

## 《民法典》离婚登记冷静期的正当性分析

申 晨

**摘 要:**《民法典》离婚登记冷静期制度引起舆论热议。基于适用范围限缩、离婚自由、“结婚冷静期”的反对意见存在对我国社会现实或立法现状的误解,不构成有效批评。离婚登记冷静期以个人利益的实现为立法目的,通过有限度的自由限制,使当事人接近“经济人”假设,且不存在可替代的干预更轻的手段,是以可控的实施成本实现了对迫切利益的反哺,其正当性可以通过比例原则的检验。离婚登记冷静期将对“通谋型”“双方坚定型”“一方坚定型”“冲动型”离婚分别产生一定的正面立法效果和可控的负面立法效果,在预测范围内不存在动摇其正当性的因素。

**关键词:** 民法典; 离婚冷静期; 比例原则; 协议离婚

[ 中图分类号 ] D923 [ 文献标识码 ] A [ 文章编号 ] 2096-6180 ( 2020 ) 06-0052-16

2020年5月28日颁布的《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)中的婚姻家庭编中第1077条规定了协议离婚中的冷静期制度,即婚姻双方向登记机关提交离婚申请后,并不直接发生离婚效力,而是需30日后再次亲自到登记机关申请,方能实现离婚;在前述期间内,当事人任意一方均可单方撤回离婚登记申请。该制度与1994年《婚姻登记管理条例》规定的“审查期”有类似之处<sup>(1)</sup>;在比较法上,较为接近于《韩国民法典》中的“熟虑期”制度。<sup>(2)</sup>但在立法过程中,社会舆论对该制度的正当性提出了较多质疑。<sup>(3)</sup>考察全国人大常委会法制工作委员会对该条的释义,其对立法目的的解释仅限于“防止轻率离婚”<sup>(4)</sup>,而并未就轻率离婚的现状、冷静期规制的有效

【作者简介】申晨,中国人民大学法学院博士后,法学博士。

(1) 1994年《婚姻登记管理条例》第16条规定:“婚姻登记管理机关对当事人的离婚申请进行审查,自受理申请之日起一个月内,对符合离婚条件的,应当予以登记,发给离婚证,注销结婚证……”该条在2003年的《婚姻登记条例》中被删除。现行《婚姻登记条例》第13条规定:“……对当事人确属自愿离婚,并已对子女抚养、财产、债务等问题达成一致处理意见的,应当当场予以登记,发给离婚证。”

(2) 《韩国民法典》,金玉珍译,北京大学出版社2009年版,第129页。

(3) 《中国妇女报》《半月谈》《中国日报》等媒体在微博平台针对是否支持离婚冷静期进行了网络调查,结果均表明反对意见超半数。参见<https://vote.weibo.com/poll/138855175?&sudaref=security.weibo.com>, [https://weibo.com/chinadailywebsite?from=myfollow\\_all&is\\_all=1&is\\_search=1&key\\_word=离婚冷静期#1578667967087](https://weibo.com/chinadailywebsite?from=myfollow_all&is_all=1&is_search=1&key_word=离婚冷静期#1578667967087), [https://weibo.com/banyuetanwang?is\\_all=1&is\\_search=1&key\\_word=离婚冷静期#\\_0](https://weibo.com/banyuetanwang?is_all=1&is_search=1&key_word=离婚冷静期#_0), 最后访问时间:2020年6月8日。

(4) 黄薇:《中华人民共和国民法典婚姻家庭编释义》,法律出版社2020年版,第137页。

性、冷静期规制可能造成的影响等作额外论证。考察比较法可知，虽然各国就离婚制度确有设立“冷静”“熟虑”的立法例<sup>(5)</sup>，但在行政登记程序中设置期间阻碍的做法尚属罕见；在《民法典》编纂过程中，各地关于离婚冷静期的试点局限于诉讼离婚<sup>(6)</sup>，未必能为该条提供实践经验支撑；目前已有的学术观点，也并未能完全回应对该制度的质疑。由此可知，本条立法的正当性论证，确实可能由于先期立法工作与社会舆论的关注点差异，而存在论证不足的嫌疑。故虽然《民法典》业已颁布，但对该立法的正当性考察仍具有相应的理论和实践意义。本文拟首先对社会舆论中存在的反对意见进行回应与评价，进而运用比例原则框架对该制度进行检验，并以行为预测对制度的立法效果予以预判，从而总体评估该制度的正当性。

## 一、对三种主要批评意见的评价

根据社会舆论的意见反馈，当前对离婚登记冷静期的批评意见主要包括三类：其一，冷静期的适用范围应予以限缩，对于存在家庭暴力等特殊情形的婚姻不应适用冷静期制度；其二，民事主体享有离婚自由，冷静期制度是对离婚自由的不当干涉；其三，结婚行为比离婚行为更需要冷静，既然没有“结婚冷静期”，那就不该有“离婚冷静期”。不可否认，上述意见均有其相应的考量依据，要检验离婚登记冷静期的正当性，就不能回避对上述意见的评价。

### （一）对适用范围批评意见的评价

根据《民法典》第1077条的规定，离婚登记冷静期应当对所有的协议离婚情形予以适用，不存在例外。据此，批评者基于两种思路对这一规定形成了异议观点。第一种观点是，对于存在家庭暴力的婚姻，离婚冷静期对婚姻的延长将增加受害人受到暴力侵害的可能，因此不应予以适用<sup>(7)</sup>；第二种观点是，对于夫妻间存在重婚、家暴、恶习等法定事由的婚姻<sup>(8)</sup>，即使通过诉讼离婚，也应当解除婚姻关系，故举重以明轻，其在协议离婚中更无冷静的必要。

针对上述批评，有回应指出，家暴婚姻一般由诉讼离婚途径解除，因此与离婚登记冷静期的适用无关。<sup>(9)</sup>应当认为，家暴婚姻确有相当一部分需要通过诉讼途径解除，而离婚登记冷静期与此类离婚无关，并不会增加受害人受到暴力侵害的可能。但在实践中，家暴婚姻毕竟也有通过协议离婚解决的可能，且考虑协议离婚相较于诉讼离婚有相应的成本优势，如果当事人能够通过协议离婚摆脱家暴婚姻，则其利益将受到更有利的维护，法律不应为此设置障碍。因此，该观点只

(5) 王竹青、魏小莉：《亲属法比较研究》，中国人民公安大学出版社2004年版，第11页。

(6) 《最高人民法院关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》（法发〔2018〕12号）。

(7) 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》，《河南社会科学》2019年第6期，第35页；王心禾：《家暴引发离婚诉讼宜慎用冷静期》，《检察日报》2018年11月26日，第4版。

(8) 夏沁：《民法典登记离婚冷静期条款的解释论》，《法学家》2020年第5期，第23页；李英锋：《离婚冷静期并非“长长益善”》，《中国社会报》2019年7月8日，第8版。

