

## 司法逻辑下的“假离婚”

蔡立东 刘国栋

(吉林大学 法学院, 吉林 长春 130012)

**摘要:** 法院裁判“假离婚”案件的司法智慧是贯彻“区分原则”: 区分意思表示动机和内容, 以确认当事人终止婚姻关系意思的法律效力; 区分身份关系与财产关系, 以界定该意思表示之于身份关系和财产关系变动的不同法律效力; 区分公法关系和私法关系, 以规制“假离婚”引发的次生问题。相较于将“假离婚”阐释为“通谋虚假离婚”, 司法实践秉持的“区分原则”契合了离婚的法律构造、离婚的运行机理以及公法和私法区分的法律逻辑, 应该成为解决“假离婚”引发的利益纠葛和法律评价冲突的当然选择。

**关键词:** 假离婚 司法智慧 通谋虚伪表示 婚姻法 法律效力

**中图分类号:** D913.9 **文献标识码:** A **文章编号:** 1004-9428 (2017) 05-0128-22

关于“假离婚”的报道频频见诸报端, 引发了社会和学术界的广泛关注。电影《我不是潘金莲》的热映, 更是起到了推波助澜的效应。《我不是潘金莲》讲述了一个典型的中国式“假离婚”故事, 主人公李雪莲为了生二胎, 与其丈夫秦玉河合谋“假离婚”。双方商定待孩子生下来后, 两人再复婚。然而秦玉河却违背当初的约定, 与他人结婚, “假离婚”变成了“真离婚”。为了撤销“假离婚”, 李雪莲提起诉讼, 但是法院以不存在“假离婚”为由, 驳回了其诉讼请求。败诉后的李雪莲不明白: 明明是“假离婚”, 怎么就成了“真离婚”? 为了讨个“说法”, 她踏上了漫漫上访之路。李雪莲的满嘴荒唐言和一把辛酸泪折射出社会转型期的丰富制度信

**作者简介:** 蔡立东, 吉林大学法学院、吉林大学理论法学研究中心教授, 国家司法文明协同创新中心专职研究人员。刘国栋, 吉林大学司法文明协同创新中心博士研究生。

\* 本文系 2016 年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“大数据时代的司法理论与实践研究”(16JJD820004) 的阶段性成果。

息：普通民众对于法律现代性的认知、不同层级官员解决问题的实践逻辑、法院和地方政府之间的关系、信访制度的异化等等。这些问题都曾经是、现在也仍然是社会和学术界的关注焦点，本文无意于对影片折射出的全部问题进行评析，而将关注的重心置于李雪莲上访的起因——民众与司法机关对“假离婚”法律效力认知上的龃龉。基于此，本文的讨论将围绕着“假离婚”的定性和“假离婚”的法律效力展开，先对法院认定“假离婚”成立场合的司法经验进行梳理，概括法院关于“假离婚”的性质认定和法律效力确定的一般规律。继而分析法院的司法裁判与既有理论阐释的区别，并发掘其中的正当性因素，寻求与既有的制度和民法理论相契合的解释方向，为法院裁决此类案件及处理相关问题提供明确指引。

## 一、“假离婚”的意涵诠释

“假离婚”并不是法律概念，只是生活用语，意指当事人表面上虽然申请并办理了离婚登记，终止法律上的婚姻关系，但是双方之间的感情、婚姻关系并未破裂，其真正目的也并不于结束婚姻这种生活方式。“假离婚”之假在于：一是当事人离婚意思表示形成的动机不是夫妻感情或婚姻关系已破裂，而是对离婚可能带来之次生利益的谋求；二是当事人的目的仅为终止法律上的夫妻身份关系，而不结束事实上的共同生活关系，当事人在离婚后往往仍以同居方式生活在一起。典型“假离婚”特点则在于：一是当事人对于“离婚”的目的是明知的，并且共同策划，不存在欺诈和胁迫的问题，这有别于夫妻一方基于自己不可告人的目的，欺骗另一方，而形成的“假离婚”。<sup>〔1〕</sup>二是当事人向民政机关表达了终止（法律上）婚姻关系的意思，形式上履行了离婚程序，民政机关也颁发了离婚证，依法确认了双方的离婚行为，这有别于通过伪造“离婚协议”“离婚证”形成的“假离婚”，也有别于冒名一方当事人进行离婚登记而产生的“被离婚”。

“假离婚”现象发生的根源在于，尽管离婚的主要效果是终止夫妻双方之间存在的合法婚姻关系，但是在中国社会离婚还会产生许多次生的法律效果，例如获得计划生育指标、获得购买房屋的资格、获得拆迁款（房）。归根结底，“假离婚”

〔1〕 骗离婚是指男女当事人一方为了自己不可告人的目的，骗取离婚登记的违法行为，它与假离婚相比，两者的不同在于：假离婚中一切预谋都是夫妻双方共同谋划而定，主体是双方当事人，夫妻关系“貌离神合”实质上犹存；而骗婚一方在未离婚之前则心怀叵测，主观上对离婚真心实意，而另一方协作离婚则是被欺瞒所致。参见陈小君《试析假离婚与骗离婚》，《中南政法学院学报》1989年第3期。由此可以看出，《我不是潘金莲》中李雪莲和秦玉河的离婚属于“假离婚”的范畴，因为离婚逃避计划生育政策是由李雪莲设想出来的，李雪莲和秦玉河两者对于离婚的目的是知悉的。

当事人的目的就是为了获得离婚所带来的经济利益，规避国家的管控政策。本文对2009-2015年我国的离婚率进行统计，由图1可以看出：其一，我国的离婚率在2013年增幅明显，相较于2012年，采用登记离婚的数量增加了39.2万对，增幅达16.2%。在北京地区，这一增幅更为明显。据统计，北京市2012年离婚数量为4.86万对，而在2013年离婚数量猛增至6.46万对，增幅达到32.9%。之所以在2013年会出现这一情况，很大程度上是因为我国于2013年出台调控楼市的“国五条”，对每户购买住房的数量进行管控，当事人则采用“假离婚”的手段，将“一户”变为“两户”，获得购房资格，规避管控政策。其二，在离婚程序上，我国采用行政程序与诉讼程序双轨制，相较于通过行政程序离婚的数量增长迅速，采用诉讼程序离婚的数量则保持平稳。一定程度上反映出采用诉讼程序离婚远比行政程序复杂，也需要满足更多的条件，耗费的时间成本比较高，所以“假离婚”的夫妻双方往往选择简易的行政程序，实现终止法律上婚姻关系的目的。

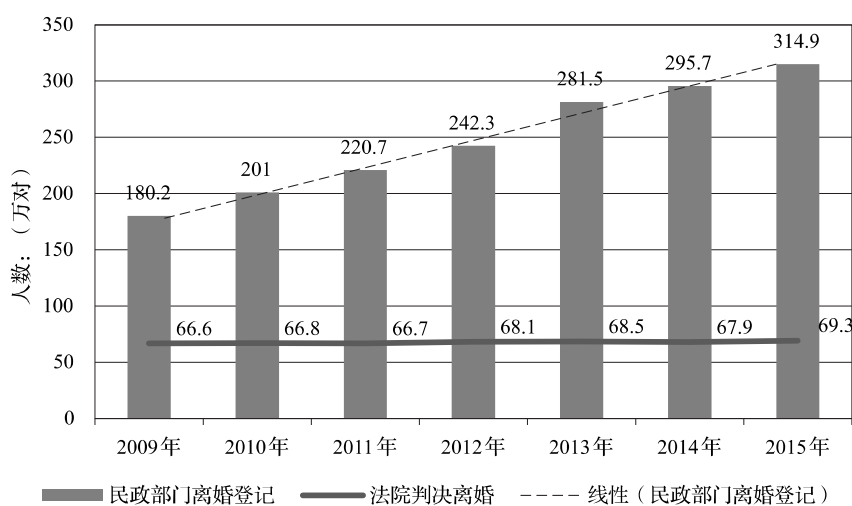


图1 2009-2015年我国离婚率分布情况<sup>(2)</sup>

“假离婚”中当事人将财产利益置于身份关系之上，将离婚视为牟利的工具，以对财产利益的谋求玷污了婚姻关系的感情纯洁性，背离了婚姻的本来属性，冲击着社会主义意识形态的底线。在强调以德治国与依法治国并重的背景下，<sup>(3)</sup> 法律

