



人類免疫缺乏病毒感染者實行危險性行為的刑責認定

——評臺灣高等法院109年度上訴字第212號刑事判決*

■陳俊偉 中興大學法律專業學院副教授

前言

自從「後天免疫缺乏症候群（Acquired Immunodeficiency Syndrome，以下皆以俗稱「愛滋病(AIDS)」稱之）」首次被發現至今，已經超過四十年。愛滋病從發現之初的極高致死率，被冠上「世紀黑死病」的駭人稱號，如今已可透過雞尾酒療法的藥物控制而成為一種慢性病，全球共同對抗愛滋病的這段歷史，被譽為是「全球健康治理最具史詩性的篇章」¹。但是在對愛滋病的健康治理成果之外，社會上仍然普遍存在對愛滋病的原始恐懼。這種對疾病的原始恐懼以及由此而來的非理性作為，往往比

起疾病本身更難以克服。

我國自1990年正式公布「後天免疫缺乏症候群防治條例」實施，將愛滋病列入法定傳染病，後續又在2007年修正上述法規名稱為「人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例（下均稱「條例」）」施行至今，而愛滋病也在2008年11月1日起增列為「第三類傳染病」。在這部法規裡，儘管主要規範重點是在保護愛滋病感染者，但在條例第21條之規定，仍存在專門針對感染者所設的刑事處罰規定，其中明文禁止「明知自己為感染者，隱瞞而與他人進行危險性行為，致傳染於人」之行為（下稱「本罪」），不僅刑度等同於刑法重傷

DOI：10.53106/207798362023100136006

關鍵詞：愛滋病、結果犯、實害犯、危險犯、風險刑法

* 本文包含筆者2021年度國科會計畫（計畫編號：110-2410-H-005-013-MY2）之部分研究成果，並曾發表於2023年7月14日在臺灣高等法院舉辦之〈臺灣高等法院112年度實務與學術對話系列活動：臺灣高等法院及所屬法院民、刑事類具參考價值或足資討論裁判評析〉研討會。兩位與談人文家倩法官與何俏美審判長提供寶貴的實務經驗與意見回饋，供筆者得以從不同觀點重思本文所涉及的爭點，筆者在此表達誠摯的感謝之意。

¹ 鄭凱元，一場40年的公衛、社運戰：抗愛滋運動如何開創全球傳染病治理典範，報導者，2021年12月1日，瀏覽網址：<https://www.twreporter.org/a/opinion-hiv-aids-40-years>（最後瀏覽日：2023年5月31日）。

害罪，也處罰未遂犯。在我國各種法規裡，本來早就充斥著各種貫徹重刑化思想的刑罰規定，但是本罪的處罰規定，卻因為明顯產生了阻礙防治愛滋病與公共衛生的效果，而屢屢遭受批判，甚至曾被聲請釋憲²。立法者沒有選擇將愛滋病傳染行為回歸到傳染病防治法的規範架構處理，而是讓上述條例仍然保持獨立規範的形式，以及該條例中刑罰規定的存在本身，或許某程度反映了前述社會對於愛滋病毒（Human Immunodeficiency Virus, 下簡稱「HIV」）及其感染者的原始恐懼。

然而，刑罰的正當性不能單純依賴對HIV的普遍恐懼就得證立。刑法既然試圖掌握並管理由HIV所帶來的身體健康與生存風險，仍然必須先行確認此一風險的本質與管理模式，並理性考慮以何種構成要件形式加以規範才不會濫用國家刑罰權。近期臺灣高等法院所選錄為刑事足資討論裁判的一則判決，也就是臺灣高等法院109年度上訴字第212號刑事判決（下稱「本判決」），則是就上述議題做出值得吾人深思的判決內容。本文以下將以本判決作為評釋對象，先行指出判決所涉及的事實與判決理由（下述貳部分），再提出判決各項重要爭點的分析與評釋（下述參部分），最終總結個人想法與結論，俾實務與學術得以在此一議題之上進行實質的交流（下述肆部分）。

案例事實與法院見解

壹、本案事實

被告A男明知其因感染HIV而罹有愛滋病，為HIV之感染者。A竟隱瞞上情，於民國106年5月22日至24日，在其住處，於未戴保險套之情形下，數次為B男口交，或由B男為被告A口交，二人均未射精。B事後自行前往醫療院所進行愛滋病篩檢，結果呈陰性反應，而未罹患愛滋病。

A經臺灣臺北地方檢察署檢察官偵查起訴，遭臺灣臺北地方法院判決犯本罪之未遂罪，處有期徒刑1年5月³。一審判決經A與檢察官均提起上訴後，被臺灣高等法院所為之本判決撤銷，改判A無罪⁴。

貳、判決爭點

因B最終並未罹患愛滋病，故A之行為並未該當本罪「致傳染於人」此一要件，無從論以既遂，頂多僅能論以未遂。故本判決之首要爭點在於，A與B未戴保險套互為口交之行為，是否該當於本罪規定之「危險性行為」，而得論以本罪之未遂犯。

參、判決理由

就上述爭點之認定，本判決首先指出因本罪訂有未遂犯之處罰規定，且

² 王立柔，當法律落後科學時，HIV條例「傳染愛滋罰款」究竟保護了誰？，報導者，2018年11月12日（瀏覽網址：<https://www.twreporter.org/a/hiv-infected-patient-rights>，最後瀏覽日：2023年5月31日）。

³ 臺灣臺北地方法院107年度訴字第493號刑事判決參照。

⁴ 臺灣高等法院109年度上訴字第212號刑事判決參照。

2007年立法理由曾明示本罪之重傷害性質，法定刑度因而調整為與重傷害罪一致等語，因此本罪評價重心應在於「有傳染危險」，屬於危險犯之性質。本判決基於此一危險犯之性質接續說明，依條例第21條第4項之規定，有關「危險性行為」之定義，已明示由中央主管機關參照世界衛生組織相關規定訂之，且衛生福利部就此亦訂有危險性行為之範圍標準在案。依該標準第2條之規定，所謂之危險性行為，「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」⁵。因此本判決認為，並非行為人一有未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸之性行為，即屬危險性行為，尚須該類性行為經醫學評估有重大傳染風險造成人類免疫缺乏病毒感染者，始屬之。本判決因此定調，本罪未遂犯之規定「屬於具體危險犯之概念。而現行科學發展一日千里，『危險性行為』之範圍，自當隨著醫學研究之進程與時俱進」，過去實務判決所持一有未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸之性行為，即屬危險性行為之見解，應該依據現行醫學研究結果重新檢視。

