

离婚诉讼代理 技巧

江宪法 著



LI HUN
SU SONG
DAI LI
JI QIAO

上海社会科学院出版社

责任编辑 查建国
特约编辑 徐 毅
封面设计 张金桥

离婚诉讼代理技巧

江宪法 著

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海中路 622 弄 7 号)

中国法律图书公司上海公司发行

上海工业大学印刷厂印刷 社科院社科报制版

开本 787×1092 1/32 印张 7 字数 150000

1989 年 9 月第 1 版 1989 年 9 月第 1 次印刷

印数 1—4990

ISBN 7-80515-421-×/0.64

定价: 3.00 元

目 录

第一章 离婚立法与离婚程序	1
第一节 婚姻立法	1
第二节 离婚程序	18
第二章 诉讼离婚的原则及分类	29
第一节 诉讼离婚的原则	29
第二节 离婚诉讼的分类	40
第三章 离婚当事人与诉讼代理人的法律关系	50
第一节 诉讼与代理	50
第二节 离婚当事人与代理人的法律关系	62
第四章 诉讼离婚当事人的心态分析	67
第一节 要求离婚当事人的心态分析	68
第二节 不同意离婚当事人的心态分析	85
第五章 一般离婚诉讼代理实务	93
第一节 基础性、物质性条件变化引起的一般离婚	95
第二节 观念性、生理性条件变化引起的一般离婚	104
第六章 特殊离婚诉讼代理实务	111
第一节 军婚的离婚诉讼代理	111
第二节 女方怀孕期、哺乳期内的离婚诉讼代理	114
第三节 精神病患者的离婚诉讼代理	119
第四节 境外离婚的诉讼代理	129
第七章 夫妻财产关系终止的代理技巧	138
第一节 终止财产关系的范围与原则	139
第二节 有效终止夫妻财产的措施	153
第八章 子女归属及离婚后分居的代理	161

第一节 子女归属的代理	161
第二节 离婚后分居的代理	172
第九章 离婚诉讼代理技巧	182
第一节 代理文书的制作	182
第二节 把握庭审主动权	201
第三节 不同诉讼地位的代理	211

第一章 离婚立法与离婚程序

高离婚率所造成的各种各样的社会问题，正引起法学家、社会学家、心理学家、精神病学家的广泛重视。大量的离婚诉讼及其所引起的各种实体法意义、程序法意义和社会现实问题也正越来越引起诉讼当事人与诉讼代理人及社会各界的关注。

在我国，离婚人数（包括民政部门登记离婚和人民法院的调解离婚与判决离婚）已从1980年的 34.2万 对增加到1986年的 50.6万 对，平均每年离婚人数为 42.6万 对，占结婚人数的5.11%。而在美国，每 4 对已婚夫妻中就有 1 对夫妻以离婚而告终。在美国，1965—1975年离婚率增长了 3 倍。在苏联，1940年的离婚登记数字为 20.56 件，而1980年已达到 92.96 件，也同样增加了 3 倍。

为了实施离婚诉讼和进行离婚诉讼代理，首先应了解我国的离婚立法和离婚程序。

第一节 婚姻立法

一、我国婚姻立法

（一）新民主主义时期以前的我国婚姻立法概况

早在公元前两千多年，我国就出现了一夫一妻制的奴隶制的婚姻家庭制度，统治阶级用礼制调整婚姻家庭关系。汉

律九章，以户律规定婚姻、赋税等事。“七弃、三不去”已成法定的离婚理由。所谓“七弃”又叫“七去”，就是妻子如果有下列七个条件之一的，丈夫就有权离弃她。即“不顺父母，去；无子，去；淫，去；妒，去；有恶疾，去；多言，去；盗窃，去。”“七去”得以成立的理由是：“不顺父母，为其逆德也；无子，为其绝世也；淫，为其乱族也；妒，为其乱家也；有恶疾，不可与其粢盛也；口多言，为其离亲也；盗窃，为其反义也。”所谓“三不去”是说具备了“七去”条件，但有下列三个条件之一的，作为例外，妻子可以不“去”。这三个条件是：“有所取无所归不去；与更三年丧不去；前贫贱后富贵不去。”意思是说：丈夫在婚前曾靠女方供养或者结婚时妻子把财产带给了丈夫，如果妻子离去又无家可归的，可以不去；妻子与丈夫一同服过三年之丧，对祖先有大孝行的，可以不去；娶时贫贱，婚后富贵的，妻子可以不去。

