臺灣高等法院刑事判決

112年度上訴字第5329號

上　訴　人
即　被　告　A4（真實姓名年籍住居所均詳卷）
選任辯護人　劉繼蔚律師(法扶律師)
上　訴　人
即　被　告　A11（真實姓名年籍住居所均詳卷）
選任辯護人　鍾秉憲律師
　　江蘊生律師
　　鄧　傑律師
上　訴　人
即　被　告　A13（真實姓名年籍住居所均詳卷）
選任辯護人　謝政義律師(法扶律師)

上列上訴人即被告等因人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例案件，不服臺灣臺北地方法院107年度原訴字第20號，中華民國112年8月29日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署106年度偵字第11628、22970號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於A4、A11部分及A13科刑（含緩刑及定執行刑）部分均撤銷。

A4犯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項之隱瞞感染致傳染於人未遂罪，處有期徒刑捌月。緩刑貳年，並應自本判決確定之日起陸個月內向公庫支付新臺幣伍萬元。

A11犯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項之隱瞞感染致傳染於人未遂罪，處有期徒刑捌月。

A13科刑撤銷部分，所犯二罪各處有期徒刑捌月，應執行有期徒刑拾月。緩刑貳年，並應自本判決確定之日起陸個月內向公庫支付新臺幣伍萬元。

事　實

一、A4、A11（下合稱A4等2人）、A13（其僅就科刑、緩刑上訴，故此事實之記載，就A13而言，僅涉及相關科刑、緩刑

中關於犯罪情節等之審酌因子）分別於如附表各編號所示「確診日期」欄所示日期，經檢驗確認知悉渠等已感染人類免疫缺乏病毒（Human Immunodeficiency Virus，下稱HIV），為後天免疫缺乏症候群（Acquired Immunodeficiency Syndrome，下稱AIDS）患者，而屬人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第3條所定之人類免疫缺乏病毒感染者（下稱感染者）。其等3人皆明知自己為感染者，並可預見與他人未戴保險套進行肛交，屬未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸之危險性行為，將可能傳染HIV給與之進行肛交之相對人，竟分別均基於使他人感染亦不違背其等本意之不確定故意，隱瞞其為感染者，於如附表各編號所示之時間，與其等分別透過網站UT聊天室認識、暱稱為「煙大帼熟男」之A（真實姓名、年籍資料詳卷）為如附表各編號所示之危險性行為（A涉犯違反人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例部分，業經本院102年度上訴字第2934號論處罪刑，並經最高法院105年度台上字第 894 號判決駁回上訴確定，下稱「101年前案」），惟因A前於民國100年2月11日已感染HIV，並未因前開危險性行為而受傳染，A4、A11、A13乃均止於未遂。

二、案經臺灣臺北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

甲、關於被告A4、A11罪刑部分

壹、上訴意旨

一、上訴人即被告（下稱被告）A4上訴意旨略以：本案辯護人自原審起之相關辯護意旨均一再指出「被告A4前案為證人之證述，於被告A4為證人時，依筆錄（本案106偵11628偵查卷宗第57頁反面至第59頁反面，即前案101偵24753號偵查卷五第2至第3頁為檢事官詢問筆錄、前案101偵24753號偵查卷五第6至第8頁為檢察官訊問筆錄）所載，均未依刑事訴訟法第186條第2項規定，告知被告A4為證人時，有刑事訴訟法第181條拒絕證言之權利，且卷內並無特別證據足認被告A4係明知

有拒絕證言權而放棄行使。因此於應命具結之訊問（即檢察官前案訊問被告之筆錄），依最高法院96年度台上字第1043號判決，另於不應命具結之詢問（即檢察事務官前案詢問被告之筆錄），依最高法院97年度台上字第2956號刑事判決，均基於被告『不自證己罪』之正當法律程序原則，絕對而不權衡地排除其對於該證人為被告之證據能力，均不得作為不利於被告A4之證據」，然原審引用最高法院109年台上字第2638號判決（及此後援引該統一見解之最高法院112年度台上字第2241號判決），漏未注意統一見解部分係在處理違反拒絕證言權告知之規定，對於「證人以外之人為被告」之程序中，該違反程序之證述證據能力的問題，與本案「證人本人為被告」之情形無涉。原審於此顯有不當比附援引最高法院統一見解之適用法則錯誤，而誤將被告等前案為證人時，因漏未告知拒絕證言權而取得不利於各被告之證述，「復活」為有證據能力，並援為本案有罪之證據基礎，且該證據進一步於本案偵查中進一步為檢察事務官用以不正詐欺、脅迫被告為附和證述之一致陳述而進一步衍生其他不利於被告之證據，均未獲原審注意排除其證據能力，證據法則之適用亦有違誤，因而造成認定有罪事實，其有罪判決之結果自難昭折服。原審引用先前判旨漏未注意其事實差異，以至於未能區辨「證人本人為被告」及「證人以外之人為被告」之情況，固屬法律技術層面之瑕疵，然因此造成先前已確立「『證人本人為被告』時因牴觸不自證己罪與正當法律程序原則而當然不權衡地無證據能力」原則之動搖，造成正當法律程序保障射程之退縮，撤銷原判決並另為無罪之判決等語。

二、被告A11上訴意旨略以：關於客觀上被告A11與A所為如原判決附表編號10所示之性行為，究是否該當人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例（下稱系爭條例）第21條所定之「危險性行為」，原判決於參酌具相當專業之證人證述及相關文獻後，固肯認「如當時感染者客觀上確實已屬病毒量較低(低於200copies／mL以下）或甚至病毒量為測不到之

情況（40copies／mL以下），應例外認定並非醫學評估上可能造成傳染HIV之性行為，而非屬修正前『危險性行為之範圍標準』第2條規定之危險性行為」，並強調此危險性行為之舉證責任並不應倒置於被告A11承擔，或認被告A11須自己證明並非危險性行為，卻又表明為達系爭條例之立法目的，不應由檢察官證明被告於性行為時之病毒量高於200copies／mL以上，則究竟何人須就「危險性行為」此客觀構成要件負舉證責任？原判決明顯有判決理由前後矛盾之重大違誤。況被告A11已於原審審理中提出伊有定期抽血檢查，醫生認為不需要吃藥治療等情為抗辯，檢察官自須舉證排除被告A11答辯之可能性，始得謂已就其起訴之犯罪為實質之舉證。惟原審於卷內尚無明確證據之情形下，逕以被告A11未提出任何相關檢驗資料供參酌而認其行為已該當危險性行為，顯不當將此要件之舉證責任倒置於被告身上，使被告負擔「自證無罪」之責任，除與其先前論述有所矛盾外，更有達反無罪推定原則、判決不備理由之重大違誤。關於被告A11與A為如原判決附表編號10所示之性行為，是否有「隱瞞」其為感染者之身分，原判決稱：「系爭條例第21條所定之罪並非以不作為之方式實現，其所處罰者係明知為感染者、隱匿而為危險性行為之行為，而非處罰不告知』之不作為，似認為系爭條例處罰之射程範圍並不及於「消極未告知」之情形；惟原判決又復稱：「依系爭條例之旨趣，『隱瞞』即代表『未告知』，無論係『經詢問是否為感染者後，佯裝未感染、否認為感染者而未告知』或係『對方未詢問，亦未主動告知』，均屬該條之範圍」，除顯不當擴張系爭條例就「隱瞞」之解釋範圍外，且其論述過程明顯有前後相互矛盾之重大違誤。次查，刑法上構成要件之規範，絕大多數以「作為犯」之態樣出現，少部分則為「不作為犯」，而成立不作為犯之前提則以行為人具備「作為義務」（或稱保證人地位）為前提始足當之，觀系爭條例僅有第12條有規範感染者需於就醫時告知醫療人員之義務，而受告知之各機構亦負有相對

