



上海法学文库

夏国美 主编

艾滋病立法： 专家建议及其形成过程



法律出版社
LAW PRESS CHINA

生命法学丛书

艾滋病立法： 专家建议及其形成过程

夏国美 主编



上海法学文库

 法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

艾滋病立法:专家建议及其形成过程/夏国美主编. —北京:
法律出版社, 2006. 11
(上海法学文库. 生命法学丛书)
ISBN 7-5036-6805-9

I. 艾… II. 夏… III. 艾滋病—立法—研究报告—中国
IV. D922. 164

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 129829 号

©法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 郭 涛	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社	编辑统筹/法律出版社上海出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/787×960 毫米 1/16	印张/31.25 字数/479 千
版本/2006 年 11 月第 1 版	印次/2006 年 11 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
销售热线/010-63939792/9779	传真/010-63939777
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
	重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-6805-9/D·6522	定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

艾滋病立法：专家建议及其形成过程

项目总负责人：夏国美

子项目负责人：华东政法学院	肖建国
上海政法学院	杨绍刚 倪正茂
清华大学	李 楠
上海社会科学院	周 丹 陆晓文

项目成员（按姓氏拼音排序）：

陈颖健	李绍章	刘 芹	刘潼福
潘大渭	宋 箐	孙克勤	王莉娟
夏江旗	杨彤丹	郑乐平	

项目顾问（按姓氏拼音排序）：

方 蕙	高燕宁	康来仪	李昌道
刘 剑	卢汉龙	潘启超	潘孝彰
邱仁宗	王汝巽	王若涛	张孔来
庄鸣华	朱惠民		

总 序

编辑出版《上海法学文库》是一项很有意义的工作,它有助于推动上海的法学研究和培育法学新人。近两年,上海市法学会发布了几十项课题,通过招投标的形式让会员承接,在已完成的项目中,有的产生了较好的社会影响,有的还得到了较高层次的奖项。法学会每年还组织一些规模不等的研讨会、报告会,为会员更好地从事教学、科研和法律事务工作搭建交流的平台。上述服务会员、凝聚会员的努力,得到了广大会员的肯定。在今年年初的理事会和常务理事会上,大家对法学会工作提出了新要求,希望采取一些措施,有利于多出成果、出好成果;多出人才,尤其是扶植一批有潜质的法学新人。法学会采纳了大家的建议,经酝酿筹备后,《上海法学文库》(以下简称《文库》)正式起步了。

在起步之际,我想就《文库》的编辑理念向大家做以下说明。

作为《文库》,它应当具有包容性。法学学科所有专业的论著,包括论及法律实务中理论问题的专著,都可以纳入《文库》之中;只要坚持宪法确立的各项原则,凡言之有物、言之有据的学术著作,都可以纳入《文库》之中。

作为《文库》,它应当具有学术性。我们希望列入《文库》的著作,理论上应有所创新,即使是实务类的著作也是如此,当然,实务类的著作还应当具有很强的应用价值。为了保证《文库》的质量,我们借鉴了国内已有的做法,采用较严格的评审制度对书稿加以筛选。

作为《文库》,它应当具有连续性。独木不成林,几本书则免称《文库》。我们将着眼于长远,以记录我国法治进程、民主政治建设的轨迹为己任,不断推出能够反映上海法学研究新水平的作品,不断推出上海的作者,特别是青年作者。这项工作如果能够得以持续,若干年后,我们一定会为《文库》积厚流广而感到万般欣慰。法学会是“铁打的营盘流水的兵”,但愿今天我们

2 艾滋病立法:专家建议及其形成过程

所作的决策,因为它的正确,而为后人所沿用。

最近几年,社会科学迎来了又一个春天。国家高度重视社会科学的发展,对社会科学投入大大加强,文化体制改革给出版、发行领域也带来了深刻的变化,学术著作出版难的情况明显缓解,精品学术书稿更是抢手货。在这样的背景下,编辑出版《文库》,没有质量意识、市场意识是不行的。我们要为精品学术著作的出版提供方便,也要为有光彩但还略嫌稚嫩又出版无门的作品提供出路,更要防止降低要求,让不符合《文库》标准的作品滥竽充数、“出外快”,那样,最终砸的是《文库》的牌子。

《文库》已经起步了,所有的作者、评审者、编辑、编务和发行人员,以及法学会的同仁如果能够齐心协力将它做好,那可是功德无量的啊!

