

中共婚姻法上之離婚類型*

郭 振 恭 **

目 次

壹、序 論	(一)起訴與受理
貳、中共婚姻法上之協議離婚	(二)審理
一、中共婚姻法上協議離婚之要件	(三)判決
(一)實質要件	二、離婚程序之特別規定
(二)形式要件	(一)對於現役軍人的特殊保護
二、分析檢討	(二)對於女方的特殊保護
參、中共婚姻法上之調解離婚	三、判決離婚之標準
一、訴訟外之調解離婚	(一)夫妻感情是否確已破裂，是准予 或不准予離婚的原則界限
二、訴訟上之調解離婚	(二)如何認定夫妻感情是否確已破裂
三、分析檢討	(三)最高人民法院之具體意見
肆、中共婚姻法上之判決離婚	四、分析檢討
一、離婚之訴訟程序	伍、結 論
(一)管轄	

* 本文為行政院國家科學委員會專題研究計劃「中共婚姻法上之離婚制度」成果報告之一部分，謹此誌謝。惟嗣後續獲新資料，再經斟酌的增補，而成本文，併此註明。

** 東海大學法律學系專任教授。

壹、序 論

按中共婚姻法規定有離婚之程序，而中共婚姻法之沿革，則為：一九三一年十二月一日即已頒布「中華蘇維埃共和國婚姻條例」；其後經修訂，於一九三四年四月八日再頒布「中華蘇維埃共和國婚姻法」。中共於一九四九年占據大陸之後，翌年四月制定「中華人民共和國婚姻法」，同年五月一日施行，此即一九五〇年婚姻法。嗣又於一九八〇年九月十日修改頒布「中華人民共和國婚姻法」，共三十七條，於一九八一年一月一日施行，此即一九八〇年婚姻法。又中共於一九八〇年公布婚姻法後，為貫徹執行婚姻登記之規定，中共民政部經國務院批准，於一九八〇年十一月十一日發布婚姻登記辦法，共有九項規定；嗣該辦法再經重新制定，於一九八五年十二月三十日經國務院批准，於一九八六年三月十五日由民政部發布，共有十五條。從而本文所論述之中共婚姻法上之離婚類型，係以現行有效之一九八〇年婚姻法及一九八六年婚姻登記辦法為主要依據。

依中共婚姻法第二四條：「男女雙方自願離婚的，准予離婚，雙方須到婚姻登記機關申請離婚。婚姻登記機關查明雙方確實是自願並對子女和財產問題已有適當處理時，應即發給離婚證。」及第二五條：「男女一方要求離婚的，可由有關部門進行調解或直接向人民法院提出離婚訴訟。人民法院審理離婚案件，應當進行調解，如感情確已破裂，調解無效，應准予離婚。」以觀，其離婚程序，誠如中共學者所謂可分為雙方自願離婚的程序與一方要求離婚的兩種程序（註一），但仔細區分，則有三種類型，即：(一)雙方自願離婚，亦即協議離婚。(二)調解離婚，又可分為訴訟外的調解離婚及訴訟上的調解離婚。(三)判決離婚（註二）。為明確計，茲就中共婚姻法上之離婚類型分為協議離婚、調解離婚、判決離婚，予以論敘。

（註 一） 請參照主編王光儀、編寫人王光儀、王金沙、王雪珍、林鈞鳳、徐亞龍婚姻法學教程二二二頁，南京大學出版社，一九八八年二月（下簡稱王光儀主編）；主編楊大文、副主編楊懷英、撰稿人楊大文、楊懷英、李忠芳、任國鈞、潘祐周、王德意婚姻法學一六六頁，法律出版社，一九九一年九月（下簡稱楊大文主編）；主編李忠芳、副主編胡仲英中華人民共和國婚姻法概論一六四頁以下，山東人民出版社，一九八六年十二月（下簡稱李忠芳主編）；張賢鈺編著婚姻家庭法律常識一二二頁以下，學林出版社，一九八八年二月（下簡稱張賢鈺編著）。

貳、中共婚姻法上之協議離婚

中共婚姻法上之三種離婚類型，實踐上，早期以判決離較多，但近十年來，協議離婚與調解離婚之比例，有上升現象，就協議離婚而言，全國之件數為：一九八〇年約十八萬件、一九八一年約十八萬六千件、一九八二年約二十一萬件、一九八三年約二十萬件（註三）、一九八四年為十九萬八千九百六十二件、一九八五年為二十三萬八千零十二件、一九八六年為二十一萬三千五百四十四件、一九八七年為二十三萬五千九百九十七件、一九八八年為二十六萬三千八百三十三件（註四）。其件數略少於調解離婚，但多於判決離婚（另如後述）。

中共學者對雙方自願離婚程序均認為雙方自願離婚是有條件的，而不是無條件的，是由國家機關批准認可的，而不是聽任當事人自行其是的，云云（註五），其雖未稱之為雙方自願離婚之要件，但顯認雙方自願離婚之成立有效須具備一定之要件。從而就中共婚姻法上之協議離婚，再分為協議離婚之要件與分析檢討二款，予以論敘。

一、中共婚姻法上協議離婚之要件

（一）實質要件

（1）當事人須有離婚的合意

中共婚姻法第二四條規定，男女雙方自願離婚的，准予離婚。因此當事人須有離婚的合意，為協議離婚的要件之一，甚為明瞭。從而中共學者謂：離婚的合意必

（註 二） 我國學者戴東雄將中共離婚型式分為三種，即：協議離婚、調解離婚、判決離婚，請見所撰中共婚姻法與繼承法之研究六五頁以下（行政院大陸委員會委託），八一年六月；黃宗樂則將之區分為四種類型；即：純粹的協議離婚、訴訟外的調解離婚、訴訟上的調解離婚、判決離婚，請參照所著關於海峽兩岸婚姻、收養及繼承法律問題的研討十八頁（八一年八月一日海峽交流基金會法律業務研討會）；林秀雄將之區分為三種形態，即：兩願離婚、判決離婚、調解離婚，請參照所著海峽兩岸離婚形態之比較，載中國大陸法制研究第二輯六五頁以下。

（註 三） 參照加藤美穗子著十億人民：中國人離婚制度，判例タイムズ六二一號五七頁，引自林秀雄著中共之協議離婚，法學叢刊一四一期三二頁。

（註 四） 參照田嵐著前揭文四六頁。

（註 五） 請參照王光儀主編二二三頁、楊大文主編一六六頁、李忠芳主編一六四頁、張賢鈺編著一二二頁。

須是完全真實的，而不是出於其他目的所作的虛偽表示。離婚的合意必須是自願決定的，出自夫妻雙方各自的真實意願，而不是受對方或第三人詐欺、脅迫而造成的。離婚當事人必須是有行為能力的，否則應依訴訟程序處理。離婚協議的內容必須是合法的，例如各種附條件、或附期限的離婚，均在禁止之列（註六）。

中共學者陳小君在「試析假離婚騙離婚」一文中謂：「近年來，在各級民政部門和司法機關的工作實踐中，出現了為數不少的因假離婚與騙離婚而引起的糾紛。所謂假離婚，就是雙方當事人為了達到某種共同的個人目的，相互約定暫時離異，待既定目的實現後，再復婚的違法行為。所謂騙離婚是指男女當事人一方為了自己某種不可告人的目的，騙取離婚的違法行為。假離婚與離婚不是離婚行為，在對其處理及適用法律上，司法實踐中有兩種不同觀點，一是認為假離婚與騙婚都是違法離婚，一律認定無效，有關部門對其一方的翻悔糾紛均應收案辦理；另有意見指出，兩種行為應區別對待；騙離婚是一方對另一方的欺瞞，形式上實質上都是違法的行為，若受騙方發現上當，提出異議，應認定無效，而假離婚是出于雙方當事人一致的合意，符合協議離婚的實質要件，雖形式違法，如已辦理離婚手續，既使一方翻悔，也不發生無效的法律後果，可以認為當事人咎由自取。筆者比較贊同後者觀點，但同時覺得，每一糾紛發生發展的情況不同，認定時所依據的法律條款尚有區別，處理時，應具體問題具體分析」（註七）。

