

## 身体与身份：家暴受害者在离婚诉讼中的法律困境

邓 丽

(中国社会科学院 法学研究所 北京 100720)

关键词：家庭暴力；离婚诉讼；证明标准；损害赔偿

摘要：夫妻间人身暴力是最典型的家庭暴力，由此引发的离婚诉讼蕴含着受害人要求维护人身安全、解除身份关系等多重诉求，涉及《婚姻法》与《反家庭暴力法》的衔接适用。对于此类案件所特有的争点如家暴事实的证明、因家暴解除婚姻关系、家暴损害赔偿等，审判实践应充分吸纳反家暴理念，准确把握家暴事实的证据形式、证明主体和证明标准，力破沿袭已久的“二次诉讼裁判离婚”隐规则，探索更加多元而公允的家暴损害赔偿机制，以更好地回应家暴受害人的诉求，实现反家暴的制度功能和社会效果。

中图分类号：DF529

文献标识：A

文章编号：1004-2563(2017)06-0106-10

### Physical Right and Marital Status: Victims of Domestic Violence in Divorce Proceedings

DENG Li

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

**Key Words:** domestic violence; divorce proceeding; standard of proof; compensation for damages

**Abstract:** Physical violence between spouses is the most typical domestic violence. In this case, the victim requires not only termination of the marriage but also the personal safety that involves the joint application of *Marriage Law* and *Domestic Violence Law* in divorce proceedings. The special issues in such lawsuits include how to prove the violence, whether to approve the divorce and damages because of the violence etc. To deal with them, the judicial practice should insist on the standpoint against domestic violence, be very specific about the forms of evidence as well as the standard of proof and the parties with the burden of proof, depart from precedents that preferring to make a divorce sentence until the parties sue for the second time, and explore more diverse and impartial legal mechanism for damages. In such a way, the needs and requirements of victims would be met better and the function and effect of the legal system against domestic violence would be more significant.

《中华人民共和国反家庭暴力法》(以下简称《反家暴法》)的出台使得防范和抵制家庭暴力成为婚姻家庭领域的一个重要议题。该立法文件的重点是家庭暴力的界定、预防和处置，关注的是“受害人”与“加害人”。但实际上，有相当一部分家庭暴力案件

会进入诉讼离婚程序，如何在此类离婚案件的处理中体现反家暴理念不仅是贯彻实施《反家暴法》的题中应有之义，亦是决定反家暴成效的重要因素。

通常而言，离婚诉讼的争点主要集中在是否离婚、财产分割、子女抚养这几个方面，涉家暴离婚诉

作者简介：邓丽(1980-)，女，法学博士，中国社会科学院法学研究所副研究员，法学研究所性别与法律研究中心副秘书长。  
研究方向：家事法、慈善法。

讼也不例外。但较之一般的离婚诉讼,家庭暴力的存在使得涉家暴离婚诉讼承载着受害人更迫切、更丰富的诉求,并呈现出一些独特的法律适用问题,如家庭暴力的证明、家庭暴力的损害赔偿等。其中最为核心的问题无疑是如何抵制、惩戒并杜绝身份关系屏障下的身体伤害。这不仅是《中华人民共和国婚姻法》(以下简称《婚姻法》)的制度功能,更是《反家暴法》的历史使命,但两法的实施与适用尚未充分融合,旧有司法惯性与现行法律规范之间的脱节、现行法律规范与现实制度需求之间的鸿沟仍横亘在司法领域,给家暴受害人带来额外风险和利益减损。秉持反家暴立场深入剖析涉家暴离婚诉讼中的司法惯性,运用法律思维填补上述理念、制度以及技术层面的鸿沟,有助于在涉家暴离婚裁判领域实现多重价值目标的协调一致和多项制度功能的有机融合。

### 一、涉家暴离婚案件的特点与争点

#### (一) 涉家暴离婚案件的特点

涉家暴离婚案件在案情方面的特点在于,夫妻之间的身份关联被滥用,成为施暴人对受害人实施暴力行为的屏障,故受害人基于家暴事实提出的离婚诉求实际上也蕴含着其脱离暴力控制的人身保护诉求。从法律适用的角度来说,涉家暴离婚案件既是典型的家暴案件又是典型的离婚案件,同一家暴事实的认定会引发多重法律后果。

#### 1. 身份关联成为人身暴力行为的屏障

《反家暴法》第二条规定“本法所称家庭暴力,是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。”倘若不是发生在家庭成员之间,这类侵害法律主体之身体、精神的行为必然受到现代法律体系的全面规制:私法上有民事救济程序,公法上有干预制裁措施。但由于家庭成员间尤其是夫妻间的身份关联成为人身暴力行为的屏障,家暴事实不易被发觉、不易被查证、不易被追责,受害人一方面人身权益严重受损另一方面却四处求助无门。因此,在法理层面,反家暴具有不容置疑的正当性,而在实践层面,反家暴需要迂回借力破冰前行。

#### 2. 典型家暴案件+典型离婚案件

涉家暴离婚案件既是典型的家暴案件也是典型

的离婚案件。根据中国法学会“我国防治家庭暴力情况实证调查研究”项目在重庆、吉林、湖南、海南、贵州、云南六省市的调查统计,法院受理的涉家暴案件有85%-95%表现为夫妻之间的涉家暴离婚诉讼<sup>[1][2]</sup>。换个角度来看,涉家暴离婚案件在离婚案件中的占比也比较高:2013年北京东城、丰台、通州三地法院审结的离婚案件抽样统计显示,涉家暴离婚案件占样本总数(620件)的9%<sup>[3]</sup>;昆明市中级人民法院2016年梳理三年来全市法院离婚案件发现,其中3成涉家暴<sup>[4]</sup>。鉴于涉家暴离婚案件的典型性,《反家暴法》和《婚姻法》都将其作为重点调整对象,分别规定了多重法律后果。