保密之義務，足見為保障HIV感染者之隱私權，感染者並無向其他人揭露其為帶原者之作為義務。本件檢察官並未就被告A11如何積極隱瞞其為感染者之事實予以論述，倘依原審法院之見解，不論係「經詢問是否為感染者後，佯裝未感染、否認為感染者而未告知」或係「對方未詢問，亦未主動告知」，均屬系爭條例第21條「隱瞞」之範圍，除混淆積極行為或消極行為之體系地位外，亦無異於法無明文情形下課以感染者「積極告知義務」，非無不當擴張條文射程及違反罪刑法定原則。又被告A11係於同志族群間專門用以約砲（即性交）之聊天室認識A，A並邀請被告A11參加所謂「無套HIGH」（即吸食毒品、不戴保險套並內射）之性愛遊戲。而與陌生人參加此種「無套HIGH」之性愛遊戲，雙方均有相當高之感染風險，若非自身早已感染HIV病毒，不可能輕易嘗試。原判決據以：「HIV可能透過危險性行為傳染等情，屬一般社會生活經驗上可知悉之事，被告自知悉從事危險性行為確有傳染HIV予他人之可能性，仍基於使他人感染亦不違背其本意之不確定故意與A為判決附表編號10之性行為」等語，而認被告A11該當主觀犯意甚明，惟原判決漏未考量本件之特殊性（即性行為係發生於男同志圈內），無法單以「一般社會生活經驗法則」來判斷行為人之主觀意圖。又A於性行為前已為感染者，本案應屬不能犯。是原判決除併有判決不備理由之違誤外，其認事用法之過程亦非無重大疑慮等語。

貳、證據能力

一、關於被告A4於「101年前案」中檢察事務官（下稱檢事官）詢問、檢察官訊問及105年12月1日本案檢事官詢問之供述：

(一)按刑事訴訟法關於告知證人有拒絕證言權之規定，係在免除證人因陳述而自入於罪，或因陳述不實而受偽證之處罰，或不陳述而受罰鍰處罰，而陷於抉擇之三難困境。此項拒絕證言告知之規定，雖為保護證人而設，非當事人所能主張(即權利領域理論)，然證人於警詢、檢察官訊問時，因仍享有

不自證己罪之特權，是在以他人為被告之案件，司法警察（官）於警詢（含檢察事務官之詢問）或檢察官於偵訊時，如未依刑事訴訟法第186條第2項規定，告知為證人時有同法第181條拒絕證言之權利，而有違正當法律程序，倘全案亦無相關證據足認該證人實已知悉有拒絕證言權仍放棄行使而為證言時，該證人於嗣後成為被告時，基於不自證己罪特權及落實正當法律程序之理念，應認該證人斯時不利於己之陳述，不得作為「其為被告時」之不利證據，不因斯時詢問或訊問時以「證人身分」或「犯罪嫌疑人身分」通知到案而有不同（併參最高法院96年度台上字第1043號、97年度台上字第2956號等判決意旨）。此與詢問或訊問時未踐行證人得拒絕證言之告知義務，而逕行告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結時，所取得之證人證詞，對於「該案被告」（證人以外之他人為被告）有無證據能力之認定，應由法院依刑事訴訟法第158條之4所定之權衡判斷原則予以審酌之情形（併參最高法院109年度台上字第2638號、112年度台上字第2241號、114年度台上字第2095號等判決意旨），迥然有別。

基此，被告A4於「101年前案」為證人之供述（前案101偵24753號卷五第2至3頁檢事官詢問筆錄、前案101偵24753號偵查卷五第6至8頁檢察官訊問筆錄），因均未見檢警有何依刑事訴訟法第186條第2項規定，告知被告A4為證人時，有刑事訴訟法第181條所定拒絕證言之權利，且卷內並無特別證據足認被告A4係明知有拒絕證言權而放棄行使，故無論被告A4於「101年前案」中不應命具結之詢問（即檢事官詢問時）或應命具結之訊問（即檢察官訊問時）時所為不利於己之陳述，依上開說明，均基於被告不自證己罪特權及正當法律程序之落實，於本案A4為被告時，不得為證據。

(二)又被告之自白，如非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，為刑事訴訟法第156條第1項所明定。查被告A4於105年1

2月1日本案檢事官詢問時，雖一度表示：於本判決附表編號1所示時間與A發生性行為時，因時間太久，忘記A有無戴保險套，(改稱)聊天中雖然有提到要無套性行為(按，即網路用語「BB」)，但我有要求A帶保險套，我上次會那樣講應該是我當時太緊張了云云。惟當檢事官提示其於「101年前案」以證人身為接受詢問及訊問之供述筆錄、MSN對話紀錄顯示A4曾坦承是無套性行為(按，即MSN對話紀錄用語「BB」)，並告以上次以證人身分具結證述，如證述不實恐有涉犯偽證罪嫌後，其乃供稱：該次與A為性行為時，A應該沒有戴保險套，我是純0號（被插入者），A是1號（插入者）等語(見105年度他字8658卷第127頁反面至128頁)。而稽之卷內證據資料，本案檢事官上開「上次以證人身分具結證述，證述不實恐有涉犯偽證罪嫌」之告知，僅在於提醒被告A4關於虛偽陳述在法律上之負面效果為何，具有訴訟照料之性質，且被告A4於「101年前案」為證人之供述，雖不得為證明被告有罪之證據，但於法並不禁止得以之為彈劾其他相異供述之用，於此情形，難謂有何以強暴、脅迫、詐欺或其他不正方法而取供之情形可言。且被告A4於112年8月4日原審審理時亦供稱：其於該次檢事官詢問時所述實在等語（見原審卷八第140至141頁），可見其本案於105年12月1日檢事官詢問時之上開供述，經核與事實相符（佐以A之證詞及卷附MSN即時通對話紀錄等相互印證，見後述），依上開規定，自得為證據。被告A4及其辯護人所為關於此部分供述不具任意性之抗辯，應無可採。

二、按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有同法第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159條之5亦有明文。立法意旨在於傳聞證據未經當事

人之反對詰問予以核實，原則上先予排除；惟若當事人已放棄反對詰問權，於審判程序中表明同意該等傳聞證據可作為證據；或於言詞辯論終結前未聲明異議，基於尊重當事人對傳聞證據之處分權，及證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，且強化言詞辯論主義，使訴訟程序得以順暢進行，上開傳聞證據亦均具有證據能力。查除上開被告A4供述證據外，本判決下列所引供述證據，檢察官、被告A4、A11及其等辯護人於本院準備程序及審判程序時均未爭執證據能力（見本院卷一第175至177、201至206頁、卷三第16至21頁），本院審酌該證據作成時之情況，並無違法、不當或證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，應有證據能力。

三、至其餘憑以認定被告A4、A11犯罪之下列所引各項非供述證據，查無違反法定程序取得之情，依刑事訴訟法第158條之4規定之反面解釋，均有證據能力。

參、實體部分

一、認定事實所憑之證據及理由

訊據被告A4、A11均矢口否認有何本件犯行，被告A4於本院雖保持緘默，惟其辯護人為其辯護要旨如前揭上訴要旨；A11固坦承確為感染者，且有與A進行無套性行為，惟辯稱：A於性行為前已為感染者，本案應屬不能未遂，伊無告知之作為義務，起訴書並未記載伊如何隱瞞，伊亦無隱瞞等語（其辯護要旨如前揭上訴要旨）。經查：

(一)被告A4、A11明知自己為HIV感染者：

經查，被告A4、A11確各於本判決附表編號1、2所示「確診日期」確診為HIV感染者一節，有行政院衛生福利部（原名：衛生署，下稱衛福部）疾病管制局102年1月10日衛署疾管愛字第1020000247號函、102年3月25日衛署疾管愛字第1020002563號函等件存卷可憑（見偵24753卷二第101至102頁，偵24753卷卷七第98至100頁反面），且為被告A4、A11所不爭執，此部分事實首堪認定。

(二)被告A4、A11分別有與A進行如附表編號1、2所示之無套性行為：

1.被告A4與A為附表編號1所示無套性行為之認定：

⑴被告A4於105年12月1日本案檢事官詢問時（提示被告A4於「101年前案」以證人身為接受詢問及訊問之供述筆錄、MSN對話紀錄顯示A4曾坦承是無套性行為〔按，即MSN對話紀錄用語「BB」〕）供稱：**該次其與A為性行為時，A應該沒有戴保險套，我是純0號（被插入者），A是1號（插入者）**等語(見105年度他字8658卷第127頁反面至128頁)，且被告A4於112年8月4日原審審理時亦供明(提示並告以要旨)：**其於105年12月1日本案檢事官詢問時所述實在**等語（見原審卷八第140至141頁），可見被告被告A4上開供述內容已自承有與A進行如附表編號1所示之無套性行為。核與A**於「101年前案」中亦供稱確有與被告A4發生危險性行為（見原審訴字221卷第44頁）、於原審審理時復證稱：我記得101年間從A1到A13都有見面，而且都有發生關係等語（見原審卷五第39頁）**，大致相符。**又證人A於原審審理時證稱：其在MSN即時通對話紀錄中向來使用暱稱「BOBO」或「COREY」之帳號，對話紀錄中所指之「BB」就是指玩無套，我會問對方玩不玩不安全性行為，「BB」是不安全性行為，沒有戴保險套等語**（見原審卷六第40至41、50至51頁），亦能明瞭相關MSN即時通對話紀錄用語「BB」，係指無套性行為。

