

民法典·婚姻家庭编专题

# 《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

徐国栋

[摘要] 《婚姻法》第7条第2款规定患有医学上认为不应当结婚的疾病者不得结婚。该规定在《中华人民共和国民法典》草案中被取消,代之以患有重大疾病者可以结婚,但在婚前要把此等疾病告知对方,否则对方可在1年内请求撤销婚姻。这样的根本改变缺乏充分的理论论证。《婚姻法》第7条第2款具有的阻断遗传病传播的意图已经过时,但其保障公共卫生的意图、坚持结婚当事人的结婚意思表示能力的意图仍然有效,因此,未来的《中华人民共和国民法典》应保留禁止一些有疾病的患者结婚的规定。为了落实这样的规定,应在全国恢复强制婚检制度。

[关键词] 禁婚性疾病; 公共卫生; 国家安全; 强制婚检; 艾滋病

[中图分类号] D9 [文献标识码] A [文章编号] 1000-5072(2020)01-0090-10

## 一、问题的提出

2019年12月16日的《中华人民共和国民法典》(草案)第1053条规定:1、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。2、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。

该条取代了2001年版《婚姻法》第7条第2款的规定:患有医学上认为不应当结婚的疾病者不得结婚。第10条规定,违反这一禁令结婚者导致婚姻无效。所谓医学上认为不应当结婚的疾病,按照《婚前保健工作规范(修订)》,指:(1)严重遗传性疾病:由于遗传因素先天形成,患者全部或部分丧失自主生活能力,子代再现风险高,医学上认为不宜生育的疾病。(2)指定传染病 《中华人民共和国传染病防治法》中规定的艾滋病、淋病、梅毒以及医学上认为影响结婚和生育的其他传染病。(3)有关精神病:精神分裂症、躁狂抑郁型精神病以及其他重型精神病。(4)其他与婚育有关的疾病,如重要脏器疾病和生殖系统疾病等(广东省地中海贫血和蚕豆病)。

不难看出,《婚姻法》第7条第2款配合《婚前保健工作规范(修订)》包含三大意图。其一,阻断遗传病意图。《工作规范》所指情形(1)、(4)属此,立法者期望通过禁婚阻止严重遗传病蔓延。(4)本来是个兜底条款,用来收罗前三项不能包括的病种,但立法者在举例时举的是遗传病。地中海贫血是典型的遗传病。蚕豆病是遗传性G6PD缺乏基础上接触新鲜蚕豆导致的急性溶血症,是

作者简介:徐国栋,厦门大学法学院罗马法研究所教授,法学博士。

遗传因素加上蚕豆因素造成了疾病。所以从其实质内容来看,(4)与(1)还是属于一类。其二,公共卫生意图。《工作规范》所指情形(2)属此,立法者期望通过禁婚阻止性媒传染病传播。其三,坚持结婚当事人的意思表示能力意图,《工作规范》所指情形(3)属此,立法者认为重型精神病人无结婚的意思表示能力,所以禁止他们结婚。

但是,第1053条取代第7条第2款,弯子转得很急,因为2017年9月26日的《婚姻家庭编》室内稿第8条还坚持《婚姻法》第7条第2款的方向,转这么大的一个弯,论证得如何呢?截至2019年2月12日,我只在中国期刊网上找到三篇证成上述转弯的论文。第一篇是王贵松的《我国优生法制的合宪性调整》;第二篇是雷瑞鹏、冯君妍、邱仁宗《对优生学和优生实践的批判性分析》;第三篇是周安平与陈婴虹合写的《关于结婚条件的理论与实证分析》。下面分别介绍三文的主要观点。

王贵松的上述论文站在反对优生学的角度否定《婚姻法》第7条第2款,认为优生学兴起于20世纪初,第二次世界大战后归于沉寂。优生分为积极的和消极的。前者主张采取措施改良人种,后者主张采取措施阻止不良子孙的出生。《婚姻法》第7条第2款是消极优生观念的体现。王贵松认为:优生法制有一个潜台词,那就是人有优劣之分,残疾人低人一等,残疾人是社会包袱,是需要照顾的对象,生育残疾人是一种不幸。如此,就不应该生育残疾人。如果能够避免生育,就尽量避免。要避免生育,就需要禁止结婚或者实施绝育。为了防止残疾儿的出现,法律采取了从禁止结婚、绝育、出生前诊断到堕胎等种种强制性的非自愿措施。一方面这些措施可能侵犯当事人的婚姻自由和生育权,侵犯胎儿的人性尊严,加剧胎儿的生命权与女性自我决定权之间的紧张冲突;另一方面也变相巩固了对残疾人的差别对待,威胁残疾人的生存,妨碍正确残疾观的树立。<sup>①</sup>

雷瑞鹏、冯君妍、邱仁宗的《对优生学和优生实践的批判性分析》的合作论文旨在指出优生学的错误。其一,优生学是遗传决定论或基因决定论的一种表现,认为人的性状(包括智力)都是由遗传因素或基因决定的。实际上,在决定人们健康的因素中,遗传因素仅占5%。其二,不知隐性遗传和基因突变。高尔顿不了解:他认为是健康的人或健康种族的成员,也许其家庭及其所有成员看起来都很健康,但不能保证他们的后代之中不会出现有残障的成员,因为这些成员都拥有可能会引起疾病的隐性致病基因;另外,即使把一个国家所有遗传性残障人都强制绝育了,也不能保证人口中不出现有残障的人,因为人的基因本身会发生突变,环境因子也会以某种方式作用于基因,引起它们发生致病的突变。总之,三位作者认为,人类基因组研究的证据已经将优生学的理论证伪。<sup>②</sup>

