

离婚：单一破裂主义或混合主义

陶 毅 明 欣*

自 1995 年 10 月第八届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议决定修改现行的《中华人民共和国婚姻法》以来,制定一部什么样的新婚姻家庭法律,引起了社会各界的广泛重视和热烈讨论。其中,离婚问题是备受关注的—个焦点。大家普遍关心离婚法的修改,固然是因为它关系到一些家庭的解体,关系到离婚当事人及其子女的切身利益,在全部婚姻家庭法中具有重要的地位,但更重要的是因为离婚制度比较集中地反映着国家、社会对婚姻关系的评价标准,规定了婚姻关系或存或废的法律尺度,对人们的婚姻观念和婚姻家庭生活起着某种程度的导向作用,其意义远远超出了具体规范本身的范围。

我国 1980 年的婚姻法承继 1950 年婚姻法的精神,实行协议离婚与判决离婚并行的制度。依其规定,凡是“男女双方自愿离婚的”,即应“准予离婚”,如果对子女抚养和财产处理达成协议,可依行政程序办理离婚登记;“男女一方要求离婚的”,须通过诉讼程序解决,人民法院应以“夫妻感情确已破裂”为准予离婚的唯一实质要件,确立了“破裂主义”的离婚原则。对于协议离婚,无论是社会上还是学术界一直都没有什么大的分歧意见,而对一方要求离婚的判决原则,80 年代前期曾出现过“理由论”和“感情论”之争,说明在现行婚姻法施行之初就有不同的看法,但也正因为处于这部法律刚刚施行的背景下,那场争论并没有能够真正深入下去。从近 20 年来的大量著述和教材看,几乎无不着力于论证“破裂主义”的先进性及采用这一原则的必要性,这是完全可以理解的;但在近来修改婚姻法的讨论中,学者们也是众口—辞地坚持单一破裂原则,所提出的最重要的修改意见,不过是将“夫妻感情确已破裂”改为“婚姻关系确已破裂”,并适当列举构成这种“破裂”的理由而已,几乎听不到其他不同的意见。那么,单一破裂原则是否真的具有绝对合理性,应该成为我国判决离婚立法原则的唯一选择?事实恐非完全如此。现提出一些新的思考,希望能够引起大家的重视,进行必要的探讨。

近现代的离婚立法原则,主要有目的主义、过错主义和破裂主义三种。所谓目的主义,

* 陶毅为北京航空航天大学法律系教授;明欣(张铭新)为清华大学法学院教授。

是指婚姻关系可因出现某种影响婚姻目的的实现的客观原因而解除; 所谓过错主义, 亦称有责主义, 是指因为夫妻一方或双方犯有法定过错而许其离婚; 所谓破裂主义, 亦称无责主义, 是把婚姻关系事实上的破裂作为准予离婚的法律依据。一般说来, 目的主义并不是独立的立法原则, 往往以非主导地位被包容于离婚法中, 而过错主义和破裂主义是既可并存也可独立的。

迈出中世纪的欧洲婚姻家庭法, 在冲破禁止离婚的宗教樊篱之后, 曾长期着眼于造成离婚纠纷的行为本源, 实行以过错主义为本位的离婚立法原则。到本世纪初出现了与之相对而又相补的无过错离婚, 1907 年的瑞士民法首开破裂主义离婚的先河, 1920 年的瑞典旧婚姻法、1928 年的纳粹德国婚姻法、1943 年的匈牙利婚姻法相继加以仿效。^① 第二次世界大战结束后, 欧美许多国家在修改婚姻家庭法的时候, 大都把破裂主义纳入了离婚立法的范畴, 体现了一种离婚立法原则多元化的发展趋势。应该注意的是, 尽管都承认破裂主义, 但不同国家的立法角度是有很大差异的。

