

香港法律改革委员会

报告书

子女管养权及探视权

本报告书已上载互联网，网址为：<http://www.hkreform.gov.hk>。

2005年3月

香港法律改革委员会（法改会）于 1980 年 1 月由当时的行政局任命成立，负责研究由律政司司长或终审法院首席法官转交的有关改革香港法律的课题。

法改会现时的成员如下：

梁爱诗女士	GBM,太平绅士,律政司司长（主席）
李国能先生	终审法院首席法官
严元浩先生	SBS,太平绅士,法律草拟专员
包致金先生	终审法院常任法官
白景崇博士	
余若海先生	资深大律师
周永健先生	SBS,太平绅士
胡汉清先生	SBS,资深大律师,太平绅士
范耀钧教授	太平绅士
梁刘柔芬议员	SBS,太平绅士
陈弘毅教授	太平绅士
麦高伟教授	

法改会的秘书是**施道嘉先生**，办事处地址为：

香港湾仔

告士打道 39 号夏慤大厦 20 楼

电话：2528 0472

传真：2865 2902

电邮：hklrc@hkreform.gov.hk

网址：<http://www.hkreform.gov.hk>

香港法律改革委员会 报告书

子女管养权及探视权

目录

	页
导言	1
第 1 章 此范畴法律的背景	4
引言	4
从较广阔的社会层面看离婚	5
离婚是复杂的过程	5
离婚的不同阶段	5
离婚对儿童的影响	6
探视对儿童适应父母离婚的影响	8
离婚造成长远伤害	9
研究所得的结论	10
转化中的子女管养权和探视权法律思维模式	11
儿童权利	11
转化中的家庭结构	11
共同管养	12
从较广阔的法律层面看离婚	12
政府所扮演的角色	12
《香港人权法案条例》（第 383 章）	13
联合国《儿童权利公约》	14
第 2 章 香港现有法律和施行实况——概览	16
引言	16
法律上的亲子关系	16

	页
“子女”或“未成年人”	16
“父母”或“监护人”	17
父母的“权利及权能”	17
‘监护权’和‘探视权’的涵义	20
监护权	20
探视权	21
独有管养令	22
分权令	23
共同管养	23
法院对管养权和探视权的处理方法——儿童的福利	24
福利原则	24
决定儿童的福利的因素	26
首要考虑事项	30
司法酌情权	31
香港的离婚程序	32
有关的法例	33
确立离婚的适用‘理由’	33
离婚程序步骤	35
离婚程序的近期发展	38
第 3 章 香港现有法律和施行实况——有关法例	39
引言	39
《未成年人监护条例》（第 13 章）	40
就管养及探视提出申请	40
照顾令	41
监管令	41
监护权	42
对《未成年人监护条例》（第 13 章）的批评	43
《婚姻诉讼条例》（第 179 章）	46
照顾令	46
监管令	47
对《婚姻诉讼条例》（第 179 章）的批评	47
《婚姻诉讼规则》（第 179 章）	48
由第三者提出申请	48
社会福利署署长的权力	49
社会工作主任报告	49

	页
在其他法院进行的法律程序	50
独立法律代表	50
对《婚姻诉讼规则》（第 179 章）的批评	51
《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）	52
子女安排	52
管养令	52
家庭子女	53
年龄	54
不称职的父母	54
对《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）的批评	55
《分居令及赡养令条例》（第 16 章）	55
申请作出命令	56
通奸	56
更改或解除命令	56
对《分居令及赡养令条例》（第 16 章）的批评	57
《保护儿童及少年条例》（第 213 章）	57
涉及需要受照顾或保护的儿童的权力	58
探视受照顾的儿童	59
对儿童进行评估	60
对《保护儿童及少年条例》（第 213 章）的批评	60
其他有关条例	63
《家庭暴力条例》（第 189 章）	63
《领养条例》（第 290 章）	63
第 4 章 香港现有法律和施行实况——家事法的近期发展	65
引言	65
在家事法律程序中使用调解服务	65
在家事法庭使用调解服务的试验研究	66
法改会《排解家庭纠纷程序报告书》	67
关于家事的法院程序的其他发展	69
采用特别程序的离婚程序范围有所扩阔	69
婚姻诉讼附属济助程序改革	70
与子女管养权及探视安排有关的其他改革建议	71
法改会《儿童监护权报告书》	71
法改会《国际性的父母掳拐子女问题报告书》	72

	页
第 5 章 各地法律的比较：英格兰与威尔斯	74
引言	74
《1989 年儿童法令》之前的情况	74
《1989 年儿童法令》的目标	75
父母责任的一般原则	77
父母责任的涵义和范围	77
取得父母责任	78
父母责任的含意	82
关于儿童的福利的一般原则	85
福利原则	85
批准为儿童所作安排的责任	87
不干预原则	88
福利清单	90
福利报告	92
延误	92
与家事法律程序中的儿童有关的命令	93
引言	93
同住令	95
联系令	96
指定事项令	97
禁止行动令	97
补充条文	98
有关的儿童	99
可作出命令的情况	100
可提出申请的人	101
儿童作为一方当事人	103
强制执行第 8 条命令	104
法院的其他权力	105
司法管辖权	105
监管令	106
儿童参与法律程序	107
法院监护安排	111
私隐权	113
发布资料	113
自《1989 年法令》实施以来的发展	114

	页
概览	114
《2002年领养及儿童法令》	114
联系令	115
关于保护儿童的一般情况	118
延误	119
儿童及家事法庭谘询及支援服务	119
《家事法议定书》	120
《1998年人权法令》的影响	120
第6章 各地法律的比较：苏格兰	122
引言	122
《1995年苏格兰儿童法令》概览	122
父母责任的一般原则	123
父母责任	123
父母权利	125
取得父母责任	126
父母责任和父母权利的影响	128
关于儿童的福利的一般原则	130
批准安排的责任	130
不干预原则	131
福利清单	131
延误	132
与家事法律程序中的儿童有关的命令	132
引言	132
命令的效力	135
可以提出申请的人	136
法院的其他权力	137
儿童的参与	137
自《1995年法令》实施以来的发展	140
未婚父亲及继父的父母责任和父母权利	140
第7章 各地法律的比较：澳大利亚	142
引言	142
1995年改革的背景	143
旧有法律之下的情况	143

	页
联合王国的《1989年儿童法令》所造成的影响	144
“福利”与“最佳利益”	144
父母责任	144
教养令	145
用语	145
《1995年家事法改革法令》	146
目标	146
父母责任	147
教养计划	147
法院作出教养令的权力	148
最佳利益和列明须予考虑因素的清单	149
经同意而判给父母以外人士的命令	151
儿童所同住的父或母去世	151
不作出命令原则	152
违反命令	152
儿童的参与	153
家庭暴力	157
1995年改革的事后检讨	159
第 8 章 各地法律的比较：新西兰	162
新西兰的儿童管养权和探视权法律概览	162
引言	162
《1968年监护法令》	163
儿童的福利属于首要	163
监护权	164
管养权	165
探视权	166
儿童的心声	167
司法部就管养权和探视权所进行的谘询工作	167
《2004年照顾儿童法令》	169
引言	169
《2004年照顾儿童法令》的目标	170
建议对现有法律作出的主要改革	170
法律委员会发表关于在家事法庭排解纠纷的报告书	177

	页
第 9 章 改革建议——父母的责任与权利	180
引言	180
关于儿童福利的一般原则	182
适用的法律程序	182
“首先”考虑事项	185
“最佳利益”	185
法定的考虑因素清单	186
父母的责任和权利	195
父母责任的概念	195
父母的权利	196
父母责任终止的年龄	199
父亲作为当然监护人	200
已婚父母	201
未婚父亲取得父母责任	201
父母责任的永久性	205
父母各自独立行事	205
父母责任的涵盖范围——当须要取得同意或作出通知之时	206
行事抵触法院命令	210
转授父母责任	211
持续父母责任	212
监护人取得父母责任	213
第 10 章 改革建议——为儿童发出的法院命令的类别	216
引言	216
英格兰的法律条文	216
澳大利亚的法律条文	216
管养令	216
同住令	218
同住令的定义	219
更改姓氏	220
父母以外人士	220
联系令	221
指定事项令	222
禁止行动令	223

	页
补充规定	224
第三者提出申请的权利	224
为儿童作出的安排	226
不发出命令的原则	228
家事法律程序	230
就法院命令而言父母责任终止的年龄	231
第 11 章 改革建议——特别为涉及家庭暴力的案件而设的考虑因素	234
引言	234
海外关于联系和家庭暴力的研究成果	235
英格兰	235
澳大利亚	241
我们的改革建议	243
引言	243
由政府检讨香港处理家庭暴力的一般法律	244
“家庭暴力”的新定义	248
法院根据《家庭暴力条例》（第 189 章）就管养令及探视令而具有的权力	250
在家事诉讼法例中的法定考虑因素清单加入对家庭暴力的提述	252
父母责任的涵盖范围——关于取得同意及给予通知的规定	253
订立司法指引以增补透过立法作出的改革	253
向法院提供多一些资料	254
受监管的联系	255
为处理家事案件的人员提供持续的培训	255
关于私隐的问题	256
长期研究	256
第 12 章 改革建议——儿童的心声	257
引言	257
儿童的意见	257
如何及何时考虑儿童的意见	259
儿童的意见如何表达	261

	页
儿童并非必须表达意见	263
为取得儿童的意见而订定的心智成熟年龄	263
独立法律代表	264
引言	264
《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 108 条	265
《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 72 条	266
《婚姻诉讼规则》（第 179 章）在委任独立法律代 表方面的歧异	266
可委任独立法律代表的几类法律程序	267
可以担任诉讼监护人的人	268
谁人可申请委任独立法律代表	268
委任独立法律代表的准则	269
独立法律代表的职责指引	271
儿童作为一方当事人	273
讼费	274
第 13 章 改革建议——有关事宜	275
引言	275
《分居令及赡养令条例》（第 16 章）	275
社会福利署署长的权力	276
下令发出照顾令和监管令的权力	277
照顾令和监管令的定义	278
理由	278
福利原则或最佳利益原则的应用	279
由社会福利署署长提出单方面申请	279
第三者	280
“照顾与保护”法律程序的聆讯所需的法庭 环境气氛	281
在公法法律程序中安排独立法律代表	282
评估	285
儿童的意见	286
关于在法院命令下受照顾的儿童的联系安排	286
关于年龄的条文	288
法院监护令停止生效的年龄	288
无需父母同意便可结婚的年龄下限	289
关于接受治疗的年龄及所需同意	290

	页
命令的执行	291
合并有关法例	292
政策协调	294
第 14 章 建议摘要	296
附件	
附件 1 回应《监护权和管养权谘询文件》的个人及团体名单	320
附件 2 有关的海外法例以及建议订立的《儿童条例草案》的有关条文草拟本	322
附件 3 在有家庭暴力的案件中处理父母与子女联系的良好处事常规指引	331

導言

1. 香港法律改革委員會（法改會）所作建議已為影響家庭的香港法律帶來關鍵性的變化。法改會於 1991 年發表《非婚生子女問題研究報告書》，¹ 建議進行改革以規範子女的法律地位，而有關建議已於 1993 年透過《父母與子女條例》（第 429 章）² 得以落實。兩年之後，法改會建議實施新的離婚制度，³ 結果令《婚姻訴訟條例》（第 179 章）⁴ 作出重大修改。至於子女的監護權和管養權法律，則大部分仍未經探討。雖然海外在這方面已有重大發展，香港至今仍是沿用 1970 年代末期所制定的有關法律。

2. 就像其他的眾多司法管轄區一樣，香港的離婚率近年不斷急劇上升。⁵ 鑑於離婚的法律程序會對辦理離婚的家庭造成嚴重影響，而如果要為子女作出安排的話，影響就更為嚴重，故此某些司法管轄區，例如聯合王國、澳大利亞及新西蘭，均已全面修訂這方面的法律，⁶ 而其他司法管轄區，也正在考慮究竟需要進行甚么改革。

7

3. 在 1995 年 4 月，當時的律政司和首席大法官把監護權和管養權這個課題交予法改會研究，並設定以下的一般研究範圍：

“審議關乎兒童的監護權和管養權的法律及就如何作出適當的修改提出建議。”

¹ 香港法律改革委員會《非婚生子女問題研究報告書》（論題二十八），1991 年 12 月。

² 1993 年第 17 號條例。

³ 香港法律改革委員會《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》（論題二十九），1992 年 11 月。

⁴ 即《婚姻訴訟（修訂）條例》（1995 年第 29 號條例）。

⁵ 香港在 1972 年所批予的離婚絕對判令有 354 項，及至 1980 年之時，數字已上升至 2,087 項。1990 年所批予的絕對判令有 5,551 項，至 2000 年時數字已急升至 13,058 項，而在 2003 年所提交的離婚申請為數有 17,295 宗。（數字由香港特區司法機構提供。）

⁶ 在英格蘭的是《1989 年兒童法令》（Children Act 1989），在蘇格蘭的是《1995 年蘇格蘭兒童法令》（Children (Scotland) Act 1995），而在澳大利亞的則是《1995 年家事法改革法令》（Family Law Reform Act 1995）。（請亦參閱悉尼大學及澳大利亞家事法庭就澳大利亞所作改革而進行的跟進研究：*The Family Law Reform Act 1995: The First Three Years* (2000 年 12 月)。）新西蘭最近制定了《2004 年保護兒童法令》（Care of Children Act 2004），該法令將於 2005 年 7 月 1 日生效。

⁷ 以加拿大為例，可參閱：加拿大議會子女管養權和探視權特別聯合委員會，*For the Sake of the Children*（1998 年 12 月），*The Government of Canada's Response to the Report*（1999 年 5 月）；加拿大司法部，*Federal Provincial Territorial Consultations on Custody, Access and Child Support in Canada*（2001 年 3 月）。

4. 法改会于 1996 年 5 月委出了由刘健仪议员担任主席的小组委员会，专责探讨上述研究范围，并向法改会提交改革建议。小组委员会的成员如下：

刘健仪议员 GBS, 太平绅士 (主席)	刘健仪律师行独资经营律师
苏礼仁聆案官 (副主席)	高等法院聆案官
朱佩莹法官	区域法院法官
洪宏道先生	刘裕丰邝辉南洪宏道律师事务所合伙人
唐陆思娴女士	社会福利署港岛福利专员 (已退休)
马伟东先生 太平绅士	顾问
梁冰濂资深大律师	大律师
黄丽君女士	大律师
黄丽璋女士	辅导员
廖雅慈博士	香港大学法律学院副教授
蔡淑音女士	法律援助署助理首席法律援助律师
Robyn Hooworth 女士 (任期至 2001 年 8 月 28 日止)	调解员

5. 薛佳仪女士出任小组委员会秘书一职直至 1999 年 2 月为止，该职其后由法改会副秘书长颜倩华女士接任。

6. 小组委员会在仔细研究此范畴法律和施行实况的过程之中，认定了多个重要课题进行检讨。这些课题包括法律和法院对子女的管养权和探视安排的处理方法、在家事案件中采用排解纠纷程序、父母携拐子女问题，以及父母其中一方死后子女的监护安排。

7. 小组委员会于 1998 年 12 月发表了一份内容详尽的监护权和管养权谘询文件，以探讨这些课题，并作出一系列范围广泛的改革建议。在历时 3 个月的谘询期内收到的意见书共有 51 份，作出回应者包括了法律界人士、社会工作者、福利机构、青年团体、妇女团体、辅导员、调解员、教育机构、政府部门和个别人士，名单详见于附件 1。我们谨在此对曾就谘询文件提出意见的人士表示谢意。

8. 法改会于 2002 年 1 月发表《儿童监护权报告书》，这报告书是在本研究范围之下发表的四份报告书的首份，第二份是《国际性的父母拐拐子女问题报告书》，则于 2002 年 4 月发表。法改会此系列报告书的第三份是《排解家庭纠纷程序报告书》，亦已于 2003 年 3 月发表。本报告书是第四份也是最后的一份报告书，内容涵盖了研究范围中关乎管养权和探视权的部分。

9. 本报告书的第 1 章是从较广阔的社会和法律层面探讨子女管养权法律。第 2 至第 4 章研究香港现有的管养权和探视权法律及程序，而第 5 至第 8 章则探讨各种已被其他司法管辖区采用的子女管养权和探视权较新的法律模式。

10. 本报告书的第 9 至第 14 章，胪列了我们在此方面的结论和改革建议。

第 1 章 此范畴法律的背景

“〔我们〕经常接到婚姻破裂或有夫妻之实的关系破裂的报告，而这些报告是涉及充满怨恨以及有时十分悲惨的子女纠纷。……子女可以成为父母权力斗争中的一着棋子，又或者可以被父母其中一方或双方用作工具，来表达自己对家庭关系破裂的持续未消不满。”¹

“有一些离异的夫妇……会发现自己不能把关系破裂所产生的个人怨恨，与专注令子女将来得到幸福和满足的需要清楚划分开来。”²

引言

1.1 离婚法与其他范畴的法律不同，所涉及者不单是法律程序，也涉及社会和心路历程。闹离婚的父母所作的选择，以及家事法庭所宣布作出的裁定，有关各方在事发多年之后仍会在生活上感受得到其影响力。有多项研究已证实子女经历父母离婚，是会特别受到负面影响的。³ 正如澳大利亚家事法委员会所指出，“子女……往往会左右为难，这个情况不是他们所造成，但却要他们个人承受莫大的哀痛。”⁴

1.2 香港现有的子女管养权和探视权法律可追溯到 1970 年代，并且是以多个其他普通法司法管辖区以前所采用的法律模式为基础。⁵ 这个管养权模式所选用的做法，是把闹离婚的父母对子女所享有的多项既定父母“权利”在两人之间划分，而划分之时是以子女的最佳利益为着眼点。遗憾的是如此把法律重点置于父母权利及权能的分配之上，已倾向于令父母在离婚后对子女生活的参与变得两极化，以致子女教养方面的支配角色只由父母其中一方扮演，所有会影响子女的重要决定都是由这一方作出，而另一方则扮演比较次要的父母角色。随着时日消逝，这会令到有探视权的父母其中一方只与子女保持最低程度的联系，又或者逐渐完全淡出子女的生命。

¹ 澳大利亞家事法委員會（Australian Family Law Council），*Patterns of parenting after separation*（1992 年 4 月），第 1.01 段。

² 同上。

³ 見後面第 1.8 至 1.21 段的討論。

⁴ 澳大利亞家事法委員會，同前，第 1.01 段。

⁵ 例如英格蘭、蘇格蘭及澳大利亞，現時均已採用一個較為現代化的“共同父母責任”法律模式來決定夫婦離婚後關於子女安排的問題。

1.3 在其他普通法司法管辖区中，这个在法律上强调父母每一方对子女所享有的权利及权能的做法已有改变，转为着重较以子女为中心的“共同父母责任”概念。这个较新路向的重点是父母责任而非父母权利，并强调了子女在父母离婚后与父母双方均继续维持关系的权利。本报告书会对此加以探讨，研究此较新路向是否可以成为香港此范畴法律的未来模式。

1.4 在本章中，我们首先会从较广阔的社会层面来看离婚，并探讨有关各方通常会经历的情绪变化，然后会更详尽介绍共同父母责任模式方面的法律思维模式变化。本章稍后部分会研究政府在离婚过程中所扮演的角色，包括政府有责任介入，方式是提供对有关各方造成最少伤害的处理婚姻纠纷方法。我们也会讨论较广阔的儿童权利和父母权利法律架构，而这些权利是源于联合国《儿童权利公约》及《香港人权法案条例》（第 383 章）的。

从较广阔的社会层面看离婚

离婚是复杂的过程⁶

1.5 律师倾向于视离婚为让夫妻解除婚姻合约而可自由再婚的法律程序，而治疗师则倾向于视离婚为心路历程。现时更出现了生态学观点，把离婚视为“一个由多种不同元素互相影响而生成的过程，这些元素包括了法规和心理状态，也包括了人与人之间的交往模式……儿童的成长及其正常发展所面对的风险、人口结构因素（例如种族和入息）、朋辈之间的关系，以及社区资源（例如专业人士和机构的参与）。”⁷

离婚的不同阶段

1.6 研究人员以不同的用语来把离婚过程分类。波夏能（Bohannan）⁸ 提出离婚可分为六个范畴：情绪、法律、经济、共同父母身分、社会和心理；而威斯曼（Wiseman）⁹ 则提及五个心理阶段：从拒绝接受现实、失落、愤怒、重新适应以至接受现实。因此，在这个比较广阔的层面上解决管养权个案是甚为重要的。

⁶ 本报告书第 1.5 至 1.21 段是摘录自薛佳儀女士所著但未经发表的论文，题目为 *Obstacles to referral, planning and implementation of family mediation as a dispute resolution process in Hong Kong; reflections based on foreign systems*（1996 年 4 月）。

⁷ Irving and Benjamin, *Family mediation - contemporary issues* (1995), 第 9 页。

⁸ *Divorce and after* (1971).

⁹ “Crisis theory and the process of divorce”, *Social Casework* (1975) 56(4), 第 205 至 212 页。

1.7 生态学观点视离婚为一个随着时间推演的过程，并承认当事人在不同时间是有可能处于这个过程中的不同阶段。举例来说，父母其中一方是有可能处于否认有问题存在并拒绝接受确有需要离婚的阶段，而另一方则怀有敌意。重要的是我们得明白法律程序的某个特定阶段，是未必能与当事人当时的心理状态配合，特别是未必能与当事人子女的心理状态配合。故此，可取的做法是透过整体模式来看离婚，既探讨法律程序和心路历程，也研究上文所述的生态学观点。

离婚对儿童的影响

1.8 离婚会对社会和经济造成影响。研究人员发现，在棘手的离婚案中，大部分配偶会有一段时期表现得较前不称职，甚至会放弃履行父母职责。¹⁰ 短期未能承受离婚打击的父母还有额外的压力，那就是如何处理受到更大心理打击的子女。

“一般人都同意夫妻不和会造成困扰，影响子女的情绪和令亲子关系有变。很多人的论点是如果夫妻极度不和，分居或离婚都不符合家庭所有成员的最佳利益，因为解除婚姻关系也并非全无后果。¹¹ 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而感到伤心，亦害怕会蒙受更大损失和遇到更多不幸事件。¹² 所以帮助子女应付家庭剧变，是有管养权的父母其中一方的要务。在肩负这个责任之余，有管养权的父母其中一方还要作出个人适应，面对家庭角色和家常事务方面的转变，并要承担过重的经济担子。”¹³

1.9 大部分儿童在父母闹离婚期间及父母离婚之后会明显表现得苦恼和心烦意乱；¹⁴ 他们很可能有例如侵略行为或不服从之类的外在行为问题，而内心也会感到恐惧、歉咎、自卑、抑郁和缺乏安

¹⁰ Isaacs *et al*, “Social networks, divorce and adjustment; a tale of three generations”, *Journal of Divorce* (1986), 卷9 第1至16页。“在離婚過程的沉重壓力下，在離婚前原屬稱職的父母，有不少會在離婚後對子女的需要變得愈來愈漠不關心，甚至會完全放棄履行父母責任，這對子女的適應會造成毀滅性的後果”。Irving and Benjamin, 同前，第64页。

¹¹ Honing, “Stress and coping in children (Part 1)”, *Young Children* (1986) 41(4), 第50至63页。

¹² Wallerstein, “Children of divorce; stress and developmental tasks”. 載於 Garmezy 及 Rutter (主編) 的 *Stress, coping and development of children* 一書 (1983)。

¹³ Garbarino 等人合著，*Children and families in the social environment* (1992 年第2版)，第155至156页。

¹⁴ Hetherington, “Coping with family transitions; winners, losers and survivors”, *Child Development* (1989) 60, 第1至14页，在 Irving 及 Benjamin 合著的前述一書中有被引述，第58页。

全感。¹⁵ 在青春期以前，男童会比女童显得更为苦恼，¹⁶ 但在青春期阶段，女童所受的影响会较男童为深。父母离婚时，较年幼的儿童会比较年长的容易受到负面影响（这可能是由于较年幼的儿童比较年长的更有可能会把父母离婚归咎于自己的行为。）¹⁷

1.10 研究人员的结论是父母离婚对儿童所造成的后果，可能会因应亲子关系和儿童的性别、年龄及社会阶层而人人不同。¹⁸ 本杰明（Benjamin）及欧文（Irving）¹⁹ 把各种可能决定儿童能否适应父母离婚的互为影响因素概述如下：

- (a) 有管养权的父母其中一方与同住子女的互相适应；
- (b) 有管养权的父母其中一方与子女关系的素质；
- (c) 有管养权的父母其中一方与子女是否同一性别；及
- (d) 没有管养权的父母其中一方的参与程度。

1.11 较早期的研究都支持父母之间的冲突越激烈持久对子女适应的破坏力就越大这种看法。²⁰ 但是，凯利（Kelly）却认为父母之间的冲突对子女所造成的影响并非人人相同。感到自己是处于父母冲突夹缝中的儿童，与较为置身事外的儿童相比，更有可能会在适应上出现问题。²¹ 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母其中一方与子女的关系。²² 相反而言，父母如能维持友好关系，会有助于子女适应和增强自信心。²³ 研究又强调儿童在

¹⁵ Wallerstein, 同前。離婚所引起的衝突可以影響兒童在學校的表現：Bisnaire, Fireston & Rynard, “Factors associated with academic achievement in children following parental separation”, *American Journal of Orthopsychiatry* (1990) 60, 第 67 至 76 頁。他們更有可能會需要使用精神科和其他精神健康服務：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, 第 573 至 584 頁。（但這可能不適用於香港，因為人們仍然可能更加抗拒在有危機時向家庭以外尋求治療性的支援。）

¹⁶ Plunkett, Schaefer, Kalter, Okla & Schrier, “Perceptions of quality of life following divorce; a study of children’s prognostic thinking”, *Psychiatry* (1986) 49, 第 1 至 12 頁。

¹⁷ Grynych and Fincham, “Marital conflict and children’s adjustment; a cognitive-contextual framework”, *Psychological Bulletin* (1990) 108, 第 267 至 290 頁。

¹⁸ Irving and Benjamin, *Family mediation - contemporary issues* (1995), 第 61 頁。

¹⁹ 同上，第 63 頁。

²⁰ Booth 等人合著，“The impact of parental divorce on courtship”, *Journal of Marriage and the Family* (1984) 65(4), 第 85 至 94 頁。請亦參閱 Irving and Benjamin, 同前，第 67 頁。

²¹ “Current research on children’s post-divorce adjustment; no simple answers”, *Family & Conciliation Courts Review* (1993) 31(1), 第 29 至 49 頁；Irving 及 Benjamin, 同前，第 68 頁。

²² “Problems of visitation post divorce”, 載於 Witlin 及 Hinds 主編的 *The child custody handbook*, 在 Irving 及 Benjamin 合著一書中有被引述。

²³ Ambert, “Relationship between ex-spouses; Individual and dyadic perspectives”, *Journal of Social & Personal Relations* (1988) 5, 第 327 至 346 頁。

生活上有其他依靠对象（例如祖父母／外祖父母）的重要性，后者可以取代非同住的父母其中一方，有助儿童作出适应。²⁴

探视对儿童适应父母离婚的影响

1.12 以萨（Isaacs）等人²⁵发现父母分居及离婚后首12个月处理事情的方式至为关键，因为据其研究显示，这对儿童的适应程度（会在父母离婚后第三年年终时量度）有所影响。至于探视方面，他们发现按时定期探视，对儿童作出适应的帮助大于探视次数的多寡。据其他数据显示，“没有管养权的父亲是否有定期探访儿童，是预测儿童在父母离婚后第三年年终时的社交能力的最准确单一指标。”²⁶大部分儿童也如同成年人一样，在两三年后便能好好适应下来，但对于少数儿童来说，父母离婚的短期影响，是足以令他们受到长远伤害的。²⁷

1.13 根据一些看似互相矛盾的研究结果，有些北美的研究显示，约有半数由母亲管养的儿童甚少或从未与父亲会面。²⁸然而，一些较近期进行的研究却显示，有65%的父亲最少每两周探访子女一次。²⁹探视次数看来是会随着儿童年岁渐长和父母分开时间愈长而逐渐疏落的。³⁰

1.14 探视权以往经常被人视为给予没有管养权的父母一方的安慰奖。有一些作者曾质疑，如果儿童的父母之间嫌隙甚深，探视安排符合儿童的最佳利益此一假定是否仍站得住脚。戈斯坦（Goldstein）等人³¹也曾质疑在此类个案中给予探视权是否明智之举，但给予有限的探视权则属例外。

1.15 然而，较近期的研究则强调探视对儿童的重要性。这些研究大多认为“儿童的适应程度与探访次数有直接关系；联系次数增多与儿童的适应程度加强两者之间有关连。”³²有部分研究指出，如果父亲的探视得到母亲支持及同意，则探视与儿童的适应程度之间的相互

²⁴ Guidubaldi 等人合著，“The impact of parental divorce on children; report of the nationwide NASP study”, *School Psychology Review* (1983) 12, 第300至323頁。

²⁵ Isaacs 等人合著（1986），同前。

²⁶ Irving and Benjamin，同前，第69至70頁。

²⁷ 同上，第72頁。

²⁸ Furstenberg & Spanier, *Recycling the family; remarriage after divorce* (1984).

²⁹ Healy, Malley and Stewart, “Children and their fathers after divorce”, *American Journal of Orthopsychiatry* (1990) 60, 第531至545頁。

³⁰ Arditti, “Differences between fathers with joint custody and non-custodial fathers”, *American Journal of Orthopsychiatry* (1992) 62, 第186至195頁。

³¹ Goldstein, Freud and Solnit, *Beyond the best interests of the child* (1973).

