

中国法学会婚姻家庭法学研究会会刊

2015年卷

家事法研究

Researches on Family Law
VOL.2015



主 编 夏吟兰 龙翼飞

执行主编 张学军



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

中国法学会婚姻家庭法学研究会会刊

2015年卷

家事法研究

Researches on Family Law

VOL.2015

主 编 夏吟兰 龙翼飞

执行主编 张学军



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

家事法研究. 2015 年卷/夏吟兰, 龙翼飞主编. —北京: 社会科学文献出版社, 2015. 10

ISBN 978-7-5097-8056-5

I. ①家… II. ①夏… ②龙… III. ①婚姻法-研究-世界-丛刊
②家庭-法律关系-研究-世界-丛刊 IV. ①D913.904-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 225689 号

家事法研究 2015 年卷(总第 11 卷)

主 编 / 夏吟兰 龙翼飞

执行主编 / 张学军

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军 芮素平

责任编辑 / 李 晨 关晶焱

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社(010)59367156

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367090

读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 25 字 数: 386 千字

版 次 / 2015 年 10 月第 1 版 2015 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-8056-5

定 价 / 98.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

《家事法研究》学术顾问

巫昌桢（中国政法大学教授）

杨大文（中国人民大学教授）

刘素萍（中国人民大学教授）

张贤钰（华东政法大学教授）

陈明侠（中国社会科学院法学研究所研究员）

夏 珍（山西大学教授）

Researches on Family Law

VOL.2015

《家事法研究》编委会

主 编 夏吟兰 龙翼飞

执行主 编 张学军

编委会委员 （以姓氏笔画为序）：

马忆南 王歌雅 龙翼飞 李明舜

陈 苇 张学军 林建军 夏吟兰

郭 兵 扈纪华 程新文 蒋 月

蒋月娥 曹诗权 雷明光 薛宁兰

穆红玉

浙江工商大学法学院资助出版

卷首语

2014年10月18日至19日，“中国法学会婚姻法学研究会2014年年会暨法治中国视野下的婚姻家庭法律制度完善研讨会”在杭州召开。会议围绕“婚姻家庭法的完善”、“司法改革下的婚姻家庭纠纷解决机制”、“公共政策对婚姻家庭法的影响”三个专题进行研讨，吸引来自全国各地的专家学者、法官和律师共计170余人参会，共收到交流论文82篇。

《家事法研究》2015年卷以2014年年会论文为主体、后续投稿为补充，选编组稿，收录共20篇文稿，集成反家暴专题、理论前沿、司法实务、咨政建言、域外专论五个栏目。在筛选文稿时，主要遵循以下原则：一是选择着眼于当下的新兴问题和具体制度进行研究的选题，紧抓时代脉络，关注现实需求；二是选择在研究视域和研究方法上具有创新性的选题，理论与实证结合，创新与务实并重；三是避免重复，因出版篇幅所限，对于同一选题的文章，只选其一。

值书稿交付出版之际，特别感谢会长及常务理事的关心与督导，特别感谢理论界、实务界同人的积极参会及慷慨赐稿，特别感谢社会科学文献出版社刘骁军、李晨编辑的细致编辑和技术把关，特别感谢杭州市法学会

和浙江工商大学法学院对年会的精心承办与协同资助，特别感谢参与其中的各位同学、同事和朋友的热情服务和竭诚帮助！

本卷执行主编

张学军

2015 年 5 月 21 日

反家暴专题

- 家庭暴力概念中的主体范围分析 夏吟兰 / 003
- 制定反家庭暴力法需要正确处理的几个基本问题 李明舜 / 008
- 我国离婚损害赔偿制度存废论
——以我国大陆司法实践及与台湾地区制度比较为
视角 陈 苇 张 鑫 / 014
- 台湾家庭暴力危险评估与分级干预述评 但淑华 / 035

理论前沿

- 裁判离婚理由立法研究 马忆南 罗 玲 / 049
- 宅基地使用权继承的制度选构 曹诗权 曹益凤 / 071
- 遗产酌给制度的性质、确立基础及其适用 付翠英 王晓宇 / 094
- 完善我国困境儿童救助立法问题研究 吴国平 / 112
- 论冷冻胚胎的法律属性及保护
——围绕宜兴失独老人胚胎争夺案展开 浦纯钰 / 125
- 辅助生殖技术与家庭生育功能的伦理难题及其
立法规制 曹贤信 段伟伟 / 143

