Dispute Settlement 争议解决, 2023, 9(6), 2738-2747
Published Online November 2023 in Hans. https://www.hanspub.org/journal/ds
https://doi.org/10.12677/ds.2023.96373

Hans汉斯

论离婚冷静期的合法性基础

韩昊呈

华东政法大学法律学院，上海

收稿日期：2023年9月24日；录用日期：2023年10月27日；发布日期：2023年11月7日

摘　要

近年来我国离婚率持续攀升，为避免轻率离婚、竭力维护家庭和睦，消除离婚对社会的负面效应，我国《民法典》第1077条增设了离婚冷静期制度。本文就冷静期制度的合法性基础进行分析，分析视角包括社会视角、制度对象视角、伦理视角和法理视角四个方面。离婚率的持续攀升和非双系抚育对子女成长、人类繁衍的威胁是设置冷静期的社会基础；冲动型离婚是离婚冷静期的制度对象基础；既要个体幸福，也要婚姻长久是冷静期的伦理基础；自由原则和弱者保护原则是冷静期的法理基础。

关键词

离婚冷静期，冲动型离婚，好婚姻，离婚自由

On the Legitimate Basis of the Cooling-Off Period in Divorce

Haocheng Han

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 24th, 2023; accepted: Oct. 27th, 2023; published: Nov. 7th, 2023

Abstract

In recent years, China's divorce rate continues to rise. In order to avoid frivolous divorce, make every effort to maintain family harmony, and eliminate the negative effects of divorce on society, China's Civil Code, Article 1077 added a cooling-off period for divorce system. This paper analyzes the legitimacy of the cooling-off period system from four perspectives: social perspective, system object perspective, ethical perspective and legal perspective. The rising divorce rate and the threat of non-binary parenting to children's growth and human reproduction are the social basis of the cooling-off period; impulsive divorce is the basis of the system object of the cooling-off period; the need for individual happiness as well as the longevity of the marriage is the ethical basis

文章引用: 韩昊呈. 论离婚冷静期的合法性基础[J]. 争议解决, 2023, 9(6): 2738-2747.
DOI: 10.12677/ds.2023.96373

of the cooling-off period; the principle of liberty and the principle of protection of the weak are the jurisprudential basis of the cooling-off period.

Keywords

Cooling-Off Period in Divorce, Impulsive Divorce, Good Marriage, Freedom of Divorce

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.
This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/
Open Access

1. 引言

为避免轻率离婚、竭力维护家庭和睦，消除离婚对社会的负面效应，我国《民法典》第 1077 条增设了离婚冷静期制度。该制度面向的是婚姻当事人两愿的协议离婚，制度的主要内容是在当事人申请离婚与婚姻登记机关同意离婚之间增设三十日的时间门槛，期限内当事人可以撤回离婚申请，期限届满双方再次申请离婚的，婚姻登记机关应当发给离婚证。离婚冷静期一经出台，便颇具网络传播力，在短时间内成为全社会关注的热点。对于冷静期的增设的必要性，择其要者，主要有三种观点：一是赞同说，认为冷静期给了婚姻一个修复的机会，是避免夫妻冲动离婚的新尝试；[1]二是反对说，认为冷静期是对离婚自由原则的破坏，对于成年人的自主决定，司法应保持距离；[2]三是改良说，认为冷静期是新时代解决我国婚姻家庭领域出现的轻率离婚的必要举措，是一种有效的情感疏通机制，但应在期间设置上灵活安排，而非统一设置为三十日，同时完善相关的配套制度，让冷静期不仅是时间上的冷却，更能在功能上帮助解决家庭矛盾。[3]本文在立场上偏重于赞同说，认为离婚冷静期是避免冲动离婚的必要尝试，并对《民法典》第 1077 条所规制内容的合法性基础进行分析。分析的视角包括社会视角、制度对象视角、伦理视角和法理视角四个方面，以论证离婚冷静期的合法性基础。

2. 离婚冷静期的社会基础

(一) 我国离婚率持续攀升

从全球来看，与欧美国家和日、韩、新加坡等国相对比，我国近年来的离婚率也已然超过同年韩国和新加坡的 2.1‰和 1.3‰，成为离婚率较高的国家之一[4]。离婚率的持续攀升虽在宏观上与转型期的时候经济发展密切相关，但同样不可忽视的是法律的指引功能。换句话说，国家一定时期的婚姻制度和政策如同风向标，能够引导民众婚姻价值观的走向，并在宏观上影响着离婚率变化。

比如，就新中国成立后的婚姻立法而言，1950 年颁布了第一部《婚姻法》，确立了离婚自由原则，但此时的离婚自由无法实现。不仅登记离婚需要单位出具介绍信，而且实践中诉讼离婚的标准也较为严格，既要看婚姻基础、婚后感情、离婚理由，还要参考离婚对子女利益的影响，[5]加持在离婚自由上过多的客观条件，在一定程度上抑制了离婚率的升高。到了 1994 年，《婚姻登记管理条例》的颁布规定了婚姻登记机关对离婚申请要进行一个月审查。[1] 再到 2003 年，新发布的《婚姻登记管理条例》规定只要当事人确属自愿离婚，且对子女抚养、财产、债务等问题达成一致处理意见，即准予离婚。[2] 至此，离婚不再需要单位出具介绍信，也无需婚姻登记机关一个月的审查，离婚成本大大降低，使得当日申请当日

