

愛滋病毒蓄意傳染條款的 法律問題

—危險性行為的行為危險性—

謝煜偉

國立台灣大學法律學院副教授

使疾病獲得意義（以疾病去象徵最深處的恐懼）並使其蒙受恥辱的那個過程，相沿已久，似乎不可遏抑，但挑戰它總還是值得的。

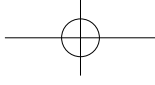
～蘇珊桑塔格（Susan Sontag）

《疾病的隱喻》～

爭議所在

現行之《人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例》（以下簡稱愛滋條例）在歷經多次修正後，雖然已經漸漸脫離了1990年代當時充滿恐慌與危機感色彩的立法，走向防治與權益保障並重，並且逐步跟上國際間針對愛滋病毒感染者的治療趨勢，然而本

法第21條仍舊保留著當初制訂《後天免疫缺乏症候群防治條例》時仿照刑法第285條傳染花柳病罪^[1]所產生的規定。本條文分成三項，第一項規定「明知自己為感染者，隱瞞而與他人進行危險性行為或有共用針具、稀釋液或容器等之施打行為，致傳染於人者，處五年以上十二年以下有期徒刑。」第二項規定「明知自己為感染者，而供血或以器官、組織、體液或細胞提供移植或他人使用，致傳染於人者，亦同。」第三項則是明訂未遂犯之處罰。法定刑則是在2007年修正後提升至與重傷害罪相同，立法理由明白表示：「考量此係對於健康之重大不治或難治傷害，爰予提升刑度，使與刑法重傷害罪相平衡。」立



〈愛滋病毒傳染除罪化之相關問題〉

法者似乎認為，只要感染 HIV（未發病），就等同於身體或健康實際上受到重傷害。不過，這種關於侵害程度的設想，以及構成要件危險性的類型化基準，都充滿爭議。

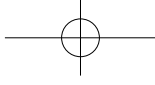
申言之，成立上述犯罪的共通模式是「明知感染+特定危險行為+致傳染於人」，然而，由於在個案上難以證明愛滋病毒果真而傳染給對方，實務上幾乎是以該條行為的未遂犯來加以起訴、審判、處罰。因此，成立犯罪的關鍵在於，是否明知自己為感染者，以及，是否做出了條文所明訂之「危險行為」，只要符合了具有傳染危險之行為態樣，即使實際上沒有傳染給他人，也仍舊會成立本罪之未遂犯。姑且先不論條文設定需「明知」自己為感染者，可能造成疑似感染者抗拒進行愛滋篩檢的反向誘因（讓自己成為「非明知」），關鍵在於，具有傳染危險性的行為類型，是否能夠在合乎現行對於愛滋病毒的正確認識上做出合理的個案認定。也就是說，成罪與否的關鍵，在於本條第一項有關「危險性行為」的行為危險性認定^[2]。

關於危險性行為之認定，本條例僅言：「危險性行為之範圍，由中央主管

機關參照世界衛生組織相關規定訂之。」又參照《危險性行為之範圍標準》第 2 條可知「危險性行為之範圍，指未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸，醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為。」本規定原本僅有「無其他安全防護措施」，而今修改成「醫學上評估可能造成感染」。也就是說，按照目前認定的方針，並不能夠單以外觀上有無帶保險套等隔絕措施來做行為危險性的判斷，必須根據生物醫學上對於愛滋病毒傳染的認識與防治進展，才能夠劃定出（值得動用刑事處罰的）傳染危險性之界限。問題在於，司法機關對於愛滋病毒傳染風險的認識是否能與時俱進？實務認定是否應以生物醫學上之統計機率作為認定標準？抑或兼以社會分析式的因果推論作為輔助，即便醫學上認定感染機率極低，只要不能百分之百避免，即可認定該行為具有傳染之危險性？