### 3. 同一法律事实引发多重法律后果

作为生活事实的家庭暴力经当事人主张及有效证明,成为具有法律意义、产生法律后果的法律事实。根据具体情节,家庭暴力可能引发民事救济、行政处罚和行政处分以及刑事处罚等多层面的法律后果。在涉家暴离婚诉讼中,家庭暴力产生的重大法律后果包括:(1)《反家暴法》第二十三条和第二十九条规定,当事人遭受家庭暴力或者面临此种现实危险可向人民法院申请人身安全保护令,对被申请人的行为进行相应的限制和规制。(2)《婚姻法》第三十二条第三款第二项规定,家庭暴力是调解无效、准予离婚的法定情形。即,有实施家庭暴力情形,调解无效的,应准予离婚。(3)《婚姻法》第四十六条规定,家庭暴力是请求离婚损害赔偿的法定情形。即,有实施家庭暴力情形,导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿。

#### (二) 涉家暴离婚案件的特有争点

在因家庭暴力导致离婚的诉讼中,“加害人”和“受害人”都成为离婚案件的“当事人”,他们要共同面对和处理的是双方之间的婚姻关系,包括人身关系和财产关系。这时,围绕家庭暴力而展开的两造对抗将聚焦于如下几个方面:

1. 是否存在家庭暴力? 存在家庭暴力是采取反家暴法律措施的前提,也是判决解除婚姻关系的法定条件,还是判决离婚损害赔偿的法定情形,所以是否存在家庭暴力是这类离婚案件的首要争点。进而,一个更加独特的实践问题也随之浮现:同样的证

明标准是否适用于不同的权利诉求?

2. 是否解除婚姻关系? 既然进入离婚诉讼程序,必有一方主张解除婚姻关系,那么关键就在于另一方是否同意离婚,以及法院如何对这一问题进行裁决。在离婚与否的问题上,《婚姻法》相关规定是唯一正当、合理的法律依据,反家暴的立场和目标为其赋予了新的价值和意义,然而在司法实践层面,挽救婚姻关系与反对家庭暴力之间的权衡与抉择复杂而微妙。

3. 因家庭暴力而导致的损害能否获得救济? 当前体制下,家暴受害人行使损害赔偿请求权受到诸多制约,这些限制是否正当、能否突破?

下文将围绕这些争点,结合涉家暴离婚案件的审判实践,分别就家庭暴力的证明、离婚诉求的支持和家暴损害的赔偿探讨如何在此类案件的处理中充分吸纳和体现反家暴理念。

## 二、家庭暴力的证明:准确把握证据形式、证明主体和证明标准

### (一)《反家暴法》第二十条的功能及适用

鉴于涉家暴离婚案件的处理对于反家暴成效影响至巨,本次反家暴立法曾试图从多角度对此进行规范:2014年11月25日国务院法制办公室发布的《中华人民共和国反家庭暴力法(征求意见稿)》〔以下简称《反家暴法(征求意见稿)》〕第二十三条规定“人民法院审理涉及家庭暴力的民事案件,应当合理分配举证责任。受害人因客观原因不能自行收集的证据,人民法院应当调查收集。”第二十四条规定“因家庭暴力导致离婚诉讼的,人民法院应当在财产分割、子女抚养、住房等方面保护受害人的利益。”但是2015年8月24日国务院提交第十二届全国人民代表大会常务委员第十六次会议审议的《中华人民共和国反家庭暴力法(草案)》删去了上述条文。最终2015年12月27日第十二届全国人民代表大会常务委员第十八次会议通过、自2016年3月1日起施行的《反家暴法》没有对涉家暴离婚案件的处理作出综合性的规定,与前述《反家暴法(征求意见稿)》第二十三条、第二十四条大致相仿的位置是《反家暴法》第二十条“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。”

《反家暴法(征求意见稿)》第二十三条关于涉家暴案件举证责任及人民法院依职权取证职责的规定虽粗疏却触及当前涉家暴案件裁判的瓶颈问题,删去此条使反家暴立法失去进一步梳理和充实家暴事实证明规范体系的大好契机。但第二十四条的消隐可谓明智之举,因为涉家暴离婚案件的处理的确太过复杂,不宜亦不易以空泛的、概括的法律条文进行规范,该条规定虽有利于凸显反家暴立场却背离了离婚诉讼裁判应有的精细与平衡。总之,反家暴立法最终放弃了直接规范和干预涉家暴离婚案件裁判的思路,转而呼应反家暴社会干预机制通过扩展家暴证据形式建构起《反家暴法》与《婚姻法》之间的衔接和援引,其间的逻辑是:通过适用《反家暴法》第二十条关于证据形式的规定认定家庭暴力事实,进而适用《婚姻法》关于家庭暴力的有关规定对离婚及离婚损害赔偿诉求进行裁判。