基於上述理由，本判決與過去實務見解有所不同，認為可將卷內由臺灣愛滋病學會所提供的「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」及「專家共識聲明：刑法脈絡下的愛滋相關科學」兩份文件視為醫學研究之最新成果，並可作為認定本案被告有無實行危險性行為之依據。本判決隨後就指出，參照上開文件之說明，可先行確認「無射精之口交實際傳染HIV之風險為0（95%信賴區間0-0.02%），足見無射精之口交依照目前醫學研究結果，並無造成感染HIV之風險，至於95%信賴區間固為0-0.02%，惟信賴區間係因實證研究時採用抽樣方式估計數值，在統計學上產生研究成果可信度之誤差值」。隨後又進一步提到，「上述2份文件已肯認『測不到病毒即不具傳染力』（U=U，即 undetectable=untransmittable）之觀念，……又未射精之口交傳染HIV風險極低，服用三恩美抗病毒藥物即能快速降低病毒量，病毒量與傳染力顯著相關，因此服用三恩美藥物會更加降低傳染之風險，故若感染一方有服用三恩美藥物，在雙方未射精的狀況下互為口

⁵ 此一規定內容為2008年公告，為本判決裁判時有效之版本。目前同一規定已在本判決宣示後的2021年7月2日修正為：「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。」修正理由指出：「一、依據聯合國愛滋病規劃署(The Joint United Nations Programme 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。」就此可見中華民國110年7月2日衛生福利部衛授疾字第1100100972號令。

交，應不存在實質傳染HIV之風險……被告於案發前有按時服用三思美藥物，其於案發時之病毒量因而可能下降到測不到之情形，已如前述，是其於案發時與吳○○互為口交且未射精之行為，依照目前醫學研究結果，在醫學評估上尚不具有造成人類免疫缺乏病毒感染之風險」。依據上述理由，本判決最終認為，被告A與B未戴保險套互為口交之行為，非屬危險性行為，應為被告無罪之諭知。

判決評析

壹、先前的實務見解

在評析本判決之前，有必要先行介紹先前實務見解的重要內容，並指出這些實務見解與本判決之差異，始能更為精確掌握本判決的特殊之處。

就本罪「危險性行為」要件之解釋，最高法院107年度台上字第3428號刑事判決曾在駁回被告上訴的理由中，援引下級審法院之判決理由指出，該規定係為了阻斷接觸感染之途徑，以達愛滋病防治與疫情控制的立法目的，「感染者本身HIV病毒量之多寡，以及其感染可能性高低，均不影響是否屬危險性行為範圍之認定，此乃基於維護潛在不特定大眾身體健康之公共利益考量，並衡量HIV感染者之個人性自主權，以要求『戴保險套從事性行為』之最小限制方式，進行愛滋病防治」。至於危險性行為的範圍究竟為何，此號最高法院判決則是認為，固然立法者授權中央主管機關參照世界衛生組織相關規定訂之，而可能隨愛滋病研究進步而有所調整，

只是「事涉愛滋病防治之重大公共利益，……目前醫學上既無法完全排除未隔絕器官黏膜或體液而直接接觸者之感染可能性，上開定義自仍有其適用，即在未隔絕器官黏膜或體液而直接接觸之性行為，於醫學上評估可能造成人類免疫缺乏病毒傳染者即屬之」。從而，本號判決就被告抗辯所指的「病患血中HIV病毒負荷量未檢出」、「經由肛交傳染給未感染者之可能性固然極低」、「其CD4值高於200，有規則服藥、亦無生殖器潰瘍」等理由，還是認同下級審判決所述的「客觀上終非完全無傳染力，且在一定情況下，仍有傳染予未感染者之可能」。

本號最高法院判決所接受的危險性行為界定方式，正是本判決的第一審法院判決被告A有罪的關鍵依據。而這種界定方式明顯受到前述衛生福利部2008年版本的危險性行為之範圍標準第2條之影響，因為依該標準第2條之規定，只要符合了「未經隔絕而直接接觸」以及「醫學上評估可能造成感染」兩個條件的性行為，就滿足了危險性行為的要求。向來的實務見解也就受到第二個條件規定只要有「感染可能性」的要求，認為即使病毒量再低、特定性行為模式的傳染可能性再低，只要不是低至於毫無可能性的地步，都可算是危險性行為。實務見解甚至有認為，即使為性行為之對方同時罹患愛滋病的情況，仍然有可能導致對方「另外交叉感染不同毒株之危險，猶然具有可非難性，非屬不能未遂」（最高法院104年度台上字第15號刑事判決參照），顯然有盡可能將所有傳染可能性之性行為都納入危

險性行為範圍之傾向。

貳、本判決的主要爭議

整體而言，向來的實務見解對於危險性行為的界定方式顯然趨向於一種風險刑法的解釋立場，只要有任一點傳染風險或抽象危險存在的性行為模式，即使最終並未傳染於人，都會被解釋為已著手於危險性行為而犯本罪之未遂。相較於此，本判決顯然對於本罪之未遂有不同的解讀，反而是傾向以具體危險的解釋限縮可罰性範圍，這一點正是本判決與向來實務見解最大差異之處。

只是本判決此一核心見解也不是毫無爭議，本判決經上訴後，最高法院還是撤銷本判決⁶，並說明危險性行為之範圍規定屬於空白構成要件，不能因字面上有危險二字，就認為屬於刑法之危險犯。最高法院更特別指出，原判決所引用的兩份醫學研究最新成果並非世界衛生組織所為的相關規定，臺灣愛滋病學會也不是中央主管機關，且每位愛滋病患的病況並不同一，不應單憑上開文件所示的抽象統計數據及做出無罪判斷，而應向衛生福利部查明，或囑託專業機關或專家進行鑑定，始能作為被告是否實行危險性行為的具體依據。此外，本判決被選為「刑事足資討論」裁判時，洪昌宏委員同樣補充意見認為，本判決「論理上，似將未遂規定，逕行理解為具體危險犯，恐有混淆行為分類概念之嫌，容有再酌餘地」，並且與本判決之

