

论文题目：

## 艾滋病感染者隐私保障问题研究

指导教师： 松冈正子 教授

姓 名： 段 知 壮

学 籍 号： 14DC1610

## 摘要

艾滋病自上世纪 80 年代被发现以来已然在全世界范围内产生了巨大的影响，在近 40 余年的历史变迁过程中，似乎没有哪种疾病像艾滋病这样超越了单纯的医学范畴，进而与阶层分化、贫富差距、社会性别等诸多因素紧密地连接并演变成为了一项“社会议题”。特别值得注意的是，尽管医学层面“鸡尾酒疗法”大大地缓解了艾滋病感染者的发病率，使得艾滋病成为一项现阶段虽无法治愈但可控的“慢性疾病”，可是社会层面对艾滋病的恐慌、污名以及歧视问题却依然广泛存在。中国自上世纪 80 年代以来陆续出台了多项围绕艾滋病问题的规范性文件，特别是 2006 年《艾滋病防治条例》的颁布标志着中国艾滋病防治工作法律规范体系的确立。但结合各级法院的司法适用来看，中国目前对艾滋病感染者相关法律问题的裁判似乎存在着许多复杂的变量，如若再深入到艾滋病感染者的日常法律实践当中，这些法律规定的落地则有更多的不确定因素。某种意义上，这些综合性问题或多或少地皆与艾滋病感染者的隐私问题存在联系。

有鉴于此，本研究试图采取从法律规定到法律实践的动态视角，在结合目前与艾滋病问题相关司法判例的基础上，深入到艾滋病感染者群体当中进行参与式观察，进而分析在不同场域当中作为一种隐私的艾滋病感染信息是如何在法律规定以及实践层面或主动或被动地呈现，以及这种呈现会对艾滋病感染者造成什么样的实际影响。具体而言，本研究选取了医疗诊断、就业就学以及婚姻家庭三个场域进行相关实证分析。

首先，在艾滋病最初显现的医疗诊断场域中，尽管法律明确了艾滋病感染者在就诊时的告知义务以及医疗单位诸如保护患者隐私、提供适当医疗服务的详细规定，但是在实践当中这种本应是共同致力于艾滋病防治工作的良好互动却发生了某种异化。一方面艾滋病感染者或出于隐私泄露的担忧或出于对拒诊可能性的恐惧往往采取回避的方式拒绝这种告知义务的履行；而另一方面诸如“术前四项”检测以及定点医院等制度性措施往往并非以疾病防治为最终导向。这就使得本应作为主体的艾滋病感染者在医疗诊断场域中逐渐地被“物化”成为了具有危险符号的“客体”，并最终形成了矛盾性的恶性循环。

其次，在就业就学场域中尽管存在着“不歧视”的原则性规定，但诸如公务员体检标准等细节性规定往往在层层加码的趋势下将实践中的运作常态“塑造”

成了与上位法截然相反的形态。此外面对着社会层面的排斥，许多艾滋病感染者在面对就业就学场域中的歧视问题时通常会基于外在环境的压迫进而产生退缩的负面心理情绪。这就使得许多艾滋病感染者在权利准入层面就出现了“能力障碍”，更不用说当事人即便在司法实践中能够获得某种法律意义的“胜出”，但在具体的社会网络当中那些不可忽视的负担却可能将这些努力消散于无形。

最后，因无保护的性行为作为艾滋病的重要传播途径之一，所以法律规范对婚姻家庭场域中艾滋病感染者的告知义务进行了相应的规定。但问题是此类规定的实际操作却往往存在着诸多的现实困境，如性伴侣与配偶之间的有限区隔，以及相关行政主体的强制执行空间等均对这些规定的履行造成了不确定的客观障碍。此外在代际关系当中，由于艾滋病符号的介入，在一定程度上脱离社会网络的亲代感染者之于子代的情感支持需求会明显扩大，而子代的反馈通常会反而随之缩减，这就进一步加剧了代际关系的紧张。事实上在艾滋病符号介入后的代际关系即便基于其他因素的制衡而维持原有的状态，但其背后潜在的“供求关系”仍然是被无形地扩展了。

回到问题的起点，作为一项权利内容的隐私无疑有着法律框架下的边界，而对艾滋病感染者告知义务的规定本身也正是其隐私权实现的必要前提。但问题是无论在以上哪一场域中，当作为一种隐私内容的感染信息被呈现在相应主体面前时，艾滋病感染者所面临的绝不仅仅是一种法律上的权利制约，而更是一种实现权利之能力的减损可能。换言之，社会层面的艾滋污名导致着艾滋病感染者实现权利之能力的空间限制，在此基础上我们即便可以通过法律层面对歧视现象进行不同角度的规制，但这一系列的法律规定本身就在污名的背景下遭受着种种困境。因此，如何从扩充“能力”的人权范式出发进而保障艾滋病感染者在不侵害他人权利前提下的自主选择赋权或许才是艾滋病感染者权利保障的核心所在。

**关键词：** 艾滋病感染者； 隐私权； 污名； 医疗诊断； 就业就学； 婚姻家庭



# 目 录

绪 论.....	1
一、从韩姐的故事说起.....	1
二、理论框架.....	13
三、先行研究.....	20
四、研究方法与资料来源.....	25
五、关键词说明.....	30
第一章 艾滋病感染者隐私问题概述.....	35
一、隐私及隐私权的概念梳理.....	35
二、艾滋病感染者的隐私权界定.....	40
三、艾滋病感染者隐私权的边界.....	44
第二章 医疗诊断场域中的艾滋显现.....	53
一、艾滋病感染者的告知义务及非自愿检测.....	54
二、艾滋病医疗中的定点医院与隐形拒诊.....	60
三、艾滋诊断中的初筛与确证及医护人员的保密义务.....	65
四、告知义务与非自愿检测的理论困境.....	72
第三章 就业就学场域下的艾滋暴露.....	79
一、公务员体检标准背后的艾滋就业歧视.....	81
二、从法学意义的歧视到社会学意义的社会排斥.....	88
三、制度之外自我与他者的歧视认知与应对.....	95
第四章 婚姻家庭场域下的艾滋介入（一）.....	105
——以亲密关系中配偶及性伴的艾滋告知为例.....	105
一、法律视角下婚姻家庭场域中的艾滋告知.....	106
二、艾滋传播意义下性伴侣与配偶之间的有限隔离.....	112
三、艾滋感染信息告知义务背后的强制执行空间.....	117
四、亲密关系视角下的国家权力介入限度.....	123
第五章 婚姻家庭场域下的艾滋介入（二）.....	133
——以代际关系中子代对亲代的艾滋知悉为例.....	133
一、老年人艾滋病感染信息的亲属告知.....	134
二、代际关系的物质经济维系与情感内核.....	138

三、艾滋病标签对代际关系中赡养义务的影响.....	143
第六章 污名影响下权利的受损路径与恢复可能.....	150
一、“艾滋污名”的界定与形成.....	150
二、污名建构标准背后的身份认同与回避.....	155
三、权利诉求的法律失联与能力障碍.....	160
结 语.....	174
参考文献.....	181

# 绪论

## 一、从韩姐的故事说起

1974年出生的韩姐今年46岁，是一名中学教师，丈夫自己经营一家公司，虽说规模不大但也算是事业有成，加上儿子一直成绩优异并正就读于国内一所重点大学，用韩姐自己的话说就是“在亲戚朋友中算是过的相当不错的”了。而如果没有几年前那场突如其来的“意外”的话，可能韩姐一家这种“被别人羡慕”的状态还会持续好多年。

2017年的时候韩姐突然出现了发烧、咳嗽等症状，起初以为是重感冒，吃点药休息几天就好，可是几天之后也没见明显好转，韩姐便前往医院准备“挂水”，希望能好的快点。不料一检查原来韩姐是感染了肺结核，所幸发现的早并没有大碍。本以为自己还要住院一段时间，不过医生说韩姐的情况回家按时吃药就好，大概半年多就可以痊愈。因为当时学校正处于学期中，所以韩姐的病情还在学校引起了一场小小的风波，万幸的是经过一番检查学生与家人均没有被感染，这也让韩姐松了一口气，毕竟如果学生被自己感染了可不是小事。随后学校马上为韩姐办理了病休手续，学校领导还专门致电慰问，并嘱咐韩姐一定要多注意休息把身体养好，学校课程的事儿不用担心，这也让韩姐颇受感动。

可就在韩姐回家准备安心“隔离养病”的两天后，一通医院打来的电话将韩姐原本平静的生活彻底打乱。医院称韩姐前两天做的血液检测结果有问题，可能“感染了艾滋病病毒”<sup>1</sup>。韩姐至今还记得当时医院电话的内容，对方问清楚身份信息后说“你艾滋病这项检测的指标有点高啊，你回来一下，我们要再采血到疾控去确证下”。后来回忆当时的场景，韩姐说自己脑袋“嗡”的一下一片空白，挂断电话自己首先想到的不是会不会死掉，而是别人知道这个事儿自己以后可怎么办？甚至在当下那会儿韩姐想到了轻生，头脑中一度有声音告诉自己“去跳楼”，“死了一了百了”！

好在韩姐最终没有“勇气”迈出那一步，尽管心乱如麻，韩姐还是按照医院

---

<sup>1</sup> HIV (Human Immunodeficiency Virus)，人类免疫缺陷病毒，亦称艾滋病病毒，是造成人类免疫系统缺陷的一种病毒。它是一种感染人类免疫系统细胞的慢病毒 (lentivirus)，属逆转录病毒的一种。

的要求重新回到医院进行了第二次的抽血检测，当时韩姐还专门跑到感染科医生那里询问会不会是弄错了？这个是不是有误诊的几率？医生说一般情况下是不会的，不过再等两天最终结果就出来了。回忆起等待结果那两三天时间，韩姐称自己就像“行尸走肉”一样，家人都以为自己是因为得知感染肺结核的缘故，所以也并没有太过在意，只是反复安慰她不要担心，很快就好了。可能时间确实是最好的良药吧，几天之后当韩姐得知自己感染艾滋病病毒的确证消息时尽管仍然“伤心的不行”，但至少要比第一次接到医院电话时候平静多了。而且还算的上“好消息”的结果是，韩姐当时的 CD4 值<sup>1</sup>是四百左右，相比那些已经出现严重机会性感染<sup>2</sup>的艾滋病晚期患者来说这无疑属于“发现的及时”，医生也告诉韩姐只要正常服用抗病毒药物<sup>3</sup>的话并不会对身体产生太大的影响。

几个月后，在“小组”（国内各地一般均有挂靠在疾控中心名下的艾滋病防治社会组织，这类组织在感染者的口中一般被称为“小组”）的帮助下韩姐决定开始服用抗病毒药物。作为已婚者的韩姐，按照规定需要向配偶告知自己感染艾滋病病毒的情况。而且“配偶检测率”一直是各地艾滋病防治工作的一项重要指标，也就是说，原则上韩姐不但应当告知丈夫自己的感染事实，还应该让丈夫进行 HIV 抗体筛查。不过对于韩姐而言，这可要比自己服用抗病毒药物的决定困难的多。在与“小组”的沟通中韩姐坦言自己应该是在一次婚外性行为中感染的，

---

<sup>1</sup> AIDS (Acquired Immunodeficiency Syndrome)，获得性免疫缺陷综合症，亦称艾滋病。艾滋病由感染艾滋病病毒 (HIV) 引起。HIV 把人体免疫系统中最重要 CD4 细胞作为主要攻击目标，大量破坏该细胞，使人体丧失免疫功能。HIV 在人体内的潜伏期平均为 8~9 年，感染 HIV 之后到患艾滋病以前的这段时间内感染者可以没有任何症状地生活和工作。由于 HIV 攻击对象是 CD4 细胞，所以其检测结果对艾滋病诊断、治疗效果的判断和对患者免疫功能的判断有着重要作用。

<sup>2</sup> 机会性感染是指一些致病力较弱的病原体，在人体免疫功能正常时不能致病，但当人体免疫功能降低时，它们乘虚而入，侵入人体内，导致各种疾病。正常菌群在机体免疫功能低下，寄居部位改变或菌群失调等特定条件下引起的感染称为机会性感染。常见的机会性感染主要包括细菌性疾病如肺结核，鸟复合分支杆菌，细菌性肺炎，败血症（血中毒）；原虫性疾病如卡氏肺囊虫肺炎，微孢子虫病，牛皮癣，利什曼病；真菌性疾病如念珠菌病，隐球菌病和马尔尼菲青霉菌病等；由巨细胞病毒，单纯疱疹，带状疱疹引起艾滋病病毒相关的肿瘤如卡波氏肉瘤，淋巴瘤，扁平细胞癌等。

<sup>3</sup> 高效抗逆转录病毒治疗，又称“鸡尾酒疗法”，由美籍华裔科学家何大一于 1996 年提出，是通过三种或三种以上的抗病毒药物联合使用来治疗艾滋病。该疗法的应用可以减少单一用药产生的抗药性，最大限度地抑制病毒的复制，使被破坏的机体免疫功能部分甚至全部恢复，从而延缓病程进展，延长患者生命，提高生活质量。该疗法把蛋白酶抑制剂与多种抗病毒的药物混合使用，从而使艾滋病得到有效的控制。



因为自己就“出轨”过那么一次，且当时确实没有采取任何保护措施。再谈及是否要告知这位“出轨”对象相关情况时，韩姐愤愤地说了很多脏话，并称自己和“他”早就没联系了，没什么告诉不告诉的。但是丈夫这边的问题就没这么轻松了，韩姐一再表示自己几年前就和丈夫开始“分房睡”并几乎没有什么性生活了，所以应该是不会传染给丈夫的。但问题是毕竟在自己“出轨”后还是有与丈夫发生过性行为，所以在“小组”志愿者的反复劝说下韩姐还是不太情愿地同意向丈夫“坦白”。

这次经过了反复心理斗争的“坦白”事实上比韩姐想象中的更为“糟糕”，韩姐刚向丈夫说明情况后“对方脸色一下子就变了”，虽然当场并没有发生直接的冲突，但丈夫拂袖而去的态度已然为之后家庭生活的混乱埋下了伏笔。韩姐后来说自那之后本来还算和谐的家庭就矛盾不断，丈夫开始时不时地对自己说一些很难听的话，而且每次韩姐稍微提到对方是不是也要去检测一下的时候两个人就会爆发激烈争吵，以至于一直觉得自己“理亏”的韩姐后来根本不敢再向丈夫提及此事。此后韩姐的丈夫开始偶尔夜不归宿，生意上的情况也不再与韩姐沟通，对韩姐来说更为严重的问题是以往家里的钱基本是自己管的，但不知道什么时候丈夫把原本放在家里的公司账户银行卡等统统拿走，也不再给韩姐正常的生活开支费用。直到有一天丈夫终于在一次争吵中提出要与韩姐离婚，还声称要把韩姐的感染情况告诉儿子，这“最后一根稻草”终于要把韩姐压到崩溃！

因为定期需要到医院领取抗病毒药物，“小组”的志愿者们也很快地发现了韩姐的不对劲，在聊天中韩姐哭诉自己几乎天天“以泪洗面”，就快要被丈夫“逼疯了”。志愿者新生赶紧给另外一位感染者红姐打电话，之所以要找红姐是因为包括笔者在内的几位常住医院的志愿者都是未婚男性，虽然百般安慰但似乎总是“不得要领”。红姐与韩姐年纪相仿，性格开朗，一直比较积极地参加小组的各类活动，更为重要的是红姐与韩姐经历相似也是在婚后被检查出感染艾滋病病毒。但可能是因为红姐自己做生意，经济状况很好，所以性格也要强势的多，反倒是没被感染的丈夫死活不肯与红姐离婚。很快在志愿者新生的安排下包括红姐与笔者在内的几位朋友一起陪韩姐吃了顿饭，饭局当中韩姐时不时地流泪诉说自己这段时间日子过得有多凄惨，大家七嘴八舌地劝慰似乎也效果不大。可是红姐突然之间的一句话让包括作为观察者的笔者在内的在场所有人都为之安静了一

瞬，“那你怎么就确定不是他（指韩姐的丈夫）传染给你的呢”？韩姐听到这句话时候脸上的表情很难用语言来形容，当时韩姐还自言自语地说了好多，“不会的吧，我的确跟别人好过啊”，“对啊，那他怎么一直不肯来检测呢”，“就算检测出他有这个（指感染艾滋病病毒）也不能说就一定是我传给他的对不对”……

就是从这顿饭局之后韩姐的态度发生了很大的变化，在后来的访谈中韩姐也提到，尽管与丈夫还是时不时地发生争吵，甚至比以前更为严重，但自己不再向以前那样自认“理亏”。虽然每次韩姐在争吵中指出搞不好是丈夫传染给自己的时候对方都会说韩姐“胡说八道”，但其又确实始终不肯同意与韩姐前往医院检测（韩姐还特意强调说不定丈夫早就自己检测过了），这种拒绝也越强化了韩姐的怀疑。此后即便夫妻之间的感情并没有任何的“好转”，但“离婚”的议题似乎也被暂时搁置了起来。

就在韩姐的夫妻关系乱成一团的同时，她的生活中还发生了另外一件大事。2018年韩姐结束了为期一年的病休假，此时肺结核早已康复的韩姐带着医院的诊断证明回到学校办理复工手续。但让韩姐意外的是这次回到学校办理手续时人事部门对自己的态度很是奇怪，一方面人事部门反复询问韩姐的身体是否真的完全康复，称学校这边的工作暂时没有关系，可以再好好休息一段时间；另一方面对于韩姐提出的复工申请并不正面回应，而是找出了很多理由推诿搪塞。恰逢此时与丈夫之间的家庭关系正处于焦灼状态，所以韩姐对于复工申请也并没有非常积极，而是听从了学校人事部门的建议而再次签署了病休一年的申请。可此后不久韩姐便有些后悔，这其中最主要的原因就在于此时丈夫公司方面的经济收入已经不再自己的掌控范围之内，加之以往自己收入中的“大头”乃是年底的奖金，但因为自己病休假期间不承担任何的课程教学任务，所以即便学校按照自己基本工资之百分之八十发放病休工资，仍然“少的可怜”。也就是说，以往在自己身上从来没有出现过的“经济问题”此时变成了日常生活中的“重中之重”。

在与丈夫之间的“离婚”议题被暂时搁置之后，韩姐便再次向学校申请结束病休恢复工作，但此时学校的态度似乎更为暧昧，学校一方面强调韩姐已经再次申请了一年的病休假且学校也已批准；另一方面则反复提及如果要恢复工作的话韩姐需要重新进行健康检查。此时韩姐隐约感觉到了事情的不对，但鉴于学校方面并未正面提及自己感染艾滋病病毒的问题，自己也不好直接询问。此外对于自

已出示医院开具的肺结核康复证明，学校完全不予理会，坚称韩姐需要在人事部门的安排下重新进行“入职体检”，甚至在韩姐妥协称愿意进行常规体检时学校还坚持要按照新员工入职的体检标准进行，而作为事业单位的学校在此类入职体检中就包含了 HIV 抗体这一项检查。一次来医院取药时韩姐突然说自己想明白了，一定是医院这边泄漏了自己的信息，韩姐说虽然相信无论是医生还是“小组”均不会主动泄漏自己的感染隐私，但这儿毕竟不是什么“大地方”，加上自己和丈夫在当地的社会网络盘根错节，许多同事、朋友的亲属就在医院工作，因此谁也不能保证是不是在哪次无心的“八卦”当中将自己隐私传播了出去。不过别说韩姐并没有什么实质的证据，就算有的话事已至此也无法挽回。无奈之下韩姐多次前往教育局要求对自己的复工问题进行解决，可是面对这种“隔着一层窗户纸”的博弈，一切争议的焦点似乎变成了韩姐为什么不去进行体检就可以“自证清白”。韩姐对此甚至咨询了律师，但由于韩姐的事业编制身份，律师也坦言这并不是单纯劳动法规定所能解决的。

随着事情的一拖再拖很快到了 2019 年，此时韩姐第二次为期一年的病休假也即将结束，而学校方面仍然坚持如果想复工的话一定要重新进行入职体检。韩姐犹豫再三后最终决定按照学校的要求去进行健康检查，因为“这个事（指感染艾滋病病毒）不摊开来的话说什么都是模模糊糊，也没个最终结果”。当然这个决定的作出也并不容易，因为即便韩姐坚信学校已经“得知”了自己的感染情况，但毕竟只要自己不主动承认学校就不可能把这个事情“摆上台面”，那样不就反而“证明自己的感染信息被泄漏了吗”？但是当下学校又利用复工的问题“逼着自己承认”，“自己也是实在没有办法了”。对此甚至在去体检的前一天晚上韩姐还专门打电话给“小组”的志愿者们寻求帮助，可是这种事情“小组”也只能讲清利弊，最终的决定仍然需要韩姐自己作出。

事情确实如韩姐想象中一样，当体检结果被“摆上台面”之后很多问题就明朗的多了，此时学校态度明确，认为韩姐的身体状况不适合恢复工作。可是在经历了一系列“挫折”后韩姐也强硬了起来，拿着明确的法律规定轮番到学校领导与教育局领导的办公室外进行“围追堵截”式的“申诉”，即不吵也不闹地就是要求对方给自己“解决问题”。显然此时原本处于“弱势”的韩姐反而成为了“强势”的一方，加之自己事业编制的身份而不单纯表现为劳动合同的问题，最终学

校只能退步而与韩姐达成妥协为其安排了调岗，自此韩姐不再从事一线教学工作而担任某行政岗位的“闲职”。对此韩姐似乎非常满意，因为相比较中学老师一线教学工作的“起早贪黑”，目前的岗位要清闲的多，尽管在收入方面稍有减少，但毕竟相比自己在病休假期间已经有了实质的改变。

在韩姐的故事告一段落之前还有一个小插曲要介绍，有一次笔者与韩姐本来约好进行补充访谈，但当天韩姐紧急来电称自己马上要大学毕业的儿子要带女朋友回家吃饭，所以访谈只能改期。后来笔者与韩姐访谈时问到有没有告知儿子自己的身体情况，韩姐称目前还没有，因为觉得没有必要，毕竟“孩子接下来马上还要涉及到结婚，对方人家要是知道这个事(指自己感染艾滋病病毒)那还得了”，“不过可能等自己以后老了动不了那天还是会告诉儿子的，毕竟这种事情也不可能瞒一辈子”，“自己不是怕儿子不接受不了，主要是怕儿子有心理负担，毕竟他还小呢”。

一次非常偶然的的机会，J市疾病预防控制中心邀请笔者以“法律专家”的身份为当地的艾滋病感染者进行一场关于艾滋病防治法律知识的公益讲座，在接到这个有趣的任务后笔者内心充满了“以专业知识服务社会”的自豪感之外可能与很多朋友一样，还稍微有着那么一点点的不安，毕竟以往这个陌生而又熟悉的“群体”只是在新闻中才会看到，现实生活中的“他/她们”究竟是什么样子？以及这次短暂的接触是否会让自己暴露于“风险”之中？怀揣着好奇，笔者第一次与艾滋病感染者进行了“面对面”的接触，回想走进会议室面对台下大约二十余名听众的那个瞬间，笔者的第一个念头竟然是“他/她们真的是艾滋病感染者吗？”在座的男女老少高矮胖瘦各异，但在笔者看来他们唯一的共通点似乎都不像是“生病”的人呀！一个半小时的讲座过后，在疾控中心工作人员的组织下笔者开放了“法律咨询”环节，这一环节明显更受欢迎，大家围坐一团，各自询问着诸如离婚、继承、劳动纠纷等法律问题，回答着这些并不复杂的法律咨询的同时笔者头脑中愈加疑惑，与自己预想不同的是，艾滋病感染者朋友们询问的法律问题与艾滋病本身几乎没有任何关联，但与此同时你又能隐约地感受到“艾滋病”作为一个“符号”似乎朦胧地覆盖在所有的问题之上。比如当场一位名为红姐的感染者反复向笔者咨询离婚的财产分割问题，这些问题本身与艾滋病并无交集，

但你又分明能感觉到与其他法律咨询不同的是，红姐对离婚问题的询问始终多了点什么，而就是这点“什么”又很难说清楚。讲座结束后的几天里笔者始终沉浸在这些疑惑的思考中不能自拔，带着种种疑惑笔者尝试性地向J市疾控中心提出是否能以志愿者的身份多与艾滋病感染者们接触几次，没想到疾控中心的工作人员欣然同意了笔者的请求，并为笔者介绍了当地专门面向艾滋病感染者的社会组织“关爱家苑”，就是在这样一种背景之下，笔者针对艾滋病感染者的田野调查研究开始了。

之所以要以韩姐的故事作为引入有许多方面的原因，在笔者决定以艾滋病感染者的权利保障为题而进行田野调查研究时，头脑中的很多思路还没有完全理顺。而随着在田野中遇到众多让笔者印象深刻的感染者朋友们，感性层面的直观冲击使得那些本就不甚清晰的思路更加凌乱，而这其中最让笔者惊诧的就是原本头脑中那种“病恹恹”“可怜兮兮”的艾滋病感染者形象被彻底击碎。当然，这并不是说目前作为一种仍然没有治愈（并非治疗）手段的“绝症”的艾滋病已然不具备医学意义上的“问题属性”，事实上比如在田野中遇到带着年仅7岁却同样感染艾滋病病毒女儿的单亲妈妈因机会性感染而奄奄一息时，当下的笔者无论如何也做不到从所谓“理性客观”的视角去评判这种疾病的社会意义。但事实是除了这种因机会性感染而出现明显疾病症状的艾滋病患者以外，绝大多数的感染者并没有表现出任何的“疾病”征兆。甚至比如在田野中笔者略带讶异地得知本地一家全国知名的大型企业（后来笔者还发现这家企业还曾被新闻联播点名表扬过）的老板夫妇均为艾滋病感染者；再比如得知一位看起来稍显“土气”的中年女性感染者家里因拆迁而坐拥两栋住宅楼、近上亿资产时，笔者心中那原本还充满同情色彩的前见顿时消散无形。当然，除了这些堪称“特例”的艾滋病感染者朋友之外，大多数的感染者就如同韩姐一样，在普通的工作岗位上经历着日常的悲喜。

就这样经过了一段时间的田野调查之后笔者不禁产生了新的疑问，即在法律意义上“艾滋病感染者”这一对象是否仅仅是一种“想象中的共同体”？他/她们的身上到底有没有什么与其他社会主体不同的共通性特征？至少对于笔者而言，这一问题恰恰是在结识韩姐之后得到了一定的解答。通过韩姐的故事我们可以大概地感受到，在确证艾滋病病毒感染之后韩姐的生活一度出现了多重的“混

乱”，而这些混乱虽然与疾病意义下的 HIV 并没有直接的关联，但作为具有社会意义的艾滋病符号却似乎无时无刻不在对韩姐的生活产生这样或那样的影响。进而从法律意义上来看，作为一种隐私的艾滋病感染信息的暴露（这里并不以法律的界限而言）确实会对当事人整体法律权利的实现产生不容忽视的重要作用。换言之，即便在现行法律（包括《传染病防治法》、《艾滋病防治条例》以及各个地方的相应法律规范）的层面已然对艾滋病感染者的隐私问题进行了相对系统性的规定，但这些规定在日常生活的运作过程当中可能并没有如我们想象中的那样按部就班的发展。那么反过来说，这种法律实践与法律规定之间的悖反究竟是因为社会层面诸多因素对法律规定之实效性的负面干扰，抑或这种法律规定在立法之初便与实践产生了某种意义下的背离？正是在这样一种背景下，促使笔者进一步思考的问题是，法律层面我们对艾滋病感染者之感染信息作为一种隐私的保护以及限制究竟应该以何种理由作为出发点，这种框架式的限定是否具有实践层面的合理性？以及在法律实践乃至法律监督的运作环节中，我们又应该以怎样的配套制度去保证最初的立法能够朝着其所预期的方向有序的进行，才不会因为某些社会层面的外在力量而产生立法目的的实现偏差。

无论是在法学、社会学抑或人类学中，社会秩序一直是社会科学当中最核心的问题之一，尽管如此，不同学科以及不同学者对秩序建构的基础以该秩序如何能够得到最好的保证却少有共识。一些人认为秩序依赖于对共同理解的规则的广泛认可，而另外一些人认为秩序主要通过强制力的实施才得以维持。<sup>1</sup>虽然随着学科的交融，不同的观点之间开始出现了局部有针对性的引入性反思，但学科前见的客观存在始终使得对社会秩序的分析难以逃脱定位的基调。而法律人类学作为一门新兴的交叉学科，恰恰在社会秩序的问题上集中地反映出了以上两种观点的博弈。最初这门新兴的学科试图以世界上相对并不复杂的社会作为对象，探索在规模较小、技术相对简单的社会中人们是如何解决那些具备显著控制机制的集中化组织所完成的社会秩序构建任务。这一探索路径也确实取得了丰硕的成果，大大拓宽了人们对社会秩序的认识，从而基本奠定了法律人类学作为一门新兴交叉学科的地位。但随之而来的问题也逐渐显现，无国家强制力保证实施的社会秩序虽然也可以成为法的一种表现形式而在社会机制当中发挥其不可替代的作用，

---

<sup>1</sup> [英]西蒙·罗伯茨著，沈伟、张铮译：《秩序与争议——法律人类学导论》，上海交通大学出版社，2012，第1页。

但我们却很难将其融入到以法律规则作为社会维系基准的现代社会标准构建当中。换句话说，“法律多元”虽然越发被大众所承认，但那些并非由国家强制力构建的社会控制机制却在某种程度上成为了法律学者，特别是法教义学试图“抹除”的对象。正是在这样一种背景下，法律人类学也在随之发生了某些变化，比如从原本对“他者”的界定性描述开始逐渐转向对具体问题发生发展之过程的关注，“现在的法律人类学似乎在经历着一种范式的转换，这便是把法律看成是冲突，而转向了把法律看成是一种权力，因而其关注的是权力的创造、分配以及传递”。<sup>1</sup>

延续吉尔兹“地方性知识”中阐释人类学的观点，“法律是地方性知识，而不是与地方性无关的原则，并且法律对社会生活来说是建设性的，而不是反映性的，或者无论如何不只是反映性的”。<sup>2</sup>法律适用中对事实进行认知性描述时的社会背景以及价值前见判断无疑都在起着相当重要的作用，“法律对事实的描述表现一开始就是规范性的……规范性的问题不在于使两种事物领域、两种思维功能、两种公平原则、甚至两类程序相互关联；问题却在于那种描述表现本身应当怎样来描述表现”。<sup>3</sup>因此，法律人类学的研究开始慢慢脱离“如何在异质法律中进行比较研究”的困境，而转向“包含法律在内的社会秩序如何运行”的问题导向，也正是在这样一种范式过渡的背景下，以具体社群为对象的法律人类学开始逐渐受到重视，因为特定社群一方面并没有脱离宏观意义上的国家法律网络体系，但另一方面又因其相对的特殊性而与其他社会主体在法律规制或实践的层面出现了一些具有独立性的特征，而这种特殊性不再是那种与法律相对的社会秩序机制，而成为在法律规则制定时所需要加以确认且主动面对的现实。毕竟“运用法律便说明认可了受那一法律所保护的群体的成员资格，而拒绝采取法律的行动便是象征性地表明其远离一种法律的秩序”。<sup>4</sup>简单来说，研究对象的不断扩展使得法律人类学不再是以现代法律为标尺去“提炼”异质社会中的“原法律”，

---

<sup>1</sup> 赵旭东著：《法律与文化：法律人类学研究与中国经验》，北京大学出版社，2011，第7页。

<sup>2</sup> [美]吉尔兹著，王继龙、张家瑄译：《地方性知识：阐释人类学论文集》，中央编译出版社，2000，第277页。

<sup>3</sup> [美]吉尔兹著，王继龙、张家瑄译：《地方性知识：阐释人类学论文集》，中央编译出版社，2000，第230页。

<sup>4</sup> Starr, June and Jane F. Collier eds, *History and Power in the Study of Law: New Direction in Legal Anthropology*, New York: Cornell University Press, 1989, pp12-13.

而是通过对非法律规则维系的社会秩序准则的“吸收”从而增强同质社会当中的法律规范性、实效性乃是价值性。

回到艾滋病感染者这一特定群体背后的社会秩序问题上，很少有一种疾病像艾滋病这样使这个世界的问题显现出来，使我们理解这个世界的结构，看清人们的分歧，认识到我们所主张的和实际所做的之间的差距。正是由于艾滋病是这样一个非常敏感的，涉及伦理、法律、人权、社会和科学与技术、主流和边缘群体、行为模式和意识形态等诸多问题的话题，它使我们认识到在这里存在的不仅是一个作为生物学、药理学、医学的研究对象的病症——即作为疾病的艾滋病，同时，还是一个可以并应该作为人文和社会科学的研究对象和政策的回应对象的问题——即作为问题的艾滋病。<sup>1</sup>特别是艾滋病作为一种目前医学不能治愈的慢性疾病，“见证疾病”与“见证罹病”是两种本质上截然不同的观念，“见证疾病”往往以宏观的人口视角看待艾滋病，聚焦于如何有效降低整体人口病害，大量使用流行病学、统计模型、风险管控等科学语汇，不仅常常抽离具体生命体验，亦无法看到感染者之间的异质性。相反地，“见证罹病”的视角首认感染者作为实存的生命个体，将焦点放在个别生病历程与生命经验，视其为活生生的人，而非人口。当前由“见证疾病”主导的主流治理论述，将作为人的感染者转化为镶嵌人口中的风险群体，成功剥夺感染者述说自身疾病经验的能力。由是观之，对艾滋病的讨论与思考也是如此，必须跳脱当前既存的恐惧想象与“见证疾病”的治理思维，转向“见证罹病”路径。<sup>2</sup>也正是在这样一种问题意识的视角下，面对诸如艾滋病这样的疾病，原来的道德乃至法律等社会规范开始不断受到新的挑战，社会总是要赋予疾病以道德意义，而这些意义必然会影响人们对待疾病及该病的患者的态度和行为。<sup>3</sup>

而在法律意义的层面，诸如韩姐的故事使得笔者认识到，众多围绕艾滋病感染者的法律问题似乎都难逃作为一种隐私的空间，也即艾滋病感染信息的公开范围所产生的辐射性影响。诚如有学者所言，艾滋病感染者的隐私问题既是一个伦

---

<sup>1</sup> 李楯著：《艾滋病在中国：法律评估与事实分析》，社会科学文献出版社，2004，第109页。

<sup>2</sup> [美]辛迪·巴顿著，林家瑄译：《权力语言与HIV治疗：普世关怀还是人口控制》，载黄道明编：《爱滋治理与在地行动》，中央大学性/别研究室，2012，第152页。

<sup>3</sup> 徐一峰、严非编著：《文化与健康——医学人类学实践》，上海人民出版社，2005，第104-105页。



理问题，又是一个法律问题，之所以说是伦理问题，乃因为感染者与病人与病情相关的资讯在很大程度上将会影响到病人与利益相关者（比如配偶、亲属、同事）关系的维系和话语的建构（比如是否应该信任传染病人），其侧重于从对/错以及道德层面讨论隐私保护的可能性和必要性；之所以说是法律问题，乃因为病人与病情相关的资讯将会在更大范围内成为一个与个人权利有关，同时也涉及公共卫生和风险控制的问题，进而引发世俗（而非伦理）意义上的关注和讨论，其侧重于从个体/群体/公共以及风险层面上讨论隐私保护的合法性问题。<sup>1</sup>而在两个问题之间是否能够建立起一种界限相对明晰的区隔就是处理艾滋病感染者隐私权的重中之重。

当然，笔者这里并非是要将医学意义下对疾病的科学判断完全剥离于社会科学视角下的问题分析，比如对艾滋病感染者与艾滋病患者这两种医学概念的辨析就会对社会科学层面艾滋病问题的研究产生至关重要的影响。美国学者凯博文对疾病（Disease）、疾痛（Illness）以及病态（Sickness）几个概念进行界定时就曾提及，医学意义上对疾病的精准描述（生物结构或者生理功能的变异）并不会阻止文化价值观和社会关系影响我们如何感知和观察我们的身体，如何标示和识别身体的症状，以及如何诠释特殊生活境况中的怨诉。<sup>2</sup>艾滋病患者与艾滋病感染者的概念区分本身是用以突出那些携带病毒的“正常的”、“健康的”人，可是在中国一些常见的表述中这种区分却常常被以“可见”和“不可见”来理解。此时“艾滋病感染者”被认为是最基本的病，尽管“他们看起来很像健康的人”，但是他们携带着“致命的病毒”，威胁着他们本人以及他们周围的人。<sup>3</sup>换言之，对疾痛意义的解析必然与社会关系紧密联系在一起，但问题是社会现实是如此既定、有序，那么社会主体之间如何认知自己抑或他人的疾痛，进而这种疾痛会对社会秩序造成什么样的冲击，都是我们不得不去思考的问题。对于艾滋病而言，本研究的一个非常重要的前提即“鸡尾酒疗法”的相对普及使得越来越多的艾滋病感染者并不会成为艾滋病患者。也就是说，在看待艾滋病问题时我们无法忽视一个事实，即艾滋病相对于那些具有明确疾痛表征的疾病而言，其给社会主体所带来的影响可能并不取决于直观的感受，而更多是一种主观判定。正是由于这样

---

<sup>1</sup> 张剑源著：《再造团结：中国艾滋病防治法律制度研究》，法律出版社，2015，第89页。

<sup>2</sup> [美]凯博文著，方筱丽译：《疾痛的故事》前言，上海译文出版社，2018，第3页。

<sup>3</sup> 潘绥铭主编：《艾滋病时代的性生活》，南方日报出版社，2004，第258页。

的原因，在一些田野调查中不难发现，HIV 阳性在一些社会主体眼中等同于“disease free”，而在他者眼中则未必。

“两个人相互吸引了，最后一封邮件你一定要问他，你是 HIV positive（阳性）还是 negative（阴性），一定要问他。我说老外一般都比较诚实，如果他是 positive，他会告诉你。我说你千万不要一开始只问他你有没有什么病，千万不要只问 Are you disease free? 之后要紧跟着一句话你是不是 HIV positive。你要不问 HIV positive 的话，他会告诉你 I’ m disease free（我没有艾滋病），虽然是 positive，但我没有得艾滋病。”<sup>1</sup>

通过以上这个小事例足以可见，对“艾滋病感染者”与“艾滋病患者”两者的认知区别除了医学层面的知识传播之外，（广义的）文化因素也会对疾病的认知产生巨大的差异性影响。比如一些同样的疾痛表征（诸如感冒发烧、呕吐腹泻、失眠乏力等），在艾滋病感染者与非艾滋病感染者以及艾滋病感染者之间，当事人对这种疾痛的关联性想象都存在着无数种不确定的变量。这也是为何许多艾滋病感染者在将自己诸如体重增减等问题与 HIV 进行主观联结时，尽管医生对此进行不确定的否认，在田野中当事人依然坚信不疑。

更为重要的是，在不同社会主体对艾滋病的疾痛进行主观构建的同时，这种或许并不是刻意的锁定性捆绑会反过来加深其他社会层面对艾滋病的认知。比如尽管许多对艾滋病问题的讨论都会强调其“受文化限定”的意义方面，但这里面所指的“具体的文化或亚文化情境”可能并非是发现它时的那个环境，而是诊断得以形成的环境。<sup>2</sup>也就是说随着对艾滋病的外在认知的不断变化，对艾滋病的文化意义探究也在同步发生着实质性的转换，这直接导致着不同主体在分析艾滋病问题时的主观阈限。从这个意义而言疾病的建构是复杂的过程，既包含了微观层面（如自我意识、个人行为、病痛体验和感受），又包含中观层面（如互动与诊疗过程），以及宏观层面（如社会文化背景、政治经济因素、国家卫生政策等）。<sup>3</sup>“艾滋病”的科学概念体系的形式并非是一个绝对的客观自然过程的展示，而

<sup>1</sup> 黄盈盈著：《艾滋病与生活逻辑》，华中科技大学出版社，2019，第 207 页。

<sup>2</sup> [美]汉著，禾木译：《疾病与治疗：人类学怎么看》，东方出版中心，2010，第 57 页。

<sup>3</sup> 王昕著：《女性艾滋病风险人群的疾病建构》，华中科技大学出版社，2019，第 90 页。

是一种社会描述，是一种文化解释，是一种社会建构。从“发现”、“命名”到“解释”再到“制定对策”的过程中，涉及了各种社会因素，是各种因素综合作用的过程。科学建构、价值取向、权力关系、经济利益、政治影响等一直积极地参与其中，在试图展示和宣传自己的理论观点的同时展开了博弈，在互相作用中共同建构着下一步的“共识”。<sup>1</sup>而随着医学的发达与进展，艾滋病已渐渐成为可控制的慢性疾病，感染艾滋病毒者也因此获得更多更久的存活机会，越来越多的艾滋病患者与感染者依然可正常作息，但也因此增添了不少在社会中遭受歧视的机会，如何确保病患与感染者的基本权益不受侵犯与剥夺，实为刻不容缓。<sup>2</sup>那么如何在涉及特殊人群的权利问题上与采取公共卫生技术和管理措施的权力问题中间找到一个平衡点，是目前各个国家的学者都在探寻的，<sup>3</sup>这也正是本研究所要解决的核心问题。

## 二、理论框架

在确定本研究将以从法律规定到法律实践的动态角度研究艾滋病感染者的隐私保障问题后，接下来的一个重要的问题就是如何选择一个适当的理论框架作为研究基础。当然，这里所谓的理论框架选择并不意味着在接下来的研究当中笔者将完全排斥其他理论的运用，而是要从宏观意义上为研究的顺利进行采取某种地基式的搭建。事实上在分析诸如医疗诊断、就业就学以及婚姻家庭等场域中的艾滋病感染者隐私问题时我们往往可以看到不同的理论具有不同侧重性的解释维度及效力。但无论采取何种解释路径，本研究均围绕当事人即艾滋病感染者在面对作为隐私的自身感染信息之自愿或非自愿公开时所采取的观点看法以及应对方式而展开。那么也就是说，在众多对社会秩序（本研究则将视角主要集中在以艾滋病感染者为中心，涉及包括政府部门、医疗结构乃至工作同事、家庭成员等不同相关主体在内的微观社会秩序）的研究当中，如何选择更为注重当事人之权利实现，而非仅仅是权利设置的理论框架将成为本研究的逻辑前提。同时，延续这种理论框架，研究方法以及研究对象的具体选择也将成为顺利开展具体研究的必要条件。

---

<sup>1</sup> 张晓虎著：《艾滋病问题的双向建构》，知识产权出版社，2013，第39页。

<sup>2</sup> 徐美苓著：《艾滋病与媒体》，上海译文出版社，2008，第138页。

<sup>3</sup> 蔡高强著：《非洲艾滋病问题研究》，浙江人民出版社，2014，第224页。

在针对权利及其实践的诸多理论学说中，以美国学者理查德·阿内森为代表的功利主义平等理论更多地将视角集中在结果意义之上，其强调当完成基本的分配正义后资源的再度转移不应对人们在接受福利的程度上造成差别，同时还要求这种分配本初就应当努力使人们在其自觉的生活的某些方面或质量上尽可能地达到平等。<sup>1</sup>这种理论的基础之一在于权利本身是具有选择性的，因此所谓的公平正义并不在于强行地将一种特定偏好普遍地适用在每个人身上。但对于偏好的形成以及如何理解偏好之间的差异却很难有一致的看法，在不同的环境中、不充分的信息下所形成的偏好很容易走向一种适应性的偏好。也就是说个体之间的差异性偏好会存在很多如自身的能力、外在资源的可获得性等等的限制性条件，那么具体条件下偏好的实现可能性以及个体是否会因环境等外在因素而被动不自觉地改变自身的偏好则很难被觉察，从而导致最终结果层面的公平正义的欠缺。具体在隐私及隐私权的角度下，功利主义虽然假定了私人领域的道德自主，即每个个体可以根据自己的偏好而选择对自身隐私的合理化期待并进而寻求隐私权的实现，但问题是功利主义视角下的隐私偏好选择更多地体现为一种程度上的不同选择而并非是种类上的差异判断，即“它认为每一个人的生活并没有质上的不同，而只有量上的差异，可以通过其提供的效用的数量来理解”。<sup>2</sup>因此偏好的选择虽然在理论上具有自由空间，但在操作的角度却可能因个体在本质上的需求不同导致限制及保障程度的差异出现。

以约翰·罗尔斯为代表的自由主义平等理论也认为单纯强调权利的平等实质上只是形式的平等，因为在现实生活中每个个体总会受到各种自然偶然性和社会任意性的影响，因此自由主义下的平等理论更加强调所有人都应该有一个平等的机会。在罗尔斯看来，机会平等不仅仅是“所有人都至少有同样的合法权利进入所有有利的社会地位”，还包括“在社会的所有部分，对每个具有相似动机和禀赋的人来说，都应当有大致平等的教育和成就前景。那些具有同样能力和志向的人的期望，不应当受到他们的社会出身的影响”。<sup>3</sup>换言之，机会平等虽然并不必然地保证结果平等的实现，但却能够在前提意义的视角下为结果平等奠定基

---

<sup>1</sup> [美] 罗纳德·德沃金著，冯克利译：《至上的美德——平等的理论与实践》，江苏人民出版社，2003，第10页。

<sup>2</sup> Martha Nussbaum, *Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a particular type of) Economics*, *University of Chicago Law Review*, Fall, 1997, p.64.

<sup>3</sup> [美] 约翰·罗尔斯著，何怀宏等译：《正义论》，中国社会科学出版社，1988，第69页。

础。不过随之而来的问题是机会平等并不排斥区分人的多样性及禀赋差异，甚至可以说其本身就建立在个体差异的基础之上，那么当这种差异并不含有道德上的不正当性时，其是否已然对结果的产生形成了前提性的塑造就存在了商榷的空间。也正是在这样一种反思批判的基础上德沃金提出了资源平等理论，即个人因外在环境和先天禀赋而形成的差别应该得到补偿，也就是说资源平等除了在机会领域之外更加看重开端的平等。从这一角度来看，权利不仅仅是一种能够平等分配利益和机会的权利，而是在有关这些利益和机会应当如何分配的决定中受到平等关心和尊重的权利。<sup>1</sup>同样放在隐私及隐私权的视角下，自由主义理论更适合解释隐私问题除了包含不受国家公权力及他人的非法干涉外，还存在着对信息的主动控制意义，也就是说在资源平等层面每个个体除了平等地享受进入隐私保护的覆盖范围，还需要进一步将视角扩大化，考虑个体差异而在隐私保护力度的决定上，甚至在同等资源赋予的前提下不同主体受到权利侵害后可能导致的无法弥补的不利后果之差距。

虽然以上两种主流理论都在一定程度上可以被运用到对隐私及隐私权保护的逻辑论证中，但无论是环境区别还是禀赋差异下的“人”都并没有包含那些“无能力的”或“欠缺能力的”人。<sup>2</sup>换句话说，个体人在接受资源补偿时本身可能就已经存在欠缺，而这种欠缺又不同于先天禀赋，“它们是训练或发展出来的特质和能力，在大多数的情况下，它们的发展都不可能脱离社会、经济、家庭和政治的环境”。<sup>3</sup>正是在这样一种背景下，阿玛蒂亚·森以及玛萨·努斯鲍姆所构建的能力理论逐渐走入人们的视野，“能力方法可以被定义为一种比较生活质量的方法，也是把社会公正理论化的方法，特别是由于能力缺乏而导致的被歧视或者被边缘化的不公正”。<sup>4</sup>能力理论相较之功利主义和自由主义更加注重人与人之间的差异，多样性的个体之间对机会乃至资源的需求会存在着极大的变量，“不同的个体在将资源和基本善转化为自由时，其转化率会有重大差异”。<sup>5</sup>简言之，

---

<sup>1</sup> [美] 罗纳德·德沃金著，信春鹰、吴玉章译：《认真对待权利》，中国大百科全书出版社，1998，第358页。

<sup>2</sup> Martha Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Harvard University Press, 2006, p.64.

<sup>3</sup> [美] 玛萨·努斯鲍姆著，田雷译：《寻求有尊严的生活：正义的能力理论》，中国人民大学出版社，2016，第16页。

<sup>4</sup> Martha Nussbaum, *Creating Capabilities: The human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp.18-19.

<sup>5</sup> [印] 阿玛蒂亚·森著，王利文、于占杰译：《论经济的不平等——不平等之再考察》，社

资源的拥有量并不必然地决定结果的正当与平等，因为资源的占有与权利及自由本身的实现程度之间并不必然地表现为一种固定比值的正相关。因此在能力理论的观点来看，评价公平正义的焦点应当扩展到更全面、更包容的领域，以更加个体本位的角度来对权利设置及实现环境进行有针对性的调节。

在阿玛蒂亚·森的能力理论体系中，其将“一个人认为值得去做或达到的多种多样的事情或状态”称之为“功能性活动”，“可行能力”就是“此人有可能实现的、各种可能的功能性活动组合”，而“一个人的功能性活动组合反映了此人实际达到的成就，可行能力集则反映此人实现其成就的自由：可供这个人选择的各种相互替代的功能性活动组合”。<sup>1</sup>简单来说，我们可以将某种利益理解成为“功能性活动”，但并不是所有的“功能性生活”都会上升到法律权利层面。即便是在后者的基础上，在法律面前权利往往是同等的，但该种权利对不同主体的价值意义却并不相同，且不同主体实现这种权利的能力或需要的资源以及丧失这种权利所带来的后果及修复可能性也往往是千差万别的。

与阿玛蒂亚·森以相比，玛萨·努斯鲍姆进一步强化了能力理论背后的制度构建，她希望构想出一个基于一套规范性政治原则的社会正义理论，这个政治原则应该是被包含在法制层面的，也就是说一个国家有政治义务来保证能力的安全，从法制和政策层面上防止可行能力被剥夺。从这个意义上来看，其肯定公共政策主动权的重要性，政府存在的意义就在于使用法律和公共政策来达到保护人们的核心权利的目的。<sup>2</sup>换言之除了前述的那种内在于个体的能力之外，还需要一个外在的环境让其实现内在能力的条件，也可以将其与内在能力相区分称之为实践能力，即基于能力理论的选择权不仅仅要保护基本自由，因为许多选择自由都有重要的先决条件，无论是缺少了内在能力还是实践能力都会丧失选择的意义。用简单一点的话说就是说一个人“可以”做某事不应该仅指他在理论上是可以做到的，我们必须看他在现实中能不能做到。<sup>3</sup>因此能力理论高度关注功能目标，会指导政策朝着此方向发展，但另一方面，能力理论并非强行地把个人推向

---

会科学文献出版社，2006，第252页。

<sup>1</sup> [印]阿玛蒂亚·森著，任贇、于真译：《以自由看待发展》，中国人民大学出版社，2002，第62-63页。

<sup>2</sup> 杨兴华、张格儿：《阿玛蒂亚·森和玛萨·努斯鲍姆关于可行能力理论的比较研究》，载《学术论坛》，2014年第2期。

<sup>3</sup> Price v. Civil Service Commission, (1978) 1 All E.R. 1228.182.

功能的实现：一旦实现功能的外部条件能够成就，是否进行功能转化则由人们自己掌控，这样就会使人的选择得到尊重。能力理论为人们实现选择的自由搭建了平台，虽然也会以公民的身份去讨论和展现什么才是受人欢迎的选择，但不是代为选择。<sup>1</sup>

比如从人格尊严的角度来看，在实际生活中不能完全排除公民会自愿贬低自己，也不能完全禁止公民在生活中自愿选择带有羞辱性质的人际关系。但我们还是要对人们的这些选择进行思考。政府的政策要从实际上把人当作公民来尊重，并且还要付诸行动。政府不能把尊重公民仅仅当成一种选择（比如以低成本的方式实现公民的权利），不能让公民尊严受损（比如拒绝公民获得权利）。那些对实现和维护其他能力越重要的功能，就越需要在实践中不断促进其实际功能的发展，并且还要在一定限度内合理尊重公民的个人选择。<sup>2</sup>但这里也凸显出了能力理论面临的一个困境，如果我们假设人们可以在具备能力的前提下选择放弃人格尊严，那么又如何对本就多元的能力进行有甄别性的选择呢？换言之，许多公平正义的理论最终往往需要建立在人的尊严这一基础价值之上，但能力理论尽量避免直接的价值判断而将其留给具有可行能力的个体在某个制度框架之下自行决定，但与此同时能力引导的根基也出现了某种程度的模糊与混乱。比如社会、政治、家庭和经济条件可以使人们无法选择去运行一种发展后的内在能力，甚至更深的介入、妨碍或者限定内在能力的发展，但这并不意味着基本的人性尊严还在：这个人仍应得到平等的尊重。针对这种困境玛萨·纳斯鲍姆用她所提出的核心能力进行了解释，其认为“尊严概念可以说是基础能力概念的近亲，是一种内在于个人，并且应当得到发展的禀赋”，<sup>3</sup>“如果一种能力确实属于核心能力目录，这是因为它直接关系到人性尊严所要求的生活的可能性本身”。<sup>4</sup>也就是说，人格尊严在这里不仅仅是一种作为标的的功能性生活，其本身就成为了一种可行能力且是最为基础性的能力。不难看出，能力理论结合了功利主义和资源论两者的

---

<sup>1</sup> Martha Nussbaum, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, New York: Cambridge University Press, 2000, p.88.

<sup>2</sup> 王新宇著：《性别平等与社会公正：一种能力方法的诠释与解读》，中国政法大学出版社，2014，第116页。

<sup>3</sup> [美]玛萨·纳斯鲍姆著，田雷译：《寻求有尊严的生活：正义的能力理论》，中国人民大学出版社，2016，第22页。

<sup>4</sup> [美]玛萨·纳斯鲍姆著，田雷译：《寻求有尊严的生活：正义的能力理论》，中国人民大学出版社，2016，第45页。

优点，也修补了这两大理论各自存在的不足。这一理论注意到了功利主义强调人的主观心理感受与“人之主体性”，但弥补了功利主义主观能动性的缺乏，认为作为主体的“人”会对精神感受予以价值的自我判断，会发挥自己的主体性，不断形成和修正关于善的观念。同时，能力理论修补了罗尔斯公平理论中对个体差异的忽略，它不但包括公民基本的自由和权利，还包括帮助一个人实现其目标的通用性手段，包括机会、收入以及自尊的社会基础。<sup>1</sup>能力理论则恰恰补充了对多样化的个体之间的差异化评估。概括地说，能力理论坚持认为，所有权益都要求政府去完成一种积极任务：政府必须积极支持民众的能力，而不只是不去设置障碍。<sup>2</sup>

至此，我们基本可以判定能力理论完全可以作为对隐私权问题分析的理论基础，因为其一方面从权利设置的角度进行了方向确定，隐私在某种意义上本身就是一种可行能力，而得到权利保护的隐私空间以及主体对这种空间的控制权选择即可以视为一种功能性生活。问题在于这种功能性生活是否能够被法律规定为一种有系统保障的权利，以及不同主体之间是否会存在权利差异且这种差异是否会根据主体的不同而导致对权利必要性的区分。因为对个体而言其是否拥有能力将这种“保护并发展可行能力”的功能性生活上升到有国家强制力保障的权利层面以保障能力安全之可能尤为重要；另一方面从权利实现的角度来看，单纯的权利设定并不必然会造成权利实现的结果，在权利实现的过程当中即便是同等资源的占有也未必会导致相同的实现状态，因为个体的能力差异在作为一种工具的资源面前，无论在权利设定还是权利实现方面都有着巨大的影响。在艾滋病的部分社会问题上我们也可以采取这样一种分析路径，大量的实例都表明至少在隐私信息的角度单纯法律强制力的手段并不足以保证艾滋病感染者的权利实现，因此探索将“不熟悉的事情”以“易于理解的信号”进行传递就或许是解决这一困境的有益尝试，当然在此之前首先要进行论证的就是实现这种路径的现实障碍都有哪些。特别是在这个层面上，能力甚至已经超越了权利的设定和实现范畴，在这个角度来看能力可能已经不仅仅是一种单纯的实现权利的能力，其必然还包括着反向的摆脱义务限定的能力，而我们不能不正视这种可以通过具体的可行能力，即

---

<sup>1</sup> 陆彬：《论可行能力视野中的发展——阿玛蒂亚·森的发展思想探析》，载《云南行政学院学报》，2006年第5期。

<sup>2</sup> [美]玛萨·纳斯鲍姆著，田雷译：《寻求有尊严的生活：正义的能力理论》，中国人民大学出版社，2016，第45页。



不是实现权利而是逃脱义务的能力，去实现个人的功能性生活的选择，虽然这种选择恰恰可能会逐渐消解本身应该是去用于实现权利的能力。当然，能力理论的构建者们无疑也会认识到这样一种潜在倾向，因此正如玛萨·努斯鲍姆所强调的，“无需任何进一步的道德论证，人们对权利的诉求要多于对单纯的基本能力诉求。但对于使用权利语言存在的某些争议，却可以从基本能力这一层面得出强有力的标准性结论”，<sup>1</sup>换句话说，如果个体可以通过可行能力去获得作为功能性生活的权利保障并进而再通过运用可行能力将这种权利现实化的话，又何必越俎代庖地单纯运用能力去规避义务呢？

具体到艾滋病感染者的隐私问题上，我们可以用这样一个比喻来理解能力理论，一个人的私生活状态受到法律上隐私权的保护，但此人可以通过主动或半被动地暴露自己的隐私，也就是放弃自己的权利而获得其所更为期待的关注度。或者即使是纯粹被动地产生了隐私曝光的结果，这一客观上权利受损结果的产生并不必然地会对当事人造成精神或财产上的重大损害，但这种曝光行为本身仍然是法律所规制的对象；同样作为艾滋病感染者的感染信息是否会上升到一种隐私权的高度，因为这种所谓的隐私具有极强的针对性而并不是所有主体所共享的。但如果我们承认这也是一种个人隐私并应当被法律所保护，作为隐私权的主体其本身当然也可以选择主动暴露自己的感染事实以获取相应的利益或效应，但如若当事人对自己的艾滋病感染信息采取了相对更为守护的态度，此时即使不同的隐私信息在法律上的保护权限是对等的，但同种权利属性背后对具体客体的保护力度以及当该权利被侵犯时所造成的客观后果在不同主体之间却可能产生超乎想象的差异。那么作为权利主体的艾滋病感染者究竟是选择维护作为一种权利的隐私还是通过自身的各种多元能力去维护作为一种目的的隐私就成为了问题的焦点。从这个路径来看，即便是在艾滋病防治的大问题上，能力理论下立法的目的应该是加强个人（或是特定弱势群体）对自己健康负责的能力，而并非是由国家代替个人去实现健康的目的，因为这种目的在具体个人的身上可能并非是一种功能性生活。换言之保障人们享有充分的健康权并不是要求政府或相关职能部门为所有人提供昂贵的医疗条件或所有的药物。它实质上是要求给予需要获得健康的每一个人以综合的全面的和充满关怀的保障，使每一个人在需要的时候能够及时获得

---

<sup>1</sup> Martha Nussbaum, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, New York: Cambridge University Press, 2000, p.100.

所需条件。<sup>1</sup>这其中非常重要的因素之一即艾滋病感染者在寻求具体的方式以实现自己的艾滋病治疗目标的同时能够真实地控制自己感染事实作为一种隐私而不因其他目的的追求实现而造成不受控的被动让步。而在以往针对艾滋病特定易感人群的研究中也反复证明了能力障碍问题的存在，如“缺乏获得卫生、社会和法律服务途径阻碍了性工作者寻求保护自己的健康、保护自己免受艾滋病和性传播疾病感染，以及自身和家庭需要得到帮助以处理社会和法律事务的选择机会”，<sup>2</sup>再如“很多毒品成瘾者和感染者所知道的有关 HIV 知识是非常丰富的，但是他们很多依然不能控制自己的行为。在作为一种‘人民战争’的禁毒工作中，毒品成瘾者常常成为‘过街的老鼠’，无法获得一个主题身份的有效施展”。<sup>3</sup>

### 三、先行研究

美国学者芭芭拉和约翰·凯勒曾设计了一个具有文化敏感性的医患传播模型，这种模型的五个层面通常被认为可以帮助人们洞悉作为一种疾病的意义层面，其中包括意识形态层面（核心价值观、基本组织原则）、社会政治学层面（群体差异、权力基础）、机构/专业层面（卫生保健范畴）、种族文化家庭层面（文化传统、习俗等）以及人际关系层面（个体差异）。<sup>4</sup>国内外学界目前对艾滋病问题的相关研究事实上也基本是从以上五个层面具体进入，如在意识形态层面，一些研究认为无论是在微观层面还是宏观层面，艾滋病的传播都在某种意义上被形成于一个复杂的公共政策系列，包括宏观经济改变、组织化与性别化的组织规则以及社区和个人行为的影响；<sup>5</sup>在社会政治学层面，一些研究指出艾滋病在传染过程中具有强烈的不平等性，即种族主义、社会性别、阶层归属等等因素在相互作用下不断延伸，进而造成艾滋病感染者除了在个体的类别、差异及主体性之外还存在着社会结构意义下的动力学机制；<sup>6</sup>在机构/专业层面，大量的艾滋病防

<sup>1</sup> 张剑源：《健康权视角下的艾滋病防治立法》，载《人权》，2008年第6期。

<sup>2</sup> 联合国艾滋病规划署：《性工作与艾滋病》，2002年。

<sup>3</sup> 张剑源著：《再造团结：中国艾滋病防治法律制度研究》，法律出版社，2015，第66页。

<sup>4</sup> [美]盖斯特·马丁等著，龚问庠、李利群译：《健康传播：个人、文化与政治的综合视角》，北京大学出版社，2006，第69-79页。

<sup>5</sup> 此类研究中较具代表性的如 Rhodes T., et al., *The Social Structural Production of HIV Risk among Injecting Drug Users*, *Social Science Medicine*, 2005, Vol.61, pp1026-1044.

<sup>6</sup> 此类研究中较具代表性的如 Choo H.Y., Ferree M.M., *Practicing Intersectionality in Sociological Research: A Critical Analysis of Inclusions, Interactions and Institutions in the Study of Inequities*, *Sociological Theory*, 2010, Vol.28, pp129-149.

治社会组织在相关知识的推广、培训以及普及方面做出了巨大的贡献，特别是在一些诸如性工作、男同性恋者以及吸毒者群体当中起到了不可替代的目标性介入；<sup>1</sup>在种族文化家庭层面，很多研究都指出基于性别权力之间的不平衡关系，乃至性暴力问题都导致在很多社会中女性面对艾滋病的风险往往要较之男性更为巨大；<sup>2</sup>在人际关系层面，也不乏研究提出每一个体诸如抗病毒药物副作用的不可预测性及潜在影响，非医疗保险覆盖范围内的事故再次发生的可能性等也均会对艾滋病作为一个符号在个体身上产生的具体影响发挥差异性作用。<sup>3</sup>

诚如杨国才主编《多学科视野下的艾滋应对》（中国社会科学出版社 2007 年版）一书所展现的，自艾滋病出现在人类视野中以来，法学、社会学、医学与公共卫生、心理学、伦理学、传播学等学科纷纷从各自的角度解读了艾滋应对的种种问题，为艾滋病防治提出许多难能可贵的思路与方法。而在众多社会科学之中社会学领域对艾滋病问题的研究成果最为显著，如王曙光<sup>4</sup>、王延光<sup>5</sup>、张晓虎<sup>6</sup>等学者对艾滋病的“社会问题”定位为后续的政策讨论奠定了坚实的基础。这其中除了以定量研究方法对艾滋病防治工作进行整体分析之外<sup>7</sup>，以靳薇<sup>8</sup>、庄孔韶<sup>9</sup>为代表的人类学者尝试将分析问题的视角置入到具体的社会场景之中，进而催生了大量的质性研究，如向德平主编的“社会学视角的艾滋病研究丛书”，

---

<sup>1</sup> 此类研究中较具代表性的如都佳等：《疾控中心、社区和 HIV 感染者共建社区艾滋病管理网络模式的探讨》，载《现代预防医学》，2012 年第 4 期。

<sup>2</sup> 此类研究中较具代表性的如 Wyatt G., et al., Does a History of Trauma Contribute to HIV Risk for Woman of Color? Implications for prevention and Policy, American Journal of Public Health, 2002, Vol.92, pp660-665.

<sup>3</sup> 此类研究中较具代表性的如 Brooks R., et al., Perceived Barriers to Employment among Persons Living with HIV/AIDS, AIDS Care, 2004, Vol.16, pp756-766.

