

【宪法学】

《民法典》实施后强制婚检的合宪性争议

屠振宇

【摘要】《民法典》的实施导致强制婚检合宪性问题浮出水面,也改变了其中争议的宪法评价。一方面,强制婚检规定作为一项保护性立法的定性并未改变。尽管强制婚检规定在《民法典》实施前后的立法目的有所区别,不再立足婚姻关系,而是回归到母婴健康保护,但由于婚姻基本权利条款已将家庭及其成员的国家保护纳入其中,所以强制婚检规定依然是对婚姻基本权利的保护而非干预,原则上可以被推定为合宪。但另一方面,随着《民法典》实施带来的婚姻自由观的更新,婚姻受国家保护的限度有了新的内涵,继续从国家管制角度推行强制婚检有违宪之虞。根据民法典精神,从私法角度对婚检的“强制”属性作出解释,统筹协调相关民事法律规则,应是强制婚检制度的改革方向。

【关键词】强制婚检;自愿婚检;婚姻基本权利;婚姻自由;合宪性

【作者简介】屠振宇,南开大学法学院教授,中国法治现代化研究院兼职研究员。

【原文出处】《苏州大学学报》:法学版,2024.1.28~40

【基金项目】本文系国家社会科学基金重大项目“突发重大公共卫生事件防控的法治体系研究”(项目编号:20&ZD189)的阶段性成果。

一、开展合宪性分析的必要性

(一)婚检争议的由来与演变

2003年10月实施的《婚姻登记条例》是我国婚前医学检查(以下简称“婚检”)制度发展进程中的一次重大转向。该条例在2001年修订的《婚姻法》未对婚检制度作出明确规定的前提下,放弃了原《婚姻登记管理条例》(1994年)实施后所确立的强制婚检,转而采取一种看似有些矛盾的立场:一方面,继续保留了“患有医学上认为不应当结婚的疾病的”不予登记的规定,在制度上肯定强制婚检的必要性;但另一方面,办理婚姻登记的当事人却又不被要求“向婚姻登记机关提交婚前健康检查证明”,从而在程序上确认了婚检的自愿性。尽管《婚姻登记条例》依据的是由全国人大制

定的《婚姻法》,婚检制度从强制到自愿的这一事实转向却与1994年由全国人大常委会颁布的《母婴保健法》相背离,该法第12条明确规定“男女双方在结婚登记时,应当持有婚前医学检查证明或者医学鉴定证明。”而该法此后虽经两次修订,但上述强制婚检规定始终没有调整,于是造成了《婚姻登记条例》和《母婴保健法》在法规范效力上长达二十年的冲突。

《民法典》于2021年1月正式实施,作为《婚姻登记条例》制定依据的《婚姻法》被废止,为结束这场旷日持久的规范冲突提供了契机,但争议并未就此解决,而是变得“更加复杂”^①。这种复杂性突出地表现在,《民法典》带来了关于婚姻无效制度^②的以下两点变化:一是《民法典》不再将疾病作为

婚姻缔结的法定障碍,既删除了《婚姻法》第7条关于“患有医学上认为不应当结婚的疾病禁止结婚”的规定,也不再将“婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,婚后尚未治愈的”列为“婚姻无效”的情形(《婚姻法》第10条);二是《民法典》并未完全排除疾病对于婚姻登记效力的影响,《民法典》第1053条设立了违反重大疾病婚前告知义务的可撤销婚姻制度。这两点变化不仅从根本上改变了强制婚检实施的制度前提,而且大大弱化了《母婴保健法》继续坚持强制婚检的合法性基础。但针对这一立法变化,官方有关强制婚检存废问题的态度尚不明朗。全国人大法工委法规备案审查室负责人曾在《民法典》实施前夕撰文表示,“民法典删除原婚姻法关于患有医学上认为不应当结婚的疾病者禁止结婚的规定,一些地方现行的母婴保健条例及母婴保健法实施办法仍保留有婚前医学检查的规定,制定机关将通过删除相关条款等方式与民法典保持一致。”^③然而,在具体面对公民审查建议时,全国人大法工委的备案审查意见又主动放弃了“删除相关条款”的立场,转而提出要“与国务院有关部门沟通,推动根据民法典精神适时统筹修改完善有关法律法规制度”^④。这种法律立场的转变既表明了全国人大法工委对此问题在认识上的不断深入,也体现出问题本身的复杂性。全国人大法工委尽管没有言明,但极有可能已经包含了对强制婚检合宪性争议的审查。找出其中的合宪性审查并展开规范分析,已然成为进行“统筹修改完善”工作的关键性议题。

(二)被遮蔽的合宪性争议

强制婚检的合宪性问题不是一个新问题。事实上,早在十多年前因《黑龙江省母婴保健条例》恢复强制婚检而引发的合法性争议中,就有学者提出“婚检规定宜引入合宪性审查”。^⑤但是这一呼吁并没有得到学界积极响应,究其原因就在于《婚姻法》所设定的制度前提遮蔽了相关的合宪性

争议。^⑥我国《婚姻法》在1950年颁行之初,就已明确禁止“在医学上认为不应结婚之疾病者”结婚,这一制度安排在此后历次修改中均未予以改变,实际上为《母婴保健法》第12条要求强制婚检的规定提供了“掩护”,导致后者的合宪性问题长期不被重视。

《母婴保健法》第12条形成于1994年10月,而强制婚检问题在此之前已在全国范围内提上议程。1980年颁布的《婚姻法》第5条依然禁止患有“在医学上认为不应当结婚的疾病”的人结婚,但仅列出“患麻风病未经治愈”这一种情形。1986年3月由民政部公布的《婚姻登记办法》第6条在此基础上,又增加了患性病未治愈不予登记的情形。1986年9月卫生部、民政部联合发布的《关于婚前健康检查问题的通知》为落实上述规定、查明“当事人是否患有禁止结婚的疾病”,提出在全国分步骤实行婚前健康检查的解决方案,要求“凡确定开展婚前健康检查的地方,婚姻登记机关在办理结婚登记时,应要求当事人出具《婚姻登记办法》规定的禁止结婚疾病的检查证明。”正是“鉴于普通的当事人并不具备判断与确认自身健康状况的能力,尤其是隐性的传染病和遗传疾病”^⑦,1994年2月由国务院批准、民政部颁行的《婚姻登记管理条例》进一步确立了“申请结婚登记的当事人,必须到指定的医疗保健机构进行婚前健康检查,向婚姻登记管理机关提交婚前健康检查证明”的强制婚检制度。可见,强制婚检制度在性质上是贯彻落实《婚姻法》禁止疾病婚规定的一种预防性措施,目的是有效“防止违反婚姻法的行为”^⑧的出现。诚如有学者指出的,“婚前强制婚检,可以将因不作婚检可能导致无效婚姻的发生率降到最低程度,把双方的损失降到最低,也节省了社会成本,真正起到防患于未然的作用。”^⑨

