

香港法律改革委员会

监护权和管养权小组委员会

谘询文件

1998年12月

本谘询文件是由法律改革委员会属下的监护权和管养权小组委员会拟备，并不代表法改会或小组委员会的最终意见。本文件只供谘询各界人士之用。

小组委员会欢迎各界人士就谘询文件的建议提交书面意见。请于 1999 年 3 月 1 日或以前将书面意见径交小组委员会。

邮寄地址为：

香港湾仔  
告士打道 39 号夏慤大厦 20 楼  
法律改革委员会  
监护权和管养权小组委员会秘书  
传真号码：(852) 2865 2902

法改会或小组委员会日后与其他人士讨论或发表报告书时有可能提述及引用各界人士就本谘询文件所提交的意见。如任何人士要求将其所有或部分意见保密，法改会当乐于遵办，但请清楚表明，否则会假设无需将有关意见保密处理。

这份谘询文件的撰写工作主要由高级政府律师薛佳仪女士负责。

香港法律改革委员会  
监护权和管养权谘询文件

目录

章	页
导言	1
研究课题	1
研究范畴	1
私法与公法	2
小组委员会	2
成员和研究方法	2
谘询文件纲要	3
<b>第 I 部 — 实体法与施行情况</b>	<b>5</b>
<b>1. 现行法律的背景</b>	<b>5</b>
引言	5
国家的职能	5
《香港人权法案条例》（第 383 章）	6
《联合国儿童权利公约》	7
父母的权利	7
儿童的权利	8
离婚是复杂的历程	9

离婚的不同阶段	9
离婚对儿童的影响	10
探视安排对儿童适应其父母离婚的影响	11
离婚造成深远伤害	13
研究结论	14
共同管养	14
<b>2. 香港的现行法律和施行情况</b>	<b>16</b>
甲部 — 现行法例	16
a) 《未成年人监护条例》（第 13 章）	16
用语的定义	18
管养令的法律效力	19
关于管养和探视的申请	20
监护权	22
社会福利署署长的权力	26
产业监护人	27
涉及未成年人的法律程序	28
法院监护安排	29
法定代表律师的职责	30
b) 《婚姻诉讼条例》（第 179 章）	30
c) 《婚姻诉讼规则》	32
第三者提出的申请	32
独立法律代表	34
d) 《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）	36

e) 《分居令及赡养令条例》（第 16 章）	39
f) 《家庭暴力条例》（第 189 章）	41
g) 《领养条例》（第 290 章）	41
h) 《保护儿童及少年条例》（第 213 章）	42
乙部 — 杂项事宜	45
结婚年龄	45
医疗事宜	46
藐视管养令	48
在海外强制执行法院命令	48
强制执行调解协议	48
保密权	49
传闻证据	51
丙部 — 法院的运作情况	51
离婚的标准程序	51
审前检讨	53
现有的支援服务	54
香港的社区调解计划	54
结论	55
3. 各地法律的比较：英格兰与威尔斯	56
《1989 年儿童法令》	56

父母身分与监护权	56
父母责任	57
负有父母责任的人	58
“儿童”的涵义	59
父母责任的涵义	59
取得父母责任	60
监护权	62
独立行事的权力	68
共同责任原则	69
转授父母责任	70
没有父母责任的照顾者	70
福利原则	71
要项清单	72
儿童的意见	73
福利报告	74
儿童的证供	74
父母协议与不干预原则	74
批准安排的责任	75
命令的类别	77
同住令	78
联系令	79
指定事项令	80
禁止行动令	80
可发出命令的情况	82
第三者提出申请	83
法院的其他权力	86

独立法律代表	87
强制执行第 8 条命令	89
延误	90
司法管辖权	91
编配法律程序	91
私隐权	92
法院监护安排	93
<b>4. 各地法律的比较：苏格兰</b>	<b>96</b>
父母责任	96
父母权利	99
医疗事宜	102
儿童的意见	103
监护权	106
命令的类别	110
要项清单	112
批准安排的责任	112
延误	115
结论	115
<b>5. 各地法律的比较：澳大利亚与新西兰</b>	<b>116</b>
澳大利亚	116
澳大利亚与《1989 年儿童法令》	116

《1995年家庭法改革法令》	118
父母责任令和教养令	118
违反命令	119
最佳利益和要项清单	122
让儿童参与	124
独立法律代表	125
家庭暴力	128
新西兰	130
新西兰的儿童生活费及探视安排	130
儿童在新西兰家事法院的待遇	131
妇女和儿童对家事法院的看法	134
6. 香港实体法的改革方案	137
引言	137
甲部 — 一般原则	137
福利原则	138
最佳利益	139
法定的要项清单	139
不发出命令原则	140
乙部 — 父母责任和父母权利	141



丙部 一 监护人取得父母责任	148
丁部 一 为儿童发出的命令的类别	153
更改姓氏	159
戊部 一 儿童的心声	159
儿童的意愿	160
儿童的意见	160
独立法律代表	163
己部 一 有关婚姻法例的改革方案	168
《分居令及赡养令条例》（第 16 章）	168
《家庭暴力条例》（第 189 章）	169
年龄	170
社会福利署署长的权力	171
强制执行命令	175
合并条例	175
统筹政策	176
第 II 部 一 非对抗性排解纠纷程序	177
7. 简介非对抗性排解纠纷程序	177

对抗程序	177
调解作为排解家庭纠纷程序	178
关于谈判及和解的研究	178
辅导、治疗和调解	179
调解员的职能	180
调解员的功能	181
律师对调解员角色的误解	181
有关调解优点的研究	182
调解奏效的因素	183
近日就研究文献的检讨	183
<b>8. 各地排解纠纷程序的比较：英格兰和威尔斯</b>	<b>187</b>
引言	187
调解服务的历史	187
《1989 年儿童法令》的实务指示	188
调解的价值	189
离婚法律的改革	189
纽卡斯尔市的研究 — 以儿童为本的调解服务	190
《1996 年家庭法法令》	190
改革法律援助的绿皮书	191
家庭调解服务的法律援助	192
《1996 年家庭法法令》和调解服务	192
《司法服务》 — 吴尔夫报告书	193
结论	197

9. 各地排解纠纷程序的比较：澳大利亚与新西兰	198
澳大利亚	198
司法管辖权	198
家事法院的目标和目的	198
调解及《司法服务》报告书	199
《1995年家庭法改革法令》	202
家事法院的辅导服务	203
法院附设调解服务	205
律师参与调解过程	208
家事法院调解服务试验计划的评估研究（1994年）	208
联邦政府资助的家庭调解服务 — 墨尔本市的评估研究（1995年）	211
联邦政府资助的家庭调解服务 — 悉尼市的评估研究（1996年）	213
家庭暴力与调解	215
家事法院处理家庭暴力个案的政策	216
为家庭案提供法律援助	216
昆士兰州的法律援助会议计划	216
结论	220
新西兰	220
调停辅导	220
辅导服务统筹员	221
调解会议	223

<b>10.</b>	各地排解纠纷程序的比较：加拿大与美国	225
	加拿大	225
	为家庭而设的支援服务	225
	加拿大的调解服务	226
	安大略省	227
	阿尔伯达省	228
	蒙特利尔市	229
	曼尼托巴省	230
	英属哥伦比亚省	230
	萨斯喀彻温省	231
	律师提供资料的责任	232
	有关服务的资料	232
	加拿大的审前会议	232
	评价加拿大的调解计划	233
	美国	234
	父母教育计划	234
	强制参加	235
	美国的教养计划	237
	在调解程序顾及儿童的利益	238
<b>11.</b>	各地排解纠纷程序的比较：中国内地、日本和新加坡	240

中国内地	240
人民调解委员会	241
司法调解 / 调停	242
强制执行命令	242
对中国内地家庭调解服务的评论	243
日本	245
日本的调解服务	245
新加坡	247
新加坡家事法院	247
新加坡的教养计划	248
<b>12. 关于香港排解监护权和管养权纠纷程序的改革方案</b>	<b>249</b>
引言	249
甲部 一 排解家庭纠纷程序	249
延误	249
社会福利主任的报告	250

独立专家的报告	251
统计和研究	251
提供判决备考与私隐权	252
处理家事案件的作业守则	254
个案管理与和解	255
新法律程序流程图	259
乙部 一 排解家庭纠纷程序的支援服务	259
法院福利服务	260
其他支援服务	260
排解纠纷的资料	261
资讯简介会	262
法院在调解方面的权力	264
辅导会议	265
支援服务统筹员	266
调解服务	267
社会福利主任与调解服务	268
工作小组	269
法院附设家庭调解服务试验计划	270
社区调解服务	273
儿童在调解过程的心声	274
法律援助和调解	275
特权与保密	275
免责权	277
法律意见	277

执行调解协议	277
为儿童所作安排	278
教养计划	278
第 III 部 — 掳拐儿童	280
13. 掳拐儿童法	280
甲部 — 海牙公约	280
欧洲公约	285
乙部 — 香港的掳拐和迁移法	285
刑事法	285
扣留的权力	287
民事法	288
法院监护安排	289
丙部 — 各地法律的比较	290
联合王国	290
下令披露行踪的权力	291
苏格兰	292
爱尔兰	293
爱尔兰警方的权力	293

澳大利亚	294
追寻令	295
返还令	296
结论	297
<b>14. 关于香港掳拐儿童法的改革方案</b>	<b>298</b>
引言	298
改革刑事法	298
扣押的权力	298
改革民事法	298
将儿童迁离司法管辖区	298
披露行踪	299
追寻令及返还令	300
交出护照	300
向入境事务处报备命令	301
<b>15. 建议摘要</b>	<b>302</b>
甲部 一 一般原则	302
福利原则	302
最佳利益	302
法定的要项清单	302
不发出命令原则	303



乙部 一 父母责任和父母权利	303
丙部 一 监护人取得父母责任	305
丁部 一 为儿童发出的命令的类别	307
更改姓氏	309
戊部 一 儿童的心声	310
儿童的意愿	310
儿童的法律代表	311
己部 一 有关婚姻法例的改革方案	312
《分居令及赡养令条例》（第 16 章）	312
《家庭暴力条例》（第 189 章）	312
年龄	313
社会福利署署长的权力	313
强制执行命令	315
合并条例	315
统筹政策	315
庚部 一 排解家庭纠纷程序	316
延误	316

社会福利主任的报告	316
独立专家	316
统计和研究	316
提供判词备考与私隐权	316
处理家事案件的作业守则	317
个案管理与和解	317
新法律程序流程图	318
申部 一 排解家庭纠纷程序的支援服务	318
排解纠纷的资料	318
资讯简介会	319
法院在调解方面的权力	319
辅导会议	320
支援服务统筹员	320
社会福利主任与调解服务	321
工作小组	321
法院附设家庭调解服务试验计划	321
社区调解服务	322
儿童在调解过程的心声	323
法律援助与调解	323
特权与保密	323
法律意见	323
执行调解协议	323
为儿童所作安排	324
教养计划	324

壬部 一 掳拐儿童法	324
扣押的权力	324
将儿童迁离司法管辖区	324
披露行踪	325
追寻令及返还令	325
交出护照	325
向入境事务处报备命令	325

#### 附件 1

为拟议儿童条例草案而草拟的部分条文	326
-------------------	-----

#### 附件 2

排解纠纷程序的拟议个案管理及支援服务流程图	336
-----------------------	-----

## 导言

### 研究课题

1. 在 1995 年 4 月 21 日，当时的律政司和首席大法官根据总督会同行政局在 1980 年 1 月 15 日授予的权力，把监护权和管养权这课题交予法律改革委员会（法改会）研究，并设定以下研究范围：

*“审议关乎儿童的监护权和管养权的法律及就如何作出适当的修改提出建议。”*

2. 本谘询文件是法改会探讨家庭法的众多研究课题之一。法改会已就非婚生地位<sup>1</sup> 和离婚的理由及离婚的时间规限拟备报告书<sup>2</sup>，而这两份报告书的建议亦已分别透过《父母与子女条例》（第 429 章）和《婚姻诉讼（修订）条例》（第 179 章）（1995 年第 29 号条例）落实。

### 研究范畴

3. 香港有关监护权和管养权的法律散见在多条条例中，当中最为主要的是《未成年人监护条例》（第 13 章）。至于处理私法下监护权和管养权事宜的，则有《婚姻诉讼条例》（第 179 章）、《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）及《分居令及赡养令条例》（第 16 章）。

4. 英格兰于 1989 年通过了大幅革新的《儿童法令》，是促使当局决定检讨有关监护权和管养权的法律的因素之一。此外，《未成年人监护条例》（第 13 章）第 10 条所设定的限制也引起关注。这条文规定只有父母或社会福利署署长才有权提出关于管养或探视的申请，令实际照顾有关儿童的祖父母 / 外祖父母或其他亲属都无法根据这条例提出申请，而须就法院监护权一事向高等法院原讼法庭提出申请。

5. 监护权可界定为父母对子女所享有的一切权利。当父亲或母亲去世后，另一人可按有关遗嘱的规定获委任为监护人，称为遗嘱监护人。不过，“管养权”一词的涵义和涵盖范围却令人困惑。狭义而言，管养权可以指父母在离婚后对子

---

<sup>1</sup> 論題 28，1991 年 12 月。

<sup>2</sup> 論題 29，1992 年 11 月。

女的同住管养、日常照顾和管束的权利。广义而言，可以扩及至与监护权性质类同，指并非负责照顾和管束子女的父亲或母亲可在不同程度上保留参与教养子女的权利。传统上，探视子女的权利一向是没有管养权的父亲或母亲可享有的主要权利。在一些罕见的情况中，行使这权利有可能使子女与父母双亲共同居住甚长的时间，实际上形同共享同住管养安排。这种共享同住管养模式在美国日趋普遍。

## 私法与公法

6. 在这个课题上，研究范畴仅限于在私法下的监护权和管养权事宜；对于公法方面的研究，则只限于探讨在公法下社会福利署署长在私法纠纷中作出干预的权力，换言之，是不会从公法角度探讨儿童管养权法律。设定这个限制是有实际理由的，要是将有关的公法也纳入研究范畴，将会严重延误是项研究的完成日期。

7. 此外，作出上述抉择也是有政策和概念理据为基础的。对于受虐待而需要保护的儿童与牵涉入父母之间的私法纠纷的儿童，政府可作出干预的权力是截然不同的。况且，涉及私法纠纷并成为社会福利署署长根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）而提出照顾申请的目标儿童只属少数，如将两者混为一谈，会造成混淆。

## 小组委员会

8. 在 1996 年 5 月，法改会委出了一个小组委员会。这个小组委员会由刘健仪议员担任主席，专责探讨上述课题，并向法改会提交改革建议。研究工作已于 1998 年 8 月完成，现藉发表谘询文件就有关的改革建议征询公众的意见。

## 成员和研究方法

9. 小组委员会自 1996 年 6 月 8 日起开始审议秘书处为协助他们讨论所拟备的背景文件，至研究工作完成时共召开了 34 次会议。

10. 小组委员会的成员是：

刘健仪议员 太平绅士 （主席） 刘铁汉律师行合伙人

苏礼仁法官 （副主席） 家事法庭法官

朱佩莹女士 史蒂文生黄律师事务所合伙人

洪宏道先生	刘裕丰邝辉南洪宏道律师事务所合伙人
马伟东先生 太平绅士	香港家庭福利会总干事
唐陆思娴女士	社会福利署港岛福利专员
梁冰濂资深大律师	大律师
黄丽君女士	大律师
黄丽璋女士	香港公教婚姻辅导会辅导员
廖雅慈博士	香港大学法律学系讲师
蔡淑音女士	法律援助署助理首席法律援助律师
Robyn Hooworth 女士	调解员

小组委员会秘书是高级政府律师薛佳仪女士。

## 谘询文件纲要

11. 本谘询文件探讨香港现行的监护权和管养权法律，并提出多项改革方案。在探讨现行法例的实质条文时，必须顾及当局如何应用这些法律条文，以处理父母双方之间或父母任何一方与第三者之间涉及监护权、管养权或探视权的纠纷。本谘询文件不仅会研究上述实质条文，还会探讨现时解决上述纠纷所应用的或可供应用的排解纠纷方法。

12. 本谘询文件第 I 部会探讨香港和海外各地实施的实体法。第 1 章会探讨有关法律的立法和社会背景，包括《联合国儿童权利公约》（United Nations Convention on the Rights of the Child）的影响。第 2 章的重点是探讨各条处理监护权和管养权的条例的实质条文和当中存在的问题，还会研究家事法庭处理这些纠纷的方法，以及调解方法在香港的应用情况。

13. 本谘询文件的第 3、4 和 5 章会从法例的实质条文着眼，比较各地的发展情况。第 3 章深入探讨英格兰的《1989 年儿童法令》(Children Act 1989)的条文。第 4 章探讨苏格兰的情况。第 5 章研究澳大利亚和新西兰两地法律的实质条文和发展。第 6 章提出各种改革香港有关监护权和管养权的实质条文的方案。

14. 本谘询文件第 II 部会探讨非对抗性排解监护权和管养权纠纷的方法。第 7 章深入比较各种非对抗性排解纠纷的程序，尤其是调解方法；这已成为优先用以排解涉及儿童的纠纷的方法。第 8 章探讨英格兰如何处理离婚案和随之引起如管养权等附属问题方面的最新发展情况。第 9 章研究澳大利亚和新西兰的排解家庭纠纷方法。第 10 章就加拿大和美国的排解纠纷程序进行比较研究。第 11 章探讨中国内地、日本和新加坡三地的排解纠纷程序。第 12 章阐述各种改革排解监护权和管养权纠纷方法的方案。

15. 在第 III 部中，第 13 章探讨海牙的《国际掳拐儿童民事方面公约》(Convention on the Civil Aspects of Child Abduction)和本地有关掳拐儿童的民事及刑事法律。第 14 章扼要列出改革掳拐儿童法律的方案。第 15 章扼要载述改革香港法例的结论和建议。附件 I 列出小组委员会为香港草拟部分法例方案时所参照的法例条文，计有英格兰的《1989 年儿童法令》、《1995 年苏格兰儿童法令》(Children (Scotland) Act 1995)和澳大利亚的《1995 年家庭法改革法令》(Family Law Reform Act 1995)的有关条文。附件 2 的流程图示明拟议的法律程序，包括家事法庭在处理关乎儿童的纠纷个案时，所应用的管理方法和提供的各种支援服务。

16. 本谘询文件载列了小组委员会的初步建议。现藉发表本谘询文件，邀请公众、非属政府架构的机关和组织、有关的政府决策局和部门、以及其他有关人士就有关建议发表意见，以供小组委员会在拟定最后建议时详加考虑，然后将最后报告书提交法律改革委员会审议。

# 第 I 部 — 实体法与施行情况

## 第 1 章

### 现行法律的背景

#### 引言

1.1 本谘询文件第 I 部会探讨香港和海外的管养权和监护权的实体法。本章会尝试从社会角度探讨监护权和管养权的法律。由于经法院处理的监护权纠纷为数甚少，所以我们会深入研究离婚引起的管养权和探视权纠纷。离婚不仅是一个法律程序，也是一段心路历程，对父母以至其子女都有影响。本章也会探讨国家作出干预的责任，并会列出各项对儿童和成年人影响至微的排解纠纷方法。我们亦须根据《联合国儿童权利公约》所施加的国际义务和本港《香港人权法案条例》（第 383 章）所施加的责任，在更广阔的层次上探讨儿童权利和父母权利。

#### 国家的职能

1.2 传统上，当婚姻关系破裂时，司法制度的功能是同时维护公众利益和私人利益，而这两种利益相叠的部分，正是儿童的福利。<sup>3</sup> 古尔罗(Clulow)和云逊(Vincent)质疑，究竟由离婚父母所协定的，抑或由诸如处理离婚案的法院福利工作人员等其他人所建议作出的安排，才是最能保障儿童的最佳利益。

1.3 由此带出了一个重要课题，就是公众责任与个人责任之间如何分界以及两者并存如何互为影响。当儿童的父母对儿童的管养权有争议时，法院不应只着眼于就父母权利作出裁决，而是应该把目光放得更远，将儿童视为社会一分子来加以保护。<sup>4</sup> 然而，“不管用意是多善良，不辨情况而对家庭生活作出干预是不可能切合儿童利益的。”<sup>5</sup> 所以，处理管养权纠纷的法律架构，必须完全认同一个核心的价值取向，即儿童是家庭和社区的成员，其福利应获得照顾。

---

<sup>3</sup> Clulow and Vincent, *In the Child's Best Interests; Divorce Court Welfare and the Search for a Settlement* (1987), at 206.

<sup>4</sup> Saskatchewan Law Reform Commission, *Tentative Proposals for Custody Law Reform Part I, Substantive Law*, Preface at iii. (August 1979).

<sup>5</sup> 出處同上，第 iv 頁。



1.4 戈斯坦(Goldstein)、弗洛德(Freud)和苏尼(Solnit)<sup>6</sup>指出,应该假设父母有能力和责任决定甚么才是最切合其子女和家庭的最佳利益,所以应首先让父母有机会在不受国家干预下作出安排,以照顾其子女的需要和维系家庭关系。福布尔(Folberg)<sup>7</sup>认为,根据政府监护权这项国家原则,仅是当儿童的父母未能协定或未能充分照料有关儿童时,国家才有责任介入照顾儿童的福利。

1.5 “人们已将离婚建构为重要的社会问题,并视为冲突的表征;既是个人、社会和经济境况转变所引致的结果,也是促成转变的诱因。……国家介入私人家庭生活范畴的理据,通常都是标榜保护儿童免受不良影响或遭遇不愉快经历……国家确保受(离婚)影响的儿童的利益得到充分保障,固然是合宜之举。然而,当国家介入家庭生活时,实际上会削弱父母的权威,并诱使他们推卸责任……这情况与一些医疗方法所引发的医原性效应相似……社会对凌驾父母责任所提出的理据,都是建基于当时社会的识见和信念所界定的公众利益。”<sup>8</sup>

1.6 由此可见,对于国家应在多大程度上介入儿童和家庭生活是一个极富争议的课题。国家应有多大实质权力介入家庭生活与如何酌情行使其权力之间,更一直存有矛盾。

#### 《香港人权法案条例》(第 383 章)

1.7 《香港人权法案条例》(第 383 章)定下若干范围,规限国家行使介入家庭成员生活的权力。《香港人权法案条例》(第 383 章)<sup>9</sup>第十四条规定,“任何人之私生活、家庭、住宅或通信,不得无理或非法侵扰(及)……对于此种侵扰或破坏,人人有受法律保护之权利。”第十九条(等同于《公民权利和政治权利国际公约》(International Covenant on Civil and Political Rights)第二十三条)承认家庭为社会的自然基本团体单位,因此应受社会及国家的保护。该条又指出,当婚姻关系消灭时,应订定办法,对子女予以必要之保护。该条又确认夫妻在婚姻方面以及在婚姻关系消灭时,双方的权利责任平等。

---

<sup>6</sup> *Before the Best Interests of the Child* (1979).

<sup>7</sup> “Divorce Mediation: Promises and Problems”, paper prepared for Midwinter Meeting of ABA Section on Family Law, (Jan. 1983), contained in Goldberg, Sander and Rogers, *Dispute Resolution*, (2nd ed, 1992), at 311.

<sup>8</sup> Clulow and Vincent. 出處見上文,第 17 至 18 頁。

<sup>9</sup> 《公民權利和政治權利國際公約》第十七條。

1.8 第二十条（等同于《公民权利和政治权利国际公约》第二十四条）确保“所有儿童有权享受家庭、社会及国家为其未成年身分给予之必需保护措施”。我们在研究各条例时，都必须顾及上述规定，从而确保任何改革建议都符合《香港人权法案条例》（第 383 章）的文义和精神。

### 《联合国儿童权利公约》

1.9 《儿童权利宣言》(Declaration of the Rights of the Child)于 1959 年获联合国大会通过。《儿童权利公约》则于 1989 年获联合国通过，同年又获中华人民共和国确认，并于 1991 年获联合国确认，至 1994 年年底，这项公约的适用范围扩及至香港。现时约有 166 个国家已经确认该公约。公约第一条将儿童界定为“任何 18 岁以下的人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于 18 岁。”

1.10 第四十一条规定，公约的任何规定不应影响更有利于实现儿童权利的缔约国法律条文。第九条赋予儿童权利不与其父母分离，但在若干特殊情况下则例外，例如“父母分居而必须确定儿童居住地点”。第九(三)条规定，“缔约国应尊重与父母一方或双方分离的儿童同父母经常保持个人关系及直接联系的权利，但违反儿童最佳利益者除外。”<sup>10</sup>

1.11 该公约提述了《儿童权利宣言》中一项条文。该条文规定儿童因身心尚未成熟，需要特别的保护和照料，包括适当的法律保护。第三(一)条规定，“关于儿童的一切行动，不论是由公营或私营的社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最佳利益为首要考虑。”第十八(一)条规定，缔约国应尽其最大努力，使父母在维护儿童利益的职能及父母双方对儿童的教养和成长负有共同责任的原则，都得到确认。这规定也适用于法定监护人。<sup>11</sup>

1.12 第十二条承认儿童会有自己的主见，并应按照其年龄和成熟程度给予适当看待。第十二(二)条规定：

*“为此目的，儿童特别应有机会在影响到儿童的任何司法和行政法律程序中，以符合国家法律中的程序规则的方式，直接或通过代表或适当机构陈述意见。”*

1.13 香港特别行政区政府负有道义责任，在切实可行范围内尽量确保实质法例条文和排解监护权和管养权纠纷的方法都符合《联合国儿童权利公约》的规

---

<sup>10</sup> 注意這條文是指尊重兒童與父母雙方聯繫的權利。

<sup>11</sup> 第十八條。

定。然而，除非公约条文已纳入当地的法例内，否则不可能向法院申请，迫使当地政府履行其国际义务。

## 父母的权利

1.14 法例和普通法都把重点放在父母权利而非父母责任上。基达尼(Cretney)<sup>12</sup> 认为父母有下列权利：

1. 管有儿童人身的权利，
2. 掌管儿童教育的权利，
3. 管教儿童的权利，
4. 为儿童选择宗教信仰的权利，
5. 按普通法享用儿童提供服务的权利，
6. 在法律程序中代表儿童的权利，
7. 同意让儿童接受医疗的权利，
8. 同意让儿童结婚的权利，及
9. 同意让儿童申请护照的权利。

1.15 此外，尚提及的其他权利，包括管理儿童的财产、同意领养、安排儿童离开司法管辖区或移居外地、为儿童选择姓氏及委任遗嘱监护人。<sup>13</sup> 然而，现代思维模式已经起了变化，而且正不断转变，从过去把重点放在父母权利改为父母责任。<sup>14</sup> 当中的转变，从英格兰的《1989年儿童法令》、《1995年苏格兰儿童法令》、澳大利亚的《1995年家庭法改革法令》及《联合国儿童权利公约》，都可见一斑。

## 儿童的权利

1.16 随这种思维模式转变而起变化的，是把重点转放在儿童权利方面，并

---

<sup>12</sup> Cretney, *Principles of Family Law*, (1979, 3rd ed).

<sup>13</sup> Law Commission Working Paper, *Family Law; Review of Child Care Law; Guardianship*, (No. 91: 1985), paragraph 2.25.

<sup>14</sup> Barker 在 1992 年出版的 *The Business of Discovering the Future* 中，將思維模式變化界定為對事物的觀點作徹底和整體改變，從而衍生出一套新規則以供應用。

将之与父母权利或父母责任区分开来。亨立汉(Henaghan)提出，在分析儿童权利问题时，必须在三个概念之间取得平衡：“儿童表达意见和作出决定的自主权；家庭培育和教养儿童的责任；以及国家提供保障和改善儿童生活的服务的责任”。

<sup>15</sup> 这些原则衍生了下列棘手问题：

- 儿童应届多少岁才可作出决定或使他人考虑其意愿？
- 应如何衡量儿童的意愿或决定的重要性？
- 应采用甚么准则对家庭成员施加责任？
- 如何划分家庭责任与国家责任之间的界限？<sup>16</sup>

1.17 另一个香港法律没有处理的问题是，法律只着眼于以父母双亲为核心的家庭，但这令人怀疑是否反映了香港的文化实况，即祖父母 / 外祖父母和其他亲属对儿童的重要性，尤其是与上述亲人同住时，他们对儿童的重要性。

离婚是复杂的历程

1.18 律师倾向于视离婚为法律程序，让夫妻解除婚姻合约并成为可随时再婚的人。<sup>17</sup> 治疗师却倾向于视离婚为心路历程。而近期的观点则是从生态学角度着眼，把离婚视为：

“多种元素互为影响的过程，当中包括法规和心理状态并牵涉人与人之间的交往模式……儿童的成长及妨碍其正常发展的危机、人口结构因素（如种族和入息等）、朋辈之间的关系，以及社区资源（如专业人士和机构的参与等）。”<sup>18</sup>

离婚的不同阶段

1.19 研究人员以不同角度将离婚过程分类。波夏能(Bohannon)<sup>19</sup> 提出离婚

---

<sup>15</sup> “The 1989 United Nations Convention on the rights of the child”, in “Rights and Responsibilities”, Papers from Symposium on Rights and Responsibilities of the Family, Wellington, New Zealand, (October 1994). At 32.

<sup>16</sup> 出處同上。

<sup>17</sup> 第 1.14 至 1.36 段及 1.43 段是摘錄自薛佳儀女士在 1996 年 4 月擬備但未經發表的論文，題目為 *Obstacles to Referral, Planning and Implementation of Family Mediation as a Dispute Resolution Process in Hong Kong; Reflections based on Foreign Systems*。

<sup>18</sup> Irving and Benjamin, *Family Mediation - Contemporary Issues* (1995), 9.

<sup>19</sup> *Divorce and after* (1971).

可分为六个范畴：情绪、法律、经济、共同父母身分、社会和心理。而威斯曼 (Wiseman)<sup>20</sup> 则提述五个心理阶段，从拒绝接受现实、失落、愤怒、重新适应以至接受现实。因此，在较广阔的层面上解决管养权个案是甚为重要的。如果儿童的父母在不同时间经历前述的心理阶段，则他们在办理分居或离婚期间，其心理状态会对教养儿童方面造成甚么影响？又如果父母一直停滞在拒绝接受现实、失落或愤怒的阶段中，那他们又是否适宜就儿童管养权问题作出最后决定？坚持就儿童管养权提起诉讼的父母其中一方，其行动又是出于愤怒抑或是经理性考虑呢？

1.20 如果获安排辅导服务，这或可使父母察觉自己的判断力是受情绪所蒙蔽，辅导员可以建议当事人先消解其愤怒情绪，然后才决定是否在聆讯中提出争辩。但很可惜，法院是无权转介各方当事人接受辅导，而社会福利主任的职责又只限于调查家庭状况和评估父母教养儿童的情况，与辅导当事人“脱离”夫妻关系无关。

1.21 从生态学角度来看，离婚是随时间而推演的历程。当事人可能处身在该历程中的不同阶段，但办理法律程序阶段却未必能与当事人的心理阶段配合；这不仅是指配偶的心理状态，更重要的是儿童的心理状态。事实上，父母双方也可能各自处于不同的心理阶段。举例来说，父母其中一方否认有问题存在，并拒绝接受确有需要离婚一事，而另一方却可能满怀怨怼。有人指出，最好采用整体模式来探究离婚课题，既考虑法律程序和心路历程，也顾及上述的生态学观点。

### 离婚对儿童的影响

1.22 有研究文献指出，在棘手的离婚案中，大部分配偶有一段时期的表现会差强人意，甚至会放弃履行其父母职责。<sup>21</sup>

*“一般人都同意夫妻不和会造成困扰，影响其子女的情绪和改变父母与子女之间的关系。很多人认为，当有严重冲突时，分居或离婚都不是最切合所有家庭成员利益的解决方法，因为解除婚姻关系也并非无恶果的。”<sup>22</sup> 当父母离婚时，子女通常都会感到愤怒、惊惧或内咎，既因失去父亲或母亲感到伤心，更害怕*

---

<sup>20</sup> “Crisis theory and the process of divorce”, *Social Casework*, 56(4), (1975), 205-212.

<sup>21</sup> Isaacs *et al.*, "Social networks, divorce and adjustment: A tale of three generations". *Journal of Divorce*, Vol. 9, (1986), 1-16.

<sup>22</sup> Honing, "Stress and coping in children (part 1)" *Young Children*, 41(4), (1986), 50-63.

会蒙受更多损失和遇到更多不幸事件。<sup>23</sup> 所以协助子女应付家庭剧变，是有管养权的父或母的重要职责。除此以外，他还需要在个人方面作出调适、应付家庭角色的转变和家务琐事，以及肩负更沉重的经济负担。”<sup>24</sup>

1.23 此外，离婚还会带来社会和经济方面的后遗症。对于未能在短时间内应付离婚打击的父母而言，他们还要面对额外的压力；这压力是来自承受较他们本身承受更大心理打击的子女。他们大部分都明显表现出苦恼和心烦意乱；<sup>25</sup> 形诸于外的是粗暴行为或不守纪律等行为问题，藏于心内的则是恐惧、歉咎、自卑、沮丧和缺乏安全感。<sup>26</sup>

1.24 离婚引起的衝突可影响儿童在学校的表现。<sup>27</sup> 他们较可能需要接受精神科和其他精神健康服务。<sup>28</sup> 然而，这或许不适用于香港；因为香港社会依然抗拒在危难时向家庭以外的人寻求治疗辅导。研究人员在结论中指出，儿童对其父母离婚的反应，受他们的性别、亲子关系和社会阶层等因素的影响，较诸受父母离婚一事本身的影响为大。<sup>29</sup> 在青春期以前，男童会比女童显得更为苦恼，<sup>30</sup> 但在青春期阶段，女童较男童所受的影响为深。

1.25 父母离婚时，年幼的儿童会比年长的较易受到负面影响，这可能是由于年幼儿童会较年长儿童倾向于将父母离婚归咎于自己的行为。<sup>31</sup>

1.26 本杰明(Benjamin)及欧文(Irving)<sup>32</sup> 在分析研究文献后指出，儿童能否适应父母离婚后的生活，得视乎下列互为影响的因素：

---

<sup>23</sup> Wallerstein, “Children of divorce; Stress and developmental tasks”. In Garnezy & Rutter (eds) *Stress, coping and development of children* (1983).

<sup>24</sup> Garbarino *et al*, *Children and Families in the Social Environment*, (1992, 2nd ed.) at 155-6 .

<sup>25</sup> Hetherington “Coping with family transitions; Winners, losers and survivors”, *Child Development*, 60, 1-14, (1989) in Irving and Benjamin, *supra* at 58.

<sup>26</sup> Wallerstein. 出處見上文。

<sup>27</sup> Bisnaire, Fireston & Rynard “Factors associated with academic achievement in children following parental separation”, *American Journal of Orthopsychiatry* (1990), 60, 67-76.

<sup>28</sup> Dawson, “Family structure and children’s health and well-being; Data from the 1988 National Health Interview Survey of Child Health”, *Journal of Marriage and the Family*, (1991), 53, 573-584.

<sup>29</sup> Irving and Benjamin, *Family Mediation - Contemporary Issues*, (1995), at 61.

<sup>30</sup> Plunkett, Schaefer, Kalter, Okla & Schrier “Perceptions of quality of life following divorce; a study of children’s prognostic thinking”, *Psychiatry*, 49, (1986), 1-12.

<sup>31</sup> Grynych and Fincham, “Marital conflict and children’s adjustment; A cognitive-contextual framework”, *Psychological Bulletin*, (1990), 108, 267-290.

<sup>32</sup> 出處見上文，第 63 頁。

- (a) 有管养权的父母其中一方能否与同住一起的儿童互相适应；
- (b) 有管养权的父母其中一方与儿童的关系是否良好；
- (c) 有管养权的父母其中一方与该儿童是否同一性别；及
- (d) 没有管养权的父母其中一方的参与程度。

1.27 他们所得出的结论令人深感不安，“在离婚过程的沉重压力下，在离婚前属称职的父母，有大部分在离婚后却愈来愈不关心子女的需要，<sup>33</sup> 甚至完全放弃履行父母责任，<sup>34</sup> 对其子女的调适造成极严重的影响。”<sup>35</sup>

1.28 较前期的研究文献都认同一种见解，就是儿童的父母之间的冲突愈激烈持久，对儿童调适的妨害便愈深。<sup>36</sup> 凯利(Kelly)提出，父母之间的冲突对每名子女造成的影响并非一样的，自觉处身在父母冲突夹缝中的比较为置身事外的儿童更可能在调适上出现困难。<sup>37</sup> 霍奇斯(Hodges)发现，父母之间的激烈冲突会削弱或破坏没有管养权的父或母与儿童的关系。<sup>38</sup> 相反而言，父母如能维持友好关系，会有助儿童调适和增强自尊心。<sup>39</sup> 研究又强调儿童在生活上与其他人建立亲厚关系的重要性，这些人包括可能取代非同住的父或母地位的祖父母 / 外祖父母，这会有助儿童作出调适。<sup>40</sup>

#### 探视安排对儿童适应其父母离婚的影响

1.29 以萨(Isaac)等人<sup>41</sup> 对接受过和没有接受临床心理治疗的家庭子女在三年间的调适情况作出比较后，发现父母离婚后首 12 个月处理事情的方式最为关键，对在第三年年终衡量儿童调适度的影响至深。至于探视方面，他们发现定期有计划地探视比探视次数多寡的影响更为显著。其他数据显示，“在预报儿童在

<sup>33</sup> Appel, *America's changing families; A guide for educators* (1985).

<sup>34</sup> Isaacs *et al*, (1986) *supra*.

<sup>35</sup> Irving and Benjamin, *supra* at 64 .

<sup>36</sup> Booth *et al*, "The impact of parental divorce on courtship", *Journal of Marriage and the Family*, (1984), 65(4), 85-94. Irving and Benjamin, *supra* at 67.

<sup>37</sup> "Current research on children's postdivorce adjustment; No simple answers", *Family & Conciliation Courts Review*, (1993), 31(1), 29-49, Irving and Benjamin, *supra* at 68.

<sup>38</sup> "Problems of visitation post divorce" in Witlin & Hinds (eds) *The child custody handbook*, quoted by Irving and Benjamin.

<sup>39</sup> Ambert, "Relationship between ex-spouses; Individual and dyadic perspectives", *Journal of Social & Personal Relations*, 5, (1988) 327-346.

<sup>40</sup> Guidubaldi and others, "The impact of parental divorce on children; Report of the nationwide NASP study", *School Psychology Review*, 12, (1983), 300-323.

<sup>41</sup> 出處見上文 (1986)。

父母离婚后第三年年终时表现的社交才能方面，没有管养权的父亲作定期探访是最为准确的单一预报指标。”<sup>42</sup> 不过，大部分儿童也如成年人一样，在两三年后便能成功调适下来，只有少数儿童因受父母离婚的初期影响而受到深远的伤害。

43

1.30 有些研究结果看来是互相矛盾的。有关北美的研究显示，约半数由母亲管养的儿童甚少或从未与父亲会面。<sup>44</sup> 但一些较近期进行的研究却显示，有65%的父亲最少会每两周探访其子女一次；<sup>45</sup> 但探视次数看来会随儿童的年岁渐长和父母分居时间愈长而渐疏。<sup>46</sup>

1.31 在过去，探视权常被人视为给予没有管养权的父或母的“安慰奖”。有一些作者质疑，尽管儿童的父母之间嫌隙甚深，探视安排仍是切合儿童的最佳利益此一假设。戈斯坦等人<sup>47</sup> 更质疑给予探视权是否明智之举；除非是极为有限的探视权，即给予探视与否是由享有管养权的一方决定，让他可于感到探视安排威胁到他与儿童的关系时，即时终止探视安排。

1.32 然而，较近期的研究则强调探视安排对儿童的重要性。这些研究结果大都显示“儿童的调适程度与探访次数有直接关系；联络愈频密对儿童的调适愈有帮助。”<sup>48</sup> 有部分研究指出，如果父亲的探视安排得到母亲支持及同意，则儿童可更易适应新生活；由此更清楚显示了探视安排与调适情况的关系。<sup>49</sup> 不过，有部分研究却显示，儿童的调适情况与其父亲的探访无关，<sup>50</sup> 但认同父亲和子女在他离婚以前的关系会影响探视的质素。换言之，如果他们的关系愈良好，儿童失去父亲所受到的困扰便愈大。不过，离婚也可能使父亲比以往更积极肩负教养子女的责任。<sup>51</sup>

---

<sup>42</sup> Irving and Benjamin, 出處見上文，第 69 至 70 頁。

<sup>43</sup> 出處同上，第 72 頁。

<sup>44</sup> Furstenberg & Spanier, *Recycling the family; Remarriage after divorce* (1984).

<sup>45</sup> Healy, Malley and Stewart, “Children and their fathers after divorce”, *American Journal of Orthopsychiatry*, (1990), 60, 531-545.

<sup>46</sup> Arditti, “Differences between fathers with joint custody and noncustodial fathers”, *American Journal of Orthopsychiatry*, (1992), 62, 186-195.

<sup>47</sup> Goldstein, Freud and Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child* (1973).

<sup>48</sup> Hetherington, “Divorce; A child’s perspective”, *American Psychologist*, 34, 851-8 (1979), referred to in Irving and Benjamin, *supra* at 66.

<sup>49</sup> Guidubaldi & Perry “Divorce and mental health sequelae for children; A two year follow-up of a nationwide sample”, *Journal of the American Academy of Child Psychiatry*, 24, 531-537, (1985).

<sup>50</sup> Kline *et al*, “Children’s adjustment in joint and sole physical custody families”, *Developmental Psychology* (1989), 25, 430-438.

<sup>51</sup> Hetherington, Cox and Cox, “Effects of divorce on parents and children”. In Lamb



## 离婚造成深远伤害

1.33 华斯坦(Wallerstein)和布士利(Blakeslee)发现,在父母离异的家庭中,有多次犯罪纪录的男女童比率约分别为 26%至 40%和 15%至 25%。<sup>52</sup>此外,与父母没有离婚的儿童相比,父母已离婚的儿童的心理发展方面略逊,而且在智能及学术表现方面也略差。<sup>53</sup>本杰明和欧文同意其他研究员的观点,认为“有小部分但为数不少的儿童会因父母离婚而直接蒙受深远的伤害”。<sup>54</sup>

1.34 华斯坦和布士利发现,较年幼的儿童在父母离婚过程中所受到的影响较深,但长远而言,却较年长的儿童调适得更好,因为后者较可能会选择偏帮父母其中一方。<sup>55</sup>他们又发现,有管养权的父或母如对前配偶心怀怨恨和仇视,可能会设法破坏没有管养权的父或母(通常为父亲)与儿童(特别是男童)的关系,<sup>56</sup>当他们的关系一旦转坏,没有管养权的父或母便可能拒绝资助该儿童攻读大学。他们又发现,儿童难以接受享有管养权的母亲再婚,以致与继父发生冲突;因为他们会视后者为威胁他们与生父的关系的人。

1.35 拉达(Rutter)<sup>57</sup>的研究结果显示,对儿童造成最深远影响的是家庭关系受到扭曲,而不是与父母其中一方中断联系。儿童从恐惧完整家庭破裂至经历与父亲或母亲分离,这可能使他们长期对人际关系缺乏安全感。<sup>58</sup>李察斯(Richards)和迪逊(Dyson)<sup>59</sup>在其探讨父母分居及离婚对儿童成长的影响的论著中,估计父母离异的儿童组群中,约有 20%至 50%表现出不同程度的不安情绪,需要向外寻求协助。<sup>60</sup>

---

*Nontraditional families; Parenting and child development*, (1982) Irving and Benjamin, *supra* at 67.

<sup>52</sup> Wallerstein and Blakeslee (1989). 出處同上。

<sup>53</sup> 在 Wallerstein 及 Blakeslee 的研究,有 50%的男童入讀大學,而其朋輩入讀的比率則為 85%。見 Irving and Benjamin, 出處同上,第 81 頁。

<sup>54</sup> 出處同上,第 83 頁。

<sup>55</sup> 出處同前。

<sup>56</sup> 出處同上,第 86 頁。

<sup>57</sup> Rutter, “Parent Child Separation: Psychological Effects on Children”, *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 12 at 233-60 (1971); and *Helping Troubled Children*, (1975).

<sup>58</sup> Richards, “Children and the Divorce Courts; One-Parent Families”, 7; 2-5; (1984). “Separation, Divorce and Remarriage: the experiences of children”. In Guy (ed) *Relating to Marriage*, National Marriage Guidance Council.

<sup>59</sup> Richards and Dyson, *Separation, Divorce and the Development of Children: A Review*, Child Care and Development Group, University of Cambridge, (1982).

<sup>60</sup> 出處同上,第 19 頁。

1.36 加伯(Garber)指出，很多没有管养权的父或母在遇到儿童表现出愤怒和失望情绪时，便无法继续履行父母责任。<sup>61</sup> 古尔罗和云逊提出有三大因素可减轻离婚对儿童造成的影响：儿童继续与其父母双方维持联系、同住的父或母教养儿童的质素，以及为替代过去的婚姻而建立的新生活的质素。

1.37 有证据证明男性比女性更难接受离婚的事实。<sup>62</sup> 安布斯(Ambrose)发现，有很多男性在离婚多年后仍是满怀怨愤，即使他们已取得子女的管养权亦然。

## 研究结论

1.38 因职务关系参与离婚过程的人士，即律师、法官、调解员或辅导员须正视上述研究所得的结论。很明显，男女童各有不同的需要，其调适能力也因年龄而异。因此，华斯坦和布士利认为，男童最需要父亲参与的年岁分别为六至九岁及青春期后期这两个阶段。“相反，女童则在青春期初段需要父亲参与，而且较男童更需要家庭组织”。<sup>63</sup> 此外，还需要处理年岁较长的儿童的问题。有一点值得注意，令儿童受到困扰的，不是离婚这件事本身，而是离婚后出现的冲突。<sup>64</sup>

1.39 本杰明和欧文认为，将离婚过程视为家庭从机能健全转变至机能丧失的过程是很有用的。对于家庭律师而言，掌握这个观点尤为有用，因为他们的当事人在办理离婚时或会有不理性的表现，致使律师感到挫败泄气。<sup>65</sup>

## 共同管养

1.40 英格兰、苏格兰和澳大利亚的情况都转而倾向于安排父母离婚后仍共同分担父母责任，并避免发出命令将管养权判给父母其中一方而只给予父母另一方探视权。美国部分地区也在一定程度上有这种转变，而尽管所指的是共同管养权，但所采用的词汇仍然是管养权。

1.41 究竟是共同管养令抑或是独有管养令连同让没有管养权一方享有探视权才最切合儿童最佳利益此一问题，学术界曾作广泛辩论。“共同管养”一词

---

<sup>61</sup> Garber, “Parenting Responses in Divorce and Bereavement of a Spouse”. In Cohen, Cohler and Weissman (eds) *Parenthood: A Psychodynamic Perspective*. (1984).

<sup>62</sup> 這些作者質疑所使用的方法，該方法是通過刊登廣告邀請作出回應，這樣可能引來別有所圖的人。Ambrose, Harper and Pemberton, *Surviving Divorce: Men beyond Marriage* (1983).

<sup>63</sup> 出處同上，第 84 頁。

<sup>64</sup> 出處同上，第 440 頁。

<sup>65</sup> 出處見上文，第 442 頁。

被诠释为共享同住管养儿童的权利（即儿童会有一半时间与父亲同住，而另一半时间则与母亲同住），或指就教养儿童事宜共同作出决定。

1.42 如果父母双方能够维持理智正常的关系，又没有失常行为，则共享的同住安排的成功机会较高。如果父母双方抱持积极态度，则这安排可奏效。然而，我们不能强行要求父母接纳共同管养安排的，因为这安排必须有一些先决条件配合，例如父母双方各自的住所不仅要有足够地方安置儿童，而且这两处住所必须位于合理的邻近范围之内。

1.43 其实，问题的关键应在于如何鼓励父母双方在离婚之前和之后都参与子女的生活。在修改法律时，必须确保法律条文灵活，足以反映家庭人口结构转变的趋势，包括家庭人口较少、流动性较高、普通法下的婚姻关系日趋普及，以及父母共同负起教养子女责任的情况日增等情况。

1.44 令人感到讽刺的是，随着离婚家庭数目日增，获判有关儿童管养权的父母其中一方，（这些单亲人士通常是母亲，因她们照顾子女的时间较长）却因妇女很多时会重新投入社会工作，而更倚赖亲属或幼儿工作者照顾儿童。因此，过往偏向于将管养权判予妇女的理据已不再成立：过往妇女较常留在家中，但是现时的香港社会，父母双方很可能都需要长时间工作，将儿童交予他人照料，包括不一定接受过幼儿护理特别训练的家庭佣工、祖父母 / 外祖父母，以及其他亲属等。上述情况确会削弱偏向让母亲取得管养安排的论据；尽管有关法律和法院的判决或许未能反映上述人口结构的变化。我们将会在第 2 章探讨香港现行的法律和施行情况。

## 第 2 章

### 香港的现行法律和施行情况

2.1 本章甲部探讨有关监护、管养和探视儿童的各项法律条文，并列出了这些条文的成效和已发现的流弊。乙部扼要探讨其他事宜，例如掳拐儿童、移民、以及关于儿童的私法和公法的相互影响。丙部则列举家事法庭处理案件时所采用的排解纠纷方法。

#### 甲部 — 现行法例

##### a) 《未成年人监护条例》（第 13 章）

###### *福利原则*

2.2 第 3(1)条列明规管进行法律程序的原则，分别是：

###### A. “在任何法院进行的法律程序中：

1. 法院须以未成年人的福利为首要考虑事项，而考虑此事项时须对下列各项因素给予适当考虑—
  - a) 未成年人的意愿（如在顾及未成年人的年龄及理解力，以及有关个案的情况后，考虑其意愿乃属切实可行者）；及
  - b) 任何关键性资料，包括聆讯进行时社会福利署署长备呈法院的任何报告……”

2.3 《释义及通则条例》（第 1 章）第 3 条订明，“未成年人”指未满 18 岁的人。法院也须在法律上承认父亲和母亲均享有同样的权利和权能，但如该儿童并非婚生的，则作别论。<sup>66</sup> 这些权利和权能“可由其中一方单独行使”。法例没有提及共同监护权的概念。

2.4 高等法院在审理 *Re Y & Anor*<sup>67</sup> 一案时参考了《哈斯贝理氏英格兰法律》(Halsbury's Laws of England)<sup>68</sup>，裁定假若幼年人已届能作出抉择的年龄，法院须考虑幼年人的意愿；男孩能作出抉择的年龄看来是 14 岁，而女孩则是 16 岁。

---

<sup>66</sup> 第 3(1)(b)条。其父亲则必须根据第 3(1)(d)条向法院申请发出命令，以取得某些或所有作为婚生子女的父亲可享有的权利和权能。

<sup>67</sup> [1946 - 1972] HKC 378.

<sup>68</sup> （第 3 版）第 21 册。

不过，法院承认，现时的做法是按各案件的个别情况处理。

2.5 何谓儿童的福利并无界定的。实际上，法院会考虑儿童在身体、社交、智能、道德和宗教各方面的福利。<sup>69</sup> 麦迪蒙大法官(Lord MacDermott) 在 *J 诉 C*<sup>70</sup> 一案中对“首要考虑事项”一词作如下处理：

“从一般含义来理解这几个字……依我看来不仅是指在众多跟问题有关的事项中，须视儿童的福利为首要事项。我认为这用语意味着一个考虑过程，就是在考量过一切有关的事实、人际关系、父母的要求和意愿、风险、选择和其他情况后，作出最有利于儿童的福利的安排……这是最基本考虑的事项，因为这是最为重要的、而这也是首要考虑的事项，因为这足以支配或决定日后所作的安排。”

#### 司法酌情权

2.6 法院在决定儿童福利一事上有很大的酌情权，社会福利署署长的报告和儿童的意愿均有助法院作出决定。由于每宗案件均按其案情处理，所以司法判例对于裁决的影响甚微。法官无须接受关于儿童心理学或离婚的心路历程方面的训练，但各方当事人聘用的儿童心理学家或其他专家，或社会福利署署长所撰写的报告，应可对法官起一定帮助。

#### 福利因素

2.7 法院会考虑下列多项因素来决定什么才是最有利儿童的，包括该儿童的年龄；其父母照顾他的能力；是否有需要让该儿童与其兄弟姐妹一起生活（如可能的话）；尽可能使照顾该儿童（尤其是年幼儿童）的安排维持不变；其父母之间如何看待对方和有关儿童；与父母其中一方有感情关系的人与该儿童的关系；以及该儿童的意愿和权利。

2.8 《未成年人监护条例》第 3(1)条列明法律程序中受这些原则规范的事宜，即“未成年人的管养或教养问题，以及有关属于未成年人或代未成年人托管的财产的管理问题，或从该等财产所获收益的运用问题。”

---

<sup>69</sup> 愛爾蘭的 Guardianship of Infants Act 1964 第 2 條將這些組成元素納入福利的定義中。

<sup>70</sup> [1970] AC 710, 711.

2.9 这节条文没有提及监护人之间的纠纷、监护人的委任或更换、或探视权的纠纷等问题。若从立法目的出发来解释这条文，有些人会主张上述数类纠纷也应受福利原则所规范，因为这些纠纷最终涉及未成年人的“教养”问题。《释义及通则条例》（第1章）第19条就从立法目的出发的释义原则作出规定：

*“条例必须当作有补缺去弊的作用，按其真正用意、涵义及精神，并为了最能确保达致其目的而作出公正、广泛及灵活的释疑及释义。”*

## 用语的定义

### 监护人

2.10 法例没有界定“监护人”、“管养”、“照顾和管束”或“探视”各用语的定义。“监护权”通常泛指儿童的父母对他的权利、责任和权能；包括教养儿童，也即是有权在儿童的种种福利问题上作出决定，以及在他人就该等问题作出决定前有被征询意见的权利。监护人通常享有对儿童的管养权，即同住照顾和管束儿童的权利。当儿童的父母离婚或分居时，没有管养权的父或母不可与该儿童同住，除非是在探视期内，则作别论。不过，没有管养权的父和母仍有责任支付赡养费以供养该儿童。<sup>71</sup>

### 管养

2.11 《婚姻法律程序与财产条例》（第192章）第2条列出唯一有关管养权的法定定义，而该定义是包括对儿童的探视。“管养”一词向来用以代表同住管养，即指儿童日常居住的地方。在某些司法管辖区，法律上的管养单指同住管养，因为父母双方均保留监护人的权利，这包括在一切涉及教养儿童的问题上，如健康、教育和宗教等福利事宜上，均有权被咨询意见。实际上，一般人认同，对儿童享有同住管养权的父或母，必须承担就上述问题作出决定的主要责任，但也应就涉及该儿童的重大决定咨询父母另一方的意见。

2.12 在香港，“管养”一词的意义，以及管养和监护的实际权责范围并不清晰。当对儿童享有管养权的父或母希望携同他在本司法管辖区内其他地方度周末，应否通知没有管养权的另一方？抑或有管养权的父或母只需于作出重大决定

---

<sup>71</sup> 愛爾蘭最高法院法官 Walsh 在審理 *B 訴 B* [1975] IR 54, 61 時說：“沒有管養權的父或母，可繼續行使監護人的權利，...而且在一切涉及子女福利的問題上必須獲得諮詢，.....包括子女的宗教、道德、智能、身體和社交方面的福利。”

时，例如为该儿童安排进行大手术、转校或移民等事宜，才需要谘询没有管养权的另一方的意见？

2.13 在香港，管养权似乎被视为等同于监护权，所以法院发出独有管养令的目的，是让同住照顾和管束儿童的人，也可保留决定该儿童教养事宜的一切权利，而无须谘询没有管养权的父或母；而没有管养权的父或母只享有探视权和负有供养该儿童的责任，但如他希望在该儿童的福利事宜上获得谘询意见，便必须向法院提出申请。

2.14 法院也可发出一个照顾和管束令，将日常同住权利判归父母其中一方，并将该命令连同共同管养令一起发出。我们知道，法院和父母其中一方有时不会同意发出共同管养令，因为这项命令被视为意味着共享同住管养，又或这项命令意味着有权照顾和管束儿童的父或母，有责任就一切关乎该儿童的事宜谘询另一方的意见。或许有人会担心，没有管养权的父或母会对儿童的日常事宜的一般决定也行使否决权。无论如何，独有管养令会带来实际问题，例如学校不会把该儿童的成绩表寄给其没有管养权的父或母。没有管养权的父或母在探视期间如需要安排儿童接受紧急医疗服务，也有可能遇上问题。

### 探视

2.15 探视权是指与儿童保持合理联系的权利，如探访该儿童，或携同该儿童外出或让该儿童留宿。探视权也包括以电话保持合理联系，特别是当有探视权的父或母身处另一个国家为然。<sup>72</sup>

### 管养令的法律效力

#### 分权令

2.16 这项命令将照顾和管束权赋予父母其中一方，而把带有较广泛决定权力的管养权授予父母另一方。没有管养权的父或母享有探视权、负有供养的责任、并有权反对重大的改变，诸如安排将该儿童交人领养、移民或更改儿童的姓名等。

2.17 在 *Dipper* 诉 *Dipper*<sup>73</sup> 一案中，法院下令将有关儿童的独有管养权判给父亲，而将照顾和管束权判给母亲，以确保父亲在该儿童有可能退学前获得通知。但这项命令在上诉审讯中受到卡明布鲁斯(Cumming-Bruce)大法官批评，他

---

<sup>72</sup> Scottish Law Commission, *Report on Family Law*, (Scot Law Com No 135: 1992) at 2.17.

<sup>73</sup> [1981] Fam. Law 31.

说：“对于关乎儿童将来接受的教育和任何其他重大事宜，作为其父母的，不管是否享有管养权，无论何时都有权知道和被谘询意见。”<sup>74</sup> 上诉法院裁定把原有命令更改为共同管养令，并把照顾和管束权判给该儿童的母亲。

2.18 虽然已有上述判决，但“很多人认为管养令的作用是将大部分有关儿童的主要决定权完全授予有管养权的父或母”。<sup>75</sup> 这项判决被指令人困惑，因为这项判决似乎抵触了“适用于法定管养令的法律条文，而根据该等条文，法院是无法发出共同法定管养令，但却可明确规定保留某些决定权给没有管养权的父或母。”<sup>76</sup>

2.19 在 *Lo Chun Wing Yee Lilian* 诉 *Lo Pong Hing Daniel*<sup>77</sup> 一案中，法院就分权令作出了令人关注的判决，裁定把先前发出着令共同管养的协议令改为独有法定管养令。这是由于案中父母在离婚后关系转坏，而母亲要求法院发出单方管养令，所提理由为她一直在香港照顾和管束女儿，而案中父亲则已再婚，并居于加拿大。廖子明法官指出：

“法院一般不愿意批出或同意发出分权令，除非这样做明显是利多于弊。父母双方完全不合作，父亲长期不在本司法管辖区，以及在照顾女儿日常生活方面因有意见分歧而引起问题等不理想的情况，证明了有需要撤销分权令。将单方法定管养权判给母亲，并不会妨碍父亲在教养女儿方面作出实质贡献。”<sup>78</sup>

2.20 廖子明法官也表示，独有管养有利于在处理关乎该女童福利和利益事宜上迅速作出决定。法院又命令母亲承诺，在每次带同女童离开香港度假后，必须把女童带回香港，以及向父亲就该女童的教育、健康和活动状况拟备季度报告。

<sup>79</sup>

#### 分权令对赡养的影响

2.21 佩格(Pegg)将分权令界定为“在某情况下，法院把管养通常涉及的各种权利和权力分开，让儿童的父母其中一方负责实际同住照顾和管束该儿童，而

---

<sup>74</sup> 出處同上，第 48 頁。

<sup>75</sup> Bainham, *Children, The Modern Law*, (1993), 67.

<sup>76</sup> Bainham at 123, referring to section 8(4) of the Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978, and section 11A of the Guardianship of Minors Act 1971.

<sup>77</sup> [1985] 2 HKC 647.

<sup>78</sup> 錄自提要。

<sup>79</sup> 出處同上，第 651 頁。



把有关管养的各项法律权利交予另一方”。<sup>80</sup> 他进一步提出：

“根据《分居令及赡养令条例》和《未成年人监护条例》<sup>81</sup>，如果发出分权令，将管养权交给父母其中一方，而照顾和管束权则交予另一方，是否会使该项规定只享有管养权的配偶才可取得赡养令的条文失效，则尚待确定。”

2.22 佩格也提出，获发正式管养令的父或母不能取得探视令。不过，由于法院发出《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 4 和 5 条下的各项经济给养命令时是无须理会管养事宜，所以共同管养令和分权管养令应根据这条例发出。<sup>82</sup>

#### 关于管养和探视的申请

2.23 《未成年人监护条例》第 10 条规定，未成年人的父母任何一方或社会福利署署长均可提出管养或探视申请，但探视权则只可授予其父母。

2.24 第 10(1)条不许亲属、祖父母 / 外祖父母或养父母等人申请管养或探视令，这限制似乎过于严苛。他们看来只可以请求社会福利署署长提起法律程序和代表他们出庭，并且须征得署长同意，不会反对法院为他们发出的管养令。我们从社会福利署得悉，由 1994 年至 1997 年 3 月间，该署并无根据第 10 条提起法律程序。

2.25 只有在父母双方并非一同居住的情况下，管养或探视令才可执行。<sup>83</sup> 如果父母双方于命令发出后三个月内仍一同居住，这项命令即停止生效。<sup>84</sup> 法院可另行发出命令，将管养令或探视令解除、更改、于暂停执行后予以恢复或暂停执行。这项申请只可由父母其中一方、监护人或其他对未成年人有管养权的人“于父母其中一方去世之前或之后”提出。<sup>85</sup>

2.26 较为简单的安排，是准许有关人士向区域法院申请管养或探视权。为此可修订第 10 条，规定任何人或符合若干准则的某类受限制人士均可向法院提出申请，而其他不符合准则要求的人士则须取得法院的许可。另一方案是以与英

---

<sup>80</sup> *Family Law in Hong Kong*, (3rd ed 1994), 264.

<sup>81</sup> 第 10(2)(a)条。

<sup>82</sup> 出处同上，第 265 页。

<sup>83</sup> 第 10(3)(a)条。

<sup>84</sup> 第 10(3)(b)条。

<sup>85</sup> 第 10(4)条。

格兰的《1989年儿童法令》第8和10条相若的条文取代上述条文。<sup>86</sup>

## 赡养

2.27 《未成年人监护条例》第10条是处理为未成年人利益而作出的赡养安排和转移财产等事宜。根据第10(2)条规定，法院须在发出管养令之后才可发出赡养令。如果这项规定并非先决条件，情况会较为理想。

2.28 如果要保留第10条，便应明确订明法院有权将管养权授予社会福利署署长<sup>87</sup>，这只是限于本意确实如此。第10条含糊之处是：尽管社会福利署署长可以提出申请，但是没有条文明确规定法院可以为署长发出管养令。《释义及通条例》（第1章）第3条订明，“人”是包括法团或并非法团组织的任何公共机构和团体。

2.29 然而，《未成年人监护条例》第15(2)条规定：

*“第10(3)、(4)<sup>88</sup>、19<sup>89</sup>及20<sup>90</sup>条均适用于根据第13(1)(b)<sup>91</sup>条发出的命令，或适用于根据第13(2)条发出规定有关人士向社会福利署署长付款的命令，犹如根据第13(1)(b)条所发出的命令，以及根据第10条发出关于将未成年人交由父母以外的人管养的命令一样（亦犹如社会福利署署长根据该项命令已合法地获得该项管养权一样），而任何规定向署长付款的命令，亦犹如根据第10(2)条所发出规定向获得该项管养权的人付款的命令一样。”*

2.30 《1986年未成年人监护（修订）条例》（1986年第65号条例）的摘要说明中，只说明该项修订规定“高等法院和地方法院在接获社会福利署署长的申请后，可就一个未成年人的监管及赡养事宜颁发有关的命令。”第15(2)条的规定是符合将社会福利署署长视为可获判予管养权的解释，只不过较合适的字眼似是第13(1)(b)条内的“照顾令”。

---

<sup>86</sup> 見第3章。

<sup>87</sup> 第10條經《1986年未成年人監護（修訂）條例》第3條修訂後，才加入“社會福利署署長”一詞。

<sup>88</sup> 根據第10(3)條規定，如父母一起居住超逾3個月，則為非其父母人士發出的命令仍然有效；但為父母其中一方發出的命令便會停止生效。第10(4)條授權解除或更改管養令、探視令或贍養令。

<sup>89</sup> 這條規定負責支付贍養費的人須通知指名的人其地址有所更改。

<sup>90</sup> 這條規定扣押長俸或入息以履行贍養令。

<sup>91</sup> 付託予社會福利署署長照顧的命令。

## 监护权

### *监护人的委任*

2.31 《未成年人监护条例》（第 13 章）第 III 部列明监护人的委任、罢免和权力。第 5 条规定儿童的尚存的父或母须单独或联同由已去世一方委任的监护人，充任该儿童的监护人。如未有如此委任监护人，或所委任的监护人拒绝充任监护人或经已去世，法院可委任一名监护人与尚存的父或母共同充任监护人。<sup>92</sup>

2.32 第 6 条准许父母任何一方藉订立契据或遗嘱委任监护人。《成年岁数（有关条文）条例》（第 410 章）第 2 条订明，契据或遗嘱若在本条例生效后订立，则当中提述的未成年人或幼年人得解释为未满 18 岁的人。除非尚存的父或母反对由获委任为监护人的人充任监护人，否则尚存的父或母便须与遗嘱监护人一起充任共同监护人。<sup>93</sup> 在上述情况下，法院可根据第 6(6)条授权监护人收取“其充任监护人的”报酬。

### *罢免由尚存的父或母充任的监护人*

2.33 如尚存的父或母反对委任遗嘱监护人，又或监护人认为不适宜将管养权授予尚存的父或母，监护人可根据第 6(3)条向法院提出申请。法院可下令由监护人充任唯一监护人，或与尚存的父或母共同充任监护人。<sup>94</sup> 这项条文似乎意味着尚存的父或母的监护权可以罢免；由于这项命令影响深远，所以法例应该就这项罢免作出明确规定。但第 8 条有关罢免或更换监护人的条文列明，法院只可以罢免或更换凭借本条例获委任或充任监护人的人或遗嘱监护人，而福利原则对此是适用的。

2.34 第 11 条所处理的情况，是法院根据第 6(3)(b)(ii)条委任某人为未成年人的唯一监护人，而其尚存的父或母则无监护权。法院可下令将该未成年人的管养权判给监护人，但准许其尚存的父或母探视。福利原则是适用于这些命令的。法院也可命令儿童的尚存父或母为该儿童定期或一次全数支付一笔款项，或移转财产。这条规定似乎意味着尚存的父或母只享有探视权，至于作为监护人的其他权利，例如在任何涉及该儿童教养的重大事宜上被谘询意见的权利，则被剔除。现时，儿童的父母于离婚后，没有管养权的父或母仍可保留作为监护人的权利，如遭有管养权的父母另一方阻挠，可向法院申请强制执行这些权利。然而，有关

---

<sup>92</sup> 第 5(a)及(b)條。

<sup>93</sup> 第 13 章第 6(2)條。

<sup>94</sup> 第 6(3)(b)(i)條。

监护权的条文却规定，非儿童父母但充任为唯一监护人的人，可以拒不承认该儿童尚存的父或母的探视权以外的其他权利，这似乎有欠公平。

2.35 英格兰法律委员会在一份工作文件中提出，高等法院在有限的范围内，有权罢免由亲生父或母充任的监护人。<sup>95</sup> 因为，以往当儿童的父亲有严重行为失当问题，或不适宜或无能力履行责任时，高等法院可以委任另一人履行父亲职责，并且制约生父的干扰，但却从不会完全剥夺他的权利。不过，委员会近期并没有发现这方面的案例。<sup>96</sup>

#### *尚存的父或母反对*

2.36 第 6(3)(a)条也规定，如果尚存的父或母反对，法院可拒绝发出任何命令，“在此情况下，尚存的父或母须继续担任唯一的监护人”。这样便有违已去世的父或母的意愿。法例没有表明福利原则是否适用于这个决定，因为第 3(1)条所指的，只限于管养或教养儿童和有关财产的事宜。至于关乎罢免监护人的第 8 条，则确实规定福利原则适用。如果监护人遭到罢免是因尚存的父或母的反对所致，监护人便无权要求探视有关儿童，而法院也不能命令监护人支付赡养费，因为第 11 条只适用于当儿童的尚存的父或母没有监护权而由其他人充任监护人的情况。

#### *不称职的父母*

2.37 当对儿童享有管养权的父或母去世后，如果法院曾根据《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 19(3)条发出命令，指尚存的父或母不适宜享有管养权，则该名尚存的父或母便不能当然享有该儿童的管养或监护权。该项命令可在离婚或裁判分居判令内列明。

#### *未婚父亲*

2.38 第 7 条规定，如未成年人既无父母也无监护人，甚或其他对其享有父母权利的人，法院可委任第三者为未成年人的监护人。第 2 条把“父母”界定为父亲或母亲，但第 21 条规定，就第 5、6、7 和 11 条而言，不得视生父为未成年人的父亲，<sup>97</sup> 除非他已经凭借根据第 10 条发出而现行有效的命令或根据第 3(1)(d)条发出的命令享有管养权。因此，生父必须首先根据第 3(1)(d)条提起法律程序以

---

<sup>95</sup> *Family Law, Review of Child Law, Guardianship*, paragraph 2.19 (No 91: 1985).

<sup>96</sup> 第 2.7 段。

<sup>97</sup> 應採用“父母”一詞，因為有關條文只是指父母。

取得命令，表明他具有某些或所有“假若该未成年人为婚生时法律所赋予生父作为父亲”的权利和权能。

#### *生父是尚存的父母*

2.39 随而出现的问题是：究竟根据第 3(1)(d)条在儿童的母亲去世前获颁令判予父母权利的生父，会否因而成为条例所指的“尚存的父母”。有论据赞同视生父为尚存的父或母，该论据是基于第 21 条所载的如下规定：

*“非婚生未成年人的生父如根据第 6(1)条委任监护人，该项委任乃属无效，但如委任人在紧接其去世前根据(a)段（根据第 10(1)条下的命令而发出的管养令）享有管养该未成年人的权利，或根据(b)段（根据第 3(1)(d)条发出的命令）享有与该未成年人有关的任何权利或权能，则属例外。”*

2.40 如果生父是尚存的父母，则根据第 5 条他会单独成为监护人；或如未成年人的母亲没有委任遗嘱监护人，该尚存的父母则与法院委任的监护人共同充任监护人。如果这两名监护人之间发生纠纷，法院可根据第 9 条发出其认为适当的指示。

2.41 如果生父被视为“尚存的父母”，而他又反对由儿童的母亲在去世前藉订立契据或遗嘱所委任的监护人充任监护人，则法院可以在生父或遗嘱监护人两者之间命令其中一人充任唯一的监护人。<sup>98</sup> 法院也可根据第 11 条发出命令。

2.42 为使规定更加清晰，可在条例中增订一项条文，列明只要生父获赋予父母权利，则法院可视他为该条例所指的尚存的父母，并因此成为监护人。不过，是否如此看待生父应由法院酌情决定，因为第 3(1)(d)条规定，法院可授予生父某些有限的权利。法院该有酌情权判令生父享有第 10 条规定下的探视权，或在诸如移民等部分指定事宜上，有权被谘询意见，但仍不将他视为监护人或尚存的父母。假如法院已根据第 6(3)(b)(ii)条命令另一人充任唯一监护人，则按照第 11 条的规定，法院可判令生父享有探视权，并且命令生父支付赡养费或将财产移转予有关的未成年人。

#### *假如未婚父亲并非尚存的父母*

2.43 假如儿童的未婚父亲不被视为“尚存的父母”，他或会希望提出申请，

---

<sup>98</sup> 第 6(3)(a)或(b)條。

在该儿童的母亲去世后获委任为监护人。如他按照第 7 条申请获委任为监护人，他的申请可能会被拒绝，因为他不可能被视为“父母”或“享有父母权利的人”。不过，他或可根据第 8 条提出申请，要求法院发出命令，将一名已经由法院委任或藉着契据或遗嘱获委任的监护人罢免，改而委任他为监护人。第 5 条对他来说则不适用，因为并没有“尚存的父母”可以与根据这规定所委任的监护人一起充任监护人。此外，儿童的生父也可申请判令使该儿童受法院监护。

2.44 即使生父没有获委任为监护人，只要获法院根据第 3(1)(d)条为他发出命令，他便可根据第 10 条申请管养权或探视权。获得根据第 10 条发出管养令的人，可申请要求法院判令父母其中一方支付赡养费以供养该儿童。

#### *非婚生儿童由其祖父母 / 外祖父母照顾*

2.45 根据第 7 条，儿童如无父母，亦无监护人，或其他对其享有父母权利的人，则任何人均可申请获委任为该儿童的监护人，例如照顾非婚生儿童的祖父母 / 外祖父母便可在适当的情况下申请获委任为监护人。尽管法例没有特别规定，法院是可以如此委任的。<sup>99</sup>

2.46 如生父已经凭借根据第 3(1)(d)条发出的命令取得父母权利，因而获视为本条例所指的尚存的父母，则法院可根据第 5 条的规定，委任实际照顾儿童的外祖父母与生父共同充任监护人，而该儿童的外祖父母其后可为该儿童的福利起见，根据第 8 条向法院申请，罢免生父担任监护人的身分，因为第 8 条规定法院可以将“任何凭借本条例获委任或充任监护人的人”罢免。

2.47 我们应该鼓励未婚母亲订立遗嘱，委任正协助照顾其子女的人，通常是其亲属、祖父母 / 外祖父母为监护人，避免她去世后在法律上可能出现的复杂情况。

#### *共同监护人之间有纷争*

2.48 如果共同监护人之间有纷争，法院可根据第 9 条的规定，就“意见分歧的事项，发出其认为适当的命令”。共同监护人可以由尚存的父或母与遗嘱监护人或法院根据第 5 或 7 条委任的监护人或由父母双方委任的监护人共同出任。<sup>100</sup>第 9 条没有指明可否针对一名并非儿童的父母而充任监护人的人发出有关管养、探视或赡养方面的命令。不过，英格兰法律委员会认为，法院在处理英格兰法例

<sup>99</sup> 《釋義及通則條例》（第 1 章）第 7(2)條列明，凡指單數的字亦指眾數。

<sup>100</sup> 第 6(4)條。

中等同于第 9 条规定所指的共同监护人之间的纷争时，<sup>101</sup> 可发出任何适当的命令，而这类命令可包括探视令。<sup>102</sup>

2.49 第 12 条列明，在共同监护人有意见分歧而其中一名监护人是尚存的父或母时，法院有权发出管养及赡养令。法院可判令尚存的父或母取得探视权和支付赡养费。雅诺(Arnold)法官在 *Re N (Minors)(Parental Rights)*<sup>103</sup> 一案中指出，假如未成年人的父母双亡，根据英格兰等同的法例《1971 年未成年人监护法令》(Guardianship of Minors Act 1971)提出申请是无济于事的，因为当其他家庭成员之间对于该未成年人应以何处为住所一事出现意见分歧时，法院并不能决定将管养权判归何人。

#### 同意准予结婚

2.50 《婚姻条例》(第 181 章)第 14 条(经《法律改革(杂项规定及次要修订)条例》(1997 年第 80 号条例)第 28 至 36 条修订)列明，未满 21 岁的儿童如果拟结婚，必须取得享有管养权的父或母或享有共同管养权的父母双方的同意书。未满 21 岁的非婚生儿童如果拟结婚，则须取得其母亲的同意书，或如其母亲已经去世，则须取得其监护人的同意书。这项规定免除了非婚生儿童是否需要其父亲的同意才可结婚这个疑问。第 18A(3)条现时把监护人界定为包括“按法院命令获付托对该方的管养权的人(父母除外)”。<sup>104</sup> 此外，如某宗婚姻需要取得某人同意，而该人拒绝同意，又或无法觅得该人，则区域法院法官可根据第 18A 条同意该宗婚姻。

#### 社会福利署署长的权力

##### 照顾令和监管令

2.51 法院如认为情况特殊，命令该未成年人交由父母其中一方或任何其他人士看管均不切实可行或不适宜，可把该未成年人付托社会福利署署长照顾。<sup>105</sup> 在 1994/95 年度，有一宗个案要求发出照顾令，1995/96 年度则没有这类个案，而在 1996 年 4 月至 1997 年 3 月底，共有两宗这类个案。如情况特殊，法院也可

---

<sup>101</sup> Section 7 of the Guardianship of Minors Act 1971.

<sup>102</sup> Paragraph 2.28 of *Family Law, Review of Child Law, Guardianship*, (No 91:1985).

<sup>103</sup> [1974] Fam Law 40, 44 referred to at paragraph 2.18 of the Law Commission.

<sup>104</sup> 這項條文可把社會福利署署長納入在內。有關的定義收錄在《法律改革(雜項規定及次要修訂)條例》(1997 年第 80 號條例)第 31 條。

<sup>105</sup> 第 13(1)(b)條。

以为 18 岁以下的未成年人发出监管令。<sup>106</sup> 法院在 1994/95 年度和 1995/96 年度分别发出 12 个和 4 个监管令，而在 1996 年 4 月至 1997 年 3 月底，则共发出了 10 个。监管令的内容并无界定。<sup>107</sup> 法院可命令父母其中一方向社会福利署署长支付赡养费。<sup>108</sup> 当有关的儿童年满 18 岁时，监管令即停止生效。<sup>109</sup> 在监管令发出后，如父母其中一方、监护人，或任何根据第 10 条发出的命令获授管养权的任何其他人士提出申请，或凭借监管令负责监管有关未成年人的社会福利署署长提出申请，法院可将上述监管令更改、解除、暂停执行或于暂停执行后予以恢复。

110

2.52 法院在下令将儿童付托社会福利署署长照顾前，必须听取社会福利署署长的申述，包括有关赡养费的申述。<sup>111</sup> 第 17 条规定，法院在考虑根据第 10 条（管养或探视）或第 14(2)条提出的申请时，可命令社会福利署署长向法院提交报告。<sup>112</sup> 奇怪的是，法院下令将儿童付托社会福利署署长监管时却无相若权力。我们或可假设只有在进行此等查询后，社会福利署署长才会要求法院发出监管令，又或法院只会在接获有关报告后，才会考虑发出命令。

2.53 法例没有规定照顾令会在甚么时候期满。不过，既然条例所用的字眼是“未成年人”，而根据《释义及通则条例》（第 1 章）第 3 条，“未成年人”的定义是未满 18 岁的人，则照顾令应会于未成年人年届 18 岁时期满。《婚姻及子女（杂项修订）条例》（1997 年第 69 号条例）第 4 条撤销了监管令在未成年人年届 16 岁时期满的限制。

2.54 第 13(1)(b)条或相关条文都没有就父母申请探视照顾令标的的儿童作出规定。我们可以说第 10 条涵义甚广，让父母可据此申请探视权。但要注意的是，第 10(1)条包括提述“未成年人的父母其中一方……如提出申请（父母可在无起诉监护人的情况下申请）”，这意味着该未成年人不论是否由父母其中一方、监护人、第三者或社会福利署署长所管养，他都可自行提出探视其父母的申请。

---

<sup>106</sup> 第 13(1)(a)条。

<sup>107</sup> 不过，《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34B 条列明，监管人员须负责辅导、协助受监管人，及与其建立友谊。第 34A 条列明，受监管人须遵守关于居住地方、接受内科或外科护理或治疗的規定。儿童的父母或监护人的意願可予考慮，但兒童本人的意願則不在考慮之列。

<sup>108</sup> 第 13(2)条。

<sup>109</sup> 第 14(1)条。

<sup>110</sup> 第 14(2)条。

<sup>111</sup> 第 15(1)条。

<sup>112</sup> 申請更改或解除監管令。



## 产业监护人

2.55 第 18 条确定了一个原则，就是监护人不仅是未成年人的人身监护人，也是其产业的监护人。原讼法庭保留关于概括委任或为某个目的而委任任何人为未成年人产业的监护人的权力。<sup>113</sup>

2.56 监护人与父母的权力范围未必相同。举例来说，尚存的父或母可反对某人充任遗嘱监护人，而遗嘱监护人却不能为有关儿童委任监护人。法院只可根据第 10 或 11 条命令有关儿童的父母其中一方为该儿童提供赡养。监护令标的的儿童，当其监护人的婚姻关系破裂，则就有关的赡养令而言（但不会在其他情况下），可视为其监护人的家庭子女。<sup>114</sup> 英格兰法律委员会认为，在处理儿童财产方面，父母的权力并不明确，而监护人的权力可能比父母的还要大。英格兰法律委员会<sup>115</sup> 和苏格兰法律委员会<sup>116</sup> 曾深入探讨产业监护人的权利和责任，这课题会在本谘询文件第 3 和 4 章作更详细探讨。

## 涉及未成年人的法律程序

2.57 未成年人的人身监护人或遗嘱监护人可被委任为起诉监护人，代表未成年人提起法律程序或在法律程序中辩护。<sup>117</sup> 《高等法院规则》第 80 号命令是关于委任起诉监护人或诉讼监护人，以代表儿童的利益。这命令提及的“无行为能力的人”在第 80 号命令第 1 条规则内界定为“未成年人或病人”。任何涉及款项申索的法律程序的和解，必须经法院批准。法院根据第 12 条规则发出指示，以控制为未成年人追讨所得的款项。这些款项通常由法院作投资，直至未成年人成年为止。起诉监护人可申请动用这笔款项来付款，而法院会根据第 12(3)条规则发出有关指示。

2.58 法例并无对“起诉监护人”订明定义，但“法院一般认为起诉监护人应该是一名有份量的人；正如一名诉讼监护人一样，较为理想的是起诉监护人应该与未成年人的家庭有亲属关系、联系或者是这个家庭的朋友，而不仅是志愿人士”。<sup>118</sup> 法定代表律师也可获委任起诉监护人，<sup>119</sup> 尤其是当无其他人愿意担任

---

<sup>113</sup> 第 18(2)条。

<sup>114</sup> Paragraph 2.29 of the Law Commission's Working Paper, *Family Law, Review of Child Law; Guardianship*, (1985: No 91).

<sup>115</sup> 出處同上。

<sup>116</sup> *Report on Family Law*, Scot Law Com (1992: No 135).

<sup>117</sup> *Harris v Lightfoot* (1862) 10 WR 31, referred to in the *White Book* at 80/3/1(1991 ed).

<sup>118</sup> *Ibid* at 80/3/1 referring to *Nalder v Hawkins* (1833) 2 M & K 243.

起诉监护人时。<sup>120</sup>

2.59 如诉讼监护人或起诉监护人的作为有损幼年人的利益，或在有关幼年人的事宜上处理不当，<sup>121</sup> 可予以罢免。英格兰及威尔斯最高法院常规(White Book)又警告，如已就授产安排入禀法院，而父母或监护人认为这项财产对全家人来说是一笔意外之财，则可能会出现利益冲突的情况。不过，如出现这些冲突，法院可发出命令，委任法定代表律师行事。<sup>122</sup>

### 受法院监护与监护权的分别

2.60 法院是无权剥夺一名在生的父亲或母亲担任监护人的权利的，尽管父母双方共享的管养令有时被视为实际上剥夺了这些权利。这项司法管辖权有别于法院监护方面的司法管辖权。为儿童委任监护人，并不表示使儿童成为受法院监护的人。<sup>123</sup> 就法院监护方面的法律程序而言，法院会成为儿童的监护人，并且负责一切涉及教养儿童的事宜。

### 法院监护安排

2.61 《高等法院条例》第 26 条和《高等法院规则》第 90 号命令规管有关法院监护方面的司法管辖权。法院监护令将管养权：

*“即父母的一切权利赋予法院，而法院通常将实际照顾和管束有关未成年人的权力转授予一名人士。各项涉及受监护的人的重大决定，例如同意未成年人结婚、领养的法律程序、接受手术和教育等，都必须由法院作出。干预和不服从法院命令均属藐视法庭罪。”*<sup>124</sup>

2.62 第 90 号命令第 3 条规则规定，在将儿童交由法院监护的申请待决期间，任何根据《未成年人监护条例》（第 13 章）提出的申请，可以在有关法院监护而仍未了结的法律程序中提出。如果非其父母但同住管养该儿童的人反对父母其中一方或父母双方要求取回该儿童，也可申请法院监护。养父母也可申请将

---

<sup>119</sup> *Re W* [1907] 2 Ch 557, 568 CA.

<sup>120</sup> *Supreme Court Practice* at 80/6/4/. 有關香港的法定代表律師的權力，可參閱下文。

<sup>121</sup> *Ibid* at 80/3/2/.

<sup>122</sup> *Ibid* at 80/12/9/.

<sup>123</sup> Section 9(1) of Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1949.

<sup>124</sup> Pegg, *Family Law in Hong Kong*, (3rd ed, 1994) at 271.

儿童判为受法院监护的人。除非法定代表律师提起法律程序或申请人取得社会福利署署长同意由署长提起法律程序，否则申请法院监护是唯一的补救方法。

2.63 讼费可能构成最大的阻碍，因为社会福利署署长可能不想负担提起法律程序的开支。另一个实际困难是，如有关儿童正受其外祖父 / 母照顾，并因诸如该儿童的母亲拟再婚等理由，该外祖父 / 母希望保留对该儿童的管养权，则外祖父 / 母便须游说儿童的生母根据《未成年人监护条例》（第 13 章）第 10 条提起法律程序，要求法院将管养权判给该外祖父 / 母。

2.64 上述补救方法便是在没有法院监护或未取得社会福利署署长同意的情况下的唯一方法，这实在令人莫名其妙。该名生母可能是碍于法院可能向她发出赡养令，要求她供养该儿童，而不愿提起法律程序。从另一个角度来看，母亲可能会担心该儿童因感到被遗弃而于日后怨恨她，所以不愿交出法定管束权。

2.65 区域法院并无关于由法院监护未成年人方面的司法管辖权。幼年人未届 18 岁成年前仍然是受监护的人。

2.66 问题在于法院在考虑为父母离婚的儿童作出安排时，如果认为该儿童的父母双方均不能为他作出妥善安排，则可行使什么权力。法院可以根据《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 18 条拒绝将有关判令转为绝对判令；或委任法定代表律师代表该儿童的利益；或下令提起法律程序，使该儿童成为受法院监护的人。<sup>125</sup> 如果区域法院具有由法院监护未成年人方面的权力，则法院除了可以行使不同条例所赋予的权力来使社会福利署署长参与其中之外，也可在婚姻法律程序中发出命令保护儿童。

## 法定代表律师的职责

2.67 法定代表律师可应法院作出的委任行事；<sup>126</sup> 或假如他确信为维护公正而有所需要，但又无其他适当人士愿意行事，法定代表律师则可在行使酌情权后依照规定行事。<sup>127</sup> 法定代表律师由法律援助署署长出任。<sup>128</sup> 法定代表律师的职责包括：以因年龄或智能理由而缺乏自行诉讼能力的人的诉讼监护人或起诉监护人身分行事，或代表因藐视法庭而入狱并且不能或不愿意申请抵偿藐视罪的人

---

<sup>125</sup> 《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 19(1)條。

<sup>126</sup> 《法定代表律師條例》（第 416 章）第 4(1)(a)條。

<sup>127</sup> 第 4(1)(b)條。

<sup>128</sup> 第 7 條。

行事。<sup>129</sup> 法定代表律師又可應少年法庭的請求，在根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）進行的訴訟中，代表訴訟一方行事。<sup>130</sup> 法定代表律師一職是於 1991 年此條例生效時設立的。法定代表律師同時出任法定受託人和司法受託人。<sup>131</sup> 法定代表律師亦接替了民事檢察專員執行其在《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 105(4)條和第 108(1)條之下的職責。<sup>132</sup>

2.68 如法定代表律師在有關法院監護的法律程序中獲委任，他便是受監護的人的代理人，在法庭上代表受監護的人的利益。法定代表律師也是受監護的人的監護人，但并不代表父母雙方。<sup>133</sup>

#### b) 《婚姻訴訟條例》（第 179 章）

2.69 本條例列明對離婚案、婚姻無效案和裁判分居案的司法管轄權，以及從已故的父親或母親的遺產中撥取贍養費這種附屬濟助的法律程序等的規定。除了關於社會福利署署長的權力外，《婚姻訴訟條例》（第 179 章）並無賦予法院有關管養或探視的明確權力。

#### 監管令

2.70 第 48 條規定，凡法院具有就任何兒童的管養作出命令的司法管轄權，<sup>134</sup> 而法院覺得由於情況特殊，該兒童適宜由一名獨立人士監管，則“法院可命令將該兒童交由社會福利署署長監管，監管期為法院行使該項司法管轄權而將該兒童交由任何人管養的期間。”<sup>135</sup> 在 1994/95 年度和 1995/96 年度發出的監管令分別有 139 個和 152 個，而在 1996 年 4 月至 1997 年 3 月底發出的監管令則增至 244 個。

2.71 第 48 條跟《未成年人監護條例》（第 13 章）第 13 條相若，訂明任何法院在更改該等命令方面所具有的司法管轄權，由該等法院自行決定行使。<sup>136</sup>

---

<sup>129</sup> 附表 1 第 1 部。截至 1995 年 6 月為止，法定代表律師辦事處共接獲 285 宗代表出庭的要求，大多數涉及接管、無人認領遺產、領養兒童和監護權等事宜。

<sup>130</sup> 附表 1 第 3 部。

<sup>131</sup> 這些《受託人條例》（第 29 章）下的職能是接管自註冊總署署長的。

<sup>132</sup> 附表 3。

<sup>133</sup> Goff J in *Re R (PM)* [1968] 1WLR 385, 387.

<sup>134</sup> 即是指根據本條例或《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）。該條例沒有界定何謂管養權，也沒有提述探視權。

<sup>135</sup> 經 1972 年第 39 號條例第 33 條修訂。

<sup>136</sup> 第(2)款。

法院获赋予权力更改或解除任何根据这条所作的规定。<sup>137</sup> 第 48 条经《婚姻及子女（杂项修订）条例》（1997 年第 69 号条例）第 19 条修订，规定监管令以 18 岁为年龄上限。法例没有界定监管一词的定义。<sup>138</sup> 问题在于根据这条例发出监管令，是否等于容许社会福利署署长援用《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34A 条赋予他的权力。<sup>139</sup>

## 照顾令

2.72 第 48A 条授权将儿童付托社会福利署署长照顾，但必须因情况特殊，致令将该儿童交托婚姻中任何一方或任何其他看管均不切实可行或不适宜。1994/95 年度和 1995/96 年度发出的照顾令分别为一个和三个，而 1996 年 4 月至 1997 年 3 月底则发出了六个。法院在发出命令之前，须聆听社会福利署署长的申述，包括任何关于作出经济给养的申述。<sup>140</sup> 这项权力也类似《未成年人监护条例》（第 13 章）第 13 条赋予社会福利署署长的权力。第 48A(4) 条（经《婚姻及子女（杂项修订）条例》（1997 年第 69 号条例）第 20 条修订）列明这项照顾令将维持有效至儿童年满 18 岁。条例也列明法院有更改或解除有关规定的权力。<sup>141</sup> 第 48A(3) 条规定：“即使该子女的父亲或母亲或另一人提出任何申索，该子女仍须继续由社会福利署署长照顾”。

2.73 尽管第 48A 条有提述将子女交托给“任何其他人”，但该条并无授权将管养子女权判予第三者。相信是与立法者认为《未成年人监护条例》（第 13 章）第 10 条已能充分顾及有关情况有关，因为这条文准许法院将管养权判予任何人。不过，我们已探讨过第 10 条并无授权第三者提出申请；第三者必须依赖儿童的父母或社会福利署署长提出申请。

2.74 儿童的父母任何一方或监护人的地址如有更改，有责任通知社会福利署署长，但法例没有列明其父母有权探视有关儿童。法例背后的假设可能是：由于儿童的父或母可与社会福利署署长达成自愿协议，向署长取得探视权，故此无须列明这项权力。又或者是立法者认为儿童的父或母可根据《未成年人监护条例》

---

<sup>137</sup> 第 48(3) 条。

<sup>138</sup> 《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34B 条规定，若适用时，监管人员须负责辅导、协助受监管人，及与其建立友谊。

<sup>139</sup> 这包括规定受监管人遵守若干规定，包括在充分考虑受监管人的父、母或监护人的意愿后，就该受监管人的住所或内外科护理或治疗作出规定，但没有提述受监管的儿童的意见。

<sup>140</sup> 第 48A(2) 条。

<sup>141</sup> 第 48A(5) 条。

(第 13 章) 第 10 条申请探视权。

2.75 虽然社会福利署署长可授予探视权，但是仍然有需要在法例中清楚列明准许父母、监护人或有关的第三者<sup>142</sup> 提起法律程序，以取得探视由社会福利署署长照顾的儿童的权利。如把儿童付托社会福利署署长照顾的唯一理由，是交由其父母管养是不切实可行或不适宜，则就更需要澄清有关准许申请探视儿童的法例条文，因为这与目前根据《保护儿童及少年条例》(第 213 章) 将儿童付托照顾的理由相比更为宽松。<sup>143</sup> 香港法例第 213 章第 34(2)条列明了具体和严格的理由，包括受到袭击和性侵犯。

2.76 儿童的父母因双方之间出现私法方面的争执而根据《婚姻诉讼条例》第 48A 条将儿童付托社会福利署署长管养的理由，须跟《保护儿童及少年条例》(第 213 章) 第 34(2)条所列的理由相异，实在是不合理的。法例中并无条文具体列明必须查明有关儿童的意愿，或须顾及他们的意愿。

### c) 《婚姻诉讼规则》

#### 第三者提出的申请

2.77 《婚姻诉讼条例》(第 179 章) 第 VII 部没有就向法院申请管养权作出规定。这项权利在《未成年人监护条例》(第 13 章) 和《婚姻法律程序与财产条例》(第 192 章) 已有规定。《婚姻法律程序与财产条例》没有提述关于第三者申请管养权的权利。法院可发出命令，声明父母其中一方不适宜享有管养权，但后者条例没有说明法院可因这项命令而将上述权利判给符合适合人士条件的第三者。<sup>144</sup> 只有《未成年人监护条例》(第 13 章) 准许社会福利署署长申请有关儿童的管养权。由此看来，有利害关系的第三者，除非符合《婚姻诉讼规则》第 92(3)条所列的准则，否则便不能申请获委任为诉讼监护人。

2.78 规则第 92 条列明，凡根据第 48 条提出有关管养、教育或监管儿童的申请，须向法官提出。如按各方当事人已议定条款，作出与管养或探视安排有关的命令的申请，“而唯一须裁定的问题是准许探视的程度”<sup>145</sup>，则该申请可由司法常务官处理，而他是有权选择发出命令或将申请转呈法官决定。

---

<sup>142</sup> 例如祖父／母、外祖父／母或其他親屬。

<sup>143</sup> 參閱下文。

<sup>144</sup> 第 19(3)條。

<sup>145</sup> 但第 48 條沒有提述探視權。

2.79 规则第 92(3)条列明哪些人可以传票方式提出申请：任何家庭子女的监护人；任何凭借法院命令管养或管束有关儿童的其他人；或依据第 48 条所发出命令监管有关儿童的其他人。这项规则又列明，这些申请须在不损害任何其他有权就有关儿童申请作出命令的人的权利的情况下提出。

2.80 规则第 92(4)条规定，如出现关于照顾及管束或探视儿童的争辩，法官可拒绝接纳任何誓章，但如作出誓章的人能够在聆讯中口头作供，则不在此限。值得注意的是，有关条文的用语只涉及照顾及管束或探视，但并没有提及管养权。另有一项不寻常的规定：若有关于通奸“或与某被指名者有不正当交往”的指称，作出这些指称的人须提交和送达这项指称的通知书，藉以让该项指称所针对的人有权介入有关的法律程序。我们难以明白这些指称与管养、照顾和监管儿童有甚么关系，除非有人指称这种不正当行为是在有关儿童面前进行，则作别论。规则赋予法院一般权力，就状书的提交和送达，和就该等法律程序的进一步进行，发出指示。<sup>146</sup>

#### *社会福利署署长的权力*

2.81 规则第 93 条容许社会福利署署长在事态紧急或“该项申请相当可能不会遭受反对”时，藉致函法院提出申请更改、解除或指示。无论在何种情况下，如切实可行，社会福利署署长只需通知有利害关系的任何一方。《区域法院民事诉讼程序（一般）规则》（第 336 章）第 61D 条也有相若的条文，适用于《未成年人监护条例》（第 13 章）下的个案。另外，有意见认为，根据自然公正的原则，即使社会福利署署长保留原有的权力在情况紧急时单方面提出申请，有利害关系的各方也该获得聆讯通知。

#### *社会福利主任的报告*

2.82 根据规则第 95 条，法官或司法常务官可将随婚姻法律程序产生而与儿童福利有关的任何事宜转介作调查和报告。在进行聆讯前，任何属于许可申请人类别的人士均可要求司法常务官向社会福利署署长索取报告。如司法常务官信纳其他各方当事人也同意，并有充分资料进行调查，便可将有关事宜转介社会福利署署长。这项规则容许社会福利署署长查阅有关的法庭档案。有关报告一俟完成和提交法院后，必须通知各方当事人，而各方当事人可查阅报告，并于缴付费用后索取一份副本。《区域法院民事诉讼程序（一般）规则》（第 336 章）第

---

<sup>146</sup> 規則第 92(7)條。

61F 条对于就法院内进行关乎儿童福利的法律程序也有相若规定。

#### *在其他法院进行的法律程序*

2.83 根据《婚姻诉讼规则》第 96 条，申请人在提出管养权申请时，必须提交一份陈述书，说明在原讼法庭、区域法院或裁判法院就同一儿童进行的其他法律程序的性质。因此，他有责任通知法院以前涉及这名儿童的法律程序。不过，规则没有规定将各项法律程序合并。

#### 独立法律代表

##### *规则第 108 条*

2.84 法院有广泛酌情权，命令某儿童应该有独立的法律代表。法院可委任法定代表律师（如其同意）；或“应任何其他适当人士的申请，委任该人为该子女的诉讼监护人，有权代该子女参与有关的法律程序。”<sup>147</sup> 法定代表律师的职责与其在法院监护权方面所承担的职责相若。<sup>148</sup>

2.85 最高法院首席大法官曾签发一项关于独立法律代表的《实务指示》，其中列明：

“若法院认为某幼童人适宜或有必要在法律程序中获得独立的法律代表，法律援助署署长得行使其作为法定代表律师的权力，在无其他适合委任人士的情况下，获委任为诉讼监护人，除非法院另有指示。”<sup>149</sup>

2.86 在 *Yeung Chung Ping* 诉 *Yeung Wan Yuet Kuen*<sup>150</sup> 这宗不寻常的案件中，涉案丈夫怀疑其婚生女儿不是由他所出，所以向法院申请下令为夫妇双方和女儿进行血液检验。经上诉后，上诉法院下令进行验血。“在法院给予幼童人保护的司法管辖权的范围内，在关乎儿童生父身分的问题上，不按一般常规下令进行验血是毫无理由的。”<sup>151</sup>

2.87 从誓章可见这是一项争议已久的问题。<sup>152</sup> 法院过往拒绝委任民事检

---

<sup>147</sup> 規則第 108(b)條。

<sup>148</sup> *Official Solicitor's Report - from August 1993 to July 1994*, at paragraph 22.

<sup>149</sup> Reported in *Hong Kong Law Digest*, October 1993, at J89.

<sup>150</sup> [1987]1 HKC 206.