³² Hetherington, “Divorce; a child’s perspective”, *American Psychologist* (1979) 34, 第851至858頁，在 Irving 及 Benjamin 合著的前述一書中有被提及，第66頁。

关系会更明显。³³ 不过，有部分研究却显示儿童的适应程度与父亲的探访并无关系，³⁴ 父母与子女在离婚前的关系会影响探视的质素此点已获大家认同。如果关系是良好，儿童因失去父亲所受的困扰便会更大。经历离婚过程，也可能会使在离婚前不甚积极肩负教养子女责任的父亲，对子女教养更加关心。³⁵

离婚造成长远伤害

1.16 据一些研究显示，与父母没有离婚的儿童相比，父母已离婚的儿童的内心世界较不平衡，³⁶ 而且智能及学术能力也可能减退。³⁷ 本杰明及欧文同意其他研究人员的观点，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长远伤害”。³⁸ 华斯坦（Wallerstein）及布士利（Blakeslee）发现，较年幼的儿童在父母离婚时所受到的影响较深，但长远来说，却会比较年长的儿童适应得更好，因为后者更有可能选择偏帮父母其中一方。³⁹

1.17 有些研究人员指出，有管养权的父母其中一方如对前配偶感到愤怒和怀有敌意，可能会设法破坏没有管养权的另一方（通常为父亲）与子女（特别是儿子）的关系，⁴⁰ 一旦关系转坏，没有管养权的父母其中一方便可能拒绝资助这名孩子攻读大学。加伯（Garber）表示，很多没有管养权的父母在遇到子女表现得愤怒和失望时，便不会继续履行父母责任。⁴¹

1.18 研究人员又发现，儿童难以接受享有管养权的父或母再婚，以致例如可能会与继父发生冲突，因为儿童会视继父为威胁自己与生父之间关系的人。

³³ 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* (1985) 24, 第 531 至 537 页。

³⁴ Kline 等人合著，“Children’s adjustment in joint and sole physical custody families”, *Developmental Psychology* (1989) 25, 第 430 至 438 页。

³⁵ Hetherington, Cox and Cox, “Effects of divorce on parents and children”, 载于 Lamb 所著的 *Nontraditional families; parenting and child development* (1982); Irving and Benjamin, 同前, 第 67 页。

³⁶ 根据 Wallerstein 及 Blakeslee 的研究所得，在父母离异的家庭中，有多次犯过纪录的男女童比率约分别为 26% 至 40% 和 15% 至 25%：见 Wallerstein 及 Blakeslee 合著一书（1989），同前。

³⁷ 在 Wallerstein 及 Blakeslee 的研究中，这些男童当中有 50% 入读大学，而其朋辈入读大学的比率则为 85%。见 Irving 及 Benjamin 合著一书，同前，第 81 页。

³⁸ 见 Irving 及 Benjamin 合著一书，同前，第 83 页。

³⁹ 同上。

⁴⁰ 同上，第 86 页。

⁴¹ Garber, “Parenting responses in divorce and bereavement of a spouse”, 载于 Cohen, Cohler 及 Weissman 合编的 *Parenthood: a psychodynamic perspective* (1984)。

1.19 拉达 (Rutter)⁴² 的研究结果显示,对儿童造成最大影响的不是与父母其中一方中断联系,而是家人之间的关系被扭曲。儿童先是惧怕完整家庭破裂,然后经历与父亲或母亲实际分离,这可能会令他们长期对人际关系缺乏安全感。⁴³ 李察斯 (Richards) 及迪逊 (Dyson) 在其探讨父母分居及离婚对儿童成长的影响的论著中,估计在父母已离婚的儿童当中,约有 20%至 50%会表现出不同程度的不安情绪,需要向外寻求某种程度上的帮助。⁴⁴

1.20 古尔罗 (Clulow) 及云逊 (Vincent) 发现有三大因素可减轻离婚对儿童造成的影响:

- (a) 儿童与父母双方均继续维持关系;
- (b) 同住的父或母教养儿童的质素;及
- (c) 为代替已结束的婚姻而建立的新生活的质素。

研究所得的结论

1.21 因职务关系参与离婚过程的人士,包括律师、法官、调解员或辅导员在内,看来均须注意上述研究所得的一些重要指标。很明显,男童女童各有不同需要,其适应能力也视乎年龄而定。⁴⁵ 此外,较年长的儿童的忧虑也需要加以关注。重要的一点是对儿童有问题的不是离婚本身,而是离婚后所出现的冲突。⁴⁶ 本杰明及欧文认为,将离婚过程视为家庭由机能健全转变为机能丧失的过程是有用的做法。⁴⁷

⁴² Rutter, "Parent child separation: psychological effects on Children", *Journal of Child Psychology and Psychiatry* (1971) 12, 第 233 至 260 页;以及 *Helping troubled children* (1975)。

⁴³ Richards, "Children and the divorce courts", *One-parent families* (1984) 7, 第 2 至 5 页;"Separation, divorce and remarriage: the experiences of children", 载于 Guy 主編的 *Relating to marriage*, National Marriage Guidance Council。

⁴⁴ Richards and Dyson, *Separation, divorce and the development of children: a review*, Child Care and Development Group, University of Cambridge (1982) 第 19 页。

⁴⁵ 因此, Wallerstein 及 Blakeslee 认为,男童最需要父亲参与的年岁分别为六至九岁及青春后期这两个阶段。"相反地,女童则在青春期初段需要父亲参与,且对家庭组织的需要较男童为大":这一点在 Irving 及 Benjamin 合著的前述一书中有提及,第 84 页。

⁴⁶ Irving and Benjamin, 同前,第 440 页。此点支持在香港及海外更多采用调解方式来排解婚姻纠纷。关于有关问题的详尽讨论,请参阅法改會的《排解家庭纠纷程序报告书》(2003 年 3 月)。

⁴⁷ 对于家事法律师而言,掌握这个观点尤为有用,因为他们的当事人在办理离婚时间中可能会有不理性的表现,令他们感到洩气: Irving and Benjamin, 同前,第 442 页。

转化中的子女管养权和探视权法律思维模式

1.22 我们在本章较前部分已指出，近年海外在思维模式方面已经起了变化，把管养权法律的重点由父母的权利及权能转移至父母的责任和儿童的权利。这转变在法例中有所反映，例如英格兰的《1989年儿童法令》、《1995年苏格兰儿童法令》、澳大利亚的《1995年家事法改革法令》及联合国《儿童权利公约》。

儿童权利

1.23 亨立汉（Henaghan）提出，在分析儿童权利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；以及政府提供保障和改善儿童生活的服务的责任。”

⁴⁸ 这些原则衍生了多项棘手问题：

- 儿童应届多少岁才可作决定或意愿得获考虑？
- 应如何衡量儿童的意愿或决定的重要性？
- 应采用甚么准则来对家庭成员施加责任？
- 如何划分家庭责任与政府责任之间的界线？⁴⁹

转化中的家庭结构

1.24 如何鼓励父母双方在离婚之前和之后都参与子女的生活，其实是十分重要的问题。若要修改法律，就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。这些人口变化包括了家庭人口较少、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。

1.25 令人感到讽刺的是，随着离婚家庭数目日增，单亲人士（通常是母亲，而其获判管养权是因为与子女在一起的时间较长）由于很多时候会重投社会工作，却必须更为倚赖亲属或幼儿工作者照顾子女。过往法庭偏向把管养权判给妇女，原因是妇女更有可能留在家中照顾子女，但现时情况已经不同。现今香港社会，父母双方很可能都需要长时间工作，而子女则交由家务助理、祖父母／外祖父母或其

⁴⁸ Henaghan, “The 1989 United Nations Convention on the rights of the child”, 載於 *Rights and Responsibilities*。文章是於 1994 年 10 月假新西蘭威靈頓舉行的家庭權利及責任研討會之上發表，有關部分見於第 32 頁。

⁴⁹ 同上。

他亲属照料。虽然有关法律和法院判决未必能反映这些人口结构方面的变化，但上述情况是会削弱赞成把管养权判给母亲的论据。⁵⁰

1.26 另一个香港法律没有处理的问题，便是法律只着眼于以父母为核心的家庭究竟能否反映香港的文化实况——那就是祖父母／外祖父母和其他亲属对儿童的重要性，特别是如果儿童是与这些亲人数代同堂地共住的话。

共同管养

1.27 我们之前已经指出在英格兰、苏格兰和澳大利亚，情况都是转为倾向于安排父母离婚后仍共同分担父母责任，并避免作出命令把管养权判给父母其中一方而另一方则只获判探视权。⁵¹

1.28 究竟共同管养令是否要比独有管养令（此令也让没有管养权的一方得享探视权）更为符合儿童的最佳利益，在这个问题之上曾有广泛的学术讨论。“共同管养”一词已被诠释为指共享同住管养（即子女会有一半时间与父亲同住，而另一半时间则与母亲同住），或指由父母双方就子女教养共同作出决定。

1.29 如果父母双方均持积极态度，彼此之间关系理智正常，对另一方没有失常行为，则看来共享同住管养的成功机会可能较高。此外，共同管养可能要有先决条件配合才切实可行，例如父母双方各自的住所要有足够地方供子女居住，而且两处住所是位于合理的邻近范围之内。

从较广阔的法律层面看离婚

政府所扮演的角色

1.30 传统上来说，当婚姻破裂时，司法制度的功能是既维护公众利益亦维护私人利益，而儿童的福利正是这两种利益的交叉点。⁵² 古尔罗及云逊质疑，由离婚父母所协定的安排，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，究竟能否加强儿童的最佳利益。

⁵⁰ 我們接着會在第 2 至 4 章探討香港現有法律和施行實況。

⁵¹ 關於“管養權”及“探視權”兩詞，我們留意到“管養權”一詞是可包含對子女具“擁有權”的負面意義。大家可在本報告書的稍後章節之中看到一些在家事法律程序中採用共同父母責任模式的司法管轄區，通常是採用“同住”及“聯繫”這兩個涵義中立的詞語。

⁵² Clulow and Vincent, *In the child's best interests; divorce court welfare and the search for a settlement* (1987), 第 206 頁。

1.31 由此带出了一个极为重要的问题，那就是公众责任与个人责任之间如何划分以及两者如何互为影响。当父母对子女的管养权有争议时，法院不能只着眼于就父母权利作出裁决，而是要把目光放得更远，以便能把儿童作为社会的一分子来加以保护。⁵³ 然而，“不管用心如何良苦，全面介入家庭生活是不可能符合儿童的利益的。”⁵⁴ 所以，一个有能力解决管养权纠纷的法律架构，必须认同儿童作为家庭单位和社会的一分子应享有福利这个核心价值观。

1.32 戈斯坦（Goldstein）、弗洛德（Freud）及苏尼（Solnit）⁵⁵ 认为，应该假设父母有能力和责任决定甚么才符合子女和家庭的最佳利益，所以应首先让父母有机会在政府未有介入的情况下满足子女的需要和维系家庭关系。福布尔（Folberg）⁵⁶ 则认为，政府的政府监护权（*parens patriae*）原则，令政府只在父母未能达成协议或未能充分照料子女时才有责任照顾儿童的福利。

“政府介入家庭生活的私人范畴的理据，通常都是标榜有需要保护儿童免受不良影响和遭遇不愉快经历。……政府确保受〔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，当政府介入家庭生活时，父母的权力实际上会被削弱，这会鼓励父母推卸责任。……公众对架空父母责任所持的理据是这样做符合公众利益，但公众利益，其实是要看人们当时的识见和信念是甚么而定。”⁵⁷

1.33 由此可见，政府介入儿童的生活和介入家庭的程度应有多大的极具争议性的问题。政府介入家庭的实质权力应有多大与政府如何酌情行使该等权力两者之间向来是有争持的。

《香港人权法案条例》（第 383 章）

1.34 《香港人权法案条例》（第 383 章）⁵⁸ 中所制定的香港人权法案有定下一些准则，规限政府行使介入家庭成员生活的权力。香港

⁵³ 萨斯喀彻温省法律改革委员会（Saskatchewan Law Reform Commission），*Tentative proposals for custody law reform: Part I, substantive law*（1979 年 8 月）导言，第 iii 页。

⁵⁴ 同上，第 iv 页。

⁵⁵ *Before the best interests of the child*（1979）。

⁵⁶ “Divorce mediation: promises and problems”，这是为 ABA 部门就家事法于仲冬举行的会议而拟备的文章（1983 年 1 月），收载于 Goldberg, Sander 及 Rogers 所合著的 *Dispute resolution*（1992 年第 2 版）一书中，见第 311 页。

⁵⁷ Clulow and Vincent. 同上，第 17 至 18 页。

⁵⁸ 见该条例第 8 条，而该条臚列了香港人权法案的各条条文。

人权法案第十四条（等同《公民权利和政治权利国际公约》⁵⁹ 第十七条）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。”

1.35 香港人权法案第十九条⁶⁰ 承认家庭为社会之自然基本团体单位，因此应受社会及国家之保护。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，双方权利责任平等。

1.36 第二十条（等同《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……”。我们在着手分析各有关条例时，都必须顾及上述各项规定，以确保任何改革建议均符合香港人权法案的精神和文字。

联合国《儿童权利公约》

1.37 《儿童权利宣言》于 1959 年获联合国大会通过。《儿童权利公约》⁶¹ 则于 1989 年获联合国通过，同年又获中华人民共和国批准，并于 1991 年获联合国批准。及至 1994 年，公约的适用范围扩及香港，而公约现时已获约 190 个国家批准。

1.38 公约第一条将儿童界定为“18 岁以下的任何人，除非对其适用之法律规定成年年龄低于 18 岁。”第四十一条规定，公约的任何规定，不应影响比公约条文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，但在一些为数有限的特殊情况下则属例外，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，但违反儿童最大利益者除外。”

⁶²

1.39 公约有提述《儿童权利宣言》，而后者订明儿童因身心尚未成熟，需要特殊的保护与照料，包括法律上的适当保护。公约第三（一）

⁵⁹ 《公民權利和政治權利國際公約》。

⁶⁰ 等同《公民權利和政治權利國際公約》第二十三條。

⁶¹ 聯合國《兒童權利公約》。

⁶² 請注意這項條文是尊重兒童與父母雙方聯繫的權利。

条规定，“关于儿童的一切行为，不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行，均应以儿童的最大利益为一种首要考虑。”

1.40 第十八（一）条规定，缔约国应尽其最大努力，确保父母在维护儿童利益方面的职能得到确认，并确保父母双方对儿童的养育和发展负有共同责任。这规定也适用于法定监护人。⁶³

1.41 第十二条确认儿童会有自己的意见，对其意见应按照其年龄和成熟程度给以适当的看待。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诉讼中，以符合国家法律的诉讼规则的方式，直接或通过代表或适当机构陈述意见。”

1.42 香港特别行政区政府有道义责任，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探视权纠纷的方法均符合联合国《儿童权利公约》的规定。然而，除非公约条文已被纳入一国的当地法例，否则并无可能向法院提出申请，迫使当地政府履行其国际义务。

⁶³ 《兒童權利公約》第十八條。

第 2 章 香港现有法律和施行实况——概览

引言

2.1 我们在本章会开始探讨香港的子女管养权和探视权实体法，并探讨有关法律的实施情况。

2.2 香港在这范畴的法例，是收载于多条条例之中，包括了《未成年人监护条例》（第 13 章）、《婚姻诉讼条例》（第 179 章）、《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）、《分居令及赡养令条例》（第 16 章）及其他条例。¹我们会在下一章详细探讨这些条例的有关条文。

2.3 此范畴的法例主要是建基于某些重要的法律概念之上。我们在本章中会以这些法律概念为探讨重点，并会讨论规管家事案件中批予管养令及探视令的原则和讨论在香港办理离婚的程序。

法律上的亲子关系

2.4 法律上的亲子关系是建基于某些重要概念之上，遗憾的是这些概念在法律上是透过“一堆见于多条法规和多宗案例的用语来表达，令人感到混淆不清。”²下文所载列者是各种有关概念的概览和实际应用方法。

“子女”或“未成年人”

2.5 在《未成年人监护条例》（第 13 章）中，“未成年人”一词被用以表示“子女”，而《释义及通则条例》（第 1 章）第 3 条则把“未成年人”界定为未满 18 岁的人。

¹ 《婚姻诉讼规则》（第 179 章）、《家庭暴力条例》（第 189 章）、《领养条例》（第 290 章）及《保护儿童及少年条例》（第 213 章）也载有有关的条文：见后面第 3 章的讨论。

² 见廖雅慈博士所著的 *Family Law for the Hong Kong SAR* 一书（香港大学出版社，1999 年）第 211 至 212 页。某位法官认为这种情况已令局面沦为“官僚的乐园，民众的噩梦”。见英国上诉法院法官 Sachs 在 *Hewer 诉 Bryant* 一案中之言 [1970] 1 QB 357，第 371 页。

2.6 《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）有采用“子女”一词，并将之界定为包括婚姻一方或双方的非婚生子女或领养子女。³ 该条例又把“家庭子女”界定为婚姻双方的子女及“被该双方视为其家庭子女的任何其他子女。”⁴

“父母”或“监护人”

2.7 父母身分的原有法律概念，似乎是指“监护权”此一法律概念。这是一个非常古旧的概念，建基于保衛家族土地多于保护儿童。⁵

2.8 监护权意味着父母对子女所享有的一切权利、责任及权能，包括了为子女的教养和子女的各种福利事宜作决定的权利，以及就该等决定获谘询意见的权利。监护人通常对有关儿童享有管养权权利，亦即同住照顾和管策该儿童的权利。如果父母离婚或分居，没有管养权的父母其中一方不得与子女同住，在探视期内则作别论，但仍有责任支付赡养费以供养子女。

2.9 严格来说，“父母”一词可与“监护人”一词同义互用，但“监护人”通常是指儿童父母一方或双方去世时经由遗嘱或法院命令委任而享有儿童的监护权的人（此人本身并非儿童的父或母）。

“一般的理解是此人以父母替代人的身分行事……，而按此点来说实应享有等同父母的权利及权能。”⁶

父母的“权利及权能”

2.10 在《未成年人监护条例》（第 13 章）中，用以刻划亲子关系之词是父母对子女所享有的“权利及权能”。⁷ 这些权利虽然在该条例中未有界定，但可见于普通法和法规之中。它们包括了：⁸

³ 《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 2 條。

⁴ 同上。關於研究“家庭子女”一詞涵義的近期案例，請參閱原訴法庭法官夏正民在 *F 訴 F* 一案中之言 [2003] 1 HKLRD 836，有關部分載於第 872 頁 B 段至第 874 頁 J 段。在該案中，法官是因應父母離婚時為家庭子女提供經濟給養的問題而研究“家庭子女”一詞的涵義。

⁵ 廖雅慈博士，同前，第 212 頁。

⁶ 同上，第 213 頁。

⁷ 例如《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3 及 4 條。請亦參閱廖雅慈博士所著一書，同前，第 213 頁。

⁸ 一般資料請參閱：S Cretney, *Principles of Family Law*（1997 年第 6 版），由第 578 至 580 頁及由第 609 至 625 頁；廖雅慈博士，同前，第 213 頁及第 217 至 228 頁；以及 English Law Commission Working Paper, *Family Law; Review of Child Care Law; Guardianship* (1985) Law Com No 91, 第 2.25 段。

- 与子女同住并掌管其日常教养的权利
- “管有”子女人身和享用子女“服务”的权利
- 选择子女所受教育的权利
- 选择子女所信宗教的权利
- 选择子女姓氏的权利
- 对子女施加适度惩罚的权利
- 同意让子女接受医疗的权利
- 某些代子女订立合约的权利
- 在法律程序中代子女行事的权利
- 管理子女财产的权利
- 为子女委任遗嘱监护人的权利
- 同意让子女申请护照的权利
- 安排子女离开其所属司法管辖区或移居外地的权利
- 同意让子女结婚的权利⁹
- 同意让子女被人领养的权利¹⁰

2.11 关于这些权利的行使，一般的原则是父母双方均享有同等的父母权利及权能。¹¹

2.12 此外，父母的权利及权能是可“由其中一方单独”行使。¹² 廖雅慈博士对此点的用意解释如下：

⁹ 見經由《法律改革（雜項規定及次要修訂）條例》（1997年第80號條例）修訂的《婚姻條例》（第181章）。

¹⁰ 見《領養條例》（第290章）。

¹¹ 廖雅慈博士，同前，第229頁。舉例來說，《未成年人監護條例》（第13章）第3(1)(b)條述明有關子女的管養或教養問題，母親所享有的權利及權能與父親的相同，但如子女並非婚生，則屬例外。如果子女並非婚生，則除非父親根據該條例第3(1)(d)條申請法院命令，要求取得作為婚生子女的父親所享有的某些或所有權利及權能，否則其所享有的權利是有限的。

¹² 《未成年人監護條例》第3(1)(b)條。

“换言之，举例来说，父母其中一方可无须征询另一方的意见而决定子女就读甚么学校，星期天上哪所教堂，又或者找哪位医生看病。这项规则的用意是容许父母每一方，特别是负责子女的日常照顾和教养的一方，在无须征询另一方的意见的情况下肩负责任并作出决定。如果父母其中一方要反对，该一方有责任在法院提出反对……。”¹³

2.13 父母的权利及权能这项原则的涵盖范围虽然广泛，但仍须受“福利原则”所规限。¹⁴ 故此，行使父母权利应以甚么才符合子女的最佳利益为依归，而廖雅慈博士有以下看法：

“父母的‘权利’反映了人们对亲子关系的本质有误解。法律让父母可在不受他人干扰的情况下决定如何教养自己的子女，这主要是因为父母如要负起教养子女的责任，法律就必定要作此安排以加强子女的福利。”¹⁵

2.14 也有人认为父母的权利及权能的重要性，是随着子女日渐成长而递减的。¹⁶ 邓宁大法官（Lord Denning）曾把父母的权利描述为：

“一项在缩减中的权利，而子女越是年长，法院就越是踌躇应否违反子女的意愿来强制执行这项权利。刚开始之时，父母的权利代表了管束的权利，但待到完结之日，它已变为比从旁提点好不了多少。”¹⁷

2.15 至于如何在较广阔的法律层面上来看父母的权利，我们在上一章已看到在多个司法管辖区中，重点近年已由以父母为主的“父母的权利及权能”概念，转变为以子女为主的“父母责任”概念。¹⁸ 与子女有关的法律所呈现的重心转移，以及香港采纳这方面变革的程度应有多大，正是本报告书的首要研究主题之一。¹⁹

¹³ 廖雅慈博士，同前，第 229 页。请参阅《未成年人监护条例》第 4(2)条。该条简略说明了父母在影响子女福利的问题上意见分歧时的处理方法。父母的任何其中一方均可向法院申请作出指示，而法院则可作出其认为适当的命令。

¹⁴ 本章稍后会对此有更详细的讨论。

¹⁵ 廖雅慈博士，同前，第 216 页。

¹⁶ 同上，第 217 页。

¹⁷ *Hewer v Bryant* [1970] 1 QB 357，有关部分载于第 369 页。

¹⁸ 此点在英格兰的《1989 年儿童法令》（后面第 5 章将会论及），《1995 年苏格兰儿童法令》（后面第 6 章将会论及），澳大利亚的《1995 年家事法改革法令》（后面第 7 章将会论及）及联合国《儿童权利公约》中均可见到。

¹⁹ 继后章节会有详细讨论。

‘监护权’和‘探视权’的涵义

监护权

2.16 “监护权”包含了父母对子女所享有的一簇权利，其中包括了“照顾和管束”的权利²⁰及作出对子女有影响的所有重大决定（例如各种关乎子女的教育、宗教和医疗事宜的决定）的权利。²¹

2.17 在分居或离婚时获判子女的管养权或只是获判负责“照顾和管束”子女的一方，是称为“有管养权的父或母”。至于并未获判负责照顾和管束子女或涵义更宽松的管养权的一方，通常是会获判子女的“探视权”，则称为“没有管养权的另一方”。有管养权的父母其中一方“有责任保障、维护和促进子女的最佳利益。”²²在作出对子女有影响的重大决定时，有管养权的父母其中一方可能需要谘询没有管养权的另一方的意见，但也不一定要这样做。²³

2.18 管养权的唯一法定定义见于《婚姻法律程序与财产条例》（第192章）第2条，而该条只是简单地说：“‘管养、管养权’……就任何子女而言，包括对该子女的探视。”

2.19 在某些司法管辖区中，获判法定管养权仅指获判负责子女的同住管养（即有权决定子女日常居于何处），因为父母双方均保留作为子女监护人的权利。本章前面已有指出，这些权利包括在所有涉及子女教养的重大事宜（例如健康、教育及宗教等福利事宜）之上获得谘询意见的权利。

2.20 不过，法定管养权在香港却似乎被视为等同于监护权，通常作出的命令都是“独有管养”令。²⁴独有管养令的作用是“把父母的权利和权能，即使不是全部，也大部分单独转移给有管养权的父母其

²⁰ 这是对子女的管养权的其中一环，通常仅指“管有幼年人的人身和管束其行动的權利”或“日常照顾和管束”。见廖雅慈博士所著一书，同前，第213及278页。换言之，这是指负起子女的日常同住照顾和监管之職。

²¹ 有关管养权法律的一般资料请参阅：廖雅慈博士，同前，第276至284页；P Hewitt (ed), A Liu, M McDonagh, S Melloy & S Warren, *Hong Kong Legal Practice Manuals: Family* (Sweet & Maxwell, 1998)，同前，第159至174页及第207至234页；E Francis & S Warren, *Divorce & Separation in Hong Kong: Your Guide to Law and Procedure*（牛津大学出版社，1995年），第74至80页。

²² 廖雅慈博士，同前，第277页。

²³ 见以下两宗案例：*Dipper v Dipper* [1980] 2 All ER 722 及 *Lo Chung Wing-ye v Lo Pong-hing* [1985] 2 HKC 647；可资比较的案例为 *Boulter v Boulter* [1977-1979] HKC 282 及 *Wong Chiu Ngar-chi v Wong Hon-wai* [1987] HKLR 179。此外亦可参阅廖雅慈博士所著的前述一书中载于第276至279页的有关这些问题的讨论。

²⁴ 廖雅慈博士，同前，第276页。

中一方。”²⁵ 基于此故，负责同住照顾和管束子女的父母其中一方也同时保留决定子女教养事宜的一切权利，而无须谘询没有管养权的另一方意见。至于没有管养权的另一方，则可保留子女的探视权，并且有责任在经济上供养子女，²⁶ 但如果希望在子女的福利事宜上获谘询意见，就必须向法院提出申请。²⁷

探视权

2.21 探视权是与子女保持联系的权利，而保持联系的方法有通信、发发电邮、致电、探访子女、携同子女外出或间中让子女留宿。正如我们在上文所见，探视权是包含在本身范围较广的管养权之内。²⁸ 法庭所判给的探视权有多大，是视乎每宗个案的情况而有所不同。²⁹ 麦登纳（McDonagh）有下一说：³⁰

“常见的命令是‘合理探视’的命令，任由父母双方之间定出如何探视及何时探视子女的细节。……如果双方不能就探视安排达成协议，法庭可作出订明细节的探视命令。”（划线后加）

2.22 法兰斯（Francis）及罗伦（Warren）对上述两词有详细的解释：³¹

“合理探视是一种安排，在这种安排之下，父母双方议定并非负责照顾和管束子女的一方可在任何合理并经双方同意的时间与子女会面。探视的时间表是由双方议定而非由法庭强加，而各种安排亦可弹性处理。……至于订明细节的探视，则探视时间（有时也包括探视地点）在法庭命令中有指明——例如，逢星期六由早上 10 时至下午 4 时在母亲家中接送子女。”

2.23 法庭间中可能会下令作出“受监管的探视”。在此命令之下，没有管养权的父母其中一方对子女的探视，会由有管养权的另一方、

²⁵ 同上，第 276 至 279 页。

²⁶ 廖雅慈博士在第 276 页指出没有管养权的父母其中一方也可保留“在子女无遗嘱而去世时继承其遗产的权利，在另一方去世时作为子女监护人的权利，委任遗嘱监护人的权利，以及反对子女被人领养的权利”。

²⁷ 同上，第 278 页。

²⁸ 见《婚姻法律程序与财产条例》第 2 条。

²⁹ *Wong Chiu Ngai-chi v Wong Hon-wai* [1987] HKLR 179 及 *Re Ryker (infants)*，高等法院杂项案件 1980 年第 1184 宗（1982）。廖雅慈博士所著的前述一书第 276 至 277 页有引述此两宗案例。

³⁰ 载于 Hewitt（主编）与其他人合著一书，同前，第 160 至 161 页。

³¹ Francis & Warren，同前，第 80 至 81 页。请亦参阅载于该书第 82 至 84 页的讨论。

亲属或第三者（例如社会工作主任）监管。³² 这种命令只在非不得已的情况之下才会作出，例如意识到子女会有被掳拐、虐待或疏于照顾的危险。³³

2.24 由于探视权是一般的用语，在各有关条例中均未有界定，故此大部分与探视权有关的法律都是见于案例之中。³⁴

2.25 重要的是须知道探视权是被视为子女所享有的权利和特权，而非父母所享有的权利和特权。³⁵

独有管养令

2.26 我们在上文已有指出管养权在香港似乎是被视为等同于监护权，通常作出的命令都是独有管养令。在此情况下，没有管养权的父母其中一方在涉及子女福利的事宜上是全无参与决定的余地。³⁶

2.27 独有管养令也会带来日常生活上的实际问题，例如学校通常不会把儿童的成绩表送交没有管养权的父母其中一方。此外，没有管养权的父母其中一方在探视期间如有需要安排子女紧急就医，也有可能遇到困难，因为只享有探视权的另一方能否同意让子女就医可能会有争议。

2.28 廖雅慈博士指出在某些独有管养令的个案中，子女与没有管养权的父母其中一方之间的亲子关系，可能会因有管养权的另一方的个人环境改变而完全终绝：³⁷

“有管养权的一方与有探视权的一方之间的权利是有争持的，法庭曾在 *Hunt 诉 Hunt* 一案³⁸ 中探讨这个问题。在该案中，父亲获判管养权而母亲则获判子女的探视权。父亲是当军官的，被派驻埃及时有意带同子女就任。母亲尝试制止他这样做，理由是这样做会令她无法探视子女。法庭对此案的裁定是不得如此制止有管养权的一方。”

³² 廖雅慈博士，同前，第 277 页。

³³ Francis & Warren，同前，第 81 页。

³⁴ Hewitt（主編）與其他人合著一書，同前，第 177 页。

³⁵ 見 Hewitt（主編）與其他人合著一書，同前，第 161 页；Francis & Warren，同前，第 81 页。

³⁶ 見下述案例：*Lo Chun Wing-yee v Lo Pong-hing* [1985] 2 HKC 647。不過，沒有管養權的父母其中一方仍保留以下權利：在子女無遺囑而去世時繼承其遺產的權利，委任遺囑監護人的權利，以及反對子女被人領養的權利。請參閱廖雅慈博士所著一書，同前，第 276 页。

³⁷ 廖雅慈博士，同前，第 278 页。

³⁸ (1884) 28 Ch D 606.

分权令

2.29 另一种管养令便是“分权令”。³⁹ 这种管养令把日常照顾和管束权赋予父母的其中一方，而带有更广泛决定权力的管养权则判给另一方。廖雅慈博士认为这种管养令“旨在为不在子女身旁（但却享有管养权）的一方，保留可以发挥就子女教养问题作出重大决定的作用。”⁴⁰ 不过，廖博士也有指出分权令“一旦碰上父母不能就子女教养事宜达成协议和互相合作便不能奏效。”⁴¹

2.30 在 *Lo Chung Wing Yee 诉 Lo Pong Hing* 一案⁴² 中，原有的管养令是一项分权令，但父母双方离婚后关系转坏，无法继续互相合作。母亲于是要求法庭作出独有管养令，理由是她一直在香港照顾和管束孩子，而父亲则已再婚并居于加拿大。主审法官指出：

“除非判给或同意作出分权令明显是利多于弊，否则法庭通常是不愿意这样做的。父母双方完全不合作，父亲长期不在本司法管辖区，以及不宜在照顾孩子的日常生活方面有不同意见，均加强证明有需要撤销分权令。把独有法定管养权判给母亲，不会令父亲在教养孩子方面无法作出实质贡献。”⁴³

2.31 主审法官又表示在此案中，独有管养权有利于处理孩子的福利和利益事宜，并可令决定得以迅速作出。⁴⁴

共同管养

2.32 共同管养是指法庭虽然通常把同住照顾和管束权只判给父母的其中一方，但管养权是判给父母双方的。⁴⁵ 廖雅慈博士对共同管养令背后的理据解释如下：在涉及教养子女的重要事宜之上作决定的权利，不是只判给一方而是判给双方。“这种命令象征了已离婚或分居的父母，在教养子女的工作之上共同发挥作用，不会有一方遭排拒的情况出现。”⁴⁶

³⁹ 見下述案例：*Dipper v Dipper* [1980] 2 All ER 722。

⁴⁰ 廖雅慈博士，同前，第 279 頁。

⁴¹ 同上。

⁴² [1985] 2 HKC 647.

