

“同性恋掺和什么婚姻法？”

原创：K总 SOGIECN 7月31日

导言

同语公众号昨日发文《改变 | 民法典二审稿意见征集，让立法者倾听性少数声音！》，（下称“建议文”）针对《民法典婚姻家庭编（草案）》和《民法典继承编（草案）》二次审议稿提出四点“立足性少数群体诉求”的建议，意在动员社群抓住两草案公开征求意见的最后时机提交意见。建议文获得社群较多关注，但从公众号及微博留言就可以看出，有些社群伙伴对这一倡导感到较为疑惑，不明白其中的部分意见与性/别少数群体的关系；有些社群伙伴则对建议的内容提出了异议。我认为这篇倡导文案提出的部分建议（或者说没能提出的那些建议）及理由不够完善，没有回应社群需求，没有坚持倡导理念，也没有经过与专业人士充分讨论。同为关注多元性/别议题的法律人，笔者有些浅见，想与作者探讨。

01

“重大疾病”须告知条款

建议文意见如下

草案文本	<p>第八百三十条</p> <p>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，另一方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销该婚姻。</p> <p>撤销婚姻的请求，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。</p>
修改意见	<p>建议删除该条文。</p> <p>重大疾病范围并不清晰；</p> <p>一方当事人在结婚登记前的健康状况在举证上存在巨大困难，存在被另一方当事人利用的可能；</p> <p>一定程度恢复婚前体检制度，增加程序负担，影响婚姻自由。</p>

法律草案文本的修改建议，不应该只从某一单一条文看，而是有纵向与横向两个维度。纵向的，要看这一条文的历史沿革；横向的，要看这一条文与其他条文的关系。第八百三十条是关于可撤销婚姻的规定，其内容是关于结婚一方“患有重大疾病”的情形如何处理。

从历史沿革上来看，“重大疾病”来源于“医学上认为不应当结婚的疾病”。在1980年婚姻法第六条中，“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”属于禁止结婚的情形，2001年婚姻法的表述则为“婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的”婚姻无效——所谓“医学上认为不

应当结婚的疾病”规定在1994年《母婴保健法》第八条中，即“严重遗传性疾病、指定传染病及有关精神病”，具体则是第三十八条规定的“《传染病防治法》中规定的艾滋病、淋病、梅毒、麻风病等以及医学上认为影响结婚和生育的其他传染病。”“严重遗传性疾病，是指由于遗传因素先天形成，患者全部或者部分丧失自主生活能力，后代再现风险高，医学上认为不宜生育的遗传性疾病。”和“有关精神病，是指精神分裂症、躁狂抑郁型精神病以及其他重型精神病。”《母婴保健法》中有关这些疾病的规定，是与第十二条所谓的“强制婚检”密切结合在一起的，即“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。”然而在2003年通过并实施的《婚姻登记条例》第五条所列明的“办理结婚登记的内地居民应当出具”的材料中，并没有“婚前医学检查证明或者医学鉴定证明”及类似的要求；实践中也已经取消了强制婚检。但有意思的是，历经2009年和2017年两次修改的《母婴保健法》仍然保留了上述条款，直至近年，也仍然有因“婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的”而被法院判决婚姻无效的司法裁判。

