

“缠扰行为”刑法规制的域外实践和中国路径

姜 敏

内容提要:缠扰行为是严重侵犯公民安宁权的行为,域外各国均采取了包括刑法在内的法律手段规制缠扰行为。中国也已通过法律规制缠扰行为,但没有将其直接犯罪化,故而司法机关对于涉嫌犯罪的缠扰行为,只能适用现有相关罪名规制。但民法和行政法的规制效果不佳,相关罪名的适用又有违反罪刑法定原则之嫌,所以中国刑法应将具有刑事可罚性的缠扰行为犯罪化。立足于法律体系的现状、缠扰行为侵害法益的类型、具体罪名之基本的构成要素和域外立法实践的经验,中国刑法犯罪化缠扰行为的路径应为:在宏观层面,应秉承行/民—刑双轨制的法律规制理念;在中观层面,应以其侵犯的公民安宁权确定缠扰罪在分则中的位置;在微观层面,主要是落实罪的构成要素设计、法定刑配置,把特殊情况下的缠扰罪设置为亲告罪以及附加必要的治疗处置等措施以保证缠扰罪的人道性。

关键词:缠扰行为 公民安宁权 犯罪化 亲告罪

姜敏,西南政法大学法学院教授。

缠扰行为并非新现象,但其被犯罪化则是近些年才开始的立法实践。激起缠扰行为犯罪化的是美国女演员丽贝卡·谢弗(Rebecca Schaeff)案,谢弗被其粉丝缠扰了两年时间,后在其公寓里被粉丝杀害。迫于案件所激起的公众压力,加利福尼亚州于1990年开创性地颁布了反缠扰法案(*CA Penal Code § 646.9 PC*),将缠扰行为直接犯罪化。^[1]

缠扰行为不是美国的特有现象,中国也出现了很多这样的案件。比如2018年7月发生的“河北涞源反杀案”,王某以恋爱之名对女大学生王某某进行缠扰,甚至迫使被害人搬回老家。但犯罪人王某继续疯狂纠缠,并最终发生王某持刀闯入家中杀人的严重事件。^[2]又比如徐某兵案,被告人徐某兵与被害人郝某是情人关系。2020年1月,郝某因

[1] See Joel Samaha, *Criminal Law*, 10 edition, Wadsworth Cengage Learning, 2011, p. 356.

[2] 参见《河北涞源反杀案:男子持续骚扰侵犯,女生一家多次报警》, <https://news.cctv.com/2019/02/25/ARTIUFIIF2fYvteWFLVbXXgz190225.shtml>,最近访问时间[2024-11-12]。

回老家过春节中断与徐某兵的联系。徐某兵在多次联系未果后,遂通过微信、短信方式威胁郝某及其家人的生命安全。后发展为徐某兵抱起郝某从楼梯中间空当扔下,致郝某腿部、胸部、颈椎等多处受伤。^[3]再比如朱某东案,在该案中,被告朱某东在大约七八年的时间内,纠缠、骚扰被害人吴某1,甚至提出要吴某1发生性关系的要求,并最终实施了强奸行为。^[4]在这三个案件中,尽管被告也承担了刑事责任(王某被判处故意杀人罪、徐某兵被判故意伤害罪、朱某东被判强奸罪),但被定罪的行为却不是缠扰行为。实际上,缠扰行为已被放纵了。就缠扰行为本身而言,域外很多国家也已将其犯罪化,但中国刑法并没有设置缠扰罪,因此,前述三个案件中的缠扰行为就无法被定罪惩罚。观照中国司法实践的这一处置困境,以及域外刑法惩罚缠扰行为的状况,中国刑法有必要探寻合适的路径将缠扰行为犯罪化,以消除司法实践的困境。

一 “缠扰行为”的概念和特征

“缠扰行为”并非一个专业术语,因此,为了更客观评价缠扰行为,有必要首先厘清其概念和特征。

(一) 缠扰行为的概念

缠扰行为的英语表达为“stalk”。“stalk”的解释为“基于杀害、抓捕或伤害某动物或某人之目的,缓慢或偷偷地接近、潜近猎物或人”(to move slowly and quietly toward an animal or a person, in order to kill, catch or harm it or them),或“在一段时间内,以一种令人厌恶或感到害怕的方式,非法跟踪或盯梢某人”(to illegally follow and watch sb over a period of time, in a way that is annoying or frightening)。^[5]从英文解释看,缠扰行为包括跟踪、盯梢、接近、潜近某人或某动物的行为。不仅如此,缠扰行为常表现为“跟踪”、“滋扰”和“尾随”等方式。据此,笔者认为应用“缠扰”这一表述更妥。

已有学者或法律对缠扰行为已有界定。对缠扰行为进行界定的多为英美学者,如梅洛伊(J. Reid Meloy)认为缠扰行为是“故意威胁,恶意反复骚扰威胁另一个人之安全的行为”。^[6]林(Richard A. Lingg)认为骚扰是一种针对特定的人,蓄意做出的、针对同一目的的、两次或多次的行为,并且该行为使被纠缠骚扰者的情绪遭受困扰。^[7]还有学者认为缠扰行为是指超过两周多次实施的侵害私人生活的行为,并且这些行为使被缠扰者受到相当程度的惊吓或恐慌。^[8]域外立法也对缠扰行为进行了界定,如美国《模范反纠缠

[3] 参见太原市万柏林区人民法院(2020)晋0109刑初417号刑事判决书。

[4] 参见安徽省岳西县人民法院(2020)皖0828刑初178号刑事判决书。

[5] [英]霍恩比著:《牛津高阶英汉双解词典》(第8版),赵翠莲等译,商务印书馆2014年版,第2027页。

[6] J. Reid Meloy, Stalking - An Old Behavior, A New Crime, 1 *The Psychiatric Clinics of North America* 85, 94 (1999).

[7] See Richard A. Lingg, Stopping Stalkers: A Critical Examination of Anti-Stalking Statutes, 2 *St John's Law Review* 347, 347 (1993).

[8] See Stefan Stieger, Christoph Burger & Anne Schild, Lifetime Prevalence and Impact of Stalking: Epidemiological Data from Eastern Austria, 4 *European Journal of Psychiatry* 235, 237 (2008).

法》(The Model Stalking Code)的界定为:“基于直接或间接的方式以任何行为、方法、设备或工具跟踪、监控、观察、监视、威胁或联络他人的一系列行为。”^[9]美国《加利福尼亚州刑法典》(California Penal Code)第 646 条第 9 款 a 项的界定为:“任何人故意、恶意、反复跟踪或故意、恶意骚扰他人,并实施了可确信的威胁,意图使他人对其安全或其直系亲属的安全产生合理的恐惧,即属缠扰行为。”^[10]《德国刑法典》第 238 条的界定为:“无故反复实施下列一种行为方式,跟踪骚扰他人,足以严重影响他人日常生活”的行为。^[11]

上述这些概念界定中,学理界定反映了缠扰行为的一些实质特征,立法概念则主要是描述缠扰行为的方式。在总结这些界定的基础上,本文认为缠扰行为是在一段较长时间内,对特定人实施的,违背特定人意愿的或不受欢迎的,或让特定人感到被冒犯或压制的,且能使特定人陷入恐惧不安、厌恶或焦虑等不良状态中的一系列重复性行为。这也是缠扰行为的实质特征。

