

故意传播艾滋病的法律规制研究

贾平

公共卫生治理项目 / 美国圣玛丽大学法学院



检测后阳性对性伴和医生等的告知问题

- ◆ 2006年的《艾滋病防治条例》规定，如果病人的隐私权受到侵犯，他/她可以依照《传染病防治法》提起诉讼。《艾滋病防治条例》还规定禁止泄露感染者和病人的姓名、家庭地址、雇主名称、个人照片、医疗记录 and 任何与感染者和他们的家属相关联的信息。
- ◆ 与此相对应的是，《艾滋病防治条例》第38条规定，感染者需要对他们的性伙伴和他们的医生披露自身感染状况，而没有对于披露的条件作出任何解释或者限定（如规定在对性伴侣的“重大利益”造成威胁的情况下才披露）。
- ◆ 因此，相关的规定是否应该予以改进，实践中如何细化，值得探讨。

检测后阳性对性伴和医生等的告知问题

- ◆ 具体而言，涉及两个问题：一是感染者的告知义务，《艾滋病防治条例》第38条规定，感染者需要对他们的性伙伴和他们的医生披露自身感染状况，但该条规定没有对披露的条件和程序做出任何解释或者限定，这就使得现实中比较难以操作；
- ◆ 二是医护人员在检测后对感染者的告知义务，是否能够延伸到感染者的性伴或者配偶等，这一点没有规定（见《艾滋病防治条例》第42条），在实践中引发了困惑。

检测后阳性对配偶性伴等的告知问题——医疗机构

- ◆ 应当加大对隐私权的保护力度并制定和统一目前检测中隐私保护的流程，对于医疗机构检测后对感染者性伴侣/配偶的告知义务，建议设定一个“附期限分层次”的弹性告知程序，如果夫妇共同来检测，则可以事前明示建议夫妇间应该分享检测结果信息，一定时间内一方无法得知对方检测结果的，可以向医疗机构直接索取，医疗机构则通过一个既定的程序，在保障隐私的前提下，在一定期间内告知其检测结果。

检测后阳性对性伴和医生等的告知问题——感染者个人

- ◆ 感染者不将自身感染的病毒传播给他人被认为是一个普适的道德义务。是否存在对这一义务的豁免存在不同社会观点。
- ◆ 如果感染者违反这一义务，随之而来民事责任，以及一定的处罚，甚至刑事处罚，在外界看来具有相当的正当性。

案例

- 2012年10月，艾滋病感染者晓峰因肺癌入住天津肿瘤医院接受治疗，但在手术前夕被院方告知因携带艾滋病病毒不宜手术，被迫出院。天津“海河之星”感染者工作组负责人李虎通过更改病历的方式，让晓峰在天津另一家医院成功接受手术。此事被“海河之星”公布后，在全国范围内引起巨大争议。
- 天津市卫生局曾表示，经查实，天津肿瘤医院确实存在推诿艾滋病人的情况。去年2月，李虎和晓峰将拒诊的天津肿瘤医院诉至法院。2015年4月，天津市第二中级人民法院通过了庭外调解，艾滋病感染者晓峰(化名)因“平等就医权受到侵害”状告天津市肿瘤医院一案，医院一次性赔偿原告9.5万元。至此，曾轰动一时的艾滋病病人反对就医歧视而提起的首例法律诉讼案尘埃落定。据悉，这也是艾滋病感染者及病人反歧视诉讼中获得赔偿数额最高的案例。

案例

- ◆ 光明网讯 据媒体报道40出头的李某，在明知自己患有艾滋病的情况下，依旧在通州区某浴场从事卖淫活动，被当地警方查获。2015年通州区人民法院以传播性病罪依法判处李某有期徒刑一年，并处罚金五千元。
- ◆ 成都市郫县犀浦镇于2016年10月份发生被查出身患艾滋病之后仍继续卖淫的案例。该女子“十一黄金周”之前来到犀浦，该段时间总共接了四、五个“客人”。案件在调查中。
- ◆ 不仅如此，在MSM社区中流行使用社交应用APP，高企的感染率，以及同妻感染的问题，高校学生中艾滋病的流行等均暗示出在一定范围内对这一道德义务的违反。

检测后阳性对性伴和医生等的告知问题——感染者个人

- ◆ 感染者个人告知配偶、性伴或医生等问题涉及重大伦理挑战，关乎其个人隐私和利害相关方知情权和健康权的平衡。
- ◆ 感染者对性伴或在医院或工作单位的告知义务限度：重大利益风险；
- ◆ 感染者与他人发生性关系时告知义务豁免或伤害抗辩的可能：1、安全套使用；2、病毒载量；3、早发现早治疗；4、对方明示同意；

