

最高法院刑事判決

110年度台上字第55號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官陳佳秀

被告 A1 (真實姓名、年籍及住所均詳卷)

選任辯護人 簡旭成律師

鄧傑律師

上列上訴人因被告違反人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例案件，不服臺灣高等法院中華民國109年6月9日第二審判決（109年度上訴字第212號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署107年度偵字第7474號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決以公訴意旨略以：被告A1明知其因感染人類免疫缺乏病毒（Human Immunodeficiency Virus，下稱HIV）而罹有後天免疫缺乏症候群（Acquired Immunodeficiency Syndrome，縮寫為AIDS，俗稱愛滋病），而為人類免疫缺乏病毒之感染者，亦知男同性戀者間未戴保險套所進行之口交或肛交行為，屬未經隔絕性器官黏膜或體液而直接接觸之危險性行為，將可能造成與其為危險性行為之人感染HIV，或若與其為危險性行為之對方原已感染HIV，則因彼此感染之HIV病毒株類型及抗藥性未必相同，可能導致交互感染不同病毒株之HIV病毒，竟隱瞞上情，而於民國106年5月22日至24日，在其臺北市中山區住處（地址詳卷），數次為吳○○（真實姓名年籍詳卷）口交，或由吳○○為被告口交，被告並另對吳○○為肛交行為，以此方式進行危險性行為，吳○○事後自行前往醫療院所進行愛滋病篩檢，結果呈陰性反應，而未罹患後天免疫缺乏症候群。因認被告涉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項之明知自己為人類免疫缺乏病毒之感染者，隱瞞而與他人進行危險性行為，致傳染於人而未遂罪嫌等語。惟經原審審理結果，認為不能證明被告有公訴意旨所指上開犯行，因而

01 撤銷第一審之科刑判決，改判諭知被告無罪。固非無見。

02 二、惟查：

03 (一) 審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，均應一併
04 加以注意，並綜合全部證據資料，本於經驗及論理法則定
05 其取捨而為判斷，否則即有判決理由不備之違法。又證據
06 雖已調查，而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如
07 遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據未予調查之違背
08 法令。

09 刑法上所稱空白構成要件，係指犯罪構成要件雖有罪名、
10 法律效果與部分的構成要件，但其具體的禁止內容，則另
11 由其他法律、行政規章或命令補充，整體評價後，始成為
12 完整的構成要件。而適用空白構成要件，亦不得違反「罪
13 刑法定原則」，而其衍生意義之具體內涵包含禁止類推適
14 用、禁止習慣法、禁止溯及既往以及要求明確性原則。人
15 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
16 1項規定：「明知自己為感染者，隱瞞而與他人進行『危
17 險性行為』或有共用針具、稀釋液或容器等之施打行為，
18 致傳染於人者，處5年以上12年以下有期徒刑。」同條第
19 4項規定：「危險性行為之範圍，由『中央主管機關參照
20 世界衛生組織』相關規定訂之。」行政院衛生署（已改制
21 為衛生福利部）依上開條例第21條第4項授權訂定之危險
22 性行為之範圍標準第2條規定：「危險性行為之範圍，指
23 未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸，醫學上評估可能造
24 成人類免疫缺乏病毒感染之性行為。」從而，自應依上開
25 規定認定「危險性行為」之範圍。

26 原判決敘載：聯合國愛滋病規劃署（Joint United Natio
27 ns Programme on HIV and AIDS，縮寫為UNAIDS）為聯合
28 國所轄統籌全球愛滋病防治策略制定之重要機構，該署於
29 102年5月間出版之「結束因未披露HIV、HIV暴露和傳
30 播而產生的過於寬泛的刑事定罪：重要的科學、醫學和法
31 律考量（Ending overly broad criminalization of HIV