(2)當事人須對子女及財產作適當處理

中共婚姻法第二四條規定：「男女雙方自願離婚的，准予離婚，雙方須到婚姻登記機關申請離婚。婚姻登記機關查明雙方確實是自願，並對子女和財產問題已有適當處理時，應即發給離婚證。」及婚姻登記辦法第七條第二項規定：「男女一方要求離婚，或雙方要求離婚但對子女撫養和財產處理未達成協議的，婚姻登記機關不予受理。」參互以觀，當事人對子女及財產作適當處理，為協議離婚實質要件之一。

所謂雙方必須對子女及財產問題作出適當處理，也就是對離婚後子女由何方扶養，扶養費如何負擔，夫妻共同財產如何分割，共同債務如何清償以及離婚後一方是否需要經濟幫助等問題，都要達成一致的協議，協議的內容不能違背婚姻法所規

（註 六） 參照楊大文主編一六六頁、李忠芳主編一六四—一六五頁。

（註 七） 參照陳小君著試析假離婚與騙離婚，載於中國政法學院學報（一九八九年三月）六一—一六三頁。

定的男女平等、保護婦女、兒童合法權益等原則和其他有關規定，也不得帶有其他附加條件或故意回避法律，侵害第三人的合法權益。如果夫妻雙方雖然都同意離婚，但在子女扶養、財產分割等問題上仍有爭執，雖經婚姻登記機關進行調解，仍不能取得一致意見時，婚姻登記機關就予以不予辦理離婚登記（註八）。

(二)形式要件

中共婚姻法第二四條規定協議離婚須履行法定的行政程序，即雙方須到婚姻登記機關申請離婚，婚姻登記機關查明具備實質要件，應即發給離婚證。從而履行離婚登記即為協議離婚之形式要件。

辦理離婚登記的機關，依婚姻登記辦法第七條第一項之規定，須雙方親自到一方戶口所在地的婚姻登記機關申請離婚登記。依同辦法第三條之規定，辦理婚姻登記的機關，在農村是鄉、民族鄉、鎮人民政府，在城市是街道辦事處或區人民政府、不設區的市人民政府。距離婚登記機關路程較遠、交道不便的地方，縣（旗）人民政府可以委託就近的有關基層單位辦理（註九）。

至於離婚登記的程序，可分為申請、審查和登記三個環節（註一〇）：

(1)申請——要求離婚的當事人雙方，於申請時，應持居民身分證或戶籍證明和結婚證，按照要求填寫離婚申請書，如實回答婚姻登記機關提出的有關問題。登記機關如果發現當事人有違反婚姻法的行為而故意隱瞞的，應當予以批評教育，情節嚴重的，應提請人民法院處理。

(2)審查——婚姻登記機關對離婚申請要進行嚴肅認真的審查，幫助當事人對離婚問題作慎重的考慮。根據情況，可作必要的調解和好的工作，但登記機關的調解必須符合自願、合法的原則，決不能帶有強制性。審查時，必須查明以下幾個方面的情況：①離婚是否確實出於雙方自願，有無一方欺騙或脅迫對方的情況，是不是由於口角出於一時氣憤而雙方都表示同意離婚，是不是雙方為了達到其他目的而搞虛假的離婚等等。②對子女是否有適當安排。雙方協議子女由誰扶養，扶養費的負擔是否合理，扶養費的給付辦法是否妥當，關於子女扶養教育的協議內容是否有利於子女的健康成長等等。③對財產和生活問題是否已有適當處理。雙方對夫妻共同

(註 八) 參照張賢鈺編著一二二——一三三頁。

(註 九) 參照劉英等編著婚姻家庭法律五一頁（法律出版社、一九九〇年三月）。

(註一〇) 參照楊大文主編一六七頁、李忠芳主編一六五——一六六頁、張賢鈺編著一二三——一二四頁。

財產的分割是否合理，共同生活時所負的債務如何清償，如果離婚後一方生活有困難，雙方是否就經濟幫助問題達成協議等等。

(3)登記——婚姻登記機關在查明雙方確實是自願離婚，並對子女和財產問題已有妥善處理時，應發給離婚證，作為婚姻關係合法解除的根據。如果發現雙方或一方對離婚問題並非真正自願，或者雖然是雙方自願離婚，但在子女、財產問題上無法達成協議時，均不予登記。當事人間的糾紛，依訴訟程序申人民法院處理。

再者，依婚姻登辦法第七條第一項之規定，就男女雙方之自願離婚，婚姻登記機關查明情況屬實，准予離婚登記，發給離婚證時，並應收回結婚證。

此外，離婚證書是法律文件，婚姻登記機關制作的離婚證書自送達當事人後，即具有法律效力；因此自當事人取得離婚證書之日起，原婚姻關係即告解除。離婚後一方反悔，原離婚書仍然有效，因為法律不是兒戲，不能因當事人的反覆無常而改變。如果離婚後雙方又願意恢復夫妻關係，應該按復婚來處理（註一一）。

二、分析檢討

採取協議離婚制度之國家，如我國、日本、韓國，就協議離婚此一法律行為，於民法上均設有其成立之實質要件與形式要件（註一二），則中共婚姻法亦採取協議離婚制度，而離婚行為之成立，以當事人之合意為基礎外，尚須具備其他之實質要件及形式要件，就當事人之協議離婚，採取干預主義，不放任當事人之恣意行之。自中共婚姻法上之協議離婚行為須具備一定要件，始行成立生效之立場言，固無不合。

中共婚姻法以當事人須對子女及財產作適當處理為協議離婚實質要件之一，此與前述各個國家之規定有所不同。按協議離婚既屬法律行為，則其成立生效，自以具有意思能力之當事人有離婚意思之合致，並完成法定之離婚方式為已足，至於離婚後子女之監護、扶養、夫妻財產之處理，則為離婚之效力，亦即離婚行為成立生效後始發生之問題。由此觀之，中共婚姻法以當事人對子女及財產之適當處理為協議離婚實質要件之一，在理論上不無可議。惟中共學者似未對此有所評述，設此要

（註一一） 參照法律問題解答一一九頁（北京大學法律系法律問題解答編寫組編、一九八五年七月、人民日報出版社出版）。

（註一二） 詳請參照陳棋炎、黃宗樂、郭振恭共著民法親屬新論一九四頁以下（黃宗樂），戴炎輝、戴東雄合著二〇八頁以下，史尚寬著親屬法論四一四頁，中川淳著親族法逐條解說一三二頁以下（日本加除出版），金容漢著韓國。親族相續法一四一頁以下（日本加除出版），遠藤浩等編民法(8)親族一〇五頁以下（有斐閣）。

件，或許有其實際上之必要。當然，於協議離婚時即併對離婚後子女及財產之處理達成協議，減少離婚後之紛爭，的確有其作用，就此而言，中共婚姻法明定當事人對子女及財產作適當處理為協議離婚實質要件之一，亦有其特色。

當事人協議離婚須向婚姻登記機關為離婚登記之申請，此為形式要件，自保障當事人離婚意思確實，及公示婚姻關係之消滅言，此要件之設立，殊有必要。惟婚姻登記機關對於當事人之此項申請，須調查其是否確實出於自願，有無虛偽或受詐欺、脅迫之情事，與對子女有無適當安排及財產已否適當處理，經查明確為自願離婚，與對子女及財產已有適當處理，始准予登記，發給離婚證，足見婚姻登記機關對離婚登記之申請，係採取實質審查主義，而非形式審查主義。此與婚姻登記機關對結婚登記之申請，非僅從形式上審查其與法令是否符合而已，而為從實質上審查其是否具備結婚之要件者（註一三），完全相互一致。且婚姻登記機關於調查後，發現當事人未備協議離婚之實質要件時，應不予登記，又因婚姻登記機關對協議離婚要件之審查係採取實質審查主義，則婚姻登記機關職權之廣泛，可以概見。

