

关于《杭州市预防和制止家庭暴力条例 (草案)》的论证报告(书面)

(2009年10月27日在杭州市第十一届人民代表大会
常务委员会第十八次会议上)

杭州市人大常委会立法咨询委员会

杭州市人大常委会:

我委于2009年9月3日接受杭州市人大法制委下达的关于《杭州市预防和制止家庭暴力条例(草案)》的论证任务后,便于9月5日落实了论证人与审定人。经论证人于9月6日至9月18日的论证、立法咨询委员会于9月20日的讨论及随后审定人的审定,现提出本《论证报告》,仅供审议参考。

论证法案:

《杭州市预防和制止家庭暴力条例(草案)》

论证范围:

1、制订本《条例(草案)》的必要性和重要性如何?

- 2、本《条例（草案）》的内容与上位法是否一致？
- 3、本《条例（草案）》的总体结构与内在逻辑是否明晰？
- 4、本《条例（草案）》的语言、文字表达是否规范？
- 5、其他需要论证的事项。

论证依据：

1、《中华人民共和国立法法》（2000年3月15日第九届全国人民代表大会第三次会议通过，自2000年7月1日起施行）；

2、《中华人民共和国婚姻法》（1980年9月19日第五届全国人民代表大会第三次会议通过，根据2001年4月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议《关于修改〈中华人民共和国婚姻法〉的决定》修正）；

3、《中华人民共和国妇女权益保障法》（1992年4月3日第七届全国人民代表大会第五次会议通过，根据2005年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议《关于修改〈中华人民共和国妇女权益保障法〉的决定》修正）；

4、《中华人民共和国老年人权益保障法》（1996年8月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过，1996年8月29日中华人民共和国主席令第73号公布，自1996年10月1日起施行）；

5、《中华人民共和国未成年人保护法》（1999年6月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过，1999年6月28日中华人民共和国主席令第17号公布，自1999年11月1日起施行；

6、《中华人民共和国治安管理处罚法》（2005年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过，2005年8月28日中华人民共和国主席令第三十八号公布，自2006年3月1日起施行）；

7、《浙江省地方立法条例》（2001年2月16日浙江省九届人大四次会议于通过，自2001年3月1日起施行。）

论证参考文件：

- 1、《宁波市预防和制止家庭暴力条例》
- 2、《吉林省预防和制止家庭暴力条例》
- 5、《重庆市预防和制止家庭暴力条例》
- 6、《海南省预防和制止家庭暴力规定》
- 7、《辽宁省预防和制止家庭暴力规定》
- 8、《河北省预防和制止家庭暴力规定》
- 9、《青海省预防和制止家庭暴力条例》
- 10、《内蒙古自治区预防和制止家庭暴力条例》

论证意见：

第一部分 对《条例》草案的评价

一、关于制定本《条例》的必要性和重要性

家庭是社会的细胞，家庭关系的融洽与和谐是整个社会和谐和稳定的基础。作为存在于家庭成员间的一种极端现象，家庭暴力不仅破坏了家庭成员之间自由平等的关系，同时，也在一定程度上影响着社会的和谐和稳定，因此，在论证过程中，委员们认为，通过立法来预防和制止家庭暴力，有其现实意义和客观要求。但纵观《杭州市预防和制止家庭暴力条例（草案）》全文，大多数委员认为该草案尚不成熟，理由如下：

（一）立法调研不够，准备不充分

法律是用来调整社会关系的，法律的内容必须尽可能切实地反映社会关系，体现民众意愿。同时，法律并非万能，社会生活的运行在大多数时候由道德调整，法律只对那些道德难以有效解决的问题进行介入，并且其介入程度限于必要，以确立底线性规则为主。所以，任何法律的制定，都必须先理清社会关系的状况，并梳理其症结，以研判其必要性。预防和制止家庭暴力立法涉及千家万户，关乎家庭和谐、稳定，必须持相当的慎重态度。因此，在立法前，需要对所覆盖区域家庭暴力的状况、趋势、现有机制的主要问题等事项进行深入调查，调查样本必须具有相当的代表性，以尽可能真实、全面、准确地反映社会现实。

