

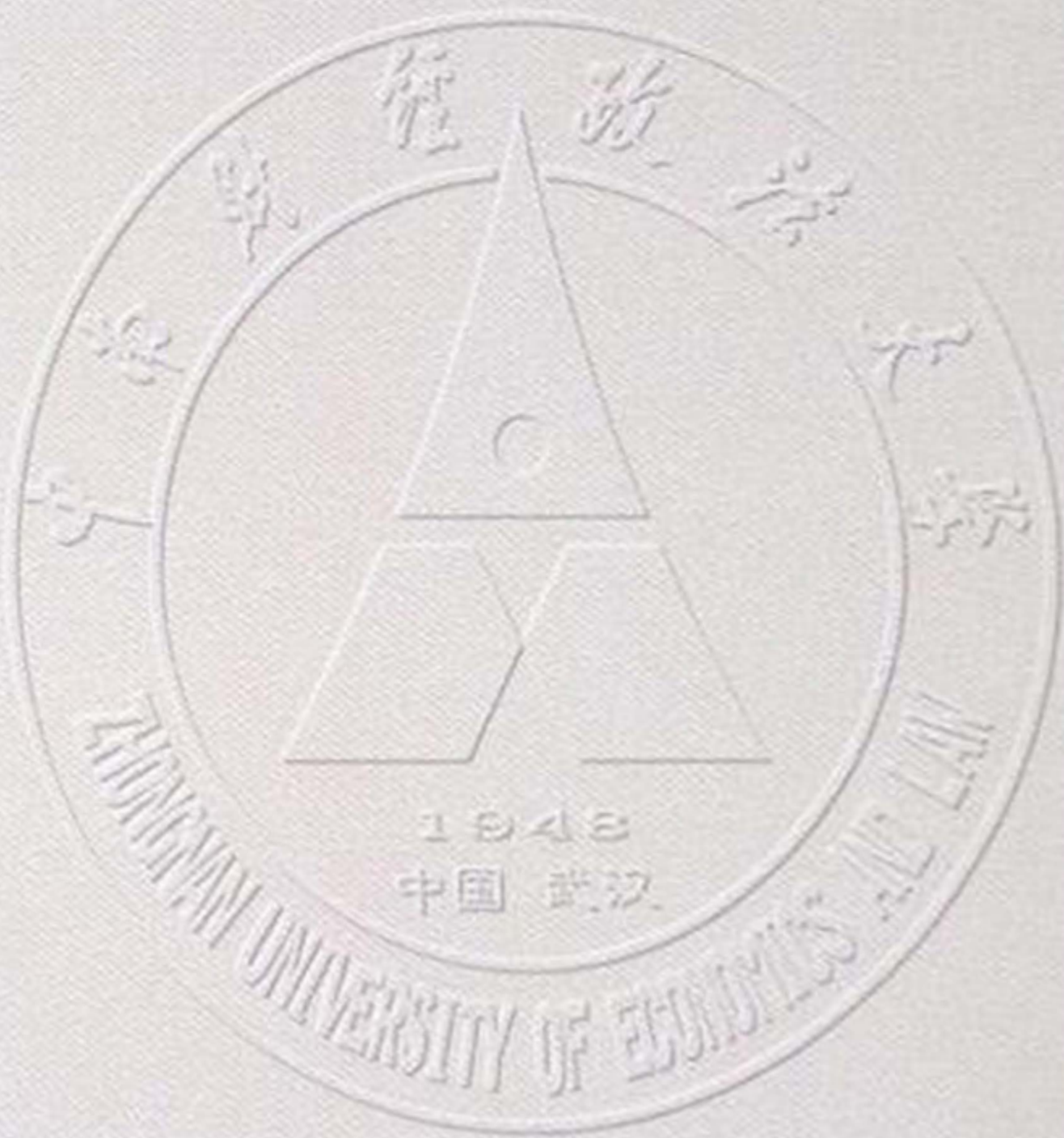


创——新——治——理——系——列——

中南财经政法大学「双一流」建设文库

人身安全保护令 制度研究

夏先华 著



长江出版传媒
湖北人民出版社

序 言

家庭暴力是个历史性、全球性的社会问题，在世界各国都不同程度地存在着。家庭暴力不仅破坏了温馨和睦的家庭关系，侵犯了受害人的基本人权，而且还可能引发受害人自杀、以暴制暴或造成未成年人习得暴力等严重社会问题。我国因几千年来“男尊女卑”“三纲五常”等封建思想的影响，以及这些影响与现代社会女性地位提升之间的内生矛盾，使家庭暴力的问题一直十分严峻。根据全国妇联的调查，我国2.7亿个家庭中，有30%的家庭存在不同程度的暴力侵害，每年有近10万个家庭因家庭暴力而解体。与此形成反衬的是，我国的家暴防治工作起步相对较晚，在立法层面，直到2001年《中华人民共和国婚姻法》修订后，才首次将“家庭暴力”列入违法犯罪行为。在家暴防治手段上，也以传统的事后惩戒与事中制止、调解为主，缺乏对家庭暴力的事前干预机制。2015年12月出台的《中华人民共和国反家庭暴力法》作为我国家暴防治领域内里程碑式的突破，其最为杰出的贡献之一便是在立法层面确立了人身安全保护令制度，改变了我国家暴防治工作的理念与方式，推动了家暴防治由消极的事后制裁到积极的事前干预的模式转换。