但《反家暴法》第二十条关于证据形式的列举非常有限且来源单一(均由公安机关提供),有逻辑不周、自缚手脚之弊,既不利于凸显反家暴事业之社会联动属性、促进各方主体能动作为,亦不利于家庭暴力的受害人及其法定代理人、近亲属等提高保留证据的意识和举证能力。所幸该条有“等证据”之用语,司法实践中应有效运用这一裁量空间,从而使各机构依法采取的处置措施均可以一定的形式呈现为证明家庭暴力事实的证据,如加害人或者受害人所在单位、城乡基层群众性自治组织、妇女联合会等单位在家庭暴力受害人及其法定代理人、近亲属投诉、反映或者求助时的记录,医疗机构对家庭暴力受害人的诊疗记录等。

### (二)家暴事实证明主体的转换与互动

家庭暴力发生在隐秘的私领域,且受害人处于被侵害、被控制的弱势地位,因此存在举证难、举证不充分的突出问题。事实上,对于任何争取法律保护和法律救济的目标而言,完成举证责任都是当事人的必由路径和关键战役。中国约定俗称的“举证

责任”与比较法视野下的“证明责任”内涵高度一致<sup>①</sup>，均强调法律规范不仅要确定由何方当事人证明案件事实，即行为意义的/主观的/形式的举证责任，而且要规定当事人在证明不力情形下须承担不利法律后果，即结果意义的/客观的/实质的举证责任<sup>②</sup>。从举证责任规则上来说，有举证责任分配、举证责任倒置与举证责任转移之分：举证责任分配是一般适用规则，可简要概括为主张权利存在的人对权利发生的法律要件事实予以举证；举证责任倒置是例外规则，与举证责任分配一般规则相对，证明主体为主张权利存在的一方之相对方，该规则的适用通常以法律有明文规定为前提；举证责任转移则是在相对确定的举证责任分配的前提下，由法官基于公平正义要求对具体案件中的举证责任作出部分转移的裁定<sup>③</sup>。

在全社会联合推动反家暴事业、筹备反家暴立法的进程中，实务界和理论界对于家暴事实的举证责任问题进行了广泛而深入的研讨，其共识集中反映在最高人民法院应用法学研究所2008年发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》（以下简称《审理指南》）和中国法学会反家暴网络2011年发布的《中华人民共和国家庭暴力防治法（专家建议稿）》（以下简称《专家建议稿》）有关条文中。《审理指南》兼顾法理阐释与操作指引，虽非法官裁判案件的法律依据，“但在判决书的说理部分引用，作为论证的依据和素材”<sup>④</sup>，因此对反家暴司法实践具有深远的影响。在举证责任问题上，《审理指南》第四十条在“一定情况下的举证责任转移”项下从抽象和具体两个层面确立了如下规则：1. 尊重涉家暴婚姻案件的特点和规律，合理分配举证责任；2. 原告证明受侵害事实并指认被告为加害人的，举证责任转移至被告，被告无法反证的，应承担不利责任。《专家建议稿》第八十一条充分吸纳上述规则，要求裁判者根据涉家暴案件的特点合理分配举证责任，并明确规定主张存在家暴的一方达到初步证明标准后即

由被指控施暴的一方就家暴事实不存在承担举证责任。较之反家暴进程中一度热议的“举证责任倒置”<sup>⑤</sup>，《审理指南》和《专家建议稿》所采用的举证责任分配规则与举证责任转移规则相结合的规范路径更加贴近涉家暴案件的司法裁判经验，但仅在两造当事人之间考察举证责任远不足以揭示涉家暴案件的真实证明体系，因为裁判者本身所承担的重要证明职责被不当忽视。

在最高人民法院发布的一则指导与参考案例——“方某某与楚甲离婚纠纷案”中，我们可以具体而微地观测涉家暴案件中证明主体的适时变换及其功能融合。该案案情简述如下：原告方某某以被告楚甲实施家庭暴力为由诉请离婚，同时申请人身安全保护裁定。被告否认有施暴行为且不同意离婚，称双方产生纠纷的原因实为原告与案外人朱某发生外遇，由于情绪激动扬言如原告坚持离婚则将对与朱某实施暴力行为。一审法院作出人身安全保护裁定，但为挽救双方婚姻关系判决不准离婚。六个月后，原告以同一理由再次起诉离婚，并以先前的人身安全保护裁定作为家暴事实证据，请求离婚损害赔偿。法院支持了其离婚诉求，但认为原告未能证明具体家暴事实仅酌情判决少许赔偿。被告对解除婚姻关系无异议，但坚称婚姻破裂的原因系对方有外遇而非己方实施家暴行为，上诉请求撤销一审判决中的离婚损害赔偿裁决。二审法院认为，一审法院已查明本案婚姻破裂的原因系原告有外遇，原告唯一指证的家暴事实系被告去朱某家寻找原告时与朱某发生冲突，而一审法院发布的人身安全保护裁定是基于家暴威胁而非家暴事实，不能作为原告证明家暴事实的证据，因此支持被告的上诉请求，撤销一审判决中有关离婚损害赔偿的内容<sup>[7]PP195-197</sup>。在这则案例中，原告、被告和一审法院（法官）均对是否存在家暴事实以及是否由此导致婚姻关系破裂展开了证实或证伪工作，最终三方的作为及其结果汇聚为二审程序中的事实依据。二审

①2015年最高人民法院公布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》采用“举证证明责任”的提法，亦可视为“举证责任”与“证明责任”两者同质融合的例证。

②引自最高人民法院应用法学研究所2008年发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》“前言”。

法院否定了案中人身安全保护裁定的证明效力,最终根据一审法院查明(而非根据举证规则推定)的事实作出终审判决。此案不仅彰显了双方当事人举证责任上的互动,而且凸显出法院在涉家暴案件中的证明职责及其效用,指导与参考价值殊胜。

