

艾滋病与人权

疾病防治与就业平等

李 楯 著

AIDS and
Human Rights



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

艾滋病与人权

疾病防治与就业平等

李 楠 著

图书在版编目(CIP)数据

艾滋病与人权. 疾病防治与就业平等 / 李楠著. —
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(2011)第 251407 号

艾滋病与人权
——疾病防治与就业平等

李楠 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 3.25 字数 78 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

保障人权,反对歧视,是我们的基础价值理念。

就业歧视只是歧视的一种表现,对艾滋病感染者的就业歧视又只是就业歧视中较为特殊的一个方面。

2010年,安徽、四川两名艾滋病感染者报考教师,负责招考的政府行政机关援引《公务员录用体检通用标准(试行)》认定报考者因系艾滋病感染者而“不合格”,两名艾滋病感染者均提起诉讼,后,均败诉。

何以审判遵从2005年《公务员录用体检通用标准(试行)》而不遵从2006年《艾滋病防治条例》和2007年《中华人民共和国就业促进法》呢?——《艾滋病防治条例》规定,“艾滋病病毒感染者、艾滋病病人及其家属享有的婚姻、就业、就医、入学等合法权益受法律保护”;《就业促进法》规定:“用人单位招用人员,不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用”。

另,在中国,2004年,“保障人权”入宪。此前

后,由于作为执政党的中国共产党确定了“以‘以人为本’为核心”的新执政理念,“反歧视”成为政策法律制定的基础理念。何以与中国党政领导人、中国政府卫生部一贯公开表述立场相悖,同时,也与中国在2006年加入的联合国国际劳工组织《消除就业和职业歧视公约》相悖的拒绝艾滋病感染者从业的旧规定仍能畅行无阻呢?

解释,可能要与中国转型中特殊的体制机制及中国于计划经济体制时期形成的已成定式的思维方式与行为规则对政府行为和审判中法律适用的影响相关联。

为此,中国艾滋病病毒携带者联盟和中国艾滋病防治协会法律政策工作委员会发起,与北京大学人民代表大会与议会研究中心、中国政法大学宪政研究所、清华大学卫生法研究中心、清华大学公共健康中心、中山大学公民与社会发展研究中心合作,在美国乔治·华盛顿大学和中律原咨询(北京)有限公司的支持下,于2011年7月3日在北京召开了《关于修改〈公务员录用体检通用标准(试行)〉建议》暨“2004年宪法修正案与反就业、职业歧视在中国”研讨会。艾滋病感染者、律师、法学家和社会学家、非政府组织代表、央视、腾讯及各大传媒记者、政府官员、国际组织官员参加了会议——这里,需要特别提及的是,卫生部疾病控制局焦振泉先生、中国疾病预防控制中心艾滋病预防控制中心主任、卫生部疾病控制专家委员会性病艾滋病分委会副主任委员吴尊友先生、原卫生部疾病控制局局长、卫生部疾病控制专家委员会性病艾滋病分委会主任委员、中国艾滋病防治协会副会长齐小秋先生、原中国疾病预防控制中心党委书记、中国艾滋病防治协会秘书长沈洁女士,以及联合国艾滋病规划署驻华协调员马克先生、国际劳工组织武汝廉女士均出席了会议,吴尊友先生、齐小秋先生、马克先生、武汝廉女士在发言中均支持了由感染者和专家们向政府提出的修改《公务员录用体检通用标准(试行)》的建议。此前,原卫生部副部长、卫生部疾病预防控制专家委员会主任委员王陇德先生让秘书致函会议的发起者,称:王陇德先生因出差不能参加会议;王陇德先生已将专家委员会委员

《关于修改〈公务员录用体检通用标准(试行)〉建议》转卫生部。另,参加会议的全国政协委员、卫生部艾滋病形象大使濮存昕先生在此前也曾与另 22 名全国政协委员联名提出提案,要求修改《公务员录用体检通用标准(试行)》,卫生部疾病控制局副局长郝阳先生在复信会议的发起者时,称:在国家“相关部门”征求卫生部意见时,“我们已明确表示支持提案的内容,并将有关内容提交给了相关部门”。