本次民法典婚姻家庭编草案中，第八百二十八条规定了无效婚姻的情形，“婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的”已经悄然消失，类似的表述则被“移”到了可撤销婚姻的情形中，即现在我们讨论的第八百三十条，且表述历经了“一方患有严重的传染病、精神病或者遗传性疾病等疾病时，应当在结婚登记前如实告知另一方……”（《民法典婚姻家庭编（草案）》2018年4月征求意见稿第十三条）到“一方患有严重疾病的，应当在结婚登记前如实告知另一方……”（《民法典各分编（草案）》2018年9月5日征求意见稿第八百三十条），再到现在的“重大疾病的”的表述。这一改变主要有两点：第一，从“严重传染病、精神病或者遗传性疾病等疾病”这一明显是沿用历史上“患有医学上认为不应当结婚的疾病”的内涵的表述，变为“严重疾病”这一没有进行“不应当结婚”否定性评价的表述；第二，从当然无效的婚姻，变为可撤销的婚姻，也即将选择权赋予了未隐瞒的另一方。客观来说，这一改变是进步的，甚至可以说是尊重了当事人婚姻自主权的。在《民法典各分编（草案）》的说明中，立法者也明确这一改变是因为“现行婚姻法规定，患有医学上认为不应当结婚的疾病者禁止结婚。这一规定在实践中很难操作，且在对方知情的情况下，是否患有疾病并不必然会影响当事人的结婚意愿。为尊重当事人的婚姻自主权，草案规定，一方患有严重疾病的应当在结婚登记前如实告知对方，不如实告知的，对方可以请求撤销该婚姻。”

这里对建议文提出的修改理由作出几点回应。首先，重大疾病的范围并不清晰是有目共睹的，但这显然不是一个足够的支持删除本条的理由，立法者完全可以对这一表述进行修改，例如回归到“严重的传染病、精神病或者遗传性疾病等疾病”这一半开放式列举的形式。其次，请求撤销婚姻的举证责任是根据民法一般原则，即“谁主张谁举证”，在已有的司法裁判中，对原告的举证责任可以说是要求很高的；加之我国司法实践中普遍存在着维护婚姻稳定与存续的思维，与其说是隐瞒方举证存在巨大困难，不如说是完全相反。最后，并非是婚前体检不合理，不合理的只是强制婚检——因为这剥夺了当事人的自主选择权；说婚检“增加程序负担”的前提也应该是强制婚检，但这显然不是此条的本意，如果想要推行强制婚检，严格执行《母婴保健法》第十二条的规定即可。

那么第八百三十条究竟是否有问题呢？或者说，即使在客观上它是进步的，是否足够呢？是否足以回应社会生活的巨大变化并且达到公平正义的目的呢？在我看来，这一条最大的问题在于，它反映出法律对于隐瞒疾病结婚（也许是“骗婚”的一种？）做出的评价。草案第八百三十一条规定：“无效的或者被撤销的婚姻自始没有法律约束力，当事人不具有夫妻的权利和义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理；协议不成的，由人民法院根据照顾无过错方的原则判决。……”结合现行婚姻法释义，“这里的无过错方是指本人不具有婚姻无效的情形，且善意相信登记成立的婚姻有效的一方。”从上述规定和释义我们可以看出，法律对这种隐瞒行为是作否定性评价的，这种隐瞒会被认为是一种“过错”。那么对结婚相

对方隐瞒自己的“重大疾病”（或者其他更合理一些的表述）被认为是一种过错，是否是对隐瞒方隐私权的价值贬损？我认为是确定无疑的。但权利冲突的情况时有发生，究竟要如何解决？隐私权与配偶知情权之间的冲突是一个有着巨大争议的问题，法律在这里对配偶知情权提供了更高层次的保护是否合适？或者说，对配偶知情权的保障是否应当用这种强硬且粗糙的方式？这是有疑问的。

因此，删除本条是可以的，但理由是需要修改的。一方面要明确对当事人隐私的保护，另一方面也要平衡对配偶知情权的保护。尤其对后者，不已采用国家过度干涉的方式，而是应当以柔性的方式推行，例如实施免费婚检，对欲登记结婚的双方进行婚姻教育，引导当事人明确自己的需求，将真正的选择权还给当事人自己。

02

离婚损害赔偿条款

建议文意见如下

草案文本	<p>第八百六十九条</p> <p>有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：</p> <ul style="list-style-type: none">（一）重婚的；（二）与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的；（五）有其他重大过错的。
修改意见	<p>请立法者释明“其他重大过错”。</p> <p>“其他重大过错”含义不明，在实践中容易被一方当事人滥用或任意解释。</p>