在大陆法系国家的离婚立法中, 一般均兼顾婚姻破裂、当事人有过错和婚姻目的不能实现三方面的原因; 对于所谓“婚姻破裂”, 不管是在法学理论上还是在立法原则上, 都不采用抽象的解释, 而是注重能够证明“破裂”的客观事实, 其中最重要的事实是夫妻双方持续一定时间的分居。如依德国民法典第 1566 条的规定, “婚姻破裂时, 得离婚”; 而“婚姻破裂”是指“夫妻共同生活关系”实际上已“不复存在”, 足以证明这种状况的事实是, 双方同意离婚的, “夫妻别居已一年”, 一方要求离婚的, “夫妻别居已经三年”。^② 按瑞典民法的规定, 通常的分居期限为 2 年; 比利时 1974 年的法律规定为 10 年。1975 年 7 月修改的法国民法典则认为构成“共同生活破裂”的原因有二, 一是“夫妻事实上分居已达 10 年”; 二是“夫妻一方精神官能严重损害已达 6 年, 致使夫妻间不能共同生活, 且有充分根据预料将来亦无复原之可能的”。这实际上是将目的主义的理由推定为共同生活破裂。但无论如何, 凡是采用破裂原则的大陆法国家都不把“过错”作为认定“破裂”的根据。

英美法系的情况比较复杂, 大体上可以分为三种类型。一种以美国加利福尼亚州 1970 年的离婚法和《美国统一结婚离婚法》^③ 为代表。前者被称为“西方世界第一彻底废除以任何一种过错作为离婚理由”的法律。^④ 依其规定, 除一方患无法治愈的精神病外, 法庭判决离婚的唯一理由是“不可调和的分歧已引起婚姻不可补救的破裂”; 后者则建议将这种理由更简单地表述为“婚姻关系已无可挽回地破裂”。^⑤ 对何谓“破裂”, 法律本身没有任何进一步的说明。第二种包括加拿大和澳大利亚等国的离婚法, 虽然也把婚姻关系“破裂”或“无可挽回地破裂”作为请求离婚或判决离婚的理由,^⑥ 但与前述美国的法律不同, 它们要求“破裂”必须有法定事实的支持, 而“法定事实”只有一个, 就是夫妻分居一年以上, 除此之外再无其他的原因。第

① 参见[日]加藤美惠子:《家族と法》, 苍文社 1985 年新订版, 第 41 页。

② 转引自李志敏主编:《比较家庭法》, 北京大学出版社 1988 年第 1 版, 第 163 页。

③ 《美国统一结婚离婚法》于 1970 年由“州法律全国统一委员会”提出, 1971 年曾加修订。它只作为一种建议供各州立法参考。在十多年的时间里, 美国的多数州先后采用了该法的原则。

④ [美]L. 魏茨曼:《离婚革命》第二章。转引自《外国婚姻家庭法资料选编》, 复旦大学出版社 1991 年版第 406 页。

⑤ 《美国统一结婚离婚法》第 302 条第 1 款第 3 项。这里的“无可挽回”和前面的“不可补救”并无重大区别, 只是译法的不同。

⑥ 《加拿大离婚法》(1984 年修订) 第 3 条规定, “如果婚姻已经破裂”, 夫妻一方或双方可以提出“离婚请求”; 《澳大利亚家庭法》(1979 年修订) 第 48 条规定: “根据本法请求判决解除婚姻关系的理由, 是婚姻已无可挽回地破裂”。

三种类型是英国的离婚法。英国1969年的《离婚改革法》和1973年的《婚姻案件诉讼法》规定夫妻任何一方都可以以婚姻关系无可挽回地破裂为理由向法院提出离婚的请求,同时又列举了能够证明已经破裂的五种事项:被告有通奸行为;由于被告的行为,以致按照通常情理不能指望原告与被告一起生活;被告遗弃原告至少已连续两年;双方分居至少已连续两年并且被告也同意离婚;双方分居至少已连续五年。这种立法的宗旨是“力图使离婚容易些,而又不让它过于冲击传统的婚姻观念”,体现的是一种“中间路线”。^⑦显而易见,英国法中的所谓“婚姻关系破裂”,甚至在法条上也不排斥过错原因,这是它与其他国家法律的重大区别,从严格的意义上说并不是真正的破裂原则。

