



---

人权理事会

第十四届会议

议程项目 3

增进和保护所有人权——公民权利、政治权利、  
经济、社会和文化权利，包括发展权

人人有权享有最佳身心健康问题特别报告员阿南德·格罗弗  
的报告\*

---

\* 迟交。

## 概要

人人有权享有最佳身心健康问题特别报告员阿南德·格罗弗在根据人权理事会第 6/29 号决议提交的本报告内审议了以下两者之间的关系：享有可达到的最高水准身心健康权利和将同性行为和性取向、性工作、与艾滋病毒感染这三种私下成人相互认同的性行为定为罪行。

第一章载有一份简单的介绍。在第二节内，特别报告员审议了将成年人之间相互认同的同性行为定为罪行的问题，同时审议了基于性取向或性别认同的定罪问题。在该章节内，特别报告员强调了近期的国际和国家判例法如何承认了私密、平等和尊严概念之间的紧密联系，并且审查了其对享有健康权利所带来的后果。

在第三章内，审议了性工作和有关做法(如诱引)的定罪致使否认性工作者享有健康权利的问题。与第二章内讨论的影响相似，连同性工作特有的问题一起讨论了对健康权利的影响。具体而言，对性工作行业不予以法律承认致使不提供安全的工作条件，并且职业保健问题缺乏法律补救手段，从而侵犯了健康权利。此外，审议了性工作和人口贩运之间的区别，特别是在法律和干预方面对这两者不加以区别，正在越来越严重地侵害性工作者的健康权利。

在第四章内，特别报告员审查了将艾滋病毒感染定为罪行对健康权的影响问题。审议了刑法对享有健康权的深远影响，同时审议了这类法律未能够实现合法的公众保健目标或者实现刑法目的的问题。特别报告员的结论是只有故意的恶毒的艾滋病感染可以合法地定罪；然而，有关艾滋病毒感染的具体刑法一般是没有必要的。

最后，特别报告员建议对上述每个问题不予以定罪是必要的，同时还建议采取其他必要措施，作为全面健康权方式的一部分工作。这样的措施包括人权教育，脆弱群组的参与和对脆弱群组的包容，努力减少对这些群组的诋毁和歧视。

## 目录

	段次	页次
一. 导言.....	1-5	4
二. 同性行为、性取向和性别认同.....	6-26	5
A. 对同性行为、性取向和性别认同的定罪：背景.....	8-16	5
B. 定罪对健康权带来的后果.....	17-23	8
C. 健康权方式.....	24-26	10
三. 性工作.....	27-51	10
A. 对性工作的定罪：背景.....	29-35	11
B. 定罪对健康权带来的后果.....	36-45	13
C. 健康权方式.....	46-50	15
四. 艾滋病毒感染.....	51-75	16
A. 对艾滋病毒感染的定罪：背景.....	52-61	16
B. 定罪对健康权带来的后果.....	62-71	18
C. 健康权方式.....	72-75	22
五. 建议.....	76	23

## 一. 导言

1. 人人有权享有可达到的最高水准身心健康问题特别报告员在本报告内审议了将成人之间私下、相互认同的性行为定罪的若干问题以及将此类行为定罪对享有健康权利的影响。有关健康做法和行为的法律可以保护每个人的健康，也可以对有效的健康干预和结果造成障碍。<sup>1</sup> 特别报告员认为定罪包括不仅仅使某些罪有应得的行为受到刑事处罚而制定的法律，此外还包括根据某些特征(例如性行为或职业)对某些个人或社群采用先前存在的刑法。

2. 特别报告员认为，将成年人之间私下、相互认同的性互动行为定为罪行对实现每个人的健康权造成了重大的障碍，特别对法律直接针对的那些人而言更是如此。他强调一切人权均为普遍、不可分割、相互依存、相互联系。<sup>2</sup> 将成人之间私下、相互认同的性行为定为罪行侵犯的不仅仅是健康权，而且还侵犯其他各种人权，包括隐私和平等权。转而，对这些人权的侵犯间接地影响了健康权。

3. 《经济、社会、文化权利国际公约》第十二条承认人人有权享有可达到的最高水准身心健康(后称为“健康权”)。这项权利包括主宰自己健康和身体的自由，特别规定了性和生育自由。此外，此项权利赋予应享有的资格；特别是，这项权利赋予每个人以平等的机会享有可达到的最高水准身心健康的健康保护制度的资格。没有任何歧视地向所有人，特别是人口中最为脆弱或者最为边缘化的群体，提供并且使其便利地得到健康设施、物品和各种服务。此外，缔约国必须采取各种措施保护最为脆弱或者最为边缘化的群体履行其保护健康权的义务。<sup>3</sup>

4. 特别报告员在本报告内通过审查互相认同的同性行为(以及性取向和性别认同)，性工作 and 艾滋病毒感染这三个领域审议了定罪在限制健康权享有方面的影响。这三类行为在不同的时期被认为对广大民众具有不利的影响，缔约国都以保护公众道德和礼仪，或者保护广大公众的健康作为将此类行为定为罪行的理由。这种做法对个人的健康结果有着不利的影响，即便没有实施或者没有经常实施围绕这些做法的法律，也是如此。<sup>4</sup>

5. 普遍认为，国内刑法是为了确立并颁布适当举止的社会准则，并具有无行为能力(禁止)、改造、惩罚和制止的目的。特别报告员认为对本报告所审议的领域定罪不仅仅不能实现这些目的，而且还严重地影响了公众保健工作，同时不利地

<sup>1</sup> L. Gable, L. Gostin and J. Hodge Jr., “A global assessment of the role of law in the HIV/AIDS pandemic” *Public Health*, vol. 123 (March 2009), pp. 260–261.

<sup>2</sup> 《维也纳宣言和行动纲领》，第 5 段。还见关于 2005 年世界首脑会议的大会第 60/1 号决议，第 121 段。

<sup>3</sup> 见经济、社会和文化权利委员会第 14 号一般性评论意见(2000 年)。

<sup>4</sup> M. Berer, “Criminalisation, sexual and reproductive rights, public health – and justice”, *Reproductive Health Matters*, vol. 17, No. 34 (November 2009), p. 4.

影响了个人的健康结果。由于定罪往往弊多于利，重要的是各缔约国认识到适当的立法在实现其公民的健康权方面可以产生的影响。

## 二. 同性行为、性取向和性别认同

6. 有关相互认同的同性行为、性取向和性别认同的刑法往往侵犯了各种人权，其中包括健康权。这些法律普遍含有歧视性，由此侵犯了健康权方式的要求，健康权方式要求所有人平等地获得这个权利。<sup>5</sup> 涉及健康的基于性行为 and 性取向的歧视影响深远，阻止了受影响的个人获得其他的经济、社会和文化权利。对其他权利的侵犯转而影响了实现健康权，例如阻碍其获得就业或住房。<sup>6</sup>

7. 这些侵权行为最终损伤了每个人固有的尊严，而这是国际人权框架之基础。通过将某些行为定罪的方式否认个人的尊严，大大地缩小其自我价值，并且在这么做的同时，防止了健康权的实现。有必要不将此类行为定为罪行以解决受影响的个人和社区所面临的权力丧失，并且有助于全面实现健康权。

### A. 同性行为、性取向和性别认同的定罪：背景

8. 全世界存在的各种刑法将个人从事同性行为定为违法行为，或者对其性取向或者性别认同予以处罚。例如，约在 80 个国家内，相互认同的同性行为是一项刑事违法行为。<sup>7</sup> 其他法律也间接禁止或者制止同性行为，例如有关性工作的反淫荡法规和禁止。<sup>8</sup> 许多国家还通过刑事或者经济制裁对婚外性行为进行管制，这影响了确认为异性恋者但不时会进行同性行为的个人。这些法律也极大地影响了在婚外与异性者发生性行为的个人，特别是妇女，尽管这个问题在本报告的范围之外。<sup>9</sup>

9. 这些法律侵犯了《经济、社会、文化权利国际公约》第十二条所阐明的健康权。《公约》第二条第 2 款要求各缔约方承担保证《公约》内所载的各项权利，

<sup>5</sup> 见经济、社会和文化权利委员会第 14 号一般性评论。

<sup>6</sup> M. O’Flaherty and J. Fisher, “Sexual orientation, gender identity and international human rights law: contextualising the Yogyakarta Principles”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, No. 2 (2008), p. 211.