<sup>151</sup> 第 206 頁。

<sup>152</sup> In reliance on *S (an infant by her guardian ad litem, the Official solicitor to the Supreme Court)*



察专员为诉讼监护人，理由是他不能提出合理的理据说明为何不应该验血。但是，法院曾指出，根据规则第 108 条，有关方面应该询问民事检察专员是否愿意在验血有结果后就可能接续的任何法律程序中代表该儿童行事。<sup>153</sup> 法院已下令有关儿童加入为离婚法律程序的共同答辩人。

2.88 规则第 108(2)条少有地规定必须提交一份由律师发出的证明书，以证明拟议申请人“在该法律程序中并无任何与该子女的权益相逆的权益，并证明该人是出任诉讼监护人的适当人士”。有论据指出，申请管养权的人如果是亲属，则其作为诉讼监护人的中立或独立程度，不能视为足以代表有关儿童的最佳利益。在其他司法管辖区，诉讼监护人是获委任保护儿童利益的专业人员。有意见认为，有关职责更适宜由有处理儿童事务经验的专业人士担当，然后再另行授权准许该儿童的亲属、养父母或其他关系密切的朋友，申请成为法律程序的一方，而不是假设这人的利益会与作为儿童的独立法律代表的职能相符。

#### 规则第 72 条

2.89 规则第 72 条准许儿童在更改授产安排令的申请中有独立法律代表。这项规则迫使法院为儿童委任独立法律代表，“除非法院信纳建议的更改不会对任何有关的子女的权利或权益有不良影响”。有关规则没有界定授产安排令，唯一提及授产安排令的条文，是根据《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 6(1)(b)条发出有关授产安排的命令。

2.90 在这条规则下，可担任为独立法律代表的人选较为广泛，儿童可由一名律师，或一名律师联同大律师代表，而法院也可委任法定代表律师或其他合适的人为诉讼监护人。代表儿童行事的律师，必须为拟议合适的人提交一份类似规则第 108(2)条所述的证明书。该规则中有提及“适当人士”和“合适的人”，但并无界定或解释两者的分别；两者之间的分别可能是，某人声称他是提出申请的适当人士，如法院信纳其能力，他便随而成为合适的人。

2.91 规则第 72(2)条是一项重要条文，因为这条文授予法院相若的权力，“应任何其他附属济助的申请”委任独立法律代表。根据规则第 2 条，“附属济

---

[1972] AC 24, 45. Reid 大法官表示，只有當有關命令有違有關兒童的利益時才會予以拒絕。

<sup>153</sup> 載錄於[1975] 1 WLR 81 的實務指示說明，無須命令法定代表律師擔任訴訟監護人，除非有關的未成年人年屆 10 歲或以上，又或基於特殊情況而適宜立刻作出委任。

助”指多项经济给养的命令，包括赡养令、授产安排令、财产转让令和更改授产安排令。

2.92 讽刺之处是，在关乎管养权或监护权的纠纷中，儿童不能由律师或大律师作独立法律代表，理由是规则第 72 条似乎只涉及财产的问题，而规则第 108 条又没有订明儿童由律师或大律师代表的权利。只有法定代表律师（如他同意）或“适当人士”才可独立代表有关儿童。

2.93 不过，在 *Chow Hui Shui-ye* 诉 *Chow Sung-ming* 一案<sup>154</sup> 中，当时具有现时法定代表律师所有权力的民事检察专员拒绝充任诉讼监护人，理由是答辩人的利益没有受损。不过，法院根据规则第 105(5)条要求民事检察专员代表答辩人行事，并委任他为监护人。法院有剩余的司法管辖权，可以要求作为法院人员的民事检察专员代表其中一方介入或行事，以免执法或审判不公；而民事检察专员则有责任遵从法院的要求。上述案中答辩人是因为健康欠佳而无能力保护其自身利益。

2.94 就经济事宜方面，法定代表律师并无酌情权拒绝接受根据规则第 72 条所作的委任，但在关乎儿童福利事宜方面，却有酌情权拒绝接受委任，这情况看来令人费解。除关乎附属济助事宜外，法院无权为儿童委任法律代表。

#### d) 《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）

##### *为子女所作的安排*

2.95 在《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）中，与监护和管养事宜有关的条文仅有第 II 部第 18 和 19 条。第 18(1)条对法院把离婚判令或婚姻无效判令转为绝对判令的权力加以限制，规定除非法院已信纳包括下列的多项事项：

- “(b)... ..(i) 已为被如此指名的各子女的福利作出安排，而此等安排乃是令人满意的安排，或是在当时情况下可能作出的最佳安排；或
- (ii) 由出庭的... ..双方作出任何此等安排均不可行；或
- (c) 基于有关情况，宜应将判令转为绝对判令或宜毫不迟延地作出判令... ..即使是有或可能有本条适用的家庭子女，而法庭又未能按照(b)段作出声明。”

---

<sup>154</sup> District court, DJ No 1178 of 1984, Deputy Judge van der Eb; April 29, 1985, reported in 16 HKLJ (1986) No 2, at 280.

2.96 对于上文(c)段所述情况,第(2)款规定法院必须先取得一方或双方当事人的承诺,同意会在指明的期间内,向法院提出关于为儿童所作的安排。如果法院没有先发出命令表明满意为儿童所作的安排,则所发出的绝对判令也是无效。<sup>155</sup>

### 年齡

2.97 第 18(5)条将该条适用的家庭子女界定为未足 16 岁的未成年子女,或正在教育机构就读,或正接受某一行业、专业或职业的训练,并且不论其是否受雇从事有报酬的工作的未成年子女。

2.98 第 19(1)条经《婚姻及子女(杂项修订)条例》(1997 年第 69 号条例)第 28 条修订,授权法院在处理离婚、婚姻无效或裁判分居的法律程序中,就有关 18 岁以下儿童的管养和教育发出命令。

### 家庭子女

2.99 法院权力的适用范围扩及至所有“家庭子女”。第 18(5)条规定,如法院认为基于特殊情况,该条文宜为该子女的利益而适用于该子女,则法院可作出有关指示。第 2 条将“家庭子女”界定为婚姻双方的子女,或“被该双方视为其家庭子女的任何其他子女”。《婚姻法律程序与财产条例》(第 192 章)第 19(2)条规定,有关子女的管养或教育的命令,不得影响任何非有关婚姻一方的人对该子女所具有的权利,但如该人为该法律程序中一方,则不在此限。<sup>156</sup>

### 法院的酌情权

2.100 法院所获赋予酌情权,是指就安排家庭子女的管养及教育事宜而发出“其认为是适宜的命令”。<sup>157</sup>即使当离婚、婚姻无效或裁判分居等法律程序遭驳回,法院仍有权随即或在驳回后一段合理期间内发出有关管养或教育的命令。<sup>158</sup>法院也有权发出指示,着令采取恰当的法律程序,使有关子女成为受法院监护的人。<sup>159</sup>由于第 19(5)条容许法院不时作出命令,而第(6)款则规定法院有权解除、暂停执行或更改命令,使法院在发出命令时可保留其固有灵活性,以切合有

---

<sup>155</sup> 第 18(3)條。不過,不能以第(1)及(2)款的條件尚未履行為理由而質疑判令的有效性。

<sup>156</sup> 第 19(2)條。這條包括非婚生兒童的生父;他可能加入成為法律程序的一方,以便展開有關兒童的管養、探視、教育或訓練的附帶法律程序。

<sup>157</sup> 第 19(1)條。

<sup>158</sup> 第 19(1)(b)條。

<sup>159</sup> 出處同前。

关儿童的最佳利益。

### 拆散兄弟姐妹

2.101 法院在发出分权令时，可行使酌情权。在 *W* 诉 *W* 一案<sup>160</sup> 中，判令由其外祖母抚养的九岁女童交由其母亲管养，而五岁儿子则交由父亲管养，由于父亲在分居后便与其兄嫂同住，所以儿子的日常生活都是由其伯娘料理。法院碍于情势只好容许维持现状，但赋予父母双方对非同住的子女均有探视权，并鼓励这双姊弟在周末时共聚天伦。“即使当法院所面对的是分权的定局，但作出命令把这样的情况成为合法安排前，还是要非常仔细地探讨一切有关情况。”

2.102 不过，法院在判词中进一步指出：

*“按照《婚姻法律程序与财产条例》(第192章)第18(1)(b)(i)条的文意，法院对于为有关子女的福利作出的安排并不满意，但是信纳这安排是在当前情况下所能作出的最佳安排，而这项声明已足以符合该条文的规定。”*

2.103 原有命令是把子女的管养权全判归妻子，但把照顾和管束儿子的责任授予丈夫。包致金(Bokhary)法官指出，“把管养权交予一人，同时又把照顾和管束的责任付托另一人的分权令，通常是不会作出的，……由此可见，法院已经承认本案的情况特殊。”<sup>161</sup>

### 不宜有管养权的父或母

2.104 根据第 19(3)条规定，法院有权发出命令，指其中一方为不宜拥有管养权。这项命令可在离婚或裁判分居判令内列明。但令人感到出奇的是，这项命令不能纳入要求驳回管养权申请的申请或拒绝授予管养权的命令中。这项命令的重要性在于当享有管养权的父或母去世时，另一方没有当然权利享有对其子女的管养权或监护权。<sup>162</sup> 不过，第 19(1)条已赋予法院权力，除可发出管养令外，还可改为指令提起法律程序，使该子女成为受法院监护的人。根据社会福利署的统计数字，从 1996 年 4 月起至 1997 年 3 月底为止，根据第 19 条发出的监管令有两个。

---

<sup>160</sup> [1981] HKC 466.

<sup>161</sup> At 469, referring to *S v S (otherwise D)* (1968) 112 Sol Jo 294.

<sup>162</sup> 第 19(5)條。

2.105 根据第 20 条规定，当法院已就赡养事宜发出命令，但其中一方配偶却故意忽略供养子女，<sup>163</sup> 法院便可行使第 19 条所赋予的若干权力。该条例的其他部分是处理有关配偶和子女的赡养和财产事宜。

### *儿童的福利*

2.106 《婚姻诉讼条例》（第 179 章）第 48C 条规定：

“为免生疑问，《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3 条（该条规定以未成年人的福利为首要考虑事项）适用于根据本条例或《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）所作有关子女的管养、照顾或监管的任何命令。”<sup>164</sup>

2.107 《婚姻法律程序与财产条例》第 18(6)条列明，就这条规定而言，“福利”一词包括管养、教育及经济给养。<sup>165</sup> 第 2 条订明“管养、管养权”包括探视权，而“教育”则包括训练。

### *对《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）的批评*

2.108 奥当劳芬（O'Donovan）<sup>166</sup> 建议修订法例，加入一项类似《1973 年联合王国婚姻诉讼法令》（United Kingdom Matrimonial Causes Act 1973）第 25 条的条文。这项藉由《1984 年婚姻和家事法律程序法令》（Matrimonial and Family Proceedings Act 1984）加入的条文，规定法院就经济事宜作出决定时，有责任优先考虑未成年人的福利。

2.109 《婚姻法律程序与财产条例》没有特别规定须考虑有关儿童的意愿。不过，正如上文所说，《婚姻诉讼条例》（第 179 章）第 48C 条确有提述《未成年人监管条例》（第 13 章）第 3 条，而第 13 章第(3)(1)(a)(i)(A)条指明必须考虑有关儿童的意愿。

### **e) 《分居令及赡养令条例》（第 16 章）**

2.110 《分居令及赡养令条例》是处理关于与配偶分居的规定。条例中大部

---

<sup>163</sup> 這項命令應根據第 8 條發出。

<sup>164</sup> 這項規定由《婚姻訴訟（修訂）條例》（1983 年第 10 號條例）第 2 條加入。

<sup>165</sup> The whole section is taken from section 17 of Matrimonial Proceedings and Property Act 1970 c 45.

<sup>166</sup> “Recent Developments in the Law Relating to Children”, Law Lectures for Practitioners (1987), at 172.

分条文均是源自《1895 年联合王国简易程序司法权（已婚女子）法令》(United Kingdom Summary Jurisdiction (Married Women) Act 1895)。<sup>167</sup> 制定这项条例旨在授权裁判官保护已婚女子；这些女子的丈夫都是曾因袭击她们而被定罪或为习惯性酗酒者。区域法院有权发出命令，包括根据第 5(1)(b)条发出命令，将该婚姻所出子女的法定管养权交付予丈夫或妻子，但申请者必须以第 3 条所载列的指称不当行为为理由而提出申请，当中所载列的不当行为包括袭击、遗弃、习惯性酗酒或吸毒、强迫对方卖淫，或经常虐待有关子女。

### *通奸*

2.111 第 16 章第 6(1)条规定，如证明申请人曾有通奸行为，则禁止就“法定管养权”发出命令。第 6(1)条载有但书，规定如申请人的配偶曾宽恕或纵容有关的通奸行为，或因其故意疏忽或行为失当而引致有关的通奸行为，则作别论。这条例没有界定“法定管养权”的定义，也没有阐释法定管养权与管养权之间的分别（如有的话）。由于这条例没有提述探视权，所以无法确定曾犯通奸罪而没有管养权的父或母会否因而丧失探视权。

2.112 有意见指出，法院不应以申请人曾有通奸行为而拒绝为申请人发出管养令。这样的禁令所建基的原则，并非儿童的最佳利益，而是毫不相干的道德观。

### *作出更改或解除*

2.113 第 7(1)条授权法院更改、解除、暂停执行或暂停执行之后恢复执行任何根据这条例发出的命令，但必须有新证据支持。第 7(3)条规定，如丈夫或妻子有通奸行为，先前所发出的命令即告解除。如有人以有关的任何一方其后曾有通奸行为作理由而申请解除原先所发的命令，法院可行使酌情权，在解除原有命令后，仍可发出新命令将管养权继续交予原来一方，并就赡养子女一事作出相应命令。<sup>168</sup> 第 7(5)条列明，“区域法院在发出第(4)(b)款所指的命令时，须以有关的子女的最佳利益为首要考虑的因素”。<sup>169</sup>

### *对《分居令及赡养令条例》（第 16 章）的批评*

2.114 这条例的条文所建构的机制完全是针对夫妻之间的过错，没有充分顾

---

<sup>167</sup> 1895 c 39 section 6, UK; 1925 c 51 section 1(4) UK.

<sup>168</sup> 第 7(4)(b)条，由《婚姻及子女（雜項修訂）條例》（1997 年第 69 號條例）第 12 條加入。

<sup>169</sup> 由《婚姻及子女（雜項修訂）條例》（1997 年第 69 號條例）第 12 條加入。

及有关子女的事宜。《分居令及赡养令条例》的重点，是发出分居令和赡养妻子和子女的附带命令，而在发出赡养子女的命令前，必须先有管养令。小组委员会从业内人士处得悉，甚少人引用这条例。不过，如果女方是旧式婚姻或夫妻关系的一方，由于不能根据《婚姻诉讼条例》（第 179 章）申请离婚或分居判令，便可引用这条例。<sup>170</sup> 《婚姻及子女（杂项修订）条例》（1997 年第 69 号条例）所作的修订，已补足该条例的许多缺失。不过，第 6 条订明有通奸行为时不能发出命令的强制性规定与顾及子女最佳利益的准则之间有明显冲突，这点尚有待法院解决。

2.115 《分居令及赡养令条例》（第 16 章）第 5(1)(b)条对管养权的司法管辖权作出规定，只限适用于“婚姻所出的任何子女”。<sup>171</sup> 这条例没有对这一词作出界定，因此不清楚是否包括那些非婚生但获接纳为婚姻所出子女的子女。<sup>172</sup> 管养令的有效期现已指明为直至子女年届 18 岁为止。<sup>173</sup> 第 12 条是关于使有关人士继续支付款项以赡养年逾 18 岁子女的命令，这些子女必须是于年逾 18 岁后仍在接受教育或训练，或因特别情况以致有充分理由需要发出该项命令，包括心智或身体有残障的子女。<sup>174</sup>

1.116 佩格认为，有鉴于《未成年人监护条例》第 3(1)(a)条的规定，<sup>175</sup> 《分居令及赡养令条例》第 6 条不能解释为禁止有通奸行为的配偶取得管养权。有人指出，这正是该条例所要达成的目标；这条例原本就是针对过错的。但令人感到出奇的是，通奸行为所产生的禁制效果只适用于申请人，不会对答辩人起禁制作用。

2.117 法院要衡量父母双方的过错，便被迫处于两难之间。不过，现时法例已纳入“最佳利益”准则，希望可藉以把考虑重点从指称过错转移至儿童身上。这条例既没有提述第三者可提出申请或把管养权交付予第三者，又没有授权法院可将有关儿童付托社会福利署管养。

---

<sup>170</sup> 第 2 條的定義已列載這類婚姻關係的類別。

<sup>171</sup> 出處見上文，第 173 頁。

<sup>172</sup> 《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 2 條對“子女”及“家庭子女”作出定義。

<sup>173</sup> 由《婚姻及子女（雜項修訂）條例》（1997 年第 69 號條例）第 11 條加入。

<sup>174</sup> 由《婚姻及子女（雜項修訂）條例》（1997 年第 69 號條例）第 17 條加入。

<sup>175</sup> 這條文所作的規定，包括在任何法院進行的任何法律程序中，法院須以未成年人的福利為首要考慮事項。

**f) 《家庭暴力条例》（第 189 章）**

2.118 法院可向某人作出禁止骚扰的命令，以保障儿童免受进一步骚扰。<sup>176</sup> 这包括发出命令禁止某人进入其婚姻居所。<sup>177</sup> 《法律改革（杂项规定及次要修订）条例》（1997 年第 80 号条例）第 25 条就儿童的定义作出更改，指儿童为未满 18 岁的人。这条例适用于同居夫妇和与申请人同住的任何儿童。法院在考虑发出禁止骚扰令或禁止进入婚姻居所的强制令是否合理时，可同时考虑儿童的需要。<sup>178</sup>

2.119 条例第 9 条载有关于原讼法庭和区域法院现行司法管辖权的保留条文，但没有说明根据这条例作出的强制令对执行中的管养令、监护令或探视令的影响。因此，如可制定暂停执行或更改探视令的条文，使因骚扰儿童而成为禁止骚扰令标的（或被禁止进入婚姻居所）的人，不得探视儿童，直至被禁止进入居所的人申请恢复行使探视令为止是有用的。否则，对儿童享有管养权的父或母如果因儿童受另一方骚扰，除了需要申请强制令外，还须另行申请暂停执行或更改探视令。

**g) 《领养条例》（第 290 章）**

2.120 《领养条例》第 13 条规定，幼年人的父母或监护人所具有对于幼年人日后的管养和其他各方面的一切权利、职责、义务及法律责任，包括委任监护人以便对婚姻表示同意或发出反对通知的一切权利，均告终绝而转归于领养人。

2.121 在 *Re Phillips*<sup>179</sup> 一案中，高等法院裁定，在离婚后获法院判予探视令的生父，反对其子女被人领养是并非无理的。母亲再婚“本是极为平常的事，其子女无须经过领养程序也可融洽相处和得到爱护”，但其母亲辩称，除非法院发出领养令，否则有关的子女便不能取得英国公民权或护照，因而不能享有居英权。

2.122 法院指出，儿童的福利只不过是三项领养条件之一，首项条件是必须征得其父母同意，除非法院下令免除这项条件，则作别论。由于有关儿童的生父一直有定期每月探视一次，法院认为如果发出领养令，会无理地剥夺法院授予该生父的探视权。况且，更改该儿童姓氏并非正当的领养理由，一般而言也不是对

---

<sup>176</sup> 第 3(1)(b) 條。

<sup>177</sup> 第 3(1)(c) 條。

<sup>178</sup> 第 3(2) 條。

<sup>179</sup> [1987] 1 HKC 503.



该儿童有利。<sup>180</sup>

## h) 《保护儿童及少年条例》（第 213 章）

2.123 造成多项命令重叠的情况，可能是当儿童的父母离婚后，法院就该儿童发出管养令或探视令，其后有关儿童因需要照顾和保护而须迁离享有管养权的父或母的居所，又或须与享有探视权的父或母分隔。后者可能是因为有人指称其父或母曾被指控性侵犯该儿童或虐待该儿童身体，又或者其父母其中一方被指有侵犯行为，而另一方因而在照顾令或监管令发出后申请离婚。届时父母其中一方的探视权，或有虐儿行为的父或母的探视权，都需交由家事法庭裁决。为此，我们需要探讨《保护儿童及少年条例》（第 213 章）的条文，研究有关父母就受照顾子女而享有的权利方面，是否有重叠的情况。

2.124 《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34 条授权少年法庭委任社会福利署署长为法定监护人，以照顾或保护有需要的儿童或少年，而有权提出这项申请的，只限于少年法庭本身、社会福利署署长、“或任何获社会福利署署长为此目的以书面作一般或特别授权的人”，或任何警务人员。<sup>181</sup> 然而，尽管儿童的父或母或第三者不能提出申请，法院仍可下令将有关儿童付托予任何愿意负责照顾他的亲属或其他人士。<sup>182</sup>

2.125 第 34(2)条列明需要受照顾或保护的儿童或少年是指：

- “ (a) 曾经或正在受到袭击、虐待、忽略或性侵犯；或
  - (b) 健康、成长或福利曾经或正在受到忽略或于可避免的情况下受到损害；或
  - (c) 健康、成长或福利看来相当可能受到忽略或于可避免的情况下受到损害；或
  - (d) 不受控制的程度达至可能令他本人或其他人受到伤害，
- 而须受照顾或保护的儿童或少年。”

2.126 这条例没有说明其父母是否可提出申请，探视根据第 34E 条被带往收容所或按照照顾令付托受照顾的儿童。第 34(5)条规定，当任何儿童或少年的法定监护权已转归社会福利署署长，则除少年法庭发出相反的命令外，社会福利署署

---

<sup>180</sup> At 507, in reliance on *Re D minors* [1973] 3 All ER 1007.

<sup>181</sup> 第 34(1)條。

<sup>182</sup> 第 34(1)(b)條。

长可：

“(a) 就该儿童或少年的看管及控制发出其认为是为该儿童或少年利益着想乃属适宜的任何命令（包括如其认为适宜将该儿童或少年送往及羁留于收容所的命令）。”

2.127 由此看来，社会福利署署长应可藉此拒绝父母探视有关儿童的申请。不过，这条文所提述的“命令”一词实在莫名奇妙，因为这看来赋予社会福利署署长类似司法酌情权的权力。我们不知道社会福利署署长曾否行使这项权力。不过，对于父母是否有权探视根据第 45A 条而付托社会福利署署长照顾的儿童，便曾遭到批评。第 45A 条是就儿童评估程序和带走儿童以进行评估事宜作出规定的。

183

2.128 不过，第 36 条列明第 34、35 或 45A 条的规定不得剥夺任何赋予原讼法庭就委任监护人而发出命令或发出管养令或探视令的司法管辖权。这条文于 1993 年曾作修订。<sup>184</sup> 不过，这条文没有提及区域法院对上述事宜的权力，也许这条旨在处理法院监护方面的权力，而这权力是只有原讼法庭才可行使。

2.129 第 39 条授权行政长官会同行政会议就“探访儿童及少年”和其他事宜制定规例，但没有提述探视令。迄今仍没有根据第 39 条订立相关规例。

#### *对儿童进行评估*

2.130 《保护儿童及少年条例》第 45A 条规定，凡社会福利署署长有合理因由怀疑某儿童或少年需要或相当可能需要受照顾或保护，则可要求进行儿童评估程序，由认可社工、临床心理学家或医生就儿童的健康或成长情况，或所遭待遇加以评估。有一点值得注意，“精神科医生”一词并不包括在内。从这条文可以假设，健康事宜会由医生评估，至于成长事宜则由其他两位专业人士评估。至于有关儿童或少年可被带走 12 至 36 小时以便进行评估一事，<sup>185</sup> 在多条婚姻法例中都没有作出类似规定。不过，在父母争议管养权纠纷中，如有人指称涉及虐儿行为，法院可邀请社会福利署署长调查，以查究当中有否因由让他行使这条文所赋予的权力。

#### *对《保护儿童及少年条例》（第 213 章）的批评*

---

<sup>183</sup> 廖雅慈博士。出處見下文。

<sup>184</sup> 由《保護婦孺（修訂）條例》（1993 年第 25 號條例）第 11 條修訂。

<sup>185</sup> 第 45A(5)至(7)條。

2.131 第 34 条规限了家人或邻居等有利害关系的人提出申请的权力，因而受人非议。上述人士除非获得社会福利署署长授权，否则不能提出申请，但由于申请需时处理，以致无法达成这条文的主要目标，即在紧急情况下为儿童提供保障。

#### *儿童的意愿*

2.132 这条例没有规定在发出命令时必须顾及儿童的意愿。第 34A 条规定，在监管令中加入的规定可以顾及父母或监护人的意愿。从上文可见，有关婚姻的条例均授权法院发出监管令，但却没有提述类似第 34A 或 34B 条的规定。

#### *年龄*

2.133 这条例的释义部分订明“儿童”一词的涵义，与《少年犯条例》（第 226 章）所载的相同。该条例订明儿童是指未满 14 岁的人。《保护儿童及少年条例》第 2 条订明，“少年”是指年龄在 14 岁或以上但未满 18 岁的人。第 34(6A) 条提述的命令是根据第 34(1)(b)、(c)或(d)条作出，命令生效时间正是 1978 年的修订条文开始实施之时，这些命令分别为：将儿童付托予任何人士或机构照顾的命令；要求其父、母或监护人办理担保手续以保证适当照顾或监护儿童的命令；以及将儿童交由他人监管的命令。这些命令的有效期为：男童年满 16 岁时便停止生效，而女童则于年满 18 岁时（除非她未满 18 岁时已结婚）停止生效。廖女士指出，这规定违反《香港人权法案条例》第二十条。<sup>186</sup>

2.134 第 34(6B)条规定，在 1978 年的修订条例开始实施后，根据上述各款所发出的命令，于有关儿童或少年年满 18 岁或在未满 18 岁而结婚时即停止生效。

2.135 第 34 条没有指定父、母或监护人为处理儿童照顾令的法律程序中的一方，也没有就上诉权利作出规定，故他们没有权利取得法律援助；因为法律援助只限资助当事人进行法律程序，不能用以征询法律意见。不过，其父或母可寻求法律援助以申请法院监护；但如有其他法院已对有关儿童行使司法管辖权，则原讼法庭或许不会作出干预。

#### *独立法律代表*

2.136 在私法的法律程序中，规定各方当事人有独立的法律代表，但《保护

---

<sup>186</sup> “The Protection of Children and Juveniles Ordinance: An Overview”, 1995, HKLJ, Vol 25 Part 3, 343, 361.

儿童及少年条例》（第 213 章）却没有这样的规定；尽管社会福利署署长可介入私法的法律程序。这看来确有点奇怪。不过，根据《法定代表律师条例》（第 416 章），少年法庭可请求法定代表律师“在根据……条例……进行而与儿童或少年的监护有关的诉讼中，代表任何诉讼一方行事。”<sup>187</sup>

### 父母探视子女

2.137 父母任何一方如欲探视已成为照顾令标的子女，可根据《未成年人监护条例》（第 13 章）第 10 条提出申请。我们不知道社会福利署署长曾否使用此权力，引用第 10 条为父母其中一方取得管养令或探视令。

### 更改命令

2.138 目前，法院在发出原有照顾令时，虽然无权根据《保护儿童及少年条例》发出探视令，但可于有人提出申请更改命令时发出探视令。第 34C(1)条规定，法院可在接获父、母或监护人或任何受托照顾儿童或少年的人士的申请后，更改根据第 34(1)(a)、(b)及(c)条发出的命令。现时看来只有第 34C(2)(b)条是有关由父母向少年法庭申请探视权的，因为这条文容许法院在原有命令中加插本来已可加入的任何规定。不过，第 34C(6)条规定，少年法庭在接获根据 34(1)(a)条委任社会福利署署长为某儿童或少年的法定监护人的命令时，不论少年法庭是否解除该项委任令，均有权就该儿童或少年的管养或管束或探视发出任何其认为是为该儿童或少年利益着想的命令，并可解除或更改社会福利署署长根据第 34(5) 条作出的任何命令或规定。不过，我们不知道少年法庭曾否如此发出命令。

2.139 《未成年人监护条例》（第 13 章）将司法管辖权授予区域法院或原审法院，<sup>188</sup> 但没有提述少年法庭。理论上，有关向同一名儿童发出照顾令或监管令的法律程序，可在少年法庭和区域法院进行。在多条婚姻条例中指明发出照顾令和监管令的理由，跟第 13 章所载的并不相符。为求公平和符合自然公正规则，除非在政策上有强而有力的理由，否则应消除当中互相矛盾的地方。

---

<sup>187</sup> 《法定代表律師條例》（第 416 章）附表 1 第 3 部。

<sup>188</sup> 第 23 條。

## 乙部 — 杂项事宜

### 结婚年龄

2.140 法律改革委员会在有关年龄的法律效力研究报告书<sup>189</sup> 中建议，停止发出管养令和法院监护令，以及应把上述命令停止生效的年龄降至 18 岁。<sup>190</sup> 儿童不需父母同意便可以结婚的年龄也应该由 21 岁降至 18 岁。法改会就上述各方面提出的建议备受争议。

2.141 不过，政府提出修订《婚姻条例》（第 181 条）第 18A 条，规定如拟结婚一方根据第 14 条须获某人的同意，而该人拒绝同意，则区域法院法官可同意该宗婚姻，而此项同意的效力，犹如前述拒绝同意的人给予同意，或犹如不准发给证明书一事已经撤回一样。”

2.142 经修订的《婚姻条例》（第 181 章）第 14 条<sup>191</sup> 规定，如拟结婚一方的年龄未满 21 岁，必须有父、母或监护人的同意才可结婚。这条文近日受到批评，理由是年满 18 岁的人心智已成熟，应可对是否结婚等重要事宜自行作出决定。批评者的论据是，容许 18 岁的人投票但不许他们结婚是不合逻辑的。<sup>192</sup>

### 医疗事宜

2.143 本谘询文件所探讨的医疗事宜，仅限于受管养令或探视令规管的儿童的适当医疗事宜在其父母或监护人之间所引起的争议，但不会触及父母与卫生机构或社会工作机构之间的争议。

2.144 从上文可见，《保护儿童及少年条例》（第 213 章）授权社会福利署署长可以采取行动，照顾和保护有需要的儿童或少年，而这项权力适用的情况，包括当儿童的健康、成长或福利曾经或正在<sup>193</sup> 或看来相当可能受到忽略，或于可避免的情况下受到损害。<sup>194</sup> 法院可以采取行动，发出包括规定儿童接受内科或外科护理或治疗的监管令。<sup>195</sup>

---

<sup>189</sup> 《年青人年齡在民事法中的法律效力問題研究報告書》（論題 11，1986 年）。

<sup>190</sup> 第 6.3.3 和 16.4.2 段。

<sup>191</sup> 這項條文由《法律改革（雜項規定及次要修訂）條例》（1997 年第 80 號條例）第 28 至 36 條修訂。

<sup>192</sup> Ng Man Kin, “Parental Consent”. 載錄於 1995 年 12 月 18 日《香港律師》第 18 頁。

<sup>193</sup> 第 34(2)(b)條。

<sup>194</sup> 第 34(2)(c)條。

<sup>195</sup> 第 34(1B)(c)(iii)條。

2.145 只有儿童的父、母或监护人才可给予同意，让儿童接受医疗服务。这是建基于子女与父母关系的普通法权利，但法例中并没有就医疗事宜明确列明有关的权力或责任。不过，《未成年人监护条例》第9条规定，当两名监护人对未成年人的福利事宜有争议时，可交由法院解决。当有关的父母其中一方属少数教派人士，这规定会引起争议；当儿童的智能或身体有残障时，其父母之间，或父母与医护人员或与社会工作者之间，也都可能因这规定而引起争议。

2.146 未取得父、母或监护人的同意而让儿童接受医疗，理论上可当作袭击儿童论，有关人士也可以此为侵权法中的侵权行为而提出申索。在 *Gillick 诉 West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*<sup>196</sup> 一案中，上议院大多数议员都赞同，随着儿童年纪渐长，父母对其医疗服务的同意权应该随而递减。有论据指强调以儿童福利为首要的考虑因素，跟父母的完全控制权是互相矛盾的，<sup>197</sup> 并由此推论，除非有关的医疗服务是切合儿童的最佳利益，否则其父母是没有权力给予同意，让儿童接受医疗服务的。

2.147 当儿童的利益与其父母双方或其中一方的利益有冲突时，法院可行使政府监护权以保护有关儿童。艾希舍大法官(Lord Esher)（保管案卷法官）在 *R 诉 Gyngall*<sup>198</sup> 一案中，将这项司法管辖权作如下描述：

“基于皇室特权，法院可以身居为儿童最高父母的地位行事，而在行使该管辖权时，必须犹如明智、慈爱和谨慎的父母为子女的福利行事一样。”

2.148 对于上述管辖权所赋予法院的权力是否比赋予父母的权力为大，意见纷纭。伊基拉(Eekelaar)<sup>199</sup> 质疑英国政府作为政府监护人的身分，是否有权介入儿童的生活，而不让他们的父母行使这权利。不过，在 *Secretary, Department of Health and Community Services 诉 JWB and SMB (Marion's case)* 一案中，<sup>200</sup> 法院已肯定了这项管辖权。高等法院大多数法官都认为，“近代对幼人行使的政府监护管辖权所作的阐释，都一致认同这项管辖权理论上是不受限制的……”。<sup>201</sup> 虽然对幼人行使管辖权所包括的事项，主要是监管父母和监护人对幼年人的照顾和

---

<sup>196</sup> [1986] 1 AC 112.

<sup>197</sup> *Consent to Medical Treatment of Young People*. Discussion Paper, Queensland Law Reform Commission, (May 1995: WP 44), at 34.

<sup>198</sup> [1893] 2 QB 232, at 241.

<sup>199</sup> “The Eclipse of Parental Rights”, (1986) 102 LQR 4, at 8.

<sup>200</sup> [1992] 175 CLR 218 (Australia).

<sup>201</sup> Mason CJ, Dawson, Toohey and Gaudron JJ at 258-9.

管束，不过“在父母没有权力就手术事宜给予同意的个案中，法院可行使管辖权；甚至在父母有权作出同意的个案中，法院也可同样行使管辖权。”<sup>202</sup>

2.149 英格兰的《1969年家庭法改革法令》(Family Law Reform Act 1969)第8条列明，16岁以上的少年人可以同意接受医疗服务，犹如他或她是成年人一样。在 *Gillick* 一案，上议院裁定父母权利“只有当儿童的身体和财产仍需要受到保护时”才存在。史嘉文大法官(Lord Scarman)认为，“在法律上，当16岁以下未成年子女具有充分理解能力和智慧，使他或她完全明了向其提出的建议时，父母在决定该子女是否接受医疗服务的权利便告终止。”

2.150 在香港，法律改革委员会在《年青人年龄在民事法中的法律效力问题研究报告书》<sup>203</sup>中指出，医护界所采用的指引，表明当病人的年龄是21岁以下时，应该取得其父、母或法定监护人的同意。法改会经参考医务卫生署署长的文件、*Gillick* 一案判决的意义，以及一项调查结果后，“一致认为应在拟议法例中订明，假定年满18岁者即有能力对接受医疗作出有效的同意”<sup>204</sup>。据我们所知，医护界曾在1994年向卫生福利科提出意见，认为普通法就同意接受医疗方面的规则行之有效，无需另行立法。

### 藐视管养令

2.151 对于违反管养令、探视令或监护令的行为，唯一补救方法看来只有以藐视法庭论罪；但区域法院能否因某人藐视其发出的命令而将他押交监狱，却尚未有定论。《区域法院条例》（第336章）第20条规定，如果某人“故意中断在法院进行的法律程序，或作出藐视法庭行为，或在法庭内作其他不检行为……”，可以构成犯罪。骤眼看来，这项规定似乎意味着可予惩治的藐视行为，只限于在法庭内作出的行为，而非在法庭以外违反命令的行为。

2.152 第48条规定区域法院可以授予的济助，一如原讼法庭在相类案件中应授予的济助。《婚姻诉讼规则》（第179章）第90条列明交付羁押令及强制令的程序，并提及《高等法院规则》第52号命令第4(1)条规则。第91条规定，如司法常务官信纳有关命令不便在区域法院强制执行，则该命令可移送至原讼法庭强制执行。在 *Xavier* 诉 *Xavier*<sup>205</sup> 一案中，有人提出当时的地方法院没有权力

---

<sup>202</sup> 出處同前。

<sup>203</sup> 論題 11 報告書第 5.2 段（1986 年）。

<sup>204</sup> 第 5.5.4 段。

<sup>205</sup> [1976] HKLR 964.

根据《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 87 及 88 条将违反命令的人押交监狱，但遭上诉法院驳回。这项判决是援引英格兰的 *Jennison 诉 Baker*<sup>206</sup> 一案为先例，因为该案件的判决也是引用相类条文为基础。由此看来，区域法院确是有权力将违反监护令、管养令及探视令的人押交监狱。《高等法院规则》第 52 号命令第 6 条规则规定，有关监护、管养或探视等法律程序所引致的交付羁押的申请，可以不公开形式进行聆讯。

## 在海外强制执行法院命令

2.153 在海外强制执行法院命令会遇到困难，因为香港只与七个非英联邦国家有交互强制执行民事判决的安排，而当中并不包括中国内地和美国。

## 强制执行调解协议

2.154 应用调解作另类方法解决问题的个案日增，有人用以解决离婚时有关管养权和探视权的纠纷，或用以解决离婚后因子女渐长而需更改安排事宜。<sup>207</sup> 经调解达成的方案是不具法律约束力的，除非有关条款已纳入协议内，而且在订定协议时曾征询独立法律意见，以及并无一方向另一方施加任何压力的情况，则有关协议便可视为具约束力。有关协议的备忘录应该明确订明该协议是否对双方当事人都具有约束力，以免日后就此而再起争端。<sup>208</sup> 此外，协定进行调解的协议内可规定，经调解达成的协议，必须以书面作出并经双方当事人签署后才具有约束力；也有些协议规定双方当事人应该在取得独立法律意见后，才同意以后接受协议约束。<sup>209</sup> 此外，调解协议可在双方当事人同意下纳入法院命令中。如果在协议列出强制执行程序，以处理任何一方当事人没有遵从协议或命令而构成的失责问题，也可起一定作用。

2.155 然而，《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 18 条规定，各方当事人为儿童所作的任何安排，如未经法院批准，都不具法律约束力。事实上，除非有关安排看来不切合儿童的福利，否则法院不大可能干预双方当事人所达成的协议。尤其是就管养或探视的安排而言，无论有关安排是否已纳入调解协议、

---

<sup>206</sup> [1972] 1 All ER 997.

<sup>207</sup> *Report and Recommendations of the Chief Justice's Committee on The Desirability of Introducing a Court Annexed Mediation Scheme in Hong Kong and related matters, August 1993.* 第 2.156 至 2.166 段主要摘錄自薛佳儀女士在 1996 年 4 月擬備但未發表的論文，名為 *Obstacles to Referral, Planning and Implementation of Family Mediation as a Dispute Resolution Process in Hong Kong; Reflections based on Foreign Systems.*

<sup>208</sup> Brown and Marriott, *ADR Principles and Practice*, (1993), 378.

<sup>209</sup> The English Family Mediators Association agreement is similar to this provision.



协议令或其他命令中，法院都会视为可因应儿童利益而加以修改的。

2.156 如果日后有关人士就协议命令的释义有任何争议，法院是不愿意撤销各方当事人自愿达成的协议的。有关人士不能就协议令提出上诉，而必须以情况有变或受到威胁或欺诈为理由而申请撤销该命令。上诉法院法官高奕晖(Godfrey)在 *W* 诉 *W*<sup>210</sup> 一案中指出：-

“法院对于经征询恰当法律意见，并以妥善和公平方法达成的正式协议，一般都会予以执行，除非有充分和实质理由显示要双方当事人遵守协议会造成不公正情况，则作别论。”

2.157 他提到法院在某些情况下，会考虑双方当事人签订协议时的心态：

“在签订协议时，任何一方当事人向对方（不合理地）施压、利用支配地位以取得不合理利益、没有足够知识、所取得法律意见可能不正确的、以及有关情势出现未能预计或受忽略的变化等因素，都关乎双方当事人之间的公正问题。”<sup>211</sup>

## 保密权

2.158 “保密权”是指有关人士阻止他人援引一些陈述或文件作为证据的权利。英格兰和威尔斯法律委员会建议应对调停过程中所作的陈述赋予法定保密权。在目前，“调解”一词比调停较为常用；但处理劳资纠纷时仍然会使用调停一词。不过，所作陈述内容如透露儿童可能受到伤害，则只会列为受保密权涵盖的资料而非机密资料。<sup>212</sup>

2.159 英格兰的上诉法院承认，调停程序尽管不是法律程序的一部分，但实际上“已日渐成为许多家事法律程序中一项重要且宝贵的工具”。因此，“将所关儿童纠纷的解决过程保密”，实在至为重要。<sup>213</sup>

2.160 调停工作要奏效，必须有赖各方当事人在这过程中坦诚相对和互让互谅，并愿意坦白承认事项和作出表示以达成协议；反之，如果“各方当事人各持己见，是无可能停战和解的”<sup>214</sup>。此外，各方当事人必须将会议内容保密，否则

---

<sup>210</sup> [1994] 1 HKC 430, 437, CA.

<sup>211</sup> Lord Justice Ormrod in *Edgar v Edgar* [1980] 1 WLR 1410 at 1417.

<sup>212</sup> *Family Law; Grounds of Divorce*, (Law Com No 192: 1990) at paragraph 5.29 to 5.48.

<sup>213</sup> *In re D (Minors)*, [1993] 2 WLR 721, at 728.

<sup>214</sup> Sir Thomas Bingham. 出處同前，第 724 頁。

调停是不会成功；他们必须“相信他们所作出的让步和承认的事项，不会在调停失败后并全力进行诉讼时，被用作针对自己的武器。”<sup>215</sup>

2.161 这项保密权与保障通讯的规则相类似；后者是保障有关人士在真诚尝试解决纠纷期间所作的通讯“不得用以损害我方权益”。<sup>216</sup> 不过，这项保密权其实是源自下列原则：“对于第三者在谋求调停过程中所接获需要保密的资料，法院是不会强迫他在没有取得各方当事人的同意下披露的。”<sup>217</sup> 这项属新类别的特权是建基于保障婚姻稳固的公众利益。法院会把这项保密特权与保密责任区分处理。

2.162 英国上诉法院总结时指出：

“在根据《1989 年儿童法令》的诉讼程序中，是不可以将任何一方在调停过程中进行的会议或通讯所作的陈述用作证据，除非有特殊情况，如陈述内容已清楚表明作出陈述的人以往曾经或很有可能严重损害儿童的利益，……（主审法官）将会采纳为（证据）……但这只限于他判断为保护儿童的利益较试图将调停内容保密更符合公众利益的情况。”<sup>218</sup>

2.163 香港上诉法院也支持采用调解和调停方法。在 *W* 诉 *W* 一案<sup>219</sup> 中，法院裁定作为调解员和调停员的心理医生就案中夫妇关系所作的证供属于受保密权涵盖的资料。在这宗案件中，尽管妻子放弃保密权，引述了调停员在誓章中所作的意见和忠告，但下级法院在双方当事人未明确表明同意前，是不应该听取调停员的证供。<sup>220</sup>

2.164 上诉法院认为有需要纠正双方当事人和他们的法律顾问在处理调停员誓章上所犯的错误；在尝试调停的过程中指称作出的恐吓是不应采纳作为证据的。<sup>221</sup> 法院确认赋予婚姻案件调停员的特权，是建基于保障婚姻稳固的公众利益，所以应该受到保护。<sup>222</sup> 有论据提出丈夫现在意图撤销协议，而调停员既是

---

<sup>215</sup> 出處同前。

<sup>216</sup> *Rush & Tompkins Ltd v Greater London Council* [1989] AC 1280, 1299G.

<sup>217</sup> Sir Bingham in *In re D, supra* at 726, and relying on *Mc Taggart v Mc Taggart* [1949] P. 94 and *D v NSPCC* [1978] AC 171.

<sup>218</sup> *In re D*, 出處同前，第 729 頁。

<sup>219</sup> [1994] 1 HKC 430.

<sup>220</sup> This was in reliance on *In re D (minors)* [1993] 1 FLR 932.

<sup>221</sup> 出處同上，第 936 頁。

<sup>222</sup> The court relied on *D v NSPCC* [1978] AC 171, 226 and 236.

专家，应可就丈夫订立该协议时的心态作证，但法院并不接纳这论据，且下令修订有关誓章。

## 传闻证据

2.165 香港法律改革委员会建议废除在所有民事诉讼中排除传闻证据的规则。目前，有关证据方面的严格规则是通用于所有民事诉讼程序的。不过，这些规则似乎并不会在由原讼法庭和区域法院审理涉及儿童福利的法律程序中应用，无论是有关法院监护的法律程序，或根据《婚姻诉讼条例》（第 179 章）或《未成年人监护条例》（第 13 章）进行的法律程序，情况似乎都是一样。<sup>223</sup>

## 丙部 — 法院的运作情况

### 离婚的标准程序

2.166 本部不可能把探讨范围局限于管养事宜，因为关乎子女安排事宜是离婚过程中必要处理的项目之一。办理离婚案件的常规步骤如下：

1. 申请人向家事法庭登记处递交离婚呈请书。
2. 向作为答辩人的配偶送达该呈请书，答辩人可对呈请书作覆。
3. 在某些情况下可紧急申请发出临时命令，例如临时探视令、管养令或赡养令。
4. 可在这个阶段递交誓章，但宜先取得社会福利主任的报告。
5. 离婚个案会列入法院暂准判令名单内。
6. 离婚判令通常都没有人提出抗辩，但出现争议的事宜可能包括财产、赡养、管养或探视。
7. 如果无人对离婚提出抗辩，呈请人会被传召核实呈请书和关于子女安排的陈述书的内容，这会在法院公开聆讯，而答辩人可选择是否出庭应讯；如果出庭应讯，法官会确定他是否拟在法律程序中提出抗辩。

---

<sup>223</sup> 《民事法律程序的傳聞證據規則研究報告書》（論題三：1996 年）

8. 如果当事人已就管养、探视及其他事宜订立协议，法官可以批准有关协议，并且发出最后命令。不过，绝对判令的申请需在六周后才可以提出，而绝对判令大约于两个月后才会发出。

2.167 此外，有人关注到，待办的离婚案件甚多，如果双方当事人已达成协议，法官可能只会花很短时间去考虑双方就子女所作的安排，<sup>224</sup> 而这些案件都不会有社会背景调查报告。

#### 没有协议

2.168 如果各方当事人没有就管养或探视等问题达成协议，案件会押后至过堂聆讯的日期。法院可发出指示，要求提交社会福利主任报告或儿童心理学家的专家报告。较为可取的安排是在取得法庭的福利工作人员或心理学家的报告后才递交誓章，因为在若干个案中，各方当事人会决定接纳福利工作人员报告的建议，届时案件便可和解，而在下次过堂聆讯时，法官和各方当事人都可取得有关报告。

2.169 有关报告书会由监护儿童事务课的 16 名人员拟备，需时约数月。<sup>225</sup> 在 1995 至 1996 年度，该课共拟备了 709 份报告。<sup>226</sup> 在拟备报告期间，由于现况会维持不变，所以对没有同住管养权的配偶而言并不公平。在此期间，福利工作人员会与有关家庭会面，并会陪同儿童与其父母分别见面，然后根据观察所得和所作评估拟备“是合乎事实的”报告。<sup>227</sup> 不过，报告内容难免载有传闻资料，“如果属于不受争议事项，有关的传闻资料是无可反对的”。<sup>228</sup>

2.170 法院尽管会向福利工作人员索取报告，但一般来说不会索取精神科报告。在 *C 诉 H* 一案中，案中两名儿童都是非婚生并受法院监护的儿童，但“由于缺乏充分理由使该两名女童接受精神检查”，所以高等法院拒绝下令索取该两名儿童的精神科报告。法院认为该两名女童无需接受任何精神科护理。<sup>229</sup>

2.171 在 *Re S(Infants)*<sup>230</sup> 一案中，富亚(Fuad)法官同意高斯(Cross)法官的意

---

<sup>224</sup> 1991 年 12 月 21 或 22 日在南華早報刊載的一篇文章。

<sup>225</sup> Warren and Francis, *Divorce and Separation in Hong Kong*, (1995) at 86. 然而，我們從社會福利署得知，現時所需時間為六至八週。

<sup>226</sup> 1993/94 年度和 1994/95 年度的數字分別為 831 份和 626 份。

<sup>227</sup> *W v W* [1981] HKC 466, 468, relying on *Thompson v Thompson* (The Times, 2 March 1975), unreported.

<sup>228</sup> Bokhary J, *ibid*, referring to *Rayden on Divorce* (13th ed. 1979), 1037.

<sup>229</sup> [1981] HKC 433.

<sup>230</sup> [1967] 1 WLR 396, 405 and 407.

见，认为“如果各方当事人同意有需要进行身体检验，并同意负责检验的人选，法院通常都会答应他们的要求”。富亚法官又关注到：

“如果在本案中要求发出的该类命令……也在普通案件中发出，各方当事人和他们的顾问可能会认为，除非他们已取得由专家拟备的医疗报告，否则会令法院觉得他们未有为案件作出充分准备；但如果要取得报告，究竟应该由内科医生，……精神科医生、儿科医生，抑或是教育心理学家撰写呢？”<sup>231</sup>

2.172 如果确有特别原因需要进行检验，则法院所需的某项专业意见也是显而易见的，而法院也可因而发出适当的命令。<sup>232</sup> 对于父亲在安排儿童接受体格检验之前先取得法院同意的做法，富亚法官深表赞同，他引述威尔默(Willmer)大法官在 *B(M)诉 B(R)*<sup>233</sup> 一案中所作的呼吁：“有争议的父母双方如果认为需要取得专家意见，至少应该在共同委聘医生或儿科医生或精神科医生一事上合作。”<sup>234</sup>

2.173 如果案件在社会福利主任提交报告后获得和解，则法院可发出协议令；但如果案件仍未和解，法院将会就应提交什么誓章或非宗教式誓词发出指示，以及安排有关的社会福利主任或心理学家出庭接受盘问。根据社会福利署提供的资料，在 1995 至 96 年度，社会福利主任需要出庭应讯的次数只有 70 次。<sup>235</sup> 至于进行有争辩聆讯的日期，则须在递交誓章日期后，由法院登记处按各方当事人都认为方便的日期编定。

2.174 未能和解的案件尽管只属少数，但各方当事人的怨怼通常较深，而正因子女在这类案中可具象征意义，所以这类讼案争持也较为激烈，诉讼时间也会更长<sup>236</sup>，以致其中一方可能会拐带子女了事。由于管养权争议拖延愈久，子女和其父母所承受的创伤就愈深。有一项研究显示，管养权归属事宜平均需时约 17 个月才可解决。<sup>237</sup>

更改

---

<sup>231</sup> 出處同上，第 436 頁。

<sup>232</sup> 出處同上，第 436 頁。

<sup>233</sup> [1968] 1 WLR 1182, 1185.

<sup>234</sup> 出處見上文，第 435 頁。

<sup>235</sup> 1993/94 年度和 1994/95 年度的數字分別為 44 次和 66 次，將有關數字與所擬備報告數量作比較，足可見有關報告在解決糾紛事宜上所發揮的重大作用。

<sup>236</sup> Wallerstein and Blakeslee, *Second Chances: Men and Women a decade after divorce*, (1989).

<sup>237</sup> Johnston and Campbell, *Impasses of Divorce: The dynamics and resolution of family conflict*, (1988).

2.175 由于法院有管辖权确保儿童的福利是首要考虑的事项，因此，即使是按各方当事人协议而发出的管养令和探视令，也可以申请更改。申请更改的理由包括儿童的父母其中一方再婚而令生活安排有变，或儿童年纪渐长而需要另作较灵活的安排等。

### 审前检讨

2.176 《高等法院规则》第 25 号命令就要求作指示的传票作出规定；这些传票可以作为审前检讨的基础。在进行审前检讨或和解会议时，可安排各方当事人和法官会面，以协助各方当事人确认所争议的问题，其代表律师则可选择是否出席，同时可在有关会议上鼓励各方当事人就纠纷进行和解。不过，香港没有使用这个渠道解决纠纷。法官在这类会议上的职能，只是促使各方当事人达成协议。

### 现有的支援服务

2.177 当时的政务司在 1995 年 5 月 25 日发布的新闻稿中强调，政府的政策不是鼓励离婚，而是致力于“投放大量资源以扩展和加强支援家庭的服务”。婚姻辅导和调解工作，都是社会福利署和资助机构所提供的家庭个案工作中不可或缺的环节。<sup>238</sup> 当时提供有关服务的家庭服务中心共有 62 间，都是邻近大型屋邨，分属非政府机构和社会福利署的。当局当时正着手招募更多个案工作者。

2.178 此外，政府已致力向服务对象推介婚姻辅导和调解服务的资讯，市民可向离婚登记处、法律援助署各办事处、各区警署、社会福利署、民政事务处、有关的非政府机构及从事家庭法事务的执业律师索取有关资料。自 1994 年起，香港已成立了 19 个家庭展能及启导中心作为开放式家庭服务中心。此外，家庭照顾示范及资源中心也于 1994 年成立，通过开办小组会议向已婚夫妇讲授照顾家庭和料理家务的实用技巧。

2.179 待社会福利署的部分社会福利主任于 1998 年完成训练课程，成为具专业资格的调解员后，该署将可加强调解服务，以处理因离婚而引起的管养权纠纷或其他纠纷。卫生福利局在 1997 年施政报告的政策纲领中，承诺于 1998 至 1999 年度在监护儿童事务课开办调解服务，以协助正在办理离婚和分居的夫妇解决其子女监护权或探视权的纠纷。

---

<sup>238</sup> 該署在聲明中表示已設有的調解服務，必定是指由社工協助試圖達成協議的服務。由於當時該署人員仍未接受訓練成為調解員，所以聲明所指的不可可能是正規的調解服務。

## 香港的社区调解计划

2.180 现有三家社会机构提供家庭调解服务，分别为香港公教婚姻辅导会、家庭福利会<sup>239</sup> 和资源调停服务中心<sup>240</sup>。香港公教婚姻辅导会每周在法律援助署九龙分署提供一天半的辅导 / 调解服务，另于指定时间在法援署港岛办事处提供服务。

2.181 麦金斯(McInnis)指出，香港公教婚姻辅导会在法律援助署推行的计划，已藉接办由法律援助计划直接转介的个案而加强了与法律机构的联系。<sup>241</sup> 法律援助署安排香港公教婚姻辅导会提供服务，目的是“在早段把申请法律援助的人士引离法院渠道”。<sup>242</sup> 这项由香港公教婚姻辅导会推行的试验计划为期三年，由赛马会资助，估计首年需耗资港币 30 万元。这个计划旨在帮助夫妇心平气和地办理离婚和解决管养和财产等事宜。当时的法律援助署申请及审查科助理署长曾指出，这项计划应可减轻其部门的工作量。<sup>243</sup>

2.182 事实上，香港公教婚姻辅导会分别在 1996/97 至和 1997/98 年间处理了 68 宗和 58 宗调解案件。根据法律援助个案的数据显示，在 1997 年 1 月至 9 月期间为民事申请发出的 12 004 宗法律援助证书中，为婚姻案而发出的法律援助证书占 42.6%。将这些数据与公教婚姻辅导会的婚姻调解辅导服务处的数据相比，便清楚显示出大部分申请法律的人士都没有利用这项免费的辅导或调解服务。

## 结论

2.183 由于关乎儿童管养、探视和监护的条文散见于多条法例中，且各条文的规定又有矛盾的地方，因此实有必要解决这些实质条文的问题。以下各章会详细探讨在现时对抗制度下是如何处理涉及儿童管养、探视和监护的纠纷，以及其他排解纠纷的方法。

---

<sup>239</sup> 於 1997 年 3 月開辦離婚調解服務。

<sup>240</sup> 這是附設於人際輔導中心的，前稱婚姻及人際輔導會，其辦事處設於中區。

<sup>241</sup> McInnis, “Alternative Dispute Resolution” in Wacks (ed), *The Future of the Law in Hong Kong*, 405 (1993).

<sup>242</sup> McInnis. 出處同前。

<sup>243</sup> 載錄在 1987 年 8 月 19 日香港虎報。

## 第 3 章

### 各地法律的比较：英格兰与威尔斯

#### 《1989 年儿童法令》

3.1 英格兰的《1989 年儿童法令》实质上取代了现行关于管养和教养儿童的私法，以及关于自愿与强制照顾和监管儿童的公法。此法令所废除的法规有《1971 年未成年人监护法令》、《1973 年监护法令》(Guardianship Act 1973)和《1975 年儿童法令》(Children Act 1975)。

3.2 1989 年的法令有两大目标：“把所有与照顾和教养儿童有关的法律，与为他们而设的社会服务有关的条文，归纳一起并期以成为一条完整的法令；提供一套内容一致、可供所有法院及在所有法律程序应用的法律补救办法。”<sup>244</sup> 《1989 年儿童法令》标志着家庭与国家机构之间关系上的转变，以保障儿童免受伤害。这转变是将关注重点从照顾儿童与儿童受虐问题转为保护儿童。<sup>245</sup>

3.3 在《1989 年儿童法令》实施以前，有关儿童的法律都是因应个别情况而藉法规和判例法发展出来的。这些法律没有任何哲学理念为基础，并且发展益发复杂和愈趋技术性。补救方法和程序会因所涉及的司法管辖区和法院不同而各异，例如不同的法规赋予法院不同权力，在以下的法律程序中发出与儿童有关的命令：离婚法律程序、裁判官席前寻求经济济助的法律程序、以及处理只与儿童有关的纠纷<sup>246</sup> 的法律程序。

#### 父母身分与监护权

3.4 在 1989 年的法令实施之前，父母权利与父母职责是以监护权的理念作基础，而并非以父母身分作基础。监护权赋予父母教养子女的权利。父母或自然监护权原只限属于婚生子女的父亲，但《1925 年幼年人监护法令》(Guardianship of Infants Act 1925)赋予母亲享有与父亲“同样的权利”，使她有权在任何影响子女的事情上向法院提出申请，但却没有赋予母亲权利，在子女的父亲在生时作共同监护人。《1973 年监护法令》规定母亲与父亲的权利和权能相等，却并无

---

<sup>244</sup> See Hoggett, “The Children Bill: The Aim” [1989] Fam Law 217.

<sup>245</sup> Parton, *Governing the Family, Child Care, Child Protection and the State*, (1991), 3.

<sup>246</sup> Bromley & Lowe, *Bromley’s Family Law*, (1992), 250.



把母亲的地位等同为父亲自然监护权的地位；父亲的自然监护权地位也没有以明文废除。

3.5 1989 年的法令废除了普通法中关于父亲是其婚生子女的自然监护人的规则，<sup>247</sup> 而以负有父母责任的形式赋予已婚父母同等的父母身分的权利。换言之，父母双方在就教养子女方面而言享有同等地位。

3.6 父母身分现已成为基要概念，与监护权有别。据布隆尼(Bromley)和诺尔(Lowe)解释，监护权现可说是：

“当儿童的父母其中一方或双方去世后委予他人对该儿童负有父母责任的一个法律程序。简言之，‘监护人’是获正式委任代替儿童已去世的父或母的人。”<sup>248</sup>

## 父母责任

3.7 《1989 年儿童法令》的理念，是在切合儿童福利的情况下加强家庭观念，所建基的理念是：一般来说，儿童在家庭所得的照顾是最好的，由父母双方各尽其职而无须诉诸法律程序。

3.8 《1975 年儿童法令》以“父母权利和父母职责”的用语来描述母亲和父亲对婚生子女及其财产的所有权利和职责。英格兰法律委员会认为，从法学分析来说，提述父母“权利”不仅是不准确，甚至是对日常用语作误导性使用。上议院裁定，父母对其子女所享有的权利，只为使他们可履行对其子女的责任。<sup>249</sup>

3.9 因此，1989 年的法令以“父母责任”来取代当时用语。该法令把“父母责任”界定为“儿童的父母根据法律对儿童及其财产的所有权利、职责、权力、责任和权能。”<sup>250</sup> “父母责任”这概念标志着观念上的转变，“从‘权利’这个含拥有意味的用语转为较开明的观点，即强调子女是人而非财物。”<sup>251</sup>

3.10 取得父母责任与否是决定谁人对儿童有决定权的关键因素，不论有关人士与儿童的关系实际上是如何亲密或疏离，这个法律地位仍是最为重要的。亲力亲为照顾儿童的祖父 / 母或外祖父 / 母在法律上的权力和权能，可能未如甚少

---

<sup>247</sup> 第 2(4) 條。

<sup>248</sup> Bromley & Lowe. 書目出處同上，第 395 頁。

<sup>249</sup> *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112.

<sup>250</sup> 第 3(1) 條。

<sup>251</sup> Bainham, *Children - The Modern Law*, (1993) 63-4.

与儿童会面的父或母，为此需要藉法院命令来对父母责任的取得和行使加以规管。然而，关于可采取什么法律行动（如有）来防止父母责任遭受干预，却毫不明确。<sup>252</sup> 负有父母责任的人有权同意让儿童结婚。<sup>253</sup> 不过，父母责任这概念并不包括继承儿童财产的权利。<sup>254</sup>

3.11 弗曼(Freeman)批评“父母责任”的概念：

“‘父母责任’这个平淡无奇的片语隐藏了三个讯息。首先，决策人是父母而非儿童。在 *Gillick 诉 West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*<sup>255</sup> 一案的裁决，限制父母为心智成熟的子女作决定的权力。这法令似乎已推翻了这项原则。……然而，现时并无任何程序容许他们在法院处理争议时参与作出决定。

第二，确认重点是在责任而非权利。……第三个讯息是……对儿童负有责任的是父母而不是国家。……如果所隐藏的议程是要推行社会工程，即藉鼓励父母相信他们经常负有责任，从而令他们更认真履行责任，则成功机会肯定很渺茫。给予父母享有更大自由将可保证儿童得到更周全照顾的论调，是毫无理据支持的。”<sup>256</sup>

负有父母责任的人

已婚父母

3.12 《1989年儿童法令》规定，当儿童出生时，其母亲和父亲已经结婚，则父母双方都各对该儿童负有父母责任。<sup>257</sup>

非其父母人士

3.13 非其父母人士不会有当然的父母责任，但可从多种途径取得这项责

---

<sup>252</sup> 出處同上，第 64-5 頁。

<sup>253</sup> Marriage Act 1949, section 3(1A), added by Schedule 13, paragraph 5(2) of the Children Act 1989.

<sup>254</sup> Section 3(4)(b) of the Children Act 1989.

<sup>255</sup> [1986] AC 112.

<sup>256</sup> Freeman, “In the Child’s best Interests? Reading the Children Act Critically”, 45 CLP 173, 185-7 (1992).

<sup>257</sup> 第 2(1)條。

任。因此，出任为监护人的人对有关儿童负有父母责任。<sup>258</sup> 同样地，任何既非其父母又非其监护人的人如获发同住令，于同住令生效期间也对该儿童负有父母责任。<sup>259</sup> 该人的确可藉父母责任命令取得这个地位。<sup>260</sup> 不过，经这方式取得父母责任的人，无权就有关儿童交予他人收养的命令的申请给予同意，或对收养令给予同意，也不能委任监护人。<sup>261</sup>

3.14 尽管父母已分居或离婚，而父母其中一方甚至已获发同住令，但父母双方仍各自继续负有父母责任，<sup>262</sup> 其中一方仍可在无须谘询另一方的情况下履行父母责任，而该法令也没有赋予任何一方权利反对另一方的行动。

### “儿童”的涵义

3.15 父母责任是针对“儿童”而言，即是指未满 18 岁的人，<sup>263</sup> 但对于已结婚的儿童而言，父母责任是否仍然存在，则尚未有定论。至于何时开始有父母责任，该法令则未有提及。布隆尼和诺尔认为，在没有显示任何相反意思的情况下，法令中所提述“儿童”一词是指已出生的儿童。因此，有人建议在儿童出生前，没有人对他负有父母责任，而父亲对于胎儿是没有任何权利的。<sup>264</sup>

### 父母责任的涵义

3.16 父母责任这个概念已界定为：根据当时的法规和普通法赋予父母的所有权利、申索权、职责、权力、责任或权能。该法令并无为这些权利和其他权利订定清单，因为英格兰法律委员会认为这是不可行的，理由是清单必须不时更新以应付不同需求和情况变化。*Gillick* 一案<sup>265</sup> 正说明了该清单必须按儿童的年龄和成熟程度，以及各宗个案的独特情况而更订。<sup>266</sup>

3.17 有人对这项策略深表不以为然。<sup>267</sup> 不过，怀特(White)、卡尔(Carr)和诺尔认为：

---

<sup>258</sup> 第 5(6)條。

<sup>259</sup> 第 12(2)條。

<sup>260</sup> *Re S (A Minor) (Parental Responsibility)* [1995] 3 FCR 563.

<sup>261</sup> 第 12(3)條。

<sup>262</sup> 第 2(6)條。

<sup>263</sup> 第 105(1)條。

<sup>264</sup> *Bromley & Lowe, Bromley's Family Law* (1992), 330.

<sup>265</sup> [1986] AC 112.

<sup>266</sup> Law Com, *Family Law Review of Child Law, Guardianship and Custody*, (1988: No 172), paragraph 2.6.

<sup>267</sup> For example, Jones (1989) 139 NLJ 728, Lyon [1989] Fam Law 49, 50.

“法令已采纳了正确的策略。事实上，在没有清单的情况下，法例也运作得顺畅。这个由 1989 年的法令所订定的计划有一项无可比拟的优点，就是订下一个单一、现代和合宜的概念，可应用于所有影响儿童的法规。”<sup>268</sup>

## 取得父母责任

### 未婚父母

3.18 如果儿童出生时，其父母尚未结婚，则只有母亲才当然负有父母责任，但其父亲可循下列方式取得有关责任：<sup>269</sup>

- (a) 根据法令的委任出任为该儿童的监护人；<sup>270</sup>
- (b) 向法院取得父母责任令；<sup>271</sup>
- (c) 与母亲订立父母责任协议；<sup>272</sup> 及
- (d) 藉取得同住令使法院必须随而另行发出父母责任令。<sup>273</sup>

3.19 法律委员会关注到，未婚母亲通常是主要负责照顾儿童的人，她们可能受“毫无贡献”的男士干扰或骚扰。这就如白甘比(Balcombe LJ)大法官解解说：

“自然父亲的情况可以是不胜枚举的：在一个极端的情况是，他与该儿童的联系可能只限于单一次引致受孕的性行为（甚至可能是强奸）；另一个极端的情况是，他可能从该儿童出生开始便充分履行父亲照顾子女的责任，而所欠的只是没有与该儿童的母亲结婚。如属最为恶劣的极端情况，则让父亲自动获得全部的父母权利和父母职责，有可能会造成严重的社会问题……”<sup>274</sup>

3.20 如果儿童的母亲不肯自愿与父亲分担责任，父亲可能向法院申请命令取得父母责任。<sup>275</sup> 有关申请可就 18 岁以下的儿童提出。<sup>276</sup> 法院已订出审核准

---

<sup>268</sup> White, Carr and Lowe, *A Guide to the Children Act 1989*, (1990), paragraph 2.6.

<sup>269</sup> 第 2(2)條。

<sup>270</sup> 第 5(6)條。

<sup>271</sup> 第 4(1)(a)條。

<sup>272</sup> 第 4(1)(b)條。

<sup>273</sup> 第 12(1)條。

<sup>274</sup> *Re H (Illegitimate Child: Father: Parental Rights) (No 2)* [1991] 1 FLR 214, 218.

<sup>275</sup> Children Act 1989, section 4(1)(a).

则，用以评审未婚父亲就父母责任提出的申请，所考虑的事项如父亲对该儿童曾作出的承担程度，与该儿童之间的感情亲疏，以及该父亲申请命令的理由。<sup>277</sup> 如果他符合这些准则，则表面上已足可确立该命令会对该儿童有利。<sup>278</sup> 发出命令的作用是赋予父亲在所有教养该儿童的事情上享有同等权利。<sup>279</sup> 不过，这不是说他有权干扰该儿童的日常起居生活或否决其母亲所作的决定。<sup>280</sup> 如果父亲有意由自己来照顾该儿童，必须申请同住令。

### 父母责任协议

3.21 《1987年家庭法改革法令》(Family Law Reform Act 1987)第4条授权法院发出命令，使未婚父亲享有与母亲同等的父母地位，犹如他们已结婚一样。<sup>281</sup> 不过，这项司法程序可能“过于繁复、昂贵且无必要；除非儿童的母亲反对有关命令，则作别论”。<sup>282</sup>

3.22 根据1989年的法令第4(1)(b)条所订的“父母责任协议”，为儿童的未婚父母提供了简单直接的方法，让他们确认对该儿童的教养负有共同责任，并使法律配合父母双方共同养育子女的实际情况。

3.23 订定协议的作用与法院命令的作用相同。不论是要终止协议或命令，同样须由负有父母责任的人向法院申请发出命令，或由儿童自行提出申请，惟法院必须信纳该儿童已充分理解该事情。<sup>283</sup>

3.24 有关协议需由儿童的母亲和父亲在见证人面前签署；见证人必须是太平绅士、法官书记或法院授权人员。<sup>284</sup> 待该协议送交高等法院家事庭的总登记

---

<sup>276</sup> 第105(1)条。

<sup>277</sup> *Re H (Illegitimate Children: Father)* [1991] 1 FLR 214, CA, *Re H (A Minor) (Contact and Parental Responsibility)* [1993] 1 FLR 484, CA, *S v R (Parental Responsibility)* [1993] Fam Law 339.

<sup>278</sup> *Re E (A Minor) (Parental Responsibility)* [1994] 2 FCR 709.

<sup>279</sup> 在1996年，虽然该年的非婚生儿童的个案达232 663宗，但所发出的父母责任令只有5 587个。在这些非婚生儿童个案中，有78%的出生证明书上载录了父亲的详情。见大法官办公厅在1998年4月发表的諮詢文件，题目为 *Procedures for the determination of paternity and on the law of parental responsibility for unmarried fathers*。

<sup>280</sup> *Re P (Child) (Parental Responsibility Order)* [1993] 2 FCR 689.

<sup>281</sup> Cf Guardianship of Minors Act 1971, section 9(3).

<sup>282</sup> Law Com No. 172, (1988) paragraph 2.18.

<sup>283</sup> 第4(3)条。如父亲获发的同住令继续有效，则根据第12(4)条，此命令或不能撤回。

<sup>284</sup> Section 4(2); Parental Responsibility Agreement Regulations 1991 (SI 1991/No 1478); SI 1994/No 3157.

处存档后才生效。有关协议是可供任何人查阅。协议表格上载有下列警告字句：“订立此协议将会严重影响父母双方的法律地位。你们在填写此份表格前应先征询法律意见。”

3.25 上述正式手续的目的，是确保在可能的情况下，使父母双方都明白这份协议的重要性和作用，忠告他们征询法律意见，并通知他们终止协议时可采用的方法。然而，有人担心母亲可能在容易受压力影响的情况下，受人欺压而授权予父亲。上述正式手续在某程度上可防止作出胁迫的指称。在登记这项协议时，无人会查究这项协议是否符合有关儿童的最佳利益或其父母双方为何会订立这项协议。事实上，目前没有任何有效的程序，可查证该男子是否有关儿童的父亲。法院的职能纯属行政而非司法工作。

3.26 兵咸(Bainham)质疑这些协议的实际应用情况：

*“一起生活且相处融洽的父母可能不认为藉办理手续规范其生活安排会有好处，这对于部分为厌弃结婚手续而选择同居的人而言尤甚。他们可能不知道各自的法律地位不同，或不知道协议条款的内容。此外，也有可能是儿童的母亲对该段关系或对儿童的父亲担当父亲职能的信心不足，所以不希望因与他人分担父母责任而减少她本人所有的法律控制权。”*<sup>285</sup>

3.27 然而，事实证明父母责任协议深受欢迎，首次登记的申请个案数字已相当可观。<sup>286</sup>

*父母责任令或父母责任协议的期限*

3.28 无论儿童的父母双方是一直同居或其后分居，父母责任令和父母责任协议仍会持续有效，直至有关儿童年满 18 岁为止。<sup>287</sup> 不过，法院可因应任何对该儿童负有父母责任的人的申请而发出命令，把该项命令或协议提早终止。<sup>288</sup> 如法院因“信纳该儿童有充分理解能力提出拟议申请”<sup>289</sup> 而给予许可，则该儿童本人也可提出申请。如判予未婚父亲的同住令仍然有效，法院不能终止有关的父

---

<sup>285</sup> Bainham, *Children - The Modern Law*, (1993) 166.

<sup>286</sup> 據報導首年共有 1 510 份父母責任協議登記。資料來源為 NLJ (Nov 27, 1992) 1638。自此，每年約有 3 000 份協議登記。

<sup>287</sup> 第 91(7)(8)條。

<sup>288</sup> 第 4(3)條。

<sup>289</sup> 第 4(4)條。

母责任令。<sup>290</sup>

## 监护权

3.29 监护权的法律是集普通法、衡平法和法规之大成。父母和监护人享有相若但不相同的权力。<sup>291</sup> 经精简有关法律后，现时监护权事宜只由 1989 年的法令所管限。<sup>292</sup> 在目前，“监护人”一词只限指非其父母人士。<sup>293</sup> 在目前，监护人是会负有父母责任的，所依理据是掌管儿童教养的权力与照顾儿童的责任是不能分割，当儿童的父母逝世后，预期监护人会负起一切照顾儿童的责任。

3.30 监护人可委任另一人为儿童的监护人，以便在他去世后代司其职。<sup>294</sup> 英格兰法律委员会注意到“（如）委任监护人是负责任的父母所应尽的责任之一，这当然也是负责任的监护人所应履行的责任之一。”<sup>295</sup>

## 父母委任监护人

3.31 在过去，父母双方可各自委任遗嘱监护人，于其去世后代司其职；<sup>296</sup> 即使父母另一方仍然健在，这项委任仍然生效。不过，如尚存的一方反对这项委任，他可向法院申请禁止获委任的人出任监护人一职。监护人如认为尚存的父或母不适宜管养该儿童，也可向法院提出申请。法院可随而命令监护人或有关的父或母可单独行事，或命令双方共同行事。

3.32 根据《1989 年儿童法令》，对儿童负有父母责任<sup>297</sup> 的父母任何一方，可委任一名人士在其去世后出任为该儿童的监护人，<sup>298</sup> 但这委任只适用于 18 岁以下的儿童。<sup>299</sup> 虽然并无明文规定禁止为已婚的儿童委任监护人，但法院实际上会否作出有关委任，目前尚未有定论。获委任为监护人的人似乎可多于一人，<sup>300</sup> 而且可于稍后时间再多委任一名监护人。<sup>301</sup>

---

<sup>290</sup> 第 12(4) 條。

<sup>291</sup> *Family Law Review of Child Law: Guardianship*, Law Com Working Paper (1985: No. 91), paragraph 2.26.

<sup>292</sup> 第 5(13) 條。

<sup>293</sup> 第 5(6) 條。

<sup>294</sup> 第 5(4) 條。

<sup>295</sup> Law Com No. 172, paragraph 2.25.

<sup>296</sup> *Guardianship of Minors Act 1971*, section 4. 這法令的條文與《未成年人監護條例》（第 13 章）的條文相若。

<sup>297</sup> 因此，沒有這項責任的未婚父親便沒有資格。

<sup>298</sup> 第 5(3)(4) 條。

<sup>299</sup> 第 105(1) 條。質疑兒童一旦結婚，有關委任會否生效。

<sup>300</sup> *Interpretation Act 1978*, section 6(c).

## 委任何时生效

3.33 如委任人在去世时是唯一对儿童负有父母责任的人，他所作出的委任便会于他去世时随即生效。<sup>302</sup> 但如该儿童有尚存的父或母负有父母责任，有关的委任一般会于尚存的父或母也去世后才生效。<sup>303</sup> 不过，如果去世的父或母获判予同住令而尚存的父母另一方却没有同住令，则作别论。在这种情况下，有关的委任会在委任人去世时随即生效。<sup>304</sup>

3.34 这法令的目的，是防止获委任人尝试在儿童并非与他同住的情况下，尝试控制他不能或不应由他控制的情况。如儿童一直与其父母双方同住，尚存的父或母无须与获委任人分担责任，但可随时向后者求助。此举可尽量减少尚存的父或母与获委任人之间发生不必要的冲突。如获委任人有意质疑尚存的父或母所作的决定，可根据 1989 年的法令第 8 条向法院申请命令。不过，如尚存的父或母也委任了监护人，则当该名尚存的父或母也去世后，获委任的两名监护人之间可能会发生冲突。

3.35 对于上述例外情况，英格兰法律委员会认为，当儿童的父母其中一方获发同住令，他应可（甚至敦促他）委任监护人，以便他一旦去世后有人处理该儿童的教养事宜。<sup>305</sup> 法令因此规定，在这种情况下，尽管该儿童有尚存的父或母，但有关的父或母所作的委任仍会即时生效，<sup>306</sup> 而受委任的监护人必须与尚存的父或母分担父母责任。任何关于儿童教养方面的纠纷，例如他的住所，须交由法院解决。

3.36 这法令所施行的政策，对于与其父母双方同住一起的儿童而言固然合宜，但当其父母已离婚或分居，作出委任的已故父或母获发同住令，而尚存的另一方却没有时，则需另作考虑。兵咸评论说：

*“这个想法似乎是让去世的父或母藉监护权在其去世后仍保留同住令的‘优点’，但这是否切合持续父母责任这项基本原则，却有待商榷。”*

---

<sup>301</sup> 第 6(1)條。

<sup>302</sup> 第 5(7)(a)條。

<sup>303</sup> 第 5(8)條。

<sup>304</sup> 第 5(7)(b)、(8)(b)及(9)條。

<sup>305</sup> 出處同上，第 2.28 段。

<sup>306</sup> 第 5(7)條。



除了在住所一事外，非与儿童同住的父母其中一方与已故的同住父母另一方，同样是该儿童的父母。如果他实际上与该儿童保持紧密连系，要求他与监护人分担父母责任似乎并不恰当。如果能证明由监护人即时出任监护人一职是最切合儿童的最佳利益，则应由获委任的监护人负有寻求即时委任的责任，这才会更符合这法例的一般目标。

另一个困难是，这规则似乎对于与儿童同住并予以照顾的人选带来了不确定性，所以最初关于儿童住所的纠纷，看来便需要同住令来解决。然而，只要让尚存的父或母可以独自负有父母责任，直至及除非遭监护人反对为止，便可避免上述问题出现。”

307

3.37 苏格兰法律委员会也评论，这个例外情况并没有为已分居或离婚但没有取得同住令的夫妇作出规定。<sup>308</sup> 举例来说，尽管儿童的父亲或已抛弃家庭，但其母亲又没有取得同住令，则父亲仍会对该儿童独自负有父母责任，而挑战这情况的责任，便落在获委任人身上。苏格兰法律委员会的意见是，在这类个案中，即使有尚存的父或母居于某地，监护人的委任应随委任人去世而即时生效，才是恰当。

#### 委任的方法

3.38 1989年的法令制订了简易的委任方法，以鼓励父母委任监护人。<sup>309</sup> 自此，再无需以契据或遗嘱来作出委任。不过，委任文件必须由委任人以书面作出，并由作出该项委任的人签署，以及按他的指示签署，并由两名见证人在场见证，而该两名见证人也须各自见证该签署。由遗嘱作出的委任如未获立遗嘱人签署，必须在立遗嘱人按照《1837年遗嘱法令》(Wills Act 1837)第9条的规定指示下签署及见证。<sup>310</sup>

#### 撤销委任

3.39 由父母或监护人作出的委任可藉下列其中一种方式撤销：

---

<sup>307</sup> Bainham, *Children - The Modern Law*, (1993) 191-2.

<sup>308</sup> Scottish Law Commission, *Parental Responsibilities and Rights, Guardianship and the Administration of Children's Property*, Discussion Paper No. 88 (1990), paragraph 3.11.

<sup>309</sup> 第5(5)條。

<sup>310</sup> 第5(5)(a)條。

- (a) 藉作出另一项委任，除非清楚表明目的是多委任一名监护人；<sup>311</sup>
- (b) 藉书面文件撤销委任；<sup>312</sup> 或
- (c) 藉销毁文件以图撤销委任。<sup>313</sup>

如委任是在遗嘱中作出，当遗嘱遭撤销时，委任也会一同被撤销。<sup>314</sup> 《1995年法律改革（继承）法令》(Law Reform (Succession) Act 1995)第4条规定，除非委任文书上表明相反的意愿，已故立遗嘱人对前任配偶作监护人的委任，应视作在他们离婚时已遭撤销。这也适用于婚姻无效的情况。<sup>315</sup>

### 放弃委任

3.40 法令规定获委任人可以放弃由父母其中一方或监护人作出的委任，但由法院作出的委任，则不容放弃。<sup>316</sup> 放弃委任通知必须以书面作出，由获委任人签署，并在“他首次知道该项委任经已生效后一段合理时间内”作出。该文件也须遵照大法官兼上议院议长可能订立的规例来记录备案。

### 法院委任监护人

3.41 如儿童并无负有父母责任的父母，或获发同住令的父或母或监护人在命令生效期间去世，<sup>317</sup> 法院可委任另一人作为该儿童的监护人。前者适用于孤儿，或仅存并无父母责任的未婚父亲的儿童。后者则适用于当儿童的尚存父或母没有同住令的情况。<sup>318</sup> 由此看来，即使已故的人在去世前已作出委任，法院看来仍可行使其委任权，以加添一位新监护人或替代原已委任的监护人。<sup>319</sup>

3.42 法令并无规定在申请委任监护人前须先取得法院许可，而法院也有权

---

<sup>311</sup> 第6(1)条。

<sup>312</sup> 第6(2)条。

<sup>313</sup> 第6(3)条。

<sup>314</sup> 第6(1)-(4)条。

<sup>315</sup> 1995年的法令适用于在1996年1月1日或之後去世的人在生前作出的委任。关于有关表格的改变。可参阅Family Proceedings (Amendment) Rules (SI 1996, No 816) (L.1)。

<sup>316</sup> 第6(5)和6(6)条。

<sup>317</sup> 第5(1)和(2)条。

<sup>318</sup> 第5(9)条。

<sup>319</sup> Cretney & Masson, *Principles of Family Law*, (5th ed, 1990), 508.

自行作出委任。<sup>320</sup> 看来一旦提起家事法律程序后，任何有利害关系的人，包括儿童本人，都可寻求委任另一人作监护人。<sup>321</sup> 法院就委任或撤销委任监护人作出决定前，可要求当局拟备福利报告以供参考。<sup>322</sup>

### *将监护人撤职*

3.43 任何监护人的委任，不论是由父母其中一方、监护人或法院作出的，均可以下列任何一种方式以法院发出的命令撤销委任：

- (a) 应任何负有父母责任的人的申请；
- (b) 应已取得法院许可的儿童的应用；或
- (c) 如法院认为应终止有关委任，可在任何家事法律程序中自行决定。<sup>323</sup>

法院可委任另一名监护人替代被撤职的监护人。

### *终止监护权*

3.44 当儿童年满 18 岁时，监护权会自动终止，<sup>324</sup> 至于监护人的职责会否于儿童结婚后终止，则尚未有定论。虽然法令并无订明任何限制，但法院也可决定监护权的范围并无限制。即使监护权得以持续，监护人获准干预已婚儿童活动的机会也不高。<sup>325</sup>

### *儿童的产业监护人*

3.45 除人身监护人外，也有委任产业监护人以保护儿童的财产。英格兰法律委员会注意到，可特别委任产业监护人，以管理由刑事伤害赔偿委员会就父母所引致伤害而发出的赔偿，或如儿童有权得到外国非土地遗赠或由退休基金计划或保险单的款项，而其父母双亡或因某些理由不能妥善接收，也可如此委任。<sup>326</sup>

3.46 该法律委员会指明：

---

<sup>320</sup> 第 5(2) 條。

<sup>321</sup> White, Carr & Lowe. 書目出處同上，第 2.39 段。

<sup>322</sup> 第 7 條。

<sup>323</sup> 第 6(7) 條。

<sup>324</sup> 第 91(7) 及 (8) 條。

<sup>325</sup> White, Carr & Lowe. 書目出處同上，第 2.52 段。

<sup>326</sup> Law Com Working Paper, (1985: No. 91) paragraph 2.23, footnote 95.

“随着《1925年财产法和1925年获依法授予的土地法令》(Law of Property and Settled Land Acts 1925)生效后，产业的监护权已变得不那么重要，理由是未成年人已再不能拥有土地的法定产业权而须由受托人出任为法定持有人。……监护人有权从未成年人的土地追讨租金和利润。”<sup>327</sup>

3.47 委员会对上文作如下解释：

“他可控制幼年人所得的入息和幼年人在法律上有权以及有实益权收取的任何个人利益，但对于幼年人只享有实益权的财产，他是无权就该财产收取或行使权力的，但到期可收取的收入除外。”<sup>328</sup>

3.48 委员会指出，信托安排能充分并更适当地补足任何不足之处。<sup>329</sup> 不过，政府却不同意，而1989年的法令便保留了高等法院为儿童委任产业监护人的权力，但这项委任必须依据法院规则作出。<sup>330</sup>

3.49 根据法院规则<sup>331</sup>，只有法定代表律师才可获委任为儿童的产业监护人。只有当负有父母责任的人向法院表明同意，或于不能取得这些同意或获免除取得这些同意的情况下，法院才可作出上述委任，并只限于在下述情况下才可作出委任：

- (a) 代表儿童向法院交付金钱（这是按照根据规则第12(2)条作出的指示，以管理无行为能力的人追讨得回的金钱）；
- (b) 刑事伤害赔偿委员会通知法院，该委员会已经或有意下令向儿童发放款项；
- (c) 外国法院通知法院已经或有意下令向儿童发放款项；
- (d) 儿童有权取得退休基金计划的收益；及
- (e) 法院认为似乎适宜作出这项委任。

---

<sup>327</sup> 第2.23段。

<sup>328</sup> 出處同前。

<sup>329</sup> Law Com No 172, paragraph 2.24.

<sup>330</sup> 第5(11)及(12)條。

<sup>331</sup> Rules of the Supreme Court, Order 80, rule 13.

在实际情况中，上述委任只限于父母双亡或父母不适合介入其中的个案中作出。

332

## 独立行事的权力

3.50 在同一时间可能有多于一人对某儿童负有父母责任。<sup>333</sup> 儿童的父母同时负有父母责任是很平常的，但以前的法律并无明确订明他们可否独立行事。

《1989 年儿童法令》规定，如果有多于一人对儿童负有父母责任，则除非法规明文规定须取得多过一个人的同意，否则可各自独立行事以履行责任，无须征询其他人的意见。<sup>334</sup>

3.51 法令的一般目的，旨在鼓励儿童的父母双方关心并负责该儿童的福利。虽然规定其父母在法律上有责任就儿童生活中的重要事项互相谘询意见是较可取的做法，因为这可促使父母在分居或离婚后合作和参与履行父母责任，但是英格兰法律委员会指出，这看来既不可行又不恰当：

*“照顾儿童的人应有能力视乎情况作出切合儿童最佳利益的决定，其中一些决定可能需要很快作出。……如果有关的父或母为此需要诉诸法院解决问题，则儿童可能因而受苦。……如果该父母其中一方因难以与另一方联络，或难以决定拟议事项是否重要而需要征询另一方的意见，以致迟疑不决，则该儿童所受苦楚或会更深。在实际情况中，如果父母双方就教养的事情争持不下，则有责任将有关事宜提交法院处理的人，应是要制止采取另一方建议采取的行动的人，或是提出推行只可由另一方推行的计划的人。不然，提交法院处理的个案可能会排山倒海而来，使纠纷可能不必要地升级，而有关儿童在期间却一直受苦。”*<sup>335</sup>

3.52 兵咸批评该法令由于没有就谘询和否决权等事作出规定，所以该法令在形式上似乎赞成当婚姻关系触礁时仍维持共同教养的安排，但“实质上，却使实质地位本已较他人优越的人，即同住照顾儿童的人的地位更形巩固”。<sup>336</sup> 现将他的评论载述如下：

---

<sup>332</sup> 如儿童所受的创伤是由其父母造成。

<sup>333</sup> 第 2(5) 条。

<sup>334</sup> 第 2(7) 条；13(1) 及 (3) 条。

<sup>335</sup> Law Com No 172, paragraph 2.10.

<sup>336</sup> Bainham [1990] Fam Law at 193.

“因此，如果改革法例的主要目的是加强并鼓励父母双方共同教养子女，我们应可见到.....有关合作或谘询的条文。.....法令不仅没有涵盖谘询，还剥夺了过去父母在婚姻关系存续期间所享有的反对权利。.....然而，当中的含意是，法律所反映的常规标准.....为共同**独立地**教养子女而不是**合作**教养子女。”<sup>337</sup>

3.53 兵咸在其他著作中提出下列评论：

“可提出初步见解，《儿童法令》既确立了父母身分为基本而无分性别的地位，又令父母难于卸却其父母责任，该法令鼓吹父母有同等地位共同教养子女这观念，已是不言而喻的。”<sup>338</sup>

3.54 当然，在诠释独立行事的权利时，必须顾及不得作出违反命令行为的责任。享有独立行事的权利，并不表示父母任何一方可无须就子女的重要事项谘询另一方的意见。格特维大法官(Glidewell LJ)在 *Re G (a minor)(Parental Responsibility: Education)*<sup>339</sup> 一案中说，“负有父母责任的母亲有权而事实上也应在将其子女由日校转到.....寄宿学校这件重要的事情上获得谘询。转校对任何儿童来说都是重要的事情，而她理应获得谘询”。不过，由于事发前并没有任何命令发出，所以她不能声称该父亲的行为违反先前已发出的命令。

## 共同责任原则

3.55 英格兰法律委员会认为，儿童的父母不应只因他们经已分居或因他们之间有争拗而失去为有关儿童作决定的能力。因此，法令支持“一日为父母，终身为父母”的观念，而为儿童教养作决定的主要责任应由其父母承担，即使他们已分居亦然。

3.56 对儿童负有父母责任的人，不会单是因为诸如继父 / 母、祖父 / 母、外祖父 / 母、寄养父 / 母等其他入其后取得父母责任而终止负有责任。<sup>340</sup> 父母只是不得作出有违根据法令为有关儿童发出的命令的行动。<sup>341</sup>

3.57 法令的理念是：儿童的父或母尽管非与该儿童同住，仍须被视为父母，让他可获悉与该儿童教养有关的资料，并让他有机会参予教养的事宜；他无权力

---

<sup>337</sup> Bainham 53 MLR, 211-2, (1990).

<sup>338</sup> Bainham, *Children - The Modern Law*, 61-2.

<sup>339</sup> [1994] 2 FLR 964, CA.

<sup>340</sup> 第 2(6)條。

<sup>341</sup> 第 2(8)條。

否决父母另一方的决定，但可在必要时把纠纷提交法院处理。这也可鼓励他积极参与该儿童的事务，从而促进该儿童的福利。因此，授予任何人父母责任，例如授予该儿童的未婚父亲父母责任，可促使该儿童就读的学校邀请他出席家长活动，给他送发该儿童的成绩表，而且让他可就该儿童未来选读的学校、任何重大医疗事宜、或更改儿童的姓氏等事宜上表达意见。<sup>342</sup> 让父母在离婚后继续负有父母责任，以减少冲突。

### 转授父母责任

3.58 除非有法院命令，负有父母责任的人不能放弃或转移责任的任何部分予他人。不过，他可把其责任的部分或全部转移予一名或多名代他行事的人，<sup>343</sup> 转移对象可能是已负有或没有父母责任的人，例如学校或度假营的负责人或寄养父母。

3.59 英格兰法律委员会建议制订此条文，理由如下：

- (a) 儿童的父母不论是否经已分居，都应可自由地订出他们认为最能照顾有关儿童利益的安排；及
- (b) 举例来说，如果儿童的父母已指定当他们外游时负责照顾该儿童的临时“监护人”，则儿童的学校可信赖该人所作的决定，这确可起一定作用。<sup>344</sup>

3.60 由于这些安排不具法律约束力，故可随时撤销或修改。再者，转移责任并不会影响作出这些安排的人因没有履行对该儿童的责任而产生的法律责任。<sup>345</sup>

### 没有父母责任的照顾者

3.61 在实际上照顾儿童但无父母责任的人，可以“采取在该个案的所有情况下属合理的行动，以保障或促进该儿童的福利。”<sup>346</sup> 这澄清了那些在法律上对儿童并无父母责任但实际照顾儿童的人的地位。

---

<sup>342</sup> *Re P (Child) (Parental Responsibility Order)* [1993] 2 FCR 689.

<sup>343</sup> 第 2(9)條。

<sup>344</sup> Law Com No. 172, paragraph 2.13.

<sup>345</sup> 第 2(11)條。

<sup>346</sup> 第 3(5)條。

3.62 英格兰法律委员会引述了关于医疗的个案为例。<sup>347</sup> 当儿童的父母外游度假，并将该儿童交由朋友照料，由朋友安排该儿童接受一项非紧急的大手术显然是不合理的，但当该儿童发生意外，由他们安排该儿童接受治疗却是合情合理的。正如兵咸所说，关键区别在于条文看来已涵盖了紧急或例行医疗服务，但带有长远或不可挽回后果的医疗程序，则必须取得负有父母责任的人的同意。<sup>348</sup>

## 福利原则

3.63 《1989年儿童法令》第1(1)条规定：

“当法院就下列问题作出决定：

- (a) 儿童的教养；<sup>349</sup> 或
- (b) 儿童的财产的管理，或由此而衍生起的任何入息的运用，

儿童的福利应为法院的首要考虑事项。”

## 基本及首要考虑事项

3.64 从前的法律要求法院视儿童的福利为“基本及首要考虑事项”。<sup>350</sup> “基本”一词令人困惑，因为这引致部分法院将其他考虑事项与儿童的福利两者之间作权衡，而不是藉以更清楚考虑儿童福利。虽然“基本”一词实际上已形同虚设，<sup>351</sup> 但仍有必要以现代语言澄清有关法律。因此，1989年的法令省略了“基本”一词，对于第1条所适用的个案，现时只以儿童的福利为唯一的考虑事项。

3.65 英格兰法律委员会建议修改这项最重要考虑事项的原则，致使儿童的利益（其将来在法院进行的法律程序所触及者）不会在原则上凌驾于那些可能受有关判决影响的其他儿童的利益；他们的利益也应在考虑事项之列。<sup>352</sup> 不过，这项建议并无在法令中落实。这可能是由于规定把任何儿童的福利都列作考虑事项，可能令法院无法专注履行照顾当前儿童福利的职责。

## 对“福利”原则的批评

---

<sup>347</sup> Law Com No. 172, paragraph 2.16.

<sup>348</sup> Bainham, *Children - The Modern Law*, (1993), 251.

<sup>349</sup> 第105(1)条把教养界定为包括“儿童得到的照顾而不包括他的赡养”。

<sup>350</sup> Guardianship of Minors Act 1971, section 1.

<sup>351</sup> *J v C* [1970] AC 668; *Re C (a minor)* (1979) 2 FLR 177, 184; *Re KD (A minor) (Ward: Termination of Access)* [1988] AC 806.

<sup>352</sup> Law Com No. 172, paragraph 3.13-4.



3.66 基达尼和马逊(Masson)解释福利原则并非毫无瑕疵：

“由于各界对儿童的福利需求缺乏共识，加上对什么可确保健康的心理发展尚未有充足的科学资讯，所以作决定的人（法官）可按其主观意见作出决定。再者，缺乏全面并可预计的标准，更令夫妇双方难以透过商讨达成协议。这会使有争议的个案数目增加，而且争拗程度更为激烈。”<sup>353</sup>

3.67 然而，他们同意：

“福利原则广获支持，是因为这原则标志着重要的社会和道德价值观，就是必须保护必然是易于受伤和需要倚赖他人的儿童，使他们免受伤害。……对这标准作任何改变都会危害儿童的福利，因为这必然会减轻对福利的重视程度。”<sup>354</sup>

#### 要项清单

3.68 1989年的法令第1(3)条载列了协助法院执行职务的法定的要项清单。该条文规定：

“在第(4)款所述的情况下<sup>355</sup>，法院须特别顾及以下事项：

- (a) 如能查明有关儿童的意愿和感受，须因应他的年龄和理解能力考虑他的意愿和感受；
- (b) 他在身体、感情和教育方面的需要；
- (c) 他环境上的改变可能对他造成的影响；
- (d) 他的年龄、性别、背景及其他法院认为有关的特点；
- (e) 他曾经遭受或有机会遭受伤害；
- (f) 他的父亲、母亲和法院认为与这问题有关的人，能在什么程度上满足他的需要；
- (g) 法院根据本法令在有关法律程序中可行使的权力范围。”

#### 优点

---

<sup>353</sup> Cretney & Masson. 書目出處同上，第 525-6 頁。

<sup>354</sup> 出處同上，第 526 頁。

<sup>355</sup> 所指的情況是法院正考慮發出、更改或撤銷第 8 條命令，而又受到法律程序中一方反對。

3.69 有人认为，订立上述清单后，使法律更为统一和清晰，以及为朝向更有系统地就关乎儿童的事项作出决定的目标迈进一步。有人并希望所有有关的专业人员在应用福利原则时，都会考虑相同的基本因素。儿童与其父母同样会觉得该清单有助他们理解司法决定的理据，从而可专心处理有关的事项。由于上述清单会令夫妇双方从开始便可准备及提供有关证据，从而可避免拖长聆讯或为取得更多资料而休庭，以致造成延误和增加开支。<sup>356</sup>

3.70 玛嘉烈·布芙大法官(Dame Margaret Justice Booth)支持使用该清单：

*“由于有这个清单，法规责令法院在行使酌情权时，应处处以儿童为考虑重点。在某些情况下，如须查究一些棘手的事实，例如有关性侵犯行为，或当案中成年人的关系复杂或各自有刚烈性格时，便很容易将注意力转移，从案中未来会受到危害的儿童转移至涉案的成年人身上。这条文正能发挥把法院导回正轨的作用。”<sup>357</sup>*

#### 弊端

3.71 由于这清单并非详尽无遗，法院可考虑其他有关的但未列于清单上的事项，所以个别法官仍有颇大酌情权。<sup>358</sup> 该清单只是列明各项因素，但不会就各因素订定比重，所以法官可将某项因素视为较其他因素重要。

3.72 上述清单只适用于受到争议的根据第 8 条要求发出、更改或撤销命令的申请，<sup>359</sup> 但不适用于监护权。如果清单对没有争议的个案也同样适用，会加重法院的负担，因为这会迫使法院深入调查这些个案，更会鼓励法院在不必要情况下干预为儿童所作的拟议安排。<sup>360</sup> 不干预原则订明，如各方当事人已为儿童所作安排达成协议，则法院不应干预。

#### 儿童的意见

3.73 法院就任何关于儿童的教养事宜作出决定时，是有责任顾及儿童的意愿和感受的。<sup>361</sup> 嘉拉格(Gallagher)有以下的评论：

---

<sup>356</sup> Law Com No. 172, paragraph 3.18.

<sup>357</sup> Dame Margaret Justice Booth, “The Children Act 1989 - the Proof of the Pudding”, Statute Law Review, Vol 16, No 1, (1995) at 16.

<sup>358</sup> Bainham, *Children - The Modern Law*, (1993) 44.

<sup>359</sup> 第 1(4)條。

<sup>360</sup> Law Com No. 172, paragraph 3.19.

<sup>361</sup> 第 1(3)(a)條。

“如果这名（负有照顾儿童日常生活的责任）的父或母对于与儿童联系真正抱持积极态度（或在最坏的情况起码是完全中立的态度），极少儿童会表示强烈抗拒保持联系的。至于不赞成保持联系的父母，也日渐了解这法令第1(3)(a)条的重要意义。现时可经常听到这类父母说，他们‘原则上’不反对联系一事，但有关联系会令儿童觉得难过，所以该儿童才会反对。”<sup>362</sup>

## 福利报告

3.74 根据 1989 年的法令，法院每当考虑任何关乎儿童的问题时，可要求感化主任或地区主管当局“汇报关乎该儿童福利的事宜，而有关事宜都是有关报告规定要处理的”。<sup>363</sup> 虽然福利报告确具有重要功用，可为法院就事实提供独立评估和查明儿童的意愿和感受，但现时没有作出福利报告的推定。<sup>364</sup> 法律委员会并不建议向法院施加责任，就每一案件都下令要求当局提交报告，因为这会对部分个案造成不必要的延误，并使有限的资源更形紧绌。

3.75 大法官兼上议院议长可制订规则，订明报告必须处理的事项，但法院另有命令作出其他要求的除外。<sup>365</sup> 这是为了保持做法一致。有关的报告可按法院要求而以口述或书面方式作出，<sup>366</sup> 这条文旨在维持灵活性。至于在报告所作的陈述，不会因不接纳传闻证供的规则而不获接纳。<sup>367</sup>

## 儿童的证供

3.76 如果儿童明白他是有责任说真话，并具理解能力足令法院接纳他在庭上作供，则法院可聆听儿童在未经宣誓情况下提供的证供。<sup>368</sup> 在高等法院或郡级法院的民事法律程序中，或裁判法院的家事法律程序中，尽管有关于传闻证供的法律规则，但凡关乎儿童的教养、赡养或福利的证供，均为可接纳的证供。<sup>369</sup>

---

<sup>362</sup> Gallagher, “Say goodbye to Daddy”, Sol J, 17 Sept 1993, 906-7.

<sup>363</sup> 第 7(1) 條。

<sup>364</sup> 與在公法程序處理的個案由訴訟監護人作代表的法定推定作比較。

<sup>365</sup> 第 7(2) 條。

<sup>366</sup> 第 7(3) 條。

<sup>367</sup> 第 7(4) 條。參照香港的《未成年人監護條例》（第 13 章）第 17 條。

<sup>368</sup> 第 96(2) 條。

<sup>369</sup> Section 96(3) and (4): Children (Admissibility of Hearsay) Order 1993, SI 1993/ No. 621. 在關乎家事法律程序的藐視法律程序中，尋求倚賴兒童的傳聞證供的申請人須說明有關的證供與兒童的教養、贍養或福利有實質關係。Cf *C v C (Contempt: Evidence)* [1993] 1 FLR 220 (CA).