[1] 《婚姻登记管理条例》(1994 版)第 16 条。
[2] 《婚姻登记管理条例》(2003 版)第 13 条。

离婚的“即申即离”成为可能，之后离婚率逐渐快速上升。

通过对我国婚姻立法的梳理，可以看到离婚程序的简化对于离婚率的影响是不可忽视的。从最初的介绍信形式的单位实质审查，到登记机关一个月审查期的官方形式审查，再到最后废除介绍信和审查期规定，离婚完全成了两个人的自愿行为。正是在立法取消各种审查期、介绍信等程序条件之后，离婚率开始加快上升。需要提醒的是，离婚并非总是坏事，它意味着人们敢于摆脱名存实亡的婚姻，通过离婚这一法定程序来确认婚姻的死亡，从而更好地追求自己的幸福。但过高的离婚率同样透射出婚姻的不稳定和家庭的不和谐。家庭是社会最重要的基本单位，一个可持续发展的良好社会必然需要千万个稳定的家庭作为根基。因此，法律作为国家调控社会的基本手段，有必要通过程序阻拦、实体审查等方式降低离婚率，让人们至少在数据上对婚姻重拾信心。[3]

(二) 婚姻是人类物种繁衍的关键

《生育制度》中有这样一段话：“婚姻所缔结的这个契约中，若把生活的享受除外，把感情的满足提开，剩下的只是一对人生的担子，含辛茹苦，一身是汗。”[4]在物质生活水平较高的今天，回过头来看这句话，仿佛就能明白为什么社会上会出现诸多婚姻变体，包括独身主义、丁克家族、闪婚闪离等等。在北上广等较发达城市，若婚后能够实现经济自由，则双方不必再为生活上的柴米油盐操心，家庭事务上的解放使得夫妻二人更加偏重感情上的协调和兴趣上的相投。在这种偏重下，若仅仅看到婚姻的共同生活属性，忽略了家庭对子女的社会性抚养功能，认为婚姻只关乎个人，不关乎社会，那么独身主义、丁克家族的出现就是必然的。从个体角度而言这是无可厚非的，因为只要不违反法律，每个人都有选择自己生活方式的权利和自由。但从社会角度而言，家庭所提供的双系抚育是社会结构稳定的重要人口基础。若家庭解体，人人都只满足自己的欲望和喜好，此时，生理上的性需求能够通过婚前性生活得到满足，但意外怀孕下产出的孩子注定得不到“一父一母”的完整成长环境。

可能会有人反对，认为“一个人带孩子怎么了，单亲妈妈或单亲爸爸不也是撑起了一个家？”也有人会质疑，“同性恋结伴真就比一男一女配对低一等？”针对这些意见，我们首先需要区分两种情形，即“把孩子拉扯大”与“培养健全的社会所需要的孩子”之间是不同的。前者最极端的情形是生理上的发育成熟，却不懂礼仪习惯、人情世故，缺失生活经验和职业技能；后者则通晓社会常识，具有丰富的社会经验和必要的职业技能。我们在此讨论的是社会如何培养能够成为后者的情形。因为社会的正常运转需要能够掌握社会技能、能够融入社会、能够成为社会一份子的人，而非单纯的生物学上的人。“狼孩”[5]的事迹也表明，能够参与社会生活的人与仅仅能维持生命、能够在自然界活下去的人之间的区别有多大。

其次，社会的性别分工，决定着男孩无法从母亲那里获得他所需的生活方式，女孩单跟父亲同样得不到完全的教育，而唯有男女相互合作的家庭才能构成一个完整的抚育团体。[6]尽管一线城市中的男女分工已有模糊的趋势，并且与以往只能局限于家庭事务相比，女性逐渐参与更多的社会事务、扮演更多的社会角色，包括参政议政、学术研究、技工劳工等，但性别分工的现象依旧存在。护士、小学教师等行业几乎被女性垄断，而有关政治、公司高层管理等需要发挥统领作用的职业仍然是男性比重更多。在社会福利尚不支持为每一个孩子从幼儿园到大学提供完整教育机制之时，家庭还是承担抚养、教育孩子的

[3]当然，我们也不能为了追求数据上的“好看”就盲目地提高离婚门槛，仅仅避免冲动型离婚这一类型即可。
[4]引自费孝通：《生育制度》，华东师范大学出版社 2019 版，第 76 页第六行。
[5]在 1920 年，在印度加尔各答东北的一个名叫米德纳波尔的小城,人们常见到有一种“神秘的生物”出没于附近森林，往在是一到晚上，就有两个用四肢走路的“像人的怪物”尾随在三只大狼后面。后来人们打死了大狼，在狼窝里终于发现这两个“怪物”原来是两个裸体的女孩(图 1)。一个大的年约七、八岁，小的约两岁。这两个小女孩被送到米德纳波尔的孤儿院去抚养，还给她们取了名字，大的叫卡玛拉，小的叫阿玛拉，到了第二年阿玛拉死了，而卡玛拉一直活到 1929 年。这就是曾经轰动一时的“狼孩”一事。参见周国兴：“狼孩的启示”，载“化石”，1977 年第 4 版第 14-15 页。
[6]参见费孝通：《生育制度》，华东师范大学出版社 2019 年版，第 54 页。

