

docsriver.com  
商家本本书店

家事法评注丛书

总顾问 巫昌祯

总主编 夏吟兰 龙翼飞

执行总主编 蒋月

# 中华人民共和国婚姻法评注 救助措施与法律责任

李明舜 林建军 主编



 厦门大学出版社 国家一级出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位



家事法评注丛书

# 中华人民共和国婚姻法评注

## 救助措施与法律责任

主 编：李明舜 林建军

撰稿人及其分工：

李明舜、党日红（第一章）

王葆蔚（第二章、第四章）

黄 晶（第三章）

祁建建（第五章）

周应江（第六章）

但淑华（第七章）

刘春玲（第八章）

林建军（第九章）



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位

## 图书在版编目(CIP)数据

中华人民共和国婚姻法评注·救助措施与法律责任/李明舜,林建军主编. — 厦门:厦门大学出版社,2016.9

(家事法评注丛书)

ISBN 978-7-5615-6244-4

I. ①中… II. ①李… ②林… III. ①婚姻法—法律解释—中国 IV. ①D923.905

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 234724 号

---

出版人 蒋东明

责任编辑 李 宁

装帧设计 李夏凌

责任印制 许克华

---

出版发行 **厦门大学出版社**

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 [xmupress@126.com](mailto:xmupress@126.com)

印 刷 厦门集大印刷厂

---

开本 787mm×1092mm 1/16

印张 11.25

插页 2

字数 275 千字

版次 2016 年 9 月第 1 版

印次 2016 年 9 月第 1 次印刷

定价 68.00 元

---

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社  
微信二维码



厦门大学出版社  
微博二维码

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 商家 本本书店  
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为  
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

[www.docsriver.com](http://www.docsriver.com) 定制及广告服务 小飞鱼  
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接  
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



## 总序

“家事法评注丛书”是一套以《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国继承法》为主干,精准、全面、深入解析现行婚姻家庭法律的系列著作。

为拓展婚姻家庭法研究的广度,加深其深度,方便法律人更好地理解、适用婚姻家庭和继承法律,中国婚姻家庭法学研究会和厦门大学出版社共同策划、组织出版“家事法评注丛书”。该丛书借鉴《德国法典评注》的体例,按照现行《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国收养法》《中华人民共和国继承法》等法案的结构,逐章、逐条地予以评注。本评注详细讲解、透彻分析法律中的每一个法条,释明法条的由来、意义和内涵,以及法条与相关法条之间、法条与最高人民法院相关司法解释之间的关系,引述重要或者关键性的法院判例、学术观点等。

“家事法评注丛书”的出版在中国大陆尚属首次,意义重大。中国婚姻家庭法学研究会依托其雄厚的学术资源,邀请教学经验丰富和科研能力强的资深教授担任主编,并约请本领域的专家学者共同撰稿,作者阵容强大,著述权威。中国婚姻家庭法学研究会会长、中国政法大学民商经济法学院夏吟兰教授、中国婚姻家庭法学研究会常务副会长、中国人民大学法学院龙翼飞教授担任总主编,中国婚姻家庭法学研究会副会长、厦门大学法学院蒋月教授担任执行总主编。我们期望本丛书作为高端法学学术精品,以高质量、高品位服务于法学教育、法学研究和法律实践,成为读者查找、理解和适用家事法律的专业工具书,并在民法法典化的进程中为相关法律制度的修改完善提供重要参考。

编撰和出版本评注丛书历时五年余。2011年11月,中国法学会婚姻家庭法学研究会年会暨中国婚姻家庭法学研究会第一次会员代表大会在厦门大学举行。在此期间,中国婚姻家庭法学研究会与厦门大学出版社经深入磋商,双方达成合作协议。中国婚姻家庭法学研究会组织本学会知名专家学者精心撰写本丛书,由厦门大学出版社精心组织出版。

“家事法评注丛书”共计11卷,各卷分别如下:《中华人民共和国婚姻法评注·总则》《中华人民共和国婚姻法评注·结婚》《中华人民共和国婚姻法评注·夫妻关系》《中华人民共和国婚姻法评注·家庭关系》《中华人民共和国婚姻法评注·离婚》《中华人民共和国婚姻法评注·救助措施与法律责任》《中华人民共和国收养法评注》《中华人民共和国继承法评注·总则》《中华人民共和国



国继承法评注·法定继承》《中华人民共和国继承法评注·遗嘱继承和遗赠》  
《中华人民共和国继承法评注·遗产的处理》。

中国婚姻家庭法学研究会名誉会长、中国人民大学法学教授杨大文先生是“家事法评注丛书”的学术顾问之一，非常关心本丛书的出版，但在丛书付梓出版之际，杨教授已仙逝。我们仅以本丛书向我们尊敬和爱戴的名誉会长杨大文教授表示崇高的敬意和深切的缅怀！

推动婚姻家庭法和继承法的教学、科研和法律服务之进步，推进婚姻家庭法治事业之发展，是我们的责任与使命，是我们的光荣与梦想。期待本评注丛书在我国依法治国及家庭建设的进程中发挥积极的作用。

“家事法评注丛书”编委会

2016年6月

## 第一编 导 论

第一章 救助措施	3
第一节 救助措施的概念	3
第二节 规定救助措施的立法背景	5
第三节 救助措施的法律渊源	8
第四节 救助措施体系的基本原则	10
第五节 救助措施的基本内容	15
第六节 救助措施的实施	27
第二章 法律责任	29
第一节 法律责任的概念	29
第二节 立法背景	32
第三节 法律渊源	33
第四节 基本原则	34
第五节 基本内容	36
第六节 法律实施	38

## 第二编 法条评注

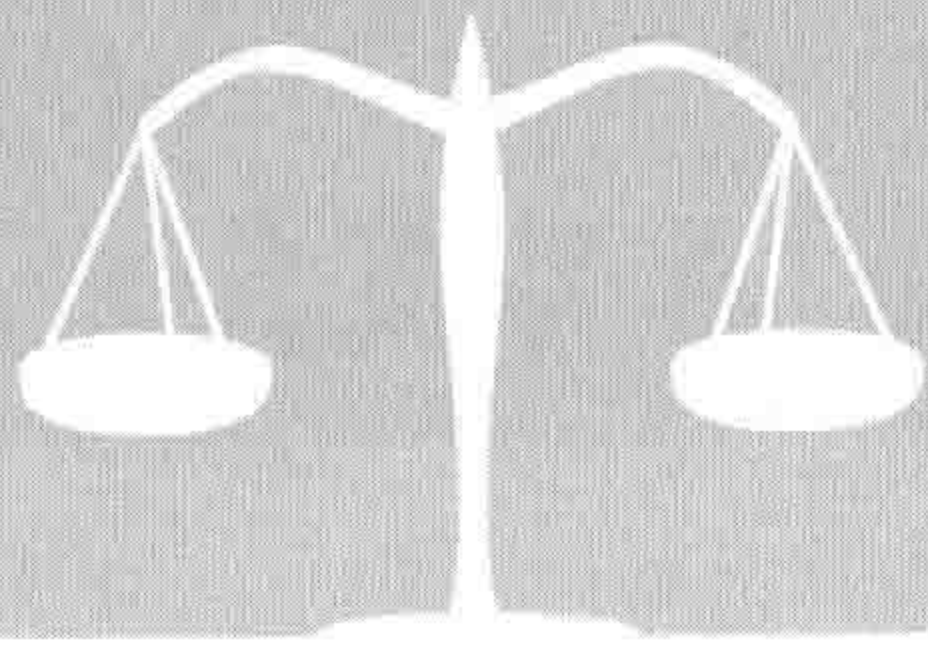
第三章 评注第四十三条(家庭暴力与虐待)	47
第一节 立法目的	47
第二节 本条的地位、价值与意义	48
第三节 本条的演变	51
第四节 本条的发展变化	52
第五节 本条规范的构成要件	58
第六节 重要学术观点与争议	59
第七节 相关联的法条	61
第八节 国外及其他地区的立法现状	67
第九节 立法发展趋势	70



<b>第四章 评注第四十四条(遗弃)</b> .....	72
第一节 立法目的 .....	72
第二节 本条的地位、价值与意义 .....	72
第三节 本条的演变 .....	72
第四节 本条规范的构成要件 .....	73
第五节 遗弃的法律后果 .....	76
第六节 重要学术观点与争议 .....	81
第七节 相关联的法条 .....	82
第八节 国外及其他地区的立法现状 .....	84
<b>第五章 评注第四十五条(家庭暴力、虐待、遗弃犯罪)</b> .....	89
第一节 立法目的 .....	89
第二节 本条的演变 .....	90
第三节 本条规范的构成要件 .....	91
第四节 重要学术观点与争议 .....	94
第五节 相关联的法条 .....	101
第六节 国外立法现状 .....	105
第七节 立法发展趋势 .....	110
<b>第六章 评注第四十六条(离婚损害赔偿)</b> .....	114
第一节 立法目的 .....	114
第二节 本条的地位、价值与意义 .....	115
第三节 本条的演变 .....	116
第四节 本条规范的构成要件 .....	117
第五节 重要学术观点与争议 .....	120
第六节 相关联的法条 .....	125
第七节 国外及其他地区的立法现状 .....	126
第八节 立法发展趋势 .....	129
<b>第七章 评注第四十七条(隐藏、转移共同财产等)</b> .....	135
第一节 立法目的 .....	135
第二节 本条的地位、价值与意义 .....	135
第三节 本条的演变 .....	137
第四节 本条规范的构成要件 .....	138
第五节 重要学术观点与争议 .....	141
第六节 相关联的法条 .....	143
第七节 国外及其他地区的立法现状 .....	147
第八节 立法发展趋势 .....	150



第八章 评注第四十八条(强制执行).....	153
第一节 立法目的.....	153
第二节 本条的地位、价值与意义 .....	153
第三节 本条的演变.....	154
第四节 本条规范的构成要件.....	154
第五节 重要学术观点与争议.....	158
第六节 相关联的法条.....	160
第七节 国外及其他地区的立法现状.....	161
第八节 立法发展趋势.....	163
第九章 评注第四十九条(其他法律的准用规定).....	165
第一节 立法目的.....	165
第二节 本条的地位、价值与意义 .....	166
第三节 本条规范的构成要件.....	166
第四节 相关联的法条.....	167
参考文献.....	170