我们知道,在中国反歧视的路还长。在举办这个会议时,我们不能忘记已经在去年去世的我们的朋友——原全国人大常委会副局长、中国政法大学宪政研究所所长蔡定剑教授。在反就业歧视方面,在艾滋病防治的公众参加方面,蔡定剑教授和我们有过诸多的合作。

我们编辑的这个册子,从艾滋病感染者报考教师被拒而涉就业平等的一个案例,展现我们主张平等,反对歧视的基本立场和行动。行动是在法治框架下推进的,它已经不同于过去乙肝感染者的那种抗争——以感染者绝望地杀死拒绝录用他的官员那样惨烈事件去为去除对乙肝感染者的歧视规定作铺垫。法治框架下的行动表现为感染者作为主体的持续的政策倡导行动,一个个专家意见的连接、表达,新媒体的运用,以及非政府组织和传媒人的合作。这正显应出转型的中国所需要的权利保障、诉求表达、施压,以及利益协调等机制的形成的端倪及可能的运作过程。

“在你开始努力的时候,大变革看起来几乎是不可能的,但当你结束的时候,它看起来则是不可避免的”——这,是行动者秉持的态度,而行动改变生存。

孟 林

中国艾滋病病毒携带者联盟总协调人

2011 年 7 月 15 日

目 录

序/孟林	1
卫生部专家委员会委员致卫生部党组书记 张茅、部长陈竺关于修改《公务员录用体检 通用标准（试行）》函	1
附：2004年8月31日卫生部艾滋病专家咨询 委员会政策法律伦理组要报	16
代蔡定剑拟《推进就业机会平等倡议书》	21
法律评估：就业与职业歧视	25
国际劳工组织《关于艾滋病与劳动世界的 建议书》	51
附：有关艾滋病感染者报考教师案的法律文书	64

卫生部专家委员会委员致卫生部 党组书记张茅、部长陈竺关于修改 《公务员录用体检通用标准 (试行)》函

卫生部疾病预防控制专家委员会主任委员 王陇德
先生

转呈

中共卫生部党组书记 张茅 先生

卫生部部长 陈竺 先生：

2010年，两例应聘教师职位的艾滋病感染者被招聘单位以其为艾滋病感染者而拒绝录用，传媒多有报道、评论，作为国家官方主流传媒的中央电视台在12月1日国际艾滋病日的节目中，对拒绝录用艾滋病感染者事持明确的批评态度；由此涉诉的案件，被中国人民大学法学院评为年度十大宪法事例。

作为招聘单位拒绝录用艾滋病感染者及涉诉后法院支持招聘单位拒绝录用艾滋病感染者理由

依据的均是 2005 年由卫生部和当时的人事部(现其职能由人力资源和社会保障部承接)共同发布的《公务员录用体检通用标准(试行)》,在这一标准的第十八条中规定:“淋病、梅毒、软下疳、性病性淋巴肉芽肿、尖锐湿疣、生殖器疱疹,艾滋病,不合格。”

认为艾滋病感染者不能任教师、任公职,与卫生部通常的对外宣示主张不合,使人感到卫生部言行不一,自相矛盾;且《公务员录用体检通用标准(试行)》与卫生部参与制定的阶位高于《公务员录用体检通用标准(试行)》,效力也应远高于《公务员录用体检通用标准(试行)》的《传染病防治法》和《艾滋病防治条例》相抵触,与国家法律《就业促进法》相抵触,与中国签署加入的联合国国际劳工组织《消除就业和职业歧视公约》相抵触,与社会主义法治国家的基础理念相抵触。对此,卫生部不应保持沉默,而应积极地与人力资源和社会保障部会商,修改《公务员录用体检通用标准(试行)》,以向社会明示卫生部作为中国政府机关在履行宪法第三十三条“保障人权”上的鲜明立场。