最早的，也是最主要的场所。这一点我们也能从未成年人犯罪与单亲家庭的相关性方面得以验证。按照同样的逻辑，若同性恋组建的家庭以领养方式养育孩子，依旧无法为其提供完整的抚育条件。

因此，从个体上看，结婚成家似乎是个人的选择，是感情升温的自然结果；但是，从总体上看，婚姻作为一种制度是为了回答社会生活中的这些问题而发展起来的。它借助于性发展成分配抚育责任、保证人类物种繁衍的一种方式。[6]如此一来，挽救危机婚姻、避免冲动离婚的制度设计就有了社会层面的正当性，正是在这个意义上，离婚从来都需要“冷静”“审慎”地对待，因为它不仅关乎个人幸福，还与人类这一物种的延续息息相关。

3. 离婚冷静期的制度对象基础

(一) 冲动型离婚

离婚冷静期的适用对象是冲动型离婚，即主要因婚姻危机而草率离婚的情形。我国法律赋予每个公民离婚自主权，这是法律对个人在婚姻领域自治的确认。但在民法典出台前，2003 年颁布的《婚姻管理条例》所规定的登记离婚手续过于简便，只要双方当事人自愿、协商一致即可办理离婚，但它忽略了这样一种情形——部分申请中，夫妻感情并未真正破裂，离婚的念头只是源于冲动、赌气，此时及时登记离婚及时扯离婚证，往往会“生米煮成熟饭”，将危机婚姻迅速推向死亡。婚姻当事人的轻率举动不仅终结了彼此既往的情感付出，还可能给子女造成严重伤害。

所谓“冲动”“轻率”，包括两个面向：一是情绪上的失控，比如吵架、赌气、打冷战甚至双方大打出手后作出离婚选择。此时，双方都处于头脑发热阶段，不愿就情绪失控的事由妥协，要么有人服软，要么结束婚姻，同时也不愿在离婚问题上做出让步，认为不敢离婚的就是胆小鬼或者懦夫；二是认识上的不成熟。冲动型离婚的当事人并没有意识到婚姻对夫妻双方的包容性要求，也没有考虑到婚姻对子女成长的影响，只把婚姻当作爱情的自然结果，却无视了婚姻责任和义务。正如山东省济南市中区人民法院制作的“离婚冷静期”通知书中所言：“恋爱可以短暂绚烂如烟花绽放，婚姻却需要二人细水长流地在柴米油盐间共同经营。”“面对婚姻挫折，希望你们保持冷静，珍惜缘分，理智对待……试着用智慧和真爱去化解矛盾，用理智和温情去解决问题，用耐心和真情去温暖子女。婚姻不易，请勿轻言放弃。”[7]

激动的情绪会随着时间的经过而逐渐冷却，岁月的打磨也会让每个人趋于稳重，可一旦离婚手续办理完毕，就意味着彼此走进婚姻殿堂的二人在法律意义上成为路人，再想重归于好，则是需要机缘和勇气的。

(二) 冲动，还是冷静？

在关于“冷静期”的争论中，最尖锐的反对声并非是离婚自由被干预，而是两愿离婚背后关于“冲动”和“冷静”的假设，被网民认为是以长辈为主体的立法者针对年轻人设置的“爹味十足”的法条。[8]根据现行法律规定，但凡申请离婚的都要经过 30 日的等待，这是否意味着登记离婚的当事人都是制度预设下的“冲动”“不冷静”呢？答案显然不是。

现如今并非人人都能“结的起婚”，因为从功利角度而言，婚姻的机会成本在不断增加，投资收益却日益缩减，对于中产阶级及以下人群而言，结婚本身似乎慢慢丧失了理由。我们可以通过婚前同居解决性需求，可以有“男闺蜜”“女闺蜜”以及各种社交圈实现情感依赖，如此一来，婚姻似乎只在合理化生育、抚养子女、照顾老人上有所优势。可是，生育给家庭和女方带来的经济压力，抚养孩子预支的财力、精力，让婚后生育也成了吃力不讨好的事情。换言之，缔结婚姻后，夫妻一方面在性生活和感情上面临着外界肉体吸引和情感代替的危机，另一方面还要承担生育、抚养子女和照顾双方老人的责任，对于婚姻存续的“左右勾拳”很可能让部分人主动放弃婚姻，选择单身生活或者选择不婚不育或者寻求

更佳伴侣。

上述是从整体视角来看，而从个体视角出发，结婚首先意味着责任和义务，包括夫妻间忠贞的责任，携手撑起家庭的责任，以及养育子女、照顾老人的义务。其次，婚姻并不只关乎性欲、激情和快乐，当二人互担风险、共渡难关之后，简单的一份早餐也将洋溢着幸福。这也是中国夫妻之间更多地用“恩爱”一词来赞美婚姻美满的原因之一。即“于我有恩，相伴有爱”，而非单纯的荷尔蒙迸发后的性爱。