再者，對離婚之合意此一要件，中共學者強調須出自夫妻雙方各自之真實意願，不是出於其他目的所作之虛偽表示，而如有假離婚之情事，司法實踐上有認其離婚為無效者。由此觀之，其對離婚意思固採實質意思，而非形式意思。惟其司法實踐上，另有認為，假離婚亦出於雙方當事人一致的合意，符合協議離婚的實質要件，辦理離婚手續後，一方翻悔，為咎由自取，不生無效的法律效果云云，依此，中共婚姻法以當事人須有離婚之合意為協議離婚之實質要件，但就離婚之合意，究採實質意思或形式意思，適用上則未盡一致，有所歧異，而難以確切掌握。

復次，協議離婚既為法律行為，自不免有無效與撤銷之情事（註一四），惟中共學者似未對此有所論敘（註一五）。按婚姻登記機關對於離婚登記之申請，發現

（註一三） 中共婚姻法對結婚登記之申請亦採取實質審查主義，詳請參照拙著中共婚姻法上婚姻成立之研究一九一一二〇頁，國科會專題研究計劃成果報告（七十八年五月）。

（註一四） 關於協議離婚無效與撤銷之原因，詳情參照拙著論兩願離婚無效與撤銷之原因及其訴訟，載台大法學論叢第二十一卷第二期四〇七頁以下。

（註一五） 兩願離婚無效與撤銷制度之建立，須先建立婚姻無效與撤銷之制度，但中共婚姻法迄未建立婚姻無效與撤銷之制度。婚姻登記辦法第九條固規定婚姻登記機關發現婚姻當事人有違反婚姻法的行為，或在登記時弄虛作假，騙取結婚證的，應當宣布該項婚姻無效，但誠如中共學者楊大文、劉素萍、龍翼飛於「關於健全我國婚姻登記制度的法律思考」一文所論：實際上，婚姻無效問題是比較複雜的。處理婚姻無效問題，既要規定引起婚姻無效的具體情形，也要規定處理婚姻無效的具體程序，還應規定婚姻無效的具體法律

當事人有違反實質要件之情事，固可不予登記，但如應不受理申請，竟因審查之疏忽，仍為離婚之登記時，即發生無效或撤銷之情事。詳言之，當事人有通謀虛偽之離婚意思表示，一方受他方詐欺、脅迫而為離婚之表示，無意識或精神錯亂中所為離婚之表示，附條件或附期限之離婚表示等情形，則已完成之離婚登記，其效力若何？即須依無效或撤銷之理論決定之。惟觀之前述中共學者謂離婚當事人須有行為能力，否則應依訴訟程序處理云云，或謂附條件或附期限之離婚，均在禁止之列云云，或謂假離婚與騙離婚均為違法離婚，均應無效等或云，或謂假離婚是當事人咎由自取，不生無效之後果云云，並未完全一致，足見中共婚姻法建立協議離婚無效與撤銷制度之必要，以期合理、完善。

叁、中共婚姻法上調解離婚

對於夫妻一方要求離婚而另一方不同意的離婚糾紛，或者雖係雙方自願離婚，但在子女、財產等問題上無法達成協議時，即依訴訟程序辦理。依中共婚姻法第二十五條第一項規定：「男女一方要求離婚的，可由有關部門進行調解……」，第二項規定：「人民法院審理離婚案件，應當進行調解……」，足見其調解離婚有二種不同方式，一為訴訟外有關部門的調解離婚，另一為訴訟中人民法院的調解離婚。

就法院調解離婚之件數，一九八四年為二一九八八一件、一九八五年為二二七四八〇件、一九八六年為二五三三七九件、一九八七年為二九〇八〇五件、一九八八年為三二五六四五件，除一九八五年外，其餘各年之件數均多於協議離婚之數目（註一六）。易言之，離婚之實態中，以法院調解離婚之方式為最多。

一、訴訟外之調解離婚

訴訟外的調解離婚，是在有關部門的主持下，對一方要求的離婚糾紛做好調解工作，幫助當事人在自主自願的基礎上，就保持或解除婚姻關係的問題達成協議，

後果及有關責任者應承擔的具體法律責任。這樣，才會使婚姻無效的法律規範得以正確適用和細致操作，云云（載於法律學習與研究十四頁，一九九〇年一月）。足見中共婚姻法對婚姻無效制度之運作，尚有諸多疑問，而欠具體，遑論婚姻撤銷制度之建立（詳情參照拙著前揭中共婚姻法上婚姻成立之研究四九頁—五六頁）。則中共婚姻法尙欠缺協議離婚無效與撤銷之概念，可以概見。

（註一六） 參照田嵐著前揭文四六頁。

有利於正確、及時地處理糾紛，有利於雙方的生產和工作，有利於加強人民的團結，可以使大量的糾紛不經訴訟就得到合理的解決（註一七）。

此所指的有關部門，包括當事人所在的單位、群眾團體、基層調解組織和婚姻登記機關等（註一八）。這些部門接近群眾，在調查了解離婚糾紛的產生原因、進行說服教育等方面，都具有十分有利的條件。通過有關部門調解，不外有以下三種結果：第一，雙方當事人達成和好的協議，決定繼續保持婚姻關係。第二，雙方當事人達成離婚的協議，決定解除婚姻關係。這時，一方要求離婚已經轉化為雙方自願離婚，當事人可按婚姻法第二十四條的規定，到婚姻登記機關辦理離婚登記。第三、調解無效，一方仍然要求離婚，他方堅決不同意，離婚糾紛須按訴訟程序處理。（註一九）惟上開當事人達成離婚協議之情形，除雙方同意離婚外，並須就子女、財產問題達成協議，始可按雙方自願離婚的程序，向婚姻登記機關申請辦理離婚登記（註二〇）；易言之，並非雙方同意離婚，即為已達成離婚的協議，是宜注意。

對於一方要求離婚的糾紛來說，有關部門的調解實際上是一種預備程序，如果糾紛在此過程中已獲解決，就無須提出離婚之訴，即使未獲解決，前一階段的調解也為法院的審理作了某種程度的準備。但是，有關部門的調解並非提出離婚訴訟的必要程序。要求離婚的一方，亦可根據實際情況和本人的意願，直接向人民法院起訴。有關部門對此不得阻止，法院也不得以未經有關部門調解為理由而不受理案件（註二一）。易言之，訴訟外之調解離婚與訴訟上之調解離婚，就是否為離婚訴訟之先程序上，有所不同，即法院之調解離婚為審理離婚訴訟之必經程序，但訴訟外之調解離婚則不是處理離婚糾紛的必經程序，而是在當事人自願的前提下進行，要求離婚的一方當事人得不經過訴訟外的調解而直接向人民法院提出離婚請求（註二二）。

二、訴訟上之調解離婚

依據婚姻法第二五條第二項規定：「人民法院審理離婚案件，應當進行調解，

（註一七） 參照楊大文主編一七一頁。

（註一八） 參照楊大文主編一七一頁、張賢鈺編著一二四頁。

（註一九） 同上。

（註二〇） 參照張賢鈺編著一二四頁。

（註二一） 參照楊大文編著一七一——一七二頁。

（註二二） 參照李忠芳主編一六九——一七〇頁。

如感情確已破裂，調解無效，應准予離婚。」足見訴訟上之調解離婚是人民法院審理離婚案件的必經程序，未經調解不得逕行判決，人民法院所進行的訴訟過程中的調解是司法機關行使審判職能的一個重要方面。在審判人員主持下，人民法院通過調解，幫助當事人提高認識，分清是非，互相諒解，解決爭端，促使雙方重歸於好。（註二三）訴訟上的調解離婚也是人民法院按照法律對當事人進行說服教育的過程，由於離婚案件的具體情況各不相同，調解工作可以根據每個案件的具體情況而有所側重，可以向夫妻和解方面調解，也可以向離婚方面調解，但一般來說，應當首先做調解和好的工作。（註二四）