⑵再稽之卷附被告A4與A之MSN即時通對話紀錄顯示（見偵24753卷五第4頁）：

Ａ：Ｈ，你找，你玩ＢＢ煙ＨＩ冂。

Ａ４：恩，你呢。

Ａ：嗯，ＯＫ，嗯，你想約冂，巛巛約ＢＢ煙Ｈ。

Ａ４：你會喜歡我這型？

Ａ：妳友玩冂，嗯，很喜歡你，超優，你想玩冂，過來跟　巛巛。

Ａ４：哈哈，當然想。
Ａ：一對一，要冂。
Ａ４：恩。
Ａ：0000-000XXX ，你怎冂來，**巜巜約ＢＢ。**
（註：不公開被告之行動電話門號資料）
Ａ４：騎車過去。
Ａ：你ＯＫ冂，嗯，先關。你有忽了冂。
Ａ４：你說剛剛？
Ａ：嗯。
Ａ４：幾口。
Ａ：你玩ＢＢ煙Ｈ冂，嗯，過來玩。
Ａ４：你有工具？我不方便帶。
Ａ：要，有，巜巜有，○○區○○路○段XX號。
（註：不公開被告之住所資料）
喔，那先過來，巜巜有用聚，你帶東西過來，乖，我們玩ＢＢ煙ＨＩ幹。
Ａ４：你自己也有東西？
Ａ：你ＯＫ冂，嗯，巜巜是你勿菜冂？
Ａ４：當然。
Ａ：嗯，好，巜巜要跟你ＢＢ煙ＨＩ幹，你ＯＫ冂？
Ａ４：ＯＫ，我上一下廁所，等等準備一下。
Ａ：嗯，好。
Ａ４：出門跟你說一聲。
Ａ：等悔見。
Ａ４：我出門了。
Ａ：嗯，你電話多少，怎冂稱呼？
Ａ４：0000-000XXX，ＶＩＴＯ。
（註：不公開Ａ４之行動電話門號資料）
Ａ：嗯。

⑶依A及被告A4前開供述、被告A4與A間之上開MSN即時通對話紀錄分析，101年7月4日係由A主動邀約被告A4至A住處進行

無套性行為（網路用語「BB」，下同），並使用甲基安非他命助興（網路用語「煙HI」，下同），亦能印證被告A4確有與A為如附表編號1所示之無套性行為（併參本院102年度上訴字第2934號判決意旨〔最高法院105年度台上字第 894 號判決駁回上訴確定〕）。

2.被告A11與A為附表編號2所示無套性行為之認定：

查被告A11確有與A進行如附表編號2所示無套性行為之客觀事實一節，業據被告A11自承有該客觀事實不諱（見原審卷八第43至44頁、本院卷一第201、206頁，卷三第28至29頁），並經A於「101年前案」原審審理時陳述明確（見原審訴字221卷第44頁），且有卷附A與被告A11之MSN即時通對話紀錄在卷可證（A11於101年6月2日、同年8月17日，透過MSN與A相約以「BB」、「菸HI」、「內射」之方式進行性交後，即於101年9月底某日，前往A之○○區住處與A進行危險性行為，見偵字24753卷四第16頁），堪以認定。

3.綜上，堪認被告A4、A11確有分別與A進行如附表編號1、2所示無套性行為甚明。

(三)被告A4、A11與A所為如附表編號1、2所示之無套性行為，均屬人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條所定之「危險性行為」：

1.按刑法上所稱空白構成要件，係指犯罪構成要件雖有罪名、法律效果與部分構成要件，但其具體的禁止內容，則另由其他法律、行政規章或命令補充，整體評價後，始成為完整的構成要件。而適用空白構成要件，亦不得違反罪刑法定原則，而其衍生意義之具體內涵包含禁止類推適用、禁止習慣法、禁止溯及既往以及要求明確性原則。次按刑法第2條所謂有變更之法律，乃指刑罰法律而言，並以依中央法規制定標準法第2條之規定制定公布者為限。行政法令縱可認為具有法律同等之效力，但因其並無刑罰之規定，究難解為刑罰法律，故如事實變更及刑罰法律外之法令變更，均不屬本條所謂法律變更範圍之內，自無本條之適用。再行政機關依據

委任立法而制定具有填補空白刑法補充規範之法規命令，雖可視為具法律同等之效力，然該法規命令之本身，僅在補充法律構成要件之事實內容，即補充空白刑法之空白事實，並無刑罰之具體規定，究非刑罰法律，該項補充規範之內容，縱有變更或廢止，對其行為時之法律構成要件及處罰之價值判斷，並不生影響，於此，空白刑法補充規範之變更，僅能認係事實變更，不屬於刑罰法律之變更或廢止之範疇，自無刑法第2條第1項法律變更之比較適用問題，應依**行為時**空白刑法填補之事實以適用法律（併參司法院釋字第103號解釋、最高法院106年度台上字第371號、108年度台上字第1371號、113年度台上字第780號、113 年度台非字第168 號等判決意旨參照）。

2.觀諸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1項、第4項規定分別為：「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5年以上12年以下有期徒刑」、「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」，可知人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條之「危險性行為」，乃屬於空白構成要件，須待中央主管機關以其他法律、行政規章或命令補充之。而衛福部依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項規定授權訂定之「危險性行為之範圍標準」，業於97年1月10日以行政院衛生署署授疾字第0960001319號令訂定發布，並自發布日起施行，該標準第2條原規定為「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」，嗣於110年7月2日以衛福部衛授疾字第1100100972號令修正為：「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，且經醫學評估有重大傳染風險造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為」。其修正理由為：「一、依據聯合國愛滋病規劃署（The Joint United Nations Program

me on HIV and AIDS；UNAIDS）指引，對未造成實際傳染仍要課予刑事責任，應僅限於涉及重大傳染風險之行為；是否構成重大傳染風險，應依照最佳可得知之科學及醫學證據綜合判定。二、依據現有最佳可得知之科學及醫學證據顯示，人類免疫缺乏病毒感染者穩定服用抗病毒藥物治療且維持病毒量受良好控制狀態（病毒量200copies／mL以下），無透過性行為傳染人類免疫缺乏病毒予其伴侶之案例發生。三、綜上，修正危險性行為之範圍標準。危險性行為之要件除有未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸者外，並應符合經醫學評估有重大傳染風險」，揆諸前開說明，此乃屬事實變更，不屬於刑罰法律之變更或廢止之範疇，應依行為時空白刑法填補之事實以適用法律，亦即應依修正前「危險性行為之範圍標準」第2條規定認定「危險性行為之範圍」（最高法院111年度台上字第2419號判決意旨參照）。本案如附表編號1、2所示之無套性行為均係發生在101年間，前開無套性行為是否屬「危險性行為」，自應依修正前「危險性行為之範圍標準」第2條規定，即「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」加以認定。

3.經查，被告A4、A11與A間就如附表編號1、2所示之性行為，均係無套性行為，自屬「未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸」之性行為。而就「醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為」之要件，證人莊苹於「101年前案」偵查中證稱：伊為臺北市立聯合醫院昆明醫院區行政中心主任，主要接觸HIV／AIDS患者，同時負責臺北市愛滋病防治工作，也是行政院人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障委員會委員，伊一般來說，都會告知感染者，HIV病毒株有很多類型，光是第1型就有幾百種病毒株，不同病毒株病毒菌叢分布有差異，進入人體變種及服藥抗藥性均有變化，即使雙方均為感染者，未戴保險套發生性行為，仍有可能使病情加劇，也會因多重複雜性交導致藥物抗藥性，剛開始因

