

儿童诱拐公约实施中的 调解问题研究

A Study on

Mediation in the Enforcement of
Child Abduction Convention

吕亚芳 著

涉外借



中国政法大学出版社

儿童诱拐公约实施中的 调解问题研究

A Study on

Mediation in the Enforcement of
Child Abduction Convention

吕亚芳 著



中国政法大学出版社

2018 · 北京

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

儿童诱拐公约实施中的调解问题研究/吕亚芳著. —北京: 中国政法大学出版社, 2018. 10

ISBN 978-7-5620-8674-1

I. ①儿… II. ①吕… III. ①拐卖妇女、儿童罪—民事诉讼—调解(诉讼法)—海牙公约—研究 IV. ①D997.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第248677号

- | | |
|------|---|
| 出版者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路25号 |
| 邮寄地址 | 北京100088信箱8034分箱 邮编100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部) |
| 编辑邮箱 | zhengfadch@126.com |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 880mm×1230mm 1/32 |
| 印 张 | 7 |
| 字 数 | 170千字 |
| 版 次 | 2018年10月第1版 |
| 印 次 | 2018年10月第1次印刷 |
| 定 价 | 39.00元 |

1980年海牙《国际诱拐儿童民事方面的公约》，是第一个专门调整跨国诱拐儿童纠纷的公约，并已发展成为在全球具有广泛影响力的国际法律文件。然而，长期以来，公约在实施中以诉讼程序作为解决跨国诱拐儿童案件的主要方式，在实践中引发了诸多问题。因此，在公约实施中引入调解程序，能为公约的发展带来许多有重要意义的价值。

随着我国国际民商事交往的持续发展，我国对加入儿童诱拐公约的需要将日益凸显。在加入公约之前，我国可以针对涉及我们国家的跨国诱拐儿童案件，先行建立专门的调解机制。而调解机制的建立需要全面考察公约实施中的调解问题。为了论述的方便，本书借“公约调解”以指称这一问题。

本书所称的公约调解，专指在1980年海牙儿童诱拐公约实施中，在公约规定的法律框架下适用调解程序解决跨国诱拐儿童纠纷。公约调解有单边调解和双边调解、诉讼前调解和诉讼阶段调解等类型。儿童诱拐公约实施中适用调解方式有其充分的法律基础，除了有公约文本



及其软法调解指南的支持,还有支持跨境调解的国内立法和区域性法律规定。调解是公约认可的纠纷处理方式,调解与公约诉讼程序联系紧密,不仅不会对公约诉讼程序造成任何伤害,反而构成对其有益的补充。

与通过诉讼方式解决国际诱拐儿童案件相比,公约调解展现出其特有的诸多优势。尽管存在许多优势,但目前总体上纠纷案件仍然是以诉讼为主要的救济路径,调解程序在儿童诱拐公约实施中的重要性未能充分体现。这可能与公约调解适用的局限性,以及公约调解在适用中所要面临的诸多风险与挑战有关。对于这些因素,不应当将其作为整体上拒绝适用调解程序的原因,而应当在适用公约进行调解时给予足够的重视,在调解程序的开展过程中建立必要的保障措施,以推动调解程序在儿童诱拐公约实施中的顺利适用。

关于如何在公约实施中适用调解程序,主要包括调解的准备性工作、调解程序的启动、调解程序的开展三个方面。调解的准备性工作包括对公约调解员进行一般的和特别的培训、建立公约调解员名册、建立公约调解的信息提供和监管评价体系。不论是在公约诉讼之前,还是在公约诉讼之后启动公约调解,都离不开相关组织和人员的推动作用。启动公约调解还需要完成一些相关工作,包括调解的适当性评估、确定调解的方式和调解的地点以及订立调解知情同意协议。在开展调解的过程中,应当首先遵循调解的基本原则,包括自愿性原则、中立和公平性原则以及保密性原则。在遵循这些基本原则的前提下,在公约调解的范围内对是否交还儿童的问题,以及与此相关的父母亲责任问题进行讨论。

