

艾滋病与人权

感染者和医生等的生命权、
健康权及立法建议和法律评估

李 楯 著

AIDS and
Human Rights



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

艾滋病与人权

感染者和医生等的生命权、
健康权及立法建议和法律评估

李 楯 著

AIDS and
Human Rights



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

艾滋病与人权. 感染者和医生等的生命权、健康权及立法建议和法律评估 / 李楯著. —北京: 法律出版社, 2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4901 - 4

I. ①艾… II. ①李… III. ①获得性免疫缺陷综合征—防治②获得性免疫缺陷综合征—病人—人权—保护—研究—中国 IV. ①R512.91②D923

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 085247 号

艾滋病与人权

——感染者和医生等的生命权、健康权及立法建议和法律评估

李 楯 著

责任编辑 易明群
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 7.625 字数 211 千

版本 2013 年 6 月第 1 版

印次 2013 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 陶 松

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)

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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4901 - 4

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装)

序

人权,要在具体的事件、情境、社会关系或者结构中,才有意义;其实现的状况如何,才能得到检验。

本书前两部分,分别就艾滋病感染者作为人在有病时获得治疗的权利^{〔1〕}和艾滋病感染者作为人的隐私权^{〔2〕}能否在实际上得到尊重和保护,给出了作者的述说——方法有二:一是向政府提出吁请,二是在媒体上发出声音。

本书的第三部分更为重要,它展现了一种对法律的评估方法,不仅适用于与艾滋病相关的人权保护;只是以艾滋病防治相关法律为例——因为人权是一个整体,人权中每一种具体的权利的实现都是相互关联的,我们很难想象,在一项具体的权利没有保障的时候,与之关联的另一种权利能够得到很好的实现。

〔1〕 参见中国签署加入并经全国人大常委会批准的《联合国经济社会文化权利国际公约》第十二条、《宪法》第二十一条、第四十五条、《艾滋病防治条例》第四十一条第二款。

〔2〕 参见中国已签署加入的《联合国公民权利和政治权利国际公约》第十七条、《侵权责任法》第二条、《艾滋病防治条例》第三十九条第二款,及最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解释》、《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》。

中国法律存在的问题之一,是做过全国人大常委会委员长的人说过的:法律缺乏可操作性。从立法的技术层面看,就是法律规范的逻辑结构不完整,作为权利得以实现的保障的权利人相对方的“不许干什么”和“必须干什么”规定得含混不清,难以检测判定,或者是只规定了“不许干什么”和“必须干什么”,而没有规定“不许干的干了”、“必须干的没干”应承担什么样的法律责任(我们习惯了的法律样式是将“不许干”、“必须干”写入法律的一些章节,而将“法律责任”写入法律的另一个章节,不查对,就不清楚“不许干”和“必须干”有没有,或有什么样的法律责任)。

法律,有三个层面,表层规定的具体的“可以干什么”(权利)、“不许干什么”和“必须干什么”(义务或职责),中层的结构关系(在一部法律中,或在整体法律体系中),深层的核心理念。八十多年前,当时执政的国民党提出自己政策法律的核心理念(中心法理)是“国(家)—社(会)本位”,八十余年后,执政的共产党提出“以‘以人为本’为核心”的新执政理念。转型中,在法律深层的核心理念的新、旧并存,新、旧抵牾,模糊不定,影响到中层的结构关系,影响到表层的具体的法律规定的相互抵触。“新法、旧法抵触,从新”,“高阶位法、低阶位法抵触,从高”的原则,还缺乏一种机制以保障其实现。《立法法》第五章设立的在法律的具体规定相互抵触时,由全国人大常委会、国务院等“裁决”,以及“备案”、“审查”,及因认为“抵触”而“提出进行审查的要求”、“提出进行审查的建议”等,均有待“激活”。

我们正处在这样一个时代,如果人权、宪政、法治、善治是我们所企愿的,我们就应该以自己的行动去“激活”它。

本书是《艾滋病与人权》的第三册。前两册分别是《艾滋病与人权——疾病防治与就业平等》、《艾滋病与人权——生存、医疗保障与尊严,及公众参与》,均由法律出版社在2012年出版。