艾滋病传播的罪刑化进路

- ◆ 美国有34个州制定了法律，明确规定将未感染的个人通过性交、共用针具等方式置于感染风险之下属于犯罪。
- ◆ 其它西方国家也多有类似法律，如奥地利、加拿大、丹麦、芬兰、法国、德国、荷兰、俄罗斯、瑞典、瑞士、英国（GNP+，2005）。
- ◆ 出现了一些著名案例：2010年德国摇滚歌星Nadja Benaissa故意传播案(BBC, 2010)。

由于不透露自身HIV感染状况以及导致HIV感染风险和HIV传播（主观要件）

- ◆ 在不透露自身HIV感染状况或导致HIV感染风险或HIV传播的情况下，蓄意传播HIV的证明应该至少涵盖：(1) 了解自身HIV感染状况；(2) 存在重大传播风险的蓄意；(3) 行为本身就是为了感染其他人的证明—实施了行为。
- ◆ 在确立传播HIV的意图时,关于HIV阳性状况的主动欺骗可以作为一个考虑要素,但不应该起决定性的作用。根据规定的刑法标准确定是否能证明HIV蓄意传播时,应该考虑被指控的欺骗所出现的来龙去脉和场合,包括HIV感染者的心理状况和欺骗的原因。

特定性行为导致的HIV 传播风险的性质/水平是否足以招致刑事责任

◆ 下列行为一般不足以招致刑事责任：

- 1、不存在严重的HIV传播风险；
- 2、相关个人不知道自己感染了HIV；
- 3、相关个人不清楚HIV的传播途径；
- 4、相关个人已经将自身HIV感染状况透露给面临着感染风险的人(或者确信对方通过其他途径已经获悉了自己的HIV感染状况)；
- 5、感染者因担心遭受暴力或其他严重的不利影响而没有透露自身HIV感染状况；
- 6、相关个人已经采取合理举措来减少HIV传播风险,例如在性行为过程中戴安全套或采取其他防范措施; 或者,
- 7、相关个人与对方事先认可了双方均接受的风险水平。

由于不透露自身HIV感染状况以及导致HIV 感染风险和HIV传播,给其他人造成了何种程度的伤害（客观要件）

- ◆ 由于HIV感染如今已成为一种可治疗的慢性疾病,针对不透露自身HIV 感染状况或导致HIV 感染风险或HIV传播,不应当实施“故意 / 过失杀人罪”等罪名检控, 可以实施“故意伤害罪”等罪名。
- ◆ 如果当地允许在没有实际产生HIV传播的情况下实施检控, 仅在特别情形下才应当运用刑法。前提是至少要有证据能够表明感染者有相应的主观罪责,并且根据科学和医学发现可以认定存在实质性的HIV 感染风险。

各类性行为每次所导致的 HIV 感染风险估计水平：

- 1、女性与未接受治疗的 HIV 阳性男性发生无保护的阴道性交：0.08% (1250 分之一)
- 2、男性与未接受治疗的 HIV 阳性女性发生无保护的阴道性交：0.04% (2500 分之一)
- 3、与未接受治疗的 HIV 阳性性伴侣发生无保护的肛交(对于被插入方产生的风险)：0.82% (122 分之一)

Boily MC *et al.*, "Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: Systematic review and meta-analysis of observational studies".

Vittinghoff E *et al.*, "Per-contact risk of Human Immunodeficiency Virus transmission between male sexual partners", *American Journal of Epidemiology*, 1999, 150(3):306-311.

续前

4、与未接受治疗的 HIV 阳性性伴侣发生无保护的肛交(对于插入方产生的风险)：0.06% (1666 分之一)

5、异性夫妇之间发生无保护的性行为, HIV 阳性一方正在接受抗逆转录病毒治疗并且其病毒载量低于 400 拷贝/ml：0.013% (7900 分之一)

6、口交(口部与生殖器接触)：0 至 0.04%

7、插入式性交,戴安全套：HIV 传播风险可进一步降低 80%

Attia S *et al.*, "Sexual transmission of HIV according to viral load and antiretroviral therapy: Systematic review and meta- analysis", *AIDS*, 2009, 23:1397-1404.

Baggaley RF, White RG and Boily MC, "Systematic review of orogenital HIV-1 transmission probabilities", *International Journal of Epidemiology*, 2008, 37(6):1255-1265.