综合来看，一方面，当今的社会个体一旦结婚，便面临着生育、抚养子女的压力，高额的经济支出和对于女方而言的机会成本付出[7]，以及婚姻与性关系、亲密关系的逐渐剥离，使得维系婚姻关系更为不易；另一方面，社会层面结婚理由的丧失，导致婚姻的长久性更多地依赖个体努力，它需要夫妻双方意识到自己的家庭身份和家庭责任，包括尊老爱幼、包容体贴、洁身自好等，这些品质是夫妻间任何一方都不可或缺的。

因此，协议离婚虽有一部分是脑子一热下的情绪化行为，但并不全是，剩下的还可剥离出两种情形：一是婚姻当事人迫于生活压力而作出的权衡和选择，是为规避风险作出的理性逃避。二是看待婚姻过于肤浅，认为婚姻只关乎情欲、利益，而没有意识到自己的家庭责任和家庭身份，从而解除“不幸福”“不快乐”的婚姻。我们通过冷静期制度想要挽回的是冲动型草率离婚，而对于后两者无须挽回或难以挽回，因为他们已足够“冷静”。

4. 离婚冷静期之伦理基础——既要个体幸福，也要婚姻稳定

离婚问题从根本上是与结婚问题关联在一起的。离婚意味着夫妻双方或一方对婚姻关系的否定，准许离婚则代表国家和社会对原婚姻关系的消极立场甚至不认同。这说明在立法者心中有着关于“好婚姻”的标尺，它衡量那些不适当的或者没有必要维持的婚姻，以将夫妻中一方或双方从婚姻的苦海中解救出来。但在文化融合的当今，能否确定人人认可的“好婚姻”标尺，如何确定，以及这一标尺的刻度线是什么或者应当是什么，这些都是值得讨论的问题。

(一) “好婚姻”标准能确立吗？

在全球化和中西文化融合的今天，人们在一些问题上的看法日渐趋同，譬如结婚自由、离婚自由的思想在多数国家间都能达成共识。但文化的融合并不意味着文化差异的消失。[9]在很多领域，人们虽享有共同的价值观，比如但凡现代文明都禁止杀人，可论及如何处置单个的杀人犯时，文化问题就会出现。同理，每个社会都希望家庭幸福美满、夫妻相敬相爱，但文化差异的地方在于当夫妻关系恶化时，社会如何评判。评价需要标准。每当我们对恶化的婚姻关系指手画脚、提出建议之时，脑海中都需先浮现出“好婚姻”的模样，这样我们才能明晰什么样的婚姻值得维系，什么样的婚姻应当彼此放手。问题的关键在于，人们的个人经历而非其他什么促成了自身道德观念和伦理观念的形成。现代社会的多元化使得人们的道德观念和伦理观念也是多元的，而非统一、趋同的。从这一角度而言，人们对于何为好婚姻的答案不仅在相异文化间有差异，而且在同一文化内部也是各不相同的。通俗点说，中国人在婚姻问题上是“萝卜青菜，各有所爱”。如果真是这样，我们是不是就无法确定“好婚姻”的标准呢？答案显然是否定的。现实中的人们对婚姻的看法虽千奇百怪，但探究婚姻模式就好比讨论菜系，个人胃口不同，可菜系还在，找到符合绝大多数人口味的主菜系就能在一般意义上确定何为“好婚姻”。当然，一般意义上的东西总会掩盖个体的特点，为弥补这一点，我们只需在主菜系的基础上稍加改进，或添减作料，或增减火候。

(二) “好婚姻”标准的确立

离婚冷静期的相关规定出台后，在短时间内成为社会聚焦的热点。网民们的第一个灵魂拷问是：就

[7]女性不得不在生育与职场之间作出选择，选择前者所丧失的工作收益以及与之相伴的地位提升就是生育对于女性而言的机会成本。

算闪婚闪离，有什么不好？这一质问折射的信息是：有着“宁拆十座庙、不破一桩婚”的古老传统、崇尚“劝和不劝离”的中国社会，如今在对婚姻的持久性与稳定性的追求上已经丧失了共识的土壤。[8]换句话说，关于“好婚姻”的标准已然发生了变化，从单纯的白头偕老转变为当事者在婚姻中的个体感受，婚姻满意度而非婚姻长久度已跃升为衡量婚姻质量的最重要指标。从这种意义上说，不论是西式婚礼上对着神父所发的无论贫穷还是富有、疾病还是健康都将永远爱你的誓言，还是中式婚礼上白头到老、相伴一生的祝词，早已蜕变为一种犹如“新年快乐”般程序性的祝福，或者仅仅成为一种开启婚姻生活的纪念仪式。

然而，承认“好婚姻”标准在中国的实际转变，并不意味着人们放弃对于理想型婚姻的追求。对于完美婚姻的探究可以从分析传统的姻缘婚姻和西式的爱情婚姻入手。

传统的中式婚姻是一种姻缘婚姻。正所谓“十年修得同船渡，百年修得共枕眠”，姻缘婚姻预先设定一种夫妻关系上的永恒，认为夫妻二人的结合是上辈子修来的福分，是今生的缘分。这种婚姻模式重视家庭的稳定性，一旦结为夫妻，不论是体型的改变、不修边幅，还是“七年之痒”的冷淡，都不影响婚姻的存续。它就像一个保险箱，把男女双方的亲密关系紧紧锁在一起。[10]在保险箱式婚姻下，爱情是非必要元素，有它的二人是“两情相悦”“天作之合”，无它的生活虽每天“柴米油盐”，但日子还过得下去。这也印证了老人们常说的那句话，“搭伙过日子呗。”但若因出轨或不孝敬老人等，使得两口子生活过不下去，我们就会说他们的缘分已尽，婚姻已死。由此，我们可以看出，以往中国人的“好婚姻”的最低标准就是“日子过得下去”。