沈国明

2005年10月1日

《生命法学丛书》序

21 世纪将是生物科技世纪,其核心是人类生物科技突飞猛进的发展。这将天翻地覆地改变世界的经济、社会、文化状况乃至改变人类本身,从而极大地改变人类的价值观、伦理观与法律观。

随着生命科技的发展,将逐渐形成新型的生命社会关系和调节这一新型生命社会关系的法律。这在今天,业已初见端倪。脑死亡法、人类辅助生殖技术法、基因技术法、器官移植法以及安乐死法等的出现便是明证。这些新型生命法的诞生过程,交织着热切的期盼与切齿的诅咒,因为它彻底地颠覆了传统的道德观念,尤其是与以血缘关系为纽带的稳态家庭社会关系唇齿相依、休戚与共的传统伦理观。尽管如此,期盼者的期盼还是变成了现实;诅咒者的诅咒则已气息奄奄。

随着生命法的发展,提出了一系列新的法理学与法律学问题。回答这些问题,是法学工作者责无旁贷的使命。但是,这将是一个艰难的探索过程,才于学步,牙牙学语,幼稚是必然的,错误也在所难免。不惮貽笑大方将此《丛书》奉献给读者,一是希望引起社会各界尤其是法学界、医学界的关注,予以批评指正;二是希望推动生命法学的研究,经过互相切磋、辩难,在若干年后形成成熟的生命法学。

芳林新叶催陈叶,流水后浪逐前波。《丛书》的作者,将为生命法学研究新人辈出,生命法学佳作如潮涌现而欢呼雀跃!

倪正茂

2005 年 7 月 20 日

序

防治艾滋病是一场“不见硝烟的战争”，对艾滋病泛滥成灾的一些非洲国家来说如此，对艾滋病病情明明暗暗实际上不太清晰的中国来说也是如此。虽然“不见硝烟”，但艾滋病罹难者的森森白骨与累累坟茔却触目惊心，令人警醒！

现在，党和国家已开始重视艾滋病的防治工作，社会各界也纷纷行动起来，以“红丝带”为标志的防艾工作正做得有声有色。其中，十分重要的一项工作便是社会学与法学工作者携手调查研究艾滋病防治的行政与法律对策。上海社会科学院夏国美研究员长期从事艾滋病防治的社会政策与立法研究，成果累累，声誉卓著。本书便是她领导艾滋病立法事业的一个结晶。

全书分为以下四个部分：第一部分是《上海市艾滋病防治条例》的专家建议综合稿；第二部分是对艾滋病立法研究背景的介绍；第三、第四部分为《上海市艾滋病防治条例》专家建议稿的形成过程的记录。

目前，《上海市艾滋病防治条例》尚未出台，正在立法酝酿的过程中。不仅上海市人民代表大会及其有关职能部门对这份建议稿相当重视，而且全国人民代表大会、国务院的有关部门对这份建议稿也十分重视。全国性的《艾滋病防治条例》与《上海市艾滋病防治条例》的制定，都将反映出这份建议稿的影响。当然，正式出台的法律法规不可能与专家建议稿完全一致，甚至也可能会有相当大的出入。但这种不一致，一方面，反映了我国对艾滋病立法的重视；另一方面，其间存在的种种差异与问题，正好为后来者的研究提供了重要的参照物。正因为如此，本书之第三、第四部分原原本本地将专家建议稿形成过程中重要讨论会上专家们的发言记录和上海社会科学院、上海政法学院等4个单位试写稿都发表出来，对今后的研究就更有价值了。