不过,当时的强制婚检作为事前预防措施是

力寻租、执法困难等问题。如有学者认为,实行强制婚检,人为地制造了资源稀缺,容易诱发权力寻租问题,^⑩民政部在解释放弃强制婚检的原因时也指出,由于《婚姻法》规定的“医学上认为不应当结婚的疾病”一直未能明确,因而带来两方面问题,“一是婚姻登记机关根据婚检机构出具的检查结果无法认定当事人是否患有不应当结婚的疾病,是否可以办理登记;二是由于检查没有针对性,这就造成婚检中存在检查项目多、收费高等问题,损害了婚姻当事人的利益。”^⑪有鉴于此,自愿婚检作为一种制度成本较低的替代方案便应运而生。2003年出台的《婚姻登记条例》实质并不是完全取消婚检,而只是改换了落实《婚姻法》疾病婚禁止规定的执法方式,即“婚姻登记机关只会倡导新人进行检查,在结婚登记前出具婚检的告知单,给予一定的提醒,而不再作为硬性条件,强制进行”^⑫。这一政府服务模式上的转变,虽然因其更具“人性化”而赢得不少赞誉^⑬,但也因将风险过度转嫁给公民个体、影响预防效果而遭到质疑,如有学者认为取消强制婚检,“对于总体受教育程度不高的中国国民来说,仍显为时尚早”^⑭。为平息各方争议,在2005年时,由国务院法制办、民政部牵头,卫生部、人口计生委、财政部联合组成的国务院联合调查组经专题调研后答复意见认为:“婚检对预防出生缺陷作用有限,且婚检存在大量‘走过场’的现象;婚前医学检查应当鼓励,但加强婚检工作必须坚持婚检自愿,不必要也不宜实施强制婚检。”^⑮由此不难发现,“婚检制度变迁的背后蕴藏着复杂的利益冲突,强制婚检与自愿婚检管制模式彰显出管制者对相关利益诉求的艰难抉择。”^⑯

由于2003年的《婚姻登记条例》只是取消了1994年《婚姻登记管理条例》所确立的强制婚检义务,所以当《母婴保健法》第12条关于强制婚检的规定与《婚姻登记条例》发生冲突时,这种冲突在很大程度上会被视为前述强制婚检与自愿婚检之

争的延续。强制婚检争议的这一历史演进,也使得《母婴保健法》第12条潜在的合宪性争议在规范层面受到《婚姻法》的遮蔽。从1994年《婚姻登记管理条例》的强制婚检到2003年《婚姻登记条例》的自愿婚检,《婚姻法》虽然未置可否,但实际上默许了这两种执法方式,强制婚检在疾病婚禁止的制度框架下被赋予了正当性。于是,在《婚姻法》疾病婚禁止规定未受到合宪性质疑的情况下,《母婴保健法》第12条要求强制婚检规定的合宪性问题自然不会凸显出来。

(三)合宪性争议的显现

直到《民法典》实施,强制婚检的合宪性问题才最终浮出水面。《婚姻法》疾病婚禁止规定的失效,使得无论是强制婚检还是自愿婚检都不再具备作为上述规定配套措施的合法性地位,其中潜在的合宪性问题也随之暴露出来。《母婴保健法》第12条要求强制婚检的规定,由于无法继续获得《婚姻法》疾病婚禁止规定被推定合宪的“掩护”,所以必须直接面对相应的合宪性检验。其中展现的合宪性争议,与此前《婚姻法》疾病婚禁止规定的合宪性问题虽具有一定的联系,但又存在明显差别,更具复杂性。在《民法典》实施背景下,强制婚检的合宪性争议被赋予新的意义。

一方面,《民法典》实施后原《婚姻法》疾病婚禁止规定的合宪与否并不明确,这大大增加了强制婚检合宪性的论证负担。由于强制婚检曾在《婚姻法》疾病婚禁止规定的制度框架下施行,所以强制婚检的合宪性争议与《婚姻法》疾病婚禁止规定的合宪与否,在事实上存在牵连关系。若《婚姻法》疾病婚禁止规定被判定为违宪,则强制婚检的合宪性地位必然岌岌可危;若《婚姻法》疾病婚禁止规定被认定为合宪,则强制婚检的正当性也将得到极大的增强。因此,无论对于强制婚检合宪性问题作出何种评价,都必须对《婚姻法》疾病婚禁止规定的合宪与否作出回答。上述两种合宪

性争议的判定不可能彼此独立,在解释上必须保证自洽和统一。然而,《民法典》虽然不再将疾病作为婚姻缔结的法定障碍,但并没有对《婚姻法》疾病婚禁止规定的合宪与否作出判定。这一立法变化本身存在两种可能的解释,一是前法因违宪而被取缔,二是前法虽合宪但因不合时宜而被取消。这种两可的不确定性,加大了强制婚检合宪性审查的困难程度。在开展对于强制婚检的合宪性审查时,不仅需要兼顾《婚姻法》疾病婚禁止规定的合宪性判定,保证解释上的一致性,同时还必须注意到两者之间存在的差异,应避免以后者的合宪性判定代替对前者的合宪性评价。《民法典》实施前,强制婚检以落实《婚姻法》疾病婚禁止规定为宗旨,目的是“防止违反婚姻法的行为”;《民法典》实施后,强制婚检以《母婴保健法》第12条为依托,必然回归到《母婴保健法》第1条“保障母亲和婴儿健康”立法宗旨上。《民法典》实施前后,强制婚检在立法目的上的这种差异,导致其规范属性有着微妙的改变,合宪性审查的方式和依据是否需要就此作出调整就有进一步考察的必要。

另一方面,在《民法典》将疾病婚无效制度降格为违反重大疾病婚前告知义务可撤销制度的背景下,再行废止强制婚检规定是否有损国家保护婚姻任务的达成,值得作进一步研究。在《民法典》草案公布后,就曾有学者从“国家公共卫生安全和人口战略”的角度提出,《民法典》应保留禁止一些有疾病的患者结婚的规定,并恢复与此配套的强制婚检制度。^⑩婚姻问题并非纯粹的私事,必须考虑国家治理目标和保护义务的达成可能。从婚检制度的发展演变来看,2003年《婚姻登记条例》之所以能够将强制婚检调整为自愿婚检,与2001年《婚姻法》引入疾病婚无效制度不无关系。正是疾病婚无效制度提供的替代性国家保护,使政府管制模式得以从事前预防转向事后纠正,从而为强制婚检的退出创造了制度空间。但随着

《民法典》对婚姻无效制度的调整,新确立的违反重大疾病婚前告知义务可撤销制度是否足以完成国家保护婚姻、家庭、母亲和儿童的宪法义务,不免令人生疑。对此有研究表示担忧,并通过实证分析认为《民法典》上述新规是“不足以保护准配偶的知情权、健康权和生命权”^⑪。在这个意义上讲,强制婚检规定存废与否,可能引发对国家保护义务履行是否充分的新争议。强制婚检究竟该全面废止,还是可以在一定范围内予以保留,这是《民法典》实施后在强制婚检合宪性论证中必须考虑的问题。

二、作为保护性立法的强制婚检规定

考虑到上述合宪性问题的复杂性和层次性,有必要先就强制婚检的规范属性问题作出澄清和判定。强制婚检立法在发展演变中曾包含着多重目的,在规范属性上究竟将之认定为是对基本权利的保护还是干预,不仅是有效开展合宪性审查的前提和基础,也对解答前述合宪性问题有着决定性的影响。只有准确把握强制婚检在《民法典》实施前后规范属性的变与不变,才能实现与《婚姻法》疾病婚禁止规定合宪性判定的衔接与统一,才能合理解释《民法典》立法变化带来的影响。也只有在明晰强制婚检立法与国家保护义务关系的基础上,才有进一步讨论废止强制婚检是否导致保护不足的可能与必要。

(一)强制婚检规定是保护还是干预?