受西方文化影响和经济基础的改变，当今中国年轻一代更多地追崇西式爱情婚姻。它不预设关系上的永恒，相反，爱情婚姻认为婚姻与爱情相伴，即若爱情存续，则婚姻持久，若爱情离去，则婚姻结束。[3]这种婚姻观重视个体的感受，在行为上常表现为不厌其烦的亲吻和拥抱，通过制造热烈、频繁亲昵来维持彼此相爱的体验和感受。[11]但人的感觉总是及肤而止，我们难以全然把握另一个人的心理状态，而需借助对方的喜悦、愤怒、嫉妒、懊悔、忧愁等外在感情流露或行为举动来推测。这意味着，倘若一方因工作等原因无法把握对方的消极情绪，彼此的隔阂不能及时化解，那么双方的情感缝隙就会随着时间的推移越扯越大。换句话说，爱情婚姻捡起了个体感受，但也背上了时刻探究对方情感的负担，这样的婚姻常是轰轰烈烈的，但也是不稳定的。因此，西式的“好婚姻”的标准是“存在爱情”。

相比较而言，爱情婚姻的动力来自激情与爱欲，蕴含的是个体的内在体验；而姻缘婚姻的动力是对安逸生活的渴望，蕴含的是家族的稳定延续。[9]这两种婚姻模式只是理论上的划分，现实中的婚后生活并非与之一一对应。但需要注意的是，爱情婚姻与姻缘婚姻不是非此即彼，而是有交叉区域的。就好比我们不能说因为有父母之命媒妁之言，婚姻就只是一味地妥协而没有相亲相爱；我们也不能说通过爱情步入的婚姻只是荷尔蒙分泌的结果，一定不会长久。

分析这两种婚姻模式的缘由之一在于，我们可以用姻缘婚姻去认识婚姻的长度，同时借助爱情婚姻去了解婚姻的丰度。对于一个以爱情开头，以白头结尾的婚姻，我们在缘分框架中看到的是美满，在爱情框架中看到的是浪漫。反过来，对于一个完全丧失感情交流的婚姻，我们在爱情框架里看到的是煎熬与束缚；而对于一个完全依靠激情推动的婚姻，我们在缘分框架里看到的是焦灼与放纵。缘由之二在于，当今中国的“好婚姻”标准就存在于这两种婚姻模式的交集处。社会学研究认为，支配婚姻动机的三要素无非是“经济、生殖与恋爱”，三者在婚姻动机中的先后排序构成时代特征，越到晚近，反倒恋爱处于动机最优地位。[10]而“生育、经济”对婚姻的功能性意义一旦弱化，婚前感情的契合度和婚后的幸福度，便成为婚姻缔结和延续的主要因素(这在现代社会表现为女性逐步的经济独立和对生育风险的认知)[11]但从理论角度而言，纯粹的爱情模式并不稳定，它的视野中只有个体的满意，却忽略了子女的成长、亲人的感受和家庭的稳定，而后者对于个体幸福是必不可少的要素。我们如何肯定眼前的人就是命中注

定的契合，如何确定今后不会遇到更适合自己的人？对于该疑问，我们唯一可以肯定的是我们无法肯定现在相爱的人就是最为情投意合的人。就像电视剧《逃避可耻但有用》中所言，“哪有什么命中注定，有的只是把对方变成命中注定”。对于那种对婚姻抱有激情主义、功利主义，动辄滥用离婚自由之人，必定不会把对方的感受考虑在内，也不会从对方的角度去审视自己，其心中的完美婚姻景象也因自私而是残缺的。因此，爱情婚姻需要添加“稳定剂”才能达至真正的幸福。在另一方面，纯粹的姻缘婚姻虽然有着地久天长的共同生活预设，但也充满了封建的命定论和不自由的气息，在当今愈加重视情感满意度的时代必将遭到人们反对。故姻缘婚姻需要强调个体幸福才符合社会价值趋向，才能体现个体的婚姻自由和行为自由。

综合两种模式，我们可以尝试给出一个好婚姻的标准——以爱情为基础，以长久为目标，既要个体幸福，也要婚姻稳定。对于冷静期制度的规制对象，即冲动离婚而言，双方当事人只看到了婚姻的爱情面向和自己的情感付出，在爱情危机发生之时第一时间想到的是通过结束婚姻，瓦解与对方的夫妻关系来获得情感负担的释放，但在观念中少了姻缘婚姻中夫妻二人共同经营生活的意愿以及相互磨合的耐性，而一段美好的恋情终究少不了彼此的相濡以沫、体贴包容。从这个角度来看，针对两愿离婚设置时间门槛的立法举措不仅寄托了后浪对于前浪们婚姻长久性的期待，也体现了立法者对于申请离婚的年轻人观念不成熟的忧虑。