《唐律疏义》中的户婚律，三卷四十六条，可说是我国封建婚姻家庭立法之大成。

国民党时期颁布的《六法全书》对结婚与离婚均以具体的法律条文予以规定，其中第1052条规定，夫妻之一方，以他方有下列情形之一者为限，得向法院请求离婚：

- (1) 重婚者。
- (2) 与人通奸者。
- (3) 夫妻之一方，受他方不堪同居之虐待者。
- (4) 妻对于夫之直系亲属为虐待，或受夫之直系亲属之虐待，致不堪为共同生活者。
- (5) 夫妻之一方以恶意遗弃他方在继续状态中者。
- (6) 夫妻之一方意图杀害他方者。

- (7) 有不治之恶疾者。
- (8) 有重大不治之精神病者。
- (9) 生死不明已逾3年者。
- (10) 被判处3年以上之徒刑或因犯不名誉之罪被处徒刑者。

(二) 我国新民主主义时期的婚姻立法

解放受压迫的妇女，废除封建野蛮的婚姻制度，是中国共产党民主革命纲领的重要内容之一。在革命根据地的红色政权初创之时的1931年11月7日，中华工农兵苏维埃第一次全国代表大会通过的《中华苏维埃共和国宪法大纲》第11条规定：“中华苏维埃政权以保证证彻底的实行妇女解放为目的承认婚姻自由，实行各种保护妇女的办法，使妇女能够事实上逐渐得到脱离家务的物质基础而参加全社会经济的、政治的、文化的生活。”整个新民主主义革命时期在红色苏区和抗日边区以及解放区都颁布了一系列的婚姻法律、法规。主要有：

1930年3月在闽西第一次工农兵代表大会上通过的《保护妇女青年条例》和《婚姻法》；

1931年7月在鄂豫皖边区第二次苏维埃代表大会通过的《婚姻问题决议案》；

1931年12月1日公布实施的《中华苏维埃共和国婚姻条例》；

1932年2月颁布的《湘赣苏区婚姻条例》；

1933年12月颁布的《川陕苏维埃婚姻条例》；

1934年4月8日颁布的《中华苏维埃共和国婚姻法》；

1939年颁布的《陕甘宁边区婚姻条例》；

1943年颁布的《晋察冀边区婚姻条例》：

1944年颁布的《陕甘宁边区修正婚姻暂行条例》。

新民主主义革命时期的婚姻制度，具有以下一些主要的特点：

1. 确定了新婚姻制度的基本原则。这主要包括废除一切包办、强迫和买卖的封建婚姻制度；禁止童养媳；禁止一夫多妻或一妻多夫；实行男女双方婚姻自由；实行一夫一妻制等等。例如在1942年的《晋察冀边区婚姻暂行条例》的第2条中规定：“禁止重婚、早婚、蓄婢、童养媳、买卖婚姻、租妻及伙同娶妻。”

2. 规定了结婚和离婚的条件、程序。当时法定的结婚年龄男为30周岁，女为18周岁。对男女双方同意离婚者，即行离婚，对男女一方坚持离婚者，向乡（或市区）政府进行登记，如有争议者由裁判部判决。有些条例还具体列举了一方要求离婚的法定理由。如1946年颁布的《陕甘宁边区婚姻条例》第9条规定：

男女之一方因他方有下列情形之一者，得向县政府请求离婚：

- （1）感情意志根本不合，无法继续同居者；
- （2）重婚者
- （3）与他人通奸者
- （4）图谋陷害他方者
- （5）患不治之恶疾者
- （6）不能人道者
- （7）以恶意遗弃他方在继续状态中者
- （8）虐待他方者

(9) 男女之一方,不务正业,屡经劝改无效,影响他方生活者。

(10) 生死不明已过3年者。

(11) 有其他重大事由者。

这一时期的有关婚姻制度的立法条例中就离婚后财产分割、子女抚养等也作了相应的规定。

3. 保护革命军人的婚姻。1934年的《中华苏维埃共和国婚姻法》第11条规定:“红军战士之妻要求离婚须得其夫同意。但在通信便利的地方,经过2年其夫无信回家者,其妻可向当地政府请求登记离婚。在通信困难的地方经过4年其夫无信回家者,其妻可向当地政府请求登记离婚。”

4. 具有鲜明的时代特点。新民主主义革命时期跨度较大,经过3个具体的历史时期,不同时期的婚姻立法具有强烈的时代特点。红色苏区时期的条例中明显反映出“打土豪分田地”的时代特点。1931年的《中华苏维埃共和国婚姻条例》第13条规定:“小孩分得的田地,田地随小孩同走。”(指离婚时)抗日时期的条例中明显反映出“除汉奸”的时代特点。在1942年的《晋冀鲁豫边区婚姻暂时条例》中把一方“充当汉奸者”作为他方提出离婚的法定理由之一。

