

外国家庭法及妇女理论研究中心项目

One of the Items of Foreign Family Law and Women's Theory Research Center

家事法研究学术文库

Works of Researches on Family Law

陈 苇 主 编

Chen Wei Chief Editor



FAMILY LAW

防治家庭暴力 立法与实践研究

On Legislative and Practice of the Prevention
and Control of Domestic Violence

罗 杰 著

by/ Luo Jie



群众出版社

外国家庭法及妇女理论研究中心项目
家事法研究学术文库

陈 苇 主编

防治家庭暴力 立法与实践研究

罗 杰 著

群众出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

防治家庭暴力立法与实践研究/罗杰著. —北京: 群众出版社, 2013. 1

(家事法研究学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5014 - 5091 - 6

I. ①防… II. ①罗… III. ①家庭问题—暴力—防治—立法—研究—中国 IV. ①D923.901

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 303369 号

防治家庭暴力立法与实践研究

罗 杰 著

出版发行: 群众出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2013 年 1 月第 1 版

印 次: 2013 年 1 月第 1 次

印 张: 12.25

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 330 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5014 - 5091 - 6

定 价: 40.00 元

网 址: www.qzchs.com

电子邮箱: qzchs@sohu.com

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

前 言

自 1978 年西南政法学院复办以来,我国著名的婚姻法专家、中国法学会婚姻法研究会副总干事杨怀英教授担任我校婚姻法研究方向的学科带头人。1985 年 3 月至 7 月,我校承担了司法部委托的全国法律专业婚姻法师资进修班的教学任务。当时全国著名的婚姻法专家巫昌祯、杨大文、王德意、李忠芳、任国钧等教授应邀前来我校,与我校全国著名的婚姻法专家杨怀英教授及胡平等教师一起为来自全国的婚姻法师资进修班学员们上课,传授婚姻法的理论知识和教学经验。如今,该婚姻法师资进修班学员们大部分都成为各高校的婚姻法领域的著名专家学者和骨干教师,他们为国家培养了大批优秀的人才。因此,可以说,我校是我国婚姻法学人才培养的摇篮。在科研方面,杨怀英教授先后主编出版了《滇西南边疆少数民族婚姻家庭与法的研究》(法律出版社 1988 年出版)、《中国婚姻法论》(重庆出版社 1989 年出版,1991 年荣获重庆市社科优秀科研成果三等奖)、《凉山彝族奴隶社会法律制度研究》(四川民族出版社 1994 年出版,1996 年荣获四川省社科优秀科研成果二等奖)等专著和教材。1995 年杨怀英教授去世后,由中国法学会婚姻法研究会常务理事邓宏碧教授担任婚姻法学科带头人。邓宏碧教授、胡平副教授等老教师带领婚姻法课程的教师们继续努力进行教学和科研工作。尤其值得指出的是,邓宏碧教授主编的《中国少数民族人口政策研究》(国家社会科学“八五”规划重点科研项目,重庆出版社 1998 年出版),2001 年荣获重庆市社会科

学优秀科研成果一等奖。

本人于1979年9月考入西南政法学院法律系本科学习，1983年6月毕业任教一年后，于1984年9月考入西南政法学院攻读民法专业硕士研究生，师从杨怀英教授，主要研究婚姻家庭法。1987年7月本人硕士研究生毕业后留校任教至今。我在母校学习和从事教学科研工作至今已有30多年了。在这30多年期间，在母校各级领导和老师们的辛勤培养下，我由一名学生成长为教授、博士生导师、博士后合作导师；于1996年5月起担任民法教研室副主任，于1999年5月起担任民法教研室主任，于2003年5月起至今担任婚姻家庭继承法教研室主任。在婚姻法学界老一辈专家的辛勤培养下，本人于1996年7月起担任中国法学会婚姻家庭法学研究会理事；于1999年7月起担任中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事；于2004年7月至今，担任中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长。2003年12月至2004年12月，本人受国家留学基金资助由教育部公派出国留学，作为访问学者到澳大利亚悉尼大学法学院进修家庭法一年。我留学回国后，于2005年1月向学校提出了建立“西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心”的书面申请。2005年4月1日，西南政法大学校长办公会议批准同意该研究中心成立，任命我担任主任。

