

我国抚养权执行的困境、成因和出路

刘征峰

(中南财经政法大学 法学院, 武汉 430074)

摘要:一般性的财产给付执行规则并不完全适合于抚养权的执行。我国抚养权的执行出现了严重的虚置现象,这种虚置现象主要是由规范上的模糊和司法实务界“财产给付执行中心主义”共同导致的。由于贸然采用裁量权中心主义,各地法院在对抚养权强制执行的理解上存在较大的偏差。这种偏差损害了权利的稳定性和进而可能动摇整个法治体系的根基。要建构合理的抚养权执行机制,首先应当跨越财产权执行的定向思维。无论是可选措施的供给还是措施的适用顺序都应当充分考虑抚养权执行的特殊性。儿童最大利益原则是抚养权执行的首要原则,但并非绝对原则。“穷尽措施”为基础的专业化家事执行体系是我国未来改革的主要方向。

关键词:抚养权;强制执行;比例原则;儿童最大利益

中图分类号:D923.9 **文章标识码:**A **文章编号:**1006-6152(2016)04-0038-11

DOI:10.16388/j.cnki.cn42-1843/c.2016.04.005

一、引论

如果说“无救济则无权利”的法律谚语彰显了司法救济的重要性,那么有效的执行体系则是司法救济的生命之所在。公正高效的司法执行体系是确保有关法律文书不会沦为一纸空文的重要基础。如果司法裁判所确定的权利因为执行方面的问题而得不到实现,这不仅会架空作为私法基础的权利,而且会严重损害法律和司法的权威。就抚养权^①的强制执行而言,由于其内涵和外延在过去一个世纪中发生了重要变化,其执行规则也发生了相应的变化。

伴随着儿童权利理念的兴起,儿童最大利益原则逐渐成为家庭法的支配性原则。美国学者Stuart N. Hart认为,一个社会对于儿童权利的保护是一个社会文明程度的标志^[1]。这一点可以从《联合国儿童权利公约》的缔约状况得到印证。迄今为止,所有的联合国会员国均签署了该公约^②。对于儿童权利和儿童最大利益原则的认可直接推动了抚养权支配性特征的消失,抚养权的内涵中不再包含对儿童的直接性支配。事实上,抚养权本

身的用语也发生了重大的变化。在大陆法系的德国,“1979年公布的《关于重新规定父母照顾的法律》强调了父母权利的义务本质,‘父母权力’(Elterliche Gewalt)的概念被‘父母照顾’(Elterliche Sorge)所替代”^[2]259-260。在普通法系的英国,1989年《儿童法》用父母责任(Parental Responsibility)取代了监护(Custody)及其相关的概念。正如英国卫生部在其制定的《儿童法指引》中所强调的那样,“儿童责任的概念强调了照顾儿童的义务,推动儿童身心健康的发展既是父母的基本任务,也是法律授予其权利的唯一正当化理由”^[3]。由此可见,抚养权的内涵和外延均发生了重大的变化,这种变化表现为它所关注的重心由父母转向了儿童(Child-Centric Model)^[4]。

由于一般执行规则是以财产给付为基础的,对于这样的规则是否完全适合具有高度身份伦理属性的抚养权,我国相当多数的学者是存疑的。早在20世纪80年代,就有学者和司法实务工作者对抚养权的执行问题进行过争论和探讨^③。当时的讨论多为司法执行经验的总结,对于该问题缺乏系统科学的梳理和分析。这些经验性总结相当多数具有

收稿日期:2015-10-20

本刊网址·在线期刊:<http://qks.jhun.edu.cn/jhxs>

基金项目:中国法学会部级课题“涉台婚姻中离婚后子女抚养权、探视权保障研究”(cls研海字(2013)18号);中国-瑞典互
换奖学金项目(Swedish Institute Reference No. 19118/2014)

作者简介:刘征峰,男,四川威远人,中南财经政法大学法学院讲师,博士。

一定的意义,对于纠正当时的一些错误认识具有重要的作用。此后,最高人民法院于1993年颁布的《关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干意见》(以下简称《处理子女抚养问题若干意见》)对抚养权的强制执行问题进行了规定。依据该意见第二十一条的规定,人民法院可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第一百零二条的规定,在抚养费执行中采取强制措施。最高人民法院之所以对此问题进行补充规定,实因1980年《中华人民共和国婚姻法》第三十五条只规定了拒不执行有关抚养费、抚养费、赡养费、财产分割和遗产继承等判决或裁定的情形,而没有明确规定拒不执行抚养费裁判的情形。2001年婚姻法修订时,第四十八条明确将探望子女的裁判纳入强制执行的范围。2001年颁布的《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)》(以下简称《婚姻法司法解释一》)对探望权的强制执行问题进行了专门解释。根据该解释第32条的规定,婚姻法第四十八条所规定的探望权的强制执行只包含对协助执行人采取间接强制措施。但是对于抚养权的执行是否同样仅包含对协助执行人采取强制措施的问题,该司法解释未能作出明确的规定。鉴于上述笼统模糊的规定,在司法实践中,对于抚养权的强制执行的问题各地法院的做法存在较大的差异,这无疑严重损害了法律实施的效果,也不利于保护权利人的合法权利。

本文将结合我国现存的相关规定、司法案例以及国外的改革经验对抚养费强制执行的症结进行分析,试图找出问题产生的原因并提出相应的改革建议。

二、抚养费执行虚置现象及其成因

(一) 抚养费执行虚置现象

所谓抚养费执行虚置,是指在规范层面存在抚养费强制执行的机制,但是这种机制在实际运行中无法有效保障抚养权的实现。这种虚置主要表现在以下几个方面:

1. 被执行人藏匿儿童现象严重,导致执行困境

从笔者在中国裁判文书网、北大法宝案例数据库检索的情况来看,相当多数抚养费裁判文书未能得到执行的原因在于,负有交付子女义务的父母将子女进行藏匿或者带至外地,从而导致抚养