公约实施中适用调解程序,有两方面的问题需要特别加以注意:一是对涉及家庭暴力的公约案件如何处理的问题;二是

儿童能否参与调解的问题。跨国诱拐儿童案件中涉及家庭暴力的情形比较普遍。与公约诉讼中侧重于保护家庭暴力受害者的利益一样,适用公约调解时应当首先对案件是否适宜调解进行评估,在调解过程中,采取必要的保障措施保护家庭暴力受害者的人身安全。儿童参与国内调解的发展和公约诉讼实践对儿童参与态度的改变,对儿童参与公约调解程序产生了重要的影响。儿童有权参与公约调解,不论是直接参与还是间接参与,儿童在调解过程中发表的意见都可能影响公约调解的结果。

对于公约调解的结果,当事人会达成一份调解协议。为了避免调解协议达成之后被一方当事人拒绝执行的风险,必须确保公约调解协议具有法律效力和执行力。首先,在拟定调解协议时应当正确认识调解协议的范围,并使之符合准据法的要求;其次,应当使调解协议在两个或以上相关的法律体系内取得法律效力;最后,应当使调解协议在所有相关国家获得承认和执行。

公约调解为我国在加入儿童诱拐公约之前解决涉及我国的跨国诱拐儿童案件提供了新的思路。我国在加入公约之前,可以先行借鉴其他国家发展公约调解的经验,并根据我国的实际情况,尽快建立起调解国际诱拐儿童纠纷的机制,通过调解化解涉及我国内地的国际诱拐儿童纠纷,以弥补我国在这方面的空缺。

CONTENTS 目 录

摘 要	001
导 论	001
一、研究背景与意义	002
二、文献综述	021
三、重要术语说明	025
第一章 公约调解的基础问题	027
第一节 公约调解的含义与类型	027
一、公约调解的含义	028
二、公约调解的类型	032
第二节 公约调解的法律依据	035
一、儿童诱拐公约及其调解指南	036
二、国内或区域性法律	038
第三节 公约调解的地位	040
一、调解是正式的公约申请处理方式	040
二、调解是对公约诉讼程序的补充	042

第二章 公约调解的优势与挑战	045
第一节 公约调解的优势	045
一、公约调解与公约诉讼的比较	045
二、公约调解的比较优势在实践中的体现	053
第二节 公约调解的局限性与挑战	056
一、公约调解适用的局限性	056
二、公约调解面临的挑战	057
第三章 公约调解的适用	064
第一节 调解的准备性工作	064
一、公约调解员的培训	065
二、公约调解员名册的建立	069
三、信息提供和监管评价体系的建立	071
第二节 调解程序的启动	073
一、启动公约调解的阶段	073
二、启动公约调解的主体	076
三、启动公约调解的相关工作	080
第三节 调解程序的开展	091
一、遵循公约调解的基本原则	091
二、在公约调解的范围内讨论相关事宜	097
第四章 公约调解适用中的特别问题	102
第一节 涉及家庭暴力的公约调解	102
一、国际诱拐儿童案件与家庭暴力	102
二、公约诉讼对涉及家庭暴力案件的处理	106
三、公约调解对涉及家庭暴力案件的处理	110

第二节 儿童对公约调解的参与	114
一、国内家事调解中儿童的参与	115
二、公约诉讼中儿童的参与	118
三、公约调解中儿童的参与	128
第五章 公约调解协议的法律效力与执行	133
第一节 公约调解协议的拟定	133
一、公约调解协议的形式	133
二、公约调解协议的内容	134
三、协议内容的准据法问题	136
第二节 公约调解协议的法律效力	140
一、公约调解协议的性质	140
二、赋予公约调解协议法律效力的途径	142
第三节 相关国家对公约调解协议的执行	149
一、执行的路径与法律依据	149
二、不同国家机关之间的合作	155
第六章 公约调解的发展及对我国的启示	157
第一节 国际范围内发展公约调解的努力	157
一、海牙会议对公约调解的推动	157
二、相关国家与地区对公约调解的推动	162
第二节 公约调解对我国的启示	170
一、我国急需建立诱拐儿童纠纷的处理机制	171
二、我国应尽快构建诱拐儿童纠纷的调解机制	176
参考文献	191
附 录 国际诱拐儿童民事方面的公约	202