《反家暴法(征求意见稿)》第二十三条见弃使得《反家暴法》未能就家暴事实举证问题作建设性拓展,但家暴事实证明主体规范仍得以通过法律规定、司法解释和司法文件相继确立:如《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条确立“谁主张、谁举证”的举证责任分配基本规则,同时赋予人民法院调查取证职权;最高人民法院2002年公布的《关于民事诉讼证据若干问题的规定》第二条区分出举证责任的行为意义和结果意义;最高人民法院应用法学研究所2008年发布的《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》第四十条明确规定举证责任的转移规则,最高人民法院2015年公布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条、九十一条分别规定举证责任的意义和举证责任的分配,第九十二条、九十四条、九十六条明确涉及身份关系的有关事实、当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的其他证据可由人民法院依职权调查收集等。综合这些条文,我们不仅要肯认而且应珍视裁判者对涉身份关系事实问题所承担的调查取证职权,从更加宽广和灵活的角度——证明主体的转换与互动——对举证责任分配与举证责任转移的家暴证明机制加以充实和完善。

### (三) 家暴事实证明标准的辩证分析

在证据形式、证明主体之外,家庭暴力事实认定的另一个关键问题是证明标准。即便是同样的证据来源和证据形式,如果采用不同的证明标准,事实认定结果可能也会归于不同。民事裁判证明标准与刑事裁判证明标准的区分正肇因于此,一般而言,刑事诉讼中认定家庭暴力事实适用排除合理怀疑的标准(beyond reasonable doubt),而民事诉讼中认定家庭暴力事实则适用高度盖然性标准(preponderance of the evidence)。然而,区分民刑证明标准这一共识并不足以指引涉家暴离婚案件的证明标准,这里的挑战在于:在同一法域,对同一法律事实的证明,应否针对不同裁判要旨有所区分?如需区分,则依照何

种规则进行区分,孰宽孰严?

事实上,民事诉讼领域业已确立依据争议性质采取不同证明标准的模式,其基本规则为:对涉及人身关系的诉讼采取比较严格的证明尺度,对涉及一般财产关系的诉讼则采取比较宽松的尺度<sup>⑧</sup>。这与民刑证明标准的区分一脉相承:对于涉及人身权益的裁判需更加谨慎。由此而论,较之因家庭暴力而诉请损害赔偿,因家庭暴力而诉请离婚似应适用更高证明标准?但在笔者看来,这恰是一个似是而非的悖论。原因有二:

其一,受害人因家庭暴力而诉请离婚,其诉求有明有暗,明者是解除其与加害人之间的婚姻关系,暗者是脱离加害人的暴力控制或暴力威胁。解除婚姻关系属于身份争议,自应谨慎行事,可脱离暴力控制事关人身安全,却是迫切严峻,此时婚姻秩序与个体生存权发展权相较,显然应以后者为优先,如以更高证明标准苛责之岂非南辕北辙?

其二,根据现行离婚法律制度,离婚损害赔偿请求权的行使以诉请离婚并获准解除婚姻关系为前提,那么在实务中,凡是进入家暴损害赔偿环节的案件实则都已在解决离婚争议时针对家庭暴力事实进行了举证、质证和认证,不存在因系财产争议而降低证明标准之必要。而且,从证明内容的角度来说,以家庭暴力为由诉请离婚在举证责任方面应更加强调存在加害人实施家庭暴力的事实,损害后果并非必要要件,而诉请离婚损害赔偿需要承担更加广泛的举证责任,尤其是加害行为造成一定的损害后果。所以说,因家庭暴力诉请离婚与因家庭暴力诉请损害赔偿,在证明对象上存在一定的重叠同时也存在一定的差异,证明标准则同属民事诉讼程序通行的高度盖然性标准。

至于因家庭暴力申请人身保护令,其临时性、应急性类似于民事诉讼程序中固有的保全措施,但其保护对象系受害人的身体权、健康权乃至生命权,在法律价值上位阶更高,因此申请人身保护令的证明标准应合乎情势,学界一般认为采用较低证明标准“合理证明”(reasonable proof)即可<sup>⑨</sup>。

由此可见,虽然涉人身争议须谨慎裁判这一传统认识体现出裁判主体对人身权益、身份关系的特别关

注 蕴含着法律的人文关怀,但如果机械理解为涉人身争议需采更高证明标准,则显然与反家暴之立场和使命不符。在这一特殊领域,对人身权益的保护是首要的价值目标,被用来屏蔽人身伤害的身份关系当属滥用,应及时予以清除,而非假谨慎之名姑息放纵。

### 三、离婚诉求的支持:力破“二次诉讼裁判离婚”隐规则

#### (一)“法定情形”的不确定法律效果

根据《婚姻法》第三十二条和第四十六条的规定,实施家庭暴力是调解无效、准予离婚的法定情形,亦是无过错方请求离婚损害赔偿的法定情形。所谓法定情形,是指法律已就该情形下的裁判规则作出明确指引,故就法律逻辑而言,确认该情形的存在即导致相应的裁决,进而发生相应的法律后果。以离婚法定情形为例,有学者将其概括为绝对离婚主

义,即“只要原告举证证明其婚姻关系中发生法定离婚事项之一项或多项,法官就必须作出准许离婚的判决,不享有自由裁量权”<sup>[10]</sup>。由此,我们可以将上引婚姻法律规范解读为:确认存在家庭暴力,又经调解无效,法官即应作出离婚判决,并支持无过错方的损害赔偿请求。

