

艾滋病与人权

生存、医疗保障与尊严，
及公众参与

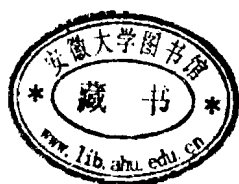
李楯 著

AIDS and
Human Rights

艾滋病与人权

生存、医疗保障与尊严，
及公众参与

李 楯 著



图书在版编目(CIP)数据

艾滋病与人权·生存、医疗保障与尊严,及公众参与/
李楯著. —北京:法律出版社,2012. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2887 - 3

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(2012)第003604号

艾滋病与人权

——生存、医疗保障与尊严,
及公众参与

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

版本 2012年2月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 5.625 字数 150千

印次 2012年2月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2887-3

定价(全两册):35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

2004年,中国在宪法修正案中写入了“国家尊重和保障人权”。

此前,中国在1980年签署加入了《消除对妇女一切形式歧视公约》,在1981年签署加入了《消除一切形式种族歧视国际公约》,1982年签署加入了《关于难民地位的公约》,1983年签署加入了《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》,批准了《防止及惩治灭绝种族罪公约》,1988年批准了《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》,1991年签署加入了《同酬公约》,1992年批准了《儿童权利公约》,1997年签署了《经济、社会、文化权利国际公约》(2001年批准),1998年签署了《公民权利和政治权利国际公约》。

此后,中国在2006年批准加入了《消除就业和职业歧视公约》。

另外,中国还曾在1948年参与了《世界人权宣言》的起草,并在当年的联合国大会上和其他与会

的联合国会员国一起以第217[Ⅲ]号决议通过了这一宣言。

80年前,当时执政的中国国民党确立了“国(家)—社(会)本位”的法律中心理念,而到了今天,作为执政党的中国共产党提出“以‘以人为本’为核心”的新执政理念,中国艰难地行进在“认可、尊重和保护人权”的道路上。

人权是一个整体,是这个世上每一个人能够有尊严地活着的保障。

至于艾滋病,不管是预防传播,还是对感染者的治疗与关怀,都离不开以“保障人权”作为其制度根基。

为此,我们编辑了李楯的相关文章。李楯是法学家和社会学家,也是卫生部疾病预防控制专家委员会艾滋病与性病分委会委员、中国性病艾滋病防治协会法律政策工作委员会主任。

孟 林

中国艾滋病病毒携带者联盟总协调人

2010年12月1日

目 录

序/孟林	1
艾滋病与人权：发展中的问题与转型中的中国 (2004年在荷兰海牙“中国与欧盟人权对话” 上的发言)	1
公共卫生与人权	10
健康权：人权法与宪政的视角	41
医疗卫生保障与“中国发达”	66
错误地对中国艾滋病问题的认知、解释和政策回应 ——来自外部的对中国政策的误导和中国对 外部政策指导的误读	76
NGO的生存空间及法律现状 ——以与艾滋病相关领域问题为例	103

艾滋病与人权： 发展中的问题与转型中的中国

(2004年在荷兰海牙“中国与欧盟人权对话”
上的发言)

提要：文章以中国为背景，提出艾滋病问题是发展中的问题，因而也是与人权相关联的问题的主张。阐释了由艾滋病而显现出的法律在面对弱势群体和边缘人群与主流社会不同的行为和生存方式时所面临的艰难抉择，以及政府目标的设定与政府在人权方面积极责任之间的关系，并提出了公众参与对法律人权改进的意义。

在中国，艾滋病问题从一出现就与人权相关联。就世界而言，艾滋病也是一个被高度意识形态化和政治化了的问题。艾滋病作为联合国千年目标第六项中的组成部分，是一种标识，它检验着法律是善法还是恶法，检验着政府的管理是善治还是统治，检验着生活在每一块土地上的人们的相互关系是友善，还是只顾自己，抑或是一部分人歧视、敌

视另一部分人,甚至是侵犯另一部分人的权利,检验着司法,能否起到社会平衡器的作用,以成为用非暴力的方式保护人权,实现社会公正的最后保障。

人权问题是我们共同关注的话题,而艾滋病的流行势态则在不同的地域受到不同的社会结构和历史文化的影响。在这里,我主要就艾滋病的流行,特别是艾滋病在中国的流行阐释其与人权相关的问题。