人民法院受理離婚案件後，要依靠當事人所在單位組織和群眾，反覆對當事人進行調解工作，只要有和好可能關係，就應多做調解和好工作。如果經過大量調解和思想工作，事實證明雙方感情確已完全破裂，和好無望時，也可以做調解離婚工作，凡是可以用調解方式解決的，就盡可能以調解方式結案。只有調解無效，才能依法判決。實踐證明，即使調解的結果是離婚，也有利於消除當事人之間的對立情緒，從而比較自覺地履行調解書中所達成的協議，有利於調動各方面的積極因素，努力參加生產、工作和學習，促進國家建設和社會進步（註二五）。

人民法院調解之結果，同樣會有三種不同的結果。(1)一種是離婚訴訟因雙方達成和好的協議而撤銷。(2)另一種是因雙方達成離婚的協議而終止（這種離婚也是出於雙方自願的，其性質與依登記程序辦理的離婚無異，兩者均可稱為協議離婚）。雙方達成離婚的協議後，法院即制作離婚調解書發給當事人數執，調解書與判決書具有同等的法律效力，它是婚姻關係業經合法解除的根據。經法院調解離婚的，無須再至婚姻登記機關辦理離婚登記。(3)再一種是如果協議不成，調解無效，人民法院即可依法判決。（註二六）上開第一種情形，雙方達成同意和好的協議，可由原由片面撤訴，也可由法院制作調解和好筆錄，由雙方簽字後存卷，一般不必發給調解書。第二種情形，由人民法院按協議離婚內容制作離婚調解書送達雙方收存。至於第三種情形，經調解無效，人民法院應當以事實為根據，以法律為準繩，作出准予離婚或不准離婚的判決。（註二七）

（註二三） 參照張賢鈺編著一二五頁。

（註二四） 參照李忠芳主編一六七頁、楊大文主編一七二頁。

（註二五） 參照張賢鈺編著一二五頁。

（註二六） 參照楊大文主編一七二頁。

（註二七） 參照張賢鈺編著一二五——一二六頁。

三、分析檢討

中共婚姻法上調解離婚之二種方式，其目的固均同在解決當事人婚姻之紛爭，但在程序上則有不同，訴訟上之調解為進行離婚訴訟必經之程序，由人民法院行之，訴訟外之調解則非進行離婚訴訟之必經程序，而由有關部門主持之。而經調解成立，雙方達成離婚協議時，如為訴訟上之調解，即由法院制作調解書發給當事人收執，因婚姻關係業已消滅，當事人無須再向婚姻登記機關辦理離婚登記，但如為訴訟外之調解，當事人雖在有關部門協議離婚，仍須向婚姻登記機關辦理離婚登記。雖其程序及效力有所差異，但如中共學者所言：「無論訴訟外的調解還是訴訟內的調解，都要堅持合法、自願的原則，盡量用調解的辦法解決糾紛，這對於社會安定，人民的團結都是有意義的，訴訟外的調解可以減少訴訟，訴訟內的調解可以減少判決，但也不能久調不決。因此，判決可以彌補調解之不足。幾個方面互相補充。這就形成了我國處理離婚訴訟程序完整的一套工作方法和制度。」（註二八）

中共學者雖然強調對離婚糾紛進行調解之必要性，認為：離婚糾紛是夫妻矛盾激化的一種表現形式。但離婚糾紛所要解決的只是婚姻關係的存廢問題，而不是解決敵我矛盾問題本身。夫妻感情是婚姻關係存續的基礎，不管是什麼原因而導致離婚糾紛，都是通過感情的變化而起作用，而感情又會受各種因素的影響，它是不斷發展變化的，因主、客觀原因，夫妻感情可以由好變壞，也可以由壞變好。對於人民內部矛盾，對於感情問題，只能採取民主的、說服教育的方法來解決。因此，處理離婚糾紛，主要用調解的辦法。幾十年來的實踐證明，調解是解決離婚糾紛行之有效的方法。調解有利於解決糾紛，有利於團結。用調解的方法解決民事糾紛，這是我國的一個創造。早在民主革命時期，就初步形成了人民調解制度。建國後，城鄉普遍建立了人民調解委員會。人民調解委員會在基層人民政府和基層人民法院的指導下，調解處理了大量的民事糾紛，其中包括很大比重的離婚糾紛。對離婚糾紛的調解，除基層調解組織外，還主要是由當事人所在單位進行調解，當事人所在單位往往主動做調解工作，由於了解情況，工作起來方便，能抓住關鍵，因此能收到較好的效果。由於調解組織和所在單位的調解工作不傷感情，易於為群眾所接受，有利於當事人間的和解，能防止矛盾激化。因此，這種訴訟外的調解方式深受廣大群眾的歡迎。人民法院在審理離婚案件時，在查明事實，分清是非的基礎上，也要

（註二八） 參照王光儀主編二二五頁。

首先進行調解。事實上，各基層人民法院通過調解使當事人雙方達成協議而結案的，始終占所受理的離婚案件的絕大部分，用判決方式結案的，只是一小部分。事實證明，調解是人民法院處理離婚糾紛的有效方法。云云（註二九）。謹按，調解固為解決離婚糾紛之重要方法，不論其為訴訟外之調解抑為訴訟上之調解，中共婚姻法規定離婚之調解制度，自屬必要，亦為正確，惟關於調解之實施，諸如調解期日、調解處所，得否公開等則未見其婚姻法或婚姻登記辦法有所規定，中共民事訴訟法第八章即第八十五條至九十一條固規定有調解此一程序（註三〇），勿論此乃泛指人民法院所審理之民事案件，且其規定亦未涉及實施調解之具體程序，更與訴訟外之調解離婚無涉，而離婚事件屬家事紛爭，與一般之財產紛爭，性質上有所差異，但中共之婚姻法及民事訴訟法亦均未就此為特別之規定，似有待較詳細之規定，以期妥適。

當事人之提起離婚訴訟並不以曾踐行訴訟外之調解為必要，即當事人得不經調解而逕行提起離婚之訴，但人民法院就離婚訴訟為判決前，則須經調解，即必須先經人民法院之調解，人民法院始得就離婚訴訟為判決，從而訴訟上之調解為離婚判決之前置程序。此與我民事訴訟法第五七七條規定提起離婚之訴者，於起訴前應經法院調解者，程序上尚有所差異。

此外，不論訴訟外或訴訟上之調解，如調解未達成協議，中共學者稱之謂「調解無效」之情形。惟一方要求離婚，他方不同意，即協議不成時，應為「調解不成立」，而非調解成立，但有因無效情事，其調解應歸於無效者之所謂調解無效。從而以調解離婚未達成協議，而稱之為「調解無效」，在用語上似欠妥當。

肆、中共婚姻法上判決離婚

依中共婚姻法第二五條第二項之規定，人民法院就離婚案件，經踐行調解程序，當事人如未能成立調解時，即應就該離婚案件為判決。判決有兩種可能，一種是判決離婚，一種是判決不准離婚。准予或不准予離婚的法定理由是：“如果感情已

（註二九） 參照李忠芳主編一六八一—一六九頁。

（註三〇） 中共民事訴訟法係一九九一年四月九日其第七屆全國人民代表大會第四次會議通過。又，關於其法院之調解程序並請參照楊建華著大陸民事訴訟法八三頁以下。

破裂，調解無效，應准予離婚”；“如果感情尚未破裂，法院可以判決不准離婚”（註三一）。茲分為離婚之訴訟程序、離婚程序之特別規定、判決離婚之標準、分析檢討等各款，予以論敘。