作为前卫生部艾滋病专家咨询委员会委员和现卫生部疾病预防控制专家委员会艾滋病与性病防治分委会委员,我们吁请卫生部积极地与人力资源和社会保障部会商,修改《公务员录用体检通用标准(试行)》,理由是:

一、法律对传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人,第一是平等对待、不歧视,第二才是在特定情况下予以有限的区别对待或人身、行为限制。予以区别对待或人身、行为限制,是不得已的举措,必须有法律上的充足理由,且不致伤及传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人作为人为法律所认可和保护的基本权利,必要时仍须予以补偿。这些,是现代法治基础理念的要求。

《传染病防治法》第十六条规定:“……任何单位和个人不得歧视传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人”。“传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人,在治愈前或者在排除传染病嫌疑前,不得从事

法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使该传染病扩散的工作。”

与此相关的是《就业促进法》第三十条规定：“用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是，经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。”

2004年8月《传染病防治法》和2007年8月《就业促进法》的禁止歧视规定，基于2004年3月《中华人民共和国宪法修正案》中“国家尊重和保障人权”（《宪法》第三十三条第三款）条款而设立，而这一《宪法修正案》又是与作为执政党的中国共产党确立“以‘以人为本’为核心”的新执政理念相关联，由中共中央关于宪法修订的建议直接导出的。人权是一个整体；人权项下的各项权利是相互依存的。中国在2006年加入联合国国际劳工组织《消除就业和职业歧视公约》，该公约的歧视应理解为基于各种原因“具有取消或损害就业或职业机会均等或待遇平等的任何区别、排斥或优惠”。中国在2007年制定的《就业促进法》同样写入了反歧视的规定（第三条第二款），明确“各级人民政府创造公平就业的环境，消除就业歧视”（第二十五条），“用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用”（第三十条）。此前，国务院行政法规《艾滋病防治条例》更明文规定：“不得歧视艾滋病病毒感染者、艾滋病病人……艾滋病病毒感染者、艾滋病病人……现有的……就业……合法权益受法律保护。”

依据《传染病防治法》第十六条和《就业促进法》第三十条的规定，遍查中国现行有效法律和行政法规，均无合于该二条款的因艾滋病感染者从事某项工作易使艾滋病扩散而禁止艾滋病感染者从事该项工作的规定。

于此可见，迄今为止，尽管《传染病防治法》和《就业促进法》设立了“法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定”可以禁止染病病人、

病原携带者和疑似传染病病人从事某些“易使传染病扩散的工作”，但中国的法律和行政法规都还没有在实际上做出过因工作——包括从事教师工作、担任公职——会导致“易使艾滋病扩散”后果发生而禁止艾滋病感染者从业的规定。

阶位远低于法律和行政法规的“国务院卫生行政部门”（即卫生部）的“规定”——卫生部和人事部共同发布的《公务员录用体检通用标准（试行）》对艾滋病感染者和艾滋病病人的从业做出了禁止性的规定，问题是，《公务员录用体检通用标准（试行）》中的此种“规定”，有无充足理由作为前述法律规定的“特例”而非违背前述法律“无效规定”？

二、“国务院卫生行政部门”的“规定”不得与宪法和法律及行政法规相冲突，这是国家法制的基本原则；当“国务院卫生行政部门”的“规定”无确定、充足理由证明自己合于法律“但书”规定的特例时，“国务院卫生行政部门”的“规定”即为违反法律和行政法规的“无效”规定。因为行政法的原则就是：依法行政，违法无效。