<sup>7</sup> D. Ottosson, “State-sponsored homophobia: a world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults”, International Lesbian and Gay Association (ILGA) report, May 2009, p. 5.

<sup>8</sup> See for example Human Rights Watch, “Kuwait: repressive dress-code law encourages police abuse – arrests target transgender people”, press release, 17 January 2008. See also K. Connolly, “Poland to ban schools from discussing homosexuality”, *Guardian*, 20 March 2007.

<sup>9</sup> See for example Human Rights Watch, “Libya: a threat to society? The arbitrary detention of women and girls for ‘social rehabilitation’”, (New York, Human Rights Watch, 2006), p. 2.

包括健康权，在没有任何形式的歧视之下，包括在没有基于“其他状况”的歧视下，得到行使。经济、社会和文化权利委员会第 14 号一般性评论意见(2000 年)对此作了进一步的阐述，指出《公约》禁止对获得任何健康照料的歧视，并且着重强调了健康的决定因素，其中包括有关性取向理由的因素(第十八条)。委员会还承认性别认同是一项被禁止的歧视理由。<sup>10</sup> 儿童权利委员会在第 4 号一般性评论意见(2003 年)中还重申“其他状况”扩展至包括性取向(第 6 段)。如将会表明的那样，此类定罪不仅以歧视的方式，并且还通过拒绝平等地获得保健服务，影响了健康权。

10. 性取向被界定为“一人对异性或同性或一个性别以上者的巨大的情感，羡慕，和性吸引的习性，及与之的密切关系和性关系”。<sup>11</sup> 性别认同指可能与或可能不与出生时所归属的性别相称的“每人对性别切身的内心与个人的体验”，以及对身体的个人亲身意识及其他对性别的表达。<sup>12</sup>

### 解释和法律发展

11. 欧洲人权法院认为基于性取向或者性别认同的歧视侵犯了人权。1981 年，在 *Dudgeon* 诉联合王国的案例中，欧洲人权法院裁定将私下的同性行为定为罪行构成了对《保护人权和基本自由公约》第 8 条所载列的隐私权的无理干涉。<sup>13</sup> 联合国人权委员会接着在 *Toonen* 诉澳大利亚的案件中裁定“性”歧视包括基于性取向歧视，<sup>14</sup> 指出定罪并非是一个合理的措施来制止艾滋病毒/艾滋病的传播。<sup>15</sup> 在 *S.L.*诉奥地利的案件中，欧洲人权法院还认为，按照法定承诺年龄区别对待异性恋人口和同性恋人口不具有客观和合理的理由，因此是歧视性的。<sup>16</sup>

12. 在针对这个问题做出司法裁决或实行了立法之后，若干国家现在禁止基于性取向的歧视。在具有里程碑意义的 1998 年争取男女同性恋者平等全国同盟及另一方诉司法部长及其他人的案例中，南非宪法法院废除了三项单独的鸡奸法，在裁定《南非宪法》禁止基于性取向的歧视时指出所有人有权享有尊严和平等。在 *Lawrence* 诉得克萨斯州的案例中，美利坚合众国的最高法院宣布由于将私

<sup>10</sup> 经济、社会和文化委员会，第 20 号一般性评论意见(2009 年)，第 32 段。

<sup>11</sup> *The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, p. 6. Available from [www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.pdf](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf).

<sup>12</sup> 同上。还见经济、社会和文化权利委员会，第 20 号一般性评论意见，第 32 段。

<sup>13</sup> 欧洲人权法院，*Dudgeon* 诉联合王国，1981 年 10 月 22 日裁决，Ser.A.，第 45 号。

<sup>14</sup> 第 488/1992 号来文，*Toonen* 诉澳大利亚，1994 年 3 月 31 日通过的意见，第 8.7 段。

<sup>15</sup> 同上，第 8.5 段。

<sup>16</sup> 欧洲人权法院，*S.L.*诉奥地利，2003 年 1 月 9 日裁决，申请号 45330/99，第 44-46 段。

下、相互同意的性行为定为罪行，侵犯了《宪法》第 14 次修正所保护的自由利益，因此得克萨斯州的鸡奸法是违反宪法的。<sup>17</sup>

13. 在 Naz 基金会诉德里 NTC 政府及其他的事项中，德里最高法院在裁定印度刑法第 377 节违反宪法时引用了 Toonen 的案例，并且考虑了南非宪法法院的理由。<sup>18</sup> 刑法的这一节将“与男人、妇女或动物进行违背自然法则的性交”定为罪行——这些源自殖民主义统治的措词目前在全世界将鸡奸定为罪行的一半以上的判例法中仍然使用。<sup>19</sup> Naz 基金会指出第 377 节将私下的相互认同的同性行为定为罪行，长久地维持了对同性行为的负面和歧视看法，促使这些活动转入地下，削弱了艾滋病毒和艾滋病的预防工作。<sup>20</sup>

14. 2010 年 2 月，斐济根据《国家刑法》，通过了一项不将相互认同的同性行为定为罪行的法律。<sup>21</sup> 2005 年，中国特别行政区香港也推翻了长期禁止鸡奸的法规。自 2007 年以来，在尼泊尔双方认同的同性行为也成为合法行为。<sup>22</sup>

15. 尽管近期在不定罪方面的种种发展使许多缔约国与国际人权义务保持一致，但大量国家仍然对相互认同的同性行为判以刑事处罚。一些国家已经采取步骤，扩大了现有法律的适用性，或者对同性行为施以更加严厉的处罚。斯里兰卡刑法第 365 节 A 先前禁止男性的同性行为，但之后为了“中性化”进行了修订，结果将女性的同性行为也定为罪行。<sup>23</sup> 乌干达议会于 2009 年 10 月通过了一项议案，允许将侵犯反鸡奸法规的某些条款的行为惩之以死刑。艾滋病毒/艾滋病活动分子赞扬乌干达所采取的处理方案和政策，但如果这项议案通过，乌干达将使其消除艾滋病毒的运动处于极其的危险之中。

16. 反之，提议在卢旺达的刑法中纳入凡“从事、怂恿或刺激同性者发生性关系或者任何性行为”将判以 5-10 年监禁的处罚的条款近期被驳回。卢旺达司法

<sup>17</sup> Lawrence 诉得克萨斯州，539 美国，558。

<sup>18</sup> 2009 年 7 月 2 日决定，第 55 和 56 段。

<sup>19</sup> S. Long, “British sodomy laws linger in former colonies”, *The Gay and Lesbian Review*, vol. 16, No. 2 (March–April 2009), p. 5.

<sup>20</sup> Naz 基金会诉德里 NTC 政府及其他，2009 年 7 月 2 日，第 7 页。

<sup>21</sup> 联合国艾滋病毒/艾滋病联合方案(艾滋病规划署)，“具有殖民主义时期鸡奸法的太平洋第一岛屿国家斐济正式将同性恋不定为犯法行为”，新闻稿，2010 年 3 月 4 日。

<sup>22</sup> Sunil Babu Pant 诉尼泊尔政府，最高法院，分法庭、命令、该年第 917 号 2064BS(2007 年 12 月 21 日)。

<sup>23</sup> 加拿大移民和难民局，“斯里兰卡：禁止同性恋行为的法律和是否实施这些法律 - 主管部门，广大社会和穆斯林社会对待同性恋者的情况”2008 年 1 月 17 日。

部长 Tharcisse Karugarana 声明“……性取向是私事，每一个人有其自己的倾向——这完全不是国家事务。”<sup>24</sup>

## B. 定罪对健康权带来的后果

### 糟糕的健康结果和保健服务获得受到阻碍

17. 特别报告员认为定罪对从事相互认同的同性行为者造成一种他们是“不正常”和罪犯的社会观念，从而对他们享有健康权造成了不利的后果。这对他们的自尊具有严重伤害的不利影响，对他们寻求健康的举止和身心健康有着重大的，有时是悲剧性的结果。在从事相互认同同性行为的青年人中，自杀企图的比例根据不同的报告比确认为异性恋的青年要高 3-7 倍，<sup>25</sup> 成年人的比例相似。

