

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



基于性别的家庭暴力 之民法规制

——中国法与美国法之比较

**On Regulating Gender-based Domestic Violence
in Civil Law System:**

Comparison between Chinese Law and U.S. Law

秦志远 著

by/ Qin Zhiyuan



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

基于性别的家庭暴力 之民法规制

——中国法与美国法之比较

秦志远 著

群众出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

基于性别的家庭暴力之民法规制：中国法与美国法之比较/秦志远著. —北京：群众出版社，2012. 1

（家事法研究学术文库）

ISBN 978 - 7 - 5014 - 4970 - 5

I. ①基… II. ①秦… III. ①性别差异—家庭问题—暴力—对比研究—中国、美国②民法—对比研究—中国、美国 IV. ①D669. 1②D771. 28③D923. 04④D931. 33

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 267385 号

基于性别的家庭暴力之民法规制

秦志远 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：2012 年 1 月第 1 版

印 次：2012 年 1 月第 1 次

印 张：9.875

开 本：880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数：266 千字

书 号：ISBN 978 - 7 - 5014 - 4970 - 5

定 价：32.00 元

网 址：www.qzCBS.com

电子邮箱：qzCBS@163.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

《家事法研究学术文库》顾问

（以姓氏笔画为序）

巫昌桢（中国政法大学教授）

杨大文（中国人民大学教授）

杨与龄（台湾“国立”政治大学教授）

张贤钰（华东政法大学教授）

陈明侠（中国社会科学院法学所研究员）

林秀雄（台湾“国立”政治大学教授）



丛书主编简介

陈苇 女，四川资中县人，1987年于西南政法学院民法专业硕士研究生毕业，获法学硕士学位，留该校任教至今。主要研究方向为婚姻家庭继承法、妇女儿童老人权益保护。2003年12月至2004年12月，其受国家留学基金资助公派出国留学，作为访问学者到澳大利亚悉尼大学法学院进修外国家庭法一年，现任西南政法大学民商法学院教授、博士生导师、外国家庭法及妇女理论研究中心主任、婚姻家庭继承法及妇女理论教研室主任，兼任家庭法国际协会执行委员会委员、中国婚姻家庭法学研究会副会长，重庆市人民代表大会内务司法委员会咨询专家、重庆市妇联法律顾问，重庆市渝北区人民代表大会代表，重庆市沙坪坝区人民法院“未成年人司法制度研究基地”专家咨询委员会委员。

代表性成果包括：独著、主编、主持翻译的《中国婚姻家庭法立法研究》（第一版、第二版）、《外国婚姻家庭法比较研究》、《中国大陆与港、澳、台婚姻家庭法比较研究》、《中国大陆与港、澳、台继承法比较研究》、《当代中国民众继承习惯调查实证研究》、《外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究》、《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》、《加拿大家庭法汇编》、《澳大利亚家庭法（2008年修正）》、《美国家庭法精要》（第五版）、《澳大利亚法律的传统与发展》（第三版）等著作、译作二十余部；在《中国社会科学文摘》、《中国法学》以及International Journal of Law, Policy and the Family, The International Survey of Family Law, US-China Law Review, 21st Century Law Review等中外学术刊物发表中英文学术论文六十余篇；此外，主编出版《家事法研究》学术论文集六卷（2005年卷~2010年卷）和“家事法研究学术文库”系列著作；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）。

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、中国法学会婚姻法学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,传授婚姻法学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学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

基于性别的家庭暴力之民法规制

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，在母校各级领导和教师们的辛勤培养下，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会理事；于1999年7月起担任中国法学会婚姻家庭法学会常务理事；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6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,其结项专著被鉴定为“优秀”,并且入选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》(2011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1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6年,先后出版了2005年卷至2010年卷共计6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》将在法学理论研究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2~3本。本学术文库丛书的出版目的,旨在通过婚姻家庭继承法