一、離婚之訴訟程序

(一)管轄

中共民事訴訟法對離婚訴訟之管轄，並無特別之規定，因此即與一般之民事訴訟，無所差異。即依中共民事訴訟法第二二條第一項規定，離婚訴訟亦係由被告住所地人民法院管轄，被告住所地與經常居住地不一致的，由經常居住地人民法院管轄。惟依同法第二三條之規定，如有下列各款情事，則例外由原告住所地人民法院管轄：(1)對不在領域內居住的人提起的有關身分關係的訴訟；(2)對下落不明或者宣告失蹤的人提起的有關身分關係的訴訟；(3)對被勞動教養的人提起的訴訟；(4)對被監禁的人提起的訴訟。由此可知，中共民事訴訟法關於一般地域管轄，採取「以原就被」之原則，另又規定「以被就原」之例外（註三二）。

(二)起訴與受理

原告起訴時，須遞交起訴狀，並提出副本；書寫起訴狀有困難的，可以口頭起訴，由人民法院記入筆錄，並告知對方當事人（中共民訴一〇九條）。起訴狀應記明當事人的姓名、性別、年齡、職業及其他足資識別之事項；訴訟請求和所根據的事實與理由；證據和證據來源，證人姓名和住所（同法一一〇條）。人民法院於收到離婚起訴狀或口頭起訴，經審查認為符合起訴條件的，應當在七日內立案，且於立案之日起五日內將起訴狀副本發送被告，被告在收到之日起十五日內提出答辯狀；經審查，認為不符合起訴條件的，應當在七日內裁定不受理（同法一一二條、一一三條）。

至於法院不受理原告離婚之訴之情形，例如男方於女方懷孕期間或分娩後一年內起訴者；或經法院判決不准離婚或調解和好的離婚案件，沒有新情況、新理由，原告在六個月內又起訴的（同法一一一條六、七款·婚姻法二七條）。原告對於不受理之裁定，可以提起上訴（中共民訴一一二條後段）。

(三)審理

中共民事訴訟法第一二〇條規定：「人民法院審理民事案件，除涉及國家秘密

（註三一） 參照王光儀主編二二五頁。

（註三二） 參照楊建華著大陸民事訴訟法二三—二四頁。

、個人隱私或者法律另有規定的以外，應當公開進行。離婚案件，涉及商業秘密的案件，當事人申請不公開審理的，可以不公開審理。」足見離婚案件，仍以公開審理為原則，以不公開審理為例外。

中共民事訴訟法第六二條另規定：「離婚案件有訴訟代理人的，本人除不能表達意志的外，仍應出席；確因特殊情況無法出庭的，必須向人民法院提交書面意見。」從而當事人於離婚訴訟以親自出庭為原則。

(四)判決

依中共婚姻法第二五條第二項的規定，如果感情確已破裂，調解無效，可以判決離婚；反之，如果感情尚未達到確已破裂的程度，即使調解和好無效，也可以判決不准離婚。應該注意，第一審法院宣布離婚判決後，從判決生效之日起，婚姻關係才合法解除，在此之間，當事人不得再行結婚，否則構成重婚。對於一審法院的判決，當事人不服提起上訴後，二審法院仍然可以進行調解，調解達成協議，由二審法院制作調解書，一經送達當事人，便發生法律效力。（註三三）

依中共之民事訴訟法，第二審人民法院之判決是終審的判決（一五八條）。因此任何民事訴訟，均為兩審終結，其上訴程序，僅有第二審上訴程序，亦無法律審、事實審之不同規定，一概適用同一上訴程序（註三四）。從而離婚訴訟亦為兩審終結，當事人不服第一審人民法院之離婚判決，有權在判決書送達之日起十五日內向上一級人民法院提起上訴（一四七條）。

至於夫妻雙方經法院判決離婚後，是否仍須到婚姻登記機關辦理離婚登記？按一九五五年之婚姻登記辦法第六條曾規定：「離婚雙方在法院領得離婚調解協議書或者離婚判決書後，婚姻登記機關不再予登記和發給離婚證。」但其後之一九八〇年婚姻登記辦法並未有所規定，一九八六年婚姻登記辦法亦無明文，應係立法上之疏漏，中共學者認為解釋上仍應與一九五五年婚姻登記辦法之規定作相同之處理（註三五）。

二、離婚程序之特別規定

(一)對於現役軍人的特殊保護

（註三三） 參照張賢鈺編著一二六頁。

（註三四） 參照楊建華著大陸民事訴訟法一四一——一四二頁。

（註三五） 引自朱介斌撰中共婚姻法上判決離婚之研究（東海大學法律系研究所碩士論文、八一年六月）四二頁。

中共婚姻法第二六條規定：「現役軍人的配偶要求離婚，須得軍人同意。」對現役軍人的婚姻採取特殊的法律保護。其立法理由，依中共學者之說明，乃因現役軍人肩負保衛祖國、鞏固國防、保衛社會主義建設和人民生命、財產的光榮職責，保護現役軍人的婚姻，直接關係到軍人安心服役，保證人民軍隊的建設，以提高部隊的戰鬥力，鞏固國防；在離婚問題上對現役軍人進行必要的特殊保護，是符合國家利益、人民利益的，也是符合軍人配偶的根本利益（註三六）。

現役軍人的範圍，指參加人民解放軍正在服役的具有軍籍的幹部、戰士和人民武裝警察部隊的幹部、戰士；不包括預備役軍人、復員轉業軍人和軍事單位無軍職的職工（註三七）。在人民解放軍所屬單位工作或生產，沒有取得軍籍的人，不屬於現役軍人，已經復員或轉業的軍人，因為已經脫離軍籍，也不屬於現役軍人（註三八）。

所謂離婚須得軍人之同意，僅適用於其配偶為非軍人的情況。如果軍人一方向非軍人一方提出離婚、或者雙方都是現役軍人的離婚糾紛，仍應按一般規定處理，不適用本條規定。（註三九）

依據司法實踐，軍人配偶提出離婚時，人民法院應將離婚申請書，通知軍人所在部隊團以上政治機關，並請轉達該軍人，在未取得該軍人表示同意之前，人民法院一般不應先行判決離婚。對於婚姻基礎和婚後感情較好，沒有重要原因提出離婚，軍人不同意離婚的，應說服教育非軍人一方，珍惜與軍人的婚姻關係，儘量調解和好或判決不准離婚。如軍人配偶生活困難，可提請當地政府幫助解決困難。對夫妻感情已經破裂，確實不能繼續維持的，應通過軍人所在部隊團以上的政治機關，做好軍人思想工作，准予離婚。（註四〇）惟這種准予離婚的情況，只是上開規定的例外，處理時必須慎重，嚴格掌握（註四一）。

現役軍人的配偶提出離婚須得軍人同意之規定，只是保護軍人婚姻的民事方法，如果此類糾紛是由第三者破壞軍人婚姻的犯罪行為引起的，應另追究破壞者之刑

（註三六） 參照王光儀主編二二五頁、楊大文主編一七三頁、李忠芳主編一七一頁、張賢鈺編著一二六頁。

（註三七） 參照王光儀主編二二六頁。

（註三八） 參照李忠芳主編一七一頁。

（註三九） 參照王光儀主編二二六頁、楊大文主編一七三頁。

（註四〇） 參照李忠芳主編一七一頁。

（註四一） 參照楊大文主編一七四頁、王光儀主編二二六頁、張賢鈺編著一二七頁。

事責任。刑法第一八一條規定：明知是現役軍人的配偶而與之同居或者結婚的，處三年以下有期徒刑。（註四二）

（二）對於女方的特殊保護

中共婚姻法第二七條規定：「女方在懷孕期間和分娩後一年內，男方不得提出離婚。女方提出離婚的，或人民法院認為確有必要受理男方離婚請求的，不在此限。」其上法理由，據中共學者之說明，其為：根據離婚自由的原則，一方要求解除婚姻關係的，有依法提出離婚訴訟的權利，這是法律的一般規定。由於婦女在懷孕期間和分娩後一年內，在身體和精神上均有相當負擔，需要安定和正常的生活條件。為了妥善地保護孕婦、產婦和胎兒、嬰兒的健康，禁止男方在此期間提出離婚，這是維護婦女和子女合法權益的實際需要。（註四三）