01 non-disclosure, exposure and transmission:Critical
02 scientific, medical and legal considerations) 」，
03 係各國關於愛滋病防治計畫參考之重要依據。又107年7
04 月25日在荷蘭舉行之世界愛滋大會，由20位全球知名之愛
05 滋病毒學者，在會議期間所發表之「專家共識聲明：刑法
06 脈絡下的愛滋相關科學 (Expert consensus statement on
07 the science of HIV in the context of criminal law)
08 」，刊載在國際愛滋病學會期刊 (Journal of the Inter
09 national AIDS Society, 縮寫為 JIAS)。上述2份文件
10 ，係目前國際愛滋病領域最具權威性及可信度之參考資料
11 ，有台灣愛滋病學會109年3月9日愛字第0000000000
12 號函存卷可查，而醫學無國界，上述2份文件既為國際最
13 新醫學研究結果，自得以之作為人類免疫缺乏病毒傳染防
14 治及感染者權益保障條例第21條所指「危險性行為」即「
15 醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之性行為」之
16 認定依據等旨。

17 惟查，上開2份文件分由聯合國愛滋病規劃署及世界愛滋
18 大會中20位愛滋病毒學者所發表，非由世界衛生組織所為
19 之相關規定，而台灣愛滋病學會，亦非上開規定之「中央
20 主管機關」。又原判決已說明上開文件僅係針對各國關於
21 愛滋病防治計畫參考之重要依據，而每位愛滋病患者之具
22 體病況不一而足，自難單憑該文件之概括統計抽象內容作
23 為被告所為是否屬於危險性行為之具體判斷依據。再者，
24 被告之口交行為有無存在使對方感染愛滋病之危險？未戴
25 保險套所為之口交，是否屬於未經隔絕器官黏膜或體液而
26 直接接觸，醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之
27 性行為？係專業事項，是否應依刑事訴訟法鑑定之相關規
28 定，協助判斷、審認？況依原審109年2月18日準備程序
29 筆錄之記載，原審到庭執行職務檢察官已表示：如果鈞院
30 對於被告所為是否構成危險性行為有疑義，應該直接函詢
31 中央主管機關衛生福利部等語（見原審卷第192頁）。則

01 原判決以台灣愛滋病學會肯認上開2份文件係目前國際愛
02 滋病領域最具有權威性可信為之參照，並違反人類免疫所定危
03 文件作為傳染防治機關標準。原審未向衛生福利部查明，亦未就
04 之「中央主管機關範圍具體情狀，其未戴保險套所為口交行為，是否
05 險性行為之具體器官黏膜或體液而直接接觸，醫學上評估可
06 被告罹病之具體器官黏膜或體液而直接接觸，醫學上評估可
07 屬於未經隔離器疫苗缺乏病判而對被告為有利之
08 能造成人類免疫缺乏病判而對被告為有利之
09 專家進行鑑定，職責未盡及適用法則不當之違失。
10 證據調查職責未盡及適用法則不當之違失。
11 證據調查職責未盡及適用法則不當之違失。

12 (二) 刑事法上所謂「危險犯」與「實害犯」(即結果犯)，前
13 者係以對法益發生侵害之危險，作為處罰之根據，祇要行
14 為對法益具有侵害之危險性存在，即成立犯罪。至後者則
15 以對法益之實際侵害，作為處罰之根據，必須行為已經實
16 際發生侵害法益之結果，始能構成犯罪。而「危險犯」又
17 可分為「具體危險犯」與「抽象危險犯」，前者之具體危
18 險，係指法益侵害之可能具體地達到現實化之程度，此種
19 危險屬於構成要件之內容，需行為具有發生侵害結果之可
20 能性(危險之結果)，始足當之，祇須有發生實害之蓋然
21 性為已足，並不以已經發生實害之結果為必要。一般而言
22 「具體危險犯」在刑法中如「致生公共危險」、「
23 足以發生…危險」、「引起…危險」等字樣明示之。
24 至後者係指行為本身含有侵害法益之可能性而被禁止之態
25 樣，重視行為本身之危險性。此種「抽象危險不屬於構成的
26 要件之內容」，只要認定事先預定之某種行為具有可罰的
27 實質違法根據(如有害於公共安全)，不問事實是否果
28 發生危險，凡一有該行為，其犯罪即成立。
29 又刑事法上依犯罪行為之階段，區分「既遂犯」與「未遂
30 犯」，前者係指法律所禁制之構成要件行為已經著手、完
31 成；後者則指行為已著手，但尚未完成，至於所保護之法