依照耶利内克提出的自然自由和法律自由的划分思路,^⑫基本权利可以进一步分为事实上形成的基本权利和法律上形成的基本权利这两大类型。两者的根本区别在于,立法是否决定着基本权利的形成。法律上形成的基本权利,因由立法创设而与立法之间建立起一种“双重面向”的关系——立法不仅可以确定该基本权利的保护范围,也可以在保护范围形成后对其进行干预。^⑬因此,宪法上的婚姻权作为一种比较典型的法律上

形成的基本权利,与之有关的立法也就在性质上呈现出不同的属性,既可能是为规范婚姻关系进行的保护性立法,也可能是为其他目的从外部对权利的行使作出干预。一项立法究竟是保护性的还是干预性的,对于该项立法的合宪性审查往往具有决定性的意义。保护性立法属于内在限制的范畴,一般不需要被正当化,因而可以轻松通过合宪性检验;而干预性立法则属于外在限制,“都需要经过正当化证明,不仅要具备外在限制的理由,如为了保护公共利益或他人的基本权利,也要符合外在限制的正当性条件。”^②当然,要准确判定立法的性质是保护性的还是干预性的也并非易事。例如,对于2001年《婚姻法》疾病婚无效的规定,有学者在将之定性为“一个公民权利保障的问题”的同时,又指出“问题焦点在于法律对公民自由进行限制的正当性”。^③这种表述显然没有意识到保护性立法与干预性立法的区别,从而混淆了对基本权利保护的审查和对基本权利干预的审查。

判定强制婚检规定究竟是一项保护性立法还是干预性立法,关键要看其立法目的是否落在婚姻基本权利之外,是为了婚姻基本权利还是出于公共利益的需要。在前述学者的观点中,疾病婚无效规定之所以实际被当作一项干预性立法来对待,究其原因就在于没有对立法目的作精细化分析。该学者认为,疾病婚无效规定的立法目的在《婚姻法》中没有“明示”,所以只能“从《母婴保健法》中推知一二”。于是,下意识地将该规定的立法目的落在婚姻基本权利之外,并以此为基础提出“遵循行政法理论下的比例原则理论”进行合宪性审查。^④比例原则虽然“正以日益旺盛的生命力”,甚至发展为一项全球化浪潮下的“法律帝国的基本原则”,^⑤但并非可以包治百病,该原则在立法审查中的适用具有有限性。就比例原则的起源和形成过程来看,其“本质是对基于公共利益需要而限制公民权利的国家权力的限制”,“有待比例

原则审查的是国家权力行使的合理性问题”^⑥。换言之,只有当国家权力介入所代表的公共利益与公民基本权利之间存在必然的冲突,能够在国家机关采取的手段与给当事人利益造成的损失之间进行平衡时,才有适用比例原则的可能。而对于保护性立法来说,由于立法的目的是保护基本权利,国家权力介入即便在客观上呈现出公共利益或国家利益的诉求,但与所保护基本权利之间有着内在的统一性,并不存在实质性冲突,因而也就没有运用比例原则进行权衡的空间和必要。该学者引入比例原则作为检验疾病婚无效规定的审查方法,也从侧面进一步印证了将该规定看作干预性立法的立场。但问题的症结在于,疾病婚无效规定是否属于一项干预性立法,该学者并没有展开必要的分析,直接套用比例原则显然有欠严谨。疾病婚无效规定的立法目的是否超越了对婚姻基本权利的保护?若从《母婴保健法》角度界定立法目的,其中是否包含了与婚姻基本权利相冲突的公共利益?类似的追问,同样适用于对强制婚检立法是保护还是干预的判定。

《民法典》实施前曾经实行的强制婚检,由于以落实《婚姻法》疾病婚禁止规定为宗旨,所以与前述疾病婚无效规定在立法目的上具有一致性,甚至存在一定的替代性。以2001年《婚姻法》引入疾病婚无效规定为契机,2003年《婚姻登记条例》才得以推行自愿婚检的新型政府管制模式,《母婴保健法》强制婚检规定也由此实际失去约束力,其中体现的正是疾病婚无效规定与强制婚检立法在立法目的上的统一,均以落实《婚姻法》疾病婚禁止规定为目标。为此,有必要进一步追问疾病婚禁止规定的立法目的为何,是否在基本权利之外为实现公共利益而设定限制?从《婚姻法》设定的禁止结婚情形看,除疾病婚禁止之外,还有禁止重婚、禁止未达婚龄结婚和禁止近亲结婚等规定。这些禁止性规定多少都融入了国家的管理

意志,包含着公共政策目的的实现。如《婚姻法》自1950年起就明确禁止重婚,排除一夫多妻、一妻多夫、群婚等婚姻模式,其立法意图就是通过对婚姻模式的塑造,迅速确立男女平等的社会新风尚,破除过往历史中一夫多妻、妻子沦为丈夫附庸的家庭组织形式。^③又如结婚年龄的设定在很大程度上“作为国家进行人口治理的政策工具而存在”^④。但是,某项立法体现公共利益并不足以将之判定为干预性立法,这是因为立法总是要体现国家意志,概莫能外。对于法律上形成的基本权利而言,保护性立法的特殊性就在于它是在基本权利保护范围内实现公共利益。因此,判定上述禁止性规定的立法性质,还需要进一步明确这些公共利益目标与婚姻基本权利的关系。^⑤只有当立法所追求的公共利益目标,是在基本权利内在限制的基础上实现,处于基本权利保护范围之内,该类立法才能被判定为是对基本权利的保护而非干预。

据此而论,由于《婚姻法》疾病婚禁止规定始终对疾病的认定采取“在医学上认为不应当结婚”标准,所以明显带有从婚姻自由内在限制角度进行界定的特征,即使不对婚姻基本权利的保护范围作进一步分析,也可以得出结论将之归入保护性立法的范畴。《婚姻法》疾病婚无效规定也因此可以被判定为保护性立法。但强制婚检规定的特殊之处在于,其立法目的在《民法典》实施前后有所区别。随着疾病婚禁止规定的失效,强制婚检规定实际上发生了向《母婴保健法》的回归,“保障母亲和婴儿健康”成为其首要的立法目的。而这一立法目的是否落入婚姻基本权利的保护范围之内,则有进一步确认的必要。

(二)从婚姻自由到婚姻受国家保护的“发展”

婚姻基本权利的保护范围,从宪法文本上看曾有过一次重大的调整。1954年《宪法》第96条在第1款规定妇女“享有同男子平等的权利”的基

础上,第2款进一步规定“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护”。婚姻受国家保护的这种表述形式在此后的历次修宪中均得到了完整的保留,却与此前的1949年《共同纲领》关于婚姻基本权利的规定有着显著区别。《共同纲领》第6条同样确认了妇女“有与男子平等的权利”,但紧跟其后的规定却是“实行男女婚姻自由”。由此推断,婚姻基本权利的保护范围经历了从婚姻自由向婚姻受国家保护的一次“发展”。只是这种“发展”意味着什么,学界对此问题有不同的解读。

