

## 釋字第六八九號解釋部分不同意見書

大法官 李震山

社會秩序維護法（下稱社秩法）第八十九條第二款規定，無正當理由，跟追他人，經勸阻不聽者，處新台幣三千元以下之罰鍰或申誡（下稱系爭規定）。本件解釋就「警察裁罰權」部分，並未從法治國權力分立原則之憲法觀點詳加審查，僅援引亦未經審查之社秩法第五十五條，以被處罰人如不服警察機關之處分者，得「於五日內經原處分之警察機關向該管法院簡易庭聲明異議」為依據，即獲得系爭規定「難謂與正當法律程序原則有違」之合憲結果。此種化約式的思考與審查模式，欲妥適調和「跟追者」與「被跟追者」間多元價值與多重基本權利之衝突，並證立系爭規定符合憲法課予國家保護基本權利之義務，殊難想像。就此部分本席實難贊同，乃提部分不同意見書。

### **壹、本件解釋未認真面對系爭規定所規範的三面關係，從而未據以選擇適當的憲法原則作為違憲審查之主軸，以致顧此失彼，事倍而功半**

眾所周知，民國八十年六月二十九日制定公布的社秩法，是因司法院大法官作成釋字第一六六號及第二五一號解釋，宣告三十二年十月一日施行的違警罰法部分條文違憲並定期失效後，所取代違警罰法之產物。法律名稱雖改變，但仍維持「處罰」法制之本質與架構，新法中諸多規定尚且承襲或照錄舊法規定，而舊法規定大多是行憲前法制未備時，為彌補法律漏洞而賦予警察「防止一切危害，促進人民福利」任務（警察法第二條參照），所撒下的天羅地網，系爭規定即是其中之一。

系爭規定與社秩法之其他大多數規定，在性質上有其殊異之處。其他規定大都是警察就人民違反公共秩序或社會安寧之行為得予以處罰之規範，屬於國家與人民間純粹公法上之「兩面關係」。系爭規定卻是「跟追者」與「被跟追者」兩私人間之爭執關係，交由警察介入處理並裁罰的「三面關係」。在此種未必然涉及公共秩序或社會安寧的三角關係中，國家必須兼顧兩私人間相互對立基本權利的衝突與衡量，同時受到「必須作為」與「不得作為」的雙重誡命，已涉入基本權利功能中之國家保護義務 (Schutzpflicht) 的領域，自不能一面倒地以「處罰」為尚方寶劍，任憑單方面揮斬，使三面關係質變或擠壓成「警察」與「跟追者」間以社會秩序為名之兩面關係。本院曾作出釋字第 666 號解釋：「社會秩序維護法第八十條第一項第一款就意圖得利與人姦、宿者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰之規定，與憲法第七條之平等原則有違」，即是國家就性交易雙方或多方基本權利交錯中，藉由違憲審查劃定國家保護義務下限的適例，本足資參考，本件解釋面對同屬社秩法三面關係之規範，審查路徑卻大異其趣。<sup>1</sup>

基於上述理解，若於審查系爭規定之合憲性時，硬是將系爭規定塞在兩面關係框架與思考脈絡的舊格局內，無形中已忽視系爭規定在今日社會瞬息遞嬗人我關係交錯下的多元價值特殊性。本應以國家保護義務「保護不足禁止」 (Untermaßverbot) 原則為審查主軸，卻仍以慣用於兩面關係「逾越禁止」 (Übermaßverbot) 之比例原則審查，自然就明顯格格不入。試以該兩不為侔的憲法原則去檢

<sup>1</sup> 釋字第 666 號解釋係從國家在私權關係中應善盡平等對待之責，以踐履其保護義務之觀點切入：「系爭規定既不認性交易中支付對價之一方有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。系爭規定以主觀上有無意圖得利，作為是否處罰之差別待遇標準，與上述立法目的間顯然欠缺實質關聯，自與憲法第七條之平等原則有違。」而「併予指明」部分，亦都朝相同方向。另社秩法中類似系爭規定三面關係之規範，但本質仍有所差異之處罰規定，例如：第 64 條第 3 款及第 4 款規定：「車、船、旅店服務人員或搬運工人或其他接待人員，糾纏旅客或強行攬載者。」「交通運輸從業人員，於約定報酬後，強索增加，或中途刁難或雖未約定，事後故意訛索，超出慣例者。」或第 87 條第 2 款規定：「互相鬥毆者。」等。

