

诉讼离婚冷静期制度的构建:必要性、可行性及与现行法的对接

王琦¹

(海南大学, 海南 海口 570228)

【摘要】: 登记离婚冷静期被《民法典》以立法形式正式确立, 其与我国《家事改革意见》第 40 条规定的诉讼离婚冷静期之间的关系问题也开始显现。诉讼离婚冷静期的配套措施较为全面, 其功能也有别于登记离婚冷静期, 但二者的适用目的是一致的, 从维护家庭社会稳定的角度来看, 需要共同发挥二者的功能, 因此诉讼离婚冷静期应当保留。并且诉讼离婚冷静期不会构成对当事人离婚自由的侵犯, 经过近年来人民法院的探索已具有一定实践基础, 现行立法也为其留有一定施行空间。在进一步的制度设计上, 应制定诉讼离婚冷静期排除适用规则, 以及建立撤回协议离婚申请原因查明机制, 以便人民法院在二者存在交叉适用的情况下结合当事人撤回申请原因与具体案情限定诉讼离婚冷静期期间范围, 实现诉讼离婚冷静期与登记离婚冷静期的有效对接。

【关键词】: 登记离婚冷静期 诉讼离婚冷静期 家事审判改革 制度构建

【中图分类号】: D923. 9 **【文献标识码】:** A **【文章编号】:** 1002—6924(2020)12—0081—08

一、问题的提出

2020 年 5 月《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)正式通过, 其中有关离婚冷静期的内容——《民法典》第 1077 条: “自婚姻登记机关收到离婚登记申请之日起三十日内, 任何一方不愿意离婚的, 可以向婚姻登记机关撤回离婚登记申请。前款规定期限届满后三十日内, 双方应当亲自到婚姻登记机关申请发给离婚证; 未申请的, 视为撤回离婚登记申请”, 改变了我国自 2003 年以来, 在法律规范层面的登记离婚“即申即离”的状况。¹ 这一法律条文的落地, 在社会上引起巨大反响, 人们担心涉及离婚自由权利会否受到侵犯, 担心自己身处其中时合法利益难以得到及时救济。

在我国, 夫妻离婚前设置一定的时间门槛并非《民法典》婚姻家庭编首创。1994 年《婚姻登记管理条例》就以“审查期”的形式为离婚当事人设定了不超过一个月的时间门槛。² 在 2010 年时任政协委员的尚绍华向民政部提交了有关设定离婚冷静期的提案后,³ 我国各地方民政部门与法院开始了设置离婚冷静期的探索工作。⁴ 最高人民法院也于 2018 年发布了《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)》(以下简称《家事改革意见》), 规定人民法院在双方当事人同意的情况下可以设置不超过 3 个月的冷静期。

就我国的法定离婚方式而言, 有登记离婚与诉讼离婚两种途径, 前者由婚姻登记机关管理, 后者则由人民法院管辖。在婚姻登记机关通过各种形式为希望离婚的夫妻设置一定时间门槛的同时, 人民法院也在家事审判改革工作的推动下尝试在审理离婚案件的过程中设置一定的冷静期。两机关并未协同探索离婚冷静期的设定问题, 只是在表述上都使用了“冷静期”来描述这一特殊的期间, 在实践中并未能形成较为完善的离婚冷静期体系或制度。随着婚姻登记机关为离婚夫妻设置冷静期被实体法吸

作者简介: 王琦, 法学博士, 海南大学法学院教授, 博士生导师, 主要研究方向: 民事诉讼法学、仲裁制度、司法制度。

纳并正式确立为一项法律规范，其与离婚诉讼程序中人民法院设置的冷静期之间的关系问题也逐渐浮出水面。依《民法典》第1077条之规定，在婚姻登记机关收到离婚申请的三十日内，夫妻任一方均可向婚姻登记机关撤回离婚申请；在三十日期满后，若夫妻双方未亲自到场申请发给离婚证，同样视为撤回离婚申请。那么，该“三十日”与《家事改革意见》提及的“冷静期”之间关系为何？如夫妻在此三十日内或三十日后，因未能就离婚事宜达成合意而撤回登记离婚申请，遂诉至人民法院，法院在案件审理过程中应否、可否再设置冷静期等，是本文所要探讨的问题。