01 益，是否已遭受侵害，並非重點。乃從犯罪行為之進行及
02 歷程區別，直接影響罪責。
03 原判決敘論：人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保
04 障條例自79年12月17日公布施行，歷經多次修正，於96年
05 7月11日公布施行之該條例第21條第1項立法理由明白揭
06 示：「明知自己感染人類免疫缺乏病毒卻隱瞞與他人進行
07 危險性行為或共用針具、稀釋液或容器等之施打行為，致
08 他人感染愛滋病者，已構成刑法上重傷害罪，並將刑度修
09 正與刑法重傷害罪之刑度一致。」該條例第21條第3項規
10 定處罰未遂犯，即縱無法證明「致傳染於人」之實害結果
11 ，而不符合該條例第21條第1項規定，若行為人有「與他
12 人進行危險性行為或有共用針具、稀釋液或容器等之施打
13 行為」，仍成立該條例第21條第3項之未遂犯。準此，該
14 條例第21條第3項之未遂犯處罰規定，其評價重心在於「
15 有傳染危險」，屬於危險犯之概念。參照上揭危險性行為
16 之範圍標準第2條規定，可知人類免疫缺乏病毒之感染者
17 若未經隔絕器官黏膜或體液而直接與他人接觸，並非當然
18 即屬危險性行為，尚須此等接觸係「醫學上評估可能造成
19 人類免疫缺乏病毒感染」之性行為，始屬危險性行為。準
20 此，該條例第21條第3項之未遂犯處罰規定，係以「醫學
21 上評估可能造成人類免疫缺乏病毒感染之危險性行為」為
22 要件，屬於「具體危險犯」之概念。而現行科學發展一日
23 千里，「危險性行為」之範圍，自當隨著醫學研究之進程
24 與時俱進。過去司法實務認為，該條例第21條係為阻斷感
25 染者與他人為未經隔絕器官黏膜或體液之直接接觸感染途
26 徑，以要求「戴保險套從事性行為」之最小限制方式，達
27 到愛滋病防治與疫情控制之目的，感染者本身HIV病毒量
28 之多寡，及其感染可能性高低，均不影響是否屬危險性
29 行為範圍之認定，醫學上既無法完全排除未經隔絕器官黏
30 膜或體液而直接接觸者之感染可能性，在未經隔絕器官黏
31 膜或體液而直接接觸之性行為，即屬危險性行為，此一見

01 解，容有依照現行醫學研究結果重新檢視之必要等旨。
02 惟人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21
03 條第4項規定：「危險性行為之範圍，由『中央主管機關
04 參照世界衛生組織』相關規定訂之。」屬於空白構成要件
05 ，須待主觀機關以其他法律、行政規章或命令補充之，已
06 如前述，尚非等同於刑法上「危險犯」之概念，不能僅因
07 有「危險」二字，逕與刑法「危險犯」之概念進行連結。
08 檢察官起訴被告明知自己為HIV感染者，仍隱瞞自己感染
09 之事實，於106年5月22日至24日間，與被害人吳○○進
10 行未戴保險套，未經隔絕性器官黏膜或體液而直接接觸之
11 口交性行為，是否可認已著手於上開條文之危險性行為？
12 原判決將危險性行為，視為「具體危險犯」，並以審查具
13 體危險犯之「危險狀態」作為是否成立上開犯罪之判斷依
14 據，非無適用法則不當之違誤。

15 三、以上，或為檢察官上訴意旨所指摘，或屬本院得依職權調查
16 之事項，應認原判決具有撤銷發回更審之原因。

17 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

18 中 華 民 國 110 年 6 月 17 日

19 刑事第七庭審判長法官李錦樑
20 法官蔡彩貞
21 法官林孟宜
22 法官邱忠義
23 法官吳淑惠

24 本件正本證明與原本無異

25 書記官

26 中 華 民 國 110 年 6 月 24 日