照例先回顾一下立法原意。离婚损害赔偿制度一直饱受诟病，原因无外乎现行婚姻法四十六条的完全列举无法为婚姻中的无过错一方提供足够的法律保障，目前的四种情形，即“重婚的；与他人同居的；实施家庭暴力的；虐待、遗弃家庭成员的”是非常严重地侵害了配偶的人身权；加之这四种情形举证困难，使这一条成为了婚姻法中几乎形同虚设的条款。

在司法实践中，有很多同样严重的情形，但仅仅由于不属于上述四种情形，无法获得这一法定救济。例如长期吸毒、赌博的；不履行夫妻、子女之间的扶养、抚养义务的；影响家庭生活或数额巨大的偷匿财产的，不一而足。成文法的缺点之一就是无法灵活回应社会生活中的万象，因此草案第八百六十九条设立“有其他重大过错的”这一项即所谓的“兜底条款”，以给法官更多的自由裁量权，法官可以通过个人的阅历和生活常识，来判定过错方行为是否是重大过错，是完全合理的。

而这一条之所以会出现在建议文的修改建议中，明眼人都明白是因为什么，部分同志社群及倡导者担心这一条会成为惩罚同志“骗婚”的工具。所谓的“骗婚”具体来说有两种情况：其一是同志隐瞒自身性取向而与异性结婚，但婚后不履行夫妻忠诚义务而与其他同性“通奸”，其二是同志隐瞒自身性取向与异

性结婚，婚后虽没有“夫妻之实”，但也并未保持与其他同性的“通奸”关系，后对方发现其同志身份，对对方的情感和精神造成了伤害。

然而问题在于，所谓的“骗婚”是否可以当然被作为兜底条款的“其他重大过错”所涵盖，我认为并没有那么简单。从理论上来说，**兜底条款并非“口袋罪”，能够构成“重大过错”的行为必然与本条其他项达到相当的程度。**对于“通奸”的情况，如果“重婚”和“与他人同居”的规定并没有被修订，那么单纯的通奸如何能够构成与上述两者同样严重的程度？如果说单纯与异性通奸不会被认为是“重大过错”，那么又如何论证与同性通奸就成为了“重大过错”？这在逻辑上是无论如何说不通的，而且有性别歧视的嫌疑。对于仅仅因为对方是同志而自身感觉情感和精神受到了伤害，这从逻辑上来说也很难成立足以和“虐待家庭成员”程度相当的“重大过错”，如果司法者有这样的想法，反倒可以说是**有性取向歧视的嫌疑了。所以问题的关键并不在于这个兜底条款本身有什么不合理之处，或者说我们应该倡导的方向并不是改变这一条款，而是在未来的倡导出台的司法解释明确其情况和尺度。**

至于建议文修改意见所给出的理由和修改方案也有欠考量。“其他重大过错含义不明”是兜底条款的必然特点，已有前面四项的列举，想象不出在这一文本中作为兜底条款还能怎样“释明”。至于“在实践中容易被一方当事人滥用或任意解释”更是立不住脚，民法上确实有禁止滥用权利的法理，在我国的民法中体现为诚实信用原则，即民法总则第七条的“秉持诚实，恪守承诺”。作为案件的一方当事人，当然可以在法律的框架内对所谓的“其他重大过错”进行解释，甚至是“任意解释”，以达到维护自身利益的目的，这是其正当的诉权。**我们真正应当担心的，其实是公权力的滥用，是公权力的肆意解释。**但正如上一段中所说，司法者如果恪守法律与逻辑，是很难将单纯的“骗婚”行为认定为“重大过错”的，当然，在对性/别多元者普遍歧视的大环境下，司法者自然有可能滥用这一兜底条款，但也同上一段说的，相应倡导工作应是在法律的实施阶段进行的。退一步说，**即使我们现在在这一阶段就要倡导对这一兜底条款的释明，也应该把话说得更直白些，例如“不应将隐瞒性取向与异性结婚的情形当然视为重大过错，还需结合其他过错行为，以衡量是否达到与前项相当的过错程度”。**

