地處罰某些行為、從而令刑罰本身違背平等原則的理由。

而若是要主張「基於性動機而來的跟騷行為較易出現後續重大人身法益侵害」，從而認定法律必須特別動用刑法來「提前保護」被害人，則無異直接放棄作為現代刑法基石的罪責原則與罪刑相當原則，使行為人完全失去主體性，淪為與自然災害相當的「風險因子」，是可以拿來發揮「做猴」作用的雞犬。學說上對於本法恐有刑罰前置化疑慮的批判（見上文壹、三），已經說明此一主張並不可採。即使對

⁸² 關於意圖與法益間的內部連結必要性，參柯耀程，意圖犯意圖涵攝範圍之認定——評臺中地方法院106年度智訴字第11號刑事判決，裁判時報，第113期，2021年11月，頁52-59。

⁸³ 張麗卿，前揭註12，頁92。

照立法理由，可知立法者確實以此作為修訂本法的重要政策目標，然而依筆者見解，這樣的說法不但含有濃厚的現象立法意味，而未顧及刑法的體系一貫性，且要想真正透過本法達到保護被害人的效果，恐怕亦是事倍功半——除非實施全方位的國民監控，打造最嚴密的警察國家，否則，刑法在消極一般預防的意義上，永遠都遲了一步⁸⁴。

綜上所述，本文實反對以性或性別來限定跟騷行為的入罪類型。倘若果真要以行為動機限縮本罪的範圍，或可考慮參照美國部分州法規定，以「意圖使人心生畏懼」作為本罪的主觀要件⁸⁵，如此當可令本罪在不法檢驗上更趨一致，同時也能重新詮釋條文中的「心生畏怖」要素，亦即不單將此要素解釋為滿足適性要件（即改變被害人意思決定方向，而影響其日常生活及社會活動）的原因，而是用以作為主觀不法的特設門檻，即行為人必須是出於使被害人畏怖的目的進行跟騷行為，以進一步限制本罪的適用範圍⁸⁶。

參、結論：刑罰基礎與刑事政策——兩條平行線？

綜觀我國新通過的跟騷法，不僅將多種介入模式混合並行，在構成要件上也能看出兼採數個外國法例內容的痕跡。若仔細審視，則可見無論是規範目的的設定，又或是個別構成要件的內容，均有值得商榷之處。本文嘗試從行為非價作為刑事不法基礎的立場，將跟騷他人理解為行為人依其任意，過度改變人際互動中權力關係衡平的行為，藉此為跟騷行為的入罪化找尋正當性理據，讓本法不致於成為刑法原

⁸⁴ Ulrich Bröckling, Vorbeugen ist besser ... Zur Soziologie der Prävention, *Behemoth, A Journal on Civilisation* 2008, S. 42.

⁸⁵ 參法思齊，美國反跟追法（Anti-Stalking Law）之研究——兼論我國相關法制之建構，前揭註3，頁38。法思齊教授在立法建議上持不同意見，認為一般故意應已足構成本罪的主觀不法。

⁸⁶ 不過，從現行法條中的文字，恐怕很難將心生畏怖直接解釋為意圖要件，且條文中的「性與性別」也不可能被忽略，因此，要改變本罪適用方向，似乎仍只有修法一途。

則全面棄守之地。簡言之，本文認為，要為跟騷法當中的跟蹤騷擾罪取得正當性依據，應該將處罰基礎明確化，限定於以下幾點理由與前提：

一、跟騷罪的行為不法性來自於跟騷行為本身，而非潛在性、可能透過該行為「預告」的未來重大人身犯罪。

二、跟騷行為本身的可罰性，在於行為人無視人際交往界線、不當濫用現代資訊蒐集技術，以特定方式創造出與被害人之間極端不對等的互動關係，過度壓縮他人可能的自由空間。這些特定方式，乃是行為不法的核心內涵，必須經由構成要件要素明確限定，因此不應存在過度模糊的構成要件描述，不同類型的行為態樣也不應歸併在同一款項。