我认为,三位作者主张对遗传病采取无为主义,这种态度过于消极,也不符合现实。

撇开王贵松、雷瑞鹏、冯君妍、邱仁宗上述观点是否正确不谈,可以得出的观察是,他们的论文只攻击了《婚姻法》第7条的优生意图,并未攻击该条的其他两个意图。所以,即使此两文被民法典各分编草案的起草者采用,也不至于导致废除整个的《婚姻法》第7条第2款。

周安平与陈婴虹的上述论文全面研究结婚的各项条件,只有第五节用于研究禁婚疾病问题。作者反对禁止传染病人和精神病人结婚。理由是传染病人的结婚相对人可能会为帮助对方治疗或出于爱情坚持结婚,如果禁止,他们采取同居的形式也能达到目的,导致法律的禁止落空。对于遗传病人,如果当事人做到婚而不育,也不应禁止他们结婚。而且援引《母婴保健法》第10条作为论据。<sup>③</sup>该条辞曰:经婚前医学检查,对诊断患医学上认为不宜生育的严重遗传性疾病的,医师应

① 王贵松 《我国优生法制的合宪性调整》,《法商研究》2011年第2期。

② 雷瑞鹏、冯君妍、邱仁宗 《对优生学和优生实践的批判性分析》,《医学与哲学》2019年第1期。

③ 周安平、陈婴虹 《关于结婚条件的理论与实证分析》,《当代法学》2002年第9期。

应当向男女双方说明情况,提出医学意见;经男女双方同意,采取长效避孕措施或者施行结扎手术后不生育的,可以结婚。但《中华人民共和国婚姻法》规定禁止结婚的除外。

撇开周安平与陈婴虹的上述观点的正确与否不谈,可以得出的观察是,他们与王贵松、雷瑞鹏、冯君妍、邱仁宗不同,并不反对《婚姻法》第7条第2款的三大意图,只是指出公共卫生意图难以实现,但他们列举的障碍属于小概率事件:为帮助病人或出于爱情与病人灵肉结合,其概率小得可以忽略不计。他们另外指出,优生意图可以曲线达成:病人婚而不育。一句话,如果周安平与陈婴虹的上述观点被民法典婚姻家庭编草案的起草者采用,则不至于导致废除整个的《婚姻法》第7条第2款。

另外有两个国际国内立法可以动摇《婚姻法》第7条第2款。国际的是2002年的《艾滋病与人权国际准则》,其第102条规定:与艾滋病问题有关的人权原则有:缔结婚姻和建立家庭的权利。国内的是2006年的《艾滋病防治条例》第3条: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。这两个法律坚持艾滋病人享有结婚权。但它们只能动摇《婚姻法》第7条第2款中的公共卫生意图中的禁止艾滋病人结婚的子意图,换言之,其他两个意图不受动摇,甚至于禁止淋病、梅毒病人结婚的子意图都不受动摇。

然而,《婚姻法》第7条第2款还是被民法典《婚姻家庭编》草案第1053条废除了,这是一种论证不充分,欠缺道理的废除,让人想到这样的场面:敌军围城,要求交出收纳的自己军队的逃兵,守城者超标准地满足敌军的要求:开城投降。敌军大喜过望!

对《婚姻法》第7条第2款的理解,涉及个人婚姻自治与国家的治理目标等超大问题的关系。非常复杂,让我从这个问题三个方面的历史说起。

## 二、为阻断遗传病目的设立禁婚条件的历史和现状

为阻断遗传病目的的禁婚条件是基于婚姻不应是传播遗传病的温床的确信确立的遗传病患者不得结婚的规则,其成立取决于人类获得对某些疾病是遗传的之认识的条件。这个条件形成得相当晚,1865年,奥地利学者孟德尔才发现了遗传定律,成为遗传学的奠基人,但他研究的是植物遗传。把孟德尔的遗传学运用于人类的第一人当属美国医生乔治·亨廷顿(George Huntington, 1850—1916年),他于1872年发现以其名字命名的舞蹈病可以在家族成员间遗传。<sup>①</sup>继之,加罗德(Archibald Garrod, 1857—1936)在1902年确定黑尿病可以在家族成员间遗传。<sup>②</sup>继而,鲍林(L. Pauling, 1901—1994年)和英格拉姆(V. M. Ingram, 1924—2006年)证明了镰刀形红细胞贫血病是一种遗传病。<sup>③</sup>在他们之后,遗传病学成为一个医学的分支学科。

家庭法迅速受到这门新学科的影响,1895年,康涅狄格州的一个法律规定:患癫痫病、弱智或心灵耗弱的男女结婚或作为夫妻同居的,如果女方在45岁以下,处3年以下监禁。<sup>④</sup>这是一个以刑事手段事后打击遗传病患者结婚的规范,但当时还是把癫痫当作慢性病。下文援引的几个拉丁美洲法典中提到的慢性病可能就主要指癫痫病。明尼苏达州的一个法律采用事前防范的方式规

① [英]弗雷德里克·F. 卡特赖特、[英]迈克尔·比迪斯著,陈仲丹、周晓政译《疾病改变历史》,济南:山东画报出版社2004年版,第171页。

② [美]洛伊斯·玛格纳著,李难等译《生命科学史》,武汉:华中工学院出版社1985年版,第616页。

③ [美]洛伊斯·玛格纳著,李难等译《生命科学史》,武汉:华中工学院出版社1985年版,第618页。

④ See Kirsch R., "How does Epilepsy Affects the Validity of Marriage?", *Wyoming Law Journal*, Vol. 10, 2018, p. 244.