多年来，卫生部有关艾滋病防治政策的对外宣示主张始终是：要维护艾滋病感染者同于一般人的就业权利；艾滋病感染者在工作中的职业行为不会传染艾滋病，而不是相反。

卫生部及卫生部系统的医学专家以往就艾滋病传播的解说均称：没有无保护的性行为、共用针具的吸毒行为，以及输入带有艾滋病病毒的血液等造成体液交换的情节，是不会造成艾滋病传播的。共同工作、共同生活，都不会造成艾滋病的传播。

请中国球星姚明和美国球星、艾滋病感染者约翰逊合作的公益广告，要在说明艾滋病不影响工作——甚至不影响以剧烈运动为职业的工作；也不会传染给和自己共处的人。

一再强力宣传的中国国家主席、总理、卫生部部长和艾滋病病人握手、一起吃饭，目的也在于向社会宣示不应歧视艾滋病病人；向社会证

明和艾滋病病人相处不会被传染。

以上卫生部及卫生部系统的医学专家多年来持续宣传的说法如果是正确的、出于真意而非虚假的,则:

——从事教师工作和担任公职,就其职务行为而言,是不会造成艾滋病传播的;教师工作和担任公职,也不会对职务行为所涉及的其他人构成感染艾滋病的风险。

——如果从事教师工作或担任公职的艾滋病感染者将艾滋病传染给他人,也属教师工作或担任公职的职务行为之外的其他情境所致,而非因职务行为所致。在此情境下,艾滋病的传播当属意外,而不能归因于任职或职务行为。

——对于意外的防范,不应以禁止从业、任职为方法。因为如果以禁止从业、任职为防范意外的方法,就会导致在实际上几乎是禁止艾滋病感染者从事绝大多数可与他人打交道的职业(除非是所有在一起工作的人都是艾滋病感染者),而这种方法显然不是能够作为前述中国现行法律规定中“但书”的特例,而是在根本上违背前述中国现行法律的有效“规定”。

卫生部从来没有公开过令人信服的艾滋病感染者从事教师工作和担任公职及会导致“易使艾滋病扩散”后果发生的证据和理由,相反,卫生部的前述大量公开主张恰恰说明艾滋病感染者从事教师工作和担任公职不会导致“易使艾滋病扩散”后果的发生。

现在,卫生部如果不能向社会公开足以证明艾滋病感染者从事教师工作和担任公职即会导致“易使艾滋病扩散”后果发生的证据和理由,则可认定:卫生部和人事部共同发布,与卫生部前述一贯对外宣示主张相反的规定艾滋病感染者不能从事教师工作和担任公职的《公务员录用体检通用标准(试行)》,不属《传染病防治法》第十六条和《就业促进法》第三十条中“但书”所规定的特例,而是违反《宪法》及《传染病防治法》第十六条和《就业促进法》第三十条的有效“规定”。

三、《公务员录用体检通用标准(试行)》中禁止艾滋病感染者担任公职的“规定”,属于违反《中华人民共和国宪法》的歧视性规定。

平等与禁止歧视原则是现代法治基础理念中“认可、尊重和保护人权”的根基所在。《中华人民共和国宪法》中明确规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”(第三十三条第二款)。主张平等,就要反歧视;而在法律上对人(公民)存在差别待遇,即不平等。

——特别是这一差别待遇未经证明有任何客观、合理的根据,如:卫生部不能以实验、可以验证因果关系的实例和可以呈现概率的数据来证明艾滋病感染者从事教师工作和担任公职即会导致“易使艾滋病扩散”的后果发生;

——特别是这一差别待遇所追求的目标与采用的手段之间缺乏相称性,如:卫生部无法证明要实现“防治艾滋病”的目标与禁止艾滋病感染者从事教师工作和担任公职的手段之间存在相称性,即只要禁止了艾滋病感染者从事教师工作和担任公职,就有助于“防治艾滋病”目标的实现。