(9) 王春霞：《涉家暴起诉离婚不适用冷静期制度》，《中国妇女报》2020年5月15日，第2版。

是部分回应了第一类批评的质疑，且并不具有完全的说服效力。

笔者认为，对离婚登记冷静期适用范围的质疑是合理的，但适用范围的限制首先有赖于对具有特殊事由的协议离婚的甄别，而这在实践中将面临程序性的障碍。具体而言，当前协议离婚的登记系由民政部门的婚姻登记机关办理，而婚姻登记机关既无能力也无权限对协议离婚中是否存在家暴、恶习等特殊事由进行认定。首先，就能力层面。根据当前离婚登记的办理程序，登记员只能对当事人的身份、离婚意愿、离婚协议完整性等进行审查核验，且审查只能够达到形式审查的标准；离婚事项涉及公民隐私权，由于民政机关不享有调查权，因此除非夫妻双方就特殊事由的存在达成共识，否则登记员无法对事实予以查明；并且，目前绝大多数的婚姻登记员，也并不具备相应的法学知识与素养。其次，就权限层面。如果认为认定特殊事由存在即可排除适用冷静期，则意味着登记机关享有决定婚姻效力是否在冷静期内继续维持的裁量权，即一定程度上享有决定婚姻效力的权力。但根据本次民法典的修改方向，《中华人民共和国婚姻法》（下称《婚姻法》）第11条中婚姻登记机关的婚姻撤销权力已经在《民法典》第1052、1053条被取消<sup>〔10〕</sup>，可见立法者已经意识到，如果存在可能引起争议的、对婚姻效力具有影响力的事由，不宜由婚姻登记机关行使证据审查和结果判断的权力。冷静期的排除适用与婚姻撤销系属同理，故婚姻登记机关应无甄别判断的权限。

那么，对于上述两类批评意见应当如何回应？首先，针对第二类批评，其核心要旨是通过特定事由证明夫妻感情确已破裂，进而免除冷静期限制个人自由的成本。但如前所述，由于调查成本、程序一致性成本的客观存在，批评意见所主张的做法未必更具效率。当然，由此造成的自由限制成本应当被纳入正当性验证的考量，这一点将在下文中予以讨论。

其次，针对第一类批评，其有效的回应路径是如何降低潜在侵害的可能性。如学者指出，家庭暴力的本质仍然是侵权行为。<sup>〔11〕</sup>但其之所以需要予以特殊规制，原因在于其发生在家庭生活内部<sup>〔12〕</sup>，进而具有了调查难、取证难、认定难等特点。因此，降低家庭暴力潜在侵害的一个可行思路，在于破除夫妻间的共同生活事实。在离婚冷静期中，由于夫妻双方已经具有了解除婚姻关系的真实合意，故此时即使认为夫妻双方已无共同生活的义务，在价值判断上也并不存在障碍。但仅在实体法层面规定上述义务的消灭，于当事人而言未必具有实际意义。由于对家庭暴力的有效规制方式是《中华人民共和国反家庭暴力法》中规定的人身安全保护令，因此可以考虑，对于持离婚协议申请人人身安全保护令的情形，法官可简化审理程序、降低证据要求<sup>〔13〕</sup>，原则上在24小时内作出裁定，责令被申请人迁出申请人住所，或禁止其骚扰、跟踪、接触申请人，从而实质

---

〔10〕 值得注意的是，及至民法典婚姻家庭编草案（2019年10月31日征求意见稿），规定婚姻登记机关该项权力的条款仍然存在，可见该条款的最终删除是立法者反复权衡的结果。

〔11〕 路建英：《全国人大宪法和法律委员会委员孙宪忠：“离婚冷静期”不涉及对其他人所谓的绑架》，《中国社会报》2020年5月27日，第1版。

〔12〕 薛宁兰：《反家庭暴力法若干规定的学理解读》，《辽宁师范大学学报（社会科学版）》2017年第1期，第2页。

〔13〕 冯俊伟：《论促进家庭暴力认定的证据机制》，《法学杂志》2015年第5期，第109页。

性地实现对离婚冷静期内共同生活事实的破除。由此，家庭暴力导致的潜在侵害可能性将可获得有效降低。

综上所述，限于我国协议离婚的登记系由行政机关而非司法机关办理，故除非大幅改革现行的登记程序，提高登记机关的权限和能力，否则离婚登记冷静期的分类适用没有现实可能性。但是，通过对家庭暴力救济程序等其他措施的完善，可以一定程度上缓解这一制度缺陷。<sup>〔14〕</sup>

## （二）对离婚自由批评意见的评价

《民法典》第 1041 条明确将婚姻自由作为我国婚姻家庭法的基本原则之一，而根据学界共识，婚姻自由包含结婚自由和离婚自由。<sup>〔15〕</sup> 由此，批评意见主张，冷静期限限制公民即时离婚的自由，违反婚姻自由原则。这一批评意见又分为两种思路：其一，认为离婚行为遵循意思自治，双方既有离婚合意，自当使其即时生效，若导致不利后果亦由当事人自己承担。应当认为，这一观点是秉持了“自由意志—自己责任”的法理，暗含了对“经济人”假设的固守，对其评价将在下文中展开，此处不赘。其二，认为离婚自由原则是指“不附加任何条件的离婚自由”原则<sup>〔16〕</sup>，即只要夫妻一方明确要求解除婚姻，法律就不应当为其设置任何障碍。“不附加任何条件的离婚自由”显然不能成立，这在历史上已被验证。<sup>〔17〕</sup> 但鉴于目前鲜见文献对其系统回应，故此处予以单独说明。

首先，从解释论角度，我国婚姻法中的离婚自由显然不是指“不附加任何条件的离婚自由”。从文义解释角度，离婚自由确实很容易被理解为“不附加任何条件的离婚自由”。但一方面，考察立法历史可知，我国自 1950 年《婚姻法》中确立的离婚自由，其对抗的目标是封建社会的离婚制度，即表现为：一是禁止当事人离婚或使其仅能依据特定事由离婚；二是对妇女离婚意愿的单方面限制。<sup>〔18〕</sup> 因此，从历史解释和主观目的解释的角度，离婚自由的内涵是指婚姻的可无条件终结性，以及婚姻双方对此享有的平等决定力，而并不包含单方意志即时解除婚姻的内涵。另一方面，从体系解释的角度，无论是协议离婚中另一方意志的合意支持，还是诉讼离婚中的“感情破裂”标准，都构成对一方离婚意志的实质约束，所以整个离婚制度的规范体系也并不支持“不附加任何条件的离婚自由”。

其次，基于类比的视角。单方意志即时解除婚姻关系的法律构造与合同法中的法定解除权较

---

〔14〕 另一种可能的缓和方案是消除登记机关对家庭暴力认定的信息障碍，例如将家庭暴力记录纳入婚姻登记系统。目前国内已有相应试点。参见浙江省义乌市《关于建立涉家庭暴力人员婚姻登记可查询制度的意见（试行）》。