自2005年4月该研究中心成立后，本人夙夜忧虑，恐负厚望，带领研究中心的教师和研究生组成科研创新团队，勤奋科研，不敢懈怠。近七年，我担任项目负责人，主持完成并公开出版的专著、译著有十余部：《外国婚姻家庭法比较研究》（重庆市哲学社会科学“十五”规划项目，2006年1月出版）、《加拿大家庭法汇编》（2006年1月出版）、《中国大陆与港、澳、台继承法比较研究》（重庆市教委人文社科项目，2007年1月出版）、《当代中国民众继承习惯调查实证研究》（国家社科基金项目子课题，2008年1月出版）、《澳大利亚家庭法（2008年修正）》（重庆市教委人文社科重点项目，2009年1月出版）、《美国家庭法精要》（2007年第五版，

2010年3月出版)、《改革开放三十年(1978~2008)中国婚姻家庭继承法研究之回顾与展望》(西南政法大学重点项目,2010年1月出版)、《中国婚姻家庭法立法研究》(第二版,2010年1月出版)、《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》(国家社科基金项目结项成果,入选2010年度《国家哲学社会科学成果文库》,全国哲学社会科学办公室在《出版说明》中指出,入选成果代表当前相关领域学术研究的前沿水平,体现我国哲学社会科学界的学术创造力,按照“统一标识、统一封面、统一版式、统一标准”的总体要求组织出版,2011年3月出版)、《澳大利亚法律的传统与发展》(第三版,2011年5月出版)、《当代中国内地与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》(中国司法部部级科研项目,2012年5月出版)等。此外,应邀与美国、意大利学者合作撰写美国法学院比较家庭法英文教材一部: *Practical Global Family Law——United States, China and Italy* (2009年4月在美国出版)。

为促进婚姻家庭继承法领域的学术研究和学术交流,本人于2005年起创办《家事法研究》学术论文集刊。自《家事法研究》首卷面世以来,历时六年,先后出版了2005年卷至2010年卷共计六卷,推出了一批具有前沿性的学术论文,培养了一批学术新人,受到学术界同人和实务界人士的肯定和好评,产生了良好的社会影响。为进一步扩大《家事法研究》的学术影响,经本人提出申请,中国法学会婚姻家庭法学研究会常务理事会研究同意,《家事法研究》从2011年卷起始转为“中国法学会婚姻家庭法学研究会”的会刊。可以相信,今后在该研究会的精心主办下,《家事法研究》将在法学理论与司法实务探索相结合的沃土中更加茁壮成长,枝繁叶茂!

长江后浪推前浪。为了推出婚姻家庭继承法学研究领域具有前沿性、创新性的学术著作,培养学术新人,本人主编出版《家事法研究学术文库》丛书。这套丛书主要遴选婚姻家庭继承法研究领域具有前沿水平的博士学位论文和学术专著组成,每年拟出版

防治家庭暴力立法与实践研究

2~3部著作。本学术文库丛书出版的目的,旨在通过出版婚姻家庭继承法学研究领域的的前沿学术著作,进一步提升家事法研究的理论水平,推出一批婚姻家庭继承法学研究领域的的新秀,促进我国婚姻家庭继承法学研究朝着更深、更广的方向发展,以更多的优秀研究成果为国家的立法和司法服务。本学术文库2012年已出版以下四部著作:《婚姻家庭法之女性主义分析》、《基于性别的家庭暴力之民法规制——中国法与美国法之比较》、《亲属法的伦理性及其限度研究》、《人文主义视阈下的离婚法律制度研究》。2013年将出版以下三部著作:《遗产债务法律制度研究》、《防治家庭暴力立法与实践研究》、《私法自治视域下的老年人监护制度研究》,以飨读者。

最后,对群众出版社的编辑老师们对本文库丛书辛勤的编辑工作,我表示衷心的感谢!

