

香港法律改革委员会

研究报告书

离婚理由

及

结婚三年之内申请离婚的

时间规限

(论题二十九)

1992年8月

香港法律改革委员会 研究报告书

离婚理由 及 结婚三年之内申请离婚的时间规限

目录

	页
导言	1
为什么探讨离婚法？	1
研究范围	2
搜集意见：谘询过程	2
报告书的格式	3
第 I 部 离婚理由：需要改革的原因	
第 1 章 离婚理由的背景	4
社会背景	5
法律沿革	6
解除中国旧式婚姻的背景	9
第 2 章 现时有关离婚理由的法律	12
无可挽回的破裂和五项事实	12
通奸	13
行为	14
遗弃	15
分居两年及五年	17
有关“严重经济或其他困苦”的抗辩	18
拒发绝对判令——答辩人的经济状况	19
特别离婚程序	21
调解	22

	页
解除中国旧式婚姻——有关法律	22
第 3 章 对现行法律的批评	24
现行法律能否达到目标？	24
“巩固婚姻的稳定性”	24
“让婚姻的空壳得以解除”	27
“保证婚姻可用最公平的方式解除”以“避免对经济力弱的配偶造成不公平”	28
“尽量减少怨恨、痛苦和屈辱”	30
“保障子女利益”	30
“使法律易于掌握和遵循”	31
附带事宜	32
调解	32
通奸赔偿	32
第 II 部 时间方面的规限：需要改革的原因	
第 4 章 对申请离婚作出时间规限的法律	34
有关的立法	34
历史	34
理论基础	35
“异常困苦”	35
“异常伤风败德”	36
修好复合的机会及子女问题	36
第 5 章 对现行法律的批评	37
现代离婚法的哲理	37
减轻“怨恨，痛苦和屈辱”	39
维持审判上的一致	39
达致目标的成效如何	40
第 III 部 改革方案	
第 6 章 离婚理由：考虑过的方案	41

	页
采用现行制度但缩短分居期	41
“透过时间的手续”	43
“只分居”	44
“单方面要求”	45
双方同意的离婚	46
第 7 章 时间方面的规限：考虑过的方案	47
保留现行法律	47
缩短时限	47
定下绝对的时间阻限	48
废除规限	49
第 IV 部 结论及建议	
第 8 章 结论	51
保留“婚姻已无可挽救地破裂”为离婚的唯一理由	52
保留计较／不计过失的体制结构	52
维持通奸和行为作为分开的事实	53
双方同意以分居为凭据离婚	53
非双方同意以分居为凭据离婚	54
废除遗弃	55
新事实：凭双方同意的 1 年之离婚通知	55
针对结婚不久申请离婚的 1 年规限	56
附带事宜	57
调解	57
通奸赔偿	58
第 9 章	59
建议摘要	59
附录	
附录 A 香港结婚及离婚统计数字	61
附录 B 对谘询作书面回覆者名单	63

附录 C 恒辉市场研究社“关于离婚法的意见调查” (电话公众调查结果)	65
--	----

导言

为什么探讨离婚法？

近数十年来，以离婚告终的婚姻数目大增。¹ 故此，循法律途径办理离婚手续的人已非离经叛道的小数人，而是我们社会里为数众多、而且愈来愈多的人士。受影响的人数大大增加，而每宗离婚个案所遗留下来的不愉快社会后果，导致许多司法区近年来对这方面的法律实施重大改革。² 然而，在香港，离婚法绝大部份维持不变近 20 年。上一次重大改革是在 1970 年代初期实施的。

1991 年，卫生福利司发表了一份香港社会福利服务政府白皮书³。白皮书强调稳定的家庭单位对香港社会整体福利的重要性。⁴ 白皮书指出，“随着夫妻分手和离婚日益平常”，单亲家庭渐多，这是威胁家庭稳定性因素之一。⁵ 在以“未来发展动向”为标题的一章里，白皮书宣布，家庭作为一个单位，是优先服务项目之一。并且促请“各决策者”在制定政策时，“更为注重诸如家庭单位和儿童福利等等社会福利概念”。⁶ 根据这些意见，现在正好是时候去研究香港离婚法例的情况，以便决定如果有需要改革，怎么样的改革会是合适的。

¹ 例如，欧洲的数字显示，在 1960-1984 年期间，离婚率上升如下：联合王国 460%，法国 200%，德国 133%，荷兰 380%，比利时 280%；见英格兰及威尔士法律委员会发表的“面对将来——离婚理由讨论文件”（1988）Law Com No. 170, at 8 n 54。

在香港，上升同样戏剧性。在 1976 年，本港颁准 809 份绝对判决，在 1986 年则为 4257 份，上升超过 425%；见本报告书附录 A。

² 这些改革的若干模式会在本报告书较后章次详加探讨。为目前目的，这些改革可简略摘要如下：在离婚理由方面，若干国家或州府将他们“计较过失”和“不计过失”的混合制度改为“完全不计过失”：

(a) 分居一段时间就是所依据的惟一理由/事实：澳洲（1 年）（1975）；新西兰（2 年）（1980）；在美国——阿肯色（3 年），路易西安那（1 年），马里兰（1 年），北卡罗来纳（1 年），俄亥俄（1 年），以及佛蒙特（6 个月）；

(b) 其他不计过失的理由，包括“双方同意”：瑞典（1974）以及在美国——阿利桑那、加利福尼亚、科罗拉多、佛罗里达、肯塔基、密西根、明尼苏达、纽约、和威斯康辛：见“面对将来”，op cit n 1, nn 2, 24 and 33。

更为近期，英格兰和苏格兰的法律委员会都大力建议大事改革他们现行的离婚理由制度（香港制度所依据的）：见英格兰及威尔士法律委员会发表的“离婚理由”（1990）Law Com No. 192 及苏格兰法律委员会的“离婚理由改革报告书”（1989）Scot Law Com No. 116。

在结婚短期内离婚的时间规限方面，在澳洲、新西兰、加拿大和苏格兰，任何以往可能存在的规限，现时都已废除。在英格兰，和香港相同的 3 年时间规限已在 1984 年用 1 年时间阻限取代：见《1984 年婚姻及家事诉讼程序法令》s 1，是项条文修订《1973 年婚姻诉讼法令》s 3。

³ “跨越九十年代香港社会福利白皮书”。（1991 年 3 月）

⁴ Ibid, 19 and 51.

⁵ Ibid, at 19.

⁶ Ibid, at 51.

研究范围

本报告书关乎两方面的法律，都是提交法律改革委员会研究的。委员会受命探讨：

“《婚姻诉讼条例》⁷第 11 条所述离婚理由，以及该条例第 11A 条所述构成该项理由的事实”及

“《婚姻诉讼条例》第 12 条规定的结婚三年之内申请离婚的现行规限”

并就“认为适当的法律修改，作出建议”。⁸

搜集意见：谘询过程

这方面的法律牵涉很多社会问题。法律应否沿用以过失为根据的离婚准则，藉以惩罚婚姻失败的人士？至少须分居多久，好让夫妻透彻考虑他们在做些什么？我们怎样可以管制私人关系，以尽量减少“破裂家庭”对有关双方和社会整体的影响？和解的努力应否强制执行？如果法律的作用是要维持社会秩序，而“家庭”是这个秩序的基本结构，我们可以“放宽”离婚法至什么程度，而又不致威胁社会的稳定？

认识到诸如此类的问题是任何改革建议所需考虑的，法律改革委员会认为，在作出这方面的最后建议之前，有需要征询这方面的专家和市民大众的意见。

故此，在 1990 年下半年，委员会在两份谘询文件里提出初步建议。两份文件其一是关于离婚理由，⁹ 另外一份则关于在婚姻初期办理离婚的时间限制。¹⁰ 谘询文件分送大约一百个“特别关注”的团体和个别人士。在初步谘询工作中，受谘询者名单包括律师、社会工作者、辅导工作者、妇女团体、教育机构和宗教组织。收回的答覆包括多方面的观点，对委员会进一步考虑改革建议，有很大帮助。

初步建议有所决定之后，委员会在 1991 年底进行了最后谘询工作。一所私人市场调查公司受聘代表委员会进行一项电话公众调查，谘询一千名市民大众的意见。这项调查以及较早前谘询工作的结果，第 8 章会详细讨论。

委员会仔细考虑在谘询程序中收到的答覆后，作出本报告书所载的建议。委员会深深感谢所有受谘询者。

报告书的格式

⁷ Cap 179 ("MCO").

⁸ 由律政司马富善先生和首席大法官杨铁梁爵士在 1989 年 12 月签署的研究范围。

⁹ 名为“离婚理由谘询文件”（1990 年 9 月）。

¹⁰ “结婚三年之内申请离婚的时间规限谘询文件”（1990 年 12 月）。

本报告书分为 4 部。第 I 部陈述目前关于离婚理由的法律“需要改革的原因”。报告书首先讨论有关条文的社会和法律背景，跟着探讨赞成改革的论点。同样的论点，很多已导致其他司法区对类似的离婚制度作出重大改革。第 II 部用同样方式，探讨限制在婚姻最初 3 年内申请离婚的权利的法律。

第 III 部概述委员会考虑过的各种改革方案，并且探讨各种方案对香港的適切性。第 IV 部摘要说明委员会的结论，并列载具体的建议。

报告书附录 A 包括有关香港各项离婚统计的图表。附录 B 是一份名单，纪录在委员会最初的谘询工作中作出回覆的人士和组织。这些是属于“特别关注”的组别。附录 C 摘录市场调查公司代表委员会进行电话公众调查的主要结果。

第 I 部 离婚理由：需要改革的原因

第 1 章 离婚理由的背景

1.1 在本世纪，我们见到比较上开放的离婚法；我们并且目睹离婚率急速上升。¹或许有人会认为，离婚法的发展，在若干程度上，助长了这个趋势。

“一般认为，本世纪的法律改革，令致离婚率急速递增，显示出婚姻关系的神圣和恒久性正受侵蚀、道德水平渐趋败坏、而我们所认识的家庭生活亦受危害。”²

1.2 另一观点是，与其说令情况恶化，甚或开风气之先，离婚法日渐开放，只不过是反映出这一时期自然而然的社会发展而已。上面引录的文章继续说：

“不过…… 离婚统计本身，作为破裂婚姻的粗略数据，是中性的。统计仅仅显示，若干数目的人办理过某项法律程序。而各种现象无不显示，未有目前方便办理离婚的法例之前，破裂的婚姻就和目前一样多——不是实际分手，就是……‘名存实亡’，双方同居一处，但在堂皇的门面后面，绝不和谐”。³

1.3 鉴于公众态度的分歧，在考虑进一步改革我们的离婚法之前，对于我们何以达到今天的情况，从社会学上和法律上加以研究，至为重要。

1.4 香港是个中西合璧的社会，设有双重制度的离婚法，分别处理中国旧式婚姻和现代西式婚姻。以下的讨论首先探讨导致我们目前西式离婚的社会和法律因素。中国旧式婚姻的解除，并不直接在本报告书范围之内，但下文会摘要略述这方面的历史和法律背景，以供参考。⁴

¹ 例如，见前述欧洲各国 1960-1984 年期间的数字，op cit n 1，由德国 133%的“低”以至联合王国的 460%。在香港，单单 1976 至 1986 年的数字已超过 425%：op cit n 1 及附录 A。

² Phillips，“婚姻破裂、离婚和财产处分”（1980）Law Lectures for Practitioners 1，at 23。

³ Idem.

⁴ 香港中国旧式婚姻现行离婚制度会在下文第 2 章概述。

社会背景

1.5 管制西式离婚的香港法例非常近似英格兰这方面的条文。⁵ 故此，研究英格兰离婚法的社会背景，以便了解目前香港法例的源起和发展，是恰当的。

1.6 英格兰法律委员会在讨论文件中，鉴别出若干可能是导致现代英格兰的高离婚率的因素。⁶ 文件提出 4 个主要的人口因素。⁷ 首先，近一百年来男女比例的转变（由适婚年龄组别内妇女大量过剩，变为有小数男性过剩），加上普遍的繁荣增长，希望结婚的人大多可以如愿以偿。其次，死亡的主要原因减少，寿命普遍增长，因而婚姻“受考验”的时期增长不少。第三，避孕方法普遍，随处可得，“导致刻意计划的少成员家庭，在怀孕和抚育子女时期之后，留下较长的活跃生命。”⁸ 第四个因素是急速的城市化发展。随着城市生活的发展，出人意料之外，是“更大的社交疏离”，⁹ 因而令到婚姻更为脆弱。¹⁰

1.7 英格兰法律委员会并且鉴别出若干相关的社会经济因素。¹¹ 贸易和工业的兴起，在西方社会带来转变，继承的财富转为工业财富，繁荣更为普遍化。这个现象似乎又转过来造成一个重心转移，由国家和教会的传统利益转到个别人民，即是转为“追求个人的福利”。近代就业增加，赚钱和消费能力随之增强，这对妇女和年青人相对的解放，一般来说，贡献不少。现在，年青人可以自立门户，作为单身成人或“年青夫妇”，离开父母独立。

1.8 传统社会秩序的基本调整，对“传统”社会价值观念，包括和婚姻有关的观念，提出重大挑战。婚姻观念已从“责任”以及必须“一生一世”的观点转移。婚姻再也不被视为可行的经济制度，可以保障子女得以教养成人。今天，对婚姻的理解是：地位平等的人的伙伴关系，他们希望从婚姻获得个人的满足，期望甚高。以英格兰法律委员会的说法：

“被称为‘制度性’的婚姻，主要包涵经济功能，并且提供家庭服务。这种婚姻已被可以叫做‘伙伴化’婚姻取代。伙伴婚姻有赖持久不变的感情关系，很明显比制度性婚姻难以维系得多。”¹²

⁵ 香港的离婚理由法律载于《婚姻诉讼条例》Cap 179 ("MCO") 相同的英格兰法规载于《1973 年婚姻诉讼法令》（前为《1969 年离婚法改革法令》）。

⁶ “面对将来”，op cit n 1, paras 2.18-2.21。

⁷ Ibid, para 2.18.

⁸ Idem, 引述 Finer Report “单亲家庭委员会报告书”（1974）Cmnd 5629, paras 3.3 et seq。

⁹ “面对将来”，op cit n 1, paras 2.20。

¹⁰ Idem.

¹¹ Ibid, paras 2.19-2.21.

¹² Ibid, para 2.19.

1.9 在西方社会，这种态度转变的一个主要因素似乎是‘妇女自主’¹³的出现。妇女新近获得的经济独立，透过更大的参与和工作中更平等的地位，改变了她们对婚姻意义和作用的期望（其后是社会一般性的转变）。今天的妇女在经济上对丈夫的倚赖，比以前减少很多，故此，如果觉得不快乐，她们大可切实选择离开。她们的祖母极少有这样选择的机会。

1.10 社会对离婚的接受，毫无疑问，已有增加。¹⁴ 婚姻应当在感情上有所回报，既是共同的期望，在今天，解除不惬意的关系，另觅新欢，似乎大家都觉得是合情合理的。结果，“离婚”这一婚姻状况，再也不像从前一样玷辱名声。

1.11 上文各段集中泛论西方社会的发展趋势，而特别着眼英格兰的情况。虽然香港的历史背景和目下社会情况和英格兰有很大差异，但亦可以说，关于婚姻和离婚的社会趋势，在若干程度上，香港显然亦有类似的发展。¹⁵

法律沿革

1.12 正如上文所述，香港文化中西合璧，造成了离婚法双重制度的发展：

- (a) 根据《婚姻诉讼条例》第 III 部的规定，¹⁶ 用无可挽回的破裂为理由离婚；以及
- (b) 根据《婚姻制度改革条例》第 V 部的规定，双方同意离婚。¹⁷

1.13 关于上文(b)段情况的背景，本章稍后会摘要说明。然而，上文(a)段所述的制度，才是本报告书的课题。一如上文所述，《婚姻诉讼条例》的规定，主要是依据同类的英格兰法例。我们故此有需要再查看英格兰的法律，以便追溯香港目前法例的历史渊源。

1.14 英格兰早期的离婚法主要以宗教教义为依据，最初并且是由宗教法庭司法的。¹⁸ 在制定《1969年离婚法改革法令》¹⁹之前，离婚法完全“以过失为依据”。要获得离婚，必须证明一项“婚姻罪行”经已发生。从前的观念是：建立一个道德行为的标准，是保障婚姻制度的最佳办法，也可妨阻“婚外私通”。²⁰

¹³ Ibid, para 2.20.

¹⁴ Ibid, para 2.17.

¹⁵ 作为这些趋势的一个迹象，见最近一项关于离婚的电话公众调查（由私人市场调查公司代表香港法律改革委员会进行）的结果。这些结果会在下文第 8 章及附录 C 讨论。

¹⁶ Cap 179 ("MCO").

¹⁷ Cap 178 ("MRO").

¹⁸ Rayden 和 Jackson 论离婚，15th ed (1988) at 1。

¹⁹ 见 *supra*，n 15。

²⁰ “面对将来”，*op cit* n 1，para 3.6。相反，Phillips 提出，“在难以获得离婚的法律下，其中一项不大理想的效果是不合法结合、并且往往连同婚生子女的增加……这些不愉快情况是以往不由人选择（结婚或不结婚）而造成的。”*op cit* n 12，at 23。

1.15 有关的“罪行”包括通奸，虐待和遗弃 3 年。申请人的离婚申请可能被拒绝，如果他本身也犯了这样的罪行，又或他实已“宽恕”、“默许”或“助长”答辩人的婚姻罪行。²¹ 因此，理论上，并无“双方同意离婚”这回事。配偶一方寻求与另一方离婚，情况必然是对抗性的（没有争议已最好不过），随着就是双方千种怨恨和痛苦，并且殃及子女。

1.16 随着时间过去，离婚要求渐多，这个制度不足之处也变得明显。主要是，以过失为依据的制度“并不符合社会实况”，²² 即使婚姻实已破裂，但如果并无违犯、或无法证明一项指定的婚姻罪行，离婚仍然会被拒绝。另一方面，“如果双方都希望离婚，而其中一方愿意违犯、或是装作违犯婚姻罪行，以提供必需的理由，这个制度就无法阻拦双方同意的离婚了。”²³ 这个制度的最大缺点肯定是这种作伪的成份：因为很多时“双方都各有过失，法庭是否能够确实判定过错，而且……婚姻罪行很多时只不过是婚姻破裂的征兆，并不是原因”。²⁴

1.17 在 1966 年，一个由根德堡大主教成立的小组用了大约两年的时间，研究当时的离婚法律，并且发表一份名为“分手——现代社会离婚法”的报告书。²⁵ 回应这份报告书，英格兰法律委员会在同年较后时间发表自己的报告书：“离婚理由的改革——选择范围。”²⁶ 看来，这两份报告书的论点和建议促成了对离婚法的改革，也就构成了我们现行的法例。

1.18 在本质上，两份报告是一致的：以“只问过失”为本的离婚法效果未符理想。两份报告提出的主要批评包括：配偶双方和法庭都被迫在过往的过失大造文章，而忽略了婚姻目前的情况，这只有加深双方的怨恨和痛苦；很多配偶不能循法律途径解除婚姻，就索性一走了之，和新伴侣另组“稳定的不合法结合”；另一方面，如果双方愿意违犯，或是装作违犯一项婚姻罪行，就可轻易获得离婚。两个组织都同意，法律应当改革，让已经破裂、无可挽回的婚姻以人道的方式解除。

1.19 在“选择范围”报告书内，英格兰法律委员会跟着探讨：一套优良的离婚法应当包涵什么基本目标。“选择范围的准则”²⁷ 可摘要为：“支持尚有一线生机的婚姻”，但“用文明的方式，埋葬无可置疑已经死亡的婚姻，尽量减少尴尬、屈辱和怨恨。”²⁸

²¹ Rayden, *op cit* n 28, at 307.

²² “面对将来”，*op cit* n 1, para 2.3。

²³ *Ibid*, para 2.2.

²⁴ *Idem*.

²⁵ (1966) SPCK (主席：The Rt Rev RC Mortimer, Exeter 主教)。该小组最初在 1964 年 1 月获委任做这工作。

²⁶ (1966) Law Com No. 6 Cmnd 3123.