在海牙 1980 年《国际诱拐儿童民事方面的公约》(the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction) (以下简称《儿童诱拐公约》或《公约》) 缔约国讨论公约实施情况的国际会议上, 来自英国的 Catherine Meyer 女士讲述了她的遭遇。^[1] 自从孩子们被父亲诱拐到德国后, Meyer 女士为重新获得监护权已经奋斗了 7 年多。1992 年, Meyer 女士与其德国丈夫离婚, 并获得对两个孩子的监护权。两年后, 她送孩子们去德国和父亲度假, 从此他们就再也没有回来。她的前夫告诉她, 他不会交还两个孩子, 然后就带着孩子们消失了。Meyer 女士在英国提起海牙公约诉讼, 法院裁决交还儿童。然而, Meyer 先生在请求法院给其半个小时带孩子们去指定地点之后, 又带着孩子们消失了。Meyer 先生后来在向德国法院上诉期间, 根据《公约》第 13 条第 2 款之规定提出了儿童反对被交还的抗辩理由。德国法院支持了父亲的抗辩意见, 认为对于一个 7 岁年龄的儿童来说, 已经完全可以自己做决定了, 因为“一个 7 岁大的儿童, 面对选择足球还是柔道, 通常知道怎么决定”。法院还指出, 交还儿童到英国会置儿童于无法忍受的境地, 因为无论在家还是在学

[1] International Child Abduction: Implementation of the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abductions: Hearing before the Comm. on Int'l Relations, 106th Congress, 33, 1999.



校都不说德语,母亲又要上班,也没有时间陪孩子。自那以后,Meyer女士多次提出交还儿童的申请,但是均遭到了德国法院的拒绝。尽管法院赋予她短暂的3个小时的探视权,但当她试图行使这些权利时,却遭到了孩子父亲的拒绝。理由是他担心孩子再次被诱拐,以及孩子们不希望看到母亲。因为法院不执行探视权,又没有其他的救济措施存在,在过去的6年时间里,Meyer女士看望孩子的时间不足6个小时。她在会议上证实了诱拐带来的影响:“没有一天我不担心我的孩子们,没有一天我不想念他们。作为一个母亲,我永远都不能心安,因为我知道最终的受害者是孩子们。”

“父子有亲”,这是人道伦常的第一条。父母与子女本就是一体,父慈子孝,天伦之乐,这是每一个家庭所向往的,即便是跨国婚姻组成的家庭亦不例外。然而,跨国诱拐儿童事件的出现,生生割裂了父母与子女之间的骨肉亲情,刺伤的不仅是一个又一个家庭,随着国际诱拐儿童日益成为一个全球现象,也在当今国际社会标榜着文明进步的时代标签上,烙上了一道触目的伤疤。

一、研究背景与意义

(一) 国际诱拐儿童问题

1. 国际诱拐儿童的概念

提到诱拐儿童,人们通常会想到的是陌生人对儿童实施的绑架、抢夺或偷盗等行为。然而,在国际私法范畴内,诱拐儿童则是指父母或监护人一方违反监护判决、书面协议或法律,将儿童从其惯常居所地转移到另一国家,或者将儿童滞留在其惯常居所地之外的另一国家的民事违法行为。^[1]换句话说,在

[1] 汪金兰:《儿童权利保护的国际私法公约及其实施机制研究:以海牙公约为例》,法律出版社2014年版,第59页。

国际私法语境下,“国际诱拐儿童”已经成为父母、监护人或其他近亲属单方迁移或滞留儿童的同义词,或者说特指“国际父母诱拐儿童”(International Parental Child Abduction, IPCA)。〔1〕本书所讨论的跨国诱拐儿童案件也仅限于父母诱拐儿童的情况。

