

《民法典》离婚制度的创新与完善路径

雷巍巍*

内容提要：《民法典》登记离婚制度中新增的离婚冷静期规定，和我国登记离婚相关规定的立法目的、离婚双轨制的立法体系以及我国婚姻立法传统均不相符，实际上是错误借用禁止离婚主义影响下的国外离婚制度的结果。对于判决离婚制度，则应借鉴德国离婚法上的做法，一方面以《民法典》第1079条第2款为依据贯彻离婚原因上的破裂原则，另一方面对包括新增二次离婚诉讼中分居满一年应准予离婚之规定在内的《民法典》第1079条第3款、第4款的法定离婚理由，进行破裂推定条款、苛刻情况的分类，从解释论上进行体系化。

关键词：离婚冷静期 离婚原因 破裂原则 破裂推定

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）中有关离婚制度^{〔1〕}的修订，是在现行《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）的基础上增加了以下两个方面的新规定：一是在登记离婚制度中增加了所谓的离婚冷静期制度，即规定了离婚当事人双方向婚姻登记机关提交离婚登记申请后三十日内，任何一方不愿意离婚的，可撤回离婚登记申请（《民法典》第1077条第1款），并且在前款规定期限届满的三十日内，双方仍可通过是否亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证的行为进行“抉择”，三十日内不申请的视为撤回离婚申请（《民法典》第1077条第2款）。若前后两款的期限相叠加，冷静期实际上最长可达六十日。二是在诉讼离婚的规定中增加规定，人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年的，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚（《民法典》第1079条第5款）。

* 雷巍巍，中国计量大学法学院、知识产权学院讲师，中国计量大学质量发展法治保障研究中心研究员。

〔1〕 离婚制度由离婚法（Scheidungsrecht）与离婚后果法（Scheidungsfolgenrecht）组成，前者处理如何通过离婚解除婚姻的问题，后者则涉及经由离婚解除婚姻后所产生的法律效果问题，在适用程序上一般也予以区分。狭义上的离婚制度仅指离婚法，亦即本文所论述的范围。Vgl. Wellenhofer, Familienrecht, 5. Aufl., 2019, S. 167.

从《民法典》婚姻家庭编的立法沿革来看,离婚冷静期制度在2017年9月26日的《民法婚姻家庭编(草案)》室内稿中便已作了规定。而之后2018年4月至2019年12月28日五个版本的《民法典婚姻家庭编(草案)》征求意见稿,以及2020年5月两会期间的《民法典(草案)》审议稿,均承袭了室内稿有关离婚冷静期的规定,除了从室内稿阶段到征求意见稿阶段离婚冷静期制度的条文表述有所变化之外,之后的变化始终不大。^[2]而《民法典》第1079条第5款则是在2018年4月之后《民法典(草案)》征求意见稿阶段新加的规定。

一方面,离婚冷静期的规定,不管是在草案征求意见期间,^[3]抑或是《民法典》通过后,^[4]都在社会上引起了极大的争议和讨论,^[5]学界对此也给予了一定的关注;^[6]而在另一方面,《民法典》第1079条第5款有关诉讼离婚中第一次不判离之后,双方又分居满一年应准予离婚的新规定,却几乎没有引起较大的关注。2020年5月22日全国人大会议上有关《民法典(草案)》的说明,对这两个新规定的立法目的作了解释,即离婚冷静期制度针对的是当前轻率离婚过多、离婚率攀升导致的婚姻家庭不稳定,《民法典》第1079条第5款这一新增规定则是针对离婚诉讼司法实践中出现的“久调不判”问题。^[7]但这两处新增条款在整个离婚制度中的体系意义如何,对整个离婚制度有多大的影响,从比较法角度又当如何看待这些新变化等问题,仍待深入研究和考察。因此本文拟从解释论的角度,结合我国婚姻法立法史,对《民法典》中离婚制度的相关规定以及司法实践进行梳理,之后再从比较法的视角进行评析。^[8]

一、我国离婚制度的历史沿革

(一) 从革命根据地离婚制度到1950年《婚姻法》的离婚制度

1. 中华人民共和国成立前革命根据地的离婚制度

这一时期包括离婚制度在内的《婚姻法》立法均是服务于新民主主义革命中废除封建主义婚

[2] 2017年9月26日的《民法婚姻家庭编(草案)》室内稿第36条的表述强调婚姻登记机关对离婚登记申请的审查,而之后的各征求意见稿则在表述上删除了婚姻登记机关的审查要求,仅强调离婚申请撤回的时期为婚姻登记机关收到申请后一个月。这一变化可能的意义参看下文。而之后五个版本的征求意见稿仅仅是将一个月的撤回期间更加准确地表述为三十日。

[3] 参见马忆南:《民法典婚姻家庭编草案增加离婚冷静期规定》,载《中华妇女报》2019年1月2日,第6-7版。

[4] 参见袁志雄、柯艳娇:《如何应对“离婚冷静期”》,载《人民法院报》2020年6月14日,第2版。

[5] 如王礼仁:《正确理解“离婚冷静期”的意义和功能》,载《中华妇女报》2020年7月6日,第5版。

[6] 如贺栩溪:《离婚登记中冷静期制度研究》,载《枣庄学院学报》2017年第6期;杨立新、蒋晓华:《对民法典婚姻家庭编草案规定离婚冷静期的立法评估》,载《河南社会科学》2019年第6期。

[7] 参见全国人民代表大会常务委员会副委员长王晨于2020年5月22日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上所作的《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明》。

[8] 在禁止离婚主义及限制离婚主义的影响下,欧美各国基本上仍采用判决式离婚或者由法院介入的两愿离婚。而且即使在当代平权思潮的影响下,不论两愿还是单愿离婚也多采用概括式的破裂离婚原则,很少完全采用协议登记离婚。参见夏吟兰:《离婚自由与限制论》,中国政法大学出版社2007年版,第110、111页;余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第296、297页。而之所以以德国法为参照,恰恰在于德国法一方面贯彻离婚程序上的法院裁判制、离婚原因上的破裂原则较为彻底,另一方面又以体系性的立法技术最大限度给予离婚当事人以离婚自由,对此参见下文。这可以说是目前欧洲各国以尽量去法院审查化为标志的两愿离婚改革浪潮的一个参照点。Vgl. Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht? Einleitung von Dutta/Schwab, S. 5ff.