⁴³ 同上，見於頭註。

⁴⁴ 同上，第 651 頁，見廖子明法官之言。法庭又命令母親承諾，在每次帶同孩子離開香港度假後，必須把孩子帶回香港，並就孩子的教育、健康和活動狀況每季向父親提交報告。

⁴⁵ 見 *Lo Chun Wing-yee 訴 Lo Pong-hing* 一案的案情，同前。

⁴⁶ 廖雅慈博士，同前，第 279 至 280 頁。

2.33 英格兰法院过去似乎一向不愿意批予这种命令，所持理由是这种命令只在父母双方合理可期合作的案件中才适用。⁴⁷ *Jussa 诉 Jussa* 一案是此类案件其中一例。在该案中，温咸（Wrangham）法官表示：⁴⁸

“在本案中，父亲和母亲均有足够条件给予须负责照顾的子女爱和善导，并且按其能力来看，也有可能就双方所深爱的子女而理智地互相合作……如果你遇上一宗这样的案件，我觉得实在没有任何理由足以反对批予共同管养令。”

2.34 这种命令在香港一直是“几乎未有所闻”，直至近年才情况有变，⁴⁹ 因为它曾被视为代表共享子女的同住管养权，于是代表“两个互相争持的家，对子女造成混乱和压力。”⁵⁰ 此外，它也曾被视为代表负责照顾和管束子女的父母其中一方，有责任须就所有涉及子女的事宜征询另一方的意见。以上各种都是察觉得到的限制，但我们会在本报告书的以后部分看到，其实是有可能以一种令这些限制不再存在的方法来应用共同管养模式的。

法院对管养权和探视权的处理方法——儿童的福利

福利原则

2.35 “儿童的福利”这个概念，虽然在法例中未有界定，据称却是“所有关乎儿童的诉讼的核心所在”。⁵¹ 用于此方面的其他涵义相类用语包括有“儿童的利益”和“儿童的最佳利益”。⁵²

2.36 “福利原则”旨在为法庭在涉及儿童的案件中作决定时提供指引，⁵³ 作用在于规定法庭须先考虑甚么才符合儿童的最佳利益，而这个因素是要比甚么最有利于诉讼所涉及的成年人更为重要。⁵⁴

⁴⁷ 同上。

⁴⁸ [1972] 2 All ER 600，第 603 页。

⁴⁹ 廖雅慈博士，同前，第 279 页。应予注意者是如本报告书所载的建议获得采纳，类似共同管养令的命令在香港便会更为普遍。关于此点，请亦参阅廖博士所著一书第 279 至 280 页。

⁵⁰ 同上，第 280 页。

⁵¹ Hewitt（主编）与其他人合著一书，同前，第 162 页第 7.17 段。

⁵² 见廖雅慈博士所著一书，同前，第 246 页。

⁵³ 见下文关于《未成年人监护条例》第 3(1)条的部分。福利原则虽然被认作是一般通用於关于儿童的法律程序，但不适用于下述各种法律程序：根据《家庭暴力条例》或《领养条例》（第 290 章）作出的强制令、某些法院监护法律程序，以及与《父母与子女条例》（第 429 章）第 12 或 13 条有关或与《保护儿童及少年条例》第 34(1)条有关的法律程序。请参阅廖雅慈博士所著一书，同前，第 247 页。

⁵⁴ 所以这个概念有时也被称为“首要原则”：廖雅慈博士，同前，第 246 页。

2.37 福利原则据称是一个在演变中的概念，包含了在可能范围内的最宽松涵义。⁵⁵ 为儿童所考虑的问题，不仅限于金钱和舒适生活，还包括了儿童在社交、智能、道德和宗教各方面的福利，而儿童究竟与谁人最为亲厚亦在考虑之列。⁵⁶

2.38 我们将会在下章看到，《未成年人监护条例》（第 13 章）是规管涉及儿童管养权和教养的法院程序的条例之一。⁵⁷

2.39 该条例第 3 条列明了规管进行该条例所适用的法院程序的原则。第 3(1)条述明——

“有关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——

(a) 在任何法院进行的法律程序中……—

(i) 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……。”

2.40 这项条文清楚示明法院在就管养权问题及其他与儿童的教养有关的事宜作裁定时，须以儿童的福利为首要考虑事项。

2.41 遗憾的是该条例未有为“福利”一词提供法例订明的定义，亦未有列出详尽的清单，指明法院在决定甚么构成儿童的福利或最佳

⁵⁵ 同上，第 247 至 248 页。關於福利原則，另外亦可參閱 Hewitt（主編）與其他人合著一書，同前，第 210 至 211 頁。

⁵⁶ *Re McGrath (infants)* [1893] 1 Ch 143，有關部分載於第 148 頁，見上訴法院法官 Lindley 之言。廖雅慈博士亦有在其書中引述此案，同前，第 248 頁。

⁵⁷ 包括兒童的贍養在內。該條例規管父親對非婚生子女的管養權利（《未成年人監護條例》第 V 部）和屬於子女或代子女託管的財產的管理事宜（《未成年人監護條例》第 II 及 IV 部）。該條例也有對監護人的委任、權力和罷免作出處理（《未成年人監護條例》第 III 部）。

利益时应顾及的因素或考虑事宜，但这并不代表案件是凭空而作判决的。⁵⁸

决定儿童的福利的因素

2.42 据适用案件所示，法院在作决定时会顾及某些重要因素，⁵⁹它们包括了：

- 儿童的意愿和权利（须按其年龄及理解力高低而考虑）；
- 儿童在身体、感情和教育方面的需要；
- 让照顾儿童的安排维持不变的可取之处，以及情况有变对儿童所可能造成的影响；
- 儿童的年龄、性别、背景及个人特征；
- 儿童所曾经受到或可能受到的伤害；及
- 儿童的父亲、母亲或有关的第三者照顾儿童并满足其需要的能力。⁶⁰

2.43 下文会对这些因素逐一加以探讨。

儿童的意愿

2.44 这范畴明显是极之难以处理，而且也很敏感。法例规定法院须考虑儿童的意愿，但未有订明查明这些意愿的方法。据较古旧的案例所示，法官倾向于在内庭亲自会见儿童，以查明其意愿。⁶¹不过，大家现时已意识到这种与儿童见面的酌情决定权，“绝非理所当然，也不是例行公事，是应该小心行使的”。⁶²某位法官曾有以下的评语：

⁵⁸ 廖雅慈博士，同前，第 251 页。

⁵⁹ 同上，第 249 至 264 页。请亦参阅 Hewitt（主编）与其他人合著一書，同前，第 210 至 214 页。

⁶⁰ 这些因素已被收纳于英格兰的《1989 年儿童法令》第 1(3)条所载的法定表格之中。该法令稍后在第 5 章会有详细的讨论。

⁶¹ 见廖雅慈博士就此点而在其前述一書第 251 页所引述的案例，其中包括有：*Re Y* [1946 - 1972] HKC 278 (1971)；*Re Kwok Micah (a minor)*，高等法院雜項案件 1984 年第 3040 宗（1985）；*Re Chan Heung (an infant)*，高等法院雜項案件 1983 年第 349 宗（1983）；*L v L* [1970] HKLR 556；*Re Huthart (infants)*，高等法院雜項案件 1981 年第 1037 宗（1984）；以及 *Wong Yip Yuk-ping v Wong Sze-sang*，上诉法庭民事上诉案件 1985 年第 116 宗（1985）。

⁶² 廖雅慈博士，同前，第 252 页，所述及的是 *B 诉 B (未成年人)*（*會見和列明安排*）一案，同前。

“困难〔在于〕既要与儿童见面以查明其意愿，⁶³ 亦同时要把儿童所提及的任何重要事情告知其父母，而这两者之间本来就有矛盾。儿童……所身处的是一个左右为难的困局，这个困局只会加深儿童所已受到的情绪困扰，因为如果表示喜欢跟父母其中一方生活，那就无可避免要背弃另一方。”⁶⁴

2.45 无论如何，法院对儿童所表达的意愿会有多重视，仍要视乎儿童的年龄和理解力而定。

“一名 6 岁孩童的意愿往往会是瞬间即变，天天不同，故此不应重视其选择，又或者可以完全不理睬其选择。相反地，一名 15 岁男孩的意愿，除非是明显不符合其长远福利，否则是不能轻蔑地置之不理的。”⁶⁵

2.46 尽管法官无须接受儿童心理学或离婚心路历程方面的培训，但在这些事宜之上，法官可借助于社会福利署署长、儿童心理学家或诉讼双方所用其他专家的报告。为案件而拟备的社会福利报告，通常会载有关于儿童所表达的意愿的意见，以供法院考虑。

身体、感情和教育方面的需要

2.47 儿童的需要会按其个别年龄及性别而有所不同。廖雅慈博士的看法是“对于幼儿来说，身体和感情方面的需要最为重要，但对于小童来说，重要的却是纪律和教育。”⁶⁶

2.48 在 *Re Huthart* (幼年人) 一案⁶⁷ 中，一名 11 岁女童的父亲获判女儿的照顾和管束权，因为与女童的母亲相比，他看来更为明智，能明白女儿有需要善加管教。至于 *May 诉 May* 一案，⁶⁸ 则强调了教育的重要性。在该案中，两名年龄分别为 6 岁及 8 岁的男童的父亲获判儿子的照顾和管束权，理由之一是“与男童的母亲及其同住情人相比，

⁶³ 關於採用“意願”一詞的重要性何在，本報告書稍後會有討論，見後面第 12 章第 12.5 至 12.9 段（建議 42）。

⁶⁴ 這是 Wall 法官在 *B 訴 B* (未成年人) (會見和列明安排) 一案中的意見，[1994] 2 FLR 489，有關部分載於見第 495 頁。廖雅慈博士所著的前述一書第 251 至 252 頁有提及此案。

⁶⁵ 廖雅慈博士，同前，第 252 頁。請亦參閱下述兩宗案例：*Re Lee Cheuh-wah (an infant)*，高等法院雜項案件 1983 年第 2678 宗；*C v C*，上訴法庭民事上訴案件 1988 年第 44 宗(1988)。

⁶⁶ 廖雅慈博士，同前，第 253 頁。請亦參閱 Hewitt (主編) 與其他人合著一書，同前，第 213 頁。

⁶⁷ 高等法院雜項案件 1981 年第 1037 宗 (1984)。

⁶⁸ [1986] 1 FLR 325 (CA).

男童的父亲较为注重透过学业成就和家庭纪律来塑造儿子的性格。”

69

维持现状

2.49 廖雅慈博士指出维持现状或保持“事物的现况”已成为福利方面的重要考虑事项，⁷⁰而这也包括了维持现有关系、感情连系和外环境。在以往来说，情况并非必定如此，因为“法官会认为与主要照顾者分开为儿童所带来的伤痛只是一时之痛。”⁷¹不过现时大家均意识到：

“打破现状和令儿童与其心理上的父母分开，可能会对儿童的身心健康造成严重损害。”⁷²

2.50 这实际上是指如果夫妻离异，负责继续照顾子女的一方会较另一方有利，因为“法庭很可能会维持现有安排不变而不会命令把管养权转移。”⁷³这项维持现状的原则，自然是“提供了强而有力的论据，令到已与子女失去联系的一方处于不利地位。”⁷⁴

2.51 *Re Lee Cheuh-wah*（幼年人）一案⁷⁵便是应用这项原则的实例。在此案中，虽然男童的父亲曾在数年之前把男童掳拐，但当男童被发现是与祖父母一同生活时，法庭却不愿打破现状，理由是男童看来已经安居下来并且生活愉快。

2.52 如果儿童与父母双方均亲厚，并且熟悉两者各自的家，那么维持现状的重要性便自然大大减低。大家都承认在这类案件中，“改变管养权所造成的破坏力会大为减低。”⁷⁶

⁶⁹ L Pegg, *Family Law in Hong Kong*（出版社：Butterworths，1994年第3版），第253页。请亦参阅廖雅慈博士所著的前述一书第254页及Hewitt（主编）与其他人合著的前述一书第212至213页。

⁷⁰ 廖雅慈博士，同前，第254页。

⁷¹ 同上，所引述的案例是 *Re Thain* [1926] 1 Ch 676。

⁷² 廖雅慈博士，同前，第254页，所提及的是 *Beyond the Best Interests of Child* 一书所载的研究资料。该书由Goldstein、A Freud及A J Solriect合著，出版社是Burnett Books（1979年伦敦）。

⁷³ 廖雅慈博士，同上。

⁷⁴ 同上。

⁷⁵ 高等法院杂项案件1983年第2678宗（1984）。

⁷⁶ *Liu Lau Oi-yuk v Liu Chian-hsiung*，上诉法庭民事上诉案件1997年第126宗（1997），见暂委法官辛達誠之言。

兒童的年齡、性別、背景和特征

2.53 廖雅慈博士认为儿童的年龄事有相关，因为年龄是与需要有关，而儿童的需要又可能会显示出父母哪一方最能满足该等需要。廖博士指出司法文献中可以找到法官作出的陈述，表明“如果所有情况相同，年纪幼小的儿童是应该与母亲一同生活的。”⁷⁷

2.54 正如其他“福利”考虑因素一样，年龄这个问题是不能抽离案件来作考虑，而是必须连同案件的其他情节来看。在香港来说，父母双方全职工作而儿童主要交由亲属或佣人照顾是普遍现象，类似这般的考虑因素，是有可能影响这项“法官基于一般经验而作出的陈述”如何应用。⁷⁸

2.55 与这个“年纪幼小论说”相关的原则便是：

“如果可能的话，年幼的兄弟姐妹应该在同一家庭之中生活成长，以便大家能在感情上互相支持。法官若判定不让年幼的儿童共同生活，便应为自己的判决作出一些解释。”⁷⁹

儿童所曾经受到或可能受到的伤害

2.56 如属以下情况，这项因素便会适用：

“儿童的父母其中一方曾疏于照顾、性侵犯或虐待儿童，而法庭有必要衡量儿童与该一方维持关系的重要性和此关系所会带来的伤害风险，并在两者之间取得平衡。”⁸⁰

2.57 基于此故，做父母的如果曾性侵犯子女便可能不会获法庭判给探视权，但情况也不一定全是如此。⁸¹ 廖雅慈博士曾把 *Re R*（未成

⁷⁷ 廖雅慈博士一書內文，同前，第 256 頁。“年紀幼小”不一定僅指年紀極幼的兒童。在下述案例中，法庭裁定此詞適用於 7 歲及 9 歲的兒童：*Wong Yip Yuk-ping v Wong Sze-sang*，上訴法庭民事上訴案件 1985 年第 116 宗（1985）。請亦參閱 Hewitt（主編）與其他人合著一書，同前，第 213 頁。

⁷⁸ 見廖雅慈博士所著一書，同前，第 257 頁，該頁載有關於一些相關案件的討論。

⁷⁹ 同上。以下案例有被提述用以支持這項原則：*W v W* [1981] HKC 466；*Re Y (minors)* [1984] HKLR 204；*C v C (minors: custody)* [1988] 2 FLR 291；以及 *Re Ryker (infants)*，高等法院雜項案件 1980 年第 1184 宗（1982）——在這些案例中，年紀幼小論說和不分離原則均同時有被應用。

⁸⁰ 廖雅慈博士，同前，第 258 頁。

⁸¹ 同上，第 258 至 259 頁。

年人) (虐儿：探视权)一案⁸²与 L 诉 L (虐儿：探视权)一案⁸³作一比较。在所述一案中，法庭裁定儿童父亲获判探视权对儿童的好处，与儿童可能面对的继续受父亲性侵犯风险相比，根本完全不值一提。在后述一案中，虽然做父亲的曾性侵犯自己的三岁女儿，但由于父女之间有紧密连系，法庭仍把探视权判给父亲，不过这安排日后须再作检讨。

儿童的父母每一方或第三者满足儿童需要的能力

2.58 在管养权的争议中，父母其中一方如果已与子女在感情上建立巩固的连系，了解子女的需要，并且能满足这些需要，便会赢得法庭的支持。⁸⁴

2.59 如果争议是发生于父母其中一方与第三者(例如祖父母、外祖父母或寄养父母)之间，血缘的重要程度有多大并不明确。⁸⁵但在在一宗儿童的照顾和管束权是判给寄养父母而非判给父母的案例中，法庭的说法却是：

“亲生父母是极有理据争取法庭考虑其意愿的；最基本和主要的一点，当然是因为通常来说，幼年人的首要福利考虑事项其中之一是青年人应与亲生父母共同生活，但也因为亲生父母通常都是负责教养自己所生子女的适当人选，所以他们是极有理据争取法庭考虑其意愿的。”⁸⁶

首要考虑事项

2.60 法院在决定甚么构成儿童的福利或最佳利益时会将所有上述因素列入考虑之列。

2.61 本章前面已有指出，法院在审理任何根据《未成年人监护条例》(第 13 章)进行的法律程序中，须以儿童的福利为“首要考虑

⁸² [1988] 1 FLR 206.

⁸³ [1989] 2 FLR 16：關於這些案件的進一步分析，請參閱廖雅慈博士所著一書，同前，第 258 至 259 頁。

⁸⁴ 廖雅慈博士，第 259 頁。請亦參閱 Hewitt (主編) 與其他人合著一書，同前，第 214 頁。

⁸⁵ 廖雅慈博士，同上。

⁸⁶ *J v C* [1969] All ER 788，有關部分載於第 832 頁。廖雅慈博士在其所著的前述一書第 259 頁有提及此案。

事项”。麦迪蒙大法官（Lord MacDermott）在 *J 诉 C* 一案⁸⁷ 中对此词的解释如下：

“按一般含义来理解这几个字……在我来看，这用语肯定不单是指在众多跟问题有关的事项中，儿童的福利须视为排列最高。我认为这用语还意味着一个考虑过程，那就是在考虑及衡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……这是首先考虑事项，因为这里有基本重要性，而这也是最重要考虑事项，因为足以支配或决定日后所作的安排。”

司法酌情权

2.62 关于构成福利的各种因素，廖雅慈博士指出在评核这些因素之时，“并无计算点数方法或计量公式可用”。“法院所处理的是人的生活，而人的生活是不能以任何硬性规定去规范的”。⁸⁸

2.63 由于每宗案件均按其独有情节处理，所以司法判例对这方面的裁决的影响甚微，而法院在决定甚么才符合儿童的最佳利益之上有很大酌情决定权。莫健（Mnookin）对法官审理这些案件时所面对的艰巨工作有详尽的说明：⁸⁹

“究竟应从长远角度抑或短暂角度来看〔最佳利益〕呢？一些令某人在 7 至 10 岁期间愉快的情况，可能在该人 30 岁之时不良后果。法官应否问自己甚么裁定会令儿童明年最为愉快？30 岁时最为愉快？70 岁时最为愉快？法官在作裁定时应否想象儿童长大成人后回顾今日之时所希望作出的裁定会是甚么？……法官如何拿某个年龄的‘愉快’来跟另一个年龄的‘愉快’来作比较〔？〕

决定甚么才是对儿童最好，好比探究生命本身的目的和价值何在，都是终极的问题。法官应否主要关注儿童是否愉快？抑或主要关注儿童所受的灵性及宗教培育？

⁸⁷ [1970] AC 710，見第 711 頁。

⁸⁸ 廖雅慈博士，同前，第 251 頁，廖博士當時是引述案例 *Re F (an infant)* [1969] 2 Ch 238。

⁸⁹ Mnookin, “Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy”, (1975) 39 *Law & Contemporary Problems* 226，第 260 頁。廖雅慈博士在其所著的前述一書第 263 頁有引述該篇文章的此部分內容。

法官应否关注儿童长大成人之时的经济‘生产力’？人生的主要价值是在于温情、人际关系抑或在于纪律和自我牺牲？儿童有安定环境和安全感，是否比儿童得到智能方面的刺激更为可取？

这些问题可以没完没了地问下去，但法官又往哪儿寻找一套能告诉他如何抉择才是对儿童最好的价值观呢？管养权法规本身通常都没有为所适用的价值观订明内容或比重。如果法官求诸社会大众，他会发现人们对养育子女的最佳策略根本并无清楚共识，而各种基本价值观之间也没有适当的高下排列。”

2.64 兵咸（Bainham）则进一步指出福利原则本身的主观性质。他力言究竟甚么才符合或不符合儿童的最佳利益，其实是视乎这个问题由何人提出。他认为关键问题不在于福利这个概念本身，而是在于作决定者的选择：⁹⁰

“故此有人主张离婚后最能保障儿童的心理健康的办法，便是作出‘独有’的管养安排，以为儿童提供心理上有父亲或母亲所带来的安全感。然而，同样也有人持看来是完全相反的立场。他们认为如果儿童能与离异的双亲均保持联系并尽量多加联系，儿童便会活得最好。在决定儿童的最佳利益之时，我们多少会受到个人价值判断的干扰，这大抵是无可避免之事。”

2.65 基于这些原因，曾有论者把儿童的福利分别描述为一个本来就是出于主观，“以模糊不清而著称”⁹¹且仍在演变之中⁹²的概念。

香港的离婚程序

2.66 我们至此已在本章探讨过管养权和探视权法律所建基的概念和原则，接着便会讨论在香港办理离婚的程序。⁹³

⁹⁰ Bainham，同前，第 43 页。见廖雅慈博士所著一書，同前，第 249 页。

⁹¹ 廖雅慈博士，同上。

⁹² 廖雅慈博士，同前，第 248 页。

⁹³ 關於有關法律和適用的法律程序的有用討論，請參閱：廖雅慈博士，同前，第 4 章；Hewitt（主編）與其他人合著一書，同前，特別是第 7 及第 9 章；以及 Francis 及 Warren 合著一書，同前，特別是第 5 至 7 章。

有关的法例

2.67 规管离婚的法例大部分均载于《婚姻诉讼条例》（第 179 章）。⁹⁴ 该条例第 3 条指明香港法院在甚么情况之下会具有审理某宗离婚案件的司法管辖权。第 11 条订明离婚的唯一理由是“*婚姻已破裂至无可挽救*”，并提及两种办理离婚的不同程序，即提出呈请或共同申请。第 11A 条列出一系列可在呈请程序之下确立离婚理由的“*事实*”，而第 11B 条则列出确立共同申请离婚所需理由的事实。

2.68 须注意的是此范畴的法律于 1995 年曾作大幅度修订，⁹⁵ 以落实法改会于 1992 年发表的《离婚理由及结婚三年之内申请离婚的时间规限研究报告书》⁹⁶ 中所载的大部分建议。法改会特别在该研究报告书中建议：

- 大幅度缩短婚姻双方在申请离婚前所须等待的时间；⁹⁷
- 废除遗弃此一事实（是项建议未有纳入修订的法例）；及
- 引进另一种称为“共同申请”的申请离婚程序。

2.69 下文所讨论的便是这方面的现有法律条文。

确立离婚的适用‘理由’

法院的司法管辖权

2.70 根据《婚姻诉讼条例》（第 179 章）第 3 条，婚姻双方如符合以下任何一项条件便有资格在香港申请离婚：

- 在离婚呈请或申请提出当日，任何一方以香港为居籍；
- 在紧接呈请或申请提出当日之前，任何一方惯常居于香港已有三年；或
- 在呈请或申请提出当日，任何一方与香港有密切联系。

⁹⁴ 有关的规则和表格亦见于《婚姻诉讼规则》。此外，《分居令及赡养令条例》（第 16 章）也适用于中国旧式婚姻及夫妻关系：本报告书稍后会有讨论，见后面第 3 及 13 章。

⁹⁵ 经由《1995 年婚姻诉讼（修订）条例》（1995 年第 29 号）修订。该条例是由 1996 年开始实施（见 1996 年第 277 号法律公告）。

⁹⁶ 香港法律改革委员会（论题二十九），1992 年 11 月。

⁹⁷ 答辩人如同意离婚，分居期由两年减至一年，如不同意，则分居期由五年减至两年。此外，我们也有建议把防止新婚夫妇申请离婚的三年时间阻限缩减为一年。

離婚的唯一理由和確立此理由的事實

2.71 我們在上文已看到該條例第 11 條訂明：

“提出離婚呈請或離婚申請的唯一理由，須為婚姻已破裂至無可挽救，而離婚法律程序可按下述任何一種方式提起——

- (a) 離婚呈請；或
- (b) 離婚申請。”

2.72 如有一方提出離婚呈請，可根據該條例第 11A 條證明婚姻已破裂至無可挽救的五項事實為：⁹⁸

- ‘通姦’⁹⁹
- ‘不合理行為’¹⁰⁰
- ‘分居一年而對方同意’¹⁰¹
- ‘分居兩年而對方不同意’¹⁰² 及
- ‘遭遺棄一年’。¹⁰³

⁹⁸ 關於證明婚姻已破裂至無可挽救的五項事項的更詳盡討論，請參閱：香港法改會（論題二十九，1992 年 11 月），同前，特別是第 2、6 及 8 章；廖雅慈博士，同前，第 103 至 124 頁；以及 Hewitt（主編）與其他人合著一書，同前，第 71 至 73 頁。

⁹⁹ 這是指答辯人與人通姦。這項事實的另一要素是呈請人無法忍受與答辯人共同生活，雖然有此感受不一定是由於答辯人與人通姦而致：見廖雅慈博士所著的前述一書第 105 至 107 頁所載的討論。請亦參閱 Hewitt（主編）與其他人合著一書，同前，第 71 至 72 頁。

¹⁰⁰ “不合理行為”一詞是這項事實的簡稱，並且已為人所接受，但這行為本身不一定是合理。廖雅慈博士曾在其所著一書（同前，第 108 至 110 頁）闡明，法律規定呈請人須證明“答辯人的行為令期望〔該〕名呈請人繼續與答辯人共同生活下去〔並〕不合理。”請亦參閱 Hewitt（主編）與其他人合著一書，同前，第 72 頁。

¹⁰¹ 所需的‘同意’是指對離婚判令表示同意。雖然很可惜的是並無關於所提出的各項事實的準確統計數字可資提供，但‘分居一年而對方同意’此項事實，卻可能是香港離婚呈請最常用的理由：見香港法改會（論題二十九，1992 年 11 月），同前，第 98 頁，以及廖雅慈博士，同前，第 135 頁。

¹⁰² 在這項事實之下，“並不需要答辯人對所批予的〔離婚〕判令表示同意，呈請人可在答辯人不同意的情況下與答辯人離婚”：廖雅慈博士，同前，第 116 頁。

¹⁰³ 如分居並非經雙方同意，這項事項便可能適用。不過，要注意的是這項事實現時似乎罕有引用，而此方面的法律亦是古舊且複雜。法改會便是基於此故建議廢除這項事實：見香港法改會（論題二十九，1992 年 11 月），同前，第 24 至 26 頁，第 86 及 92 頁，以及廖雅慈博士，同前，第 116 頁。

透过共同申请而离婚

2.73 法改会在为 1992 年发表的研究报告书拟订各项建议¹⁰⁴ 之时，已知悉海外正逐渐趋向于采用中立并且不抗争的离婚制度。¹⁰⁵ 虽然法改会的结论是香港当时所采用的过失与无过失相混合的离婚制大致上应予以保留，但法改会也有进一步建议引入另一种以非呈请为本并透过共同申请进行的新离婚程序。这种新离婚程序将会是经双方同意而共同进行，与之前存在的透过呈请而进行的离婚程序有所不同。¹⁰⁶

2.74 我们在上文已看到这种透过申请而进行的离婚程序，现已经由《婚姻诉讼条例》（第 179 章）第 11B 条订明。廖雅慈博士对有关条款的效用解释如下：

“法院……仍须信纳婚姻已破裂至无可挽救。〔在共同申请的程序中，〕证明婚姻已破裂至无可挽救所需的证据，可透过下述方式确立：(a) 婚姻双方已分开居住连续一年，或(b) 在申请提出之前一年，向法院呈递一份以订明表格填写并经双方签署的通知书，而该份通知书后来未有撤回。”¹⁰⁷

2.75 透过发出通知书而在双方同意下办理离婚，是此程序之下的第二种可供选择做法。重要的一点是这种做法没有规定双方必须分开居住。法改会在建议采用此另一做法之时，已考虑到香港的住屋困难情况。¹⁰⁸

离婚程序步骤

2.76 在讨论过可在香港提出离婚诉讼的各种不同情况后，我们会继续探讨所涉及的各种不同步骤。

提交呈请书或申请书

2.77 离婚程序的第一步是由作为申请人的配偶一方向家事法庭登记处提交离婚呈请书，或由配偶双方提交离婚共同申请书。¹⁰⁹

¹⁰⁴ 香港法改會（論題二十九，1992 年 11 月），同前，特別是第 6、8 及 9 章。

¹⁰⁵ 見廖雅慈博士的分析，同前，第 135 頁。

¹⁰⁶ 同上，第 136 頁。

¹⁰⁷ 同上。

¹⁰⁸ 香港法改會論題二十九，1992 年 11 月，第 71 頁。

¹⁰⁹ 見《婚姻訴訟條例》第 11、11A 及 11B 條。

2.78 呈请书会送达作为答辩人的配偶一方，而答辩人可对呈请书作答。在某些案件中可能会有紧急申请提出，要求作出临时命令，例如临时管养令、探视令或贍养令。一俟状书提交期结束，呈请人即可提交通知书要求编定日期进行暂准判令聆讯，¹¹⁰ 而有关事宜至此便会列入法院案表之内。

特別程序

2.79 对于以呈请或申请方式办理的离婚来说，如果离婚一事本身是无抗辩的，“特別程序”或“以行政程序办理的离婚”便会适用。¹¹¹

“这表示司法常务官会研究呈请人所提交的证据。司法常务官如信纳呈请人已就呈请书的内容提供足够证明，便会编定日期由法官在公开法庭宣告判令，但任何一方均无须在该日出庭。”¹¹²

暫准判令

2.80 于进行暂准判令聆讯之时，法官可批准就管养、探视及其他事宜所达成的协议并作出最终命令。不过，即使双方当事人已达成协议，法官仍有责任积极考虑婚姻所育子女的福利，并必须在批予绝对判令之前宣布对为彼等所建议作出的安排感到满意。¹¹³

2.81 如双方当事人之间仍有事项有所争议，暂准判令聆讯进行之时，呈请人便会被传召到庭，以在公开法庭之上核实呈请书和关于子女安排的陈述书的内容。答辩人可选择是否出庭，如果出庭的话，法官便会确定答辩人是否同意所建议作出的安排、管养令和探视令或是否拟就法律程序提出抗辩。如双方当事人未有就管养权或探视权达成协议，案件会押后至“传召出席”的日期。

¹¹⁰ 這是指離婚臨時判令，而離婚最終判令是稱為絕對判令的。

¹¹¹ 見《婚姻訴訟規則》第 33(2A)及 47A 條。請亦參閱廖雅慈博士一書所載的討論，同前，第 134 至 135 頁。《2001 年婚姻訴訟（修訂）規則》（2001 年第 270 號法律公告）是在 2002 年 1 月 25 日開始實施。在此之前，如果婚姻是育有子女或離婚是以不合理行為此一事實作為理由，離婚是不能以特別程序辦理的：見廖雅慈博士所著一書，同前，以及 Hewitt（主編）及其他人合著一書，同前，第 4.58 段。

¹¹² 廖雅慈博士，同前，第 134 頁。

¹¹³ 見《婚姻法律程序與財產條例》第 18 條。這些安排包括了關於管養、教育及經濟給養的安排：《婚姻法律程序與財產條例》第 18(6)條。

传召出席

2.82 传召出席旨在就有争议的管养权案件的证据提交向法庭取得指示。法庭会就案件准备就绪受审之前所应采取的步骤发出指示，例如是否需要拟备社会工作主任报告或儿童心理学家的专家报告。¹¹⁴