于是,得出的结论就只能是:对艾滋病感染者做出禁止从事教师工作或担任公职的规定,是违反宪法的歧视性规定的。

在这里特别需要注意的是:我们认定这个规定违宪,是因为它所导出的后果不是哪一个人——哪一个艾滋病感染者——不能从事教师工作或担任公职的问题,而是政府行政机关做出了艾滋病感染者—艾滋病病人这个群体不能从事教师工作或担任公职的规定。因此,这种规定就只能被认定为一种违反宪法的歧视性规定。

另外,要说一下,对非职业行为造成艾滋病传播的问题,在法律上不能用禁止从业的方法予以防范;在社会主义法治国家,保护一个人、一部分人的权利,绝不能以限制或伤害另一个人、另一部分人的权利为方法——哪怕前一部分人是绝大多数,后一部分人是极少数,因为,法律必须同等地认可、尊重和保护每一个人的权利。

四、在《公务员录用体检通用标准(试行)》制定中反映出了卫生部和在卫生部领导下的医生职业群体于“人体健康”和“工作能力”概念定义上存在不良伦理的问题。

现行的《公务员录用体检通用标准(试行)》和以往的体检标准之所以屡屡遭人诟病,有一个深层次的原因,就是卫生部和多年来在卫生部领导下培养教育出的医生职业群体的医学伦理和医生职业伦理都存在问题。

今天的卫生行政机关官员和医生远落后于当政者,缺乏“以人为本”的基础理念,他们要么“以国为本”、“以社会为本”,要么以所谓的“科学为本”。在《传染病防治法》修订和《艾滋病防治条例》制定时,我们作为参与立法工作的独立专家都曾提出法律的规定应是“保障人的健康”,而我们的意见未被采纳,今天《传染病防治法》和《艾滋病防治条例》中的规定都“保障人体健康”。在中国的卫生行政机关官员和医生的头脑中有的“人体”,而非“人”。“人体”只作为他们“管理”或者是“工作”(检查;医治)的对象,是一种客体,而非和自己一样作为人的主体(其实,在这种情况下,他们自己对自己也是缺乏作为“人”的意识的)他们视人如同虫鱼禽兽、菜粮草木,只能用“符合标准”、“健壮”、“有用”、“有病”、“功能丧失”等去判定,而不能作为活生生的、有思想、有情感、有需求的社会人去对待。更缺乏人虽生有差别,在法律上却必须去平等对待的价值理念。

正是基于这种情状,我们主张应倡导如下医学伦理和医生职业伦理:一个医生、一个医学家、一个卫生行政机关官员,必须随时意识到自己在工作面对的是和自己一样的人——不管他身体健壮、羸弱、有病、残疾,还是其他。

由此,才能理解到,依据现代法治基础理念,在立法和制定政策中,即使是在考虑到“工作能力”时,也不能只从用人单位(包括国家机关)出发,而要兼顾从业者的愿望和利益。因为就业是公民的宪法性权利。基于此,法律要求规模以上用人单位,为特定人群的就业提供设施等方

面的条件(同时,也要求政府和财政提供一定的条件),去帮助他们就业。过分强调女性经期、产期、孕期的工作能力、从业者在有病时的工作能力、残疾人的工作能力、因历史原因等形成某些贫困群体受教育不足影响到的工作能力,而做出不利于他们的就业或者是职务升迁的规定,是违背法治原则的。市场出效率,政府保公平。法律政策是政府保公平的良器,而去除现今卫生行政机关官员和医生、医学家头脑中的不良伦理影响,树立法治、善治和善良的医学伦理和医生职业伦理,至关重要。

附带说一下,“国家—社会本位”是上世纪30年代国民党执政时确立的政策法律核心理念,较之共产党在今天确立的“以人为本”的理念,孰优孰劣,泾渭分明;一种历史的进步,不言自明。而一种“唯科学”的主张,也因忽略了人,缺失对生命的敬畏、对自然的敬畏,往往误导决策。