其实，学界对于保护令制度的关注是比较早的，只不过研究较为碎片化且偏重于立法引荐，对于保护令制度的基础理论虽有讨论，但未成体系，且受制于当时的法制环境而未能深入研究。本书虽是在《中华人民共和国反家庭暴力法》出台以后才撰写的，但并未急功近利地直接对立法规范展开法教义学分析，而是大着笔墨地对保护令的基础理论进行系统梳理与剖析，为接下来的研究奠定基础，这一点是值得肯定的。本书从制度微观的角度对人身安全保护令、人身安全保护裁定以及刑事领域的人身保护令进行了辨析，扫清了以“保护令”为词汇内核所带来的概念困惑与误识，以便于读者更为准确地把握人身安全保护令的概念内涵。对于保护令的分类，除去一般性分类探讨以外，本书中儿童保护令与成人保护令的分类方式应引起特别的注意。儿童因其自身特点

以及受暴特殊性，对于保护令内容的要求是不同于普通受害人的，应当给予特别的关照。此次反家暴立法并未设置单独的儿童保护令，而是准用保护令的一般性规定，这无疑是不利于受暴儿童的法律保护的。可以说，儿童保护令的创设是保护令制度的发展趋势，而本书中提出的这一分类方式正好与之契合。另外，学界对于保护令制度性质的认识，随着制度发展而不断改变。最早的学说因引荐立法的域外视角，而表现为英美法系国家的行为禁令说和大陆法系国家的人身权请求权说，但法律传统与法制环境的差异性使得这些学说在我国无法得到广泛认可。“强制措施说”与“行为保全说”则分别来源于《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》与2012年《中华人民共和国民事诉讼法》修正案的相关规定，但都因程序上的依附性而遭到舍弃。“特别程序说”源于司法解释对保护令案件适用程序的说明，但却忽视了保护令案件为诉讼事件的本质，故而并不妥切。本书对于保护令性质的界定实际上是一种二元论说，即在实体上表现为事前干预家庭暴力、保障受害人权益的临时性救济措施，在程序上表现为兼具诉讼性与非讼性特征的特殊程序。当然，本书对于保护令理论其他方面的研究也颇具建设性，内容极为翔实。

比较研究法是本书的重要研究方法，作者详细介绍并考察了域外国家和地区的保护令制度，为我国制度完善提供镜鉴。保护令制度作为家暴防治领域的“舶来品”，在英美等国发展较为完备，这对于我国的借鉴意义尤为重大。例如，域外各国多根据家暴紧急性程度不同以及申请核发程序的差异，对保护令作出相应的分类，像英国的单方面命令和完全命令等，这些无疑是我国现行立法需要进一步完善的内容。另外，在家庭成员范围、申请人范围、保护令内容、执行模式等方面，我国的保护令制度都可从域外经验中获得有益启示。

本书的另一大亮点是扎实的实证研究。保护令的入法与司法实践的运行为该制度的实证研究提供了丰富的素材，也为探讨其实然状态提供了现实可能。本书的实证研究并不局限于简单的案例研析，而是更加注重利用中国裁判文书网等平台开展大数据统计与分析，借此得出的结论与观点也更具说服力。例如，书中统计到的未成年人申请保护令的比重约占到总数的2.5%，这一数值体现出了保护令制度在受暴儿童权益保护方面的乏力。另外，法院核发保护令以禁止施暴令和禁止骚扰、跟踪、接触令为主的现况，也凸显出立法上保护令内容体系的空洞化。实证分析方法使得本书的研究摆脱了单一规范分析与价值判断的主观性，是真正在探索解决现实中的问题。

经过前期的铺垫与研讨，作者最后对制度完善提出了自己的见解，其中也不乏一些建设性观点，这无疑本书的精华所在。比如，作者针对违反保护令行为的费用制裁容易损及未分割财产的其他家庭成员的利益且对富裕施暴人的惩戒力度较小等问题，提出应删去罚款制裁措施，而改用单一的具有人身依附性的拘留措施，并增设违反人身安全保护令罪。另外，对于保护令证据规则不甚合理而导致大量保护令申请因证据不足而驳回的问题，作者对家暴举证责任的配置进行了调适，并主张适用“低度盖然性”的证明标准。类似的建议很多，也都有力地针砭了现行制度存在的问题。这些都为保护令制度的立法完善提供了可行方案，具有极大的参考价值。

先华是我指导的学生，他在硕博期间对于家事领域的相关议题兴趣浓厚，也有持续性的研究。本书可以说是国内首本对人身安全保护令制度进行系统研究的力作，正是他在这一方面研究成果的最新体现。这一成果能够成书出版，作为他的老师，我也特别欣慰。希望他以后能持之以恒地对家事领域保持关注，能有更丰硕的学术作品面世，也希望他的学术之路愈加宽广，取得更大的成就。