司法实务

- 城镇社区老年人养老经济情况调查及其对策建议 … 陈 苇 杨 刚 司艳露 / 159
- 计划生育政策对婚姻家庭的影响
——基于上海地区的实证研究 …………… 许 莉 / 183
- 婚内所得知识产权的归属与离婚时的分割 …………… 张秀玲 / 205
- 司法改革背景下江苏婚姻家庭纠纷司法解决
现状研究 …………… 夏正芳 陈爱武 张 娅 / 216
- 论夫妻忠实协议的效力 …………… 卢文捷 / 237

咨政建言

- 中国法学会婚姻法学研究会《反家庭暴力法
(征求意见稿)》的修改建议 …………… 执笔人 薛宁兰 / 283

域外专论

- 《婚姻法解释(三)》第十条之反思
——以中美比较为视角 …………… 张学军 / 299
- 论探望权制度的完善
——以韩国法的比较为视角 …………… 姜海顺 景明浩 / 332
- 论我国遗嘱执行人法律地位之立法选择
——以考察日本法为中心 …………… 赵 莉 / 348
- 离婚时按揭房屋的增值分配：以瑞士法为中心 …………… 贺 剑 / 366

Anti-Domestic Violence Study

On the Scope of Subjects of Domestic Violence

Xia Yinlan / 003

Some Basic Issues that Need to Be Properly Handled in
the Legislation Process of the Anti-Domestic Violence Law

Li Mingshun / 008

Debate on the Reform or the Abolishment of Compensation
System of Divorce Damage in China

—Based on the Comparative Study of the Relevant Systems of
Mainland China and Taiwan

Chen Wei, Zhang Xin / 014

A Review on the Risk Assessment and Grading Intervention of
Domestic Violence in Taiwan

Dan Shuhua / 035

Advanced Theory

A Study on the Legal Grounds for Divorce

Ma Yinan, Luo Ling / 049

On the Construction of System of Inheritance of the
Countryside Homestead Right of Use

Cao Shiquan, Cao Yifeng / 071

The Attribution, Basis and Application of Legacy Discretion Distribution

Fu Cuiying, Wang Xiaoyu / 094

On the Legislation Perfection of the Succor System for
Children in Special Needs in China

Wu Guoping / 112

The Legal Attribute and Protection of Frozen Embryos

—A Case Study on Fighting for Embryos among Elderly in
Yixing City Who Lost Their Only Child

Pu Chunyu / 125

Study on the the Ethical Concerns and Legal Restriction of
the Application of Assisted Reproduction Technologies

Cao Xianxin, Duan Weiwei / 143

Judicial Practice

Investigation on the Financial State of Senior Citizens in
Urban Communities and Some Corresponding
Countermeasures and Suggestions

Chen Wei, Yang Gang, Si Yanlu / 159

The Effects of China's Family Planning Policy on Marriage and Family
—on the Basis of an Empirical Study in Shanghai

Xu Li / 183

The Attribution and Divorce Division of Intellectual Property
Rights Obtained in the Marriage

Zhang Xiuling / 205

Research on the Judicial Settlement of the Marriage and Family
Disputes in Jiangsu Province under the Judicial Reform Process

Xia Zhengfang, Chen Aiwu, Zhang Ya / 216

On the Validity of the Connubial Loyalty Agreement

Lu Wenjie / 237

Policy Suggestion

Amendments on Anti-Domestic Violence Law (Draft) :

Proposed by the Marriage and Family Law Research

Institute of the China Law Society

Author Xue Ninglan / 283

Extra-Territorial Monograph

The reflection of article10 of *Judicial Interpretation III of Marriage Law*

—A Comparison between China and America

Zhang Xuejun / 299

On the Perfection of Visitation Right System

—A Perspective from Korean Law

Jiang Haishun, Jing Minghao / 332

On the Legislative Choice of the Legal Status of the Executor in China

—focused on in the Study of Japanese Legislation

Zhao Li / 348

On the Division of the Appreciation of the Mortgaged House

upon Divorce; Based on Swiss Law

He Jian / 366

2015年卷 总第11卷

家事法研究

RESEARCHES ON FAMILY LAW



反家暴专题

家庭暴力概念中的主体范围分析

夏吟兰*

(中国政法大学民商经济法学院 北京 100088)

【内容摘要】 为了确保家庭暴力认定标准的一致性和执法的统一性,我国的家庭暴力防治法应当对相关法律、司法解释尚未明确的家庭暴力主体及其范围做出明确规定。目前国际社会对于家庭暴力主体范围的规定主要有限定性规定、扩大性规定及延展性规定三种立法例,并呈现从亲缘关系逐渐扩大延展的趋势。我国在确定家庭暴力的主体及其范围时应以现行的法律法规为依据,考虑中国国情,并且要顺应社会的发展及国际反家暴立法的趋势。明确家庭成员是家庭暴力的主体,同时考虑将具有或曾经具有亲密关系者之间发生的暴力行为视为家庭暴力,确保对各种形式的家庭暴力进行全方位的预防、救助和制裁。

