

以罗马法禁婚规定为视角，检视民法典之禁婚规范

蔡欣妍

宁波大学，浙江 宁波

收稿日期：2021年10月28日；录用日期：2021年11月11日；发布日期：2021年11月17日

摘要

现行《民法典》在婚姻家庭编中删去了原婚姻法第七条中关于医学禁婚疾病的条款，代之以重大疾病可婚但需提前告知对方，否则婚姻存在可撤销事由的条款。这样的改变看似回应公民婚姻自由的诉求，体现了立法的人本理念，但出于保障公共卫生的意旨，参考罗马法中精神病人不得结婚的禁令，笔者建议以行为能力为尺度有限度地保留禁止患有一些疾病的患者结婚的规定，同时删改重大疾病条款。

关键词

民法典，婚姻家庭法，罗马法，医学禁婚疾病，禁婚

A Review of the Prohibition of Marriage in the Civil Code through the Lens of the Roman Law

Xinyan Cai

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Oct. 28th, 2021; accepted: Nov. 11th, 2021; published: Nov. 17th, 2021

Abstract

In the current Civil Code, the provisions of Article 7 of the former Marriage Law concerning the medical prohibition of marriage have been deleted and replaced by a provision that marriage may be contracted on the basis of a serious illness, provided that the other party is informed in advance, otherwise the marriage is subject to annulment. However, in order to protect public health and to refer to the prohibition of marriage for the mentally ill in Roman law, the author suggests

that the prohibition of marriage for patients with certain diseases should be retained to a limited extent based on the measure of capacity, and that the clause on major diseases should be deleted.

Keywords

Civil Code, Marriage and Family Law, Roman Law, Medical Prohibition of Marriage, Prohibition of Marriage

Copyright © 2021 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

禁婚要件的研究一直在婚姻立法体系中占据着重要地位。我国自颁布新中国第一部系统性规范婚姻立法《中华人民共和国婚姻法》(以下简称“婚姻法”)以来,一直规定近亲禁婚和疾病禁婚。但是,近年来随着个人独立性意识的提高,个人主义、自由主义价值取向趋于明显,民众的个人爱情与婚姻观念也悄然发生改变[1]。现行民法典删除了原先婚姻法中的医学禁婚疾病条款。但笔者认为,此举并非保障公共卫生和社会可持续繁衍的万全之策,而更像是对有限疾病禁婚讨论的逃避。

在漫漫历史长河中,对于禁婚要件规定得最为完备的莫过于罗马法:无论是《民法大全》中有关禁婚亲的原始文献,还是优士丁尼的《法学阶梯》中所阐述的罗马人对禁婚亲的理解,都为后世国家设计禁婚制度进行了有力的引导[2]。这也是我们在相关立法选择与参考时值得借鉴与学习的理论工具。本文以罗马法禁婚规定及其背后意旨为出发点,对我国民法典婚姻家庭编关于禁婚规定中存在的问题做出检视,期冀能为完善我国婚姻家庭法提供一些思路,切实在保护公民婚姻自由和追求幸福权利的同时,保障公共卫生,促进可持续的全面协调发展。

2. 民法典之禁婚

(一) 民法典于禁婚之革新规范

随着中国社会的高速发展以及人民观念的不断变革,婚姻家庭关系不断演变,婚姻家庭伦理文化亦随之变迁。七十年前的新中国拥有了第一部民事类系统法律:《中华人民共和国婚姻法》,此后其又经历了1980年、2001年的两次修改与修正[3];直到现在,随着《民法典》的制定与施行,在增设收养一章后,婚姻家庭编的体例与精神仍延续着婚姻法。

在立法与现实不断适应和融合的过程中,中国的婚姻家庭生活日益呈现出民主化、法制化、规范化的特征,婚姻家庭立法亦不断前进着。在民法典颁布前,婚姻法第七条规定了两项婚姻禁止条件;而民法典在其第1048条中删除了第七条中“患有医学上认为不应当结婚的疾病”的规定。同时为确保结婚的意思自治,禁止欺诈,民法典在婚姻家庭编的第1053条另外规定了撤销婚姻的条件以及要求。