如果我们抛开英国这个特殊的例外不谈,一般的破裂原则可以分为主观主义和客观主义两大类。美国式的破裂原则是主观主义的,其特点是只作概括性的规定,具体操作取决于法官的主观判断。欧洲大陆国家和加拿大、澳大利亚等国的破裂原则是客观主义的,其特点是在原则之下确认了构成破裂的客观事由。所不同的是,欧洲大陆法的客观主义破裂事由是多种离婚理由之一,而加拿大、澳大利亚等国的客观主义破裂事由是唯一的离婚理由。

二

如前所述,我国1980年制定的现行婚姻法确立了判决离婚的单一破裂主义原则,而且采用了概括主义的立法方式,与美国式的主观主义破裂原则基本相同。20年来的事实证明它存在着严重的缺陷。这里的一个重要原因是我国的法律传统和司法制度与英美国家迥然不同。

尽管美国并不是一个完全实行无过错离婚制度的国家,^⑧对始于70年代的所谓“离婚革命”,其国内的评价也很不一致,^⑨但最值得注意的是,美国的部分州之所以能够实行单一的破裂主义离婚制度,从根本上说在于它特有的法律传统。美国的绝大多数州继承了英国的普通法传统,在他们那里,法律规则“如同语法规则,天生就具有可改变性”。¹⁰正如霍姆斯大法官(Justice Holmes)所说:“法律的生命从来不是逻辑,而是经验”。^[11]因此,法官拥有很大的自由裁量权,司法审判中可以创制,判例在全部法律体系中居于主导地位。也就是说,只须确立相关的法律原则,判例便可以在多方面的实际问题上对之加以诠释和补充。由于奉行“遵循先例”原则,所以在这种体制下,并不能说完全没有具体的规则,只不过这些规则大多不是写在法条里,而是体现在判例中。具体到离婚问题上,正如佛罗里达州最高法院所指出的:“婚姻并不能仅凭配偶一方简单地说‘我要离’就可以离异,婚姻的离异要求所有有关的事实和情况都

⑦ [英]约瑟夫·姆·汤姆森:《英国离婚法的改革》。转引自《外国婚姻家庭法资料选编》,中国政法大学民法教研室编印,第48页以下。

⑧ 迄今为止,美国只有18个州将感情不和或无可挽回的破裂作为离婚的唯一理由:有20个州在规定婚姻关系破裂的同时,依然肯定可因过错而离婚;其他的州在适用无过错离婚时,有的以分居或分离一定期间为前提,有的则附加传统的过错理由。参见夏吟兰:《美国现代婚姻家庭制度》,中国政法大学出版社1999年版,第142页。

⑨ 美国国内有人直截了当地批评说:“仅以无法共同生活为离婚理由的做法只不过是建立在法律上的一种虚构”;有的人尖锐地指出,无过错离婚使婚姻关系的解除过于简单,“事实上它是失败的”,因为它使“离婚的争议由确定过错方转为确定子女监护人及财产如何分割”,这不但造成了离婚率的上升,而且“使离婚者在经济上感到更加不公平,出现了‘贫困化的女性’”。参见[美]威廉·杰·欧·唐奈等:《美国婚姻与婚姻法》,重庆出版社1986年中译本,第150页;薛宁兰:《无过错离婚在美国的法律化进程》,《外国法译评》1998年第4期。

¹⁰ [11] 转引自王晨光:《理论与实践:围绕法学教育的难题之一》,《中外法学》1998年第6期第79页。

能证明, 婚姻确已达到必须终止的地步”;“法官必须依每个案件中具体的特定事实来判断婚姻关系是否已经‘无法弥合地破裂’”。¹²

众所周知, 我国的法律形式和司法传统与英美法区别甚大而与大陆法相当接近, 立法上注重制定系统、完整的法典, 司法上要求法官严格地依照法律规定进行裁决, 而在拒绝使用判例、排斥“法官立法”这一点上, 比某些大陆法国家还要坚决。因此, 一方面是强调法制的统一, 主张限制法官的自由裁量权, 另一方面又与美国的一些州相似, 在离婚法中只有抽象的原则而没有具体的规则, 这种法律传统与立法原则之间的矛盾不可避免地会造成司法上的困难。