是病毒带来的灾害,还是发展中的问题

当我们面对艾滋病的时候,我们首先要考虑这是一种什么性质的问题。

艾滋病是一种目前在医学上还无法治愈,危及人的生命的传染病,但又是一种很难被传染上的传染病。只有当艾滋病感染者与非感染者之间有一定量的体液(如血液、精液、阴道分泌液、乳液、伤口渗出液等)交换发生时,非感染者才有被感染的可能。目前医学界所称艾滋病感染三途径——血液传播(包括输血、使用带病毒的血制品、共用未消毒的手术医疗器械、共用针具静脉注射吸毒)、性行为传播和母婴传播——就是因感染者的体液进入了非感染者的体内而造成感染的。感染的概率是:在没有保护(不使用安全套)的性交中,男传男为1%,男传女为0.05%~0.15%,女传男为0.03%~0.09%,血液传播为90%以上,母婴传播为15%~30%,职业暴露感染为0.3%~0.5%。医学界认为只要避免人类的不安全行为(如共用针具静脉注射吸毒的行为和不用安全套的性交行为),就可以阻隔艾滋病的传播。于是提出了针对药物依赖(毒品使用)者的针具营销和美沙酮替代,针对多性伴性行为的使用安全套性交,像中国在内的一些政府也都接受了被医学界称为“行为干预”的这样的前述一些主张,将其纳入自己的政策和法律之中。

问题是:一种从医学的视角看极易预防、控制的传染病,为什么在

现实中那么难以控制？从1981年美国报告第一例艾滋病起，至今世界上已有6900万人被感染，其中2700万人已死亡。从1985年在中国报告第一例艾滋病起，到今天中国已有100万人被感染，其中10余万人已死亡（据中国政府公布的数字）。人们由此惊呼艾滋病正给人类带来空前的，甚至是毁灭性的灾害。

但是，我们应该注意到当人类面对艾滋病时，被忽视的往往是感染者和病人以及易感人群的权利；被夸大的是艾滋病的经济、社会影响，而隐藏着的是某些人或组织的利益。

第一，艾滋病并非在世界各地都是危及人类生存的毁灭性的灾害。在中国，——我这里特别强调在中国，——在这个占世界人口五分之一的大国，艾滋病不是最严重的威胁人的健康和生命的疾病，更不是最严重的影响人的生存质量和发展的灾害。中国每年有大致900余万人死亡，其中死于呼吸系病、恶性肿瘤、脑血管病等在中国死因排名前十位的疾病的占年总死亡人数的91%以上。此外，中国每年还有12万余人死于交通事故，10万余人死于生产安全等方面的事故。同时，中国还面临着犯罪、群体性事件、自然灾害、贫困、失业等诸多的对社会稳定、经济增长、国家发展的影响比艾滋病更大的问题。过于夸大艾滋病对经济和社会甚至是国家安全的影响，恰恰只能将艾滋病感染者和艾滋病人从一般的病人（人人都会成为病人）中分离出去另样看待，而为歧视性的行为和政策、法律造势。

第二，从医学的视角看极易控制的艾滋病之所以并未被医学界所主张的诸如行为干预等措施控制住，其原因正是有生物医学技术之外的政治、经济、社会和文化因素的作用。在今天的世界上，95%的艾滋病感染者生活在发展中国家。非洲人口占世界总量13%，而艾滋病感染者占世界总量的69%，加勒比海地区人口约占世界总量0.5%，而艾滋病感染者占世界总量的10%。在中国，80%的艾滋病感染者是被排除在城市之外的，处于弱勢的，较为贫困的具有“农业人口身份”的人；中国的少数民族人口占全国总量的8%，而少数民族中的艾滋病感染

者占全国总量的36%。

艾滋病在贫富差异的群体和地域间的传播途径及流行和治疗的情况有着明显的差异。艾滋病防治的方略只注目于有着高危行为的人群,而忽略了影响这些人的行为选择的政治、经济、社会和文化因素,则正是导致世界性的艾滋病防治工作成效甚微的根本原因。

艾滋病显现了发展中的问题:相当数量的人处于贫困和被边缘化状态;缺少和主流社会沟通,从主流社会获得防病信息的制度化安排;不享有医疗保障及其他社会保障;在包括艾滋病防治在内的诸多社会事务中处于被动状态,难以作为主体主动参与。这些问题的深度和影响远比医学视野下的病毒所造成的灾害对人类的影响要大得多。因为它处于社会结构的深处,对已经因世界性的贫困和社会不公正恶化了的人与人、人群与人群之间关系具有进一步的破坏能力,且能不断地复制这种恶化了的关系和对这种关系的进一步破坏。