與疾病傳染相關之刑罰規範

現行法律體系中，疾病傳染可能會涉及的刑罰法規有三類：第一類是明確導致死亡或傷害結果的人身法益相關犯罪，如殺人罪、過失致死、業務過



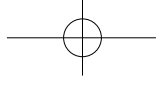
失致死、（重）傷害^[3]、過失（重）傷害等罪。不過，除了客觀上必須要能夠證明具體的死傷結果與行為之間具有相當因果關係之外，主觀上也至少要達到過失以上的程度。例如當年台北市仁濟醫院院長等人隱匿 SARS 疫情未通報，造成五名病患及醫護人員因此感染 SARS 而死亡，審理結果最後以業務過失致死罪判決確定，刑度不重。相對地，如果是第二類「具傳染危險之行為致傳染他人」則刑度就可能有很大幅度的變動。例如最傳統的刑法第 285 條傳染花柳病行為，僅規定一年以下有期徒刑，但是若是傳染病防治法第 62 條有關「第一類傳染病、第五類傳染病或第二類多重抗藥性傳染病」不遵行各級主管機關指示致傳染於人者則提升到三年以下有期徒刑等刑度。而由於個案上要證明「致傳染他人」相當困難，又沒有處罰未遂犯，實務上成罪的機會相當低。同樣屬第二類，但處罰程度及範圍更擴張的則是本文的主角愛滋條例第 21 條，其不但增訂了未遂犯的規定，同時也設定與重傷害罪相同的法定刑。

前已述及，由於實務上根本難以證明致傳染他人，因此主要發揮處罰功能的都是第三項之未遂犯，也就是說，犯

罪評價的重心從行為「致生實際損害（使對方因被傳染疾病而健康受損）」轉移到「有傳染之虞」，本條不啻是變相的危險犯立法。

真正屬於典型的危險犯立法則是第三類，直接以抽象危險犯或具體危險犯的立法模式來規制具有傳染疾病的危險行為，例如刑法第 192 條直接處罰違背關於預防傳染病所公布之檢查或進口之法令之行為，或者暴露有傳染病菌之屍體或以他法散布病菌致生公共危險之行為。不過法定刑僅有二年以下有期徒刑，而且也不要求實際上有致使特定個人受到傳染的結果。當然，關於「預防傳染病所公布之檢查或進口之法令」涉及到細緻的傳染危險分級，以及相應的管制法令，包括像是傳染病危險群及特定對象檢查辦法、港埠檢疫規則等，而不含特定之行政處分，例如 SARS 流行時，關於和平醫院隔離之處分便不屬於刑法第 192 條法令的範疇內。

縱使刑法第 192 條之犯罪要件泛以「違背相關法令」為內容，但實際上卻會根據傳染病分類與相對應的管制強度，區分該法令所連結到的風險控管程度。例如，第一類傳染病應立即報告並強制隔離治療，第二類傳染病區分為甲、



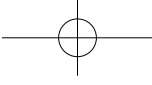
〈愛滋病毒傳染除罪化之相關問題〉

乙二種，甲種應限期通報並強制隔離治療，乙種應勸導住院，第三類傳染病無須強制收容於醫療院所，並依其報告時限區分為甲、乙二種，並視實際情況及時報告並採行必要之防治措施等。是以違反時所造成的防疫風險也會隨之不同。從結論而言，由於這種行政刑法規定，行為的違法程度取決於違反行政義務的嚴重性，行政管制規定的良窳大幅度決定了犯罪認定的嚴謹與否。因此，刑法解釋上就必須留意將僅具有行政規制實效性考量，而未必具有保護法益關連性的行政義務，例如申報義務或受定期檢查義務等排除在保護範圍之外；必須該行為不但違反某行政義務之外，尚且因該義務之違反而實際產生傳染疾病的類型上危險性或危險狀態，才能讓這種刑罰法規具有正當性^[4]。這牽涉到最基本的刑法原理—法益侵害原理^[5]。也就是說，刑罰施加在人之上，必須是該人所為之行為造成了利益的實際減損或其減損的可能性（危險），而這樣的可能性不能僅是任由立法者事前加以設想，必須在個案上果真能夠如立法者設想一般產生。反過來說，如果一個行為僅僅只是違反了行政法或刑法上的義務，卻無法證明該行為實際上到底造成何