本人自20世纪80年代以来，参加过多项国家的与地方的法律法规的起

2 艾滋病立法:专家建议及其形成过程

草工作,深感起草过程中各种分歧意见的交流、讨论乃至争议,恰是大变革时期形形色色社会思潮的反映,辩论争锋中的种种意见也十分生动地反映了各自所代表的社会阶层的意志与利益,相当鲜明地反映了多姿多彩的法律思想、法律学说。这些,较诸学术专著与教科书所能给予读者的,要丰富得多、生动得多、实用得多。可惜的是,迄今为止,还没有见到有哪一本书籍原原本本地将这一切如实地记录下来,交给读者去观察、分析、思考、抉择。本书在这一方面起了一种开启先河的作用,是应当大加赞赏的。

本书的第二部分是夏国美教授个人的研究结晶,有学术观点的阐释,但更多的是与中国尤其是上海的防艾实际工作紧密结合的深入思考。具体内容读者自可从字里行间觅得,我想着重指出的是:当今的中国社会科学研究,就是要坚持与实践相结合。我在主编《法治论丛》杂志时在“卷首语”中曾提出过法学研究的“三实”要求,即与政法战线的实务工作者结合,运用实证方法,研究实际问题。夏国美教授关于艾滋病防治工作研究之所以取得社会公认的成效,实际上,正是与“三实”如符合契的缘故。

人类对艾滋病的抗争,在一定程度上可以说是“最后的斗争”,是一场殊死的斗争,人进艾退,艾进人退,你死我活,残酷异常。而这场斗争的胜利,不是仅仅依靠立法或几项政策就能取得的。万事万物普遍联系,是无数力量的精诚合作最终引致的结果。防艾事业也是如此,让我们在各自的岗位上做出共同的努力吧!

倪正茂

目 录

导论	1
第一部分 上海市艾滋病防治条例(专家建议综合稿)	17
第一章 总则	19
第二章 政府职责	21
第三章 权利和义务	23
第四章 保障与救济	26
第五章 预防与管理	28
第六章 法律责任	33
第七章 附则	35
第二部分 艾滋病立法研究的背景	37
第一章 中国艾滋病法律、法规和政策回顾	39
第一节 艾滋病立法和政策法律改革问题	40
第二节 艾滋病法律、法规和政策中存在的问题	48
第三节 亟待变革的立法框架	64
第三部分 艾滋病专家立法过程	75
第一章 艾滋病立法专家研讨会	78
第二章 2004 年艾滋病立法国际论坛	100
第一节 开幕式	100
第二节 政府与非政府组织在艾滋病防治中的作用	106
第三节 艾滋病的犯罪与司法限制	130
第四节 强制与自愿——艾滋病防治的原则	151
第五节 艾滋病防治的社会保障机制	167
第六节 闭幕式	182

2 艾滋病立法:专家建议及其形成过程

第三章	上海艾滋病立法 ABC 专家建议稿(草案)研讨会	187
第四章	艾滋病立法干部培训研讨会	227
第一节	艾滋病立法干部培训研讨会(专题报告)	227
第二节	艾滋病立法干部培训研讨会(专题讨论)	249
第五章	2005 艾滋病防治立法论坛	281
第一节	开幕式	281
第二节	专家建议稿起草的背景、目的、过程和主要贡献	283
第三节	艾滋病立法理念的变革	297
第四节	艾滋病防治中政府的职责	311
第五节	艾滋病防治中政府和公民社会的合作	319
第六节	非歧视原则和知情权的争议	326
第七节	定点医院和岗位调离问题	334
第八节	闭幕式	342
第六章	2005 艾滋病防治立法论坛(讨论专场)	347
第四部分	《上海市艾滋病防治条例》专家建议分稿	378
第一篇	上海社会科学院专家建议稿	381
第一章	总则	381
第二章	职权和职责	382
第三章	民间组织	382
第四章	权益保障	383
第五章	宣传教育	386
第六章	预防控制措施与职业暴露保障	387
第七章	法律责任	389
第八章	附则	393
第二篇	华东政法学院专家建议稿	395
第一章	总则	395
第二章	预防	398
第三章	控制与管理	401
第四章	疫情的报告和公布	405
第五章	艾滋病病人、艾滋病病毒感染者及相关人员的 权利和义务	406
第六章	法律责任	407