## 父母协议与不干预原则

3.77 法院不得根据《1989年儿童法令》发出命令，“除非法院认为对儿童而言，发出命令较不发出为佳”。<sup>370</sup> 换言之，法院必须信纳发出命令是切合案中儿童的利益，然后才会发出命令的。当法院满意父母双方作出的拟议安排，可决定不发出命令。

3.78 这原则与为人父母者应承担持续不断的责任的观念相符。儿童的父母在分居和离婚后，仍需为该儿童的教养作出安排，只有于各方当事人无法达成令人满意的协议的案件中，才会应用法院命令。这反映出1989年法令的立法精神是尊重家庭的完整性和独立性，除非发出命令对儿童有可证明的利益，则作别论。<sup>371</sup> 不过，在各方当事人已达成协议的情况下，如要法院发出命令，就更必须说服法院信纳发出命令是符合有关儿童的福利。

### 优点

3.79 英格兰法律委员会对此项原则的优点作如下解释：

*“有争议个案所占的比率很低，所以通常都不一定需要发出命令排解纠纷。当儿童与其父母双方关系良好，则应尽可能避免引用法律作出干预。发出分配管养权和探视权的命令（或甚至是决定同住或联系事宜）都带有一定风险，就是会分化父母的职能，以及也许使儿童与父母其中一方的关系变得疏离。”*<sup>372</sup>

### 弊端

3.80 不过，基达尼和马逊对此原则却有如下批评：

*“（不干预原则）与福利原则之间必定出现一定程度的矛盾。……当父母双方意见一致时，法院可能认为无须深入调查和不发出命令，因而未能顾及儿童的意愿和福利等事项。”*<sup>373</sup>

3.81 法院拒绝发出命令造成的实际影响，在 *B 诉 B(Grandparent: Residence*

---

<sup>370</sup> 第 1(5) 條。

<sup>371</sup> 《歐洲人權公約》第 8 條訂明，每個人的私人和家庭生活都有獲得尊重的權利。

<sup>372</sup> Law Com No. 172, paragraph 3.2.

<sup>373</sup> Cretney & Masson. 書日出處同上，第 563 段。

*Order*)<sup>374</sup> 一案中可见一斑。案中儿童与其外祖母同住，外祖母为此向法院申请同住令，并已征得该儿童的母亲的同意，但当地的教育机关却不愿接受外祖母的权能，并一直坚持要征得母亲的同意。有人表示担心儿童在接受紧急医疗前，必须征得同意，而且其母亲性格冲动，可能会随时将该儿童从其外祖母处带走。鉴此，如外祖母获发同住令，可令该儿童生活较为安稳，对该儿童较为有利。

### 批准安排的责任

3.82 由《1989 年儿童法令》修订的《1973 年婚姻诉讼法令》(Matrimonial Causes Act 1973)第 41 条规定，<sup>375</sup> 在任何离婚、婚姻无效或裁判分居的法律程序中，法院都有责任在审议为儿童所作的拟议教养和福利安排时，考虑应否行使《1989 年儿童法令》所授予的权力。<sup>376</sup>

3.83 当法院觉得应该行使其权力，但在行使其权力前仍需深入考虑案情，并因情况特殊，为儿童利益着想而有需要根据该条发出指示，则法院可以发出指示，规定未得法院许可不得作出离婚绝对判令、婚姻无效判令或裁判分居判令。第 41 条所指的责任仅适用于 16 岁以下的儿童，除非法院明确作出其他指示，则作别论。<sup>377</sup> 因此，绝对判令是不会自动暂停执行的。

3.84 根据 1989 年的法令规定的程序，由地方法官审议关乎儿童安排的陈述和由答辩人提交的申述书，倘若法官信纳法院无需行使 1989 年的法令所授予的权力，便会作出相应证明。如果法官不如此信纳，可指令(a)有关人士提供更多证据，(b)下令拟备福利报告或(c)双方当事人或其中一方出庭应讯。倘若父母其中一方拒绝遵从指示，法官可以押后发出绝对判令。因此，这个审查程序主要是“文书程序”，是在法官发出证书以证明呈请人有权取得暂准判令后进行的。<sup>378</sup>

### 对新条文的批评

3.85 弗曼忧虑儿童的利益可能为人所忽略：

*“只要拟议安排陈述书内容并非过分不合理，父母双方所订定的协议定然会获得批准。然而，备受吹嘘的儿童‘意愿和感*

---

<sup>374</sup> [1992] Fam Law 490.

<sup>375</sup> 附表 12 第 31 段。

<sup>376</sup> 這條文與《婚姻法律程序與財產條例》(第 192 章)第 18 條相若。

<sup>377</sup> Section 41(3) of the Matrimonial Causes Act 1973 as amended.

<sup>378</sup> Family Proceedings Rules 1991, rule 2.39.

受’<sup>379</sup> 会否在考虑之列？该名儿童将不会有独立的代表律师；……这本来是可藉此时机加强第 41 条的规定，并将第 1 条的动听辞令化为具体规定，但却都平白错过了。”<sup>380</sup>

### 《1996 年家庭法法令》

3.86 《1996 年家庭法法令》(Family Law Act 1996)改革了关于为儿童作安排的条文，<sup>381</sup> 但保留《1973 年婚姻诉讼法令》第 41 条所规定的法院职能，而规定法院在权衡应否行使 1989 年的法令所赋予权力时所需考虑的因素却增加了。<sup>382</sup> 现时新增的因素包括必须按儿童的年龄和理解能力考虑其意愿和感受，他表达意愿的情况，以至其父母在教养他的表现，也在考虑之列。此外，法院还必须考虑所作安排对儿童造成的危险，包括未来住所地点、与该父或母住在一起的人，<sup>383</sup> 以及为他所作的其他照顾和教养安排。

3.87 新引入的一项原则规定，在没有相反证据情况下：

“最符合儿童的福利是：

- (i) 让他与对他负有父母责任的人和其他家庭成员经常保持联络；及
- (ii) 尽可能与其父母维持良好关系。<sup>384</sup>

3.88 除非法院满意各方当事人对未来所作的财务安排，包括为其子女所作的安排，否则不能发出离婚命令。附表 1 就这项规定订定以下的例外情况（但根据第 11 条须就子女事宜令法院满意的规定除外）：因一方当事人或子女染病、残障或受伤而未能达成协议，而延误又会“严重损害该家庭任何子女的福利”，或“对申请人极为不利”。

### 命令的类别

3.89 根据 1989 年的法令，在任何家事法律程序进行期间，如遇到关乎任

---

<sup>379</sup> 見第 1(3)(a)條。

<sup>380</sup> Freeman. 書日出處同上，第 210 頁。

<sup>381</sup> 第 11 條。

<sup>382</sup> 法院行使酌情權時，會以兒童的福利為首要考慮因素。

<sup>383</sup> 當法院為母親發出同住令，而她的男朋友卻曾因性虐待其他兒童而被定罪，便是一例。

<sup>384</sup> 第 11(4)(c)條。

何儿童的福利问题，法院可发出命令。<sup>385</sup> 1989年的法令第8条订立了以下四类命令：

- (1) 同住令是指解决儿童与谁同住的安排的命令；
- (2) 联系令与探视令相若，是容许该儿童探望他人或与他人同住；
- (3) 指定事项令是为解决指定问题而发出指示的命令，有关问题须属关乎对儿童的父母责任的任何方面而已经或可能出现的问题；及
- (4) 禁止行动令是规定任何人在未得法院同意前，不得采取命令所指明的行动的命令，而该行动是原本对儿童履行父母责任或行使父母权利时可以采取的。

3.90 过去沿用的命令制度受人批评，被指为将重点放在父母其中一方可否控制另一方与子女一起时的行为，而非确保父母各自与子女一起时会善尽其职责。<sup>386</sup> 第8条的重点不在于分配抽象的权力，而是着眼于处理实际问题。因此，法院再无需处理谁应有法定管养权或实际管养权的问题。这正与该法令的理念相契合：当儿童父母已可在教养儿童事宜上合作时，应尽可能避免援引法律介入。由于发出第8条命令不会影响父母双方的父母责任，所以“注码减少”了，使整件事的结局不致出现“胜者全得”，或者更重要的是不致令“败者全失”。<sup>387</sup>

3.91 有部分论者关注到，上述改革会鼓励没有同住令但仍保留父母责任的父或母作出干预。不过，非同住的父或母所负有的父母责任，其实可能徒具象征意义而已，<sup>388</sup> 他履行有关责任的能力实际上可能已遭法院剥夺，因为他不能作出任何不符法院命令的行动，<sup>389</sup> 而法院在同住令中订立具体条件的权力也是甚广的。<sup>390</sup>

## 同住令

3.92 同住令是“解决儿童与谁同住的安排的命令”。<sup>391</sup> 这命令可能是简单地指名与儿童同住的人，或会列明有关安排的细节。尽管“同住令”本身的定

---

<sup>385</sup> 第10(1)條。

<sup>386</sup> Law Com No. 172, paragraph 4.8.

<sup>387</sup> Law Com No. 172, paragraph 4.5.

<sup>388</sup> Bainham, *The New Law: The Children Act 1989*, (1990), at paragraph 3.10.

<sup>389</sup> 第2(8)條。

<sup>390</sup> Cretney & Masson. 書目出處同上，第544-5頁。

<sup>391</sup> 第8(1)條。

义狭隘，但法院看来是从广义阐释该命令的涵盖范围。在 *Re P (Child) (Parental Responsibility Order)* 一案中，威尔逊(Wilson)法官表明同住令“赋予母亲有权对关乎该子女日常生活的一切事宜作出决定。”<sup>392</sup>

3.93 法院可以把同住令发给两个或以上并非住在一起的人，而在这些情况下，可能会在命令中指明儿童在不同住所居住的时间。<sup>393</sup> 因此，该法令确可让人作出分时同住安排的。<sup>394</sup> 然而，法院并不鼓励作出这种安排。上诉法院表明，必须先令法院信纳有关儿童在这种分时安排下确会受惠，才会裁定基于情况特殊而认同发出这种命令是有理据的。<sup>395</sup>

3.94 当父母同住一起连续超过六个月时间，同住令便会停止生效。<sup>396</sup> 尽管这可能被视为妨碍夫妇修好，但英格兰法律委员会认为，当儿童与其父母双亲同住时，继续施行规定儿童只与父母其中一方同住的命令是不切实际的。如果父母再次分居，届时的情況也可能有变，所以让其中一方自动处于较佳地位也是不适当的。<sup>397</sup>

#### 儿童的姓氏

3.95 所有同住令必然附带规定：未取得每位负有父母责任的人的书面同意或法院许可前，不得更改儿童的姓氏。<sup>398</sup> 英格兰法律委员会认为，儿童的姓氏是关乎他身分和他与其父母关系的重要标志，所以不应任由与儿童同住的父或母单方面采取行动。<sup>399</sup> 不过，更改儿童姓氏是无需该儿童同意的，但该儿童可以申请禁止行动令或指定事项令，以禁制他人更改其姓氏。

#### 迁离司法管辖区

3.96 此外，同住令还必然会附带另一项条件，就是在未取得对儿童负有父母责任的人的书面同意或法院许可前，不得将该儿童迁离联合王国超过一个月时

---

<sup>392</sup> [1993] 2 FCR 689.

<sup>393</sup> 第 11(4) 條。

<sup>394</sup> 在 *Riley 訴 Riley* [1986] 2 FLR 429 一案中，上訴法院以兒童需要安定的家為理由，反對分時同住安排，但這項決定實際上已給該法令推翻了。請注意，該法令中並沒有條文規定發出共同同住令會令各照顧者有責任互相徵詢對方意見；但可在命令中指明這項規定。

<sup>395</sup> *A v A (Minors: Shared Residence Order)* [1995] 1 FCR 91.

<sup>396</sup> 第 11(5) 條。

<sup>397</sup> Law Com No. 172, paragraph 4.13.

<sup>398</sup> 第 13(1) 條。

<sup>399</sup> Law Com No. 172, paragraph 4.14.



间；<sup>400</sup> 因为将该儿童带往海外作长时间居留，会影响该儿童与父母另一方的关系。

3.97 获发同住令的人可将儿童迁离不超逾一个月时间，目的是让他作出度假安排时，无需征求非同住的父或母的同意，也无需作出通知。尽管法令未有限制暂时迁离的次数，但当非同住的父或母忧虑该儿童可能被永久迁离时，可以申请禁止行动令，或要求法院在同住令上附加条件。

#### 未婚父亲

3.98 儿童的未婚父亲可以申请同住令，如果他成功取得同住令，但却未有藉协议或法院命令取得父母责任，法院便必须另行发出父母责任令。<sup>401</sup> 这规定的理据是，如果一方面准许该儿童与申请人同住，另一方面又拒绝给予他全面的父母责任，实在不合情理。法院只可在同住令停止生效时，才可终止父母责任令。<sup>402</sup>

#### 联系令

3.99 联系令是指“规定正在或将会与儿童同住的人容许儿童探望命令所指定的人，或与该人同住，或以其他方式与该人保持联系。”<sup>403</sup> 过去沿用的探视令是以成年人为本位，准许他探望儿童；但联系令则以儿童为本位，规定与儿童同住的人容许儿童与另一人保持联系。联系令通常容许合理的联系，但也可指定探望时间、频密程度和地点。“或以其他方式与该人保持联系”一句显示，法院可以指令以其他方法保持联系，包括通信或电话联络。

#### 指定事项令

3.100 指定事项令是“为解决指定问题而发出指示的命令，有关问题须属关乎对儿童的父母责任的任何方面而已经或可能出现的问题”，<sup>404</sup> 其目标不在于给予父母其中一方“权利”去决定某项事宜，而是使父母任何一方都可向法院申请，要求按福利原则对某项争议作出裁决。即使是没有父母责任的人，如未婚父亲等，仍可以就关乎儿童的重大医疗或教育事宜申请指定事项令。法院可下令让父母其中一方自行就指定事宜作出决定，也可在同住令或联系令中附加条件，规定在未通知父母另一方或让另一方有机会提出反对前，不得就若干事宜作出决

---

<sup>400</sup> 第 13(1)(2) 條。

<sup>401</sup> 第 12(1)(3) 條。這原則同樣適用於該兒童的父母或監護人以外的申請人；第 12(2) 條。

<sup>402</sup> 第 12(4) 條。

<sup>403</sup> 第 8(1) 條。

<sup>404</sup> 出處同前。

定。<sup>405</sup>

## 禁止行动令

3.101 禁止行动令是“规定任何人在未得法院同意前，不得采取命令所指明的行动的命令，而该行动是原本对儿童履行父母责任或行使父母权利时可以采取的”。<sup>406</sup> 订立禁止行动令旨在将法院监护安排的最重要特点纳入法定司法管辖权内。

3.102 在某些情况下，法院是有需要继续履行父母职能的。当法院使儿童成为受法院监护的人时，会规定未取得法院许可不得采取任何“重要行动”；但这未免流于空泛。禁止行动令的内容则较为明确，法院会在命令中列明需要转呈法院处理的事项，而可根据此命令解决的事宜包括儿童的教育和医疗等。<sup>407</sup>

3.103 指定事项令和禁止行动令都同样只限于规管与父母责任有关的事项，如果所希望达致的效果是可藉同住令或联系令可以达致的，则不应发出上述两项命令。<sup>408</sup> 这是为预防潜在的轻微风险，尤其是在没有争议的个案为然；所指的风险是有人会利用这些命令以达致与同住令或联系令一样的实际效果，但却可免有相关的法律效力。<sup>409</sup>

## 补充条款

3.104 在发出第 8 条命令时，法院可以：

- (a) 订明如何实施命令的指示；
- (b) 附加下列人士必须遵行的条件：
  - (i) 获发命令的人；
  - (ii) 儿童的父母或其他对该儿童负有父母责任的人；或
  - (iii) 现时与该儿童同住的人。

---

<sup>405</sup> 英格蘭法律委員會認為預先給予父母其中一方有權作出決定，而另一方又必須將該決定付諸實行，是與現代法律的整體精神相悖的。該委員會尤其反對舊有的“分權令”；將管養權交予父母一方，卻又將照顧和管束權交予另一方。Law Com No. 172, paragraph 4.18.

<sup>406</sup> 第 8(1)條。

<sup>407</sup> 當有同住令或聯繫令時，可藉行使附加條件的權力而免卻發出禁止行動令。

<sup>408</sup> 第 9(5)條。舉例來說，發出指定事項令指令將兒童從父親處交還母親，便會違反了第 9(5)條的規定。M v C (*Children Orders: Reasons*) 14 October 1992, FD, reported at [1993] Fam Law 433.

<sup>409</sup> Law Com No. 172, paragraph 4.19.

(c) 指明该命令或其中任何条款的有效日期；或

(d) 视乎情况而订定附带的、补充的或相应的条款。<sup>410</sup>

3.105 发出指示的权力主要是为法院而设的，以确保下令将某个案的现有安排作改变时可以顺利转变，<sup>411</sup> 也可用以确保在改变儿童住所前会有一段缓冲时间，或用以更准确地界定根据联系令来保持联络的方式。

3.106 附加条件和附加其他附带或补充条款的权力，是让法院有权解决个别纠纷，或就日后如何解决该纠纷作出指示。白洛夫(Brophy)指出，尽管该法律委员会建议为棘手案件发出同住令或联系令时应附加条件，其用意不是让父母其中一方享有谘询权，使另一方在执行重要决定前必须征询他的意见，<sup>412</sup> 而是藉行使这权力来解决问题，这会比过去将管养权和照顾及管束权分别交予父母双方的旧有“分权令”更为务实和可行。这权力不是用以为未来分配“权利”，<sup>413</sup> 但可于同住令或联系令中附加一项条件，规定在未通知对方或未让对方有机会提出反对前不得作出决定。

3.107 指明该命令或其中所载任何条款的有效期的权力，旨在保留《1973年婚姻诉讼法令》条文的灵活特质，免致拘泥于“临时”和“最终”命令之间的分别。<sup>414</sup> 事实上，该法令已清楚表明，尽管法院不能终止进行中的法律程序，但可于法律程序进行期间随时发出第8条命令。<sup>415</sup> 因此，临时与最终命令两者之间根本不再有任何区别。

#### 有关的儿童

3.108 法院可在家事法律程序中对关乎“任何儿童”福利的事宜发出第8条命令，<sup>416</sup> 甚至可为未获双方当事人视为他们家庭子女的儿童发出命令。<sup>417</sup>

3.109 儿童的定义是指未满18岁的人。<sup>418</sup> 然而，除非有特殊情况，<sup>419</sup> 否则

---

<sup>410</sup> 第11(7)条。

<sup>411</sup> Law Com No. 172, paragraph 4.22.

<sup>412</sup> Brophy, “Custody law, Child care and inequality in Britain”, Smart and Sevenhuijsen (ed) in *Child Custody and the Politics of Gender*, edited by, 225, 240 (1989).

<sup>413</sup> 出處同上，第4.23段。

<sup>414</sup> 出處同上，第4.24段。

<sup>415</sup> 第11(3)条。

<sup>416</sup> 第10(1)条。

<sup>417</sup> 在決定是否讓父母或監護人以外的人在沒有取得法院許可情況下申請命令一事，該兒童是否為“家庭子女”仍是重要的考慮因素：第10(4)(a)及(5)(a)條。

<sup>418</sup> 第105(1)条。

不能为已年满 16 岁的人发出第 8 条命令，而有关命令也不可订明于该儿童年满 16 岁以后继续有效。<sup>420</sup> 当儿童年满 16 岁时，命令便会停止有效；除非命令订明于儿童年满 16 岁后仍然有效，则作别论；<sup>421</sup> 如法院作出上述指令，有关命令将于儿童年满 18 岁时便停止生效。<sup>422</sup>

3.110 英格兰法律委员会解释说，年满 16 岁的儿童可能会离开校园并寻找全职工作，因而自当享有若干利益或自由度。当儿童年纪愈长，向他强制执行他从未参与意见的命令的理据便愈见牵强。<sup>423</sup>

### 可发出命令的情况

3.111 下列是可发出关乎儿童的命令的三种情况：

- (a) 在家事法律程序进行期间应申请而发出；<sup>424</sup>
- (b) 在进行家事法律程序期间，尽管没有人提出申请，法院可主动发出；及<sup>425</sup>
- (c) 在未有任何法律程序进行时，应完全独立的申请而发出。<sup>426</sup>

3.112 可发出命令的类别和有权申请命令的人，在所有家事法律程序都是一样的，其目标是提供方针一致且清晰的统一计划，让各人都知道自己所处地位。如情况许可，应尽可能于家事法律程序进行期间发出命令。这是旨在预防工作重复以致造成浪费，并确保关乎同一个儿童的申请都尽可能综合处理。<sup>427</sup>

### 家事法律程序

3.113 法院有权“在关乎任何儿童福利事宜的任何家事法律程序进行期间”发出第 8 条命令。<sup>428</sup> “家事法律程序”的定义，包括所有可能会提起影响儿童

---

<sup>419</sup> 舉例來說，年齡超過 16 歲但心智尚未成熟或有智障的人。

<sup>420</sup> 第 9(6)-(7)條。

<sup>421</sup> 第 91(10)條。

<sup>422</sup> 第 91(11)條。

<sup>423</sup> Law Com No. 172, paragraph 3.25.

<sup>424</sup> 第 10(1)(a)條。

<sup>425</sup> 第 10(1)(b)條。

<sup>426</sup> 第 10(2)條。

<sup>427</sup> Law Com No. 172, paragraph 4.33.

<sup>428</sup> 第 10(1)條。

教养事宜的法律程序，<sup>429</sup> 甚至包括高等法院援引其固有司法管辖权而提起关乎儿童的法律程序，而这主要是法院监护程序。此举可让无需法院积极监护的个案另作安排，从而减少应用法院监护安排的个案。倘若有人提起法院监护程序，法院也可藉发出第 8 条命令予以处置。英格兰法律委员会解释说：

*“这些建议的主要目标，是减少需要援引高等法院关于法院监护的司法管辖权的个案。在申请要求法院监护的个案中，有很多其实并非需要法院继续履行父母责任，而只是由于别无其他法律程序可供采用而已。一旦有其他程序可供采用，即使有人提出有关要求，法院本身可能倾向拒绝行使司法管辖权，或起码会以这种方式处置有关的法律程序。”<sup>430</sup>*

3.114 根据《1973 年婚姻诉讼法令》提起的法律程序也会包括在内。这会扩阔法院处理离婚、裁判分居或经济济助的法律程序中关乎儿童事宜的权力，以致当呈请被驳回、申索经济济助失败，或谋求更改赡养协议时，法院仍有权发出第 8 条所订立的任何命令。<sup>431</sup>

### 第三者提出申请

3.115 过去的法律对于监护人提出的申请“所设限制条件芜杂”，而容许父母或监护人以外的人寻求管养权和探视权的“一系列条文令人困惑”；<sup>432</sup> 而为避免受上述规限，可安排儿童成为受法院监护的人。1989 年的法令正是旨在减少需要应用法院监护安排的个案，删除发言权的技术性规定，并确保任何真正关心儿童福利的人都可藉家事法律程序向法院提出申请。

3.116 第 9 条限定只许地区主管当局以外的人申请第 8 条命令。这是贯彻《1989 年儿童法令》将公法与私法权力区分的立法精神；尽管该法令已将公法和私法兼收并蓄。第 9 条也限定，地区主管当局安排的寄养父母除非已取得主管当局的同意并且是儿童的亲属，或与儿童同住最少三年，否则不得提出申请。

3.117 第 10 条规定，有权提出申请第 8 条命令的人或已就申请取得法院许可的人，都可以申请第 8 条命令。

---

<sup>429</sup> Section 8(3) and (4). “Family proceedings” include proceedings under the Matrimonial Causes Act 1973, the Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act 1976 and Part III of the Matrimonial and Family Proceedings Act 1984.

<sup>430</sup> Law Com No. 172, paragraph 4.35.

<sup>431</sup> Cretney & Masson. 書日出處同上，第 543 頁。

<sup>432</sup> Law Com No. 172, paragraph 4.39.

*无需许可而提出申请*

3.118 下列三类为享有当然权利申请第 8 条命令的人：

- (a) 父母（包括未婚父亲）；
- (b) 监护人；及
- (c) 获发同住令而该令又正在施行中的人。<sup>433</sup>

3.119 第 10(5)条列出无需许可而可申请同住令或联系令的条件：

- (a) 视该儿童为家庭子女的婚姻（无论仍否续存）中任何一方；<sup>434</sup>
- (b) 在过去五年内与儿童同住时间合计最少有三年；<sup>435</sup> 及
- (c) 符合下列条件的人：
  - (i) 在关乎该儿童的同住令生效期间，已取得获发该命令的各人同意；
  - (ii) 当该儿童付托予地区主管当局照顾时，已取得有关当局的同意；或
  - (iii) 在其他情况下，已取得各个对该儿童负有父母责任的人（如有的话）的同意。<sup>436</sup>

3.120 已申请命令或为联系令所指名的人都有权申请更改或撤销该命令。<sup>437</sup> 法院规则可订明其他各类享有当然权利申请命令的人。<sup>438</sup>

*取得许可而提出申请*

3.121 下列三类为需要法院许可的申请人：

---

<sup>433</sup> 第 10(4)條。

<sup>434</sup> 第 10(5)(a)條。這類別包括繼父／母。關於“家庭子女”的涵義，可參閱第 105(1)條。

<sup>435</sup> 第 10(5)(b)及(10)條。

<sup>436</sup> 第 10(5)(c)條。

<sup>437</sup> 第 10(6)條。

<sup>438</sup> 第 10(7)條。

- (a) 地区主管当局安排的寄养父母；<sup>439</sup>
- (b) 没有权利提出申请的其他人；<sup>440</sup> 及
- (c) 法律程序所关乎的儿童。

3.122 对于不属第(4)款所列享有当然权利类别的人，第 10(9)条规定法院在决定是否给予许可时，应考虑下列因素：

- (a) 拟议申请的性质；
- (b) 申请人与该儿童的关系；
- (c) 拟议申请会打扰该儿童生活，致令他蒙受伤害的风险；及
- (d) 当儿童受地区主管当局照顾时：
  - (i) 主管当局为儿童的未来所作的计划；及
  - (ii) 该儿童的父母的意愿及感受。<sup>441</sup>

#### 儿童作为一方当事人

3.123 当第 8 条命令的申请是由案中儿童提出的，则根据第 10(8)条规定，法院只会在信纳该儿童“具有充分理解能力作出拟议申请”时才会给予许可。<sup>442</sup> 作出这项规定，旨在确保提出申请的确是儿童本人而非其他成年人。如不获法院许可，该儿童仍可以一方当事人身分参与法律程序。<sup>443</sup> 这项司法管辖权只限于解决关乎儿童的重要事宜时才可行使。<sup>444</sup>

3.124 根据 1989 年的法令和高等法院的固有司法管辖权，该儿童也可申请许可，在没有起诉监护人或诉讼监护人的情况下提起法律程序，或在法律程序中抗辩，方法是以书面列明申请理由或于任何聆讯中作出口头要求。<sup>445</sup> 这放宽了禁制规则；该规则原本规定未成年人如非通过起诉监护人或诉讼监护人，不得提起法律程序，或在法律程序中抗辩。此外，当有律师认为该儿童具有充分理解能

---

<sup>439</sup> 第 9(3)至(4)條。

<sup>440</sup> 第 10(1)(a)(ii)條。

<sup>441</sup> 第 10(9)條。

<sup>442</sup> 第 10(8)條。

<sup>443</sup> Cretney & Masson. 書目出處同上，第 558-9 頁。

<sup>444</sup> 在 *Re C (Minor: Leave to Apply for Order)* [1994] 1 FCR 837 一案中，一名 14 歲兒童為申請指定事項令以便與朋友度假一事向法院尋求許可，但遭拒絕。

<sup>445</sup> Rule 9 (2A) of the Family Proceedings Rules 1991, added by SI 1992/456.

力作出指示，并已接受指示代表该儿童行事时，则该儿童也可以在沒有起诉监护人或诉讼监护人的情况下参与法律程序。<sup>446</sup>

### 取得许可的理据

3.125 有关取得许可的规定旨在保障儿童及其家人，以免他们的舒适安稳生活受到不当干扰，同时又确保儿童的权益会受到适当尊重。英格兰法律委员会指出：

*“从来都很难找到充分理由干预父母履行其职责的，除非他们采取或更可能的情况是不采取某项行动的决定，会严重威胁其子女福利，但届时也只有代他们采取该行动（医疗便是明显例子）的人才具有所需的利害关系。……在新计划下，每当有充分理由令人相信交由法院处理会有利儿童福利的，便可将有关事宜提交法院处理。”<sup>447</sup>*

### 法院的其他权力

#### 监管令

3.126 在 1989 年的法令施行前，每遇有“特殊情况而较宜将该儿童交由独立人士监管时”，法院都可主动发出监管令或照顾令。<sup>448</sup> 不过，有关规定不能反映发出监管令所要达致的不同目的。发出命令给地区主管当局，目的是保护儿童免受伤害；发予福利工作人员或感化主任的，则是为父母提供短期协助，协助他们处理分居或离婚事宜，并促使他们日后合作。<sup>449</sup> 1989 年的法令已澄清了上述情况，规定法院可分别为上述两个不同目的而选择发出“第 37 条指示”给地区主管当局，或发出“家庭援助令”。

#### 家庭援助令

3.127 这项命令的目的是“将福利工作人员短期介入家庭，以协助他们解决分居或离婚所衍生的问题和纷争的安排加以规范”。<sup>450</sup> 在任何家事法律程序中，只要属法院有权发出第 8 条命令的程序，则不管已否发出第 8 条命令，法院都可

---

<sup>446</sup> 出處同前。

<sup>447</sup> Law Com No. 172, paragraph 4.41.

<sup>448</sup> For example, Matrimonial Causes Act 1973, section 44(1).

<sup>449</sup> Law Com No 172, paragraph 5.12.

<sup>450</sup> 出處同上，第 5.19 段。



以发出上述命令。<sup>451</sup> 这项命令虽然只可由法院主动发出，但各方当事人也可在法律程序进行期间要求法院发出。<sup>452</sup>

3.128 这项命令规定，有关方面必须安排感化主任或地区主管当局辖下的人员“为命令指名的人提供意见及协助，并（在适当情况下）与其建立友谊”。<sup>453</sup> 命令所指名的人可能是该儿童、其父母或监护人、与该儿童同住的任何人，或获发联系令而该令又正在施行中的任何人。法院必须信纳“该案情况特殊”以及命令所指名的各人（除了该儿童外）都是同意有关安排的。<sup>454</sup>

3.129 对于应否更改或撤销施行中的第 8 条命令方面，上述人员的权力只限于将有关事宜转介法院处理。<sup>455</sup> 至于虐待或疏忽照顾儿童方面的事宜，则应交由地区主管当局处理。由于这项命令旨在提供短期援助，所以有效期为六个月；除非法院指定更短期限，则作别论。<sup>456</sup> 不过，现时没有任何规定禁止法院发出进一步命令。

#### *第 37 条的指示*

3.130 根据过去的法律，在私法的法律程序进行期间，法院可在特殊情况下主动发出监管令或照顾令。这与 1989 年的法令所施行的政策背道而驰；这政策规定在保障儿童一事上，负有首要法定责任的是地区主管当局。为此，1989 年的法令撤销了上述权力，但同时又赋予法院有限权力，可策动地区主管当局采取行动。

3.131 第 37 条规定，在任何家事法律程序进行期间，凡遇到关乎任何儿童福利问题时：

*“而法院觉得可能适宜对该儿童发出照顾令或监管令，法院可指令适当的主管当局调查该儿童的情况。”*

主管当局必须随而考虑应否申请照顾令或监管令；为该儿童或其家人提供协助；或采取任何关乎该儿童的其他行动，并必须于八周内向法院汇报结果。当主管当

---

<sup>451</sup> 第 16(1)條。

<sup>452</sup> 根據 Bromley 所述的。書目出處同上，第 373 頁。由此看來，各方當事人不能單就家庭援助令向法院提出申請。

<sup>453</sup> 第 16(1)(2)條。

<sup>454</sup> 第 16(3)條。

<sup>455</sup> 第 16(6)條。

<sup>456</sup> 第 16(5)條。

局最终决定不申请命令时，法院是无权发出照顾令或监管令的。

3.132 法院可在调查期间发出临时监管令或照顾令，<sup>457</sup> 这可杜绝延误所衍生的问题，同时又确保在发出正式命令前，主管当局已明瞭问题所在，以及该命令将会施加的责任。<sup>458</sup>

## 独立法律代表

### 诉讼监护人

3.133 根据公法处理的案件，由律师代表儿童行事是常规而非例外情况；但私法却不然，只有在例外情况下才会有律师代表儿童行事，而法院也只有在指定的法律程序中，才必须委任诉讼监护人作为儿童的代表，“除非法院信纳无需作如此安排以维护儿童利益”，则作别论。<sup>459</sup> 指定的法律程序是指涉及政府干预的法律程序，并包括下列情况：

- (a) 要求发出照顾令或监管令的申请；
- (b) 法院已根据第 37 条向地区主管当局发出指示着其调查该儿童的情况，而法院又已经或正在考虑发出临时照顾令；
- (c) 法院正考虑是否向作为照顾令标的的儿童发出同住令；及
- (d) 要求受照顾的儿童与他人保持联系的申请。

3.134 法院规则规定，诉讼监护人是负有维护儿童利益的责任。<sup>460</sup> 除非已有律师委任，否则监护人须委任律师代表该儿童行事，<sup>461</sup> 而给予律师的指示，也应由监护人提供。此外，监护人在完成调查后，必须提交报告阐述有关儿童的利益。

### 《1996 年家庭法法令》

---

<sup>457</sup> 第 38(1)條及(2)條。

<sup>458</sup> Law Com No. 172, paragraph 5.16.

<sup>459</sup> Section 41(1). See also rule 9(5) of the Family Proceedings Rules 1991.

<sup>460</sup> 第 41(2)(b)條。訴訟監護人必須就下列事宜提供意見；兒童的意願；以某目的而言，兒童是否具有足夠理解能力；法院可為該兒童所作出的安排方案；及法院向他所查詢的任何事宜。Rule 4.11(4) of the Family Proceedings Rules 1991, (SI 1991/1247)。

<sup>461</sup> 出處同上，規則第 4.11(2)條。

3.135 《1996 年家庭法法令》第 64 条授权大法官兼上议院议长订立规例，规定进行该法令第 II 和 IV 部<sup>462</sup> 或《1978 年家庭法律程序及裁判法院法令》(Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978)的法律程序时，必须有独立法律代表。规例可订明，在若干指定情况下必须有律师代表行事。

#### 委任律师

3.136 倘若在根据 1989 年的法令提起的法律程序中，案中儿童没有诉讼监护人，<sup>463</sup> 法院可以委任律师作为其代表。<sup>464</sup> 不过，当已有诉讼监护人委出，而该儿童有意并有能力自行给予指示，<sup>465</sup> 但有关指示又与监护人所作的互相矛盾，则已获委任的律师必须听从该儿童的指示行事。<sup>466</sup> 然而，该儿童必须具有足够的理解能力和有意愿发出指示给律师。<sup>467</sup>

3.137 布芙大法官提出以下意见：

“在一些情况下，让该儿童翻阅所有文件和听取所有证据或许不切合他的最佳利益，但如果他是一方当事人，又可否阻止他翻阅有关资料或将他拒诸于法院门外？……这种对抗制度可否……迎合这种由该儿童直接介入的模式，抑或必须转变为侧重研讯的聆讯模式？又如果儿童可以在家事法律程序中直接发出指示给律师，何不在其他关乎他的法律程序也作如此安排？”<sup>468</sup>

#### 强制执行第 8 条命令<sup>469</sup>

3.138 根据《1980 年裁判法院法令》(Magistrates' Courts Act 1980)，由裁判法院发出的第 8 条命令是可以强制执行的，方法是向失责人士处以罚款，或将他交付监狱羁押，直至该失责行为已获补救或已将他监禁不超过两个月时间。<sup>470</sup> 法

<sup>462</sup> 第 II 部處理離婚和分居事宜，而第 IV 部則處理家庭住所和家庭暴力案件。

<sup>463</sup> Rule 4.12, *op cit*, and rule 12 of the Family Proceedings Courts (Children Act 1989) Rules 1991, (SI 1991/1395)。

<sup>464</sup> 第 41(3)及(4)條。

<sup>465</sup> 現時沒有規則訂明兒童須達至甚麼年齡才可視為具有能力發出指示。Bromley 和 Lowe 提議的粗略法則，是將 10 歲或以上的兒童都視為具有能力的。Bromley & Lowe, “*Bromley's Family Law*”, (1992), 520.

<sup>466</sup> 書日出處同上，規則第 4.12(1)條。

<sup>467</sup> 第 41(4)(b)條。

<sup>468</sup> Dame Margaret Justice Booth, “The Children Act 1989 - the Proof of the Pudding”, *Statute Law Review*, Vol 16, No 1, (1995) at 17-8.

<sup>469</sup> See generally, Lowe (1992) 4 *Journal of Child Law*, 26.

<sup>470</sup> Children Act 1989, section 14 and Magistrates' Courts Act 1980, s63(3). Children Act 1989 第 14 條只提交同住令，但 Magistrates' Courts Act 1980 第 63(3)條應適用

院可主动或应投诉采取行动。<sup>471</sup>

3.139 在郡级法院和高等法院中，可以藐视法庭罪处罚违反命令的行为。藐视者如违反高等法院命令，可被判处监禁达两年，其财产可遭扣押，或被判处罚款。<sup>472</sup> 根据规定，有关命令<sup>473</sup> 必须附有刑罚通知书<sup>474</sup>，并必须在无合理疑点下证明被告人是明知而故意违反命令的。<sup>475</sup>

3.140 当有第 8 条命令规定某人将儿童交予另一人时，而发出命令的法院信纳该儿童尚未被交出，该法院可发出命令授权法院人员进入处所（有需要时可使用武力）寻找该儿童、管领该儿童，以及将该儿童交予前述的另一人。<sup>476</sup>

3.141 强制执行权力应视为非不得已时才采用的补救方法。基达尼和马逊指出：

*“实际上，看来法院都不愿行使其强制执行权力，除非是确保将儿童交还与他同住的照顾者。……联系令所带来的强制执行问题更为棘手：与儿童同住的父或母如拒绝容许有任何联络，可遭监禁，但这通常都不切合儿童的最佳利益。……在强制执行联系令前，法院或会尝试界定或删除该命令的条款，使该命令较易接受。……法院可发出家庭援助令，希望由福利工作人员订定可接受的安排，甚至可威胁更改儿童的住所。”<sup>477</sup>*

## 延误

3.142 1989 年的法令规定，“在任何法律程序中，如遇到关乎儿童教养事宜，

---

於其他第 8 條命令因為這些命令“處理繳付款項以及不做某些事情以外的其他事情”。P v W [1984] Fam Law 32.

<sup>471</sup> Contempt of Court Act 1981, section 17, schedule 3.

<sup>472</sup> Contempt of Court Act 1981, section 14.

<sup>473</sup> Rules of the supreme Court, Order 45 r 7(4); County Courts Rules, Order 29, r 1(3) as amended by the Family Proceedings Rules 1991, r 4.21A.

<sup>474</sup> 這通知書是警告命令所針對的人士，如不遵從命令行事，即屬藐視法庭，可判處監禁。

<sup>475</sup> 關於法律程序，見 Rules of the Supreme Court 第 45 號命令第 5 條規則及第 52 號命令；County Courts Rules 1981 第 29 號命令第 1 條規則。如交付羈押令的申請是源自關於法院監護安排、或純粹或主要關於監護、管養或教養幼年人或關於對幼年人的探視權的，法院可作非公開聆訊。RSC 第 52 號命令第 6 條規則。

<sup>476</sup> Family Law Act 1986, section 34, as amended by Children Act 1989, schedule 13, paragraphs 62 and 70.

<sup>477</sup> Cretney & Masson. 書目出處同上，第 580-581 頁。

法院须顾及如延误作出决定可能会妨害儿童福利的一般原则”。<sup>478</sup> 在任何法律程序进行期间，如出现关乎发出第 8 条命令的问题，法院必须订定时间表，以确保作出决定的过程不会有延误，并作出法院认为适当的指示，以确保可按照时间表行事。<sup>479</sup> 法院有责任监督案件的进度，并须假设所有延误都会妨害儿童的利益，除非有相反证据成立，则作别论。在某些情况下，延误可能有利儿童福利，如从详尽的福利报告所得的裨益，会超过为取得报告以致延误所造成的不良影响，便是一例。

3.143 订立采取各行动期限的时间表的程序，是受法院规则所规管。<sup>480</sup> 根据有关规则，法院必须在法院聆讯结束前订定确实提讯日期，直至申请已完全处置为止。日期一旦订定后，未取得法院许可不得延展。<sup>481</sup>

#### 订定时间表的理据

3.144 英格兰法律委员会对为何需要订定时间表作出如下解释：

*“关于儿童未来生活安排的诉讼延宕日久，会对他们造成严重伤害，因为这不仅令他们对前途感到忐忑不安，更会破坏其父母之间的关系，使他们日后难以合作。此外，最常见的后果是届聆讯开始时，非与儿童同住的父或母会陷入非常不利的处境，而令人深感遗憾的是，总有一方当事人会因阻延法律程序……及……在此期间妨碍联络而受惠的。”*<sup>482</sup>

#### 司法管辖权

3.145 《1989 年儿童法令》建立了一个新的司法管辖架构，以处理儿童案件。“这个架构开创新局面，使所有关乎同一名儿童的法律程序自此可于同一间法院中聆讯，而所有法院和所有法律程序都通用同一套规则（但这主要限于私法范畴，关于法院监护安排的除外）。”<sup>483</sup>

3.146 根据第 92(7)条，高等法院、郡级法院及家事法律程序裁判法院有共

---

<sup>478</sup> 第 1(2)條。

<sup>479</sup> 第 11(1)條。

<sup>480</sup> Family Proceedings Rules 1991 管限高等法院及郡級法院的法律程序，而 Family Proceedings Courts (Children Act 1989) Rules 1991 管限裁判法院的法律程序。

<sup>481</sup> 可參閱 1993 年 11 月 2 日發表的實務指示，內載關於各方當事人有責任對關乎兒童的法律程序的聆訊作出所需時間的評估。[1994] 1 All ER 155。

<sup>482</sup> Law Com No. 172, paragraph 4.55. 阻延會使現有情況持續下去，更難要求改變。

<sup>483</sup> Scott, “Problems in Court Structures and Processes”, 44 CLP 15, 24-5 (1993).

同司法管辖权，可聆讯所有关乎儿童的法律程序。该条规定，就该法令而言，任何关于“法院”的提述，都是指“高等法院、郡级法院或裁判法院”，其主要目标是“尽可能使命令划一，而在各级法院可提起的法律程序和应用的补救方法都是灵活且统一。”<sup>484</sup>

## 编配法律程序

### 展开

3.147 迅速及有效率地处理个案的管理目标，可藉新订的“开始”和“转介”条款实现。附表 11 第 1(1)及(2)段授权大法官兼上议院议长发出命令，以规管根据 1989 年的法令进行的法律程序，应在何级法院或在同级按描述所指的法院展开。

3.148 《1991 年儿童（编配法律程序）命令》(Children (Allocation of Proceedings) Order 1991)第 3 条规定，若干“指定的法律程序”，即关乎地区主管当局的程序必须在裁判法院展开；这也是唯一受 1991 年的命令规管，必须在指定级别的法院展开的法律程序。然而，根据 1989 年的法令而提起的法律程序，绝大部分都是“自我编配”的，因为占最大多数的案件都是来自离婚程序，所以有关的法律程序，必须在郡级离婚法院提起。“迄今尚未有正式规例，规管如何编配最初审理法院，以处理关乎第 8 条命令或 1989 年法令第 1 部命令的独立申请。”<sup>485</sup>

### 移交

3.149 将案件编配予不同法院，使法律程序及部分法律程序可易于以纵向或横向在各级或同级法院之间移交，是受法院规则管制。<sup>486</sup> 此外，法律程序也可向侧旁移交，例如由一间裁判法院移交至另一间裁判法院。

3.150 《1991 年儿童（编配法律程序）命令》界定了可导致案件移交的条件：

*“如该案件的案情异常严重、重要或复杂；如该案件应与  
已在其他法院进行中的家事法律程序合并处理；如在特别情况下*

---

<sup>484</sup> Bainham, *Children - The Modern Law*, at 68-9.

<sup>485</sup> 出處同前。

<sup>486</sup> 第 92(6)條及附表 11 第 1 及 2 段。被交由 Children (Allocation of Proceedings) Order 1991 作出移交的法院在發出命令前，必須考慮此舉是否切合兒童的最佳利益，理由包括接受移交的法院會加快聆訊案件；或有關程序適宜與接受移交法院處理中的待決程序一併處理；或“其他理由”。Dame Margaret Justice Booth. 書目出處同上，第 18 至 19 頁。

移交该案件可大大加速法律程序的裁决，这包括当延误会严重妨害儿童利益的情况。”

3.151 根据附表 11 第 2 段，大法官兼上议院议长有权指令在特定情况下，将整体或部分指明的法律程序移交另一间法院（不管是否同级法院），而且可随时于任何阶段移交法律程序。在较高级别法院处理儿童案件的司法人员，应为处理家事案件的专才，他们不但经验丰富，而且曾受过训练。

3.152 大法官兼上议院议长有权在征得家事庭庭长同意后作出指示：(1)将某类家事法律程序编配予某一级别（或界别）的法官，及(2)将某类法律程序编配予指定的法官处理。“其用意旨在组成一群指名巡回法官及地方法官（前为郡级法院司法常务官），专责处理指定类别的家事法律程序，并藉指示将案件指派予他们处理。”<sup>487</sup>

## 私隱权

3.153 《1989 年儿童法令》规定，可引用《1980 年裁判法院法令》订立规则，规定法院在行使 1989 年的法令所赋予权力时，可非公开聆讯案件，<sup>488</sup> 但却未有为级别较高的法院非公开聆讯案件一事作出规定。怀特、卡尔及诺尔预期高等法院在聆讯根据 1989 年的法令提出的申请时，会继续按照《最高法院规则》(Rules of the Supreme Court)的规定在内庭处理有关申请。<sup>489</sup>

## 发布资料

3.154 任何人如发表任何资料，用以识别正在裁判法院审理的儿童法律程序中的儿童身分、该儿童的地址或就读的学校，即属犯罪。<sup>490</sup> 被告如能证明他不知道且也没有理由怀疑所发表的资料是用以识别该儿童身分的，可作免责辩护。法院或大法官兼上议院议长如信纳为儿童福利着想有需要解除有关限制，可予以解除。<sup>491</sup>

3.155 至于级别较高的法院方面，《1960 年司法法令》(Administration of Justice Act 1960)禁止发表与法院非公开聆讯下列法律程序有关的资料：

---

<sup>487</sup> Scott, “Problems in Court Structures and Processes”, 44 CLP 15, at 25 (1993).

<sup>488</sup> 第 97(1)條。

<sup>489</sup> White, Carr & Lowe, *op cit* at paragraph 9.24. See Rules of the Supreme Court, Order 90, rule 7.

<sup>490</sup> 第 97(2)至(6)條。

<sup>491</sup> 第 97(4)條。這條文適用於披露有關事實會切合兒童利益的案件。

- (a) 关乎高等法院对未成年人行使其固有司法管辖权的法律程序；
- (b) 根据《1989 年儿童法令》提起的法律程序；或
- (c) 在其他方面与赡养或教养任何未成年人有关的法律程序。<sup>492</sup>

3.156 这条文禁止发表与聆讯有关的报告内容，以及证人在法律程序进行期间所作的证供和陈词内容，但不会禁制发表儿童的名字、地址或照片，以及命令的详情。<sup>493</sup>

## 法院监护安排

### 公法的法律程序

3.157 高等法院根据《1969 年家庭法改革法令》(Family Law Reform Act 1969) 将受法院监护的人付托地区主管当局照顾（或监管）的法定权力，已遭废除。<sup>494</sup> 此外，高等法院再不能行使其固有司法管辖权，规定将儿童付托地区主管当局照顾（或监管），或规定将儿童付托地区主管当局安排住宿。<sup>495</sup>

3.158 高等法院也不能行使其固有司法管辖权，使已是照顾令标的的儿童成为受法院监护的人。<sup>496</sup> 现时，在照顾令下的儿童，不会在有人提出法院监护申请时随即成为受法院监护的人，这是很明确的。<sup>497</sup> 然而，高等法院仍可以行使其固有司法管辖权，以决定在照顾令下的儿童的个别问题。

3.159 此外，高等法院不能行使其固有司法管辖权，“在任何已经或可能衍生关乎对儿童的父母责任事宜上，授权任何地区主管当局作出裁决”。<sup>498</sup>

---

<sup>492</sup> Administration of Justice Act 1960, section 12, as amended by the Children Act 1989, schedule 13, paragraph 14.

<sup>493</sup> White, Carr & Lowe. 書目出處同上，第 9.29 段。高等法院可根據其固有司法管轄權施加特定的限制。有關進一步資料，請看有關判例。Clarke Hall & Morrison on Children, Vol. 1 paragraphs 303-330.

<sup>494</sup> 第 100(1)條。

<sup>495</sup> 第 100(2)(a)(b)條。高等法院所能做的只限於根據第 37 條指令地區主管當局調查兒童的情況。

<sup>496</sup> 第 100(2)(c)條。在兒童受當局照顧期間，任何人都不得尋求同住令以外的第 8 條命令：第 9(1)條。

<sup>497</sup> Supreme Court Act 1981, section 41(2A), added by Children Act 1989, schedule 13. Paragraph 45(2). 不過，就受法院監護的人發出照顧令，會終止該法院監護安排：第 91(4)條。

<sup>498</sup> 第 100(2)(d)條。



## 私法的法律程序

3.160 1989 年的法令不会对私人应用法院监护安排直接造成影响。法院监护制度属于该法令对“家事法律程序”所作定义的范围内，<sup>499</sup> 并可用于解决关乎儿童的私人事宜。该法令旨在将法院监护安排最具价值的特点纳入法定司法管辖权中，从而减少需要援引高等法院固有司法管辖权的情况。<sup>500</sup> 由于第 8 条赋予法院可在所有家事法律程序中行使广泛的权力，所以现时需要应用法院监护安排的情况已经减少。因此，任何有利害关系的人如欲维护儿童的健康和福利，在家事法律程序中除了可运用法院监护制度外，也可申请禁止行动令或指定事项令。<sup>501</sup>

3.161 布芙大法官认为，在目前，提起法院监护程序或援引高等法院固有司法管辖权都应视为例外情况。她指出：

*“只有明显地令法官觉得……关于儿童的教养或财产事宜不能通过法定程序解决；……或当儿童人身陷入危险，并只有藉着受法院监护的身分才可受保护；<sup>502</sup> 或证明这身分会较普通的藐视法庭罪的刑罚更具阻吓作用的情况下，才可提起法院监护程序。”<sup>503</sup>*

3.162 基达尼和马逊指出，法院监护安排（或法院的固有司法管辖权）对下列个案而言仍具有重要价值：<sup>504</sup>

- (a) 需要高等法院的卓越技巧和权威（除非有关移交的规则成功地并恰当地将案件编配）的个案；
- (b) 迅速取得命令属关键因素的个案；
- (c) 需要强制令以制约第三者行动（除非引进有关家庭暴力法律

---

<sup>499</sup> 第 8(3)(a) 條。即高等法院對兒童的固有司法管轄權。

<sup>500</sup> Law Com No. 172, paragraph 4.18-20; HL Deb, 6 Dec 1988 Vol 502, col 493.

<sup>501</sup> 舉例來說，為可在沒有其父母同意下醫治兒童，醫護界可藉法院監護制度或尋求指定事項令取得法院授權，採取違逆其父母意願的行動。父母如有意阻止醫護界醫治其子女，也同樣可以藉法院監護制度或尋求禁止行動令加以阻止。

<sup>502</sup> 原訴傳票一旦發出，則該兒童便成為受法院監護的人，自此以後，在未得法院同意前不得作出關乎兒童的“重要行動”。

<sup>503</sup> Dame Margaret Justice Booth. 書日出處同上，第 19 頁。

<sup>504</sup> Cretney & Masson. 書日出處同上，第 579 頁。法院監護權只是高等法院行使其作為最高監護人的固有司法管轄權的其中一種用途。除了法院監護安排外，高等法院可援引其固有的司法管轄權而為兒童發出命令。見 Bromley 和 Lowe，書日出處同上，第 459 頁。

的改革方案) 的个案;<sup>505</sup> 及

(d) 较宜由法院继续监护的个案。

---

<sup>505</sup> See Part IV of the Family Law Act 1996.

## 第 4 章

### 各地法律的比较：苏格兰

4.1 本章研究苏格兰法律委员会在《家庭法报告书》(Report on Family Law)<sup>506</sup> 所提出的建议和其后将建议付诸实施的法例。《1995 年苏格兰儿童法令》并不只是参照英格兰的《1989 年儿童法令》而制定的，因为苏格兰法律委员会有机会观察《1989 年儿童法令》在执行时可行与不可行之处。香港的家庭律师和其他人士多年来一直呼吁香港应参照《1989 年儿童法令》立法。我们可藉分析苏格兰法律委员会不采纳英格兰法令部分条文的原因，从中汲取经验，并用以拟定最切合香港情况的改革建议。

#### 父母责任

4.2 《1995 年苏格兰儿童法令》对父母责任和父母权利的法律作出修改。法令第 1 条规定儿童的父母有以下责任：

- (a) 保障及促进该儿童的健康、成长<sup>507</sup> 和福利，
- (b) 按该儿童的成长阶段向他提供适当的
  - (i) 指示，
  - (ii) 指引，
- (c) 他如果不与该儿童同住，须与该儿童保持个人关系，并定期直接联络，及
- (d) 担任该儿童的法律代表。<sup>508</sup>

4.3 当儿童的父母违反上述责任时，该儿童或儿童的代表可提出起诉。<sup>509</sup> 第 1(4)条规定，这些新订的父母责任可以取代现有普通法下的责任，但不能取代

---

<sup>506</sup> 1992 年第 135 號。

<sup>507</sup> 1989 年《聯合國兒童權利公約》第 18 條提述父母“對兒童的養育和發展負有責任”。

<sup>508</sup> 委員會建議這條文賦予父母能力，可在符合其子女利益的情況下管理屬於其子女的任何財產。見 2.6 段。

<sup>509</sup> 第 1(3)條。

法定责任,例如根据《1985年苏格兰家庭法法令》(Family Law (Scotland) Act 1985)和《1991年供养儿童法令》(Child Support Act 1991)有关经济资助的责任,以及根据《1980年苏格兰教育法令》(Education (Scotland) Act 1980)有关教育的责任。

510

## 目的

4.4 苏格兰法律委员会提议,在法例中陈述父母责任的目的在于:

- (a) 把法例已隐含的规定作出明示;
- (b) 消除父母只有权利而没有责任的印象;及
- (c) 使法例清楚阐明父母权利不是绝对的或无限制的,而赋予父母权利是为了使他们可履行其责任。<sup>511</sup>

4.5 尽管普通法已承认有一般父母责任,但大部分人士大力支持在法例中明确陈述父母责任。<sup>512</sup> 《联合国儿童权利公约》第5条提述:

*“父母……有责任……以符合儿童不同阶段接受能力的方式,对儿童行使本公约所确认的权利提供适当的指导和指引。”*

4.6 第5条的重点在于阐明儿童在上述公约下所享有的权利。委员会认为,由于这项原则已获苏格兰的法律确认,故应把该原则纳入法例内:

*“适当的指导和指引所关乎的,不仅是儿童如何行使其权利(例如根据《1991年苏格兰具法律行为能力的年龄法令》(Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991)儿童立约的权利),更为重要的是关乎儿童的责任,甚至是儿童的一般活动和决定。”<sup>513</sup>*

委员会建议,这项责任应维持至儿童年满18岁时才终止。<sup>514</sup>

## 年龄

4.7 父母在法律上的责任何时终止须视乎责任属何性质。委员会认为,“对

---

<sup>510</sup> 出處同上,第2.13段。

<sup>511</sup> Scottish Law Reform Commission, *Report on Family Law* (1992: No. 135) at 2.1.

<sup>512</sup> 出處同上,第2.2段。

<sup>513</sup> 出處同上,第2.4段。

<sup>514</sup> 出處同上,第2.10段。

于年满 16 或 17 岁并独自生活的儿童而言，仍要求其父母在切实可行的情况下承担保障和促进其健康、成长和福利的责任，并非不切实际”；有儿童在年逾 16 或 17 岁后仍在求学或接受培训，他们在经济上仍须倚赖其父母接济。<sup>515</sup>

4.8 对于要求父母因应儿童在不同年龄承担不同责任，委员会提出如下理据：

*“我们明白，各项父母责任按儿童年龄分阶段终结，确实未如儿童满划一年龄便一律终止般来得利落。然而，我们认为，在现实家庭生活中，当儿童达到具有一定法律行为能力及行动自由的年龄时，其父母仍须继续履行支持、保护或忠告性质的责任……确认父母在儿童年满 16 岁后仍须履行某些父母责任，并不需要同时将父母对少年人的住所和教养的规管权利延展至超逾该年龄……”<sup>516</sup>*

4.9 委员会就有关年龄提出的建议，大部分已纳入该法令第 1(2)(a)及(b)条中。第 1(2)条事实上却规定了第 1(1)(a)、(b)(i)、(c)及(d)各条<sup>517</sup>所指的责任，应维持至儿童年满 16 岁为止，只有为儿童提供指引的责任才须维持至儿童年满 18 岁为止；至于父母权利，包括给予指引的权利，只限适用于未满 16 岁的儿童。这与委员会报告书所载的建议不同，但该法例草案的摘要说明中却没有解释上述条文不遵照委员会报告书建议的原因。

#### *儿童的法律代表*

4.10 在恰当和切合儿童最佳利益的情况下，以儿童的法律代表身分行事和管理儿童财产的责任，包括当儿童在法律上无行为能力时，代表儿童作出具有法律效力的同意、订立重要合约，以及提起法律诉讼或进行抗辩。由于少年人年满 16 岁时便具有完全的行为能力处理法律事务，故以这个年龄为分界线是适当的。<sup>518</sup>

4.11 委员会建议，担当法律代表的权利应该界定为“当儿童无行为能力代表自己行事或给予同意时，代表儿童管理其财产及在所有具法律效力的事务中代表儿童行事或给予同意的权利”。这定义已纳入第 15(5)(a)及(b)条，但“具法律

---

<sup>515</sup> 出處同上，第 2.9 段。

<sup>516</sup> 出處同上，第 2.12 段。

<sup>517</sup> 出處見上文。

<sup>518</sup> 出處同上，第 2.11 段。

效力”的用语已略去。<sup>519</sup>

4.12 委员会就担当法律代表的权利所提出的定义，与目前《1991年苏格兰具法律行为能力的年龄法令》就监护权所下的定义类同。该法令订明：

*“父母的监护权是在其子女无行为能力代表自己行事时，管理子女的财产，代表子女订立合约，代表子女进行诉讼，以及一般地代表子女处理一切与法律有关的事务的权利”。*<sup>520</sup>

监护权会维持至儿童年满 16 岁为止。

## 父母权利

4.13 为人父母的人既负有责任，自当享有权利作为平衡，所以法令第 2 条便就父母权利作出规定。让父母享有权利“使他们能履行父母责任”的说法看来令人疑惑。为此，委员会解释如下：

*“许多受谘询人士认为，这方面的法律应侧重父母责任而非父母权利，而强调父母享有父母权利使他们能履行父母责任正与这观点相吻合。”*<sup>521</sup>

4.14 第 2 条订明该等权利为：

- (a) 与该儿童同住的权利，如非同住则有规管该儿童住所的权利；
- (b) 按该儿童的成长阶段，对该儿童的教养适当地管束、指导或指引的权利；
- (c) 如非与该儿童同住，与该儿童保持个人关系和定期直接联系的权利；及
- (d) 担任该儿童的法律代表的权利。”<sup>522</sup>

父母可就上述权利提起诉讼或进行抗辩。<sup>523</sup>

---

<sup>519</sup> 出處同上，第 2.27 段。

<sup>520</sup> 在第 2.15 段作出的釋義。

<sup>521</sup> 出處同上，第 2.14 段。

<sup>522</sup> 本條文實施第 2.35 段所述的建議。

4.15 根据现行的苏格兰法律，父母的监护权、管养权和探视权会维持至儿童年满 16 岁为止。委员会建议，新法例所提述的权利亦应维持至子女年满 16 岁时才终止，尽管有部分父母责任在儿童年满 16 岁后仍须继续履行。<sup>524</sup>

4.16 《1986 年苏格兰法律改革（父母与子女）法令》(Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986)对“父母权利”所下的定义也提述“任何法律规定赋予父母关乎子女福利或教养的任何权利或权能”。委员会认为，如果父母权利的定义“只说明父母权利实际上就是普通法所指的父母权利，但又不作进一步解释”，则实在难以预期非法律界人士会明白当中的涵义。<sup>525</sup> 然而，就父母权利下一般性定义时，也无需订明其中的具体法定权利。<sup>526</sup> 这些指明的父母权利会取代普通法下的权利，但不能取代法定权利。<sup>527</sup>

#### 管养权的概念和用语

4.17 委员会引述《1986 年苏格兰法律改革（父母与子女）法令》第 8 条对管养权所下的定义：

*“与其子女同住(或规管该子女的住所)和管束子女日常教养的权利。在管养权概念中，‘子女’指 16 岁以下的子女。”<sup>528</sup>*

4.18 委员会引述：

*“见识广博和经验丰富的受咨询人士的意见，指现有管养权概念并不好理解……对于管束子女日常教养事宜的权利是否属管养权的一部分，抑或是一项独立的父母权利，现时仍然含糊不清。有父母在取得法院判予独有管养权后，便认为自己已独得所有父母权利，而另一方则是完全无权的。”<sup>529</sup>*

#### 将儿童迁离司法管辖区

4.19 第 2(3)条就这项事宜规定：

---

<sup>523</sup> 第 2(4)條。

<sup>524</sup> 出處同上，第 2.34 段。

<sup>525</sup> 出處同上，第 2.18 段。

<sup>526</sup> 出處同上，第 2.19 段。

<sup>527</sup> 第 2(5)條。該等權利包括指定遺囑監護人的權利。

<sup>528</sup> 在第 2.16 段作出的釋義。

<sup>529</sup> 出處同上，第 2.28 段。

*“在无损任何法院命令的原则下，任何人均无权在未经下列第(6)款所描述人士同意下，将惯常居于苏格兰的儿童迁往或扣留在联合王国以外的地方。”*

4.20 第(6)款所指的人（不论是否有关儿童的父母）是当其根据(a)款（有权规管该儿童的住所）或(c)款（与该儿童保持定期联络）正享有权利的人，但如该儿童的父母双方均属上述人士，则必须征得他们两人同意才可把该儿童迁离或扣留。

4.21 第(6)款的行文尽管颇为累赘，但至少可以把关系良好的父母（他们双方需共同给予同意）与并非同住的父母区分开来。我们必须注意，由于无须以法院命令作为证明，所以唯一的问题是需要什么证据，以显示并非与有关儿童同住的父或母有定期与该儿童联系。

4.22 委员会解释说，这项条文：

*“有助免除疑问，父母任何一方在未经与儿童同住的父或母同意下自行把儿童迁往外国，就海牙的《国际掳拐儿童民事方面公约》而言，即属不当迁移。我们无意让人把父母任何一方可独立行事的权利用作辩护理据，以辩称在未经父母另一方同意下把儿童迁移只是行使其权利，并无侵犯他人权利。”<sup>530</sup>*

*以法院命令为准*

4.23 上述 1989 年法令第 2(8)条规定，“对儿童负有父母责任的人，是不会因而有权进行任何有违根据本法令就该儿童所发出的任何命令的作为”。

4.24 1989 年的法令第 3(4)条秉承上述条文的精神，对父母权利和父母责任作进一步规限，规定有关的权利和责任，不会使父母任何一方有权作出违背法院就儿童、儿童的监管，或儿童的财产所发出命令的作为。上述两项英格兰法律条文均已纳入苏格兰法令第 3(4)条。

*转授*

4.25 委员会认为应订立类似《1989 年儿童法令》第 2(9)、(10)及(11)条的条文，并藉法令第 3(5)条落实，该条规定：

---

<sup>530</sup> 出處見上文，第 2.56 段。



“在无损本法令第 4(1)条的原则下，对儿童负有父母责任或享有父母权利的人，不得把有关责任或权利退让予他人，但可安排把其中部分或全部责任或权利交由他人代为履行或行使；在无损上述条文的一般性的原则下，这种安排是可与本来已对有关儿童负有父母责任或享有父母权利的人作出；

(6) 根据上述第(5)款作出的安排，并不影响因没有履行父母责任而须承担的法律任.....”

#### 未婚父亲

4.26 然而，《1995 年苏格兰儿童法令》第 3 和 4 条却把未婚的和已婚的父亲作出区别，与英格兰的《1989 年儿童法令》类同，规定除非儿童的父母双方在达成的协议中订明<sup>531</sup> 或有法院命令作出规定，否则未婚父亲是没有父母责任的。诺里(Norrie)批评这些条文，指出“令带罪（即未婚）父亲因其罪过而丧失权利，这还可以接受，但竟然说要解除带罪父亲的责任，显然有歪常理。”<sup>532</sup> 对于所建议的协议方案，他指这些协议在英格兰并不普及。

#### 医疗事宜

4.27 《1989 年儿童法令》第 3(5)条规定：

“任何人如：

- (a) 对个别儿童并无负有父母责任；但
- (b) 负责照顾该儿童，

可（在符合本法令条文的规定下）进行就该个案而言属于合理的作为，以保障或促进该儿童的福利。”

4.28 委员会认为应将该条文引入苏格兰的法例中，并引用一名幼童被送往亲友家中度假为例，以说明上述条文适用的情况。类似第 3(5)条的条文可确保当儿童遇到意外时，负责暂时照顾该儿童的成年人可安排该儿童接受治疗。这项条文对于继父母或寄养父母都会有帮助。委员会又以负责实际照顾或管束一名五岁儿童的继父母或寄养父母为例，说明对于属切合该儿童利益但该儿童又未能为自

---

<sup>531</sup> 第 4 條。

<sup>532</sup> “Parental Responsibilities and Parental Rights,” Journal of the Law Society of Scotland, September 1995, 340, 341.

已作出同意接受的治疗或医疗程序（如在学校接受防疫注射），他们应有权给予同意。

4.29 不过，受咨询人士对于英格兰的法律条文是否已经清晰表明涵盖范围包括同意接受治疗事宜，表示关注。委员会建议这应在法例中清楚说明，但不建议把学校教师纳入为有权作出同意的人。“举例而言，教师不应有权为全班学童作出接受防疫注射的总括同意。”<sup>533</sup>

4.30 第 5 条规定：

“除下述第(2)款另有规定外，一名年满 16 岁且负责照顾或管束 16 岁以下儿童的人，尽管对该儿童并无负有父母责任或享有父母权利，或并无负有本法令第 1(1)(a)条所述的父母责任，<sup>534</sup>但有责任在所有情况下作出合理作为以保障该儿童的健康、成长或福利；而在履行本条所述的责任时，即使该人没有享有本法令第 2(1)(d)条所述的父母权利，他仍可以在下述情况给予同意，让该儿童接受任何外科手术、治疗或医疗程序，或牙科治疗或医疗程序：

- (a) 该儿童没有能力为自己给予同意；而且
- (b) 该人不知道该儿童的父母会拒绝给予有关的同意。”

4.31 第(2)款表明该条并不适用于学校教师。自 1991 年起，在苏格兰 16 岁以上的儿童实际上已具有完全的法律行为能力，可同意或拒绝接受治疗或医疗程序。<sup>535</sup> 这与英格兰较为狭隘的取向不同。我们应该注意，《1991 年具法律行为能力的年龄法令》第 2(4)条已规定：

“16 岁以下的人，如获为其诊治的合资格医生认同其具有能力，可理解任何外科手术、治疗或医疗程序、或牙科治疗或医疗程序的性质，和接受该等手术、治疗或医疗程序可能会引起的后果，应具有法律行为能力给予同意接受有关手术、治疗或医疗程序。”

儿童的意见

---

<sup>533</sup> 出處同上，第 2.59 段。

<sup>534</sup> 包括如保姆或保育員等。

<sup>535</sup> 醫療程序包括捐血程序。

4.32 委员会曾考虑父母任何一方或其他行使父母权利的人，应否像照顾儿童的地区主管当局一样，有义务去查明和顾及儿童的意愿和感受。<sup>536</sup>

4.33 《联合国儿童权利公约》第 12(1)条规定：

*“缔约国应确保有主见能力的儿童有权对影响到其本人的一切事项自由发表自己的意见，对儿童的意见应按照其年龄和成熟程度给以适当的看待。”*

4.34 委员会认为，“意见”较“意愿和感受”一词可取，因为：

*“这词确认青年人可能……有能力，在其当前意愿和感受与长远考虑因素和他人利益之间作出权衡，并（从而）就当时情况而言什么是正确的行动得出经深思熟虑的意见。”<sup>537</sup>*

他们也认为“成熟程度”较“理解”一词可取，“因为其涵义确认了需要考虑的不仅是认知能力”。<sup>538</sup>

4.35 委员会尽管认同上述意见确有吸引之处，但认为执行时却有实际困难，因为要求儿童父母任何一方在作出所有关乎该儿童的决定时，不管是多么琐屑事情，均须征询儿童的意见，确是不切实际的。况且，对不遵循这项条文的人施加惩罚也有困难，因为“父母与地区主管当局不同，后者须向公众负责和接受司法审核”。<sup>539</sup>

4.36 上述建议获大部分获谘询人士赞同，并已纳入法令第 6 条，但也有部分人对该条文有所保留，认为它含糊不清和无法执行。不过，该条文毕竟是一项重要的原则声明。<sup>540</sup> 诺里认为，“从法律观点而言，确实难以强制执行第 6 条所述的义务。…… 这项条文具有象征意义和教育作用，故由此看来该条文并非不重要。”<sup>541</sup>

4.37 《联合国儿童权利公约》在理念上的改变，已在第 6(1)条反映出来。这条文规定任何人在履行父母责任或行使父母权利时，所作出任何涉及儿童的重

---

<sup>536</sup> 出處見上文，第 2.61 段。

<sup>537</sup> 出處同上，第 2.63 段。

<sup>538</sup> 出處同前。

<sup>539</sup> 出處同上，第 2.62 段。

<sup>540</sup> 出處同上，第 2.64 段。

<sup>541</sup> 出處同上，第 341 頁。

大決定，都應在切实可行的情況下清楚查明兒童對其決定的意見，並按該兒童的年齡和成熟程度予以適當考慮。關於兒童的父母在離婚後對其未來生活所作的安排，看來顯然是“重大決定”。<sup>542</sup> 此外，作出決定的人也必須考慮“對該兒童負有父母責任或享有父母權利其他人”的意見。年滿 12 歲或以上的兒童，已可推定為具足夠年齡和成熟程度。

#### 成熟年齡

4.38 第 6(1)(b) 條規定，年滿 12 歲的兒童可推定為具足夠年齡及成熟程度，對重大決定自有其主見。委員會關注到，父母或監護人在為 16 歲以下兒童處理其財產前沒有征詢該兒童意見，是不應導致第三者的利益受損；但有關交易必須是本着真誠訂立的。委員會的建議<sup>543</sup> 已納入第 6(2) 條。這條款規定：

*“第三者與兒童的法律代表本着真誠所訂立的交易，不得只因在訂立該項交易前沒有向該兒童或對該兒童負有父母責任或享有父母權利的人作出諮詢，或沒有適當考慮他們的意見而受到質疑。”*

#### 兒童的意見

4.39 《聯合國兒童權利公約》第 12(2) 條規定：

*“為此目的，<sup>544</sup> 兒童特別應有機會在影響到兒童的任何司法和行政訴訟中，以符合國家法律的訴訟規則的方式，直接或通過代表或適當機構陳述意見。”*

4.40 委員會有鑒於上述聯合國公約第 12 條而提出的建議，已納入法令第 11(7) 及 (10) 條。委員會注意到，根據《1989 年兒童法令》第 1 條規定，法院在審理反對發出“第 8 條命令”的法律程序中，所需考慮的事項包括有關兒童的可查明的意願和感受。

4.41 委員會指出：

---

<sup>542</sup> Sutherland, “A voice for the child”, Journal of the Law Society of Scotland, Vol. 41, No. 10, October 1996, at 391.

<sup>543</sup> 出處同上，第 2.66 段

<sup>544</sup> “締約國應確保有主見能力的兒童有權對影響到其本人的一切事項自由發表自己的意見，對兒童的意見須按照其年齡和成熟程度給以適當的看待。”

“纵使离婚案中双方成年人对于拟就其子女作出的安排均感满意，但并不一定表示其子女的意见便可视为次要。……在很多案中，关于父母权利的申请虽然最终都没有遭到反对，但有关儿童的意见仍然成为呈堂证据。我们认为，如果所制定的法律条文纯因有关申请没有遭人反对或最终没有遭到反对而把儿童的意见视为次要，这样的条文实难说是合理的。”<sup>545</sup>

4.42 委员会建议：

“法院规则应设定程序机制，以确保在关于父母责任、父母权利、监护权或管理儿童财产的诉讼中，具有主见能力的儿童如希望向法院直接表达其意见时，可随时应用有关机制。”<sup>546</sup>

4.43 法令第 11(7)条规定：

“在考虑是否发出……（关于父母责任或父母权利、监护权或儿童财产的管理）的命令时，法院：

经考虑儿童的年龄和成熟程度后，得在切实可行的范围内尽量：

给他机会表明是否有意表达其意见；

如他表明有此意愿，给他机会表达意见；及

对他所表达的意见加以考虑。”

4.44 法令第 11(10)条规定：

“在不影响上文第(7)款(b)段的一般性的原则下，就该段及上述第(9)款而言，年满 12 岁或以上的儿童须推定为已具足够年龄和成熟程度可自有主见。”

这项条文旨在反映“苏格兰人一向看待发育年龄以上的未成年人的意见的态度，但更重要的是同时确认这年龄组群中大部分少年人的实际能力。”<sup>547</sup>

独立法律代表

4.45 法令第 11(9)条规定，“上述第(7)款(b)段并非规定，在法院实施该段的法律程序中，儿童必须有法律代表，尽管这有违该儿童的意愿。”

---

<sup>545</sup> 出處見上文，第 5.26 段。

<sup>546</sup> 出處同上，第 5.29 段（如提交一份備忘錄）。

<sup>547</sup> 出處同上，第 5.25 段。

4.46 委员会提出，尽管儿童是“关键人物”，但建议法院每次审议有关父母责任和父母权利的案件时都必须安排独立法律代表，是不切实际的。

*“无论这构思在理论上是如何吸引，但肯定会因为对法律援助基金造成负担而遭否决。任何解决方案如涉及硬性规定为每个个案拟定儿童意见报告书，也会因类似原因而遭反对。”<sup>548</sup>*

## 监护权

### 由父母委任监护人

4.47 委员会对现行的法律规定并无异议，但：

*“儿童的父或母可以委任任何人在其去世后担任该儿童的监护人，但这项委任除非是由该父或母以书面作出并加以签署，而该父或母死亡时是该儿童的监护人，或假如他或她在该儿童出生时尚未死亡会是该儿童的监护人，否则所作委任无效。”<sup>549</sup>*

4.48 《1995年苏格兰儿童法令》第7(1)条规定，儿童的父或母可委任他人于其死亡后担任该儿童的监护人，但这项委任必须以书面作出。

### 由现任监护人作出委任

4.49 委员会赞成增订类似《1989年儿童法令》第5(4)条的条文，使作为儿童唯一监护人的年迈祖父母/外祖父母可以委任他人于其死后代司其职，无须挂虑自己死后该儿童乏人照料。<sup>550</sup> 法令第7(2)条规定：

*“儿童的监护人可委任其他人于其死亡后代为担任监护人，但除非这项委任是由委任人以书面作出并加以签署，否则无效。”*

### 儿童对于委任监护人的意见

4.50 委员会接获一些意见，认为如果儿童具足够年龄和成熟程度，则监护

---

<sup>548</sup> 出處同上，第5.29段。

<sup>549</sup> Section 4 of the Law Reform (Parent and Child)(Scotland) Act 1986 as amended by section 10 and Schedule 1 paragraph 41 of the Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991.

<sup>550</sup> 出處同上，第3.4段。

人在建议委任他人代司其职，或其父母任何一方在建议委任监护人时，都应该考虑该儿童的意见。法令第 7(6)条规定：<sup>551</sup>

*“在不影响法令第 6 条第(1)款的一般性的原则下.....根据上述第(1)<sup>552</sup> 或(2)款<sup>553</sup> 作出委任监护人的决定，就该条而言（或按上述第(5)款适用的该条而言），应视为牵涉行使父母权利的一项重要决定。”*

4.51 委员会提议，儿童如果反对委任某人出任为其监护人，可向法院申请终止该项委任，以及在必要时向法院申请委任另一人作为其监护人。<sup>554</sup> 然而，该法令并无明文规定给予儿童这项权利。

#### *撤销委任*

4.52 委员会建议参照《1989 年儿童法令》第 6(1)至(4)条，赋予撤销获提名的监护人的委任的权力。<sup>555</sup> 这建议已藉法令第 8 条落实。

#### *委任应于何时生效*

4.53 委员会认为，为儿童和监护人的利益设想，不应向不愿负起监护儿童任务的人强加监护责任，这是非常重要的。苏格兰的法律规定，接受监护任务的人必须以行动表示接受监护人一职：向该儿童已故父或母的遗嘱执行人发出备忘录或接纳书，以明确表明接受委任；或藉一些与不欲接受委任相悖的行动默示接受委任。

4.54 英格兰的《1989 年儿童法令》则有所不同。根据该法令，监护人的委任会自动生效，但获委任的人其后可以透过书面文书提出放弃；但有关文书必须按指定方式登记。委员会不赞同该条文，因为监护人需为此寻求法律意见，致使他感到不便和耗费金钱，更何況他可能是在未获谘询情况下获委任的。<sup>556</sup>

4.55 法令第 7(3)条规定，“监护人的委任，在获委任的人明确表明接受或藉一些与不欲接受委任相悖的行动默示接受之前，不会生效。”

---

<sup>551</sup> 出處同上，第 3.5 段。

<sup>552</sup> 由父母作出委任。

<sup>553</sup> 由現任監護人作出委任。

<sup>554</sup> 出處同上，第 3.5 段。

<sup>555</sup> 出處同上，第 3.7 段。

<sup>556</sup> 出處同上，第 3.8 段。

4.56 委员会建议，“当两名或以上人士享有父母权利，除非授予该项权利的契约或判令另有规定，否则每名该等人士均可独自行使其权利而无须征得另一人或其他人士同意的规则”，应该适用于有两名或以上监护人的情况。<sup>557</sup> 法令第 7(4)条规定，“如有两名或以上人士获委任为监护人，除非委任书另有明文规定，否则当中任何一人或多人均有权接受委任；即使这两名或所有人士均不接受委任亦然。”

#### *尚存的父或母*

4.57 在已委任遗嘱监护人的情况下，当作出委任的父或母去世后，尚存的父或母仍继续负有全部父母责任和享有全部父母权利。委员会指出：

*“在很多情况下，人们相信监护人都会满足于由尚存的父或母履行父母责任和行使父母权利，而这监护人的作用就如非同住的父或母，可作后援以应付紧急事故。”*

4.58 然而，在某些情况下，监护人可能与受监护儿童的父或母发生冲突。举例来说，“当儿童的母亲与其父亲离婚后，委任自己的母亲或新任丈夫为监护人，其后当该儿童的母亲去世后，其父亲有意安排接回该儿童与他同住时，可能会遭该儿童的祖母或继父阻挠。”<sup>558</sup>

4.59 委员会认为，这类个案会否引起法律诉讼，关键在于各有关人士之间的关系，“而非有否法律规定，禁止监护人在儿童仍有尚存父或母时接受任务。”<sup>559</sup>

4.60 然而，委员会注意到，英格兰的《1989 年儿童法令》第 5(8)条规定，由父或母委任的监护人，必须待父母另一方也去世或对该儿童不再负有父母责任时，其委任才会生效。如果作出委任的父或母在去世前已有同住令在施行中，则这项委任可即时生效。苏格兰委员会关注到，在一些情况下，儿童的父母已经分居但却没有同住令在施行中，“举例来说，儿童的父亲可能已遗弃了家庭”。<sup>560</sup>

4.61 这也是与当局的政策不符。按政策规定，命令只是为切合儿童利益而发出的。《1986 年苏格兰法律改革（父母与子女）法令》第 3(2)条规定，法院不应发出任何有关父母权利的命令，“除非法院信纳发出有关命令是切合该儿童

---

<sup>557</sup> 出處同上，第 3.15 段。

<sup>558</sup> 出處同上，第 3.10 段。

<sup>559</sup> 出處同前。

<sup>560</sup> 出處同上，第 3.11 段。



的利益”。《1989年儿童法令》第1(5)条也有类似规定。

4.62 如果父母双方关系良好，任何一方都可指定监护人的委任必须在另一方去世后才生效。委员会建议采用一个较灵活的解决办法，即除非作出委任的父或母另有具体安排，否则当儿童仍有尚存父或母时，监护人仍可接受任务。<sup>561</sup> 该法例也规定，并非作出委任的父母另一方的责任和权利仍然存续。<sup>562</sup>

#### *监护人的责任和权利*

4.63 委员会注意到，根据现行法律，儿童的父母所享有的监护权，有别于授予非其父母人士的监护人的权利。“儿童的父母的监护权无须包括照顾儿童身体和日常教养的权利；这是为人父母原本已享有的权利”。委员会指出，非其父母人士的监护人却可能需要这些权利。<sup>563</sup> 委员会赞同《1989年儿童法令》的规定，认为应给予监护人一般的父母责任和父母权利，让监护人可以履行有关责任。<sup>564</sup> 他们认同英格兰法律委员会的意见，“父母身份应该是最基本的概念，由此便可认清儿童的父母与有父母地位的监护人两者之间的必要区别……”<sup>565</sup>

4.64 第7(5)条规定监护人享有父母权利和负有父母责任<sup>566</sup>，但该等权利和责任须受根据第11条<sup>567</sup>或第86条<sup>568</sup>发出的命令所规限。

#### *监护权的终止*

4.65 委员会提议：

“虽然人应该有自由接受或拒绝接受监护儿童的任务，但为了儿童的利益着想，监护人一旦明确表示接受任务后，便不能够放弃责任或将责任转移予他人，除非是藉一项或多项适当的法院命令作出的，则作别论。”<sup>569</sup>

---

<sup>561</sup> 出處同上，第3.12段。

<sup>562</sup> 第7(1)(b)條。

<sup>563</sup> 這與英格蘭的《1989年兒童法令》第3(5)條一致。

<sup>564</sup> 出處見上文，第3.13段。

<sup>565</sup> Paragraph 2.3 of *Family Law, Review of Child Law, Guardianship and Custody*, (Law Com No. 172), July 1988.

<sup>566</sup> 第7(5)條。

<sup>567</sup> 可剝奪或更改權利和責任的法院命令。

<sup>568</sup> 這條規定可把父母責任和父母權利轉授予地區主管當局，即等同香港社會福利署的機構。

<sup>569</sup> 出處見上文，第3.16段。

4.66 法令第 8(5)条规定：

*“监护人的委任一旦根据本法令第 7 条生效后，除非委任的条款就提前终止委任作出规定，否则只可根据下述理由予以终止：*

- (a) 有关儿童年满 18 岁；*
- (b) 该儿童或该监护人死亡；或*
- (c) 有根据第 11 条发出的法院命令终止委任……”*

命令的类别

4.67 法令第 11 条列出可以发出的命令类别，这些类别与英格兰的《1989 年儿童法令》第 8 条所列的略有不同：

*“同住令”指：“对 16 岁以下儿童  
与谁同住；或  
如轮流或分阶段与不同的人同住，与谁同住和同住时期，  
的居住安排作出规管的命令”。*

*“联系令”指：“对该年龄以下儿童与一位现时或日后非与该儿童  
同住的人保持个人关系和直接联系的安排作出规管的命  
令”。*

*“指定事项令”指：“就有关第(1)款(a)至(d)段所指任何事宜所引起  
或可能引起的指定问题而作出规管的命令……”<sup>570</sup>*

4.68 法令第 11(4)条也提及一项类同英格兰的《1989 年儿童法令》第 8 条中“禁止行动令”的禁令：

*“这项禁令是禁止在履行关乎儿童或管理儿童财产的父母  
责任时，或行使关乎儿童或管理儿童财产的父母权利时，进行禁  
令指明的任何行动。”*

4.69 法令第 11(2)条规定，上述各种命令不得影响法院发出其认为适当命令的权力的一般性。委员会又建议，应订明法院在作出关乎父母责任或父母权利或监护权的命令中，可剥夺某人的部分或全部父母责任或父母权利，或委任或罢免监护人。第 11(2)(a)条和第 11(2)(h)条已就此分别作出规定。诺里提议这项规定只可用以剥夺父母为子女订立具法律效力的交易的权利，但不能剥夺其照顾子

---

<sup>570</sup> 這包括父母責任、父母權利、監護權和兒童財產的管理。

女的權利。<sup>571</sup>

4.70 委員會在總結時指出：

*“使用這類命令顯然並非萬試萬靈。……我們希望這處建議的改革可或多或少改變觀念，令更多人明白，儘管父母之間的夫妻關係不幸破裂，致令其子女無法同時與父母同住，但他們兩人仍然是子女的父母，仍須各司父母的職能。”<sup>572</sup>*

可以提出申請的人

4.71 委員會注意到，根據《1986年蘇格蘭法律改革（父母與子女）法令》，*“任何聲稱有利害關係的人”*均可申請關於父母權利的命令。<sup>573</sup> 根據法令第11(3)條，任何人都可申請命令，但地區主管當局、因法令第II部<sup>574</sup>發出的命令或因領養安排而被剝奪父母責任和父母權利的人則屬例外。諾里解釋，*“就以被領養的兒童為例，其父母便不能引用法令第11條取回他或她在領養程序中放棄或失去的責任和權力”*。<sup>575</sup>

4.72 法令第11(5)條闡明有關兒童可就關於父母責任或父母權利、監護權或財產管理等事宜申請命令。

避免發出不必要的命令

4.73 雖然蘇格蘭的《1986年蘇格蘭法律改革（父母與子女）法令》第3(2)條已規定，法院*“除非信納發出有關父母權利的命令是切合兒童的利益，否則不得發出任何有關的命令”*，但仍有人對於在非必要情況下發出有關父母權利的命令表示關注。委員會認為應加強這項規定，因為*“命令的新重點，是尽可能不剝奪父母任何一方的父母權利。”<sup>576</sup>* 法令第11(7)(a)條規定法院：

*“得視有關兒童的福利為首要考慮事項，法院除非信納對該兒童而言，發出任何該等命令比不發出任何命令為佳，否則不*

---

<sup>571</sup> 出處見上文，第342頁。

<sup>572</sup> 出處同上，第5.6段。

<sup>573</sup> 出處同上，第5.7段。

<sup>574</sup> 這部分處理由地區主管當局提出的申請。

<sup>575</sup> 出處見上文，第342頁。

<sup>576</sup> 出處同上，第5.17段。

得发出任何该等命令。”<sup>577</sup>

4.74 诺里解释上述观念上转变的重要性在于：

*“正办理离婚的父母任何一方如果希望成为子女的唯一照顾者，必须证明为何要剥夺另一方的责任和权利，而非证明为何其本人即申请人应该获准成为唯一照顾者。”*

4.75 法令第 11(8)条向法院施加一项责任，就是当法院作出关于管理儿童财产的命令时，应对第(7)款的原则作出规限，以保障本着真诚和付出价值而取得儿童任何财产或与该财产有关的任何权利或利益的第三者。<sup>578</sup>

#### 要项清单

4.76 英格兰的《1989 年儿童法令》第 1(3)及(4)条确有载列一份要项清单。从委员会所接获的意见可见，对此法定的要项清单的意见颇为纷纭。委员会注意到：

*“大部分受访者都赞成有法定的要项清单，但受谘询的法律界人士却强烈反对，因为他们恐怕这会拖延法律程序和令法官机械式地审查清单所列的各个要项，甚至在处理对命令略作修改的申请时也如是。”*

4.77 委员会不赞成订立冗长的法定的要项清单。他们指出，即使主体法例中没有这种清单，法律顾问和社工仍可以应用他们自己的清单；无论如何，福利原则才是最为全面的。他们的建议获得接纳，所以《1995 年苏格兰儿童法令》并没有纳入任何要项清单。然而，委员会仍建议，必须考虑有关儿童的意见，不应该把他们的意见视为已纳入福利原则之中。

#### 批准安排的责任

4.78 苏格兰有一项法律条文跟香港的类似，就是《1958 年婚姻法律程序(子女)法令》(Matrimonial Proceedings (Children) Act 1958)第 8 条。这条规定，在任何离婚程序中，为 16 岁以下婚生子女所作的安排必须令法院感到满意。委员会批评这条文：

---

<sup>577</sup> 在符合法令第 14(1)及(2)條的規定下作出關於父母責任、父母權利、監護權或兒童財產的管理的命令。這是處理法令的管轄範圍。

<sup>578</sup> 這是落實第 5.18 段的建議。

“因为待办理法定离婚手续时才使父母双方明白他们对子女的责任，未免为时太晚了。……法令将责任加诸于法院，但却没有提供履行责任的方法，这可能会令人对可取得的成果怀有不切实际的期望。在实际执行时，根本无从令法院完全信纳为子女所作的安排是令人满意的。”

4.79 然而，委员会并没有建议为所有个案拟备独立的福利报告作为解决方法，因为这是“极为昂贵和虚耗资源”的做法，况且有部分个案可能是不涉及父母责任或父母权利的纠纷。<sup>579</sup>

4.80 委员会同意英格兰法律委员会的意见：

“令法院对安排感到满意的规定，可能令到要求离婚人士须达到的标准，高于要求婚姻美满的人士所能达到的标准。”

4.81 委员会的意见是建基于尽量减少干预的立场：

“法令第 8 条在照顾儿童的安排方面，对离婚人士所作的干预较对保持婚姻关系但已分开居住的怨偶为大。此外，这条文亦视那些结婚后离婚的人士较同居后分手的人士更需要干预。”

580

4.82 委员会在作出结论时，指出应引入已被《1989 年儿童法令》的条文所取代的《1973 年婚姻诉讼法令》(Matrimonial Causes Act 1973)第 41 条所列的较轻的责任。不过，委员会建议应授权法院，可在没有人提出申请的情况下发出命令，就如 1989 年的法令第 10(1)(b)条的规定一样。“这取向与凡关乎父母责任和父母权利事宜都以儿童为本的立场一致，尽管法院无疑会甚少行使这项权力。”<sup>581</sup> 这项建议现已纳入法令第 11(3)(b)条。

## 家庭子女

4.83 法令第 12(4)条规定：

“在本条中，就婚姻的双方而言，‘家庭子女’是指：

---

<sup>579</sup> 出處同上，第 5.31 段。

<sup>580</sup> 出處同上，第 5.33 段。

<sup>581</sup> 出處同上，第 5.35 段。

- (a) 该双方的子女；或
- (b) 被双方视为其家庭子女的任何其他儿童，但不是由地区主管当局或志愿机构安排在他们家中寄养的儿童。”

#### 命令的效力

4.84 《1989年儿童法令》第12(2)条规定：

“当法院发出有利于该儿童的父或母或监护人以外任何人的同住令，则在该同住令生效期间，该人对该儿童负有父母责任。”

4.85 委员会接获强烈诉求，要求把类似条文引入苏格兰的法律中，因为“倘若法院判定儿童应该与他人，诸如其祖母同住，则该祖母便应负有父母责任和享有父母权利，这是绝对恰当的。”然而，委员会对此却有所保留，“我们认为还是避免说同住令是‘有利’某人为佳；这种说法会再次引入胜败观念，而这观念正是我们希望藉着引用新词汇而扬弃的。”<sup>582</sup> 下列是委员会所提出的建议，现已纳入法令第11(12)条：

“当法院发出同住令，使儿童与其父或母或监护人以外的人同住时，则该人在该同住令生效期间应对该儿童负有父母责任和享有父母权利。”

4.86 委员会曾探讨继父母相对于其配偶的子女所处的地位。“将一套非专属的父母责任和父母权利，以尽量避免对非同住的父或母构成威胁的方式来授予，这对继父母而言会特别有用”。

4.87 下列是委员会提出的建议，现已纳入法令第11(11)条：

“令任何人取得任何父母责任或父母权利的法院命令，所剥夺其他人所有的任何父母责任和父母权利，只限于该命令明文所规定的和执行该命令所需要的范围。”<sup>583</sup>

4.88 《1989年儿童法令》第11(5)条规定，当父母双方连续同住超逾六个月，则为其父母其中一方发出的同住令便停止生效。《1989年儿童法令》第11(6)条就联系令作出类似规定。委员会在征询意见后，发现这些条文所获支持有限，

---

<sup>582</sup> 出處同上，第5.37段。

<sup>583</sup> 出處同上，第5.39段。

有关人士认为这些条文是不必要或不合情理的，因为该对夫妇可能在七个月后再度分居。委员会没有建议制定类似条文。<sup>584</sup>

### 更改姓氏

4.89 《1989 年儿童法令》第 13 条规定，在同住令生效期间，将该命令所关乎的儿童姓氏更改或将该儿童迁离联合王国，都会受到限制。

4.90 委员会提议，更改姓氏的问题可藉指定事项令授予父母权利处理，所授予权利包括更改姓名的权利。<sup>585</sup> 委员会认为，现行做法足可应付当前需要，并指出不应因为有同住令发出而另立特别规定，因为很多分居父母都不会申请同住令的。委员会也不愿见到由于有上述“不发出命令”原则，致使更多人申请法院命令。

### 迁移

4.91 根据《1984 年掳拐儿童法令》(Child Abduction Act 1984)，倘若已有法院命令将管养儿童的权利判给任何人，则与该名儿童有关连的任何人在未取得适当同意而把该儿童迁离联合王国，即属犯罪。委员会建议把该条文加以修订，以纳入就有关儿童发出的同住令的提述。这建议已在附表 4 第 34 及 37 段落落实。委员会建议，鉴于现行条文已赋予苏格兰法院广泛权力，可发出命令禁止任何人把儿童迁离联合王国或其中任何部分地方，所以无须制定类似《1989 年儿童法令》第 13 条的条文。<sup>586</sup>

### 延误

4.92 《1989 年儿童法令》第 1(2)及 11 条所载规定，有助防止关乎儿童住所或教养的法律程序在进行期间出现延误。委员会认为：

*“我们虽然极为赞同这个目标，但认为这事项所涉及的主要是程序问题，所以最适宜在法院规则层面着手处理。我们得悉法院已优先处理关于管养权的法律程序，并竭力尽快审理这类案件。”<sup>587</sup>*

---

<sup>584</sup> 出處同上，第 5.40 段。

<sup>585</sup> 出處同上，第 5.41 段。

<sup>586</sup> 出處同上，第 5.41 段。

<sup>587</sup> 出處同上，第 5.42 段。

因此无需制定法定条文。

## 结论

4.93 由此可见，苏格兰法律委员会对一些重要事项和在落实他们建议的法例的取向上，与英格兰的《1989 年儿童法令》有很大分歧。由于法令第 I 部在 1996 年 11 月 1 日才实施，<sup>588</sup> 现在评估苏格兰法令的影响尚属言之过早。不过，小组委员会对上述苏格兰法令的部分条文甚为赞赏，并已采纳部分条文作为建议，用以征询公众意见。

---

<sup>588</sup> 第 I 部處理父母權利、父母責任和監護權事宜。



## 第 5 章

### 各地法律的比较：澳大利亚与新西兰

5.1 本章讨论实体法例条文如何照顾儿童的需要和保障儿童的利益，包括为他们安排独立法律代表。有关监护权和管养权的实质问题与采用对抗制度或诸如调解的另类方法来排解纠纷等问题，是较宜分开处理；后者将安排在第 7 至 11 章中论述。本章讨论澳大利亚近期推行的重大改革，这些改革与《1989 年儿童法令》的若干修订项目相若。此外，也会讨论新西兰推行的一些改革。

#### 澳大利亚

#### 澳大利亚与《1989 年儿童法令》

5.2 澳大利亚家庭法委员会于 1994 年 3 月发表了一份名为《1989 年联合王国儿童法令》(UK Children Act 1989)的报告书。<sup>589</sup> 报告书指出《1989 年联合王国儿童法令》的多项宗旨，与家庭法委员会已发表的《父母分居后教养子女模式报告书》(Patterns of Parenting after Separation)<sup>590</sup> 所载的下列纲要一致：

1. 继续以“福利”为首要原则；<sup>591</sup>
2. 秉持无须法院发出命令原则；
3. 父母共同承担责任；及
4. 在指定情况下委任监护人。

5.3 家庭法委员会承认，“如果以为更改（1975 年）《家庭法法令》(Family Law Act)的用语，便可一下子使一直无法合作的分居父母开始合作，是不切实际的想法。”<sup>592</sup>

5.4 家庭法委员会将儿童的父母分为三类：-

---

<sup>589</sup> In its report entitled *The Operation of the (UK) Children Act 1989*.

<sup>590</sup> Paragraph 17 of the report on *The Operation of the (UK) Children Act 1989*, March 1994. The report, *Patterns of Parenting After Separation* was published in April 1992.

<sup>591</sup> 委員會其後建議改用“最佳利益”，以符合國際公約的慣例。

<sup>592</sup> 1994 年報告書第 23 段。

能够自行作出日后照顾儿童安排的分居父母；

- (2) 需要藉调解、调停及其他支援服务所提供的协助，才能够作出日后照顾儿童安排的分居父母；及
- (3) 无法合作以制定日后照顾儿童安排的分居父母”。<sup>593</sup>

## 用语

5.5 报告书指出，虽然委员会没有详细评估《1989年儿童法令》在改变用语后带来的影响，但据委员会所知，这些改变没有造成重大的负面影响。虽然贺捷(Brenda Hoggett)教授对更改用语促使儿童的父亲更积极参与该儿童生活的影响持审慎态度，但提出“由于保留了父母责任这概念，所以当儿童与父母另一方一起时，其父亲的地位也相应提高”。<sup>594</sup>

5.6 高等法院家事庭庭长布朗爵士(Sir Stephen Brown)向家庭法委员会表示，“据律师耳闻目睹的故事可印证，当事人认为新的用语少了对抗意味，这确有助排解纠纷。”<sup>595</sup> 英格兰及威尔斯律师会表示，《儿童法令》的私法条文“得到广泛支持”。<sup>596</sup>

## 父母责任

5.7 委员会又建议：

- “(a) 修订《家庭法法令》，以纳入……父母责任这个概念……；  
及
- (b) 该法令应该清楚订明：父母责任不会因父母分居而终止，而为切合儿童的最佳利益，需容许儿童与其父母双方保持联系，并得到他们双方互相配合的教养。”<sup>597</sup>

5.8 委员会建议，“法院可于有需要情况下发出监护令”，<sup>598</sup> 以处理父母其中一方去世后所出现的情况。委员会在《父母分居后教养子女模式报告书》中也建议保留这个概念。<sup>599</sup>

---

<sup>593</sup> 出處同前。

<sup>594</sup> Quoted at paragraph 26 of the report on *The Operation of the (UK) Children Act 1989* (1994).

<sup>595</sup> 出處同上，第 27 段。

<sup>596</sup> 出處同上，第 30 段。

<sup>597</sup> 出處同上，第 5 項建議，第 54 段。

<sup>598</sup> 出處同上，第 38 段。

<sup>599</sup> 出處同上，第 53 段。

## 教养令

5.9 家庭法委员会建议作出用语上的改变，脱离“管养 / 探视”模式，以便“充分地……反映修订建议在理念层面上所引入的重大改变”。<sup>600</sup> 而有关的命令应该称为“教养令”。法院可以发出教养令，以决定“儿童的住所安排”和儿童与其父母“保持联系”的安排，并会载有任何法院认为需要为“特定目的”所作的安排。这类教养令相等于英格兰法令下的“指定事项令”和“禁止行动令。”<sup>601</sup> 委员会又建议，应该以“最佳利益”概念取代“福利”概念<sup>602</sup>，因为《联合国儿童权利公约》第3条也采用“最佳利益”概念，而“这个‘福利’一词所带有的特别含意，并不适用于这种情况”。<sup>603</sup>

### 《1995年家庭法改革法令》

5.10 《1995年家庭法改革法令》采纳了家庭法委员会在关于《1989年儿童法令》报告书的建议。该法令草案的摘要说明指出，管养权和探视权的概念往往“引致儿童的父母自以为对儿童享有拥有权。”《家庭法改革法令》自1996年6月11日起实施。

## 宗旨

5.11 法令第60B条规定：-

*本部旨在确保儿童获得其父母完善周全的教养，得以充分发展潜力，以及确保其父母履行关乎儿童的照顾、福利及成长的义务和责任。*

- (2) 上述宗旨的基本原则是，除非有损或将会有损儿童的最佳利益，否则：
- (b) *儿童的父母不论是否已结婚、已经分居、从未结婚或从未一起居住，儿童都有权认识其父母，并得到他们照顾；及*
  - (c) *儿童有权定期联络父母双方，以及其他对他们的照顾、福利及成长方面具有重要作用的人；及*
  - (d) *其父母要分担有关儿童的照顾、福利及成长的义务和责任；及*

---

<sup>600</sup> 1994年報告書第3項建議。

<sup>601</sup> Section 8 of the Children Act 1989.