一种典型的解释是将婚姻受国家保护视作婚姻自由的延伸,直接将两者等同起来,为此不妨将这种解释称作“婚姻自由说”。如有学者将婚姻受国家保护的规定视为婚姻自由的另一种表述,认为我国“自1949年中华人民共和国成立后,婚姻自由逐渐在宪法中予以确认”。从《共同纲领》到1982年《宪法》,均确认婚姻自由作为基本权利的宪法地位。所谓“宪法上的婚姻自由是指婚姻当事人享有自主决定自己的婚姻并基于其意志,自主自愿地决定结婚与离婚,既不受国家的强制、限制或其他方式的影响,也不受第三人的干涉和强制。”^⑥也有学者直接从宪法第49条第4款“禁止破坏婚姻自由”的规定,反向推导出婚姻自由权,视之为“自然人与生俱来的自然权利”并经《公民权利和政治权利国际公约》确认的“人类价值共识”。^⑦另一种解释则是从废除旧制度的自由面向转向创设新制度的建构面向,将“破旧”与“立新”统一起来,因此可称为“国家建构说”。1950年中央人民政府法制委员会《关于中华人民共和国婚姻法起草经过和起草理由的报告》就曾明确指出,婚姻制度改革思路是在“把男男女女尤其是妇女从旧婚姻制度这条锁链下也解放出来”的基础上,“建立一个崭新的合乎新社会发展的婚姻制度”。^⑧而无论是“破旧”还是“立新”,国家公权力对婚姻事务的适当介入和干预都必不可少。因

此,从《共同纲领》的“婚姻自由”到1954年《宪法》的婚姻“受国家的保护”,并非单纯地表达方式的改变,而是“历史经验的总结”,体现了国家对婚姻的“关怀和保护”。^③对于婚姻“受国家的保护”的这种新型表述,有学者提出这种保护至少意味着以下三个方面的含义:一是“国家和社会各方面应尽可能地保证每个合乎结婚条件的公民的结婚权、生育权、维持婚姻家庭生活的权利得以全面实现”,“国家据此必须尊重公民在婚姻家庭领域私生活的合法自主权”;二是“国家和法律也可以在此范围内,为保护婚姻家庭,而适当干预公民的私生活”;三是“任何妨碍公民正当行使婚姻家庭权利或有可能侵害他人此项权利的行为都必须予以取缔”。^④

究竟是采取“国家建构说”还是“婚姻自由说”,直接决定着婚姻基本权利保护范围的宽窄,也将对强制婚检规定的性质判定产生根本性影响。相对而言,“婚姻自由说”对于婚姻基本权利保护范围的界定较为狭窄,但要求赋予严格的宪法保护。如有学者主张,“婚姻自由是自然人的一项与生俱来的自然权利”,“婚姻权与选举权、结社权等其他权利不同,是任何时候都不能剥夺的”,除非必要不得限制。即使“国家为了维护公共健康或防止一般疾病的传播”的公共利益,而对艾滋病患者等特定群体的婚姻自由加以限制,也是“与宪法婚姻自由的基本权利抵触”的^⑤。根据这种观点,强制婚检规定不仅不该被判定为保护性立法,而且也很难通过合宪性审查。而在“国家建构说”看来,婚姻基本权利因其具有“国家建构功能”^⑥,所以包含着较为宽泛的国家管制内容,强制婚检规定完全可以归入其中。如有学者提出,“国家出于平衡当事人利益、保护家庭中的弱者,维护婚姻家庭关系稳定的目的,通过公权力对婚姻家庭领域进行规范,确立缔结和解除婚姻的条件与程序,规定家庭成员之间的权利与义务,对家庭自治进

行适当限制”^⑦,都在婚姻基本权利保护范围之内。但如此宽泛地接纳国家权力的介入,不免招致否定其基本权属性的质疑之声。如有学者直接把婚姻自由视作法律权利,认为“宪法第49条第4款的婚姻自由并非公民请求国家不得侵犯的防御权,而更多是从制度性保障的角度对立法者提出的‘核心不得废止、边缘可以限制’的要求。”^⑧

(三)婚姻基本权利的保护范围

“婚姻自由说”和“国家建构说”看似相互对立,但在实践层面又具有内在的一致性。接纳“国家建构说”,并不以反对“婚姻自由说”为前提。婚姻基本权利尽管经历了从婚姻自由到婚姻受国家保护的文本变迁,但“婚姻自由”的表述依然保留在现行宪法的婚姻基本权利条款之中。1954年《宪法》提出的婚姻受国家保护,不是对《共同纲领》中婚姻自由的彻底否定,而是从婚姻自由实现的现实条件出发,主张适度引入国家权力、消除各种不利因素,以国家建构的“庇护”为基础促成个人婚姻自由的实现^⑨。婚姻受国家保护是对婚姻自由的一种继承与发展,是在中国社会环境条件下实现婚姻自由的具体方案。

关于婚姻自由的中国化探索,早在革命根据地时期就已经形成了初步的经验。1939年由陕甘宁边区政府颁布的《陕甘宁边区婚姻条例》明确提出婚姻自由的原则^⑩,但在具体的实施过程中并不顺利,出现了大量女方家长利用婚姻牟利的离婚案件,并遭到男方家庭的强烈抵制。其中的症结就在于,当时的陕甘宁边区并不具备实现婚姻自由的先决条件,子女的婚姻完全被当作家庭事务处理,“‘婚姻自由’并没有体现为男女个人主体的权利”。所以在以家庭为主体、父权为主导的社会背景下,妇女的“婚姻自由”反而成为父亲利用悔婚、退婚或离婚“从经济通胀的条件下获益”的工具。^⑪可见,婚姻自由在当时的历史条件下要获得实现,不能单纯依靠赋予女性自由权,而是必须对

父权主导的家庭结构进行改造,将婚姻从家长主导的家庭事务转变为女性的个人选择。为此,1944年的《修正陕甘宁边区婚姻暂行条例》将理想化的婚姻自由原则重新表述为更加务实的“婚姻以自愿为原则”,从而使行为人本身的意愿成为婚姻保护的重点。而为查明和澄清行为人的真实意愿,即使是在被动的司法案件处理中,也包含了对国家权力进一步介入和干预的需求——司法人员不能“机械地搬用婚姻自由原则”,而是必须更加积极主动地采取措施、了解案件背后的动机。在这一时期所处理“一女两许/多许”案件中,“司法人员会在一个单独的房间里询问妇女的意愿”,尽可能地“排除父母和第三方对妇女的影响”,以便更真实地了解个人的“真实愿望”。^①

革命根据地时期执行婚姻自由原则的上述经验做法,在中华人民共和国成立以后成为当时婚姻立法的重要参考。1950年的《婚姻法》坚持以结婚的“男女双方本人完全自愿”为原则,进一步明确阻碍婚姻自由实现的根本原因在于“包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益”,以废除体现这些特征的封建主义婚姻制度作为婚姻法的根本任务。由于“遭到强大的习惯势力的顽固抵制和反抗”,也就更为迫切地要求国家权力的介入与干预。^②于是自1950年起,党和国家围绕《婚姻法》的贯彻实施,不仅下发了一系列关于宣传和检查《婚姻法》执行情况的通知和指示,^③而且“动用了几乎所有的国家力量,在全社会开展了一场自上而下的新婚姻法推广运动”^④。这场运动的直接成就是“对封建政权赖以生存的婚姻制度及家庭结构、家庭关系、家庭功能进行全面改造后,新型的自由婚姻显著增加,文明和睦的家庭大量涌现”^⑤。可以说,贯彻实施1950年《婚姻法》“保障人民有充分的婚姻自由”的过程,就是“彻底废除封建主义的婚姻制度,建立起新民主主义的婚姻制度”的过程。^⑥因此,在个人婚姻自由中国化的这一历史进程中,

国家权力不再是站在对立的立场,作为被时刻防范的力量对待,而是与婚姻自由的实现具有内在统一性的前提与保障——国家对婚姻的建构促成了婚姻自由的实现,作为“道德理想”的国家也成为个人的“内在目的”。^⑦以1950年《婚姻法》推行婚姻自由的立法和实践为基础,1954年《宪法》在表述上将婚姻自由改为婚姻受国家保护,并不是对婚姻自由的否定,而是反映了国家建构与婚姻自由之间的内在统一性,赋予婚姻基本权利以新内涵。