為愛滋病藥物很貴，一個月需要新臺幣（下同）2萬元，所以雖然感染HIV，如果免疫系統沒有被明顯破壞，也不會立即用藥（見偵字24753卷七第92至94頁）；證人林錫鈞於「101年前案」審理時證稱：其為義大醫院感染科教授，也是臺灣愛滋病學會理事長，專長是感染症、愛滋病的治療，感染者的情況通常是以他的免疫能力、病毒量及臨床狀況來認定，如果免疫能力（CD4）大於200，病毒量控制在測不到的狀況（就是病毒量小於40），病人發病機率就很小，代表投藥狀況良好，而如果病毒量控制在測不到的狀況，傳染給他人的機率趨近於零，但科學上不會說是百分之百，HIV傳染途徑最主要就是性行為、污染針具、血液、及母嬰垂直感染，只要正確使用保險套，就可以預防愛滋病，而愛滋病傳染不是一般想像的高，例如陰道性行為，傳染機率約為千分之1，接受型肛交約為千分之5，插入型肛交約為萬分之6.5，針扎的機率是千分之3，傳染力跟病人的病毒量也有關係，病毒量越高，傳染率越高，病毒量如果是測不到，感染力是趨近於零，感染者跟感染者為無套性行為，也有交叉感染的可能，可能感染到不同的病毒株，即使有正常服藥的感染者傳染或被傳染的機率比較低，也可能出現抗藥性的狀況，就是交叉感染的狀況，另外，隨醫學進步，愛滋病已經改變，不是當年的絕症，愛滋病是可以預防的疾病，可以透過藥物跟保險套預防，且除了愛滋病的演化，其等希望愛滋病的感染者可以告知對方、戴保險套、降低傳染的機會，如果定罪，感染者就不會好好吃藥，不敢告訴對方，其在公共衛生方面希望可以修改這個法條，在蓄意傳染給對方且經過病毒基因比對再定罪，在公共衛生角度希望可以除罪化（見原審訴字221卷第126至129頁）各等語，由上開證人之證述可知，HIV感染途徑包含未經隔絕之性行為，陰道性行為傳染機率約為千分之1，接受型肛交約為千分之5，插入型肛交約為萬分之6.5，而傳染機率與病毒量控制有關，病毒量如低於40 copies／mL，感染力趨近於零（即國際上所謂Undet

ectable 【測不到】= Untransmittable【不會傳染】），又稱「U＝U」），又如均為HIV之感染者，即便有服用藥物，亦有可能因為未經隔絕之性行為而發生交叉感染（即感染不同病毒株之HIV）或抗藥性。

4.此外，聯合國愛滋病規劃署為聯合國所轄統籌全球愛滋防治策略制定之重要機構，該署於102年5月間出版之「結束因未披露HIV、HIV暴露和傳播而產生的過於寬泛的刑事定罪：重要的科學、醫學和法律考量（Ending overly broad criminalization of HIV non-disclosure,exposure and transmission:Critical scientific, medical and legal considerations）」，為各國關於愛滋病防治之參考依據，亦為衛福部110年間修改危險性行為之範圍標準之修正理由中所參考之國際文獻依據（參前述修正理由），應具相當之權威性及可信性，應可援引為本案之參考。參以該文獻記載（本院卷二第435至437頁【被告A11所提上證1】）：各類性行為導致HIV感染風險估計(Estimated per-act risk of HIV infection from various sexual acts)，其中與未接受治療之HIV感染者進行無保護之肛交感染風險為0.82%（122分之1，對於被插入方而言）、0.06%（1,666分之1，對於插入方而言），然如感染者確有使用保險套，應認無實質性之傳染風險，又如感染者正在進行有效之治療、病毒量低（對於涉及刑法之案件，建議以1,500 copies／mL為病毒量足夠低，無刑事責任之依據），亦無實質性之傳染風險（There is no significant or substantial risk of transmission involved when individuals are on effective HIV treatment or have a low viral load），並建議在將感染風險水平運用於刑法時，考慮感染者是否知道或已被告知上述要素／條件重要性及通過治療降低HIV傳播風險之影響（whether the person living with HIV knew of the importance of the above elements／conditions and their influence on the effectiveness of treatment in reducing the

risk of HIV transmission (or had been informed of these conditions))、感染者是否知道自己患有其他經性傳播感染，並且因此導致嚴重之HIV傳染風險（whether the person living with HIV was aware that he or she had any other sexually transmitted infection and that, as a result of this infection, there was a significant risk of HIV transmission）、感染者是否能夠獲得免費的、可負擔的定期病毒載量檢測（whether the person living with HIV had access to free or affordable regular viral load testing）。

5.又觀諸於107年7月25日在荷蘭舉行之世界愛滋大會，由20位全球知名之愛滋病毒學者，在會議期間所發表之「專家共識聲明：刑法脈絡下的愛滋相關科學（Expert consensus statement on the science of HIV in the context of criminal law）【即A11所提上證5，本院卷二第519至548頁】，並同時刊載至國際愛滋病學會期刊，該份聲明指出，不同行為下HIV傳染的可能程度區分三種，一、「依據已進行過多次世代研究，此行為的傳染可能性可被評估為某程度的確定性（Acts for which the transmission possibility can be estimated with some degree of certainty because multiple cohort studies have been undertaken.）」，例如陰道或肛交之性行為，二、「依據零星的案例報告、生物合理性或數學模型，此行為的傳染可能性可被評估為較低的確定性（Acts for which transmission possibility can be estimated with less certainty from isolated case reports, biological plausibility or mathematical models.）」，例如口交或射精前的體液，三、「因構成傳染的要件不存在，此行為下的傳染在生物學上是不可能的（Acts for which it is biologically implausible for transmission to occur as the conditions required for transmission are not present.）」，例如吐口水（見本院卷二

第522頁），而無套肛交（被插入方），傳染HIV可能性高於無套陰道交，個別研究估算單一次肛交的HIV傳染可能性介於0.01%至超過3%，由插入方傳染給接受方的情形高於反過來之情形，兩項系統性文獻回顧（2010年、2014年）指出，單一次的接受式肛交，其傳染可能性估計約為1.4%，2010年一項前瞻性世代研究發現，有射精的傳染可能性為1.43%，或沒有射精，可能性下降到0.54%，單一次的插入式肛交，傳染可能性估計為0.11%，而當感染者具低病毒量、或使用保險套、或正在服用PrEP，無論接受方是男性或女性，傳染HIV的可能性介於「無」到「可忽略」，而當感染者病毒量低於200 copies／mL，在約39,000次無套肛交中，皆無傳染案例，事實上，目前在任何臨床試驗中，都沒有病毒量測不到的感染者造成傳染的案例（本院卷二第529至530頁），該聲明並指出影響HIV傳染可能性的因素包含：正確使用保險套可以預防傳染HIV、病毒量低或測不到大幅減少或消除傳染HIV之可能性、暴露HIV前預防性投藥（PrEP）大幅度降低感染HIV之可能性、暴露HIV後預防性投藥（PEP）大幅度降低感染HIV之可能性、包皮環切術降低女性將HIV傳染給男性的可能性、射精前拔出或策略性體位等降低風險措施能降低HIV之可能性、某些情況下，性病感染者可能增加傳染HIV之可能性（見本院卷二第524至527頁）。

6.另前揭110年7月2日衛福部衛授疾字第1100100972號令修正「危險性行為之範圍標準」第2條規定為：「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，且經醫學評估有重大傳染風險造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為」。其修正理由已闡明：「……依據現有最佳可得知之科學及醫學證據顯示，人類免疫缺乏病毒感染者穩定服用抗病毒藥物治療且維持病毒量受良好控制狀態（病毒量200copies／mL以下），無透過性行為傳染人類免疫缺乏病毒予其伴侶之案例發生。……」等旨，並於本條修正案說明資料中（含Q／A）揭示以「病毒量200copies／mL」為判斷基準之科學及醫

學驗證依據包括：㈠美國知名大型臨床隨機試驗Partner 1及Partner 2研究，分別收案888對及782對感染者及其HIV陰性伴侶，追蹤其透過性行為傳染HIV給另一半的情形，發現追蹤期間超過75,000次男同性伴侶無套肛交，及超過36,000次異性伴侶無套陰道交或肛交，沒有任何一位服用抗病毒藥物（以下簡稱ART）且病毒量達良好控制（< 200 copies／mL）的HIV陽性個案把HIV傳染給其陰性伴侶。㈡Opposites Attract研究追蹤343對男同性伴侶（其中一位HIV陽性、另一位HIV陰性）16,800次無套肛交，沒有任何一位服用ART且病毒量達良好控制（< 200 copies／mL）的HIV陽性個案把HIV傳染給其陰性伴侶。㈢ 綜上，感染者穩定接受抗愛滋病毒藥物治療，其血液中的病毒量維持良好控制的狀態（< 200 copies／mL），無透過性行為傳染人類免疫缺乏病毒予其伴侶之案例發生（見本院卷一第421至428頁）。此之修正固屬事實之變更，已如前述，然其科學及醫學驗證結果，係依據長期追踪研究所得，具有一度之信度及效度，與前述證人及相關文獻之結果相同，非不得為輔助參考依據。