三、所謂極端與過度的判定，取決於構成要件中的適性要素，即系爭行為足以造成被害人龐大情緒負擔，且最後必須因而影響被害人意思形成與意思實現的具體行為決定。達到此一適性程度的跟騷舉動，不再是日常生活中雖惱人但仍合法的行為，而是已然逾越社會相當性的不法行為，足以觸發刑罰介入。

四、至於行為人跟騷被害人的動機，在與上開規範內涵相配合的前提下，或可作為進一步限縮可罰性範圍的門檻，但目前條文中的「性與性別」，與跟騷行為對被害人自由的影響程度，似乎不具有專屬性關聯，則限定此一主觀要件，似有違反平等原則之虞。

雖然上述理論建構上的努力，看似對於具體釋義學結果沒有顯著的幫助，但我們實不應遺忘，對國家刑罰權發動前提的充分論證，是現代自由法治國的存立根基，也是刑法學研究應該承擔的任務。至於個案中的具體歸責問題，則尚待本法施行一段時間後，透過學說逐條解釋與實務個案累積，進一步明確化違反社會倫理秩序的行為態樣。

只是，無論學說下了多少工夫來論證不法概念並澄清刑罰目的，似乎依然無法滿足多數輿論對於本法「成效」的無盡期待。對此，筆

者恐怕持悲觀見解⁸⁷。跟騷行為從不被認真對待，到進入大眾視野，涉及多重條件的交互作用；而要真正減少這類行為，更取決於政治、社會與文化諸向度彼此配合。完善的人際溝通暨支援網、接受不同人生歷程並成熟面對生命中的各種挫折、願意付出自身成本關心他人、學習與他者相處並體諒包容，這些事實上決定社會安全環境的要素，都非刑罰效力所能及。只有在認清了刑罰的極限之後，這部跟蹤騷擾防制法以及跟蹤騷擾罪，才能被合理地適用並發揮其功能⁸⁸。

⁸⁷ 2021年4月，韓國通過《跟蹤騷擾犯罪之懲罰等相關法律》（스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률），並在同年10月施行，但不到一個月，就再次發生「金炳燦事件」。立法始末及案件介紹，參吳文哲，跟蹤騷擾鎖命危機（上）南韓不能保護被害人的《跟騷法》？，轉角國際，2022年3月29日，https://global.udn.com/global_vision/story/8664/6197418，造訪日期：2022年4月5日；吳文哲，跟蹤騷擾鎖命危機（下）報案5次仍遇害的金炳燦殺人案，轉角國際，2022年3月29日，https://global.udn.com/global_vision/story/8664/6197421，造訪日期：2022年4月5日。

⁸⁸ 林琬珊教授對於跟騷行為的防範所作總結，筆者深表贊同，容最後援引如下：「防堵纏擾行為，除了犯罪化之外，必須瞭解為什麼人會放棄或是願意放棄。而那些我們決定放棄追尋另一個人的原因或理由，或許正是跟蹤狂所欠缺或不理解的。」林琬珊，前揭註3，頁88。

參考文獻

一、中文

(一)專書

1. 王皇玉，跟蹤糾纏行為犯罪化之趨勢，載刑事政策與犯罪研究論文集(22)，司法官學院犯罪防治研究中心，2019年10月，頁293-310。
Huang-Yu Wang, Trends in Criminalization of Stalking, in: *Essays on Criminal Policy and Crime Research (22)*, Crime Prevention Research Center Academy for the Judiciary Ministry of Justice, pp. 293-310 (2019).
2. 黃榮堅，基礎刑法學（上），第4版，元照，2012年3月。
Jung-Chien Huang, *The Basics of Criminal Law (I)*, 4th ed., Angle Publishing (2012).