最高法院判決意旨同樣指出，「法文中所稱『危險性行為』，依該條第4項規定其範圍『應由主管機關參照世界衛生組織規定訂之』。性質上似屬空白法規授權，不宜僅因有『危險』二字，逕與刑法危險犯之概念進行連結」⁷。由此可以看到的是，本判決將本罪之未遂理解成具體危險犯這一點，應該仍存在討論空間。並且，本判決所涉及的爭點其實不僅在於被告有無為危險性行為這一點，而是涵蓋了下述仍須深入探討的三個問題：

一、本罪及其未遂規定，在犯罪類型上的定性為何？

二、有關「危險性行為」的解釋部分：

(一)危險性行為此一要件究竟屬於空白構成要件，抑或是規範性構成要件？條例同條第4項危險性行為範圍的授權規定之影響為何？

(二)危險性行為究竟屬於抽象危險或具體危險的行為形式？其著手時點為何？應依據何種標準認定？

參、本罪的犯罪類型定性

一、本罪屬於結果犯

本罪規定：「明知自己為感染者，隱瞞而與他人進行危險性行為……，致傳染於人者，處五年以上十二年以下有期徒刑」，究竟屬於何種犯罪類型，應視其構成要件之設計與性質而定。首先

⁶ 最高法院110年度台上字第55號刑事判決參照。

⁷ 109年下半年度編號2，臺灣高等法院具參考價值裁判要旨，2022年2月16日更新，瀏覽網址：<https://tph.judicial.gov.tw/tw/lp-1133-051-xCat-04.html>（最後瀏覽日：2023年6月8日）。

較無疑問的是，本罪因為要求必須要有「致傳染於人」才處罰，因此應該屬於結果犯，唯有行為人明知自己已經感染，並且實行的危險性行為與致傳染於人此一結果之間具有因果關係，才能處以本罪之既遂刑責。而儘管HIV的傳染途徑相較於其他法定傳染疾病較為固定，但個案的這一層因果關係還是較難以證明，因此本罪的處罰反而多數都是僅能處以未遂⁸。只是即令本罪屬於結果犯，還無法直接就可認定本罪屬於實害犯。結果要素只是描述存在於外在世界的特定事件狀態，在這些特定事件狀態背後，固然意味著該犯罪之保護法益已經可能遭受到不同程度的侵害，但是構成要件結果並不能直接與法益侵害劃上等號，否則將會把行為客體與保護客體（法益）混為一談⁹。此一區隔的必要性，從現行法規定就得以印證：行為犯並未要求有某種結果發生即可處罰，但其行為卻已經可以造成法益侵害，譬如偽證罪；反之，結果犯即令要求結果發生始得處罰，仍不代表該罪之保護法益業已遭受終局破壞（實害），反而有可能法益仍只是處於受到（抽象或具體）危險之階段，如放火罪即為適例。因此，本罪固然屬於結果犯，要求其行為應造成傳染於特定人的結果發生始得處以既遂，但究竟是屬於實害犯或危險

犯，仍有待分析本罪內含的法益侵害程度要求，始得確認。

二、本罪非屬實害犯

本罪是否屬於實害犯，其保護法益為何極為關鍵。本罪在1990年立法之初，立法理由說明將HIV病毒傳染他人危害「公共衛生」及「個人法益」甚鉅，因此參照刑法第285條意旨立法，應係將保護法益參照刑法第285條之規定，設定在「個人身體健康法益」之保護。本罪在後續歷次修正時，雖曾在1997年提到修正是為了確保「國民健康」，但隨後在2007年修正時，再次提到考量本罪行為屬於對健康之重大不治或難治傷害，因此比照刑法重傷害罪提升刑度，至此應足以確認本罪保護法益正是「個人身體健康法益」。

然而，本罪是否屬於對個人身體健康的實害犯規定，並且其程度等同於重傷害罪，仍有疑問。理由在於，本罪要求應發生的結果僅止於將HIV傳染於特定人即可，傳染後被害人身體是否產生傷害甚至重傷害之結果，則非所問。換言之，HIV傳染於被害人之後，被害人的身體健康是否如同傷害罪所要求的健康損害，產生「健康惡化」(Gesundheitsverschlechterung)的病理學症狀¹⁰，甚至是產生如同我國實務見解對於重傷

⁸ 謝焯偉，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，愛之關懷，97期，2016年12月31日，16頁。此外，這一點其實是運用「致傳染於人」要件的防疫刑法規定之通病，見陳俊偉，論臺灣防疫刑法的特徵、危機與轉機，世新法學，15卷1號，2021年12月，141頁。

⁹ 就此可參Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger/Kargl, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 2023, Vor. §§ 306-322, Rn. 14-16.

¹⁰ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger/Paeffgen/Böse, Strafgesetzbuch, § 223, Rn. 3, 14 f. 另中文

害罪所要求的「不能治療或難於治療」以及「於身體或健康有重大影響」¹¹，仍有許多變數，還必須考慮HIV感染所可能帶來的健康風險類型，以及當前醫學水準對愛滋病的治療成效而定。畢竟HIV感染後的發病潛伏期本來就比較長，而現代醫學所發展出來的雞尾酒療法對愛滋病的預防及治療都產生相當良好的成效，甚至感染後還可以預防性投藥避免發病，也不是每個人都會出現急性期症狀，感染症狀更是因人而異且大小不一¹²，這一點從條例第3條也區分「受該病毒感染之後免疫缺乏症候群患者」及「感染病毒而未發病者」，同樣可以看出HIV感染者現實上存在不同的類型。既然依照目前的醫療水準與發展來看，HIV感染並不等於發病，發病也不等於感染症狀都會嚴重至等同於普通傷害或重傷害，這些狀況都讓HIV傳染的風險具有因果關連性複雜化且不易確認的特性，而會歸屬於「歸因複雜化之個別健康風險」，與傷害罪或重傷害罪要掌握的風險類型其實已經不完全吻