姻家庭制度、实行新民主主义婚姻家庭制度的任务。^{〔9〕}

作为其典型的 1931 年《中华苏维埃共和国婚姻条例》第 9 条中确立了绝对离婚自由。按其规定，不论男女双方同意离婚抑或男女一方坚决要求离婚的，均“即行离婚”。而之后第 10 条则规定了“男女离婚，须经乡苏维埃或城市苏维埃登记”的程序。接下来的 1934 年《中华苏维埃共和国婚姻法》一方面沿袭了《中华苏维埃共和国婚姻条例》所确定的离婚自由原则（第 10 条）和登记离婚程序（第 12 条），另一方面细化了离婚登记的具体规定，增加了进行离婚登记时，政府须认真审查婚姻双方所提出的离婚条件，表明当时苏维埃政府相对于之前，对离婚问题所持的谨慎态度，从而防止离婚自由被滥用。^{〔10〕}

抗日战争、解放战争时期各根据地地区性的婚姻条例在继受上述基本思想和规定的前提下，也进行了细化改革。在离婚程序规定方面，已经对男女双方自愿离婚和男女一方要求离婚在处理程序上加以区别，部分条例以列举的方式规定了离婚的法定理由。^{〔11〕}

2. 1950 年《婚姻法》的离婚制度

1950 年《中华人民共和国婚姻法》（以下简称 1950 年《婚姻法》）是中华人民共和国成立后制定的第一部法律，制定过程深受中华人民共和国成立前革命根据地婚姻法立法的影响。^{〔12〕}

1950 年《婚姻法》继续坚持绝对离婚自由的原则，男女双方自愿离婚以及一方坚决要求离婚的，经区人民政府和司法机关调解无效时，准予离婚（第 17 条第 1 款）。程序上对双方自愿离婚的和一方坚决要求离婚的这两种情形进行区分。对于前者，双方应向区人民政府登记，领取离婚证，区政府则只需查明双方离婚确系自愿且已适当处理子女财产问题，即发给离婚证（第 17 条第 2 款第 1 句）；对于后者，则先由区政府进行调解，调解不成才转报县或市人民法院处理（第 17 条第 2 款第 2 句）。

从立法结果上看，1950 年《婚姻法》延续了革命根据地时期婚姻法“革命性”的传统。这不单体现在 1950 年《婚姻法》脱离民法而进行单独立法这一做法上，更加体现在对绝对离婚自由原则的确立上。只不过为了防止离婚自由被滥用，才根据离婚双方意愿之不同而在程序上进行了登记离婚和诉讼离婚的区分以及作出了诉讼离婚中强制调解的细化规定。所以 1950 年《婚姻法》的离婚制度不仅确立了在坚持绝对离婚自由基础之上反对轻率离婚的基本立法思想，也奠定

〔9〕 参见张希坡：《中国婚姻立法史》，人民出版社 2004 年版，第 103 页；易军，《身体与法律——基于中国共产党婚姻立法史的考察》，载《北方法学》2018 年第 2 期。

〔10〕 参见前引〔9〕，张希坡书，第 150 页；黄东海、张希坡：《法律、政策与实践：革命根据地时期的离婚——基于司法实务的考察》，载《法律适用》2017 年第 16 期。

〔11〕 参见马忆南：《婚姻家庭继承法学》，北京大学出版社 2014 年版，第 20 页。

〔12〕 中华人民共和国成立后制定《婚姻法》的计划，在 1948 年解放区妇女工作会议上就已被提出来。当时刘少奇代表中共中央，向邓颖超等中央妇女运动委员会成员布置了起草《婚姻法》的工作。同时刘少奇将 1931 年的《中华苏维埃共和国婚姻条例》作为参考资料交给了邓颖超等人，同时希望他们仍然以废除封建主义婚姻家庭制度为目标，在调查、总结解放区婚姻状况以及执行婚姻条例经验教训的基础上起草《婚姻法》。参见王彦红、周艳芝、刘志兰：《新中国第一部〈婚姻法〉起草始末》，载《党史文苑》2008 年第 3 期。

了我国离婚制度在程序上实行登记离婚与诉讼离婚^[13]双轨制的基本框架。^[14]

(二) 1980年《婚姻法》对离婚制度的修改

1980年《婚姻法》修订的最大争议点是离婚问题。有关双方自愿离婚的可通过登记离婚的规定没有引起异议。离婚问题的争论焦点集中在1950年《婚姻法》第17条第1款第2句有关规定,即“男女一方坚决要求离婚的,经区人民政府和司法机关调解无效时,亦准予离婚”^[15]。在此情况下是否即行判决离婚,其本质在于准予离婚的标准是什么。

虽然从1950年《婚姻法》颁布时起到1980年《婚姻法》正式规定以“感情确已破裂”作为判决离婚的标准为止,相关司法部门就此问题作出过多次回答,但在具体表述上一直有所摇摆,最初的表述以“是否继续维持夫妻关系”以及“是否继续同居”^[16]作为判决离婚的标准,之后也明确提出过将“感情是否完全破裂”^[17]作为离婚标准,而后又提出“夫妻关系事实上是否确已破裂,能否恢复和好为原则”^[18]。但在修订过程中仍然出现了所谓正当理由和感情破裂论之争。^[19]最终在1980年《婚姻法》修订增加了“感情确已破裂,调解无效,应准予离婚”这一判决离婚的审查标准。

因此1980年《婚姻法》对离婚制度的修订,仍然是在1950年《婚姻法》所确立的框架之内。只是对1950年所确定的绝对离婚自由原则进行了限制。在具体规定上只保留了“男女双方自愿离婚的,准予离婚”的表述(第24条第1句)。与此相配套的是1994年2月1日颁布与实施的《婚姻登记管理条例》,该条例第16条还规定了婚姻登记机关的审查义务,即婚姻登记机关有一个月的时间对当事人的离婚申请是否符合条件进行审查。而男女双方一方要求离婚的则完全被置于诉讼离婚的程序中(1980年《婚姻法》第25条第1款)。同时为人民法院审理判决离婚确立了“感情确已破裂,调解无效”而准予离婚的审查标准。通过1980年《婚姻法》的这一修改及相关配套条例的出台,一方面根据两愿离婚和单愿离婚之不同而在程序上分别实行登记离婚与诉讼离婚的双轨制已正式确立,另一方面判决离婚中增设的“感情确已破裂”审查标准成为对判决离婚的限制和法院的审查标准。

(三) 现行《婚姻法》离婚制度的确立

虽然2001年《婚姻法》的修订重点已经落在了夫妻财产制法以及家庭关系法上,但由于

[13] 离婚的分类,以夫妻双方对离婚的态度为标准,可分为双方均同意的两愿离婚(合意离婚)和只有一方有离婚意愿的单愿离婚(片意离婚);按程序的不同,可分为非诉离婚与诉讼离婚;而以解除婚姻关系的方式不同,则可分为协议离婚与判决离婚,其中协议离婚又可细分为通过行政程序的协议离婚和通过诉讼程序的协议离婚。在我国,因法律明确规定诉讼离婚中,在进行判决离婚之前有强制调解程序(《婚姻法》第32条第2款),故而有学者认为诉讼离婚不等于判决离婚。因此我国的协议离婚可分为依照行政程序的协议离婚(登记离婚)和依照诉讼程序的协议离婚(法院调解离婚)。如无特别说明,本文中的登记离婚指的是依照行政程序的两愿协议离婚,诉讼离婚指的是法院调解离婚及法院判决离婚,判决离婚指的是经由法院判决的单愿离婚。参见前引[8],余延满书,第296、297页。

[14] 这种以延续性为主,辅之以部分修订的婚姻法立法过程可参见朴敬石:《“离婚完全自由”问题上的矛盾与妥协——以1950年〈中华人民共和国婚姻法〉的制定过程为中心》,载《徐州工程学院学报》(社会科学版)2017年第1期。

[15] 参见杨大文:《1980年〈婚姻法〉的修改与颁行》,载《中国妇运》2010年第5期。

[16] 原中央人民政府法制委员会:《有关婚姻问题的若干解答》(1953年3月19日),载中华人民共和国民政部民政司编:《婚姻工作手册》,群众出版社1989年版,第35页。