蔡虹

2019年7月29日于武汉

目 录

导 论

第一章 人身安全保护令制度的内涵解读

- 第一节 人身安全保护令的概念厘定 14
- 第二节 人身安全保护令的类型界分 26
- 第三节 人身安全保护令制度的特征思辨 35

第二章 人身安全保护令制度的理论范畴

- 第一节 人身安全保护令制度的性质省思 42
- 第二节 人身安全保护令制度的设计理念 48
- 第三节 人身安全保护令制度的适用原则 56
- 第四节 人身安全保护令制度的功能揭示 61

第三章 域外人身安全保护令制度的立法考察与评析

- 第一节 人身安全保护令制度的域外立法 68
- 第二节 域外人身安全保护令立法的评析及对我国的启示 85

第四章 我国人身安全保护令制度的立法与实践

- 第一节 我国人身安全保护令制度的立法背景与规定 92
- 第二节 我国人身安全保护令制度的立法缺陷 98
- 第三节 我国人身安全保护令制度实施的实证研究 102
- 第四节 我国人身安全保护令制度实施中面临的困境 119

第五章 完善我国人身安全保护令制度的建议	
第一节 完善人身安全保护令的实体内容	128
第二节 优化人身安全保护令的程序规范	134
第三节 建构人身安全保护令的特殊证据规则	139
第四节 完善人身安全保护令的配套制度	143
<hr/>	
结 语	145
参考文献	146

导 论

一、选题背景：家暴防治与人身安全保护令立法

家是温暖的港湾，为在外拼搏的人们提供了休憩的场所和心灵的慰藉。然而，家庭暴力的发生为原本和睦温馨的家庭生活蒙上了一层阴影，其不仅破坏了融洽的家庭氛围，而且给家暴受害人和其他家庭成员的生理和心理健康产生了不利影响。更有甚者，持续性的、严重的家庭暴力还可能引发受害人自杀、以暴制暴杀死施暴人或造成未成年人习得暴力走上犯罪道路等严重侵害人身自由、健康权和生命权的行为，危及社会的治安管理和稳定秩序。然而，家庭暴力在世界范围内普遍存在，且以针对妇女的性别暴力居多。1994年2月23日，联合国大会决议通过了《消除对妇女的暴力行为宣言》，其第1条将“对妇女的暴力行为”界定为“对妇女造成或可能造成身心方面或性方面的伤害或痛苦的任何基于性别的暴力行为，包括威胁进行这类行为、强迫或任意剥夺自由，而不论其发生在公共生活还是私人生活中”^①。根据世界银行的数据统计，20世纪全世界约有25%~50%的妇女曾遭受过关系亲密者的身体暴力。联合国妇女发展基金也进行过相关调查，其结果显示全球每三名妇女中，至少有一名经历过基于性别的暴力。与家庭暴力的频发性构成反衬的，是社会主流文化对家庭暴力的容忍与漠视，以及法律规制和社会救助缺失的残酷现实。尽管世界各国的传统家庭文化存在着差异性，但对于家庭纠纷的处理与解决却默契地产生了共识。根据社会学家的观点，社会关系可以根据情感参与程度的不同分为初级关系与次级关系。前者主要是指初级群体内部基于各自角色分配与情感维系所形成的稳定关系，后者则是指缺乏情感深度参与的社会关系，其通过明确的规章制度来加以维系。基于初级关系所生成的初级群体的整合度很高，对于成员之间出现的纠纷可通过群体内生的习惯、风俗、伦理道德等内部控制手段加以解决。此外，初级关系往往较为复杂，存在情感与利益的交织，并非如“非黑即白”那样

^① 参见《消除对妇女的暴力行为宣言》，访问网址为 <https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/A-RES-48-104.shtml>。

分明。毫无疑问，婚姻家庭关系便是典型的初级关系^①，其情感利益的复杂特性使得法律规范在家事领域难见其效，其他的社会主体也很难对此进行介入与干预。如此，在各国的社会文化中，家庭便游离在法律与社会救助之外，其往往依赖内部的控制手段来解决纷争。而家庭暴力与普通家事纠纷的外观模糊性使得社会的关注存在盲区，尤其是仅造成民事法律后果的家暴行为。这种消极的文化态度使得社会与法律对于家暴行为的容忍度甚高，在家暴行为未产生极为严重的后果之前，其鲜少采取相应的保护与救助措施。

但近年来，经过女权主义者、社会公益组织以及家暴防治领域内的专家、学者和实务工作者等的不懈努力，家庭暴力的危害性渐渐为人们所认知，家庭关系的涉公益属性以及家暴行为对社会秩序稳定的损害已成为社会各界的共识，家暴防治已逐步成为当今国际社会的主流意识和热点话题。根据联合国暴力侵害妇女数据库，全球已有 120 多个国家对家庭暴力进行了相关立法，对家暴防治进行专门立法的国家多达 80 多个。^② 在此之间，有关反对家庭暴力的国际公约的制定发挥了重要作用。比如，联合国大会于 1979 年 12 月通过的《消除对妇女一切形式的歧视公约》，以及 1993 年 12 月 20 日通过的《消除对妇女的暴力宣言》，1995 年第四次世界妇女大会通过的《北京行动纲领》，1996 年联合国经济及社会理事会人权委员会通过的“家庭暴力示范立法框架”，等等。这些国际公约或协议不仅助推了包括其成员国在内的各国反家暴立法，而且还从保护原则、基本制度等方面为各国反家暴工作开展提供了重要指导。在此影响下，世界各国积极探索对家庭暴力的应对、救济和预防机制的研究。