證「處新台幣三千元以下之罰鍰或申誡」之規定，依前者，審查重點在於基本權利國家保護義務是非之辨，作成處罰之決定即代表應否及如何保護之價值論斷，因此，由誰處罰及該處罰是否足以保護相應的基本權利乃是關鍵，處罰之輕重則非審查重點。但若依後者，就如本解釋所推論：「該限制經利益衡量後尚屬輕微，難謂過當。核與憲法第二十三條比例原則尚無牴觸。」或認為系爭規定僅施以行政裁罰管制手段而未採取刑事處罰，符合法治國「刑罰謙抑思想」，亦與比例原則無違。前後審查結果有可能是南轅北轍，既選擇不同的憲法原則作為合憲性審查的依據，分道揚鑣後，殊途恐難同歸。

本件解釋之釋憲聲請書固未直接指摘以上各點，而僅主張系爭規定違反法律明確性原則、比例原則及正當法律程序原則，侵害人民受憲法所保障之新聞自由及工作權。然「大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者為限」（釋字第四四五號解釋理由書參照），解釋方法與路徑的選擇上則有更大之自主性。多數意見僅願隨聲請意旨起舞，自我設限，未發揮應有的專業，難免陷入進退失據顧此而失彼的泥淖。

## **貳、系爭規定未區分事件之性質一律賦予警察裁罰權，迫使警察介入跟追者與被跟追者之私權爭執或基本權利衝突之評價工作，致有侵越民事審判權而違反權力分立原則之疑慮**

### **一、系爭規定賦予警察扮演私權爭執定分止爭之關鍵角色，已跨進法院執行憲法義務之雷池**

系爭規定之處罰構成要件寬泛，且未區分事件之多元性質而涵蓋甚廣，自然會將跟追者與被跟追者間因私權爭執所引起的跟追行

為吸納進去，例如：因債權與債務之紛爭、因婚姻與家庭之糾葛、因愛慕與好奇之追逐與纏擾等，從而涉及私人間之基本權利衝突。若雙方間衝突涉及犯罪行為，譬如：有觸犯刑法第三百零二條剝奪他人行動自由罪、第三百零四條強制罪或第三百十五條之一妨害秘密罪之嫌疑等，警察當即依法處理，自無疑義。其他若經被跟追人依法請求警察機關排除現行急迫危害者，警察究應依社秩法體例循調查、勸阻、裁量、處罰等，採「不必急於一時」的執法路徑，或是依警察職權行使法（下稱警職法）「即時介入」採取排除或制止危害的必要措施，多數意見不願直接觸及此攸關國家保護義務之議題，深入探個究竟以求通盤理解，相關警察法的憲法論證，自然就很難鏗鏘有力。

更重要的是，被跟追人有依民法向民事法院提出侵權訴訟及請求除去侵害（民法第十八條及第一百九十五條規定參照）之權。此時，警察基於尊重私法自治及契約自由，針對該等本應由民事法院優先管轄的私權爭執事件，至多只能依警職法第二十八條第二項之規定介入排除或制止因私權爭執所生之急迫危害，即：「警察依前項規定，行使職權或採取措施，以其他機關就該危害無法或不能即時制止或排除者為限。」該項規定係就警察作為其他機關（包括法院）之代位、輔助機關時，設下僅得依「補充性原則」（Subsidiaritätsprinzip）行使職權的限制。須再三強調的，警察所得介入排除或制止者，僅係因私權爭執所生之急迫性危害而已，目的乃為輔助司法救濟一時之窮，自不能取代法院成為執行憲法義務之蹊徑。<sup>2</sup>

系爭規定既賦予警察得就私權爭執為裁罰，即一律得由警察介入先行評價該行為之正當性，顯已違反警察不介入私權爭執之原則，除形同顛覆以上制約警察權而極具憲法意義的正當法律程序