五、在事涉公民宪法性权利的问题面前,卫生部不宜暧昧,而应抓住关键问题,负起责任,积极履职。

无论卫生部在艾滋病感染者就业权利——如果按《艾滋病防治条例》第三条的规定,还有艾滋病病人的就业权利——问题上,是基于什么原因而一方面始终持续坚持宣传艾滋病感染者、艾滋病病人的就业权利“受法律保护”(《艾滋病防治条例》第三条),一方面又与人事部共同发布了《公务员录用体检通用标准(试行)》,规定:艾滋病“不合格”,禁止艾滋病感染者担任公职,并由此导致禁止艾滋病感染者从事教师等工作的事实出现,卫生部都应该查清楚是属下哪个部门、谁的责任;是部门间主张不同造成卫生部在政策问题上的自相矛盾,还是同一个部门、同一个人,在不同的场景下表现出不同的主张?

今天,我们面对的是一个事涉公民宪法性权利的问题——不是个人问题,而是标准问题;不是适用于什么人(公务员,还是教师,抑或是其他)的标准问题,而是事涉歧视的违宪问题。

我们说,卫生部应积极而不宜暧昧,是因为以往从体检标准中去除

对乙肝的就业歧视,首先是源于乙肝病毒感染者的维权和公众的参与,而不是卫生部的积极举措。这次,卫生部应积极主动些好。不积极,现有的恶劣体检标准故仍可能长时期执行,但我们应对人民负责任,对历史负责任。可能后人对我们批评时,我们已不在世了,但那仍是不光彩的——何况怠误改革时机,承担后果、遭致不幸的是生活在这块土地上的人民和这个国家。

我们应该看到:执行下位法,而不执行上位法;以下位法,甚至是根本不算法的文件,去改变或者是架空上位法的做法,根源于影响改革继续深入的“体制机制障碍”(中共十七大报告;中共中央关于十二五规划的建议)。而不向前走,中国是没有出路的。

最后要说的仍然是:我们要对一个一个的人负责任,对人民负责任,对历史负责任,对国家负责任。

李楯 撰稿

2011年3月28日

原卫生部艾滋病专家咨询委员会委员:

同意李楯老师的建议。

徐莲芝

我完全同意你的意见。支持你的行动。

张孔来

我同意修改《公务员录用体检通用标准(试行)》,以及李教授的理由。建议增加修改中要区别艾滋病和艾滋病感染者,《公务员录用体检通用标准(试行)》第十八条中的规定,是否可以解释为不包括艾滋病感染者呢?应当明确。

王若涛

我看了一下这个建议,对这个方面没有什么研究,但从其基本的情

况介绍看是有道理的。我只是感觉目前的建议太长,有些措辞和提法也值得斟酌,容易引起相关部门的误解和抵触情绪,把问题复杂化。其实核心的目标就是要修改这个标准,把修改的原因和修改的方案说清楚就行。希望您跟李楯老师说明一下,看看能否修改一下,这样更有利于实质性地推动此事。

薛 澜

我同意作为联署人在这份文件上签名。但文件需要一个题目,以画龙点睛,说明主题。可以考虑“关于修改《公务员录用体检通用标准(试行)》第18条的建议”。具体题目你自己可以斟酌。另外,这个问题一定有新闻媒体关注,需要撰写一个新闻通稿,将基本事实和主要建议清楚地勾画出来,以防报道错误。

景 军

好的,我参加署名。

潘绥铭

同意。

廖苏苏

您起草的文件非常有意义,我赞成和支持您的观点和诉求。

禁止艾滋病感染者从事教师工作或担任公职的规定,并不能有助于控制艾滋病的传播与流行,那么推测可能的出发点是缘于买血者、注射吸毒人群、男男同性性行为等受艾滋病病毒影响的人群的身份,因此禁止艾滋病感染者从事教师工作或担任公职的规定,不仅是违反宪法的歧视性规定,还可能有助于艾滋病病毒的流行,如检测策略、抗病毒治疗策略都会因此而难以推行,可能阻碍防治艾滋病目标的实现。

张建新