然而，传统的家暴防治手段以事后惩戒和事中制止、调解为主，欠缺对家庭暴力的事前干预和阻断机制。其在一定程度上归因于当时的社会主流观念将轻微的家庭暴力视为家庭内部的私事，司法、行政等公权力应在这一领域内保持谦抑，不宜对家庭内部的日常纠纷和摩擦进行过多的干预。只有当家庭暴力对受害人的人身自由、健康权、生命权、财产权等法律权益造成严重损害时，法院等司法机关和治安管理机构等行政机关才能对这一暴力行为进行制裁和惩戒，其手段包括治安处罚、侵权、离婚等民事诉讼以及刑事自诉^③和公诉等。随着家

① 参见陈爱武：《家事法院制度研究》，北京大学出版社 2010 年版，第 1~3 页。

② 参见莫静清：《反家庭暴力立法不能丢掉可操作性这一核心》，访问网址为 <http://legal.people.com.cn/GB/187879/16272982.html>。

③ 比如在我国，虐待案、暴力干涉婚姻自由案或者轻微的家暴刑事案件等可通过刑事自诉来对家暴行为进行法律制裁。

庭暴力防治理论的发展和研究的深入，全世界大部分国家都逐步实现了由注重事后制裁到强化事前预防的理念转变，人身安全保护令^①制度作为家庭暴力事前预防机制中的重要手段便应运而生。1976年，美国宾夕法尼亚州通过了《免于虐待之保护法案》(The Protection From Abuse Act)，准许家庭暴力受害人可以不必先提出离婚请求，而单独向民事法院申请人身安全保护令。至1989年年底，美国各州都已通过相关立法对这一保护令制度进行了确认。^②人身安全保护令制度在美国取得了巨大的成功，通过对家庭暴力的提前介入和干涉，为家暴受害人提供了最直接、高效的法律救济手段。此后，人身安全保护令制度不仅在英美法系国家或地区得到了广泛适用，日本、韩国等大陆法系国家或地区也纷纷在家暴防治领域中引入这一保护令制度。现在，人身安全保护令已成为世界各国预防和制止家庭暴力中最为有力的武器，得到了普遍的适用和推行。

同样，在我国，由于几千年来“男尊女卑”“三纲五常”等封建思想的影响，家庭暴力的问题十分突出，形势比较严峻。根据最新的统计数据，我国家庭暴力的发生率为29.7%~35.7%，其中女性受害者占到90%。^③一些家暴案件最后引发了流血事件，比如被评为“2014年度性别平等十大新闻事件”的李某案，案件中四川妇女李某在婚后长期遭受丈夫的暴力对待，甚至还被切去一根手指，最后选择“以暴制暴”，杀死了自己的丈夫并将其分尸。^④然而，长期以来家庭暴力在我国游离于法律规制之外，家暴防治的相关立法较为欠缺，反家暴事业也一直步履维艰。直到20世纪90年代初期，我国才开始注重对家庭暴力问题的研究，相关反家庭暴力的立法也开始陆陆续续地启动。人身安全保护令制度作为全世界家暴防治的先进经验，也逐渐得到我国学术界和实务界人士的关注。2008年，在家事领域专家学者和实务工作者的呼吁下，最高人民法院中国应用法学研究所制定了《涉及家庭暴力婚姻案件审理指南》(以下简称《审理指南》)。《审理指南》在借鉴域外制度和经验的基础上，创造性地确立了“人身安全保护裁定”制度，开创了在我国家暴防治领域中适用人身安全保护令制度

① 比较法上保护令并不存在绝对统一的名称，但“民事保护令”是国际社会较为普遍的称谓。我国理论和实务界在《中华人民共和国反家庭暴力法》出台前，对这一制度的称谓也莫衷一是，有的称为“人身安全保护裁定”，有的直接称为“人身保护令”等。《中华人民共和国反家庭暴力法》中使用“人身安全保护令”一词作为这一制度的代称，统一了我国保护令制度的称谓之争。为保障名称适用上的一致性，笔者在本书中统一适用“人身安全保护令”这一称谓。

② Clare Dalton, Carl E. Schneider, Elizabeth M. Schneider, *Battered Women and the Law*, Foundation Press, 2001, p. 489.