但从有关调查数据来看,司法实践与法律规范之间存在不小的差距。根据中国法学会“我国防治家庭暴力情况实证调查研究”项目组于2014年披露的情况,笔者对重庆、云南、湖南、贵阳四省市涉家暴案件司法裁决2008-2010年抽样调查数据进行溯源、检验和统合(见表1),着重从“判决不离婚案件占比”和“损害赔偿案件占比”两个指标考察家庭暴力作为法定离婚理由和法定离婚损害赔偿情形在司法实践中的落实和执行情况<sup>③</sup>。

表1 四省市涉家暴司法案件处理结果汇总(单位:%)

地区 (样本数)	调解和好 案件占比	调解离婚 案件占比	判决离婚 案件占比	判决不离婚 案件占比	撤诉案件 占比	驳回起诉 案件占比	损害赔偿 案件占比	损害赔偿案件 在获准离婚案 件中占比
重庆市四地区 法院(1276件)	2.20	26.04	17.69	17.84	18.47	17.76	0.24	0.54
云南省三地区 法院(1422件)	35.60	19.57	11.45	19.82	12.94	0.62	13.22	50.27
湖南省四地区 法院(481件)	25.16	19.54	33.26	11.64	8.52	1.87	7.90	14.96
贵阳市某区 法院(45件)	2.22	31.11	8.89	20.00	37.78	0.00	0.00	0.00

③这项调查结果发表于参考文献[1]所引著作,其抽样统计数据覆盖六省市(重庆市、吉林省、湖南省、海南省、贵州省、云南省)三机构(法院、妇联、司法所)2008-2010年涉及家庭暴力案件及纠纷的情况。重庆市数据见于该著第53页、第66页,云南省数据见于该著第260页,湖南省数据见于该著第168页,贵阳市数据见于该著第237页、第241页。

本文从中援引法院涉家暴案件审理数据时,做了以下三方面的检验、甄别和整合:(1)区分法院、妇联和司法所各机构的数据。由于书中披露的海南省、吉林省调查数据不能进行此项区分,故予以剔除,仅保留重庆市、湖南省、贵州省、云南省四地调查数据。(2)区分来自法院的涉家暴案件数据和涉家暴离婚案件数据,原则上以涉家暴离婚案件数据为统计口径(如湖南省、贵阳市数据均经过验证)。但是由于原著披露案件处理结果时往往以涉家暴案件数为基准,在根据书中信息不能完全溯源原始数据时,保留了重庆市、云南省两地涉家暴案件统计口径,谨说明如下:重庆市四地区法院涉家暴案件数为1276件,而涉家暴离婚案件数则为1230件;云南省三地区法院涉家暴案件数为1422件,而涉家暴离婚案件数则为1207件。由于涉家暴案件数大于涉家暴离婚案件数,故重庆市、云南省两地的“判决不离婚案件占比”指标实际上比文中列表所示数值还要更高一些,与本文认为判决不离婚案件占比过高的论证方向一致。(3)推导计算了损害赔偿案件在获准离婚案件(包括调解离婚案件和判决离婚案件)中所占比例。由于原调查数据中“损害赔偿案件”包括非夫妻之间家暴损害赔偿案件,故重庆市、云南省两地的“损害赔偿案件在获准离婚案件中占比”指标实际上比文中列表所示数值还要更低一些,与本文认为判决损害赔偿案件占比过低的论证方向一致。

分析表1数据,我们可以得出这样两个方面的认识:(1)法院受理的涉家暴案件中,判决不离婚的案件占比在10%—20%之间,而且更加趋近于上限,均值达到17.33%。而从处理结果的分类来看,还有调解和好、调解离婚、判决离婚、撤诉和驳回起诉五种类型,可见归入判决不离婚的案件已是经程序上的分流(撤诉和驳回起诉)、实体上的疏导(调解)之后的案件,此时双方当事人仍在离婚与否问题上存在不可调和的分歧,而法院作出了不准离婚的判决。即便考虑到个案中存在的特殊情形,司法实践中对于涉家暴案件判决不离婚的比例仍然过高,明显与婚姻法将家庭暴力作为法定离婚理由的立法意旨相悖。(2)因家庭暴力而获得离婚损害赔偿的案件占比非常不均衡,有的地区无一例,有的地区不足1%、情况较好的地区约在10%左右。考虑到现行法律制度要求提出损害赔偿必须以离婚为前提条件,为进行更加精准的研究,笔者根据有关数据推导计算了因家庭暴力而获得损害赔偿的案件在所有获准离婚案件(包括调解离婚和判决离婚)中所占的比例,重庆市、云南省、湖南省和贵阳市该项指标分别为0.54%、50.27%、14.96%和0.00,仍然表现出极不均衡、总体偏低的特点。此种情形显然与“有损害必有救济”的法理不合,也与婚姻法将家庭暴力作为离婚损害赔偿法定情形的制度目标不相符。数据表明,司法实践中对于涉家暴案件判决不离婚的比例过高,明显与《婚姻法》将家庭暴力作为法定离婚理由的立法意旨相悖,同时因家庭暴力而获得损害赔偿的案件则占比过低,显然与“有损害必有救济”的法理不合,也与《婚姻法》将家庭暴力作为离婚损害赔偿法定情形的制度目标不相符。