等損害或危險，施加刑罰就會是欠缺合理性與正當性的舉動^[6]。

此等單純而明快的基本主張，卻因為現代社會如雨後春筍般冒出的刑罰法規而面臨越來越多的挑戰。其原因在於，人們往往在面對未知不明確的風險時，選擇以堅壁清野的禁絕、阻止、排除性的處罰手段來回應，以致於刑罰法規漸漸喪失其與保護法益之間的關連性，而僅僅只是成為維繫社會共同體間安全感的手段。針對愛滋病毒傳染行為的重刑化，可以說正是反映了在當時對於愛滋病毒傳染途徑與醫藥發展未有突破性進展（如抗反轉錄病毒療法）前，所產生的恐慌性立法。

其實刑法及刑事特別法當中並不乏這種面對新事物下的恐慌立法規定，像是為了因應電腦相關設備及網路作為犯罪手段及犯罪場域的衝擊，所制訂的第318-1條（無故洩漏因利用電腦或其他相關設備知悉或持有他人之秘密罪）及第318-2條（利用電腦或其相關設備犯洩密罪之加重規定），就屢屢被詬病其欠缺處罰及加重其刑的正當性^[7]。更不用說，面對核能放射線使用時，刑法第187-3條針對「無正當理由使用放射線，致傷害人之身體或健康」設定了較



諸普通傷害罪更高的刑度（三年以上十年以下有期徒刑），卻無法解釋為何僅因手段上選擇了以放射線傷害特定對象，就要科處比使用其他手段更重的法定刑^[8]。

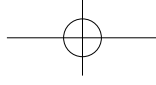
面對現代社會中刑事立法銳不可擋的趨勢，身為刑法學者，筆者能夠做的努力其實十分有限。畢竟憑藉一己之力難以動搖立法者長期以來習慣「以刑罰治國平天下」的思考慣性，況且，我們很難天真而樂觀地相信果真能將這些恐慌性的刑事立法刪除，回歸到以實證為基礎（evidence-based）的風險控管領域。不過，我們仍然可以在現行法的基礎之下，試圖影響法規範解釋與適用者，也就是司法人員對於這些犯罪條文所採取的態度。以下，參照實務判決說明愛滋條例第 21 條的法解釋爭議問題，並且，針對「危險性行為」提出限定解釋的可能方案。

限定解釋可能性

首先，本罪要求行為人「明知」自己為感染者，亦即，行為人限於直接故意（刑法第 13 條第 1 項）下認知到自己體內有 HIV 的存在。當然，若行為人誤以為自己是感染者，客觀上卻未感

染 HIV，連客觀要件也不會具備，自然不會成罪。有疑義的是，若 HIV 感染者在接受抗反轉錄病毒療法，持續服藥治療下，（按照目前的檢測水準）體內已驗不到 HIV，是否可以認為客觀上行為人已非該條所稱之「感染者」^[9]？抑或，必須達於醫學上所稱的「治癒」意義，才能擺脫感染者的身分？並非沒有爭執的空間。縱或按照目前的治療水準來看，愛滋感染者難以有「治癒」的機會，只能終生服藥控制病毒量，但我們必須認知到，犯罪構成要件之「感染者」，所代表的是描述出行為主體所具備的傳染能力，與醫療上或行政管制上的「感染者」意義並不相同，只要行為主體驗不到病毒，趨近於未曾感染之人的話，應認為不屬於本條所稱之「感染者」。

其次，客觀上本罪尚要求要有危險性行為致傳染於人。只要行為致使他人感染人類免疫缺乏病毒即屬「傳染於人」，然而如前所述，在因果關係證明上屢屢出現雙方都是感染者，難以確證傳染方向及先後次序的問題。就此，實務上多以成立本罪未遂犯來處理。關於本罪未遂犯著手時點的認定，應以作為實行行為之「危險性行為」即將開始前的



〈愛滋病毒傳染除罪化之相關問題〉

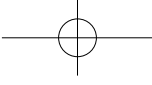
階段來論斷。實務上曾經出現被告在「拉客」階段遭查獲之案例，判決認為，雖其目的係與不特定之顧客從事危險性行為，然在未達成此目的前之「拉客」行為仍為從事危險性行為之預備行為而已，揆諸前揭說明，當無成立未遂犯之餘地^[10]。