第七章 附则	410
第三篇 上海政法学院专家建议稿	412
第一章 总则	412
第二章 权利和义务	413
第三章 预防与治疗	415
第四章 监测与管理	417
第五章 保障与救济	418
第六章 宣传与教育	420
第七章 法律责任	422
第八章 附则	424
第四篇 清华大学专家建议稿	426
第一章 总则	426
第二章 权利保障	427
第三章 政府的组织机构及其职责	432
第四章 政府行政机关下属的专门机构(防疫机构)	436
第五章 医生及其他医务人员和医疗机构的职责	437
第六章 采血机构和血制品企业的责任	438
第七章 医学研究和专门人才的培养	439
第八章 预防	440
第九章 检测与治疗	448
第十章 疫情报告和流行势态及影响分析	450
第十一章 发展推进:关爱和救助	451
第十二章 行政救济、司法救济及法律援助	454
第十三章 审计和社会评估	455
第十四章 附则	456
附录:Shanghai HIV/AIDS Prevention and Treatment Regulation (Experts' Version)	457
Chapter I General Provisions	459
Chapter II Governmental Responsibilities	459
Chapter III Rights and Duties	462
Chapter IV Safeguards and Aids	464
Chapter V Prevention and Management	466

4 艾滋病立法:专家建议及其形成过程

Chapter VI Legal Liabilities	470
Chapter VII Miscellaneous	473
人物简介	475
后记	481

导 论

一、艾滋病法律改革和制定的重要性

遏制艾滋病的努力已经到了最为关键的时刻。从“闻艾色变”到“关注艾滋”；从2000年国家1500万元的防治经费投入到2005年的8.01亿投入，中国政府和人民在与艾滋病的较量中已经迈出了坚实的第一步。这是令世界瞩目的重要一步，因为艾滋病的迅猛增长已经使得拥有13亿人口的中国的艾滋病防治具有了全球性的意义。但是，这也是过于艰难而漫长的一步，7773例已被确认和更多的未被确认的艾滋病病人已经付出了生命的代价。

20年来，中国感染艾滋病病毒的报告数不断攀升。从1985年中国发现第一例艾滋病到1995年累计发现艾滋病病毒感染者1567例；从2001年的30,736例到2005年9月底的135,630例。在这些迅速增长的数字背后，掩藏着多少颗孤独、绝望和受伤的心灵？多少双惶恐、无助的孤儿的目光？

面对中国艾滋病流行的严峻形势，联合国曾频频示警。1997年11月，联合国与卫生部合作完成的题为《迎战艾滋病》的中国艾滋病防治需求报告中就已提出，“从现在到本世纪末是中国控制艾滋病的关键时期，如果我们现在不积极采取控制措施，将坐失良机”。但是，在21世纪开始的第一年，联合国的新报告在肯定中国各界积极努力的同时，毫不客气地作出了“收效甚微”的评价。2001年，中国进入艾滋病发病和死亡的高峰。2002年6月，联合国艾滋病中国专题组在北京以《中国艾滋病：危险的泰坦尼克号》为题发布了2001年中国艾滋病形势的最新报告。报告警告说，中国正处在艾滋病灾难的边缘，一艘巨轮正在撞向冰山。