二、诉讼“离婚冷静期”有必要保留

一直以来我国学界与实务界对于“离婚冷静期”这一概念存有不同解读，但基本认同将婚姻登记机关正式发给离婚证之前，以及人民法院正式开庭审理离婚案件前或审理离婚案件中，为离婚夫妻设置的一段期间统称为“离婚冷静期”。单纯从汉语表述习惯的角度来看，此类期间一般较长，能够为夫妻双方冷静思考离婚及相关事项提供一定余地，将之统称为“离婚冷静期”或是“冷静期”似乎并无不妥。但若将“离婚冷静期”视为一项制度，以体系化、规范化的视角加以审视，如此表述无疑会混淆人们对此概念的认知，不利于日后我国离婚冷静期制度的构建。从我国现有相关文件或解读来看，“离婚冷静期”的外延已经得到了明确的限定，能够在法律意义上被称作“离婚冷静期”或“冷静期”的期间有二：一是《民法典》1077条中规定的“三十日”，^[2]二是《家事改革意见》第40条提出的“不超过3个月的冷静期”。至于有学者提出的司法实践中将《婚姻法》第32条与现行《民事诉讼法》第124条第7款相结合产生的“二次离婚诉讼审判规则”带来前、后离婚诉讼之间六个月的时间间隔⁴，则不属于“离婚冷静期”的范畴。在明确了我国“离婚冷静期”的外延后，为了便于区分不同离婚途径中的冷静期，在语言表述上可将我国现有的“离婚冷静期”根据不同的程序划分为“登记离婚冷静期”与“诉讼离婚冷静期”。在此基础上本文从配套措施、功能及目的3个角度出发讨论《民法典》保留“离婚冷静期”的原因。

（一）诉讼离婚冷静期的配套措施较为全面

在2003年《婚姻登记条例》删去了离婚审查期的有关规定后，我国成为世界上在法律规范层面离婚手续最简便、最快捷的国家之一，^[3]从国外离婚冷静期制度的发展经验来看，世界上有较多国家都以立法的形式确立了离婚冷静期制度，这不仅是为了增添离婚时间成本以促使夫妻冷静思考，同时还是为离婚受理机关或离婚受理主体预留出充足时间以便其采取相应措施帮助夫妻双方更为冷静且妥善地处理离婚事宜。^[4]

但就我国目前立法来看，《民法典》仅确立了登记离婚冷静期，并未规定相应的配套措施或建立相应的配套制度辅助夫妻双方向化解家庭纠纷，实际上是对我国各地婚姻登记机关在离婚冷静期方面探索所得经验的归纳与总结。^[5]我国婚姻登记机关对离婚冷静期的探索由来已久，早在2015年，云南省大理自治州便开始全面推行离婚预约登记制度，欲离婚的夫妻在申请协议离婚时，需要先填写预约表，在填表七天后才能够正式办理离婚手续。^[6]同年兰州市城关区也开始采取“预约离婚”举措，具体操作方式与大理自治州基本一致，同样未设置与冷静期相配套的措施。^[7]通过对我国过往登记离婚冷静期探索经验进行梳理，便会发现我国各地婚姻登记机关的探索重心主要在于采取何种不违反既有法律规定的形式，为协议离婚的夫妻设置一定的时间门槛，以期使其打消离婚冲动，而非探索在离婚冷静期内应当采取何种措施帮助协议离婚的夫妻冷静地解决矛盾。其实，此种探索方向很大程度上是由婚姻登记机关职能定位所决定。依我国行政法基本原则——依法行政原则之要求，我国婚姻登记机关在受理协议离婚申请后，只能对夫妻提交的申请材料进行形式审查并询问相关情况，不应在受理离婚申请后采取过多的介入措施。这是因为，一方面这些措施可能会难以为《婚姻登记条例》第7条规定的“询问相关情况”所涵盖，以致此类介入行为游走于违法行政的边缘。另一方面，夫妻此时尚处对离婚事宜达成“合意”的状态，由登记机关采取相关措施，无疑是对夫妻双方离婚合意的冲击，这容易突破对离婚自由“限制”的范畴而转变为对夫妻离婚自由的“侵犯”。因此，《民法典》延续了我国婚姻登记机关在探索实践中的惯常做法，仅规定了登记离婚冷静期，而未明确规定相关配套措施。

与登记离婚不同，在诉讼离婚程序中，人民法院在立案后根据具体情况设置冷静期并在诉讼离婚冷静期内采取相关配套措施，并无制度性阻碍也不会构成对当事人离婚自由的侵犯。究其性质而言，诉讼离婚冷静期实际上是一种特殊的审理程序，人

民法院在双方当事人同意的情况下设置冷静期，是人民法院行使程序控制权的一种方式，并不会侵犯当事人在离婚诉讼中享有的程序性权利。自 2016 年我国家事审判改革试点工作开展以来，全国各试点法院都结合自身实际制定了包括多元化调解、家事调查、财产申报等机制在内的有关家事审判的程序规范或配套措施。^[8]虽然这一系列创新举措由于缺少高位阶的规范依据，在推行初期也面临着不小争议，^[9]社会上也不乏质疑此类举措之合法性的声音，但相较于婚姻登记机关而言，却仍有一定的政策性支撑。积极创新家事审判改革举措的各级人民法院被最高人民法院以司法文件正式赋予了“试点法院”的身份，2018 年发布的《家事改革意见》也进一步明确，在冷静期内人民法院可根据案件情况采取各类配套措施。尽管最高人民法院发布的司法文件在我国法律体系中所具有的法律效力仍有待明确，但这还是使得人民法院在构建、完善以及施行离婚冷静期相关配套措施时面临的制度阻力要远弱于婚姻登记机关。从这个角度说，笔者认为相较于登记离婚冷静期而言，诉讼离婚冷静期期间采取配套措施更为适合。