再退一步说，在现行的婚姻制度之下，隐瞒性取向与异性结婚确实并非完全没有过错。须知，**伴侣婚姻的兴起**（波斯纳这样界定伴侣婚姻：“这个术语指的是婚姻大致平等，基础是相互的尊重和爱情，并且在养育孩子、家务管理以及其他活动中都有密切并持续的联系，而不仅仅是偶尔的性交”）**则是以男女平等和“浪漫爱”为基础的现代产物，有学者认为“以爱情为基础的婚姻成为一种主导性的意识形态”。**我国婚姻法无疑也贯彻了这一意识形态，这无论是从规定男女平等、一夫一妻制，还是坚持以“夫妻感情破裂”作为判决离婚的唯一标准中都可以明白看出。在这样的婚姻制度之下，选择进入异性婚姻的同志（这里暂且先讨论那些在司法实践中自认为同志的个体），实施的确实是一种欺诈，而对方显然是基于错误认识或者重大误解作出的结婚的意思表示，那么对方要求同志一方给付一定经济赔偿实则无可厚非。（注意：对于那些进入异性婚姻之后才发现自己性少数身份的同志来说，如果有通奸行为，则和一般出轨的异性恋并无二致；如果没有，则根本不应该被评价为“骗婚”）。且由于现在无论是理论界还是法律都显然无法明确定义何为“同性恋”（或者“双性恋”），在实践中认定一个人的性取向实为无法证明的事实，也即只有“当事人自认”才能被认定为同志。**与其担心在司法实践中同志身份被“利用”、兜底条款被“滥用”，不如努力改变制度性歧视的环境，即使这任重道远，也好过将ta人当作自己获取婚姻制度“利好”（无论是婚姻制度带来的，还是社会环境带来的）的工具，一边婚姻制度带来的“利好”，一边却不愿意承担婚姻义务带来的责任。**

更重要的是不忘初心。对于婚姻，同志群体应该倡导的是什么？让隐瞒性取向与异性结婚的同志可以不被法律惩罚未免是一个过于牵强且孱弱的倡导目标。在我看来，**如果要拥抱婚姻，大可倡导婚姻功**

能的改变（不以浪漫爱为基础）或者是同性婚姻；如果要“毁家废婚”，大可倡导多元成家。为什么作为同志群体一定要进入这样一个（不完美的）异性婚姻呢？

03

NGO倡导进路的选择

利用法律草案公开征求意见的渠道进行法律倡导，是民间组织及各个社群传达民间呼声、影响立法的重要途径。在这一类型的倡导行动中，至少有两种重要的进路：其一是不纠结于意见是否可行，着力提出最能反映社群需求的建议，以达到让立法者看到“被隐身”的群体、同时教育公众的目的，这一路径不一定要促成法律草案文本的改变；其二则是提出具有专业性和高度可行性的建议，让立法者获取不同的视角，从而解决实质问题，促成法律文本的改变。如果说前者是以“量”（既是数量，也是音量）取胜，后者则是以“质”取胜，二者并无高下之分，而是应当结合具体情况进行倡导路径的选择。本次民法典二审稿公开征求意见是每条分别征集，也就是说，就每一条提交的意见都是独立的，那么最“经济”的做法，就是同时采用这两条倡导进路，既让立法者反复看到多元性/别群体的迫切诉求，也从最可行的突破口处保障多元性/别群体的权益。