(2) 该图数据来源于民政部门发布的历年“民政事业发展统计公报”。

(3) 习近平指出，要强化道德对法治的支撑作用。坚持依法治国和以德治国相结合，就要重视发挥道德的教化作用，提高全社会文明程度，为全面依法治国创造良好人文环境。要在道德体系中体现法治要求，发挥道德对法治的滋养作用，努力使道德体系同社会主义法律规范相衔接、相协调、相促进。要在道德教育中突出法治内涵，注重培育人们的法律信仰、法治观念、规则意识，引导人们自觉履行法定义务、社会责任、家庭责任，营造全社会都讲法治、守法治的文化环境。新华网《习近平：坚持依法治国和以德治国相结合》，[http://news.xinhuanet.com/politics/2016-12/10/c\\_1120093133.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2016-12/10/c_1120093133.htm)，最后访问日期：2017年1月27日。

层面上，如何对“假离婚”进行定性？如何评价其法律效力及法律后果？对于实现人民群众对美好生活的向往具有重要意义。

学理上，通常将“假离婚”阐释为“通谋虚假离婚”，继而对其效力展开探讨。<sup>(4)</sup>在这一解释进路下，夫妻之间离婚的意思与表示不一致，意思表示存在着瑕疵，以此为前提，关于“假离婚”法律效果的归结，形成两种主要立场。其一为“无效说”。这种立场的逻辑是：“假离婚”属于通谋虚伪表示，双方当事人并没有真正离婚的意思。<sup>(5)</sup>“意思表示真实”是有效民事法律行为的必备条件，虚假的、非真意的表示不发生法律效力。尽管当事方已取得离婚登记，但是离婚协议仍应属无效行为，离婚登记也无效。我国台湾地区也有学者主张，通谋虚假离婚无效，如史尚宽先生认为，通谋虚假的离婚应为无效，但不得对抗善意第三人。<sup>(6)</sup>其二为“有效说”。此种立场的逻辑是：尽管按照民法的一般原理通谋虚伪的意思表示是无效的，但是离婚行为具有特殊性，因其采用公然的方式缔结，故效力的判断应坚持“依方式公然缔结之行为，不能因私的密约左右其效力”<sup>(7)</sup>，离婚行为包含了民政机关的形式审查、登记的公示公信效力以及诚实信用原则等因素，<sup>(8)</sup>这些因素决定“假离婚”应该引发离婚的法律后果。也就是说，尽管当事人离婚的意思表示有瑕疵，但是为了确保行政登记的公信力，应该承认该行为具有终止婚姻关系的法律效力。

“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”，法律在解释和适用过程中确证其存在，呈现其面貌，并实现其价值与意义。<sup>(9)</sup>我国法律并未对“假离婚”效力的评价提供明确的指引，学理上也未能形成定于一尊的结论。有鉴于此，应该以司法裁判经验砥砺学说，促进共识的形成，并对相关问题的解决贡献适切的方案。

## 二、“假离婚”案件司法智慧的挖掘与整理

本文以“假离婚”的裁判逻辑作为分析对象，肯定司法智慧植根于丰富多彩的

(4) 关于通谋虚假离婚的界定，相关学者的主要观点：高憬宏认为，所谓通谋虚假离婚，是指当事人双方为了共同的或者各自的目的，约定暂时离婚，待到目标达到后再复婚的违法离婚行为。参见高憬宏《审判案例研究》，法律出版社2015年版，第33页。刘耀东认为，虚假离婚或称为“假离婚”，是指夫妻双方或一方本无离婚的真实意思而双方为了共同或各自的目的通谋或单独做出虚伪的离婚意思表示的行为。参见刘耀东《虚假离婚若干法律问题研究》，《云南大学学报（法学版）》2011年第2期。

(5) 参见王礼仁《婚姻诉讼前沿离婚与审判实务》，人民法院出版社2009年版，第526页。

(6) 参见史尚宽《亲属法论》，中国政法大学出版社2000年版，第466页。

(7) [日] 栗生武夫《婚姻法之近代化》，胡长清译，中国政法大学出版社2003年版，第59页。

(8) 参见高憬宏《审判案例研究》，法律出版社2015年版，第31-32页。

(9) 蔡立东《论法人行为能力制度的更生》，《中外法学》2014年第6期。

司法经验，并以裁判文书为呈现载体，通过“假离婚”司法案例的梳理，可以探知法官认定“假离婚”性质及其法律效力的司法经验。在“中国裁判文书网”中，以“假离婚”“假离婚协议”“虚假离婚”为关键词，在法院说理部分进行检索，截止2017年1月27日，共检索到适格案例510篇。

在510篇适格案例中，497篇案例中的“假离婚”的主张未被法院认定，体现了法院在认定“假离婚”问题上的保守性。<sup>(10)</sup> 尽管法院认定当事人“假离婚”的案例成为“例外”，但例外案例成为探知法院裁判经验的更适合素材，本文主要以这13篇司法案例，加上从“法信”平台和相关论文中收集到的同类案例5篇，共计18篇司法案例作为主要分析样本（详见下表）。

法院认定“假离婚”的案件简况表

	裁判文书名称	原告身份	目的	法院观点
1	张琼美诉严选择离婚案 二审民事判决书 <sup>(11)</sup>	夫妻一方	逃避债务	“假离婚”的场合，离婚协议内容违背国家法律，损害了他人的合法权益，系明显规避法律、逃避债务的行为，应予以严肃批评，对其请求本院不予支持。
2	邓小燕、戴佩敏等案外人执行异议之诉民事判决书 <sup>(12)</sup>	债权人	逃避债务	债权人举证证明“假离婚”场合，离婚协议书对财产的处分损害债权人利益的，对债权人不具有约束力，夫妻双方应对债务承担连带责任。
3	罗莉与杨正健债权人撤销权纠纷案二审民事判决书 <sup>(13)</sup>	债权人	逃避债务	债权人举证证成“假离婚”情况下，若离婚协议书关于财产的处分损害债权人的利益，债权人有权请求撤销。
4	区显民诉吴松苗债务连带赔偿纠纷案一审民事判决书 <sup>(14)</sup>	债权人	逃避债务	夫妻双方在公安机关依然登记为夫妻，且共同生活，可以认定为“假离婚”，应该对债务承担连带还款责任。
5	孟某甲犯拒不执行判决、裁定罪一审刑事判决书 <sup>(15)</sup>	公诉机关	逃避债务	采用“假离婚”的方式转移自己财产，拒不执行法院判决、裁定，情节严重的，构成拒不执行判决、裁定罪。

(10) 一个可能的原因是由于夫妻双方借助离婚方式追求法外利益具有相当的隐蔽性，第三人作为局外人，根本无法了解夫妻关系的真实情况，难有足够证据证明“假离婚”的事实，即使是作为当事人的夫妻双方在“假离婚”的证明上也是困难重重，故而司法实践中，当事人无法有效举证证明“假离婚”成立。

(11) 参见云南省昆明市中级人民法院（1997）昆民终字第491号民事判决书。

(12) 参见浙江省宁波市中级人民法院（2015）浙甬执异终字第2号民事判决书。

(13) 参见陕西省商洛市中级人民法院（2016）陕10民终303号民事判决书。

(14) 参见广州市中级人民法院（2007）穗中法民四初字第75号民事判决书。

(15) 参见潍坊市坊子区人民法院（2016）鲁0704刑初85号民事判决书。

续表

	裁判文书名称	原告身份	目的	法院观点
6	尹某某拒不执行判决、裁定一案一审刑事判决书(16)	公诉机关	逃避债务	采用“假离婚”的方式转移自己财产,拒不执行法院判决、裁定,情节严重的,构成拒不执行判决、裁定罪。
7	刘爱军、葛明久等案外人执行异议之诉民事判决书(17)	债权人	逃避债务 (侵权之债)	夫妻双方事前离婚,其后一方实施侵权行为,构成“假离婚”逃避债务,当事人一方根据离婚协议提出执行异议,法院不予支持。
8	马荣洲与黎毅抚养费纠纷申诉、申请再审民事裁定书(18)	夫妻一方	逃避债务	虽然《离婚协议书》约定抚养义务和抚养费,但双方签订该协议的真实目的是为逃避债务而“假离婚”,并非当事人的真实意思表示。
9	肖康平重婚案一审刑事判决书(19)	夫妻一方	逃避计划生育政策	“假离婚”后又与他人非法登记结婚的,虽然程序非法,但从形式上和手续上看,并未形成两个“夫妻”关系并存的情况,故也不应认定行为人为重婚罪。
10	原告刘永亮与被告高晓燕所有权确认纠纷案一审民事判决书(20)	夫妻一方	逃避计划生育政策	尽管行政诉讼驳回了当事人要求撤销“假离婚”的诉求,但行政诉讼并不能够实质审查离婚协议书的真实性。当事人证成“假离婚”的场合,离婚协议书与承诺书不一致的,离婚协议书不能体现双方处分财产的真实意思。
11	李某某与陈某某分家析产纠纷案二审民事判决书(21)	夫妻一方	逃避计划生育政策	在“假离婚”场合,“离婚协议”约定一方未分割到任何财产,也未获得任何经济补偿,有悖于公平公正、权利义务相一致的原则,应认定一方名下的房屋为共同财产。
12	潘妃与海口市美兰区人口和计划生育委员会其他行政纠纷案二审判决书(22)	计划生育委员会	逃避计划生育政策	计划生育机关举证证明夫妻双方“假离婚,真超生”,对其进行行政处罚符合法律规定。
13	高志霞与郭小军返还原物纠纷案一审民事判决书(23)	夫妻一方	获得购房资格	在“假离婚”场合,离婚协议中关于共同财产的处分,违反了自愿、公平及诚实信用原则,不受法律保护。