面对着数量巨大而又错综复杂的离婚案件, 为了弥补法律缺陷, 保证司法公正, 统一审判工作的口径, 在婚姻法实施 9 年后的 1989 年底, 最高人民法院提出了《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》(以下简称“若干具体意见”), 一方面指出了进行判断的基本方法, 另一方面列举了 14 种情形, 规定凡属其中之一即可“视为夫妻感情确已破裂”。它为人民法院审理离婚案件提供了司法规范, 发挥了重要作用, 这是不能否认的; 但其作用越大, 恐怕也越能说明法律本身的难以操作。姑且不论司法解释的层次较低, 具有很大的局限性, 仅从“若干具体意见”的内容看, 也是相当不严谨, 甚至是与法律条文相矛盾的。在它所罗列的 14 种情形中, 半数以上与“感情”及其是否破裂无关。有的自始就是不发生法律效力了的违法婚姻, 如一方患有禁止结婚的疾病, 在结婚登记时弄虚作假骗取结婚证, 包办买卖婚姻等; 有的则属于与主观感情没有必然联系的客观事由, 如一方有难以恢复的生理缺陷不能发生性行为, 一方在婚后患精神病久治不愈, 一方下落不明满 2 年等; 有的有甚至是很难以作为判断夫妻感情状况的第三人的过错, 如“受对方亲属虐待”; 当然也有相当一部分是把一方犯有某种过错“视为”, 即推定为感情破裂; 真正能够确切证明感情已经破裂的, 只有“因感情不和分居已满 3 年, 确无和好可能的, 或者经人民法院判决不准离婚后分居满 1 年, 互不履行夫妻义务的”这样一条。我们不能说最高人民法院在作出解释时看不到其中的问题, 只能认为这是面对着尴尬局面所作的一种无可奈何的抉择。

法律缺乏可操作性, 司法解释本欲弥补法律漏洞却又出现了新的漏洞, 这一切的根源, 恐怕就在于认识上出了点偏差。

三

这里有两个需要明确的基本问题。

第一是如何看待过错主义和离婚限制?

许多婚姻法学的论著都认为, 过错主义是在原因上对离婚加以限制, 和专权主义在主体上对离婚加以限制一样, 都是限制离婚主义的表现方式, 而限制离婚主义又是和自由离婚主义相对立的, 因此自然是落后的。这一论断之所以不尽妥当, 一个重要原因就是把过错主义孤立历史过程的一个阶段上, 认为它具有不可变性。从演变的眼光看, 过错主义实际上经历了两个发展阶段。第一个阶段是 18—19 世纪, 以欧洲一些国家为代表, 在由禁止离婚过渡到许可离

¹² 参见[美]威廉·杰·唐奈等:《美国婚姻与婚姻法》, 重庆出版社 1986 年中译本, 第 152 页以下。

婚之后,以过错主义为唯一离婚立法原则,确实受传统婚姻观念的严重束缚,体现着尽量限制离婚的思想。第二个阶段自20世纪初开始,尤其是第二次世界大战结束以后,随着破裂主义的出现及其与过错主义的混合应用,当事人的严重过错已逐渐成为与事实破裂并行的判断婚姻关系无法维持的根据;随着人类婚姻观念的改变,过错主义逐渐完成了由对离婚的主观限制到客观标准的转化。也就是说,不能脱离历史的考察,把发展了的过错主义与原初的过错主义相提并论。

同时,对限制离婚本身也应作实事求是的评价。当像古代中国和近代欧洲那样,把“限制”作为离婚立法的出发点的时候,它固然带有明显的保守性;而当像现代许多国家那样,把一定的“限制”当作防止个人任意,维护当事人合法权益和社会利益的手段时,它就带有实际的必要性了。有些人士一听到要对离婚加以某些限制,就认为会造成“没有任何私人空间,个人隐私,随意侵犯人权”的结果,¹²这实际上是对自由离婚主义和离婚“自由权利”的曲解。