[17] 《最高人民法院关于贯彻执行民事政策几个问题的意见》(1963年8月28日)。

[18] 《最高人民法院关于贯彻执行民事政策法律的意见》(1979年2月2日)。

[19] 参见张春生:《1980年婚姻法修改背后的故事》,载《检察日报》2014年9月29日,第8版。

1980年《婚姻法》所确定的判决离婚中一般性的“感情确已破裂”审查标准在司法实践中面临难以适用的问题，在这次修订中，在总结过去司法实践经验的基础上，以例示加上兜底规定的方式增加了五种诉讼离婚中调解无效应予离婚的法定情形（《婚姻法》第32条第3款）。这可以看作是对该条第2款“感情确已破裂”这一标准的细化，同时也是对过去司法实践经验的归纳和总结。^{〔20〕}

同时，2001年12月24日通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《婚姻法司法解释一》）也再次重申人民法院在审理离婚案件时不得适用过错原则。^{〔21〕}

与这次《婚姻法》修正相对应的则是2003年出台的《婚姻登记条例》。在登记离婚的程序上，虽然婚姻登记机关仍然具有审查当事人相关材料并且询问相关情况的义务（《婚姻登记条例》第13条第1句），但只要符合《婚姻法》协议离婚的相关规定，即应当当场予以登记，发给离婚证（《婚姻登记条例》第13条第2句）。

二、我国现行离婚制度体系

事实上，在上述历史背景下，我国婚姻法离婚体系自1950年《婚姻法》以来即一直呈现出登记离婚与诉讼离婚完全分离的双轨制特点。在两愿离婚的情况下，离婚当事人双方有绝对的离婚自主权，适用登记离婚程序，无需考虑法定离婚原因。只有在单愿离婚且调解不成的情况下，才适用需考虑法定离婚原因的判决离婚程序。

（一）登记离婚的要件

1. 实体法要件

就实体法上的积极要件而言，《婚姻法》仅仅概括性地规定了男女双方自愿离婚的，必须到婚姻登记机关申请离婚（《婚姻法》第31条第2句）。其中强调的是男女双方的自愿性（《婚姻法》第31条第1句）和对离婚后果的协商一致性（《婚姻法》第31条第3句）。而结合《婚姻登记条例》的相关规定，才能得出离婚双方自愿这一要件的具体法定要求，即：双方应订立书面的离婚协议（《婚姻登记条例》第11条第1句第3项）；申请离婚登记须满足亲身性的要求（《婚姻登记条例》第10条第1句）；离婚协议中需载明双方当事人自愿离婚的意思表示以及对子女抚养、财产及债务处理等事项达成一致的意见（《婚姻登记条例》第13条第2句）。^{〔22〕}虽然《婚姻登记条例》第12条规定了三种限制登记离婚的情形，亦即登记离婚的消极要件，此时婚姻登记机关对登记离婚申请不予受理。但第一种未达成离婚协议的限制情形是《婚姻登记条例》第11条第1句第3项的反向规定，实为同一要件的应有之义。第二种有关当事人行为能力的要求是法

〔20〕《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》（1989年11月21日）中列举了14种夫妻感情确已破裂的情形。

〔21〕《婚姻法司法解释一》第22条规定：“人民法院审理离婚案件，符合第三十二条第二款规定‘应准予离婚’情形的，不应当因当事人有过错而判决不准离婚。”

〔22〕这些散见于《婚姻登记条例》中的实质性要件在《民法典》编纂中已被吸收进婚姻家庭编中（《民法典》第1076条）。

律行为主体的一般性要求，亦不属于真正的登记离婚消极要件。第三种结婚登记不是在中国内地办理的情形虽然可算得上是一种消极要件，但也并非实质性的限制条件，仅属于行政管辖事实上不能的排除适用规定。因此，有学者认为我国现行立法并无有关登记离婚的实质性消极要件。^{〔23〕}

2. 程序法要件

在程序法上，依据《婚姻登记条例》的规定，登记离婚的程序须经过申请、审查与登记三个形式要件。在当事人双方提出申请这一程序上，除了前述的亲身性之外，主要的规定在于须到一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关办理离婚登记（《婚姻登记条例》第10条第1句），并且须提供本人的户口簿、身份证，本人的结婚证，双方当事人共同签署的离婚协议书这三种证件和证明材料（《婚姻登记条例》第11条）。其次是婚姻登记机关应当对离婚登记当事人出具的证件、证明材料进行审查并询问相关情况（《婚姻登记条例》第13条第1句）。虽然这条规定了婚姻登记机关有审查义务，但却并未明确此种审查的具体性质。而且由于《婚姻登记条例》第12条所规定的三种消极要件，所以实践中的审查集中在对这三种消极要件的排除上，和对《婚姻法》及《婚姻登记条例》所规定的双方自愿离婚以及相关问题的适当处理这两个积极要件的确认上。换言之，这里的审查更多是基于离婚登记制度而对登记所需要件进行审查，而非对离婚当事人具体婚姻状况的审查。此外，2003年《婚姻登记条例》删除了1994年《婚姻登记条例》中所规定的自当事人申请离婚之日起，婚姻登记机关可以对协议离婚是否符合法定离婚条件进行一个月的审查。因此这里的审查应当理解为离婚登记作为一种具体行政确认行为而进行的形式性审查。^{〔24〕}最后，婚姻登记机关若确认离婚申请符合法定离婚条件，应当当场予以登记，发给离婚证（《婚姻登记条例》第13条第2句）。

（二）判决离婚中的离婚原因与程序

1. 判决离婚的离婚原因、认定及限制

当男女双方只有一方要求离婚时才能以诉讼方式进行离婚，并且在法院调解无效的情况下，才由法院进行审查，在确定法定离婚原因“感情确已破裂”存在的情况下，通过判决的方式准予离婚（《婚姻法》第32条第1款、第2款）。而之后《婚姻法》又以例示的方式规定了某些重大情形下（《婚姻法》第32条第3款5项、第4款）具体的离婚原因来作为“感情确已破裂”这一一般性离婚原因的补充。

尽管以1980年起，《婚姻法》就明确规定了判决离婚中的法定离婚原因是“感情确已破裂”，但是此种表述在学界始终存在争议，虽然不乏赞同者列举了从社会观念、意识形态到历史实践等六种支持理由，^{〔25〕}但更多的是质疑。质疑的理由包括：法律只调整人的行为，而并不调整诸如情感等精神范围；婚姻关系不仅仅是情感关系，而是包括夫妻双方物质生活、精神生活以及性关系在内的一种两性生活共同体，感情破裂在表述上范围过窄，无法全部涵盖；^{〔26〕}感情确已破裂

〔23〕 参见前引〔8〕，余延满书，第316页。

〔24〕 参见夏吟兰：《对中国登记离婚制度的评价与反思》，载《法学杂志》2008年第2期。

〔25〕 详尽的总结和分析参见蒋月：《20世纪婚姻家庭法——从传统到现代》，中国社会科学出版社2015年版，第416-419页；张云：《中国当代离婚问题研究》，云南科学技术出版社2009年版，第118、119页。

〔26〕 参见薛宁兰：《共同关切的话题——“〈婚姻法〉修改中的热点、难点问题研讨会”综述》，载《妇女研究论丛》2001年第1期。

主观性过强，无法作为判决离婚标准从客观上进行准确把握和判断，在审判实践中存在操作上的极大困难；^{〔27〕}作为标准缔结、维持婚姻关系的因素很多，感情只是其中一种，而且现实中亦存在不以感情缔结和维系婚姻的情况，以感情是否确已破裂作为判断婚姻是否应当维持实际上是以此判断婚姻有价值与否，在价值判断上是不尽如人意的；^{〔28〕}以感情破裂为标准从比较法上来看是对普遍的破裂离婚原则的误读^{〔29〕}等。