权无法实现。以张某某与赵某某抚养纠纷执行案^④为例,被执行人将子女带至外地居住直接导致了权利人抚养费无法实现。虽然受理法院委托了深圳当地的法院进行执行,但无奈被退回而无法执行。在郭某某与廖某某抚养纠纷执行案^⑤中,被执行人廖某某直接将涉案子女带至外地,无法查找去向。在陈清杰与徐呈梅离婚纠纷执行一案^⑥中,探望权人陈清杰在探望过程中强行带离子女并藏匿,导致抚养费人权利无法实现。在陈某家与陈某一离婚纠纷执行案^⑦中,因申请人无法提供涉案子女的下落,且被申请人与申请人矛盾严重,法院被迫终结执行程序。无独有偶,仅在该案发生的福建省莆田市秀屿区,法院于2014年就处理了三起类似的执行案件^⑧。由此可见,通过藏匿子女的方式来规避抚养权的执行并非个案。这种藏匿子女的行为实际上已经构成了儿童拐带,并且造成事实上的裁判。将子女藏匿的被执行人经过一定时期或者等儿童具备一定意愿表达能力后,再向法院提起变更抚养权的诉讼,进而实现篡夺子女抚养费的目的。此一现象实际上并非我国所独有,在美国,面对日益严重的儿童拐带问题,越来越多的州批准了由美国统一州法委员会制定的《统一预防儿童拐带法》(Uniform Child Abduction Prevention Act)^⑨。在国际层面,日益严重的国际儿童拐带现象催生了《儿童拐带民事方面的海牙公约》(Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction)。截至2015年2月,已经有93个国家加入了该公约^⑩。预防和制裁儿童拐带行为已经逐渐成为国际共识。

2. 被执行人起诉变更抚养费,恶意阻碍抚养权的执行

由于变更抚养费不受“一事不再理”原则的约束,理论上当事人可以无限次提起诉讼要求变更抚养费。现行《民事诉讼法》第一百二十四条所设定的受理限制并不包含变更抚养费的情形。亦即,当事人即使没有新情况、新理由,只要向法院起诉要求变更抚养费,法院就必须受理。由于此类案件当事人付出的诉讼成本极小,极易沦为当事人恶意阻止抚养费执行的工具。在当事人提起变更抚养权的诉讼后,法院通常会终结执行程序。以王强与姜某某抚养费纠纷执行案^⑪为例,法院于2012年4月6日作出判决,申请人于同年5月2日向法院申请强制执行,要求交付子女。但与此同时,被执行人在

此期间向法院提起了变更抚养权诉讼,法院被迫于 5 月 26 日作出终结执行的裁定。由于缺乏必要的诉讼滥用约束机制,一方申请执行,而另外一方提起变更抚养权诉讼的现象日益普遍。双方父母通过诉讼和申请执行的拉锯战来争夺子女的直接抚养权。在马某与张某变更抚养关系纠纷案^⑤中,马某与张某先后三次诉讼,争夺婚生女的抚养权。虽然张某在第二次诉讼时取得抚养权并申请了强制执行,但由于各种原因强制执行一直未能实现。马某在此期间又提起变更抚养权诉讼,最终导致抚养权再次发生变更。虽然我国《民事诉讼法》第十三条确立了民事诉讼中的诚实信用原则,但是该原则在司法实践中难以对此类现象形成有效的约束。在马某与刘某变更抚养关系纠纷一案^⑥中,被执行人马某在缺乏新的事实和理由的情况下,仅在 2014 年就两次起诉要求变更抚养权,其目的仅仅是为了阻止法院对于调解书中有关抚养权的强制执行。此现象的泛滥必然会严重损害生效法律文书的既判力,损害司法公信力,并导致双方陷入无休止的诉讼拉锯战中,明显不利于子女的健康成长。

3. 执行法院过度依赖调解,对于强制措施的适用缺乏统一标准

根据 2012 年修订的《民事诉讼法》第一百一十一条的规定,对于拒不履行人民法院已经发生法律效力判决、裁定的,可采用罚款、拘留等强制措施。又根据该法第二百五十五条的规定,被执行人不履行法律文书确定的义务的,人民法院可以对其采取或者通知有关单位协助采取限制出境,在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息以及法律规定的其他措施。易言之,从目前的法律规定来看,如果被执行人不履行有关于抚养权的生效法律文书,法院可以采取的强制措施包括罚款、拘留、限制出境和失信惩戒等措施。但实际上,我国法院在执行过程中对于是否应当采取强制措施,以及应当采取何种强制措施存在较大的分歧。从笔者检索的案例来看,在法院发出执行通知书后,如果在法院的调解下,双方不能就抚养问题形成一致意见,且在被执行人将儿童进行藏匿的情况下,法院极少采用强制措施,而是力劝执行申请人撤回申请或者以不能执行为由而终结执行程序。法院经常以双方矛盾较大、调解困难为由终结执行^⑦。即使是在采取强制措施的案件中,所采取措施的强度与其目的之间也难以满足比例性要求。在陈清杰与徐呈

梅抚养权、探望权纠纷强制执行案^⑧中,作为抚养权人的徐呈梅和作为探望权人的陈清杰分别因妨碍探望权的执行和妨碍抚养权的执行被同一法院罚款 5000 元。不同的是,前者经过复议被撤销,而后者经过复议被维持。在何种情况下应当适用罚款的执行措施以及罚款的具体数额,我国各地法院的做法分歧较大。至于是否应当采用其他强制措施,各地法院的分歧更大。比如,是否应当将拒不执行抚养权法律文书的被执行人纳入信用惩戒机制,司法解释没有明确规定。从《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》(以下简称《公布失信人员若干规定》)第一条所设定的公布条件来看,虽然拒绝执行抚养权法律文书不属于单独列举的情形,但无疑属于第(六)款兜底条款所包含的范围。但各地法院囿于对信用惩戒在人身权执行中威慑效力的质疑,较少采用该强制措施^⑨。就拘留措施而言,在被执行人身处异地或者躲藏的情况下,法院通常无法采用拘留措施。在韩某与夏某离婚纠纷执行案^⑩中,虽然法院电话联系上了被执行人,对其进行了批评教育,但却无法查找其下落,也就无法对其采取拘留措施,又由于诉争子女与夏某及其家人形成了稳定的生活关系,从而无法采取强制带离,导致案件执行不能。另外一种情形是,法院或者执行申请人因担心采取拘留措施后,诉争子女无人照顾而被迫放弃采用拘留措施^⑪。至于限制出境措施,就笔者从中国裁判文书网的检索情况来看,未发现法院在实践中采用该措施,这无疑为被执行人拐带儿童到境外创造了便利。