上述调查数据强有力地印证了“二次诉讼裁判离婚”隐规则,即,对有争议的初次离婚诉请人,人民法院一般判决不予离婚,判决生效六个月后再次提起诉讼的,人民法院一般判决准予离婚<sup>[1]</sup>。“我国防治家庭暴力情况实证调查研究”项目组的访谈表明,涉家暴离婚案件的裁决中明显存在这种司法惯性,而且这种惯性因家庭暴力难以认定的障碍而得

以强化。吉林地区的访谈显示,对于涉家暴离婚案件,除了经调解双方同意离婚或者有十分强有力的证据证明可以离婚外,有部分法官一般会选择判决不准离婚<sup>[1]P109</sup>。云南地区的基层法官也介绍说,由于家庭暴力认定困难,他们主要通过调解解决,如不能调解,则对第一次起诉的案件大多判决不离,受害者半年后再起诉,则以其他理由如分居达两年等判决离婚<sup>[1]P285</sup>。

## (二) 成因分析与突破契机

涉家暴离婚诉讼实践中判决不离婚比例过高、损害赔偿比例过低的问题,是法律文本、司法倾向和诉讼策略等因素交互影响、共同作用的结果。

首先,在《反家暴法》出台之前,司法系统在认定家庭暴力时主要依据《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)》(以下简称最高院婚姻法解释一)第一条,该条在界定何为家庭暴力时侧重列举身体暴力的形式,而且以造成一定伤害后果为条件。这种限缩性的界定和解释使得家庭暴力的法律概念及法律规范在适用范围上大大受限,表现在司法实践中就是举证责任和证明标准难以企及。前引调研发现,贵阳市某区法院45例涉家暴离婚案件中,有11例的受害人提交了受伤照片或病历资料,其余2例的受害人进行了个人陈述,最终法官对遍体鳞伤的受害人深表同情却没能成功认定1例家庭暴力,即便准予离婚也是以其他理由进行判决的<sup>[1]P241</sup>。

即使家庭暴力本身得以认定,根据《婚姻法》第四十六条和最高院婚姻法解释(一)第二十九条的规定,受害人要行使损害赔偿请求权还必须符合另外两个条件:提出离婚诉求(并最终获准离婚);自身无过错。在另外一项实证研究中,有学者发现诉请离婚损害赔偿案件在因家庭暴力而导致离婚的案件中比例不到1/3,认为其原因正在于:以“离婚”为行使损害赔偿请求权的前提使得受害人在婚内无法获得救济,而关于“无过错”的限定条件又使那些存在或可能存在“过错”的受害人提起损害赔偿诉求

受限<sup>④</sup>。

重重限权的法律文本传递出的讯息无疑会加强传统求和文化下的谨慎司法倾向,由此形成所谓的“二次诉讼裁判离婚”隐规则。这一隐规则的存在给提出离婚诉求的家暴受害人带来额外风险:法律规定存在家庭暴力调解无效应判决离婚,一旦司法审判不能及时兑现此允诺,则诉请离婚遭拒的家暴受害人不得不“回归”充满暴力与伤害的婚姻关系,其处境之险恶可想而知。正因如此,基于不明确不乐观的预期,家暴受害人往往会选择保守、隐忍的诉讼策略:要么担心提起离婚诉讼却未能获准离婚反而招致报复,宁愿选择其他救济措施或者抱着施暴者可以改正的希望而继续忍受,要么决意提起离婚诉讼但是担心提出离婚损害赔偿反而达不到解除婚姻的目的,因此放弃赔偿请求。

要打破上述消极影响的因应链条,立法层面的突破和司法层面的反思都必不可少。《反家暴法》第二条虽仍有不足,但其无疑确立了更加坚决、更加有力的反家暴立场<sup>⑤</sup>。司法层面应充分吸纳反家暴立场,勇于破除潜在的、隐性的“二次诉讼裁判离婚”司法惯性,同时辅以全面、准确宣讲法律权益,使家庭暴力受害人真正有勇气、有能力运用法律武器捍卫自己的人身安全,维护自己的合法权益。

四、家暴损害的赔偿:探索更加多元而公允的救济机制

#### (一) 诉权行使

《婚姻法》第四十六条规定的离婚损害赔偿制度曾被寄予深切厚望,但其后在实施效果上则与理论界和实务界的期待相去甚远,甚至由此引发该条存废之争。主张废除该条的观点认为,对于夫妻间的一般侵权行为和同居关系中存在的家庭暴力根据侵权责任法和反家庭暴力法提起一般侵权损害赔偿即可,该条的功能完全可以被一般侵权法包容吸收,

且后者提供的救济更加充分和便利<sup>[2]</sup>。主张保留该条的观点则认为,婚姻家庭的身份性、伦理性决定一般侵权责任制度不宜直接适用于解决离婚损害赔偿问题<sup>[3]</sup>,增设婚内损害赔偿制度亦不能取代法定严重过错行为导致婚姻破裂的离婚损害赔偿,离婚损害赔偿制度有其独立的功能,在离婚救济制度体系中发挥着不可替代的作用,应予完善而非废止<sup>[4]</sup>。

在笔者看来,探讨家暴损害赔偿请求权的行使应区分不同层面:在应然层面,家暴损害赔偿请求权应自由行使,任何区别于人身损害赔偿请求权的特殊限制都是不适当的,因为个体的人身权益不应因婚姻关系的缔结而受到减损,也就是说同样的本体性权利理应有同样的救济性权利作为保障;在实然层面,家暴损害赔偿请求权应谨慎行使,需在专业而务实的指导和协助下根据具体案情选择适当时机,以使受害人在确保人身安全的前提下获得应有的法律救济。不过从辩证的角度来看,实然层面的个案抉择恰恰要有应然层面的自由空间作为前提和保障。归结起来,家暴损害赔偿制度还是应当确立自由诉权,法律不应“迫使婚姻关系主体在提请终结婚姻关系与请求配偶侵权损害赔偿之间作出选择”<sup>[5]</sup>。