（二）登记与诉讼离婚冷静期的功能有所区别

不同离婚程序中冷静期所能发挥的功能，由各自的运作模式以及配套措施所决定。登记离婚冷静期与诉讼离婚冷静期在运作模式以及配套措施方面有所区别，二者所具有的功能也必然存在差异。

如前文所述，《民法典》未针对登记离婚冷静期设置相应的配套措施，既是对过往实践做法的延续，也是对申请协议离婚夫妻之离婚自由的尊重，同时这也意味着登记离婚冷静期所欲消解的目标，为夫妻双方因家庭生活冲突事件而产生的冲动情绪驱使下达成的离婚合意，而非夫妻双方经冷静思考后达成的离婚合意。换言之，登记离婚冷静期的功能在于消解夫妻离婚的冲动情绪，避免轻率离婚。除此之外，登记离婚冷静期的运作模式——即引起学者们讨论的未辅以甄别机制而将冷静期强制适用于所有协议离婚夫妻的做法，⁵在笔者看来，也同样是对过往实践探索成果的认可。以过去适用最广的登记离婚冷静期形式——“预约离婚”为例，各婚姻登记机关并不会对具体情况进行甄别，而是统一地为所有申请协议离婚的夫妻设置长度相同的时间门槛，或是均需在网络上预约排号。《民法典》第 1077 条其实是对前一种“预约离婚”实践样态的采纳，其直接目的就在于促使所有申请协议离婚的夫妻冷静、理智地对自己的婚姻状况和今后的生活进行充分的考虑。^[2]这样一种普遍适用于所有申请协议离婚夫妻的规定，赋予了登记离婚冷静期以“预防”功能。通过最大限度地扩张登记离婚冷静期适用对象的范围，尽可能地避免在以立法形式正式确立登记离婚冷静期之后，仍有夫妻在冲动情绪的驱使下轻率离婚的情形出现。相结合而视，立法者为登记离婚冷静期所预设的功能，在于预防夫妻双方因一时冲动而轻率离婚。

而关于诉讼离婚冷静期的适用，根据《家事改革意见》第 40 条，人民法院在审理离婚案件时可以为夫妻设置 3 个月以内的冷静期，但必须征得双方当事人的同意。将该规定与《民法典》第 1077 条进行比对，就会发现诉讼离婚冷静期与登记离婚冷静期存在两点区别：第一，在适用对象上，诉讼离婚冷静期并非适用于所有人民法院受理的离婚案件。一方面，人民法院并不会向所有离婚案件中的系争当事人提出适用冷静期的要求。另一方面，诉讼离婚冷静期也并非一经人民法院提出即可适用，最终还需要征得双方当事人的同意。诉讼离婚冷静期虽然与登记离婚冷静期相似，都具有消解冲动的功能，但在这样的程序设计下，前者的适用范围较之后者有所限缩，只能够针对那些初步达成冷静协商合意的夫妻发挥消解冲动情绪的功能，无法尽可能地消解所有诉讼离婚夫妻冲动情绪，因而并不具备预防功能。第二，冷静期的时间长度上，诉讼离婚冷静期仅划定了不超过 3 个月的时间范围，将具体期间的设置交由人民法院与双方当事人共同确定，而不是采用登记离婚冷静期“一刀切”的做法。这为办案法官设置符合具体案情的期间，以及最高人民法院将来设计针对不同案情适用不同期间的甄别机制保留了一定的制度空间。除此之外，在家事审判改革期间各试点法院为离婚冷静期设置较为全面的配套措施，这种做法也被《家事改革意见》吸纳。配套措施的设计，意味着在诉讼离婚冷静期中，人民法院会以更为主动的姿态参与双方当事人处理离婚争议的过程，而非被动地等待离婚争议在家庭内部自然消解。《家事改革意见》所列举的配套措施的形式主要有“调解”“家事调查”“心理疏导”这三大类。所谓调解，即经由办案法官介入离婚争议，促使双方当事人达成争议解决的协议；所谓家事调查，即由家事调查官员或家事调查员对诸如未成年子女情况、当事人会谈之可能性、进行亲子教育的必要性等离婚相关事宜进行调查，并将调查结果形成书面报告提交案件审理法官。^[10]从内容上可以直观地看出，人民法院在诉讼离婚冷静期内采取这些措施的目的，就在于通过降低夫妻双方在离婚案件中的对抗性，以期能够达成最有利于夫妻双方、未成年子女以及其他家庭成员利益的离婚争议解决方案。