真正棘手的問題不在於著手時點，而在於本罪之不能未遂態樣。未遂行為之所以可罰，必須是該行為一般仍有「可能」實現既遂結果，若行為本身的傳染危險性極低、行為途徑根本不可能導致傳染結果的發生，甚至是行為不可能造成客體新的法益侵害或危險性的話，應屬構成要件不該當，或成為不罰的不能未遂行為（刑法第 26 條）。

具體而言，可能涉及下列三種情形：（一）刑法上的性交行為與本條之「危險性行為」之關係？（二）醫學評估上認為屬低風險的性接觸行為，如口交，或者其他定期服用抗病毒轉錄藥物下的無套性交行為，是否該當於危險性行為？（三）性交對象同為 HIV 感染者時，是否屬於不能未遂？以下分述之。

首先，刑法第 10 條第 5 項規定：「稱性交者，謂非基於正當目的所為之

下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」第一款規範了陰道交、口交、肛交的性交態樣，而第二款則擴大到如以手指、器物等插入陰道、肛門等廣義的性交型態。查其立法目的，是為了要擴大保護性自主權所以主張之範圍，而非意在指涉可能的病毒傳染途徑。因此，如果不假思索，將本條兩款性交定義皆適用在「危險（未經隔離器官黏膜或體液而直接接觸，醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之）性行為」之上，可能會得出非常擴張的結果，例如感染者用手指插入對方的陰道或肛門，也可以成為本罪處罰的對象；相反地，危險性行為若限於刑法上的性交，則徒手替對方手淫、撫摸性器或者以舌頭舔舐陰道、肛門或吸吮乳房等行為則悉數會被排除在「性行為」的範疇之外。我們可以反身思考，之所以認為刑法的「性交」與本條例的「性行為」概念不應一致，乃因兩者的規範目的並不相同；後者著重在以具有類型上的傳染可能性為其劃定概念界限的前提。如果我們完全不顧現行醫學研究上的統計成

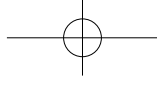


果，單純只看黏膜或體液直接接觸一事，就很容易認為只要身體黏膜或通常帶有較高病毒濃度的體液（如血液、精液、前列腺液、乳汁、陰道分泌物等）有接觸的行為就會該當於危險性行為。當然，危險性行為，除了有「傳染危險性」的要件外，還需透過「性行為」來限定行為的範圍。則需要思考的是，像是手淫、乳交、舔陰乃至於撫摸身體、吸吮乳房或接吻等，即使這些行為具有性的意涵，由於規範目的在於傳染途徑的類型上限定，如果醫學上認為該種身體接觸行為不可能或者極難以傳染 HIV，那麼就應該排除在性行為的範圍之外。如此一來，無論是手淫、撫摸身體、乳交等排除應無疑義，而舔陰已接近口交，若有與陰道分泌物接觸之機會，或許有被列入的空間；吸吮乳房或接吻基本上都是屬於實證上傳染風險接近零的接觸型態，除非有乳汁或血液的接觸否則並無傳染之虞，應可排除在性行為之範疇外。

如果這種透過規範目的的實質解釋是行得通的方法，那麼屬於性行為核心類型的性交態樣（如陰道交、口交、肛交），也應該留有實質認定危險性的空間，將一些在醫學上評估認為並無傳染

可能性或者傳染可能性極低的情況，排除在外^[11]。主要可能有兩種情形，一是性交型態本身就有相當低的感染率，特別是口交行為（若進一步區分感染者是哪一方，傳染給他方的機率亦有不同），此時應根據醫學上最新的實證研究確認口交或肛交等傳染風險之高低差異。第二種情形是，感染者本身透過藥物控制，將感染者體內病毒量降低至沒有感染性的程度（non-infectious level）^[12]，如此一來，也應該被排除在危險性行為的認定範疇之外。也就是說，真正的重點在於，危險性行為認定標準中，無隔絕之黏膜或體液直接接觸只是必要條件之一，重點在於需要以「醫學上評估可能造成 HIV 感染」。既然行為抽象危險性已經直接設定要以「醫學上評估」作為基準，就不能夠在個案認定上放任法院任憑以社會分析式的因果推論加以推測是否具有傳染風險。因為在這種恐慌性的認定之下，除非是機率為零，否則那怕只是微不足道的風險，「非全無風險」也會轉換為「有風險」，這很明顯是對立法者犯罪要件設定上的誤解。