2.83 社会工作主任报告是由隶属于社会福利署的保护家庭及儿童服务课¹¹⁵的人员之一拟备，可能需时多周或多月才能完成。¹¹⁶ 社会工作主任会与有关家庭会面，并会在父母分别在场的情况下与儿童见面，然后根据观察所得和所作评估拟备报告。在等待报告完成期间，现况会维持不变。¹¹⁷

下一次传召出席

2.84 在此聆讯进行之时，所索取的报告可供法官和双方当事人取用。如有关事宜在社会工作主任提交报告后得到和解，法庭可在双方同意之下作出命令。

2.85 如有关事宜仍未和解，法庭会就应提交甚么誓章或非宗教式誓词作出指示，也会就是否需要有关的社会工作主任或心理学家出庭接受盘问作出指示。在誓章提交后，法院登记处便会就有争议的聆讯，编定一个双方当事人均感方便的聆讯日期。

有争议的聆讯

2.86 有争议的聆讯通常都是由法官在内庭审理。法庭会审视有关证据，特别是社会工作主任报告所载建议，以决定应作出甚么管养令和探视令。¹¹⁸

¹¹⁴ Hewitt (主編) 與其他人合著一書，同前，第 4.75 段，以及 Francis 及 Warren 合著一書，同前，第 86 頁。

¹¹⁵ 前身爲監護兒童事務課。

¹¹⁶ Francis & Warren，同前，第 86 頁。

¹¹⁷ 我們在前面提及福利原則的應用之時，已有指出維持現況不變是視爲保障兒童福利的重要因素之一。因此，就日後所會作出的管養令和探視令而言，法律程序進行的整段期間現狀維持不變，可能會對沒有同住管養權的配偶不利。

¹¹⁸ 該等未能和解的管養權案件雖然只屬少數，但當事人之間的怨恨和所受的痛苦卻往往最深，而正因爲子女具有象徵意義，所以此類訴訟會爭持激烈，費時甚久：Wallerstein and Blakeslee, *Second Chances: Men and Women a decade after divorce* (1989)。有爭議的管養權案件拖延愈久，配偶雙方及子女所受的創傷均會更深。管養權的爭戰也可能會令父母其中一方在事後擄拐子女。

绝对判令

2.87 要求作出绝对判令的申请，可在暂准判令批出后六星期提出，而绝对判令则大约在此之后两个月发出。¹¹⁹

关乎儿童的命令的事后更改

2.88 由于法院有司法管辖权确保儿童的福利在涉及儿童的法律程序中是首要考虑事项，因此即使管养令或探视令是经双方当事人同意而作出，也可以申请将之更改。申请更改的理由可包括例如儿童的父母其中一方再婚而令生活安排有变，又或者儿童年纪渐长而需要作出较为灵活的安排。

离婚程序的近期发展

2.89 从以上讨论所见，香港于 1990 年代中期已就构成离婚理由的各项事实进行重要改革，而较近期来说，也有各种不同的建议提出，以求进一步简化香港的离婚法律程序，并淡化其对抗性质。这些近期发展包括有更广泛地推广调解服务和实施附属济助程序改革试验计划，稍后会在第 4 章中加以讨论。

¹¹⁹ 法庭除非已根据《婚姻法律程序与财产条例》第 18(1)条，声明信纳为家庭子女作出的安排令人满意，否则不得将离婚判令转为绝对判令：见前面第 2.80 段。

第 3 章 香港现有法律和施行实况——有关法例

引言

3.1 我们在本报告书的前面部分已概略指出，儿童有权在家事法律程序中令自己的最佳利益得到保障，而这些权利理论上是在法制层面¹和本地法规²之中均获保证的，但在施行方面，情况却可能并非如此明确。

3.2 我们在上一章中已指出，这方面的一些重要概念在法律上是透过“一堆见于多条法规和多宗案例的用语来表达，令人感到混淆不清。”³除此之外，香港在子女管养权方面的法例，是收载于多条条例之中，包括了《未成年人监护条例》（第 13 章）、《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）、《婚姻诉讼条例》（第 179 章）、《分居令及赡养令条例》（第 16 章）及其他条例。⁴ 廖雅慈博士有以下的意见：

“由于在不同的条例之下所涉及的司法管辖权各有不同，而且有重叠之处，规管家庭破碎时重新分配父母权利及权能（或责任）的法律是混乱不清的。⁵……法院如何处理管养权问题是视乎案中所引用的是甚么条例。”⁶

3.3 因此之故，法律出现非故意造成的漏洞的机会相当大，而各个法庭在处理涉及子女管养权的案件之时，也有颇大的余地可采取不一致的做法。本章的重点是检讨影响香港的子女管养权和探视权的各

¹ 載於多個聯合國公約及《香港人權法案條例》（第 383 章）：見前面第 1 章。

² 見《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3 條，前面第 2.38 段及之後各段已有討論。這項條文表明以兒童的福利為首要考慮事項此一原則，應為法院在處理涉及兒童的事宜時的首要指導原則。

³ 廖雅慈博士，*Family Law for the Hong Kong SAR*（香港大學出版社，1999 年），第 211 至 212 頁。我們之前已有指出，某位法官認為這種情況已令局面淪為“官僚的樂園，民眾的噩夢”。見英國上訴法院法官 Sachs 在 *Hewer 訴 Bryant* 一案中之言 [1970] 1 QB 357，第 371 頁。於廖雅慈博士書中有被引述，同前，第 212 頁。

⁴ 《婚姻訴訟規則》（第 179 章）、《保護兒童及少年條例》（第 213 章）、《家庭暴力條例》（第 189 章）及《領養條例》（第 290 章）也載有有關的條文：見下文的討論。

⁵ 廖雅慈博士，同前，第 289 頁。

⁶ 同上，第 275 頁。

项不同法律条文，并概略指出这些条文在施行时已被发现的多项缺失。

《未成年人监护条例》（第 13 章）

3.4 我们在上一章已看到，《未成年人监护条例》（第 13 章）是规管涉及儿童管养和教养问题的法院程序的条例之一。此条例声明福利原则是适用于所有涉及儿童管养问题的法律程序。⁷ 条例规管父亲对非婚生子女的管养权利，⁸ 处理为儿童提供赡养的事宜，并规管属于子女或代子女托管的财产的管理事宜。⁹ 条例也对监护人的委任、罢免及权力作出规管。¹⁰

就管养及探视提出申请

3.5 《未成年人监护条例》第 10(1)条述明：

“未成年人的父母其中一方或社会福利署署长如提出申请……法院在顾及未成年人的福利及父母双方的行为和意愿后，可就下述事宜发出其认为适当的命令——

- (a) 未成年人的管养；及
- (b) 父母其中一方探视未成年人的权利。”

3.6 此项条文限定只有儿童的父母及社会福利署署长方可向法院申请管养令和探视令。其他亲属，例如祖父母、外祖父母、叔伯舅父、姨母姑母或寄养父母，本身并无资格申请管养令，但如果能说服社会福利署署长代他们提出申请，便可能会获判儿童的管养权。¹¹

3.7 管养令只可就“未成年人”作出，其效力不得超越儿童年满 18 岁之时，¹² 而探视令则只可批予儿童的父母其中一方。

⁷ 《未成年人監護條例》第 3 條。

⁸ 見《未成年人監護條例》第 V 部。

⁹ 見《未成年人監護條例》第 II 及 IV 部。

¹⁰ 見《未成年人監護條例》第 III 部。條例的此部分內容於我們早前所發表的監護權報告書中已有詳細討論：見香港法改會，《兒童監護權報告書》（論題三十，2002 年 1 月）。

¹¹ 廖雅慈博士，同前，第 282 頁。

¹² “未成年人”一詞在《釋義及通則條例》（第 1 章）第 3 條中被界定為未滿 18 歲的人。為子女提供贍養的命令與管養令不同，效力在某些情況下（例如子女仍在接受教育或訓練）可超越子女的 18 歲生辰：見《未成年人監護條例》第 12A 條，請亦參閱《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 10 條。

3.8 管养令或探视令可由法院另行发出的一项命令解除、更改、在暂时撤销后予以恢复或暂时撤销。这类在管养令或探视令作出后才提出的申请，可由儿童的父母其中一方或监护人提出，或由对儿童拥有法定管养权的任何其他人提出。¹³

3.9 条例第 17 条订明，法院在考虑根据条例第 10 条提出的申请时，法院可下令社会福利署署长安排该署人员就法院认为是与案件有关的任何事项向法院提交报告。¹⁴ 这份报告有时称为“福利报告”，¹⁵ 通常是关于对有关儿童的个别情况的调查，内容包括了就甚么未来安排才符合该名儿童的最佳利益而作出的建议。¹⁶

照顾令

3.10 根据条例第 13(1)(b)条，如有特殊情况令儿童交由父母或任何其他人士管养并不切实可行或不适宜，法院可把儿童交由社会福利署署长照顾。在未下令把儿童交由社会福利署署长照顾之前，法院必须听取署长的申述。¹⁷ 在作出照顾令时，法院亦可下令父母其中一方向署长支付赡养儿童的费用。¹⁸ 照顾令如同管养令一样，效力可持续至儿童年满 18 岁为止。

3.11 我们注意到第 13(1)(b)条或其他相关的条款，未有订定条文让父母可提出申请，以探视属于照顾令标的之子女。¹⁹

监管令

3.12 如某人根据条例第 10(1)条获判管养权，但法院觉得由于情况特殊，儿童适宜由一名独立人士监管，则法院可下令将儿童交由社会福利署署长监管。²⁰ 虽然监管令的范围未有在条例中予以界定，但监管人员的职责似乎是包括辅导和协助受监管人，并与其建立友谊。²¹

3.13 监管令可应父母其中一方或监护人的申请，或应根据第 10 条获判儿童的管养权的任何人士的申请，或应取得监管令的社会福利

¹³ 《未成年人監護條例》第 10(4)條。該項申請可在“父母其中一方去世之前或之後”提出。

¹⁴ 法院索取社會福利報告的權力亦載於《婚姻訴訟規則》第 95(1)條。

¹⁵ 例子可見於廖雅慈博士所著一書，同前，第 284 頁。

¹⁶ 有關社會福利報告的詳細討論，請參閱廖雅慈博士所著一書，同前，第 264 至 267 頁。

¹⁷ 《未成年人監護條例》第 15(1)條。

¹⁸ 《未成年人監護條例》第 13(2)條。

¹⁹ 雖然有人可能會提出爭辯，說《未成年人監護條例》第 10 條的範圍是廣闊得足以讓父母提出探視申請的。

²⁰ 《未成年人監護條例》第 13(1)(a)條。

²¹ 見《保護兒童及少年條例》第 34B 條，下文會有討論。

署署长的申请，予以更改、解除、暂时撤销或予以恢复。²² 监管令如同管养令和照顾令一样，效力只可延续至儿童年满 18 岁之时。

监护权

3.14 《未成年人监护条例》（第 13 章）第 III 部处理监护人的委任、罢免及权力事宜。

3.15 简单地说，条例规定尚存的父母其中一方须单独充任儿童的监护人，或联同已去世的一方所委任的监护人，充任儿童的监护人，²³ 而第二种方式通常是藉订立遗嘱来实行。²⁴ 如尚存的一方对遗嘱监护人出任该职不表反对，尚存的一方会联同遗嘱监护人充任共同监护人。²⁵ 如已去世的一方未有委任遗嘱监护人，或获委任为遗嘱监护人的人拒绝充任监护人或已去世，法院可委任一名监护人与尚存的一方共同充任监护人。²⁶

3.16 我们在早前所发表的《儿童监护权报告书》²⁷ 中，曾就此范畴法律的各种缺失加以讨论，并提出了多项改革建议。²⁸ 我们会在下一章对这些改革建议略加讨论，而条例所订的监护权条文之中，有两个特别涉及父母的权利及权能的环节，可能需作改革，我们会在下文扼要述明其要点。这两个环节是关于罢免由尚存的父母充任的监护人和未婚父亲作为尚存的父母所享有的权利。

罢免由尚存的父母充任的监护人

3.17 如尚存的父母对遗嘱监护人的委任提出反对，又或遗嘱监护人认为尚存的父母不适宜管养子女，遗嘱监护人可根据第 6(3)条向法院提出申请，要求法院就有关事宜作出裁定。法院在回应该项申请时，可拒绝作出命令（在此情况下，尚存的父母依旧是唯一监护人——他对遗嘱监护人的‘否决’仍然有效）；法院也可下令遗嘱监护人须与尚存的父母共同充任监护人，或根据第 6(3)(b)(ii)条，下令遗嘱监护人须为有关的未成年人的唯一监护人，而此条似乎是意味尚存的父母的监护权利可因应该项申请而全部被撤销。

²² 《未成年人監護條例》第 14(2)條。

²³ 《未成年人監護條例》第 5 條。

²⁴ 依據《未成年人監護條例》第 6 條。

²⁵ 《未成年人監護條例》第 6(2)條。

²⁶ 《未成年人監護條例》第 5(a)及(b)條。

²⁷ 香港法改會，《兒童監護權報告書》（論題三十，2002 年 1 月）。

²⁸ 同上，見第 2 章（關於法律所存在的問題）及第 4 章（載有我們所提出的改革建議）。

3.18 第 11 条所理处者是遗嘱监护人获委任为唯一监护人而尚存的父母则无监护权的情况。根据此条，法院大抵可下令把管养权判给遗嘱监护人，而对有关儿童的探视权则判给尚存的父母。福利原则在这些命令作出之时是适用的。法院亦可下令尚存的父母为子女定期支付一笔款项或一次过支付一笔款项。

未婚父亲作为尚存的父母

3.19 未成年人如无父母或监护人，亦无对其拥有父母权利的人，法院可根据条例第 7 条委任一名第三者为其监护人。“父母”在第 2 条中是被界定为指父亲或母亲，但儿童的生父或未婚父亲，除非已凭借法院根据条例第 10 条作出的命令而拥有管养儿童的权利，或依据法院根据条例第 3(1)(d)条作出的命令而享有与儿童有关的权利或权能，否则不得视为儿童的父亲。²⁹

3.20 随之而生的问题便是：儿童的生父如果在儿童的母亲去世前已根据第 3(1)(d)条获判授予父母权利的命令，他是否会为条例的施行而成为“尚存的父母”。赞成把生父当作尚存的父母的论据之一是第 21 条有以下的规定：

“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〔通过根据第 10(1)条作出的命令而作出的管养令〕拥有管养该未成年人的权利，或根据(b)段〔根据第 3(1)(d)条作出的命令〕享有与该未成年人有关的任何权利或权能，则属例外。”

3.21 儿童的生父如果是“尚存的父母”，便会根据第 5 条单独或联同任何遗嘱监护人或法院所委任的监护人成为儿童的监护人。假若两名监护人之间发生争执，法院可根据条例第 9 条发出其认为适当的指示。

对《未成年人监护条例》（第 13 章）的批评

并无条文可让第三者申请管养或探视

3.22 就管养申请及探视申请而言，第 10(1)条看来是限制过严，因为它不容许例如祖父母、外祖父母、亲属或寄养父母之类的人士申

²⁹ 見《未成年人監護條例》第 21 條。根據第 3(1)(d)條作出的命令，是授予有關的未成年人的生父某些或所有“假若該未成年人為婚生時法律所賦予他作為父親”的權利及權能。

请管养令或探视令。如果容许有关人士向区域法院申请判给管养权或探视权，事情会较为简单。我们认为第 10 条可作修订，规定任何人均可向法院提出申请，或规定只有一些符合某些准则的限定人士才可提出申请，而其他不符合准则的人士，则须先向法院取得许可才能提出申请。³⁰

社会福利署署长的立场

3.23 社会福利署署长可申请管养令及探视令，但对于他能否以个人身分获判管养令此点，第 10 条却未有清楚表明。³¹ 条例第 15(2) 条则有所不同，订明：

“第 10(3)³²、(4)、19³³ 及 20 条³⁴，均适用于根据第 13(1)(b)条发出的命令，³⁵ 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，与根据第 10 条所发出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。”

3.24 故此第 15(2)条看来是支持社会福利署署长可获判儿童的管养权的诠释，但较可取的用语似乎是“照顾令”，而第 13(1)(b)条正是采用此词。

罢免由尚存的父母所充任的监护人需作澄清

3.25 关于条例中涉及监护权的环节，我们在前面已有提过，法改会所发表的《儿童监护权报告书》³⁶ 曾扼要指出此范畴法律的各种缺

³⁰ 另一做法便是此條可由依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 8 及 10 條而制定的條文來代替：見後面第 5 章。

³¹ “社會福利署署長”一詞是在第 10 條由《1986 年未成年人監護（修訂）條例》（1986 年第 65 號條例）第 3 條修訂時才加入的。該修訂條例草案的摘要說明只述明該項修訂的作用是規定“高院原訟庭和地方法院在接獲社會福利署署長的申請後，可就一個未成年人的管養及贍養事宜，頒發有關的命令。”

³² 第 10(3)條的作用是在兒童的父母一同居住期間，任何就兒童作出的命令均不得對他們兩人執行。再者，如果他們繼續一同居住超過三個月，此項命令即停止生效。不過，第 10(3)條不影響把管養權判給父母以外人士的命令，而此類命令是繼續維持有效並可予執行的。³³ 此條規定有責任支付贍養費的人地址如有更改須通知命令中被指名者。

³⁴ 此條處理扣押入息以履行贍養令的事宜。

³⁵ 這是一項把兒童交由社會福利署署長照顧的命令。

³⁶ 香港法改會《兒童監護權報告書》（論題三十，2002 年 1 月）。

失，并提出多了多项改革建议；³⁷ 而以本报告书来说，关于儿童监护权的法律，我们也认定了两个值得关注的其他环节。

3.26 我们在上文已可看到，如果尚存的父母与遗嘱监护人之间发生争执，遗嘱监护人可根据条例第 6(3)条提出申请，要求法院就争端作出裁定。这项申请的结果之一有可能是法院根据第 6(3)(b)(ii)条委任遗嘱监护人为有关的未成年人的唯一监护人。由于此命令对尚存的父母来说有重大的影响，我们认为如果法例的原意是尚存的父母的监护权利可因应根据第 6(3)条提出的申请而全被撤销，那么法例便可能需要作出澄清。第 11 条所处理者是遗嘱监护人获委任为唯一监护人而尚存的父母并无监护权的情况。同样地，在第 11 条之下，尚存的父母似乎只能保留对子女所可能享有的探视权利，而其作为监护人的权利——在任何影响教养子女的重大事宜之上得获谘询意见——却被撤销。

3.27 在离婚法律程序中，没有管养权的父母其中一方的情况反而不同，一般都能保留作为监护人的权利，如果此等权利被有管养权的另一方所否定，也可向法院申请强制执行该等权利。在涉及管养权的条文之下，唯一监护人非属父母其中一方，却可有效地把尚存的另一方所享有的监护权利摒除，让对方只保留探视权利，似乎有欠公平。³⁸

需要增订条文指明未婚父亲可以作为尚存的父母

3.28 如在条例中加入一项条文，表明一旦未婚父亲根据法院命令获赋予父母权利，法院即可把他视作条例所指的尚存的父母，并因此把他视作监护人，则亦会有助澄清问题。不过，这应交由法院酌情决定，因为条例第 3(1)(d)条订明，法院可授予未婚父亲某些有限的权利。法院故此也有酌情决定权判令未婚父亲可根据第 10 条享有探视权利，或在某些对儿童有影响的限定事宜（例如移民）之上，有权得护谘询意见，但未婚父亲仍不得被当作为监护人或“尚存的父母”。

³⁷ 這些改革建議在後面第 4 章會有扼要說明和討論。

³⁸ 英格蘭法律委員會（English Law Commission）在一份工作文件中提出爭辯，認為高等法院在有限的範圍內，有權罷免由親生父母充任的監護人。據歷來所見，當兒童的父親有嚴重行為失當問題、不適宜或無能力履行責任時，法院可委任另一人代其履行父親責任，並可制約父親對兒童的教養作出干擾，但從未有完全廢止其權利。英格蘭法律委員會又指出近期並沒有發現這方面的案例。請參閱：*Family Law: Review of Child Law: Guardianship* (1985: Eng Law Com No 91)，第 2.7 及 2.19 段。

《婚姻訴訟條例》（第 179 章）

3.29 這條例是規管在香港批予離婚的主要條例，³⁹ 有列明離婚所需理由及各種必須予以證明來確立離婚理由的有關事實。條例又有訂明婚姻雙方所必須遵行的兩種不同離婚程序，一種是透過呈請，而另一種則是透過共同申請。⁴⁰ 然而，關於子女的管養權或探視權，條例只就社會福利署署長的權力作出規定，除此之外，便沒有賦予法院任何其他特定權力。⁴¹

照顧令

3.30 第 48A 條賦予法院權力在有特殊情況發生時把子女交由社會福利署署長照顧。雖然“照顧”一詞在條例中未有界定，但用於第 48A 條時，情況是與法院為子女作出管養安排有關。⁴² 如同《未成年人監護條例》（第 13 章）第 13(1)(b)條所訂的照顧規定一樣，此條的規定也是有關的特殊情況，必須是令到把子女交托給任何一方或任何其他人士看管並不切實可行或不適宜。⁴³ 在作出命令之前，法院必須聆聽社會福利署署長的申述，包括關於需為子女作出的任何財務安排。⁴⁴

3.31 第 48A(4)條訂明照顧令持續有效，直至子女年滿 18 歲為止，並且訂明法院具有更改或解除照顧令的權力。⁴⁵ 第 48A(3)條述明“*即使該子女的父亲或母亲或另一人提出申请，该子女仍须继续由社会福利署署长照顾。*”

³⁹ 《婚姻訴訟條例》亦涉及法院在下述三種法律程序中的司法管轄權：裁判分居法律程序、婚姻無效法律程序，以及從已故的父或母的遺產中支取贍養費的附屬濟助法律程序。

⁴⁰ 關於香港離婚程序的扼要說明，請參閱前面第 2 章第 2.66 至 2.89 段。

⁴¹ 法院判給子女管養令和探視令的權力反而見於《未成年人監護條例》第 10 條（上文已作討論）、《婚姻法律程序與財產條例》第 19 條（下文會有討論），以及《分居令及贍養令條例》（第 16 章）第 5 條（下文會有討論）。請亦參閱廖雅慈博士一書所載的討論，同前，第 275 頁。

⁴² 《婚姻訴訟條例》第 48A(1)條。

⁴³ 我們在上文已有指出，條例未有賦予法院權力判給管養權，這也包括把管養權判給例如祖父母、外祖父母或其他親屬之類的第三者的權力，理由大抵是認為《未成年人監護條例》第 10 條已足以處理這方面的問題。不過，我們在上文也看到，第 10 條拒絕給予第三者權利向法院提出管養申請，第三者必須另外借助兒童的父母或社會福利署署長代為提出申請。

⁴⁴ 《婚姻訴訟條例》第 48A(2)條。

⁴⁵ 《婚姻訴訟條例》第 48A(5)條。

監管令

3.32 《婚姻訴訟條例》第 48 條如同《未成年人監護條例》第 13(1)(a)條一樣，訂明如法院有司法管轄權作出管養令，⁴⁶ 並且看來情況特殊致令子女適宜由一名獨立人士監管，則法院可下令把子女交由社會福利署署長監管。⁴⁷ 我們在上文已有指出，雖然“監管”一詞未有界定，監管人員的職責却似乎是包括輔導和協助受監管人，並與其建立友誼。⁴⁸

3.33 根據第 48 條作出的監管令，只可就未滿 18 歲的子女作出，並在子女年滿 18 歲時即停止有效。⁴⁹ 監管令可由後來作出的法院命令更改或解除。⁵⁰

對《婚姻訴訟條例》（第 179 章）的批評

並無條文准許探視受照顧的子女

3.34 雖然子女若受照顧或監管，父親、母親或監護人在地址有所更改時有責任通知社會福利署署長，⁵¹ 條例却並無條文讓法院可以把探視權判給父親、母親或另一人，令其能與受社會福利署署長照顧的子女見面。有人或會假定根本並無需要指明該項判給探視權的權力，因為父母或其他人士可要求社會福利署署長判給探視權，而署長是會與他們就此問題達成自願協議的。此外，有人也可能会以為父母是可以根据《未成年人監護條例》（第 13 章）第 10 條而提出探視申請的。

3.35 雖然社會福利署署長可非正式地准許探視受其照顧的兒童，我們認為仍有需要闡明法律的狀況，使父母、監護人或有關的第三者可提出法律程序，要求探視受署長照顧的子女。這是特別有需要這樣做的，因為根據條例，不讓父母管養子女而把子女交由署長照顧的理由是情況特殊，以致把子女交托父母其中一方或任何其他人士“並不切實可行或不適宜”。⁵² 這個理由與《保護兒童及少年條例》（第 213

⁴⁶ 根據本條例作出（見下文關於根據《婚姻訴訟條例》第 48A 條作出的“照顧”令的討論），或根據《婚姻法律程序與財產條例》作出（見下文關於該條例第 19 條的討論）。然而，管養一詞在《婚姻訴訟條例》中未有界定，該條例亦沒有提及探視。

⁴⁷ 故此《婚姻訴訟條例》第 48 條是與《未成年人監護條例》第 13 條相類，此點上文已作討論。

⁴⁸ 見《保護兒童及少年條例》第 34B 條，下文會有討論。

⁴⁹ 《婚姻訴訟條例》第 48(4)條。

⁵⁰ 《婚姻訴訟條例》第 48(3)條。

⁵¹ 《婚姻訴訟條例》第 48B 條。

⁵² 《婚姻訴訟條例》第 48A(1)條。

章)所订的儿童交由他人照顾现时所需理由相比,标准已是较低,⁵³因为该条例的第34(2)条,是有列明移走儿童所需的各种明确及严格理由,包括受到袭击或性侵犯在内。

把子女交由他人照顾所需理由应与《保护儿童及少年条例》所订者相同

3.36 我们又认为在父母双方之间有私法上的争执时,把子女交由社会福利署署长看管所需的理由,⁵⁴应与《保护儿童及少年条例》(第213章)第34(2)条所指明的各种严格而明确的理由相同。

并无条文规定须考虑子女的意见

3.37 我们发觉条例并无条文规定须确定子女的意愿,亦无条文规定在出现子女交由他人照顾这个问题时须考虑子女的意愿。

《婚姻诉讼规则》(第179章)

3.38 我们在之前的讨论已可看到,《婚姻诉讼条例》本身并无条文赋予向法院申请子女管养权⁵⁵的权利,但《婚姻诉讼规则》却载有有关的条文。

由第三者提出申请

3.39 《婚姻诉讼规则》(第179章)第92(1)条订明,凡申请作出与子女的管养或教育有关的命令,或根据《婚姻诉讼条例》(第179章)第48条申请作出监管子女的命令,须向法官提出。根据第92(2)条,如婚姻双方已议定条款,司法常务官可处理要求作出与子女的管养或教育有关的命令的申请。如另一方同意准许探视,而“唯一须裁定的问题是准许探视的程度”,⁵⁶司法常务官亦可处理要求作出探视令的申请。在每一宗案件之中,司法常务官均可选择作出命令或把申请转介法官。

⁵³ 見下文的討論。

⁵⁴ 依據《婚姻訴訟條例》第48A條。

⁵⁵ 該項權利見於《未成年人監護條例》的條文,上文已作討論,也見於《婚姻法律程序與財產條例》的條文,下文會有討論。此外,有關的條文亦載於《分居令及贍養令條例》,下文會有討論。

⁵⁶ 但《婚姻訴訟條例》第48條未有提及探視。

3.40 第 92(3)条列明谁人可在无须向法院取得申请许可的情况下，向法院申请作出与子女的管养、教育或监管有关的命令，⁵⁷ 名单包括了任何家庭子女的监护人，以及任何依据法院命令或透过根据《婚姻诉讼条例》第 48 条作出的命令（适用于子女是受监管的情况）而管养或管束子女的其他人。不过，该条亦有述明是项规定并不损害任何其他有权就子女申请作出命令的人的权利。

3.41 第 92(4)条订明，如出现关于照顾及管束或探视子女的争议，法官可拒绝接纳任何誓章（经宣誓的书面陈述），但如作出誓章的人能够口头作供，则不在此限。该条的用语似乎仅涉及照顾及管束或探视子女，并未有提及管养。

3.42 第 92(5)条载有一项不寻常的条文，订明如果有关于通奸“或与某被指名者有不正当交往”的指称，作出指称的人须提交和送达关于该项指称的通知书。这样做是容许该项指称所针对的人介入法律程序。（除非是指称某种不恰当的行为是在子女面前作出，否则很难看到这些指称与子女的管养、照顾及监管有何关连。）

3.43 根据第 92(7)条，法院具有一般的权力，就状书的提交和送达以及案件的进一步处理发出指示。⁵⁸

社会福利署署长的权力

3.44 《婚姻诉讼规则》第 93 条订明，凡社会福利署署长根据《婚姻诉讼条例》第 48 条申请更改或解除根据该条作出的命令，或就其根据该命令所具有的权力的行使申请指示，如事态紧急“或该项申请相当可能不会遭受反对”，署长可藉致函法院提出申请。在上述任何一种情况之中，署长只在“切实可行”之时才有必要把自己向法院提出申请一事通知有利害关系的任何一方。

社会工作主任报告

3.45 根据《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 95 条，法官或司法常务官可就婚姻法律程序中所产生的与子女福利有关的任何事宜，把案件转介社会福利署署长调查和作出报告。凡属第 92 条适用的申请的任何一方，均可在聆讯之前请求司法常务官向社会福利署署长索取报告。司法常务官如信纳其他各方均表同意，并信纳有足够资料供有关人员进行调查，便可将该宗事宜转介署长。凡有报告须予拟备，第

⁵⁷ 該條述明他們可“以傳票方式”提出申請。

⁵⁸ 《婚姻訴訟規則》第 92(7)條。

95(3)条即授权社会福利署署长查阅法院档案。当报告完成并提交法院后，司法常务官必须通知有关各方，而后者可查阅报告，并可在缴付费用后索取报告副本。

在其他法院进行的法律程序

3.46 根据《婚姻诉讼规则》第 96 条，要求法院就子女作出命令的申请人，必须在作出申请时提交一份陈述书，说明在原讼法庭、区域法院或裁判法院待决的涉及同一子女的其他法律程序性质。不过，该条未有为涉及同一子女的法律程序的合并作出规定。

独立法律代表

3.47 根据《婚姻诉讼规则》第 108 条，法院具有广泛的酌情决定权，可下令子女在任何婚姻法律程序中应有独立的法律代表。如果法定代表律师同意，法院可委任法定代表律师代表有关子女。⁵⁹ 法院亦可应任何其他适当人士的申请，委任该人为有关子女的诉讼监护人，有权代表有关子女参与有关的法律程序。⁶⁰ 第 108(2)条规定必须提交一份由律师发出的证明书，证明建议作为诉讼监护人的申请人，“*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。*”有论点认为申请管养权的亲属不可视为中立或独立程度符合标准，足以出任诉讼监护人来表代有关子女的最佳利益。在其他司法管辖区中，⁶¹ 诉讼监护人是一名获委任以保护有关子女的专业人员。

3.48 凡有申请提出以更改“授产安排”令，⁶² 《婚姻诉讼规则》第 72 条容许有关子女有独立法律代表。“*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*”，否则该条可强迫法院为有关子女委任独立法律代表。第 72 条与上文所提到的第 108 条不同之处，是述明有关子女可由一名律师或由一名律师连同大律师代表。法院可为更改授产安排令的申请，委任法定代表律师“*或其他合适的人*”为有关子女的诉讼监护人。一份与第 108(2)条所指者相类