新民主主义革命时期的婚姻立法,是同当时各项社会民主改革同时进行的,顺应了时代的要求,对促进妇女解放、改善婚姻家庭关系、发挥广大群众的生产和革命积极性,都起了重要的作用。

(二) 社会主义时期的婚姻立法

中华人民共和国成立以来,先后制定颁布了两部《婚姻法》。第1部是在1950年4月13日中央人民政府委员会第七次

会议通过，同年5月1日公布施行的《中华人民共和国婚姻法》。第2部是在1980年9月10日第五届全国人民代表大会第三次会议通过、于1981年1月1日起施行的《中华人民共和国婚姻法》。同时，第1部《婚姻法》废止。

从两部《婚姻法》比较看：

(1) 体系。第1部《婚姻法》分为8章：原则、结婚、夫妻间的权利和义务、父母子女间的关系、离婚、离婚后子女的抚养和教育、离婚后的财产和生活、附则。共计27条。第2部《婚姻法》分为5章：总则、结婚、家庭关系、离婚、附则。共计37条。两部婚姻法就体系看，第二部将第1部中第3章、第4章合并，单列一章为家庭关系；将第5、第6、第7章合并为离婚一章。

(2) 结婚条件。两部婚姻法都规定了结婚须男女双方完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。都规定了结婚必须男女双方亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。两部婚姻法在结婚年龄和禁止结婚条件方面的规定不一样。后一部把结婚年龄提高2岁，并较大改动了禁止结婚的条件。

(3) 离婚。比较两部婚姻法对离婚所作的法律规定的最大区别在于，1980年的婚姻法明确了除男女双方自愿协商外，“感情确已破裂”的法定离婚条件。在1950年的婚姻法中只规定：“县或市人民法院对离婚案件，”也应首先进行调解，如调解无效时，即行判决。”

1950年的婚姻法是在新民主主义革命向社会主义革命转变时期颁布的，它的主要锋芒指向婚姻家庭领域里的封建制度、封建习俗和封建思想。广大妇女获得了婚姻自由的权利，

旧式的、不合理的家庭关系受到冲击。从全国各地法院受理的离婚案件看，1950年为18.6167万件，1951年为40.95万件，1952年上半年为39.8243万件。1950年的婚姻法颁布以后，中共中央在1952年、1953年先后发了3个文件，提出了开展贯彻婚姻法运动的任务、方针、方法和各种具体的政策界限。由周恩来总理签发的《中央人民政府政务院关于贯彻婚姻法的指示》指出：“现在，农村中的土地改革及城市中厂矿中的民主改革业已在全国基本完成，我们已有可能而且必须在胜利的反封建的群众运动的基础上，在全国范围内（少数民族地区和尚未完成土地改革的地区除外），开展一个大规模的宣传婚姻法和检查婚姻法执行情况的群众运动，根本摧毁包办强迫、男尊女卑的封建主义婚姻制度，从而建立民主和睦、团结生产的新式家庭，以增强国家经济建设与文化建设的力量。”通过这场运动，据对11个大城市1954年上半年的统计，合乎婚姻法规定准予结婚登记的，占申请登记总数的97.6%。另据原内务部在1955年对27个省市所作的统计，在申请结婚登记的265万人中，符合法定条件准予登记的已达95%。

从第1部婚姻法到第2部婚姻法颁布，时隔30年。在这30年中，国家发生了深刻的变化，原婚姻法中提出的任务，有的已经基本实现，有的则已经不符合实际情况。例如，原婚姻法规定：“其他五代内的旁系血亲间禁止结婚的问题，从习惯。”由于旁系血亲间结婚生的孩子，常有某些先天性缺陷，国家推行计划生育，孩子少了，更应讲究人的质量，要求在婚姻法中明确规定禁止近亲通婚。所以1980年婚姻法规定：“三代以内的旁系血亲”禁止结婚。

我国社会主义时期的第二部《婚姻法》正是根据30年

来的实践经验和顺应我国妇女社会地位发生的变化以及四化建设对婚姻家庭问题提出的新要求，而修改制定的，它极大地丰富和发展了我国的婚姻立法。

二、离婚与离婚立法

（一）理想中的夫妻关系

履行了结婚登记手续以后的一对男女便成了夫妻，他们将白头偕老，共同生活几十年甚至更长。人生大部分的生活与夫妻生活相联系。每当人们想到以后的几十年夫妻共同相处的日子，便常常会想到该和一个什么样的人共伴几十年。有人说：婚姻就如受到围困的一座城堡，外面的人希望走进去，里面的人却期望走出来。