第一编



导论





### 第一节 救助措施的概念

#### 一、救助措施的概念

概念是反映事物的本质属性的思维形式,是人类在认识过程中,从感性认识上升到理性认识,把所感知的事物的共同本质特点抽象出来,加以概括,是本我认知意识的一种表达。概念作为人类所认知的思维体系中最基本的构筑单位,可以是大众公认的,也可以是个人认知特有的一部分。关于救助措施的概念亦是如此。在百度百科中,救助措施被定义为:有救助义务的机关依据遭受家庭成员非法侵害的受害人的请求或者在加害人的行为构成犯罪时而为受害人提供求援和帮助的各种措施的总称。这一定义与巫昌祯教授主编的《婚姻与继承法学》所作的界定完全相同。<sup>①</sup> 杨大文教授主编的《婚姻家庭法学》则认为,救助措施是指权利主体实现自身权益过程中遇到障碍或受到非法侵害时,法律允许权利人或有关机关依法采取的旨在保护或恢复权利实现的各种手段和方法。<sup>②</sup> 这两个定义的不同之处在于,前者将救助的主体确定为“有救助义务的机关”,把救助措施限定在公力救济,是对救助措施的狭义理解;而后者将救助的主体确定为“权利人或有关机关”,即救助措施包括私力救济和公力救济,是对救助措施的广义理解。

救助措施在本质上是对权利的救济。当今世界两大法系即英美法系和大陆法系中,对于先有权利还是先有救济,在认知上有所不同。英美法系一直奉行的原则是救济先于权利,即无救济则无权利,因此,英美法救济的前提并非权利,而是损害,即需要加以改善的状态。随着法律的发展,英美法逐渐确定了实体权利的范围,但是在特定情况下,仍然采用救济先于权利的原则,允许在没有既存权利的情况下,当事者依据现行的社会标准要求救济,通常,法院认为在没有实体权利,并且不对该种状态加以救济会造成某种不公平时,一般会运用自由裁量权提供救济。大陆法系奉行权利先于救济,实体权利由法典立法设定,没有实体权利的存在,法院不能对需要加以改善的情况加以补救。程序法仅为实体法之助法,法官受成文法规范拘束,实体权先于诉权,原有权利先于救济权利。<sup>③</sup>

从我国婚姻家庭法律规定救助措施来看,救济的获得以侵害的事实,且须以实体权利的

<sup>①</sup> 巫昌祯:《婚姻与继承法学》,中国政法大学出版社2007年第4版,第326页。

<sup>②</sup> 杨大文:《婚姻家庭法学》,复旦大学出版社2004年版,第302页。

<sup>③</sup> [http://baike.baidu.com/link?url=adhzymndc6qgi\\_jkx7yzvzqjj7aasz-65srmdnifllxvv\\_mvpmkjbn-btwuqxm6-yfvemmyknkuo\\_fb0rah1l1\\_](http://baike.baidu.com/link?url=adhzymndc6qgi_jkx7yzvzqjj7aasz-65srmdnifllxvv_mvpmkjbn-btwuqxm6-yfvemmyknkuo_fb0rah1l1_), 下载日期:2016年1月24日。



存在为前提。例如,2015年12月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过的《中华人民共和国反家庭暴力法》第1条明确规定:“为了预防和制止家庭暴力,保护家庭成员的合法权益,维护平等、和睦、文明的家庭关系,促进家庭和谐、社会稳定,制定本法。”也就是说,预防和制止家庭暴力的各项措施,包括各项救助措施在内,其直接目的就是保护家庭成员的合法权益。

基于上述认识,我国婚姻家庭法律中规定的救助措施,就是家庭成员以及家庭成员以外共同生活的人作为权利主体在实现自身权益过程中遇到障碍或受到非法侵害时,法律允许权利人或有关机关依法采取的旨在保护或恢复权利实现的各种手段和方法。

## 二、理解婚姻家庭领域的救助措施要注意的问题

(一)不能把婚姻家庭法律中的救助措施与《社会救助暂行办法》规定的救助制度相混淆

国务院于2014年2月21日公布的《社会救助暂行办法》,规定了最低生活保障、特困人员供养、受灾人员救助、医疗救助、住房救助、教育救助、就业救助和临时救助等八项社会救助制度。这些救助制度与婚姻法规定的救助措施在性质、设立目的、内容上迥然不同。从性质上来看,《社会救助暂行办法》规定的救助制度属于社会保障的性质,而婚姻家庭法律中规定的救助措施则是权利主体实现自身权益过程中遇到障碍或受到非法侵害时,法律允许权利人或有关机关依法采取的旨在保护或恢复权利实现的各种手段和方法,是一种程序性的救助手段;从设立的目的来看,《社会救助暂行办法》规定的救助制度的目的是保障公民的基本生活,促进社会公平,维护社会和谐稳定,而婚姻家庭法律中规定救助措施的目的则是保护或恢复权利实现;从救助的内容来看,《社会救助暂行办法》规定的救助制度主要是最低生活保障、特困人员供养、受灾人员救助、医疗救助、住房救助、教育救助、就业救助和临时救助等内容,而婚姻家庭法律规定的救助措施的内容主要是劝阻、调解、制止、强制报案、临时庇护、告诫、诉讼等。

(二)不能把婚姻家庭法律中的救助措施与法律责任相混淆

2001年修改的《婚姻法》在第五章中将救助措施与法律责任并列,这本身说明救助措施与法律责任既相关又不同。责任是个人与他人及社会联系的方式,是维持权利和社会存在的手段。只要有社会的存在,就必然有责任的存在,如道义责任、政治责任、法律责任、纪律责任等。日常生活中,人们常常把责任和义务相混淆,如把承担赡养义务叫作承担赡养责任,但实际上二者在法律上是不能等同的,义务往往是承担责任的原因,而责任往往是承担义务的后果,所以,法律责任也可以称为法律后果。用法律术语来说,法律责任是指由于实施的行为违反法律规定而引起的必须承担具有强制性的法律上的不利后果。可见法律责任是与违法行为相联系的,法律责任是对违法行为人的一种处置。在我国,不同性质的违法行为应承担不同性质的法律责任。法律责任按其性质不同分为民事法律责任、行政法律责任、刑事法律责任。救助措施与法律责任的关联在于,救助措施的实施,往往会给当事人带来法律责任,特别是通过诉讼进行救济,一般都会通过让一方当事人承担一定的法律责任来实现另一方当事人权利的保护或恢复,例如家庭暴力受害人通过报警,公安机关出警后如果认为



施暴者构成了违反治安管理行为,则通过给予施暴者治安处罚,让其承担行政法律责任。但这并不意味着救助措施和法律责任是一回事。从本质上讲,法律规定救助措施,就是赋予当事人一种救济权,使其在权利实现过程中遇到障碍或受到侵害时可以通过行使救济权而使原有的权利得到恢复,是一种程序、手段和方法。而法律责任则是一种用法律标准对行为给予否定性评价,是因违反法律、违约或者法律规定的事由所引起的合乎逻辑的不利法律后果,是法律强制性地分配给某些社会成员的一种负担。

### (三) 不能把《婚姻法》规定的救助措施与婚姻家庭法律规定的救助措施体系相混淆

众所周知,婚姻法有形式意义上的婚姻法和实质意义上的婚姻法。前者指的是集中规范婚姻家庭关系的某一部法律,就我国而言,指的是《中华人民共和国婚姻法》。后者包括有关婚姻家庭关系的所有法律规范,除婚姻法以外,包括反家庭暴力法、继承法、收养法、妇女权益保障法、老年人权益保障法、残疾人保障法、未成年人保护法、预防未成年人犯罪法、母婴保健法、治安管理处罚法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法等对有关婚姻家庭问题作出的规定,由此构成我国婚姻家庭法律制度体系。虽然我国2001年修改的《婚姻法》主要规定了劝阻、调解、制止、诉讼等几类救助措施,但我们对婚姻家庭领域的救助措施的认识不能仅限于此。我国婚姻家庭法律规定的救助措施是一个有机的体系,它不仅包括婚姻法规定的救助措施,而且包括其他法律法规规定的有关婚姻家庭的救助措施。这些措施中有的是民事的,有的是非民事的;有的是普遍适用于公民权利救济的,有的则是专门适用于婚姻家庭的;有的规定在实体法中,有的则规定在程序法中。从救助措施的体系来看,主要包括私力救济、公力救济以及公私兼具的救济形式。

## 第二节 规定救助措施的立法背景

2001年修改的《婚姻法》的一大亮点,就是增设“救助措施与法律责任”一章,这是新中国婚姻家庭立法史上的一个重大突破,具有十分重要的意义。时任全国人大常委会法制工作委员会副主任的胡康生和时任全国人大法律委员会副主任委员顾昂然分别在2000年10月23日第九届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议和2001年4月24日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上作了说明和报告。其核心内容是:“随着经济、社会的发展,人们的思想观念也发生变化,在婚姻家庭关系方面出现了一些新问题。为进一步完善我国的社会主义婚姻家庭制度,有必要总结婚姻法的实施经验,针对存在的问题,对婚姻法作出修改补充”<sup>①</sup>;“全国人大常委会法制工作委员会根据九届全国人大常委会的立法规划,在部分全国人大代表提出修改婚姻法议案和全国妇联等有关部门以及法律专家研究提出婚姻法修改建议的基础上,听取了妇联、人民法院、民政、卫生等部门和一些法律专家、人民群众对修改婚姻法的意见,在北京、上海、广东、新疆等地了解情况,并研究有关婚

<sup>①</sup> 胡康生:《关于〈中华人民共和国婚姻法修正案(草案)〉的说明》, [http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlys/2014-10/24/content\\_1882720.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlys/2014-10/24/content_1882720.htm), 下载日期:2016年1月24日。



姻家庭的国内外规定,于2000年8月提出了婚姻法修正案(征求意见稿),经征求中央有关部门和部分地方、法律专家的意见,进一步研究修改后,现提出婚姻法修正案(草案)。草案在现行婚姻法的基础上,从我国实际出发,坚持社会主义婚姻家庭的基本制度和基本原则,注重可操作性,将行之有效的有关行政法规和司法解释的规定,尽量吸收进来,针对存在的问题,尽可能作出补充规定,以更好地维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系,保护妇女、儿童和老人的合法权益,促进社会主义精神文明和物质文明建设”<sup>①</sup>;“关于法律责任现行婚姻法规定:违反本法者,得分别情况,依法予以行政处分或法律制裁。为了明确违反本法者的法律责任,便于受害者行使权利,更好地保护其权益,草案专设法律责任一章,对违法行为分别情况规定应当承担民事责任、刑事责任等”<sup>②</sup>;“关于第五章的章名问题。修正案草案第五章的章名是‘法律责任’。有的常委委员和专家提出,本章规定的内容,除法律责任的规定外,还有一些是对被害人予以救助的规定,对本章的章名应当作出修改。因此,法律委员会建议将第五章的章名修改为:‘救助措施与法律责任’”<sup>③</sup>。