基于性别的家庭暴力之民法规制

学研究领域前沿水平学术著作的出版，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。

最后，我对重庆市市场交易法律制度研究基地给予的部分资助表示感谢；对群众出版社的编辑同志们对本文库丛书辛勤的编辑工作，也表示衷心的感谢！

陈 苇

2011 年 8 月 18 日

和谐的婚姻更需要性别平等 （代自序）

《论语》讲“礼之用，和为贵”。大至国家之强盛，社会之祥和，小至个人生活之幸福，事业之兴旺，身体之健康，均有赖于和谐。对于一桩婚姻来说，怎样达致和谐？英国思想家约翰·穆勒在1869年出版的《妇女的屈从地位》一书中的论断或许有所提示。他把婚姻视为一所“真实道德情感的学校”，认为婚姻关系是立足于友谊（friendship）之上，是“一对琴瑟和鸣，且有独立自主性的成年人彼此相互了解体谅的关系”，由男女双方自愿选择进入，以爱之名，基于灵魂构筑共同生活。他相信，只有这样的婚姻才能带来人性的至善，提升人类的道德，建设一个和谐的社会。当然，于现实而言，穆勒的论断有些许理想化的色彩。不过，从他的论断中，我们不难得出这样的结论，一份“和谐的婚姻”需要建构在友情、平等、自愿以及相互体谅的基础之上。实际上，在达致“和谐”的诸因素中，穆勒更强调“平等”的作用，他甚至认为“性别的平等是与组成家庭的自由相一致的”，只有男女双方在人格上是平等的，在两性关系和家庭生活中拥有的权利和义务是平等的，在社会生活中的机遇、竞争和选择面前是平等的，最后在法律面前是平等的，他们才能彼此相互了解与体谅，夫妻之间的伦理关系才能达到最适的秩序。

穆勒得出“婚姻和谐更需要性别平等”这样的论断，与他対女性生活历史背景的观察是分不开的。通过对婚姻历史的检索研

基于性别的家庭暴力之民法规制

究，他发现从古至今女性在婚姻中总是处在一种被动的、不平等的地位，按照布莱克斯通的说法，“婚姻意味着丈夫与妻子在法律上为一主体，而丈夫代表这一主体的意志”。恰是由于妻子被视为丈夫的合法财产，他们之间的关系就非常像贵族与家奴的关系，只是妻子比家奴更加无限地顺从。作为妻子，无论她愿意与否，她既不能抵抗，也不能逃避丈夫。这种高度僵化的、被社会规定了的婚姻模式在相当长时间内的重复出现，使得妻子低人一等的性别模式凝固下来，并被制造为一种本质的婚姻外观，一种看起来自然的存在。他认为，不平等是人类思想道德进步的阻碍，为此，必须将女性从婚姻关系的暴虐中解放出来，“事实上，问题不在于婚姻的意义，而是女人的地位如何定位”。换言之，一旦女人无须依赖男人而生活，可以自主独立，婚姻之间的从属问题将会获得解决。那时，对于女性来说，“婚姻，应该是一种选择，而不是生活的必需品”。

作为 19 世纪的思想大师，穆勒有关性别平等的思想得到 20 世纪的女性主义学说的继承和发展。女性主义更进一步认为男权制度是导致女性客体化，男女两性在社会地位、家务分工等各方面产生差异的根本原因。在男权制度的诸种表现中，暴力是最为特别的。原因不仅在于暴力是统治力量的象征，是征服力量的再现，更在于暴力是人类用来获取权力，支配、控制他人的最为简便、经济与直接的手段。通过暴力，施暴者仅耗费体力便可以让受暴者陷入对自己的恐惧之中，从而维持其对受暴者的优越感，使受暴者置于被支配的附属地位。同时，女性主义研究者发现，与在公共领域中随意使用暴力会招致国家的强力干预不同，在夫妻这类亲密关系中，暴力不仅被保留下来，而且往往也不会招致报复与威胁。这一方面是因为亲情关系，以及体能、经济等方面的悬殊，能够在很大程度上宽容暴力的发生；另一方面，最根本的原因还是女性是客体，“男人是天、女人是地”，丈夫对妻子的暴力纯粹是一个主体与客体的关系，不属法律调整的范围，全依家庭自治。久而久之，与法律隔