合¹³。基於這個原因，本罪規定即使以「致傳染於人」為結果要素，仍不應理解為如同傷害罪或重傷害罪那種身體健康法益的實害犯，至多僅能理解為侵害同一法益的危險犯。

三、本罪屬於具體危險犯

至於本罪到底是抽象危險犯或具體危險犯之規定，則是涉及到這兩種危險犯如何區別的問題。就此而言，目前無論是學說或實務見解，大致上都採取觀察「立法形式」的方式加以區隔：如果法條所訂之構成要件有規定「致生危險於……」等類似用語，即屬具體危險犯；反之，若法條並未具備前開用語，並且所處罰的行為對法益帶有典型危險性者，就屬於抽象危險犯¹⁴，本判決上級審之最高法院判決亦同此見解。然而，此種區分方式仍有其不足。首先，此種區分方式似乎誤解了「行為犯／結果犯」以及「實害犯／具體危險犯／抽象危險犯」兩組不同的犯罪類型，前者的區分是由構成要件中是否要求了「行

文獻的說明，陳俊偉，論食品刑法保護之健康法益內涵及其構成要件：一部風險刑法的立法正當性追尋，臺灣大學法學論叢，50卷2期，2021年6月，576頁。

¹¹ 有關重傷害結果的實務見解分析，見陳俊偉，重傷害概念修正之回顧與展望——身體法益詮釋的新觀點與解釋指引，收錄於：吳俊毅、薛智仁主編，刑法總則修正十年之回顧與前瞻，2019年4月，31-32頁。

¹² 相關感染後的發病症狀，均參考衛生福利部疾病管制署，人類免疫缺乏病毒（愛滋病毒）感染網頁的說明（瀏覽網址：<https://www.cdc.gov.tw/Disease/SubIndex/3s96eguiLtdGQtgNv7Rk1g>，最後瀏覽日：2023年6月9日）。

¹³ 此種風險類型的說明，陳俊偉，同註10，569-570頁。在雞尾酒療法發明以前，HIV傳染的風險類型就不會如此理解，早期文獻甚至有朝向殺人罪（未遂）的方向解釋，相關學說介紹見王皇玉，德國法上關於愛滋病傳染問題之刑法評價，月旦法學雜誌，73期，2001年6月，174-175頁。

¹⁴ 林山田，刑法通論（上），增訂十版，2008年1月，253頁；林鈺雄，新刑法總則，十版，2022年9月，101-103頁；王皇玉，刑法總則，六版，2020年8月，167-169頁。

為必須導致特定的外界事件狀態」而定，後者的區分是建立在「行為對於法益的侵害結構」¹⁵，已如前述。因此，特定犯罪屬於哪一種危險犯，不只取決於立法用語，更應分析在該構成要件背後所設定的法益侵害關係而決定。再者，運用「致生危險於……」此一用語作為區隔不同危險犯的標準，頂多只能適用於普通刑法。在立法用語有極大差異的附屬刑法當中，就完全無法運用這種區隔標準來決定危險犯的種類，譬如食品安全衛生管理法第49條第2項後段「有第44條至前條行為……致危害人體健康者」之規定，就產生立法者自認為是實害犯、但學說與實務見解認為是具體危險犯的怪象¹⁶。

從而，區別具體與抽象危險犯的標準，不能單靠構成要件形式面的立法體例或用語，而是必須從實質面觀察構成要件所欲禁止的法益侵害程度與結構而定。而依據此一方法重新回頭觀察本罪規定的「致傳染於人」要素，一方面不能直接等同於已經產生對人體健康的終局損害（實害），但如果對照具有類似防疫功用規定中的「有傳染於他人之虞」（嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第13條參照）這種著重於行為不法的適性犯規定，「致傳染於人」的規定顯然又意味著，危險性行為

必須導致被害人身體產生一定外在可驗證的病毒作用狀態，將其比照傳染病防治法第62條同樣運用「致傳染於人」之規定，解釋為介於抽象危險犯與實害犯之間的具體危險犯規定，較為合理¹⁷。

四、小結：本罪的未遂犯屬於具體危險犯的未遂規定

因此，行為人明知為HIV感染者，卻實行危險性行為致傳染HIV於特定第三人的情況，就是對被害人的身體健康造成了具體危險狀態。但被害人感染HIV之後，在有是否及時就醫、正確篩檢、及時投藥及個人身體免疫力不同等諸多變數的影響之下，其身體健康是否因感染而發病，進而產生傷害、重傷害甚至死亡的結果，都是行為人無從事前預測並實際支配的情狀。至於本罪之未遂，應屬於本罪此一具體危險犯仍未既遂前就得以提前處罰的規定，指的是行為人主觀上已經明知自己為HIV感染者，也具備引發被害人身體健康具體危險之危險故意，客觀上進而著手實行危險性行為，卻尚未完成危險性行為之實行（未了未遂），或者已完成實行卻未傳染於人（既了未遂）之情形。

本判決指出本罪之未遂規定本身就是屬於具體危險犯之概念，恐怕並未精確區隔「實害犯／危險犯」與「既遂／

¹⁵ Roxin/Greco, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl., 2020, 10/124; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger/Kargl, Strafgesetzbuch, Vor. §§ 306 ff., Rn. 15.

¹⁶ 就此爭議，陳俊偉，同註10，606-607頁。

¹⁷ 此一見解另可見陳俊偉，同註8，127頁的說明。姑不論法定刑度差異過高的問題，傳染病防治法第62條的規定結構：「明知自己罹患第一類傳染病、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，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣五十萬元以下罰金」，其實與本罪頗為類似。

未遂」這兩組不同的犯罪類型，也會忽略了犯本罪未遂與否的關鍵，不是只在於客觀上行為人所為是否屬危險性行為，以及是否引起危險狀態。以本判決事實而言，A與B未戴保險套互為口交之行為，主觀上是否具備完整的既遂故意（明知自己為感染者，且對引起B身體健康之具體危險具有直接或間接故意），客觀上是否已經可評價為著手實行危險性行為這兩點，才是判斷是否構成本罪未遂的核心。

