

婚姻自由：天然自由抑或法律自由？

杜强强*

摘要 宪法学界提出了一种新的分类方法，即将基本权利划分为事实上形成的基本权利和法律上形成的基本权利，并主张婚姻属于法律上形成的基本权利。这种分类法来自耶里内克有关天然自由和法律自由的区分，虽具有一定新意，但它既不能解释我国的婚姻法实践，还具有理论上的固有缺陷。两性结合之所以被认定为婚姻，是因为他们的行为符合婚姻的“意义内涵”，而构成此种“意义内涵”的主要是伦理规范、民间习俗、文化传统等规范系列。法律的功能不在于婚姻的形成，而在于对婚姻提供保障。宪法上的婚姻自由因此具有“天然自由”的特征，这就提供了从宪法的角度对整个婚姻法律制度进行合宪性审查的可能。

关键词 婚姻自由 法律形成的基本权利 天然自由 法律自由

一、问题的提出

近年来，有宪法学者在论及基本权利保护范围的划定问题时提出了一种新的分类法，也就是将基本权利区分为事实上形成的基本权利和法律上形成的基本权利。^{〔1〕}事实上形成的基本权利是指不依赖国家的认可，甚至在国家产生之前就已经存在的权利，例如言论自由、人身自由、生命权、健康权、人格权等。法律上形成的基本权利是指需经国家创设才能形成的权利，这些基本权利不是先于国家的天然自由；如果没有国家行为，尤其是立法，这些权利就不能存在。有学者指出：“有些基本权利不可能天然存在，只能是法律构建的结果，如财产、婚姻。”^{〔2〕}其他如社会权、参政权、程序权亦属之。^{〔3〕}这两种基本权利之间的差异，体现在它们的保护范围在产生方式上有所不

* 首都师范大学政法学院教授、法学博士。

〔1〕 参见王锴：《基本权利保护范围的界定》，载《法学研究》2020年第5期，第109页；张翔、田伟：《基本权利案件的审查框架（二）：保护范围》，载《燕大法学教室》2022年第5期，第54页。

〔2〕 王锴：《论法律保留与基本权利限制的关系——以〈刑法〉第54条的剥夺政治权利为例》，载《师大法学》2017年第2辑，第78页。

〔3〕 同前注〔1〕，王锴文，第109—110页；王锴：《论立法在基本权利形成中的作用与限制》，载《法治研究》2017年第1期，第100页。

同：对法律上形成的基本权利来说，由于它的“保护范围是通过立法形成的，立法机关自然享有较大的裁量权，只要立法裁量权没有逾越必要的界限，合宪性审查机关都应予以尊重，审查也相对宽松；对于事实上形成的基本权利，其保护范围事先已经形成，只能通过解释将已有的保护范围呈现出来，解释机关的裁量权较小”〔4〕。

从比较法上看，这种对基本权利的分类属于德国宪法学上的通说。〔5〕本文并不拟反对此种分类本身，而仅对把婚姻也纳入法律上形成的基本权利这一做法，提出初步质疑。之所以质疑，一是因为它不符合人们的通常观念。人们通常会认为，婚姻的存在应当先于国家。按照恩格斯的观点，人类在野蛮时代就已经有了对偶婚这种婚姻形式，而此时国家尚未出现；〔6〕另外，国家学说上又有很多人以家庭来解释国家起源，〔7〕基于家庭与婚姻的紧密关系，似也说明婚姻先于国家，怎么能说它“不是先于国家的”呢？二是因为这种说法亦与婚姻法学上的通说相对立。按照萨维尼的说法，婚姻关系具有“独立于实证法的必然性”〔8〕。马忆南指出，婚姻具有“事实先在性”，“婚姻法不应当对婚姻实体的现存事实……视而不见”，“这种既成事实也绝不可能因法律的否认或者被确认婚姻无效而消灭，你不承认它，它也依然存在”。〔9〕三是说立法机关对婚姻的形成享有较大的裁量权也不符合婚姻立法的实情，因为有不少人都认为立法者在此时恰恰不享有宽松的裁量余地。拉德布鲁赫曾说：“没有什么能够比婚姻法更清楚地阐释‘理念的质料规定性’与法律‘理念’对‘事实’的依赖。”〔10〕拉德布鲁赫认为，对于法律来说，婚姻就是一个具有强烈自然和社会自主性的事实状态，法律不能任意形成，而只能顺应它。〔11〕陈棋炎亦指出：“所谓婚姻法，乃就现存事实应如何安排为其任务，而婚姻法本身，绝无形成另一事实之力量。”〔12〕

有人可能会说，虽然可以说婚姻先于国家，但婚姻自由却是源自法律的形成和确认。这就好比说“物是自然存在的，但财产却是法律形成的产物”〔13〕。从这个角度看，说婚姻自由乃是由法律形成的基本权利，似乎并无不当。当然，从法律上看“权利”本来就是法律的产物，因为“任何主观

〔4〕 同前注〔1〕，王锴文，第110页。

〔5〕 参见〔德〕福尔克尔·埃平、塞巴斯蒂安·伦茨、菲利普·莱德克：《基本权利》，张冬阳译，北京大学出版社2023年版，第207页。

〔6〕 参见〔德〕恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，载《马克思恩格斯文集》第4卷，人民出版社2009年版，第58页。

〔7〕 参见萨孟武：《政治学与比较宪法》，商务印书馆2013年版，第59页。

〔8〕 〔德〕弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《当代罗马法体系》第1卷，朱虎译，中国人民大学出版社2023年版，第264页。

〔9〕 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31页。

〔10〕 See Gustav Rabruch, *Legal Philosophy*, in *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, translated by Kurt Wilk, Harvard University Press, 1950, p.172. 所谓“理念的质料规定性”，拉德布鲁赫举例说：“正如艺术理念要适应质料（例如，有的理念适宜表现在铜体上，另一些则适宜表现在大理石上），任何其他理念都应天然地合乎质料，我们把这一关系称为理念的质料规定性。”〔德〕古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2016年版，第37页。

〔11〕 拉德布鲁赫曾说，罗马法学家将两性结合与子女抚育作为即便连立法者都无法绕开的“事情的本质（nature of things）”的典型例证，绝非偶然。See Gustav Rabruch, *supra* note〔10〕, p.172-173. 从理论上说，“事情的本质”在很多时候都构成了对立法者选择自由的限制。参见〔德〕齐佩利乌斯：《法哲学》，金振豹译，北京大学出版社2013年版，第58页。马克思在《论离婚法草案》中曾说：“如果一个立法者用自己的臆想来代替事情的本质，那么人们就应该责备他极端任性。”《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1995年版，第347页。