(16) 参见修武县人民法院(2014)修刑初字第134号刑事判决书。

(17) 参见烟台市中级人民法院(2015)烟民四终字第621号民事判决书。

(18) 参见重庆市高级人民法院(2016)渝民申1732号民事裁定书。

(19) 参见甘明秀《疑难刑事案件定罪量刑点评》,人民法院出版社2005年版,第200-203页。

(20) 参见西平县人民法院(2013)西民初字第690号民事判决书。

(21) 参见陕西省榆林市中级人民法院(2015)榆中民一终字第00254号民事判决书。

(22) 参见海口市中级人民法院(2015)海中法行终字第31号行政判决书。

(23) 参见克拉玛依市克拉玛依区人民法院(2014)克民一初字第316号民事判决书。

续表

	裁判文书名称	原告身份	目的	法院观点
14	于×1与于×2离婚后财产纠纷案二审民事判决书(24)	夫妻一方	获得购房资格	当事人举证证明“假离婚”场合,法院认为离婚协议非系在双方感情已完全破裂的情况下慎重考虑所签,难以体现双方真实意思的表示。
15	陈××诉陈××履行离婚协议纠纷案一审民事判决书(25)	夫妻一方	获得购房资格	“假离婚”场合,《自愿离婚协议书》中关于系争房屋的条款,为非两人的真实意思表示,没有约束力。
16	张忠山诉王淑英离婚后财产纠纷案一审民事判决书(26)	夫妻一方	多享受福利补贴(低保)	在“假离婚”的场合,尽管双方缔结关于财产处分的字据,但不能以此否认离婚协议关于财产处分的法律效力。
17	周某甲与安某离婚纠纷案二审民事判决书(27)	夫妻一方	多享受福利补贴(采暖费)	双方均认可“假离婚”场合,假离婚期间的养老金应视为共同缴纳,视为双方的共同财产。
18	刘×与周×夫妻财产约定纠纷案一审民事判决书(28)	夫妻一方	获得购车贷款	在“假离婚”场合,为了获得购车款而订立的离婚补充协议并不是双方真实的意思表示。需要指出的是,当事人为购车办理假离婚及以假离婚的方式获取银行贷款均属错误,本院予以批评。

这18件案例的基本情况是:从案件类型上看,其中民事案件有14件,刑事案件有3件,行政案件有1件。从离婚的方式来看,这18件案例,其中17件属于通过行政程序的协议离婚的范畴,有1件是判决离婚,这一数据与图1中反映出来的信息相互印证,应该说具有相当的代表性。从离婚的目的来看,以离婚逃避债务的案件有8件,占总数的44.4%,以离婚规避计划生育政策的有4件,占总数的22.2%,以离婚获取购房资格的有3件,占总数的16.7%。由此可见,逃避债务、逃避计划生育政策及获取购房资格成为“假离婚”的三大诱因。“假离婚”中当事人的真实动机林林总总、纷繁复杂,并带有特定的时代印记。其中,以离婚的形式,恶意转移财产,逃避债务现象多发,还促成了最高人民法院《关于适用〈中华

(24) 参见北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第00182号民事判决书。

(25) 参见上海法院网《假离婚时签协议,真离婚时还有效?法院:系争条款无约束力不支持诉请》,http://shfy.chinacourt.org/article/detail/2014/10/id/1469364.shtml,最后访问日期:2017年1月27日。

(26) 参见天津市红桥区人民法院(2012)红民初字第3121号民事判决书。

(27) 参见大连市中级人民法院(2015)大民一终字第916号民事判决书。

(28) 参见重庆市第三中级人民法院(2014)平民初字第02553号民事判决书。

《中华人民共和国婚姻法>若干问题的解释(二)》第24条的产生。<sup>(29)</sup>从分布的年份来看,18个案件的审理时间多集中于2014年至2015年,也有少数案件审理时间在上世纪80年代、90年代,通过不同年份法院观点的对比研读,可借以考察法院审理“假离婚”案件态度的总体演变,并发现隐藏于演变背后的实践逻辑。

尽管现实生活中,“假离婚”的动机形形色色,但在审理“假离婚”案例中,法院普遍采取“隔离技术”,自觉控制相关法律机制及其逻辑的有效射程,消弭法律评价矛盾,其主要的裁判思路和经验体现为坚持“区分原则”<sup>(30)</sup>,实现三个区分:

1. 意思表示动机与内容区分的裁判原则。该原则的逻辑前提是:自愿离婚是当事人基于自己的意愿解除婚姻关系,应充分尊重双方的意志,彰显私法自治。就“假离婚”对身份关系的效力而言,法院采取区分意思表示动机和内容的解释路径。在自愿离婚场合,当事人签订了离婚协议,履行了离婚所需的行政程序,登记机关依法办理了离婚登记,双方的婚姻关系即告终止,至于夫妻之间离婚的目的为何,则被法院视为意思表示的动机,并不构成意思表示的内容,对意思表示是否真实不生影响,故在此场合,不存在所谓的意思表示瑕疵,亦不能据此否认离婚的法律效力。依循此种解释路径,法律意义上,就身份关系而言,不存在所谓的“假离婚”,只要当事人在离婚时具有完全民事行为能力,自愿签订了离婚协议,并办理了离婚登记手续,那么此种离婚就是“真离婚”,无论目的为何,离婚的后果均得到法院认定。<sup>(31)</sup>在刑事领域中,由于双方已经办理了离婚登记,双方婚姻关系业已解除,其中夫妻一方当事人再与第三人结婚的,也并不构成重婚罪。<sup>(32)</sup>

2. 身份关系与财产关系区分的裁判原则。该原则的逻辑前提是:婚姻关系涵盖了身份关系和财产关系两个维度,这两种关系是独立的,需要分别进行评价。在“假离婚”已经被当事人举证证明的场合,法院进一步区分人身关系和财产关系,并采取

(29) 新华社《妥善审理涉及夫妻债务案件 维护健康诚信经济社会秩序——最高人民法院有关负责人就“婚姻法司法解释(二)”有关问题答记者问》, [http://news.xinhuanet.com/2017-02/28/c\\_1120541605.htm?yyue=a21bo.50862.201879](http://news.xinhuanet.com/2017-02/28/c_1120541605.htm?yyue=a21bo.50862.201879), 最后访问日期:2017年1月27日。

(30) 此处的“区分原则”借鉴于物权法上的“区分原则”,其主要是为了解决不同性质的法律关系在效力评价上的区别对待问题。

(31) 比较典型的案例是“赵俊兰与许德广、许福强侵权责任纠纷”〔(2013)新民初字第955号〕。法院认为,“根据《婚姻法》规定,双方自愿离婚,到民政部门办理离婚登记手续,其离婚行为既(即)有法律效力,受法律保护。双方自离婚后,对涉及身份权的行为不再具有法律约束力,且离婚行为具有身份性,不存在主观意识控制上的真假情形。”

(32) 办理假离婚手续后又结婚的,依是否解除了婚姻关系而判定是否构成重婚罪。例如,夫妻为了达到某种目的而商议假离婚,并从法律上解除了婚姻关系,其中一方再结婚的,不成立重婚罪。反之,如果夫妻只是宣布离婚,但并没有解除婚姻关系,其中一方再结婚的,成立重婚罪。参见张明楷《刑法学》,法律出版社2011年版,第832页。



了不同的处理方式。就身份关系而言,法院肯定当事人离婚的意思表示真实,婚姻关系自办理离婚登记时已经终止。而就财产关系而言,法院通常会否定离婚协议关于财产处分内容的效力,主要裁判理由如下:一是离婚协议关于财产处置的内容并未体现夫妻双方的真实意思,不具有约束当事人的效力(7篇);二是离婚协议关于财产处置的内容损害了债权人的利益(6篇);三是离婚协议关于财产处置的内容违背了公平公正、权利义务相一致的原则(1篇);四是离婚协议关于财产处置的内容违反了诚实信用原则(1篇)。法院否定了离婚协议关于财产处分内容的效力后,对夫妻间的财产依法重新进行分配,实践中仅有少数法院在此种场合肯定离婚协议的效力,例如案例16,法院认为在“假离婚”的场合,尽管当事人对财产处分另有约定,但该约定不能对抗离婚协议的法律效力,双方之间的财产分割内容应为有效。