2003年春天，SARS在中国暴发。中国公共卫生面临一场新的巨大挑战。在应对SARS的日子里，中国政府在尊重公民的知情权、生命权等基本

2 艾滋病立法:专家建议及其形成过程

人权领域的态度,赢得了国际社会和中国民众的高度评价。在对 SARS 防治的反思中,不少人认为,中国之所以能在如此短的时间里迅速战胜 SARS,最重要的是由于政府高层的极度重视。在应对 SARS 的日子里,各级政府和相关部门的干部都面临着巨大的压力,“工作不力就地免职”的“达摩克利斯之剑”让所有责任人员不敢稍有懈怠。为此,一些人追问,中国防治 AIDS 为什么不能像防治 SARS 那样,在很短的时间内就引起国家领导的高度重视,并采取强硬的行政手段对隐瞒疫情和防治不力的领导干部给予撤职处分呢?如果政府也能这样做,中国应对艾滋病之路是否还会如此举步维艰、中国艾滋病流行的态势是否还会是今天这个局面吗?

应当承认,这种质疑是有道理的。国际社会的经验证明,任何一个国家或地区要成功防治艾滋病,都离不开政府的政治承诺和政治决心。离开这一前提,成功应对艾滋病只能是一句空话。但另一方面,用科学的、理性的态度来看,任何人都不难发现,AIDS 不是 SARS。AIDS 不是急性传染病,不是政府下几道行政命令、采取临时的应对措施就可以产生作用的。从社会学的视角来看,SARS 防治触动的只是社会的表层关系或临时关系,而艾滋病防治涉及的是社会深层的关系,涉及人的观念、行为和政策制度的艰难转换,需要长远的、整体的调整。

SARS 以后,国家围绕艾滋病防治出台了一系列重要政策。“四免一关怀”、“艾滋病综合防治示范区”以及“降低艾滋病危害策略”(如安全套推广、针具交换和美沙酮替代等)也开始得以贯彻,反映了国家在艾滋病防控问题上贯彻“以人为本、和谐发展”的新思路。但是,正如吴仪副总理所指出的那样,目前“推行这些干预措施还存在认识上和工作上的障碍”。正是这种障碍,减缓了中国成功应对艾滋病的步伐。

AIDS 不是 SARS,也不是禽流感。无论是 SARS 还是禽流感,疫苗的研制成功已经让我们找到了有效应对的武器。但是,在 AIDS 面前,我们面临的挑战将是长期而严峻的。在世界上,尽管无数的科学家都在奋力拼搏;尽管各国政府都投入了巨额资金,但艾滋病疫苗这一人类翘首以待的科学武器,至今仍未有效制成。

中国能否成功应对艾滋病,不仅关系到人民安康和社会发展,也关系到中国在国际事务中的地位、声望以及对中国人权状况的评价,进而影响到中国在全球的经济贸易发展和综合国力的提高。因此,我们必须加快步伐,从以下三个方面进行努力:

其一,克服认识上的障碍。国际社会和中国防治艾滋病 20 年的经验证明,要有效执行遏制艾滋病的政策、规划和应对措施,必须营造一个有利于控制艾滋病的社会环境,即将那些对艾滋病的威胁还不确定的、受到侮辱和道德谴责的人们感染或遭遇艾滋病威胁的可能性降低到最小限度;改变对艾滋病病毒感染者和病人的歧视与偏见,向错误的态度和陈旧的观念提出挑战;减少从事不安全行为者的社会压力,帮助更多的人主动接受艾滋病病毒检测和医疗服务。

其二,克服工作上的障碍。要控制住艾滋病在中国的流行,必须改变卫生部门单独应对、疲于协调的局面。2001 年,国务院出台的《中国遏制与防治艾滋病行动计划》已经提出了政府主导、多部门合作、全社会参与的艾滋病行动方案,在最近几年的国家政策中,这一方案又得到了再三的强调。但是,千呼万唤之下,这一局面依然没有形成。在有些地方和部门,艾滋病的防控工作依然被看成是和本辖区、本部门没有太大关系的事情。只要艾滋病增长的势头不足以影响本辖区、本部门的经济发展,不影响干部任期内的政绩考核,它就不可能被排上议事日程。所以,中国要成功应对艾滋病,必须从改变制度入手,克服工作上的障碍,真正实现多部门的合作。