〔15〕 杨大文：《婚姻家庭法》，中国人民大学出版社 2013 年版，第 50 页；巫昌祯：《婚姻家庭法学》，中国政法大学出版社 2007 年版，第 37 页；杨立新：《家事法》，法律出版社 2013 年版，第 15 页；余延满：《亲属法原论》，法律出版社 2007 年版，第 53 页。

〔16〕 畅引婷、杨霞：《在个人与政治之间——邓颖超的革命经历与女性主体意识建构》，《妇女研究论丛》2016 年第 2 期，第 53 页。

〔17〕 1918 年苏俄立法规定，依夫妻一方申请即可办理登记离婚，但这一规定到 1944 年即被废除。参见法学教材编辑部《婚姻法教程》编写组：《婚姻立法资料选编》，法律出版社 1983 年版，第 291、293 页。

〔18〕 陈顾远：《中国婚姻史》，商务印书馆 2014 年版，第 182 页。

为接近，而法定解除权行使的实质要件是“不能实现合同目的”。<sup>(19)</sup> 据此，若将婚姻与合同进行类比，则须考察何谓“婚姻目的”。主张“不附加任何条件的离婚自由”，应当是将“个人幸福”视为婚姻目的，所以才会产生“一方坚持要离就可离”的观点。<sup>(20)</sup> 但从婚姻的社会功能来看，经济保障、后代抚育乃至另一方的个人幸福，其作为婚姻目的的重要性并不弱于前者。诉讼离婚以“感情破裂”作为单方意志解除婚姻关系的实质要件，恰恰是因为只有达到“感情破裂”的程度，婚姻的各项目的才均会落空。据此，依据类比视角，仅仅单方对婚姻生活产生嫌恶，尚不能认定为“不能实现婚姻目的”，也不应产生基于单方意志的婚姻解除权。

最后，“不附加任何条件的离婚自由”若被法律承认，则会彻底改变婚姻在社会中的制度功能或定位。承认单方意志即时解除婚姻，直观的效果似乎是允许当事人更加自由地追求个人幸福，但进一步的博弈后果，是使婚姻议价中提供长期利益的一方更有动机脱离婚姻。详言之，当前的婚姻议价博弈，常常存在一方提供长期利益如经济保障利益，以交换另一方提供的短期利益如性吸引利益、生育利益等。如果婚姻可依单方意志即时解除，则一方在攫取完另一方的短期利益后，将不再倾向于继续履行其长期利益的提供，而是更有动机单方解除婚姻而与新的对象交换利益。而当这一博弈结果形成广泛社会认知时，持有短期利益的议价者，将不再寄希望于通过婚姻制度换取长期保障，而是更希望将短期利益一次性溢价出售。由此，婚姻制度具有的长期保障性功能将被消解，其可能演变为一项短期性、高度利己性的社会制度，或被其他具有该特征的社会制度所取代。仅就当前的历史阶段来看，这一结果尚是不可接受的。

综上所述，正如学界形成的“婚姻自由具有相对性”<sup>(21)</sup> 的共识，“不附加任何条件的离婚自由”是对婚姻自由原则的曲解，不构成对离婚登记冷静期的有效批评意见。

### （三）对“结婚冷静期”批评意见的评价

对离婚登记冷静期的另一项常见批评意见，是主张既然离婚需要冷静，那么结婚就更需要冷静，应当设立“结婚冷静期”。严格来说，该观点在逻辑上不构成对离婚登记冷静期的有效批评，因为设立“结婚冷静期”并非设立离婚冷静期的必要条件。但结婚行为确与离婚行为具有相当程度的相似性，故下文检验的对离婚行为适用冷静期的正当性理由，也理应适用于结婚行为。由此，“结婚冷静期”作为批评意见即有其被严肃回应的必要。

笔者认为，“结婚冷静期”在价值层面有其合理性，但其施行的主要障碍在于我国社会观念对“头婚”，即首次结婚暗含的社会评价。在我国当前的社会观念中，首次结婚对个人具有高度的仪式性意义；首次婚姻的解除，可能带来基于个人品质、子女抚养、贞操观等因素形成的对个人社会评价的降低——尽管这种社会观念未必具有进步意义。由此，在结婚市场中，是否“头婚”是婚姻议价的重要考量指标之一。在这一背景下，假设实施“结婚冷静期”，且婚姻由于当事人事后

(19) 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第658页。

(20) 畅引婷、杨霞：《在个人与政治之间——邓颖超的革命经历与女性主体意识建构》，《妇女研究论丛》2016年第2期，第53页。

(21) 夏吟兰：《中华人民共和国婚姻法评注·总则》，厦门大学出版社2016年版，第178页。

“冷静”而被解除，则此时如果将当事人的婚姻状况标记为“离异”，其将形成与离婚相同的社会评价效果；如果将当事人的婚姻状况标记为“未婚”，其必然形成婚姻市场中对“试婚”行为的猜疑，进而加剧婚姻市场的信息不透明。并且，结婚行为基于“冷静”而解除，将与离婚一样，仍然会涉及财产分配和子女抚养的问题。综合来看，“结婚冷静期”的施行效果未必优于单纯的离婚制度，其必要性即存在极大的疑问。

事实上，在上述社会观念背景下，实质上能够起到“结婚冷静”作用的制度是婚前同居。但法律显然不能强制规定婚前同居义务，因为这涉及对公民自由的高度限制，很难基于“结婚冷静”的目的使其通过比例原则检验。因此，“结婚冷静”问题只能通过社会观念的自行演进进行消化。提高对婚前同居必要性的认识，或降低对“二婚”对象的歧视，均有助于解决该问题。

## 二、比例原则下的正当性检验

上述对三种主要批评意见的评价只能视为“驳论”，要检验离婚登记冷静期的正当性，尚需正面“立论”。离婚登记冷静期的核心争议，在于国家公权力以法律强制的方式，限制了公民依合意即时解除婚姻的自由。考察这类公权力限制自由规范的正当性，理论上已经发展成较为成熟的论证框架，即所谓的比例原则。本文的“立论”即基于此框架。

比例原则是以考察法律强制的目的与手段之间的关系，以检验强制规范的正当性。经典的比例原则理论，包括适合性原则、必要性原则和狭义比例原则三个子原则。<sup>(22)</sup>在后续的理论修正中，学者指出了三原则可能存在的逻辑缺失<sup>(23)</sup>，而将对“目的正当性”的考察也作为比例原则的一项子原则<sup>(24)</sup>，本文从之。据此，试对离婚登记冷静期的正当性进行检验。