⁵⁹ 由首席大法官發出的關於獨立代表的實務指示規定如下：“凡法院覺得幼人在法律程序中適宜或有需要獨立的法律代表，法律援助署署長在行使其作為法定代表律師的權力時，若無其他人可資委任，則除非法院另有指示否則須獲委任為訴訟監護人。”見《香港法律摘錄》（Hong Kong Law Digest）（1993 年 10 月）第 J89 段。

⁶⁰ 《婚姻訴訟規則》第 108(b)條。

⁶¹ 例如聯合王國和新西蘭。

⁶² 授產安排令的定義未有提供。對授產安排令的提述，僅限於指其為《婚姻法律程序與財產條例》第 6(1)(b)條所指的授產安排令。

的证明书须予提交，以为建议的“适当人士”⁶³提供证明。该份证明书必须由代表有关子女的律师提交。

3.49 第 72(2)条赋予法院相类权力，“应任何其他附属济助申请”委任独立法律代表。“附属济助”在《婚姻诉讼规则》第 2 条中有所界定，是指一系列的财务命令，包括了赡养令、授产安排令、财产转让令和更改授产安排令。

对《婚姻诉讼规则》（第 179 章）的批评

社会福利署署长的权力

3.50 我们在上文已有指出根据《婚姻诉讼规则》第 93 条，如事态紧急“或该项申请相当可能不会遭受反对”，社会福利署署长可藉致函法院提出申请。我们又指出在上述任何一种情况之中，署长只在“切实可行”之时才有必要把自己提出申请一事通知有利害关系的任何一方。我们并不认为如此规定，是对有利害关系的各方提供了足够的保障。我们相信按自然公正原则来说，即使署长保留初步权力在事态紧急之时单方面提出申请，有关的有利害关系各方也应获通知会有聆讯进行。

为子女提供独立法律代表

3.51 《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 72 条订有条文，让子女在经济和财产事宜之上得由律师或大律师独立代表，但第 108 条却未有就管养权或监护权争议订有相同条文，这看来并不公平。法定代表律师没有酌情权拒绝根据第 72 条在财产事宜之上获委任为有关子女的法律代表，但却有酌情权可拒绝根据第 108 条在管养权事宜之获委任为有关子女的法律代表，这看来也令人觉得奇怪。

3.52 我们又认为应赋予一名亲属、寄养父母或另一名亲厚的友人独立权利，让他能申请为法律程序的一方，而不是假定此人所关心的事，是会与独立代表有关子女的人所关心的事吻合。

⁶³ 我們發覺“適當人士”及“合適的人”在此條中均有述及，但兩者均未有界定，之間的分別亦未作解釋。

《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）

3.53 《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）大体上是规管离婚时所作出的经济给养和财产调整，⁶⁴ 但条例的第 18 及 19 条是与子女的管养权和监护权有关。

子女安排

3.54 第 18(1)条限定法庭除非信纳有以下情况出现，否则不得将离婚或婚姻无效判令转为绝对判令：

“ (b) …… (i) 已为〔离婚申请所指名的〕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延迟地作出判令……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。”⁶⁵

3.55 如未有作出命令表示对子女安排感到满意即将离婚判令转为绝对判令，后果便是离婚判令属于无效。⁶⁶

3.56 第 18(6)条述明，“福利一词，就子女而言，包括对该子女的管养、教育及经济给养。”条例第 2 条则把“管养、管养权”界定为包括探视，并把“教育”界定为包括训练。

管养令

3.57 根据条例第 19 条，法庭获赋予宽松的酌情决定权，以便就管养及教育作出命令。第 19(1)条述明：

“(1) 法庭可在下列时间，作出其认为是适宜的命令，以便为任何 18 岁以下的家庭子女提供管养及教育——

⁶⁴ 廖雅慈博士，同前，第 363 页。

⁶⁵ 關於《婚姻法律程序與財產條例》第 18(1)(c)條所概述的情況，第 18(2)條訂明法庭必須先得到一方或雙方作出承諾，同意會在指明的期間內，向法庭提出關於子女的安排問題。

⁶⁶ 《婚姻法律程序與財產條例》第 18(3)條。該條又進一步述明不得以第(1)及(2)款所訂明的條件尚未履行為理由而質疑判令的有效性。

- (a) 在任何离婚、婚姻无效或裁判分居的法律程序中，于作出最后判令之当时、之前或之后；
- (b) 如此等法律程序在审讯开始后遭驳回，则随即或在驳回法律程序后的一段合理期间内；

而在任何案件中如法庭凭借本款有权就子女作出命令，则法庭若认为适宜，可改为作出指示，着令采取恰当的法律程序，使该子女成为受法庭看护的人。”

3.58 我们在上一章已看到，法庭可批给的管养令是有不同类别的，它们包括了：

- 独有管养令，在此类管养令之下，没有管养权的父或母可获判给子女的探视权，但在对子女的福利有影响的事宜之上是全无参与决定余地的；⁶⁷
- 共同管养，在此类管养之下，父母其中一方可获判给子女的日常照顾和管束权，而双方均保留管养权利以作出各种对子女有影响的决定；⁶⁸
- 分权令，在此类命令之下，父母其中一方可获判给子女的日常照顾和管束权，而子女的管养权，以及就子女的福利作出决定的权力，则可判给另一方。⁶⁹

3.59 我们在上一章已讨论过《未成年人监护条例》（第13章）第3条。⁷⁰ 为配合该条，法庭在根据本条例作出任何有关管养的命令时，须以子女的福利为首要考虑事项。⁷¹ 根据《婚姻法律程序与财产条例》第19(5)条，法庭可“不时”行使其权力而就子女作出管养令，并有权依据第19(6)条解除、中止或更改该等命令。

家庭子女

3.60 法庭的权力范围扩及任何“家庭子女”。条例第18(5)条订明如法庭认为基于特殊的情况，指示该条适用于任何一名家庭子女是符合该名子女的利益，法庭即可发出该项指示。“家庭子女”在条例

⁶⁷ 见前面第2章第2.26至2.28段。

⁶⁸ 同上，第2.32至2.34段。

⁶⁹ 同上，第2.29至2.31段。

⁷⁰ 同上，第2.38至2.41段。

⁷¹ 见《婚姻诉讼条例》第48C条。

第 2 条中，是被界定为婚姻双方的子女，或“*被该双方视为其家庭子女*”的任何子女。

3.61 第 19(2)条订明任何并非婚姻一方的人对于子女所具有的权利，不受提供管养或教育的命令所影响，但如该人是法律程序的一方，则不在此限。⁷²

年齡

3.62 我们在上文已可看到，第 18 条订明法庭须信纳为子女所作出的安排，是在当时情况下可能作出的最佳安排。该条把其所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。⁷³ 条例第 19(1)条却有所不同，是赋予法庭权力在离婚法律程序中就“*任何 18 岁以下的家庭子女*”作出提供管养及教育的命令。

3.63 条例第 10 条是关于家庭子女的经济给养提供。该条述明如果 18 岁以上的子女正在或将会“*就读于某一教育机构，或正在或将会接受某一行业、专业或职业的训练，而且不论该子女是否亦正在或将会受雇从事有报酬的工作，*”⁷⁴ 或如果“*出现特别情况足以令法庭有理由作出该命令或规定*”，⁷⁵ 则法庭会获赋权为该子女作出命令。

不称职的父母

3.64 就管养令的作出而言，法庭根据第 19(3)条获赋予权力作出命令，指婚姻的其中一方并不适宜拥有子女的管养权。此项命令可纳入离婚或裁判分居判令之内，其重要性在于一旦有管养权的父或母去世，另一方不得有权享有子女的管养权或监护权。不过，条例未有订明，由于该项命令之故，法庭可作出命令把管养权判给一名第三者，而该名第三者须为合适的人（我们在上文已可见到，只有《未成年人监护条例》（第 13 章）才容许社会福利署署长以第三者的身分申请取

⁷² 《婚姻法律程序與財產條例》第 19(2)條。這會把非婚生子女的生父亦涵蓋在內，而相信爲了進行涉及子女的管養、探視、教育或訓練的附帶法律程序，他是會被加入成爲法律程序的一方的。

⁷³ 《婚姻法律程序與財產條例》第 18(5)(a)條。

⁷⁴ 《婚姻法律程序與財產條例》第 10(3)(a)條。

⁷⁵ 《婚姻法律程序與財產條例》第 10(3)(b)條。

得有关子女的管养权)。第 19(1)条反而是赋予法庭权力作出指示，着令采取法律程序使有关子女成为受法庭看护的人。⁷⁶

对《婚姻法律程序与财产条例》(第 192 章)的批评

第三者的管养权申请

3.65 《婚姻法律程序与财产条例》(第 192 章)如同其他关于婚姻的条例一样，都是未订有特定条文，容许第三者获判有关子女的管养权，即使有管养权的父母其中一方已去世而没有管养权的另一方则被宣布为不适宜拥有管养权，情况也是一样。

子女的意愿

3.66 我们又发觉条例未订有特定条文，规定法庭在根据条例作出命令须考虑子女的意愿。⁷⁷

年龄

3.67 条例中各项不同条文所施加的年龄限制，似乎略欠划一。我们特别发觉适用于条例第 18 条条文的年龄限制是 16 岁，但就条例第 19 条而言，指明的年龄限制却是 18 岁。

《分居令及赡养令条例》(第 16 章)

3.68 《分居令及赡养令条例》所处理的是与配偶分居的事宜。条例的大部分内容均源自《1895 年联合王国简易程序司法管辖权(已婚女子)法令》(United Kingdom Summary Jurisdiction (Married Women) Act 1895)，⁷⁸而后者之所以制定，是旨在赋予裁判官权力，以保护丈夫已被裁定曾对其施以袭击或丈夫是惯性酗酒者的已婚女子。条例的重点在于判给分居令和赡养妻子及子女的附属命令，而在判给赡养子女的命令之前是必须先要有管养令的。

3.69 女方如果是旧式婚姻的一方或夫妻关系的一方，便不能根据《婚姻诉讼条例》(第 179 章)申请离婚或分居判令，但她们是可以

⁷⁶ 根據《婚姻法律程序與財產條例》第 20 條，如果法庭已根據條例第 8 條下令對有關子女提供贍養，而配偶的一方是故意忽略供養該名子女，則法院可行使其經由第 19 條賦予的權力。

⁷⁷ 雖然我們發覺《婚姻訴訟條例》第 48C 條有提述《未成年人監護條例》第 3 條，而《未成年人監護條例》第 3(1)(a)(i)(A)條是特別提及法院須考慮子女的意願。

⁷⁸ 聯合王國 1895 年第 39 章第 6 條；聯合王國 1925 年第 51 章第 1(4)條。

引用《分居令及贍養令條例》的。⁷⁹ 不过，此條例現時似乎甚少有被引用。

申請作出命令

3.70 根据《分居令及贍養令條例》第 5(1)(b)条，区域法院有权作出多项命令，包括指明申请人不再有义务与婚姻的另一方同居，以及下令将婚姻所出的任何子女的法定管养权交付予丈夫或妻子，直至其年满 18 岁为止。第 12 条所处理的是继续支付款项以贍養年逾 18 岁的子女的事宜，但该等子女必须是仍在接受训练或教育，或因特殊情况以致有充分理由作出有关命令。⁸⁰ 这会把心智或身体有残障的子女亦涵盖在内。

3.71 根据条例申请作出命令须以第 3 条所列出的各种行为不当指称为理由。这些指称包括有袭击、遗弃、对方是惯性酗酒者或有毒癮、强迫婚姻的另一方卖淫或经常虐待子女。

通奸

3.72 条例第 6(1)条订明，如证明管养权申请人曾有通奸行为，则禁止就“法定管养权”作出命令。不过，若申请人的配偶曾“宽恕或纵容该通奸行为，或因故意疏忽或行为失检而引致该通奸行为”，此禁令即不适用。⁸¹ 对于通奸的禁制，似乎只适用于申请人，而不适用于答辩人。

更改或解除命令

3.73 第 7(1)条赋予法院权力更改、解除、暂停执行任何根据条例作出的命令，或在如此暂停执行该命令后使之恢复执行，但必须有新证据支持。第 7(3)条订明，如丈夫或妻子有通奸行为，先前所发出的命令即告解除。然而，条例于 1997 年曾作修订，有关条文更进一步述明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有命令，法院有酌情决定权，即使是解除原有命令，也可作出新命令将管养权继续交予原来一方，并作出贍養子女的相应命令。⁸² 为配

⁷⁹ 第 2 條中的“妻子”及“已婚子女”的定義是包括了此類關係。

⁸⁰ 由《婚姻及子女（雜項修訂）條例》（1997 年第 69 號條例）（“1997 年第 69 號條例”）第 17 條加入。

⁸¹ 《分居令及贍養令條例》第 6(1)條。

⁸² 《分居令及贍養令條例》第 7(4)(b)條（由 1997 年第 69 號條例第 12 條加入）。

合此做法，第 7(5)条述明，在此等情况之下作出命令时，“区域法院须以有关的子女的最佳利益为首要考虑的因素”。⁸³

对《分居令及赡养令条例》（第 16 章）的批评

条例所采取的针对过错做法

3.74 正如上文所见，整条条例均是采取针对过错的做法来裁定配偶之间所出现的问题，故此不免令人担心子女的利益可能未有被充分顾及。条例于 1997 年曾作修订，⁸⁴ 已补足了多项缺失，但第 6 条订有强制性的规定，禁止在有通奸行为时作出命令，这规定看来是与女子的最佳利益有所冲突，要看法院如何解决。我们认为不应单以申请人通奸为理由而拒绝作出管养令。这样子的禁令并非基于子女的最佳利益作出，而是基于毫不相干的道德问题作出。

子女的定义

3.75 条例第 5(1)(b)条限定管养权的司法管养权只适于“婚姻所出的子女”，由于该词未有界定，故此已获接纳为婚姻所出的非婚生子女是否也包括在内，这一点是不明确的。⁸⁵

管养权的定义

3.76 条例未有界定“法定管养权”一词，亦未有解释法定管养权与管养权之间的分别（如果是有的话）。由于条例未有提述探视权，故此没有管养权的父母其中一方会否因犯有通奸而丧失探视权并不明确。

第三者

3.77 条例未有提述第三者可申请取得子女的管养权或可获判子女的管养权，亦未有赋予法院权力把子女交由社会福利署署长管养。

《保护儿童及少年条例》（第 213 章）

3.78 《保护儿童及少年条例》为保护儿童提供了民事和刑事上的补救方法。研究条例的条文之时，有必要以管养权和探视权为着眼点，

⁸³ 由 1997 年第 69 号条例第 12 条加入。

⁸⁴ 经由 1997 年第 69 号条例作出。

⁸⁵ 《婚姻法律程序与财产条例》第 2 条载有“子女”及“家庭子女”的定义：见前面第 3.60 段。

因为可能会出现根据条例发出的命令与在婚姻法律程序之下发出的命令重叠的情况。

3.79 举例来说，儿童因父母离婚而成为法院命令的标的，其后更可能会有需要根据条例的条文接受照顾或保护，并须迁离有管养权的父母其中一方的居所，或须与有探视权的父母其中一方隔绝。另一例子便是有人指称儿童在身体上受到父母其中一方虐待或遭对方性侵犯，法院因此发出照顾令或监管令，这可能也会促使父母的另一方要求离婚。在上述两个例子之中，受照顾的儿童的父母其中一方的探视权问题，都有待家事法庭处理。

涉及需要受照顾或保护的儿童的权力

警方把儿童羁留并送往收容所的权力

3.80 条例第 34E 条容许警务人员⁸⁶ 羁留怀疑是有需要依据条例第 34(2)条受照顾或保护的儿童，并将之送往“收容所”⁸⁷ 或他认为合适的其他地方。

委任法定监护人及作出照顾令和监管令的权力

3.81 如有任何儿童需要受照顾或保护，条例 34(1)条赋权少年法庭：

- “(a) 委任社会福利署署长为该儿童或少年的法定监护人；或
- (b) 将该儿童或少年付托予任何愿意负责照顾他的人士，不论该人士是否其亲属，或将他付托予任何愿意负责照顾他的机构；或
- (c) 命令该儿童或少年的父母或监护人办理担保手续，保证对他作出适当的照顾及监护；或

⁸⁶ 須屬警署警長或以上職級，或另一名獲社會福利署署長以書面授權的人：見《保護兒童及少年條例》第 34E(1)條。

⁸⁷ 《保護兒童及少年（收容所）令》（第 213 章）附表列明了為施行《保護兒童及少年條例》而指定的收容所。條例第 34E(5)條訂明凡兒童被羈留在收容所，收容所的主管人員“對該兒童或少年須具有猶如其父母一樣的控制權，並須負責其贍養。”

兒童可一直被羈留在收容所，直至被帶到少年法庭為止，但羈留時間以 48 小時為限：《保護兒童及少年條例》第 34E(2)及 34E(3)條。法庭可下令將羈留期延展，以便就兒童作進一步的查訊，但羈留期由初審時起計，不得超過 28 日（法庭也可批准再次延展，惟連續羈留期的總日數不得超過 56 日。）見《保護兒童及少年條例》第 34E(4)條。

- (d) 在未有发出上述命令的情况下，或除了根据(b)或(c)段发出命令外，下令将该儿童或少年交由法庭为此目的而委任的人士监管一段指明的期间，以不超过3年为限……。”

3.82 尽管少年法庭可在自行动议下发出上述命令，但申请发出上述命令的权利，是仅限于社会福利署署长，“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。⁸⁸ 儿童的父母或第三者不能申请发出上述命令。然而，法庭可下令将儿童付托予一名亲属或任何愿意照顾他的人士。⁸⁹

需要受照顾或保护的儿童的定义

3.83 第34(2)条述明需要受照顾或保护的儿童或少年指：

- “(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。”

探视受照顾的儿童

3.84 条例没有示明如果儿童已根据第34E条被带往收容所或已成为照顾令的标的，其父母是否可以提出探视申请。不过，第34(5)条订明若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(包括如其认为适当时将该儿童或少年送往及羁留于收容所的命令)。”

⁸⁸ 《保護兒童及少年條例》第34(1)條。

⁸⁹ 《保護兒童及少年條例》第34(1)(b)條。

此举相信可赋权社会福利署署长批准或拒绝父母所提出的探视有关儿童的申请。⁹⁰

3.85 条例第 36 条进一步订明，第 34 条⁹¹ 的规定不得剥夺原讼法庭“就委任儿童或少年的监护人发出命令，或就看管、控制或探视儿童或少年等其他事宜发出命令”的审裁权。⁹²

3.86 第 39 条赋予卫生福利及食物局局长权力就“探访儿童及少年”⁹³ 和其他事宜制定规例，但没有提及探视令，而迄今仍未有任何规例根据第 39 条制定。

对儿童进行评估

3.87 条例第 45A 条订明，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。就儿童的健康或成长情况或就其所遭待遇而进行的评估，须由认可社工、临床心理学家或医生⁹⁴ 进行。为进行此项评估，可将儿童或少年带走，时间由 12 至 36 小时不等。⁹⁵

对《保护儿童及少年条例》（第 213 章）的批评

申请获委任为儿童的监护人

3.88 我们认为条例第 34 条招人批评之处，便是对利害关系人士（例如家人或邻居）申请获委任为需要受照顾和保护儿童的监护人一事施加限制。正如上文所述，他们除非已获社会福利署署长授权，否则不能提出申请。第 34 条的主要目的大抵是在紧急情况之下为儿童提供保护，但因授权需时，此目的却无法达到。

3.89 第 34 条并无任何条文令儿童的父母或监护人可成为涉及儿童的照顾及保护的程序的一方，亦没有就上诉权利订定条文。此外，在涉及儿童的照顾及保护的情况中，父母也没有权利取得法律援

⁹⁰ 此處述及“命令”，實令人感到奇怪，因為這樣安排旨在賦予社會福利署署長類似司法酌情決定權的權力。

⁹¹ 以及《保護兒童及少年條例》第 35 條（社會福利署署長有權保護少年及兒童免其身心受損）或第 45A 條（兒童評估程序）。

⁹² 但此條並無提及區域法院在此等事宜之上的權力。

⁹³ 見《保護兒童及少年條例》第 39(1)(f)條。

⁹⁴ 奇怪的是“精神科醫生”一詞並不包括在內。我們可以假設健康問題會由醫生處理，至於成長問題則會由其他兩名專業人士處理。

⁹⁵ 《保護兒童及少年條例》第 45A(5)至(7)條。多條婚姻條例均未訂有相類條文，但如果在父母之間的管養權爭議中有虐兒的指稱作出，法庭可請社會福利署署長查究是否有理據行使第 45A 條所賦予他的權力。

助，因为他们所需要的可能是法律意见，而法律援助是只为进行法律程序而提供。⁹⁶

探视受照顾的儿童

3.90 我们在上文已可看到，条例并无任何条文示明究竟父母可否探视已根据第 34E 条被送往收容所的儿童或已成为照顾令标的之儿童。此外，有人亦关注到究竟父母可有权利探视根据条例第 45A 条被带走以接受评估的儿童。⁹⁷

3.91 虽然看来法庭并无权力在发出原有的照顾令时根据条例发出探视令，但法庭可在接获要求发出更改令的申请时发出探视令。第 34C(1)条容许法庭在接获“父、母或监护人或受托照顾某儿童或少年的人士或机构”的申请时，更改根据第 34(1)(a)、(b)或(c)条发出的命令。第 34C(2)(b)条容许法庭在原有命令内加插本来可加入的任何规定。第 34C(6)条订明如有要求解除或更改根据第 34(1)(a)条发出的命令（该项命令应已委任社会福利署署长为有关儿童的法定监护人）的申请提出：

“不论少年法庭是否解除该委任令，均有权就该儿童或少年的看管或控制或探视权，发出任何其认为是为该儿童或少年利益着想的命令。”⁹⁸

3.92 法庭在更改现有的照顾令时可判给儿童的探视权，但在发出原来的照顾令时却不可根据条例这样做，这看来是有欠协调。⁹⁹

《保护儿童及少年条例》与多条婚姻条例在照顾令及监管令之上的不一致之处

3.93 我们在本章上文已可看到，就《婚姻诉讼条例》（第 179 章）而言，¹⁰⁰ 在私法法律程序中把子女交由社会福利署署长照顾所需的理由，与根据本条例在公法法律程序中同样行事所需的理由并不一致。类似的不一致之处也可能见于法院的司法管辖权。《未成年人

⁹⁶ 父母可尋求法律援助以申請法院監護，但如果另一法庭已就有關兒童行使了司法管轄權，則原訟法庭不一定會作出干預。

⁹⁷ 見廖雅慈博士所著的“The Protection of Children and Juveniles Ordinance: An Overview”一文（1995），《香港法律學刊》卷 25 第 3 部第 343 頁。

⁹⁸ 少年法庭也可以解除或更改社會福利署署長根據條例第 34(5)條所發出的命令或所作出的規定。

⁹⁹ 父母若要取得已成為照顧令標的之兒童的探視權，方法之一是根據《未成年人監護條例》第 10 條提出申請，此點本章上文已作討論。

¹⁰⁰ 前面第 3.36 段。

监护条例》（第 13 章）第 23 及 24 条，把规管根据该条例进行的各种法律程序的司法管辖权授予区域法院或原讼法庭，¹⁰¹ 但未有提述少年法庭的司法管辖权。在理论上来说，如有照顾令或监管令须就一名儿童作出，有关的法律程序是既可在少年法庭进行，亦可在区域法院进行。为求公正，也为了符合自然公正原则，这些不一致之处，除非有强而有力的政策理由须加以保留，否则是应予消除的。

儿童的意愿

3.94 虽然根据第 34A 条，在监管令内加入规定时可考虑父母或监护人的意愿，但条例并无条文规定在根据条例发出命令时须考虑儿童的意愿。

独立法律代表

3.95 我们在本章上文已可看到，法例中订有条文规定儿童在私法法律程序中须有独立法律代表，但《保护儿童及少年条例》（第 213 章）中并无条文规定法庭须下令为儿童安排独立法律代表。如果独立法律代表是有必要的话，少年法庭可根据《法定代表律师条例》（第 416 章）所订条文，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”。¹⁰²

年龄

3.96 《保护儿童及少年条例》的释义部分把“儿童”界定为涵义与《少年犯条例》（第 226 章）所载的相同，而后者则把儿童界定为未满 14 岁的人。《保护儿童及少年条例》第 2 条把“少年”界定为年龄在 14 岁或以上但未满 18 岁的人。

3.97 值得注意的有趣之处，是第 34(6A)条就根据第 34(1)(b)条（将儿童付托予任何人士或机构），第 34(1)(c)条（儿童的父母或监护人须办理担保手续，以保证对儿童作出适当的照顾及监护）及第 34(1)(d)条（把儿童交由他人监管）发出并于 1978 年¹⁰³ 时有效的命令，对男童及女童施加了不同的年龄限制。第 34(6A)条订明这些命令在男童 16 岁时便会停止生效，而女童则除非未满 18 岁时已结婚，否

¹⁰¹ 《未成年人監護條例》第 23 條。

¹⁰² 《法定代表律師條例》（第 416 章）附表 1 第 3 部。

¹⁰³ 《1978 年保護婦孺（修訂）條例》（1978 年第 32 號條例）開始實施之時。

则这些命令会在其 18 岁时停止生效。廖雅慈博士认为¹⁰⁴ 此项条文似乎是违反了香港人权法案第二十条。¹⁰⁵

3.98 第 34(6B)条订明，根据上文所述各款在 1978 年后发出的命令，会在儿童或少年满 18 岁当日或于该日之前结婚之时停止生效。

其他有关条例

《家庭暴力条例》（第 189 章）

3.99 《家庭暴力条例》订明可针对某人作出禁制骚扰的命令，以保护儿童免受进一步的骚扰。¹⁰⁶ 该项命令可禁止另一人进入婚姻居所，¹⁰⁷ 而条例是适用于同居男女和与命令申请人同住的儿童。法院在裁定发出禁制骚扰或禁制进入婚姻居所的强制令是否有充分理由支持时，可考虑儿童的需要。¹⁰⁸

对《家庭暴力条例》（第 189 章）的批评

3.100 条例并无条文就根据条例发出的强制令对现有管养令或探视令的影响作出规定。¹⁰⁹ 我们觉得有必要制定条文，订明如某人已成为禁制骚扰命令的标的或被禁止进入婚姻居所所以骚扰儿童，探视令即自动暂时撤销或更改，而该名遭禁止的人会有责任申请恢复探视令。若非如此，有管养权的父母其中一方在儿童受到另一方骚扰时，除了要申请强制令以制止骚扰之外，还要申请暂时撤销或更改探视令的命令。

3.101 我们会在本报告书的第 11 章，更详尽地探讨各项令家庭暴力法例能在涉及管养权和探视权的情况中发挥更大效用的建议。

《领养条例》（第 290 章）

3.102 《领养条例》第 13 条订明，幼年人的父母或监护人所具有的关于幼年后的人日后的管养和其他各方面的一切权利、职责、义务及法

¹⁰⁴ “The Protection of Children and Juvenile Ordinance: An Overview” (1995)，《香港法律學刊》卷 25 第 3 部，由 343 頁開始，此部分內容是載於第 361 頁。

¹⁰⁵ 見《香港人權法案條例》（第 383 章）第 8 條，而該條臚列了香港人權法案的各條條文。

¹⁰⁶ 《家庭暴力條例》第 3(1)(b)條。

¹⁰⁷ 《家庭暴力條例》第 3(1)(c)條。《法律改革（雜項條文及次要修訂）條例》（1997 年第 80 號條例）第 25 條把兒童一詞的定義更改為未滿 18 歲的人。

¹⁰⁸ 《家庭暴力條例》第 3(2)條。

¹⁰⁹ 雖然《家庭暴力條例》第 9 條訂有關於原訟法庭及區域法院現行司法管轄權的保留性條文。

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），均告终绝而转归于儿童的领养人。

3.103 在 *Re Phillips* 一案¹¹⁰ 中，儿童的父母已离婚而继父要求法院就儿童作出领养令。儿童的生父在与儿童的母亲离婚后已先向法院取得探视令；他反对作出领养令并提出争拗，指作出如此一项命令是会无理剥夺法院所判给他的探视权利，而儿童的母亲则会反驳说除非法院作出领养令，否则儿童便不能享有英国公民权，并会因此而不能享有居英权。高等法院裁定儿童的生父并非无理地不肯同意让儿童由继父领养，而母亲再婚事属平常，并无任何理由足以指儿童不能与继父融洽相处，故此没有领养的需要。儿童的福利只是领养的考虑条件之一，另一项条件便是必须取得父母的同意，但如法院认为有理由可免除该项同意，则作别论。法院又补充说希望更改儿童的姓氏不是一个正当的领养理由，而且这个理由通常亦不符合儿童的利益。¹¹¹

¹¹⁰ [1987] 1 HKC 503.