(二)期刊論文

1. Björn Burkhardt著，陳俊偉譯，Welzel的目的行為論與哲學行動理論，科技法學論叢，第14期，2019年6月，頁19-55。
Björn Burkhardt (Ed.), Chun-Wei Chen (Trans.), Welzels Finale Handlungslehre und die Philosophische Handlungstheorie, *Journal of Science and Technology Law*, 14, 19-55 (2019).
2. 王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，國立臺灣大學法學論叢，第47卷第4期，2018年12月，頁2347-2390。
Huang-Yu Wang, Punishment on Stalking: Focusing on German Legal Scheme, *National Taiwan University Law Journal*, 47(4), 2347-2390 (2018).
3. 王皇玉口述，曾昭愷採訪整理，「跟蹤糾纏法制」議題探討，法務通訊，第2974期，2019年10月，頁3-5。
Huang-Yu Wang (Dictated), Jhao-Kai Zeng (Interviewed), Discussion on Stalking Law, *Jnewsletter*, 2974, 3-5 (2019).
4. 李茂生，論義務者遺棄罪的罪質與危險犯的概念（下）——兼評最高法院99年度台上字第3048號判決，法令月刊，第63卷第3期，

2012年3月，頁11-33。

Mau-Sheng Lee, The Nature on The Criminal Abandonment of Obligor and The Concept of “Dangerous Crime” — Analysis on Supreme Court Judgment 99 Tai-Shang-Zi No. 3048 (II), *The Law Monthly*, 63(3), 11-33 (2012).

5. 周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，國立臺灣大學法學論叢，第41卷第3期，2012年9月，頁981-1053。

Yang-Yi Chou, Redefining Legal Good from the Perspective of Substantial Concept of Law: Legal Subjectivity as Foundation, *National Taiwan University Law Journal*, 41(3), 981-1053 (2012).

6. 林美薰、林嘉萍，反制跟蹤騷擾，台灣大步走，婦研縱橫，第105期，2016年10月，頁6-15。

Mei-Syun Lin & Jia-Ping Lin, Anti-Stalking, Taiwan Go, *Forum in Women's and Gender Studies*, 105, 6-15 (2016).

7. 林琬珊，日本纏擾行為規制法之背景及其立法，月旦刑事法評論，第5期，2017年6月，頁52-88。

Wan-Shan Lin, The Background and Legislation of Stalking Law in Japan, *Angle Criminal Law Review*, 5, 52-88 (2017).

8. 法思齊，美國反跟追法（Anti-Stalking Law）之研究——兼論我國相關法制之建構，東吳法律學報，第24卷第3期，2013年1月，頁1-47。

Sih-Ci Fa, A Research on the Anti-Stalking Law — Constructing Stalking Law in Taiwan, *Soochow Law Review*, 24(3), 1-47 (2013).

9. 法思齊，反跟追法之新挑戰——美國網路跟追法（Cyberstalking Law）之初探，月旦刑事法評論，第5期，2017年6月，頁39-51。

Sih-Ci Fa, The New Challenge of Anti-Stalking Law — Analysis on Cyberstalking Law in America, *Angle Criminal Law Review*, 5, 39-51 (2017).

10. 柯耀程，意圖犯意圖涵攝範圍之認定——評臺中地方法院106年度智訴字第11號刑事判決，裁判時報，第113期，2021年11月，頁52-59。

Yao-Cheng Ke, Identifying the Scope of Intention in “Intentional

Crime” — Analysis on Taichung District Court Criminal Judgment 106 Zhi-Su-Zi No. 11, *Court Case Times*, 113, 52-59 (2021).

11. 徐偉群，論遺棄故意與遺棄罪的立法作用，*中原財經法學*，第19期，2007年12月，頁119-198。

Wei-Chun Hsu, The Fault Requirement and the Pragmatic Function of Criminal Abandonment, *Chung Yuan Financial & Economic Law Review*, 19, 119-198 (2007).

12. 張維容，我國跟蹤騷擾防制法草案之研究，*警學叢刊*，第51卷第2期，2020年10月，頁77-100。

Wei-Long Chang, Research of Anti-harassment and Stalking Law Draft in Taiwan, *Police Science Quarterly*, 51(2), 77-100 (2020).