③ 参见《家暴庇护场所不仅要“治标”更要“治本”》，访问网址为 http://pinglun.youth.cn/wzt/201609/t20160913_8653471.htm。

④ 参见《“因家暴杀夫分尸”判死缓仍然重》，访问网址为 <https://view.news.qq.com/original/intouchtoday/n3141.html>。

的先河。然而,《审理指南》只是最高人民法院发布的指导性文件,并不具有强制适用的效力,因而,在实践中各试点法院适用人身安全保护裁定的情形并不多,该制度在家事领域并未引起极大的反响。2012年新修订的《中华人民共和国民事诉讼法》对“行为保全”制度进行了规定,其在一定程度上为人身安全保护令制度的适用提供了立法依据。2015年12月27日,全国人民代表大会常务委员会第十八次会议审议并通过了《中华人民共和国反家庭暴力法》(以下简称《反家庭暴力法》)。《反家庭暴力法》在吸收学界现有研究成果和司法实务中有益经验的基础上,以专章的形式对人身安全保护令的申请、管辖法院、形式、具体措施、期限、执行等内容进行了详细规定。至此,我国人身安全保护令制度已获得了立法上的“正名”,彻底摆脱了之前“名不正言不顺”的状态,其具体适用也将得到国家强制力的切实保障。

二、研究目的和意义

随着《反家庭暴力法》的制定和人身安全保护令的入法,学界关于保护令立法的研究已告一段落,接下来的关注重点和研究中心便转移到对现有法律条文的规范分析和实际运作状况的实证分析,从而为人身安全保护令制度的再完善献言献策。同样,笔者也正是基于此项动机而开展对人身安全保护令制度的研究。具体而言,本书的研究目的主要包括以下几点:(1)通过整理和分析人身安全保护令制度的相关文献,加深对该制度基本概况的了解,同时也致力于对保护令的性质、特征、种类、适用原则、程序法理等基础理论的研究和讨论。由于在人身安全保护令入法之前,学界对这一制度的关注不多,因而对于保护令的性质、特征等基本范畴存在研究深度不足的问题,有必要对此进行体系化的梳理与探讨。(2)以比较法的视野对域外的人身安全保护令制度进行研究,在横向比较的基础上探究各国法律规定的异同点,并为我国现行制度的优化提供借鉴。人身安全保护令在我国的正式立法是从2015年底的《反家庭暴力法》出台开始,而保护令制度在域外国家或地区早已发展成熟,形成了完备的制度架构与理论体系,可为我国人身安全保护令制度的发展与完善提供经验支持与镜鉴。(3)介绍我国《反家庭暴力法》中有关人身安全保护令制度的具体规定,并从法解释学的角度对具体规范条文进行解读和释义,且在规范研究的基础上对

我国现行立法存在的不足进行探讨。(4) 通过收集和整理我国人身安全保护令制度实施的大数据和典型案例,“窥探”保护令制度的运行实况,并检讨其中的得失与不足。人身安全保护令制度运行已逾三年,《反家庭暴力法》中现有规范的不足以及操作上的难题,都会在司法实践中得到一定的体现,故而对保护令制度的实证研究有助于准确挖掘出人身安全保护令制度存在的“真问题”,为该制度的再优化提供讨论的“靶心”。(5) 以问题意识为导向,针对人身安全保护令制度在法律规定和实际运作中的不足,提出优化和完善的具体措施,以供学界和实务界参考和指正。对人身安全保护令制度展开研究的真正落脚点在于对现有制度的完善,在这一过程中需从规范与实践中的问题出发,且基于保护令制度的理论推导以及域外经验的启示,提出相应的完善措施。

本书选择人身安全保护令制度进行研究的意义,主要体现在理论和实践两个层面。在理论意义的层面,“人身安全保护裁定”到“人身安全保护令”的演变,不仅仅是所谓的变迁,更重要的是制度特征、程序本质和设计理念等基本理论的变革和发展。原来的以《审理指南》中“人身安全保护裁定”为蓝本的研究成果在理论上已不具有即时性,有关保护令的人法研究也已“时过境迁”。本书以“人身安全保护令”制度的最新“形态”为研究对象,致力于对保护令的诉讼与非讼法理、程序性质与特征等存在争议的议题进行探讨,以期为我国人身安全保护令制度理论的体系化研究贡献绵薄之力,并为实务运作和立法修改提供理论指导。在实践价值的层面,本书从规范分析和实证研究两个维度对人身安全保护令制度展开评析和解构工作,归纳总结出该制度仍存在的问题,并探寻相应的完善对策和进路。如此,既有利于法院和当事人能更好地了解人身安全保护令的操作规程以及背后的程序法理,推动保护令制度的具体适用,同时也有助于保护令制度的再完善,更好地发挥其防治家庭暴力的价值功能。

三、人身安全保护令制度的研究现状

(一) 研究概况

我国学术界对人身安全保护令制度的研究开始于2008年,在2008年《审理指南》出台以前,有关人身安全保护令制度的学术论文不多。2008年“人身安

全保护裁定”制度的试点先行引来了学界部分的研究目光，相关的学术文章渐渐有所增加。到 2015 年年底《反家庭暴力法》出台前后，学界对人身安全保护令制度研究投了前所未有的热情，学术论文的数量呈现井喷式增长。笔者在中国知网上以“保护令”和“人身安全保护裁定”为主题进行检索，并对检索后的论文进行筛选^①，得出我国学术界关于人身安全保护令制度的研究论文数量基本现状^②如图 0-1。