〔12〕 陈棋炎：《亲属、继承法基本问题》，三民书局1980年版，第153页。

〔13〕 同前注〔2〕，王锴文，第75页。

权利都以法制的存在为前提”^[14]，“惟有客观法适用于特定主体时才有主观法（作为法律权利）可言”^[15]。在这个意义上，像言论自由这些所谓事实上形成的基本权利也须以法律的存在为前提。但如果这么说的话，所有的基本权利都将属于“法律上形成的基本权利”，这就彻底废弃了此种分类法的存在基础。持这种分类法的学者实际主张的恰恰是，两性结合或许是先于国家的自然事实，但只有经过法律的形成，这种两性结合才能称作“婚姻”。未经法律的形成，婚姻是不可想象的。既然婚姻须经法律方能形成，则婚姻自由自然也属于法律上形成的基本权利。

按照有关学者的介绍，事实上形成的基本权利和法律上形成的基本权利的分类，来自耶里内克对天然自由和法律自由的区分。^[16] 本文认为，耶里内克的理论具有较强的法律实证主义色彩，^[17] 过于强调法规范在形成社会关系上的作用，忽略了伦理、道德等其他规范的重要功能，具有理论上的先天不足。此外，这种分类法即便可能适用于对法律权利的划分，却不宜被照搬于对基本权利的界说。本文将论辩指出，将婚姻作为法律上形成的基本权利，不仅不能对我国的法律实践作出合理的解释，而且它也容易混淆宪法上的婚姻和法律上的婚姻。宪法所要保护的婚姻独立于法律而存在，它的实质是两性的共同生活，法律上的婚姻只不过是对此种共同生活予以形式上的确认。将婚姻仅仅界定为由法律所形成的基本权利，可能忽略对婚姻实质的宪法保护。基于以上命题，本文将首先阐述耶里内克对法律自由和天然自由的分类，并用实例指出这种分类无法妥当解释我国的法律实践；然后阐述把婚姻作为法律形成的产物在理论上的缺陷；并以此为基础讨论宪法上的婚姻所应当具有的含义以及我国相关立法的合宪性；最后是简单的结论。

二、天然自由与法律自由的区分及其实践挑战

（一）耶里内克对天然自由和法律自由的区分

耶里内克在阐述主观公法权利理论的过程中提出了天然自由和法律自由的区分，尽管他没有明确使用“法律自由”这样的术语，而用的是“新的行为的可能”^[18]。在耶里内克看来，任何人天然地都具有针对他人作出某种行为的自由。这类似于洛克所说的，任何人在自然状态下都有“按照自己认为合适的方式采取行动”的自由。^[19] 耶里内克认为，这种行为自由即便在法律状态下也不会消失。法律固然可以对这种行为予以禁止以维护安全和秩序，但不能消灭这种行为，而只能使它变得违法。耶里内克将这种天然自由称作“法律上的可为”。^[20] 例如吸烟行为就是这样的天然自由，法律对此所能做的只能是禁止，但却不能消灭它。规范天然自由的法律规范是强制性规范，它限定个人自由的范围，规定某事当为，某事不当为。由此产生对个人意志的拘束，违反即构成非法，须承受法律制裁。^[21]

耶里内克认为，在个人享有天然自由的同时，法律也可以为个人增加一些他天然并不具有的

[14] [德] 格奥尔格·耶里内克：《主观公法权利体系》，曾韬、赵天书译，商务印书馆 2022 年版，第 16 页。

[15] [奥] 汉斯·凯尔森：《纯粹法理论》，张书友译，中国法制出版社 2008 年版，第 72 页。

[16] 同前注[1]，王锴文，第 109 页。

[17] 参见赵宏：《主观公权利的历史嬗变与当代价值》，载《中外法学》2019 年第 3 期，第 652 页。

[18] 同前注[14]，耶里内克书，第 55 页。

[19] [英] 约翰·洛克：《政府论》，丰俊功、张玉梅译，北京大学出版社 2014 年版，第 9 页。

[20] 萨孟武将其译作“得为”。参见萨孟武：《政治学》，三民书局 1981 年版，第 32 页，注 7。

[21] 参见[日] 美浓部达吉：《宪法学原理》，欧宗佑、何作霖译，汤唯校，中国政法大学出版社 2003 年版，第 3 页。

东西。按照他的表述,法律可以“赋予个人要求承认其行为为合法行为,并据此获得国家保护的请求权”,由此,“个人的行为能力得到拓展,个人被明确赋予自身尚不具备的能力”,使他开始有了“新的行为的可能”,^[22]此即法律自由。例如当法律赋予公民选举权后,法律就给予了公民一种他天然并不具有的能力,也即“投票而定国会议员”^[23];这种选定国会议员的效果显然是“法的规律的结果”^[24],而非公民的天然能力所能达到。还比如缔结合同,合同成立后产生对相对方的强制约束力,这个约束力绝非一方当事人的天然能力,也是来自法律的赋予。耶里内克将其称为“法律上的能”^[25],与之相关的法律规范是授权性规范。这种规范将个人天然不具有的能力赋予个人,扩展了个人的能力范围。与强制性规范不同,违反授权性规范只发生无效的后果。例如未成年人缔结合同,立法所需要做的只是令其“合同”在法律上无效,但立法并不禁止未成年人不得有缔结合同的行为,实际上也没有必要去禁止,因为规定无效就已经达到了法律的目的。耶里内克因此说:“说无行为能力人不‘可以’缔结合同,是错误的。他只是‘不能’缔结合同,无论他怎么做都不能成立合同,他自认为的法律行为并不存在。”^[26]

按照耶里内克的理论,婚姻也是一种扩展了个人能力的法律自由。在婚姻中当然也有天然自由存在,例如两性结合。但两性结合却并不当然带有婚姻所具有的效力,例如夫妻之间的扶养义务。这种义务具有强制力,拘束着夫妻双方,这种强制力来自法律,它并非个人的天然能力所能衍生。当然,法律在授予个人此种能力时会基于立法目的而设定种种条件,若不符合此类条件,当事人的行为就归于无效,不发生法律上的效果。各国法律均为婚姻的成立设定了诸多条件,例如一夫一妻、法定婚龄、近亲除外等必备条件和禁止条件。^[27]只有符合这些法定条件,婚姻才能在法律上成立并进而产生法律拘束力。耶里内克因此说:“个人总是能够进行两性结合,但只有符合客观法规定条件的两性结合才能称为婚姻。”^[28]

(二) 天然自由—法律自由二分法的实践挑战

如上所述,既然婚姻的拘束力来自法律,因此说“婚姻本身是国家法律建构的结果”^[29]似乎并无不当。设若两个小孩一起“过家家”,以夫妻身份自居,这就属于法外的“天然自由”,自然不构成法律上的婚姻。从这个例子看,耶里内克将婚姻界定为法律自由并无不当。不过,如果将婚姻局限于由法律所形成,则会忽略两性结合此种“天然自由”在宪法上的重要意义。宪法上的婚姻或许并不以法律形成为限,两性结合的天然自由也应有其宪法价值。来看这个真实的案件:

张某(男)与王某(女)系表兄妹。初中毕业以后,他们相约到南方打工,由此产生恋情。2007年9月,他们到当地民政局办理结婚登记,民政局以法律禁止近亲结婚、保证子孙后代健康为由,拒绝颁发结婚证。两人为了顺利结婚,协商后女方到医院做了绝育手术。2008年1月,两人再次到民政局申请婚姻登记,并出具了医院的绝育手术证明,表示以后不生育,但民政局仍然拒绝登记。当事人起诉后,法院审理认为,《婚姻法》规定直系血亲和三代以内的旁系血亲禁止结婚,该规定属于强制性规范,不允许随意变通;原告两

[22] 同前注[14],耶里内克书,第52页。

[23] 同前注[21],美浓部达吉书,第3页。

[24] 同上注,第3页。

[25] 同前注[14],耶里内克书,第52页。

[26] 同上注,第52页。

[27] 参见陈苇主编:《婚姻家庭继承法学》,高等教育出版社2022年版,第73页。

[28] 同前注[14],耶里内克书,第52页。

[29] 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49页。

人是表兄妹关系，属于《婚姻法》规定的三代以内旁系血亲，应禁止结婚；即使做了绝育手术，仍应当适用《婚姻法》的有关规定，而不能变通法律。法院遂判决驳回诉讼请求。^[30]

在这个案件中，当事人之间是表兄妹关系，正落入 1980 年《婚姻法》第 6 条（《民法典》第 1048 条）禁止结婚的范围之内。如果纯粹从法律上看，本案当事人和前述“过家家”的两个小孩似乎没有什么不同：一个违反了近亲不得结婚的规定，一个不符合法定婚龄的条件，因此都不构成法律上的婚姻。但是，对于小孩“过家家”，若说其行为是与法律无关的法外行为可能不会有人反对。但表兄妹结婚案似乎有所不同，应承认其具有一定的法律意义。一是基本权利理论认为，某种行为是否构成对基本权利的行使，在有的时候也需要考虑当事人的“自我理解”。^[31] 在本案中，当事人显然将他们的行为理解为“婚姻”，且正是基于此种理解，他们才反复到婚姻登记机关请求登记。二是从实践层面看，当事人也了解禁止近亲结婚的立法目的，并因此做了绝育手术。这个手术可以看作是当事人为遵行法律而付出的身体代价，这个代价并非微小，但法律却并没有为此做出让步。当事人的行为的确不符合制定法的明确要求，但若说其行为如同“过家家”那样也不过是毫无法律意义的“法外行为”，可能就不符合人们的法感。

或许正是出于这个“法感”，有些学者在论及此案时就指出，本案裁判是“以硬邦邦的法律棒打活生生的‘鸳鸯’”，可能“与婚姻自由相抵触”。^[32] 本来按照耶里内克的理论，如果将婚姻自由视为由法律形成的“法律自由”，则本案当事人的行为根本不涉及婚姻，不具有法律意义，因此不会发生“与婚姻自由相抵触”的问题。有关学者在这里主张“与婚姻自由相抵触”，其实就隐含着这样的认识，即宪法上的婚姻并不以法律的形成有限。换言之，本案提出了这样一个问题，即如果将婚姻理解为只能由法律所形成，则似乎难以解释本案所蕴含的法律意义。当然，一个理论不能解释一个特殊个案，这在很多时候不能构成对该理论的挑战。但婚姻由法律所形成的论点本身就存在理论缺陷，本文下一节将对此予以阐述。

三、婚姻由法律形成的理论缺陷

从某个角度看，认为婚姻由法律形成，可能是带有实证主义色彩的法学家们的一个共识。例如凯尔森也曾指出：“如果没有法律，就完全不存在像婚姻这类的事物。”^[33] 这与耶里内克的观点相当一致。如果说凯尔森的学说由于其“极端”^[34] 而更容易暴露破绽的话，那么，对凯尔森婚姻概念的探析可有助于说明婚姻“由法律形成”此一论点的理论缺陷。尽管凯尔森没有展开讨论婚姻的概念，但他在批评韦伯的过程中，却涉及如何理解婚姻概念的方法论问题。因此本节拟先介绍韦伯和凯尔森关于方法论的讨论，然后阐述将婚姻自由理解为“由法律所形成”这个观点的不当之处。

[30] 韩大元主编：《中国宪法事例研究》第 4 辑，法律出版社 2010 年版，第 126 页。

[31] 同前注[1]，张翔、田伟文，第 59 页。

[32] 王贵松：《我国优生法制的合宪性调整》，载《法商研究》2011 年第 2 期，第 39 页；亦参见董建：《基本权利合宪性解释的判断原则、标准及适用》，载《人权》2024 年第 5 期，第 60 页。另有学者评价本案说，法院在本案中选择了优生政策，而“放弃婚姻自由”。这似乎也在暗示本案涉及当事人的“婚姻自由”。参见赵晓力：《“五服”与“三代”：从中国婚姻法禁婚范围的变迁看“性别”与“姓别”》，载《社会》2023 年第 5 期，第 99 页。

[33] Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, translated by Max Knight, University of California Press, 1967, p.168.

[34] 沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年版，第 155 页。

(一) 意义内涵与对婚姻等社会构成体的理解

在《社会学的基本概念》一书中,韦伯在讨论“社会关系的概念”时明确提到了“婚姻”。他这样说:“即使在像‘国家’、‘教堂’、‘社团’、‘婚姻’等社会构成体(soziale Gebilde)的例子中,其社会关系也只存在于参与者依其行为的意义内涵相互发生、发生着或者未来会发生一定关联的机会(Chance)里。”^[35]这里有两点需要指出:

一是“意义内涵”。按照韦伯的理论,“意义内涵”对于界定一种行为是否属于“社会行动”非常重要,因为这凸显了社会科学不同于自然科学的特点。自然科学的对象通常是一个单纯的事实,并无意义可言。但对社会行动而言,意义则扮演着重要的角色;^[36]舍去此种意义,则人的行为将只是一个物理动作,不再成为社会行动。例如,一个人的眼睛因受到气体刺激而流泪,与一个人因受到他人斥责而流泪,两者在物理外观上并无区别;但前者并无意义,并非社会行动。而后者才是社会行动,因为它具有意义。韦伯将婚姻、国家等放在“社会关系”的大概念下进行讨论,而“社会关系”仍以“意义内涵”为指向,^[37]这都显示了“意义内涵”对于界定社会行动的重要性。