13. 張麗卿，性騷擾跟追的入罪化，*月旦法學雜誌*，第209期，2019年6月，頁83-102。

Li-Cing Chang, The Criminalization of Sexual Harassment Stalking, *The Taiwan Law Review*, 209, 83-102 (2019).

14. 許恒達，「行為非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵，*政大法學評論*，第114期，2010年4月，頁215-300。

Heng-Da Hsu, Valuelessness of Conduct and Consequence — Analysis on Theories of “Criminal Illegality”, *Chengchi Law Review*, 114, 215-300 (2010).

15. 許澤天，遺棄罪之研究——待釐清保護法益的具體危險犯，*東吳法律學報*，第22卷第2期，2010年10月，頁1-45。

Tze-Tien Hsu, A Study of the Crime of Abandonment — The Unclarified Legally Protected Interests for the Punishment of Concrete Crime of Danger, *Soochow Law Review*, 22(2), 1-45 (2010).

16. 惲純良，抽象危險犯作為對抗環境犯罪的基本制裁手段——以污染水體行為為例，*月旦刑事法評論*，第8期，2018年3月，頁30-67。

Chun-Liang Yun, “Abstract Dangerous Crime” as Basic Sanctions Confront Environmental Crime — Taking Water Pollution For Example, *Criminal Law Review*, 8, 30-67 (2018).

17. 黃士軒，概觀日本糾纏騷擾行為罪的處罰現況，*月旦刑事法評論*，第5期，2017年6月，頁89-111。

Shih-Syuan Huang, Current Status of Punishment on Stalking Law in Japan, *Criminal Law Review*, 5, 89-111 (2017).

(三) 網頁文獻

1. 吳文哲，跟蹤騷擾鎖命危機（上）南韓不能保護被害人的《跟騷法》？，轉角國際，2022年3月29日，https://global.udn.com/global_vision/story/8664/6197418，造訪日期：2022年4月5日。

Wun-Jhe Wu, Stalking and Harassment of Door Lock (I) “Can Stalking Law Protect Victims in South Korea?”, *udn Global*, March 29, 2022, https://global.udn.com/global_vision/story/8664/6197418 (last visited: 2022.04.05).

2. 吳文哲，跟蹤騷擾鎖命危機（下）報案5次仍遇害的金炳燦殺人案，轉角國際，2022年3月29日，https://global.udn.com/global_vision/story/8664/6197421，造訪日期：2022年4月5日。

Wun-Jhe Wu, Stalking and Harassment of Door Lock (II) Murder Case of Byung-Chan Kim “Even Though Reporting the Crime Five Times, the Victim Still Was Murdered”, *udn Global*, March 29, 2022, https://global.udn.com/global_vision/story/8664/6197421 (last visited: 2022.04.05).

3. 翁子桓，網稱《跟騷法》女權自助餐 王婉諭：令人匪夷所思，Newtalk新聞，2021年4月23日，<https://newtalk.tw/news/view/2021-04-23/567718>，造訪日期：2022年4月5日。

Zi-Huan Weng, Wan-Yu Wang Considered that Stalking Law in Taiwan Was Criticized on the Internet for Expanding Feminism is Unbelievable, *Newtalk*, April 23, 2021, <https://newtalk.tw/news/view/2021-04-23/567718> (last visited: 2022.05.04).

二、德 文

(一) 專 書

1. Beck, Ulrich, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, 1986.
2. Eidam, Lutz/Matt, Holger/Renzikowski, Joachim, *StGB*, 2. Aufl., 2020.
3. Eisele, Jörg/Schönke, Adolf/Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch: StGB*,