²⁷ 委员会在其后的讨论文件“面对将来”，*op cit* n 1, para 3.1 创出来的。

²⁸ “选择范围”，*op cit* n 36, para 120(1)。委员会讨论过的更具体准则，委员会在“面对将来”中再度采用，*op cit* n 1, paras 2.3 and 3.1-3.47。这些准则在本报告下文第 3 章亦有讨论。

1.20 委员会为了达成这些目标而提出的建议，结果成为《1969 年离婚法改革法令》。主要的改革是废除以往的“婚姻罪行”这个离婚理由（同时废除“默许”、“串谋”和“宽恕”等以往阻限离婚的因素），用惟一的离婚新理由：婚姻已“破裂无可挽回”来取代。破裂可用 5 项“事实”其中一项的存在来证明。虽然表面上已脱离以前完全以过失为本的制度，但这些“事实”中的 3 项，即是通奸、行为、和遗弃，和以前的婚姻罪行理由极为相似。然而，法例倒也引进了两项新的“不计过失”事实，作为离婚依据，就是：分居两年，配偶同意离婚，或是，分居 5 年，无须配偶同意。这些改革条文的详细效果，会在本章下文讨论。这些条文也是本港制度所依据的。

1.21 作出这些改革（其后在香港采用）以来，英格兰（以及香港）的离婚率大大增加。²⁹ 英格兰法律委员会承认这是值得关注的事情。³⁰ “离婚数字大增很易使人归咎于 1969 年法令的法律改革，认为改革基本上削弱婚姻和家庭的制度。”³¹ 然而，委员会特别注意到两个因素，³² 可能导致 1969 年改革之后离婚数字的显著“跃升”。³³

1.22 改革以前，很多婚姻虽已永久破裂，但并无正式离婚，只是长期分居。如要正式办理，须在裁判法院以法定分居程序处理。这是较低社会经济阶层通常使用的方法，因为他们不能负担在合议庭办理离婚的费用。今天，程序已经简化，³⁴ 社会各阶层都比较易于负担离婚费用。故此，今天，破裂的婚姻通常以离婚告终。

1.23 另一重要因素是，现时可用其他依据代替过失理由。从前，明显地，“很多破裂的婚姻都没有交由法庭处理，可能因为未能证实有婚姻罪行发生，又或因为可以提出申请的人无法面对证实婚姻罪行的痛苦经验。”³⁵ 当分居这个事实可以用作离婚的依据，便再也没有上述情况了。

1.24 委员会作出结论，认为离婚率上升，“并未如离婚数字所示的戏剧性”；³⁶ 并认为，这情况的发生实际已有一段长时间，而发生的原因与法律的转变并无大关系。³⁷ 1969 年制定的改革突然之间提供办法，满足了“受遏

²⁹ “自从该 1969 年法令在 1971 年初生效实施以来（在英格兰和威尔士），离婚数目每年上升超过一倍”：“面对将来”，op cit n 1, para 2.10。委员会提供的英格兰和威尔士数字（本报告书附录 A）显示，在 1961 年，每一千名已婚人士就有 25 人获颁发绝对判决，在 1971 年及 1986 年则分别有 74 人和 154 人。

香港的数字载于本报告书附录 A。

³⁰ “面对将来”，op cit n 1, paras 2.14-2.22。

³¹ Ibid, para 2.14.

³² 委员会对已鉴别出来的各种因素的详尽讨论，见“面对将来” paras 2.14-2.22。

³³ Idem.

³⁴ 更且，我们现时已有“特殊程度”的规定，容许若干无抗辩的离婚基本上“在文件上”进行：《婚姻诉讼规则》（“MCR”），香港法例第 179 章，附属法例，r 33(2A)。似乎香港约有三份一无抗辩离婚采用这个程序办理：Pegg, 香港家事法（2nd ed, 1986）Butterworths, at 117。现行婚姻诉讼程序法例会在下章较为详尽讨论。

³⁵ “面对将来”，op cit n 1, para 2.15。

³⁶ Idem.

³⁷ Ibid, para 2.15.

抑的离婚需求”。这些都是尽管婚姻已破裂、无法挽回，但以前无法获得、或是难以获得离婚的个案。

1.25 委员会认为，破裂婚姻增加的现象，主要是由于“本世纪整个西方社会所发生的人口统计学、社会经济以及态度上的转变”。³⁸ 然而，有一方面，委员会承认离婚法的改变，可能对离婚率有影响。

“‘有一种愈来愈大的倾向，就是在情况开始出问题时，视离婚为一种显然的解决，而非最后办法。’³⁹ 离婚法似乎有可能助长了这种倾向。如果是这样，在某一程度上，离婚法有可能令婚姻破裂的比例上升。”⁴⁰

解除中国旧式婚姻的背景

1.26 上文各段追溯出我们以西方为本的离婚法在英格兰的发展。比对之下，有关中国旧式婚姻和中国“新式婚姻”的离婚法，起源很不相同。

1.27 在传统中国社会，家庭利益至为重要，凌驾于个人利益之上。父母更特别“在习俗上有合法权利为子女择偶，控制子女的家庭事务，包括婚姻、供养和（在法律许可下）离婚。”⁴¹

1.28 1949 年之前，婚姻在中国是“一种非常形式化的事务”。⁴² “妻子”有两个阶级：“妻”或正室，其下是“妾”或妾侍。娶“妻”之前，先有一项正式的婚约，由双方父母提出，而通过媒人议定。达成婚约就交换信物。举行婚礼时，新娘通常由大红花轿送到夫家。随着是宴客，并由新娘向新家庭的祖先行礼致敬。纳“妾”一般来说没有这么多形式，而习惯上须得“妻”的同意。

1.29 除了死亡之外，在传统中国，婚姻通常可以透过“双方同意”而解除。⁴³ 然而，婚姻亦可单方面解除，虽然只能由丈夫方面，用下列理由提出：⁴⁴

- 妻子不孝行为，或是对翁姑不敬
- 妻子不育
- 妻子患上令人厌恶的疾病
- 妻子善妒
- 妻子絮聒，或饶舌

³⁸ Ibid, para 2.17.

³⁹ “皇家委员会婚姻及离婚报告书”，(1956) Cmd 9678, para 70(v) (主席：Henryton 的 Morton 男爵)。

⁴⁰ “面对将来”，op cit n 1, para 2.17。

⁴¹ Greenfield, “香港中国法律和习俗下的婚姻” (Vol 7) ICLQ 437, at 443。

⁴² Idem.

⁴³ 一项似乎由汉朝遗留下来的传统做法：见 Pegg, op cit n 44, at 110。

⁴⁴ 这些理由在传统法律下，似乎由古远年代沿用下来：见上。

一 妻子盗窃丈夫物品。

1.30 虽然这些理由范围广阔，但似乎离婚并不常见。⁴⁵

1.31 在 20 世纪，革新观念传入中国，“新式”婚姻得以发展，革除很多传统婚姻的繁文褥节。中华人民共和国的《婚姻法》最初在 1950 年草拟，并在 1980 年修订，⁴⁶ 支持自由择偶，厉行一夫一妻制、夫妇地位平等、以及必须由国家办理婚姻注册等原则。

1.32 关于离婚理由，《婚姻法》提出：

“第二十四条 男女双方自愿离婚的，准予离婚。双方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，应即发给离婚证。

第二十五条 男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。

人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。”

1.33 在这些离婚理由中，法例条文作出两项限制：现役军人的配偶要求离婚，须得军人同意，⁴⁷ 并且，妻子怀孕期间和分娩后一年内，丈夫一般不得提出离婚。⁴⁸

1.34 法例条文跟着规定，虽然已作出关于抚养权方面的安排，但婚姻所生子女仍是父母双方的子女，父母“对子女仍有抚养和教育的权利和义务”⁴⁹ 双方都须负担“子女必要的生活费和教育费”。⁵⁰

1.35 关于夫妻的共同财产，如在离婚时不能达成协议，由人民法院判决处理。⁵¹ 离婚时，“如一方生活困难”，另一方应“给予适当的经济帮助。”⁵²

1.36 上文概述的法例沿革，似乎显示中国法律已作重大转向，由古旧、广泛、丈夫本位的离婚理由，转到另一制度。在新制度中，这样的“过失”再也无关宏旨。然而，实际上，情况可能更形复杂。一位作者有这样的评论

⁴⁵ Ibid, at 111.

⁴⁶ 《中华人民共和国婚姻法》（在第五届全国人民代表大会第三次会议通过，由全国人民代表大会常务委员会主席令第 9 号在 1980 年 9 月 10 日颁布，并于 1981 年 1 月 1 日生效实施）。虽然称为《婚姻法》，实则意图提供一套法规，用以广泛管制家庭关系：见第 1 条。

⁴⁷ Ibid, Art 26.

⁴⁸ Ibid, Art 27.

⁴⁹ Ibid, Art 29。条文跟着说明，离婚后，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。然而，哺乳期后的子女，如双方因抚养权问题发生争执，由人民法院“根据子女的权益和双方具体情况判决。”

⁵⁰ Ibid, Art 30.

⁵¹ Ibid, Art 31.

⁵² Ibid, Art 33.

“……〔在中国〕家事法律并非一套雷厉风行的详尽法规，而是提供一个一般性的正确行为的模式。这些理想化的模式……必须应付现实情况里的主流趋势、家庭里的不平等和冲突、地区性社会习惯的差异，以及政府政策的变动。”⁵³

1.37 一份 1989 年 12 月 13 日颁布的最高人民法院通告，⁵⁴ 似乎已为范围广泛的《婚姻法》条文定下有限制性的解释。通告定出具体准则，用以评定夫妻感情破裂程度是否足以准许离婚，其中包括：由于感情破裂，无和好余地而分居 3 年；夫妻一方犯了通奸，“经过教育之后”仍无悔意；婚姻乃属包办婚姻或“买卖婚姻”，结婚之后，其中一方立即要求离婚，或是二人共同生活多年而未能建立夫妻感情。

⁵³ Palmer, “中华人民共和国：对家事法的若干观察”(1986-87)25 家事法律杂志, 41 at 42。关于政府政策，例如，“如果一名家庭成员不适当地强调自己相对于其他成员的合法权利，会被认为是典型的“资产阶级”所为……《1950 年婚姻法》虽有规定，但在社会主义统治的大部份时间，离婚都受阻挠。“调解”一般都会达成“和好”，而甚至非常不愉快的夫妻也没有例外地被迫维持夫妻关系，以便推广一个健全的社会主义家庭制度”（Ibid, at 43）。

⁵⁴ 称为“关于由人民法院审理的离婚案件中夫妻感情完全破裂的定义的若干具体建议”：见 Palmer 的讨论，“中华人民共和国：更多规则，但更少法律”(1990-91)29 家事法律杂志 325 at 334-336。

第 2 章 现时有关离婚理由的法律

无可挽回的破裂和五项事实

2.1 整体而言，离婚法是个大题目，包括复杂的规则和案例。以下的讨论，特别集中于一个范围，即离婚理由。有关的法例载录于《婚姻诉讼条例》¹及《婚姻诉讼规则》²。

2.2 条例第 11 条规定，可以提出离婚申请的唯一理由，是“婚姻破裂，无可挽回”。要证明这种情况，唯一方法是证实第 11A(1)条所列事实的一项或多项。现将这些事实开列如下：

- “(a) 答辩人与他人通奸，而申请人无法忍受与答辩人共同生活；
- (b) 由于答辩人的行为，期望申请人和他共同生活，是不合理的；
- (c) 申请人在提出申请之前最少已连续两年遭答辩人遗弃；
- (d) 申请人提出申请之前，婚姻双方最少已连续分居两年。而答辩人同意由法院发出离婚判令；
- (e) 申请人提出申请之前，婚姻双方最少已连续分居 5 年。”³

2.3 法庭有责任在“合理可行范围内”，研讯双方所指称的事实。如法庭认为，根据证据，第 11A(1)条所述的任何一项事实已经成立，便须发出中期判令，除非法庭认为，根据所有证据，婚姻并非破裂至无可挽回的程度，则作别论，⁴ 不过，后者的情况实际上可能难以证明。正如一位博学的作者所说：

“在多数事例中，真正的情况是，无论答辩的配偶如何的宽厚及渴望和解，如申请人并不打算与答辩人继续共同生活，则该婚姻不能说是并非破裂至无可挽回的程度。”⁵

¹ Cap 179 ("MCO").

² Cap 179, subsid legisl ("MCR").

³ 本章稍后会逐一详细讨论这 5 项“事实”。

⁴ MCO, s 15(1) and (2)，但亦要注意第 15(3)条所规定的例外情况。

⁵ Pegg, op cit n 44, at 72。再参看 *Lindsay v Lindsay*, DC, Div Jur, Action No 1569 of 1982。

不过，亦有相反的情况：即使“婚姻明显破裂，无可挽回，但除非可以证明该5项事实其中的1项或以上，并令法庭信纳，否则法庭仍不能作这样的裁定。”

6

通奸

2.4 为证明通奸，以作为婚姻破裂无可挽回的证据，便须有两项事实存在。首先是“通奸”这个事实本身。通奸一词可界定为“一名已婚人士在婚姻有效期间，与一名性别不同但非其配偶的人士在双方同意下发生性关系。”⁷ 在无罪推定的原则下，举证的责任由始至终落在指称对方通奸的人士身上。⁸ 由于离婚诉讼属民事诉讼，所以毋须证明通奸无可合理置疑，只需以“较大可能性”证明。⁹ 如有关的一方不承认，可由已成立的事实推断（例如：情信的内容¹⁰，与第三者在酒店房间逗留¹¹，或验血结果显示丈夫不可能是妻子所生子女的父亲¹²）。由有关人等的强烈感情或爱好所构成的证据，加上有关机会的证据，可作为通奸的有力表面证据。¹³ 按条文的规定，只需一项通奸行为便已足够。¹⁴

2.5 “通奸事实”的第二方面是“申请人无法忍受与答辩人共同生活”。有趣的是，这些条件似非互有关连。¹⁵

“无法忍受的情况，不一定是通奸所引起的；不喜欢配偶的个人习惯，例如打鼾、唠苏不休，或只是发觉对方不是原先的白马王子或白雪公主，都可以是成因。”¹⁶

不过，法庭必须认为，无法忍受的情况是真实的，并非纯属申请人片面之言。¹⁷

2.6 此外，以往默许、串谋及宽恕等的离婚阻限虽已废除，但如申请人知道配偶通奸后仍与配偶继续共同生活超过 6 个月，申请人就不能再以通奸作为依据，申请离婚。¹⁸

2.7 申请人如指称第三者与其配偶通奸，可向该第三者索偿。¹⁹ 根据普通法及以往的英国法例²⁰，此类诉讼只限于丈夫诉“奸夫”，而妻子则不能诉

⁶ Pegg, *idem*.

⁷ Rayden, *op cit* n 28, at 228。不过，在香港，我们亦须留意《婚姻诉讼条例》第 2 条所载有关“旧式婚姻”的例外情况。

⁸ Rayden, *op cit* n 28, at 232.

⁹ *Ibid*, at 233.

¹⁰ *Wong Chan Ying Hon v Wong Chik Wai*, SC, Div Jur, Action No 236 of 1971.

¹¹ *Blum v Blum* (1963) 107 Sol Jo 512 (CA).

¹² *F v F* [1968] P 506.

¹³ Rayden, *op cit* n 28, at 235.

¹⁴ 参看 Pegg, *op cit* n 44, at 73-74。

¹⁵ *Cleary v Cleary* [1974] 1 All ER 498 (CA).

¹⁶ Evans, “家事法的近期发展” (1978) *Law Lectures for Practitioners* 87, at 90。

¹⁷ Pegg, *op cit* n 44, at 75.

¹⁸ MCO, s 15A(3)(b)。不过，根据本章稍后讨论的调解条文，如共同生活的期间是 6 个月或以下，该法例保留以通奸作为依据的权利。

¹⁹ MCO, s 50(1)。关于应否保留这项诉因，下文第 3 及 8 章会有讨论。

“奸妇”。这显然是基于“普通法中丈夫拥有妻子及妻子的服务的隐含所有权”。²¹ 赔偿是根据“丈夫由于失去妻子及蒙受屈辱而引致的损失”而厘定。²²

2.8 英格兰于 1970 年废除可以用通奸的理由索偿，从而消除这种不正常的现象。²³ 不过，香港所采用的方式是保留丈夫的诉讼权利²⁴，但将这权利同时赋予妻子。²⁵

2.9 有关以通奸理由索偿的申请，法庭可以指示如何运用获得的赔偿，例如，“拨作妻子的赡养费”或“拨归子女”。²⁶

行为

2.10 将这事实称为“不合理行为”是不正确的，因为“合理”是修饰“期望”而非“行为”。²⁷

“‘合理’一词的意思，并不是说法庭须考虑答辩人曾否有不合理的行为。法庭要决定的是：可否合理地期望申请人与答辩人共同生活，这是一个很不同的问题”。²⁸

2.11 这事实与通奸事实不同，两者有一个显著的分别：“问题并非申请人是否无法忍受与答辩人共同生活，而是可否合理地期望申请人与答辩人共同生活”。²⁹ 由法庭裁定能否合理地期望申请人与答辩人共同生活，判断标准故此是客观的。不过，对某一申请人而言，什么是合理这个主观问题，也很重要。³⁰ 关于这个判断标准，一个为人接纳的论述是：

“考虑及整个情况以及双方的性格和个性，丈夫有这样的行为，任何有正确思想的人会否认为不能合理地期望妻子与他共

²⁰ 《1950 年婚姻诉讼法令》第 30 条，已在《1965 年婚姻诉讼法令》第 41(1)条重订。该条成文法规取代普通法中以“私通”为理由而提出的诉讼（即丈夫可以控告他指称与其妻子通奸的男子）。英格兰已于 1857 年废除这类诉讼：《1857 年婚姻诉讼法令》第 59 条。（不过，有人指出，私通诉讼仍可在香港提出，直至这类诉讼被明文废除为止：见 Phillips, “通奸赔偿” (1980) HKLJ 54, at 55-60; Pegg, op cit n 44, at 76-77, 文章论述了 *Gensberger v Gensberger* [1968] HKLR 403 (FC) 这案例的影响，及《英国法律适用范围条例》随后于 1971 年的修订）。Phillips, op cit n 84, at 54.

²¹ Idem.

²² 《1970 年法律改革（杂项规定）法令》。

²³ 参看 *Gensberger v Gensberger* [1968] HKLR 403 (FC)。案例中，法院裁定一名丈夫可获妻子的情夫赔偿 20,000 元。该案例中，法院亦曾考虑英格兰于 1857 年废除了的有关“私通”的旧普通法诉讼是否仍可在香港提出。法院的结论是否定的。不过，后来的论者及《英国法律适用范围条例》Cap 88 LHK 于 1971 年的一项修订，令人对这点有所怀疑：参看 supra n 84。

²⁴ 见 Ord 35 of 1971, s 5。

²⁵ MCO, s 50(2).

²⁶ Chang, “香港的新离婚法” (1973) 3 HKLJ 51, at 59。

²⁷ Passingham, “婚姻的破裂” (1974) Law Lectures for Practitioners 1, at 4, citing *Carew-Hunt v Carew-Hunt* (1972) Times, 28 June 28。

²⁸ Pegg, op cit n 44, at 77.

²⁹ Idem. 参看 *Balraj v Balraj* (1980) 11 Fam Law 110, at 112 (CA) 所述有关判断标准的厘定。

同生活呢？”³¹

2.12 由于答辩人的精神或身体疾病所引致的行为，已有案例将之包括入“行为”一词内。例如，在 *Thurlow 诉 Thurlow*³² 的案例中，妻子是答辩人，她患上癲病症，有暴力行为倾向，法庭判答辩人败诉；她最后病倒卧床。³³

2.13 有关的行为，亦可以一连串个别事件的形式出现。这些事件分别考虑时，可能不足以构成该条例第 11A(1)(b)条所指的行为，但累加起来考虑，可能变得足够。³⁴

2.14 虽然一般而言，在香港，行为案例所引用的行为类型，类似在英格兰所引用的，但有时本港生活的特殊情况会导致不同的处理方式。例如，在一宗本港案例中，法庭拒绝批准用行为事实提出的离婚申请，原因是法庭知悉该名丈夫、妻子及他们的 4 名十多岁的子女，与其他 8 个人共住一间细小石屋。³⁵ 有人提出：³⁶

“大部份香港人生活在极端困难的环境，这可能引致很多在较佳环境中可能不会出现的婚姻不协调，而在一些情况中，不能真正的归咎于其中一名配偶的不合理行为。”³⁷

遗弃

2.15 这方面的法律很复杂，因为要证明遗弃，便先要证实一连串的要素：分居事实；永久分开生活的意图；配偶没有答允分居；没有合理或正当的分居理由；及提出离婚申请之前分居不少于两年。³⁸

2.16 关于分居要素，有人说“遗弃不是脱离一个地方，而是脱离一种事态。”³⁹ 这是放弃夫妻同居的责任或婚姻的共同义务。⁴⁰ 即使双方仍在同一房屋内生活，亦能证实遗弃，但双方须“像两家人一样各自生活”，⁴¹ 同时亦

³¹ *Livingstone-Stallard v Livingstone-Stallard* [1974] Fam 47, at 54, per Dunn J; 获 *O'Neill v O'Neill* [1975] 3 All ER 289 (CA) 及香港案例 *Li Kao Feng Ning v Li Hung Lit*, CA, Civ App No 58 of 1983 赞同。

³² [1976] Fam 32, following *Katz v Katz* [1972] 3 All ER 219.

³³ 同样的原则被引用到香港：参看 *Lee Yuen Sam v Lee Tang Hop Wo*, HC, Div Jur, Action No 14 of 1978 这例子。

³⁴ *Livingstone-Stallard v Livingstone-Stallard* [1974] Fam 47, *Li Kao Feng Ning v Li Hung Lit*, CA, Civ Action No 58 of 1983 及参看 *Sussex* (1979) 9 HKLJ 171 及 *Phillips* (1984) 14 HKLJ 95 的论述。

³⁵ *Chan Cheng Siu Kun v Chan King Kan*, HC, Div Jur, Action No 6 of 1979.

³⁶ Pegg, op cit n 44, at 82。该作者留意到，在香港，一个似乎并非闻所未闻的情况是，由于家中没有可以独处的地方，所以夫妇不再有性行为：Idem。

³⁷ Idem.

³⁸ Rayden, op cit n 28, at 272.

³⁹ *Pulford v Pulford* [1923] P 18, at 21, per Lord Merrivale P (DC).

⁴⁰ Idem.