## 一、规定救助措施是增强婚姻法权威性和可操作性的需要

毋庸讳言,在新中国的婚姻家庭立法史上,无论是1950年的《婚姻法》还是1980年的《婚姻法》,都没有有关救助措施的规定,有关法律责任的规定也寥寥无几。在1950年的《婚姻法》中,只有第26条规定了“违反本法者,依法制裁。凡因干涉婚姻自由而引起被干涉者死亡或伤害者,干涉者一律应负刑事责任”。1980年《婚姻法》也只是在第五章第34条简单规定“违反本法者,得分别情况,依法予以行政处分或法律制裁”。这样的规定不仅笼统,没有突出婚姻法的特点,而且在法律用语上也很不规范,因此使得婚姻法的实施力度大打折扣,实际上造成了婚姻法没有罚则、没有救助的局面。针对这一现状,2001年修改的《婚姻法》单设了独立的一章:救助措施与法律责任,不仅规定了家庭暴力、虐待、遗弃、重婚、有配偶者与他人同居的民事责任,增设了离婚损害赔偿制度,而且重申了要依法追究侵犯婚姻家庭权益行为的行政、刑事法律责任,强调有关单位特别是司法机关在制止侵害婚姻家庭权益违法行为方面应负的责任。这些规定的设立,不仅切实地保障了公民的婚姻家庭权益,增强婚姻法的权威性和可操作性,而且完善了我国的婚姻家庭立法。这是完善我国社会主义法制建设的一个重要步骤。

## 二、规定救助措施是婚姻家庭立法贯彻依法治国基本方略的需要

婚姻法增设“救助措施与法律责任”是贯彻依法治国基本方略的需要。我们党高度重视法治建设。长期以来,特别是党的十一届三中全会,共产党深刻总结我国社会主义法治建设的成功经验和深刻教训,提出为保障人民民主,必须加强法治,必须使民主制度化、法律化,

<sup>①</sup> 胡康生:《关于〈中华人民共和国婚姻法修正案(草案)〉的说明》,http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlys/2014-10/24/content\_1882720.htm,下载日期:2016年1月24日。

<sup>②</sup> 胡康生:《关于〈中华人民共和国婚姻法修正案(草案)〉的说明》,http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlys/2014-10/24/content\_1882720.htm,下载日期:2016年1月24日。

<sup>③</sup> 顾昂然:《全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国婚姻法修正案(草案)〉审议结果的报告》,http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2001-06/01/content\_5136919.htm,下载日期:2016年1月25日。

把依法治国确定为党领导人民治理国家的基本方略。作为中国特色社会主义法治体系不可缺少的组成部分,婚姻家庭立法必须贯彻和实践依法治国的思想,体现依法治家的精神。1950年《婚姻法》和1980年《婚姻法》之所以都没有对救助措施作具体的规定,没有把救助措施和法律责任作专章的规定,不仅是立法技术的问题,更多的是当时没有依法治国的指导思想。当然,依法治国基本方略的确立,并不意味着婚姻家庭领域不需要道德的调整。婚姻家庭是一个复杂的系统,它需要法律、道德、习惯、宗教等各种力量共同维系。法律只是众多行为规范中的一种,而且是最低标准的道德,只有非用国家强制力保障实施不可时才能动用法律,否则,法律的滥用就会出现适得其反的效果。如果非要把本该由道德调整的东西纳入法律规则中,则不仅不会提高道德的权威性,反而可能导致有法不依的结果,最终损害法律本身的尊严。婚姻家庭问题需要由法律来调整,但法律不可能解决婚姻家庭中的所有问题,有些问题也不可能因新婚姻法的出台而消亡,所以认为法律万能,希望借助法律来解决所有问题的人不可避免地会失望。回顾2001年婚姻法的修改,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》强调坚持依法治国和以德治国相结合是十分必要的,我们“必须坚持一手抓法治、一手抓德治,大力弘扬社会主义核心价值观,弘扬中华传统美德,培育社会公德、职业道德、家庭美德、个人品德,既重视发挥法律的规范作用,又重视发挥道德的教化作用,以法治体现道德理念、强化法律对道德建设的促进作用,以道德滋养法治精神、强化道德对法治文化的支撑作用,实现法律和道德相辅相成、法治和德治相得益彰”<sup>①</sup>。

### 三、规定救助措施且与法律责任并列是体现婚姻法自身特色的需要

婚姻法作为规范婚姻家庭关系的发生、变更和终止,以及由此所产生的特定亲属之间权利义务关系的法律,是调整婚姻家庭关系的基本准则。从婚姻法的目的来看,婚姻法的立法目的是保障公民在婚姻家庭中的各项权益,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系;从婚姻法调整的范围来看,既包括婚姻关系,又包括家庭关系;既有婚姻家庭关系的发生、变更和终止,又有婚姻家庭关系主体间的权利义务;从婚姻法的特点来看,在内容上有浓厚的伦理性和强烈的民族性、传统性;在调整方式上采用了较多的强行性规范。婚姻法的上述特点决定了没有法律责任不行,没有独具特色的法律责任也不行。对于家庭成员之间发生的问题,由于权利义务主体之间存在特殊(亲属)的、长期(不是一次性)的,有些甚至是不可变更(如自然血亲)的关系,因此对于发生在家庭成员之间的纠纷和侵权,甚至是犯罪,在处理时首先要考虑如何保护受害者的权益,如何为受害者提供切实的帮助,如何使受害者更有效地摆脱不利的处境,如何找到对受害者更有利的救济途径,而不是如何惩治侵害者。即使对侵害者进行惩治,其最终目的也是制止其侵害家庭成员的行为,避免受害者再次受害。基于这一出发点,新婚姻法把救助措施与法律责任同时规定并特别突出了民事责任是完全必要的,这不仅有助于法律责任的落实,而且有助于法律责任作用的发挥和最终目的的实现,同时也体现婚姻法的自身特点。

<sup>①</sup> [http://paper.people.com.cn/rmrb/html/2014-10/29/nw.D110000renmrb\\_20141029\\_2-01.htm](http://paper.people.com.cn/rmrb/html/2014-10/29/nw.D110000renmrb_20141029_2-01.htm), 下载日期:2016年1月25日。





### 第三节 救助措施的法律渊源

法的渊源是法的外在表现形式。在不同的历史时期或不同的历史类型,法的渊源有所不同。当代中国法律渊源是以宪法为核心的制定法形式,成文法形式主要有宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治法规、行政规章、特别行政区法、国际公约。<sup>①</sup>目前,我国有关救助措施的规范主要规定在:

#### 一、宪法

宪法是党和人民意志的集中体现,是通过科学民主程序形成的根本法。坚持依法治国首先要坚持依宪治国,坚持依法执政首先要坚持依宪执政。全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。一切违反宪法的行为都必须予以追究和纠正。<sup>②</sup>宪法作为根本大法,在我国法律体系中具有最高的法律地位和法律效力,是我国最高的法律渊源。宪法中规定的有关公民的权利和义务及其保障措施,是我国有关救助措施规定的立法依据。

#### 二、法律

法律是指由全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会制定、颁布的规范性法律文件,即狭义的法律,其法律效力仅次于宪法。我国有关救助措施的规定多数体现在婚姻法、反家庭暴力法、收养法、继承法、治安管理处罚法、妇女权益保障法、未成年人保护法、老年人权益保障法、残疾人权益保障法、民事诉讼法、刑事诉讼法相关的法律中。其中,2001年修改的《婚姻法》在其第五章规定了“救助措施与法律责任”,使其成为集中规定婚姻家庭领域救助措施的主体性法律。2015年12月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过的《中华人民共和国反家庭暴力法》,通过对家庭暴力的预防、处置、人身安全保护令、法律责任的专章规定,构建了包括强制报告制度、告诫制度、紧急庇护制度、撤销监护制度、人身安全保护制度等在内的预防和制止家庭暴力的制度体系,丰富了国家和社会干预家庭暴力的措施和手段。强制报告制度有助于解决家庭暴力的发现渠道,紧急庇护制度解决了受害人急需的临时安置,告诫制度使不够治安处罚的家庭暴力行为不再难以处置,撤销监护制度有利于破解监护人对被监护人施暴的难题,人身安全保护令则为家庭暴力受害人的人身安全提供了可靠的保障。

#### 三、行政法规和国务院所属部门制定的有关规章

行政法规是国务院根据宪法和法律以及依据全国人大的特别授权,就有关执行法律和履行行政管理职权的问题所制定的规范性文件的总称。国务院是我国的最高国家行政机

<sup>①</sup> 张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年第3版,第97页。

<sup>②</sup> 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

关,即国家最高权力机关的执行机关。国务院一方面负责法律的执行,另一方面根据宪法、法律和经全国人民代表大会授权制定与宪法和法律不相抵触的规范性文件。这些规范性文件大多以“条例”“决定”“规定”“办法”等形式表现出来,一般包括国务院制定的行政法规和国务院各个部委局办制定的行政规章。在我国婚姻家庭法中,有不少规范是国务院及其所属各部、委、局制定的。它们通常具有针对性和操作性强等特点,对贯彻执行宪法、法律中的有关规定发挥了重要作用。行政法规的法律地位和法律效力仅次于宪法和法律,但高于地方性法规和法规性文件。目前,我国有关规定救助措施的行政法规主要是2003年10月1日起施行的《婚姻登记条例》;国务院所属部门制定的有关规章主要是2016年2月1日起实施的《婚姻登记工作规范》等。

#### 四、地方性法规

地方权力机关和行政机关在宪法、法律规定的权限内,根据本行政区域内婚姻家庭的实际情况,制定、发布具有一般性规范效力的决议、命令、实施办法、自治条例和单行条例等规范性文件,也是救助措施的法律渊源之一。地方性法规的效力只及于本地区。目前,我国有关规定救助措施的地方性法规主要规定在各省、市、自治区有关预防和制止家庭暴力的规定,以及有关贯彻落实妇女权益保障法、未成年人保护法等法律的实施办法之中。

#### 五、最高人民法院所作的司法解释

最高人民法院作为国家最高审判机关,根据法律的基本精神,在总结审判实践经验的基础上作出的关于适用法律的司法解释也是救助措施的法律渊源之一。最高人民法院所作的司法解释,作为最高人民法院所作的对有关婚姻家庭领域的法律、法规(法令)的进一步补充规定,它的形式分为“解释”“规定”“批复”和“决定”四种。目前,有关婚姻家庭领域的司法解释主要有:2001年12月24日施行的《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)》;2004年4月1日起施行的《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(二)》;2011年7月4日最高人民法院审判委员会第1525次会议通过的《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(三)》;2015年3月2日印发的最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》等。

#### 六、我国缔结和参加的国际条约

根据《民法通则》第142条的有关规定,处理涉外婚姻家庭关系时可适用我国缔结或者参加的国际条约(在特定情况下还可以适用国际惯例),因此,经我国批准生效或参加的有关婚姻家庭的国际条约也是救助措施的法律渊源。《民事诉讼法(修正案)》第282条规定:“人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定,依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则进行审查后,认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的,裁定承认其效力,需要执行的,发出执行令,依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的,不予承认和执行。”