---

<sup>2</sup> 有關警察協助保護私權之任務，請參考拙著，《警察行政法論》，元照，98年2版，頁85-100。

外，並迫使警察職權行使之認定重心，從跟追行為是否具急迫危害之警察核心任務，轉移至跟追的內涵與界限、跟追是否具正當理由、應否勸阻跟追，以及後三者間複雜聯結關係之斟酌，強使警察扮演私權爭執定分止爭之關鍵角色，即有侵越民事審判權而違反權力分立原則之虞。

## 二、本件解釋並未就應否「法官保留」(Richtervorbehalt) 作出憲法價值判斷，殊為可惜

欲闡明系爭規定各該構成要件，縱然是釋憲者仍大費周章，本件解釋之努力固然獲致相當成果，然要求警察機關在跟追事件發生之極短時間內，就諸多基本權利衝突之複雜爭執，依前揭成果自行裁量，先行作出裁罰與否之決定，恐非易事。本件解釋維護警察權的苦心，將生「愛之，適足以害之」的反效果。警察可能會因認定困難而傾向不作為，使系爭規定形同休眠；警察也可能因特定因素之考量，而選擇性執法。警察當然亦有積極執法的空間，然此時除隱藏恣意的風險外，其合憲性的疑慮仍是警察已先行跨進「法官保留」傳統核心領域之民事審判，模糊法治國警察權與司法權分立之界限。在此灰色地帶，誠是釋憲者從司法權與行政權之分立相互制衡觀點，就「立法形成自由」與「法官保留」之間，作出具有憲法高度之抉擇的好機會。雖然本席一再主張該問題屬系爭規定合憲與否之癥結所在，惜未獲得多數意見之正視。<sup>3</sup>

<sup>3</sup> 本席於 100 年 6 月 16 日憲法法庭辯論中向聲請人及主管機關代表提出如下問題：「本席認為警察為尊重私法自治，原則上不介入私權爭執，但系爭規定直接或間接授權警察在跟追者與被跟追者兩個私人之間，有基本權利保護之爭執時，可介入該私權爭執之調查，認定構成要件，甚至加以處罰。如果警察的介入只是被動、協助法院或其他機關，確認身分、保全證據的一種暫時性措施，本席認為爭議會比較小。但因系爭規定還加上處罰，所以性質就有所變化。本院審查的是抽象規範，不是具體個案，就這部分本席聆聽兩造的說法，對於這樣的立法方式，兩造或許都已經有憲法上的評價。本席想進一步確認兩造認為這樣的立法方式是否屬於立法形成的範圍？理由為何？」司法院所邀請出席憲法法庭之鑑定人李念祖教授，於其鑑定報告書中亦指出：「若將系爭立法採取行政罰之手段，與民法及刑法規定之制裁方法相比，即令刑罰是較為嚴重之處罰，刑事制裁與民事制裁均有一相同之特徵而為行政罰所不及者，亦即在民刑法之制裁，必先經法院審問程序，始能付諸執行，行政法制裁如本案系爭法條之規定者，則係採取罰鍰之手段達到實質限制跟追，同時限縮行動自由、資訊自由、表述自由、工作自由等基本權利，卻不必事前受到法院之審查，實已違反了憲法第八條及大院釋字 392、631 號解釋所要求之法官保留原則與正當法

由於本件解釋之原因案件涉及新聞採訪者跟追行為是否符合處罰條件之判斷與權衡，而其應否交由警察判斷並裁罰，解釋理由書中乃出現以下併此敘明的文字：「鑑於其所涉判斷與權衡之複雜性，並斟酌法院與警察機關職掌、專業、功能等之不同，為使國家機關發揮最有效之功能，並確保新聞採訪之自由及維護個人之私密領域及個人資料自主，是否宜由法院直接作裁罰之決定，相關機關應予檢討修法，或另定專法以為周全規定，併此敘明。」在該「是否宜由法院直接作裁罰之決定」與「應予檢討修法或另定專法」的兩可抉擇面紗底下，已透露出不限於新聞採訪跟追事件的共通憲法猶豫與焦慮，顯然多數意見並非毫無「法官保留」之問題意識，當非不能積極處理之。