<sup>4</sup> 王曙光著：《艾滋病的社会学发现：亚文化易感与适宜干预策略》，四川科学技术出版社，2005 年版。

<sup>5</sup> 王延光著：《艾滋病预防政策与伦理》，社会科学文献出版社，2006 年版。

<sup>6</sup> 张晓虎著：《艾滋病问题的双向建构》，知识产权出版社，2013 年版。

<sup>7</sup> 此类研究中较具代表性的包括王宇明、郭金玲著：《艾滋病综合防治现场评估及对策研究》，河南科学技术出版社，2012 年版；刘斌志著：《艾滋病防治的社会工作研究》，中国社会科学出版社，2013 年版；胡志、秦侠主编：《社会资本与艾滋病防治》，人民卫生出版社，2014 年版。

<sup>8</sup> 靳薇：《人类学关注艾滋病》，载《广西民族学院学报（哲学社会科学版）》，2005 年第 2 期。

<sup>9</sup> 庄孔韶、杨洪林、富晓星：《小凉山彝族“虎日”民间戒毒行动和人类学的应用实践》，载《广西民族学院学报（哲学社会科学版）》，2005 年第 2 期；庄孔韶：《中国性病艾滋病防治新态势和人类学理论原则之运用》，载《广西民族大学学报（哲学社会科学版）》，2007 年第 1 期。

<sup>1</sup>潘绥铭、景军主编的“艾滋病社会学研究丛书”<sup>2</sup>等系列成果从艾滋病问题的社会建构以及艾滋病感染者生活逻辑背后的社会排斥与社会支持视角进行了大量的系统分析。与此同时有的学者专门以特定社会当中艾滋病对人际关系的影响进行了深入调查与分析<sup>3</sup>，有的学者则将视角集中在特定群体（如流动人口<sup>4</sup>、性工作者<sup>5</sup>、青少年<sup>6</sup>）的艾滋病风险问题之上<sup>7</sup>。

此外如果以对艾滋病防治工作的着眼点不同来区分，我们还可以将众多的艾滋病问题研究大致分为“防”（如何通过针对性干预手段减少艾滋病在社会中的进一步传播）<sup>8</sup>和“治”（如何通过权利保障等措施避免艾滋病感染者遭受疾病之外的社会排斥）<sup>9</sup>两个主要层面。当然，尽管这两种路径分别各有侧重，但从宏观角度来看艾滋病的“防”与“治”乃是一体两面的关系，一些认为艾滋病问题“防”重于“治”的观点从疾病预防控制的角度虽然具备合理性，但从中不难发现这种逻辑存在将艾滋病感染者与“健康人群”进行二元的对立性区分，艾滋

---

<sup>1</sup> 该套丛书包括向德平等著：《困境与出路：艾滋病患者的社会处境研究》，社会科学文献出版社，2009年版；陈琦著：《边缘与回归：艾滋病患者的社会排斥研究》，社会科学文献出版社，2009年版；张翠娥著：《差异与平等：艾滋病患者的社会性别研究》，社会科学文献出版社，2009年版；向德平等著：《需求与回应：艾滋病患者的社会支持研究》，社会科学文献出版社，2009年版；向德平等著：《挑战与应对：艾滋病防治专题研究》，社会科学文献出版社，2009年版；程玲著：《艾滋病患者互助小组研究》，社会科学文献出版社，2010年版。

<sup>2</sup> 该套丛书包括王小平著：《中国艾滋病感染者去污名化研究》，华中科技大学出版社，2017年版；侯荣庭著：《艾滋病人群情感调适的社会学研究》，华中科技大学出版社，2018年版；侯荣庭著：《艾滋病人群自身重构研究》，华中科技大学出版社，2018年版；黄盈盈著：《艾滋病与生活逻辑》，华中科技大学出版社，2019年版；王昕著：《女性艾滋病风险人群的疾病建构》，华中科技大学出版社，2019年版；潘绥铭著：《艾滋病问题的社会建构》，华中科技大学出版社，2019年版。

<sup>3</sup> 如徐晓军著：《断裂、重构与新生：鄂东艾滋病的村庄社会研究》，中国社会科学出版社，2010年版；刘绍华著：《我的凉山兄弟：毒品、艾滋与流动青年》，中央编译出版社，2015年版。

<sup>4</sup> 高一飞著：《人口流动与艾滋病传播：污名的交互与再生》，云南人民出版社，2017年版。

<sup>5</sup> 刘谦著：《面对艾滋病风险的自律与文化：对低交易价格商业性行为的人类学研究》，中国社会科学出版社，2010年版。

<sup>6</sup> 罗树杰著：《无声的危机：广西校外青少年高危行为与艾滋病易感性研究》，黑龙江人民出版社，2006年版。

<sup>7</sup> 张晓燕、师伟著：《艾滋病特定高危人群的研究》，浙江大学出版社，2007年版；张胜康等著：《不同文化人群艾滋病问题的社会学研究》，四川大学出版社，2008年版。

<sup>8</sup> 此类研究中较具代表性的如杨廷忠、李鲁、王伟著：《艾滋病危险行为扩散的社会学研究》，中国社会科学出版社，2006年版；朱海林：《艾滋病危险性性行为干预面临的伦理难题及对策》，中国社会科学出版社，2018年版。

<sup>9</sup> 此类研究中较具代表性的如蔡高强著：《艾滋病与人权保护》，中国法制出版社，2008年版。

病工作的重点似乎在某种程度上变成了管控已感染艾滋病毒者对“健康人群”传播可能性,甚至在访谈中不乏有感染者认为国家之所以对艾滋病感染者提供免费药物以及各级疾病预防控制中心对艾滋病感染者的随访关怀都是缘于降低感染者的传播风险之目的。这种观点的形成无疑是在社会层面众多或明或暗的艾滋歧视环境中逐渐形成的,艾滋病感染者对于自身“艾滋身份”的抵制与国家疾病预防控制层面对感染者的标签化之间的对立越发尖锐,以至于在一些本应起到良好作用的政策甚至法律面前,作为“危险对象”的艾滋病感染者几乎是出于本能地生发出反感情绪。

早期法学领域内对艾滋病问题的研究主要集中在对艾滋病防治法律规范的历史梳理上,如孟金梅曾把中国艾滋病防治的法律政策发展历程分为四个时期,1985到1988年为艾滋传入期与“关国门堵艾滋”期,这一时期的主要法律文件包括《关于禁止VIII因子制剂等血液制品进口的通知》《关于对外国留学生进行“艾滋病”检查的通知》《关于加强艾滋病疫情管理的通知》以及《中华人民共和国国境卫生检疫法》等;1988到1994年为播散期与艾滋围追堵截期,这一时期的主要法律文件包括《中华人民共和国传染病防治法》《防治性病管理办法》《中华人民共和国母婴保健法》《艾滋病检测管理的若干规定》等;1995到2004年为快速增长期和“隔离与疏导并存”尝试期,这一时期的主要法律文件为《对艾滋病病毒感染者和艾滋病病人的管理意见》《中华人民共和国献血法》以及2004年修正的《传染病防治法》等;2005年至今为稳定增长期与“艾滋科学防治”期,这一时期最主要法律文件为《艾滋病防治条例》。<sup>1</sup>但自1985年以来这一系列的政策、法规、文件“由于决策过程未能够实现从经验决策向以事实为基础的科学决策的转变,以及传统决策过程的封闭性、自上而下等特点,使一些政策在实施过程中出现了问题”,“这些问题的出现,对艾滋病政策决策过程提出了新的要求,如使利益相关人和公众参与到政策决策过程中,促进政策决策向社会化、民主化的方向发展等等”。<sup>2</sup>此外,还有学者根据中国1981-2012年间131份全国性的艾滋病防控文件分析中国艾滋病防控政策的发展脉络,认为同艾滋病传播周期相对照,明显存在着一定的滞后性和爆发性。如1981-1985年间以HIV的浮

<sup>1</sup> 孟金梅:《我过艾滋病防治法律政策发展分析》,载《汕头大学学报》,2016年第3期。

<sup>2</sup> 张有春等:《中国艾滋病相关政策决策过程的分析》,载《中国艾滋病性病》。2005年第2期。

现为政策节点，年均出台约 1 份政策文件；1986-2003 年间因艾滋病的传播情况尚未引起政策层的重视，年均出台 3 份政策文件；2004-2006 年间因艾滋病超预期的感染病例，年均出台约 20 份政策文件；2007-2012 年间回归正常艾滋病防控阶段，年均出台 3 份政策文件。<sup>1</sup>

而随着学科之间的交融，一些法学学者开始有意识地引入其他学科，特别是社会学以及伦理学的优秀成果进而跨越单纯的法律规范，深入到法律实践的层面进行系统分析。其中较具代表性的如李楯（后集中在氏著《艾滋病与人权》，法律出版社 2012 年版；《艾滋病与人权》，法律出版社 2013 年版）以及张剑源的系列研究（后集中在氏著《再造团结：中国艾滋病防治法律制度研究》，法律出版社 2015 年版），前者主要通过对感染者与诸如医生、配偶以及性伴等相关群体之间的权利冲突进行立法建议与法律评估，后者则主要从法学理论的层面对法律冲突的道德根源进行阐述，并以诸如“原则与情境”等社会学理论做以支撑，进而强调法律作为社会整体的一部分应从更为宏观的角度去看待艾滋病防治工作。此外夏国美的《艾滋病立法》（法律出版社 2006 年版）主要围绕艾滋病立法过程中的观点讨论及专家建议的形成，以最直观的方式呈现出了众多学者们的学理论争。

概括地说，学界绝大多数关于艾滋病感染者隐私问题的研究可能均会涉及到两个方面的思考，一方面，无论是在艾滋病宣传教育还是行为干预过程中，要想真正实现对公共健康的维护，就要求艾滋病感染者个体能够公开自己的病情，并谨慎节制自己的高危行为，避免不知情的他人受到伤害；另一方面，个人权利更多的是强调维护艾滋病感染者这一特殊社会群体的权利，反对对艾滋病感染者权利的忽视、否定和侵害。<sup>2</sup>然而对于艾滋病感染者的隐私，这两个均存在合理性的倾向性意见在法律层面的界线究竟为何似乎才是问题的关键。许多研究均表明“艾滋病”这一标签的暴露之于感染者所造成的社会网络的破坏性影响，<sup>3</sup>以及这种外在的客观影响对于艾滋病感染者在自我认同层面所可能带来的主观割裂，

---

<sup>1</sup> 刘慧君、肖群鹰著：《艾滋病的跨区域扩散与统筹治理》，社会科学文献出版社，2014，第 176 页。

<sup>2</sup> 刘斌志著：《艾滋病防治的社会工作研究》，中国社会科学出版社，2013，第 49 页。

<sup>3</sup> 童吉渝：《艾滋病对感染者个人社会支持网和家庭关系的影响》，载沈梅梅主编：《医学人类学视野下的毒品、艾滋病与边疆社会》，云南大学出版社，2010 年版。

<sup>1</sup>或者进一步将这种负面影响的深层根源归结于污名、歧视以及社会排斥问题上。  
<sup>2</sup>部分学者尤为强调艾滋病符号在医学意义以及社会意义两者之间可能会形成的恶性循环，即随着艾滋病而引发的社会地位以及经济状况的“弱势”将进一步加剧其在艾滋病治疗当中的“困境”。<sup>3</sup>当然，在一些研究当中通常也会针对以上这些问题提出具有建设性的意见以及解决办法。但从大方向上来看，目前学界对艾滋病感染者隐私问题的研究，特别是法学领域的研究仍然停留在为什么要强调权利保障（价值性）以及如何通过立法等手段增强这些保障的依据（工具性），然而对于具体法律规范在实践领域当中的运作过程，以及在这些实践当中具体的法律规范究竟是以何种进路、何种方式发挥作用的问题却略显薄弱。

#### 四、研究方法资料来源

诚如有学者所言，在以往的艾滋病防治问题研究中，一些成果或重视宏观而忽视微观，或重视具体数据事实而忽视理论提升，造成艾滋病防治实践与理论研究相脱节。同时大多数著作只是对现状——原因——对策的三段论作简单的描述性研究，缺乏较为科学的逻辑论证。<sup>4</sup>结构——功能主义方法论底蕴当然有助于从宏大关怀的视角去观察制度的设置以及其所预期的运行方向，但以科学主义为圭臬的结构化文体表述方式本身却使人们在展示和还原经验的复杂性、流动性与自洽性时遭遇到方法论上的局促，其所具有的种种“再制”经验的功能性特征也始终无法彻底消除结构分析所导致的对经验材料的“移情性”处理。因此人类学民族志叙事文本和作为“地方性知识”的引入，无疑有助于化解结构——功能主义在处理理论与田野经验关系时所遭遇到的矛盾。毕竟经验意义的“解释性理解”要求研究者将经验置于特定的发生场域中，尽可能彰显经验作为生活本身的完整性、复杂性和自洽性，在对作为研究对象的特定过程——事件的观察和体验中去

---

<sup>1</sup> 徐晓军：《病情与人情：乡村艾滋病病人的双重压力与自杀风险》，载《华中师范大学学报》，2008年第5期。

<sup>2</sup> 周晓春：《社会排斥、社会工作与艾滋病预防》，载《中国青年政治学院学报》，2005年第3期。

<sup>3</sup> 吴玉锋：《“双重弱势群体”：对艾滋病病人及感染者生存状况的描述》，载《广西社会科学》，2005年第5期。

<sup>4</sup> 沙莉、阮惠风著：《艾滋病高危人群宽容策略实证调查》，云南大学出版社，2014，第51页。

确立相应的分析和意义建构。<sup>1</sup>因此在本研究中笔者主要采取了人类学的田野调查方法，参与式观察是指研究者深入到所研究对象的生活背景中，在或隐蔽或公开研究者真正的身份的前提下，实际参与到研究对象日常生活过程中所进行直接观察。参与式观察因为不破坏和影响观察对象的原有结构和内部关系，因而能够获得有关较深层的结构和关系的材料，同时更容易靠近被调查者、接近因果关系的本质、了解潜在关系的真相。

鉴于本研究将以田野调查作为重要的研究方法之一，因此对于田野地点的选择就成为后续研究之科学性的前提。根据笔者在不同城市的观察来看，大部分城市艾滋病定点医院的爱心门诊通常在领药期间都会有当地的志愿者在场协助，他们的工作除了指导新上药患者如何登记、检查以及取药外，还承担着一定的回访工作，即与当地疾控中心一同服务监督感染者是否按时服药、以及通过定期检查了解本地区患者的身体状况。经过综合考量，本研究最终选择以 Z 省 J 市的“关爱家苑”组织为调研依托，根据该市疾控中心数据显示，该市自 1997 年报告首例艾滋病病例以来，截至 2019 年 10 月底，全市累计报告病例 5100 多例，现存活 3700 多例。2019 年 1-10 月新报告 500 多例，近十年艾滋病疫情年平均增幅为 28%，以性接触传播为主（达 97.7%），其中男男同性传播比例维持在较高水平；50 岁以上病例构成比呈上升趋势；家庭内传播比例相对较高。J 市的“关爱家苑”工作组成立于 2012 年，主要成员为热心公益的艾滋病感染者，协助 J 市疾控中心开展感染者与病人的日常随访管理和关怀救助工作，旨在传播艾滋病防治知识、促进病友间交流和互助、提高病友生活质量，每季度通过电话、面对面访谈等形式为其提供健康教育、促进安全性行为、心理支持、治疗依从性教育、转介治疗、协助生活困难的服务对象申请低保或社会救助等服务。

之所以选择以 J 市“关爱家苑”组织为调研依托的原因主要有以下几点：第一，Z 省 J 市在全国并非传统意义上艾滋高流行地区，且 J 市的经济发展水平在 Z 省乃至全国属于中等。对于本研究而言笔者更倾向于尽量避免调研对象在全国艾滋病感染者群体中的“特殊性”，试图从更为普遍性的视角来观察艾滋病感染者的隐私问题，因此 J 市基本具备此要求之条件；第二，笔者得到了 J 市疾病预防控制中心性病科领导及工作人员的大力支持，特别是在多方协调下，笔者得

---

<sup>1</sup> 吴毅著：《小镇喧嚣：一个乡镇政治运作的演绎与阐释》，生活·读书·新知三联书店，2007，第 597-598 页。



以志愿者的身份每周两天前往 J 市艾滋病定点医院爱心门诊（由于我国的“四免一关怀”政策，符合条件的艾滋病感染者可以在当地的定点医疗机构免费领取抗病毒治疗药物，一般来说每次领取药物的期限间隔为三个月）工作。J 市的艾滋病定点医院只有一家，且只有在每周二全天及每周日上午可以在爱心门诊挂号取药。也就是说排除少数因特殊状况而由志愿者代领药物外，J 市所有的艾滋病患者每三个月都必须前往定点医院的爱心门诊挂号取药，这使得笔者能够近距离地观察 J 市绝大部分艾滋病感染者的生活现状。加之笔者具有法律职业资格，很多艾滋病感染者会主动向笔者讲述并咨询自身所遇到的法律问题，尽管这其中绝大部分与艾滋病防治相关法律并无交集，但却为笔者获取研究对象的信任起到了决定性的作用；第三，笔者的田野调查得到了 J 市“关爱家苑”组织主要负责人的巨大帮助，笔者有机会多次参与由“关爱家苑”组织举办的艾滋病感染者休闲娱乐活动（如讲座学习、爬山运动以及唱歌聚餐等）。这种接触方式最大程度地避免了调研者与被调研者之间的沟通障碍，且在笔者收集资料的过程当中，该工作组的负责人向笔者讲述了许多艾滋病感染者的背景信息，以使得笔者能够更加全面地理解艾滋病感染者特定行为。就是采取这样一种进入田野的方式，笔者平时在爱心门诊除了协助一些需要帮助的感染者朋友进行检查、领药之外，还会借着感染者等待检查结果的空隙观察、聊天。不过因为爱心门诊在工作时间都是人来人往，所以笔者一般会在一天的工作结束后将一些具有代表性的事例记载下来，而如果有特定感染者与本研究关联性较强，笔者则会在征求当事人同意的前提下进一步与其约定单独访谈，为后文论述方面兹将笔者在田野中接触到的主要相关人员信息列表如下。

（一）曾进行深入访谈的感染者

感染者	年龄	工作	婚姻状况	主要访谈内容
韩姐（女）	46	中学教师	已婚	医疗、工作、婚姻
大山（男）	27	公司职员	未婚	医疗、工作
阿木（男）	34	自由职业	未婚	医疗、生活社交
小政（男）	30	培训讲师	已婚（同性恋者）	医疗、工作、婚姻
小李（女）	33	公司职员	未婚	医疗
王峰（男）	38	公司职员	已婚	医疗

新生（男）	43	志愿者	已婚（后离异）	医疗、工作、婚姻
黄龙（男）	28	公司职员	未婚	工作
小津（男）	24	研究生	未婚	生活社交
阿雄（男）	32	军官（退休）	未婚	工作
老张（男）	33	自由职业	未婚	医疗
小蓝（男）	22	学生（肄业）	未婚	学业
小巴（男）	28	自由职业	已婚	医疗、婚姻
红姐（女）	47	企业经营者	已婚	工作、婚姻
大苏（男）	34	个体工商户	已婚（同性恋者）	婚姻
小优（女）	28	家庭主妇	已婚	婚姻
阿衡（男）	30	公司职员	未婚	生活社交
小吴（男）	30+	教师	未婚	工作
阿明（男）	30+	公司职员	未婚	工作
谢鹏（男）	30+	公司职员	未婚	工作

（二）曾重点观察过的感染者

感染者	年龄	工作	主要观察内容
老宏	70	退休人员	医疗
老俞	82	退休人员	医疗、家庭
陈伯	60	农民	医疗、家庭
潘太婆	65	退休人员	医疗、家庭
老钱	70	退休干部	医疗、家庭、生活社交
沈姨	60	家庭主妇	医疗、家庭
张太婆	72	家庭主妇	医疗、家庭

（三）田野中与本研究相关的主要非感染者

人物	年龄	身份	主要观察内容
张医生	40+	感染科医生	医疗
汪医生	50+	感染科医生	医疗
戈姐	40+	感染科护士	医疗
桂妈	40+	感染科护士	医疗

小王	20+	感染科护士	医疗
老俞儿子	50+	感染者家属	家庭
潘太婆女儿	40+	感染者家属	家庭
老钱儿子	40+	感染者家属	家庭
张太婆女儿	40+	感染者家属	家庭

当然，作为调查者的笔者这一“志愿者”身份并非不存在任何争议，在传统的田野调查研究方法中一般认为，调查者应该和被调查者保持一定的距离，而且要对被调查者实行“保护”，即不要让其他的社会因素来影响它。但正如项飏所言，不真正卷入对方的生活，你就只能靠自己过去的的生活经验来想像着解释它。生活本来就是一个不断受干扰的过程，时刻摆出局外人、客观观察者的样子，强调“我是来研究你们的，我和你们是不一样的”，在一旁冷眼相看，恐怕更令对方紧张。<sup>1</sup>因此笔者对于这一问题采取了折中性的解决方式，一方面笔者所具有的法律职业资格确实能够在与艾滋病感染者的沟通方面打破嫌隙，进而在最广泛的意义上知悉感染者们在日常生活当中所可能遇到的各种各样的法律问题；另一方面鉴于笔者在调研期间尚未在律所执业，因此客观上也确实无法为感染者提供具体的法律帮助。这样一种具有“法律专业知识”但却不能作为“法律服务者”的身份在一定程度上化解了在田野调查中与被调研对象的距离矛盾。

除了对田野当中一些感染者朋友进行深入访谈之外，笔者还有针对性地选取了部分案例作为基础而展开分析，需要说明，人类学的案例分析研究方法最早本身就是将法学院的案例分析法应用于缺少正式法律制度和程序的民族之法律研究的一种新的田野工作技巧。<sup>2</sup>本研究中的“案例”则兼具了法学与人类学研究两种模式，法学研究当中对司法判例的研究分析自毋须多言，人类学传统的“案例分析”强调的是一种特殊情况的特殊分析，秉持的是一种“共时性”分析思路，习惯于从“案例”的研究范式来分析其中涉及的事实、观念、规则、原则、法律技术，认为案例“是一种准叙述形式……他们言犹未尽，对许多有关可能引起疑

<sup>1</sup> 项飏著：《跨越边界的社区：北京“浙江村”的生活史》，生活·读书·新知三联书店，2000，第32页。

<sup>2</sup> Peter Sack and Jonathan Aleck, *Law and Anthropology (Introduction)*, New York: New York University Press, 1992.

问的问题缺乏必要的详细阐述”。<sup>1</sup>而此后以格拉克曼为代表的人类学家进一步发展出在“社会情境分析”的基础上进行“案例的扩展情境分析”，<sup>2</sup>将纠纷案例置于其赖以产生且处于变动之中的社会进程框架里研究，每一案件被认为体现社会体系和文化中特定个人和群体间社会关系的某一阶段，研究目的从寻求“什么是法律”过渡到“法律做什么”。<sup>3</sup>这种研究路径对笔者观察艾滋病感染者在面对隐私暴露等法律问题时基于情境不同而做出的差异性对策选择具有重要的指引意义。

## 五、关键词说明

### （一）艾滋病感染者

虽然本研究并不打算涉足医学领域，但为了能够尽量准确地表达相关医学概念，这里还是要对本文的第一个关键词——艾滋病感染者进行一定的解释说明。一般而言，艾滋病感染者、艾滋病患者以及艾滋病病人等称谓通常是基于艾滋病病毒感染周期的不同划分而产生。正常人感染艾滋病病毒后的初期，血清中也检测不出抗体，这段时间称为窗口期（但具有传染性），一般为两周至3个月，然后进入无症状期，由几个月至十几年不等，此时血清中开始检测出抗HIV病毒的抗体。从艾滋病病毒侵入人体，经过窗口期和无症状期，到艾滋病综合征出现前这段过程叫做艾滋病病毒感染（HIV感染），被感染的人称为艾滋病病毒携带者（HIV携带者）或感染者，而唯有出现艾滋病综合征的人才被称为艾滋病患者或艾滋病病人。鉴于本研究乃是从艾滋病感染者抑或艾滋病患者的法律权利实现角度出发，因此无论是否出现艾滋病综合征事实上并不会对当事人的法律权利义务产生具体影响。此外在当前医学条件下感染者的艾滋病病毒（HIV）尚无法从人体中清除，因此只要确定感染了HIV，那么也就意味着其终生均会携带艾滋病病毒，只不过基于“鸡尾酒疗法”的出现以及在一定程度上的普及，许多抗病毒成功的艾滋病感染者可能终生都不会出现艾滋病综合征。故在本文笔者为了论述方便兹将所有感染艾滋病病毒（无论是否发病）的当事人均称为艾滋病感染者。

<sup>1</sup> [美]霍贝尔著，周勇译：《初民的法律》，中国社会科学出版社，1993，第37页。

<sup>2</sup> 刘顺峰：《从社会情境分析到扩展案例分析——格拉克曼法律人类学方法论思想研究》，载《民族研究》，2016年第1期。

<sup>3</sup> Epstein, A.L., *The Craft of Social Anthropology (Introduction)*, London, New York[etc.]: Tacistock, 1967.

## （二）隐私权

隐私与隐私权并不是相同的概念，隐私权作为一项权利，必然以正当的隐私利益为基础，而隐私作为一种生活事实，当其被作为一项社会主体所追求的正当利益诉求时，就会因受到法律的确认而上升为一项具有正当性及合法性的利益，即隐私权。也就是说，只有个人私生活领域当中的事务可能主动或被动地进入到公共领域而造成某种程度的影响时才会出现作为权利诉求的隐私保障问题。换言之，隐私事实上就是在无法真正分离的公共领域与私领域之间竭力满足分离的那种利益诉求。艾滋病感染者作为特定主体原则上对自己感染艾滋病病毒的“身体信息”享有绝对的自主控制，但作为一种特殊的疾病其需要特定医疗主体的确证以及国家公权力在一定范围内对这种信息的收集，此时便产生了作为一种隐私权之内容的艾滋感染信息。因此当隐私作为一种正当利益而上升到法律层面的隐私权时，法律所需要界定的不仅仅是对隐私诉求的保护，还包括作为一种权利所必然受到的法律限制。

## （三）污名

自上世纪 60 年代美国社会学家戈夫曼提出“污名”这一概念后，污名被用于许多不同的领域进行了大量的相关研究。一般认为，基于“标准”的建构和实践而形成的差异认知才是污名的认知起源和基础；而界定标准的权势和维持标准的各项压制性对抗则是污名得以形成和作用的现实基础。单纯的道德或者价值意义上的评判本身可能并不必然会对艾滋病感染者造成权利的减损，但事实上艾滋污名远不止于此，其背后的核心问题乃在于那个“标准”的设定，以及在规则制定意义上通过这个主观意义上的“标准”将艾滋病感染者与非感染者进行区隔进而采取差异性的对待。换言之，对于污名这种负面评价而言，个体偏见或许还不足以形成社会层面对于负面差异的背书，而社会贬抑之所以强而有力，是因为它们无法被视为固执己见者的胡言乱语而置之不理，相反它们构成了社会共享“真实”感的一部分。也就是说，唯有在被建构的标准下特定身份或行为才会成为被规制的对象，艾滋病首先作为一种医学判断存在是没有任何争议的，但这种医学判断延伸到社会领域并不是一种必然的结果，或者说社会领域如何看待以及接受这种医学判断此时还是未经“标准”建构的“区别”。

## （四）医疗诊断

自 2012 年天津“晓峰事件”将艾滋病医疗背后的一系列相关问题暴露在公众视线之后，尽管诸如“艾滋病拒诊”等问题得到了一定程度的解决，但在医疗实践乃至法律规范层面艾滋病医疗仍然面临着重重的现实困境。虽然《艾滋病防治条例》明确规定了艾滋病感染者在就诊时的告知义务，但在田野调查中不难发现已经知晓自身感染事实的感染者除非在不得已的情况下往往抵触这种义务的履行。而“术前四项”虽然在某种程度上变相地实现了医务人员对艾滋病感染者的情况掌握，但这种“知情不拒绝”的检测方式与相关法律中的自愿检测原则之间确实存在着一定的矛盾，且在现行定点医院等一系列相关医疗制度之下的运作方式又为“隐形拒诊”创造了一定的操作空间。那些并不知晓自身感染状况的艾滋病感染者虽然能够因此尽早地投入到抗病毒治疗当中从而实现我国艾滋病防治政策的落地，但与此同时也并不排除因初筛检测与确证检测之间的衔接问题而导致的隐私权保障缺位。这种存在于隐私权与知晓权之间的权利冲突在实践中逐渐演变成为一种恶性循环，将原本应基于信赖的医患关系之间的矛盾不断扩大，而在具体的司法案例当中对此问题的相关裁判出入极大，并没有形成统一有指导性意义的模式可供遵循。结合具体司法案例及相关田野调查可以发现，这一系列问题背后的根源乃是以风险防范为导向的艾滋病防治立法意图在实践过程中无形地发生了某种异化，作为法律关系主体的艾滋病感染者在新闻舆论传播等因素下慢慢被“物化”成为了艾滋病这一标签本身，而一旦艾滋病感染者能够通过非制度性途径摆脱法律义务而实现其根本性的权利诉求时，其实现权利的能力本身也正在逐渐被消解。

#### （五）就业就学

尽管 2006 颁布的《艾滋病防治条例》中已经明确了对艾滋病感染者的不歧视原则，但社会生活中很多面对着诸如公务员体检标准及其操作细则中关于艾滋病问题的制度性歧视规定的感染者仍然不愿意选择通过司法途径维护自己的权利，这其中一方面可能是因为不同当事人对法律意义上的歧视界定存在主观差异；另一方面则主要是除去单纯的歧视行为外，特别是社会关系层面的社会排斥对艾滋病感染者所形成的环境性压力更为强大。如何从动态的角度理解就业就学场域内排斥施加者与排斥承受者之间的互动无疑能够帮助我们更加清晰地理解歧视在具体场域内的形成与发展。虽然社会学意义下的社会排斥在很大程度上会

因为不同主体、不同情况而产生结果上的不确定性，但法律意义上的反歧视除了要从单纯行为的角度进行司法处理外，也务须从反歧视环境营造的层面强调公权力主体的法律责任。

#### （六）婚姻家庭

艾滋病感染者究竟是否需要向性伴侣以及配偶履行告知义务曾在立法层面引起了极大的讨论，特别是在法学与伦理学两个学科之间更是集中展现出了基于学科前见而衍生出的观点冲突。即便在 2006 年《艾滋病防治条例》出台后，各个地方随之而颁布的地方性立法在此问题上仍存有较大差异。不仅仅是在立法层面，在执行层面通常被视为告知义务的强制执行方——各地疾病预防控制中心也往往并不主动行使这一“权力”，或者说即便疾控中心想要行使该项权力也面临着法律之外的诸多困境。此外随着“鸡尾酒疗法”等医学上对艾滋病治疗上的重大进展，诸如使用保护措施（安全套）、检测不到 HIV 病毒载量等因素在一定程度上将性接触与艾滋病病毒传播进行了有限隔离，这就使得告知这一法律义务设定的基础不再局限于防范疾病传播。且随着告知义务的履行，艾滋病感染者虽然并没有在法律意义上导致直接的权利受损，但在事实层面其却不得不面对一种权利实现之可能性的降低。以上这些因素都为艾滋病感染者对性伴侣以及配偶的告知问题增添了诸多的不确定因素。归根结底，法律上这种告知义务的设置乃是国家法是否能对亲密关系进行一种预防性介入以及如何施加实质干涉的矛盾体现，身处亲密关系中的法律主体无疑不能脱离权利义务的覆盖而“完全自治”，但问题是法律似乎也并不能基于一种道德意义上的证成而对特定主体进行某种法律义务的设置。

此外近年来老年艾滋病感染人数快速上升已经成为近年来中国艾滋病流行的一个显著特征，而以家庭为依托的医疗实践常常使得老年艾滋病感染者不得面对与其子女的代际关系在经济供养与精神支持两个维度的变化。随着艾滋标签的介入，代际关系的平衡也随之被破坏，亲代与子代不得不重新建构他们的代际关系。大多数受访者本人与子女的代际关系经历了从原先的代际支持转向了代际冲突的变化；虽然也有极少数老年艾滋病毒感染者与其子女的代际关系在表面上维持了原样，但是实际上发生了微妙的变化。总的来说，老年艾滋病感染者在代际关系中处于较为弱势的一方。

综上所述，本研究试图将视角集中在更为微观的层面，通过参与观察艾滋病感染者在处理伴侣告知、医疗检测乃至工作歧视等法律问题时所采取的对策行为，进而反思在艾滋病感染者隐私保障这一核心问题之上不同利益相关方的争议焦点、互动模式及其背后的理论根源。具体来说本研究将围绕以下几个主要问题作为线索进行具体的讨论与分析。

1，国家公权力是否需要以立法的形式对艾滋病感染者的感染信息进行专属的保护性规定？以及这种信息与其他的隐私存在哪些差异？

2，如果承认艾滋病感染者的感染信息是一种隐私，那么国家公权力是否可以基于特定的目的（如公共卫生安全等）对这种隐私进行适当的限制，以及这种限制的依据及范围界限为何？

3，同样在承认艾滋病感染者的感染信息是一种隐私的基础上，除了国家公权力以外的主体是否会基于某种特定的法律关系而在一定程度上享有对该种隐私的知晓权？

4，在前三个问题的基础上，当其他主体在非法律授权的领域对艾滋病感染者的隐私权进行了侵犯，这种侵犯是否有一种可供衡量与判定的标准，以及如何设置弥补性措施才能最大的恢复原本的权利？

5，在问题 3 和 4 的基础上，如果国家公权力以及特定主体在一定范围内有权对艾滋病感染者的感染信息进行掌握，那么这种知晓的方式应当如何实现？如若艾滋病感染者拒绝主动告知是否可以强制的方式进行？

6，即便国家公权力以及特定主体在一定范围内可以知晓艾滋病感染者的感染信息，但如若艾滋病感染者试图通过违反法律规定的方式进行义务逃避，那么艾滋病感染者在未造成问题 2 中所言的立法目的指向危害的前提下，是否需要单独承担未履行告知义务的法律責任？



## 第一章 艾滋病感染者隐私问题概述

公共卫生安全与患者权利保障之间的潜在张力一直是传染病防治工作中的重点问题，尽管《传染病防治法》当中对于疾病预防控制下的公民权利与义务进行了一定的规定，但鉴于传染病种类的多种多样以及同一种类传染病在医学科技意义下的发展变化周期，法律场域内对传染病防治工作下的公民权利保障与义务限定仍然存在诸多的模糊空间。事实上在笔者看来，这种阈限的模糊似乎很难完全依赖于法律规定之条文进行妥善的处理。就如同为乙类传染病，2020 新年肇始席卷神州大地的新型冠状病毒肺炎（按甲类传染病措施防控）与二十世纪八十年代号称“世纪癌症”但如今已经转变为慢性病的艾滋病之间无疑就存在着防控规定上的巨大差异。但是即便如此，我们仍然需要尽可能地深入分析传染病防治工作当中的法律原则导向，用相对稳定的法律标准去引导与健全各类传染病防治的具体工作。需要说明的是，艾滋病感染者的隐私问题早已引起社会各界的广泛关注，特别是在近几年的法律实践当中越来越细节化的问题开始不断产生，如 2019 年 7 月 12 日最高人民法院在对《关于中国裁判文书网对艾滋病病毒感染者姓名进行隐名处理的意见》的回复中强调，“司法解释中关于特殊人群隐私权保护的相关规定还有待完善”，“正在认真研究关于裁判文书上网公开当事人隐名以及隐私权保护的相关问题，坚持以问题为导向，不断完善相关工作机制，努力让人民群众在每一个案件中感受到公平正义”。<sup>1</sup>可见，在人类发展的历史进程中，我们或许永远无法完全地消除传染病的蔓延，但是作为公民的权利保障制度却可以使我们在面对各类传染病之时能够以更客观更理性的态度去应对。

### 一、隐私及隐私权的概念梳理

隐私与隐私权并不是相同的概念，隐私权作为一项权利，必然以正当的隐私利益为基础，而隐私作为一种生活事实，当其被作为一项社会主体所追求的正当利益诉求时，就会因受到法律的确认而上升为一项具有正当性及合法性的利益，即隐私权。也就是说，隐私权必然建立在正当的隐私利益需求的基础上，如果不能很好地界定何谓隐私，则自然无法完成对隐私权的讨论。

<sup>1</sup> 对《关于中国裁判文书网对艾滋病病毒感染者姓名进行隐名处理的意见》的回复，<http://courtopp.chinacourt.org/hudong-xiangqing-170982.html>

很多学者认为对隐私最有效的界定方法是通过公共领域与私生活领域的区隔来实现的，<sup>1</sup>事实上在隐私权这一概念的出现之初也存在“隐私权并不禁止公开涉及公共利益或普遍利益的事项”的界定。<sup>2</sup>因为在物质生活低下，没有公共领域和私人领域区分的社会中，没有隐私的存在。<sup>3</sup>但与此同时并不是一旦形成了公共空间就一定就存在隐私观念，“个人隐私的形成，即使是尝试性的，不论是作为一种权利还是作为一种确定的价值，都须等到不断增长的公共舆论把它变成一种活的问题时才能实现”。<sup>4</sup>人的社会性决定了个人私人生活的自由存在于个人和他人的关系中，<sup>5</sup>也就是说，只有个人私生活领域当中的事务可能主动或被动地进入到公共领域而造成某种程度的影响时才会出现作为权利诉求的隐私保障问题。换言之，隐私事实上就是在无法真正分离的公共领域与私领域之间竭力满足分离的那种利益诉求。人性中的窥私猎奇与羞耻等道德感之间的矛盾在决定了对隐私保护的必要性之同时也意味着作为一种权利客体的隐私永远无法作为一种绝对权利的对象，并非所有的个人事务都能够理所当然地作为一种利益表现的隐私，尤其是当其与公共领域存在某种程度的交叉纠缠时其本身必然会受到一定的限制。那么延续这种分析路径，隐私的本质或许就是要求其属于与公共利益、群体利益无关的事务，<sup>6</sup>而上升到权利层面的隐私权则不仅仅是在法律层面对隐私保护的确立，其本身还是一种基于公共利益及权利冲突等方面而对隐私进行的限制。因此对个人隐私进行干涉之合法与非合法的界限在于是否剥夺和破坏法定权利，也即特定主体（包括公权力主体和平等的私主体）可以介入公民私人生活的尺度，发生接触或获得信息的界限，比如说得到授权并不能作为剥夺合法权利的依据，但如果得到授权而单纯地影响隐私状态则是政府免责的根据。<sup>7</sup>

虽然学界对隐私权的讨论尚存在较大的争议，<sup>8</sup>但“个人隐私要想得到法律

---

<sup>1</sup> 马特著：《隐私权研究——以体系构建为中心》，中国人民大学出版社，2014，第16-21页。

<sup>2</sup> [美]布兰代斯等著，宦盛奎译：《隐私权》，北京大学出版社，2014，第28页。

<sup>3</sup> 屠振宇著：《宪法隐私权研究：一项未列举基本权利的理论论证》，法律出版社，2008，第57页。

<sup>4</sup> [英]彼得·斯坦、约翰·香德著，王献平译：《西方社会的法律价值》，中国法制出版社，2004，第262-263页。

<sup>5</sup> 王秀哲著：《隐私权的宪法保护》，社会科学文献出版社，2007，第208页。

<sup>6</sup> 李步云主编：《宪法比较研究》，法律出版社，1998，第485页。

<sup>7</sup> 沈中、许文洁著：《隐私权论兼析人格权》，上海人民出版社，2010，第81页。

<sup>8</sup> 张莉曾对隐私权定义的各种理论进行过详细的介绍，如独处权理论、信息控制理论、人格理论、亲密关系理论、限制接触理论，详见张莉：《论隐私权》，载徐显明主编：《人权研

的承认而成为一种权利，就必须获得某种程度上的确切定义，而且还要进行仔细的研究，认定它所具有的特定的固有价值，而不是仅仅为了某种其他法律目的才偶尔利用一下”。<sup>1</sup>也就是说，如果我们想用隐私权这样一个明确的权利类别作为对主体特定隐私利益的保障载体的话，就必须证明这种权利自身的价值属性。比如对此最常见的解释路径是采用人格尊严作为隐私权的价值基础，但这种路径的解释范式并非没有任何问题，比如我们将隐私利益视为人格法益的一种，那么如何将隐私权进行财产权化的解释就非常困难。特别是有些国家的“司法实践通常在保护隐私权的具体方案与保护人格权的一般框架这两者之间有意地划一条模糊界限”。<sup>2</sup>尽管有学者提出这种困境的形成其实完全取决于“观察问题”的角度差异——到底财产法益受侵害还是人格法益受侵害，<sup>3</sup>且对于个人资料这种隐私信息的利用和交换固然可以产生社会财富，但这依然不能改变隐私权精神性权利的属性。<sup>4</sup>那么这里又需要进一步解释不同主体之间的隐私差异问题，因为“平等原则不要求人应该享有同等分量的财产和同等经济地位，而人格权却以相同方式为任何一个以任何人身份存在的人所享有”。<sup>5</sup>

正是在这样一种背景之下，关于隐私权属性的控制权理论开始受到学者们的关注。这里所谓的控制权理论在起初多指对信息或资讯的控制，如有美国学者提出，隐私权所提供的保障应只限于某类别的资料，这些资料必须“是关于某个人的，而且可合理预期他会视为私人或敏感的资料，并因此而希望可以将其保密，或限制这些资料的收集、使用或流通”。<sup>6</sup>后在此基础上经由一系列案例逐渐发展出了“合理期待”原则，即个人的信息是否可以对抗公权力干预需要两个方面的条件，一是一个人确实有隐私期待利益（主观条件）；二是社会认可这种期待

---

究》第3卷，山东人民出版社，2003，第387-394页。张民安则倾向于将隐私权按照内容指向上的差别分为物理性隐私权、信息性隐私权和自治性隐私权，详见张民安主编：《自治性隐私权研究》，中山大学出版社，2014，第2页。

<sup>1</sup> [英]约翰·香德、彼得·斯坦著，王献平译：《西方社会的法律价值》，中国法制出版社，2004，第268页。

<sup>2</sup> Ulrich Amelung, *Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, S.7, 转引自杨开湘著：《宪法隐私权导论》，中国法制出版社，2010，第27页。

<sup>3</sup> 张莉著：《论隐私权的法律保护》，中国法制出版社，2007，第23-24页。

<sup>4</sup> 王秀哲著：《隐私权的宪法保护》，社会科学文献出版社，2007，第56页。

<sup>5</sup> [德]迪特尔·施瓦布著，郑冲译：《民法导论》，法律出版社，2006，第207页。

<sup>6</sup> Raymond Wacks, *Personal Information: Privacy and the Law*, Oxford: Clarendon Press, 1993, p.26。

利益是一种“合理的”期待利益（客观条件）。<sup>1</sup>但如若按照单纯的信息控制理论来看，即便符合以上两个条件，隐私权的保障对象也只能是防止公权力或他人对个人隐私信息的不当干涉，而如果主体自身想通过非公开的形式（或在相关主体的帮助下）自主地运用这种隐私以达成某种事实状态，那么单纯地防止侵害就不足以支撑这一目的的实现。对某些人而言，权利人希望公开隐私、自爆隐私甚至出卖隐私以满足自身交往需要、利益需要或某种心理满足；而对另一些人而言，则希望永远守护这些隐私和保持生活安宁的状态，同样是为了满足自身交往需要、利益需要或某种心理欲求。从这个角度而言，隐私不是一定关乎秘密，隐私权的观念也是相对的，<sup>2</sup>采取何种态度与方式对待隐私，实际上在很大程度上取决于权利主体的需求和心理状态，离开社会与他人，隐私保护的讨论和制度建构也就失去了意义和价值。<sup>3</sup>因此，延续控制权的分析路径，自治性隐私权作为一种分类便为隐私权作为一种权利的价值属性增添了新的意义，此时的隐私权作用隐含着个人更为宏大的利益诉求：即对于私人生活和自身事务的自主、自决。<sup>4</sup>换句话说，隐私作为一种法律权利还能进一步促进每一个个体追求幸福生活，享受幸福生活，最终获得充分自我实现的终极目的。<sup>5</sup>

此外，强调自治性隐私权作为主体处理私生活事务、选择私生活方式的一种精神自由，虽然其侵害形态大都是政府通过立法或行政管制的手段实施的，但现实中不能排除存在第三人对主体私生活自由的侵害形态。<sup>6</sup>也就是说，此时隐私权的价值取向勾连了宪法意义上和民法意义上两种不同层级的权利指向。这两个层面在内容的侧重点和防范的针对性上互有侧重，从大的方面来讲，宪法层面的隐私权主要指公民的隐私不受国家公权力的非法干涉，而民法层面的隐私权则主要指个体人的隐私不受其他平等民事主体非法侵犯。因此关于侵犯民法隐私权的具体样态，主要包括侵入他人私人空间、窥探、录制他人私生活事实，擅自公开他人隐私事实等，而宪法隐私权则更多地与自主权相关联，表现为一种个人在处

<sup>1</sup> [美]阿丽塔·艾伦、理查德·托克音顿著，冯建妹等编译：《美国隐私法：学说、判例与立法》，中国民主法制出版社，2004，第57-62页。

<sup>2</sup> Kunoor Chopra, *Peeping Press v. Private Persecution: A Resolution of the Conflict Between Freedom of Press and Freedom from the Press*, *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, 1999, p.153.

<sup>3</sup> 张军著：《宪法隐私权研究》，中国社会科学出版社，2007，第34页。

<sup>4</sup> 马特著：《隐私权研究——以体系构建为中心》，中国人民大学出版社，2014，第39页。

<sup>5</sup> 杨开湘著：《宪法隐私权导论》，中国法制出版社，2010，第67页。

<sup>6</sup> 马特著：《隐私权研究——以体系构建为中心》，中国人民大学出版社，2014，第43页。

理亲密关系和私人事务决定权上不受政府管理的权利样态。<sup>1</sup>当然，两者也同时具备共通性，在某种意义来讲其只是隐私和隐私保护要求在不同法律部门内的规范体现和制度设计而已。<sup>2</sup>宪法上的公民基本权利需要各部门法具体落实，宪法隐私权是创设私法隐私权制度的宪法依据和权利渊源，这样，在私法层面上即形成了民事意义上的隐私权。

当然，对隐私权之自由价值属性的强调并没有消解其作为一种具体人格权的意义。事实上在法律规范的层面，中国法律体系下的隐私权更多地表现为受到人格权法和侵权法的保护，在受到第三人侵害时，得提起民事诉讼，以私法的方法予以救济，请求消除危险、排除妨害，在构成侵权行为时还可就其财产损失和精神损害主张损害赔偿并赔礼道歉。例如，1988年《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第一百四十条规定：“以书面、口头等形式宣扬他人的隐私，或者捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，应当认定为侵害公民名誉权的行为。”1993年最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》中指出，“对未经他人同意，擅自公布他人的隐私材料或以书面、口头形式宣扬他人隐私，致他人的名誉受到损害的，按照侵害他人名誉权处理”。2001年最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第一条第二款规定，“违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理”。2020年5月28日通过的《民法典》同样延续了原本法律及相应司法解释的规定，明确在人格权编中规定“隐私权”，“自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权”；与此同时“自然人的个人信息受法律保护”，“个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有固定的，适用有关个人信息保护的规定”。

回头来看，广义的控制权学说不仅认为隐私权是一种抵抗公权力及他人对其进行不当干涉之“合理期待”的消极自由，还包含着在一定范围内对其隐私内容

---

<sup>1</sup> 屠振宇著：《宪法隐私权研究：一项未列举基本权利的理论论证》，法律出版社，2008，第109页。

<sup>2</sup> 张军著：《宪法隐私权研究》，中国社会科学出版社，2007，第76页。

进行自决性“处分”<sup>1</sup>的积极自由。此时的隐私权意味着个人、团体或公共机构自主决定何时、何种方式、在什么程度上与他人沟通自己信息的权利，<sup>2</sup>简言之即“自己支配自己资讯资料之作成、贮存与利用”之权利。<sup>3</sup>虽然有学者对此提出质疑，认为这种观点使隐私的范围极为广泛，任何不被欢迎的个人接触在社会交往中都可能成为侵犯隐私权，<sup>4</sup>但在日本的“在日台湾人身份调查表订正请求诉讼”案件中这一困境得到了很好的解释。该案例中强调“当个人信息为他人所掌握时，如果该个人信息是指与当事人的前科经历、病例、信用状况等有关的极为重大的事项，同时该信息明显违反事实，而对该错误信息放任不管而提供给第三人必将给当事人带来社会生活上的不利益乃至损害的，该当事人为了避免遭受不利益和损害可以要求保有该个人信息者删除或订正与事实不符的部分”。<sup>5</sup>也就是说，作为与公共领域相区分的私生活领域是隐私作为一种利益的来源基础，原则上隐私的享有者可以绝对地排斥公权力或他人对这种私生活领域的侵入，并且自由地在这一私领域内处理自己的隐私事务。但此时这种绝对意义的隐私还尚未上升到法律权利的层面，唯有当这种私生活领域的隐私与公共领域发生被动的交叉，或隐私享有者基于自决处分而主动地将隐私放置与一定范围的公共空间内时，法律如何一方面保证这种弥散的隐私不被其所在的公共领域所吞噬；另一方面又同时给隐私享有者在公共领域内打造出一定的“自由发挥”空间就成为了隐私权讨论的题中之义。

## 二、艾滋病感染者的隐私权界定

延续上述分析，艾滋病感染者作为特定主体原则上对自己感染艾滋病病毒的“身体信息”享有绝对的自主控制，但作为一种特殊的疾病其需要特定医疗主体的确证以及国家公权力在一定范围内对这种信息的收集，此时便产生了作为一种

---

<sup>1</sup> 有学者强调基于隐私权是一种宪法意义上的基本权利，因此这里的“处分”不包含抛弃，而仅限于“同意”，即纵使同意已经发出，也仅是同意人在当时表示不保护隐私权，并不使隐私权永远消失、放弃。详见张莉著：《论隐私权的法律保护》，中国法制出版社，2007，第103页。

<sup>2</sup> Alan F. Wwstin, *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum, 1967, p.7.

<sup>3</sup> 李鸿禧著：《宪法与人权》，元照出版公司，1995，第434页。

<sup>4</sup> 张莉：《论隐私权》，载徐显明主编：《人权研究》第3卷，山东人民出版社，2003，第389页。

<sup>5</sup> 吕艳滨：《日本的隐私权保障机制研究》，载《广西政法干部管理学院学报》，2005年第4期。

隐私权之内容的艾滋感染信息。从这个意义来看，HIV 感染信息从产生之初即作为一种隐私权的对象而存在，因为原则上每个人都有权知道自己的隐私，但特定情况下自己不曾或不能凭借自己的能力获得隐私，因此凭借其能力能够知道的个人或组织就成为了义务主体，这些义务主体有如实告知本人相关信息的义务。<sup>1</sup>与此同时我们不得不承认，现代国家比任何以往的国家都依赖于信息的掌握，因为科学的决策越来越依赖于完整、正确的信息。信息是政府治理活动必不可少的重要因素。<sup>2</sup>但隐私权的作用就在于这种对个人信息的收集和掌握并不能以对相对人造成明显的不利后果为代价，此外除了以国家或社会利益为目的外，其他主体除因特定法律关系的产生则绝无染指这种个人隐私信息之必要。如在美国的多伊诉巴音顿（Doe v Barrington）案中，法院即认为政府代理人将某一居民患有艾滋病的事实告知民众是对病患隐私宪法权利的侵犯。<sup>3</sup>与此同时疾病作为一个复合概念并不简单地等同于一种单纯的信息，那么处于此种疾病之下的患者选择何种行为方式去应对疾病在某种程度上也是一种自由的选择。这种选择只要在不对他人或公共产生明确的影响或权利侵害的基础上，无论是国家公权力还是其他的主体都不得对这种自我决定进行不恰当的干涉。因此，艾滋病感染者的隐私权在法律规定的层面不仅是一种人格尊严的体现，也就是说之所以有对艾滋病感染者之隐私权的规定我们不仅仅可以从人格尊严的角度找到权利根基，此外艾滋病感染者作为一个特定主体享有的对自身“生命健康问题”的自主处理无疑也应和了前文中所提到的隐私权之自我决定的价值面向。

除了作为绝对私密信息的隐私之外，隐私权的保护主要考虑的乃是“并非完全的不公开，而作有限度的公开或有选择的保密”的情形。<sup>4</sup>尽管有学者强调，艾滋病感染者及艾滋病患者身份在一定程度上的公开在健康促进项目中起到关键作用。他们作为教育者通过公共演说、咨询、同行者支持、信息传播以及作为倡导和政策制定者，已经使得社区感染者的被接受程度和公开露面机会大大提高。<sup>5</sup>但这毕竟是一种个人对信息处理的选择，我们既不能将这种有积极作用的

---

<sup>1</sup> 刘大洪：《基因技术与隐私权的保护》，载《中国法学》，2002年第6期。

<sup>2</sup> 顾丽梅著：《信息社会的政府治理》，天津人民出版社，2003，第25-26页。

<sup>3</sup> 729F.Supp.376（D.N.J.1990）

<sup>4</sup> Kenneth L. Karst, “‘The Files’: Legal Control Over the Accuracy and Accessibility of Stored Personal Data”, 31 Law & Contemp. Prob 342, 1966, p.344.

<sup>5</sup> 徐一峰、严非编著：《文化与健康——医学人类学实践》，上海人民出版社，2005，第336页。

选择界定为一种义务，也不能将这种选择在具体操作的过程中进行扩大化的处理。如某人在要求保密的情况下向他人提供私人信息，而掌握该信息的人未经许可向第三者披露，则该种对保密义务的违反行为也应当视为对隐私权的侵害。因为保密就是一个人对另一个人揭露资讯，不管是用文字或是其他可能的方法，而且这个人保证在没有吐密者的允许之下绝不把被揭露的资讯让第三者知道。<sup>1</sup>这种通过对保密义务之违反而侵犯隐私权的情况在艾滋病感染者隐私保护问题当中占有极大比例，其中最典型的便是因法定告知义务而得知艾滋病感染者感染信息的医生、性伴侣等相关方在未经许可的前提下再度向外传播信息。

此外有学者将基于共同生活而产生的群体隐私或共同隐私视为个人隐私的一种特殊情况，其无法像财产一样可以划分彼此和进行分割，因此在共同隐私问题上涉及较多的是共同隐私各个主体之间的权利冲突与协调问题。<sup>2</sup>笔者认为艾滋病感染者的隐私权也可以采取以上这种分析模式，虽然原则上个人对自己的隐私享有主动暴露的控制权，但当特定隐私与他人形成交集，那么这种控制权就必然受到同一隐私信息背后不同主体的权利限制。更广泛地说，在隐私信息被传递到已知或应知该信息不能公开的人手里时，如果存在必要的保密性，则当事人之间会产生同样的保密责任。<sup>3</sup>换言之，即便相关方是通过非法途径得知隐私权主体的私密信息，其也因该信息的私密性而自然地成为隐私之权利主体的义务相对方。正因为“能否将同样事实公开发表，也许完全建立在公开的对象是何人的基础之上”，<sup>4</sup>因此即便是从法律规定的层面要对隐私的范围进行一种划定，也需要明确其背后的情境乃至对象的范畴，甚至于这一特定对象在具备了这种法定知晓权之后是否会相应地承担对等的义务。

接下来的问题就是，在论证艾滋病感染者的感染信息明确是一种隐私权之内容后，如何确定在私法领域对该种权利的侵犯。首先，在隐私权的侵权行为之责任构成方面，除了与一般侵权行为的相通要素外还有两个特殊的问题，第一个问题便是归责性之意思状态，即对过错的认定。正如在隐私权出现之初的讨论中所

---

<sup>1</sup> Tom L. Beauchamp and James F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, New York: Oxford University Press, 2009, p.304.

<sup>2</sup> 张军著：《宪法隐私权研究》，中国社会科学出版社，2007，第72-73页。

<sup>3</sup> Michael Henry ed. , *International Privacy, Publicity and Personality Laws*, London: Butterworths, 2001, pp.441-442.

<sup>4</sup> [美]布兰代斯等著，宦盛奎译：《隐私权》，北京大学出版社，2014，第30页。



提及的，“公开发布人没有‘恶意’并不构成抗辩理由”，<sup>1</sup>中国许多学者也均倾向于客观过错说，认为过错不是对内心状态的事实判断，而是对行为有欠缺的价值判断。行为人的过错总是通过一定的外在行为反映出来的，我们可以通过对这种外在行为的研究来判断行为人有无过错及过错的大小、种类。<sup>2</sup>换言之，“过错不是事实问题，而是一种法律问题。法院认定过错并不是把过错这种状态揭示给人看，相反，法院是对已经认定的某些事实作出评价，评价的标准除了法律，还有政治的、伦理的因素，有时仅仅是为了公平地分担损害结果”。<sup>3</sup>但有学者用新闻自由与隐私权之间的博弈为例强调如果排除媒体的主观过错，那么一旦存在揭露、干涉他人隐私的行为便构成隐私侵权，必然会对言论自由造成极大的打击，<sup>4</sup>这也是自美国1964年著名的“纽约时报诉沙利文案”后关于“实质恶意说”所引发的轰轰烈烈的大讨论。但这里笔者试图引入一个新的视角，即不同的隐私内容在对以该利益背后隐私权的侵权认定方面应当存在一定的差异因素考量，在社会语境下作为“敏感”内容的艾滋病感染信息作为一种隐私内容与诸如工作单位等隐私内容无疑对相对人而言具有巨大的影响区别。现代社会正发生着分配正义渗入私法领域的趋势，资源本位着眼于国家对于生活资源的分配和调整，其分配正义的色彩更为浓厚。正如无过错责任归责原则所表现的一样，现代侵权行为法已不再是损害赔偿规则，而是风险分配规则，侵权行为是关于为谋求受害者的救济，从因不法原因导致发生的损害到底让什么人负担是最公平的视点出发，使赔偿责任公平的分配和归属的制度。<sup>5</sup>这种视角也直接影响着下文中对艾滋病感染信息的相关限制考量。

第二个则是对损害事实的认定。一般认为损害事实应当是已经发生的具有确定性的事实。利益是权利的归依，权利的真正实质是存在主体的利益，所谓利益，无非是一种主体与客体之间的评价关系，其中客体能够满足主体的需要是重要的内容。在隐私权的角度来看也不例外，只不过这种利益的表现可能并非是以一种积极获取的方式实现的，而是当丧失隐私之时可能会出现原有利益的随之消失或实现利益之可能性的减损及降低。而在第二个维度隐私就已经不再是实现特定目

---

<sup>1</sup> [美] 布兰代斯等著，宦盛奎译：《隐私权》，北京大学出版社，2014，第34页。

<sup>2</sup> 张新宝著：《隐私权的法律保护》，群众出版社，2004，第359页。

<sup>3</sup> 喻敏：《对侵权行为法中过错问题的再思考》，载《现代法学》，1998年第4期。

<sup>4</sup> 张莉著：《论隐私权的法律保护》，中国法制出版社，2007，第191页。

<sup>5</sup> 参见于敏著：《日本侵权行为法》，法律出版社，1998，第15页。

的或服务于其他价值的工具性手段了，其本身已经成为了价值的一种外在表现。在侵犯隐私权行为中因为主要发生的是羞辱、苦恼、不安等精神痛苦，该损害无法以利益差额或财产损毁、人身伤害的形式表现出来。一般而言，在非法获取、公开个人隐私的情况下，精神损害往往是该行为的必然结果，因为隐私权人隐匿和隐遁的行为即可推定其非常担心个人隐私遭受侵犯，而实际的侵权行为使这种担心转为现实的痛苦。<sup>1</sup>换言之，隐私权不仅防止不正确地描述私人生活，而且根本防止其被描述，<sup>2</sup>那么假设我们承认“对口头传述的不足以引起特别损害的侵犯隐私权的行为，法律也许不会提供任何救济”，<sup>3</sup>那么在艾滋病感染者的隐私权保障上可能法律能发挥作用的空间就微乎其微了。因此即使是在非公开场合做出某种行为，也可能构成对他人隐私权的侵害，如侵入侵扰、监听监视、窥视、刺探、调查、搜查、干扰等侵害隐私权的行为，都不必在公开场所进行。加害人即使秘密进行并无第三人知晓，也没有向第三人传播有关内容，只要受害人能够证明其侵害行为存在，就可以认定为侵害隐私权的行为。<sup>4</sup>与司法实践中占较大比例的涉及公众人物或公众议题的隐私权纠纷案不同的是，对艾滋病感染者的隐私侵权行为通常本身就是以一种相对私密的方式进行的，这一特征一方面为艾滋病感染者隐私权救济途径之实现无形中造成了很大的困难，另一方面这种行为是否构成法律意义上侵权行为本身就有着很大的讨论空间。

### 三、艾滋病感染者隐私权的边界

如上所述，当隐私作为一种正当利益而上升到法律层面的隐私权时，法律所需要界定的不仅仅是对隐私诉求的保护，还包括作为一种权利所必然受到的法律限制。任何一种权利的行使必定是以无害他人为界的，“确立隐私权的前提是法律只能保护那些无害于他人的个人品质。基于这样的前提，隐私权保护的应该是所有无害于他人和社会的行为”。<sup>5</sup>此外，当隐私权之于隐私的尊重和保护的价

---

<sup>1</sup> 马特著：《隐私权研究——以体系构建为中心》，中国人民大学出版社，2014，第234页。

<sup>2</sup> Edward J. Bloustein, *Privacy as An Aspect of Human Dignity*, *New York University Law Review*, Vol.39, 转引自陈起行：《资讯隐私权法理探讨——以美国法为中心》，载《政法法学评论》第64期，2000，第301页。

<sup>3</sup> [美]布兰代斯等著，宦盛奎译：《隐私权》，北京大学出版社，2014，第33页。

<sup>4</sup> 张新宝著：《隐私权的法律保护》，群众出版社，2004，第358页。

<sup>5</sup> 夏勇著：《宪政建设——政权与人民》，社会科学文献出版社，2004，第233-234页。

值与其他权利所内涵的价值没有发生冲突之时，我们理应共同遵循之；但当隐私权的内涵价值无可避免地要与其他权利价值发生冲突时，人类就必须对此作出判断和择一选择。于是，在这样的情况下，不同的价值选择均代表了对隐私权进行规限的可能性与必要性。<sup>1</sup>但权利冲突往往很难准确定义，目前能达成共识的概念是从冲突发生原因的角度加以界定的，是指两个或两个以上同样具有法律上依据的权利，因法律未对它们之间的关系作出明确的界定所导致的权利边界的不确定性、模糊性，而引起的它们之间的不和谐状态、矛盾状态。<sup>2</sup>有学者甚至认为隐私权作为一种权利的诞生过程，本身就是权利冲突的产物。主张隐私权的人认为保护自己私生活秘密的权利具有正当性，而与之对立的权利人认为自己的言论自由或知情权具有正当性，在这种权利与权利的对抗和拉锯中，隐私权的合法性得以确立。<sup>3</sup>也正因如此，事实上对特定人群“范围的界定、对其隐私权该受到何种保护与限制至今都未形成一个定论”。<sup>4</sup>毕竟宪法对公民基本权利的限制从根本上并不是为了限制“权利”，而是在现实基础上，为了使公民能够更好地行使基本权利而创设的一种制度安排。<sup>5</sup>

在艾滋病感染者的感染信息上，这种隐私的边界矛盾更为凸显，虽然隐私原则上来源于一种与公共利益无关的私领域事项，但一方面公与私的划分往往因其抽象性而只能在具体的情形中进行界定，“没有办法为所有人的法定权利划出固定不变的界限，以便当冲突发生时，我们能够免除审判就可判断是非。往往是在冲突发生之后，必须尽力作出调解，而不是预先以法规和法令来防止冲突”。<sup>6</sup>另一方面即便是私领域范围内我们也无法完全忽视隐私的涉他性，那么此时隐私背

---

<sup>1</sup> 沈中、许文洁著：《隐私权论兼析人格权》，上海人民出版社，2010，第159页。有学者将隐私权的可限制性具体分为四个方面：一是涉及到公共或是一般利益的时候；二是依据法律有传播的权利；三是口头传播而未造成特定的损害伤害；四是由本人同意散布或经本人同意散布者，且缺乏恶意伤害之动机。详见詹文凯：《隐私权之研究》，台湾大学博士学位论文，1998，第16页。但正如前文所论述的，詹文凯博士所言的第三和第四两个方面主要是从隐私权侵权行为之责任构成方面而言，也就是说如果一个行为符合这两个条件则失去作为侵犯隐私权之行为的构成要件，因此前两个层面才是对隐私权限制的具体考量因素，也即本文所言的公共利益及权利冲突问题。

<sup>2</sup> 王克金：《权利冲突论——一个法律实证主义的分析》，载《法制与社会发展》，2004年第2期。

<sup>3</sup> 马特著：《隐私权研究——以体系构建为中心》，中国人民大学出版社，2014，第285页。

<sup>4</sup> Michael Henry ed., *International Privacy, Publicity and Personality Laws*, London: Butterworths, 2001, p.278.

<sup>5</sup> 朱福惠主编：《宪法学原理》，中信出版社，2005，第222页。

<sup>6</sup> [美]范伯格著，王守昌、戴栩译：《自由、权利和社会正义》，贵州人民出版社，1998，第106页。

后所涉及的他者对这种隐私的干预程度就必须经由法律进行确认，这其中最为引人关注的便是隐私权与知情权之间的冲突问题了。需要说明的是，虽然知情权主要属于自然人依法享有的政治权利和社会权利（公权），但也具有一定成份的民事权利性质，尤其是其中对个人信息的知情权，更是自然人作为民事主体不可缺少的民事权利。<sup>1</sup>也就是说，狭义的知情权仅为公法上的权利，其针对的义务主体仅限于政府，<sup>2</sup>但随着社会的发展，知情权在权利性质方面同样已经从单纯的消极权利逐步变成一种复合性的积极权利，其权利指向从请求政府——即不平等主体之间的请求权——逐渐扩大到媒体、企业等在法律上平等而实质上不平等的主体之间，<sup>3</sup>甚至因特定联系而在平等民事主体之间产生对相关信息的知悉权利。毕竟公民对公共权力“知”的信息中实际也包含了其他公民一定的个人信息在内。因此在具体如艾滋病感染者的隐私保护问题上，笔者更倾向区分公权力机关与其他平等民事主体对艾滋病感染信息知悉权利的不同属性，而非从信息的属性角度来进行辨别。虽然国家或地区整体的传染性疾病情况是国家卫生行政管理中必然需要向社会公众公开的信息，但艾滋病感染者作为个体人的感染信息却并不尽然。艾滋病感染者个人的感染信息本身并不是我们通常所说的政府信息公开之知情权的对象，但特定主体基于某种特定的法律关系又对此享有法律上的知悉权利。因此在本文的论述中笔者倾向于将代表国家公权力的行政主体对艾滋病感染者感染信息的收集权利称为知悉权，<sup>4</sup>而因具有特殊相关性而在平等民事主体之间具备的信息知悉权利称为知晓权，进而与公民对于国家政府信息公开的知情权以作区分。无疑，国家公权力机关基于行政管理而对艾滋病感染者感染信息的收集无论如何都形成了对艾滋病感染者个人隐私的一种限制，但与此同时，个人信息即便是基于适当理由而被国家获取也不表示个人即丧失对该信息的一切权

---

<sup>1</sup> 张新宝著：《隐私权的法律保护》，群众出版社，2004，第85页。

<sup>2</sup> 杜钢建：《知情权制度比较研究——当代国外权利立法的新动向》，载《中国法学》，1993年第2期。

<sup>3</sup> 渠涛：《日本公民的知情权》，载李步云主编：《信息公开制度研究》，湖南大学出版社，2002年，第358页。

<sup>4</sup> 对于公权力机关对公民个人信息的知悉是否属于知情权在学界有不同的看法，如王利明认为知情权包括法定知情权，即司法机关享有的了解案件有关情况的权利，详见王利明主编：《人格权法新论》，吉林人民出版社，1994，第488页。而张新宝则认为司法机关行使国家赋予的特有公共权力，在侦查和审判案件的过程中了解有关案情，属于国家行政权力、司法权力的体现，是权力而非权利，详见张新宝著：《隐私权的法律保护》，群众出版社，2004，第86页。对此问题还可参见翁国民、汪成红：《论隐私权和知情权的冲突》，载《浙江大学学报》，2002年第2期。

利。国家也不因为个人一次性的同意，即可无限制地、反复使用该项信息。<sup>1</sup>

观察以国家公权力为主体的知悉权对艾滋病感染者个人隐私的限制问题，首先可以明确的是社会政治与公共利益的价值在原则上应高于个人隐私的价值，那么当个人隐私与社会公共利益发生关系乃至成为其一部分时就必然会受到相应的限制。当政府可以指明收集、使用资讯之目的时，传统上收集资讯的行为即被定义为未侵害公民权利。<sup>2</sup>因此无论是从国家对传染病防治卫生行政管理还是“四免一关怀”<sup>3</sup>的福利政策角度来看，国家作为公权力机关对艾滋病感染者的感染信息进行一定程度的监管是没有问题的，但相对应地国家公权力机关在享有这种行政管理职权的同时也就相应地需要承担起保护相关主体信息的信息。如在2016年中国多个省份发生的艾滋病感染者信息泄露事件当中，中国疾病预防控制中心的相关人员随即表示“艾滋病感染者的个人隐私信息受国家法律保护。国家艾滋病感染者相关信息系统被列为国家网络信息重点安全保护对象，并且按信息安全三级等级保护进行管理。发现诈骗情况后，中国疾控中心立即启动了信息系统安全应急响应，对相关信息系统开展信息安全排查，并进一步提升了相关加密措施”，<sup>4</sup>而如果根据《民法典》第一千零三十九条之规定，“国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员对于履行职责过程中知悉的自然人的隐私和个人信息，应当予以保密，不得泄露或者向他人非法提供”。

但国家公权力机关基于公共利益对艾滋病感染者隐私信息收集问题的关键乃在于作为艾滋病感染者的感染信息是否会对公共利益产生影响，且这种影响是

---

<sup>1</sup> 黄昭元：《无指纹则无身份证——换发国民身份证与强制全民捺指纹的宪法争议分析》，载《民主、人权、正义——苏俊雄教授七秩华诞祝寿论文集》，元照出版公司，2005，第471-472页。

<sup>2</sup> Lawrence O. Gostin, James G. Hodge, JR. and Mira S. Burghardt, *Balancing Communal Goods and Personal Privacy Under a National Health Informational Privacy Rule*, *Saint Louis University Law Journal*, Winter, 2002, pp.11-12.