由此可见,婚姻受国家保护的婚姻基本权利在保护范围上实现了一次重大的突破,以实现婚姻自由这一核心任务为现实目标,已将国家建构的内容也融入其中。正是围绕着实现婚姻自由、建立新型婚姻关系的国家建构,1954年《宪法》以及此后的宪法文本不仅规定婚姻受国家保护,同时也明确家庭、母亲和儿童受国家保护。在婚姻基本权利条款中加入婚姻、家庭及其核心成员受国家保护的内容,既是在婚姻自由中融入国家建构方式的体现,同时也是对国家建构的一种限定:以婚姻、家庭、母亲和儿童为主题词的国家建构,将婚姻基本权利的保护限定在从婚姻关系缔结、存续和解除的全过程,排除了基于其他公共利益目的而对婚姻基本权利进行界定的可能性。例如,为稳定城镇房价、防止规避限购政策而出台的限制婚姻自由措施,则不能从婚姻基本权利保护的角度进行理解。为“保障母亲和婴儿健康”而出台的强制婚检规定,虽带有公共利益的考虑,但旨在对婚姻基本权利进行保护,所以不是一种基本权利干预措施,而是属于保护性立法的范畴。

三、强制婚检规定的合宪性评价

(一)婚姻受国家保护的限度

保护性立法“一般不需要被正当化”^⑧,但并不意味着不存在限制。因为保护性立法所涉及的是基本权利的内在限制,并不像外在限制那样存在

不同利益的对立与冲突,也就无法运用比例原则等方法展开合宪性审查,其中即便存在利益取舍,也属于立法机关的裁量范围,没有合理性分析的讨论空间。但是,立法机关同样必须受宪法作为“框架秩序”所设定的约束。^⑨就强制婚检规定而言,将其判定为一项保护性立法,并不意味着合宪性审查工作的终结,而是需要进一步检验宪法对婚姻基本权利所设定的“框架秩序”,进而判定这种内在限制是否存在对宪法约束的逾越。而婚姻基本权利条款在1954年《宪法》之后的几经调整和充实,充分体现了宪法所设定的“框架秩序”,为理解这种宪法约束提供了指引和依据。

在1954年《宪法》以婚姻受国家保护替代婚姻自由的基础上,1978年《宪法》又将“婚姻自主”规定纳入婚姻基本权利条款之中,列于婚姻受国家保护规定之前。其中所谓“自主”,尽管在含义上与“自愿”较为接近,都在于“强调在婚姻纠纷中当事妇女的个人意愿和她对于婚姻对象的选择权”,但联系到婚姻受国家保护规定对国家建构功能的承认,“婚姻自主”规定的纳入更可能是从国家的角度强调公权力对于婚姻自愿予以必要的尊重。^⑩从婚姻自由到婚姻受国家保护,再到婚姻自主与婚姻受国家保护并列,其中折射出的是对国家建构功能的反思与重塑,也印证了婚姻自由与国家建构之间存在的辩证关系,而这一改变正是建立在“文革”十年动乱后对历史教训的总结和吸取之上。从1950年代贯彻婚姻法运动开始,随着国家权力对婚姻的塑造不断深入,其显现的负面作用也日益清晰。如有观点指出,虽然“解放后的个人从封建家庭和封建土地制度的束缚中解放出来,但政治身份和家庭成分却一度替代了之前的宗法身份,而在解放后相当长的时期内成为影响或干涉婚姻最重要的因素”。^⑪为改变国家权力对于婚姻关系的过度介入,有必要对婚姻受国家保护设定边界,所以才有1978年《宪法》对“婚姻自

主”的宣示与强调,但是这种宪法约束依然不够清晰,缺乏明确可操作性的标准。

到1982年《宪法》,“婚姻自主”的模糊表述最终被放弃,婚姻受国家保护有了更为清晰的界分,进一步促成了婚姻基本权利条款的完善与发展。首先,《宪法》第49条第1款继续将“婚姻”受国家保护与“家庭”“母亲”“儿童”受国家保护并列,从价值层面肯定了“婚姻”“家庭”“母亲”“儿童”四者之间的内在统一性,从规范层面确立了婚姻基本权利保护中国国家建构的正当性:国家通过对婚姻的塑造强化对家庭、母亲和儿童的保护,家庭、母亲和儿童的国家保护也因此纳入婚姻基本权利的保护范围。其次,《宪法》第49条第2、3款增设计划生育义务、抚养义务和赡养义务等规定,目的是以例证的方式说明国家介入婚姻关系的事项和尺度。生育、抚养和赡养义务均与国家保护家庭、母亲和儿童的价值目标直接相关,尽管是一种不完全列举,但有助于对限制事项的理解,也明确了设定义务的限制方式。最后,《宪法》第49条第4款在前两款不完全列举的基础上设定兜底条款,进一步强调婚姻基本权利的核心内容是婚姻自由以及家庭、母亲和儿童保护。该款以“禁止破坏婚姻自由,禁止虐待老人、妇女和儿童”的禁止性规定,明确划定了婚姻受国家保护的边界,即国家对婚姻的保护不能脱离男女双方的自愿自主,也不能因此造成对老人、妇女和儿童的虐待。可见,《宪法》第49条的四个条款在逻辑上相互衔接,形成了从原则规定到肯定列举再到反面排除的规范结构,为婚姻受国家保护设定了清晰的“框架秩序”。与此发展相适应,1982年《宪法》第49条4个条款对婚姻基本权利的完整规定,改变了以往在妇女平等权条款中予以规定的处境,进一步提升了婚姻基本权利的宪法地位,使之不再局限于特殊群体的特别保护,而是成为一项人人享有的基本权利。

(二)强制婚检的合宪性分析

根据上述对《宪法》第49条的规范分析,婚姻受国家保护的宪法约束主要集中在以下两个方面:一是事项限定,即国家对婚姻基本权利的保护性立法仅限于与婚姻、家庭、母亲和儿童受国家保护直接相关的事项,如生育、抚养和赡养等。二是过度禁止,即防止国家对婚姻、家庭、母亲和儿童的过度保护,既禁止可能导致婚姻自由被完全“破坏”的保护性立法;也禁止可能导致老人、妇女和儿童丧失主体地位而被“虐待”的保护性立法。据此而论,强制婚检规定并不涉及事项限定方面的问题,因为作为“保障母亲和婴儿健康,提高出生人口素质”的保护性立法,该规定不仅与母亲、儿童受国家保护直接相关,而且也可以归入生育义务的范畴,因而没有逾越保护事项上的宪法界限。但是,强制婚检规定是否逾越了过度禁止的宪法约束,则尚有待进一步探讨。

尤其是在1994年《婚姻登记管理条例》施行期间,强制婚检规定曾同婚姻登记效力相绑定,事实上造成了部分疾病患者无法结婚的法律后果,这个意义上的强制婚检规定是否达到过度保护的程度,是否构成对婚姻自由的“破坏”,有必要首先予以回应。其中的一个关键性问题就在于,对于婚姻自由的界定以及如何看待婚姻与疾病的关系。诚如前述,《民法典》实施前我国立法长期承认存在“医学上认为不应当结婚”的疾病,将疾病视作婚姻自由的内在限制,因而允许对疾病婚的禁止和无效。但在《民法典》制定过程中,这种观点和立场开始受到质疑。如有学者提出,“近代以来,婚姻和生育随着科学技术和社会经济的发展逐渐分离”,两者之间的“统一”关系不复存在,国家“没有必要也没有充足的理由”基于生育管制的目的限制当事人行使结婚权利,因此将疾病列为婚姻无效事由的规定应予删除。^③又如如有学者认为,随着医疗条件的不断改善,大多数疾病可以预