¹¹¹ 同上，第 507 页，此见是倚据下述案例作出：*Re D minors* [1973] 3 All ER 1007。

第 4 章 香港现有法律和施行实况——家事法的近期发展

引言

4.1 我们在第 2 章的讨论已可见到，就构成离婚理由的事实而言，香港于 1990 年代中期曾有重大改革。在较近期来说，也有各种建议提出，以求进一步精简香港的离婚程序，并淡化其对抗性质。这些近期发展，以及家事法范畴中的其他较为一般性的改革新动向，会在下文有所讨论。

在家事法律程序中使用调解服务

4.2 据统计数字显示，香港每年¹所发生的离婚案件总数之中，约有百分之十是涉及需要在法庭之上解决的附带事宜纠纷，²而其中有很多也同时涉及管养权和探视权的纠纷。

4.3 至于其余的大部分离婚案件，婚姻双方会就子女应作何安排达成协议而无须诉诸法庭。这几乎是必然符合子女的最佳利益，因为这样做是避免了“把额外负担加诸一名可能因父母婚姻破裂而感情受到创伤的孩子身上。”³在这些案件中，协议是透过以下方式达成的：当事人之间互相妥协、经调解而达成协议或经律师磋商而达成和解。如果当事人之间无法互相妥协，借助调解而达成的协议，便有可能是一个既可排解双方之间的纠纷而又不会不当地加深双方隙嫌的有效方法。

4.4 经律师磋商而达成和解的做法，是双方当事人及其律师有时可能会以“非赢即输”的方式来处理必须解决的事宜。调解则有所不同，是尝试协助离婚夫妇按双方及子女的最佳利益而达成协议。这个“双赢”的做法，是鼓励双方当事人为子女着想而继续保持友好关系，再加上调解也有节省费用的可能（对有关的双方当事人和负责法院行

¹ 以 2001 年來說，獲批予的離婚有 13,425 宗。這與 1981 年所獲批予的 2,060 宗離婚相比，增幅達六倍。見香港理工大學《家事調解試驗計劃中期評核報告》（2002 年 4 月）第 4 段。在 2003 年所提交的離婚申請為數有 17,295 宗；見香港司法機構網頁的“區域法院的案件量”部分，網址為 www.judiciary.gov.hk。

² 見法改會所發表的報告書：香港法改會《排解家庭糾紛程序報告書》（2003 年 3 月）第 2.1 段。

³ 載於 P Hewitt（主編），A Liu, M McDonagh, S Melloy 及 S Warren 等人合著的 *Hong Kong Legal Practice Manuals: Family* (Sweet & Maxwell, 1998) 一書第 9.5 段。

政工作的人员来说)，所以近年已引发起对使用调解来排解家庭纠纷的浓厚兴趣。香港近期在这方面的一些新动向，会在下文有扼要介绍。

4

在家事法庭使用调解服务的试验研究

4.5 家事法庭于 2000 年 5 月开始推行为期三年的家事调解试验计划。这个试验研究旨在提供诉讼以外的另一种方法，来排解因婚姻破裂而引起的纠纷，并“测试〔在香港〕用调解方式协助离婚夫妇达成附合自身、配偶及子女需要的协议的成效及获接受程度。”⁵

4.6 试验计划提供免费的调解讲座及调解服务，而参予者可选择由社会福利署、非政府机构或私人执业的家事调解员进行调解。⁶ 司法机构认为这计划鼓励双方达成和解，目的是协助分居或离婚的夫妇就子女的抚养权和赡养费问题，或就财务事宜，达成双方可接受的协议。⁷

4.7 在研究进行的三年期间，共有 790 对夫妇接受并完成整个调解过程，其中有 627 对夫妇能就争议的事项，包括对配偶及子女的支援、子女监护权及财产分配等，达成全部或部分协议。司法机构表示试验计划的成功率接近八成。⁸

4.8 司法机构负责密切监察试验计划，并委托香港理工大学对试验计划的成效进行检讨。试验计划的中期评核报告已于 2002 年 4 月发表，司法机构在概述该报告的研究成果之时指出：

“检讨结果显示，社会大众认为家事调解服务比诉讼可取，又认为应将这项计划全面推介为排解家庭纠纷的一种方法。大部份曾经使用这项服务的人士对调解服务都有高度评价。他们认为这项服务既有助节省时间金钱，又可使双方更清楚明白如何以积极的态度处理离婚事

⁴ 其他新动向包括了香港家庭福利会调解中心所进行的研究，有关报告已于 2003 年 3 月发表：见香港家庭福利会调解中心与关伟康所合编的《离婚调解服务成效研究报告》（2003 年 3 月）。

關於這方面的新動向的進一步討論，可參閱 S Melloy 所撰的“Family Law Crossroads: Where to from here? An analysis of the current proposals for change”一文（2003 年），《香港法律學刊》，卷 33 第 2 部第 289 至 311 頁。

⁵ 錄自司法機構新聞稿，“延長家事調解計劃”（中文版）（2003 年 4 月 30 日）。

⁶ 同上。

⁷ 《香港司法機構 2002 年報》，第 50 頁。

⁸ 司法機構新聞稿，同前。

宜，更可缓和在排解纠纷过程中造成的精神压力，有助加强夫妇双方的沟通，以便达成协议并落实执行。”⁹

4.9 虽然有这些有利的结论，在家事法庭推行家事调解的试验计划却已于 2003 年 7 月 31 日停办。¹⁰

法改会《排解家庭纠纷程序报告书》

4.10 法改会于 2003 年 3 月发表一份名为《排解家庭纠纷程序》的报告书。¹¹ 报告书对各种可供采用以排解家庭纠纷的做法进行探讨，而重点是特别在于调解服务的使用。报告书作出了多项建议，以加强家事调解服务和改善家事诉讼程序。

4.11 法改会在报告书中指出，如果采用调解来解决家事法律程序所涉各方之间的有争议事宜，那么各方（特别是子女）所受的感情创伤便可大大减少。¹² 报告书所作出的建议，目的是在于淡化家事法律程序的对抗性质，以便促进儿童的最佳利益。

4.12 法改会又建议香港政府和法院应大力支持和鼓励市民使用家事调解服务。¹³

家事调解支援服务

4.13 关于家事调解支援服务，法改会对上文已作讨论的家事调解试验计划（该计划当时仍在家事法庭实施）表示赞同，并建议为调解服务提供便于取用的设施和推动调解服务，应属家事法庭制度中一个不可或缺的部分。¹⁴

4.14 报告书建议向打算离婚的夫妇提供于法院举行的免费讲座，向他们提供关于家事支援服务的资料，并告知他们有诉讼以外的其他

⁹ 《香港司法機構 2002 年報》，第 50 頁。請亦參閱 S Melloy（2003 年）所撰的前述一文第 292 至 297 頁就中期評核報告的研究成果所作的有用討論。

¹⁰ 見實務指示 15.10（家事調解服務）。這套指示列有各種安排，以代替舊日在試驗計劃下所適用的安排，並於 2003 年 8 月 1 日開始生效，取代了由 2000 年 5 月 2 日起一直沿用至該日為止的舊有實務指示 15.10。

關於在家事法庭停辦家事調解試驗計劃所引起的關注，可參閱 Melloy（2003 年）所撰的前述一文第 296 至 298 頁。

¹¹ 香港法改會《排解家庭糾紛程序報告書》（2003 年 3 月）。這是法改會在該會的兒童監護權和管養權研究範圍之下所發表的第三份報告書。（本報告書關乎子女管養權及探視權，是此系列報告書的第四份，亦是最後的一份。）Melloy（2003 年）所撰的前述一文亦有討論到法改會第三份報告書中的建議，見第 297 至 302 頁。

¹² 香港法改會（報告書，2003 年 3 日），同上，見第 1 章。

¹³ 同上，見第 5 章。

¹⁴ 同上。

方法（例如调解服务）可供选择，而这些建议是符合在试验计划下所施行的各种安排的。¹⁵

4.15 报告书又建议：¹⁶

- 引入辅导会议，协助离婚的双方当事人化解彼此之间的感情冲突，而感情冲突是有可能令双方当事人无法就实际问题（特别是关于子女将来的管养权和探视安排的问题）达成协议的；及
- 律师有责任告知其当事人有讲座、辅导服务及调解服务可供采用。

调解员通常所担当的角色

4.16 关于调解员通常所担当的角色，报告书的有关建议是旨在确保香港的调解服务能按照明确的指引而运作，并且有充裕的资源配合，使调解程序得以保持完整无缺，而调解服务的质素亦可保持良好。

4.17 报告书也载有与以下各项事宜有关的建议：¹⁷ 调解员的培训、调解员的认可制度、为身为律师的调解员和身为社会工作主任的调解员制定关于角色区分的指引，以及设立机制让儿童的意见在调解程序中得获考虑。法改会又建议使用调解服务应可获提供法律援助。

家事诉讼程序

4.18 关于家事诉讼程序，法改会建议采用一个精简的新法院程序来处理家事案件。这个程序的主要特色是采用案件管理策略来缩减延误，因为延误显然并不符合儿童的最佳利益。这方面的建议包括：¹⁸

- 给予法官更多权力来管理家事法律程序的过程和控制讼费；
- 为涉及儿童的民事案件的处理订下目标时限；
- 举行争议事项会议与和解会议，以进一步促使双方当事人达成协议；及
- 为社会福利报告的拟备订下目标时限。

¹⁵ 同上。

¹⁶ 同上。

¹⁷ 同上，見第 6 章。

¹⁸ 同上，見第 7 章。

其他有关事宜

4.19 法改会又建议¹⁹ 家事法庭应备存更多关于儿童案件的统计资料，但与此同时，儿童的私隐亦应受到保障，方式是制定实务指示，对发表关于儿童的无汇报的判决书作出规管。报告书赞同采用实务守则，供处理家事案件（特别是涉及儿童的家事案件）的律师遵从之用。

关于家事的法院程序的其他发展

采用特别程序的离婚程序范围有所扩阔

4.20 在本报告书的第 2 章中，²⁰ 我们曾简略地探讨过以“特别程序”办理的离婚，²¹ 而“特别程序”现时是适用于所用无争议的离婚案件。²² 这个程序的作用是离婚会主要用‘文件’方式来办理，双方当事人并无必要出席暂准判令聆讯。

4.21 廖雅慈博士认为²³ 特别程序的优点如下：

- (a) 对于无争议的离婚案件来说，那些主要属例行性质但必须在庭上作出的宣布可以省掉；
- (b) 当解除婚姻不是争议的问题之时，便可缩减诉讼人取得离婚的时间；及
- (c) 容许法院把重点放在子女福利这个重大问题之上，方式是进行非公开的聆讯，让该问题可在较为非正式和轻松的气氛之下进行讨论。

¹⁹ 同上。

²⁰ 第 2 章，同上，见第 2.79 段。

²¹ 见《婚姻诉讼规则》第 33(2A)及 47A 条。

²² 估计现时约佔所有离婚案件 95%：见廖雅慈博士所著一書，同前，第 135 頁。《2001 年婚姻诉讼（修订）规则》（2001 年第 270 号法律公告）於 2002 年 1 月 25 日開始實施（见 2002 年第 13 号法律公告），擴闊了特别程序的涵蓋範圍，把有家庭子女的離婚案件也包括在內。正如上文所指出，這項修訂亦有把特别程序的涵蓋範圍擴及以不合理行為作為離婚理由的案件（在此之前，不合理行為是不包括在構成離婚理由的事實之列的）：见《婚姻诉讼规则》第 33(2A)条。請亦參閱 Hewitt（主編）及其他人合著一書，同前，第 4.58 段。

²³ 廖雅慈博士，同前，第 135 頁。

婚姻訴訟附屬濟助程序改革

4.22 我們在上文已可見到，²⁴ 香港每年的離婚案件總數之中，估計約有百分之十是涉及需要在法庭之上解決的附帶事宜糾紛。一般的看法是在香港的婚姻法律程序中沿用三十多年的附屬濟助程序，是“給予訴訟人太多空間對另一方採取敵對的做法，這不但無助於平復離婚造成的精神打擊，雙方亦往往因訟費負擔而虛耗家財。”²⁵

4.23 1999年11月，終審法院首席法官委派夏正民法官為主席，成立了工作小組，對附屬濟助程序改革展開研究，“目的是盡量弱化訴訟的對抗形式，鼓勵雙方以和解為目標，使糾紛得以用更快捷廉宜的途徑解決。”²⁶ 經考慮各項問題後，工作小組建議採用一套大体上以英格蘭的《1999年家事法律程序規則》(English Family Proceedings Rules 1999)為藍本的附屬濟助改革程序。這套程序現正在家事法庭進行為期兩年的試驗計劃以測試其成效。²⁷

4.24 司法機構在概略介紹該試驗計劃時指出：

“改革後的程序可分為三個階段，每一階段都以聆訊作為該階段結束的指標。第一階段由提交附屬濟助的申請開始，在進行首次預約聆訊時，該階段便告結束。第二階段是在首次預約聆訊後開始，以排解財務糾紛的聆訊作結。第三階段是在排解財務糾紛的聆訊後開始，若不能完全排解糾紛，則以審訊了結全案。”²⁸

4.25 在首次預約聆訊時，法庭的主要職責是為排解財務糾紛的聆訊或為審訊訂定日期，藉以為有關的法律程序編定時間表。值得注意的是在排解財務糾紛的聆訊中，法官主要是擔當“調停人”而非審裁員的角色，在此聆訊結束時，法庭可在適當情況下作出雙方同意的命

²⁴ 見上文第4.2段。

²⁵ 《香港司法機構2002年報》，第51頁，亦見“司法機構政務長2003年3月25日於財務委員會特別會議的致辭”，第10段。該份演辭已上載香港司法機構的網頁，網址為www.info.gov.hk/jud/fc_questions。

²⁶ 《香港司法機構2002年報》，第51頁。

²⁷ 婚姻訴訟附屬濟助程序改革試驗計劃於2003年12月29日開始實施：見司法機構於2003年12月27日發出的新聞稿。該份新聞稿已上載香港司法機構的網頁，網址為www.info.gov.hk/jud/。試驗計劃是透過《2003年婚姻訴訟（修訂）規則》（見2003年第209號法律公告）、實務指示15.11（解決財務糾紛試驗計劃）及實務指示15.11A（解決財務糾紛試驗計劃的應用）而推行的。《2003年婚姻訴訟（修訂）規則》是於2003年12月29日開始實施（見2003年第256號法律公告），而實務指示15.11，是於2003年11月27日發出，至於實務指示15.11A，則於2004年8月5日發出。

²⁸ 《香港司法機構2002年報》，第52頁。

令。如果双方未能达致和解，“法庭便会另订审讯日期（由另一位法官进行审讯），并作出进一步的必需指示。”²⁹

与子女管养权及探视安排有关的其他改革建议

法改会《儿童监护权报告书》

4.26 法改会于 2002 年 1 月发表《儿童监护权报告书》。³⁰ 该报告书所处理的是父母一方或双方去世时为子女委任监护人的相关法律。法改会于检讨监护权法律时的重点，是在于建议采用一些能简化现有法律和程序的方法，以鼓励更多为人父母者采取积极的行动，为自己的子女作出监护安排。

4.27 该报告书指出此范畴法律有各种不足之处，其中包括以下各点：³¹

- 为子女委任遗嘱监护人会涉及高度技术性的程序上规定；
- 并无足够的条文容许例如祖父母或外祖父母之类的第三方申请被委任为监护人；
- 除非遗嘱监护人把事情诉诸法院，否则尚存的父或母有权否决遗嘱监护人就任；
- 并无任何条文容许遗嘱监护人委任遗嘱监护人在自己身故后代为行事；及
- 并无任何条文容许遗嘱监护人在获委任后正式放弃监护权。

4.28 法改会在该报告书中作出多项建议，其中包括建议简化父母为子女委任监护人的须经程序，以及扩阔法院为儿童委任及罢免监护人的权力。

²⁹ 同上，第 52 页。關於該試驗計劃的更深入評論，請亦參閱載於《香港律師》（2004 年 2 月號）第 92 頁的“解決財務糾紛的試行方案：法庭的意見”一文，以及 Melloy（2003 年）所撰的前述一文第 305 至 310 頁。

³⁰ 香港法改會《兒童監護權報告書》（2002 年 1 月）。這是在現有研究範圍之下發表的四份報告書中的首份報告書。

³¹ 香港法改會《兒童監護權報告書》（2002 年 1 月），第 2 章。

4.29 该报告书建议：³²

- 引入一套更为简单和标准化的委任儿童监护人程序；
- 扩阔法院为儿童委任监护人的权力，以便任何人均可申请成为儿童的监护人，这不但适用于儿童并无负起其父母责任的父或母的个案，亦适用于管养令是判给儿童现已身故的父或母的个案；
- 撤销尚存的父或母现时所享有的否决遗嘱监护人就任的权利，以便尚存的父或母与监护人之间如在儿童的最佳利益问题之上有争执，即可各自向法院提出申请；
- 遗嘱监护人若是由享有儿童的管养权的父母其中一方所委任，便应可在该一方去世时自动以遗嘱监护人的身分行事；
- 在切实可行的范围内，应考虑儿童对于委任监护人的意见；
- 儿童的监护人应可在自己死亡的情况下为儿童委任监护人；
- 应设立一套与委任监护人制度相若的放弃充任监护人制度；及
- 高等法院为了符合儿童的最佳利益而罢免或更换监护人的权力，应可扩及区域法院。

法改会《国际性的父母掳拐子女问题报告书》

4.30 法改会于 2002 年 4 月，就国际性的父母掳拐子女问题此一课题，发表其监护权和管养权研究范围之下的第二份报告书。³³ 这份报告书的研究重点是有争议的管养权个案中父母跨越国际边界而掳拐子女的相关法律。

4.31 该报告书指出虽然据统计数字显示，香港每年所发生的国际性的父母掳拐子女个案为数不多，但所发生的每一宗个案，对当事人

³² 同上，第 4 章。

³³ 香港法改會《國際性的父母掳拐子女問題報告書》（2002 年 4 月）。

均造成极大的创伤，因为儿童一旦被带离其所属司法管辖区，留在原地的父母其中一方要确保儿童得获交还便甚为困难。³⁴

4.32 该报告书所载的建议，是旨在改善香港现时为防止掳拐儿童而设有的法律保障，令海牙的《国际掳拐儿童民事方面公约》在香港执行时可得到更好的支援。该公约自 1997 年 9 月起在香港有效，其条文订明应尽快寻回被人从一个公约国掳拐至另一个公约国的儿童，并将之交还其所属司法管辖区。

4.33 法改会的建议包括有：³⁵

- 对未经所需同意而将儿童迁离其所属司法管辖区施加法律上的限制；
- 授予法院特定权力下令披露儿童行踪或下落；
- 授予法院特定权力下令交还儿童；及
- 授予当局特定权力扣留其合理地怀疑遭掳拐的儿童，以便能将儿童交还其有管养权的父或母或带往安全地方。

4.34 法改会又建议：³⁶

- 扩大法律援助服务，并加快审查《海牙公约》个案中的法律援助申请；
- 检讨香港关于搁置管养权法律程序以观《海牙公约》申请结果的现有条文是否足够；及
- 检讨涉及《海牙公约》法律程序相关资料的保密问题的条文。

³⁴ 同上，第 1.8 段。

³⁵ 同上，第 6 章。

³⁶ 同上，第 7 章。

第 5 章 各地法律的比较：英格兰与威尔斯

“《1989 年儿童法令》无疑是对儿童有影响的私法和公法的最彻底而又最深远的改革之一。”¹

引言

5.1 《1989 年儿童法令》在英格兰获得通过，大体上是取代了现行关于管养和教养儿童的私法，以及过往规管关于受照顾的儿童的公法。此法令重新塑造了多个关于儿童法律的基本概念，并且成为其他司法管辖区所采用的多个较新儿童法律体制的模式。²

《1989 年儿童法令》之前的情况

5.2 在《1989 年儿童法令》实施之前，关乎儿童的法律是因应个别情况而透过法规和判例法发展出来的，结果令到有关法律既复杂又趋于技术性，且无任何哲学理念作为基础，并且发展益发。补救方法和程序会因所行使的司法管辖权和法律程序是在甚么法院提出而各有不同。³ 雅利顿（Aryton）及霍顿（Horton）对此有以下批评：⁴

“在〔法令〕实施之前存在的绝大部分法例，多年以来的作用都是把适用于儿童案件中的程序和原则均扭曲了，而不断在扩大的案例法只能尽量提供指引罢了。”⁵

5.3 英格兰法律委员会便是在这个背景之下，于 1984 年进行其名为‘检讨儿童法律’（Review of child law）的改革计划，之后还进行了一连串的研究，⁵ 结果于 1988 年发表《检讨儿童法律：监护权和管

¹ A Bainham, *Children – The New Law – The Children Act 1989* (1990), 见第 1.1 段。

² 例如《1995 年苏格兰儿童法令》、澳大利亚的《1995 年家事法改革法令》及新西兰的《2004 年照顾儿童法令》（该法令将于 2005 年 7 月 1 日开始实施）。有关上述三项法令的讨论，请参阅分别载于后面第 6、7 及 8 章的讨论。

³ Bromley & Lowe, *Bromley's Family Law* (1992), 见第 250 页。例如不同的法规赋予法院不同的权力，在离婚法律程序、向裁判官寻求经济援助的法律程序和只处理涉及儿童的纠纷的法律程序中，作出与儿童有关的命令。

⁴ L Aryton & M Horton, *Residence and Contact: A practical guide* (1996), 第 1 页。

⁵ 英格兰法律委员会，*Review of child law: Guardianship* (1985, Working Paper No 91), *Review of child law: Custody* (1986, Working Paper No 96), *Review of child law: Care, supervision and interim orders in custody proceedings* (1987, Working Paper No 100), *Review of child law: Wards of court* (1987, Working Paper No 101)。

养权报告书》（*Review of child law: Report on guardianship and custody*）。⁶ 这份报告书成为了《1989年法令》⁷ 第 I 及 II 部所包含的大部分私法改革的基础，而该两部条文正是本章的重点所在。

5.4 至于公法方面，一个因应下议院社会服务委员会（House of Commons Social Services Committee）的建议而设立的跨部门工作小组，于1984年及1985年也进行了类似的全面检讨，⁸ 结果是政府于1987年发表了一份题为《关于照顾儿童及家庭服务的法律》（*The law on child care and family services*）的白皮书，⁹ 而这份白皮书又成为了法令第 III、IV 及 V 部的主要出处之一。¹⁰ 对有关法例造成影响的其他事故，包括于1980年代就一些关于儿童受人照顾或死于其照顾者手中的个案而进行的公众研讯，¹¹ 以及上议院于1986年 *Gillick 诉 West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* 一案中所作出的重要判决。¹² 该案所确立的判例便是如果儿童已有足够的理解力可自行作出决定，父母的权利必须让步于儿童的权利。¹³

5.5 《1989年儿童法令》于1989年11月获得女皇批准，并于1991年10月生效。¹⁴ 它对其他法例所造成的影响，便是令到有整整八条战后制定的法规被废除¹⁵ 和大幅度修订了多条其他法规。

《1989年儿童法令》的目标

5.6 《1989年法令》有两大目标。这两大目标是：

⁶ 英格蘭法律委員會，*Review of child law: Guardianship and custody* (1989, Report Law Com No 172)。

⁷ 關於《1989年法令》的背景的更詳盡討論，見 Bainham 前述一書的第 1.6 至 1.17 段。

⁸ 工作小組所進行的檢討的名稱是 *Review of child care law*。見 Bainham 前述一書的第 1.7 段。

⁹ Cmnd 62。

¹⁰ Bainham，同前，第 1.7 段。

¹¹ 同上，第 1.10 段。這些研訊包括有：*A child in trust: Report of the Panel of Inquiry investigating the circumstances surrounding the death of Jasmine Beckford* (London Borough of Brent (1985))，*A child in mind: Protection of children in a responsible society, Report of the Commission of Inquiry into the circumstances surrounding the death of Kimberly Carlie* (London borough of Greenwich (1987))，以及 *Whose child? The report of the public inquiry into the death of Tyra Henry* (London Borough of Lambeth (1987))。這些研訊還包括了 Cleveland inquiry (Lord Justice Butler-Sloss, *Report of the Inquiry into Child Abuse in Cleveland 1987* (1988, Cm 41))，而該次研訊是暴露出在發生於 Cleveland 的據稱兒童性虐待個案中，“Cleveland 當地的保護兒童機構的做法看來是過度熱心。”對於 Cleveland inquiry，Bainham 的評語是：“該次研訊是特別指出了如果兒童是在緊急情況之下，被人透過簡易的程序帶走，兒童的父母並無足夠的法律保障。”：Bainham，同前，第 1.10 段。

¹² [1986] 1 AC 112。

¹³ 請亦參閱 Bainham 對此案的評論，同前，第 1.11 段。

¹⁴ 更詳盡的討論，可參閱 Ayrton & Horton 合著一書，同前，第 ix 頁。

¹⁵ 包括《1971年未成年人監護法令》（*Guardianship of Minors Act 1971*）、《1973年監護法令》（*Guardianship Act 1973*）及《1975年兒童法令》（*Children Act 1975*）在內。

- 把所有关于儿童的照顾和教养并为其提供社会服务的法律收纳在一条法令之中；¹⁶ 及
- 提供一套内容一致并可供所有法院和在所有涉及儿童的法律程序中使用的法律补救办法。¹⁷

5.7 《1989 年法令》是希望透过以下改革而在私法方面达到这些目标：¹⁸

- 废除管养令和探视令，而代之以两种分别称为“同住”令和“联系”令的新形式法院命令；
- 废除“父母权利”这法律概念，父母身分的法律地位改为以“父母责任”来界定；
- 父母身分与监护权之间有明确的区别，而父母已不再是子女的法定监护人；
- 对于夫妇未有结婚的家庭来说，引入计拟改善父亲的法律地位；及
- 提高关心某名儿童的亲属和父母以外人士的法律地位，方式是引入一套弹性更大的制度，令父母以外人士也能诉诸法庭，要求法庭作出《1989 年法令》所引入的一系列新命令。

5.8 在公法方面来说，《1989 年儿童法令》标志了家庭与政府机构之间关系上的转变，目的是避免儿童受到伤害。在这法令之下，政府的关注重点，已由关注儿童的照顾与儿童受虐问题转变为关注对儿童的保护。¹⁹

¹⁶ 見 Hoggett, “The Children Bill: The Aim” (1989) *Fam Law* 217。

¹⁷ 同上。

¹⁸ 改革的概要見於 Bainham 所著一書，同前，第 1.1 段。

¹⁹ Parton, *Governing the Family, Child Care, Child Protection and the State* (1991), 第 3 頁。

父母责任的一般原则

父母责任的涵义和范围

父母身分与监护权

5.9 在《1989 年法令》实施之前，父母权利和父母职责是以监护权的概念为基础，而并非以父母身分为基础。监护权赋予父母权利，决定有关教养子女的所有各方面事宜。在历史上来说，父母或自然监护权原本只限于由婚生子女的父亲而非母亲所享有，但《1925 年幼年人监护法令》（*Guardianship of Infants Act 1925*）让母亲享有与父亲“类似的权力”，可在任何影响子女的事情上向法院提出申请，但未有让母亲可在子女的父亲在生时作为共同监护人。多年之后，《1973 年监护法令》订明母亲的权利和权能与父亲的权利和权能相等，但未有把母亲的地位列为等同于父亲的自然监护权地位，而父亲的自然监护权地位亦从未被明文废除。

5.10 《1989 年法令》废除了普通法中订明父亲是其婚生子女的自然监护人的规则，²⁰ 并以父母责任的形式赋予已婚父母同等的父母身分，故此在此法令之下，已婚的父母双方在教养子女方面是享有同等地位的。父母身分现已被视为一个基本概念，并且是有别于监护权。据布隆尼（*Bromley*）及诺尔（*Lowe*）所解释，监护权现时只是指：

“在儿童的父母其中一方或双方去世时把父母责任委于某人的法律程序。简言之，‘监护人’是正式获委任代替儿童的已故父亲或母亲的人。”²¹

父母责任已有界定

5.11 《1989 年儿童法令》的理念，是在符合儿童福利的范围内提倡家庭观念。所基于的信念是一般来说，儿童能在家庭以内得到最好的照顾，而父母双方均在教养子女方面各尽其职，并无必要诉诸法律程序。²²

5.12 旧有的《1975 年儿童法令》曾以“父母权利和父母职责”一词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，提述父母“权利”，不但在法学分析来说是不准

²⁰ 英格蘭的《1989 年兒童法令》（“《1989 年法令》”）第 2(4)條。

²¹ *Bromley & Lowe*，同前，第 395 頁。

²² *S M Cretny & J M Masson, Principles of family law*（1997 年，第 6 版），第 775 頁。

确，在日常用语的使用上亦有误导之嫌。²³ 在 1986 年的 *Gillick* 一案中，上议院裁定父母对子女所享有的权利，存在只是为了令他们可以履行对子女的责任。²⁴

5.13 因此，《1989 年法令》以“父母责任”一词取代了当时所用的父母“权利”和父母“权能”两词，而在法令中，“父母责任”是被界定为“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。”²⁵ “父母责任”这概念代表了一个观念上的转变，那就是“由意味着拥有的‘权利’一词，转为强调子女是人而非财物的较开明看法。”²⁶

5.14 《1989 年法令》未有订定清单，列明当其时的法规和普通法所赋予父母的此等权利、申索权、职责、权力、责任或权能。这是因为英格兰法律委员会认为订定清单实际上是不可能之事，理由是清单必然要不时修改，以应付不同需求和情况变化。²⁷ 有人曾批评这项策略，认为应该提供某种形式的清单，²⁸ 但也有人指省却列明有关权利、申索权、职责、权力、责任或权能的法定清单是正确的做法。²⁹

取得父母责任

5.15 父母责任是相对于“子女”而存在，而为施行该法令，“子女”是指未满 18 岁的人。³⁰ 在任何一宗个案中，父母责任究竟由谁人取得，便是决定谁人对子女有决定权的关键因素，不论有关人士与儿童的实际关系是如何亲密，重要的还是父母责任这个法律地位。故此，每日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，可能会未如甚少与儿童会面的父或母。因为这个缘故，是有需要以法院命令来规管父母责任的取得和行使的。³¹

²³ 英格蘭法律委員會（1988），同前，第 2.4 段。

²⁴ *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*，同前。

²⁵ 《1989 年法令》第 3(1)條。

²⁶ Bainham, 同前，第 63 至 64 頁。

²⁷ 英格蘭法律委員會（1988），同前，第 2.6 段。*Gillick* 一案進一步說明了父母責任必然是按子女的年齡和成熟程度以及每宗個案的情節而有所不同。

²⁸ 例如 Lyon [1989] *Fam Law* 49，見第 50 頁。

²⁹ White, Carr & Lowe, *A Guide to the Children Act 1989* (1990)，第 2.6 段。

³⁰ 《1989 年法令》第 105(1)條。

³¹ Bainham, 同前，第 64 至 65 頁。

已婚父母

5.16 《1989年儿童法令》规定，如儿童的父母在儿童出生时已经结婚，则双方对儿童都各自负有父母责任。³² 即使双方已分居或离婚，甚至其中一方已获判同住令（同住令有某些方面是类似管养令），双方仍各自继续负有父母责任。³³ 父母其中一方仍可在无须谘询另一方的情况下履行父母责任，而该法令亦未有赋予任何一方权利来反对另一方的行动。

未婚父母

5.17 如儿童的父母在儿童出生时尚未结婚，则只有母亲才有当然权利负上父母责任，但父亲可透过以下方式取得父母责任：³⁴

- (a) 在出生册登记上登记为儿童的父亲；³⁵
- (b) 根据该法令出任儿童的监护人；³⁶
- (c) 向法院取得父母责任令；³⁷
- (d) 与母亲订立父母责任协议；³⁸ 及
- (e) 就儿童取得同住令，藉此令法院必须另行对他作出父母责任令。³⁹

5.18 在考虑应赋予未婚父亲多大的父母责任时，英格兰法律委员会关注到未婚母亲通常是主要负责照顾子女的人，但她们可能会受到品格恶劣的男子所干扰或骚扰。⁴⁰ 正如上诉法院法官白甘比（Balcombe LJ）所解释：

“生父所属的情况可以有极大差距：一个极端的情况是他与子女的关连可能只限于单一次引致受孕的性行为（甚至可能是强奸）；另一个极端的情况则是他可能从

³² 《1989年法令》第2(1)条。

³³ 《1989年法令》第2(6)条。

³⁴ 《1989年法令》第2(2)条。

³⁵ 《1989年法令》第4(1)条，该条是由《2002年领养及儿童法令》（Adoption and Children Act 2002）第111条修订的。

³⁶ 《1989年法令》第5(6)条。

³⁷ 《1989年法令》第4(1)(a)条。

³⁸ 《1989年法令》第4(1)(b)条。

³⁹ 《1989年法令》第12(1)条。

⁴⁰ 英格兰法律委员会（1988），同前，第2.20段。

子女出生开始便充分履行责任，所欠缺者只是未有与子女的母亲办理结婚手续而已。如果他是属于最恶劣的极端情况，那么让他自动获得全部的父母权利和父母职责，便有可能会造成相当严重的社会问题……。”⁴¹

5.19 如一名儿童的母亲不肯自愿与未婚父亲分担责任，未婚父亲可向法院申请父母责任令。⁴² 法院已订有一些审核未婚父亲就父母责任所提出的申请的准则，获考虑的事项是父亲对该名儿童曾作出的承担程度，父亲与该名儿童之间的感情亲疏，以及父亲申请该项命令的理由。⁴³ 如果他符合这些准则，则该项命令表面上是符合该名儿童的利益。⁴⁴ 作出命令的作用是在所有涉及教养该名儿童的事宜上给予父亲相同的决定权利，但这并非代表他有权干预属于每天打理该名儿童的生活范围以内的事宜或否决其母亲所作的决定。⁴⁵ 如果父亲希望亲自照顾该名儿童，则必须申请同住令。

父母以外人士

5.20 父母以外人士不会有当然权利对儿童负上父母责任，但可从多种途径取得这项责任，而出任监护人或“特别监护人”⁴⁶的人是对有关的儿童负有父母责任的。⁴⁷ 同样地，任何既非其父母亦非其监护人的人如获判同住令，则于同住令有效期间也对儿童负有父母责任。⁴⁸ 不过，父母以外人士所享有的法律地位是受到一些限制的，它不会令父母以外人士有权同意让儿童给人收养，亦不会令父母以外人士有权为儿童委任监护人。⁴⁹

⁴¹ *Re H (Illegitimate Child: Father: Parental Rights) (No 2)* [1991] 1 FLR 214, 第 218 頁。

⁴² 《1989 年法令》第 4(1)(a)條。

⁴³ *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.