肆、危險性行為的主、客觀判斷

承上所述，下一個決定A是否構成本罪未遂犯的關鍵在於「危險性行為」的解釋與認定，就此則涉及此一要素的規範性質為何，以及此一要素的主、客觀面理解，以下分別探討之。

一、危險性行為的規範定性

(一)危險性行為規定屬於規範性構成要件要素

有關危險性行為的範圍，條例第21條第4項業已明訂，由中央主管機關參照世界衛生組織相關規定訂之，而依判決當時有效的衛生福利部所定危險性行為之範圍標準第2條之規定，所謂之危險性行為，「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」。由此顯示，立法者對於危險性行為的判斷，採用了「行政從屬」的立法模式，將危險性行為的風險評估與判斷權限，授權行政權與司法權共同為之。只是這樣的立法模式是否如本判決上級審之最高法院判決所述，性質上屬於「空白構成要件」，仍值得討論。因為在本罪構成要件所描述的可罰性範圍相當完整，立法者並沒有刻意缺漏某個與不法內涵相關的要素而保留空白，即令立法者明文將危險性行為的範圍從屬於外部規範，本罪規定仍然是以完整無缺的構成要件形式達成從屬目的，性質上應該屬於「規範性構成要件要素」。也就是說，這種立法模式完全不同於立法者刻意以不完整構成要件制訂刑罰規定，再以各種指引方式引進補充規範以共同形塑可罰性範圍的「空白構成要件」¹⁸。並且，我國現行刑法也不乏有類似立法模式，譬如立法者在刑法第278條重傷害罪之規定以外，明訂了第10條第4項有關重傷害概念的立法定義，但也不會因此使吾人認為刑法第278條屬於空白構成要件的立法模式，即足佐證。此外，本罪第4項規定表面上雖然指引裁判者必須參酌「中央主管機關參照世界衛生組織相關規定」所訂出來的外部規範，表面上

¹⁸ 立法者如欲將特定刑法規定的可罰性範圍從屬於外部價值或規範，形式上可藉由完整或不完整構成要件兩類不同的立法模式達成，前者常運用「規範性構成要件要素」或「概括條款」的方式落實，後者則是所謂的「空白刑法」。詳細說明見陳俊偉，初探經濟刑法中空白構成要件與行政從屬性之界限，載於吳俊毅、薛智仁主編，經濟刑法的在地實踐，2021年12月，67頁以下。這種區分方法正是德國通說所依循的「（構成要件）形式區隔法」，見Bülte, Blankette und normative Tatbestandsmerkmale: Zur Bedeutung von Verweisungen in Strafgesetzen, JuS 2015, S. 774.

看似是一種抽象行政規範從屬的立法模式¹⁹。但如細看危險性行為之範圍標準第2條的規定，該規定後段的「『醫學上評估』可能造成HIV感染」最終將使危險性行為的風險判斷繫於屬於法律以外外部價值的醫學評估，而非行政規範或行政決定，這也是本文認為危險性行為規定的實質內容應該不是空白刑法之主因。

至於特定構成要件要素究竟是規範性構成要件要素還是空白構成要件，至少會有下列幾點區別實益：

1. 首先，空白構成要件所從屬的外部規範，必須嚴格限制在立法者明示的從屬範圍裡，否則將有違刑罰權的國會保留原則與權力分立原則之虞，當然如此一來的副作用就會是，司法權必須或多或少受制於行政權所做成的風險判斷²⁰。反之，就規範性構成要件要素的判斷上，如果立法者制訂類似刑法第10條那種立法定義的解釋框架規定，裁判者自然就要在該框架內進行解釋，以符合罪刑法定原則。但如無該類規定存在，裁判者就可以自行探求本罪的規範目的或保護法益，彈性找尋適切的外部價值或規範作為解釋基礎，未必直接受限於行政權所做成的風險判斷，可說是維護了裁判者動用刑罰權的自主性，但副作用則是會有構成要件要素內涵不明確且難以預見的難題²¹。

2. 在判斷空白構成要件是否符合刑法第1條罪刑法定原則的要求時，補充規範之內容必須一併被納入考慮（司法院憲法法庭112年憲判字第5號判決理由段落23參照）；但如果是採用規範性構成要件要素的立法模式，則所從屬的刑法以外的外部規範或法律以外的外部價值，無須直接受到罪刑法定原則的拘束²²。由此也就會衍生出來的是，外部規範的變更到底要不要遵守刑法第2條從舊從輕原則的問題。

3. 最後，兩者的差異會在行為人故意涵蓋對象的部分有明顯的影響。空白構成要件的故意範圍至少必須涵蓋到補充規範相關的事實，甚至是補充規範所呈現出來的禁止或誡命內容；但對於規範性構成要件要素的認知，則會要求行為人必須認識到與此一要素相關、大致的「社會—規範性的意義內涵」，但不需要精確認識到外部規範相關事實的內容²³。這一點會影響到在個案中行為人是否要精確地認識到危險性行為之範圍標準第2條規定的相關事實，還是只要認識到與危險性行為此一要素相關的社會—規範性的意義內涵。

(二)危險性行為的判斷依據

從本文上述立場檢視本判決乃至歷審判決，就可以發現尚有一些關於危險性行為範圍的見解仍值得重新思考。本

¹⁹ 有關各類型的行政從屬立法模式可見陳俊偉，同註18，65頁以下。

²⁰ 這也正是空白構成要件至少要能清楚指明其從屬對象（補充規範），並發揮「連結功能」此一最基本要求的原因，見陳俊偉，同註8，159-160頁。

²¹ 陳俊偉，同註18，68-69、75頁。

²² Bülte, a.a.O. (Fn. 18), S. 775.

²³ Bülte, a.a.O. (Fn. 18), S. 776.

判決對於危險性行為的範圍認定，如本文未理解錯誤的話，應係從本罪第4項規定出發，指引到危險性行為之範圍標準第2條規定，再從該規定後段的「『醫學上評估』可能造成HIV感染」作為解釋入口，引進台灣愛滋病學會所提供的兩份醫學研究最新成果之文件作為判斷依據。反之，最高法院認為危險性行為之規定屬於空白構成要件，不能徒以非中央主管機關所提供的醫學研究一般性數據，推論個案中的危險性，因此無法完全接受本判決的解釋脈絡，已如前述。針對上述兩判決的差異，如依據本文的看法，各有其應予贊同之處。

首先，本文認為危險性行為屬於規範性構成要件要素，並非空白構成要件，因此難以認同最高法院判決之想法。儘管如此，因為立法者就危險性行為已經在條例第21條第4項訂有解釋的指引框架，因此裁判者對於危險性行為的解釋，除了探求本罪保護重大身體健康法益的立法目的以外，還是必須侷限在立法者所限定的解釋框架內，才有正當性。只是本罪第4項其實也只有規定，裁判者解釋所參照的規範，必須屬於「中央主管機關參照世界衛生組織相關規定」所訂出來的抽象法規，因此最高法院判決指出不可超出上開立法者授權的範圍解釋，台灣愛滋病學會不是中央主管機關，上開文件也不是世界衛生組織所為規定等意旨，其實並無錯誤，仍是值得贊同。