⁴¹ 例如在 *Hopes v Hopes* [1949] P 227 (CA)，虽然夫妻分房而睡，妻子亦不替丈夫洗濯缝补衣物，但由于丈夫与家人共同进食及与他们共用公用厅房，所以法庭裁定妻子并未遗弃丈夫。

要有永久分开生活的意图，及将此意图告知配偶。⁴² 不过，一些随后发生的事情，例如突然精神崩溃，可令遗弃配偶的一方再无具有所需意图的能力，则事情就会作罢。⁴³

2.17 如双方协议分居，则不算遗弃。⁴⁴ 协议可以是明订或默示。判断的标准是分居与对方的同意两者之间，是否存有因果关系；如果有，则分居是经双方同意的。不过，如有关一方随后撤回同意，“而其他要素又存在，则由这时候起便算遗弃”。⁴⁵

2.18 如其中一方没有合理原因离开，即已构成遗弃。不过，如另一方的行为的“严重及重要程度令婚姻生活无法继续”，则可以此为“正当原因”。⁴⁶ 此外，答辩人为保护自己或子女而离开配偶，亦可成为“正当原因”。⁴⁷ 即使答辩人误信据以离开配偶的“正当原因”是真的，但如果他所信的是诚实及合理的，则其离去仍不算是遗弃。这种情况的常见例子是答辩人误信配偶与人通奸。⁴⁸

2.19 遗弃期起码要两年，这与“分居，同意离婚”事实相同。如时间不足两年，则指称遭遗弃的申请人，与可以用分居并同意离婚作为依据的申请人相比，会较为不利。⁴⁹

2.20 另一种遗弃形式是“推定”遗弃：实际上离开婚姻居所的配偶是“被对方的驱逐言词或驱逐行为赶走的”。⁵⁰ “推定”遗弃对方的人，是留在婚姻居所的配偶，而非离开的配偶。驱逐的行为须是“严重及重要”⁵¹，并且是蓄意的，⁵² 致使离开的配偶合理相信对方叫他离开。在推定遗弃（但非单纯的遗弃⁵³）中，所涉及的行为的严重程度，似足以让申请人改以上文所述行为事实作为依据。这一点的重要性在于申请人毋须等候指称被遗弃所需的两年时间。⁵⁴

⁴² *Beeken v Beeken* [1948] P 302 (CA).

⁴³ Pegg, op cit n 44, at 85。不过，是否当作连续遗弃期，仍由法院决定：参看 MCO, s 11A(2)。

⁴⁴ Rayden, op cit n 28, at 279.

⁴⁵ Pegg, op cit n 44, at 86.

⁴⁶ *Dyson v Dyson* [1954] P 198, per Barnard J.

⁴⁷ 例如 *G v G* [1964] P 133 (DC)（突然大怒令子女受惊）。

⁴⁸ Pegg, op cit n 44, at 88。

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Ibid.*, at 89.

⁵¹ *Saunders v Saunders* [1965] P 449 (DC).

⁵² 有关此点的举证责任方面，存在着一些司法上的争论。“有一段长时间，法院所支持的观点是，申请人可以推定，答辩人的行为可能产生的自然后果，是答辩人蓄意造成的，从而证明〔意图〕。这个推定是可以反驳的。但在 *Lang v Lang* ([1955] AC 402) 一案中，枢密院认为，这个推定只可在证明有相反意图后才可反驳，单只希望或渴望对方会留下是不足够的”：Pegg, op cit n 44, at 90。

⁵³ *Stringfellow v Stringfellow* [1976] 2 All ER 539 (CA).

⁵⁴ Pegg, op cit n 44, at 90.

2.21 上述要素中，只要以下一项不再适用，遗弃便告终止：双方再共同生活；遗弃的意图不再存在；另一方现已同意分居；或遗弃之后出现了足使有关一方离去的“正当原因”。⁵⁵

分居两年及五年

2.22 申请人以分居事实作为依据时，必须证实双方已分居至少两年，而答辩人同意要颁发的命令，或如没有答辩人的同意时，双方至少分居 5 年。考虑分居事实是否成立时，法庭并不理会双方之间的过失。⁵⁶

2.23 法例规定，“除非丈夫和妻子在同一家庭共同生活，否则应视作分居论。”⁵⁷ 看来双方即使在同一房屋内居住，仍可各自生活像两家人。⁵⁸ 有论点指出，“法庭要研究双方之间的情况；有关的问题是，双方虽然长期不和，但是否仍在同一家庭作为夫妻共同生活？”⁵⁹

2.24 除事实分居外，申请离婚的人亦须证实某一种精神要素；即他已“不再认为该段婚姻存在及从不打算回到对方身边。”⁶⁰ 因此，“只由于疾病、往海外工作或派往海外从军而致长期离家，是不足够的。”⁶¹

2.25 在 *Santos 诉 Santos*⁶² 的案例中，上诉法院已考虑过这个问题。上诉法院裁定，申请人须证明在提出诉讼前至少两年，已认为婚姻已完结，不过，申请人毋须将此事传达给答辩人。法院承认，单方面作出的决定极难证实，但仍坚持法院有责任在这方面作出考虑，不会如“橡皮图章”般赞同申请人的指称。⁶³

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Chapman v Chapman* [1972] 3 All ER 1089 (CA).

⁵⁷ MCO, s 11A(3).

⁵⁸ *Hopes v Hopes* [1948] P 227 (CA); *Mouncer v Mouncer* [1972] 1 All ER 289.

⁵⁹ Pegg, *op cit* n 44, at 92-93.

⁶⁰ 参看 *Santos v Santos* [1972] Fam 247 (CA) 及 Pegg, *ibid*, at 94。

⁶¹ *Passingham*, *op cit* n 92, at 6。在香港，这可能特别有重要意义：临近 1997，“太空人婚姻”会愈来愈多，即其中一个配偶离开香港到海外地方临时居留，唯一目的是要取得外国公民权。如有关婚姻在两个配偶分隔分隔期间破裂，则分居期由哪时算起？

⁶² *Passingham*, *idem*.

⁶³ 一位作者留意到，在分居两年并同意离婚的案件中（本章稍后会有讨论），特别离婚程序的出现，必会减低上诉法院在这方面所作裁定的重要性。正如 *Passingham* 指出，“如果这并不是”橡皮图章“，看来也十分相似”。*Idem*。

2.26 两年分居期如要足以获得离婚，所需的同意必须明确，并不仅是默认。⁶⁴ 以该法例来说，所需的同意是指同意颁发绝对判令的，并非同意分居。⁶⁵ 《婚姻诉讼规则》载述有关表示同意的特定形式。⁶⁶

2.27 如所依据的是双方已分居 5 年或以上，则毋须对方同意。⁶⁷

有关“严重经济或其他困苦”的抗辩

2.28 如申请人所依据的事实是分居 5 年，⁶⁸ 答辩人可用下述理由反对发出中期判令：婚姻解除后会致答辩人蒙受严重经济或其他困苦，及在该案件的所有情况下，解除该段婚姻是错误的。⁶⁹ 由此可清楚知道。必须符合两项条件：一是要证实“严重困苦”；二是要证明批准离婚是错误的。⁷⁰

2.29 “严重经济困苦”的“意思与字面的意思相同，法院须就该段婚姻及婚姻持续时双方的生活状况而对该词作出主观考虑”。⁷¹ 由于所依据的事实是分居 5 年，该项抗辩被认为是“最后手段”之一。⁷² 经济困苦可以作为一种讨价还价的工具，用以协助答辩人从申请人取得较佳的经济援助。⁷³

“如答辩人在答辩中证实会蒙受严重经济困苦，法庭应驳回〔离婚〕申请，除非申请人在回答中提出的建议可满足答辩人在答辩中提出的事项；该建议须能在所有情况下份属合理而获法庭接纳，并须足以消除该项可导致驳回离婚申请的严重经济困苦要素。”

2.30 所指称的困苦，“最常见是婚姻如果解除，答辩人日后获得遗孀抚恤金的希望就会消失”。⁷⁴ 在一宗香港案例中，这亦与失去受津贴房屋有关。⁷⁵ 不过，有人指出，这种抗辩在以前“通常甚难成立”，⁷⁶ 特别在英格兰⁷⁷ 及在答辩人仍然年青、健康及可以谋生的情况下。如夫妇都“年纪老迈、健

⁶⁴ *McG (formerly R) v R* [1972] 1 All ER 362.

⁶⁵ Pegg, op cit n 44, at 91.

⁶⁶ Cap 179 (subsid legis) ("MCR"), r 14(5) and form 4.

⁶⁷ MCO, s 11A(1)(e).

⁶⁸ *Ie*, MCO s 11A(1)(e).

⁶⁹ MCO, s 15B.

⁷⁰ *Bricknell v Bricknell* [1974] Fam 31 (CA)。

⁷¹ Rayden, op cit n 28, at 334。再参看 *Le Marchant v Le Marchant* [1977] 3 All ER 610 (CA)。

⁷² Pegg, op cit n 44, at 102.

⁷³ *Ibid*, at 103.

⁷⁴ Passingham, op cit n 92, at 9。参看 *Le Marchant v Le Marchant* [1977] 3 All ER 610 (CA)，案中妻子指称离婚后她会失去一份与指数挂钩的退休金。

⁷⁵ *Yuen Yu Biu v Yuen Nip Yulandna*, HC, Div Jur, Action No 36 of 1978.

⁷⁶ Phillips, op cit n 12, at 13。参看香港案例 *Wong Tat Lun v Wong Chan Siu Ping*, CA, Civ App No 111 of 1987。案中的妻子是丈夫的大家庭的成员，为时长达 14 年，她会失去的不是日后的退休金权益，而是现时从家翁处得到的利益；家翁（经常）用家族生意的金钱接济她。她反对颁发离婚令的上诉失败了。

⁷⁷ Phillips, op cit n 12, at 13。再参看 Pegg, op cit n 44, at 104。

康不佳又不富裕，妻子不能工作而丈夫又不能补偿该种严重经济困苦”，则这种抗辩会有较大的成功机会，而离婚申请亦有较大机会被驳回”。⁷⁸

2.31 至于“其他”严重困苦，极少有成功案例。⁷⁹ 答辩人因离婚而感到不快乐及羞辱是不足够的，宗教上的反对理由亦同样无效。⁸⁰ 不过，答辩人如能证明由于宗教及社会态度，离婚会令答辩人受社区排斥，这项抗辩就可能成立。⁸¹

2.32 至于该条文的第二方面，在裁定将婚姻解除是否错误时，法庭受指示考虑下述情况：

- (a) 婚姻双方的行为（例如，答辩人有否通奸或遗弃对方？⁸²）；
- (b) 双方的利益（双方再婚的前景如何？）；
- (c) 子女的利益（例如，申请人如可自由再婚，他的非婚生子女便可成为婚生）；及
- (d) 第三者的利益（例如申请人的未来丈夫或妻室⁸³）。

因此，即使已证明“严重经济或其他困苦”，但仍要法庭认为在上述所有情况中，解除婚姻是错误的，答辩人才可胜诉而离婚申请才会被驳回。

拒发绝对判令——答辩人的经济状况

2.33 该条例第 17A 条内亦有条文规定给予答辩人经济保障。如离婚申请是基于两种“不计过失”分居事实中的一种⁸⁴，而法庭又已将中期判令颁与申请人时，答辩人可根据第 17A 条向法庭申请，要求考虑其离婚后的经济状况。⁸⁵

⁷⁸ Pegg, *idem*。再参看 *Julian v Julian* (1972) 116 Sol Jo 763。

⁷⁹ Pegg, *op cit* n 44, at 104.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ 参看 *Banik v Banik* [1973] 3 All ER 45 (CA)。不过，须令法庭信纳答辩人“事实上会受排斥而不单只觉得受到排斥” Pegg, *op cit* n 44, at 105。再参看 *Rukat v Rukat* [1975] Fam 73，在这案例中，妻子是罗马天主教徒，与丈夫分居了 26 年，指称（但未能证实）蒙受“严重困苦”，所持理由是颁发离婚法令后，她在西西里会受社会排斥。

⁸² *Brickell v Brickell* [1974] Fam 31 (CA).

⁸³ 虽然在 *Johnson v Johnson* (1981) 12 Fam Law 116 案中，法官驳斥丈夫的再婚意愿为毫不重要，所持理由是丈夫只因“感情理由”而想再婚：有关这个显然是颇难作出的裁定的论述，可参看 Phillips, “家事法的近期发展” (1983) Law Lectures for Practitioners 91, at 104-105。

⁸⁴ *Ie*, under s 11A(1)(d) or (e), MCO.

⁸⁵ MCO, s 17A(1)。与第 15B 条所给予的保障一样，第 17A 条的条文补充了法院可颁发某些命令的权力；这些命令是根据《婚姻诉讼与财产条例》（第 192 章）就经济援助及财产调整而颁发的。一位作者论说：“根据该 [MPP] 条例，法院已有全权颁发经济援助命令，因此该条文 [第 17A 条] 现似无重要性。英格兰法例的相似条文 [《1969 年离婚法改革法令》第 6 条，已被《1973 年婚姻诉讼法令》第 10 条取代] 制定时，法院尚未如现时般拥有广泛权力处理收入及财产的事情”：参看 Pegg, *op cit* n 44, at 108。再参看 Ormrod LJ 在 *Hardy v Hardy* (1981) 2 FLR 321, at 327-328 案中的论述，他说“ [《1973 年婚姻诉讼法令》] 第 10 条似渐搁置不用”。

2.34 根据该条文，法庭有两种处理方法。⁸⁶ 一般而言，法庭可拒发绝对判令，直至法庭全面聆讯过双方的经济状况。法庭须令本身满意，认为对答辩人作出的经济供给已属公平合理或在有关情况中已属最好，或认为申请人毋须给予答辩人任何经济援助。⁸⁷

2.35 法庭在考虑答辩人的经济状况时，须考虑的情况包括：“双方的年龄、健康、行为、谋生能力、经济资源及经济负担；”⁸⁸ 及“在考虑该宗离婚案时，假设申请人首先去世，则在申请人死后答辩人可能面对的经济状况。”⁸⁹

2.36 法庭可采用的第二种方法是颁发绝对判令而不对答辩人的经济状况作出全面聆讯。但这方面只适用于某些当时情况有需要即时颁发绝对判令，而申请人又承诺给予可以接纳的经济援助，令法庭满意的案件。⁹⁰ 在 *Lau Chu 诉 Lau Tang Su Ping* 这宗香港案例中，法庭采用了这个方法。⁹¹ 案中提出申请的丈夫希望和共同生活近 9 年的女人组织家庭，而他的资产估值为 175,000,000 元。法庭裁定，虽然给予答辩人的经济援助数额仍待厘定，但申请人已证明加快作出绝对判决的理由，而申请人所作的经济援助承诺，足以使法庭颁发绝对判令。⁹²

2.37 有人指出，条例第 17A 条虽然并无授权法庭作出经济命令，但“法庭可以为答辩人取得的援助，会较法庭能够颁令给予的为多。理由很简单，就是在〔绝对判决〕阶段可以加诸申请人的压力。”⁹³ 此外，法庭亦可“防止日后因履行承诺的诱因消失而引起执行上的问题。”⁹⁴ 不过，有一点必须紧记，援助的目的是“防护性”而不是“攻击性”；即是说。只供答辩人作为盾牌而非利剑。⁹⁵

⁸⁶ 参看 *Lau Chu v Lau Tang Su Ping* [1989] 2 HKLR 470, at 489 per Hunter JA (CA)。

⁸⁷ MCO, s 17A(3).

⁸⁸ MCO, s 17A(2)(a).

⁸⁹ MCO, s 17A(2)(b)。在这最后的一个项目下，参看 *Wong Leung See v Wong Po Lung Kwan CA*, Civ App No 121 of 1985 这宗不寻常的香港案例。案中，妻子获判可得到前夫退休时会一次过收取的退休金的一部份，虽然前夫早已取得绝对判令及自此已再婚。在这案例中，法院忽略了妻子根据第 17A 条发出的反对颁发绝对判令的上诉通知书。这案例近似 *Wright v Wright* [1976] Fam 114，这亦是“一连串出于真诚的错误的典型例子”：参看 Phillips (1986) 16 HKLJ 273-284, at 275。

⁹⁰ MCO, s 17(4).

⁹¹ [1989] 2 HKLR 470 (CA).

⁹² 不过，请比较法院在 *Wilson v Wilson* [1973] 1 WLR 555 (CA) 中所采取的处理方式。案中法院裁定暂不颁发绝对判令，直至申请人首先实行他的“唯一建议”（即出售婚姻居所并将所得款项由双方分享）为止。

⁹³ 参看 Phillips, op cit n 153, at 279。

⁹⁴ Pegg, op cit n 44, at 108.

⁹⁵ 参看 *Lau Chu v Lau Tang Su Ping* [1989] 2 HKLR 470, at 491 per Hunter JA (CA)。

特别离婚程序

2.38 《婚姻诉讼条例》规定，法庭须在合理可能的范围内，对指称造成婚姻破裂至无可挽回程度的事情作出聆讯。⁹⁶ 在若干情况下，无抗辩的离婚案件可循特别程序进行，从而令离婚案件基本上根据申请人递交的文件处理，使双方毋须出庭。⁹⁷

2.39 根据这个程序，法院的司法常务官会对申请作出考虑，如表面证据成立，便会发出证明书以证明申请人已充分证明申请的内容。案件随后会在公开法庭处理，但目的只是由法官宣布发出中期判令。

2.40 在英格兰，离婚诉讼的裁决过程现已实际上由法官移转至司法常务官，⁹⁸ 这是公认的情况。

“司法常务官一经证明他对证据感到满意，并认为申请人有获颁判令的权利后，到了聆讯日期，法院便须颁发判令。故此，不能不认为法官只是徒具形式而已。经常听到的司法上的投诉是，法官只是一个橡皮图章，用以集体颁发中期判令——例如，‘本人宣布颁发第 1 至 50 宗案件的中期判令’——这确实如此。”⁹⁹

2.41 不管怎样，亦有评论认为，实行这个程序之后，“除了申请人在呈交法庭的文件内提出的事实外，实际上已取消了对其他事情作任何切实聆讯。”¹⁰⁰ 一位作者形容这个程序为：

“在两种不同观点当中作出的一个不愉快的妥协。其中一种观点认为在无抗辩的案件中，免除双方出庭应付那些不必要的、使人烦恼的聆讯，是合适的。另一种观点认为婚姻仍是相当重要的社会制度，须由司法程序而非行政程序作出终止的决定。”

¹⁰¹

2.42 在英格兰，这个特别程序适用于无抗辩的案件，而不理会所依据的某项“事实”。这个程序现时被认为是处理无抗辩离婚案件的“普通程序”。¹⁰² 据估计，该地的无抗辩离婚申请中，有 98%是以这个方式处理的。¹⁰³

⁹⁶ MCO, ss 11 and 11A; 再参看 Rayden, op cit n 28, at 221.

⁹⁷ 参看 MCR, rr 33(2A) 及 47A; 参看 Pegg, op cit n 44, at 116-117. 再参看 Rayden, op cit n 28, at 221 对相应的英格兰法规作出的论述。

⁹⁸ 参看上诉法院在 *Day v Day* [1980] Fam 29, esp per Ormrod LJ 的裁决; 及 Phillips, op cit n 12 at 7-8 的论述。

⁹⁹ Phillips, idem.

¹⁰⁰ 参看 *Day v Day* [1980] Fam 29 (CA), esp per Ormrod LJ; 及 Phillips, op cit n 12, at 7-8 的论述。

¹⁰¹ Phillips, op cit n 12, at 7.

¹⁰² Rayden, op cit n 28, at 221.

¹⁰³ Phillips, op cit n 12, at 7.

2.43 不过，在香港，这个程序只限于婚姻中没有未成年的子女，以及不是用行为事实来证实婚姻破裂无可挽回的案件。¹⁰⁴ 因此，据估计，香港只有约 30% 的婚姻是以特别程序解除的。¹⁰⁵

调解

2.44 法例载有多项条文，目的是要在诉讼进行之前及进行期间，鼓励双方和解。

2.45 在最早期阶段，即仍未提起诉讼时，在若干情况下容许长达 6 个月的“尝试”和解期。在如果尝试不成功，双方日后申请离婚的权利并不受影响。¹⁰⁶

2.46 第二，申请人须取得律师的证明书，证明在诉讼开始之前，律师曾否与申请人讨论修好的可能性。¹⁰⁷ 不过，正如一位作者所说，律师是必须与客户讨论这个问题的，事实上律师可能认为这样做是无用的，特别是在双方已分居一段时间的情况下。¹⁰⁸

2.47 第三项条文是该条例第 15A(1) 条。该条文授权法庭，如认为“婚姻双方有合理的和好可能”，则可在任何阶段将诉讼押后。法庭“可将诉讼押后一段认为适当的时间，以便双方尝试和解”。但有论者认为，案件到了聆讯阶段时，和解的机会已经很微。此外，要求法庭察觉是否有真正和解的机会，特别是在根据双方呈交的书面陈述而进行的诉讼中，实在过于苛求。¹⁰⁹

解除中国旧式婚姻——有关法律

2.48 较早时在第 1 章有关中国旧式婚姻的讨论中，提到香港有双重的离婚法制度；一位作者论说：

“这是因为香港法庭的婚姻司法权限是建基于两种婚姻制度。一方面是根据中国法律及习俗缔结的婚姻，以及连带的一夫多妻陋习；另一方面是英格兰式的经教堂或注册处缔结的婚姻，以及连带的一夫一妻风尚。这两种婚姻似互不相干，至少在离婚法庭上是这样。”¹¹⁰

2.49 在中国婚姻制度中，经双方同意离婚的原则，“悠来已久，至少可追溯至汉朝〔公元前 206 年至公元 220 年〕”。¹¹¹ 于 1970 年实施的¹¹²《婚

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Idem, and Pegg, op cit n 44, at 117.*

¹⁰⁶ MCO, s 15A(3)-(6).