感染他人的阈值

- ◆ 一些研究人员和专家将何种程度的病毒载量可以传播HIV，设定了很低水平的阈值1500 拷贝/ml，其他一些研究人员和专家则设定为 400 拷贝 /ml、50 拷贝/ml 甚至 40 拷贝/ml。
- ◆ 对于涉及刑法的案件,建议将1500 拷贝/ml 视为HIV 感染者病毒载量足够低、无刑事责任的依据。根据这项建议,在涉及不透露自身 HIV 感染状况或导致HIV 感染风险或HIV 传播的案件中,不应当对病毒载量低于 1500 拷贝/ml 的 HIV 感染者实施检控或刑事指控。科学证据支持1500 拷贝/ml 的阈值,最近加拿大最高法院也认可了这个阈值。（2012, Marbio案）

几点关键因素

针对不透露自身 HIV 感染状况以及导致 HIV 感染风险和 HIV 传播的刑罪化,建议在认定和对待风险时考虑下列关键因素:

- ◆ 在没有实际发生HIV传播的情况下,若要追究刑事责任,应当只对产生了“实质性 HIV 传播风险”的行为追究刑事责任。
- ◆ 在判断特定行为是否导致了实质性的HIV传播风险时,应当参考最佳的科学和医学证据。

几点关键因素

- 如果HIV感染者始终使用安全套,或者进行其他形式的较安全的性行为(包括非插入式性行为和口交),或者当时正接受有效的艾滋病治疗或病毒载量很低,则不应当认为 HIV 传播风险“具有实质性”、“无正当理由”、“严重”或“很可能存在”,进而进行刑事检控或追究刑事责任。
- 由于接吻、咬人、抓挠、打人、吐痰或泼洒体液(例如血液、唾液和精液)或排泄物(例如大小便)不会造成HIV传播风险,这些行为不应当构成对不透露自身HIV感染状况或导致HIV感染风险或HIV传播的HIV 感染者进行刑事检控或追究其刑事责任的理由。
- UNAIDS, 2013

适用刑事处罚的原则

- ◆ 如果在 HIV 相关案件中当事人蓄意给他人造成了实质性的伤害,则运用刑法是合理的;暴露于HIV感染风险的人可能会担心自己已经感染了 HIV,然而,问题在于这种担心和恐惧是否足以支持施用刑法。这是因为对 HIV 相关案件运用刑法可能会导致多种应当予以避免的负面、不公正的后果;因此应当尽可能将刑法的运用局限于产生了实质性危害、确实应当追究刑责的案件。
- ◆ 对于不透露自身HIV感染状况、导致HIV感染风险和HIV传播的过于宽泛的刑罪化有可能对国内艾滋病防治工作造成负面影响,因为这样做会使得人们不愿接受 HIV 检测、不愿坦诚地与医生或咨询员探讨 HIV 问题,也不敢透露自己的 HIV 感染状况。或者使得 HIV 感染者遭受指控、控诉甚至监禁,即便他们并没有故意给他人遭受伤害或者没有产生实质性的伤害。

适用刑事处罚的原则

- ◆ 在英格兰和威尔士,如果没有实际发生HIV 传播,则不允许进行检控,除非检察官能够证明涉案人有最高标准的主观罪责,即“蓄意传播HIV”。
- ◆ 2012年8月,丹麦一家法院无罪释放了一名HIV感染者,这名HIV感染者最初被宣判有罪,理由是导致另一人面临“威胁生命的疾病”风险,该法院则认定,目前已有证据表明HIV并非“威胁生命的疾病”。

关于认定针对检控或定罪的辩护理由

- ◆ HIV 感染者透露自身HIV感染状况和/或获得性伴侣知情同意应该被认可为辩护理由。
- ◆ 使用安全套或采取其他较安全的性行为(包括非插入式性行为和口交)应该被认可为辩护理由。
- ◆ 有效的艾滋病治疗或较低的病毒载量应该被认可为辩护理由。
- ◆ 参与刑事事件鉴定的科学和医学专家应该拥有适当的资历并接受适当的培训,能够准确地判断与HIV传播风险、伤害和证明(以及其他事项)相关的资料和证据的优点和局限性。

艾滋病传播控制的侵权法进路

- ◆ 侵权赔偿是另一个控制包括艾滋病在内流行病（故意）传播的方法；
- ◆ 同样针对事实上将病毒感染了他人；
- ◆ 民事赔偿可以从经济上增加传播者的传播成本，补偿造成的社会损失，救济受害者权利，是一种有效的政策进路。

（侵权） 责任理论

- ◆ 责任（Liability）通常建立在过错的基础之上，包括：
 1. 故意伤害
 2. 未能履行注意（义务）：
 1. 轻率或莽撞行为（Recklessness）
 2. 疏忽大意的过失（Negligence）
- ◆ 严格责任（Strict liability，无过错）则在有限范围内适用
 - ◆ 雇主责任，产品责任
 - ◆ 疫苗（补偿责任）