### （一）目的正当性检验

目的正当性原则，是指法律强制的目的本身应当是正当的。关于离婚登记冷静期的目的正当性，一种常见的主张是，其通过减少冲动离婚的数量，有利于降低离婚率。<sup>(25)</sup>诚然，离婚行为将导致各种社会成本的额外支出<sup>(26)</sup>，且会造成对子女教育的负外部性。<sup>(27)</sup>但是，如果离婚率越低越好，那么法律就应当倾向于禁止离婚，或者为离婚限定严格的条件——这显然与现代婚姻法的发展趋势不符。更何况，学者亦指出，离婚率受诸多因素影响，冷静期的设置在经验上也未必能够降低离婚率。<sup>(28)</sup>由此可见，离婚率的降低作为一种结果性的现象，其本身并不包含必然的价值

(22) 张翔：《基本权利的规范建构》，高等教育出版社2008年版，第72页。

(23) 蒋红珍：《论比例原则——政府规制工具选择的司法评价》，法律出版社2010年版，第111页。

(24) 刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，《中国法学》2014年第4期，第133页。

(25) 夏沁：《民法典登记离婚冷静期条款的解释论》，《法学家》2020年第5期，第23页；郑锡玲：《我国登记离婚制度的法律反思与立法回应——以离婚冷静期制度为视角》，《研究生法学》2019年第1期，第97页。

(26) 夏吟兰：《对离婚率上升的社会成本分析》，《甘肃社会科学》2008年第1期，第23页。

(27) 郑锡玲：《我国登记离婚制度的法律反思与立法回应——以离婚冷静期制度为视角》，《研究生法学》2019年第1期，第99页。

(28) 夏沁：《民法典登记离婚冷静期条款的解释论》，《法学家》2020年第5期，第23页。

倾向，也不是法律规制的真正目的。

笔者认为，透过离婚率这一现象，围绕离婚登记冷静期的立法目的，可以作两个方向的探讨。一个方向是公共利益，例如学者主张，冷静期具有维护稳定、促进秩序的作用<sup>(29)</sup>；另一个方向是个人利益，即冷静期的目的是防止轻率离婚<sup>(30)</sup>，使当事人更好地实现自身就婚姻状况享有的利益。

首先看公共利益的方向。这一主张的立足点在于婚姻制度的国家主义功能<sup>(31)</sup>，即以婚姻关系为纽带凝聚社会成员，更好地促进经济保障、秩序管理、后代繁衍教育等目标的实现，在人口和资源层面总体提高社会福利。应当认为，婚姻的维系确有促进上述公共利益实现的作用，但其前提是婚姻应处于正常、健康的运行状态。如果夫妻间已经存在矛盾，彼此嫌恶，不愿协力配合完成家庭事务，那么婚姻关系非但不能基于其团体性促进社会福利，反而会基于人身关系的束缚削减主体利益的实现。并且，即使考虑子女抚育，丧失情感基础、家庭矛盾激化的父母关系，也未必有利于子女的成长。循此视角，离婚登记冷静期在实现公共利益的目标中虽然可以通过挽救所谓的“冲动离婚”，使当事人回复正常的婚姻状态，实现公共利益的增进；但由于适用范围的普遍性，也会使大量的非正常婚姻被迫延长，或使其效力处于不确定状态，而这反而不利于社会关系的稳定和团体性福利的实现。由于上述两项相反的利益实现机制均具有一定的复杂性，因此除非能够通过某种设计对其效果进行量化比较，否则关于离婚登记冷静期能否实现公共利益的讨论，也只能勉强遵循“公共利益是个人利益总和”的公式<sup>(32)</sup>，在个人利益的层面予以判断。据此，若以公共利益的实现作为离婚登记冷静期的立法目的，其正当性至少是不充分的。

其次看个人利益的方向。前已述及，反对离婚登记冷静期的一项理由在于主张意思自治，而意思自治在功能主义层面的正当性基础在于“经济人”假设，即个体基于自由意志的行为可以实现其利益最大化。由此，离婚登记冷静期干涉当事人自由意志的做法似乎是不符合个人利益的。但这里需要考量的是，在离婚行为中，“经济人”假设是否能够成立？在经济学上，“经济人”是一种理想中的模型，其暗含了“完全理性”和“完全信息”的预设前提。<sup>(33)</sup>而现实生活中，“完全理性”和“完全信息”是不可能实现的。在诸如合同法等领域，意思自治法理之所以能够成立，原因在于即使民事主体从事了非理性的缔约行为，或基于信息不对称而为缔约决策，相应的纠正成本往往较高，因而不具有效率。但这不能否认，如果法律制度能够效率性地纠正“不完全理性”和“不完全信息”，其将更有利于促进个人利益的实现。

由此，离婚登记冷静期的立法目的，实际上是通过冷静期的设置，使离婚行为更接近“完全理性”和“完全信息”的假设，从而更接近于实现个人利益的最大化。应当认为，只要承认“经

(29) 郑锡玲：《我国登记离婚制度的法律反思与立法回应——以离婚冷静期制度为视角》，《研究生法学》2019年第1期，第97页。

(30) 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》，《河南社会科学》2019年第6期，第35页；郑锡玲：《我国登记离婚制度的法律反思与立法回应——以离婚冷静期制度为视角》，《研究生法学》2019年第1期，第95页。

(31) 申晨：《论婚姻无效的制度构建》，《中外法学》2019年第2期，第459页。

(32) [英]边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆2016年版，第59页。

(33) 朱富强：《主流经济学中的“经济人”：内涵演变及其缺陷审视》，《财经研究》2009年第4期，第73页。

济人”假设的不完全性，上述立法目的即可以被证成，规范的正当性检验即可转入目的与手段的合比例“三原则”检验。并且，“经济人”假设揭示了上述立法目的的普遍性和特殊性：一方面，由于人人都不是完全的“经济人”，因此人人都是这一规范的潜在受益者；另一方面，当个体越接近“经济人”假设，即越理性、掌握越多信息时，其从这一规范中受益的可能性就越小——这一点决定了在后续的正当性讨论中，必须采用类型化的思维。

上述立法目的可能带来的一个疑问在于，如果这一目的是客观存在的，为何冷静期制度及至民法典编纂时才被立法者提出？笔者认为，这一疑问需结合社会背景理解。在我国过往的社会活动中，离婚行为受到家族权威、舆论权威<sup>(34)</sup>乃至基层组织权威<sup>(35)</sup>的制约。这些外部权威的存在虽然一定程度上限制了个体自由，但客观上也起到了对冲离婚行为中“不完全理性”和“不完全信息”要素的作用。但近年来随着我国社会个人主义思潮的勃兴，外部权威对离婚行为的干预作用已经逐渐式微，这才使得以冷静期抑制非理性离婚的社会需求显得迫切起来。因此，离婚登记冷静期的立法目的，是具有历史性和实践性的。