因而，诉讼离婚冷静期所欲消解的主要目标，并非夫妻间的离婚冲动，而是夫妻之间已经形成的离婚纠纷，其主要功能，是在于缓和离婚夫妻间的冲突。

所以，登记离婚冷静期与诉讼离婚冷静期在功能上并非完全的重叠关系，在实践中，登记离婚冷静期也无法取代诉讼离婚冷静期，发挥缓和冲突的效用。从这个角度来看，诉讼离婚冷静期亦当保留。

（三）适用离婚冷静期之目的使然

就我国登记离婚冷静期的立法背景来看，无论是全国人大法工委，还是中国审判理论研究会民事审判理论专委会对《民法典》第 1077 条的解读，均认可该条内容起草于我国离婚率持续上升，且轻率型离婚数量明显增加的特殊社会背景之下。^[5]确立登记离婚冷静期，其直接目的就在于消解协议离婚夫妻的离婚冲动，减少我国轻率型离婚数量，以此实现整体上降低我国离婚率增长速度的效果。而之所以要降低我国离婚率增长速度，是因为家庭作为社会的重要组成部分，婚姻家庭的破裂会对家庭和社会造成打击，^[11]不仅有可能会给离婚的夫妻双方带来精神伤害，而且还有可能会对子女社会化正常进程造成干扰。^[12]此外，将消解对象限定为轻率离婚而非所有类型的离婚，除前文提及的基于不侵犯公民离婚自由的考量外，还有一个重要的原因，就是轻率离婚更容易忽略未成年子女利益及身心健康。因而，以立法形式为申请登记离婚的夫妻设定时间门槛，是为了通过消解夫妻离婚冲动的方式，降低我国离婚率增速，最终实现减轻轻率离婚为家庭、子女和社会带来的不利后果。^[13]

而最高人民法院与各试点法院在程序设计上赋予了诉讼离婚冷静期以缓和冲突的功能，其直接目的就在于希望以对抗性较低的方式化解夫妻双方之间的离婚纠纷。诉讼离婚冷静期作为一项试点法院探索尝试，之后被最高人民法院认可与推行的创新举措，其适用服从于我国开展家事审判改革的目的。近年来，我国家事案件数量逐年上升，案件类型趋于复杂多样，矛盾化解难度加大。家庭和谐稳定是国家发展的基石，人民法院若不能很好地应对家事案件的变化趋势，将会导致大量社会问题产生。^[14]正是在这样的背景之下，最高人民法院于 2016 年开始推行家事审判改革试点工作，其目标就在于通过转变家事审判理念、推进家事审判方式和工作机制创新、探索家事诉讼程序制度等途径，维护婚姻家庭关系稳定，依法保护未成年人、妇女和老年人的合法权益。这也就决定了最高人民法院设置诉讼离婚冷静期及其配套措施的根本目的，在于维护婚姻家庭关系稳定，以及保护家庭成员的合法权益。

不难看出，立法者与最高人民法院设置登记离婚冷静期与诉讼离婚冷静期在根本目的上，具有高度一致性，都是促使家庭社会稳定的产物，具有共同的适用目的。^[15]换言之，我国建立离婚冷静期的最终目的，就在于通过维护婚姻家庭稳定，促进社会健康和谐发展。而这一最终目的的实现，必须由登记离婚冷静期与诉讼离婚冷静期共同发挥效用。在此意义上，登记离婚冷静期与诉讼离婚冷静期不可偏废。

三、保留诉讼离婚冷静期切实可行

（一）诉讼离婚冷静期并未侵犯当事人的离婚自由

在谈论离婚自由之前，首先要明确何为婚姻自由。“婚姻自由”这一概念在我国由来已久，早在 1982 年《宪法》正式使用“婚姻自由”这一表述之前，1950 年公布的第一部《婚姻法》就已规定我国实行“男女婚姻自由”的婚姻制度。但我国宪法和法律所保护的婚姻自由，并不是绝对的自由，而是一种相对的自由，婚姻自由权利的行使，必须受到社会福利的限制。在此前提之下，所谓离婚自由，是指“处于某一社会的婚姻当事人在法律所允许的范围内从事离婚行为的能力，是婚姻主体既受法律约束又以法律为保障，以自己意志进行离婚行为的权利”。^[16]具体到我国的法律背景之下，我国有登记离婚与诉讼离婚两种不同的法定离婚方式，离婚自由指的则是当事人能够根据自己的意志向婚姻登记机关申请登记离婚，以及依法向人民法院提起离婚诉讼的权利。而在离婚诉讼程序中，离婚自由还体现于当事人所享有的包括申请回避、提起上诉、进行辩论、请求调解等各项诉讼权利之中。人民法院经双方当事人同意设置的冷静期并不会阻碍当事人所享有的各项法定诉讼权利的行使，它是一种人