定类似事项,其辞曰:当事人一方患癫痫病、弱智、心灵耗弱或精神病的,不得结婚。<sup>①</sup> 1918年3月16日,弗吉尼亚颁布法律禁止遗传性癫痫病患者和传染病患者结婚。<sup>②</sup> 1928年《墨西哥联邦民法典》第156条第1款第9项规定:慢性病和不治之症患者,以其是传染性的或遗传性的为限,不得结婚。<sup>③</sup> 1947年的《巴拿马卫生法典》第159条也要求欲缔结婚姻者须提交婚前检查报告,证明自己无危及配偶或后代的传染病或遗传病。<sup>④</sup> 1984年《秘鲁民法典》第241条第1款第2项也规定:患有慢性的、传染性且有遗传性之疾病,或有会对卑血亲产生危险之缺陷者,不得结婚。<sup>⑤</sup> 这几个规定不仅处理遗传病,而且处理传染病,实际上,这两类病的性质很不同,遗传病的遗传主要损害的是家庭利益,传染病的传播主要损害的是公共卫生安全,所以不宜一并规定。尽管如此,本节只关注前者。《秘鲁民法典》以对卑血亲产生危险缺陷的条件把遗传病作为禁婚条件,更加严格,换言之,不导致后代有危险缺陷的遗传病患者被允许结婚。毕竟制定得晚了56年,这期间,遗传病学取得了长足的发展,尤其是基因科学突飞猛进,大量的遗传病被发现,不胜枚举,有的确实是常见的,却不导致后代有危险缺陷,例如糖尿病和高血压,以及在我国罕见,在欧洲多见的乳糜泻(Coeliac disease)。如果规定凡有遗传病者就不得结婚,那可以结婚的人就很少了。

然而,《秘鲁民法典》忽略了妨碍婚姻正常运作的遗传病情形。例如,癫痫病不仅通过遗传给卑血亲造成危险缺陷,而且影响婚姻的进行,因为在发病期间病人行为失控,可能给自己或他人造成严重损害,所以,美国许多州不许对癫痫病人发放驾照。<sup>⑥</sup>

必须指出,为阻断遗传病的禁婚条件不同于出于优生目的的禁婚条件。优生学产生得比遗传病学早。1883年,高尔顿(Francis Galton, 1822—1911年)开拓人类遗传研究,该学科研究群的优秀或恶劣素质的遗传。遗传病学只研究人类个体的某些疾病的遗传及其阻断。两个学科的差异在于,遗传病学不研究群的遗传,例如精英阶层特性的遗传,只研究个体的遗传。另外不研究优秀素质的遗传。所以,王贵松把《婚姻法》第7条第2款描述成“优生法制”的内容,值得商榷。我们知道,优生学遭到纳粹等政治体的滥用,面临极大的道德困境。而遗传病学没有任何道德困境。这就是为《婚姻法》第7条第2款正确定位的意义。

《婚姻法》第7条第2款的根源可以追溯到1942年制定的《晋冀鲁豫边区婚姻暂行条例》第14条,其辞曰:凡有神经病(如白痴疯癫等)、花柳病及遗传性之恶疾者不得结婚。该条兼涉婚意确保、公共卫生维护和遗传病阻断三大目的,着力于事前防范。而同时期的《国民民法典》第976条规定“婚姻当事人一方有下列情形之一者,他方得解除婚约:有重大不治之症者;存在花柳病或其他恶疾者;”第1052条规定“夫妻一方,以他方有下列情形之一者为限,得向法院请求离婚:有不治之恶疾者;有重大不治之精神病者”。这两条着力于对具有构成婚姻障碍疾病者婚姻的事后取缔,而且未明列遗传病作为取缔原因,显得考虑不周,遭到潘光旦的批评。<sup>⑦</sup> 具有讽刺意味的是,现在的《中华人民共和国民法典》(草案)第1053条抛弃了《晋冀鲁豫边区婚姻暂行条例》的正确路线,转而投向《国民民法典》的错误路线。

① See Kirsch R., “How does Epilepsy Affects the Validity of Marriage?”, Wyoming Law Journal, Vol. 10, 2018, p. 245.

② Véase Agapito De Sobradillo, “Nota Crítica de una opera sobre el impedimento de enfermedad”, En Revista española de derecho canonico, Vol. 2, 1947, pag. 273.