保加利亚伦理学家基里尔·瓦希列夫在他的名著《情爱论》中是这样归纳爱情的含义的：“爱情是一种复杂的、多方面的、内容丰富的现象。爱情的根源在本能，在性欲，这种本能的欲望不仅把男女的肉体，而且把男女的心理推向一种特殊的、亲昵的、深刻的相互结合。但是爱情又不仅仅是一种本能，不仅仅是柏拉图式的神奇剧，淫欲、直观和精神的涅槃。爱情把人的自然本质和社会本质联结在一起，它是生物关系和社会关系、生理因素和心理因素的综合体，是物体和意识多方面的、深刻的、有生命力的辩证体。”

如果说爱情是复杂的，当爱情升华到两人结为终身伴侣时，其所包含的全部内容就更加丰富和复杂。爱情是理想的，婚姻是现实的，情人是短暂的，伴侣是终身的。有没有合乎理想的丈夫和妻子呢？

通常，女人对男人的要求是具有多重涵义的，她要求男人既是令人崇敬的电影明星式的情人，又是富有、善于理财

的商人，也是兼有各种美德的父亲。女人总是幻想着美满的婚姻，期望着一个风度翩翩、体贴入微、才智过人的丈夫，一个可以满足她所有需要的男人。女人总是渴望着被人怀念、崇拜、关怀、恭维和倾听。女人总是希冀在赏识、赞同和钟爱中获得欣赏，进而发现自我的价值，得到真正的自由和自主权。

犹如女人在追求一个成熟、富有理解力的、坚强和文雅的丈夫一样，男人也在追求一个理想的偶像，一个宽容、挚爱、谅解、慈母式的情人与妻子。男人的偶像往往是一个无条件奉献爱的母性、一个容貌倾城的电影明星、一个同舟共济、善于理家的建筑师和一个崇拜他知识才能的女儿似的妻子。男人总是希望自己被看成富有竞争、有价值 and 值得信赖的人；男人总是希望自己所爱的女人富有魅力；男人总是希望能问心无愧地拥有自己的爱好和兴趣；男人总是希望被看作是当家人，而不是随意听他人摆布。

“相敬如宾”、“相濡以沫”和“白头偕老”常被视为理想夫妻关系的楷模。要达到如此境地，需要夫妻双方的多项努力。

- (1) 真诚的关心、体贴；
- (2) 心甘情愿的让步；
- (3) 避免责备、争斗；
- (4) 牺牲自我以满足配偶的正当要求；
- (5) 对配偶过错的谅解。

爱情使人对缺点视而不见。当我们被爱情所包围时，总是把心爱的人理想化。而蜜月过后，判断情景变为正常，不称职的丈夫与妻子便多起来了。

下列各种类型的丈夫是为妻子所不满意的：

(1) 粗暴专横的丈夫——他们在家中始终处于高人一等的地位，不允许给妻子以平等的地位。他们言语粗鲁，行为粗野。

(2) 好吃贪玩的丈夫——他们在家中只顾满足自己的私欲，沉缅于贪杯酗酒、玩乐享受、不求上进、缺乏特长。

(3) 吝啬的丈夫——他们用金钱支配家庭生活与妻子。宁可别人瞧不起他，也不愿多化一分钱。自己的价值就是家庭财产的价值。

(4) 疑心重重的丈夫——他们老担心别人占有他的妻子和财产，待人虚伪，阻挡正当的社交，无端地封闭自己的小家庭。

(5) 缄默不语的丈夫——他们常因个性原因缺少与妻子之间必要的情感交流，不能给妻子以欢乐、兴奋，缺乏激情、幽默感，常常辞不达意；

(6) 怯弱的丈夫——他们常常表现为过分的唯唯诺诺，缺少主见，不能给妻子以有力的支助。他们常常把生活中需要处理的一切事务均推给妻子。

(7) 书呆子式的丈夫——他们虽然是某一专业学科的佼佼者，但把学术味带给家庭，总想着靠自己的知识来改变妻子，像他一样把啃书本当作生活中的唯一需要，他们常使家庭陷入沉闷，缺乏生机与活力。