30. Aufl., 2019.
4. Fish, Stanley, Das Recht möchte formal sein, 2011.
5. Gericke, Jan/Sander, Günther, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, 4. Aufl., 2021.
6. Jakobs, Günther, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012.
7. Kindhäuser, Urs/Hilgendorf, Eric, Strafgesetzbuch, 9. Aufl., 2022.
8. Krupna, Karsten/Dölling, Dieter/Duttge, Gunnar/König, Stefan/Rössner, Dieter, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl., 2022.
9. Pawlik, Michael, Das Unrecht des Bürgers, 2012.
10. Pawlik, Michael, Normbestätigung und Identitätsbalance, 2017.
11. Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 23. Aufl., 2022.
12. Roxin, Claus, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Ulfrid Neumann/Herzog Felix (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 573-598.
13. Sonnen, Bernd-Rüdiger/Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich, Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017.
14. Welzel, Hans, Studium zum System des Strafrechts, in: Hans Welzel (Hrsg.), Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 120-184.
15. Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 1989.
16. Welzel, Hans, Persönlichkeit und Schuld, in: Hans Welzel (Hrsg.), Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 185-223.
17. Welzel, Hans, Über die ethische Grundlage der sozialen Ordnung, in: Hans Welzel (Hrsg.), Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 241-249.

(二) 期刊論文

1. Bröckling, Ulrich, Vorbeugen ist besser... Zur Soziologie der Prävention, *Behemoth, A Journal on Civilisation* 2008, S. 38-48.
2. Eisele, Jörg, Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur effektiveren

- Bekämpfung von Nachstellungen und bessere Erfassung des Cyberstalkings, KriPoZ 3 (2021), S. 147-150.
3. Engländer, Armin, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, ZStW 127 (2015), S. 616-634.
 4. Kinzig, Jörg, Stalking – ein Fall für das Strafrecht?, ZRP 8 (2006), S. 255-258.
 5. Kinzig, Jörg/Zander, Sebastian, Der neue Tatbestand der Nachstellung, JA 2007, S. 481-487.
 6. Kubiciel, Michael, Verschärfung des Anti-Stalking-Tatbestandes, juris PR-StrafR 8 (2016) Anm. 1.
 7. Kubiciel, Michael/Borutta, Nadine, Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung (§ 238 StGB), KriPoZ 3 (2016), S. 194-198.
 8. Kühl, Kristian, Stalking als Eignungsdelikt, ZIS 7 (2016), S. 450-451.
 9. Kuhlen, Lothar, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB), GA 1986, S. 389-408.
 10. Kuhlen, Lothar, Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStw 105 (1993), S. 697-726.
 11. Mitsch, Wolfgang, Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB), NJW 2007, S. 1227-1242.
 12. Mosbacher, Andreas, Neuregelung der Stalking-Strafbarkeit, NJW 14 (2017), S. 983-986.
 13. Steinberg, Georg, Die missratene Änderung des § 238 StGB, JZ 13 (2017), S. 676-680.



Constructing the Justification Basis of Stalking and Harassment Prevention Law from the Viewpoint of Wrongful Act

I-Ning Liao^{*}

Abstract

The purpose of this paper is to provide a theoretical justification for the crime of stalking and harassment from the perspective of “valuelessness of conduct” and violation of duty. First, I will give an overview of the newly passed stalking and harassment prevention law. In addition to introducing the legislative model and constituent elements, it also puts forward some possible problems in interpretation theory through observation of comparative law, and points out that the inquiry on the legal interests of this crime cannot really provide an explanatory direction for hermeneutics. This article attempts to understand the concept of criminal illegality from another viewpoint: to understand crime as the violation of duties with the nature of violating the social ethical order. The significance of the result of an act in illegal identification is to be integrated with the act itself to comprehensively judge its ethical violation. Accordingly, the illegality of stalking and



^{*} Assistant Professor, Institute of Law for Science and Technology (ILST), National Tsing Hua University; Ph.D., University of Freiburg, Germany.

Received: April 8, 2022; accepted: July 21, 2022

harassment lies in the fact that the perpetrator repeatedly implements the constituent elements to form an oppressive communication environment for the victim, resulting in an imbalance in the interpersonal interaction between the two parties. As for “preventing future major physical assault”, it cannot be used as a reason to criminalize stalking and harassment.

Keywords: Stalking, Repeated, Aptitude Offenses, Legal Interests, Valuelessness of Conduct, Social Equivalence, Violation of Social Ethical Order