<sup>3</sup> “四免”分别是指农村居民和城镇未参加基本医疗保险等医疗保障制度的经济困难人员中的艾滋病患者，可到当地卫生部门指定的传染病医院或设有传染病区（科）的综合医院服用免费的抗病毒药物，接受抗病毒治疗；所有自愿接受艾滋病咨询和病毒检测的人员，都可在各级疾病预防控制中心和各级卫生行政部门指定的医疗等机构，得到免费咨询和艾滋病病毒抗体初筛检测；对已感染艾滋病病毒的孕妇，由当地承担艾滋病抗病毒治疗任务的医院提供健康咨询、产前指导和分娩服务，及时免费提供母婴阻断药物和婴儿检测试剂；地方各级人民政府要通过多种途径筹集经费，开展艾滋病遗孤的心理康复，为其提供免费义务教育。“一关怀”指的是国家对艾滋病病毒感染者和患者提供救治关怀，各级政府将经济困难的艾滋病患者及其家属，纳入政府补助范围，按有关社会救济政策的规定给予生活补助；扶助有生产能力的艾滋病病毒感染者和患者从事力所能及的生产活动，增加其收入。

<sup>4</sup> “30省份275名艾滋患者个人信疑泄露，官方回应”，<https://news.china.com/domestic/945/20160718/23079010.html>

实际上而非想象中的影响。毕竟由于概念内容和利益内容的不确定性以及受益对象的不确定性，加上程序制约的缺失等问题，公共利益在生活实践中往往被抽象化并呈模糊状态，甚至成为不法行为或侵权行为的理由和借口。<sup>1</sup>如有学者指出，艾滋病毒检测允许强制检测唯一明确的情况是在捐献血液和人体组织器官的情况下，受赠人有权充分了解所要接受的捐赠情况。<sup>2</sup>这里我们可以套用经济学界著名的“汉德公式”（ $B < PL$ ）来解释，即只有在潜在的致害者预防未来事故的成本（ $B$ ）小于预期事故的可能性（ $P$ ）乘预期事故损失（ $L$ ）时，致害者才负过失侵权责任。<sup>3</sup>也就是说，虽然事故损失（ $L$ ）即伤害的意义可以泛指各种形式的伤害或影响，但我们还必须对伤害发生的可能性（ $P$ ）进行评估，也就是所谓的风险，这里的风险不是一种心理上的预设，而是一种可以加以理性考量的结果。风险的计算，大体而言可以包含两个部分，也就是伤害发生的几率以及如果造成伤害，这个伤害的严重性两部分。<sup>4</sup>而在社会生活中，每个人都要面对各式各样来自大自然或是其他人对于自己可能带来的风险。国家不能（也无法）保证人民生活在一个无风险的社会，至多只能尽量将风险降低至可接受的范围（剩余风险）。<sup>5</sup>因此我们在追求一项值得追求的利益时，如果该利益不可避免地必定会附带一定程度的风险时，那么为了这项利益，我们应该接受该行为的附带风险。<sup>6</sup>那么若国家过多地将视角集中在对效果的回应上则有可能会忽视事实本身，有学者曾举例称如果相关的国家行为是设计成保护第三人免于传染病者可能对他们造成的危害，那么不论是在平等权保障或是反歧视法律上传染病者就都不存在被歧视的可能。因为这样的逻辑是只要国家行为是为了减低传染病者对他人的危害，那么不论是多么错误或非理性的国家行为也不必证立其正当性。这样的说法明显有误，就好像为了避免视障者在马路上会撞到其他入，政府可以限制视障者在马路上走路的权利，并且因为要保护一般人免于残障者的危害，这样的限制并

---

<sup>1</sup> 张军著：《宪法隐私权研究》，中国社会科学出版社，2007，第1244页。

<sup>2</sup> 孟金梅著：《艾滋病与法律》，中国政法大学出版社，2005，第26页。

<sup>3</sup> [美]理查德·波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社，1997，第893-895页。

<sup>4</sup> 朱建民、叶保强、李瑞全编著：《应用伦理与现代社会》，台北空中大学，2005，第423页。

<sup>5</sup> Ruth Macklin, Predicting Dangerousness and the Public Health Response to AIDS, in AIDS: an epidemic of ethical puzzles, The Hastings Center, 1991, pp.72.

<sup>6</sup> 黄荣坚著：《刑罚的极限》，月旦出版公司，1998，第160页。

没有歧视视障者。<sup>1</sup>具体在艾滋病感染者隐私信息的角度而言，所谓的“公共利益”应该就是避免艾滋病感染人数的增加，也就是防疫的目的。但防疫目的在个案利益衡量下，究竟应占多大的比重，应该要视我们对该传染病的了解，或是该传染病的严重性、传染力而定。<sup>2</sup>如与新型冠状病毒肺炎相比，艾滋病病毒的传染途径就要单一且困难的多，特别是在鸡尾酒疗法的推广后，即便是艾滋病感染者，但如若某一艾滋病感染者体内的 HIV 病毒载量已经降低到检测线以下甚至检测不到，那么此时其作为一名 HIV 病毒携带者的“危险系数”就极低而并不应当受到特定的限制。<sup>3</sup>退一步来说，即便在具体的利益衡量中能够确定防疫之目的要优于艾滋病感染者个人隐私，但达到防疫目的的手段之适当性及必要性也需要进行判断，如若其他更为轻缓的手段即能实现防疫目的，那么相对而言对艾滋病感染者损害相对严重的手段则应当被质疑，这也即法益衡量当中比例原则之体现。<sup>4</sup>

至于普通公民对于国家公权力机关掌握的传染病防治信息所拥有的知情权严格意义上说并不会与艾滋病感染者的隐私权形成碰撞，因为对于普通公民而言其只需要了解国家整体上的传染病疫情数据即已实现了公民权利层面的知情权。而国家公权力机关将通过知悉权而掌握的感染者个人信息进行“脱敏”进而转变为政府信息公开的数据这也可以理解成国家在享有对艾滋病感染者隐私进行限制之知悉权所带来的相应义务内容。至于私主体对于艾滋病感染者所享有的知晓权则主要发生于两个主体之间存在因隐私信息而出现的利益相关性上，因此从平等主体之间的权利冲突角度来看待对艾滋病感染者隐私权的限制，也即知晓权与隐私权之间的冲突问题同样也存在这两个考量方面，只不过其中的公共利益转变成为了他者的具体权利。“把个人隐私作为法律权利来进行估价的同时，也须对

---

<sup>1</sup> Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2nd, New York: Foundation Press, 1988, pp.1594-1598.

<sup>2</sup> 梁家赢：《从人权保障观点析论（台湾）爱滋防治法制——以资讯隐私权与平等权为中心》，台北大学硕士学位论文，2006，第 82 页。

<sup>3</sup> U=U (Undetectable equals Untransmittable) 原则认为，稳定接受抗病毒治疗的艾滋病感染者，其血液中的病毒载量若持续六个月以上控制在测不到的状态时，其传播 HIV 的风险可忽略，甚至不存在。（所谓“可忽略”即微乎其微或未达需要考量的显著程度。此时尽管感染者血液中可检测到艾滋病毒，也不必必然会感染他人，当感染者将病毒载控制在测不到的状态下，确实可保护其自身健康外，亦可避免再传染给他人。）该医学标准已经被包括世界卫生组织、联合国艾滋病规划署、美国疾控中心在内的多家机构所证实。

<sup>4</sup> 王秀哲等著：《我国隐私权的宪法保护研究》，法律出版社，2011，第 97-98 页。

那些对个人隐私进行干涉的主张一同进行估价”。<sup>1</sup>具体而言，一是如若不限制艾滋病感染者的感染信息，那么就会有其他主体存在遭致被其传染的可能性，利己的人性弱点导致 HIV 阳性者难免会有“越轨”行为。<sup>2</sup>但问题是“越轨”的可能并不单纯地存在于艾滋病感染者身上，那么此处的限制则更多应将视角集中在艾滋病感染者作为一个特定主体其本身所蕴含的“危险性”上，而正如上文所言，对于法律操作的重点即在于这种可能性的现实程度，而并非一种假想的可能，当然这需要医学的专门论证；二是在明确需要限制艾滋病感染者的隐私的基础上，如何保障艾滋病感染者不会因这种限制而导致其他权利的减损，或者说是实现其他权利的能力的减损。如果这种限制会对艾滋病感染者造成不可恢复的负面影响，甚至会波及到其作为法律主体在整体社会生活中的权利实现，那么这种限制以及限制的具体方式就需要尤为慎重。因此如果说法律对权利冲突干预的途径有二：一是立法，二是司法。那么前者倾向于法律体系的内在价值位阶和外在规范秩序；后者倾向于委诸法官利益衡量以协调冲突。基于强化人权保护和限制法官自由裁量的立场，应当将权利的价值位阶及其判断标准固定化、秩序化，但在此价值秩序的大致框架内，往往最终仍然需要由法官在个案中进行利益衡量作出判决。<sup>3</sup>

此外当我们再把视角回归到隐私权的主体身上还需注意到，不同的信息对于不同主体也往往存在差异性的价值，也就是说对于潜在的致害者，预防未来事故的成本（B）也存在多重维度的解释。因为在很多情况下，艾滋病感染者隐私被泄露所带来的是其自身名誉、精神的受损，甚至是家庭的破裂，以及进一步生存空间的压缩等问题。<sup>4</sup>如早在 20 世纪 90 年代由欧洲人权法院审理事关是否可以因为司法审判等问题而对艾滋病感染者个人信息进行强制收集的 *Z v. Finland* 案中法院就曾强调，“揭露一个人的艾滋病感染情况，将会严重地影响其隐私及家庭生活，同样也会有影响其社会及职业地位，使其陷入耻辱、咒骂及被放逐的危险。正因为如此，也会阻碍人们寻求诊疗的可能性，使共同体控制疾病流行的努力白费。为了保护这样的资讯，除非具有**压倒性的**公共利益要求，否则不能揭露

---

<sup>1</sup> [英]约翰·香德、彼得·斯坦著，王献平译：《西方社会的法律价值》，中国法制出版社，2004，第 260 页。

<sup>2</sup> 徐继响：《论 HIV 阳性者隐私权的边界》，载《法学》，2005 年第 7 期。

<sup>3</sup> 马特著：《隐私权研究——以体系构建为中心》，中国人民大学出版社，2014，第 293 页。

<sup>4</sup> 张剑源著：《再造团结：中国艾滋病防治法律制度研究》，法律出版社，2015，第 100 页。



诸如艾滋病如此敏感的医疗秘密”。<sup>1</sup>即便某种信息在他者甚至社会大多数的眼中乃是一种负面价值的信息，但只要这种隐私对于主体而言是重要的，且主体对该隐私的守护并没有如上所述对他者或公共造成实际上的影响或伤害，那么单纯的价值判断则不能成为对隐私的限制因素之一。有学者甚至提到即便是涉及某些违法行为或不道德行为的隐私也需要保护，毕竟人们“有权利重新设计和安排自己的生活，社会也应为其提供一个改过自新的机会和氛围，对其某些违法或不道德的行为信息给予必要的保密无论对社会和个人都是有利的，其可以在个性生活中不断修正自己、完善自己和改变自己，找回重新铸造自己的尊严和价值”。<sup>2</sup>简单来说，如果这种行为对他者或公众的危害性要远远小于暴露这种隐私对于主体的负面评价，那么此时就不存在绝对性的权利位阶判断。有些国家及地区即试图通过信息的敏感性与否来衡量其与公共利益之间的博弈，即如果该信息是敏感性的，那么作为对其限制之原因的公共利益就必须进行更为严格的审查。如欧盟1995年个人数据保护指令中就将“揭示种族血缘、政治意向、宗教或哲学信仰、工会会员资格等个人资料及个人医疗或性生活等资料”列为敏感性个人数据。但问题似乎也随之而来，因为每个人对于何谓敏感信息可能会因为个人因素而有不同看法，<sup>3</sup>因此所谓的敏感信息也只能参考性地解释为应该是愈容易因为该项资讯的揭露而遭到他人不利评价，或感受到压力、受到歧视等的资讯。<sup>4</sup>换言之，对隐私信息的限制往往需要在该信息对主体的重要程度以及对公共利益抑或他人利益的现实影响程度两个角度组成的坐标轴上进行分析，相应的具体限制也会随着两者的比值变化而产生相应的位移。

综上所述，以传染病防治为目的的国家行政行为并不可以想当然地对公民的隐私信息进行无边界的限制，甚至在某种意义上来说，隐私权的出现本身就是为了防止当个人事务或主动或被动地进入公共场域时候所可能遭受到的潜在利益影响。因此，无论是国家公权力机关抑或有利益相关性的私主体在深入到是否可以对其他公民隐私权进行合理限制之前必须清醒地意识到，隐私权背后的利益保

---

<sup>1</sup> 林钰雄：《初探医疗秘密与拒绝证言权——从欧洲人权法院之 Z v. Finland 判决（爱滋病患案）谈起》，载《月旦法学杂志》第 127 期，2005 年。

<sup>2</sup> 张军著：《宪法隐私权研究》，中国社会科学出版社，2007，第 84 页。

<sup>3</sup> 梁家赢：《从人权保障观点析论（台湾）爱滋防治法制——以资讯隐私权与平等权为中心》，台北大学硕士学位论文，2006，第 80 页。

<sup>4</sup> 李鸿禧等著：《台湾宪法之纵剖横切》，元照出版公司，2002，第 649-651 页。

护才是讨论的本位与落脚点。当然，在价值层面对权利本位的尊重并不意味着该种价值是“神圣的”抑或“不可约束的”，恰恰相反的是唯有在此前提下我们才能更加客观化地评析对某种特定权利进行限制的方式方法是否妥当。回到艾滋病感染者的隐私问题上，可能产生的限制可以从两个维度进行判断，首先，国家公权力机关与私主体对于他人隐私权的部分限制尽管存在必然的连接，但仍还是有很大差别的，笔者选取了“知悉权”（国家对于艾滋病感染者的信息收集）与“知晓权”（利益相关之私主体对艾滋病感染者的信息掌握）两个词汇与传统意义上的“知情权”（公民对政府信息公开的必然要求）以作区分。国家公权力当然可以从宏观意义上的传染病防治角度而对个体的病毒感染信息进行收集与掌握，但这种掌握需要与相应的艾滋病防治工作存在实质意义上的相关性。而所谓的利益相关主体对艾滋病感染者隐私信息的知晓则更需要凸显这种“利益相关”的现实勾连，否则以上这两种限制就均失去了理论根基。其次，无论是国家公权力机关还是利益相关的私主体，即便我们完成了以上所言之“勾连”的现实性论证，在具体的操作过程当中仍然需要把握一个方向以确定限制的空间与尺度。即这种限制是否符合法律意义上的比例原则，是否会从本质上剥夺了个人的隐私空间，或者说这种限制是否会造成当事人在其他领域内遭受不可挽回的利益损失。唯有在以上两个方面皆存在不可辩驳的论据之基础上，我们才可以完成对艾滋病感染者隐私的合理限制， 否则的话作为一种权利的隐私只会走向法律虚无。

## 第二章 医疗诊断场域中的艾滋显现

2012年10月11日，天津市的晓峰因患肺癌（左肺上叶肿物不排除恶性肿瘤）入住天津肿瘤医院，同年10月29日，晓峰被确证HIV抗体阳性，医院以HIV不适合手术治疗为由建议其转院手术。随后晓峰转到艾滋病定点医院北京地坛医院求治，但因地坛医院没有胸外科，不具备做肺癌手术的资质而再次转到天津第三家医院治疗。无奈之下晓峰向天津“海河之星”感染者工作组求助，后在该工作组负责人李虎的协助下，通过更改病历的方式最终于同年11月12日成功接受手术。手术后次日“海河之星”主动将该事件在新浪微博上披露，在全国范围内引起了巨大争议。11月21日，李克强总理通过新闻报道得知该事件后专门给卫生部主要负责同志打电话，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。次日，天津市卫生局公布调查结果，称“天津肿瘤医院存在推诿病人问题”。2012年11月23日，卫生部发布《关于加强艾滋病患者和病毒感染者医疗服务工作的通知》，重申以下要求：一、充分认识加强艾滋病患者和病毒感染者医疗服务工作的重要意义，切实加强组织领导；二、加强艾滋病定点医院能力建设，提高医疗服务水平；三、落实首诊（问）负责制，严禁推诿或者拒绝诊治；四、加强医务人员培训，做好艾滋病职业防护和医院感染控制工作。并强调“各省级卫生行政部门要加强监督检查力度，保证各项工作措施落实到位，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。”

2013年2月，晓峰以人格权纠纷为由起诉拒诊的天津肿瘤医院，被天津河西区人民法院受理。2014年12月16日，法院裁定驳回晓峰的诉讼请求，认为“原告以一般人格权纠纷为案由提起诉讼，但其诉讼请求的主要理由是平等就医权受到侵害，而平等就医权不是《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国侵权责任法》规定的民事权利，原告基于该理由提起诉讼，经本院多次释明，原告坚持不变更其诉讼主张。因基于平等就医权不属于人民法院民事案件的受案范围，故原告的起诉不符合法律规定”。2014年12月25日，晓峰向天津市第二中级人民法院提起上诉，次年3月25日，在法院调解下双方达成和解协议，

天津肿瘤医院一次性赔付晓峰 9.5 万元。<sup>1</sup>该案后被称为中国首例艾滋病感染者就医歧视案。

虽然在此案件之后中国的艾滋病就医歧视问题得到了一定的缓解,但在法律实践过程中的艾滋病感染者告知义务之履行、医院的术前检测与自愿检测原则之间的冲突以及医院的初筛检测与疾控中心的确证检测之间的衔接等一系列问题并没有得到彻底的解决。在现实医疗活动当中的隐形拒诊、医务人员在诊疗过程当中对感染者信息的处理等问题不但仍没有明确可供操作的规范性流程,反而在医患双方的博弈下发展出一套非制度化的解决路径,这种替代性的途径虽然在表面上看来缓解了潜在的冲突显现,但在田野调查当中却也可以感受到问题的解决经常会随着当事双方个体化的认识及处理方式而产生极大的差异性结果。因此,在“中国首例艾滋病感染者就医歧视案”已经逐渐淡出人们视野的今天,如何反思在该问题背后法律规定的困境以及如何更好地在法律实践当中重构一套合理的、可供操作的现实方案就显得尤为重要。

## 一、艾滋病感染者的告知义务及非自愿检测

按照《艾滋病防治条例》第三十八条之规定,“艾滋病病毒感染者和艾滋病病人应当履行下列义务:(三)就医时,将感染或者发病的事实如实告知接诊医生”。也就是说当艾滋病感染者接受医疗服务时会因医疗关系而产生对医生的告知义务。但这种法定义务在实践中的履行情况却并不乐观,一方面因艾滋病病毒在人体的潜伏期平均长达十年左右,因此许多艾滋病感染者在相当长的时间内可能并不知晓自己的感染事实,当然也就无法在接受医疗服务时告知接诊医生(比如引言中韩姐的情况);另一方面即使是已经确证的艾滋病感染者,也大多表示在可以选择的情况下不愿将自己的感染事实告知医生。

“我就是看个感冒,跟(艾滋)感染一点关系都没有,有什么好告诉的。”  
(大山)

“我都是按时吃药的,都查不到病载了,人家都说没有传染性了,再说也不

---

<sup>1</sup> 该事件的具体信息可参见刘巍:《我国首例艾滋病感染者就医歧视诉讼案——回顾与思考》, [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_4ba22e420102vvgo.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_4ba22e420102vvgo.html)

是看这个病（艾滋病），没这个必要吧。”（阿木）

“很多医生还是不愿意（诊疗艾滋病感染者）的，说了他还害怕，还不如不说，一切正常看就是了。”（小政）

可见，已经确证的感染者或是出于对拒诊可能性的畏惧，当对与艾滋感染无关的医疗事项求诊时多不愿主动将感染事实进行告知。且按照多数感染者在艾滋病相关知识学习中获取的信息，认为当其自身的艾滋病病毒载量低于检测线或检测不到时传染性极低，<sup>1</sup>因此没有必要多此一举。除此之外，虽然《艾滋病防治条例》当中明确规定了艾滋病感染者的告知义务，但并没有对此进行强制执行的措施规定。不过在现实中如果艾滋病感染者需要住院或接受手术治疗时，情况就出现了转变。

按照《艾滋病防治条例》第二十三条之规定，“国家实行艾滋病自愿咨询和自愿检测制度。县级以上地方人民政府卫生主管部门指定的医疗卫生机构，应当按照国务院卫生主管部门会同国务院其他有关部门制定的艾滋病自愿咨询和检测办法，为自愿接受艾滋病咨询、检测的人员免费提供咨询和初筛检测。”与此同时，在第二十四条中又对自愿检测制度进行了部分限制性规定，“国务院卫生主管部门会同国务院其他有关部门根据预防、控制艾滋病的需要，可以规定应当进行艾滋病检测的情形”。虽然《艾滋病防治条例》从宏观的角度规定了自愿检测制度，但根据目前现行的相关法律法规，对艾滋病患的法定强制检测范围相对广泛，如出入境人员、被监管人员、部分行业从业人员、公共场所服务人员、应征入伍人员、公务员考生、吸毒者、嫖娼人员、部分高考考生、性工作者、献血者及捐献人体组织器官者等。<sup>2</sup>与此同时，随着国际层面部分国家艾滋病防治工作经验的引入，医疗卫生机构和医务人员主动提供艾滋病咨询检测（PITC）的方式实际上已经在中国医疗机构中被广泛使用。<sup>3</sup>即便除去法律规定的强制检测

---

<sup>1</sup> 2011年一项名为HPTN052的研究的临床试验表明，感染了HIV的人如果服用抗逆转录病毒药物（ARVs）的话，他们将病毒传播给其伴侣的可能性要降低96%。这一发现终结了一个长期存在的争论，即ARVs是否可以在治疗病人体内病毒的同时也降低病毒的传播率而提供一种双重的裨益。这一被称为“作为预防的HIV治疗”的研究被《科学》杂志列为2011年科技进步名单之冠。详见郭礼和、朱丽华：《美国<Science>杂志评出2011年十大科学突破——介绍阻断艾滋病传播的突破性研究成果》，载《中国细胞生物学学报》，2012年第2期。

<sup>2</sup> 钱国玲著：《艾滋病人群的健康权保护研究》，浙江大学出版社，2016，第2页。

<sup>3</sup> 2007年召开的“艾滋病伦理和政策问题研究扩大艾滋病检测和咨询专家研讨会”上对此

范围，有学者指出目前医疗机构所进行的术前艾滋病检查显然都非属自愿，往往是在未征得患者同意，甚至在患者根本不知情的情况下实施的，是实质上的“强制检测”。<sup>1</sup>这里所言的术前艾滋病检查在医疗实践中一般俗称为术前四项，又称感染四项、免疫四项或血播四项等，是指手术前对患者进行乙肝、丙肝、艾滋病、梅毒的相关病原学检查，一些研究者认为术前四项对于避免和预防病人、医务人员的感染和减少医患纠纷具有重要意义。<sup>2</sup>但目前对于术前四项问题并无明确的法律规定，<sup>3</sup>尽管如此，关于术前四项检测的强制性以及其是否有违反《艾滋病防治条例》中的检测原则我们可以在具体的司法案例中进行分析。

2015年10月19日，陈某入住山东省中医肾病科病房，住院期间，省中医为陈某通过抽血、验尿做了多项检查，其中包括2015年10月20日所做的“梅毒”（梅毒特异抗体ELISA）和“艾滋病”（HIV抗体筛查）检查，对此，陈某认为省中医在未向其告知和沟通的情况下，擅自做上述检查，造成其一定经济损失。一审法院认为，陈某与省中医之间形成了合法有效的医疗服务合同关系，依据《中华人民共和国侵权责任法》第五十五条的规定，医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。但省中医庭审中并未提供证据证明已向陈某说明病情及检查项目，应当向陈某退还相应的检查费用。

一审宣判后，上诉人省中医不服上诉称，被上诉人陈某作为患者到上诉人处

---

问题进行了较多讨论，具体内容可参见开会议论文集。

<sup>1</sup> 李楯著：《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》，法律出版社，2013，第34页。

<sup>2</sup> 可参见邱春霞、刘秀珍：《输血前和手术前“感染四项”检测意义》，载《实用医技杂志》，2007年第19期；高昌浩：《术前四项对于侵入性检查及创伤性治疗的必要性》，载《西北国防医学杂志》，2015年第1期。

<sup>3</sup> 需要指出，在一些政策性文件当中对此问题的表述并不一致。如国务院办公厅曾于2006年印发《中国遏制与防治艾滋病行动计划（2006-2010年）》，其中有对此问题的表述为“艾滋病流行严重地区要遵循知情同意和保密的原则……有艾滋病检测条件的医疗卫生机构对手术病人、性病病人等开展艾滋病抗体检测”，2012年的《中国遏制与防治艾滋病“十二五”行动计划》中则称“县级医疗机构将艾滋病检测纳入住院和门诊的常规检测”，而2017年印发的《中国遏制与防治艾滋病“十三五”行动计划》没有同样的表述。一些地区性文件中的此类表述并没有附加“知情同意”的前提，如湖南省岳阳市人民政府2009年印发的《关于进一步加强艾滋病病毒感染者和艾滋病病人治疗管理的意见》中表述为“各级医疗卫生机构对输血病人（包括使用血液制品病人）、手术病人、性病病人、结核病人、孕产妇等开展艾滋病病毒抗体初筛检测”；再如浙江省绍兴市人民政府2018年印发的《绍兴市遏制与防治艾滋病三年行动计划（2018-2020年）》中称“充分发挥医疗机构的艾滋病检测发现作用，各级医疗机构要按照‘知情不拒绝’原则，对住院病人和皮肤性病科、泌尿科、妇科、肛肠科、男性科等门诊就诊者主动开展艾滋病、梅毒检测和咨询服务”。

就诊时，主治医生已经将病情及检查项目进行了充分告知，被上诉人在明确知道将要进行的检查项目是什么内容的情况下，仍然接受相应的检查。此外，一个疾病的发生会有多种原因，在不能确定哪种原因造成的情况下，医生不能妄下结论进行治疗，故为了对症治疗需要查明原因（排除原因），也就需要进行相应的检查。（注：在上诉状中上诉人特别强调了被上诉人所接受的检查项目中有部分检查结果显示阳性，因此证明了检查这些项目的必要性）同时，在询问被上诉人是否有其他传染病史时，被上诉人未明确否认有艾滋病等感染史，故需对此疾病进行排查。

二审法院认为上诉人省中医主张在住院病历上没有明确记载需要进行艾滋病与梅毒检查，但医生在病床床铺旁边口头进行了告知，被上诉人陈某对此不认可，上诉人对该主张没有提交证据予以证明，因此驳回上诉，维持原判。<sup>1</sup>

通过该案我们可以发现，法院最终支持陈某的原因并非是因为术前四项中艾滋病病毒检测的非必要性，而是是否有明确证据表明医院已经告知了患者具体的检查项目。换言之在此案中法院对医院方作出不利判决的原因更多体现在患者“知情”与否，而非其究竟是“同意”还是“不拒绝”。医院方在上诉状中有一段表述也特别值得注意，即在采取特定检查措施时并不一定是以查明病因为目的的，还包括排除病因。这就意味着正常求诊的患者都存在着艾滋病感染的潜在性，且恰恰因为艾滋病病毒所攻击的对象是人体的免疫系统，那么很多疾病都有可能是因为免疫力低下而导致，这就几乎为艾滋病的“非自愿”检查提供了极具证明力的医学依据。在其他类似的司法案例当中也存有法院裁判中明确称“艾滋病检查是为预防感染而采取的检查措施，应当认定是必要的”。<sup>2</sup>但饶有趣味的是，在一份因打架斗殴而引发的健康权侵权纠纷之民事判决中法院特别强调“被告虽未申请鉴定，但根据原告提供的医疗费清单与原告的病情诊断考量，其中 HIV（艾滋病）、梅毒、乙肝、丙肝等测定，明显属于过度诊疗，该费用共计 80 元，应予扣除”。<sup>3</sup>可见术前四项检查虽然没有直接的法律依据，但在司法实践当中即便当事人并未主动申请，一般仍将其划定为自愿检测的范畴，这种检测原则被称之为“知情

<sup>1</sup> 山东省济南市中级人民法院（2016）鲁 01 民终 3341 号。

<sup>2</sup> 湖南省郴州市中级人民法院（2017）湘 10 民终 2639 号。

<sup>3</sup> 浙江省台州市路桥区人民法院（2010）台路民初字第 1029 号。

不拒绝”。<sup>1</sup>除此之外，该案中还可以看到医院称陈某并没有明确回应其是否有感染艾滋病的感染史，那么如果陈某明知自己存在艾滋病感染事实的话，在法律上就并没有尽到上文所言的对医务人员的告知义务。但在该案中无论是当事人还是法院似乎都并没有对这一问题进行追究，其中很可能一个原因就是因为在艾滋病的潜伏期相当长，因此在目前可以进行自行初筛检测的现实基础上想要证明艾滋病感染者知晓自己的感染情况并不容易。但如果感染者明确表达了自己的艾滋病感染事实，这里是否就对术前四项检测进行了有力的对抗呢？换言之，艾滋病感染者的告知义务与术前四项检测中的 HIV 抗体检测之间是否具有绝对的相关性呢？在田野调查中笔者观察到了这样一个事例，一位艾滋病感染者在入院手术之前明确向主治医生告知了自己的艾滋病感染状况，进而询问是否就不需要再进行 HIV 抗体检测了，但医生的回答称术前四项是一个“套餐”，就算患者告知了艾滋病感染情况仍然需要对其他几项进行排查，因此这一项检测也需要进行，且相关的费用也需要患者来承担。但在这个实例当中患者个人并没有再次进行抗辩，而是服从了医生的安排。

由此可见术前四项虽然在法律上没有明确规定，但在医疗实践中往往并不以患者的主动申请而检测，甚至即便患者在表达了自己的拒绝意思后仍然需要进行，从而具备了一定的强制性特征，形成对告知义务的一种变相强制。但接下来的问题是，术前四项检测与艾滋病感染者对医护人员的告知义务两者在设置目的上是否一致呢？以及术前四项检测是否可以作为对艾滋病感染者不履行告知义务的变相强制执行方式替代呢？以最大化的权利保护范围分析，无论是非自愿检测还是告知义务所能对各方所起到的作用无非二个层级，一是对感染者的保护，或是方便查明病因或是让其尽早投入治疗，同时从宏观的角度保障国家的疾病防控工作；二是对医护人员和其他患者的保障，一般来说，由于艾滋病的传染性，相关医护人员在处理此类病患时通常要进行相关的防护工作，因此该规定保障了医疗人员的知晓权，这也在法理上构成了对艾滋病感染者隐私的合理限制。但深入分析就会发现，这两种权利指向皆存在着一定的瑕疵，如对已经进入到治疗阶段的艾滋病感染者再次强制检测无疑是画蛇添足，特别是在艾滋病感染者已经履行了告知义务后，第一个层面的权利指向就不再存有任何根据。而在第二个

---

<sup>1</sup> 张剑源著：《再造团结：中国艾滋病防治法律制度研究》，法律出版社，2015，第78页。



层面，如若治疗过程当中处理方式会因艾滋病感染者的加入而产生差异，那么这种强制检测自然具有必要性，但在医疗活动中是否存在对普通患者及艾滋病感染者的区分化医疗防护并无明确界定。当然，笔者并非试图用艾滋病感染者的隐私权来压迫相关第三人的知晓权，问题的关键乃是这种知晓权的必要性也即风险的现实性，以及在知情之后的相关处理。正如有学者在类似调查中所表达的那样，“许多据实告诉医师感染者身份的人，并没有得到原本应有的医疗照护，这样的经验也使得多数的感染者选择不告诉医师实情”。<sup>1</sup>假设艾滋病感染者仅仅能够通过告知行为而得到道德义务的履行，但却增添了法律权利实现的不确定性，那么这种法律规定的实践自然就变得吊诡。

如在一次交谈中一名艾滋病感染者提到，“我上次去 S 市看牙才知道，现在有的地方连洗牙都要查 HIV 了。”类似事件也确实在新闻媒体上进行过报道，在一篇报道中医务人员解释称：“目前，临床上最常用的洗牙方法为超声波洁治术，就是采用超声波的高频震动把牙齿表面的牙结石等击碎，通过洁治机产生的水雾将碎石冲刷下来再吸入吸引器。在整个操作过程中，洗牙时使用的工作头本身并没有切削功能，洗牙本身并不会导致出血。如果牙龈本身已经发炎，就会出血……现在口腔治疗器械的消毒已经非常规范，不会导致疾病传播，但是超声波治疗时菌雾、飞沫核的扩散范围可达 8 米；门诊中，大部分来洗牙的人或多或少都会出血，不仅会沾到医生脸上、身上，还会喷到附近患者与环境中。艾滋病、肝炎（乙肝、丙肝）、梅毒等疾病的主要传播途径之一就是血液传播，此时，如果是医生或者他人身上恰巧有个伤口，就有可能被感染”。<sup>2</sup>由此而引发的问题是当排除了对艾滋病感染者的病因查询这第一个层面的强制检测之目的指向后，如果事实证明可能对艾滋病感染者的医疗防护需要更为严格的措施，那么医生可以以此为由对艾滋病感染者的医疗进行合理性拒绝抗辩吗？<sup>3</sup>以及缺乏强制规定

---

<sup>1</sup> 梁家赢：《从人权保障观点析论（台湾）爱滋防治法制——以资讯隐私权与平等权为中心》，台北大学硕士学位论文，2006，第 46 页。

<sup>2</sup> “现在到医院洗牙必须要先验血？”，[http://hzdaily.hangzhou.com.cn/dskb/html/2015-09/06/content\\_2062027.htm](http://hzdaily.hangzhou.com.cn/dskb/html/2015-09/06/content_2062027.htm)

<sup>3</sup> 美国联邦最高法院早在 1998 年就曾出现过类似问题的判例，在 *Bragdon v. Abbott* 案【524 U.S. 624 (1998)】中 *Abott* 是一位尚未发病的艾滋感染者，其到 *Bragdon* 的牙医诊所看病并不懂告知医生其为艾滋感染者，*Bragdon* 医生检查完后告知有蛀牙需要填补，并且要到医院去做，不会收取额外费用不过需要负担使用机器的费用。*Abbott* 女士拒绝，并且认为医生违反了相关禁止歧视身心障碍者平等使用公共设置之规定。地区法院作出有利于 *Abbott* 的判决，法官并且引用了口腔健康官员的意见认为只要实施全面性安全防护则在诊所内实施牙

而在法律上属于医疗民事合同的术前四项真的无法避免吗？同样是牙科的治疗，在田野调研中许多感染者都称“大医院肯定要查的，但是可以去那种小诊所，那些地方都不会查的”，甚至一位感染者特别向笔者提到其在感染后曾经进行过一次“双侧耳软骨垫鼻尖、山根韩氏生科、鼻翼缩小术、鼻小柱延长”的鼻部综合整形手术，但由于并不是在综合性医院而是在专门的私立整形医院进行的，所以并未进行术前四项检测。可见有法律规定的告知义务与没有明确强制依据的术前四项两者之间虽然在实践中存在着一定的相关性，但从立法目的的层面术前四项并没有成为对艾滋病感染者的告知义务的强制执行规范，因此告知义务的立法目的我们可以理解为一方面方便医生通过更加全面地掌握患者信息以作出更为准确的医疗诊断，另一方面则是提示相关医生可以通过强化防护措施以防范自己的职业暴露风险。但作为告知义务之变相执行方式的非自愿检测——术前四项在某种程度上异化了原本的立法目的，在无形之中对艾滋病感染者与其他患者进行了医疗服务上的人为区隔，这进而在结果上导致了艾滋病感染者对告知义务的抵触与抗拒。

## 二、艾滋病医疗中的定点医院与隐形拒诊

通过以上的分析可以发现，虽然术前四项在某种程度上变相地形成了对艾滋病感染者医疗告知义务的强制执行，但从法律层面这两者之间并不存在绝对关联性，且根据上文还可以得知，作为义务主体的艾滋病感染者之所以会在实践中普遍抵触告知义务，背后的原因主要可以分为两个层面，一是害怕出现拒诊或隐性拒诊的可能性，二是畏惧因隐私泄露而造成的其他不利后果。

首先需要说明的是，在法律上这两种“担心”都是明确禁止的事项，如在拒诊问题上，《艾滋病防治条例》第四十一条明确规定“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”，但与此同时国家在艾滋病防治工作上历来有“定点医院”的解决方案，如2013年《卫生部医政司关于报送艾滋病定点医院名单的通知》就明确要求各地上报并公开定点医院名单。定点医疗制度原本是国家为控制艾滋病的蔓延，保障艾滋病

---

科诊疗没有任何公共卫生安全顾虑，上诉法院也维持了这个判决。但联邦最高法院主要意见认为不论是地区法院或是上诉法院所引用的意见，都不能算是根据客观医学知识之合理判断，因此发回重审。

感染者群体的就医权，落实针对艾滋病感染者的免费治疗措施而设立的新举措。尽管发展至今，各地定点医疗机构的数量一再扩容，但覆盖面依然有限，不仅不能很好地满足艾滋病感染者群体的救治需求，而且成为其他医院及其从业者拒绝、推诿的借口，<sup>1</sup>如 2012 年天津的“晓峰事件”便是典型体现。在笔者的调研中此类情况也并不乏见。

“我前年在老家不小心摔骨折了，然后去骨科医院看说要做手术。我们那儿骨科医院很有名的，很多外地的都特意来这边看病。手术之前我就跟大夫说我有这个（感染艾滋病病毒），结果就不给我做了，说什么没有条件，非让我去传染病院做。我老家那传染病院根本不行，特别小，平时谁会去那儿做骨科手术啊。我肯定不同意啊，然后好几个大夫都来劝我，说什么他们那儿不具备条件，我这情况不做手术静养也行什么的，后来实在没办法就回家养着了。（问：那为什么就算回家静养也不去定点医院手术？）怎么可能去那儿，家里亲戚朋友一大堆，肯定都来看的，你说你在传染病院做骨科手术，我就算同意这帮人也不能同意。但你要说做不做手术都行就静养着吧，大家也就没啥说的了。那要是别的必须治的病可不就得去传染病院了。”（小李）

正因如此，学界许多声音均认为艾滋病定点医院的设置是不合适的，定点医院或许在对待一般的急性传染病中可以有效切断传染源和传播途径，但在艾滋病问题上实际并不适用。因为即使艾滋病感染者到一般的非定点医院当中，也不会造成医源性传染，除非医院本身没有按照标准的防护措施规定（该种防护措施甚至不需要单独针对艾滋病问题）操作。<sup>2</sup>事实上，很多艾滋病感染者去看病的时候，最初的收诊医院往往不可能是定点医院，因为患者自己也没想到自己是艾滋病感染者，当然也不会到定点医院就诊。<sup>3</sup>但在现实当中，恰恰因为定点医院的存在，使得许多非定点医院在接收艾滋病感染者时往往采用条件不符合、技术不专业的理由要求患者转诊，而在这种拒诊的背景下，定点医院似乎就成了艾滋病感染者

---

<sup>1</sup> 钱国玲著：《艾滋病人群的健康权保护研究》，浙江大学出版社，2016，第 57 页。

<sup>2</sup> Ralf Juergens, HIV Testing and Confidentiality: Final Report, The Canadian HIV/AIDS Legal Network and The Canadian Society, 2001, p.188.

<sup>3</sup> 巩海平著：《法律促进与社区支持——艾滋病防治的路径选择研究》，甘肃人民出版社，2015，第 90 页。

们最后的救命稻草。进而如北京佑安医院、地坛医院以及上海公共卫生临床中心等就成为了全国“最知名”的艾滋病定点医院，这在一定程度上形成了一种恶性循环，艾滋病感染者为了避免拒诊、信息泄漏等以便最快限度地实现自己的医疗权，通常在能力可承受范围内会直接选择定点医院，但这反过来强化了非定点医院对艾滋病感染者的转诊，进而形成了对艾滋病感染者的客观“隔离”。在访谈中许多志愿者也均表达了对定点医院的无奈，一方面为了保证艾滋病感染者的医疗权，定点医院似乎是最“合适”的选择，另一方面这种区隔限制了患者的实际就医权，甚至导致部分艾滋病感染者无法享受到更为专业的医疗服务（在现实中，未发病的艾滋病感染者对其他疾病的医疗需求一般最为常见）。那么在艾滋病感染者的医疗需求与定点医院设立的潜在平等权丧失之间的博弈下，何种模式才能更好地满足艾滋病感染者的医疗权似乎才是问题的关键。两者之间虽然最终的目的都是为了实现这一结果，但明显存长远利益与现实困境的悖论。定点医院的设立从现实角度确实能够为艾滋病感染者提供一种切实可行的替代医疗权实现方式，但从长远的角度来看无疑将艾滋病感染者特殊化处理了；但相反如果没有定点医院，许多艾滋病感染者在现阶段确实存在着就医无门的困境。

此外在上面的实例中还可以看到另外一个问题，即随着国家卫生行政管理层面在拒诊问题上的惩处力度增强，直接的拒诊情况已有极大好转，但这并不意味着拒诊情况的消失，正如以上艾滋病感染者在言语中所表达的，以“劝”为主要表征的隐形拒诊正在逐步浮现，甚至一些感染者在访谈时称自己也不知道是否是被拒诊。而且根据笔者的观察，如果涉及到外科手术类的医疗活动，事实上主治医生本人有很大的决定权，也就是说是否会有隐形拒诊的情况发生往往需要根据不同医生的医疗判断来具体分析。

“我那次是来看痔疮的，好多年了，好了又犯的。那次本来就想做（手术）了算了，而且我去的就是取药的医院（领取抗病毒治疗药物的定点医院），没想到会拒诊，看的时候就说这个（感染艾滋病病毒）了。那医生态度挺好的，至少表面没什么不一样。不过他一直跟我说建议做手术，说像我们这样的本来免疫力就低，能不开刀尽量不开刀，手术的话万一之后有别的感染什么的更麻烦。后来我就没做了，我也不知道算不算是拒诊。不过我听别人说一般医院都是建议做

手术的。”（王峰）

而就在同一家医院的同一个科室（肛肠科）笔者曾亲眼见过一起看起来甚至有点荒诞色彩的实例。某艾滋病感染者是一名男同性恋者，为了寻求某种性快感其使用了一种男性性器官外形的情趣工具插入自己的肛门进行自慰，但由于操作不当情趣工具发生了意外的断裂，结果是其中一部分存留在体内而无法取出。在想尽各种办法均无果的无奈下该感染者首先来到了平时领取抗病毒药物的爱心门诊寻求帮助，得知情况后爱心门诊的志愿者很快带领该感染者前往肛肠科就诊。肛肠科的坐诊医生在得知情况（包括艾滋病感染情况）后完全没有表现出任何的反感或排斥，而是直接在采取了配戴橡胶手套等医护措施后为该名感染者进行了紧急处置，并顺利将异物取出。事后该名感染者也反复向医生表达了自己的“感激之情”。正如一些研究中发现，病人与医生都倾向于配合对方的情绪：当病人觉得医生显得很同情自己时，病人也会变得容易产生情感共鸣（反之亦然），而当病人认为医生显得很生气时，病人也会易怒（反之亦然）。<sup>1</sup>也就是说，与制度性的拒诊不同，对隐形拒诊的判断往往需要在具体的医疗案例当中进行，但恰恰由于医患关系之间的信息不对称性，因此即使是一些正常的医疗诊断，在艾滋病感染者眼中也会存在被“隐形拒诊”的倾向。既然患者要求被视作活生生的人，医者也没有理由仅仅被看成医学手段的实施者。医生对于疾病的内心感受也同样会投射到医疗和健康宣传的医患互动之中。<sup>2</sup>也正因如此，即便只是想象中的可能性也在某种程度上加剧艾滋病感染者抗拒告知义务履行的动因。如一名艾滋病感染者在一次由疾控中心组织的艾滋病感染者学习交流活动中跟其他感染者闲聊时称自己前一段时间在某医院进行了一次微创手术，因为担心拒诊所以让自己的亲属代替自己进行了术前抽血检测。当疾控人员听到该消息后马上提出这种做法是不对的，告知其应当将自己的感染信息如实告知医护人员。而该名感染者随之提出反问，“那万一我真被拒诊了，你们疾控的能去管吗？”疾控人员回应可以去进行协调工作，但疾控中心与医院之间并不存在隶属关系，如果协调不成的话可能还需要上报卫计委进行处理。随后这一问题也引起了大家的讨论，一

---

<sup>1</sup> [美]汉著，禾木译：《疾病与治疗：人类学怎么看》，东方出版中心，2010，第209页。

<sup>2</sup> 刘谦著：《面对艾滋病风险的自律与文化：对低交易价格商业性行为的人类学研究》，中国社会科学出版社，2010，第160页。

些感染者也提出自己曾遇到的拒诊或隐性拒诊的情况，疾控虽然反复强调相关的规定以及可以为大家去进行协调工作，但从现场的讨论情况看明显诸多艾滋病感染者对这种答复并不满意且表达出了对这名感染者做法的认可。甚至笔者还曾听闻志愿者这样向感染者“培训”以应对拒诊及隐形拒诊。

“你在看病的时候先不要说嘛，医生该怎么看就怎么看，等把所有的单子都开出来，你再跟医生说。他要是先跟你说要手术，知道之后再让你保守治疗就肯定不合适了嘛。你把单子都留好，这时候他在改口你就说你都保留好单子的。如果你再不放心你就把之前医生看病时候的话都录上音。反正你最后是肯定要告诉医生的，要不你做手术或者住院的时候也都是肯定要查的。”（新生）

事实上我们必须承认，在任何社群中，个人均渴望根据他们所认知的自我利益最大化来组织他们的事务，但在此过程中遵守规则多大程度得到强调却存在差异。<sup>1</sup>从心理学的视角来看，个人对自己的利益选择甚至并不能完全被理性所控制，“精神分析里的一个要素是，精神分析十分怀疑有完全理性的主体。精神分析属于一类思想传统，它帮助我们见到，人不仅仅是被目的明确的理性兴趣所驱动，而同样也会被潜意识的愿望所驱动”。<sup>2</sup>以上的实例即展现出当规则无法得到强制执行力的彻底保障时，个人选择突破规则以寻求利益最大化就有足够的动机。而在医疗服务问题上我们不妨先以一种简单的方式进行推论，对于患者而言其最主要的诉求是得到优质的医疗服务，那么从个体的角度何种选择才能得到优质的医疗服务呢？如果采取告知或检测这种符合规则的方式就可能会导致拒诊或隐性拒诊，此时选择不告知或逃避检测的违反规则却未必被强制执行的行为方式以保证获取优质医疗服务就成为“性价比最高”的选项；而对于医疗服务人员而言其最主要的需要在于防止职业暴露风险，那么同样从个体的角度何种选择才能得到最“全面”的职业暴露风险防范呢？如果采取拒诊或隐性拒诊就意味着医护人员可以完全摆脱这次医护活动，这就意味着其可以百分之百地消除职业暴露的可能性。再让我们从权利义务的法律关系角度来分析，在这一法律关系当中具

<sup>1</sup> [英]西蒙·罗伯茨著，沈伟、张铮译：《秩序与争议——法律人类学导论》，上海交通大学出版社，2012，第18页。

<sup>2</sup> Jensen Suther, “On becoming things: An interview with Axel Honneth”, *The Platypus Review*, 2013, Vol.9, p59.

有相对性的主体之间权利义务的重点实际上在双方“非规则下”的行为选择中发生了异化，本来告知义务的主要指向应当是如何更好地通过职业防护措施以保证医疗服务的安全性，但该指向在医疗活动双方非规则化的行为选择下因采取了逃避的形式而造成了焦点的异化，那么原本的规则就出现了被架空的风险，而规则本身背后有形的风险进而转化成为了规则之外无形的风险。进一步说，这种对规则的逃避还有可能导致一种更严重的后果，即在社群内部出现一种以躲避规则为荣、以遵守规则为耻的价值导向，这就彻底地将原本规则背后的权利价值进行了解构，更为重要的是这一问题的反复实践还会在法律关系的双方之间形成了一种越加明显的“分化”，而这种分化无疑会进而破坏本来就不易建立的信赖关系。

可见，法律上虽然明确了艾滋病感染者对医务人员的告知义务，但这种义务在现实中的履行情况并不客观，或许是出于预防患者个人并不知晓自己感染情况的可能性，也或许是为了更有效地进行有针对性的防护措施，所以绝大多数医院均进行了“术前四项”的相关检测操作。但在法律没有对诸如拒诊等问题进行明确的法律制约的前提下，无论是术前四项检测还是艾滋病感染者的主动告知无疑会对艾滋病感染者产生一种不确定的潜在风险。加之医疗信息在医患双方之间不对等的模式下，<sup>1</sup>这种对诸如隐形拒诊的潜在风险的怀疑进一步加强了艾滋病感染者试图采取非制度途径而躲避告知义务的可能性。

### 三、艾滋诊断中的初筛与确证及医护人员的保密义务

除了上述的拒诊及隐形拒诊问题以外，艾滋病感染者不愿意主动履行告知义务的另一个主要原因即对隐私泄露的担心。通过以上的论述我们基本可以得出一个初步的结论，即艾滋病感染信息虽然作为一种隐私，其在医疗活动当中会因特定的法律关系形成而必然地受到一定程度的限制，但如果这种限制的履行会对艾滋病感染者造成其他权利的实际减损，那么单纯的法律规定未必会得到良好的执行。因此如何在法律规定及实践当中确保这种义务的履行不会引发其他的负面后果就尤为值得思考。换言之，在艾滋医疗的场域内，“倘若病患不能信任对第三人隐蔽某些资讯，病患将不情愿揭露完全而清楚的资讯，或者接受完整的检验；

---

<sup>1</sup> 如有学者曾试图验证这样一种假设，即医生们会扣下一些信息，并且让病人感觉到不确定性，这样就可以保证他们对病人的权力。详见[美]汉著，禾木译：《疾病与治疗：人类学怎么看》，东方出版中心，2010，第6页。

基于欠缺这样的资讯，医生将无法做适切的诊断和预测，或建议最佳的治疗方针”。<sup>1</sup>

首先需要说明的是，中国早在 20 世纪 90 年代就已经通过相关的法律规定明确了医生对患者，包括艾滋病感染者的隐私信息之保密义务，如 1998 年最高人民法院在《关于审理名誉权案件若干问题的解释》中明确指出，“医疗卫生单位的工作人员擅自公开患者患有淋病、麻风病、梅毒、艾滋病等病情，导致患者名誉受到损害的，应当认为为侵害患者的名誉权”。1999 年施行的《执业医师法》第二十二条也明确规定“医师在执业活动中履行下列义务：（三）关心、爱护、尊重患者，保护患者的隐私”；第三十七条规定“医师在执业活动中，违反本法规定，有下列行为之一的，由县级以上人民政府卫生行政部门给予警告或者责令暂停六个月以上一年以下执业活动；情节严重的，吊销其执业证书；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（九）泄漏患者隐私，造成严重后果的”。同样是 1999 年卫生部下发的《关于对艾滋病病毒感染者和艾滋病病人管理的意见》规定：“从事艾滋病病毒感染者和艾滋病病人诊断、治疗及管理工作的医务人员，不得向无关人员泄漏有关信息。任何单位和个人不得将艾滋病病毒感染者和艾滋病病人的姓名、住址等个人情况公布或传播，防止社会歧视”。2006 年颁布施行的《艾滋病防治条例》第三十九条规定：“未经本人或者其监护人同意，任何单位或者个人不得公开艾滋病病毒感染者、艾滋病病人及其家属的姓名、住址、工作单位、肖像、病史资料以及其他可能推断出其具体身份的信息。”各省的艾滋病防治办法当中也有类似规定。可见，在医疗活动当中医务人员有保护患者个人隐私的义务。2020 年 6 月 1 日起施行的《基本医疗卫生与健康促进法》第三十三条规定“医疗卫生机构、医疗卫生人员应当关心爱护、平等对待患者，尊重患者人格尊严，保护患者隐私”；第九十二条规定“国家保护公民个人健康信息，确保公民个人健康信息安全。任何组织或者个人不得非法收集、使用、加工、传输公民个人健康信息，不得非法买卖、提供或者公开公民个人健康信息”。《民法典》第一千二百二十六条中更是阐明“医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私和个人信息保密。泄漏患者的隐私和个人信息，或者未经患者同意公开其病历资料的，应当承担侵权责任”。

---

<sup>1</sup> 陈仲麟：《医疗隐私的法规范现状》，载《医事法学》，2003 年第 2 期。



但在中国目前的艾滋病防控体系中，对艾滋病的检测一般存在初筛与确诊两个步骤，也就是说一般如医院等医疗机构通过诸如术前四项等方式对患者进行的 HIV 抗体检测只是初筛性的检测，如果在初筛检测中受试人的 HIV 抗体为阳性或可疑，结论一般为“待查”。虽然随着检测技术的发展，初筛检测的准确度越来越高，但从检验结论的角度来讲只有疾病预防控制中心才可以根据初筛检测再次或直接进行最终的确证检测。那么在一般的医疗活动中医务人员针对受测人本人及他人进行检测的尚未最终确定之初筛检测结果是否承担专属性的保密义务就存在可讨论的空间。

2014 年 8 月 24 日，李某因临产前往子长县人民医院妇产科就诊，主治医师申某为李某做产前检查后认为其能顺利分娩。随后陪检护士贾某将李某血样送往血库由检验师郑某进行“血播四项”检验，发现李某检验结果为 HIV 可疑阳性，再次检验后结果仍为 HIV 可疑阳性。郑某电话通知妇产科护士长郝某，后与护士贾某转告主治医师申某。申某通知李某让其家属到办公室来，半小时后李某的丈夫及公公到达办公室，申某即将李某 HIV 可疑的化验结果进行了告知。李某及其丈夫在产子后次日前往延安大学附属医院输血科进行检验，检验报告单显示二人的 HIV 抗体结果均为阴性。2015 年 5 月 4 日，李某以名誉权纠纷将子长县人民医院诉至法院。

一审法院裁判中认为李某未提供任何证据证明其诉称其“患有艾滋病的传闻在医生、护士和其他产妇家属中被传得沸沸扬扬”。此外卫生部《关于对艾滋病病毒感染者和艾滋病病人管理的意见》中规定的是艾滋病病毒检验机构发现的艾滋病病毒抗体阳性的结果在确认之前不得通知受检者本人，而子长县人民医院是告知了李某的丈夫应到上级医院进一步确诊，这属于患者及其家属知情权范围内事项。因此驳回李某的诉讼请求。二审法院认为因案件起诉时上诉人李某并没有按照医疗服务合同纠纷主张权利，因此二审法院不予审查上诉人李某称医院没有履行将标本送确认实验室进行确认的义务，且违规将初筛结果告知上诉人之请求。裁判驳回上诉，维持原判。<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> 陕西省延安市中级人民法院（2015）延中民一终字第 01275 号。

该判决中引用的 1999 年卫生部《关于对艾滋病病毒感染者和艾滋病病人的管理意见》，其中虽然明确“艾滋病病毒抗体初筛实验室、采供血机构或其他进行艾滋病病毒检验的机构检测发现的艾滋病病毒抗体阳性结果的标本应尽快送确认实验室确认。在确认之前，不得通知受检者”。但在实践中初筛结果告知受试人本人的情况极为普遍，一些地方甚至制定了告知工作的明确规范，如《河南省艾滋病检测阳性结果告知工作规范（试行）的通知》《甘肃省艾滋病检测阳性结果告知工作规范（试行）》等，有艾滋病感染者也向笔者展示了格式化的《艾滋病检测初筛阳性结果告知书》。在许多强制检测或知情不拒绝检测当中通常会出现类似问题，相关检测的目的及后果可能并不是设置检测的初衷。许多感染者都曾提及经过检测后其往往无法得到相应的医疗服务，且在现行检测程序上此类检测一般皆为“初筛”检测，也就是说在检查报告上通常体现的是“待查”，正式的检查结果需要到当地疾控中心进行最终确定。因此回到前文提及的非自愿检测所能起到的第一个层面的目的，即“对感染者的保护，或是方便查明病因或是让其尽早投入到治疗阶段，同时从宏观的角度保障国家的疾病防控工作”，就出现了制度障碍，因为如果在初筛检测中 HIV 抗体呈阳性而需要进一步在疾控中心确证的“疑似感染者”不主动前往疾控中心确证，甚至基于其他因素未开始抗病毒治疗，那么在国家卫生行政管理的视角下，其仍然不能算作“确证感染者”。且在初筛过程中的经办人员通过非正式的渠道对感染者信息的扩散往往是很难有明确规制办法的。如以上案例当中相关医务人员之间对初筛检测结果的传递以及对患者本人及家属的告知是否可以算作对艾滋病感染者隐私权的侵犯就不易直接判断。在田野调查中也有艾滋病感染者向笔者讲述了类似的遭遇。

“我第一次检查出来就是在入职体检当中，当时我参加 A 省 W 市（外地）的事业单位招考并通过，最后带着我去当地的一个医院做入职体检。那时候我也不知道自己感染了，完全没有意识到这个问题。结果检查完第二天医院就给我来电话了，说我这个项目（HIV 抗体检测）结果有点高，让我去疾控查。我前面刚挂断医院的电话，没多一会儿（报考的）单位就给我来电话了，问我知道结果了吗，说那你还是先好好养好身体吧。那时候我刚知道，哪能反应过来，就说我不去了。单位赶紧就挂电话了，再也没联系过我。后来医院又给我来过电话，让

我去疾控确证。我说我去本地疾控，不去你们那儿了……后来我想想，那单位是怎么知道的，肯定是医院告诉的啊，医院就这么把我（初筛检测的）信息告诉单位难道没有问题？”（黄龙）

此外这里存在的另一个问题是医院基于知情不拒绝而进行的初筛检测与疾控部门进行的的确证检测如果按照 1999 年卫生部的管理意见是应当跨越当事人本人的意思表示而直接连接的，在法律实践中也确实存在相关案例称并无依据证明需要本人前往疾控控制中心确证。<sup>1</sup>但在 J 市定点医院的调研中笔者发现很多感染者都是在初筛机构或医院进行初筛后自行再前往疾控进行确证，特别是在目前“自测”检验试纸很容易通过网络或社会组织获得的情况下，初筛检测与确证检测之间的联系也相对不再紧密。更为重要的是笔者发现一些艾滋病感染者在得到初筛检测为“待查”的结果后并非自行前往疾控中心确证，而是通过当地的公益组织进行采血代为送往疾控中心，且最终的的确证结果也是由疾控中心通过该公益组织转交给感染者本人。<sup>2</sup>在一份名为《社会组织参与艾滋病防治基金项目管理手册》的文件中有这样一段内容，“阳性转介接受治疗服务费是指对干预人群中新检测发现的艾滋病感染者转介到定点医疗机构成功接受抗病毒治疗的工作经费，标准 150 元/人”。而在现行艾滋病治疗系统当中，如果想要在定点医院领取抗病毒治疗药物则必须出示由疾病控制中心开出的确证证明。也就是说，1999 年卫生部的管理意见虽然规定初筛检测与确证检测之间应当直线连接，但在现实中这两者之间可能还会出现不止一层的他者介入可能，换言之，较之疾控中心所进行的的确证检测而言，基于最大程度的实现艾滋病防治角度而进行的初筛检测逐渐呈现出一种“广泛化”趋势，因此初筛检测与确证检测之间的间隔也越来越明显。

当然，一些艾滋病感染者均表示与其要自己到疾控中心确证更倾向于寻求那些具有“亲密感”的公益组织，国家从艾滋病防治工作开展的角度也鼓励社会组织参与到艾滋病的检测活动中来，这正是因为该种方式通常比疾控中心在感染者心中更易产生信赖关系。如有学者提到的，隐私保护不仅是促进艾滋病检测的重

---

<sup>1</sup> 广东省肇庆市中级人民法院（2016）粤 12 民终 238 号。

<sup>2</sup> 潘绥铭在 T 市的调研中也提及了这一现象，可以印证这种情况并非特例。详见潘绥铭著：《艾滋病问题的社会建构》，华中科技大学出版社，2019，第 121 页。

要手段，更能够建立相互信任的医患关系，鼓励人们主动就诊或咨询，并确保信息准确性，从而对整体公共卫生事业的长远发展产生关键影响。<sup>1</sup>但与此同时艾滋病感染者在实践中更愿意寻求社会组织的帮助这一情况也说明了，法律上对艾滋病感染者详细的信息保密性规定与实践往往并没有形成绝对的对等，如果艾滋病感染者不能从具有法定保密义务的医疗机构那里得到切实的隐私保护（或者是医患双方之间并没有因明确的法律规定而形成信赖关系），那么基于个人利益诉求的选择他们就更愿意去求助于那些本在法律上并无明确规范化准则的社会组织（在很多实践当中这里所言的组织经常并不是法律意义上的社会团体，而只是一种社会成员自发形成的团体）。但与此同时问题也随之出现，在初筛检测与确证检测中间的这段时间内，作为“疑似感染者”的信息是否与“确证感染者”一样受到《艾滋病防治条例》的专门性保护，以下这个案例或许可以给我们提供一个可供参考的视角。

2012年3月25日，在某矿业公司工作的吴某因被同单位职工打伤到禹州市人民医院治疗，3月27日该医院检测出吴某HIV抗体待查，再次复查仍为可疑。2012年3月31日主管医生告知吴某所在矿业公司工作人员：吴某外伤问题不大，但抽血化验HIV可疑，需进一步确诊。考虑到与吴某打架的人可能会与他有体液接触，为慎重处理建议单位通过相关人员尽快去防疫站进行筛查。随后，吴某有艾滋病的信息在该矿业公司和社会上扩散。吴某出院后，认为自己没法在原单位上班，加之受人歧视精神压力大，遂于2012年4月28日服毒，后经治疗出院。2012年7月3日，许昌市疾病预防控制中心报告吴某HIV1+2抗体阴性，没有感染艾滋病。

一审法院认为吴某初筛HIV阳性待查，被告禹州市人民医院违反规定，告知其所在矿业公司，导致信息扩散，侵害了吴某的名誉权，应该承担赔偿责任。之后禹州市人民医院不服判决，上诉称其披露吴某病情是一种法定的社会责任，目的是为了预防传染病扩散。最终二审法院认为禹州人民医院在吴某HIV初筛阳性待查的情况下，违反规定向被上诉人所在单位予以披露，虽系处于预防传染病扩散的目的，但作为专业医疗机构，其采取的行为方式不当，客观上导致吴某

---

<sup>1</sup> 马克：“保护隐私，才能防控艾滋”，载《南方周末》，2011年12月22日。

有艾滋病的信息迅速扩散。基于艾滋病获病原因的复杂性、疾病的传染性，社会大众形成的对艾滋病患者歧视性的认识，致使吴某的社会评价迅速降低，给吴某造成极大的精神痛苦。因此驳回上诉，维持原判。<sup>1</sup>

尽管此案中对初筛检测后的“疑似感染者”也同样进行了名誉权意义上的司法保护，但在学界并不乏学者对类似问题提出相反意见，如有人认为艾滋病患的隐私具有其相当的重要性，医疗人员应该要持守住艾滋病患的保密义务，可是，如果医生持守住他们的保密义务，却有可能危害公共安全时，也就是违反大众利益的时候，医生有强烈的理由去证成违反保密义务，限制艾滋病患的医疗隐私，揭露艾滋病患的病历隐私给可能受害的第三者。<sup>2</sup>这种思路在艾滋病最初期的检测及诊疗规定中得到了法律的采用，如1989年的一个艾滋隐私案例，其时欧洲委员会进行职前健康检查，有人拒绝接受HIV测试，但检验者还是利用相关技术手段进行了HIV检测，结果此人结果为阳性。检验者随即通知此人不适宜进行工作，并告知了其家庭医生该情况。后法官指出，个人的私人生活是应该被尊重的，但是为了要实现更普遍的大众利益，个人的隐私应该要受到相关的限制。隐私权当然有包括保护个人医疗信息的权利，但是当可能会危害到公共利益的时，病人的隐私是应该要有所退让的。<sup>3</sup>但这种分析路径如果放在具体情况有所变更的当下，随之而来的问题也非常明显，即如果初筛机构可以基于这种“公共利益”或“他人利益”而对“疑似感染者”的初筛结果进行告知，那么这种告知究竟是一种权利还是一种义务？换言之，初筛机构相对于疾病预防控制中心而言其是否拥有理性且合法的判断“关联风险”之能力以及如果其错误地作出或主观上规避了这种或许可以被法律所“允许”的告知行为，那么又该如何处理？这里我们可以用上述案例进行简单的分析，医院作为医疗机构只是与“被打伤者”吴某存在基于医疗服务而形成的民事法律关系，那么如果“打人者”并没有到该医院进行医疗则在法律意义上两者并不存在同类型的民事法律关系，退一步说即便“打人者”也到该医院寻求医疗服务，那其也只是与医院形成具有相对性的民事法律关系，而并不存在“打人者”、医院以及“被打伤者”吴某之间的三方关系（当然也许

<sup>1</sup> 河南省许昌市中级人民法院（2013）许民二终字第057号。

<sup>2</sup> 叶琬萍：《论爱滋病患的隐私权》，中央大学硕士学位论文，2011，第41页。

<sup>3</sup> Graeme Laurie, *Genetic Privacy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp.255-256.

