

汪

波
編

卷
二

贅
姻
訴
訟
全
書

上海民治書店印行

民

書全訟訴姻婚

二卷

編波汪

行印店書滄民海上

治

書全訟訴姻婚

編 上

册 二 全

版 權 所 有

波 狂 : 者 輯 編

清 渭 戴 ； 者 訂 校

版出月三年九十國民

目 價
角八洋大價實

店書治民海上：者行發

局書大各國全 : 處售代

新書一覽

- | | | | |
|------|---------|----|----------|
| 現代名著 | 新主義評論 | 兩冊 | 實價大洋一元六角 |
| 文藝名著 | 短篇創作集 | 兩卷 | 實價大洋一元二角 |
| | 情愛之流 | 一冊 | 實價大洋四角五分 |
| | 描寫女性美的詩 | 一冊 | 實價大洋三角 |
| | 流波 | 一冊 | 實價大洋二角 |
| | 小說學大綱 | 一冊 | 實價大洋五角 |
| 太平天國 | 革命史演義 | 六冊 | 實價大洋三元 |
| | 何典 | 一冊 | 實價大洋二角五分 |

上海棋盤街交通民治書店發行

第十章 婚姻之解銷——離婚

第一節 離婚之意義

婚姻之解銷，是婚姻當事人因婚姻所生的一切法律關係全解除或銷除的意思。有以爲婚姻解銷的因原，可分爲二種：一爲因婚姻當事人一造之死亡而解銷的；一爲因離婚而解銷的。其實，婚姻因當事人一造之死亡（宣告死亡亦與死亡有同一效力）而解銷，不過是當事人共同生活關係的銷除；至其夫婦之身分關係，財產關係，與由婚姻所生之親屬關係，家屬關係等，固未可因其死亡，即視爲解銷。故婚姻因離婚而解銷，即夫婦生存中，

由婚姻所生的一切法律關係（如身分財產親屬家屬等種種關係）之解銷，實爲婚姻解銷唯一的原因。因此，我們現在便把「婚姻之解銷」一語，簡稱之爲「離婚」。

離婚一語，我國往昔法律上，實未嘗見及；惟間出於史乘雜書。舊唐書李德武妻裴氏傳：「淑字英，戶部尚書安邑公矩女也。德武坐從父金才事，徙嶺表，矩奏請德武離婚，煬帝許之。」又世說新語：「賈充前婦，是李豐女。豐被誅，離婚徙邊。」這都是「離婚」的用語之所自出。唐宋律，則用「離」爲「離正」；明清律，間用「離異」；皆無「離婚」之語。至民國的法制上，「離婚」之語，始正式出現。

離婚，非獨與婚姻無效及婚姻撤銷不同，而且與「別居」亦有分別。

婚姻無效，是以（1）定婚無效；（2）未舉行成婚儀節；（3）典賣爲婚，諸種爲其原因的。這些原因，都是發生於婚姻成立以前。至「離婚」的原因，則發生於婚姻已成立之後的——此爲離婚與婚姻無效不同之點。

婚姻撤銷，是以（1）未屆及婚年齡而結婚；（2）同宗爲婚；（3）近親爲婚；（4）重婚；（5）相姦爲婚；（6）未得保護人同意；（7）因詐欺或脅迫而爲婚；（8）未滿禁止再婚期間，諸種爲其原因的。這些原因，亦皆發生於婚姻成立之前。非如「離婚

」，其原因乃發生於婚姻成立之後。且撤銷婚姻，當事人以外的人，（如有主婚權的人）得以行使其撤銷權；而離婚，則非婚姻當事人以外之人所可任意主張的——此爲離婚與婚姻撤銷不同之點。

別居，是夫婦間因一定原因，而分別居住的意思。別居，有定期的與不定期的二種：定期別居，將來尚可回復同居；而離婚則不可。不定期別居，夫婦雖永久不能回復同居，但其身分上，財產上，親屬上，家屬上等關係，固未解銷；而離婚則一經宣告之後，因婚姻所生之法律上一切關係，盡歸解銷——此爲離婚與別居不同之點。

由上所述以觀察，我們可以知道離婚就是：「婚姻成立之後，夫婦間基於法律上所規定之一定原因，而解銷由婚姻所發生法律上之一切關係」的意義。

第二節 離婚之制度

離婚的制度，因時因地而各異。茲分別述其大要於下：

(一) 羅馬之離婚制度

在嚴格的婚制，離婚方式，過於繁複，故有五百年間，未嘗見離婚事件的發生。在自由婚制之下，夫妻兩造均得以通知相對人而相離異；此項通知，以書面或言詞均可；惟須有成年人七人以爲證明。

(二) 英國之離婚制度

英國的教徒，初主張嚴格的限制離

婚主義，其保守精神，不亞於大陸的教會。及至一八五七年，制定離婚事件的法律以後，婚姻事件歸諸民事法庭，教會離婚的制度於是廢止。惟婚姻法關於離婚的規定，是採限制離婚主義；但其離婚原因，較舊時爲多。