因此，现行法上“感情确已破裂”这一离婚原因的含义和认定存在较大的分歧。有观点认为，夫妻感情破裂指的仅仅是夫妻感情关系已经不复存在且无可挽回，故而应当依照之前司法实践中所总结的“四看”^{〔30〕}来判断以及认定夫妻感情是否破裂。另有观点则认为，应当按照普遍性的破裂原则，以客观上夫妻的共同生活已不复存在并且不能期待双方恢复共同生活作为感情破裂的标志，并以此进行判断。^{〔31〕}但无论是何种定义，在以夫妻（感情或婚姻）关系已经不复存在，且已经无可挽回作为对“感情确已破裂”这一要件的解释上，却无争议。^{〔32〕}

此外我国《婚姻法》在2001年修订之后对离婚原因同时采用例示主义，因此在存在下列情况时，调解无效，应准予离婚：（1）重婚或有配偶者与他人同居的；（2）实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；（3）有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；（4）因感情不和分居满二年的；（5）其他导致夫妻感情破裂的情形（《婚姻法》第32条第3款）以及一方被宣告失踪，另一方提出离婚诉讼的，应准予离婚（《婚姻法》第32条第4款）。其中第3款第5项为兜底条款，^{〔33〕}从其表述上看应该可以得出《婚姻法》第32条第3款与第2款的关系在于，一旦出现第3款所规定的情形时，只需调解无效，即可准予离婚，无须再审查此时感情是否确已破裂，具有一定的离婚原因推定效力。^{〔34〕}而《婚姻法》第32条第4款有关一方宣告失踪，另一方提出离婚诉讼时的情形以及第3款第4项分居满两年的情形则表明，在这两种推定中主要考虑的仍然是感情在客观上是否破裂，而不考虑夫妻双方中的一方是否有过错。只有《婚姻法》第32条第3款前三项才明确将婚姻中一方的重大违反婚姻义务或者过错作为推定感情确已破裂的因素。

为了突出对现役军人的保护以及在怀孕等情况下对妇女的法律保护，《婚姻法》还对这两类主体的配偶向法院提起离婚诉讼的权利进行了限制。《婚姻法》第33条规定，现役军人的配偶要求离婚须征得军人同意，除非军人一方有重大过错。按照主流观点，在此情况下即使可以确定夫

〔27〕 参见杨大文主编：《亲属法》，法律出版社2012年版，第184、185页。

〔28〕 参见曹诗权：《海峡两岸裁判离婚标准的比较研究》，载《法商研究》1998年第1期。

〔29〕 参见马忆南：《二十世纪之中国婚姻家庭法学》，载《中外法学》1998年第2期；前引〔11〕，马忆南书，第116页。

〔30〕 “四看”是指“看婚姻基础、看婚后感情、看离婚原因、看有无和好的可能”。参见《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》（1989年11月21日），具体解释参见前引〔11〕，马忆南书，第117-118页。

〔31〕 参见王洪：《婚姻家庭法学》，法律出版社2003年版，第176、177页。

〔32〕 参见前引〔27〕，杨大文主编书，第184页。

〔33〕 《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》（1989年11月21日）中所列举14种情形的一些仍然可以作为标准，参见杨遂全编著：《婚姻家庭亲属法学》，清华大学出版社2011年版，第213、214页。

〔34〕 然而这种推定效力非常不明确，有学者认为，即使出现这些例示中无过错的情况，也只是离婚的条件之一，法院也不能当然地判决离婚，仍需进行调解以及判断感情是否破裂，在实践中不少法院也确实采用的是这样的解释路径。参见前引〔25〕，张云书，第125页。

妻感情确已破裂，但军人一方不同意离婚的，仍然不能离婚。^[35]

《婚姻法》第34条则限制了男方在女方怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内的离婚诉讼权。但例外的情形是女方提出或者人民法院认为确有必要受理男方离婚请求。这里的“确有必要”，按照通说主要是指以下两种情形：确实存在双方无法继续共同生活的重大而紧急的情况，如一方生命、人身安全受另一方威胁，女方怀孕的原因在于与他人通奸。^[36]

2. 判决离婚的程序性规定

对判决离婚影响较大的程序性规定，主要是《民事诉讼法》上针对离婚诉讼案件的原告规定了不予受理的限制，即判决不准离婚的案件，原告在没有新情况、新理由时，在六个月之内又起诉的，不予受理（《民事诉讼法》第124条第7款）。这一起诉的消极要件本身源于审判惯例，^[37]目的在于防止离婚诉讼被滥用。

但实际上，我国各地基层法院在审理离婚案件时普遍存在的情况是，首次不判离，然后通过《民事诉讼法》第124条第7款进行“二次离婚诉讼”并普遍予以判离。^[38]形成这种情况的原因一方面在于采取判决形式准予离婚的情形增多以及判决离婚诉讼中对“感情破裂”判断的困难，^[39]另一方面还在于对长期以来离婚诉讼中存在的调而不判现象的纠正以及法官普遍面临结案率等的压力^[40]。

三、德国法上离婚制度体系

与我国离婚制度上长期以来面临的尴尬处境相比，比较法上尤其是德国法上的离婚制度在实践运行中颇多合理的经验，值得关注。

（一）离婚原因

1. 破裂原则的确立

通常认为，目前的德国离婚法是根植于1977年1月1日生效的《婚姻和家庭法改革一号法》，该法确立了离婚原因上的婚姻破裂原则（Zerrüttungsprinzip）。^[41]

因此德国《民法典》（以下简称德民）规定，离婚的唯一原因就是婚姻已经破裂（德民第1565条第1款第1句）。而法律又进一步对婚姻破裂进行定义，即配偶双方的（婚姻）生活共同体（Lebensgemeinschaft）已不再存在，并且也无法期待双方能够恢复生活共同体（德民第1565条第1

[35] 参见前引[8]，余延满书，第329页。

[36] 参见曹诗权主编：《婚姻家庭继承法学》，中国法制出版社2008年版，第161页。

[37] 参见张卫平：《民事诉讼法》，法律出版社2016年版，第293页。

[38] 参见刘敏：《二次离婚诉讼审判规则的实证研究》，载《法商研究》2012年第6期。

[39] 参见前引[38]，刘敏文。

[40] See Ethan Michelson, Decoupling: Marital Violence and the Struggle to Divorce in China, 125 (2) *American Journal of Sociology*, 335-339 (2019).

[41] 参见前引[1]，Wellenhofer书，第168页。但是有观点认为早在纳粹时期颁布的婚姻法中其实已经引入了破裂原则，《婚姻和家庭法改革一号法》只是确立了其在离婚法中的支配地位而已。Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, S. 221f.; 《婚姻和家庭法改革一号法》及之后的影响详情 vgl. Schwab, 20 Jahre., Erstes Eherechtsreformgesetz“, JuS 1997, S. 587ff.