在中国,法律怎样回应艾滋病

一国中相对应的结构和规制影响着这个国家发展的路径和状况。

中国正处在社会转型之中,二十年来,中国选择了开放和市场经济的方向。但此前中国在封闭和计划经济时期所形成结构和规制仍影响着中国的发展走向。

中国在计划经济时期形成了和世界其他国家不同的极为特殊的结构。这种结构的独特之处至今影响着中国发展的至少有以下两点:一是它不存在像在其他国家中那样的对应政府的市民社会,由于公共空间的不成熟,使政府在很多情况下仍须直接面对民众,而民众只处被动员的地位而难主动参与;二是由于在计划经济时期选择了抑制城市化而发展工业化的发展路径,致使在工业化已经完成了的今天,国民中的大多数因受体制限制被排斥于城市之外;数以亿计的从农村到城市谋生的人,无法成为城市的新移民,十余年来漂泊于城乡之间;而同样数

以亿计的农村多余劳动力成了社会难以负载的重负。城乡之间、地区之间在人均收入、可利用资源和发展机会上存在巨大的差异。

与这种结构对应的规制同样存在这种转型状态下的特质。封闭时期支撑政策和法律制定的理念很少考虑到一个个的人的权利，而要求个人只作为整体的组成部分无条件地服从于“整体利益”，而在走向开放的过程中，在确定了市场经济的方向后，国家进一步确定法治的方向。一种观点认为：对作为个体的人的权利的认可、尊重和保护，正是法治的基础。

艾滋病问题的出现，恰恰与中国的开放和社会转型在时间上重合。中国一接触艾滋病问题，就在自己的法律文本中确立了“不歧视”的原则，但在中国的法律中同时又存在着一些具体的针对艾滋病感染者、病人及易感人群的歧视性的规定。这种让人看似难以理解的法律矛盾，源于在转型的过程中的立法中未能形成一个能够支撑着整体法律——包括其结构和具体规定——的中心法理，致使在开放与改革中新确立的理念和新接受的国际通行的准则与形成于封闭和计划经济时代的已成定式的思维方式和行为规则同时支撑着法律的制定，不可避免地形成转型期间在法律的不同规定间的矛盾和社会内在的紧张。

艾滋病所显现出的人权问题：健康权及其他

正像艾滋病将我们这个世界的诸多问题显现出来一样，艾滋病也使与其相关的人权问题凸显了出来，使这些问题变成法律必须面对的，非常具体的，与每一个人的利益及价值理念相关联的问题。

这些问题包括：健康权的问题；自主选择和人身自由权的问题；工作权、婚姻权、生育权及私生活不受干涉和隐私保护的问题，以及平等和反歧视等问题。

健康权关系政府的积极责任，是否和怎样设定这种责任，决定于政府的目标，是首先考虑经济发展、社会稳定、国家安全，还是更多地考虑

到人类发展和社会发展。而健康权之外的其他权利则关系对基本人权的保护和反歧视,它因涉及弱势群体和边缘人群与主流社会不同的行为和生存方式,使问题变得非常复杂。

一、先来看健康权之外其他权利的问题

1. 关于自主选择和人身自由权的问题

首先,当艾滋病流行时,法律能不能规定对所有的人,或者是对特定的人实施强制性的艾滋病检测;法律能不能限制艾滋病的感染者、病人进入国境、省境、市境或者其他地域的边境;法律能不能规定对艾滋病人实行隔离或者是强制性的治疗?

其次,法律可否认可或者是默认在一般性的身体检查(如验血)中,在对当事人不告知的情况下做艾滋病检测,或者是在治疗中,在对当事人不告知的情况下进行艾滋病治疗药物或治疗方法的试验?

2. 关于工作权、婚姻权、生育权及私生活不受干涉和隐私保护的问题

法律可否因一个人感染艾滋病而限制他的工作,或者是限制他从事某一种职业?

法律可否禁止艾滋病感染者或是病人结婚、生育?

法律是否应规定卫生防疫部门或者是医疗机构必须将艾滋病检测的结果告知被检测者本人?