③ Véase Código Civil para el Distrito Federal, pag. 19, Sobre <http://www.aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>, 2019年4月5日访问。

④ Véase Ley 66 de 10 de noviembre de 1947 - Código Sanitario de la República de Panamá (G. O. 10467 de 6 de diciembre de 1947), Sobre <http://apps.who.int/medicinedocs/es/m/abstract/Js19012es/>, 2019年2月13日访问。

⑤ 参见徐涤宇译《秘鲁共和国新民法典》,北京:北京大学出版社2017年版,第55页。

⑥ See Perr I., “Epilepsy and the Law”, Cleveland and Marshal Law Review, Vol. 7, 1958, p. 292.

⑦ 参见蒋功成《优生学与中国近代婚恋中异化的伦理》,《中国科技史杂志》2007年第1期。

那么,为阻断遗传病目的设立禁婚条件的《婚姻法》第7条第2款做法是否要保留?我认为基本可以不保留。理由一,在现代避孕和人流技术成熟的情况下,性爱可以和生殖分离,遗传病基因携带者可以婚而不育。这点,《母婴保健法》第10条已充分表现。理由二,遗传病通过生殖遗传具有或然性,有一定的遗传概率而已。在现代技术条件下,携带遗传病基因的夫妻可以通过选胎完成生育,也就是在实验室条件下用他们的配子完成受孕,然后对受孕体进行基因检测,淘汰有遗传病的,保留无此病的。<sup>①</sup>说“基本”,乃因为如上说明未考虑遗传病危害婚姻进行的情形。但这种情形不属于为阻断遗传病设立禁婚条件,而属于另外的禁婚条件。

### 三、为公共卫生目的设立禁婚条件的历史和现状

为公共卫生目的设立的禁婚条件不同于为阻断遗传病设立的禁婚条件。前者适用于烈性传染病患者,目的首先是保障公共卫生安全,这是国家安全的一部分,<sup>②</sup>其次才是保护患者可能的婚姻对象免受传染。后者主要出于法律父爱主义的立场保障遗传病患者家庭的利益,其次才保障公共利益,例如,一些遗传病患者无劳动能力,甚至全家失能,此时需要公共资源供养,造成财政负担。当然,烈性传染病的范畴随科学的进步而变化,例如,肺结核曾属于这个范畴,在没有青霉素的条件下,患此病基本等于死亡,但随着青霉素等抗生药在“二战”中的问世,肺结核不再是烈性传染病。

在人类的疾病史上,有黑死病、麻风和艾滋病三大烈性传染病。

尽管黑死病曾数次横扫欧洲,但我暂时未找到禁止这种病的患者结婚的立法例,这可能因为黑死病从感染到死亡只有2~7天<sup>③</sup>,谈不上禁止发病者结婚问题。麻风病是一种继黑死病后横扫全球的传染病,给人类留下了惨痛的记忆。它是持续性的疾病,所以有禁止患者结婚问题。

麻风病作为禁婚病种首先以反面的形式表现出来,即首先成为离婚的理由。为了说明这个问题,不得不提到643年11月26日伦巴第国王 Rotharis 就麻风病人的处遇颁布的告示:(1)如果某人得了麻风病,经法官或人民确认无疑后,要把他驱逐出城市及其家屋,如此让他独居,不许他转让其财产或作出赠与,因为他被驱离家屋之日起,他被视为已死亡。他的财产要被没收,人们要用拍卖所得的价款供养此等病人终身。(2)如果妇女婚后得了麻风病,丈夫可以取得其财产而抛弃她,丈夫不会因此受到控告,因为他抛弃的妻子得了他无法忍受与其共同生活的疾病。<sup>④</sup>这是第一个因为疾病而判处民事死亡<sup>⑤</sup>的立法文件,表达了立法者的社会防卫观念。《告示》的第一部分首先对经确认的麻风病人实行隔离,其次剥夺其可用于从事民事活动的财产,以免他在与人交易的过程中传播疾病,因为民事活动具有平时不显的公共卫生效果,但此等被剥夺的财产并非用于其他,而是用于麻风病人自身。《告示》的第二部分解除女性麻风病人的婚姻,并未解除男性麻

① 参见徐国栋《人工受孕体在当代意大利立法和判例中的地位》,《华东政法大学学报》2015年第5期。

② 2002年,“非典”(SARS)首先在广东省顺德市暴发,不久迅速扩散到东南亚乃至全球。为了阻止疾病的扩散,国内许多部门停止上班,大学封校,招生复试改为电话方式进行,预定的一些外交活动取消,让人意识到传染病问题是国家安全问题。2003年春天,我在华盛顿参加“公共卫生与国家安全”国际会议,会议组织者提出,公共卫生安全是国家安全的一种新形态。本文把公共卫生与国家安全挂钩,即受华盛顿会议的这一提法的影响。富有意味的是,2003年夏天,我结束对哥伦比亚大学的访学回国,但当时厦门大学的封校尚未解除,我在校门口遥望家门而不得入的场面至今犹记。

③ See the entry of Black Death, On [https://en.wikipedia.org/wiki/Black\\_Death#Signs\\_and\\_symptoms](https://en.wikipedia.org/wiki/Black_Death#Signs_and_symptoms), 2019年2月15日访问。

④ Cfr. Enrico Buonocore, Alcune notizie sulla Disciplina della Chiesa per la Leprosi nei primi tempi del cristianesimo, e nel medio-evo, Im Archiv für Geschichte der Medizin, Bd. 7, H. 1 (Mai 1913), p. 53.