(二) 缠扰行为的特征

现实生活中的缠扰行为是多样化的。从具体方式层面看,蹲点、守候、探寻住所、强行联系、肢体拉拽、跟踪滋扰、尾随盯梢、监听监视、强行闯入住宅、强行送花、强行关心或照顾等,都是实践中经常出现的缠扰方式。但无论其表现如何多样化,缠扰行为一般具有以下特征:第一,是一系列重复性行为的综合体。如果是少数几次行为,则不是缠扰行为;同时,系列性意味着重复性行为的时间间隔不长,如一个月一次的邮件行为不应归入缠扰行为。第二,是针对特定人的行为。针对不特定多个人或不特定某个人的多次行为,不是缠扰行为。第三,是持续较长时间的行为。持续的时间段到底多长是不好界定的,但从实践情况看,一般缠扰行为的持续时间很长。比如美国针对跟踪缠扰行为受害者进行的调查显示,缠扰受害者中有 11% 被跟踪缠扰了五年或更长时间。^[12]第四,是未造成物理性损害的行为。缠扰行为若已转化为实害结果行为,则就已升级为其他行为。比如,行为人以暴力作为威胁打电话滋扰他人多次,因其要求被他人拒绝而对其进行了现实的暴力伤害,则已不是缠扰行为。第五,是受害者不愿接受的行为。无论实施者是善意还是恶意,但受害者至少是不愿接受这些行为的。

二 缠扰行为侵犯的法益及刑事当罚性

缠扰行为不是一种新型行为,但其危害性却一直被低估。从实践层面看,缠扰行为对个体的身心等造成严重侵扰,侵害公民安宁权。不仅如此,缠扰行为还有可能诱发严重犯罪。一方面,公民和国家逐渐认识到并重视安宁权。有学者认为:“安宁权是基于人类普

[9] National Center for Victims of Crime, <https://victimsofcrime.org>, 最近访问时间[2024-04-07]。

[10] CA Penal Code § 646.9 (a).

[11] 《德国刑法典》,何赖杰、林钰雄审译,李圣杰、潘怡宏编译,我国台湾地区元照出版公司 2019 年版,第 388 页。

[12] See Eric Blaauw, Lorraine Sheridan & Frans Willem Winkel, Designing Anti-stalking Legislation on the Basis of Victims' Experiences and Psychopathology, 9 *Psychiatry, Psychology and Law* 136, 145 (2002).

遍理性的自然权利。”^[13]公民生活和精神安宁等权利,相比生命权和健康权等,一直处于被忽视的地位。但随着社会的发展和人类认知的提高,精神性的权益逐步被重视。由此,生活或工作安宁的重要性也日渐凸显。另一方面,国家已开始通过法律保护公民安宁权。公民个人的安宁权对全人类具有重要的价值,有学者甚至认为安宁权是人类应享有的最低限度的“福利性利益”,且此利益关乎人的存在,是人应享有的最为重要的利益。^[14]甚至安宁权是生命权、健康权、财产权等基本权利的“外围权利”,若公民享有的安宁权不被保护,则公民几乎不可能享有这些基本权利。基于此,国家已将其纳入法律保护的范畴。

(一) 缠扰行为侵害的法益:公民的安宁权

从《民法典》第 1032、1033 条的规定看,其是把公民的安宁权纳入“隐私权”进行保护的,且禁止以“电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式”侵害安宁权。从实践情况看,不仅电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式会侵害安宁权,缠扰行为也会侵害公民的安宁权。甚至,若采取前述行为方式,在长时间内重复地针对具体的公民实施,其本身就是缠扰行为。当然,行为侵害的到底是何种权益存在争议。比如德国学者认为缠扰行为侵害的是个人的法和平权,而法和平权包括了个人的精神愉悦感(seelisches Wohlbefinden)与不被恐惧包围的精神自由(Freiheit von Furcht)。^[15]中国学者认为缠扰行为侵害了双重性的法益,既侵害了被害人的身体健康权、人身自由和财产权益等传统法益,同时也侵害了被害人的隐私权、生活安宁权与个人安全感等新兴法益。^[16]笔者认为以“精神愉悦感”与“精神自由”为内容的“法和平权”就是安宁权,因为安宁权的实质就是指个体内在的不被外界打扰的和平感,以及公民愿接受何种外界因素靠近自己的自主权。同时,根据前述界定,缠扰行为本身一般不会直接侵害物理性的人身权和财产权。因此,认为缠扰行为会侵犯身体健康权或财产权益不可取。另外,从《民法典》第 1032 条的规定看,隐私权和安宁权有位阶上的差异,换言之,缠扰行为是侵犯了隐私权,但其侵犯的是隐私权中的安宁权。综上,笔者认为以公民安宁权表述缠扰行为侵犯的法益更准确。

(二) 犯罪化缠扰行为的必要性

犯罪化侵犯公民安宁权的缠扰行为,必须有正当化的依据。非刑事法规制的效度不佳、缠扰行为的严重侵害性及其引起严重犯罪的可能性,就是其被犯罪化的依据。

1. 非刑事法规制的效度不佳

中国非刑事法律对缠扰行为的规制可分为以下两种情况:

第一,规制缠扰一般公民的法律或规定。这些法律有《反家庭暴力法》《妇女权益保障法》《治安管理处罚法》《反恐怖主义法》以及其他规范性文件等。其中,《反家庭暴力法》第 29 条规定,当事人可申请人身安全保护令,以禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属;《妇女权益保障法》第 29 条规定,对于以恋爱、交友为由或者在终止恋

[13] 方乐坤:《安宁利益的类型和权利化》,《法学评论》2018 年第 6 期,第 71 页。

[14] 参见[美]乔尔·范伯格著:《刑法的道德界限:对他人的损害》(第 1 卷),方泉译,商务印书馆 2013 年版,第 37 页。

[15] 参见隗佳:《德国刑法对妇女的保护研究——以〈德国刑法典〉第 238 条纠缠骚扰罪为视角》,《妇女研究论丛》2018 年第 3 期,第 48 页。

[16] 参见牛天宝:《跟踪纠缠行为犯罪化研究》,中南财经政法大学 2020 年博士学位论文,第 70-71 页。

爱关系、离婚之后,纠缠、骚扰妇女等行为,妇女可向人民法院申请人身安全保护令;《治安管理处罚法》第 41 条规定,若以反复纠缠、强行讨要或者以其他滋扰他人的方式乞讨的,处五日以下拘留或者警告。除此之外,《最高人民法院关于办理人身安全保护令案件适用法律若干问题的规定》第 3 条规定,家庭成员之间以冻饿或者经常性跟踪、骚扰等方式实施的身体或者精神侵害行为,可申请人身安全保护令;《反恐怖主义法》第 81 条第 2、3、4 款规定,对其列举的“骚扰”行为可处五日以下拘留或者警告。

第二,规制缠扰特殊人员的法律或规定。这些法律有《社区矫正法》《监察官法》《检察官法》《法官法》和《公安机关维护民警执法权威工作规定》等。但从涉及的缠扰行为类型看,法律表述中只有“骚扰”。其中,《社区矫正法》第 60 条规定“骚扰”社区矫正人员及其近亲属构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,由公安机关依法给予治安管理处罚。《监察官法》第 57 条规定骚扰监察官及其近亲属的,《检察官法》第 56 条规定骚扰检察官及其近亲属的,以及《法官法》第 55 条规定骚扰法官及其近亲属的,均是“应当依法从严惩治”。而《公安机关维护民警执法权威工作规定》第 10 条则规定,民警因依法履行职责、行使职权,本人或其近亲属遭遇恐吓威胁、滋事骚扰、尾随跟踪,或者人身、财产受到侵害的,民警所在公安机关和有管辖权的公安机关应当及时采取保护措施,依法追究行为人的法律责任。