民法院在审理离婚案件时所采用的不同于一般民商事案件的审理程序，是人民法院行使程序控制权以应对离婚案件之特殊性而产生的结果。人民法院在民事诉讼程序中享有的程序控制权，指的是“法院对于民事诉讼程序的发生、发展、终止以及程序进程的方式和节奏的决定权”。^[17] 夫妻一方或夫妻双方选择诉讼作为离婚途径，往往意味着双方因难以就离婚及相关事项达成合意而产生纠纷，此时人民法院在经双方当事人同意后设置冷静期，其原理与人民法院受理其他民商事纠纷时进行调解基本相同，都是基于实质性化解纠纷的考量而行使程序控制权的方式，并不会构成对系争当事人实体权利的侵犯。

（二）诉讼离婚冷静期具备实践基础

在 2016 年我国开展首轮家事审判改革试点工作以前，就已经有人民法院在办理离婚案件时尝试在立案后为双方当事人设置一定的冷静期。⁶ 而在 2016 年最高人民法院发布《最高人民法院关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》之后，越来越多的试点法院开始了对诉讼离婚冷静期的探索工作。⁷ 《家事改革意见》中的诉讼离婚冷静期同样是对多年实践经验的总结。一方面，诉讼离婚冷静期自 2012 年至 2016 年在我国“萌芽”，之后自 2016 年至 2018 年为各试点法院不断尝试，而后自 2018 年至今为最高人民法院正式推行。此般发展轨迹从侧面反映了我国现行的法律体系，特别是现行民事程序法体系并不会阻碍该机制在我国的尝试、发展与建立。另一方面，诉讼离婚冷静期是因其“萌芽”阶段就有利于维护婚姻家庭稳定，才会在家事审判改革试点工作中为各试点法院所借鉴。也正是因诉讼离婚冷静期在部分试点法院取得了较为显著的成效，才会被最高人民法院在司法文件中正式推广。这也直接说明了诉讼离婚冷静期有利于维护婚姻家庭和谐稳定。因此，从实现我国家事审判改革目标的角度来看，诉讼离婚冷静期制度也是可行的。而这种经由数年实践体现出的制度发展层面以及改革目标实现层面的可行性，并不会因《民法典》仅规定登记离婚冷静期、未规定诉讼离婚冷静期而消解。因为从我国现行基本法律的结构来看，诉讼离婚冷静期更适合由《民事诉讼法》，或是未来通过专门家事立法加以规定。且《民法典》虽未规定诉讼离婚冷静期，但立法者也未持明确的否定态度，没有规定在离婚诉讼程序中人民法院不得再为夫妻设置冷静期。换言之，《民法典》的颁布并未形成对诉讼离婚冷静期以及家事审判改革的阻碍。同时，《民法典》明确规定登记离婚冷静期直接体现了立法者对于婚姻家庭稳定的重视，这也进一步地凸显了我国家事审判改革的重要性。所以，从诉讼离婚冷静期的司法实践来看，其依然具有可行性。

（三）现行立法为诉讼离婚冷静期保留了施行空间

在《民法典》颁布以前，人民法院办理离婚案件的程序主要适用《婚姻法》《民事诉讼法》及相关司法解释。根据《婚姻法》第 32 条的规定，人民法院在审理离婚案件时应当进行调解。但家事纠纷，特别是离婚纠纷相比于一般的民商事纠纷而言较为特殊，具有极强的伦理性、公益性以及争点复杂性。^[8] 离婚案件不仅仅是双方当事人法律身份关系解除与否的问题，还会涉及财产分割问题、子女抚养问题以及老年人的赡养问题，并且这些问题往往都是情感、生活矛盾衍生与积攒的结果，有时不单是法律问题，还是伦理、道德问题。这决定了法官在办理家事案件，特别是办理离婚案件时进行的调解活动应当区别于一般民事案件的调解活动。笔者认为具体而言，为了摆脱诉讼程序中的当事人强对抗性为弥合纠纷带来的障碍，应尽量选任具有社会学、心理学专业知识和调解经验的人士担任家事调解员，^[18] 在调解的过程中，必要时也可以委托家事调查员进行调查，以便办案法官或家事调解员了解难以举证的事实问题。当案件存在一方当事人情绪激动、案件涉及未成年人心情波动较大、案件涉及未成年人作出反常行为等情况时，法院还可进行心理疏导。只有这样，法官在办理离婚案件时才能够切实有效地调和双方当事人的矛盾，不至使调解活动流于形式。因此，离婚案件的调解有时需要借助一些特殊的程序性制度，以便开展前述活动。^[19] 诉讼离婚冷静期作为一种特殊的审理程序，为上述活动的开展提供了一定的时间，通过设置诉讼离婚冷静期，避免法官在庭审过程中因需进行家事调查或心理疏导而反复中止诉讼程序。换言之，为了让人民法院在办理离婚案件时更有效地开展调解活动，打消当事人的离婚冲动，让当事人以更为平缓的情绪作出对其他家庭成员损害最小的决定，在经双方当事人同意的情况下设置一定的诉讼离婚冷静期是一种切实可行的方式。