李 楦

2013年3月15日

目 录

序/李 楠	1
中国艾滋病防治协会法律政策工作委员会就医疗机构对艾滋病病毒携带者违法“拒治”事给卫生部的建议	1
附一 本案案情	11
附二 拒治案例	12
1. 广州艾滋定点医院再次拒治 HIV 阳性妇科患者	12
2. 袁文莉 2011 年为广东女性艾滋病感染者手术被拒事致卫生部和全国妇联函,及广东省卫生厅复函	13
3. 《HIV 感染者/病人看病难、手术难现状及其应对策略研究》摘录	21
4. 《“困境与曙光”——中国艾滋病病毒感染者/患者治疗与生存状况定性调研报告》摘录	26

2	艾滋病与人权——感染者和医生等的生命权、健康权及立法建议和法律评估	
附三	《关于解决我国艾滋病病毒感染者和艾滋病人“手术难”问题的建议》	29
	“防艾”法律是与非	
	——回应法律对艾滋病感染者隐私“保护过度”说	40
	法律评估	
	——以《艾滋病防治条例》为例	53
	《艾滋病防治条例》规范解析, 及感染者联盟对条例的意见	83
	《艾滋病防治条例·专家建议稿》与《艾滋病防治条例》合编	132
	职业暴露防控及职业暴露事件处置办法(草稿)	187
	(附:起草《职业暴露防控及职业暴露事件处置办法》的说明)	
	艾滋病防治法律法规文件目录	188
	后 记	231

需要手术治疗的艾滋病感染者或者艾滋病病人以各种“理由”推诿或者拒绝治疗的情形,向公众公布检查结果;

依据《艾滋病防治条例》第五十五条第六项的规定,对所有有过推诿、拒治情节的医院,给予公开的通报批评或警告;

对因此而造成艾滋病感染者或者艾滋病病人在艾滋病之外的其他疾病治疗延误,及由此导致艾滋病感染者或者艾滋病病人的健康受损或者是死亡的,给予应负有责任的主管人员和其他直接责任人员降级,或者是撤职,或者是开除的处分,并依法吊销有关责任人员的执业许可证件。

设立专门的拒治举报邮政信箱和电子邮件信箱,每季度在卫生部官方网站上向公众公布拒治举报的核查进度和查处结果。

此前,卫生部 11 月 23 日《关于加强艾滋病患者和病毒感染者医疗服务工作的通知》(卫发明电〔2012〕23 号)与我们在这里提出建议的区别在于:卫生部通知的大部分内容只在重复此前的官样文章,而“不得以任何理由推诿或者拒绝诊治”和“各省级卫生行政部门要加强监督检查力度”,“对推诿或者拒绝为艾滋病患者和病毒感染者诊治的医疗机构和医务人员,要依法依规严肃处理”几句,没有涉及,或者是回避了依据政府信息公开的要求,应向公众公开“检查”和“处理”的相关数据和结果。

二、在广泛地听取公众意见——特别是医生、护士等医疗工作者的意见的前提下,尽快颁布实施在艾滋病防治工作中急需的《职业暴露防控及职业暴露事件处置办法》。

随信附上《职业暴露防控及职业暴露事件处置办法·专家建议稿(草稿)》。这一专家建议稿(草稿)是 2006 年 12 月由卫生部官员在卫生部艾滋病专家咨询委员会治疗组和法律政策伦理组会议上委托我起草的,后,征询了当时的卫生部艾滋病专家咨询委员会委员的意见,于 2007 年 3 月 10 日以“卫生部艾滋病专家咨询委员会政策法律伦理组要报”形式报送卫生部。

另,《艾滋病防治条例》中规定了“医疗机构不得因就诊的病人是艾滋病病毒感染者或者艾滋病病人,推诿或者拒绝对其其他疾病进行治疗”(第四十一条第二款);

《艾滋病防治条例》中还规定了“对卫生技术人员和在执行公务中可能感染艾滋病病毒的人员,县级以上人民政府卫生主管部门和其他有关部门应当组织开展艾滋病防治知识和专业技能的培训,有关单位应当采取有效的卫生防护措施和医疗保健措施”(第三十二条);