⑤ 关于民事死亡的含义,参见徐国栋《论民事死亡——兼论社会死亡和社会瘫痪》,《东方法学》2015年第5期。

风病人的婚姻! 表现了立法者的男权主义。尽管如此, 仍破除了婚姻不受情势变更影响的原则。在教堂缔结的婚姻中, 双方都要发誓如下: 我愿遵照教会的规定, 接受你作为我合法的妻子(丈夫), 从今以后, 环境无论是好是坏, 是富贵是贫贱, 是健康是疾病, 是成功是失败, 我要支持你, 爱护你, 与你同甘共苦, 携手共建美好家庭, 一直到我离世的那天。我现在向天主宣誓, 向你保证, 我要始终对你忠实! 誓言中, “环境无论是好是坏, 是富贵是贫贱, 是健康是疾病, 是成功是失败”是排除情势变更原则之适用的文字, 包括对疾病的排除, 但被排除的是通常疾病, 特别重大的疾病如麻风病属于例外。<sup>①</sup>

既然结了婚的麻风病人的婚姻可以破除, 莫不如防患于未然, 不让麻风病人结婚, 基于这种理路, 阿根廷 1888 年《民事婚姻法》规定: 父亲和监护人可以反对他们监管的未成年人与传染病患者结婚。<sup>②</sup> 1926 年, 阿根廷更进一步, 颁布《麻风病防治法》, 其第 17 条禁止麻风病人结婚。1982 年《委内瑞拉民法典》第 75 条规定: 可以把患麻风病当作反对结婚的理由。就我国而言, 1980 年的《婚姻法》第 6 条规定: 有下列情形之一的, 禁止结婚: …… (2) 患麻风病未经治愈或患其他在医学上认为不应当结婚的疾病。”这些是把麻风病点名作为禁婚病种的立法例。<sup>③</sup> 不点名的立法例有《墨西哥民法典》第 98 条第 4 项, 《巴拿马民法典》第 92 条, 《秘鲁民法典》第 241 条。如上节所述, 它们在禁止遗传病患者结婚的同时, 禁止传染病患者结婚。麻风病被包括在传染病的大范畴中。但人类对于麻风病的认识随医学的发展而深化。1897 年, 第一届国际麻风病大会确认该病为遗传病。既然如此, 对麻风病人实施绝育成为解决方法。1873 年 2 月 28 日, 挪威医学家阿莫尔·汉森在显微镜下发现了麻风杆菌, 确认麻风病是传染病。于是, 隔离成为解决之道。进一步的研究发现麻风病传染性弱, 只有 5%。而且, 20 世纪 70 年代, 联合化疗成熟, 1981 年世界卫生组织向全球推荐。按这种疗法, 只要治疗 6~12 个月, 就能根治麻风病, 由此, 麻风病从不治之症变成了可治之症。法律随之而变, 上引阿根廷的麻风病立法以及 1982 年《委内瑞拉民法典》第 75 条被废除。我国 1980 年《婚姻法》第 6 条也被 2001 年《婚姻法》第 7 条取代, 后者排除了麻风病被点名的地位。尽管如此, 联合国人权专家爱丽丝·克鲁兹(Alice Cruz) 仍判定, 麻风病人在 20 多个国家仍处在民事死亡的状态, 其内容之一是不得结婚和生育。<sup>④</sup> 这 20 多个国家的名单不得其详, 很可能那些把患传染病作为禁婚理由的国家都在其内。

比起麻风病来, 艾滋病在人类医学史上的存在不过 101 年, 但是其传播速度十分惊人。为了应对这种野火春风的局面, 世界各国通过法律予以阻击。在结婚方面, 通行的做法是以传染病人在发病期间不得结婚的宏大表达为之, 只有少数立法例点名艾滋病作为禁婚理由。1987 年, 犹他州颁布的禁止艾滋病人结婚以及宣告艾滋病人已经缔结的婚姻无效的法律属此, 但这一法律未要求婚检作为结婚的必要条件。遂遭到两名女性原告代表本州的所有艾滋病患者发起的挑战, 其中之一 T. E. P 在 1989 年结婚, 婚后两个月检出患有艾滋病。她的婚姻要根据 1987 年的法律被宣告无效, 她由此要丧失婚姻利益, 包括作为生存配偶可以得到的支付, 并且要影响到她已经实施的收养的效力。案件于 1993 年到了合众国地方法院, 诉求是宣告禁止或无效处理艾滋病人婚姻的法律条款 [Utah Code Ann. § 30-1-2(1)] 无效。地方法院认为该法律条款违反了 1973 年的《补能

① [英]弗雷德里克·F. 卡特赖特、[英]迈克尔·比迪斯著, 陈仲丹、周晓政译 《疾病改变历史》, 济南: 山东画报出版社 2004 年版, 第 154 页。

② Véase Agapito De Sobradillo, Nota Critica de una opera sobre el impedimento de enfermedad, *En Revista española de derecho canonico*, Vol. 2, 1947, pag. 273.