<sup>602</sup> 1994年報告書第4項建議（第49段）。

<sup>603</sup> 出處同上，第40段。

*(e) 其父母应该协定日后教养儿童的安排。”*

## 父母责任令和教养令

5.12 法令第 61B 条将父母责任界定为“儿童的父母根据法律对儿童所有职责、权力、责任和权能。”作为未满 18 岁儿童的父母双方，各自都对该儿童负有父母责任，即使父母之间关系有变，例如离婚或分居，这项规定仍然有效。<sup>604</sup> 第 61D 条清楚订明，教养令不会减损父母责任，除非教养令就此有明文规定，或为执行有关教养令而有此需要者，则作别论。

5.13 法院可以为非该儿童父母的人发出关乎该儿童的教养令。<sup>605</sup> 有权申请这类教养令的人士包括儿童本人、儿童的父母任何一方或父母双方，或“其他关注该儿童的照顾、福利或成长的任何人士。”<sup>606</sup>

5.14 第 64B(2)条规定，教养令可处理下述任何一项或多于一项事宜：

- (a) 安排儿童与某人或某些人同住；*
- (b) 安排儿童与另一人或其他多人联系；*
- (c) 儿童的赡养；*
- (d) 对儿童履行其他方面的父母责任。”*

5.15 处理(a)点所述事项的命令是“同住令”；处理(b)点的是“联系令”；处理(c)点的是“儿童赡养令。”<sup>607</sup> 如该教养令是处理“对儿童履行其他方面的父母责任”的，则名为“指定事项令”。举例来说，指定事项令“可以将对儿童的长期照顾、福利和成长或对其日常照顾、福利和成长的责任授予任何人（不论是单独授予该人或同时授予该人及另一人）。”<sup>608</sup>

## 违反命令

5.16 在同住令生效期间，第 65M(2)条规定：

*“任何人不得作出与该命令相抵触的下列事项：*

- (a) 从照顾该儿童的人士处带走儿童；或*

---

<sup>604</sup> Section 61C, Family Law Reform Act 1975.

<sup>605</sup> 第 64C 條。

<sup>606</sup> 第 65C 條。

<sup>607</sup> 第 64B(3)、(4)及(5)條。

<sup>608</sup> 第 64B(6)條。

- (b) 拒绝或没有把该儿童送往或交回有关人士；或
- (c) 干预有关人士根据这项命令行使权力或履行职责或责任。”

5.17 就联系令而言，第 65N(2)条规定：

“任何人不得：

- (a) 妨碍或阻止某人和该儿童按照命令保持联系；或
- (b) 干预某人和该儿童作出根据命令本应可保持的联系”。

5.18 关于指定事项令，第 65P(2)条规定，“任何人不得妨碍或阻止照顾者履行有关责任。”

为非其父母人士按协议发出命令

5.19 第 65G(2)条订明，经各方协议后为非其父母人士发出有关儿童的同住令或指定事项令的特别条件。法院不得发出拟议命令，除非：

- “(a) 下述条件已获符合：
  - (i) 各方当事人曾与家庭及儿童辅导员或福利工作人员开会，讨论拟议命令所决定的事项；及
  - (ii) 法院已经考虑该辅导员或福利工作人员就该事项拟备的报告；或
- (b) 法院信纳，即使未符合(a)段所列条件，在当时的情况下适宜发出拟议命令。”

5.20 法令第 63B 条以法规确认和解与协议的重要性。这条文鼓励儿童的父母双方：

- “(a) 就涉及该儿童的事宜达成协议，避免向法院寻求发出命令；及
- (b) 在订立协议时，以该儿童的最佳利益为首要考虑事项”。

教养计划

5.21 法令第 63C(1)条把教养计划界定为：

“一项符合以下条件的协议：

- (a) 以书面订立；及

- (b) 由儿童的父母双方在目前或过去订立的；及
- (c) 处理第(2)款所述的一项或多于一项事项。”

5.22 第 63C(2)条订明教养计划可处理下列事项：

- “(a) 安排儿童与某人或某些人同住；
- (b) 安排儿童与另一人或其他多人联系的安排；
- (c) 儿童的赡养；
- (d) 对儿童履行的其他方面的父母责任。”

在教养计划中处理(a)、(b)和(d)项任何所述事项的条文是“儿童福利条文”。<sup>609</sup> 而教养计划中处理(c)项所述事项的条文是“赡养儿童条文”。<sup>610</sup>

5.23 教养计划不得更改，但可藉另立协议而予以撤销。<sup>611</sup> 为撤销原有计划，其后订立的协议须以书面订立，并在法院登记备案。<sup>612</sup> 教养计划本身可按照《法院规则》(Rules of Court)所订的程序，在法院登记。<sup>613</sup> 所递交的申请书，必须夹附教养计划副本、《法院规则》指定的资料，以及下列文件：

- “(i) 一份陈述书，声明有关的各方当事人已经就该计划的涵义和效力取得独立法律意见，并由提供该意见的执业律师在该陈述书上签署作实；或
- (ii) 一份陈述书，声明计划内容是于征询家庭及儿童辅导员的意见后订立的……并由该辅导员签署。”<sup>614</sup>

#### 与儿童同住的父或母去世

5.24 第 65K 条订明，当与儿童同住的父或母去世后，如何处理该儿童的照顾安排；但先决条件是该名同住的父或母获发的教养令包括同住令，而教养令中又未有订明在他去世后该儿童的照顾安排。在这种情况下，儿童的尚存父或母不能要求与该儿童同住，但可以向法院申请发出适当的同住令。

#### 法院发出教养令的权力

---

<sup>609</sup> 第 63C(4)條。

<sup>610</sup> 第 63C(5)條。

<sup>611</sup> 第 63D(1)及(2)條。

<sup>612</sup> 第 63D (3)條。

<sup>613</sup> 第 63E(1)及(2)條。

<sup>614</sup> 第 63E(2)條。

5.25 第 65D 条赋予法院广泛酌情权，“发出其认为适当的教养令”，并把先前发出的教养令的部分或全部条文撤销、更改、暂停执行或恢复执行。法院行使这项酌情权时，必须以符合“最佳利益”原则及第 68F 条所列的要项为依归。

#### 最佳利益和要项清单

5.26 第 65E 条订明，法院在决定是否为儿童发出某项教养令时，“必须把儿童的最佳利益视为首要考虑事项。”根据第 60D 条所下的定义，“利益”包括“关乎该儿童的照顾，福利或成长的事宜。”

5.27 当局在 1983 年修订了《1975 年家庭法法令》，以纳入须予考虑的要项清单，以限制法官获授予的广泛酌情权。但特纳(Turner)提出了下列论点：

*“加入这些要项并无带来丝毫改变，因为法律还没有说明各项要项的重要性。此外，还新增了一项‘包罗一切’的要项，即法院认为重要的任何其他情况”。<sup>615</sup>*

5.28 家庭法委员会建议应修订《1975 年家庭法法令》第 64(1)(bb)条所载列的要项清单，以便顾及新增的若干事宜。<sup>616</sup> 《1995 年家庭法改革法令》第 68F 条现时规定法院必须考虑：

- (a) 该儿童所表达的任何意愿，以及法院认为与考虑该儿童意愿的比重有关的因素（例如该儿童的成熟程度或理解能力）；*
- (b) 该儿童与父亲、母亲和其他各人的关系的性质；*
- (c) 该儿童环境上的改变可能造成的影响，包括他因与下列人士分离而可能受到的影响：
  - (i) 他或她的父母任何一方；或*
  - (ii) 一直与他或她同住的其他儿童或其他人；**
- (d) 让儿童与其父母任何一方保持联系的实际困难和费用，以及此等困难和费用会否在相当程度上影响该儿童与其父亲和母亲维系个人关系和保持定期直接联系的权利；*
- (e) 父亲、母亲或其他各人在满足该儿童的需要上的能力，包括感*

---

<sup>615</sup> “Custody and Access: are children’s interests being protected?”, Children Australia, Vol. 15, No. 4, December 1990, 13, at 14.

<sup>616</sup> 1994 年報告書第 49 段第 4 項建議。這包括英格蘭的法令第 1(3)(d)條有關“使不同文化或種族的兒童可獲得更佳的保障”，以及第 1(3)(a)條有關“成熟和理解能力”的規定，但沿用《國際兒童權利公約》的用語。有關英格蘭法例的詳情，請參閱本諮詢文件第 3 章。

情和知识上的需要；

- (f) 该儿童的成熟程度、性别和背景（包括与土著居民或拓雷斯海峡岛民的生活方式、文化和传统习俗维持联系的需要），以及该儿童的其他特点而法院认为有关者；
- (g) 保护该儿童免因下列情况而受到或可能受到身体或心理伤害的需要：
  - (i) 遭受虐待、苛待、暴力或受其他行为对待，或被置身于该等环境；或
  - (ii) 直接或间接被置身于针对或可能影响另一人的虐待、苛待、暴力或其他行为对待的环境；
- (h) 该儿童的父亲和母亲对该儿童和对父母身分的责任所表现的态度；
- (i) 任何涉及该儿童或该儿童的家庭成员的家庭暴力；
- (j) 适用于该儿童或该儿童的家庭成员的有关家庭暴力的命令；
- (k) 发出最不可能导致就该儿童提起进一步法律程序的命令，是否更为可取；
- (l) 法院认为有关的其他事实或情况。”

如果法院正考虑是否在各方当事人同意下发出命令，法院可考虑上述要项，但并非必须这样做。<sup>617</sup>

#### 不发出命令原则

5.29 委员会认为，《1989年儿童法令》第1(5)条所列与私法事项有关的不发出命令原则过于僵化。这条文规定，法院在考虑是否发出命令时，除非法院认为发出命令比不发出命令对有关的儿童较为有利，否则不应发出命令。英格兰律师会向委员会指出，“不发出命令原则在一些个案中会引起一些问题，尤其是在有掳拐儿童威胁的情况下，或与儿童同住的父或母要求当地主管当局分配房屋时”。<sup>618</sup>

5.30 这是委员会在报告书中解释为何没有采纳英格兰条文所提出的唯一理由。委员会反而建议，应该指示法院在考虑儿童的最佳利益时，顾及在该个案的所有情况下，不发出命令会否较发出命令为佳。<sup>619</sup> 第64(1)(ba)条已经规定，

<sup>617</sup> Section 68F(3), Family Law Reform Act 1975.

<sup>618</sup> 出處同上，第47段。

<sup>619</sup> 出處同上，第48段。



较宜作出最不可能导致就该儿童提起进一步法律程序的命令。

### 延误

5.31 委员会建议修订《家庭法法令》，以纳入规定法院必须及时和从速处理有关儿童的事宜的条文。<sup>620</sup> 但这项建议至今仍未落实。

### 让儿童参与

5.32 家庭法委员会在 1995 年发表的《在家庭法中让儿童参与和代表儿童》(Involving and Representing Children in Family Law)讨论文件中，提出让儿童参与时有三点值得注意的地方：

- “(a) 尽可能给予儿童机会，让他们对将直接影响他们的决定表达其意愿；
- (b) 在适当情况下让儿童参与《家庭法法令》运作时所衍生的程序；  
及
- (c) 确保儿童不会觉得在直接影响他们的决定或事宜上遭人排拒在外。<sup>621</sup>

5.33 家庭法委员会认为，上述方针所建基的理据，不仅有关于儿童如何面对父母离婚的研究文献佐证，同时也为秉承《联合国儿童权利公约》的精神。为使法院得知儿童的意愿，可将该儿童的意见纳入辅导员的报告中、委任独立法律代表、通过法院专家的报告、与该儿童晤谈，以及在罕见的情况中，由儿童本人或其代表提出诉讼。

### 儿童的意愿

5.34 《1975 年家庭法法令》第 68G(2)条订明，法院可如何得知儿童所表达的意愿：

“68G.(2) 法院可透过下列途径得知儿童所表达的意愿：

- (a) 藉参考按第 62G(2)款提交法院的报告所载述的事项；  
或
- (b) 在法院规则的规限下，藉法院认为合适的其他途径取

---

<sup>620</sup> 第 22 段第 2 项建议。

<sup>621</sup> 出处同上，第 3.06 段。

得。”

5.35 第 68H 条继而规定，“本部的规定并不容许法院或任何人要求该儿童就任何事情表达其意愿”。

### 独立法律代表

5.36 “独立法律代表”一词通常是指在家庭法诉讼程序中代表儿童的律师，他们担当的角色与《婚姻诉讼规则》（第 179 章）中的法定代表律师相若。家庭法委员会按照《联合国儿童权利公约》的条文检讨了“独立法律代表”的职能。

5.37 《1975 年家庭法法令》第 68L(1)条规定，在任何涉及儿童福利或最佳利益的法律程序中，都须安排独立法律代表。《1995 年家庭法改革法令》把“独立法律代表”一词修改为“儿童的代表”。<sup>622</sup>

5.38 在 1993 至 1994 年，澳大利亚家事法院和西澳大利亚家事法院委任了约 1 800 名独立法律代表，以保障儿童的利益。<sup>623</sup> 委员会注意到，儿童往往觉得，当局在作出影响他们的决定时把他们排拒于外。在澳大利亚，独立法律代表的职能是向法院就儿童的最佳利益作出陈词，但陈词内容却不一定反映有关儿童的意愿。在执行这项职能时，独立法律代表会向州政府人员索取有关儿童的福利报告，向有关学校和当地机构搜集资料，以及向适当人士（例如儿童精神科医生）索取专家报告。<sup>624</sup>

5.39 委员会注意到，当局可在法律程序中不同阶段委任独立法律代表，但委任时间却无划一准则，<sup>625</sup> 至于独立法律代表的安排工作，则由各州的法律援助委员会负责。委员会认为，有需要协调个案管理工作，以保障儿童的利益，并避免出现延误、重复和缺失的情况；<sup>626</sup> 并应设立全面的培训和评审制度。<sup>627</sup> 澳大利亚法律委员会家庭法小组、家事法院和多个法律援助委员会已于 1996 年推进行一项培训计划。

### 保障利益

---

<sup>622</sup> 第 68M(1)条。

<sup>623</sup> 出處同上，第 1.09 段。

<sup>624</sup> 出處同上，第 4.15 段。

<sup>625</sup> 出處同前。

<sup>626</sup> 出處同上，第 4.49 段。

<sup>627</sup> 出處同上，第 4.29 至 4.33 段。

5.40 委员会建议，“保障儿童利益的工作可在较广的层面上推行，而非仅限于在法庭上代表儿童”。<sup>628</sup> 他们建议，应由一名统筹员负责安排有关儿童最佳利益的报告，并向儿童解释所涉及的各项程序。这职务可由现有的专业人士，如法院辅导员或各州的福利工作人员担任。此举不独可确保各独立法律代表获得适当的支援服务，也保证“可在更广泛层面上照顾儿童的需要，并在有需要时作出协调”。<sup>629</sup> 此外，他们提出了一些更恰当的职衔名称，包括儿童代表、儿童代言人、法定代表律师或儿童律师。<sup>630</sup>

#### *委任独立法律代表的准则*

5.41 下列为当局在 *Re K* 案<sup>631</sup> 列出应委任独立法律代表的条件：

1. 如果父母之间明显存有难以解决的矛盾；
2. 如果儿童明显与其父母双方或其中一方的关系疏远；
3. 如果确实出现对儿童有影响的文化或宗教差异问题；
4. 如果儿童的父母双方或其中一方，或与儿童有密切联系的其他人据称有反社会倾向，足以严重影响儿童的福利；
5. 如果父母其中一方、或儿童、或与儿童有密切联系的其他人涉及严重的生理、心理或精神方面的疾病或性格失常的问题；
6. 其父亲或母亲看来都不是适合的管养人；
7. 如果届成熟年龄的儿童提出强烈意见，而一旦将其意见付诸实行，便会改变一项行之已久的管养安排，或致使其父亲或母亲完全不能探视他；
8. 如果儿童的父亲或母亲拟把该儿童永久迁离有关法院的司法管辖范围，或把儿童永久迁往该范围内某一地方，以致大为限制或实际上不让父母另一方探视该名儿童；

---

<sup>628</sup> 出處同上，第 5.20 段。

<sup>629</sup> 出處同上，第 5.21 段。

<sup>630</sup> 出處同上，第 5.27 段。

<sup>631</sup> [1994] FLC 92-461 at 80, 773-80, 775, summarised at Attachment B of the report.

9. 如果有建议把兄弟姊妹分开；
10. 如果各方当事人都没有法律代表；
11. 当法院行使其关乎福利方面的司法管辖权，尤其是对儿童的医疗福利方面，而涉案的一方当事人又未能充分保障儿童的最佳利益；及
12. 涉及声称虐儿（无论是身体、精神或性虐待）的个案。

### 指引

5.42 家事法院现行的指引列明独立法律代表的各项职责，包括“确保所有与该儿童福利有关的事情均有呈堂和所有证人均有出庭，并协助法院作出符合该儿童最佳利益的决定”。<sup>632</sup> 这些代表须确保法律程序不会受各方当事人阻延，或使该儿童接受不适当的心理测验。

5.43 有一点是很重要的，就是独立法律代表应获他人认同为法庭人员，立场中立且独立于法律程序各方当事人以外。独立法律代表可以盘问有关证人，确保所有关乎儿童最佳利益的资料都已披露。在某些个案中，案中儿童思想成熟，有能力由他人代表成为法律程序的一方，所以家庭法委员会曾在原本的报告中建议，在这种情况下，适宜为有关儿童安排一名代言人，直接听命于该儿童的指示。不过，这并非独立法律代表的职能。<sup>633</sup>

### 委任独立法律代表的法院命令

5.44 《1975年家庭法法令》第68L(3)条就委任独立法律代表的法院命令作出规定。法院可以在下述情况发出命令：

- “(a) 主动发出；或
- (b) 应下列人士／机构申请而发出：
  - (i) 该儿童；或
  - (ii) 关注儿童福利的机构；或

---

<sup>632</sup> “Guidelines Promulgated by the Family Court for separate representatives of children appointed pursuant to section 65 of the Family Law Act”, Attachment A of the Family Law Council Discussion Paper, *Involving and Representing Children in Family Law*, (May 1995).

<sup>633</sup> *Representation of Children in Family Law Proceedings*, June 1989, Paragraph 17. 反之，獨立法律代表可出任法庭之友，以確保一切有關兒童福利的證據都會呈堂。

(iii) 任何其他人。”<sup>634</sup>

### 为儿童进行检验

5.45 第 68M 条所处理的，是在有“儿童代表”的情况下，发出着令交出儿童以接受检验的命令的事宜。这条文所赋予的权力，与《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 45A 条授权下令为儿童进行评估的权力相若，但后者的权力只限由社会福利署署长行使。<sup>635</sup> 当法院接获儿童代表提出的申请后，可着令有关人士交出儿童以接受心理或精神检验，以便拟备报告，供儿童代表在与法律程序有关的工作上应用。<sup>636</sup> 法院可向下列人士发出上述命令：

- “(a) 儿童的父母任何一方；或
- (b) 获发关乎该儿童的同住令或联系令的人；或
- (c) 获发关乎该儿童的指定事项令的人；根据这项命令，该人负责该儿童的长期或日常的照顾、福利和成长事宜。”<sup>637</sup>

### 家庭暴力

5.46 在探讨其后发出用以制约一方配偶与另一方联络，或与有关儿童联络的命令，会如何影响先前已发出的联系令时，应同时探讨相关的家庭暴力问题。澳大利亚各州各有不同的家庭暴力法例。例如，根据维多利亚州的《1990 年刑事罪行（家庭暴力）（修订）法令》(Crimes (Family Violence)(Amendment) Act 1990)，第三者可以为任何 17 岁以下的人申请干预令。该命令的适用范围扩及至有亲属关系但非同住的人以至家庭成员的亲属，而有关修订更容许 14 至 17 岁的青少年自行申请干预令。

### 将有关的家庭暴力行为令通知法院

5.47 《1995 年家庭法改革法令》已订明了联系令和已发出的家庭暴力行为令所产生的互动效果。第 68J(1)条规定，有关方面须在法院发出联系令之前，通知法院已有这项家庭暴力行为令；但如不遵办，也不会影响法院所发出的任何命

---

<sup>634</sup> 第 68L(3)条。

<sup>635</sup> 见第 2 章。

<sup>636</sup> 第 68M(2)条。

<sup>637</sup> 第 68M(3)条。

令的效力。<sup>638</sup>

### 家庭暴力风险

5.48 第 68K(1)条规定，法院在考虑发出哪种命令之前，有责任确保所发出的命令与任何家庭暴力行为令的规定一致，以及不会令任何人冒上不能接受的家庭暴力风险。

### 联系令与家庭暴力行为令不一致的情况

5.49 第 68Q 条订明该部的目的如下：

- “(a) 解决第 11 分部的联系令与家庭暴力行为令不一致的问题；及
- (b) 确保第 11 分部的联系令不会令人冒上家庭暴力风险；及
- (c) 在下述情况下，尊重儿童可以与其父母双方定期联系的权利：
  - (i) 联系次数可能会因家庭暴力行为令的发出或更改而减少；及
  - (ii) 让儿童与其父母双方定期联系是切合其最佳利益。”

5.50 第 68R 条是关于如何处理与家庭暴力行为令不一致的联系令。在这种情况下，法院必须向有关的申请人、答辩人及家庭暴力行为令所针对的人士，以浅白用语解释下列事项：

- “(a) 第 68R 条联系令的目的；及
- (b) 该项命令施加的义务；及
- (c) 如不遵守该项命令的后果；及
- (d) 法院发出与家庭暴力行为令不一致的命令的理由；及
- (e) 可申请撤销或更改该项命令的情况。”<sup>639</sup>

5.51 此外，法院必须：

---

<sup>638</sup> 第 68J(3)条。

<sup>639</sup> 第 68R(3)条。

- “(a) 在第 68R 条联系令中, 详细说明如何进行该命令所规定的联系; 及
- (b) 在切实可行范围内尽快将第 68R 条联系令副本送交下述人士, 但不得迟于发出命令后 14 天:
- (i) 就关乎第 68R 条联系令的法律程序的申请人和答辩人; 及
  - (ii) 如果第(i)节并不包括家庭暴力行为令所针对的人, 则须包括该人; 及
  - (iii) 如果第(i)节并不包括家庭暴力行为令所保障的人, 则须包括该人; 及
  - (iv) 发出或最后更改家庭暴力行为令的法院司法常务官; 及
  - (v) 该家庭暴力行为令所保障的人的住所所属的州或地区的警务总监或主管(不论其职衔为何)。”<sup>640</sup>

然而, 有关方面如未有遵行第 68R 条的规定, 也不影响联系令的效力。<sup>641</sup>

#### 以联系令为准

5.52 第 68S 条规定, 如联系令与家庭暴力行为令的规定出现不一致的情况, 就不一致的部分而言, 须以联系令为准。申请人、答辩人或家庭暴力行为令所保障或所针对的其他人, 都可提出申请, 要求法院就联系令与家庭暴力行为令不一致的地方作出声明。<sup>642</sup>

5.53 该条文备受争议。我们不能完全理解作出该等命令的理据, 因为该条文的历史沿革无从稽考。有关摘要说明提述的原则, 包括在发出或更改家庭暴力行为令致使联系次数减少的情况下, 仍需尊重儿童定期与其父母双方联系的权利; 以及让儿童定期与其父母双方联系是切合其最佳利益。家庭暴力行为令是按照各州或地区的法律发出, 而有关法律不属联邦司法管辖权范围; 但西澳大利亚州的法律除外。

5.54 保护配偶和家庭必须视为较与儿童保持定期联系更为重要。如果配偶之间的冲突情况严重, 则探视儿童的安排可能会成为父母其中一方对付另一方的

---

<sup>640</sup> 第 68R(4) 條。

<sup>641</sup> 第 68R(5) 條。

<sup>642</sup> 第 68S(2) 條。

武器，这不会切合儿童的利益的。我们也注意到，在第 68Q 条中，当局须将最佳利益这条件与另外两项条件之间作出权衡。这情况令人诧异，因为在关乎探视或联系的纠纷中，“最佳利益”通常都被视为首要考虑事项。

## 新西兰

### 新西兰的儿童生活费及探视安排

5.55 新西兰、澳大利亚和英格兰现行关于儿童生活费的法例，已将原本由法院酌情决定的儿童生活费的工作，交由行政机构酌情决定，由该行政机构以方程式计算无管养权的父或母所须付的费用。在新西兰，如果儿童在其无管养权的父或母的家中留宿 146 晚，则在支付儿童生活费方面会获得宽减。这安排对管养令和探视令所造成的影响，可能有利或不利儿童的最佳利益；如果所作的探视或分时分住教养安排，只是出于为减少向另一方支付该儿童生活费，则绝不是好安排：

*“从一些妇女的经验可见，管养权和探视权的申请，与税务局规定的儿童生活费款额的关系日趋密切；提出申请并不是出于希望与有关的儿童保持联系。”*<sup>643</sup>

5.56 另一方面，研究显示如果对儿童无管养权的一方得不到探视权，便往往不依时支付子女及配偶的赡养费，甚至停止付款。法院在发出子女赡养令时，须考虑对管养及探视安排方面的影响。

### 儿童在新西兰家事法院的待遇

#### *儿童的福利*

5.57 法院有责任将儿童的最佳利益视为首要考虑事项，<sup>644</sup> 法院也有责任确保为儿童所作的安排，是在当时的情况下可作的最佳安排。<sup>645</sup> 然而，法院在裁决这事宜上所参照的指引极为有限。<sup>646</sup> 理论上，法院在聆讯时应可取得较多的

---

<sup>643</sup> Neilson, “Women as Family Court Consumers”, in *Rights and Responsibilities*, papers from Symposium on Rights and Responsibilities of the Family, Wellington, October 1994, 156.

<sup>644</sup> Section 33 of the Guardianship Act 1968.

<sup>645</sup> 1980 年的法令第 45(1) 条。

<sup>646</sup> Wilson, “Alternative Dispute Resolution”, *Auckland University Law Review*, Vol. 7(2), 362, 363, at 367, (1993) refers to Hall, *The welfare of the child: a literature review*, Family Court Custody and Access Research report No. 1, (1989), 17.



资料，因为法院很多时都会委任儿童律师，并且索阅专家报告。不过，实际上需要法院进行聆讯的个案，在 1988 年仅占个案总数的 27%，而在 1982 年则为 52%。<sup>647</sup>

### 儿童的意愿

5.58 经修订的《1968 年监护法令》(Guardianship Act 1968)规定，如儿童有能力表达其意愿，则家事法院必须查明其意愿，并强制法院“在考虑儿童的年龄和成熟程度后，在其认为适合的程度上顾及该儿童的意愿”。亨立汉指出，有关管养权、探视权和监护权的纠纷，大部分都是藉辅导和调解方法解决，但至今仍无法例规定在这些程序中，必须顾及该儿童的意见。<sup>648</sup>

5.59 虽然法例规定法院在审理案件时，必须顾及儿童的意愿，但是法院也必须谨慎研究儿童所表达的意见是否出于真诚，而不是受父母其中一方的哄骗或劝诱作出。同样地，为确定儿童所表达的意愿是否属实，向该儿童提问时也要慎言：

*“为尊重和善待儿童，儿童的意见是指他们的由衷之言，不是应成年人的提问而作出的答复，而有关的问题是指基于成年人排解纠纷程序所需而提出的。”<sup>649</sup>*

### 儿童律师

5.60 察特(Char)留意到，获委任代表儿童的律师，通常都会出席调解会议。<sup>650</sup> 儿童律师也可以在父母双方之间进行非正式的调停或调解。事实上，律师“在确保儿童的利益受保障方面，可发挥关键作用”。<sup>651</sup>

5.61 如果有关管养权或探视权事宜的聆讯是有争辩的聆讯，法院必须委任儿童律师，除非作出如此委任是无济于事，则作别论。<sup>652</sup> 究竟律师是按儿童的意愿行事（这符合《联合国儿童权利公约》第 12 条的规定），还是按律师本人所认为对儿童最有利的方式行事，一直备受争议。<sup>653</sup>

---

<sup>647</sup> Chart, “Some New Zealand initiatives in Alternative Dispute resolution”, Commonwealth Law Ministers conference, Auckland (1990), 605, at 608.

<sup>648</sup> Henaghan, “The 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child”, in *Rights and Responsibilities*, papers from Symposium on Rights and Responsibilities of the Family, Wellington, October 1994, 32, 36.

<sup>649</sup> 出處同前。

<sup>650</sup> 第 30 條。

<sup>651</sup> Chart. 出處見上文，第 606 頁。

<sup>652</sup> Section 30 of the Guardianship Act 1968 as inserted by section 18 of the Guardianship Amendment Act 1980.

<sup>653</sup> Henaghan. 出處見上文，第 36 頁。

5.62 费勒尼(Flatley)警告，近年新西兰削减儿童律师服务的资源，表面上节省经费，其实却不然。<sup>654</sup> 如果不能在早段作出明确指示及决定，该案较可能进展至有抗辩聆讯，至最后一刻才由律师协助各方当事人和解。卢特堡(Ludbook)建议，儿童律师具有下述三方面职能：作为综观案情的独立人士；作为代言人；以及作为调解员。<sup>655</sup> 费勒尼回应说，儿童律师实际上必须同时兼顾这三方面的工作。因此，他建议律师应接受有关儿童的成长和法律方面的严格培训，因为在这方面所作的决定，十分倚重社会工作的原理。<sup>656</sup>

### 利益冲突

5.63 儿童律师是家庭法专家，所以日后或会受聘代表有关案件的当事人。此外，这类律师多是地区法律援助委员会委员，可能须就发生纠纷的家庭所提出的法律援助申请作出决定。过去便曾有一个委员会就案中某方胜诉的机会，向儿童律师查询。他在总结时指出，“这样把不同职责混杂起来，不仅造成困难，也侵犯了家庭成员作为法律程序一方的权利。”<sup>657</sup> 有关法律援助的申请应由独立于这个法律范畴之外的人士决定。<sup>658</sup> 如果有律师先代表某案中儿童的利益，其后又以另一个身分为该儿童的家庭行事，看来是有利益冲突。

### 儿童提起法律程序的权利

5.64 亨立汉认为，法例订明“任何其他人士”可以向法院提出申请。<sup>659</sup> 尽管有人对他的见解存疑，但 16 岁以上的儿童却显然可以就其父母任何一方或监护人在任何重要事情上所作决定申请复核。在 1991 年修订的《1968 年监护法令》，使任何年龄的儿童都可在管养权和探视权程序中“申请受家事法院监护”，以解决这些程序或因程序需时而引致的问题。<sup>660</sup> 法院可以委托代理人照顾该儿童。过去便曾有一名 18 岁女童引用这条文，以摆脱其母亲的管控。<sup>661</sup> 不过，法例并不容许儿童申请探视其无管养权的父亲或母亲。亨立汉认为，法院命令可着令不

---

<sup>654</sup> “Family law practice; the preventative versus the reactive approach”, in *Rights and Responsibilities*, papers from Symposium on Rights and Responsibilities of the Family, Wellington, October 1994, 161.

<sup>655</sup> *New Zealand Guide to Family Law*, (1988), at 149.

<sup>656</sup> 出處見上文，第 161 頁。

<sup>657</sup> 出處同上，第 162 頁。

<sup>658</sup> 出處同上，第 162 頁。

<sup>659</sup> This is section 11 of the Guardianship Act 1968. Henaghan in *Rights and Responsibilities*; papers from Symposium on Rights and Responsibilities of the Family, Wellington, October 1994, 36, at 37.

<sup>660</sup> Section 9A(1) and (3) of the Guardianship Amendment (No. 2) Act 1991 inserted into the Guardianship Act 1968.

<sup>661</sup> *X v X and X* - Family Court of Hastings, 20 August 1992, Judge Inglis, unreported.

愿意与其父母会面的儿童去探视其父母，但却不能着令不愿与儿童会面的父母与该儿童会面，实在讽刺。

### 儿童律师的职能

5.65 在新西兰的制度中，儿童律师的地位显要，因而招致批评，但其实这正是保障儿童利益的方法，避免完全依赖法官履行这方面的职责；尽管法官有社会福利主任的报告作参考。儿童律师往往要为儿童的父母进行调解，尝试说服他们以儿童的需要为重。

5.66 妮尔逊(Nielson)认为，儿童律师的地位举足轻重，“实际上……取代了父母双方的职能。对妇女而言，她们的控制权已在家事法院认许下遭到进一步削弱。”<sup>662</sup> 她认为，“很多律师和妇女都声称，这些律师在某些个案的表现尽管完全不称职，但却难以将他们撤职”。<sup>663</sup>

### 诉讼监护人

5.67 费勒尼根据他在英格兰和新西兰当家庭律师的经验，建议采用英格兰的诉讼监护人制度。诉讼监护人会接受有关儿童心理学、行为及教育发展各方面的培训，并可从不同的机构照顾者取得资讯。费勒尼认为，在新西兰家事法院的法律程序中，一般都欠缺了这种跨学科的决策机制。

### 妇女和儿童对家事法院的看法

5.68 妮尔逊<sup>664</sup> 曾与作为家事法院服务对象的妇女和儿童共事，她总结其经验后提出了有趣的观点，认为法院和律师每遇有妇女尝试限制探视权时，“会以明示或暗示作出恫吓，指此举会使她们丧失子女”。由于探视安排成功与否主要取决于主要负责照顾儿童的父亲或母亲，所以采用这种恫吓手法只会令情况变得更为恶劣。家事法院人员“对于男性认为他们有权拥有和管控有关儿童的想法，甚少……提出质疑。在婚姻关系中滥权的男性，往往会将与儿童会面视为与儿童的母亲保持联系的途径”。<sup>665</sup>

---

<sup>662</sup> Nielson, “Women as Family Court Consumers”, in *Rights and Responsibilities; papers from Symposium on Rights and Responsibilities of the Family*, Wellington, October 1994, 156 at 158.

<sup>663</sup> 出處見上文，第 158 頁。

<sup>664</sup> 出處同前。

<sup>665</sup> 出處同上，第 157 頁。

5.69 很多妇女觉得，家事法院制度中的专业人员，甚至她们的律师，对她们的意见都是充耳不闻，反而采纳其他专业人员对有关问题所作的诠释。法院在作出决定和制定管养或探视安排时，通常都不会事先确立有关安排是否可行。<sup>666</sup>所有派驻家事法院的专业人员所面临的挑战，正是如何约制其成见，不会凭其经验和训练将当事人归入预定类别；要不然，他们或会将当事人的表现归咎为刻意留难和妨碍探视安排，因而忽略了其表现是源于发自内心的恐惧。

5.70 此外，还有潜在的危险是，极力主张儿童的父母应该共同教养儿童的专业人士，可能忽略了权力分布不均或家庭功能丧失的征兆，而这些征兆会预示探视安排将遇到困难，或为探视而接送儿童时会出现暴力问题。专业人士必须提高警觉，留意某些预示在探视安排上可能会出现长期冲突的行为征兆，从而制定具创意的命令，例如暂时不发出探视令，直至父母其中一方或双方接受了控制愤怒情绪训练或辅导为止；或作出受监管探视安排；或制定会自动作出检讨的临时命令，而在期间持续受监管并需向法院提交报告，就如安排父母接受观察，以观后效。

5.71 法院最终可能会专注说服顽固的一方配偶同意给予探视权，致使这程序沦为法院与这一方配偶的角力，因而忽略了案中儿童的最佳利益。现行的假设是，尽管父母之间有冲突，安排探视仍然是切合儿童的最佳利益，并可由社工发挥监管功能。然而，碍于资源所限，社工或无法应付办公时间以外进行的探视活动。至于香港，由于缺乏这方面的研究，所以无法查证妮尔逊所述的探视安排所遇到的困难、家庭暴力或家庭功能丧失等情况，是否也有在香港出现。

#### *妇女对探视令的看法*

5.72 妮尔逊表示，与她的团体联络的妇女提出以下投诉：

*“她们担心前配偶教养子女的能力，有时被人视为她们神经过敏或过份溺爱子女，因而将她们的忧虑置诸不理。当她们提及这些忧虑时，往往会被人假定她们只是不愿让有关人士探视，而非尝试规管探视安排。”*

5.73 她作出下述建议：

1. 如儿童的父亲探视儿童时会与其母亲接触，便应对其探视权

---

<sup>666</sup> 出處同前。

- 设定限制，而且不应该将安排父亲探视的责任全交由母亲承担；
2. 须认同父亲应具有教养儿童的基本技巧，并能提供适当的实体环境；
  3. 法院和儿童律师须认真考虑母亲对探视安排的意见；
  4. 应该用“儿童代言人”而非“儿童律师”的职衔；
  5. 儿童代言人并非只限由律师出任；但有关人士如非律师，便须接受家庭法训练；
  6. 出任儿童代言人的律师须接受以下学科中部分范畴的专门训练：心理学、社会学、儿童成长、辅导和调解技巧等各项目；
  7. 挑选儿童代言人应该根据有关人士的个人质素，尤其是其阅历，以及体会他人处境的能力；
  8. 在作出探视和管养安排时，他们须“参考主要照顾者的意见”；
  9. 儿童代言人须提出具体建议，在交通工具和住所方面作出安排以利便探视，并处理教养儿童技巧欠佳的问题；
  10. 儿童代言人须每隔六个月与主要照顾者联络，以确保探视安排运作良好，并按儿童成长作出适当改变；
  11. 儿童代言人须与有关的儿童会面；
  12. 应订定撤换儿童代言人的程序，以便当父母任何一方不满现任儿童代言人的表现时，可予撤换；<sup>667</sup>
  13. 儿童代言人须在既定的财政预算和时间内工作，使决定过程不致拖延日久，并确保已进行充分调查；及

---

<sup>667</sup> 這建議的問題在於：如果父親或母親作風強橫或故意刁難，便會不斷挑戰兒童代言人。不過，如果父親或母親與律師在性格上出現衝突，應考慮讓父母雙方都各有最多一次機會撤換兒童代言人。

14. 儿童代言人应该了解家庭暴力和权力失衡的情况。<sup>668</sup>

5.74 在考虑妮尔逊的意见时，必须顾及新西兰有严重的家庭暴力问题。不过，她也提及许多妇女所关注的情况，就是如果她们实际上是主要照顾者，则法院也应该着重认同这实况，而不是将更多关乎儿童的权利授予父母另一方，致使另一方乘机滥用探视权来延续冲突。

5.75 小组委员会秘书在 1996 年 1 月往当地的家事法院考察，得悉调解会议实际上与和解会议无异。不过，调解会议气氛较为轻松，且不拘泥于形式。在会议上，在座各方当事人会应邀向法官陈述其意见，有的坦率发言，也有不大愿意发表意见。至于儿童律师，其职务主要是代儿童表达其所关注的事务。在会议休息期间，当法官离席后，律师则充当调解员，为一宗极为复杂的案件厘清和解决部分问题，使涉案夫妇尽管在过去曾有极大冲突，但仍能在部分事宜上达成和解。

---

<sup>668</sup> 出處見上文，第 159 至 160 頁。

## 第 6 章

### 香港实体法的改革方案

#### 引言

6.1 本章胪列了关于监护权和管养权的一系列法律改革方案，是秉承《联合国儿童权利公约》的精神，为确保儿童的利益受到保障而有必要推行的改革。其中有部分改革建议已在香港提出，其他的则是在参考其他司法管辖区的经验后拟订的，包括英格兰的《1989 年儿童法令》、《1995 年苏格兰儿童法令》和澳大利亚的《1995 年家庭法改革法令》的法例。我们提出的建议如获采纳，《未成年人监护条例》（第 13 章）和多条婚姻条例中有关监护权和管养权的条文便需作大幅修订。

6.2 家庭法和排解家庭纠纷制度的发展现正处于抉择的关键时刻，需要从多个发展方向中选定未来路向。现时重点已转而放在父母责任方面；鼓励订立教养计划；并在整个过程中更注重听取儿童的心声，不论是由儿童直接表达，或是透过日趋普及的独立法律代表反映亦然。小组委员会相信，将其他地区的经验加以比较研究，当中有不少可资借鉴之处，而小组委员会也是切实地从香港社会的需要着眼来制定改革方案的。

#### 甲部 一 一般原则

##### 目标

6.3 英格兰法律委员会制定了<sup>669</sup> 下列有关规限监护权和管养权的法律和法律程序的原则：

- “(i) 将关乎儿童的事宜与其父母之间或与其他牵涉在内的成年人之间所谋求的任何补救事宜尽量区分开来，并予前者有优先地位；
- (ii) 确认和维系该儿童与家庭中其他儿童和其父母，或与其他对他重要的成年人所建立的良好关系，并鼓励他们尽量在已变迁的家庭环境下维系这些关系；

---

<sup>669</sup> *Review of Child Law: Custody*, (Working Paper No 96: 1986) at paragraph 3.7.

- (iii) 为儿童建立安全稳定的成长环境，其中一项重要因素是负起教养责任的人必须有信心和稳定；
- (iv) 保护儿童免受损害，以免其身心健康、生理、智能、社交或情绪的正常发展，或其一般福祉受到损害；
- (v) 尽可能尊重儿童本人的意见，尽量查明他的意愿和感受，并根据他的年龄和理解能力予以适当考虑；
- (vi) 如果父母责任受到分割或分享，须确保有关人士明白在法律上他们可以 and 应该对儿童行使的权责；
- (vii) 尽量确保法律上的权责分配在日常生活中是合理可行的。”

6.4 英格兰法律委员会建议，在有冲突的情况下，则第(iii)项原则应凌驾第(ii)项。<sup>670</sup> 我们认为上述目标正可作为指引，用以选定适合香港的改革方案。

#### 福利原则

6.5 《1971年未成年人监护法令》第1条界定福利为以儿童的福利为首位重要考虑事项，但这已藉《1989年儿童法令》第1条作出修改，删除了“首位”一词，因为该因素没有受到法院重视，而这用语也曾令人困惑。<sup>671</sup>

6.6 在香港，《未成年人监护条例》（第13章）第3条继续沿用1971年法令的用语，并要求法院将儿童的福利视为“首要考虑事项”。这项福利原则也已经纳入《婚姻诉讼条例》（第179章）第48C条，适用于该条例和《婚姻法律程序与财产条例》（第192章）。《婚姻法律程序与财产条例》（第192章）<sup>672</sup> 第18(6)条对福利所下的定义，将对子女的管养、教育及经济给养也包括在内。《分居令及赡养令条例》（第16章）第5条最近曾作修订，规定“在发出命令时……须以有关的子女的最佳利益为首要考虑的因素”。<sup>673</sup>

6.7 如果要争辩《未成年人监护条例》（第13章）第3条所订的福利原则不适用于有关监护的法律程序，也是可能的，因为除了其他情况外，福利原则只适用于处理“教养”未成年人的法律程序。<sup>674</sup> 小组委员会同意“首要”一词是不必要的，甚至有可能造成混淆。为免除疑问，我们建议应清楚订明，所有与

<sup>670</sup> 出處同上，第3.8段。

<sup>671</sup> *J v C* [1970] AC 668. 見本諮詢文件第2和3章關於福利原則的討論。

<sup>672</sup> 第2條規定“管養”包括探視，而“教育”包括訓練。

<sup>673</sup> 第5(3)條，由《婚姻及子女（雜項修訂）條例》（1997年第69號條例）所加插。

<sup>674</sup> 見第(1)款。



儿童有关的法律程序，包括监护权、赡养或财产问题的程序，都是以福利原则为依归。

## 最佳利益

6.8 《1989年儿童法令》和《1995年苏格兰儿童法令》保留了福利概念。不过，澳大利亚的家庭法委员会却指出，“最佳利益”一词会较为符合《联合国儿童权利公约》的用语。<sup>675</sup> 该委员会建议：

*“澳大利亚作为国际公约的签约国，应在所有与国际公约有关的情况下，尽可能采用国际公约的用语。”*<sup>676</sup>

这项建议已为澳大利亚《1995年家庭法改革法令》第65E条所采纳。小组委员会建议，“最佳利益”一词较“福利”一词更切合香港当代情况，也更符合我们根据《联合国儿童权利公约》所应履行的国际义务。《未成年人监护条例》（第13章）第3(1)(a)(i)条应修订为“应以未成年人的最佳利益为最重要的考虑事项……”，并应对其他婚姻条例作出相应修订。

## 法定的要项清单

6.9 究竟应否订立要项清单以引导法院在有关监护权和管养权的法律程序中作出决定？又或应该让法官有全权在不受任何制肘的情况下作出决定？又或是法官由于自觉应该遵循社会福利主任在管养权或探视权报告所作的建议，所以其决定权已受到制肘？《1989年儿童法令》第1(3)条已设定了在决定受争辩的第8条申请和由地区主管当局提出有关照顾令和监管令<sup>677</sup>所有申请时，法院所应特别注意的事项。澳大利亚的《1975年家庭法法令》第68F(2)条经修订后<sup>678</sup>已订定清单，以协助法院裁定儿童的最佳利益。<sup>679</sup>

## 支持

6.10 支持订定清单的论据是：能提供更高的一致性及其清晰程度；更有系统；各界专业人员可使用同一份清单；父母与子女都知悉法官作决定的理据。<sup>680</sup> 除

---

<sup>675</sup> 第3条。

<sup>676</sup> Report, *The Operation of the (UK) Children Act 1989*, recommendation at paragraph 49, March, 1994.

<sup>677</sup> 地区主管当局约等同於社会福利署。清单详情见上文第3章。

<sup>678</sup> This was amended by the Family Law Reform Act 1995.

<sup>679</sup> 已於上文第5章詳細列出。

<sup>680</sup> Paragraph 5.21 of the Scottish Law Commission, *Report on Family Law* (1992: Scot Law Com.

了法律界专业人员外，其他曾就苏格兰法律委员会的建议提出意见的人士都表示支持的。<sup>681</sup> 爱尔兰的《1964 年幼年人监护法令》(Guardianship of Infants Act 1964) 一直都以身体，社交，智力，道德和宗教等五项准则对福利作出定义，与英格兰着重心理因素的清单相比，这些准则看来已不合时宜。

## 反对

6.11 苏格兰法律委员会概括列出了反对的论点：有可能拖长法律程序；法官或会机械式审理案件；法律顾问和社工仍会使用自订的清单；以及福利原则已包括所有因素。<sup>682</sup>

6.12 总的来说，小组委员会认为，上述清单有助社会福利主任拟备提交予法院的报告，因为他们可以这清单作参考，以确保报告已全面照顾儿童各方面的最佳利益。而当法官与社会福利主任的意见有分歧时，法官在判词中能更清楚地指出法院不采纳社会福利主任建议的理据，这样会减少批评法官只凭主观或个人的文化价值观判案的指称。我们建议订定法定的要项清单，以协助法官行使酌情权，在管养或监护法律程序中作出裁决。

6.13 小组委员会成员认为该清单必须反映跨文化的问题，这也是澳大利亚的《1995 年家庭法法令》所试图达致的目标。小组委员会建议采纳英格兰的《1989 年儿童法令》第 1(3)条所载的清单。这清单较澳大利亚的《1975 年家庭法法令》第 68F(2)条所载的清单更为精简确切。小组委员会又建议以英格兰的《1989 年儿童法令》第 1(3)条为基础，并纳入澳大利亚的法令第 68F(b)条（部分）和(f)条（部分），以订立一条综合条文。有关的草拟条文见本谘询文件附件 1。

6.14 小组委员会现时对于应否采纳澳大利亚的《1975 年家庭法法令》第 68F(2)(d)条尚未有定论<sup>683</sup>，欢迎公众就此发表意见。

---

No. 135).

<sup>681</sup> 出處同上，第 5.23 段。

<sup>682</sup> 出處同上，第 5.22 段。

<sup>683</sup> 這條文規定，須考慮兒童與其父或母聯繫的實際困難和開支，以及有關的困難或開支會否對兒童與其父母雙方保持個人關係和定期直接聯繫的權利造成實質影響。

## 不发出命令原则

6.15 这项原则载于《1989年儿童法令》第1(5)条，规定法院不应发出命令，“除非法院认为对儿童而言，发出命令较不发出为佳”。这项原则的理据是，法院是不应作出干预的，除非有关的各方当事人不能就儿童日后的安排达成协议。<sup>684</sup> 这与苏格兰的法律条文第11(7)(a)条相若。而澳大利亚的《1975年家庭法法令》第68F(2)(k)条则规定，“是否较宜作出一项尽量不会引致再有就该儿童提起诉讼的命令。”家庭法委员会是基于有实际困难，才建议不采纳英格兰的条文，因为当父母向地区房屋机构申请不同的居住单位时，可能需要先获得有关该儿童住所的命令。<sup>685</sup>

6.16 据小组委员会了解，本港的政府部门如房屋署和房屋协会也可能提出相若的要求。小组委员会认同，香港的离婚父母需要当局认可他们为子女所作的安排，不论这安排是经双方协定或由法院颁令作出的亦然。由于香港人口的流动性高，规管同住和联系事宜的法院命令对父母尤为重要；这命令可使他们安心，无需顾虑其子女会被对方非法迁离。小组委员会已注意到不发出命令原则的理据，但由于这项原则不适用于本港情况，故建议不予采纳。

## 乙部 一 父母责任和父母权利

### 父母责任的概念

6.17 在《1989年儿童法令》实施之前，英格兰的父母权利和职责是以监护权作基础，其重点是在于可对儿童行使的权利和权能，而非为其福利而承担的父母责任。另外，更无法断言监护人与父母的权责是否相同。<sup>686</sup> 如果父母其中一方去世，遗嘱监护人<sup>687</sup> 便会与尚存的父母另一方共同行事。

6.18 《1989年儿童法令》废除了监护权概念，但关于第三者在儿童的父母其中一方去世后行使的监护权则除外。该法令以父母责任概念取代监护权。《1989年儿童法令》第3(1)条把父母责任界定为“儿童的父母根据法律对儿童及其财产

---

<sup>684</sup> 有关支持和反对这原则的论点详情，见上文第3章。

<sup>685</sup> 这是以英格兰律师会的意见为基础的。See chapter 5, *supra*, in relation to the Family Law Council report, *The Operation of the (UK) Children Act 1989*, at paragraph 48.

<sup>686</sup> See *Family Law Review of Child Law: Guardianship*, (1985: English Law Com Working Paper No. 91) at paragraph 2.26. 见上文第3章。

<sup>687</sup> 这是由儿童的父母在生前以契据或遗嘱方式委任负责照顾儿童的人。

的所有权利、职责、权力、责任和权能”。<sup>688</sup> 我们建议，虽然父母责任这个概念较监护权更为切合儿童的最佳利益，但监护权这个概念仍需保留，以处理儿童的父母其中一方去世后，第三者对该儿童所负有的责任。

### 用语

6.19 《1995年苏格兰儿童法令》第1和2条分别订明父母责任和父母权利并详加解释，这与英格兰的法律条文不同。<sup>689</sup> 至于香港现行的法例和普通法的用语，却都是侧重权利和权能的用语，并不合宜。然而，我们认为应该保留有关父母权利的定义作为界定父母权利和权力范围的指引，供父母、儿童和法院参考。我们建议参照《1995年苏格兰儿童法令》第1和2条的条文，以制定两条分述父母权利和父母责任的条文。

6.20 然而，我们必须清楚表明，不建议采纳《1995年苏格兰儿童法令》对不同年龄的儿童所订的规定。我们建议，就《1995年苏格兰儿童法令》第1和2条提述的所有情况而言，应将适用年龄订为18岁。<sup>690</sup>

### 父亲作为自然监护人

6.21 根据普通法，父亲是其婚生子女的自然监护人；尽管根据《未成年人监护条例》第3(1)(b)条，母亲是享有同等权利和权能，但香港并没有废除父亲在普通法下所享有的权利。<sup>691</sup> 自《性别歧视条例》（第480章）通过后，《未成年人监护条例》第3(1)(b)条的用语便不再合宜。《1989年儿童法令》第2(4)条规定，“废除将父亲视为其婚生子女的自然监护人的法律规则”。

6.22 我们建议应参照英格兰的《1989年儿童法令》第2(4)条，废除父亲根据普通法享有作为其婚生子女的自然监护人的权利，因为这法则已不再适合香港的情况。此外，我们也建议废除《未成年人监护条例》（第13章）第3(1)(b)条。

### 已婚父母

6.23 《1989年儿童法令》第2(1)条规定，如儿童出生时，其父母经已与对

---

<sup>688</sup> Section 3 of the Children Act 1989.

<sup>689</sup> 全文載錄於上文第4章。

<sup>690</sup> 見下文附件1。

<sup>691</sup> 不過，我們注意到法院可委任遺產監護人作為兒童的唯一監護人，因而剝奪了尚存的父或母擔任監護人的地位。《未成年人監護條例》並未明確說明這個含意。請參閱下文。

方结婚，他们各自对儿童有父母责任。小组委员会中有成员关注到，这条文是否不包括于儿童出生后才结婚的父母；但根据《婚生地位条例》（第 184 章），这类儿童的婚生地位可藉其父母结婚而获得确立。我们建议采纳一条参照英格兰的《1989 年儿童法令》第 2(1)条而制定的条文，但为免除疑问，须将这新条文加以修订，以包括在子女出生后才结婚的父母。

#### *未婚父亲取得父母责任*

6.24 在香港，实在难以找到有关非婚生儿童所占百分率的资料，确实数目更是无从考究，因为尚有从内地非法入境的未婚母亲所生的子女；她们会于分娩后将该儿童交由享有居港权的父亲照顾。据我们所知，曾有父亲将其在婚外情所生的子女带回家中，并视同家庭子女看待。

6.25 在香港，未婚父亲不会自动成为监护人或自动取得父母责任，但可根据《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(d)条申请父母权利和权能。<sup>692</sup> 我们建议修改《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(c)(ii)和(d)条的用语，以采用着眼于责任而非权利的新用语，使未婚父亲可申请授予父母责任的命令。

#### *取得父母责任和父母权利*

6.26 在英格兰，凡儿童出生时其父母尚未结婚，则只有母亲才可享有当然的父母责任，但其父亲可循下列途径取得这项责任：<sup>693</sup>

- (a) 根据法令出任为儿童的监护人；<sup>694</sup>
- (b) 向法院取得父母责任令；<sup>695</sup>
- (c) 与母亲订立父母责任协议；<sup>696</sup> 及
- (d) 藉取得同住令使法院必须随而另行发出父母责任令。<sup>697</sup>

#### *半自动享有父母责任和父母权利*

6.27 “自动享有权利和责任”一词正是未婚父亲地位的写照；这是当他的

---

<sup>692</sup> 見上文第 2 章。

<sup>693</sup> Section 2(2) of the Children Act 1989. 見上文第 3 章。

<sup>694</sup> 第 5(6)條。

<sup>695</sup> 第 4(1)(a)條。

<sup>696</sup> 第 4(1)(b)條。

<sup>697</sup> 第 12(1)條。

子女出生时即可享有的，无需采取任何行动，但如要剥夺或限制他行使作为父亲的权利，则其母亲必须向法院提出申请。这就是澳大利亚的法律。

6.28 小组委员会将“半自动”一词理解为未婚父亲可藉主动采取行动，例如在出生册上签署或订立父母责任协议，以取得父母权利和责任。我们建议未婚父亲应可藉于出生册上签署而取得父母权利和父母责任，并将这项规定纳入有关取得父母责任的拟议法例的清单中。<sup>698</sup> 我们不建议让未婚父亲自动取得父母责任或父母权利。

#### *父母责任协议*

6.29 由未婚父母双方签署的父母责任协议，可确保父亲在母亲去世后可继续履行父母责任，让他可自动成为监护人，无须经由母亲委任为遗嘱监护人。我们建议应鼓励儿童的未婚父母签订父母责任协议，以保障该儿童的最佳利益。

6.30 如未婚父亲已藉在出生册上签署或父母责任协议而取得父母责任和父母权利，而父母双方又已分手，则应鼓励未婚母亲委任遗嘱监护人，以便当她去世后可代为照顾其子女。<sup>699</sup> 我们建议，应鼓励儿童的未婚母亲为该儿童委任遗嘱监护人。

#### *父母责任的永久性*

6.31 根据《1989年儿童法令》，尽管父母已分居或离婚，而父母其中一方已获发同住令，父母双方仍各自继续负有父母责任。<sup>700</sup> 该法令并没有解除父母责任的条文，而是将监护权概念废除。取而代之的是由法院发出命令决定儿童的住所，或于有需要时发出指定事项令。<sup>701</sup> 法律已经认同父母在离婚后继续履行父母责任才切合儿童的最佳利益。

#### *父母其中一方独立行事*

6.32 《1989年儿童法令》规定，如果对儿童负有父母责任的人多于一人，则除非法规明文规定须取得多过一人的同意，否则可各自独立行事以履行责任，无须谘询对方意见。<sup>702</sup>

---

<sup>698</sup> 參閱下文所列的清單。

<sup>699</sup> 第 4(1)(b)條。

<sup>700</sup> 第 2(6)條。

<sup>701</sup> 見上文第 3 章。

<sup>702</sup> 第 2(7)條，並參閱第 13(1)和(3)條。

6.33 父母在离婚后仍持续负有父母责任的概念，与父母可各自独立行事的条文并列看似互相矛盾。有人关注到，父母其中一方可能因为在行使这项权利前没有征询对方意见而引起冲突。我们认为父母应就与儿童有关的重大决定征询对方意见。我们建议采纳一条参照《1989年儿童法令》第2(7)条而制定的条文，但只限适用于儿童日常的照顾和最佳利益方面。因此，获发同住令的父或母可独立处理儿童的日常事务，而父母另一方也可在与儿童联系期间同样这样做。

#### 父母责任的涵义

6.34 英格兰法例并无授权父母其中一方在另一方为儿童作重大决定时，可行使否决权或有权获得谘询或通知。尽管如此，法院已尽量在儿童的最佳利益与父母任何一方独立自主行事之间作出平衡。在 *Re G (a minor) (Parental Responsibility: Education)*<sup>703</sup> 一案中，格特维大法官说：

“负有父母责任的母亲有权而事实上也应在将儿童由日校转到.....寄宿学校这件重要的事情上获得谘询。这对任何儿童来说都是重要的事情，而她理应获得谘询。”

不过，由于事发前并没有任何命令发出，所以她不能声称该父亲的行为违反先前命令。

6.35 为了平衡一条参照《1989年儿童法令》第2(7)条而制定的条文的影响，并减少父母在分居或离婚后发生的纠纷，我们同时建议，儿童的父母其中一方为该儿童作重大决定时，应该征询另一方的意见，如果父母双方能就关乎儿童的重大事宜共同作出决定则更佳。不过，父母其中一方无须就儿童的日常生活所作的决定通知另一方或征求另一方的同意。

6.36 为减少父母之间出现磨擦的情况，与其授予父母另一方否决权，倒不如在法例中订明需要父母另一方明确表明同意才可决定的事宜，以及只需将所作决定通知父母另一方的事宜。

6.37 有关法例必须明确界定什么是重大决定，并分类列出以下三份清单：其一为有关父母责任的一般清单；其二为需要明确表明同意的重大事项清单；其三为需要作出通知的重大事项清单。

6.38 我们建议将下列事项纳入父母责任的一般清单中，所载事项一般已获

---

<sup>703</sup> [1994] 2 FLR 964, Court of Appeal.

法律评论员接受：

- (1) 有责任照顾儿童的日常生活；
- (2) 有责任确保在有需要时给予儿童适当的医疗；
- (3) 有权接纳或拒绝同意让儿童接受医疗；
- (4) 有权管教儿童；
- (5) 有责任确保儿童接受教育；
- (6) 有权更改儿童的姓氏；
- (7) 有权按某宗教教养儿童；
- (8) 有权同意让儿童结婚；
- (9) 有权同意让儿童交由他人领养或有权就领养过程获得通知；
- (10) 有权委任监护人，以便当其去世后照顾儿童；
- (11) 有责任供养儿童；
- (12) 有责任保护儿童；
- (13) 有责任容许儿童与行使父母责任的人互相探视或保持联系；
- (14) 有权把儿童永远或暂时迁离该司法管辖区；及
- (15) 有权在提起法律程序或于法律程序中作辩护时以起诉监护人的身分行事。<sup>704</sup>

### 清单二

6.39 清单二列出需要同意的事宜。如未能取得同意，便必需向法院申请命令。我们认为这份清单应载有下列事项：

- (1) 同意更改儿童的姓氏；
- (2) 同意让儿童交由他人领养；
- (3) 同意让儿童迁离本司法管辖区超逾一个月；及
- (4) 同意让儿童永久迁离本司法管辖区。

### 清单三

6.40 清单三载列了需要作出通知的事项。我们认为清单应载有下列事项：

---

<sup>704</sup> 18 歲以下人士不能以自己的名義提起法律程序或在法律程序中抗辯，必須由稱為“起訴監護人”的成年人代為行事。



- (1) 就儿童接受大手术或长期治疗或牙科治疗作出通知；
- (2) 就教育的重大改变作出通知；
- (3) 就按某宗教教养儿童作出通知；
- (4) 就同意儿童结婚作出通知；
- (5) 就迁移住所作出通知；
- (6) 就将儿童暂时带离本司法管辖区但维期不足一个月作出通知；
- (7) 就将会更改居籍或国籍而通知父母另一方；及
- (8) 就关乎儿童生命中任何其他重大或重要的决定作出通知。

6.41 我们同意普通法可能已有规定，让医生可在没有取得父母的同意下为儿童进行紧急医疗手术或程序。至于需要就医疗事宜作出通知的，也只需短促的通知期。不过，如果是为同意让儿童结婚而作出的通知，则应有合理的通知期。至于父母任何一方行使权利，委任他人于其死后出任为监护人一事，则无须作出通知或取得同意。此外，以起诉监护人身分进行诉讼或在法律程序中答辩，也是无须取得同意或作出通知。

#### *抵触命令的作为*

6.42 《1989年儿童法令》第2(8)条规定：

*“对儿童负有父母责任的人士，是不会因而有权进行任何抵触根据本法令为该儿童所发的任何命令的行动。”*

6.43 举例来说，如果父母其中一方已获发同住令，父母另一方仍可于与儿童一起时全面履行其责任，但有违该法院命令的行动除外。第2(8)条指出为儿童发出的法院命令具有凌驾性地位。我们建议采纳一条参照《1989年儿童法令》第2(8)条而制定的条文。

#### *转授*

6.44 《1989年儿童法令》第2(9)条规定，父母可转授父母责任，但不得转移或放弃父母责任。《1995年苏格兰儿童法令》第3(5)条有相若的条文，但用语稍有不同。<sup>705</sup>然而，《未成年人监护条例》（第13章）第4条所提述的，是将管养、教养或财产管理的全部或部分权利和权能予以“放弃”，但这只可在父

---

<sup>705</sup> 見上文第4章。

母已经分居的情况下执行，而且必须获法院认同这是对有关的儿童有利。我们认为，“放弃”一词是不恰当的，也不能反映父母在分居或离婚后仍持续承担父母责任的概念。

6.45 我们建议采纳一条参照《1989年儿童法令》第2(9)至(11)条<sup>706</sup>而制定的条文，而不是以《1995年苏格兰儿童法令》第3(5)条为蓝本。待这项改革落实后，《未成年人监护条例》（第13章）第4条会予以废除；但我们认为第4(1)条的最后两行文字仍值得保留。<sup>707</sup>

### 持续父母责任

6.46 《1989年儿童法令》第2(6)条规定，已负有父母责任的人，其责任是不会因诸如继父/母或未婚父亲等其他取得父母责任而丧失。《1995年苏格兰儿童法令》第11(11)条所采用的用语不同，但却更切合实际情况，因为该条文承认发出这样的命令，或会对负有这项责任的其他人造成影响。我们建议采纳一条参照《1995年苏格兰儿童法令》第11(11)条而制定的条文。

## 丙部 一 监护人取得父母责任

### 委任

6.47 《未成年人监护条例》（第13章）第6(1)条规定，父母可以契据或遗嘱委任监护人。然而，《1989年儿童法令》第5(5)条却规定，负有父母责任的父母<sup>708</sup>可以藉由两名见证人见证其签署的书面文件来委任监护人，而无须正式签订契据或遗嘱。这可避免技术问题，并有助作出委任安排；因为很多人并没有订立遗嘱。我们认为应可藉简易过程而非法律过程来委任监护人。为此，我们建议采纳一条与《1989年儿童法令》第5(5)条相若的条文。<sup>709</sup>

6.48 我们同意应设立认可制度，使第三者可查证某人是否已接受委任为监护人。有人顾虑到父母其中一方在作出委任前，或没有通知被委任人或征得他的同意，便委任他作为遗嘱监护人。这是不切合儿童的最佳利益。如规定需要有正式同意，可让监护人清楚知悉他所负起的父母责任是严肃而认真的。

---

<sup>706</sup> 全文見下文附件 1。

<sup>707</sup> 第 4(1)條最後兩行文字規定，“但法院如認為執行夫婦之間此等協議不符合子女的利益，則該等協議不得獲法院執行。”

<sup>708</sup> 這是第 3 款的規定。因此，除非未婚父親已根據協議或法院命令獲授予父母責任，否則不能委任監護人。

<sup>709</sup> 全文見下文附件 1。

6.49 我们建议采用委任监护人标准表格，表格内应扼要说明监护人的责任，并由拟议委任的监护人签署。这些表格可存放于法律援助署、和设有由当值律师服务提供义务法律指导的民政事务总署各分区事务处，以供市民索取。我们又建议，如果监护人不曾正式同意出任为监护人，则须明确表明或默示接受委任。他也可以填写表格的方式表明意愿。

#### *由监护人作出委任*

6.50 香港看来并无任何法定条文，准许监护人委任他人为监护人，以便在其去世后代他行事。不过，英格兰的《1989年儿童法令》第5(4)条规定，监护人是可以委任另一位监护人，在其去世后代他担任为该儿童的监护人。我们建议采纳一条参照《1989年儿童法令》第5(4)条而制定相若的条文。

#### *儿童对于委任监护人的意见*

6.51 《1995年苏格兰儿童法令》第7(6)条规定，委任监护人的决定应视为涉及行使第6条所指父母权利的重大决定。第6条规定，在作出重大的决定前，必须在切实可行的范围内考虑儿童的意见。这对于较年长的儿童更为重要；因为其父母一旦离婚，他便会交由监护人照顾，所以这条文是合符情理的。我们建议引入一条参照《1995年苏格兰儿童法令》第7(6)条而制定的条文。

#### *放弃监护权*

6.52 《未成年人监护条例》（第13章）第5条授权法院，当遗嘱监护人拒绝充任监护人时可委任监护人，但并没有让监护人放弃监护权的条文。在英格兰，不愿出任为监护人的人可根据《1989年儿童法令》第6(5)条以书面文件放弃监护权。苏格兰的法例规定，除非有关人士已明确表明接受委任，或藉采取一些与其他意向有抵触的行动以默示接受委任，否则其委任不得生效。<sup>710</sup>

6.53 我们建议应该为放弃出任为监护人订立与委任监护人制度相若的机制。如拟议委任的监护人已藉签署适当表格表示同意接受委任，但日后却不愿出任为监护人，便必须办理正式手续放弃监护权。有关的放弃通知须以正式书面作出，并须向遗嘱执行人或遗产管理人呈报。如果有关的儿童别无其他遗嘱执行人、遗产管理人或尚存的父或母，则必须将放弃一事通知社会福利署署长，由他采取行动以保障该儿童的最佳利益。

---

<sup>710</sup> Section 7(3) of the Children (Scotland) Act 1995.

## 由法院委任

6.54 《未成年人监护条例》第 7 条规定，儿童如无父母、监护人或其他对其拥有父母权利的人，法院可为他委任监护人。<sup>711</sup> 在英格兰，《1989 年儿童法令》第 5(1)条规定，如儿童没有享有父母责任的父或母，或获发同住令的父或母在命令生效期间去世，则任何有意出任为监护人的人都可向法院提出申请。<sup>712</sup> 采纳一条参照《1989 年儿童法令》第 5(1)条而制定的条文，是与改革建议相符的。

6.55 我们建议废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 7 条，并就委任监护人一事制定一条与《1989 年儿童法令》第 5(1)条相若的条文。

## 监护人的委任的生效时间

6.56 在英格兰，由父母其中一方或法院根据《1989 年儿童法令》委任的监护人是负有父母责任的。<sup>713</sup> 《1995 年苏格兰儿童法令》中也有相若的条文。<sup>714</sup>《1989 年儿童法令》第 5(8)条规定，遗嘱监护人只会于尚存的父或母也去世后才会负有父母责任<sup>715</sup>，除非已去世的父或母获发同住令或他 / 她正是该名唯一负有父母责任的父或母，则作别论。<sup>716</sup>

## 英格兰法律条文的缺失

6.57 我们发现这法律条文在施行上有困难。如果已故的父或母生前是唯一与该儿童同住且别无其他居住安排的，但又从未向法院申请同住令，则遗嘱监护人便无从履行其责任。各方当事人或曾有非正式协议，或已签订调解协议但未有转为协议令。因此，限令由尚存的父或母照顾儿童会迫使遗嘱监护人诉诸法院。况且，尚存的父或母也可能不負責任，对该儿童疏忽照顾。

6.58 我们已注意到英格兰的法律条文有不足之处。<sup>717</sup> 委任监护人的目的是让他在作出委任的父或母去世后出任为监护人，如果遗嘱监护人只可在尚存的父或母也去世后才能履行职务，则作出委任也是徒然。苏格兰法律委员会认为，

---

<sup>711</sup> 這是指未婚父親已根據第 3 條申請，取得授予他父母權利或權能的命令。

<sup>712</sup> 全文見下文附件 1。

<sup>713</sup> 第 5(6)條。

<sup>714</sup> 第 7(5)條。

<sup>715</sup> 有關此條文的討論見上文第 3 章。

<sup>716</sup> 第 5(7)(b)條。如未婚母親未有與子女的父親簽訂父母責任協議，或法院並無發出命令使父親有父母責任，便會出現只有父親或母親負有父母責任的情況。亦見上文第 3 章。尚存的父或母與監護人的糾紛可根據第 8 條申請排解。參閱下文。

<sup>717</sup> 蘇格蘭法律委員會也持同樣意見。見上文第 3 章。

当作出委任的父或母去世后，则尽管父母另一方仍然健在，应容许获委任的监护人履行职责。<sup>718</sup> 至于遗嘱监护人与尚存的父或母之间的任何纠纷，可交由法院处理。

6.59 在香港，大家庭在教养儿童方面仍发挥重要的功能，所以即使有尚存的父或母，仍应容许监护人履行职责。这是《未成年人监护条例》（第 13 章）第 5 和 6 条的规定。最切合儿童最佳利益的做法，就是让遗嘱监护人无须待有关儿童的尚存父或母去世后，才能采取措施以儿童监护人的身分行事。

#### *英格兰法律条文的优点*

6.60 原则上，采纳一条与英格兰的《1989 年儿童法令》第 5(8)条相若的条文也是有理据支持的。由于我们已建议采纳共同父母责任，如果容许已去世的父或母可透过遗嘱监护人继续履行父母责任，则是自相矛盾。更何况，不让尚存的父或母取得全部父母责任，反而将这责任转授他人，更有将儿童视为财物之嫌。

6.61 如果遗嘱监护人不满意尚存的父或母照顾儿童的最佳利益的方式，可向法院申请同住令。<sup>719</sup> 我们建议，如果父母其中一方在去世前已取得同住令，则由该父或母委任的遗嘱监护人便可在他 / 她去世时自动以遗嘱监护人身分行事。如果与该儿童有联系的父或母不满意这项安排，可向法院提出申请，以决定该儿童的住所。

6.62 我们又建议，由与儿童同住的父或母委任的遗嘱监护人，可于该父或母去世后行事；这是说遗嘱监护人的委任不会于该父或母去世后即时生效，而是必须由该遗嘱监护人主动向法院取得批准。这个方案更为务实，可避免英格兰的《1989 年儿童法令》第 5(8)条有欠灵活的问题；该条文规定只准许遗嘱监护人在尚存的父或母也去世后才可履行其责任。

#### *尚存的父或母有否决权*

6.63 《未成年人监护条例》（第 13 章）第 6(2)条关于尚存的父或母有权反对委任遗嘱监护人的规定需要修改。<sup>720</sup> 这条文的效用，看来是当尚存的父或母提出反对，遗嘱监护人的委任便不会生效。一旦行使这否决权，遗嘱监护人便会被迫诉诸法院，而法院既可能拒绝发出命令，致使尚存的父或母继续成为唯一

---

<sup>718</sup> 見《未成年人監護條例》（第 13 章）第 6(2)條。

<sup>719</sup> 見下文有關同住令的建議。

<sup>720</sup> 見上文第 2 章。

监护人，<sup>721</sup> 也可能命令监护人与尚存的父或母共同出任为监护人，或出任为唯一监护人而把尚存的父或母排拒于外。<sup>722</sup>

6.64 根据这条文，尚存的父或母是无权主动向法院提起诉讼的。如果尚存的父或母反对某人出任为遗嘱监护人，便应予他机会向法院寻求解决办法，由法院按最佳利益原则作出裁决。我们看不出有甚么情况是足以支持剥夺父母这项权利的。

6.65 我们建议应撤销《未成年人监护条例》（第 13 章）第 6(2)条所订授予尚存的父或母的否决权，使尚存的父或母如与监护人发生纠纷，可各自根据第 6(3)条向法院提出申请。

#### *罢免或更换监护人*

6.66 《未成年人监护条例》第 8 条规定，高等法院如信纳将任何遗嘱监护人、或将任何根据该条例委任或充任监护人的人罢免或更换，是可促进有关儿童的福利，即可将该人罢免或更换。《1989 年儿童法令》第 6(7)条规定，儿童本人、或任何有父母责任的人，或法院本身都可申请终止监护人的委任。我们已探讨是否需要采纳一条与第 6(7)条相若的条文，以配合其他的改革建议。我们建议保留《未成年人监护条例》第 8 条，但须加以修订，以将相若权力授予区域法院。

#### *罢免由尚存的父或母出任的监护人*

6.67 如果法院根据《未成年人监护条例》第 6(3)(b)(ii)条委任遗嘱监护人为唯一监护人，也就是罢免由尚存的父或母担任的监护人，法院便可根据第 11 条为尚存的父或母发出关于管养、赡养和探视的命令。委任遗嘱监护人为唯一监护人的影响，就是终止尚存的父或母的权利，但探视权与赡养儿童的责任除外。

6.68 究竟此举会否剥夺父亲作为其子女自然监护人的权利则并不清晰，因为香港没有条文澄清是否经已废除父亲作为其子女自然监护人的权利。<sup>723</sup> 不过，当母亲为尚存父母时，她却不是自然监护人。我们应注意，如果法院先前曾发出命令指明尚存的父或母不宜有管养权，则尚存的父或母便不会对有关的儿童享有

---

<sup>721</sup> 這是根據第 6(3)(a)條的。

<sup>722</sup> 第 6(3)(b)條。

<sup>723</sup> 見上文有關廢除這項規定的建議。

当然的管养权或监护权。<sup>724</sup> 这项命令是可以纳入离婚或司法分居的判令中。

6.69 在英格兰，即使已有遗嘱监护人履行其职责，尚存的父或母仍然负有父母责任。《1989 年儿童法令》并无任何有关剥夺父母任何一方的父母责任的条文。不过，法院可将同住令发给监护人而非尚存的父或母。根据英格兰的法例第 8 条发出的命令，可以确保儿童的最佳利益得到保障，尽管这是将尚存的父或母的权利和父母责任约束至近乎全面限制的情况。

6.70 我们建议废除《未成年人监护条例》第 6 条中有关剥夺尚存的父或母作为监护人的权利的条文。如果保留剥夺儿童的尚存父或母作为其监护人的权利，会有违父母责任概念，更不符对第三者在儿童的父母其中一方去世后可行使的监护权加以规限的理念。

#### 未婚父亲作为尚存的父或母

6.71 前文<sup>725</sup> 已指出授予父母责任地位的影响，是使未婚父亲可根据《未成年人监护条例》享有尚存的父母地位，并可委任他人在其去世后出任为子女的监护人。不过，为求清晰起见，我们建议增订条文，说明生父一旦获授父母权利或父母责任，不论是因符合半自动取得权利的条件或藉法院命令取得的，<sup>726</sup> 都可获视为该条例所提述的“尚存父母”。<sup>727</sup>

#### 产业监护人

6.72 《未成年人监护条例》（第 13 章）第 18 条规定，除在第(2)款指明的情况外，未成年人的人身监护人应同时是其产业的监护人。<sup>728</sup> 英格兰法律委员会建议，可藉信托安排补足有关产业监护人条文的不足之处。<sup>729</sup> 《1989 年儿童法令》第 5(11)条保留了委任产业监护人的权利，并按法院规则授权法定代表律师行使有关权力。苏格兰法律委员会和《1995 年苏格兰儿童法令》对于儿童的产业的管理都有详细规定，但看来并不适用于香港的情况。

---

<sup>724</sup> 《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 19(4)條。法院有權根據第 19(3)條發出有關父親或母親不適宜有管養權的聲明。

<sup>725</sup> 見本章上文和第 2 章。

<sup>726</sup> 已修訂的《未成年人監護條例》第 3(1)(d)條。

<sup>727</sup> 如保留現行的法例，他也可被視為監護人；雖然我們已在前文建議，監護權這概念應予保留，但只限於受委任於有人身故後出任為監護人的第三者，而非應用於尚存的父或母。

<sup>728</sup> 產業監護人只可由高等法院委任。

<sup>729</sup> English Law Commission, *Family Law, Review of Child Law; Guardianship and Custody*, (1988: Law Com No 172), paragraph 2.24.

6.73 《法定代表律师条例》（第 416 章）列明法定代表律师在财产事宜方面的管辖权。我们注意到，英格兰的《最高法院规则》第 80 号命令第 13 条规则订明，儿童的产业监护人只可由法定代表律师出任，而香港的法定代表律师尽管并无同等权力，但看来仍无碍法定代表律师履行其职责。我们欢迎公众就法定代表律师是否有足够权力履行产业监护人责任一事发表意见，并诚邀公众就香港这方面的法律条文的实施情况和是否需要改革递交意见书。

#### 丁部 一 为儿童发出的命令的类别

6.74 英格兰的新命令是着眼于处理实际安排以妥善履行对儿童的职责，以期减少父母之间的纠纷，而非像过去将重点放在父母其中一方可否控制父母另一方与子女一起时的作为。为方便参考，现将海外各地有关儿童命令的法律条文按相关命令的类别分别阐述。

##### *澳大利亚的法律条文*

6.75 澳大利亚的《1995 年家庭法改革法令》修订了《1975 年家庭法法令》，引入了“养育令”和废除管养权和探视权的概念。有关的命令分别为同住令、联系令和指定事项令。指定事项令是处理赡养、住所或联系以外的所有关乎父母责任的事宜。<sup>730</sup>

##### *管养令*

6.76 管养令的用语带有对儿童享有拥有权的意味。由于香港奉行的普通法实际上将所有与教养儿童有关的权利全给予负责管养的父或母，所以难免导致有更多有争辩的个案需交由法院处理。<sup>731</sup>

6.77 如果向没有管养权的父母一方说，他所享有的权利仅为探视权和部分没有明确定义的剩余权利，而这些权利更是只可于这些权利受到有管养权的另一方侵犯时才可行使的，则只会促使父母双方争执不休。在一些国家，父母双方均有监护权，而管养权则只限于人身管养方面，令享有管养权的一方有责任就影响该儿童教养的重要事宜谘询另一方的意见。然而，我们仍认为这条文有欠周全；因为保留监护权的概念，既应用在日常照顾儿童事宜上，又同时用以处理儿童在

---

<sup>730</sup> See Section 64B(6) of the Family Law Act 1975.

<sup>731</sup> 我們注意到，在 1998 年出版由 Hewitt 編著的 *Hong Kong Legal Practice Manual - Family* 將“管養權等同兒童的父母在法律上享有的父母權利和父母責任。”第 160 頁。



其父母其中一方去世后由谁教养的事宜上，实造成混淆。

6.78 把现行的管养令废除，也就更配合我们就父母责任所作的建议。我们建议废除与管养令有关的法律条文。

### *同住令*

6.79 很明显，在拟议的法例中必需有条文规管儿童的住所和其父母应该承担日常照顾他的责任。英格兰的法律条文订明，同住令是决定谁与儿童同住的安排的命令。<sup>732</sup> 苏格兰的法律条文指明同住令：

*“是对 16 岁以下儿童的居住安排作出规管的命令，指定：*

- (i) 他与谁同住；或*
- (ii) 如轮流或定期与不同人士同住，则他与谁同住和同住时期。”*<sup>733</sup>

6.80 同住令的概念与管养令不同，但与照顾及管养的命令较为相近。我们建议在法例中增订同住令的规定。

### *同住令的定义*

6.81 我们认为英格兰和苏格兰的法律条文对同住令的阐述较澳大利亚的更为详尽，所以较为可取。不过，我们认为在香港而言，有关同住令的定义必须更为细密。我们注意到，现有关于“照顾和管束”的命令是“等同负起对儿童的日常照顾和责任”。<sup>734</sup> 我们认为现行的“照顾”一词应予保留，但带有负面意义的“管束”一词则应该舍弃。

6.82 我们认为澳大利亚的法律条文第 64B(6)条在界定指定事项令时，所采用的“日常照顾、福利和成长”确有可取之处，但碍于“成长”一词带有深远意义，所以最终都认为不宜用以界定同住令。

6.83 我们建议应在同住令的定义中列明，获发该命令的父或母须对“儿童的日常起居生活和最佳利益”承担责任。我们建议应把同住令界定为“解决有关谁与儿童同住和谁负责照顾该儿童日常生活和最佳利益的安排的命令。”

---

<sup>732</sup> Section 8 of the Children Act 1989.

<sup>733</sup> Section 11(2)(c) of the Children (Scotland) Act 1995.

<sup>734</sup> 出處同前。

## 非其父母人士

6.84 《1989 年儿童法令》第 12(2)条规定，如果一名并非儿童的父母的人获发同住令，则他已取得父母责任和所有隐含的权责。我们认为《1989 年儿童法令》第 12(2)条是有用的，因此建议香港制定相若的条文。

## 联系令

6.85 《1989 年儿童法令》第 8 条规定，联系令容许儿童探访他人或与他人同住。苏格兰的联系令则是：

*“对该年龄以下的儿童与特定的人保持个人关系和直接联系的安排作出规管的命令，而该特定的人是现时或将来不会与该儿童同住的人。”*<sup>735</sup>

6.86 我们考虑过英格兰和苏格兰的法律条文对联系令所作的定义，但对英格兰的法律条文中“容许”一词有所保留，因为父母有可能把这词理解为与儿童同住的父或母可管束该儿童与非同住的父母另一方的联系。反之，苏格兰的法律条文则是指儿童与父母另一方相聚的权利，而这条文的用语较为中立，与《联合国儿童权利公约》第 9.3 条的用语相若。

6.87 我们建议采纳一条参照苏格兰对联系令所作定义而制定的条文。<sup>736</sup>我们又建议这项拟议条文应规定，享有联系权的父母于行使与儿童联系的权利期间，有权在处理儿童的日常事务上独立行事。

## 指定事项令

6.88 《1989 年儿童法令》第 8(1)条把指定事项令界定为就指定事项发出指令的命令；有关事项是指已经或可能出现关乎对儿童的父母责任的问题。苏格兰的法律条文第 11(2)(e)条把指定事项令界定为“处理指定问题而发出指示的命令，有关问题须属关乎第(1)款第(a)至(d)段所述任何方面而已经或可能出现的问题……”<sup>737</sup>

6.89 澳大利亚对“指定事项令”所作的定义，跟上述英格兰或苏格兰的定义不同，而是全面涵盖各方面的父母责任，只有住所、联系或赡养除外。这命令

---

<sup>735</sup> Section 11(2)(d) of the Children (Scotland) Act 1995.

<sup>736</sup> 見下文附件 1。

<sup>737</sup> 這包括父母責任、父母權利、監護權和對兒童財產的管理權。

会授予“某人（不论是独自或与他人）对儿童的长期照顾、福利和成长的责任，或对儿童的日常照顾、福利和成长的责任。”<sup>738</sup>

6.90 英格兰的法律条文用语，对法院就儿童的福利发出命令一事上，授予毫无限制的酌情权。<sup>739</sup> 我们认为英格兰的条文简练，可灵活应用且更富弹性，较苏格兰所作的定义为佳。在英文名称上，我们认为“specific issues order”较“specific issue order”为佳。因此，我们建议参照英格兰就指定事项令所作的定义而制定条文。

#### *禁止行动令*

6.91 在英格兰的法律条文中，将禁止行动令界定为规定任何人在未得法院同意前，不得采取命令所指明的行动，而该行动是原本对儿童履行父母责任时可以采取的。苏格兰的法律条文订明：

*“禁止在履行关乎儿童或管理儿童财产的父母责任时，或行使关乎儿童或管理儿童财产的父母权利时，进行禁令指明的任何行动的禁令。”*<sup>740</sup>

6.92 澳大利亚的《1975年家庭法法令》中并无相若条文。苏格兰的法律条文所指命令的作用与强制令相若，但是从未在我们的法例中出现。因此，英格兰的法律条文所用的定义才最适用于香港。我们建议参照《1989年儿童法令》第8(1)条就禁止行动令所作的定义而制定条文。

#### *附加规定*

6.93 根据《1989年儿童法令》第11(7)条，法院在发出第8条命令时，可在命令中订明指示或条件。<sup>741</sup> 例如当有关的家庭是有暴力或虐待记录的，会作出安排使儿童在受监管情况下与其父或母联系。《1995年苏格兰儿童法令》中并无相若的规定。这项权力有助法院在颁令时，可维护儿童的最佳利益，并尽量减少日后发生纠纷的机会。我们建议采纳一条与《1989年儿童法令》第11(7)条相若的条文。

---

<sup>738</sup> Section 64B(6) of the Family Law Act 1975 as inserted by the Family Law Reform Act 1995.

<sup>739</sup> 見下文附件 1。

<sup>740</sup> Section 11(2)(f) of the Children (Scotland) Act 1995.

<sup>741</sup> 見上文第 3 章。

### 第三者提出申請的權利

6.94 我們已於第 2 章指出，《未成年人監護條例》（第 13 章）第 10 條會引起問題，使祖父／母、外祖父／母或其他照顧者等第三者難以向法院申請管養令或探視令，但對保護兒童的最佳利益而言，這些命令卻可能是必要的。在單親家庭中的兒童，其父或母將他交由祖父／母、外祖父／母撫養，其後要求索回該兒童，便是一例。再者，對於兒童而言，與祖父／母和外祖父／母保持聯繫，也是切合兒童的最佳利益，尤其是在香港這處重視大家庭制度的地方為然。

6.95 現時第三者必須倚賴父母其中一方或社會福利署署長代為申請上述命令。照顧者也可提起法院監護程序，或由法定代表律師介入處理。《婚姻訴訟規則》（第 179 章）規定，監護人或對兒童有監護、管束或監管權的人都可根據該條例第 48 條申請命令。<sup>742</sup>

6.96 蘇格蘭的條文規定，任何人均可向法院申請發出命令，但因地區主管當局發命令或因領養安排而遭剝奪父母權利的人除外。<sup>743</sup>《1989 年兒童法令》第 10 條<sup>744</sup>是闡述可於無需許可和於取得許可後申請第 8 條命令的人，這條文較切合香港的社会实况。不過，該條文規定只有“與兒童同住的時間合計最少有三年的人”<sup>745</sup>才享有無需法院許可便能提出申請的權利。這規定對香港的情況來說，限制似乎過苛，因為大家庭制度在香港所發揮的功能遠大於英格蘭。

6.97 《未成年人監護條例》（第 13 章）第 10 條對第三者向法院提出申請的權利所設定的限制應予廢除。我們認為，禁止第三者申請有關兒童的命令是沒有理據支持的。我們建議參照英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10 條制定條文，並對第 5(b)和(10)款加以修訂，訂明如果申請人在過去三年曾與有關兒童同住的時間合共有一年，便無須向法院申請許可。這一年時間無需是連續的，但有關申請必須在終止同住後三個月內提出。

### 為兒童所作的安排

6.98 有關處理兒童安排的條文是載於《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 18 條。<sup>746</sup>在英格蘭，1973 年的法令第 41 條藉《1989 年兒童法令》<sup>747</sup>及

<sup>742</sup> 這是有關監管令的規定。參閱下文有關由個別人士申請委任為訴訟監護人，以享有根據《婚姻訴訟規則》第 108 條代表兒童提起訴訟的權利。

<sup>743</sup> Section 11(3) of the Children (Scotland) Act 1995.

<sup>744</sup> 見上文第 3 章。

<sup>745</sup> 第 10(5)(b)和(10)條。全文見下文附件 1。

<sup>746</sup> This is similar to to section 41 of the Matrimonial Causes Act 1973. 我們已在第 4 章

《1996年家庭法法令》第11条作出修订，规定在任何离婚、婚姻无效或裁判分居的法律程序中，法院都有责任在审议为儿童拟定的教养和福利安排时，考虑应否行使《1989年儿童法令》所授予的权力。现已有规定，当案中儿童已表达其意愿时，法院必须根据该儿童的年龄、理解能力和表达意见的情况，考虑该儿童的意愿。<sup>748</sup> 在没有相反证据的情况下，法院必须顾及下列事宜：

“最符合儿童的福利是：

- (i) 让他与对他负有父母责任和其家庭的其他成员经常保持联系；及
- (ii) 尽可能让他与其父母维持良好关系。<sup>749</sup>

6.99 有关儿童安排的陈述书通常不会受司法审议。不过，法院可基于情况特殊，为切合儿童的最佳利益而发出暂缓绝对判令、婚姻无效或裁判分居的指令。<sup>750</sup> 这与《1995年苏格兰儿童法令》第12条相若。有人指出，英格兰和苏格兰的法律条文正符合减少政府干预家庭生活的原则。<sup>751</sup>

6.100 我们认为应保留《婚姻法律程序与财产条例》（第192章）第18条，但建议加以修订，以表明法院必须顾及有关儿童的意见和考虑是否适宜让儿童与其父母双方保持联系，就如英格兰的《1996年家庭法法令》第11(4)条所规定的。

6.101 儿童的父母应有责任向法官证明为该儿童所作的安排是最佳的可行安排，而法官应审查有关的未来计划，包括儿童住所的地点和国家，以及拟与父母双方保持联系的方式，尤以父母其中一方准备从香港移居外地为然。从儿童的角度而言，如果因采纳英格兰的法律条文而减轻了这项施加于法院的责任，实属不宜。我们又建议，为与其他婚姻法例所采用的年龄标准划一，第18(5)(a)(i)条所提述的年龄应修订为18岁。

#### 家事法律程序

6.102 英格兰的《1989年儿童法令》第10(1)条授予法院特定权力，可在任

---

提及英格蘭法律委員會對此事的評論。

<sup>747</sup> Schedule 12, paragraph 31 of the Children Act 1989.

<sup>748</sup> Section 11(3) of the Family Law Act 1996.

<sup>749</sup> Section 11(4)(c) of the Family Law Act 1996.

<sup>750</sup> 出處見上文，第3章。

<sup>751</sup> 出處見上文，第3章。

何家事法律程序中，包括关乎法院监护的法律程序中<sup>752</sup>，发出第 8 条命令，使当局能够尽量减少作出法院监护安排，改而发出第 8 条命令。现提议在本港法例引入一条与《1989 年儿童法令》第 10(1)条相若的条文，而对香港的家事法律程序订明定义也是有用的。

## 更改姓氏

6.103 《1989 年儿童法令》第 13(1)(a)条规定，同住令必然附带一项条件，规定未取得每名负有父母责任的人的书面同意或法院的许可前，不得更改儿童的姓氏。不过，香港的法例并没有作出相若的规定。我们建议参照《1989 年儿童法令》第 13(1)(a)条的规定，就更更改儿童姓氏一事制定条文。

## 戊部 — 儿童的心声

### 一般原则

6.104 家庭法委员会指出，让儿童参与排解纠纷制度有三点值得注意的地方：

- “(a) 尽可能给予儿童机会，让他们对将直接影响他们的决定表达其意愿；
- (b) 在适当情况下让儿童参与《家庭法法令》运作时所衍生的程序；及
- (c) 确保儿童不会觉得在直接影响他们的决定或事宜上遭人排拒在外。”<sup>753</sup>

6.105 采纳这方针不仅是因为有探讨儿童如何处理离婚的研究文献为理据，更是为遵循《联合国儿童权利公约》的规定。现时可循多条渠道将儿童意愿向法院反映：载录于社会福利主任的报告或其他法院专家的报告；委出独立法律代表；与该儿童晤谈；或（在罕有情况下）由该儿童本人或由他人代该儿童提起法律程序。

## 儿童的意愿

6.106 唯一明确提述儿童意愿的条文是《未成年人监护条例》（第 13 章）

---

<sup>752</sup> 见下文附件 1。

<sup>753</sup> Discussion Paper, *Involving and Representing Children in Family Law* (May 1995) at paragraph 3.06. 出處見上文，第 5 章。

第 3 条，规定在关乎未成年人的管养或教养或其财产的法律程序中，法院须“适当考虑……未成年人的意愿……”

6.107 不过，这限制会适用于根据《婚姻诉讼条例》（第 179 章）或《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）进行的法律程序，却是单凭推断而已。《婚姻诉讼条例》第 48C 条只提述了《未成年人监护条例》第 3 条关于以福利原则为首要考虑原则的部分条文，而非关于儿童意愿的部分条文。然而，《未成年人监护条例》第 3(1)(a)条所提述的“在任何法院进行的法律程序中（不论该法院是否第 2 条所界定的法院）”，这定义只限于高等法院（现称为原讼法庭）或区域法院。

6.108 《1989 年儿童法令》第 1(3)(a)条规定，法院是有责任顾及儿童的年龄和理解能力而考虑其意愿和感受。这正是前文探讨的要项清单中所载列的项目之一。《联合国儿童权利公约》第 12.1 条规定：

*“缔约国应确保有主见能力的儿童有权对影响到其本人的一切事项自由发表自己的意见，对儿童的意见应按照其年龄和成熟程度给以适当的重视。”*

## 儿童的意见

6.109 苏格兰法律委员会认为“意见”一词较已通过的《1989 年儿童法令》所采用的“意愿和感受”一词更为可取，因为：

*“该词确认了青年人可能……具有能力权衡其……当时的意愿和感受与长远的考虑因素和其他人的利益，并（随而）经深思熟虑后就当时情况制定正确的行事方针。”<sup>754</sup>*

6.110 我们建议，有关儿童意见的条文应适用于所有关乎儿童的法律程序。如果各婚姻条例都明确提述需要听取儿童的意见，则更有助厘清情况。我们建议在制定婚姻法例的条文时，应采用《联合国儿童权利公约》的用语，即用“意见”而非“意愿”一词。<sup>755</sup>

## 如何及何时考虑儿童的意见

<sup>754</sup> 出處同上，第 2.63 段。

<sup>755</sup> 我們所指的是《未成年人監護條例》（第 13 章）、《婚姻訴訟條例》（第 179 章）、《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）、《分居令及贍養令條例》（第 16 章）及《家庭暴力條例》（第 189 章）。

6.111 《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(A)条已清楚说明法院需要考虑儿童意愿的情况，只限于“如在顾及未成年人的年龄及理解力，以及有关个案的情况后，考虑其意愿乃属切实可行者”。《1989 年儿童法令》第 1(1)条提述意愿的情况，是指“当法院裁定任何问题时……”，因而受到苏格兰的委员会<sup>756</sup> 批评，认为这会造成限制，限定只有当根据第 8 条提出的申请受到反对时才会考虑儿童的意愿。这委员会认为，即使命令没有遭父母任何一方反对，也应顾及儿童的意愿，这是十分重要的。

### 苏格兰

6.112 在苏格兰的法律中，由于没有要项清单的规定，所以有关意见的规定自成一項獨立條文。《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 11(7)條規定：

“……在考慮是否根據上述第(1)<sup>757</sup> 款發出命令和發出什麼命令時，法院……經考慮兒童的年齡和成熟程度後，得在切實可行的情況下：

- (i) 給他機會表明是否有意表達其意見；
- (ii) 如他表明有此意願，給他機會表達意見；及
- (iii) 對他表達的意見加以考慮。”

6.113 在澳大利亞，關於兒童意願的法律條文已納入《1975 年家庭法法令》第 68F 條經修訂的要項清單中，與清單所載的其他項目並列。<sup>758</sup> 鑒於我們已於前文建議訂立法定的要項清單，故建議將兒童的意見納入為要項清單上的項目之一，而非自成一項獨立的條文。當法官按兒童的最佳利益作決定時，除了考慮兒童的意見外，還得顧及其他要素項目。為此，我們建議廢除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(A)條。

### 兒童如何表達意見

6.114 《未成年人監護條例》第 3(1)(a)(i)(B)條提述法院要參考關鍵性資料，包括社會福利主任的報告。與這條文相關的澳大利亞法律條文指出：

“68G.(2) 法院可藉下列途徑得知兒童所表達的意願：

---

<sup>756</sup> Paragraph 5.26 of the *Report on Family Law*, (1992: Scot Law Com No 135). 見上文第 4 章。

<sup>757</sup> 這是關於父母責任或父母權利、或監護權或對兒童財產的管理。

<sup>758</sup> 見上文第 5 章。



- (a) 藉参考按第 62G(2)款提交法院的报告中所载述的任何事项；或
- (b) 在法院规则的规限下，藉法院认为合适的其他途径取得。”<sup>759</sup>

6.115 我们建议应设定渠道，让儿童可按其意愿直接或间接表达其意见；<sup>760</sup> 如儿童表示有意表达意见时，法院必须听取其意见。

6.116 我们认为设定机制以查明儿童的意见和让儿童表达意见是有用的。我们建议采纳一条参照澳大利亚的法例第 68G(2)条而制定的条文，但修订其用语，将“意愿”一词改为“意见”<sup>761</sup>。我们建议在采纳这项条文后，把《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(B)条废除。

#### *儿童并非必须表达意见*

6.117 澳大利亚的《1975 年家庭法法令》第 68H 条规定，法院或任何人都不得强令儿童就任何事宜表达其意愿。我们建议不应强令儿童表达其意见；否则，当遇到关乎儿童最佳利益的争议时，儿童便会受到父母其中一方或双方施压，被迫表态支持其中一方。不过，我们认为无需参照澳大利亚的法例第 68H 条制定作用相若的法定条文。

#### *为取得意见而订定成熟年龄*

6.118 《1995 年苏格兰儿童法令》第 11(10)条规定，将年满 12 岁或以上的儿童推定为心智成熟。<sup>762</sup> 我们建议不应设定年龄限制，让法院在决定是否听取儿童的意见时，可不论该儿童的年纪大小，而享有不受约束的酌情权。我们认为《1995 年苏格兰儿童法令》第 11(10)条并不切合本港的情况，因为这种推定对某类案件而言有欠灵活。

#### *独立法律代表*

6.119 独立法律代表是指在家事法律程序中受委任代表儿童行事的律师。<sup>763</sup>

---

<sup>759</sup> 這條文是處理的獨立的法律代表事宜。

<sup>760</sup> 可透過社會福利主任、精神科醫生或心理學家的報告表達其意見。

<sup>761</sup> 見附件 1。

<sup>762</sup> 第 11(10)條規定：“在不影響上文第(7)款(b)段的一般性原則下，就該段及上述第(9)款而言，年滿 12 歲或以上的兒童須推定為已具足夠年齡和成熟程度可自有主見。”

<sup>763</sup> 這是澳大利亞的用語。在英格蘭和香港，所用的詞語為“法定代表律師”，而新

在香港，这角色所肩负的责任在某程度上由法定代表律师履行。<sup>764</sup> 根据《法定代表律师条例》（第 416 章），法定代表律师的职责包括作为因年龄理由而缺乏自行诉讼能力的人的代表，以诉讼监护人或起诉监护人身分行事。

6.120 有人认为，当父母双方未能就其子女的最佳利益达成共识，法院定会下令要求社会福利主任提交报告，所以另行委任独立法律代表或诉讼监护人也是徒劳无功。不过，将他们两者的职责区别开来也是有用的。在 *re S*<sup>765</sup> 一案中，巴洛士(Butler-Sloss)大法官在提述儿童福利主任<sup>766</sup> 和诉讼监护人的职能时指出：

“两者的职能不是完全相同的，尽管他们确有很多共通点：例如各有责任向法院汇报；各有责任考虑儿童的福利或利益；各有可能需就其提交的报告接受盘问。然而，儿童福利主任并不是法律程序的一方，而诉讼监护人却是其中一方。……尽管如此，两者都对法院负有相若的职责，就是在法律程序进行期间，不受其他当事人影响，而只按儿童的最佳利益向法院提供意见，而其在法律程序中的地位也是独立于其他当事人的。两者所提交的报告均会获法院给予同样考虑。”

6.121 当然，该儿童未必需要由律师作为独立法律代表。在英格兰，凡根据公法审理的案件，都会强制委任诉讼监护人，并可由律师出任，但这不是硬性规定的，而是视乎情况而定。因此，有关纠纷或可由社工处理而无需律师处理。然而，在其他情况下，诉讼监护人或需要代表律师服务。我们的法例和规则都有提述以诉讼监护人和独立法律代表身分行事。

6.122 英格兰的《1996 年家庭法法令》第 64 条规定，可在任何家事法律程序中，包括申请禁止骚扰令的法律程序中，委任独立法律代表。至于尚待制定的规则，则可订明作出委任的情况。<sup>767</sup> 这与《1989 年儿童法令》不同；该法令规定只限在公法的法律程序中使用诉讼监护人；有趣的是，所用的用语是没有下定义的“独立法律代表”而非诉讼监护人。

---

西蘭則採用“兒童律師”一詞。

<sup>764</sup> 見上文第 2 章。

<sup>765</sup> *In re S* [1992] 2 F.C.R. 554.