尽管这些非刑事法律对缠扰行为进行了规制,但效度不佳。从实践情况看,仅依靠禁止令或保护令无法阻止缠扰行为。比如,包某(女)与被申请人洪某原系恋人关系,包某提出分手后,洪某仍然通过打电话、发微信、在包某住所蹲守的方式对其进行骚扰。包某不堪其扰,向法院申请人身安全保护令。但洪某收到人身安全保护令后,继续以打电话、发短信和微信的方式骚扰包某,以威胁要求包某与其和好继续交往。在这期间共发送消息 300 余条,严重侵扰包某的生活安宁。^[17]又如,美国和瑞典的研究表明,在严重的缠扰案件中,民事禁止令一般是无效的。^[18]韩国的情况也显示,非刑罚措施规制缠扰行为的效力不足:“截止 2022 年 9 月,共有 156 个与此相关的公开判决。法院下令‘禁止接近或联络等紧急应急措施’或‘临时措施’的 57 名加害者中,仅有 3 名(5.3%)停止跟踪犯罪,46 名(80.7%)在采取措施后依旧继续寻找受害者或进行威胁等犯罪行为,另有 8 名(14%)并未显示是否继续犯罪行为。违反‘紧急应急措施’及‘临时措施’的加害者比例远高于‘停止跟踪’。”^[19]

2. 缠扰行为自身的风险隐患

一方面,缠扰行为本身具有严重的危害性。缠扰行为侵害的安宁权是非物理性权益,因此,其危害性极易被忽视。实际上,缠扰行为具有严重的非物理侵害性。首先,对个体造成严重的心理和精神创伤。尽管这种创伤较难度量,但与物理性伤害相比,某些精神或

[17] 参见洪某违反人身安全保护令案, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/11/id/5624504.shtml>, 最近访问时间[2024-03-20]。

[18] 参见[德]汉斯-约格·阿尔布莱希特:《缠扰行为——国内与国际法律政策与立法发展》, 魏佳译, 载赵秉志主编《刑法论丛》(第 4 卷), 法律出版社 2015 年版, 第 442 页。

[19] 王刚:《首尔地铁站惨剧本可避免, 韩法务部力推修改〈跟踪骚扰处罚法〉》, 《法治日报》2022 年 10 月 10 日第 6 版。

心理的创伤更难治愈。其次,破坏公民心理、精神层面的良性秩序。除了公共秩序外,公民的生活和工作需要内在精神或心理层面的良性秩序。但长时间被他人无端滋扰,这种秩序就会被严重破坏。再次,间接使受害人遭受物质损失。从实践情况看,有些受害者被迫换工作、换电话号码、不敢出门甚至最终换居住地,如从一个城市搬到另外一个城市。因此,虽然缠扰行为不会直接使公民遭受物质损失,但却会间接使公民有物质损失。综上,缠扰行为对公民具有严重的危害性。另一方面,缠扰行为有诱发严重犯罪的可能性。前面提及的美国女演员谢弗遇害案,就属于这种情况。中国的拉某案也足以说明,如果不有效禁止缠扰行为,会引起如拉某最终被杀害这样的严重犯罪。^[20]另外,因有些缠扰行为持续时间长、初始时不会显露出恶意等特殊性质,导致严重事故的潜在危险有不可控性。对此,要稳妥预防严重犯罪发生,就应犯罪化缠扰行为。

三 中国刑法规制缠扰行为的现状和困境

中国刑法没有设置缠扰罪,对于涉及缠扰行为的案件,司法者只能在既有罪名体系中寻找适用罪名。但这已不能满足司法实践中对缠扰行为的规制需求,需寻找因应对策。

(一) 现行刑法规制缠扰行为主要适用的罪名

现行刑法的某些罪名涉及到缠扰行为,下面首先对涉及的主要罪名进行简要分析。

1. 保护“公共秩序”类罪名的适用

一是催收非法债务罪。该罪的客观行为是“催收非法债务”的行为,保护的法益是“正常的财产交易秩序”。因此,其似乎不能规制缠扰行为。但其第3项所规制的“恐吓、跟踪、骚扰他人”的行为,若是多次重复性实施,就具有缠扰行为的性质。同时,也将侵犯公民的安宁权,如有学者认为这些行为会造成心理和精神强制。^[21]当然,仅侵犯公民安宁权的第3项规定的行为,不能以该罪惩罚,因其侵犯的法益不属于“正常财产交易秩序”。所以只有当以追讨非法债务为目的而实施“恐吓、跟踪、骚扰他人”的行为,扰乱了正常的财产交易秩序,才能以催收非法债务罪处置。

二是寻衅滋事罪。寻衅滋事罪保护的法益是社会管理秩序。因此,单纯侵害公民生活安宁权的缠扰行为不构成本罪。但是,其第2款的“追逐、拦截、辱骂、恐吓他人”行为,与缠扰行为具有关联性与相似性,且既会使被害人陷入恐惧不安中,进而影响其生活和工作的安宁,同时也会侵害社会管理秩序。因此,若“追逐、拦截、辱骂、恐吓他人”的行为滋扰了社会公共秩序,可以此罪惩罚。在司法实践中,因婚恋、家庭纠纷而重复性地、多次到被害人的工作地方,追逐、拦截、辱骂、恐吓被害人的,即可构成寻衅滋事罪惩罚。

三是非法使用窃听、窃照专用器材罪。根据《刑法》第284条的规定,该罪保护的具

[20] 拉某案的缘由是:拉某与唐某已经离婚,但唐某离婚后又要求复婚,遭到拒绝后持续长时间骚扰拉某。2020年9月17日,拉某正在直播时遭到唐某泼汽油致其严重烧伤并不幸身亡。参见张熙廷:《网红拉某前夫被批捕,检察院:一直在盯这个案子》, <https://www.bjnews.com.cn/detail/160774394415104.html>, 最近访问时间[2024-11-12]。

[21] 参见刘艳红:《催收非法债务罪“催收”行为的法教义学展开》,《比较法研究》2023年第2期,第110页。

体法益为“公共秩序”，客观行为是非法使用窃听、窃照专用器材，禁止的是无权使用而使用，以及不按规定使用窃听、窃照专用器材的行为。从保护的法益和禁止的行为看，其与缠扰行为无关。但是在实践中，缠扰者会使用这些器材，对被害人进行监听、跟拍等。甚至类似的这种行为会被反复多次实施，不仅使被害人陷入心理恐惧与不安中，还扰乱了公共秩序，且后果严重。这种使用窃听、窃照专用器材的缠扰行为，可纳入该罪惩罚。

2. 保护“司法秩序”类罪名的适用

根据《刑法》第 313 条的规定，拒不执行裁定罪是指对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的行为。根据该罪保护的法益和禁止的行为看，当某些缠扰行为的被害人申请了人身安全保护令，但被申请人继续实施缠扰行为，由此违反人身安全保护令且情节严重，那么则会触犯该罪。实践中已出现以拒不执行裁定罪定罪处罚的案件：某女士和张某于 2019 年 4 月离婚。但离婚后张某经常追到单位，几番往复地打骂、威胁某女士。该女士于是向珠海市香洲法院申请人身安全保护令，后法院作出人身安全保护令。但张某仍屡次违反人身安全保护令，随后某女士报案，张某于 2024 年 1 月被逮捕。2024 年 3 月 19 日，珠海市香洲区人民法院以拒不执行裁定罪判处张某有期徒刑八个月。^[22] 该案是全国首例因违反人身安全保护令而被拒不执行裁定罪惩罚的犯罪。