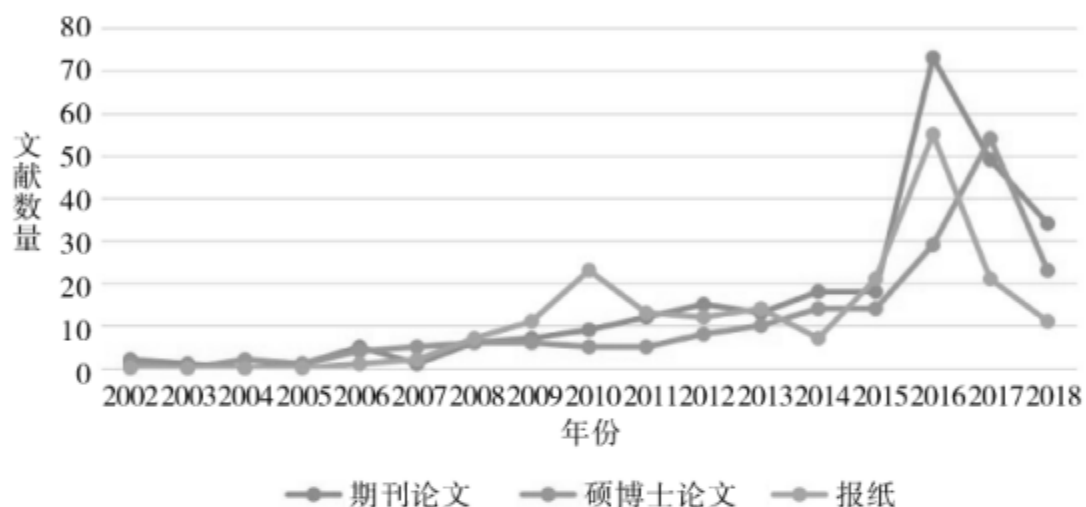


图 0-1 我国学界关于人身安全保护令制度的研究文献数量图——以知网为检索平台

分析收集的文献资料和统计的相关数据可知，学界对人身安全保护令制度的研究呈现出以下几项特点：（1）在文献总体数量上，存在研究相对贫瘠化的特点，科研成果数量相对较少。根据笔者收集的数据，至 2018 年 12 月 31 号笔者访问知网为止，该网站共收录相关研究文献约 649 篇，除去报纸类文献还剩 451 篇，其中大量的文献都是在研究家庭暴力问题的同时简单地提及保护令制度，真正对保护令制度开展深入研究的文献少之又少。可见，人身安全保护令制度是我国学术界尚未彻底开发的“富矿”，存在研究不足的问题，许多“荒芜”的议题还有待研究。（2）在时间跨度上，我国相关学术研究可分为四个阶段。一是 2008 年《审理指南》出台以前的“真空”阶段。这一时期的研究文献屈指可

① 由于学界关于“人身安全保护令”制度存在“人身保护令”“人身安全保护令”“民事保护令”“人身安全保护裁定”等不同称谓，为保障搜索对象的最大化和全面性，笔者选择“保护令”和“人身安全保护裁定”作为主题进行检索。检索到的学术论文中包括部分刑事人身保护令和其他相关内容的论文，笔者对其进行了逐一筛选。另外，笔者进行检索的截止日期为 2018 年 12 月 31 日。

② 囿于数据统计和筛选的复杂性，该研究现状仅以中国知网为统计平台，并不包含万方、维普、网页资料、微信公众号等其他平台上的研究论文。但由于知网收录论文的相对全面性和权威性，这一统计数据还是能够比较完整地反映出我国的研究现状。

数^①，研究内容也主要是借鉴域外经验或基于实践需求，要求引入人身安全保护令制度。二是《审理指南》发布至《反家庭暴力法》出台之前的“过渡”阶段。由于《审理指南》首创了“人身安全保护裁定”制度并在全国选择了多家基层法院进行试点，学界关于保护令的研究也打破了之前的“沉闷”状态，研究文献数量有所上升^②，且研究内容呈现出多元化的特色。既有对人身安全保护裁定的试行现状和问题进行探讨，也有对保护令立法的可行性、必要性等问题进行研究，还有基于比较视野对保护令制度的实体内容和程序内容进行建构。三是《反家庭暴力法》出台前后的“井喷”阶段。保护令入法及立法前的“预热”效应催生了学界的研究热情，产生了大量的研究成果。在这一阶段的前期，学界主要致力于对《反家庭暴力法（草案）》进行研究分析，从而为正式立法献言献策。^③《反家庭暴力法》出台后，学界的研究重点自然转移到对现行立法的评析、运行实况的探究以及制度的再完善。^④四是人身安全保护令立法效应过后的“冷静期”。对保护令研究文献分布图（图 1-1）进行分析可知，关于保护令制度的期刊论文与报纸文献在《反家庭暴力法》出台后的 2016 年达到了高峰期，硕博士论文因研究周期问题高峰期相对滞后一些，在 2017 年数量达到了 54 篇。但进入到 2018 年以后，保护令立法所引发的研究热潮已过，相应的研究文献大幅度下降。其实，这一阶段的研究成果开始回归理性，不再是简单地对保护令立法规范进行介绍与评析，而是更加注重对保护令的裁判效力、证据等范畴进行深层次