如上所述,救助措施的法律渊源是一个开放的复合结构。它是一个由不同主体、不同形



式的规范所组成的有机联系的整体。作为救助措施法律渊源的各种规范性文件,各处于不同的层次,具有不同的法律效力,在适用范围上亦各有不同。

## 第四节 救助措施体系的基本原则

救助措施体系是由多种救助措施按照一定的原则有机构成的。救助措施体系的基本原则作为救助措施体系的概括性准则,是该体系本质特征的集中体现和基本价值的高度概括,蕴涵该体系所欲实现的价值目标,体现救助措施体系有关制度的立法宗旨,并贯穿于该体系的始终,在救助措施体系中发挥着立法准则、审判准则和行为准则等功能。救助措施体系的基本原则承载着救助措施体系的基本价值,集中体现了统率救助措施体系的基本理念,它不具有法律规范性,却高度概括、浓缩或者说是抽象、整合了该体系的基本价值,为具体的措施规范提供了基本的思想基础,是抽象的基本价值和具体救助措施制度规范的交汇点。救助措施体系的基本原则在救助措施体系结构中居于核心地位,起到最根本的指导作用,对具体措施制度起着统领、整合和支撑的作用,使全部措施制度在基本原则的指导下成为一个相互协调统一的有机体系。救助措施体系的基本原则不仅为确认救助措施的立法活动提供了指导性准则,而且为司法审判提供基本依据,指导司法机关进行能动性的司法活动,并指引家事主体从事婚姻家庭活动。

由于婚姻法和反家庭暴力法是从正反两方面规范婚姻家庭关系的基本法,有关救助措施体系的基本原则也是由婚姻法和反家庭暴力法确定的。根据婚姻法和反家庭暴力法的规定,我国救助措施体系的基本原则主要有:

### 一、公权力适度介入的原则

公权力适度介入的原则,其核心内容包括两个方面:一方面是婚姻家庭领域需要公权力的介入,公权力介入婚姻家庭领域具有正当性,司法救济是其最终的救济途径;另一方面则是因为婚姻家庭领域具有自身特点,公权力的介入应当适度。

权利救济的历史发展轨迹揭示早期的自(私)力救济存在代价太大,与正义的不完全吻合性,社会秩序的混乱性,缺乏安全感和稳定的预期等缺点,从而产生公力救济的社会和心理需求,最终以国家为主导的审判机构进行的权利救济取代私力救济而逐步成为公民权利救济的主要渠道。在婚姻家庭领域,由于传统观念上存在清官难断家务事、法不入家门的认识,很多人在思想上非常排斥法律的介入、公权力的介入。即使在2001年修改婚姻法的过程中,关于“法治”与“德治”的争论也十分激烈。由于婚姻家庭本身是一个伦理实体,民族的文化传统和伦理道德对婚姻家庭法的影响要比对其他法更深一些,因而在婚姻家庭领域,法律与道德的协调显得更加重要。正因为如此,有人认为婚姻家庭是私人领域,是与法律无涉的特区,应由道德来调整,故反对法律介入其中。认为法律介入婚姻家庭领域是“法律道德主义”,而法律道德主义是“残酷与虚伪”的,强烈主张“把道德的东西还给道德”。其实,婚姻家庭领域离开了法律的调整也是不行的。虽然,婚姻家庭中的许多问题并不一定都通过法律途径来解决,但是,社会对人们在婚姻家庭中的一般要求和人们在婚姻家庭中的权利需要由法律来确认,那些违反婚姻家庭义务行为的责任以及权利受损者的救济途径也需要由法律来规定;没有法律的保障,道德的威力也会大打折扣。在婚姻家庭领域,“法治”与“德治”



应该相辅相成,协调统一,并形成良性互动。社会主义的伦理道德建设应该为婚姻家庭领域的立法、司法、守法提供良好的社会环境和舆论支持;而婚姻家庭领域的法律则应该反映社会主义道德的要求,为弘扬社会主义的伦理道德提供制度上的保障,对于那些在道德上具有正当性、合理性的内容,法律上就应该提倡;对于那些违反道德特别是严重违反道德,民众反映强烈的行为,法律就应该否定,直至让其承担相应的法律责任。新婚姻法增设“救助措施与法律责任”一章,充分体现立法者对法律调整婚姻家庭关系的必要性、重要性有着充分的认识,同时也标志着我国婚姻家庭立法在指导思想上有了重大的突破。而反家庭暴力法的出台则进一步打通了公权力干预家庭暴力的渠道,打破法不入家门的传统禁锢,使家庭不再是隔离于社会的孤岛,宣示了家庭虽然是私人领域,但并不是法外之地,家庭成员在家庭中的行为也不能脱离法律的规制,更不能以非法手段侵害其他家庭成员的合法权益。

公权力介入婚姻家庭领域具有正当性,使司法救济成为最终救济途径。1948年《世界人权宣言》第8条明确规定:“任何人当宪法或法律赋予他的基本权利遭受侵害时,有权由合格的国家法庭对这种侵害行为作有效的补救。”虽然婚姻家庭领域发生的所有纠纷并不都是通过审判来解决的,但司法救济的价值并不在于它解决纠纷的数量,而在于它促进其他方式解决纠纷的质量,所有当事人不满意的“劣质”解纷结果都可以在这里重新检测并获得补救,所以,“司法是人权法律保护的最后屏障”。

公权力介入婚姻家庭的适度性主要是解决反家庭暴力措施的有效性与婚姻家庭维护之间的选择问题和反家庭暴力司法措施的强制性与尊重受害人意愿的取舍问题。由于家庭暴力发生在施暴者与受害者之间,毫无疑问,最直接、最有效的反家庭暴力措施就是把施暴者与受害者在空间上隔离,具体方法包括对施暴者采取惩罚性的拘留、关押和驱离,或者通过临时庇护的方式使受害者躲避,以及受害者以暴制暴,将施暴者制服。然而这些措施虽然暂时有效,但有些情况下也会造成新的问题,激化已有的矛盾,使彼此之间的空间隔离渐成心理的疏离和障碍。反家庭暴力法不是离婚法,也不是以暴制暴法,而应当是和谐促进法,因此,反家庭暴力法中的有关措施的适用,一定要有适当的条件,根据不同类型采取不同的措施。

由于司法干预是国家司法机关运用国家司法权实施的,其干预措施以国家强制力为后盾,具有强制性,是各种干预家庭暴力的措施体系中最有效和最后的手段,因此强化对家庭暴力的司法干预具有十分重要的作用。无论我国还是外国,反家庭暴力过程中经常会遇到的问题就是,家庭暴力发生时,受害者强烈要求制裁施暴者,而一旦司法机关介入,施暴者面临惩处时,受害人又会出于各种考虑求情,甚至会站在施暴者一方对抗司法机关。西方国家基于对家庭暴力零容忍的基本理念,对家庭暴力采取了一系列的强制措施,如强制起诉、强制报告、强制教育等。这些强制措施一方面对施暴者进行了惩戒,形成震慑,另一方面也因未能顾及受害人的意愿而受到指责。对此,我国的反家庭暴力法在全面衡量其中的利弊得失,在保持反家庭暴力措施的严肃性、权威性和有效性的前提下,对受害人的意愿也给予相应的考虑,明确规定“反家庭暴力工作应当尊重受害人真实意愿,保护当事人隐私”(《中华人民共和国反家庭暴力法》第5条第2款)。对于一般性的家庭暴力处理,仍然延续告诉才处理的传统做法,但对于受害人是未成年人或者其他限制或无民事行为能力人的,或者受害人无法告诉的,实行强制报案制度,同时要求司法机关依法履行职权,依职权主动采取强制措施,强制起诉,依法惩处。



## 二、及时充分救济的原则

及时充分救济的原则的核心内容在于,家庭成员的权利是基本人权,其合法权益遭受侵害时应当获得及时、充分的救济。

家庭作为人类世界最古老的关系形式,作为社会融合以及行为的首要媒介,一直在不断适应日新月异的社会经济条件和人类的进步。虽然不同的社会、文化、法律和政治制度下存在不同的家庭形式,但家庭始终是社会的基本单元。家庭及其所有成员均应得到全面的保护和支持。确保家庭及其成员的权利,促进家庭成员的机会平等,尤其是女性和儿童在家庭中的权利,是至关重要的。家庭是促进人权的重要力量,必须赋权家庭,使家庭能够确保人的安全,满足所有家庭成员的基本需求。家庭的建立和发展均须建立在性别平等、个人权利不受侵犯、责任、相互尊重、关爱与宽容的基础之上。因此,对于婚姻家庭成员的合法权益而言,有侵害就应该有救济,而且应该有及时、充分的救济。对家庭成员权利侵害的救济是维护社会秩序的根本保证,也是家庭成员幸福和社会和谐的保障。权利是人性尊重的表现,任何侵害不管是否存在损害后果都是对个人尊严和价值的贬损,都必须采取救济手段和零容忍的态度。同时这种救济应当是及时的。权利救济是矫正正义的体现。正义的一条公理是:正义必须得到实现,而迟来的正义根本就不是正义。正义在救济时间上体现为及时。权利救济的及时性的最低度要求是严格遵守时限规定。例如,反家庭暴力法明确规定人民法院受理人身安全保护令申请后,应当在72小时内作出人身安全保护令或者驳回申请;情况紧急的,应当在24小时内作出。

在强调对家庭成员权利救济的及时性的同时,还必须关注救济的充分性。如果说及时救济是强调权利救济的时间性要求,那么充分救济是对权利救济的质量上的要求。充分的救济的底线应满足被侵害者损失的补偿或恢复原状。精神侵害的充分性尽管难以用金钱衡量,但给予适当的金钱补偿仍可起到抚平受伤心灵的作用。“充分”是一种价值判断,是对侵害者应当赔偿的国家判定,代表一定时期国家对权利侵害救济的基本理念和救济力度,是对权利本身价值的社会判定。

## 三、特殊保护的原则

保护妇女、儿童和老人的合法权益是我国婚姻法确定的一项基本原则,我国反家庭暴力法明确规定“未成年人、老年人、残疾人、孕期和哺乳期的妇女、重病患者遭受家庭暴力的,应当给予特殊保护”。妇女、儿童、老年人、残疾人、重病患者是婚姻家庭领域的弱势群体。婚姻家庭领域的立法需要特别关注和保护弱势群体的权益。弱势群体作为社会中因技能、年龄、身体状况等原因而在权益上易受忽略和伤害的群体,<sup>①</sup>面临社会上经济能力薄弱、知识水平老化、身体健康不佳、信息贫乏、抵御风险能力弱、发展困难等问题。这些人群权益的实现在更多的情况下是靠法律之特别保护而不是自身实力或市场竞争来获取,因此,婚姻家庭立法特别是救助措施的规定中必须采取倾斜立法,对弱势群体的权益给予特殊的保护。在倾斜立法方面,既要保护弱势群体的特殊权益问题,又要对弱势群体的权益给予特殊保护。