18. 在其性行为被定为罪行的判例法内，受影响的个人往往更不可能得到有效的保健服务，针对这些群体的防范性保健措施也被禁止。<sup>26</sup> 对判决和惩罚的惧怕阻止了那些从事相互认同的同性行为者寻求和获得保健服务。这往往直接由于未受过满足同性恋病人需求培训的保健专业人员的态度所致——不仅仅在性保健方面，在较为一般的健康方面也是如此。保健专业人员可能完全拒绝治理同性恋病人，或者在不得不这么做时，以敌视的态度接待他们。<sup>27</sup> 当病人因从事相互认同的同性行为而被认为犯有刑事不法行为罪时，这可能会影响医生——病人关系中产生的保密义务，因为法律可能要求保健专业人员透露病人相互行为的详细情况。

19. 对于感染艾滋病毒/艾滋病的人而言，这个问题就混合复杂了。由于历史境况——最为突出的是，艾滋病与同性恋群体的联系——由于其涉及艾滋病毒/艾滋病的诊断和治疗，健康权的享有受到了更为严重的影响。<sup>28</sup> 例如，在亚太区域，几乎 90% 的同性恋男子无法得到艾滋病毒的防治或照料。<sup>29</sup> 尽管这由于各种各

<sup>24</sup> E. Musoni, “Government cannot criminalize homosexuality – Minister”, *New Times* (Kigali), 26 January 2010.

<sup>25</sup> C. Mahon, “Sexual orientation, gender identity and the right to health”, in *Swiss Human Rights Book*, vol. 3, *Realizing the Right to Health*, A. Clapham and M. Robinson (eds.) (Rüffer & Rub, Zurich, 2009), p. 236.

<sup>26</sup> 同上，第 238 页。

<sup>27</sup> C.A. Johnson, *Off the Map: How HIV/AIDS Programming is Failing Same-sex Practicing People in Africa* (New York, International Gay and Lesbian Human Rights Commission, 2007), pp. 57–58.

<sup>28</sup> 几乎在非洲撒哈拉南部所有的区域，艾滋病毒极大地影响了与男性发生性关系的男性。(艾滋病规划署)“2008 年关于全球艾滋病传播的报告：执行摘要”(2008 年，日内瓦)，第 30 页)。

<sup>29</sup> 联合国开发计划署(开发署)，“90%和男子有性行为的男子不能得到艾滋病毒的防治”。新闻发布稿，2009 年 8 月 11 日。

<sup>30</sup> 健康权特别报告员的报告(E/CN.4/2004/49)，第 35 段。

样的境况，但普遍的惧怕气氛是阻止艾滋病毒阳性患者获得保健服务和治疗的主导原因。<sup>30</sup> 这种恐惧气氛也不利地影响了更大的群体。在同性恋被定为罪行的国家内，艾滋病毒/艾滋病与同性恋的负面联系能导致不从事相互认同的同性行为个人因害怕受到刑事制裁、暴力或者歧视而避免进行艾滋病毒/艾滋病的测试和治疗。<sup>31</sup>

### 暴力和虐待

20. 由国家实施的惩罚加剧了现有的偏见，并使直接针对受害个人的社区暴力行为和警察的残暴行径合法化。<sup>32</sup> 七个国家，或者在这些国家的有些地方，目前对鸡奸还仍可能惩之以死刑。<sup>33</sup> 特别报告员认为对相互认同的同性行为施以死刑不仅仅是毫无道德的，并且武断地剥夺了生命，构成了对《公民权利和政治权利国际公约》第六条所承认的生命权的侵犯行为。

21. 许多报告指明存在着许多基于同性行为或者性别认同对个人施加暴力的例子。<sup>34</sup> 暴力可能使个别人害怕报复或者害怕被确认为此类攻击的受害者引起的第二次受害而不敢寻求保健服务。

### 诋毁

22. 定罪可能并非是诋毁的唯一理由，但定罪加剧了现有的偏见和成见，肯定使诋毁持久下去。<sup>35</sup> 同性行为长期以来被认为是精神失调；仅在最近，世界主要的专业心理分类体系仍认为同性恋是心理失调，这说明了此种诋毁如何地根深蒂固。<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Human Rights Watch, "Hated to death: homophobia, violence and Jamaica's HIV/AIDS epidemic" (New York, 2004), p. 14.

<sup>32</sup> 见例子，大赦国际，"Stonewalled: 在美国警察对女同性恋、男同性恋、双性恋和变性恋者的虐待和野蛮行径。" (2005年)。

<sup>33</sup> Iran (Islamic Republic of), Mauritania, Saudi Arabia, Sudan and Yemen, along with parts of Nigeria and Somalia (Ottosson, "State-sponsored homophobia" (see footnote 7), p. 5).

<sup>34</sup> See for example the United States Department of State, "2008 human rights report: Iran", 25 February 2009, available from [www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2008/nea/119115.htm](http://www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2008/nea/119115.htm); Human Rights Watch, "They want us exterminated: murder, torture, sexual orientation and gender in Iraq" (New York, 2009); Human Rights Watch, "Turkey: stop violence against transgender people", press release, 22 February 2010, available from [www.hrw.org/en/news/2010/02/19/turkey-stop-violence-against-transgender-people](http://www.hrw.org/en/news/2010/02/19/turkey-stop-violence-against-transgender-people).

<sup>35</sup> Constitutional Court of South Africa, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v. Minister of Home Affairs and Others*, judgement of 2 December 1999, para. 54.

<sup>36</sup> Homosexuality was removed from the *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 3rd edition in 1986. Note, however, that gender identity disorders are still included within the text revision (2000) of the 4th edition of the *Manual*.

23. 诋毁阻止了立法和决策机构在享有健康权方面特别易受到侵犯的社区内充分地解决涉及健康的事项。当同性行为为非法时，性取向可能作为需要予以纠正问题、或置之不理或用作对这些个人施行的暴力行为合法化辩解的理由予以对待。“治疗”那些从事同性行为者的试图不仅仅是充分的，而且有可能导致严重的心理不安并且会加剧对这些脆弱群体的诋毁。<sup>37</sup>

### C. 健康权方式

24. 如同所有的人权，要求缔约国采取步骤尊重、保护和履行健康权。将私下、相互认同的同性行为定为罪行造成了一个不利于受害个人充分实现其健康权的环境。必须在没有歧视的情况下向所有人，特别是向人口中最为脆弱或者最为边缘化的群体提供保健服务。废除将成年人之间相互认同的同性行为定为罪行的法律有助于确保遵守这项国家义务。

25. 定罪不仅侵犯了缔约国防止歧视的职责；它还造成了一种受害者严重丧失权力并且不能充分实现其人权的气氛。例如，缔约国应责无旁贷采取步骤，为举止相关的健康问题，例如艾滋病毒/艾滋病，制定防范和教育方案。不予以定罪有利于实现这一义务，因为一个接受成年人相互认同的同性行为的社会气氛是积极防止艾滋病毒/艾滋病的关键部分。和打击歧视和结构性暴力一起，一个促进有利环境的法律框架被认为是实现这一目标的最为重要的先决条件之一。

26. 健康权方式要求缔约国将相互认同的同性行为不定为罪行，并废除歧视性取向和性别认同方面的法律，以履行健康权的核心义务并且创造一个有利于充分享受这一权利的环境。

## 三. 性工作

27. 往往由于将性工作定罪，性工作者始终遭到诋毁和排挤，并在工作中始终处于遭遇暴力行为的极大风险之中。与其他被定罪的做法一样，性工作行业始终不断地在调整自己，这样所涉及者可以逃避惩罚。在这样做时，保健服务的获得受到阻碍，职业风险增加。由于被定罪，非法工作不提供合法工作所要求的保护，例如职业保健和安全标准，这样性工作者也被剥夺了向其他工人提供的基本权利。<sup>38</sup>

28. 联合国艾滋病毒/艾滋病联合方案(艾滋病规划署)将性工作者界定为“定期或偶然接受金钱或物品以交换性服务的女性、男性、和跨性成年人与青年人，他

<sup>37</sup> A. Bartlett, G. Smith and M. King, “The response of mental health professionals to clients seeking help to change or redirect same-sex sexual orientation”, *BioMed Central Psychiatry*, vol. 9, article 11 (March 2009), seventh page. Available from [www.biomedcentral.com/1471-244X/9/11](http://www.biomedcentral.com/1471-244X/9/11).