“医疗卫生机构和出入境检验检疫机构应当按照国务院卫生主管部门的规定,遵守标准防护原则,严格执行操作规程和消毒管理制度,防止发生艾滋病医院感染和医源性感染”(第三十三条);

并对“标准防护原则”的含义在法规中予以明文解释——“标准防护原则,是指医务人员将所有病人的血液、其他体液以及被血液、其他体液污染的物品均视为具有传染性的病原物质,医务人员在接触这些物质时,必须采取防护措施”(第六十三条)。

《艾滋病防治条例》作为国家行政法规在立法上认为:

一、医疗机构“不得因就诊的病人是艾滋病病毒感染者或者艾滋病病人,推诿或者拒绝对其其他疾病进行治疗”,对来就诊的艾滋病病毒感染者或者艾滋病病人在艾滋病之外的其他病症推诿或者拒绝治疗的行为,是违法、应受处罚的行为。

二、对医疗工作者等的艾滋病防治培训、卫生防护措施和医疗保健措施的采取和医疗工作者等在职业行为上的标准防护原则的遵守,应能防止职业行为中的艾滋病感染。

卫生部是参与《艾滋病防治条例》这一国家行政法规起草的重要单位。在前述问题上,卫生部应是赞同《艾滋病防治条例》第四十一条第二款、第三十二条、第三十三条及第六十三条规定的。但从2006年3月1日《艾滋病防治条例》实施起,卫生部系统的官员及卫生部下属机构的公职人员即时常发布与前述法规规定相悖、与自己官方身份不符的言论,宣称:前述规定的实施有难度;即使要实施也要有个过程

(法规从由国务院令公布起,施行已6年,卫生部系统人主张的这个“过程”还没有走完,在有些地方甚至才刚“准备起步”);可以采取“变通”的办法,在传染病医院——即所谓的“定点医院”——设立传染病之外的其他科室(如外科、妇产科、眼科、口腔科等),以满足艾滋病感染者、艾滋病病人在艾滋病之外的其他疾病的治疗,而不是遵循《艾滋病防治条例》第四十一条第二款的规定,要求“医疗机构”不得推诿和拒治。由此,一些三甲级的综合性医院的医政官员公开表示他们不接治艾滋病感染者的其他疾病,不是拒治,而是“转诊”。卫生部系统实际上是纵容了属下的医院公然违法的行为。这是我们所不能容忍的。

国家法律(包括行政法规)的施行是不能打折扣的,纵容属下的违法行为,严重侵犯了为法律所认可的艾滋病感染者、艾滋病病人作为公民的权利,损伤了法律的尊严,也败坏了执政党和政府的信誉。

拒治的性质是歧视。而歧视不仅违背了《艾滋病防治条例》第三条“任何单位和个人不得歧视艾滋病病毒感染者、艾滋病病人及其家属”,“艾滋病病毒感染者、艾滋病病人及其家属享有的……就医……合法权益受法律保护”的规定,且有违《宪法》对人权的尊重与保障的规定(第三十三条第二款),违背法治的基本原则。

建议:卫生部如确认前述法规规定不能或难以施行,请报国务院修改《艾滋病防治条例》,删除《艾滋病防治条例》第四十一条第二款的规定。

届时,我们将提出立法建议,建议设置更为严格、具体、可检定的禁止和惩处拒治的规定。

李 楯

卫生部疾病预防控制专家委员会艾滋病与性病分委员会委员

中国性病艾滋病防治协会法律政策工作委员会主任

2012年11月25日

附:

职业暴露防控及职业暴露事件处置办法(草稿)

职业暴露事件处置办法的缺失,直接影响防艾人员等利益,且使《艾滋病防治条例》第九条第二款“对因参与艾滋病防治工作或者因执行公务感染艾滋病病毒,以及因此致病、丧失劳动能力或者死亡的人员,按照有关规定给予补助、抚恤”中的“有关规定”成为长达6年不补的“法律漏洞”,致法律无法执行,法治威信受损。