3. 公法关系与私法关系区分的裁判原则。在审判实践中,“假离婚”的事实已经被相关证据,如当事人之间的协议,证明场合,针对当事人之间的离婚行为,在私法层面,法院并不对“假离婚”行为作过多的评判,而在公法的层面,法院将“假离婚”认定为违法行为,交由相关部门批评、处理(案例1、案例18)。“假离婚”也作为认定拒不执行判决、裁定罪(案例5、案例6)以及诈骗罪构成的事实,<sup>[33]</sup>由公权机关对“假离婚”行为进行相应的惩治。

值得注意的是,在某种意义上“假离婚”是婚姻自由的“副产品”。既然承认婚姻是由适格当事人达成合意缔结的,其必然的逻辑就是双方当事人若达成解除婚姻关系的合意,即应准予离婚,如果当事人不能达成合意,则另一方当事人可根据有关法律规定请求法院判决解除婚姻关系。从过错离婚原则到无过错离婚原则,离婚自由正是沿着契约论指引的方向逐步深化。<sup>[34]</sup>而且倡导和实现婚姻自由一直是中国共产党革除旧的社会制度这一重要历史使命的主要内容和表征,早在1931年中国共产党就制定了《中华苏维埃共和国婚姻条例》,其第9条确定了婚姻自由原则,男女双方同意离婚的,即可以离婚,甚至男女一方坚决要求离婚的,亦即行离婚,其蕴含的理念是:婚姻是立足于爱情和双方的自由选择而非父母的意愿。<sup>[35]</sup>这一理念构成

[33] 四川宜宾市一男子为了获得拆迁款,与自己的妻子离婚,与自己的丈母娘结婚,待到获得拆迁款后,再离婚,与妻子复婚,通过“离婚—结婚—离婚—复婚”的反复折腾,如愿以偿实现了多分拆迁款的目的。其后,因户籍造假,被检察机关以诈骗罪提起公诉。参见陈凯《和丈母娘假结婚诈骗了谁》,《北京日报》2012年8月22日。

[34] 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96页。

[35] 参见[美]黄宗智《清代以来民事法律的表达与实践——历史、理论与实践(卷三)》,法律出版社2014年版,第105页。

了对包办婚姻、买卖婚姻、男尊女卑的婚姻关系、强制干涉离婚等封建婚姻制度的反动，确保了离婚自由，充满革命性。其后，中国共产党先后制定了《中华苏维埃共和国婚姻法》（1934年）、《晋冀鲁豫边区婚姻暂行条例实施细则》（1942年）、《晋察冀边区婚姻条例》（1943年）、《陕甘宁边区婚姻条例》（1946年）均延续了这一理念。新中国成立后，中央人民政府制定的1950年《婚姻法》和全国人民代表大会制定的1980年《婚姻法》，以法律形式对离婚的标准和程序进行了完善，但在保障离婚自由这一理念方面保持了惊人的一致。随着婚姻自由观念的不断深入人心，离婚制度越来越注重对于个人自由的保障，法律对于婚姻的解体也持更包容的态度，不仅允许当事人自由选择离婚，而且离婚的标准和尺度趋于宽松，法律干预分寸的拿捏更为谨慎，离婚的程序更趋于简单。2003年8月国务院颁布的《婚姻登记条例》大幅度简化了离婚登记的程序，夫妻双方自愿离婚的，不需要本单位、居民委员会或村民委员会开具的介绍信，并取消了1个月的审查期，转而采用即时登记制度，只要离婚的当事人具有民事行为能力，自愿签署了离婚协议书，婚姻登记人员审查符合离婚条件，则当场登记，发给离婚证。<sup>[36]</sup> 尽管《婚姻法》有“婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证”的规定，但是协议离婚的申请人只须表明离婚的真实意思即可，无需申明离婚的具体原因；婚姻登记机关也不应进行追问。既然如此，所谓“查明原因”就成了无稽之谈。<sup>[37]</sup> 随着离婚自由保障力度的加大，<sup>[38]</sup> 夫妻双方借由协议离婚的形式逃避债务和国家管控，获得不当利益的“假离婚”现象也因此得以滋生。法院在“假离婚”案件中采用的“隔离技术”，坚持“区分原则”，彰显了法院在保障离婚自由的前提下，最大程度上消除因此带来之负面影响的智慧。在司法裁判的经验世界中，于身份关系的范畴内，法律意义上并不存在所谓的“假离婚”，当事方一旦自愿签订离婚协议，自愿办理了离婚登记，就发生离婚的法律后果。但是注重个人自由的保护，并不意味着完全取消对当事人自由的合法限制，离婚行为的效力不能穿透身份关系与财产关系、私法关系与公法关系的界分，也就是说在财产关系和公法关系中，依然有“假离婚”的存在空间，以协调各方的利益关系，阻却“假离婚”这一悖德行为的关联效应。

[36] 参见《婚姻登记条例》第11-13条。

[37] 陶毅《离婚法若干问题之我见》，载李银河、马忆南《婚姻法修改论证》，光明日报出版社1999年版，第216页。

[38] 尽管有的学者认为协议离婚可能把婚姻降低为可以规避的普通债权法契约的地位，从而造成离婚权利的滥用，但承认协议离婚制度已成为一种普遍的趋势。参见杨大文《亲属法》，法律出版社1997年版，第68页。

通过对“假离婚”案件裁判经验的提炼,我们发现,司法智慧迥异于学界通说,本质的分歧集中在两个方面:其一,关于离婚意思表示自身的效力问题。法院对待离婚意思表示时,采取动机和内容区分的裁判路径,抛开意思表示形成的动机,承认终止法律意义上的婚姻为当事人的真实意思,就此不存在意思表示内容瑕疵。而学理上无论是“有效说”还是“无效说”,均认为“假离婚”为通谋虚伪意思表示,这一主张是以意思表示的内容存在瑕疵为前提的。其二,关于离婚登记的法律意义。法院认为离婚登记是解除婚姻关系的成立(生效)要件,具有公示效力,但并不具有其他特殊的法律意义。而反观通谋虚假离婚解释路径中的“有效说”,离婚登记被毫无理由地赋予了“修复”意思表示瑕疵的功能,尽管离婚意思表示存在瑕疵,既然已经办理了行政登记,那么该行为有效。既然司法经验背离了学理主张,需要对司法裁判立场的适应性进行分析,挖掘隐藏在裁判经验背后的内在机理,评判其正当性,为法官坚持已经作出的適切选择提供智力支持。

### 三、“假离婚”法律解释路径的应然选择

相较于将“假离婚”的法律性质阐释为“通谋虚假离婚”,司法实践采用“隔离技术”,坚持“区分原则”,对不同性质的法律关系区别对待,将对身份关系的评价与对财产关系及公法关系的评价隔离,更为妥帖地应对了因“假离婚”现象引发的利益纠葛和法律评价冲突。

#### (一) 动机与内容区分的裁判原则契合离婚的法律结构

##### 1. 动机与内容区分的裁判原则契合意思表示的构造

与西方理论将婚姻理解为一种契约不同<sup>[39]</sup>在我国,婚姻不是一种民事契约,而是具有法定内容的夫妻关系,它包括财产关系和人身关系两个方面的内容,而其中最主要的是人身关系。我国《合同法》第2条将有关婚姻关系的协议排除在合同法的调整范围,凸显婚姻关系的强制性、身份性、伦理性、非财产性。但是无论是契约说还是身份关系说,均认同离婚属于民事法律行为的范畴<sup>[40]</sup>适用关于民事法律行为的一般原理。离婚作为一种典型的民事法律行为,其效力取决于意思表示

[39] 比较典型的是1971年《法国宪章》第7条规定,“法律仅承认婚姻是一种民事契约。”(中国)共产党也拒斥了国民党对婚姻的“资本主义”或“资产阶级”的观念——将婚姻视为一种民事契约,另一种国家权力之外的私人事务,违背契约婚姻即可解除。同前注[35]。

[40] 离婚作为民事法律行为,须符合实施法律行为的条件。同前注[34],第51页。

是否真实。而意思表示是一个由内而外的过程，按照时间顺序依次为：首先，当事人先有某种行为动机（获得拆迁补偿款、获得计划生育指标、获得房屋购买资格等等）；其次，当事人基于该动机，形成意欲产生一定法律后果（终止婚姻关系）的意思；再次，有将法效意思对外表达的意思（向民政部门申请离婚的意思）；最后，对外实施发布该法效意思的行为（向民政部门申请离婚）。<sup>(41)</sup> 按照学者的通说，意思表示是将内心中想要发生法律效果的意思表示于外部的行为。<sup>(42)</sup> 我国现今奉行的也正是没有经过任何改造的、两百多年前由萨维尼所创立的、以效果意思和表示意思为中心，并以效果意思为起点的二层法律行为论。<sup>(43)</sup> 换言之，当事人的法律行为有效与否取决于其意欲发生特定法律效果的意思是否真实，至于当事人为相关行为的动机和意图，只是当事人的内部心理活动，一般不是法律评价的对象，因而不具有法律意义，亦不构成意思表示的内容。