<sup>38</sup> 艾滋病规划署，“关于艾滋病毒和性工作的指导说明”（2009年），第5页。

们可能有意识地或者无意识地界定这些活动为创收活动”。<sup>39</sup> 然而人们指出，没有一个术语能够充分地涵盖世界范围内涉及性工作的各种交易(在该行业内越来越广泛地使用“性工作者”这个术语，与“娼妓”这个词相比，性工作者被认为不那么具有诋毁性并且是这类工作者的经历的较好叙词)。<sup>40</sup>

## A. 性工作的定罪：背景

29. 在历史上，以两大方式对性工作定罪。首先，对出卖性服务定罪，对性工作者本身施加惩处。第二，对围绕性工作的各种做法定罪：这些包括，但不限于，开设妓院；为他人招募或者安排卖淫；靠性工作收入生活；勾引；或者通过提供信息或援助助长性工作。尽管在全世界的许多国家内并不直接将前者定罪，凡在围绕性工作的活动被定为罪行时，性工作者也免不了被作为罪犯处理，或者使用其他先前存在的法律(并非特指性工作的法律)对性工作者进行骚扰、恐吓或者对性工作者采用的武力进行辩解。<sup>41</sup> 这些例子包括采用流浪罪或者公害罪的法律拘留或逮捕街头性工作者，或者在涉及男性和跨性工作者时采用禁止同性恋行为的法律。

30. 在保护健康权的同时，《经济、社会、文化权利国际公约》保护自由选择谋利工作的权利(第六条)，缔约国需采取步骤保障这一权利。《消除对妇女一切形式歧视公约》第六条并不要求缔约国禁止相互认同的成年人性工作。相反，该《公约》呼吁禁止“一切形式贩卖妇女及意图营利使妇女卖淫的行为”。《公约》内并没有界定“卖淫营利”的术语，但其被诠释为指在卖淫的前提下进行剥削。此外，《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》适用于在国家之间移徙从事性工作的大量性工作者。

31. 其他国际文书论述了贩卖人口问题，其中包括为性剥削目的贩卖人口的问题。《联合国打击跨国组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》界定人口贩运为“为剥削的目的而通过暴力威胁或使用暴力手段，或通过其他形式的胁迫、通过诱拐、欺诈、欺骗、滥用权力或滥用脆弱情况，或通过收受酬金或利益取得对另一人有控制权的某人的同意等手段招募、运送、转移、窝藏或接受人员。”(第三条(a))。剥削还进一步界定为包括利用他人卖淫或者其他形式的性剥削。此外，《议定书》声明凡存在脆弱境况或权力滥用时，人口贩运活动中的被害人所表示的同意并不相干(第三条(b))。

32. 诸如“脆弱性”和“滥用权力”的术语在《议定书》内始终没有确定，并且没有独立的法律意义。这些术语需要澄清，因为不这么做，可能会产生这样的

<sup>39</sup> 艾滋病规划署，“性工作和艾滋病毒/艾滋病”，艾滋病规划署技术增编(2002年)，第3页。

<sup>40</sup> 同上，除其他有关材料采用其他术语之外，本报告通篇将使用“性工作者”这个术语。

<sup>41</sup> M.L. Rekart, “Sex-work harm reduction”, *The Lancet*, vol. 366 (December 2005), p. 2124.

局势：缔约国对人口贩运的策应将自愿进入性行业的性工作者包括在内。例如，柬埔寨在 1998 年通过了关于禁止贩卖人口和性剥削法，<sup>42</sup> 这样在柬埔寨贩卖妇女与儿童参与性工作与自愿参与性工作被混合在一起。如第一条所示，这项法律的目的是禁止人口贩运和性剥削，但该项法规包括禁止围绕性工作的活动的条款并且实际上将整个性行业列为犯罪行业。该法律禁止以下各项活动：诱拐、对任何形式的卖淫予以支持、分享卖淫所获、管理卖淫机构、甚至出卖知其将用于卖淫的场所，以及其他各种活动(第四章)。对侵犯这些法律的惩治非常严厉，其中包括没收物资和营利，关闭商业和，采取令人震惊的惩罚——限制公民权利(第四十八条)。这条法律引起的结果是在突袭查抄之后，在没有刑事指控的逮捕和囚禁下，拘留性工作者，并对他们进行强奸或敲诈。<sup>43</sup>

33. 贩运人口和强迫性奴役是令人震惊的，毫无疑问应予以刑事禁止。然而，在此类立法中混淆相互认同的性工作和性贩运导致的结果：最乐观的是，采取不恰当的策应，未能帮助这些群组实现其权利，而最糟糕的是，导致暴力和镇压。

34. 就全球而言，曾有一度性工作被高度地予以管制或者不定为罪行，一般是为了管制性工作的某些方面或者为了控制疾病，特别在军队内是如此。然而，对性工作的禁止被视为是“臭名昭著地难以实施”<sup>44</sup> 并且在实施中伴有敲诈和残暴行为时，则有了靠不住的功效。<sup>45</sup> 近来，对性工作者实施刑事制裁引起了强大的反对意见，<sup>46</sup> 一些国家已经修订了其法律，将性工作不定为罪行。

35. 例如，新西兰于 2003 年将性工作定为合法工作，其明确目标是捍卫性工作者的人权。<sup>47</sup> 在定为合法之前，性工作者不甚愿意向保健工作人员透露其职业或者不甚愿意带安全套。<sup>48</sup> 自从成为合法以后，性工作者道出了他们的感受：他们具有了可实施的权利，其中包括健康权和人身安全权，并日益能够拒绝具体的客户和做法，能为安全性行为进行谈判。<sup>49</sup>

<sup>42</sup> 2007 年 12 月 20 日柬埔寨全国大会核准，并于 2008 年 1 月 18 日由参议院核准。

<sup>43</sup> 美利坚合众国国务院，2009 年贩运人口报告(2009 年)，第 96 页。

<sup>44</sup> S. Law, “Commercial sex: beyond decriminalization”, *Southern California Law Review*, vol. 73 (March 2000), p. 537.

<sup>45</sup> See for example M. Richter, “Sex work, reform initiatives and HIV/AIDS in inner-city Johannesburg”, *African Journal of AIDS Research*, vol. 7, No. 3 (2008), p. 325.

<sup>46</sup> Law, “Commercial sex”, p. 532.

<sup>47</sup> 新西兰，卖淫问题的改革法 2003 年，第 1 部分，第 3 节(a)。

<sup>48</sup> J. Jordan, “The sex industry in New Zealand: a literature review” (New Zealand Ministry of Justice, 2005), p. 65.