③ 关于这种点名的不妥, 参见成凡 《法学知识的现状偏差: 以麻风病作为切入点》, 《法制与社会发展》2004 年第 6 期。

④ See The UN Calls for an End to “Civil Death” of Leprosy Patient, On <http://www.ipsnews.net/2019/03/qa-important-treat-anyone-suffering-leprosy-equal-individual/>, 2019 年 4 月 5 日访问。

法》(Rehabilitation Law)和1990年的《残疾美国人法》(American with Disabilities Act)。而这两个法律属于联邦法,它们优先于州法,所以,判定Utah Code Ann. § 30-1-2(1)不成立。<sup>①</sup>

《补能法》是对1973年的《职业补能法》(Vocational Rehabilitation Law)的替代。按照《职业补能法》,不得歧视残疾人就业,并采取纠偏行动(Affirmative Action)消除这样的歧视。1987年,美国最高法院在佛罗里达诉Arline一案中裁决:患有传染病(例如结核病)的雇员属于残疾人,因此受《职业补能法》管辖。雇主被要求为此等人继续工作做出妥当的安排。艾滋病患者也被认为是残疾人受《职业补能法》管辖。但如果传染病患者对于其他人的健康和安全构成直接威胁,或雇主无法做出妥当安排,不要求雇主雇佣他们或保留他们的职位。<sup>②</sup>1973年9月26日,《职业补能法》被《补能法》取代,新法扩张了前法的适用范围并增加了执行的保障手段,但围绕着保障残疾人就业的主题不变。显然可见,新法和旧法都无关艾滋病人的结婚问题,以该法为依据否定犹他州的禁止艾滋病人结婚的法律,肯定出于对该法的目的性扩张解释。事实上,旧法规定:如果传染病患者对于其他人的健康和安全构成直接威胁,可不雇佣。照此类推,艾滋病人结婚对其相对人的健康构成威胁,也可不许其结婚。

《残疾美国人法》包括的残疾有耳聋、失明、智障、部分或完全的肢体缺失或需要使用轮椅的行动不便、自闭症、癌症、脑瘫、糖尿病、癫痫、艾滋病、多发性硬化症、肌肉萎缩症、重度抑郁症、躁郁症、创伤后应激障碍、强迫症和精神分裂症。<sup>③</sup>艾滋病名列其中。按照该法,残疾人享有雇佣方面的不受歧视权、公共设施的利用权、公共服务的利用权、通讯设施的利用权。没有专门讲到艾滋病人的结婚权。所以,说犹他州的有关禁止艾滋病人结婚或宣告其婚姻无效的法律违反该法,也应该出于目的性扩张。而我国《婚前保健工作规范(修订)》则是旗帜鲜明地禁止艾滋病人结婚,并不采用解释的途径。

在通过禁止传染病人在感染期间结婚的大帽子下禁止艾滋病人结婚的国家中有阿根廷。该国的第12.331号法律《性病预防法》(1936年)中包含这样的大帽子规定。但对其适用,充满争议。赞成该规定用来禁止艾滋病人结婚的人认为,该规定具有保护公共卫生的意图,也具有保护家庭及其后代的意图,因为艾滋病婚姻的后代感染这种致命疾病的概率是50%,这50%的后代的生命权受到了侵害。<sup>④</sup>

为公共卫生目的禁婚的另一原因是欲结婚者患有性病。淋病是最早为人类所知的性病。梅毒危害很大,但为人所知的时代很晚。上述两大性病因为地理发现时代的到来得到全球传播,催促立法者采取应对措施。印第安纳州在一个不详的时间,1899年,密歇根州,1909年,华盛顿州和犹他州颁布法律禁止性病者结婚。<sup>⑤</sup>1913年,威斯康星州通过一个法律,要求新郎在领取结婚证前经受性病检测,要求负责检测的医生必须有资质,且收费不得超过3美元。为逃避该法在他州结婚的夫妇在婚后一年内不得返回威斯康星州,但回来后马上填写了健康证书的除外。在外州

① T. E. P. v Leavitt, 840, f. supp. 110, On <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/840/110/1958111/>, 2019年2月17日访问。

② See the entry of Vocational Rehabilitation Act of 1973, On [https://en.wikipedia.org/wiki/Vocational\\_Rehabilitation\\_Act\\_of\\_1973](https://en.wikipedia.org/wiki/Vocational_Rehabilitation_Act_of_1973), 2019年2月17日访问。

③ See the entry of Americans with Disabilities Act of 1990, On [https://en.wikipedia.org/wiki/Americans\\_with\\_Disabilities\\_Act\\_of\\_1990](https://en.wikipedia.org/wiki/Americans_with_Disabilities_Act_of_1990), 2019年2月17日访问。

④ Véase Daiana Zúrate, *El enfermo de SIDA y su derecho a contraer matrimonio civil*, Universidad Argentina de la Empresa, 2014, pag. 10.

⑤ See National League for the Protection of Family, State laws regulating marriage of unfit, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, Vol. 4, No. 3, 1913, p. 424.