2006年12月,卫生部艾滋病专家咨询委员会治疗组和法律政策伦理组会议决定,由卫生部艾滋病专家咨询委员会委员李楯(中国性病艾滋病防治协会法律政策工作委员会主任、清华大学当代中国研究中心教授)起草《职业暴露防控及职业暴露事件处置办法》。

《职业暴露防控及职业暴露事件处置办法(草稿)》经李楯起草,并与咨询委员会内、外部分专家商讨、修订后,于2007年3月10日以“卫生部艾滋病专家咨询委员会政策法律伦理组要报”形式报送卫生部。

以下《职业暴露防控及职业暴露事件处置办法(草稿)》为2007年报送文本,只第九条“因职业暴露而感染艾滋病的,国家给予一次性补偿”的数额有所改变。改变的理由是——当时国家政策:在矿难中,死一农民工,20万元。考虑到职业暴露中的医护人员等均为专业人员,且职业暴露系因工而致,故从低定补偿30万元。前者,高铁事故,死亡补偿已致90余万元,故职业暴露伤及健康、生命的补偿亦应提高至(从低)150万元。

职业暴露防控及职业暴露事件处置办法(草稿) 2007年

第一条 卫生行政管理机关的职责

中央政府卫生行政管理机关及县级以上卫生行政管理机关指定专人(兼职)负责职业暴露防控工作和职业暴露事件处置工作。具体职

责包括：

一、按本办法对其管辖之下的医疗、防疫等机构的职业暴露防控工作实施监察和办理对未按规定进行职业暴露教育、未按规定配置职业暴露防护用品给予处分的程序性工作；

二、与计划财务部门协作，将国有医疗、防疫等机构的职业暴露防护用品纳入年度财政预算；

三、受理职业暴露事件的登记，组织职业暴露评估，处置职业暴露事件。

地方各级卫生行政管理机关在登记、处理职业暴露事件后，还应将情况上报上级卫生行政管理机关，直至中央政府卫生行政管理机关。

第二条 防疫机构的职责

县级防疫机构应指定专人负责防止职业暴露工作和职业暴露事件处置工作。具体职责包括：

村医的防止职业暴露教育；

村医的职业暴露防护用品的发放；

职业暴露防护用药的管理；

以及，职业暴露评估工作。

如果在县级防疫机构的管辖地域内的医疗机构、医学院校或医学研究机构有艾滋病方面的专家，县级防疫机构应和专家建立防治职业暴露的协作关系。

第三条 财政保障

职业暴露防护用品的费用列入医疗、防疫等机构成本。

防疫机构的职业暴露防护用品的费用在政府财政投入项下列支。

农村卫生所及村医的职业暴露防护用品费用由中央财政支付。

职业暴露评估中的艾滋病检测费用在县级艾滋病防治费用中列支，其他费用由县级卫生行政管理机关日常办公费用中列支。

因职业暴露事件而发生的住院观察、误工补助等费用由县级卫生

行政管理机关掌控的艾滋病防治费用中列支。

职业暴露防护用药的费用由中央财政支付。

因职业暴露感染艾滋病而发生的本办法中规定的费用,由中央财政支付。

第四条 预防职业暴露的教育

医疗、防疫等机构,以及农村卫生院应在新录用人员进行防止艾滋病职业暴露感染教育,并在所有从业人员中每年定期进行防止职业暴露感染教育,使所有从业人员掌握防止因职业暴露感染的方法和随时防止因职业暴露感染的意识。

在农村卫生院之外单独工作的村医在初就任时和自每个年度中也应接受防止职业暴露感染教育。

防止职业暴露教育的内容包括:(1)艾滋病传播途径与职业暴露;(2)标准防护原则及防护用品的使用方法;(3)职业暴露发生后的局部处置;(4)因职业暴露感染艾滋病的认定和因职业暴露感染艾滋病的待遇。