应该看到,正是由于婚姻本身是男女双方的组合必将产生社会效果,在离婚问题上完全“个人本位”化的“自由权利”只是一种虚构的幻象,从来没有任何一个国家在法律上承认这种“自由权利”。从当代的离婚立法看,如果夫妻双方具备离婚的合意,多数国家都尊重当事人的共同选择;而如果只是片意离婚,所谓离婚自由不过是要求离婚的一方提起离婚请求的自由,法律同时赋予另一方不同意离婚的自由,哪一方的要求能够实现,决定权不在于当事人本人而在于法院。有的学者曾正确地指出:“现代世界各国的离婚(制度),多采用实体意义上的限制离婚主义和程序意义上的自由离婚主义”,“单意离婚只在离婚的诉权上体现了自由离婚主义。……但在实体方面,各国并未实行彻底的自由离婚主义,而是实行限制离婚主义的制度,即离婚权利的实现与否需由法院依法裁决,并不决定于当事人的自由意志。”¹³众所公认,我国的婚姻自由原则包含着离婚自由,这种离婚自由也不是不受限制的“绝对”自由。所以,自由离婚主义与限制离婚主义并非绝对互相排斥、完全水火不容的;从来没有,也不可能“纯粹的”自由离婚主义。

第二是如何评价不同的离婚立法原则?

翻开这些年出版的婚姻家庭法著作和教材,多认为近代单纯的有责主义带有一定的保守性,当代无责主义的出现则体现了一种历史的进步,这本来是不错的。但是,如果把它们绝对化,使之对立起来,尤其是认为只有单一破裂主义才是最先进的原则,是我们判决离婚立法的唯一选择,恐怕就失于偏颇,甚至是流于谬误了。

进入20世纪以后,绝大多数国家的离婚法都进行了不同程度的改革。必须肯定,由单纯过错主义发展到单一破裂主义是一种进步,由单纯过错主义发展到混合主义——即保留过错主义、确认目的主义、承认破裂主义——同样也是一种进步。采用什么样的立法原则取决于多种因素,关键在于是不是符合某个国家的法律传统和实际状况,是不是能够被它的人民所接受,是不是有利于婚姻家庭关系的改善和社会的发展;绝不能脱离具体国情或环境去评判是非和优劣。实际上并不存在,也不能假想一个抽象的、划一的判断尺度。如果一定要找出这样一个尺度的话,就难免走上形而上学的歧途。

¹² 陈新欣:《反对离婚限制》,载《婚姻法修改论争》,光明日报出版社1999年1月第1版,第177页。

¹³ 于静:《家庭法新论》,广东人民出版社1998年10月第1版,第195页。

许多论著在谈到现行婚姻法中的破裂主义离婚原则的时候, 往往引用马克思主义经典作家的一些论断作为理论根据。其中最常见的是有两条。一条是马克思在《论离婚法草案》中所说的:“离婚仅仅是对下面这一事实的确定: 某一婚姻已经死亡, 它的存在仅仅是一种外表和骗局”;¹⁴ 另一条是恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中所说的:“如果说只有以爱情为基础的婚姻才是合乎道德的, 那末也只有继续保持爱情的婚姻才合乎道德”。¹⁵

其实, 马克思和恩格斯在作出上面的论断的时候, 还没有“过错主义”和“破裂主义”这样的概念, 他们所评论的也不是离婚法的原则。马克思的话是针对当时的普鲁士婚姻法和社会上一些议论而说的, 如果我们认真地读一下全篇文章就会发现, 其主旨并不在于论证离婚自由而在于防止轻率离婚, 它不但反对“把任性提升为法律”, 而且强调应该制定“严格的离婚法”, 指出“立法者对于婚姻所能规定的, 只是这样一些条件: 在什么条件下婚姻是允许离异的, 也就是说, 在什么条件下婚姻按其实质来说是已经离异了。法院判决的离婚只能是婚姻内部崩溃的记录”。¹⁶ 至于恩格斯的那段话, 只是就婚姻应有的本质而言, 无疑带有前瞻性, 它是我们应该追求的目标, 而不是已经达到的现实。我国当前还处在社会主义初级阶段, 要求所有的, 或者大部分婚姻都以爱情为基础是不现实的, 如果在这样一个不现实的前提下立法, 只能制定不现实的法律。总之, 马克思和恩格斯的论述精辟地揭示了婚姻领域内的一些基本原则, 但不能牵强附会地把它们作为判决离婚的单一破裂主义原则具有合理性的根据。