4. 对拒不执行判决、裁定罪的适用混乱

根据《民事诉讼法》第一百一十一条的规定,对于拒不履行人民法院已经发生法律效力判决、裁定的被执行人,情节严重的,应当依法追究其刑事责任。就拒绝执行抚养权裁判文书的情况而言,应当在何种情况下追究其刑事责任,各地司法机关的实践存在较大差异。以陈某拒不执行判决案^⑫为例,在法院判决将抚养权判归其前妻后,其拒绝交出婚生子陈某甲,并携带亲生子躲藏。在法院启动执行程序后,虽然与陈某取得了电话联系,但其仍然拒绝配合执行。最后,陈某因犯拒不执行判决罪,被判处有期徒刑两年。问题的关键在于,在多数与本案情节相似的案件中,被执行人却未被追究刑事责任。拐带子女的一方父母不仅未受到刑事责任的追究,反而使法院的执行因为其拐带行为而

最终不了了之。法治原则要求相同的情况得到相同的处理。各地法院在追究拐带儿童的一方父母刑事责任上的巨大差异严重损害了法制实施的统一性。当然,对于该罪的适用问题,虽然全国人大常委会出台过专门的立法解释^⑧,但仍有学者在进行实证研究后认为,司法机关对于该罪的适用存在严重的问题^[5]。就抚养权领域的拒不执行而言,其情节明显不属于人大立法解释所规定的前四种情形,只能划归到第五种兜底情形中。但应当如何认定“情节严重”实际上并无标准,司法机关的自由裁量权过大。是应当以儿童脱离享有抚养权的一方父母的时间来确定情节严重,还是必须存在严重的抢夺子女行为?现阶段的司法实践没有提供明确的答案。

5. 执行配套机制上的孱弱

由于缺乏对抚养权执行特殊性的合理认识,我国未建立起相应的执行配套机制。这些执行配套机制包括但不限于专业化的调解机制、社工和心理专家调查机制、其他机构的配合协调机制以及长期性的跟踪调查机制。相关配套机制的缺乏使得我国抚养权的执行显得十分粗糙。以调查儿童意愿为例,我国在执行中调查儿童意愿的方式通常是在一方父母陪同下通过谈话笔录的方式确定其意愿。但是,大量的经验表明,儿童在此种情况下所作出的意思表示很可能受到该方父母的胁迫或者不当影响。这时,专业化的社工和心理专家的调查显得尤为必要。根据《处理子女抚养问题若干意见》第五条的规定,父母双方对10周岁以上的未成年子女随父或随母生活发生争执的,应考虑该子女的意见。同时,该规定第十五条将10周岁以上子女的意见和父母的抚养能力作为变更抚养权的依据。在此问题上,我国司法机关往往陷入一种误区,即过分强调对子女意愿的尊重,甚至将其视为绝对化的因素。在缺乏专业调查机制的情况下,仅以单次谈话笔录为依据就确定抚养权的终止执行明显与该规定的初衷相悖。当然,也有法院比较注意此问题,尽量减少直接抚养人对儿童意愿的不当干扰,查明儿童的真实意愿。以陈某某与叶某甲离婚纠纷执行案^⑨为例,执行法院采取了到诉争子女学校进行调查的方式,避免了直接抚养一方父母在场情况下的不当压力。有学者对法院审理过程中儿童表达意愿的方式进行了调查分析,认为出庭表达意愿可能会对子女真实意愿的表达形成压力,但

却是目前较为普遍的一种调查方式^[6]。此外,在实践中,执行法院对于儿童意愿的调查并没有严格依照前述司法解释所设定的年龄进行。在张立杰与吴军艳离婚纠纷执行案^⑩中,执行法院对诉争婚生子的意愿进行调查时,诉争婚生子还未满10周岁。在执行过程中,是否应当征求10周岁以下儿童的意愿以及如何征求,各地做法并不一致。这些问题和分歧的产生与我国现阶段家事审判和执行的非专业化特征存在较大的关联。

6. 小结

从以上分析中,我们不难看出我国现阶段抚养权的执行凸显了两方面的问题:一是在被执行人非自愿履行情况下,各地法院在是否应当适用强制措施以及适合何种强制措施的问题上分歧较大,相似的案件没有得到相似的处理,甚至出现了相反的处理,严重损害了法律实施的统一性;二是由于执行机制上的欠缺或者漏洞,抚养权执行虚置化现象严重。

(二) 抚养权执行虚置的成因

1. 财产性给付执行的定向思维

如前文所述,由于执行规则体系是以对财产给付的执行为框架构建的,我国法院在抚养权的执行中仍然深受财产性给付执行定向思维的影响,没有给予身份性权利执行相应的重视,这种轻视态度从执行裁定的表述中可见一斑。相当数量的抚养权执行裁定书中甚至载明“待今后发现被执行人其他可供执行财产后,申请执行人可向本院恢复执行”^⑪。此一表述不仅是直接套用财产给付执行用语的“懒政”之举,更是凸显了法院对于抚养权执行的态度。在执行过程中,法院所采取的措施也往往与财产密切相关,如调查被执行人的财产或者要求被执行人申报财产^⑫。虽然对于财产的调查为将来采取强制措施(如罚款)创造了一定条件,但事实上在这些案件中,多数最后并未采取适当的强制措施。此外,很多法院在执行抚养权案件时没有给予足够的重视和精力,认为财产性给付案件才是法院执行的重心,更无心考虑抚养权执行的特殊方法。毫无疑问,对于财产性给付案件的定向思维已经严重影响了抚养权的执行。

财产性给付执行定向思维的另外一面表现在法院错误理解和适用相关强制措施,并进而滋生“身份权的执行调解不成就匆忙终结执行”的怪象。事实上,现有的法律和司法解释就抚养权执行

的规定过于笼统。归纳起来,实际上只有一点——对抚养权的执行可以采取强制措施,但执行是否可以针对子女采取强制措施则缺乏明确的规定。各地法院对于这两项原则的理解存在较大的偏差。有法院错误理解“人身不能作为执行标的”的含义,认为不能对人身采取直接强制措施^⑤。如果按照这种理解,在抚养权纠纷中法院不能对带离子女进行强制执行。但事实上,现行法律和司法解释并没有禁止抚养权执行中的直接带离措施。有学者分析认为,强制带离子女交给有抚养权的另外一方父母是我国将身体作为执行对象的唯一表现,并没有违反我国强制执行制度^[7]。当然,亦有学者分析认为,子女不是婚姻案件中的债权或者债务,不能成为执行对象^[8]。即使将此类案件的执行标的理解为行为,实际上也并没有必然排除强制带离争子女的可能。强制带离子女从另外一个角度来看,恰好是针对被执行人的妨碍行为的。强制带离子女实际上是对被执行人的行为的约束。如果执行法院产生在任何情况下均不可带离子女的错误认识,则势必会加剧非法拐带和藏匿子女的现象产生。