父母诱拐儿童,不同于陌生人诱拐或绑架、抢夺或偷盗儿童。通常来说,父母诱拐儿童不是为了物质上的要求,而是更多地希望在新的管辖法域对其子女行使单独的照顾或控制权。〔2〕陌生人诱拐儿童通常涉及刑事犯罪,而父母诱拐儿童行为不论在国内法规定还是国际法层面上,一般都被看作是民事领域的纠纷。当然也存在例外情况。在少数国家例如英国、美国、法国和比利时等国,诱拐儿童在一定的条件下会被作为刑事犯罪,当事人可能会被监禁或处以罚金。

2. 国际诱拐儿童的现状及成因分析

海牙国际私法会议常设局先后于2001年、2006年和2011年发布的国际诱拐儿童案件的全球报告、区域报告和国别报告显示,〔3〕国际诱拐儿童案件逐年增加,已经发展成为一个全球范围内比较严重的现象。根据海牙会议2008年分发的问卷调查结果,返还申请涉及的儿童数量是2705个。〔4〕事实上,很难获得全球范围内关于跨国诱拐儿童情况的准确数据,因为每个缔约国的中央机关向海牙国际会议报告该国发生的跨国诱拐儿童

〔1〕 杜焕芳:《国际诱拐儿童民事问题研究:〈海牙公约〉解释、实施与适用》,法律出版社2014年版,第13页。

〔2〕 Paul R. Beaumont & Peter E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999, p. 1.

〔3〕 关于报告内容的论述,参见杜焕芳:《国际诱拐儿童民事问题研究:〈海牙公约〉解释、实施与适用》,法律出版社2014年版,第17~34页。

〔4〕 Nigel V. Lowe & Victoria Stephens, “Global Trends in the Operation of the 1980 Hague Abduction Convention”, 46 *Fam. L. Q.*, 44 (2012).

情况都是自发性的。但是,有一些缔约国对其国内发生的跨国诱拐儿童案件数量是比较确定的。以美国为例,美国司法部资助的一项国家研究成果表明,一年内美国大约有 203 900 个儿童被家庭成员诱拐,许多被诱拐至其他国家。^[1]仅 2011 年一年,美国国务院儿童事务办公室(OCI)就收到 941 件对儿童被从美国诱拐到其他国家的报告,收到要求返还从其他国家被诱拐到美国的儿童申请 256 件。2010 年从其他国家诱拐到美国的儿童是 290 人,2012 年增加至 344 人。自 20 世纪 70 年代以来,OCI 已经对大约 16 000 件被父母一方从美国拐走的儿童案件作出回应。^[2]总体而言,在美国,每年大概有 10 000 件父母跨国诱拐儿童案件。^[3]其他西方国家的情况也基本类似。^[4]从这些数据不难看出,国际诱拐儿童的现象比较普遍,甚至已经发展到了非常严重的地步。

国际诱拐儿童现象的产生有着多方面的原因,例如人员的国际流动性和跨国旅行的便利,移民概率的增加和社会对不同文化背景的人组成家庭的开放性和包容性,以及迅速增加的离婚率等。跨国诱拐儿童案件的数量呈上升趋势,也是受到多方面因素的综合影响。

第一,跨国婚姻离异现象普遍。经济全球化背景下,国际

[1] Julia Alanen, "When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense", 40 U. Miami Inter-Aml. Rev., 55 (2008).

[2] Jennifer Zawid, "Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A New Frontier for Mediators", 40 U. Miami Inter-Aml. Rev., 4 (2008).

[3] Laura C. Clemens, "International Parental Child Abduction: Time for the United States to Take a Stand", 30 Syracuse J. Int'l L. & Com., 153 (2003).

[4] Tom Harper, "The Limitations of the Hague Convention and Alternative Remedies for a Parent Including Re-Abduction", 9 Emory Int'l L. Rev., 266 (1995).