从本《条例（草案）》的说明（以下简称《说明》）来看，在本《条例（草案）》的制定过程中，立法部门依托的关键调研数据来源于杭州市妇联所作的 2487 份问卷调查，取样非常有限。在样本分析上，也缺乏针对性，比如对家庭暴力的多发区域、多发群体等都未作有效区分和分析。虽然《说明》中同时援引了妇联系统受理信访和公安机关接受 110 报案的统计数据，但过于概括，既没有清楚表明当前杭州市家庭暴力的状况，也未理清近年来的变化态势，同时对杭州市与其他类似区域的差异缺乏认识。在这样的前提下，难以确认家庭暴力现在已经成为杭州突出的社会问题，以至于需要立即动用立法手段加以规制这一事实，也就是说现有调研不足以说明杭州市预防和制止家庭暴力条例的立法时机已经成熟。

（二）规则设计未能与立法目标相匹备

法律制度要在其所覆盖的区域发生效力，应当尽可能明确、具体，以增强守法者的可预测性和执法结果的确定性。否则，不当的规则设置，非但无益于现实问题的解决，反而可能成为民众头上的绳索，成为腐败滋生的制度来源；或者使法律成为完全的文本摆设。就预防和制止家庭暴力地方立法来说，我国现行全国性立法和许多地方立法皆有所涉及，但这些立法不仅存在对家庭暴力施暴者的惩罚力度不够、对家庭暴力受害者的民事救济措施不足等问题，而且在内容上多宣言性和宣示性条款，可操作性不强，从而使预防和制止家庭暴力停留于形

式上，实际的效果并不理想。在这样的背景下，杭州市的相关立法只有根据本地实际情况，有针对性地解决前述全国性和地方性立法存在的问题，才能体现其特色和意义。

虽然《说明》中提到，现有立法中涉及家庭暴力预防和制止的内容过于原则，缺乏可操作性，所以有必要制定一部符合我市实际情况的预防和制止家庭暴力地方性法规。但纵观《条例（草案）》全文，一方面涉及预防家庭暴力的内容基本缺失，另一方面制止家庭暴力方面的规定也过于原则，缺乏可操作性。有关单位的职责规定多数是现有法律相关条文的简单重复，新设或补充的细化规定极少，部门与部门之间缺乏分工界定，有关机构设置及相应经费保障规定不具体，法律责任规定也仅停留于一般性的陈述，这些问题都会给往后的实施带来重大困难。

（三）立法尚存在未解决的重大理念难题

长期以来，家庭被认为是私人领域，其成员相互间的关系实行家庭自治并主要交由道德加以调整，从而在整体上排斥国家权力的介入并由此确立了国家法的界限。虽然近些年来，国外针对家庭暴力的立法也在兴起，我国一些省、市也通过了专项法规，但家庭问题依然在整体上被视为私人领域，并属于民族特性最强的领域之一。在此领域，法律与道德该保持何种关系，公权力的介入程度如何确定，这些都是难解之题，但又是反家庭暴力立法的必备前提。在没有对这些问题做出合理解答

之前，任何立法都可能因缺乏正当性基础而变得危险。家庭暴力事件中的当事人可能会对政府权力介入家庭关系甚至进入公民住宅执行公务，提出种种质疑，这个领域的权利与权力冲突也就不可避免。

在我国，无论理论界还是实务界对家庭暴力立法予以了较高程度的关注，但就如何解答前述难题、如何设置具体规则等则还未能形成足够的共识。就杭州市预防和制止家庭暴力地方性立法而言，虽然不少人会从宏观层面认可立法的必要性，但对其具体内容安排则缺乏讨论，更缺乏足够的共识。此外，根据我国宪法、立法法和其他相关法律，杭州市拥有地方立法权，但其立法机关在我国立法机关体系中处于底端，权限相当有限。在此情况下，诸多本应由立法予以规制的问题可能会因为超越地方立法权而不得不从相关法律文本中除去。在此情形下，匆忙地出台预防和制止家庭暴力条例有失恰当。