惟依上開規定，如若女方在此時提出離婚請求，往往是在無奈的情況下，迫不得已的行為，當然不應當受到限制。另外，在一定條件下，人民法院認為確有必要受理男方的離婚請求，亦不應受到限制。例如：女方懷孕是因為與人通姦所致，事實並已查明，並為女方所承認，一方對他方有殺害意圖或其他不能繼續同居的嚴重原因時，可作為特殊情況，受理男方的離婚請求。只有這樣，才能既保為特殊情況，受理男方的離婚請求。只有這樣，才能既保護女方的合法權益，有利於男女平等原則的貫徹施行。（註四四）

宜注意者，上開規定僅為有關離婚請求權之程序性規定，並不涉及准予離婚或不准予離婚的實質性問題。易言之，此一規定並未否定男女的離婚請求，只是延遲其提出離婚的時間；而在上述限制期間受理的案件，不論是由女方提出的，還是作為例外情況由男方提出的，是否准予離婚，仍應根據具體情況和法律的有關規定處理。（註四五）

三、判決離婚之標準

依中共婚姻法第二五條第二項之規定：「人民法院審理離婚案件，應當進行調解，如感情確已破裂，調解無效，應准予離婚」，足見感情確已破裂，調解無效，為判決離婚之原則。詳言之：離婚理由之正當與否，其標準取決於感情是否確已破

（註四二） 參照楊大文主編一七四頁。

（註四三） 參照張賢鈺編著一二七頁。

（註四四） 參照李忠芳主編一七二頁。

（註四五） 參照楊大文主編一七四頁。

裂，而並不是取決於造成感情破裂的具體原因是什麼，是屬於何方的過失或錯誤；基於感情確已破裂而提出的離婚要求，就是法律上認為具有正當理由的要求，人民法院對於這種要求經調解無效而作出的離婚判決，也就是正當的、正確的判決（註四七）。惟應如何正確理解與適用上述原則，為婚姻法學與審判實踐中十分重要的問題，尚待深入探討。

(一) 夫妻感情是否確已破裂，是准予離婚的原則界限

夫妻雙方的感情是婚姻關係賴以存在和鞏固的思想基礎。離婚糾紛的發生，一般都是夫妻感情的變化造成的。以感情是否確已破裂作為准予或不准予離婚的原則界限，也是由婚姻這一倫理實體的本質決定的。如果感情確已破裂，婚姻確已死亡，就應當依法予以解除，如果感情尚未破裂，婚姻關係仍有繼續存在的條件，就應當依法予以維持。准予離婚或不准予離婚，只能以夫妻的感情狀況為基本依據，其他各種產生離婚糾紛的原因，無一與夫妻的感情狀況有關，歸根結蒂都是通過感情的變化而起作用的。（註四七）

在中共之社會主義制度下，夫妻關係的建立，需要有愛情作基礎，夫妻關係的保持和繼續同樣需要以愛情來維繫。夫妻感情只能產生於雙方的思想之中，其他任何人既不能包辦代替，也不能強制其產生。如果違反當事人的意志，強迫男女雙方結婚或離婚，就是對公民的基本民主權利的侵害。在現實生活中，自主婚姻、以愛情為基礎的婚姻是我國婚姻關係的主流。當然，由於經濟還沒有充分的發展，還存在著城鄉、工農、體力勞動和腦力勞動等種種差別，加上舊的傳統的剝削階級意識影響，許多人的婚姻動機中還摻雜著一些其他因素，這是可以理解的。但在大多數情況下，這些因素不能起決定性作用，因而並不影響現階段婚姻以夫妻感情為基礎的本質。在已經有了實行婚姻自由包括離婚自由的條件下，法律以夫妻感情是否確已破裂作為是否准予離婚的依據，是完全正確的。（註四八）

從夫妻感情的實際情況出發處理離婚糾紛，也是多年審判經驗的總結。婚姻立法不規定具體的離婚理由，審判實踐中，也不以離婚理由是什麼作為准予或不准予離婚的根據，而是根據夫妻感情的具體情況，區別對待。多年來，人民法院審理離

（註四六） 參照吳翠華著感情確已破裂就是離婚的正當理由，載廈門大學學報（一九八二年一月）一一六頁。

（註四七） 參照楊大文主編一七五頁。

（註四八） 參照楊大文主編一七七—一七八頁。

婚案件就是這樣掌握離與不離的界限的。實踐證明這是完全正確的。（註四九）

（二）如何認定夫妻感情是否確已破裂

要正確認定夫妻感情是否確已破裂，首先應該明確「確已破裂」的含義。所謂「確已破裂」，是指：1. 夫妻感情已經破裂，不是可能破裂或將要破裂；2. 夫妻感情真正破裂，不是僅有好像破裂的現象或當事人誤認為破裂；3. 夫妻感情完全破裂，不是剛產生裂痕，或者尚未完全破裂，還有和好可能。（註五〇）

根據司法實踐的經驗，認定夫妻感情是否確已破裂，一般可以從婚姻基礎、婚後感情、離婚糾紛的原因和責任以及婚姻關係的現狀等方面進行考察。(1)看婚姻基礎，就是看男女雙方在結婚時的感情狀況。當事人的結合是自主自願的，還是包辦強迫的；是經過慎重了解的，還是草率結合的；是出於真摯的愛情，還是出於某種錯誤的動機。這些因素對於婚後的感情、離婚的原因等，都會產生直接或間接的影響。(2)看婚後感情，就是要對夫妻共同生活期間的感情狀況作全面的分析。婚姻關係具有多方面的內容，雙方的政治思想、道德品質、工作狀況、生活作風、志趣愛好，以至家庭成員間的關係等，都會程度不同地反映到夫妻的感情。夫妻同居一家，朝夕相處，在發生離婚糾紛時，不論是那一方，往往都能從不同的角度出發，舉出感情是好還是壞的事例。只有通過深入的調查研究才不至於在雙方各執己見的情況下無所適從，才能得出符合事實真相的結論。(3)看離婚原因，就是要找出引起離婚糾紛的主要矛盾。離婚的原因可能是單一的，也可能是多種因素交互作用的結果。因此，一定要查明產生離婚糾紛的真正的、主要的，起決定作用的原因，分清雙方的是非和責任。只有這樣，才能做好調解工作，才能正確地估量離婚原因和夫妻感情破裂之間的內在關係，以及是否具有和好可能的問題。(4)看婚姻關係的現狀，就是看產生離婚糾紛之後，夫妻矛盾是否激化及激化的程度。要查明夫妻間的感情是否已完全消失，雙方有無和好的願望和行動。（註五一）

對婚姻基礎、婚後感情、離婚糾紛的原因、責任及夫妻關係的現狀進行全面的考察，目的是要認定夫妻關係定否還可繼續維持。凡是雙方感情沒有完全破裂，尚有恢復和好可能的，應盡量爭取雙方和好，不應准予離婚。只有對那些感情已經完全破裂，沒有和好可能，無法繼續共同生活的夫妻，方可作出准予離婚的決定。（註