正是因循此种原理，法院采取了意思表示动机和内容区分的裁判路径。当事人为了获得计划生育指标、为了获得拆迁款（房）等等，这些内容所表征的是当事人的动机和意图，不应该作为法院评价意思表示效力的考量因素。法院考察当事人的离婚意思是否真实应以当事人所欲发生法律效果的意思为核心，即以当事人终止婚姻关系的效果意思是否真实为圭臬。以此观之，当事人意欲离婚的内心效果意思是真实的，因为只有离婚，才能够实现获得计划生育指标、规避现行的限购政策等目的，事实上当事人对离婚的法律效果是积极追求的，并不能说离婚的意思是具有瑕疵的，当事人的意思表示符合《婚姻法》第31条“自愿”离婚的要求。<sup>(44)</sup> 同时，通过考察“假离婚”的运作过程，也佐证了当事人“离婚”的法效意思是真实的，《我不是潘金莲》反映出的“假离婚”运作程序是：“离婚→实现法外利益→复婚”，这说明当事人对离婚的法律效果是明知的，故而寄希望于通过复婚的途径来实现重新结合的目的。

(41) 参见梁慧星《民法总论》，法律出版社2011年版，第172-173页。

(42) 王泽鉴先生认为，意思表示，指将企图发生一定私法上效果的意思，表示于外部行为。王泽鉴：《民法总论》，北京大学出版社2009年版，第266页。王利明先生认为，所谓意思表示，是指向外部表明意欲发生一定私法上效果之意思的行为。参见王利明《民法总论研究》，中国人民大学出版社2003年版，第539页。胡长清先生认为，意思表示者，对于外界表彰法律行为上之意思之行为也。具有足以形成法律行为内容之意思，表示于外部之行为，为意思表示。参见胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1997年版，第223页。朱庆育先生认为，将欲发生法律效果之意思表示于外的行为。参见朱庆育《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第184页。

(43) 参见孙鹏《民事法律行为之新构造》，《甘肃社会科学》2006年第2期。

(44) 《婚姻法》第31条规定：“男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方必须到婚姻登记机关申请离婚。婚姻登记机关查明双方确实是自愿并对子女和财产问题已有适当处理时，发给离婚证。”

反观通谋虚假离婚的解释路径，认为当事人之间并无解除婚姻关系的内心真实意思，双方之间的婚姻关系并没有破裂或者没有完全破裂，之所以离婚是为了实现其他的共同目的，并且离婚是暂时性的，待到目的实现后，双方再复婚。基于此种逻辑，当事人为什么离婚被纳入意思表示的内容，不以离婚为目的的离婚便意味着意思表示瑕疵。将当事人的行为动机纳入到意思表示内容的范畴，冲撞了意思表示的法律构造。而且循此逻辑裁判有关案件，法官需要考察当事人的离婚原因，而正所谓“清官难断家务事”，法官陷入对纷繁复杂之离婚动机的考察，能否起到避免“假离婚”的功效尚有疑问，却不免遭遇国家过度干预私生活自主权的质疑。<sup>(45)</sup> 案例1“张琼美诉严选择离婚案”<sup>(46)</sup>便是明证，法院的具体论理为：夫妻双方因婚姻破裂而请求解除婚姻关系的，需要符合法律规定，否则不予保护。本案中夫妻双方订立离婚协议逃避债务，违反了法律，损害了他人的合法权益，系明显规避法律。后来弄假成真，严选择为了挽救自己的家庭，提出了上诉，并提供了“假离婚”的证据，故而撤销双方的离婚判决。因此，双方的夫妻身份关系得以恢复。案例1采用了通谋虚假离婚的解释路径，导致公权力介入到婚姻家庭关系当中，实有干涉婚姻自由之嫌。通过对案情的考察，我们可以作出以下推断：假如夫妻之间婚姻关系良好，于身份关系场合，当事人必然通过复婚的途径，重新实现结合的目的，因为通过复婚的方式实现重新结合，相较于裁判而言，更为简单、便捷。正是在复婚无望的情况下，当事人才以离婚是“虚假”的、是为了规避债务为由，请求法院撤销。实际上，张琼美作为被上诉人是认同双方离婚的判决。法院却以维护家庭为由，支持了严选择的诉求，片面地强调了婚姻的社会属性，维持了“名不属实”的婚姻关系，牺牲了私人在生活领域应有的自由，失于对个体必要之人文关

(45) 但对协议离婚而言，除了诸如当事人应兼顾家庭的社会责任，力戒轻率离婚这样的道德说教，很难在法律上说它有什么不对。因为协议离婚的无因性被视为私生活自主权摆脱国家过度干涉斗争的标志成果，对只要是双方自愿合乎程序的离婚效力无条件维护，甚至被作为体现现代国家标榜婚姻自由的“样板工程”。国家既然连离婚理由都无权干涉，那对眠于理由之下的目的、动机之类就更无权过问了。同前注 [43]。

(46) 基本案情：张琼美和严选择系同乡人，1984年8月经人介绍认识，1985年10月25日自愿登记结婚。婚后共同生育一女严雪梅，现年11岁。1997年4月9日，张琼美以双方已无什么感情为由，起诉离婚。同年4月15日，张琼美写给严选择一份书面保证，称“张琼美和严选择离婚一事，因欠贷款太多，主要是为逃避债务……债务全部由其夫严选择负责”。同年4月16日，原审法院公开开庭审理了此案，庭审过程中，张琼美和严选择就孩子抚养、夫妻共同财产分割、债权享受、债务承担等自愿达成调解协议，由于该协议部分内容有悖于有关法律规定，原审法院未同意双方调解离婚，采用判决离婚。二审法院以离婚违反国家法律损害了国家合法权益，撤销了双方的离婚。参见国家法官学院、中国人民大学法学院《中国审判案例要览1998年民事审判案例卷》，中国人民大学出版社1999年版，第14-17页。

怀，于情于理均难以自圆其说。通谋虚假离婚的解释路径，将“假离婚”的运作作为一个整体，难以解释当事人“离婚→实现法外利益→复婚”的运作程序。现实中，通谋虚假离婚的解释路径，容易诱发当事人“假离婚”，继而通过诉讼途径要求确认离婚“无效”以实现自身的目的，这样离婚便沦为儿戏，削减离婚的严肃性，亦可能造成现实中合法违反“一夫一妻”制度的尴尬局面。

## 2. 动机与内容区分的裁判原则契合离婚登记的法律意义

离婚本质上属于要式法律行为，需要满足一定的形式。离婚登记具有双重法律性质，一方面，离婚登记是离婚行为的成立（生效）要件。因为离婚行为属于要式法律行为，其成立（生效）不仅需要满足意思表示要件，还需要满足办理离婚登记的形式要件。学理上，存在关于欠缺登记要件之民事法律行为的法律效力的争议：其一，成立要件说。有学者认为，要式行为通常指构成法律行为的意思表示须采取特定形式或履行特定程序方可成立的法律行为。<sup>(47)</sup> 其二，生效要件说。从法律行为为本来的意义上说，其是意思自治的体现，意思表示生效的，民事法律行为即成立，至于形式，则是法律或者是当事人对于法律行为效力的控制，因此，形式应为生效要件。<sup>(48)</sup> 但是，无论采取何种立场，意思表示一致才是离婚行为的实质要件，离婚登记只是一种形式要件。另一方面，离婚登记是一种羁束性行政行为，表征着婚姻登记机关对离婚行为的行政确认。我国的离婚登记经历了从行政管理到民事登记的变化历程，体现了“去行政化”的趋势：根据1994年《婚姻登记管理条例》第25条，当事人弄虚作假、骗取婚姻登记的，登记机关可以宣告无效，并收回离婚证，并对当事人进行罚款。不仅如此，夫妻双方离婚时，尚需要提交单位、村民委员会或居民委员会开具的介绍信，其目的有二：其一提供婚姻状况证明，由单位或基层组织证明当事人处于合法的婚姻状况；其二表明单位了解当事人离婚的情况，甚至表明单位同意该人离婚。<sup>(49)</sup> 这些内容决定了1994年《婚姻登记管理条例》的重心在于“管理”，行政色彩浓厚。而2003年《离婚登记条例》去掉了“管理”的字样，淡化了行政管理的色彩，取消了离婚时须提交单位、村民委员会或者居民委员会出具介绍信的规定，也取消了离婚申请一个月的审查期等等，实现了婚姻登记从行政管理向民事登记的回归。