法律能否规定或者是认可卫生防疫部门或者是医疗机构将被检测者感染艾滋病的情况告知他的亲属或其他亲近的人,或者是监护人;法律能否规定或者是认可卫生防疫部门或者是医疗机构将被检测者感染艾滋病的情况告知警察、政府官员或者是泄露给其他人?如果不能的话,法律是否要规定这种告知或者是泄露的责任?

3. 关于平等保护所有人的权利及反歧视的问题

法律如何认定在因艾滋病而致的区别对待中哪些是属于应禁止的歧视性规定?

法律对主流社会之外的边缘人群的生存方式和行为,如同性性行

为、一般的多性伴的行为或者是商业性行为，以及诸如药物依赖等行为，采取何种态度？

法律应否对与艾滋病防治相关的性别问题予以特殊的关注？

二、关于健康权的问题

健康权与前述各项权利的不同之处在于它要求政府负更多的、积极的责任。有关健康权的国际人权法设定了“人人享有能达到的最高的体质和心理健康的标准”，要求政府为此负有“改善卫生环境”，“创造保证人人在患病时能得到医疗照顾的条件”，“预防和控制传染病”，“使儿童得到健康的发育”的责任。与此相关的是政府“承认人人有权享受社会保障，包括社会保险”。

健康权的设定要求国家：第一，必须做出相应的制度安排；第二，要以国家财政支付或者是部分支付由此产生的开支；第三，设立在由制度保障其收入条件下负有向社会提供合格医疗保健服务责任的医生和医疗机构。

健康权作为人权的组成部分，它必须平等地适用于所有的人，最起码在一国之内须平等地适用于所有的国民。

此外，作为前述健康权和其他人权保障的，还有当这些权利受到侵犯时，能否使之按照侵权受害人的意愿进入诉讼程序，以得到司法救济。

中国在与艾滋病相关法律中的人权改进，以及中国与艾滋病相关的司法救助

人权体现的是一种价值目标，又是一种不断扩展的选择空间，不断提升的生活品质，不断发展和增进的人类福祉。正是由此，法律须不断地改进以使人类在发展中更加接近其目标。

中国法律在人权方面的一个重要的标识是2004年通过的宪法修

正案。其中明确规定了“国家尊重和保障人权”。而与艾滋病相关法律中的人权改进早在这之前的数年中一直持续进行着:

中国法律自接触艾滋病问题起,就明确了“不歧视”的原则。1988年、1995年、1999年、2004年,法律不断地重申了这一原则。

在一些地方立法限制艾滋病感染者就业的同时,1999年适用于全国的法律规定:“不能剥夺艾滋病感染者工作、学习、享受医疗保障和参加社会活动的权利。”

在一些地方于1991年、1993年、1995年、2000年以地方立法限制艾滋病感染者结婚、生育的同时,1998年中国上海地方立法规定:“艾滋病感染者登记结婚的,应当在登记前向对方说明感染的事实;申请登记结婚的,双方应当到卫生防疫机构接受医学指导。”1999年适用全国的法律规定:“艾滋病感染者如申请结婚,双方应接受医学咨询。”2004年,中国政府更设立了“国家对孕妇实施免费艾滋病防治咨询、筛查,并免费提供抗艾滋病毒药品进行预防性治疗”的制度。

1989年,中国的《传染病防治法》规定对艾滋病人予以隔离治疗,并明确病人拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的,由警察协助强制隔离治疗。2004年,中国修订《传染病防治法》,终于将艾滋病从需要隔离的传染病名单中剔除。同时,政府明确:应使“艾滋病感染者和病人在社区、家庭获得治疗和帮助”,倡导“开展对艾滋病感染者和病人的关爱活动”。

至于健康权的实现,在中国是一个需要作出极大努力的事。中国享受医疗保险的人数虽逐年增加,但目前仍只覆盖了全体国民的7.7%。出于“对人民负责任”的价值转变,中国法律在2004年做出“国家对患有特定传染病的困难人群实行医疗救助”的规定。并首先承诺在艾滋病的防治上:

——“实施艾滋病自愿免费血液初筛检测和相关咨询。”

——“向农民中的艾滋病患者和城镇经济困难的艾滋病患者免费提供抗艾滋病毒治疗药品,对经济困难的艾滋病患者相关疾病治疗药

品费用给予适当减免。”