(二) 禁婚亲的立法思考

血亲在最初只基于出生而发生,又称为自然血亲,主要指代同宗同源的亲属关系。但现代法律体系的建立又使血亲在法律层面得到了延展,囊括了法律拟制的血亲。不同于自然血亲,法律在不同主体满足或符合一定条件的情况下,给予他们相当于自然血亲的权利义务关系,这一点在婚姻家庭编中亦通过不同名称代词得到明确区分。

在禁婚亲层面，婚姻法仅规定：“直系血亲和三代以内的旁系血亲禁止结婚”如此笼统的表述在面对拟制血亲、姻亲之间是否能在一定范围内结婚的问题上就相形见绌显得局促了，而这样的局部也不可避免得导致了学者们对于拟制血亲、直系姻亲是否属于禁婚亲主体范围的研讨与纷争；具体到婚姻实务中，对于此类问题无论是登记机关还是相关行政机关都无法将其合理合法解决。

(三) 疾病禁婚的立法思考

关于患有某些疾病的人禁止结婚我国法律的规定变更颇大，从一开始 1950 年婚姻法的列举式禁止到 2001 年婚姻法的概括式禁止，随着科学技术的发展以及思想解放，很多原先导致禁婚的疾病不再是结婚的绝对禁止性条件，而更多不适合结婚的禁止性条件又被探索出来。

疾病禁婚完全是出于婚姻的自然属性即人类繁衍健康后代的需要。这一法律禁令将婚姻缔结等同于生育。并没有考虑到患有疾病而选择不繁育后代的公民的婚姻自由。有学者指出，疾病禁婚应当废除。因为随着我国婚检制度的废除，疾病禁婚实质上已经不存在任何意义。但是大部分学者主张采取保守的方法，有条件的禁止相关疾病病人结婚。

(四) 民法典禁婚规范的价值选择

民法典保留禁婚亲规定，禁止血亲结婚主要基于优生优育及传统伦理道德对于亲属秩序维护两方面的考量。一方面，从人类历史的生存繁衍来看，近亲结婚不利于后代的健康成长，这一点在现代遗传学和生物学的研究中都有所显现：近亲之间的结合极易将身心疾病遗传至子女，为后代的健康成长带来负面影响。我国自西周以来就鼓励“附远厚别”，实行“同姓不婚”原则；无论是《左传》中的“男女同姓，其生不蕃”，还是后世唐律、明清律中针对一定范围内血亲结婚的各类禁止性措施和惩戒机制都体现出禁婚亲在历史上渊源已久。

民法典删除了原婚姻法第七条对“患有医学上认为不应当结婚的疾病”这一疾病禁婚情形的规定。其主要原因在于“医学上认为不应当结婚的疾病”这一概念的界限随着现代医疗水平的发展已不再泾渭分明，在医科实务中对于此进行区分也相对困难。另一方面，思想解放给予了公民对于个人生活自由的追求，缔结婚姻不再与生育后代相关联，“医学上认为不应当结婚的疾病”当然也不应当作为禁止结婚的法定事由。这样的删减规定也与民法典增加可撤销婚姻法定情形在逻辑上遥相呼应，体现了时代发展下立法者的体系化立法水平，亦使得法律的实际操作实施更为便利。

3. 罗马法之禁婚

(一) 罗马法中的婚姻制度

罗马法学家莫斯丁将婚姻定义为“婚姻是男人和女人的结合，是生活各个方面的结合，是神圣法则和人类法则的结合”，这差不多是用拉丁文译出了我国最早给婚姻下的定义：“婚姻者合二性之好，上以事宗庙，下以继后世”。