<sup>49</sup> 新西兰，卖淫问题的改革法委员会关于 2003 年卖淫问题的改革法运作的报告 (威灵顿，2008 年)，第 46-47 段和第 50 段。

## B. 定罪对健康权带来的后果

### 糟糕的健康结果以及对获得保健服务的障碍

36. 由于性工作者害怕法律后果或者骚扰或者判决，因而定罪对获得保健服务、建立治疗关系和继续治疗方法造成了障碍，导致性工作者的更为糟糕的健康结果。鉴于人们已经注意到艾滋病毒在许多区域极其严重地影响性工作者，这就尤为令人关注。<sup>50</sup>

37. 对性工作者采取惩罚性措施，例如在大不列颠及北爱尔兰联合王国内的反社会举止令，破坏了有效的健康促进活动。查抄、警告和逮捕一般导致性工作者人口转移到更加不安全的地区，使性工作者处于更高的风险。<sup>51</sup> 人们还注意到定罪削弱了性工作者在选择顾客和谈判安全套使用方面的“讨价还价权力”。<sup>52</sup>

38. 在一份研究报告内，一份关于在非法情况下工作的性工作者的样例表明估计约 45%的人精神健康状况为负值，相比之下，在“合法”性工作者的样例中，此类人员只占 12%。尽管没有察觉体力健康结果方面的不同，但在前一组人员中可以注意到严重的伤害和脆弱状况。<sup>53</sup> 这不仅突显了定罪的影响，既对性工作的影响及对进入性工作的影响，而且也提请注意在策划有效的健康干预时，区别性工作的不同形式和环境的重要性。

### 诋毁

39. 诋毁被认为是阻止性工作者获得其权利的主要因素。往往在毫无公众健康理由作为辩护的情况下，将性工作定为罪行的法律或者繁琐地管制性工作的法律加剧了性工作者所经历的诋毁，不利地影响了健康结果。Geschlechtskrankheitengesetz, 德国一条旨在消除性病的法律要求娼妓进行强制性的医疗检查。<sup>54</sup> 这条法律从法律上将性工作者诋毁为几乎是唯一需对性病传染负责的人，尽管没有任何流行病学研究报告支持这点。之后，为规定自愿和匿名体检，对这条法律进行了修订。

<sup>50</sup> 艾滋病规划署，“2008 年全球艾滋病传播情况报告”（见脚注 28），第 30 页。

<sup>51</sup> Workers can shift from familiar, well-lit areas to unfamiliar and more remote locations, in addition to the shift from indoor work to the streets. See for example L. Cusick and L. Berney, “Prioritizing punitive responses over public health: commentary on the Home Office consultation document *Paying the Price*”, *Critical Social Policy*, vol. 25, No. 4 (November 2005), pp. 599–600.

<sup>52</sup> K. Blankenship and S. Koester, “Criminal law, policing policy, and HIV risk in female street sex workers and injection drug users”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 30, No. 4 (December 2002), p. 550.

<sup>53</sup> C. Seib and others, “The health of female sex workers from three industry sectors in Queensland, Australia”, *Social Science & Medicine*, vol. 68, No. 3 (February 2009), pp. 476–477.

<sup>54</sup> J. Kilvington, S. Day and H. Ward, “Prostitution policy in Europe: a time of change? ”, *Feminist Review*, vol. 67 (2001), p. 87.

40. 在中国，法律的演变允许通过行政拘留对性工作者进行惩罚；为再教育之目的拘留性工作者造成了严重的心理苦痛，同时在该地区对参与性工作的人予以诋毁和羞辱。<sup>55</sup>

### 暴力和骚扰

41. 对性工作者行使的暴力往往由身居职权地位的人所犯，这是性工作的普遍现象，并且是定罪的必然不幸结果。根据各种研究报告，几乎 80% 的性工作者在其工作中受到侵扰。<sup>56</sup> 当性工作被定为罪行时，该行业实际上被迫转入地下，人们注意到这制造了一个暴力更加肆虐的环境。

42. 将性工作定为罪行往往意味着性工作者感到不能够行使其基本权利，因为他们的地位和工作是非法的。他们“生活在惧怕”警察和顾客之中，并由于害怕被逮捕而感到不能够汇报对他们施行得罪行。<sup>57</sup> 性工作者报告特别在 (a) 欺骗和恐吓所致性行为，(b) 敲诈和(c) 歧视形式下，他们最以受到警察的骚扰<sup>58</sup> (其中包括道德惩罚、公众羞辱和因蔑视引起的极端暴力行为)。<sup>59</sup> 人们还指出警巡也是形成性工作者对艾滋病毒脆弱性的关键问题。<sup>60</sup>

### 工作条件

43. 将性工作定为罪行对性工作者获得保健服务和法律补救造成了障碍，从而侵犯了他们对健康权的享受。当性工作者不被承认从事合法的工作时，他们在许多国家内也得不到标准劳动法的承认。<sup>61</sup> 性工作者往往得不到国家福利，并且也得不到通常保护其行业雇员的职业保健和安全条例的保护。<sup>62</sup> 将出卖性行为定为罪行使得为性工作缔结的协议因其有悖于公共政策的理由变为非法或者无法按法实施，致使性工作者没有法律可求助。

<sup>55</sup> J. Tucker, X. Ren and F. Sapio, “Incarcerated sex workers and HIV prevention in China: social suffering and social justice countermeasures”, *Social Science & Medicine*, vol. 70, No. 1 (January 2010), pp. 122–125.

<sup>56</sup> Law, “Commercial sex” (see footnote 44), p. 533.

<sup>57</sup> A. Crago, *Our Lives Matter: Sex Workers Unite for Health and Rights* (New York, Open Society Institute, 2008), pp. 31–32.

<sup>58</sup> 艾滋病规划署，在东欧和中亚的性工作者中防止艾滋病毒和性交传播的感染，艾滋病规划署，最佳做法收集(2006年)，第15页。

<sup>59</sup> T. Rhodes and others, “Police violence and sexual risk among female and transvestite sex workers in Serbia: qualitative study”, *British Medical Journal*, vol. 337 (September 2008), pp. 813–814.

<sup>60</sup> M. Biradavolu, “Can sex workers regulate police? Learning from an HIV prevention project for sex workers in southern India”, *Social Science & Medicine*, vol. 68 (April 2009), p. 1541.

<sup>61</sup> See for example Richter, “Sex work” (see footnote 45), p. 325.

<sup>62</sup> Crago, *Our Lives Matter*, p. 10.

44. 再则，将涉及性工作的做法定为罪行可以为实现安全工作条件设立障碍。例如，凡有禁止开设妓院的法律时，那些始终破坏法律和经营这一行业的人可能毫无困难地施加不安全工作条件，因为性工作者本身不能求助于他们可以要求较安全工作条件的法律机制。<sup>63</sup> 当定罪以任何形式存在时，一个妓院或者一个经理所提供的保护可成为越来越向往或必要的，但这是需要付出代价的：通过为敲诈所创造的机会的经济代价和健康代价。

45. 在暴力、一般职业风险和劳动剥削等各种风险方面，性工作者应享有法律保护的权利。<sup>64</sup> 在有些情况下，司法裁决可以导致此类保护直接予以实现。例如，一名捷克移民因卖淫被拒绝在荷兰居住，海牙的一个法院作出了有利于该捷克移民的裁决，认为根据国内法卖淫被视为劳动，因而起诉人有权得到居留准许。<sup>65</sup>

### C. 健康权方式

46. 不将性工作定为罪行或者使性工作合法化，辅之以适当的管理组成了性工作健康权方式的必要部分，并且能够改进性工作者的健康结果。对性工作行业的任何管理必须根据健康权框架予以实施，并应满足健康权利所包含的安全工作条件要求。不予以定罪，同时具有适当的职业保健和安全条例的制度，可以保障性工作者的权利。当性工作受到合法的承认，通过对侵权行为和剥削行为实施法律，也可以减少暴力行为的发生。<sup>66</sup>

47. 定罪通过禁止民众社会和个人宣传者的活动对参与和集体行为形成了障碍。性工作者参与干预已表明具有重大的裨益。代表性工作者的组织通过促进安全套的使用，制定艾滋病教育方案和包容一切的探索研究，率先试图减缓艾滋病毒/艾滋病的传染。<sup>67</sup>

48. 至关重要的那些为帮助人口贩运受害者设计干预的人应该区别那些违背其意愿在性行业工作的人和那些自愿参加性工作的人。旨在帮助人口贩运受害者，但不能区别这些人的妓院查抄可能在有些情况下阻碍这两种人实现健康权。反之，来自一份研究报告的证据表明自愿参加性工作的个人处于良好的地位可以帮助被贩运到这个行业内的人和不自愿地参加这一行业的年幼者。这表明参与作为健康权方式的一部分的裨益。<sup>68</sup>

<sup>63</sup> 同上，第 25 页。

<sup>64</sup> K. Butcher, “Confusion between prostitution and sex trafficking”, *The Lancet*, vol. 361 (June 2003), p. 1983.

<sup>65</sup> Kilvington, Day, Ward, “Prostitution policy” (see footnote 54), p. 84.