① 这一时期具有代表性的文献主要包括刘文的《我国应借鉴保护令制度防治家庭暴力》、陈苇的《我国农村家庭暴力调查研究——以农村妇女的家庭暴力为主要分析对象》等。

② 相关文献主要有邓志伟的《人身安全保护裁定适用的回顾与展望——以湖南法院实践为例》、《人身安全保护裁定适用三题》、易前和黎黎的《人身保护令制度的人法思考——以长沙反家暴审判实践为视角》、罗魏斌的《人身安全保护裁定在珠海的探索与实践》、陈敏的《关于人身安全保护裁定的思考》、肖建国的《民事保护令入法的必要性和可行性》《论民事保护令的中国特色》、薛宁兰和晋丽的《论家庭暴力防治法中的民事保护令制度》、李秀华的《人身保护令准入反对家庭暴力立法维度的困境与对策》、钱泳宏的《我国反家庭暴力应引入民事保护令制度》、姜虹的《民事保护令执行主体的立法考量——以公安机关作为民事保护令执行主体是否适格为切入点》、杨跃和蔡仲维的《人身安全保护裁定在反家庭暴力中的应用与完善》、张平华的《认真对待民事保护令——基本原理及其本土化问题探析》、何丽新的《述评台湾民事保护令制度之最新发展》等。

③ 相关文献主要有周安平教授的《〈反家庭暴力法〉亟须解决的几个问题——对〈反家庭暴力法（草案）〉的分析》、赵秉志教授的《关于〈反家庭暴力法（草案）〉的修法建议》、王晓雪的《我国〈反家庭暴力法（草案）〉中人身保护令制度的完善》等。

④ 相关文献主要有陈敏的《人身安全保护令实施现状、挑战及其解决》、季凤建的《当议人身安全保护令的执行》、余文唐的《独立保护令案件的家暴证明》《人身安全保护令的法律性质辨正》、高丽的《“人身保护令”在家庭暴力案件中的适用和改进》、李瀚琰的《论人身安全保护令执行体系与中国立法的完善》《人身安全保护令独立性的制度价值及其实现》、阙凯与刘剑平的《论〈反家暴法〉人身保护令的困境与出路》、曾建飞与金丛的《人身安全保护令制度若干问题研究》、柳颖颖的《我国人身安全保护令制度的适用——以未成年人权益保护为视角》、汤铁群的《论我国人身安全保护令制度的完善》、赵颖的《家暴案件人身安全保护令执行中警察权的权限及行使》等。

的理论分析，且转向了对保护令制度运行的实证探究。^①（3）在研究内容上，学界多注重对人身安全保护令制度的适用范围、种类、救济措施等实体内容进行研究，对证据规则、执行等程序规范的关注仍相对不够，理论体系的建构更是欠缺，实证分析的研究成果也乏陈可数。（4）在研究构架上，有关保护令的研究大多“镶嵌”于家暴防治体系之中，得出的结论与建议比较宽泛，研究深度不够。且缺乏对保护令程序本身价值和基本理论的关注，使得部分研究未能由表及里、细致入微。同时，也欠缺与民事诉讼、家事审判等程序法的逻辑衔接，研究较为孤立。

（二）具体文献分析

从研究文献的具体内容来看，我国关于人身安全保护令制度的研究大致可以分为五类，引荐立法类、比较借鉴类、实证分析类、理论探究类、立法评析类。^②细言之，其一，引荐立法类文献在时间上是处于《反家庭暴力法》出台之前的时期。其研究轨迹多是通过引入人身安全保护令制度并进行相关立法的必要性和可行性进行探讨，其论证过程一般是介绍我国家庭暴力情况的严重性、家暴的危害性、防治措施的缺失、域外家暴防治的有益经验等。囿于我国人身安全保护令制度入法比较晚，在此之前，保护令立法是理论界无法回避的议题，因而，这一类文献数量较多，占据主体地位。如肖建国教授从民事保护令缺失与家暴发生的正相关性、保护令缺失造成受暴妇女的“囚徒困境”、反家暴立法供给的结构性缺陷、保护令的替代程序失灵等维度讨论了保护令入法的必要性，并基于保护令的制度价值、我国的现有实践经验等提出在我国进行保护令立法是切实可行的。李秀华教授详细论证了在我国运行人身保护令制度存在的困境与难点，并建构了保护令准入立法的具体措施。^③其二，比较借鉴类文献的

① 相关文献主要有李瀚瑛的《人身安全保护令对传统婚姻法理念的突破：观察〈反家庭暴力法〉》、刘思瑞的《论家事纠纷中人身安全保护令的适用——以〈反家庭暴力法〉视角出发》、董广峰的《违反人身安全保护令的应对》、彭玉凌与夏咏梅的《刍议〈反家庭暴力法〉中人身安全保护令执行制度的完善》、郑子涵的《人身安全保护令实效不佳之原因分析及其应对》、张玉萍的《论人身安全保护令的证据认定与实施机制》、颜齐的《家事诉讼立法中增设特殊行为保全制度研究——以家庭暴力案件中的人身安全保护令为切入点》、周梦杰的《关于人身保护令不能生成事实预防效力的冷思考》、李愈子的《婚姻中人身保全问题的破解——以完善反家暴法中的“人身安全保护令”为中心》、田小芳的《论人身安全保护令的申请》、尚梦晓的《论家庭暴力的主体范围——基于人身安全保护令制度的实证分析》等。