## （二）适合性检验

适合性原则，是指规范的手段实施效果应当能够促成立法目的的达成。如前所述，离婚登记冷静期的立法目的是克服“不完全理性”和“不完全信息”。在离婚行为中，这主要表现在：首先，婚姻关系含有高度的情感性因素，且反映在冗长琐碎的日常生活中。在这一过程中，当事人个体更可能基于即时发生的情感冲突产生情绪性的行为，或基于对短期利益的过分重视而作出非利益最大化的决策。这即表现为行为的“不完全理性”。其次，婚姻关系的解除对当事人的人身财产关系具有重大而复杂的影响，且不具有多发性。在不具有离婚经验的前提下，当事人存在对离婚行为后果认知的信息不对称问题，常常难以预估离婚行为对其个人生活和社会评价带来的确实后果。这就构成了决策依据的“不完全信息”。因此，规范手段的设置应以缓解上述矛盾为目标。

根据《民法典》第1077条的两款规定，离婚登记冷静期的实施效果是：第一，使离婚行为不即时发生效力；第二，在30日内，任意一方可以使离婚行为永久不发生效力；第三，在60日内，需双方再次共同确认方能使离婚行为生效。这一规范方案是以对离婚行为的效力延缓和反复确认作为手段。在该方案中，当事人可以有较多的情绪调整和思考重置时间，以降低非理性因素对其判断的影响——即使这并不会达致理想化的“完全理性”；同时，方案中的缓行期也为当事人更为从容严密地处理离婚后的人身财产关系，以及提前感受离婚生活状态创造了条件，这使其可以更为正确地评估离婚行为的后果，免去因冲动决策导致的后悔状态，一定程度上解决“不完全信息”的问题。

据此，离婚登记冷静期的设置，有利于其立法目的的实现。

(34) 陈顾远：《中国婚姻史》，商务印书馆2014年版，第179页。

(35) 1994年《婚姻登记管理条例》第14条规定，办理离婚登记需持“所在单位、村民委员会或者居民委员会出具的介绍信”。

### （三）必要性检验

必要性原则，是指立法目的的实现不存在可替代的、干预更轻的其他规范手段。本规范的立法目的，最终是要实现离婚行为的理性化，使不符合当事人利益的离婚行为不发生效力。由此，即可以采用两种规制思路。第一种思路是，对婚姻关系的维系是否符合当事人利益进行调查和甄别，进而选择性地干预离婚行为的效力。然而如前所述，基于婚姻关系的复杂性和私密性，以及登记机关本身的局限性，上述甄别行为对个体自由的限制以及相应的程序成本其实更高。因此在这一思路下，应当不能形成相较于离婚登记冷静期干预更轻的规范手段。

第二种思路，就是类似于离婚登记冷静期，通过某种特殊机制，为当事人自行甄别婚姻关系是否符合个人利益创造条件。这一思路又可以形成两种可能的机制。其一是事前干预，例如冷静期使离婚行为不即时发生效力；其二是事后补救，即先使离婚行为发生效力，但允许当事人嗣后回复婚姻关系。这里的第二种机制，无疑就是复婚制度。因此在舆论意见中，也有观点认为，复婚制度可以起到冷静期制度的作用，因此后者是不必要的。应当认为，复婚系基于既存规范，且离婚和复婚行为均完全基于当事人自愿，其对个体自由的干预无疑较小。但这里需要考虑的是，复婚制度是否能够完全实现本规范意图达成的立法目的。笔者认为，答案为否。首先，冷静期有十分明确的“暗示”和“锚定”效应，夫妻双方非常明确应在这一期间内对离婚行为的理性程度进行反思；但在复婚制度中，双方婚姻关系一经解除，互相已无约束关系，此时当事人未必会有反思离婚行为的意识，或即使愿意反思，其同步性、时效性也无法与冷静期相比拟，故对非理性离婚的修复效果将有所折扣。其次，与冷静期不改变婚姻存续不同，若采用复婚路径，则婚姻关系解除后，双方的人身和财产权利义务可能发生重大变化，其中部分变化将实质性地阻碍双方关系的修复，进而使立法目的落空。最后，我国社会中有婚姻“破镜难圆”“好马不吃回头草”等固有观念，如果当事人持有这类观念，则在婚姻关系解除后，其将更倾向于固执己见而非对过往进行反思，从而使离婚行为永久固定在非理性状态。综上，复婚制度不能在目的实现层面完全代替离婚登记冷静期。

进一步，就使离婚行为不即时生效的事前干预机制，当前离婚登记冷静期的设计是否均为必要？在当前的规范方案中，涉及对个体自由的干预环节包括：（1）初次申请不生效力；（2）第一个30日内，凭一方意志可撤回申请，涉及对另一方意志的限制；（3）第二个30日内，需双方再次共同确认申请，涉及对双方意志的干预；（4）第二个30日届满未申请的，视为撤回申请，涉及对初次申请意志的推翻。其中，第一项干预必要性应无争议，否则无法达成事前干预。就第二项干预，干预更轻的替代方案是，需双方共同合意才能撤回申请。但这一做法的后果是，当一方完成理性反思不愿离婚时，另一方可以凭对合意撤回申请的不配合，单方决定离婚行为的生效。如前文所述，依单方意志解除婚姻并非当前立法所应允许的目标。就第三项干预，干预更轻的替代方案，一是无须再次提出申请，二是只需一方提出申请。于第一种方案而言，其意味着，冷静期内即使当事人双方均不为任何意思表示，依然可以使初次的意思表示生效。这就可能带来两个问

题：一方面，冷静期对当事人心理的“警示”作用可能丧失，当事人不再需要主动对其进行应对，以真正达成对离婚行为理性程度的反思，从而可能使冷静期沦为单纯的婚姻“延长期”；另一方面，由于整个冷静期内当事人可能没有任何明确的意思表示，登记机关只能按照事实状态的默示判断当事人的现时意志，这将增大意思表示的误判风险。于第二种方案而言，其实际效果与前述第二项干预的替代方案一致，也会导致单方意志决定婚姻解除。就第四项干预，干预更轻的替代方案是，期间届满未申请的，视为确认离婚。这一方案的实际效果与前述第三项干预的第一种替代方案一致，也会导致“警示”作用的丧失和误判风险的增加。

综上，相对于当前离婚登记冷静期方案干预更轻的手段，均不能完全实现规范的立法目的。

#### （四）狭义比例检验

狭义比例原则，是指规范手段应与立法目的形成合理的比例。这里需要考察规制的迫切性、规制的实施成本、牺牲利益的强度等要素。

首先看规制的迫切性。规制的迫切性越强，则规范越具有正当性。<sup>〔36〕</sup>冷静期对离婚行为效力的规制，关乎婚姻关系是否继续存续，而婚姻关系又涉及人身、财产利益的重大安排，一旦变动，将立即对民事主体的社会关系产生重大影响。因此，冷静期对错位后果的纠正意义极高，其具有规制的迫切性。这里可能存在的一个潜在反对理由是，从经验上看，冲动离婚毕竟属于少数，其规制迫切性是否被高估了。但一方面，存在非理性因素的离婚行为是否一定是少数，存在疑问——据下文的调研结果可知，除冲动离婚外，一方意志犹豫的离婚其实也包含非理性因素；另一方面，基于我国的人口基数，正如学者指出，即使实践中冲动离婚只占5%，也有纠正的必要。<sup>〔37〕</sup>据此，对于冷静期的规制迫切性可以予以较高评价。