只有跳出财产性给付执行的定向思维,才能充分认识到抚养权执行的特征,并进而构建起合理的执行机制。既要避免将抚养权的执行与财产性给付案件的执行做等同处理,也要避免过分强调自愿履行而造成执行虚置的现象。

2. 裁量权中心主义

从前文的分析中,我们不难发现,各地法院在抚养权强制执行问题上所出现的分歧,很大程度上是由于法律和司法解释未能提供详尽的指引,而只提供了一种概括性的原则。这实际上赋予了各地法院极其宽泛的自由裁量权。在我国尚未建立起专业化的家事法院和执行机制之前,贸然采用这种裁量中心主义(discretionary-based system)是十分危险的^⑥。这种危险主要表现在两个方面:首先,从微观的角度来看,它可能破坏裁判文书的既判力,使得权利处于一种不稳定的状态;从宏观的角度来看,它可能破坏了法律的一致性和可预测性,从而动摇整个法治的根基。我国目前抚养权执行所面临的诸多困境正是由于贸然在抚养权执行领域采用裁量权中心主义。裁量权中心主义导致了抚养权执行措施种类、适用顺序和刑事制裁措施等问题的理解混乱。专业辅助机制的缺位加剧了这种混乱局面,并导致儿童最大利益原则的滥用。

三、“穷尽措施”原则为基础的 抚养权执行特殊机制

事实上,对于抚养权强制执行问题的困惑并非中国所独有。其他国家的学者也对此问题进行过长期而细致的讨论,但到目前为止,似乎并没有寻找到令人满意的完美解决方案,但形成了一些相对清晰的共识。以欧洲为例,欧洲家庭法委员会(The Commission on European Family Law)在对欧洲 22 个国家的父母责任立法和司法实践进行国别调查后,制定了《欧洲家庭法原则:父母责任》^[9]。在这份框架原则中确立了父母责任执行方面的两项原则。其一,如果自愿履行失败,主管机关作出的裁判或者具有强制执行效力的协议必须得到无拖延的执行。其二,强制执行不应当在明显与儿童最大利益相冲突的情况下进行。两项原则体现了欧洲各国在此问题上所形成的共识。但是,该原则并未涉及强制执行的具体程序,其中一项重要原因在于欧洲各国在此问题上的分歧较大,无法达成共识。具体程序上的差异毫无疑问与各国的司法体系、社会发展水平以及法律传统等多方面的差异存在密切联系。执行体系的构建应当置于各国的法律和司法背景之中。

就抚养权的执行而言,一方面,法律为了维护享有抚养权的一方父母利益,在自愿交付儿童失败的情况下,必须要采取适当的强制措施。强制措施不仅是保护当事人权利的必要路径,也是法治原则的必然要求。另外一方面,是儿童利益而不是被执行人的利益构成对强制措施适用的限制。抚养权的执行体系的建构主要涉及三个问题。其一,抚养权执行可以选择的措施有哪些,与一般性财产给付的强制措施是否存在差别。其二,调解(mediation)、心理强制(psychological coercion)和直接强制(direct coercion)之间是可选关系还是存在适用顺序。最后,儿童的利益或者意愿在什么情况下能限制强制措施的采用。

(一)对四类执行措施的评析

就第一个问题而言,根据我国现行法律规定,可以选择的执行措施大致可以分为几类。第一类为调解,即在执行法院的调解下,执行人和被执行人达成和解。通过法院的调解,控制子女的一方父母通过和解协议自愿交出子女是最圆满的结果。但是由于我国目前在调解方面缺乏专业性的调查

和辅助机制,调解容易流于形式。从域外法的经验来看,专业化的调查和辅助机制对于调解的成功至关重要。以芬兰为例,在有关监护的强制执行请求提交给法院后,法院必须将案件转交给调解人,除非相关裁判是在三个月之前作出的或者有立即执行以保护处于危险中的儿童利益的必要。根据《儿童监护和接触权裁判执行法案》的规定,每个市政当局都必须提供强制执行中的调解服务,并且将名单报送给法院。通常而言,调解服务由社会机构或者私营团体提供。服务提供人可以提供儿童精神病人专家、儿童心理专家以及社工来担任调解人。调解人的相关费用均由政府支出。调解人有权收集双方以及子女的信息,但必须如实禀告法院,并对负面信息(如酗酒、吸毒)等负担保密义务。法院在接到调解人的报告后,可以裁定继续调解或者采取其他措施^⑤。瑞典的做法与芬兰类似。根据《父母和子女法典》的规定,法院在收到执行申请作出执行裁定前,应当通知社会福利委员会或者社会服务机构的代表和双方当事人来确定调解是否可能取得成功。这样的调解具有双重功能。首先当然是促使双方以缓和的方式来解决抚养权的执行问题,特别是促使双方自愿交接子女。其次,即使调解失败,法院也可以从调解人那里获得一方父母抵制执行,拒绝交付子女的原因,为法院将来的执行创造便利^⑥。这一立法理由说明,对于改革我国目前抚养权执行机制极具启发性。

调解之所以成为各国执行抚养案件日趋流行的措施,主要原因还是在于这类案件的执行与一般财产案件的执行存在巨大的区别。荷兰阿赛研究中心(T.M.C Asser Institute)在其受欧盟资助的调研报告中指出,大量的实践经验表明,这类案件执行的困难是因为它针对的是人的行为,而不是客观化的财产,并且与作为第三方的子女密切相关^⑦。但是,调解的必要性和调解的科学性二者并不存在必然的联系。我国目前在抚养案件中进行的调解主要是法官主导的,缺乏专业化的信息获取和评估机制。更大的问题在于,将调解交给第三方可以缓解当事人的敌对情绪以及法院强制力对当事人形成的影响。相对于法官,调解人不仅更加具备经验,而且更能将精力专注于调查和调解工作。从短期的改革方向来看,强化执行阶段与人民调解委员会的合作是较为可行的措施。长期的改革方案应当以调解的专业化为目标。我国部分地方已经开始