但本文贊同最高法院上開判決意旨

的同時，並不意味著本文也認同本判決的論述有誤。理由在於，本判決儘管沒有指明危險性行為的規範性構成要件要素性質，但實質的解釋脈絡仍然依循條例第21條第4項所指引的框架，針對危險性行為之範圍標準第2條所規定的「『醫學上評估』可能造成HIV感染」此一要素，依據本罪的保護法益與目的，引進外部價值（醫學研究成果）以補充作為解釋的內容而已。基於此故，本文就本判決的基本解釋脈絡同樣予以認同，但有下列幾點認為應予補充說明：

1. 基於最高法院判決將危險性行為認定為空白構成要件，本判決被撤銷發回後的更一審判決²⁴，因而依循最高法院認為空白刑法補充規範之變更屬事實變更的意旨，認定2021年7月2日修正「後」的危險性行為之範圍標準第2條規定於本案無適用餘地，僅能依修正「前」規定認定危險性行為之範圍²⁵。然依本文之見解，既然危險性行為屬於規範性構成要件要素，作為其解釋依據的補充規範或外部價值即使有所變動，也與刑法第2條之規定無關；換言之，裁判者即使直接參酌修正「後」的新危險性行為之範圍標準規定作為解釋依據，亦無不可。

2. 無論是修正前或修正後的規定，危險性行為範圍之認定都取決於「醫學上的風險評估」。而此所謂的醫學評估，基於本罪具體危險犯規定的屬性考量，不應只是一個通案性、一般性的研究成果與數據，而必須是針對個案所做

²⁴ 臺灣高等法院110年度上更一字第162號刑事判決參照。

²⁵ 此一實務上的穩定見解向來不為學界所認同，就此說明僅見林鈺雄，同註14，64-65頁；王皇玉，同註14，70-71頁。

成的危險評估。而此一個案危險評估必須由醫學專家進行專業鑑定，始能得知其結論²⁶。就這一點而言，最高法院之判決意旨則又是較為值得贊同的見解。

二、本罪未遂犯的主、客觀要件

(一)主觀要件：危險故意

未遂犯之成立，除應探究行為客觀上是否已著手實行卻未達既遂外，通說均認為尚應確認為人主觀上是否具有與既遂犯相同的主觀故意²⁷。這一點本判決以及歷審判決或許因為著重於客觀要件的探討，較未加以著墨。但必須特別提醒的是，未遂犯的犯罪審查結構本來就從主觀故意出發，另外在考慮行為是否已達著手實行階段時，行為人主觀上對犯罪實行的計畫與想像同樣也是判斷基礎，即使實務上證明時常有所困難，仍不應忽略。而如以本文對本罪所採取的具體危險犯觀點出發，本罪所要求的故意就會是一個針對身體健康法益的具體危險故意，也就是說，行為人必

須明知自己為感染者，且對透過特定性行為得以將HIV傳染於他人，並因此引起他人身體健康的具體危險這些客觀事實，具有直接或間接故意。此時行為人如果認知到其行為將引起他人身體健康的具體危險，並且至少該具體危險的發生並不違背其本意，就滿足了具體危險故意的正面要求。只是這樣的主觀心理狀態也可以同時是殺人故意的內容，因此行為人必須在意欲要素的部分，「不理性地信賴」或「沒有理性依據卻單純樂觀地信賴」傷害或死亡等實害結果不會發生，才不會因此層升為傷害或殺人故意，而只停留在具體危險故意的層次²⁸。

就此一主觀故意的要求，學說上曾有見解認為，本罪要求的「明知為感染者」部分，應可就「感染者」的範圍進行限定解釋，只要行為人已接受有效治療持續服藥，體內已檢測不到HIV並趨近於未曾感染之人，客觀上就應該不再屬於在此所指的「感染者」；換言之，醫療行政管制上的感染者定義可以與本罪感染者定義予以脫鉤而有所不同²⁹。

²⁶ 詳參後述「(二)客觀要件：危險性行為的著手時點」之說明。

²⁷ 林鈺雄，同註14，370頁；王皇玉，同註14，373頁；蔡蕙芳，未遂犯之故意型態——評最高法院八十二年度台上字第二八六〇號刑事判決，裁判時報，15期，2012年6月，57、60頁。另就HIV傳染行為刑事責任認定所要求的主觀故意問題，則是引爆德國在1990年代前後一系列的故意理論探討，就此並非本文之討論主軸，因此僅參閱Bruns, Nochmals: Aids und Strafrecht, NJW 1987, S. 2281; Prittwitz, Die Ansteckungsgefahr bei AIDS, JA 1988, S. 486 ff.; Neumann, Das Risiko des Risiko-Strafrechts. Zur Funktion des Strafrechts bei der Bekämpfung von HIV-Infektionen, in: HIV und AIDS im Spiegel der Wissenschaft. Saarbrücker Hochschulschriften Bd. 23, 1994, S. 80.

²⁸ 此一問題意識與詳細討論，見Prittwitz, a.a.O., S. 490 ff.; Neumann, a.a.O., S. 81. 另有關危險故意的具體內容與標準，見陳俊偉，從危險故意理論省思放火故意之實質內涵——以最高法院105年台上字第2179號判決及其歷審判決爭點為出發點，興大法學，26期，2019年11月，205頁以下，特別是214-215頁的意欲要素說明。

²⁹ 謝焯偉，同註8，19頁。

此一解釋策略確實得以一定程度地限縮了本罪的客觀要件解釋範疇，將已經難以證實可造成法益危險之行為人排除在本罪的處罰範圍之外。然而，條例第3條已經極為明白地定義「感染者」的範圍，其中不只涵蓋「受該病毒感染之後天免疫缺乏症候群患者」，更包含了「感染病毒而未發病者」，本罪的感染者應該是從屬於該條定義的行為人要件，刑事裁判者應該沒有不做同等解釋的空間，上述解釋策略無疑偏離了立法文義，也很難想像同一部法規內的感染者定義，會只因為放在不同法條而有不同理解。就此而言，本文認為與其冒著立法體例前後不一的質疑，將客觀上確實已經感染HIV的行為人透過限縮解釋排除其處罰，倒不如根據危險故意的本質，重新解釋本罪所要求的主觀故意內容更為適宜。