其三,培育公民社会。中国要采用最有效的措施和最合理的社会经济成本控制艾滋病的流行,促进社会和谐发展,必须培育公民社会,形成政府和公民社会的合作应对艾滋病的社会氛围。在现代社会中,大多数物品和服务可以通过不同的制度安排及合作来提供,如政府、企业、民间组织和家庭。其中政府作为一种纵向的科层组织,虽然具有动员社会力量和调动社会资源的巨大优势,但也存在缺乏效率和反应不够迅速和灵敏的一面。而民间组织作为一种扎根民间的横向网络组织,则能敏感地知道来自民间及弱势群体的需求,及时地作出回应。因此民间组织在弥补市场失灵和政府失灵,在培育公民意识和志愿精神,积累社会资本,让个人有机会奉献自身资源的方面,发挥着独特而不容忽视的作用。为使中国成功应对艾滋病,国家必须拓展中国非营利组织的行动空间,培育公民社会,真正形成政府主导、多部门合作、全社会参与的艾滋病防治氛围。

上述种种努力,必然要以法律的改革和制定为前提。如何创建一个开放的、值得信任的合作环境来开展有效的艾滋病防治,构成了艾滋病立法的重要目的。

二、专家立法过程

2004年,上海市人大把艾滋病立法工作纳入了重要计划,政府有关部门也组成了上海市艾滋病防治条例立法起草小组。和中国其他任何一部法律法规的制定过程一样,任何立法草案在形成和出台前都要进行调查研究,在初稿形成后征询各学科专家意见,艾滋病立法也是同样。问题是,尽管作为该领域的研究者,不同学科的专家都希望能在意见征询会上提出恰当的观点和建议,但由于角色的被动(缺乏实证调查依据和严密论证的准备)以及时间的仓促(一般情况下专家只有10~15分钟的发言时间),结果往往不尽如人意,导致专家意见征询在很大程度上成为一种程序形式,无法达到本来的目的。

也正是基于这一认识,专家们认为,在艾滋病立法领域,研究者有必要采取自下而上的自觉行动,在充分开展调查研究和严密论证的基础上,主动向政府和人大提供比较全面和系统的专家立法建议。由于艾滋病立法需要综合性、系统性的知识体系,因此,上海社会科学院艾滋病社会政策研究中心决定组建交叉学科的研究平台,邀请不同学科的研究者围绕上海市艾滋病立法这一主题进行调研和讨论。

2004年8月,研究小组围绕上海艾滋病立法召开了第一次专家座谈会。这次会议奠定了上海艾滋病立法专家建议稿的基本思路。会后,研究小组开始进入资料收集和调研阶段,并在艾滋病病毒感染者、女性和男性陪侍者、海洛因依赖者、男同性恋者和大学生、流动人口以及民间组织中进行了大量座谈与访谈,希望将立法建立在一些更为重要的事实的基础上。

2004年12月,“艾滋病立法国际论坛”在上海社会科学院召开。来自美国、加拿大和澳大利亚的专家与国内专家共同就“政府与非政府组织在艾滋病防治中的作用”、“艾滋病的犯罪与司法限制”、“艾滋病防治的原则”、“艾滋病防治的社会保障机制”等问题进行了研讨。这次会议明确了上海艾滋病立法的理论框架。

从2004年12月到2005年5月,专家组经过多次讨论和交流,形成了三份专家建议稿(分别由上海社会科学院、华东政法学院、上海政法学院的研究小组成员撰写)。5月24日,专家组召开面向媒体的研讨会,就不同建议稿中涉及的几个重点问题进行了激烈的讨论和辩论。

这次会议之后,专家组开始进入对各自专家建议稿的修改阶段,在此期