⁴⁴ *Re E (A Minor) (Parental Responsibility)* [1994] 2 FCR 709.

⁴⁵ *Re P (Child) (Parental Responsibility Order)* [1993] 2 FCR 689.

⁴⁶ 見《1989 年法令》第 14A 至 14G 條。這是一個由《2002 年領養及兒童法令》第 115 條所引入的新概念。特別監護權和領養的情況不同；在特別監護權的情況中，父母責任的權力和作決定的權力，可在不撤銷父母作為兒童父母的法律地位之下授予第三者，但父母本身可保留有限的父母責任：《1989 年法令》第 14C 條。特別監護令可在有人向法院提出申請時予以變更或撤銷：《1989 年法令》第 14D 條。

⁴⁷ 《1989 年法令》第 5(6)條。

⁴⁸ 《1989 年法令》第 12(2)條。請亦參閱以下案例：*Re S (A Minor) (Parental Responsibility)* [1995] 3 FCR 564。

⁴⁹ 《1989 年法令》第 12(3)條。請注意《1989 年法令》第 4A 條訂有新的簡化程序，讓繼父母可取得父母責任（由《2002 年領養及兒童法令》第 112 條增補）。

父母责任协议

5.21 如儿童的未婚父母同意分担教养子女的父母责任，则根据《1989年法令》第4(1)(b)条而订立的“父母责任协议”，是提供了一个简单直接的方法在法律上确认此点的。

5.22 订立协议的作用与法院命令的作用相同。重要的是，终止协议或终止命令的唯一方法，都同样是须由负有父母责任的人向法院申请命令，如法院信纳儿童有足够理解力可提出申请，则可由儿童自行提出申请。⁵⁰

5.23 有关协议须由儿童的母亲和父亲在一名见证人面前签署，而该名见证人必须是太平绅士、法官书记或法院的获授权人员。⁵¹ 有关协议须待送交高等法院家事庭的总登记处存档并可供任何人查阅后才生效。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均应先征询法律意见。”

5.24 规定须办理这些手续的目的，是尽量确保父母双方都明白有关协议的重要性和作用。有人担心母亲在这个时候特别容易受到压力影响，可能会遭欺凌而把权利授予父亲，故此规定订立父母责任协议必须办理这些手续，在某程度上是可防止母亲据称受到胁迫。不过，有必要指出的是在协议登记之时，无人会查究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协议。除此之外，目前亦没有任何有效的方法，可查证例如有关男子是否有关儿童的父亲。法院在订立协议的程序上，所担当的职能纯属行政而非司法工作。兵咸（Bainham）曾质疑父母责任协议的实际使用程度有多大，⁵² 但这些协议却似乎是备受欢迎的。⁵³

5.25 无论儿童的父母双方是仍然一直共同生活抑或已经分居，父母责任令和父母责任协议仍会维持有效，直至儿童年满18岁为止。⁵⁴

⁵⁰ 《1989年法令》第4(3)条。根据第12(4)条，如父亲获判同住令，则在同住令继续有效期间，该令不得予以撤销。

⁵¹ 《1989年法令》第4(2)条；《1991年父母责任协议规则》（Parental Responsibility Agreement Regulations 1991）（SI 1991/1478）；以及SI 1994/3157。

⁵² Bainham (1990)，同前，第166页。他的说法是：“如果父母是共同生活且相处融洽，他们可能不会认为就有关安排办理手续是有好处，尤其是有些人正是由于厌恶婚姻所附连的各种繁文缛节才会选择同居。他们可能不知道自己各自的法律地位有所不同，又或者不知道协议的条款内容。此外，也有可能是儿童的母亲对该段关系或对父亲的父亲所担当的父职功能信心不足，所以希望能与儿童的父亲分担父母责任，以求减轻自己所享有的法律控制权。”

⁵³ 据报在《1989年儿童法令》的条文实施后的首年期间，登记的父母责任协议共有1,510项：NLJ (1992年11月27日) 第1638页。

⁵⁴ 《1989年法令》第91(7)(8)条。

不过，法院可因应任何对儿童负有父母责任的人的申请而作出命令，把该项命令或协议提早终止。⁵⁵ 如法院“*信纳儿童有足够理解力可提出拟议的申请*”，则儿童本人也可在法院许可之下提出申请。⁵⁶ 如未婚父亲获判同住令，则在同住令有效期间，法院不得终止父母责任令。

57

父母责任的含意

共同责任原则

5.26 英格兰法律委员会认为，儿童的父母不应只因已经分居或彼此之间有争执而失去为子女作决定的能力。因此，《1989年法令》认同“*一日为父母，终身为父母*”此观念，并赞成即使父母已经分居，就教养子女作决定的主要责任应仍由他们承担。

5.27 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／母等其他人士后来取得父母责任而不再负有父母责任。⁵⁸ 父母只是行事方式不能违反根据该法令就儿童作出的命令而已。⁵⁹

5.28 该法令的理念是父母其中一方即使并非与子女同住，仍应被视为父母，以便能取得有关资料和有机会参与子女的教养事宜。他不能对另一方行使否决权，但如有必要却可把争执提交法院处理。这也可鼓励他积极参与子女的事务，从而促进子女的福利。举例来说，把父母责任授予未婚父亲，是会令到其子女所就读的学校邀请他出席家长活动，把成绩表寄给他，让他可在为子女选择未来学校之上表达意见。这也让他可在任何重大医疗事宜上或在更改子女的姓氏时表达意见。⁶⁰ 让夫妇在离婚后继续肩负父母责任，目的是为求减少冲突。

独立行事的权力

5.29 很明显在同一时间是可能会有多于一人对儿童负有父母责任。⁶¹ 儿童的父母同时负有父母责任是平常之事，但旧有法律却未有清楚说明他们可否独立行事。《1989年儿童法令》如今订明，如有

⁵⁵ 《1989年法令》第4(3)条。

⁵⁶ 《1989年法令》第4(4)条。

⁵⁷ 《1989年法令》第12(4)条。

⁵⁸ 《1989年法令》第2(6)条。

⁵⁹ 《1989年法令》第2(8)条。

⁶⁰ *Re P (Child) (Parental Responsibility Order)* [1993] 2 FCR 689.

⁶¹ 《1989年法令》第2(5)条。

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于一人
的同意，否则每个人均可独立行事以履行父母责任而无须征询其他人的
意见。⁶²

5.30 正如我们在上文所见，该法令的一般目的是鼓励父母双方关
心子女的福利，并对子女的福利负责。虽然规定父母在法律上有责任
就影响子女生活上的重要事宜谘询对方的意见有可能是可取的做法，
⁶³ 但英格兰法律委员会指出，这做法似乎既不可行亦不恰当：⁶⁴

“负责照顾子女的人须有能力在需作决定之时作出符
合子女的最佳利益的决定，而其中一些决定可能必须迅
速作出……。如果有关的一方……需要诉诸法庭以解决问
题，则子女很可能因此而受苦。……如果有关的一方……
因难以〔与另一方〕联络，或因难以决定所提出的事宜
是否重要而需要征询另一方的意见，则子女所受的苦会
更多。在实际情况中，如果父母双方在教养事宜之上意
见分歧，则将有关事宜提交法院处理的责任，应由要求
制止另一方所建议采取的行动的人肩负，或由提出采取
只能由另一方采取的行动的人肩负。不然，提交法院处
理的案件可能会排山倒海而来，争执可能会升级至小事
化大，而有关的儿童在此期间却一直受苦。”

5.31 兵咸曾批评这种做法。他认为由于未有就谘询和否决权作出
规定，该法令虽然在形式上似乎是赞成夫妇在关系破裂后仍维持共同
教养子女的安排，但“实质而言，却巩固了同住照顾子女的人那事实
上本已较为优越的地位。”⁶⁵ 他的说法是：

“因此，如果改革法例的主要目的是加强并鼓励父母双
方一同教养子女，我们应可预期看到……有关合作或谘
询的条文……。该法令不仅没有涵盖谘询，还取消了父
母过去在婚姻关系存续期间所曾享有的反对权利……。
不过，这当中的含意却是，法律所反映的常规标准……
是共同**独立**教养子女而不是**携手合作**教养子女。”⁶⁶

⁶² 《1989年法令》第2(7)条和第13(1)及(3)条。

⁶³ 因为这应可加强父母之间的合作和在分居或离婚后更多参与子女的事务。

⁶⁴ 英格兰法律委员会（1988），同前，第2.10段。

⁶⁵ Bainham, (1990) *Fam Law*, 第193页。

⁶⁶ Bainham, (1990) 53 *MLR*, 第211至212页。

5.32 当然，独立行事的权利须与行为不得违反命令的责任一并理解。独立行事的权利，并不代表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。上诉法院法官格特维（Glidewell LJ）在有关 G（未成年人）（父母责任：教育）（*Re G (a minor) (Parental Responsibility: Education)*）一案⁶⁷中说：

“负有父母责任的母亲，有权而事实上也应在把儿子由日校转到……寄宿学校这件重要的事情之上获得谘询。转校在任何儿童的生命之中都是重要的一步，而母亲是理应获得谘询的。”⁶⁸

转授父母责任

5.33 除非有法院命令，否则负有父母责任的人不得把该责任的任何部分放弃或转移给别人。⁶⁹ 不过，他可以把该责任部分或全部转授一名或多名代他行事的人。⁷⁰ 这项转授可对另一名已负有父母责任的人作出，或对并非负有父母责任的人（例如学校或度假营的负责人或寄养父母）作出，。

5.34 英格兰法律委员会建议订立该项条文的理由如下：

- (a) 不论是否已分居，父母都应可随意互相协定作出他们认为是对子女最好的安排；及
- (b) 举例来说，如果该条文能使学校有信心接纳儿童的父母所指定负责在其外游时照顾儿童的临时“监护人”所作出的决定，则会对事情有所帮助。⁷¹

5.35 由于这些安排没有法律约束力，故此可以随时予以撤销或修改。再者，转授责任不会影响作出这些安排的人（例如父母其中一方）因未有履行自己对儿童的责任而产生的法律责任。⁷²

⁶⁷ [1994] 2 FLR 964 (CA).

⁶⁸ 在該案中。法院以前未有作出命令，所以有關兒童的母親不能說父親的行為是違反了以前的命令。

⁶⁹ 不過，在有一些情況之中，對子女所肩負的附加父母責任是可經由協議授予的。舉例而言，未婚父親可憑藉他與兒童的母親所訂立的父母責任協議，成為母親以外的另一名取得父母責任的人，故此有很多繼父或繼母都是透過與兒童的親生父母訂立協議而取得父母責任的。請分別參閱《1989年法令》的第4(1)(b)條及第4A條。

⁷⁰ 《1989年法令》第2(9)條。

⁷¹ 英格蘭法律委員會（1988），同前，第2.13段。

⁷² 《1989年法令》第2(11)條。

并无父母责任的照顾者

5.36 实际上负责照顾儿童但并无父母责任的人，是可以“作出就个案的所有情节而言属合理之事，以保障或促进儿童的福利。”⁷³ 这澄清了那些实际上负责照顾儿童但在法律上对儿童并无父母责任人的地位。

5.37 英格兰法律委员会曾举某宗医疗个案为例。⁷⁴ 如儿童的父母于外游度假期间把儿童交由朋友照料，由朋友安排儿童接受非紧急的大手术显然是不合情理，但当儿童发生意外时，由朋友安排儿童接受医治却是合情合理。正如兵咸的看法一样，作出区分的要点在于紧急或例行的医疗会受有关条文所涵盖，但如果医疗程序会造成长远或无法挽回的影响，则须得到负有父母责任的人同意。⁷⁵

关于儿童的福利的一般原则

福利原则

5.38 儿童的福利早已被确立为法院在涉及儿童的法律程序中的首要考虑事项。这项原则的经典诠释⁷⁶ 是由麦迪蒙大法官（Lord MacDermott）于1969年审理 *J 诉 C* 一案⁷⁷ 时作出，他在该案中有以下的说法：

“在我来看，这用语肯定不单是指在众多跟问题有关的事项中，儿童的福利须视为排列最高。我认为这用语还意味着一个考虑过程，那就是在考虑及衡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，作出按该词现时的理解来说是最有利于儿童的福利的安排。这是首先考虑事项，因为这有基本重要性，而这也是最重要考虑事项，因为足以支配或决定日后所作的安排。”⁷⁸

5.39 麦迪蒙大法官所述者是过去在《1971年未成年人监护法令》中曾有阐明的原则。⁷⁹ 该项原则要求法院视儿童的福利为“首要考虑

⁷³ 《1989年法令》第3(5)条。

⁷⁴ 英格兰法律委员会（1988），同前，第2.16段。

⁷⁵ Bainham（1990），同前，第251页。

⁷⁶ 见 Ayrton & Horton 合著一书所载评论，同前，第21页。

⁷⁷ [1969] 1 All ER 788.

⁷⁸ 同上，第820页。

⁷⁹ 亦见 Ayrton & Horton 合著一书，同前，第21页。

事項”。⁸⁰ 然而，“首”一字曾造成混亂，因為它令到部分法院在其他考慮事項與兒童的福利之間**權衡輕重**，而不是考慮這些事項對兒童的福利有甚么影響。雖然“首”一字因法院後來對福利原則所作的詮釋而在實際上已被廢棄，⁸¹ 但為求澄清有關法律，該項原則看來仍須以現代用語來擬定。因此，《1989年法令》省略了“首”一字，以便在法令第1條所適用的個案中，兒童的福利是唯一的考慮事項。⁸²

5.40 《1989年兒童法令》第1(1)條規定：

“當法院就以下事項裁定任何問題時：

- (a) 兒童的教養；⁸³ 或
- (b) 兒童的財產的管理，或由該財產而產生的任何收入的運用，

兒童的福利應為法院的首要考慮事項。”

5.41 基達尼（Cretney）及馬遜（Masson）指出福利原則並非毫無瑕疵：

“基於大家對兒童的福利需求缺乏共識，加上對甚么可確保有健康的心理發展尚未有充足的科學資訊，以致作決定的人〔法官〕可按其主觀意見作出決定……此外，缺乏全面且能預計的標準，也令夫婦雙方更加難以透過商討達成協議。這會令有爭議的個案數目增加，而且爭議的程度會更為激烈。”⁸⁴

然而，他們同意：

“福利原則廣獲支持，因為它代表了一項重要的社會和道德價值觀，那就是必須保護那些一定是易受傷害和須

⁸⁰ 《1971年未成年人監護法令》第1條。

⁸¹ *J v C* [1970] AC 668; *Re C (a minor)* (1979) 2 FLR 177, 第184頁; *Re KD (A Minor) (Ward: Termination of Access)* [1988] AC 806。正如Aryton & Horton在其合著一書（同前）的第21頁中所言：“如果兒童的福利是法院的最重要考慮事項，它無疑也應是法院的首先考慮事項。”

⁸² 英格蘭法律委員會建議修改這項首要原則，以便屬於在法院進行的法律程序的標的之兒童的利益，在原則上不會凌駕於其他有可能受有關裁決影響的兒童的利益之上，而後者的利益是也應獲考慮的：英格蘭法律委員會（1988），同前，第3.13至3.14段。不過，這項建議在法令中並無落實。這也許是因為規定須考慮任何兒童的福利可能會分散法庭的注意力，令法庭無法專心履行照顧其席前兒童的福利之責。

⁸³ 《1989年法令》第105(1)條把“教養”一詞界定為包括“對子女的照顧，但不包括維持其生活。”

⁸⁴ Cretney & Masson，同前，第730頁。

倚赖别人的儿童，以免他们受到伤害。……对这标准作任何改变都会危害及儿童的福利，因为这必然会令福利的受重视程度降低。”⁸⁵

批准为儿童所作安排的责任

5.42 法院在批给离婚绝对判令之前必须考虑就儿童的教养和福利所建议作出的安排，⁸⁶ 以确定这些安排是否可以接受，又或者法院应否行使法院根据《1989 年儿童法令》所具有的任何权力而就儿童作出特别命令。⁸⁷

5.43 法院在考虑应否行使法院根据《1989 年法令》所具有的权力时，儿童的福利须是其首要考虑事项。⁸⁸ 此外，法院还须顾及以下各项准则：⁸⁹

- “(a) 按儿童的年龄和理解力而考虑其意愿和感受，以及这些意愿是在甚么情况下表达；
- (b) 双方当事人在教养子女方面的表现；
- (c) 如无证据显示情况相反，一般原则是以下情况最能保障儿童的福利：
 - (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) 尽可能与自己父母继续保持良好的关系。”

5.44 法院亦必须考虑⁹⁰ 以下因素所会对儿童造成的任何风险；未来住所的地点、与儿童的父亲或母亲同住的人，⁹¹ 以及为儿童的照顾和教养所作出的任何其他安排。

⁸⁵ 同上，第 730 至 731 页。

⁸⁶ 这些安排是凭藉《1973 年婚姻诉讼法令》(Matrimonial Causes Act 1973) 第 41 条作出，而该条是由《1989 年法令》第 31 段附表 12 修订的。这项条文亦适用于婚姻无效及裁判分居的法律程序。

⁸⁷ 这与香港的《婚姻法律程序与财产条例》(192 章) 第 18 条相似。《1989 年儿童法令》第 41 条所订的职责，除非法院另有明订指示，否则只适用于年龄在 16 岁以下的儿童：《1973 年婚姻诉讼法令》第 41(3)条。

⁸⁸ 《1996 年家事法法令》(Family Law Act 1996) 第 11(3)条。

⁸⁹ 《1996 年家事法法令》第 11(4)条。

⁹⁰ 《1996 年家事法法令》第 11(4)(d)条。

⁹¹ 一个有可能发生的例子便是儿童的母亲获判同住令，而她的男友曾被裁定性侵犯其他儿童的罪名成立。

5.45 法院在批准关于儿童的安排时，所遵从的程序是区域法院法官会审议提交法院的申请书所载的关于儿童安排的陈述和答辩人所提交的申述书。法官如信纳法院无须行使《1989年法令》所授予的权力，便会按此加以核证。法官若不信纳情况如此，即可着手指令有关人士提交更多证据，福利报告须予拟备，或双方当事人或其中一方须在命令作出之前出庭应讯。⁹²

5.46 不过，我们会在下文看到，法院在涉及儿童的法律程序中所采取的不干预原则（引入这项原则是《1989年法令》所作改革之一），自此即对法院在批准就儿童作出的安排时所担当的角色有重大影响。雅利顿及霍顿有以下的看法：

“不干预原则能发挥最大作用的婚姻法律程序，是管养令和探视令可随时于根据《1973年婚姻诉讼法令》第41条约见儿童（这是旧式的做法）时作出的婚姻法律程序。在婚姻法律程序之中就儿童作出的命令（在此等程序中不会另有申请向法院提出），现已成为例外而不再是常规。”⁹³

不干预原则

5.47 英格兰法律委员会发觉家事法曾倾向于假设在大部分个案中均有必要作出与儿童有关的法院命令。⁹⁴ 委员会指出这种做法，在母亲若要取得任何父母权利即必须取得法院命令的年代，可能是有必要，但此情况显然已经改变。委员会的评论是：

“据离婚法院及裁判法院两者的研究显示，有争议个案所占的比率很低，所以通常未必需要作出命令来排解纠纷。命令反而会有可能被律师视为向办理离婚的客户所提供的“套餐的一部分”，以及有可能被法院视为其批准在离婚个案中所作安排的部分职责。”⁹⁵

5.48 委员会承认在无争议个案以及有争议个案中，为求符合儿童本身的利益是有可能需要作出命令，以达到下述目的：令现有安排保持稳定，澄清父母的各别职责，令将会与儿童同住的父母其中一方有信心，并且令负责提供房屋和入息支援的政府机构有信心该等安排确

⁹² 《1991年家事法律程序规则》（Family Proceedings Rules 1991）（SI 1991/1247）第2.39条。

⁹³ Aryton & Horton，同前，第1页。

⁹⁴ 英格兰法律委员会（1988），同前，第3.2段。

⁹⁵ 同上。

有作出。⁹⁶ 但委员会亦指出，父母是经常可选择在不诉诸法庭的情况下分居并为子女作出安排的。

“在比较友好的情况下办理的离婚，近年所占的比率可能已有增加，父母双方很可能是可以不经法院命令而为自己作出负责的安排。如子女与父母双方关系良好，则法律应尽可能少加干预。分配管养权和探视权的命令……总是带有风险，那就是会有分化父母职能的作用，而且也许会令子女与父母其中一方的关系变得疏离。”

97

5.49 委员会在此方面作出的建议所带来的后果，便是“除非法院认为对儿童而言，作出命令较完全不作出命令为佳”，否则法院不得根据《1989年儿童法令》作出命令。⁹⁸ 换言之，法院在每一个案中均须信纳作出命令是符合儿童的利益。正如我们在上文所见，法院可决定不作出命令，理由是父母双方所拟议作出的安排已令人满意。

5.50 这反映了《1989年法令》的理念，那就是除非作出命令对儿童有可表明的好处，否则应尊重家庭的完整性及独立性。如双方当事人已达成协议，法院必须特别相信为保障儿童的福利，命令是应该作出的。

5.51 不过，基达尼及马逊对此做法却有非议：

“〔不干预原则〕与福利原则之间是有某种程度的矛盾……。当父母双方意见一致时，法院几乎一定会认为无须深入调查和作出命令，因而没有处理关于儿童的意愿和福利的问题。”⁹⁹

⁹⁶ 同上。

⁹⁷ 同上。

⁹⁸ 《1989年法令》第1(5)条。

⁹⁹ Cretney & Masson，同上，第659页。法院不作出命令所造成的实际影响，在 *B v B (Grandparent: Residence Order)* [1992] Fam Law 490 一案中可见一斑。案中女童在母亲同意之下与外祖母同住，而外祖母为此向法院申请同住令，但教育当局却不愿意接受由外祖母掌权，并坚持在与女童有关的事宜上须征得母亲同意。有人表示担心如女童要接受紧急医治，便可能须征得母亲同意，而且也担心女童的母亲向来冲动，这有可能会令她随时将女童在外祖母照顾之下带走。法院的结论是如外祖母获判同住令，则对女童来说会是较好，而且能给予她较安定的生活。

福利清單

5.52 在已裁定須作出法院命令的案件中，《1989年法令》第1(3)條載有一份列明須予考慮因素的清單，以協助法院履行其落實福利原則的職責。該條規定：

“在第(4)款所述的情況中，¹⁰⁰ 法院須特別顧及一

- (a) 有關兒童的可查明意願和感受（須按其年齡和理解力而考慮）；
- (b) 其身體、感情和教育方面的需要；
- (c) 其情況有變對其所可能造成的影響；
- (d) 其年齡、性別、背景，以及法院認為有關的其他特徵；
- (e) 其所曾經受到或可能受到的傷害；¹⁰¹
- (f) 其父親、母親和法院認為與問題有關的人，能滿足其需要的能力有多大；
- (g) 法院根據本法令在有關法律程序中可行使的權力範圍。”

優點

5.53 英格蘭法律委員會把清單視作一種令法律更加一致和清晰的方法，並且是邁向更有系統地作出關乎兒童的決定的一步，所寄望的是所有有關的專業人員，均會以相同的基本因素為考慮點來落實福利原則。除此之外，亦寄望兒童與其父母同樣會覺得清單有助他們理解這方面的司法決定是如何作出。由於清單有可能令雙方當事人把注意力集中在有關的問題之上，並于一開始時便作出準備和提供有關證

¹⁰⁰ 有關情況是指法院正在考慮是否根據《1989年法令》作出命令，或是否更改或撤銷根據該法令作出的命令，而法律程序的任何一方當事人是對此表示反對的。

¹⁰¹ 請注意《1989年法令》第31條所指的對兒童造成“傷害”（指照顧令及監管令的情況），其定義已由《2002年領養及兒童法令》第120條修訂。“傷害”現時包括“因目睹或耳聞另一人遭虐待而所受的損害”。解釋該項2002年法令草案的有關條文的摘要說明述明：“該項修訂會適用於法院有採用《1989年法令》第1(3)條所載的福利清單的所有法律程序。這包括了要求作出聯繫令及同住令的法律程序。”請參閱上議院（2001-2002年度會期）——《領養及兒童法令草案》——摘要說明，第282段。

据，所以预计可避免延误及拖长聆讯所引致的开支，亦可避免为取得更多资料而把聆讯押后。¹⁰²

5.54 玛嘉烈·布芙大法官 (Dame Margaret Justice Booth) 支持使用清单：

“透过这份清单，法规规定法院在行使其酌情权时，须以案中儿童为首要考虑点。在一些查证事实有困难的情况下，例如查证是否有人作出性侵犯，或在一些案中成年人的关系复杂或性格刚烈的情况中，注意力的集中点很容易会从其未来会受影响的儿童身上移走，而改为集中于案中成年人身上。这项规定有教人叫好的作用，那就是能把法院纳回正轨。”¹⁰³

弊端

5.55 由于这份清单并非详尽无遗，法院可考虑未有列于清单之上的其他有关情况，所以个别法官仍获赋颇大的酌情权。¹⁰⁴ 此外，这份清单亦未有所订明所列各项因素之间的比重，故此法官可能认为某项因素是较其他因素更为加重要。

5.56 这份清单只适用于要求作出、更改或撤销《1989 年法令》所订命令的有争议申请。¹⁰⁵ 如果这份清单也同样适用于无争议的个案，则会加重法院的负担，因为这会令法院必须深入调查每宗个案。有人担心这会鼓励法院对拟议为儿童作出的安排不必要地加以干预。

¹⁰⁶

福利报告

5.57 每当法院根据《1989 年法令》考虑与一名儿童有关的任何问题时，法院可要求“有关服务的人员”¹⁰⁷ 或地区主管当局就“规定须在报告中处理的涉及该名儿童的福利的事宜”提交报告，而有关事宜都是有关报告所规定须予处理的”。¹⁰⁸ 虽然福利报告可发挥为

¹⁰² 英格蘭法律委員會 (1988)，同前，第 3.18 段。

¹⁰³ Dame Magaret Justice Booth, “The Children Act 1989 – the Proof of the Pudding” (1995) *Statute Law Review*, 卷 16 第 1 期，第 16 頁。

¹⁰⁴ Bainham (1990)，同前，第 44 頁。

¹⁰⁵ 《1989 年法令》第 1(4)條。

¹⁰⁶ 英格蘭法律委員會 (1988)，同前，第 3.19 段。不干預原則在本章的較前部分已作討論，它規定若然各方當事人能就如何處理兒童達成協議，法院即不得加以干預。

¹⁰⁷ 即隸屬兒童及家事法庭諮詢及支援服務 (Children and Family Court Advisory and Support Service) 的人員。本章下文對該服務有所討論，見第 5.149 至 5.150 段。

¹⁰⁸ 《1989 年法令》第 7(1)條。

法院作出独立事实评估并查明该名儿童的意愿和感受两大重要功用，但现时未有假定福利报告是应予提交的。¹⁰⁹ 英格兰法律委员会并无建议法院应有责任在每宗个案中均下令提交报告，因为这会对部分个案造成不必要的延误，并会令有限的资源更形紧绌。报告可按法院的规定而以口头或书面的方式作出。¹¹⁰

延误

5.58 现正实行的福利原则的另一环节，是关于法院在涉及儿童的法律程序中须避免延误的职责。《1989 年法令》订明，“在出现任何涉及子女教养问题的法律程序中，法院须予顾及的一般原则，是如就该等问题作裁定时有任何延误，儿童的福利便有相当可能会受损。”¹¹¹

5.59 在出现关于作出第 8 条命令的问题的法律程序中，法院必须订定时间表，以确保能在无延误的情况下裁定其所审理的问题，并作出其认为适当的指示，以确保时间表得获遵从。¹¹² 法院有责任监督案件的进度，并须假设除非显示情况相反，否则所有延误均会有损儿童的利益。¹¹³

订定时间表的理据

5.60 英格兰法律委员会对为何需要订定时间表的解释如下：

“就儿童的将来所进行的诉讼延宕日久，会对儿童造成严重伤害，因为这不但令他们感到忐忑不安，更会破坏其父母之间的关系，令彼此日后难以互相合作。此外，常见的后果便是待到聆讯开始之时，并非与儿童同住的

¹⁰⁹ 法律上有假定儿童的监护人可在公法案件中作出申述，可与此作一比较：见本章后面第 5.116 至 5.119 段。

¹¹⁰ 《1989 年法令》第 7(3) 条。报告中的陈述可能会因禁止传闻证供呈堂的规则而被裁定不可予以接纳：《1989 年法令》第 7(4) 条。（请与香港的《未成年人监护条例》（第 13 章）第 17 条作一比较。）

¹¹¹ 《1989 年法令》第 1(2) 条。

¹¹² 《1989 年法令》第 11(1) 条。

¹¹³ 延误可能有利于儿童的利益的情况也会发生，例如一份详尽的福利报告所得的好处是胜过延误取得这份报告的不利后果。订定时间表的程序，指明了所必须采取的各种步骤的期限，是由法院规则规管的。（见规管高等法院及郡级法院的法律程序的《1991 年家事法律程序规则》，以及规管裁判法院的法律程序的《1991 年家事法律程序法院（《1989 年儿童法令》）规则》（Family Proceedings Courts (Children Act 1989) Rules 1991) (SI 1991/1395)。）根据该等规则，在就案件进行的任何聆讯完结之前，必须编定一个确实的回报日，直至申请终于了结为止。时间一经编定，则除非有法院许可，否则不得延期。（亦见于 1993 年 11 月 22 日发出的实务指示，该份实务指示是规定当事人有责任估计就涉及儿童的法律程序而进行的聆讯所需的時間：[1994] 1 All ER 155。）

父母其中一方的处境已变得极度不利。令人遗憾的是，延误法律程序几乎总是对一方当事人有利……而且……在此期间令联系有困难也是对一方当事人有利。”¹¹⁴

与家事法律程序中的儿童有关的命令

引言

5.61 正如我们在前面的章节所见，在《儿童法令》体制之下的法院，除非认为对儿童而言，作出命令较完全不作出命令为佳，否则是受到指示不得就儿童作出任何命令的。¹¹⁵ 换言之，“法院只在有真实问题需要解决之时才可干预儿童的生活，而不是只当作例行公事来处理。”¹¹⁶ 故此，如果双方当事人能就自己子女的安排达成协议，通常是不会有命令作出的，“这当中的逻辑便是如无冲突，即再无必要施加命令。”¹¹⁷

5.62 如有需要作出命令，¹¹⁸ 《1989年法令》第8条订有以下四种命令：

- (1) *同住令*是订明儿童须与何人（此人可以是儿童父母以外的人）同住的安排的命令；
- (2) *联系令*规定与儿童同住的人须容许该儿童探望命令所指定的人或与此人暂住；
- (3) *指定事项令*指为裁决某个涉及对儿童的父母责任的任何一方面而已经或可能出现的指定问题而作出指示的命令；及
- (4) *禁止行动令*指规定任何人未经法院同意不得采取属命令所指明的该类行动的命令，而该类行动是父母任何一方为履行对子女的父母责任所可采取的。

5.63 旧有的一套命令体系受到批评，被指为关注父母其中一方可否控制另一方与子女在一起时的行为，多于确保每一方与子女在一起

¹¹⁴ 英格蘭法律委員會（1988），同前，第4.55段。延誤令現狀牢不可破，使到提出爭辯要求改變並不容易。

¹¹⁵ 見Aryton & Horton，同前，第1頁。

¹¹⁶ 同上。

¹¹⁷ 同上。

¹¹⁸ 法院可在出現涉及兒童福利問題的家事法律程序中作出命令：《1989年法令》第10(1)條。

时能各自善尽其职。¹¹⁹ 第 8 条命令的重点不在于分配抽象的权力，而是着眼于处理实际问题。¹²⁰ 由于一般是假设父母双方会继续肩负父母责任，所以法院再无必定处理谁人应有法定管养权或实际管养权的问题。这正与该法令的基本理念相契合：如父母在教养自己子女方面已可互相合作，法律应尽可能少加干预。如父母双方之间合作有困难，第 8 条命令应“减少注码”，使情况不会成为“胜者全得”或“败者全失”，这是与旧有的管养令及探视令有分别同的。¹²¹ 英格兰法律委员会会有以下的评论：

“在定出一套命令体系去取代现有法律时，我们一直都紧记于心的一点，便是有清楚的证据显示，在父母分居或离婚后生活得最好的儿童，是那些能与父母双方均保持良好关系的儿童。法律未必能取得这个效果——其实我们最清楚不过的就是法律在改变人际关系之上的局限——但最低限度来说，法律不应成为绊脚石。”¹²²

5.64 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，非同住的父或母所继续负有的父母责任，其实有可能是象征多于实质，¹²³ 因为他不能作出任何不符合法院命令的行动，¹²⁴。再者，正如我们会在下文见到，法院在同住令中订立具体条件的权力是非常广阔的。¹²⁵

同住令

5.65 同住令是“订明儿童须与何人同住的安排的命令”。¹²⁶ 这命令可单是指名儿童须与之同住的人或列明同住安排的细节。

5.66 尽管“同住令”本身的定义狭隘，但法院曾广义地阐释该命令的涵盖范围。在有关 P (儿童) (父母责任令) 一案 (*Re P (Child) (Parental Responsibility Order)*) 中，威尔逊 (Wilson) 法官表明同住令“赋予〔同住的父母其中一方〕权利，就日常打理这孩子的生活的过程中所发生的一切事宜作出决定。”¹²⁷

¹¹⁹ 英格蘭法律委員會 (1988)，同前，第 4.8 段。

¹²⁰ *Aryton & Horton*，同前，第 13 頁。

¹²¹ 英格蘭法律委員會 (1988)，同前，第 4.5 段。

¹²² 同上。

¹²³ *Bainham* (1990)，同前，第 3.10 段。

¹²⁴ 《1989 年法令》第 2(8)條。

¹²⁵ *Cretney & Masson*，同前，第 637 至 677 頁。

¹²⁶ 《1989 年法令》第 8(1)條。

¹²⁷ [1993] 2 FCR 689.