第五条 防护用品的配备

医疗、防疫等机构,以及农村卫生院及村医应配备防止艾滋病职业暴露感染所必需的防护用品,严格防护措施。

防护用品包括:手套、具有防渗透性的口罩、防护眼镜、具体防渗透性的隔离衣或者围裙。

防护用品的性能质量标准、配置标准和数量,由中央政府卫生行政管理机关制定。

第六条 职业暴露处置药物的配备

县级防疫机构应当配备职业暴露防护用药,并按时更新。县级防疫机构的管辖地域过大或者交通不便,应按职业暴露事件发生后 12 小时内可取得药物的要求设置、储存药物。

第七条 职业暴露的处置

职业暴露发生后,应立即做局部处理,并于 24 小时内报县级卫生

行政管理机关和防疫机构。

县级防疫机构在接到报告后应于 48 小时内组织或者指定医院对其暴露的级别和病毒载量水平进行评估和确定并决定是否实施预防性用药方案。实施预防性用药方案的,还应对服用药物的毒性进行监控、处理、观察和记录,并按规定进行登记和报告。

第八条 职业暴露感染的认定

职业暴露事件发生后在规定时间内向县级卫生行政管理机关和防疫机构报告,并经县级防疫机构做职业暴露评估和职业暴露处置,事件发生后本人艾滋病检测为阴性,跟踪观察六个月至一年内呈阳性的,认定为因职业暴露而感染艾滋病。

职业暴露感染认定后,县级卫生行政管理机关应将职业暴露事件上报上级卫生行政管理机关直至中央政府卫生行政管理机关。

第九条 因职业暴露而感染的救助和补偿

因职业暴露而感染艾滋病的,国家给予一次性补偿 150 万元(原稿为 30 万元)。

本人属于医疗、防疫机构等从业人员的,单位不得解雇,工资、奖金及其他福利性收入不得低于其感染前状况,且应在其感染后依据当地本行业一般的收入增幅状况予以提升。单位终结或者单位无能力支付的,由省级艾滋病防治经费中列支。

本人属于村医的,按当地县级农村人均实际收入标准,由省级财政按月给予补助。

第十条 因职业暴露而感染的治疗

因职业暴露而感染艾滋病的,抗病毒药物治疗、机会性感染治疗及相关检测、治疗、住院费用等,由中央财政承担。

前款各项治疗、检测、住院费用支付的标准,由中央政府卫生行政管理机关制定。

第十一条 因职业暴露而感染的家属供养

因职业暴露而感染艾滋病的,本人病逝后,原由本人供养的近亲属

的生活、学习等费用,由中央政府财政承担。

第十二条 卫生行政管理机关和医疗、防疫机构等的责任

县级以上卫生行政管理机关应于每年五月和十一月对所辖医疗、防疫等机构的艾滋病职业暴露教育、防护用品的配备和防护措施的落实进行检查,医疗、防疫等机构未按规定进行艾滋病职业暴露教育,或未按规定配备防护用品和落实防护措施的,国有医疗、防疫等机构的负责人给予行政降级处分,并责令其在三个工作日内进行艾滋病职业暴露教育、落实艾滋病职业暴露防护措施,在十五个工作日内配备防护用品,上述工作未在规定时间内完成的,给予行政撤职处分;非国有医疗机构停业进行艾滋病职业暴露教育和落实艾滋病职业暴露防护措施,且在防护用品未配备齐全前,不得开业。

医疗、防疫等机构未按规定进行艾滋病职业暴露教育或者是未按规定配备职业暴露防护用品而发生艾滋病职业暴露事故的,县级卫生行政管理机关主管疾病控制的副职给予行政记过处分,医疗、防疫机构为国有的,负责人给予行政记大过处分,医疗机构为非国有的,停业整顿。

医疗、防疫等机构未按规定进行艾滋病职业暴露教育或者是未按规定配备职业暴露防护用品而发生艾滋病职业暴露感染的,县级卫生行政管理机关主管疾病控制的副职给予行政撤职处分,医疗、防疫机构为国有的,负责人给予行政撤职处分,本人有职业资格的,撤销职业资格;医疗机构为非国有的,撤销开业资格。