<sup>66</sup> 艾滋病规划署，“性工作和艾滋病毒/艾滋病”（见脚注 39），第 5 页。

<sup>67</sup> Blankenship and Koester, “Criminal law” (see footnote 55), p. 552.

<sup>68</sup> Crago, *Our Lives Matter*, pp. 14, 36 and 59.

49. 健康权利方式必须要求上述立法改革伴之以旨在实现健康权的非立法措施，例如适当的教育，获得法律援助，等等。例如，一份关于非洲的研究报告发现三分之二作出答复的性工作者并不意识到如果他们进行不受保护的性行为，他们可能感染到艾滋病毒或者其他性传染疾病。<sup>69</sup> 不予以定罪特别减少了惧怕和诋毁，能够促使信息交流，消除这样的情况，从而可以实施允许对性风险问题进行公开与坦诚讨论的健康促进项目。

50. 不予以定罪还能够使性工作者在消除法律后果风险后更愿意自我认同和自愿参加干预工作，有助于更适当地集中针对这些健康促进项目。围绕性工作者和顾客健康的有效干预还应该考虑责任分享和顾客举止；在顾客不因其使用性工作者的服务而被定罪的情况下，这也越来越成为可能的事。

#### 四. 艾滋病毒传染

51. 特别报告员注意到将艾滋病毒传播定为罪行从艾滋病毒/艾滋病危机起始就成为全球策应艾滋病毒/艾滋病危机的一部分。不幸的是，法律制裁的公众保健目标并没有因定罪而实现。事实上，如同实现健康权一样，定罪往往破坏了这些目标。将艾滋病毒/艾滋病传染定为罪行还侵犯了许多其他人权，例如隐私权、免受歧视权与平等权，这些反过来又影响了实现健康权。将艾滋病毒传染，或者将围绕艾滋病毒传播的举止定罪，一般被认为具有适得其反的作用，并应在任何艾滋病毒/艾滋病全面策应框架内予以重新考虑。

##### A. 艾滋病毒传染的定罪：背景

52. 艾滋病毒传染的定罪主要采取两种形式：首先，具体将艾滋病毒传染定为罪行的法律，和第二，通过对涉及暴露艾滋病毒或者传播艾滋病毒(例如侵犯)的案例采用现有的刑法。此类立法除其他事项外包括将以下各项定为罪行：接触艾滋病毒(包括母亲对孩子的接触)<sup>70</sup>、有企图的传染和未向可能的性伙伴透露艾滋病毒的状况。<sup>71</sup> 某些法规还规定在涉及发生艾滋病毒传染的性暴力案件中，基本上将艾滋病毒作为加重罪行的因素，从而施加更加严厉的判决。<sup>72</sup>

<sup>69</sup> G. Scambler and F. Paoli, "Health work, female sex workers and HIV/AIDS: global and local dimensions of stigma and deviance as barriers to effective interventions", *Social Science & Medicine*, vol. 66, No. 8 (April 2008), p. 1854.

<sup>70</sup> 例如见塞拉里昂，艾滋病毒和艾滋病的预防和控制法 (2007)，第 21 节，第 2 段。

<sup>71</sup> C.L. Galletly and S.D. Pinkerton (2006), "Conflicting messages: how criminal HIV disclosure laws undermine public health efforts to control the spread of HIV", *AIDS Behaviour*, vol. 10 (June 2006), p. 452.

<sup>72</sup> W. Brown, J. Hanefeld and J. Welsh, "Criminalising HIV transmission: punishment without protection", *Reproductive Health Matters*, vol. 17, No. 34 (November 2009), pp. 119 and 122.

53. 《经济、社会、文化权利国际公约》第十二条责成各缔约国除其他事项外，采取必要步骤预防、治疗和控制传染病、风土病、职业病以及其他的疾病，创造保证人人在患病时能得到医疗服务和医疗照顾的条件。

54. 在《关于艾滋病毒/艾滋病问题的承诺宣言》<sup>73</sup> 的第 58 段内，成员国宣誓：

“到 2003 年，酌情制定、加强和执行立法、规章和其他措施，以保护艾滋病毒/艾滋病感染者和脆弱群体的一切人权和基本自由，消除一切形式歧视，特别是确保他们享有教育、继承、就业、保健、社会和医疗服务、预防、支助、治疗、信息和法律保护，同时尊重其隐私权，并制定战略消除社会上对此一流行病的烙印和社会排斥性。”

尽管缔约国承诺通过和制定有关艾滋病毒的适当立法，但缔约国继续采用将艾滋病毒传染和接触定为罪行的法规，从而破坏了艾滋病毒的防止、治疗、照料和支持。<sup>74</sup>

55. 随着艾滋病策应的扩展，人们注意到压制和歧视会削弱防止方案的有效性，制止对艾滋病毒/艾滋病感染患者的歧视成为制定有效公共保健策应的中心。<sup>75</sup> 近来，主要是因意识到艾滋病毒防范战略大多数失灵，加之继续对艾滋病毒患者的诋毁，将艾滋病毒传播定为罪行的法律又一次激增。<sup>76</sup> 然而，对那些传播艾滋病毒或者使他人接触艾滋病毒的人施加刑事处罚并没有实现上述刑法的目的，并且没有显示任何具有公共保健的裨益。

56. 采用禁闭的方式使艾滋病毒感染者无行为能力并不能够防止这一病毒的进一步传播。世界各地的监狱内高风险的做法司空见惯，例如静脉注射毒品、不安全的性行为、防止艾滋病毒感染的保护设备的获得(例如安全套、干净的针头和注射器)一般极其有限，因此监禁实际上增加了风险。

57. 监禁对于侵犯涉及艾滋病毒法律者的康复改造效果值得怀疑，特别在非故意传播的情况下更是如此，因为并没有需改造的犯罪行为。此外，并没有令人信服的证据说明监禁积极地改变了涉及艾滋病毒传播的风险因素或者举止，减少了今后传播的风险或者产生了相似的有益结果。

<sup>73</sup> 在大会关于艾滋病毒/艾滋病的第二十六届特别届会上通过，题为“全球危机——全球行动”，第 S-27/2 号决议，附件。

<sup>74</sup> 秘书长的报告，关于艾滋病毒/艾滋病的“实现千年发展目标还剩一段路程”(A/62/780)，第 55 段。

<sup>75</sup> J. Mann, “Human rights and AIDS: the future of the pandemic”, *The John Marshall Law Review*, vol. 30 (fall 1996), p. 197.

<sup>76</sup> M. Berer, “Criminalisation, sexual and reproductive rights” (see footnote 4), p. 5.

58. 在故意和恶毒传播的情况下，对艾滋病毒传播定罪是采用涉及艾滋病毒刑法较为适当的唯一情况。在此类案例中，被指控的肇事者本应自发行动，充分了解相关的周围情况，其中包括但不限于他们的艾滋病毒状况、效果以及企图采用的预防，等等。然而，具体针对这一情况制定立法的功效值得怀疑。<sup>77</sup> 反之，在缺乏此类犯罪责任时，定罪是不合适的。

59. 然而，缔约国往往没有明确地划分故意或者非故意的传播，可能是无意识起草的立法具有如此宽的范围以致于将无意识的传播或接触定为犯罪行为。例如，在津巴布韦，法律规定任何人凡意识到他或她可能有艾滋病毒的“真正风险或可能性”故意做了他或她意识到涉及使他人受到艾滋病毒感染的真正风险或可能性的任何事，他或她则“犯了故意传播艾滋病毒的罪”。<sup>78</sup> 这意味着即使处于艾滋病毒阴性状况，即根据仅仅意识到阳性状况的“真正风险或可能性”也可能犯罪。<sup>79</sup>

60. 同样，西非和中非的性传染疾病和艾滋病毒/艾滋病示范法将“凡充分了解他/她艾滋病毒/艾滋病状况者通过任何方式”将艾滋病毒传播给“另一人”定为罪行。该条款在确定罪行或者有否有关被告方的辩护时，不要求该人是否故意传播艾滋病毒；相反，它仅要求他或她是否了解他/她的状况，且不考虑有关的情况，例如被告个人是否了解艾滋病毒是如何传播的，或者是否采用了有效的预防方式。<sup>80</sup> 尽管时而对这项法律进行修订，但这项法律自 2009 年以来至少已在 15 个非洲国家内实施。<sup>81</sup>