防和治疗,且法律列举的禁止结婚或暂缓结婚的疾病范围呈“不断缩小”的趋势,因此不妨废除此类规定,将之交由当事人自主决定。^④正是因应医学和科技的发展,《民法典》最终取消了疾病婚禁止和无效的规定,既体现了“最新的社会共识”,也是对宪法上婚姻自由观的“适时更新”。^⑤随着《民法典》的这一立场转变,有必要推翻过去将疾病视作婚姻自由内在限制的事实认定,对《宪法》第49条关于婚姻自由的解释作出相应的调整。

据此可以判定,强制婚检规定作为保护性立法,体现国家对婚姻基本权利的保护,这种保护在目的和事项上符合《宪法》第49条所设定的“框架秩序”,但在实施效果上应避免对婚姻自由的“破坏”。特别是随着《民法典》的实施、婚姻观念的更新,强制婚检规定所体现的内在限制应控制在一定范围限度之内。^⑥如果对强制婚检义务设定严厉的惩罚措施或不利后果,并事实上导致部分患者难以或无法行使结婚权利,那么强制婚检规定将因逾越过度保护禁止的宪法约束而被认定为违宪。因此,在当前的制度环境下全面恢复此前曾经推行的强制婚检,不仅与人们的婚姻观念相悖,而且也有违宪法对婚姻受国家保护的限定。《母婴保健法》第12条所设立的强制婚检只要求男女双方在结婚登记时“持有婚前医学检查证明或者医学鉴定证明”,并未赋予登记机关审查和批准的职权,亦不与婚姻登记效力相绑定,因此在性质上有别于《婚姻登记管理条例》(1994年)中规定的强制婚检。这个意义上的强制婚检尽管耗费时间和金钱,也对婚姻自由的实现造成一定的负担,但是这种限制不是实质性的,更不会造成一部分人无法行使婚姻自由的“破坏”后果,因此可以获得合宪的正向评价。当然,作为一种合理限制,这种强制婚检亦有界限,立法者并没有完全的形成自由,必须受到“框架秩序”的限定。随着《民法典》的制定和实施,这种“框架秩序”的限定无疑更加清晰显

现,这为强制婚检制度的优化和改进提供了契机。

(三)国家保护的期待可能性

这种优化和改进是对婚检强制属性的弱化甚至取消,也意味着国家对母婴健康的保护强度降低,这固然与《民法典》赋予当事人更多婚姻自主权的立法宗旨相契合,但对婚姻基本权利的国家保护而言则提出了一种新的挑战。在《民法典》放松对婚姻关系私法管制的前提下,强制婚检规定作为一项公法保护措施是否可以弱化甚至取消,这其中关涉到的是宪法上“禁止保护不足”问题。“禁止保护不足”的概念由德国学者在1980年首次提出,目的是“审查立法者履行的保护义务是否达到了宪法要求”。^⑤这一理论所触及的国家保护义务最低限度问题,对于理解我国宪法上的婚姻基本权利条款具有重要的借鉴价值。自1954年《宪法》确立婚姻受国家保护以来,尽管在“文革”之后出现了对国家介入婚姻关系的反思与重塑,婚姻基本权利条款增加了对国家保护限度的约束性规定,但始终坚持婚姻受国家保护的立场,这既印证了国家保护对于婚姻基本权利实现的重要性,也表明了立法者提供充分有效保护的必要性。因此,《宪法》第49条虽然没有明确提出保护不足的禁止,但是实际上以承认国家立法保护义务存在最低限度要求为前提。

至于如何确定国家立法是否达到这一最低限度要求,需要结合实际情况,在“分析和审查立法者的不(更多)作为对于被保护人而言是否具有期待可能性”的基础上作出判定,即只有当被保护人对于立法者未采取(更多)保护措施不具有期待可能性时,才能判定“立法保护程度无法达到禁止保护不足原则划定的保护下限”,进而认定未履行保护义务。^⑥具体而言,就是要明确公众对于婚检制度的期待可能性,不实行强制婚检是否在根本上违背了社会预期,能否为公众所容忍?在此问题上,全国人大常委会法工委的备案审查意见实际

上已经作出研判。全国人大法工委审查认为:“自2003年10月《婚姻登记条例》实施以来,婚前医学检查事实上已成为公民的自愿行为”^⑦,这就在事实上确认了公众对于立法者弱化甚至取消强制婚检具有期待可能性。更何况,不实行强制婚检对于母婴健康风险的增加并不具有决定性影响,由此增加的风险也可以通过国家劝导、当事人主动配合等方式予以化解,因此,婚检强制属性的弱化甚至取消并不能说明立法者没有提供必要有效的保护,这种调整也没有突破国家对婚姻保护的最低限度。

四、强制婚检制度的未来走向

根据以上的合宪性分析,强制婚检制度存在着进一步优化和改进的必要和空间。也正是基于这样的判定,全国人大常委会法工委在备案审查意见中提出“与国务院有关部门沟通,推动根据民法典精神适时统筹修改完善有关法律法规制度”的改革建议^⑧。这一建议所表明的改革方向,当然不是推动《母婴保健法》的适时修改,全面废除强制婚检,这是因为下一步要进行沟通协调的机关只是国务院有关部门,也就不可能涉及狭义法律的修改完善;而是应当理解为,推动强制婚检制度“根据民法典精神”进行优化和改进。其中对于“民法典精神”的强调体现了这一改革建议的核心,意在淡化强制婚检的公法属性,转而从私法角度实现对强制婚检的重新定位。

强制婚检制度从公转私的性质调整,首先是在当前条件下进行合宪性调整的需要。婚姻基本权利作为一项法律上形成的基本权利,立法机关对婚姻的界定和保护“有着非常大的自由空间”,这种形成空间首先体现为“立法机关可以选择在公法还是在私法领域进行保护”。^⑨强制婚检制度之所以一开始选择采取公法领域进行保护,与新中国成立后在推行婚姻自由过程中强调国家对婚姻的建构功能不无关系。从1950年的《婚姻法》

到1980年的《婚姻法》，疾病婚禁止规定均带有浓重的国家管制色彩，强制婚检制度实际上正是作为这一国家管制的配套措施而出现的。在2001年《婚姻法》引入婚姻无效和可撤销的私法制度弱化疾病婚禁止规定的公法属性时，强制婚检制度与婚姻无效制度之间公私法不同定位的嫌隙已经显现，直至2003年最终演化为《婚姻登记条例》与《母婴保健法》之间的法规范冲突。毫无疑问，强制婚检制度的公法定性，为婚姻当事人提供了有效的国家保护，但是随着《婚姻法》向民法的回归，尤其是《民法典》的颁布实施，婚姻受国家保护的宪法边界已悄然发生改变，继续从国家管制角度推行强制婚检有违宪之虞。在疾病婚禁止规定已然失效的背景下，公法意义上的强制婚检制度有退出或转型的必要。以民法典精神为纽带，对《母婴保健法》强制婚检规定作出重新定位，为实现这种转型提供了可能。