<sup>766</sup> 這職位等同於香港的社會福利主任。

<sup>767</sup> 在動議為有關條文進行第三讀時，政府代表指出，有關情況是指當兒童的利益與其父母其中一方或父母雙方有衝突時，以致可能對該兒童的福利構成風險。  
*Hansard*, H.C Vol. 279, col. 579-580, 17 June 1996.

### 规则第 108 条

6.123 根据《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 108 条，法院享有很大的酌情权，可在任何婚姻法律程序中着令儿童应有独立法律代表，并可委任法定代表律师（如获他同意），或“应任何其他适当人士的申请，委任该人为该子女的诉讼监护人，有权代该子女参与有关的法律程序。”<sup>768</sup>

6.124 规则第 108(2)条规定，律师必须证明拟议申请人“在该法律程序中并无任何与该子女的利益相逆的利益，并证明该人是出任诉讼监护人的适当人士”。有人指出，如果申请管养权的人是该儿童的亲属，便不能视他为足具独立资格的人，可以诉讼监护人身分代该儿童争取最佳利益。在其他司法管辖区，诉讼监护人是受委任的专业人员，而且通常是社工。他们会与儿童晤谈，并代为向法院反映该儿童的意见和最佳利益。

### 规则第 72 条

6.125 规则第 72 条只限于下令由律师或由律师连同大律师作为独立法律代表；法院亦可就更改变授产安排令或其他附属济助的申请委任法定代表律师或其他合适的人为诉讼监护人；有关的申请是指经济和财产方面的申请。

### 歧异

6.126 我们已在第 2 章建议应解决《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 72 和 108 条关于委任独立法律代表或诉讼监护人的歧异情况。规则第 108 条没有授权法院指令委任律师为独立法律代表，这与规则第 72 条不同。规则第 108 条规定，委任法定代表律师为法律代表前，必须先征得他的同意；但规则第 72 条却没有为有关委任作出这样的规定。规则第 108 条提述由“适当人士”出任为诉讼监护人；而规则第 72 条却提述“合适人士”，但都没就这两个词语下任何定义。不过，由律师出任为独立法律代表的规定，未有在关于婚姻诉讼的法例条文中提述，但却在关于经济和财产事宜的法律条文中出现，实在令人莫明其妙。

6.127 规则第 72 条明确规定，律师是代表儿童行事的，而他必须提交证明书，以证明拟议监护人并无任何与儿童利益相逆的利益。根据规则第 108 条，律师所代表的申请人是要求获委任为“有权代该子女参与有关的法律程序”的监护人，并要由“律师”发出证明书，以证明申请人为适当人士，而且没有任何与该

---

<sup>768</sup> 規則第 108(1)(b)條。

儿童利益相逆的利益。不过，这规则却没有清楚表明所指的律师是否必须为代表申请人的律师，或可否是不再继续参与法律程序的律师。

6.128 事实上，规则第 108 条属标题为“其他申请”的部分规则，而非标题为“与子女有关的申请”的部分。由此推断，当局对于第 108 条所提述的“婚姻诉讼程序”的政策意向，看来并不包括关于管养权的法律程序。然而，这类法律程序才是适宜委任独立法律代表或诉讼监护人。无论如何，法院通常会在关于管养权的法律程序中委任法定代表律师。为免除疑问，应清楚订明在处理任何涉及儿童的父母责任或监护权的纠纷时，都可以委任独立法律代表。

#### *诉讼监护人*

6.129 我们曾在第 2 章提议，委任具备处理儿童事务经验的专业人士为诉讼监护人，而非任何“适当”或“合适”的人，应较为适合。我们已建议，应该让非其父母人士申请关于儿童的命令，<sup>769</sup> 但不会将这类非其父母人士视为诉讼监护人。

#### *夏正民工作小组*

6.130 检讨有关婚姻法律程序的常规及程序的工作小组（夏正民工作小组）(Hartmann Working Group)曾接获关于修改《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 72 条的建议书。该工作小组成员认为，该规则的条文富弹性，已可据此委任法定代表律师以外的其他人士。在 1995 年，委任法定代表律师作为独立法律代表的案件不足 10 宗，而据法官记忆所及，更未曾有委任法定代表律师以外的人为诉讼监护人的案件，故由此推论无需更改这条规则。<sup>770</sup>

6.131 我们注意到夏正民工作小组的意见，但小组委员会成员一致认为《婚姻诉讼规则》第 108 条过于狭隘。我们注意到，规则第 108 条与首席大法官的《幼年人的独立法律代表 — 实务指示》(Separate Representation of Infants - Practice Direction)<sup>771</sup> 之间有歧异之处：

*“当法院觉得幼年人在任何法律程序中适宜或需要有独立法律代表，而又别无人选可委任为其代表时，必须委任法律援助署署长为诉讼监护人，以行使其作为法定代表律师的权力，但法*

---

<sup>769</sup> 出處見上文。

<sup>770</sup> 第 13.2 段。

<sup>771</sup> Reported in Hong Kong Law Digest, October 1993, at J89.

院另行发出指示者除外。”

6.132 澳大利亚的《1995年家庭法法令》第68L(3)条规定，在任何法律程序中，当涉及儿童的最佳利益为最重要的或为有关的考虑因素时，法院可下令安排独立法律代表，而这命令可由法院：

- “(a) 主动作出；或
- (b) 应下列人士 / 机构申请而作出：
  - (i) 该儿童；或
  - (ii) 关注儿童福利的机构；或
  - (iii) 任何其他人。”

6.133 我们认为第68L(3)条的文字精简，值得借镜。鉴于这条文已纳入为主体法例，正反映出确保儿童有独立法律代表的重要性。我们建议将《婚姻诉讼规则》第108条废除，并参照经修订的《1995年家庭法法令》第68L(3)条而制定条文。我们又建议将《1989年儿童法令》第10条对于可申请命令人士类别所设定的限制，也纳入这项新条文。

#### *委任独立法律代表的准则*

6.134 《联合国儿童权利公约》第12.2条规定：

“为此目的，<sup>772</sup> 儿童特别应有机会在影响到儿童的任何司法和行政诉讼中，以符合国家法律的诉讼程序规则的方式，直接或通过代表或适当机构表达意见。”

6.135 为儿童委任独立法律代表的准则可于法例、规例或实务指示中订明。这可为法院提供指引，并推广委任安排。凡属指称有性侵犯儿童或家庭暴力的案件；该儿童实际上与父母以外的人同住（例如祖父 / 母或外祖父 / 母）的案件；有建议拆散兄弟姐妹以安排他们分别与父或母同住的案件；案情复杂的案件，例如父母之间嫌隙甚深或家庭功能丧失的案件等，均可委任律师。委任独立法律代表的准则，也适用于看来对管养权调查未尽深入，或各方当事人提供的资料有欠周全等案件。

6.136 澳大利亚关于委任独立法律代表的准则列表是有用的，正宜用作要项

---

<sup>772</sup> 這是指第12.1條有關兒童表達意見的規定。原文載錄於上文。

清单，让法院据以考量适宜委任独立法律代表的情况。<sup>773</sup> 由于我们尚未决定是否将有关准则纳入法例中，所以藉此机会向公众征集意见书。我们也建议香港应更常利用这项为儿童委任独立法律代表的安排。

### 独立法律代表职责的指引

6.137 以委任儿童律师形式为儿童安排独立法律代表，是新西兰排解家庭纠纷制度的主要特色。布舒雅(Boshier)报告书认同应该尽可能善用儿童律师的服务。<sup>774</sup> 为此，“法院〔应该〕对委任律师采取较为灵活的做法，就是在案件每进展至新阶段时都考虑有否需要作出委任和要达致什么目的”，<sup>775</sup> 并从开始审理案件时，便应清楚订明预期由律师肩负的任务。<sup>776</sup>

6.138 澳大利亚的家事法院已订定指引，列明独立法律代表的职责，包括“确保所有关于该儿童福利的事宜和证人都已向法院表述，并协助法院作出切合该儿童最佳利益的决定。”<sup>777</sup> 他们应确保有关程序不会受到各方当事人拖延，该儿童不会被迫接受无必要的心理测验；以及应与该儿童会晤，如儿童年纪尚幼，可安排法院辅导员从旁协助。不过，当独立法律代表的意见与法院辅导员相悖时，他是不会受辅导员的报告所规限。

6.139 在英格兰，家庭律师协会已就家庭律师会晤或代表儿童等事宜制定行为守则。香港如采纳任何指引，所适用的范围当然不会只限于法定代表律师，而是会适用于所有以独立法律代表或诉讼监护人身份行事的律师或社工。<sup>778</sup>

6.140 我们建议采纳澳大利亚的指引，以列明在香港的法定代表律师、独立法律代表或其他以诉讼监护人身份行事的人应该履行的职责。这可有助厘清他们的确实职能。

### 儿童作为一方当事人

---

<sup>773</sup> 有關準則載列於 *Re K* [1994] FLC 92-461，第 80 頁，見上文第 5 章。

<sup>774</sup> Boshier, *New Zealand Family Law Report*, executive summary (1993). See summary in Boshier, same title as the report, in *Family and Conciliation Courts Review*, Vol 33, No. 2, April 1995, 182-193.

<sup>775</sup> 出處同上，第 10.11.9 段。

<sup>776</sup> 出處同上，第 10.11.8 段。

<sup>777</sup> “Guidelines Promulgated by the Family Court for separate representatives of children appointed pursuant to section 65 of the Family Law Act”, Attachment A of the Family Law Council Discussion Paper, *Involving and Representing Children in Family Law*, (May 1995).

<sup>778</sup> 根據《法定代表律師條例》（第 416 章）第 5 條規定，法定代表律師有權委任任何在香港執業的律師代替他行事。

6.141 《未成年人监护条例》（第 13 章）第 10 条规定，在接获“未成年人的父母其中一方……（父母可在无起诉监护人的情况下申请）”提出申请时，法院可发出管养令或探视令。这看来是唯一的一条法定条文。<sup>779</sup> 英格兰的《1989 年儿童法令》第 10(8)条规定，当向法院申请发出第 8 条命令的许可的申请人正是该儿童本人时，则“法院只有在信纳该儿童具有充分理解能力作出拟议申请时，才会给予许可……”英格兰的《1991 年家事法律程序规则》(Family Proceedings Rules 1991)容许儿童在若干情况下，可在无起诉监护人或诉讼监护人为代表时参与程序。有人批评这条文难以应用，<sup>780</sup> 其中问题可能出于儿童给予指示的能力方面。不过，在这种情况下，律师可以拒绝代表该儿童行事。无论如何，法院仍有酌情权委任法定代表律师，而不让儿童以一方当事人的身分行事。

6.142 我们建议，只要已向法院取得许可，原则上应让该儿童成为关乎他自己的法律程序中的一方当事人；但他必须具有充分理解能力，可指示律师和大律师代表他行事。我们建议采纳一条参照《1989 年儿童法令》第 10(8)条和《1991 年家事法律程序规则》第 9(2A)条而制定的条文。

#### 费用

6.143 据我们所知，法定代表律师在同意出任为代表行事前，会要求诉讼费得到弥偿。<sup>781</sup> 倘若案中并无法定代表律师参与，申请人可代有关儿童申请法律援助。关于由不是法定代表律师的人出任为儿童的法律代表的案件，我们建议授权法院可下令各方当事人负担独立法律代表或诉讼监护人的讼费。

#### 己部 一 有关婚姻法例的改革方案

##### 《分居令及赡养令条例》（第 16 章）

6.144 根据《分居令及赡养令条例》（第 16 章）提出申请的人，必须先确立过错理由，然后才会获发赡养令、分居令或管养令。这条例对于处理关乎儿童的事宜也欠周全。<sup>782</sup> 我们从业内人士处得知，尽管旧式婚姻或为夫妻关系中的妻子不能根据《婚姻诉讼条例》（第 179 章）<sup>783</sup> 申请离婚或裁判分居，而只可引用这条例申请分居，但这条例却仍是甚少人采用。不过，一本近期发表的论著

---

<sup>779</sup> 《高等法院規則》第 90 號命令第 6 條規則所提述的情況，是指根據《未成年人監護條例》提起法律程序的原告人並非案中未成年人的情況。

<sup>780</sup> 見上文第 3 章。

<sup>781</sup> 該條例第 6 條授予他這項權力。

<sup>782</sup> 見上文第 2 章。

<sup>783</sup> 第 2 條所載定義包括這些人際關係的類別。

指出，最为常见的申请是由旨在索取赡养费但无意离婚或谋求裁判分居的妻子提出的。<sup>784</sup>

6.145 《婚姻及子女（杂项修订）条例》（1997年第69号条例）所作的修订，已解决了这条例很多欠善之处。然而，第6条有强制规定，禁止在有通奸行为和其他情况下发出命令；而第5(1)条却又规定，所发出命令必须兼顾儿童的最佳利益，包括原已根据第5(1)(b)条发出的管养令。至于如何化解这两项条文之间的表面矛盾，则尚待法院处理。

6.146 我们欢迎公众就《分居令及赡养令条例》（第16章）是否仍具实际效用一事发表意见，但我们暂且就不就改革这条例提出详细建议。

### 《家庭暴力条例》（第189章）

6.147 在《家庭暴力条例》和《未成年人监护条例》中，均没有条文就强制令对现有管养令、监护令或探视令所造成的影响作出规定。第3(2)条规定法院应顾及任何与申请人同住的儿童的需要。有关禁止配偶进入住所的强制令对探视令所造成的影响，实需加以探讨。<sup>785</sup> 我们固然认同，儿童与其父母双方定期保持联系确是切合儿童的最佳利益，但认为保障配偶和儿童免受暴力伤害，实较保持联系更为重要。如果配偶之间的怨怼极深，则与儿童保持联系一事便会沦为父母双方互相攻击的武器。这不可能切合儿童的最佳利益。

6.148 因此，如有法律条文规定，当已向答辩的父或母发出禁止骚扰令，或已发出禁止他进入住所的命令时，探视令或联系令便会暂停执行，直至被排拒于外的父或母申领恢复或更改探视令为止，必定能发挥作用。否则，该儿童的父或母在申请强制令时，便必须同时申请暂停执行或更改探视令或联系令。法院也应该因应情况而灵活地发出相应命令，包括关于住所或父母责任各方面的命令，以切合儿童的最佳利益。

6.149 我们建议应该授权法院，在根据《家庭暴力条例》（第189章）发出强制令时，可同时下令暂停执行先前已发出的探视令或联系令，或把已发出的命令改为受监管探视令或联系令，以避免父母双方会面所产生的风险。此外，应授权法院发出决定儿童的住所或有关父母责任各方面事宜的相应命令，以切合儿童

---

<sup>784</sup> Hewitt (ed), *Hong Kong Legal Practice Manual - Family*, (1998), at 23. 可惜的是，這著作並無提述由《婚姻及子女（雜項修訂）條例》（1997年第69號條例）所作的修訂。

<sup>785</sup> 見上文第2章。



的最佳利益。

6.150 我们又建议应向各方当事人施加责任，规定各方当事人在申请强制令时，必须披露先前发出的相关命令，以免法院发出的命令与先前所发出的管养令、探视令、同住令或联系令有抵触。

## 年龄

6.151 我们同意，香港的少年人较为早熟，所以将结婚年龄仍维持在 21 岁，实在难以自圆其说。除一名成员持异议外，小组委员会建议应将无需父母同意的结婚年龄降至 18 岁，并保留以 16 岁为可结婚年龄的下限。

6.152 由于《高等法院规则》（第 4 章）所提述的人为未成年人，而按《释义及通则条例》（第 1 章）的定义，未成年人为未满 18 岁的人，则法院监护令看来是会于受监护的人年满 18 岁时停止生效。然而，《高等法院规则》却没有明确表明法院监护令会于当事人年满 18 岁时停止生效。法律改革委员会在其关于年龄的法律效力的报告书中，<sup>786</sup> 曾建议法院监护令应于当事人年满 18 岁时停止生效。我们认为在法例中清楚订明命令的有效期是有用的。

6.153 我们建议制定条文，清楚订明法院监护令会于当事人年满 18 岁时停止生效。如能清楚订明法定代表律师的司法管辖权也会于当事人年满 18 岁时终止，惟超逾该年龄但无行为能力的人除外，也是有用的。

## 英格兰的法律条文

6.154 英格兰将儿童界定为未满 18 岁的人。<sup>787</sup> 然而，第 8 条命令不会适用于 16 岁以上的人，除非命令另有明文规定。<sup>788</sup> 所凭借的部分理据是，届这年龄的儿童可离校就业。苏格兰的法律条文则令人困惑：一方面规定父母责任仅持续至 16 岁为止，另一方面又规定父母提供指引的责任延续至 18 岁。父母权利只维持至儿童年满 16 岁为止。为使条文一致，我们建议对儿童的父母责任，以及参照第 8 条命令（如同住令、联系令或指定事项令等命令）而制定的条文，都应订明于儿童年满 18 岁时停止生效。

---

<sup>786</sup> 《年青人年齡在民事法中的法律效力問題研究報告書》（1986 年論題 11）。

<sup>787</sup> Section 105(1) of the Children Act 1989.

<sup>788</sup> 第 91(10)條。

## 社会福利署署长的权力

6.155 由于我们的研究范围仅限于私法方面，所以不会检讨《保护儿童及少年条例》（第 213 章），但是，关于社会福利署署长介入有关监护权、管养权或探视权纠纷方面的事宜，则仍属研究范围内。从上文第 2 章可见，可根据婚姻条例为该署长发出照顾令和监管令，<sup>789</sup> 而署长也可根据《未成年人监护条例》（第 13 章）第 10 条参与关于管养权或探视权的法律程序。

6.156 在检讨社会福利署署长的权力时，我们会以平等待遇原则为出发点，探讨因父母离婚而与父母其中一方分离的儿童，与因成为照顾及保护令对象而与父母分离的儿童所受到的待遇。儿童在不同条例下所受到的待遇如有不同，应尽可能只限于为公平或为保护他们起见而必要作出。这是秉承《联合国儿童权利公约》第 9 条的精神。<sup>790</sup>

6.157 第 9.3 条表明：

*“缔约国应尊重与父母一方或双方分离的儿童同父母经常保持个人关系及直接联系的权利，但违反儿童最佳利益者除外。”*

### 定义

6.158 婚姻条例没有订明照顾令或监管令的定义。与其从《保护儿童及少年条例》考究社会福利署署长根据上述命令可行使的权力，倒不如订明有关定义，更为有用。我们建议应在各婚姻条例中订明照顾令和监管令的定义，又建议保留在处理监护权纠纷和其他涉及儿童最佳利益的纠纷中发出照顾令和监管令的权力。

### 联系

6.159 《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34C(6)条规定，只许法院在接获更改或解除照顾令的申请时，才可发出联系令。《未成年人监护条例》（第 13 章）第 10 条规定，法院可于接获父母或社会福利署署长的申请后发出探视令，但却没有条文清楚规定作为照顾令对象的儿童可联络其父母。我们建议，凡有子

---

<sup>789</sup> 見《未成年人監護條例》（第 13 章）第 13 至 15 條及《婚姻訴訟條例》（第 179 章）第 48 至 48B 條。

<sup>790</sup> 第 9.1 條規定，“締約國應確保兒童不應與父母分離，除非主管當局按照適用的法律和程序，決定這樣的分離符合兒童的最佳利益而確有必要；但這決定是受制於司法覆核的。”

女按婚姻条例成为照顾令标的对象的父母，应有权取得命令以确保他们可与有关子女经常保持联系。我们又建议修订《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34C(6)条，让法院在发出照顾令时可同时发出联系令。

### 评估

6.160 根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 45A 条，社会福利署署长有权下令儿童接受医生、临床心理学家或社工评估。法院也有权发出这命令，但在处理根据婚姻条例而提出的照顾令申请时，却没有相若权力。我们建议区域法院法官在发出照顾令前，应有权根据婚姻条例下令有关儿童接受评估，犹如《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 45A 条所规定的。此外，社会福利署署长也应有权根据第 45A 条在这些法律程序中下令进行评估。

### 理由

6.161 如果有特殊情况，令该未成年人交由父母其中一方或任何其他人士看管都是不可行或不适宜的，可将该未成年人交由社会福利署署长照顾。<sup>791</sup> 此外，法院也可在特殊情况下为未成年人发出监管令。<sup>792</sup> 为落实平等待遇原则，我们建议作出规定，限定社会福利署署长只可以《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34(2)条所述的理由，作为在私法的法律程序中提出申请照顾令或监管令的理由。<sup>793</sup> 这样应可解决署长根据《未成年人监护条例》（第 13 章）和《婚姻诉讼条例》（第 179 章）有关照顾令和监管令方面可享有的权力，与根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）可行使的权力之间的歧异问题。

### 《保护儿童及少年条例》（第 213 章）

6.162 由于同一群儿童有可能分别在公法和私法的法律程序中出庭应讯，所以应尽可能减少儿童在不同法规下受到不同待遇，这是非常重要的；除非是出于政策理由，或为切合儿童的最佳利益，则作别论。因此，婚姻条例中有关切合儿童最佳利益的条文的适用范围，应该扩及至根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）提起关于照顾及保护令或监管令的法律程序。我们已建议增订可根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）申请保持联系的权利。

---

<sup>791</sup> 《未成年人监护条例》第 13(1)(b)条。《婚姻诉讼条例》第 48 条也有相若的条文。

<sup>792</sup> 《未成年人监护条例》第 13(1)(a)条。《婚姻诉讼条例》第 48A 条也有相若的条文

<sup>793</sup> 理由已於上文第 2 章闡述。

## 儿童的意见

6.163 《保护儿童及少年条例》中并没有关于考虑儿童意见的条文。我们建议在进行根据该条例而提起的法律程序时，应考虑儿童的意见。

## 第三者

6.164 《保护儿童及少年条例》第 34 条规定，少年法庭可自行动议，或在接获署长或任何获署长授权的人士提出的申请后，发出照顾令或监管令。其中“人士”一词包括法团或并非法团组织的任何公共机构和团体。<sup>794</sup> 这符合我们先前提出有关第三者权利的建议，让关注儿童福利的第三者也可根据《保护儿童及少年条例》申请命令。我们建议修订《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34 条，以容许第三者申请照顾及保护令或监管令。至于对第三者提出申请所设定的准则，在公法的法律程序中应采用私法法律程序中沿用的准则。

## 由署长作单方面申请

6.165 《婚姻诉讼规例》（第 179 章）第 93 条规定，凡由社会福利署署长申请更改或解除已发出的命令，或就行使其权力申请指示，如事态紧急或该项申请相当可能不会遭到反对，可藉致函法院提出申请；如切实可行，社会福利署署长须将其提出申请的意向通知有利害关系的任何一方。<sup>795</sup>

6.166 根据公义原则，我们提议应将聆讯的安排通知有利害关系的各方当事人，但仍然保留署长可在紧急情况下作单方面申请的权力。我们建议修订《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 93 条和《区域法院民事诉讼程序（一般）规则》（第 336 章）第 61D 条，以容许在紧急情况下提出单方面申请，但如该申请受到反对，则必须进行各方之间的聆讯。

## 在公法的法律程序中安排独立法律代表

6.167 《法定代表律师条例》（第 416 章）附表 1 第 3 部规定，法定代表律师“若（接获）儿童法庭作出请求，（可）在根据《保护妇孺条例》（第 213 章）进行而与儿童或少年的监护有关的诉讼中，代表任何诉讼一方行事。”我们认为《法定代表律师条例》（第 416 章）附表 1 第 3 部关于法律代表的条文有欠周全。

---

<sup>794</sup> 《釋義及通則條例》（第 1 章）第 3 條。

<sup>795</sup> 《區域法院民事訴訟程序（一般）規則》（第 336 章）第 61D 條有相若的規定，以處理根據《未成年人監護條例》（第 13 章）提起的案件。

6.168 我们建议采纳私法的法律程序中为儿童委任独立法律代表的准则，<sup>796</sup> 作为在有关照顾令或监管令的法律程序中委任独立法律代表的准则。原则上，在进行有关照顾及保护令的法律程序时，应为儿童安排独立法律代表或法律代表，并应由少年法庭法官或裁判官酌情决定某案件是否适宜作如此安排。

#### *法律援助*

6.169 如果当父母之间因管养权和探视权发生争议时，是可藉法律援助聘任法律代表；则当父母与社会福利署署长之间发生争议，而社会福利署署长正根据婚姻条例申请照顾令或监管令，父母理应也具备取得法律援助的资格。不过，其申请仍须通过经济及案情审查。案情审查是指当案中与父母同住的儿童可能会因照顾令或监管令而与父母分离时，便应当安排法律代表服务。

6.170 为落实平等待遇原则，当有人向少年法庭申请照顾及保护令或监管令时，有关的父母应有权享有法律代表服务，而当值律师服务正适合为这法庭提供服务，因为法律援助署是不会为裁判法院提供法律代表服务的。因此，在这类案件中，案中儿童会由法定代表律师作代表，其父母则会由当值律师服务或法律援助署委派的律师作代表。

6.171 我们建议，当儿童的父母申请照顾令或监管令时，无论是根据婚姻条例或《保护儿童及少年条例》（第 213 章）提出的，只要有关的父母符合资格，便应获得由当值律师服务在少年法庭所提供的法律代表服务，以及由法律援助署在家事法庭或原讼法庭提供的法律代表服务。

6.172 我们又建议，在进行法院监护的法律程序时，如果申请人是社会福利署署长或公共机构，应为案中儿童和其父母提供法律代表服务，因为这命令的效力是剥夺父母的责任。

#### *独立法律代表的职责指引*

6.173 我们在前文曾建议采纳澳大利亚的指引，以订明以诉讼监护人身分行事的法定代表律师或独立法律代表或其他人士应履行的职责。我们建议采纳澳大利亚的指引，以列明在少年法庭进行的有关照顾及保护令和监管令的法律程序中代表儿童和父母的律师所应履行的职责。我们又建议为负责处理这类案件的律师提供特殊训练，培训他们与儿童及其父母晤谈和作为他们的律师所需的技巧，<sup>797</sup>

---

<sup>796</sup> 出處見上文。

<sup>797</sup> 見第 5 章所述有關澳大利亞培訓獨立法律代表的事宜。

因为这类敏感而复杂的案件只应由接受过特殊训练的律师处理。我们认为这些建议也应同样适用于根据婚姻条例向家事法庭申请照顾令和监管令的个案。

#### 转介予社会福利署调查的权力

6.174 关于在婚姻法律程序进行期间转介予社会福利署调查的权力，载于《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 95 条，而《区域法院民事诉讼程序（一般）规则》（第 336 章）第 61F 条也载有相若的规定，而且更适用于所有法律程序。然而，这两条规则都只限应用于关乎儿童福利的事宜。我们曾考虑是否有需要订明有关规则所适用的情况，是包括有关监护令和法院监护令的法律程序；尽管现时法院应可行使其固有权力，在法院监护程序中作出这样的要求。不过，我们最终认为现有权力已经足够。

#### 强制执行命令

6.175 由于本地家庭流动性日增，如何在香港特别行政区以外的地方，包括内地和海外地区，强制执行本地的管养令或探视令，或争取当地政府承认有关命令，都备受从事家庭法的执业律师关注。海牙的《1971 年承认离婚及合法分居公约》(Convention on the Recognition of Divorces and Legal Separation 1971)的适用范围，已藉《婚姻诉讼条例》（第 179 章）第 55 至 62 条扩及至香港，使在其他缔约国办理的离婚获得承认，但关于错失的裁断或附属于离婚诉讼的管养令并不包括在内。<sup>798</sup>

6.176 《判决（强制执行措施）条例》（第 9 章）和《外地判决（交互强制执行）条例》（第 319 章）<sup>799</sup> 处理源自下述地区的民事判决：联合王国和附表或附属法例所列明的各司法管辖区，包括英联邦和非英联邦国家，但内地并不包括在内。根据内地在 1991 年颁布的《民事诉讼法》第 267 和 268 条，外国的判决可以按照条约规定或互惠原则获得承认和执行。

6.177 我们建议与内地建立相互法律协助机制，以强制执行管养令、探视令、同住令和联系令，以及强制执行交还被非法带离香港的儿童的命令。

#### 合并条例

6.178 严格来说，合并条例是指将所有关于某项课题的法律条文归纳在单一

---

<sup>798</sup> 第 61(3)条。

<sup>799</sup> 这条例将对人的诉讼的判决界定为不包括婚姻事宜和监护幼年人事宜。

法例内，但不包括改革现行法例。然而，法例的合并和改革工作通常都是同步进行的。我们已在第 2 章提及，现时关于儿童的法例条文散见于多条法例中。

6.179 我们认为香港私法中关于监护权和管养权的法律条文，应符合《联合国儿童权利公约》、《基本法》和《公民权利和政治权利国际公约》所列明的原则。合并条例的好处，除方便公众和执业律师翻查有关法例外，是让当局有机会确保所有关乎儿童的法例不会互相矛盾。不过，目前的问题在于如何决定哪一条才是最适合增订新原则的条例，我们同意，拟定如何修订现行法例的详尽建议属法律草拟专员的工作范畴。我们也不会就公法条文应否和私法条文合并一事提出建议，因为公法条文不在我们的研究范围内。

6.180 我们认为，凡是处理涉及儿童、离婚安排、监护权或与第三者的争议，或父母之间但不涉及离婚诉讼的争议的条文，都应尽可能合并在一项现行的条例内。这是很重要的。除一位小组委员会成员提出异议外，我们提议应将我们的建议和现行关于监护权和管养权的实质条文合并为一项综合条例，并对“儿童”和“家庭子女”这两个通用于所有条例的用语订明划一定义。

## 统筹政策

6.181 为照顾所有儿童和家庭的需要，有合适的统筹政策安排是很重要的。当决策职责由卫生福利局和民政事务局共同承担，则无论在运作效率、实施新政策和协调工作方面，都难免受影响。现时卫生福利局负责处理《未成年人监护条例》（第 13 章）和《保护儿童及少年条例》（第 213 章），并与保安局共同负责处理《家庭暴力条例》（第 189 章）。至于《婚姻诉讼条例》（第 179 章）、《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）和《分居令及赡养令条例》（第 16 章），则归民政事务局负责。

6.182 我们建议应由单一决策局全权负责制定和实施关于家庭和儿童的政策，尤以所有有关婚姻和儿童的条例而言。至于负责部门应该是卫生福利局抑或是民政事务局，则由政府定夺。

## 第 II 部 一 非对抗性排解纠纷程序

### 第 7 章

#### 简介非对抗性排解纠纷程序

7.1 本谘询文件第 II 部探讨处理管养权、探视权和监护权纠纷的非对抗性排解纠纷程序，尤其会着重探讨调解方法。这方法已成为大部分国家优先采用以排解这类纠纷。因此，我们需要解释调解的涵义，以及这方法如何有别于谈判或诉讼等现行排解纠纷方法。

#### 对抗程序

7.2 萨布格(Saposnek)指出：

*“无论是从任何常理标准而言，以至从经年累积的研究数据来看，都显示儿童需要……其父母平息双方之间的纷争。由此看来，藉以订定离婚后教养子女安排的种种方式，如以满意程度和持久性为准则来排名，对抗制度的名次肯定甚低……”*<sup>800</sup>

7.3 为尽量减少对抗制度的影响，可鼓励有关人士在最初阶段便采用另类方法解决，并只将最为棘手的个案提交法院审理。对儿童而言，时间因素也是极为关键的，所以应尽早达成和解协议；如无法达成的话，也应安排早日聆讯。爱尔兰法律改革委员会指出，对于不能采用另类排解纠纷方法解决的案件，对抗制度确有若干优胜之处。这制度是测试证人可信程度的最有效方法，并可减少出现司法机构过度干预的问题。<sup>801</sup>

7.4 在法律制度下工作的专业人士以至父母本身，在处理这类纠纷所采用的手法，或许比更改关于监护权及管养权的实质条文更具关键作用。如果继续沿用同一套对抗制度，而附设在法院的支援服务又极少；<sup>802</sup> 父母双方提交的文件又针锋相对；父母双方和其律师又各持敌对立场，则即使改变法例用语以反映父

---

<sup>800</sup> Saposnek, *Mediating Child Custody Disputes*, 13-17 (1983).

<sup>801</sup> Consultation Paper, *Family Courts*, (March 1994), at paragraph 4.13.

<sup>802</sup> 法例規定社會福利主任只負有調查職能。《未成年人監護條例》(第 13 章)第 3(1)(a)(i)(B)條。香港的家事法庭無附設輔導或調解服務；社會福利署和非政府機構確有提供輔導服務，但有關服務純屬自願性質，須由父母自己提出要求。



母责任，也难以奢言可藉以使儿童的最佳利益受到保障。

## 调解作为排解家庭纠纷程序

### 对比家庭调解和谈判

7.5 律师常用的排解纠纷方法是“高压谈判”。<sup>803</sup> 律师在谈判时会与对手保持距离，而各方当事人也会避免作面对面谈判。<sup>804</sup> 因此，“律师是其当事人的主要诠释员；他会按上庭时可能出现的情况来阐释何谓公平”。<sup>805</sup>

7.6 调解这理念是建基于各方当事人能够达成协议，而且可因应个别案情而订立解决方法，不需受法律既定原则所规管。进行调解时会应用谈判技巧，由调解员促进和引导各方当事人自行谈判，并以达成夫妇都认为公平的方案为谈判重点。

7.7 在谈判期间，律师会向其当事人提供意见，并代表他们谈判以达成和解方案。在谈判过程中，各方当事人通常各持不同立场，并采用许胜不许败的策略，所以处理纠纷的态度会带有对抗和竞争色彩。相对而言，在家庭调解过程中，会从互相合作的角度着眼来界定有关事宜，并以各方当事人的利益而非权利为依归。

7.8 有研究结果显示，调解的成效尤胜于谈判。皮尔逊(Pearson)和托安斯(Thoennes)报告说，派予接受调解的一组有争议的人中，有 80%达成协议；至于派往接受仲裁的一组，则有 50%达成庭外和解。<sup>806</sup> 调解过程是不带对抗色彩，而主持过程的调解员只会促使各方当事人保持互相尊重的态度，但不会有任何决定权。在进行调解前，各方当事人会议定基本原则，以减少调解期间出现冲突。不过，这并非表示在调解过程中不容许人宣泄情绪；调解过程可提供安全和无威胁的环境，让人宣泄情绪。

---

<sup>803</sup> Donovan, Leisure *et al ADR Practice Book*, (1990) at 7.2.

<sup>804</sup> 第 7.3 至 7.9 段主要摘錄自薛佳儀女士在 1996 年 4 月撰寫但未經發表的論文，題目為 *Obstacles to Referral, Planning and Implementation of Family Mediation as a Dispute Resolution Process in Hong Kong: Reflections based on Foreign systems*。

<sup>805</sup> Erickson, “The Legal Dimension of Divorce Mediation”, in Folberg and Milne (ed.) *Divorce Mediation: Theory and Practice*, (1988).

<sup>806</sup> “Mediation of contested child custody disputes”, *Colorado Lawyer*, (1982), 11(2), 337-355, and “Mediating and Litigating Custody Disputes; A Longitudinal Evaluation”, 17 *Family Law Quarterly*, 197-524 (1984).

关于谈判及和解的研究<sup>807</sup>

7.9 “法律的主要基石不是审讯，而是达成庭外和解”。<sup>808</sup> 在 1980 年，美国地方法院所处理的案件中，最终只有 6.5%需要审讯，有 93.5%无须审讯便已结案，其中大部分都是藉谈判达成协议。<sup>809</sup>

“由于我们知道在民事诉讼中，大约有 95%以和解结案，因此，在这类案件中的精明的当事人和能干的律师所必须着眼的，是如何于诉讼程序中尽早达致公平的和解方案。”<sup>810</sup>

7.10 最后限期所构成的压力，在若干专项法律范畴可起不同作用。在商业纠纷案中，有 29%无需入禀法院便得以解决；在离婚个案中，只有 13.8%是就此结案的。然而：

“只有审讯才可提供压力和胁迫力，促使持敌对立场的各方当事人就和解进行讨论，并达成协议”。<sup>811</sup>

辅导、治疗和调解

7.11 将治疗师、调解员和辅导员所担当的不同角色区分开来是有用的。对公众人士以至律师而言，他们经常将不同的角色和服务混为一谈。常见的谬误是假设辅导服务只有在一方当事人有意和解时才起作用。另一项谬误是认为调解员的角色犹如辅导员。调解的基本原则，如建立自主信心、顾及各家庭成员的最佳利益、协力解决问题及均分资产等，都符合婚姻和家庭制度的治疗理论和实践方法；<sup>812</sup> 对当事人负责、防止情感受创和力求公平待遇等，同样是治疗员所秉持的部分价值观；至于沟通技巧方面，更是辅导和调解所同样重视的。

7.12 家庭调解必须与辅导或治疗区分开来，罗伯逊(Robinson)注意到：

“在辅导和心理治疗过程中，取向往往是藉了解过去经历来处理现况。在家庭治疗方面，重点则是藉着眼于现况以求改变

---

<sup>807</sup> Williams, *Legal Negotiation and Settlement*, (1983).

<sup>808</sup> Ross, *Settled out of court*, (1980 2<sup>nd</sup> ed.), at 3.

<sup>809</sup> Williams, 出處見上文，第 1 頁。

<sup>810</sup> Wulff, “A Mediation Primer”, in Donovan, Leisure, Newton & Irvine, *ADR Practice Book* (1990).

<sup>811</sup> Williams, 出處見上文，第 1 至 2 頁。

<sup>812</sup> Kaslow, “The psychological dimension of divorce mediation,” in Folberg & Milne, *Divorce Mediation - Theory and Practice*, (1988) at 87.

应付未来的手法。在调解方面，取向则明显着眼于未来。”<sup>813</sup>

7.13 调解的目标与治疗的目标截然不同。治疗的目标是“帮助个人解决情绪问题，使他们身心更为泰然和更积极生活”。<sup>814</sup>这也是离婚辅导的目标。调解则着重于所作出的决定，可同时为双方当事人达成最美满的成果。两者的过程也各有不同：调解员在过程中所作的评估，旨在拟定策略协助有关人士作出决定；“治疗师所评估的层面则较为广阔，是促使有关人士省悟，从而改变其行为。”<sup>815</sup>

7.14 进行调解时，各方当事人可藉此机会宣泄妨碍谈判的情绪和不满，并在受控制的环境下处理心底所挂虑的事宜，但却不会因而使调解程序变成治疗程序。夫妇接受调解，不是追究往事并处理未解决的感情问题；反之，如遇有这些问题，夫妇或需暂缓接受调解，改而先由治疗师或辅导员开导并解决有关事宜后，才展开和解。正如马利岳(Mariott)和布朗(Brown)指出：<sup>816</sup>

“.....家庭调解本身已是一个独立过程，而受聘提供家庭调解服务的人显然不应有私下提供治疗或辅导服务的想法；更何况受过正式训练的家庭调解员，也不会将这些角色混淆。”

## 调解员的职能

7.15 律师先需要了解调解员与其他专业人士之间在职责上的分别，然后才可向其当事人推介新程序。名为 CDR Associates<sup>817</sup> 的培训调解员组织将调解员的职能载述如下：

- (1) 启导沟通渠道 — 由于各方当事人可能不习惯坦率地沟通，调解员可协助各方保持交流意见的渠道；
- (2) 确认地位 — 调解员促使各方当事人承认对方确有权参与程序；
- (3) 推展程序 — 由调解员订立程序，确保各方遵守基本规

---

<sup>813</sup> Robinson, *Family Transformation through Divorce and Remarriage* (1991) at 189.

<sup>814</sup> Brown, “Divorce mediation in a mental health setting”, in Folberg and Milne, *supra*, at 131.

<sup>815</sup> 出處同前。

<sup>816</sup> *ADR Principles and Practice*, (1993) at 190.

<sup>817</sup> 設於美國科羅拉多州博耳德市。

则，并担任公证角色；

- (4) 进行锻炼 — 调解过程可让自承缺乏谈判技巧的人在潜移默化下建立自信；
- (5) 拓展资源 — 调解员会协助各方当事人订立更多和解方案，并可为他们联络其他界别的专家，如会计师和律师等；
- (6) 查究问题 — 调解员协助各方当事人采用新颖的解决问题策略，以达致各方均感满意的结果；
- (7) 促使各方实事求是 — 调解员确保和解方案是合理的和务实可行的；及
- (8) 引领各方 — 调解员主动采取行动，使谈判得以延续。

## 调解员的功能

7.16 有关功能可分为程序、沟通和处理实质事务等三个范畴。

### *程序上的功能：*

1. 与各方当事人共同会晤或分开会晤；
2. 主导会晤气氛和时间长短；
3. 主持会议和维持秩序；
4. 为有关事项编定讨论次序和分类；及
5. 当其中一方需要时间冷静下来或不便继续晤谈时，决定中止程序。

### *沟通上的功能：*

1. 维持开放和畅顺的沟通渠道；
2. 诠释和传递讯息；
3. 探讨各方当事人提出的其他解决方法；

4. 传达各方当事人对所持立场的执着程度；
5. 传达一方当事人对恪守协议的信实程度；及
6. 在各方当事人之间互传对方行踪的讯息。

*处理实质事务上的功能：*

1. 确定各方当事人对有关事宜所定的缓急次序；
2. 测试是否符合现实情况；
3. 纾缓极端立场；
4. 培养达成协议的习惯；
5. 藉衡量相持不下的后果以评估待决事宜的价值；
6. 最后确定和确认协议；及
7. 监察协议。

律师对调解员角色的误解

7.17 律师对调解员在程序中所司职能的误解，包括下列各项：

1. 调解员的工作是为各方评估其申索在法理上的有力和乏力的理据；
2. 调解员的角色是颇为被动的聆听者，并希望藉促进诉讼各方彼此了解和为对方设想而达成和解；
3. 由于调解员公正不阿，他会敦促各方当事人各自作出相若的让步；及
4. 调解员只着眼于达成和解，不会计较和解协议的实质条款是否公平。<sup>818</sup>

---

<sup>818</sup> 出處同前。

## 有关调解优点的研究

7.18 现将研究人员已确认的调解优点摘录如下：

1. 决定符合经济效益。
2. 迅速达成和解。
3. 结果令各方都感满意。<sup>819</sup> 有一项调查结果显示，对调解成效表示极为满意的当事人有 77%，但在参与调解或对抗程序的当事人样本中，对法律程序表示满意的不逾 40%。
4. 恪守协议条件的比率甚高。麦尔云 (McEwen)、迈民 (Maiman)<sup>820</sup>、皮尔逊和托安斯<sup>821</sup> 发现，各方当事人遵守经调解达成协议的机会，比由诸如法官等第三方决定者<sup>822</sup> 强加的协议为高。
5. 所作的决定实用和可施行。调解协议获人恪守的机会较高，因为施行细则已在协议中列明。法庭命令却不然，无论是否经各方同意而发出的，通常都不会载列有关细则。<sup>823</sup>
6. 协议内容全面。
7. 学习以创新的策略及程序解决问题。
8. 有较大自主空间和较易推断结果。
9. 提高个人自主信心。库克 (Cook)、罗奇 (Rochl) 和谢柏德 (Shepard)<sup>824</sup> 发现，自行谈判达成和解协议的人，会较由他人代为谈判的人自觉有较大权能。

---

<sup>819</sup> Pearson and Thoennes, "Mediation of contested child custody disputes", *Colorado Lawyer*, 11(2), (1982) 337-355.

<sup>820</sup> "Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent", *Law & Society Review*, 18(1), at 11-50, (1984).

<sup>821</sup> "Mediating and Litigating Custody Disputes: A Longitudinal Evaluation", *Family Law Quarterly*, (1984), 17, 497-524.

<sup>822</sup> 如以再次提起訴訟作為遵守程度的標準，只有 4%至 12%再次提起訴訟。有關資料載於 Irving 及 Benjamin 在 1987 年出版的 *Family Mediation: Theory and Practice of Dispute Resolution*。

<sup>823</sup> Bingham, *Resolving Environmental Disputes; A decade of experience*, Conservation Foundation (1986).

<sup>824</sup> *Neighbourhood Justice Centers Field Test: Final Evaluation Report* (1980).

10. 调解是双赢策略，有助父母双方在较友好环境下维持与子女的亲子关系。
11. 和解如建基于以利益为本的调解协议，比建基于各有得失的折衷方案，令人更感满意，
12. 经调解达致的和解可维持较长时间。研究人员发现，如于事后再出现纠纷时，各方当事人很可能会合作解决问题，而不是循对抗途径处理；<sup>825</sup> 及
13. 研究显示，尽管所采用的调解计划模式各异，且在世界不同地方推行，但参与计划的当事人普遍表示甚感满意。

7.19 凯利(Kelly)在结论中指出，“调解的真正价值是在于对配偶之间的关系的质量和未来发展方向的影响，特别是夫妇双方在离婚后能否合作，以及更能切实体察对方的怨愤心情。”<sup>826</sup>

#### 调解奏效的因素

7.20 不过，调解不是万试万灵的灵丹妙药。调解员承认，不是所有纠纷都适宜藉调解处理的，而诉讼方法会继续在若干类别的个案中应用。调解在下述情况下是最为有效的：

1. 各方当事人过去曾经合作一起解决问题；
2. 他们没有长期积怨或不曾进行诉讼；
3. 各方当事人能就某些问题达成共识；
4. 对于对方的怨恨和愤怒程度只属中等或偏低；
5. 他们依然保持交往；
6. 他们很渴求解决纠纷；
7. 各方当事人接受调解员介入和协助；

---

<sup>825</sup> Pearson and Thoennes (1984), 出處見上文。

<sup>826</sup> Kelly, "Mediation and Adversarial Divorce: Initial Findings From a Longitudinal Study" in Folberg & Milne, *Divorce Mediation: Theory and Practice*, (1988) 447 at 453.

8. 有外来因素促使他们和解（时间、结果难料和利益日减）；
9. 具有充足资源以促成各方妥协；及
10. 各方当事人可向对方施压（奖励或伤害的能力）。

### 近日就研究文献的检讨

7.21 欧文和本杰明近日虽已检讨 51 份研究报告，<sup>827</sup> 但在进行比较研究时仍然小心审慎，因为即使在北美洲内，所应用的调解模式也各异。他们指出，其中的差异可分为下列五方面：

1. 在法院进行的公开调解相对于由私人调解；
2. 服务对象组群的特点；
3. 调解的不同模式；
4. 当地法律制度；及
5. 调解员的身分和培训。

7.22 他们将所探讨的研究文献分为程序研究；<sup>828</sup> 成果研究；<sup>829</sup> 以及试图鉴定能预示调解成效的因素研究，换言之，就是很可能达成协议的当人类别。

### 达成调解协议的成功率

7.23 本杰明和欧文在一篇精简的成果研究摘要中指出，藉调解达成全面协议的成功率为 40%至 60%，而就部分事项达成协议的成功率则有 10%至 20%。整体而言，达成协议的成功率为 50%至 80%，而大部分研究的结果都显示，成功率较接近上限数字，而且在不同类别个案所达致的成功率都是一致的，不论是在法院中进行或由私人主持的，自愿或强制的，或涉及对配偶使用暴力的夫妇，以至涉及怨怼甚深的夫妇等亦然。此外，在美国和英格兰，接受调解的当事人较诉诸诉讼的当事人达成自愿协议的机会更高，而且所需会晤次数较少，所费时间也

---

<sup>827</sup> “Research in Family Mediation: Review and implications”, *Mediation Quarterly*, Vol. 13, Fall (1995), No. 1, 53. This article is an abridged and revised version of Chapter 10 in Irving and Benjamin, *Family Mediation - Contemporary Issues*, (1995).

<sup>828</sup> 這是研究調解員在提供服務過程的實際工作，並以會晤時的文字記錄為基礎。

<sup>829</sup> 包括達成協議的比率、當事人的滿意程度、性別差異、為人父母之間的關係、費用及跟進研究等。



较短。藉调解达成的协议内容更全面，更便利父母共同教养子女，也使无管养权的父或母可更方便探视子女。

### 当事人的满意程度

7.24 有大部分研究的结果显示，当问及当事人对成果和提供服务过程是否满意时，表示满意的比率达 60 至 80%。克莱素(Kressel)由此得出结论，“服务对象所表示的满意程度，可与据报公众对其他专业服务的满意程度媲美，甚至有过之而无不及。”在离婚案中当事人对法律服务的满意程度据报为 65%。<sup>830</sup>

### 父母之间的关系

7.25 关于父母之间的关系是否得以改善方面，即父母之间的争议减少和沟通改善了，有关的研究结果显示，成效得视乎当事人所接受的服务类别，即是否由法院提供的。接受法院提供服务的当事人可用的资源有限，所面对的问题也较为严重。本杰明和欧明总结时指出，“只有应用治疗模式的服务，才很可能令父母之间的关系有改变；因为这项服务的模式正是为求达致改变而设计的，并会给予充分时间来进行”。<sup>831</sup>

### 费用

7.26 从有关研究得出的结果，一般都印证藉调解达成和解协议的费用较为廉宜的说法。皮尔逊和安托斯发现，藉调解达成协议平均需耗费 1,630 美元，但循诉讼解决的则需用 2,360 美元。<sup>832</sup> 然而，英格兰的奥格斯(Ogus)、沃克(Walker)及琼斯利(Jones-Lee)<sup>833</sup> 和加拿大的李察逊(Richardson)<sup>834</sup> 发现，尽管调解的费用稍高，但当事人的满意程度和达成协议的比率却较为理想。

### 跟进

7.27 上述研究所探讨的课题，都是环绕当事人的满意程度、遵行调解协议

---

<sup>830</sup> *The Process of Divorce: How Professionals and Couples Negotiate Settlements* (1985) at 187.

<sup>831</sup> Benjamin and Irving. 出處見上文，第 62 頁。應注意 Irving 的模式是屬於具治療功能的調解計劃。

<sup>832</sup> “A Preliminary Portrait of Client Reactions to Three Court Mediation Programs”, *Conciliation Courts Review*, Vol. 23 (1), at 1 (1985).

<sup>833</sup> Report of the Conciliation Project Unit, *The Costs and Effectiveness of Conciliation in England and Wales*, (1989).

<sup>834</sup> Court-based Divorce Mediation in Four Canadian Cities: An Overview of Research Results, (1988).

的情况、适应离婚后情况和再度提起诉讼等各方面事宜。在案件了结后两年，接受调解的当事人对调解过程和成果表示满意的比率甚高，他们也会在达成共识的情况下修改协议条件。有关研究是分别于个案了结后的四个月、一年及两年进行跟进调查的，并将接受调解与藉诉讼解决纠纷的当事人作比较，结果发现前者对于所达成协议的内容更感满意，并认为是较公平的。就再次提起诉讼的比率而言，接受调解的当事人也比藉诉讼解决纠纷的当事人为低。这项结果对于将个案从法院转引作调解处理一事，别具意义。至于试图鉴认可预示调解成效的共同因素的研究，由于结果非常参差，看来无法就最佳的预示因素达成共识。

7.28 欧文和本杰明提述托安斯和皮尔逊所鉴认的双重标准：

*“对于诉讼的期望，只是达成和解方案；但对于调解，甚至在部分个案中只经过两小时的调解，所期望达致的成果，除了将夫妇的关系从满怀怨怼转为相亲相爱地合作外，更要当事人收拾深切悲痛心情，转而积极地适应离婚后的家庭生活。”<sup>835</sup>*

#### 调解不适用的情况

7.29 不宜采用调解处理或各方当事人尚未作好准备的情况，包括有人使用暴力<sup>836</sup>；或于作出威胁后不愿进行谈判；或缺乏沟通和信任；或因有人处于支配地位而造成权势失衡；或有人不愿接受分居<sup>837</sup>；或有人有患精神病记录；或有人酗酒或滥用药物；或性虐待儿童等。

#### 权力

7.30 调解员的工作目标如下：

*“协助夫妇两人同时保留权力和将权力重新作更均等分配，这通常是对子女和钱财而言。至于在心理治疗和家庭治疗方面，业内人士会分别协助当事人争取更大权力，并协助家庭寻找更有效地共同运用权力的方法。”<sup>838</sup>*

---

<sup>835</sup> Thoennes and Pearson, "Response to Bruch and Mc Isacc", Family and Conciliation Courts Review, (1992), 30, (1) 142-3, quoted in Irving and Benjamin, *op cit* at 69.

<sup>836</sup> 現時想法是不能單憑有暴力事件便使各方當事人自動失去接受調解機會。見第 9 章。

<sup>837</sup> 這是指有一方希望修好或拒絕承認其婚姻已無法挽回。

<sup>838</sup> Robinson, 出處見上文，第 189 頁。

7.31 通过调解过程,也可使夫妇双方建立自主信心,因为调解尽管是在“法律的阴影”<sup>839</sup>下进行的,但他们仍保留自作决定的权力。有一项为澳大利亚的家事法院进行的调查结果显示,尽管有79%当事人表示其关系恶化程度为中等至偏高,但达成调解协议的比率仍达82%。<sup>840</sup>

---

<sup>839</sup> As used by Mnookin and Kornhauser, “Bargaining in the Shadow of the Law; the Case for Divorce”, *Harvard Law Journal*, Vol. 88(5), (1979) 950-7.

<sup>840</sup> Bordow and Gibson, *Evaluation of the Family Court Mediation Service*, Research Report No. 12 (March 1994).

## 第 8 章

### 各地排解纠纷程序的比较：英格兰和威尔斯

#### 引言

8.1 本章探讨英格兰的调解（前称调停）服务发展和近期的法律改革，即有关离婚和关乎儿童的纠纷等附带事宜的法例改革。英格兰在推行关乎儿童纠纷的制度的改革措施方面的经验，值得香港借镜。英格兰当局方面发现，如《1989 年儿童法令》般更改法例的用语，尽管有助纾缓父母之间在离婚时剑拔弩张的情况，但仍必须改革排解纠纷制度予以配合。

8.2 英格兰的改革重点是鼓励夫妇在展开离婚诉讼前，藉调解解决他们之间的纠纷。此举旨在减少诉诸对抗制度的有争辩案件数目。关于儿童的安排，预计可于申请或发出离婚令之前订立。事实上，一旦作出这些安排后，便已是婚姻关系触礁的明证。

8.3 英格兰的家庭法法律，尤其是自《1989 年儿童法令》实施后，“已渐舍查究权利和公平的传统对抗概念，而走向偏重福利方面。”<sup>841</sup> 把重点置于夫妇双方性格不合而非归咎过错，确可鼓励夫妇双方进行谈判。这种道德观和离婚法例目的上的转变，造就了调停服务的发展。

#### 调解服务的历史

8.4 英格兰的调解服务历史悠久。<sup>842</sup> 早在费烈(Finer)委员会的报告书<sup>843</sup>中，已建议以调停服务作为处理离婚的法律程序一部份。在八十年代前半期，调停服务开始蓬勃发展，至 1983 年 11 月便有一份跨部门调停委员会报告，至 1985 年 7 月，布芙委员会发表报告书，赞同庭外调停工作的价值。<sup>844</sup> 自布芙报告书<sup>845</sup>

---

<sup>841</sup> Davis, “Conciliation and the Professions”, *Fam Law*, Vol. 13, 6, (1983).

<sup>842</sup> 第 8.4 至 8.5 段、8.9 至 8.11 段，以及 8.19 至 8.36 段，要摘錄自薛佳儀女士在 1996 年 4 月擬備但未經發表的論文，題目為 *Obstacles to Referral, Planning and Implementation of Family Mediation as a Dispute Resolution Process in Hong Kong: Reflections based on Foreign Systems*。

<sup>843</sup> *Report of the Committee on One-Parent Families*, (1974).

<sup>844</sup> The Hon Mrs Justice Booth, *Report of the Matrimonial Causes Procedure Committee* (1985).

<sup>845</sup> 出處同前。

发表后而家事庭庭长又作出声明<sup>846</sup>后，调停工作与福利工作人员的工作便有明确界线。

### 《1989年儿童法令》的实务指示

8.5 为了反映《1989年儿童法令》的更改，有关方面在1992年制定了新实务指示，规定地方法院法官在考虑为儿童所作的安排时，可随时指令有关人士约晤调停员。根据第8条申请发出同住令或联系令的人，会被强制转介参加有关晤谈。<sup>847</sup>至于申请发出禁止行动令或指定事项令的，则只会应申请人要求而作出转介。在申请同住令的案件中，如同时有要求发出法院监护传票的，也可转介参加调停晤谈。

8.6 在晤谈中，与各方当事人及其法律顾问会商的是地方法院法官而非司法常务官。如于首次与地方法院法官和福利工作人员晤谈时未能解决有关纠纷，各方当事人需再次与福利工作人员单独会面。如调停失败，按实务指示规定：

*“地方法院法官可发出指示（包括订定日程表），务求安排早日聆讯和处置有关申请。在这类案件中，地方法院法官和法院福利工作人员都不会进一步介入有关申请。”<sup>848</sup>*

8.7 当调停晤谈结束后，一直负责考虑为儿童作出安排的地方法院法官便会发出证明书，以证明法院已遵照《1973年婚姻诉讼法令》第41条的规定行事。此外，另有条文规定，属于紧急的申请，应由当日当值的地方法院法官决定是否转介各方当事人接受调停服务。

### 特别程序

8.8 在特别程序制度下，无抗辩的离婚案中即使各方当事人没有出庭，也可获判离婚；大部分离婚呈请都是可通过这制度解决。另有约晤儿童制度，是为全面调查儿童的教养方面事宜而设的，<sup>849</sup>不过，有关约晤儿童的条文，其后却在《1989年儿童法令》的附表中废除了。<sup>850</sup>现时处理为儿童所作安排时，都是以非公开形式进行，“由权力大受约束的地方法院法官进行审查，并通常在各方

---

<sup>846</sup> Sir John Arnold in 1985.

<sup>847</sup> 見第3章。

<sup>848</sup> *Practice Direction (Family Division: Conciliation)*, [1992] 1 WLR 147.

<sup>849</sup> *Matrimonial Causes Rules 1977*, SI 1977/334, rules 33(3) and 48.

<sup>850</sup> 附表12第31段。

当事人或其代表均缺席的情况下进行”。<sup>851</sup>

## 调解的价值

8.9 柏嘉(Parker)和柏坚逊(Parkinson)建议，调停工作可在法律援助申请候批期间或法院聆讯展开前进行。<sup>852</sup> 由于调停工作正是鼓励夫妇直接沟通，所以可藉以促使他们商议有关其子女的未来安排。有部分案中当事人尽管已循法律程序办理离婚和分割财产，但“感情上”却未能适应离婚事实，对他们而言，调停确可起一定作用。否则，夫妇如未能“在感情上离异”，便会“仍然在纠纷中纠缠不休，由此造成的恶果，不仅影响他们，更令其子女受害”。<sup>853</sup>

8.10 柏嘉和柏坚逊强调要早日干预，因为“研究结果清楚显示，如在早段未能就探视安排达成协议，待儿童与已离家的父亲或母亲中断联系后才订立定期探视安排，会更为困难。”<sup>854</sup> 另一项研究发现，父母在分居时所订出的安排，通常都成为日后安排的基础。<sup>855</sup> 他们在结论中指出，“理想的做法是：调停工作与法律服务应同步进行，以收相辅相成之效，使办理分居和离婚的夫妇都得到最大的帮助”。<sup>856</sup> 由于调停员是立场中立的专业人员，会从整个家庭着眼处事，所以由他们提出关乎儿童的需要和感受的建议，会较易为儿童的父母所接受。<sup>857</sup>

8.11 戴维斯(Davis)提出，引进由法院安排正式调解约晤服务是重要的，因为可藉有关程序“明确表明法院致力谋求达成协议的处事取向”。我们不应只视调解为迅速处理纠纷的方法，因为大部分个案最终都会解决的，而应以订立离婚协议所需时间和协议质素为准则，以评估调解工作的成效。

## 离婚法律的改革

8.12 大法官办公厅在《前瞻 — 调解与离婚理由》(Looking to the Future - Mediation and the Ground for Divorce)白皮书中，<sup>858</sup> 提出下列改革建议：

---

<sup>851</sup> Cretney, “Family Law - a bit of a racket”, NLJ Practitioner, January 26 1996, 91, 93.

<sup>852</sup> 出處見上文，第 272 頁。

<sup>853</sup> 出處同前。

<sup>854</sup> 出處同上，第 273 頁。

<sup>855</sup> Mitchell, *Children in the middle*, (1985).

<sup>856</sup> Parker and Parkinson, “Solicitors and Family Conciliation Services - a basis for professional co-operation”, 15 Fam Law (1985) 270 at 274.

<sup>857</sup> 出處同前。

<sup>858</sup> (April 1995: Cmnd 2799), HMSO. 該辦公廳曾於 1993 年 12 月發表一份同名的諮詢文件(Cmnd 2424)。

- (1) 应引入“无过错”的离婚理念；
- (2) 应透过强制性离婚资讯简介会提供更多有关离婚过程的资料；
- (3) 预期夫妇会采用调解而非诉讼来解决有关离婚和附带问题的纠纷；
- (4) 接受法律援助的夫妇须采用调解服务；但属于政府所订例外类别（例如暴力）除外；及
- (5) 对获得法律援助的当事人可取得的法律意见加以限制，并不会为他们提供法律代表服务，理由是藉调解处理其纠纷。

#### 纽卡斯尔市的研究 — 以儿童为本的调解服务

8.13 在是项研究中，曾参加调解的当事人有 62% 表示只关注与子女的联系事宜。取得关乎儿童的独有管养权的，有 60% 是由母亲取得，另有 8% 由父亲取得，而与父母双方同住的有 28%，另有 4% 是在不同时间分别与父母其中一方同住。<sup>859</sup> 研究员关注到，在综合调解服务中，用于解决儿童事情的时间有限。如果各方当事人提交为有关儿童所作的安排计划，有关计划通常都会获得采纳，但有关经济事宜的预定计划却不然，通常都会再作深入商讨。<sup>860</sup> 至于以儿童为本的调解服务，平均需时 3 小时，而综合调解服务则需时 12.7 小时。<sup>861</sup>

8.14 将接受以儿童为本的调解服务与接受综合调解服务的当事人作比较，前者对调解成效的满意程度较低。在以儿童为本的调解服务中，表示满意服务的当事人有 38%，表示不满意的有 26%。在综合调解服务方面，表示满意服务的当事人超过 50%，表示不满意的只有 18%。不过，如果着眼于调解服务的广泛目标而非仅限于其成效，表示满意的比率较高。在以儿童为本的调解服务中，同意这服务可维护儿童的最佳利益的当事人有 61%（有 5% 不同意）；同意可“藉此解决管养权和探视安排的”有 60%（有 10% 不同意）；同意这服务有助改善沟通的有 53%（有 12% 不同意）；同意可厘清意见分歧的有 59%（有 6% 不同意）。

---

<sup>859</sup> Ogus, Walker and Jones-Lee, *Report to the Lord Chancellor on the costs and effectiveness of conciliation in England and Wales*, (March 1989) at 43.

<sup>860</sup> 第 42 页。

<sup>861</sup> 第 48 至 49 页。

## 《1996 年家庭法法令》

8.15 《1996 年家庭法法令》实施了白皮书的建议。第一部处理该法例的一般性原则，第二部修改有关离婚和分居的实体法，而第三部则对《1988 年法律援助法令》(Legal Aid Act 1988)作出修订，以纳入为家庭调解服务提供法律援助的修订条文。不过，目前尚有很多实务细节须于尚在制订的规例中订明，所以这法令尽管已于 1996 年 7 月制定，但为进行试验计划和评估其成效，这法令预计会于 1998/99 年才实施。为此，现已成立家庭法顾问委员会，负责对《1996 年家庭法法令》的实施和运作，包括调解服务和资讯简介会等试验计划，提供意见。

### 资讯简介会

8.16 第 5 条规定，婚姻一方或双方当事人必须先提交婚姻破裂声明，然后其婚姻才会被视为已破裂至无可挽救。第 8 条规定，提交婚姻破裂声明的一方必须于作出声明前不少于三个月参加强制性资讯简介会，<sup>862</sup> 而另一方如拟就家庭子女向法院提出任何申请或就任何申请进行争辩，也必须先参加资讯简介会。由于小组资讯简介会的建议受到猛烈抨击，所以改作为每对夫妇安排资讯简介会。

8.17 资讯简介会试验计划自 1997 年 6 月起，已分别于五处地方开办，其后分别于 1997 年 10 月和 1998 年 1 月相继推行新试验计划。有关详情将会于附属法例中载明，而有关的规例会确保各方当事人会接获以下各方面的资料：婚姻支援服务；儿童福利的重要性；调解服务；可供采用的独立法律意见；法律援助；以及离婚程序。<sup>863</sup> 各方当事人也有机会在资讯简介会结束后与婚姻辅导员面谈。

<sup>864</sup>

8.18 资讯简介会、律师<sup>865</sup> 及可转介各方当事人参加关于调解的资讯简介会的法院三方，将会发挥把关人作用。<sup>866</sup> 这个资讯简介会与第 8 条所规定的资讯简介会<sup>867</sup> 不同，其作用近似调停服务选纳会议的预备会议，是“向各方当事人解

---

<sup>862</sup> 例外情况將於規例內訂明。大法官兼上議院議長在議會中舉出的例子，包括因故不能離家的人、殘障人士、前往某處會有遇上暴力對待風險的人，以及受羈押的人。

<sup>863</sup> 第 8(9)條。

<sup>864</sup> 第 8(6)(b)條。

<sup>865</sup> 第 12(2)條授權大法官兼上議院議長訂立規則，要求法律代表簽署證明書，以證明他是否已通知其當事人可供採用的調解和婚姻支援服務，以及他有否向當事人提供可協助他們和解及調解的人的姓名和地址。

<sup>866</sup> 第 13 條。

<sup>867</sup> 第 8(6)條把資訊簡介會界定為“一個旨在為出席者提供與此部或第 III 部的條文有關，或與根據此部或第 III 部所訂的條文有關的資料，並提供機會讓他們與婚



释可供采用的调解设施，……并提供机会让各方当事人协定采用这些设施”。<sup>868</sup>

## 改革法律援助的绿皮书

8.19 在英格兰，调解服务已获认同为排解有关离婚和儿童纠纷案的优先采用方法。由于这类案件占去法律援助预算的大部分经费，所以当政府有意推广调解服务作为排解纠纷方法时，从法律援助的诉讼经费中拨款作为经费，实不足为怪。英格兰政府的法律援助政策，包括有关法律援助绿皮书所载述法律援助政策和《1996年家庭法法令》的条文，均值得参考。<sup>869</sup>

## 家庭调解服务的法律援助

8.20 大法官兼上议院议长在绿皮书中建议，提供调解服务的供应商有资格取得法律援助服务合约。“政府确实认为，……对于大部分家庭个案所衍生的问题，采用家庭调解服务确是较为适合且更为有效，尤胜于由律师代表进行谈判或通过诉讼解决。”<sup>870</sup> 此外，当局会设立监察和审计机制，就由法院和非由法院处理案件的所得的结果<sup>871</sup> 评审绩效指标<sup>872</sup>。具体而言，在处理家庭个案时，顾问必须根据案件对当事人的重要性、成本效益和其他可供采用的方法等因素，以评估调解的可能发挥的效用。

## 拒绝调解

8.21 调解服务不是强制性服务，但顾问必须在记录中载述可予接受的拒绝理由。<sup>873</sup> 有关可予接受的理由将会在指引中载列，当中包括涉及家庭暴力或照顾令的个案。<sup>874</sup> 因此，“断然拒绝调解不算是合理的理由。如果当事人不能为拒绝调解的决定提出理由，律师是不能代表他行事的。”<sup>875</sup> 这见解是有研究结果作佐证的：

*“研究显示，通常最少有一方在开始时连考虑采用调解方*

---

姻輔導員會面和鼓勵各方當事人與婚姻輔導員會面。”

<sup>868</sup> 第 13(a)及(b)條。

<sup>869</sup> *Legal Aid - Targeting Need* (1995: Cmnd 2854).

<sup>870</sup> 出處見上文，第 9.7 段。

<sup>871</sup> 出處見上文，綠皮書第 6.42 至 6.48 段。

<sup>872</sup> 績效指標會考慮個案結果，所費時間／延誤和當事人滿意程度，並會考慮成功率，但不會假設所有個案都應成功解決。

<sup>873</sup> 出處同上，第 9.7 和 9.8 段。

<sup>874</sup> 出處同上，第 9.8 段。

<sup>875</sup> 出處同前。

法也拒绝，但他们一旦到访调解机构，得到专人解释调解的运作模式和优点后，便会改变主意，愿意起码尝试采用调解方法。”

876

## 《1996年家庭法法令》和调解服务

8.22 第 27(3)条规定，除非“调解员认为有关的纠纷和各方当事人以及在考虑个案的所有情况后，都适宜采用调解”，否则不得给予用于调解服务的法律援助。这法令又规定，不得为任何人提供法律代表服务，除非该人已与调解员会面，以决定他是否适合采用调解，如属适合者，则由调解员“协助申请法律代表服务的人决定是否改为申请调解服务”。<sup>877</sup> 有关的例外情况为根据《1989年儿童法令》关于保护方面的条文而提起的法律程序。第 28(3)条规定，接受法律援助的人必须分担调解费用。此外，规例中有订明以法定押记讨回调解费用。<sup>878</sup>

8.23 关于家庭调解服务的法律援助计划，有不少细节是在规例中订定的。<sup>879</sup> 有关规例规定，调解员在提供调解服务前，应先评估当事人的经济状况。尽管调解员与当事人之间存在任何保密责任，这并不会妨碍调解员向法律援助委员会披露他向接受法律援助的人所提供的“有关调解的任何资料”，以协助该委员会履行其职能。<sup>880</sup> 由法律援助委员会外判家庭调解服务合约的试验计划，已于 1997 年 5 月展开。<sup>881</sup>

8.24 为提供调解服务而订立的合约，必须规定调解员遵守作业守则。<sup>882</sup> 调解员必须：

“作出安排以促使各方当事人考虑：

(a) 每个儿童的福利、意愿和感受；及

<sup>876</sup> 出處同上，第 9.11 段。

<sup>877</sup> Section 15(3F)(b) of the Legal Aid Act 1988 as inserted by section 29 of the Legal Aid Act 1996. 第 29 條的實施方面，初時會從在兩處地方進行試驗計劃，以便協助籌劃在全國實施的計劃。

<sup>878</sup> 法定押記確保法律費用能從獲法律援助的當事人所獲取的款項或討回的財產中撥付。這看來是當局作出讓步，因為律師會反對採用調解的當事人可免有押記負擔。

<sup>879</sup> The Legal Aid (Mediation in Family Matters) Regulations 1997, (SI 1997; 1078) in force on 1 May 1997.

<sup>880</sup> 出處同上，規則第 5 條，

<sup>881</sup> *Franchising family mediation services*, Legal Aid Board, February 1997.

<sup>882</sup> 舉例來說，調解員必須確保參加者是自願而非因恐懼受暴力對待或傷害而被迫參加的。See section 13B(7) of the Legal Aid Act 1988 as inserted by section 27 of the Family Law Act 1996.

- (b) *应否和在什么程度上给予机会，让每名儿童在调解过程中表达其意愿和感受。*”<sup>883</sup>

## 《司法服务》 — 吴尔夫报告书

8.25 在英国，对排解家庭纠纷制度和法律援助制度上所作的改变，是与法院民事司法制度的拟议变革相辅相成的。在有关英格兰和威尔斯民事司法制度的中期报告书中，<sup>884</sup> 吴尔夫(Lord Woolf)尽管并无提出特别针对处理家事法院制度的改革事宜，但其拟议改革方案对于个案管理以至提供和推广另类排解纠纷制度等各方面，都有实质意义。

8.26 首个相关的建议是：

*“如在法院以外有令人满意的另类排解纠纷方法，而且有利诉讼人采用的，则法院应该推广这种另类方法。为此，有关人员和司法界都应该留意现有的各种另类排解纠纷方法及其绩效。”*

吴尔夫认同“另类排解纠纷方法对各方当事人和法院都有很重要价值；对各方当事人而言，可早日解决问题和节省费用；对法院而言，则可节省资源”。<sup>885</sup>

8.27 他提出的目标同样适用于香港的情况，现载述如下：

- (a) *各方当事人应在合理情况下在诉诸法院前解决其纠纷；当无可避免地要进行诉讼时，应尽早在适当阶段解决；及*
- (b) *当有适当的排解纠纷机制，可以更经济和更有效率地排解纠纷时，应鼓励各方当事人在展开或继续进行法律程序前使用该机制。*<sup>886</sup>

## 法律援助

8.28 吴尔夫承认，较少人采用另类排解纠纷方法的原因，可能是由于该方法缺乏法律援助支持，所以他提议当考虑发出法院的法律援助证书时，应考虑采用另类排解纠纷方法（如有的话）。<sup>887</sup>

---

<sup>883</sup> Section 13B(8) of the Legal Aid Act of 1988 as inserted by section 27 of the Family Law Act 1996.

<sup>884</sup> *Access to Justice*, Interim Report to the Lord Chancellor, June 1995.

<sup>885</sup> 出處同上，第 18 章第 25 段。

<sup>886</sup> 出處同上，第 4 章第 7 段。

<sup>887</sup> 出處同上，第 18 章第 35 段。

8.29 在题目为《司法服务》(Access to Justice)的最后报告书中,<sup>888</sup> 他建议应为诉讼前排解纠纷服务和另类排解纠纷服务提供法律援助,并规定各方当事人须在个案管理会议和审前检讨上表明曾否讨论采用另类排解纠纷方法。如没有的话,理由为何;如有的话,结果又如何。如诉讼人不合理地拒绝尝试采用另类排解纠纷方法,法官在决定日后处理案件方式时,应可将诉讼人不合理地拒绝尝试采用另类排解纠纷方法列为考虑因素之一。此外,法官也应考虑,各方当事人在采用另类排解纠纷方法的过程中,是否有不合理的作为。

8.30 吴尔夫承认,律师或许将采用另类排解纠纷方法的提议视为示弱的表现。因此,他鼓励法官向双方当事人提议,采用另类排解纠纷方法或可节省可观的讼费;但这只限于各方当事人从未探讨过另类排解纠纷方法的情况。至于应否将不合理地拒绝采用另类排解纠纷方法列为裁决讼费的考虑因素,吴尔夫认为需留待谘询意见后才作定论。此外,他在最后报告书中提议,判付讼费的命令,不应仅限于反映法律程序的结果,还应反映各方当事人或其法律代表处理案件的方式。

8.31 其他的建议包括大法官兼上议院议长和法院服务处应把推广另类排解纠纷方法视为其责任之一,让市民深入了解该方法所提供的选择。吴尔夫的报告书强调,有需要令有关制度可更灵活地迎合诉讼人的需要。为此,有关方面可以透过传单、录影带、电话热线和其他资讯科技,将有关资料向诉讼人广为宣传。法院人员会向诉讼人提供关于处理其案件的资料和协助,并会持续监察和探讨诉讼人的需要。<sup>889</sup> 大法官办公厅其后发表了一份题目为《不经法院排解纠纷》(Resolving Disputes Without Going To Court)的小册子,其内容全面且文字浅白。

#### 律师会的回应

8.32 英格兰律师会承认,当调解服务可在既符合成本效益而又不损害公众信心的原则下推行,规定各方当事人考虑在诉诸法院前采用调解服务,也是合情合理的。<sup>890</sup> 律师会认同“国家是有责任提供具权威性的排解纠纷途径,但这并不意味着所有纠纷都一律可无限制地诉诸法院解决的。”<sup>891</sup> 不过,任何限制均

---

<sup>888</sup> 這是於 1996 年 7 月 26 日發表的。

<sup>889</sup> 詳情可在互聯網上查閱,網址:  
<http://www.open.gov.uk/lcd/civil/final/overview.htm>。

<sup>890</sup> *Making Justice Work*, Law Society submission to the Lord Chancellor's Department's fundamental review of expenditure on civil litigation and legal aid, (June 1994), paragraph 2.11.

<sup>891</sup> 出處同上,第 3.27 段。

应对所有可能成为诉讼人的人一视同仁，而不应只针对接受法律援助的人，这才可确保所有人都有均等机会取得司法服务，使其他计划不致沦为只是穷人才采用的次等方法。<sup>892</sup> 不过，在公平原则下，每人都应享有均等机会和选择权，所以为确保公平起见，该会认为强制性调解方案是不可接受的。<sup>893</sup>

#### 由律师解决

8.33 律师会敦促有关方面推行更多措施，以促使各方当事人可早日达成和解。<sup>894</sup> 该会为律师辩解时指出，如果律师只顾谋利，他们便不会在 95%的个案中达成和解；尽管有关协议是在后期才达成的。该会承认，在抵达法院门前才达成的和解尤其缺乏效益，因届时通常都不能免除聘请律师的费用和专家解约费，所以除非预定审讯期长达数周，否则可藉以节省的讼费并不多。<sup>895</sup>

#### 法院附设的调解服务

8.34 律师会对于吴尔夫没有就由法院安排调解的试验计划作出具体建议，表示失望。除非有更多有关另类排解纠纷方法的研究资料，并有更广阔的调解员网络，否则法官是无从对诉讼人拒绝采用另类排解纠纷方法作出正确评估。<sup>896</sup> 律师会建议当局拨出充裕款项，以推行法院附设调解服务的试验性计划，从而“累积足够经验，以资证明这类方法有何可取之处”。<sup>897</sup>

#### 对吴尔夫报告书的评语

8.35 吴尔夫报告中没有提及“综合服务法院大楼”方案。<sup>898</sup> 由大律师公会拟备关于另类排解纠纷方法的贝达姆(Beldam)报告书<sup>899</sup>指出，这项方案“显示调解作为传统法律程序的附属部分的效用，并可达到善用法院设施和协助各方当事人以最具效率方式解决纠纷的目标……”<sup>900</sup> 这报告书曾建议“和解周”<sup>901</sup>方

---

<sup>892</sup> 出處同上，第 3.28 段。

<sup>893</sup> 出處同上，第 2.12 段。

<sup>894</sup> The Law Society's first submission to Lord Woolf's Review of Civil Justice, March 1995.

<sup>895</sup> *Making Justice Work*. 出處見上文，第 8.1 段。

<sup>896</sup> “The Law Society's Provisional Response”, August 1995. Paragraph 9.

<sup>897</sup> 出處同上，第 3.24 段。

<sup>898</sup> 這是指在同一處提供多種排解糾紛途徑的資料，並將當事人的案件轉介往最適合的法院部門處理。

<sup>899</sup> 1991 年 10 月 25 日。精簡摘要文章見 1992 年 8 月的 *Arbitration*，第 178 頁。

<sup>900</sup> 出處同上，第 182 頁。

<sup>901</sup> 這是從法院名單選出的個案，並在調解員的協助下嘗試謀求和解。這計劃需要司法界和律師支持，因為在一週內可揀選進行此計劃的案件甚多。

案，但这未有在吴尔夫报告书中提述。吴尔夫批评现有法院制度不平等、费用高昂、缺乏明确性、进度缓慢、程序繁复零碎，以及对抗意味浓。

8.36 吴尔夫承认法官和法院人员必须接受培训，然后才可推行有关建议；但对律师的培训工作却只字不提。没有法律代表的诉讼人，可参考录影带、电子服务亭以及图书馆设施所提供的资料。此外，还会设立法院谘询中心。不过，吴尔夫未有进一步建议将调解服务纳入为法院服务一部分，或由法院下令当事人采用调解服务。

### *米德顿报告书*

8.37 彼德·米德顿(Sir Peter Middleton)获新任英国政府委任，检讨民事司法制度和法律援助计划，<sup>902</sup> 并于 1997 年 9 月提交报告书。他的报告书主要赞成落实吴尔夫报告书的建议，认为有关民事司法制度与法律援助计划改革方案的方针一致，并可起相辅相成的作用。“改善法律援助计划的管理将有助释出更多资源，用以推广另类排解纠纷方法；提供资讯服务；在法院开设谘询服务；以及为个别无律师代表的诉讼人提供协助。”毋庸置疑，如果要全面推行本谘询文件的建议，以改革现行处理管养权和监护权的排解纠纷制度，便需要同时改革法律援助制度拨款资助调解服务的机制。

### 结论

8.38 吴尔夫承认，“讼费、时间延误和程序复杂都是关键问题，都是因诉讼程序不受控制而衍生出来的。”不过，这些问题并不仅在民事司法制度中出现。英国现时仍在推行这方面改革，其发展情况可供小组委员会借鉴，以便审议改革本港的家庭纠纷排解制度的建议和反对改革的论据。不过，在参考大法官办公厅、吴尔夫或米德顿等的报告书所提出的改革方案时，必须同时顾及香港的文化环境和制度。研究在香港引入法院附设调解计划的可行性的首席大法官委员会(Chief Justice's Committee on the desirability of introducing a court-annexed scheme in Hong Kong)所拟备的报告和建议，对这个课题具有重要意义，值得参考，并将有关建议加以修订，以便在香港的家事法庭推行。<sup>903</sup>

---

<sup>902</sup> 可閱覽互聯網上資料，網址：<http://www.open.gov.uk/lcd/middle/summary.htm>。

<sup>903</sup> 1993 年 8 月。見第 12 章。

## 第 9 章

### 各地排解纠纷程序的比较：澳大利亚与新西兰

9.1 在过去数年间，澳大利亚在应用对抗制度以外的另类处理关乎儿童的纠纷的方法有相当多的转变。本章的第一部分会先研讨这个问题。至于新西兰的情况则会在本章的第二部分探讨。

---

## 澳大利亚

### 司法管辖权

9.2 家事法院应否有综合的司法管辖权处理离婚事宜和所有会影响家庭的事宜，例如安排儿童由谁人照料等，是一个备受争议的课题。西澳大利亚州家事法院对于联邦以至该州的事务都有司法管辖权，但其他州的法院仅处理家庭法的某些范畴，例如家庭暴力令和儿童的付托照顾安排。大体而言，在西澳大利亚州，司法常务官或裁判官聆讯的案件类别为：无抗辩离婚案、申请发出指示的案件、关乎管养权及探视权的临时命令的申请、强制令的申请、关乎赡养的法律程序和关乎探视权的简易程序。由法官聆讯的案件类别则有：关乎财产、管养权及探视权的最终命令的有抗辩诉讼、有抗辩的离婚诉讼、藐视法庭案、关乎海牙公约的申请、及案情复杂的临时事项。<sup>904</sup>

### 家事法院的目标和目的

9.3 在《1993 至 1994 年关于律政司职务的服务承诺》(1993-94 Program Performance Statement of the Attorney General's Portfolio)，家事法院的目标被定为“透过确保属于法院的管辖范围的所有事宜获得公正及公平的司法来为澳大利亚社区的利益服务”<sup>905</sup>。为实现这个目标，已定出等候法律程序中某些阶段所需的时间，<sup>906</sup> 而家事法院更顺应一份法院报告的意见，简化其表格，以方便市民使用。<sup>907</sup>

9.4 有见于有必要改善“公正及公平的司法”，以诉讼以外的另类方法排解家庭纠纷已日益受到重视。这转变已在联邦议会研究《家庭法法令》的联合专责委员会的报告书反映出来。<sup>908</sup> 该报告书建议：

“100 扩阔《1991 年法院（调解和仲裁）法令》(the Courts (Mediation and Arbitration) Act 1991)的条文的范围，以推动和实施另类的排解纠纷机制的发展，这个机制不应处于现行的对抗制度之内，而是实实在在地可供随时选择采用的另类方法。

---

<sup>904</sup> Paragraph 2.14 of the Family Law Council report, *Magistrates in Family Law*, July 1995.

<sup>905</sup> Attorney General's Portfolio, Program Performance Statement 1993-1994, at 160.

<sup>906</sup> 出處同上，第 163 頁。

<sup>907</sup> *Report of the Simplification of Procedures Committee* (1993).

<sup>908</sup> *The Family Law Act 1975: Aspects of its Interpretation and Operation* (1992), recommendations at 320.



- 101 由各方当事人同意采用的另类排解纠纷程序的协议，不应在各方当事人签署协议前由法院进行审核或批准。
- 102 法例（应该）规定，遇有关乎已订协议的纠纷，家事法院可检讨由各方当事人达成的协议，惟有关检讨应在某时限内进行。
- 103 澳大利亚的家事法院和法律界（应该）在积极辨识较适宜以另类的排解纠纷机制来解决的事宜。”

9.5 司法服务谘询委员会在 1994 年的《司法服务 — 工作计划》(Access to Justice, An Action Plan)报告书载有一份“法院计划草拟本” (Draft Court Plan)。该计划的目标如下：

- (1) 采用一致和精简的程序和常规，来订立服务标准和减少延误和诉讼费用；
- (2) 确保所有有可能使用服务的人都有均等的机会享用法院服务；
- (3) 持平处事和避免偏颇；
- (4) 确保职员知道并有效地满足服务对象的需要；及
- (5) 确保拨备的资源反映法院在提供司法服务和满足服务对象的需要这两方面所订的优先次序。<sup>909</sup>

## 调解和《司法服务》报告书

9.6 司法服务谘询委员会的职责，是找出可以改善司法服务的质素和使法律制度更公正、便捷和有效的方法。<sup>910</sup> 其中一项研究课题是探讨调解服务的功能。委员会察悉反对使用法院附设调解服务的论据，<sup>911</sup> 但建议：

---

<sup>909</sup> These are strategies 1a -1e of the “Draft Court Plan” (1994), reported at paragraph 15.14 of the Access to Justice Committee’s report, *infra*.

<sup>910</sup> 在 1988 年，英屬哥倫比亞省的 Justice Reform Committee 發表了一份名為 *Access to Justice* 的報告書，目標是“使司法制度……的服務對象認為該服務更方便使用和容易明白，更具效用和效率”。

<sup>911</sup> 他們提出的論據如下：將糾紛視為僅止於兩個人的問題、權力失衡、政府節省開

“在制定鼓励市民采用另类的排解纠纷方法的正式计划时（顾及这些论据）。这可藉鼓励调解员接受适当培训和订立筛选程序以分辨出不宜采用调解方法排解纠纷的当事人来达致或在某程度上达致。”<sup>912</sup>

#### 反对法院附设调解服务的论据

9.7 《司法服务报告书》将反对法院附设调解服务的论据概述如下：

- (1) “据称法院是拥有公共权力的地方，法官作出的裁决是可以强制执行的。这些特性……与另类排解纠纷方法的理念在本质上是互不相容；后者的立足点是在双方同意下解决纠纷。”<sup>913</sup>

报告书回应谓这论点针对的不是法院附设的调解服务本身，而是法院可单方面转介各方当事人接受调解的权力。<sup>914</sup>

- (2) 让法官参与另类的排解纠纷程序会损害司法机关的威望：“在法院附设另类的排解纠纷服务，会贬低法院的司法裁决工作，并使法院偏离其作为最崇高的裁决机构的重点功能。”<sup>915</sup>
- (3) 若干调解技巧，例如分别与有争执的其中一方私下会晤，是与司法程序不相符；后者必须是公开和对双方绝对公平。<sup>916</sup>

联邦法院首席大法官回应时指出，自从在五年前提供这项服务以来，从

---

支，以及次等的司法服务。

<sup>912</sup> 见上文第 11.6 段。

<sup>913</sup> 出处同上，第 11.45 段。

<sup>914</sup> 他们知悉未得双方当事人同意，联邦法院无权作出转介。

<sup>915</sup> Street, “The Court System and Alternative Dispute Resolution Procedures”, 1 Australian Dispute Resolution Journal 5, 10, (1990).

<sup>916</sup> Street, “The Courts and Mediation - a Warning”, 2 Australian Dispute Resolution Journal, 203, (1991).

未收到任何投诉，指另类的排解纠纷制度引来市民滥用法院服务。<sup>917</sup>

#### 赞成法院附设调解服务的论据

9.8 司法服务谘询委员会指出赞成法院附设调解服务的论据有下列各点：

- (1) 减少费用，因为纠纷可以早日解决，结果是法院可以应付的工作量得以增加，
- (2) 另类的排解纠纷服务使现有资源有机会获得较好的运用，  
及
- (3) 裁决更易于为人接受，质素也更佳。<sup>918</sup>

9.9 司法服务谘询委员会的结论是赞成联合专责委员会的建议，改用另类的排解纠纷方法处理家庭事务，“但须继续采取适当措施，尽量减少调解家庭事务时出现性别歧视的情况”。他们确认另类的排解纠纷方法对司法服务贡献良多，并强调应该提供足够的资源实施他们的建议。<sup>919</sup>

#### 标准及评估

9.10 尽管该委员会不同意订立正式的评审计划，但仍认为澳大利亚政府应：

*“采取无损司法独立的措施，确保由家事法院提供的.....  
和透过‘家庭调解计划’提供的另类的排解纠纷计划的质素、完整性、问责性和.....便于使用等各方面都得到保证。”<sup>920</sup>*

9.11 该委员会建议，最有效履行上述责任的方法是设立一个专门的另类排解纠纷组织，就另类的排解纠纷方法的政策事宜，包括该些计划所应有的最低标准，向政府和法院提供意见。这个组织并应考虑设立全国性的数据库，将关于有关的计划、机关、业内人士和培训的资料储存起来。<sup>921</sup> 最为重要的，是澳大利

---

<sup>917</sup> See Comment (1993) 67 ALJ 941, 942.

<sup>918</sup> 出處見上文，第 11.49 段。

<sup>919</sup> 出處同上，第 11.2 段。

<sup>920</sup> 出處見上文，第 11.52 段。

<sup>921</sup> 此建議最先由新南威爾士法律改革委員會提出。見該委員會的 *Training and*

亚政府必须确保定期对联邦政府的另类排解纠纷计划进行严谨的评估，以确保这些计划既可达致目标，又不会令任何一组服务对象在制度上处于不利位置。<sup>922</sup> 评估工作包括与法院制度以外进行的没有系统的谈判作出比较，以及与法院制度内进行的传统诉讼作出比较。此外，评估工作还应探讨服务对象的满意程度，并就计划的成本效益与其他排解纠纷方法作比较。

#### *法院附设的调解服务的目标*

9.12 该委员会留意到新南威尔士法律改革委员会所关注的事宜，<sup>923</sup> 就是为法院附设的调解服务的运作而订立的指引，应确保对法院案件进行管理和减少法院工作的延误并非实施另类排解纠纷计划的唯一或主要理由，要是如此，当事人便会有可能被迫接受调解。

9.13 该委员会建议，应以排解纠纷专业人员协会(Society of Professionals in Dispute Resolution)发表的《与法院联系的调解服务计划的全国标准》(National Standards for Court-Connected Mediation Programs)报告书所定出的原则为基础来订定联邦计划的最低标准。<sup>924</sup> 这些标准应纳入法院的约章之内，用以替那些为市民提供的服务厘定标准。<sup>925</sup>

#### *《司法服务报告书》的实施*

9.14 联邦政府在 1995 年 5 月发表了一份以“公正”为题的声明，承诺使更多人获得排解纠纷服务，并拨出款项使澳大利亚各地可藉一个四年计划增设 24 个家庭调解服务处，和扩充以社区为基地的家庭调解服务。1995 年 7 月进行的全国意见调查结果显示，只有 17% 的澳大利亚人知悉有家庭调解服务。当局随即于 1995 年 12 月推行社区宣传计划，向市民介绍有关服务，并于 1995 年 11 月成立全国另类排解纠纷服务局(National Alternative Dispute Resolution Council)，为扩展另类排解纠纷服务制定全面的政策大纲。

#### *《1995 年家庭法改革法令》*

9.15 面对上述的改革建议，政府遂把家庭法制度的重点由诉讼转移至非对抗性的排解纠纷程序。<sup>926</sup> 这转变已在 1996 年实施的《1995 年家庭法改革法令》

---

*accreditation of mediators*, September 1991。

<sup>922</sup> 出處見上文，第 11.53 段。

<sup>923</sup> 關於培訓的報告。出處見上文。

<sup>924</sup> SPIDR reported in 1991. 這些原則在 Access to Justice 報告書第 11.59 段中概述。

<sup>925</sup> 出處同上，見 Access to Justice 報告書第 15.1 段。

<sup>926</sup> 政府於 1993 年發表名為 *The Family Law Act 1975: Directions for Amendment* 的報

反映出来。

9.16 1995 年的法令提供了一个机制，使服务社区的辅导和调解组织成为《1975 年家庭法法令》(Family Law Act 1975)下的认可组织。法院调解员根据现行有关豁免、保密和承认等事项的条文所享有的保障，也同时适用于这些认可组织。政府已为落实这法令而增加拨款。法令第 13E 条规定有关部长须公布一份列出认可组织的名单。

9.17 1995 年的法令在提述仲裁、辅导和调解时，采用“主要的排解纠纷程序”一词，用意是强调这些是排解家庭纠纷的主要程序，而非“另类”的排解纠纷程序。<sup>927</sup>

## 家事法院的辅导服务

### 辅导

9.18 《1975 年家庭法法令》使法院可以在法律程序展开前和进行期间提供支援家庭和协助他们适应法院命令的辅导服务。<sup>928</sup> 所有隶属于该法院计划的辅导员和认可辅导组织的辅导员现时均称为家庭及儿童辅导员，以强调儿童的需要。

9.19 婚姻其中一方可以书面向家事法院提出申请，寻求家庭及儿童辅导员的服务。是项申请可以在没有提起其他法律程序的情况下提出。<sup>929</sup> 法院服务处在接获通知后，“须安排……双方当事人面谈……以改善他们之间的关系或他们与任何一名子女的关系”。<sup>930</sup> 另有条文规定父母任何一方或子女也可向法院服务处寻求这类辅导服务，<sup>931</sup> 而任何人亦可毋须书面通知便可直接向家庭及儿童辅导员寻求辅导。<sup>932</sup>

9.20 法院在发出命令或强制令时，如认为让双方当事人或其子女与一名家庭及儿童辅导员会晤是符合双方当事人或其子女的利益，是必须指示或建议其中一方或双方与辅导员会晤。<sup>933</sup>

---

告書。

<sup>927</sup> Section 14E of the 1975 Act as inserted by the Family Law Reform Act 1995, (the 1995 Act).

<sup>928</sup> 出處同上，第 14 條。

<sup>929</sup> Section 15 of the Family Law Act 1975.

<sup>930</sup> 出處同上，第 15(2)條。

<sup>931</sup> Section 62E of the 1975 Act.

<sup>932</sup> *Ibid* at section 62D as substituted by the 1995 Act.

<sup>933</sup> Section 16A as substituted by the 1995 Act.

9.21 法院如认为接受辅导有助改善双方当事人之间的关系或他们与任何一名子女的关系，也可建议双方当事人接受辅导。<sup>934</sup> 除了根据第 VII 部分提起的与儿童有关的法律程序之外，法院必须考虑是否建议双方当事人接受辅导，以协助他们和他们的子女“适应婚姻破裂的后果”。<sup>935</sup>

#### 调停辅导

9.22 1975 年的法令作出规定，使关乎儿童的法律程序中的一方可以寻求辅导以讨论有关儿童的照顾、福利和成长，和尽量解决各方当事人之间的分歧。<sup>936</sup> 调停辅导有别于调解。<sup>937</sup> 这些辅导旨在敦促夫妇对话以减少冲突，并鼓励他们就实际问题达成协议，特别是关乎住所和探访的事宜。调停辅导的目标也较调解远大，因为前者包括为协助父母和子女适应分居后的转变和宣泄怨愤以及纾解伤痛而提供辅导。第 65L 条规定，辅导员可能需要监督或协助各方当事人遵守教养令，例如监督父母与子女的联系安排：

“透过这程序，正在进行分居程序的父母便可以获得鼓励和协助，共同为他们子女日后的福利作出决定……辅导员须着眼于儿童的最佳利益，并据此教育有关儿童的父母。”<sup>938</sup>

#### 调停会议

9.23 《1975 年家庭法法令》第 62F 条赋予法院酌情决定权，使法院可在有关的程序中，<sup>939</sup> 指令双方当事人出席“调停会议”，以期解决他们之间的分歧，及商议子女的照顾、福利和成长事宜。此外，双方当事人也可在提起法律程序前自愿接受调停辅导。除了某些例外情况外，除非双方当事人已出席调停会议，否则法院是不能发出教养令的。<sup>940</sup> 双方当事人只需同意他们会一起出席会议便可，

---

<sup>934</sup> Section 16B as substituted by the 1995 Act.

<sup>935</sup> 第 16C 條。

<sup>936</sup> *Ibid* at section 62C as substituted by the 1995 Act.

<sup>937</sup> 第 9.22-3、9.27-8、9.31-5、9.39、9.44-7、9.56-63、9.76-89、9.92-5 及 9.107-108 段，主要摘錄自薛佳儀在 1996 年 4 月擬備但未經發表的論文，題目為 *Obstacles to Referral, Planning and Implementation of Family Mediation as a Dispute Resolution Process in Hong Kong: Reflections based on Foreign Systems*。

<sup>938</sup> Brown, “The Family Court’s Conciliation Programme” (1992), quoted in Davies *et al*, “A study of client satisfaction with Family Court Counselling in cases involving domestic violence”, *Family and Conciliation Courts Review*, Vol. 33, No. 3, July 1995, 324.

<sup>939</sup> 這是有關 18 歲以下兒童的照顧、福利和成長。

<sup>940</sup> 出處同上，被 1995 年的法令的條文替代的第 65F 條。例外情況為已有一個協議令；臨時或緊急命令；當事人不可能參加會議；或涉及特殊情況，如有家庭暴力事件。

无需进行真正的调停。<sup>941</sup> 不过，双方当事人有责任真诚地致力达成协议。<sup>942</sup> 如不遵照法院命令参加调停会议，可被视作藐视法庭。<sup>943</sup>

9.24 如未能达成协议，或有一方没有出席会议，辅导员或福利工作人员会将这事实向法院报告。<sup>944</sup> 除此之外，在会议进行期间所提及的事情均不会获任何法庭接纳为证据。<sup>945</sup> 不过，辅导员可向法院提交备忘录，说明调停辅导的结果，并就日后处理有关个案的方法提供指引。该备忘录不会透露受特权保障的资料。<sup>946</sup>

9.25 财产问题也必须转介至由司法常务官主持的调停会议处理。关于子女和财产的事宜，也可以在一次由司法常务官和辅导员主持的联合调停会议上处理。<sup>947</sup>

### 福利报告

9.26 法院可根据 1975 年的法令第 62G(1)条命令有关方面提交福利报告。为了拟备报告，法院可命令各方当事人与福利工作人员会晤。报告可被接纳为证据。<sup>948</sup> 不同的辅导员会被指派拟备报告；有些法庭甚至延聘外间机构拟备有关报告。<sup>949</sup>

### 法院附设调解服务

9.27 《1975 年家庭法法令》第 19A 条容许有可能提出诉讼的人向家事法院申请委任“家庭及儿童调解员”。<sup>950</sup> 第 19AA 条更容许一个人直接向家庭及儿童调解员提出这要求。如法院设有这项服务，便有责任应要求提供协助。第 19B 条授权家事法院在双方当事人同意下将有关诉讼转由调解员处理。法院如认为家庭及儿童调解员有助双方当事人解决纠纷，便有责任建议双方当事人要求调解员协助。<sup>951</sup> 法院可押后法律程序，让双方当事人接受调解。<sup>952</sup>

---

<sup>941</sup> Charlesworth, Turner and Foreman, *Lawyers, Social Workers and Families*, (1990) at 185.

<sup>942</sup> Order 24 r 1(3) of the Family Law Rules.

<sup>943</sup> *R v Cook; Ex p Twigg* (1980) 147 CLR 15.

<sup>944</sup> See section 62F(5) and Charlesworth, *supra*, at 51.

<sup>945</sup> Section 62F(8) and Order 24(5) of the Family Law Rules.

<sup>946</sup> Brown. 出處見下文，第 17 頁。

<sup>947</sup> According to Brown, “Developing and Implementing Family Court Services: The Family Court of Australia”, paper presented at the Second World Congress on Family Law and the Rights of Children and Youth, June 1997.

<sup>948</sup> Section 62G(8) and Order 25(5) of the rules as amended in 1996.

<sup>949</sup> Graham Hall, “Newcastle revisited by way of the Antipodes”, *Justice of the Peace*, Vol. 154 (24), (1990).

<sup>950</sup> The Courts (Mediation and Arbitration) Act 1991 added Part IIIA to the Family Law Act 1975 and this was further amended in the 1995 Act.

<sup>951</sup> Section 19BA(1) as inserted by section 17 of the Family Law Reform Act 1995.