7.由上述具相當專業之證人證述及相關文獻資料可知，感染者與他人進行無套（未經隔絕）之肛交行為，無論係接受方或插入方，均有因而感染HIV病毒之可能性，上述相關文獻雖對於傳染可能性之數字高低略有出入，然均肯認確有此可能性，又上述證人及相關專業文獻資料亦均肯認在病毒量較低（低於200 copies／mL以下），或甚至病毒量為測不到之情況（40 copies／ml以下），感染者即使與他人為無套之肛交行為，亦無傳染於他人之可能性。是綜合上情，堪認如感染者係與他人進行無套肛交行為，原則上即屬修正前「危險性行為之範圍標準」第2條規定之危險性行為，然如當時感染者客觀上確實已屬病毒量較低（低於200 copies／mL以下）或甚至病毒量為測不到之情況（40 copies／mL以下），應例外認定並非醫學評估上可能造成傳染HIV之性行

為，而非屬修正前「危險性行為之範圍標準」第2條規定之危險性行為。

8.經本院依當事人之聲請，向臺北市聯合醫院林森院區、昆明院區函詢關於被告A4於101年7月4日前後人類免疫缺乏病毒（即HIV病毒）病毒量是否已高於200 copies／mL？及向醫療財團法人徐元智先生醫藥基金會亞東紀念醫院（下稱亞東醫院）函詢關於被告A11於101年9月底前後人類免疫缺乏病毒（即HIV病毒）病毒量是否已高於200 copies／mL？經上開各醫院函覆：㈠關於被告A4部分：**被告A4於101年5月29日檢驗報告HIV病毒量50,458 copies／mL、101年9月26日發報告HIV病毒量166,500 copies／mL**，有臺北市聯合醫院114年9月24日北市醫林字第1143062244號函暨自101年5月2日至106年8月30日止在該院區門診（昆明）就診病歷資料、檢驗影本及病情說明在卷可稽（見本院卷一第439至506頁、本院卷二第21至124頁）。㈡關於被告A11部分：依據該院相關之檢驗資料，**101年9月底「之前」最後一次有報告時間為101年08月06日之結果，病毒量為33,400 copies／mL高於200 copies／mL**；被告A11第一次檢驗到病毒量低於200 copies／mL之報告時間為106年4月1日，有亞東醫院114年9月25日亞病歷字第1140925001號函暨病歷資料在卷可稽（見本院卷二第5至19頁）。由上開檢驗資料可知，被告A4、A11與A於附表編號1、2所示時間進行無套肛交性行為時，相關檢驗報告顯示其等當時之HIV病毒量均遠超200 copies／mL以上甚多，其等分別為上開無套性行為時，應均可認屬人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條所定之「危險性行為」。是以，被告A4曾辯稱其有接受藥物治療，不會交叉感染；被告A13辯稱：其病毒量未達藥物治療標準，一直都沒有服藥，但有固定回診，不具感染力各等語，與上開客觀檢驗結果不符，皆無可採。

(四)被告A4、A11與A於附表編號1、2所示從事危險性行為時，確有隱瞞其等各為HIV感染者之身分：

1.證人A於原審審理時證稱：印象中性行為相對人中都沒有人告知伊有感染HIV之情形，如果沒有戴套就是對方沒有告知HIV，伊也不會在性行為時問對方有無感染HIV，因為是個人隱私，而且問了對方不講，伊也不能怎麼樣，伊也不會問對方的病毒量，伊就只重視對方的外貌、身材，至於是不是帶原者、病毒量，伊都不重視，伊不可能問對方「是不是感染者」這種愚蠢的問題，如果對方有告知是HIV感染者，伊就會戴保險套等語（見原審卷六第40、54至55頁），是由A之證述可知，A不會主動問對方有無HIV，被告A4、A11亦未曾告知有感染HIV。此與被告A4於本案檢事官詢問時自承：其與A為本件性行為時，沒有特別提到是否為HIV帶原者，其也沒有問A是否為HIV帶原者（見偵8658號卷第127背面至128頁）、被告A11於本案檢事官詢問時自承：其與A為本件性行為時，其為HIV帶原者，但沒有向A特別提及其是否為HIV帶原者，在閒聊時說到以前有經驗，可以接受無套，我是純0號即被插入者，A是1號即插入者（見偵8658號卷第124背面至125頁）各等語，所述被告A4、A11分別與A為本件性行為時，均向A隱瞞其等為HIV感染者，且其等亦不知A實已感染HIV等情，互核相符，是被告A4、A11與A於附表編號1、2所示從事危險性行為時，確有隱瞞其等各為HIV感染者身分一節，堪以認定。

2.又被告A11及其辯護人雖辯稱：被告無告知之作為義務，公訴人並未舉證被告如何隱瞞，被告實無告知感染者身分之保證人地位云云。惟查，人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條所定之罪，係學理上所稱之「雙重行為犯」，包括「與他人進行危險性行為」之作為犯以及「隱瞞」自己為感染者之純正不作為犯，此之「隱瞞」為法律所明定之「純正不作為」型態，為誡命規定，亦即法律直接課予誡命（告知）義務，立法意旨在於如隱瞞（未告知）而將人類免疫缺乏病毒傳染於他人，危害公共衛生及個人法益至鉅，爰參照(舊)刑法第285條規定之意旨，特設本條處罰之

規定，以利防治工作之推展等語（見本條〔按79年12月17日公布之原條文為第15條〕立法理由），是依本條之立法旨趣，無論係「經詢問是否為感染者後，佯裝未感染、否認為感染者而未告知」或係「對方未詢問，亦未主動告知」，應均在該條之規範目的內，否則保護範圍僅限於對方有特別詢問之情形，顯然失之過狹，無助於達成避免感染者隱瞞感染者身分與他人為性行為，進而防止HIV傳染擴大之立法目的。準此，即係法律直接課予之誡命告知義務（純正不作為），自無庸比附援引「不純正不作為犯」之模式要求應依刑法第15條規定另尋保證人地位。是以，被告A11及其辯護人此部分所辯，容有誤解法律之規定。

(五)被告A4、A11與A間就如附表編號1、2所為危險性行為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項之隱瞞感染致傳染於人未遂罪：

1.被告A4、A11客觀上確有身為感染者、隱瞞而與A為危險性行為之行為等節，業經論證說明前述，被告A4、A11主觀上明知自己身為感染者，而HIV可能透過危險性行為傳染等情，亦屬一般人或同性戀圈生活經驗上可知悉之事，被告A4、A11皆為智識正常之成年人，對於從事危險性行為確有傳染HIV予他人之可能性，自不能諉為不知，其等仍基於使他人感染亦不違背其本意之不確定故意，分別與A進行如附表編號1、2所示之危險性行為，可認被告A4、A11主觀上有隱瞞感染致傳染於人之犯意。又因被告A4、A11隱瞞其等已感染HIV而分別與A進行本件危險性行為時，雖如前所述，**因其等也不知A當時亦已感染HIV**，然以被告A4、A11在從事本件危險性行為時所知悉之情狀（即**其等也不知A當時亦已感染HIV等情**）加以判斷，仍有傳染HIV予對方之可能性，亦即，本件以一般人於行為時立於行為人之立場可得認識之事實，或行為人於行為時所特別認識之事實，基於一般人之觀點判斷（按並非事後以科學驗證方式證明），仍具法益侵害之危險性（此即學說上關於不能犯之客觀或具體危險理論，併參最

高法院110年度台上字第3511號判決意旨）。故此危險可能之判斷，在被告等也不知A當時亦已感染HIV之場合，自無庸要求客觀上須證明在進行無套肛交性行為時，被告等身上所帶病毒株在生物學、病理學上與A身上所帶病毒株不同而有交互感染可能性，是本件被告A4、A11所為，自非屬刑法之不能犯，而卷內亦無其他證據證明A有因前開危險性行為而感染其他類型之HIV病毒，是被告A4、A11隱瞞感染致傳染於人之犯罪，既無證據證明業已完成，僅能論以未遂，而構成隱瞞感染致傳染於人未遂罪。是被告A11及其辯護人前揭不能犯之抗辯，尚不可採。

2.應加敘明者，乃人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第1條：「為防止人類免疫缺乏病毒之感染、傳染及維護國民健康，並保障感染者權益，特制定本條例。」可知本法立法目的係避免HIV之感染、傳染及維護全體國民健康，並保障已感染者權益，而參諸人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例96年間修正之立法總說明：「.....我國在行政院衛生署結合醫藥衛生專家及民間團體投入防治工作，多年努力下，在人類免疫缺乏病毒感染防治、醫療、社會心理服務等各方面均有相當程度之發展。然而人類免疫缺乏病毒感染之疾病特性有別於其他傳染病，長久以來之社會文化價值始終影響社會大眾對人類免疫缺乏病毒感染者高危險族群（如同性戀者、性工作者）之刻版印象，使其更容易被邊緣化，往往不願主動篩檢或就醫。更重要者，人類免疫缺乏病毒感染之傳染模式與部分族群之高危險行為相關，加以人類免疫缺乏病毒不斷變異，亦增疫苗及藥物開發困難，而防治工作廣涉公共衛生、醫療專業、社會、經濟、文化及行為科學等層面，進而影響國家之發展及競爭力。……」，可知除避免HIV之傳染及感染、保障感染者之目的外，亦涉及公共衛生、醫療、社會、經濟、國家競爭力等層面，質以本法第16條規定，感染者開始服藥後2年內，包含門診及住院診察費等治療相關之醫療費用、抗人類