根据《母婴保健法》第12条、《母婴保健法实施办法》(2022年修正)第10条的规定，男女双方在办理结婚登记前，应当到医疗、保健机构进行婚前医学检查；在结婚登记时，应当持有婚前医学检查证明或者医学鉴定证明。其中强调的“应当”一词，若放在公法领域理解，则与婚姻登记行为相联系，因为登记机关可能据此拒绝登记而构成对申请人婚姻自由的不当干涉。但是如果将“应当”一词放在私法的语境中理解，“应当”则未必属于一种强制性义务性规范，甚至不一定产生不利的法律后果。^④例如《民法典》第490条第2款规定，“法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。”这里的“应当”，表示从情理上建议采用书面形式，“但是如果当事人没有采取书面形式不能一概认定为违反强制性规范，自然也不应一律认为合同无效”。^⑤因此，从法律文本的角度来看，强制婚检

的“强制”属性可以通过法律解释的方法进行合宪性调整。而根据民法典精神，将《母婴保健法》第12条的强制婚检规定视作一项私法规则，是实现这一合宪性调整的有效路径。

当然，对强制婚检制度的重新定位并不是问题的终结，作为一项私法制度如何实现《民法典》规定的统筹协调，是这一改革方向必须认真对待的课题。例如，强制婚检的规制目的在于“保障母亲和婴儿健康”，《母婴保健法》据此设定婚前检查的疾病仅限于“(一)严重遗传性疾病；(二)指定传染病；(三)有关精神病。”这与《民法典》规定的婚前重大疾病告知义务，不仅在立法目的上产生差异，而且在疾病认定上也可能出现分歧。^⑥为此，有必要在进一步研究是否将上述两种疾病范围予以统一的基础上，对婚前医学检查项目作出适当的调整。又如，关于婚前重大疾病告知义务证明责任的分配，在《民法典》实施以来并没有形成统一的实践标准。^⑦尽管坚持推行强制婚检，对查明重大疾病是否发生在婚前，以及患病一方是否婚前有隐瞒重大疾病的行为等问题，提供了“制度支撑”^⑧，但仍有诸多问题需要细化完善：一是对于接受婚检的当事人，是一概推定为已经履行告知义务，还是应对一些例外情形作明确列举？二是对于明确拒绝接受婚检的当事人，是否必须由此承担履行告知义务的举证责任，还是可以允许一定的例外？三是在婚姻登记机关发生错误、未尽到查验义务时，证明责任又该如何分配，等等。以上事项的统筹协调，不仅与强制婚检实施效果密切联系，也事关国家保护婚姻家庭任务的实现。倘若私法制度最终无法实现强制婚检的保护任务，则仍可能因其对婚姻基本权利的保护不足而招致合宪性争议。

注释：

①苏州大学王健法学院课题组：《婚前医学检查制度的合

法性反思及制度重建》，载《备案审查研究》2021年第2辑，中国民主法制出版社2021年版，第210页。

②《婚姻法》(2001年修正)引入婚姻无效制度，采取自始无效和可撤销并存的双轨制模式。据此，婚姻无效制度在我国包括狭义婚姻无效和婚姻可撤销的相关制度。

③梁鹰：《2020年备案审查工作情况报告述评》，载《中国法律评论》2021年第2期，第174页。

④《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2021年备案审查工作情况的报告》，载中国人大网，<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202112/2606f90a45b1406e9e57ff45b42ceb1c.shtml>，2024年1月1日访问。

⑤参见胡锦涛光：《婚检规定宜引入合宪性审查》，载《法学》2005年第9期，第128页。

⑥时至今日依然有学者认为，“现行涉及婚检问题的相关法律规范的冲突主要还是行政法问题，因此称其为中国行政法典型事例可能更为贴切。”参见黄学贤：《现行婚检制度的规范冲突及其解决》，载《南大法学》2023年第4期，第90页。

⑦蓝燕：《卫生部：新〈婚姻登记条例〉并未取消强制婚检》，载《中国青年报》，https://zqb.cyol.com/content/2003-08/20/content_718412.htm，2024年1月1日访问。

⑧参见1986年3月民政部经国务院批准后公布的《婚姻登记办法》第1条。

⑨李蕊：《透析婚检》，载《河北法学》2005年第1期，第114页。

⑩参见王怀章：《婚检制度改革的背景、缺陷、完善及发展趋势——从政府与社会分权的视角》，载《行政法学研究》2005年第2期，第49页。

⑪王俊秀：《民政部：新〈婚姻登记条例〉更加保障婚姻自由》，载《中国青年报》，https://zqb.cyol.com/content/2003-08/20/content_718407.htm，2024年1月1日访问。

⑫李瑜青、罗维：《法理视域下的中国婚检制度》，载《求索》2005年第8期，第41页。

⑬如有学者指出，由强制婚检到自愿婚检的转变，“顺应了转型时期政府角色转变的要求”，“让国家公权尽量从私权领域内退出去，使公民的私权得到充分的尊重、突显和张扬，这无疑是对基本人权的尊重和保护。”参见王怀章：《婚检制度改革的背景、缺陷、完善及发展趋势——从政府与社会分权的视角》，载《行政法学研究》2005年第2期，第48页；还可参见张红梅：《法律人性化的交易费用基础——从我国婚检制度由强

制到自愿演变的(个案)分析》，载《兰州大学学报》2006年第4期，第126页。

⑭王斌、许洋、孙东东等：《取消强制婚检：是因噎废食，还是社会进步》，载《人口研究》2004年第3期，第32-33页。

⑮黄丽娜、陈婉玲：《国务院调查组：婚检作用有限防生育缺陷应孕检》，载中国新闻网，<https://news.sina.com.cn/o/2005-07-28/15066552739s.shtml>，2024年1月1日访问。

⑯章志远：《制度变迁、利益冲突与管制重塑——立足于婚检管制模式演变的考察》，载《法学家》2007年第6期，第107页。

⑰参见徐国栋：《〈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》，载《暨南学报(哲学社会科学版)》2020年第1期，第98-99页。

⑱苏州大学婚检课题组：《依据民法典精神重构我国婚前医学检查制度的法治路径》，载《河南财经政法大学学报》2024年第2期，第50-51页。

⑲参见[德]格奥格·耶利内克：《主观公法权利体系》，曾韬、赵天书译，中国政法大学出版社2012年版，第43页以下。

⑳参见王锴：《基本权利保护范围的界定》，载《法学研究》2020年版第5期，第109-110页。

㉑参见王锴：《基本权利保护范围的界定》，载《法学研究》2020年版第5期，第119页。

㉒参见申晨：《论婚姻无效的制度构建》，载《中外法学》2019年第2期，第461页。

㉓参见申晨：《论婚姻无效的制度构建》，载《中外法学》2019年第2期，第461-462页。

㉔参见蒋红珍：《比例原则的全球化与本土化》，载《交大法学》2017年第4期，第5-6页。

㉕梅扬：《比例原则的适用范围与限度》，载《法学研究》2020年第2期，第58-59页。

㉖参见张希坡：《中国婚姻立法史》，人民出版社2004年版，第268页。

㉗申晨：《论婚姻无效的制度构建》，载《中外法学》2019年第2期，第461页。

㉘婚姻基本权利的立宪目的存在多元性，如有学者指出，“经过长期的革命实践和规范建构，宪法在保护婚姻家庭制度的传统功能之外，还确定了对于婚姻家庭领域的性别平等以及婚姻自由的保护目的。”参见秦奥蕾、陈一宏：《宪法视野下的婚检制度变革与完善——基于〈民法典〉第1053条告