事实上，婚姻登记机关对离婚当事人的离婚协议的审查主要是形式审查，即当

(47) 参见董安生《民事法律行为》，中国人民大学出版社2002年版，第142页。

(48) 参见李永军《民法总论》，中国人民大学出版社2015年版，第194页。

(49) 同前注[34]，第118页。

事人双方的主体资格是否合法——是否具有合法的婚姻关系（需提交结婚证件），是否自愿达成离婚协议——精神病人及其他无行为能力或限制行为能力者不得通过离婚登记程序离婚；离婚协议的内容是否完备——协议书中的内容是否包含了对财产的处理、子女的抚养等离婚效力的各项要求。对当事人是否感情破裂、离婚协议是否公平，离婚后对子女的安排是否符合子女的最大利益等均不作实质审查，<sup>(50)</sup>由当事人对申请材料的真实性负责，这也是自负其责原则的体现。在这种情形下，作为行政确认行为，离婚登记并不具有使私人间无效的法律行为转换为有效的法律效果，否则将违背法律行为效果自主的原则及行政确认行为的法律性质。

民事裁判中意思表示动机和内容相区分的裁判路径契合了离婚登记的法律意义，这一路径下，离婚登记的意义就是其为婚姻关系终止的成立（或生效）要件，按照传统民法理论，法律行为具备成立要件及生效要件时，即发生当事人所预期实现的法律效果，学说上称为“完全的法律行为”，<sup>(51)</sup>在此种场域中，离婚成为个人的私人事务，主体有权自主作出抉择。当事人关于离婚的意思表示是真实的，并且办理了离婚登记，那么在法律上就应评价为“完全的法律行为”。在行政法层面，离婚登记则只是对该有效的离婚意思表示采用公法手段加以确认而已，其自身并不具有修复意思表示瑕疵的功能。意思表示和动机区分的原则充分关照私人的意思自治，划定了公权力介入的边界。

反观通谋虚假离婚的解释路径，尽管“有效说”也认可通谋虚假离婚的效力是有效，但是在说理方面过分地强调离婚登记的法律意义，强调只要办理了合乎离婚程序的登记，即使离婚的意思存在着瑕疵，也能够产生离婚的效力。这一理由颠倒了离婚的实质要件和形式要件的法律意义，难以与既有的民法制度自治。由于婚姻法中没有关于通谋虚假离婚的规定，那么就应当适用民事法律行为的一般规则，而《民法总则》第146条规定，“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理”，现行法依然坚持了通谋虚伪意思表示无效的原则，这极大地压缩了通谋虚假离婚“有效说”的可适用空间。

## （二）身份关系与财产关系区分的裁判原则契合离婚的运行机理

### 1. 身份关系与财产关系区分的裁判原则契合离婚协议的性质

《婚姻法》明确规定，协议离婚必须满足三个条件：一是当事人具有民事行为

(50) 同前注 [34]，第 118 页。

(51) 参见王泽鉴《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，第 476 - 477 页。

能力；二是夫妻双方就离婚达成一致；三是夫妻双方就财产关系和子女抚养达成一致。这一制度安排意味着我国离婚协议本质上是一个复合型协议，<sup>[52]</sup> 内容涵盖了婚姻身份关系终止、财产关系处分以及子女抚养关系的确定等。依照离婚协议内容的不同性质，可以将其分为身份关系和财产关系两部分。

在自愿离婚的场合，婚姻关系的终止和财产关系的处分是两个完整且独立的意思表示，两者可以各自独立生效，它们的效力应该分别评价，原因有三：第一，离婚协议中财产关系的内容可以独立于身份关系解除而独立发生效力。司法实践中，夫妻之间离婚前，便可达成相应的财产分割协议，该协议效力法院予以认可。例如上海市高级人民法院《关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》（沪高法民一[2007]5号）第7条规定，夫妻共同生活期间或者分居期间达成的财产分割协议，当事人无证据证明其具有无效或可撤销、可变更的法定情形，或协议已经履行完毕的，应认定协议对双方有拘束力。如果财产分割协议以离婚为前提条件，而双方未离婚的，应该允许当事人反悔。第二，离婚协议中关于财产分割的内容，就其本质而言，属于附条件的协议，以协议离婚作为生效条件，<sup>[53]</sup> 作为生效条件的协议离婚和作为附生效条件的离婚财产分割协议，二者的效力状态，即其有无效力，可以而且应该予以分别评价，只是后者的生效受制于前者。财产分割的内容要发挥效力，其前提是财产分割协议的内容为有效，其中暗含了这样一种逻辑关系：自法律层面而言，附条件的协议是为有效的合同，合同效力的形成逻辑应为：“成立→有效→未生效→生效”。在实践中，法院在处理此类案件时，也坚持这一逻辑进路。<sup>[54]</sup> 以此理解，离婚协议中财产分割的协议效力先应满足意思表示真实的条件，即为有效，待到办理离婚登记时，则现实地产生对当事人的约束力，其与婚姻关系是相互独立的，而非绑定。如果其本身存在意思表示瑕疵的效力障碍，即使离婚这

(52) 离婚协议的性质存在着争议，学界主要包含“单一的涉及身份关系的协议说”“混合型民事合同说”以及“附条件民事协议说”。参见李洪祥《离婚财产分割协议的类型、性质及效力》，《当代法学》2010年第4期。

(53) 同前注[52]。

(54) 四川省青木县人民法院向《人民司法》研究室咨询“达成了离婚协议后未办理离婚手续，该协议的财产分割部分是否有效？”的问题，《人民司法》的答复意见是最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（二）》第8条第一款是关于当事人在婚姻登记机关协议离婚时所签订的离婚协议中有关财产分割条款效力问题的规定。根据该条款，离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割没有达成的协议，对男女双方都有法律约束力。但有一点值得注意，离婚协议是以当事人在婚姻登记机关办理完离婚登记为生效要件的，也就是说以当事人双方实际办理离婚手续解除夫妻关系为生效要件。本刊研究组《达成离婚协议后未办理离婚手续，该协议的财产分割部分是否有效》，《人民司法·应用》2009年第23期。



一生效条件成就，也不存在有效的问题。第三，关于离婚协议中财产分割的意思表示瑕疵并不影响离婚的效力。依照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第9条，男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院应当受理。这说明，在协议离婚过程中，当事人关于财产分割的内容存在欺诈、胁迫等意思表示不真实的情况，可以申请法院变更或撤销，但是并不影响协议离婚身份面向上的效力，这也从侧面反映出离婚协议中人身关系和财产关系的相互分离。

身份关系与财产关系区分的裁判原则契合了离婚协议的性质，法院在审理“假离婚”案件时，尽管根据动机和内容相区分的解释路径，肯定了当事人协议离婚的身份法效力，但是仍需要对离婚协议中财产处分的意思进行重新审查，如果当事人并没有关于财产分割的真实意思，那么法院就否定该意思表示的效力。其中案例10中法院的裁判说理具有代表性，“原告刘永亮与被告高晓燕所有权确认纠纷案”中，<sup>(55)</sup>法院认为：“原、被告虽然于2010年2月20日依据双方签字的‘离婚协议’在民政部门办理了离婚登记，但就在原、被告办理离婚登记的当日，原告为被告书写‘承诺书’一份，明确载明‘我保证同高晓燕离婚为假离婚，……如果不遵守上述承诺，房子、孩子全部归高晓燕所有’。原、被告办理离婚登记后，弄假成真，被告高晓燕就民政部门办理的离婚登记不服提起行政诉讼，请求撤销民政部门的离婚登记，经本院和市中院两级法院审理，市中院最后终审判决维持了民政部门为原、被告办理的离婚登记。被告高晓燕提起的行政诉讼虽然经县、市两级法院审理最后被告高晓燕败诉，但法院维持的是民政部门的行政登记行为，维持的并不是本案原、被告之间签字的‘离婚协议书’，对‘离婚协议书’当事人关于民事权益的处理，民政部门和行政诉讼都不便，也没有进行实质审查和审理，而原告提供的‘离婚协议书’中关于房产的约定与原告向被告出具的‘承诺书’相矛盾，所以原告以‘离婚协议书’中关于房产的约定为依据主张房屋产权，要求被告协助办理房产过户手续证据不足，理由不当，本院不予支持。”关于撤销离婚登记的行政诉讼中，一审和二审均维持了离婚登记的效力，但是这并不意味着离婚协议中关于财产分割协议内容也是真实的，因为民政部门和行政诉讼都没有对财产分割的内容进行实质的审查，行政诉讼的胜诉并不能确证离婚协议中关于财产内容的处分意思是真实的，法院对双方财产分割的意思进行重新审查，认可“承诺书”中的意思是双