3. 保护“个人权利”类罪名的适用

一是侵犯公民个人信息罪。根据《刑法》第 253 条之一的规定，侵犯公民个人信息罪的客观行为是以窃取或其他方法非法获取公民个人信息的行为。这也涉及以跟踪、贴靠、尾随、监视、安装 GPS 跟踪监控设备等方式，非法采集公民的个人信息。简言之，当前述这些缠扰行为指向的是窃取或以其他方式非法获取公民个人信息，即侵犯了公民的隐私权以及对相关资料的自主权，则可以该罪惩罚。但若仅侵害了公民个人的生活安宁与心理安全感，则不能适用该罪。

二是侮辱罪。侮辱罪惩罚的是以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的行为。从实践情况看，侮辱行为既表现为当面使用言词或文字对被害人进行戏弄、诋毁、漫骂、嘲笑等，也表现为通过电话辱骂或发送短信侮辱被害人等。当然，这些行为是公然地、多次地、重复性地实施的，也具有缠扰行为的特性。在这种情况下，这些缠扰行为是可能构成侮辱罪的。但是，该罪保护的法益为人格尊严，所以当前述的行为没有侵犯人格尊严时，不能以该罪惩罚。

三是非法侵入住宅罪。若缠扰行为涉及入户等行为，则有构成非法侵入住宅罪的可能。比如，缠扰者尾随被害人到其住宅，后强行或秘密侵入被害人住宅，则构成非法侵入住宅罪。但这种情况实际上不是惩罚缠扰行为，而是惩罚缠扰行为末端的侵入住宅的行为。由此看，非法侵入住宅罪对于没有非法进入住宅的前面的缠扰行为，是不能适用的。

(二) 现行刑法规制缠扰行为的困境和缘由

尽管依靠上述罪名能一定程度上实现对部分缠扰行为的规制，但仅依靠现有罪名规

[22] 参见《全国首例！家暴男无视人身安全保护令被追究刑责！》，香洲法院微信公众号，<https://mp.weixin.qq.com/s/QrQemFPqxNR-D1n6qtDjNA>，最近访问时间[2024-11-12]。

制缠扰行为,可能遭遇以下困境。

一是存在违反罪刑法定原则的风险。缠扰事件若符合前述提及之罪的要素,则可依其惩罚,这符合罪刑法定原则。但一旦出现了缠扰案件,司法者受惩罚的惯性思维驱使,就以穷尽现有罪名的努力,甚至包括通过以类推解释或以扩大解释之名行类推解释之实的方法以这些罪名去硬套缠扰事件。不仅如此,司法实践还基于表面化分析,把不该纳入这些罪的缠扰行为予以入罪。由此滋生侵犯罪刑法定原则的风险。有学者指出,在司法实践中,已出现了将反复性地向特定债务人或数个债务人,或者多次拦截债务人的追讨合法债务的行为,以寻衅滋事罪进行惩罚的情况;但这些行为因是追讨的合法债务,没有侵犯社会秩序。因此,以寻衅滋事罪进行惩罚不仅违反罪刑法定原则,而且违反刑法的公平正义性。^[23]

二是仅严重侵害公民安宁权的缠扰行为无合适罪名规制。前述提及的罪名仅能规制侵害社会公共秩序、司法秩序、人格尊严与住宅安宁权等缠扰行为,或某些缠扰行为侵害的个人安宁权与这些权益竞合或不能隔离时,可能涉及这些罪名。但当缠扰行为仅严重侵害了公民的安宁权,则无合适罪名规制。比如,在前述提及的珠海市香洲区人民法院判以拒不执行裁定罪判处的案件中,若被害人没有申请人身保护令,则不能以该罪进行惩罚。同时,尽管张某骚扰、跟踪、威胁、纠缠被害人近三年,但如果没有入户情节,也没有侵犯公共秩序等,就无适用前述提及的其他罪名的可能。

三是前述规制漏洞会诱发严重犯罪。前述无合适罪名规制的情况不仅会放纵缠扰行为,而且此漏洞还会诱发严重暴力犯罪。这也是立法上已犯罪化缠扰行为的重要依据。有学者认为:“从立法动机上看,纠缠骚扰行为入刑是为了在暴力犯罪发生前阶段就予以制止,即出于对高位阶法益的保护刑法介入时间点提前。在刑法具有最后手段性的大前提下,这才是刑法的触角伸及纠缠骚扰行为的根本原因。”^[24]这也意味着尽管缠扰行为与严重犯罪无必然联系,但若其未被犯罪化,则遗留的法网漏洞不利于预防严重犯罪。

前述三个维度的困境之因在于一些已达刑事可罚的缠扰行为未被犯罪化。缠扰行为没有直接入罪,司法实践就只能为已达刑事可罚的缠扰行为“找罪”规制。这就会生硬地将缠扰行为纳入相关联罪名的套子中,导致适法违反罪刑法定原则。而无合适罪名规制则是在穷尽所有罪名后,都无法找到一个罪名来套某缠扰行为,由此导致其应罚而不能罚。尽管缠扰行为未直接入罪不是第三个困境的决定性原因或唯一原因,但其至少导致缺少了一环预防机制。综上,应以合适的路径犯罪化缠扰行为,以解决司法实践之困境。

四 域外禁止缠扰行为的刑事立法实践和启示

域外诸多国家或地区已将缠扰行为犯罪化,其立法情况是可观照的现实经验。下文

[23] 参见张明楷:《妥善对待维权行为 避免助长违法犯罪》,《中国刑事法杂志》2020年第5期,第6页。

[24] 隗佳:《德国刑法对妇女的保护研究——以〈德国刑法典〉第238条纠缠骚扰罪为视角》,《妇女研究论丛》2018年第3期,第51页。

将梳理域外主要国家的情况,期冀其能为中国刑法提供参照。

(一) 英美法系主要国家对缠扰行为的刑事禁止

1. 美国具有代表性的缠扰罪立法

美国加利福尼亚州在美国开创性地犯罪化了缠扰行为,且具有典型性。《加利福尼亚州刑法典》§ 646.9 规定了缠扰罪规制的行为、法定刑和一些特殊事项。^[25]其主要内容和特征有:第一,禁止故意实施的缠扰行为。根据 § 646.9(a) 的规定,该法惩罚“任何人故意、恶意、反复跟踪或故意、恶意骚扰他人,并发出可信的威胁,故意使他人对其安全或其直系亲属的安全产生合理恐惧”的行为。第二,违反禁止令或限制令的行为构成缠扰罪。这是由 § 646.9(b) 予以规定。第三,根据情节设置不同法定刑。一般情况下,法定刑为一年以下监禁,但 § 646.9(c) 规定任何人若被判重罪,则可判两年、三年或五年的监禁。第四,针对性冲动或性满足实施的缠扰行为, § 646.9(d) 规定不仅是重罪,且量刑法院可判处登记为性犯罪命令。第四,排除不构成缠扰罪的特殊情况。 § 646.9(i) 规定:“劳动纠纷期间发生的缠扰行为”不构成本罪。第五,法院可签发禁止令和保护令。 § 646.9(k)(1) 规定量刑法庭基于被认定事实的严重性、未来违法行为的可能性以及受害者及其直系亲属的安全,可签发禁止被告与受害者进行任何接触的命令,该命令有效期最长可达 10 年; § 646.9(k)(2) 规定若被告被判处缓刑和延期执行,则法院应发布保护令以保护受害人。第六,接受治疗的情况。针对有些特殊心理或生理异化的被告, § 646.9(m) 规定法院可建议把被告转移到适当的医院接受治疗。