<sup>①</sup> 钱再见:《中国社会弱势群体及其社会扶持政策》,载《社会保障制度》2003年第1期。



例如婚姻法中的保护妇女合法权益,主要是指在婚姻家庭关系中,法律在确认和保障妇女与男子平等享有的一般权利的基础上,着重对妇女享有的特殊权益以及妇女受侵犯比较突出的权益给以特别的重视和保护。婚姻法在结婚、离婚、家庭关系等章节中,都贯穿着对妇女特殊保护的精神,尤其在离婚一章中规定得更加具体。在离婚方面,《婚姻法》明文规定,女方在怀孕期间、中止妊娠后6个月内或分娩后一年内,男方不得提出离婚。这是为保护妇女和胎儿、婴儿的身心健康而作出的规定。在离婚时的财产分割方面,应根据具体情况,对女方的权益予以照顾;离婚时如一方生活困难,另一方应给予适当的经济帮助。婚姻法中的保护儿童合法权益,主要是指重视和保护家庭成员中18周岁以下未成年人的一切婚姻家庭权利和利益。老年人随着体能的不断衰弱逐渐成为社会的弱势群体,确立保护老人合法权益的原则,体现社会主义国家对老年人权益的关怀和保护,以及中华民族敬老、爱老的优良传统和美德。我国反家庭暴力法对弱势群体的保护除了前述原则性规定外,还规定强制报告制度等加以保护,明确“学校、幼儿园、医疗机构、居民委员会、村民委员会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构及其工作人员在工作中发现无民事行为能力人、限制民事行为能力人遭受或者疑似遭受家庭暴力的,应当及时向公安机关报案。公安机关应当对报案人的信息予以保密”。同时要求“无民事行为能力人、限制民事行为能力人因家庭暴力身体受到严重伤害、面临人身安全威胁或者处于无人照料等危险状态的,公安机关应当通知并协助民政部门将其安置到临时庇护场所、救助管理机构或者福利机构”。

#### 四、预防为主的原则

对婚姻家庭领域的纠纷和冲突,特别是家庭暴力问题的治理,尽管各个国家采取的具体措施有所不同,但防与治的结合是其不变的主线,既要“治”,更要“防”,而其中预防尤为重要。预防重在防患未然,并通过事先和事中的积极预防、早期介入,可以大量减少纠纷、冲突和家庭暴力的发生,有效避免纠纷、冲突的升级。

正确认识预防为主的原则在婚姻法和反家庭暴力法中的地位与作用。婚姻法“救助措施和法律责任”一章中,在不同的条款中反复提到“劝阻”“调解”,这些规定的主要目的就是要将婚姻家庭领域的纠纷、冲突和家庭暴力消除在萌芽,遏制在初期,以防止扩大升级,体现重在预防的要求。反家庭暴力法在总则中明确强调:“反家庭暴力工作遵循预防为主,教育、矫治与惩处相结合原则”,同时又在第二章专章规定了“家庭暴力的预防”。婚姻法和反家庭暴力法强调预防为主,是由婚姻法和反家庭暴力法的立法目的决定的。我国制定婚姻法和反家庭暴力法,尽管调整婚姻家庭关系的角度和方法有所不同,但其目的是统一的,即预防和制止婚姻家庭领域的纠纷、冲突,特别是家庭暴力,保护家庭成员的合法权益,维护平等、和睦、文明的家庭关系,促进社会和谐。就反家庭暴力法而言,预防和制止家庭暴力的根本目的不是拆散家庭,而是保护家庭,反家庭暴力法绝不是离婚法。相反的,反家庭暴力法恰恰是通过为家庭成员划定行为红线而预防和遏制家庭暴力,建设和维护和谐的婚姻家庭,从这个意义上讲,反家庭暴力法是家庭和谐促进法。因此,在反家庭暴力的过程中,必须坚持“防治结合、重在预防”,必须把预防为主的原则贯穿于反家庭暴力法的始终。

全面构建家庭暴力预防措施体系,切实把预防为主的原则落到实处。提到家庭暴力的预防,人们一方面认为非常重要,另一方面又会觉得这是一个比较虚的问题。之所以如此,是因为长期以来我们只有“预防为主”的口号,没有系统的、具体的预防措施体系。因此,要



把预防为主原则落到实处,就必须全面构建普遍预防与重点预防相结合、一般预防与特殊预防相结合的预防措施体系。

在普遍预防方面,预防之要,首在治心。思想是行为的先导,良知与善意的唤醒,是预防一切恶行的关键。德国哲学家尼采说过,人是由兽而神的空中索道,如果人失去了良知,失去了向善的方向和努力,就会堕落,就会与禽兽为伍,甚至禽兽不如,很多令人发指的家庭暴力行为就是丧失基本良知和善意的表现。因此,预防家庭暴力这种侵犯人权的恶行,首要的就是唤醒社会成员特别是家庭成员的良知与善意。同时,预防之基,重在文化,重在弘扬和培育良好的社会文化、家庭文化。中国五千年文明史,形成倡导家庭和睦、有利于预防家庭暴力的丰富的文化资源,如尊老爱幼、父慈子孝、夫义妻贤、兄友弟恭等等,这些优秀的传统文化与现代的人权思想、平等理念、法治精神、包容态度相结合,就可以为预防家庭暴力提供强大的文化支持。做好家庭暴力的普遍预防,既要有先进的思想和文化,也要有具体的行为措施,要把家庭暴力的预防纳入和谐社会、法治社会和家庭建设之中:一是要把家庭暴力的预防纳入和谐社会建设的重要内容。和谐社会的建设对家庭暴力的预防,具有最广泛和最基础的作用。构建和谐的社会,需要和谐的婚姻家庭。家庭暴力的存在,不仅导致婚姻家庭的不幸,还极易引发恶性犯罪案件,危及社会的稳定。因此,预防和制止家庭暴力,既是保障家庭弱势群体,也是维护社会稳定和谐。二是要把家庭暴力的预防作为法治社会建设的重要内容。维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系,既是我国婚姻法为21世纪婚姻家庭指明的必由之路,也是每个家庭成员应尽的法律义务。家庭暴力作为违法犯罪行为,必然为法治社会所不容,法治观念的增强是减少和预防家庭暴力最有力的保障。三是要把家庭暴力的预防作为家庭建设发展的重点。习近平主席强调注重家庭、注重家教、注重家风。我们必须把家庭暴力破坏家庭幸福、家庭暴力是违法犯罪的本质、对家庭暴力应当零容忍的态度作为家庭建设、家庭教育和家风培育的重中之重,最大限度地减少和预防家庭暴力的发生。

在重点预防方面,一是要做好重点人群的一般预防。要建立早期筛查和危险评估机制。基层人民政府和村(居)民委员会通过委托社会组织开展家庭暴力危险评估等方式建立社区早期发现机制,及时发现具有发生家庭暴力高风险的家庭,通过采取必要的措施,降低发生家庭暴力的风险;完善家庭纠纷调处机制,基层司法行政机关、村(居)民委员会的调解组织和当事人所在单位,应当及时调解家庭纠纷,化解矛盾,预防家庭暴力行为的发生。二是要做好重点人群的特殊预防。对家庭暴力的预防,既要防患于未然,又要防止再次发生。做好重点人群的特殊预防,就是要防止家庭暴力的再次发生。在这方面主要应构建保护性预防措施、制裁性预防措施、矫治性预防措施。所谓保护性预防措施,指通过对受害人采取有效的保护措施,使施暴者不能再次对受害人施暴,从而预防家庭暴力的再次发生。这方面的措施主要有告诫制度、临时庇护制度、人身安全保护令制度等。所谓制裁性预防措施,指通过追究施暴者的法律责任而使其不敢、不能再次实施家庭暴力,如对施暴者给予行政处罚、刑事处罚等。所谓矫治性预防措施,指司法机关、有关机构和社区组织应根据需要对家庭暴力加害人依法进行心理矫治、精神治疗、性病治疗、戒瘾治疗或者其他辅导、治疗。

正是基于上述的原因,我国反家庭暴力法在第二章所规定的家庭暴力的预防,对预防的主体、预防的内容都作了具体要求,并以此确保预防为主原则的落地。从预防工作的主体来说,反家庭暴力法在“家庭暴力的预防”一章中明确提到国家、工会、共产主义青年团、妇女联合会、残疾人联合会、学校、幼儿园、县级以上人民政府有关部门、司法机关、医疗机构、乡镇

人民政府、街道办事处、居民委员会、村民委员会、社会工作服务机构、人民调解组织、用人单位、未成年人的监护人以及广播、电视、报刊、网络等；从预防的内容来看，包括开展家庭美德和反家庭暴力宣传教育，将预防和制止家庭暴力纳入业务培训和统计工作，做好家庭暴力受害人的诊疗记录，开展心理健康咨询、家庭关系指导、家庭暴力预防知识教育等服务，依法调解家庭纠纷，以文明的方式进行家庭教育，依法履行监护和教育职责等。

此外，需要强调的是，在坚持防治家庭暴力预防为主的原则时，不能够把家庭暴力的预防和制止完全割裂开来。预防是普遍性的有效制止，制止则是针对性最强的预防，尤其是及时制止和早期干预，效果极其显著。早期干预要求公权力对于家庭暴力提早和主动干预，对于家庭暴力的提前介入，可以消除可能发生的家庭暴力；对已发生的家庭暴力积极干预，可以防止家庭暴力升级；对已存在的持续性的家庭暴力有效制止，可以使家庭暴力受害人从暴力下解脱出来；对施暴人进行及时、有效的教育，可以消除其施暴动机。总之，家庭暴力的治理，必须坚持预防为主、防治结合，标本兼治、综合治理，通过事先预防、及时制止、有效保护、强制矫治、必要惩处等措施，集合国家、社会、家庭和个人的力量，共同预防和减少家庭暴力的发生。

## 第五节 救助措施的基本内容

救助措施体系的基本内容，大致可分为三种，即私力救济、公力救济及公私兼具的社会救济。私力救济常见的有正当防卫、紧急避险、自助行为等；公力救济常见的如司法救济、行政救济等；公私兼具的社会救济常见的形式主要是人民调解等。

### 一、私力救济

私力救济是指权利人自己采取各种合法手段保护自己的权益不受侵犯。这种救济措施是由权利人自己实施的，他本身受到法律的严格限制，权利主体只能以法律许可的方式并在法律许可的限度内采取措施，常见的有正当防卫、紧急避险、自助行为等。