本院大法官解釋中有關權力分立者雖不在少數，但直接涉及司法權與行政權之爭議者卻不多（例如釋字第三五號、第一一五號解釋等）。且該等解釋甚少直接深入闡明憲法第七十七條、第七十八條及第八十條賦予法院及法官審判權之具體內容為何，至少亦未闡明何事項應保留給「司法」而不宜由「行政」為之的所謂「一般法官保留」（allgemeiner Richtervorbehalt）意涵。倒是在審判權以外事項，將特定事項保留給獨立且中立的法官，以預防性控制作為權力分立相互制衡之機制之所謂「特別法官保留」（spezieller Richtervorbehalt）<sup>4</sup>，則多所著墨，例如：本屬憲法保留給法官之範疇，有關限制與剝奪人身自由之拘留（釋字第一六六號解釋）、送交相當處所矯治（釋字第二五一號解釋）、羈押（釋字第三九二號解釋）、拘提管收（釋字第五八八號解釋）等，以及應由立法者明文保留給法官之通訊監察令狀核發（釋字第六三一號解釋參照）。本件解釋並非不得就「一般或特別」法官保留，擇一良木而棲。若

---

律程序。」

<sup>4</sup> Vgl. H. Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl., C.H.Beck, 2010, S.613-615.

從審理「私權爭執」事件角度，可採「一般法官保留」，若從基本權利保障重要性觀點，則可採「特別法官保留」。司法之劍既無意出鞘，只有無奈地等待立法者未來補白。

### 參、系爭規定對「跟追者」與「被跟追者」基本權利保護原本就不足，本件解釋之結果並無助於該情況之緩解與改善

#### 一、本件解釋所證立的「跟追者」與「被跟追者」應受憲法保障之基本權利皆屬重要基本權利，國家有踐行積極保護之義務

本件解釋為證立跟追者之「一般行為自由，特別是所屬的行動自由並聯結到新聞採訪自由」，以及被跟追者「身體權、行動自由、生活私密領域不受侵擾自由或個人資料自主權」等應受憲法保障之自由權利，在通篇解釋中，依序指出諸多得作為其內涵的相關自由與權利，包括：人性尊嚴、個人主體性、人格自由發展、知的權利、免於身心傷害之身體權、於公共場域不受侵擾之自由、健康、隱私等，其中雖有諸多重疊競合之處，正也可彰顯該應受憲法第二十二條保障諸多自由權利之重要性與迫切性。本件解釋更進一步正確地指出：「尤以現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，個人之私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能大為增加，個人之私人活動及隱私受保護之需要，亦隨之提升。是個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護。」就現代科技與風險社會中，如此重要且主要源自於「一般行為自由」(allgemeine Handlungsfreiheit) 並與人格發展有密切關係的前揭各項自由權利，國家對之應善盡保護義務，實無待深論。<sup>5</sup>

<sup>5</sup> 德國基本法第 2 條第 2 項第 1 句揭示一般行為自由，就該自由所衍生的保護義務是否得成為個人請求權之主觀權利，或仍僅屬客觀規範，就該問題，德國聯邦憲法法院在其裁判中已採完全肯認的見解：「基本法第 2 條第 2 項第 1 句不僅是提供主觀防禦權而已，甚至同時顯示憲法客觀法之價值決定，其適用於所

從基本權利功能理論觀點出發，憲法所保障的基本權利不僅建構出對抗國家的防禦權，同時也從基本權作為客觀價值決定或客觀法秩序，進而構成國家應積極保護基本權法益的義務，使之免於受到來自第三人的違法侵犯。此種立法者如何履行國家保護義務的問題，在結合基本權利對第三人效力時，需特別強調國家之保護不得低於必要之標準而致違反所謂「不足之禁止」之憲法原則。至於國家保護是否及如何才足夠，行政權與立法權保有很大預測及形成空間，因此，司法證立「保護不足」時，須審慎地從應受憲法保障權利之性質，其所生危害的程度與風險，相應組織、制度、程序之設計，以及所採取保護措施的有效性等為綜合判斷。因此，本件解釋至少可從以下幾點審查之。

## 二、從排除與制止「被跟追者」所遭受現行危害的觀點，系爭規定保護顯有不足

本件解釋中肯地指出：「系爭規定雖限制跟追人之行動自由，惟其係為保障被跟追者憲法上之重要自由權利」，然被跟追者最急切需要的是，由公權力立即介入排除或制止因跟追行為所生現行且持續的危害。至於在公共場域跟追之行為是否「於合理範圍內，須相互容忍」、是否「得合理期待於他人者」等所謂「正當理由」之有無，僅是警察採取干預措施時，遵守比例原則而自我節制之考量因素，並非警察發動危害防止權的必要條件。因此對於被跟追者而言，警察於事件進行中的「行政執行」甚至於即時強制，較諸確定裁罰構成要件後的「行政制裁」更具實效。惟系爭規定偏重以嗣後