61. 当缔约国有意识地对非故意传播艾滋病毒者施加刑事制裁时，或者通过不能实现其法律目的的粗略起草的立法漫不经心地对这些人施加刑事制裁，健康权在没有刑法或者公共卫生等正当理由之下遭到了侵犯。

## B. 定罪对健康权带来的后果

### 对举止改变或者艾滋病毒传播没有任何影响

62. 特别报告员注意到明确制约艾滋病毒患者性行为的刑法并没有显示对性行为的重大影响，在收敛他们风险举止方面也没有规范效果。<sup>82</sup> 刑法对艾滋病毒

<sup>77</sup> 见上文第三章第 C 节的讨论。

<sup>78</sup> 津巴布韦《刑法》(编纂与改革)法，23-2004 法，第 79 期，第 1 段。

<sup>79</sup> E. Cameron, “HIV is a virus, not a crime: criminal statutes and criminal prosecutions”, address at the XVII International AIDS Conference Plenary, Mexico City, 8 August 2008.

<sup>80</sup> R. Pearhouse, “Legislation contagion: the spread of problematic new HIV laws in Western Africa”, *HIV/AIDS Policy & Law Review*, vol. 12, Nos. 2/3 (December 2007), p. 8.

<sup>81</sup> P. Sanon and others, “Advocating prevention over punishment: the risks of HIV criminalization in Burkina Faso”, *Reproductive Health Matters*, vol. 17, No. 34 (November 2009), p. 146.

<sup>82</sup> Z. Lazzarini and others, “Evaluating the impact of criminal laws on HIV risk behavior”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 30 (summer 2002), pp. 247–249.

传播最常发生的境况没有任何影响。在许多区域，大多数艾滋病毒患者并不意识到他们的阳性状况。<sup>83</sup> 大多数艾滋病毒传播的案例是通过相互认同的性行为发生的。私下的性行为始终在可能面临起诉的情况下发生，<sup>84</sup> 但当起诉确实发生时，这些行为被迫转入地下，为管制提供了更少的机会，并且阻止获得预防性活动、诊中断服务、治疗和支持。<sup>85</sup>

### 破坏现有的公共保健工作

63. 将艾滋病毒传播或接触定为罪行，把艾滋病毒防治的法律完全置于那些早已受艾滋病毒感染的人，破坏了性伙伴之间责任分享概念，并且可能在艾滋病毒阴性的人中间造成一种假的安全感。<sup>86</sup> 定罪还可能阻碍艾滋病毒的测试，而这是成功的艾滋病毒/艾滋病保健举措的核心组成部分。由于人们惧怕在刑事案例或其他地方可能采用他们艾滋病状况资料对他们起诉，在与保健人员和研究人员的关系方面增加了不信任度，影响了提供有质量的照料和研究，这是获得服务的另一个障碍。由于在了解其血清反应阳性的个人中间，高风险的性行为程度明显低下，<sup>87</sup> 任何阻碍测检和诊断的法律有可能增加风险性行为做法和艾滋病毒传播的普遍程度。

### 对脆弱群组的严重影响

64. 在艾滋病毒传播被起诉的判例法内，在每年发生的许多传染中，只有若干案例被起诉。<sup>88</sup> 人们注意到其中大多数案件涉及处于社会和经济脆弱地位的被告。<sup>89</sup> 尽管将艾滋病毒传播和接触定为罪行的法律有时是为了向妇女提供更大的保护而制定的，广泛地实施这些法律也使妇女受到更加严重的影响。例如，一

<sup>83</sup> See for example A. Anand and others, “Knowledge of HIV status, sexual risk behaviors and contraceptive need among people living with HIV in Kenya and Malawi”, *AIDS*, vol. 23, No. 12 (July 2009), p. 1565.

<sup>84</sup> S. Burris and others, “Do criminal laws influence HIV risk behavior? An empirical trial”, *Arizona State Law Journal*, vol. 39 (2007) p. 468.

<sup>85</sup> 艾滋病规划署，“刑法、公共保健和艾滋病毒传染：政策备选报告”（日内瓦，2002年），第21页。

<sup>86</sup> 同上，第7页。

<sup>87</sup> G. Marks and others, “Meta-analysis of high-risk sexual behavior in persons aware and unaware they are infected with HIV in the United States: implications for HIV prevention programs”, *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*, vol. 39, No. 4 (August 2005), p. 448.

<sup>88</sup> In the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, for example, there have been only 15 prosecutions since 2001, compared to over 42,000 new HIV diagnoses in the same period (see [www.nat.org.uk](http://www.nat.org.uk)).

<sup>89</sup> See for example M. Nyambe and others, “Criminalisation of HIV transmission in Europe: a rapid scan of the laws and rates of prosecution for HIV transmission within signatory States of the European Convention of Human Rights” (GNP+ Europe and Terrence Higgins Trust, 2005), p. 18.

名妇女因为在艾滋病毒呈阳性时发生了未采取保护措施性行为，尽管艾滋病毒并没有传播到那位“受害者”，但那位妇女根据津巴布韦刑法(编纂和改革)2004年第23条法令第79节被起诉。<sup>90</sup>

65. 妇女往往比她们的男性伙伴更早了解她们是艾滋病毒阳性，因为她们更可能寻找保健服务<sup>91</sup> 结果，妇女往往被指责将感染带入了社区。对许多妇女而言，由于惧怕暴力行为、被遗弃或者其他负面结果，为健康性行为进行谈判或者向其伙伴透露其状况也是非常困难或者不可能的。<sup>92</sup> 因此妇女尽管具有不透露情况的确凿理由，也可能因其没有透露情况而受到起诉。这些法律并没有向妇女提供免遭暴力的额外保护，或者确保其享有性决策和安全的权利，也没有解决加剧妇女脆弱性的重要的社会经济因素。

### 母婴传播的定罪

66. 许多国家已经制定了明确将母婴传播定为罪行的法律(见上文第54段)或者由于过分粗略地起草法律含糊地将母婴传播定为罪行。<sup>93</sup> 在不能确保享有获得适当的保健服务(例如全面防止母婴传播服务和安全哺乳替代方式)的权利时，妇女根本不可能采取防止传播的必要预防，这可能使她们面临刑事责任的风险。2008年，非洲撒哈拉南部仅45%的患有艾滋病毒感染的孕妇和东南亚25%患有艾滋病毒的孕妇能够得到防止母婴传染的服务。<sup>94</sup>

67. 在塞拉利昂，艾滋病毒感染者(和意识到这个事实)必须“采取所有合理的措施和预防防止将艾滋病毒传播给其他人和在孕妇的情况下传播给胎儿”，如果不这么做，将被处以刑事制裁。<sup>95</sup> 不清楚在防止母婴传播的情况下，“所有合理措施和预防”包括哪些内容，也不清楚是否向保健照料提供者和孕妇明确讲明了这些标准，并且他们本身也理解这些标准来确保作出知情的决定。鉴于母乳喂养适合性指导的复杂性，有关婴儿喂养选择的决定包括综合兼顾风险和利益，并且

<sup>90</sup> E. Cameron, “The criminalization of HIV transmission and exposure”, public lecture presented at the 1st Annual Symposium on HIV, Law and Human Rights, Toronto, 12–13 June, 2009, pp. 3–4.

<sup>91</sup> 艾滋病规划署和开发署，关于艾滋病毒传播定罪问题国际磋商的问题和结论概要，日内瓦，2007年10月31日至11月2日，第8-9段。

<sup>92</sup> 同上。

<sup>93</sup> See for example Guinea, Law on Prevention, Care and Control of HIV/AIDS (No. 2005-25) and Guinea-Bissau, Framework Law Relating to the Prevention, Treatment and Control of HIV/AIDS, cited in R. Pearshouse, “A human rights analysis of the N’Djamena model legislation on AIDS and HIV-specific legislation in Benin, Guinea, Guinea-Bissau, Mali, Niger, Sierra Leone and Togo” (Canadian HIV/AIDS Legal Network, 2007).