此外,中国的法院已开始审理一些因在治疗中输血或者使用血制品而感染艾滋病的赔偿案件,使一些因医源性感染而成为艾滋病患者的人得到了救助。

中国法律在与艾滋病相关的人权改进方面面临的还是艰巨的。中国政府在一定程度上已经意识到了这一点,在自己的规划中明确要“对现行有关法律、法规和规章进行清理,对其中不适应艾滋病防治工作需要的进行修订”,而这种涉及人权的法律改进,除了政府的努力外,公众的参与也是极具意义的。

公共空间:公共知识分子与非政府组织

开放、改革前的中国是一个总体性很强的国家。改革之中,相对政府管理的领域,分化出了市场的领域。同时,人们也意识到相对政府的管理领域,还应该有一个私领域,以使人作为权利主体的自主选择能有制度性的保障。随着开放和改革的推进,在确立市场经济的方向后,中国进一步又确立了法治的方向。这些,都使人们更加关注公、私领域之间规则的确立和拓展尚未长成的公共领域的空间。

艾滋病问题的出现及其相应的法律的修改和制定,使前述问题变得非常具体,要求公共知识分子和正处长成过程中的中国非政府组织发挥作用,而同时也检验着中国的公共知识分子和正处长成过程中的中国非政府组织。因为人权法改进和制定本身就要求有公众的参与(当然包括了公共知识分子的参与和非政府组织的参与),而一个认可、尊重和保护人权的,合于法治和善治原则的多元一体、和而不同的社会,又是以公共知识分子和非政府组织能够恰当地发挥作用为标识的。

公共卫生与人权

整个医学,以及其中的公共卫生,都被过于技术化了。诚然,作为一个最古老的,也是在科学和技术〔1〕上处于最前沿的学科和职业——从事这方面实际工作的人们和从事这方面研究的人们因其在今天的社会上相对从事其他职业的人们是一个专业化、职业化程度极高的群体,必然会导致一种技术化倾向在他们之中出现。但不要忘了,正是在这样一个职业中,早在 2400 年前,就出现了希波克拉底誓言,在上个世纪中,“二战”结束后即出现了“知情同意”的伦理原则,在距我们最近的世纪之交,由联合国 189 个会员国元首会聚一处,确立的

〔1〕 科学是一种系统化的、按照一定规范的、对自然现象的一种认识。技术是建立在科学认识的基础上,进一步把它实践化,能够对自然界带来改变、变化和改造。科学只涉及认知与解释,而技术则是一把“双刃剑”,它对人类发展的影响既可能是正面的,也可能是负面的

“千年目标”中，^{〔2〕}就有多处与医疗和公共卫生相关——其着眼处正是社会公正、平等和反歧视，是对处弱势的人们的尊重、关怀和给予平等的人之间的帮助。

在今日的世界，主流的认可、尊重和保护人权的理念，应是构建公共卫生理论、公共卫生政策法律制度和公共卫生体制的基础。

当然，人权并不是公共卫生的必然的基础，以人权为公共卫生的基础出自人们的一种价值选择——这就是“以人为本”，是对人的基本权利的认可、尊重和保护。

目下，公开反对人权的人已经不是很多了，但公共卫生正是一个可以“公共”（以“公共利益”或“整体利益”）为由去限制甚至是否定个人的权利的场域。所以，我们就特别有必要就公共卫生与人权的关系做一番梳理，以明确我们所应采取的基本立场。

不为专业所局限的思虑和价值取向

在文、法、理、工、农、医等大的学科划分中，医学和工学、农学等是一类首先着眼于应用的学科。医生要为人治病，医生是一个职业，从事这个职业的人要以此谋生——于是，就引出了下面两个问题。

第一个问题是：随着技术化和专门化的程度越来越高，以至于同在医学领域内不同的专业也给人“隔行如隔山”的感觉；技术化和专门化，使从业者往往忽略了自己面对的不仅是一个或者是一些生物性的人的器官的功能性的或者是气质性的病变，还有一个或者是一群病在其身的有情感、有思虑，与他人和社会有着千丝万缕的联系的具有社会性的人，还有这个人或是这些人所赖以存在的社会。因此，需要考虑的

〔2〕 联合国各国元首千年峰会提出的八项目标是：一、消除贫困与饥饿；二、普及初级教育；三、促进男女平等，提高妇女地位；四、降低儿童死亡率；五、改善母亲的健康状况；六、控制艾滋病、疟疾和其他疾病；七、持续改善环境；八、为发展增进全球伙伴关系。