离的家庭成为男性塑造和实践“强者气质”的最佳场合，即便是那些最不具备“男子汉气概”的丈夫也将“在家里说话算数”、“不听话就收拾她”作为自己取得男性世界认可的重要标志之一。最终，在大多数国家，超过 1/4 的女性 15 岁以后都遭受过至少一次身体或性侵害；在某些文化和社会背景下，这一数字甚至高达 60% ~ 70%。

也许，正是由于对女性在婚姻生活中所遭受的暴虐的了解，穆勒才强烈地指出法律改革的必要性。他说：“夫妻在法律面前平等并不是使这种特定关系能够做到对双方公正、有助于双方幸福的唯一方式，但它是使人类的日常生活任何高级意义上成为道德修养的一所学校的唯一手段……命令与服从只不过是人类生活中不幸的需要，平等的社会才是它的正常状态。”现代社会，家庭已不再是任何人能够为所欲为的自留地，夫妻虽然身份不同，但已拥有平等的法律主体地位，不再有主客体之分，因此，一旦丈夫施暴，妻子的人权受到侵犯，就不再是家庭自治的事务，而成为法律必须介入和制止的理由。正是在这一背景下，2001 年，我国开始通过修订《婚姻法》等举措对遭受暴力侵害的女性施以特别保护，从而涤荡了“法不入家门”的沉疴。

十年之后，不仅《婚姻法》、《妇女权益保障法》等法律明确禁止家庭暴力，全国也有 27 个省、直辖市或自治区相继制定了有关家庭暴力的地方性法律、法规或政策。不过，一项覆盖中国大部分省份的抽样研究却得出令人遗憾的结果，接受调查的妇女当中，仍有 30% 的人遭受着来自伴侣的身体暴力。同时，来自中国法学会反家庭暴力网络的研究数据显示，在受暴妇女中，占 84.1% 的人选择向伴侣的朋友和家人（18.5%）或者她们自己的家人（18.2%）等非正式渠道寻求帮助，占 15.9% 的人则选择不向任何人寻求帮助。不仅如此，暴力的形式还有从显性的身体暴力向隐性的精神暴力、经济控制扩展的趋势。

施暴者缘何对暴力如此热衷，受暴者为何更愿意求助于私力救

基于性别的家庭暴力之民法规制

济？其中自然有施暴者性情乖戾等原因，但更深层次的还是源于传统价值中的男性视女性为客体的观念没有革除殆尽，一旦男性的权威受到女性主体性的挑战，从满足权力控制的需要出发，男性自然会诉诸暴力。一项研究的结果也印证了这一点。这项研究发现，在我国某些城市的被调查夫妻中，在家庭收入中当妻子的收入跨过50%这个阈值之后，妻子的收入占家庭收入的比例越大，她们也越容易成为家庭暴力的受害者。面对这样的现实，法律应当作何选择？也许，我国最高人民法院在部分省市试点推行并取得良好效果的2008年《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》可以给我们一些启示。

实现婚姻的长久和谐，我们还在路上。

目 录

前 言	陈 苇 (1)
和谐的婚姻更需要性别平等 (代自序)	秦志远 (1)
· 引 言	(1)
一、研究目的和范围	(1)
二、国内外研究现状	(4)
三、研究思路和研究方法	(10)
四、需要说明的问题	(11)
第一章 家庭暴力的基本解释	(13)
第一节 对暴力的一般理解	(13)
第二节 暴力范畴的拓展	(14)
第三节 家庭暴力内涵的中美法比较	(17)
一、中国关于家庭暴力内涵的法律规定	(17)
二、美国关于家庭暴力内涵的法律规定	(18)
三、分析与思考	(23)
第二章 反家庭暴力的人权基础	(32)
第一节 从一般人权到妇女人权	(32)
一、人权的界定	(32)
二、一般人权	(36)
三、妇女人权的提出	(38)