二是在界定婚姻、国家等社会构成体时,韦伯不仅强调意义内涵,也强调个人的行动须与此种意义内涵实际相符。韦伯说:“社会关系基本上完全建立在人们可以就一种(有意义的)特定方式从事社会行动的机会上。”这里的“机会”,实际上指的是符合意义内涵的行为实际发生的概率。“这样的机会可能很高,也可能低得近乎消失。但只有当它确实存在时,相关的社会关系才得以发生。”^[38]因此,“一个‘国家’设若丧失了以特定方式进行有意义的社会行动的机会,那么它便不再具有社会学上关于‘国家’的含义”^[39]。如果借用齐佩利乌斯的一个生动比喻,^[40]则可以说在一场音乐会上,所有的演奏者都须以共同的乐谱来作为其行动的指向,这样的话才有“音乐会”此种社会关系的存在。此时,乐谱就是韦伯理论中的“意义内涵”。但音乐会并非仅仅由“乐谱”构成,它还必须有演奏者按照乐谱进行的实际演奏行为。这里的实际演奏行为,就是韦伯所说的“从事社会行动的机会”^[41]。

与韦伯不同,凯尔森并没有详细阐述婚姻概念。不过鉴于韦伯在论著中将国家与婚姻并列讨论,而凯尔森对韦伯的国家概念多有批评,因此似乎可以从他的批评中解读出凯尔森对婚姻概念的认知缺陷。基于规范法学的立场,凯尔森特别反对韦伯从事实性的角度来界定国家概念。凯尔森认为,韦伯将国家理解为符合意义内涵的行为实际发生的机会,但这并不是一个独立的概念,因为它在内容上须依赖于意义内涵的确定以及如何确定。^[42]前已述及,韦伯突出强调社会行动的

[35] [德] 马克斯·韦伯:《社会学的基本概念——经济行动与社会团体》,顾忠华、康乐、简惠美译,上海三联书店2020年版,第56页。

[36] 参见[法] 弗洛因德:《韦伯的学术》,简惠美译,钱永祥校,载[德] 马克斯·韦伯:《学术与政治》,上海三联书店2019年版,第77页。

[37] 按照韦伯的定义,所谓社会关系,“依它的意义内容而言,乃是由多数行动者互相考虑对方,因此指向彼此联系的行为”。同前注[35],韦伯书,第56页。

[38] 同上注,第57页。

[39] 同上注,第56页。

[40] 参见[德] 齐佩利乌斯:《德国国家学》,赵宏译,法律出版社2011年版,第44页。

[41] 同前注[35],韦伯书,第56页。罗尔斯也有类似看法,他指出,一个制度不仅仅是指由一个规范体系所体现的抽象行为模式,它也指由这些规范所指定的行为在人们的思维和行动中的实现。参见[美] 约翰·罗尔斯:《正义论》(修订版),何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2009年版,第42页。

[42] 参见赵真:《没有国家的国家理论——读〈社会学与法学的国家概念〉》,载《政法论坛》2012年第3期,第159页。

“意义内涵”。凯尔森对此并无异议，因为他同样指出：“将人类行为通过理解的社会学而联合成为特殊‘集合’的标准，是人们用以指导自己行为的观念的意义内容。”^[43]但凯尔森却强调，这种“意义内涵”并不是事实性的，而是“一种规范性的存在”。^[44]凯尔森因此指出，韦伯本来是想提出一个建立在实然层面上的社会学的国家概念，但他在论证过程中却从实然滑向应然。韦伯虽然将国家定义为符合一定意义内涵的行为实际发生的机会，但这种社会学的国家概念其实是建立在法学的国家概念的基础之上，^[45]也即它是建立在“意义内涵”此种规范性存在的基础之上。

（二）法规范并非唯一的意义内涵

从以上概述看，凯尔森与韦伯之间其实存在着很大的共识，这个共识就是，他们都强调“意义内涵”对于社会行动的重要意义，只不过凯尔森停留在意义内涵的规范层面，而韦伯还要求人们的实际行动与意义内涵相符。不过在这里，凯尔森在论证上却似乎操之过急，急于让法规范出场，忽略了其他规范的存在可能性，其论证方法存在漏洞。如前所述，凯尔森强调“意义内涵”是一种规范性的存在，但问题是意义内涵是否仅局限于法规范呢？它为何不能表现为道德规范或者伦理规范呢？如齐佩利乌斯所喻，“意义内涵”就像音乐会上的乐谱，但为何这个乐谱只能是法规范呢？凯尔森似乎没有虑及此点，他的眼里只有法规范。例如，他在阐述国家的概念时说：“只有将人类行为置于作为意义体系的、法学-规范的国家秩序之下进行理解，才能将人类行为视为‘国家’。”^[46]按照这个思路推理，婚姻这种社会关系也须在法学-规范的“意义内涵”下进行理解，如此一来它就必然是法律的产物了。

但将“意义内涵”仅作法规范意义上的理解，似乎是不当限缩了其范围。按照韦伯的理论，一种人类行动被当作“社会行动”，“意义内涵”具有关键作用。但人们在日常生活中的大多数行为，例如交友、访谈、参加婚礼等等，并不具有法律意义，却依然是社会行动，这充分说明“意义内涵”并不以法规范为限，伦理、习俗、道德、宗教等等都能充当此种“意义内涵”的角色。当然，有人可能为凯尔森辩护说，这些社会行动不具有法律意义，因此其“意义内涵”可以由其他规范来充任，但具有法律意义的社会行动则必须由法规范来充任“意义内涵”。但此种辩护似难成立。就拿国家来说，凯尔森曾力辩国家与法律的同一，因此这里的“意义内涵”似非由法规范来充任不可。^[47]但正如美浓部达吉所说，作为一个共同体的国家，其国民并不限于“同时生存的全体国民”，也包括“异时生存的国民”。也就是说，它既包括已经逝去的先辈，也包括未来的世代。^[48]如果是这样的

[43] [奥] 汉斯·凯尔森：《国家的本质》，齐松、张小丹、秦静译，黄卉、任宏达校，载黄卉主编：《德国魏玛时期国家法政文献选编》，清华大学出版社 2016 年版，第 129 页。

[44] 同前注[42]，赵真文，第 159 页。

[45] 参见[奥] 汉斯·凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆 2013 年版，第 279 页。

[46] 同前注[43]，凯尔森文，第 129 页；凯尔森在另一个地方也说：“人民统一体仅仅是由国家的法律秩序所规范的人们的各种活动的统一体。”[奥] 汉斯·凯尔森：《民主的本质与价值》，袁镜淇、陈昊明、曹茨译，黄卉、陈昊明校，同前注[43]，黄卉书，第 184 页。

[47] 对于国家统一性的根源，凯尔森曾将齐美尔所谓心理上的交互过程、耶里内克所谓目的论的统一体等理论都排除在外，而主张国家的统一性只在于法秩序的统一性。同前注[43]，凯尔森文，第 114 页以下。