質言之，在此規定行為人必須明知自己為感染者的理由，一來希望將不確定自己是否感染HIV的行為人排除在可罰性範圍之外，二來正是因為感染HIV屬於本罪對於他人身體健康法益造成具體危險甚至實害的行為支配存在的前提，行為人唯有對此一前提有所認知，後續才有可能認識到自己與他人發生的性行為是否超出法所不容許的界限、進而得以引發他人身體健康的現實危險³⁰。因此，行為人對於自身感染狀況的明知，充其量就是一種後續行為人有可能發動危險結果實現歷程的基礎風險認知而已。本罪設計為具體危險犯的最主要原因其實在於，行為人在具備這種

風險認知之後，立法者仍然賦予行為人有權依據個案具體實際因素考量，自行判斷其所為的性行為是否真的會在個案中引發他人身體健康的現實危險。並且，因為本文將危險性行為解釋為規範性的構成要件要素，行為人不需要如同專業醫師一般，精確認識到自己與他人的性行為的醫學風險評估結果，只要如前所述，能夠大致認識到自己與他人所為的性行為，是否屬於一般社會大眾對於危險性行為所能理解的「社會—規範性的意義內涵」，即為已足。從而，假如行為人本身明確認知到自己都有接受有效的醫療、定期依醫囑服用藥物、已被告知檢測結果的病毒量已經極低或檢測不到、未射精口交行為的傳染機率極低等客觀事實，應該就難以認定行為人會具備上述所要求的具體危險故意，因此也就難以構成本罪的未遂犯。即令行為人對於上述客觀事實有所誤認，頂多只能依個案情況構成不罰的危險過失而已。

上述各項因素，其實在本判決的事實認定中都已經有所觸及，只是沒有放在行為人主觀故意認定，而是放在客觀要件是否該當的脈絡之下處理。然而，本判決沒有從主觀故意部分排除行為人的未遂刑責，而是從行為人並未引發具體危險、所為並非危險性行為的方式加以處理，判決理由似乎過早跳躍到無罪的結論。因為即使A未戴保險套與他人互為口交的行為，沒有造成B的身體健康之具體危險發生，仍然不能排除同一行為已經可以評價為開始著手實行危險

³⁰ 陳俊偉，同註28，206-207頁。

性行為，但危險性行為尚未終了或未遂行為，而這或許正是最高法院判決指摘本判決的另一重要意旨。更不用說的是，本判決理由當中儘管不斷強調行為沒有傳染可能性或風險，但卻沒有處理本案是否有刑法第26條不能未遂規定的適用問題³¹，同樣令人疑惑。總而言之，如果沒有從行為人欠缺危險故意的方向加以認定，而是要從客觀上否定危險性行為的成立，還是必須清楚交代個案中「著手」時點究竟開始與否的理由，否則仍然會存在適用法則不當或判決理由不備的問題。

(二) 客觀要件：危險性行為的著手時點

至於本罪未遂犯之成立，客觀上最為重要也最有爭議者，無疑是危險性行為的著手時點為何的問題。有關這一點，近期最高法院110年度台上字第1636號刑事判決所確立的著手認定標準，指出「所謂著手，應依行為人之犯罪計畫或其犯意及其行為予以整體評價判斷，倘其行為與結果之間具有時間與空間之緊密關係，而足以立即、直接危害犯罪構成要件所保護之法益，或其行為在不受干擾之情況下，將立即、直接實現犯罪構成要件的結果，當認行為人已著手犯罪行為之實行，而非僅止於預備犯階段」，應值得參考。此外，個別犯罪的著手時點不必然一定要是到了已經實現了或已可涵攝至特定構成要件要素之階段，只要特定前行為與構成要件所要求的實行行為具有特別接近的

緊密關係，該特定前行為仍可認定為著手³²。依據上述標準，似乎可說不一定要是開始實行危險性行為，只要是在行為人主觀犯罪計畫或想像的範圍之內，與危險性行為具有特別接近緊密關係的前行為，而此一前行為依行為人之想像，已經足以發動後續傳染於人的具體危險的實現流程者，也可評價為本罪的著手。準此，本判決始終著重在被告行為是否該當於危險性行為此一爭點，恐怕還有所不足，唯有額外再說明被告行為連危險性行為的緊密前行為都不該當，才能完整論證被告行為不構成本罪未遂犯。

因此，接下來必須思考的問題正是，危險性行為的解釋以及還有可能作為其著手的前行為應該符合什麼標準。而依本文之見，這個問題的答案應該回歸到本罪的具體危險犯本質加以考慮。以本罪的構成要件結構而言，行為人為HIV感染者屬於行為人要素，危險性行為屬於行為要素，這兩者對於與行為人從事性行為的他人身體健康法益而言，具有不同的侵害指向與規範定位：前者頂多只能代表著行為人具有使他人感染HIV、製造此一風險的能力，但並未同時意味著行為人在個案中已經製造法所不容許的風險；唯有後者的實行，才是確定行為人在個案中已經製造了使他人感染HIV的非容許風險，並且也讓「使他人因而感染」此一具體危險結果的實現流程開始實際進行，其對結果的行為支配也才能開始發揮現實效果。依此

³¹ 類似的討論方向，謝煜偉，同註8，20頁。

³² Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger/Engländer, Strafgesetzbuch, § 22, Rn. 37 f.

一詮釋，再搭配具體危險的三個實質要件³³，危險性行為的著手時點應該就是，行為人必須實際實行性行為，或至少實行與性相關的緊密前階段行為，而此行為不僅已經在個案中有高度機率會引發身體健康法益的侵害，且HIV此一危險源已經極為接近與行為人從事性行為之他人身體，只要此一行為繼續實行，HIV即能有效地傳染到特定個人之身體的這個時點。

上述的著手時點定義，同樣可以與危險性行為之範圍標準第2條規定的結構相吻合。首先，該條前段所規定的「未經隔絕器官黏膜或體液而直接接觸之性行為」這個要件，屬於考慮到HIV傳染途徑的行為必要條件，藉此可確認行為人有無將病毒傳染到他人身體的有效行為支配。至於該條後段之規定，無論是修正前的「醫學上評估可能造成HIV感染」，或修正後的「經醫學評估有重大傳染風險造成HIV感染」，兩者看似用語有所不同，進而造成過去實務見解誤解為要求的風險程度不同（前者只要求「可能性」，後者要求「重大風險」）。但只要把容許風險的觀念引進，再配合前述的具體危險所要求的要件，兩者實質上並無不同，只是新法用語更為清楚，都是指個案中能構成本罪未遂犯的危險性行為，至少必須是經前述的「醫學上個案的風險評估」之後，認為有高度機率會傳染HIV於人的性行