(55) 参见西平县人民法院（2013）西民初字第690号民事判决书。

方真实意思。以此理解，案例 16 中“假离婚”的字据不能够对抗离婚协议的效力是值得商榷的，它违背了离婚协议是复合型协议的性质，在没有善意第三人的场合，否定“假离婚”字据的效力没有尊重双方的真实意思，并不具有正当性。

## 2. 身份关系和财产关系区分的裁判原则契合自愿离婚的法律要义

我国之所以确定自愿离婚制度，其要旨就在于充分尊重当事人的意思自治，保障个人能够正当、有效、充分地享有离婚自由。就当事人而言，实行自愿离婚，肯定了双方对婚姻这种生活方式进行选择的权利，私人生活中的选择是无需说明理由，双方若认为婚姻关系不能够继续，无论是何种理由和何种目的，只需要向登记机关表明离婚的意思即为已足，无需公开离婚的具体原由，这有助于消解当事方的对抗情绪，尊重和保护当事人的隐私，避免相互指责进一步恶化双方之间的关系，实现“好合好离”。在实践中，我们需要严格地界分“双方自愿离婚”和“一方要求离婚”，明确只有一方要求离婚的场合才需要法院的裁决，双方自愿离婚则不需要裁决，仅需要双方真实的离婚意思表示。

现实生活中，夫妻感情具有浓厚的主观色彩和深层次的隐秘性，而且处于动态的变化之中，作为登记机关的民政部门难以把握和判断夫妻双方之间的感情变化，只能够凭借夫妻双方在办理离婚时向民政部门表达的意思加以判断。<sup>(56)</sup>而且夫妻双方的感情往往并不是前后一致的、静态的，在预谋“假离婚”时，李雪莲和秦玉河感情可能尚未破裂，但是实施“假离婚”的过程中，双方的感情破裂已成为既定的事实。

在司法实践中，采用的身份关系和财产关系相区分的裁判原则便体现了这样一种司法智慧：基于婚姻关系的复杂性，法院自觉的控制对婚姻关系的干预，案件审理的重点不是身份关系，往往总是以肯定夫妻之间离婚事实为前提，而将焦点聚集于财产关系领域，为相关当事人提供完善的救济途径，达到保护当事人利益的目的。

(56) 《我不是潘金莲》的相应情节，即为典型例证。当法庭为了查明双方离婚的事实，让给李雪莲办理登记的拐弯镇政府的民政助理老古出庭作证。老古一直在法庭门柱上倚着，张着耳朵，听审案的过程；现一步上前，张口就说，去年离婚是真的；结婚离婚的事，他办了三十多年，从来没出过差错。李雪莲当时就急了：“老古，你那么大岁数了，咋就看不出这事是假的呢？”老古马上也跟李雪莲急了：“如果是假的，不成你们联手骗我了吗？”又拍着巴掌说“骗我还是小事，不等于在骗政府吗？你说离婚是假的。”指律师老郑“他刚才也念了秦玉河的话，秦玉河就说是真的。”李雪莲“秦玉河是个王八蛋，他的话如何能信？”老古“他的话不能信，我就信你的。去年离婚时，秦玉河倒没说啥，就你的话多。我问你们为啥离婚，你口口声声说，你们感情破裂。当初破裂，现在又不破裂了？这一年你们面都没见，这感情是咋修复的？今天秦玉河连场都到不了，还不说明破裂？”说得李雪莲张口结舌。老古又气鼓鼓地说“我活了五十多年，还没这么被人玩过呢！”又说“这案子要翻过来，我在拐弯镇还混不混了？”刘震云《我不是潘金莲》，长江文艺出版社 2012 年版，第 29 - 30 页。

的。于身份关系领域，既然双方已经合意离婚，那么肯定离婚的效果。假如双方的感情并未破裂或者已经修复，那么夫妻双方本可以采用复婚的手段或同居的方式，实现重新结合的目的，法院完全没有必要进行过多的干预。假若采用公权力的手段，维持一种“名不符实”的婚姻，对个人和社会来讲均没有积极意义。而在财产关系领域，相较于人身关系而言，关于离婚财产分割的协议纯粹属于财产权利的处分，完全可以适用合同法的有关规定。实际上，大多数夫妻一方在诉讼中主张“假离婚”并非是为了恢复原来的夫妻关系，而是因为双方在实施“假离婚”的过程中，财产的分割并不是慎重考虑的结果，或者为了规避管控政策，财产分割并不反映自己的真实意思（案例13、案例15、案例18），或者是增加了自己的负担（案例8），损害了自己的权益，故而要求法院对财产重新进行分配。而在债权人主张当事人是“假离婚”的场合更是如此，只是因为当事人对于财产的分割（一般情况下，是将家庭财产全部转移到另一方的名下）损害了债权人的债权，其寄希望于法院否定该财产分割协议的效力，增强当事人偿债能力，至于是否要当事人恢复原有夫妻之间的身份关系，则并非债权人关心的问题。

反观通谋虚假离婚“无效说”，由于当事人采用了通谋虚伪的意思表示，在某种程度上“欺骗”了婚姻登记机关，此种情形下，离婚登记无效。双方当事人、利害关系人、甚至近亲属均可以请求法院确认婚姻关系无效。法院确认无效后，由登记机关宣布双方的离婚行为无效，并且收回离婚证。如果夫妻双方在离婚被认定无效前一方已经再婚或者双方均再婚，那么需要重新办理离婚登记，否则构成重婚罪。通谋虚假离婚的进路，通过否定身份关系当然可以实现财产关系的重新调整，但是这种处理路径下，婚姻自由的保障让位于交易秩序的维护，在债权人主张债权的场合尤为明显，一旦债权人证成了夫妻双方“假离婚”，那么不管此时夫妻之间的感情状况为何，原来的夫妻关系便需要重新恢复，婚姻登记机关需要宣告离婚无效，收回离婚证。若夫妻一方或双方再婚，尚需要重新办理离婚登记。这种处理思路可以说是将“茧丝牛毛”拧成“麻绳”，反而无益于“假离婚”衍生问题的解决。而且通谋虚假离婚“无效说”掩盖了婚姻关系的复杂性和易变性，若在“假离婚”实施的过程中，夫妻双方的婚姻关系确实已经破裂，无意通过复婚的途径实现重新结合，此种场合下，法院依靠司法权力撤销双方的离婚，恢复到原来的婚姻关系，那么便是另一种形式的“拉郎配”<sup>(57)</sup>。

(57) “拉郎配”是民间俗语，专指那些思想守旧的人，在儿女婚姻上大包大揽，硬把一对没有感情基础的青年男女撮合在一起的错误做法。现指将没有感情的两人凑在一起。

### （三）公法关系与私法关系区分的裁判原则契合公私法划分的法律逻辑

进入二十世纪九十年代，民法学界逐渐重视被视为理论禁区的公、私法划分问题，<sup>(58)</sup> 论证了现代国家区分公法、私法的必要性。只有强调公、私法的区分及私人自治，在民事生活中实行当事人意思自治、合同自由，即由当事人自己决定他们之间的权利义务，只在发生纠纷时才由国家出面作“第二次性”干预，<sup>(59)</sup> 才能确立私人自治的相对独立空间，才能建立适应社会主义市场经济本质和体现其内在要求的法律体系。社会主义市场经济法律体系以承认公法与私法的区别并正确划分公法与私法为前提，存在两类性质不同的法律关系。一类是法律地位平等的主体之间的关系，另一类是国家凭籍公权力对社会生活进行干预的关系，由此决定了规范这两类关系的法律、法规性质上的差异，并进而形成了不同性质的诉讼程序，形成私法的世界，公法原则上不得入内的效应，同样公权力也不能按照私权利的运行机制运作。对于任何法律、法规，若不究明其属于公法或属于私法，就不可能正确了解其内容和意义，不可能正确解释和适用。<sup>(60)</sup>

我国的自愿离婚制度经历了从严格到宽松，从管制到自治的发展历程。协议离婚制度沿着注重个体自由、尊重当事人意思自治，体现对当事人的人本关怀之脉络演进，自由充分、限制不足的离婚制度也带来了一系列的社会问题，“假离婚”的产生就具有代表性。在张扬“意思自治”“私人事务”等自治理念的同时，国家对离婚自由则应该通过明确且正当的途径加以介入，国家对离婚自由的干预程度以及干预路径的确定则考验着法律人的智慧。而法院在审理“假离婚”案件中，区分公法关系和私法关系的原则，则彰显了私法对公权力介入方式和底线的认识，凸显了法院的实践智慧：首先，最大程度保障当事人的离婚自由。在“假离婚”的裁判上，于私人领域，只要当事人自愿离婚的，则肯定离婚的法律效果。“刘×与周×夫妻财产约定纠纷案”<sup>(61)</sup>（案例18）便是典型的例证，该案法院的裁判思路如下：其一，于身份关系层面上，肯定双方离婚的法律效力，确认双方的婚姻关系已经解除。其二，于财产关系层面上，审查离婚协议中财产处分的意思，确认原告将涉案