在治安管理层面此三方会形成行政法律关系)。因此医院似乎并不能像疾病预防控制中心一样代表“公权力”而对该事件中的疾病传播风险进行主动评估且做出相应对策措施行为, 毕竟医疗业务本身并非受委托行使公权力的行为。<sup>1</sup>换句话说, 即便我们这里认可医院的告知是一种基于社会利益而做出的善意风险防范, 但如若医院并不主动进行告知似乎也不存在法律义务层面的应为行为, 何况此时医院所对吴某艾滋病感染问题的信息也是一种初筛层面的“疑似”或“待查”。

#### 四、告知义务与非自愿检测的理论困境

以上我们通过简单推论的方式对实践中保证艾滋病感染者对医务人员告知义务的检测问题进行了介绍, 即本应当是如何遏制艾滋病传染风险的焦点在当事人可能存在的行为选择中发生了转化, 进而反向地消解了本应发挥作用的立法意图。但仔细分析我们不难发现这种推断当中存在的一个致命的问题, 即我们在对艾滋病传染风险的防范规定当中将艾滋病感染者与医护人员进行了二元对立式的划分, 尽管我们不得不承认两者之间在“想象中的冲突”下强化了彼此的排他性结构认同, 但在现实当中这两个群体并不必然地全无交集。简单来说, 如果我们试图通过对患者进行术前检测的方式以保证医疗中的艾滋病传播风险, 那么医护人员是否也需要进行同等的义务限定? 事实在田野当中这种可能性完全存在。

“医生里面肯定也有感染者啊, 我前任(被访谈人为男性同性恋者)就是外科的, 他硕士毕业之前就跟着他导师在 XX 医院外科做手术了。毕业之后也就留那儿了。我们在一起的时候也是想的太简单了, 那时候觉得肯定没问题就都无套(无保护性行为)的。我跟他在一起一年多吧, 分开之后半年左右我查出来的, 我跟他分手之后就没做过(未与他人发生性关系)……在他之前好像也没有吧, 我记不太清了, 那我感染了估计他也跑不了的。(笔者问: 后来你有告知他你感染吗?) 没有, 刚开始的时候不敢说啊, 我也弄不清到底是他传给我的还是我本来就有, 后来时间长了也就算了。”(小津)

“我大学是国防生, 毕业之后直接就去军队医院了, 不过我们那单位小, 大

---

<sup>1</sup> 李威廷:《由爱滋器官移植事件看(台湾)的医疗损害填补法制》, 成功大学硕士学位论文, 2015, 第 71 页。

问题就转院了，但是小手术也是要做的。我查出现时候已经挺严重了，那次是因为肚子疼，我还以为是阑尾炎，就去我们系统内部的一个医院住院了，结果就查出来了，那时候我 CD4 都不到两百了，应该是感染挺久了的。要不是那次查出来让单位知道了我应该还当医生呢……医生中感染者不少啊，我后来加过一个群，都是医生感染者，我们入职时候一般是要查的，之后就没了。他们有的人说单位年度体检也有这个项目，不过要是像自己知道的就找人替或者想别的办法躲过去了，那种体检又不严的。”（阿雄）

因此，对于艾滋病感染者告知义务履行困境的矛盾我们还需要进一步挖掘，这里笔者试图借用“物化”理论来对以上困境进行解析。用最简单的话来说，物化理论强调人际间的客观认识的根基乃是情感性的社会互动，那么当主体没有完成对他者“承认”的社会互动时，他者在主体的认知当中就丧失了作为“人”的主体性而成为一种“物”。有学者在分析人际之间的物化的社会因素时指出，“或为某类实践活动本身，其过度强化单一目的或利益，甚至脱离法律对他人人格的最低限度之保障。又或者是更加上某些强烈刻板化他者的意识形态信念体系之催化，使人失去感受力、变得无能设身感受他人处境、认取他人观点，而对待他人如某种无生命、无人格的存在”。<sup>1</sup>这种物化理论恰好可以运用在艾滋病感染者对医护人员的告知义务法律规定及其实践问题当中。如李楯在对中国艾滋病防治相关法律规范的评估中曾指出，早在 1987 年《艾滋病监测管理的若干规定》中就存在将“人”取代“工作”成为政府卫生行政部门管理的对象的倾向，此后各地方人大和政府制定艾滋病防治法规中也都将“人”作为政府卫生行政部门的管理对象。<sup>2</sup>但这种与法律理论有着明显冲突的法律政策规定及实践是如何产生且存续至今的呢？我们可以先做出一个假设，作为艾滋病感染者的“人”被他者在主体性认知的过程当中因各种社会因素可能会被物化为艾滋病这种疾病本身，换言之，因艾滋病这一标签在主体的认知过程中过于鲜明，进而导致在各类艾滋病相关法律实践当中的客体不再是艾滋病本身而转向了携带艾滋病病毒的“人”，即作为病毒载体的“人”在具体的法律实践过程当中慢慢丧失了主体性的地位而

<sup>1</sup> [德]阿克塞尔·霍耐特著，罗名珍译：《物化——承认理论探析》译者导言，华东师范大学出版社，2018，第 28 页。

<sup>2</sup> 李楯著：《艾滋病在中国：法律评估与事实分析》，社会科学文献出版社，2004，第 26-27 页。

沦为一种他者认知当中的客体。这也与宪法层面上隐私权的学理依据相对应，延续康德对作为目的的“道德上有实践理性的主体”之人的分析，人必须为自己存在，不得作为以及特别不得贬为（或当作）国家统治之客体来处理；也就是说人不得变成物或是一种东西，亦即所谓的“客体理论”。<sup>1</sup>那么一旦这种物化的倾向形成，无论是从法律规定还是法律实践的角度，其本身的合理性就存在了缺陷。对这一假设我们可以从特定感染者知晓自身感染事实前后的心理变化当中进行分析。

“我被查出来之前挺长一段时间差不多就是现在所说的‘恐艾’，我好多年前有过几次做的时候没带套，那时知道的信息少，没觉得有危险，还觉得这病这么‘高级’我想得还得上呢。后来有一年的艾滋病日，就是12月1号，我印象特别深，当时没事翻看一份报纸，上面那个新闻到现在我也忘不了，大意就是男同性恋当中10个人有6个都感染艾滋了，只是目前好多人自己还不知道。我也说不上来为什么，当时就一身冷汗啊，就想起自己的那几次无套了。后来我就在网上查了查，也不敢多看，就记得上面说感染初期会有类似感冒的症状，我就回忆自己那几次之后好像都没事，我当时就这么安慰自己的。可是还是怕啊，那之后我见到街上有艾滋病这几个字我就害怕，我当时上学那儿的地铁站有一个很大的艾滋病的公益广告，我都绕着走，就怕看到。要不是有一次住院检查出来我不一定啥时候知道呢，我连看这几个字都不敢看怎么可能自己去检测。刚查出来那会我想死的心都有了，就觉得自己人生都完了，刚开始几次去医院都不敢看医生。这得说医院有几个医生真是挺好的，我最开始上药的时有点皮疹，好多人都有，我还算比较轻的。当时就去给医生看，我记得那医生没带手套就在我胳膊上拍了两下说没事，让我实在不放心就吃点开瑞坦（抗过敏药物）。我这人挺敏感的，我觉得当时医生其实是故意的，就是让我觉得没歧视我。还有一次我去取药，从医生手里接过来的时候一不小心指甲就在人家手上划了下，我赶紧跟人家说对不起，我自己吓的不轻，结果那医生笑笑说没事。我真挺感动的。”（老张）

从以上的述说当中可以看到，该感染者在确证之前的“恐艾”在某种意义上

---

<sup>1</sup> 法治斌、董保城著：《宪法新论》，元照出版公司，2004，第203页。



是从主观层面将主体——自己与客体——艾滋病之间进行了主观上的强行分离，此时在其眼中艾滋病是一种疾病，或者说是一种让他恐惧的重大疾病，但作为可能感染上该疾病的“人”会自主不自主地设法“抹杀”这种与客体产生关联之可能。而当其明确自己已经感染后，其将作为个体人的自我与作为客体的艾滋病同质化了，在他的意识当中自己因为感染艾滋病病毒而成为了“具备危险”的“物”，这便是所谓的“自我物化”。

但在借用物化理论对艾滋病感染者的告知义务与非自愿检测方式进行分析前我们还需要说明一个前提条件，即这种物化发生的根基是在哪里形成的。如果试图要用物化的方式理解艾滋病感染者在医疗告知义务的法律执行中所发生的异化问题，就必须正视这种物化取向的发生逻辑基础。以上事例中所蕴含的自我物化倾向并不必然地表现在法律制定或法律实践的过程中，法律层面的物化除了提出这样一种可能性的假设之外还需要明确这种可能性是在怎么样的情境中被现实化的。在之前的论述中我们用简单的利益最大化动机的方式对艾滋病感染者与医务人员可能进行的行为选择进行了介绍，同时我们在具体的实例当中也可以看出原本的法律规定在缺乏强制执行力之下可能导致的异化，而这种对规则的可替代性恰恰是形成所谓的对艾滋病感染者物化倾向的一个重要因素。霍耐特在解释物化之社会来源时即提出，当纯粹“观察”的实践活动不再受制于法律对承认的最小保障时，物化他者的态度就会随之增长——不论在何种情况下，当纯然观察、评估或计算的实践活动，脱离了生活世界之脉络而自成目的、且不再能够根植于法律关系时，那么对先在承认之忽视便会应运而生，而后者乃是所有人对人之物化的核心。<sup>1</sup>在某种程度上说，当艾滋病感染者在试图通过非规则化行为选择的方式来逃避自己在法律上的告知义务时，其本身就已经形成了自我物化的倾向，因为其着眼点已经并不在于自己作为一个法律主体所应当享有的各项其他权利，而是如何躲避作为一个客体之物在法律上的被动性制约。也就是说，在强制力不能保障艾滋病感染者与医务人员按照各自的法律义务去进行行为履行时，对艾滋病感染者的物化可能就已经形成了，而这种强制力的欠缺本身就是法律文本当中对行为规范的潜在物化所造成的，两者通过正反两个方面形成了一种恶性循环，进一步加剧了这种物化的现实走向。如上所述，携带艾滋病病毒本应作为“人”

---

<sup>1</sup> [德]阿克塞尔·霍耐特著，罗名珍译：《物化——承认理论探析》，华东师范大学出版社，2018，第134页。

的众多标识之一，但因主体认识的局限性，携带艾滋病病毒的人被物化成了艾滋病这一疾病本身，进而导致在许多法律规定及实践当中对人的主体性色彩出现了有意或无意的回避，最终导致了作为权利义务主体的“人”逐渐被客观化成为了艾滋病这种疾病的“物”。那么回过头来需要确定的就是，对艾滋病感染者的法律限定是否具体合理性。

需要说明的是，对象化与物化之间是存在差异的，这涉及到社会实践以及学术讨论中的类型化问题。为了对特定主体——比如艾滋病感染者进行特殊权利义务的限定，当然可以将艾滋病感染者作为一类特定主体而对其进行有针对性的专门规定，这本身并没有排斥其作为其他法律意义上的主体地位。但在对特定主体进行权利义务限定时必须考虑到这种主体的特定化是需要情境说明的，否则就可能将假设情境中的主体特性因主观意义添附而人为地穿插到其他情境当中。如有学者所提出的，所有存在命题的认知内容皆根植于具体的情境，不论这些情境“具有怎样的内在复杂性，当一个‘行动的主体’要理解或在实践上克服其处境时，会将至经历为某种独一无二的实质整体”。<sup>1</sup>换言之，在对艾滋病感染者进行如医疗等具体情境的权利义务限定时不得不考虑到这样一个问题，这种对主体的限定往往存在于某种特殊的具体情境，但在实践操作过程当中人们对主体的关注通常会超越既定的情境，即将概念抽象化的同时本身就存在将不同情境中诸多影响因素抽离的趋势，而当再次将概念重置于具体情境时，对非实质性因素的重要性判别就会出现自然的弱化倾向。简单来说就是当我们对艾滋病感染者进行某种环境下的特殊义务规制后，人们对艾滋病感染者这一主体标签的印象可能会超越具体环境的变化，那么在既定环境之外的其他场域就有可能也会发生类似的期待或强制在特定对象——艾滋病感染者身上。用更为精准的物化理论描述，即不论是在与其他人的人际互动中，或面对无生命的物，既予情境中的一切最初总是在经验中展现出某种独特的质性。在此种整全的经验中，我们无法将所谓情感的、认知的或意志的因素彼此区隔。因为，我们在那当下瞬间所经验到的，那些造就某情境之独特氛围的各种因素，是以一种如此全面的方式影响着我们对自我以及对外在世界的关系，以至于我们不可能立即单独地去突显出某一面向。<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> John Dewey, “Qualitatives Denken”, p.97, 转引自[德]阿克塞尔·霍耐特著，罗名珍译：《物化——承认理论探析》，华东师范大学出版社，2018，第49页。

<sup>2</sup> [德]阿克塞尔·霍耐特著，罗名珍译：《物化——承认理论探析》，华东师范大学出版社，

此外，在规则缺乏强制执行力且相关主体存有讨价还价的空间时，规则不可能是一个结果排他性的决定因素，如不同当事方的经济实力和政治力量的考量也变得重要了。<sup>1</sup>前文中我们所列举的整容手术的事例就非常典型的展现了这种在不具备完整执行力的规定面前，单个主体的个体化因素会在很大程度上消解原本在规定制定之初的目的选项。而即便是不具备“讨价还价实力”的主体自然也会通过其他的途径手段而尝试突破这种规则，因为与遵守规则所带来的可能性不利后果或权利客观减损而言，这种逃避行为选择无疑是最具“诱惑力”的。

回到艾滋病感染者在医疗活动当中对医务人员的告知义务及“非自愿”之下的术前四项检测问题上，我们当然可以通过法律规定的方式对艾滋病感染者这一特定主体进行一定的义务缩限，但这种义务缩限以及保证该义务能够切实履行的机构及方式同样需要法律的具体规定，甚至这种规定还需要背后法律价值位阶的判断与支撑。如在艾滋病感染者的告知义务与医护人员的保密义务之间我们可以看到这种一种情况的发生，因为医生如果没办法坚守保密义务，可能就无法得到病人全然的信任，病人无法信任医生，就不会把内心真正深沉的想法表露出来。<sup>2</sup>从这个角度来看几乎所有的医学都是跨文化的——因为医生和病人不可避免地在对世界的认识、在交流方式及行为方式上多少存在一些不那么相似或者不那么协调的地方，<sup>3</sup>但法律上对艾滋病感染者克以告知义务的主要目的在于对艾滋病作为一种重大传染性疾病预防风险的防范，与此同时需要注意的是，法律意义上的客体并不是作为个体人的艾滋病感染者，而是特定主体的相关模式化行为。且由于受到生物医学模式的影响，医务人员更加看重监测的结果，注重工作的科学性和程序化，“人”的因素被忽略了，医疗活动被简化为科学技术活动。加之这些在工作中养成的无视服务对象人性需求“惯习”，对医务人员来说往往是“无关紧要的细节”，而在服务对象看来是难以接受的过错，不利于卫生部门与目标人群之间建立信任关系。<sup>4</sup>“艾滋病感染者”作为个体人的标签之一以外，作为法律主体的人还可能存在多重特定标签，最简单的例证便是作为告知义务这一法

---

2018，第 49 页。

<sup>1</sup> [英]西蒙·罗伯茨著，沈伟、张铮译：《秩序与争议——法律人类学导论》，上海交通大学出版社，2012，第 97 页。

<sup>2</sup> 叶琬萍：《论爱滋病患的隐私权》，中央大学硕士学位论文，2011，第 39 页。

<sup>3</sup> [美]汉著，禾木译：《疾病与治疗：人类学怎么看》，东方出版中心，2010，第 338-339 页。

<sup>4</sup> 张晓虎著：《艾滋病问题的双向建构》，知识产权出版社，2013，第 116 页。

律规定的相对人——医护人员同样可能是艾滋病感染者。正如有学者所强调的，在制定有关法律制度的过程中，应当把“病”与“人”两个概念区别开来。重点规定对“病”的法律制度，而在规定针对“人”的法律制度时应该予以足够的慎重。应该明确这些措施的法律是针对“病”而设立，是针对“病”的控制而做出的，而不是针对“人”而设定的控制措施。在制度的实施过程中，使“病”能偶得到防治，使“人”免受不公平和歧视的待遇。<sup>1</sup>因此在对法律义务行为的强制执行进行情境设定时就需要考虑到这种设定首先需要在明确主体的前提下进行，而不能是以明确主体作为一种目的而对个体人进行判别式的拟定情境设置；其次这种设定的情境应当是最能满足法律意图且可以进行针对性执行的情境，而不是一种当事人能够通过非规则化行为选择就轻易逃脱的泛化情境；再次在进行某种义务限定的同时必须考虑到这种义务的履行是否会对主体在其他情境下的权利造成实质或潜在的影响，即义务人会不会因为该义务行为的做出而导致自身主体被物化的风险，如果存在这种风险的话就很难保证义务人不会采取非规则的途径试图冲破上述的制度化情境束缚。总而言之，如果不满足以上几个条件的话，这种义务行为履行的情境拟定本身就跨越了法律在对特定主体进行专属性规制时应当进行的前提界定，更有甚者，个人主体被物化的倾向在情境变化的过程中会发生人为的强化，此时既定的情境逐渐被淡化而主体的假设性印象却在实践中被一步步增强，那么同一主体在法律拟定以外的情境中出现时，原本局限于某种情境中的义务就可能被类推到了其他的情境中，此时个人主体就不排除“沦落”为一种法律客体之“物”的可能了。

---

<sup>1</sup> 蔡高强著：《非洲艾滋病问题研究》，浙江人民出版社，2014，第224-225页。

### 第三章 就业就学场域下的艾滋暴露

2012年9月，阿明通过签订劳动合同的方式入职广州某食品检验类事业单位，2015年该单位发布了公开招聘事业编制工作人员的通知，阿明为在本单位内获得事业编制进行报名考试。此后阿明在笔试、面试等环节以总分第一名的成绩入选，但因在体检过程中查出HIV阳性而于同年11月被通知不予录用。与此同时，因阿明与该单位之前所签订的劳动合同尚未到期，该单位于12月对阿明下达了停岗休息的通知。至2016年7月劳动合同到期，单位通知阿明将不再续签劳动合同，同时阿明迟迟无法领取到不予续签劳动合同的经济补偿。在被通知停岗休息后阿明决定寻求法律途径维护权利，但在劳动仲裁与一审判决中均以失败告终，2016年7月阿明提起上诉，在次年2月阿明终于迎来了胜诉的判决书。这是广东省第一例“艾滋就业歧视案”，也是国内第一起用人单位以劳动者感染艾滋病病毒为由侵犯劳动者权益败诉的案件。

在二审判决书中，广州中院认为该食品检验单位对阿明作出离岗休息的决定不能举证经过阿明本人同意或经双方协商一致，属于不提供劳动条件及变更劳动合同的行为，且该单位称已足额发放离岗休息期间工资报酬这一事实不具有阻却违法的效力；加之该单位并未提供证据证实阿明需要停止工作予以医疗，阿明本人也没有向该单位提出要求给予医疗期待遇，因此该行为违反了《劳动合同法》的规定。此外阿明“从事食品检验工作，现行法律、法规、其他规范性文件及行业要求均无禁止艾滋病感染者从事这一岗位的工作”，因此该单位认为阿明“作为艾滋病感染者不再适宜继续工作于法无据”。特别需要提及的是的该判决书中还专门写明“艾滋病本身并不可怕，可怕的是对艾滋病的无知和偏见，以及对艾滋病患者的歧视”。<sup>1</sup>随后这一判决引起了国内外媒体的多方关注。

几乎是在与阿明案二审判决的同一时间，四川内江的谢鹏也经历了与阿明类似的不愉快经历。2017年3月，内江某公司采用面试方式招聘员工，谢鹏从十多名竞争者中胜出并于次月进入该公司。2017年5月该公司通知谢鹏转正并安排其到医院进行入职体检，谢鹏被检测出HIV抗体阳性后该公司以体检不合格为由告知其离岗休息。同年11月，谢鹏向内江市劳动人事争议仲裁委员会申请劳动争议仲裁，次月仲裁委员会作出裁决认为该单位与谢鹏双方口头约定试用期

<sup>1</sup> 广东省广州市中级人民法院（2017）粤01民终8398号。

为 1 个月，此后 2 个月单位以谢鹏体检不合格不能聘用为由与其解除劳动关系，期间单位未与其签订书面劳动合同，故该单位应支付谢鹏双倍工资。至于谢鹏的其他诉求，因不符合法定情形，裁决不予支持。<sup>1</sup>

2018 年 1 月谢鹏向四川省内江市市中区人民法院起诉，除工资问题外还要求该单位与其订立书面的无固定期限劳动合同。之后在法院的调解下谢鹏与该单位达成调解协议，该单位支付谢鹏 2017 年 4 月至 2018 年 3 月期间未签订书面劳动合同的双倍工资 63000 元，且双方自愿签订为期两年的书面劳动合同。<sup>2</sup>此后谢鹏又针对公务员体检标准以及 HIV 自愿检测等问题，以对其进行体检的医院及当地疾病预防控制中心为被告提起民事诉讼，但法院对此认定相应医院对谢鹏进行抽血体检的行为不具有违法性，加之谢鹏“未举证证明侵犯隐私的违法加害行为和可受救济的隐私损害后果”，“更勿论两者之间的因果关系以及被告对损害的发生具有过错的问题”，因此驳回了谢鹏的诉讼请求。至于《公务员录用体检通用标准（试行）》第十八条关于“艾滋病，不合格”的法律位阶冲突以及其对自愿检测的突破问题在判决书中则未涉及。<sup>3</sup>

以上两个案例作为近年来中国艾滋就业歧视方面的典型案例得到了社会各界的广泛关注，各方媒体在报到时均强调艾滋就业歧视问题在法律以及社会层面得到一定改善。但如果仔细观察不难发现，无论是阿明案中对用人单位单方离岗休息决定的违法审查还是谢鹏案中基于未签订劳动合同而进行的司法调解均未对以公务员录用体检标准为代表的艾滋职业准入限制进行正面回应。也就是说，尽管以上两个案例在个人权利维护及社会宣导方面确实起到了一定的正面作用，但作为规范性文件《公务员录用体检通用标准（试行）》的合法性问题依然没有得到彻底的解决。更不用说在谢鹏案发展过程当中出现的“单位组织同事投票表决是否同意其回归岗位”的吊诡现象。此后 72 名律师及法律从业人员于 2018 年 4 月就“违法艾滋检测”问题联名向四川省内江市卫生健康委员会的致信也因“按照相关标准进行体检，符合相关规定”而不了了之。可见，关于艾滋就业歧视仍有诸多问题有待梳理。

---

<sup>1</sup> “男子入职体检查出艾滋丢工作，向法院提诉讼”，<http://news.sina.com.cn/sf/news/ajjj/2018-01-19/doc-ifyqtwzu7853273.shtml>

<sup>2</sup> 四川省内江市市中区人民法院调解笔录（2018）川 1002 民初 36 号。

<sup>3</sup> 四川省内江市市中区人民法院（2018）川 1002 民初 3293 号。

## 一、公务员体检标准背后的艾滋就业歧视

根据国际劳工组织于 1958 年《消除就业与职业歧视公约》中的界定，歧视是指“根据种族、肤色、性别、宗教、政治观点、民族血统或社会出身所做出的任何区别、排斥、优惠，导致剥夺或损害在就业和职业上的机会或待遇上的平等”。此后世界各国对歧视的形成因素界定虽稍有差异，但基本达成共识，就业歧视是指不以劳动者的劳动能力、工作经验、工作水平、专业技术等岗位所需的条件作为录用劳动者的条件，而是以与岗位工作性质没有必要联系的劳动者的身份、性别、地域、身份、户籍、种族、年龄、容貌或其他与劳动岗位职责无关的条件为标准，对劳动者求职过程中进行的区别对待，即排斥某些群体的少数劳动者从事某些劳动岗位，限制、剥夺他们劳动的基本权利。<sup>1</sup>而就业歧视中的健康歧视就是劳动组织和用人单位以劳动者的健康问题为由，作出的不合理地损害、剥夺劳动者在就业上享有的机会平等和待遇平等的权利的行为。<sup>2</sup>具体到艾滋病问题上，早在 1996 联合国即通过《艾滋病与人权国际准则》呼吁国际社会以及各国政府加大对艾滋病感染者及患者的关注力度，并通过落实相关法律扶持政策为艾滋病感染者及患者的平等就业权提供保障。此后诸如联合国 2001 年通过的《关于艾滋病病毒和艾滋病问题的承诺宣言》、国际劳工组织同年通过的《艾滋病病毒和艾滋病与劳动世界劳动行为准则》，联合国人权委员会 2002 年出版的《艾滋病病毒/艾滋病与人权国际指导方针》、联合国 2006 年通过的《关于艾滋病病毒/艾滋病问题的政治宣言》以及联合国人权事务高级专员署和联合国艾滋病规划署于 2006 年发表的《艾滋病与人权问题国际准则》等文件均对艾滋病感染者的就业歧视问题有所涉及。当然，在众多国际人权法规范中关于艾滋病感染者的就业歧视规定并非空穴来风，如早在 2000 年的纳米比亚就曾经发生过类似的案例，并引起了巨大影响。

申请者 N 原是西南非洲人民组织民族解放运动中的一名成员，1996 年 9 月他设法参军，在此期间他接受了 HIV 测试。两周后一位纳米比亚国防军医生通

---

<sup>1</sup> 周伟等著：《中国的劳动就业歧视：法律与现实》，法律出版社，2005，第 301 页。

<sup>2</sup> 蔡定剑主编：《中国就业歧视现状及反歧视对策》，中国社会科学出版社，2007，第 83 页。

知他的测试结果为阳性，部队不能录取他。一个月后，一份综合医学报告显示，N 的其他方面非常健康，并且为他检查的医生明确表明 N 的身体状况对于他为国家服役没有任何影响。

在法庭上，原告争辩纳米比亚防卫部队违反了 1992 年《劳动法案》，其中禁止雇佣中的“不公平方式”的歧视，以及对残障的歧视。纳米比亚国防军承认的确是因为 N 呈 HIV 阳性才拒绝他，但是否认这是不公平歧视，并指出在纳米比亚国防军中确实有军人被查出是 HIV 阳性患者，因为部队成立时 HIV 测试不是入伍体检中的一项，而且有些人员是在入伍后感染 HIV 的。事实上，由纳米比亚国防军提供的证据认为，军队一直遵循当一名纳米比亚国防军的士兵被诊断出是 HIV 携带者的时候，“尽可能不采取歧视政策”。这就表明在军队中存在着大量的 HIV 携带者。证据显示，在士兵入伍以后并没有接受过 HIV 测试。

法庭指出，仅仅进行 HIV 测试并不能决定入伍者是否适合在部队中服役，并提出：“如果军队没有也将不会测试（CD4 测试和病毒载量），那么也不应进行 HIV 测试，它并没有达到体检的目的。”法庭认为，HIV 携带情况不应成为申请者被排斥在国防军之外的合理标准，并且仅进行 HIV 测试并不能决定一个人对工作的合适与否。法庭因此指出，原告仅因其 HIV 携带者的情况而被纳米比亚防卫部队逐出这一行为是“不公平方式中的歧视”，这违反了《劳动法案》。

1

可以说这一案例在二十年后的中国仍然具有极强的启示意义。中国与世界多数国家一样均通过法律规范的方式明确“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”（《艾滋病防治条例》），但正如有学者所指出，中国目前禁止就业歧视的立法不少，但是对于何谓就业歧视以及就业歧视的具体表现形式并未明确界定，导致实践中到底哪些是歧视性行为，界限模糊，难以处理。<sup>2</sup>比如在中国公务员录用制度中，体检是录用公务员必经的法定程序之一，带有明显的强制性，具有行政检查的法律性质。在录用过程中，体检的结果并不是用作综合判断的参考因素，而是直接决定淘汰与否的决定性因素。<sup>3</sup>围绕着公

<sup>1</sup> 蔡高强著：《非洲艾滋病问题研究》，浙江人民出版社，2014，第 146-147 页。

<sup>2</sup> 喻术红：《反就业歧视法律问题之比较研究》，载《中国法学》，2005 年第 1 期。

<sup>3</sup> 蔡定剑主编：《中国就业歧视现状及反歧视对策》，中国社会科学出版社，2007，第 374



务员录用体检以及相关体检标准的就业歧视频繁发生,近 2 亿的健康弱势人群的平等就业权利受到影响。<sup>1</sup>也正因如此,2004 年人事部、卫生部公布的《公务员录用体检通用标准(试行)》第二稿将在第一稿中引起社会上极大争议的乙肝病原携带者、艾滋病病毒携带者等原属于体检不合格人群改列为合格人群,在一定程度上试图修正公务员录用过程中的就业健康歧视。现行的《公务员录用体检通用标准(试行)》第十八条规定为“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”,但与此同时在作为操作细则的《公务员录用体检操作手册(试行)》第 18.1.7 条中又同时规定“《标准》本条款中所指的艾滋病,包括其各临床分期。与乙型肝炎病毒携带者所不同的是,不存在艾滋病病毒携带者这一概念。因此,HIV 感染的诊断一经确定,即作体检不合格结论”,这无疑在实践当中架空了 2004 年对“艾滋病”与“艾滋病携带者”两个概念的区分与修改。除了艾滋病问题外,职业准入体检当中大量存在的严重慢性病或各种传染性疾病往往有严重程度和是否处于传染期之分,只有当病情的严重性达到一定程度,或处于传染期才会严重影响职责的履行。显然,这对于那些虽患有此类疾病,但并未达到一定严重性和传染性的报考者而言,体检标准也构成了“过多包含”,伤及了无辜。<sup>2</sup>如上引纳米比亚案例中法庭所指出的一样,“如果没有也将不会测试(CD4 测试和病毒载量),那么也不应进行 HIV 测试,它并没有达到体检的目的”。从更宏观的角度而言,这种“法律——行政法律——部门规章——操作规程”层层加码的制度性歧视将法律的相关规定进行了不当的缩小解释,从而违反了立法的宗旨。<sup>3</sup>在艾滋就业歧视方面我们无奈地再次证实了这一结论,即对艾滋病感染者权利保障的相关法律规定在下位法对上位法的“细化”实践过程当中(《艾滋病防治条例》——《公务员录用体检通用标准(试行)》——《公务员录用体检操作手册(试行)》)竟然被消解成为了与上位法截然相反的状态。也正因如此,在 2010 年以来除了上述引文中所提到了广东阿明案与四川谢鹏案之外,中国还存在着七起艾滋就业歧视诉讼,而在这近十起诉讼当中无

页。

<sup>1</sup> 郭彬、黄诗欣、杨琦:《公务员录用体检标准下的制度性歧视》,载刘小楠主编:《反歧视评论》第 2 辑,法律出版社,2015 年。

<sup>2</sup> 周伟等著:《中国的劳动就业歧视:法律与现实》,法律出版社,2005,第 71 页。

<sup>3</sup> 刘小楠、王理万:《守护就业机会平等的底线正义——2011 年公务员招考中六部门就业歧视状况的调查报告》,载刘小楠主编:《反就业歧视的理论与实践》,法律出版社,2012,第 232 页。

一例外均是由录用体检标准（包括公务员录用体检标准以及以此为基础的教师资格体检标准、事业单位人员录用体检标准等）而引发，且在阿明案之前无一例胜诉案件。

时间	地点	当事人	案件类型	案件结果
2010	安徽安庆	小吴	报考某学校教师职位体检被拒	一审二审均败诉 <sup>1</sup>
2010	四川攀枝花	小军	报考某小学教师体检被拒	一审二审均败诉 <sup>2</sup>
2011	贵州三都	小海	报考某学校体检被拒	不予受理 <sup>3</sup>
2012	江西南昌	小齐	报考某中小学体检被拒	调解获赔 4.5 万 <sup>4</sup>
2013	江苏镇江	陈新	报考镇江新区管委会下属新区某局体检被拒	调解获赔 4 万 <sup>5</sup>
2015	江西上饶	王克	报考市直事业单位基层遴选工作人员考试体检被拒	一审败诉，二审中获得 5 万补偿费后撤诉 <sup>6</sup>
2015	贵州黎平	李成	某中学特岗教师留任体检被拒	获 9800 元经济补偿 <sup>7</sup>

<sup>1</sup> 该案的全部法律文书详见李楯著：《艾滋病与人权：疾病预防与就业平等》，法律出版社，2012，第 71-100 页。

<sup>2</sup> “艾滋病就业歧视案再现 四川 HIV 携带者状告人事局和教育局”，[http://www.chinadaily.com.cn/dfpd/sc/2010-10/21/content\\_11439033.htm](http://www.chinadaily.com.cn/dfpd/sc/2010-10/21/content_11439033.htm)

<sup>3</sup> “代课老师患艾滋遭就业歧视诉至法院却不予立案”，[http://career.eol.cn/kuai\\_xun\\_4343/20111025/t20111025\\_698335.shtml](http://career.eol.cn/kuai_xun_4343/20111025/t20111025_698335.shtml)。周伟教授称其在对北京市益仁平中心陆军先生的访谈中得知，该案法院在法律规定的期限内并未通知予以受理，也没有裁定不予受理，参见周伟：《从身高到基因：中国反歧视的法律发展》，载《清华法学》，2012 年第 2 期。

<sup>4</sup> “江西首例艾滋就业歧视案原告顺利获赔 4.5 万元”，[http://china.cnr.cn/ygxw/201301/t20130129\\_511879911.shtml](http://china.cnr.cn/ygxw/201301/t20130129_511879911.shtml)

<sup>5</sup> “体检 HIV 阳性被拒入职 原告起诉要求道歉赔偿”，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2013/11/id/1149369.shtml>

<sup>6</sup> “公考第一被拒录，上饶艾滋感染者起诉后获偿五万”，[http://www.sohu.com/a/146544638\\_166989](http://www.sohu.com/a/146544638_166989)

<sup>7</sup> “国内艾滋病就业歧视案首次胜诉 国外感染者就业如何保障”，[http://news.ifeng.com/a/20160513/48765200\\_0.shtml](http://news.ifeng.com/a/20160513/48765200_0.shtml)

有学者认为以公权力部门为主导的录用体检项目之所以如此设置，很大程度上源于对就业体检和一般健康体检的混淆，以及长期对个人隐私权利的漠视。就业体检是为了检查求职者是否能够胜任工作，应当只限于能否胜任工作有关的项目，这样才能在保证用人单位的用工自主权的同时，最大程度地保障劳动者的身体自主权以及隐私权。<sup>1</sup>不过从《公务员录用体检通用标准（试行）》第十八条之文本规定来看，这种对特定传染性疾病的检查设置似乎在目的上并不完全是出于对任职者的身体素质之判断，而是基于对公共健康与个人隐私之间的利益衡量结果。也就是说，对就业领域当中合理的健康限制大致可以分为两个方面：一是能否保证公共卫生安全，即非健康群体就业是否会造成疾病扩散，是否会危害公众的安全；二是非健康群体是否符合相应岗位的体质条件，即在体力、技能、智力上能否胜任工作。换言之，除去劳动关系双方对是否胜任工作的“健康”概念纷争外，假如在没有保证公共卫生安全、防止疾病扩散的情况下，允许传染病人与健康人群同时就业，势必会导致疾病流行。<sup>2</sup>基于公共健康原因而对个人的部分特定权利进行一定程度的限制是符合宪法基本权理论的，但问题是在就业准入层面的艾滋检查并没有很好地解释清楚以上两种存在冲突的价值导向在该问题上的具体博弈。医学领域中早已明确了 HIV 病毒的具体传染途径，那么如果是出于对工作场域中他者的健康保护目的而对艾滋病进行职业准入限制就必须证明这种疾病在具体的工作场域中存在着明确的危险性，即便在某种工作类型中的确存在某种程度的危险，那也应当是明确限定的具体职业范围，<sup>3</sup>而非从广义上对特定疾病进行“危险”意义的标签化处理，这种做法显然将“或然风险”与“实际风险”进行了混同。

“我觉得一个比较好的方式是国家明确规定哪些行业禁止艾滋病感染者的准入，比如说食品加工、婴幼儿用品之类的，尽管这个标准还可以具体讨论，但

---

<sup>1</sup> 刘潇虎：《中国公民身体和健康状况与就业权报告（2010-2011 年度）》，载刘小楠主编：《反就业歧视的理论与实践》，法律出版社，2012，第 193-194 页。

<sup>2</sup> 蔡定剑主编：《中国就业歧视现状及反歧视对策》，中国社会科学出版社，2007，第 83 页。

<sup>3</sup> 不乏有学者曾提出对艾滋病感染者的职业准入明细设想，只是此类设计还需要强有力的医学论证支撑。可参见周贤日：《平等就业权的实现障碍和解决思路——以近五年平等就业权五案为分析对象》，载刘小楠主编：《反就业歧视的机制与原理》，法律出版社，2013，第 230 页。

绝不能用公务员这个体检标准变成了一个一般性的限制，因为很多单位都是直接适用公务员这个（体检）标准的，这就存在一个滥用的问题。这样歧视的范围就在无形中被扩大了，反过来就是在逐渐缩小。”（谢鹏）

有学者曾指出统一体检标准将各种序列的、毫不相干的没有可比因素的职位都放在一个标准中，主要是基于操作简便、节约社会成本的考虑，但这种做法在片面强调体检工作效率的同时也极大地牺牲了体检的公正性和科学性，并从根本上违背了国家公务员体检标准的立法目的。<sup>1</sup>而如若在一般职业中这种所谓的“危险”乃是一种想象中的“危险”，那么这种基于所谓公共健康而对艾滋病感染者的权利限制就无疑是一种赤裸裸的歧视。此外在公务员录用过程中，国家机关作为录用主体具有特殊性，国家机关既是就业政策法规的制定者，又是就业政策法规的具体实施者，因此公务员就业中的歧视现象首先是一种制度性歧视。<sup>2</sup>也正是在这样一种背景下，社会中大量用人单位（特别是事业单位、国有企业以及规模较大的民营企业）的体检标准通常采取了“参照国家公务员体检标准”的模式，虽然有时这种标准的统一化处理是无意识的，但这无疑在客观上加深了制度性歧视的社会属性。如笔者在对一位艾滋病感染者的访谈中就得知，即便相应细节化的规定已然经过修改，但是在操作实践当中这种检测基于政策惯性却很难被同步修正。

“我没毕业之前就知道自己感染了，所以在毕业找工作的时候就很留意这个问题。我读的师范专业，所以对口就是去当老师。当时也有人告诉我让我找个‘代检’好了，可能是我胆小吧，最后还是没找。不过我毕业那会儿像G省在教师资格体检标准中已经取消HIV这项了，当时新闻上还说过。我当时想着那就专门找那个省份的工作就好了。可是后来发现根本不是这么回事，因为各个单位在招聘信息中用的体检标准不一样，有的用的是这个教师资格体检标准，有的用的是事业单位体检标准，有的甚至用的还是国家公务员体检标准。所以我的选择就很少了。不过最后我还是找到了个用教师资格体检标准的单位，后来笔试面试也都过了。可是没想到啊，等他们人事领着我们去体检的时候我一拿到体检单就傻

---

<sup>1</sup> 周伟等著：《中国的劳动就业歧视：法律与现实》，法律出版社，2005，第47页。

<sup>2</sup> 周伟等著：《中国的劳动就业歧视：法律与现实》，法律出版社，2005，第5-6页。

眼了，明明写着有 HIV 抗体这项啊。可我也不能真去抽血啊，那不就彻底暴露啦。所以我就跟带队的人事说你这体检项目不对啊，那人事估计从来都没想到过这茬儿，她也不知道，还一个劲问我怎么不对了。后来我实在没办法就把她拉到一边瞎编说我说我得过梅毒，按你们的招聘信息上不查这个的。我当时想梅毒怎么也比艾滋好点。她也懵了，还马上用手机查，说得去找主管体检的医生沟通。那会儿的事儿我这辈子都忘不了，当时她是挺小心跟医生说的，可是那医生听完马上特别大声的说传染病怎么可能不查！我们同一批一起去体检的四五十号人都在门口等着叫号抽血，大家一听都看着我交头接耳，我当时真是恨不得马上消失。”（小政）

制度逻辑和生活逻辑之间的矛盾，是制度实施过程中遭遇各种负面力量，或者自己被破坏的根本原因。在现实中，二者之间的冲突常常表现为一个中国人习以为常甚至已经熟视无睹的问题：如何协调普遍性制度同地方性生活之间的关系。面对这样一种矛盾问题有学者不无无奈地认为制度与生活在逻辑上的不可通约性几乎是不可能从根本上获得解决的。<sup>1</sup>在艾滋病的就业歧视上这一问题同样矛盾尖锐，无论是操作细则对法律规范的异化，还是社会生活领域中几乎是无意识地对法律规则的漠视，都反映出即使政府明确了“不歧视”的政策，甚至出台了专门的法律规范，也无法从根本上解决艾滋病的歧视问题。<sup>2</sup>与此同时不可否认的是，即便相应的法律指引未必如同立法者所预想的那样发挥作用，但具有国家强制力的法律毕竟真实存在，尽管制度与生活存在如此的张力，然而在日常生活中，制度不断建构生活，生活也在不断建构制度，制度使生活发生改变的动力不是来自制度与生活在逻辑上的契合，而是来自制度之外不平等的权力关系。<sup>3</sup>如在前文中所表明的，从 2010 年的吴某案到 2017 年的阿明案，在司法意义上的艾滋就业歧视应当说已然有了一个“完满”的结局，但根据笔者先后与两位进行的访谈，让笔者意外的是，两当事人不仅在法律意义的结局不同，在现实生活中的走向也有着极大的反差。如吴某虽然在案件中败诉，但经过当地民政部门的“协调”，吴某后再次考入了某地乡镇学校的教师岗，原因在于该地区的入职尚未将

<sup>1</sup> 李友梅著：《中国社会生活的变迁》，中国大百科全书出版社，2008，第 13 页。

<sup>2</sup> 张晓虎著：《艾滋病问题的双向建构》，知识产权出版社，2013，第 13 页。

<sup>3</sup> 李敏著：《制度如何制造不平等：一个北方城市贫困女性社会排斥的制度分析》，中国社会科学出版社，2015，第 187 页。

HIV 病毒检测纳入到体检当中，用吴某自己的话说，“最终也算是进入到了体制内”。相反，阿明虽然在法律意义取得了胜诉，但早在判决结果出现前，阿明就已经进入到其他单位工作，在访谈中阿明也不无无奈地表示“当然没办法再在原单位工作了”，“这样坚持主要是为了群体的社会利益”。

那么接下来的问题就是，法律虽然可以禁止人们歧视感染者，但是社会对于感染者的恐惧依旧存在，而法律无法禁止人们如何想象艾滋病与感染者。<sup>1</sup>权利诉求在法律层面的呈现或许可以催生出新的法律制度，但这却并不代表着必然会随之形成社会结构性的改变，也就是说，法律场域中的胜利并不必然完成社会场域中的进步或改革，甚至法律修正之结果是否构成在实践意义上的目标达成仍然受制于多重因素的牵制。如有学者曾指出，在集体所有制意识形态非常强烈的地方，“非正式的”机制——特别是流言蜚语——在交流和实施可接受的行为中非常有效，公众评价的非正式压力可能会胜过表面上的正式规则。<sup>2</sup>我们虽然不能简单地将绝大多数的工作场域直接地界定为“集体所有制意识形态非常强烈的地方”，但我们必须承认其相对个体的主观能动性而言工作场域会更加凸显集体对个人的附加性限制与约束，人们全部或部分的生活或主动或被动地被捆绑于其中，而正式规则往往以更宽泛的形式覆盖于相对庞大且松散的社会整体，因此相对于松散的社会整体而言，更为集中且紧密的特定场域对个体人生活的非规则性干涉就会尤为强烈。

## 二、从法学意义的歧视到社会学意义的社会排斥

加里·贝克尔曾指出，“通过知识的传播，对某群人‘无知’的情形可以很快消除。可是偏见（即作为一种‘偏好’的偏见）就不同，相对来说，偏见与知识的关系不大”。<sup>3</sup>如其以犯罪为例阐述公共政策在个人偏好形成方面所能起到的影响，“犯罪数量不仅取决于理性和愿意成为罪犯的偏好，还取决于公共政策所营造出的经济和社会环境，这些公共政策包括花在警察上的费用、对各种犯罪

---

<sup>1</sup> 罗士翔：《反 AIDS 歧视与法律动员——以台湾 AIDS 防治法制为中心（1981-2009）》，台湾大学硕士学位论文，2010，第 2 页。

<sup>2</sup> [美]劳伦斯·罗森著，彭艳崇译：《法律与文化：一位法律人类学家的邀请》，法律出版社，2010，第 13 页。

<sup>3</sup> [美]加里·贝克尔著，于占杰译：《歧视经济学》，商务印书馆，2014，第 19 页。

行为的惩治力度、就业机会、学校教育及培训计划等”。<sup>1</sup>在艾滋就业歧视领域中这种公共政策所能起到的影响性作用也同样显著，在普遍歧视的情况下，问题的关键不是如何立法决定这种歧视是非法的行为，而是要在司法实践中确定歧视艾滋病感染者和病人的行为就是犯法行为并予以必要的制裁或处理，在社会普遍存在歧视心理和行为的情况下这种处理特别困难但意义重大。<sup>2</sup>从这个层面上来看，单纯法律意义上对歧视的否定性评价可能并不会完全解决歧视行为的发生以及歧视心理的增强，毕竟法律不是解决所有问题的灵丹妙药，社会学、经济学和人类学通过分析歧视产生和包含的社会偏见及固有传统观点的各种表现，加深人们对歧视作为一个社会问题的理解。<sup>3</sup>

比如在一项针对社会公众之于艾滋病感染者态度的实证调研中，调研者认为一般性的令人同情、帮助意愿以及有关就学、就医与工作权问题的整体分析倾向于正面。然而当调研者对受访者连续两年态度的对比观察却发现，此正面态度并未随年增加，上述最为正面的就医权态度反而随年显著递减。<sup>4</sup>也就是说，知识层面的普及并不必然带来排斥心理乃至歧视行为的改变。当然，研究者也强调，影响民众对艾滋病感染者态度的过程是复杂多元的，包括民众艾滋病知识的影响、传播管道的运用等等诸多面向。但值得注意的是，同一种因素在不同的阈限之内所可能发挥的作用确实存在较大差异，如民众对艾滋病的知识掌握上，研究者称知道明确的艾滋病感染途径使得大部分受访者并不担心会感染艾滋病，<sup>5</sup>这种对知识的普及一方面有效地减缓了艾滋恐慌，使得在疾病预防的层面取得了显著效果，但另一方面却也加深了普通民众将自身与艾滋病感染者进行二元区隔的倾向性，而当这种区隔发展到一定阶段就极易形成潜在的艾滋污名，这反过来会削减民众对艾滋病感染者的包容心态。再如宣导内容上对“高危”行为易导致疾病感染的强调，忽略了艾滋病客观的社会、文化、政治与经济等因素，以及主观的病者经验。<sup>6</sup>这些影响面向在不同的受众身上都会产生具有明显差异性的主观认知。换言之，民众对艾滋病的实用性态度可左右其对艾滋病患与感染者权益与

---

<sup>1</sup> [美]加里·贝克尔著，于占杰译：《歧视经济学》，商务印书馆，2014，第193页。

<sup>2</sup> 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，2006，第117页。

<sup>3</sup> 李薇薇主编：《禁止就业歧视：国际标准和国内实践》，法律出版社，2006，第9页。

<sup>4</sup> 徐美苓著：《艾滋病与媒体》，上海译文出版社，2008，第175页。

<sup>5</sup> 徐美苓著：《艾滋病与媒体》，上海译文出版社，2008，第177页。

<sup>6</sup> 戴宇光：《台湾的艾滋病与权益》，载《应用伦理研究通讯》（第1期），1997年。

其他相关态度，但唯有对民众近身性较高的态度面向，艾滋病的象征性态度方能发挥其影响力。<sup>1</sup>也正是在这样一种背景之下，对歧视定义的讨论越来越多地选择在特定的情景中进行，因为在特定情景中“歧视”（区别对待）具有文化“合理性”。<sup>2</sup>

如张千帆教授曾以乙肝病毒为例提到，尽管一些特定的传染病病毒只会在某些既定渠道中传播，但传染病病毒携带者的存在仍然可能使他的同事们感到一种莫名的“不爽”，从而影响工作效率，但更适当的解决办法不是禁止实际上无害的传染病病毒携带者参加公务员工作，而是普及医学知识，使领导们和工作人员消除不理性和不必要的心理恐惧。<sup>3</sup>换言之，尽管抛去明确外在歧视行为的“疏离”态度并不会必然成为法律所规制的对象，但公权力与此同时承担着另外一种义务，即通过不仅仅是知识，还有价值观的导向性普及以完成这种潜在歧视氛围的破除。而如果从中国艾滋污名的形成角度来看，作为公权力的政府不但在最初并未进行主动作为从而引导大众传媒对艾滋病的正面宣传，以使得在公众意识中逐渐对“艾滋病”恐怖标签化，甚至在某种程度上说这种态势的演化本身就存在公权力的不当引导。一种消极性的社会氛围一旦形成，法律作为社会调整方式之一虽然可能会起到一定的抵制作用，但这种作用的局限性也异常明显，从某种程度上说，法律的“兜底控制性”功能要远远大于“预防指引性”功能。如一名感染者原本在事业单位从事文职工作，刚刚确诊时出于无人倾诉的精神压力而将自己的病情告知了比较要好的同事，没想到将单位闹得“鸡飞狗跳”，“上至大领导，下到打扫卫生的阿姨全都去做了彻彻底底的体检”，他本人也因此被迫主动离职，这一经历使得他对自己病情的戒备心理极强，正所谓“恰是一种倍感无助的失落感与少人关心少人问的绝望，这才是压倒骆驼的最后一根稻草”。<sup>4</sup>这种超越明确外在歧视行为的“疏离”在社会学领域中通常被表达为社会关系层面的一种社会排斥问题。

林亨（男性，四十岁）是一名政府公务员，由于在工作期间突发急病而被单

---

<sup>1</sup> 徐美苓著：《艾滋病与媒体》，上海译文出版社，2008，第179页。

<sup>2</sup> 李薇薇主编：《禁止就业歧视：国际标准和国内实践》，法律出版社，2006，第89页。

<sup>3</sup> 蔡定剑、张千帆主编：《海外反就业歧视制度与实践》，中国社会科学出版社，2007，第10页。

<sup>4</sup> 侯荣庭著：《艾滋病人群自身重构研究》，华中科技大学出版社，2018，第102页。



位同事送往医院，在住院检查中被查出感染 HIV 病毒。医院随即将其转往定点医院进行医治，并要求其在出院后尽快前往疾控中心登记并开始抗病毒治疗。尽管他本人并没有确凿证据证明单位领导及同事得知这一情况，但他反复强调自从该事件后自己在食堂用餐的餐具被厨房人员“单独处理”。且此后每当单位组织集体活动时，领导都会特别“询问”他是否要参加，不久后他还被“调去”相对偏僻的工作地办公。这一系列的遭遇使得林亨精神极度紧张，屡次拒绝疾控中心工作人员的随访调查，虽然他本人有通过网络的形式联系到当地的志愿服务组织了解相关信息，但直到笔者最后联系当事人为止，仍拒绝与疾控中心取得任何形式的联系。尽管其所在单位并没有作出任何的明确决定，但其本人在与志愿者的沟通中也多次表示“干不下去了”。

社会排斥概念源于 20 世纪六七十年代的法国，最初在研究贫困问题和社会不平等的过程中出现，后其含义不断地得到更新和扩展，成为描述和分析在个人和群体以及更大的社会之间建立团结上所存在的障碍与困难的一个新方法，<sup>1</sup>主要用来指个人与社会整体之间关系的断裂或个人脱离于整体之外。特别值得注意的是后续在对社会排斥概念的解析过程中，经济维度不再是唯一因素，诸如因社会权利等方面未能兑现而对当事人造成的负面影响开始受到越来越多的重视。如有学者认为社会排斥是人的基本权利遭到否定的结果，是对民主社会的诸项原则和民主社会本身的严重破坏，是对公民的政治和社会的诸项权利的否定，也是对公民身份的否定。<sup>2</sup>具体而言这里所谓的公民身份又可细分为四个维度，“公民政治融合意味着成为民主制度中的一个平等公民；经济融合意味着拥有工作，发挥有价值的经济作用，能够自食其力；社会（服务）融合意味着可以获得国家提供的社会服务的帮助；人际融合意味着当需要时家庭、朋友、邻里和社会网络可以提供照顾、友情以及伦理的支持”。<sup>3</sup>通过上文中对艾滋就业歧视的分析就可

---

<sup>1</sup> [法]皮埃尔·斯特罗贝尔撰，冯炳昆译：《从贫困到社会排斥：工资社会抑或人权社会？》，载《国际社会科学》，1997 年第 2 期。

<sup>2</sup> H. Silver, Three Paradigms of Social Exclusion, in G. C., Gore Rodgers and J. B. Figueeredo eds, *Social Exclusion: Rhetoric, Reality, Response*, Geneva: International Institute for Labour Studies, 1995, pp.56-79.

<sup>3</sup> J. Bergham, *Social Exclusion in Europe: Policy Context and Analytical Framework*, in G. Room ed, *Beyond the Threshold: The Measurement and Analysis of Social Exclusion*, Bristol: The Policy Press, 1995, p19.

以发现,单纯从就业机会经济层面无法完整地分析在工作领域中艾滋病感染者所承受的歧视性不利后果,因为这种后果的产生除了在制度层面的负面塑造之外还受制于社会乃至政治层面的环境束缚,因此从多维度的社会排斥理论角度去分析艾滋就业歧视或许能够为我们提供更为清楚的视角。

此外相对于法学视角下作为一种明确外在行为表现的歧视而言,社会排斥更加强调整体性,“指全部或者部分地被排除在决定个体参与社会整合的经济、社会、文化体制之外的一个动态而多向度的过程”。<sup>1</sup>它不仅关注研究对象被排斥的结果,而且关注这一结果的形成过程,强调排斥的实现过程以及造成现状的机制,与此同时还试图找出造成这些排斥现象的主体以了解它们是如何以及为何要实施排斥的。也就是说,社会排斥除了关注特定个体在某种社会权利上的丧失外,还非常强调这种权利减损的过程性,即“社会成员希望以公民的身份参与社会而被他们不能控制的社会因素阻止了”,<sup>2</sup>以致最终社会成员的公民权利没有得到实现的渐次顺序。这其中当然就存在着接纳和排斥两种社会行动者的互动,那么处理社会排斥的另外一个重要方面就是确认这些行动者,并理解他们如何和为什么排斥其他人,<sup>3</sup>而这对于理解在特定的工作场域中的个体如何选择被排斥对象以及怎样将制度性的歧视或反歧视规定实施到实际活动当中无疑具有非常大的指导意义。

正是由于“社会排斥”概念的模糊性和不确定性,在语义上具有灵活性等优势,并且具有追求社会正义、多样性以及保护权利等目标,社会排斥概念在出现后也迅速对主流的发展话语产生了很大的影响,推动主流发展模式的变化。<sup>4</sup>特别是在众多对社会排斥的概念梳理中学者们达成了—个基本的共识,那就是社会排斥概念的独特之处是其主要聚焦于社会关系议题,即不足够的社会参与、缺乏社会整合和缺乏权力。<sup>5</sup>因为有些社会排斥的结果并非完全源自个人的主观意图,

---

<sup>1</sup> Matt Barnes, *Social Exclusion in Great Britain*, Ashgate Publishing Limited, 2005, p15.

<sup>2</sup> L. Richardson and J. Le G., *Outside and Inside Expertise: The Response of Residents of Deprived Neighborhoods to an Academic Definition of Social Exclusion*, *Social Policy and Administration*, 2002, 36 (5) : 496-516.

<sup>3</sup> 陈树强:《社会排斥:对社会弱势群体的重新概念化》,中国社会科学院社会政策研究中心研究报告,2002年。

<sup>4</sup> Carine Clert, *Evaluating the Concept of Social Exclusion in Development Discourse*, *The European Journal of Development Research*, 1999, 11 (2) : 176-199.

<sup>5</sup> G. Room, *Social Quality in Europe: Perspectives on Social Exclusion*, in W. Beck, L. Van der Maesen and A. Walker ed, *The Social Quality in Europe*, London: Kluwer Law International,

而是与制度、机构及其被排斥者以外人员等社会设置有着密切关系。<sup>1</sup>单单在法律制度中制定相应的程序弱化歧视故意是远远不够的，当歧视在毫无故意的情况下发生时，它就要求歧视的主体对其行为后果具有高度的敏感性和觉悟性，歧视的受害人能够意识到他们所受到的损害以及应该得到的保护。<sup>2</sup>从这个意义来看，相比较于单纯的外在歧视行为所造成的权利受损而言，社会排斥理论更有助于我们理解弱势群体如何透过不同的过程被排斥于主流社会之外，进而被边缘化。当然，如果我们单纯以“贫困”的角度去理解社会排斥中的“弱势群体”的话，那么或许在艾滋病问题上这一理论的可适用性就会大打折扣，因为与传统的“弱势群体”相比，艾滋病感染者本身并不必然具备那些诸如贫困、明显疾病症状显现（与艾滋病患者相比而言）的传统“弱势”特征。

“其实很多的感染者都是很优秀的，他可以养活自己，甚至他们的生活还是处于社会的中上游，所以这些人他们不需要被‘特殊照顾’，他们完全可以应付自己感染 HIV 的事实。就拿我自己来说，我觉得就我目前的情况，艾滋病没有对我造成什么实质的影响，所以我不需要说被谁‘照顾’。我现在的诉求就是平等，我去任何一个医院都有可以看艾滋病的科室。”（谢鹏）

但相反如果我们把“弱势群体”理解成为那些在维护自己的正当权益方面处于“弱势”的社会群体的话，那么将艾滋病感染者划分为“弱势群体”就并无不当。可见之所以能够使用社会排斥理论对艾滋病感染者的就业困境进行分析的原因即在于社会排斥除了指向一个社会中存在两种社会层级的危机，它还包含了福利依赖层的重新组合，代表着比社会不平等更复杂的意义。<sup>3</sup>因此社会排斥既是因为歧视和权利得不到实现而造成的综合结果，它也是歧视性决策和行动的构成因素。如一个社会的政治、社会和经济的精英按照自身利益来行动，通过使用社会封闭限制外部人获取有价值资源的渠道从而将其他成员排斥在社会之外，

---

1997, p256.

<sup>1</sup> Percy Smith, J., *Policy Responses to Social Exclusion: Towards Inclusion?*, Buckingham & Philadelphia: Open University Press, 2000, pp.45-56.

<sup>2</sup> 李薇薇主编：《禁止就业歧视：国际标准和国内实践》，法律出版社，2006，第 15 页。

<sup>3</sup> Robboms, D., *Social Europe towards a Europe of Solidarity: Combating Social Exclusion*, European Community, 1995, p12.

且被排斥者不能修补其弱势。但需要注意的是这些限制在后续的发展过程中还可能会超出一些单个个体或实体所能控制的范围,也就是说社会排斥的形成本身可能是出于某些特定人群的主观制度设计,但当这种制度构建完成之时其反而会超越排斥施加者的主观评断,<sup>1</sup>在这种制度背景之下个体的评断会受制于前期已经形成的制度模式。这也非常形象地解释了在田野调查中大量存在的“我不歧视艾滋病感染者,但我也并不想和他们共事,万一一不小心传染了可怎么办”的现象。

此外需要说明的是,将社会排斥的视角放在社会整合的宏观背景之下进行社会学层面的研究无疑具有巨大的理论意义,但与此同时如果没有意识到公民权利在社会排斥分析中的意义,那么讨论社会排斥的意义也就被降低了。从某种意义上讲个人被社会所排斥就是个人作为公民参与国家、社区、市民社会活动权利没有实现或者没有完全实现的问题。<sup>2</sup>有学者则具体指出,社会层面对艾滋病的社会排斥是“由于生存的危机感以及泛道德化的宣传导致的社会普通群体对艾滋病人的排斥,侵犯艾滋病人的合法权利往往都是伴随发生的过程”。<sup>3</sup>笔者认同这里所提到的对艾滋病形成社会排斥的两种主要动因,并且在两种动因中,以往学界所强调的道德评判之重要性随着社会道德观念的多元化发展倾向而逐渐被个体所“主观认知”的生存危机所代替。但无论是原本对艾滋病及其感染途径的道德判断还是后期基于对不可治愈性传染病的内化恐惧,都并不必然指向特定的个体。正如田野中那些“后知后觉”曾与艾滋病感染者有密切生活接触的人们而言,原本主观上对艾滋病的排斥心理会随着客观生活中的传染不能而获得一定程度的消解(如谢鹏案中其同事们的“民主投票”)。当然事实上我们也必须承认现实生活中那些大量存在的因知晓身边工作生活领域中艾滋病感染者的“在场”而随之出现极度恐慌心理的现象。但笔者更倾向于认为这种情况乃是因为人们对原本只是符号化的艾滋排斥具体连接到了某个特定的艾滋病感染者身上,那么此时该艾滋病感染者无论对其工作生活是否已经或将要产生具体的现实威胁,原本的那种符号化的排斥心理都在潜移默化地增强着对该特定对象的指向。也就是说,这里展现出了一个让人无可奈何的现实,即只要具体的艾滋病感染者对于他者而

---

<sup>1</sup> 丁开杰著:《社会排斥与体面劳动问题研究》,中国社会科学出版社,2011,第23页。

<sup>2</sup> Saraceno, C., *The Importance of the Concept of Social Exclusion*, in Beck, W.; Maesen, L.; Walker, A. ed, *The Social Quality of Europe*, Bristol: The Policy Press, 1997, p146.