试点政府购买社工服务,但主要局限在社区矫正方面,尚未拓展到抚养权的执行领域。将社工服务拓展到执行领域是我国未来改革的重要方向。

第二类措施主要是指间接强制措施(又称心理强制)。这类措施主要是通过对实际控制子女的一方父母采取拘留、罚款等措施,迫使其交出子女。这类措施又可以分为针对被执行人财产的措施和针对被执行人人身的措施两大类。针对财产的措施既包括罚款等现实性的财产制裁,也包括信用惩戒等潜在性的财产制裁。对于财产性制裁措施的质疑主要体现在两个方面。一是财产性制裁的效果与执行的目的相距甚远。家庭领域裁判的主要目的是为了让父母履行其对儿童的义务,财产性制裁很难实现这一目的。另外,如果对实际控制儿童的父母施行财产性制裁,可能会对儿童的利益产生影响。例如,财产性制裁措施可能会事实上降低儿童的生活水平^⑧。但是,从域外实践来看,罚款反倒成为了普遍接受的强制性措施,并且在实践中也经常被采用^⑨。这主要是由于相对于其他强制措施,罚款对于子女产生的影响相对较小,部分国家甚至将其作为强制措施的首要选择^⑩。我国目前对于抚养案件中的罚款问题操作存在较大的分歧,大部分法院因无法查找被执行人而放弃采用该措施。事实上,在网络执行查控机制开始运行后,无法查找被执行人和对其进行罚款之间并不存在直接性的冲突^⑪。就信用惩戒而言,在法律没有明确排除的情况下,适用于抚养权的执行并不存在法律上的障碍。相对比较现实的罚款而言,信用惩戒措施对于拐带子女到异地的被执行人更能产生心理强制,从而敦促其履行交付子女的义务。

就针对人身性的措施而言,从笔者检索的案例来看,实践中法院极少采用该措施。一是在被执行人拐带子女到外地的情况下,通常难以查询其行踪,进行拘留;二是怕被其藏匿的未成年子女无人照顾,损害儿童的利益。事实上,域外法的经验来看,部分国家在实践中对于这一措施也是比较排斥的。例如,在波兰、荷兰、卢森堡和奥地利等国法院虽然理论上可以采用拘留措施,但是实践中却几乎不会采用或者很少采用^⑫。从欧洲的实践来看,拘留在部分国家只能在启动刑事责任追究时采用^⑬。另外一些国家则不存在拘留这种执行措施。以瑞典为例,法官可以进行罚款或者要求警察带离子女,但却不能拘留拒不交出子女的父母^⑭。虽然存

在这些分歧,但是有一点是肯定的,在拘留措施的适用上应当保持“谦抑”。亦即,除非拘留措施的采用对于被执行人及早交付儿童会产生有利的作用,否则就不应当采用。就限制出境措施而言,笔者未能检索到单独限制出境的惩戒,而是统一包含在了信用惩戒之中。事实上,限制出境措施对于打击跨境拐带子女十分有必要。从域外经验来看,这一措施实际上较为普遍。以立陶宛为例,法律授权执行法官可以发布限制被执行人离境的裁定^⑧。在英国,法院可以发布禁止行动指令(Prohibited Steps Order)。该指令可以通过国家警察计算机系统传输到各个机场和港口,确保儿童不会被带离出境^[10]。在法院发现诉争子女有被拐带出境的可能时,还可以指令被执行人交出子女的护照或者禁止主管当局颁发护照^⑨。这些经验对于我国极具启发性。如果执行法院发现被执行人有携带子女出境的嫌疑时,首先应当及时作出限制出境的决定,再决定是否采取其他强制措施。在最高人民法院牵头建设网络查控系统之前,对被执行人进行限制出境的程序十分复杂,以至于除非万不得已,法院为了避免麻烦,不愿意采用该措施^[11]。未来我国法院应当充分利用网络查控机制,确保限制出境决定的快速执行。另外,查控系统的建设和完善对于打击拐带和藏匿子女的行为的作用不仅表现在制裁措施的实施上,更表现在对于被执行人和诉争子女行踪的查找上。如前文所述,相当多数的抚养权法律文书得不到执行的重要原因在于无法查找被执行人下落。值得一提的是,部分地方法院已经开始试点将执行系统对接到公安预警系统。一旦预警系统发现被执行人有住宿登记、上网登记、办理暂住证和出入境等记录,公安民警将及时进行处理,控制被执行人并移交法院处理^⑩。这一经验值得在全国进行推广。

第三类措施是指法院直接带离子女。虽然法律和司法解释并没有排除在实践中适用带离措施的可能,但各地法院在实践中往往以保护子女利益为由,拒绝带离子女。保护子女利益毫无疑问是强制带离子女的首要考虑。但是问题的关键在于由于我国缺乏相应的专业评估配套机制,保护子女利益极易沦为法院拒绝带离子女的借口。从域外法的经验来看,大部分国家的法律是承认这一措施的必要性的。但强制带离措施通常只能针对无民事行为能力未成年人(通常为 14 岁以下)。在比利

时、芬兰、奥地利、西班牙、德国、意大利、拉脱维亚、卢森堡、马耳他、斯洛伐克和瑞典等国,法律均授权法院在必要且不违反儿童利益的情况下采取强制带离措施。当然,也有国家明确禁止强制带离儿童的行为,而不管儿童是否已经达到限制民事行为能力。以希腊为例,希腊现行的法律修改了之前的规定,完全禁止适用强制带离措施。因为这样的带离措施是违反宪法和《欧洲儿童权利保护公约》的^⑪。事实上,完全废除这一措施势必会加剧拐带子女现象的发生,这一措施在多数情况下,只是形成心理威胁的一种武器。从我国目前的状况来看,解决适用这一措施难题的关键在于强化配套机制,特别是建立前置调查和评估机制,同时应当引入第三方(例如社会福利机构、政府代表、非政府组织等)的参与和监督,以确保尽量减少对儿童利益的影响。从欧洲国家的经验来看,多数欧洲国家在强制带离儿童时会要求除法院外的特定机构的参与,来确保儿童的利益^⑫。以德国为例,作为咨询和辅助机构的青少年局(Jugendamt)会参与到强制带离儿童的程序中,为执行官(Gerichtsvollzieher)提供支持和协助^⑬。我国法院要改变目前不愿意适用这一措施现状的一项重要举措便是引入教育部门(如学校教师)、基层群众自治组织、妇联、民政等部门的参与和支持,减少和缓和强制带离对儿童的影响。