¹⁰⁷ MCO, s 18B(b) and MCR, r 12(3) and form 2A.

¹⁰⁸ *Pegg, op cit n 44, at 96.*

¹⁰⁹ 本报告书下一章会讨论这些条文是否足以达致原定目标。再参看有关一般和解事宜的论述；*infra*，第 8 章。

¹¹⁰ *Pegg, “当代香港的中国婚姻、妾侍制度和离婚” (1975) 5 HKLJ 4 at 10.*

¹¹¹ *Chang, op cit n 91, at 52.* 参看有关中国婚姻及离婚沿革的讨论；*infra*，第 1 章。

姻制度改革条例》¹¹³，适用于中国旧式婚姻¹¹⁴及中国“新式婚姻”¹¹⁵，该条例在若干程度上承认这项原则。

2.50 中国旧式婚姻是可以一夫多妻的。妻子未得丈夫同意前不能解除婚姻，但丈夫则有权用各种理由单方面与妻子离婚。¹¹⁶《婚姻制度改革条例》第II部的效用是于“指定日期”，即1971年10月7日起，禁止一夫多妻制。¹¹⁷有关的条文规定，由该日起，“男人不得纳妾，女人亦不准取得妾侍地位”，¹¹⁸但关于在指定日期前合法纳娶的妾侍和她的子女，他们的地位和权利都不受影响。¹¹⁹

2.51 至于现存婚姻，该法例的效力是将现存可以成为一夫多妻但实际上却是一夫一妻的婚姻，用宣布这些婚姻是“有效”婚姻的方式，将这些婚姻改变为法律上一夫一妻婚姻。¹²⁰

2.52 这些在以前缔结的旧式婚姻和经确认的新式婚姻，可根据该条例第IV部注册，¹²¹而不论婚姻的另一方是否同意。¹²²对婚姻的解除方面而言，注册手续有特别的重要意义。如婚姻的一方或双方与香港有实质联系，注册婚姻可循该条例第V部的双方同意程序解除，或根据《婚姻诉讼条例》的规定终结。¹²³

¹¹² 不过，有些条文到“指定日期”，即1971年10月7日才生效：参看MRO, s 3及LN 187/70。
¹¹³ Cap 178 ("MRO")。原先的条例（1970年第68号）“的草案由民政司提交二读时，被他形容为‘白皮书及报告书令人不快的进展’〔始于1953年〕”：Chang, *Idem*。

¹¹⁴ 界定为“于指定日期前根据中国法律及习俗在香港缔结的婚姻”：MRO, s 7(1)。在 *Fan Kam Ching v Yau Shiu Hing* [1986] HKDLR 14 的案例中，法院考虑过中国旧式婚姻的必要成份，但广被接纳的说法是“习惯法并非静止的，而是随时间发展的”：参看 Pegg (1987) HKLJ 237-242, at 240 及 *Wong Kam Ying v Man Chi Tai* [1967] HKLR 201, at 211, *per* Huggins J。但须留意，须同时符合中国习俗和法律：In *re the Estate of Ng Shum (No 2)* [1990] 1 HKLR 67 的案例。

¹¹⁵ 界定为“于指定日期前在香港以公开仪式，及在两名或多名见证人面前缔结的新式婚姻”：MRO, s 2。

¹¹⁶ 这些已在上文第1章提及。

¹¹⁷ MRO, s 4。

¹¹⁸ MRO, s 5(1)。

¹¹⁹ MRO, s 5(2)。

¹²⁰ 参看MRO, s 7(3)。该条文宣布旧式婚姻“有效”。第8条“确认”新式婚姻。

¹²¹ MRO, s 9(2)。

¹²² 不过，如未取得另一方的同意，便须向地方法院申请，要求宣布该段婚姻存在：MRO, s 9(3)及(7)。

¹²³ 参看MRO, s 15。

第 3 章 对现行法律的批评

3.1 在我们的离婚理由谘询文件中，¹ 这方面的法律已按据设定了的“选择范围准则”，加以研究。这些准则是英格兰法律委员会在 1966 年的报告书内提出的，² 作为适当的指引，用以决定一套优良的离婚法所须具备的内容。该份 1966 年报告书的结论最后导致《1969 年离婚法改革法令》的制定。³ 英格兰法律委员会在对这方面的法律最近期的检讨里，⁴ 采用了同样的指引，而我们在以下相同的香港条文里，亦再次引用。在现时的讨论中，对有关法律的一般评论，以及各个受谘询者的意见。都会兼顾。

现行法律能否达到目标？

“巩固婚姻的稳定性”

3.2 作伪成份被指是以往“只问过失”的法律的主要弊病。⁵ 虽然表面上这是“只问过失”的制度，但如果夫妻一方“自愿”违犯必需的罪行，或是将清白的情況“装成”可以推知一项相关的罪行（例如通奸），就可即时达成协议离婚。在现时的法例，强调婚姻“已破裂无可挽回”，就是要防止这个弊端。相应地，除了指控通奸的事实之外，申请人还须认为不能忍受和答辩人生活在一起。同样，在以行为为依据的个案里，申请人必须指出，期望他和答辩人生活在一起是不合理的。

3.3 然而，亦有意见指出，实际上，任何夫妻都可以凑集一连串事件，断章取义，指陈为不合理行为，足以作为申请离婚的依据。⁶ 在通奸个案里，答辩人承认有第三者，甚至无须指名道姓，便已足够。这就是为什么，在英格兰，通奸被认为是很多夫妻办离婚的“捷径”。⁷

3.4 研究一下英格兰的统计，就可以知道滥用法律可能性之大。在 1985 年，以行为为依据的申请占总数的 40%，而以通奸为依据申请的占 29.7%。审理这些申请，由申请以至离婚的中位时间分别是 8 个月和 7.2 个月。这些数字显示，至少在英格兰，1969 年的改革，在巩固婚姻制度这方面的努力，作用不大。英格兰法律委员会认为：

¹ Op cit n 9.

² “离婚理由改革——选择范围”，op cit n 36。

³ 我们目前的婚姻诉讼条例的前驱。

⁴ 见该委员会最初的讨论文件，“面对将来”，op cit n 1 及其后近期的报告“离婚理由” op cit n 2。

⁵ “面对将来”，op cit n 1 para 3.8。

⁶ Idem.

⁷ Idem。即使真的这样，在香港申请离婚的人似乎并无普遍引用通奸的事实：请注意上文所述附录 A 的数字，年平均数甚低。

“外地和国内经验显示，只要符合若干规定就可即时获得协议离婚的情况存在，就没有可能防止双方协议离婚，因为决意离婚的夫妻一定能够满足这些条件的。”⁸

3.5 然而，有趣的是，香港的统计倒没有显示出同样濫用法律的可能性。比较起来，在 1982 年和 1988 年，在香港因行为事实申请离婚的平均数字是 20%，而用通奸理由的平均数字是 4%。在香港，使用过失事实的申请大大低于英格兰和其他国家，原因并不明显，（虽然一个可能性是，在香港，希望使用简化了的特殊离婚诉讼程序的人，必须遵守较为严格的规定⁹）。

3.6 旨在促成双方修好的条文，是目前法律力图达到巩固婚姻制度这个目标的另一机制。这裡的用意是“保证离婚法律程序不会妨碍双方尝试修好，或是不会减低和好的机会，尽管机会是多么渺茫。”¹⁰ 这一方面受到很多受谘询者关注。大致上，他们的意见反映出英格兰法律委员会的结论，认为目前法律的若干方面令法例无法达成这个目标。

3.7 律师要将一份证明书存案，说明他是否已经和当事人讨论和好的可能性。这项规定实际上并非律师必须履行的责任！理论上，他可以仅仅证明他并没有和当事人讨论过修好的问题，亦算已遵守规定。¹¹

3.8 这一点，加上特别离婚程序的制定，¹² 导致英格兰法律委员会建议废除他们相同的证明书规定，因为此举并无意义。¹³ 这一点似乎亦是若干受谘询者的意见，其中更有将律师证明书的规定形容为“软弱无力”。若干受谘询者认为，在任何情况下，给予修好辅导并非律师职责，因为他们在这方面并没有适当的资格；并且，律师自己往往认为这是没有用的，因为他们觉得，到了双方到来寻求法律意见时，已经是决定离婚的了。

3.9 如果有迹象显示双方有可能和好，法庭有责任将诉讼程序押后，直至这一途径已经探索过。然而，在实际上，法庭除了研究提交法庭的文件，看看有没有和好的可能性之外，通常很少有机会再做其他事情，特别是离婚诉讼是用特别程序提出的。这一点也是部份受谘询者认为是目前法例未能产生预期效果的地方。

3.10 目前法例试图协助修好的另一方法是容许双方尝试和好，最长达 6 个月，而不会将这个期间由已经“累积”下来的离婚所需的分居期中扣除。同样，自从最近一次通奸或是关于行为的事件发生后，生活在一起不足 6 个月的期间亦予宽免。英格兰法律委员会形容这些改革的效果或其他影响“无

⁸ “面对将来”，op cit n 1, para 3.8。

⁹ 见第 2 章关于这种离婚程序的讨论。

¹⁰ “面对将来” op cit n 1, para 3.11。

¹¹ Ibid, para 3.9.

¹² 上文第 2 章已有讨论。

¹³ “面对将来” op cit n 1, para 3.9。

法估计”¹⁴（虽然改革肯定对早期法律有相当改善，以往的法律实际上并不容许这些修好的尝试，或许是惟恐损害诉讼的权利）。不过，正如苏格兰法律委员会所指出，“当这（6个月）时期临近结束时，法律会鼓励分居”¹⁵的情况不幸依然存在。

3.11 英格蘭法律委员会在一份工作文件中指出，即使上述鼓励和好的条文本身效果较佳，但目前离婚程序的若干方面，一般来说，往往对和好有很大妨碍：

“首先，要证明一项事实，特别在以行为为依据时，一开始就将申请人迫到一个壁垒分明的敌对位置。如果婚姻尚未破裂，申请人的指责亦会加深不和，以致婚姻破裂，无法挽救。第二，一旦递交申请，离婚相对而言也就为期不还，再也没有反思的机会……诉讼程序会自行加速前进。第三，有些配偶无法另觅居所，又或除了离婚之外，无法安排现时住所的居住权。有些人，或许特别是妻子，可能因此迫于离婚，以求分居。经过一段冷静期之后的任何和好机会，尽管渺茫，也就丧失了。最后，一件事情发生之后，双方可以生活在一起的任何时限，会对对结束婚姻着实仍感矛盾的人造成困难。”¹⁶

3.12 有几个受谘询者提出居所问题。虽然香港的统计似乎显示，大多数办理离婚的人都会分居，并且用这个事实申请离婚，但香港住屋的高昂费用可能会令到分居非常难以实现，特别是经济不大宽裕的人。

3.13 在“巩固婚姻”方面，谘询文件提出一个比较哲学性的问题，就是究意这是否法律的一个适当目标。近代的婚姻观念，已从国家认可的“宗教责任”转为“追求个人幸福”的一部份。这样，力图巩固婚姻制度，是否仍是国家的正确职分？少数受谘询者强调这个职分，并且强调，巩固婚姻制度是任何这一方面的立法改革应当首先考虑的。协助维护家庭生活这一重要的国家职分，本报告书开首时提及的关于社会福利服务的政府政策文件亦有反映。

17

3.14 这个问题事关重要，因为近代离婚率上升，很多时引起部份社会人士呼吁“收紧”离婚法，使法律更有限制性，使得离婚不像目前这般“容易获得”。离婚率似乎被视为近代世风日下的部份证据，而似乎有观点认为，如果想离婚的人可以被迫继续在一起，“婚姻”和社会整体就可回复以往的“稳定”。英格蘭法律委员会的谘询文件认为，这个观点的谬误在于：“这样的离婚法完全不能防止有办法这样做的夫妻离开家庭，又或希望这样做的

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ “离婚理由：法律应否更改？”（1988）。Scot Law Com DP No. 76，at 4。

¹⁶ “面对将来” *op cit n 1*，para 3.11。

¹⁷ *Op cit n 3.*

夫妻协议分居”。¹⁸（然而，正如一个受谘询者警告，更改法律涉及一个教育过程，并且有一个危险，就是法律本身可能鼓励夫妻双方考虑离婚，作为第一个，而不是最后的解决办法。）

3.15 谘询文件的讨论并且提出，“在今天的多元化世俗社会，许多人重视家庭生活的价值，但不会赞同以往法律所依据的基督教道德制度。”¹⁹ 这个观点似乎特别切合香港的情况。的确，正如我们在先前的讨论见到，离婚率上升，可能由许多因素造成，其中大多似乎，似非而是地，是因为对从婚姻获得满足的期望，比前为高所致。

“让婚姻的‘空壳’得以解除”

3.16 离婚法的主旨是解除婚姻的法律束缚。离婚法，无论有多限制，都不能阻止夫妻分手，如果婚姻已到了破裂无可挽救的地步。现行法律承认这个事实，容许夫妻一方获得离婚。毋须另一方同意，也毋须任何“婚姻罪行”，只要双方分居5年或以上。²⁰ 然而，落实离婚判决和其他附属事情需时5年，是个悠长的等待。我们所收到受谘询者的书面回覆中，超过半数支持将这段时期大幅降低的建议。电话公众调查的结果更为决断，80%的受访者表示这段时期应减为3年或以下。²¹

3.17 更且，“一个配偶能否成功结束婚姻，毋须等待，大可能视乎一些完全无奈的因素，无关乎婚姻是否已经破裂，无法挽回、又或事情落得如此地步，究竟那一方应负更大责任。”²² 并且，似乎，在依据过失或不计过失的离婚准则中的“不愉快婚姻”，有时会导致离婚诉讼中的不当判决。²³

3.18 例如，在某一个案里，在毫无疑问婚姻已经破裂、无可挽回的情况下，离婚申请被拒绝。可是“事实上，这个婚姻里所发生的事情并非任何一方的过错，双方纯粹逐渐隔漠，无法沟通，也完全没有共同的地方。”²⁴ 然而。他们无法用期望一方和另一方生活在一起是不合理的这事实为依据，获得离婚。像这样的案例，可以支持以下的结论：让婚姻的空壳得以解除这个目标，现行法律虽然最终或可达成，但所用方法可能已经不再符合社会实况。

“保证婚姻可用最公平的方式解除”以“避免对经济力弱的配偶造成不公平”

¹⁸ “面对将来” op cit n 1, para 3.6。

¹⁹ *Idem.*

²⁰ 这即使并非结论，但如果答辩人能够证实以后会有经济或其他困苦，而在任何情况下，解除婚姻是错误的，离婚可能被拒绝。不过，这种情况是不常见的：*ibid*, para 3.12。

²¹ 见调查结果的讨论，*infra*, chapter 8 及附录 C 调查报告有关的摘录。

²² “面对将来”，op cit n 1, para 3.12。

²³ *Eg*，见所举个案的讨论，*ibid*, at 16 n 73。

²⁴ *Buffery v Buffery* (1987) *Times*, 10 December.

3.19 以往的法例判定婚姻的一方“有罪”，而事实上双方可能各有不是，造成破裂。采用“无可挽回的破裂”这个方案的一个主要动机，就是要克服这方面的不公平。然而，论及这方面的努力是否奏效，英格兰法律委员会报告书这样说：

“由罪行原则到破裂原则这个基本理论的转变，在实践上似乎并不显著。法律一方面告诉双方，离婚的唯一理由是无可挽回的破裂，但另一方面又说，除非他们可以等候分居最少两年，否则只有证明过失，才可获得离婚。无怪乎事实并非离婚理由。只是破裂的证据这一精微之处，很少人能够掌握。”²⁵

3.20 这种自相矛盾的内在可能性，似乎在各方面都彰彰明甚。首先，现行法例对婚姻的观念可能太简单。好像用过失准则申请离婚的人总是比较那些依据分居的人更该受咎责。实际上，情况可能并非如此，因为选择理由可能受所依据的事情以外的因素影响（例如，正如英格兰法律委员会所得结论，有关人士所属的社会经济阶层就是因素之一）。

3.21 所举过失理由或事实，用来责难答辩人为犯过的一方，可能只是破裂的征兆，并非原因。并且，法例，无论在字面上或释义上，并不必然表达出似乎可从普通所谓“通奸”或“不合理行为”所推断的“道德”过失的程度。例如，如果答辩人患病或患精神病，以行为做依据的离婚申请便会获得批准。“故此，判定行为理由成立，并不必然等于判定答辩人有过失，而只是判定申请人不能忍受这种行为，以致双方合不来。”²⁶ 同样的推理亦可用于以通奸为依据的离婚申请。²⁷

3.22 第二，这种自相矛盾以及条文有时可能造成的明显不公平，加上答辩人可能没有机会‘陈述他自己的故事’、解释或反驳对他的指责，令情况更为严重。抗辩离婚可以是非常昂贵的事情，因为这些案件很少会获得法律援助。兼且，答辩人可能亦实在希望离婚，只是不高兴接受申请人提交法庭可能夸张了实情的片面之词。这会对双方在附属诉讼中的态度有坏影响，并且，当然也影响及他们离婚之后的一般关系。最后，可能就是他们的子女，无辜的旁观者，因为双方之间的敌意而受苦。

3.23 上述情况并且引出对目前字面上的法例如何影响双方各自的谈判实力这一方面的考虑。正如英格兰法律委员会所说：

“因为另一方的品行〔与行为或通奸事实〕相符，一个配偶可以即时提出离婚申请，而如果答辩人也希望即时离婚但没有其他事实可以依据，申请人的谈判位置就占尽上风。同样，如果双方分居两年，不需要离婚的一方会获得谈判优势，因为他有

²⁵ “面对将来” op cit n 1, para 3.15。

²⁶ Ibid, para 3.17.

²⁷ Idem.

拒绝同意的权利。当答辩人并不必然比申请人更应受咎责时。法律这样分派‘谈判筹码’是不公平的”。²⁸

3.24 当英格兰进行 1969 年的改革时，备受关注的问题之一，是无谋生能力的中年家庭主妇在丈夫离她而去之后的境况。²⁹ 经改革的法例故此制定若干规定，设法保障“经济力弱的配偶”。³⁰ 这些规定包括法庭有权驳回申请如果离婚会对答辩人造成严重经济或其他困苦，又或在各种情况下，解除婚姻是错误的。³¹

3.25 第二种保障是，法庭可以延后颁发绝对判决，除非法庭认为不应规定申请人须为答辩人提供经济供给，又或如须作出规定，该项经济供给是合理公平的，又或在当时情况下是最好的安排。³²

3.26 似乎在实践上，法庭并无常常援用这些保障。³³ 这些保障效用有限也是有其他原因的。第一，通常，对没有谋生能力的配偶造成经济困苦的是婚姻破裂以及随后的分居，而非离婚本身。³⁴ 第二，只有在申请人用分居这个“不计过失”事实办理离婚时，才能援用这些保障。这似乎暗示，在用任何其他事实提出的申请中，没有谋生能力的答辩人都不应受保障。这未必是公平的，因为，正如英格兰法律委员会所说，“不能保证所有表面上有过失依据的事实都能准确反映婚姻破裂的真正责任所在”。³⁵

“尽量减少怨恨、痛苦和屈辱”

3.27 希望夫妻双方可以避免“依据过失”诉讼程序中的针锋相对，是 1969 年的改革采纳“不计过失”分居事实的基本原因之一。³⁶ 然而，英格兰方面的资料显示。法例原来的用意虽然是这样，大多数夫妻仍然凭借过失指责，³⁷ 特别是“行为”来进行诉讼，以便早日获得离婚。³⁸（在香港，数字比较上没有这么高。³⁹）

²⁸ Ibid, para 3.20.

²⁹ 见“选择范围” op cit n 36, paras 38-46。

³⁰ 见 MCO, s 17A。

³¹ 上文第 2 章有较详细讨论。

³² 见 MCO, s 17A(3)。

³³ “面对将来” op cit n 1, paras 3.28-3.34, esp n 149, 亦见 Phillips, op cit n 12, at 13 及上文第 2 章的讨论。

³⁴ 的确，法例背后的用意似乎限于保障，例如，遗孀的退休金权利：“面对将来”，op cit n 1, n 148。

³⁵ Ibid, para 3.31.