（註四九） 參照李忠芳主編一七五——一七六頁。

（註五〇） 參照李忠芳主編一七六——一七七頁。

（註五一） 參照楊大文主編一七八——一七九頁。

五二)

將夫妻感情的有無、好壞和破裂程度，作為是否准予離婚的事實根據，同時也就是從有利於子女利益和社會利益考慮的。可以想見，夫妻關係尚未完全破裂，還有和好可能的，不准予離婚，不僅對於夫妻雙方有好處，就是對於子女和社會也是有益處的。如果夫妻關係已經完全破裂，沒有和好可能的，勉強予以維持，不僅雙方當事人痛苦，也會給子女增添煩惱，不可能扶養教育好子女，進而不能很好地履行對社會應盡的責任，對社會也是不利的。（註五三）至於對那些感情尚未破裂，有和好可能的夫妻關係，應當進行調解，即使調解不成，也應駁回離婚請求，以便夫妻在共同的生活中心恢復感情（註五四）。

(三)最高人民法院之具體意見。

最高人民法院於一九八九年十一月二十一日提出「關於人民法院審理離婚案件如何認定夫妻感情確已破裂的若干具體意見」（註五五），茲引述如次：

人民法院審理離婚案件，准予或不准離婚應以夫妻感情是否確已破裂作為區分的界限，判斷夫妻感情是否確已破裂，應當從婚姻基礎、婚後感情、離婚原因、夫妻關係的現狀和有無和好的可能等方面綜合分析。根據婚姻法的有關規定和審判實踐經驗，凡屬下列情形之一的，視為夫妻感情確已破裂，一方堅決要求離婚，經調解無效，可依法判決准予離婚。

1. 一方患有法定禁止結婚疾病的，或一方有生理缺陷，或其他原因不能發生性行為，且難以治癒的。
2. 婚前缺乏了解，草率結婚，婚後未建立起夫妻感情，難以共同生活的。
3. 婚前隱瞞了精神病，婚後經治不癒，或者婚前知道對方患有精神病而與其結婚，或一方在夫妻共同生活期間患精神病，久治不癒的。
4. 一方欺騙對方，或者在結婚登記時弄虛作假，騙取結婚證的。
5. 雙方辦理結婚登記後，未同居生活，無和好可能的。
6. 包辦、買賣婚姻，婚後一方隨即提出離婚，或者雖共同生活多年，但確未建立起夫妻感情的。

(註五二) 參照楊大文主編一七九頁。

(註五三) 參照李忠芳主編一八〇頁。

(註五四) 參照芮守勝著試論如何掌握離婚標準，載一九八九年二月政法學刊四八頁。

(註五五) 載中華人民共和國最高人民法院公報（一九九〇年第一期）二一一—二二頁。

7. 因感情不和分居已滿三年，確無和好可能的，或者經人民法院判決不准離婚後又分居滿一年，互不履行夫妻義務的。

8. 一方與他人通奸、非法同居，經教育仍無悔改表現，無過錯一方起訴離婚，或者過錯方起訴離婚，對方不同意離婚，經批評教育、處分，或在人民法院判決不准離婚後，過錯方又起訴離婚，確無和好可能的。

9. 一方重婚，對方提出離婚的。

10. 一方好逸惡勞、有賭博等惡習，不履行家庭義務，屢教不改，夫妻難以共同生活的。

11. 一方被依法判處長期徒刑，或其違法，犯罪行為嚴重傷害夫妻感情的。

12. 一方下落不明滿二年，對方起訴離婚，經公告查找確無下落的。

13. 受對方的虐待、遺棄，或者受對方親屬虐待，或虐待對方親屬，經教育不改，另一方不諒解的。

14. 因其他原因導致夫妻感情確已破裂的。

四、分析檢討

中共婚姻法就離婚類型於協議離婚、調解離婚外，另規定有判決離婚，具備法定之離婚原因時，依人民法院之判決解消婚姻關係，此與各國離婚法均有採取判決離婚制度者，即屬相同。

中共民事訴訟法固規定一般民事訴訟之程序，但就離婚之訴，除於其第六二條特別規定當事人於離婚訴訟以親自出庭為原則外，對於管轄、起訴、審理、判決均未作特別之規定，從而離婚訴訟，仍依通常訴訟程序辦理，與一般民事訴訟事件，並無不同。第查，離婚訴訟事件之結果，與財產關係訴訟事件之結果，有所不同，尤其關係社會或國家之公益，允宜就離婚訴訟特別規定為專屬管轄、擴張判決之效力、限制當事人處分權主義及辯論主義等，始為妥當。我民事訴訟法第九編另規定有人事訴訟程序，日本於民事訴訟法外，另有人事訴訟手續法、家事審判法（註五六），韓國另制定公布有家事訴訟法（註五七），就離婚之訴等人事訴訟程序為特別規定，與通常訴訟程序有所區別。由是以觀，中共民事訴訟法未針對離婚訴訟之特性，與通常訴訟之程序，有所分別，尚嫌簡略。

（註五六） 參照戶籍實務六法四六七頁以下、四七一頁以下，日本加除出版、平成三年（一九九一年）。

（註五七） 參照戶籍時報三九九期（一九九一年六月號）七頁以下，日本加除出版。

中共婚姻法關於離婚訴訟，對於現役軍人與已懷孕或分娩後一年內之婦女為特別保護。亦即依中共婚姻法第二六條，以現役軍人為離婚之訴之被告時，須取得該軍人之同意，始得為離婚之判決，如軍人不同意離婚，法院即不得為離婚之判決。中共學者似未對此規定有所批評，適用上之情形若何，有無困難，尚無從瞭解。如果實踐上並未造成夫妻之紛爭、家庭之不安，則該規定自亦有其理由，此有如我國之軍人婚姻條例，對軍人配偶請求離婚為限制者相同。惟理論上言，中共婚姻法既以夫妻感情確已破裂為判決離婚之標準，如今僅因被告為現役軍人之故，如該軍人不同意離婚，即令夫妻感情確已破裂，人民法院亦不得為離婚之判決，顯欠合理，亦違反原則，不無可議（註五八）。況且，中共離婚制度上，既已另有協議離婚之規定，雙方當事人同意即可解消婚姻關係，則如須現役軍人之同意，法院始得依其配偶之請求為離婚之判決，實質上本為雙方當事人同意離婚，又何須規定經該軍人同意始得為離婚之判決？由此而言，中共婚姻法第二六條以現役軍人的配偶要求離婚，須得軍人同意之規定，是否妥當，自有疑義。至於第二七條規定，女方在懷孕期間和分娩後一年內，男方不得提出離婚，云云，本亦與以夫妻感情確已破裂為判決離婚之原則，有所歧異，但因同條另設但書，明定人民法院認為確有必要仍得受理男方離婚之請求，而不受限制，適用上因較有彈性，而不致欠合理。

依中共婚姻法第二五條之規定，夫妻感情確已破裂，經調解無效，即得判決離婚。亦即離婚理由之正當與否，其標準取決於夫妻感情是否確已破裂，而非取決於造成感情破裂之原因若何，至為明瞭。惟依中共學者之說明：「就我們所見所聞，在過去二、三十年的司法實踐中，一般是正當理由說占上風的，因此，許多怨偶儘管感情確已破裂，無法共同生活，一方堅決離婚，多次調解無效，但卻長期不予判離。」（註五九）足見實踐上仍有所偏差。

中共學者就如何認為夫妻感情是否確已破裂，固認為應當自婚姻基礎、婚後感情、離婚糾紛之原因與責任、婚姻關係之現狀等各方面綜合考察，但仍欠具體，惟中共最高人民法院於一九八九年十一月二十一日提出十四項之具體意見，據以認定