民商事交往迅速发展,跨国婚姻关系也随之增多。伴随着传统婚姻家庭观念的转变,20世纪后期多数国家实现了从过错离婚到无过错离婚、有限离婚主义向离婚自由主义的转变,跨国婚姻的离异事件随之不断增多。由于家庭构成的国际性因素,夫妻之间大多存在着文化、种族和宗教信仰等各方面的差异,随着跨国婚姻关系的破裂,离婚后子女在哪一方所在的国家生活通常会成为父母双方争论的焦点,因此非常容易诱发跨国诱拐儿童事件。另外,跨国婚姻中的孩子们通常拥有双重国籍,具有两份护照,再加之现代国际交通旅行的日益便利,这些因素都成为跨国诱拐儿童案件不断出现的重要现实原因。

第二,诱拐者复杂的意图。国际诱拐儿童通常与跨国婚姻关系出现问题相关,诱拐者带着儿童离开其惯常居住地国家,其动因是各种各样的。有的诱拐者只是在婚姻关系终结后,单纯地希望返回其祖国,因此带儿童离开;有的诱拐者可能是出于对另一方在婚姻中的过错进行报复的心理,把儿童从对方身边带走;还有的诱拐者是认为儿童所处的环境对其成长不利,带走儿童能使其远离危险的环境或确保其在更加适合的社会环境中成长,符合儿童的最佳利益。等等原因,不一而足。尽管父母跨国诱拐儿童的意图千差万别,但是无疑都成为国际诱拐儿童的直接动因。

第三,法律诱因。1980年海牙《儿童诱拐公约》实施之前,父母在要求返还被诱拐的儿童方面存在着巨大的困难。因为每个国家的司法制度不同,国际社会又没有统一的承认外国法院监护裁决的法律体系,面对外国法院的监护裁决,一些国家在执行方面是犹豫的或者是不愿意的。^[1]这种局面的存在会

[1] Christopher L. Blakesley, "Child Custody - Jurisdiction and Procedure", 35 Emory L. J., 295-97 (1986).

促使父母为了避免执行一国法院的监护令,把诱拐儿童作为选择更富同情心的法院的一种方式,^[1]即通过挑选法院(forum shopping)与该法域建立一种人为的管辖联系,借以希望取得对其有利的监护裁决。

3. 国际诱拐儿童的影响

国际诱拐儿童带来的消极影响是多方面的。

首先,受到影响的是留守一方的父母。在生活方面,他们将承受情感和心理上的重创。失去孩子通常会让他们感到悲伤、沮丧和愤怒,在试图找回孩子的过程中,面对复杂陌生的外国法律体系,加之外国语言和文化的差异,他们往往不知道该从哪里着手寻求救济,因而通常会感觉无助和无奈。除了情感上遭受的巨大痛苦,留守方父母为找回被诱拐的孩子所要支付的高昂费用,例如交通费、律师费、提供翻译等服务的费用,往往会使他们不堪重负。很多时候,由于被诱拐的孩子与留守方父母分开的时间较长,特别是对于被诱拐时还很年幼的儿童,即使最后返回到留守方父母身边,孩子会对其感觉陌生或者不信任,这对留守方父母而言无疑又是很艰难的心理考验。这些都是国际诱拐儿童给留守方父母造成的身心方面的不利影响。另外,在法律层面,跨国诱拐儿童侵犯了留守方父母对儿童应当享有的监护权和探视权,造成家事纠纷的进一步升级。

其次,尽管跨国诱拐儿童事件对留守一方的父母造成的伤害是巨大的,然而,最主要的受害者还是被诱拐的儿童本人。儿童被迫离开其熟悉的生活环境,为适应新的国家的生活环境可能面临诸多困境。重要的是,国际诱拐行为割裂了儿童与留守父母一方的联系,在一些跨国诱拐儿童案件中,还会造成儿

[1] Esther Levy Blynn, "In re: International Child Abduction v. Best Interests of the Child: Comity Should Control", 18 U. Miami Inter-Am L. rev., 353, 356 (1987).