结婚又不填写健康证书返回威斯康星州的,要被罚款并承受1个月到1年的监禁。<sup>①</sup>这个法律为何只要求新郎检测性病?因为当时的医学证据显示:绝大多数女性结婚时无性经验,而有相当比例的男性在结婚前已有不法性关系。所以,丈夫把性病传给妻子的比例远远大于妻子把性病传给丈夫的比例。<sup>②</sup>

如前所述,在我国,《婚前保健工作规范(修订)》把淋病和梅毒作为《传染性防治法》规定的指定传染病列入婚检项目,其患者按照2001年版《婚姻法》第7条第2款不得结婚。对这一规定,目前未见学界有任何争议。

#### 四、坚持结婚当事人的意思表示能力意图的禁婚规定的历史和现状

罗马法即禁止精神病人订婚、结婚。盖尤斯在其《行省告示评注》第11卷中说:很明显的精神失常是订婚的障碍,但是如果是事后才出现的,就不能作为订婚无效的原因。<sup>③</sup>这个法言展示了精神病人不得订婚的规则。保罗在其《告示评注》第35卷中(被收录于D.23,2,16,2中)展示了禁止精神病人结婚的规则并阐述了此等禁令的理由:因为婚姻以同意为要素,精神病人不能做出有效同意,但结婚以后患有精神病的,不妨碍已有婚姻的效力。<sup>④</sup>订婚、结婚后患精神病并不导致婚姻解消,证明立法者并无通过禁婚阻断精神病遗传的意图。允许精神病人维持婚姻,具有不让他们无人照顾的考虑。

继承罗马法传统,《意大利民法典》第85条禁止精神病人结婚。《瑞士民法典》第97条第2款<sup>⑤</sup>、《西班牙民法典》第56条第2款<sup>⑥</sup>、《泰王国民商法典》第1449条<sup>⑦</sup>、《葡萄牙民法典》第1601条第1款第2项<sup>⑧</sup>、《澳门民法典》第1479条第1款第2项<sup>⑨</sup>、老《阿根廷民法典》第166条第1款第8项<sup>⑩</sup>、《阿根廷国民商法典》第403条第1款第7项<sup>⑪</sup>都做出类似规定,但《法国民法典》、《德国民法典》均无禁止精神病人结婚的直接规定。按照法国1986年的一个判例,<sup>⑫</sup>禁止精神病人结婚的规定隐含在《法国民法典》第180条中,其辞曰“未经夫妻双方或其中一方自由同意而缔结的婚

① See W. Kuby, *Conjugal Misconduct*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 117.

② See W. Kuby, *Conjugal Misconduct*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 127.

③ 参见优士丁尼著,罗冠男译《学说汇纂(第二十三卷):婚姻与嫁资》,北京:中国政法大学出版社2013年版,第5页。

④ 参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编,费安玲译《婚姻、家庭和遗产继承》,北京:中国政法大学出版社2001年版,第31页。

⑤ “精神病人,无论何种情形,无婚姻能力”。参见殷生根、王燕译《瑞士民法典》,北京:中国政法大学出版社1999年版,第30页。

⑥ “如一方具有身体残疾或精神异常的,则须医生出具文书证明其具有缔结婚姻的能力”。参见潘灯译《西班牙民法典》,北京:中国政法大学出版社2013年版,第32页。

⑦ “如果男方或女方是精神病人或被法院裁定为禁治产人,不得结婚”。参见周喜梅译《泰王国民商法典》,北京:中国法制出版社2013年版,第247页。

⑧ “下列者为禁止性障碍,有该等障碍之人不得与他人结婚……明显精神错乱,即使在神智清醒期亦然……” Ver Pires de Lima e Antunes Varela, *Codigo Civil Anotado*, Volume IV, Coimbra Editora, 1987, pag. 79.

⑨ “下列者为禁止性障碍,有该等障碍之人不得与他人结婚……明显精神错乱,即使在神智清醒期亦然……”参见赵秉志总编:《澳门民法典》,北京:中国人民大学出版社1999年版,第373页。

⑩ “下列事项为结婚的障碍……因任何原因永久或暂时失去理智”。参见徐涤宇译注《最新阿根廷共和国民法典》,北京:法律出版社2007年版,第48页。

⑪ “下列事项为结婚的障碍……永久性地或临时性地精神健康阙如,以至于阻碍了认知婚姻行为”。Véase *Codigo de Comercio de la Republica Argentina*, Edicion 2003, La Ley, Buenos Aires, 2003, pag. 15.

⑫ Voir Henri - Daniel Cosnard, *Nullité du Mariage pour Maladie Mental*, *Revue Judiciaire de Quest*, 1987, p. 303.



姻,只能由夫妻双方或其中并未自由同意的一方提出攻击”。<sup>①</sup>精神病人结婚被视为不具有“自由同意”。按照德国的学说,精神病人只要不严重到不能做出意思表示,就能结婚,但可以根据第1314条第1款被废止。<sup>②</sup>该款辞曰:配偶一方在结婚时丧失知觉或暂时的精神错乱状态的,婚姻可以被废止。该款的意旨与《法国民法典》第180条一致。比较起来,意大利的规定内容更丰富,除了考虑到精神病人的意思能力欠缺外,还考虑到了家庭生活能力,以及对婚姻相对人的父爱主义保护。

我国的规定与意大利的规定一致。2001年《婚姻法》禁止患有医学上认为不得结婚的疾病者结婚。《婚前保健工作规范(修订)》把精神病(精神分裂症、躁狂抑郁型精神病以及其他重型精神病)作为医学上认为不得结婚的疾病。