#### （一）对侵害婚姻家庭权益行为的正当防卫

为确保公民的合法权益免遭正在进行的不法侵害，国家在为受害公民提供司法保障的同时，还赋予公民一定的防卫权，以使受害公民获得自我救济和社会救济。我国《刑法》第20条第1款规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”该项规定明确正当防卫是我国公民享有的一项权利，正当地行使这一权利不负刑事责任。公民行使正当防卫权，不仅对发生在社会上的不法侵害可以行使，而且对于发生在家庭中的不法侵害同样可以行使。家庭成员的正当防卫权是我国法律赋予公民的正当防卫权的有机组成部分，家庭成员的正当防卫权是指家庭成员为了使本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取必要防卫措施的权利。从这一概念可以看出，正当防卫权是主观上的防卫意图和客观上的防卫行为的统一。第一，在客观上具有防卫行为。这种防卫行为是在合法权益遭到不法侵害的情况下而实施的，行为人造成不法侵害者某种损害，旨在维护本人、他人的合法权益，防卫行为本质是同侵害家庭成员合法权益的





不法行为做斗争的形式,其本身不但不危害社会,而且是有利于社会,是保护家庭成员合法权益的一种必要措施,因而是正当的合法的。第二,在主观上具有防卫意图。正当防卫的目的是抵御和制止正在进行的不法侵害,是对不法侵害者的一种还击,使合法权益免受不法侵害。行为人主观上不具备犯罪的故意或过失。从上述主客观特征的统一来看,行使正当防卫权的行为是一种貌似犯罪,但并不危害社会,而且有利于社会和他人合法行为,它与危害国家、社会利益的犯罪行为有本质的区别。所以我国刑法规定,行使正当防卫权不负刑事责任。

对侵害婚姻家庭权益行为进行正当防卫不仅无须承担刑事责任,而且无须承担民事责任。我国《民法通则》第128条规定:“因正当防卫造成损害的,不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,应当承担适当的民事责任。”

在强调家庭成员应积极行使法律赋予的正当防卫权,保护自己和他人、社会的利益不受侵犯的同时,还应当看到家庭成员的正当防卫权的行使并不是孤立的,为了切实保障家庭成员的合法权益免受正在进行的不法侵害,仅仅有家庭成员自身防卫是不够的,还必须有社会救助,还需要其他人能够挺身而出,勇于同侵害家庭成员合法权益的违法犯罪行为作斗争。为了鼓励这种见义勇为的行为,我国《民法通则》第109条规定:“因防止、制止国家的、集体的财产或者他人的财产、人身遭受侵害而使自己受到损害的,由侵害人承担赔偿责任,受益人也可以给予适当的补偿。”

如同其他权利一样,正当防卫权的行使也是有条件的。正当防卫作为法律赋予公民在特定条件下保护合法权益的紧急措施,它并不意味着在任何时间、任何情况下都可以任意实施。家庭成员在行使正当防卫权的时候,必须严格遵守正当防卫的法定条件:实施正当防卫必须有不法侵害存在;正当防卫必须是针对正在进行的不法侵害实施的,即防卫必须适时;正当防卫必须针对不法侵害者本人进行;防卫者主观上必须具有防卫意图;家庭成员行使正当防卫权不能超过必要限度,不能造成不应有的危害。

### (二)对侵害婚姻家庭权益行为的紧急避险

对侵害婚姻家庭权益行为的紧急避险是在合法的婚姻家庭权益面临紧急危险,又别无他法的情况下,不得已采取的牺牲另一种较小的合法权益以保护更大的利益的一种权宜措施。我国《刑法》第21条第1款规定:“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险,不得已采取的紧急避险行为,造成损害的,不负刑事责任。”

紧急避险的成立需要具备以下的条件:起因条件,是指必须是合法权益面临实际的危险;时机条件,是指必须是在危险正在发生之时避险;目的条件,是指行为人必须是为了保护合法权益;对象条件,是为保全一个较大的合法权益,而将其面临的危险转嫁给另一个较小的合法权益,因此,紧急避险行为所指向的对象,只能是第三者的合法权益;情势条件,是指损害另一合法权益必须是迫不得已;限度条件,是指损害的另一合法权益必须小于所保护的合法权益,而且是必要的、合理的。

### (三)家庭成员的自助行为

家庭成员的自助行为,指家庭成员为了保护自己的权利不受损害,而对他人的自由或财产施以强制和损害的行为。自助行为,是法律许可或默认的保护行为人自身权益的行为,实

施这种行为的人,依法不负赔偿责任。

现代法治社会,人们的权利需要由法律来确认,法律确认的权利亦须由法律来保护,因此,权利的保护越来越依靠公力救济,而私力救济越来越受到限制。限制私力救济,是法律昌明的表现,也是维护社会秩序的需要,但绝对禁止私力救济,则有时难免对权利保护不周。因为法律并非无处不在,也并非真正疏而不漏,况且执法、司法机构也并非到处都有,因而遇紧急情形而不及请求公力救济时,作为例外亦应容许自我救助。正因为容许自助行为属于法律之例外,则对于其成立要件不能不严加限制。构成自助行为的必须具备下列要件:自助行为的目的必须是保护自己的权利;自助行为必须是在情况紧急来不及请求公力救济时才能实施;自助行为必须不超过必要的限度,这是所有私力救济行为都必须把握的一个尺度,如果超过了必要限度,其造成的损害远远大于所保护的,这种行为虽于行为人有益但于对方当事人和社会不利,因而应予限制;行为人必须及时请求国家机关予以处置。

权利人的自助行为如果具备前述要件,即可发生自助行为的效果。所谓自助行为的效果,指因实行自助行为所加于债务人损害,自助行为人可不承担赔偿责任。须补充说明的是,因自助行为超过必要限度或实行自助行为后未及时请求国家机关予以处置所造成的损害,或者其请求国家机关驳回,则行为人应承担损害赔偿责任。

#### (四)婚姻家庭纠纷的民间调解

民间调解,是指双方当事人以外的亲朋,对纠纷双方进行疏导、劝说,促使他们相互谅解,进行协商,自愿达成和解,解决纠纷的活动。在中国的传统习俗中,婚姻家庭纠纷的解决,私力救济远比公力救济更为普遍,在有些村规民约中,明确要求对婚姻家庭成员间纠纷应本着团结友爱的原则平等协商解决,协商不成的可申请村调解委调解,村调解委员会一般都是由村里德高望重的人组成的,在群众中有威信和说服力,它对纠纷的解决有助于当事人心服事了。这种解决方式适应了传统中国熟人社会的需要,家庭成员之间的纠纷与其他社会成员间的纠纷有着很大的不同,彼此之间的亲属关系使其不可能在纠纷解决后不再联系,相反的,发生纠纷的家庭成员之间往往有着不能了断的法定的权利义务,通过和解和调解这种以情理为主的解决方式有利于当事人在解决纠纷的同时化开心结,有利于以后彼此之间和睦相处和相互之间权利义务的实现。

民间调解作为私力救济的重要方式,基本是由亲属邻居自行解决的,虽然民间调解也考虑是非曲直,有时也会引用国家的相关法律规定,但总体来说还是以妥协互让的办法来达到息事宁人的目的。民间调解最常用的技术策略大多是“胁之以威、晓之以理、诱之以利”。这些非正式的民间调解所依循的原则,更多的是人们所了解、熟悉和接受甚至视为当然的地方性知识。民间调解所解决的有关婚姻、家庭、赡养、继承、房屋和宅基地等发生在家庭内部和邻里之间的纠纷,其成员基本上拥有同一种知识,处于同一个共同体之中,并受制于同一种生活逻辑。尽管国家在乡村社会大力宣传《婚姻法》,但是非正式的民间调解在解决这方面的纠纷时在很大程度上受着传统习惯而不是法律的支配。这些非正式的民间调解基本上是



私人领域中的自足纠纷解决方式,是无须国家法律介入的。<sup>①</sup>

### (五)对婚姻家庭冲突的劝阻

劝阻,指以理相劝并阻止其做某事或进行某种活动。语出《墨子·非命中》:“发宪布令以教诲;明赏罚以劝阻。”作为婚姻法规定的救助措施,劝阻是在受害人提出请求的前提下,由居民委员会、村民委员会和有关单位将发生冲突的双方召集在一起,对当事人的不当行为或者违法行为进行劝说和阻止,并通过耐心细致的说服教育,化解纠纷。劝阻的目的是避免发生更严重的不当、违法行为,预防婚姻家庭纠纷进一步激化。婚姻法规定“实施家庭暴力或虐待家庭成员,受害人有权提出请求,居民委员会、村民委员会以及所在单位应当予以劝阻、调解。”“对正在实施的家庭暴力,受害人有权提出请求,居民委员会、村民委员会应当予以劝阻”;“对遗弃家庭成员,受害人有权提出请求,居民委员会、村民委员会以及所在单位应当予以劝阻、调解”。由此不难看出,婚姻法把要求特定主体的劝阻规定为受害人的权利,居民委员会、村民委员会以及所在单位作为被请求的主体负有应当劝阻的义务,接受请求而不劝阻,构成失职。但是,婚姻法的这种规定并没有排斥其他人或组织劝阻的权利,也就是说,对于婚姻家庭领域的纠纷,任何人都可以进行劝说和阻止,以防止更激烈的冲突发生,只是在劝阻的过程中,要注意防止侵犯他人隐私和人格尊严,更不得以暴力侵犯当事人的合法权益。

## 二、公力救济

公力救济是指当法律确认的权利受到侵犯时,由国家机关给予保护。例如,司法机关的救助措施、行政机关的救助措施等。

### (一)司法机关的救助措施

司法机关的救助措施是维护当事人合法权利的重要救济方式。它具有权威性、强制性,也是权利救济中最终的救济方式。诉讼是司法机关的救助措施的主要方式。诉讼作为人民法院根据纠纷当事人的请求,运用审判权确认争议各方权利义务关系,解决各类纠纷的活动,它包括民事诉讼、行政诉讼和刑事诉讼(在法律责任一章中详述)以及申请人身安全保护令、撤销监护等。

#### 1. 申请人身安全保护令

2016年3月1日开始实施的《反家庭暴力法》,规定了人身安全保护令制度,系统规定了人身安全保护令的申请与受理、种类,适用的条件,具体保护措施以及执行。这一制度的规定为受害人的人身安全提供了可靠的保障。主要体现在:(1)案由独立。“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险,向人民法院申请人身安全保护令的,人民法院应当受理。”(第23条第1款)。(2)申请主体广泛。除当事人可以申请外,“当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人,或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的,其