免疫缺乏病毒之藥品費、抗人類免疫缺乏病毒藥品之藥事服務費、病毒負荷量檢驗及感染性淋巴球檢驗之檢驗費，均由中央主管機關全額予以補助，顯見HIV之防治並非僅係保護個人免於遭傳染HIV之個人法益，尚兼有促進國家總體公共衛生、確保國民健康、控制總體醫療成本等社會法益，自非個人所可輕易放棄。況在立法之選擇上，立法者已就個人性行為之自由與國家總體公共衛生之權衡上，選擇處罰隱瞞感染致傳染於人之情形，已有排除感染者主動告知後他人仍願意為危險性行為之部分，自不得逕以他人未先確認對方有無感染仍願意進行危險性行為，即謂他人已放棄此項法益。是A即令於本案之危險性行為前未詢問對方有無感染，仍願意進行危險性行為，亦難謂有何放棄法益或得被害人承諾之阻卻違法事由，併予敘明。

(六)無必要調查證據之說明：

1.按當事人、辯護人聲請調查之證據，法院認為與待證事實無重要關係、待證事實已臻明瞭無再調查之必要，或顯係同一證據再行聲請，自無調查必要，得依刑事訴訟法第163條之2第1項以裁定駁回之，或於判決理由予以說明。

2.被告A11及其辯護人聲請本院調查如下證據：⑴囑託財團法人長庚醫院陳南仔醫師，就被告A11自願提供之血液樣本為次世代基因定序(NGS)檢驗其病原是否帶帶有 Abacavir、Efavirenz、Lamivudine 三種藥物抗藥性存在之鑑定。⑵函詢台灣愛滋病學會說明A於101年間與被告A11發生未戴保險套行為時服用帶有Abacavir、Efavirenz、Lamivudine三種藥物抗藥性存在時，該行為是否屬於為危險性行為之範圍標準第2條所定之「醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為」或修正後之「且經醫學評估有重大傳染風險造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為」？⑶囑託國立臺灣大學醫學院附設醫院為鑑定被告A11與A發生之無保險套性行為是否為危險性行為之範圍標準第2條所定之「醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為」或修正後之「且經醫學

評估有重大傳染風險造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為」?（見本院卷二第414頁至417頁）核上開各項證據調查之聲請，均係在爭執被告A11與A從事之本件無保險套性行為，是否該當前揭「危險性行為」之要件，而此項爭點業經本院依各項證據資料綜合判斷而認定如前，待證事實已臻明瞭，依上開規定，無再為無益調查之必要，併予敘明。

(七)綜上所述，被告A4、A11前開所辯均不足採，本案事證明確，被告A4、A11犯行堪予認定，應依法論科。

二、論罪科刑：

(一)核被告A4、A11就如附表編號1至2所為，均係犯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項之隱瞞感染致傳染於人未遂罪。

(二)刑之減輕之說明：

1.被告A4、A11分別所犯如附表編號1、2所示之隱瞞感染致傳染於人罪，均因A未因而感染，僅得論以未遂，爰依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之。

2.刑事妥速審判法第7條之適用

⑴按「自第一審繫屬日起已逾8年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，法院依職權或被告之聲請，審酌下列事項，認侵害被告受迅速審判之權利，且情節重大，有予適當救濟之必要者，應減輕其刑：一、訴訟程序之延滯，是否係因被告之事由。二、案件在法律及事實上之複雜程度與訴訟程序延滯之衡平關係。三、其他與迅速審判有關之事項。」刑事妥速審判法第7條定有明文。核其立法意旨，旨就久懸未決之刑事案件，從量刑補償機制予被告一定之救濟，藉以保障被告受迅速審判之權利，此係刑法量刑規定之補充規定。而其中第1 款所稱「訴訟程序之延滯，是否係因被告之事由」，係指如訴訟程序因被告逃亡而遭通緝、因病而停止審判、另案長期在國外羈押或服刑、意圖阻撓訴訟程序之順利進行，一再無理由之聲請迴避等屬於被告個人事由所造成案件之延滯而言。至於被告或其辯護人否認犯罪所為

之相關辯解，乃其訴訟上防禦權或辯護權之正當行使，不能視為造成訴訟程序延滯而可歸責於被告之事由。而法院於審酌刑事妥速審判法第7條各款所規定之事項後，如認被告之速審權確已受侵害，情節重大，有予以適當救濟之必要者，即應依法酌量減輕其刑。

⑵被告A4、A11被訴違反人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例罪，經檢察官提起公訴後，係於106年11月13日繫屬於第一審法院，有臺灣臺北地方檢察署106年11月13日北檢泰談106偵11628字第1069009477號函及其上臺灣臺北地方法院收狀戳1枚可稽（見原審卷一第1頁），迄本院判決時已逾8年，依上開刑事妥速審判法規定，本院自應依職權審酌被告A4、A11是否有依該條規定減輕其刑之適用。本院審酌本案訴訟程序之延滯，並無因被告A4、A11逃亡遭通緝、因病停止審判、另案長期在國外羈押或服刑，或意圖阻撓訴訟程序之順利進行，一再無理由聲請迴避等屬於被告A4、A11個人事由所致案件延滯之情形，而係因檢察官起訴內容所指被告A4、A11及其他同案被告涉犯上開違反人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例之罪，在法律及事實上堪認複雜，且涉案人員為數甚眾，需比對相關證人之證述、詳細研究相關法律爭點，始能具體釐清本案相關事實及法律之適用，而生程序延滯，是本件訴訟程序之延滯，尚無可歸責於被告A4、A11之事由，經本院審酌刑事妥速審判法第7條所定之3款事項，就被告A4、A11之速審權及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則為客觀判斷，認其等速審權確已受侵害，且情節重大，有予以適當救濟之必要，爰依刑事妥速審判法第7條規定，對被告A4、A11所犯上開犯行，均減輕其刑，並依法遞減輕之。

3.又審酌本案被告A4、A11均係於網路約炮聊天室中認識A，且係由A主動邀約被告A4、A11進行無套危險性行為，而被告A4、A11與A所為之無套性行為，均係得A同意所為，並非基於惡意主動邀約他人或強迫他人進行無套性行為，亦非故意為

大量傳染他人，而大量於短時間內與不同人進行無套性行為，亦無刻意挑選未感染HIV之人進行無套性行為，嗣後A亦無因而加重其HIV病情等情狀，認即使科以最低刑度仍嫌過重，爰再依刑法第59條規定減刑其刑，併依刑法第70條規定，遞減其刑。

三、撤銷原判決關於被告A4、A11部分改判之理由：

(一)原判決認被告A4、A11事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查：

1.被告A4於「101年前案」為證人之供述（前案101偵24753號卷五第2至3頁檢事官詢問筆錄、前案101偵24753號偵查卷五第6至8頁檢察官訊問筆錄），因均未見檢警有何依刑事訴訟法第186條第2項規定，告知被告A4為證人時，有刑事訴訟法第181條所定拒絕證言之權利，且卷內並無特別證據足認被告A4係明知有拒絕證言權而放棄行使，故無論被告A4於「101年前案」中不應命具結之詢問（即檢事官詢問時）或應命具結之訊問（即檢察官訊問時）時所為不利於己之陳述，基於被告不自證己罪特權及正當法律程序之落實，於本案A4為被告時，均不得為證據，已如前述，此與詢問或訊問時未踐行證人得拒絕證言之告知義務，而逕行告以具結之義務及偽證之處罰並命朗讀結文後具結時，所取得之證人證詞，對於「該案被告」（證人以外之他人為被告）有無證據能力之認定，應由法院依刑事訴訟法第158條之4所定之權衡判斷原則予以審酌之情形，迥然有別，惟原判決混淆上開法律效果，而認被告A4於「101年前案」中檢事官詢問、檢察官訊問時之供述，經權衡後仍認有證據能力，已有適用法則之違誤。