[48] 同前注[21]，美浓部达吉书，第 108 页。一个国家的国民包括不同时代的人，这似乎是德国法学理论上传统观点。萨维尼就有这样的观点，参见[美] 梅里亚姆：《卢梭以来的主权学说史》，毕洪海译，法律出版社 2006 年版，第 79 页。美浓部达吉也引述德国学者格耳巴(Gerber)的话说：“所谓国民，非谓现在生存之各个人类的全体，而谓于历史的团体中，精神的结合的全部。”美浓部达吉进而批评凯尔森认为“国民不过仅纯然依法律的行为而统一；依人为的划定之国界而连结”的观点，“仅仅看见表面的外形，和实力说陷于同一的谬误”。同前注[21]，美浓部达吉书，第 109 页。

话,则法规范就不能作为一种“意义内涵”而成为“异时生存的国民”的行为导向,因此法规范就并非形成国家概念的唯一“意义内涵”。换言之,如果考虑到“异时生存的国民”,则国家概念的“意义内涵”就不能局限于法规范。实际上,按照齐佩利乌斯的说法,一个共同体是由不同类型的规范建构起来的,“法和法外的规范,包括人类共同体的更为一般性的世界观方面的‘主导意象’,在共同体中起着有效的行为导引的作用”^[49]。

由此来看,凯尔森理论的不足,就在于他对“意义内涵”做了限缩理解,认定“意义内涵”只能是法规范,却将其他规范排除在外。这在方法论上是值得商榷的。主张婚姻须经法律形成的我国学者,似乎也犯有同样的错误。例如,有关学者认为婚姻存在的“关键是人们要赋予这种存在一种意义或功能”^[50]。由于这种“意义”来自规则,^[51]因此,“婚姻……必须依赖一定的规则而存在”^[52]。这与韦伯和凯尔森的论点并无不同,因为有关学者这里讲的“规则”就相当于韦伯—凯尔森理论中的“意义内涵”。但该学者在进一步的阐述中却对这里的“规则”同样进行了限缩处理,仅仅将其局限于法律:“婚姻高度依赖法律,如果没有法律,我们将无法判断一对男女之间的关系是否属于婚姻。”^[53]但从逻辑上说,规则既包括法律规则,也包括道德规则、伦理规则等其他类型。为何要将法律规则以外的其他规则排除在外呢?该学者对此没有具体说明。正如本文所论证的那样,既然国家——这个在凯尔森理论中与法律高度同一的事物——的存在都并非仅仅取决于法规范,则构成婚姻的“意义内涵”的,亦非局限于法规范了。既然如此,就不能说婚姻只是法律的产物,如果离开了法律就不存在婚姻。

四、婚姻的意义内涵与法律之于婚姻的功能

如上所述,凯尔森对婚姻概念的理解有其方法论上的缺漏。由于凯尔森的重点在于国家概念,对婚姻只是顺带提及,因此本文不得不采取迂回的路径,围绕韦伯和凯尔森的方法论争阐述了作为“社会行动”形成标准的“意义内涵”问题,但尚未以婚姻概念为中心进行具体的阐发。本文接下来将结合前述表兄妹结婚案来阐明婚姻此种社会行动的“意义内涵”,并由此来讨论法律之于婚姻的功能。

(一) 婚姻的意义内涵与当事人的中表婚

在表兄妹结婚案中,当事人属于表兄妹关系,在法律禁止结婚的范围内。不过从社会学上看,他们的结合却被称为“中表婚”。由于“中表婚”具有重要的社会功能,因此它能够以违反外婚制传统的方式长久存在于世界各地。^[54]它也是我国很多地方的传统习俗,这种习俗甚至到

[49] 同前注[11],齐佩利乌斯书,第222—223页。在黑格尔看来,国家是“客观精神”的现实化,而构成“客观精神”的,不仅有法律,更有道德生活、艺术、宗教等内容。同前注[40],齐佩利乌斯书,第46页。

[50] 同前注[29],王锴文,第13页。

[51] 按照彼得·温奇的说法,人的一种动作之所以具有意义,是因为它接受并遵循了某些规则,因此他把有意义的行为称为受规则统辖的(rule-governed)行为。例如当我们接受了一个字的定义后,我们就接受了一套规则,这套规则告诉我们在什么情况下用这个字是恰当的。参见石元康:《历史与社会:对人存在的哲学反思》,上海人民出版社2017年版,第237页。

[52] 同前注[29],王锴文,第12页。

[53] 同上注,第13页。

[54] 参见费孝通:《乡土中国 生育制度》,北京大学出版社1998年版,第152页。

了法律屡禁不止的程度。^[55] 例如，在新民主主义革命时期，革命政权颁布的婚姻立法就有禁止中表婚的规定。^[56] 但1950年《婚姻法》第5条却明确规定：“其他五代内的旁系血亲间禁止结婚的问题，从习惯。”1950年《婚姻法》的起草者——中央人民政府政务院法制委员会对此的解释是：“中表婚的结果，一般的没有什么害处，老百姓从生活经验中感到没有普遍禁止的必要。”^[57] 这可以看作是法律对婚姻习俗做出的重要让步。直至1980年《婚姻法》颁布，我国立法才不再承认此种“中表婚”。但立法者同时指出：“由于某些传统习惯的原因，特别在某些偏远山区，实行这一规定需要有一个过程，不宜简单从事，采取‘一刀切’的办法。”^[58] 这似乎也表明了中表婚的超强韧性。^[59]

表兄妹结婚案正可以放在中表婚的习俗背景下予以思考。如前所述，婚姻是一种社会行动，但社会行动并非都能构成婚姻；一个社会行动若要成为“婚姻”，就必须符合婚姻的“意义内涵”。在表兄妹结婚案中，中表婚的传统习俗恰恰提供了此种意义内涵。正因为如此，不仅当事人在主观上将他们的关系看作为婚姻，而且从中表婚的“意义内涵”上说，他们的关系也构成婚姻。当事人的行为符合中表婚的意义内涵，这一点非常重要。因为从理论上说，我们“必须把某种特殊的行动对于行动者本人来说所具有的主观意义，与客观意义，也就是说，与其他任何一个人对这同一个情境或者同一种行动的解释区别开来”^[60]。设若某种人类行动只具有当事人在主观上所赋予的意义，则此种意义在很多时候不过是当事人的主观想象，难以获得第三人和社会的承认——这正如人们不会将小孩的“过家家”认作是婚姻一样，尽管游戏中的小孩可能会赋予其行为以强烈的主观意义。简单来说，一种行动是否构成婚姻，不仅须取决于“基本权利主体的自我理解”，他人也得要“认”！这种“认”，也就是他人亦将当事人的行动理解为婚姻。这种能够促使社会大众对一种行动产生共同理解的凭据，就是客观存在的“意义内涵”，在本案中也就是中表婚的习俗。在本案中，当事人的行动无疑合乎中表婚的习俗，因此它就不仅构成当事人主观上的婚姻，而且也构成客观上的婚姻。