<sup>①</sup> 宋明:《人民调解的现代定位:纠纷解决机制中的“第三领域”》,载《法制与社会发展》2008年第3期。



近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。”(第23条第2款)。(3)申请方式灵活。“申请人身安全保护令应当以书面方式提出;书面申请确有困难的,可以口头申请,由人民法院记入笔录。”(第24条)。(4)地点可以就近。“人身安全保护令案件由申请人或者被申请人居住地、家庭暴力发生地的基层人民法院管辖。”(第25条)。(5)条件很明确。“作出人身安全保护令,应当具备下列条件:(一)有明确的被申请人;(二)有具体的请求;(三)有遭受家庭暴力或者面临家庭暴力现实危险的情形。”(第26条)。(6)裁定有时限。“人民法院受理申请后,应当在七十二小时内作出人身安全保护令或者驳回申请;情况紧急的,应当在二十四小时内作出。”(第28条)。(7)措施具体。“人身安全保护令可以包括下列措施:(一)禁止被申请人实施家庭暴力;(二)禁止被申请人骚扰、跟踪、接触申请人及其相关近亲属;(三)责令被申请人迁出申请人住所;(四)保护申请人人身安全的其他措施。”(第29条)。(8)时效可长可短。“人身安全保护令的有效期不超过六个月,自作出之日起生效。人身安全保护令失效前,人民法院可以根据申请人的申请撤销、变更或者延长。”(第30条)。(9)执行有办法。“人民法院作出人身安全保护令后,应当送达申请人、被申请人、公安机关以及居民委员会、村民委员会等有关组织。人身安全保护令由人民法院执行,公安机关以及居民委员会、村民委员会等应当协助执行。”(第32条)

### 案件简介

《反家庭暴力法》实施的首日,房山法院依据该法开出本市首张人身安全保护令。申请人身安全保护的是房山区某村村民谷女士,因不堪丈夫常年家暴,向法院提出离婚,并申请人身安全保护。房山法院审查后,认定谷女士的丈夫赵某确实存在实施暴力的事实,随即开出这份人身安全保护令,禁止赵某继续殴打并骚扰谷女士,如有违反,轻则拘留罚款,重则受到刑事制裁。

61岁的谷女士1982年经人撮合与邻村的赵某相识,同年底登记结婚。虽然先后生下两个儿子,但夫妻感情一直不好,赵某常因为一点小事对妻子非打即骂。谷女士为此多次报警,无奈每次赵某面对民警都态度很好,请求妻子谅解,可警察一走就又变了脸。最终让谷女士下定决心离婚的是2015年8月12日,仅仅因为在外干活,没有及时回家给丈夫做饭,谷女士便遭到赵某劈头盖脸一顿暴打。谷女士被打后的照片显示其整张脸肿胀,眼睛肿成一条缝,鼻子上有一条五厘米长的开放性伤口,脸上身上都有血迹。伤情有所好转后,谷女士于12月25日愤然提出离婚,并于2016年2月29日,向房山法院申请了人身安全保护令。在法院的审查过程中,谷女士提交了受伤时的照片、诊断证明、医疗票据等证据。通过对这些证据的真实性、合法性、关联性进行审查,法院认为各证据符合法定证据形式,且能够彼此印证,已形成完整的证据链。在此前的开庭审理中,赵某对这些证据也予以认可,当庭承认了殴打妻子的事实。法院依法采信了谷女士提交的证据,对赵某实施暴力的事实进行了认定。2015年8月被打后,谷女士便从家里搬了出来,独自在外租房居住。由于夫妇二人已经分居,法院结合实际情况,依照《反家庭暴力法》第29条酌情作出两项裁定:一是止暴,即禁止被申请人赵某对申请人谷某实施辱骂、殴打等形式的家庭暴力。二是禁骚扰,即禁止被申请人赵某骚扰、跟踪、接触申请人谷某。法官宣读了人身安全保护令的内容,以及违反保护令的相应后果。赵某当庭表示没有异议,并保证能够做到不再打骂骚扰妻子。法院随后将人身安全保护令向谷女士、赵某、当地村委会及公安机关进行送达。当地公安机关



及村委会表示,将依法积极协助人身安全保护令的执行。<sup>①</sup>

## 案例分析

我国《反家庭暴力法》于2016年3月1日起正式施行。《反家庭暴力法》建立了不依附于任何实体诉讼的独立人身安全保护令制度。《反家庭暴力法》第23条规定:“当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险,向人民法院申请人身安全保护令的,人民法院应当受理。”但刚刚出台的《反家庭暴力法》对于独立保护令制度执行的规定相当原则、模糊,上述案件中法院对独立保护令案件中家暴证明对象、证据要求、证明方式、证明标准和救济程序进行了相关探索。此外,《反家庭暴力法》第32条规定:“人民法院作出人身安全保护令后,应当送达申请人、被申请人、公安机关以及居民委员会、村民委员会等有关组织。人身安全保护令由人民法院执行,公安机关以及居民委员会、村民委员会等应当协助执行”,使人身安全保护令的执行主体有了明确的法律依据。该案法官充分认识到家庭暴力危害性的特点,抓紧审查证据,仔细研究案情,准确把握针对诉讼程序外家庭暴力的审查标准、认定条件,简化了审查的流程,缩短了认定的时间,依法、迅速地作出裁定,对受暴力困扰的妇女给予了强有力的保护。为保障后续执行,法院还将人身安全保护令裁定分别向当事人所在的村委会和公安派出所进行了送达。

### 2. 撤销监护制度

为解决监护侵害难题,反家庭暴力法规定了撤销监护制度。即“监护人实施家庭暴力严重侵害被监护人合法权益的,人民法院可以根据被监护人的近亲属、居民委员会、村民委员会、县级人民政府民政部门等有关人员或者单位的申请,依法撤销其监护人资格,另行指定监护人。被撤销监护人资格的加害人,应当继续负担相应的赡养、扶养、抚养费”(第21条)。2014年12月18日发布的最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》也明确规定,监护侵害行为,是指父母或者其他监护人(以下简称监护人)性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人,教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为,胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨,以及不履行监护职责严重危害未成年人身心健康等行为。对于监护侵害行为,任何组织和个人都有权劝阻、制止或者举报。公安机关应当采取措施,及时制止在工作中发现以及单位、个人举报的监护侵害行为,情况紧急时将未成年人带离监护人。民政部门应当设立未成年人救助保护机构(包括救助管理站、未成年人救助保护中心),对因受到监护侵害进入机构的未成年人承担临时监护责任,必要时向人民法院申请撤销监护人资格。人民法院应当依法受理人身安全保护裁定申请和撤销监护人资格案件并作出裁判。人民检察院对公安机关、人民法院处理监护侵害行为的工作依法实行法律监督。人民法院、人民检察院、公安机关设有办理未成年人案件专门工作机构的,应当优先由专门工作机构办理监护侵害案件。下列单位和人员有权向人民法院申请撤销监护人资格:(1)未成年人的其他监护人,祖父母、外祖父母、兄、姐,关系密切的其他亲属、朋友;(2)未成年人住所地的村(居)民委员会,未成年人父、母所在单位;(3)民政

<sup>①</sup> [http://news.xinhuanet.com/health/2016-03/02/c\\_128767627.htm](http://news.xinhuanet.com/health/2016-03/02/c_128767627.htm), 下载日期:2016年5月5日。



部门及其设立的未成年人救助保护机构；(4)共青团、妇联、关工委、学校等团体和单位。申请撤销监护人资格，一般由前款中负责临时照料未成年人的单位和人员提出，也可以由前款中其他单位和人员提出。有关单位和人员向人民法院申请撤销监护人资格的，应当提交相关证据。有包含未成年人基本情况、监护存在问题、监护人悔过情况、监护人接受教育辅导情况、未成年人身心健康状况以及未成年人意愿等内容的调查评估报告的，应当一并提交。有关单位和人员向公安机关、人民检察院申请出具相关案件证明材料的，公安机关、人民检察院应当提供证明案件事实的基本材料或者书面说明。监护人因监护侵害行为被提起公诉的案件，人民检察院应当书面告知未成年人及其临时照料人有权依法申请撤销监护人资格。对于监护侵害行为符合申请撤销监护人资格规定情形而相关单位和人员没有提起诉讼的，人民检察院应当书面建议当地民政部门或者未成年人救助保护机构向人民法院申请撤销监护人资格。

申请撤销监护人资格案件，由未成年人住所地、监护人住所地或者侵害行为地基层人民法院管辖。人民法院受理撤销监护人资格案件，不收取诉讼费用。人民法院审理撤销监护人资格案件，比照民事诉讼法规定的特别程序进行，在一个月内审理结案。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。人民法院应当全面审查调查评估报告等证据材料，听取被申请人、有表达能力的未成年人以及村(居)民委员会、学校、邻居等的意见。人民法院根据案件需要可以聘请适当的社会人士对未成年人进行社会观护，并可以引入心理疏导和测评机制，组织专业社会工作者、儿童心理问题专家等专业人员参与诉讼，为未成年人和被申请人提供心理辅导和测评服务。被申请人有下列情形之一的，人民法院可以判决撤销其监护人资格：(1)性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人，严重损害未成年人身心健康的；(2)将未成年人置于无人监管和照看的状态，导致未成年人面临死亡或者严重伤害危险，经教育不改的；(3)拒不履行监护职责长达六个月以上，导致未成年人流离失所或者生活无着的；(4)有吸毒、赌博、长期酗酒等恶习无法正确履行监护职责或者因服刑等原因无法履行监护职责，且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人，致使未成年人处于困境或者危险状态的；(5)胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨，经公安机关和未成年人救助保护机构等部门三次以上批评教育拒不改正，严重影响未成年人正常生活和学习的；(6)教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为，情节恶劣的；(7)有其他严重侵害未成年人合法权益行为的。

判决撤销监护人资格，未成年人有其他监护人的，应当由其他监护人承担监护职责。其他监护人应当采取措施避免未成年人继续受到侵害。没有其他监护人的，人民法院根据最有利于未成年人的原则，在《民法通则》第16条第2款、第4款规定的人员和单位中指定监护人。指定个人担任监护人的，应当综合考虑其意愿、品行、身体状况、经济条件、与未成年人的生活情感联系以及有表达能力的未成年人的意愿等。没有合适人员和其他单位担任监护人的，人民法院应当指定民政部门担任监护人，由其所属儿童福利机构收留抚养。判决不撤销监护人资格的，人民法院可以根据需要走访未成年人及其家庭，也可以向当地民政部门、辖区公安派出所、村(居)民委员会、共青团、妇联、未成年人所在学校、监护人所在单位等发出司法建议，加强对未成年人的保护和对监护人的监督指导。

被撤销监护人资格的侵害人，自监护人资格被撤销之日起三个月至一年内，可以书面向人民法院申请恢复监护人资格，并应当提交相关证据。人民法院审理申请恢复监护人资格案件，按照变更监护关系的案件审理程序进行。人民法院应当征求未成年人现任监护人和