為，不應該將僅有極低機率或傳染風險的行為都包括在內³⁴。簡而言之，既然本罪屬於具體危險犯，則本罪的危險性行為就必須是在個案中得以真實引發具體危險的行為，其未遂犯的著手時點同樣是個案式地從醫學的角度評估後，確實會具有引發傳染於人結果發生高度機率的性行為或其緊密前階段行為。

總結而言，採取這種危險性行為的認定標準，應該會具有幾個重要的實質意義：

1. 僅憑抽象、一般性的醫學研究統計數據或研究成果，都不能直接作為個案被告是否確實已著手甚至已實行危險性行為的證明。換言之，即使醫學研究成果顯示，未戴保險套所為陰道交或肛交有較高傳染風險，而口交傳染風險極低，也不能通案式地直接證立或排除所有個案中性行為傳染風險。從而，本判決以愛滋病學會所提出的2份國際醫學研究之最新成果，認定「無射精之口交實際……並無造成感染HIV之風險」，且「上述2份文件已肯認『測不到病毒即不具傳染力』……故若感染一方有服用三思美藥物，在雙方未射精的狀況下互為口交，應不存在實質傳染HIV之風險」等理由，反而有違本罪具體危險犯的性質。

2. 所謂醫學上的個案危險評估，指的是依據本案被告與被害人彼此之間的個人感染、發病、服藥治療程度、服藥

³³ 這是指規範性的危險概念之要件：(1)行為具有引發法益損害發生的高度概然性、(2)法益客體已經位處於行為的效力範圍內、(3)法益損害的發生純屬偶然，就此見陳俊偉，同註28，197-200頁。

³⁴ 一方面認為可依一般性的醫學研究結論，他方面則認為可以病毒量來排除危險性行為，似乎可歸類為綜合抽象風險與具體危險標準的見解，見謝煜偉，同註8，21、23頁。

前後體內病毒量、性行為種類、方法、性行為接觸面有無傷口或體液可流出之處等各項現實狀況，綜合所為的危險判斷。而此一個案危險評估所涉及的風險屬於高度專業且複雜的個別風險，裁判者無法透過個人的經驗認知自行加以判斷。另外，這類風險本來就是無法藉由法規範事先作成通案判斷或評估標準的事項，立法者與中央主管機關因此才需要透過「醫學上的風險評估」這樣的立法模式，再度將風險判斷之權限交給個案中的專家，因此裁判者必須在個案中將被告是否曾為危險性行為的初步認定，送交醫學專家進行專業鑑定，以協助裁判者進行後續判斷³⁵。

(三) 小結

就本案而言，A未戴保險套與他人互為口交的行為究竟能否直接該當於危險性行為之規定，甚至能否認定為危險性行為的緊密前行為而評價為著手，尚無法一概而論。單純僅從本判決所認定的未戴保險套互為口交之客觀行為來看，儘管依據醫學研究成果甚至個案的鑑定結果，都能得到只要有定期服藥則病毒量極低，因此傳染風險極低、甚至趨近於零的結論，此一行為本身不符合前述危險性行為的要件，較為明確。然而，未戴保險套互為口交的行為是不是A與B為其他危險性行為的緊密前階段行為？依據A主觀上的認知與意欲，是否曾有在口交後繼續為其他性行為之計畫或想法，因此得以符合前述本罪未遂犯的危險故意要求？都應該還是與本罪

未遂犯之成立與否有直接相關的重要爭點，只是並未在本判決及其歷審判決中有所確認。

結 論

條例第21條的刑罰規定，因為與當前的愛滋病治理政策或觀念或有違背，歷來時有應予除罪化的呼聲。然而在除罪化或者回歸傳染病防治法規範的想法實現之前，司法者都仍負有依法裁判之義務，只是該如何解釋本罪的個別構成要件，使該罪可罰性得以與其極高的法定刑度盡可能合於比例，卻是難解的問題。特別是本罪的危險性行為規定，構成要件相較於同條其他行為形式所採的描述性構成要件要素，解釋範圍更難以捉摸，常令人詬病。本判決突破過去實務判決之既有見解，朝具體危險犯之方向重新詮釋本罪規定之危險性行為，不只有效限縮了本罪的可罰性範圍，更翻轉了傳統實務判決完全不容許任何一點感染風險的傾向，有效地緩解了風險刑法的副作用，整體而言相當值得肯定與參考。本文則是藉由評釋本判決的機會，得以提出針對本罪的幾個初淺想法，茲簡要統整如下：

壹、本罪屬於具體危險犯及結果犯，本罪的未遂犯是否成立、其著手時點如何認定，都應以從「危險性行為」到「致傳染於人」的整體具體危險發動與實現流程為解釋基準。

貳、儘管因為條例第21條第4項之規定，本罪的危險性行為要件會具有一定的行政從屬性質，但本質上仍屬於規

³⁵ 類似看法，見謝焯偉，同註8，21頁。

範性構成要件要素，並非空白構成要件。條例第21條第4項規定，以及其所指引的外部規範與外部醫學價值，都屬於危險性行為的解釋框架。

參、本罪之未遂犯，指的是行為人主觀上明知自己為HIV感染者，也具備引發被害人身體健康具體危險之危險故意，客觀上進而著手實行危險性行為，卻尚未完成危險性行為之實行（未了未遂），或者已完成實行卻未傳染於人（既了未遂）之情形。危險性行為的著手時點則是，行為人依其主觀的故意或犯罪計畫，已實際實行性行為，或至少實行與性相關的緊密前階段行為，而此行為不僅已經在個案中有高度機率會引發身體健康法益的侵害，且HIV此一危險源已經極為接近與行為人從事性行為之他人身體，只要此一行為繼續實行，HIV即能有效地傳染到特定個人之身體的這個時點。至於危險性行為及其著手的判斷，不能僅憑一般性的醫學統計數據或研究成果，而必須藉由醫學上的個案危險評估，始能確定。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；更多裁判分析►月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）