最后一种措施是刑事制裁。前述三种方式均可以归结为民事上的措施,刑事上的制裁从严格意义上来说并不属于民事程序法中的执行措施。在普通法系,如果被执行人违背法院的指令,拒绝交付子女,其可能被追究蔑视法庭(contempt of court)的刑事责任。在美国,超过半数的州详细规定了抚养案件中的蔑视法庭救济^{[12]854}。值得注意的是,蔑视法庭制裁包含民事和刑事两个方面。二者的区分在于对于违法者制裁的性质。虽然二者均可能包含拘禁和罚款这两种形式,但是民事方面的蔑视法庭制裁的目的主要是救济性的,而刑事方面的制裁则主要是惩罚性的。因而,民事方面的蔑视法庭制裁通常具有两方面的明显特征。首先,法院的制裁指令通常会包含“涤除条款”(purge provision)^{[12]867}。亦即罚款和拘留都是不固定期限的,只要当事人主动履行指令中规定的条件(例如自动交付子女),制裁就会终止。其次,民事制裁还带有救济性。法院可以通过指令要求拒不交出子女的一方赔偿另外一方的损失^{[12]861}。

由于刑事方面的制裁受到宪法的保护,其适用标准要远远高于民事制裁^⑧。在英国,虽然法院可以以蔑视法庭罪的方式对拒不执行抚养判决的被执行人进行刑事制裁,但在实践中却极少采用。在英国,拒不执行抚养指令,并且违反法院禁止行动指令的父母不仅可能导致蔑视法庭的刑事处罚,而且可能面临绑架儿童的刑事处罚^⑨。我国目前对于拒不履行抚养判决的刑事制裁主要是拒不执行判决、裁定罪,而并不包含拐骗儿童罪。因为根据我国法律的规定,即使离婚的一方父母未取得抚养权,也是未成年子女的监护人,因而并不符合拐骗儿童罪的构成要件。我国目前面临的问题并不是要扩大适用相关的罪名,而是要规范拒不执行判决、裁定罪在抚养权领域的适用。需要明确的一点是,拒不执行判决、裁定罪本质上是作为惩罚性,而不是救济性机制而存在的,其保护的利益主要是司法机关的正常活动和司法机关的权威。因而,不能将该罪简单作为敦促被执行人履行交付子女义务的常用手段。对于该罪的适用应当坚持刑法的谦抑性,不应盲目扩大该罪的适用。就拒不履行有关抚养权的判决、裁定而言,认定罪与非罪的关键在于被执行人拒不履行抚养权判决、裁定的情节是否严重。比如,是否因其不履行行为造成了严重的不良社会影响,或者对未成年人的健康成长造成严重损害。从现有的案例来看,法院通常并不会将被执行人拒不执行行为对未成年人所造成的影响作为考量因素,而是更多地考虑拒不执行行为给司法机关带来的负担和影响^⑩。这种做法明显没有考虑此类案件的特殊性,儿童利益毫无疑问是法院所应当首先考虑的问题。总之,此罪在抚养权执行领域应当谨慎适用。

(二)措施适用的特殊顺序

抚养权执行的特殊性不仅决定了其具体措施实施上的特殊性,而且决定了这些措施适用顺序上的特殊性。从比较法的角度来看,存在两种模式:立法主导型和司法主导型。立法主导型是指立法机关通过成文法强制规定某种措施的优先性,司法机关缺乏在决定措施适用顺序上的自由裁量权的模式。司法主导型是指成文法只明确法院可采取的措施,而不预置这些措施的适用顺序,而是由司法机关根据案情选择最佳措施的模式。事实上,现在两种模式在实质上已经有趋同的态势。在第一种模式下,只有穷尽前一顺位的措施而无法达到既

定的效果,才能采用后一顺位的措施。在抚养权执行领域,措施适用顺位的确定不仅与被执行人密切相关,而且与作为第三人的未成年人密切相关。毫无疑问,那些对于未成年人影响较大的措施应当列为较后顺位的措施。总体而言,调解措施通常是必备的前置性措施。在某些国家(例如马耳他),抚养权执行中的调解是强制性存在的。在更多国家(如比利时、瑞典),法律虽然没有强制规定调解前置,但是强调了调解措施的前置重要性并规定了具体的实施方案。在没有采用立法强制模式的国家,司法实践也形成了调解前置的偏好^⑪。如果调解失败,最佳的方案无疑是通过间接强制措施,促使当事人自愿履行。从我国目前的现状来看,法院对于间接强制的适用顺序缺乏清晰的认识。事实上,在间接强制措施内部也是存在先和后的区分的。通常而言,相对于人身性强制措施,财产性强制措施应当被优先适用。就直接带离儿童的措施而言,各国普遍将其作为一项最终救济措施(last resort)。亦即,只有在前述措施无效的情况下,才能采用该措施。以瑞典为例,根据瑞典《父母子女法典》的规定,强制带离子女只能在其他措施无效或者不带离子女就将严重损害子女利益的情况下适用^⑫。最后,就刑事措施是否应当作为最终制裁措施这一问题,比较法上并无定论。在某些国家,刑事措施的威胁是抚养权执行的基础,而在另外一些国家则是作为最后救济措施存在的。特别是在那些只能在刑事程序中采用拘留或者无法直接强制带离儿童的国家,刑事措施具有最终的强制力。从我国的情况来看,刑事措施至少应当作为一项后考虑的措施,而不是作为一种常态化的措施。

(三)儿童最大利益原则对措施适用的限制

前述措施和适用顺序只是作为常态而存在的,儿童利益最大原则可构成对这些措施及其适用顺序的限制。这是由于子女最大利益原则是整个抚养权执行体系的核心。之所以要对一般的执行体系进行调整以适应抚养权执行,主要原因在于保护儿童的利益。保护儿童利益这一目标要求法院在采取强制措施时更加小心谨慎,将决定建立在专业化的评估基础上。这一目标同样要求法院更加注重措施适用的顺序(特别是调解的前置),尽量减少对未成年人的影响。当然,保护未成年人利益的迫切需要也可能成为法院突破范式的依据。此外,在执行抚养权的案件中,法院特别注重对儿童意愿的