从罗马法的发展历程中，不难看出罗马的婚姻制度最初为“有夫权制婚姻”^[4]，女性对于婚姻完全没有自主绝对权，完全是依附于“夫权”的弱势群里，其背后的主因是在传统的农耕社会男性作为强壮劳动力能为社会带来更大的贡献。但随着罗马帝国疆土和版图与日扩张，社会生产力的发展，新型生产工具以及生产方式登上了历史舞台，强壮的劳动力不再掌握社会生产的绝对话语权，相反，女性得到了一定的社会地位和发展空间。因此到了东罗马皇帝查士丁尼时期，其所编纂的《罗马民法大全》已经在法律上终局得不再承认“有夫权制婚姻”，而是转变为了“无夫权制婚姻”

(二) 罗马法中禁婚规范

在罗马法中包含着关于结婚的禁止性规范，以下情形构成缔结合法婚姻的法定障碍：

1) “婚姻在直系亲属之间无论是近亲还是远亲均不能发生。”在古典法时期，三亲等以内的旁系亲

属之间不能结婚。

2) “兄弟与姐妹之间, 无论他们是同父同母所生, 还是出自父母的一方, 他们做止结婚。”也不得娶兄弟或姐妹的女儿或孙女为妻。

3) 具有某种姻亲关系的人也不能相互结婚, 例如, 继父与继女, 女婿与儿媳, 无论造成姻亲关系的原婚姻是否已经解除。即便是被解放的女童强要为妻。

4) “在收养关系存续期间, 基于收养而产生的兄弟姐妹关系对养与被收养者之间更不允许结婚, 即使收养关系已经解除。

5) “精神病患者(*furor*)不能结婚。”但在结婚后患精神层不影响婚姻。

6) 相互之间有过通奸关系的男女不得缔结合法婚姻。

7) “监护人或者保佐人不能娶被监护或者被保佐的成年女性为妻。”这一禁止性规定也扩及监护人或者保佐人的儿子。

8) 担任某些特定职务的人不得娶特定地区的女比如, “在某一行省执行公务的人不得娶有本省籍贯的女性或者居住在本省的女性为妻”。

9) 元老院议员及其儿子不得娶被解放的女奴为妻, 前者的女儿也不能嫁给解放自由人。“社会地位较显赫的男性不能娶下层的人所不允许娶的女性”

(三) 浅析罗马法禁婚制度

“光荣属于希腊, 伟大属于罗马”应当是对古罗马和古希腊两个文明最精简也是最为恰当的概括和赞扬。在文学、哲学、民主思想等领域古希腊有着当仁不让的出色表现, 而古罗马在军事、法律、交通等领域取得了巨大的成就。

具体溯源到婚姻制度的社会基础, 概是收到了古罗马高度发达奴隶社会的影响; 婚姻制度必须要起到对奴隶社会的维系和巩固作用, 进而推动构建稳定的社会政治经济秩序。而奴隶制社会中, 不同社会地位带来不同的权利义务关系, 人人生而不平等, 妇女由于其在自然属性上的天然缺陷更是不平等“生物链”的底端。在这样的基础之上, 罗马社会的婚姻制度既有古代社会婚姻制度的共性的一面, 同时又带有一定的体现其法制发达的不同之处^[5]。社会制度的不平等是导致婚姻制度不平等的根源所在。

尽管到了古罗马后期, 女性的地位有所提升, 但夫妻双方婚姻中不平等的主体地位仍然没有得到根本改变, 女方仍然处在男方的支配与控制之下, 因此罗马法中婚姻制度的发展还表现出了女性对自由价值的不断追索。

这一点特别表现在后期“无夫权制婚姻”阶段, 女性对婚姻的自主缔结与解除权利。《罗马民法百科全书》更是以具体例子的形式规定了丈夫单方面离婚的法律原因。如果他在没有合法理由的情况下离开妻子, 法律将实施相应的制裁。