³⁶ 见“面对将来”，op cit n 36, paras 92-3。

³⁷ 例如，在英格兰，在 1985 年，71% 离婚申请是以过失事实为依据的：“面对将来”，op cit n 1, para 3.22。

³⁸ 例如，在 1985 年，在英格兰，40% 的离婚判决（中期）是基于这个事实的：ibid, n 128。

³⁹ 见附录 A 及本章先前的讨论。

3.28 由于研究结果显示。这比较任何其他离婚理由都更有可能令双方产生怨恨和敌意，英格兰法律委员会对这种情况甚表关注。⁴⁰ 着令夫妻一方列举以往行为事件，针对另一方，即使指责真确，“只会鼓励他念念不忘婚姻和答辩人每一不是之处，因而令答辩人产生反感和不妥协态度”。⁴¹ 如果指责是夸张和不真确的一面之词，则更有可能有上述情况。正如苏格兰法律委员会所说，“答辩人会对指责反感，但很可能受到劝告无谓抗辩。这样，怨恨之外，会再加上不公平的感觉”。⁴²

3.29 为双方着想，许多挖出来的事件，最好还是忘记了。或许更重要的是对子女的影响。再一次，有证据显示，父母离异之后的关系，对子女如何适应离婚的变迁，至为重要。⁴³ 既然这样，如果法律程序本身往往会“引起或加深双方之间不必要的对立，”⁴⁴ 那就太可惜了。

“保障子女利益”

3.30 在讨论1969年这方面改革的背景时，英格兰法律委员会说过：⁴⁵

“当父母离婚威胁到子女的安全和稳定，法律就要保护子女的利益，这是久已公认的。这就是为什么 Morton 委员会不赞成放宽离婚法理由之一。然而，到了 1960 年代，社会科学家的‘一般正统观念’认为，‘不美好的婚姻遗害子女，更甚于离婚’。关于这一点，法律委员会在选择范围中，极力避免一概而论，并且作出结论，认为在某些情况下，父母继续在一起会比较好，但在另一些情况下，父母离婚反而较好。然而，我们已经认识到，限制性的离婚法并不会令到父母继续在一起，而损害子女的是分居，倒不是离婚……故此，限制性的离婚理由并不必然保障到双方子女的利益。”

3.31 然而，也可以这样说，正如上文所提到的，法律对父母离婚后的关系有相当影响，这倒过来又会影响到子女对离婚的适应。助长父母之间的怨恨之心的法律，不可能对子女的利益有最大好处。

3.32 特别在依据过失事实的离婚中，诉讼程序的对抗性质，不单只令父母分清界限，也可能将子女卷入漩涡，尤其在其后的抚养权诉讼中。⁴⁶ 抚养权的争讼不单增加子女不安全的感，而在父母之间，可能产生无所适从的矛盾，还会损害子女和父母双方的关系。另一令人不安的后果可能是，在对

⁴⁰ “面对将来”，op cit n 1，para 3.25。

⁴¹ Ibid, para 3.27.

⁴² “离婚理由：法律应否更改？” op cit n 202，at 2-3。

⁴³ “面对将来”，op cit n 1，paras 3.22，3.27 and 3.39。

⁴⁴ Ibid, para 3.22.

⁴⁵ Ibid, para 3.37.

⁴⁶ 值得注意的是，行为个案比其他任何案件都更有可能发生抚养权或探视权的争讼：ibid，para 3.25。

抗性气氛下，在抚养权争讼中失败的一方会觉得非常反感，以致决定从此对子女不闻不问。

“使法律易于掌握和遵循”

3.33 有关这个课题，苏格兰法律委员会在讨论文件中认为，目前的法律有误导之嫌：

“法律上，好像只有一个离婚理由，就是破裂无可挽回，而事实上五个理由，三个以婚姻罪行为依据，其余两个则基于分居期间……法律可以、也应当更为诚实和直截了当。”⁴⁷

然而，委员会在报告书里结论说，“法律在这方面使人误解没有什么关系”，“这只是字面问题，不会影响实际情况。”⁴⁸

3.34 不过，苏格兰法律委员会和英格兰法律委员会都认为，现行离婚制度会鼓励有关双方犯伪证罪。

“事实毋须和婚姻破裂的真正原因拉上关系。申请人会为了方便易办的缘故，或听从律师意见，选择某一理由……故此，很明显，实践上的法律和法典里的法律，有很大差异。这并非纯属学术上的问题，因为自相矛盾的地方很明显，令诉讼当事人觉得混淆”。⁴⁹ “对有些夫妻来说，选择在于：诚诚实实，两年后获得离婚，或是，说说谎话，就可即时离婚”。⁵⁰

关于这一点，英格兰法律委员会结论说：

“法律和实践上的明显歧异，只有为离婚法和一般司法制度带来坏名声”。⁵¹

附带事宜

3.35 在离婚理由的法律一般范畴之内，有若干连带问题须进一步考虑。由于这些只是本报告书研究范围的附带事项，故此，只在这里附带一提，作为观察所得。

调解

3.36 为鼓励双方修好而设的法律架构并不完善，为数众多的受咨询都表示关注。正如上文所讨论过的，条文所载容许尝试修好的 6 个月期限，不幸有可能鼓励双方在期限临近时再次分居，以便保留他们的诉讼权利。当然，

⁴⁷ “离婚理由：法律应否更改？” op cit n 202, at 1-2。

⁴⁸ “离婚理由改革报告书”，op cit n 2, para 2.15。

⁴⁹ “面对将来”，op cit n 1, para 3.46。

⁵⁰ “离婚理由：法律应否更改？” op cit n 202, at 5。

⁵¹ “面对将来”，op cit n 1, para 3.46。

困难在于，如果法律规定祇有分居或过失事实才可构成婚姻破裂，双方可以继续在一起多久，而不致令破裂的证据失效呢？

3.37 若干受谘谘询者强调时间对于成功的修好努力的关键性因素。有评论说，可惜法例大多条文都是在诉讼程序中运作得太迟，以致未能发挥实效，例如，如果有迹象显示修好或有可能，法庭有权将案件押后处理。

3.38 在这方面另一重要问题似乎是，在香港，比较少夫妻在婚姻发生困难时，寻求调解服务。这可能是因为目前这类服务依然有限，然而，无论如何，又似乎大多香港市民并不知道有这种服务存在。例如，在委员会的电话公众调查中，只有三分一被访者表示知道这种服务，而仅有 5% 说实际知道有人使用过这种服务。⁵²

通奸赔偿

3.39 关于通奸赔偿的法律规定已在第 2 章讨论过。这类案件的索偿诉讼经常发生，这就是法律有需要改革的一面。

3.40 正如已经指出的，妻子被视为丈夫的财物，被第三者奸夫偷去；通奸索偿诉讼就是由这个观念产生。在香港，这种诉讼权利虽然已经扩大，使得妻子亦有同样权利。但我们怀疑，在现代离婚法的范畴内，这样的诉讼理由究竟是否依然适当。一位作者说过：

“有人提出，《婚姻诉讼条例》第 50 条应当废除，不予更代，因为法典上这样的规定，和新离婚法的精神背道而驰。新离婚法容许用婚姻破裂无可挽回的理由离婚，而毋须证明一项所谓婚姻罪行。不错，第 50 条项下的赔偿，用意是补偿性质，并不是惩罚性的，但申请人依然可以受害人身份提出诉讼。此外，认为应当由第三者作出赔偿的观念是荒谬的，因为这表示有关的夫妻一方对于自己的离婚，并无自由选择。”⁵³

另一位说：

“有人认为，所有这类性质的诉讼都应废除。失去对妻子的配偶权利可能是由于妻子故意这样做，而她的通奸行为可能是婚姻破裂引起的。如果不视为盗窃丈夫财物或妻子保护人事件，而从无可挽回的婚姻破裂观点看，向第三者提出索偿诉讼就变成法律上离奇怪且的事情。”⁵⁴

⁵² 见下文第 8 章调查结果的讨论，以及附录 C 调查报告摘录。

⁵³ Phillips, *op cit* n 84, at 59-60.

⁵⁴ Pegg, *op cit* n 44, p77。甚至有意见认为，在没有寓意相反的具体法例时，控告私通的古老诉讼，虽然在英格兰早已废除，或许仍可在香港提出：见 *supra* nn 84 and 88。在通奸个案中，另一内在的异常地方是关于在诉讼中传讯第三者的情况。条例似乎对被指称的“奸夫”（牵涉妻子的第三者）和被指称的“奸妇”（牵涉丈夫的第三者）有不同看待。如果丈夫指控通奸，他必须在离婚申请中，将奸夫列为共同答辩人，“除非法院因特殊理由豁免他

这样做”：见 MCO, s 14(1)。如果妻子指控通奸，情况又有不同。在这样的情况下，“法院如果认为适当，可以着令将被指称的奸妇列为答辩人”：见 MCO, s 14(2)。条例和婚姻诉讼规则之间有明显的不一致地方，规则第 13(1)条似乎将所有第三者一视同仁，令情况更为复杂。

第 II 部 时间方面的规限：需要改革的原因

第 4 章 对申请离婚作出时间规限的法律

有关的立法

4.1 《婚姻诉讼条例》第 12 条规定：

- “(1) 除第(2)款另有规定外，从结婚日期起计 3 年的期间（本条内以下称为“指定期间”）届满前，不得向法庭提出离婚申请。
- (2) 如有向其提出申请，法庭的法官可以个案关乎申请人有受异常困苦或答辩人异常伤风败德为理由，批准在指定期间内提出离婚申请……”

4.2 请求准许在结婚后 3 年内申请离婚的事宜，通常由法官在内庭聆讯。有关人士可就聆讯结果提出上诉。不过，审理上诉的法庭一般都会接纳初审法官的判决，除非该等判决被证实是明显错误的。¹

历史

4.3 对申请离婚作出规限的香港条文，是参照昔日相当的英格兰条文。²对在结婚初期申请离婚所作的时间规限，并非一向存在于苏格兰的法律，而事实上，这规限的历史不长。这规限是在制定《1937 年婚姻诉讼法令》后才实施。该法令的重点是增加多项离婚的理由：除原有的通奸理由外，还引进虐待、遗弃 3 年及患有不能治愈的精神病等理由。³不过，原先的婚姻诉讼法案，并无这项时间规限。其后加入这项规限，看来是一个折衷办法，以便有关修改离婚理由的一般条文能获下议院通过。⁴

4.4 最初建议的时间规限，是绝对禁止在结婚首 5 年内离婚。不过，当法案提交上议院审议时，这项规限的内容却有所改变。上议院议员坚持作出修改：有关期限应由 5 年减至 3 年，而这项申请离婚的规限不应是绝对的。上议院议员认为，“在结婚初期提出离婚的案件，往往是法庭要面对的情况

¹ Pegg, *op cit* n 44, at 70.

² 载于《1973 年婚姻诉讼法令》第 3 条。不过，值得注意的是，这项英格兰条文所订的规限已作出修订，从而绝对禁止在结婚后 1 年内申请离婚。这项法律上的修订是因应英格兰及威尔士法律委员会的“提交离婚申请及婚姻无效申请的时间规限”报告书(1982) Law Com No 116 中的调查结果而作出的。

³ 这些继续作为离婚的理由，直至《1969 年离婚法改革法令》在 1971 年实施为止。

⁴ 英格兰及威尔士法律委员会第 76 号工作文件“提交离婚申请及婚姻无效申请的时间规限” para. 6。

最恶劣的案件。”⁵ 这样便引进了一项酌处权，让法庭在遇关乎异常困苦或异常伤风败德的个案时，批准离婚。

理论基础

4.5 很明显，从上述讨论可以看到这项规限的源起可能具政治性。此外，规限结婚不久的夫妻离婚的理论基础，乃关乎公共政策的。⁶ 看来有关的理论是，在这方面作出规限，“可对不负责任的婚姻或试婚起有效的防阻作用；也可在往往多困难的结婚初年起有用的外来支撑作用，巩固婚姻。”⁷ 作出这项规限，目的是障阻结婚不久便仓卒地将婚姻终止，因有硬性规定的反思期，那段婚姻或许可以挽回。此外，这规限亦可阻止仓卒的再婚。不过，问题并不是这样简单。有人可能会这样说，对于实际上捱不下去的婚姻，法律不应阻碍其结束；“法律不应设法达致一个抱负，要令婚姻维持或持久；这样做正好就是贼过兴兵。”⁸

“异常困苦”

4.6 对于不准在结婚后 3 年内申请离婚的规则，有两种例外通融情况：第一种是申请人有异常困苦。申请人所受的困苦必须是“异于平常”⁹，“超越离婚所必然带来的困苦。”¹⁰ 因此，如申请离婚的配偶只感受“一般程度的困苦”¹¹，特别是涉及通奸或行为上的问题，通常不能构成充分的理由。¹² 不过，有关的验证是主观性的：法庭会考虑指称的行为对某申请人的影响，而不理会同一行为对一名有理智的申请人的影响为何。¹³

4.7 关于这原则的案例，在香港有 *Kwan Bui Lock 诉 Isabelle Stamm Lock*¹⁴ 一案。案中申请离婚的丈夫，在妻子承认通奸后，变得非常不安和沮丧，并且在说话方面发生问题。根据医生提供的证据，该名丈夫的情况可能会日趋严重，直至他的婚姻结束为止。法庭同意，鉴于该名丈夫的情况，如果他要等待结婚满 3 年才可申请离婚，他将会异常困苦。

4.8 然而，在决定是否确有异常困苦或异常伤风败德的情况时，法庭不会考虑所指称的事情是否属实，因为这等于由法官聆讯离婚申请。法官所须

⁵ *Idem*。亦参看 *Hausard* (HL) vol 105 (1936-37) cols 730-848，特别是 Lord Atkin 指最初的条文“糟透”，“就像给予该法案的反对者 12.5% 的折扣”，*ibid*，cols 755 and 758。

⁶ 参看英格兰法律委员会报告书，op cit n 243，para 2.14。

⁷ *Idem*。

⁸ *Ibid*，para 2.12。

⁹ *Fay v Fay* [1982] AC 835 (HL)。

¹⁰ 英格兰法律委员会工作文件，op cit n 245，para 17。

¹¹ *Brewer v Brewer* [1964] 1 WLR 403，at 413，per Pearson LJ。

¹² 英格兰法律委员会工作文件，op cit n 245，para 17。

¹³ Pegg，op cit n 44，at 70。

¹⁴ DC，MP No. 106 of 1979。

考虑的，是假如所指称的事情属实，那么能否符合异常困苦或异常伤风败德的验证。¹⁵

“异常伤风败德”

4.9 这样情况似乎一向都很难确定，而法庭“觉得很难将某种行为界定为异常伤风败德”¹⁶，特别是因为近年来行为的标准有了改变。看来这不仅限于与性有关的伤风败德及反常行为，即使是“极丑恶的通奸行为”也未必足以构成之。¹⁷在某宗案件中¹⁸，法庭不能将答辩人的同性恋行为确定为“异常伤风败德”。不过，提出离婚的妻子仍获准申请离婚，原因是她知道了有关丈夫的事实后，若这段婚姻持续下去，会令她异常困苦。

修好复合的机会及子女问题

4.10 即使确定有异常困苦或异常伤风败德的情况，法庭在批准申请离婚之前，必须考虑若干其他因素。第 12 条尚规定：

“……惟法官在考虑有关请求时，得顾及家庭内子女的利益，以及在指定期间内双方理应有多大修好复合的机会。”

4.11 关于有没有尝试修好复合的问题，在香港有这样一宗案件：一名指称妻子与两名欧洲军人通奸的中国籍丈夫，向法庭清楚表明他不会考虑试图与妻子修好复合，因为他指称的事情已令他失去面子。结果有关的离婚请求不获批准。¹⁹

¹⁵ *G v G* [1968] 112 Sol Jo 481。亦参看英格兰法律委员会工作文件，op cit n 245，para 14。

¹⁶ Pegg, op cit n 44, at 69.

¹⁷ 英格兰法律委员会工作文件，op cit n 245，para 20。

¹⁸ *C v C* [1980] Fam 23.

¹⁹ *Chan Wing Ming v Chan Li Li* [1957] HKLR 474.

第 5 章 对现行法律的批评

5.1 在斟酌这方面的改革是否需要时，有人就某些方面提出了受关注的问题。这些也应顾及。¹ 有关事宜会在下文，参照委员会在谘询工作上所收集得的回应，而加以讨论。

现代离婚法的哲理

5.2 根据我们现行制度，离婚的唯一理由，就是婚姻已无可挽救地破裂，而法律所不讳言的取向，就是让破裂婚姻的空壳毁灭，而尽量避免对有关方面带来怨恨，痛苦和屈辱。² 然而，法律却规定，即使关系并不和协，夫妇于婚后初年还是要共同生活，这是因为希望时间可让夫妇解决分歧。正如一位受谘询者所提出的论说，任何夫妇于结婚初年都要大力互相迁就，故此，这段日子是可以很不平静和充满压力。现行的法律针对仓促的离婚而设下障碍；在硬性规定的反思期间，修好复合是并非不可能之事。³ 可是，我们已在上文谈过，对结婚初年离婚的规限，背后的理论基础，主要来说，是关乎公共政策的。若将这点来跟涵义上中立的“无可挽救地破裂的婚姻”这个观念来对照，则说法律在这方面并不一致，或许也说得通。⁴

5.3 对比来说，在某些相类的司法区，针对结婚初年离婚的规限，不是已修改或废除，就是从未有引进。

5.4 在英格兰和威尔士，关乎离婚理由的立法，大体上跟香港这裡所用的相同。但在 1985 年，那两地已废除申请离婚的 3 年规限，而代之以不准在婚后首年内申请离婚的绝对阻限。⁵ 这项对法律的改动，是依循英格兰法律委员会在其工作文件⁶ 和报告书⁷ 中所作的建议，而作出的。本报告书前章已有提及该文件和报告。

5.5 苏格兰从未有过针对结婚初年申请离婚的类似规限或阻限。很明显的，在制定《1976 年离婚（苏格兰）法令》⁸ 时，有关方面为了要把苏格兰

¹ 特别参看英格兰法律委员会在其工作文件，op cit n 245 paras. 46-55，及其报告书，op cit n 243，paras 2.3-2.8 所作的评论。

² “选择范围”，op cit n 36，Para 15。

³ 然而，另一位受谘询者却认为“针对情感来立法是不可能的。人们，尤其是年轻人，会不理长辈或法例怎样说，贸然结婚。令离婚困难，以作为阻吓贸然结婚的措施，是本末倒置。若要吓阻贸然结婚，法例应使结婚，而非离婚，难些。”

⁴ 一位受谘询者说得好“若说离婚的唯一理由是婚姻无可挽救地破裂，而却接着说，尽管申请人的指称是这样，夫妇还是要花些时间，于可能范围内，调解分歧，那在字眼上是矛盾的。”

⁵ 参看修订《1973 年婚姻诉讼法令》第 3 条的《1984 年婚姻及家事诉讼程序法令》第 1 条。

⁶ op cit n 215.

⁷ op cit n 243.

⁸ 参看英格兰法律委员会工作文件，op cit n 245，Paras 42-44，所载的讨论。

在离婚方面的法律，跟英格兰和威尔士的看齐，有考虑过引进这样的规定。结论却认为不需要这样的规定，因为根据关于这项现定实际运作上的统计数字，“若说有时间规限在实质上有利于优良的离婚法的目标，是缺乏支持的观点”。⁹是以，虽然苏格兰现行的离婚理由，跟香港的相类，在苏格兰，一对刚结婚的夫妇，是可以申请离婚的。

5.6 相对来说，在离婚理由方面，新加坡的制度跟香港的相似¹⁰。跟香港一样，也有针对提出离婚申请的3年时间规限。¹¹

5.7 澳大利亚和新西兰均已改革离婚理由的体制，改用“不计过失”，“只分居”的制度。¹²在澳大利亚，分居期为1年，在新西兰则为2年，然两处地方均没有对结婚初年申请离婚立下规限或阻限。（在澳大利亚，若夫妇结婚未足2年，便必须接受和解辅导。）

5.8 在加拿大，根据联邦政府的立法¹³，离婚的理由是“婚姻破裂”。¹⁴这个理由在下述情况下成立：分居1年，或答辩人犯了通奸或“在肉体或精神上虐待其配偶，以致夫妇继续同居是难以忍受的”。¹⁵加拿大似乎是对结婚初年申请离婚并无阻限或规限的司法区。

5.9 根据中华人民共和国《婚姻法》¹⁶，“男女双方自愿离婚的，准予离婚。”¹⁷男女一方要求离婚的，“可直接向人民法院提出离婚诉讼。”¹⁸人民法院审理离婚案件“应进行调解”，但“如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚。”¹⁹按照中国的制度，对申请离婚的规限包括“女方在怀孕期间和分娩后1年内，男方不得提出离婚。”²⁰然而，对于婚后初年提出离婚，并无明文规限或阻限。

5.10 要令针对婚后初年离婚的规限，与现代离婚法不讳言的重要哲理协调，最困难之处就是关乎过失的问题。正如前文所述，援引有关规限的例外通融情况是有准则的，那是关乎困苦和伤风败德等方面的，而大多数是跟答

⁹ Ibid, para 44.

¹⁰ 指定的分居期有异：在新加坡，双方同意以分居为凭据离婚要有3年的分居（香港为2年），而非双方同意分居为凭据离婚要有4年的分居（香港为5年）。

¹¹ 妇女约章，Cap. 353。

¹² 这些改革在澳大利亚和新西兰分别由《1975年家事法法令》及《1980年家事诉讼程序法令》实施。

¹³ 《1985年离婚法令》。

¹⁴ Ibid, s8(1).

¹⁵ Ibid, s8(2).

¹⁶ 1980年9月10日由人大常委第9号命令颁行。参看有关这些条文的讨论，见第1章，para 1.31 to 1.37。

¹⁷ Ibid, art 24.

¹⁸ Ibid, art 25.

¹⁹ Idem.

²⁰ Ibid, art 27.