實務上曾經針對共用針具行為，做出實質認定的判決。如臺灣高等法院



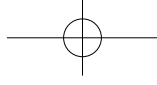
〈愛滋病毒傳染除罪化之相關問題〉

高雄分院 99 年度上訴字第 1304 號判決參照鑑定意見，認為：「愛滋病毒存在於人體的體液中，例如：血液、精液及陰道液，因其相當脆弱，幾乎無法在人體外之環境中存活，尤其在存有病毒的體液若已乾涸，其傳染性幾乎微乎其微乙節，有行政院衛生署疾病管制局函 1 紙在卷可考。苟被告確曾使用證人乙○○之注射針筒施用海洛因，則證人乙○○顯需於相當密接之時間內，於該注射針筒尚未乾涸之際，即再持該注射針筒施用，才有可能遭傳染愛滋病毒，否則愛滋病毒既無法存活於人體外之環境，自更無可能在乾涸之針筒上存活。」也就是說外觀上雖然符合了共用針具的行為態樣，但是因為個案實際上的共用型態並不可能有傳染 HIV 的風險（或者傳染風險極低），因此排除適用本罪。

只是很可惜的是，法院實務上並沒有在「危險性行為」的態樣中，如上述判決一般以醫學實證研究與評估劃定「容許風險」的界限，只要實證上沒辦法完全宣稱感染風險是零，就認為屬於危險性行為。例如，著名的臺灣高等法院臺中分院 103 年度上訴字第 1567 號判決便這麼表示：「按人類免疫缺乏病毒

傳染防治及感染者權益保障條例第 21 條第 4 項所訂『危險性行為之範圍標準』，……非因時間或次數而有不同認定標準；無套口交乃為進行無隔絕器官黏膜或體液而直接接觸之行為，其黏膜如有破損有體液交換之虞時，符合該條例所指之醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為……。是以，雖依台北市立聯合醫院函稱：若將口交與男女無套性交相比，則無套口交之感染愛滋風險約為男女無套性交行為之十分之一，依據 2013 澳洲衛生部對愛滋病毒傳染風險的分級方式，甲感染機率約 0.01%，屬低風險等情，惟仍有被愛滋病毒傳染之風險，而非屬無風險行為（底線為筆者所加），依上開行政院衛生署函釋，被告上開行為仍屬危險性行為，辯護人辯稱：縱使 A 男與被告口交，惟依台北市立聯合醫院函覆可知，A 男即口交接受者感染愛滋機率約 0.01%，屬非常低風險或低風險，應非屬危險性交行為，應不構成人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 21 條第 3 項、第 1 項之『危險性行為』之構成要件云云，並不足採信。」

筆者認為，今後在抗 HIV 的治療技術更上層樓的狀態下，危險性行為的



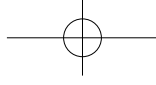
認定重點或許不在於有無隔絕措施，而是可以更精確的認定行為時體內 HIV 病毒量是否逾越傳染風險值。結論是，面對空有危險的外觀（無套性交），卻沒有實質（傳染風險極低）的行為，都不應該該當於本條例第 21 條所謂的危險性行為。

最後，處理第（三）類的特殊問題。關於雙方都是 HIV 感染者的案例，最高法院 104 年台上字第 15 號判決認為：「（原判決已詳述）上訴人所為告訴人在與上訴人性交之前，早已染有後天免疫缺乏病毒，雖然上訴人亦同罹此病，未告知、也沒戴保險套，就發生性行為，告訴人仍不致再染病，可見上（維持一審有罪判決 2 年 8 個月）上訴人縱然行為不當，祇屬不罰之不能未遂，而非普通未遂之辯解，如何為飾卸之詞，不足採信，業據卷內訴訟資料詳加指駁、說明。並指出：據此病之專家醫生莊莘、林錫勳到庭一致供證謂明知自己罹患後天免疫缺乏症（愛滋病）之人，竟不坦白告知，即和他人進行危險（未戴保險套）之性交行為，仍有另外交叉感染不同毒株之危險。」也就是說，雖然對方亦同樣感染 HIV，但由於病毒株仍有相異的機會，在相異的情形下，