---

有法秩序領域，並構成憲法保護義務。此已由聯邦憲法法院兩庭歷來裁判所肯認。該保護義務若遭侵害，等同侵害基本法第 2 條第 2 項第 1 句，針對此，當事人當可循憲法訴願尋求協助與保護。」Vgl. BVerfGE 77, 170, 214 ; Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 5. Aufl., Verlag C.H.Beck, 2008, S.35. 關係機關內政部於其所提「釋憲案言詞辯論要旨狀」中亦認，系爭規定所保護之法益為個人之隱私及人格權、行動自由與決定自由權等，應受憲法第二十二條所保障，且依世界人權宣言、公民與政治權利國際公約及歐洲人權公約規定，私人生活領域有不受他人任意干涉之權利，國家負有積極的保護義務，應提供法律保護，以免個人之私人生活領域遭受不當干涉。



處罰跟追者為手段，該手段並非達成立法目的最有效的方法，實難如本件解釋所設想：即於審查立法目的之正當，並闡明處罰構成要件之定義、各要件內在與外在之限制及彼此關聯性後，就獲得「系爭規定符合憲法課予國家對上開自由權利應予保護之要求」之結果。此種從兩面關係出發之論述，是否當然就能與國家保護義務合理聯結，從前揭三面關係之架構而言，恐有思考跳躍與牽強之疑慮。

從另一角度言，縱然沒有系爭規定，警察仍得依法排除或制止「被跟追者」因「跟追者」之跟追行為所生現行危害。換言之，即當人民有充足可信的被跟追事實，且自認其「身體權、行動自由、生活私密領域不受侵擾自由或個人資料自主權」，遭受現行危害亟需立即加以制止或排除，而向警察報案請求處理者，警察即得視實際情況依警職法之規定，分別或同時採取身分查證、蒐集資料、即時強制等有助於危害防止之具體措施。除此之外，該法尚於第二十八條第一項設有概括規定：「警察為制止或排除現行危害公共安全、公共秩序或個人生命、身體、自由、名譽或財產之行為或事實狀況，得行使本法規定之職權或採取其他必要之措施。」該項規定除以「現行危害」將警察應防止的危害限於急迫不可遲延的危害外，且不排除得防止私權爭執所生之同等危害，藉以防堵權利保障之可能漏洞，同時尚可預防自力救濟之滋生進而維護社會秩序。因此，警察職權發動之標準乃在於「現行危害」，多數意見以「基本權利種類」區分，僅被跟追人之「身體安全、行動自由」受有侵擾之虞得允許警察介入，若僅涉侵擾「私密領域或個人資料自主」，則指明檢討「是否宜由法院直接作裁罰」，見解尚待斟酌。至人民若不服警察所採措施，自可依警職法第二十九條及第三十條，當場提出異議，或嗣後提起訴願與行政訴訟。甚至警察若怠於行使職權而有國家賠償法所定國家負賠償責任之情事者，人民亦得依法請求損害賠償。該等規定確能促使警察踐履國家保護義務，且有諸多正當法律程序要件為制約，合乎憲法保障人權之意旨。

然本件解釋為維護系爭規定中之警察裁罰權，在警職法與社秩法兩新舊警察法制之巨大落差下，寧可抱殘守缺地選擇舊法制，甚至圓鑿方枘地認為，系爭規定之功能「在使被跟追人得請求警察機關及時介入，制止或排除因跟追行為對個人所生之危害或侵擾，並由警察機關採取必要措施（例如身分查證及資料蒐集、記錄事實等解決紛爭所必要之調查）。」其實，該以處罰為中心，而不強調被跟追者所遭受現行危害之適時防止之系爭規定，並不當然能使警察發揮「即時介入制止或排除危害」之功能。況且在合憲與違憲依違兩可之間，本件解釋選擇因循固有「國權重於人權」的價值觀，宣告系爭規定合憲，在其背書下，警察更可名正言順地執意優先適用系爭規定，強化其「嗣後處罰」優先於「危害防止」之執法正當性基礎，其縱然不積極採取立即排除或制止跟追危害之措施，只要嗣後認屬無正當理由之跟追，經勸阻不聽即可開罰，形式上完全符合依法行政，實質上卻可能阻礙警察適用警職法暫時彌補「保護不足」之漏洞，恐與國家積極有效踐行保護基本權利之義務有違。