辩人的“过失”有关。明显的，这跟离婚法较现代，不计过失的趋向，恰属背道而驰。²¹

减轻“怨恨，痛苦和屈辱”

5.11 前文已谈过，因为规定要证明“申请人所受的异常困苦”或“答辩人的异常伤风败德”，申请人可能不得不针对其配偶而提出极具伤害性的指控，以求令法庭相信有关个案是例外的。英格兰法律委员会有以下意见：

“虽然现行的离婚法是旨在尽量减少‘怨恨，痛苦和屈辱’，然而看来，作出指控，而那些指控是有关人士为求获得许可，而以为须要作出的。这样却往往引致相当的怨恨，痛苦和屈辱，甚至严重到使有关人士不能就财务安排和子女抚养权及探视权的安排，达成合理的解决。”²²

5.12 有人提出论说²³，认为现行申请程序所可能产生的“恶感和苦痛”²⁴是不能完全说得过去的，因为有关规限所起的主要成效是“阻延而非阻止”²⁵离婚。

维持审判上的一致

5.13 英格兰法律委员会认为²⁶，在这方面，审判上的惯例不一，也构成问题。一位法官曾这样说：

“最大困难在于要知道用什么标准来评估异常的困苦，及弄清楚异常的伤风败德一词是何解。两者都是涉及性质上很主观的价值判断……再者，对于这些事情，社会上的尺度并不稳定，且可在不太长的时间内有大变……离婚的依据已由婚姻上的过错，转为无可挽救的婚姻破裂，而且人们凭此期望容易办妥离婚。这样一来，若要等待规定的时期过去，所带来的困苦可能会增加。”²⁷

5.14 有意见认为，在判定有关情况是否“异常”或是否足以构成“异常的行为”或“异常的伤风败德”，法庭享有极广泛的酌情权，而这也可能给申请人带来困难。如果一般上不能肯定什么个案可入例外通融情况，有可能

²¹ 再参看英格兰法律委员会报告书，op cit n 243 para 2.16。

²² Ibid, para 2.5 (加重)。

²³ Ibid, para 2.8.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Ibid, para 2.6.

²⁷ C v C [1980] 23, at 26-27, per Ormrod LJ.

提出申请的人士，一开始便可能不敢申请，硬要办下去的，便可能提出极端的指控，以务使申请成功。²⁸

5.15 就有关课题进行谘询后，英格兰法律委员会有以下结论：“虽然在任何依靠行使酌情权的制度中，总难免在审判取向上有些差异，然而，不确切的程度达到那些评论显示的地步，则依我们看来，实极至不妥当。”²⁹

达致目标的成效如何

5.16 上文已说过，有关规限的一个主要目标，似乎就是要令离婚较难，从而协助“支撑婚姻制度”。³⁰然而，上文亦已谈过相反的论说，认为规限可能只能“阻延”而不是“阻止”离婚。³¹

5.17 苏格兰并无时间规限或时间阻限，但有人提出该地的离婚统计数字来论证一个见解，认为规限实际上不大可能“挽救”婚姻。³²有人论说，认为没有什么证据显示，时间规限足以敦使夫妇“设法于婚后在所难免的适应期内，面对和消除双方的分歧”³³，而且指出，“要是夫妇之间的合不来在结婚之初已显露，则很明显，尽快解除婚姻，有利于平衡社会的利益。”³⁴

5.18 看来，主要问题就是：有规限会否实际上有助于“维持未死的婚姻而埋掉”已死的婚姻。³⁵关于这一点，香港的一位受谘询者有以下见解：

“如果夫妇二人分手，决意不再同居，那么一条以可令二人继续“在一起”为依据，规限提出离婚申请的规则，是很难说得过去的。这样的规则，充其量只能令二人在技术上维持夫妇关系，但二人的婚姻最多只是个法律空壳，针对提出离婚申请的时间规限，并不足以保留一段已无可挽救地破裂的婚姻，就正如延迟申领死亡证不足以改易死亡这事实。”

5.19 英格兰法律委员会在这方面的研究，带引出一有趣的事项（香港一些受谘询者的意见也显示这点）。许多人，不论他们个别的教育、社会和经济等背景怎样，事实上是不大知道这些规限，而当就离婚寻求指导时，对于有这样的规限，向律师表示惊讶。³⁶这立刻带出一个问题：要是知道的人不多，那么作为吓阻离婚的措施，那规限实有多大成效呢？

²⁸ 英格兰法律委员会报告书，op cit n 243，para 2.6。

²⁹ *Idem.*

³⁰ 参看“选择范围”op cit n 36，para 13-19。

³¹ 英格兰法律委员会报告书，op cit n 243，para 2.8。

³² 苏格兰法律委员会报告书，“离婚——被考虑的理由”（1967）Cmnd 3256。

³³ *Ibid*, para 30.

³⁴ *Idem.*

³⁵ 参看英格兰法律委员会报告书，op cit n 243，para 2.10。

³⁶ *Ibid*, para 2.15.

第 III 部改革方案

第 6 章 离婚理由：考虑过的方案

6.1 各国不同的法律，反映对离婚理由这个问题的不同取向。要是这种取向有一基本共通，那似乎就是：在什么程度上需要或不需要显示答辩人的“过失”。大多数的制度可归纳入下述三个类别中的一个。第一是“过失”制，即规定要在答辩人犯了婚姻上的罪行后，才可带引出任何离婚权。这就正如我们从前所采之制度。其次是计较过失及“不计过失”类别的混合。这就是我们现时所采的制度。最后是“无过失”制。在这制度下，离婚乃以中立的准则为依据的。例如：夫妇已分居了一段一定的时间。

6.2 很明显的，纯以过失为依据的离婚，近年来已普遍为人离弃¹。下文会说明，离婚制度的发展跟香港的相似的国家中，许多已采纳或现正着手采纳取向上尽量中立，程序上尽可能不抗争的离婚制度。下文各段将概述部份这些改革例子，并研究这各种改革如何可能合适香港。

采用现行制度但缩短分居期

6.3 跟香港一样，在离婚理由方面，苏格兰现行的制度是依据相当的苏格兰立法。为了进行公众谘询，苏格兰法律委员会于 1988 年发表一份题目为“离婚理由：法律应否改变？”的讨论文件。² 该文件载述各项对现行法律的非议³ 并提出两个改革方案：经过一段分居期后便离婚及于一段通知期届满后离婚。

6.4 该委员会于考虑过收回的公众回应后，于 1989 年发表“离婚理由的改革”⁴ 的报告书。书内，委员会把观点改得温和点；而且，用委员会的字眼来说，报告书所建议的改革，还不如讨论文件所提出的那么“激进”。很明显的，委员会所收回的回应，分野很大。在一个极端，有人认为，只要在注册官办事处提出要求，便应该可以离婚，而在另一极端，有人认为应恢复战前的制度，规定“只有通奸和遗弃才算离婚理由，而且连极度残酷也不构成离婚理由”⁵。

¹ “面对将来”，op cit n 1, para 4.3。

² Op cit n 202.

³ Ibid, at 1-6.

⁴ Op cit n 2.

⁵ Ibid, para 1.3.

6.5 该委员会的修订改革就只是保留现行计较过失和不计过失的混合制度，但缩短了分居期，分别由 2 年减为 1 年，及由 5 年减为 2 年。委员会简述其建议如下：——

“在苏格兰，离婚的理由应仍是婚姻无可挽救的破裂，要证明下列情况才可构成无可挽救的破裂：——

- (a) 通奸
- (b) 不能忍受的行为
- (c) 分居达 1 年，且另一方同意离婚或
- (d) 分居达 2 年……

因为此〔上文(d)项〕之故，是以用遗弃作离婚理由已用不着。”

6

6.6 委员会认为这些建议有下述优点：现行离婚法的基本结构不受改动；不会“发展到超越许多负责意见所能接受的地步”；⁷ 新订分居期可以解决指称现行分居期太长的批评；另一方面，婚姻方面严重罪行的受害者不会被置于不利地位；而且，以苏格兰的统计数字来说或许是最重要的是，新体制可将许多讼案，从以衡过量非的“行为”为依据，转为以中立的分居为依据。⁸

6.7 在谘询文件中⁹，委员会最赞成在香港采纳的，就是下文有概述，介乎现行制度与不计过失的较激进制度之间的温和“中道”。这办法受到受谘询者的广泛支持，他们体察到，这样一来，现行制度的结构既可获保留，又可引进相当重要的改革。第 8 章有详细讨论的电话公众调查结果显示，社会上有不少人支持将现行的分居期缩短，但认为离婚法应保留一些计较过失的准则。

6.8 不赞成建议的受谘询者所持的见解分两极端：在一方面，有些人论说，改革离婚法，须要采用“整面齐观”的做法，单单“抚弄”分居这一点，是不能解决问题的根本；另一方面，有人论说，建议的分居期太短了，而改革在整体来说，会使婚姻制度失去稳定性。

6.9 正如上文所说，苏格兰赞成较短分居期的其中一个主要理由，就是为了应付人们滥用计较过失的事实来尽快获离婚的明显趋势（在苏格兰和英格兰皆可见）。很有趣的，香港的离婚统计数字¹⁰，并无反映这个现象，理由可能就是，在香港，在关于行为的案中，我们没有“特别程序的离婚”。在香港，申请人引用有关过失事实的，比率远低于上述两个司法区，大部份申

⁶ Ibid, para 1.1-1.2.

⁷ Ibid, para 1.12.

⁸ Idem.

⁹ Op cit n 9.

¹⁰ 参看附录 A 数字。

请人是援引两年分居而双方又同意离婚这一点。然而，谘询的结果似显示，大多数意见认为，较短的分居期，另加若干以过失为依据的准则¹¹，对香港来说，相信不会是个不合适的方案。

“透过时间的手续”

6.10 英格兰法律委员会在其讨论文件中¹²，就现行混和计较和不计过失的离婚准则，提出激进的修改。建议的模式被称为“透过时间的手续”。简而言之，以婚姻已无可挽救地破裂而离婚的基本理由，维持不变，但却用不着设法使任何具体事实成立，来作为离婚的依据。

6.11 夫妇任何一方或双方均可开始有关的法律程序，发出通知，并向法庭提交陈述书，说明婚姻已无可挽救地破裂。初步的法庭聆讯随后可进行。在一段指定的过渡时期终结后，便可当然地取得名称为“解除婚姻”的离婚令。（委员会在最后一份报告书内建议的过渡时期，全段计为 12 个月。）¹³

6.12 在这段时期内，夫妇会被敦促达成和解，以便在抚养权，赡养费和分割婚姻所得的财产等一些双方要协议的事项上达致协定。如果双方之间未能自行达成协议，则有关问题要先由法庭决定，才可颁令解除婚姻关系。

6.13 关于对先前制度作改弦易辙的更动，委员会提出下述理由来解释：

“这样一个方案的首要优点是这样的：说明婚姻已破裂的唯一真正论证，就是一方面或双方面认为婚姻已完蛋。这个方案将这合乎逻辑的立场，跟另一点结合起来，那就是规定要有一段供反思和过渡的时间。只要同意，认为现行的制度既不足作为说明婚姻是否破裂的验证，且对多数人来说，又不能真的起阻止离婚的作用，那么建议的程序可视为一项改善。由于离婚并不可立得，故此不算“太轻易”。在整个过程中，注意力是集中在夫妇在子女及财务安排方面持续的责任。目的是要让双方维持与自己孩子的关系，而同时尽可能，以最合情理的方式和速度，为未来作必要的安排。”¹⁴

6.14 这些改革建议的整体作用，就是大大地改变现行英格兰的离婚法。当英格兰法律委员会于 1990 年发表其最后报告¹⁵ 时，获得律师和公众人士的“广泛支持”¹⁶。然而，自那时以来，人们已渐有疑问，怕报告书所载的“激

¹¹ *Idem.*

¹² “面对将来”，*op cit n 1*。

¹³ *Op cit n 1*, para 5.27.

¹⁴ *Op cit n 1*, para 5.25.

¹⁵ *Op cit n 2*.

¹⁶ 参看例如：“对改革计划的广泛支持，” *The Law Society Gazette*, Nov 7 1990；“适合现代婚姻的离婚”，*The Times*, Nov 2 1990。

进改革”难有“在短期内出头见日的机会”¹⁷，因为所有计较过失的准则都要放弃，而且建议中由国家负责的婚姻调解计划，需费甚多。

6.15 在香港，有若干受谘询者大力鼓吹采纳跟“透过时间的手续”相类的改革。他们中亦有人对可否有足够金钱办理调解服务，表示怀疑。对香港而言，这方案还有一个困难，那就是，据谘询所得的回应，特别是电话公众调查所收到的，香港尚未能接受一个全“不计”过失的离婚制度。

“只分居”

6.16 从前，澳大利亚和新西兰的离婚制度，跟我们现时的相类。但两个司法区均已将“混合制”（指计较和不计过失事实），改为另一制度，规定证明婚姻已无可挽救地破裂的唯一方法，就是用分居这一事实。澳大利亚的更动是由《1975年家事法法令》引进，说明分居期为1年。新西兰的《1980年家事诉讼程序法令》界定有关的期限为2年。

6.17 以分居为理由，而不计过失，优点就是，它把法律程序重点放在一项客观，道德上中立的事实上，而不是放在一方就另一方的不当行径作出的指控。结果，跟我们所用，以过失为基的诉讼不同，这样的离婚手续不大会引起双方之间的敌视。正如前章所说，在决定怎样才算“好的”离婚法，这是一重要因素。它另一个优点，就是简单。英格兰法律委员会说得好“要是唯一理由是分居，则离婚法便简单易明，而离婚手续会需费少些，又不用有关方面互指不是。”¹⁸

6.18 然而，这个制度却不无缺点。要是在一个案中，有一方对另一方的行为极劣，应负咎责，但受害人仍不能以如是的行为作理由来脱离那段婚姻，而仍要等足整段规定的分居期。在澳大利亚，分居期为1年，故这点不大要紧，但在新西兰，这点有时难免带来困难。

6.19 夫妇要离婚，必须先办妥分居。这是另一点要关注的地方。经济上的限制，可能令致不能真的办得到分居，而且也可左右夫妇之间讨价还价的能力。该英格兰的委员会有以下见解：

“在住屋短缺的时候和地方，特别是租赁屋宇方面，这对不同的社经群体与不同的夫妇，起不同的作用。因此，有要供养的子女而无别处居住的配偶，被置于不利地位，而具分居的能力，成为一个‘讨价还价的筹码’。”¹⁹

¹⁷ 参看“脱离现实，” *New Law Journal*, Nov 9 1990 and “Mackay 放弃不计过失的离婚”，*The Law Society Gazette*, Dec 4 1991。

¹⁸ “面对将来，” *op cit n 1*, para 4.9。

¹⁹ *Ibid*, para 4.10.

6.20 澳大利亚和新西兰的立法；试图补救这方面，明文规定，夫妇“仍同住一屋时”仍可算“分居”²⁰。但英格兰的委员会并不支持这个办法：

“根据英格兰现时的判例法²¹，同居一屋时，要构成“分居”，理论上是有困难的。虽然这可用成文法来改变，但任何新的定义，不久定会带引出难题，而要由诉讼来解决。毫无疑问的，不久便会有一套判例法，因而使离婚法更复杂，而只有律师才得益。要是真的要为每宗案进行口头聆讯，以核检同屋而分居的规定有无获遵守，那么便要多些开支，而这是很难说得过去的。另一方面，如果不用任何形式的查证，便接受有关方面声称同屋而分居的说法，则分居的要求（1年或2年）便只成一纸具文。”²²

6.21 就是基于这种种理由，虽然全然依据分居这一事实的离婚制度，是立场中立的，但仍不为受谘询者支持。要离婚，夫妇便得实行分居，因为他们的离婚只可以这事实为依据（纵然夫妇中有一人犯了通奸或有不合理行为的咎责，也如是）。

6.22 香港住屋短缺而且昂贵。正如其他司法区的，这裡的法庭可能会设法克服这点，办法是规定某种“同屋”而分居的形式，从而让“分居”有较具弹性的释义。但在香港，由于大多数家庭是不得不住在挤逼的地方，对于“同屋而分居”这样开明的解释而言，现实情况可能使任何这方面的规限全无意义。与其用牵强不自然的逻辑来硬说有分居，不如干脆废弃分居的要求，而直接了当地采用下文概述的制度，即“发出通知”的办法。

“单方面要求”

6.23 根据这个制度，只要夫妇任何一方单独声称婚姻已无可挽救地破裂，便可离婚；有时甚至可立刻办得到。

6.24 如果离婚可立刻办得到，这个离婚制度有两大缺点：在有关事宜获办理前，夫妇似不会获多些时间来反思，又不会有什么时间来适应离婚这个事实。抚养权，赡养费及分割婚姻所得财产等附带问题，须另行解决，而且通常在离婚之后。

6.25 此间似有个一般的见解，认为这个实质上容许“提出要求便可离婚”的制度，会大大破坏婚姻制度所受的保障，而那些保障是现行制度所给予的。不过，英格兰的委员会提出了一点：我们现时依据通奸或行为等事实的离婚，

²⁰ 例如，澳大利亚的《1975年家事法令》第49(2)条。

²¹ 及香港的：参看 Pegg, *op cit* n 44, at 92-94。

²² “面对将来，” *op cit* n 1, para 5.11。

可以跟单方面要求的立即离婚很相类，“因为有关方面不大愿意提出辩护，而且申请人的指控不大会被慎重查问。”²³然而，该委员会接着却说：

“然而，一个简单，容许单方面提出要求便可立即离婚的制度，很难获舆论接受……因为现行制度似可以让离婚可以有一些道德上的依据，而且可查证婚姻的破裂。”²⁴

6.26 香港的见解似也如是，因为对于这方案，受谘询者极少或全然不支持。

双方同意的离婚

6.27 这是指一个让夫妇双方同意离婚的制度。谘询文件也认为，在不少离婚个案中，尤其是依据分居另加同意的个案，婚姻虽已无可挽救地破裂，然而夫妇并不仇恨对方，且选择一同申请离婚。根据现行制度，其中一方须视为正针对另一方而提出申请，但这可能是绝对人为的，且对确实双方同意离婚的夫妇增添不必要的痛苦。

6.28 谘询文件认为应引进某形式的程序，让希望一齐申请离婚的夫妇可以这样做。受谘询者很支持这个建议。本报告书已将这点加以发挥，使成为关于夫妇双方协议离婚这另一个新事实的建议。第 8 章将对此详加研究。

²³ Ibid, para 5.20.

²⁴ Idem.

第 7 章 时间方面的规限：考虑过的方案

7.1 这方面法律的一些缺点，本报告书第 5 章已有讨论。下文各段概述委员会考虑过的各个改革方案。

保留现行法律

7.2 在为这课题进行的首轮谘询中，有少数受谘询者大力提出论据，赞成保留现行规限，要够 3 年才可申请离婚。在接受电话公众调查的人士中，约 30% 认为现行法律应维持不变。这些受谘询者所持观点的论据，似乎就是，缩短或废除规限，便会危及婚姻制度的稳定性。

7.3 然而，根据对“特别关注团体”和公众进行的调查，大部份受谘询者认为应更改现行法律。对书面谘询的回覆，论及范围甚广的变通建议；电话调查所得的意见也如是。下文会探讨这些变通方案。

缩短时限

7.4 大部份向委员会提交书面回覆的受谘询者，以及不少接受电话公众调查的人士，认为应在结婚初年，对离婚申请保留一些规限或阻限，但现时的 3 年时限太长了。然而，对于时限应该如何才算适当，意见并不一致。

7.5 在考虑这方面的时限应如何才算适当时，英格兰法律委员会认定有需要在两极之间寻求中道。该委员会认为，一个长短适当的时限应——

“……既不会对那些婚姻确已无可挽救地破裂，而且可能正陷极度痛苦的人施加不必要的困苦，又不至令婚姻由于离婚那么垂手可得而变成一种可随意离弃的过渡状况”¹

7.6 要作出决定，选定某一个时限作为规限，总难免要自下决断²。我们应如何就结婚“起码”要有多久这一点定下衡量准则呢？用另一些字眼来说出问题：法律要一对夫妇生活在一起多久“好让二人的婚姻得以一试”，才准许二人结束婚姻关系，另寻幸福呢？

7.7 根据谘询所得的回覆，有些人认为应将时限延长至 5 年或以上，而有些人则认为应完全废除时限。由此可见，选定一个时限，是一种要自下决断的抉择。然而，赞成保留一个较短时间规限的人士，大部份表示一至两年的时限是适当的。

¹ 参看英格兰法律委员会的报告书，op cit n 243, para 2.29。

² Op cit n 245, para 78.

7.8 在探讨时，英格兰法律委员会斟酌过一个论据，那是认为该个时间规限的长短，应跟确立一项离婚理由所需的起码分居期的长短看齐（现时为两年³）。这个取向的理由是这样的，如此一来，不独可确保有关离婚的立法一致，还可抵挡“针对现行规则的最有力异议”。该项异议指称“那规则可能违反有关人士的意愿，让一段已无可挽救地破裂的婚姻的法律外壳保留”。⁴ 如果认为分居是说明婚姻破裂的有力证据，而分居一段相当的时间又足证婚姻的破裂已无可挽救，则要是一如现在，要求结婚后不久便婚姻破裂的夫妇要有较长的分居期，那么法律或许是有不一致的地方了。

7.9 在另一方面，英格兰法律委员会似认为：

“……拣选一个够时间的分居期，而凭之带出婚姻已破裂的推论，是受一些政策因素所左右。拣选一个由结婚日起计的起码时限，而在该时限内离婚是被当作例外措施的，也是受一些因素所左右，但这两类因素并不完全一样。有关申请可能是依据分居以外的事实提出的，故尤当如是。”⁵

7.10 谘询文件有提议，认为如果那决定到头来是要自下决断的，那么将缩短的时间规限跟起码的分居期挂钩，则至少可为那个被选定的时限提供一个言之成理的支持论据（即不是只说这改革似反映多数的意见那么简单）。

7.11 建议保留针对过早离婚的规限，还有一个重要的层面，那是关乎对这规限也保留例外通融。第 5 章讨论了现行法律所受的批评。不少批评是关于引用现时基于“困苦”及“伤风败德”的例外通融所必会带来的内在负面后果。以此之故，相当多受谘询者支持采纳被英格兰所用而下文有讨论的方案，即缩短有关的时期，但定下一个针对提出离婚申请的绝对时间阻限。

7.12 然而，另一些受谘询者却提出论说，认为即使把有关的时间大大缩短了，仍应有条文容许例外通融的情况，以便可以在极端的个案中，让申请人获得解救。

定下绝对的时间阻限

7.13 正如上文所说，采纳这个方案，就是表示，在一个指定的时间告终前，不论情况如何，不得提出离婚申请。那个时间或许是远短过现时所定的 3 年。上文也指出，一定下一个绝对的时间阻限，就得缩短现行的 3 年期，因为此举会改变现行法律，令有关人士即使遇特别困苦或伤风败德的情况，也不能获得解救。

7.14 这方案最受英格兰法律委员会垂青；该委员会会有以下的论说：

³ MCO, s 11A(1)(d).