款第2句)。这事实上也是对德民第1353条第2句所规定的建立全面生活共同体这一结婚法效的回应，因全面停止生活共同体的面向将来性而被称为“婚姻生活共同体的废止”(Aufhebung)。^[42]

因此在裁判离婚的前提下，法院必须根据这一离婚条件对婚姻关系的破裂程度进行“谨慎的实质个案审查”(sorgfältige materielle Einzelfallprüfung)，分为两步：一是配偶双方的婚姻生活共同体是否已不复存在；二是是否能期待两者在将来恢复婚姻生活共同体(所谓的Zukunftsprognose, 未来诊断)。^[43]而司法实践对于认定婚姻破裂，也逐渐形成了以下几个具体标准：(1) 如果可以判定至少配偶一方确定地不想与配偶另一方继续共同生活，那么婚姻即可被认为已经破裂了；(2) 必须是对相关情况进行全面评价，仅仅凭借离婚申请方提出的婚姻破裂单独声明，无法完全判定婚姻破裂；(3) 法院在判断时主要考虑的是，个案中婚姻生活共同体是否在主观上已经无可挽回地破裂了，而并非婚姻生活共同体的客观情形。^[44]

2. 婚姻破裂的推定

即便有了上述几个司法实践中总结出来的婚姻破裂标准，法院通过审查来确定婚姻已破裂仍然是非常困难的，尤其是在仅有一方要求离婚的情况下。^[45]法院必须深入考察夫妻内部关系，而这有可能过多涉及婚姻内部隐私。^[46]故而法律另行规定了两种婚姻破裂的推定(Vermutung)要件：(1) 双方分居一年以上，并且双方申请离婚或者被申请一方同意离婚的，就不可辩驳(unwiderlegbar)地推定婚姻已经破裂(德民第1566条第1款)；(2) 双方分居三年以上的，亦不可辩驳地推定婚姻已经破裂(德民第1566条第2款)。

只要离婚申请符合德民第1566条第1款或者第2款的推定条件，便无须再根据德民第1565条第1款第2句进行实质的破裂审查，可以径行认定婚姻已经破裂这一法定离婚原因。^[47]

3. 苛刻情况下的提前离婚

虽然德民第1565条第1款第2句规定了婚姻破裂作为离婚的唯一原因，但根据德民第1565条第2款的规定，配偶双方分居未满一年的，只有当婚姻的存续由于配偶一方自身原因而对申请的配偶一方而言意味着无法忍受的苛刻(unzumutbare Härte)时，才能离婚。这意味着，当不存在无法忍受的苛刻情况时，德民第1565条第2款对德民第1565条第1款第2句的适用进行了一年分居的时间限制。^[48]

这一规定的目的性和正当性一直都有争议。^[49]按照德国联邦最高法院的判决，这一方面是为了避免夫妻情绪激动之下仓促提出离婚，另一方面主要是用于判断婚姻破裂的情形，避免单方破裂情况下权利的滥用。^[50]

而在构成要件上，除了婚姻的延续本身对申请人而言意味着无法忍受的苛刻，且无法忍受的

[42] Schwab, Familienrecht, 27. Aufl., 2019, S. 160.

[43] 参见前引 [1], Wellenhofer 书, 第 170 页及下一页。

[44] 参见前引 [42], Schwab 书, 第 160 页。

[45] Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl., 2018, S. 179; 参见前引 [1], Wellenhofer 书, 第 170 页。

[46] 参见前引 [42], Schwab 书, 第 161 页。

[47] 参见前引 [1], Wellenhofer 书, 第 169 页及下一页。

[48] 参见前引 [1], Wellenhofer 书, 第 171 页及下一页。

[49] 参见前引 [42], Schwab 书, 第 162 页。

[50] Vgl. BGH FamRZ 1981, 127.

原因必须存在于配偶另一方身上之外，配偶另一方还应当有严重违反婚姻义务的行为，例如严重的虐待、严重不履行扶养义务等。^[51]

4. 苛刻条款作为婚姻解除的障碍

与苛刻情况下提前离婚相反的是，在某些例外情况下，即使婚姻已经破裂，但考虑到子女的利益或者对配偶一方而言婚姻在法律意义上的存续仍具有重要意义，此时就不允许离婚。这就是所谓德民第 1568 条苛刻条款对离婚权利的限制。^[52]

在考虑子女利益方面，如果婚姻存续期间所生子女尚未成年，并且出于对子女利益的考虑由于特别原因而必须例外地维持婚姻，即使此时婚姻业已破裂也不应该解除婚姻（德民第 1568 条第 1 款情况一）。但是这一规定在实践中，除了离婚可能导致子女自杀危险这样极端的情况下，^[53] 极少被适用^[54]。

对被申请人的苛刻方面，如果并且只要离婚对于拒绝离婚的被申请人而言，由于非正常的情况而会构成较为严峻的苛刻，以至于在考虑申请人利益的情况下，也有必要例外地维持婚姻时，即使婚姻已经破裂，也不应该离婚（德民第 1568 条第 1 款情况二）。此种苛刻条款针对的是单愿离婚，并且在离婚会导致不愿离婚的配偶一方在精神上、社会生活上或者经济上遭到非正常困难^[55]的情况下才可以援引。

（二）离婚程序

离婚须根据配偶一方或者双方的申请，以法院的裁判^[56]进行（德民第 1564 条第 1 句）。只有在离婚裁判发生既判力时，婚姻才会被解除（德民第 1564 条第 2 句）。

2009 年 9 月 1 日起，经过家事程序法改革之后，离婚程序不再被规定在《民事诉讼法》中，而是规定在《关于家庭事件和非诉事件程序法》（Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit）（以下简称为 FamFG）中，属于“婚姻事件”（FamFG 第 121 条第 1 项），由家庭法院管辖。这导致离婚程序不是根据“起诉”，而是根据双方或者一方的申请而发生（FamFG 第 124 条）。从名称上看，离婚双方也分别相应地由原告与被告改称为“申请人”或者“被申请人”。同时离婚程序因属于婚姻事件，一方面不适用辩论原则，采用职权调查原则（Untersuchungsgrundsatz），亦即法院应当依职权查明和裁判相关、但是当事人未提供的事实（FamFG 第 127 条第 1 款）；^[57] 另一方面实行强制律师代理（Anwaltszwang），即当事人实施任何诉讼行为，都必须由法院许可的律师代理（FamFG 第 114 条第 1 款）。虽然这些程序法上的变化使得离婚程序在形式上有别于德国一般民事诉讼程序，但这些形式上的变更，主要是考虑家事案件与一般民事诉讼案件的差异，在人身属性和私密性方面

[51] 参见前引 [45]，Dethloff 书，第 180 页及下一页。

[52] 参见前引 [41]，Gernhuber/Coester-Waltjen 书，第 258 页。

[53] Vgl. OLG Hamburg FamRZ 1986, 469.

[54] 参见前引 [42]，Schwab 书，第 164 页。

[55] 参见前引 [1]，Wellenhofer 书，第 175 页及下一页。

[56] 此处的裁判是指由法院作出的裁判（Entscheidung），但具体的裁判则是通过裁定（Beschluss）而非判决（Urteil）的形式作出，以在程序法上与一般的民事诉讼进行区分。参见前引 [45]，Dethloff 书，第 185 页。

[57] 与该原则相对的是仅仅由当事人双方提供诉讼资料的辩论原则（Verhandlungsgrundsatz）或提出原则（Beibringungsgrundsatz）。Siehe Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2019, S. 429, 438.