四

综合上面所谈的各个方面已不难看出, 在制定新的婚姻家庭法的时候, 有必要改变一下思维的方法和处理问题的角度, 完全不必墨守判决离婚的单一破裂主义原则, 而应实事求是地确立混合主义原则。实际上, 前述最高人民法院“若干具体意见”所采取的就是混合主义的立场。在解释中, 它把 14 种情形“视为”即推定为而不是“认定”为“感情确已破裂”。我们姑且不论这种推定是否具有科学性, 仅仅是使用“视为”概念本身, 就已说明这些情形与所谓“破裂”并不完全吻合。最近, 有的学者提出了修改现行婚姻法的具体方案, 在“婚姻关系确已破裂”之下罗列的大体仍是“若干具体意见”中的那些情形。我们不禁要问, 既然明明是混合主义的内容, 为什么一定要戴上一顶“破裂”的帽子呢? 尊重事情的本来面目不是更好吗?

尚应说明的是, 采取混合主义判决离婚立法原则, 把过错主义与破裂主义区分开来, 还有利于建立判决离婚的损害赔偿制度。许多专家和其他人士积极主张, 在离婚时, 有过错且给他方造成损害的应负赔偿的责任。这无疑有利于维护正常的婚姻家庭关系, 防止和惩戒不法行为, 保护无过错方的合法权益。但是, 破裂主义是“无责主义”, 在单一破裂主义原则之下, 一般是不允许, 甚至是排斥当事人之间发生赔偿问题的。唯有明确肯定过错原则, 才能使这种赔偿有充足的法理依据。

就立法时的具体技术处理而言, 如果一定需要一个概括性的提法的话, 马克思所说的

¹⁴ 《马克思恩格斯全集》第 1 卷第 184 页。

¹⁵ 《马克思恩格斯全集》第 21 卷第 96 页。

¹⁶ 《马克思恩格斯全集》第 1 卷第 184 页。

“某一婚姻已经死亡”无疑应是人民法院审理一方要求离婚案件准予离婚的基本尺度。但是，在法律上不能出现“婚姻死亡”这种比喻式的概念，所以，使用“婚姻关系确已无法维持”这样的提法是比较恰当的。在这一基本尺度之下，可包容四类具体条件。首先，自然必须列入婚姻关系确已破裂，但这种“破裂”不应是主观主义的，而应有可资判断的客观标准，包括因感情不和夫妻连续分居达一定期限（如3年）以及经人民法院判决不离婚后双方连续分居满一定期限（如1年）。其次，因一定客观事由致使婚姻目的无法实现，如一方坚决要求离婚，亦应准予离婚。这类事由包括一方患难以治愈的精神病、一方难以治愈的性无能、一方被依法宣告为失踪人。再次，被告有可归咎于其本人的过错，原告坚决要求离婚的，也应在婚姻关系确已无法维持之列。这里的过错包括重婚、与他人通奸、非法同居、虐待或遗弃原告人、被判处长期的徒刑或有严重损害夫妻关系的违法、犯罪行为以及有恶行屡教不改且不履行家庭义务等。最后，不妨列上“因其他重大原因致使婚姻关系确已不能维持的”这样一条，既可在千姿百态的婚姻关系面前作为上述各条的必要补充，也可从司法实践的需要出发，赋予人民法院以一定的自由裁量权。

总而言之，采用混合主义的判决离婚立法原则和分门别类列举准予离婚理由的立法方式，不但能够克服单一破裂原则理论上的片面性和逻辑上的矛盾，更加符合我国国情，而且能够给司法工作提供更为准确的依据，从宏观上说也有利于规范、指导我国公民的婚姻家庭生活。既然如此，何乐而不为？