(三) 法蘭西之離婚制度

法蘭西初受治於教會法，禁止離

婚，惟得別居而已。一七八九年，革命爆發。一七九一年，革命憲法宣言婚姻爲民事契約。一七九二年八月，立法會議又通過宣言說：「婚姻者，得以離婚而解除之契約也。」至九月二十日，制成法律，又承認下面三種之離婚：一、由夫妻兩造合意，無須提出具體理由的協議離婚。二、由一造提出法定原因，訴請判決

離異。三、由一造主張氣質不合，而無須提出法定原因之不和離婚。其後王室復興，乃盡棄革命以來之離婚制度，禁止離婚。至一八八四年七月革命後，恢復民法法典之限制離婚主義，而加以重大的變更；協議離婚，即完全廢止，至今亦未嘗稍變。

(四)俄國之離婚制度

俄羅斯革命當中，離婚法亦受同樣的影響。俄羅斯帝國，本來是希臘教的宗教國，希臘教會雖不禁止離婚，而嚴守限制離婚主義，舊民法因全從這個主義。革命以後，一九一八年制成婚姻法，即傾向於自由離婚主義。其離婚制度，有四個特徵，茲分述於左：

一、離婚任諸當事人意思，與舊法限制當事人意思正相反。

二、離婚屬諸民事法院，與舊法認為宗教事件者相反。

三、離婚原因不列舉限定，與舊法列舉限定相反——此種裁判離婚制度，不徒為俄國舊法所無，即在各國離婚法中，亦甚少見，實屬嶄新的立法例。

四、承認協議離婚，與舊法禁止協議離婚相反——即在歐洲各國，亦屬最自由之離婚法。

第三節 離婚之種類

關於離婚的種類，約可分之為：（一）有因離婚與無因離婚；

（二）限制離婚與自由離婚。茲分別說明於左：

（一）有因離婚與無因離婚

法律上規定其須有一定原因之存在，始得由夫婦之一造主張離婚的，是叫做有因離婚。離婚之法定原因，如何確定其存在呢？主張離婚的人，應向法院，以訴請其判斷。法院認為其原因存在時，然後為離婚之判決。這一種的離婚，又有人叫他裁判離婚。我國的法制，又有所謂強制離婚，依判例之解釋，實與其他各國的裁判離婚制度相當。（詳下節）

離婚雖必有離婚的原因，但不使其原因出現於表面而成為法律上之問題的，是叫做無因離婚。無因離婚，又可分為兩類：

甲、單意離婚 由夫婦之一造，主張離婚，便可宣告離婚的，是叫做單意離婚。單意離婚，其主張的雖必有理由，

但法律不預爲限制，故爲無因離婚的一種。

乙、合意離婚 由夫婦兩造之合意而離婚的，是叫做合意離婚。還有人把他叫做協議離婚。

(二) 限制離婚與自由離婚

單意無因的離婚，除法蘭西革命時期的離婚法之外，現在各國幾沒有採用了。現在各國所採用的，大都是限制離婚主義。惟蘇俄，日本和我國，均承認協議離婚。而日本和我國協議離婚的程序，更屬簡單。從此看來，日本和我國好像較近於自由離婚主義。惟裁判離婚（有因離婚）之法定原因，日本民法的規定，更較蘇俄爲嚴格。

除上述關於離婚的種類外，還一種似離婚而非離婚的，就是法律上之所謂「別居」。別居，原來是救濟婚姻非解銷主義而設的。現在各國承認離婚制度，而又併認別居制度的很多。茲把別居的各種，分述於下：

甲、終身別居與有期別居 終身別居，是夫婦終身停止共同生活，永遠分別居住的意思。有期別居，是夫婦在一定期間內停止共同生活，等到期間經過之後，或恢復共同生活，或即離婚的意思。前者，還有人叫他不定期別居。後者，還有人叫他定期別居。

乙、擇一主義與準備主義 擇一主義，夫婦得於離婚或別

居兩種當中，任擇其中一種的意思。準備主義，是以別居爲離婚之準備處分的意思。

我國現制，認別居無消滅婚姻的效力。意大利，西班牙，葡萄牙，則僅認別居而不認離婚。德，比，荷蘭，英，美諸國，採擇一主義。瑞士，那威則採準備主義。

第四節 離婚之原因

離婚之請求，必有法定的原因。離婚之原因，法律上應如何規定？諸國法制，有採有責主義（以夫妻一造之惡行爲離婚的原因）與目的主義的；（不問其應當歸責於當事人之一造與否苟有使婚姻目的不能達的事項即可請求離婚）有採列舉主義（把離婚

原因列舉於法規除此以外不能請求離婚）與概括主義的；（不列舉離婚原因苟有正當理由即可請求離婚）又有採絕對離婚原因（如姦非是絕對離婚的事項）與相對離婚原因的；（如重大侮辱其意義不是對絕應待解釋而定）……皆各各相異。

我國民草親屬編規定離婚原因，是採列舉主義的。其第二十七條云：

夫妻之一方，有左列情事之一者，其對造得向法院請求離婚：

一 重婚。

二 犯姦。