【关键词】 家庭暴力 主体范围 家庭成员 亲缘关系

制定家庭暴力防治法的重要内容之一是界定家庭暴力的概念。法律概念应当是“对各种法律事实的概括,并基于此种概括抽象出他们的共同特

* 夏吟兰,女,中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师。研究方向:妇女人权、亲属法学、继承法学。

征而形成的权威型范畴”。^① 家庭暴力概念中对主体范围的界定，体现了立法者对家庭暴力的认识、定位以及对受暴者的保护范围及保护力度。因此，明确规定家庭暴力主体的范围对于法律适用的范围及其能否达到防治家庭暴力的目的有着重大的意义。

一 我国相关法律法规之回溯

我国现行《婚姻法》及其相关规定对于家庭暴力主体及范围或未明确规定，或界定不清。

2001年修订的《婚姻法》明确规定禁止家庭暴力，但对何谓家庭暴力未做规定。同年出台的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《婚姻法司法解释（一）》）第1条规定：“‘家庭暴力’是指行为人以殴打、捆绑、残害、强行限制人身自由或者其他手段，给其家庭成员的身体、精神等方面造成一定伤害后果的行为。”这一规定将家庭暴力界定为发生在家庭成员之间的引起一定伤害后果的暴力行为，即家庭暴力的主体是家庭成员，但对于家庭成员的范围、构成，司法解释并未做出进一步的明确规定。

此后，相继修订的《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》、《老年人权益保障法》对禁止家庭暴力均做出原则性、宣誓性规定，但对家庭暴力的主体范围仍未有明确规定。

对于家庭成员的范围，我国调整民事法律关系的《民法通则》及调整婚姻家庭法律关系的《婚姻法》亦无明确规定。《民法通则》及其司法解释未规定家庭成员，但对近亲属的范围有明确规定：近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。《婚姻法》也未明确对家庭成员做出规定，但在第三章“家庭关系”中规定的相互间有权利义务关系的亲属包括夫妻、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹。《民法通则》及其司法解释与《婚姻法》规定的近亲属的范围在表述和排序上略有不同，《民法通则》以“配偶”代替《婚姻

^① 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社，2000，第287页。

法》中的“夫妻”，在承担监护责任的排序上兄弟姐妹的排序高于祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。由于《民法通则》与《婚姻法》的规定不尽一致，且近亲属不等于家庭成员，因此家庭暴力防治法不能直接适用《民法通则》或《婚姻法》的相关界定。

现有法律法规对家庭暴力主体的范围没有明确的规定，直接导致司法实践中对家庭暴力认定标准的不一、执法尺度不统一，故我国的家庭暴力防治法应当对家庭暴力主体及其范围做出明确规定。

二 外国相关规定之比较

国际社会对于家庭暴力主体范围的规定主要有三种立法例：

一是限定性规定，将家庭暴力的主体限定为家庭成员，如韩国《惩治家庭暴力专项法案》将家庭暴力定义为：造成家庭成员身体、精神和性伤害的行为。下列同住家庭成员可以寻求家庭暴力保护：配偶（包括任何法定结婚的人）和任何有配偶关系者；任何是或曾是其或其配偶的直系尊亲属或后代的（包括法定领养、血亲关系）；任何与其继父母有或曾有父母子女关系的，是或曾是其父亲法定配偶的私生子的；任何有直系亲属关系并且共同居住的亲属。^①

二是扩大性规定，将家庭暴力的主体从家庭成员扩大至亲密关系，或以亲密关系取代家庭成员。如南非 1998 年的《反家庭暴力法案》保护以下关系中的人不遭受家庭暴力：婚姻；同居或曾经同居但并未结婚；同居或曾经同居的同性伴侣；已订婚或约会中，或双方自愿的亲密关系或性关系；通过血缘、婚姻或领养联系起来的家庭成员以及同住一个屋檐下的人。

三是延展性规定，将家庭暴力从家庭成员、亲密关系延展至共同生活的照料者，或者以暴力发生的空间或事实来判定。如印度尼西亚《关于消除家庭暴力的法律》（2004 年第 23 号法律）将家庭暴力延展至家庭雇工。^②巴西《女权保护法》（2006）第 5 条包括了在“家庭单位”中实施的暴力，

^① 参见陈明侠等《家庭暴力防治法基础性建构研究》，中国社会科学出版社，2011，第 460 页。

^② 参见《反对针对妇女暴力良好立法实践》，联合国专家小组会议报告，2008。