2. 英国对缠扰行为的刑事禁止

英国规制缠扰行为的法律主要是 1997 年颁布的《防止缠扰法》(*Protection from Harassment Act 1997*)、2001 年颁布的《刑事司法和警察法》(*Criminal Justice and Police Act 2001*) 和 2019 年颁布的《缠扰行为保护法》(*Stalking Protection Act 2019*)。这三个法律不是专门针对缠扰行为犯罪化的立法,因此,仅有部分内容涉及缠扰行为的刑事规制。第一,规定了基本犯的刑罚。根据《防止骚扰法》第 2A(3) 条的规定,刑罚幅度是处不超过 51 周的监禁或罚款,或两者并处。第二,规定了加重惩罚的情况。这包括两种情况,一是在行为人没有正当理由的情况下,违反法院的禁止令继续实施缠扰行为的责任。此加重的刑事责任的最高法定刑为 5 年。二是针对带有暴力威胁的缠扰行为加重惩罚。此种情况的最高法定刑为 10 年监禁。^[26] 第三,要求主观方面为明知或应当明知。这是由《刑事司法和警察法》进行规定的。第四,没有严重影响这一后果的限制。如《刑事司法和警察法》规定,行为人给他人造成了骚扰,或给他人造成了恐慌或痛苦,或其存在有造成他人恐慌或痛苦的可能性,即构成缠扰罪。^[27] 第五,规定违反缠扰保护令或临时跟踪保护令就构成犯罪。这是由《缠扰行为保护法》第 8 条(1) 进行规定的,即在没有合理理由的情况下,违反缠扰保护令或临时跟踪保护令的行为即构成犯罪。^[28]

[25] See California Code, Penal Code-PEN § 646.9.

[26] See Protection from Harassment Act 1997, § 2A.

[27] See Criminal Justice and Police Act 2001, § 42 A (5).

[28] See Stalking Protection Act 2019.

3. 英美法系其他国家对缠扰行为的刑事禁止

英美法系的加拿大、哥伦比亚、墨西哥也把缠扰行为犯罪化了。第一,《加拿大刑事法典》值得关注的情况有:一是该法典把缠扰罪规定在第八章侵害人身和名誉犯罪中,这也意味着其认为缠扰行为侵犯了公民的人身权;二是配刑较重。根据该法典第 264 条第(3)款的规定,犯罪可判处不超过 10 年的监禁,且该罪是简易罪。^[29] 第二,《哥伦比亚刑法典》仅惩罚性冲动刺激的缠扰行为。《哥伦比亚刑法典》是把缠扰行为纳入了“侵犯性的自主权”犯罪中。该法典第 210A 条规定,利用明显的优势地位或者在年龄、性别、工作岗位、社会、家庭、经济关系上的权利或者权威,出于性动机,对他人事实未经其同意的身体或者语言上的骚扰、追赶、烦扰或者纠缠的,处 12 个月至 36 个月监禁。^[30] 第三,《墨西哥联邦刑法典》也只惩罚性骚扰行为,且只是将其纳入“侵害性自主与性心理正常表达罪”中。该法典第 259 条第 3 款规定,只有造成伤害或者损害的,才能对性骚扰行为追究刑事责任;同时,该条第 4 款还规定,只有受害者提出请求时,才能对骚扰者进行追诉。^[31] 由此看,该罪是结果犯且是亲告罪。

(二) 大陆法系主要国家对缠扰行为的刑事禁止

大陆法系国家对缠扰行为的犯罪化途径也分为刑法典和非刑法典两种方式。

1. 以刑法典犯罪化缠扰行为的国家

在大陆法系国家中,德国、法国、比利时、罗马尼亚和挪威等国是以刑法典犯罪化缠扰行为。德国刑事禁止缠扰行为的立法始于 2001 年 12 月 11 日颁布的《反暴力缠扰法》,直到 2007 年,德国借助第 40 个刑法修正案,才把缠扰行为规定在《德国刑法典》第 238 条中。根据第 238 条的规定,缠扰行为入罪需要其给被跟踪骚扰者或其亲近之人造成生命或严重的健康危险,且该罪的法定刑为 3 个月以上 5 年以下自由刑。^[32] 由此看,德国刑法中的该罪是危险犯。《德国刑法典》将缠扰罪规定在第 18 章的“侵害他人人身自由”中,因此,其视该罪的法益为人身自由权。《法国新刑法典》通过第 222-22-2 条的规定缠扰行为纳入第二章伤害人之身体或精神罪的“精神骚扰罪”进行惩罚,且法定刑是处 1 年监禁并处 15000 欧元罚金。^[33] 从该罪的内容和其所在的章节看,法国刑法将精神法益作为缠扰罪侵害的法益。《比利时刑法典》第四章之侵害人身自由和住所之不可侵犯性犯罪中规定对缠扰行为进行惩罚,且根据第 442A 条第 1 款的规定,法定刑是处 15 日至 2 年监禁,并处或者单处 50 欧元至 300 欧元罚金。^[34] 另外,根据该法典的规定,该罪是亲告罪,但 2011 年对第 442A 条第 2 款所规定的情况进行了修订,即若是滥用脆弱人之脆弱状态的行为,相关的公益机构或者团体可以起诉。《罗马尼亚刑法典》第 223 条将缠扰行为纳入“性骚扰罪”中进行惩罚。由此看,罗马尼亚只惩罚基于没有获得性满足而实施的缠

[29] 参见《加拿大刑法典》,罗文波、冯凡英译,北京大学出版社 2008 年版,第 186-187 页。

[30] 参见《哥伦比亚刑法典》,陈志军译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 82 页。

[31] 参见《墨西哥联邦刑法典》,陈志军译,中国人民公安大学出版社 2010 年版,第 145 页。

[32] 参见《德国刑法典》,何赖杰、林钰雄审译,李圣杰、潘怡宏编译,我国台湾地区元照出版公司 2019 年版,第 389 页。

[33] 参见《法国新刑法典》,罗结珍译,中国法制出版社 2003 年版,第 67-68 页。

[34] 参见《比利时刑法典》,陈志军译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 185 页。

扰行为。除此之外,该条还规定:“犯本罪,被害人告诉的才处理。当事人和解的,免于刑事处罚。”^[35]《挪威一般公民刑法典》第 390 条 a 款规定了对缠扰行为的刑事禁止,其法定刑为处罚金或者 6 个月以下监禁。根据该法典的规定,对缠扰行为,只有基于被害人的请求或者为了公共利益才能提起公诉。^[36]

2. 以非刑法典犯罪化缠扰行为的国家

大陆法系以非刑法典犯罪化缠扰行为的国家有日本和韩国等国家,因具有特别性或专门性,所以其规制更完善。2000 年日本正式颁布《缠扰行为防止法》(ストーカー行為等の規制等に関する法律),并于 2013 年、2016 年、2021 年修订该法。从变化的内容看,主要是增加缠扰罪惩罚的行为范畴,第一次修订将发送电子邮件行为纳入处罚对象中,第二次修订包括加强处罚 SNS 相关的跟踪纠缠行为,第三次修订添加了处罚在没有得到对方允许的情形下,通过定位设备获取位置信息以及未经对方允诺安装定位设备的行为。^[37]从 2021 年《缠扰行为防止法》的规定看,日本缠扰犯罪的内容和特征主要有:第一,在对象要件上,缠扰者指向的对象即包括令其心生好感或怨恨的特定之人,也包括特定之人的亲属或与特定之人在社会生活中有密切关系的人。第 2 条规定,为了满足对特定人的恋爱感情或其他好意的感情,或者对恋爱感情或其他好意未得到满足的怨恨,针对该特定人或其配偶、直系或同居的指对亲属及其他与该特定人员在社会生活中有密切关系的人所实施的缠扰行为,构成缠扰罪。^[38]第二,针对不同情况设置了不同的法定刑。第 18 条规定:缠扰行为者,处一年以下监禁或一百万日元以下罚金。这是基本法定刑,但第 19 条规定了加重惩罚的情况:若违反禁止令而继续进行缠扰,则加重惩罚,即处两年以下监禁或两百万日元以下的罚金。第三,在主观要件上,加害人对被害人具有恋爱情感、友好情感或因这种情感被拒而心生怨恨。从这个视角看,日本只惩罚了部分特殊的缠扰行为,而非全部缠扰行为。第四,该罪的成立不需要后果。还需提及的是,日本原是把缠扰罪作为亲告罪处置,但在 2016 年修法中,删除了亲告罪的规定。因此,其不再是亲告罪。^[39]