5. 离婚冷静期之法理依据

(一) 依据法理上的自由原则

1) 离婚自由是自由的重要内涵

诚如密尔所言：“对于一个人的福祉，本人是关切最深的人；除在一些私人联系很强的情事上外，任何他人对于他的福祉所怀有的关怀，和他自己所怀有的关怀比较起来，都是微薄而肤浅的。”[8]婚姻作为一个人的人生大事之一，它不仅关乎自己的后半辈子幸福，更是决定了流淌着自己血液的下一代出生和成长的关键，自然应当由我们自己做主、自己决定。这就是缔结婚姻的自由。同样地，若婚后生活苦不堪言，既无情感上的沟通，也无肉体上的欢愉，也无子女可供寄托，有的甚至还有虐待、家庭暴力、冷暴力、PUA[9]等，对于这般不幸婚姻，我们也应当有解除的选择和自由。这就是离婚自由。此外，仅就情感和性而言，若一旦结婚便无法解除或总是受阻，使夫妻关系成为制度上的终身绑定，那么对于婚后情感破裂、无法共同生活的二人而言，为了寻求情感依托、满足性需求等，就必定会在婚姻存续期间寻求配偶之外的人，这将加剧社会中婚姻与性、爱情的全面分离，结婚证在社会效果上也仅成为抚育孩子的合理凭证而与爱情和美好生活无关。人们会因此畏惧婚姻，普遍地推迟结婚年龄。但这并不意味着情感的贫瘠和性关系的减少。人们总能通过其他方式，绕过婚姻制度来满足性需求和情感共鸣。当普遍的婚前性行为和婚后与他人同居代替婚姻所带来的性满足，当各种社交圈取代家庭所需要的感情栽培与付出，婚姻也就成了干巴巴的抚育孩子的象征，这在重视个体满意度的今天是难以接受的。因此，为保障人们有追求自己幸福的权利，有选择自己人生的权利，离婚自由是必不可少的，也是不得加以侵犯的。

2) 离婚过于自由是对自由的滥用

单纯的意志自由理论下社会的稳定发展只能寄托在成年理性秩序下，但人作为情感动物的复杂性决定着人是感性动物和理性动物的结合体，完全排除感性影响的理性秩序构想是不现实的，这在离婚这一事情上也是如此。如果离婚过于自由，一方想离就离，那么谁还会把婚姻当回事呢？不加思考地“闪婚”

[8]引自约翰·密尔：《论自由》，商务印书出版社 2020 年版，第 91 页第 3 行。

[9]PUA (Pick-up Artist)原意为“搭讪艺术家”，其情感传播的初衷是帮助情感焦虑的群体学习两性相处之道；然而在利益的驱使下被扭曲，出现了大量物化、奴化女性的思想。参见陈琦：《规训、惩戒与救赎：PUA 情感传播中的“斯德哥尔摩效应”》，载《现代传播》(中国传媒大学学报)，2020 年第 9 期第 52-59 页。

就是必然的。摇摇欲坠的婚姻在过分自由的离婚制度下，更易被情绪左右，而驾驶在阴晴不定的感性而非理性之路上的婚姻必定是起起伏伏、极易翻车的。试想，谁愿意在感情、时间和金钱上投资一个说没就没的事情？这等于从一个开始便在夫妻这一亲密关系贴上了“随意”的标签。更为极端的是，若离婚只需单方申请即可，那么“一生一世爱你”的结婚誓言就可能成为谋取性满足的欺骗手段。[12]波斯纳也曾指出：当离婚变得越来越容易时，人们对于婚姻的忠诚度也会随之降低，婚前没有耐心寻找适合自己的伴侣，婚后也不愿意花费足够的精力来维系彼此间的感情，从而增加了离婚的随意性。[12]从这一角度而言，离婚冷静期的制度设计是对滥用离婚自由的约束，其目的是通过时间上的冷却缓解夫妻情感上的剧烈波动，让人们意识到离婚自由要建立在冷静的理性思考之上，而非成为情绪失控下的牺牲品，从而达到用时间筹码来平衡当事人离婚决策的作用。

反驳者可能会说，即便当时冲动，事后反悔，我们也有复婚的备选，国家作为公权力不应过分插手私人生活。这就引申出婚姻的私人性与公共性的问题。但离婚从来都不是私事。

当代法律思想中，谈及自由必然牵涉对国家权力的防范，然而，纯粹地将国家作为恶人在逻辑上并不能充分说明国家存在的理由。在工业化之前可能洛克所言的“小政府”理论还能与社会现实相匹配，但伴随着工业化时代和国家资本主义时代的到来，人们逐渐意识到仅仅是国家的消极不作为并不能帮助人们实现自由，[13]对于吃不上饭的乞丐、买不起药的病人、上不起学的学生等弱势群体而言，国家的及时救助、补贴几乎是他们实现自由的唯一途径。故个体自由包含两个维度，一是防止国家权力侵犯，二是请求国家积极干预。正是自由的第二个维度体现了某一行为的社会性，它需要公共力量来加以保障。而早在上个世纪，费孝通先生就于《生育制度》中表明，“婚姻是用社会力量造成的，因为依我所知世界上从来没有一个地方把婚姻视作当事人间个人的私事，别的人不加过问的。”[10] 质言之，婚姻从本质上来看是一种社会行为，为社会所关注。正是婚姻的社会性，使得结婚、离婚总是被道德、宗教、法律、习俗所干涉，而不仅仅关乎儿女私情。[14]