间接责任（Vicarious Liability）

原则上，人们应该对他们个人的行为负责，仅仅在有限的情形下，才能豁免或阻却责任

个人在某些情形下，可能会对他人的行为承担责任，例如雇主、合伙人或共同侵权人。

因疏忽大意的过失而传播艾滋病（性病、结核及百日咳等）——标准

疏忽大意的标准

1. 由一种客观标准决定：即行为者是否在风险可以预见的情形下，履行了合理的注意义务（reasonable precautions）；
2. 核心在于当事人是否知道或应当知道；疏忽大意的过失 = 不小心（Careless） = 不合理（Unreasonable）

故意传播艾滋病的（侵权）责任

主要理论包括：

1. 伤害性或冒犯性的接触（Battery）
2. 引发他人怒气导致的侵权（outrage）：故意或莽撞地引发严重地情绪性压抑或不快
3. 欺诈（骗）（Fraud）：故意或轻率而不计后果地（reckless）
欺骗

故意

故意是一种引发法律所禁止之后果地精神或智识上地状态被告如果符合下列情形，则将产生“故意”而引发地后果：

1. 其行为有引发某种后果之目的，或者
2. “完全确定地”（“substantial certainty”）知晓后果将会发生

莽撞的过失

莽撞的过失（Recklessness）可以有两种定义方法：

主观判定法：对于已知的引发严重伤害的风险蛮不在乎；
（Conscious indifference）

客观判定法：极其不小心；

故意的冒犯性接触行为

需要证据证明被告故意引发疾病之传播，这种（故意的）情况可能是很少见的；

1. 允许赔偿性和惩罚性的赔偿；
2. 属于普通责任，不能被保险覆盖，破产后不能免除责任；

故意或莽撞地引发严重地情绪性压抑或不快

要件：

1. 行为完全为文明社会所不容，比如在发生性行为以后，告诉对方自己是感染者，“我染了艾滋病，我要死了，所以你也死”
2. 引发的痛苦和压抑非常严重，一般无人能合理忍受；

欺诈

要件：

1. 做出错误的陈述或者保持误导性的沉默，比如在发生性关系前甜言蜜语许诺结婚；未能披露自己有无症状的疱疹（asymptomatic herpes）；或者开一家浴池，但里面有大量感染者进行无保护性交。
2. 明知故意（“Scienter”）—难辞其咎的精神状态。也就是要显示被告知道自己的描述是错误的或其行为是极其不小心的。

因欺诈而起诉之后果

- 1.允许身体伤害和精神伤害的赔偿，也可以有惩罚性赔偿。
- 2.破产后不能免责。
- 3.不为保险所覆盖。

小结

美国侵权法下，依照下面四种理由提起的诉讼：

- (1) 疏忽大意的过失；
- (2) 冒犯性接触
- (3) 引发愤怒导致的伤害行为；
- (4) 欺诈（发生性行为）

可以有效保护受害人的利益得到救济

讨论：几点建议

- 1、修订《刑法》故意传播性病罪，扩大适用行为的范围，同时不能仅仅以存在感染状态而未告知为由处以刑事处罚。将未告知自身性病、艾滋病状态而与他人发生性关系或共用针具等行为包含在内。

《刑法》第360条(第1款)：明知自己患有梅毒、淋病等严重性病卖淫、嫖娼的，处5年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。此条款将传播性病局限于卖淫嫖娼行为；

《性病管理办法》（2012）第二条规定“艾滋病防治管理工作依照《艾滋病防治条例》的有关规定执行。”，语意上将艾滋病包含在性病类别之内，但将管理职能进行了分离。

讨论：几点建议

- ◆ 2、考虑将故意传播性病罪归入故意伤害罪，并规定以产生实质性伤害为条件，已存在重大传播风险为例外；这意味着同等地对待HIV案件与对待造成类似危害和风险的案件，而不是专门对HIV案件规定严厉的刑罚。
- ◆ 3、实质性的传播风险则需要依据科学和医学证据来判定；
- ◆ 4、对于每个HIV相关案件应用刑法时，都应当适当地体现最新、最佳的HIV 相关科学和医学认知；

讨论：几点建议

- 5、要求任何检控或有罪判决均符合通用刑法原则和要素（主管，客观，主体，客体要件）。
- 6、这些刑法原则要求有罪判决要基于1）给他人造成伤害、2）有主观罪责 / 故意、3）有符合适当标准的证据、并且4）刑罚要与犯罪行为相称（罪刑相适应）。
- 7、安全套使用；病毒载量；早发现早治疗；对方明示同意等均可以作为抗辩理由。
- 8、进一步完善我国的侵权法及司法实践，借鉴域外经验，为受害人提供民事赔偿。

故意传播艾滋病的法律规制研究

谢谢！

贾平

公共卫生治理项目 / 美国圣玛丽大学法学院

jiaping@healthgovernance.org