起草《职业暴露防控及职业暴露事件处置办法》的说明

起草《职业暴露防控及职业暴露事件处置办法》目的:一是为了防止职业暴露事件的发生;二是为了使从事艾滋病防治的医务人员一旦不幸因职业暴露而感染艾滋病后,能在经济收入、治疗和家属的抚养、赡养和扶养上有一定的保障。

要尽可能地防止职业暴露的发生,有效的措施在于制度性的防止职业暴露教育和职业暴露防护用品的配备。

《办法》规定教育有两类:一类是初从业教育,一类是年度教育。《办法》虽为卫生行政管理机关设立了督察和处分的权力,但考虑到实施严格地督察需要很高的成本,所以《办法》主要是采取了事后追惩的制度:当职业暴露事件发生后,或者是感染发生后,对在事前没有进行职业暴露教育或者是没有按规定配备防护用品而发生职业暴露事件和感染事件的责任人给予处罚,用此来制约医疗、防疫机构等的行为,要求他们必须进行防止职业暴露教育。

配备必要的防护用品,是防止职业暴露发生的另一种保障。中央政府卫生行政管理机关应该规定在哪些地方、在什么情况下必须配备使用防护用品。

在中央财政于整个政府财政中占较大比例,以及全国地区差异过大的情况下,由中央财政来支付防护用品大费用,——特别是农村卫生院和村医的防护用品的费用,是尽可能地防止职业暴露发生的另一种制度性保障。

在进行了防止职业暴露教育和配备了防护用品的情况下,职业暴露的发生应和工伤的发生一样,无论当事人是否有责任(即无论当事人是否有违反规程的行为)均应予以补偿和救治。

艾滋病在目前尚无法治愈,感染艾滋病是危及生命的事,为此,设立了因职业暴露而感染艾滋病补偿30万元的标准。

医务人员因职业暴露而感染艾滋病,属一种工作中的伤亡。救治标准应高于适用一般感染者的“四免一关怀”政策的救治标准,所以《办法》规定中央政府卫生行政管理机关应制定专门适用于因职业暴露而感染艾滋病的抗病毒药物治疗、机会性感染治疗及相关检测、治疗、住院的标准,并由中央财政承担相关的费用。

此外,因职业暴露而感染艾滋病一旦死亡,政府应承担其供养家属的生活和学习费用。

在我们做好防控工作的情况下,因职业暴露而感染艾滋病事件发生的比例不会高。《办法》中的这些规定,既体现我们这个社会对人的生命和健康的看重,也体现了政府对参加艾滋病防治工作的医务人员的负责,同时,在一定程度上还能减轻医务人员参加艾滋病防治工作的后顾之忧。

附一 本案案情

天津艾滋病病毒携带者小峰(化名,男,25岁)患肺癌,去天津市肿瘤医院治疗,天津市肿瘤医院因其为艾滋病病毒携带者拒绝为其做手术,小峰又去北京地坛医院(艾滋病定点医院)就诊,北京地坛医院虽可收治,但没有胸外科,难以为小峰做手术。于是,小峰在天津海河之星艾滋病感染者工作组负责人李虎帮助下,在复印病历时遮掩了其艾滋病病毒携带者的内容,终于在天津的一家医院做了手术。

手术后,小峰即通过家人告知医生,采取措施,避免感染。

天津海河之星艾滋病感染者工作组负责人李虎发出微博:

好消息:天津感染者肺癌手术成功,现在重症监护室。估计3~4天即可探望!在肿瘤医院被拒后,被逼无奈将病历复印修改,在另一个医院逃开了术前血检。才得到了救治!(11月13日)

至11月20日20时,微博被转发5346次,评论3406条。新京报、中国青年报、人民日报、中央电视台先后做出报道、评论。

至11月21日卫生部官方网站公布:中共中央政治局常委、国务院副总理李克强看到有关报道后十分关心,立即专门给卫生部主要负责人打电话,要求卫生部门采取切实措施,既要保障艾滋病病人接受医疗救治的权利,不得歧视,又要保障接触救治艾滋病病人的医务人员自身安全。

11月26日,中共中央政治局常委、国务院副总理、国务院防治艾