陈 苇

2012年8月28日

自序

家庭暴力践踏个人尊严、动摇婚姻家庭、影响社会稳定。防治家庭暴力已成国际共识，针对家庭暴力立法已成国际潮流，司法介入、社会救助是我国基本的防治家庭暴力手段，日渐获得举国上下的普遍认同。我国法学界关于家庭暴力问题的研究重心正在由家庭暴力的内涵、类型、原因、特征等转向家庭暴力的发生率、覆盖率、救济率，通过司法程序确保家庭暴力当事人的合法权益，通过社会救助方式实现社会对家庭暴力零容忍态度的全面铺开，通过专门防治家庭暴力立法保障婚姻家庭与社会的和谐与稳定。家庭暴力的既有研究多专注于对家庭暴力的定义与发生，存在着问题盲点较多、比较研究较欠缺、实证研究较薄弱等问题。家庭暴力案件审判程序的整体完善、人身安全保护裁定制度的改革、家庭暴力采证方式与证据规则、施暴者处遇计划、各机构行政责任分配、家庭暴力嫌疑者通报机制、防治家庭暴力社会联动机制等方面研究日渐成为学术研究的热点。笔者认为，集中研讨防治家庭暴力，有利于实现防治家庭暴力领域研究的综合与系统，有利于及时回应实务界的防治家庭暴力努力，有利于确保我国家庭暴力案件审判的公正与准确，有利于推动家庭暴力案件民事审判程序的改革，有利于为我国防治家庭暴力的宏观改革和微观实践提供可行性建言，以求最大限度地发挥实际应用价值。

本书研究的基本思路和方法主要以比较法分析和实证考察为基本研究方法,关注问题盲点、拓展比较研究、突出实证研究,立足既有研究成果,整体思考我国防治家庭暴力的立法完善、司法改革、社会救助健全。理论界与实务界对“家庭暴力”认识分歧的焦点在于“暴力主体”与“暴力行为”不明确,对何为家庭暴力认知不一。家庭暴力具有三大法学特征:行为隐蔽、手段多样、后果不确定。除此之外,其还具有人口社会学、家庭伦理学、地域文化学等特征。分析家庭暴力的国际国内情势,阐明家庭暴力发生的严重程度。家庭暴力诱因表现在四个方面:施暴者个人潜藏的自卑与憎恶;受虐妇女综合征;家庭暴力的代际遗传;不平等性别关系的再生产。本书分析了防治家庭暴力的原因,并着力探讨防治家庭暴力的方法,提出应当提升个人防治家庭暴力的意识,鼓励社会非正式支持系统的健康发展,增强社会正式支持系统的有效运行,最终构建防治家庭暴力的社会联动机制。与此同时,在立法方面,本书梳理了防治家庭暴力国际立法的发展历程,考察了英国,美国,我国的香港、台湾地区以及内地防治家庭暴力的情况,总结评析前述各国及地区防治家庭暴力立法之特色并反思我国家庭暴力立法的现状。在司法方面,本书简介了国外家庭暴力司法介入实况,考察了美国、挪威、加拿大、澳大利亚防治家庭暴力的司法现状。简介我国香港、台湾地区防治家庭暴力的实况,以实证调研为基础,反思我国内地近几年家庭暴力案件审判程序的改革实践,评析前述各国及地区防治家庭暴力的司法机构和司法措施,总结内地防治家庭暴力的司法困境。在社会救助方面,本书简介国外家庭暴力救助措施实况,考察美国、英国、加拿大家庭暴力救助措施的现状。简介我国香港、台湾地区家庭暴力救助措施运行,并以实证调研为基础,反思我国内地近年家庭暴力社会救助实践,总结不足所在。