童与其兄弟姐妹的分离。这些都会造成儿童情感上的缺失, 对其身心的健康发展是极其不利的。在许多案件中, 诱拐孩子的父母甚至会告诉孩子他们的另一方父母已经死了或是者遗弃了他们, 或者告诉孩子与其相处是非常危险的。这些话无疑会对孩子稚嫩的心灵造成重大伤害。再者, 跨国诱拐行为使得儿童和留守父母的联系被摧毁, 长时间的分离过后, 儿童可能会与留守父母一方变得陌生而不愿意亲近。^[1]此外, 一些诱拐者为了躲避留守方父母的查找或者是为了逃避法律的执行, 经常搬家更换居住地点, 这无疑会影响儿童正常的上学和社交, 影响其接受教育和与同龄人之间建立友谊。因此, 诱拐行为极有可能使儿童产生严重的情感和心理问题, 很多被诱拐的儿童即使在被交还后也仍然存在这方面的问题。例如, 美国国务院儿童事务办公室曾在调查报告中指出, 被返还之后的儿童通常存在很多问题, 比如情绪上不稳定, 容易产生焦虑、怨恨、内疚、害怕等心理问题; 生活上厌食, 做噩梦, 睡眠紊乱; 行为存在攻击性等。更糟糕的是, 诱拐行为对儿童的负面影响可能是深远的。很多情况下, 这些心理和情感上的创伤会造成其成年后的问题, 包括在身份认知、处理人际关系方面的困境, 并可能在自己做父母养育孩子时出现问题。^[2]

总的来说, 诱拐行为对儿童的负面影响是最大的, 儿童是真正的受害者。正如 Pérez-Vera 教授在海牙儿童诱拐公约解释

[1] Julia Alanen, "When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense", 40 U. Miami Inter - Aml. Rev., 55 (2008).

[2] Office of Children's Issues, U. S. Dep't of State, "Report on Compliance with the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction", Travel. State. Gov., 6-8 (2009), <http://www.travel.state.gov/pdf/2009HagueAbductionConventionComplianceReport.pdf>.



报告中, 引用 Mr Dyer 对此问题的研究结论所指出的, “诱拐儿童的真正受害者是儿童本人, 他要遭受稳定的生活被突然打乱, 和突然与养育他的一方父母失去联系的精神创伤, 以及必须适应陌生的语言和文化环境, 必须承受陌生的老师和亲属带给他的迷茫与沮丧”。^[1]

(二) 海牙国际诱拐儿童公约

为了在全球范围内解决国际诱拐儿童问题, 《儿童诱拐公约》于 1980 年 10 月 25 日在海牙国际私法会议上正式予以通过, 并于 1983 年 12 月 1 日正式生效。公约在结构上分为 6 章, 具体包括公约的范围、中央机关、交还儿童、探视权、一般规定和最后条款, 共计 45 个条文。海牙《公约》为国家之间合作阻止和救济非法跨境转移儿童提供了机会。迄今为止, 公约缔约国已达到 92 个, 诱拐公约成为全球范围内解决国际儿童诱拐纠纷影响最为广泛的国际法律文件。

1. 公约的宗旨和目的

《儿童诱拐公约》的宗旨在于就国际范围内保护儿童免受非法转移和滞留的伤害, 制定程序以确保迅速交还儿童至其惯常居住地国, 并对探视权予以保护。基于该宗旨, 《公约》第 1 条明确提出其目的在于: (1) 确保迅速交还被非法转移至或滞留于任何缔约国境内的儿童; (2) 确保在某一缔约国依法享有的监护权或探视权在另一缔约国获得有效尊重。

海牙《公约》植根于一个基本的理念, 那就是诱拐行为会对儿童造成伤害。因此《公约》开章明义, 在序言部分强调对儿童利益的保护, 并且认为总体而言迅速交还儿童可免除其受到非法转移或滞留的伤害, 符合儿童的最佳利益。尽管强调儿

[1] Adair Dyer, “The Questionnaire and Report on International Child Abduction by One Parent”, Prel. Doc. No. 1, (21) 1997.