2.又關於被告A4、A11之HIV病毒量是否已高於200 copies／mL一節，係判斷各該被告是否該當人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條所定之「危險性行為」之重要客觀判斷依據之一，原審未予釐清明白，率認無庸證明各該被告HIV病毒量是否已高於200 copies／mL，而遽行判決，有理由欠備之違誤。

3.原判決在認定被告A4、A11隱瞞身為HIV感染者身分一節，僅以A之證述為唯一依據，漏未記載被告A4、A11於本案檢事官詢問時均已自承其等與A為本件性行為時，沒有特別提到是否為HIV帶原者，其也沒有問A是否為HIV帶原者之供述證據，亦有理由欠備之違誤。

4.本案自第一審繫屬日起已逾8年未能判決確定，應依刑事妥速審判法第7條規定減輕其刑，原審未及審酌，即非妥適。

5.從而，被告A4、A11否認犯行，而提起本件上訴，雖無理由，然原判決既有上揭可議之處，自應由本院就原判決關於被告A4、A11部分，予以撤銷改判。

(二)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告A4、A11本件所犯隱瞞感染致傳染於人未遂罪，造成A之身體法益及國家總體公共衛生之法益有受侵害之危險性，實有不該，值得非難。又審酌被告A4、A11與A係透過網路約炮聊天室認識，為追求性歡愉而約定從事無套性行為、其等犯罪之動機、目的、手段，所生危害輕重等犯罪情節，兼衡被告A4、A11犯後均矢口否認犯行（按被告A11則有坦承確有與A進行如附表編號2所示無套性行為之客觀事實）之犯後態度、被告A4、A11之前科紀錄及素行，再審酌被告A4為大學畢業之智識程度、從事服務業、需扶養爸媽、奶奶之家庭經濟狀況；被告A11為大學畢業之智識程度、在醫療機構工作、需要扶養父母之家庭經濟狀況（見原審卷八第164頁、本院卷三第36至37頁）等一切情狀，分別量處如主文第2、3項所示之刑，以資懲儆並啟自新。

(三)又本院審酌被告A4前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，此有被告前案紀錄表在卷可稽，符合刑法第74條第1項第1款、第2款之要件，堪認被告A4素行、品行非差。而審酌前開被告A4於案發時年輕氣盛，在網路尋求與不特定人之性邂逅、追求性自由及性歡愉之過程中，未能審慎重視性行為對象之權益及HIV之感染防治，因一時失慮致犯本案之罪，然本案案發時間距今已逾13年，被告A4歷經此次偵、審程序

及科刑之教訓，理當有所警惕，且現今醫學發展一日千里，愛滋病早已非不治之症，早年對於愛滋病之無知、恐慌、忌憚、甚至歧視之社會背景，亦已有所改變，為使被告A4有效回歸社會，重新開啟正向人生，認對於被告A4宣告之刑，以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款規定，宣告被告A4緩刑2年。又為使其記取本次教訓及督促建立正確法治觀念，以達戒慎行止、預防再犯之目的，經審酌其涉案情節及所造成危害，兼衡其經濟及家庭狀況，另依刑法第74條第2項第4款規定，命被告A4自本判決確定之日起6個月內向公庫支付5萬元。若被告A4不履行此等負擔，且情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，檢察官得依刑事訴訟法第476條、刑法第75條之1第1項第4款規定，聲請撤銷前開緩刑之宣告。至被告A11因尚有詐欺等前案執行中（前卷附被告前案紀錄表），不符合緩刑要件，無從諭知附條件緩刑，併此敘明。

乙、關於被告A13科刑(含緩刑、定執行刑)上訴部分

一、按上訴得對於判決之一部為之；上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第1項、第3項分別定有明文。是於上訴人明示僅就量刑上訴時，第二審法院即以原審所認定之犯罪事實及論罪，作為原審量刑妥適與否之判斷基礎，僅就原判決關於量刑部分進行審理。

二、原判決以被告A13係犯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項之隱瞞感染致傳染於人未遂計2罪，皆依刑法第25條第2項、第59條規定遞減輕其刑後，各處有期徒刑1年4月，定應執行有期徒刑1年5月。緩刑4年，並應自判決確定之日起6個月內向公庫支付10萬元。被告A13及其辯護人於本院準備程序及審理時皆已明示僅針對第一審判決之「刑度」（含定刑、緩刑）部分上訴，上訴範圍不包括原判決認定之事實、罪名之部分（見本院卷一第146、416頁、卷三第14頁），檢察官就被告A13部分並未上訴。是依前揭規定，此部分審理範圍僅限於原判決關於被告

A13所處之刑(含定刑及緩刑)部分。本院在不反於第一審所為採證、認事、用法之基礎上，僅就第一審判決關於被告A13之刑(含定刑及緩刑)部分是否合法、妥適予以審判。

三、被告A13上訴意旨略以：本件被告所為，應有刑事妥速審判法第7條減刑規定之適用。又原判決審酌被告A13之緩刑條件向「公庫支付10萬元」部分，支付條件過重，請酌減支付公庫之金額 ，俾符合罪刑相當原則及比例原則等語。

四、本案刑之減輕事由之審酌：

(一)被告A13所犯如附表編號3至4所示之隱瞞感染致傳染於人罪，均因A未因而感染，僅得論以未遂，爰皆依刑法第25條第2項規定，按既遂犯之刑減輕之。

(二)刑事妥速審判法第7條

1.按自第一審繫屬日起已逾8年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，法院依職權或被告之聲請，審酌下列事項，認侵害被告受迅速審判之權利，且情節重大，有予適當救濟之必要者，應減輕其刑：一、訴訟程序之延滯，是否係因被告之事由。二、案件在法律及事實上之複雜程度與訴訟程序延滯之衡平關係。三、其他與迅速審判有關之事項，刑事妥速審判法第7條定有明文。

2.被告A13被訴違反人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例罪，經檢察官提起公訴後，係於106年11月13日繫屬於第一審法院，有臺灣臺北地方檢察署106年11月13日北檢泰談106偵11628字第1069009477號函及其上臺灣臺北地方法院收狀戳1枚可稽（見原審卷一第1頁），迄本院判決時已逾8年，依上開刑事妥速審判法規定，本院自應依職權審酌被告A13是否有依該條規定減輕其刑之適用。本院審酌本案訴訟程序之延滯，並無因被告A13逃亡遭通緝、因病停止審判、另案長期在國外羈押或服刑，或意圖阻撓訴訟程序之順利進行，一再無理由聲請迴避等屬於被告A13個人事由所致案件延滯之情形，而係因檢察官起訴內容所指被告A13及其他同案被告涉犯上開違反人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染

者權益保障條例之罪，在法律及事實上堪認複雜，且涉案人員為數甚眾，需比對相關證人之證述、詳細研究相關法律爭點，始能具體釐清本案相關事實及法律之適用，而生程序延滯，是本件訴訟程序之延滯，尚無可歸責於被告A13之事由，經本院審酌刑事妥速審判法第7條所定之3款事項，就被告A13之速審權及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則為客觀判斷，認其等速審權確已受侵害，且情節重大，有予以適當救濟之必要，爰依刑事妥速審判法第7條規定，對被告A13所犯上開犯行，均減輕其刑，並依法遞減輕之。

(三)又審酌本案被告A13係於網路約炮聊天室中認識A，且係由A主動邀約被告A13進行無套性行為，而被告A13與A所為之無套性行為，且均係得A同意所為，並非基於惡意主動邀約他人或強迫他人進行無套性行為，亦非故意為大量傳染他人，而大量於短時間內與不同人進行無套性行為，亦無刻意挑選未感染HIV之人進行無套性行為，嗣後A亦無因而加重其HIV病情等情狀，認即使科以最低刑度仍嫌過重，爰再依刑法第59條規定減刑其刑，併依刑法第70條規定，遞減其刑。

五、原判決關於被告A13科刑撤銷改判部分

(一)原審審理後，就被告A13犯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項之隱瞞感染致傳染於人未遂共2罪部分，各處有期徒刑1年4月，定應執行有期徒刑1年5月。緩刑4年，並應自本判決確定之日起6個月內向公庫支付新臺幣10萬元，固非無見。

1.惟本案繫屬法院迄今已逾8年未能判決確定，被告A13合於刑事妥速審判法之減輕事由而應予減輕，原審未及依刑事妥速審判法第7條規定減輕其刑，容有未洽。

2.緩刑部分本案被告A13所犯隱瞞感染致傳染於人未遂罪，本院綜合審酌本案情狀後（詳述如後），認仍適於給予被告A13緩刑之寬典，然原判決就被告A13及其他同案被告A3、A4、A5、A9、A10、A12均諭知分別向公庫支付之金額10萬元，然