在此研究基础上,本书着重提出了我国内地家庭暴力法律规制的完善途径。其主要有如下思考:

首先,构思“中国防治家庭暴力法”:第一,选择专门防治家庭暴力立法模式。必要性在于:保障公民的基本人权;现行防治家庭暴力力量、力度、效果不尽如人意;顺应防治家庭暴力立法国际发展潮流。可能性在于:既有立法与司法实践提供了立法依据和本土经验;提升了公民对家庭暴力的认知度为出台专门防治家庭暴力法奠定了社会基础;国际防治家庭暴力经验及域外相关立法为出台专门防治家庭暴力法提供了可资参考与借鉴;我国签署的防治家庭暴力一系列国际公约均明确表示防治家庭暴力是国家责任;专家学者们的立法建议稿为出台专门防治家庭暴力法缩小了理论与实际的差距。第二,遵循社会性别主流化理念。基本思路在于:诸多地方性防治家庭暴力法规业已出台,法学理论界研讨多年并已拿出学者建议稿,亟须国家立法层面回应。修正现行《妇女权益保障法》^①、《婚姻法》,强化防治家庭暴力力度,从宏观上冲击性别结构,促进实质的性别平等。设立防治家庭暴力专门机构,降低公权力干预家庭暴力的条件,建立全社会联动干预机制,完善家庭暴力法律责任体系。第三,立法内容多元化。应当突破传统模式,综合既有法律法规,内含兼具民事、刑事、行政相关内容,力求做到法官在适用个案时能够有法可依,有法可援。第五,实体程序一体化。原因在于:区分实体或程序,在立法上难以衔接,会给法官适用法律带来不便;对于家庭暴力这样一个“特殊对象”的法律规制无必要严格区分实体法或程序法,将二者融入一部专门法,实施效果可能

^① 本书为了行文方便,如无特殊需要,书中所涉我国法律名称均省略“中华人民共和国”几个字,如《中华人民共和国妇女权益保障法》简称《妇女权益保障法》,依此类推。

更佳。

其次，整体思考我国家庭暴力司法介入的实用型选择，从三个方面提出了具体思路：第一，完善人身安全保护裁定制度。研究“人身安全保护裁定制度”，有利于及时回应实务界的改革努力，有利于推动我国家庭暴力案件举证责任分配的合理与公正，有利于为构建我国专门防治家庭暴力法进行理论和实践上的准备。第二，限制与未成年人子女会面交往令。以“子女最大利益”为首要考虑因素，全面审酌未成年子女的安全，责令施暴者遵守会面交往的注意事项，如有违背命令者，法院应当依职权予以禁止并有权依法没收其缴纳的保证金。第三，修正家庭暴力案件的采证手法和证据规则。家庭暴力案件应适用特定的证据规则，确立非法证据的采信标准；举证责任转移到受害者时，应适度采用“盖然性占优势”的证明标准；通过完善或改革立法对司法鉴定次数进行限制或采取“复核鉴定”，由司法鉴定专家委员会复核鉴定的结论为效力层次最高的鉴定结论；培养塑造家庭暴力受害者的证据意识，引导其在具体案件中采用合法的取证方式，有效地收集和保存证据。

再次，提出家庭暴力社会救助措施的构想思路，主要包括六个方面：第一，设立防治家庭暴力的相关机构，包括设置家庭暴力防治委员会和防治家庭暴力中心，提供24小时电话专线服务、紧急救援装置以及心理、住宅、追踪辅导、经济扶助、法律服务、庇护场所等。第二，规范各防治家庭暴力机构的职责，家庭暴力的社会救助单位种类较多，其职责也应当根据各机构性质而定。第三，努力形成防治家庭暴力社会联动机制，依靠立法、司法、执法、社会救助等社会各界共同努力形成的一种就如何认定家庭暴力、以何种方式防治家庭暴力、采用何种措施惩治施暴者以及依靠何种手段救助受害者的“综合力量”，其主要由社会正式支持系统和社会非正