中表婚的存在，足以证明构成婚姻之意义内涵的，绝非仅限于法律。当然，主张婚姻由法律形成的学者可能会指出，中表婚仍不构成婚姻，因为法律不承认它的效力。不过，我国婚姻立法对中表婚的态度，也表明婚姻并非只能由法律所形成。如前所述，1980年《婚姻法》在禁止中表婚时也为它留了一定的余地。这就是说，在有传统习惯支持的地方，中表婚的效力就会得到法律的承认；只有在没有相关传统习惯的地方，法律才不会承认中表婚。这相当于承认传统习惯才是形成中表婚的力量，法律所做的不过是事后的承认或者不承认罢了。既然中表婚的存在与否不取决于法律，则从逻辑上说通常的婚姻也就不取决于法律的形成。

[55] 参见陈顾远：《中国婚姻史》，商务印书馆2014年版，第105—106页。

[56] 1946年《陕甘宁边区婚姻条例》第6条曾禁止“八亲等内之旁系血亲”结婚。

[57] 《关于中华人民共和国婚姻法起草经过和起草理由的报告》，载张培田主编：《新中国法制研究史料通鉴》第1卷，中国政法大学出版社2003年版，第903页。该报告系政务院法制委员会1950年4月14日向中央人民政府委员会提出。

[58] 武新宇：《关于〈中华人民共和国婚姻法（修改草案）〉和〈中华人民共和国国籍法（草案）〉的说明》，载《中华人民共和国国务院公报》1980年第13期，第392页。

[59] 甚至在法律对中表婚做出否定性评价20年之后，仍有人主张法律应当承认中表婚。参见程宗璋：《新世纪应给中表婚“颁证”》，载《陕西广播电视大学学报》2000年第2期，第71页。

[60] [奥]阿尔弗莱德·舒茨：《社会理论研究》，霍桂桓译，浙江大学出版社2011年版，第254页，转引自何林：《许茨的生活世界现象学理论研究》，吉林人民出版社2017年版，第100页。

（二）法律的功能：对婚姻的保障

婚姻并非由法律所形成,这么说并不是要贬低法律在婚姻中的地位,毋宁说法律之于婚姻的功能主要在于提供保障,而且婚姻也的确需要法律的保障。之所以如此,是因为人类的婚姻从一开始就承载了重要的社会功能,也即抚育子女,绵延种族。用费孝通的话说:“婚姻是人为的确立双系抚育的手段。”^[61]由于人类的子女不仅需要生理性的抚育,还需要社会性的抚育,更由于这个抚育过程甚为漫长,所以两性结合从一开始就被套上了制度性的约束,“对于择偶、婚约方式、婚姻形式及婚姻的维系,社会都厘定了规则”^[62]。但这些规则并非在一开始就体现为法律规范,毋宁说它们最初都是以伦理、习俗、宗教规范等面貌出现。例如,当代各国婚姻立法普遍都有所规定的近亲禁婚规范,在很长的时间内都是作为一种具有伦理性质的“禁忌”而存在。^[63]人类学家摩尔根考察过的易洛魁人就有外婚的氏族习惯,恩格斯亦将其界定在习俗的范畴之内。^[64]

不过,由“禁忌”、习俗等伦理规范所构成的婚姻制度,主要靠的是当事人的自觉和社会的自发反应来实施,实效性不强,这就有了法律介入的必要。“由于法外的规范并不总是拥有充分的驱动力以贯彻自己,法必须随时待命,以至少防止人际关系的病态化达到社会无法承受的程度。”^[65]鉴于婚姻对于人类种族绵延的重要性,它需要由法律的强制秩序加以保障。从规范内容的对比看,各国婚姻立法不过是对那些围绕着两性结合而形成的诸多伦理习俗规范的选择性重述,它的功能就在于强化对既有伦理习俗规范的保障。由此观之,我国《宪法》第49条规定“婚姻受国家的保护”,实具有立法委托的功能,也即《宪法》委托立法者制定相应的法律,以有效保障两性结合的长久和稳定。这与德国通说将《德国基本法》第6条“婚姻和家庭受国家的特殊保护”的规定界定为“制度性保障”可谓异曲同工。^[66]从这个角度看,婚姻自由的确与其他“天然自由”有所不同,因为它的有效行使有待国家的立法给付,但这并不意味着立法具有形成婚姻的力量。“婚姻受国家的保护”应当指的是国家负有以法律的方式来保障两性结合稳定持续的义务,而不是说设若缺少了此种法律保障,婚姻就不复存在。

五、对婚姻自由的宪法保护

婚姻非由法律所形成,而是一种独立于法律的存在,因此婚姻自由亦将不属于“法律自由”,而是一种独立于法律的“天然自由”。宪法上的婚姻自由由此无须亦步亦趋于立法,这就提供了从婚姻自由的角度审查婚姻立法合宪性的前提。

（一）作为一种天然自由的婚姻自由

由于承载着后代抚育、种族绵延的重要功能,婚姻从一开始就被置于社会规则的拘束之下。从这个意义上说,婚姻更意味着拘束和责任,而不是自由。例如,在传统中国,人们“把婚姻看得十

[61] 同前注[54],费孝通书,第166页。

[62] [芬]爱德华·韦斯特马克:《道德观念的起源与发展》第2卷,罗力群、张敦福译,商务印书馆2023年版,第407页。

[63] [德]马克斯·韦伯:《宗教社会学 宗教与世界》,康乐、简惠美译,上海三联书店2021年版,第52页。

[64] 恩格斯说:“这种十分单纯质朴的氏族制度是一种多么美妙的制度啊!……在大多数情况下,历来的习俗就把一切调整好了。”同前注[6],恩格斯文,第111页。

[65] 同前注[40],齐佩利乌斯书,第223页。

[66] 同前注[29],王锴文,第12页。

分严肃,甚至带着一些悲壮的调子。‘嫁女之家三夜不息烛,取妇之家三日不举乐。’”〔67〕从这个意义上说,所谓婚姻自由多少带有一些悖论的性质,也即“自由地”接受婚姻所带来的社会拘束。不过,无论社会对婚姻设置了多重的责任和负担,所有这些责任都建立在一个自然事实之上,也即两性性的结合。英国人类学家马凌诺斯基曾肯定地说:“婚姻在任何人类文化中,并不是单纯的两性结合或男女同居。”〔68〕婚姻的确不是单纯的两性结合,但舍此两性结合,也不会有婚姻的存在。〔69〕《宪法》第49条上婚姻的含义也需要从这个角度来思考,因为这是“连立法者也不能改变之实际的既存状态”〔70〕。由于“生活关系承载着自身标准及其秩序”〔71〕,制宪者或者立法者如果想要作“合理的立法的话,在作任何规整时,他都必须考虑及此”〔72〕。从这个角度看,宪法上的婚姻自由,实质就是两性结合的自由。或者说,就是两性营造共同生活的自由。〔73〕