韩国对缠扰行为的犯罪化经历了从《轻罪处罚法》(*The Punishment of Minor Offenses Act*)、《促进信息通信网使用及信息保护法》(*Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection*)到《缠扰行为处罚法》(*Act on Punishment of Crime of Stalking*)规制的过程。其中,《轻罪处罚法》是首次将缠扰行为犯罪化的法律,且最高法定刑为拘役。在 2007 年,韩国修订《促进信息通信网使用及信息保护法》,将以信息通讯网络进行的缠扰行为予以犯罪化,最高法定刑为一年以下有期徒刑。

[35] 《罗马尼亚刑法典》,王秀梅、邱陵译,中国人民公安大学出版社 2007 年版,第 68-69 页。

[36] 《挪威一般公民刑法典》,马松建译,北京大学出版社 2005 年版,第 73 页。

[37] 参见郑琳、晋涛:《日本对“跟踪纠缠”行为的处罚及启示》,《日本问题研究》2021 年第 5 期,第 72 页。

[38] ストーカー行為等の規制等に関する法律(法律第八十一号/平一二・五・二四)参照, https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_housei.nsf/html/housei/h147081.htm, 最近访问时间[2024-05-10]。

[39] ストーカー規制法改正案の概要参照, <https://houseikyoku.sangiin.go.jp/bill/pdf/h28-102gy.pdf>, 最近访问时间[2024-05-10]。

同时其第 65 条规定：“不得违背被害人的明确意愿而提起诉讼。”韩国 2021 年颁布的《缠扰行为处罚法》，是一部专门规制缠扰行为的法律。该法共 21 条，主要规定了缠扰罪的客观行为、法定刑和提起公诉的条件等。但《缠扰行为处罚法》的实践效果不佳，特别是 2022 年发生“首尔新堂地铁站女站务员遭跟踪缠扰并被杀害事件”后，^[40] 直接推动韩国 2023 年对《缠扰行为处罚法》的修改。2023 年修改只涉及第 2 条和第 18 条，即修改了被刑事禁止的行为，增加了“或通过信息通信网络的程序或电话功能使对方看到文字、符号、声音、图片、视频、图像”的缠扰行为；删除了原第 18 条“不得在违背受害人明确表达的意愿的情况下，才能起诉该罪”的规定。

（三）域外刑事禁止缠扰行为的特征和启示

域外刑事禁止缠扰行为的特征有：第一，域外对缠扰行为的刑事禁止有差异性。比如，不同国家或不同地区，被禁止的行为并不相同。第二，有些国家将缠扰罪规定为亲告罪，比如挪威和比利时。第三，大多数国家为缠扰犯罪设置不同的法定刑。比如针对以暴力性行为或以暴力威胁为内容的缠扰，就规定了加重的法定刑。第四，有些国家的缠扰犯罪惩罚范围狭窄，仅禁止具有特殊目的的缠扰行为，比如日本就仅惩罚恋爱情感、友好情感等领域的缠扰行为，而罗马尼亚只惩罚性缠扰行为。第五，从趋势看，各国惩罚的缠扰行为范畴在扩大。

域外刑事禁止缠扰行为的立法实践，对中国刑法具有启示意义：第一，刑事禁止缠扰行为已是趋势。无论大陆法系还是英美法系的大多数国家，均对缠扰行为予以了刑事禁止。尽管其他国家的立场并非是中国刑法必须遵守的，但基于前述论及的缠扰行为之刑事当罚性，中国刑法应当参照。第二，缠扰行为的情节等不同，则侵害性不同。比如以杀人威胁为内容的缠扰，以及已发布禁止令或保护令后的继续缠扰，对被害人或相关者的影响是不同的。由此，应受的刑罚量就应不同。第三，缠扰者本身具有差异性，应区别对待以体现刑罚人道主义精神。比如，有些缠扰者具有病理性特征，这导致有些国家规定了对缠扰者优先医疗治疗处置。第四，应全面禁止具有严重侵害性的缠扰行为。从较近的域外立法实践看，大多数国家是不区分缠扰者是基于性冲动或是恋爱等主观动机的。无论基于何种动机实施缠扰行为，均会侵犯公民的安宁权，所以不应区分主观动机。第五，相对性的亲告罪值得提倡。缠扰行为具有严重的侵害性时才具有刑事可罚性，但其严重侵害性是非物理损害，极难认定和量化。甚至在很多情况下，即使是相同的缠扰行为，但对不同的被害人的影响也是不同的，由此给司法衡量增加困难。但若设置为相对的亲告罪，则既能保证在被害人不能容忍的情况下惩罚，又能化解司法证明损害程度的难题，还能体现对被害人的尊重。

[40] 首尔地铁站砍人命案犯罪嫌疑人曾持续跟踪和偷拍受害者，并用短信骚扰受害者多达 300 次，还要求与其见面。据调查，犯罪嫌疑人与受害者曾是同事关系，受害女子自 2019 年起曾持续遭受该犯罪嫌疑人跟踪及偷拍。对此，受害女子曾多次起诉该犯罪嫌疑人。警方当时对其申请了拘捕令，但法院却以“嫌疑人有稳定住所，无需担心其毁灭证据或逃跑”为由，驳回了拘捕令申请。犯罪嫌疑人不满受害女子控告他跟踪和非法偷拍而进行报复。参见《首尔地铁站砍人命案嫌犯被拘捕，曾持续跟踪并用短信骚扰受害者 300 余次》，https://www.sohu.com/a/585659447_162522，最近访问时间[2024-11-12]。

五 中国刑法犯罪化缠扰行为的路径

中国刑法把缠扰行为犯罪化具有必要性。本文认为应在观照前述域外的立法实践、现有法制体系等因素的基础上,从宏观、中观和微观三个维度建构对策化解困境。

(一) 宏观层面:秉承行/民—刑双轨制的法律规制理念

对于缠扰行为的规制,应秉承行/民—刑双轨制理念,且应依循以下三点:第一,刑法应规制具有严重侵害性的缠扰行为。此侵害性不是指实害结果的大小,而是通过考量手段、次数、时间长短、动机、场所、被害人的反应等因素后,得出的对受害人的生活或工作安宁的滋扰程度。若时间短、次数少、动机不恶劣等,则由其他法律规制;反之,则由刑法规制。第二,禁止/保护令阻止无效的直接转由刑法规制。这是指受害人已依据其他法律申请了保护令或禁止令,但被申请人仍然没有停止缠扰行为。有学者认为:“刑法是保障其他一切法律得以实施的法律。”^[41]对于这种违反保护令/禁止令的缠扰行为,尽管危害性不大或情节不严重,也应以刑法维护这些法律措施的权威。域外立法一般也是依循这种思维,比如加利福尼亚州的立法就规定,任何人在有临时限制令、禁止令或任何其他有效的法院命令禁止的情况下,针对同一方实施其禁止的缠扰行为,就构成缠扰罪。^[42]此外,既然保护令或禁止令阻止无效,也意味着行为人不仅枉顾其他法律的权威性,而且也丝毫不在乎受害人的抵制,应予以刑事惩罚。第三,以暴力威胁实施的缠扰行为应入罪。此类缠扰行为在短时间内就会使受害人产生恐惧,其甚至比非暴力威胁类缠扰行为长时间所产生的影响更严重。同时,为了避免暴力威胁现实化后引起的严重犯罪,也应将其入罪。