式支持系统构成。第四，构建家庭暴力嫌疑者通报机制，当事人所在单位、教育、医疗、信访、妇联及其他社会组织相关机构自发现家庭暴力存在时起 24 小时内向家庭暴力防治委员会通报嫌疑者，必要时请求公安执法机关和其他相关机构配合工作，力求做到将发现的 家庭暴力嫌疑者遏制在萌芽阶段以及有效及时制止已经升级的家庭暴力行为。第五，设置对施暴者实施具有积极辅导和治疗色彩的“施暴者处遇计划”，在未来防治家庭暴力立法中明确计划之制定机构、具体内容、评估标准、执行机关及职责等内容。第六，设立家庭暴力当事人访视制度，各家庭暴力防治机构有义务采取询问观察当事人及周围邻里的方式对家庭暴力受害者进行定期回访，及时检查防治工作的实效，并根据效果规划下一步工作的开展。

当然，受制于我国家庭暴力方面的司法信息、社会信息难以充分获取的现实，本书只能立足笔者尽最大努力获得的间接信息，难免受制于信息之局部性、零散性和片面性，再加上笔者学力有限，虽然倾尽全力而为，在某些论证方面可能难免心有余而力不足，在观点上难免存在欠妥甚至不当之处。在此，恭请列位专家、师长、同仁不吝批评赐教。

罗 杰

2012 年 8 月于秦皇岛·燕山大学

目 录

前 言	陈 苇 (1)
自 序	罗 杰 (1)
引 言	(1)
一、选题背景	(1)
二、选题价值	(2)
三、研究现状	(3)
四、实证资料	(14)
五、本书思路	(21)
六、观点创新	(24)
第一章 家庭暴力的概述	(25)
第一节 家庭暴力的内涵界定	(25)
一、暴力主体	(27)
二、暴力行为	(33)
第二节 家庭暴力的特征分析	(42)
一、法学视角	(42)
二、人口社会学视角	(45)
三、家庭伦理学视角	(50)
四、地域文化学视角	(54)
第三节 家庭暴力的类型剖解	(60)
一、从家庭暴力内涵划分	(60)
二、从暴力行为性质划分	(61)

防治家庭暴力立法与实践研究

三、从受害者的范围划分	(61)
四、从暴力行为模式划分	(61)
五、从暴力行为客体划分	(62)
第四节 家庭暴力的现状与诱因	(63)
一、家庭暴力的现状	(63)
二、家庭暴力的诱因	(70)
第二章 防治家庭暴力的原因与方法	(88)
第一节 防治家庭暴力的原因	(88)
一、家庭价值取向：变化与选择	(88)
二、家庭暴力行为：侵权与违法	(91)
三、防治家庭暴力之定位：人权与正义	(92)
四、主体生存之道：化解与消融	(97)
第二节 防治家庭暴力的方法	(98)
一、国外防治家庭暴力的方法	(98)
二、我国内地防治家庭暴力的方法	(102)
三、防治家庭暴力的方法构建	(109)
第三章 防治家庭暴力的立法考察	(115)
第一节 防治家庭暴力国际立法演变	(115)
第二节 国外防治家庭暴力立法概览	(121)
一、英国防治家庭暴力立法	(122)
二、美国防治家庭暴力立法	(139)
第三节 我国防治家庭暴力立法现状	(143)
一、我国香港地区防治家庭暴力立法	(146)
二、我国台湾地区防治家庭暴力相关规定	(152)
三、我国内地防治家庭暴力立法	(160)
第四节 中外防治家庭暴力立法之比较评析	(173)
一、立法目的评析	(173)
二、立法体例评析	(176)
三、立法内容评析	(179)