### 三、社秩法之救濟制度對作為程序基本權核心之訴訟權的保障顯有不足，實難符合正當法律程序之要求

本件解釋既無意就司法權與警察權權力分立之法治國觀點為探討，亦未從法官保留之憲法意旨檢證系爭規定作為警察裁罰權依據之合憲性。至於有關正當法律程序的部分，則僅以自問自答之蜻蜓點水方式指稱：系爭規定授權警察機關就無正當理由之跟追行為經勸阻而不聽者予以裁罰，「立法者雖未採取直接由法官裁罰之方式，然受裁罰處分者如有不服，尚得依社會秩序維護法第五十五條規定，於五日內經原處分之警察機關向該管法院簡易庭聲明異議以為救濟，就此而言，系爭規定尚難謂與正當法律程序原則有違。」

<sup>6</sup>然能否在未適用「裁判重要關聯性」（釋字第五三五號解釋參照）理論之下，就想當然爾地將社秩法不合時宜之前述救濟規定引為「與正當法律程序原則無違」之支持論據，恐非無疑。既然以之為形成結論的重要依據，就無規避而不予審查之理。

訴訟基本權之重要內涵，一般而言至少應包括：儘可能無漏洞之權利保護，具有實效之權利保護以及公平審判之程序。縱然社秩法已提供受罰者簡易救濟程序，惟其速審速決之救濟制度設計是否能實質有效地保障訴訟權，頗有檢討改進空間。且系爭規定所涉各種事件性質未必相同，就簡易庭受理案件，準用刑事訴訟法（社秩法第九十二條規定），似乎是以「輕犯罪」事件為對象，但又不能排除審理本質上屬私權爭執之事件。此外，簡易庭審理重點若是置於「警察裁罰合法性」之司法監督，又扮演行政法院角色。由上可知，系爭規定「包山包海」於前，簡易庭「海納百川」專業定位不易於後。也因此，本件解釋已意識到該簡易庭並非受理系爭規定案件之功能最適法庭，若不思改進，使警察成為事件紛爭解決最後一道防線並致司法救濟形骸化的機會大增，自難有效且均衡保障跟追者與被跟追者之基本權利。

至於「是否宜由法院直接作裁罰之決定」一語並非明確，若係指修改社秩法以資因應，則不外兩種情形：其一，將系爭規定處罰種類由罰鍰改為拘留、勒令歇業或停止營業等，再依社秩法第四十五條第一項規定：「警察機關於詢問後，應即移送該管簡易庭裁定。」將第一次裁罰權由警察機關移至法院手中；惟不分情況地加重處罰，恐非本解釋之本意，且將更坐實簡易庭係代替警察機關為行政處分之向來批評。其二，在社秩法中專為「權衡新聞採訪自由與被跟追者自由」另闢第三種救濟管道，其除產生治絲益棼而使社秩法更為支離破碎之結果外，因人或因事設法之例一開，社秩法似無法

---

<sup>6</sup> 社秩法第 57 條第 3 項規定：「對於簡易庭關於聲明異議所為之裁定，不得抗告。」

承載日後「頭痛醫頭，腳痛醫腳」的可能變數。因此，應跳脫社秩法之規定另起爐灶，方為善策。即改由普通法院民事庭依法定程序審理之，採通常審判程序或行言詞辯論，藉以釐清重大爭點，並使法院經由較為慎重之訴訟程序，解釋與適用系爭規定之構成要件，在個案中操作基本權利衝突的權衡。至於是否應比照家庭暴力防治法得聲請民事保護令，或另設計一種交由法院核發命令以為暫時規範之禁制令，或依據民事訴訟法第五百三十二條聲請假處分，要求跟追者於訴訟程序進行中不得再為跟追行為等，皆屬值得考慮之選項。於此法制有待突破的憲法時刻，本件解釋所展現出頗為消極之態度，甚至可能阻滯舊法制依合憲意旨興革之契機，豈止只是令人失望而已！