(二) 中观层面:以公民安宁权确定缠扰罪在刑法分则中的位置

行为所侵犯的法益决定了对应罪名应归于刑法分则哪一章节。缠扰行为犯罪化后的新罪,也应根据其侵犯的公民安宁权法益,将其归入“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章之中。前述域外立法实践显示,有些国家是通过专门法规制缠扰行为,这不涉及把缠扰犯罪归入哪一类犯罪中的问题。对于纳入刑法典进行规制的情况,其在分则体系中的位置有差异。有的国家是纳入精神犯罪、个人生活/安宁犯罪、人身权利犯罪,而有些国家则纳入自由犯罪或性骚扰犯罪中。比如《德国刑法典》是纳入“侵犯他人自由犯罪”中,而美国康涅狄格州则设置在该州法典的第 14 章“违反和平、骚扰及相关性犯罪”中。这种差异产生的原因也在于其规制的缠扰行为类型不同,并由此导致其侵犯的法益有所不同。比如,《罗马尼亚刑法典》规制的是缠扰行为中的性缠扰行为,这种特殊缠扰行为侵犯的是性权益,因此将其纳入“性骚扰罪”中。前述已分析,缠扰行为侵犯的是公民安宁权,其属于个人权益的范畴。因此,缠扰罪应归入中国刑法分则第四章“侵犯公民人身权利、民主权利罪”中。但因该章下无节,即没有区分精神权益、性权益或身体权益,因此无需分

[41] 张明楷:《刑法的解法典化与再法典化》,《东方法学》2021 年第 6 期,第 57 页。

[42] See California Code, Penal Code-PEN § 646.9.

析应入罪哪一节中。从公民安宁权的权重看,将缠扰罪纳入“侵犯公民人身权利、民主权利罪”一章后,其位置应位于侵犯生命权和健康权的犯罪之后。

(三) 微观层面:合理设置缠扰罪的构成要素、法定刑和其他处遇措施

犯罪化缠扰行为最终要落实到罪的构成要素设计、法定刑配置等方面。罪的构成要素涉及如何选择适格的行为、主观要素以及如何附加情节或其他因素等。法定刑的配置则主要根据缠扰行为侵害性大小、情节和影响等,配置合比例的刑罚。除此以外,针对特殊情况还应设置特殊处置措施,以保证缠扰罪立法更具合理性和人道性。

1. 设计犯罪构成要素应考量的维度

一是应采取叙明罪状。从域外立法实践看,有采取简单罪状的,如佛罗里达州法律汇编第 46 章(*Florida Statutes Title XLVI-Crimes*) § 784.048(2)规定:“故意、恶意、反复跟踪、骚扰或网络缠扰他人,构成缠扰罪。”^[43]但多采用叙明罪状,如《法国新刑法典》精神骚扰罪的罪状为:“反复采取行动,以损害他人工作条件为目的或效果,可能损害他人的权利和尊严,损害他人身体健康或者精神健康,或者可能危害他人职业前途的行为。”^[44]有些国家采取“叙明罪状+具体行为”的方式,如《德国刑法典》第 238 条规定“无故反复实施下列一种行为方式,跟踪骚扰他人,足以严重影响他人日常生活”的行为构成缠扰罪,然后又列举了“企图透过电信、其他通讯手段或第三人与被跟踪骚扰者接触”等七种行为。^[45]本文认为应以叙明罪状描述缠扰行为的性质,但不宜再列举行为类型。一方面,缠扰行为类型很多,无法列举完;另一方面,缠扰行为会有新样态,若列举行为类型,则导致新缠扰行为无法纳入惩罚范畴,损害罪名的适应性。但叙明罪状内容还是应明确表述缠扰行为的特征,从域外立法实践看,也多表述了缠扰行为的特征。比如英国 1997 年《防止骚扰法》第 4 条规定:“一个人在一系列行为过程中,至少两次使让对方害怕的暴力相威胁,若行为人明知或应该明知自己的每次行为会使对方都感到恐惧,则构成缠扰罪。”^[46]根据缠扰行为的性质,中国刑法设置的缠扰罪之罪状,至少应明文表述出“向特定人或涉及到的特定人,实施了一系列举动,且该一系列举动导致他人或与之有紧密关系的第三人,陷入严重的人身安全的担忧或精神、心理的困扰之中”。

二是主观方面应为故意。从域外立法看,一般也规定的是故意或相当于故意的罪过。如加利福尼亚刑法典 § 646.9(a)规定的是“任何人故意、恶意”,^[47]《比利时刑法典》第 442A 条第 1 款规定的是“已知或者应知”,^[48]《佛罗里达州法典》§ 784.048(3)规定的也为“故意、恶意”,^[49]英美法系国家有规定为“轻率”的,如康涅狄格州刑法典的三级缠扰罪是“轻率”。除此之外,缠扰罪的主观方面鲜见规定为过失或相当于过失的情况。尽

[43] See 2023 Florida Statutes Title XLVI-Crimes Chapter 784.

[44] 参见《法国新刑法典》,罗结珍译,中国法制出版社 2003 年版,第 67-68 页。

[45] 参见《德国刑法典》,何赖杰、林钰雄审译,李圣杰、潘怡宏编译,我国台湾地区元照出版公司 2019 年版,第 388 页。

[46] See Protection from Harassment Act 1997, § 2A.

[47] See California Code, Penal Code-PEN § 646.9.

[48] 参见《比利时刑法典》,陈志军译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 185 页。

[49] See 2023 Florida Statutes Title XLVI-Crimes Chapter 784.

管康涅狄格州刑法典的三级缠扰罪是“轻率”，但英美法系的“轻率”并不等同于中国刑法的过失，其有时候是相当于中国刑法中的间接故意的，即：行为人意识到自己的行为有某种风险，但基于自己所追求的直接目的，依然冒险实施某种行为。当然，有些国家没有规定主观心态，如《德国刑法典》第 238 条、《挪威一般公民刑法典》第 390 条、《法国新刑法典》第 222-22-2 条等。尽管这些国家没有规定罪过，但从实践层面看，缠扰行为以过失实施的可能性极小。

三是应设置为情节犯或危险犯。从域外立法实践看，设置为结果犯、危险犯、行为犯、情节犯的都有。中国刑法应设置为情节犯或危险犯，且这取决于缠扰行为的类别。其一，对于以非暴力威胁为内容的缠扰行为，设置为情节犯。应规定“情节严重”才予以入罪。其原因在于若情节不严重且其他法律能规制，则就让其他法律规制。前述提及，对于违反禁止令或保护令的行为，应直接构成犯罪。对此，其实也可纳入情节犯的范畴中，因为“违反禁止令或保护令”本身就属于情节严重。其二，对于以暴力威胁为内容的缠扰行为，则应规定为危险犯。以暴力威胁为内容的缠扰行为，当受害者或与其有紧密关系者感受到人身安全处于危险中，就应入罪。

2. 法定刑配置应依循的思路

基于前述拟定的犯罪要素，缠扰罪法定刑配置应依循的思路如下。

一是基本犯设为轻罪。从国外的立法看，缠扰罪的基本犯的法定刑相对较低。如《德国刑法典》规定最高刑为 5 年、《法国新刑法典》规定最高刑为 1 年、《比利时刑法典》规定最高刑为 2 年、美国加利福尼亚州规定最高刑为 1 年。^[50] 其中例外的是《加拿大刑事事典》，其配刑高至 10 年监禁，原因在于其规制的是性骚扰行为。^[51] 若中国刑法把缠扰罪设置为情节犯，则其基本犯的最高刑不高于二年有期徒刑。