9.28 调解服务始于 1992 年，迄今已有五个城市开办。<sup>953</sup> 现时调解可由一名调解员主持。<sup>954</sup> 调解员一职是由具法律或社会科学资历的人担任。<sup>955</sup>

#### *为当事人提供资料和建议的责任*

9.29 律师和法官均有责任考虑和解的可能性。<sup>956</sup> 他们亦须考虑应否向正在考虑提起法律程序的人推介可以用来解决任何纠纷的主要排解纠纷程序。<sup>957</sup> 此外，也有类似的规定，使各方当事人和他们的子女可以接受关于适应婚姻破裂的后果的辅导，<sup>958</sup> 和如何适应根据第 VII 部发出的命令所带来的后果。<sup>959</sup>

9.30 申请人的代表律师必须提供一份经法院审核的文件，内载在法院或其他机构提供的调解和仲裁服务的详情。<sup>960</sup> 申请人的代表律师还必须将这份文件送达答辩人。<sup>961</sup> 如果双方当事人均没有代表律师，相若的职责便落在法院职员身上。<sup>962</sup> 律师可直接向提供调解服务的机构作转介。

#### *资讯简介会*

9.31 如果一方当事人要求进行调解，家事法院的家庭调解主管可指令双方当事人出席“资讯简介会”。<sup>963</sup> 法院或司法常务官如认为“出席简介会是有益处的”，可命令双方当事人参加简介会。<sup>964</sup> 这些简介会是由司法常务官（一名律师）联同辅导员主持。他们会概括介绍各种排解纠纷的方案，并：

*“详细阐述整个调解过程。当中还包括一些有教育意义的课题，包括分居过程、沟通模式、从儿童成长角度剖释子女对父母分居的反应、有关夫妇是否适宜接受调解，以及可以藉调解处理的事项。”*<sup>965</sup>

---

<sup>952</sup> 第 19BA(2) 條。

<sup>953</sup> 分別為墨爾本市、丹德農市、阿得雷德市、布里斯班市及悉尼市。

<sup>954</sup> Order 25A(2)(a), as inserted in 1996.

<sup>955</sup> 出處同上，第 11.17 段。

<sup>956</sup> 出處同上，第 14 及 14CD 條。

<sup>957</sup> 出處同上，第 14C、14F 及 G 條。

<sup>958</sup> 出處同上，第 16C(3) 條。

<sup>959</sup> 第 62B(3) 條。

<sup>960</sup> 第 25A 號命令第 21(2) 及 (4) 條規則。這文件是於第 19J(2) 條提述的，當家事法院的有關人員要求或有人提出要採取法律行動，便必須將文件送交當事各方。

<sup>961</sup> 第 25A 號命令第 21(4) 條規則。

<sup>962</sup> Section 19 J(2), Family Law Rules, Order 25A, rule 21(3).

<sup>963</sup> 見第 25 號命令第 3 條規則。

<sup>964</sup> 第 24(5)(1) 條命令。

<sup>965</sup> Gibson, “Mediation of Family Disputes in the Family Court of Australia”, Paper at



9.32 现以 1995 年 2 月在布里斯班市举行的资讯简介会为例，阐释其中过程。在该次简介会上，法院辅导服务处的职员利用活页挂图介绍有关资料，解答关于法律程序和心路历程的问题，并提供关于离婚过程的资讯包供人索取。

#### *选纳晤谈*

9.33 如果夫妇二人于参加简介会后要求进行调解，调解员会与他们会晤，“以查明每一名当事人是否愿意参加调解和是否有能力参加调解”。<sup>966</sup> 家事法院的家庭调解主管指出，“在寻求达成协议的人之间能够有合理的权力均势，是进行有建设性的谈判的关键条件”。<sup>967</sup> 双方当事人在调解前会一起参加晤谈，以便安排首次调解会议，并商议可能需要交出的资料和定出调解会议的议程。

#### *保障措施*

9.34 《家事法院规则》第 25A 号命令第 5 条规则列出多项要素，以断定有关纠纷是否适宜由调解处理，从而提供某种程度的保障。现将有关要素载列如下：

- 双方当事人的谈判权力在多大程度上是均等（或不均等）；
- (b) 出现虐儿的可能性（如有的话）；
- (c) 出现家庭暴力的可能性（如有的话）；
- (d) 双方当事人的情绪和心理状态；
- (e) 一方当事人有没有可能藉调解拖延时间或谋取其他利益；及
- (f) 与拟进行的调解有关的其他事宜。”

9.35 虽然下列两项要素未有纳入第 5 条规则之内，但是吉布森(Gibson)仍认为应该加以考虑：

- (1) 一方当事人的身体机能有否因酗酒、滥用药物、患上精神病或精神失常而受损；及
- (2) 是否有破坏协议的记录，以致影响别人对他的信任。

9.36 第 25 号命令第 6 条规则订明，如果调解并非适当的方法，便须告知双方当事人其他可供采用的主要排解纠纷方法。第 25A 号命令第 12 号规则订明，

---

the Fifth National Family Law Conference, Perth, September 1992.

<sup>966</sup> 出處見上文，第 11.19 段。見第 25A 號命令第 4 條規則。法院調解員也可指令雙方當事人出席會議。

<sup>967</sup> Gibson, “Mediation of Family Disputes in the Family Court of Australia”, 20 September 1993, at the launch of the service.

调解员必须于开始调解时、他认为适当的任何时间、及调解已经结束而任何协议尚未产生法律效力时，提醒双方当事人应就其权利、责任和义务征询法律意见。调解员可指令双方当事人拟备或出示他认为必需或适当的文件。<sup>968</sup>

## 目标

9.37 《家事法院规则》第 25 号命令第 10 条规则列出调解的目标如下：

- “(1) 主持调解会议时必须：
- (a) 视之为一次决策过程，其间法院调解员须藉着促使双方当事人互相交流来协助他们，使他们可以：
    - (i) 就争议事项交换意见；及
    - (ii) 找出对每一方当事人和任何儿童（如适用的话）均公平的圆满解决方案；及
    - (iii) 就争议事项达成协议；及
  - (b) 遵照首席调解主管发出的指示。”

9.38 在调解会议上或于会晤法院调解员、社区或私人调解员时发表的谈话内容，不会获法院接纳为证据。<sup>969</sup> 家庭及儿童调解员在履行其职务时所享有的保障和豁免权，跟家事法院的法官履行其职务时所享有的一样。<sup>970</sup>

## 律师参与调解过程

9.39 第 25A 号命令第 11 条规则规定，各方当事人可由律师陪同。阿杜巴里(Altobelli)指出，律师如参与调解过程，达成和解的机会较高。<sup>971</sup> 他提及由新南威尔士法律援助委员会在巴拿达市的家事法院注册处开办的个案会商计划。该计划由一名熟识家事法的律师调解员联同一名专长于社会科学的调解员进行调解工作。阿杜巴里说：

*“法律代表是调解会议中不可或缺的一员。从耳闻目睹的资料印证，法律代表在协助各方当事人达成和解方面，贡献良多。”<sup>972</sup>*

9.40 阿杜巴里指出，这可从一项新南威尔士的研究得到印证。这项研究结果显示，有律师积极参与的个案，以和解收场的达 71%。但令人遗憾的是，未能和解的个案所耗费的法院时间特别长，致使在悉尼市注册处排期研讯的案件延误

---

<sup>968</sup> 第 10(2) 条规则。

<sup>969</sup> 第 19N 条。

<sup>970</sup> 第 19M 条。

<sup>971</sup> 见下文。

<sup>972</sup> Altobelli, “Mediation in family law”, Australian Family Lawyer.

达 12 至 24 个月之久。<sup>973</sup>

## 家事法院调解服务试验计划的评估研究（1994 年）

9.41 墨尔本市在 1992 年开办了调解服务试验计划（家事法院调解服务）提供综合调解服务，作为调停服务以外的新增服务。所谓“综合”服务，是指任何争议均可成为调解的项目。这项计划所处理的个案均为自愿转介的。澳大利亚家事法院的研究及评估组于 1994 年就上述试验计划的成效发表评估报告。<sup>974</sup>

### *综合性的调解服务*

9.42 由于这项试验计划提供综合性的服务，所以可同时处理关乎子女和财产的事宜。上述评估报告的结果显示，藉调解处理的个案如处理的争议多于一项，则事情得到解决的机会较高。在涉及多项争议事项的个案中，达成协议的有 88%；至于只有单一争议事项的个案，达成协议的仅有 73%。藉调解处理的个案，只处理关乎子女问题的占极少数。

### *选择调解的原因*

9.43 评估报告的结果显示，促使当事人选用调解方法的关键因素，是避免提起法律程序，从而省却相关的费用。有 68%的当事人选用调解服务，是为了免付法院费用和避免进行对抗性诉讼，但有 75%的当事人表明，如调解未能解决问题，他们便会诉诸法院。<sup>975</sup>

### *满意程度*

9.44 有 82%的个案藉调解获得某种程度的和解，其中有 71%可就所有争议事项达成和解，另有 11%就一项主要事项达成和解。有 87%的当事人认同藉调解作出的决定是公平的。此外，有 79%认为双方均对协议条文有相若的影响力，另有 78%认为藉调解达成的协议与在调解程序开始前他们所获得的法律资讯所简介的相若。

9.45 只有 5%的当事人觉得调解员曾迫使他们达成协议。有 19%认为要是

---

<sup>973</sup> Altobelli 在 1994 年 8 月 8 日向香港的調解組發表演講，題目為 “Australian Mediation”。

<sup>974</sup> Bordow and Gibson, *Evaluation of the Family Court Mediation Service*, Family Court of Australia Research and Evaluation Unit, Research Report No. 12, (March 1994).

<sup>975</sup> 出處見上文，第 5 頁。

他们诉诸法律行动应可取得更佳和解方案。上述报告指出，虽然调查结果或有不一致之处，但调解确可改善各方当事人在纠纷出现后的关系，并有助家庭成员适应分居后的生活。和解比率高显示调解服务的自愿转介性质，似乎可以鼓励各方当事人达成协议，并且可以肯定的说，他们不会因为这种性质而不认真看待调解过程。

#### 协议维持多久

9.46 在达成协议约八个月之后进行的跟进晤谈证实有 86%的协议仍获遵守。余下未获遵守的 14%协议，大部分已透过律师重新谈判，当中只有一宗个案需要法院介入。相比之下，不能达成调解协议的当事人中，有 42%需要法院研讯。<sup>976</sup> 这些结果获得其他研究员支持，他们发现调解协议的“存活率”介乎 50%至 88%之间。<sup>977</sup> 澳大利亚关于已调解个案的诉讼率的统计数字，也与其他的研究结果相符：已达成调解协议的个案中，当事人提起诉讼的比率介乎 4%至 12%；至于调解失败的个案，当事人提起诉讼的比率介乎 17%至 35%之间。<sup>978</sup>

9.47 评估报告研究过法院的记录，发现调解结束 13 个月之后，“在成功调解的个案中，有不足 5%需要法院作出裁决，而未能达成调解协议的个案中，则有 27%需要这样做……”<sup>979</sup> 透过调解达成协议的当事人中，有 23%曾经就与调解事项无关的事情提起诉讼。<sup>980</sup>

#### 个案从何处转介

9.48 评估报告得出如下结论：

*“虽然调解服务应该维持自愿性质，但必须明确指出这项服务的重要把关人（法律界、法院和其他非法律组织）的角色以及他们采用的转介准则，并于有需要时加以规范。为鼓励服务对象主动联络有关机构，有必要向公众推广调解服务，使他们知道作为另类的排解纠纷方案的调解服务的存在、目的和优点。”<sup>981</sup>*

---

<sup>976</sup> 有趣的是，未能達成協議的個案中，有 31%其後獲發協議命令，只有 27%其後就調解所處理的事宜有爭辯。出處同上，第 92 頁。

<sup>977</sup> *Ibid* at 93. The report refers to Lrving & Benjamin, (1987); Pearson & Thoennes, (1984) amongst others.

<sup>978</sup> McIsaac (1981); Pearson & Thoennes, (1984) and Irving & Benjamin, (1987).

<sup>979</sup> 見上文，第 7 頁。

<sup>980</sup> 這些都是關於離婚程序所處理的舊事。詳情參閱第 92 頁。

<sup>981</sup> 出處同上，第 8 頁。

9.49 有一点值得注意，由律师<sup>982</sup> 或法律援助机构转介的个案占 51%，由家事法院职员转介的个案占 24%，而由其他机构（包括法律谘询中心）转介的则占 13%。有 65%的女性当事人和 54%的男性当事人在进行调解时已谘询或延聘律师。<sup>983</sup>

#### *在何时进行调解*

9.50 评估报告发现在提起法律程序前进行调解的成效最大。该报告提及一项研究，指当事人在诉诸法律行动前尝试采用调解的个案中，成功率达 79%；但于法院程序终结后才进行调解，成功率只有 44%。<sup>984</sup>

9.51 家事法院的调查结论指出：

*“夫妇如已向法院提出申请，则成功达成调解的机会便会明显降低。在‘诉讼阴影’笼罩之下，不单无助达成建设性的成果，更可能使夫妇双方在商议时无法保持合理及和衷的立场。”*

#### *对家事法院的评估报告的意见*

9.52 司法服务谘询委员会认为家事法院调解服务试验计划的评估报告令人鼓舞，但指出“该报告未有试图查究为何涉及财产和管养权的纠纷的成功率较只涉及其中一项纠纷的高。”<sup>985</sup> 委员会指出聂利(Neely)提出的理由可能属实<sup>986</sup>：就是妇女可能受到丈夫的压力，而在财产方面的权利上作出让步，以换取管养权。委员会又批评该项研究“没有与其他调解计划作出比较分析”。他们提醒大家，由于共同调解的模式独特，所以与其他模式作出比较时必须审慎。<sup>987</sup>

#### 联邦政府资助的家庭调解服务 — 墨尔本市的评估研究（1995 年）

9.53 联邦律政署辖下的法律援助及家庭服务部(The Legal Aid and Family

---

<sup>982</sup> Family Law Act 1975 第 16A 條訂明，家事法院和執業律師有責任提醒各方當事人，法院所提供的服務，以協助他們和子女適應隨婚姻破裂而帶來的轉變。這無疑促使律師在早段便介紹當事各方接受調解服務。有關報告在 1975 年的法令被 1995 年的法令修訂之前完成。

<sup>983</sup> 出處見上文，第 6 頁。

<sup>984</sup> 出處同上，第 24 頁。

<sup>985</sup> *Access to Justice, An Access Plan, Report of the Access to Justice Advisory Committee (1994), paragraph 11.26.*

<sup>986</sup> “The primary caregiver parent rule; child support and the dynamics of greed” (1984), 3 *Yale Law and Policy Review*, 168.

<sup>987</sup> 出處見上文，第 11.26 段。

Services Division of the Commonwealth Attorney General's Department)自 1988 年起，便拨款推行家庭调解计划，由不同的社区组织管理和提供家庭及儿童调解服务。现有 17 项这类的服务计划。

9.54 法律援助及家庭服务部在 1995 年 1 月发表报告，将家庭调解计划与家事法院调解服务相比，以检讨前者的成效，并分析不同服务对象的特性。<sup>988</sup> 上述检讨所采用的方法，与本章上文提及由波度(Bordow)和吉布森(Gibson)就家事法院调解计划所作的评估方法相若。这项检讨评估了由法律援助及家庭服务部资助的两个机构，即维多利亚婚姻辅导中心(Marriage Guidance Victoria)和家庭调解中心，亦评估了家事法院调解服务。

#### 费用

9.55 令人遗憾的是上述调查无法就诉讼费用作出可靠的比较。作出这种比较的唯一方法是以透过法律制度处理的个案为对象，然后把调解个案和非调解个案作比较。<sup>989</sup> 其中一个调解中心的服务对象的收入较低，而尽管部分个案所涉及的法律费用并不高，他们仍表示法律费用对他们来说是很沉重的负担。<sup>990</sup>

#### 个案从何处转介

9.56 有关机构的服务对象之中，平均有 50%是经转介而来，并非出于个人抉择。<sup>991</sup> 不同机构有不同的转介来源，例如由律师和法律援助机构转介的个案，是家事法院服务 (51%) 和家庭调解服务 (47%) 所处理的个案的最主要来源。<sup>992</sup> 至于附设于家事法院的调解计划所处理的个案，来自律师的转介较来自其他机构的转介为多。值得一提的，是家事法院的职员为律师举办研讨会，让他们“参与法律教育课程和鼓励执业律师作出回应”。<sup>993</sup> 整体而言，在 55 宗来自家事法院调解服务以外的机构的个案中，有 21 宗是由律师或法律援助机构转介，由家庭或朋友转介的占 11%，自选或经传媒转介的占 9%，而由法院转介至其他机构的仅有 4%。<sup>994</sup>

#### 当事人的期望

---

<sup>988</sup> *Federally-Funded Family Mediation in Melbourne - Outcomes, Costs and Client Satisfaction*, Attorney General's Department, January 1995.

<sup>989</sup> 出處同前。

<sup>990</sup> 出處見上文，第 xv 頁。

<sup>991</sup> 出處同上，第 42 頁。

<sup>992</sup> 出處同上，第 43 頁。

9.57 服务对象对不属家事法院的调解机构所寄有的期望令人诧异：只有8%的男性和15%的女性预期可达成公平的协议。他们最主要的期望为“有一名公正的第三者和一个中立平和的环境”（43%男性和29%女性），其次为改善沟通（12%男性和26%女性）。相比之下，对家事法院调解服务的期望，却是以达成公平协议为主（48%男性和46%女性）。至于期望“有一名公正的第三者和一个中立平和的环境”的当事人，男女分别占21%和19%。

9.58 当事人在回应是什么因素令他们无法私底下解决问题时，最多人归咎于前配偶的态度。至于指律师妨碍和解的，男性介乎12%至15%，而女性则介乎0%至5%，视乎是由哪间机构提供服务而有异。其中一间机构的服务对象中，有12%的男性和5%的女性提及“子女意愿”这个因素。不过，只有12%至19%的当事人认为要是诉诸法律行动应可取得较有利的和解方案。平均有75%的当事人认为达成的调解协议“与收到的法律资料所述的相近”。

#### *就关乎儿童的事宜达成的协议*

9.59 从两处有提供调解服务但不属家事法院的机构所抽取的27宗个案样本中，就所有事项达成协议的有41%，就部分事项达成协议的有37%，没有达成协议的有22%。<sup>995</sup> 上述样本只有5宗个案涉及管养权纠纷。就所有关乎儿童的事项达成协议的有40%，就部分关乎儿童的事项达成协议的有40%，没有达成协议的有20%。至于关乎探视权纠纷的个案，从上述两处抽样调查的个案中，有77%就所有事项达成协议，有8%就部分事项达成协议，有15%没有达成协议。

9.60 从家事法院调解服务处抽取了66宗个案样本。就所有事项达成协议的有88%，就部分事项达成协议的有8%。在关乎管养权的纠纷中，就所有事项达成协议的有94%，就部分事项达成协议的有3%，没有达成协议的有3%。在关乎探视权的纠纷中，就所有事项达成协议的有92%，就部分事项达成协议的有7%，没有达成协议的有1%。

#### *满意程度*

9.61 在衡量当事人对关乎儿童事宜的个案的满意程度时，录得最高满意率的一项是：“我认为关乎儿童的协议实际可行”。认同这评语的人介乎64%至87%，视乎是在哪个机构接受有关服务。认同“调解安排有助我们就子女与并非

---

<sup>993</sup> 出處同上，第 xviii 頁。

<sup>994</sup> 出處同上，第 43 頁。

<sup>995</sup> 出處同上，第 51 頁。

与子女同住的父或母相聚的时间达成协议”的当事人，介乎 42%至 75%。

9.62 当事人对于调解员的专业技巧和公正态度、所接获的资料是否充分、及调解服务对他们之间的关系的影响，均录得很高的满意率。达成协议的比率超过 75%。在参与调查的当事人中，“表示在处理与分居有关的新问题方面，大大改变了他们心目中对律师和法院的倚赖”。<sup>996</sup> 在跟进个案的样本中，有 40%的当事人表示子女的情况有改善，在 1994 年进行的家事法院调查则显示有 37%的当事人表示子女情况有改善。<sup>997</sup> 在跟进个案的样本中，有 90%的当事人表示愿意再次使用调解服务。

#### 协议维持多久

9.63 在六个月后进行的跟进调查中，发现有 31%的个案更改了协议中有关教养的事宜，当中有 60%的当事人是因为子女的需要有改变而对协议作出相应的更改。大体而言，在达成协议的当事人中，有 14%表示协议已经告吹。

#### 联邦政府资助的家庭调解服务 — 悉尼市的评估研究（1996 年）

9.64 法律援助及家庭服务部在 1996 年委托外界对悉尼市家事法院调解组<sup>998</sup>和社区调解机构所提供的服务作出评估。在社区提供调解服务的机构有关怀中心家庭调解计划(Centracare Family Mediation Program)、澳大利亚家庭关系（新南威尔士）的夫妇及家庭调解服务(Couple and Family Mediation Service of Relationships Australia (NSW))和完整家庭调解服务(Unifam Family Mediation Service)。<sup>999</sup>

#### 调解服务的费用和经费的筹措

9.65 受访的当事人表示，促使他们选择调解的主要原因是避免支付额外的法律费用。对于很多当事人而言，选用调解服务的原因是觉得费用较廉。不过，费用对于部分人而言仍是一个难题。有数名当事人提及他们需要负担双重费用，因为他们除了要支付调解费用之外，还因调解失败而须提起诉讼而承担诉讼费用。

---

<sup>996</sup> 出處同上，第 xi 頁。

<sup>997</sup> 出處同上，第 84 頁。

<sup>998</sup> 1993 年成立。

<sup>999</sup> Moloney, Fisher, Love and Ferguson, *Managing Differences: Federally-Funded Family Mediation in Sydney: Outcomes, Costs and Client Satisfaction*, July 1996. For LAFS.



9.66 为了比较调解费用与在家事法院提起法律程序的讼费，该次评估采用了一种计算成本的方法。该方法找出这两种排解纠纷程序各个阶段所涉及的工作、员工、时间和费用。就诉讼而言，家事法院用于职员的费用估计为 902.51 澳元。<sup>1000</sup> 并非由家事法院提供的调解服务的职员费用估计为 479.32 澳元及 627.70 澳元，视乎采用那种调解模式而定。至于由家事法院调解组提供的服务，估计职员费用为 884.35 澳元。<sup>1001</sup>

9.67 悉尼市的评估报告的第 12 项建议总结如下：

*“联邦政府继续拨款资助家庭调解服务是很重要的，因为这样可以继续吸引当事人使用能得出经得起时间考验而又有成效的服务。由于对部分有儿童的家庭而言，离婚涉及的费用对于他们能否承受分居后在物质和情绪上的转变起着关键作用，所以应视获资助的家庭调解服务为对分居家庭的未来所作出的可靠和有价值的投资。”*

#### 转介的原因

9.68 关于促使当事人采用调解服务的原因，有 29%男性和 31%女性认为是管养权的因素，但有 50%的男女当事人以教养子女问题作为理由。令那些将调解视为主要用来处理教养子女问题的人诧异的，是有 68%男性和 72%女性都把财产问题也用调解方法处理。有近半数个案是由法律援助委员会的律师转介的，另有 23%是当事人自行选择的。

#### 满意程度

9.69 当事人对于调解员的专业操守、调解员的公正作风、调解员与当事人的关系的质素、以及当事人觉得他们的立场获得正视等方面，都表示非常满意。差不多所有当事人都同意，他们在调解过程中获得充分的资料，足以保障他们的最佳利益。<sup>1002</sup> 尽管有人对调解过程提出一些负面批评，然而“绝大多数的回应是非常赞许调解服务的特色”。<sup>1003</sup>

#### 达成协议的比率

---

<sup>1000</sup> 這項估計不包括準備進行最終的司法裁決的費用，因為這裏假設有關事情已於有關的法律程序的正式談判階段解決。

<sup>1001</sup> 家事法院用在員工方面的費用較高。舉例來說，調解員（副司法常務官）和調解員（輔導員）的費用分別為每小時 43.31 澳元和 33.29 澳元，而於並非屬於家事法院的調解機構任職的調解員的費用則為每小時 24.00 澳元。

<sup>1002</sup> *Summary of the 1996 report.* 出處見上文，第 15 頁。

<sup>1003</sup> 出處同上，第 17 頁。

9.70 有 44%的个案就全部事项达成协议，另外有 39%就部分事项达成协议，至于没有达成协议的则占 17%。关乎管养权的个案，就所有事项达成协议的达 74%。关乎探视安排的个案，有 60%达成协议。关乎教养子女安排的个案，有 61%达成协议。

#### 协议维持多久

9.71 研究员在当事人达成调解协议三个月之后所进行的跟进调查中发现其中有 33%的协议曾被更改，主要是为了更改教养子女的安排，只有 8%的变动是因为协议告吹而作出的。协议曾作更改的个案，有 40%是自行议定改动的内容，由律师协助更改的则占 25%。此外，有 12.5%是在接受进一步调解或辅导下更改的。有 34%的个案的当事人表示调解有助他或她与父母另一方建立更正面的关系。<sup>1004</sup>

9.72 调解结束三个月后，就调解协议所处理的事项向法院提出解决受争辩的申请的当事人只占 11%，而最终完成整个受争辩聆讯过程的仅有 2%。研究员在结论中指出，“上述数字显示，很少调解个案发展成为受争辩诉讼，而最终完成整个争辩聆讯过程的就更加稀少。”<sup>1005</sup>

#### 家庭暴力与调解

9.73 有人关注到提供调解服务的筛选程序，是否足以找出因涉及家庭暴力而不宜采用调解的个案。

9.74 法律援助及家庭服务部在 1996 年进行的研究<sup>1006</sup> 建议，调解机构必须认识到：

*“暴力或虐待事故极为普遍……所以要确保所有调解员及其他人员都有合适训练，使他们可以明白和辨识与家庭暴力有关的问题；所有机构均须设有选纳、转介、调解、跟进和其他配合当事人需要的程序，不论当事人会否继而采用调解服务。”<sup>1007</sup>*

---

<sup>1004</sup> Bordow and Gibson 於 1994 年及 1995 年作出的研究所得出的數字分別為 40%及 43%。

<sup>1005</sup> 出處同上，第 24 頁。

<sup>1006</sup> *Research/Evaluation of Family Mediation Practice and the Issues of Violence*, Legal Aid and Family Services Division of the Attorney General's Department, August 1996.

<sup>1007</sup> Executive Summary. 出處同上，第 iv 頁。

## 家事法院处理家庭暴力个案的政策

9.75 认可的调解员在决定应否进行调解时，有责任评估是否有虐儿和家庭暴力的可能性。<sup>1008</sup> 举报虐待事件的责任只限于虐儿事件。<sup>1009</sup> 有关指引表明，如果当时已有暴力事件发生，便不会向各方当事人提供调解服务。如果当时并没有发生暴力事件，但如过往经常发生家庭暴力，则除非受害人能说服调解员可在合理地平等的基础上进行谈判，否则不会向各方当事人提供调解服务。有关政策规定，“如果饱受暴力对待的受害人可以藉调解服务来解决纠纷并因而受惠，则拒绝为他提供调解服务是不适当的做法。”<sup>1010</sup>

## 为家庭案提供法律援助

9.76 现有多个法律援助委员会（包括昆士兰州、维多利亚州和新南威尔士州）发展调解服务和会议计划，并规定家庭法律的服务对象如要取得法律援助，便必须参与上述计划。在澳北区，申请法律援助的人必须接受家事法院辅导服务。澳大利亚首都地区、南澳大利亚州和塔斯马尼亚州的法律援助委员会规定，除非当事人确曾真诚尝试解决纠纷，否则通常不会提供援助。<sup>1011</sup> 如果当地没有自设的调解会议计划，有关的法律援助委员会会把个案转介家事法院的调解员处理。新南威尔士法律援助委员会表示，在他们的试验计划中，有 70%交由调解会议处理的纠纷得以解决。<sup>1012</sup>

## 昆士兰州的法律援助会议计划

9.77 昆士兰州的法律援助会议计划是一项强制性计划，规定接受法律援助的、涉及家庭法的服务对象必须参与，让有争议的当事人有机会在各方的代表律师列席的情况下解决纠纷。<sup>1013</sup> 若家事法院的辅导起不到作用，各方当事人又愿意谈判，而举行会议是符合成本效益，便可召开会议。这个会议计划结合调解、调停和仲裁三方面的功能：这计划带有调停功能，是因为主席负责主持谈判过程及作出建议；有仲裁功能，是因为如各方当事人未能达成和解，主席会就每一方是否有权继续接受法律援助作出建议；有调解功能，是因为主席是立场中立的第三者，尝试协助各方解决纠纷。

---

<sup>1008</sup> Order 25A Rule 5 of the Family Law Rules.

<sup>1009</sup> Section 67ZA of the Family Law Act 1975 as substituted by the 1995 Act.

<sup>1010</sup> “Family Court of Australia Mediation - Family Violence Policy and Guidelines”, January 1993, at paragraph 2.25.

<sup>1011</sup> *Ibid* at paragraph 11.39 and footnote 65.

<sup>1012</sup> 1994 年年報第 3 頁。

<sup>1013</sup> 這項資料由會議統籌員 Donna Cooper 在 1995 年 2 月訪問布里斯班市時提供的，並載於 Bernadette Rogers 的筆記。

9.78 在 1992 至 93 年度内,为涉及家庭法的纠纷而召开的会议共有 849 次。透过会议达成和解的个案有 444 宗(或 65.4%)之多。解决纠纷的方式是作出提供法律援助的建议,使当事人可以申请协议令,或作出“毋须援助”的建议,因为各方当事人已选择不采取进一步的法律行动。由 1993 年 7 月 1 日至 1994 年 3 月 30 日期间,共举行了 636 次会议,其中有 326 次解决了纠纷,另有 84 次解决了部分纠纷。

#### *法律援助会议的程序*

9.79 召开会议的时间,是在接获法律援助申请并确定申请人的经济状况符合资格之后,但在诉讼程序展开之前。如未能在会议上解决纠纷,会议主席便会向法律援助处提交报告,汇报案件是否有足够的法律理据,以决定日后是否拨款资助。1994 年的指引订明当局可暂停提供援助。

9.80 上述会议可于纠纷出现后任何时间召开。法律援助会暂时中止,直至举行会议为止。在给予法律援助和提起法律诉讼之前,各方当事人会获邀参加会议。会议也可于进行审讯前数周进行。担任主席的人“曾接受关于调解技巧的培训”。他们都是至少执业两年的律师、大律师或专长于社会科学的人。会议可由两名来自不同专业的主席联合主持。“将调解技巧与专业知识结合起来,对于那些不愿接受其律师意见的当事人而言最为有用。”<sup>1014</sup>

#### *虐儿或家庭暴力*

9.81 遇上涉及家庭暴力的个案,可安排电话会议或把双方当事人安置在不同房间。在这些个案或涉及虐儿或精神病的个案中,家庭服务处的一名职员和儿童的独立法律代表会出席会议。1994 年的指引订明,如果当时正有法律程序处理涉嫌性侵犯儿童的案件,或有一个因有家庭暴力而发出的禁止联系令存在,或双方当事人的权力明显失衡,则通常不会安排会议。

#### *律师的参与*

9.82 当事人通常会与他们的律师一同出席会议。当局鼓励这个做法,因为可藉此确保“当事人在作出决定时获得支援和适当的意见”。<sup>1015</sup>让律师参与其中也可使他们认识这程序,从而可妥为其当事人作好准备,向他们推介这程序。罗杰斯(Rogers)指出,根据所有法律援助委员会的经验,说服双方当事人自愿参

---

<sup>1014</sup> Rogers, *Legal Aid Office (Queensland) Conferencing Program*, 1993.

<sup>1015</sup> 出處同前。

加会议往往非常困难。她强调会议的准备工作，以及选纳主任和律师的积极态度，是计划取得成功的关键。

### 早期介入会议

9.83 早期介入会议旨在就要求涉及管养和探视权纷争的各方当事人在批出法律援助前参加会议的影响作出评估；所申请的法律援助必须是用于展开与管养权和探视权有关的申请程序，而举行有关会议的时间会较上文提及的法律援助会议为早。威廉斯(Williams)指出，随着法律援助处的财政日趋紧绌，利用会议作为一种筛选的机制已日趋普遍。<sup>1016</sup>

9.84 威廉斯在 1990 年 12 月至 1992 年 4 月期间，就昆士兰州的计划进行独立评估。威廉斯的第一阶段研究工作，是在举行早期介入会议后立即与各方当事人、其代表律师和会议主席晤谈。第二阶段是在举行早期介入会议 6 至 12 个月後，向接受法律援助的当事人进行意见调查。威廉斯发现当事人认为会议过程“公正和容易明白，达成的决定符合儿童的最佳利益”。<sup>1017</sup> 至于律师和主席，“绝大多数是支持采用会议方式来处理管养权和探视权事宜”，他们所指的正是早期介入会议。

9.85 威廉斯发现当事人宁愿参与会议也不愿出庭。因此，尽管参加会议是一项强制安排，“自愿参与的成分很高，使有关活动犹如调解。”<sup>1018</sup> 当事人同意会议使他们对纠纷、他们的法律权利和对方的立场有更深入的了解。不过，也有为数不少的当事人指出，在会议举行后，他们与昔日的伴侣的关系恶化。威廉斯指出，“对纠纷及法律权利有更深入的了解，并不能保证当事人在同居关系结束后的一段合作关系可以持久。”威廉斯总结，如参与其中的律师支持有关程序，当事人在会议上解决纠纷的机会较高。

### 跟进研究

9.86 有一项跟进研究显示，支持举行会议的比率未有明显下降，而协议的持久性也相对地高。<sup>1019</sup> 有四分之三的被访者表示，虽然在管养和探视安排遇到一些问题，但他们的协议仍然有效。在有关管养权的协议方面，有 90% 仍然获得

---

<sup>1016</sup> Williams, Discussion Paper, *Conferencing in Family Law; a Discussion of the Process and Evaluation at the LAO*, Brisbane, 1992.

<sup>1017</sup> 出處同前。

<sup>1018</sup> Williams. 出處同上，第 5 頁。

<sup>1019</sup> 這是由於許多當事人已遷離聯絡地址，所以無法跟進其個案。

遵守。大约有三分之二的被访者指出，他们的探视协议在订立 6 至 12 个月后仍然获得遵守。威廉斯指出，由此看来，协议有效与否主要视乎双方当事人的关系，而并非达成协议的机制。

9.87 有超过三分之二的各方当事人表示会向其他人推介会议安排。这会议安排是否有效也视乎专业人员付出多少心血和程序本身是否有作用。威廉斯作出以下评论：

*“会议过程的质素和达致的成果，既系于当事人本身的性格，亦反映出法律和社会工作专业人员所投入的资源的质和量。”*

1020

威廉斯的研究显示，绝大多数有参与上述程序的专业人士都支持藉会议处理管养权和探视权的事宜。

#### *获法律援助的和解会议*

9.88 法律援助处在 1994 年 11 月宣布推行和解会议计划。这计划类似现时的法律援助会议，但其服务对象为不属于现有处理管养权和探视安排的指引所订范围内的人，他们只要符合下列其中一项条件便可获法律援助：当事人在过去六周没有分居；没有就管养权出现“真正”的纠纷；<sup>1021</sup> 没有遵守较早前于法律援助会议上达成的协议；<sup>1022</sup> 寻求法律援助的目的是更改未满两年的管养令或更改现有的探视令；或严格来说没有“禁止”探视的情况。<sup>1023</sup>

#### *探视安排调解计划*

9.89 布里斯班法律援助处也有推行自愿参与的探视安排调解计划，由该处的社工负责。<sup>1024</sup> 该计划的服务对象为不属于法律援助会议或和解会议指引所订范围内的人。不过，当事人如已开始接受辅导，便必须先完成整个辅导过程才可参加这项计划。此外，有意更新法律援助会议、和解会议或按协议令订立的探视安排的当事人也是其服务对象。那些顾及 12 岁以上的儿童的意愿而希望可以更新探视安排的人也可采用这项计划。

---

1020 第 8 页。

1021 如認為此舉會對兒童的利益有利並有一項涉及探視安排的問題要解決。

1022 如自上次會議後情況有重大改變。

1023 如試圖和解將對兒童的利益有利。

1024 Dispute Resolution Newsletter, Issue No. 1, November 1994.

## 结论

9.90 上文概述的澳大利亚发展情况，确是值得各位注意。联邦政府将社区调解计划和家事法院负责的计划的经费结合起来，正显示政府在某程度上认同有关研究的结果，即是在“法律阴影下”进行调解，或许并不如在提起诉讼前的早段时间介入那么成功。

## 新西兰

### 调停辅导

9.91 新西兰的家事法院于 1981 年成立，其另类排解纠纷程序的发展历程与澳大利亚的略有不同。排解纠纷程序的第一阶段是于法院或自行安排辅导，如仍未能解决问题，会随而举行调解会议，目标是“向夫妇二人阐明，解决纠纷是他们的责任。”<sup>1025</sup> 如果调解会议未能奏效，最终只有将纠纷付诸裁决。

9.92 辅导服务可以因应夫妇其中一方要求而提供，<sup>1026</sup> 或因为于申请分居令后被“强制转介”而提供。<sup>1027</sup> 法院如认为有关辅导服务有助和解或调停的话，可于诉讼进行期间的任何时间酌情安排辅导。<sup>1028</sup> 根据《1980 年家事法律程序法令》(Family Proceedings Act 1980)第 10(4)条，如有根据《1968 年监护法令》而提出关于一名儿童的管养的申请，法官可命令有关人士接受调停辅导。

9.93 不过如果家事法院法官发出指示，指有一名配偶或子女曾遭受暴力对待或被恐吓将会遭受暴力对待，或有延误情况出现或有其他合理理由，便可免却辅导安排。<sup>1029</sup> 有关的辅导服务由婚姻辅导员或私人辅导员提供，并于法院以外的地方进行。<sup>1030</sup>

### 律师的责任

---

<sup>1025</sup> Wilson, “Alternative Dispute Resolution”, Auckland University Law Review, Vol. 7 (2), 362, 363, (1993).

<sup>1026</sup> Section 9 of the Family Proceedings Act 1980.

<sup>1027</sup> 第 10 條。第 19 條規定法院在處理夫婦之間的訴訟及關乎管養權或探視權的訴訟時，必須考慮和解或調停的可能性，並進一步採取任何有助和解或調停的措施。

<sup>1028</sup> 第 19 條。

<sup>1029</sup> 出處見上文，第 10(3)條。

<sup>1030</sup> 由婚姻輔導員提供的服務約佔 25-30%，由私人執業人士提供的約佔 55%，其餘是由社區機構提供的。See Maxwell, *Family Court Counselling Services and the changing New Zealand family*. Family Court Counselling Research Report No. 1 (1989), at 62.

9.94 法律顧問也可以轉介個案的；他們有法定責任鼓勵當事人接受調停。<sup>1031</sup> 律師就任何家事訴訟程序或管養權事宜安排聆訊日期時，必須書面證明他已經履行責任，以確保有關的配偶：

- “(a) 知悉現存促進和解及調停的服務，及  
(b) 按照大律師或律師的意見，採取有助和解的進一步行動，或如不可能和解，採取有助調停的進一步行動。”<sup>1032</sup>

#### 關於調停輔導的研究

9.95 在 1987 年，在要求安排調停輔導的個案中，有 35% 是透過律師轉介的。<sup>1033</sup> 麥士維(Maxwell)的研究結果顯示，在下列情況下可達致較佳的成效：雙方當事人曾經一起參加晤談；個案是根據第 9 條轉介的；以及曾經有六節或以上的輔導晤談。<sup>1034</sup> 有很多糾紛在調停輔導階段已獲解決，這階段的工作是“結合調解和純輔導的工作”。<sup>1035</sup> 在 1987 年的個案樣本中，有 77% 的夫婦是在調停輔導階段就全部或部分事宜達成協議。在 1982 至 1988 年間，要求安排調停輔導的個案與全部輔導個案的比例，已由三分之一增至二分之一。“隨著自願使用調停服務的個案增加，在法院進行抗辯的聆訊案件也相應減少”。<sup>1036</sup> 不過，由法院轉介接受調停輔導的個案中，達成協議的只有 43%。

#### 輔導服務統籌員

9.96 《1980 年家事法院法令》設立輔導服務統籌員一職，其職責（載列於第 8 條）是令家事法院、輔導服務及其他如調解等相關服務的運作暢順。<sup>1037</sup> 第 3 款規定統籌員必須是法院人員。

9.97 一名家事法院法官<sup>1038</sup> 指出，輔導服務統籌員在家事法院扮演舉足輕重的角色，對於家事法院的工作的成效起着關鍵性的作用。卡賴特(Cartwright)法官指出，“在新西蘭各地，凡有輔導服務統籌員派駐的家事法院，該處的司法工作量都顯著下降。”統籌員“使法院的官僚習氣”轉為有人情味。律師也會利

---

<sup>1031</sup> 第 8 條。

<sup>1032</sup> Section 8(a) and (b) respectively of the Family Proceedings Act 1980.

<sup>1033</sup> Chart, “Some New Zealand Initiatives in Alternative Dispute Resolution”, Commonwealth Law Ministers Conference, Auckland (1990), 605.

<sup>1034</sup> Section 9 of the Family Proceedings Act 1980. 該條規定可應婚姻其中一方的要求而提供輔導服務。出處見上文，第 85 頁。

<sup>1035</sup> Davidson, “Family Court Counselling and Mediation: the vexed question of standards and personnel in New Zealand”, (1986), 1 FLB 73, 75.

<sup>1036</sup> Maxwell. 出處同前，第 54 頁。

<sup>1037</sup> 在某些國家，例如新西蘭和愛爾蘭，法院是隸屬司法部門的，但香港的法院則獨立於律政司之外。

<sup>1038</sup> Her Honour Cartwright, “The New Zealand Family Court in operation: legislation”, Commonwealth Law Bulletin, January 1986 at 239-40.



用这项服务，转介当事人给统筹员，以便他再把当事人转介往适合的辅导员或其他机构。<sup>1039</sup>

### 转介辅导服务

9.98 现时共有 40 名统筹员分别驻守在 24 个家事法院，负责转介当事人给位于新西兰各地的 500 名人士或机构。有关的辅导服务是由下列人士或机构提供：婚姻辅导员（占 25%至 30%）、有社会工作或临床心理学资历和经验的私人从业员（占 55%），以及不同的社区组织。<sup>1040</sup>

9.99 若案情显示有互不相让的纷争，统筹员可将个案转介往有关人士或机构，使当事人可以接受辅导。事实上，差不多所有提出关乎管养权、探视权、监护权和涉及家庭暴力的申请个案的申请人，都会被转介接受辅导或调解服务。除非属于非常紧急的申请，否则所有法律程序会暂时搁置，直至辅导员告知法院有关纠纷并未能藉辅导得到解决为止。

9.100 据司法部的政策及研究科发表的研究报告指出，<sup>1041</sup> 尽管有妻子投诉丈夫不愿参与，但实际拒绝参与的人为数甚少。一名统筹员指出，经她转介的当事人中，有接受辅导的达 90%。

9.101 这些统筹员认为现行法律有一个缺点，就是第 9 条不适用于已解除婚约的人，因为经转介的个案必须与婚姻有关。统筹员建议，那些于离婚后出现管养权及探视权纷争的人也应该可以使用转介服务。

### 个案管理与统筹员

9.102 负责管理个案的人所扮演的角色，就是监督整个过程的每一个环节，以确保个案进展顺利。首席家事法院法官发出的实务指引，将儿童律师（即代表儿童的独立法律代表）定为每一宗个案的管理人。然而一份关于家事法院法官的研究报告指出<sup>1042</sup>，尽管已有这样明确的指引，仍有四名法官以为扮演个案管理

---

<sup>1039</sup> 出處同上，第 240 頁。

<sup>1040</sup> Information disclosed by Maxwell in *Family Court Counselling and the Changing New Zealand Family* (1989), Policy and Research Division of the Department of Justice.

<sup>1041</sup> Harland, *Counselling Co-ordinator's Group Discussion*. Family Court Custody and Access Research Report (1991: No. 5).

<sup>1042</sup> *A Survey of Family Court Judges*, Report No. 6, October 1993.

人角色的是辅导服务统筹员。<sup>1043</sup>

9.103 因此，为确保有效管理个案，及早委任儿童律师实际上是非常重要的工作。但上述研究发现，有时儿童律师是于非常后期的阶段才委出，即在有关个案的家庭辅导员提议后才委出。要是统筹员在早段有更多时间评估案情，他们应在法律程序展开时便可以就委任儿童律师作出建议。

### 调解与统筹员

9.104 有一点很重要，就是尽管法例没有提及，但是统筹员是可转介个案以调解方式处理。察特的报告书<sup>1044</sup>指出，大多数辅导工作，都是旨在藉调停促使双方当事人达成和解。事实上，麦士维也指出，有77%的夫妇是于接受上述转介后就所有或部分事宜达成协议。<sup>1045</sup>然而令人遗憾的是，现时的用语仍只限于“辅导”和“调停”，未有包括“调解”一词。

9.105 布舒雅报告书<sup>1046</sup>呼吁另外提供家庭调停服务，以便于有需要时在调解程序中提供调解辅导服务。此外，辅导服务统筹员会担当重要角色，负责“将个案及早分类、将个案转介、及举办宣传推广活动”。辅导服务统筹员如获得额外的文书服务，可使他们专注联络当事人、评估个案、转介个案、联络专业团体、和举办宣传推广活动。

### 调解会议

9.106 如果双方当事人在法院辅导员协助下未能解决问题，申请分居令或赡养令的夫妇，<sup>1047</sup>或就儿童管养权或探视权提出申请的夫妇<sup>1048</sup>，可要求举行调解会议。家事法院法官也可提出这样的要求。<sup>1049</sup>司法常务官可随即定出会议时间和地点。会议可于法庭、特别会议室或法官办公室举行。“尽管出席会议是强制规定，但无从迫使他们积极参与”。<sup>1050</sup>《1980年家事法律程序法令》第17条赋予

---

<sup>1043</sup> 對統籌員的角色所產生的誤解，其實也包括其他方面的。研究報告發現，很多法官以為統籌員負責就兒童律師和轉介往專家一事作出安排和提供意見，並將緊急輔導服務和向公眾提供資料等工作視為屬於統籌員的範疇。

<sup>1044</sup> Paper to the Commonwealth Law Ministers Conference, “Some New Zealand Initiatives in Alternative Dispute Resolution”, Auckland, 1990.

<sup>1045</sup> 出處見上文。

<sup>1046</sup> This is summarised in Boshier, “New Zealand Family Law Report”, Family and Conciliation Courts Review, Vol. 33, No. 2, April 1995, 182-193.

<sup>1047</sup> 1980年的法令第13(1)(a)條。

<sup>1048</sup> Section 13(1)(b) of the Family Proceedings Act 1980.

<sup>1049</sup> Chart, “Some New Zealand Initiatives in ADR”, Paper to the 1990 Meeting of the Commonwealth Law Ministers.

<sup>1050</sup> Section 13(2)(b) of the Family Proceedings Act 1980.

法官指令各方当事人出席调解会议的权力，但实际上法官甚少需要使用这权力。<sup>1051</sup> 双方当事人的律师也可应当事人的要求出席会议。

9.107 召开调解会议前，通常会有专家拟备报告，并分送主席（一名家事法院法官）和有关的律师。各方当事人通常也会收到有关报告。如这项安排未能解决问题，便会定出聆讯日期。即使如此，有些个案仍能在审讯前举行的会议得到解决。

9.108 在 1982 年至 1988 年间，转介辅导服务的个案所占的比率，由 37.5% 增至 78.6%，而调解会议的数目则由 26% 降至 14.8%。<sup>1052</sup> 《1980 年家事法律程序法令》第 14(2) 条规定，调解会议的目的是令双方当事人共同找出问题所在，并藉双方当事人同意达成协议来解决问题。如可以在会议上达成协议，主持会议的家事法院法官可发出具约束力的命令。如未能达成协议，则同一名法官可根据第 16 条在其后举行的聆讯中作出裁决，除非他主动退席或双方当事人要求他退席，则作别论。

---

<sup>1051</sup> Chart. 出處見上文，第 606 頁。

<sup>1052</sup> Maxwell. 出處見上文，第 52 頁。

## 第 10 章

### 各地排解纠纷程序的比较：加拿大与美国

#### 加拿大

##### *家事法院的司法管辖权*

10.1 加拿大法律改革委员会建议将家事法院改为综合家事法院，这法院的司法管辖权涵盖所有影响家庭的民事法事宜，例如疏忽照顾儿童、声明、管养权、监护权、赡养、财产和离婚。<sup>1053</sup> 安大略省法律改革委员会也曾作出类似建议，并把因家庭纠纷引起的刑事控罪纳入刑法典内。综合家事法院试验计划于报告书发表数年后推行，至 1995 年，加拿大已有数个省份采用综合家事法院制度，凡关乎家庭的一切事宜均由高级法院法官聆讯。<sup>1054</sup>

##### 为家庭而设的支援服务

10.2 在曼尼托巴省，由家庭服务署营办的“曼尼托巴省家事调停计划”，为父母已经离婚或分居的 9 至 12 岁儿童举办以目标为本的短期工作坊，<sup>1055</sup> 每期共有六课，讲授如何处理父母离婚所引致的内在和外在反应，并在课堂上鼓励儿童交流经验和互相扶持。另有为 8 至 10 岁儿童而设的小组，他们的父母都是在离婚后仍有冲突的，为他们而设的工作坊每期有八至十课，协助他们学习应付问题的技巧。

##### *曼尼托巴省的强制探视援助计划*

10.3 这项计划在 1989 至 1993 年间推行，旨在协助在遵行探视规定方面有严重问题的家庭，方法是转介他们接受法院提供的辅导服务。该项试验计划是由司法部、曼尼托巴省家庭服务署和联邦司法部拨款推行，对象均为家庭功能已丧失而调解又无效或是不适合调解的家庭。该项计划的目标如下： -

---

<sup>1053</sup> Law Reform Commission of Canada, *The Family Court Court*, (1974: Working Paper No 1), 7-9, and the Report of the same (1976: No. 6).

<sup>1054</sup> Gall, *The Canadian Legal System*, (4<sup>th</sup> ed, 1995) at 190.

<sup>1055</sup> Henning, “Children’s Workshops; A new concept in Direct Services for children of Separation and Divorce”, (July, 1997), reported in Alberta law Reform Institute, *Court-Connected Family Mediation Programs in Canada*, Research Report (May 1994: No. 20), 26.

1. 协助儿童与有探视权的父亲或母亲建立持久的正面关系；
2. 为探视活动提供安全和不具威胁的环境；
3. 减少父母之间的敌意；
4. 协助有管养权的父亲或母亲接受可靠及稳定的探视活动；及
5. 协助有探视权的父亲或母亲与儿童维持或重新建立长远关系。<sup>1056</sup>

10.4 这项计划所受理的个案是由法官、法院人员、律师、父母和社区机构转介的，并由律师、辅导员和心理学顾问组成的跨界别专业人员队伍提供服务。律师会对没有参加的各方当事人控以藐视法庭罪。探视儿童活动会在义工监管下进行。涉及虐待儿童的个案会筛选出来，另行处理。

10.5 与有关人士进行选纳晤谈后，如他们符合若干条件，<sup>1057</sup> 便会进行服务前会议。各方当事人、他们的律师、这项计划的律师和辅导员均会出席会议。有关人员会与家庭成员会晤及作出评估，并会联络以往处理这家庭个案的机构，然后开会决定是否建议给予探视权，如果决定给予的话，便会拟定计划。这个计划的内容可以是为儿童、父母其中一方或双方安排治疗或辅导服务，或受监管探视活动。如果有关父母不同意该项计划，有关人员会与他们和他们的律师进行最后和解会议，届时如果仍不能达成和解，上述计划的律师可随而展开藐视法庭的法律程序。此外，另有一项为儿童而设的独立计划，以协助儿童学习处理冲突和重建自尊。

10.6 上述个案都涉及冲突甚为严重的家庭，所以需要由法院多加指引和规管，以尽量减少出现不能接受的行为的机会，并规限这种行为。

### 加拿大的调解服务

10.7 在研究调解服务的发展历程时，应该着眼于近几年来在家庭法方面所

---

<sup>1056</sup> *Access Assistance Program: Evaluation Report*, (1993) at 7, reported in *Alberta Research Report*, (1994: No 20) at 27.

<sup>1057</sup> 例如必須持有訂明探視安排具體細則的法院命令；單是有合理探視的命令並不足夠。

作的改革。这范畴的实体法的方针经已改变，从着重过错制度，改为承认婚姻破裂的事实而不再委过于任何一方。<sup>1058</sup> 这使法规重心从对抗制度转移至由他们的律师进行的谈判和审前会议，藉以早日解决纠纷。由于有研究结果显示，儿童会因其父母之间的冲突而蒙受伤害，这更促使公众避免采用诉讼方法。

10.8 兰杜(Landau)等人指出，受父母分居影响的儿童，在美国估计每年有150万，在加拿大每年则有15万。<sup>1059</sup> 在加拿大，“在大部分省份，可于征得同意下安排或命令有关人士接受调解；只有在温尼伯市和埃德蒙顿市，才可以命令夫妇与调停员最少会晤一次。”<sup>1060</sup>

## 安大略省

10.9 安大略省的《1990年儿童法改革法令》(Children Law Reform Act 1990)授权法院可下令各方当事人就管养权和探视权纠纷接受调解。<sup>1061</sup> 该法令第31条规定，“凡有关儿童的管养或探视的申请，法院可应各方当事人的要求，下令委任经他们选定的人就该命令所指明的事宜进行调解”，又规定该名调解员必须同意接受委任，并在指定限期内向法院提交报告；以及调停员可以与有关的儿童会晤。<sup>1062</sup> 安大略省的《1986年家庭法修订法令》(Revised Family Law Act 1986)第3条也有就关于儿童的供养、管养、探视和财产事宜作出相若规定。

## 公开调解与闭门调解

10.10 各方当事人均可以选用公开或闭门调解。在公开调解中，调解过程的讨论内容不属保密资料，所以调解员可被传召作证。调解协议的条款内容也须向法院披露；如未能解决问题，调解员可向法院汇报调解过程和导致不能达成协议的障碍，并可阐述解决有关事宜的建议。<sup>1063</sup> 各方当事人均有权索阅报告。

10.11 如果以闭门方式进行调解，除非各方当事人均表同意，否则晤谈期间的内容一律不得提出作为证据。调解协议的条款尽管可以披露，但调解过程和期间所作的任何建议却不得披露。如未能解决问题，则只可简单说明这事实而不会陈述因由。此外，法院有权就缴付调解员费用发出命令。

---

<sup>1058</sup> Landau, Bartotti & Mesbur, *Family Mediation Handbook* (1987), 2.

<sup>1059</sup> 第10.8-10.38段主要摘錄自薛佳儀在1996年4月擬備但未經發表的論文，題目為“*Obstacles to Referral, Planning and Implementation of Family Mediation as a Dispute Resolution Process in Hong Kong: Reflections based on Foreign Systems*”。

<sup>1060</sup> 出處同上，第3頁。

<sup>1061</sup> R.S.O. 1990, c 12, s 31.

<sup>1062</sup> Landau 等人。出處見上文，第27頁。

<sup>1063</sup> 出處同上，第168頁。

## 哈密尔顿计划

10.12 哈密尔顿计划是为实施《律政司的家庭法调解谘询委员会报告书》(report of Attorney General's Advisory Committee on Mediation in Family Law)的建议而制定的，<sup>1064</sup> 并由律政司成立的法院改革专责组负责筹划。这项计划会提供综合家事调解服务，由社工出任的调解员会有律师协助。这些调解员会接受有关财产和经济事宜的培训，以及学习如何鉴别需要征求独立法律意见的法律事宜。这项计划也获当地律师义务协助。如调解事宜涉及经济事务时，有关夫妇必须征询独立法律意见。此外，这计划的选纳程序会将家庭虐待个案筛选出来。

### 改革建议

10.13 安大略省法院首席法官联同律政司在进行过安大略省民事司法检讨后，主张以家庭法和程序为题录制录影带，<sup>1065</sup> “并强制规定须先观看这辑录影带，才可展开家事法的法律程序；但紧急申请除外”。<sup>1066</sup> 这会鼓励有关方面早日介入，从而引导各方当事人尝试朝正确方向排解纠纷。

10.14 该检讨报告书又建议，申请人必须在提交法院以提起法律程序的申请通知书正本上，列明曾经尝试采用的另类排解纠纷方法；如不曾作出尝试，必须陈述有关方法不适用的理由。为家庭法而制定的“专注排解程序”中，和解会议和审讯程序管理会议都可发挥一定作用。事实上，有关会议的试验计划已于部分法院推行。

10.15 最后报告书<sup>1067</sup> 建议，除紧急申请外，在处理中期济助申请前应进行强制性个案会议，以便就每宗个案的案情订定时间表；厘清待决事宜和拟备协议备忘录；就法律程序所涉及的事宜排期；以及考虑转介以另类排解纠纷方法处理。经修订的法律程序设有初步筛选和转介机制，藉以凸显调解的重要性。上述报告书也提及，综合家事法院的司法制度已扩及至安大略省五个地区，而在播放前文所述录影带时，会有法律界和精神健康专家讲解。<sup>1068</sup> 最后报告书在结论时指出，鉴于家庭法内容复杂，应进行独立的家庭法务检讨。

---

<sup>1064</sup> 1989年2月阿爾伯達省第20號文件第30頁。出處見下文。

<sup>1065</sup> *Civil Justice Review First Report*, (1995).

<sup>1066</sup> 出處同上，第276頁。

<sup>1067</sup> *Civil Justice Review Final Report* (November, 1996)。

<sup>1068</sup> 渥太華市爲了發布更多家庭法資料，創辦了首個家庭法資訊中心，集中在一處地方就多項家庭法課題提供資料。見互聯網網址：  
<http://www.newswire.ca/government/ontario/english/releases/March1998>。

## 阿尔伯达省

10.16 阿尔伯达省埃德蒙顿市提供的家事调停服务的发展历程，与由附属于法院辅导服务而演变至现时调停服务模式所经过的历程相若。<sup>1069</sup> 初期开办的家事调停服务是分为两个阶段的，第一阶段是探讨和解的可能性，第二阶段是于夫妇决定离婚后随之展开的调解工作。据报大部分个案都是属于第二阶段的。管养权调解试验计划早于 1985 年展开，其后随着调解服务日增，辅导服务所占的整体比例已缩减至 5%。<sup>1070</sup> 自 1991 年起，阿尔伯达省各地均有开办管养权调解服务。

### 管养权调解计划

10.17 管养权调解计划所处理的个案，都是来自高等法院女皇座庭或地方法官法院，并在管养权或探视权方面有争议的案件。这计划的目的是：

“确定闭门调解可否较为迅速地处理案件，并达成合理的和解率，……以及当需要进行公开评估时，向法院就管养权和探视权事宜提供专家意见。”<sup>1071</sup>

### 评估

10.18 如进行闭门的保密调解后仍未能解决纠纷，调解员会建议进行“公开评估”，由评估员接办调解员的工作，与当事人、有关的儿童和其他有关的人晤谈。评估员所撰写的报告内容，会涵盖社交、教育、医疗、心理和精神状态各范畴。评估员是由心理学家或起码具有社会工作学硕士学位的社工出任。由于与评估员晤谈的内容不属保密资料，所以评估员可用以拟备管养权评估报告，而这份报告是可以接纳为证据的。评估员可以就管养权或探视权作出建议，如果各方当事人接纳评估员的建议，则有关个案便告了结；否则便须交由法院聆讯。至于评估费用方面，除非各方当事人获得法律援助，否则需自行支付。

10.19 法院辅导员也会采用调解、辅导和谈判技巧，协助家庭解决有关儿童的纠纷。<sup>1072</sup> 启导座谈会是让人自由参加的，会上除了解释管养权调解计划外，还会提供有关儿童的需要、儿童对父母离婚的反应，以及多项教养子女计划方案等多方面资料。由此看来，这座谈会的作用是将资讯简介会和父母教育计划合而为一。

---

<sup>1069</sup> 阿爾伯達省法律改革會在 1990 年 7 月發表的第 19 號研究文件，題目為 *Dispute Resolution: A Directory of Methods, Projects and Resources*，第 48 頁。

<sup>1070</sup> 1994 年第 20 號研究文件第 21 頁。

<sup>1071</sup> *Family Conciliation Services, Further Amended Description of the Edmonton Custody Mediation Project*.

<sup>1072</sup> 阿爾伯達省法律改革會在 1994 年 5 月發表的第 20 號研究文件，題目為 *Court-Connected Family Mediation Programs in Canada*。



10.20 目前在埃德蒙顿市司法区开办的“分居后教养子女”座谈会，是由阿尔伯达省女皇座庭、司法部联同家庭及社会服务署按照该法院首席法官发出的实务指示协办，并由律师协助该计划统筹员推行有关工作。<sup>1073</sup>

## 蒙特利尔市

10.21 蒙特利尔市的家事调解服务机构会提供免费的综合调解服务，<sup>1074</sup> 但不会单就管养权和探视权提供独立调解服务，因为当局认为这些问题是无法抽离经济事务问题的。李察逊曾为司法部在数个城市进行调解服务研究，结果显示，如经调解达成协议，案中妇女和儿童的境况都会较佳。这效果在蒙特利尔市尤为明显，因为该市所提供的综合调解服务会排解所有问题，<sup>1075</sup> 加上这项服务是独立于其他支援服务，故无需与其他如管养权评估或管养权报告的服务相互竞争，所以该市所提供的服务也是最为有效和最具系统的。

10.22 当局为这项服务聘用了多名调解员和一名律师。这律师是作为调解员和当事人的法律顾问，负责审核调解员草拟的协议备忘录，以及建议各方当事人各自征询独立法律意见。上述协议备忘录不具法律效力，只供于法院审批前送交各方当事人的律师批核。<sup>1076</sup> 这项服务计划的从业员必须恪守专业行为守则，因为这“是使家事调解服务获法律界人士接受的必要条件。”<sup>1077</sup>

## 法院与调解服务

10.23 在魁北克省，经修订的《1993年民事程序守则》(Code of Civil Procedure)容许法院押后审理受争辩的家庭纠纷，并在各方当事人同意下转介他们接受调解服务。不过，法院在发出命令前必须：

“考虑有关案件的个别情况，尤其是要留意各方当事人是否已经与执业调解员会晤；现时的权力分布情况；以及各方当事人和其子女的利益。”<sup>1078</sup>

## 曼尼托巴省

10.24 在曼尼托巴省，法院可以在各方当事人同意下，安排转介予调停主任

---

<sup>1073</sup> 互聯網網址為 <http://www.courts.gov.bc.ca/SC/Annual97/FAMILY>。

<sup>1074</sup> 1994年阿爾伯達省第20號研究文件第33頁。

<sup>1075</sup> *Court-based Divorce Mediation in Four Canadian Cities: An Overview of Research Results* (1988).

<sup>1076</sup> 1990年7月發表的第19號研究文件第55頁。

<sup>1077</sup> 出處同前。

<sup>1078</sup> 出處見上文。第815.2.1條。載於第20號研究文件第32頁。

或他人处理。<sup>1079</sup> 家事调停服务是由家庭服务署联同法院开办，但也会接受法律援助机构和社会服务机构转介的个案。兰杜等人指出，实际上温尼伯市的综合家事法院规定各方当事人必须参加一次强制性调解晤谈，然后才可就管养权和探视权提起诉讼。<sup>1080</sup> 第 52(4)条<sup>1081</sup> 规定，调停主任会尝试排解有关事宜，有需要时甚至可向法官求助。倘若未能达成和解，调停主任须向法院汇报这事实，届时法官可以命令调停工作人员拟备家庭状况评估报告，藉以协助断定有关儿童的最佳利益。如果有关家庭曾经接受调解，则须由另一位人员拟备评估报告。如果调解工作是以闭门方式进行的，则调解主任无须向法院提交书面陈述。

## 英属哥伦比亚省

10.25 英属哥伦比亚省的《家庭关系法令》(Family Relations Act)容许法院委任家事法院辅导员，以协助解决纠纷。<sup>1082</sup> 辅导员会提供调解、辅导和排解纠纷服务，所处理的事宜广及管养权问题以外的事情，<sup>1083</sup> 并有权提供任何有助解决纠纷的意见或指导。辅导员如果接获由案中一方当事人或儿童在要求保密情况下提供的资料，法院不得强令他披露有关资料。此外，辅导员在未征得各方当事人的同意前，也不能为法院拟备报告的。

10.26 律政署现建议设立排解纠纷办事处，以便在法院推广另类排解纠纷方法，特别是在法院引进服务社区并以当事人为本的另类方法，以处理管养权和探视权纠纷，<sup>1084</sup> 而所提供的服务会包括父母教育、调解和家庭会议，并以建立覆盖全省的家庭法务中心网络为最终目标。事实上，现已在部分地区推行试验计划，并由法官协助推行父母教育计划，<sup>1085</sup> 所处理的个案都是由辅导员、律师和法官转介的。

## 萨斯喀彻温省

10.27 在萨斯喀彻温省，法院现时提供的服务，包括父母教育计划、受监管探视安排、管养权调查和管养权评估。<sup>1086</sup> 在 1995 年，萨斯喀彻温省通过法例，

---

<sup>1079</sup> 1994 年阿爾伯達省研究文件第 24 頁。

<sup>1080</sup> Queen's Bench Act, RSM 1970, c 280.

<sup>1081</sup> 經重新制定的 1982-83-84, c 81 s 4。

<sup>1082</sup> 1994 年阿爾伯達省研究文件第 21 頁。

<sup>1083</sup> RSBC 1979, C 121, s 3.

<sup>1084</sup> Speech by the Attorney General, "Strategic Reforms of British Columbia's Justice System", June 1997.

<sup>1085</sup> 互聯網網址為 <http://www.courts.gov.ca/SC/Annual1997/FAMILY>。

<sup>1086</sup> Saskatchewan Justice, Policy, Planning and Evaluation Branch, *Promoting Resiliency in Children and Families - a Summary Paper on the Effects of Separation and Divorce*.

规定各方当事人必须参加强制性调解启导及筛选晤谈。<sup>1087</sup> 这是由司法部家庭法科人员与一方当事人单独晤谈，向他讲解父母教育计划的内容。当事人参加晤谈后，其出席证书便会提交法院存档，届时各方当事人可选择循调解方法或法律程序解决争议。如果他们不参加上述晤谈，法官可将其案件押后审理，并命令他们参加晤谈；或由他们选择自愿参加。除非已有出席证书提交存档，否则司法常务官是不能排期进行审前会议。

10.28 如果只有一方当事人参加晤谈，他可以要求调解员为另一方发出缺席证明书，法院可随而命令另一方出席晤谈，或可将其状书剔除。当局会鼓励各方当事人与其代表律师保持联络，以确保其调解协议符合法律规定。上述研究的结果显示，绝大部分参加筛选晤谈的人都认为，晤谈期间所收到的资料丰富和实用。<sup>1088</sup>

10.29 萨斯喀彻温省的司法部于 1988 年开设调解服务科。<sup>1089</sup> 至 1993 年，该科共聘任 24 名调解员，其工作范围涵盖家庭法、商务和家族合伙，以及产业事宜。在 1990 年，《儿童法法令》(Children's Law Act)规定法院可以应申请人或答辩人的要求委任调解员，以排解受争辩的探视权和管养权事宜；<sup>1090</sup> 但该调解员必须同意行事。此外，又规定律师有责任告知其当事人调解服务的资料。这项调解服务计划可接受由医护界专业人士、市民和其他政府机构转介的个案。<sup>1091</sup> 调解员负有以下责任：确保各方当事人的律师都同意转介其当事人接受调解；在调解期间向律师汇报进展情况；以及将与当事人的通信副本送交律师参考。这是一项收费服务，但有关人士可从法律援助机构取得资助。

### 律师提供资料的责任

10.30 《1985 年联邦离婚法令》(Federal Divorce Act 1985)第 9(2)条规定，办理离婚诉讼的律师必须告诉他们的当事人，“他或她所知道或会有助有关夫妇商议（供养令或管养令的标的事宜）的调解服务”。

### 有关服务的资料

10.31 司法部在 1987 年印制了一份刊物，<sup>1092</sup> 以协助家庭律师就调解、和解及离婚服务向其当事人提供意见，使律师可履行向当事人提供意见的责任。<sup>1093</sup> 在加拿大全国各地的调解及和解服务，据报由私营机构提供的服务占 53.2%，透

---

<sup>1087</sup> Gupta, "The Mediation Screening and Orientation Program - the Saskatchewan Experience", *Family Mediation*, Vol. 6 No. 1, 1996.

<sup>1088</sup> 出處同前。

<sup>1089</sup> 1994 年阿爾伯達省研究文件第 21 頁。

<sup>1090</sup> *Children Law Act*, SS, c C-8.1, section 10.

<sup>1091</sup> 出處見上文，.1994 年阿爾伯達省第 20 號研究文件第 22 頁。

<sup>1092</sup> *An Inventory of Divorce Mediation and Reconciliation Services in Canada*, (1987).

<sup>1093</sup> Section 9(2) of the *Federal Divorce Act* 1985.

过家事法院提供的服务占 2.5%，政府机构提供的服务占 11.8%，律师行提供的服务占 17.2%，非牟利社区服务机构提供的服务占 8.5%，其他服务机构提供的服务占 4.9%，余下的 1%是由附属法院的服务机构提供的。

## 加拿大的审前会议

10.32 审前会议旨在促使有关人士达成和解或预备审讯工作。如果是为了预备审讯，会议期间便会专注厘定和讨论纠纷所涉及的事宜。在阿尔伯达省，审前会议是用作预备审讯的，法院可应一方当事人的申请或主动发出指示，着令该会议讨论“其他有助处置诉讼、诉讼因由或事项的任何其他事宜”。<sup>1094</sup> 这会议可由主审法官主持。

10.33 在安大略省，法院有权考虑“经法律程序处理的任何或所有的事宜可作和解的可能性”，<sup>1095</sup> 但有关会议不会由主审法官主持。研究结果显示，达成和解的个案比率增加了 10%，而法院审理案件的整体效率提高了 15%。<sup>1096</sup> 然而，上述程序的弊端在于过于倚重法官的技巧：他会适当处事和不会施压令各方和解。事实上，审前会议或会阻延或妨碍各方当事人私下达成和解。<sup>1097</sup>

*“审前司法程序通常是在各方当事人尚未决意在法庭上解决纠纷前进行的，所以这正是缓解法律程序的对抗性质的最佳时机，同时又无损现行制度具价值的优点。”<sup>1098</sup>*

10.34 萨斯喀彻温省法律改革委员会建议，在有关管养权的法例中增订有关审前会议的条文：<sup>1099</sup>

*“(A) 在首次就管养权申请出庭后，或在聆讯有关申请之前任何时间，法院可指令在法官或由法院指定的其他人面前举行审前会议，以达成下列目的：*

- (i) 解决和缩减争论事项；*
- (ii) 披露将于聆讯提交的证据的性质；*
- (iii) 敦促和解或调停；及*

---

<sup>1094</sup> 規則第 219(1)(d)條。載於阿爾伯達省法律改革會在 1990 年 7 月發表的第 19 號研究文件，題目為 *Dispute Resolution: A Directory of Methods, Projects and Resources*，第 29 頁。

<sup>1095</sup> 規則第 50.0(a)條。

<sup>1096</sup> Holland, “Pre-trial conferences in Canada”, (1987) 7 Adv. Q, 416, 417.

<sup>1097</sup> 出處見上文，阿爾伯達省第 19 號研究文件第 30 頁，。

<sup>1098</sup> 薩斯喀徹溫省法律改革委員會在 1981 年 12 月發表的 *Proposals on Custody, Parental Guardianship and the civil rights of minors*，第 16 頁。

<sup>1099</sup> 出處同上，第 17 頁。

- (iv) 将和解程序纳入法律程序中, 包括委任法庭之友和就管养权发出指令。
- (B) (1) 在各方当事人同意下, 审前会议可由司法常务官安排, 而无须由法院就有关会议发出指令。
- (2) 审前会议会在轻松气氛下按法官或其他主持人的指示进行。
- (3) 主持审前会议的法官或其他人必须撰写备忘录, 列明各方当事人在会议上协定的事项, 把有关备忘录送交各方当事人核批, 并将备忘录存档。
- (4) 如未经各方当事人同意, 不得将审前会议上所披露的证据视为在会议上作出的承认而获接纳为证据, 或作为会议的誊本或记录的一部分。”

### 评价加拿大的调解计划

10.35 根据李察逊为司法部进行的独立研究的结果显示, 接受调解后表示满意的人有 80%至 90%。<sup>1100</sup> 至于在没有参加调解的人中, 有 80%男性和 88%女性对其律师的服务感到满意。在接受调解的个案中, 就全部或部分事宜达成和解的占 64%。根据法院记录, 经调解的个案有 49%达成全面和解, 另有 15%就部分事宜达成和解。就取得供养子女款额方面, 妇女通过调解所取得的款额较藉诉讼所取得的为高。不过, 就法律费用而言, 采用调解服务的人整体上所需缴付的法律费用是比不采用调解服务的为高。在达成共同管养协议方面, 经调解的个案达成协议的机会较不经调解的高出四倍。受访者表示, 他们相信共同管养安排是切合子女的最佳利益, 并有 89%男性和 75%女性表示会再选用共同管养安排。<sup>1101</sup>

10.36 至于离婚后的影响, 无论是采用调解或诉讼的, 各方当事人之间的敌意无甚分别。上述研究结果强调, 采用调解方法较为省时, 而且当事人也较少不愉快经历。就受争辩的个案而言, 如采用调解方法, 可提早 23 个星期解决。当事人认为, 拖延时间只会延续婚姻破裂所带来的痛苦, 而调解方法是较为理性和合乎人情的解决方法。

10.37 虽然律师是支持采用调解, 但经翻查法院档案和访问调解员后却发现, 由律师转介来的个案实际上只占 12%。尽管有 85%律师表示已告知当事人有关调解服务, 但实际鼓励当事人尝试采用调解的只有 10.4%。相信财产事宜应藉

---

<sup>1100</sup> *Court-based Divorce Mediation in Four Canadian Cities, An Overview of Research Results* (1988).

<sup>1101</sup> 不過, 阿爾伯達省第 20 號研究文件所載錄的研究摘要沒有界定共同管養的定義。

调解处理的律师只有不足 1%，而认为调解方法应只限于处理管养权和探视权事宜的则有 14%。不过，如果现时再次进行李察逊在 1988 年所作的研究，结果很可能会截然不同。

10.38 欧文和本杰明在 1977 至 1979 年间进行的研究<sup>1102</sup> 显示，律师相信调停服务在法律程序中可起积极作用，而大部分律师都建议继续推行调停计划，并认为调解“有助厘清和缩减争论事项、排解纠纷和避免提起不必要的诉讼，更可减轻当事人所受到的情绪困扰。”<sup>1103</sup>

美国

### 父母教育计划

10.39 在八十年代，自愿参加和由法院强令参加的父母教育计划开始在美国发展起来，<sup>1104</sup> 并日渐受到法官支持，而法律界也有转介个案以示支持。由于参加这些计划的父母人数甚多，所以现时在 40 个州共开办了 560 项计划。<sup>1105</sup> 在 1995 年，得克萨斯州、科罗拉多州、南卡罗来纳州、华盛顿州和亚利桑拿州都曾审议有关的法例草案，<sup>1106</sup> 并为有关计划订下不同目标：

- (1) 以父母为本的目标，例如教导他们在离婚期间教养子女的技巧，
- (2) 以儿童为本的目标，例如使当事人更了解离婚对儿童的影响，及
- (3) 以法院为本的目标，例如协助排解管养权和探视权事宜。

10.40 由于有研究文献显示，离婚所涉及的冲突会对儿童造成负面影响，这更造就了父母教育计划的发展。有关计划会着重当事人在离婚过程所经历的心理变化。为此，所有计划都会处理在离婚后父母和其子女的反应、不同年龄的儿童的需要，以及父母在离婚后保持合作关系的好处。然而，大部分儿童都不会透过有关计划获得辅导服务。

---

<sup>1102</sup> Irving (ed) *Family Law; an Interdisciplinary Perspective*, (1981).

<sup>1103</sup> 出處見上文，阿爾伯達省第 20 號研究文件第 48 頁。

<sup>1104</sup> Salem *et al*, “Parent Education as a distinct field of practice - the agenda for the future”, *Family and Conciliation Courts Review*, Vol. 34 No. 1, January 1996, 9.

<sup>1105</sup> Braver *et al*, “The content of Divorce Education Programs”, *Family and Conciliation Courts Review*, Vol. 34, No.1, January 1996, 41.

<sup>1106</sup> 法例草案在亞利桑拿州不獲立法議會通過，但在康涅狄格州卻獲通過了。Bondi, “Legal Implementation of Parent Education Programs for Divorcing and Separating Parents”, *Family and Conciliation Courts Review*, Vol. 34, No. 1, January 1996, at 86.

10.41 提供法律资讯的计划为数甚少。在上述计划中，有 55%会为家庭虐待个案的受害者另行开办特别计划，<sup>1107</sup> 以便在处理情绪问题时，安排心理健康专业人士讲解，其他讲者包括律师、调解员和社区志愿人士。为协助计划的专业人士授课，现有若干标准教材套，内有录影带、小册子和其他简明资讯刊物。现时约有 70%计划会收取定额费用。<sup>1108</sup>

## 强制参加

### 支持的论据

10.42 塞勒姆(Salem)等人指出，法院既已承认对抗制度会使父母双方在离婚过程中加深嫌隙，便应支持父母教育计划。这些计划也正是象征法院有责任在狭隘的法律范畴以外协助家庭。塞勒姆指出，最需要服务的父母都不会自愿参加上述计划的，所以建议强制规定他们参加，从而向父母表明法院是很重视儿童福利的。这项强制规定更可确保父母双方都会取得有关资料，并让律师无需再就应否参加一事向其当事人提供意见。

### 支持强制参加的研究

10.43 犹他州规定有关人士除非已参加上述计划，否则不能办理离婚。当地一项调查研究显示，表示不满被强制参加的父母有 56%，<sup>1109</sup> 有 93%父母在参加该计划后认为计划是有用的，并有 89%认为应该将该计划列为强制性参加项目。<sup>1110</sup> 此外，有 92%同意这项计划确有助他们了解双方合作的重要性，有 90%表示这项计划促使他们更加努力与另一方合作。

10.44 布莱殊(Blaisure)和格斯拿(Geasler)建议，如果将计划列为强制性参加项目，法院应对有特殊情况的父母给予豁免收费和豁免参加的待遇。<sup>1111</sup> 他们的研究显示，参加强制性计划的平均每月有 110 人，而参加自愿计划的每月却只有 20 人。他们在结论中指出，如果有关计划是以儿童的需要为本而不是为有争议

---

<sup>1107</sup> Braver 等人的調查報告第 15 頁。

<sup>1108</sup> Braver 等人，第 45 頁。

<sup>1109</sup> 猶他州在 1994 年將父母教育計劃列為強制性參加項目。Loveridge 1995, reported in Blaisure and Geasler, "Results of a survey of court-connected parent education programs in US counties" Family and Conciliation Courts Review, Vol 34, No.1, January 1996, 23 at 35 Referred to at 18 of Salem's article, *supra*.

<sup>1110</sup> 出處同前。

<sup>1111</sup> 出處同上，第 37 頁。

的父母而设，会较容易取得支持的。<sup>1112</sup>

10.45 戴比斯(Di Bias)<sup>1113</sup> 鼓励律师深入认识父母教育计划，并鼓励父母和儿童参加。她指出，鉴于法院已经强令父母参与管养权评估工作、治疗和辅导，使父母的权利必须：

*“联同儿童的最佳利益作一并考虑……所以如能教育父母使他们可自行就家事作出决定而无需法院介入，不是更好吗？”*

10.46 布莱殊和格斯拿的研究结果显示，有超逾四分之三的强制性计划是只举行一次晤谈的，但有 43%的自愿计划会安排进行两至三次晤谈。强制性计划通常都会采用录影带。<sup>1114</sup> 阿巴诺(Arbuthnot)和戈登(Gordon)就一项父母教育计划进行跟进研究后发现，父母认为有关计划是有用的，因为他们从中学习到教养子女和沟通的技巧。他们建议，为人父母正是需要积极学习新技巧，而不是消极地观看录影带。他们在结论中指出：

*“结果令人鼓舞，有关计划可减少儿童被置身于其父母冲突中的情况，使父母其中一方对于让另一方履行教养儿童的职能时更为包容，随之引起的变化会惠及儿童的福利。”<sup>1115</sup>*

#### 反对强制性参加的论据

10.47 一旦强制当事人参加有关计划，便会带出法院应如何对付不遵照规定的人这个问题，当局又需要为有关计划增拨额外资源。再者，如儿童的父母已协定为儿童所作的安排，再强制他们参加有关计划徒然浪费资源，所以有部分计划只强制涉及管养权或探视权纠纷的当事人参加。现时全国 35 个州最少有 396 个司法管辖区已有正式的强制规定。<sup>1116</sup>

#### 折衷方案

10.48 其中一项折衷方案是由法官推介个别父母参加有关计划；但这建议不

---

<sup>1112</sup> 出處同上，第 52 頁。

<sup>1113</sup> “Some Programs for children”, Family and Conciliation Courts Review, Vol 34, No.1, January 1996, 112, at 124 -5.

<sup>1114</sup> Blaisure and Geasler. 出處見上文，第 55 頁。

<sup>1115</sup> Arbuthnot and Gordon, “Does Mandatory Divorce Education for Parents Work? A six month outcome evaluation”, Family and Conciliation Courts Review, Vol. 34, No. 1, January 1996, 60, 79.

<sup>1116</sup> Blaisure and Geasler. 出處見上文。



是强制规定，而是要父母认真考虑而已。<sup>1117</sup> 问题是让父母尽早参加才会有更佳效用，如果延至法官与他们会面时才参加，或会费时失事。

## 美国的教养计划

10.49 教养计划在佛罗里达州的《1982年共负责任令》(Shared Responsibility Act 1982)下得以推广，其后在华盛顿州的《1987年教养令》(Parenting Act 1987)中更得以锐意发展，所以此部分会深入探讨华盛顿州的法例。这法例除了将“管养权”一词转为“同住教养和就父母责任作出决定”外，更会对有证据显示有人疏忽、故意放弃、虐待（身体受虐、受性虐待或受精神虐待）或涉及家庭暴力的个案中所作的共同教养安排，以及排解未来纠纷可选用的方法设定限制。<sup>1118</sup>

### 强制性教养计划

10.50 华盛顿州的法律规定，有关人士必须各自或联合提交教养计划，限期为审讯日期 30 天前或提交离婚呈请后的 180 天内；以较早日期为准。他们必须填写一份教养计划标准表格，以处理他们在儿童就学期间、假期、生日和其他各项重要事务上所负有的父母责任；概述为儿童的教育、宗教和医疗各方面所作的决定；以及必须表明日后发生争执时会选用的排解纠纷方法，包括诉诸法院和通过调解或辅导解决；也可以指定日后协助他们解决纠纷的机构或人士。

10.51 据一项研究结果显示，父母选用调解服务的有 56%，选用法律程序的有 16%，选用辅导的有 7%，而指定个别机构或人士的则有 29%。<sup>1119</sup> 有超过 50% 的父母所申报的资料超逾规定的最低标准，所增补的资料通常是关于照顾子女事项的决定权。在上述计划中，有 56% 的父母选择共同作出决定，有 35% 选择由母亲全权作出决定，有 9% 选择由父亲全权作出决定。在上述法例生效后，以母亲住所为主要住所的个案比率由 79% 降至 70%；以父亲住所为主要住所的则由 18% 降至 10%。在“大约平等基础上”作同住安排的个案比率则由 3% 增至 20%。

10.52 在进行上述研究时，曾问及家庭法律师，自从推行教养计划后，父母之间发生冲突的情况有否起变化。有 60% 表示情况有改善，并有助父母专注照顾儿童的需要，但有 40% 则表示没有变化。

---

<sup>1117</sup> 紐約州的 Schepard 和 Schlissel (1995)。出處見上文 Salem 的文章第 19 頁。

<sup>1118</sup> Tompkins, “Parenting Plans - a concept whose time has come”, Family and Conciliation Courts Review, Vol. 33, No. 3, (1995), 286, 293.

<sup>1119</sup> Tompkins refers to 294 to a research study by Ellis reported in Michigan Journal of Law Reform, Vol. 24-1 of 1990, (no title supplied).

## 教养计划作为调解程序一部分

10.53 教养计划可以视作调解程序，因为这些计划很可能是在调解过程中达成或经各方当事人共同议定的，但却不能由法院强行施加于他们的。由于教养计划的内容详尽，而且能因应个别家庭的需要而拟定，所以这种安排已日渐成为新趋势。

10.54 本杰明和欧文提议制定一套标准评审程序，以确保教养计划是公平和合理的。如果父母初时对制定教养计划有异议，便需要藉上述程序查证有关父母确实是无法达成协议；因为初时拒绝考虑和解的父母其后或会愿意考虑和解。因此，当局应该向他们推介调解服务，如不能藉此排解纠纷，便应进行评估，以探讨儿童的父母双方在参与教养儿童工作的表现，并鉴认该家庭的正面和负面特色，然后制定临时教养计划，于试行 12 个月后，再因应情况作出适当调整，从而拟定最后的教养计划。<sup>1120</sup>

## 在调解程序顾及儿童的利益

10.55 科伯尔提及<sup>1121</sup> 以萨在洛杉矶市进行的研究<sup>1122</sup>，指出在进行强制调解的个案中，达成书面协议并纳入法院判令的个案比率占 54.5%，但根据一位三藩市法官的报告，达成这种协议的个案比率却超逾 90%。<sup>1123</sup> 科伯尔解释说，这是因为当各方当事人未能达成协议时，三藩市的调解员可就管养权向法官作出建议。科伯尔指出，就管养权纠纷而言，达成公平和公正的结果尤为重要；因为在调解过程中，只有父母双方进行讨价还价，而其子女则既无人代为行事，也甚少会在期间列席。<sup>1124</sup> 这点对于强制进行的调解尤为重要。

10.56 纽约州法律改革委员会建议，应转介受争议的管养权个案以调解方法处理；除非法官已裁断，该个案没有合理机会可藉调解促成和解，或调解无助于促进儿童的最佳利益。<sup>1125</sup> 尽管迄今为止的分析结果尚未能显示调解对儿童调适情况有任何可予测度的影响，但接受调解的人在离婚后，确是很可能选用共同管

---

<sup>1120</sup> *Family Mediation: Contemporary Issues*, (1995) at 457-8.

<sup>1121</sup> “Mediation of child custody disputes”, *Columbia J of Law and Social Problems* Vol. 19, 413, 423, (1985).

<sup>1122</sup> “The Family Conciliation Court in LA county”, in *Alternative Means of Family Dispute Resolution* 131, (American Bar Association 1982).

<sup>1123</sup> King 法官報告說，在他發出強制令的 1300 宗個案中，至上庭時仍未解決問題的個案不足 1%。

<sup>1124</sup> Folberg and Milne. 出處見上文，第 432 頁。

<sup>1125</sup> 出處同上，第 433 頁。委員會的建議載於同一篇文章中，而有關的建議編號為第 242(b)(3)。

养安排的。<sup>1126</sup>

---

<sup>1126</sup> The Pearson & Thoennes studies. 摘要文章載於阿爾伯達法律改革會在 1994 年 5 月發表的第 20 號研究文件，題目為 *Court-Connected Family Mediation Programs in Canada*，第 51 頁。

## 第 11 章

### 各地排解纠纷程序的比较：中国内地、日本和新加坡

#### 中国内地

##### 实质规定

11.1 中国内地的家庭法涉及三个范畴：(1)1980 年颁布的《中华人民共和国婚姻法》涵盖离婚、财产分割，以及供养和管养子女事宜、(2)收养事宜和(3)继承事宜。<sup>1127</sup> 自 1985 年起，国家立法人员更为着重保护妇女和儿童，<sup>1128</sup> 分别于 1991 年和 1992 年制定了《未成年人保护法》和《妇女权益保障法》。

11.2 1980 年的《婚姻法》第二十九条规定，照顾婚生子女终归是父母的共同责任，他们“对于子女仍有抚养和教育的权利和义务”。父母双方仍须负责子女的生活费和教育费。哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲抚养为原则。至于哺乳期后的子女，人民法院会“根据子女的权益和双方的具体情况判决”有关纠纷。

##### 最高人民法院指引

11.3 1993 年，最高人民法院就 1980 年的《婚姻法》的应用发出具约束力的指引。一般而言，两岁以下的儿童须交由母亲管养，除非父母另有协议，而儿童的健康成长又不会因此受到不良影响，（例如母亲的经济或健康出现问题，或母亲触犯罪行或虐儿），则作别论。如果儿童已逾两岁，父母双方均有权管养该儿童。法院会进行权衡测试；照顾儿童能力较佳的一方会优先获得管养权。法院会考虑儿童在其父母离婚前由哪一方照顾，以及哪一方有较佳经济能力供养儿童。法院偶尔会考虑儿童与其父亲或母亲的关系。此外，法院也会考虑 10 岁以上未成年人的意见。如果情况有变，各方当事人可以请求法院再行作出决定。儿童的需要和权益，以及父母的经济能力和所订的协议，都是主要考虑因素。

##### 统计数字

11.4 各级人民法院审理的案件，有半数涉及家庭法。自 1978 年起，家事案的数目，每年递增 8.75%。在 1995 年，各级人民法院审理的家事案共有 120

---

<sup>1127</sup> 錄自家庭法協會演講，題目是“中國家庭法”，由香港城市大學法律學系講師張獻初主講。張先生曾於中國內地任職審判人員。

<sup>1128</sup> 有關中國內地和日本的資料，大部分是摘自薛佳儀女士於 1996 年 4 月擬備但未經發表的論文，題目為 *Obstacles to Referral, Planning and Implementation of Family Mediation as a Dispute Resolution Process in Hong Kong; Reflections based on Foreign Systems*。

万宗，而在 1987 年则有 608 000 宗。

## 离婚

11.5 关于获得解决的个案或受争辩个案的数目的统计数字从缺。离婚方法有多种，当事人可以协定不经法院，而到民间办事处取消婚姻注册。<sup>1129</sup> 不过，采用这种方法离婚的个案数目，法院则无记录。

## 人民调解委员会

11.6 当事人在向法院提起诉讼之前，可以先到邻近的人民调解委员会进行自愿调解。<sup>1130</sup> 如果委员会调解不果，当事人便可以向初级法院提起诉讼。虽然没有强制规定当事人必须在法院以外进行调解后才将离婚个案交由法院审理，但实际上，帕默尔(Palmer)指出，婚姻不如意的配偶似乎很难在审讯前逃过地方调解委员会的注意。<sup>1131</sup> 《民事诉讼法》第十六条规定，调解必须以自愿原则进行；不愿调解、调解不成或者反悔和解协议的，可以向人民法院提出起诉。

11.7 根据 1980 年的《婚姻法》第二十五条，当事人可以要求其他有关部门进行调解，例如其工作单位、婚姻登记机关或其他人民机关。在乡村和城市，人民调解委员会都是社会管制和排解纠纷的重要机制。截止 1985 年，中国内地有超过 939 000 个人民调解委员会和超过 450 万名调解人员。<sup>1132</sup> 他们遵照基层人民法院和政府的指引办事。<sup>1133</sup> 由于较为正规的法院缺乏受过有关训练的律师，所以调解委员会正能发挥补足作用。

11.8 第二个离婚方法是向初级法院提起诉讼。如果人民调解委员会调解无效，当事人因而未能达成协议，申请离婚一方就必须向法院递交文件，离婚诉讼程序才可展开。法院会把文件送达另一方，这个程序需时约两周。在 1991 年之前，这个程序可以是无限期的，因为当事人必须进行调解。1980 年的《婚姻法》第二十五条规定，“男女一方要求离婚的，可由有关部门进行调解或直接向人民法院提出离婚诉讼。”<sup>1134</sup>

---

<sup>1129</sup> 《婚姻法》第二十五條。

<sup>1130</sup> 出處同上，1991 年的《民事訴訟法》第二十五和十六條。

<sup>1131</sup> Palmer, “Mediation in the People’s Republic of China; some general observations”, (1988) in Mackie (ed), *A handbook of dispute resolution*, (1991), 221.

<sup>1132</sup> Palmer, 出處同上，第 223 頁。

<sup>1133</sup> 1991 年的《民事訴訟法》第十六條。

<sup>1134</sup> Palmer, “Mediation in the People’s Republic of China; some general observation”, in Mackie (ed), *A handbook of dispute resolution*, (1991) 221, 227.

## 司法调解 / 调停

11.9 如当事人未能达成协议，在聆讯之前，审判人员会进行调解，促使当事人达成协议。1991 年的《民事诉讼法》第九条规定，人民法院应当根据自愿和合法的原则进行调解。

11.10 如果未能藉调解达成协议，当事人便要进行受争辩的聆讯。最高人民法院已经发出“关于应用《民事诉讼法》的若干意见”的司法解释，指示人民法院，如果当事人坚决拒绝调解，就应该尽速作出判决。如果当事人透过调解达成协议，法院便会发出一份法律效力与法院判决书相同的调解书。<sup>1135</sup> 调解书经审判人员署名、加盖人民法院印章，并送达当事人后便具法律效力，执行权与命令相同。

### 审判人员的职能

11.11 审判人员负责主持离婚聆讯和进行法律程序。他们都是受过训练的调解人员。自《民事诉讼法》于 1991 年制定以来，除非情况特殊，否则诉讼双方可以在五至六个月内获准离婚。法院通常会命令家事案中各方当事人平均分担讼费。然而，如果丈夫的经济状况较佳，法院可以行使酌情权，命令他负担较多讼费。

11.12 科恩(Cohen)指出，透过调解达致和解的成功率较高。<sup>1136</sup> 法律规定，法院在批准各方当事人离婚前必须尝试令他们和解。如果各方当事人不接受，法院会拒绝离婚的申请，或在审讯前进行非正式调解。在审理离婚案件时，“人民法院应当进行调解；如感情确已破裂，调解无效，应准予离婚”。<sup>1137</sup> 法院会尝试令各方当事人透过调解，就管养儿童和其他事宜达成协议。

### 强制执行命令

11.13 按照一般原则，外地判决不获法院承认，因此并无法律效力。当事人必须另行向中国内地法院申请命令。不过，中国内地与外国签订了约 30 条司法互助协议。要执行外地法院命令，可以透过外交途径，把命令交给代理律师，由律师把命令提交最高人民法院，再由最高人民法院转交答辩人所住地区的地方法院。地方法院会考虑命令，并查核有关的程序事宜，例如法律程序详情是否妥当地送达答辩人、答辩人在外地法院是否有律师代表，或有关外地司法程序有否违

---

<sup>1135</sup> 1991 年的《民事诉讼法》第八十九条。

<sup>1136</sup> 出處見下文。

<sup>1137</sup> 出處見上文，《婚姻法》第二十五條。

反社会及公众秩序和道德。由于这是公共政策范畴，所以法院不会对有关的实质事宜予以复核。

## 对中国内地家庭调解服务的评论

### 调解人员的职能

11.14 调解人员必须按照政府政策和法律办事。理论上，在进行调解之前，必须征得当事人同意，<sup>1138</sup> 由调解人员负责进行调查和找出事实真相。<sup>1139</sup> 在目前，有关纠纷已被视作社会现象，所以由调解人员教导当事人认识法律。《人民调解委员会组织条例》第五条规定，调解人员必须：

*“.....通过调解工作宣传国家的法律、法规、规章和政策，教育公民遵纪守法，尊重社会公德。”*

11.15 调解人员可以批评或称赞当事人，因为他们的职责之一，是纠正引起问题的行为。毛主席的非对抗性矛盾理论提倡采用调解方法，<sup>1140</sup> 认为透过调解处理人民之间的矛盾，是可以接受的。科恩指出，在中国内地，调解人员可以在政治、经济、社会和道德各方面“对一方或双方当事人大力施压，使他们在无可选择的情况下‘自愿’接受调解。”<sup>1141</sup>

### 自愿或强迫

11.16 克拉克(Clark)指出：

*“中国内地和西方评论者都指出，有证据显示调解人员经常向当事人施压，甚或强迫他们接纳建议的和解方法，但认同这现象是有违常规的个别事件，一般来说会受到谴责。”<sup>1142</sup>*

然而，克拉克虽然赞同中国内地的法律和学术界论者在其著作中都强调自愿原则，但他认为，强迫原则其实也可能是在中国内地调解机构中，另一套同样重要

---

<sup>1138</sup> 《人民调解委员会组织条例》第六条，於1989年6月17日由國務院頒布。

<sup>1139</sup> Cloke, “Politics and Values in Mediation; The Chinese Experience”. 參考來源誤遺。

<sup>1140</sup> 這些矛盾出現於基本利益相同的人之間，即人民。

<sup>1141</sup> Cohen, “Chinese Mediation on the eve of modernisation”, 54 California Law Review 1201 (1966).

<sup>1142</sup> “Dispute Resolution in China”, Journal of Chinese Law, Vol. 5, No. 2, (1991) 245, 246.

的运作理念的重要部分。<sup>1143</sup>

11.17 克拉克提出，处理纠纷的机构本身，较该机构所采用的排解纠纷模式更为重要，<sup>1144</sup> 他认为，正由于法院作用不大，其他机构才变得极为重要。

11.18 克拉克指出，中国内地评论者关注到下列情况：

- (1) 法院过于着重调解工作，以致花太多时间尝试进行调解，而不是裁判案件；
- (2) 有批评指法院所提出的和解方案，并非建基于对事实或法律的明确理解；及
- (3) 法院漠视自愿原则，并试图用非法手段施压，强迫当事人接受判决。<sup>1145</sup>

11.19 克拉克解释，“忠于法律和政策的原则往往凌驾于自愿原则之上。”“由于法院制度有明显缺失，所以调解人员已视强迫手段为可接受的手段。”<sup>1146</sup> 克拉克指出，虽然律师其实是为国家工作，但越来越多人聘请律师进行调解，<sup>1147</sup> 或许是藉此避免受制于国家的规范，因为人民调解委员会必须依据这些规范来办事。<sup>1148</sup>

### 文化因素

11.20 柏梭尔(Bagshaw)指出：

*“在中国，家庭伦理关系是建基于长幼辈份，但同时又讲求互相尊重和互相扶持。中国人重视和谐、平等互惠、和衷共济和整体圆融，而厌弃对抗、竞争和偏狭。”<sup>1149</sup>*

11.21 在中国内地，调解人员的目标是维护道德和法律责任，而不是保障个人利益和满足个人需要。婚姻和婚姻所衍生的问题，不仅是当事人的私事，也同

---

<sup>1143</sup> Clarke. 出處同上，第 246 頁。

<sup>1144</sup> 出處同上，第 252 頁。

<sup>1145</sup> 出處同上，第 272 頁。

<sup>1146</sup> 出處同上，第 293 頁。

<sup>1147</sup> 不過，在有關的文章完成後，有部分私人執業律師獲准設立私人辦事處。

<sup>1148</sup> 出處見上文，第 295 頁。

<sup>1149</sup> 出處見下文，第 4 頁。See also "Family Mediation Chinese Style", Australian Dispute Resolution Journal, (February 1995) 12.



样影响社会利益。“在共产制度之下，个人和家庭利益都置于国家发展目标之下。”<sup>1150</sup>

11.22 柏梭尔认为，虽然中国内地的调解人员使用“非正式、自愿和中立”等用语，但他们的工作却是施行社会管制和宣传法律。<sup>1151</sup> 因此，他们的调解服务也隐隐然包含正式的意味；调解人员的表现，不像一般辅导员，反而像政府官僚。<sup>1152</sup>

*“他们毫不理会社会情势和个人的需要，只着重维护法律和共同利益。……虽然中国的调解人员认为他们本身的工作是‘中立’的，但他们都倾向作出明确而直接的判断，公然使用一种混合劝告、教育和强迫的手法，说服有争议的当事人接纳正确的政治观点。”<sup>1153</sup>*

11.23 然而，柏梭尔承认，澳大利亚和其他西方国家确有致力推广社群和家庭价值观；既有明张旗鼓地宣扬，又在暗地里藉其他渠道加以推广。柏梭尔质疑西方社会的调解模式是否适用于非西方社会的人民，以及能否为他们带来公平的结果。

*“西方社会的家庭调解模式……反映西方文化偏重理性和以个人为本位，只顾放眼于未来和着重取得正式协议和成果，而忽略了当事人之间的关系和调解过程。”<sup>1154</sup>*

日本

日本的调解服务

11.24 在日本，虽然施压迫令当事人达成共识的情况，未如中国内地般明显，但却更注重调解的价值。南方(Minamikata)君<sup>1155</sup> 指出，有 90%离婚个案是经双

---

<sup>1150</sup> Bagshaw 引述香港大學社會工作及社會行政學系梁教授在 1991 發表的專題研究系列，題目為“Social Welfare in China”第 1 號“Family Mediation with Chinese Characteristics; a hybrid of informal service in China” (1991)。

<sup>1151</sup> Bagshaw. 出處見下文，第 4 頁。

<sup>1152</sup> Bagshaw 引述梁教授的文章。出處見下文，第 5 頁。

<sup>1153</sup> Bagshaw. 出處見下文，第 6 頁。

<sup>1154</sup> “Whose idea of fairness? Examining the impact of culture on the mediation process”, Conference papers, Second International Mediation conference, “Mediation and Cultural Diversity”, Adelaide, January 1996, 1.

<sup>1155</sup> Kaji Chotei, “Mediation in the Japanese Family Court” in Dingwall and Eekelaar, (eds) *Divorce mediation and the legal process* (1988) at 116.