实际上,中国《婚姻法》明确肯认夫妻在婚姻关系中具有平等而独立的主体地位,推演之下婚姻关系中的侵权行为自应产生赔偿责任,这在法律逻辑上是毫无障碍的。但《婚姻法》同时又规定婚姻关系主体之间的损害赔偿请求需以离婚法律后果为前提,明显偏离了前述法律逻辑,其背后的理由(或曰成见)往往是认为婚姻关系存续期间夫妻共同财产不可分割因此不具有支持侵权损害赔偿的现实可能性。然则这一成见在细致审慎的思辨之下是无法立足的:首先,根据现行法律规定,夫妻财产制是可选择的、开放性的,因此每个婚姻关系之中的财产结构、

④该研究考察了某基层法院2001-2010年1000份离婚判决书,发现197件案件当事人主张认定夫妻暴力,但仅有59个当事人同时以夫妻暴力为由诉请离婚损害赔偿。参见林建军《规制夫妻暴力民事立法的功能定位与制度完善》,《中国法学》2012年第6期。

⑤长期在司法战线推动反家暴进程的最高人民法院陈敏法官对《反家暴法》第二条关于家庭暴力的界定之利弊进行了全面的总结和归纳:现行立法的进步在于将精神暴力纳入家庭暴力的表现形式,将共同生活者纳入家庭暴力主体,且家庭暴力的构成不再以造成身体或精神伤害为后果;而其不足则在于将谩骂规定为精神暴力不够科学,家庭暴力主体中遗漏了离异配偶和非同居恋人,家庭暴力表现形式中遗漏了性暴力。参见陈敏《对家庭暴力定义的司法认知》,《人民司法》2016年第10期。



财产关系都是不确定的,一味抱持夫妻财产一体的观念显属刻板印象。其次,即使夫妻之间没有进行财产约定,现行法律规定的法定财产制也并非单纯的共同财产制,而是夫妻共同财产与各方个人财产混合制,既然权属有别自可于彼此间依法流转,人民法院作出生效判决正是此类财产流转的重要法律依据。再次,即使个人财产阙如或不足,侵权主体在夫妻共同财产中享有的份额亦可作为赔偿财产,此时侵权损害赔偿成为分割夫妻共同财产、改变夫妻财产份额的法律事实。因此,正如夫妻关系不应成为家庭暴力的现实屏障一样,夫妻财产制不应成为否定家暴损害赔偿请求权的制度屏障。实际上,中国司法实践领域确已有少量案例运用侵权行为法律规范处理离婚当事人提出的侵权损害赔偿之诉或离婚后针对前配偶提出的侵权损害赔偿之诉,但多适用于违反夫妻忠实义务的情形<sup>⑥</sup>,尚未见适用于家庭暴力损害赔偿之诉。从侵权行为法的角度来看,家庭暴力具有持续性侵权、累积性损害等显著特点,终将在长期的法律演进中逐渐被形塑为一种特殊的侵权案件类型<sup>[6]</sup>,而前文所探讨的独特而渐趋成熟的家暴事实证明规则无疑会助力家暴侵权案件走向类型化,并最终成为此类侵权案件裁判规范的重要组成部分。

当前,中国《反家暴法》在保护家暴受害人方面的努力为确立家暴损害赔偿的自由诉权提供了非常必要且重要的保障,我们已有条件探索家暴损害多路径救济模式。在实践层面,家暴损害赔偿请求权的行使与裁判必须将确保家暴受害人的人身安全纳入考量,将制度资源转化为现实权益。这意味着,家暴受害人及其诉讼代理人必须充分评估特定时空下行使损害赔偿诉权所面临的风险,并采取必要的措施(包括《反家暴法》提供的人身保护令机制)防止施暴方的进一步伤害。人民法院在受理和裁判此类案件时,则应向当事人充分释明评估和防范家暴风险的必要性和重要性,并确保当事人依法获得相应的保护和保障。

## (二) 公允救济

将家庭暴力损害赔偿与婚姻关系解除之间的制

度性纽带松绑之后,还需运用高超的司法技术处理夫妻财产公平分割与家庭暴力损害赔偿之间的关系。两者都是对财产权益的处理,但两者的法律依据与法律性质具有明显差异:财产分割是在离婚之际改变夫妻对婚姻财产的共同共有状态,依据夫妻财产制度和夫妻财产分割原则对这部分财产重新划分权属及分割利益,使原共有者的财产权益在分别所有的情形下达致均衡,从当事人的视角来说是从共有财产中取回自己的份额;损害赔偿则是对夫与妻之间发生的侵权损害后果予以救济,依据民事法律规范、侵权法律规范或婚姻法律规范令加害方通过多种民事责任形式(通常表现为财产责任但并不局限于此)承担损害赔偿赔偿责任,加害方履行此种损害赔偿责任的财产应为其个人财产,从当事人的视角来说是对曾经发生的伤害或损害加以弥补。也有学者指出,财产分割不与当事人过错挂钩,而离婚损害赔偿则与当事人的过错联系紧密<sup>[7]</sup>。自制度功能本身而言,此论有一定的道理,但是对于那些无法进入损害赔偿救济程序而又确实违背配偶义务损害夫妻关系的过错,在财产分割中是可以适当考虑的。因为夫妻法律关系本就包含人身和财产两个方面的权利与义务,婚姻中的过错既可视作侵权也可视为“违约”,侵权诉讼所不能救济的,应可通过离婚财产分割时对婚姻过错方适当少分财产这种“违约”惩罚来予以救济。