原文虽然说是基本成型的草案提出的意见，且“立足于性少数群体的诉求”，但第一条建议专业性稍显不足，第二条建议在很大程度上放弃了性少数群体的核心价值追求，第三条建议缺乏从四十岁降为三十岁的依据（因为信息过少，本文无法讨论。例如为什么不干脆取消年龄限制？毕竟“单纯限制年龄差距不能有效防止收养人侵害被收养人权益”；又如如今人均寿命和生活质量已经高于收养法最后一次修正的1998年，为什么四十岁仍然是“年龄过高”呢？），第四条建议为保障同性伴侣权益提供空间值得肯定。总体来说，这四点建议无论是理论还是倡导策略上都过于单薄。不无遗憾的，从倡导进路策略的角度来讲，这一篇立法倡导的动员文案，两条路都没有走好。

04

附录：本文作者拟定的修改建议

仅供各位朋友参考（第4条与建议文第四条建议相同）

网址（复制到浏览器打开）：<http://www.npc.gov.cn/>

你也来参与一波呗

1

草案文本	第八百一十九条 实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。 保护妇女、未成年人和老年人的合法权益。
修改建议及理由	建议改为“第八百一十九条 实行两个自然人之间婚姻自由和平等的婚姻制度。” 1) 我国宪法规定中华人民共和国公民在法律面前一律平等，国家尊重和保障人权。也规定了婚姻受国家的保护，禁止破坏婚姻自由的原则。婚姻自由是重要的人权，也是重要的民事权利。婚姻自由包括选择结或不结婚的权利，包括选择和哪个人结婚的权利。我国法律不承认同性婚姻，就意味着一部分多元性/别人士无法走入常态化的婚姻，没有保障ta们的婚姻自由。 2) 我国尊重和保障人权是党和国家对全体人民和在国际社会上的庄严承诺，提请立法者注意，即使现阶段由于历史文化传统等原因无法一步实现同性婚姻，也应该在民法典婚姻家庭编这一基础法律中对同性伴侣的权益有所保障，并且有计划地开始研究同性婚姻或同性结合制度在我国的可行性。
备注	如果愿意，可以将民法典婚姻家庭编二审稿中全部涉及到“夫妻”、“男女”的条款提交使

用性别中立词汇的建议；当然，如果嫌这样太麻烦，仅就第八百一十九条提建议即可，我们的主要目的是为了立法者听见我们的声音。

2

草案文本	第八百三十条 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，另一方可以向婚姻登记机关或者人民法院请求撤销该婚姻。 撤销婚姻的请求，应当自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内提出。
修改建议及理由	建议删除该条文 1) 从目前法律草案规定的可撤销婚姻的法律后果来看，对隐瞒重大疾病结婚的行为存在法律上的否定性评价，不利于保护当事人隐私权； 2) 配偶知情权的保护应当以柔性的方式推行，例如实施免费婚检，对欲结婚的双方进行婚姻教育，引导当事人明确自己的需求等； 3) 我国目前的婚姻制度是庄严而神圣的，赋予一方当事人过多的撤销权不利于保持婚姻的稳定。本条涉及的情形，完全可以通过离婚的方式处理。

3

草案文本	第八百六十九条 有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿： (一) 重婚的； (二) 与他人同居的； (三) 实施家庭暴力的； (四) 虐待、遗弃家庭成员的； (五) 有其他重大过错的。
修改建议及理由	1) 提请立法者注意，在后续司法实践中不将第五项“其他重大过错”做扩大化解释，应及时出台有关司法解释或指导性案例，廓清其范围，保障法律实施的统一。 2) 尤其是，在不承认同性婚姻的情况下，不应将隐瞒性取向与异性结婚的情形当然视为重大过错，还需结合其他过错行为，以衡量是否达到与前项相当的过错程度。

4

草案文本	第九百一十条 对继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，可以分给适当的遗产。
修改建议及理由	建议改为“第九百一十条 对继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，或者继承人以外的与被继承人长期共同生活、相互扶养的人，可以分给适当的遗产。” 1) 尊重多元和当事人选择，保障与被继承人长期共同生活相互抚养的人的合法权益，如同居老人等。 2) 扶养义务难以举证，强调长期共同生活，则保护了长期形成的稳定的同居关系。