四、登记离婚冷静期与诉讼离婚冷静期对接规则

在提出具体的登记离婚冷静期与诉讼离婚冷静期的对接规则之前，需要先就其范围进行说明。本部分所讨论的“对接规

则”，指的是针对登记离婚冷静期内或登记离婚冷静期后撤回离婚申请的夫妻，将离婚纠纷诉至人民法院之后产生的诉讼离婚冷静期适用问题的预设解决方案。在夫妻未共同申请登记离婚并经过一定登记离婚冷静期等待的情况下，直接向人民法院提起离婚诉讼而引发的单纯的诉讼离婚冷静期适用问题，并不在本文的研究之列。

（一）制定诉讼离婚冷静期排除适用规则

在《民法典》确立了登记离婚冷静期之后，诉讼离婚冷静期依然有必要保留，但这并不意味着在夫妻任何一方撤回登记离婚申请的情况下，人民法院都应当主动向当事人提出适用诉讼离婚冷静期。虽然诉讼离婚冷静期较之于登记离婚冷静期多了一层“同意适用”的保障，但也依然有必要从法院的角度制定诉讼离婚冷静期的排除规则。一方面，在离婚诉讼中，仍有可能出现一方当事人意思表示不真实的情况。例如，夫妻一方有可能会因遭受暴力、胁迫、欺骗而撤回离婚申请，并在随后的诉讼程序中作出不真实的意思表示，在这样的情况下，诉讼离婚冷静期的适用会让该当事人的人身权益面临更高的受侵害风险。另一方面，离婚纠纷往往会关涉其他家庭成员的合法权益，双方当事人作出的意思表示并不能代表其家庭成员，出于对未成年子女以及老人身心健康等方面的考虑，人民法院也应当明确在何种情况下不得适用诉讼离婚冷静期。同时，根据《家事改革意见》第40条之规定，冷静期适用的决定权归属于人民法院，双方当事人的同意仅仅只是人民法院行使该权力的生效要件，在规范层面人民法院制定排除适用规则也没有障碍。因此，人民法院在登记离婚冷静期与诉讼离婚冷静期对接的过程中，制定并施行诉讼离婚冷静期排除适用规则，兼具必要性与可行性。笔者认为，具体而言，在以下几种情况下，人民法院不得适用诉讼离婚冷静期：第一，在夫妻一方因遭受暴力、胁迫而撤回协议离婚申请的情况下，在之后的案件审理过程中，人民法院不应设置冷静期。这既包括当事人在“三十日”内主动向婚姻登记机关提出撤回申请的情形，也包括“三十日”期满后双方未共同向婚姻登记机关申领离婚证的情形。第二，在夫妻一方或双方存在吸毒、赌博等会对未成年子女身心健康造成影响的陋习，一方当事人遭受欺骗，误以为对方已经戒除陋习而向婚姻登记机关撤回协议离婚申请，事后发现并未戒除而向人民法院提起离婚诉讼的情况下，人民法院在案件审理过程中不应设置冷静期。

（二）建立撤回登记离婚申请原因查明机制

出于兼顾公正与效率的考虑，在夫妻双方经历了一定登记离婚冷静期后未能很好地化解矛盾的情况下，人民法院为了更好地缓和双方当事人之间的对抗情绪以为实质化解纠纷创造条件，可以主动提出适用诉讼离婚冷静期。但诉讼离婚冷静期的适用也应当在一定合理限度之内，以避免为夫妻设置冷静期时出现登记离婚冷静期与诉讼离婚冷静期机械堆叠的现象。此时，有必要建立双方当事人撤回协议离婚申请原因查明机制，以便办案法官了解双方撤回申请的原因，以及双方适用登记离婚冷静期的具体情况。这能够为人民法院决定是否在双方当事人已经适用登记离婚冷静期的基础之上再行设置诉讼离婚冷静期，以及设置具体的诉讼离婚冷静期间提供参考。因而，此机制是登记与诉讼离婚冷静期对接的核心环节。具体而言，首先在程序设计上，可由办案法官在开庭审理之前向双方当事人分别了解双方或一方撤回协议离婚申请的原因，必要时可要求双方当事人提供一定的证据材料加以佐证。其次，在内容上，应当着重查明导致双方当事人撤回协议离婚申请的争议点为何，以及是否存在前述不得再行适用诉讼离婚冷静期的情形。查明双方是因是否离婚而产生争议，还是因包括财产分割、子女抚养等其他离婚事项而产生争议，抑或是两种原因皆有。在双方当事人因是否离婚以外的其他离婚事项产生争议而撤回登记离婚申请时，还应在开庭审理前查明具体的争议事项，以及此前双方就此事项达成的协议内容。除此之外，还应当查明双方此前所经历的登记离婚冷静期的期间，这能够为法院设置诉讼离婚冷静期间提供参考。