下列各种类型的妻子是为丈夫所不满意的：

(1) 独断独行的妻子——她们具有支配他人的个性，把家庭当作她主持的“法庭”，家里的事全由她作主，丈夫没有发言权。

(2) 过分自爱的妻子——属于自我陶醉的女人,她们过分地迷恋自己的容貌、体态,不顾实际的追求华丽的服饰,崇尚时髦。

(3) 唠唠叨叨的妻子——她们往往心胸狭窄,缺乏自制力,不顾场合、气氛地反复唠叨一些琐碎小事,而引起丈夫的反感。

(4) 无病呻吟的妻子——她们往往未老先衰,希望通过强调自己的身体不适,器官的疾病达到丈夫对她的照顾、关心,结果往往造成丈夫的厌恶。

(5) 怪癖型的妻子——她们性情古怪,固执己见,心胸狭隘,带有偏见,缺乏宽容性,使人感到呆板乏味。

(6) 贪图玩乐的妻子——她们常常忘记自己作为妻子和母亲的责任,缺乏治家理财的本领,生活无计划性,随心所欲。

(7) 哭哭啼啼的妻子——她们生性怯弱,感情外露,缺乏理性和自信,过于依赖丈夫,不能唤起丈夫丰富的情感,生来就是生活中的配角。

现实生活中千姿百态,作为社会细胞的家庭也是丰富多彩、各不相同的。反映两性的背景、个性、需求、目的、动机、环境、遗传、情感的差异较大,每位丈夫都以自己的价值观、审美观观察和要求自己的妻子,每位妻子也以自己的审美志趣、价值取向、生活标准来判断和要求自己的丈夫。上列各种类型不称职的妻子与丈夫仅是较典型的一部分。导致夫妻不和谐,直至离婚的原因在现实生活中是不胜枚举的。

(二) 结婚的动机与家庭责任的冲突

当人们决定结婚时,可能出于各种各样的考虑,结婚动

机是不一样的。

(1) 出于审美的动机——由于对方长得漂亮,而漂亮的配偶常使人在社交场合引为自豪,成为社会活动的中心人物而令人陶醉。

(2) 出于道德的动机——由于对方是生活中的弱者,出于同情、怜悯,也可能出于虚荣和自尊而与之结为伴侣。这种动机的社会效应是明显的,它为善良人们的道德观念所崇尚所敬佩。

(3) 出于经济的动机——由于对方所拥有的雄厚的经济实力(包括钱、房子、外汇来源、高薪等),一方为之倾倒。这种结合会使一方随配偶一跃成为社会上流的成员,满足其各种物质上的欲望。

(4) 出于生物的动机——这种动机仅反映了对异性的纯粹自然的需要,满足其做母亲、父亲的愿望,完成传统的家族能够延续,传宗接代的愿望。

(5) 出于宗教的动机——他们是在宗教力量的支使下,为了把自己奉献给上帝,或者为了追求纯真的宗教信仰而出于自身力的驱动或信教家属的逼迫,以宗教信仰作为自己择偶的标准。

(6) 出于政治的动机——这种婚姻一般都有政治时代的烙印。为了服从组织上的安排,或为了达到个人的政治野心,或者为了追求某种政治理想,而把政治联姻引入婚姻中。

(7) 出于法律的动机——这种动机常产生于对法律的规避和为了逃避自己的法律责任。如由于害怕承担同未成年人发生性关系的刑事责任而选择对方作为配偶。

各种不同的结婚动机都不排斥其内在的、深层次的有一

爱情动力的驱使，至少在他们结婚那一刻都相信这是爱情
的伟大结合。

由于以上各种动机结合的婚姻在现实生活中必然发生冲突。因为生活的内容远远不是某一种需求所能包容的。家庭生活的外延大大超过动机所指向的全部欲望。伴随婚礼欢快
喜乐的奏鸣声的是各种具体的家庭责任。

（1）作为伴侣的责任——生活再不是一人的独来独往，
配偶成为你的影子，一直跟随着你，而你必须为了爱情而把
生活中的一部分奉献给他，陪伴着他游玩、闲聊、出席各种
社交活动。

（2）家庭经济的责任——工资再不是一人的吃用化销，
它成为与配偶共有的财产，你必须从持家的大局考虑挣更多
的钱，以便把小家庭布置得更加舒适。

（3）养育子女的责任——孩子是两性结合的自然产物，
他在带来欢乐的希冀的同时也带来洗尿布、喂奶、深夜上医
院、训斥、甚至打骂等各种事情。孩子成了生活的中心，而
家长的责任是维护这个中心，保护孩子健康成长，这就是社
会现实。

（4）性生活的责任——婚姻以外的性生活是不道德的，
是我们的婚姻制度所不允许的。而共同生活的责任包含过夫
妻性生活的责任，当这种责任产生在夫妻性生活不和谐的时
期以及夫妻感情已冷漠或一方已厌恶时常使人感到痛苦。

（5）共商大事的责任——在整个婚姻关系存续期间，夫
妻需共同商量家庭遇到的各种大事，不能一方独断专行或事
事与对方拧着干，闹到底。

（6）家务劳动的责任——家庭与旅店、集体宿舍的显著