（註五八） 劉清波教授認為：如軍人之配偶要求離婚，而必須得各該軍人同意時，則知中共再為「政治的目的」，創設排斥離婚之特則，使「一般服兵役三年到五年」之軍人享受法律上之特權，此不獨違反要求離婚之意願；而且與法律之前，人人平等之宗旨有所不合。中共雖美其名曰：「保護軍人家庭精神」，實則為法律的不平等。請參照中共的婚姻法一五三頁。

（註五九） 參照吳翠華前揭文一一六頁。

夫妻感情是否確已破裂，已如前述，自此而後，適用上自較明確。按現代各國關於離婚原因之立法主義已由有責任主義進於破綻主義，而破綻主義又有消極的破綻主義與積極的破綻主義之分（註六〇）。我民法第一〇五二條第二項即採取消極的破綻主義，詳言之，有同條第一項所列舉以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚，但難以維持婚姻之重大事由應由夫妻之一負責者，僅他方得請求離婚，即有責配偶無離婚請求權。德國民法第一五六五條第一項即採取積極的破綻主義，有責配偶亦得請求離偶，但同時於第一五六八條規定緩和條款（苛酷條款），對判決離婚作若干限制，以求圓滿。中共婚姻法上既僅以夫妻感情確已破裂為裁判離婚之唯一原因，而未列舉其他具體之離婚原因（註六一），足見其係採取破綻主義，惟究採消極的破綻主義與積極的破綻主義，則不無疑義。如前所述，依中共學者所論，「離婚理由之正當與否，其標準取決於感情是否確已破裂，而並不是取決於造成感情破裂的具體原因是什麼，是屬於何方的過失或錯誤」云云，果真如此，有責配偶亦得為離婚之請求，若然，即係採取積極的破綻主義。但如依中共最高人民法院關於人民法院審理離婚案件如何認定夫妻感情確已破裂的若干具體意見中之第八點謂：「一方與他人通姦、非法同居，經教育仍無悔改表現，無過錯一方起訴離婚，或者過錯方起訴離婚，對方不同意離婚，經批評教育、處分，或在人民法院判決不准離婚後，過錯方又起訴離婚，確無和好可能的」，即婚姻雖生破綻，過錯方之有責配偶請求離婚，如他方不同意離婚，人民法院仍可判決不准離婚，就此而言，實踐上，似又非積極的破綻主義之表現。

（註六〇） 關於破綻主義，詳請參照陳棋炎、黃宗樂、郭振恭共著民法親屬新論一八八頁以下（黃宗樂）；戴東雄著從西德離婚法之規定檢討我國現行裁判離婚之原因，載親屬法論文集三三九頁以下；林秀雄著有責任主義、破綻主義與有責配偶之離婚請求，載家族法論集（二）九一頁以下。

（註六一） 立法例上，如我民法第一〇五二條第一頁列舉十個具體的離婚原因，第二項始規定抽象的離婚原因；日本民法第七七〇條第一項第一款至第四款列舉四個具體的離婚原因，同項第五款規定一個抽象的離婚原因；韓國民法第八百四十條第一款至第五款列舉五個具體的離婚原因，同條第六款規定一個抽象的離婚原因。易言之，上開立法例於列舉主義外，兼採概括主義。

伍、結 論

中共婚姻法於第四章規定離婚，自第二四條至第三三條，共計十條，就該婚姻法總共僅有三十七條而言，其離婚制度之規定，所占比例之重，至為明瞭，而其中第二十四條至第二十七條則規定離婚程序，其意在解決離婚之紛爭，規範離婚後當事人間及父母對子女之權利義務，可以概見。

中共婚姻法上之離婚程序，分別有三種類型，即協議離婚（雙方自願離婚）、調解離婚（再分為訴訟外調解離婚及訴訟上調解離婚）、判決離婚。在實態上，最近十年來，採取調解離婚方式者為最多，其次為協議離婚，再次之為判決離婚。其如與我民法上之離婚類型相較，自民國七十四年六月五日生效之協議離婚形式要件（民法第一〇五〇條），除書面及二人以上證人之簽名外，並增設應向戶政機關為離婚之登記此一要件之後，實務上已不踐行訴訟上和解離婚與調解離婚，即現行我民法上之離婚方法僅有協議離婚與判決離婚兩種而已，從而中共婚姻法之離婚方法，方法較為多樣；其如與歐洲各國之離婚法相較，因歐洲各國之離婚法固以夫妻別居一定期間或一方請求他方同意者，推定婚姻破綻，而為離婚原因，但仍須經法院之判決（註六二），亦即方法上僅有判決離婚一種而已，中共婚姻法上之離婚方法為多種，亦顯而易見。

中共婚姻法上協議離婚之成立生效，須具備當事人有離婚合意、對子女及財產已作適當處理之實質要件，與履行離婚登記之形式要件，此與一般國家，就離婚行為之成立，規定須具備一定要件者，固無不同，但其以當事人對子女及財產已作適當處理為協議離婚要件之一，則為特色，蓋子女之監護、夫妻財產之處理為離婚之效力，今以之為協議離婚之實質要件，實為特殊之規定。又，婚姻登記機關對於當事人離婚登記之申請，須查明其確為自願離婚、子女及財產已作適當處理後，始准為離婚登記，發給離婚證，否則即不准予登記，即其就離婚登記之申請，為採取實質審查主義。

中共婚姻法上之調解離婚，有訴訟上之調解離婚及訴訟外之調解離婚，前者為

（註六二） 詳請參照黃宗樂著協議離婚制度之比較研究，載台大法學論叢十卷一期一九二頁以下；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭共著民法親屬新論一八九—一九〇頁（黃宗樂）。

進行離婚訴訟之必經程序，在人民法院，由審判人員主持；後者則由當事人所在之單位、群眾團體、基層調解組織與婚姻登記機關等有關部門主持之，並非離婚訴訟之必經程序。又，如屬訴訟上之調解離婚，經調解成立者，由法院發給當事人調解書者，當事人無須再行辦理離婚登記；但如於訴訟外之調解離婚成立，則當事人仍須向婚姻登記機關辦理離婚登記。二者有其差異。再者，人民法院就離婚訴訟為判決前，須先踐行調解程序，即訴訟上之調解離婚為離婚判決之前置程序（註六三），此亦為其特色之一。

中共婚姻法復規定有判決離婚此一方法，與一般國家之立法例相同。惟其對於現役軍人及已懷孕或分娩婦女之特別保護，與一般立法例有所不同，即以現役軍人為離婚之訴之被告時，須取得該軍人之同意，人民法院始得為離婚之判決，否則即令夫妻感情確已破裂，亦不得為離婚之判決；又如女方在懷孕期間或分娩後一年內，男方不得提起離婚之訴。再者，中共婚姻法係以夫妻感情確已破裂，經調解無效，為判決離婚之唯一原因，似採取積極的破綻主義，而與現代各國關於離婚原因之立法由有責主義進於破綻主義之趨勢相合。且中共最高人民法院並於一九八九年十一月二十一日提出十四項具體意見，資為認定夫妻感情是否確已破裂之準據，適用上甚為明確，殊可注意。以亦與我民法第一〇五二條第二項離婚原因之概括規定，採取消極的破綻主義者（註六四），尙有不同。

（註六三） 我民事訴訟法第五七七條第一項固規定離婚之訴，於起訴前應經法院調解，如未經調解而起訴者，準用第四二四條第二項，視其起訴為調解之聲請。但因依最高法院三一年上字第一八一六號及三二上字第五〇二一號判例，第一審法院就上開訴訟如未行調解程序，已為終局判決者，其調解之欠缺應認為已經補正，當事人不得以此為上訴理由，第二審法院亦不得據此認為第一審訴訟程序有重大瑕疵而廢棄第一審判決。足見，在我民事訴訟之適用上，離婚之訴採取調解前置主我之規定，已被削弱。

（註六四） 請參照拙著離婚原因について（中華民國），載1993年12月號戶籍時報二三頁以下（日本加除出版）。