第五节 我国防治家庭暴力的立法困境	(181)
一、立法理念较为模糊	(181)
二、分散立法稍显不力	(183)
三、立法内容亟待深化	(184)
四、立法改革成效难续	(185)
第四章 防治家庭暴力的司法考察	(186)
第一节 国外防治家庭暴力司法现状	(186)
一、美国防治家庭暴力司法现状	(186)
二、挪威防治家庭暴力司法现状	(187)
三、加拿大防治家庭暴力司法现状	(188)
四、澳大利亚防治家庭暴力司法现状	(188)
第二节 我国防治家庭暴力司法现状	(188)
一、我国香港地区防治家庭暴力司法现状	(188)
二、我国台湾地区防治家庭暴力司法现状	(189)
三、我国澳门地区防治家庭暴力司法现状	(189)
四、我国内地部分地区防治家庭暴力的司法现状	(192)
第三节 中外防治家庭暴力司法状况之比较评析	(224)
一、司法机构评析	(224)
二、司法措施评析	(225)
第四节 我国防治家庭暴力的司法困境	(226)
一、家庭暴力相关立法适用性不强	(226)
二、警察队伍防治家庭暴力力度欠佳	(227)
三、法院法官对家庭暴力认识亟待提高	(228)
第五章 家庭暴力救助措施考察	(230)
第一节 国外家庭暴力救助措施现状	(230)
一、美国家庭暴力救助措施现状	(230)
二、英国家庭暴力救助措施现状	(231)
三、加拿大家庭暴力救助措施现状	(231)
第二节 我国家庭暴力救助实践现状	(232)

防治家庭暴力立法与实践研究

一、我国香港地区家庭暴力救助措施现状	(232)
二、我国台湾地区家庭暴力救助措施现状	(233)
三、我国澳门地区家庭暴力救助措施现状	(235)
四、我国内地部分地区家庭暴力救助措施现状	(237)
第三节 中外家庭暴力救助措施之比较评析	(263)
一、救助机构评析	(263)
二、救助措施评析	(265)
第六章 中国内地家庭暴力法律规制进路	(268)
第一节 “中国内地防治家庭暴力法”的构思	(268)
一、立法原则	(273)
二、立法体例	(283)
三、立法内容	(283)
第二节 中国内地防治家庭暴力司法措施的完善	(286)
一、完善人身安全保护裁定制度	(286)
二、限制与未成年子女会面交往令	(292)
三、修正家庭暴力案件的证据思路	(293)
第三节 中国内地防治家庭暴力救助措施的优化	(297)
一、防治家庭暴力相关机构的设置	(298)
二、防治家庭暴力各机构职责的归属	(300)
三、防治家庭暴力社会联动机制的构建	(303)
四、家庭暴力嫌疑者通报机制的设立	(305)
五、施暴者处遇计划规范的制定	(307)
六、家庭暴力当事人访视制度的建立	(308)
结 语	(310)
家庭暴力受害者个人访谈实录	(312)
参考文献	(334)
后 记	(362)
附录 西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心简介 (中英文版)	(365)

CONTENTS

FOREWORD	Chen Wei(1)
-----------------------	---------------

PREFACE	Luo Jie(1)
----------------------	--------------

Introduction	(1)
---------------------------	-------

I Research Background	(1)
-----------------------------	-------

II Research Values	(2)
--------------------------	-------

III Research Status	(3)
---------------------------	-------

IV Empirical Datas	(14)
--------------------------	--------

V Train of Thoughts	(21)
---------------------------	--------

VI Innovation Ideas	(24)
---------------------------	--------

Chapter I An Overview of the Domestic Violence	(25)
---	--------

Section 1 The Definition of Domestic Violence	(25)
---	--------

I Violent Subject	(27)
-------------------------	--------

II Violence Behavior	(33)
----------------------------	--------

Section 2 Analysis of the Characteristics of Domestic Violence	(42)
--	--------

I Law Perspective	(42)
-------------------------	--------

II Population Sociology Perspective	(45)
---	--------

III Family Ethics Perspective	(50)
-------------------------------------	--------

IV Regional Culture Perspective	(54)
---------------------------------------	--------

Section 3 Analysis of the Type of Domestic Violence	(60)
---	--------