被告A13與其他被告A3、A4、A5、A9、A10、A12經濟生活狀況並不相同（見原審卷八第164頁），原審就被告A13與其餘6位共同被告均未為區隔而為相同之緩刑條件，即有未洽。

3.從而，原判決此部分既有前揭瑕疵，被告A13執以指摘，並請求從輕量刑及酌定較輕之緩刑條件等語，為有理由，原判決自屬無可維持，自應由本院將原判決關於A13科刑、緩刑及定執行刑部分，予以撤銷改判。

(二)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告A13本件所犯隱瞞感染致傳染於人未遂罪，造成A之身體法益及國家總體公共衛生之法益有受侵害之危險，實有不該，值得非難。又審酌被告A13與A係透過網路約炮聊天室認識，為追求性歡愉而約定從事無套性行為、其犯罪之動機、目的、手段，所生危害輕重等犯罪情節，以及被告A13自陳大學畢業之智識程度、從事送貨員、不用扶養家人之經濟生活狀況（見原審卷八第164頁、本院卷三第37頁）等一切情狀，量處如主文第4項所示之刑。

(三)**關於被告A13定應執行刑部分**

1.按裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；又數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第51條之規定，定其應執行之刑，同法第50條、第53條分別定有明文。次按數罪併罰，分別宣告多數有期徒刑時，依刑法第51條第5款規定，採「限制加重原則」定其應執行刑，以最重之宣告刑為下限，以各宣告刑之總和為上限，併有一絕對限制上限之規定，其理由蘊含刑罰經濟及恤刑之目的。酌定應執行刑時，係對犯罪行為人本身及所犯數罪之總檢視，自應權衡行為人之責任與上開刑罰經濟及恤刑之目的，俾對於行為人所犯數罪為整體非難評價。在行為人責任方面，包括行為人犯罪時及犯罪後態度所反應之人格特性、罪數、罪質、犯罪期間、各罪之具體情節、各罪所侵害法益之不可回復性，以及各罪間之關聯性，包括行為在時間及空間之密接程度、各罪之獨立程度、數罪侵害法

益之異同、數罪對侵害法益之加重或加乘效應等項。在刑罰經濟及恤刑之目的方面，包括矯正之必要性、刑罰邊際效應隨刑期而遞減（採多數犯罪責任遞減之概念）、行為人所生痛苦程度隨刑期而遞增、行為人復歸社會之可能性，以及恤刑（但非過度刑罰優惠）等刑事政策，並留意個別犯罪量刑已斟酌事項不宜重複評價之原則，予以充分而不過度之綜合評價。

2.審酌被告A13所犯，行為相似，各次犯罪時間相近，犯罪類型、行為態樣、動機均相同，責任非難重複之程度固然較高，其上開隱瞞感染致傳染於人未遂罪，造成A之身體法益及國家總體公共衛生之法益有受侵害之危險，實不可取，並權衡被告犯數罪所反應出之人格特性、就整體事件之責任輕重；另併予考慮被告年紀、社會復歸之可能性等情狀，基於責罰相當、犯罪預防、刑罰經濟、恤刑政策等情，就被告所犯前述2罪為整體非難評價，定應執行刑如主文第4項後段所示。

六、緩刑之說明：

(一)刑法第74條第1項規定：「受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告2年以上5年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。」考其立法意旨，於消極面在避免短期自由刑之弊害，使犯人不至於在監獄內感染或加深犯罪之惡習與技術，甚至因此失去名譽、職業、家庭而自暴自棄，滋生社會問題；積極面則可保全偶發犯罪、輕微犯罪者之廉恥，期使渠等自新悔悟，且因緩刑附有緩刑期間，受緩刑宣告者如在緩刑期間內再犯罪，執行檢察官仍得聲請法院撤銷緩刑，而有藉此督促受緩刑宣告者自我檢束身心之功效。又緩刑係附隨於有罪判決的非機構式之刑事處遇，其主要目的在達成受有罪判決之人，在社

會中重新社會化之人格重建功能。此所以緩刑宣告必須附帶宣告緩刑期間之意義所在。再者，緩刑制度首重再犯罪的預防，唯有對受判決人本身有充分瞭解，例如依其過去生涯，可知犯罪行為人所曾接受的教育，從犯罪的狀態瞭解行為人的行為動機、目的，從犯罪後態度推知行為人對其行為的看法，從生活狀況與環境推測其將來的發展等；才能判斷其在緩刑期間，與之後的生活中是否會再犯罪。亦即藉由前述各種因素對犯罪行為人為整體評價，作為法院判斷該行為人是否適宜被宣告緩刑，以及進一步依據個案情況決定緩刑期間，及所應採取的積極協助措施，並將之作為緩刑宣告的負擔或條件。綜上，是否宣告緩刑、緩刑期間長短、及所附加之負擔或條件，均屬法院裁量之範圍（最高法院101年度台上字第5586號判決意旨參照）。

(二)審酌被告A13前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，此有被告前案紀錄表在卷可稽，符合刑法第74條第1項第1款之要件，堪認前開被告A13素行、品行非差。而審酌前開被告A13於案發時年輕氣盛，在網路尋求與不特定人之性邂逅、追求性自由及性歡愉之過程中，未能審慎重視性行為對象之權益及HIV之感染防治，因一時失慮致犯本案之罪，然本案案發時間距今已近14年，被告A13歷經此次偵、審程序，已知所為非是，被告A13一時失慮致罹刑典，信經此偵審程序及科刑教訓後，應知所警惕，已足以收刑罰之效（達刑罰目的），且被告A13現均有正當工作，近14年來亦無再犯類似本案之罪，非無悔意。況現今醫學發展一日千里，愛滋病早已非不治之症，早年對於愛滋病之無知、恐慌、忌憚、甚至歧視之社會背景，亦已有所改變，為使被告A13有效回歸社會，重新開啟正向人生，認對於被告A13宣告之刑，以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款、第2款規定，宣告緩刑2年。另為使其記取本次教訓及督促建立正確法治觀念，以達戒慎行止、預防再犯之目的，經審酌其涉案情節及所造成危害，兼衡其經濟及家庭狀況，以及參酌刑事

妥速審判法第7條之精神（緩刑所附條件亦可參酌該條精神），另依刑法第74條第2項第4款規定，命被告A13自本判決確定之日起6個月內向公庫支付5萬元。若被告A13不履行此等負擔，且情節重大，足認原宣告之緩刑難收其預期效果，而有執行刑罰之必要者，檢察官得依刑事訴訟法第476條、刑法第75條之1第1項第4款規定，聲請撤銷前開緩刑之宣告，併此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官陳鴻濤提起公訴，檢察官王盛輝到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　14　　日

刑事第二十庭　審判長法　官　吳淑惠

法　官　李奕逸

法　官　邱忠義

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　楊宜蒨

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　15　　日

附錄本案論罪科刑法條：

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

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5年以上12年以下有期徒刑。

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。但第11條第2項但書所定情形，不罰。

前二項之未遂犯罰之。

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。

附表（日期：民國）					
編號	被告	確診日期	犯罪事實		
			性行為日期	對象	內容 （註：進行無套性行為[網路用語「ＢＢ」]，使用甲基安非他命助興[網路用語「煙ＨＩ]）
1	A4	101年5月15日	101年7月4日	A	A4於101年7月4日，透過MSN與A相約以「BB」、「煙HI」方式進行性交後，即於同日前往A之○○區處，明知自己已感染HIV，隱瞞並與A進行危險性行為1次，然因A先前已感染HIV，未因而感染HIV而止於未遂。
2	A11	101年1月8日	101年9月底某日	A	A11於101年6月2日、同年8月17日，透過MSN與A相約以「BB」、「菸HI」、「內射」之方式進行性交後，即於101年9月底某日，前往A之○○區住處，明知自己已感染HIV，隱瞞並與A進行危險性行為1次，然因A先前已感染HIV，未因而感染HIV而止於未遂。
3	A13	101年5月25日	101年10月19日	A	A13於101年10月19日，透過MSN與A相約以「BB」、「煙HI」、「內射」之方式進行性交後，即於101年10月19日前往A之○○區住處，明知自己已感染HIV，隱瞞並與A進行危險性行為1次，然因A先前已感染HIV，未因而感染HIV而止於未遂。
4			101年11月14日	A	A13再於101年11月14日，前往A之○○區住處，明知自己已感染HIV，隱瞞並與A進行危險性行為1次，然因A先前已感染HIV，未因而感染HIV而止於未遂。
註:A前於100年2月11日確診AIDS。					