（三）结合撤回原因与具体案情限定诉讼离婚冷静期间范围

在解决登记离婚冷静期与诉讼离婚冷静期的对接问题时，人民法院还应将撤回原因以及双方当事人历经的登记冷静期间作为设置诉讼离婚冷静期的参考因素。从提高诉讼效率，避免法官“久调不判”，同时保证离婚诉讼程序公正的角度看，应当就诉讼离婚冷静期的期间设置问题，以规则的形式预先加以明确。但若要以穷尽司法实践中可能出现的一切情形，又是一种不切实际的做法。因此，根据我国解决此类兼有赋权及限权需求的司法问题的经验，关于诉讼离婚冷静期间的设置，可以赋予

办案法官一定的自由裁量权，同时以规则的形式明确在特定情形下，法官能够设置的诉讼离婚冷静期的期间范围，以实现对其自由裁量权的限制。

首先，在双方当事人系因是否离婚产生争议而撤回登记离婚申请的情况下，应当根据夫妻双方有无未成年子女对诉讼离婚冷静期的期间范围进行区分。第一，在有需要共同抚养的未成年子女的情况下，可以考虑设置两个月至三个月的诉讼离婚冷静期。一方面，此时夫妻双方无法就是否离婚达成一致意见，双方感情是否确已破裂还有待认定，有必要通过诉讼离婚冷静期让双方当事人再次考虑，撤回登记离婚申请转而提起离婚诉讼是否也是因一时冲动而为。另一方面，此时的夫妻往往也未能就未成年子女的抚养问题达成一致意见，基于子女最佳利益原则的考量，^[20]也应当设置较长的诉讼离婚冷静期，以便人民法院开展家事调查。第二，在夫妻没有未成年子女的情况下，人民法院可以根据案件的具体情况设置不超过两个月的诉讼离婚冷静期。同时，以上期间范围还应当根据双方经历的登记离婚冷静期的期间进行下调。因为打算离婚的当事人已经经过了一段时间的冷静思考，其离婚意愿并未消除，便不宜对诉讼离婚冷静期发挥消解离婚冲动的功能寄予太多期望，不应反复地要求某一方当事人“冷静思考”。所以此时诉讼离婚冷静期的主要功能，在于为人民法院开展调解活动提供空间。在双方当事人经过“冷静思考”与“法院调解”后，都无法消解离婚意愿的情况下，则应当及时对案件进行审判。

其次，在双方当事人对是否离婚达成合意，但因其他离婚事项产生争议而撤回协议离婚申请的情况下，应根据争议事项的不同设置诉讼离婚冷静期期间范围。第一，当夫妻双方因子女抚养问题产生纠纷而撤回登记离婚申请时，人民法院可以根据案件具体情况设置不得低于一个月的诉讼离婚冷静期，以便开展家事调查，保障未成年子女的合法权益。第二，当夫妻双方因财产或债务处理问题产生纠纷而撤回登记离婚申请时，不论财产纠纷或债务处理纠纷案情复杂或简单，人民法院可以根据案件具体情况设置不超过一个月的诉讼离婚冷静期。尤其在案情较为复杂的情况下，诉讼离婚冷静期并不能发挥正确处理争议的功能，应当及时地让案件进入庭审程序。第三，当夫妻双方就子女、财产以及债务问题均未达成合意时，人民法院可以设置两个月以上的诉讼离婚冷静期，以便人民法院进行采取调解、家事调查、心理疏导等措施。

五、结语

登记离婚冷静期为《民法典》所正式确立，拉开了我国在立法层面建立离婚冷静期制度的帷幕，然我国诉讼离婚冷静期的适用仍处“改革”阶段。《家事改革意见》第40条规定的内容较为宽泛，仅仅作了原则性的规定，这为司法实践中人民法院改革创新提供了较大的探索空间。但目前关于诉讼离婚冷静期的适用，仅有山东省高级人民法院与广东省高级人民法院在各自制定的家事案件审理规范中细化了诉讼离婚冷静期的适用流程，许多法院对于诉讼离婚冷静期的适用都未能在实践基础上形成“可复制可推广”的改革经验。有关诉讼离婚冷静期与登记离婚冷静期的对接问题，在我国既有地方司法文件中更是难以寻得解决之道，但这却又是一个在将来必然会出现的问题。对此，各法院应当加快总结有关适用诉讼离婚冷静期的改革经验以形成相应改革成果，为最高人民法院及立法者提供更多的参考素材，以便在将来通过制定司法解释、司法文件以及立法的形式解决两者之间的对接问题。

参考文献:

[1] 言风. 中国是离婚最简便国家之一 专家倡设离婚冷静期[EB/OL]. http://www.china.com.cn/news/txt/2010-10/22/content_21176320.htm.

[2] 黄薇, 主编. 中华人民共和国民法典婚姻家庭编解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2020: 175.

[3] 尚绍华. 要不要设立离婚“冷静期”?[N]. 人民政协报, 2010-04-19.

[4] 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.