尊重。通常而言,达到一定年龄的未成年人可以参与到整个执行程序中,并且有权发表自己的意见。适龄儿童所发表的意见原则上应当受到法院的尊重。而对于未达到法律或者判例所确定年龄的儿童,法院也应当充分考虑其意见,并判断其意愿是否受到了和其居住一方父母的不当压力。毫无疑问,未成年人的心智越成熟,法院就应当愈加尊重其意见。在德国,“对于年龄较大的青少年,只有存在身体或者精神上的压迫时,才能构成法律意义上的‘扣留(Vorenthalten)’”^{[2]387}。如前文所述,我国在司法解释中虽然存在“关于抚养问题的纠纷应当尊重十周岁以上儿童的意愿”的规定,但在确定儿童真实意愿的问题上,我国目前的执行体系明显缺少科学合理的调查机制。此外,为了保护儿童利益的独立性,在某些特殊情况下,特别是在父母和子女存在严重利益冲突的情况下,很多国家法律均授权法院为儿童指定特别程序辅助人(德国法上称为 Einen Nesonderen Vormund, 英国法上称为 A Guardian ad Litem)。虽然在我国司法实践中,有当事人曾就另外一方父母代表子女的做法进行过质疑,但是执行法院认为这不属于其处理的范围。很明显,我国并不存在为儿童在执行程序中指定单独的诉讼辅助人的机制。客观的调查和程序辅助机制是我国完善儿童抚养权执行体系的必然选择。

四、结语

抚养权的特殊性要求对一般性的执行规则进行特殊的调整。这种特殊的调整应当以保护儿童利益为首要原则。保护儿童利益原则要求法院在适用执行措施时秉持谨慎态度。法院对于具体措施的适用应当严格受到比例原则的制约,保持适度的“谦抑性”^[13]。法院需要在父母利益、子女利益以及公共利益(特别是法治权威)之间寻找平衡,而儿童的利益是法院首先应当考虑的因素。调解前置,穷尽措施和最后救济原则是抚养权执行中所应当坚持的基本原则。我国法院在抚养权执行领域所面临的困局主要是由缺乏对于抚养权执行特征的充分认识而导致的。由于缺乏专业的辅助评估机制,我国司法机关在该领域普遍显得过于谨小慎微,并滋生出“重财产权执行而轻身份权执行”的怪象。这种现象与家事审判和执行专业化的缺位密切相关。构建抚养权执行的专业化体系是我国未

来改革的重要目标。专业辅助机制的存在不仅有利于父母之间以及父母和子女之间矛盾的消除,更有利于法院采取合理科学的执行措施。

注释:

- ① 根据我国婚姻法的规定,父母双方在离婚后均有抚养子女的义务,本文所称的抚养权是指直接抚养权。我国司法裁判中对于直接抚养权的描述各不相同,有使用“随某某生活”描述的,也有使用“由某某抚养”“归某某抚养”或者“抚养权归某某”描述的,还有使用“由某某直接抚养”描述的。最后一种表述是最符合婚姻法的规定的。关于此问题的讨论,参见夏吟兰、陈汉、刘征峰:《涉台婚姻中离婚后子女抚养权、探望权保障研究》,载《海峡法学》2015年第2期。另外,本文在进行比较法分析时对于德国法中的父母照顾(Elterliche Sorge)、英国法中的父母责任(Parental Responsibility)以及传统的监护(Custody)等概念的区别不作讨论。本文所讨论的抚养权的内涵和外延均以我国的学理和法律规定为基准。
- ② 值得注意的是,索马里和美国虽然签署了该公约,但是尚未履行国内权力机关的批准生效程序。参见 Status of Convention on the Rights of the Child, 网址: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtmsg_no=iv-11&chapter=4&lang=en#EndDec, 访问日期:2014年1月2日。
- ③ 代表性论文如刘涌:《涉及子女人身的案件可以强制执行》,载《法学》1987年第10期;吴剑平:《关于确认子女归谁抚养的判决能否强制执行的探讨》,载《人民司法》1989年第9期;杨东:《谈离婚案件中未成年子女抚养归属的强制执行》,载《法学论坛》1989年第4期。
- ④ (2014)灞执字第00796号执行裁定书。
- ⑤ (2014)揭西法金执字第4号执行裁定书。
- ⑥ 参见(2014)六执(复)字第00016号复议决定书。
- ⑦ (2014)秀执行字第649号执行裁定书。
- ⑧ 另外两起案件分别为田某某与林某某离婚纠纷执行案(参见(2014)秀执行字第237号执行裁定书)和翁某甲与林某某同居关系子女抚养纠纷执行案(参见(2014)秀执行字第587号执行裁定书)。
- ⑨ 截至目前,已经有15个州(含华盛顿哥伦比亚特区)批准采纳了该示范法。参见 enactment status of the UCA-PA, 网址: <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Child+Abduction+Prevention>, 访问日期:2015年6月12日。
- ⑩ 参见 The Status Report of the Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, 网址: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24, 访问日期:2015年6月12日。
- ⑪ (2012)莲执裁字第01049号执行裁定书。
- ⑫ (2014)顺少民初字第12286号民事判决书。