#### 四、從外國法制的現況，更凸顯系爭規定規範與保護之不足

本件解釋中「或另訂專法」的檢討改進意見，亦隱含系爭規定規範與保護不足之意，此可證諸外國法制。各國對於跟追騷擾行為處罰之立法例，各有不同，惟多有採取刑事制裁之方式，目的係為保障個人之自由安全，並維持警察機關從事危險制止、不介入私權爭執與輔助刑事司法之任務角色。不論德國、日本或美國法令，就跟追者之意圖、跟追行為之態樣、跟追時採取之手段、跟追行為造成被害人之危險情狀、警察機關為預防危險制止跟追行為及為輔助後續刑事司法程序之進行得採行之手段與程序等，均有頗為詳盡之規定。

德國刑法第二百三十八條將跟追行為 (Nachstellung) 區分為多種態樣，顧慮甚為周延。<sup>7</sup>日本於西元二〇〇〇年則制定「有關

<sup>7</sup> 包括持續「對被跟追者侵探其置身場所」、「意圖利用電信設備、其他通訊方式或透過第三人傳話以接觸被跟追者」、「濫用被跟追者之個人資料訂購商品或服務，或促使第三人去接觸被跟追者」、「對被跟追者或其親近人員，威脅侵害生命、身體、健康或自由」或「作出其他類似行為」；因而嚴重影響被跟追者之生活作息安排者，最重得處3年有期徒刑；因而致被害人、家人或親近人員有死亡危險或嚴重健康損害者，最重得處5年有期徒刑；因而致上開人員死亡者，最重得處10年有期徒刑。

跟追行為等之規制之法律」(平成十二年法律第八十一號)，以專法規範，全文共十六條；其詳細定義何謂糾纏行為(つきまとい)之態樣與制裁規定。<sup>8</sup>美國對於跟追行為之規範，始於州法層級，最早於一九九一年加州率先立法，將跟追行為犯罪化，起因係一九八九年女藝人 Rebecca Schaeffer 為影迷跟追後殺害。其次跟進立法的為佛羅里達州，在一九九二年亦將跟追行為犯罪化。美國聯邦層級則致力促使各州制定相關法律，一九九三年並頒布有「反跟追模範法典」(The Model Anti-Stalking Code for the States)，各州遂以之為參考而相繼立法，迄今全美五十州併連哥倫比亞特區，均各自有反跟追處罰之法律規定。「反跟追模範法典」於二〇〇七年由全國犯罪被害人中心修訂，開宗明義即稱為使跟追行為之遏止規定能成為一合憲且可執行之法律，並鼓勵各州將跟追行為界定為一種輕犯罪，故而頒布該法典。<sup>9</sup>

由以上各國立法例之概介，足見本件系爭規定雖獲合憲結論，惟檢討改進之空間仍相當寬廣。事實上，跟追行為可能是犯罪行為前階段之陰謀或預備，但亦可能根本不是任何犯罪行為之前階段，為提前保護可能將成為犯罪被害人之人，但亦為落實對跟追者之無罪推定原則，也要同時避免僥倖者圖法律用語之不明確伺機而動，

<sup>8</sup> 分為「跟蹤、埋伏、在道路上阻礙通行、在住居所、上班地點、學校或其他通常所在之處(以下簡稱住居等)之附近徘徊，或在住居等碰撞」「告知受監視其行動之事項、或使其得知受監視之狀態」「要求會面、交友、或行其他無義務之事」「使用顯然粗野或暴力言行」「撥打電話而不出聲或電話被拒絕後，仍連續撥打電，或使用傳真裝置送信」「送交污穢物品、動物屍體或其他使人顯然感覺不愉快或嫌惡之物品或使其處於得知之狀態」「告知妨害名譽事項，或使其處於得知之狀態」「告知有害於其性的羞恥心之事項，或使其處於得知之狀態，或送交有害於其性的羞恥心之文書、圖畫或其他物品，或使其處於得知之狀態」共8種態樣；而如反覆實施前4種，並以使人感覺身體安全、住居等之平穩或名譽遭受傷害，或生行動自由顯然受侵害之不安感等的方法行之，即構成跟追行為(ストーカー行為)；跟追行為有刑事責任，最重得處1年有期徒刑。