事实上，无论在传统社会还是现代社会，婚姻都有其公共性的一面，这表现为婚姻的缔结从来都以“昭告天下”作为开端。[8]传统社会中人们没有结婚登记这一说，在那时，远近皆知的婚礼是使婚姻取得合法性的必要仪式。没有双方父母坐镇、亲戚参加，仅仅相互爱慕的二人举办的婚礼只能称之为“私定终生”，如此缔结的婚姻在小说中或许被人称赞，但在传统社会是不被认可的。因为婚姻的维系和保障并非仅有二人努力可实现，若无昭示天下、亲戚相随，婚姻这一尤其需要彼此忠贞的关系便将脱离舆论约束，人性中的幽暗部分在受到外界诱惑而又丧失约束之时，诸如外遇、婚外情之类的事情便易发生。

而在现代社会中，婚礼的仪式作为社会习俗得以保留，授予婚姻合法性的权力则被政府所取代。婚姻的合法性自取得结婚证之日起开始，取得离婚证之日起结束，无论结婚还是离婚都受到国家的保护。“扯证”的行为本身就意味着当事人将婚姻的一部分权利让渡给了公共管理部门，同时也享受到了制度带给新人们的福利。无论是配偶红杏出墙与他人同居，还是实施家庭暴力、虐待遗弃家庭成员，另一方都可在离婚时主张赔偿。这是公权力给予的确认与支持，是让渡一部分权利后的结果。那么让渡的那一部分体现在哪呢？——国家通过婚姻法的修改来进行宏观调控。换句话说，婚姻还是国家治理中的一个常用手段。因为家庭从来都是最为重要的社会单位之一。也正因如此，离婚的“门槛”在我国婚姻制度史上会发生数次变动。不论是古时的“七出三不去”[11]，还是当代增加时间筹码的冷静期，背后都有着复杂的社会背景和人口调控需求。从这个角度而言，婚姻这个貌似自古以来就是两情相悦的私事，其实一直以来从未脱离公权力的辐射范围，而当前冷静期的设置正是国家在不干预离婚自由的前提下采取的一种家长主义保护和宏观调控手段，它是婚姻公共性一面的体现。

[10] 费孝通：《生育制度》60 页第三行，华东师范大学出版社，2019 年 9 月第 1 版。
[11] 中国古时的休妻法则，“七出”是指七条名正言顺休妻的理由；“三不去”是指三种不能休妻的情形。

(二) 依据法理上的弱者保护原则

1) 何为法律上的弱者

对于弱者的界定并非由其现存状态来决定，还应考究其有没有付出一般人应当付出的努力。有的人家庭关系不和谐，妻子三天两头数落他，父母批评他，街坊邻居也对其指手画脚，乍一看是值得可怜，但若事情的导火索是自身出轨或者从事赌博、吸毒等违法犯罪行为，那么我们很难说这样的人是弱者，是值得保护的，相反我们会认为他是“活该”，放着好好的日子不过瞎混。因此，并非所有的弱者都是法律需要保护的对象，否则反倒会助长恶习。那么何为法律上的弱者呢？通常情况下，同时满足以下要素的我们可以称之为法律上的弱者：

一是弱者是基于不可控的“剥夺”而产生。例如一出生就身体残缺之人，是自然的剥夺；外出游玩时私家车被洪水冲走导致财产损失，是意外的剥夺；付出了精力、体力但在现行法规范围内得不到应有的赔偿，这是法律的剥夺。

二是弱者已经付出了与一般人一样的努力，但由于能力较弱、机遇不佳或无法依靠自身力量改变，而在结果上没有得到应有的回报。[15]在 B 站上每当有跑车视频，弹幕抑或视频下的评论中总会有这样一句嘲讽：“开车的人一定很努力吧。”之所以这样说，是因为短视频上出现的跑车车主多为年轻人，而有几个 20 多岁的年轻人能靠自己的工资买得起上千万的跑车？举这个例子并非是仇富，而是为了说明，努力不一定能得到应有的付出。若一个人已经加倍努力但结果依旧难以维持日常生活，这样的情景是需要法律来加以改善的。

三是弱者的形成源于制度性和社会性的因素。例如我国早期城乡户口分离政策造成特定区域出生的人不能随意迁徙，人们的迁移权便被剥夺。

通过罗列弱者的构成要素，我们可以看出，法律所保护的弱者具有外部成因的不可控，自身努力的难以回报的特点，这些都是凭借个人力量难以左右的。法律作为公平正义的最后一道防线，自然要承担起帮扶弱者的责任，在婚姻家庭领域亦是如此。