方同意的，其余的则曾经进行强制调解，此举是尝试令双方当事人取得共识。南方君的评论颇为负面，并在总结中指出：

“界限含糊不清，固然可让善意尽责的调解员能够尽力而为，但也可能会导致滥权和欺压行为等令人担心的情况。”

11.25 嘉勒普(Krapp)指出，日本的调解员非常努力以期协助双方当事人重建和谐关系。调解过程需时两个月以至平均六个月不等。<sup>1156</sup> 调解工作必须按照“决定家庭问题法”和名称相若的规则进行。“在家事法院进行的程序不是正规的程序，可因应个案的情况更改”，而且是不接受公众旁听。调解是家事法院的一项重要程序，并会强制所有家庭藉调解程序处理问题。由于他们会与法官合作，而法官又是调解委员会成员，所以调解员并非中立的第三者。<sup>1157</sup>

11.26 调解委员会的成员由法院负责选任，成员包括一位法官和多于一位调解员。至于主席一职，通常由法官担任。在 1986 年，女性家庭调解员占 40%，而负责民事案件的女性调解员只有 10%。<sup>1158</sup> 约有 10%家庭调解员是律师，但有很多都是家庭主妇；她们并无受过专门的调解训练，但其年龄必须介乎 40 至 70 岁之间。她们享有政府雇员的地位，以兼职形式受雇，任期为两年。1987 年，在家事法院工作的调解员共有 13 163 名。

### 程序

11.27 当一方当事人提出申请后，调解程序便可以展开。如有一方缺席，可被处罚款。<sup>1159</sup> 在实际情况下，法官虽然不会出席每一次调解晤谈，但他仍可管控有关的调解程序，因为每次调解晤谈过程均会有调解员笔录，然后向他提交。<sup>1160</sup> 在调解程序展开之前，法官可能会先下令由心理学家进行调查，然后将调查结果交予调解员。

11.28 嘉勒普曾经出席一宗离婚案的调解会。在会上，妻子私下向调解员透露了她有秘密银行帐户，但不想丈夫知道。不过，调解员在下一次的调解晤谈中却披露了这个秘密，理由是他们认为自己是法官的“助手”，所以向他们披露的

---

<sup>1156</sup> *Mediation, an alternative method of dispute resolution*. Publication of the Swiss Institute of Comparative Law (1991).

<sup>1157</sup> Krapp, “Court-connected mediation in Japan”. Second International Mediation Conference, Adelaide, January 1996, Conference proceedings, *supra* at 168.

<sup>1158</sup> Krapp quotes the *Guide to the Family Court of Japan*, at 16 (1987), Supreme Court of Japan, Tokyo.

<sup>1159</sup> 最高款額為五萬日元，約 394 美元。

<sup>1160</sup> Krapp. 出處同上，第 171 頁。

事都可以公开。调解所需的费用相当低廉，每次调解晤谈约需 11.8 美元。调解员有权不批准当事人解除婚姻。法官也有同样的权力。

11.29 主持调解工作的法官所批准的协议具约束力，可视为判决一样予以执行。<sup>1161</sup> 如果各方当事人没有达成协议，法官可以根据法律授予的权力，在聆听各方当事人的陈述和考虑所有情况后作出判决终结。<sup>1162</sup> 他作出这判决时的身分，是法院的独立法官而不是调解程序主持人员。然而，法官实际上鲜会作出判决。如果没有判决，当事人可以提起法律程序，由另一位法官就该法律程序作出裁判。

## 新加坡

### 新加坡家事法院

11.30 家事法院在 1995 年正式设立，拥有聆讯诸如离婚和管养、领养及配偶暴力事件等附带事宜的司法管辖权。<sup>1163</sup> 目前，家事庭包括五个法庭、七个内庭、两个登记处和九个辅导及调解内庭，<sup>1164</sup> 并藉推行案件流程管理中的个案状况会议和审前会议等查察案件的进展。个案状况会议与争论事项会议的作用相若；<sup>1165</sup> 各方当事人可以在审前会议上作出转介，以安排进行调解、辅导或联合会议。如果各方当事人无法达成和解，法院便会编定聆讯日期，以免各方当事人利用上述程序拖延时间。上述会议也可于中期判令发出后进行，以处理附带事宜。

### 调解和辅导

11.31 调解和辅导“是处理案件程序的一部份，作为供各方当事人选用的方案”，费用全免。下级法院发出《1996 年实务指示第 1 号》(Practice Direction No. 1 of 1996)，准许法院提供调解和辅导服务。其后，法院根据《1996 年妇女约章（修订）法令》(Women's Charter (Amendments) Act 1996)获得法定权力，可以转介各方当事人接受调解和接受辅导。<sup>1166</sup> 调解协议可以在司法人员面前记录在案；并由司法人员查核协议是否合法。在 1996 年，有 89.7%的个案是藉调解解决的。

11.32 较近期对《妇女约章》作出的修订<sup>1167</sup>，授权法院如认为指示或劝告双方当事人或他们的子女接受辅导是符合父母或子女的最佳利益时，法院有权作

---

<sup>1161</sup> Article 16, “Law for the Determination of Family Affairs”.

<sup>1162</sup> 出處同上，第 24 條。

<sup>1163</sup> 藉根據《最高法院司法法令》第 28A 條發出的命令，由 1996 年 4 月 1 日起生效。

<sup>1164</sup> 這些資料是從新加坡家事法院取得的。

<sup>1165</sup> 見上文第 6 章。

<sup>1166</sup> 第 47B 條。

<sup>1167</sup> 這些修訂已由 1997 年 5 月 1 日起生效。

出有关指示或劝告。家事法院可以把案件转介给两个外间辅导机构，也可以利用法院自设的免费辅导服务。

11.33 如因感情问题而未能解决法律问题，法院辅导员和司法人员会举行联合会议，尝试解决所有尚未解决的问题。调解有关婚姻财产的问题或处理涉及复杂法律问题的案件，一向由司法人员负责。如果调解无效，便由另一位司法人员进行聆讯。此外，还有为市民提供调解服务的家事法院支援小组，由志愿人士组成，他们曾受调解训练，并各自具备法律、心理学或社会工作的经验。至于管养和探视问题，可由在法院任职并曾受调解训练的辅导员或家事法院支援小组处理。

#### 资讯简介会

11.34 家事法院会为市民举办免费资讯简介会，解释法院所提供的服务和家事法院的目标。现有计划于简介会上提供较详尽资料，深入讲解离婚程序，其作用与澳洲的简介会相若。

11.35 新加坡正考虑采用授予父母责任的教养令，并规定父母修读课程，以改善教养子女的技巧。<sup>1168</sup> 此外，法院会考虑规定管养争讼案的当事人接受离婚后辅导。

#### 新加坡的教养计划

11.36 新加坡的《1997 年妇女约章（教养计划）规则》(Women's Charter (Parenting Plan) Rules 1997)（第 353 章）已于 1997 年 5 月 1 日生效。在提出离婚呈请前，有关人士“须尝试就每名受养儿童的福利安排达成协议……并签订经协定的教养计划书”。<sup>1169</sup> 各方当事人如未能就有关安排达成协议，可由曾接受有关儿童福利事宜培训的人提供意见和协助，拟定教养计划，并与离婚呈请同时提交法院存案。如呈请人未能与答辩人协定计划内容，可提交拟议教养计划，<sup>1170</sup> 由法院酌情决定采纳该教养计划的全部或部分内容。<sup>1171</sup> 教养计划的标准模式已载列于规则的附表。

---

<sup>1168</sup> Chief Justice's Keynote Address, Introduction of the Seventh Workplan of the Subordinate Courts 1998/1999, "Subordinate Courts 21: Leading Justice into the New Millennium", delivered on 4 April, 1998.

<sup>1169</sup> Rule 3(1) of the Family Law Rules.

<sup>1170</sup> 出處同上，規則第 4 條。

<sup>1171</sup> 出處同上，規則第 6 條。



## 第 12 章

### 关于香港排解监护权和管养权纠纷程序的改革方案

#### 引言

12.1 澳大利亚和英格兰在这方面的的发展，已令使用另类排解纠纷方法处理儿童案件的模式起了极大变化。我们在第 6 章已列明需要对实体法进行的改革。然而，单是改变实体法，不足以反映现代社会对儿童的最佳利益和权利的理念，除非家事法庭能予配合，提供适当的支援服务，以及提供多项排解纠纷方法和程序，以鼓励公众选用诉讼以外的另类排解纠纷方法，否则，这些改变可能带来的影响有限。我们现在会探讨现行排解纠纷程序所需的改革，并对调解和教养计划等另类排解纠纷方法提出建议。

#### 甲部 一 排解家庭纠纷程序

12.2 现时排解关乎儿童的管养权和监护权纠纷的方法有两种，分别为传统的对抗制度（香港现行循法院途径解决的便是一例）和另类排解纠纷程序，而后者通常会涉及调解。我们已在第 7 章阐述这些不同的程序。

#### 延误

12.3 举行全面聆讯的排期工作有出现延误的情况。<sup>1172</sup> 当局已就审理解除婚姻的案件订定服务标准，承诺自有人提出呈请后 90 天内完成订定聆讯日期的程序，但却未有为聆讯管养权申请另定标准。上述聆讯离婚案的服务水准，是由民事法院的法院服务对象委员会订定的。<sup>1173</sup>

12.4 由于列于法院案件审讯表上待审案件量日增，以致造成延误，这对于寻求改变安排的父母甚为不利。此外，《法律援助条例》（第 91 章）第 15 条规定，当诉讼人提出法律援助申请时，有关的法律程序便须暂停进行，以致进一步延宕进程。据我们了解，暂停期限最长为 42 天，以便当局在这期间对申请法律援助的人进行经济和案情审查。如属紧急的申请案件，会获优先处理；但如只是关乎管养权和探视权的案件，则除非案件涉及具体急需解决的事宜，否则一般都不符优先进行法律援助评估的资格。如果在法例中表明延误审理有关案件会妨害儿童的最佳利益，因而将有关案件改纳入为优先审批法律援助证书类别，则需要调拨更多资源配合。

---

<sup>1172</sup> 據一位律師指出，這可能需時六個月。

<sup>1173</sup> 《司法機構－服務社會》小冊子（1996 年）。

12.5 这项视延误为妨害儿童福利的原则，<sup>1174</sup> 获得《1989年儿童法令》第11条确认。根据该条文，法院必须为处理关于第8条命令的申请个案订定时间表。这项法规反映出儿童的心理需要，他们需要明确知道未来和早日确定其住所和联系安排。苏格兰法律委员会提议，有关措施藉法院规则订定更为适宜。<sup>1175</sup>

12.6 为促进儿童的最佳利益，凡涉及儿童的纠纷案，即住所、联系、指定事项、禁止行动、掳拐儿童、法院监护及监护等各方面的纠纷，都应优先进行聆讯。我们建议，在有关的法例制定前，应订定临时措施，为处置管养权、探视权和监护权等纠纷案订定目标限期。我们建议参照《1989年儿童法令》第1(2)和11条制定法定条文。<sup>1176</sup>

### 社会福利主任的报告

12.7 《未成年人监护条例》(第13章)第3(1)(i)(B)条规定，法院对于“任何关键性资料，包括聆讯进行时社会福利署署长备呈法院的任何报告”，应予适当考虑。古尔罗和云逊强调，让儿童和其父母知道事态发展和采取不同行动所可能引致的后果，使他们可在知情的情况下为未来作出抉择，这是非常重要的。<sup>1177</sup> 为此，社会福利署在拟备调查报告时必须避免延误，这也是很重要的。

12.8 社会福利署的监护儿童事务课应有充裕人手，以尽量避免延误拟备报告，这是非常重要的，因为和解安排往往要押后至案中律师取得有关报告的意见和建议后才能作出。

12.9 有部分业内人士关注到，提交法院的报告质素参差不齐，而在其他如澳大利亚等国家，都有规定呈交予家事法院的调查报告，必须由具备起码年资的社工拟备。

12.10 我们建议应增拨更多资源予社会福利署监护儿童事务课，以减少为家事法庭进行调查和拟备报告时出现的延误。我们又建议该署订定服务承诺，确保社会福利主任须尽快拟备报告，且在任何情况下最迟也不得超过六周。

12.11 小组委员会建议，为家事法庭拟备报告的社会福利主任，必须具备最少三年处理有关家庭和儿童事务的工作经验，并曾接受有关拟备法庭报告的培训。

---

<sup>1174</sup> 第1(2)条规定，“在任何出现关乎儿童教养问题的法律程序中，法院须顾及延误裁断该问题会妨害该儿童福利的一般原则。”

<sup>1175</sup> Scottish Law Commission, *Report on Family Law*, (1992: Scot Law Com No. 135) at 5.42.

<sup>1176</sup> 见下文附件1。

<sup>1177</sup> Clulow and Vincent, *In the Child's Best Interests? Divorce Court Welfare and the Search for a Settlement*, (1987) at 214.

## 独立专家的报告

12.12 尽管《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(i)(B)条已规定，法官必须对“任何关键性资料”予以适当考虑，但这或许未足授予法院权力，在一方当事人提出反对情况下，仍可下令索取独立的专家报告。然而，法院不仅应该有权应一方当事人的要求而下令由心理学家、注册社工或儿童精神科医生拟备专家报告，更可下令另一方当事人遵从要求，让该专家与儿童和有关的夫妇双方晤谈。

12.13 目前，一方配偶可单方面否决上述要求，使法院只能下令社会福利主任提交报告。这对于涉及身体受虐待或性虐待的指称，因而需要进行医疗或精神科检验的案件，尤为关键。因此，应该让法院可主动下令由社会福利主任以外的人拟备专家报告。

12.14 我们建议授权法院可下令由独立专家拟备报告，这些专家包括心理学家、精神科医生、儿科医生、注册社工或其他有关业界的专家。

## 统计和研究

12.15 杨格(Young)<sup>1178</sup>指出，经分析香港在 1978 年至 1980 年间所发出的管养令后，显示司法界偏向将管养权授予父亲，与全球的趋势背道而驰。<sup>1179</sup>

12.16 在 1997 年，已提交的离婚呈请共有 14 482 份，但涉及管养权或财产的家庭案件所占比例的细节资料则从缺。<sup>1180</sup> 鉴此，家庭法律协会提议设立资料库，以确定有多少宗管养权案件是经协议解决的或有争议的，以便制定政策和法律改革方案。据知司法界原则上也赞同这项建议，但对于人力资源方面则有所保留。

12.17 有关已提起管养权、探视权和监护权法律程序的案件和受争辩案件的统计资料从缺，这问题确实需要正视，因为这些统计资料有助当局鉴认是否需要修订政策或增拨资源。事实上，澳大利亚和新西兰的家事法院都设有研究部，所发表的研究报告不仅载有统计资料，更有服务对象满意程度的分析、新法令影响的评估，以及家事法院运作情况的一般研究等。

12.18 我们注意到，《个人资料（私隐）条例》（第 486 章）第 62 条规定，

---

<sup>1178</sup> 这是摘自 1994 年 11 月 9 日在中央政策组举行的座谈会上发表的“儿童的保护及管养”一文。

<sup>1179</sup> Justitia, “Divorce in Hong Kong - a Statistical Approach”(1982). 香港大学的學生論文。

<sup>1180</sup> 載於 1995 年 12 月 26 日東方快訊的一篇文章，題目為“Divorce privacy to be respected”。



有关资料如只用以制备统计数字或进行研究，而不会用于任何其他目的，且所得的统计数字或研究成果是不能用以识辨各有关资料当事人身分的形式提供的，可获豁免不受保障资料原则的条文所管限。

12.19 如家事法庭能记录有关的统计资料，并由有关方面进行研究，则对法律改革委员会和政策制定者而言，都是非常有用的。我们建议家事法庭应记录有关管养权、探视权或监护权案件的统计资料，包括达成和解的案件数目和何时达成和解等资料。这会有助政策的规划和推行。

### 提供判决备考与私隐权

12.20 我们明白，家庭法执业律师关注到，有关香港家事案判决的正式报道异常贫乏，造成这种情况的成因不一而足，包括家事案件是在内庭聆讯，而在提供判决备考事宜上又受若干法规和实务指示所管限。《高等法院规则》第90号命令第4B条规则规定，有关使未成年人成为受法院监护的人的申请，可在内庭处置。第7条规则也就监护权案件制定相若条文。由此可见，现时的惯例是在内庭处理涉及儿童的纠纷。

12.21 如果法院已在先前处理的案件就诠释婚姻条例作出指引，则让家庭法执业律师取得有关判决的报导，会有助他们向其当事人建议可采取的行动方案，包括谋求和解方案。此外，此举可使诉讼策略更趋一致，让人可更准确推断结果，从而有助早日解决纠纷所牵涉的事宜。审理有关监护权和管养权案件时，是不会如处理其他案件般倚重援引先例，<sup>1181</sup> 不过，如能增加报道这方面的判词，仍可起一定作用。

12.22 根据实务指示第27号《内庭法律程序的报导》规定，“对于在内庭（即以非公开形式）进行的任何法律程序（包括判决），如未获进行有关法律程序的法官授权，不得作出报导。”如果法官认为应该发表有关的法律程序资料，各方当事人可向他提出申述。

12.23 《关于在非公开法庭进行民事法律程序的工作小组报告书》(Report of the Working Party on Civil Proceedings Conducted in Private)<sup>1182</sup> 表明，实务指示第27号现已搁置不用。一般而言，附有理由的判决都会存放在高等法院图书馆，供公众查阅。“判决如明显属于机密性质的，例如在非公开法庭作出的，便不会提供备考”。<sup>1183</sup>

---

<sup>1181</sup> 這是因爲法官所作的裁決必須符合案中兒童的最佳利益。

<sup>1182</sup> 這是在 1997 年 3 月 27 日報道的。

<sup>1183</sup> 載於第 5.8 段。

12.24 《司法程序（报导限制）条例》（第287章）旨在对司法程序报导作出规管，以防止损害公众道德。第3条规定，任何人印刷或发表关于为解除婚姻、使婚姻无效或裁判分居而提起任何司法程序的详情，均属违法；但关于法律程序中各方当事人及证人的姓名、地址及职业；已由证人作供的控告、辩护及反控告的简要陈述；以及法院的决定和判决则除外。第3(4)条规定，这条并不适用于在真正法律汇报系列之内印刷或发表的任何事物，或在任何真正拟于法律专业或医疗专业的成员之间流通的专业刊物之内印刷或发表的任何事物。

12.25 然而，第5(1)条规定，发表任何在非公开法庭进行的法律程序的有关资料，不属藐视法庭，除非“该法律程序关乎幼年人的监护或领养，或纯粹或主要关乎幼年人的监护、看管、赡养或教养，或关乎对幼年人的探视权”。不过，第(2)款却进而表明，在不损害第(1)款的原则下，发表非公开法庭所发出命令的文本本身不属藐视法庭，但如法庭明确禁止发表者则除外。

12.26 《香港人权法案》已采纳《公民及政治权利国际公约》，并藉《香港人权法案条例》（第383章）成为本地法律。该法案第十条规定，法律程序必须公开进行，但“于保护当事人私生活有此必要时”，会禁止新闻界和公众旁听；并规定除了“事关婚姻争执或子女监护问题外”，所作的任何判决应一律公开宣示。

12.27 在香港，部分家事案判词会载列诉讼各方的姓名和可资识别身分的细节。当中固然有部分个案是在上诉法院公开聆讯的上诉案件。在其他没有报道但已披露的判词，尽管载于判词首页的各方当事人的姓名已经删除，但判词内文所载的细节，包括证人的姓名，却仍足可用以辨识各方当事人和其子女的身分。我们对这种处事方式感到极不以为然，因为各方当事人正穷于应付离婚和分居事宜，在这困厄时刻将他们脆弱一面暴露于公众眼前，对他们甚为不利，尤其是对他们的子女而言。将载有上述资料的判词存放于高等法院图书馆，尽管原意是只供执业律师查阅，但却难以防止新闻界或好奇的公众人士查阅。<sup>1184</sup>

12.28 在爱尔兰，无论有否报道的判词都会存放在法律图书馆，供业内人士和法律资讯报道员查阅，但判词中所载列各方当事人及其子女的姓名都会删去，只余下其英文姓名的首字母（举例来说，“Murphy”便会以“M”一字作识别）。其他可用以识别身分的细节，如地址、学校名称、雇主名称以至证人姓名等，均

---

<sup>1184</sup> 香港最近有一宗擄拐兒童案件，案中女與訟人將訴訟程序所關乎的兒童殺害後自殺。有雜誌刊載這案件判詞首頁的照片，從而披露了該兒童的姓名。這是由於法院雖然已將父母的姓名刪去，但卻未有刪掉該兒童的姓名。此外，該訴訟的記錄編號在照片中也是清晰可辨，使其他新聞界從業員都可較易找到有關判詞。這正是沒有依循《實務指示》第27號所造成的不幸後果。

全部删除。这种做法并不会造成混淆，因为只要有正确的判决日期以供识别便可。鉴此，如能发出实务指示规管家事案判词的发布事宜，规定除了要删除各方当事人的姓名外，还必须将判词中其他可识别身分的资料也删除，定能起作用。

12.29 如果所有可资识别身分的资料均已删除，便可将关于儿童纠纷的判词更广泛地提供予执业律师参考，一方面既可推动家庭法的法理学发展，另一方面也让律师和大律师掌握更充分资料，以便向当事人就未来行动作出建议。

12.30 我们建议应制定实务指示，对发表涉及儿童的纠纷案的未经报道的判词作出规管，使有关判词可更广泛地提供予执业律师参考。我们又建议，为保护儿童和其父母起见，不管有关判词是否经报道，判词中所有可识别身分的细节，包括各方当事人及有关儿童的姓名、地址、学校名称、工作地点，以及证人的姓名，均应删除（只保留其英文姓名首个字母）。

### 处理家事案件的作业守则

12.31 目前，香港没有为家庭律师制定行为和作业守则。<sup>1185</sup> 在爱尔兰律师会的家庭法及法律援助委员会最近发表的作业守则中，第4.3条提醒律师有责任与其当事人探讨复合和调解方案，以及藉谈判达成分居协议或协议和解，并鼓励律师通过调解处理涉及儿童的纠纷。

12.32 英格兰律师会的家庭法协会已制定作业守则，以协助律师履行会晤儿童和代表儿童行事的职责。弗里格(Fricke)摘录了该协会发表的第2号作业操守：

*“应该促使大部分当事人在遇有未能解决的问题时，都会循调解途径排解，并使这取向成为家庭法文化的一部分。在这文化下，兴讼应被视作别无他法时的最后手段。……而无论是法律界或普罗市民，都会视调解为最佳方法，用以解决大部分未能达成协议的事宜。”<sup>1186</sup>*

12.33 家庭律师作业守则可包括的原则，计有协助达成建设性和解协议，并将儿童的最佳利益视为首要考虑条件。这或可鼓励律师早日达成和解协议及/或将关于监护权和管养权的纠纷转介调解员处理。

12.34 我们建议香港藉采用一套《家庭律师作业守则》鼓励律师以较为平和的方式处理案件。我们建议，原则上应有两套守则以处理不同案件，其一是适用于家事案件，其二是适用于案中儿童有独立法律代表的案件。

---

<sup>1185</sup> 據我們了解，律師會的家庭法委員會和家庭法協會正在探討香港是否需要這類守則。

<sup>1186</sup> Family Law, Vol. 215 (April 1994).

## 个案管理与和解

12.35 个案管理是将管理案件的责任从律师转移至法官，以便可早日解决问题、缩减延误时间、减少积压案件量、节省讼费，以及使诉讼人更感满意。<sup>1187</sup> 和解会议正是个案管理的程序之一，可鼓励有关人士在司法程序展开后早段便达成和解协议。这些会议可由法官或司法常务官主持；尽管目前尚未有专责管理家事案件的司法常务官。如能在个案管理初段更积极介入，则既鼓励各方当事人达成和解协议，又可以让法官有更多时间审查为儿童所作的安排，即协议令中标的事宜。布舒雅曾告诫说，个案管理技巧只可视为排解纠纷的有效方法而非目标。<sup>1188</sup> 从计划的目标而言：

*“不应把个案管理（及缩减法院延误）当作推行计划的唯一或主要目标，以致削减而不是提高各方当事人的权利，……构成最大胁迫危机的也正是这个目标。”*<sup>1189</sup>

### 实务指示

12.36 为原讼法庭的建筑业案件审讯表而制定的实务指示和要项清单，规定各方当事人在要求作指示的传票阶段，便须通知法院“曾否和作出什么行动解决问题，以及当中有否采用调解方法，但这项规定所要求的，只是表明曾否进行调解的事实，而无需披露调解过程的任何细节。”<sup>1190</sup> 各方当事人必须填报审前要项清单，所需回答的问题包括各方当事人认为审前检讨会否有用。每一方当事人均会接获经终审法院首席法官批核的文件，文中会列明调解的优点，解释如何取得调解员服务，并指明如调解未能成功解决问题，也不会影响其诉讼的。此外，各方当事人还需填写一份资料单张，所需回答的问题包括非属业界的当事人是否从法院取得该资料单张，下列是有关调解的部分问题：

### 争论事项

- “5.(a) 请简要列明案件所涉及的争论事项。  
(b) 其中有否可藉协议解决的争论事项？  
(c) 诉讼的争论事项有否适合作为初步争论事项而进

<sup>1187</sup> See definition in the report, *Civil Justice Review, First Report*, Ontario Attorney General and the Chief Justice of the Ontario court of Justice, March 1995.

<sup>1188</sup> 出處見下文，第 7.2.3 段。

<sup>1189</sup> Katz, “Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster Or Two Sides of The Coin”, *Journal of Dispute Resolution*, (1993) Vol. No. 1, 1 at 71-2.

<sup>1190</sup> HKLD [1992] H 111.

行审讯？……”

#### 专家证据

- “7.(a) 有什么课题 / 争论事项需要专家证据？……  
(d) 是否有机会达成协议？……”

#### 审讯

- “8.(a) 你现时估计审讯需时多久？……  
9. 审前检讨会有帮助吗？  
10. 法院可以如何协助各方当事人在无需进行审讯 / 全面审讯情况下解决纠纷？  
11. 非属业界人士的当事人有否收到由法院发出推介调解的资料单张？  
12. 各方当事人曾否尝试采用调解程序？如没有的话，是否有人提议他们按照香港国际仲裁中心的规则尝试进行调解？他们又是否想由法院就委任调解员提供协助或作出委任？  
13. 各方当事人是否经已收到关于迄今已支出的讼费详情，以及如有关事宜进展至全面聆讯阶段将需缴付的讼费？”

审前检讨的要项清单也可以包括下列问题：

- “1. 你或大律师曾否与你的当事人讨论，尝试以另类排解纠纷方法来解决是项纠纷（或某项争论事项）？  
2. 可否以某种形式的另类排解纠纷方法来协助解决或缩减这案件的争论事项？  
3. 你或你的当事人曾否与其他当事人探讨以另类排解纠纷方法来解决是项纠纷（或某项争论事项）？”<sup>1191</sup>

12.37 这份资料单张必须交回主理建筑业案件法官的书记存档，交回限期为

---

<sup>1191</sup> This is taken from the Commercial Court pre-trial checklist referred to in the *Practice Direction (Commercial Court: Alternative Dispute Resolution)*, The Times, December 17, 1993 and reported in Order 72 r 11 of the *White Book* at 1294.

要求作指示传票交回日期以前最少两日。此外，还必须将这份资料单张副本分送各方当事人。<sup>1192</sup>

12.38 我们建议精简家事法庭的程序，并按有效的个案管理法则持续监察法庭的运作情况。我们建议在家事法庭引入规管个案管理的实务指示，以便更有效地贯彻执行个案管理工作，并促使案件从以受争辩聆讯方式处理转而以调解方式处理。我们认为无需在现阶段制定有关实务指示的具体条文。不过，建筑业案件审讯表的要项清单和相关的实务指示均具有参考价值，可作为制定家事案件审讯表的蓝本。

12.39 我们建议制定条文，规定案件如涉及儿童的纠纷，有关人士必须在要求指示的传票阶段填报审前要项清单，并订定关乎该案件的誓章的送达时限，以期尽可能减少延误。我们又建议授予法官更大的控制权，以减低运作过程所需的开支和减少出现延误的情况。当有关个案未能以最具经济效益的方式处理，有关人士便会获发适当的缴付讼费命令，包括虚耗讼费命令。

#### 争议事项会议

12.40 新西兰的布舒雅报告书建议，在早段适时举行争论事项会议，藉以下令索取有关报告书、发出适当命令和指示，以及界定争论事项范围。<sup>1193</sup> 为此，各方当事人必须预先将争论事项及所争取的济助在备忘录中清楚交待，并提交法院存档。<sup>1194</sup> 待当局清楚知悉答辩人已提交答辩书，拟就法律程序提出争辩后，便可着手安排争论事项会议。

#### 家庭和解会议

12.41 根据新西兰的建议，一俟报告书拟备后，便会安排和解会议。家庭和解会议的目的，“是容许法官探讨多个和解方案，并于情况看来不可能达成和解协议时，可根据案情订定聆讯的条件。”<sup>1195</sup> 待所有相关资料都呈上法院后，便会召开会议。届时各方当事人会与律师一同出席，由大律师提供意见，说明迄今已支出的费用和预计进展至聆讯阶段时将会耗用在法律和其他各方面的费用。如果在争论事项会议召开后但在和解会议召开前需要进一步指示，（如没有依循指

---

<sup>1192</sup> HKLD [1992] H 111.

<sup>1193</sup> “New Zealand Family Law Report”, summarised in an article of the that name in Family and Conciliation Courts Review, Vol. 33, No. 2, April 1995 (182-193).

<sup>1194</sup> 出處同上，第 6.5.7 段。

<sup>1195</sup> 出處同上，第 6.5.8 段。

示行事或披露资料便是一例)，可召开另一次会议，但有关费用会判由败诉一方支付。<sup>1196</sup>

12.42 争论事项会议及和解会议的模式，都是使法官有机会探讨纠纷的性质，并协助诉讼人找出各种解决问题的方法。<sup>1197</sup> 在香港，碍于列于法院案件审讯表待审的案件甚多，纵使有规则订明须召开和解会议，法官也无暇参与。因此，即使夏正民工作小组就首次非正式过堂程序提出的建议获得落实，除非每宗案件都有充裕时间处理，否则也不会起明显作用的。在英格兰，吴尔夫的最后报告书<sup>1198</sup>提议，让当事人在审议已支出讼费和估计未来讼费的个案管理会议上列席，“将会成为很有力的诱因，促使有关人士务实行事。”

12.43 争论事项会议与和解会议的目的不同，所以应清楚区分。此外，如能规定就审讯事宜召开管理会议，即和解会议失败后召开的正式审前检讨，也可起一定作用。

#### 审前会议

12.44 萨斯喀彻温省法律改革委员会提议，在关于管养权的法律中加入有关审前会议的条文，藉以结合争论事项会议及和解会议的功能：<sup>1199</sup>

- “(A) 在首次就管养权申请出庭后，或在聆讯有关申请之前任何时间，法院可指令在法官或由法院指定的其他人面前举行审前会议，以达成下列目的：
- (i) 解决和缩减争论事项；
  - (ii) 披露将于聆讯提交的证据的性质；
  - (iii) 敦促和解或调停；及
  - (iv) 将和解程序纳入法律程序中，包括委任法庭之友和就管养权发出指示。
- (B) (1) 在各方当事人同意下，审前会议可由司法常务官安排，而无须由法院就有关会议发出指示。
- (2) 审前会议会在轻松气氛下按法官或其他主持人的指示进行。
- (3) 主持审前会议的法官或其他人必须撰写备忘录，列明各方当事人在会议上协定的事项，把有关备忘录送交各方当事人核批，并将备忘录存档。

---

<sup>1196</sup> 出處同上，第 6.5.9 段。

<sup>1197</sup> Boshier report at 7.2.8.

<sup>1198</sup> *Access to Justice*, 26 July 1996 at 82-86.

<sup>1199</sup> Saskatchewan Law Reform Commission, *Proposals on Custody, Parental Guardianship and the Civil Rights of Minors*, (December 1981), at 17.

- (4) 如无各方当事人的同意，不得将审前会议上所披露的证据视为在会议上作出的承认而获接纳为证据，或作为会议的誊本或记录的一部分。”

12.45 我们建议因应香港的情况，为争论事项会议及和解会议制定法定条文。争论事项会议与和解会议之间应有明确区别，但又同是独立于调解程序以外的。和解会议是整个程序的必经步骤，除非一方当事人或各方当事人提交证明书，表明藉和解会议达成和解的机会甚微，而举行会议徒然浪费金钱，则作别论。

12.46 纵使不召开和解会议，仍会召开一个作用与指示聆讯相若的会议，以便就审讯发出指示，而法官在此阶段仍可以提议各方当事人和解。至于在这些审前会议上披露的证据，如无各方当事人的同意，不得在其后举行的聆讯或法律程序中被视为作出承认而获接纳为证据，或作为有关会议的誊本或记录的一部分。

### 新法律程序流程图

12.47 我们制备的流程图载录于附件 2，以方便读者理解拟议新法律程序的流程。这流程图所载列的步骤都是个案管理所必需的步骤，而日程表则是由法官经征询各方当事人意见后订定的。争论事项会议的作用，与发出指示的过堂程序相若；尽管我们明白，目前各方当事人只要提交协议传票存档后，便无需进行指示聆讯。“指示聆讯”所喻示的权力固然较大，但“争论事项会议”却反映出其内容是关乎调解，而且会更着重处理各方当事人之间尚待解决的事项，所以后者用语较为可取。争论事项会议就如现行的指示聆讯，将会成为审理案件程序的必经阶段。我们建议以争论事项会议取代过堂程序。

## 乙部 一 排解家庭纠纷程序的支援服务

### 调停服务

12.48 小组委员会已详加考虑过去提出的改革建议，包括由梁氏提出的和家事法庭专责组报告书中载列的。梁氏指出，调停服务是“真正家事法庭必备的服务”，<sup>1200</sup> 但法官碍于司法独立原则，是不能直接参与并向各方当事人施压，以促使他们妥协。况且，当案件进展至审判阶段时，有规则规定不得将各方当事人曾尝试和解一事向法院透露。梁氏提议限令在办理离婚申请前有一段过渡期，让各方当事人可通过调停和辅导，深思和解决所有附属事项，然后安排在司法人员面前举行初步聆讯，务求早日解决有关纠纷。即使未能藉上述程序解决纠纷，这

---

<sup>1200</sup> 載於 1990 年 1 月號《香港律師》第 53 及 54 頁，題目為“Divorce, what next ?”。梁愛詩女士是現任律政司司長。



也不会对法院进行调查和仲裁的权力构成任何影响。对婚姻案而言，审前调停将可发挥重要作用。

## 法院福利服务

12.49 家事法庭专责组报告书建议，除了在法律仲裁程序中作最终裁决的职能外，法院应以综合方式提供支援服务。<sup>1201</sup> 法院福利服务将会成为法院制度的一部分，其架构会仿效新西兰的模式，由福利工作人员向法院提供意见并代表法院行事，他所肩负的任务与辅导员和调停员的职能是截然不同的。<sup>1202</sup>

## 其他支援服务

12.50 家事法庭专责组报告书指出，“调停服务和辅导服务都是……建立完善家事法庭制度的基础。”<sup>1203</sup> 这报告书又建议，在家事法庭为调停员和辅导员设立办事处，让他们提供服务，并藉此与法庭保持直接联系。此外，关于辅导或调停的转介服务还包括将有关人士转介往法院以外的合格人员。在法院内开设调停服务有助各方当事人处理情绪、实务和法律各方面的问题，并通过谈判议定和解协议。<sup>1204</sup> 这些职员会与律师联络，以“保证早日解决问题和有效率地管理案件”。<sup>1205</sup> 而法院调停统筹员会在各方当事人、他们的法律代表、法院及调停机构之间充当联络人。

12.51 我们一般赞同并采纳家事法庭专责组就支援服务提出的建议，但认为在用语方面，“调解和调解员”较“调停和调停员”可取。如能拨出更多资源发展调解服务、资讯简介会和父母教育计划作为支援服务来配合法律程序，更可收相辅相成之效。为此，有需要将这些支援服务和拨予法院制度的资源结合起来，以确保法院会开放服务和向市民负责。<sup>1206</sup> 我们建议由政府拨付支援服务的经费。

### 在家事法庭内辟设支援服务的办公地方

12.52 我们建议家事法庭的办公地方应设有环境舒适的会客室，以保障各方当事人及其子女的私隐。这安排有助改善在法庭进行和解的气氛。

---

<sup>1201</sup> 香港社會服務聯會的專責組擬備的 *Proposal on the Establishment of a Family Court in Hong Kong*，載於第 4.2 段。

<sup>1202</sup> 出處同上，第 7.2 段。

<sup>1203</sup> 出處同上，第 7 段。

<sup>1204</sup> 出處同上，第 2.4 段。

<sup>1205</sup> 第 7.1.3 段。

<sup>1206</sup> *Ontario Civil Justice Review, First Report*. 出處見上文，第 16 章。

12.53 我们赞同家事法庭专责组报告书的建议。我们提议为辅导员和调解员辟设办公地方，让他们用以在办公时间与当事人会晤，并协助法院就过堂事宜订定日期。让这些人员在法院当值的安排自有其优点，这较让两派律师在“法庭门槛”、即过堂或聆讯时才就问题进行谈判，可能更为有效。不过，当推行争论事项会议及和解会议后，在聆讯举行当日早上才作讨价还价的情况应会大为减少。

12.54 我们已采纳家事法庭专责组报告书所载的支援服务建议。我们建议在家事法庭为辅导员和调解员辟设办公地方，以便他们可尽快转介有关人士接受合适的服务。

### 排解纠纷的资料

12.55 英格兰法律委员会在检讨管养权<sup>1207</sup>后，提出“为更有效运用现有资源，从改善法院履行职责时所衍生的间接影响着眼，尤胜于加强其调查功能”<sup>1208</sup>该委员会在结论时指出，法院应加强协助父母联络当地服务机构的服务。

12.56 我们建议法院应加强协助父母联络支援服务机构的服务。此外，有需要加强向公众进行宣传和教育的工作，以鼓励家庭在发生争执初期或初遇上问题时向区内的家庭服务中心或其他机构求助。

12.57 夏正民工作小组建议将调解服务的资料纳入《婚姻路知多少》中，并可由执业律师将这份小册子分发予其当事人。<sup>1209</sup>这本在当时尚由社会福利署筹划的小册子现已出版，所载资料包括现有可供市民应用的辅导服务，并提及社工现正接受出任为家庭调解员的培训，但却未有列明可提供调解务的非政府机构。

12.58 爱尔兰法律改革委员会指出，应在各个家事法院附设家事法庭资讯中心，<sup>1210</sup>向案件委托人提供多方面资料，包括家庭支援服务、社会福利权益及服务、法律援助和法律意见服务、家事法院运作模式的基本资料，以及法院可提供的补救方法。<sup>1211</sup>案件委托人也可在此取得有关可采用的调解服务和其目标的资料和意见。此外，资讯中心会备存资讯包，供市民索阅。

---

<sup>1207</sup> *Family Law Review of Child Law: Custody*, (1986: Working Paper No.96) at 4.10. 該文件在結論中指出，核實為兒童所作安排的法律程序未能達成任何已公布的有關目標。

<sup>1208</sup> 出處同上，第 4.13 段。

<sup>1209</sup> 第 12.4 段。

<sup>1210</sup> *Report on Family Courts*, (1996: No. 52) at 7.07-7.11. 他們在諮詢文件第 7.17 段提議開設諮詢中心，但經諮詢後擬定的最後報告書中，卻建議開設資訊中心。

<sup>1211</sup> 出處同上。

12.59 我们建议家事法庭应提供关于法律程序、支援服务，以及诉讼以外的另类方法的资料。此外，《婚姻路知多少》等小册子应存放于家事法庭和高等法院大楼的大堂，以备索阅。

#### 调解服务资料

12.60 由于调解服务是新兴服务，所以需要广为宣传，才可成为除对抗制度外一个可予信赖的解决方法。事实上，首席大法官的法院附设调解服务报告书建议，法院应有责任积极推介调解服务，方法是由首席大法官认可一份载述采用调解服务的优点和调解程序的单张，以及规定律师有责任向各方当事人提供这份单张。香港国际仲裁中心的家庭调解委员会已制备有关家事调解小册子，并存放在家事法庭。为鼓励市民采用调解服务，我们建议应以司法机构名义推介有关资料，而不是靠非政府团体来宣传这类服务。

12.61 我们建议将资料小册子存放在家事法庭和家庭服务中心，以备索阅。该等小册子应载列关于在诉讼以外可供采用的调解服务的资料，并鼓励公众循调解途径解决问题。此外，《婚姻路知多少》等小册子应载列有关调解服务的资料，并定期更新。家事法庭应负起积极推介调解服务的责任，并由终审法院首席法官认可一份载列采用调解服务的优点和程序的文件。

#### 资讯简介会

12.62 资讯简介会旨在阐述各项管理纠纷的方案，并且：

*“较深入概述调解的过程。其中还包含教育元素，如认识分居过程；各种沟通模式；儿童对父母分居的反应与儿童成长的关系；夫妇双方接受调解服务的适合性；以及可藉调解处理的多类事项。”*<sup>1212</sup>

12.63 英格兰的《1996年家庭法法令》第8条规定强制有关人士参加资讯会议。<sup>1213</sup> 法院有权指令各方当事人出席会议，使各方当事人认识调解服务的设施，以及有机会采用调解服务。<sup>1214</sup> 我们同意这项服务更能保障儿童和他们的最佳利益，并可协助数目日增的答辩人，尤其是对没有法律代表的答辩人而言。在上文第1章，我们已探讨过婚姻纠纷对儿童造成影响的研究资料，并在第10章阐述美国一些州份将父母教育计划列为强制参加的活动。我们曾考虑应否在香港推行强制性资讯简介会，但碍于这是崭新程序，所以认为暂时未能为香港社会所接受。

---

<sup>1212</sup> Gibson, “Mediation of Family Disputes in the Family Court of Australia”, Paper at the Fifth National Family Law Conference, Perth, September 1992.

<sup>1213</sup> 見上文第8章。

<sup>1214</sup> Section 13 of the English Family Law Act 1996.

12.64 我们建议引入可供自愿参与的资讯简介会，并开放予普罗市民参加。在大部分情况下，各方当事人都会在提交呈请前参加简介会的。简介会的内容将会综合美国的父母教育计划和澳大利亚的资讯简介会的元素。

12.65 资讯简介会除了向各方当事人提供有关家庭支援服务和调解服务等诉讼以外的另类方法的资讯和意见外，还会借口述、录影带或资讯包等方式提供资讯，以教育身为父母者有关离婚的心路历程以及离婚对儿童的影响等。在简介会上负责讲解的人员均已接受辅导和调解技巧的培训。这项服务应透过律师、法律援助署和当值律师服务告知当事人，并应载列于家事法庭认可的小册子中。

#### *转介往资讯简介会*

12.66 为使资讯简介会可令更多人受惠，排解家庭纠纷制度中的律师和法官等各界人员的推介是必需的。社工也可间接予以协助，甚至可让人自荐参加；但预料自荐个案在计划推行初期只会占少数。

12.67 我们建议向律师施加责任，规定他们须告知其当事人有关资讯简介会的服务。我们建议授权家事法庭法官转介各方当事人参加资讯简介会；这不是藉发出命令施行，而是授权法庭可在各方当事人参加简介会前暂停进行有关的法律程序。

#### *律师的责任*

12.68 《婚姻诉讼规则》(第 179 章)表格 2A 订明，呈请人的律师必须证明他是否已与其当事人讨论有关和解的可能性，以及将有资格协助达成和解的人的姓名和地址告知当事人。<sup>1215</sup> 夏正民工作小组建议把调解服务载入表格 2A 中，特别是关乎赡养、探视权和附属济助的纠纷。不过，该工作小组建议，须待已有一定数目的合资格调解员可提供服务及“经谘询所有有关人士后”，才可落实修订这份表格的规则。<sup>1216</sup> 有很多国家都向律师施加法定责任，规定他们必须告知并鼓励当事人考虑和解的可能性，以及于和解失败时考虑接受辅导和调解服务。<sup>1217</sup>

12.69 我们建议规定律师有责任告知并鼓励其当事人考虑是否有可能和解，并须告知申请人（和接获状书的答辩人）有关辅导和调解服务的性质和目的，并

---

<sup>1215</sup> 見《婚姻訴訟規則》第 12 條。

<sup>1216</sup> 出處見上文，第 12.5 段。

<sup>1217</sup> 澳大利亞、新西蘭、加拿大和愛爾蘭。英格蘭的 Family Law Act 1996 第 12 條授權大法官兼上議院議長訂定規則，要求法律代表告知各方當事人可供採用的婚姻支援服務和調解服務，並提供合資格協助他們和解或與調解服務有關的人士的姓名和地址。

提供载列和解、辅导和调解服务机构的名单。有关资料会载列于家事法庭认可的小册子中。

## 法院在调解方面的权力

12.70 首席大法官的法院附设调解服务委员会报告书<sup>1218</sup> 建议修改《仲裁条例》(第 341 章), 如各方当事人同意接受调解但未能就调解员人选达成共识时, 可由法院委任合适的调解员。<sup>1219</sup> 不过, 委员会并不赞同让法官直接介入调解工作; 尽管他们同意加强个案管理工作, 确会间接有助推动有关人士达成和解协议。

12.71 澳大利亚的《1975 年家庭法法令》<sup>1220</sup> 第 19A 条授权有可能提出诉讼的人士向家事法院提交要求委任调解员的通知书。第 19B 条授权家事法院可在各方当事人的同意下, 将诉讼交由调解员处理。新加坡的《1996 年妇女约章(修订)法令》第 47B 条授予法院权力, 可在各方当事人同意下把个案转介予指定调解员处理, 或如各方当事人无法就调解员人选达成共识时, 可转介予法院委任的调解员处理。法院更可考虑“取得和谐解决的可能性”, 并以此为由而转介各方当事人接受调解。

12.72 我们建议采纳首席大法官的法院附设调解服务委员会报告书所载的自愿性调解服务方案, 使法院只可在各方当事人均表同意下, 才能命令他们接受调解。鉴于《婚姻诉讼条例》(第 179 章) 第 15A 条已订明, 法院如觉得有合理可能达成和解, 可将法律程序押后。因此, 可为推广调解服务而制定相若的条文。我们建议参照澳大利亚的《1975 年家庭法法令》第 19A 条而制定条文。第 19A 条授权可能提出诉讼的人或各方当事人可向家事法庭提交要求委任调解员的通知书。

12.73 我们又建议制定条文, 订明如各方当事人同意接受调解但未能就调解员人选达成共识, 可由法院委任合适的调解员。<sup>1221</sup> 我们同意不应让法官直接介入调解工作; 但如一方当事人不同意为接受调解而将法律程序押后, 则法官可尽

---

<sup>1218</sup> *Report and Recommendations of The Chief Justice's Committee on The Desirability of Introducing a Court Annexed Mediation Scheme in Hong Kong and related matters, August 1993.*

<sup>1219</sup> 這較現行條例第 2A 條更廣闊。第 2A 條規定, 如仲裁協議授權各方當事人以外人士(如香港國際仲裁中心的秘書長)委任調停員, 而該人沒有或拒絕委任調停員, 則法院可委任調停員。

<sup>1220</sup> *Inserted by the Courts (Mediation and Arbitration) Act 1991.*

<sup>1221</sup> 這與條例第 12 條授予法院的權利相若, 該條訂明在各方當事人無法就仲裁人選達成協議, 或仲裁員拒絕行事, 或在若干特定情況, 法院可委任仲裁員。

其所能鼓励有关人士接受调解。

12.74 我们又建议在为有关案件编定聆讯日期前，各方当事人须提交令法院信纳的证明，以表明曾否考虑采用调解服务，或表明他们不适合接受调解。

### 强制权力

12.75 在香港，首席大法官的委员会建议，在进行较广泛谘询后应该再考虑：(1) 应否授权法院在其认为适当的情况下，命令各方当事人参加调解程序；及(2) 应否授权法官可拒绝编定审讯日期，直至各方当事人已向法院提交证明，表明曾经尝试以某种调解方法来解决。委员会认为把后者的权力授予法官确是有用的。不过，这项权力只需有一方提出申请便可施行，所以带有胁迫成分。委员会在谘询律师会和大律师公会的意见后得出结论，认为现阶段不宜建议强制迫令有关人士尝试采用调解方法。这份报告书的建议迄今尚未落实。不过，我们也同意，这份报告书所载建议与我们就排解管养权和监护权纠纷提出的改革建议有关。

12.76 我们认为，授权法官在各方当事人向法院证明他们曾尝试调解前可拒绝编定审讯日期，是有用处的。曾有人建议授权法官可提议各方当事人尝试藉调解来排解纠纷，并在特殊情况下，甚至可因应需要而着令他们接受调解。<sup>1222</sup> 不过，我们不赞同在现阶段把接受调解列为强制规定。至于应否采纳首席大法官的报告书的建议，强制因管养权和监护权而发生纠纷的人接受调解，我们欢迎受谘询人士提交意见书。

### 辅导会议

12.77 我们在第 9 章提及澳大利亚的调停辅导和调停会议，其程序是与调解截然不同的。法院辅导员会在调停会议上进行调停辅导，以缓和纷争，并鼓励有关人士就实务事宜达成协议，特别是有关住所和联系的安排。这些法院辅导员均是经特别培训的社工或心理学家，擅于处理人际关系破裂的问题。此外，调停辅导的目标较调解为广，所涵盖的范围包括辅导父母和儿童适应家人分离后的生活，并协助他们宣泄愤怒情绪和疗治伤痛。当局会鼓励父母利用上述调停程序解决问题，以免在法院进行受争辩聆讯，致令双方积怨更深。我们又曾提述新西兰的调停辅导制度。

---

<sup>1222</sup> 愛爾蘭法律改革委員會諮詢文件第 7.37 段，出處見上文。但這項建議卻並未納入最後報告書中，也沒有提述捨棄的理由。

12.78 澳大利亚的《1975 年家庭法法令》<sup>1223</sup> 第 62F 条赋予法院酌情权，可于有关的法律程序中<sup>1224</sup> 指令各方当事人参与调停会议，以商讨关于儿童的照顾、福利和成长，并尝试解决各方当事人之间的分歧，更规定除非各方当事人已参加调停会议，否则法院不会发出教养令，但也有例外情况的。<sup>1225</sup> 关于财产事宜方面，必须交由司法常务官主持的第 24 号命令会议，通过调停解决。<sup>1226</sup> 有关儿童和其财产事宜的联合调停会议，可由司法常务官联同辅导员主持。<sup>1227</sup>

12.79 我们认同调停会议确有优点，可同时兼顾离婚过程所牵涉的情绪变化历程和法律程序。在本地法律制度下，离婚后所经历的情绪变化却备受忽视。因此，强制各方当事人参加辅导会议，可让各方有机会解决部分令父母无法专注照顾儿童的最佳利益的问题；更可避免各方当事人因只顾坚持己见，致使问题无法解决和窒碍早日排解纠纷。如果各方当事人在辅导会议上解决了其争议，便可由有关方面拟备协议令，而他们也无需接受调解。

12.80 我们建议引入与澳大利亚调停会议相若的程序，但为免与调解混淆，会命其名为“辅导会议”。我们建议把辅导会议列为法院制度的个案管理程序中必须而不可或缺的部分。我们建议“支援服务统筹员”须以书面向法官报告各方当事人曾否参加辅导会议，以便按照法律程序进行下一阶段。

12.81 如果父母双方在经济和子女事宜两方面都有争议，便应安排联合辅导会议一并处理这些事宜。我们建议有关会议可由调解员或辅导员主理，会议经费则应从公帑拨付。

12.82 我们注意到，我们就法律程序提出的建议与尚待实施的夏正民工作小组报告书所载的建议不同。至于如何协调我们与夏正民工作小组的建议，以及如何选纳上述两套建议项目并予以实施，则应由政府决定。

### 支援服务统筹员

12.83 新西兰的《1980 年家事法院法令》(Family Courts Act 1980)第 8 条规定，

---

<sup>1223</sup> 這已藉 1995 年的法令所替代，而法院規則則於 1995 修訂。有關調停會議可參閱第 24 號命令。

<sup>1224</sup> 這是關乎未滿 18 歲的兒童的日常照顧、福利和發展。

<sup>1225</sup> 出處同上。這是藉 1995 年的法令替代的第 65F 條。例外情況是按協議發出的命令、臨時或緊急命令；參加會議是不切實可行的；或有特殊情況，如家庭暴力。

<sup>1226</sup> 第 79(9)條。

<sup>1227</sup> According to Brown, “Developing and Implementing Family Court Services: The Family Court of Australia”, paper presented at the Second World Congress on Family Law and the Rights of Children and Youth, June 1997.

统筹员的职责是促使家事法院、辅导、以及其他如调解等相关服务运作畅顺。<sup>1228</sup> 在新西兰，共有 40 名统筹员分驻于 24 间家事法院，负责将案件转介予分布在新西兰各地的 500 个从业员和服务机构，并在有需要时将个案转介予专业人士处理。

12.84 另一项主要任务是向社区推介家事法院所提供的服务。布舒雅报告书建议，统筹员应同时肩负选纳主任的职责，评估适合某宗个案的排解方式。<sup>1229</sup> 统筹员的功能包括联络当事人、在早段将个案分类、进行评估和转介，联系专业组织，以及举办公共教育活动。<sup>1230</sup> 统筹员应具备辅导工作经验，并曾接受调解技巧培训。家事法院专责组的报告书也建议开设调停统筹员一职。

12.85 我们建议开设统筹员一职，专责使家事法庭排解纠纷制度的所有支援服务运作畅顺；其职责详情会在下文细述。我们建议采用“支援服务统筹员”（统筹员）这个名称，以避免因采用家事法庭专责组报告书所用的“辅导统筹员”而与和解一词造成混淆。再者，统筹员的工作范围是不仅限于调解，而会扩及至辅导会议和将各方当事人转介接受法院以外的辅导服务。

12.86 统筹员会评估各方当事人所需的辅导、辅导会议或调解服务，并将适当个案转介予合适人士处理，如社会福利署的辅导员或调解员、社区调解或辅导服务机构、专业调解员、专业辅导员，或其他支援服务机构。

12.87 统筹员人数必须多于一名，因为他们需要统筹转介参加资讯简介会和辅导会议的工作。有关的进度报告也可送交统筹员处理，以便他们与法律代表联络。为确保转介得宜，统筹员可查阅誓章或资料单张，或于有需要时与各方当事人晤谈。统筹员可向当事人和有关的专业人员搜集意见，以评估提供上述服务的过程是否有尚需改进之处。此外，统筹员也会与社会福利署负责为法院拟备有关各方当事人的报告的人员保持联系。

## 调解服务

12.88 法律改革委员会的离婚研究报告书曾建议，应优先推介婚姻辅导、调解和调停服务，<sup>1231</sup> 又建议政府考虑在香港推广和发展这些服务。

12.89 夏正民工作小组赞同调解是仲裁以外的另类处理家事案的方法。然

---

<sup>1228</sup> 出處見上文，第 9 章。

<sup>1229</sup> 出處見上文，第 6.5.2 段。

<sup>1230</sup> Boshier report. 出處同上文。

<sup>1231</sup> 《離婚理由及結婚三年之內申請離婚的時間規限研究報告書》（1992 年論題 29）第 9.11 段。



而，由于香港当时缺乏合资格的调解员，工作小组认为“推行法院附设的调解计划尚属言之过早。不过，当香港具专业资格的调解员人数达一定数目时，应该再研究这项计划”。<sup>1232</sup>

12.90 即使日后将个案改循法院以外的调解途径处理，也确实不能彻底解决法院个案积压、审理延误和讼费日增等问题。<sup>1233</sup> 韦特(Wright)建议藉开办法院附设调解服务来解决。<sup>1234</sup> 新南威尔士法律改革委员会<sup>1235</sup> 建议，法院的排解纠纷计划，必须有明确指引和充裕资源，以确保处理程序完善和服务质素良好。

### 社会福利主任与调解服务

12.91 离婚所牵涉的事宜繁杂，在这范畴服务的任何机构，都必须在专业知识和架构上有扎实根基，而且有清晰形象，否则，有关的工作人员便需要耗费更多资源去建立和保持形象。根据研究员的分析，加拿大的蒙特利尔家庭调解计划是最为有效和最具系统的，其调解服务是由独立机构提供，无需与其他诸如就管养权撰写评估或报告的服务相互竞争。<sup>1236</sup>

12.92 现时实有需要从架构上厘清由谁负责家事法庭的调解服务。否则，社会福利主任一方面执行原有的调查员工作，另一方面如又担当调解员的新职能，定会造成混淆。为维护上述三个不同程序（调解、调查和辅导）的功能，必须将三者清楚区分。<sup>1237</sup> 在名为《儿童：福利工作人员的调查和报告》(Children: Inquiry and Report by a Welfare Officer)<sup>1238</sup> 的司法常务官指示中，便扼要区分三者的功能：

“福利工作人员的工作是调查有关儿童和在他们生命中重要人物的状况；报告他所见所闻；向法院提交其对有关情况所作的评估；及在适合情况下作出建议，以协助法院。因此，福利工作人员的职能不是尝试居间调停。不过，如果在调查期间适逢达成和解协议的机会，他可鼓励各方当事人解决争议。”

12.93 如果社会福利署有意在家事法庭开办调解服务，便需要制定适当指

---

<sup>1232</sup> 出處見上文，第 12.3 段。

<sup>1233</sup> Wright, “Alternative Dispute Resolution and Case Management”. 載於 1994 年 9 月的《香港律師》第 18 和 19 頁。

<sup>1234</sup> 出處同前。

<sup>1235</sup> *Alternative Dispute Resolution: Training and Accreditation of Mediators*, (1991: Report No. 67) at 70.

<sup>1236</sup> Richardson, *Court-based Divorce Mediation in Four Canadian Cities: An Overview of Research Results* (1988). 見上文第 10 章。

<sup>1237</sup> Clulow and Vincent, *In the Child's Best Interests: Divorce Court Welfare and the Search for a Settlement* (1987).

<sup>1238</sup> [1986] 2 FLR 171, (England).

引，以区分上述职能。有意成为调解员的人员，必须停止负责调查和为法院拟备报告的工作。如果让他们继续为法院拟备报告，则尽管有关报告的对象不是他们负责调解的家庭，但仍会窒碍他们吸收新专业岗位所需经验的进度。况且，如果调解服务是独立于其他服务，可更易取信于所服务的家庭。在这安排下，如果纠纷未能藉调解而获得解决，负责向法院呈交报告的人员并不能取阅调解员所拟备的档案来拟备报告。我们同意这安排可能牵涉资源问题，因为同一个家庭可能需要不同界别的人员提供服务。

12.94 社会福利主任所担当的法院调查员或专家的角色，与辅导员或调解员的角色不同。我们建议社会福利署制定适当指引，将上述职能区分开来。小组委员会大部分成员建议开办法院调解服务，并由具备专业资格的调解员任职，藉此与负责为法院进行调查和撰写报告的社会福利主任区分开来。

#### 其他专业

12.95 为免出现角色混淆问题，合资格的调解员同样不应辅导其当事人，或参与其他治疗工作。此外，律师会也需要拟备指引，以确保曾经代表案中一方当事人的律师，不得在该案中提供调解服务；并将律师出任为调解员和代表律师两个不同的职能清楚区分。大律师方面或许也需要制定相若的指引。

12.96 其他参与辅导或治疗工作的专业人员，不论是于政府或非政府机构任职，或是私人执业的，均须采用相若指引。我们也建议，其他如律师会和大律师公会等组织应拟备适当指引，以确保可清楚区分律师作为代表律师和作为调解员所肩负的不同职能。

12.97 布舒雅报告书建议提供途经，以便在处理棘手个案时，可以在调解过程中征询专家意见，如心理学家或资深社工等，以“促使各方当事人专注照顾儿童的需要和意愿。”<sup>1239</sup> 该报告书又建议，调解员可以应各方当事人的要求，安排其他专业人员为有关的儿童拟备报告。<sup>1240</sup> 这或许有助各方当事人达成和解协议。我们建议为家庭调解员提供索取专家报告的途径，让他们在处理关乎儿童的棘手纠纷案时，可以在各方当事人的同意下取得专家报告，以利解决问题。

#### 工作小组

12.98 小组委员会研究过应否成立工作小组，以筹划法院附设家庭调解服务的试验计划。这个工作小组应包括有利害关系机构的代表，即律师会、大律师公

---

<sup>1239</sup> At 5.7.9 of the Boshier report. 出處見上文。

<sup>1240</sup> Paragraph 5.7.9 and 5.7.10 respectively of the Boshier report.

会、行政署长、法律援助署、律政司法律政策科、司法机构、社会福利署、卫生福利局、民政事务局、调解组和社区调解服务机构。工作小组的目标，是按香港在排解离婚和管养子女纠纷的需要，规划并建立一个最切合其需要的法院附设家庭调解服务制度。

12.99 我们也建议，工作小组应仔细探讨儿童的特别需要，以及如何能在调解过程和家事法庭上尽量保护他们。这对于甄别哪个类别的家事法庭最能平衡诉讼人、他们的子女、司法机构和法院行政机构各方需要一事上，也有一定影响。小组委员会会议决建议成立工作小组，负责规划并推行法院附设家庭调解服务试验计划。

#### 法院附设家庭调解服务试验计划

12.100 当我们提述试验计划时，所构想的是在全面实施计划前的实验方案，在规模和期限方面都有限。英格兰的白皮书建议在实施改革前推行试验计划：

*“这个试验计划将会把重点放在..... 夫妇对挽救婚姻的诚意；提供资讯简介会；应用‘资讯’录影带，采用调解服务的个案量和可能需要的调解员数目；提供调解服务的组织和服务质素验证程序；采用律师服务，律师的教育和培训需求，以及分配法律援助。”<sup>1241</sup>*

12.101 英格兰的律师会建议，试验计划应于引进新法例前推行，“以确保从中汲取的经验可供草拟法例时参考”；<sup>1242</sup> 并可评估新建议计划的成本和测试其效果；以及解决其中任何不足之处。<sup>1243</sup>

12.102 我们建议把调解服务列为家事法庭制度中一个不可或缺的部分。为使调解服务确立为一项永久性排解纠纷方法，我们建议在家事法庭推行法院附设家庭调解服务试验计划。

#### 试验计划研究小组

12.103 我们在最初曾构思成立工作小组，以探讨法院附设家庭调解服务试验计划。然而，终审法院首席法官李国能先生已于1997年10月成立了“香港家事法诉讼调解试验计划推行研究小组”（试验计划研究小组），并由夏正民法官担任主席。

---

<sup>1241</sup> Brown and Jones: “Looking to the Future; a summary”, [1995] Family Law, 286, 289.

<sup>1242</sup> *Fairness for Families*. 這是律師會在1995年8月發表的，作為對白皮書的回應。

<sup>1243</sup> 出處同前，第4.24段。

12.104 我们欢迎终审法院首席法官成立试验计划研究小组，并建议该小组参考我们就调解服务、个案管理及拟议试验计划所提出的建议，以决定会否有助他们制定建议。

12.105 我们建议就试验计划拟备报告，以分析计划的成效，并就在香港推行法院附设家庭调解计划的模式制定建议。有关计划应该包括父母教育计划。此外，法院和其他机构都应推广教养计划。

12.106 试验计划可就探视权和管养权等各类个案测试不同处理模式的成效；履行上文所述大法官兼上议院议长在白皮书所列出的各项任务；以及对法院日后采用的家庭调解服务安排、调解效益和调解服务成本作充分测试。为切合实际情况，在评估成本时，应以调解机构会自行承担全部经常性开支和付予调解员和行政人员市值薪金为基础。<sup>1244</sup>

12.107 小组委员会建议，在推行试验计划时，可聘用调解员在内部提供调解服务；也可以按宗付费方式，将若干个案直接分配或透过香港国际仲裁中心的私人调解员小组转介予私人执业调解员；<sup>1245</sup>更可利用社区调解服务机构。此外，各方当事人有机会自行选任调解员，更可在法院架构以外安排调解服务，并在法律程序以外解决其争议。

12.108 试验计划应为期3年。我们相信这可让当局有充分时间测试各个模式，推广调解服务，以及累积足够调解个案数据作评估之用。此外，为提供家事调解服务而制定的法例，也正好利用这段时间来草拟和制定。

12.109 司法机构和社会福利署必须与非政府机构合作，并必须为拟议法院附设调解服务的试验计划作广泛咨询。为此，所提出的任何建议，都应详加解释和提供理据佐证，而所订定的拟议试验计划，也需有翔实论据为基础，并切合本地情况。

#### 管理委员会

12.110 一个由家事法庭、司法机构政务长办公室、法律援助署、律政司、社会福利署、社区调解机构、法律专业人员和调解员专业组织代表和统筹员组成的管理委员会，会负责监察试验计划的推行情况。我们建议由管理委员会负责监察试验计划的推行情况。

---

<sup>1244</sup> 出處同上。英格蘭律師會在 *Fairness for Families* 一文提出的建議，第 5.12 段。

<sup>1245</sup> 調解員小組是由該中心管理而不是由調解組管理，儘管後者是該中心提供的服務之一。

### 为法院计划培训调解员

12.111 布舒雅报告书建议，“为使调解服务可在家事法庭制度享有显要地位，对调解员的甄选、培训、监管、资格评审及持续资格评审等工作均必须订定严格标准”。<sup>1246</sup> 我们同意布舒雅报告书所提述的重点，并建议规定在香港任何法院附设调解服务计划中任职的调解员，都必须通过严格的甄选、培训和资格评审程序，并受到严格监管。

### 资格评审

12.112 调解组和香港国际仲裁中心已制定一套认可资格评审制度，以评审家庭调解员的资格，并正筹组合资格的调解员小组。为确保调解员的质素符合一定标准，日后所有合资格的家庭调解员，不论是私人执业的，抑或是受聘于社区机构或社会福利署的，均须通过这制度以核实其资格。这制度如获政府和司法机构认可，则有关服务团体便可较易取得政府拨款资助或补助。我们建议现行的家庭调解员资格评审制度应获得政府和司法机构认可。

### 筛选和配对

12.113 本杰明和欧文认为，对决策者而言，最关键的问题不是调解是否有用，而是如何为当事人选配最切合他们需要的特定服务模式，以充分发挥调解的优点。<sup>1247</sup> 为此，他们建议采用筛选程序来达致这目标。如果负责转介及选纳的人员未能适当“断症”，则所提议采用的“疗方”也许不当，以致对这个制度构成更多问题和造成更大开支。

12.114 如可根据个案特点选配适当的排解纠纷程序，则所进行的调解会议和辅导会议便能发挥辅助正规法院制度的功能，使当事人和向他们提供意见的专业人员可有更多选择。此外，“提供有效且方便服务对象采用的程序，也有可能促使律师在检讨其工作程序和落实改善措施时，会更着重承担责任和接受问责。……”<sup>1248</sup>

### 处理家庭暴力和性侵犯的指引

12.115 新西兰的布舒雅报告书建议，“一般而言，当有人提出保护家庭的申请，而且是附连监护权申请时，便不宜藉调解处理；但如有关的申请人同意，也

---

<sup>1246</sup> Paragraph 5.7.7 of Boshier, “New Zealand Family Law Report” summarised in an article of the that name in Family and Conciliation Courts Review, Vol 33, No. 2, April 1995 (182-193).

<sup>1247</sup> “Research in Family Mediation”, Mediation Quarterly, Vol 13, No. 1, (Fall 1995), 53, 73。

<sup>1248</sup> Finlay, “Family Mediation and the Adversary Process”, Australian Journal of Family Law, vol 7, No. 1, (1993), 63, 69.

可指示他们接受调解。”<sup>1249</sup>

12.116 布舒雅报告书也建议，“牵涉实质性侵犯指称的个案不应转介‘家事调停服务处’处理，<sup>1250</sup>最起码要待有关方面详加调查有关指称后，而且必须在各方当事人达成协议并经法官审核后，才可再作决定。”<sup>1251</sup> 我们建议参照澳大利亚和新西兰的指引，制定有关处理家庭暴力和儿童受性侵犯个案的指引，以筛选适合接受家庭调解服务的个案。

### 评估

12.117 由独立研究员评估试验计划的成效是必需的，而且应该容许他们取阅分存在法院和各机构的个案档案。此外，为方便研究时传送和交换资料，所有记录必须采用相容的电脑软件转为电脑资料存录。本杰明和欧文指出，研究经费如由政策制订者厘订，则经费水平会趋于与达成协议个案的比例直接挂钩，而且在衡量计划成效时，也会以经调解达成协议的个案数目为准则。这方针其实带有误导成分，因为计划成功与否是不能单凭达成协议的比率来衡量的。有研究结果显示，即使并未能藉调解达成协议的参加者，也可在调解过程有若干得着。<sup>1252</sup> 我们建议应对法院附设家庭调解服务的试验计划作独立的评估。

### 社区调解服务

12.118 社会福利署开设了 42 个家庭服务中心提供家庭服务，而非政府机构开办的同类中心最少有 23 个，另有 19 个分设在社区中心的家庭活动资源中心。由于这些中心都是深入普罗家庭的前线联络点，所以应藉这些家庭服务中心和家庭活动资源中心推广调解服务，并指定由部分家庭服务中心（包括由政府和非政府机构开设的）提供调解服务，以协助排解家庭纠纷，免待争议已经恶化而要诉诸法院之时。由于调解服务尚未广为人知，所以较宜在现已提供家庭辅导服务的中心开办，更可因利成便，接受有关辅导组织转介个案。

12.119 家庭成员的关系一旦出现危机，可诉诸法律制度解决。这个看法是因为公众一向视法律制度为唯一或最适合的解决途径。鉴此，有需要加强宣传和教育公众，以鼓励他们在家庭发生纠纷初期或初遇问题时，便向其区内家庭服务中心求助。这些地区中心由具备专业资格的调解员任职，其职能不是提供辅导服务，而是在有关人士诉诸法院前，协助他们排解家庭纠纷。

---

<sup>1249</sup> 出處見上文，第 11.5.4 段。

<sup>1250</sup> 該報告書曾建議在家事法院的司法架構以外另闢完全獨立的家事調停服務處。

<sup>1251</sup> 出處同上，第 12.5.2 段。

<sup>1252</sup> 見上文第 7 章。

12.120 我们建议开办社区家庭调解服务，并藉加强推广和教育工作鼓励公众尽早藉转介接受有关服务。

#### 认可社区调解服务

12.121 澳大利亚的《1995年家庭法改革法令》设定了机制，使服务社区的辅导和调解服务机构可成为《1975年家庭法法令》下的认可机构，第13E条更规定有关部长有责任公布认可机构的名单。

12.122 我们建议参照澳大利亚的《1995年家庭法改革法令》中关于使服务社区的辅导和调解服务机构成为认可机构的条文，以制定相若的条文。我们建议在香港推行相若的计划，认可机构除可获政府拨款资助外，还会联同政府处理有关服务质素、持续监管、培训调解员和其他相关事宜。

#### 儿童在调解过程的心声

12.123 亨立汉注意到，新西兰大部分有关管养权、探视权和监护权的纠纷都是藉辅导和调解来排解的，但现时尚未有法律规定在有关过程中必须考虑儿童的意见。<sup>1253</sup> 不过，布舒雅报告书建议：

*“为在家庭调停服务处接受调解的人引进新的转介服务类别，对象为案中儿童……对于管养权和探视权的意愿受到争议，而有关资料又不适宜由调解员自行索取的”。<sup>1254</sup>*

12.124 为听取儿童心声，可由该调解员直接与儿童晤谈，或安排另一位专业人员与该儿童晤谈，但需要制定特别准则，以订定适宜安排与儿童晤谈的条件和晤谈环境。<sup>1255</sup> 凯利简述顾及儿童心声的目标：

1. 使该儿童成为家庭决策过程的中心人物，
2. 征询该儿童对父母所作决定的意见，
3. 在有需要时为该儿童客观澄清事情和教导儿童，及

---

<sup>1253</sup> “The 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child”, “Rights and Responsibilities”, Papers from the International Year of the Family, Symposium on rights and Responsibilities of the Family, Wellington, October 1994, 32, 36.

<sup>1254</sup> 出處見上文，第8.7.2段。

<sup>1255</sup> Kelly, “The Voice of Children in the Mediation Process”, notes from a Pre-Conference Workshop of the Second International Mediation Conference, Adelaide, January 1996.

#### 4. 向其父母反映该儿童的心声。

12.125 我们已注意到诉讼过程中听取儿童意见的机制。《1995年苏格兰儿童法令》第11(7)条规定法院：

*“在顾及该儿童的年龄和成熟程度的情况下，须在可行范围内尽量；*

- (i) 给他机会表明是否有意表达其意见；*
- (ii) 如他表明有此意愿，给他机会表达意见；及*
- (iii) 对他所表达的意见加以考虑。”<sup>1256</sup>*

12.126 我们建议采纳一条参照已修订的《1995年苏格兰儿童法令》第11(7)条而制定的条文，以设立机制，在调解过程中考虑儿童的意见。<sup>1257</sup>我们也建议应考虑采用什么机制来确定儿童的意见，以促使调解员注意儿童的意见。

#### 法律援助和调解

12.127 我们注意到，英格兰的《1996年家庭法法令》授予法律援助委员会法定权力提供调解服务，<sup>1258</sup>并规定除非有关人士已经就是否适合接受调解一事与调解员会面，否则不会获得法律援助所安排的律师服务。我们建议香港应为家庭调解服务提供法律援助，因为这项服务可促使有关人士早日达成和解，从而使法律援助署节省占其预算的大部分的家庭纠纷案的经费。<sup>1259</sup>法律援助署应为其辖下的专业人员和其他职员制定指引，以改善转介当事人接受调解服务的程序；这也包括鼓励名列法律援助署私人执业律师名单上的律师会同样转介当事人接受这些服务。事实上，香港公教婚姻辅导会于1991年发表的《婚姻调解辅导计划评估研究报告书》(Evaluative Research Report on the Marriage Mediation Counselling Project)显示，在所有接受过法律援助署简介调解服务后受访的私人律师中，有56%支持为涉及儿童的个案提供调解服务。

12.128 我们建议制定法定条文，就处理监护权、管养权和探视权纠纷的调解服务提供法律援助作出规定。我们又建议，待有关法例制定后，法律援助署应为家庭调解服务设立完善的拨款计划，用以推行教育、宣传和个案筛选等工作。

---

<sup>1256</sup> Section 11(7) of the Children (Scotland) Act 1995.

<sup>1257</sup> 見下文附件 1。

<sup>1258</sup> 見上文第 8 章。

<sup>1259</sup> 在 1997 年批出的民事法律援助證書中，有 41.2% 是用於婚姻訴訟案。在撥作民事訴訟經費的 2.45 億港元中，有 31% 是用於婚姻訴訟案。



## 特权与保密

12.129 本文采用“特权”一词是指在某些情况下不向法院透露资料的权利，“保密”一词是指某项通讯或资料在法律上获承认为有理据在法院声称具有特权的。保密是调解的必要元素，以确保调解过程不受任何影响和各方当事人的利益均受保障，从而鼓励各方全面披露资料，以促使达成和解。调解组现已采用的《家庭调解员专业实务守则》，规定调解员有保密的责任，以保障各方当事人在调解过程所披露的资料，而只有在若干明确界定的情况下才不在此限。<sup>1260</sup> 该守则又指明调解员如被法院传召出庭，会声称享有特权。

12.130 英格兰和威尔斯法律委员会建议，应对调停过程中所作的陈述赋予法定特权；但所作的陈述如显示儿童有受害的危险，则该项陈述只会具有“特权”而不是“保密”。<sup>1261</sup> 《1995年苏格兰民事证据（家庭调解）法令》(Civil Evidence (Family Mediation) (Scotland) Act 1995)规定，在认可家庭调解员主持的家庭调解过程期间所发生的一切事情，都不会获接纳为证据。<sup>1262</sup>

12.131 现时有多个国家都在主体或附属法例或实务指示中，就和解会议或调停会议的特权作出规定。<sup>1263</sup> 此外，也有一项建基于稳固婚姻符合公众利益的普通法特权。<sup>1264</sup> 香港上诉法院在 *W* 诉 *W*<sup>1265</sup> 一案中裁定，由心理学家以调解员和调停员身分作出关于个案中各人关系的证供，是具有特权的。<sup>1266</sup>

12.132 在香港，赋予法定特权的规定是有先例可援的。《劳工关系条例》（第55章）第II部规定以调解方式排解劳资纠纷，如未能解决纠纷，调解员须向劳工处处长提交报告，开列各方当事人同意的事实和看来仍有争议的事实，<sup>1267</sup> 处长可随而把有关纠纷转介予特派调解员处理。这位特派人员是由劳资关系科的高级人员出任。第9条规定有关的通讯享有特权：

“调解员或特派调解员因根据本条例执行职能而获传达的

---

<sup>1260</sup> 這是指當資料所披露的是關乎對人命或人身安全構成實際或潛在威脅。

<sup>1261</sup> *Family Law, Grounds of Divorce*, at paragraph 5.29 to 5.48. (1990: Law Com No. 192)

<sup>1262</sup> It implemented a Scottish Law Commission report, *Report on Evidence: Protection of Family Mediation* (1992: Scot Law Com. No. 136).

<sup>1263</sup> Section 18 of the New Zealand Family Proceedings Act 1980, section 19N of the Australian Family Law Act 1975 and Order 24(1)(8) of its Family Law Rules provide privilege for conciliation conferences. See the English *Practice Direction (Family Division: Conciliation Procedure)* [1982] 1 WLR 1420.

<sup>1264</sup> Sir Bingham in the case of *In re D (Minors)* [1993] 2 WLR 721 at 726.

<sup>1265</sup> [1994] 1 HKC 430.

<sup>1266</sup> This was in reliance on *In re D (minors)* [1993] 2 WLR 721.

<sup>1267</sup> 第4條。

资料，除非获得向调解员或特派调解员传达该等资料的人同意，否则不得在仲裁庭或调查委员会进行的任何法律程序中被接纳为证据”。

12.133 《弱能歧视条例》（第 487 章）第 80(6)条规定：

“由任何人在根据本条进行的调解过程中所说的话或所做的事（包括在为该等调解的目的而举行的会议中所说的话或所做的事）的证据，除得该人同意外，不得在根据本条例进行的法律程序中获接纳为证据。”<sup>1268</sup>

12.134 为免除任何疑问，特别是在法院附设调解计划推行后，我们建议制定法定条文，使所有合格的家庭调解员都享有特权，犹如《1995 年苏格兰民事证据（家庭调解）法令》的规定。<sup>1269</sup>

## 免责权

12.135 澳大利亚有不少法规规定，在法院附设调解服务计划或政府机构工作的调解员，在民事责任方面享有免责权和受到保障；因为调解员如可被控以疏忽，则调解服务发展将会受到窒碍。<sup>1270</sup> 这规定当然也假设了在法院或认可机构服务的调解员，在质素与问责方面都达到一定水准，因而减低了他们被控告的机会。澳大利亚的《1975 年家庭法法令》第 19M 条规定：

“家庭及儿童调解员.....在履行调解员的职能时，享有犹如家事法院法官在履行法官职能时所享有的保障和豁免权”。

12.136 我们建议参照澳大利亚的《1975 年家庭法法令》第 19M 条，制定一条赋予豁免权的法定条文，以保障合格的家庭调解员。

## 法律意见

12.137 根据澳大利亚的《家庭法规则》第 25A 号命令第 12 条规则，调解员须告知各方当事人，应该在开始接受调解时，和在调解员认为合适的其他时间，以及在调解结束后而达成的任何协议又尚未具法律约束力之前，就其权利、职责和义务征询法律意见。这条文可使律师、法官和当事人更为安心。我们也注意到，英格兰的《1996 年家庭法法令》规定，调解员须受实务守则约束，而守则规定

---

<sup>1268</sup> 這與《性別歧視條例》（第 480 章）第 84(6)條相若。

<sup>1269</sup> 在安大略省、紐芬蘭省、育空地區、魁北克省和薩斯喀徹溫省等地，有法例規定在法院委任的調解員主持調解過程中所披露的資料的保密地位受保障，如無各方當事人的同意，不得接納為證供。

<sup>1270</sup> Boule, *Mediation: Principles, Process, Practice*, (1996) 254.

必须通知每一方当事人可以取得独立法律意见的渠道。<sup>1271</sup> 我们建议应采纳一条参照澳大利亚的《家庭法规则》第 25A 号命令第 12 条规则而制定的条文。

## 执行调解协议

12.138 法律界对无征询法律意见而订定调解协议的情况深表关注。上诉法院在 *W 诉 W*<sup>1272</sup> 一案中确认，在正常情况下，经征询专业法律意见并在公平情况下订立的协议，法院都会承认的；除非有充分理由使人相信确有不公平情况，则作别论。

12.139 不过，为免冒上让签订调解协议的任何一方申请撤销协议的风险，或执行协议时出现困难，应鼓励有关人士征询独立法律意见。律师会指出，除非修订《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 14 条的规定，否则各方当事人在无征询独立法律意见的情况下订立的调解协议，可能遭法院宣告无效。<sup>1273</sup> 第 14 条规定，如赡养协议中载有条文限制向法院申请作出载有财务安排的命令的权利，则该条文属无效。而第 15 条更确实授权法院修改赡养协议。我们认为在草拟有关经济安排的调解协议时需要审慎从事，以免予人僭越法院司法管辖权的印象，但认为无必要修订第 14 条，更何况我们已建议鼓励各方当事人在签订调解协议前先征询独立法律意见。我们认为无需修订《婚姻法律程序与财产条例》第 14 条。

## 为儿童所作安排

12.140 我们认为有必要订明如何将调解协议或教养计划纳入现行法律程序中。现时向法院提交的离婚呈请和有关儿童安排的声明<sup>1274</sup>，都必须通过法官审核，以确保符合《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 18 条的规定。<sup>1275</sup> 如有关安排未能令法院感到满意，便不会获发绝对判令。

12.141 法院会审议调解协议、教养计划和有关儿童安排的声明，有关的程序与处理协议令或判令的程序相若。事实上，调解协议甚至可夹附于协议令草案。根据程序，各方当事人会出庭应讯，法官如不满意有关安排，会向各方当事人提问，并可行使酌情权拒绝接纳有关安排。这样可令人安心，无需担忧各方当事人在调解过程所订立的安排或教养计划不能切合儿童的最佳利益。

---

<sup>1271</sup> Section 27 of the Act, inserting a provision into Section 13B(7)(d) of the Legal Aid Act 1988.

<sup>1272</sup> [1994] 1 HKC 430. 見上文第 2 章。

<sup>1273</sup> 這是載於香港國際仲裁中心在 1992 年提交的意見書，建議開辦家庭調解服務。載於 1992 年 7 月的 *The New Gazette*，題為“Family mediation proposed”。

<sup>1274</sup> 《婚姻訴訟規則》第 9(3)條規定的表格 2B。

<sup>1275</sup> 我們已於上文探討這條文。

12.142 我们建议制定法院规则，以便利将调解协议转为由法院发出的协议令。这不仅有助促使有关人士遵循协议规定，更可于有人违反协议时加以强制执行。

## 教养计划

12.143 在华盛顿州，儿童的父母必须填报一份教养计划的标准表格，以处理在儿童就学期间、假期、生日和其他各项重要事务上所负有的父母责任；<sup>1276</sup> 概述为子女的教育、宗教和医疗各方面所作的决定；以及必须表明日后发生争执时会选用的排解纠纷方法，包括诉诸法院、通过调解或藉辅导解决。

12.144 澳大利亚的《1975年家庭法法令》第63C(2)条是于1995年藉修订加入的，这条文规定教养计划可以处理住所、联系和赡养儿童的安排，以及任何与履行父母责任有关的事宜。这些详尽计划书是按个别家庭需要而制定的，可提交法院登记。这种排解纠纷的方式远胜传统上发出命令的模式，即发出管养权予母亲，其中又有给予父亲“合理探视”的含糊条文，即使这命令是按父母协议发出的亦然。教养计划可由调解员、辅导员，社会福利主任<sup>1277</sup> 或律师拟定。

12.145 新加坡的《1997年妇女约章（教养计划）规则》（第353章）已于1997年5月1日生效。在提出离婚呈请前，有关人士“须尝试就每名受养儿童的福利安排达成协议……并签订经协定的教养计划书”。<sup>1278</sup> 各方当事人如未能就有关安排达成协议，可由曾接受有关儿童福利事宜培训的人提供意见和协助，拟定教养计划，并与离婚呈请同时提交法院存案。如呈请人未能与答辩人协定计划内容，可提交拟议教养计划，<sup>1279</sup> 由法院酌情决定采纳该教养计划的全部或部分内容。<sup>1280</sup> 教养计划的标准模式已载列于规则的附表。

12.146 为照顾儿童的最佳利益，香港应该改变方针，从偏重父母权利和对抗性程序和用语，改而着重父母责任和更符合人道的程序，如制定教养计划。

12.147 我们建议参照澳大利亚的《1995年家庭法改革法令》的条文而制定有关教养计划（可于家事法院登记的计划）的条文，同时保留根据《婚姻法律程序与财产条例》（第192章）第18条作出声明的规定，而教养计划也可夹附在声明中。教养计划方案应予推广，初段为宽限期，让当事人可按其意愿决定是否制

---

<sup>1276</sup> Tompkins in “Parenting Plans - A Concept Whose Time Has Come”, *Family and Conciliation Courts Review*. Vol. 33. No. 3, (July 1995), 286, 296.

<sup>1277</sup> 在澳大利亞，各方當事人應已徵詢獨立法律意見並由律師簽訂陳述書作實，或取得與本港的社會福利主任角色相若的家庭及兒童輔導員的協助。

<sup>1278</sup> Rule 3(1) of the Family Law Rules.

<sup>1279</sup> 出處同上，規則第4條。

<sup>1280</sup> 出處同上，規則第6條。

定教养计划，其后则改为强制性，以确保这项计划得到广泛应用。

## 第 III 部 一 擄拐兒童

### 第 13 章

#### 擄拐兒童法

13.1 本諮詢文件第 III 部深入探討父母任何一方非法將兒童從香港司法管轄區遷移往另一個締定海牙的《國際擄拐兒童民事方面公約》的司法管轄區的問題。甲部會探討這項公約。乙部會概述本地現行處理在香港擄拐兒童和將兒童遷離香港的刑事法和民事法。丙部會將各國對擄拐的刑事法和民事法所作的改革加以比較。

#### 甲部 一 海牙公約

13.2 在 1980 年，國際私法海牙會議採納了《國際擄拐兒童民事方面公約》（“海牙公約”）。海牙公約是由加拿大倡議<sup>1281</sup> 納入議程內，迄今最少有 40 個國家成為海牙公約的締約國，<sup>1282</sup> 包括澳大利亞、加拿大、新西蘭、聯合王國和美國。

13.3 在 1997 年 5 月，香港制定了《擄拐和管養兒童條例》（第 512 章），以便施行海牙公約。至 1997 年 6 月，聯合王國把海牙公約的適用範圍擴及至香港。根據中英聯合聯絡小組達成的協議，海牙公約的適用範圍會擴及至香港，並會在中華人民共和國恢復對香港行使主權後繼續適用。

13.4 1998 年 1 月 16 日，行政長官根據第 4 條訂立的《擄拐和管養兒童（締約方）令》開始生效。<sup>1283</sup> 這命令載列了所有締定海牙公約的國家和地區名稱，並指明該公約自 1997 年 9 月 1 日起在香港特別行政區與所載列的國家和地區之間實施。《1998 年最高法院規則（修訂）規則》<sup>1284</sup> 列明高等法院原訟法庭處理根據海牙公約提出申請的個案的程序。

---

<sup>1281</sup> McClean, “Migratory divorce in a mobile society - child stealing, forum shopping and the child’s interests”, Conference Papers, 7<sup>th</sup> Commonwealth Conference, 18-23 September 1983, Hong Kong.

<sup>1282</sup> McClean, “Progress in dealing with International Child Abduction”, 18<sup>th</sup> meeting of Commonwealth Law Ministers, Mauritius, 15-19 November 1993.

<sup>1283</sup> 1998 年第 36 號法律公告。

<sup>1284</sup> 這些規則載於 1998 年第 119 號法律公告，刊登於 1998 年 2 月 20 日的憲報。

## 管养权

13.5 海牙公约旨在确保被掳拐至缔约国的儿童会交还其惯常居住的国家。凡将儿童迁移或扣留，以致侵犯在另一缔约国内根据法律或协议而产生的管养权，即属不当。<sup>1285</sup>

13.6 有一点值得注意，管养权不限于有同住管养权的父母其中一方，还包括没有管养权的父母另一方；他们有权就将儿童迁离其司法管辖区一事给予或拒绝给予同意。<sup>1286</sup> 举例来说，如果母亲获发管养令，而当中包括一项命令，规定未经父亲或法院的同意不得将儿童迁离其惯常居住的司法管辖区，则当该母亲违反是项命令时，该父亲可引用海牙公约要求有关方面交还该儿童。探视权包括将儿童带往其惯常居住地以外地方并逗留一段有限时间的权利。<sup>1287</sup>

13.7 事实上，管养权并非父亲或母亲独有的权利，而是可给予任何人、机构或团体的权利（不论是共同或单独获得该权利）。<sup>1288</sup> 海牙公约的适用范围并非只限于不当迁移，还包括不当扣留，<sup>1289</sup> 如行使探视权的父亲或母亲没有将儿童交还有管养权的父或母，便是一例。

## 中枢当局

13.8 缔约国必须为实施海牙公约而指定中枢当局。<sup>1290</sup> 就香港而言，这就是律政司司长。<sup>1291</sup> 有关儿童被带往的国家的中枢当局有责任采取或安排采取所有适当措施，以令致自愿交还该儿童。<sup>1292</sup> 倘若中枢当局无法就交还儿童一事达成友好协议，则必须主动提起或提供便利以提起法律程序，以取得交还儿童的命令。<sup>1293</sup> 第 11 条规定，如有关的司法或行政当局在有关程序开始当日起计的六周后仍未作出决定，中枢当局或申请人有权要求有关方面说明延误的理由。

13.9 第 21 条规定中枢当局有责任促使“和平享用探视权及促使规限行使探视权的条件得以符合”。中枢当局也有责任采取步骤，尽可能清除行使该等权利的所有障碍。有关探视权的申请可提交中枢当局，方式如申请交还儿童一样。

---

<sup>1285</sup> 公約第 3 條。例如分居協議或其他同類協議。

<sup>1286</sup> 這是第 5 條的效力。

<sup>1287</sup> 第 5(b)條。

<sup>1288</sup> 這是指職能等同社會福利署署長的人獲發照顧令或保護令的情況。

<sup>1289</sup> 第 3 條。

<sup>1290</sup> 第 6 條。

<sup>1291</sup> 第 5 條所指定的為律政司，但自 1997 年 7 月 1 日起，其職能已由律政司司長取代。事實上，有關職能是由民事法律科的民事訴訟組執行。

<sup>1292</sup> 第 10 條。

<sup>1293</sup> 第 7(f)條。

不过，海牙公约并不阻止有关人士直接向法院而非中枢当局提出申请。<sup>1294</sup>

### 拒绝交还儿童

13.10 有关方面可基于以下理由拒绝交还儿童：

- (1) 要求交还儿童的人并无实际行使其管养权，或已同意或于事后默许该项迁移或扣留。<sup>1295</sup> 前述同意可以是主动或被动作出的；后者是指事件发生后过了一段相当时间而足以构成默许，
- (2) 交还该儿童有令该儿童在身体或心理方面遭受损害或令该儿童处于一个不能容忍的情况的重大风险，<sup>1296</sup> 及
- (3) 如该儿童反对被交还，而该儿童又已达到适宜考虑其意见的年龄及成熟程度。<sup>1297</sup>

13.11 海牙会议特别委员会在分析实施情况后报告说：

*“有关被离弃的父亲或母亲行为不当的指称，例如酗酒、有虐待行为或服用毒品等，都会被搁置一旁，留待将有关儿童交还其惯常居住的国家后，由当地的法院考虑。这意味着对有关国家的法律程序寄予相当大的信任，而且深信有关的两个国家的中枢当局会充分合作，确保有关儿童在交还过程期间和以后都会安全。”<sup>1298</sup>*

13.12 麦格连(McClean)指出，上述拒绝交还的第三项理由与《联合国儿童权利公约》第 12 条一致。<sup>1299</sup> 该公约对 16 岁以上的儿童并不适用。<sup>1300</sup> 如果在儿童离开一年后才提出交还儿童的申请，有关当局可以该儿童已在新环境安顿下来

---

<sup>1294</sup> 第 29 条。

<sup>1295</sup> 第 13(a)条。

<sup>1296</sup> 第 13(b)条。

<sup>1297</sup> 第 13 条。

<sup>1298</sup> McClean. 出處同上，1993 年講詞的第 10 段。

<sup>1299</sup> 第 12 条規定“締約國應確保有主見能力的兒童有權對影響到本人的一切事項自由發表自己的意見，對兒童的意見應按照其年齡和成熟程度給以適當的看待。”

<sup>1300</sup> 第 4 条。



为理由而拒绝交还。<sup>1301</sup> 法院所发出的命令只是将儿童交还有关国家，而非交还申请人管养。<sup>1302</sup>

13.13 海牙公约第 20 条规定，如果交还儿童是与接获要求的国家所奉行保障基本自由和人权的基本原则相悖，则该国可以拒绝交还儿童。这条文并没有纳入《掳拐和管养儿童条例》。<sup>1303</sup>

#### 公约的执行情况

13.14 特别委员会于 1993 年 1 月检讨海牙公约的实施情况，英联邦秘书处和 44 个国家均派出代表参加。尽管海牙公约的执行情况理想，但法律程序上的延误却引起问题，加上缺乏法律援助，律师费用又高昂，以致问题更为严重。<sup>1304</sup>

#### 法律援助

13.15 第 7 条规定中枢当局必须互相合作，以确保迅速交还儿童。第 7(g)条规定中枢当局必须采取所有适当措施，“在情况需要时提供法律援助或辅导或提供便利以提供法律援助或辅导（包括律师及法律顾问的参与）”。第 25 条规定来自缔约国的人有权在其他缔约国享有法律援助和辅导，待遇犹如他是该国的国民并在该国惯常居住一样。不过，香港行使了第 26.3 条所授予的权力作出保留，<sup>1305</sup> 使有关费用“除非……凭借根据《法律援助条例》（第 91 章）批予的法律援助而须由律政司司长或香港其他当局承担，否则不须由律政司司长<sup>1306</sup> 或香港其他当局承担。”<sup>1307</sup>

13.16 上次在 1989 年举行的检讨会议鼓励各个国家：

*“如考虑成为该公约的缔约国……要促使其法律及程序架构的组织模式可确保公约得以有效实施，并授予其中枢当局足够权力以充分发挥其职能，以及提供所需的合资格人员和资源，包*

---

<sup>1301</sup> 第 12 條

<sup>1302</sup> *Re A (A Minor) (abduction)* [1988] 1 FLR 365.

<sup>1303</sup> 因此，中樞當局或法院不能引用第 20 條為理由而拒絕交還被非法帶往香港的兒童。

<sup>1304</sup> McClean, (1993). 出處同上，第 14 段。特別委員會第三屆會議（見下文）注意到美國已設立一個名為 International Child Abduction Attorney Network 的組織，為根據公約提出的申請提供免費法律代表服務。

<sup>1305</sup> 條例第 13 條。

<sup>1306</sup> 這是在法律程序中代表無罪一方的中樞當局，但公約第 29 條是容許任何人士、機構或組織直接向法院提出申請。

<sup>1307</sup> 這是指律政司司長有權向申請人申索作為其代表的訟費，但如申請人通過法律援助計劃的經濟和案情審查，則作別論。

括现代通讯设备，以便迅速处理交还或探视儿童的要求。”<sup>1308</sup>

13.17 麦格连指出，单凭有海牙公约存在一事，已足使自愿交还的个案数目增加。<sup>1309</sup> 举例来说，根据美国方面的报告，首三年间自愿交还的个案数字相当可观：以外来申请而言，自愿交还的个案数目差不多相等于由法院下令交还的个案数目的 60%；以对外申请而言，自愿交还的个案数目差不多相等于法院下令交还的个案数目的 33%。截至 1992 年 7 月 1 日为止，美国共接获 10 宗来自香港的申请。1989 年 7 月 15 日在蒙得维的亚签订的《美洲各国间关于国际交还儿童的公约》(Inter-American Convention on the International Return of Children)，也是以海牙公约为蓝本的。

13.18 我们必须在体现国家间互相尊重原则而强制执行管养令或管养权，与顾及本地法院对儿童福利的观点之间取得平衡。第 19 条规定，就交还儿童所作的决定，不得视为对任何管养权争议的是非曲直的裁决。

13.19 执行普通法的法院在处理国际掳拐案件上，一直都未能发展一套统一的处理方法。原因之一是因为这些案件都是“按个别案情斟酌处理”，所以难以从这些案件中推导出处理原则。<sup>1310</sup> 海牙公约只适用于在缔约国施行该公约后发生的不当迁移或扣留事件，所以在 1997 年 9 月 1 日以前发生的不当迁移或扣留事件，都不在海牙公约的保障范围内。

13.20 麦格连认为福利原则的首要地位是有限制的：

- (1) 如果已分居或离婚的父母在不同大洲居住，则在现实生活中，“就管养权所作决定通常都会使父母其中一方最终完全失去其子女，因为安排探视可能是不可行和无法令人完全满意的”；<sup>1311</sup>
- (2) 福利原则不是什么国际标准，只是个别法律制度下的一套价值观而已。以福利原则为诉求基础，可能会鼓励法院在

---

<sup>1308</sup> 出處同上，第 15 段。

<sup>1309</sup> 1993 年的文章。

<sup>1310</sup> McClean, “International Abduction of Children - towards an effective legal response”, Conference Papers of the Ninth Commonwealth Law Conference, (1990) at 301.

<sup>1311</sup> 出處同上，第 302 頁（1990 年）。

处理案件时只凭案情裁断，而非采纳外国法院的决定；<sup>1312</sup>

及

- (3) 法院现时陷于两难处境。如果法院要全面探讨福利原则所包涵的各种因素，<sup>1313</sup> 则将需要向惯常居住的国家搜集证据，而该国的社会服务机构却未必具有进行调查所需的资源，以致造成延误，并因而影响该儿童的福利。

13.21 特别委员会在 1997 年 3 月举行第三届会议，以检讨海牙公约的实施情况。委员会留意到，现时根据海牙公约处理的案件，案中儿童有大部分是被其母亲带离其惯常居住国家的，指称理由为生活困苦和儿童的父亲有家庭暴力行为。在作出回应时，“缔约国及其中枢当局一般表示愿意负起责任，以保障根据公约……交还的儿童的安全，并加强法院与中枢当局之间合作，以确保交还的儿童及其父母受到保护”。<sup>1314</sup>

13.22 委员会留意到，作共同照顾儿童安排的个案数字日增，使到共同管养令与宽松探视安排实际上并无分别。不过，前者会因管养权受侵犯而可取得补救，而就后者而言，除非探视权受到侵犯，否则无从补救。<sup>1315</sup>

## 欧洲公约

13.23 《承认及强制执行关乎儿童管养权的裁决和恢复儿童管养权的欧洲公约》(European Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and the Restoration of Custody of Children)通常称为卢森堡公约，是于 1980 年 5 月 20 日在欧洲议会支持下拟备的，使有关管养权的裁决如可在原籍国强制执行，便可在其他缔约国强制执行。在某些情况下，上述规则也适用于儿童被迁移后所作的裁决。<sup>1316</sup>

---

<sup>1312</sup> 出處同前。

<sup>1313</sup> McClean 是指 Children Act 1989 第 3 條所載的清單。

<sup>1314</sup> *Report on the third meeting of the Special Commission to discuss the operation of Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Hague, 17-21 March 1997.*

<sup>1315</sup> 出處見上文，第 21 條。

<sup>1316</sup> 第 7 及 12 條，後者條文是有關聲稱遷移為非法作為的決定。

## 乙部 一 香港的擄拐和迁移法

### 引言

13.24 现时有需要探讨本地刑事法和民事法中关于擄拐和迁移儿童离开香港司法管辖区的条文，以决定是否提出改革建议，为于香港实施海牙的《国际擄拐儿童民事方面公约》提供足够支援。事实上，第三届特别会议便曾指出，加入海牙公约的时机，正好让国家“检讨其强制执行和上诉程序，因为只有便捷和可靠的程序，才可使该公约发挥有效的补救作用”。

### 刑事法

#### 绑架

13.25 根据普通法，父亲或母亲理论上都可以因绑架子女而被定罪。英国上议院在 *R 诉 D*<sup>1317</sup> 一案中裁定：

*“关乎14岁以下儿童的普通法绑架罪仍不会受拐带儿童的法定罪行所影响，只要证实构成罪行的成分确实存在，即有人以武力或欺诈方法在未经另一人同意及没有合法理由下带走和抱走另一人，则尽管受害人为14岁以下儿童，已属犯罪。”*

13.26 不过，上议院并不鼓励有关方面以这项罪名提出检控：

*“作为一般政策，对于违抗法院命令劫走子女的父母，应该循民事诉讼程序控以藐视法庭罪。除非情况特殊，有关的父亲或母亲的行为异常恶劣，使思想正常的人都会毫不犹豫地认同有关行为确属刑事罪，则作别论。”*

13.27 小组委员会并不认为以普通法绑架罪检控父母可以发挥作用，但公然违法的个案除外。此外，向暂留香港的人提出检控更涉及政策考虑，因为父母之间的诉讼应在其惯常居住的国家处理，才是较为恰当。

#### 拐带儿童

13.28 任何人如将未满 14 岁的儿童从其父或母或监护人处带走，便触犯了《1861 年侵犯人身罪法令》(Offences against the Person act 1861)第 56 条，可被控拐带儿童罪。这条文现已凭借《侵犯人身罪条例》(第 212 章)第 43 条纳入香港法例。由于这项罪行属重刑罪，警务人员如怀疑任何人犯了有关罪行，即有

---

<sup>1317</sup> [1984] 1 AC 778.