4. 现行疾病禁婚规范之检视

(一) 现行民法典婚姻家庭编: 罗马法之借镜

罗马法系脱胎于罗马法, 而罗马法中的婚姻制度颇为发达, 以至于后世法律同样不可避免地予以合理的继受。“在以法德民法典为代表的大陆法系中, 绝大多数国家的婚姻法都多少具有罗马法影响的痕迹。”^[6]虽然从历史渊源上很难断定我国现行婚姻制度直接继受于罗马法, 但罗马法对我国现行婚姻制度的影响是不可否认的^[7]。

而民法典的编纂是一个严密的系统, 涉及理念传承、制度完善、规范充实、价值更新。只有充分关注《民法典·婚姻家庭编》编纂的现实需求与立法挑战, 才能定位《民法典·婚姻家庭编》的编纂策略与制度走向, 也才能将保护婚姻家庭关系主体的人格自由与身份平等、人身权益与财产权益作为立法使

命与历史责任。而“制度是影响人民经济生活的权利与义务的集合”，也是“规范化、定型化了的正式行为方式与交往关系结构”[8]。《民法典·婚姻家庭编》作为婚姻家庭法律规范的载体，应以婚姻家庭制度的完善、婚姻家庭立法的科学、婚姻家庭规范的适用、婚姻家庭理念的前瞻作为基础与归宿。

(二) 疾病禁婚之问题

民法典修正了当事人自主行使可能引起重大疾病健康风险的结婚选择权，通过法律救济婚姻风险带来的损害，缩小了结婚禁止条件。另外，是否结婚的选择权由当事人自由行使，提高了公民结婚的意思自治。

但在疾病禁婚类型尚不能列举穷尽的情况下，纳入所谓重大疾病条款难道不是延续了疾病禁婚的操作性难题，且正如一些学者主张的一般有侵犯隐私权、限缩结婚欺诈范围之虞[9]。立法者不可回避得需要面对在存在欺诈规定的立法现实下，是否存在对疫病欺诈条款的重复规定[10]，以及在隐私权保护日益精进的今天，要求公民在结婚前对自己的既往病史一一“供述”是否过于越界的问题。

学界有观点认为原婚姻法的疾病禁婚条款是在当时计划生育背景下出于优生优育的考量，但民法作为私法所遵循的法不禁止即自由基本法理决定了对婚姻自主的法益保护应当是更为优先的。

这样的观点显然考虑欠妥。私主体因婚姻制度结合并非私事，“而是关系到国家公共卫生安全和人口战略的国之大事，国家的干预必不可少。所以，切不可为婚姻家庭法是完全的私法，它是公私混合法。”[11]。而且从国家这几年推行的“全面开放二胎”、“开发三胎”政策中不难窥见对于生育的鼓励和支持，中国传统观念中“传宗接代”的理念亦根深蒂固，生育不管在社会层面还是伦理层面都占据着婚姻的主要功能，是现代婚姻关系中的重中之重。

私法自治下的婚姻自由价值当然受到社会公共利益的限制，对于可能侵害到第三人或社会利益的“过度”婚姻自治行为进行限制是立法平衡不同社会价值的技术之所在。笔者认为，在当下我们正经历一场威胁全球公共卫生浩劫的背景下，更是体现出了私主体的自由在公共卫生价值面前不值一提的特性。故此删除疾病禁婚条款很强的隐藏性危害指日可见。

(三) 疾病禁婚的立法完善

罗马法完全禁止了精神病人进行任何形式的结婚，而《意大利民法典》第八十五条[12]、《瑞士民法典》第九十七条第二款[13]、《西班牙民法典》第五十六条第二款[14]等欧洲大陆法系均对此进行继承，通过强制性规定限制了精神病人的结婚自由。可见，对于有限制得界定一定禁婚疾病种类与范围是切实有必要的。