- ⑬ 参见(2012)大民初字第11172号民事调解书、(2014)大民初字第4344号民事判决书和(2014)大民初字第12807号民事判决书。
- ⑭ 例如章某与李某离婚纠纷执行案,参见(2014)江宁执字第1538号执行裁定书。
- ⑮ 参见(2012)霍执字第00309号罚款决定书、(2012)六执字复字第00003号复议决定书、(2012)霍执字第00482号罚款决定书和(2014)六执(复)字第00016号复议决定书。
- ⑯ 从检索的案例来看,有少数法院已经在抚养权执行中采用信用惩戒措施。例如,郑某某与王某某同居关系子女纠纷执行案,(2014)南执字第768号执行裁定书。
- ⑰ (2015)沛执字第1479号民事裁定书。
- ⑱ 例如,李丽嫦与邓铭强变更抚养关系纠纷执行案,参见(2014)江新法执字第2398号执行裁定书。
- ⑲ 参见(2014)望刑初字第00033号刑事判决书。
- ⑳ 参见全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》。
- ㉑ (2014)河和法执字第98号执行裁定书。
- ㉒ (2014)西执字第116号执行裁定书。
- ㉓ 例如,徐某与刘某离婚纠纷执行案,(2014)库执字第1984号执行裁定书;韩某与夏某离婚纠纷执行案,(2014)沛执字第1479号执行裁定书。
- ㉔ 例如,郝某与管某离婚纠纷执行案,(2014)秦执字第1763号执行裁定书。
- ㉕ 例如,吴志梅与王钊源离婚纠纷执行案,(2014)阳春法执字第917-1号执行裁定书。
- ㉖ 有关裁量中心主义和规则中心主义的讨论,参见Mary Ann Glendon, "Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law", 60 Tul. L. Rev. 1165-1197, 1985-1986.
- ㉗ 参见 Eira Kuisma, National Report of Finland on Enforcement Procedures of Family Rights, 网址: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/finland_en.pdf, 访问日期:2015年6月21日。
- ㉘ 参见 Kristina Örtenhed, National Report of Sweden on Enforcement Procedures of Family Rights, 网址: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/sweden_en.pdf, 访问日期:2015年6月24日。
- ㉙ 参见 Synthesis Report of the Comparative Study on Enforcement Procedures of Family Rights, 网址: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/study_family_rights_synthesis_report_en.pdf, 访问日期:2015年6月14日。
- ㉚ 参见 Katarzyna Bagan-Kurluta, National Report of Poland on Enforcement Procedures of Family Rights, 网址: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/poland_en.pdf, 访问日期:2015年6月14日。
- ㉛ 参见 Finland Report and Sweden Report, 分别如前注⑳、㉙。
- ㉜ 参见《最高人民法院关于网络查询、冻结被执行人存款的规定》和《最高人民法院、中国银行业监督管理委员会关于人民法院与银行业金融机构开展网络执行查控和联合信用惩戒工作的意见》。
- ㉝ 例如波兰和拉脱维亚。参见 Poland Report, 如前注㉚, 以及 Valters Gencs, National Report of Latvia on Enforcement Procedures of Family Rights, 网址: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/costs_civil_proceedings/latvia_en.pdf, 访问日期:2015年6月23日。
- ㉞ 参见 Rimantas Simaitis, National Report of Lithuania on Enforcement Procedures of Family Rights, 网址: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/lithuania_en.pdf, 访问日期:2015年6月24日。
- ㉟ 参见 Family Law Act 1986, s 33.
- ㊱ 例如苏州市中级人民法院与苏州市公安局于2015年4月签订的《关于建立公安机关协助人民法院查找、控制被拘留人执行联动机制的若干意见》。
- ㊲ 例如,免于自证其罪的特权(The Privilege Against Self-incrimination)和禁止双重危险原则(Prohibition against Double Jeopardy)。在 State v. Hope 一案中,非法拐带子女的父亲即引用了该原则避免了二次刑事制裁。参见 449 So. 2d 633 (La. Ct. App. 1984)。
- ㊳ 参见 Roger Kay, National Report of United Kingdom on Enforcement Procedures of Family Rights: Part A England, 网址: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/united_kingdom_england_en.pdf, 访问日期:2015年6月24日; Alice Diver, National Report of United Kingdom on Enforcement Procedures of Family Rights: Part B Northern Ireland, 网址: http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/family_rights/united_kingdom_northern_ireland_en.pdf, 访问日期:2015年6月24日。
- ㊴ 参见(2014)望刑初字第00033号刑事判决书和(2013)永中法刑一终字第85号刑事裁定书。
- ㊵ 参见 Chapter 21 Sec. 3 para. 2 of Swedish Children and Parents Code.

参考文献:

- [1] Stuart N Hart. From Property to Person Status: Historical Perspective on Children's Rights [J]. American Psychologist, 1991, 46(1): 53-59.
- [2] 迪特尔·施瓦布. 德国家庭法[M]王葆蔚,译. 北京:法律出版社,2010:259-260.
- [3] An Introduction to the Children Act 1989 [M]. London: HMSO, 1989: para 1.4.
- [4] Jane Marir, Esin Öricü. Harmonised Norms of Parental Re-

- sponsibilities Facing Reality [M]// Jane Marir, Esin Örcü . Juxtaposing Legal Systems and the Principles of European Family Law on Parental Responsibilities. Oxford: Intersentia, 2010 :289-291.
- [5] 谭金生. 拒不执行判决、裁定罪“情节严重”之实证考察[J]. 西南政法大学学报, 2015(3).
- [6] 陈思琴. 离婚后监护安排中儿童意愿之听取与考量[J]. 青少年犯罪问题, 2012(2).
- [7] 常廷彬, 王虹. 论强制执行对象的有限性[J]. 法学杂志, 2011(1).
- [8] 谭秋桂. 民事执行原理研究[J]. 北京: 中国法制出版社, 2011: 200.
- [9] Katharia Boele-Woelki, Cristina Gonzalez Beilfuss, Nigel Lowe, et al. Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities [M]. Oxford: Intersentia, 2007.
- [10] Jonathan Herring. Family Law [M]. London: Person, 2009: 561.
- [11] 杜利军. 限制出境制度实务探讨[N]. 人民法院报, 2010-08-11(8).
- [12] Margaret M Mahoney. The Enforcement of Child Custody Orders by Contempt Remedies [J]. University of Pittsburgh Law Review, 2007, 68(4).
- [13] 谢威, 徐昺颖. 抚养权纠纷中的谦抑执行[J]. 人民司法(案例), 2013(18).

责任编辑: 刘伊念

(Email: lyny@jhu.edu.cn)

Empirical Analysis of Causes and Solution of Problems in Custody Enforcement in China

LIU Zhengfeng

(Law School, Zhongnan University of Economics and Law, Wuahn 430074)

Abstract: General rules aiming at the property enforcement are not completely appropriate for custody enforcement. The ambiguity on the normative level and the judicial circle's property-enforcement centralism together have substantially nullified the right of custody in the Chinese legal system. Rash adoption of the discretion-centered system has resulted in chaotic differences among local courts when comprehending and applying coercive measures, which inextricably undermine predictability of right and even damage the pillars of the rule of law system. Getting rid of the directed thinking of property enforcement is a prerequisite for the construction of a reasonable custody enforcement mechanism. The particularity of custody enforcement warrants a special treatment of general coercive measures and the hierarchy among them. The best interest of children is the primary consideration in the enforcement process, but not the absolute and unconditional one. A mechanism oriented toward the "last-resort" principle and a professional family court system is the main goal of reform in China.

Key words: custody; enforcement system; proportionality principle; best interests of children.