都有特别的要求，而需要在程序法上进行特殊、专业和集中化的裁判。^{〔58〕}从实质上来看这仍然是一种通过法院诉讼而进行的裁判离婚。

因此德国法上的离婚（Ehescheidung）概念仍被理解为基于特定离婚原因、通过法院的裁判而面向将来解除婚姻。

（三）德国离婚法中的两愿离婚

综上所述，通过破裂推定的规定，即配偶双方分居一年以上并且双方都同意离婚这两个要件（德民第 1566 条第 1 款），德国法上也允许配偶双方一致同意而解除婚姻，即所谓两愿离婚（die einverständliche Scheidung^{〔59〕}）。只是受限于程序性要求，双方仍然需要以双方申请离婚或者一方提出离婚申请而另一方表示同意的方式向法院提起离婚申请（FamFG 第 134 条第 1 款），由法院依据概括式破裂原则批准双方离婚。在德国家事程序法改革前，两愿离婚双方在提出申请前还必须在程序法上满足已就离婚的重要后果达成一致这一条件，才可在破裂推定的基础上进行两愿离婚（《民事诉讼法》第 630 条第 1 款和第 3 款）。^{〔60〕}之后的新家事程序法取消了此项规定，只要求当事人在离婚申请中申明双方是否已经就重要的离婚后果达成协议即可（FamFG 第 133 条第 1 款第 1 项）。

如果配偶双方分居不满一年，就无法根据德民第 1566 条的推定破裂提出离婚申请，只能根据德民第 1565 条第 1 款第 2 句规定的离婚基本条件提出申请。这意味着法院需要从客观上出发判断婚姻是否破裂。只是由于受限于德民第 1565 条第 2 款的限制，即使双方均存在离婚意愿，除非有苛刻情况，否则也必须遵守一年分居时间的要求。^{〔61〕}

（四）德国离婚制度的特点与形成根源

德国离婚制度最大的特点在于，不论是两愿离婚抑或是单愿离婚，始终坚持完全由法院决定是否批准婚姻双方离婚，即所谓法院的离婚垄断（das gerichtliche Scheidungsmonopol）。^{〔62〕}同时对离婚原因原则上采用概括式的破裂原则，即所有离婚原则上均需具备婚姻破裂这一法定原因。在这两大具有限制离婚自由之作用的前提下，通过破裂推定制度以及苛刻情况下的提前离婚制度，尽可能地赋予双方离婚自由以及减轻法院在判决过程中的审查负担。^{〔63〕}同时为了防止极端情况下因离婚造成其他优先受保护的法益受损，又通过苛刻条款对此种限制前提下的“离婚自由”再一次进行一定的限制，从而实现法益保护的平衡。

但从历史角度看，德国这一复杂离婚制度形成的原因还是其文化中长期存在的禁止离婚主义。而这一点如同大部分欧美国家一样，也同样是受到了基督教婚姻观形塑的结果。^{〔64〕}按照基

〔58〕 参见赵秀举：《家事审判方式改革的方向与路径》，载《当代法学》2017年第4期。

〔59〕 有学者译为协议离婚，参见〔德〕迪特尔·施瓦布：《德国国家法》，王葆苜译，法律出版社2010年版，第168页。

〔60〕 虽然在理论上德国法上两愿离婚最终可以溯及双方一致同意离婚这一点，但婚姻破裂的法定构成要件是无法逾越的，且也必须经由法院审查程序，因此并非如有的观点所认为的，可与我国的协议式两愿离婚相比较。参见樊丽君：《论德国法上的两愿离婚——兼评我国协议离婚制度》，载《甘肃政法学院学报》2008年第3期。

〔61〕 这点在学界中有争议，此为通说。参见前引〔42〕，Schwab书，第167页。

〔62〕 参见前引〔45〕，Dethloff书，第178页。

〔63〕 同时离婚双方的同意（两愿）也受限于法定程序及法官的审查职权，其具体的含义及界限 vgl. Nina Dethloff, Die einverständliche Scheidung, 1994, S. 99ff.

〔64〕 Vgl. Stephan Meder, Familienrecht: Von der Antike bis zur Gegenwart, 2013, S. 72; Historisch-kritischer Kommentar zum BGB/Thier, § § 1303 - 1312, § 1588, Rn. 12.

督教教义，婚姻不仅仅是神所安排的，^[65] 结婚双方形成的是一种“骨肉融合”的一体关系，^[66] 结婚双方终身不可分离^[67]。在后来的使徒时代，使徒保罗更是用婚姻比喻基督与教会的关系，^[68] 使得基督教信仰中的婚姻具有神学上的神圣（sakral）色彩。这一点从目前德国法上对婚姻的定义便可一窥端倪。^[69] 因此从中世纪开始天主教教会不仅将婚姻列为基督教七大圣礼（sieben Sakramente）之一，而且严禁信徒离婚。之后的新教各教派虽然没有将婚姻列为基督教圣礼之一，也没有绝对禁止离婚，但仍然需要一方严重违反婚姻义务才可以离婚，^[70] 即所谓离婚过错原则（Verschuldensprinzip）的滥觞。

在之后发展起来的民事婚姻当中，即使离婚的判断权从教会手中收归为国家行使，这一套有关婚姻的观念以及由此发展起来的禁止离婚主义或者新教教派所提倡的离婚过错原则也被国家立法所继承。^[71] 即便后来因男女平权运动的兴起，离婚法历经改革之后完全采纳了破裂原则，基督教的婚姻观和禁止离婚主义仍在离婚立法基础上产生了决定性的影响。

四、《民法典》离婚新规定的澄清和体系解释路径

（一）对登记离婚新规定冷静期的澄清

在吸收了《婚姻登记条例》相关程序的规定（《民法典》第1076条）以及对程序性事项加以细化之后（《民法典》第1080条规定了离婚登记完成即产生婚姻关系解除的效力），我国《民法典》对登记离婚制度的规定相比于《婚姻法》中的规定有了很大的完善和进步。但《民法典》第1077条有关离婚冷静期的规定在体系上适当与否却仍需澄清。

1. 中德两愿离婚的差异性

从上述分析可以得知，德国法上分居制度的设立，尽管具有防止配偶双方轻率离婚的作用，某种意义上类似于冷静期，但是在判决离婚以及概括式破裂主义的前提下，更多的是通过“不可辩驳的推定”制度经由法定分居期间而达到婚姻已经破裂这一唯一的法定离婚原因，从而减轻实践中法院判断婚姻是否已经破裂的难度。尤其是在两愿离婚的情况之下，通过分居制度的设立，最大限度地突出了双方的离婚意愿在离婚中的作用，甚至和协议登记离婚在某种程度上具有相似

[65] 耶和華神說：“那人獨居不好，我要為他造一個配偶幫助他。”（創世記2：18，中文經文引自《聖經（和合本）》，下同）

[66] 因此，人要離開父母，與妻子連合，二人成為一體。（創世記2：24，馬可福音10：7中耶穌基督引用了聖經舊約的這段經文）既然如此，夫妻不再是兩個人，乃是一體的了。（馬可福音10：8）

[67] 所以，神配合的，人不可分開。（馬可福音10：9）

[68] 為這個緣故，人要離開父母，與妻子連合，二人成為一體。這是極大的奧秘，但我是指着基督和教會說的。（以弗所書5：31-32）

[69] 2017年10月1日德國《同性婚姻法案》生效前，德國法上僅規定婚姻是終身締結（§1353 a. F.），但僅指異性之間，《同性婚姻法案》生效后，條文被修正為婚姻在同性或者異性的兩個人之間終身締結（§1353），始終不變的是強調婚姻原則上的終身性，超越個體性的兩人結合，其中基督教的婚姻原型可見一斑。參見前引[64]，Thier書，邊碼8。