⁴ Op cit n 245, para 78.

⁵ Idem.

“我们之所以要有时间规限，就是因为这是一项公众政策。让男女结婚后不久便可随随便便获准离婚，会贬低婚姻制度的价值。从这观点来看，现行的法律是建基于妥善的原则，但却有可非议的地方，因为例外通融的性质欠妥，法庭是可以依据例外通融准许提出申请的。……虽然制定另一些例外通融是可以的，但没有一个会是完全妥善的。由此观之，如果法律施行该一般政策，订立一个绝对的阻限，规定在结婚后不久，不得离婚，那么法律会变得简单些及较易明白。”⁶

7.15 问题仍然是：法律怎样处理关乎困苦情况的个案。要是不让该一般规则有例外通融之处，好让有关人士可获解救，则涉及困苦情况的个案定会出现。作回覆的受谘询者，有反对定出一个绝对的时间阻限，而这点正是他们提出的一个主要论点。

废除规限

7.16 在接受电话公众调查的人士中，有 35%之多认为，针对结婚后不久提出离婚申请的现行规限，应予废除。在特别关注团体方面，支持此见的受谘询者，所占比例少得多（似乎部份是基于一个观点，认为该建议太激进，难获港人接受）。

7.17 正如上文所说，支持保留该规限的最有力论据，就是“它应可以支撑婚姻的稳定性”。有人认为，那项规限规定夫妇要在“困难的初年”维持双方的夫妻关系，所以理论上可吓阻仓促的离婚和再婚⁷。另一方面，这规限不能阻止想分居的夫妇实行分居。故此，可以这样论说：“这规限只可以在一个主观规定的时期内，要一些婚姻实已破裂的夫妇，保留他们之间在法律上的盟约。”⁸ 结果，“现行规限所起的主要作用是阻延，而不是阻止离婚。”⁹

7.18 将英格兰和威尔士的离婚统计数字跟苏格兰的比较，便可显示出这点。英格兰和威尔士以前有与香港相同的规限条文，而苏格兰从未有过这种条文。这个比较显示：

“……在英格兰和威尔士，婚后首 3 年的离婚数字，是低过婚后首 3 年以后的数字。……以同一段时期来说，比例也低过苏格兰的，然而，在英格兰和威尔士，数字由第 4 年起急升，到了第 7 年，婚姻以离异告终的比例〔英格兰和威尔士的跟苏格兰的比较〕已差不多相等。……”¹⁰

⁶ Ibid, para 80.

⁷ 参看英格兰法律委员会工作文件。

⁸ Ibid, para 50.

⁹ Idem.

¹⁰ Ibid, para 49.

7.19 跟预期的相反，苏格兰的经验似显示，对离婚并无时间规限或时间阻限，并不定会或可能会引致大量结婚人士于婚后立即寻求离婚。¹¹ 正如英格兰的委员会不得不归结说，这样一来，“相信可削弱指称 3 年的规限对维护婚姻制度稳定性起正面作用的论据。”¹²

7.20 该规限似与现时有关离婚的立法的整体政策不一致，而这就是支持废除规限的另一个论据。如果只要婚姻已无可挽救地破裂，就可离婚，是法律的基本原则，那么为何要计较那段婚姻是维持了 3 个月还是 3 年呢？

“国会已决定，2 年的分居已足以构成婚姻破裂的表证。为何在一些个案中，就因为夫妇结婚未足 3 年这个不相关的因素，而不准离婚？再者，如果申请所凭依的事实，就是答辩人的行为令到不可合理地期望申请人继续跟他共同生活，法庭在判断这事实是否成立时，无疑可考虑那段婚姻有多久。如果法庭经考虑过所有情况后，确信不能合理地期望申请人再跟答辩人共同生活，那么为何要推迟离婚呢？”¹³

¹¹ Ibid, para 61.

¹² Ibid, para 49.

¹³ Ibid, para 47.

第 IV 部 结论及建议

第 8 章 结论

8.1 夫妇或家庭可能要捱受，而最具压力，最具伤害性的体验，离婚肯定即为其一。正如英格兰法律委员会所强调，离婚并非单纯“一朝对簿公堂”，而是一整段痛苦的改变及适应“历程”，即使不至于会对当时双方及他们的子女带来毕生的影响，但起码亦会影响他们多个年头。¹

8.2 毫无疑问，正如其他地方一样，香港近年来离婚数字剧增。婚姻以离异告终的数目和比例皆如是。² 因此可意料到，任何进一步“放宽”离婚法的建议，即使不至受到断然反对，也会令人有所疑虑。

8.3 本报告书在前文已研究过离婚日增背后的社会学因素。³ 提出的见解是：与其说离婚数字显示婚姻制度的地位下降，不如说是反映我们现代社会对婚姻可为个人带来快乐及满足的期望增加。

8.4 对于与这方面的法律有关的人士而言，基本问题是：在规范人的社会关系上，法律应担当什么角色？在过去的时代，离婚法被视为一种方法，来严格推行婚姻的神圣观念。从前离婚法着眼点是婚姻上的罪项，故基本上属惩罚性质。故意蔑视规定的人会被视为偏离正轨的少数份子，因而声名受损。但由于离婚日益普遍，这看法在现今似乎已极之过时。因应社会发展，法律已渐渐转趋采纳不计过失的离婚理由。

8.5 其他法律改革机构所进行的研究揭露了一件事实，就是无论实施什么离婚法律体制，有关人士都会设法利用该制度来达致一个目的：尽其可能以最快捷及最公平的方式离婚。在其他司法区，这就是说，申请人就是为了加快离婚程序，而经常不惜“滥用”建基于过失的事实。

¹ 特别参考英格兰法律委员会对于如何令子女在父母离后较易适应新生活所提出的意见：“虽然离婚法律本身对于达到这个目的能够做的事不多，但可以并且应该确保离婚的过程不会不利于子女适应日后的生活。见“面对将来” op cit n 1, para 3.50。”

² 1970 年，在香港提出的离婚申请数目只略多于该年注册结婚数目的 1%。不过，自 1970 年起，虽然每年的注册结婚数目增加超过 1 倍，但离婚申请数目却增加超过 15 倍：参看附录 A 的数字。

³ 参看第 1 章，paras 1.5-1.21。

8.6 相反地，香港大部份离婚申请是基于不计过失的分居事实⁴（显然是由于本地的离婚程序不同）。⁵ 不过，根据谘询工作所得的回覆，香港似存在有强烈的共识，支持采取措施更改现行的法律。⁶

8.7 离婚方面的法律，是用以解除夫妇间在婚姻上的法律关系，并确保关乎子女福利及公平分配婚姻资产的事宜受顾及。这方面的法律另一个不常被察觉的作用，就是提供一“通行式”，以便有关人士可有一个明确的时刻，放弃旧有的生活，重新开始。要考虑的问题包括：离婚案一直增加，已成为现代生活的事实。作为本报告书主题的法律在导引该情况出现方面，所起作用有多大？究竟在多大程度上能令这方面的法律比现时更能发挥其作用，以及更能协助夫妇可在最少伤害的情况下解决离婚事宜。

8.8 本报告书的前几章讨论过不同的论据。根据那些论据，似乎是要对有关离婚理由⁷及限制婚后初期内离婚⁸的法律进行改革。我们已研究过若干可行的改革方案。⁹ 法律改革委员会曾仔细考虑各论点及建议，也斟酌过对谘询工作作覆者所表达的广泛意见，才作出下述结论及建议的。

8.9 委员会除对明确是研究范围内的事宜提出意见外，更在下文较后评论一些本委员会觉得应检讨的附带事宜。

保留“婚姻已无可挽救地破裂”为离婚的唯一理由

8.10 以婚姻已无可挽救地破裂为离婚的唯一理由，已成为现代离婚法的基石之一。这原则本身被视为构成足以真实反映离婚情况所依据的重要基准。¹⁰ 为了维持法律的确定性，委员会认为此项既有的原则应保留为离婚的唯一理由。

保留计较／不计过失的体制结构

8.11 委员会也赞成，在论证婚姻无可挽救地破裂方面，应保留现时的体制结构，即混合了计较过失和不计过失的准则的。¹¹ 这或许看似跟现代倾向全不计过失的离婚体制的趋势，有点不合拍。

8.12 在较早时就离婚理由进行的谘询工作中，支持现时混合制的，远较要求采纳全不计过失的体制的为多。¹² 论据不一，有说可从而让夫妇双方“有机会出庭陈述感受”，有说可从而设法确保受配偶欺压的受害者的安全。

⁴ 参看附录 A 的数字。

⁵ 参看第 2 章，paras 2.41-2.42。

⁶ 特别参看附录 C 所载的电话公众调查结果。

⁷ 参看第 3 章。

⁸ 参看第 5 章。

⁹ 参看第 III 部。

¹⁰ 参看第 1 章，特别是 para 1.20。

¹¹ 参看第 2 章。

8.13 电话公众调查的结果很清楚，绝不含糊。在作覆者之中，支持保留现行计较过失事实的，对通奸而言达 74%，对行为而言达 87%。对比之下，作覆者支持废除这些事实的，分别为 8%和 3%。¹³

维持通奸和行为作为分开的事实

8.14 根据上述调查结果，委员会认为，现时建基于过失的通奸事实¹⁴和行为事实¹⁵，应予保留。

8.15 在较早的谘询工作中，若干受谘询者提出了一个问题，那就是：有无足够理由保留通奸和行为两者之间的分别及两者在法律上分开的验证。¹⁶每个有关的受谘询者均建议把通奸归入“行为”总类内，这样一来，有关的验证就跟现行要求的相同，那就是“答辩人的行为达如此地步，不能合理地期望申请人跟答辩人一起生活”。他们的主要论据就是：通奸个案自然应入说明不能合理地期望申请人继续跟答辩人共同生活，关乎行为的个案。

8.16 委员会经已仔细考虑过这些论点，但仍是认为，权衡之下，还是最好保留通奸事实和行为事实两者之间现时既定的分别，以及二者不同的法律验证。是以，两者应继续由条例第 11A(1)(a)及(b)条分别作出规定。

双方同意以分居为凭据离婚

8.17 根据现行规定，如果夫妇双方同意离婚，在提出申请前，他们必须起码已连续分居 2 年。¹⁷委员会认为，这 2 年期应减为 1 年。¹⁸这个做法跟苏格兰改革分居事实的有关建议看齐，而且，当这点在较早的谘询工作中被推荐时，甚获支持。¹⁹

8.18 根据电话公众调查的结果，²⁰大多数（即 57%的作覆者）认为，如夫妇双方同意离婚，分居期应为 1 年或更短。（作覆者中竟有达 40%认为在这种情形下，无需起码的分居期；对比之下，那些希望保留现行 2 年分居期的，占 31%）。一位较早受谘询者的论说，或许正好反映大多数人的见解：

“要是婚姻维持了一段时间，而夫妇认为必须把婚姻终结，那

¹² 参看第 6 章所载的讨论，特别是 paras 6.7-6.9。

¹³ 参看附录 C。

¹⁴ 参看第 2 章，paras 2.4-2.9。

¹⁵ 参看第 2 章，paras 2.10-2.14。

¹⁶ 即，关于通奸的主观验证及关于行为的客观验证：参看第 2 章，paras 2.4-2.14。

¹⁷ 参看第 2 章，paras 2.22-2.27，及第 6 章，paras 6.3-6.9。

¹⁸ 委员会在较早的探讨中，曾考虑保留现时规定双方同意离婚的起码 2 年分居期，理由是(a) 香港的离婚申请人不像英格兰及苏格兰的离婚申请人般，为求尽早离婚，喜援引计较过失而不是不计较过失的事实（在香港，双方分居 2 年而同意离婚是最常援引的事实；参看附录 A 的数字），及(b) 一些受谘询者认为，单就调解的目的来说，2 年是一段恰当的时期，使双方可修好复合，或使双方对离婚后的事宜，尽可能作出平和的安排。（不过，一名受谘询者表示，“极少夫妻在决定离婚后是可以修好复合；只有在双方并未作出离婚决定前才有可能修好复合。”）

¹⁹ 参看第 6 章，para 6.7。

²⁰ 参看附录 C 的数字。

为何要他们捱过一段不能自主的时期才让他们各自生活呢？要是他们真的想结束婚姻，为何社会要订下这样的阻延来惩罚他们呢？申请人若提出有关通奸或行为上的指控，便不用受这种阻延的呢。”

8.19 至于在此项下所涉的程序，即使所依据的事实是分居，而夫妇均同意离婚，现时的立法还是要双方分别扮演申请人和答辩人的抗争角色。然而，有关分居是不计过失的一点事实。是以委员会建议引进新的规定，准许想联名申请离婚者一齐提出申请。²¹

非双方同意以分居为凭据离婚

8.20 正如前文所述，委员会认为，现时 5 年的起码分居期²² 应缩短为 2 年。在较早的谘询工作中，大多数受谘询者认为 5 年的分居期应予大大缩短。部份受谘询者建议采纳 3 年的分居期，而数目差不多的受谘询者则接受谘询文件的一项建议，认为分居期应为 2 年。电话公众调查所得的回覆较肯定；81% 认为 5 年太长，而构成大多数的 54% 提议采纳 2 年或更短些。²³

8.21 如果答辩人不同意有关申请，法例现有的保障会继续。²⁴ 是以答辩人就像现时一样，可援用现时有关“严重经济或其他困苦”的条文，²⁵ 反对颁发中期判决。答辩人亦可根据该条例第 17A 条，²⁶ 向法庭提出申请，要求暂时不颁绝对判决，以待法庭考虑为答辩人所作的经济给养安排及为那段婚姻所出的子女而作出的有关安排。

废除遗弃

8.22 对于遗弃这事实应否保留，较早的谘询工作所得的回覆显示意见不一。²⁷ 有些人认为，由于这点侧重于计较过失，故已不合时宜，然而，有小数目的受谘询者认为这点仍有用，应予保留。与之相比有大分别的，是电话公众调查。调查结果显示，就跟看待关乎通奸和行为等计较过失的准则一样，香港人士普遍赞成在离婚法内保留一些计较过失的元素。²⁸

²¹ 正如一位受谘询者说“……依我一向之见，我们法律制度的抗争本质，不大适宜处理由婚姻破裂而产生的苦难。此间有建议，引进措施，让夫妇均无异议者，联名申请离婚。这是离弃抗争取向的初步试行措施。对此，我很支持。”

²² 参看第 2 章，paras 2.22-2.27。

²³ 参看附录 C 数字。

²⁴ 根据香港法例第 192 章《婚姻诉讼与财务条例》，法庭有一般性权力，就经济上的给养和夫妇间财产的调整，颁发命令。这里所说的权力是在此以外的。

²⁵ MCO, s 15B。参看第 2 章，paras 2.28-2.32。

²⁶ 参看第 2 章，paras 2.33-2.42。

²⁷ 参看第 2 章，paras 2.15-2.21。

²⁸ 参看附录 C 数字。

8.23 然而，对于答辩人不同意离婚申请的个案，离婚所需的分居期将减为 2 年。这样一来，遗弃这一事实便用不着了，因为照现行字眼，那是指遗弃达 2 年。故此，委员会建议废除遗弃这一事实。²⁹

新事实：凭双方同意的 1 年之离婚通知

8.24 除了建议保留现时奉行，以过失为依据的通奸和行为事实，并将无异议及有异议的个案的分居期，分别减为 1 年和 2 年，委员会还建议在有关离婚的立法内，引进一新“事实”，那就是：依据双方的同意，于 1 年通知后离婚。

8.25 如果夫妇双方均想离婚，这新订事实便可作为双方同意以分居为凭据离婚这个现行事实的变通。根据新的条文，夫妇双方同意离婚的话，只用联名向法庭提交通知，说明想离婚，等候最少 1 年，然后联名向法庭提出申请，从而把离婚办妥。在那 1 年的通知期内，夫妇可分居或共同生活，而同时商妥双方的离婚安排或设法修好复合。

8.26 这跟英格兰法律委员会所建议的“透过时间的手续”³⁰相同，也跟苏格兰法律委员会有关这课题的讨论文件的第二个建议模式相同；那建议是“由发出离婚意向通知后起计，在过了一段时间后离婚”。³¹ 苏格兰法律委员会有讲述这种建议的优点：

“循这办法就不用有分居的证据；对于觉得先分居后离婚难办到的人，不会带来困苦；不会诱使夫妇分居；不会诱使有关人士就分居期说谎。这办法不会种下关于分居何解的法律难题。”

跟英格兰和苏格兰两地法律委员会的建议比较，这个建议的差异就是：这将是离婚申请可依据的另一事实，而非唯一事实。

8.27 在较早的谘询工作中，若干受谘询者也提出类似的建议。当有关方面在电话公众调查中提出有关这新事实的建议时，70%作覆者表示支持。至于通知期的长短，多数人希望是 1 年或更短（作覆者总数的 51%）。³² 委员会认为，这项新规定的一个主要好处就是：有关方面不会被逼分居。在香港，分居是不容易的。一位受谘询者说得好：

“在人口稠密如香港的地方，除了那些很富有的人外，甚少夫妇可以在随离婚而来的财务安排有决定之前，有能力分开来居住，那是指分开在不同的屋子居住。这样一来，已决定离婚的夫妇便得共住一楼宇，而却又要法官满意地认为他们分别各有家居，这实质上是全然办不到的。若他们有子女则尤为如是。”

²⁹ 同时参看苏格兰法律委员会所采纳的方法，第 6 章，paras 6.3-6.9 有探讨。

³⁰ 参看第 2 章，paras 6.10-6.15。

³¹ 参看苏格兰法律委员会讨论文件，op cit n 202，pp 11-13。

³² 参看附录 C 数字。

8.28 这事实不具抗争性，而这是其另一个好处。它承认离婚的决定是有关夫妇双方同意的。夫妇首先一齐向法庭发出通知，然后在通知期后，一齐提出申请，从而把离婚办妥。

针对结婚不久申请离婚的 1 年规限

8.29 据较早的谘询工作所得的回覆，在关于改革这方面的法律的问题上，意见显然不一，分歧很大³³。但清楚的是，人们希望将现行的 3 年规限缩短。在电话公众调查中，有 54% 的受访者认为应保留一定长短的规限期，但在余下的小数派中，有多达 35% 认为应废除规限。³⁴

8.30 委员会的结论是：对于结婚后不久申请离婚，应保留时间规限，但现行的 3 年期应予缩短，好让夫妇任何一方可在婚后 1 年，便可申请离婚。

8.31 委员会曾考虑采纳英格兰做法的另一点，即制定绝对的阻限，禁止在婚后 1 年内申请离婚，³⁵ 这样一来，即使个案特殊，亦不得于那期限内提出。³⁶ 虽然委员会也承认，正如本报告书先前讨论过，³⁷ 现时关乎“困苦”和“伤风败德”等情况的例外通融规定，本身是有问题的，但委员会最后还是认为，那规限所构成的一般原则，还是应继续保有例外通融。依委员会之见，须有这样的规定，以求可在有极端的个案时，批准立即离婚。那些个案数目不会多，但仍应如是。

附带事宜

8.32 在就本报告书研究范围考虑有关事宜时，委员会察觉到某些附带事宜，并作出下述建议。

调解

8.33 在较早的谘询工作中，有一点不断在有关的回覆中出现，那就是吁请改善调解服务的门径，以利正办离婚手续的夫妇。有关意见似乎集中在下述事项。

8.34 作覆者确信，调解胜过诉讼，而且对正考虑或正办理离婚的夫妇来说，婚姻方面的辅导，调停和调解，是很有助力的，特别是帮助他们修好复合，或令他们以最平和的方式，解决关乎离婚的安排。故意见认为应拨更多的资源来鼓励扩充现存的服务，及拓展新的服务。

8.35 有人关注到，在香港，一般人士并不大知道这些服务。他们指出，优先要做的，就是向大众推介，让他们明白那些服务是有用的，可供人们应

³³ 参看第 7 章。

³⁴ 参看附录 C 数字。

³⁵ 参看第 7 章，paras 7.13-7.15。

³⁶ 参看第 4 章，paras 4.6-4.9。

³⁷ 参看第 7 章，paras 7.13-7.15。

用。有些人发出呼吁，要求对婚前辅导计划和家庭生活指导，普加注意。对于旨在鼓励调解的某些现行立法，若干受谘询者怀疑其效力。³⁸

8.36 据电话公众调查结果所示，本港人士并不广泛知道可用以协助正办理离婚的夫妇的调解服务，对该调查作覆的人士中，近 70%表示不知有那些服务。那些知道的人士中，只有五分一表示认识有利用那些服务的人。³⁹