基于性别的家庭暴力之民法规制

第二节 作为妇女人权问题的家庭暴力	(41)
一、公共领域与私人领域划分：传统法律漠视 家庭暴力的源头	(41)
二、联合国确认家庭暴力首先是侵犯妇女人权的行为	(48)
第三章 基于性别的家庭暴力及其解构	(52)
第一节 性别：人权研究的一个有效分析范畴	(53)
一、性别角色与社会性别	(53)
二、社会性别在法学研究中的作用	(57)
第二节 婚姻关系中的性别权力	(60)
一、婚姻的契约属性	(60)
二、婚姻契约中的权力关系	(63)
三、婚姻权力的社会性别分析	(73)
第三节 权力与基于性别的家庭暴力	(75)
一、暴力与权力	(75)
二、基于性别的家庭暴力的建构效用 ——对“我”与“他者”的塑造	(77)
第四章 反家庭暴力法的价值取向和制度功能	(84)
第一节 反家庭暴力法的价值取向	(84)
一、正义的优先性	(84)
二、正义在反家庭暴力法中的贯彻	(90)
第二节 反家庭暴力法的制度功能	(101)
一、法律的社会控制功能	(101)
二、反家庭暴力法的两级功能	(106)
第五章 规制家庭暴力民法实体法的中美比较研究	(109)
第一节 家庭暴力作为侵权行为的理论基础	(109)
一、违法性：家庭暴力构成侵权行为的法理基础	(109)
二、家庭暴力侵权是否成立在我国引发的争论	(113)

三、从否定到承认：美国法关于家庭暴力侵权理论认识的发展	(118)
第二节 基于性别的家庭暴力侵权的特殊性	(127)
一、女性主义理论的界说及评析	(127)
二、笔者的进一步见解	(137)
第三节 家庭暴力侵权的构成要件	(142)
一、中国法上家庭暴力侵权的构成要件	(142)
二、美国法上家庭暴力侵权的构成要件	(144)
三、分析与思考	(151)
第四节 家庭暴力侵权的损害赔偿	(157)
一、家庭暴力侵权损害赔偿在中国	(157)
二、家庭暴力侵权损害赔偿在美国	(161)
三、分析与思考	(165)
第六章 处置家庭暴力民法程序法的中美比较研究	(171)
第一节 中国处理家庭暴力案件的民事司法实践	
——以因家庭暴力导致离婚案件为考察对象	(171)
一、因家庭暴力导致离婚案件的主要特征	(172)
二、因家庭暴力导致离婚案件的审理程序	(174)
三、受害者在诉讼中面对的制度困境和现实困难	(181)
第二节 美国处理家庭暴力案件的民事司法实践	
——以民事保护令为考察对象	(189)
一、民事保护令制度概述	(189)
二、民事保护令的主要救济措施	(197)
三、民事保护令的签发程序	(207)
四、民事保护令的有效期、变更或撤销	(215)
五、违反民事保护令的法律责任	(220)
六、小结	(223)
第三节 分析与思考	(233)
一、关于诉讼管辖	(233)

三 基于性别的家庭暴力之民法规制

二、关于诉讼证明	(236)
第七章 完善中国反家庭暴力民事法制之建议	(239)
第一节 中国反家庭暴力民事立法的理念和模式	(239)
一、反家庭暴力民事立法的理念	(239)
二、反家庭暴力民事立法的模式	(242)
第二节 关于我国反家庭暴力民事法制的若干建议	(244)
一、消除“性别暴力”的根本途径	(244)
二、民事救济的实体法选择	(252)
三、民事救济的程序法选择	(259)
参考文献	(267)
后 记	(290)
 附 录	
西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心简介 (中英文对照)	(292)