[70] 此處可參考聖經經文：只是我告訴你們，凡休妻的，若不是為淫亂的緣故，就是叫她作淫婦了。人若娶這被休的婦人，也是犯奸淫了。（馬太福音5：32）

[71] 參見前引[64]，Stephan Meder書，第74頁及對下各頁；也可參見孟德花：《別居與離婚制度研究》，中國人民公安大學出版社2009年版，第12頁。

性。然而其最终目的仍然是为了达到由法院判断婚姻是否已经破裂。在两愿离婚中当事人双方的离婚意思和最终的婚姻状态之间始终存在着法定离婚原因以及法院对离婚原因的判断这双重障碍，从而导致离婚双方对离婚原因和离婚程序均无完全自主权。

与此相反的是，我国离婚制度中，既不采用概括式的破裂主义，对于两愿离婚和单愿离婚在程序上也一直是分离的。对于两愿离婚，由离婚当事人双方通过协议再经婚姻登记机关登记离婚，只有对于单愿离婚且在法院调解不成功的情况之下，才需通过法院裁判程序审查“感情确已破裂”这一法定原因，进而对是否准许离婚作出判决。在两愿离婚的情况下，一方面当事人双方的离婚意思无需经过法定离婚原因，本身可直接决定婚姻状态，另一方面婚姻登记机关的审查也并非判决程序中的“职权调查”，而仅仅是依据法定要件对当事人的离婚意愿进行确认的行政行为。

2. 体系上的归类困难

因此，从体系解释的层面看，在我国协议登记离婚制度中最长达六十日的离婚冷静期设置，因缺乏概括性法定离婚原因这一基础，在体系上无法适当归类。又因实行的是通过行政确认行为进行登记离婚，无需进行实质性审查，^[72] 婚姻登记机关的审查及登记行为实际上和离婚冷静期无涉，无法经由外界干预来达到调和夫妻关系的目的^[73]。对婚姻登记机关的登记行为亦无益。甚至在效率导向的行政领域内，离婚冷静期的设置反而有碍行政机关办事效率的提高，造成离婚流程冗长，增加离婚当事人及婚姻登记机关的时间和人力成本。甚至有引发协议登记离婚向诉讼离婚分流之虞，加剧本就不堪重负的基层法院离婚判决的压力。

3. 在制度目的与历史观念上的矛盾性

立法说明中所阐述的设置离婚冷静期的唯一理由是，防止轻率离婚，背后的目的其实是为了降低近年来逐渐攀升的离婚率，试图以强行让婚姻当事人双方“冷静”的方式使其“重归于好”。然而我国离婚制度立法一直以来根植于革命性，两愿离婚采用登记离婚的方式从一开始就与废除具有极大人身束缚性的封建婚姻家庭关系这一目的相联系。而且我国在历史上也不存在基督教婚姻观以及与此相联系的禁止离婚主义的影响。^[74] 因此，这一带有浓重限制、甚至

[72] 值得注意的是冷静期相关条文表述在起草过程中的变化。2017年9月26日《民法婚姻家庭编（草案）》室内稿第36条第1款首先规定“婚姻登记机关应当对离婚登记申请进行审查”，之后有关冷静期的表述均以“审查期间”为导向。而之后各版的征求意见稿才形成目前《民法典》条文的表述，有关婚姻登记机关审查的表述已被完全删去。

[73] 学界有观点认为我国离婚冷静期是对国外类似制度，尤其是韩国与英国“离婚冷静期”的借鉴。但无论是韩国的离婚熟虑期抑或是英国的离婚考虑期，都是建立在其离婚程序由法院垄断的基础之上，尤其是韩国，即使是协议离婚也是在家庭法院的指导之下进行的。因此在韩国、英国的“离婚冷静期”内，集审查、协调、判断等职责于一体的家庭法院可以对夫妻的关系进行深入介入和指导，通过外部力量的介入促成离婚冷静期内夫妻关系的复合。与此相反，我国的冷静期设置在婚姻登记机关以登记方式完成协议离婚的程序中，在这一行政程序中，婚姻登记机关既无能力也无义务完成类似国外家庭法院的介入工作。因此这种所谓比较法上的“借鉴”是否合适以及能否完成所期待的立法任务，是很值得怀疑的。参见前引[6]，杨立新、蒋晓华文。

[74] 与此相反，从《唐律》开始，我国一直有“和离”的传统，是一种只需丈夫签署“放妻书”即可完成的类似两愿协议的离婚方式，尽管有学者对其在实际中是否确实适用有疑义，如参见范依畴：《中国古代的“和离”不是完全自由的两愿离婚》，载《政法论坛》2011年第1期；但是学界主流观点仍认为这是我国历史上独立存在且实际适用的离婚方式，并且在专制时代晚近越来越成为民间离婚的一种主流方式。有关“和离”的形式问题参见张艳云：《从敦煌〈放妻书〉看唐代婚姻中的和离制度》，载《敦煌研究》1999年第2期；“和离”制度具体构成要件参见刘玉堂：《唐代“和离”制度的法律透视》，载《江汉论坛》2011年第5期；“和离”制度的独立性以及适用的普遍性参见崔兰琴：《独立抑或附属：再论和离的法律地位——兼与范依畴商榷》，载《政法论坛》2012年第2期。

禁止离婚主义色彩的唯一理由本身，与协议登记离婚制度的设立目的以及我国的历史文化传统均不相容。

4. 法理层面的反思

从法律作为行为规范的角度来看，是否需要以及可能通过法律来促成婚姻当事人情感上的和睦也是值得怀疑的。当一桩婚姻已然无可挽回地破裂时，以“规制情感”为目的的行为强行法，其最终结果只能是限制了婚姻双方当事人最基本的离婚自由权利。^[75]

(二) 对判决离婚规定的体系性解释

《民法典》中有关判决离婚的规定，除了第1079条第5款外，其他的规定基本因袭了《婚姻法》中的相关规定。即便是《民法典》第1079条第5款，也可以从前述的离婚诉讼在审判实践遵循的“二次诉讼”惯例中寻得痕迹。不过更重要的是，在体系上如何对这些规定予以归类(zuordnen)及解释。在此，不妨以德国法上的离婚体系作为参照，以离婚原因之认定为核心，对我国单愿离婚中判决离婚的体系进行梳理。

1. 离婚原因

《民法典》第1079条在离婚原因的具体规定上仍然维持了具有争议的“感情确已破裂”的表述，在立法例上也保持了《民法典》第1079条第2款一般性规定加上第3款例示性规定的模式，同时引入了第5款在“二次离婚诉讼”中以一年的分居时间为标准来判断准予离婚。

实际上，从上文我国的婚姻法立法史梳理中可以发现，在1980年《婚姻法》规定“感情确已破裂”之前，司法实践中对于在判决离婚中如何认定应准予离婚，在立场上是摇摆不定的，“感情破裂”以及“关系破裂”这两种说法都存在。而且在1989年的批复中所确定的“四看”原则也并非仅限于对“夫妻感情”的审查。我国离婚法相关解释中以感情已不复存在且无可挽回作为认定感情确已破裂的标准这一点，事实上与德民第1565条有关婚姻破裂的定义并无二致。因此，不论是采用“感情破裂”还是“关系破裂”的表述，甚至于德国法上最具概括性的婚姻“破裂”概念，都由于其既属于一般条款(Genralklausel)，又牵涉到人类关系中最为复杂多变的婚姻关系，故而在司法实践中面临着如何审查、判断进而适用于具体案件的难题。即便如德国法在司法实践中进行类型化(Typisierung)之后，对其进行直接的审查和判断仍然面临着巨大的困难。而《民法典》第1079条第3款的例示性规定因为之前司法实践中长期存在的“调而不判”以及“二次离婚诉讼”的审判惯例，实际上在帮助推定离婚原因的认定上作用仍然十分有限。