<sup>3</sup> 聂开琪:《论社会排斥的法律消解——以艾滋病病人社会排斥问题为核心》,载《云南大学学报》(法学版),2010年第5期。

言是“隐藏”的，那么他者即便对符号化的艾滋排斥相当强烈，也仍然不会连接到该特定感染者的身上。换言之，与其说所有的艾滋病感染者都处在社会排斥当中，倒不如说这种社会排斥的风险仅仅具体体现在那些将自身感染事实与符号化的艾滋病形成公开连接的特定个体。基于自我保护意识而形成的外在排斥通常需要有一个客观具体的指向对象，而艾滋病感染者的在场恰好充当了这个对象。更为严重的是，鉴于目前医疗水平下艾滋病的不可治愈性（并非不可治疗或一定传染），这种连接一旦形成则无法解锁，那么在后续的过程中，尽管法律从结果上试图通过反歧视类的具体规范来打破这种对特定个体的实质侵权行为，但其背后的那种隐形制度（对艾滋病符号的社会排斥）仍然在“逼迫”着他者将艾滋病符号与艾滋病感染者之间的捆绑锁链。除此之外我们还要认识到，这种艾滋病符号的社会排斥还不仅仅体现在作为他者的身上，事实上在艾滋病感染者方面，这种艾滋病符号与自身作为感染者主体之间的勾连同样会造成一系列的负面后果，如上文中所提及的在田野中大量存在的艾滋病感染者从工作领域“主动”辞职即是里所谓的负面后果展现之一。

### 三、制度之外自我与他者的歧视认知与应对

许多调研数据都表明中国存在较为严重的艾滋歧视或者说是排斥现象，如卫生部 2004 年《中国居民艾滋病常识及态度和行为状况研究报告》、中央党校 2009 年《中国艾滋病病毒感染者歧视状况调查》等等。但需要说明的是，事实上由于调研对象、调研方法的不同以及书面态度阐述与实际行为选择之间的偏差，许多关于艾滋歧视的调查数据未必能够显示出真实情况，如在一项以艾滋病“高危人群”为对象的调研中显示，67.7%的人表示愿意与 HIV 感染者一起共事和生活；78.37%的人认为 HIV 感染者应该继续工作或学习；74.77%的人表示当得知与自己有亲密关系的人感染艾滋病后自己的反应是给予尊重、关爱和帮助。<sup>1</sup>这些数据与一些以艾滋病感染者为对象进行歧视状况的相关调查结果呈现出极大的矛盾。再如陈琦在以一个特定的自然村为田野地点而进行的调研中也通过定量研究的方式得出艾滋病感染者自我感知的社会排斥水平要高于普通村民表现出来的

---

<sup>1</sup> 沙莉、阮惠风著：《艾滋病高危人群宽容策略实证调查》，云南大学出版社，2014，第 134-135 页。

社会排斥水平，甚至艾滋病感染者自我感知的排斥维度（社会关系排斥>社区关系排斥>家庭关系排斥）以及不同性别、不同年龄的调查对象之间均存在着高低之分。<sup>1</sup>这其中除了不同行为主体想象中的内在态度与实际生活中的外在行为选择之间存在的割裂外，最可能的原因应该就是不同主体的主观感受与认知差异。

为了与已有的各类调研数据进行印证分析，笔者在 J 市艾滋病感染者的一次内部学习活动中邀请了 43 名艾滋病感染者进行了一项关于艾滋就业歧视的小型调查。与笔者所预想的不同，在“您是否曾遭受过艾滋就业歧视”这一问题上本次调研与学界其他已有调研的结果存在较大差异，其中仅 32.56% 的感染者声称自己曾遭受过艾滋就业歧视，类似的问题在如中国女性抗艾网络 2018 年所进行的调研数据中显示有近一半（47.74%）的被调研人员遭受过就业歧视。但如果结合其他问题就不难发现，之所以在此类问题上不同的调研数据会产生较大的分歧，其中一个主要的原因乃是不同主体在如何认知“歧视”上存在偏差。比如在另一问题“您在进入/调整工作前是否担心自己的感染情况会影响入职”上，有 90.7% 的感染者选择了“是”；而在“您是否曾主动向工作单位的领导或同事告知自己的感染情况”这一问题上，93.02% 的感染者均选择了“否”。如果再结合具体的访谈不难发现，那些因制度限制而不得不调整自己职业规划的感染者并不必然认为自己是遭受到了就业歧视。也就是说，除非是遭受到了具体指向其个人的歧视行为，而那些面对制度性歧视标准时当事人选择的自我回避在其本人看来并不必然等同于自己遭受到了歧视。

“开始找工作之前我就进行了我的职业规划，我自己本来是想做公务员的，我也觉得我个人是满适合做公务员的。但是我查阅了相关规定，我肯定不符合体检标准。所以在这种情况下我只能放弃，就算我真去尝试了那最终产生的后果也不是我愿意承担的。”（大山）

可见在不同感染者的眼中对“歧视”的主观认知具有极大的差异，这也为法律意义上的“歧视”认定增添了很多标准设置的困难。早有学者指出，歧视一词在中国太过学术化，在许多关于“你是否有过被歧视的经历”的田野访谈中，被访谈

---

<sup>1</sup> 陈琦著：《边缘与回归——艾滋病患者的社会排斥研究》，社会科学文献出版社，2009，第 68-69 页。

对象往往有一套自己对歧视一词的理解,但这些理解与法律意义和个人权利意义的歧视概念有较大的差别。虽然被访谈者在讲述自己的经历时中充斥着法律文本定义的歧视,但其本人却并不这样认为,有访谈者甚至坦言自己好像是“一步步诱导被访谈者说出这是一种歧视”。<sup>1</sup>退一步说,即便当事人主观上认为自己确实受到了某种歧视,但人们很容易把它同社会地位低下联系起来,因此总是极力避免承认自己受到了歧视。<sup>2</sup>

当然,这种当事人主观上的歧视认知可能并不会对法律层面上的歧视事实认定造成直接的影响,但问题是作为直接被歧视对象的个人通常需要依靠自身对歧视的认知强化而发起法律意义上的权利保护进程。也就是说,对歧视的主观认知虽然可能并不会导致在司法意义上的歧视判定变化,但其却会对哪些歧视行为进入到司法领域从而产生被保护的可能造成巨大的影响,而那些未被吸收进司法领域中的“歧视”则更多地以一种社会排斥的方式同样影响这艾滋病感染者的法律权利。从国际禁止歧视的实践经验来看,对歧视的理论宣传,固然是提高社会公众反歧视意识和技能的一种重要手段,通过司法判例来推动扫除立法歧视是禁止歧视最有效的手段。但关键是作为当事人的被歧视者通常并不会主动将自身的权利维护与社会层面的制度推动相结合。有学者根据调研称 80%以上的被歧视者不愿意通过诉讼的方式来解决问题,主要理由是打官司耗费时间、精力和物力,而且结局必然是败诉。对于被歧视者来讲,他们很多人认为,在目前的司法环境下,以诉讼的方式来维护自己的合法权益很不现实。因此,他们选择了暂时忍受或其他解决渠道,<sup>3</sup>这在中国目前明显存在的制度性艾滋就业歧视现状与相应几乎“微不足道”的诉讼体量之间的矛盾中就有非常好的展现。即便是笔者在访谈上述已经提起并获得胜诉的艾滋就业歧视案的当事人时,对方也称选择诉讼方式并不是自己的“首选”。

“我当时就觉得我在 G 省这个地方,怎么说的,天高皇帝远吧。反正也没什么人认识我,所以我就放心大胆地去做就行了。我当时的想法就是我这个风险起码是我可控范围内的,另外我当时也是稍微做了一个权衡,因为我想反正工作

<sup>1</sup> 李薇薇主编:《禁止就业歧视:国际标准和国内实践》,法律出版社,2006,第 81-85 页。

<sup>2</sup> 李薇薇主编:《禁止就业歧视:国际标准和国内实践》,法律出版社,2006,第 105 页。

<sup>3</sup> 杨世建:《法院裁判就业歧视案件的方式及原因分析》,载刘小楠主编:《反就业歧视的理论与实践》,法律出版社,2012,第 98-101 页。

是丢了，是吧，反正不维权也不会有什么好结果，那维权了大不了失败了也不会更差。当时也是有给自己进行心理建设之类的。”（阿明）

“像我之前加了一些感染者的微信群，大家就讨论互相怎么感染的，怎么发现的之类的。然后有一次一个朋友就说他是公务员入职体检的时候，我赶紧跟他说哥们你和我一样唉，然后我还问他现在怎么样，他说现在在一个外企工作，挺辛苦的。我就接着说那你当时怎么去不维权啊，他反过来居然说我‘你神经病啊’。我当时特想跟他说我就是网上的那个‘神经病’，但我最后还是没说。”（谢鹏）

简而言之，对于艾滋病感染者而言法律维权的路径前提可能假设了一个具有充分信息、有意愿、有能力维护自我利益的积极主体——他可以在追求自我利益时激活被动的法律从而得到保护。<sup>1</sup>而人作为行动者，最初是以一种存在上毫无隔阂、且实践上完全投入的态度，联系自己与世界，这种与世相接的态度不是只关乎自己的、自我中心的。相反，我们会希望自己和所处环境能和谐且尽量少有冲突地互相交流，并会对此感到在意及担忧。<sup>2</sup>换言之，除了明确的外向型行为约束外，单纯从社会排斥的角度来看，法律所能进行的调节与干涉似乎远不如人们想象中那么重要。此外从微观的角度来看，司法诉讼在很多时候并不是解决艾滋歧视问题最为可行的方式，当事人综合利用各种因素，催逼政府“出场”，政府则凭借其强大的动员能力调动各种资源综合解决艾滋歧视问题，在实际生活中往往产生意想不到的效果。同时，一些显性的艾滋歧视事件不断在公共场合出现，这不仅是对立法规定的偏离，同时也会对社会大众产生误导性影响，同时还会影响到社会政策的生成。<sup>3</sup>也就是说，标准化的司法诉讼不仅未必会在最大程度上实现艾滋病感染者的主观诉求，甚至反而可能因社会舆论对诉讼实践的理解偏差而导致更为严重的艾滋歧视氛围。而当艾滋病感染者试图通过那些非制度性的渠道去解决自身最直接的利益诉求时，未必不会起到意料之外的“成功”。问题就在于，这种对于艾滋病感染者个体所谓的现实“成功”无论是否是一种社会层面

---

<sup>1</sup> 曾群著：《青年失业与社会排斥风险》，学林出版社，2006，第84页。

<sup>2</sup> [德]阿克塞尔·霍耐特著，罗名珍译：《物化——承认理论探析》，华东师范大学出版社，2018，第49-50页。

<sup>3</sup> 张剑源著：《再造团结：中国艾滋病防治法律制度研究》，法律出版社，2015，第120-121页。



对于非艾滋病感染者的“反向歧视”、对艾滋病感染者的“优待保护”，<sup>1</sup>这种现象的累积都在客观上不断加剧着歧视环境的固化。

当然，作为一种暂行特别措施的反向歧视之合法性和合理性主要取决于适用该措施的背景环境，就业领域中暂行特别措施是试图从法律上寻找一种有限的机制对开放竞争的市场进行干涉。<sup>2</sup>但需要说明，笔者这里所言的对艾滋病感染者的“反向歧视”在现实生活中多发生于艾滋病感染者已经进入某特定用人单位（特别是机关事业单位）之后产生的艾滋信息（主动或被动）泄露所致。这种情况更多地体现为一种艾滋病感染者基于自身感染事实而与其所在单位进行的利益博弈，而远非一种制度性的暂行特别措施。比如通过引言中韩姐的事例可以看到，最终换岗的结果在一定程度上满足了韩姐的利益诉求，甚至在某种意义上要比“复职”更符合韩姐的个人期待，但从歧视之法律评判的标准而言却并不能以韩姐的个人期待作为衡量标准。那么从这个意义上来看，即便在某些特定工作场域内艾滋病感染者基于自身的感染事实而获得了所在单位一定程度的“优待”，但这种所谓的“优待”并非是作为对艾滋病感染者群体在就业领域所受限制的一种制度性“补偿”，在性质上其实这种行为就是一种标准的歧视行为，只不过这种歧视行为是在感染者主动迎合的前提下而形成的一种优惠性区别对待。

“我大学是国防生，毕业之后直接就去军队医院了……查出来（HIV 感染）之后我们单位就给我办病退了。也说不上好不好，现在每个月（退休）工资大概八千多，然后我还在外面找了份别的工作。钱的方面倒还可以，我知道跟我类似情况的有的单位还不给办病退呢，上次还有人问我这个事儿，他说他也想办，赶紧退了得了，早不想上班了，但是他们单位不给办。”（阿雄）

所以说，即便用人单位满足了部分艾滋病感染者的诉求，这种诉求也很难被理解成作为一种暂行特别措施的反向歧视，其中最主要的原因即在于这种诉求多不是一种工作场域的准入，而恰恰是一种排出，只不过这种排出恰好迎合了特定感染者的自我期待。这个问题在笔者所进行的调研数据中也有显示，如在“您曾

<sup>1</sup> 对“反向歧视”这一概念在不同学者那里有着多种表述方式，如“补偿性正义”、“积极行动”、“暂行特别措施”等，对此问题可参见李薇薇主编：《禁止就业歧视：国际标准和国内实践》，法律出版社，2006，第51页。

<sup>2</sup> 李薇薇主编：《禁止就业歧视：国际标准和国内实践》，法律出版社，2006，第70-71页。

遭受到的艾滋就业歧视类型”一题上，57.14%的受访者选择了“不予录用”，而选择“辞退”的仅占14.29%。这其中的原因一方面在于按照现行规定，公务员仅在录入体检当中存在HIV抗体的检测，而在入职之后则一般并无相应规定；另一方面如果艾滋病感染者在入职后得知了自己的感染信息，大多数情况下均会出于各方面的原因而对自己的感染信息高度保密。退一步说，即便因为意外而暴露了感染信息，很多用人单位也并不会选择强行辞退的方式解除劳动关系，在机关事业单位中更是如此。<sup>1</sup>即便如此，很多感染者会因为外在工作环境的压力而选择自行离开工作岗位，比如在“您所遭受艾滋就业歧视时的应对方式”一题上，35.71%的人选择了“主动辞职”，而选择“法律维权”的则只有14.29%。笔者在调研中一位厅局级干部称自己无论是年龄还是能力都可以“再往上走一步”，但因为担心自己的感染信息会被暴露而遭致不利影响，现在“明明有机会，也都主动躲开了”。有学者在调研中也提到艾滋病感染者在处理邻里关系的时候更愿意处于一种被动交往的状态，他们从骨子里认定周边的人会对其产生排斥，所以他们更愿意遵循“退避三舍”的不成文原则，将自我封闭起来。<sup>2</sup>可见不同的艾滋病感染者因自身情况的不同而对自己的隐私保护明显有着较大的态度分歧。

“之前我网上认识一个朋友，他在酒店上班，被同事发现是艾滋病感染者，然后就被酒店给开除了。他挺苦恼的，不知道该怎么办，然后他就来问我，结果我特别气愤。他说很佩服我的勇气，但他说以前他领导同事啊都对他挺好的，现在他真没有勇气去打这个官司，问我该怎么办。我就回复他说你去找梁静茹（笔者注：著名歌手，代表作为歌曲《勇气》）吧，我说你如果连这个勇气都没有那你就准备好去迎接更糟糕的人生吧，说完我就把他删了。所以就是说现在很多感染者明知道自己的权利被侵犯了，但他就是不愿意去真实的、身体力行的去维护自己的权利。哪管有那么多的社会力量，公益的支持，他们不愿意去用这个资源……说实话，我打官司打了两年了，我有一个感觉，其实国家在法律层面对艾

---

<sup>1</sup> 在同类研究的田野调查中也体现了就业歧视方面的隐蔽性，如有用人单位表示“这种规定怎么可能有呢？写在纸上不成证据了，给自己惹官司了。要开了（辞退）他总会找个其他的理由，不会说因为是感染者”，详见杨翌：《艾滋病相关耻辱和歧视的现状及其影响的探索性研究》，中国协和医科大学博士学位论文，2004，第19页。

<sup>2</sup> 陈琦著：《边缘与回归——艾滋病患者的社会排斥研究》，社会科学文献出版社，2009，第91页。

滋病感染者群体的保护已经是足够了，其实很多人只是觉得说被侵权了但不愿意拿起法律的武器来保护自己，很多人他自己就觉得艾滋病是一个很光彩的事情。很多感染者遇到这个问题他就是甘愿自己吃“哑巴亏”，他就觉得说这个事情不被曝光的话他能承受那个结果，但曝光他就承受不了。那如果他自己都不愿意去维权那你就不要强迫他去了。你看我之后这么久了都没有下一个‘谢鹏’的出现，遇到我这种事情的人很多，他们都不愿意站出来。很多感染者自己都看不起自己，那我只能送他两个字：‘活该’！你活该遇到这种问题。”（谢鹏）

“谴责受害者”当然有一定的合理性，“只要他们继续伪装、遮遮掩掩或者扭曲他们的真实理想，他们将继续受到压迫、误解，政策就不能达到预期的目标，他们受害者的地位就会继续下去”，<sup>1</sup>但“公开站在一个不受欢迎的立场上，其成本是高昂的。它可能会产生化友为敌、破坏自己的声誉、毁灭自己的前途等种种恶果”。<sup>2</sup>不同主体之间对社会排斥的态度反映除了单纯个体的自我认同之外，最主要的因素便是特定主体是否能够承担上文中所阐释的排斥所带来的潜在不利后果以及在该社会关系中不同主体之间的权力位置，尤其是前者的判定仍然具有强烈的主观性。我们当然可以假设某个特定个体因社会关系等方面的社会排斥进而导致在权利实现方面所受到的影响，但正如前文所展现出的不同主体对“歧视”认知差异一样，不同个体在面对这种并非明确侵权意义上的社会排斥时并不必然都会受到同等的影响。此外在权利受损的意义上，社会排斥的来源因素可能并非单一性的，比如某位艾滋病感染者确实遭受到了社会关系方面的社会排斥，但艾滋病可能只是社会排斥形成的因素之一，而非全部，甚至在某些情况下艾滋病这个因素所占据的比例或许还要远低于其他诸如性别、年龄、社会出身等方面。但社会排斥视角下的交叉性歧视并不会由于因素的多重而抵消其中某种形成原因的歧视意义，也就是说在法律层面只要证明“艾滋病”作为感染者权利受损结果的形成原因之一，即已经完成了事实方面的认定，至于在社会层面基于各种权力关系进而在结果上的差异体现则是对结果归因的一种综合性判断。换句话说，尽管我们必须承认无论是排斥的施加者还是承受者，对排斥的认知会直接导

<sup>1</sup> [美]第默尔·库兰著，欧阳武、丁振寰译：《偏好伪装的社会后果》，长春出版社，2005，第137页。

<sup>2</sup> [美]第默尔·库兰著，欧阳武、丁振寰译：《偏好伪装的社会后果》，长春出版社，2005，第11页。

致着其在应对该问题时可能呈现出的不同反映，但艾滋就业歧视的定性并不会因特定个体所遭受的社会排斥量度而发生实质位移。如笔者在田野中曾发现两例与就业领域类似的就学歧视案例，两位艾滋病感染者当事人的遭遇几乎完全相同，但事件的后续发展却截然相反。

“我是大一的时候自己查出来的，刚查出来那会儿吓死了，哪还有心思上学，就成天逃课，连考试都不考了，因为我缺课实在太多了学校还给了我个退学警告。不过后来过了将近一年我也就基本习惯了，就又想回来上课的，那时候（经常逃课时期）辅导员就总找我谈话，问我到底怎么回事，还想不想读了。我当时心里正难受，就跟辅导员说了（感染的情况）。结果后来学院领导就找我了，还把我爸妈也给找来了。那会儿我爸妈还不知道，他跟我爸妈说了我爸妈也吓坏的，结果当场他就拿出来一个以我名义写的退学申请。当时我们全家都是蒙的，他（学院领导）就一直说什么这么大的事儿要首先以身体为重。我们三口人当时就稀里糊涂地在上边签字了。回家没过几天我们就感觉不对，加上那会儿我也基本上适应（感染的事实）了，我妈就给学院打电话说我们不想退学了。但学校那边就说已经公示了什么的，是我们自愿退学的，还把决定书发给我了。上面写的我适应不了大学生活，学校工作人员多次和我谈话，最终我还是申请退学什么的。我妈还把当时跟学院领导的对话录音了，通话里他还说什么你孩子这情况要先考虑身体什么的，读书的话我们寝室什么的都得调整，万一别的孩子也出问题了咱们怎么负得起责任什么的。后来我才想到，我就告诉了辅导员一个人，后来好像全院的老师都知道了。”（小蓝）

面对以上情况，小蓝虽然有想过尝试通过法律途径维护自己的权利，但在与律师交流后，终因信息暴露、取证困难以及如何重回学校等问题而作罢。而几乎是完全相同情况的另一感染者小刀在面对同样问题时则异常坚定，甚至通过在学校行政楼前“下跪请愿”等极端行为维护自身权利。最终在小刀的司法诉讼中，法院认定学校通过欺骗方式获取当事人的自愿退学申请而判决小刀胜诉，要求学校撤销对其作出的同意退学决定。<sup>1</sup>特别需要提及的是，在小刀经过一番诉讼维权后，

---

<sup>1</sup> 对于小刀的情况笔者主要是从协助其进行维权的志愿者处得知，后该志愿者对此事件的网络笔记曾被其他网站转载，可参见 <http://www.6tj.com/news/tj/20140531/10681.html>。与此类

学校虽然同意对其恢复学籍，但仍然通过各种方式阻止其入住原寝室，而小刀最终也接受妥协自愿选择在校外居住而通过走读的方式完成学业。可见即便面对相同的排斥情形，不同主体所采取的应对方式依然存在较大差异，而这种差异无疑直接影响着当事人在法律意义上的权利实现。此外，社会中对那些受艾滋影响的儿童（这里主要指直系亲属是艾滋病感染者而儿童本身未感染艾滋病病毒）的排斥就更加清楚地展现出了社会关系面向之重要性。有学者曾对此问题进行田野调查，发现（亲属或本人）感染信息曝光的适龄入学儿童在入学时候会遭遇重重困境，特别是众多学生家长会对学校形成制约，甚至通过消极的抵抗方式——转学来使学校服从，而学校迫于压力，不得不考虑大多数家长的意见。当然，学校方面碍于国家对于义务教育方面的法律，常采取与艾滋病感染家长协商的办法来解决问题，使这些家长认识到他们的难处，在此过程中，学校起了“和稀泥”的作用以达到避免冲突的目的。<sup>1</sup>而在此类情况中也形象地反映出了社会排斥的诸多面向之间错综复杂的关系，即不同主体在不同排斥因素组合之下基于其所处的权力关系，包括对其他资源的掌握乃至主体的自我认知差异，确实有可能产生具有不确定性的异化结果。但无论如何，这种侧重个体差异的结果变化只是在权利减损的后续应对方面具有调节作用，而对于客观意义上的权利实现，其无疑均产生了不可否定的消解影响。

综上所述，在就业领域的艾滋歧视问题上我们大概可以从两个角度来进行讨论，首先，尽管中国与许多国家一样均从宏观意义上通过制定法律的模式进而对艾滋歧视问题进行了明确的禁止性规定，但这类规定多停留在法律原则层面，因此在法律实施角度而言这些作为原则的反歧视规范并不能在日常生活中起到具体的规制作用。甚至在行政管理层面，诸如公务员体检标准之类的下位法及操作细则有意或无意地消解了顶层立法的目的初衷。这些貌似合法的排斥性制度和政策作用于社会分层系统和权力关系中的弱势群体成员，使之逐渐陷入乃至深陷资源匮乏、机会不足和权利缺乏的边缘化境地。<sup>2</sup>其次，社会层面的关系性排斥虽然并必然导致特定个体在法律意义上的权利减损，但这种环境性的抑制却一定会

---

似的新闻还可参见“患艾滋病学生遭退学，高校大学生艾滋病现状调查”，[https://www.sohu.com/a/110715067\\_362040](https://www.sohu.com/a/110715067_362040)

<sup>1</sup> 行红芳著：《社会支持、污名与需求满足：艾滋孤儿求助形式的比较研究》，社会科学文献出版社，2011，第138-141页。

<sup>2</sup> 周玉：《制度排斥与再生产》，载《东南学术》，2006年第5期。

制约个体在遭受权利侵犯时候可能采取法律救济的主观能动性。久而久之，这种在法律救济诉求上的主观缩限无疑会反过来加固外在的客观环境抑制，这种恶性循环一旦形成则很难被打破，甚至有可能对立法意义上的权利义务范围确定形成负面影响。目前，就全球范围而言，法律在反对和消除就业歧视方面的作用有两个趋势：一是越来越多的国家已经从执行强制执行禁止歧视的消极义务的法律转向规定防止歧视并促进平等的积极义务；二是越来越多的国家把对平等的关切纳入一般政策和法律制定的主流。<sup>1</sup>从这个反歧视法的价值转变当中也体现出，法律的推行必然需要有一定的社会基础，而对于歧视的认知除了法律层面的客观认定之外始终无法全然摆脱社会公众的接受程度。也就是说，理想中法律意义上的反歧视法原本既可能是防止个别歧视行动的“限制型规范”，也可能是消除歧视结构的“广泛型规范”。尽管两者之间本应当是相辅相成的关系，但现实生活中反歧视法律实践通常体现为针对个案侵害给予救济管道，那么此时作为“广泛型规范”的消除歧视结构之作用就在一定程度上被消解了，因为如果需要反歧视法发挥作用，一是须有受侵害之个人提出权利主张（多数的个体并不愿意如此行事），二是当感染者已经处在污名与压迫之处境时，如未能透过规范翻转结构的不正义，反歧视法的价值则难以在社会落实，<sup>2</sup>甚而有可能反向地强化在个案中权利救济的局限。那么从某种意义上说通过社会教育的方式去营造一种权利维护的个体意愿事实上也是反歧视方面的一种国家义务，反歧视的法律义务体现并不是说国家仅仅通过禁止某个个体的某种行为来实现，而是国家公权力有这样一种义务去教育乃至推广一种反歧视的社会氛围。那么社会中对某些特定群体的广泛“疏离”，也就是社会排斥中社会关系排斥面向本身就是国家在反歧视教育义务方面的缺位。从这个意义上说，对艾滋感染者社会排斥的抵抗已经超出了单纯的隐私权范畴，而是要更广泛地从感染者现身之后的社会处境出发，主张感染者在社会之中无论“现身与否”、“对谁现身”，其权利都不应被任意的剥夺。<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> 李薇薇主编：《禁止就业歧视：国际标准和国内实践》，法律出版社，2006，第176页。

<sup>2</sup> 罗士翔：《反AIDS歧视与法律动员——以台湾AIDS防治法制为中心（1981-2009）》，台湾大学硕士学位论文，2010，第199页。

<sup>3</sup> 罗士翔：《反AIDS歧视与法律动员——以台湾AIDS防治法制为中心（1981-2009）》，台湾大学硕士学位论文，2010，第93页。

## 第四章 婚姻家庭场域下的艾滋介入（一）

### ——以亲密关系中配偶及性伴的艾滋告知为例

四川省凉山彝族自治州的沙某与刘某（女）系自由恋爱，于2014年10月1日订婚，2015年2月18日按农村风俗习惯举办婚礼，后一起在上海打工及沙某家共同生活，但未办理结婚登记手续。2015年4月22日，沙某与刘某到凉山州疾控中心作婚检时，发现刘某疑似艾滋病感染者，2015年10月底刘某被确证为艾滋病感染者。2016年3月28日，刘某在盐源县人民医院住院将5个月的胎儿引产，并于2016年4月1日出院。刘某出院后，沙某将其送至刘某父母家中。后双方因婚约财产发生纠纷诉至法院。

一审法院在裁判中认为，沙某与刘某未经办理结婚登记而同居生活，其同居关系不受法律保护，双方产生的纠纷为婚约财产纠纷。沙某与刘某虽未经结婚登记，但按夫妻名义共同生活两年之久，同居生活时间不短，因刘某患有艾滋病，**无法**办理结婚登记手续，后刘某又怀孕引产，双方系真心实意在一起生活，但因**客观原因**造成无法共同生活。因此沙某要求返还彩礼的请求符合相关法律规定。此外，在二审期间根据上诉人刘某的书面申请，二审法院到德昌县疾病预防控制中心对沙某是否患有艾滋病进行了调查，德昌县疾病预防控制中心于2017年4月26日出具了书面证明，确定住址、报告地、户籍地为德昌县的三种情况均无沙某感染的相关信息。最终裁判刘某与沙某未能办理结婚登记是因为发现刘某为艾滋病感染者导致，并非沙某过错原因造成，因此按规定刘某应当返还沙某彩礼。

1

因为传染途径的特殊性，艾滋病感染者的性行为、婚姻以及生育问题曾引起立法层面的广泛讨论，并且相关规定随着艾滋病医疗水平的发展也出现了明显的转变。但在现实生活中可以发现，艾滋病感染者在对性伴侣以及配偶的告知义务、国家公权力对此问题的干预程度方面仍然有着许多的实践差异与困境。以上这一代表性案例就凸显了几个非常重要的问题，首先，感染艾滋病病毒是否会成为阻碍缔结婚姻的现实要件？或者说基于发现艾滋病感染事实而导致的婚姻意向终止究竟是感染方的过错还是双方基于综合因素的自由决定？其次，性伴侣与配偶

---

<sup>1</sup> 四川省凉山彝族自治州中级人民法院（2017）川34民终308号。

两个概念之间并不存在完全的对等性，那么基于艾滋病病毒传播风险的具体法律规制如何看待非婚性行为、“无性婚姻”乃至非婚生子女等边缘问题？再次，艾滋病感染者对性伴及配偶的告知义务是否在需要公权力的强制干涉？即便在法律层面相应机关具备了主动干预的权力，但是在非婚性行为的私密性面前这种权力的行使究竟是一种“应该”还是“可以”？且在婚姻家庭关系内部这种告知行为的产生是否会对感染者的婚姻家庭等私人生活造成非规则性的负面影响？

正是因为以上种种问题的社会复杂性，目前中国在该问题的司法实践当中所产生的差异性结果非常明显，甚至在不同地区的地方性立法当中本身就存在着诸多的矛盾与悖反。即便在法律层面已然制定了较为系统的操作性规定，但这些规定在不同主体身处的特定场域下往往牵涉到众多的特殊因素。因此，如何在艾滋医疗已经取得巨大进步的今天重新评估乃至设置在婚姻家庭领域内的艾滋信息处理规定就尤为重要。

## 一、法律视角下婚姻家庭场域中的艾滋告知

虽然目前在实践中艾滋病感染者结婚的情况比较常见，但在《民法典》出台之前对于法律意义上艾滋病感染者的婚姻效力仍然有较大争议。原本《婚姻法》第七条规定：“有下列情形之一的，禁止结婚：（二）患有医学上认为不应当结婚的疾病。”<sup>1</sup>但《婚姻登记条例》第六条规定：“办理结婚登记的当事人有系列情形之一的，婚姻登记机关不予登记：（五）患有医学上认为不应当结婚的疾病。”那么这里所谓的“不应当结婚的疾病”指什么呢？《母婴保健法》第八条规定：“婚前医学检查包括对下列疾病的检查：（一）严重遗传性疾病；（二）指定传染病；（三）有关精神病。”第三十八条规定：“指定传染病，是指《中华人民共和国传染病防治法》中规定的艾滋病、淋病、梅毒、麻风病以及医学上认为影响结婚和生育的其他传染病。”但与此同时，该法的第九条又规定：“经婚前医学检查，对患指定传染病在传染期内或者有关精神病在发病期内的，医师应当提出医学意见；准备结婚的男女双方应当**暂缓**结婚。”

但值得注意的是，2003年公布施行的行政法规《婚姻登记条例》第五条规定：“办理结婚登记的内地居民应当出具下列证件和证明材料：（一）本人的户

---

<sup>1</sup> 2020年5月28日通过的《民法典》删除了这一禁止性规定。



口簿、身份证；（二）本人无配偶以及与对方当事人没有直系血亲和三代以内旁系血亲关系的签字声明。”这代表婚前健康检查不再作为结婚登记的前提条件，中国的婚检制度从强制走向自愿。<sup>1</sup>此外于 2006 年颁布施行的《艾滋病防治条例》第三条明确规定：“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婚姻、就业、就医、入学等合法权益受法律保护。”但在一些地方性的法律规定当中依然存在着对婚前艾滋病检测的强制性规定，如 2007 年开始施行的《云南省艾滋病防治条例》第二十三条规定“艾滋病流行严重地区的公民婚前应当进行艾滋病免费筛查检测，接受医学咨询服务”。也就是说，在艾滋病感染者的结婚问题上，虽然目前采取了原则上不再强制婚检以及应当保障艾滋病感染者婚姻缔结的合法权利之规定，但不同法律规范之间的冲突并没有明确的定论。

从《艾滋病防治条例》第三十八条之规定来看，“艾滋病病毒感染者和艾滋病病人应当履行下列义务：（二）将感染或者发病的事实及时告知与其有性关系者；（四）采取必要的防护措施，防止感染他人。”一些省份的相关规定则将此处的“有性关系者”具体界定为包含婚姻对象的配偶，如《江苏省艾滋病防治条例》第三十一条规定：“艾滋病病人及病毒感染者登记结婚，应当在登记前向对方说明患病或者感染的事实；告知后双方同意申请结婚登记的，应当到医疗机构接受医学指导。”《陕西省艾滋病防治条例》第五十三条规定：“艾滋病病毒感染者和艾滋病病人应当履行下列义务：（五）确定婚姻关系前，应当如实告知对方病情。”但接下来的问题是，如果艾滋病感染者未履行告知义务，那么在缔结婚姻后婚姻效力如何认定？这里又可以分为两种情况，一种是艾滋病感染者在缔结婚姻时已经知晓自己的感染事实而未告知，有学者提出这种行为实质上是民法上的欺诈行为，按照民法规定应当属于无效的民事行为。但将欺诈行为绝对地视为无效民事行为实际上不符合民法的基本精神——当事人意思自治，也不利

---

<sup>1</sup> 在《婚姻登记条例》出台后并非所有地区都取消了强制婚检，如 2005 年 6 月黑龙江人民代表大会常务委员会审议通过了《黑龙江省母婴保健条例》，该《条例》明确规定实行婚前医学检查制度，没有婚前医学检查证明的不予办理结婚登记。有学者还曾对此提出讨论：一是国家公权力与公民隐私权的冲突与界限问题，婚检乃个人隐私范畴，国家介入之依据与理由何在？二是强制婚检所代表的公共利益与个人隐私之间的利益衡量是否平衡？应当如何取舍？缺陷婴儿出生率的上升与取消婚检是否存在直接的因果关系以及关联性有多大？三是黑龙江人大有关强制婚检的立法是否合法？详见张军著：《宪法隐私权研究》，中国社会科学出版社，2007，第 132-133 页。

于家庭和社会的稳定。因此有论者认为对于此种行为应当借鉴国家现行《合同法》的规定，只要此种行为没有损害国家利益，应当将其规定为可撤销的民事行为，是否撤销由受欺诈方自主决定。但为了稳定婚姻家庭关系，该撤销权应当自知道或应当知道一年内行使，该期间为除斥期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。<sup>1</sup>此类观点也直接体现在了《民法典》第一千零五十三条中，“一方患有重大疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方；不如实告知的，另一方可以向人民法院请求撤销婚姻。请求撤销婚姻的，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出”。另外一种情况则是艾滋病感染者婚姻缔结时并不知晓或无法证明其知晓自己的感染事实，那么已经缔结的婚姻关系之效力该如何认定，通过前引的《艾滋病防治条例》可以得知艾滋病感染者的婚姻权受法律保护，那么法院如果认定婚姻无效就缺乏合理性依据，但这种情况在其他法律规定当中仍没有被明确废除，在具体的司法案例当中也确实存在这种情况，如在一些婚姻纠纷的民事判决中法院称，“根据《中华人民共和国婚姻法》第十条第（三）款规定：‘婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的’，属婚姻无效的情形之一。本案被告在婚姻登记当日进行的婚前检查中确认系艾滋病毒携带者，根据《中华人民共和国母婴保健法》、《中华人民共和国传染病防治法》的规定，艾滋病属于医学上认为不应当结婚的疾病，故原告的诉讼请求，证据充分且符合法律规定，本院予以支持。判决罗某与徐某之间的婚姻**无效**”。<sup>2</sup>

可以看到，在目前的法律规范体系下，对艾滋病感染者的婚姻权问题各个法律规范之间并没有完全一致，而在实践当中则存在着更为复杂的问题，从告知时间来看一般应为婚姻登记机关办理结婚证之前，但由于艾滋病较长的潜伏期，如果艾滋病感染者在缔结婚姻时对自己是否感染艾滋病并不知情又如何履行告知义务？或者说如果是在婚后确诊感染但此时与配偶已再无性行为，那么艾滋病感染者又是否应当履行告知义务？如在缔结婚姻之后一方才感染了艾滋病病毒或知晓了自己感染艾滋病病毒的事实，那么此时又会存在两种可能的发生，一种是艾滋病感染者为了“维系婚姻”而拒绝履行告知义务，那么此时相关机构是否有主动介入的权力，以及当婚姻相对方通过其他途径得知了对方的感染事实后是否

---

<sup>1</sup> 于定明：《艾滋感染者的缔结婚姻权和隐私权》，载杨国才主编：《多学科视野下的艾滋应对》，中国社会科学出版社，2007，第350页。

<sup>2</sup> 浙江省杭州市萧山区人民法院（2014）杭萧义民初字第828号。

可以以对方未尽到告知义务而申请离婚？在一份基于此情况而发生的离婚纠纷判决中法院称“原告张某与被告秦某自由恋爱，未婚同居并怀孕，后自愿结婚并生育一子，有一定的感情基础。被告秦某婚后经检查感染艾滋病毒后，为维持婚姻向原告隐瞒病情并坚持生育小孩，所幸小孩未感染病毒。被告的行为虽存在过错，但目的是为了维持自己的婚姻，根据现状不应对艾滋病毒感染者采取歧视的态度，原告作为其丈夫理应给予其更大的谅解和关爱，为了社会稳定，家庭的和谐，小孩的健康成长，不准许原被告离婚为宜”。<sup>1</sup>另外一种情况则是艾滋病感染者主动告知了配偶，此时的婚姻关系除了会受到夫妻双方的自我意志决定影响之外，是否还会受到法律的干涉？同样在一份离婚纠纷的民事判决中，法院认为“根据《中华人民共和国传染病防治法》第三条第二款规定，‘艾滋病属于乙类传染病’，因该类传染病影响结婚和生育，原被告双方不宜共同生活。故对原告李某要求离婚的诉讼请求予以支持。关于被告田某认为虽然其患有艾滋病，但因原告表示接纳而不同意离婚的抗辩意见，因缺乏法律依据和事实依据，不予采纳”。<sup>2</sup>通过以上两个案件可以看到，有时艾滋病感染者在未尽到对配偶的告知义务时并不必然导致对婚姻效力的变更，而有时即便进行了配偶告知反而会对婚姻关系产生效力变化。从婚姻法的原则层面来看，法院似乎不应当以感染艾滋病为由对婚姻的自主性进行实质干涉，但反过来说法院同样似乎也不能对一方因得知对方感染艾滋病病毒的事实而做出的关于婚姻存续之意思表示进行阻碍。这就涉及到当艾滋病感染者对配偶进行了告知义务后，即便法院不对其婚姻效力进行实质干预，其仍然会承担一种基于自由意志决定的可能性“不利后果”（引言中韩姐的事例也是如此）。

“我是今年发病才知道自己感染的，到底啥时候跟谁染上的根本不知道。三年前结婚的时候我自己都不知道怎么告诉她，况且我们一直没打算要孩子她也没感染上啊。现在我生病住院了也瞒不住了，她就要跟我离婚。（她）连来看都不来看，还说什么照顾，都是我爸妈在照顾我。（我）究竟能不能好过来医生也不准。当时结婚的时候都是我家出的钱，房子是我爸妈卖了自己的一套房来给我们买的，婚礼的钱也都是我家出的，还给了她家十万块钱的彩礼。不算房子我们

---

<sup>1</sup> 湖南省永州市冷水滩区人民法院（2015）永冷民初字第 2896 号。

<sup>2</sup> 四川省成都市武侯区人民法院（2014）武侯区初字第 1314 号。

家就花了将近三十万。这三年她上班一个月就三千来块钱，我爸又花钱给我买了辆车干滴滴（网约车），也没挣到什么钱。现在她说我骗她，要离婚，不但不还当时的彩礼钱，连房子和车她也要分，我怎么可能同意。”（小巴）

正如许多人对中国婚姻的感慨一样，“结婚不光是两个人之间的事，其实是两个家庭的事”，结成联姻的不仅仅是夫妻双方，同时也是父母双方和整个家族——亲属关系，它包含了双方的政治、经济和文化系统。婚内对配偶的告知义务背后往往还涉及到被告知的配偶转告第三人的问题，这种转告一般并非通过正式渠道进行，但囿于个人生活范围的集中化特征，这种亲友间的“转达”往往对感染者的影响更大。也就是说，在隐私权与知晓权的博弈当中有这样一个悖论，现实中关系越紧密的生活圈越容易触发艾滋病感染者的潜在“暴露风险”，正因为这种人际关系范围的“不可逃脱性”使得当事人极力避免暴露可能的产生。越是工作环境稳定、人际范围固定或者说社会资源相对较丰富的艾滋病感染者对疾病信息暴露的恐惧越发强烈，相反工作环境相对松散、生活范围变化性大或者是在一些偶然性、随机性的交往中艾滋病感染者对个人信息的保密倾向相对则没有那么强烈。而这种矛盾在艾滋病隐私问题的法律实践角度又似乎格外吊诡，现代社会中以法律作为社会秩序基础的一个大前提就是个体人在社会中是相互独立的，即便是以亲权为代表的人身权也是以法律主体这一个体之权利义务为出发点而展开，换言之，如果是在一个由陌生人，或者说理想中相互独立的个体组成的社会里，那么艾滋病感染者的隐私权规定几乎是不容指摘的。但问题就出在现实社会并不纯然地以法律中所设想的独立个体人组成，除了权利义务关系外社会主体之间还存在着许多法律无法进行绝对规制的相关性联系，而这种联系还极有可能反过来对主体在法律上的权利义务进行变相的影响。

“我们结婚好多年了，孩子现在读初中。感情还行吧，没什么大矛盾……好多年没那个（性生活）了……我可能是三四年前感染的，我在外面工作应酬多，尤其是陪客户怎么不得叫几个小姐啊。感染了我也就告诉她了，没瞒着她。而且我们也不那个（性生活），我问医生了，说稍微注意点肯定不会传给她们娘俩的。她呀，就是管不住自己的嘴，我们离婚这事主要也是因为她自己。她自己没那么

想离，可是她家里不干啊，她说完之后她们全家都劝她跟我离，现在弄得家里人都知道了，好多以前（关系还可以）的亲戚都不走动了。”（新生）

特别需要提及的是，这种告知行为的做出不仅仅会在个人生活领域内产生种种法律无法明确规制的“不利后果”，即便是在法律体系内部也存在着因告知而产生的负面效果之可能。如按照《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见》之规定，“两周岁以下的子女，一般随母方生活。母方有下列情形之一的，可随父方生活：（1）患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，子女不宜与其共同生活的……对两周岁以上未成年的子女，父方和母方均要求随其生活，一方有下列情形之一的，可予优先考虑：（4）子女随其生活，对子女成长有利，而另一方患有久治不愈的传染性疾病或其他严重疾病，或者有其他不利于子女身心健康的情形，不宜与子女共同生活的”，在艾滋病感染者的具体离婚纠纷案中，也通常适用以上规定而在子女抚养权问题上进行裁判。<sup>1</sup>这里即涉及到如果当事人没有履行配偶告知义务，那么艾滋病感染者之配偶在这一规定的举证层面几乎是不可能达成的，也就是说当艾滋病感染者对配偶履行了艾滋感染信息的告知义务后，其会随之增添法律内外多重的隐形“不利后果”。以笔者在调研中发现的一些艾滋病感染者未主动告知的情况为例。

红姐（女性，四十七岁，异性恋者，已婚未育）早年与丈夫共同经商且已颇具规模，后夫妻双方分居多年，慢慢转变为由红姐独自打理商业经营活动。红姐曾多次与丈夫提出离婚，但始终因财产分割问题无法达成协议而悬置。

大苏（男性，三十四岁，同性恋者，已婚已育）与妻子结婚近二十年且共同育有一子，后大苏主动向妻子坦白自己是同性恋者并请求离婚，但其妻子表达谅解并以对孩子负责为由拒绝离婚。目前三口之家仍生活在一起，但据大苏称已多年无夫妻生活。

小优（女性，二十八岁，异性恋者，已婚已育）自称丈夫偶有家暴行为，自己曾多次试图起诉离婚。但其丈夫以小优无经济收入，如若离婚不会得到孩子监护权为由要挟拒绝离婚。小优称丈夫偶尔会强迫自己与其发生性行为，但均有保

---

<sup>1</sup> 福建省莆田市中级人民法院（2014）莆民终字第 1575 号。

护措施。

不难看出，法律对艾滋感染信息的配偶告知规定在一定程度上已然跳出了单纯的疾病防治范畴，因为（脱离疾病防范义务而言的）告知义务的存在，艾滋感染信息逐渐从一种医学上的疾病问题异化成为了在婚姻家庭关系当中的一项砝码，且更值得玩味的是这项砝码的运用甚至会反过来增强 HIV 作为一种疾病在性伴侣或配偶之间的传播可能。

## 二、艾滋传播意义下性伴侣与配偶之间的有限隔离

通过以上的分析可以推论，法律层面对婚姻家庭中的艾滋信息告知问题虽然已然形成了较为系统化的制度性规定，但在具体的实践视角下这些规定往往会受限于当事人的具体情况。除此之外还有一个问题需要正视，即艾滋信息告知义务设置的立法初衷乃是遏制作为疾病的 HIV 传播，但婚姻作为一种社会制度并不会导致疾病的传播，之所以会在婚姻家庭领域内有如此多的法律纷争乃是基于一个前提——婚姻与性关系是紧密相连的。但事实确实如此吗？我们可以通过一些社会调研数据进行观察，2016 年腾讯“事实说”在对七万份有效问卷进行数据统计分析的基础上作出了一份《2016 年中国人出轨态度调查报告》，根据报告显示“六成男性出过轨，过半女性也想尝试”。<sup>1</sup>此外现实中作为艾滋病“高危人群”之一的男性同性性行为人群<sup>2</sup>在中国现行的婚姻体制之下并不能结成同性婚姻，因此迫于社会压力而由男同性恋者与女同性恋者自愿结成的“形式婚姻”并不乏见，即此类的“形式婚姻”缔结者未必是有性关系者。尽管由于数据采集范围的不同可能会导致统计结果的重大差异，但以上这些社会现实至少可以表明

---

<sup>1</sup> 2016 年中国人出轨态度调查报告，<https://news.qq.com/cross/20160815/U6RV5t07.html>。类似的调查数据差异较大，如有调研称有 21% 的女性和 32% 的男性在性方面至少有一次出轨；或约有五分之一的妻子和三分之一的丈夫有婚外性行为。详见[美]罗兰·米勒、丹尼尔·珀尔曼著，王伟平译：《亲密关系》，人民邮电出版社，2011，第 276 页。

<sup>2</sup> 此处需要进行概念界定，在学理上同性恋人群与所谓的 MSM(men who have sex with men)即“男性性接触人群”并不完全重合，有同性恋倾向的男性并不必然与其他男性发生性行为，同样实际上发生了男性性行为的人也并不必然就是男同性恋者。有研究称从整体上看，男性比女性更有可能欺骗自己的伴侣，他们对随意性行为的态度更为宽容；且同性恋男子比同性恋女子和异性恋男子有着更多的伴侣外性行为。但这并不可以直接反推特定主体的性行为表征，毕竟“并非所有的男性都喜好乱交，也并非所有的都是贞洁圣女”。参见[美]罗兰·米勒、丹尼尔·珀尔曼著，王伟平译：《亲密关系》，人民邮电出版社，2011，第 278 页。

一个事实：性与婚姻之间的关联性可能远非人们想象中那般紧密，有些婚姻可能是约定的，或只是为了生养孩子而维持着。“未接近纯粹关系的大多数异性婚姻（和许多同性关系），如果不进入相互依赖的关系之中的话，都可能转化为两个取向。一个是同伴式的婚姻，配偶间的性交往程度很低，但在关系中却牢牢嵌入了平等和互相同情。另一种形式是把婚姻作为配偶双方的基地，他们相互间只有些微弱的情感投入。”<sup>1</sup>正如学界所达成的相对共识，避孕术就如同“将手指放在历史的扳机上”，性可以从怀孕、生育这个永久循环中分离出来。而生育可以不需要性，这是对性的终极“解放”，性因此就可能完完全全地变成个体或个体之间的某种特质。<sup>2</sup>在许多国家，抵制压抑式的性价值的转化正在发生，即使一些年轻女性认为有必要向未来的配偶隐瞒她们以前的性经验的范围，但男人大多欢迎这样一个现实，即女人们变得越来越乐于从事性活动。大多数人，无论男女，在结婚时都积累了相当多的性经验和知识。<sup>3</sup>

“我与她就是形婚，我是同志她是拉拉，我在网上发帖子她联系我的。我们根本没同居过，就第一年结婚的时候互相去对方家里了一次，领证之前我们就说好谁的事谁自己花钱，后来我让她再去她也不太愿意。我目前没有朋友（固定的男性伴侣）……可以在网上约啊，很方便啊……我才不会问对方叫什么干什么工作的，现在谁问这个啊，太奇怪了吧，问了人家也不会告诉你吧。就发照片就好了啊。现在软件上都有‘阅后即焚’功能的，就是你打开看过照片几秒以后就没有了……一般约完之后就没有联系了，除非遇到特别好的。现在大家都看的挺开的，约炮就是约炮，不用聊一些有的没的。如果你不想约炮直说就好了，那就不聊了呗。我怎么可能提前跟人家说我有这个（艾滋病），那还约什么了，不过我肯定是要带套的，也不光是怕传给别人，我都按时吃药的，现在都没病载了，人家说就没有传染性了。除了这个还有很多（通过性接触的传染性疾病的），梅毒啊尖锐湿疣啊乙肝丙肝什么的，我还怕得上别的病呢。”（小政）

---

<sup>1</sup> [英]安东尼·吉登斯著，陈永国、汪民安等译：《亲密关系的变革：现代社会中的性、爱和爱欲》，社会科学文献出版社，2001，第199页。

<sup>2</sup> [英]安东尼·吉登斯著，陈永国、汪民安等译：《亲密关系的变革：现代社会中的性、爱和爱欲》，社会科学文献出版社，2001，第36-37页。

<sup>3</sup> [英]安东尼·吉登斯著，陈永国、汪民安等译：《亲密关系的变革：现代社会中的性、爱和爱欲》，社会科学文献出版社，2001，第15-17页。

与婚姻不同，单纯的性关系当事人之间并不存在所谓绝对的“权利义务关系”，虽然很多学者都曾从法理的视角对性权、婚姻权乃至生育权进行分析，但绝大多数的研究也均承认这种权利是建立在不同主体之间主观自愿的基础之上。而艾滋病感染者的告知义务就面临着履行了这种法律义务就可能丧失性、婚姻乃至生育的“选择空间”。当然，笔者这里绝非试图全然推翻艾滋病感染者对性伴侣或配偶的告知义务，但与此同时我们也不得不承认这个事实，即艾滋病感染者可能因为履行该法律义务而导致某种“法律权利”之实现可能的丧失。如有美国学者就曾以南加州大学 400 名左右 18-25 岁的学生进行调查得出结论，即无论是男性还是女性，都曾经为了得到性而可能主动的或被动的向约会对象隐瞒一些事实。<sup>1</sup>有学者在同类的田野调查中也提到，“不少受访者认为自己（艾滋）感染后便失去了享受性愉悦的资格。然而，在经历过有关自我制欲的想象或挣扎后，或采单次策略性地复归性实践、或正历经罪恶感的渐退、或因故而复返罪恶感的囹圄。但也有一些受访者成功超克这样的罪恶感，顺利复归到情欲实践的欢愉中”。<sup>2</sup>尽管我们必须承认艾滋病病毒感染会对当事人造成一系列的冲击，但对性乃至婚姻等亲密关系的渴望并不会随着艾滋病病毒感染这一事实的发生而彻底消灭，正因如此，在面对亲密关系这种偏向于情感需求的层面，告知行为变成了一种可能会导致当事人选择空间或情感关系改变的不确定因素，而这种情感因素相较之作为一种行为的告知而言远非法律所能管控的范畴。如坦桑尼亚一项针对艾滋病感染者的研究发现，仅有半数的受访者向他们的亲密伴侣告知了自己的感染情况。而在这些人中，从得知自己的感染情况到告知伴侣这一过程的平均时长男性为 2.5 年，女性为 4 年。羞辱是致使主动告知时间推迟的因素之一。<sup>3</sup>此外告知义务的法理基础在于艾滋病感染者作为风险主体对于相关方产生权利侵犯之不利后果的可能，但如果从后果的角度来看当这种风险并未发生或者艾滋病

---

<sup>1</sup> Susan D. Cochran and Viickie M. Mays, *Sex, Lies and HIV*, in *Contemporary Issues in Bioethics*, Belmont: Wadsworth Press, 1995, p.728.

<sup>2</sup> 陈遵宇：《我与 HIV 相处的日子：十二名男同志感染者的自我重塑、情欲实践与亲密关系想象》，东海大学硕士学位论文，2015，第 55 页。

<sup>3</sup> Tanzania Stigma-indicators Field Testing Group, *Measuring HIV Stigma: Results of a Field Test in Tanzania*, 2005, Synergy: Washington, DC., 转引自联合国艾滋病规划署：《减少艾滋病相关羞辱与歧视：国家艾滋病防治项目的关键内容/国家利益相关者应对艾滋病参考资料》，2007 年。



感染者尝试通过其他途径从而真实地避免了风险的发生，那此时其在主观上不再主动履行此种法律义务的主观倾向也就不难理解了。简言之，人们在一定领域内并不总是如法律所设想的那样按照权利与义务的角度进行思考和行为选择，其他如情欲宣泄的无从实现、社会成员的“拒绝”以及基本生活经济交往的“停滞”或许比并不具备绝对执行能力的法律规则更具有压迫力。

具体来看，在笔者进行田野调查的J市艾滋病预防控制工作中有一项指标一直偏低，即配偶检测率。根据访谈可以发现这里主要涉及到两个方面的原因，其一是当艾滋病感染者并未履行法律规定的告知义务时，此时其必然会对配偶检测形成绝对的抵制，因为配偶的知晓才是检测的前提，那么在没有明确的强制执行保证配偶告知的基础上，配偶检测问题自然会被人为的架空；其二是艾滋病感染者对反复检测的必要性存疑，如果艾滋病感染者履行了告知义务，那么在首次告知之时基本上都会进行相应的检测活动，在此后的生活中如果夫妻双方有基本的防范意识并也进行了适当的保护措施，那么作为年度性的指标，配偶检测这一行为在有艾滋病感染的婚姻家庭中就极有可能形成信号的强化，进而对婚姻关系造成非必要的实质影响。可见无论是哪方面的原因，对性伴或配偶的告知都会涉及到对“伴侣间亲密信任关系”<sup>1</sup>的影响，且这种影响更多的表现为一种内在情感的流露而往往并不能通过外在具体的行为进行评判，这就在无形当中对性伴或配偶之间形成了告知的障碍。需要提出的是，与婚姻作为一种亲密伴侣关系不同，单纯的性行为会更容易在艾滋病感染者心中得到相对的自我道德说服，有研究者在田野调查中发现艾滋病感染者大多认为“对于一夜情对象而言，只要做好安全性行为，就不必告诉对方”。<sup>2</sup>当然这也涉及到在法律对告知义务的强制方面，对于那些偶然随机的性行为而言，无论是哪一权力主体都很难进行有效的干涉。但问题是即便在艾滋仍然承载着严重污名的情境下，感染者面对亲密关系一方面容易将社会对艾滋的负面意象自我内化，认为自己肮脏、不洁、罪恶的感染身份，不配拥有亲密关系，但在实际生活上，感染者仍旧相当渴望亲密关系。而在对亲密关系的渴望之下，告知这一行为则在不同的主体身上发生了不同的利益衡量，如有人认为在亲密关系中，告知对方的原因除了是要分担安全性行为的责任外，

---

<sup>1</sup> 陈伟霖：《男同志爱滋筛检障碍之探讨》，义守大学硕士学位论文，2013，第87页。

<sup>2</sup> 吴意山：《欲言又止的挣扎——男同志爱滋病毒感染者亲密关系的探讨》，慈济大学硕士学位论文，2005，第28页。

并且也是希望自己与对方能彼此信任并增进亲密感，<sup>1</sup>但与之相反也有人会认为告知有可能会带来亲密关系的彻底坍塌。

此外基于性关系进行的告知义务背后还涉及到一个双重隐私的问题，即艾滋感染信息是一种隐私，与此同时性关系也是一种隐私的表现，且双方乃至多方主体之间发生的性关系还可能涉及到共同隐私的问题，这也是在进行告知义务限时所不得不考虑的问题。如在上述的配偶及伴侣检测问题上就存在这种矛盾，主动公开自己的隐私是公民的一项权利，并没有什么问题，但如果是在暴露自己隐私的同时还连带把别人的隐私也全盘托出，而且没有征得别人的同意，这就超出了合理公开隐私权的边界。<sup>2</sup>如果特定机关享有了性伴强制告知的权力，那在这种权力的形式逻辑背后就意味着对作为另一种隐私的性关系的知晓，从法理上我们当然可以分析生命健康权是否优位于隐私权，但从主体个人选择的角度我们无法忽视这样一种假设，即对作为隐私表现之一的性关系可能对单独个体的重要性甚至会超越生命健康。

由此可见，在配偶及性伴的告知义务上至少有以下几个方面的问题需要具体界定：第一，配偶与性伴两个概念并不具有必然重合性，配偶信息容易掌握而性伴的相关信息很难确定。如果说对艾滋信息告知义务之规定的立法目的乃是对疾病的传播管控，那么这种告知的对象无论是在法律规定层面还是法律执行层面都不应被单一地限定在婚姻配偶之上。但恰恰是因为性伴侣较之婚姻配偶更具有强烈的隐私属性，所以在公权力的执行层面后者通常被更为重视。此外有论者也提到，之所以会有如此结果的产生在很大层面可能是因为在法律意义上配偶较之性伴侣之间存在着更为明确的法定权利义务，但如果是从对权利主体的损害角度出发的话，两者并不存在法律保护意义上的差别。那么有学者提出对于婚姻之外的性行为，如“一夜情”、“卖淫嫖娼”，法律较难提供充分的保护，但对于夫妻之间的性接触，法律应提供充分的保护，<sup>3</sup>这无疑就存在很明显的逻辑悖论。第二，性行为的方式以及防护措施的不同所导致的感染几率有很大的差别，<sup>4</sup>且具

---

<sup>1</sup> 吴意山：《欲言又止的挣扎——男同志爱滋病毒感染者亲密关系的探讨》，慈济大学硕士学位论文，2005，第28页。

<sup>2</sup> 张新宝著：《隐私权的法律保护》，群众出版社，2004，第224-225页。

<sup>3</sup> 徐继响：《论HIV阳性者隐私权的边界》，载《法学》，2005年第7期。

<sup>4</sup> 如有研究称，一些一夜情只有接吻和性爱抚，但大约有一半的当事人会发生口交或者性行为，如果发生了性行为，大概只有一半的情形会使用避孕套。详见[美]罗兰·米勒、丹尼尔·珀尔曼著，王伟平译：《亲密关系》，人民邮电出版社，2011，第284页。

体情况很难予以证实。特别是在所谓“高危人群”的男男同性性行为人群中，诸如单纯的口交是否也应当作为一种性行为而产生前提的告知义务就存在较大的讨论空间。此外即使是在性行为作为艾滋病病毒传播之主要方式之一的前提下，也早就有学者指出，正确使用安全套可以避免自身受到传染以及传染给他人。<sup>1</sup>那么如果说艾滋病感染者在与他人进行性行为时已主动采取了使用安全套等保护措施，或者说其在医学上的病毒载量已经检测不到，那么这些情况是否可以成为其并未进行告知义务的合理抗辩也需要具体界定。第三，如果艾滋病感染者没有履行告知义务，那么相关机构是否可以主动介入，且这种主动介入是否有侵犯当事人（包括感染者及性行为发生方两者）的个人隐私？也就是说，艾滋病病毒感染作为一种“危险性存在”并不必然相较之其他个体人可能具备的“危险”强烈，而这种“危险”的“现实可能性”并不必然与婚姻这一法律关系有着直接的相关性，那么对艾滋病感染事实的告知义务规定就仍需要更为坚实的法理根基。

### 三、艾滋感染信息告知义务背后的强制执行空间

以上我们从立法的层面讨论的是艾滋感染情况告知作为一种法定义务的履行对象及外在环境，接下来的问题是，如果艾滋病感染者不履行告知义务，那么相关部门可否主动介入告知？如前文提到的江苏省并无具体规定，但其他省份如《云南省艾滋病防治条例》第二十条则明确规定：“艾滋病病毒感染者和艾滋病病人应当将感染艾滋病的事实及时告知其配偶或者性伴侣；如不告知的，其住所地的疾病预防控制机构有权告知其配偶。”其他省份也均存有相关规定，兹列举如下：

地区	具体条款
浙江	<p>第四十二条 艾滋病病毒感染者和艾滋病人应当履行下列义务：</p> <p>（三）申请结婚登记前，将感染或者患病的事实如实向对方说明，并到医疗保健机构接受医学指导；</p> <p>（四）与他人发生性关系的，事先将感染或者患病的事实告知对方。</p>

<sup>1</sup> Anthony S. Fauci, *The AIDS Epidemic: Considerations for the 21<sup>st</sup> Century in Contemporary Issues in Bioethics*, Belmont: Wadsworth Press, 2003, p.674.

	<p>第三十六条 对确诊的艾滋病病毒感染者和艾滋病病人，由省人民政府卫生主管部门培训合格的医务人员将诊断结果告知其本人、<b>配偶</b>或者<b>监护人</b>，并给予医学指导。</p>
江苏	<p>第三十条 艾滋病病人及病毒感染者与他人发生性接触的，应当将其患病或者感染的事实事先告知对方。</p> <p>第三十一条 艾滋病病人及病毒感染者登记结婚，应当在登记前向对方说明患病或者感染的事实；告知后双方同意申请结婚登记的，应当到医疗保健机构接受医学指导。</p>
云南	<p>第二十条 艾滋病病毒感染者和艾滋病病人应当将感染艾滋病的事实及时告知其配偶或者性伴侣；<b>如不告知的，其住所地的疾病预防控制机构有权告知其配偶。</b></p>
山东	<p>第四十四条 艾滋病病毒感染者和艾滋病病人应当履行下列义务：</p> <p>(二) 将感染或者发病的事实及时告知与其有性关系者。</p>
湖南	<p>第二十条 艾滋病病毒感染者和艾滋病病人应当将感染艾滋病的事实及时告知与其有性关系或者其他可能被传染者，并采取必要的防护措施防治传染。</p>
陕西	<p>第五十三条 艾滋病病毒感染者和艾滋病病人应当履行下列义务：</p> <p>(三) 将感染或者发病的事实及时告知与其有性关系者；</p> <p>(五) 确定婚姻关系前，应当如实告知对方病情。</p> <p>第三十二条 对确诊的艾滋病病毒感染者和艾滋病病人，由当地疾病预防控制机构的医务人员将诊断结果告知本人、<b>配偶</b>或者<b>监护人</b>，基于医学防护指导，并为其做好保密工作。</p>
广西	<p>第二十八条 艾滋病病毒感染者和艾滋病病人应当履行下列义务：</p> <p>(五) 将感染或者发病的事实及时告知配偶或者与其有性关系者。</p> <p>第三十三条 艾滋病病毒感染者和艾滋病病人在得知阳性结果后一个月内应当将感染状况告知配偶或者与其有性关系者，或者委托疾病预防控制机构代为告知其配偶或者与其有性关系者；艾滋病病毒感染者和艾滋病病人不告知或者不委托告知的，<b>疾病预防控制机构有权告知其配偶或者与</b></p>

	<b>其有性关系者，并提供医学指导。</b>
湖北	<p>第二十七条 艾滋病病毒感染者、艾滋病病人如申请结婚，应当先向对方告知自身真实情况，并接受医学指导。</p> <p>第四十二条 艾滋病病毒感染者、艾滋病病人应当将感染或者发病的情况及时告知与其有性关系者。</p>

如上文所述，对于艾滋病感染状况的伴侣告知，法律规定所能起到的作用或许远不如我们想象中的重要。如阎云翔就曾指出，家庭争端一旦诉诸法庭，法庭成员之间就不再受人情与亲情的约束，因为上法庭本身就违反了人情原则。<sup>1</sup>与此同时亲密关系对当事人的告知选择又并不然呈现单一的取向，对于处于亲密关系中的当事人，告知好的一面是可以免除交往上的麻烦以及增加两人的亲密感。如有学者指出事实上在亲密关系中如果两人都知道做好保护的状态下，这种传染给他人的压力就变成是由两个人共同承担，所以感染者所感受到的压力就小得多。但是相对的，如果感染者没有告知对方自己感染的的事情，这种保护对方的责任就变得是由感染者一人来承受，这时感受到的压力就大得多。<sup>2</sup>但是坏的一面是对方可能无法接受，以至于造成亲密关系的终结。“告知对于感染者来说就像是赌博一样，在那张牌掀开之前，你永远都不知道你是输还是赢，就是在这种不确定的情况下，让感染者感受到要不要告知的挣扎。”<sup>3</sup>

与中国部分地区的规定类似，美国一些州如密歇根州也规定如若艾滋病感染者不履行对性伴的告知义务，特定主体则可以强加积极的告知义务，如医疗照护者或负责艾滋病病毒抗体检测的相关政府机构有责任告诫其 HIV 阳性患者的性伴侣暴露于潜在病毒的高度风险。有趣的是，或许是为了保障这种告知不必然会破坏性伴侣之间的亲密关系，因此相关法律规定“地方卫生机关在联系时，不可向上述伴侣揭露受艾滋病阳性检测结果或具有 HIV 抗体之个人的身份；除非得到该个人之授权，或为了保护他人暴露于艾滋病毒或感染艾滋病毒有必要者，方

<sup>1</sup> 阎云翔著，龚晓夏译：《私人生活的变革：一个中国村庄的爱情、家庭与亲密关系：1949-1999》，上海书店出版社，2006，第 203 页。

<sup>2</sup> 吴意山：《欲言又止的挣扎——男同志爱滋病毒感染者亲密关系的探讨》，慈济大学硕士学位论文，2005，第 58 页。

<sup>3</sup> 吴意山：《欲言又止的挣扎——男同志爱滋病毒感染者亲密关系的探讨》，慈济大学硕士学位论文，2005，第 77 页。

可透露姓名”，<sup>1</sup>“当立法机构索取该与 HIV 或 AIDS 有关之资讯时，个人在揭露资讯时候不可提供受艾滋病毒检测或接受艾滋病抗病毒治疗之个人的可辨识个人资讯”，<sup>2</sup>但与此同时也有学者对此提出质疑，认为虽然相关法规明确规定，医生只能提供有传染风险的通知，但由于 HIV 病患含过滤性病毒量的多寡各不相同，然而各病患传染“风险”的认定上就不能直接认定为一定会传染予他人。<sup>3</sup>以及如果“被通知的对象与感染者在过去几年都处于一夫一妻的稳定关系下，被通知的对象就大概也猜的出来是谁传染病毒给他了”。<sup>4</sup>这一问题在中国各级疾病预防控制中心或其他主体的强制告知权限上同样存在。

具体而言对于性伴侣告知义务的强制面临着两重障碍，一是固定性伴侣与偶然性伴侣之间无法准确区隔，因此对于那些非固定性伴侣，即除非是与艾滋病感染者仍然持续发生性关系的相对方外，无论是任何特定主体都很难进行准确的事先告知。二是即便我们认定相关机构对于艾滋病感染者的性伴侣可以进行事后告知以防止传染病疫情的扩大化等，但如果在先前的性行为中双方已然进行了保护措施，且性伴侣方事后确实未有感染情况的出现，那么此时的告知义务是否还有意义。简单来说，未履行告知义务与恶意传播之间有着明确的范围大小之分，即便是未履行告知义务并不等同于恶意传播艾滋病病毒，如在台湾地区就曾发生了较具代表性的案例。

2004 年 1 月台湾警方获线报指出，有人透过同志网站及简讯于每星期三、六在一栋民宅中举办淫乱舞会，且现场毒品充斥。警方前往侦办后发现其中 21 人因涉嫌持有及吸食毒品，被依毒品妨害防制条例移送台北地检署侦办，其余舞客采尿送验，并通知性病防治所抽血送检后释回。后卫生署疾病管制局公布 92 名舞客中有 28 人感染艾滋，31 人罹患梅毒，同时感染梅毒和艾滋的有 13 人。卫生署将感染艾滋之 28 人依“后天免疫缺乏症群防治条例”函送台北地检署。

---

<sup>1</sup> Mich. Comp. Laws Serv. §333.5114a (5)

<sup>2</sup> Mich. Comp. Laws Serv. §333.5131 (4)

<sup>3</sup> Leah H. Wissow, Public Health V.S. Privacy: Rebalancing The Government Interest Involuntary Partner Notification Following Advancements In HIV Treatment, 21 Am. U.J. Gender Soc. Poly & L. 481, 2012, P.487.