这种两性结合营造共同生活的自由,是一种“天然自由”,它非由法律所“形成”,而是独立于法律的自由。也只有从它独立于法律的角度,才能够对整个婚姻法制度的合宪性进行审视。如前所述,婚姻虽由伦理、习俗等规范所形成,但法律却在其间发挥着至关重要的作用,以至于人们普遍将它当作一种法律制度了。不过,人们却不能简单地认为立法者在任何时候都能制定出合乎婚姻本质和保障婚姻自由的立法。正如恩格斯所说:“如果说民法准则只是以法的形式表现了社会的经济生活条件,那么这种准则就可以依情况的不同而把这些条件有时表现得好,有时表现得坏。”〔74〕民事立法如此,作为其组成部分的婚姻立法又何尝不是如此? 宪法的功能就在于将那种“表现得坏”的立法剔除在外。如果只看到婚姻制度的法定性,认为“婚姻自由的婚姻必须是法律上的婚姻……所谓自由也只是在法定婚姻制度下的自由”〔75〕,似乎就颠倒了宪法和法律的关系,也显得过于放任立法机关的立法,提前承认婚姻立法上的所有规范都天然符合宪法。这或许并不合理。从近亲禁婚的法律规范看,有的立法规定的范围甚宽,有的比较狭窄。〔76〕近亲禁婚虽是世界通例,也有宪法上的正当理由,但立法对其范围宽窄的选择却不能说没有任何可议之处,过宽的禁婚范围很难说符合宪法保障婚姻自由的宗旨。

(二) 对近亲禁婚规范的合宪性审查

行文至此,就可以讨论表兄妹结婚案中禁婚规范的合宪性了。我国1980年《婚姻法》第

〔67〕 同前注〔54〕,费孝通书,第147页。

〔68〕 [英] 马凌诺斯基:《文化论》,费孝通译,华夏出版社2002年版,第29页。

〔69〕 恩格斯也说“以性爱为基础的婚姻”。同前注〔6〕,恩格斯文,第95页。

〔70〕 [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第211页。

〔71〕 王旭:《合宪性审查中“相抵触”标准之建构》,载《中国法学》2021年第6期,第124页。

〔72〕 同前注〔70〕,拉伦茨书,第211页。

〔73〕 现阶段同性婚姻已经开始出现,立法者似乎具有了形成婚姻概念的强大自由。但这里要指出的是,立法者即便可以将同性结合纳入婚姻的范畴,但立法者绝无将两性结合排除于婚姻之外的自由,这似乎构成了对立法者的绝对限制。假设立法者只将同性结合纳入婚姻,而将异性结合排除在外,恐怕就属于马克思在《论离婚法草案》一文中所说的“极端任性”了。

〔74〕 [德] 恩格斯:《路德维希·费尔巴哈与德国古典哲学的终结》,载《马克思恩格斯文集》第4卷,人民出版社2009年版,第307页。

〔75〕 吴庚:《宪法的解释与适用》,三民书局2004年版,第312页。

〔76〕 1931年《中华苏维埃共和国婚姻条例》第5条:禁止男女在五代以内亲族血统的结婚;1934年《中华苏维埃共和国婚姻法》第5条:禁止男女在三代以内亲族血统的结婚。有的立法禁止“直系姻亲”结婚,例如1942年《晋冀鲁豫边区婚姻暂行条例》第13条。此外,1946年《陕甘宁边区婚姻条例》第6条还禁止与“三亲等内之旁系姻亲”结婚。以上资料,参见巫昌桢、程庆红编:《婚姻法学资料选编》,中央广播电视大学出版社1988年版,第37—50页。

6条规定,“三代以内的旁系血亲”禁止结婚。从立法史看,这个条款的设置主要是出于对后代健康的考虑。立法者指出:“许多地方、部门都提出,旁系血亲间结婚生的孩子,常有某些先天性缺陷,现在推行计划生育,孩子少了,更应讲究人口质量,要求在婚姻法中明确规定禁止近亲通婚。”〔77〕从宪法上说,这个立法目的显然具有合宪性,而且立法者选择的措施也具有合理性。因为近亲结婚的确会导致缺陷婴儿的出生,而且禁止三代以内旁系血亲结婚也是各国通例。〔78〕不过从宪法学上说,违宪的类型多样,在通常情形下符合宪法的立法也有可能适用于特殊个案时产生不合宪的后果,这被称为适用违宪。本案就是一个存在适用违宪嫌疑的例证。〔79〕有学者即认为,本案当事人为了申请结婚登记已经主动做了绝育手术,所谓后代健康的问题已经不复存在。既然禁婚条款所要防范的对象已消除,则此时仍予以禁婚就属于无的放矢,似构成违宪。〔80〕

本文认为,本案当事人为了达到结婚的目的而做了绝育手术,这显示了当事人对国家法律的高度尊重,但婚姻登记机关仍未给予他们积极回应,此诚然令人遗憾。但婚姻立法的硬性规定和登记机关的拒绝登记并未构成对当事人婚姻自由的过度干预,可以排除违宪嫌疑。如果从历史的角度来对比检视,这一结论似乎甚为明显。从历史看,我国古代法律对中表婚曾有过严厉的规制措施。按照瞿同祖的阐述:“姑表舅表姨表兄弟姊妹在唐时是不禁为婚的……明清律始立专条禁姑舅两姨姊妹为婚,违者杖八十,离异。”〔81〕明代有人曾描述说,由于法律禁止中表婚,因此“仇家诋讼,或已聘见绝,或既婚复离,甚至儿女成行,有司逼夺”〔82〕。可以看出,当时的法律不仅不承认中表婚的效力,而且即便生儿育女,一旦有仇家举报,则当事人的共同生活亦将被法律强行打断。不仅当事人的婚姻在法律上无效(离异),而且他们的共同生活本身就是违法,属于法律制裁的对象(杖八十)。

与之相较,我国现行法则大有不同。我国现行婚姻立法虽然也不承认中表婚,这的确会使当事人的结合不能享受婚姻带来的各种待遇和保障,但法律毕竟没有干预当事人婚姻自由的本质内涵——共同生活。换言之,禁婚规范仅仅否认当事人的结合具有婚姻的效力,但并没有对当事人的共同生活——通常所谓的非婚同居——作出违法性评价并责令其终止。也就是说,禁婚规范只是一个效力规范,而非行为规范。〔83〕对禁婚规范的违反只导致婚姻无效,但不会招致法律制裁的后果。〔84〕对本案而言,如果当事人愿意,他们仍然可以继续以夫妻名义维持其共同生活,尽管法律不承认他们的夫妻身份,但法律也不会干涉他们以夫妻互称,更不会将他们强行拆散。既然当事人可以继续共同生活,保留了婚姻自由的本质内涵,于此似乎不能认定禁婚规范已经达到了过度干预当事人婚姻自由的程度。