但无论如何,一方主体不能基于同一原因既在财产分割中获益又在侵权赔偿中获益,因为民事损害赔偿的制度功能仅在于弥补损害,通过损害赔偿机制获得溢出损害之外的收益与该制度的宗旨相悖。从赔偿请求权竞合的权利实践来说,当事人在起诉之前就必须选择诉由,一旦选定即使未获赔偿或赔偿不足,也不能再主张适用另一种请求权对同一损害进行救济<sup>[8]</sup>,因为民事诉讼法的原则之一即是一事不再理<sup>[9]</sup>。这种责任竞合的限制对司法裁判也提出相应的要求,即,涉家暴离婚诉讼的裁判应着意区分夫妻财产分割与家暴损害赔偿。在司法审判实践中,可通过对财产分割与损害赔偿的顺位、因素等进行区分和安排以避免对

<sup>⑥</sup>四川省成都市成华区人民法院裁判的余某某诉钟某一般人格权纠纷案、最高人民法院作为典型案例发布的周某诉张某离婚后损害责任纠纷案均为此类案件,参见参考文献[7]所引著作,第200-202页。

同一损害重复赔偿。一般而言,财产分割在先,损害赔偿在后,如此可确保加害方以其个人财产承担损害赔偿赔偿责任。分割共同财产时,须在法律规定的框架内考虑多种因素,如财产取得时间、财产来源、财产性质、财产用途、婚姻存续期间、子女成长所需等,但夫妻间的侵权损害赔偿问题应单独考量。相关裁判文书(无论是判决书还是调解书)亦应详细列明夫妻共同财产分割状况和家暴损害赔偿赔偿责任,以及两项裁判各自的事实根据、法律依据或当事人之间的协议。如此,则财产得以分割、损害得以平复,离婚事件真正成为当事人理性解除婚姻关系、彻底解决彼此争端的有效法律路径。

## 五、结语

涉家暴离婚案件的处理既包含对离婚诉求的回应,也包含对家庭暴力的惩戒,关乎《婚姻法》与《反家暴法》的衔接适用。两法虽已分别规定发布保护令、解除婚姻关系、支持损害赔偿等多种救济手段,但缺乏整体性的制度建构和规范协调,不足以打破旧有司法惯性,亦不足以指引具体诉讼实践。当此之际,司法裁判机关应综合运用多种法律理念、法律逻辑和司法技巧,在家庭暴力的证明、离婚诉求的裁判、损害赔偿的落实等方面充分而积极地发挥现行法律规范的效用并参与探索未来制度层面的创新与构建。

## [参考文献]

- [1]陈苇主编.我国防治家庭暴力情况实证调查研究——以我国六省市被抽样调查地区防治家庭暴力情况为对象[M].北京:群众出版社,2014.
- [2]颜斐.近四万家事案件离婚占一半[N].北京晨报,2015-11-22.
- [3]蔡靖妮、刘红春.近三成离婚案与家暴有关[N].昆明日报,2016-03-03.
- [4]李浩.《民事诉讼法》修订中的举证责任问题[J].清华法学,2011(3).
- [5]程春华.举证责任分配、举证责任倒置与举证责任转移——以民事诉讼为考察范围[J].现代法学,2008(2).
- [6]陈丽平.委员建议家庭暴力举证责任倒置[N].法制日报,2005-08-27.
- [7]吴晓芳主编.婚姻家庭继承案件裁判要点与观点[M].北京:法律出版社,2016.
- [8]张显伟.民事诉讼证明标准层次化分析[J].广西社会科学,2009(3).
- [9]冯俊伟.论促进家庭暴力认定的证据机制——以诉讼行为的激励作用为视角[J].法学杂志,2015(5).
- [10]蒋月.论我国现行法定离婚理由立法主义[J].东方法学,2009(4).
- [11]刘敏.二次离婚诉讼审判规则的实证研究[J].法商研究,2012(6).
- [12]马忆南、贾雪.婚姻法第四十六条实证分析——离婚损害赔偿的影响因素和审判思路[J].中华女子学院学报,2016(1).
- [13]雷春红.新中国六十周年离婚法学论争纪实与评述[J].河北法学,2010(3).
- [14]陈苇、张鑫.我国内地离婚损害赔偿制度存废论——以我国内地司法实践实证调查及与台湾地区制度比较为视角[J].河北法学,2015(6).
- [15]Stuart v. Stuart 421 N. W. 2d 637( Wis. 1988).
- [16]Clare Dalton. Domestic Violence Domestic Torts and Divorce: Constraints and Possibilities[J]. *New England Law Review* 31( 1996-1997).
- [17]龙翼飞、侯方.离婚救济制度的辨析与重构[J].法律适用,2016(2).
- [18]谢鸿飞.违约责任与侵权责任竞合理论的再构成[J].环球法律评论,2014(6).
- [19]吴庆宝.论侵权责任与违约责任竞合的限制[J].法律适用,2002(8).

责任编辑:绘山

## 更正

《妇女研究论丛》2017年第5期封二中,中国妇女研究会办公室在京召开贯彻落实习近平总书记“7·26”重要讲话精神专题座谈会时间应为2017年9月25日。

《妇女研究论丛》编辑部

2017年11月10日