仍有另外交叉感染不同毒株之危險，將會造成交叉感染者治療上的阻礙。就此，法院的判斷應該是遵照了醫師鑑定意見所得出的結論。不過，我們也可以思考，是否應該個案上進一步確認雙方感染的病毒株是否真的不同？若雙方的病毒株皆相同時，應認為無導致新的額外的 HIV 傳染」之可能，如此一來，應論以不能未遂。

結語

蘇珊桑塔格在《疾病的隱喻》中提到：「……對於愛滋病這種帶來如此之多的犯罪感和羞恥感的疾病來說，使其從意義、從隱喻中剝離出來，似乎特別具有解放作用，甚至是撫慰作用。不過要擺脫這些隱喻，不能僅靠迴避它們。它們必須被揭露、批判、細究和窮盡^[13]。」法律雖然不可能消除這世間對於愛滋感染者的歧視與污名，但不能反過來將這些歧視及對於傳染風險的恐慌式想像，透過法律的解釋適用予以正當化。身為法解釋與適用的法律人，唯有不斷的揭露、批判與挑戰這些藏在「以防治傳染之名」背後的隱喻，而非視而不見，才有可能創造出一條從隱喻中剝離開來的裂縫，讓人們獲得重新省思的



〈愛滋病毒傳染除罪化之相關問題〉

微弱機會。

〈參考文獻〉

1. 明知自己有花柳病，隱瞞而與他人為猥褻之行為或姦淫，致傳染於人者，處一年以下有期徒刑、拘役或十萬元以下罰金。
2. 本文限於篇幅，暫先不處理本條第二項有關供血、移植器官等行為的危險性議題。
3. 重傷害之定義，依照刑法第十條第 4 項為毀敗或嚴重減損視能、聽能、語能、味能或嗅能、或一肢以上之機能、生殖機能，或者其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。與愛滋病傳染有關者應為「其他重大不治或難治之傷害」。
4. 關於此類危險犯立法的實質解釋立場，詳參謝煜偉，風險社會中的抽象危險犯與食安管制—「攙偽假冒罪」的限定解釋，月旦刑事法評論，1 期，2016 年 6 月，頁 71-82。
5. 黃榮堅，基礎刑法學（上），4 版，2012 年，頁 39-41。
6. 參見陳子平，刑法總論，3 版，2015 年，頁 86-87；王皇玉，刑法總則，2 版，2016 年，頁 22-24。
7. 相關批判，參見許恒達，洩露使用電腦知悉秘密罪的保護射程 -- 評臺中高分院九十八年度上訴字第一三一九號刑事判決，月旦法學雜誌，190 期，2011 年 3 月，頁 200-212。
8. 本條的致「傷害」若解為特殊手段的傷害罪，則刑度完全失衡，完全顯示出立法者（及公眾）對於放射線濫用的恐慌狀態，因此高出來的刑度相當於是對於放射線合理使用的危機感。相關批判，參見謝煜偉，交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略，月旦法學雜誌，210 期，2012 年 11 月，頁 121-123。
9. 依愛滋條例第 3 條「本條例所稱人類免疫缺乏病毒感染者（以下簡稱感染者），指受該病毒感染之後天免疫缺乏症候群患者及感染病毒而未發病者。」
10. 臺灣高等法院 88 年度上訴字第 4452 號判決。
11. 關於危險性的實質解釋手法，與前述相同，參見拙著，前註 4，頁 71-82。
12. 至於 HIV 病毒量究竟要低於多少程度才能算是沒有傳染性，必須根據最新的醫學實證研究加以界定，文獻上有以病毒量 1500 copies/mL 作為危險性的門檻，可供參考。
13. Susan Sontag，程巍譯，疾病的隱喻，2012 年，頁 212。