因此，在目前《民法典》第1079条引入第5款的契机之下，在未来的司法实践中是否可以考虑，赋予《民法典》第1079条第3款第4项和第5款这两种无过错且均以分居期限为标准的离婚原因推定情形，类似于德国法上不可辩驳的破裂推定效果，从而形成首次离婚诉讼时两年分居时期，二次离婚诉讼时一年分居时期的有区分性的破裂推定要件。这样，在维持原有实证法体系不变的情况下，建立具有实质要件意义的分居制度，既可以有效减轻大部分判决离婚案件中法

[75] 毋宁说在以行政程序进行两愿登记离婚的制度下，任何一种直接的前置性限制措施都是很难证成的，相反，倒是可以从离婚无效与撤销等事后救济的视角出发，规范两愿登记离婚中的意思瑕疵以及登记错误问题。参见吴国平：《我国登记离婚程序的缺陷与立法完善》，载《法理论丛》2011年第5期。

院的判断负担，同时也给予离婚双方一定的考虑期限。

2. 苛刻情况下的离婚

我国离婚法从一开始便采取了两愿离婚与单愿离婚在程序上分离的方式，且两愿协议离婚并未受制于“感情确已破裂”这一离婚原因，因此，在与婚姻一方严重过错相联系的《民法典》第1079条第3款前三项以及具有兜底性质的第5项的“感情确已破裂”推定情形上，无需考虑类似德民第1565条第2款中苛刻情况下的最短分居期限限制。

因此，在今后司法实践的解释中，仅需考虑《民法典》第1079条第3款前三项及第5项的体系定位即可。一方面，可以与《民法典》第1079条第3款第4项和第5款的无过错破裂推定相区分；另一方面，可以将主要以一方严重过错因素为主的《民法典》第1079条第3款前三项，与在解释上具有开放性的《民法典》第1079条第3款第5项相结合，构成法官据以径直判决离婚的苛刻情况。以此可以避免以往司法实践中，即使在《民法典》第1079条第3款前三项规定的情况下仍有依据《民法典》第1079条第2款认定未达“感情确已破裂”的标准，从而不准予离婚的情形。

3. 限制婚姻中特定一方提出离婚的权利

《民法典》第1081条及第1082条的规定，在某种程度上可以看作为某种更加值得保护的法益，而由立法者强制规定在特别情况下，限制婚姻主体中的一方提出离婚的权利。就规定效果而言，类似于德国法上的婚姻解除障碍。

问题在于，由于法律条文语言表述上的模糊性，如《民法典》第1081条规定为“要求离婚”以及第1082条规定的“不得提出离婚”，单从表述本身很难判断这是实体法上的婚姻解除消极要件，抑或是对离婚诉权的限制。只是通过《民法典》第1082条的但书规定，才可得出应当将其认定为对配偶一方离婚诉权的限制。

从体系性角度考虑，《民法典》第1081条及第1082条所规定的两种具体情形固然可以认定为限制了配偶一方的离婚诉权，在这两种具体情况下配偶一方提出离婚时，法院即可直接驳回。但在但书所规定的受理的情况下，不妨借鉴德国法上离婚解除障碍的规定，将离婚一方的严峻苛刻情况作为一种婚姻解除的概括性消极要件，在离婚审理程序的最后由法官进行审查，进而在具体的个案中予以类型化，最终使判决离婚制度在适用中更加灵活与周延。

五、余 论

离婚率攀升的根本症结并非所谓法律制度的“漏洞”，而是在于社会经济发展过程中产生的社会观念变迁，最终导致个人原子化这一社会结构的变更。而婚姻制度在人类历史上所经过的类型远远大于我们现今所能看到的，因此不必对因社会结构的自然变化所产生的婚姻制度本身的变迁产生担忧。^[76]“直至死亡将我们分离”（Till death us do part）已不再是宗教式的婚姻

[76] 参见〔美〕斯蒂芬妮·孔茨：《为爱成婚——婚姻与爱情的前世今生》，刘君宇译，中信出版集团2020年版，前言。

教条，^[77]而仅仅成为了人们期待理想爱情的一句誓言。即便考虑到家庭制度的稳固对整个社会稳定所带来的重大意义，降低离婚率本身也是一项综合“社会治理”（social governance）的过程，并非个别法律条文的修改所能阻止的。婚姻作为人类社会中的一项目制，不仅仅远远早于法律，甚至也早于国家的诞生，法律在对这一根本制度的法律规范进行修订时，需要考虑这一制度自身的发展特点及其所根植的历史文化背景。

在《民法典》编纂尘埃落定之际，不论其具体规定如何，仍应转向以法律实证主义（Gesetzespositivismus）^[78]为导向的体系化解释。就离婚法而言，应该立足于我国立法传统上的离婚自由与谨慎离婚这两大原则，在现有离婚双轨制的框架内，一方面将离婚法上的相关实体法规定法教义学化，保证判决结果的可预测性，另一方面通过家事程序法等特别程序，使判决离婚程序进一步专业化，力求在离婚程序上保障当事人利益的同时，使离婚原因审查及判断更具可操作性。

Abstract: The new regulation of divorce cooling-off period in the registered divorce system of Civil Code is inconsistent with the legislative purpose of the relevant regulations of registered divorce in China, the dual regulation legislative system of divorce and the tradition of marriage legislation in China. In fact, it is the result of wrongly borrowing foreign divorce systems under the influence of divorce prohibition. For the system of divorce by judgment, we should learn from the practice of German divorce law. On the one hand, we should implement the principle of rupture on the grounds of divorce on the basis of Article 1079, paragraph 2 of the Civil Code; on the other hand, we should according to the presumption of rupture and harsh conditions classify the statutory reasons of divorce in Article 1079, paragraphs 3 and 4, including the new provision that divorce should be granted after one year of separation in the second divorce proceedings, and systematize them from the perspective of interpretation.

Key Words: divorce cooling-off period, reason for divorce, rupture principle, presumption of rupture

(责任编辑: 朱晓峰 赵建蕊)

[77] 这句婚礼誓言最早便是以教规的面貌出现在世人面前的，收入于16世纪英国坎特伯雷大主教托马斯·克兰麦（Thomas Cranmer）为刚脱离罗马大公教会而独立的英国国教会所编的《共同祈祷书》（The Book of Common Prayer）有关婚礼仪式的章节中。之后该祈祷书又通过议会法令，成为英国国教徒进行宗教活动必须遵循的仪式规定。而托马斯·克兰麦能够成为坎特伯雷大主教、英国国教会独立以及该教规的编撰，又恰恰与1553年时任英王亨利八世要求废止自己的第一次婚姻而受到罗马教廷阻挠，进而发生争执有关。See Leo F. Solt, *Church and State in Early Modern England, 1509—1640*, Oxford University Press, 1990, pp. 41, 52—53; Charles Helling, Cynthia Shattuck ed., *The Oxford Guide to the Book of Common Prayer*, Oxford University Press, 2006, p. 100.

[78] Vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 458ff.