有表达能力的未成年人的意见,并可以委托申请人住所地的未成年人救助保护机构或者其他未成年人保护组织,对申请人监护意愿、悔改表现、监护能力、身心状况、工作生活情况进行调查,形成调查评估报告。申请人正在服刑或者接受社区矫正的,人民法院应当征求刑罚执行机关或者社区矫正机构的意见。人民法院经审理认为申请人确有悔改表现并且适宜担任监护人的,可以判决恢复其监护人资格,原指定监护人的监护人资格终止。申请人具有下列情形之一的,一般不得判决恢复其监护人资格:(1)性侵害、出卖未成年人的;(2)虐待、遗弃未成年人六个月以上,多次遗弃未成年人,并且造成重伤以上严重后果的;(3)因监护侵害行为被判处五年有期徒刑以上刑罚的。被撤销监护人资格的父、母应当继续负担未成年人的抚养费费用和因监护侵害行为产生的各项费用。相关单位和人员起诉的,人民法院应予支持。民政部门应当根据有关规定,将符合条件的受监护侵害的未成年人纳入社会救助和相关保障范围。

## (二) 行政机关的救助措施

根据婚姻法和反家庭暴力法的规定,行政机关的救助措施主要包括临时庇护制度和告诫制度。

### 1. 临时庇护制度

临时庇护指为遭受家庭暴力威胁的受害者提供的临时躲避场所的救助措施。这一救助措施的最大功能在于让遭受家庭暴力的受害者有一个临时栖身之地,同时可为冲突双方提供缓冲,避免更大的伤害发生。为此,《反家庭暴力法》规定:“县级或者设区的市级人民政府可以单独或者依托救助管理机构设立临时庇护场所,为家庭暴力受害人提供临时生活帮助”(第18条);“公安机关接到家庭暴力报案后应当及时出警,制止家庭暴力,按照有关规定调查取证,协助受害人就医、鉴定伤情。无民事行为能力人、限制民事行为能力人因家庭暴力身体受到严重伤害、面临人身安全威胁或者处于无人照料等危险状态的,公安机关应当通知并协助民政部门将其安置到临时庇护场所、救助管理机构或者福利机构”(第15条)。2014年12月18日发布的最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》也明确规定,公安机关在出警过程中,发现未成年人身体受到严重伤害、面临严重人身安全威胁或者处于无人照料等危险状态的,应当将其带离实施监护侵害行为的监护人,就近护送至其他监护人、亲属、村(居)民委员会或者未成年人救助保护机构,并办理书面交接手续。未成年人有表达能力的,应当就护送地点征求未成年人意见。负责接收未成年人的单位和人员应当对未成年人予以临时紧急庇护和短期生活照料,保护未成年人的人身安全,不得侵害未成年人合法权益。对身体受到严重伤害需要医疗的未成年人,公安机关应当先行送医救治,同时通知其他有监护资格的亲属照料,或者通知当地未成年人救助保护机构开展后续救助工作。监护人应当依法承担医疗救治费用。其他亲属和未成年人救助保护机构等垫付医疗救治费用的,有权向监护人追偿。公安机关将受监护侵害的未成年人护送至未成年人救助保护机构的,应当在5个工作日内提供案件侦办查处情况说明。

根据2015年9月24日民政部、全国妇联发布的《关于做好家庭暴力受害人庇护救助工作的指导意见》的要求,妇联组织、民政部门发现未成年人遭受虐待、暴力伤害等家庭暴力情形的,应当及时报请公安机关进行调查处置和干预保护。民政部门及救助管理机构应当及



时接收公安机关、妇联等有关部门护送或主动寻求庇护救助的受害人,办理入站登记手续,根据性别、年龄实行分类分区救助,妥善安排食宿等临时救助服务并做好隐私保护工作。救助管理机构庇护救助成年受害人期限一般不超过10天,因特殊情况需要延长的,报主管民政部门备案。城乡社区服务机构可以为社区内遭受家庭暴力的居民提供应急庇护救助服务。民政部门及救助管理机构和妇联组织可以通过与社会工作服务机构、心理咨询机构等专业机构合作方式对受害人进行安全评估和需求评估,根据受害人的身心状况和客观需求制定个案服务方案。要积极协调人民法院、司法行政、人力资源社会保障、卫生等部门、社会救助经办机构、医院和社会组织,为符合条件的受害人提供司法救助、法律援助、婚姻家庭纠纷调解、就业援助、医疗救助、心理康复等转介服务。对于实施家庭暴力的未成年人监护人,应通过家庭教育指导、监护监督等多种方式,督促监护人改善监护方式,提升监护能力;对于目睹家庭暴力的未成年人,要提供心理辅导和关爱服务。

民政部门和救助管理机构要按照最高人民法院、最高人民检察院、公安部、民政部《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》要求,做好未成年受害人临时监护、调查评估、多方会商等工作。救助管理机构要将遭受家庭暴力侵害的未成年受害人安排在专门区域进行救助保护。对于年幼的未成年受害人,要安排专业社会工作者或专人予以陪护和精心照料,待其情绪稳定后可根据需要安排到爱心家庭寄养。未成年受害人接受司法机关调查时,民政部门或救助管理机构要安排专职社会工作者或专人予以陪伴,必要时请妇联组织派员参加,避免其受到“二次伤害”。对于遭受严重家庭暴力侵害的未成年人,民政部门或救助管理机构、妇联组织可以向人民法院提出申请,要求撤销施暴人监护资格,依法另行指定监护人。民政部门及救助管理机构和妇联组织要选派政治素质高、业务能力强的工作人员参与受害人庇护救助工作,加强对工作人员的业务指导和能力培训。救助管理机构应开辟专门服务区域设立家庭暴力庇护场所,实现与流浪乞讨人员救助服务区域的相对隔离,有条件的地方可充分利用现有设施设置生活居室、社会工作室、心理访谈室、探访会客室等,设施陈列和环境布置要温馨舒适;应加强家庭暴力庇护工作的管理服务制度建设,建立健全来访会谈、出入登记、隐私保护、信息查阅等制度。民政部门和救助管理机构可以通过购买服务、项目合作、志愿服务等多种方式,鼓励支持社会组织、社会工作服务机构、法律服务机构参与家庭暴力受害人庇护救助服务,提供法律政策咨询、心理疏导、婚姻家庭纠纷调解、家庭关系辅导、法律援助等服务,并加强对社会力量的统筹协调。妇联组织可以发挥政治优势、组织优势和群众工作优势,动员引导爱心企业、爱心家庭和志愿者等社会力量通过慈善捐赠、志愿服务等方式参与家庭暴力受害人庇护救助服务。

## 2. 告诫制度

告诫制度,是公安机关在防治家庭暴力实践中创设的一举多得的干预措施。这一制度源于江苏,后辐射到宁夏、重庆、河北、浙江、江西、黑龙江等省市,目前已经成为我国公安机关干预家庭暴力最为有效的手段之一。在我国的反家庭暴力法中设立告诫制度,是公权力干预家庭暴力的具有中国特色的创新性立法实践。

《反家庭暴力法》规定:“家庭暴力情节较轻,依法不给予治安管理处罚的,由公安机关对加害人给予批评教育或者出具告诫书。告诫书应当包括加害人的身份信息、家庭暴力的事实陈述、禁止加害人实施家庭暴力等内容”(第16条);“公安机关应当将告诫书送交加害人、受害人,并通知居民委员会、村民委员会。居民委员会、村民委员会、公安派出所应当对收到





告诫书的加害人、受害人进行查访,监督加害人不再实施家庭暴力”(第17条);“人民法院审理涉及家庭暴力的案件,可以根据公安机关出警记录、告诫书、伤情鉴定意见等证据,认定家庭暴力事实”(第20条)。

2016年6月20日实施的《湖南省家庭暴力告诫制度实施办法》规定,告诫的适用范围既包括配偶、父母(养父母)、子女(养子女)等家庭成员之间,也包括家庭成员以外具有监护、扶养、寄养、同居等关系且共同生活的人之间发生的暴力伤害行为。该《办法》规定了不予治安管理处罚,但应当依法实施告诫的四种情形:家庭暴力行为情节较轻的;对未成年人、老年人、残疾人、孕期和哺乳期的妇女、重病患者实施家庭暴力情节显著轻微的;主动消除或减轻违法后果,并取得受害人谅解的以及其他应当作出告诫的家庭暴力行为。家庭暴力行为符合告诫情形的,由办案民警按程序制作《家庭暴力告诫书》并送达。对经告诫后拒不改正,再次实施家庭暴力的加害人,公安机关将依法给予治安管理处罚,构成犯罪的将依法追究刑事责任;《家庭暴力告诫书》可以作为人民法院审理涉及家庭暴力案件认定家庭暴力事实的证据;人民法院审理家庭暴力人身伤害刑事案件,在该刑事案件发生之前公安机关曾对加害人进行过告诫的,可以作为人民法院处理该刑事案件的酌定情节。

从告诫的法律属性来看,公安机关针对施暴者进行告诫,是不具有法律约束力的行政指导行为,是非处罚行为、非强制行为,却有指导意义,具备证明效果和震慑效果。告诫制度符合公权力干预家庭暴力的适度性要求,能较好地实现公权力干预家庭暴力的目的。一方面,它以书面形式对施暴者进行震慑、警示和教育,克服以往口头警告约束力不强、效果不明显的问题,能够有效预防家庭暴力的再次发生和恶化升级,切实保障受害人的合法权益。另一方面,告诫制度强调公安机关、基层群众性自治组织和妇联协力对家庭暴力进行事前预防,干预时点较为靠前,有利于及时消除家庭暴力产生的潜在因素;同时告诫制度是一种相对温和的干预措施,只是警示施暴者不得再次实施家庭暴力行为,而不对其权利义务产生实质性影响,有利于维系婚姻家庭关系,促进社会和谐。告诫制度较好地处理了家庭暴力干预措施有效性与维护婚姻家庭关系之间的关系,具有充分的正当性和科学性。设立告诫制度,由公安机关按照规范程序进行调查取证,并对施暴者发出书面形式的告诫书,有利于及时固定家庭暴力的证据,为受害人将来可能面临的民事诉讼提供证据支持。公安机关出具的告诫书因其取得程序的合法性、公文书证的可靠性和相关证据的关联性特征,往往具有更强的证明力,更易于为人民法院认定为实施家庭暴力的证据。

### 三、社会救济

在婚姻家庭领域,公私兼具的救济方式主要是人民调解和强制报告制度。

#### (一)人民调解

人民调解,是指人民调解委员会通过说服、疏导等方法,促使当事人在平等协商基础上自愿达成调解协议,解决民间纠纷的活动。人民调解是国家与社会共同参与的纠纷解决机制。相对于公力救济和私力救济来说,人民调解是国家正式权力与民间非正式权力之间的中间地带,反映了国家与社会之间的交汇与互动,是纠纷解决机制中的第三领域。相对于私力救济,人民调解是国家的一项正式法律制度。国家法律法规通过对人民调解的原则、程序和效力等多方面进行具体规定,促使这种属于民间领域的调解更多地处于官方正式权力的