8.37 委员会的结论是：为了鼓励婚姻有困难或正办离婚的夫妇使用那些服务，实有必要使香港所有的种种调解服务，更广为社会人士知悉。

8.38 一个简单的第一步，就是印发一本推广小册，详述香港在家庭方面所有的各类辅导，调停和调解服务（不论是政府赞助的，私人办理的或义务性质的），并列载联络地址和电话。小册可透过法律援助署，律师会，法律指导及当值律师计划及各律师行等机关，积极地分派。社会福利署和各提供调解服务的机构本身也可分派。定时在电视播影由政府赞助，讲述调解服务的宣传片，也是推广办法。⁴⁰

8.39 委员会也认为，由于离婚增加，对这些服务的需求也会继续增长，是以政府应研究如何进一步发展这方面的服务。

8.40 近期的发展包括由香港公教婚姻辅导会和法律援助署合办的婚姻调解服务。这是一项转介计划。⁴¹ 此外还有建议由香港国际仲裁中心协助，成立一项家庭调停服务。⁴²

8.41 在较早的谘询工作中，若干受谘询者提议另一种服务，而所提出的，跟香港社会服务联会家事法庭工作小组的一些建议⁴³ 相同。即是建议委任一名法庭调解统筹员，以充当申请的有关人士，法庭和调解机构等方面的联络人。该员的部份职责，就是于需要时，向调解机构转介有关人士。

通奸赔偿

8.42 委员会还研究过另一问题，但那是主要建议的旁支，关于《婚姻诉讼条例》第 50 条现时所载的通奸赔偿诉讼。⁴⁴ 这种诉讼原本是建基于一个观念，那就是丈夫对妻子和妻子服务有拥有权益。委员会认为这种诉讼现已绝对不合时宜，应予废除。委员会亦认为，为了消除一切疑问，在香港或仍可依据普通法提出的私通罪诉讼，应以成文法予以明令废除。

³⁸ 即法庭根据第 15A(1)条将诉讼延期，以便可作调解的尝试；根据第 15A(3)-(5)条给予双方 6 个月宽限期，以便他们尝试调解；以及根据第 18B(b)条规则 12(3)的律师证明要求及表格 2A(MCR)。参看第 2 章，paras 2.43-2.46。

³⁹ 参看附录 C 数字。

⁴⁰ 类似例如用以推展青少年辅导服务和家计会的方式。

⁴¹ 参看“婚姻调解服务评估研究”（香港公教婚姻辅导会，1991 年 10 月）。该报告书第 31 页“大多数的当事人（92.3%）对从计划所得的服务表示满意或非常满意。”

⁴² 参看“提出的婚姻调解论题” *The New Gazette*，1991 年 7 月，第 5 页。

⁴³ 参看“在香港设立家事法庭建议书”（1989）香港社会服务联会，第 15-17 页。

⁴⁴ 参看第 2 章，paras 2.7-2.9。

第 9 章

建议摘要

对香港法例第 170 章《婚姻诉讼条例》的建议改革

离婚理由

无可挽救的婚姻破裂

9.1 《婚姻诉讼条例》第 11 条有就无可挽救的婚姻破裂这概念订下规定。这概念应保留作为唯一的离婚理由。

通奸

9.2 第 11A(1)(a)条所载的通奸事实，应予保留。

行为

9.3 第 11A(1)(b)条所载的行为事实，应予保留。

遗弃

9.4 第 11A(1)(c)条所载的遗弃事实，应予废除（这是因为下文第 9.6 段的建议）。

双方同意以分居为凭据离婚

9.5 第 11A(1)(d)条所载，有关与答辩人同意以分居为凭据离婚的事实，应予保留，但现时依据这事实的起码分居期规定为 2 年，应缩短为 1 年。

9.6 此外，在任何个案中，如果双方同意离婚申请，则倘双方欲一齐提出离婚申请，应予准许。

非双方同意以分居为凭据离婚

9.7 第 11A(1)(e)所载的分居事实，应予保留，但现时依据这事实的起码分居期，规定为 5 年，应缩短为 2 年。

双方同意离婚——联名通知

9.8 应在第 11A(1)条引进一新事实，从而规定，夫妇双方同意离婚的，可于给予法庭 1 年通知后离婚。在这情形下，夫妇欲办离婚者，可一齐向法庭发出通知，说明有意离婚。经起码 1 年后，夫妇可联名提出离婚申请书，以最终确定离婚。

针对结婚初年离婚的时间规限

时间规限的长短

9.9 载于第 12(1)条，现时针对离婚申请的起码时间规限为 3 年，应缩短为 1 年。

例外通融

9.10 载于第 12(2)条，关于“申请人所受的异常困苦”和“答辩人方面的异常伤风败德”的例外通融现行条文，应予保留。

附带事宜

调解

9.11 关于调解一事，现建议应优先向大众推介可供他们使用的婚姻辅导，调停和调解服务。此外，尚建议政府考虑扩充和发展在香港的这些服务。

通奸赔偿

9.12 第 50 条载有通奸赔偿诉讼的条文。现建议予以废除。

香港结婚及离婚统计数字

年份	注册婚姻 #	提交的离婚申请 *	离婚绝对判决 *
1972	27,358	532	354
1973	30,436	793	493
1974	37,634	789	714
1975	36,192	893	668
1976	39,617	1,054	809
1977	40,390	1,372	955
1978	40,400	1,728	1,420
1979	45,222	2,018	1,520
1980	50,845	2,421	2,087
1981	50,756	2,811	2,060
1982	51,467	3,120	2,673
1983	47,784	3,734	2,750
1984	53,410	4,764	4,086
1985	45,056	5,047	4,313
1986	43,280	5,339	4,257
1987	48,561	5,747	5,055
1988	45,238	5,893	5,098
1989	43,952	6,275	5,507
1990	47,168	6,767	5,551
1991	42,568	7,287	6,295

数字由统计处提供

* 数字由司法部提供

离婚申请所援引的事实*

年份	通奸	行为	遗弃	分居2年	分居5年	其他杂项
1980	142 (6%)	496 (20%)	148 (6%)	1,247 (51%)	384 (16%)	48 (2%)
1982	138 (5%)	474 (17%)	174 (6%)	1,544 (54%)	463 (16%)	68 (2%)
1988	218 (4%)	1,267 (24%)	164 (3%)	2,551 (49%)	851 (16%)	143 (3%)
1990	202 (3%)	1,633 (24%)	206 (3%)	3,485 (51%)	1,151 (17%)	99 (3%)

* 数字取自离婚登记处

离婚理由
及
申请离婚的时间规限
对谘询作书面回覆者名单

Association for the Advancement of Feminism

Ms Pam Baker, Legal Aid Department

Ms Vivian Chih, Barrister

Mr Charles Ching QC, Barrister

Mr Neal Clough, Legal Aid Department

Caritas

Catholic Women's League

Chinese University of Hong Kong

City & New Territories Administration

Mr Nigel de Boinville, Barrister

H H Judge Leonard, District Court

Federation of Women Lawyers

Harmony House

Hong Kong Bar Association

Hong Kong Catholic Marriage Advisory Council

Hong Kong Christian Council

Hong Kong Council of Social Service

Hong Kong Council of Women

Hong Kong Family Law Association

Hong Kong Family Welfare Society

Hong Kong Polytechnic
Hong Kong Red Cross
Ms Susan Johnson, Solicitor
Law Society of Hong Kong
Legal Aid Department
Methodist Church Hong Kong
Roman Catholic Diocese of Hong Kong
Salvation Army
Social Welfare Advisory Committee
Social Welfare Department
University of Hong Kong (Faculty of Law)
Ms Colette van de Eb, Barrister
Mr Ian Wingfield, Legal Department
World Vision of Hong Kong

恒辉市场研究社

香港英皇道 1065 号东达中心 1606 室

电话：8119668

图文传真：8119988

关于离婚法的意见调查 报告书

客户：政务总署
客户联络人：张汉宁先生
研究联络人：苏国英女士
呈交日期：1992 年 1 月 24 日
工号：970

背景

本报告书载述一项研究的结果。该项研究是为政务总署进行，关于离婚法的意见调查。

恒辉市场研究社获选进行该项调查。以下文件载录研究目标，方法，摘要与结论，以及主要调查结果。

摘要与结论

1. 大体上看来,对于关乎离婚法的问题,男士与女士在见解上的分歧,并不多。较年轻的人,教育较好的人,白领阶级和收入较高的人士,跟他们相对类别的人士比较,在多数问题上,分歧却很大。
2. 大概一半作覆者希望保留针对结婚初年离婚的规限。但约三分之一希望废除之,这些人通常较年轻,教育较好和收入较高的。妇女似乎也较愿意废除那规限。因此,随着整体人口因现行的强逼教育制度而日趋教育较佳,相信在数年之间,两派意见的强弱之势将会被反过来,而支持废除之趋势会继续。
3. 赞成有规限的,只有一半表示规限应长达 3 年(即占作基数的 1000 名作覆者的 28%)。换句话说,50%的作覆者不是赞成废除规限,就是主张有规限,但时间要短些。这些人又是较年轻,教育较好,和收入较高的。这就是说,在数年间,对现行离婚法的这方面作改革的要求,将日趋强烈。
4. 同样的,约一半作覆者认为,在批准双方同意的离婚申请前,要有一段分居期。但不赞成的有 40%,这些人多数是较年轻,教育较好或收入较高的。这些人亦势将代表日后的趋向。
5. 建议的离婚新程序(根据该建议的离婚新程序,夫妇双方同意离婚的,只用向法庭发出通知,说明离婚意向,等候一段时间,然后联名提出申请,把离婚办妥。在有关期间,夫妇不必一定要分居。)甚获支持。较年轻的或教育较好的又是较倾向支持该建议。是以,在数年间,当多数人起码已受中学教育时,新建议所获的支持相信会更多。
反对那新程序的,所说的是广阔的原则,而非谈述硬性分居的可行性。
6. 就那新程序而言,最为人接受的等候时间为 1 年或更短些。
7. 在另一方面,非双方同意的离婚所需的 5 年分居期,极不受欢迎。60% 作覆者赞成 2 至 3 年的分居期。
8. 明显的,香港大众仍认为有婚姻上的过失;绝大多数希望保留通奸,不合理行为及遗弃作为提出申请的理由。
9. 人口中,只有约三分之一知道香港有调解服务。很少人本身认识曾使用那些服务的人,但确有认识的,对那些服务十分肯定。看来,要在宣传和公民教育方面多下功夫,让大众知道香港有调解服务。

规限期的恰当长短 (0.2)

基数：所有作覆者 (n=1000)

	短过 1年	1年	2年	3年	4年	5年或 更长	废除	无意见
	%	%	%	%	%	%	%	%
总数	1	3	11	28	2	9	35	11
性别								
男	1	2	12	29	3	10	30	13
女	*	3	10	27	2	8	40	10
年龄								
18-29	-	3	11	26	2	6	44	9
30-44	2	3	11	27	2	10	34	12
45-65	*	2	10	32	3	14	25	14
婚姻状况								
未婚	-	3	13	23	3	6	43	10
已婚	1	2	10	30	2	11	31	12
其他	*	7	6	35	5	17	26	5
子女数目								
不适用	-	3	13	23	3	6	43	10
无	2	4	12	32	1	6	33	10
1-2	1	3	10	30	2	10	33	12
3或以上	1	2	10	30	3	15	26	12
教育								
小学或以下	1	2	7	31	3	13	28	13
中学	1	2	12	27	2	8	36	11
大学预科毕业或以上	1	4	13	25	1	7	40	9
职业								
白领	1	3	12	25	2	6	42	11
蓝领	1	2	8	31	3	12	30	12
主妇	*	3	11	29	1	11	34	11
其他	-	4	17	25	3	13	28	10
每月家庭收入(HK\$)								
7,500 以下	1	4	8	33	3	16	27	10
7,500 至 9,999	1	2	12	29	3	10	30	13
10,000 至 19,999	1	2	12	27	2	8	36	11
20,000 或以上	2	3	11	28	2	6	42	6
不作答	1	2	10	21	-	8	36	21

*：不足 0.5%

如双方同意离婚，分居期起码要多久（0.4）

基数：所有作覆者（n=1000）

	短过 1年	1年	2年	3年	4年	5年或 更长	不同意/ 无意见
	%	%	%	%	%	%	%
总数	3	14	31	4	*	1	46
性别							
男	4	14	29	4	1	1	47
女	3	14	33	4	-	1	45
年龄							
18-29	6	16	23	3	1	*	52
30-44	3	14	31	3	-	1	47
45-65	1	11	40	6	*	2	37
婚姻状况							
未婚	4	16	21	4	1	*	54
已婚	3	13	36	3	*	1	42
其他	3	14	23	8	-	2	49
子女数目							
不适用	4	16	21	4	1	*	54
无	8	15	17	4	1	-	53
1-2	3	13	34	2	-	2	46
3或以上	1	14	45	7	1	2	30
教育							
小学或以下	2	10	37	4	1	2	42
中学	4	13	31	4	*	1	47
大学预科毕业或以上	4	21	20	3	1	1	50
职业							
白领	4	20	25	3	*	1	48
蓝领	4	11	30	4	1	1	49
主妇	2	12	38	4	-	2	42
其他	3	11	38	5	1	1	39
每月家庭收入(HK\$)							
7,500 以下	1	9	40	5	-	2	44
7,500 至 9,999	4	11	34	3	-	1	47
10,000 至 19,999	3	17	29	2	1	1	47
20,000 或以上	4	17	26	3	1	1	48
不作答	6	13	26	7	1	2	43

*：不足 0.5%

有关多一个获取离婚的变通办法的建议是否可以接纳 (0.5)

基数：所有作覆者 (n=1000)

	可接纳	不可接纳	无意见
	%	%	%
总数	69	24	7
性别			
男	72	22	6
女	66	27	7
年龄			
18-29	74	22	5
30-44	67	25	8
45-65	66	26	7
婚姻状况			
未婚	73	20	6
已婚	67	26	7
其他	62	33	5
子女数目			
不适用	73	20	6
无	69	25	6
1-2	67	26	7
3 或以上	65	26	8
教育			
小学或以下	65	26	9
中学	70	24	6
大学预科毕业或以上	72	23	5
职业			
白领	68	25	7
蓝领	69	25	6
主妇	68	26	6
其他	73	17	10
每月家庭收入(HK\$)			
7,500 以下	70	24	6
7,500 至 9,999	75	21	4
10,000 至 19,999	71	25	4
20,000 或以上	71	24	5
不作答	51	28	20

在建议所述情况下等候期的恰当长短 (0.6)

基数：所有作覆者 (n=1000)

	短过 1年	1年	2年	3年	4年	5年或 更长	无答案
	%	%	%	%	%	%	%
总数	29	22	13	3	*	1	31
性别							
男	32	20	14	3	-	1	28
女	26	23	13	3	*	1	34
年龄							
18-29	37	23	12	2	-	-	26
30-44	31	21	11	3	*	*	33
45-65	17	21	19	5	*	3	34
婚姻状况							
未婚	37	22	10	3	-	-	27
已婚	26	21	15	3	*	1	33
其他	20	30	8	3	-	3	38
子女数目							
不适用	37	22	10	3	-	-	27
无	32	25	8	2	-	-	31
1-2	27	22	15	2	*	1	33
3或以上	20	19	17	7	1	1	35
教育							
小学或以下	23	17	17	5	1	2	35
中学	31	23	12	3	*	*	30
大学预科毕业或以上	33	25	13	1	-	-	28
职业							
白领	29	25	11	2	-	-	32
蓝领	28	19	16	4	-	1	31
主妇	26	22	13	4	1	1	32
其他	40	15	14	*	-	3	27
每月家庭收入(HK\$)							
7,500 以下	30	13	21	4	-	2	30
7,500 至 9,999	32	22	15	3	1	1	25
10,000 至 19,999	31	25	12	3	-	1	29
20,000 或以上	30	28	10	3	-	-	29
不作答	18	15	12	3	1	1	49

*：不足 0.5%

对于只有一方申请离婚时分居期要起码 5 年的意见 (0.7)

基数：所有作覆者 (n=1000)

	太长	恰当	太短	无意见
	%	%	%	%
总数	81	14	1	3
性别				
男	80	15	1	4
女	83	13	1	3
年龄				
18-29	84	13	*	3
30-44	77	16	2	5
45-65	80	15	1	4
婚姻状况				
未婚	82	16	*	2
已婚	82	13	1	4
其他	73	22	3	2
子女数目				
不适用	82	16	*	2
无	78	16	-	6
1-2	82	12	1	5
3 或以上	81	15	1	3
教育				
小学或以下	81	14	1	4
中学	82	14	1	3
大学预科毕业或以上	82	15	*	3
职业				
白领	82	13	*	5
蓝领	81	16	1	3
主妇	83	12	1	4
其他	80	17	1	1
每月家庭收入(HK\$)				
7,500 以下	78	17	1	3
7,500 至 9,999	77	20	-	3
10,000 至 19,999	86	10	1	3
20,000 或以上	85	12	-	2
不作答	73	16	2	9

*：不足 5%

如非双方同意离婚，分居期起码要多久（0.8）

基数：所有作覆者（n=1000）

	短过					5年或 更长	无答案
	1年	1年	2年	3年	4年		
	%	%	%	%	%	%	%
总数	7	15	32	27	1	1	18
性别							
男	8	15	28	28	1	1	19
女	6	14	36	27	*	1	16
年龄							
18-29	6	16	31	28	1	*	17
30-44	9	15	33	26	*	*	16
45-65	6	12	30	28	1	2	21
婚姻状况							
未婚	6	16	30	28	1	*	18
已婚	8	14	32	28	1	1	17
其他	4	19	41	6	-	3	24
子女数目							
不适用	7	16	30	28	1	*	18
无	6	20	29	20	-	-	22
1-2	9	15	30	29	*	1	17
3或以上	6	11	39	25	1	1	17
教育							
小学或以下	7	13	35	25	1	1	18
中学	7	15	30	29	1	1	18
大学预科毕业或以上	7	16	32	26	1	*	18
职业							
白领	5	15	32	28	*	*	18
蓝领	11	14	26	29	1	1	19
主妇	6	16	37	22	1	1	16
其他	5	9	35	28	3	1	19
每月家庭收入(HK\$)							
7,500 以下	7	14	34	23	-	1	20
7,500 至 9,999	7	13	32	25	*	-	23
10,000 至 19,999	8	13	33	31	1	1	13
20,000 或以上	6	16	30	31	2	-	15
不作答	8	18	28	28	*	2	25

*：不足 0.5%

对依据通奸证据的离婚申请的意见 (0.9)

基数：所有作覆者 (n=1000)

	保留	修改	废除	无意见
	%	%	%	%
总数	74	12	8	6
性别				
男	73	13	9	5
女	76	12	6	6
年龄				
18-29	74	15	10	2
30-44	76	9	7	8
45-65	72	14	7	7
婚姻状况				
未婚	74	14	7	4
已婚	75	11	8	6
其他	58	19	14	9
子女数目				
不适用	74	14	7	4
无	71	7	15	7
1-2	76	13	6	6
3 或以上	72	11	9	8
教育				
小学或以下	76	8	7	9
中学	75	12	8	5
大学预科毕业或以上	71	18	9	3
职业				
白领	74	13	9	4
蓝领	74	11	7	8
主妇	76	12	6	5
其他	70	15	11	3
每月家庭收入(HK\$)				
7,500 以下	77	9	8	5
7,500 至 9,999	75	11	9	6
10,000 至 19,999	79	11	7	3
20,000 或以上	72	17	7	4
不作答	61	15	9	15

对于依据另一方不合理行为的事实离婚申请的意见（0.10）

基数：所有作覆者（n=1000）

	保留	修改	废除	无意见
	%	%	%	%
总数	87	7	3	3
性别				
男	84	9	3	4
女	89	6	3	2
年龄				
18-29	89	6	3	1
30-44	87	8	2	3
45-65	84	8	4	5
婚姻状况				
未婚	89	6	3	2
已婚	85	8	3	4
其他	89	9	-	2
子女数目				
不适用	89	6	3	2
无	87	6	2	4
1-2	88	7	2	3
3或以上	81	11	3	5
教育				
小学或以下	85	8	4	3
中学	87	7	3	3
大学预科毕业或以上	87	6	2	4
职业				
白领	89	7	1	3
蓝领	84	9	4	3
主妇	85	8	4	3
其他	90	2	3	4
每月家庭收入(HK\$)				
7,500 以下	85	9	3	2
7,500 至 9,999	90	6	2	2
10,000 至 19,999	90	6	3	1
20,000 或以上	91	6	1	2
不作答	72	11	6	11

香港协助办离婚人士的调解服务受知道的程度 (0.12)

基数：所有作覆者 (n=1000)

	知道	不知道
	%	%
总数	32	68
性别		
男	30	70
女	33	67
年龄		
18-29	28	72
30-44	37	63
45-65	28	72
婚姻状况		
未婚	28	72
已婚	34	66
其他	24	76
子女数目		
不适用	28	72
无	23	77
1-2	35	65
3 或以上	33	77
教育		
小学或以下	28	72
中学	33	67
大学预科毕业或以上	34	66
职业		
白领	39	61
蓝领	27	73
主妇	32	68
其他	23	77
每月家庭收入(HK\$)		
7,500 以下	29	71
7,500 至 9,999	30	70
10,000 至 19,999	33	67
20,000 或以上	38	62
不作答	24	76