<sup>4</sup> 杨智杰：《传染病相关法律检视与修正研究》，台湾疾病管制署 2014 年度委托科技计划，第 74 页。转引自周佳锋：《探讨 HIV 患者的医疗隐私——以伴侣通知及未成年人检测同意为中心》，云林科技大学硕士学位论文，2015，第 27 页。

检方就该条例第十五条第一项“明知自己感染人类免疫缺乏病毒，隐瞒而与他人进行危险性行为或共用针器施打，致传染于人者”，开始进行侦查。

随后检方传唤的 28 名男同性恋者均否认有隐瞒染病、刻意传播病毒的情况。负责提供场地的杨某则称其有提供保险套供客人使用，但不清楚何人有发生性行为。后检方发现，当天在现场中灯光昏暗，人声鼎沸，无法确切查知当天有谁发生性行为。此外 28 名艾滋病感染者中有 14 人是卫生署时候查出的感染个案，因此这些人当时不知自身染病，故没有隐瞒及散播病毒的故意。至于其他舞客，经疾管局在案发后抽血追踪，并未发现新感染梅毒或艾滋病毒，且经过空窗期之复检，也未发现新感染者，而且没有人因此事件后，出面检举遭人恶意传染。

因此，检方认定无法证明这 28 名艾滋病感染者有隐瞒及散播艾滋病毒的故意，以罪嫌不足，签结全案。<sup>1</sup>

在亲密关系中艾滋病感染情况告知的困难是多重的，如当感染者面临疾病的冲击时，常担心若伴侣知道之后，是否会因此离开自己，必须面临关系的结束；或者遭受歧视、排挤的眼光；有时纵使关系还维持着，却可能因为告知造成对方的情绪负担；面对新认识的伴侣，告知可能代表着两个人没有发展关系的机会。<sup>2</sup> 艾滋病感染者即便出于自愿进行了主动告知行为，在不同的感染者身上其行为初衷并不呈现一致性表征，特别是单纯出于法律规定而进行的告知在笔者所观察到的对象当中所占比例极低。如有学者就指出，“不论是对亲密关系的想象、HIV 于亲密关系中的位置，或者是告知对感染者的意义，大抵上均透露出受访者对于在一段关系内，彼此之间相互理解、共同分享各自感受的渴望，期望在亲密关系中，能够坦率地表露自身需求与关切，以及对于在了解各自特质的情况下以共同成长的渴求。这种渴望奠基于互相理解以表露自身情感需求，从而完满对亲密感的共享与渴望，强调信任、相互揭露与分享作为一段关系的基础，并以此建立彼此之间的深知与了解”。<sup>3</sup> 换言之，虽然在亲密关系中的告知面临着诸多困

---

<sup>1</sup> 梁家赢：《从人权保障观点析论（台湾）爱滋防治法制——以资讯隐私权与平等权为中心》，台北大学硕士学位论文，2006，第 1-2 页。

<sup>2</sup> Yoshioka & Schustack, Disclosure of HIV Status: Cultural Issues of Asian Patients, AIDS Patient Care and STDs, 2001, Vol.15, pp77-82.

<sup>3</sup> 陈遵宇：《我与 HIV 相处的日子：十二名男同志感染者的自我重塑、情欲实践与亲密关系想象》，东海大学硕士学位论文，2015，第 82 页。

境，在现实中或许同样是出于那种对亲密关系的重视与维护才是自愿主动告知的主要动因。这也即美国学者休·拉弗勒斯所谓的“亲密知识”的一种表现，“这些关系、知识和常规行为如何总是受到调节——不仅限于通过权力关系和交谈，还有自觉情感也在这其间发挥中介作用”。<sup>1</sup>

这种困境在中国对于艾滋病信息告知的法律强制规定当中同样存在，如即便在法律层面授予了疾病预防控制中心的告知介入权限，但在具体的现实语境下这种权力介入往往会遇到比法律更为强大的具体困境，毕竟“家家有本难念的经”。如通过上文对各个省份相关艾滋感染告知问题的规定可以看到，除了性伴侣以及配偶方的强制告知外，疾病预防控制中心还会涉及到另外一个重要的问题，即无民事行为能力人及限制民事行为能力人的亲属告知。《艾滋病防治管理条例》第四十二条规定“对确诊的艾滋病病毒感染者和艾滋病病人，医疗卫生机构的工作人员应当将其感染或者发病的事实告知本人；本人为无行为能力人或者限制行为能力人的，应当告知其监护人”，但在实务当中这一问题同样面临着诸如的障碍与困境，再次以J市的两例个案来观察。

张太婆（女性，七十二岁）经由术前初筛检测及疾控确证为艾滋病病毒感染者，但感染者本人始终坚称自己不可能感染艾滋病病毒，拒绝领取及服用抗病毒药物。相关工作人员经综合考量后认为张太婆本身年事已高且在就诊过程中均有亲属陪同，所以决定将感染信息告知了感染张太婆的女儿，要求张太婆在家人的监督下保证按时服药。但每次张太婆由女儿陪同前来取药时均与医生哭诉是女儿要“害自己”，强迫自己每天吃药，称自从服用抗病毒药物之后身体每况愈下。（后经医生说明可能是由于正常的药物副作用，加之张太婆同时患有糖尿病等其他因素所致）医生无论如何解释也无法得到感染者的认可。

小灰（男性，十七岁，高中在读学生）经由自愿检测及疾控确证为艾滋病病毒感染者，疾控中心试图取得其监护人的联系但遭到了小灰的强烈抵制。为了能够让小灰尽快进入到抗病毒治疗，工作人员同意不强行与其家人联系。但在首次体检时小灰称自己并没有足够的积蓄缴纳体检费用，后经由相关志愿者与主治医生协商后在规定范围内调整了体检项目，（目前国内虽然采取“四免一关怀”，

---

<sup>1</sup> [美]休·拉弗勒斯撰，陈厮译：《亲密知识》，载《国际社会科学杂志》，2003年第3期。



即符合条件者可免费领取抗病毒药物,但每次领取药物时的检查费用仍需感染者自行承担。不同地区的检测项目标准略有差异。)最终开始了抗病毒药物的使用。

可见,单纯地运用民事行为能力为绝对标准进行医疗活动的告知权限衡量可能并不合适,一些国家也逐步发展起了相对完善的具体告知标准。如美国儿科医学会认为应根据个案状况来判定实施同意权的强度,而不是给予一个法定的标准。像医生对于注射疫苗、石膏矫正外翻足手术等,仅需要父母的“告知后允许”,若是对于较大的学龄儿童,则建议医生在八岁儿童夜尿的行为治疗、九岁的抽血检查、十一岁的脊椎侧弯矫正以及十二岁畸形耳的矫正手术等需要征得病患的同意以及父母的告知后允许。至于牵涉到一些青少年特别是隐私的情形,例如十五岁青少年青春痘粉刺的长期抗生素治疗、十六岁少女的阴部内诊、十七岁少女的口服避孕药给予等则应得到病患本身的告知同意。<sup>1</sup>有学者将这种判断标准称之为“成熟的未成年人”原则,即如果某未成年人有足够提供知情同意让自己接受合理治疗的假设,那么即使未成年人没有父母的同意或是法院命令进行医学治疗,医生们仍可秉持此原则进行医疗活动。<sup>2</sup>

#### 四、亲密关系视角下的国家权力介入限度

通过以上的论述可以得见,单纯地用性关系或者婚姻家庭关系似乎还不足以囊括艾滋感染信息在具有亲密属性的个人之间所可能产生的诸多影响,因此笔者试图引入一个新的概念即“亲密关系”来描述艾滋感染信息之告知问题在这种公权力与私关系之间存在的矛盾与争议。但如何对亲密关系做出一个准确的定义似乎是一个非常困难的问题,尽管很多学者都强调亲密关系和泛泛之交至少在六个方面存在差异:了解程度、关心程度、相互依赖性、相互一致性、信任度以及忠诚度,但大多数人也同时承认这六个方面未必全部出现在亲密关系中,任何一个要素都可以单独出现于亲密关系之中。<sup>3</sup>与此同时学界基本上认同广义的亲密关系可表现在与家人、朋友或夫妻之间,其中配偶或伴侣经常是亲密关系中最为重

<sup>1</sup> 张滨璿:《儿童医疗表态权》,载《生物医学期刊》第3卷第4期,2010年。

<sup>2</sup> Lawrence Schlan & Joseph P. Wood, *Articals Informed Consent to The Medical Treatmeng of Minors: Law And Practice*, *Journal of Law-Medicine*, 2000, p.141.

<sup>3</sup> [美]罗兰·米勒、丹尼尔·珀尔曼著,王伟平译:《亲密关系》,人民邮电出版社,2011,第3-4页。

要的指向对象。而亲密感的建立包括了精神层面以及性的需求，且身体上的亲密可能有助于发展与建立稳定的亲密关系与情感。<sup>1</sup>这也就意味着当我们基于 HIV 性传播途径而在法律规制层面对性伴侣以及法定配偶之间的艾滋病感染告知义务进行展现时，作为一种亲密关系，其中的情感等因素也必须纳入到立法的视角。如安东尼·吉登斯在对亲密关系进行阐述时候首先强调了亲密关系对权力因素的排斥，其认为作为亲密关系基础的“纯粹关系”剔除了权力的控制性因素，使双方——无论是异性双方还是同性双方——在性和感情方面处在平等的位置，双方都获得了一种自治能力。这种个人的自治性可以有效地控制自我在关系中的个人空间界限，同时也能对对方保持尊重，并意识到对方的发展潜力并不对自己构成威胁。<sup>2</sup>这种分析路径强调“情感”或“真情”构成了亲密关系核心内容，只要情感的交融能达到亲密的程度（即便没有亲缘关系）就可以称作为“亲密关系”，因此“亲密关系”是一种“情感”上的亲密，而不是“利益”上的亲密。<sup>3</sup>当然，安东尼在具体的论述中又表示权力因素对亲密关系的介入并非全然是负面的，如在一项对女同性恋者长期性关系的研究中就有研究者称“一种没有规则的反常关系是很难维持的。在传统的婚姻关系中，如果传统教育所塑造的角色碰巧适合两个个体，那么，那种安排就是再好不过的了……但在同性恋关系，我们大多数人……都没有规则，真的，所以，你得在相处过程中制定自己的规则。你每时每刻都得努力弄清楚如何维持下去”。<sup>4</sup>虽然这里所谓的权力因素并不能完全等同于法律意义上的公权力，但其中无疑隐含着国家法作为一种背景规则对关系所能起到的某种保障与维系作用。且社会实践中“亲密关系”更多的现实体现并不一定完全是“情感”因素，其中难免会因经济利益等其他的维系纽带而形成一种综合性的社会关系，笔者无意于去对这种关系进行明确的概念界定，但可以推论出的是，即便是以情感因素占主导的亲密关系也无法完全摆脱法律/权力的覆盖。然而这种国家公权力对于亲密关系所能发挥的积极的保障与维系作用又并不是其效果层面的全部，这里就形成了问题的关键，即在对亲密关系的规则书写过程

---

<sup>1</sup> Norman、Kennedy & Parish, *Close Relationships and Safer Sex among HIV-infected Men with Haemophilia*, *AIDS Care*, 1998, Vol.10, pp339-354.

<sup>2</sup> [英]安东尼·吉登斯著，陈永国、汪民安等译：《亲密关系的变革：现代社会中的性、爱和爱欲》译者前言，社会科学文献出版社，2001，第 6-7 页。

<sup>3</sup> 韩长安：《亲密关系的法社会学分析》，苏州大学硕士学位论文，2005，第 7 页。

<sup>4</sup> 转引自[英]安东尼·吉登斯著，陈永国、汪民安等译：《亲密关系的变革：现代社会中的性、爱和爱欲》，社会科学文献出版社，2001，第 176-177 页。

中应该如何对国家权力之出现进行相对明确的界定。而在艾滋信息对亲密关系之影响的视角下，即便跳出性传播、母婴传播这两大范畴，其他类型的亲密关系仍然可能在国家权力的介入下产生相应的影响。

如上文提到的作为艾滋病“高危人群”的男男同性性行为人群在中国现行的法律框架下无法通过“标准”的婚姻关系生育子女，因此该人群往往试图在法律规定的“灰色地带”通过代孕、收养等方式完成此种诉求。而如果是感染 HIV 的男同性恋者，这一问题将更加尴尬。如一位受访者曾向笔者表述称其迫于家庭压力在网上寻找到了一名女同性恋者缔结了“形式婚姻”，但家庭仍对其不断施加生育子女的压力，最终其采取了收养的方式。需要提及的是，《收养法》第六条规定“收养人应当同时具备下列条件：（三）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病”，这一法律规范在《民法典》中也得到了沿用；《中国公民收养子女登记办法》第五条规定“收养人应当向收养登记机关提交收养申请书和下列证件、证明材料：（三）县级以上医疗机构出具的未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病的健康检查证明”。尽管在法律层面并未明确的规定这里所言的疾病种类，但在实践当中通常认为“不应当收养子女的疾病一般是指精神疾病和传染病，对传染病在传染期内的，收养人应暂缓收养。个人需要提供证明所携带的病毒不在传染期内，属于未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病（一般由医疗机构认定），即可收养子女”，<sup>1</sup>在各级医疗机构的收养人体检标准中也均存在 HIV 抗体检测一项。而该位感染者在访谈中也表示自己确实是通过找人代为体检的方式完成了收养手续的办理。如果说该事例仍然有收养人对送养人或送养机构侵权之嫌的话，那么下面这个事例则更具有讨论性。

“我儿子是从我姐姐姐夫那儿过继的，我之前就告诉他们我生病的事儿了。然后我姐姐她担心我老了以后没有孩子照顾，所以和我姐夫商量之后就说他们生个孩子过继给我。这个孩子就是专门为我生的。我们都是按民政的要求去办的，都是合法的。（问：当时有体检的要求吗？）有的，我找朋友帮忙代我抽血了，没有人（指民政部门的工作人员）跟着去的，民政就要求提供一份三甲医院的体检证明就行，医院都有这个专门给收养（人）用的体检套餐。当时孩子也要去体

---

<sup>1</sup> 参见北京市民政局：“患有疾病是否可以收养子女”，<http://www.beijing.gov.cn/bmfw/hysy/cjw/t1496162.htm>

检的，好像还要查什么基因病来着，我有点记不清了，反正就找人代检的。”（阿衡）

从国家关于收养问题的法律规定视角来看，以上两位艾滋病感染者无疑都触犯了相应的禁止性规定，但如果我们进一步分析该条规定的立法指向就不难发现其背后的困境。正是因为有了亲密关系规则的存在，法律的行为预期作用大大降低，在这种情境下，选择一套规则就意味着放弃了另一套规则，而以后判断此行为的又不能确定是何规则。<sup>1</sup>简言之，当行为人在国家法的场域下无法满足其在亲密关系规则当中所能完成的那种需求时，行为人就必须在规则交叉评判的钢索上铤而走险。换一种说法，当艾滋感染情况并不会在亲密关系各方主体之间造成损害结果时，那么国家公权力主体是否有必要，乃至有权力去对亲密关系进行实质性干涉就值得思考。

回到国家艾滋病防治的角度，性传播途径作为 HIV 传播的三大主要途径之一通常被给予高度的重视，但与之相对的，除去那种单纯以物质交易为表征的性交易行为外，我们很难从法律的角度对不同亲密关系中最重要表现之一——性爱关系的相关主体的主观要素进行逐一衡量评估与准确干涉。且从法律的发展趋势来看，对性行为私密性的尊重乃是社会基本制度构建的主要取向，即便是在对不同种类的性行为进行外在评价的情况中也多体现为一种道德意义上的制约。

“所谓性爱可以说是两个人从公开领域移向隐蔽领域的过程”，<sup>2</sup>“性爱关系作为当事者的秘密，在某段时间对当事者双方来说，他们的性爱关系或许与其他的性爱关系是对立的，这种对立关系无须他人认可或公开化”。<sup>3</sup>正是性爱关系的这种隐蔽性注定其对外在因素的介入往往呈现出一种排斥性，“排他性并不能保证信任，但却是激发信任的一个重要因素”。<sup>4</sup>更不用说，当这里的性爱关系上升到婚姻家庭关系时<sup>5</sup>这种排他性就会愈发的明显，毕竟“伴侣之间的社会距离

<sup>1</sup> 韩长安：《亲密关系的法社会学分析》，苏州大学硕士学位论文，2005，第34页。

<sup>2</sup> [日]桥爪大三郎著，马黎明译：《性爱论》，百花文艺出版社，2000，第50-51页。

<sup>3</sup> [日]桥爪大三郎著，马黎明译：《性爱论》，百花文艺出版社，2000，第62页。

<sup>4</sup> [英]安东尼·吉登斯著，陈永国、汪民安等译：《亲密关系的变革：现代社会中的性、爱和爱欲》，社会科学文献出版社，2001，第180页。

<sup>5</sup> 学界也存在较多从非情感视角出发而对婚姻家庭进行的讨论，如“家庭生活是在一定时间和地点的政治和经济约束条件下建构的”，笔者这里对性爱关系与婚姻家庭关系的区分主要是从内部结构的稳定化程度出发而言的。详见[澳]唐·埃德加、海伦·格莱泽撰，仕琦译：《家庭与亲密关系：家庭生活历程与私生活的重建》，载《国外社会科学杂志》，1995年

很小并涉及到了双方的‘个人隐私区’”，<sup>1</sup>因此即便是在亲密关系中产生了日常冲突，其解决机制也多偏向于内在的自我调解而非外在的权力介入，因为归根结底亲密关系伴侣能否最终摆脱冲突的困扰还要看他们是否能找到令人满意的解决方式。<sup>2</sup>“在关系密切的人们中间，法律是不活跃的；法律随人们之间的关系的距离的增大而增多”。<sup>3</sup>换言之，法律在何时会介入和干涉亲密关系？亲密关系双方往往只有在运用自己背景中所有可用的方式，而不能解决相关的权利与义务争端之后，才会求助于法律。<sup>4</sup>那么在艾滋病感染信息问题上当法律试图以告知的方式进入到以性爱以及婚姻家庭关系为主要针对对象的亲密关系中时，这里即是一种在亲密关系各主体争议发生前的主动介入。这种介入的假设无非两个层面，一是防止在亲密关系破裂时其中某方主体会因权利受损的无法弥补性而发生法律覆盖的不能，但这里存在一个推论即亲密关系主体本身无法完成这种问题之解决，这明显与事实不符；二则是为了完成国家作为公权力主体在对公民生命健康权负有保护义务层面的履行。尽管在第二的层面上公权力对艾滋病感染信息在亲密关系中的主动介入似乎更有说服力，但问题是这种法律上的规定在后续的执行过程中一般很难被国家强制力保障，因此法律是否仅以立法的方式就已经完成了这种保护义务就很难得到合理的论证，更不用说如若进入到司法程序双方对告知义务的举证困境了，毕竟我们无法要求自然人在以情感为主要因素的亲密关系中时刻保持法律意义上的“理性人”思维。如J市的志愿者曾向笔者转述过一位感染者的故事。

“他结婚之前就感染了，直男（同性恋者）。他自己说家里不知道，到年纪了也催着结婚生孩子。他自己也挺想的，我还看过他在群里（感染者群组）发过征婚的信息。后来他自己认识了个（未感染艾滋病病毒）女的，处的还挺好的，后来就谈婚论嫁了。他哪敢告诉人家啊，这不像已经结婚了的，告诉了那还能结

---

第1期。

<sup>1</sup> Kirchler E, Rodler C, Hoesl E, et al, *Conflict and Decision-making in Close Relationships: Love, Money and Daily Routines*, Hove East Sussex: Psychology Press, 2001, pp39-47.

<sup>2</sup> 苏彦捷、高鹏：《亲密关系中的日常冲突及其解决》，载《应用心理学》，2004年第2期。

<sup>3</sup> [美]唐纳德·布莱克著，唐越、苏力译：《法律的运作行为》，中国政法大学出版社，2004，第48页。

<sup>4</sup> Patricia Ewick & Susan Silbey, *The Double Life of Reason and Law*, University of Miami Law Review, 2003, Vol.57, p497.

上婚了吗。而且我们这地方又不大，两家都是本地人，这要是告诉了他还怎么在这儿待啊。再后来两个人就打算要孩子了，他当时吃了三年的药了吧，CD4 都挺高的，病载也查不到了。当时还来问我说这样能不能生，我跟他说具体的得问医生。医生肯定是建议女的也得吃药（阻断）啊，但他不想告诉人家怎么让人家吃药。后来好像问了好多地方，北京佑安（医院）什么的都打过电话，反正大概的回答都是一样的，要是查不到病载百分之九十左右没事，但还是建议要做阻断。不过后来他还是耍了，那阵还担心的不得了，他老婆去做检查的时候吓的不行，不过现在孩子都快一岁了，啥事都没有。”（新生）

从伦理的角度来看，以上这位感染者的行为无疑是不合适的，但这也反映出了艾滋病感染者在具体规范面前的一个现实困境。如果先抛去法律上的告知规定，在侵权损害结果的意义上该名艾滋病感染者确实并未对其配偶造成实质性侵害，虽然现行法律规定的视角下其可能已然侵犯了其配偶的知晓权，但反过来需要思考的问题就是，此时法律在亲密关系中所强加的这种知晓权是否适当，这一规定是否已经在采取国家公权力的方式对作为私领域的亲密关系进行了实质干涉。

正是在这种对亲密关系自治性的关注下，以波斯纳为代表的法经济学理论范式是否能够运用在该领域开始受到越来越多的质疑，“社会规范会影响选择决策，人们的选择是其特定社会角色的函数；行为的社会意义或情感表达意义是选择的要求”，<sup>1</sup>因此在亲密关系的另一典型的代表——婚姻关系中，“当婚姻质量很好时，婚姻会包括自我牺牲、共享、为对方着想的利他行为，也许还可能包括一种更具‘女性色彩’的世界观”。<sup>2</sup>但恰恰是这种情感因素对于法律上权利义务的非理性影响使得一些学者重新将视角投向了另一种法律之于亲密关系的规制可能，如有学者认为日常人类行为规则不能排除性欲与情感，因此两性之间的讨价还价是在自然不平等与社会不平等的博弈者之间进行的，从这个意义来看法律对亲密关系的干涉并不是要对亲密关系主体的行为选择进行有倾向性的诱导，而是主要致力于纠正不平等的讨价还价结果，<sup>3</sup>这种逻辑也为性伴侣及配偶之间艾

---

<sup>1</sup> Cass Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, New York: Oxford University Press, 1997, p36.

<sup>2</sup> Margaret F. Brinig, *From Contract to Covenant: Beyond the Law and Economics of the Family*, Cambridge: Harvard University Press, 2000, p18.

<sup>3</sup> Linda R. Hirshman & Jane E. Larson, *Hard Bargains: The Politics of Sex*, New York: Oxford

滋病感染告知义务的法律干涉提供了一种新的视角。尽管学界在对亲密关系的研究中通常会将之与迷恋关系进行有针对性的区分，但我们不得不承认这两者之间可能存在的种种关联，“他们需要那种关系来满足一种非此无法满足的安全感，固定化关系以其最温和的方式占据在习惯当中，当相关各方以互相敌对的方式联系起来的时候，这类关系就更易变得难以驾驭，他们无法使自己从中摆脱出来”，这里就很好地展现出了亲密关系当中因为某种不特定因素的转变而致使那些类似于迷恋性的负面影响，如“固定化关系建立在强制性的依赖之上，而不是相互依赖性之上”，“双方都依赖于一条联系的纽带，它或者是一种日常化的义务，或者是一种实际上对关系双方有破坏性的东西”。<sup>1</sup>我们无法否认伴侣之间的关系必须要有情感作为支撑，伴侣之间是有着共同目标，他们在共同的目标下为了对方而进行妥协。<sup>2</sup>但问题的关键就在于这种妥协除了存有主体的自愿性意义之外，其还涉及到行为选择的结果导向不同，而这种选择的情感动机与事实结果之间的关联却可能不被选择主体所掌握。也就是说，“能够判断自己的情感，能够决定自己的感情交流对象、交流方式以及是否交流等情感自治的问题”<sup>3</sup>并不能论证得出基于“真实情感”而作出的行为都是正确的这样的结论。虽然在亲密关系的领域自我创造的想法，是对新的归属感的一个强有力的肯定，<sup>4</sup>但这种“自我创造”的自由权利并不等同于亲密关系中的法律真空，因为其完全有可能会超越亲密关系的范围而影响到其他领域。毕竟在法律的视角下除了对个体自由选择权的保障之外还存在着一种对社会层面公平正义的宏观性维护，而利益化的行为，愈是被当作有益于社会的行为受到推崇，那些为激情所推动的、出自天然的自发行为，似乎愈具有危险性，愈受到指责。<sup>5</sup>

面对这种分析模式的冲击我们不得不再次强调前文中讨论的重点，即 HIV 作为一种病毒，尽管性接触是其最主要的传播方式之一，但如若试图要从立法层

---

University Press, 1998, pp.267-268.

<sup>1</sup> [英]安东尼·吉登斯著，陈永国、汪民安等译：《亲密关系的变革：现代社会中的性、爱和爱欲》，社会科学文献出版社，2001，第 118-119 页。

<sup>2</sup> 韩长安：《亲密关系的法社会学分析》，苏州大学硕士学位论文，2005，第 6 页。

<sup>3</sup> 韩长安：《亲密关系对国家法消解的原因、机理和结果的分析》，载《比较法研究》，2008 年第 4 期。

<sup>4</sup> 魏伟著：《公开：当代成都“同志”空间的形成和变迁》，上海三联书店，2012，第 152 页。

<sup>5</sup> [英]鲍曼著，洪涛译：《立法者与阐释者：论现代性、后现代性与知识分子》，上海人民出版社，2000，第 74 页。

面对这种传播方式进行预防的话我们必须审视在具体规制条文当中对个人选择与行为结果两个角度的针对性表达。首先我们似乎无法从控制疾病传播结果的角度而想当然地对个人进行无限制的行为管控，在亲密关系的环境内若作为法律拟制下的“理性人”，我们无法用法律去“阻止”个人因“情感”而将自己暴露在潜在的风险之下（这种风险不单单只艾滋病病毒传播等健康风险，还包括财产安生等方面），同理我们也不能用法律去压迫个人因其“可通过其他方式进行解决”的危险可能而彻底放弃情感的自治性。如同样以在亲密关系中涉及疾病的相关几种假设为例：（1）若其中一方明知自己患有间歇性精神病，但已数十年甚至从未有发病情况出现；（2）若其中一方患有遗传性疾病，但现阶段的医学科技无法探测该种疾病的遗传几率以及预防方法；（3）若其中一方患有非传染性不治之症，且通过科学的医学诊疗措施已经可以基本确定该患者的大致剩余寿命；那么在以上几种情况中法律是否需要为该方主体增添向亲密关系相对方的告知义务？当然有人可能会质疑艾滋病作为一种现阶段尚无彻底治愈方案的严重传染性疾病其与以上几种假设有很大的差别，那么反之若亲密关系中一方患有医学上虽然可治愈但难治愈的传染性疾病，且目前阶段尚未彻底治愈，此时法律又是否需要同样增设相应的告知义务？尽管艾滋病在目前的医学角度仍然是一种“绝症”，但这并不等于其可以通过多种方式进行预防，现阶段科学技术发展水平的环境下性接触与艾滋病传播并不是全然对等的概念（如安全措施、抗病毒药物的使用对病毒传播的阻断）。加之艾滋病感染者接受抗病毒治疗本身就是一种对病毒传播的阻断，那么此时如果在法律层面对艾滋病感染者在亲密关系中增设一种特定的告知义务就必须详细论证这种义务设定的必要性与合理性。

当然，笔者同样承认在亲密关系中向对方隐藏真实意图的个人不可能提供合作决定背后各种关键条件所需要的属性。没有信任的责任是不可能的，因为这意味着对对方的动机和行动进行连续不断的细察。<sup>1</sup>但问题的关键在于这种信任之责任的形成通常无法靠某种外在的强制手段达成，如果我们过于强调规则在亲密关系当中的保障性作用，其反而会消解规则本可能产生正面效果的所有机会，毕竟亲密关系本身就内含着信赖。<sup>2</sup>再如一位艾滋病感染者在访谈中向笔者讲述的

---

<sup>1</sup> [英]安东尼·吉登斯著，陈永国、汪民安等译：《亲密关系的变革：现代社会中的性、爱和爱欲》，社会科学文献出版社，2001，第244-245页。

<sup>2</sup> [英]德斯蒙德·莫利斯著，何道宽译：《亲密行为》，复旦大学出版社，2010，第193页。



一则个人故事。

“我和他其实是‘约炮’认识的，当时根本没想过要告诉他我的事儿（指HIV感染信息）。但是后来我们相处的很好，一起吃饭、看电影什么的，经过几次接触我就动心了，我当时真的是希望能和他在一起的，我感觉他当时也有这个意思。可是如果真在一起的话我也不想瞒这个事儿（HIV感染），所以我就跟他说了。真的没有想到他反映那么大的。我当时就跟他解释说我都按时吃药，已经检测不到病毒了，而且我们也有带（安全）套的，不会有事。可是他还是很害怕，说毕竟我们接吻和口交过。我说那我陪着去医院，可是他不让，说要自己一个人静一静，自己去处理。当天我们分开后我还在微信上转给他1000块钱，说要是到医院需要花钱用。他没收，也不回我。那一段时间我真是难受死了，天天给他发信息问情况，他也不回我。过了能有一周左右吧，他就回了我一句，说已经确诊没事儿了。其实我心理是清楚肯定没事儿的，但我也知道不可能有后续了，所以我就主动把他拉黑了。说实话我真的特别伤心，但是也没办法。”（阿木）

或许在某种程度上这个略带悲情浪漫色彩的故事似乎与本文所讨论的主题关系并不密切，但笔者所要表达的是，这样一种貌似与法律全然无涉的状态才恰恰是亲密关系应有的状态。以公民权理论为基础的福利国家思想主要以普遍主义的福利体制消除传统阶级、家庭等等所带来的地位差异，保证所有公民平等享受社会福利与服务。<sup>1</sup>但这样也等于重新界定了政府与家庭之间的责任边界，扩大了政府对家庭和个体的权力与责任，由此国家冲破公私界限越来越多介入家庭事务成为一种趋势。<sup>2</sup>问题的关键乃是在于国家对亲密关系的介入究竟应该以一种怎样的形式出现，更明确的说就是这种介入到底应当是一种“防患于未然”的事先干预还是一种“亡羊补牢”的事后救济。想必没有人会否认即便是基于高度情感信任的亲密关系也会存在着破裂的风险，但是亲密关系对法律的排斥事实上并不是说亲密关系中的相关人可以全然地跳出法律的束缚，而是法律如何在尊重亲密关系的自治性之前提下仍然留存出对社会行为覆盖的底线性。如舒国滢就曾以剧场

<sup>1</sup> [英]罗伯特·平克撰，刘继同译：《“公民权”与“福利国家”的理论基础：T.H.马歇尔福利思想综述》，载《社会福利》，2013年第1期。

<sup>2</sup> 吴小英：《“去家庭化”还是“家庭化”：家庭论争背后的“政治正确”》，载《河北学刊》，2016年第5期。

作为一种形象来比喻司法过程的展开，“司法的剧场化的真正价值在于它们通过‘距离的间隔’来以法律的态度和方式处理‘法律的问题’”，“在此情境下，人与法律之间的关系变得愈来愈‘彬彬有礼’法官和当事人都必须通过各种‘繁文缛节’才能‘合法地’进入法律的活动过程”。<sup>1</sup>具体在艾滋感染信息的告知问题上来看，国家权力或者说法律在目的指向上的标的乃是惩治恶意传播疾病，而告知义务事实上是在防治恶意传播基础上进行的进一步细化之“操作规程”，但问题是这种细化了的“操作流程”是否与原本的标的完全吻合，甚至是否会在某种程度上消解原本的立法标的就不得不被重点审视。就如同私法层面的“帝王条款”即诚实信用原则本身已经对亲密关系中的种种现象进行了法律指导意义上的评价，那么此时是否以及如何设置那些具有明确可操作的法律规则就需要更为细致的论证与梳理。亲密关系的可能性意味着民主的许诺，而民主所意味的不仅仅是自由和平等的自我发展的权利，而且还有（分配）权力的宪法限制。自治性原则为这些过程提供指导线索和最重要的实质性因素，在个人生活领域，自治性意味着反射性自我规划的成功实现——这是与别人平等相处的条件。如是观之，自我的自治性就允许固存于民主秩序之中的对对方能力的尊重。<sup>2</sup>法律实践也是嵌入在特定的背景之中的；法律领域有某种内聚性和惰性，这意味着法律实践常常滞后于惯常的社会实践，并构建了一种要求在立法与司法连个方向进行转述的专门的、技术性的学科。而且，习惯性社会生活关系出现的重大变革，会影响到法律的定立和法律的实践。<sup>3</sup>正如有学者提及的，法律专家与亲密关系的日常生活实践者，追求的是不同的目标。法律专家常常寻找的是应用可利用的规则来处理争端的方式或者手段，但亲密关系参与者在多数时间里，仅仅是追求他们比较满意的生活。二者之间的重叠性虽然很小，但却十分关键和极具争议性，因此，这两个世界之间的转述，需要敏锐的洞察力、深入的审慎思辨和商谈。<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> 舒国滢：《从司法的广场化到司法的剧场化——一个符号学的视角》，载信春鹰、李林主编：《依法治国与司法改革》，中国法制出版社，1999，第76-78页。

<sup>2</sup> [英]安东尼·吉登斯著，陈永国、汪民安等译：《亲密关系的变革：现代社会中的性、爱和爱欲》，社会科学文献出版社，2001，第239-242页。

<sup>3</sup> [美]泽利泽著，姚伟、刘永强译：《亲密关系的购买》，上海人民出版社，2009，第41页。

<sup>4</sup> [美]泽利泽著，姚伟、刘永强译：《亲密关系的购买》，上海人民出版社，2009，第240页。

## 第五章 婚姻家庭场域下的艾滋介入（二）

### ——以代际关系中子代对亲代的艾滋知悉为例

老年艾滋病感染者的年龄界限为何，不同的研究当中往往存在不同的标准，如美国疾病管制局于1994年定义年龄大于五十岁的艾滋病感染者为老年艾滋感染者，而中国疾病预防控制中心数据的统计通常是以六十岁作为界限。根据国家卫生健康委员会疾控局焦振泉处长在2019年第六届全国艾滋病学术大会上的报告指出，截至2018年中国已经确证的老年男性艾滋病感染病例数就已高达到24465例。因此早在2017年出台的《中国遏制与防治艾滋病“十三五”行动计划》中就正式将老年人作为艾滋病防治的重点人群之一，2019年由国家卫生健康委等部门联合印发的《遏制艾滋病传播实施方案（2019-2022年）》再次明确要求加强老年人宣传教育，使老年人艾滋病防治知识知晓率达90%以上。而根据笔者在J市的田野观察，近两年新增艾滋病感染者中的老年人比例确实是在以肉眼可见的速度增加，且其中的“超高龄”（80岁以上老年人）感染者也并不乏见。

为何近年来老年艾滋病感染者数量呈现出极其迅猛的增长速度？虽然老年人性需求问题越发受到社会层面的关注，但受制于传统观念以及节育问题的消失，老年人的性安全意识却未能同步发展，<sup>1</sup>因此在老年人群当中性交易以及多性伴问题仍然相对严重，为艾滋病病毒的传播形成了不利的外在环境。这也与报告中老年艾滋病感染者传播途径以性传播占94.9%的数据相吻合。此外从确证后的治疗角度而言，一些研究曾指出老年艾滋病感染者相对于年轻人而言交际网络呈现明显的缩小趋势，<sup>2</sup>因此在接受支持方面老年人通常需要依靠家庭内部，但在家人所提供的支持方面老年人与年轻人相比严重不足以及可能与家人之间会有更多的冲突，<sup>3</sup>甚至38%-53%的老年感染者会出现社会隔离现象，<sup>4</sup>这些使得老

---

<sup>1</sup> 韦霞、杨翔：《老年人性需求的相关因素分析》，载《职业卫生与病伤》，2017年第2期。

<sup>2</sup> Poindexter, Cynthia and Andrew R. Shippy, Networks of Older New Yorkers with HIV: Fragility, Resilience and Transformation, AIDS Patient Care STDs, 2008, 22 (9): 723-733.

<sup>3</sup> Schrimshaw, Eric W. and Karolynn Siegel, Perceived Barriers to Social Support from Family and Friends among Older Adults with HIV/AIDS, Journal of Health Psychology, 2003, 8 (6): 738-752; Crystal, S. et al., The diverse older HIV-Positive population: A national profile of economic circumstances, social support and quality of life, Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes, 2003, Vol.33, S76-S83.

年艾滋病感染者抑郁以及自杀意念的产生程度均高于其他族群。<sup>1</sup>

目前国内在众多的赡养诉讼当中也并不乏见老年人因感染艾滋病病毒而出现的困境与纠纷，如2014年河南省临颖县人民法院就曾审理过张某诉王某等五人赡养纠纷一案，该案中原告张某系被告王某等五人母亲，患有艾滋病等多种疾病，经常吃药且没有任何经济来源，原告诉称被告王某平已经七八年没有看望过自己，更没有尽赡养义务。最终法院判决五被告每月每人给付原告张某赡养费70元，且承担张某今后住院期间的医疗费。<sup>2</sup>鉴于艾滋病的传播方式，处于接受亲代抚养阶段的未成年感染者多是由母婴途径而垂直感染，那么在这样的家庭代际关系中艾滋病这一因素的影响就不甚明显，而相反对于老年艾滋病感染者而言，其与子代之间因“外来”的“艾滋”标签介入就会对原本家庭代际关系产生不确定的影响。因此如何看待与解决老年艾滋病感染者对家人，尤其是以子女为代表的近亲属的告知问题，以及在告知之后这种突然出现的艾滋符号会对老年人与其子女之间的代际关系产生何种影响就是本章所要探讨的问题。

## 一、老年人艾滋病感染信息的亲属告知

中国在患者知情权问题上的法律规定以往主要表现在《侵权责任法》第五十五条上，“医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其书面同意；不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意”。2020年6月1日开始施行的《基本医疗卫生与健康促进法》第三十二条也进行了类似的表述，<sup>3</sup>但此类规范中后半段所言“不宜向患者说明的”情况究竟指代哪些具体情况在医务实践当中往往存在着较大的主观性。很多学者反对用单纯的民事行为能力或刑事责任能力标准来判断这种告知义务

<sup>4</sup> Shippy, R.A., Karpiak, S.E., The aging HIV/AIDS population: fragile social networks, *Aging Mental Health*, 2005, 9 (3): 246-254.

<sup>1</sup> Vance, David E., Linda Moneyham and Kenneth F. Farr, Suicidal Ideation in Adults Aging with HIV: Neurological and Cognitive Considerations, *Journal of Psychosocial Nursing and Mental Services*, 2008, 46 (11): 33-38.

<sup>2</sup> 河南省临颖县人民法院(2014)临民瓦初字第7号。此类案件还可参见尹某赡养纠纷案，重庆市渝北区人民法院(2016)渝0112民初18689号；赵某赡养纠纷案，重庆市大足区人民法院(2019)渝0111民初3599号，等等。

<sup>3</sup> 相较《侵权责任法》，《基本医疗卫生与健康促进法》中对患者本身及近亲属的同意均取消了“书面”二字。

的对象，如有学者指出“具有同意能力是指患者能够理解医疗措施的本质、目的、风险等相关信息的能力，它构成患者有效行使知情同意的条件之一”。<sup>1</sup>诚然，个人自主性从病患的角度体现在不受任何其他因素的控制和干扰，完全按照自我决策的计划来实施。<sup>2</sup>但问题是一些特定主体在某种意义上自主性本身就存在既定的限制，甚至无法同医生有效交流，<sup>3</sup>这时当然就需要他人辅助共同完成选择和决策。<sup>4</sup>不得不承认，在以往的医疗纠纷当中，医生确实可能存在未考虑患者接受信息的能力情况下进行专业医疗告知，从而导致医患之间存在较大沟通障碍。因此在医务人员眼中，基于患者个体的特征（如年龄、心态、病情）和结构性因素（如阶层、性别、文化程度），使的一部分人比另一部分人更“适合”获得知情权，而诸如小孩、老人则被认为是承受力较低的人群，往往成为被隐瞒病情的对象。<sup>5</sup>特别是在对患者同意能力的众多讨论中，有一种争议格外值得关注，那就是这里所谓的能力究竟是按一定的基准区分还是依程度来区分。<sup>6</sup>如若按照同意能力的程度来对知情同意的主体进行选择判断的话，医务人员就势必需要在患者及其近亲属之间进行权衡，那么通过对老年病患与其“年富力强”的子女之间这种对比就不难理解为何在医疗实践当中医务人员如此倾向告知家属了。当然，如果仅仅是针对感染艾滋病病毒这一“慢性且可控”的医学问题而言，鉴于中国相应法律明确规定了艾滋病感染者的隐私权，因此对于那些虽然年事较高、但仍然具备一定“同意能力”的老年感染者而言，医务人员虽然会倾向于劝告当事人自行告知近亲属，但一般不会采取过于主动的方式介入。

---

<sup>1</sup> 丁春艳：《有谁来行使知情同意的权利：患者还是家属？》，载《法律与医学杂志》，2007年第1期。“同意能力”模式认为成年患者被推定具备表意能力，但是这一推定在一定的情况下可以被推翻。当成年患者的心理承受能力、特殊情感诉求或者精神不适等影响自己的识别能力和理解能力时，患者的同意能力将被推翻。使用这种模式的代表国家为英国。详见赵西巨著：《医事法研究》，法律出版社，2008，第83-84页。

<sup>2</sup> 如在美国，医师需要系统化地分析患者同意能力，在必要时甚至需要运用相应的同意能力检测工具，测定患者的认知、理解和推理能力。美国具体患者决定能力的法律相关评估准则可参见李庆功编著：《医疗知情同意理论与实践》，人民卫生出版社，2011，第237页。

<sup>3</sup> 苏力：《医疗的知情同意与个人自由和责任——从肖志军拒签事件切入》，载《中国法学》，2008年第2期。

<sup>4</sup> 李宇航、丁维光：《医方知情告知义务履行中的伦理冲突及解决对策》，载《锦州医科大学学报（社会科学版）》，2019年第3期。

<sup>5</sup> 涂炯、梅笑：《患者“自主权”再思考——基于G市Z医院癌症患者的疾病告知实践研究》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》，2019年第5期。

<sup>6</sup> White, Becky C., *Competence to Consent*, Washington D.C.: Georgetown University Press, 1994, p.63.

老宏(男性,七十岁)在查出感染艾滋病病毒之前本身身体状况就不是很好,用药的同时还由于中风引起了行动不便,尽管医生多次解释,但其本人反复强调这些问题都是由于服用抗病毒药物都导致。因此老宏常常述说自己接受不了各种药物的副作用,比如称吃依非韦伦后称自己头晕的厉害,后换成克立芝后又强调自己有严重的腹泻。用医生的话说老宏“几乎把所有的免费抗病毒药物换了个遍”,经常因为药物的选择而与医生产生“博弈”。尽管每次医生均嘱咐老宏的身体状况不太乐观,建议能够有家人陪同一起前来,但老宏一直都是自己独自前往,家人始终没有现身。

但实践中与年轻艾滋病感染者不同的是,老年感染者的检测通常并不是主动进行的,而往往是在其他医疗诊断当中基于“术前四项”等手段而被动呈现。这就导致老年病患所面对的并不是单一的艾滋病病毒感染问题,这一事实将会和其他类型的疾病处理产生错综复杂的关联,至少在医务人员的角度而言感染 HIV 这一事实会在某种程度上会对病患的诊治工作形成不确定的影响。尽管在医疗领域内“患者自主模式”自 20 世纪 60 年代后在全世界范围内成为一种被广泛认可的价值导向,但是疾病的不告知或通过家人间接告知的实践依然在很多社会普遍存在,特别是包括中国在内的亚洲国家、南欧国家、中东国家等。在那些家庭和社区观念较重的社会,人们普遍倾向于“家庭中心模式”,即由医生向患者家属告知病情,再由家属决定是否向患者告知病情。<sup>1</sup>这种观点最主要的论据即中国语境下的知情同意制度缺乏个人作决定或自主性的文化土壤,而知情同意制度在一开始建立之时就面临着客观的文化障碍,<sup>2</sup>或者说西方自主原则所支持的主要价值观是个人的独立,而东方则是和谐的依赖关系。<sup>3</sup>那么此时就产生了一种基于家庭的道德优先之权威地位,加之对老年病患“同意能力”的医学判断而衍生的亲属告知问题。特别是作为一种“风险”因素的存在,医生在对老年病患的综合诊疗过程当中也会出于自我保护意识,而选择将包括感染艾滋病病毒在内的患者信息“全面”地告知家属以减轻个人风险责任。这也是为何在知情同意的伦理

---

<sup>1</sup> 涂炯、梅笑:《患者“自主权”再思考——基于 G 市 Z 医院癌症患者的疾病告知实践研究》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》,2019 年第 5 期。

<sup>2</sup> 刘京:《论医疗知情同意权的民法构建》,武汉大学博士学位论文,2014,第 14 页。

<sup>3</sup> Fan, Ruiping, *Self-Determination vs. Family-Determination: Two Incommensurable Principles of Autonomy*, *Bioethics*, 1997, 11 (3-4): 309-322.

争论中有人提出该种模式似乎更好地保护了医方而不是患方，从而使知情同意越来越走向律法主义，也即遵守法律为借口而逃避伦理责任。<sup>1</sup>

老俞（男性，八十二岁）因轻度脑梗被送往医院治疗，在“术前四项”检测中初筛 HIV 阳性，后被疾控中心确证感染艾滋病病毒。尽管此时老俞尚具备一定的交流能力，但医生还是综合患者身体情况主动向其子女进行了病情告知（包括感染艾滋病病毒情况），并结合老俞的身体素质提出了相对保守治疗方案，称老俞“免疫力较差，不建议进行动脉取栓这样的介入性治疗方式”，至于艾滋病病毒感染问题后续是否要服用抗病毒药物也“因患者年事已高，且存在一定的副作用，因此由患者家属自行决定”。

与此同时，《医疗事故处理条例》第十一条与《执业医师法》第二十六条都规定医疗机构及其医务人员在履行告知义务时应当避免对患者产生不利后果的注意义务，那么医生在处理老年病患的家属告知时，对于“艾滋”这一事关隐私的不确定变量的出现就极易陷入两难困境。一方面，感染艾滋病病毒无疑会对老年病患的整体治疗方案产生医学意义上的影响，那么如若这种信息无法被家属知晓就很容易产生医患双方之间基于信息差异而导致的对话障碍；另一方面，艾滋标签在当下时代背景下的污名倾向使得其很有可能在老年病患与其家属之间发生一种不确定的影响走向，特别在患者存在家庭矛盾、经济条件较差的情形下，患者的利益可能会和其他近亲属的利益发生冲突，<sup>2</sup>这样又会使得医务人员产生一种因暴露病患隐私而出现的潜在侵权。因此在医疗实践当中医务人员往往会采取一种“放任”的方式进行“潜在告知”。也就是说，医生即便不会直接将感染情况告知家属，但通常会采取如实写入病例的方式以记载病情变化。根据笔者的观察，一般病患在办理住院手续时如果有家属陪护的话一般会签订一份“陪护家属告知书”，<sup>3</sup>而对于老年病患而言通常会强制性地要求家属陪护，那么病例等材

<sup>1</sup> 朱伟著：《生命伦理中的知情同意》，复旦大学出版社，2009，第8页。

<sup>2</sup> 祝彬：《论医疗知情同意权的代理行使》，载《医学与哲学》，2013年第11期。

<sup>3</sup> 如笔者所在田野地点的住院处通常使用的就是包含以下文字的“陪护家属告知书”：“各位家属请注意，为了保证病人的安全问题，加强病人管理，特此请各位家属配合以下几项工作：（1）凡危重病人及60岁上的老年病人，24小时家属要陪同，病人身边不能脱人，如有特殊情况必须向护士汇报，待同意并签字后家属方可离开病人……”

料一般都是由子女等亲属进行保管，所以这种方式基本上可以视为一种间接告知。此外有医生也称“（老年病患）办理住院出院等等手续时经常是患者子女等拿着相关证明去缴付账款，而这些证明上都明明白白写着患者的诊断，这基本上就等于告诉了家属患者得的是艾滋”。

但随之而来的问题是，当时下的医疗问题被解决后，“艾滋”作为一种现阶段无法治愈的疾病将会在其他疾病被相对缓解甚至消除后依然存在。也就是说，医生对老年病患的综合诊治当中基于各种因素而对其亲属进行的告知并不会因为此次诊断的终止而结束，这一标签将在接下来的时间里会长期萦绕在当事人的家庭生活当中。早就有学者指出，家庭参与病患知情同意权的真正原因，在于家庭和病人在特定情况下经济关系和情感联系，无论在中国文化或法律背景下，相互扶持、照顾以及帮助，是家庭成员之间的道德义务，更是法律义务。<sup>1</sup>也就是说，无论我们认为在老年艾滋感染者的问题上医务人员是否应当跨越当事人的主观意思而向其亲属告知，都势必要深入这种告知是否会对老年与其家庭（特别是其子女）的家庭关系产生不确定影响的层面当中进行观察。

## 二、代际关系的物质经济维系与情感内核

首先需要说明的是，代际关系这一概念存在多种不同方式的界定，如我们既可以从横向的、共时的维度去分析，即同一时代背景下不同年龄层群体之间的社会关系；也可以从纵向的、历时的维度去审视，而后者又包括个人之间的社会关系（如亲代与子代之间）与个人与某一代人之间（如先后经历不同生存时空的同一个人的不同生命阶段）的社会关系。<sup>2</sup>简单地说，社会领域中的“代”的自然属性主要是指它的年龄特征或年龄层，而家庭内“代”的生物性特点不仅是指它的年龄特征，而且更重要的是指个体生命的繁衍性。<sup>3</sup>换言之，如果是在广义视角下来讨论的话，代际冲突可能会渗透到社会生活的各个方面、各个层次，以至于可以说，几乎任何大的社会冲突都在一定程度上表现为代际冲突，或至少带有

---

<sup>1</sup> 刘京：《论医疗知情同意权的民法构建》，武汉大学博士学位论文，2014，第16页。

<sup>2</sup> [美]戴维·德克尔著，沈健译：《老年社会学——老年发展进程概论》，天津人民出版社，1986，第14-19页。

<sup>3</sup> 廖小平著：《伦理的代际之维》，人民出版社，2004，第139页。



代际冲突的色彩。<sup>1</sup>因此，在本文中笔者所讨论的代际关系仅指家庭代际关系，是“建立在血缘基础上，由家庭成员之间的频繁互动构成的”<sup>2</sup>代际关系，即家庭当中亲代与子代之间通过资源的分配与共享，情感的交流、沟通以及道德义务的意识与承担等诸多中间媒介发生这样或那样的联系，呈现出不同态势的胶结状态，<sup>3</sup>具体而言大致可以分为经济支持、生活照料和日常服务以及亲情、情感的沟通与安慰几个方面。

在将代际关系限定在家庭这一狭义的场域内后，我们又可以根据亲代与子代之间的双向互动<sup>4</sup>进而分为代际抚养（亲代对子代）与代际赡养（子代对亲代）两种表现。不过在已有研究中对以上两种代际关系方向往往存在许多争议，如既有质性研究中强调代际支持关系的“变化”和孝道衰落，而定量研究结果则强调“不变”和反馈模式的延续，两者形成鲜明反差。可见两者之间虽然皆属于家庭代际支持，但两者并不是以等量的方式并存，与此同时亲代与子代之间对于良性互动的依赖程度也略有差异。对此有学者提出代际支持是一个跨越两代人生命周期的动态过程，代际支持的流向会随着两代人的需求变动而变动，<sup>5</sup>或者说在抚养与赡养两种代际支持之外还存在着一种“交换”模式，即皆处于青壮年时期的两代之间（青年子女与中年父母）的交换关系是与传统的“抚养——赡养”关系并存、且有互补的一种代际关系。<sup>6</sup>因为人均寿命延长与生活质量水平的不断提高，除了亲代处于生活无法自理而被子代赡养的阶段外，这种“交换”模式的存续时间被大大延长，<sup>7</sup>也正因如此有学者认为在今日中国城市家庭的代际关系表

<sup>1</sup> 廖小平著：《伦理的代际之维》，人民出版社，2004，第14页。

<sup>2</sup> 潘文岚：《家庭代际伦理的现实问题》，载《社会》，1999年第1期。

<sup>3</sup> 王树新主编：《社会变革与代际关系研究》，首都经济贸易大学出版社，2004，第3页。

<sup>4</sup> 费孝通先生认为西方的代际关系是“接力模式”，而中国则属于“反馈模式”，两者的差别就在于前者不存在子女对父母赡养这一种义务，详见费孝通：《家庭结构变动中的老年赡养问题——再论中国家庭结构的变动》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》，1983年第3期。

<sup>5</sup> 刘汶蓉著：《反馈模式的延续与变迁：一项对当代家庭代际支持失衡的再研究》，上海社会科学院出版社，2012，第12页。

<sup>6</sup> 王跃生：《中国家庭代际关系的理论分析》，载《人口研究》，2008年第4期。

<sup>7</sup> 如根据一些学者的研究，44.3%的老人在日常生活中为成年子女提供家务和孙子女的照顾，五成以上的老人“经常”给予成年子女家务帮助，即便是70岁以上的老人中仍有17%的人在帮助子女照看孩子，且农村父母比城市父母对子女的家务帮助更多。详见熊跃根：《中国城市家庭的代际关系与老人照顾》，载《中国人口科学》，1998年第6期；陈皆明：《投资与赡养——关于城市居民代际交换的因果分析》，载《中国社会科学》，1998年第6期；刘汶蓉著：《反馈模式的延续与变迁：一项对当代家庭代际支持失衡的再研究》，上海社会科学院出版社，2012，第110-111页。

现为父母对子女的义务在家庭领域内、在子女成年后被有弹性地放大了，而子女对父母的回报义务则被有弹性地缩小了。<sup>1</sup>此外在笔者看来，这种交换模式的存续在很大程度上还取决于亲代与子代之间的物质生活条件，任何一方都有可能因某种外来因素的介入而在交换模式中改变原本的角色扮演。

陈伯（男性，六十岁）在老伴去世后一直独自生活在农村，且其子女在得知陈伯感染艾滋病病毒后极少有来往，生活相对困难。2014年陈伯因机会性感染于爱心门诊所在的感染科住院，虽然后续身体恢复较好，但在出院时因经济困难无法缴足所欠医疗费用，且出院后护士长多次催缴无果。但在2018年陈伯主动前来感染科补交了之前的医疗费，并要求变更服用自费抗病毒药物。经过沟通得知陈伯不久前因其所有的集体土地及房屋被征收，因此获得了三套房屋与近200万元的补偿款。陈伯也表示自从其子女得知了这一情况后，女儿主动为其找到了一位保姆照顾其饮食起居，双方的关系也有明显好转。

通过以上这一事例可见 HIV 感染这一事实直接导致了当事人代际关系的破坏，但当事人代际关系的恢复是因为其经济状况的大幅提升。也就是说，在原本的代际关系中，陈伯基本处于一种需要赡养的被支持者位置，而因为“拆迁”这一事实的产生当事人摇身一变成为了代际关系中潜在的提供支持者。这属于典型的“交换理论”<sup>2</sup>视角下代际关系的案例表现，交换理论认为父母与子女之间各自掌握着可供交换的资源，一方获得另一方支持和帮助的多少取决于他能为对方提供多少支持和帮助，那么那些没有东西可以分享的父母可以得到的支持也很少，<sup>3</sup>只不过给予支持的动机在于得到即时或者贯穿整个生命历程的回报。这一理论也很好地解释了在许多代际关系的分析中，为何选择独居并不是影响老人生活质量的因素，这取决于老人的经济状况和生活态度。

用交换理论分析代际关系虽然存在着较强的合理性，但却似乎无法将文化因

---

<sup>1</sup> 康岚著：《反馈模式的变迁：转型期城市亲子关系研究》，上海社会科学院出版社，2012，第4页。

<sup>2</sup> Cox, Donald, Motives for Private Income Transfers, *Journal of Political Economy*, 1987, Vol.95, pp508-546.

<sup>3</sup> Zimmer, Zachary and Julia J. Kwong, Family Size and Support for Older Adults in Urban and Rural China, *Demography*, 2003, 40 (1) : 23-44.

素很好地囊括在内。如上所述，如果完全地按照交换理论而将子代视为经济理性人，那么将会出现大量的选择性赡养，这种赡养行为的出现至少需要两个条件：一是子女对老人的财产有着积极的预期；另一个是这种积极的预期是与自己的行为关联的。而在当下独生子女家庭的老年人赡养问题越发普遍之时，甚至会产生“财产继承权是我的，赡养责任不一定要承担”的激励。<sup>1</sup>但根据笔者的观察，即便是有着艾滋病符号的介入以及物质经济水平上的强烈不对等，但子代之于亲代较好的代际支持仍然存在。

原本生活在农村的潘太婆（女性，六十五岁）在老伴去世后，便由女儿接到J市一同居住生活，大约五年前在一次医疗诊治中发现感染艾滋病病毒。根据潘太婆的女儿讲述，因为当时其始终陪伴母亲在医院就诊，所以检查结果出来时医生于第一时间告知了她，随后潘太婆的血样被送往疾控中心确证。因为很担心母亲知道自己的病情后无法接受，所以在她的请求下工作人员并未告知潘太婆这一事实，以至于潘太婆吃了近五年的抗病毒药物至今仍还不知道自己感染艾滋病病毒。在笔者田野调查的这段时间里每次都由潘太婆的女儿代领药物，连抽血化验都是先由其在爱心门诊开好检查单，然后再单独带潘太婆前去。在聊天中潘太婆的女儿表示自己虽然对母亲的感染事实“不理解”，但觉得“做儿女的总归要照顾好老人”，“自己每次领完药回家都要先把标签和包装撕掉，然后骗她（潘太婆）这是保健品，监督她按时服药”。连爱心门诊的医生护士都对潘太婆的女儿赞不绝口，称其“难得的孝顺”。

诚如有学者提及的，尽管传统孝道在当前的社会影响和调节功能远非昔日可比，但到目前为止，我们仍无法用另外一种全新的代际伦理体系取代传统孝道。相当一部分人在论及子女与父母关系时更愿用孝与不孝来评价，很难找出另外一个更为恰当的字或词去替换。虽然一些学者认为孝文化日渐式微正在逐步削弱家庭养老功能的发挥，同时还引发了一系列精神危机及文化缺位现象，<sup>2</sup>但人们通常如何来判断“孝顺”却并没有一种既定的量化标准。

<sup>1</sup> 刘燕著：《制度化养老、家庭功能与代际反哺危机——以上海市为例》，上海世纪出版集团，2016，第139-141页。

<sup>2</sup> 郭德君著：《传统孝道与代际伦理——老龄化进程中的审视》，中国社会科学出版社，2018，第82-83页。

老钱（男性，七十岁）是退休干部，经济条件较好。原本与老伴、儿子儿媳共同居住，查出感染艾滋病病毒后虽然儿子儿媳没有过多的表达的反感，但“一起吃饭的时候他们（指家人）还给我单独准备出来一套碗筷，所以挺没意思的”，“能够理解他们（指家人）的一些顾虑，但是发生了这个事（指查出感染艾滋病病毒）之后还是觉得住在一起很别扭”。而当老钱提出要自己搬出去住的时候家人也并未表示反对，所以“查出来之后就自己一个人租房子住，一般冬天就租在郊区，夏天就找那种山上村子里的民宅，顺便也可以避暑。自己是退休干部，经济条件还可以，所以租房子还算不上太大的负担”，“前几年我的工资卡还是在我老伴那儿的，也会时不时地支持一下儿子他们家，但后来慢慢这个情况我也就把工资卡拿回来了，自己用自己的”。虽然老钱并没有很明确地指责儿子儿媳的“不孝顺”，但从谈话中可以多少感觉的到其对家人的“不满”。

我们似乎很难用单纯的“孝顺”与否来评价老钱与其子代之间的代际关系，有时一些老人自行前往爱心门诊取药时还会大说特说自己儿女如何对自己不好的现象，当笔者试探性地提出究竟是如何的“不好”抑或是否考虑过通过法律方式解决时，当事人往往又并不会确回应。诚如有学者指出，状告自己的亲人、一家人上法庭打官司，在人们心目中多少总是有悖清理的。而且一旦对簿公堂，就意味着亲子之间恩断情绝，往往导致实际上的亲子关系的中断。法庭的判决常常只能做到叫儿子出赡养费，而真正的“养”仍然会落空，<sup>1</sup>而这种倾向在当老年人处于感染艾滋病病毒的前提下会更为突出。许多研究都提及，当下社会文化对孝顺的定义发生了很大的变化，很多时候孝顺的精神层面的要求被完全忽视了，而简化为“赡养老人”的概念。<sup>2</sup>而事实是在代际关系中子代对亲代所承担的赡养义务远非简单的经济供养，情感支持也是其中不可缺失的重要组成部分。现实中往往存在着这样一种现象，老年人享受着养老金的经济支持，其子女往往认为就已经解决了所有的养老问题，不需要家庭成员的支持了，这便会导致老年人的精神孤独。有学者甚至提出制度化的养老保障政策和措施在一定程度上可能纵容了家

<sup>1</sup> 郭于华：《代际关系中的公平逻辑及其变迁——对河北农村养老事件的分析》，载《中国学术》，2001年第4期。

<sup>2</sup> 沈奕斐著：《个体家庭 iFamily：中国城市现代化进程中的个体、家庭与国家》，上海三联书店，2013，第212页。

庭功能的减弱或部分瓦解,迁就了更多的个人不情愿在家庭生活中投入更多的时间、精力的经济成本。<sup>1</sup>而在某种意义上,情感支持本身就是衡量代际间感情融洽程度及潜在经济和生活照料支持的重要指标,<sup>2</sup>代际情感回报本身一方面以家庭内部子女对父母的“反哺”式物质赡养得到直接体现;另一方面,精神慰藉是传统养老方式下子代对老龄一代的亲情回报的主要形式。<sup>3</sup>只是在法律意义上对于情感支持的相应行为调控的规制困境<sup>4</sup>(如《老年人权益保障法》第十八条“与老年人分开居住的家庭成员,应当经常看望或者问候老年人”之规定就曾引起公众热议)以及家庭结构小型化与老龄空巢现象的加剧无疑都使得这种原本应当内在于良好代际互动中的情感支持遭到了巨大的实践困境。相对于工具性或经济性的代际支持而言,孝文化似乎恰恰最能促进家庭代际间的情感联系,或者说仅在对父母的情感支持方面,孝道观念作为内在驱动力显示了显著影响。<sup>5</sup>特别是在退休金制度覆盖的城市家庭,子女对父母的经济支持的赡养性质减弱,而文化象征意义增强,亲代对子代“孝”的要求也发生了从强调“奉养”到强调“情感陪伴”的转变。<sup>6</sup>正是在这样的背景下,传统的家庭养老制度也随之出现多样的变革方向,如在公共政策领域一度受到广泛推崇的居家养老模式就是对代际关系进行所谓“有距离的亲密”调整的导向性产物。但是需要明确的是,即便是在所谓居家养老的模式之下,家庭成员在为老年人提供服务方面所起的作用是任何其他人员或机构所不能替代的。

### 三、艾滋病标签对代际关系中赡养义务的影响

根据前文对代际赡养关系的分析可以看出,即便原本植根于传统孝道文化而

---

<sup>1</sup> 刘燕著:《制度化养老、家庭功能与代际反哺危机——以上海市为例》,上海世纪出版集团,2016,第42页。

<sup>2</sup> Thompson, Estina E. and Neal Krause, *Living Alone and Neighborhood Characteristics as Predictors of Social Support in Later Life*, *Journals of Gerontology: Series B*, 1998, 53B (6): 354-364.

<sup>3</sup> 刘喜珍著:《老龄伦理研究》,中国社会科学出版社,2009,第169页。

<sup>4</sup> 有学者认为法律的约束力一般只局限于那些造成强烈负面影响的代际关系,对于绝大多数家庭,对于代际关系的认知和行为准则更多地受到社会道德规范的影响。详见吴帆、李建民:《中国人口老龄化和社会转型背景下的社会代际关系》,载《学海》,2010年第1期。

<sup>5</sup> 刘汶蓉:《孝道衰落?成年子女支持父母的观念、行为及其影响因素》,载《青年研究》,2012年第2期。

<sup>6</sup> Xie, Yu and Haiyan Zhu, *Do Son or Daughters Give More Money to Parents in Urban China?*, *Journal of Marriage and Family*, 2009, 71 (1): 174-186.