二、关于本《条例（草案）》内容的合法性

本《条例》草案整体上与上位法和相关法没有抵触，但有些部分内容尚需斟酌，具体参见本部分“关于本《条例（草案）》的几处主要问题”中之相关内容。

三、关于本《条例（草案）》的总体结构、逻辑性及文字表达

本《条例（草案）》在总体结构和内在逻辑上基本完整、清晰。

本《条例（草案）》的文字表达存在部分欠规范之处，具体参见本论证报告第二部分“关于本《条例（草案）》的具体修改意见”。

四、关于本《条例（草案）》的几处主要问题

第一，我国《治安管理处罚法》明确规定了实施治安处罚的条件，该法第四条还规定：“在中华人民共和国领域内发生的违反治安管理行为，除法律有特别规定的外，适用本法”。因此，地方法规对治安处罚的实施条件无权予以增减。《条例（草案）》第十五条第四款第三项规定：“违反治安管理规定的，受害人提出请求的，依照《中华人民共和国治安管理处罚法》予以行政处罚”。此项对家庭暴力违反治安管理规定的行为，增设“受害人提出请求的”为予以行政处罚的附加条件，与前述《治安管理处罚法》第四条的规定存在冲突。

第二，我国《刑事诉讼法》第三条规定：“对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审，由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉，由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外，其

他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须严格遵守本法和其他法律的有关规定。”根据这一规定，在刑事案件中，公检法有着不同的职责，行为人是否犯罪应当通过法律程序，最终由人民法院审理宣判，公安机关无权认定行为人是否“构成犯罪”，当然也谈不上由公安机关来追究其刑事责任。《条例（草案）》第十五条第四款规定：“对家庭暴力案件公安机关应当根据不同情况，依法及时作出处理：……（四）构成犯罪的，依法追究其刑事责任；……”容易引起误解，建议改为：“涉嫌犯罪的，应及时立案，并依法采取相应的强制措施”。

第三，我国《立法法》第八条规定：“下列事项只能制定法律：（二）各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；（九）诉讼和仲裁制度……”。《条例（草案）》第十六条规定：“人民检察院对公安机关提请批准逮捕或者移送审查起诉的家庭暴力案件，应当及时审查。对符合逮捕和起诉条件的，依法批准逮捕和提起公诉。人民检察院对公安机关、人民法院办理的家庭暴力案件应当依法监督。”第十七条规定：“人民法院对人民检察院提起公诉的家庭暴力案件或家庭暴力受害人自诉并且应当由人民法院受理的家庭暴力案件，应当依法及时审理。人民法院审理涉及家庭暴力的离婚案件，对受害人依法请求损害赔偿的，应当依法予以支持。人民法院应当为符合司法救助条件的家庭暴力受害人提

供司法救助。”部分委员根据《立法法》认为，对诉讼制度以及人民法院、人民检察院职权的规定，只能通过法律来进行，地方性法规无权作出相应规定。而如果只是简单地对法律条文进行重述，从地方立法的角度看，本身也毫无意义。

部分委员根据《立法法》认为，地方人大可以对政府及其部门作这样的规定，不宜对法院和检察院的职权职责作规定，但可以对法院和检察院履行职权职责提出要求。这样关键是要看各条文所规定的内容是否属于人大对地方法院和检察院履行职责的要求。

另外，第十七条第二款涉及的离婚损害赔偿，也系简单重复婚姻法的内容。建议删除《条例（草案）》第十六条和第十七条。

第四，《民法通则》第十八条第三款规定“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格。”监护作为民事基本制度，根据《立法法》第八条的规定，只能由法律规定。《条例（草案）》第二十三条规定：“监护人对被监护人实施家庭暴力，侵犯被监护人合法权益，经教育不予改正的，其他有监护资格的人或者单位可以向人民法院起诉要求变更监护关系，并要求监护人承担相应的法律责任”。本条对涉

及家庭暴力的监护人变更，比对《民法通则》的规定增设了“经教育不予改正的”的条件，超越了其立法权限。

第二部分 对《条例（草案）》的具体修改意见

一、《条例（草案）》第八条对预防和制止家庭暴力委员会的具体职责规定过于抽象，作为一个专门的委员会，应当有一些解决具体问题的功能，为家庭暴力受害者提供必要的帮助和保护。建议将第一款第二项、第三项修改为：“（二）协调、督促预防和制止家庭暴力工作有关机关和组织开展预防和制止家庭暴力工作。依法及时受理、调解家庭暴力案件，为家庭暴力受害人提供帮助、救助等服务；（三）总结和推广预防和制止家庭暴力工作先进经验，表彰、奖励在预防和制止家庭暴力工作中作出显著成绩的组织和个人；”可以考虑增加一款，作为第四项：“（四）建立预防和制止家庭暴力工作网络和合作机制，组建预防和制止家庭暴力志愿者队伍，指导建立居民委员会、村民委员会家庭暴力投诉站（点）；”