权逮捕该人。

13.29 英格兰上诉法院在 *R 诉 D*<sup>1318</sup> 一案中阐释，国会在 1861 年立法时并无意以拐带儿童罪检控儿童的父亲或母亲的，因为国会当时已加入但书，为声称对儿童确实有管有权的人提供免责辩护。在 *R 诉 D* 一案中，案发前已有一项限制父亲权利的命令。不过，上议院认为纵使没有法院命令，案情仍可能涉及拐带儿童罪。然而，控告拐带儿童罪或会难以入罪，因为所涉及的父亲或母亲可能以对该儿童确实有管领权作为免责辩护。

13.30 《刑事罪行条例》（第 200 章）第 126 条规定，将 16 岁以下女童在违反其父或母或监护人的意愿的情况下拐带，即属犯罪。这项罪名原意颇有可能是防止女童被人绑架并被迫卖淫，因此，无论是以这项罪名或拐带儿童罪来提出检控，对于处理因父母之间的纠纷而产生的国际掳拐儿童事件而言，作用不大。

#### 非法禁锢

13.31 在 *R 诉 D* 一案中，控方成功以非法禁锢罪名将被告定罪。当有人非法并蓄意或罔顾后果地限制他人离开某处地方的自由，便构成这项罪行，所以确可引用这项罪名以检控儿童的父亲或母亲。然而，如果儿童是自愿跟随掳拐他的父亲或母亲，则尽管这项迁移违反了海牙公约的规定，控方可能也难以成功检控。

#### 藐视管养令

13.32 民事法中为侵犯管养权、探视权或监护权的作为所提供的补救方法，只有藐视法庭罪。我们已在第 2 章探讨有关权力。《高等法院规则》第 52 号命令第 6 条规则规定，须以非公开形式聆讯关乎监护权、管养权或探视权的交付羁押申请。

13.33 邓宁(Lord Denning)大法官在 *Danchevsky 诉 Danchevsky*<sup>1319</sup> 中阐述了以下原则：如有另类可强制执行命令而又不涉及入狱的合理方法，应予采用。至于控告藐视罪，则只有当犯罪者仍留在司法管辖区内并可追查其行踪，从而可在提出交付羁押申请前向犯罪者送达原有命令的情况下，才可起作用：否则，待一切程序办妥后，他可能已带同有关儿童离开该司法管辖区。

#### 以犯藐视罪扣押的权力

13.34 普通法下有一项逮捕权，使执法人员可在强制执行交付羁押令时把犯罪者逮捕或收监。尽管如此，英国上诉法院在 *Re B (Child Abduction: Wardship:*

---

<sup>1318</sup> 法院是有權參考這些歷史資料，以助解釋法令。

<sup>1319</sup> [1974] 2 All ER 561.

*Power to detain*)<sup>1320</sup> 一案中强调,对于没有作出犯藐视罪的裁断的掳拐儿童案件,法院是无权处理的。

13.35 在提出以犯藐视罪而将某人交付羈押的申请前,该人必须先获送达原有的法院命令。区域法院和原讼法庭可以施加的监禁年期看似是没有限制,但《高等法院条例》(第4章)第21A条规定,在强制执行某项要求缴付款项的民事申索时,交付监禁期不得超逾三个月。对于任何违反强制令的人,可以犯藐视罪将他交付羈押。在知悉有关强制令的情况下协助有关人士违反强制令规定的人,也属犯藐视罪。<sup>1321</sup>

### 逮捕权

13.36 香港警方的逮捕权,看来只可用以逮捕被下令以犯藐视罪交付羈押的人,但无权截停或扣留任何人,除非该人行动可疑并怀疑他已犯罪或该人实际已犯罪,则作别论。<sup>1322</sup>

13.37 由于强制令是民事补救方法,所以警方是无权强制执行的。唯一可能的例外情况就是向答辩人送达法院的单方面命令时,不管是法院监护令或强制令,有人破坏社会安宁,警方才可能有逮捕权。

### 扣留的权力

13.38 入境事务处只会在持有禁止迁移的命令文本后,才可阻止有关儿童离开香港。倘若没有禁止迁移的命令,则只要有关人士持有有效旅游证件,该处是不能阻止他离境的。该处大概是行使《入境条例》(第115章)第26条所授予的权力来扣留有关的父亲或母亲及儿童的。<sup>1323</sup> 不过,这项权力不是扣留以进行研讯的一般性权力。在 *Re B (Child Abduction: Wardship: Power to detain)*<sup>1324</sup> 一案的裁决中,已明确表明法院无权扣留父亲或母亲,以促使受他控制的人披露有关儿童的行踪,并迫使他及有联系人士交出有关儿童。

## 民事法

### 防止迁离香港

---

<sup>1320</sup> [1994] 2 FLR 479.

<sup>1321</sup> *Seaward v Paterson* [1897] 1 Ch 545.

<sup>1322</sup> 《警隊條例》(第232章)第54條。

<sup>1323</sup> 這條文規定,如果總入境事務主任信納有需要為施行該條例(有關遞解離境的條文除外)而進行研訊,以及信納如不予以羈留,該人可能會潛逃,則可把他羈押不超過48小時。

<sup>1324</sup> [1994] 2 FLR 479.

13.39 香港的管养令或探视令一般规定，除非已取得父母另一方的同意，或作出书面承诺把有关儿童带返本港，否则不得将该儿童带离这个司法管辖区。《区域法院民事诉讼程序（一般）规则》（第 336 章）第 61E 条规定，有关人士可单方面向法官申请强制令，以制约父亲或母亲或任何其他人士将儿童带离香港或置于他们的管养、照顾或管束之外。<sup>1325</sup> 《婚姻诉讼规则》（第 179 条）第 94(2)条容许向法院提出阻止他人离境的申请：

“(2) 呈请人或答辩人……可于任何时候提出申请，要求作出命令，禁止未经法院许可而将任何未满 18 岁的家庭子女带离香港，或使其不受申请书内所指名的任何人管养、照顾或管束，但符合命令所指明的条款者除外……”

### 强制令

13.40 法院最近在 *B 诉 B*<sup>1326</sup> 一案中判决，法院根据《1981 年最高法院法令》<sup>1327</sup> 第 37(1)条所具有的司法管辖权涵盖范围甚广，可以发出维持一段期限的命令以制约个别人士离开其司法管辖区，并发出相应命令规定有关人士交出护照。这也可于作出裁决后用以强制执行命令的。这项司法管辖权有助强制执行所有关乎处置法律程序和裁决后的法律程序；问题是这项裁决仅为高等法院作出的裁决，香港的法院可以决定不采纳相若的释义。

### 法院监护安排

13.41 在香港，法院监护令可以从高等法院原讼法庭取得。授权条文载于《高等法院条例》（第 4 章）第 26 条，这权力包括发出命令使有关儿童在未经法院同意下不得被迁离香港。<sup>1328</sup> 作出法院监护安排的好处是于有申请提出时，即就监护安排发出传票时，儿童即成为受法院监护的人。（这是由第 26(2)条规定的，但这安排至法院规则所订明的限期届满时即告终止。）

### 搜寻令

13.42 英格兰上诉法院在 *Re B (Child Abduction: Wardship: Power to detain)*

<sup>1325</sup> 這規則適用於根據《分居令及贍養令條例》（第 16 章）和《未成年人監護條例》（第 13 章）進行的法律程序。

<sup>1326</sup> [1997] 3 All ER 258, Family Division of the High Court.

<sup>1327</sup> “高等法院可以下令……對法院認為公正及合宜的案件發出強制令。”

<sup>1328</sup> 將受法院監護兒童帶離法院的司法管轄區範圍，即屬藐視法庭。*Re J (1913)* 29. T.L.R. 456.

<sup>1329</sup> 一案中表明，如相信任何人管领该儿童、或知悉其行踪，以及参与将该儿童迁移或扣留，搜寻令加上法院拘票，对于把该人提上法院确可起作用。法院根据其固有司法管辖权是有权发出上述命令的。

### 人身保护令

13.43 这项令状是在指称有人被违法扣留时申请的，通常是为受警方违法扣留或被违法扣留在监狱的人而设。原讼法庭可于接获单方面提出的申请后，下令有关当局交出有关人士，并由扣押的人证明其扣押理据。如果令状所针对的人没有遵从该令状规定或没有出庭，法院可下令将他逮捕，并由警方将他带上法庭。

13.44 这当中所涉及的问题，同样是于在证明有关人士没有遵从民事命令之前，警方是无从插手的。在香港，关于这权力的条文载于《高等法院条例》（第4章）第22A条。尽管这补救方法赋予若干逮捕权，但应避免用来将有关的父/母亲及儿童带上法庭。

### 《保护儿童及少年条例》

13.45 这条例为保护儿童事宜提供民事和刑事补救方法。根据《保护儿童及少年条例》（第213章）第26条，任何人如将儿童或少年从其父或母或监护人的管领下非法地带走，而此举违反其父或母或监护人的意愿，即属犯罪，可处监禁两年。<sup>1330</sup>

13.46 尽管《保护儿童及少年条例》第35条是关于保护儿童及少年身心免受损害事宜，但也同时授权社会福利署署长可在有儿童即将被人以强迫、威胁、诈骗或其他胁迫手段带离香港时，就管束或管养事宜发出命令。在追溯这条文的历史时，可见这条文原意旨在防止卖淫，但确也授权署长可在紧急情况下作出干预，例如当儿童正被人绑架往海外时，而警方碍于缺乏权力而束手无策，这条文便可派上用场。

13.47 第44(1)条授权社会福利署署长进入及搜查处所，以“查明该处是否有须或可能须根据本条例处理的任何儿童或少年”。根据同一条文，社会福利署署长有权“将该儿童或少年带往收容所、医院或其认为适当的其他地方”。他必须先取得裁判官手令，并且根据第34(1)或34C条于48小时内将有关儿童带上少

---

<sup>1329</sup> [1994] 2 FLR 479.

<sup>1330</sup> 這條文是源自 United Kingdom Offences against the Person Act 1861 第 55 條。



年法庭。<sup>1331</sup> 当怀疑有儿童遭没有管养权的父母其中一方掳拐时，这条文或有助有管养权的父母另一方追寻该儿童的下落。这当中的难题在于，除非社会福利署署长已掌握提起关乎照顾及保护法律程序或其他法律程序的理据，否则不能行使上述权力。

## 丙部 一 各地法律的比较

### 联合王国

#### 《1984 年掳拐儿童法令》

13.48 由于现有刑事法就非法迁移儿童所提供的补救有欠周全，所以才制定《1984 年掳拐儿童法令》，以补充其不足之处。这法令第 1 条规定，任何与儿童有关连的人如未征得适当同意而将 16 岁以下儿童带离或送离联合王国，即属犯罪。由于试图把儿童带离联合王国已属犯罪，所以当警方合理地怀疑某人试图作出上述行动时，可无需手令而将他逮捕。<sup>1332</sup>

13.49 在不抵触第 1(5)条所载的有限免责辩护下，必须向儿童的母亲、父亲（如他对该儿童负有父母责任）、监护人、获发有效同住令<sup>1333</sup> 或对该儿童有管养权等各人征得有关的同意。此外，法院可凭借《1989 年儿童法令》给予许可。不过，较为常见的应属父母另一方的同意。该法令规定，尽管没有法院命令，仍禁止儿童的父亲或母亲在没有必需的同意下将儿童迁移。

13.50 上述法令所载的免责辩护分别为：犯罪者相信另一方已同意；或相信如果另一方知悉所有有关的情况会同意；或已采取一切合理步骤与另一方联络但始终未能联络上；又或另一方不合理地拒绝给予同意。不过，如存在有效管养令，则后者理由并不适用。

13.51 《1989 年儿童法令》第 13 条规定，只有当迁移儿童的时间超逾一个月时，才需要征得其他对该儿童负有父母责任的人的同意。不过，如果迁移该儿童的人获发同住令，则即使迁移时间达一个月，也没有征得对该儿童负有父母责任的人的同意，仍不属犯罪。这是旨在方便儿童随同父母其中一方度假，无需因父母另一方不同意而需向法院求助。

#### 禁止行动令

13.52 《1989 年儿童法令》第 8(1)条规定，英格兰法院有权在婚姻诉讼程序

---

<sup>1331</sup> 第 44(4A)条。

<sup>1332</sup> According to Bromley and Lowe, *Bromley's Family Law* (8th ed. 1992), 484.

<sup>1333</sup> 見第 3 章。

进行期间随时发出禁止行动令。<sup>1334</sup> 这命令等同强制令，用以禁止获发同住令的人将儿童带往外国，并特别适用于有掳拐之虞的个案。

13.53 就海牙公约而言，在期限届满后没有或拒绝将有关儿童交还有关的司法管辖区，即属不当扣留该儿童。倘若法院已发出上述命令，则单是把儿童带离其司法管辖区，而不论时间长短，都已属犯罪。<sup>1335</sup>

### 护照

13.54 《1986 年家庭法法令》第 37 条规定，当有法院命令禁止将儿童迁离联合王国时，法院可要求任何人交出已签发给有关儿童的或包括有关儿童资料的任何联合王国护照。护照局已就反对为某儿童发出护照一事订定处理程序。

### 下令披露行踪的权力

13.55 《1986 年家庭法法令》第 33 条<sup>1336</sup> 规定，当儿童行踪不详时，法院可以针对其有理由相信可能掌握该儿童行踪资料的人发出命令，要求他向法院披露有关资料，而该人不得以披露有关资料会导致他或其配偶入罪为理由而获豁免遵从命令，但所作的任何陈述或承认的事项，均不得在针对他们任何一人的法律程序中获接纳为证据，但作假证供罪除外。法院有权传讯证人出庭以披露儿童的行踪，证人如拒绝作答，会犯藐视法庭罪，可被处罚款或监禁。

13.56 《1991 年家事法律程序规则》授权法院可下令有关人士披露行踪资料，法院可命令任何掌握有关资料的人出庭作供。如果该儿童是受法院监护的人，拒绝披露其行踪资料会构成藐视法庭罪。<sup>1337</sup>

13.57 上述权力的适用范围似乎扩及至掌握儿童行踪的机密资料的律师。英格兰方面曾作出数项裁决，下令律师披露任何有助追寻儿童行踪的资料。在 *Re B (Abduction: Disclosure)*<sup>1338</sup> 一案中，法院下令案中父亲的律师披露其当事人的行踪，以及披露他们当时或日后管有关于其当事人行踪的一切文件。

13.58 法院注意到，必须在律师对其当事人的职责、建基于儿童福利的职责及遵从法院命令的职责之间取得平衡，所以不能命令律师向其当事人撒谎以找出

---

<sup>1334</sup> 見第 3 章。

<sup>1335</sup> 我們已在上文第 6 章深入探討將第 8(1)條引入香港的建議。

<sup>1336</sup> As amended by Schedule 13, paragraphs 62 and 63 of the Children Act 1989.

<sup>1337</sup> *Mustafa v Mustafa* (1967), *The Times*, 11 and 13 September.

<sup>1338</sup> [1995] 1 FLR 774, CA.

儿童的行踪。无论如何，由于儿童的利益凌驾关乎律师管有资料的保密特权，所以有关资料不会有保密特权。事实上，现行的《英格兰及威尔斯律师专业守则指引》(Guide to the Professional Conduct of Solicitors in England and Wales)把掳拐儿童视为一种虐儿行为。<sup>1339</sup>

### 返还令

13.59 《1986年家庭法法令》第34条授权发出返还儿童的命令，这是在有人违反管养令而未有将儿童交还给合法管养人时发出的。这命令授权警方接管及将该儿童交还管养人，以及进入和搜查任何他们有理由相信该儿童可能身处的处所，并使用需要的武力执行有关命令。<sup>1340</sup>

### 苏格兰

13.60 苏格兰法律委员会检讨《1984年掳拐儿童法令》后，在1987年发表报告书，<sup>1341</sup> 建议将违反法院命令把儿童带往或送往国外的行动定为罪行。<sup>1342</sup> 苏格兰法律委员会又建议法院应可发出命令，禁止有人在属于法院有权发出管养令的个案中将案中儿童迁移。

13.61 他们建议赋予警务人员权力，使他们无需手令也可逮捕任何他们合理地怀疑正试图、正在或已犯了拟议罪行的人。<sup>1343</sup> 《1984年掳拐儿童法令》第7条已赋予逮捕权，将在苏格兰因把儿童带离或送离联合王国而犯罪的人逮捕。

13.62 他们又提议，从有合法管束权的人处带走或扣留儿童的行动，应定为罪行，但由有合法权限或有合理免责辩护的人作出的除外。<sup>1344</sup> 有合法权限的人应包括有管养权的人和探视权的人；但后者只限于在探视权所赋予的权限范围内行事。然而，我们得知上述就刑事法所作的建议没有落实执行。

### 爱尔兰

#### 拟议改革方案

---

<sup>1339</sup> Annex 16B, *Guidance - confidentiality and privilege - child abuse and abduction* (6<sup>th</sup> ed. 1993).

<sup>1340</sup> 第34(2)条。

<sup>1341</sup> *Child Abduction*, (1987: Scot Law Com. No. 102).

<sup>1342</sup> 出處同上，載於第6.18段的建議。

<sup>1343</sup> 出處同上，第7.9段。

<sup>1344</sup> 出處同上，第4.30段。

13.63 爱尔兰法律改革委员会在考虑《1984年掳拐儿童法令》第1条规定后，质疑单凭相信有管养权的父或母会同意一事是否足可构成免责辩护，<sup>1345</sup> 尤其是当迁移儿童的父母其中一方本可与有管养权的父母另一方联络时，就更难以令人接受。此外，他们对于父母其中一方在明知另一方会反对的情况下仍获准将儿童带离国家这规定表示关注。至于将不合理地拒绝给予同意一项列为免责辩护，也未免太过含糊。不过，他们也认同，对于在边境地区居住的人而言，每次离境都要取得批准确实会造成不便。

13.64 爱尔兰法律改革委员会建议，应为有关罪行订下明确的定义，同时又免致对负责照管儿童的人造成不切实际的制约。他们建议订定一项新罪行，即任何人如违抗法院命令，或没有向儿童的父亲或母亲、或监护人或任何获授予管养权等各人征得同意，而将儿童带离或送离其司法管辖区，或留在其司法管辖区以外，均属犯罪，但已向法院取得许可者除外。他们又提出各项与英格兰相若的免责辩护。不过，这些建议都没有落实。

#### 护照

13.65 爱尔兰法律改革委员会又建议，法例应规定，未经所有合法监护人同意，不得为儿童签发护照，但已通知其他监护人或已作出一切合理行动通知他们的除外，而在这情况下所签发护照的有效期应限定为一年。施行海牙公约的《1991年掳拐儿童和强制执行管养令法令》(Child Abduction and Enforcement of Custody Orders Act 1991)并无落实这项建议。

#### 爱尔兰警方的权力

##### 扣留的权力

13.66 《1991年掳拐儿童及强制执行管养令法令》第37条授权警方可在下述情况下扣留儿童：警方合理地怀疑有人将会或正在把儿童带离国家，因而违反国家的法院所发出的下列命令：

- “(a) 有关该儿童的管养权或探视权的命令（不管有关命令是否载有未经法院许可不得将儿童带离其司法管辖区的禁令），或法院行使其关于法院监护儿童的司法管辖权所发出的任何命令；及

---

<sup>1345</sup> Irish Law Reform Commission, *Report on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and some related matters*, (No. 12, 1985).

(b) 照顾令、根据第 12 条发出的命令（根据海牙公约发出的临时命令）、或在关乎该命令的法律程序尚在待决期间，或有要求发出该等命令的申请即将提出时。”

13.67 警方扣留该儿童后，必须将该儿童交还获法院发出管养令的人，但如警方有合理理由相信该人将会违反该项命令，则作别论。或如不属上述情况，则警方可将该儿童交由卫生委员会照料，<sup>1346</sup> 而卫生委员会则有责任把有关事宜提交法院，以便取得关乎管养该儿童的命令。

#### 下令披露行踪的权力

13.68 爱尔兰的《1991 年掳拐儿童及强制执行管养令法令》第 36 条，将《1986 年联合王国家庭法法令》第 33 条所赋予下令披露行踪权力的适用范围，扩及至海牙公约的个案。

#### 澳大利亚

13.69 《1975 年家庭法法令》第 64(9)条规定，在管养令施行期间，如有关儿童被掳拐，法院可签发手令授权进入和搜查处所及寻回该儿童。在探视令生效期间，法院也有同样的权力；因此，法院如未就管养和探视等事宜作出裁决，是无权签发手令的。

13.70 第 64A 条授权有关方面可要求从政府部门的记录寻求有关儿童行踪的资料，但前提是必须已获签发手令。这条文也容许法院下令某人向司法常务官提供资料。不过，基于保障私隐权理由，法院无权下令有关人士出示实际记录或资料。这条文不仅适用于按正式定义属被掳拐的儿童，也适用于从享有管养权或探视权的人士处被非法带走的儿童。

13.71 家庭法委员会在其报告书中<sup>1347</sup> 关注到，经单方面申请而取得的手令的使用情况，特别是当有关的父亲或母亲是由于有家庭暴力发生而把儿童带离家庭住所的情况；因为当父母任何一方由于有暴力事故而将儿童带离家庭住所并隐匿行踪时，仍可以被强迫披露该儿童行踪的。委员会提议修订《家庭法法令》时，必须处理私隐权、限制使用记录、保护免受暴力对待，以及将向法院提供的资料加以保密的措施等各项事宜。

13.72 家庭法委员会提述《1989 年儿童法令》第 50 条。这条文授权法院可

---

<sup>1346</sup> 出處同上，第 37(2)條。

<sup>1347</sup> *The UK Children Act 1989, (1994) at paragraph 75.*

发出返还令，这是供对儿童负有父母责任的人或警方申请的命令。由法院指令某人在接获要求时将有关儿童交给任何获授权人士，而该获授权人士可带走该儿童。任何人如知悉该儿童的行踪，在接获要求时便必须披露有关资料。第 50 条也有授权进入及搜查处所以寻找该儿童。不过，上述报告书没有提述第 50 条其实只适用于已有照顾令或紧急保护令发出或受警方保护的儿童。

13.73 家庭法委员会指出，上述英格兰法令的条文尚有不足之处，因为没有照顾受丈夫暴力对待的妇女的需要，也没有处理政府机构保存记录的私隐权问题。<sup>1348</sup>

13.74 为此，家庭法委员会建议设定申请声明的途径。该声明是指明申请人负有父母责任，使申请人在取得声明后可随而申请“追寻令”，藉以指示政府机构翻查其记录以追寻有关地址。这项命令也会订明指示，以便在解决该儿童的住所和联系事宜之前，为照顾该儿童而作出临时照顾安排。法院也可以禁止掳拐儿童的人“迁居”。<sup>1349</sup>

## 追寻令

13.75 《1975 年家庭法改革法令》第 67J(1)条将追寻令界定为由法院发出以规定某人提供有关儿童行踪资料的命令。<sup>1350</sup> 第 67L 条规定，在考虑发出上述命令时，应以儿童的最佳利益为首要考虑事项。第 67K 条列出可以申请追寻令的人：

*“下列人士可申请关于儿童的追寻令：*

- (a) 获发关乎该儿童的同住令的人；或*
- (b) 获发关乎该儿童的联系令的人；或*
- (c) 获发关乎该儿童的指定事项令并根据该命令而负责该儿童的长远或日常的照顾、福利及成长的人；或*
- (d) 关注该儿童的照顾、福利或成长事宜的其他人。”*

13.76 法院可以根据第 67N 条发出“联邦资料令”，以寻求有关儿童下落的资料，而这些资料可能是载列在政府记录中。<sup>1351</sup> 第(4)款规定追寻令可持续有效 12 个月或法院认为适当的更长时间，而该命令所适用的人必须在切实可行的情

---

<sup>1348</sup> 第 79 段。

<sup>1349</sup> 第 81 段沒有解釋這片語的含意。

<sup>1350</sup> 這是藉 Family Law Reform Act 1995 加入的，並廢除 1975 年法令的 VII 部。

<sup>1351</sup> 這“聯邦”一詞是指涵蓋澳大利亞各州及地區的司法管轄區，而非涵蓋範圍更大的英聯邦。

况下尽早提供该命令所要求的资料，或于取得资料后在切实可行的情况下尽早提供有关资料。<sup>1352</sup>

## 返还令

13.77 第 67Q 条处理返还令事宜。这命令规定交还儿童、授权截停和搜查处所以寻回儿童，以及将他交给适当人士，并禁止某人迁移儿童。此外，返还令还会载有关于将儿童交还或交给另一人之前的日常照顾事宜的指示。申请返还令的人的资格，与申请追寻令的相若。这项命令还授权无需手令便可逮捕再次带走或管领儿童的人。

## 将儿童带往海外

13.78 第 65Y 条处理同住令、联系令或照顾令发出后的父母责任：

- “(1) 如同住令、联系令或照顾令（‘第 VII 部命令’）生效期间，任何人如为发出命令所涉的法律程序的一方，或代表一方或应一方要求而行事，都不得蓄意或罔顾后果地将该儿童从澳大利亚带往或送往或试图带往或送往澳大利亚以外地方，但根据第(2)款所许可者除外。违者可判处监禁 3 年；及
- (2) 第(1)款并不禁止在下列情况下将该儿童从澳大利亚带往或送往或试图带往或送往澳大利亚以外地方：
- (a) 上述作为已征得各个获发第 VII 部命令的人的书面同意（并按订明方式认证为真本）；或
- (b) 上述作为是按照法院命令而作出的，而该命令是于发出第 VII 部命令时或其后根据本部或根据州或地区的法律而发出的。”

13.79 第 65Z 条规定，在申请发出同住令、联系令或照顾令的法律程序待决期间，也有相若的责任。

## 为符合海牙公约而作出的修订

13.80 家庭法委员会建议，为符合海牙的《国际掳拐儿童民事方面公约》，应订立“当作”条款，规定就掳拐儿童情况而言，将“教养令”视为“管养令”。<sup>1353</sup>

---

<sup>1352</sup> 第(5)款。

<sup>1353</sup> *The UK Children Act 1989*, (1994).

《1995年家庭法改革法令》第42条规定，就施行海牙公约而言，儿童的父亲或母亲都视为对该儿童有管养权；获发关乎该儿童的同住令的人，也应视为对该儿童有管养权；根据指定事项令负责儿童的日常照顾、福利和成长的人，也应视为对该儿童有管养权。此外，获发联系令的人则应视为对该儿童有探视权。

## 护照

13.81 澳大利亚的《1975年家庭法法令》第67ZD条规定：

“如果根据本部有司法管辖权的法院认为有儿童可能被迁离澳大利亚，法院可以按其认为适当的条件，下令将该儿童的及任何其他有关人士的护照交给法院。”

## 有关掳拐的刑事法

13.82 家庭法委员会最近发表了一份讨论文件，探讨将父母掳拐子女列为刑事罪行。<sup>1354</sup> 这建议如一旦落实，则尽管没有家庭法命令正在施行，迁移儿童仍会构成刑事罪。这委员会注意到，已将掳拐儿童订为刑事罪的国家，可通过国际刑警和引渡法律以确保被掳拐的儿童得以交还。他们又注意到，在家属掳拐儿童案件中，“如事件不构成刑事罪，警方并不愿介入提供协助，这是可以理解的。”<sup>1355</sup>

13.83 不过，将父母掳拐子女的作为定为刑事罪，可能会被视为不当介入家庭事务。再者，被判刑事罪的后果可以是很严重的。<sup>1356</sup> 因此，必须订立例外情况或免责辩护，例如当带走儿童的父母其中一方是为受暴力对待而逃避另一方的情况。

## 结论

13.84 为使香港可履行根据海牙的《国际掳拐儿童民事方面公约》所施加的责任，必须认真考虑改革民事法和刑事法。进行改革会使香港居民受惠，为他们的子女提供更周全的保护。有部分专家视非法带走儿童为虐儿行为，因为将儿童带离其住所及有管养权的父亲或母亲，甚至与其他兄弟姊妹分离，而前往一处他可能感到陌生的国家，都会对该儿童造成严重创伤。我们会在第14章提出改革方案。

---

<sup>1354</sup> *Parental Child Abduction*, (February 1997).

<sup>1355</sup> 第1.12段。

<sup>1356</sup> 第4.06段。



## 第 14 章

### 关于香港掳拐儿童法的改革方案

#### 引言

14.1 关于掳拐儿童的实体法已载列于第 13 章，本章会探讨法律改革委员会的小组委员会提出改革刑事法和民事法的拟议方案。

#### 改革刑事法

##### *父母掳拐子女罪行*

14.2 我们并不建议仿效《1984 年掳拐儿童法令》的规定，将父母掳拐子女的行为定为刑事罪行。只有当香港境内出现严重的掳拐儿童问题，或掳拐儿童来港或离港的情况已构成严重问题时，才具备订立新刑事罪行的充分理据，但我们目前尚未察觉有这样的情况。

#### 扣押的权力

14.3 香港特别行政区的入境事务处如知悉法院已发出禁止迁移的命令，可以阻止儿童的父母任何一方带同儿童离开香港，但不能将他们逮捕或扣留。倘若没有禁止离境的命令，则只要该儿童持有有效的旅游证件，该处不能阻止该儿童离境。然而，该名父亲或母亲可能随而尝试循非法渠道离开香港。因此，我们认同确有需要授予扣留权力，以便向法院和父母另一方发出通知。爱尔兰的《1991 年掳拐儿童及强制执行管养令法令》第 37 条授权警方可在下述情况下扣留儿童：警方合理地怀疑有人将会或正在把儿童带离国家，因而违反国家的法院所发出的命令。

14.4 我们建议香港制定一条与爱尔兰的《1991 年掳拐儿童和强制执行管养令法令》第 37 条相若的条文。不过，我们并不建议授予一般性逮捕权。

#### 改革民事法

##### 将儿童迁离司法管辖区

14.5 唯一处理将儿童迁离香港的具体条文是载于附属法例中，《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 94 条容许向法院提出防止迁移的申请。此外，《区域法院民事诉讼程序（一般）规则》（第 336 章）第 61E 条也有相若的规定。

14.6 英格兰的《1989年儿童法令》第13(1)和(2)条规定，同住令必然附带一项条件，就是禁止任何人将儿童带离英国超过一个月时间，除非已获得负有父母责任的人的书面同意或法院的许可，则作别论。至于获发同住令的人，则可将该儿童带离超过一个月时间而无需征询父母另一方的同意或作出通知。不过，在香港引用这规定却可能会出现为题，因为香港市民离开司法管辖区外游的手续简便，而且次数频密。

14.7 小组委员会建议，主体法例应载有条文，制约在没有征得有管束儿童住所权利或与儿童有定期联系的父母其中一方的同意而将儿童迁移的行动。我们认为苏格兰的条文较佳，并提议采纳一条与《1995年苏格兰儿童法令》第2(3)条相若的条文。

14.8 该条文应载有如下规定：

- “(1) 任何人未经下文第(2)款所述人士同意，无权将儿童迁离香港特别行政区或将儿童扣留在香港特别行政区以外地方；但这规定对法院命令并无影响；及
- (2) 上文(1)款所提述的人是指当其时对有关儿童享有父母权利及正在行使父母权利的人(不论是否该儿童的父母)；但如该儿童的父母均为上述人士，则必须经他们两人同意才可将他迁移或扣留。”

14.9 第(2)款所述的父母权利，是指某人与儿童同住或规管儿童住所的权利，或如果某人并非与该儿童同住，则指该人与儿童保持个人关系和定期直接联系的权利。我们又建议，这条文的适用范围应包括已提起法律程序或已有法院命令发出的关乎儿童的个案，并适用于所有家庭子女。<sup>1357</sup> 《婚姻诉讼规则》(第179章)第94(2)条有关容许人向法院申请防止迁移的条文，也应制定为主体法例的条文。<sup>1358</sup>

## 披露行踪

14.10 爱尔兰的《1991年掳拐儿童及强制执行管养令法令》第36条扩大下令披露行踪的权力，<sup>1359</sup> 将适用范围扩及至海牙的《国际掳拐儿童民事方面公约》的案件。

---

<sup>1357</sup> 根据《婚姻法律程序与财产条例》(第192章)第2条，这已界定为双方的子女和被该双方视为其家庭子女的子女。

<sup>1358</sup> 这规则有可议之处，因为主体法例中没有授权作出这样的命令，所以可能涉及越权行为。原文载于第13章。

<sup>1359</sup> 这是以 United Kingdom Family Law Act 1986 第33条为蓝本。原文载于第13章。

14.11 我们建议参照爱尔兰的《1991年掳拐儿童及强制执行管养令法令》第36条的规定，制定相若条文以授权法院可下令有关人士披露儿童的行踪。

### 追寻令及返还令

14.12 追寻令是规定某人提供有关儿童行踪的资料。返还令则规定交还儿童、授权截停和搜查处所以寻回儿童及将他交给适当人士，并禁止某人迁移儿童。我们建议采纳与澳大利亚有关追寻令及返还令条文相若的条文，因为有关条文对香港也有作用。澳大利亚有关返还令的条文较英格兰的有关条文可取。<sup>1360</sup>

### 交出护照

14.13 在爱尔兰的 *State (KM & RD) 诉 the Minister for Foreign Affairs*<sup>1361</sup> 一案中，高等法院把不签发护照视为侵犯旅游权利；而该权利是爱尔兰宪法第40.3条下的一项个人权利。<sup>1362</sup> 此外，在 *Cosgrove 诉 Ireland and Others*<sup>1363</sup> 一案中，高等法院裁定，在儿童的父亲反对的情况下仍为该儿童签发护照，已侵犯了《1964年幼年人监护法令》授予父亲作为共同监护人的权利。英格兰的《1986年家庭法令》第37条规定，当有法院命令禁止将儿童迁离英国时，法院可要求任何人交出已签发的或载列有关儿童资料的任何护照。

14.14 如果拒绝应父母其中一方的要求发出护照，看来会侵犯《基本法》第三十一条所保证的迁徙自由。该条文规定：

“香港居民……有旅行和出入境的自由。有效旅行证件的持有人，除非受到法律制止，可自由离开香港特别行政区，无需特别批准。”

14.15 我们认同法院具固有权力，当确实出现有关儿童将被非法迁离香港的危机时，可下令有关人士交出护照。<sup>1364</sup> 法院过去也确曾发出这类命令。我们也注意到，裁判官让人保释时，可下令有关人士交出所有护照、回港证和旅游证件。

14.16 不过，香港的情况独特，所以难以在这方面立法规范。香港居民进出

---

<sup>1360</sup> 原文載於第13章。為香港擬訂的條文載於附件1。

<sup>1361</sup> [1979] IR 73.

<sup>1362</sup> “國家保證尊重、捍衛和證實公民的個人權利。”

<sup>1363</sup> [1982] ILRM 48.

<sup>1364</sup> 英格蘭上訴法院最近在 *In re A-K (Minors) (Foreign Passport: Jurisdiction)* 一案中裁定，高等法院有權下令有關人士交出外國護照，以保護兒童的利益。法院已下令案中丈夫把護照交由其律師保管，未經母親同意或法院下令不得將護照退還。載於1997年3月7日泰晤士報。

香港的次数，无论是前往中国大陆或其他地方，都较别处国民更为频密。况且，香港的中国籍永久居民前往中国大陆只需出示身分证便可通关，所以有部分人士无需使用护照便可离开香港往另一个司法管辖区。此外，法院也难以下令有关人士交出香港特别行政区身分证，因为香港特别行政区规定居民必须随身携带身分证。

14.17 小组委员会建议维持现况不变，但其中有少数成员赞成授权法院，在法院已发出或正在发出禁止将儿童迁移的命令时，可下令有关人士交出所有护照、回港证和旅游证件。我们注意到，澳大利亚的《1995年家庭法法令》第 67ZD 条授权法院可下令有关人士向法院交出护照，但没有就扣起护照的时限等事宜作出规定。<sup>1365</sup> 我们反对香港采纳相若条文。

#### 向入境事务处报备命令

14.18 当法院发出命令，规定除非已获父母另一方或法院的书面同意，否则禁止儿童的父或母将他带离境外后，有关人士会否随而向入境事务处报备命令一事，向来各有不同处理手法。这引起业内人士关注。在部分个案中，父母双方由于可达成非正式协议，让对方可在无需更改法院命令的情况下携同儿童离境度假，所以没有将命令向该处报备。然而，在某些案件中，儿童的父或母是在抵达离境区后才接获入境事务处职员通知，指该处已接获有关命令的通知，所以不能让他携同有关儿童离境。

14.19 我们并不认为家事法庭登记处有责任将法院发出命令一事向入境事务处报备，同时也不认为入境事务处有责任将他们已接获法院命令副本一事告知父母另一方。

14.20 我们建议，将法院已发出命令禁止将儿童带离香港一事向入境事务处报备的责任，应由父母承担，由他们酌情决定是否向该处报备。不过，如果父母其中一方确已向该处报备有关命令事宜，则必须强制他们将已报备一事告知父母另一方。

---

<sup>1365</sup> 原文載於第 13 章。

## 第 15 章

### 建议摘要

15.1 本章摘要载录了第 6 章有关实体法、第 12 章有关非对抗式排解纠纷程序，以及第 14 章有关掳拐儿童的法律所提出的建议。

#### 甲部 — 一般原则

##### 福利原则

15.2 为免除疑问，我们建议应清楚订明，所有与儿童有关的法律程序，包括监护权、赡养或财产问题的程序，都是以福利原则为依归。（第 6.7 段）

##### 最佳利益

15.3 小组委员会建议，“最佳利益”一词较“福利”一词更切合香港当代情况，也更符合我们根据《联合国儿童权利公约》所应履行的国际义务。《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)条应修订为“应以未成年人的最佳利益为最重要的考虑事项……”，并应对其他婚姻条例作出相应修订。（第 6.8 段）

##### 法定的要项清单

15.4 我们建议订定法定的要项清单，以协助法官行使酌情权，在管养或监护法律程序中作出裁决。（第 6.12 段）

15.5 小组委员会建议采纳英格兰的《1989 年儿童法令》第 1(3)条所载的清单。这清单较澳大利亚的《1975 年家庭法法令》第 68F(2)条所载的清单更为精简确切。小组委员会又建议以英格兰的《1989 年儿童法令》第 1(3)条为基础，并纳入澳大利亚的法令第 68F(b)条（部分）和(f)条（部分），以订立一条综合条文。有关的草拟条文见本谘询文件附件 1。（第 6.13 段）

15.6 小组委员会现时对于应否采纳澳大利亚的《1975 年家庭法法令》第 68F(2)(d)条尚未有定论<sup>1366</sup>，欢迎公众就此发表意见。（第 6.14 段）

---

<sup>1366</sup> 這條文規定，須考慮兒童與其父或母聯繫的實際困難和開支，以及有關的困難或開支會否對兒童與其父母雙方定期保持個人關係和直接聯繫的權利造成實質影響。

不发出命令原则

15.7 小组委员会已注意到不发出命令原则的理据，但由于这项原则不适用于本港情况，故建议不予采纳。（第 6.16 段）

## 乙部 一 父母责任和父母权利

### *父母责任的概念*

15.8 我们建议，虽然父母责任这个概念较监护权更为切合儿童的最佳利益，但监护权这个概念仍需保留，以处理儿童的父母其中一方去世后，第三者对该儿童所负有的责任。（第 6.18 段）

### *用语*

15.9 我们建议参照《1995 年苏格兰儿童法令》第 1 和 2 条的条文，以制定两条分述父母权利和父母责任的条文。此外，就《1995 年苏格兰儿童法令》第 1 和 2 条提述的所有情况而言，应将适用年龄订为 18 岁。有关的草拟条文载于附件 1。（第 6.19 至 6.20 段）

### *父亲作为自然监护人*

15.10 我们建议应参照英格兰的《1989 年儿童法令》第 2(4)条，废除父亲根据普通法享有作为其婚生子女的自然监护人的权利，因为这法则已不再适合香港的情况。此外，我们也建议废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(b)条。（第 6.22 段）

### *已婚父母*

15.11 我们建议采纳一条参照英格兰的《1989 年儿童法令》第 2(1)条而制定的条文；第 2(1)条规定儿童的已婚父母对该儿童负有父母责任。为免除疑问，应将这新条文加以修订，以包括在儿童出生后才结婚的父母。（第 6.23 段）

### *未婚父亲取得父母责任*

15.12 我们建议修改《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(c)(ii)和(d)条的用语，以采用着眼于责任而非权利的新用语，使未婚父亲可申请授予父母责任的命令。（第 6.25 段）

### *半自动地取得父母责任和父母权利*

15.13 我们建议未婚父亲应可藉于出生册上签署而取得父母权利和父母责任，并将这项规定纳入有关取得父母责任的拟议法例的清单中。我们不建议让未婚父亲自动取得父母责任或父母权利。（第 6.28 段）

#### *父母责任协议*

15.14 我们建议应鼓励儿童的未婚父母签订父母责任协议，以保障该儿童的最佳利益。（第 6.29 段）

15.15 我们建议，应鼓励儿童的未婚母亲为该儿童委任遗嘱监护人。（第 6.30 段）

#### *父母任何一方可独立行事*

15.16 我们建议采纳一条参照《1989 年儿童法令》第 2(7)条而制定的条文，容许儿童的父母任何一方可独立履行其父母责任，但只限于处理儿童的日常事务，并须切合有关儿童的最佳利益。（第 6.33 段）

#### *父母责任的涵义*

15.17 为了平衡一条参照《1989 年儿童法令》第 2(7)条而制定的条文的影响，并减少父母在分居或离婚后发生的纠纷，我们同时建议，儿童的父母其中一方为该儿童作重大决定时，应该征询另一方的意见，如果父母双方能就关乎儿童的重大事宜共同作出决定则更佳。不过，父母其中一方无须就儿童的日常生活所作的决定通知另一方或征求另一方的同意。（第 6.35 段）

15.18 为减少父母之间出现磨擦的情况，与其授予父母另一方否决权，倒不如在法例中订明需要父母另一方明确表明同意才可决定的事宜，以及只需将所作决定通知父母另一方的事宜。（第 6.36 段）

15.19 有关法例必须明确界定什么是重大决定，并分类列出以下三份清单：其一为有关父母责任的一般清单；其二为需要明确表明同意的重大事项清单；其三为需要通知父母另一方的重大事项清单。<sup>1367</sup>（第 6.37 段）

#### *抵触命令的作为*

15.20 我们建议采纳一条参照《1989 年儿童法令》第 2(8)条而制定的条文；

---

<sup>1367</sup> 這些清單載於 6.33-35 段。

第 2(8)条订明对儿童负有父母责任的人，不应作出任何抵触关乎该儿童的命令的作为。（第 6.43 段）

#### *转授父母责任*

15.21 我们建议采纳一条参照《1989 年儿童法令》第 2(9)至(11)条<sup>1368</sup> 而制定的条文，而不是以《1995 年苏格兰儿童法令》第 3(5)条为蓝本。待这项改革落实后，《未成年人监护条例》（第 13 章）第 4 条会予以废除；但我们认为第 4(1)条的最后两行文字仍值得保留。<sup>1369</sup>（第 6.45 段）

#### *持续父母责任*

15.22 我们建议采纳一条参照《1995 年苏格兰儿童法令》第 11(11)条而制定的条文；第 11(11)条订明，任何会剥夺父母任何一方的父母责任和父母权利的命令，只限于执行该命令所需要的范围。（第 6.46 段）

### 丙部 一 监护人取得父母责任

#### *委任监护人*

15.23 我们建议采纳一条与《1989 年儿童法令》第 5(5)条相若的条文。第 5(5)条规定，负有父母责任的父母可以藉由两名见证人见证其签署的书面文件来委任监护人，而无须签订正式遗嘱或契据。<sup>1370</sup> 我们建议采用委任监护人标准表格，表格内应扼要说明监护人的责任，并由拟议委任的监护人签署。这些表格可存放于法律援助署和设有由当值律师服务提供义务法律指导的民政事务总署各分区办事处，以供市民索取。我们又建议，如果监护人不曾正式同意出任为监护人，则须明确表明或默示接受委任。他也可以填写表格的方式表明意愿。（第 6.47 至 6.49 段）

#### *由监护人作出委任*

15.24 我们建议采纳一条参照《1989 年儿童法令》第 5(4)条而制定的条文；

---

<sup>1368</sup> 全文見下文附件 1。

<sup>1369</sup> 第 4(1)條最後兩行文字規定，“但法院如認為執行夫婦之間此等協議不符合子女的利益，則該等協議不得獲法院執行。”

<sup>1370</sup> 見附件 1。



第 5(4)条规定，监护人可以委任另一位监护人，在其去世后代司其职，出任为该儿童的监护人。（第 6.50 段）

#### *儿童对于委任监护人的意见*

15.25 我们建议引入一条参照《1995 年苏格兰儿童法令》第 7(6)条而制定的条文，规定于委任监护人时，须在切实可行的范围内考虑有关儿童的意见。（第 6.51 段）

#### *放弃监护权*

15.26 我们建议应该为放弃出任为监护人订立与委任监护人制度相若的机制。如拟议委任的监护人已藉签署适当表格表示同意接受委任，但日后却不愿出任为监护人，便必须办理正式手续放弃监护权。有关的放弃通知须以正式书面作出，并须向遗嘱执行人或遗产管理人呈报。如果有关的儿童别无其他遗嘱执行人、遗产管理人或尚存的父或母，则必须将放弃一事通知社会福利署署长，由他采取行动以保障该儿童的最佳利益。（第 6.53 段）

#### *由法院委任*

15.27 我们建议废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 7 条，并参照《1989 年儿童法令》第 5(1)条制定相若的条文；第 5(1)条规定，如有关儿童并无负有父母责任的父或母，或其获发同住令的父或母在命令有效期间去世，则任何有意出任为监护人的人都可向法院提出申请。<sup>1371</sup>（第 6.55 段）

#### *监护人的委任的生效时间*

15.28 我们建议，如果父母其中一方在去世前已取得同住令，则由该父或母委任的遗嘱监护人便可在他 / 她去世时自动以遗嘱监护人身分行事。（第 6.61 段）

15.29 我们又建议，由与儿童同住的父或母委任的遗嘱监护人，可于该父或母去世后行事；这是说遗嘱监护人的委任不会于该父或母去世后即时生效，而是必须由该遗嘱监护人主动向法院取得批准。（第 6.62 段）

#### *尚存的父或母有否决权*

---

<sup>1371</sup> 见附件 1。

15.30 我们建议应撤销《未成年人监护条例》（第 13 章）第 6(2)条所订授予尚存的父或母的否决权，使尚存的父或母如与监护人发生纠纷，可各自根据第 6(3)条向法院提出申请。（第 6.65 段）

*罢免或更换监护人*

15.31 我们建议保留《未成年人监护条例》（第 13 章）第 8 条，但须加以修订，以将相若权力授予区域法院。（第 6.66 段）

*罢免由尚存的父或母出任的监护人*

15.32 我们建议废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 6 条中有关剥夺尚存的父或母作为监护人的权利的条文。（第 6.70 段）

*未婚父亲作为尚存的父或母*

15.33 我们建议增订条文，订明生父一旦获授予父母权利或父母责任，不论是因符合半自动取得权利的条件或藉法院命令取得的，都可获视为该条例所提述的“尚存父母”。（第 6.71 段）

*产业监护人*

15.34 我们欢迎公众就法定代表律师是否有足够权力履行产业监护人责任一事发表意见，并诚邀公众就香港这方面的法律条文的实施情况和是否需要改革递交意见书。（第 6.73 段）

丁部 一 为儿童发出的命令的类别

*管养令*

15.35 我们建议废除与管养令有关的条文。（第 6.78 段）

*同住令*

15.36 我们建议在法例中增订同住令的规定。（第 6.80 段）

*同住令的定义*

15.37 我们建议应在同住令的定义中列明，获发该命令的父或母须对“儿童的日常起居生活和最佳利益”承担责任。我们建议应藉参照《1989年儿童法令》第8(1)条并略加修订，把同住令界定为“解决有关谁与儿童同住和谁负责照顾该儿童日常生活和最佳利益的安排的命令。”（第6.83段）

#### *非其父母人士*

15.38 我们认为《1989年儿童法令》第12(2)条是有用的。该条文规定，当关乎某儿童的同住令判予非其父母人士，则该人同时取得父母责任。我们建议香港制定相若的条文。<sup>1372</sup>（第6.84段）

#### *联系令*

15.39 我们建议采纳一条参照苏格兰对联系令所作定义而制定的条文。<sup>1373</sup>我们又建议这项拟议条文应规定，享有联系权的父母于行使与儿童联系的权利期间，有权在处理儿童的日常事务上独立行事。<sup>1374</sup>（第6.87段）

#### *指定事项令*

15.40 我们建议参照英格兰的《1989年儿童法令》第8(1)条就指定事项令所作的定义而制定条文。<sup>1375</sup>（第6.90段）

#### *禁止行动令*

15.41 我们建议参照《1989年儿童法令》第8(1)条就禁止行动令所作的定义而制定条文。<sup>1376</sup>（第6.92段）

#### *附加规定*

15.42 我们建议采纳一条与《1989年儿童法令》第11(7)条相若的条文；第11(7)条授权法院在根据第8(1)条发出命令时可增订指示或条件。（第6.93段）

---

<sup>1372</sup> 见附件1。

<sup>1373</sup> 见下文附件1。

<sup>1374</sup> 见附件1。

<sup>1375</sup> 见附件1，我们认为澳大利亚法例所用的“specific issues”一词较“specific issue”为佳。

<sup>1376</sup> 见附件1。

### 第三者提出申请的权利

15.43 《未成年人监护条例》（第 13 章）第 10 条对第三者向法院提出申请的权利所设定的限制应予废除。我们建议参照英格兰的《1989 年儿童法令》第 10 条制定条文，并对第(5)(b)和(10)款加以修订，订明如果申请人在过去三年曾与有关儿童同住的时间合共有一年，便无须向法院申请许可。<sup>1377</sup> 这一年时间无需是连续的，但有关申请必须在终止同住后三个月内提出。（第 6.97 段）

### 为儿童所作安排

15.44 我们认为应保留《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 18 条，但建议加以修订，以表明法院必须顾及有关儿童的意见和考虑是否适宜让儿童与其父母双方保持联系，就如英格兰的《1996 年家庭法法令》第 11(4)条所规定的。（第 6.100 段）

15.45 儿童的父母应有责任向法官证明为该儿童所作的安排是最佳的可行安排，而法官应审查有关的未来计划，包括儿童住所的地点和国家，以及拟与父母双方保持联系的方式，尤以父母其中一方准备从香港移居外地为然。我们又建议，为与其他婚姻法例所采用的年龄标准划一，《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 18(5)(a)(i)条所提述的年龄应修订为 18 岁。（第 6.101 段）

### 家事法律程序

15.46 现提议在本港法例<sup>1378</sup> 引入一条与《1989 年儿童法令》第 10(1)条相若的条文；第 10(1)条授予法院特定权力，可于任何家事法律程序中，包括关乎法院监护的法律程序中，发出第 8 条命令。此外，对香港的家事法律程序订明定义也是有用的。（第 6.102 段）

### 更改姓氏

15.47 我们建议参照《1989 年儿童法令》第 13(1)(a)条的规定，就更改儿童姓氏一事制定条文。（第 6.103 段）

---

<sup>1377</sup> 见附件 1。

<sup>1378</sup> 见附件 1。

## 戊部 一 儿童的心声

### 儿童的意愿

15.48 我们建议，有关儿童意见的条文应适用于所有关乎儿童的法律程序。如果各婚姻条例都明确提述需要听取儿童的意见，则更有助厘清情况。我们建议在制定婚姻法例的条文时，应采用《联合国儿童权利公约》的用语，即用“意见”而非“意愿”一词。<sup>1379</sup>（第 6.110 段）

### *如何及何时考虑儿童的意见*

15.49 鉴于我们已于前文建议订立法定的要项清单，故建议将儿童的意见纳入为要项清单上的项目之一，而非自成一項独立的条文。当法官按儿童的最佳利益作决定时，除了考虑儿童的意见外，还得顾及其他要素项目。为此，我们建议废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(A)条。（第 6.113 段）

### *儿童如何表达意见*

15.50 我们建议应设定渠道，让儿童可按其意愿直接或间接藉社会福利主任、精神科医生或心理学家向法院提交的报告来表达其意见。如儿童表示有意表达意见时，法院必须听取其意见。（第 6.115 段）

15.51 我们认为设定机制以查明儿童的意见和让儿童表达意见是有用的。我们建议采纳一条参照澳大利亚的法例第 68G(2)条而制定的条文，但修订其用语，将“意愿”一词改为“意见”<sup>1380</sup>。我们建议在采纳这项条文后，把《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(B)条废除。（第 6.116 段）

### *儿童并非必须表达意见*

15.52 我们建议不应强令儿童表达其意见；否则，当遇到关乎儿童最佳利益的争议时，儿童便会受到父母其中一方或双方施压，被迫表态支持其中一方。不过，我们认为无需参照澳大利亚的法例第 68H 条制定作用相若的法定条文。（第 6.117 段）

---

<sup>1379</sup> 我們所指的是《未成年人監護條例》（第 13 章）、《婚姻訴訟條例》（第 179 章）、《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）、《分居令及贍養令條例》（第 16 章）及《家庭暴力條例》（第 189 章）。

<sup>1380</sup> 見附件 1。

### *为取得意见而订定成熟年龄*

15.53 我们建议不应设定年龄限制来判定儿童的成熟程度，而是让法院在决定是否听取儿童的意见时，可不论该儿童的年纪大小，而享有不受约束的酌情权。我们认为《1995年苏格兰儿童法令》第11(10)条并不切合本港的情况，因为这个关于12岁以上的儿童是成熟的推定，对某些案件而言有欠灵活。（第6.118段）

### *儿童的法律代表*

#### *歧异*

15.54 我们建议应解决《婚姻诉讼规则》（第179章）第72和108条关于委任独立法律代表或诉讼监护人的歧异情况。（第6.126段）

15.55 为免除疑问，应清楚订明在处理任何涉及儿童的父母责任或监护权的纠纷时，都可以委任独立法律代表。（第6.128段）

#### *诉讼监护人*

15.56 我们提议，委任具备处理儿童事务经验的专业人士为诉讼监护人，而非任何“适当”或“合适”的人，应较为适合。（第6.129段）

15.57 我们建议将《婚姻诉讼规则》（第179章）第108条废除，并参照经修订的《1995年家庭法法令》第68L(3)条而制定条文。<sup>1381</sup> 我们又建议将《1989年儿童法令》第10条对可申请命令人士类别所设定的限制，也纳入这项新条文。（第6.133段）

#### *委任独立法律代表的准则*

15.58 澳大利亚关于委任独立法律代表的准则列表是有用的，正宜用作要项清单，让法院据以考量适宜委任独立法律代表的情况。<sup>1382</sup> 由于我们尚未决定是否将有关准则纳入法例中，所以藉此机会向公众征集意见书。我们也建议香港应更常利用这项为儿童委任独立法律代表的安排。（第6.136段）

---

<sup>1381</sup> 全文見第6.133段。

<sup>1382</sup> 有關準則載列於 *Re K* [1994] FLC 92-461，第80頁，見上文第5章。

## 独立法律代表职责的指引

15.59 我们建议采纳澳大利亚的指引，以列明在香港的法定代表律师、独立法律代表或其他以诉讼监护人身分行事的人应该履行的职责<sup>1383</sup>。这可有助厘清他们的确实职能。（第 6.140 段）

### 儿童作为当事人一方

15.60 我们建议，只要已向法院取得许可，原则上应让该儿童成为关乎他自己的法律程序中的一方当事人；但他必须具有充分理解能力，可指示律师和大律师代表他行事。我们建议采纳一条参照《1989 年儿童法令》第 10(8)条和《1991 年家事法律程序规则》第 9(2A)条而制定的条文。（第 6.142 段）

### 费用

15.61 关于由不是法定代表律师的人出任为儿童的法律代表的案件，我们建议授权法院可下令各方当事人负担独立法律代表或诉讼监护人的讼费。（第 6.143 段）

## 己部 一 有关婚姻法例的改革方案

### 《分居令及赡养令条例》（第 16 章）

15.62 我们欢迎公众就《分居令及赡养令条例》（第 16 章）是否仍具实际效用一事发表意见，但我们暂且不就改革这条例提出详细建议。（第 6.146 段）

### 《家庭暴力条例》（第 189 章）

15.63 我们建议应该授权法院，在根据《家庭暴力条例》（第 189 章）发出强制令时，可同时下令暂停执行先前已发出的探视令或联系令，或把已发出的命令改为受监管探视令或联系令，以避免父母双方会面所产生的风险。此外，应授权法院发出决定儿童的住所或有关父母责任各方面事宜的相应命令，以切合儿童的最佳利益。（第 6.149 段）

15.64 我们又建议应向各方当事人施加责任，规定各方当事人在申请强制令时，必须披露先前发出的相关命令，以免法院发出的命令与先前所发出的管养令、

---

<sup>1383</sup> 見上文第 5 章。

探视令、同住令或联系令有抵触。（第 6.150 段）

#### 年龄

15.65 除一名成员持异议外，小组委员会建议应将无需父母同意的结婚年龄降至 18 岁，并保留以 16 岁为可结婚年龄的下限。（第 6.151 段）

15.66 我们建议制定条文，清楚订明法院监护令会于当事人年满 18 岁时停止生效。如能清楚订明法定代表律师的司法管辖权也会于当事人年满 18 岁时终止，惟超逾该年龄但无行为能力的人除外，也是有用的。（第 6.153 段）

15.67 为使条文一致，我们建议对儿童的父母责任，以及参照第 8 条命令（如同住令、联系令或指定事项令等命令）而制定的条文，都应订明于儿童年满 18 岁时停止生效。（第 6.154 段）

#### 社会福利署署长的权力

#### 定义

15.68 我们建议应在各婚姻条例中订明照顾令和监管令的定义，又建议保留在处理监护权纠纷和其他涉及儿童最佳利益的纠纷中发出照顾令和监管令的权力。（第 6.158 段）

#### *《保护儿童及少年条例》（第 213 章）*

15.69 我们建议，凡有子女按婚姻条例成为照顾令标的对象的父母，应有权取得命令以确保他们可与有关子女经常保持联系。我们又建议修订《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34C(6)条，让法院在发出照顾令时可同时发出联系令。（第 6.159 段）

#### 评估

15.70 我们建议区域法院法官在发出照顾令前，应有权根据婚姻条例下令有关儿童接受评估，犹如《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 45A 条所规定的。此外，社会福利署署长也应有权根据第 45A 条在这些法律程序中下令进行评估。（第 6.160 段）

#### 理由



15.71 为落实平等待遇原则，我们建议作出规定，限定社会福利署署长只可以《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34(2)条所述的理由，作为在私法的法律程序中提出申请照顾令或监管令的理由。<sup>1384</sup> 这样应可解决署长根据《未成年人监护条例》（第 13 章）和《婚姻诉讼条例》（第 179 章）有关照顾令和监管令方面可享有的权力，与根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）可行使的权力之间的歧异问题。（第 6.161 段）

#### *儿童的意见*

15.72 我们建议在进行根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）而提起的法律程序时，应考虑儿童的意见。（第 6.163 段）

#### *第三者*

15.73 我们建议修订《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34 条，以容许第三者申请照顾及保护令或监管令。至于对第三者提出申请所设定的准则，在公法的法律程序中应采用私法法律程序中沿用的准则。（第 6.164 段）

#### *由署长提出单方面申请*

15.74 我们建议修订《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 93 条和《区域法院民事诉讼程序（一般）规则》（第 336 章）第 61D 条，以容许在紧急情况下提出单方面申请，但如该申请受到反对，则必须进行各方之间的聆讯。（第 6.166 段）

#### *在公法的法律程序中安排独立法律代表*

15.75 我们认为《法定代表律师条例》（第 416 章）附表 1 第 3 部关于法律代表的条文有欠周全。我们建议采纳在私法的法律程序中为儿童委任独立法律代表的准则，作为在有关照顾令或监管令的法律程序中委任独立法律代表的准则。原则上，在进行有关照顾及保护令的法律程序时，应为儿童安排独立法律代表或法律代表，并应由少年法庭法官或裁判官酌情决定某案件是否适宜作如此安排。（第 6.167 至 6.168 段）

#### *法律援助*

---

<sup>1384</sup> 理由已於上文第 2 章闡述。

15.76 我们建议，当儿童的父母申请照顾令或监管令时，无论是根据婚姻条例或《保护儿童及少年条例》（第 213 章）提出的，只要有关的父母符合资格，便应获得由当值律师服务在少年法庭所提供的法律代表服务，以及由法律援助署在家事法庭或原讼法庭提供的法律代表服务。（第 6.171 段）

15.77 我们又建议，在进行法院监护的法律程序时，如果申请人是社会福利署署长或公共机构，应为案中儿童和其父母提供法律代表服务，因为这命令的效力是剥夺父母的责任。（第 6.172 段）

#### *独立法律代表的职责指引*

15.78 我们建议采纳澳大利亚的指引，以列明在少年法庭进行的有关照顾及保护令和监管令的法律程序中代表儿童和父母的律师所应履行的职责。<sup>1385</sup> 我们又建议为负责处理这类案件的律师提供特殊训练，培训他们与儿童及其父母晤谈和作为他们的律师所需的技巧，<sup>1386</sup> 因为这类敏感而复杂的案件只应由接受过特殊训练的律师处理。我们认为这些建议也应同样适用于根据婚姻条例向家事法庭申请照顾令和监管令的个案。（第 6.173 段）

#### *强制执行命令*

15.79 我们建议与内地建立相互法律协助机制，以强制执行管养令、探视令、同住令和联系令，以及强制执行交还被非法带离香港的儿童的命令。（第 6.177 段）

#### *合并条例*

15.80 我们认为，凡是处理涉及儿童、离婚安排、监护权或与第三者的争议，或父母之间但不涉及离婚诉讼的争议的条文，都应尽可能合并一条现行的条例内。这是很重要的。除一位小组委员会成员提出异议外，我们提议应将我们的建议和现行关于监护权和管养权的实质条文合并为一条综合条例，并对“儿童”和“家庭子女”这两个通用于所有条例的用语订明划一定义。（第 6.180 段）

#### *统筹政策*

15.81 我们建议应由单一决策局全权负责制定和实施关于家庭和儿童的政策，尤以所有有关婚姻和儿童的条例而言。至于负责部门应该是卫生福利局抑或

---

<sup>1385</sup> 見上文所述有關澳大利亞的指引。

<sup>1386</sup> 見第 5 章所述有關澳大利亞培訓獨立法律代表的事宜。

是民政事务局，则由政府定夺。（第 6.182 段）

## 庚部 一 排解家庭纠纷程序

### 延误

15.82 为促进儿童的最佳利益，凡涉及儿童的纠纷案，即住所、联系、指定事项、禁止行动、掳拐儿童、法院监护及监护等各方面的纠纷，都应优先进行聆讯。我们建议，在有关的法例制定前，应订定临时措施，为处置管养权、探视权和监护权等纠纷案订定目标限期。我们建议参照《1989 年儿童法令》第 1(2)和 11 条制定法定条文。<sup>1387</sup>（第 12.6 段）

### 社会福利主任的报告

15.83 我们建议应增拨更多资源予社会福利署监护儿童事务课，以减少为家事法庭进行调查和拟备报告时出现的延误。我们又建议该署订定服务承诺，确保社会福利主任须尽快拟备报告，且在任何情况下最迟也不得超过六周。（第 12.10 段）

15.84 小组委员会建议，为家事法庭拟备报告的社会福利主任，必须具备最少三年处理家庭和儿童事务的工作经验，并曾接受有关拟备法庭报告的培训。（第 12.11 段）

### 独立专家

15.85 我们建议授权法院可下令由独立专家拟备报告，这些专家包括心理学家、精神科医生、儿科医生、注册社工或其他有关业界的专家。（第 12.14 段）

### 统计和研究

15.86 如家事法庭能记录有关的统计资料，并由有关方面进行研究，则对法律改革委员会和政策制定者而言，都是非常有用的。我们建议家事法庭应记录有关管养权、探视权或监护权案件的统计资料，包括达成和解的案件数目和何时达成和解等资料。这会有助政策的规划和推行。（第 12.19 段）

### 提供判词备考与私隐权

15.87 我们建议应制定实务指示，对发表涉及儿童的纠纷案的未经报道的判词作出规管，使有关判词可更广泛地提供予执业律师参考。我们又建议，为保护

---

<sup>1387</sup> 見下文附件 1。

儿童和其父母起见，不管有关判词是否经报道，判词中所有可识别身分的细节，包括各方当事人及有关儿童的姓名、地址、学校名称、工作地点，以及证人的姓名，均应删除（只保留其英文姓名首字母）。（第 12.30 段）

#### 处理家事案件的作业守则

15.88 我们建议香港藉采用一套《家庭法律师作业守则》鼓励律师以较为平和的方式处理案件。我们建议，原则上应有两套守则以处理不同案件，其一是适用于家事案件，其二是适用于案中儿童有独立法律代表的案件。（第 12.34 段）

#### 个案管理与和解

15.89 我们建议精简家事法庭的程序，并按有效的个案管理法持续监察法庭的运作情况。我们建议在家事法庭引入规管个案管理的实务指示，以便更有效地贯彻执行个案管理工作，并促使案件从以受争辩聆讯方式处理转而以调解方式处理。我们认为无需在现阶段制定有关实务指示的具体条文。不过，建筑业案件审讯表的要项清单和相关的实务指示均具有参考价值，可作为制定家事案件审讯表的蓝本。（第 12.38 段）

15.90 我们建议制定条文，规定案件如涉及儿童的纠纷，有关人士必须在要求指示的传票阶段填报审前要项清单，并订定关乎该案件的誓章的送达时限，以期尽可能减少延误。我们又建议授予法官更大的控制权，以减低运作过程所需的开支和减少出现延误的情况。当有关个案未能以最具经济效益的方式处理，有关人士便会获发适当的缴付讼费命令，包括虚耗讼费命令。（第 12.39 段）

#### 争论事项会议与和解会议

15.91 我们建议因应香港的情况，为争论事项会议及和解会议制定法定条文。争论事项会议与和解会议之间应有明确区别，但又同是独立于调解程序以外的。和解会议是整个程序的必经步骤，除非一方当事人或各方当事人提交证明书，表明藉和解会议达成和解的机会甚微，而举行会议徒然浪费金钱，则作别论。（第 12.45 段）

15.92 纵使不召开和解会议，仍会召开一个作用与指示聆讯相若的会议，以便就审讯发出指示，而法官在此阶段仍可以提议各方当事人和解。至于在这些审前会议上披露的证据，如无各方当事人的同意，不得在其后举行的聆讯或法律程序中被视为作出承认而获接纳为证据，或作为有关会议的誊本或记录的一部分。（第 12.46 段）

## 新法律程序流程图

15.93 我们制备的流程图载录于附件 2，以方便读者理解拟议新法律程序的流程。这流程图所载列的步骤都是个案管理所必需的步骤，而日程表则是由法官经征询各方当事人意见后订定的。我们建议以争论事项会议取代现行的过堂程序。（第 12.47 段）

### 辛部 一 排解家庭纠纷程序的支援服务

#### 支援服务

15.94 我们一般赞同并采纳家事法庭专责组就支援服务提出的建议，但认为在用语方面，“调解和调解员”较“调停和调停员”可取。如能拨出更多资源发展调解服务、资讯简介会和父母教育计划作为支援服务来配合法律程序，更可收相辅相成之效。为此，有需要将这些支援服务和拨予法院制度的资源结合起来，以确保法院会开放服务和向市民负责。我们建议由政府拨付支援服务的经费。（第 12.51 段）

#### *在家事法庭内辟设支援服务的办公地方*

15.95 我们建议在家事法庭为辅导员和调解员辟设办公地方，以便他们可尽快转介有关人士接受合适的服务。（第 12.54 段）

#### 排解纠纷的资料

15.96 我们建议法院应加强协助父母联络支援服务机构的服务。此外，有需要加强向公众进行宣传和教育的工作，以鼓励家庭在发生争执初期或初遇上问题时向区内的家庭服务中心或其他机构求助。（第 12.56 段）

15.97 我们建议家事法庭应提供关于法律程序、支援服务，以及诉讼以外的另类方法的资料。此外，《婚姻路知多少》等小册子应存放于家事法庭和高等法院大楼的大堂，以备索阅。（第 12.59 段）

#### *调解服务的资料*

15.98 我们建议将资料小册子存放在家事法庭和家庭服务中心，以备索阅。该等小册子应载列关于在诉讼以外可供采用的调解服务的资料，并鼓励公众循调解途径解决问题。此外，《婚姻路知多少》等小册子应载列有关调解服务的资料，并定期更新。家事法庭应负起积极推介调解服务的责任，并由终审法院首席法官

认可一份载列采用调解服务的优点和程序的文件。（第 12.61 段）

#### 资讯简介会

15.99 我们建议引入可供自愿参与的资讯简介会，并开放予普罗市民参加。在大部分情况下，各方当事人都会在提交呈请前参加简介会的。简介会的内容将会综合美国的父母教育计划和澳大利亚的资讯简介会的元素。<sup>1388</sup>（第 12.64 段）

15.100 资讯简介会除了向各方当事人提供有关家庭支援服务和调解服务等诉讼以外的另类方法的资讯和意见外，还会借口述、录影带或资讯包等方式提供资讯，以教育身为父母者有关离婚的心路历程以及离婚对儿童的影响等。在简介会上负责讲解的人员均已接受辅导和调解技巧的培训。这项服务应透过律师、法律援助署和当值律师服务告知当事人，并应载列于家事法庭认可的小册子中。（第 12.65 段）

#### 转介往资讯简介会

15.101 我们建议向律师施加责任，规定他们须告知其当事人有关资讯简介会的服务。我们建议授权家事法庭法官转介各方当事人参加资讯简介会；这不是藉发出命令施行，而是授权法庭可在各方当事人参加简介会前暂停进行有关的法律程序。（第 12.67 段）

#### 律师的责任

15.102 我们建议规定律师有责任告知并鼓励其当事人考虑是否有可能和解，并须告知申请人（和接获状书的答辩人）有关辅导和调解服务的性质和目的，并提供载列和解、辅导和调解服务机构的名单。有关资料会载列于家事法庭认可的小册子中。（第 12.69 段）

#### 法院在调解方面的权力

15.103 我们建议采纳首席大法官的法院附设调解服务委员会报告书所载的自愿性调解服务方案，使法院只可在各方当事人均表同意下，才能命令他们接受调解。鉴于《婚姻诉讼条例》（第 179 章）第 15A 条已订明，法院如觉得有合理可能达成和解，可将法律程序押后。因此，可为推广调解服务而制定相若的条文。我们建议参照澳大利亚的《1975 年家庭法法令》第 19A 条而制定条文。第

---

<sup>1388</sup> 詳情見第 8 和 10 章。

19A 条授权可能提出诉讼的人或各方当事人可向家事法庭提交要求委任调解员的通知书。（第 12.72 段）

15.104 我们又建议制定条文，订明如各方当事人同意接受调解但未能就调解员人选达成共识，可由法院委任合适的调解员。我们同意不应让法官直接介入调解工作；但如一方当事人不同意为接受调解而将法律程序押后，则法官可尽其所能鼓励有关人士接受调解。（第 12.73 段）

15.105 我们又建议在为有关案件编定聆讯日期前，各方当事人须提交令法院信纳的证明，以表明曾否考虑采用调解服务，或表明他们不适合接受调解。（第 12.74 段）

#### *强制权力*

15.106 我们认为，授权法官在各方当事人向法院证明他们曾尝试调解前可拒绝编定审讯日期，是有用处的。曾有人建议授权法官可提议各方当事人尝试藉调解来排解纠纷，并在特殊情况下，甚至可因应需要而着令他们接受调解。不过，我们不赞同在现阶段把接受调解列为强制规定。至于应否采纳首席大法官的报告书的建议，强制因管养权和监护权而发生纠纷的人接受调解，我们欢迎受谘询人士提交意见书。（第 12.76 段）

#### *辅导会议*

15.107 我们建议引入与澳大利亚调停会议相若的程序，但为免与调解混淆，会命其名为“辅导会议”。法院辅导员会在调停会议上进行调停辅导，以缓和纷争，并鼓励各方当事人就实务事宜达成协议。我们建议把辅导会议列为法院制度的个案管理程序中必须而不可或缺的部分。我们建议“支援服务统筹员”须以书面向法官报告各方当事人曾否参加辅导会议，以便按照法律程序进行下一阶段。（第 12.80 段）

15.108 如果父母双方在经济和子女事宜两方面都有争议，便应安排联合辅导会议一并处理这些事宜。我们建议有关会议可由调解员或辅导员主理，会议经费则应从公帑拨付。（第 12.81 段）

#### *支援服务统筹员*

15.109 我们建议开设统筹员一职，专责使家事法庭排解纠纷制度的所有支援服务运作畅顺。我们建议采用“支援服务统筹员”（统筹员）这个名称，以避免因采用家事法庭专责组报告书所用的“调停统筹员”而与和解一词造成混淆。再

者，统筹员的工作范围不仅限于调解，而会扩及至辅导会议和将各方当事人转介接受法院以外的辅导服务。（第 12.85 段）

#### 社会福利主任与调解服务

15.110 社会福利主任所担当的法院调查员或专家的角色，与辅导员或调解员的角色不同。我们建议社会福利署订定适当指引，将上述职能区分开来。小组委员会大部分成员建议开办法院调解服务，并由具备专业资格的调解员任职，藉此与负责为法院进行调查和撰写报告的社会福利主任区分开来。（第 12.94 段）

#### 其他专业

15.111 其他参与辅导或治疗工作的专业人员，不论是于政府或非政府机构任职，或是私人执业的，均须采用相若指引。我们也建议，其他如律师会和大律师公会等组织应拟备适当指引，以确保可清楚区分律师作为代表律师和作为调解员所肩负的不同职能。（第 12.96 段）

15.112 我们建议为家庭调解员提供索取专家报告的途径，让他们在处理关乎儿童的棘手纠纷案时，可以在各方当事人的同意下取得专家报告，以利解决问题。（第 12.97 段）

#### 工作小组

15.113 小组委员会会议决建议成立工作小组，负责规划并推行法院附设家庭调解服务试验计划。（第 12.99 段）

#### 法院附设家庭调解服务试验计划

15.114 我们建议把调解服务列为家事法庭制度中一个不可或缺的部分。为使调解服务确立为一项永久性排解纠纷方法，我们建议在家事法庭推行法院附设家庭调解服务试验计划。（第 12.102 段）

#### 试验计划研究小组

15.115 我们欢迎终审法院首席法官成立试验计划研究小组，并建议该小组参考我们就调解服务、个案管理及拟议试验计划所提出的建议，以决定会否有助他们制定建议。（第 12.104 段）

#### 管理委员会



15.116 我们建议由管理委员会负责监察试验计划的推行情况。(第 12.110 段)  
*为法院计划培训调解员*

15.117 我们同意布舒雅报告书所提述的重点，即“为确保调解服务可在家事法庭制度中享有显要地位，对调解员的甄选、培训、监管和资格评审等工作均须订定严格标准。”<sup>1389</sup> 所以，我们建议，规定在香港任何法院附设调解服务计划中任职的调解员，都必须通过严格的甄选、培训和资格评审程序，并受到严格监管。(第 12.111 段)

*资格评审*

15.118 我们建议现行的家庭调解员资格评审制度应获得政府和司法机构认可。(第 12.112 段)

*处理家庭暴力和性侵犯个案的指引*

15.119 我们建议参照澳大利亚和新西兰的指引，制定有关处理家庭暴力和儿童受性侵犯个案的指引，以筛选适合接受家庭调解服务的个案。(第 12.116 段)

*评估*

15.120 我们建议应对法院附设家庭调解服务的试验计划作独立的评估。(第 12.117 段)

*社区调解服务*

15.121 我们建议开办社区家庭调解服务，并藉加强推广和教育工作鼓励公众尽早藉转介接受有关服务。(第 12.120 段)

*认可社区调解服务*

15.122 我们建议参照澳大利亚的《1995 年家庭法改革法令》中关于使服务社区的辅导和调解服务机构成为认可机构的条文，以制定相若的条文。我们建议在香港推行相若的计划，认可机构除可获政府拨款资助外，还会联同政府处理有关

---

<sup>1389</sup> Paragraph 5.7.7 of Boshier, “New Zealand Family Law Report” summarised in an article of that name in Family and Conciliation Courts Review, vol 33, No. 2, April 1995 (182-193).

服务质素、持续监管、培训调解员和其他相关事宜。（第 12.122 段）

#### 儿童在调解过程的心声

15.123 我们建议采纳一条参照已修订的《1995 年苏格兰儿童法令》第 11(7) 条而制定的条文，以设立机制，在调解过程中考虑儿童的意见。<sup>1390</sup> 我们也建议应考虑采用什么机制来确定儿童的意见，以促使调解员注意儿童的意见。（第 12.126 段）

#### 法律援助与调解

15.124 我们建议制定法定条文，就处理监护权、管养权和探视权纠纷的调解服务提供法律援助作出规定。我们又建议，待有关法例制定后，法律援助署应为家庭调解服务设立完善的拨款计划，用以推行教育、宣传和个案筛选等工作。（第 12.128 段）

#### 特权与保密

15.125 为免除任何疑问，特别是在法院附设调解计划推行后，我们建议制定法定条文，使所有合格的家庭调解员都享有特权，犹如《1995 年苏格兰民事证据（家庭调解）法令》的规定。（第 12.134 段）

#### 豁免法律责任

15.126 我们建议参照澳大利亚的《1975 年家庭法法令》第 19M 条，制定一条赋予豁免权的法定条文，以保障合格的家庭调解员。（第 12.136 条）

#### 法律意见

15.127 我们建议应采纳一条参照澳大利亚的《家庭法规则》第 25A 号命令第 12 条规则而制定的条文。第 12 条规则订明，调解员须告知各方当事人应就其自身的权利、职责和义务征询法律意见。（第 12.137 段）

#### 执行调解协议

15.128 我们认为无需藉修订《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 14 条来清除任何妨碍执行调解协议的障碍；第 14 条规定，如赡养协议中载有条文限制向法院申请作出有关经济安排的命令的权利，则该条文属无效。（第 12.139

---

<sup>1390</sup> 見下文附件 1。

段)

为儿童所作安排

15.129 我们建议制定法院规则，以便利将调解协议转为由法院发出的协议令。这不仅有助促使有关人士遵循协议规定，更可于有人违反协议时加以强制执行。（第 12.142 段）

教养计划

15.130 我们建议参照澳大利亚的《1995 年家庭法改革法令》的条文而制定有关教养计划（可于家事法院登记的计划）的条文，同时保留根据《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 18 条作出声明的规定，而教养计划也可夹附在声明中。教养计划方案应予推广，初段为宽限期，让当事人可按其意愿决定是否制定教养计划，其后则改为强制性，以确保这项计划得到广泛应用。（第 12.147 段）

壬部 一 掳拐儿童法

扣押的权力

15.131 我们建议香港制定一条与爱尔兰的《1991 年掳拐儿童和强制执行管养令法令》第 37 条相若的条文。不过，我们并不建议授予一般性逮捕权。（第 14.4 段）

将儿童迁离司法管辖区

15.132 小组委员会建议，主体法例应载有条文，制约在没有征得有管束儿童住所权利或与儿童有定期联系的父母其中一方的同意而将儿童迁移的行动。我们认为苏格兰的条文较佳，并提议采纳一条与《1995 年苏格兰儿童法令》第 2(3) 条相若的条文。（第 14.7 段）

15.133 我们又建议，这条文的适用范围应包括已提起法律程序或已有法院命令发出的关乎儿童的个案，并适用于所有家庭子女。《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 94(2) 条有关容许人向法院申请防止迁移的条文，也应制定为主体法例的条文。<sup>1391</sup>（第 14.9 段）

---

<sup>1391</sup> 原文載於第 13 章。

## 披露行踪

15.134 我们建议参照爱尔兰的《1991年掳拐儿童及强制执行管养令法令》第36条的规定，制定相若条文以授权法院可下令有关人士披露儿童的行踪。（第14.11段）

## 追寻令及返还令

15.135 我们建议采纳与澳大利亚有关追寻令及返还令条文相若的条文，因为有关条文对香港也有作用。澳大利亚有关返还令的条文较英格兰的有关条文可取。<sup>1392</sup>（第14.12段）

## 交出护照

15.136 小组委员会建议维持现况不变，但其中有少数成员赞成授权法院，在法院已发出或正在发出禁止将儿童迁移的命令时，可下令有关人士交出所有护照、回港证和旅游证件。我们注意到，澳大利亚的《1995年家庭法法令》第67ZD条授权法院可下令有关人士向法院交出护照，但没有就扣起护照的时限等事宜作出规定。<sup>1393</sup> 我们反对香港采纳相若条文。（第14.17段）

## 向入境事务处报备命令

15.137 我们建议，将法院已发出命令禁止将儿童带离香港一事向入境事务处报备的责任，应由父母承担，由他们酌情决定是否向该处报备。不过，如果父母其中一方确已向该处报备有关命令事宜，则必须强制他们将已报备一事告知父母另一方。（第14.20段）

---

<sup>1392</sup> 原文載於第13章。為香港擬訂的條文載於附件1。

<sup>1393</sup> 原文載於第13章。

## 为拟议儿童条例草案而草拟的部分条文

### 背景

1. 这附件载列三条可互相比较的法例，分别为英格兰的《1989 年儿童法令》、《1995 年苏格兰儿童法令》，以及澳大利亚经《1995 年家庭法改革法令》修订的《1975 年家庭法法令》。此外，为表明小组委员会所建议各项改革的意图，这附件还按照第 6 章所探讨条文的次序，列出各条文草案。

### 法定的要项清单

2. 《1989 年儿童法令》第 1(3)条规定如下：

*“在第(4)款所述的情况下，法院须特别顾及下列事项：*

- (a) 如能查明有关儿童的意愿和感受，须因应他的年龄和理解能力考虑他的意愿和感受；*
- (b) 他在身体、感情和教育方面的需要；*
- (c) 他环境上的改变可能对他造成的影响；*
- (d) 他的年龄、性别、背景及其他法院认为有关的特点；*
- (e) 他曾经遭受或有机会遭受伤害；*
- (f) 他的父亲、母亲和法院认为与这问题有关的人，能在甚么程度上满足他的需要；*
- (g) 法院根据本法令在有关法律程序中可行使的权力范围。”*

3. 经《1995 年家庭法改革法令》修订的《1975 年家庭法法令》第 68F 条规定如下：<sup>1394</sup>

- “68F. (1) 除第(3)款另有规定外，在决定什么是切合儿童的最佳利益时，法院必须考虑第(2)款所列明的事宜。*
- (2) 法院必须考虑下列事宜：*
  - (a) 该儿童所表达的意愿，以及法院认为与考虑该儿童意愿的比重有关的因素（例如该儿童的成熟程度或理解能力）；*

---

<sup>1394</sup> 所提述的其他澳大利亚条文均是经 1995 年的法令修订的。

- (b) 该儿童与父亲、母亲和其他各人的关系的性质；
  - (c) 该儿童环境上的改变可能造成的影响，包括他因与下列人士分离而可能受到的影响：
    - (i) 他或她的父母任何一方；或
    - (ii) 一直与他或她同住的其他儿童或其他人；
  - (d) 让儿童与父母任何一方保持联系的实际困难和费用，以及此等困难和费用会否在相当程度上影响该儿童与父亲和母亲维系个人关系和保持定期直接联系的权利；
  - (e) 父亲、母亲或其他各人在满足该儿童的需要上的能力，包括感情和知识上的需要；
  - (f) 该儿童的成熟程度、性别和背景（包括与土著居民或拓雷斯海峡岛民的生活方式、文化和传统习俗维持联系的需要），以及该儿童的其他特点而法院认为有关者；
  - (g) 保护该儿童免因下列情况而受到或可能受到身体或心理伤害的需要：
    - (i) 遭受虐待、苛待、暴力或受其他行为对待，或被置身于该等环境；或
    - (ii) 直接或间接被置身于针对或可能影响另一人的虐待、苛待、暴力或其他行为对待的环境；
  - (h) 该儿童的父亲和母亲对该儿童和对父母身分的责任所表现的态度；
  - (i) 任何涉及该儿童或该儿童的家庭成员的家庭暴力；
  - (j) 适用于该儿童或该儿童的家庭成员的有关家庭暴力的命令；
  - (k) 发出最不可能导致就该儿童提起进一步法律程序的命令，是否更为可取；
  - (l) 法院认为有关的其他事实或情况。
- (3) 如果法院正考虑是否在各方当事人的同意下发出命令，则法院可以顾及第(2)款列明的所有或任何事宜，但并非必须这样做。”

4. 参照《1989年儿童法令》第1(3)条而拟定关乎要项清单的条文草案会

规定如下：

- “(3) 在第(4)款所述的情况下，法庭须特别顾及下列事宜：
- (a) 如能查明有关儿童的意见，须因应他的年龄和理解能力考虑他的意见；
  - (b) 他在身体、感情和教育方面的需要；
  - (c) 他环境上的改变可能对他造成的影响；
  - (d) 他的年龄、成熟程度、性别、社会和文化背景，以及其他法院认为有关的特点；
  - (e) 他曾经遭受或有机会遭受伤害；
  - (f) 他的父亲、母亲和法院认为与这问题有关的人，能在什么程度上满足他的需要；
  - (g) 该儿童与父亲、母亲和其他各人的关系的性质；
  - (h) 该儿童的父亲和母亲对该儿童和对父母身分的责任所表现的态度；
  - (i) 法庭根据本条例在有关法律程序中可行使的权力范围。”

## 父母责任

5. 有关父母责任的条文草案，是参照《1995年苏格兰儿童法令》第1条拟定的，并会规定如下：

- “1. (1) 儿童的父母对该儿童的责任为：
- (a) 保障及促进该儿童的健康、成长和最佳利益；
  - (b) 按该儿童的成长阶段向他提供适当的：
    - (i) 指示；
    - (ii) 指引；
  - (c) 他如果不与该儿童同住，须与该儿童保持个人关系，并定期直接联络；及
  - (d) 担任该儿童的法律代表。

但上述责任只限于遵行本条是可行并切合儿童利益的范围为限。

- (2) 就本条而言，‘儿童’指未满18岁的人；
- (3) 上文第(1)款(a)至(d)段所述的责任就是本条例所提述的‘父母责任’；而该儿童或任何代他行事的人都有权在关乎该等责任的任何法律程序中提起诉讼或抗辩。
- (4) 该等父母责任取代普通法施加于父母的类似职责；但本条

并不影响如此施加的其他职责，亦不影响藉着、根据或因为本条例其他条文或其他成文法所施加的任何职责。”

## 父母权利

6. 有关父母权利的条文草案，是参照《1995年苏格兰儿童法令》第2条拟定的，并会规定如下：

- “2. (1) 为使儿童的父母可对该儿童履行父母责任，他具有下列权利：
- (a) 与该儿童同住的权力，如非同住则有管制该儿童住所的权力；
  - (b) 按该儿童的成长阶段，对该儿童的教养适当地管束、指导或指引的权力；
  - (c) 如非与该儿童同住，与该儿童保持个人关系和定期直接联络的权力；及
  - (d) 担任该儿童的法律代表的权力。
- (2) 除下述第(3)款另有规定外，除非赋予父母权利或规管父母权利的行使的判令或契约另有规定，否则当两名或以上人士就某名儿童享有父母权利时，各人都可独自行使权利而无须征得其他享有该权利的人的同意。
- (4) 第(1)款(a)至(d)段所述的权力就是本条例所提述的‘父母权利’；而父母任何一方或任何代他行事的人都有权在关乎该等权利的任何法律程序中提起诉讼或作出抗辩。
- (5) 该等父母权利取代普通法赋予父母的类似权利；但本条并不影响如此赋予的其他权利，亦不影响藉着、根据或因为本条例其他条文或其他成文法所赋予的任何权利。
- (7) 在本条中，‘儿童’指未满18岁的人。”

## 由父母转授

7. 有关转授父母权利和父母责任的条文草案，是参照《1989年儿童法令》第2(9)条至2(11)条拟定的，并会规定如下：

- “(9) 对儿童负有父母责任的人，不得将该责任的任何部分退让或转让予他人，但可安排将部分或全部责任交由一名或多于一名代表他行事的人履行。”



- (10) 与他作出上述安排的人，可以是本来已对有关儿童负有父母责任的人。
- (11) 上述安排的作出，不影响任何人因不履行对有关儿童的父母责任的任何部分而须承担的法律责任。”

## 委任监护人

8. 有关委任监护人的条文草案，是参照《1989年儿童法令》第5(5)条拟定的，并会规定如下：

- “(5) 根据第(3)或(4)款作出的委任，必须以书面作出及注明日期，并且由作出委任的人签署或按照下列规定签署，否则不具效力：
  - (a) 如委任是藉遗嘱作出的，而该遗嘱并非由立遗嘱人签署，则须在立遗嘱人按照《1837年遗嘱法令》第9条的规定指示下签署；或
  - (b) 在其他情况下，在委任的人面前并按他的指示签署，并有两个证人在场作见证；各证人并须见证该签署。”

## 法院委任监护人

9. 有关法庭委任监护人的条文草案，是参照《1989年儿童法令》第5(1)条拟定的，并会规定如下：

- “(1) 任何个人如向法庭提出有关儿童的申请，法庭可下令委任该人为该儿童的监护人，下令的先决条件为：
  - (a) 该儿童没有负有父母责任的父母；或
  - (b) 获发与该儿童同住的同住令的父或母或监护人在命令生效期间去世；或
  - (c) 与该儿童同住的父或母或监护人去世。”

## 同住令的定义

10. 有关同住令定义的条文草案，是参照《1989年儿童法令》第8(1)条拟定的，并会规定如下：

“在本条例中：

同住令是解决有关谁与儿童同住和谁负责照顾该儿童日常生活和最佳利益的安排的命令。”

## 联系令的定义

11. 有关联系令定义的条文草案，是参照《1995年儿童（苏格兰）法令》第**11(2)(d)**条拟定的，并会规定如下：

*“联系令是对该年龄以下的儿童与特定的人保持个人关系和直接联系的安排作出规管的命令，而该特定的人是现时或将来不会与该儿童同住的。”*

## 指定事项令

12. 有关指定事项令定义的条文草案，是参照《1989年儿童法令》第**8(1)**条拟定的，并会规定：

*“指定事项令是为解决指定问题而发出指示的命令，有关问题须属关乎对儿童的父母责任的任何方面而已经或可能出现的问题。”*

## 禁止行动令

13. 有关禁止行动令定义的条文草案，是参照《1989年儿童法令》第**8(1)**条拟定的，并会规定如下：

*“禁止行动令是规定任何人在未得法院同意前，不得采取命令所指明的行动的命令，而该行动是原本对儿童履行父母责任或行使父母权利时可以采取的。”*

## 非其父母人士所负有的父母责任

14. 有关非其父母人士所负有的父母责任的条文草案，是参照《1989年儿童法令》第**12(2)**条拟定的，并会规定如下：

*“(2) 如法庭发出同住令指示儿童与某人同住，而该人不是有关儿童的父母或监护人，则该人在同住令生效期间须对该儿童负起父母责任。”*

## 家事法律程序

15. 有关家事法律程序的条文草案，是参照《1989年儿童法令》第**10(1)**条拟定的，并会规定如下：

*“(1) 在家事法律程序中如出现关乎儿童的最佳利益问题，法*

庭可以发出第 8 条命令处理该儿童的事宜，发出命令的先决条件为：

- (a) 有人向法庭申请发出该命令，而他符合下列条件：
  - (i) 有权就该儿童申请第 8 条命令的；或
  - (ii) 已向法庭取得作出申请的许可；或
- (b) 虽然没有人提出有关申请，但法庭仍认为应该发出该命令。”

### 第三者提出申请的权利

16. 有关第三者提出申请的权利的条文草案，是参照《1989 年儿童法令》第 10(5)(b)和(10)条拟定的，并会规定如下：

- “(5) 下列是有权就儿童申请同住令或联系令的人：
  - (b) 任何曾与该儿童同住最少一年时间的人；
- (10) 第 5(b)款所提及的一年时间不必是连续不断的，但不能早于提出申请日起计三年以前开始，亦不能早于提出申请日起计三个月以前结束。”

### 儿童如何表达意见

17. 有关儿童表达意见方式的条文草案，是参照澳大利亚的《1975 年家庭法法令》第 68G(2)条拟定的，并会规定如下：

- “(2) 法庭可藉下列途径得知某儿童所表达的意愿：
  - (a) 藉参考交予法庭的报告所载述的任何事项；或
  - (b) 在法院规则的规限下，藉法庭认为合适的其他途径取得。”<sup>1395</sup>

### 延误

18. 有关延误的条文草案，是参照《1989 年儿童法令》<sup>1396</sup> 第 11(7)条拟定的，并会规定如下：

- “(1) 在任何出现有关发出第 8 条命令或任何有关该命令的问题的法律程序中，法庭必须因应凭借第(2)款订定的规则，处理下列事情：
  - (a) 订定时间表以期在无延误情况下对有关问题作出裁断；

---

<sup>1395</sup> 這是處理獨立的法律代表。

<sup>1396</sup> 同時建議採納《1989 年兒童法令》第 1(2)條，條文內容已載於上文第 6 章相關部分的註解中。

及

(b) 发出其认为适当的指示，以确保在合理可行范围内尽量遵照该时间表办事。

(2) 法院规则可：

(a) 指明就出现该等问题的法律程序采取指定行动的限期；  
及

(b) 就该等法律程序订定其他规定，以确保在合理可行范围内尽量无延误地对该等问题作出裁断。”

## 儿童在调解过程中表达意见

19. 有关儿童在调解过程中表达意见的条文草案，是参照《1995年苏格兰儿童法令》第11(7)条拟定的，并会规定如下：

“(7) 在考虑各方当事人所拟定的协议时，调解员在顾及该儿童的年龄和成熟程度的情况下，须在可行范围内尽量：  
(i) 给他机会表明是否有意表达其意见；  
(ii) 如他表明有此意愿，给他机会表达意见；及  
(iii) 对他所表达的意见加以考虑。”

## 把儿童带离司法管辖区

20. 有关处理把儿童带离司法管辖区事宜的条文草案，是参照《1995年苏格兰儿童法令》第2(3)和(6)条拟定的，并会规定如下：

“(3) 任何人未经下文第(6)款所述人士的同意，无权将儿童迁离香港特别行政区或将儿童扣留在香港特别行政区以外地方；但这规定对法庭命令并无影响。  
(6) 上文(3)款所提述的人是指当其时对有关儿童享有和正在行使上文第(1)款(a)或(c)段所述父母权利的人（不论是否该儿童的父母）<sup>1397</sup>；但如该儿童的父母均为上述人士，则必须经他们两人同意才可将他迁移或扣留。”

## 追寻令

21. 有关追寻令的条文草案，是参照澳大利亚的《1975年家庭法法令》第67J条拟定的，并会规定如下：

---

<sup>1397</sup> 詳情可參閱上文載述的父母權利。

- “(1) 追寻令是由法庭发出以规定下列事宜的命令：
- (a) 某人须向法院司法常务官提供他所持有或取得的有关该儿童所在地的资料；或
  - (b) 某部门的秘书或有关主管当局须向法院司法常务官提供有关该儿童所在地的资料，而该等资料已载于或会纳入该部门或主管当局的记录。”

可以申请追寻令的人

22. 有关可以申请追寻令的人的条文草案，是参照澳大利亚的《1975年家庭法法令》第67K条拟定的，并会规定如下：

“下列人士可申请追寻某儿童的追寻令：

- (a) 获发关乎该儿童的同住令的人；或
- (b) 获发关乎该儿童的联系令的人；或
- (c) 关注该儿童的照顾、最佳利益或成长事宜的其他人。”

返还令

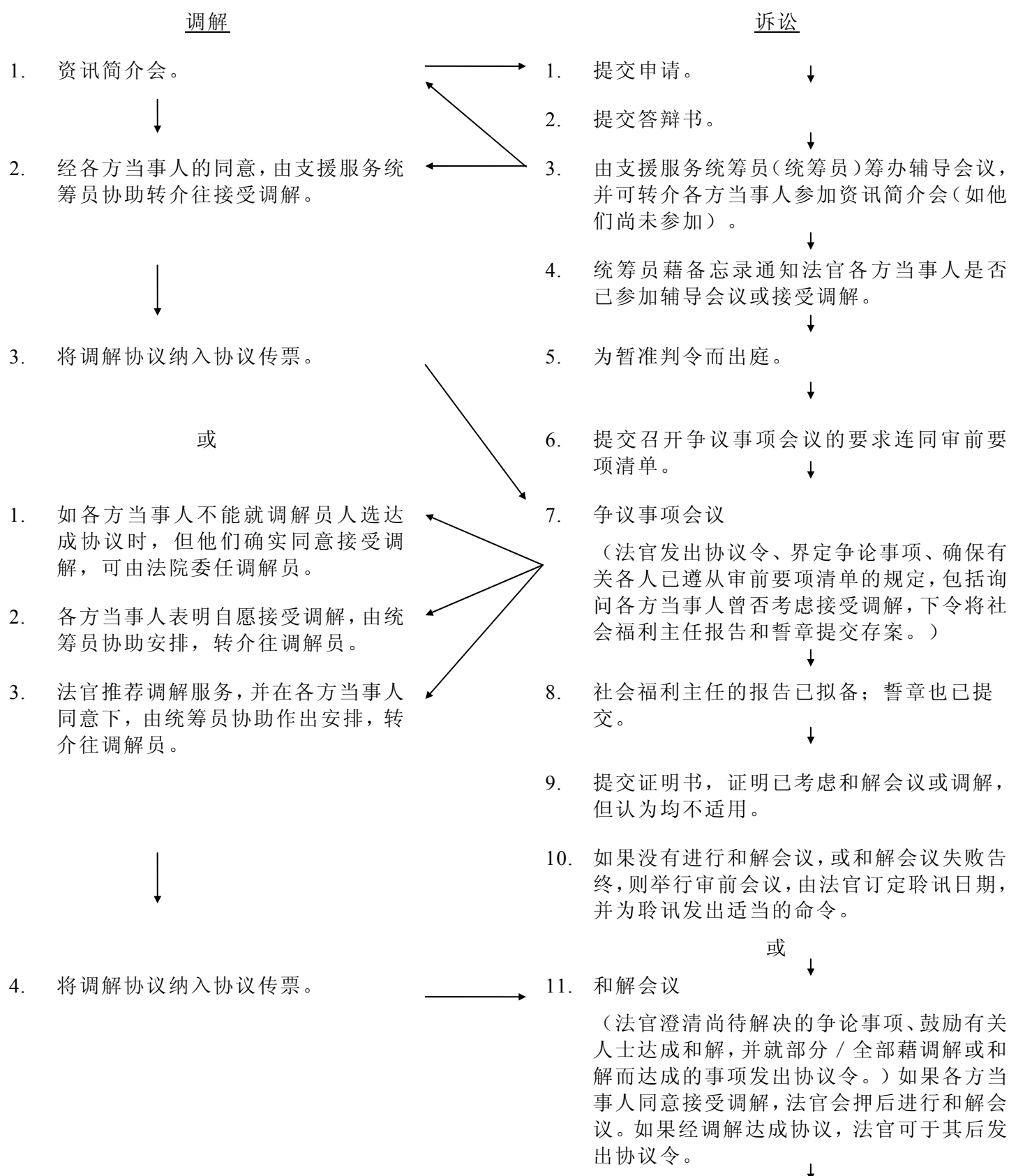
23. 有关返还令的条文草案，是参照澳大利亚的《1975年家庭法法令》第67Q条拟定的，并会规定如下：

“返还令是由法庭发出以进行下列所有或任何事宜的命令：

- (a) 规定将某儿童交还下列人士：
  - (i) 该儿童的父母任何一方；或
  - (ii) 已获发关乎该儿童的同住令或联系令的人；或
- (b) 授权或指令一人或多人在其所需协助下，并在有需要时使用武力，截停和搜查任何车辆、船只或飞机，以及进入和搜查任何处所或地方，以寻找某儿童；
- (c) 授权或指令一人或多人在其所需协助下，并在有需要时使用武力，寻回某儿童；
- (d) 授权或指令已获归还或寻回该儿童的人将某儿童交予下列人士：
  - (i) 该儿童的父母任何一方；或
  - (ii) 已获发关乎该儿童的同住令或联系令的人；或
  - (iii) 代表第(i)或(ii)节所述的人行事的其他人；

- (e) 就某儿童在交还或交给另一人以前的日常照顾事宜发出指令；
- (f) 禁止某人再次迁移或带走和管领儿童；
- (g) 授权在无手令的情况下拘捕再次迁移或带走和管领某儿童的人。”

家事法庭处理有关儿童的纠纷的个案管理及支援服务建议流程图



12. 在审前会议后举行聆讯，以处理尚未解决的事宜。