<sup>9</sup> 法典當中嚴格定義用語，但未舉例描述跟追行為(stalking)之態樣，主要係因為避免產生列舉排除其他之效應。但就所謂的相關行為(course of conduct)則定義為「反覆地維持視覺或物理上的接近，或反覆地以口語、文字或行為傳遞威脅」；所謂的反覆係指「二次以上」；並定義最近親屬為「配偶、父母、子女、兄弟、姊妹或六個月以上同居之人」。而如有意地採取上開相關行為，因而造成或知情被跟追者或其最近親屬，將致生一般合理正常之人(a reasonable person)所不能忍受之生命或身體傷害之恐懼，即為跟追犯罪行為。至於美國聯邦層級，則基於與州之管轄權劃分，1996年將州際間(interstate)之跟追行為犯罪化(18 U.S.C. § 2261A)，最近一次修正則於2006年，現行規定將使用GPS或其他電子通訊方式之跟追包括在文義之內，同時如果造成被跟追者精神上的痛苦(emotional distress)，亦得處罰。

相關規定本須妥適研究周延規定。本件多數意見就本屬保護不足的系爭規定，僅以隱隱約約幾句作為檢討改進之意見，相當令人憂心未來法制設計之變革與進步。

#### **肆、結語 - 主管機關莫再一味「跟追」落伍法制，應聽「勸阻」幡然易轍，接受立憲主義現代國家新思維的洗禮**

系爭規定雖非專為媒體跟追而設，而本件解釋仍以相當篇幅致力於調和一般所謂「新聞與隱私」的爭議，且作出重要價值判斷，必然有一定貢獻。但基於抽象規範審查立場，縱然召開憲法法庭舉行言詞辯論，亦不能自限於僅從新聞傳媒受跟追限制而檢討系爭規定之合憲性，本應擴至規範所及的所有面向。<sup>10</sup>系爭規定不問事件性質，一律賦予警察認定尚有價值補充的「跟追」、「正當理由」、「勸阻不聽」等構成要件，並以之為綜合判斷行政裁罰決定之依據，在寬廣行政裁量權而可能涉及多樣複雜基本權利衝突之下，社秩法僅設簡易救濟程序，在不明就裡的減輕司法負荷慣性思維下，輕易放棄司法定分止爭的核心工作，而使權力大大地向行政權傾斜。其除導致系爭規定與現代法治國警察權與司法權分立相互制衡的憲法原則有所扞格之外，既不能體現多元價值且有效均衡保障「跟追者」與「被跟追者」之基本權利，使本已「保護不足」的系爭規定雪上加霜，自亦無助於系爭規定維護公共秩序、確保社會安寧立法目的之達成。本件解釋本應依憲法意旨負起積極「勸阻」之責，甚至指明系爭規定不符正當法律程序原則且具有諸多保護不足之處。多數意見不為此謀，卻僅於檢討改進部分婉轉微言幾句，自無助於落實憲法保障人權之意旨，若因而減緩或阻滯相關機關參照先進國家現有法律，研擬制定合宜新法之進程，將使法治困局愈陷愈深，本席

<sup>10</sup> 本院釋字第 656 號解釋亦發生類似情形，即該號解釋係審查民法第 195 條第 1 項後段規定：「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」而「以判決命加害人公開道歉」之應道歉者，並不以新聞工作者或新聞媒體為限，因此，該號解釋基於抽象規範審查之立場，選取以一般適用系爭規定者所皆享有之「不表意自由」而捨「新聞自由」為審查主軸，在我國未採用如德國「憲法訴願」之違憲審查方式的現行制度下，若指摘前揭選擇有即興跳躍，恐有因誤解而失焦、速斷之虞。

實感不安之至！

本件解釋既已生米煮成熟飯，只能期待相關機關之識者，不應在本件合憲宣告的大樹庇蔭下，捨立憲主義法治國家憲法意旨及置現代警察法制不顧，並在「無正當理由」下繼續「跟追」落伍法制，而應幡然易轍，展現「國家是為人民存在」的企圖心，主動修法或立法，藉以落實憲法保障人權之旨意。