至此可见,关于精神病人不得结婚的规定在《婚姻法》第7条第2款三大意图中显得另类:它是一个涉及疾病的意图,而非专门针对疾病的意图。实际上,它把结婚当作一个重要的法律行为要求其行为人具有行为能力,其次才考虑精神病人不能或难以经营婚姻生活。如果说,阻断疾病的意图、公共卫生意图随着医学认识的变化和人权水平的提高可以或多或少地撇开,但法律行为能力绝对不能撇开。所以,完全废除《婚姻法》第7条第2款,让精神病人自由结婚,是完全错误的,是不负责的。

## 五、结论与余论

综上所述,在制定《中华人民共和国民法典》的过程中,《婚姻法》第7条第2款不能完全废除,尽管其阻断遗传病的意图已经动摇,但其保障公共卫生的意图遭到挫折<sup>③</sup>却未被完全动摇,而其坚持婚姻行为能力的意图被立法者错删(善意解释是借用总则中关于法律行为当事人行为能力的规定)。所以,该款应保留在未来的《中华人民共和国民法典》中,但要把现有的第1053条改写成这样:(1)不能辨认自己行为的成年人在结婚时须具有行为能力;(2)传染病人在未被治愈前不得结婚。这样,就保留了原第1053条的合理内核,去掉了其错误规定的成分。

需要强调的是,个人间的结婚并非私事,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。医学的进步、人权水平的提高导致人类立法中关于禁婚疾病的规定不断变化(放松),但法律行为的主体头脑清醒条件千古不变。这点必须为立法者充分认识。

或问,虽有禁止,但患有有关疾病的人不正式结婚,而是非婚同居,你奈他何?周安平与陈婴虹的论文就是以此为理由反对禁止传染病人结婚。我们知道,针对这样的违法的第一种方略是积极制裁,例如威斯康星州的课加的监禁1年。第二种是罗马式的消极制裁,即不赋予有关结合以婚姻的效力。例如I. 1, 10, 12的规定:如果任何人违反朕之所述结合,根本不能谈丈夫、妻子、婚姻、婚姻关系、嫁资。因此,这种交合生下的子女,不处在父亲的权力下,而是这样的:就家父权而言,他们如同其母亲由不确定的人施孕的人。……因此,作为结果,在解除这样的交合的情况下,也不发生嫁资返还……<sup>④</sup>在这个法言中,丈夫和妻子的身份的取得、嫁资之成立及返还请求权、子女的婚生性之获得,都是正当的婚姻的效力。没有这样的效力的男女结合仅仅是事实,不产生权利。这种无权状态对当事人构成一种遏制。建议主要采用第二种方略整治法定传染

① 参见罗结珍译《法国民法典》(上册),北京:法律出版社2005年版,第176页。

② [德]迪特尔·施瓦布著,王葆蔚译《德国家庭法》,北京:法律出版社2010年版,第45页。

③ 由于导致此等挫折的立法文件的权威性,本文接受此等挫折,但认为此等挫折的合理性深可怀疑。

④ [古罗马]优士丁尼著,徐国栋译《法学阶梯》(第二版),北京:中国政法大学出版社2005年版,第47页。

病人结婚的行为。所以，法律对这种行为并非无可奈何。第二种方略虽看起来“软”，但持之以恒，终可见成效。

最后要说的是，《中华人民共和国民法典》规定禁止一些疾病患者结婚，需要有强制婚检制度与之配套才可实施。1995年6月1日的《母婴保健法》曾确立强制婚检制度。但在实施中，存在乱收费、敷衍体检等弊端，引起民怨，导致2003年的《婚姻登记条例》取消了强制婚检制度，改为自愿婚检，造成婚检率大跳水，北京地区从100%下降到5%，导致出生缺陷儿出生率大增。痛定思痛，黑龙江、吉林、云南等省份恢复了强制婚检，造成全国的不均衡。2019年的“两会”上，人大代表冯琪雅建议全国性地恢复强制婚检，以保障结婚对象的知情权。<sup>①</sup>此乃至善之论。因为不进行强制婚检，不能辨认自己行为的成年人在结婚时须具有行为能力的规定，以及传染病人在未被治愈前不得结婚的规定，是无法操作的。

---

## English Abstract

---

### *Civil Code should Maintain Some of the Prohibited Diseases to Marriage in Marriage Law*

XU Guodong

**Abstract:** Art. 7 par. 2 of *Marriages Law* stipulates several medically prohibited diseases to marriage, which has been abolished in the Draft of *Civil Code*. Instead, the latter stipulates that those who bears such diseases are entitled to get married on condition that he or she previously informed the other party, otherwise such marriage is voidable in one year. Such a radical change makes no sense. This paper intends to prove that the objective on intercepting inherited diseases of the said art. 7 par. 2 is indeed obsolete. However, other objectives, such as public health and capacity to act, shall be maintained. Therefore, *Civil Code* ought to do so along with the restoration of the compulsory premarital checkup.

**Key Words:** prohibited diseases to marriage; public health; national security; compulsory premarital checkup; AIDS

---

责任编辑 李晶晶  
责任校对 王治国

---

<sup>①</sup> 参见缪因知《强制婚检的正当性在于保障结婚对象的知情权》，On <http://m.people.cn/n4/2019/0310/c676-12430135.html>，2019年4月7日访问。