其次看规制的实施成本。由于离婚行为必须经过国家机关的确认方能生效，因此相较于其他民事法律行为，通过在国家确认程序中设置特定环节对离婚行为实施干预，具有较高的实施便利性。但冷静期的实施相较于原先的登记程序，将带来两项不可避免的实施成本，即由额外的申请程序带来的当事人时间成本，以及登记机关的行政成本。目前存在一种批评意见，认为冷静期不符合行政便民的理念，且将对流动人口办理离婚带来极大不便。应当认为，这一批评有一定道理。但随着网络技术的发达，未来可以考虑对特定不便群体采用远程办理等方式，以进一步降低此类成本。针对行政成本而言，据笔者了解，由于婚姻登记系统已经完成了电子化和数据化，两次程序带来的事务不便实则较为有限。并且，冷静期的实施将很大程度上免除原程序中，登记员在办理过程中可能需要实施的反复确认、规劝、回复咨询等行为，从而进一步节约行政成本。综上，离婚登记冷静期的实施成本无须过分高估。

最后看牺牲利益的强度。离婚登记冷静期牺牲的是民事主体对自身婚姻状态自主自决的权利。

〔36〕 许玉镇：《比例原则的法理研究》，中国社会科学出版社2009年版，第72页。

〔37〕 路建英：《全国人大宪法和法律委员会委员孙宪忠：“离婚冷静期”不涉及对其他人所谓的绑架》，《中国社会报》2020年5月27日，第1版。

毫无疑问，婚姻自主权是公民的一项基本权利，在以比例原则衡量时应予高度评价。但同时应当看到，冷静期的规制并非对婚姻自主权的排斥，而只是对后者在一定范围和限度内的克减。具体而言：其一，冷静期只会克减特定主体，即通过协议离婚解除婚姻关系的民事主体的婚姻自主权；而实践中，多数民事主体并不具有解除婚姻关系的预期，也未必需要通过协议离婚的途径解除婚姻。其二，即使在协议离婚中，当事人的自由意志也未必属于法律应当保障的婚姻自主权。例如当前广泛存在为了规避法律、政策获取不法利益的“假离婚”，当事人的意志自由即不应受到保障；对于冲动型离婚，以及一方意志犹豫的协议离婚，由于当事人的即时意思表示可能与其真实意志存在一定的偏差，冷静期的介入反而未必是对婚姻自主权的不利限制。其三，冷静期只是在30~60日内使离婚行为的效力状态脱离当事人的意思表示，这一期限相对较短，总体上并未过分限制当事人的自由。

由此，总体上看，离婚登记冷静期是以相对可控的实施成本，以短期限制离婚意志坚定的民事主体的婚姻自主权为代价，来为非理性离婚行为提供一次额外的纠错机会。如前所述，越接近“经济人”假设的主体，在冷静期制度中所受的利益克减越大。因此，冷静期某种程度上也可以视作以牺牲性格冷静、意志清晰的“理性”民事主体的利益为代价，反哺情绪冲动、利益认知不明确的“非理性”民事主体的利益。考虑两者的利益迫切性程度不同，且后者更可能作为弱势群体存在，或享有较小的社会话语权，故从宏观平衡的视角来看，应当认可这种利益反哺的合比例性。但是，立法者也应当充分认识到前一群体就该制度所作的利益牺牲，对相应的批评意见保持理解，并尽可能地优化制度的实施方案。

### 三、基于行为预测的立法效果评估

法律一经制定，其自身即成为社会运行的一环，构成主体行为决策的信息前提，进而产生独立的社会效果。在理想状态，法律的实施效果即是立法目的的达成。但基于实践的复杂性，其亦可能呈现立法者意料之外的效果状态——这种意外效果既可能“无心插柳”，达成更好的立法效果；也可能“铺就地狱之路”，从而动摇立法的正当性。由此，考察立法制度的正当性，需要适当预测制度实施后主体可能的行为模式，并对其后果予以相应的评估。

根据笔者在婚姻登记机关的实地考察<sup>(38)</sup>，在办理协议离婚时，当事人的行为类型可以分为四类：第一类是“通谋型”离婚，即夫妻双方离婚并非因为感情原因，而是为了规避法律、政策来获取利益；或双方本身就是为规避法律、政策而实施了“通谋型”结婚，此时为解除虚假的婚姻关系而离婚。第二类是“双方坚定型”离婚，即夫妻双方对于解除婚姻关系均持有较为坚定的态度，这接近于前文所述的“理性”离婚类型。第三类是“一方坚定型”离婚，即夫妻双方只有一方离婚态度坚定，另一方态度较为犹豫。理论上，既然是办理协议离婚，双方应当对解除婚姻

(38) 笔者就“离婚登记冷静期的正当性”这一课题在北京市海淀区民政局婚姻登记处进行了实地调研，调研以搜集数据、观摩程序、登记员访谈等形式展开。如无特别说明，下文中的实践情况和数据均来自北京市海淀区民政局婚姻登记处。

关系具有合意。但在现实中，由于婚姻关系的复杂性，一些当事人可能基于性格懦弱、受到哄骗或威胁<sup>〔39〕</sup>、遵从父母意见等原因而同意办理协议离婚，其自身未必具有真实的离婚意思，并往往会在办理程序中表现出犹豫的态度。这类离婚类型严格来说也属于“非理性”离婚，因为至少犹豫方并未完成对离婚行为的理性思考。第四类是“冲动型”离婚，即夫妻双方因为即时的冲突矛盾导致情绪激动，进而要求办理离婚登记，这是立法者预设的冷静期制度意图规制的“非理性”离婚类型。从调研情况来看，无论是作为立法者理想型的“冲动型”，还是作为反对意见理想型的“双方坚定型”，其所占比例均不高；而未在立法目的考虑范围内的“通谋型”，反而值得一定的重视。<sup>〔40〕</sup>在下文中，笔者试以这四类协议离婚的区分为依据，以当事人知悉冷静期存在为前提，预测冷静期制度可能对当事人行为模式产生的影响。

### （一）“通谋型”

“通谋型”离婚在法律行为理论中应被称为“虚伪行为”<sup>〔41〕</sup>，但在离婚登记程序中，由于登记机关对其无规制权限，因此只能将其作为一般离婚申请处理。近年来在我国，由于婚姻状态常常与购房、购车、拆迁补偿等政策相关，因此这类离婚在实践中十分常见。<sup>〔42〕</sup>在这类行为中，由于当事人的真实意思是规避法律、获取不当收益，因此当事人享有的自由利益不仅不应受到保护，还应受到法律的负面评价。

