

「危險性行為」之刑罰檢討 —愛滋防治及權益保障條例 第21條之修法建議

A Study of Taiwan's Implementation of the HIV
Infection Control and Patient Rights Protection Act 21

呂寧莉 Ning-Li Lu*



摘要

人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第21條最初於立法時針對愛滋帶原者之性行為為一定限制，以期杜絕愛滋病毒傳染。但近年科學研究證實，若愛滋帶原者體內病毒量減低到無法偵測程度，即不會傳染，因此對於本條例關於危險性行為之罰則應加以檢討。本文先行檢視本條例關於危險性行為之刑罰規定，發現構成要件相關既、未遂之規定確實有不妥之處，故同時提出修正建議，以期維護愛滋帶原者之權益。

*臺灣高等法院法官（Judge, Taiwan High Court）、陽明交通大學公共衛生研究所博士候選人（DPH Candidate, Institute of Public Health, Yang-Ming Chiao Tung University）

關鍵詞：刑法謙抑性（restraining criminal law principle）、危險性行為（unsafe sex）、重大傳染風險（high contagion risk）、愛滋帶原者（HIV positive people）

DOI：10.53106/241553062022010063011

項，以求周延。」並沒有特別敘述增列未遂犯之法理依據，因此可以合理推論當時增加未遂犯之處罰規定，係為擴大處罰範圍，用以嚇止HIV之感染者與他人為性行為，不論性行為對象是否受感染，行為人均加以處罰。2007年7月11日另將共同使用針筒傳染HIV病毒的行為也納入，原條號改為第21條第1項，同時提高刑度與刑法重傷害相同，故意犯由7年以下有期徒刑（最低本刑為2月以上），改訂為5年以上12年以下有期徒刑。

由本罪之刑度可知HIV帶原者與他人性行為，若是導致他人亦感染HIV病毒，是視同重傷害之犯罪。之所以將其視為重傷害犯行，係因愛滋病自1981年在美國發現首例感染者後，初期傳染甚快，且發病後致死率極高，因最初受到感染後並沒有藥物可醫治，約有15%~20%感染者在5年內發病，約50%在7至10年內發病，發病後在3至5年內死亡，曾經有「廿世紀黑死病」之稱，因此於30年前立法時，為了杜絕病毒傳播，HIV帶原者於性行為之前必須告知性交對象本身為帶原者，讓對方評估受感染風險後，決定是否要與感染者為性行為，以保護性行為對象及避免病毒傳播。另外以重刑規範，且處罰未遂犯，於當時之時空背景下，似無管控過度或侵害人權的問題。但HIV條例實施後已經過30年，於此期間陸續有治療愛滋病新藥問世，近年更有科學研究證實，HIV病毒可透過藥物控制，亦即感染者若定時服藥，可大幅降低帶原毒性，若其體內病毒量減低到無法偵測程度，即使未使用保險套為性行為，亦不會傳染病毒，因此本條例關於HIV帶原者有關性行為罰則規定之規範強度若未與時俱進，將有過度限制HIV帶原者人權之虞，本文認為應依照目前HIV帶原者之傳染風險，對於現行HIV條例第21條第1項之危險性行為刑罰規範加以檢討¹。

1 黃仔君，超過5千人支持愛滋第21條除罪化！疾管署：修法應廣納意見，新頭殼newtalk，2020年7月10日，<https://newtalk.tw/news/view/2020-07-10/433883>（瀏覽日期：2021年8月1日）。

Article 21 of the HIV Infection Control and Patient Rights Protection Act (HIV Act) was originally enacted to restrict the sexual behavior of HIV positive people to eliminating HIV transmission. However, scientific studies have confirmed in recent years that HIV virus can be controlled through drugs, and if the amount of virus reduce to an undetectable level, the HIV transmission does not occur, so the HIV Act should keep pace with the times, otherwise there is a risk of excessive restrictions on the human rights of those HIV positive people. This paper first examines the the definition of unsafe sex, and finds that it's not proper to comprise the element of "Individuals who are fully aware that they are the infected," so this paper also proposes suggestions for future amendments.

壹、前言

我國「人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例」（下稱「HIV條例」）最初係於1990年12月17日制定，距今約30年前，其立法目的規定在第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。」可知立法當時除了保障感染者之權益外，主要係為了維護國民健康，防止HIV病毒擴散，亦即該法保障之法益應係社會法益。而有關經由性行為傳染他人HIV病毒之刑事責任，最初規定在同法第15條，其規定為「明知自己感染人類免疫缺乏病毒，隱瞞而與他人為猥褻之行為或姦淫，致傳染於人者，處七年以下有期徒刑。」依照本條之構成要件，必須為結果犯，亦即「致人因此受到感染」方為成罪。然1997年12月30日，立法新增未遂犯規定，立法理由為：「原條文對違反該條規定，但未致人感染該病毒者，未處予刑罰，爰增列第三

肆、結論

近年來立法者在公共衛生領域，認為只要針對該製造風險行為立法加以處罰，就可以阻止後續之危害產生，而不論該風險究竟是否會轉化成危險或實害，以期保障大多數人之生活。我們不難理解立法者希望保障社會大眾的心情，但是為了回應對風險的恐懼，而將刑罰處罰之範圍擴大，卻處罰到實際上並不會產生危害的人，顯然有違刑法謙抑性。或有人認為在風險不明的情況，立法者藉由刑罰擴大控制損害面，並無不妥之處，然最初以刑法管控「風險」之概念，主要是用於風險所造成之損害（例如放射線之使用、環境之危害、經濟犯罪、恐怖活動等）是大規模，甚為嚴重，且回復困難的情況，才必須提前管控。但是在公共衛生領域上，依照目前科學發展的狀況，對於病源偵測或診治已非難事，且不是處於完全無知的狀態，甚至知悉病毒傳染途徑及方式後，可以有效控制風險的產生，而不需如同古代將病毒視為觸摸不著的邪靈，以消滅宿主（即帶原者）的方式來控制。HIV條例第21條最初立法時針對HIV帶原者之性行為為一定限制，目的在消除HIV病毒之傳播，立意雖然良善，但經過30年間醫療科技對HIV病毒的研究及防治，在經過適當的治療後，帶原者幾乎不會傳染，此與最初立法時之時空背景已大不相同。本文認為現行規定以「明知自己為感染者」作為構成要件之一部分，而不以「有傳染他人病毒之意圖」作為主觀犯意之構成要件，不但可能讓HIV帶原者逃避就醫，且同時將故意及過失犯一併規定，對於實際上已經積極治療或做了防範措施，沒有意圖傳染病毒與他人之HIV帶原者，處以等同故意犯相同刑度之刑罰，均有不妥之處，應適時檢討修正。

 本文內容同步收錄於月旦醫事法網與     平臺，
部分內容收錄於月旦知識庫與月旦教學案例庫