二、**第十一条和第十二条的位置。**《条例（草案）》第十条规定的是基层群众性自治组织的职责，第十二条规定的是基层人民调解组织的职责，两者之间联系较强。而夹在这二者间的第十一条，其内容为新闻媒体的职责，在体系上有失妥当。建议顺序上进行调整。

三、第十四条的“有关组织”，容易引起歧义。是作第八条规定的组织理解，还是作“有关系”的组织理解？建议删除“有关”二字。

四、第十五条第四款第二项“及相应的后果”六个字与法律责任有重复的意思，应删除；第五项规定“属于刑事自诉案件的，应当告知受害人有权向有管辖权的人民法院起诉”。此处将应当告知的对象限于受害人，未能顾及受害人丧失行为能力或出现沟通不能的情形，不够周全。建议改为“应当告知受害人或其法定代理人……”。

五、删除第二十一条。理由：“做好诊断、治疗记录”是医疗机构的基本职责，并非接受家庭暴力受害者就诊时才有要求，故该规定无实际意义。另外，“有关机关调查取证时，医疗机构应当据实出具诊断、治疗证明”的规定，内容涉及证据规则，超越了地方立法的权限。

六、删除第二十四条。理由：本条规定过于笼统，无实际意义，且对“证据”问题的规定，已超越了地方立法的权限。

七、第二十五条规定：“……对涉及的个人隐私，应当依法予以保密和保护”，由于隐私与隐私权是不同的，作为有关组织和工作人员在处理家庭暴力案件及相关事务时，所负的职责也有别于普通公民的义务，所以建议修改为“……对涉及的个人隐私，负有保密的义务，并尊重和保护个人隐私权”。

八、删除第二十六条。理由：第二十六条“各级人民政府及其有关部门应当支持和保护任何组织和个人行使制止家庭暴力的权利”的规定存在缺陷。首先，“任何组织和个人行使制止家庭暴力的权利”中权利是什么，如何解释，《条例（草案）》没有给出答案。而根据一般法理及我国现行法的规定，除言语劝解外的其他制止行为只有在符合正当防卫的条件下方具有合法性。当家庭暴力的严重程度不足以达到治安处罚或刑罚的要求时，家庭暴力引发的只是纯粹的民事侵权关系，对其后果是否作进一步追究也只能取决于受害人本人。此时若受害人之外的第三人强行介入，实施制止行为，非但可能侵害他人隐私，也可能构成对受害人责任追究选择权的损害。其次，制止家庭暴力的行为是否值得支持和保护，须先对家庭暴力的程度、制止行为的强度、介入时间等进行判断，而根据法治的精神，这一判断应当由作为审判机关的法院来进行，而非行使行政权的政府或其部门。在此前提下，要各级人民政府及其有关部门应当支持和保护任何组织和个人行使制止家庭暴力的权利，实际上也是缺乏可操作性的。

九、删除第二十八条。理由：本条内容主题不明确，是委员会的职责，还是法律责任？如果是委员会的职责，应当放在第八条规定；如果是法律责任，就应当删却“市和县（市）、区预防和制止家庭暴力委员会可以视其情节，建议”的内容。

另外，本条第一项、第二项规定“不及时”，由于条例中对受理、劝阻等并未作出时限规定，因此缺乏可操作性。

十、第二十九条删却“有关”二字。考虑到家庭暴力案件的特点，不宜规定过重的法律责任，建议修改为：“国家机关及其工作人员违反本条例规定，不履行预防和制止家庭暴力工作职责的，由其上级主管机关或者所在单位对直接负责的主管人员和其他责任人员给予批评教育，情节严重的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

论证人：罗思荣

审定人：孙笑侠

签发人：方立新