2) 为家庭付出的反倒是弱者

从历史上看，传统社会尽管允许丈夫以口舌、淫乱、不事舅姑等七个理由休妻，但除了协议离婚外，“三不去”规定以及对“七出”作出的解释严格限制了丈夫与妻子离婚。如果不是用今天的语境代替昨天的语境，那么这种严格限制离婚的规定可以说是正当的、合理的。因为传统社会中，主要的生活资料须通过体力获得，体能上占有优势的男性便顺其自然地掌握较多的物质资源、享有较高的家庭地位，若对离婚不加限制，事实上会把一大批年老色衰的中年妇女推向绝境，这些女性是时代造就的弱者。她们在姿色最显魅力、精力最为充沛的年龄结婚生子，之后独自承担起繁杂的家庭事务和抚育幼儿的责任。从经济角度而言，这就相当于丈夫以一纸婚姻雇了一个包吃包住但不给工资的保姆。可一旦离异，有谁会念着寡妇曾经的好？指望再婚的男方感恩前妻的付出吗？这是不现实的，更是不公平的。明明付出了最好的青春年华和家务事项所需的精力、体力，但在结果上一无所得。因此，对婚姻契约的解除若不加限制，待到年老色衰之时被任意撕毁，女方就再无签订下一个契约的可能。恰恰是对婚姻解除的严格限制，在一定程度上为妇女的后半生保驾护航。

视角转移到现代，伴随着女性经济能力和地位的提高，离婚后妇女虽可依靠自身的工作养活自己，但婚姻存续期间付出的非金钱部分却难以得到补偿。夫妻中的一方(往往是妻子)放弃个人事业发展，在养育子女、承担家务、照顾老人等方面付出的努力虽促进了另一方的成就和地位，但到了离婚时，这些个体努力所带来的积极的无形财产并不作为财产分割内容，虽然在技术上也确实难以分割。就像电视剧《逃避可耻但有用》中所言，“把主妇的劳动力换算成年收入，是 304.1 万日元(折合人民币 16.74 万元)。”

[12] 但现实中从没有发生过丈夫支付妻子家务劳动费的情形，法官也不会在离婚财产纠纷中详尽地计算妇女家务劳动所产生的“收益”。而另一方面，个人成就和地位较高的一方，其能力、地位、财富都可能实际上由第三者来享用，坐收渔翁之利，这是不公平的。这并不是说第三者一定道德败坏，总想搭顺风车。他或她可能确实只是爱这个人，或爱其成熟稳重、宽容体贴，或爱其能力出众、落落大方，而完全没有考虑什么地位、财富。但是，一个人的魅力往往是其成就、地位、财富造就的。“只要看一看周围，所有的真实的第三者插足的浪漫故事几乎全都发生在老板、影星、教授、学者、官员或其他有一定地位的人周围。”[6]即便是纯洁的爱情也无法排除生理性的因素。

如此一来，婚姻存续期间一方在家庭事务中投入的精力越多，离婚对他/她就越不公平，这是法律对其的剥夺。从这个角度而言，离婚这一事项本身就是对弱者的不公平，它让婚姻中为家庭付出者没有得到应有的回报和肯定。因此，离婚冷静期这一时间缓冲剂，在避免冲动型离婚、降低离婚率的同时，也在某种程度上保护着为家庭付出较多的一方，使其投入虽不被金钱化，但也因存续成为夫妻关系博弈时的心理筹码。

参考文献

[1] 六春华. 法亦有情, 给婚姻一个修复机会[N]. 四川日报, 2018-02-28(第 12 版).

[2] 王琳. 给“离婚冷静期”泼瓢冷水[N]. 检察日报, 2017-06-21(第 7 版).

[3] 姜大伟. 离婚冷静期: 由经验到逻辑——《民法典》第 1077 条评析[J]. 华侨大学学报(哲学社会科学版), 2020(4): 121-133.

[4] 杨菊华, 孙超. 我国离婚率变动趋势及离婚态人群特征分析[J]. 北京行政学院学报, 2021(2): 63-72.

[5] 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[J]. 河南社会科学, 2019(6): 35-45.

[6] 朱苏力. 用法的观点看婚姻[J]. 法制资讯, 2014(5): 8-14.

[7] 伊一芳. “离婚冷静期”彰显法治柔情[N]. 人民法院报, 2017-11-08(第 2 版).

[8] 吴小英. “离婚冷静期”争议背后的几个学术焦点[J]. 妇女研究论丛, 2020(4): 99-102.

[9] 翟学伟. 爱情与姻缘: 两种亲密关系的模式比较——关系向度上的理想型解释[J]. 社会学研究, 2017(2): 128-149.

[10] 陈顾远. 中国婚姻史[M]. 上海: 商务印书馆, 2017: 9.

[11] 秦奥蕾. 婚姻保护的立宪目的——兼回应“离婚冷静期”争议[J]. 法学评论, 2021(6): 130-140.

[12] 刘万成, 郑永建. 家事审判中离婚冷静期的合理性证成与完善[N]. 人民法院报, 2018-07-01(第 7 版).

[13] 张龑. 论我国法律体系中的家与个体自由原则[J]. 中外法学, 2013(4): 699-717.

[14] 潘允康. 试论费孝通的家庭社会学思想和理论——纪念费孝通先生诞辰 100 周年[J]. 天津社会科学, 2010(2): 52-57.

[15] 胡玉鸿. 法律如何面对弱者[J]. 政法论丛, 2021(1): 23-34.

[12] 参见日剧《逃避可耻但有用》第一集 27 分 26 秒。