产生的子代对亲代的赡养义务在新时代转型期的背景下出现了某种程度的变迁，但这种义务在道德伦理层面仍然是社会主流文化所认可且遵循的。如康岚曾根据对城市居民代际关系的田野调查指出，在多数人的眼中，照顾尊亲属乃是一种所谓“本份”，通俗地讲便是“应该做的事情”，“该做的”做到后，一个基本的“礼”和“序”便能维持。<sup>1</sup>但与法律层面的赡养义务不同，道德伦理层面的赡养责任并不是独立存在的，其会与亲代与子代之间的情感联结深度、经济基础等等因素产生复杂的综合关系。有学者就曾敏锐地指出道德互动关系的背景空间问题，“道德场是构成一定道德情境的各因子之间在相互作用过程中因传递、交换其信息、能量、物质所产生的进而影响道德主体的道德选择和道德行为的一种道德特殊形态和空间”。<sup>2</sup>在老年艾滋病感染者的家庭代际关系中，原本基于孝文化在子代于亲代之间的赡养关系，特别是情感支持维度因艾滋病这一标签的介入而产生了宏观意义下“道德场”的空间变动，尽管法律意义上的赡养义务并不会因此而消失，但道德意义上的赡养义务却极有可能因为艾滋污名的存在而产生某种意义的消解。

随着社会保障制度的完善，经济上具备自我养老能力的老年人在逐步增多。在经济保障或者物质供养方面，不少老年人完全可以依靠自己的力量来满足经济性的养老需求，但精神方面的需求却是普遍和强烈的，老年人很难完全凭借自身的力量来满足这种需求。<sup>3</sup>而当第一个层面的物质经济得到较好的保障后，亲代更希望获得精神上的满足感，认为情感上的表达和精神上的融合才是亲子关系的主要表现形式。特别是鉴于艾滋病病毒感染的潜伏期以及国家“四免一关怀”政策的推行，“艾滋”符号的出现对老年感染者的经济影响可能并不如外界所想象中的那样巨大，但是其在情感层面对于代际关系的冲击无疑会对老年艾滋病感染者起到非常严重的负面作用。

沈姨（女性，六十岁）在确证感染艾滋病病毒之初就表达出“得上这个病太丢人”的主观感受，并经常在医院哭泣。虽然在查出感染事实后仍然与儿子儿媳生活在一起，但自称“和儿子媳妇的关系不是特别好”，经常吵架，儿子甚至说

<sup>1</sup> 康岚著：《反馈模式的变迁：转型期城市亲子关系研究》，上海社会科学院出版社，2012，第52页。

<sup>2</sup> 易法建著：《道德场论》，湖南教育出版社，2001，第65页。

<sup>3</sup> 穆光宗：《老龄人口的精神赡养问题》，载《中国人民大学学报》，2004年第4期。

出过“你怎么还不去死”，“有什么脸面活在这个世上”，“不知道怎么死就去跳楼啊”之类的言辞。在笔者田野调查期间沈姨还曾自行寻找了一份保姆的工作，在雇主家生活了一段时间，但不知为何这份工作并没有持续太长时间便又重新返回儿子家生活。笔者也曾询问沈姨是否有想过与儿子儿媳分开生活的问题，但沈姨对此并未过多解释。

在家庭照顾的背景下，子女与父母之间的日常互动和支持对老人的身心健康有很明显的影响。<sup>1</sup>子女提供的支持未能满足老年人的需求以及子女未能提供老年人所需的支持都会导致老年人的无助感、失望感并使代际关系紧张，从而恶化其心理健康，<sup>2</sup>根据沈姨的外在表现我们不难看出其糟糕的代际关系根本无法满足她的情感支撑需求。由于笔者从未见过沈姨的儿子儿媳，所以很难单纯从沈姨的自述中窥探其代际关系的全貌，不过通过自己外出工作的经历基本可以判断，沈姨并非完全不具备自行生活的物质条件，但似乎其本人并不希望单独居住。那为什么沈姨即便与儿子同住的并不愉快却仍然不愿意单独生活呢？原因或许在于，情感联络和实际支持在很大程度上依赖于居住模式，而对情感和实际支持的愿望也会反作用于居住模式。<sup>3</sup>沈姨的情况也与老钱的情况形成了呼应，亲代得知自己感染艾滋病病毒的事实后，情感支持需求会较之以往出现明显的增强，那么此时的居住意愿也会发生相应的变化。如果说在这一问题未出现之时亲代的居住选择会存在多方面因素影响的话，那么“艾滋”符号的出现使得共同居住在亲代眼中本身就被视为了一种情感支持（“不嫌弃”）的表现。只是这种“想象中”的情感维系似乎并不一定会以正向的形式发挥作用，相反可能还会恶化本身就已经出现问题的代际关系。从沈姨的表达中不难看出，在其身上代际关系（特别是情感支持层面）似乎非常明显地呈现出了一种恶性循环，即“自我污名——子代强化——愧疚感增强——情感支持障碍”的循环反复。虽然此处不可断言沈姨的代际关系在“艾滋”符号出现之前不存在任何问题，但我们基本可以判断，“艾

---

<sup>1</sup> Quinn, William H., *Personal and Family Adjustment in Later Life*, *Journal of Marriage and the Family*, 1982, Vol.45, pp.57-73.

<sup>2</sup> Krause, N., et al, *Handbook of aging and the social sciences* (5th ed), San Diego, CA: Academic Press, 2001, pp.273-294.

<sup>3</sup> 杨菊华、李路路：《代际互动与家庭凝聚力——东亚国家和地区比较研究》，载《社会学研究》，2009年第3期。

滋”这一符号的出现加剧了其代际关系的恶化。

尽管从宏观结构的角度去分析和解释代际关系的变迁具有重要的理论意义，但如果我们将视角集中在“艾滋”符号的介入究竟对代际关系会产生何种影响这一问题上，似乎就必须从更微观的层面切入。有学者也曾明确指出如果代际关系主体的能动性被忽视，那么将直接导致许多微观层次的代际关系现象无法解释。<sup>1</sup>甚至在某种意义上来说，代际关系本身就是结构与自我主体性之间不断博弈和协商的结果。<sup>2</sup>在文化功能实现过程中，家本位与个人本位之间的张力是讨论代际关系变迁的最重要的理论问题。随着时代转型，原本以家本位为主导的代际关系也在发生了相应的变化，从以关心亲代或子代的整体利益为核心的利他原则向以促进自我的个人幸福为最高原则的转变。即相对应的个体主义认为每一个家庭成员都是一个利益主体，个人拥有自由选择的权利与能力，同时个人为自己的生活负责。<sup>3</sup>换句话说，在引入了个体的视角后，我们可以更清晰地厘清中国式的“家庭主义”的两个维度，即一方面家庭对个人拥有刚性束缚（家庭利益高于个人利益）；另一方面家庭向个人提供弹性支持（家庭利益与个人利益具有某种程度的一致性）。<sup>4</sup>那么当家庭中的个体基于自己的判断选择而在其他家庭成员眼中产生了某种具有“危险信号”的表现时，其他的家庭成员便可能基于个体主义的价值判断抵制原本基于家庭主义而承担的对该成员的代际支持。正如韩国学者张景燮所言，“当彼此成为风险源之后，家庭成员发现彼此在身体、物质和情感上分开是比较现实的生活选择。规避风险的个体化趋势就这样发生和扩散了”。<sup>5</sup>且这种徘徊于家庭主义认同和对个人自由和欲望的态度之间的“责任”维度在亲代与子代之间可能并不一致，根据研究显示，与亲代相比，青年人对家庭利益高于个人利益的认同所有降低。<sup>6</sup>也就是说在感染艾滋病病毒这一问题上，当亲

---

<sup>1</sup> 石金群：《转型期家庭代际关系流变：机制、逻辑与张力》，载《社会学研究》，2016年第6期。

<sup>2</sup> Connidis, Ingrid A. and Julie A. McMullin, *Sociological Ambivalence and Family Ties: A Critical Perspective*, *Journal of Marriage and Family*, 2002, Vol.64, pp.558-567.

<sup>3</sup> 李佳梅：《现代家庭伦理精神建构的思考——兼论自由与责任》，载《道德与文明》，2004年第2期。

<sup>4</sup> 康岚著：《反馈模式的变迁：转型期城市亲子关系研究》，上海社会科学院出版社，2012，第74页。

<sup>5</sup> Chang Kyung-Sup, *Individualization without Individualism: Compressed Modernity and Obfuscated Family Crisis in East Asia*, in Ochiai, Emiko and Leo Aoi Hosoya eds, *Transformation of the Intimate and the Public in Asian Modernity*, Leden: Brill, 2014, pp23-40.

<sup>6</sup> 康岚著：《反馈模式的变迁：转型期城市亲子关系研究》，上海社会科学院出版社，2012，



代基于自己的行为选择（通过性行为而感染艾滋病病毒）而对家庭其他成员产生了潜在的“不利影响”（并非单纯的健康领域），那么原本作为整体的家庭认同在子代眼中也就极有可能随之崩塌。退一步说，当家庭利益和个体追求之间需要平衡时，也许子代最终还是会以家庭为重，但他们清晰地意识到他们在放弃某种东西，是“一种选择、一种平衡”。<sup>1</sup>也就是说原本因“孝”文化而处于道德义务位置的子代因亲代艾滋病符号的介入而成为了道德权利主体，那么即便物质经济上的赡养义务仍然在得以延续，但情感层面的支持却一定会大打折扣。

张太婆（女性，七十二岁）自从老伴去世后一直独自一人生活，平时喜好打扮，每次出门都会精心“拾掇”。因性传播途径感染艾滋病病毒后，对此医生主动告知张太婆了女儿。此后虽然其女儿会主动陪同张太婆前来爱心门诊检查、领取药物，但几乎每一次都会与医生及志愿者攀谈，谴责自己母亲“太花”，“生活不检点”，“这么老了还不正经”。一般此时张太婆虽然并没有强硬的反驳，但也表示出自己不存在任何“问题”，所以两方常常呈现了僵持不下的局面。在服用抗病毒药物的问题上，张太婆反复强调自己不想吃药，坚称是因为服用了抗病毒药物导致自己的腿脚出现溃烂（医生称这可能是由于张太婆本身有糖尿病导致的）。因为张太婆是自己独居，所以女儿只能通过电话催促等方式监督母亲吃药，但究竟药物依从性如何谁也没办法具体判断。对此张太婆的女儿也多次向医生表达母亲让自己“不省心”。在一次常规体检中张太婆的CD4明显下降，在反复询问后张太婆承认自己擅自停掉了药物，医生无奈之下只好为其进行了换药。

将社会成员塑造成个体是现代社会的标志，如贝克认为，现代化导致一种三重的“个体化”：脱离，即从历史的规定的、在统治和支持的传统语境意义上的社会形式与义务脱离（解放的维度）；与实践知识、信仰和指导规则相关的传统安全感的丧失（去魅的维度）；以及重新植入——在这里它的意义完全走向相反

---

第 79 页。

<sup>1</sup> 康岚著：《反馈模式的变迁：转型期城市亲子关系研究》，上海社会科学院出版社，2012，第 83 页。

的东西——亦即一种新形式的社会义务。<sup>1</sup>随着老年人口年龄的增长，老年人的社会活动减少，与其他人之间的人际交往数量减少；而且在交往中角色发生变化，<sup>2</sup>进而“脱离社会的老年人摆脱了对职业角色的种种要求，比那些仍然在工作的老年人更容易进入令人满意的家庭关系”。<sup>3</sup>但与传统以家庭为核心的观点不同，在将老年人视为一种需要重新融入家庭生活的个体后，“个体化理论强调了发展中许多的不确定性特征对当代家庭生活的影 响”。<sup>4</sup>在在以上的案例当中我们不难看出“艾滋”标签的出现使得本应当“全身心”嵌入家庭关系当中的老年人出现了某种客观障碍，比如虽然不能断言张太婆与其子女之间家庭代际关系的恶化完全是基于艾滋标签的介入而产生，但是从张太婆女儿的语言表达来看，“艾滋”这一符号在其眼中确实产生了某种污名化的色彩。且在与原本社会网络脱离的同时，家庭作为一个基础单位之于老年人的情感维系意义较之以往被进一步扩大了，那么与年轻人相比，一方面老年人无法有效地寻找到家庭之外的其他社会支持以作支撑；另一方面老年艾滋感染者因为“艾滋”符号的产生又在家庭代际关系当中处于一种莫名的“道德弱势”地位。比如在上述沈姨的事例当中可以看到，相对于年轻人而言，老年人脱离原本的基于工作辐射而产生的社会网络后，家庭对于其的支持意义就被极大地凸显了。虽然在比较类似的潘太婆案例当中，子代对亲代并没有因“艾滋”符号而对代际关系产生直接的影响，但至少我们可以说明无论如何这一符号确实可能会影响到家庭代际关系中的情感维度，而一旦这种影响呈现出了负面效应，那么老年感染者是很难寻找到其他的替代性关系以作“重新植入”。且根据熊跃根的研究表明，在成年子女中已婚的儿子对父母经济上的照顾比较多，而女儿对父母的照顾主要体现在具体的日常生活方面，<sup>5</sup>以上张太婆与潘太婆两个个案当也能够一定程度上反映这种倾向，那么如若暂时去除经济层面的代际支持的话，子代（特别是女儿）之于亲代的情感支持削弱就必然会对亲代产生直接且显著的重要影响。

---

<sup>1</sup> [德] 诺贝特·贝克著，何博闻译：《风险社会》，译林出版社，2003，第156页。

<sup>2</sup> 陶东杰著：《代际冲突视角下人口老龄化与公共政策研究》，经济科学出版社，2018，第38页。

<sup>3</sup> [美] N.R. 霍曼、H.A. 基亚克著，冯韵文、屠敏珠译：《社会老年学——多学科展望》，社会科学文献出版社，1992，第69页。

<sup>4</sup> Graham Allan & Graham Crow, *Families, households and society*, Palgrave, 2001, p9.

<sup>5</sup> 熊跃根：《成年子女对照顾老人的看法——焦点小组访问的定性资料分析》，载《社会学研究》，1998年第5期。

在后父权制的社会中，老年父母成为代际关系中弱势一方已然成为学界的共识。老人相比较年轻人更依赖于家庭，主要是子女。依赖是不平等的源头之一，老人的权力在此基础上逐步丧失，让渡给了年轻一代。而当代家庭的现代性一方面在于个体欲望、情感和能动性在家庭生活中的重要性上升，另一方面则是家庭关系中个体成为中心的趋势。无论是家庭的结构变动还是认同，个体都处于中心地位。<sup>1</sup>且从宏观意义的代际关系来看，老年人个体化的程度明显要低于年轻人，且在这个过程中充满无奈。<sup>2</sup>也就是说，在当代的代际关系中，亲代对子代的依赖关系更强了，但与此同时子代却更倾向于以自身作为个体化的出发点来认知与衡量代际关系的维系方式。由此也就自然而然地引发了亲代与子代之间基于交换模式而形成了新型代际支持。诚如郭于华对代际交换特征的总结那样，代际交换与一般意义上的市场交换不同，首先代际交换是由情感联系和道德制约的；其次代际交换是良心估算与社会评价的。<sup>3</sup>那么在医方与患方“共谋”下“被迫暴露”的老年艾滋病感染者在代际关系中的场景中无疑是“雪上加霜”。尽管老年艾滋感染者在物质经济层面或是因为法律意义的强制维系，或是因为社会保障体系的逐步完善因而并没有出现大幅度的变动，但是在情感支持层面这一问题的出现的确使得代际关系的转折拐点表现的淋漓尽致。加之“艾滋”标签的浮现本身就让亲代对情感支持的需求急剧增强，而对于子代而言，即便这一标签并不会导致其相应的支持缩限（也可能是因代际关系中其他维度，如经济力量对比维度的补充），但代际之间的“供求关系”仍然是被扩大了。当然，鉴于笔者在本项研究中按照惯例将老年艾滋病感染者的年龄界限确定在了60岁以上，因此几乎所有研究对象的子代基本都处于已婚状态，所以作为儿媳或女婿作为子代的延展，以及子代是否为独生子女也会对代际关系产生一定的影响，但囿于资料的有限，这一问题还需要今后深入的分析。

---

<sup>1</sup> 沈奕斐著：《个体家庭 iFamily：中国城市现代化进程中的个体、家庭与国家》，上海三联书店，2013，第280-287页。

<sup>2</sup> 曹诗弟、泥安儒：《“他是我，我是我”：中国农村养老中的个人集体》，载《“自我”中国》，上海译文出版社，2011，第74页。

<sup>3</sup> 郭于华：《代际关系中的公平逻辑及其变迁——对河北农村养老事件的分析》，载《中国学术》，2001年第4期。

## 第六章 污名影响下权利的受损路径与恢复可能

通过以上对医疗诊断、就业就学以及婚姻家庭三个场域内艾滋病感染者隐私权的分析不难看出,在该项问题的法律规定当中似乎并没有直接地对艾滋病感染者造成权利减损,但在具体的事例中又大量存在着因某种外在因素而导致当事人权利实现之能力的受限,关于其背后的原因笔者经常使用到的一个词汇便是“污名”。正如有学者指出,“疾病”依赖于有机体的存在和文化对病理和病痛的定义,<sup>1</sup>在艾滋病防治工作上这种观点表现的异常明显,医学对艾滋病传染方式的证成一方面为人们预防艾滋病传播提供了更为科学化的行为指引,但另一方面也导致了人与人之间的分化出现可能,艾滋病感染者开始被塑造成一类不同寻常的人,不仅仅因为他们体内携带着艾滋病病毒,更为重要的是他们被看作是一些在过往行为举止上十分“另类”的人,<sup>2</sup>此时基于这种主观“标准”下的身份差异构建就自然而然地形成了潜在的污名后果。那么对这种已然超越单纯医学意义上的对象分化,究竟是采取“堵塞”还是“疏导”的策略直接决定着对疾病的角色定位,且这种定位一旦被社会大众所接受很快就会反过来对该种疾病进行超越医学意义上的价值判断,这种价值判断甚至还会影响在医学方面的研究走向以及在具体医学实践过程中的运作方式。即便是作为“正确”信息的掌握者(如医务工作者),他们其中的一部分人仍然会因被包含价值判断在内的前见所左右而形成潜在的恐惧心理。正因如此,如何在艾滋病防治法律制度中保持以权利维护为基点就成为了解决艾滋病感染者在面对艾滋污名时所展现出一切法律实践困境的关键所在。

### 一、“艾滋污名”<sup>3</sup>的界定与形成

自上世纪60年代美国社会学家戈夫曼提出“污名”这一概念后,污名被用于许多不同的领域进行了大量的相关研究。在对污名的众多研究中,通常将污名

<sup>1</sup> 徐一峰、严非编著:《文化与健康——医学人类学实践》,上海人民出版社,2005,第37页。

<sup>2</sup> 张剑源著:《再造团结:中国艾滋病防治法律制度研究》,法律出版社,2015,第2页。

<sup>3</sup> 有学者曾提及,在很多国家和地区,AIDS污名和HIV污名是不同的概念,但对于中国而言很多人往往并不知道HIV与AIDS之间的关系,而在社会生活和日常话语中普遍流行的是AIDS污名——“艾滋病”。详见姚星亮、王文卿:《AIDS在中国的污名化:一种政治移情的理论视角》,载《云南师范大学学报》,2014年第4期。

认为是根源于差异以及差异认知的刻板印象,而在人们的互动交往中逐渐凝结成具备诸多功能的一种社会身份或指称,<sup>1</sup>在这样一种逻辑下,污名是一种负面的“认知—认同—行动”逻辑。艾滋污名也不例外,其认知的建构和形成涉及对传播途径、感染风险、刻板印象、社会规范、风险意识等一系列“知识”的学习,并在交往中得到践行。<sup>2</sup>对艾滋污名的构建在很大程度上源自于一种健康与疾病的二元对立,而当“健康者”一方通过强化“患病者”之“责任”来凸显自我的优位时污名便逐渐形成了。<sup>3</sup>比如艾滋病感染者常常被归咎为主体的“越轨”行为所导致进而被“烙印化”或“标签化”,因为非感染者害怕疾病的蔓延会破坏原先各族群间的社会区别,因此便针对该族群或个人给予谴责,予以将被标签化的高危险族群与社会之间保持距离,<sup>4</sup>并且这种对艾滋病感染者的谴责反过来还有助于推卸对感染者未能提供适当照应的责任。<sup>5</sup>

需要指出,以往对艾滋污名的研究中许多研究者都会将视线聚焦在污名与责任推定之间的关系上,即污名及其剧烈程度往往被认为与疾病的感染方式具有重要联系。同样的疾病如果其得病原因是个人无法控制的,这种情况下污名程度相对较轻,反之如果其得病是个人可控的原因,那么其污名化的程度则更为严重。也正因如此,艾滋病因其传播方式在一定范围内的可控性反而造成了社会对其相对高的消极情感和低的帮助意向。<sup>6</sup>与之相较,虽然有隔离、排斥,但诸如 SARS、流感等传染性疾病并没有发展为强大的社会污名,因为任何人都可能在下一秒成为患者,污名的形成于己毫无益处。<sup>7</sup>在这个角度我们甚至可以不无悲剧色彩地说,疾病分类也是更为宽泛的文化整体——某一社会的观念、价值和行事方式体

---

<sup>1</sup> B. G. Link & J. C. Phelan, *Conceptualizing Stigma*, *Annual Review Sociology*, 2001, Vol.27, pp.363-385.

<sup>2</sup> G. J. Burkholder, et al., *Social Stigma, HIV/AIDS Knowledge, and Sexual Risk*, *Journal of Applied Biobehavioral Research*, 1999, Vol. 4, pp.27-44.

<sup>3</sup> Devine, Patricia G., *Stereotypes and Prejudice: Their Automatic and Controlled Components*, *Journal of Personality and Social Psychology*, 1989, Vol. 56, pp.5-18.

<sup>4</sup> Alert E., *Illness and Deviance, "The Response of The Press to AIDS"*, in D.A. Feldman & T.M. Johnson ed., *"The Social Dimensions of AIDS: Method and Theory"*, New York: Praeger, 1986, pp.163-178.

<sup>5</sup> Castro, Arachu and Paul Farmer, *Understanding and Addressing AIDS-Related Stigma: From Anthropological Theory to Clinical Practice in Haiti*, *American Journal of Public Health*, 2005, Vol. 95, pp.53-59.

<sup>6</sup> [美]维纳著,张爱卿译:《责任推断:社会行为的理论基础》,华东师范大学出版社,2004,第96页。

<sup>7</sup> 姚星亮著:《污名——差异政治的主体建构及其日常实践》,社会科学文献出版社,2017,第220页。

系的一部分，<sup>1</sup>恰恰是因为艾滋病在人群之间的可区隔性很强（传染途径有限），才出现了其他疾病也许并不会出现的污名及歧视之可能。

但随着艾滋病问题在医学上的重大进展，绝对的“健康与疾病”二元分立被缓慢打破，原有的污名理论也出现动摇。此外对污名背后绝对的二元对立隐含着这样一种逻辑基础：制造第二个他者（污名化主体），把制造第一个他者（污名化客体）并加以污名化的罪责归咎于第二个他者，并将其再度污名化。<sup>2</sup>正是在这样一种背景下，以姚星亮为代表的学者提出新的观点，主张通过还原差异建构的过程，尤其是通过对“区别”和“差异”之间关系的澄清，逐步解析日常生活中人们在个体和群体层次的权力建构与政治参与。具体来说，基于“标准”的建构和实践而形成的差异认知才是污名的认知起源和基础；而界定标准的权势和维持标准的各项压制性对抗则是污名得以形成和作用的现实基础。<sup>3</sup>这种观点认为“区别”并不必然会成为污名的来源，因为区别的多样性存在使得人们在理解不同类型的对比关系时无法很自然地得出一种绝对以自我为中心的“标准”结论，那么此时在面对自我与他者，乃至第三人、第四人之间纷繁复杂的区别时，也有可能会出现一种“向他人看齐”而缝补区别存在的潜在倾向，此时与那种将区别视为负面价值的污名还距离甚远，相反其极有可能是一种具有积极主观能动性的正面价值。之所以形成污名的关键可能是人类差异的认知图式及其关联结构使得我们关注某些差异，而忽视其他差异。特别是在行动意义上，污名已经不仅仅是一种单纯的标签粘贴，而成为了不断加剧现存社会不平等性的社会过程。<sup>4</sup>也正因如此，艾滋污名与社会污名的交互不是偶然的，艾滋污名的发展往往能敏感识别在所处环境中的深层不平等社会关系，并附着其上，与相关的社会身份污名结合，指向本已处于被污名化地位的某些社会边缘群体。<sup>5</sup>

接下来的问题是，如果我们将污名视为一种在主观意向性“标准”之下对“差异”的负面评价，这还不能说明艾滋污名具体的后果，有学者针对艾滋污名的不

<sup>1</sup> [美]汉著，禾木译：《疾病与治疗：人类学怎么看》，东方出版中心，2010，第6页。

<sup>2</sup> 郭金华：《与疾病相关的污名——以中国的精神疾病和艾滋病污名为例》，载《学术月刊》，2015年第7期。

<sup>3</sup> 姚星亮著：《污名——差异政治的主体建构及其日常实践》，社会科学文献出版社，2017，第142页。

<sup>4</sup> R. Parker & P. Aggleton, HIV and AIDS-related Stigma and Discrimination: A Conceptual Framework and Implication for Action, *Social Science & Medicine*, 2003, Vol. 57, pp.13-24.

<sup>5</sup> 高一飞著：《人口流动与艾滋病传播：污名的交互与再生》，云南人民出版社，2017，第263页。

同特性做出了“工具性污名”和“符号性污名”的划分，其中“工具性污名”通常关注的是风险和资源，主要表现为对艾滋病感染者的医疗、就业等方面的歧视；而“符号性污名”则通常关注抽象的价值观念，主要表现为因对艾滋病感染者做出道德评判而表现出的厌恶与排斥。<sup>1</sup>这也在一定程度上对艾滋污名与艾滋歧视进行了关联界定，尽管对两个概念不可能进行绝对化的分离，但作为“符号性污名”的后者并不必然直接以行为的方式对艾滋病感染者造成法律权利上的影响，这种污名往往会以一种背景化的色彩而对艾滋病感染者形成具有压迫性的环境制约，也就是通常所说的社会关系层面之社会排斥。尽管对中国现阶段艾滋污名的符号性与工具性倾向仍然存在较大的分歧，但毋庸置疑的是随着公众对艾滋病致病原因的深入认识，艾滋污名的形式也有所转变。如随着研究的深入，有学者也开始逐渐意识到在艾滋污名问题上并不单一地表现为一种道德层面的否定性评价，因为即便是在对艾滋病病毒传染途径有着充分知识的人群当中仍然存在着与其知识储备不相符的外在行为表现，余翠娥将这种类型称之为自我保护倾向型歧视，其认为这种类型的歧视是经过理性选择的结果，因为可能存在利益受损的潜在威胁而回避、排斥、拒绝感染者，目的在于把自己的风险或威胁降到最低，这可以看成是一种过于关注自己的应激保护行为。<sup>2</sup>而这种社会环境视角下的污名在法律层面则很难有明确的解决机制，虽然对工具性污名的概念转变可能会对符号性污名起到一定的宣传引导，但事实上那种已然在社会层面具有较深根基的符号污名也可能在某种程度上会反过来消解已经存在制度性反歧视规范。

那么基于这种分析我们暂时可以得出这样一个判断，即单纯的道德或者价值意义上的评判本身可能并不必然会对艾滋病感染者造成权利的减损，但事实上艾滋污名远不止于此，其背后的核心问题乃在于那个“标准”的设定，以及在规则制定意义上通过这个主观意义上的“标准”将艾滋病感染者与非感染者进行区隔进而采取差异性的对待。换言之，对于污名这种负面评价而言，个体偏见或许还不足以形成社会层面对于负面差异的背书，而社会贬抑之所以强而有力，是因为它们无法被视为固执己见者的胡言乱语而置之不理，相反它们构成了社会共享“真实”感的一部分。被贬抑的这个特质是人性被质疑的关键，由此，贬抑得以

<sup>1</sup> Herek, Gregory M., Thinking about AIDS and Stigma: A Psychologist's Perspective, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2002, Vol.30, pp.594-607.

<sup>2</sup> 余翠娥：《国内艾滋歧视研究中的几个误区及应对策略》，载《医学与哲学》，2010年第8期。

成功地生产并编织到社会的制度性结构之中。<sup>1</sup>而一旦这种倾向真实形成，那么制度性的歧视就无法避免了，且法律当然可以对具体的（在法律评判意义上的）歧视行为进行相应的规制，但如果说这种评判标准本身就已然存在“标准”设定的前见，那么此时单纯的反歧视已然不再具有实质的保护效力了。概括地说，艾滋病之所以会被污名化，不仅仅是因为这个疾病能够摧毁患者的免疫系统而令人生畏，更牵涉到一连串的社会因素，包括传统社会阶级分类、国家的强势现代性论述，以及伴随市场经济扩张而浮现的贫富差距。最重要的是，国家有意无意的疾病介入行动，也在这个负面发展过程中，扮演着临门一脚的关键角色。<sup>2</sup>

正是在以上这些分析的基础上，我们基本可以达成一种共识，即社会文化或教育机构有责任以合适的方式促进和提供艾滋病及艾滋病预防信息和教育，并鼓励对艾滋病感染者的宽容、负责，不要对他们歧视，<sup>3</sup>即以更为科学理性的视角去定位艾滋病感染者与非感染者之间“差异”背后的那个“标准”。比如占有非常重要地位的大众传播媒体不仅是许多人健康信息的主要来源，媒体内容还塑造了人们思考、了解与采取健康行为的方式。但与此同时也需要认识到，这种社会层面“标准”的设定并不能依赖某一单一主体，如景军教授就曾以“艾滋针刺谣言”为例阐述新闻媒体裹挟社会民众而形成的“集体道德恐慌”对官方艾滋病话语体系产生的巨大负面影响。<sup>4</sup>也就是说，艾滋病防治工作的议程定位无论是在政策制度角度，还是在媒介传播以及公众认知角度都是有机结合的整体。

无论如何，以往对艾滋病进行“恐吓”式的话语模式早就被认为是不利于艾滋病防治工作的，<sup>5</sup>但这并不必然能为今后的艾滋病防治提供有指引性的基调。事实上对艾滋病的定位在当下即出现了因受众不同，特别是在感染者、所谓“高危人群”与非感染者之间形成的基于同一种媒介信息而产生不同的接受取向的误差。毕竟个人所在的亚群体始终处于集体应对外界信息的“符号再造”和“自我

---

<sup>1</sup> 姚星亮著：《污名——差异政治的主体建构及其日常实践》，社会科学文献出版社，2017，第147页。

<sup>2</sup> 刘绍华著：《我的凉山兄弟：毒品、艾滋与流动青年》，中央编译出版社，2015，第252页。

<sup>3</sup> 王延光著：《艾滋病预防政策与伦理》，社会科学文献出版社，2006，第158-159页。

<sup>4</sup> 景军：《艾滋病谣言的社会渊源：道德恐慌与信任危机》，载《社会科学》，2006年第8期。

<sup>5</sup> 邵长庚：《关于性病宣传与健康教育适当利用恐惧的商榷》，载《中国性学》，1994年第1期；张有春：《艾滋病宣传教育中的恐吓策略及其危害》，载《思想战线》，2017年第3期。



整合”过程中。<sup>1</sup>简单来说就是“高危人群”有可能过分解读了艾滋病传播路径的有限性及传播几率的偏低事实，而健康人群则更多地关注于艾滋病的不可治愈及尚无有效疫苗的问题上，这也正是在前期艾滋污名影响下对社会群体进行人为区隔而产生的必然后果。因为对于观察者而言，“图像”表现客观事物的有限性和“图像”自身内在的局限性在“图像”与观察者之间产生了一种距离，这种距离类似于观察者所期望了解疾病的客观真实状况与“图像”所描绘的疾病的“真实状况”之间的距离。<sup>2</sup>就艾滋病防治议题而言，宣导的最终目的应是希望增加目标受众的议题的涉入感与认知需求，进而期冀受众仰赖缜密的分析思考议题，<sup>3</sup>然而在污名的影响下前者确并不必然导致后者。也就是说人们在逐步深入地了解着艾滋病相关知识的同时，却并没有对原本的艾滋污名形成实质上的思维改变，甚至在某种程度上这种客观知识的掌握（如上文所言的传染途径的有限性）反而在主观上加深了人们对污名产生之既定“标准”的固化。

## 二、污名建构标准背后的身份认同与回避

延续上文提到污名的核心指向——社会身份问题，管健曾提出对于污名的一种多维层次的结构模型，其中之一便是理解范畴维度的“个体与群体”角度。在对污名的认知连续体当中一端是以类别为基础的过程，在这个过程中人们所在的群体特征决定了个体在别人眼中的印象，正因如此，从对象的角度来看污名既是个体间现象也是群际现象。<sup>4</sup>但问题的关键是个人背后的群体身份认同在社会中往往是多元而非单一的，加之艾滋病表征的非直观性以及受污名者在面对污名时的一个通常的表现便是隐藏（尽管在某种程度上隐藏本身就是对污名的一种确认），作为个体艾滋病感染者的身份认同通常会随着所处环境的变化出现人为的转移。即艾滋病感染者在作为艾滋污名的受害者的同时可能在其他可以隐蔽其“身份”的场合本身就是艾滋污名的构建者，因为此时缘于身份“隐蔽性”而将

---

<sup>1</sup> 王曙光著：《艾滋病的社会学发现：亚文化易感与适宜干预策略》，四川科学技术出版社，2005，第7页。

<sup>2</sup> [美]桑德·吉尔曼著，庄欣译：《健康与疾病：不同的图像》，山东画报出版社，2008，第28页。

<sup>3</sup> 徐美苓著：《艾滋病与媒体》，上海译文出版社，2008，第252-253页。

<sup>4</sup> 管健著：《身份污名与认同融合：城市代际移民的社会表征研究》，社会科学文献出版社，2012，第14页。

矛头对准“想象中”的“他群”恰恰有助于其作为个体对污名的逃离。比如在美国最早（在中国目前许多的论述中也是如此）严重感染艾滋病的“高危群体”即男同性恋，“其既是艾滋病患者群落的一个创造者，同时又是孤立艾滋病患者，使其处于被骚扰和被迫害中的一种体验”。<sup>1</sup>也就是说，我们很难得出一个明确的结论说究竟是“艾滋病”这一标签加重了对艾滋病感染者的污名与歧视，还是特定的艾滋病感染者群体（如性工作者、吸毒人员等）固化了“艾滋病”本应作为一种疾病背后那些被增设的社会意义上的价值判断。无论如何，从社会实践的角度而言与其去纠结这两者之间的因果关系，倒不如承认这两种倾向本身就是相互添附的，在不断的循环往复下对艾滋病以及艾滋病感染者的印象固化越发强烈以至于再回过头分析时已然很难分清最初的那些隐喻来源。但这种很难厘清源头的探索分析最后无疑都将视角集中在了一种对自我与他者的二元隔离之上，从这个意义上看，艾滋病破坏的不只是生物学意义上的免疫系统，也模糊了医学与社会学层面对健康与疾病的判断界限，更“必定会进入其他新兴的关于健康、疾病、个体性、人性和死亡的多文化话语中”。<sup>2</sup>换言之，无论那种带有负面性评价色彩的标签是如何形成的，其形成的目的皆是统一的，即试图通过向污名背后“标准”的人为靠拢而将自我与他者进行排斥性的身份分离。

但在艾滋污名中，用这种区隔的方式真的能够很好地将“健康——疾病”进行完全的阻断吗？答案显然是否定的。经典的“美丽和健康”与“丑陋和疾病”的模式假设被感染的人体则应该是患病的人体并且应该是丑陋的、病态的。<sup>3</sup>正是针对这样一种错觉，在一些艾滋病相关的宣传作品中专门对这种想象中的关联性进行反击，如在摄影作品中，同一个体的相同照片被贴以“我的艾滋病病毒检测阳性”和“我的艾滋病病毒检测阴性”的标签，以此来强调观察者没有能力从外表辨别艾滋病病毒检测的结果。<sup>4</sup>那么此时这种人为的二元区隔便产生了一种对危险的扩大，而非正视的客观效果。好比 16、17 世纪的欧洲对“身强力壮的懒丐”这一“危险人群”进行“打烙印”的监控方式，“在他们身上烙上标记，

---

<sup>1</sup> [美]桑塔格著，程巍译：《疾病的隐喻》，上海译文出版社，2014，第 121 页。

<sup>2</sup> [美]唐娜·哈拉维著，陈静、吴义诚译：《类人猿、赛博格和女人——自然的重塑》，河南大学出版社，2012，第 314 页。

<sup>3</sup> [美]桑德·吉尔曼著，庄欣译：《健康与疾病：不同的图像》，山东画报出版社，2008，第 124-125 页。

<sup>4</sup> [美]桑德·吉尔曼著，庄欣译：《健康与疾病：不同的图像》，山东画报出版社，2008，第 152 页。

可以使这一特别危险的群体从普通人中间分离出来，从而可以密切注意他们的动向，这样，至少可以在一定程度上消除他们四处迁徙的不良后果”，但与此同时，“没有邻里去监视那些流浪者，并使他们的行为齐一化。没有自然形成的‘集体的监视者’，能够在足够长的时间内把这些流浪者置于自己的眼皮底下，并影响他们的行为；流浪者精通如何逃避‘受到监视的区域’，知道如何避免在任何一个地方停留太长时间”。<sup>1</sup>那么只要无法进一步将“危险人群”采取“监禁”的方式进行更有效的管控，这种所谓的“打烙印”不但不会减少社会对“危险人群”的恐惧，反而反向地增强了“危险人群”的“强势地位”。也就是说，本身为了对他者之危险性进行区隔的标签化选择或许并不能完成其所期待的那种降低危险的效果，因为单纯的标签化只是将被构建出来的“特定人群”从社会整体之中进行分离，而这并不足以完成对这些“危险”的有效控制。由此而得出的结论就是，这种人为身份区隔的“标准”设定甚至有可能会反过来增加危险的现实性。特别是在艾滋病问题上近年来对所谓“高危人群”的划分开始受到越来越多的质疑，这种划分是因为人们对健康和病患的认识更加依赖抽象思维能力，迅猛发展的流行病学实际上是对某一人群进行检测，去发现某一伙人某些条件与某种疾病之间的联系。<sup>2</sup>在那里，“健康被视为一个相对抽象的概念，因为人，不论是否有某些症状，都集散着潜在的致病风险因素”。<sup>3</sup>

不过正是在这种对身份的区隔下，污名构建“标准”下的“标签”也在逐渐明显，即“受污名化的个体拥有（或者被相信拥有）某些属性、特质，而这些属性所传达的社会身份在某些脉络中是受贬抑的”。<sup>4</sup>紧接而来的是，单纯的“艾滋病感染者”这一标签是否能构成一种社会身份？如果是的话，那么艾滋病感染者们对标签的排斥究竟是一种掩饰还是对“健康正常人”身份的冒充？正是在这种对污名之社会身份性的强调背景下，“主体建构的视角”<sup>5</sup>开始得到越来越多

---

<sup>1</sup> [英]鲍曼著，洪涛译：《立法者与阐释者：论现代性、后现代性与知识分子》，上海人民出版社，2000，第59页。

<sup>2</sup> 刘谦著：《面对艾滋病风险的自律与文化：对低交易价格商业性行为的人类学研究》，中国社会科学出版社，2010，第122页。

<sup>3</sup> Peterson, A. and Lupton D., *The New Public Health: Health and Self in the age of Risk*, London: Sage, 1996, p49.

<sup>4</sup> Crocker, J., Major, B., & Steele, C., *Social Stigma*, New York: McGraw-Hill, 1998, p504.

<sup>5</sup> 潘绥铭、黄盈盈：《“主体建构”：性社会学研究视角的革命及本土发展空间》，载《社会学研究》，2007年第3期。

的注意，其强调主体的话语生产，通过主体叙述来呈现其声音，从而尽可能地避免研究对象的客体化问题。但在很多以艾滋病感染者为对象的反歧视研究之标的即在于尽管感染艾滋病病毒是一种客观事实，但我们应当消除这种“标签”作为一种身份进而给相关人员所带来的实质权利变动或客观潜在影响，毕竟艾滋病感染者害怕自己的身份曝光而本身就会存有自我想象的歧视与污名。<sup>1</sup>如在李京文所主持的一项课题调研中发现，感染者在检测呈阳性后感到害怕或非常害怕的占71.3%。此外，艾滋病感染者往往选择对外保密自己的感染者身份，而对家人经常反复权衡而处于告知或不告知的进退两难的境地，有83.6%的感染者不愿意或极不愿意公开自己的感染者身份。<sup>2</sup>从这个角度来看，“感染艾滋病病毒”这一标签作为一种身份（艾滋病感染者）的出现主要是由于社会层面，特别是国家公共卫生管理的需要而对相关人群进行的分类所致，而并非是一种主观上的自我身份认同，那么或许在艾滋病感染者的角度来说他们所一直努力的乃是消解这一“身份”标签，而并非试图通过对这种身份的自我认同而完成相关权利的争取实现。

但这里需要指出，如果我们将身份认同的理解视角扩大，作为一种身份政治的“艾滋病感染者”未必就如同想象中的那样负面，如有学者将“身份”的概念划为三个分析层面：第一，共享的集体身份是动员任何社会运动的必要条件；第二，身份可以成为社会运动中激进主义的目标，也可以是对污名化身份的接受，还可以是对身份类别的解构；第三，身份的表达在集体层面可以成为一种政治策略，从而致力于文化或工具性的目标。<sup>3</sup>那么对于艾滋病的反歧视法律倡导而言艾滋病感染者的身份认同未必不是一种积极的力量。甚至从这个角度来说，如果不形成“艾滋病感染者”这一社会身份的主体构建，则或许不可能从根本上消除对这一标签的污名倾向。此外按照受艾滋病影响危险程度之高低而进行所谓“高危人群”或“易感人群”的分类无疑也有其合理性的一面，早就有学者指出个人试图采取的健康行动大多来自于与同伴的互动过程，因而在HIV/AIDS的行为干

---

<sup>1</sup> 林正郢：《男同性恋爱滋感染者就医就业障碍与因应方式之初探》，台湾师范大学硕士学位论文论文，2011，第84页。

<sup>2</sup> 李京文主编：《艾滋病对中国经济和社会的影响》，社会科学文献出版社，2012，第91页。

<sup>3</sup> Mary Bernstein, "Celebration and Suppression: The Strategic Use of Identity by the Lesbian and Gay Movement", *The American Journal of Sociology*, 1993, 103 (3): 536-537.

预中，必须借助同伴之间的人际互动，使相关信息得以扩散，并在此基础上促使人群在认知观念上发生变化，进而使其不安全行为逐渐转化为安全行为。<sup>1</sup>不过群体成员之间的内部信息传递扩散固然具有以上优点，但其所形成的内部信息并不必然与外部所试图倡导形成的信息模版完全一致，甚至有可能因群体的封闭性与排外性而对原本信息导向进行变相理解进而出现截然相反的新型“对抗式”信息。与此同时还需要注意到，这里对所谓群体的划分或许并不是一种身份政治的划分，而更多地还是倾向于一种基于公共卫生管理角度而对行为方式的主体集合，而一旦这种基于行为方式之共通性的群体划分被逐渐演变成为一种具有社会意义的身份类别，那么前文中所阐述的那种污名之“标准”也就随之形成了。换言之，如何能在艾滋病防治意义上保持对“高危行为”重点关注的同时避免对“高危人群”的身份划分就成为了避免艾滋污名之负面后果产生的关键。

如上所述，身份总是多重的、复合的和构成的，特定的身份建构都是任意的、不稳定的和排他的，而身份政治则具有“定义自我和行为之模板的功能，它排除了勾画一个人的自我、身体，欲望、行动和社会关系的诸多可能方式”。<sup>2</sup>与诸如同性恋人群在内的诸多社会“边缘群体”积极构建自身的身份政治不同，<sup>3</sup>尽管“艾滋病感染者”有着相对统一性权利诉求，但此类诉求多体现为一种消解其感染者“身份”之的面向。换言之，可能对于许多艾滋病感染者而言，他们更多地是希望打破原本只是作为一种医学判断，却因在法律上权利义务的明确界定而跨越了医学范畴的那种社会意义上的身份政治构建。这种自上而下的身份政治构建尽管经由法律认可而从宏观上保障感染者的特定权利，但与此同时也反向地强化了社会层面的身份确定，这无疑意味着感染者可能会因此被定型从而需要面对更为强大的社会层面的抵制力量。用更为准确的话来表达就是艾滋病感染者身份政治构建的最初意图可能在法律构建的运作过程中被逆转，广义的构建者在保留艾滋病感染者原身份标签的前提下在社会属性层面颠倒了附着在该身份上的价值观念。当然，正因为权势关系的决定性影响，基于某种标准而建构并共享的类

---

<sup>1</sup> Ajzen, I., *The theory of planned behavior*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 1991, Vol.50, pp179-221.

<sup>2</sup> Steven Seidman, *Queer-Ing Sociology, Sociologizing Queer Theory: An Introduction*, *Sociological Theory*, 1994, 12 (2) : 173.

<sup>3</sup> 对此问题学界已有许多先行研究，其中较具代表性的可参见魏伟著：《公开：当代成都“同志”空间的形成和变迁》，上海三联书店，2012年版；王晴锋著：《同性恋研究：历史、经验与理论》，中央民族大学出版社，2017年版。

型化差异，得以凝练、积淀、糅合于社会文化之中，成为人际交往与再认识的基础和原型，也是污名得以认同、维持、扩展和再生产的前提。<sup>1</sup>尽管我们可以通过具体的法律意义上的反歧视规定对艾滋病感染者的权利进行“想象”中的保护，但法律对歧视之判断标准本身或许早已成为了一种污名的起点。也就是说当主体建构意义上的“差异”经由权势而形成社会建构意义上的“标准”时候，污名已然产生，而这种“标准”之下对歧视的定义无外乎是污名的再生产及其实践的结果罢了。况且一旦“标准”被建构形成，原本基于不同主体建构意义上的“区别”反而被淡化了，“刻板印象即是对一群人的特征或动机加以概括，把概括得出的群体特征归属于群体的每一个人，认为他们每人都具有这种特征，而无视群体成员中的个体差异”。<sup>2</sup>这也可以说明为何在众多对艾滋病防治相关法律的讨论中，对义务的界定如此受到重视而对权利的讨论却“耗时费力”，这种对标准的选择——预防风险还是维护权利——本身就是艾滋污名的逻辑起点，毕竟在风险防范的“标准”基础上进行义务限定要比针对个体“区别”而进行能力保障进而实现权利容易操作的多。

### 三、权利诉求的法律失联与能力障碍

既然污名背后的“标准”在某种程度上是基于权势而建构的，那么这种标准建构自然也可以被视为一种专门针对特定差异进行社会控制的机制。如早期关于同性恋问题的本质主义与建构主义讨论中玛丽·麦金托什就基于不同社会当中的同性恋认知提出同性恋角色乃是一种标准建构，进而其认为将个体贴上越轨者标签的社会实践主要以两种方式运作：首先，它在允许和禁止的行为之间划定明确的界限，人们不会轻易地卷入越轨行为，但一旦发生越轨就立即触发相应的惩罚机制；其次，标签将越轨者与其他人群相分离，也即越轨实践以及对越轨实践的自我辩护被限制在相对狭隘的群体内。<sup>3</sup>也就是说，唯有在被建构的标准下特定身份或行为才会成为被规制的对象，这一观点在艾滋病问题当中同样适用。尽管与同性恋不同，艾滋病首先作为一种医学判断存在是没有任何争议的，但这种

---

<sup>1</sup> 姚星亮著：《污名——差异政治的主体建构及其日常实践》，社会科学文献出版社，2017，第148页。

<sup>2</sup> 陈昌文等著：《社会心理学》，新文京出版社，2004年。转引自林正郢：《男同性恋爱滋感染者就医就业障碍与因应方式之初探》，台湾师范大学硕士学位论文，2011，第90页。

<sup>3</sup> Mary McIntosh, *The Homosexual Role*, *Social Problems*, 1968, 16 (2): 182-192.

医学判断延伸到社会领域并不是一种必然的结果，或者说社会领域如何看待以及接受这种医学判断此时还是未经“标准”建构的“区别”。如刘绍华就曾根据在凉山地区的田野调查提出在国家层面的艾滋歧视概念进入前，当地虽然已经存在大量医学意义上的艾滋病病例，但社会意义上的恐惧乃至歧视还并不存在。<sup>1</sup>特别是在当下的社会中，原本对艾滋病的医学污名在缓慢退去，但因医学污名而衍生的社会污名却在医学态度已然做出调整之后仍然爆发出了强大的社会力量，甚至可以说其在某种程度上反过来对医疗实践造成了巨大的负面影响。可见，艾滋污名背后所蕴含的烙印化也可看作是他者被边缘化的产物，而这种对差异评判的标准构建则才是污名产生实质作用的扳机，有学者更是进一步指出这一功能大抵体现为三种不同的形态：意识形态、制度以及社会关系。<sup>2</sup>简而言之，艾滋污名最主要的结果即将艾滋病感染者作为一种独特的身份而从社会主流中成功分离了出去。并且随着这种分离的深化，作为一种疾病带来苦难的社会根源造成的情形破坏了自尊，阻碍行为选择，进一步限制了对本已有限的资源的使用，制造了牢不可破的人际紧张关系，使既定的角色失去了合法性，直接导致了难以忍受的后果。<sup>3</sup>

## （一）艾滋病防治法律范式的历史变迁

接下来我们将回到中国的法律语境当中去观察艾滋污名的形成以及其对感染者权利的具体外在影响，也即艾滋病感染者与非感染者之间的差异标准在法律规范层面的构建演变。许多学者在研究中都曾指出，中国在 20 世纪 80 年代以《艾滋病检测管理的若干规定》、《中华人民共和国传染病防治法》为代表的艾滋病立法中，对艾滋病的防治工作基本采取了限制进口血液制品、禁止患有艾滋病性病的外国人入境以及对艾滋病患者采取隔离治疗等措施的规定。这种法律规制侧重于将艾滋病视为一种外来的危险，将“安全”的自我与“危险”的他者进行明确隔离。张剑源将这种艾滋病防治模式称之为“隐喻范式”，<sup>4</sup>这种对疾病的危

<sup>1</sup> 详见刘绍华著：《我的凉山兄弟——毒品、艾滋与流动青年》第七章《艾滋污名与全球化移植》，中央编译出版社，2015，第 219-254 页。

<sup>2</sup> 徐美苓著：《艾滋病与媒体》，上海译文出版社，2008，第 127 页。

<sup>3</sup> [美]凯博文著，郭金华译：《苦痛和疾病的社会根源：现代中国的抑郁、神经衰弱和病痛》，上海三联书店，2008，第 169 页。

<sup>4</sup> 张剑源著：《再造团结：中国艾滋病防治法律制度研究》，法律出版社，2015，第 30 页。

险隐喻也就随之成为了至今在法律层面仍有深刻影响污名基础。进入 20 世纪 90 年代到 21 世纪初，中国艾滋病防治核心策略已从防止传入转为控制艾滋病在中国蔓延、减少艾滋病和 HIV 感染相关的发病和死亡、减少艾滋病和 HIV 感染的社会影响，并且已经认识到多部门参与和全社会动员对防治艾滋病的重要性，<sup>1</sup>此时原本那些名为“防治”而实为“隔离”、“限制”措施的隐喻色彩逐渐退却，积极的行为干预、同伴教育等公共卫生措施的开展标志着“规训范式”的来临。<sup>2</sup>但无论是强化道德评判的“隐喻范式”还是基于外力强制的“规训范式”，公权力主体相信依靠国家强制力通过各种强迫性或者禁止性的制度安排和实施足以控制住疫情，也就是说，此时的政策法律在艾滋病问题上设置了一种标准基调，感染者与非感染者之间的“差异”是“危险”与“安全”，那么艾滋病防治的主要任务就在于如何抑制这种“危险”的蔓延，且这种方式同时也会造成作为“危险”载体的相关人群权利实现的困境。<sup>3</sup>因此只要在法律层面仍然以“危险”为标准进而将感染者与非感染者之间进行人为的二元区隔，那么在艾滋病的治疗与介入和干预过程中，因为这种区隔性的污名前见，艾滋病感染者往往会产生一种因接受治疗而感到羞耻的体验以及对治疗充满怀疑的念头，<sup>4</sup>进而影响最终的艾滋病防治效果。

也正是在这些问题的不断呈现之下，更加凸显个人自主选择权及在艾滋病风险面前有足够自我保护能力之外在环境的“自主范式”随之出现，基于公民自由的“自主范式”开始打破以“危险”作为标准的二元区隔，强调和突出每一位公民都处于艾滋病影响下的自主性和主导性，作为感染者其并不仅仅是与健康人群相对的“危险”，同时也是在艾滋风险下的一个主体，因而在一定程度上排斥公权力作为一种外在力量而对作为患病个体进行强制性的干涉。这种范式的支持者认为介入本身往往变成问题的一部分，就像因治疗而引起其他病症一样，原本应

---

<sup>1</sup> 颜江瑛等：《中国艾滋病综合防治政策发展及影响因素分析》，载《中华流行病学杂志》，2005 年第 11 期。

<sup>2</sup> 张剑源著：《再造团结：中国艾滋病防治法律制度研究》，法律出版社，2015，第 36-37 页。

<sup>3</sup> 有学者将其归纳为四个主要方面，包括易使特定人群蒙受耻辱、漠视、敌视和歧视，易使特定人群的可能传播或者感染艾滋病病毒的行为转入“地下”，易使特定人群更为隐身遁迹，易使特定人群难以获得全方面充分准确的防治艾滋病的信息和资源，易使特定人群难以获得及时有效非歧视的医治和救助的不利后果。详见夏国美主编：《艾滋病立法：专家建议及其形成过程》，法律出版社，2006，第 159-161 页。

<sup>4</sup> 侯荣庭著：《艾滋病人群自身重构研究》，华中科技大学出版社，2018，第 106 页。



该要改善问题的措施，反而导致更多问题。<sup>1</sup>且由公共卫生体系主导的艾滋论述，有可能造成有关感染者面对自身生命变化的因应讨论始终停留在医疗层次，而诸如自我价值、性欲、疾病知识、实际困境等日常生活中不断面对的课题往往遭到忽视。<sup>2</sup>但这种范式的局限性也非常明显，如有人认为这种范式会导致国家和政府放弃、淡化或者削弱了自身在防治艾滋病工作中的领导地位及责任，毕竟在公共卫生视角下对传染性疾病的管控远不仅是患病者的“个人事件”。艾滋病问题原本被法律强行简化为“危险”与“安全”的二元对立此时在立法上凸显出了多元主体之间权利（权力）义务的复杂性。需要指出，自主模式的一个前提是不同主体之间的义务履行程度在很大程度上依赖于对方是否有同等的行为反馈，如果两者之间能够达成一种和谐互动，那么即使没有法律的强制执行，相关主体之间也会主动履行义务行为，反之如果形成恶性循环那么即使有法律强制执行，相关主体也会尽可能地去寻找非制度化的途径而选择逃避责任。换句话说，原本“危险”形象塑造下的艾滋病感染者很难实现“身份”上自我认同，加之艾滋病非直观性特征下的回避可能，这种模式的问题也就随之而来，即在艾滋污名依然客观存在的前提下，社区内部在讨论风险评估问题在很大程度上是基于害怕，而不是事实。人们完全是莫名其妙地恐惧，“有很多是出于他想象出来的，跟实际上的艾滋病的事实是无关的”。<sup>3</sup>所以在很多调研中当问及“你是否想去查一下艾滋病病毒”，很多受访者都认为“这种病一旦查出来就等于宣判死刑，同时还落下一个坏名声，家庭也要受牵连，还不如不查”，<sup>4</sup>因此在已然客观存在的艾滋污名影响下，强调理性主体的自主模式可能并不会发挥想象中的作用。此外正如前文中我们所强调的，不同主体在面对同一信息时其各自所关注到的侧重点是不同的，如有学者就曾以“风险社会”理论作为基础而论证地域差异、民族差异、城乡差异、性别差异、年龄差异、人群之间差异、人群内在差异、贫富差异，以及教育程度上的差异都决定着我们所面临的艾滋病风险之大小，且主观意义上的风

---

<sup>1</sup> Kleinman, Arthur and Joan Kleinman: “The Appeal of Experience; the Dismay of Images: Cultural Appropriations of Suffering in Our Times”, in Arthur Kleinman, Veena Das and Margaret Lock eds. “Social Suffering”, Berkeley: University of California Press, 1997, pp.1-23.

<sup>2</sup> 李梦萍：《青少年男同志爱滋病毒感染者初感染时之冲击及困境》，载《爱之关怀季刊》第77期，2011年。

<sup>3</sup> 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，2006，第152页。

<sup>4</sup> 韩跃红等著：《生命伦理学维度：艾滋病防控难题与对策》，人民出版社，2011，第8页。

险认知与客观意义上的风险存在同样受到上述差别因素的决定。<sup>1</sup>可见在这种污名之恐惧的心理导向下，纯粹理想化的自主选择未必或者说极有可能并不是“正确”的选项。

正是在对以上几种不同范式的对比分析之下，一种新的范式即“人权范式”<sup>2</sup>开始慢慢被重视起来，需要说明的是事实上该范式并没有消解“自主范式”当中对艾滋病影响下相关主体自我选择的强调。与之不同的是，人权范式更加凸显了国家在艾滋病防治中的义务，且这种义务之履行并非是要要求国家通过行政手段强制性地降低艾滋病的传播，而是要通过权利保障的模式消除前期在艾滋污名影响下的权利受损可能，进而最终使得相关主体能够真正地从理性人的角度发挥自主范式的应有作用。从社会发展视野看艾滋病防治政策，基于权利还是基于需求回应是有根本区别的，尽管二者之间有密切的联系，但出发点、基础不同，艾滋病防治政策所关注的政策问题就不同，政策目标和政策方案选择也不同，对艾滋病防治的效果有着重要影响。<sup>3</sup>简单地说，人权范式的落足点即在于通过对艾滋病感染者的针对性权利维护从而在一定程度上抵消在“隐喻范式”及“规训范式”下因艾滋污名造成的行为能力的客观差异。毕竟艾滋病立法最重要的是如何通过立法积极营造一个有利于控制艾滋病的社会环境，使所有的人们，其中包括那些因选择背离主流社会价值的行为或生存方式而遭受社会歧视和道德谴责的人们感染和遭遇艾滋病病毒威胁的可能性降低到最小限度，<sup>4</sup>而并非是要通过“危险”标准下“健康”与“疾病”的二元对立而“弃车保帅”。从这个意义上来看，人权范式下的权利维护除了单纯的权利界定之外，更多地是在强调扩充能力与社会支持，除了关注结构面、特定团体的资源取得及制度的无差别待遇外，更必须注重个人层次的“充权”，不仅是帮助那些已存在被社会排斥的人，而且也关注那些高风险群的人，从治疗到预防的行动，提供给高危险群者具有积极行动的能力，<sup>5</sup>进而破除在艾滋污名影响下“自主范式”的现实困境。当然，这里所谓艾滋病

---

<sup>1</sup> 景军：《泰坦尼克定律：中国艾滋病风险分析》，载《社会学研究》，2006年第5期。

<sup>2</sup> 需要指出，在世界范围内早在1987年世界卫生组织发布的《全球艾滋病预防控制策略》中就将人权法确定为消除造成艾滋病、损伤与其他卫生威胁的潜在因素且能够确立政府责任的一种全面框架。

<sup>3</sup> 童吉渝：《社会发展视野下的艾滋病防治》，载杨国才主编：《多学科视野下的艾滋应对》，中国社会科学出版社，2007，第9页。

<sup>4</sup> 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，2006，第11页。

<sup>5</sup> 李易骏：《社会排除：流行与挑战》，载《社会政策与社会工作学刊》第10卷，2006年。

立法的人权范式并不能简单地等同于某条具体的规定，毕竟法律制定的现实基础是流动性的，在不同的时空背景之下对问题的回应往往会受限于不同的现实基础。恰恰是随着医学层面对艾滋病问题的科学发展，基于公共卫生安全角度而对艾滋病感染者进行限制的法律依据也需要产生具体的回应。从这个角度来看，尽管艾滋病病毒的传播途径至始至终都未发生科学意义上的转变，但诸如使用安全套等防范措施、“鸡尾酒疗法”以及“U=U”标准的证实本就应当对政策乃至法律制定产生直接的影响。比如中国在 2017 年对涉及艾滋病传播犯罪的司法解释中即强调“明知自己感染艾滋病病毒，故意不采取防范措施而与他人发生性关系”之条件，此外联合国艾滋病规划署早在 2013 年也曾提出建议，认为当艾滋病感染者每毫升血液之病毒载量在 1500 个单位以下时，即不应对其未揭露病情而使他人暴露艾滋病病毒之行为追求刑责，<sup>1</sup>且加拿大最高法院在 2012 年也通过判决支持这一标准，主张通过抗病毒治疗的艾滋病感染者与采取安全套等防范措施一样，均可使传染风险降至不显著。<sup>2</sup>

## （二）污名对艾滋病防治工作的具体影响路径

为了能够更加清晰地展现出在艾滋污名影响下艾滋病防治法律规定与实践之中可能存在的问题，以及在缺乏权利保障，甚至是义务增设背景下个体自主选择的现实困境，此处仅以感染艾滋病病毒的“卖淫、嫖娼”人员为例进行叙述。<sup>3</sup>《艾滋病防治条例》第二十四条规定“国务院卫生主管部门会同国务院其他有关部门根据预防、控制艾滋病的需要，可以规定应当进行艾滋病检测的情形”，因此在关于艾滋病防治的地方立法当中往往均存在对“卖淫、嫖娼、吸毒人员”进行强制检测的具体规定。

浙江	第二十条 公安机关查获卖淫、嫖娼，应当及时通知所在地疾病预防控制机构，并协助进行艾滋病强制性检测；疾病预防控制机构接到通知后，
----	-----------------------------------------------------------------

<sup>1</sup> UNAIDS, Ending Overly Broad Criminalization of HIV Non-disclosure, Exposure and Transmission: Critical Scientific, Medical and Legal Considerations, 2013.

<sup>2</sup> R. v. Mabior, Supreme Court of Canada (2012 SCC47)

<sup>3</sup> 笔者在此处无意于涉及性交易合法化的争论，因此以下的讨论均是在承认现行法律制度将卖淫、嫖娼界定为违法行为的前提下而展开，关于此问题的代表性成果可参见赵军：《惩罚的边界——卖淫刑事政策实证研究》，中国法制出版社，2007年版。

	<b>应当</b> 及时进行检测。
江苏	第二十三条 公安、司法行政部门 <b>应当</b> 会同卫生行政部门对羁押和被监管的卖淫、嫖娼、吸毒等人员进行艾滋病检测。
云南	第十六条 公安机关、司法行政部门 <b>应当</b> 会同卫生行政部门对被依法逮捕、拘留和在监狱中执行刑罚以及依法收容教育、隔离戒毒和强制性教育矫治的卖淫、嫖娼、吸毒等人员进行艾滋病检测。
陕西	第二十六条 公安机关查获卖淫、嫖娼、吸毒人员， <b>应当</b> 及时通知所在地疾病预防控制机构。疾病预防控制机构接到通知后， <b>应当</b> 在公安机关协助下及时进行艾滋病检测。
广西	第十八条 公安部门在依法打击卖淫、嫖娼、吸毒、贩毒、聚众淫乱等违反犯罪活动中， <b>应当</b> 协助疾病预防控制机构对查处的卖淫、嫖娼、吸毒等人员进行艾滋病检测。
湖北	第二十三条 下列人员 <b>应当</b> 接受艾滋病病毒感染检测：（二）卖淫嫖娼、吸食注射毒品人员。

需要说明，一些省份如浙江省人民代表大会常务委员会公告第 72 号对此类规定进行了修改，去除了“吸毒人员”的强制检测，原因是“目前国家的诸多法律中，对吸毒人员的艾滋病强制性检测并未作出明确规定。按照行政强制法的规定，限制人身自由的行政强制措施，只能由法律设定，地方性法规无权设定”。这种修改中之所以保留“卖淫、嫖娼人员”的依据为 1991 年《全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定》中“对卖淫、嫖娼的，一律强制进行性病检查。对患有性病的，进行强制治疗”之规定。<sup>1</sup>且 2017 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》第 12 条也再次明确了这种强制检测之法律规制面向，“明知自己患有艾滋病或者感染艾滋病病毒而卖淫、嫖娼的，依照刑法第三百六十条的规定，以传播性病罪定罪，从重处罚”。但问题是这种基于感染艾滋病病毒的身份加重并非以客观上的疾病传播作为规制取向，“卖淫嫖娼”概念主要强调该行

<sup>1</sup> 需要指出，其他法律位阶如早在 1986 年国务院发布的《关于坚决取缔卖淫活动和制止性病蔓延的通知》中就存在“对查获的卖淫妇女和嫖客，卫生部门要指定医院进行性病检查，患性病的要强制治疗”之规定。

为需要打击、惩罚的特点，而基于艾滋病传染风险而在艾滋病防治语境下的惯常用语是“商业性行为”。<sup>1</sup>对两种概念的界定绝非仅为道德意义上的咬文嚼字，如 2001 年公安部在《关于同性之间以钱财为媒介的性行为定性处理问题的批复》中规定“包括口淫、手淫、鸡奸等行为，都属于卖淫嫖娼行为”，但其中不存在体液交换的手淫明显不属于艾滋病病毒的传播途径。也就是说，这种对艾滋病感染者在卖淫、嫖娼违法行为当中的加重处罚可能就是一种典型基于艾滋污名而产生的不利后果。

为了能够更加清晰地展现出此一规定之于艾滋病防治可能产生的负面后果，我们可以进行一次假设推断。如果 X 是一名因曾有无保护危险性行为而怀疑自己感染 HIV 病毒的嫖客，那么在其仍可能会进行嫖娼行为的前提下，他将有两种选择：一是不主动进行自愿 HIV 检测，事实上早就有研究指出，越感知到艾滋病危害性的人，越不愿意参加艾滋病检测，<sup>2</sup>因为“对于个人而言，不知道自己的感染状态的好处包括能够去享受生活，不会有遭受歧视及心理负担的压力”。<sup>3</sup>那么此时虽然其会承担艾滋病发病的风险，但由于长达近十年的病毒潜伏期，所以在相当长的时间内其在生理上并不会发生直接的病痛征兆。此外，如果 X 没有进行 HIV 检测，那么 X 接下来可能发生的嫖娼行为就仅仅是一种违法行为，而不会因“明知自己患有艾滋病或者感染艾滋病病毒”而涉嫌刑事犯罪。二则是主动进行自愿 HIV 检测，那么此时其又会发生两种选择，一种是通过自助检测（多数艾滋病防治组织均免费提供匿名的自测试纸），但中国目前对 HIV 感染的确证主体仅为各地疾病预防控制中心，那么此时 X 则有可能虽然通过自测得知自己感染了艾滋病病毒（法律意义上通常无法证明其知晓），但基于再次进行嫖娼行为的违法期待以及对抗病毒治疗的心理抵触，其可能并不会前往疾病预防控制中心进行确证以及抗病毒治疗，那么此时如果其再次进行嫖娼行为就产生了最危险的后果，即一方面从法律上很难判定其“明知自己患有艾滋病或者感染艾滋病病毒”从而对其进行相应的刑事处罚；另一方面在其体内因未接受药物治疗

---

<sup>1</sup> 朱海林等著：《艾滋病危险性行为干预面临的伦理难题及对策》，中国社会科学出版社，2018，第 42 页。

<sup>2</sup> 林丹华等：《健康行为改变理论述评》，载《心理发展与教育》，2005 年第 4 期。

<sup>3</sup> Charles A. Erin, “Is There a Right to Remain in Ignorance of HIV Status”, in Rebecca Bennett and Charles A. Erin ed, “HIV and AIDS: Testing, Screening and Confidentiality”, USA: W.P.Co., 1999, p261.