现有的离婚登记程序对当事人申请几乎没有设置任何程序障碍，故“通谋型”离婚的实施成本极低。由此，当事人可以毫无顾忌，做到当天结婚当天离婚；甚至有人专业以此牟利，形成相应的“产业”链条。应当认为，这类现象不仅造成了政策规制目的的落空，而且极大地损害了婚姻的严肃性，产生了恶劣的社会影响。离婚登记冷静期制度的实施，虽然不能彻底杜绝此类行为的发生，但将增加行为实施的成本，从而对其形成一定的阻却作用：一方面，由于30日缓冲期的存在，行为人将面临更多的政策变化和市场波动风险，从而更倾向于谨慎从事通谋行为；另一方面，对于专业牟利者，30日缓冲期将极大增加其“周转”成本，且其在该期间内将被强制束缚于虚假的婚姻关系中，人身和财产利益面临一定的不确定性风险。综上所述，虽然阻却“通谋型”离婚并非离婚登记冷静期制度的立法本旨，但其客观上可以起到这一积极作用，立法效果可给予正面评价。当然，对于“通谋型”离婚的彻底规制，还是有赖于相应政策对漏洞的填补。

〔39〕 婚姻关系有较强的情感和人伦因素，因此一般的哄骗或威胁虽然可能扭曲当事人的真实意志，但却不宜都以法律行为受欺诈、胁迫来认定。此外在实践中，这种情况的举证也较为困难。

〔40〕 据有12年从业经验的登记员评估，近年来在北京市海淀区办理的离婚登记中，“通谋型”“双方坚定型”“一方坚定型”“冲动型”四类的数量比例约为5:1:3:1。另据该婚姻登记处数据统计，2017—2019年该处受理的离婚申请中，约40%的当事人在程序中接受了婚姻心理咨询，这与前述比例基本吻合。当然，北京市海淀区在全国范围内未必是具有代表性的样本，故本文不直接采用上述比例数据，只将其作为参考。

〔41〕 [德]弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第480页。

〔42〕 基于离婚原因的隐私性，明确统计实践中的“通谋型”离婚数量是不可能的。但从经验层面，出现下述因素的离婚有较大可能是“通谋型”离婚：短时间内进行结婚和离婚、多次反复办理结婚离婚、一人与多人数次办理结婚离婚、当事人双方年龄或职业极不匹配的结婚离婚、有特殊关系（如前岳母与女婿）的结婚离婚等。据此，经验丰富的登记员可以大致判断离婚类型是否为“通谋型”。

## （二）“双方坚定型”

“双方坚定型”离婚意味着夫妻双方就婚姻关系的解除已经达成了明确的合意，其现实基础一般是双方均认可夫妻感情确已破裂。在现有离婚登记程序下，这类离婚行为将顺利完成登记程序，婚姻关系能够即时解除。但冷静期制度实施后，当事人将在婚姻关系解除前，面临30~60日的延长期。

在对冷静期有明确预期的前提下，部分当事人可能基于节约时间成本、厌恶等待等因素改变行为策略。具体而言，由于30~60日的延长期是具有确定性的，那么为了避免自己在此期间处于被动等待状态，当事人可能会在夫妻感情尚未完全破裂、离婚意志尚未完全确立的时间点上，初次申请离婚登记。此时当事人行为具有正向收益：若延长期经过，夫妻感情确已破裂，则在二次申请时婚姻关系即告解除，当事人目的达成；若到期夫妻感情未真正破裂，则申请作废，当事人成本亦较小。应当认为，越具有理性的利益计算能力、越偏好主动把握自身行为后果的当事人，将越倾向于采用这种行为策略，而“双方坚定型”离婚中的部分当事人往往具有上述特征。

上述行为策略对制度实施带来的潜在影响，在于离婚登记的申请数量将增多：初次离婚申请将变形为离婚申请的“预约”，最终作废的离婚申请将不在少数。从效果评价上看，这一情形将加重行政成本，具有负面性。但如前文所述，基于登记系统的数据化，以及冷静期实施而带来的单次离婚申请程序的简化，预计该策略尚不至于使登记机关不堪重负。

“双方坚定型”离婚为节约时间成本而可行的另一种策略，是转向诉讼离婚。双方可就离婚意愿达成一致，但假意就子女抚养或财产分割产生纠纷，诉至法院，再经简易程序调解结案。在效果评价上，这一情形会造成对司法成本的浪费。但该策略的实施有一定的专业门槛，且可节省的时间有限，还涉及诉讼费的成本问题，在实践中形成的影响预计较小。

综上所述，冷静期的实施就“双方坚定型”离婚将形成额外的负面立法效果，但其总体程度可控。

## （三）“一方坚定型”

“一方坚定型”离婚意味着夫妻一方的离婚意志处于动摇状态。在现有程序下，部分犹豫方之所以愿意配合坚定方提出离婚登记申请，其原因在于受到了外部意见影响，未能明确自身的真实意志，例如受到坚定方或其家人的哄骗、威胁，受到己方家人的命令指示等。由于现有离婚程序系一次性完成，干涉方将倾向于“毕其功于一役”，采用较为激烈的方式针对当事人，以求达成干涉目的。但冷静期制度实施后，由于延长期间的存在，上述外部意见对当事人的影响幅度将削弱，干涉方欲形成决定性的干涉，需要持续影响当事人，其所需付出的成本将大幅提高。由此，干涉方考虑成本与收益的不匹配，将更可能减少激烈的干涉行为。而这一方面可以进一步促成冷静期立法目的的达成，另一方面也有利于社会关系的稳定和谐。故这一视角的立法效果评估为正面。

犹豫方在经过冷静期思考后，可能形成两种意愿结果。如果其坚定了离婚意愿，则双方解除婚姻关系，自无疑义。但如果其推翻了离婚意愿，则可能造成负面效益：一是坚定方离婚预期落空，自由意志实现受阻；二是双方可能转入诉讼离婚程序，造成额外的纠纷解决成本。但需要指

出的是，冷静期制度的立法目的即在于促使当事人理性思考，作出更加接近自身真实意志、符合自身利益最大化的离婚决策。若当事人认为婚姻关系维持是更好的选择，那么上述负面效益是制度实施的必然成本，已经被计算在制度的正当性衡量之中，故不应给予负面的立法效果评价。