〔77〕 同前注〔58〕,武新宇:《关于〈中华人民共和国婚姻法(修改草案)〉和〈中华人民共和国国籍法(草案)〉的说明》,第392页。

〔78〕 参见陶毅主编:《新编婚姻家庭法》,高等教育出版社2002年版,第79页。

〔79〕 参见杜强强:《法律违宪的类型区分与合宪性解释的功能分配》,载《法学家》2021年第1期,第74页。

〔80〕 同前注〔32〕,王贵松文,第40页。

〔81〕 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第92—93页。

〔82〕 同上注,第93页。

〔83〕 关于行为规范与效力规范的区分,参见苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第18—19页。

〔84〕 关于无效与制裁的区分,参见[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第35页以下。

六、余 论

婚姻是一种社会行动。两性结合之所以被认定为婚姻，是因为他们的行为合乎婚姻的“意义内涵”，而构成此种“意义内涵”的，主要是伦理规范、民间习俗、文化传统等规范要素，法律的功能主要是对构成婚姻“意义内涵”的伦理、道德等规范提供有效保障。既然婚姻非由法律所形成，则婚姻自由也就具有“天然自由”的特征，这就提供了从宪法角度对整个婚姻法制度的合宪性进行审视的前提。我国婚姻立法上的近亲禁婚规范的确对本案当事人的婚姻自由构成限制，但由于它没有干预到婚姻自由的本质内涵，当事人仍可行使其两性结合的天然自由，因此符合宪法。这是本文的基本结论。

需要指出的是，随着法律对社会生活介入的程度和范围日益深广，不计其数的社会关系都披上了法律的外衣。或许正基于此种事实，更由于其专业目光所聚焦，许多法学者——尤其是法律实证主义者——都突出强调法律在形成社会关系中的功能。不仅耶里内克主张婚姻只能经由法律才能形成，而且哈特也有类似观点。^{〔85〕}这在凯尔森那里达到了最高点：不仅婚姻，甚至国家也是法律的产物，并与法律合而为一。的确，经由法律的加持，社会关系就会更加稳定、持久，更有利于人们合法预期的实现。但所有这一切都不应诱导人们去想象这个世界里只有法律规则存在。真实情形或许恰恰是，法律不过是某种其他规则之上的附加物。国家不能被归结为单纯的法秩序，婚姻也并非只是法律的产物。埃里希有一段话颇有教益：“可以说，法律是国家生活、社会生活、精神生活和经济生活的秩序，但无论如何不是它们的唯一秩序；与法律并行的还有其他许多有同等价值的、在程度上或许甚至更为有效的秩序……假如生活只由法律来规制，那么生活必定变成地狱。”^{〔86〕}

本文在导论部分曾经指出，本文并不反对“由法律形成的基本权利”这个概念，因为某些基本权利的确是由法律所形成，例如要求国家赔偿的权利。这种权利顾名思义并非先于国家存在，而是出于法律的形成。《宪法》第41条规定：“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。”因此，国家赔偿的范围、程序、要件等等，宪法均委托法律予以规定。其他以国家为指向的一些基本权利，尤其是程序性基本权利，大概也可归类于此。但我国学者援引德国通说所列举的其他一些权利，尤其是财产权，恐怕不能被纳入其中。诚然，《德国基本法》第14条明确规定财产权的“内容”“由法律规定”，我国《宪法》第13条也规定“公民的合法的私有财产不受侵犯”，学者大都认为这显示了财产权的内容有待立法形成的特点。^{〔87〕}对这个问题的讨论并非本文主题，但财产与婚姻大同小异，如果认为脱离了法律规则就不存在财产权，恐怕也是高估了法律规则在形成社会关系中的作用。其实，即便在德国，也有学说认为《德国基本法》第14条“并非授权立法者任意形成财产权的内容，而应该被解释为是对立法者课以保障财产权的义务”^{〔88〕}。这恰恰就是本文所主张的法律之于婚姻的功能。

最后要指出的是，“法律形成的基本权利”这个概念比较吊诡的地方，就在于基本权利本来是

〔85〕 哈特指出，如果不存在法律的授权性规则，也就不会有婚姻的存在；婚姻此种事物“正存在于法律权力的有效行使之中”。同上注，第34页。

〔86〕 [奥] 欧根·埃里希：《法社会学原理》，舒国滢译，商务印书馆2022年版，第69页。

〔87〕 参见张翔：《财产权的社会义务》，载《中国社会科学》2012年第9期，第117页，注1。

〔88〕 同上注，第117页。

针对立法的防御权,但这个概念却主张基本权利的内容要由立法来形成。这个概念“颠覆了立法者与基本权利的关系”,“立法者不再是基本权利的对手,而成为基本权利的朋友”。^{〔89〕}或许正因为如此,这个概念即便在德国也并非毫无争议。^{〔90〕}从理论上说,法律形成非常容易与法律限制相混淆,一种立法行为究竟属于法律对基本权利的“形成”,还是属于对基本权利的“限制”,在很多时候不无争议。更重要的是,由于“形成”与“限制”难以区分,容易造成本来是对基本权利的限制性立法却被误认为属于对基本权利的“形成”,因此承认立法机关的宽泛裁量权,进而放宽审查,这对基本权利的保护并非有利,不如不用。正如吴庚所说:“繁琐的概念操作是德国法学的优点,也是缺点,有时我们也不必全盘继受。”^{〔91〕}这或许是建立宪法学自主概念体系的应有之义。

Abstract A new classification has been proposed in constitutional academia, which divides fundamental rights into factually formed fundamental rights and legally constructed fundamental rights. This approach advocates that marriage falls under the category of legally constructed fundamental rights. This classification originates from Jellinek's distinction between natural freedom and legal freedom, and while it carries a certain degree of novelty, it fails to explain the practices of marriage law in our country and suffers from inherent theoretical flaws. The reason why the union of two individuals is recognized as marriage lies in the fact that their actions conform to the “meaningful content” of marriage, and the primary components of this “meaningful content” are ethical norms, folk customs, cultural traditions, and other normative frameworks. The function of the law is not to form marriage but to provide protection for it. Therefore, the freedom of marriage in constitutional law exhibits the characteristics of “natural freedom”, which offers the possibility of conducting constitutional review of the entire marriage law system from a constitutional perspective.

Keywords Freedom of Marriage, Fundamental Rights Created by Law, Natural Freedom, Legally Constructed Freedom

(责任编辑:黄宇骁)

〔89〕 同前注〔3〕,王锴文,第96页。

〔90〕 同前注〔75〕,吴庚书,第94页,注38。

〔91〕 同上注,第134页。