笔者认为，作为一种民事行为，婚姻能否缔结应当问诸于当事人的民事行为能力。我国婚姻法应进一步明确疾病禁婚的类型和范围，区别对待疾病禁婚。对于公民的疾病是否影响其缔结婚姻的能力，应当作出不同的规定。对于严重影响婚姻缔结能力的疾病进行绝对性禁止规定，而对于患有不影响公民的婚姻缔结行为能力的疾病，可以在限制其生育权的条件下允许其缔结婚姻，以维护民族素质的提高。增添性病及艾滋病的禁婚限制也确有必要。根据《性病防治管理办法》和《中华人民共和国传染病防治法》的规定，性病属于传染病，艾滋病属于乙类传染病，两者都是非常有害的。基于公共卫生安全的考量以及婚姻家庭制度的内部逻辑，我国应当明确禁止未经性传播疾病治疗痊愈的性病患者以及艾滋病患者和艾滋病毒携带者结婚，并在无法穷举所有禁婚疾病的情形下作出相应兜底性规定。

同时，笔者认为有必要实施强制性婚前医学检查制度，必须坚持《妇幼保健法》规定的强制性婚前医学检查制度。婚前医学检查是对准备结婚并可能患有影响婚姻和分娩疾病的男女进行的医学检查。这些疾病通常具有很强的隐蔽性，在婚前不易被发现，甚至若非通过系统的检查都难以被检测，但它们在婚后对生育都会带来极强的负面影响，主要包括乙型肝炎、梅毒、艾滋病以及其他遗传病、精神病、生殖器疾病和主要器官疾病。婚前检查不仅能够即使检测婚姻双方的身体状况，还能帮助意愿定结婚的

主体更加了解彼此,从终端遏制婚后矛盾及纠纷的产生,是有利无害的社会政策。

5. 结论

作为群居动物的人类通过一系列的社会合作缔造了今天的社会文明,婚姻与家庭的概念也因此产生。

在我国现阶段,禁婚亲制度已经相对完善,但尚不能抛弃对禁婚疾病的规定,且当采取列举式立法,明确界定疾病禁婚的种类和范围,并出台相应立法实施细则,逐渐在全社会普及和恢复结婚前的医学检查制度,更好地保护公民婚姻自由。

参考文献

- [1] 王歌雅. 民法典婚姻家庭编的价值阐释与制度修为[J]. 东方法学, 2020(4): 27.
- [2] 杨杨. 从禁婚亲制度看罗马法[J]. 法制与社会, 2007(1): 695.
- [3] 王歌雅. 《民法典·婚姻家庭编》的编纂策略与制度走向[J]. 西北政法大学学报(法律科学版), 2019(6): 83.
- [4] 谭建华. 从罗马婚姻制度的演变看罗马妇女法律地位的变化[J]. 船山学刊, 2008(1): 186.
- [5] 王轩民, 周华. 罗马法婚姻制度的价值基础分析[J]. 井冈山学院学报, 2006(9): 94.
- [6] 江平, 米健. 罗马法基础[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 173-182.
- [7] 王刚. 罗马法与伊斯兰法婚姻制度之比较——从《婚姻法》在我国民族地区的实施效果透视[J]. 民间法, 2018(1): 390.
- [8] 高兆明. 制度公正论[M]. 上海: 上海文艺出版社, 2001: 27.
- [9] 吴东蔚. 《民法典婚姻家庭编》编撰视野下重大疾病条款研究[J]. 广西政法管理干部学院学报, 2020(2): 100.
- [10] 李昊, 王文娜. 婚姻缔结行为的效力瑕疵[J]. 法学研究, 2019(4): 114.
- [11] 徐国栋. 《中华人民共和国民法典》应保留《婚姻法》禁止一些疾病患者结婚的规定[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2020(1): 98.
- [12] [意]桑德罗·斯奇巴尼, 选编, 费安玲, 译. 婚姻、家庭和遗产继承[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 31.
- [13] 殷生根, 王燕, 译. 瑞士民法典[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 30.
- [14] 潘灯, 译. 西班牙民法典[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2013: 32.