而存在的 HIV 病毒载量为最大，感染性也为最强。而愿意主动进行 HIV 检测的 X 的第二种选择则是前往疾病预防控制中心进行 HIV 确诊并进行抗病毒治疗，那么此时如果其再度发生嫖娼行为的后果则是，一方面法律上可以直接取证其“明知自己患有艾滋病或者感染艾滋病病毒”而对其进行刑事处罚，另一方面如果其抗病毒治疗成功的话，那么基于“U=U”标准加之使用安全套等保护性措施，甚至非体液交换式的性行为（如手淫），X 可能造成的艾滋病传播结果几乎为零。由此可见，将“明知自己患有艾滋病或者感染艾滋病病毒而卖淫、嫖娼”进行传播性病罪论处的司法解释背后并不是以艾滋病传播的可能性作为基础，而恰恰是基于艾滋污名所导致对卖淫嫖娼违法行为的一种后果加重。

传播性病罪的立法意图本应是为保护公民身体健康，但某种性行为是否安全，是否会导致性病、艾滋病的传播，与性行为对象是谁及是否存在交易无关，仅与是否存在无保护的性行为并导致对方感染性病、艾滋病有关，<sup>1</sup>而实然层面传播性病罪的起点在于性行为的交易性，而非性行为的安全性；立法者所意欲重点保护的法益在于社会风化，而非公众健康。<sup>2</sup>更为吊诡的是，在大量艾滋病感染者因卖淫、嫖娼而被判处传播性病罪的案例中，当事人服用抗病毒药物的事实反而被作为最终定罪的证据。

案例 1：张某传播性病罪案，“经审理查明，2010 年 1 月 18 日，被告人张某经永福县疾病预防控制中心诊断已感染艾滋病病毒，后张某自同年 6 月 11 日起在桂林市第三人民医院接受艾滋病抗病毒治疗至今未愈……2018 年 6 月 5 日 21 时许，杨某经过灵川县灵川镇路梦迪发廊时，问站在发廊门口的张某按摩多少钱（指性交易），张某告诉杨某按摩 60 元（指性交易），杨某同意后，张某没有告知杨某自己患有艾滋病，便和杨某一起进入发廊内的一个房间，各自脱了衣服裤子，杨某还没有交钱给张某，张某拿出避孕套准备为杨某带上，尚未发生性关系时被公安民警当场抓获。”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> 朱海林等著：《艾滋病危险性行为干预面临的伦理难题及对策》，中国社会科学出版社，2018，第 57 页。

<sup>2</sup> 赵军：《传播性病罪法益研究——实然与应然之间》，载《湖北大学学报》，2008 年第 6 期。

<sup>3</sup> 广西壮族自治区灵川县人民法院（2018）桂 0323 刑初 107 号。

案例 2：孙某传播性病罪案，“经审理查明，2015 年 6 月 25 日，经鸡西市疾病预防控制中心检测，被告人孙某 HIV-1 抗体阳性……2017 年 10 月份，被告人孙某在莱州市三山岛街道三山岛村金某租赁的房屋内卖淫，先后与 20 余名嫖客发生性关系。当月 21 日被民警查获。上述事实，被告人孙某在开庭审理过程中亦无异议，且有证人金某、崔某等人的证言、辨认笔录、现场勘验笔录附照片、被告人孙某服用药物的照片（均用于治疗成人 HIV-1 感染，其中拉米夫定片仅适用于治疗 HIV 感染）、HIV 抗体确证检测报告单等证据证实，足以认定。”<sup>1</sup>

案例 3：支某传播性病罪案，“经审理查明；被告人支某在明知自己患有严重性病的情况下，仍在华坪县中心镇辖区内招嫖到华坪县中心镇水井街国恩旅馆其租住的 205 号房间从事卖淫活动，获取嫖资……上述审理查明的事实，有经庭审举证、质证、认证的如下证据：（8）华坪县人民医院免费抗病毒治疗知情同意书，证实被告人支某在华坪县人民医院领取免费治疗艾滋病的药物；（10）证人王某的证言，证实被告人支某 2015 年 8 月被四川省攀枝花市攀钢医院确诊为艾滋病患者，之后每月去华坪县人民医院帮支某领取治疗艾滋病的药物。”<sup>2</sup>

更不用说包括上述案例 1 在内的部分案例中还特别强调了当事人在进行性行为时明确有采取防范性措施。<sup>3</sup>这些无疑都印证了前文中所讨论的基于人为身份构建而塑造的艾滋污名，即感染艾滋病病毒的“卖淫、嫖娼者”并不必然地引出艾滋病病毒传播的结果，但法律仍对此强制检测并从重处罚。同时这种把或然性的间接社会后果作为对当事人处罚理由的方式也极不符合刑法的谦抑思想。除此之外，正如有研究者对诸如产妇进行强制 HIV 检测的论证中所提到的，性交或共同针头都是相对人可以抑制高风险行为而加以避免的，但对于胎儿而言，母子的垂直传染却是无法采取措施而避免的。<sup>4</sup>这也从反向强调了在艾滋病的性传播途径中，法律文本上习惯性地“卖淫、嫖娼者”进行危险标签粘贴的同时可能是

<sup>1</sup> 山东省莱州市人民法院（2018）鲁 0683 刑初 367 号

<sup>2</sup> 云南省华坪县人民法院（2017）云 0723 刑初 66 号。

<sup>3</sup> 其中较具代表性的有湖北省十堰市中级人民法院（2018）鄂 03 刑终 201 号；广东省广州市越秀区人民法院（2018）粤 0104 刑初 1156 号；四川省巴中市巴州区人民法院（2016）川 1902 刑初 173 号等。

<sup>4</sup> Leslie, Bernard Lo and E. Wolf and Sohini Sengupta, “Ethical Issues in Detection of HIV Infection to Reduce Vertical Transmission”, in Tom L. Beauchamp and LeRoy Walters ed., “Contemporary Issues in Bioethics Sixth Edition”, USA: W.P.Co., 6th ed, p740.

无意识地降低了所谓“普通大众”之于艾滋病防治的责任判定。从危险的责任承担角度而言，只要是能够通过选择性的保护措施而避免艾滋病感染可能的主体，事实上都未必需要法律规范采取某种对其他主体义务增设的方式从而对其进行特殊保护，即便可能从流行病学的意义而言不同主体之间的“危险系数”差异确实有相应的客观数据以作支撑。因为这种对特定主体进行法律义务增设的方式将责任归咎于一部分人，但事实上他者未必与这种不利后果全然无涉，那么这“一部分人”无疑在平等理念上遭受了不公平。如有学者就曾直言，作为非感染者与他人从事性行为（特别是无保护性行为）本身就是置自己于不确定艾滋病感染风险下，因此单纯期待性行为对象之主动告知其感染状态并加以信赖已属不切实际，最多只能获得假性安全感。<sup>1</sup>换言之，普通危险与自我保护可能性的共同作用点是法益受危害的强度（危险强度：普通危险/个人自我保护可能性），只有足够高的危险强度，刑法的保护才是必需和被允许的。<sup>2</sup>这也是在上述司法解释中强调“明知自己感染艾滋病病毒，故意不采取防范措施而与他人发生性关系”而“致使他人感染艾滋病病毒的”以故意伤害罪定罪处罚在立法意义上的合理原因。<sup>3</sup>

此外这种基于身份的“危险”划分而衍生出的污名可能还会继续延伸。比如同样是在各个地方的艾滋病立法中，基于对艾滋病感染者及“卖淫、嫖娼者”这一违法主体身份的构建，污名还可能会延伸到那些“最有可能存在卖淫嫖娼者”

---

<sup>1</sup> 王昶闵：《传染爱滋病毒之刑事责任——以“隐瞒而与他人进行危险性行为”为例》，东吴大学硕士学位论文，2016，第49页。

<sup>2</sup> 申柳华著：《德国刑法被害人信条学研究》，中国人恩民公安大学出版社，2011，第224-234页。

<sup>3</sup> 需要指出，该司法解释中同时也规定“明知自己感染艾滋病病毒而卖淫、嫖娼”“致使他人感染艾滋病病毒的”，以故意伤害罪定罪处罚。但删除了“故意不采取防范措施”的限定性条件。笔者认为在此处同样是一种污名所导致的不利后果，只不过此处的污名并非是艾滋污名，而是性交易人群的污名。根据联合国艾滋病规划署等权威机构的数据显示，艾滋病感染者在性行为中正确使用安全套的感染几率仅为一百万分之一，也就是说，无论是卖淫嫖娼还是其他性行为，只要在性行为中正确使用安全套，则很难造成艾滋病病毒感染结果。此外该条司法解释在法律实践中也存在较大困境，首先在医学上即便是发生了危险性行为，仍然可以通过暴露后预防性治疗（PEP）的方式阻断HIV病毒的传播。根据资料显示，危险性行为后72小时内的阻断成功率几乎可以达到100%，即便两周内也仍可考虑药物阻断，只是成功几率会下降。因此即便当事人与艾滋病感染者发生了无保护性行为，仍未必发生“致使他人感染艾滋病病毒”的具体后果。而如果法律介入与行为发生相隔时间较长，且不论是否采取防范措施的举证困境，单纯性行为对象的排他性就极难确认，这也是该条规定之司法实践非常少见的原因。相关医学成果可参见王芳、张福杰：《人类免疫缺陷病毒（HIV）的暴露后预防》，载《新发传染病电子杂志》，2019年第2期。



的场所,那么对这些场所的重点关注抑或准入限制就进一步巩固了艾滋病感染者作为一个身份的污名后果。

云南	第三十条 提供住宿、娱乐服务的营业性公共场所中直接为顾客服务的人员,应当每半年进行艾滋病检测。
山东	第三十四条 下列公共场所为艾滋病防治重点公共场所: (一) 宾馆、饭店、招待所; (二) 歌舞厅、夜总会、酒吧、茶座; (三) 洗浴、桑拿、按摩中心; (四) 美容美发店(廊、中心); (五) 省人民政府根据艾滋病防治工作需要增加的其他公共场所。
湖南	第二十一条 宾馆、酒店、发廊、洗浴桑拿等营业性服务场所直接为顾客服务的人员,应当依照国家规定定期进行健康检查。承担健康检查的医疗卫生机构应当将艾滋病检测列入营业性服务场所服务人员健康检查项目。
陕西	第三十条 提供住宿、洗浴、休闲娱乐、美容美发服务的经营场所直接为顾客服务的人员,应当依照国家有关公共场所卫生管理的规定,取得健康合格证明,方可上岗。承担健康体检的医疗卫生机构应当将艾滋病检测纳入公共场所服务人员健康检查的项目。
广西	第二十七条 从事住宿、娱乐、休闲保健、美容美发等服务业的经营者、管理者应当每年组织直接为顾客服务的工作人员进行包括艾滋病检测项目的健康检查。
湖北	第二十五条 宾馆、饭店等提供住宿的单位和美容美发、歌舞娱乐、桑拿浴室、按摩足浴、游泳场(馆)等公共娱乐场所,应当督促本单位从业人员和利用本单位经营场所提供服务的人员按照要求落实艾滋病预防措施。上述经营单位按照《公共场所卫生管理条例》需取得健康合格证的从业人员,应当按照规定每年进行一次制定传染病体检项目的健康检查。

需要指出,《艾滋病防治条例》第三十条中也同样对“公共场所的服务人员”进行了健康检查方面的规定,“公共场所的服务人员应当依照《公共场所卫生管

管理条例》的规定，定期进行相关健康检查，取得健康合格证明；经营者应当查验其健康合格证明，不得允许未取得健康合格证明的人员从事服务工作”，但并未直接规定应当进行艾滋病检测。而《公共场所卫生管理条例》中的规定为“公共场所直接为顾客服务的人员，持有‘健康合格证’方能从事本职工作。患有痢疾、伤寒、病毒性肝炎、活动期肺结核、化脓性或者渗出性皮肤病以及其他有碍公共卫生的疾病的，治愈前不得从事直接为顾客服务的工作”。而从艾滋病的医学常识即可得知，共同饮食、洗浴根本不会造成艾滋病病毒的传播，更不用说什么“歌舞厅”了。所以从以上的这种立法脉络中我们就可以非常形象地看出艾滋污名在立法中所延伸出环环相扣的锁链，而这一切最终无疑指向了艾滋病感染者的权利准入，更为可怕的是，这种法律规定上的权利准入限制将最终影响到艾滋病感染者其他权利（如就业权）的实现。

稍加总结，单纯作为一种疾病的艾滋病在不同社会主体当中确实存在着医学上感染与否的“区别”，但这种“区别”只有在“危险的他者”之标准深入人心的背景下才会进一步发生具体的污名。但是在艾滋病非直观性的特点下，感染者们通常会采取身份回避的方式以逃离艾滋污名影响下的不利后果，那么此时基于理性人前提下的“自主范式”就难以发挥其应有的作用了。从这个角度来看，法律规制中的“人权范式”最主要的意义在于有针对性地消除前期基于法律标准选择偏差而产生的污名环境，从而在艾滋病防治问题上回归到抵御“危险”而非“他者”的正当状态。正如苏珊·桑塔格所描述的那样，“把疾病妖魔化，就不可避免地发生这样的转变，即把错误归咎于患者，而不管患者本人是否被认为是疾病的牺牲品。牺牲品意味着无知。而无知，以支配一切人际关系词汇的那种无情逻辑看来，意味着犯罪”。<sup>1</sup>当然，在当下的医学语境中去评析上世纪80年代以及世纪之交艾滋病立法的“隐喻范式”和“规训范式”或多或少还是有些“事后诸葛亮”的意味。历史无法改变，在“艾滋污名”客观存在的今天，如何尽可能地通过“人权范式”去恢复社会层面的污名后果就成为了现阶段艾滋病防治立法的基点，而绝不应该延续对艾滋病感染者的身份特殊化规诫。在艾滋病无法治愈的条件下，完全消除艾滋污名也许根本就只是一种理想，<sup>2</sup>现阶段许多对艾滋污名

---

<sup>1</sup> [美]桑塔格著，程巍译：《疾病的隐喻》，上海译文出版社，2014，第107页。

<sup>2</sup> 余翠娥：《国内艾滋其实研究中的几个误区及应对策略》，载《医学与哲学》，2010年第8期。

的研究通常会将社会宣传教育视为消除歧视的主要途径,这种途径固然具有重要价值,但或许对于制度性歧视而言具体、切实的权利维护以及实现权利之能力的扩充才是对艾滋病感染者个体是更为实际的帮助,也是艾滋病防治工作的方向所在。

## 结 语

诚如有学者所言，在法学领域，很多有关社会问题的研究多从社会问题本身入手，进而提出法律应该如何进行规制的诸多命题，却殊不知作为手段的法律本身亦已成为一个严重的问题。以艾滋病法律政策为例，不管是法律与社会现实的脱节还是法律无法有效回应人们的认知和理念，一切的问题均发生于法律与社会的结构性紧张中。<sup>1</sup>单从艾滋病感染者的隐私权问题出发，中国现行的法律体系中并不缺乏针对性明确的法律规范内容，但吊诡的是这些明明已经十分清晰的法律文本往往在实践运作的过程中发生某种矛盾的异化。如根据一些调研显示，尽管有接近一半的艾滋病感染者不希望自己的身份被公开，然而艾滋病感染者身边亲戚、朋友、邻居知晓其感染情况的比例分别为 78.4%、75.5%、89.4%，这说明艾滋病感染者虽不情愿但病情仍然已公开，他们的隐私权未受到应有的尊重。<sup>2</sup>那么当艾滋病感染者的权利诉求从争取隐私作为出发点，而兜兜转转一圈儿后又回到隐私保障的具体落实时，我们不仅需要冷静地思考，他/她们究竟需要的是什么呢？

本研究以艾滋病感染者隐私问题为中心，结合医疗诊断、就业就学以及婚姻家庭三个场域进行了法律实践层面的分析，不仅仅着眼于单纯的法律文本制定，还“观察那些使得法律能得以执行的安排、社会学事实以及法律机制”。<sup>3</sup>当然，这种研究路径首先要解决的一个理论障碍即我们是否可以把艾滋病感染者作为一个具有特殊性的整体进行隐私问题的法律观察。如果我们不加任何区分标准地将所有的艾滋病感染者想象为一个统一的整体，那么这种研究模式显然着重在“疾病”的部分，而将“人”的本质区隔在外，然而事实上除了病人的角色，生活中同时存在其他角色需要体验与实践且无法分割。<sup>4</sup>也就是说，笔者在研究中除了将艾滋病感染者之感染信息作为一项特殊的隐私内容进行适当的整体提炼以外，还通过定性的方式分析每一个体感染者在不同场域当中因作为一种隐私的感染信息的显现而造成的法律权利意义上的动态变化。当然，也有学者对这种所

---

<sup>1</sup> 张剑源著：《再造团结：中国艾滋病防治法律制度研究》，法律出版社，2015，第 61 页。

<sup>2</sup> 王宇明、郭金玲主编：《艾滋病综合防治现场评估及对策研究》，河南科学技术出版社，2012，第 223-224 页。

<sup>3</sup> Malinowski, Introduction to Hogbin, Law and Order in Polynesia, 1934, p.lxiii.

<sup>4</sup> 陈姝蓉：《感染爱滋病对男同志亲密关系的影响》，台湾大学硕士学位论文，2003，第 4 页。

谓的个体关联性提出质疑，认为“健康研究人员所采用的涉及人、地点和时间的某些测量和定义具有文化限定意义，所以说比研究人员的想象更具有任意性，他们错误地认为这些得以测量的变量背后的概念之间也同样存在关联性”。<sup>1</sup>这种观点固然具有合理性，但问题是从文本层面的法律规定到现实层面的法律实践不恰恰需要这种文化限定之关联性的客观分析才能真正落地吗？

此外关于艾滋病感染者隐私权的另外一个重要特点就是权利救济的复杂性，“（侵害隐私权纠纷）实际上远比法庭上审理的要多，许多人没有诉诸法律是因为赢得这样的诉讼很艰难……如果闹到法庭上，就可能引起更大范围公众的关注，从而使隐私受到更大的损害”。<sup>2</sup>退一步说即便进入到司法程序并得到有利裁判，相应的权利也很难被有效恢复，如张新宝曾谈到对于某些极其敏感的个人隐私问题，如医生向外泄漏病人的病史（如性病或艾滋病），就不宜再进行公开的消除影响、恢复名誉和赔礼道歉，因为这样做的结果非但不会达到救济效果，反而会因进一步的披露而对当事人造成更深的伤害。<sup>3</sup>在一些田野中被访谈人也称“最大的愿望就是能去一所别人不认识她，也不知道她家底细的学校继续生活”，<sup>4</sup>可见艾滋标签的被动曝光对于当事人而言是多么恐惧的事，更何况现实情况是在法律层面这种权益的受损通常无法得到保障，或者说即便法律试图干涉也很难将有效修补。

回到法律规定本身，通过大量的田野例证我们不难发现，似乎很多立法层面对艾滋病感染者隐私界定的讨论都逃不开权利正当性的道德论证。当然，不论是哪一种具体的社会问题理论，都无法回避价值观念的协调对解决社会问题的根本性作用。比如在艾滋病刚进入人们视野的初期，更多的人将其视为一种罪恶，认为是个体的行为违背了道德所产生的问题，强调通过加强道德教化来解决这一问题。事实上艾滋病问题研究中的社会病理学视角一直存在，而文化失调论、社会解组论、社会冲突论和社会建构论视角的研究也一直把相关的价值冲突放在核心的地位进行研究，可以说从现有社会问题理论的任何一种视角对艾滋病问题进行

---

<sup>1</sup> [美]特罗斯特著，刘新建、刘新义译：《流行病与文化》，山东画报出版社，2008，第74-75页。

<sup>2</sup> Don R. Pember, *Mass Media Law*, Little, Brown and Company, 1981。转引自孙旭培主编：《新闻侵权与诉讼》，人民日报出版社，1994，第73页。

<sup>3</sup> 张新宝著：《隐私权的法律保护》，群众出版社，2004，第195页。

<sup>4</sup> 晏月平、廖炼忠著：《中国艾滋孤儿问题研究》，人民出版社，2015，第163页。

研究，都必须把价值观念冲突和协调作为一个关键内容。不得不承认，客观的“非个人性”或“公共性”与主观的价值“冲突性”是艾滋病作为社会问题的两个最基本的要素。缺少前者则只能停留在个人“困扰”层面，而缺少后者则无法形成“问题”意识，可能是社会事实，但是构不成社会问题。<sup>1</sup>但这里要阐明的一个前提是，伦理学与法律是两回事，伦理学上不能得到辩护的不一定应该或可以立法禁止。一旦立法禁止，法律规定的执行就带有不同程度的强制性。但不是所有伦理学上不能够得到辩护的都能用强制的办法去解决。<sup>2</sup>换言之，法律制度过分地强调对道德的依附所可能造成的不利后果是，政府所主张的利益要么不甚明确，要么根本不存在。通常，受到质疑的法律往往反映出政府并不是为了维护公众的健康、安全或福利而制定法律，而是试图将某个道德准则强加于他人身上。尽管维护公众的良好道德品行确实属于政府治安权的一部分，但是政府基于此种目的做出的行为并不一定合法，尤其是在某些情况下，政府仅仅是为了促进某些抽象的所谓“良好道德”，而疏于考虑其行为可能会对他人或社会整体造成的不利影响。<sup>3</sup>

当然，在法律强制力的视角下如果有艾滋病感染者基于过错而造成了对他人健康权的侵犯，这种行为无疑要受到法律的制裁，但法律上并不应该对任何一个具有“潜在伤害可能性”的人群，包括艾滋病感染者人群进行前期的权利限制，这也就是事先防范与事后追究之间的差异。用一个不恰当的比喻，说一个人身材壮硕且长期习武，那么他与普通人相比更有“能力”实施伤害他人的行为，但法律上不可以也不应该基于此就对这个人进行义务限定，这是一种并不具备“现实风险可能”的事先防范且该种防范措施在效力上造成了对防范对象的现实义务给定。艾滋病感染者也是如此，法律上不能因为艾滋病感染者具有“传播疾病的能力”就对其进行特定的义务限定，换句话说，如果按照这种分类我们几乎可以判定任何一个个体都存在这样或那样“伤害他人的能力”，但我们并不能因此就对每一个个体进行针对性的专属义务设置。在对艾滋病感染者的隐私进行必要的限定时，我们所考虑的风险不可以也不应当是一种想象中的“风险”，“风险”这一概念对于卫生科学家和公众而言，其意义虽有分歧但相对清晰，科学家理解的

<sup>1</sup> 张晓虎著：《艾滋病问题的双向建构》，知识产权出版社，2013，第60页。

<sup>2</sup> 邱仁宗著：《艾滋病、性和伦理学》，首都师范大学出版社，1999，第283-284页。

<sup>3</sup> [美]苏珊·赫尔曼、琳达·唐纳森撰，罗小艺译：《自治性隐私权研究》载张民安主编：《自治性隐私权研究》，中山大学出版社，2014，第32页。

风险是基于比较而得出的概率或发生的可能性，大众百姓所理解的风险是威胁和危险的同义词：谁承担风险，谁危及谁的生命。<sup>1</sup>在传统的以群体为基础的平等范式下，法律的适用可能确实太过于看重“不可改变性”了，也就是之保护你“是什么，不保护“做什么”。<sup>2</sup>这种倾向同样可以适用在艾滋病感染者身上，鉴于目前医学技术下艾滋病的不可治愈性，国家从法律政策的角度基本奠定了对艾滋病感染者的非歧视原则大方向。但问题是一旦涉及到艾滋病感染者与“普通健康人”同样的外在行为表达时，法律层面，特别是法律执行层面却展现出了诸多的限制性条件，这种限制的一个很重要的逻辑就是因为艾滋病感染者具有“潜在危险性”，因此他们的行为就必须较之他人而受到更多的约束。然而如果我们深入到这些限制的背景或者实践环境中就不难发现，许多所谓基于“潜在危险”的限制很有可能是一种“想象中的危险”，那么从法律基本原则的角度来看这些限制的法理基础就留下了诸多可探讨的余地。因此，艾滋病预防政策的制定必须以科学研究和实地经验为根据，而非感情、直觉或是道听途说。所有证据都表明，隐私权是推动艾滋病检测、减低新发感染数量的关键。<sup>3</sup>正如有学者指出，迄今为止，国家社会控制流行性疾病的经验表明，那种企图通过自上而下施加压力的办法，对控制艾滋病病毒的传播是没有效果的，因为这种办法不能令公众共同分担各自的责任、也不能改变社会的文化、人们的价值观和行为。公共卫生管理和人权保障应当是两大相辅相成、互不冲突的目标。政府不应以保护公共卫生利益作为对艾滋病病人和艾滋病感染者采取惩罚性措施的借口。<sup>4</sup>

再进入到法律实践领域，对于艾滋病社会歧视的后果已有很多学者进行相关论述，如“面对歧视，HIV 感染者必定选择隐藏个人艾滋信息和真实身份，而成为隐蔽 HIV 感染者。密切接触者因对隐蔽的 HIV 感染者不加防护而成为高暴露人群，大大增加了传播机会；HIV 感染者因怕暴露身份而频繁流动，也增加了传播机会；他们因怕暴露身份而放弃正规治疗，转为民间求治，使疗效大打折扣；或者以假身份治疗或检测，使防治机构难以掌握其真实情况；更有甚者，有的

---

<sup>1</sup> [美]特罗斯特著，刘新建、刘新义译：《流行病学与文化》，山东画报出版社，2008，第 152 页。

<sup>2</sup> 郭晓飞：“你以为的你以为的就是你以为的吗”，载[美]吉野贤治著，朱静姝译：《掩饰：同性恋的双重生活及其他》代译序，清华大学出版社，2016，第 12 页。

<sup>3</sup> 马克：“保护隐私，才能防控艾滋”，载《南方周末》，2011 年 12 月 22 日。

<sup>4</sup> 黎作恒：《艾滋病立法与国际人权保障》，载《西南政法大学学报》，2005 年第 3 期。

HIV 感染者在遭受歧视后，以故意传播行为来报复社会，不仅增加了传播机会，还造成了社会恐慌”。<sup>1</sup>事实上这一恶性循环的逻辑前提并不难理解，即当对艾滋病的恐惧被等同于死亡的恐惧时，歧视是不可能通过劝说而消除的。而问题的关键是实际上已经得到较大改善的艾滋病治疗效果却不为大众所知晓，这种状况在无形中延续着对艾滋病的恐惧，也延续着对艾滋病的歧视。<sup>2</sup>比如随着艾滋病抗病毒治疗情况的日益好转，许多感染者并不必然地存在与普通人在生理上的差异，如有感染者就戏称“要不是每天还得吃药，我都快忘了我有艾滋病了”。一些由疾控牵头的感染者活动参与率低的现象也从某个层面体现了这个问题，许多通过按时服药而并没有病情显现的感染者通常选择“不跟其他感染者一起玩”的方式而减少自己受艾滋病影响的可能性。也就是说，未发病的感染者通过个人层面的利益衡量往往试图在最大可能的限度下减少自己的艾滋病标签，这种行为所获得的社会交往层面的“好处”与“便利”则进一步加剧了感染者对个人患病隐私的防护心理。换言之，认真对待作为理智人类的行动者使我们可以摆脱极端实证主义过渡简化的假设。<sup>3</sup>当人们在社会化的过程中愿意追求社会规范要求大家追求的目标并采用社会规范鼓励使用的追求该目标之手段时，被社会规范视为正统的目标和追求该目标的正统手段之间就保持了一种平衡与和谐。但是，当人们在社会化过程中意识到自己追求正统目标的手段被剥夺时，那么两者之间就会出现某种“脱臼”。<sup>4</sup>如果法条之“表达”不能有效回应特定的社会历史和现实的话，法律的实践终归会趋于死板化，就像“自动贩卖机”一样缺乏能动和对意义的理解。<sup>5</sup>

当然，对此有的学者可能会提出，这一制度变迁的过程绝不是仅靠一些法律政策的出台就能完成的，它需要有相应的社会价值观念转变作为基础。不论是正式制度还是非正式制度都是建立在一定的价值观念基础上的，价值观念的转变远

---

<sup>1</sup> 韩跃红：《艾滋信息——保密还是告知？匿名还是实名？》，载杨国才主编：《多学科视野下的艾滋应对》，中国社会科学出版社，2007，第297页。

<sup>2</sup> 韩跃红等著：《生命伦理学维度：艾滋病防控难题与对策》序言，人民出版社，2011，第8页。

<sup>3</sup> [法]德吕勒著，王鲲鹏译：《健康与社会：健康问题的社会塑造》，译林出版社，2009，第118-119页。

<sup>4</sup> Robert Merton, *Social Conformity, Deviation and Opportunity Structures*, *American Sociological Review*, 1959, Vol.24, pp177-189.

<sup>5</sup> 张剑源著：《再造团结：中国艾滋病防治法律制度研究》，法律出版社，2015，第69页。



比法律政策出台要艰难得多。<sup>1</sup>笔者当然认同这种观点，但与此同时我们也需要认识到，法律的实践与社会价值观念的变迁之间并不存在着绝对的单向因果关系，事实上对那些已经出台的艾滋病感染者权益保障法律规定的严格执行本身就是对社会价值观念的一种倡导与推动。而如果相反，这些本应发挥积极作用的法律不但不能够被执行，甚至在执行环节被一步步消解，那么与其将这种结果怪罪在社会观念的阻滞上倒不如说其本身就在助推社会负面价值观念的固化，这只会形成难以逃离的“怪圈”。就如同英国学者齐格蒙·鲍曼将现代性与后现代性语境下的知识分子描述为“立法者”与“阐释者”一样，阐释者角色由形成解释性话语的活动构成，这些解释性话语以某种共同体传统为基础，它的目的就是让形成于此一共同体传统之中的话语，能够被形成于彼一共同体传统之中的知识系统所理解。这一策略并非是为了选择最佳社会秩序，而是为了促进自主性的（独立自主的）共同参与者之间的交往。它所关注的问题是防止交往活动中发生意义的曲解。因此，它激发了对于深入到相异之知识系统中去的要求，解释活动正由此而发生，它还激发了对于维持两个相异传统之间的微妙平衡的要求，这种微妙平衡对于信息不被误解和正确理解是必须的。<sup>2</sup>客观地说，尽管艾滋病防治立法中的文本表述仍存在一些尚有讨论空间的内容，但从整体的角度看其已然从宏观上基本保障了艾滋病感染者的权利范围，但遗憾的是这种立法层面的价值取向在法律实践层面被不断的异化，这种异化甚至反过来使得不同群体对立法文本本身形成了诸多的怀疑，这其中很重要的因素便是鲍曼笔下“阐释者”的缺位。

最后需要补充的一点是，事实上并非所有学者都认同将隐私视为艾滋病感染者权利体系的核心，因为对“隐私权”过度关注的潜在逻辑即感染者的身份将造成当事人的不名誉，而必须隐藏不使人知道，这种倾向有可能导致认为感染者掩饰其身份就足以保障其权益，明显地无视感染者生活所面临的歧视环境。<sup>3</sup>笔者并不反对这种价值上的位阶评判，但问题是如果我们把问题更多地放置于法律实践当中时，或者说当“艾滋病事件”的发生立即使艾滋病感染者陷入到经济困境

---

<sup>1</sup> 张晓虎著：《艾滋病问题的双向建构》，知识产权出版社，2013，第151页。

<sup>2</sup> [英]鲍曼著，洪涛译：《立法者与阐释者：论现代性、后现代性与知识分子》，上海人民出版社，2000，第6页。

<sup>3</sup> 罗士翔：《反AIDS歧视与法律动员——以台湾AIDS防治法制为中心（1981-2009）》，台湾大学硕士学位论文，2010，第50页。

和日常生活无法自理的双重困境时，“生存伦理”<sup>1</sup>取代公共规则就成为他们采取行动的主要逻辑依据。对艾滋病的污名化以及对歧视环境的消解当然是价值层面我们需要追求的方向，但如果落实到法律实践的层面，或许如何将艾滋病感染者现有的隐私权保障落地才是“理想推进现实”的第一步。

---

<sup>1</sup> 徐晓军著：《断裂、重构与新生：鄂东艾滋病人的村庄社会关系研究》，中国社会科学出版社，2010，第189页。

## 参考文献

学术专著（以出版顺序倒序排列）：

[美]戴维·德克尔著，沈健译：《老年社会学——老年发展进程概论》，天津人民出版社，1986年版。

[美]约翰·罗尔斯著，何怀宏等译：《正义论》，中国社会科学出版社，1988年版。

[美]N.R.霍曼、H.A.基亚克著，冯韵文、屠敏珠译：《社会老年学——多学科展望》，社会科学文献出版社，1992年版。

王利明主编：《人格权法新论》，吉林人民出版社，1994年版。

李鸿禧著：《宪法与人权》，元照出版公司，1995年版。

[美]理查德·波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社，1997年版。

李步云主编：《宪法比较研究》，法律出版社，1998年版。

黄荣坚著：《刑罚的极限》，月旦出版公司，1998年版。

[美]范伯格著，王守昌、戴栩译：《自由、权利和社会正义》，贵州人民出版社，1998年版。

[美]罗纳德·德沃金著，信春鹰、吴玉章译：《认真对待权利》，中国大百科全书出版社，1998年版。

于敏著：《日本侵权行为法》，法律出版社，1998年版。

信春鹰、李林主编：《依法治国与司法改革》，中国法制出版社，1999年版。

邱仁宗著：《艾滋病、性和伦理学》，首都师范大学出版社，1999年版。

[日]桥爪大三郎著，马黎明译：《性爱论》，百花文艺出版社，2000年版。

[英]鲍曼著，洪涛译：《立法者与阐释者：论现代性、后现代性与知识分子》，上海人民出版社，2000年版。

项飏著：《跨越边界的社区：北京“浙江村”的生活史》，生活·读书·新知三联书店，2000年版。

[英]安东尼·吉登斯著，陈永国、汪民安等译：《亲密关系的变革：现代社会中的性、爱和爱欲》，社会科学文献出版社，2001年版。

易法建著：《道德场论》，湖南教育出版社，2001年版。

- 李步云主编：《信息公开制度研究》，湖南大学出版社，2002年版。
- 李鸿禧等著：《台湾宪法之纵剖横切》，元照出版公司，2002年版。
- [印]阿玛蒂亚·森著，任贻、于真译：《以自由看待发展》，中国人民大学出版社，2002年版。
- 徐显明主编：《人权研究》第3卷，山东人民出版社，2003年版。
- [德]诺贝特·贝克著，何博闻译：《风险社会》，译林出版社，2003年版。
- [美]罗纳德·德沃金著，冯克利译：《至上的美德——平等的理论与实践》，江苏人民出版社，2003年版。
- 顾丽梅著：《信息社会的政府治理》，天津人民出版社，2003年版。
- [美]维纳著，张爱卿译：《责任推断：社会行为的理论基础》，华东师范大学出版社，2004年版。
- 法治斌、董保城著：《宪法新论》，元照出版公司，2004年版。
- 廖小平著：《伦理的代际之维》，人民出版社，2004年版。
- 李楯著：《艾滋病在中国：法律评估与事实分析》，社会科学文献出版社，2004年版。
- 潘绥铭主编：《艾滋病时代的性生活》，南方日报出版社，2004年版。
- 夏勇著：《宪政建设——政权与人民》，社会科学文献出版社，2004年版。
- 张新宝著：《隐私权的法律保护》，群众出版社，2004年版。
- [美]阿丽塔·艾伦、理查德·托克音顿著，冯建妹等编译：《美国隐私法：学说、判例与立法》，中国民主法制出版社，2004年版。
- [英]彼得·斯坦、约翰·香德著，王献平译：《西方社会的法律价值》，中国法制出版社，2004年版。
- 王树新主编：《社会变革与代际关系研究》，首都经济贸易大学出版社，2004年版。
- [美]第默尔·库兰著，欧阳武、丁振寰译：《偏好伪装的社会后果》，长春出版社，2005年版。
- 徐一峰、严非编著：《文化与健康——医学人类学实践》，上海人民出版社，2005年版。
- 朱建民、叶保强、李瑞全编著：《应用伦理与现代社会》，台北空中大学，2005

年版。

朱福惠主编：《宪法学原理》，中信出版社，2005年版。

《民主、人权、正义——苏俊雄教授七秩华诞祝寿论文集》，元照出版公司，2005年版。

孟金梅著：《艾滋病与法律》，中国政法大学出版社，2005年版。

王曙光著：《艾滋病的社会学发现：亚文化易感与适宜干预策略》，四川科学技术出版社，2005年版。

晏月平、廖炼忠著：《中国艾滋孤儿问题研究》，人民出版社，2015年版。

周伟等著：《中国的劳动就业歧视：法律与现实》，法律出版社，2005年版。

[德]迪特尔·施瓦布著，郑冲译：《民法导论》，法律出版社，2006年版。

[美]盖斯特·马丁等著，龚问庠、李利群译：《健康传播：个人、文化与政治的综合视角》，北京大学出版社，2006年版。

[印]阿玛蒂亚·森著，王利文、于占杰译：《论经济的不平等——不平等之再考察》，社会科学文献出版社，2006年版。

曾群著：《青年失业与社会排斥风险》，学林出版社，2006年版。

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，2006年版。

李薇薇主编：《禁止就业歧视：国际标准和国内实践》，法律出版社，2006年版。

杨廷忠、李鲁、王伟著：《艾滋病危险行为扩散的社会学研究》，中国社会科学出版社，2006年版。

王延光著：《艾滋病预防政策与伦理》，社会科学文献出版社，2006年版。

阎云翔著，龚晓夏译：《私人生活的变革：一个中国村庄的爱情、家庭与亲密关系：1949-1999》，上海书店出版社，2006年版。

蔡定剑主编：《中国就业歧视现状及反歧视对策》，中国社会科学出版社，2007年版。

蔡定剑、张千帆主编：《海外反就业歧视制度与实践》，中国社会科学出版社，2007年版。

王秀哲著：《隐私权的宪法保护》，社会科学文献出版社，2007年版。

- 杨国才主编：《多学科视野下的艾滋应对》，中国社会科学出版社，2007年版。
- 张军著：《宪法隐私权研究》，中国社会科学出版社，2007年版。
- 张莉著：《论隐私权的法律保护》，中国法制出版社，2007年版。
- 吴毅著：《小镇喧嚣：一个乡镇政治运作的演绎与阐释》，生活·读书·新知三联书店，2007年版。
- [美]桑德·吉尔曼著，庄欣译：《健康与疾病：不同的图像》，山东画报出版社，2008年版。
- [美]凯博文著，郭金华译：《苦痛和疾病的社会根源：现代中国的抑郁、神经衰弱和病痛》，上海三联书店，2008年版。
- 徐美苓著：《艾滋病与媒体》，上海译文出版社，2008年版。
- 李友梅著：《中国社会生活的变迁》，中国大百科全书出版社，2008年版。
- 蔡高强著：《艾滋病与人权保护》，中国法制出版社，2008年版。
- 屠振宇著：《宪法隐私权研究：一项未列举基本权利的理论论证》，法律出版社，2008年版。
- 赵西巨著：《医事法研究》，法律出版社，2008年版。
- [美]泽利泽著，姚伟、刘永强译：《亲密关系的购买》，上海人民出版社，2009年版。
- [法]德吕勒著，王鲲译：《健康与社会：健康问题的社会塑造》，译林出版社，2009年版。
- 刘喜珍著：《老龄伦理研究》，中国社会科学出版社，2009年版。
- 陈琦著：《边缘与回归——艾滋病患者的社会排斥研究》，社会科学文献出版社，2009年版。
- 向德平等著：《需求与回应：艾滋病患者的社会支持研究》，社会科学文献出版社，2009年版。
- 朱伟著：《生命伦理中的知情同意》，复旦大学出版社，2009年版。
- [美]汉著，禾木译：《疾病与治疗：人类学怎么看》，东方出版中心，2010年版。
- [美]劳伦斯·罗森著，彭艳崇译：《法律与文化：一位法律人类学家的邀请》，法律出版社，2010年版。
- [英]德斯蒙德·莫利斯著，何道宽译：《亲密行为》，复旦大学出版社，2010年

版。

程玲著：《互助与增权：艾滋病患者的互助小组研究》，社会科学文献出版社，2010年版。

沈中、许文洁著：《隐私权论兼析人格权》，上海人民出版社，2010年版。

沈梅梅主编：《医学人类学视野下的毒品、艾滋病与边疆社会》，云南大学出版社，2010年版。

刘谦著：《面对艾滋病风险的自律与文化：对低交易价格商业性行为的人类学研究》，中国社会出版社，2010年版。

徐晓军著：《断裂、重构与新生：鄂东艾滋病人的村庄社会关系研究》，中国社会科学出版社，2010年版。

杨开湘著：《宪法隐私权导论》，中国法制出版社，2010年版。

[美]罗兰·米勒、丹尼尔·珀尔曼著，王伟平译：《亲密关系》，人民邮电出版社，2011年版。

丁开杰著：《社会排斥与体面劳动问题研究》，中国社会出版社，2011年版。

韩跃红等著：《生命伦理学维度：艾滋病防控难题与对策》，人民出版社，2011年版。

行红芳著：《社会支持、污名与需求满足：艾滋孤儿求助形式的比较研究》，社会科学文献出版社，2011年版。

王秀哲等著：《我国隐私权的宪法保护研究》，法律出版社，2011年版。

李庆功编著：《医疗知情同意理论与实践》，人民卫生出版社，2011年版。

[英]西蒙·罗伯茨著，沈伟、张铮译：《秩序与争议——法律人类学导论》，上海交通大学出版社，2012年版。

[英]西蒙·罗伯茨著，沈伟、张铮译：《秩序与争议——法律人类学导论》，上海交通大学出版社，2012年版。

[美]唐娜·哈拉维著，陈静、吴义诚译：《类人猿、赛博格和女人——自然的重塑》，河南大学出版社，2012年版。

李京文主编：《艾滋病对中国经济和社会的影响》，社会科学文献出版社，2012年版。

王宇明、郭金玲主编：《艾滋病综合防治现场评估及对策研究》，河南科学技术

- 出版社，2012年版。
- 管健著：《身份污名与认同融合：城市代际移民的社会表征研究》，社会科学文献出版社，2012年版。
- 黄道明编：《爱滋治理与在地行动》，中央大学性/别研究室，2012年版。
- 康岚著：《反馈模式的变迁：转型期城市亲子关系研究》，上海社会科学院出版社，2012年版。
- 刘小楠主编：《反就业歧视的理论与实践》，法律出版社，2012年版。
- 刘汶蓉著：《反馈模式的延续与变迁：一项对当代家庭代际支持失衡的再研究》，上海社会科学院出版社，2012年版。
- 魏伟著：《公开：当代成都“同志”空间的形成和变迁》，上海三联书店，2012年版。
- 李楯著：《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》，法律出版社，2013年版。
- 刘小楠主编：《反就业歧视的机制与原理》，法律出版社，2013年版。
- 沈奕斐著：《个体家庭 iFamily：中国城市现代化进程中的个体、家庭与国家》，上海三联书店，2013年版。
- 张晓虎著：《艾滋病问题的双向建构》，知识产权出版社，2013年版。
- 刘斌志著：《艾滋病防治的社会工作研究》，中国社会科学出版社，2013年版。
- [美]桑塔格著，程巍译：《疾病的隐喻》，上海译文出版社，2014年版。
- [美]加里·贝克尔著，于占杰译：《歧视经济学》，商务印书馆，2014年版。
- 蔡高强著：《非洲艾滋病问题研究》，浙江人民出版社，2014年版。
- 沙莉、阮惠风著：《艾滋病高危人群宽容策略实证调查》，云南大学出版社，2014年版。
- 王新宇著：《性别平等与社会公正：一种能力方法的诠释与解读》，中国政法大学出版社，2014年版。
- 张民安主编：《自治性隐私权研究》，中山大学出版社，2014年版。
- 马特著：《隐私权研究——以体系构建为中心》，中国人民大学出版社，2014年版。
- [美]布兰代斯等著，宦盛奎译：《隐私权》，北京大学出版社，2014年版。
- 刘慧君、肖群鹰著：《艾滋病的跨区域扩散与统筹治理》，社会科学文献出版社，



- 2014年版。
- 张剑源著：《再造团结：中国艾滋病防治法律制度研究》，法律出版社，2015年版。
- 李敏著：《制度如何制造不平等：一个北方城市贫困女性社会排斥的制度分析》，中国社会科学出版社，2015年版。
- 巩海平著：《法律促进与社区支持——艾滋病防治的路径选择研究》，甘肃人民出版社，2015年版。
- 刘小楠主编：《反歧视评论》第2辑，法律出版社，2015年。
- 刘绍华著：《我的凉山兄弟：毒品、艾滋与流动青年》，中央编译出版社，2015年版。
- 刘燕著：《制度化养老、家庭功能与代际反哺危机——以上海市为例》，上海世纪出版集团，2016年版、
- 钱国玲著：《艾滋病人群的健康权保护研究》，浙江大学出版社，2016年版。
- [美]玛萨·纳斯鲍姆著，田雷译：《寻求有尊严的生活：正义的能力理论》，中国人民大学出版社，2016年版。
- 高一飞著：《人口流动与艾滋病传播：污名的交互与再生》，云南人民出版社，2017年版。
- 姚星亮著：《污名——差异政治的主体建构及其日常实践》，社会科学文献出版社，2017年版。
- [美]凯博文著，方筱丽译：《疾痛的故事》，上海译文出版社，2018年版。
- [德]阿克塞尔·霍耐特著，罗名珍译：《物化——承认理论探析》译者导言，华东师范大学出版社，2018年版。
- 陶东杰著：《代际冲突视角下人口老龄化与公共政策研究》，经济科学出版社，2018年版。
- 郭德君著：《传统孝道与代际伦理——老龄化进程中的审视》，中国社会科学出版社，2018年版。
- 侯荣庭著：《艾滋病人群自身重构研究》，华中科技大学出版社，2018年版。
- 朱海林等著：《艾滋病危险性行为干预面临的伦理难题及对策》，中国社会科学出版社，2018年版。
- 黄盈盈著：《艾滋病与生活逻辑》，华中科技大学出版社，2019年版。

王昕著：《女性艾滋病风险人群的疾病建构》，华中科技大学出版社，2019年版。

潘绥铭著：《艾滋病问题的社会建构》，华中科技大学出版社，2019年版。

#### 外文论著：

Kenneth L. Karst, “ ‘The Files’ : Legal Control Over the Accuracy and Accessibility of Stored Personal Data ” , 31 Law & Contemp. Prob 342, 1966.

Alan F. Wwstin, Privacy and Freedom, New York: Atheneum, 1967.

Alert E., Illness and Deviance, “ The Response of The Press to AIDS ” , in D.A. Feldman & T.M. Johnson ed., “ The Social Dimensions of AIDS: Method and Theory ” , New York: Praeger, 1986.

Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, 2nd, New York: Foundation Press, 1988.

P. G. Devine , Stereotypes and Prejudice : Their Automatic and Controlled Componments, Journal of Personality and Social Psychology, 1989, Vol. 56.

Ajzen, I., The theory of planned behavior, Organizational Behavior and Human Descision Processes, 1991, Vol.50.

Raymond Wacks, Personal Information: Privacy and the Law, Oxford: Clarendon Press, 1993.

Mary Bernstein, “ Celebration and Suppression: The Strategic Use of Identity by the Lesbian and Gay Movement ” , The American Journal of Sociology, 1993, Vol.103。

B.C.White, Comepetence to Consent, Washington: Georgetown University Press, 1994.

Steven Seidman , Queer-Ing Sociology , Sociologizing Queer Theory : An Introduction, Sociological Theory, 1994, Vol.12.

Susan D. Cochran and Viickie M. Mays, Sex, Lies and HIV, in Contemporary Issues in Bioethics, Belmont: Wadsworth Press, 1995.

Peterson, A. and Lupton D., The New Public Health: Health and Self in the age of

- Risk, London: Sage, 1996.
- Arthur Kleinman, Veena Das and Margaret Lock eds. "Social Suffering", Berkeley: University of California Press, 1997.
- G. Room, Social Quality in Europe: Perspectives on Social Exclusion, in W. Beck, L. Van der Maesen and A. Walker ed, The Social Quality in Europe, London: Kluwer Law International, 1997.
- Crocker, J., Major, B., & Steele, C., Social Stigma, New York: McGraw-Hill, 1998.
- Linda R. Hirshman & Jane E. Larson, Hard Bargains: The Politics of Sex, New York: Oxford University Press, 1998.
- Norman, Kennedy & Parish, Close Relationships and Safer Sex among HIV-infected Men with Haemophilia, AIDS Care, 1998, Vol.10.
- G. J. Burkholder, et al., Social Stigma, HIV/AIDS Knowledge, and Sexual Risk, Journal of Applied Biobehavioral Research, 1999, Vol. 4.
- Rebecca Bennett and Charles A. Erin ed, "HIV and AIDS: Testing, Screening and Confidentiality", USA: W.P.Co., 1999.
- Yoshioka & Schustack, Disclosure of HIV Status: Cultural Issues of Asian Patients, AIDS Patient Care and STDs, 2001, Vol.15.
- Kirchler E, Rodler C, Hoesl E, et al, Conflict and Decision-making in Close Relationships: Love, Money and Daily Routines, Hove East Sussex: Psychology Press, 2001.
- Ralf Juergens, HIV Testing and Confidentiality: Final Report, The Canadian HIV/AIDS Legal Network and The Canadian Society, 2001.
- B. G. Link & J. C. Phelan, Conceptualizing Stigma, Annual Review Sociology, 2001, Vol.27.
- G. M. Herek, Thinking about AIDS and Stigma: A Psychologist's Perspective, The Journal of Law, Medicine & Ethics, 2002, Vol.30.
- Lawrence O. Gostin, James G. Hodge, JR. and Mira S. Burghardt, Balancing Communal Goods and Personal Privacy Under a National Health Informational

- Privacy Rule, Saint Louis University Law Journal, Winter, 2002.
- Anthony S. Fauci, The AIDS Epidemic: Considerations for the 21<sup>st</sup> Century in Contemporary Issues in Bioethics, Belmont: Wadsworth Press, 2003.
- R. Parker & P. Aggleton, HIV and AIDS-related Stigma and Discrimination: A Conceptual Framework and Implication for Action, Social Science & Medicine, 2003, Vol. 57.
- Crystal, S. et al., The diverse older HIV-Positive population: A national profile of economic circumstances, social support and quality of life, Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes, 2003, Vol.33.
- Schrimshaw, E.W., Siegel, K., Perceived barriers to social support from family and friends among older adults with HIV/AIDS, Journal of Health Psychology, 2003, Vol.8.
- Shippy, R.A., Karpiak, S.E., The aging HIV/AIDS population: fragile social networks, Aging Mental Health, 2005, Vol.9.
- A. Castro & P. Farmer, Understanding and Addressing AIDS-Related Stigma, American Journal of Public Health, 2005, Vol. 95.
- Martha Nussbaum, Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership, Harvard University Press, 2006.
- Poindexter, C., Shippy, R.A., Networks of older New Yorkers with HIV: fragility, resilience and transformation, AIDS Patient Care STDs, 2008, Vol.22.
- Vance, D.E., Moneyham, L., & Farr, K.F., Suicidal ideation in adults aging with HIV: neurological and cognitive considerations, Journal of Psychosocial Nursing and Mental Services, 2008, Vol.46.
- Martha Nussbaum, Creating Capabilities: The human Development Approach, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- Leah H. Wissow, Public Health V.S. Privacy: Rebalancing The Government Interest Involuntary Partner Notification Following Advancements In HIV Treatment, 21 Am. U.J. Gender Soc. Poly & L. 481, 2012.

### 期刊论文:

费孝通:《家庭结构变动中的老年赡养问题——再论中国家庭结构的变动》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》,1983年第3期。

杜钢建:《知情权制度比较研究——当代国外权利立法的新动向》,载《中国法学》,1993年第2期。

[澳]唐·埃德加、海伦·格莱泽撰,仕琦译:《家庭与亲密关系:家庭生活历程与私生活的重建》,载《国外社会科学杂志》,1995年第1期。

戴宇光:《台湾的艾滋病与权益》,载《应用伦理研究通讯》(第1期),1997年。

[法]皮埃尔·斯特罗贝尔撰,冯炳昆译:《从贫困到社会排斥:工资社会抑或人权社会?》,载《国际社会科学》,1997年第2期。

喻敏:《对侵权行为法中过错问题的再思考》,载《现代法学》,1998年第4期。

熊跃根:《成年子女对照顾老人的看法——焦点小组访问的定性资料分析》,载《社会学研究》,1998年第5期。

熊跃根:《中国城市家庭的代际关系与老人照顾》,载《中国人口科学》,1998年第6期。

陈皆明:《投资与赡养——关于城市居民代际交换的因果分析》,载《中国社会科学》,1998年第6期。

潘文岚:《家庭代际伦理的现实问题》,载《社会》,1999年第1期。

陈起行:《资讯隐私权法理探讨——以美国法为中心》,载《政大法学评论》第64期,2000年。

郭于华:《代际关系中的公平逻辑及其变迁——对河北农村养老事件的分析》,载《中国学术》,2001年第4期。

刘大洪:《基因技术与隐私权的保护》,载《中国法学》,2002年第6期。

翁国民、汪成红:《论隐私权和知情权的冲突》,载《浙江大学学报》,2002年第2期。

陈仲麟:《医疗隐私的法规范现况》,载《医事法学》,2003年第2期。

[美]休·拉弗勒斯撰,陈厮译:《亲密知识》,载《国际社会科学杂志》,2003年第3期。

- 王克金：《权利冲突论——一个法律实证主义的分析》，载《法制与社会发展》，2004年第2期。
- 苏彦捷、高鹏：《亲密关系中的日常冲突及其解决》，载《应用心理学》，2004年第2期。
- 李佳梅：《现代家庭伦理精神建构的思考——兼论自由与责任》，载《道德与文明》，2004年第2期。
- 穆光宗：《老龄人口的精神赡养问题》，载《中国人民大学学报》，2004年第4期。
- 喻术红：《反就业歧视法律问题之比较研究》，载《中国法学》，2005年第1期。
- 张有春等：《中国艾滋病相关政策决策过程的分析》，载《中国艾滋病性病》。2005年第2期。
- 黎作恒：《艾滋病立法与国际人权保障》，载《西南政法大学学报》，2005年第3期。
- 吕艳滨：《日本的隐私权保障机制研究》，载《广西政法干部管理学院学报》，2005年第4期。
- 林丹华等：《健康行为改变理论述评》，载《心理发展与教育》，2005年第4期。
- 吴玉锋：《“双重弱势群体”：对艾滋病病人及感染者生存状况的描述》，载《广西社会科学》，2005年第5期。
- 徐继响：《论 HIV 阳性者隐私权的边界》，载《法学》，2005年第7期。
- 颜江瑛等：《中国艾滋病综合防治政策发展及影响因素分析》，载《中华流行病学杂志》，2005年第11期。
- 林钰雄：《初探医疗秘密与拒绝证言权——从欧洲人权法院之 Z v. Finland 判决（爱滋病患案）谈起》，载《月旦法学杂志》第127期，2005年。
- 周玉：《制度排斥与再生产》，载《东南学术》，2006年第5期。
- 景军：《艾滋病谣言的社会渊源：道德恐慌与信任危机》，载《社会科学》，2006年第8期。
- 李易骏：《社会排除：流行与挑战》，载《社会政策与社会工作学刊》第10卷，2006年。

- 丁春艳：《有谁来行使知情同意的权利：患者还是家属？》，载《法律与医学杂志》，2007年第1期。
- 潘绥铭、黄盈盈：《“主体建构”：性社会学研究视角的革命及本土发展空间》，载《社会学研究》，2007年第3期。
- 苏力：《医疗的知情同意与个人自由和责任——从肖志军拒签事件切入》，载《中国法学》，2008年第2期。
- 韩长安：《亲密关系对国家法消解的原因、机理和结果的分析》，载《比较法研究》，2008年第4期。
- 王跃生：《中国家庭代际关系的理论分析》，载《人口研究》，2008年第4期。
- 徐晓军：《病情与人情：乡村艾滋病病人的双重压力与自杀风险》，载《华中师范大学学报》，2008年第5期。
- 张剑源：《健康权视角下的艾滋病防治立法》，载《人权》，2008年第6期。
- 赵军：《传播性病罪法益研究——实然与应然之间》，载《湖北大学学报》，2008年第6期。
- 杨菊华、李路路：《代际互动与家庭凝聚力——东亚国家和地区比较研究》，载《社会学研究》，2009年第3期。
- 张滨璿：《儿童医疗表态权》，载《生物医学期刊》第3卷第4期，2010年。
- 吴帆、李建民：《中国人口老龄化和社会转型背景下的社会代际关系》，载《学海》，2010年第1期。
- 聂开琪：《论社会排斥的法律消解——以艾滋病病人社会排斥问题为核心》，载《云南大学学报》（法学版），2010年第5期。
- 余翠娥：《国内艾滋其实研究中的几个误区及应对策略》，载《医学与哲学》，2010年第8期。
- 张有春：《污名与艾滋病话语在中国》，载《社会科学》，2011年第4期。
- 白莉：《艾滋病患者的自我歧视及消解策略》，载《昆明理工大学学报》，2011年第6期。
- 李梦萍：《青少年男同志爱滋病毒感染者初感染时之冲击及困境》，载《爱之关怀季刊》第77期，2011年。
- 刘汶蓉：《孝道衰落？成年子女支持父母的观念、行为及其影响因素》，载《青年研究》，2012年第2期。

- 都佳等：《疾控中心、社区和 HIV 感染者共建社区艾滋病管理网络模式的探讨》，载《现代预防医学》，2012 年第 4 期。
- [英]罗伯特·平克撰，刘继同译：《“公民权”与“福利国家”的理论基础：T.H. 马歇尔福利思想综述》，载《社会福利》，2013 年第 1 期。
- 祝彬：《论医疗知情同意权的代理行使》，载《医学与哲学》，2013 年第 11 期。
- 张楠：《灾难人类学视角下的人祸研究——以艾滋病为例》，载《西南民族大学学报》，2013 年第 12 期。
- 杨兴华、张格儿：《阿玛蒂亚·森和玛萨·努斯鲍姆关于可行能力理论的比较研究》，载《学术论坛》，2014 年第 2 期。
- 姚星亮、王文卿：《AIDS 在中国的污名化：一种政治移情的理论视角》，载《云南师范大学学报》，2014 年第 4 期。
- 胡雨濛：《“艾滋病”隐喻：入侵与污染》，载《浙江传媒学院学报》，2016 年第 3 期。
- 孟金梅：《我过艾滋病防治法律政策发展分析》，载《汕头大学学报》，2016 年第 3 期。
- 吴小英：《“去家庭化”还是“家庭化”：家庭论争背后的“政治正确”》，载《河北学刊》，2016 年第 5 期。
- 石金群：《转型期家庭代际关系流变：机制、逻辑与张力》，载《社会学研究》，2016 年第 6 期。
- 韦霞、杨翔：《老年人性需求的相关因素分析》，载《职业卫生与病伤》，2017 年第 2 期。
- 李宇航、丁维光：《医方知情告知义务履行中的伦理冲突及解决对策》，载《锦州医科大学学报（社会科学版）》，2019 年第 3 期。
- 涂炯、梅笑：《患者“自主权”再思考——基于 G 市 Z 医院癌症患者的疾病告知实践研究》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》，2019 年第 5 期。

#### 硕博士论文：

- 詹文凯：《隐私权之研究》，台湾大学博士学位论文，1998 年。
- 李东莉：《社会转型与 HIV 高危险行为：甘肃戒毒所的调查与研究》，中央民族大学博士学位论文，2003 年。



- 陈姝蓉：《感染爱滋病对男同志亲密关系的影响》，台湾大学硕士学位论文，2003年。
- 杨翌：《艾滋病相关耻辱和歧视的现状及其影响的探索性研究》，中国协和医科大学博士学位论文，2004年。
- 陈虹年：《政府对资讯取得之运用——以隐私权为中心》，铭传大学硕士学位论文，2005年。
- 韩长安：《亲密关系的法社会学分析》，苏州大学硕士学位论文，2005年。
- 吴意山：《欲言又止的挣扎——男同志爱滋病毒感染者亲密关系的探讨》，慈济大学硕士学位论文，2005年。
- 梁家赢：《从人权保障观点析论（台湾）爱滋防治法制——以资讯隐私权与平等权为中心》，台北大学硕士学位论文，2006年。
- 罗士翔：《反 AIDS 歧视与法律动员——以台湾 AIDS 防治法制为中心（1981-2009）》，台湾大学硕士学位论文，2010年。
- 叶琬萍：《论爱滋病患的隐私权》，中央大学硕士学位论文，2011年。
- 林正郢：《男同性恋爱滋感染者就医就业障碍与因应方式之初探》，台湾师范大学，2011年。
- 吴沁霖：《艾滋病病毒感染者的医疗权保障研究》，华南理工大学硕士学位论文，2013年。
- 陈伟霖：《男同志爱滋筛检障碍之探讨》，义守大学硕士学位论文，2013年。
- 刘京：《论医疗知情同意权的民法构建》，武汉大学博士学位论文，2014年。
- 陈遵宇：《我与 HIV 相处的日子：十二名男同志感染者的自我重塑、情欲实践与亲密关系想象》，东海大学硕士学位论文，2015年。
- 周佳锋：《探讨 HIV 患者的医疗隐私——以伴侣通知及未成年人检测同意为中心》，云林科技大学硕士学位论文，2015年。
- 李威廷：《由爱滋器官移植事件看（台湾）的医疗损害填补法制》，成功大学硕士学位论文，2015年。
- 王昶闵：《传染爱滋病毒之刑事责任——以“隐瞒而与他人进行危险性行为”为例》，东吴大学硕士学位论文，2016年。
- 张琴：《〈人民日报〉（2006-2015）艾滋病报道框架研究》，重庆工商大学硕士

学位论文，2017年。

王琨：《框架理论视域下<人民日报>艾滋病报道研究》，南京师范大学硕士学位论文，2017年。

仇蓓蓓：《艾滋病患者社会支持、心理弹性、生活质量的关系研究》，扬州大学硕士学位论文，2017年。

陈遵宇：《我与 HIV 相处的日子——十二名男同志感染者的自我重塑、情欲实践与亲密关系想象》，东海大学硕士学位论文，2017年。

王鹿：《“艾滋病人”平等就业权的保障》，江西财经大学硕士学位论文，2018年。

## 致 谢

虽然在 2014 年入学爱知大学之初就已得知将有九年的在学时间用以完成课程及毕业论文，但确实没有想到自己会在七年后的今天才完成学业。

时至今日还是常常怀念 2014-2015 年在名古屋学习与生活的点点滴滴，爱知大学中国研究科多学科多领域的课程设置使得自己能够暂时“跳出”学习了近十年的法学专业，从更全面、更宏观的视角去把握“问题导向”。李春利教授的经济学课程、唐燕霞教授的社会学课程、松冈正子教授的民俗学课程、周星教授以及张举文教授的人类学课程……感谢各位老师让我有如此幸运的机会触碰到不同学科领域的精彩！

关于这篇论文，我首要感谢我的两位导师——周星教授与松冈正子教授。周师的学识渊博自不必多言，更重要的是老师在课堂之外还言传身教了自己很多生活的哲理。2016 年完成南开大学法律史专业的博士论文之后自己曾一度陷入迷茫，并非历史学专业出身的自己尽管已经完成了六年多的法律史学专业训练，但在史料敏感度上却好像一直有种无形的屏障。恰逢此时要进行爱知大学博士论文的选题，自己便决定利用这一“契机”尝试看能不能往理论法学的方向上“转型”。只不过“想法”虽好，操作起来却不易，在将自己的研究内容呈送给周师审阅后，老师第一时间与我联系，坦言这份“研究”更多地只是停留在一种缺乏基础的概念辨析上，远达不到毕业的要求。对于自己当时面临的“困境”，周师提出可以考虑尝试采取人类学田野调查的方式来进行法律实证研究，一方面可以扩宽自己的研究方向，另一方面也能够增强研究的信度，使研究有更扎实的基础。

说实话，自己最初对涉足这一“崭新”领域并不情愿，甚至有点恐惧。但在老师的鼓励与支持下，自己最终确定了选题并开始着手进行田野工作。回望当时的迷茫，我发自内心的感谢周师，因为相比对论文选题以及撰写的具体指导，老师更像是为我打开了一扇“窗”。随着研究的深入自己开始意识到，学术研究应当是去面对一个真“问题”，而不是为了什么题目而研究，在田野调查以及撰写论文的过程中，自己是发自内心地期待通过研究去解决一些实实在在的“问题”，这种乐趣是我在以往的学习中从来未曾体会的！正如周师说的，“学问是生活的一部分，而不是相反”。

2020年由于周师的工作调整，改由松冈老师担任自己的指导老师，但周师一直关注自己的论文进展，多次对论文初稿进行审阅并提出了许多宝贵的意见与建议。可以说，自己这篇论文如果没有周师的悉心指导根本就不会成型。2020年松冈老师接替周老师担任我的指导老师，每次收到我的论文初稿后总是第一时间回复邮件，鼓励自己将论文做的更扎实、更有深度。

论文答辩会上除了周师与松冈老师外，爱知大学的三好章教授、松井直之教授以及长崎大学的赛汉卓娜教授分别从不同的角度对我的论文提出了许多宝贵的意见与建议，对自己论文后续的修缮有极大的助益！

我还曾以论文的部分章节参加“跨学科背景下的法学研究高端论坛”“医事合规研究论坛”“环境权、健康权与职业健康权：多维视野的探索学术研讨会”“中国人权青年论坛”等学术活动，先后得到中国人民公安大学卢国显教授、华东师范大学刘迎霜教授、中国政法大学孙萌副教授、上海师范大学陈兆旺副教授、天津师范大学尚海涛副教授、西南石油大学王浩博士等师长的指导，深表感谢！此外本研究还曾受到南方科技大学社会科学高等研究院第七届中国人类学研究生田野调查奖助金，特此致谢！

最后我要感谢的是田野中遇到的艾滋病感染者朋友们，是你们让我看到了生命中的坚强与勇敢！