② 这五种分类并不绝对，有的文献可能交织存在两种以上的类型特征。因而，笔者在分类时以文章的主要内容、研究目的作为判断标准。

③ 参见肖建国的《民事保护令入法的必要性和可行性》、李秀华的《人身保护令准入反对家庭暴力立法维度的困境与对策》等文献。

研究思路主要是以比较的视野对域外国家和地区人身安全保护令制度的申请条件、种类、管辖、救济范围、存续期间与撤销、变更、延长的具体程序、执行与法律责任等内容进行介绍和分析，从而为我国人身安全保护令制度的具体建构提供借鉴与启示。秦志远在《基于性别的家庭暴力之民法规制——中国法与美国法之比较》一书中对美国的民事保护令制度进行了详细介绍，并从诉讼管辖、诉讼证明等维度展开了深刻的论辩。夏吟兰等编著的《家庭暴力防治法制度性建构研究》一书中收录了我国台湾和香港特区，以及韩国、越南、泰国、美国、印度、柬埔寨、巴基斯坦、斯里兰卡、印度尼西亚、老挝、菲律宾等国家和地区的家暴防治法律，其中便涉及对保护令的相关规定。^①其三，实证分析类文献多从实证调研、案例、实践经验等出发，探究保护令制度运作中遭遇的困境，寻找相应的解决之策。这类文献的作者以实务工作者居多，如邓志伟、罗魏斌、易前、黎黎、陈静等，也包括一些从事社会实证研究的专家学者，如陈敏、陈苇等。其四，理论探究类文献主要致力于对保护令的基础理论、程序法理、证据规则等进行研究，从制度本身的规律和需求出发，通过演绎和推理，对相关争点进行论证、分析，从而构建出完备的理论体系，指导司法实践。如张平华教授对民事保护令的类型、性质、程序特色、功能与异化等理论问题进行了思辨和分析。余文唐法官对独立保护令案件的家暴证明对象、证据要求、证明方式、证明标准、权利救济程序等程序问题展开了深入的研究，并构建了我国保护令制度的证据规则体系。^②其五，立法评析类文献多从规范分析的角度对现有的法律条文进行解读和评析，并试图对其进行立法再完善。其研究对象包括《反家庭暴力法》的草案与正式立法的条文。

四、本书的研究方法

（一）比较研究方法

严格意义上来说，我国人身安全保护令制度是个“舶来品”，在英美等发达国家早已实行多年。作为法制后发国家的“福利”，比较研究方法是我们法学界

① 参见秦志远的《基于性别的家庭暴力之民法规制——中国法与美国法之比较》、夏吟兰的《家庭暴力防治法制度性建构研究》等文献。

② 参见张平华的《认真对待民事保护令——基本原理及其本土化问题探析》、余文唐的《独立保护令案件的家暴证明》等文献。

常用的研究方法，通过对域外国家和地区的同—或相似制度的发展轨迹与现状进行探寻和分析，从而为我国学术研究和制度演进提供“养料”，同时也避免了本土研究视野下的故步自封与思维狭隘。“洋为中用”是比较研究方法的精髓，但需注意的是，域外制度的形成有其特定的文化土壤、历史背景和社会环境，如果简单盲目地照搬便可能出现制度移植过程中“异化”现象。我们需真正学习的是域外制度的发展规律、制度价值、演进经验以及作用机制等，并基于我国特定的背景与现状，进行本土化的建构与改造。基于此，本书以英、美、日等国的人身安全保护令制度作为研究范本，总结和分析出域外人身安全保护令制度发展的共同规律和有益经验，并为下文的规范实证分析和优化路径“探幽”提供借鉴与启示。

（二）规范分析方法

规范分析方法是以前法律规范为研究对象，通过逻辑术语和规范语言对法律概念和法律条文进行描述和注解，并最终为解决法律争议服务。^①法律规范因其普遍适用和语言精练等特质，在表达上具有一定弹性，且概念外延并不明确，因而产生了法律解读和释义的必要。本书以现有的立法规范为对象，利用分析哲学和语言哲学的工具，对含混、模糊的法律命题和概念进行梳理，且加之以合理的价值判断和逻辑论证，从而对保护令的相关规定作合乎立法目的的解释，分析出现有规范的不足与缺陷，并推导出完善的路径与方法。

（三）实证分析方法

法包括规范层面的法和社会层面的法。社会层面的法律是活的法律，因其与社会生活相互交织与作用，从而催生了社会学或实证法学的研究方法。实证分析方法以法律的实然状态为研究对象，通过对法律生活的观察和动态研究，获取客观的实证数据和案件材料，归纳出法律发展的一般规律和本质属性，从而提升研究结论的实效性。实证分析方法摆脱了规范研究和价值判断的主观性，大量的数据和案例的适用增强了研究的事实说理性和现实解释力。人身安全保护令的司法实践由来已久，《反家庭暴力法》出台以后，实务中的案例数量更是激增，为本书的相关研究提供了丰富的实证素材。本书既注重对保护令制

^① 参见谈箫：《规范法学的方法构成及适用范围》，《法律科学（西北政法大学学报）》2012年第4期，第37页。