<sup>94</sup> 世界卫生组织，2010-2015年防止母婴传播战略展望：防止母婴传播艾滋病毒，以实现联大特别会议和千年发展目标(日内瓦，2010年)，第8页。

<sup>95</sup> 塞拉利昂，防止和控制艾滋病毒和艾滋病法(2007年)，第21条，第1(a)款。

要求母亲提供准确全面的信息。在这种情况下，刑法可能因政府没有充分地提供适当的服务和教育而惩罚妇女。

### 诋毁、歧视和暴力

68. 诋毁在成功干预艾滋病毒/艾滋病方面是一个重大的障碍。对艾滋病毒的暴露或传播实施刑法可能加深艾滋病毒患者是不道德和不负责的成见，进一步加固了与艾滋病毒有关的诋毁。反过来，艾滋病毒/艾滋病患者可能将其他人的负面反应深藏心中，这种自我诋毁影响了自尊和自我价值感，导致忧郁症和自我强施的孤僻，阻碍了艾滋病毒/艾滋病治疗和干预的获得。<sup>96</sup>这样，定罪造成了一种某些人感到他们没有资格得到治疗的环境，为他们获得保健服务制造了障碍，从而影响了健康权利享受。

69. 对艾滋病毒/艾滋病患者定罪是诋毁表现的一种。就艾滋病毒患者而言，实际的和惧怕的歧视形成了他们接受专门针对艾滋病的保健服务的障碍，其中包括测检、抗逆转录病毒疗法和防止母婴传播等，除此之外还包括范围广泛的保健服务。<sup>97</sup>

70. 特别报告员指出艾滋病毒患者曾经被没有直接造成人体伤害、财产损失或者其他造成伤害的罪行被判罪。<sup>98</sup>若干案例证实，在判处犯有“艾滋病毒罪”方面特别的严厉，推断是：被告的艾滋病毒状况在定罪和监禁时起了重要的作用。<sup>99</sup>人们发现刑事起诉，以及由起诉产生的宣传加剧了诋毁，并且在艾滋病毒患者看来破坏了鼓励安全性行为的公众保健工作。<sup>100</sup>

71. 艾滋病毒传播的定罪也加剧了直接对受害个人，特别是妇女施加暴力的风险。艾滋病毒阳性妇女较之艾滋病毒阴性妇女经历暴力行为和虐待的可能性要高十倍以上。<sup>101</sup>

<sup>96</sup> 艾滋病规划署，与艾滋病毒有关的诋毁、歧视和人权侵犯行为(日内瓦，2005年)，第8-9段。

<sup>97</sup> K. MacQuarrie, T. Eckhaus and L. Nyblade, “HIV-related stigma and discrimination: a summary of recent literature” (Geneva, UNAIDS, 2009), pp. 5–6.

<sup>98</sup> 例如，得克萨斯州一名42岁具有曾被逮捕前科的艾滋病毒男性患者因酗酒或违反秩序的行为被拘留时“用致命武器骚扰公务员”而被判以35年的监禁。这个“致命武器”是唾液。唾液从未显示导致传播艾滋病毒。见 G. Kovach, “Prison for man with H.I.V. who spit on a police officer” 纽约时报，2008年5月16日。

<sup>99</sup> 喀麦隆，“艾滋病毒传播和接触的定罪问题”(见脚注90)，第8页。

<sup>100</sup> C. Dodds and P. Keogh, “Criminal prosecutions for HIV transmission: people living with HIV respond”, *International Journal of STD & AIDS*, vol. 17, No. 5 (May 2006), p. 315.

<sup>101</sup> J. Kehler and others, “10 reasons why criminalization of HIV exposure or transmission harms women” (ATHENA Network, 2009), p. 3.

### C. 保健权方式

72. 特别报告员强调任何涉及艾滋病毒传播的国内立法必须以健康权方式为基础；即，缔约国必须通过制定此类立法遵守其尊重、保护和履行健康权的义务。特别直接有关的是，保护义务要求各缔约国采取措施保护社会中所有脆弱或受拥挤的群体，履行的义务同样要求采取步骤援助个人和社区享有健康权——特别是那些本身无能力实现这一权利的人。

73. 因此涉及艾滋病毒传播的法律应该直接针对围绕公共基础设施、获得药物、有关艾滋病毒/艾滋病的宣传运动等等问题。艾滋病毒传播的定罪不应该成为国家对艾滋病毒/艾滋病策应的支柱，在任何情况下，其必要性是值得怀疑的。知情的个人不顾围绕艾滋病毒传播的刑法如何都会采取步骤防止艾滋病毒的传播，几乎没有任何证据表明将艾滋病毒传播定罪的法律制止或者改变了个人的行为。艾滋病毒传播的定罪在实现刑法或公共保健的目的方面没有表现出任何裨益，而带来的只是疏远、诋毁和惧怕的风险，很难理解为何对艾滋病毒传播定罪是合情合理的。不必要的惩罚性法律对策应艾滋病毒的公共保健而言有害而无助。

74. 由此，只有在涉及故意和恶毒传播的案例中，定罪可认为是允许的。对于任何不到犯罪意图程度的行为定罪不仅是不恰当的，而且在制止艾滋病毒传播的斗争中起到适得其反的作用。艾滋病规划署认为：

“刑法不适用于没有重大传播风险的情况或者当人：

- 并不知道他是艾滋病毒阳性；
- 并不了解艾滋病毒是如何传播的；
- 向处于风险者透露他/她的艾滋病毒阳性状况(或者诚实地认为另一人通过其他方式知道他/她的状况)；
- 由于惧怕暴力行为或者其他严重的负面结果，没有透露他/她的艾滋病毒阳性状况；
- 采取了减少传播风险的合理措施，例如通过采用安全套或其他避免高风险行为的预防手段进行安全性交；
- 事先和另一个商定了相互可以接受的风险水平。<sup>102</sup>

75. 最后，如果需要对发生此类情况的案例进行起诉，禁止故意传播任何疾病或强暴的国内法，或者法定承诺年龄的法律，充分涵盖艾滋病毒的故意传播。<sup>103</sup>

<sup>102</sup> 艾滋病规划署和开发署，“艾滋病毒传播的定罪”，政策简介(日内瓦，2008年)，第1页。

采用这些先前存在的法律向可能的受害者提供了一个法律保证，而不会在司法制度内不必要地诋毁或者进一步排挤艾滋病毒感染者。缔约国除了采用先前存在的法律之外，应发布各种准则以确保仅在故意传播的案例中采用这些法律并且确保在无可质疑的情况下确立有关的犯罪意图。<sup>104</sup>

## 五. 建议

76. 特别报告员吁请所有缔约国：

(a) 立即采取步骤将相互认同的同性行为定为无罪并且撤销涉及性取向和性别认同的歧视性法律，并实施适当的有关受害人权利的认识提高介入。

(b) 废除所有将性工作定罪及将围绕性工作做法定罪的法律，建立适当的管制框架，使性工作者能够在这个框架内享受他们应得的安全工作条件。他建议各缔约国实施各种方案和教育举措以允许性工作者得到充分的有质量的保健服务；

(c) 立即废除所有将无辜传播艾滋病毒或者接触艾滋病毒的行为定罪的法律，并且考虑采用将故意传播艾滋病毒行为定罪的具体法律，因为大多数缔约国的国内法已经载有允许对这些例外案例提出起诉的条款；

(d) 采用监督和问责机制，通过立法、司法和行政机制，包括保护免受暴力行为的政策和做法，确保履行其捍卫享有健康权的义务；

(e) 为保健专业人员提供人权教育，并且创造一个有利于集体行动和参与的环境。

<sup>103</sup> 例如，尽管实施了艾滋病毒的立法，布基纳法索的两个案例仍然按照现行法律被起诉，“提倡防范”（见脚注 81），第 148-149 段。

<sup>104</sup> 艾滋病规划署和规划署，“艾滋病毒传播的定罪”，第 1 页。