知义务的履行》，载《苏州大学学报(法学版)》2024年第1期，第16页。

②周伟：《国家与婚姻：婚姻自由的宪法之维》，载《河北法学》2006年第12期，第17页。

③邹平学、李卓：《虚假婚姻与宪法自由权博弈的本质分析——以住房限购政策为切入点》，载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期，第164页。

④张培田编：《新中国法制研究史料通鉴》，中国政法大学出版社2003年版，第894页。

⑤许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社2003年版，第391页。

⑥参见杨遂全：《论国家保护婚姻家庭的宪法原则及其施行》，载《中国法学》2001年第1期，第169页。

⑦参见周伟：《国家与婚姻：婚姻自由的宪法之维》，载《河北法学》2006年第12期，第19页。

⑧于文豪：《“五四宪法”基本权利的国家建构功能》，载《环球法律评论》2015年第2期，第24页。

⑨夏吟兰：《论婚姻家庭法在民法典体系中的相对独立性》，载《法学论坛》2014年第4期，第13页。

⑩王锴：《婚姻、家庭的宪法保障——以我国宪法第49条为中心》，载《法学评论》2013年第2期，第12页。

⑪参见于文豪：《“五四宪法”基本权利的国家建构功能》，载《环球法律评论》2015年第2期，第25页。

⑫《陕甘宁边区婚姻条例》第2条规定，“男女婚姻照本人之自由意志为原则。”

⑬参见丛小平：《从“婚姻自由”到“婚姻自主”：20世纪40年代陕甘宁边区婚姻的重塑》，载《开放时代》2015年第5期，第142页。

⑭参见丛小平：《从“婚姻自由”到“婚姻自主”：20世纪40年代陕甘宁边区婚姻的重塑》，载《开放时代》2015年第5期，第143页。

⑮参见王思梅：《新中国第一部〈婚姻法〉的颁布与实施》，载《党的文献》2010年第3期，第26页。

⑯如中共中央1950年4月30日下发的《关于保证执行婚姻法给全党的通知》；政务院1951年9月26日下达的《中央人民政府关于检查婚姻法执行情况的指示》；1952年11月26日和1953年2月1日中共中央和政务院分别发出的《关于贯彻婚姻法的指示》；等等。

⑰金眉：《我国上世纪50年代婚姻制度改革运动的反

思》，载《法学》2010年第8期，第101页。

⑱王思梅：《新中国第一部〈婚姻法〉的颁布与实施》，载《党的文献》2010年第3期，第27页。

⑲参见邓颖超：《关于中华人民共和国婚姻法的报告》，载《党的文献》2010年第3期，第9-10页。

⑳参见于文豪：《“五四宪法”基本权利的国家建构功能》，载《环球法律评论》2015年第2期，第30页。

㉑参见王锴：《基本权利保护范围的界定》，载《法学研究》2020年版第5期，第119页。

㉒参见张翔：《宪法与部门法的三重关系》，载《中国法律评论》2019年第1期，第28页。

㉓参见丛小平：《从“婚姻自由”到“婚姻自主”：20世纪40年代陕甘宁边区婚姻的重塑》，载《开放时代》2015年第5期，第143页。

㉔参见金眉：《我国上世纪50年代婚姻制度改革运动的反思》，载《法学》2010年第8期，第106页。

㉕参见高留志：《婚姻和生育的分离与我国结婚制度的改革》，载《河北法学》2006年第9期，第63页。

㉖参见马忆南：《民法典视野下婚姻的无效和撤销——兼论结婚要件》，载《妇女研究论丛》2018年第3期，第29页。

㉗参见王贵松：《强制婚检制该何去何从》，载澎湃新闻2022年1月23日，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_16417925，2024年1月1日访问。

㉘更有学者明确提出，“在《民法典》实施的背景下，作为管理者的婚姻登记机关在公民身体健康监管层面应主动退场，是国家在保护公民意思自治层面的一种制度进步。”参见杨晓楠：《备案审查背景下婚检法律制度之重构》，载《苏州大学学报(法学版)》2024年第1期，第11页。

㉙参见陈征：《宪法中的禁止保护不足原则——兼与比例原则对比论证》，载《法学研究》2021年第4期，第56页。

㉚参见陈征：《宪法中的禁止保护不足原则——兼与比例原则对比论证》，载《法学研究》2021年第4期，第67-68页。

㉛《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2021年备案审查工作情况的报告》，载中国人大网，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202301/t20230113_4233339.html，2024年1月1日访问。

㉜《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2021年备案审查工作情况的报告》，载中国人大网，http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202301/t20230113_4233339.html，

2024年1月1日访问。

⑩陈征:《基本权利的国家保护义务功能》,载《法学研究》2008年第1期,第55页。

⑪自2003年《婚姻登记条例》第5条明确删除了婚检证明以来,《母婴保健法》第12条中的“应当”一词实际上不具有强制属性,自愿婚检制度因而被认为始于2003年并持续至今。参见孙嘉阳:《婚检制度的法理反思与制度重构——以婚姻自主为核心的讨论》,载《苏州大学学报(法学版)》2024年第1期,第44页。

⑫参见杨凤仙:《法律文本中“应当”的语言特征分析》,载《边缘法学论坛》2021年第2辑,江西人民出版社2021年版,第5页。

⑬对于重大疾病的认定,最高人民法院认为应参考医学定义,参考保险行业对此的划定范围;如治疗费用过高,且治

疗时间持续较长的或对生命健康存在严重威胁的属于重大疾病。参见最高人民法院民事审判第一庭主编:《最高人民法院婚姻法司法解释(三)理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第86页。

⑭有些案件法院将证明责任分配给了原告,原告如若无法证明被告在缔结婚姻前隐瞒患有重大疾病的事实,则需要承担不利后果。也有法院认为被告应该对缔结婚姻之前已经如实告知另一方患有重大疾病的事实进行证明。参见乔茹、胡晓翔:《可撤销婚姻的实践困境与制度完善——以〈民法典〉第1053条为中心展开》,载《社会科学家》2022年第2期,第140页。

⑮苏州大学王健法学院课题组:《婚前医学检查制度的合法性反思及制度重建》,载《备案审查研究》2021年第2辑,中国民主法制出版社2021年版,第216页。

Disputes Over the Constitutionality of Compulsory Marriage Examination after the Implementation of the Civil Code

Tu Zhenyu

Abstract: The implementation of the Civil Code has brought the constitutional issues related to mandatory premarital examinations to the forefront and has also changed the controversial constitutional evaluation. On the one hand, the characterization of mandatory premarital examination as protective legislation remains unchanged. Although the legislative purpose of mandatory premarital examination has shifted from focusing on marital relationships to maternal and infant health protection before and after the implementation of the Civil Code, it is still regarded as the protection of the fundamental right of marriage and not as intervention, as the basic rights provisions of marriage have incorporated state protection for families and their members. Therefore, in principle, the mandatory premarital examination could be presumed to be constitutional. On the other hand, with the updated concept of marriage freedom brought about by the implementation of the Civil Code, there is a new connotation to the extent of state protection for marriage. Continuing the promotion of mandatory premarital examination from the perspective of state regulation could potentially violate the constitution. According to the spirit of the Civil Code, it is necessary to interpret the "mandatory" attribute of premarital examination from the perspective of private law and coordinate relevant civil rules in order to reform the system of mandatory premarital examinations.

Key words: Compulsory Premarital Examination; Voluntary Marriage Examinations; Fundamental Rights of Marriage; Freedom of Marriage; Constitutionality