(58) 梁慧星 《中国民法立法史·现状·民法典的制定》，载梁慧星 《民法学说判例与立法研究》，中国政法大学出版社1993年版，第73页。

(59) 同前注 [58]。

(60) 王家福 《关于社会主义市场经济法律制度建设问题》，<http://www.people.com.cn/GB/14576/15097/2369528.html>，最后访问日期：2017年1月7日。

(61) 基本案情：原告刘×和被告周×原系夫妻，刘×在北京市海淀区有一套房屋。周×为了获得银行贷款购车，与刘×协议离婚并且将房屋过户给周×。其后，双方因家庭琐事关系恶化，并分开生活，重新签订了财产协议，现诉至法院，请求被告周×将房屋过户给原告刘×。

楼房过户到周×名下，其目的是为了从银行获取贷款，并非真实的意思表示，而双方分居时签订的财产协议才是关于财产处分的真实意思。其三，于公法层面，给予双方以制裁。法院指出原、被告为购车办理假离婚和假离婚获取银行贷款是错误的，给予批评。其次，划定了国家介入离婚自由的界限。“假离婚”不仅仅反映的是社会风气的问题，也折射出国家在某些政策制度设计的不完善，<sup>(62)</sup> 由于政策本身缺乏长远性、全局性的考虑，出台的政策缺乏应有的周延性，为当事人通过假离婚的方式“投机取巧”创造了条件，造成调整政策的效果不彰，这意味着需要深刻反省的不仅是“假离婚”的当事人，还有我国既定的政策。国家介入离婚自由的合理途径是：加强外部的管控，对“假离婚”当事人进行批评教育和惩治，并堵塞政策漏洞，在公法领域，离婚的法律效果并不当然被承认。

事实上，基于“假离婚”所引发的法律纠纷，相关执法机关也已经意识到既有政策中的漏洞，基于区分原则采取积极的行政手段和政策手段，填补相应的政策漏洞，增强政策的周延性，主要包含以下几种进路：一是以离婚时间为标准，实行差别化信贷的进路。该进路针对现阶段“假离婚”的主要目的是为了获得购房贷款，国家在制定信贷政策时，依据当事人的离婚时间，实施差别化的信贷政策，在一定时间范围内离婚的当事人不能享受贷款优惠。如中国人民银行《关于加强北京地区住房信贷业务风险管理的通知》要求，“对于离婚一年以内的房贷申请人，各商业银行应参照二套房信贷政策执行；申请住房公积金贷款的，按二套住房公积金贷款政策执行”。二是以离婚时间为标准，实行差别化配置宅基地资格的进路。该进路主要是针对区域位置较好的农民，借由离婚获得建房资格，以获得土地增值收益的行为，规定只有离婚一定时间以上，当事人才具有另行申请建房的资格。如厦门市同安区《关于进一步规范农村村民住宅用地审查有关事项的通知》要求，“凡属离婚前夫妻之一名下已有住房或曾批准过宅基地的，离婚后二年内不得再申请新批宅基地”。三是加重离婚购房风险的进路。该进路要求只有一方未分得住房，且没有贷款时，才能获得购房资格，这加重了当事人通过“假离婚”手段获得购房资格的政策风险，意味着夫妻一方需要净身出户，且在无房贷记录的场合，才能购买“一套房”。如广州市人民政府办公厅《关于进一步完善我市房地产市场平稳健康发展政策的通知》要求，“本市户籍居民家庭继续执行限购2套住房（含新建商品住房和二手住房，下同）的政策；本市户籍成年单身（含离异）人士在本市限购1套住

(62) 参见新华网《“假离婚”背后的“真问题”》，[http://news.xinhuanet.com/comments/2016-09/13/c\\_1119548486.htm?\\_yyue=a21bo.50862.201879](http://news.xinhuanet.com/comments/2016-09/13/c_1119548486.htm?_yyue=a21bo.50862.201879)，最后访问日期：2017年1月7日。

房”。在应对“假离婚”引发的法律纠纷问题上，公法关系与私法关系区分的裁判原则恰恰契合了公、私法二分的现代法律体系框架，不仅可以妥帖地平衡各方的利益冲突，而且可以弘扬现代法的理念。

## 结 论

法律作为调整人们行为之规范的总和，其重要价值即在于保护合法权益。遵法守法依法行事者，其合法权益必将受到法律保护；反之，不遵法守法甚至违反法律者，因其漠视甚至无视法律规则，就应当承担不受法律保护或者受到法律追究的风险。<sup>(63)</sup> 当事人“假离婚”的原因形形色色，其目的均是为了追求法外利益，荡涤着本已十分脆弱的家庭伦理，但是我们不能期待以婚姻法包打天下，对相关行为的规制需要选择对应的恰当手段。司法智慧中的“隔离技术”及“区分原则”不啻为一种极佳的选择。既然身份关系层面对“假离婚”只能有不二的评价，那么就应合理阐释“假离婚”的法律性质，对相关行为实施恰如其分的规制。当然在立法论层面，可以借鉴其他国家立法例，设置婚姻考虑期，使双方对已经达成的离婚协议及产生的法律后果进行认真、冷静的考量，但是世界各国的考虑期并不一致：俄罗斯规定为1个月，瑞士规定为2个月，法国规定为6个月，结合我国的具体情况和法律传统，可以规定为1个月。<sup>(64)</sup> 这样不但可以避免当事人“草结草离”，也增加了当事人实施“假离婚”的时间成本。实务中也可以探索限制当事人复婚的时间间隔，如规定当事人离婚一定期间后，才能复婚。只有这样数管齐下，才能填补政策漏洞，从根本上消弭“假离婚”对相关法律、政策以及道德底线的冲击。

(责任编辑：赵 玉)

(63) 参见最高人民法院(2016)民再申字第149号民事判决书。

(64) 同前注[34]，第126页。

Key Words: Right to Defense; Legal Positivism; Legal Argument; Judgment as Central  
Chen Zhaoxin , Researching Assistant of Law and Society Center of Koguan Law  
School , Shanghai Jiao Tong University

***The “Fake Divorce” under Judicial Logic***

CAI Lidong · LIU Guodong · 128 ·

The judicial wisdom of the judgments on “fake divorce” is to carry out the principle of distinction: to distinguish the motive and content of expressed intentions so as to confirm the legal effect of the intention to terminate marriage; to distinguish identity and property relationship so as to clarify the different legal effects lead by the intention to terminate marriage; to distinguish the effects of public law and of private law so as to solve the secondary problems caused by “fake divorce”. Compared with the idea of defining “fake divorce” as “collusion of false divorces” brought up by some scholars , the principle of distinction insisted by judicial practice fits more on the legal structure of divorce , the operation mechanism of divorce and the legal logic of distinguishing public law and private law. Therefore , it is definitely the best way to solve the disputes of interests and conflicts in legal evaluation caused by “fake divorce”.

Key Words: Fake Divorces; Judicial Wisdom; Collusion of False Expression; Distinction

Cai Lidong , Professor and Doctorial Supervisor of Jilin University School of Law , Research Specialist of Collaborative Innovation Center of Judicial Civilization , Young Scholars of “Chang Jiang Scholars Program”; Liu Guodong , Ph. D. Candidate of Collaborative Innovation Center of Judicial Civilization.

***Law Abroad***

***The Prosecutor Training System in England and Wales and its Inspiration***

Lü Zehua · 150 ·

The features of the prosecutor training system mainly include origin , classification selection , training , assessment and professional ethics construction of the prosecutor , etc. Inspecting the running condition of the CPS in England and Wales from 2011 – 2015 , the author finds that the prosecutor training system in England and Wales has its own characters in the respects of human resource management , performance management , method of work and operating mode etc. It exist some problems , such as racial discrimination , Inharmony with the police , lack of professional security , etc. These problems are reflections of traditional radical old habits , and have their inherent causes of Relationship between the police and the prosecutor as well. Rethinking the prosecutor system in England and Wales and making its reasonable elements for reference , the author advises that we should construct a prosecutor selection system in legal professional community , establish an effective prosecutor training system , set up a comprehensive and careful prosecutor assessment system considering both process and result , create an unified prosecutor professional value notion and a prosecutor management system with “human centered”.

Key Words: England and Wales; Prosecutor Training; Legal Professional Community; Professional Value Notion

Lü Zehua , Associate Professor of Law School of Qing Dao University , Post Doctor of Law , Visiting Scholar of Oxford University and Goethe University Frankfurt.