二是加重犯配置较高的法定刑。加重犯包括出现了严重后果或影响，以及使用暴力威胁的缠扰行为。有些国家把缠扰罪设置为结果犯，但其结果一般不是指物理性结果，而是对精神或心理层面的严重影响。比如初始时，《德国刑法典》第 238 条规定了“对他人的个人生活造成严重影响”这一要素，由此被视为结果犯。但因“严重影响”极难证明、无统一标准以及司法实践的严苛标准等，德国在 2017 年把“严重影响”删除，从而把缠扰罪由结果犯修改为危险犯。^[52] 在中国，缠扰行为也会造成非物理性严重影响，对此应把法定刑升级为最高刑为三年有期徒刑。缠扰罪的危险犯一般是指以暴力威胁实施的缠扰行为，对此类危险犯，法定刑升级为最高法定刑为五年有期徒刑。当然，对于前述法定刑，根据情节严重程度，还可配以管制或拘役。

三是违反禁止令或保护令的法定刑配置。违反禁止令或保护令就构成犯罪，不需要严重情节。因为违反禁止令或保护令本身就是情节，且此情节意味着被申请者的主观恶性极重。因此，其法定刑应重于前述论及的基本犯的法定刑。若没有以暴力威胁进行缠

[50] See California Code, Penal Code - PEN § 646.9.

[51] 参见《哥伦比亚刑法典》，陈志军译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 82 页。

[52] 参见赵雪滢、焦宝乾：《跟踪纠缠行为的刑法规制：释义、根据与进路》，《深圳大学学报（人文社会科学版）》2022 年第 2 期，第 109 页。

扰,则其法定刑应低于加重法定刑中的以暴力威胁进行缠扰的法定刑。因此,此情况的最高法定刑应为三年有期徒刑。

3. 特殊处置措施的设置

除前述的内容外,本文认为该罪的设置还应考量是否设置为亲告罪、同时触犯其他犯罪的处置以及针对疾病性缠扰者的治疗处置等三个因素:

第一,应把缠扰罪设置为具有相对性的亲告罪。从域外情况看,多将缠扰罪设置为亲告罪。比如《德国刑法典》238条第4项规定:“犯第1项之罪,须告诉乃论。但刑事追诉机关基于刑事追诉之特殊的公共利益之考量,而认为有依职权介入之必要者,不在此限。”^[53]由此看,德国刑法将缠扰罪设置为亲告罪,是有相对性的。除此外,《挪威一般公民刑法典》《罗马尼亚刑法典》《比利时刑法典》《哥伦比亚刑法典》和《墨西哥刑法典》等的规定,也与德国一致。当然,从前述的域外情况分析看,也有把亲告罪转为非亲告罪的,比如日本《缠扰行为防止法》等。亲告罪转为非亲告罪的原因在于,担忧对被害人不利以及不利于保护涉及公共利益的缠扰罪。但因缠扰罪直接侵犯的是公民安宁权,且其危害性如侮辱和诽谤罪一样,较难度量且与被害人的心理或者精神承受度有关。因此,可在更好保护被害人的前提下设为亲告罪。但若涉及公共利益,则可提起公诉。

第二,针对病理性诱因引发的缠扰罪,附加必要的治疗处置方式。缠扰行为是针对特定人进行的、一种病态的、不寻常的、长时间或者反复实施的滋扰行为,其大多数实施者的心态往往具有异化的情况。比如,有些缠扰者是色情狂、有精神或心理疾病者等。对于这类有特殊心理或生理、精神疾病的被告,单纯通过刑罚制裁的效果堪忧。如果能辅之于治疗,效果会优于刑罚制裁。对此现实,《加利福尼亚州刑法典》§ 646.9(m)就规定了对被告进行治疗的措施,即规定法院可建议把被告转移到适当的医院接受治疗。^[54]此类处置措施的设置,也会使刑法更人道。

第三,缠扰行为同时触犯其他犯罪的处罚。这种情况主要是针对缠扰行为侵犯了两种或两种以上的法益,以及缠扰行为演化为故意杀人、抢劫、绑架、强奸等暴力犯罪的情况。前述在论及缠扰行为侵犯的法益时,就提及其可能会同时侵犯公共利益。对于缠扰行为同时侵犯公民安宁权和其他法益的情况,比如公共秩序等,则基于实质一罪的处断原则,择一重罪处罚。对于缠扰行为演化为故意杀人、强奸等严重犯罪,则分情况规定不同的处置路径,即:第一,若故意杀人或强奸等犯罪是实施缠扰行为后的另起犯意,则应数罪并罚。比如因被害人申请禁止令,激起了被申请者的杀人故意,则应数罪并罚。第二,若是以暴力威胁而实施缠扰行为,因被害人拒绝答应其以威胁提出的要求,进而将暴力转化为现实,则择一重罪处断。

[本文为作者主持的2021年度国家社会科学基金重点项目“全球视野下的刑事责任年龄制度研究”(21AFX011)的研究成果。]

[53] 《德国刑法典》,何赖杰、林钰雄审译,李圣杰、潘怡宏编译,我国台湾地区元照出版公司2019年版,第389页。

[54] See California Code, Penal Code-PEN § 646.9 (m).

Foreign Practice of and Chinese Path to the Prohibition of Stalking by Criminal Law

[**Abstract**] Stalking is a phenomenon that exists in all countries and can seriously violate a citizen's right to peace. Most countries have adopted legal measures to regulate stalking behaviors, and many countries and regions have even criminalized such behavior. China has also adopted laws to regulate stalking behaviors. However, the Chinese Criminal Law does not directly criminalize stalking behaviors. In view of the dilemma faced by existing legal regulations and the serious infringement on citizens' rights to peace, Chinese criminal law should criminalize stalking behaviors. The necessity of criminalizing stalking behaviors only demonstrates the legitimacy of the purpose. The legislative path to criminalization of stalking behaviors should also be legitimate. Based on the current situation of the legal system, the types of infringement on legal interests by stalking behaviors, the basic elements of specific crimes, and related foreign legislative practices, the path to criminalizing stalking behaviors in Chinese criminal law should consist of countermeasures at the macro, meso, and micro levels. At the macro level, Chinese criminal law should adhere to the legal regulation concept of the dual administrative/civil - criminal law track system, and criminalize stalking behaviors that are seriously invasive, cannot be effectively dealt with by preventing/protecting orders, or are carried out with the threat of violence. At the meso level, the position of the crime of stalking in the specific provisions should be determined based on the citizen's right to peace it infringes upon. Therefore, it should be placed in the category of crimes that violate the personal rights of citizens. At the micro level, the main focus is on implementing the design of the constituent elements of the crime, the allocation of statutory penalties, and special disposal measures. The specific path is to set appropriate facts about a crime based on considerations of the type of the crime, qualified behaviors, and guilt, and to allocate proportional statutory penalties based on different factors, such as additional circumstances and the degree of infringement. In addition, special measures should be taken to deal with special circumstances of stalking behaviors, mainly based on the fact that stalking behaviors violate the personal legal interests of citizens on which citizens can make decisions by themselves and for the purpose of reducing the difficulty of proving the degree of psychological or mental harms. Stalking crimes that do not involve public legal interests can be set as crimes handled only upon complaint, and necessary medical treatment and disposal methods can be prescribed in cases of stalking crimes caused by pathological factors, so as to ensure that legislation on stalking crimes is reasonable and humane.

(责任编辑:贾元)