-
- [5]中国审判理论研究会民事审判理论专业委员会. 民法典婚姻家庭编[M]. 北京:法律出版社, 2020:139.
- [6]云南大理推行“预约离婚”近半预约者打消离婚念头[EB/OL]. http://news.cntv.cn/2016/02/19/ARTI9fCHT_sskdrDGzEhgT7b2160219.shtml.
- [7]刘海天. 兰州市城关区将在全省首推“预约离婚”服务举措[EB/OL]. <http://gs.people.com.cn/n/2015/0420/c183348-24558802.html>.
- [8]王琦. 聚焦我国家事审判改革的几个面向[J]. 政法论丛, 2018(1):101-110.
- [9]叶向阳, 陈逸群. 中国家事审判改革探析[J]. 中国应用法学, 2017(5):50-62.
- [10]冯源, 姚毅奇. 家事司法改革中调查官的角色干预[J]. 甘肃政法学院学报, 2017(5):108-116.
- [11]穆光宗. 离婚率增长背后折射了什么社会问题——提高新生代中国人“爱人”之能力[J]. 人民论坛, 2019(23):62-64.
- [12]陈雯. 离婚:作为一种现象的社会学观察[J]. 重庆社会科学, 2009(2):58-60.
- [13]夏吟兰. 民法分则婚姻家庭编立法研究[J]. 中国法学, 2017(3):71-86.
- [14]杜万华. 大力推进家事审判方式和工作机制改革试点[N]. 人民法院报, 2017-05-03.
- [15]夏沁. 民法典登记离婚冷静期条款的解释论[J]. 法学家, 2020(5):24-38+191.
- [16]吕春娟. 对离婚自由的法律调控——以别居制度的设立为视角[J]. 兰州学刊, 2013(3):166-170.
- [17]张卫平. 论人民法院在民事诉讼中的职权[J]. 法学论坛, 2004(5):11-20.
- [18]齐树洁, 邹郁卓. 我国家事诉讼特别程序的构建[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2014(2):73-81.
- [19]张艳丽. 我国家事调解程序前置的立法设计[J]. 河北法学, 2019(10):22-33.
- [20]丁启明. 离婚监护案件“子女最佳利益”原则的重新审视——以联合国儿童权利委员会第14号意见书为视角[J]. 东南司法评论, 2016:358-367.

注释:

1《婚姻登记条例》第13条规定:“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。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。”从其中使用“应当”这一表述可以看出, 在符合前述离婚条件的情况下, 经当事人共同申请, 即可获发离婚证。

2《婚姻登记管理条例》第16条:“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。当事人从取得离婚证起, 解除夫妻关系。”

3 例如，2011 年江苏省便开始尝试在有条件的婚姻登记处设立“离婚缓冲室”，给离婚双方设置一段冷静期；2012 年浙江省慈溪市开始试行离婚预约制度，夫妻在民政局填写了离婚预约表格之后，需要经过一周的时间才可办理离婚；2013 年有媒体报道武汉市硚口区法院仁寿法庭对于已经立案的离婚案件，为双方当事人设定 15 天的冷静期，在这 15 天内法官只能劝和、不能判离，等等。

4 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 期第 80 页。

5 西南政法大学张力教授认为，离婚冷静期应当明确具体的适用对象、条件及除外情形，否则，有可能会构成对离婚自由的不当干涉；中国人民大学杨立新教授认为，《民法典》对于离婚冷静期的规定，不加区分地统一设定三十日的期间缺乏合理性；中国婚姻法学会王礼仁理事认为，婚姻登记机关难以对是否应当使用冷静期的情形进行准确把握，因为这涉及事实与证据认定，若存在某种特殊情形，夫妻也可通过诉讼离婚解决，《民法典》第 1077 条采用的“一刀切”的做法具有合理性。参见张力：《对离婚冷静期的冷思考》，载《检察日报》2020 年 1 月 22 日，第 007 版；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，第 41 页；王礼仁：《正确理解“离婚冷静期”的意义和功能》，载《中国妇女报》2020 年 7 月 6 日，第 005 版。

6 例如在 2012 年，湖北武汉仁寿法庭在离婚案件立案后，会为夫妻双方设置 15 天的冷静期，在此期间内，主审法官只能调解，不能判离；2014 年，江苏省徐州市贾汪区法院家事审判庭在离婚案件调解中会在经双方当事人同意的情况下，为存有和好可能性的夫妻设置 6 个月的“感情冷静期”，此外，该法院还于 2015 年出台了《关于适用感情冷静期处理离婚纠纷案件的实施意见》。

7 例如在 2016 年，上海市静安区人民法院尝试在离婚案件中为夫妻双方设置冷静期；2016 年，浙江省温州市两级人民法院都创设了离婚冷静期制度；2016 年，浙江省宁波市鄞州区人民法院发布《关于家事审判方式和工作机制改革试点工作的实施方案》，建立了婚姻冷静期制度等等。在经过了两年家事审判改革试点工作后，最高人民法院在总结试点工作的基础上，在《家事改革意见》的“审理规程”一章提出了诉讼离婚冷静期制度。