冷静期客观上延长了夫妻双方就婚姻关系解除进行博弈的时间，在此前提下，犹豫方可以利用其时间优势，对坚定方的利益进行“剥削”。具体而言，犹豫方可以在初次申请时假借与坚定方达成子女抚养、财产分割的协议，但在冷静期内，以不配合办理二次申请为由，要求坚定方就离婚利益分配方案作出让步——需要注意的是，犹豫方此时往往是正当行使其离婚决策权，不构成胁迫行为。此时，坚定方如果由于害怕离婚预期落空而产生消极情绪<sup>[43]</sup>，或过分重视沉没成本，则可能倾向于接受对方要求，作出妥协。应当认为，上述利益移转可以视为夫妻离婚博弈的正当结果，对其未必需要予以负面评价。但从另一个视角看，冷静期的立法目的本就是为实现民事主体的理性决策，而上述行为却是一方利用博弈优势引导另一方作出非理性决策，其结果已经与制度初衷相悖。由此，该情形下立法效果评估应为负面。但是，考虑并非所有冷静期内提出的利益变更要求均系出于蓄意，且坚定方完全享有拒绝要求的自由，故上述负面立法效果尚不足以动摇整个制度的正当性。

综合来看，冷静期的实施就“一方坚定型”离婚将既形成正面立法效果，也形成负面立法效果。考虑各项效果均具有或然性，且不具有颠覆性影响，应认为其不影响冷静期制度的正当性。

#### （四）“冲动型”

“冲动型”离婚中，离婚行为系当事人双方受冲动情绪影响作出的非理性决策，因此双方一般均未就婚姻关系解除形成真实确定的意志。在现有离婚登记程序下，由于当事人可以通过申请离婚登记而即时解除婚姻，因此当事人容易形成“一了百了”的想法，将离婚行为视为情感宣泄的突破口，而不能直视夫妻间矛盾并寻找其他可能的解决方案。由此，在事后当事人重新审视离婚行为时，即可能产生后悔心理，认识到婚姻关系解除未必符合自身利益。在冷静期制度实施后，在双方知悉冷静期存在的前提下，其更可能意识到申请离婚并不是夫妻矛盾解决的终点——即使冲动前往婚姻登记机关，夫妻仍将至少在冷静期内被束缚在夫妻关系之中，无法获得即时解脱。由此，夫妻双方反而可能减少将申请离婚视为矛盾解决方法的倾向，进而降低基于冲动情绪申请离婚的可能。这一立法效果，与冷静期的立法意旨完全契合，具有正面效益。

“冲动型”离婚在初次申请后，当事人在冷静期内也可能进一步坚定离婚意志，此时离婚类型转化为“双方坚定型”或“一方坚定型”，其效果前已述及。总体上看，冷静期的实施就“冲动型”离婚有正面的立法效果。

#### （五）未婚人群

在舆论讨论中，有观点还对冷静期实施可能对未婚人群行为造成的影响进行了预测，认为其

[43] 消极情绪是常见的导致非理性行为的原因，参见[英]威尔金森：《行为经济学》，贺京同译，中国人民大学出版社2012年版，第324页。

增加了离婚的难度，可能使未婚人群更加恐惧被婚姻束缚，进而降低结婚意愿。这一观点构成对离婚登记冷静期正当性的质疑。但笔者认为，这一观点是不成立的。

首先，离婚登记冷静期相较于整个复杂庞大的婚姻制度而言，其内容比重堪称九牛一毛。对于已有明确结婚意图的群体而言，其往往会由于乐观心理<sup>〔44〕</sup>而直接忽视对该制度的考量；对于尚未有明确结婚意图的群体而言，其对婚姻缔结的利益评估也难以深入到如此细节。<sup>〔45〕</sup>因此该制度的存在，远达不到影响未婚人群结婚意愿的程度。

其次，按照本文的分析可知，冷静期一方面只是将婚姻退出机制更加合理化，并非刻意增加离婚难度；另一方面是以民事主体自身利益的实现作为立法宗旨，并不具有克减民事主体婚姻利益的动机。因此在制度内涵上，其并非是在传递“国家以婚姻束缚个人自由”的信号。但部分舆论对离婚登记冷静期课以扭曲的事实介绍和价值臆测，反而为该制度添加了上述莫须有的“信号效应”——这种“信号效应”固然可能在未来对未婚人群造成一定的负面影响，但这种负面影响显系来自错误的宣传，而非立法本身。

综上，通过当事人的行为预测，离婚登记冷静期在立法效果层面尚不见明显动摇其正当性的因素。当然，在一项法律制度实施之前，完全预测其立法效果是不可能的。本文的上述判断，只是基于常理范围，对制度实施的可能后果作部分预测，以确保制度正当性不存在明显可预见的疏漏。因此，上述预测可能会在未来实现，也可能基于未考虑到的因素而不会实现，更可能产生诸多预测之外的制度实施后果。故离婚登记冷静期实际的立法效果，尚有待通过时间的检验。

#### 四、结语

《民法典》离婚登记冷静期的立法在社会舆论尤其是网络舆论中引起轩然大波，某种程度上令立法者和学界始料未及。但通过理论化、专业化的论证，对该制度正当性的质疑可以被有效回应。从批评意见来看，适用范围限缩、离婚自由、“结婚冷静期”等观点均或多或少地存在对我国社会现实或立法现状的误解。按照比例原则的论证框架，离婚登记冷静期的正当性是建立在对民事主体非理性离婚行为进行纠正的基础上，且能够被合逻辑、合比例地验证。而以行为预测评估冷静期实施的立法效果，也未得出足以颠覆其正当性的依据。综上，离婚登记冷静期具有其制度正当性。当然，冷静期带来的舆论大讨论也为我国立法工作提出了一项新的课题，即在互联网时代，如何快速、有效乃至事前性地回应社会舆论对立法变动的争议——这一课题具有高度的现实意义。

---

〔44〕 [美] 迈尔斯：《社会心理学》，侯玉波等译，人民邮电出版社2016年版，第66页。

〔45〕 未有明确结婚意图，却对婚姻缔结进行十分细节的利益评估，这类人群并非不存在。但从行为心理上看，这类人群往往存在对婚姻制度的先在怀疑或否定，因此即使冷静期制度为这类人群带来了负面预期，但这种预期也不是颠覆性的，难谓其对结婚意愿的阻却效果。

## Analysis on the Legitimacy of the Calm Period of Divorce Registration in Civil Code

SHEN Chen

**Abstract:** The calm period of divorce registration in Civil Code has aroused heated public opinions. The objections on the universality of the system, the freedom of divorce and the “calm period of getting marriage” are based on some misunderstandings about the social reality or legislative status quo in China, which do not constitute effective criticism. The calm period of divorce registration takes the realization of personal interests as the legislative purpose. It makes the civil subject close to the hypothesis of “economic man” through limited freedom restriction. There is no alternative and lighter means of intervention. It realizes the urgent interests with controllable implementation cost. Thus, its legitimacy can be tested by the principle of proportionality. The calm period of divorce registration will have positive legislative effect and controllable negative legislative effect on “conspiracy type”, “two sides firm type”, “one party firm type” and “impulsive type” divorce and there is no factor to shake its legitimacy in the predicted range.

**Keywords:** Civil Code; Calm Period of Divorce; Principle of Proportionality; Divorce by Agreement

(责任编辑: 王乐兵)