5.67 同住令可就两名或以上并非同住的人作出。在此类个案中，同住令可能会指明儿童须在不同住所居住的时间。¹²⁸ 因此，虽然法院并不鼓励作出分时同住安排，但在《1989年法令》之下是有可能作出这种安排的。¹²⁹ 上诉法院表明，上诉法院必须先看到这种分时同住安排对儿童的确有好处，然后才会裁定情况特殊有充分理由支持作出这种命令。¹³⁰

5.68 如父母双方同住连续超过六个月，同住令便会停止生效。¹³¹ 虽然这有可能会被视为妨碍夫妇修好，但英格兰法律委员会认为，当儿童是与父母双方同住时，继续执行一项规定儿童只能与父母其中一方同住的命令是不切实际的。委员会认为如果父母再次分居，届时的情况也可能有变，所以让其中一方（以前与儿童同住者）自动处于较强的形势是错误的。¹³²

儿童的姓氏

5.69 所有同住令均自动附有条件，规定未经负有父母责任的每一方的书面同意或法院许可，不得更改儿童的姓氏。¹³³ 英格兰法律委员会认为，儿童的姓氏是其身分以及与父母的关系的一个重要象征，很明显不是一桩与儿童同住的父母其中一方单方面采取行动的事情。¹³⁴

把儿童迁离其所属司法管辖区

5.70 由于把儿童带往海外一段长时间足以影响儿童与父母另一方的关系，故此所有同住令均附有另一项条件，规定未经对儿童负有父母责任的人的书面同意或法院许可，不得把儿童迁离联合王国超过一个月。¹³⁵

¹²⁸ 《1989年法令》第11(4)条。

¹²⁹ 在《1989年法令》制定之前，英格兰的上诉法院在 *Riley v Riley* [1986] 2 FLR 429 一案中，以儿童需要一个安定的家为理由，反对分时同住安排，但这项决定实际上已给该法令推翻了。该法令中並無條文訂明作出共同同住令會令各照顧者有責任互相徵詢意見，但共同同住令是可以列明這項規定的。

¹³⁰ *A v A (Minors: Shared Residence Order)* [1995] 1 FCR 91.

¹³¹ 《1989年法令》第11(5)条。

¹³² 英格兰法律委员会（1988），同前，第4.13段。

¹³³ 《1989年法令》第13(1)条。

¹³⁴ 英格兰法律委员会（1988），同前，第4.14段。当要求更改儿童的姓氏时，是无须取得儿童同意更改其姓氏的，但儿童可以申请禁止行动令或指定事项令，以免自己的姓氏被更改。

¹³⁵ 《1989年法令》第13(1)(2)条。

5.71 获判同住令的人可把儿童迁离其所属司法管辖区不超过一个月。这样做的目的是容许该一方在不必征求非与儿童同住的另一方同意并无须作出通知之下作出度假安排。暂时迁离的次数不受限制，但非同住的父或母如忧虑儿童可能会被永久迁离，是可要求作出禁止行动令或要求法院对同住令附加条件的。

未婚父亲

5.72 未婚父亲可就子女申请同住令。如果他申请成功但其本人却未有透过协议或法院命令取得父母责任，法院便必须另外把父母责任令判给他。¹³⁶ 这当中的理据是如果容许他与儿童同住，不让他负上全面的父母责任便会是错误的。法院只能在同住令不再有效之后才可以把父母责任令划上句号。¹³⁷

联系令

5.73 联系令是“*一项规定正在或将会与儿童同住的人须容许儿童探望命令所指名的人或与该人暂住或以其他方式互相保持联系的命令。*”¹³⁸ 旧有的探视令是以成年人为本位，准许另一人探望儿童；但联系令则以儿童为本位，规定与儿童同住的人须容许儿童与父母另一方或命令所指名的另一人保持联系。联系令通常容许合理的联系，但也可指定探望的次数、频密程度和地点。联系令的定义中的“*以其他方式互相保持联系*”一语显示，法院可下令以其他方法保持联系，例如发放电邮、互相通信或致电对方。

指定事项令

5.74 指定事项令是“*一项为裁决某个涉及对儿童的父母责任的任何一方面而已经或可能出现的指定问题而作出指示的命令*”，¹³⁹ 其目标不在于给予父母其中一方“*权利*”就某一点作出决定，而是在于令父母任何一方均可向法院提出申请，要求按照福利原则对某项争议作出裁决。即使某人并无父母责任（例如未婚父亲），他仍可就涉及例如儿童的重大医疗或教育等事宜而申请指定事项令。法院在考虑是项申请时，可决定下令让父母每一方均可在有关情况出现时作出该等

¹³⁶ 《1989年法令》第12(1)(3)条。同一原则亦适用于本身不是儿童的父母或监护人的申请人：
《1989年法令》第12(2)条。

¹³⁷ 《1989年法令》第12(4)条。

¹³⁸ 《1989年法令》第8(1)条。

¹³⁹ 同上。

決定，又或者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之前，不得作出某些决定。¹⁴⁰

禁止行动令

5.75 禁止行动令是“一项规定任何人未经法院同意不得采取属命令所指明的该类行动的命令，而该类行动是父母任何一方为履行对子女的父母责任所可采取的。”¹⁴¹ 订立禁止行动令旨在将法院监护安排（本章下文会有讨论）的最珍贵特色纳入法定司法管辖权内。

5.76 在某些情况下，法院是有必要继续担当儿童父母之职的。法院在令儿童成为受法院监护的人时，会施加一项含糊的规定，指明未经法院许可不得采取任何“重要行动”。禁止行动令则较为明确，法院会列明须转呈法院处理的事项，而儿童的教育和医疗便是可透过此命令来解决的事宜。¹⁴²

5.77 指定事项令和禁止行动令的局限，同样都是只涉及父母责任的某一方面，而且作出上述两项命令，均不应冀望可收到同住令或联系令所可以收到的效果。¹⁴³ 这是为了预防一个轻微的风险（特别是在无争议的个案之中），那就是有人可能会利用这些命令以收与同住令或联系令相同的实际效果，但却可避免有相同的广泛法律效力。¹⁴⁴

补充条文

5.78 在作出第 8 条命令时，法院可：¹⁴⁵

- (a) 附带发出如何实施该命令的指示；
- (b) 施加下列人士所必须遵行的条件：
 - (i) 获判该命令的人；

¹⁴⁰ 英格蘭法律委員會認為預先給予父母其中一方作出某項決定的權利，而另一方又必須將該項決定付諸實行，是與現代法律的整體精神相悖的。委員會尤其不贊同舊式的“分權”令，而該種命令是把管養權交予父母其中一方但照顧和管束權卻交予另一方的：英格蘭法律委員會(1988)，同前，第 4.18 段。

¹⁴¹ 《1989 年法令》第 8(1)條。

¹⁴² 如已有同住令或聯繫令的話，法院便有權力施加條件，可無須作出禁止行動令。

¹⁴³ 《1989 年法令》第 9(5)條。故此舉例來說，一項下令兒童須由父親交還母親的指定事項令是違反該法令第 9(5)條的：1992 年 10 月 14 日於家事庭審結的 *M v C (Children Orders: Reasons)* 一案，此案於 [1993] *Fam Law* 433 有作彙報。

¹⁴⁴ 英格蘭法律委員會（1988），同前，第 4.19 段。

¹⁴⁵ 依據《1989 年法令》第 11(7)條。

(ii) 儿童的父母或其他对儿童负有父母责任的人；
或

(iii) 现时与儿童同住的人；

而该等条件是示明适用于此等人士的；

(c) 指明该命令或其中任何条款的有效日期；

(d) 按其认为适当者而订明附带、补充或相应条款。

5.79 作出指示的权力主要是为法院而设，以确保在法院下令更改儿童的现有安排的个案中能有顺利的过渡，¹⁴⁶ 作出指示的权力亦可用以确保在改变儿童住所前会有一段缓冲时间，或用以更清楚指明在联系令之下须以甚么方式来保持联系。

5.80 施加条件和订明其他附带或补充条款的权力，能让法院解决个别纠纷，或就日后如何解决该项纠纷作出指示。¹⁴⁷ 英格兰法律委员会列举了多个例子，说明如何在实际上使用该项权力。¹⁴⁸ 例如在儿童应在哪所学校就读之上若有争议，同住令可附加一项指明儿童须在某所学校就读的条件。在另一宗个案中，如确是害怕非与儿童同住的父母其中一方，可能会在与儿童联系期间把儿童永久迁离其所属国家，联系令便可附加一项禁止任何迁离行动的条件。在第三个例子之中，若然真的担心将与儿童同住的父母其中一方，在儿童有需要接受输血时会不让儿童接受输血，则同住令的条件之一，可以是规定与儿童同住的父母其中一方须通知另一方以便后者能同意此事，又或者“法院可下令输血可基于特定的医学意见进行而无须取得是项同意。”¹⁴⁹

5.81 指明命令或其中所载任何条款的有效期的权力，目的在于保留《1973年婚姻诉讼法令》之下的较灵活情况，那就是“临时”命令与“最终”命令之间并无硬性分别。¹⁵⁰ 事实上，《1989年法令》已清楚表明，法院即使未能终于了结法律程序，仍可于法律程序进行

¹⁴⁶ 英格蘭法律委員會(1988)，同前，第 4.22 段

¹⁴⁷ 同上，第 4.23 段。

¹⁴⁸ 同上。

¹⁴⁹ 同上。在最後的一個例子中，英格蘭委員會認為行使這項權力來解決問題，會比那舊有的把管養權交予父母其中一方而照顧及管束權則交予另一方的“分權”令更為務實和可行。

¹⁵⁰ 同上，第 4.24 段。

期间随时作出第 8 条命令。¹⁵¹ 故此在《1989 年法令》之下，临时命令与最终命令之间是再无任何区别的。

有关的儿童

5.82 如在家事法律程序中出现涉及“任何儿童”的福利的问题，法院可就该儿童作出第 8 条命令，¹⁵² 甚至可就双方当事人不当作是家庭子女的儿童作出命令。¹⁵³

5.83 儿童在《1989 年法令》之下的定义是指未满 18 岁的人。¹⁵⁴ 不过，除非情况特殊，¹⁵⁵ 否则不能就年满 16 岁的人作出第 8 条命令，而任何命令亦不得示明于儿童度过 16 岁生辰之后仍然有效。¹⁵⁶ 故此除非一项命令是示明于儿童度过 16 岁生辰之后仍然有效，否则该项命令会在儿童年满 16 岁时变为无效。¹⁵⁷ 在此情况中，命令是会在儿童年满 18 岁时变为无效的。¹⁵⁸

5.84 英格兰法律委员会解释说，16 岁是儿童可以离开校园，寻觅全职工作，并因此而本身有权享有某些利益或自由度的年龄。¹⁵⁹ 英格兰法律委员会留意到儿童年纪愈长，试图对他强制执行一项他从未参与其事的命令便愈见有欠公允。¹⁶⁰

可作出命令的情况

5.85 可作出与儿童有关的命令的情况共有三种：

- (a) 在家事法律程序进行期间按提出的申请而作出；¹⁶¹
- (b) 法院在家事法律程序进行期间自行动议作出；¹⁶² 及
- (c) 在未有任何其他法律程序进行时，应完全独立的申请而作出。¹⁶³

¹⁵¹ 《1989 年法令》第 11(3) 条。

¹⁵² 《1989 年法令》第 10(1) 条。

¹⁵³ 在决定非属儿童的父母或监护人的人可否在未得法院许可之下要求作出命令时，儿童是否为“家庭子女”仍是重要的考虑因素：见《1989 年法令》第 10(4)(a) 及 10(5)(a) 条。

¹⁵⁴ 《1989 年法令》第 105(1) 条。

¹⁵⁵ 举例来说，年龄超过 16 岁但心智尚未成熟或有智障的人。

¹⁵⁶ 《1989 年法令》第 9(6) 至 9(7) 条。

¹⁵⁷ 《1989 年法令》第 91(10) 条。

¹⁵⁸ 《1989 年法令》第 91(11) 条。

¹⁵⁹ 英格兰法律委员会（1988），同上，第 3.25 段。

¹⁶⁰ 同上。

¹⁶¹ 《1989 年法令》第 10(1)(a) 条。

¹⁶² 《1989 年法令》第 10(1)(b) 条。

5.86 可作出的命令的类别和有权申请作出这些命令的人，在所有家事法律程序都是一样的。这样做的目的是提供一套一致而清晰的统一体制，让人人都知道自己所处的地位。¹⁶⁴ 如可能的话，命令须于现时就有关系家庭所进行的法律程序进行期间作出。这是旨在避免工作重复以致造成浪费，并确保涉及同一名儿童的所有申请都尽可能得以一并处理。¹⁶⁵

5.87 我们在上文已可见到，法院有权“在出现涉及儿童福利问题的家事法律程序中”作出第 8 条命令。¹⁶⁶ “家事法律程序”的定义，几乎囊括所有可提出对子女教养有影响的问题的法律程序，¹⁶⁷ 这个定义包括了在高等法院的固有司法管辖权之下就儿童所提起的法律程序，而这主要是法院监护法律程序。如有人提起法院监护法律程序，法院可对之加以处理而无须以作出第 8 条命令的方式来加以处理。英格兰法律委员会希望这样做，能减少在无须法院作出积极监护的个案中使用法院监护安排。英格兰法律委员会解释说：

¹⁶³ 《1989 年法令》第 10(2) 条。

¹⁶⁴ 英格兰法律委员会(1988)，同上，第 4.33 段。

¹⁶⁵ 同上。

¹⁶⁶ 《1989 年法令》第 10(1) 条。

¹⁶⁷ 《1989 年法令》第 8(3) 及 8(4) 条。“家事法律程序”包括在高等法院的固有司法管辖权下就儿童进行的法律程序（例如法院监护安排），以及根据下列成文法规进行的法律程序：《1989 年儿童法令》的第 I、II 及 IV 部（第 I 部的规管范围是父母责任及监护权，第 II 部的规管范围是同住令、联系令、指定事项令及禁止行动令，而第 IV 部的规管范围则是照顾令及监管令）；《1973 年婚姻诉讼法令》（离婚及婚姻无效）；《1976 年领养法令》（Adoption Act 1976）及《2002 年领养及儿童法令》（领养）；《1978 年家事法律程序及裁判法院法令》（Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978）（经济给养）；《1984 年婚姻及家事法律程序法令》（Matrimonial and Family Proceedings Act 1984）的第 III 部（经济给养）；《1996 年家事法法令》（不准骚扰令及佔用令）；《1998 年犯罪及行为不检法令》（Crime and Disorder Act 1998）的第 11 及 12 条（儿童安全令）。

“这些建议的主要目标，是减少行使高等法院的法院监护司法管辖权的需要。在很多个案中，动用法院监护其实不是因为需要法院继续履行父母责任，而是因为别无其他法律程序可供采用罢了。一旦有其他法律程序可供采用，法院本身便可能会更倾向于拒绝行使司法管辖权，又或者起码会以这种方式来处理有关的法律程序。”¹⁶⁸

5.88 根据《1973年婚姻诉讼法令》提起的法律程序亦包括在内，而这是扩阔了法院在离婚、裁判分居或经济济助的法律程序中就儿童而具有的权力。故此，在离婚呈请被驳回、申索经济济助失败或要求更改赡养协议时，法院仍可作出第8条所订立的一整列命令。¹⁶⁹

可提出申请的人

5.89 在旧有的法律之下，监护人所提出的申请是受到“杂乱无章的限制”，此外又有“一系列令人困惑的条文”，容许父母或监护人以外的人要求获判管养权和探视权；¹⁷⁰ 过往所存在的限制，是可以透过令儿童成为受法院监护的人而避免的。《1989年法令》的目的是减少使用法院监护安排的需要，删除关于发言权的技术性规定，并确保任何真正关心儿童的福利的人均可在家事法律程序中向法院提出申请。

5.90 第10条容许“有权申请”第8条所订命令或已向法院取得申请许可的人提出该项申请。第9条限定只许地区主管当局以外的人申请作出第8条命令。¹⁷¹

有权无需许可而提出申请的人

5.91 下列三类人士有当然权利可申请作出任何一种第8条命令：

- (a) 父母（包括未婚父亲）；
- (b) 监护人；及
- (c) 获判现正有效的同住令的人。¹⁷²

¹⁶⁸ 英格蘭法律委員會(1988)，同上，第4.35段。

¹⁶⁹ Cretney & Masson，同前，第671頁。

¹⁷⁰ 英格蘭法律委員會（1988），同上，第4.39段。

¹⁷¹ 要理解這項限制，我們須明白《1989年兒童法令》雖然是把公法與私法結合起來，但在法令之中，公法與私法之間權力仍有劃分。第9條也限定，地區主管當局所安排的寄養父母，除非已取得主管當局同意，並且本身是兒童的親屬，否則不得提出申請。如果未能符合上述兩項條件，則兒童必須與寄養父母同住已有三年。（這個以往所指定的三年期限，已由《2002年領養及兒童法令》第113條縮短為一年。）

¹⁷² 《1989年法令》第10(4)條。

5.92 第 10(5)条列出可无需许可而申请同住令或联系令的人所须符合的准则。这些人包括有：

- (a) 婚姻（无论是否仍然续存）的任何一方，而儿童是其家庭子女；¹⁷³
- (b) 在过去五年内与儿童的同住时间合计最少有三年的任何人士；¹⁷⁴ 及
- (c) 符合下列条件的人：
 - (i) 如对儿童来说现正有同住令生效，此人已取得获判该命令的每一人同意；
 - (ii) 如儿童现正由地区主管当局照顾，此人已取得地区主管当局的同意；或
 - (iii) 如属其他情况，此人已取得每一名对儿童负有父母责任的人的同意。¹⁷⁵

5.93 已申请作出命令或属联系令所指名的人，均有权申请更改或撤销该命令。¹⁷⁶ 法院规则可订明其他各类有当然权利可申请作出命令的人。¹⁷⁷

取得许可而提出申请

5.94 须先取得法院许可才能申请作出第 8 条命令的申请人可分为三类：

- (a) 地区主管当局所安排的寄养父母；¹⁷⁸
- (b) 其他没有权利提出申请的人；¹⁷⁹ 及
- (c) 法律程序所涉及的儿童。

¹⁷³ 《1989 年法令》第 10(5)(a)条。这类别包括继父／继母。关于“家庭子女”的涵义，可参阅《1989 年法令》第 105(1)条。

¹⁷⁴ 《1989 年法令》第 10(5)(b)及 10(10)条。

¹⁷⁵ 《1989 年法令》第 10(5)(c)条。

¹⁷⁶ 《1989 年法令》第 10(6)条。

¹⁷⁷ 《1989 年法令》第 10(7)条。

¹⁷⁸ 《1989 年法令》第 9(3)至 9(4)条。

¹⁷⁹ 《1989 年法令》第 10(1)(a)(ii)条。

5.95 法院在考虑是否把许可给予非属以上各类有当然权利可申
请作出第 8 条命令人士的人时，法院须特别考虑以下因素：

- (a) 拟议提出的申请的性质；
- (b) 申请人与儿童的关系；
- (c) 儿童的生活有受到干扰的风险，以致拟议提出的申请会令
他受到伤害；及
- (d) 如儿童是受地区主管当局照顾：
 - (i) 主管当局为儿童的将来所订的计划；及
 - (ii) 儿童的父母的意愿和感受。¹⁸⁰

儿童作为一方当事人

5.96 如要求作出第 8 条所订命令的申请是由案中儿童提出，¹⁸¹ 则
法院只会在信纳该名儿童“具有充分理解力提出拟议的申请”时才会
给予许可。¹⁸² 这项规定是旨在确保申请是由儿童本人而非对儿童有
影响力的成年人提出。如儿童未能取得许可申请作出命令，他仍可加
入成为法律程序的一方。¹⁸³

5.97 根据《1989 年法令》和高等法院的固有司法管辖权，儿童
也可申请许可，在没有诉讼保护人或诉讼监护人的情况下展开法律程
序或在法律程序中抗辩，方式是以请求书列明申请理由或于任何聆讯
中作出口头请求。¹⁸⁴ 以前的规定是除非透过诉讼保护人或诉讼监护
人，否则未成年人不得提起法律程序或在法律程序中抗辩，现有做法
是放宽了这项规定。此外，如果律师经考虑儿童的理解力后，认为儿
童能够作出指示，并已接受指示代表儿童行事，则儿童也可在没有诉
讼保护人或诉讼监护人的情况下进行法律程序。¹⁸⁵

¹⁸⁰ 《1989 年法令》第 10(9) 條。

¹⁸¹ 根據《1989 年法令》第 10(8) 條。

¹⁸² 《1989 年法令》第 10(8) 條。

¹⁸³ Cretney & Masson, 同前, 第 691 頁。不過, 這項司法管轄權只是用以解決與兒童有關的重要事宜。在 *Re C (Minor: Leave to Apply for Order)* [1994] 1 FCR 837 一案中, 一名 14 歲的女童向法院申請許可, 要求法院作出請指定事項令讓她與朋友度假, 但申請不獲批准。

¹⁸⁴ 《1991 年家事法律程序規則》第 9.2A 條, 由 SI 1992/456 的第 9 條加入。

¹⁸⁵ 同上。

规定须取得许可的理据

5.98 规定须取得许可是旨在保障儿童及其家人，以免他们的舒适和安全受到不当干扰，同时并确保儿童的权益会妥为受到尊重。英格兰法律委员会有此评论：

“除非父母采取某项行动的决定，或更有可能的是不采取某项行动的决定，会严重危害子女的福利，否则几乎不会有好理由来干预父母履行其职责，但也只有牵涉在代他们采取该项行动之中的人，才会有所规定的利害关系（医疗便是明显例子）……。在新体制之下，每当有好理由相信儿童的福利会有得益，有关问题便可提交法院处理。”¹⁸⁶

强制执行第 8 条命令¹⁸⁷

5.99 根据《1980 年裁判法院法令》（Magistrates' Courts Act 1980），由裁判法院作出的第 8 条同住令是可以强制执行的，方式是向失责人士处以罚款，或将失责人士监禁，直至该失责行为已获补救或为期不超过两个月。¹⁸⁸ 法院可自行动议或应投诉采取行动。¹⁸⁹

5.100 在郡级法院和高等法院中，违反法院命令可当作藐视法庭罪来处罚。¹⁹⁰ 藐视者可因违反高等法院命令而被判处监禁达两年，其财产可遭扣押或其本人可被判处罚款。¹⁹¹ 根据规定，有关命令必须附有警告通知书，¹⁹² 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。¹⁹³

¹⁸⁶ 英格蘭法律委員會(1988)，同上，第 4.41 段。

¹⁸⁷ 一般資料可參閱 Lowe (1992) 4 *Journal of Child Law* 26。

¹⁸⁸ 見《1989 年法令》第 14 條、《1980 年裁判法院法令》第 63(3)條及《1986 年家事法法令》第 34(3)條。這項權力只適用於同住令，是附加於裁判法院本身所可採取的任何其他強制執行措施的：見 Ayrton & Horton，同前，第 180 頁。

¹⁸⁹ 《1981 年藐視法庭法令》（Contempt of Court Act 1981）第 17(1)條及附表 3。

¹⁹⁰ 包括同住令以外的命令。

¹⁹¹ 《1981 年藐視法庭法令》第 14 條。

¹⁹² 這通知書是警告命令所針對的人士，不遵從命令會構成可判處監禁的藐視法庭罪。見以下各項規則：《1998 年民事程序規則》（Civil Procedures Rules 1998）（SI 3132）附表 1 第 50(3)條規則、《最高法院規則》（Rules of the Supreme Court）第 45 號命令第 7(4)條規則，以及《1998 年民事程序規則》附表 2 第 50(4)條規則和《郡級法院規則》（County Courts Rules）第 29 號命令第 1(3)條規則。

¹⁹³ 關於有關的程序，見以下各項規則：《1998 年民事程序規則》附表 1 第 50(3)條規則、《最高法院規則》第 45 號命令第 5 條規則、《最高法院規則》第 52 號命令、《1998 年民事程序規則》附表 2 第 50(4)條規則，以及《郡級法院規則》第 29 號命令第 1 條規則。如引致提出交付羈押令申請的法律程序，是關乎法院監護安排，或是純粹或主要關乎幼年人的監護、管養或教養或關乎幼年人的探視權，則法院可進行非公開的聆訊：《1998 年民事程序規則》附表 1 第 50(3)條規則、《最高法院規則》第 52 號命令第 6 條規則。

5.101 如第 8 条命令规定某人须将儿童交给另一人，而作出命令的法院信纳儿童尚未被交出，则该法院可作出命令授权法院人员进入有关处所（有需要时可使用武力）以寻找儿童、将之管领并交给上述的另一人。¹⁹⁴

5.102 强制执行的权力应视为非不得已时才采用的补救方法。基达尼及马逊指出：

“实际上来说，各个法院均似乎不愿行使其强制执行的权力，但若是确保儿童能归还同住的照顾者，则属例外……。联系令所带来的强制执行问题更为棘手；与儿童同住的父母其中一方，如拒绝让另一方与儿童联系便可能会遭监禁，但这通常都不符合儿童的最佳利益……。在强制执行联系令前，法院或会尝试界定该命令或删除其条款，令之较为容易接受。不过，受到另一方无法平息地提出反对的父母其中一方，是不能期望法院同意这种情况会令到与儿童联系变得不可取。法院可能会作出家庭援助令，希望福利工作人员能作出可以接受的安排，法院甚至可能会威胁更改儿童的住所或对父母责任的另一方面加以限制。”¹⁹⁵

法院的其他权力

司法管辖权

5.103 《1989 年儿童法令》设立了一个新的司法管辖架构来处理儿童案件。“在这个架构之下，所有关乎同一名儿童的法律程序首次可以在同一所法院中一并聆讯，而同一套规则亦会适用于所有法院和所有法律程序（但法院监护安排除外，而此类安排主要是归于私法范畴之内的）。”¹⁹⁶

5.104 《1989 年儿童法令》第 92(7)条设定共同司法管辖权，让高等法院、郡级法院及家事法律程序裁判法院可聆讯所有关乎儿童的法律程序。该条规定，就该法令而言，凡有提述“法院”之处，均指“高

¹⁹⁴ 《1986 年家事法法令》第 34 条，该条是由《1989 年儿童法令》附表 13 的第 62 及 70 段修订的。

¹⁹⁵ Cretney & Masson，同前，第 713 至 714 页。不过，有关“无法平息地”提出反对（或“无法平息地怀有敌意”）的父母这个司法概念，曾经受到一些批评，特别是在情况涉及聯繫和家庭暴力之时：见本章下文的讨论和后面第 11 章的讨论。

¹⁹⁶ Scott, “Problems in Court Structures and Processes” (1993) 44 CLP 15, 第 24 至 25 页。

等法院、郡级法院或裁判法院”，而其主要目标则是“尽可能使命令划一，并使适用于各级法院的程序及补救方法保持灵活和一致。”¹⁹⁷

监管令

5.105 在《1989年法令》实施前，如有“特殊情况令儿童交由一名独立人士监管是可取”的话，法院可主动作出监管令或照顾令。¹⁹⁸ 不过，上述条文不能反映作出监管令所要达致的不同目的：那就是命令若是判给地区主管当局的，其目的是在于保护儿童免受伤害；若是判给福利工作人员或感化主任的，则是在于为父母提供短期援助，让他们能处理分居或离婚事宜，并促使他们日后互相合作。¹⁹⁹ 《1989年法令》澄清了有关情况，方式是让法院选择一是向地区主管当局发出“第37条指示”，一是作出“家庭援助令”。

家庭援助令

5.106 家庭援助令的目的是“令福利工作人员的短期介入家庭以协助其解决与分居或离婚相关的问题和纷争成为正式的做法”。²⁰⁰ 在法院有权作出第8条命令的家事法律程序中，不管是否已有第8条命令作出，法院均可作出家庭援助令。²⁰¹ 家庭援助令只可由法院自行动议作出，但各方当事人也可在法律程序进行期间要求法院作出该令。²⁰²

5.107 家庭援助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“为命令所指名的人提供意见及协助，并（在适当情况下）与其建立友谊”。²⁰³ 命令所可能指名的人会是儿童、其父母或监护人、与儿童同住的人，或获判联系令而该令又正属有效期间的人。法院必须信纳有关个案情况“特殊”，以及命令所指名的每一人（儿童除外）均对有关安排表示同意。²⁰⁴

5.108 感化主任或地区主管当局辖下的人员的权力，只限于把应否更改或撤销有效的第8条命令一事转介法院处理。²⁰⁵ 任何涉及虐待或疏忽照顾儿童的问题，则应转介地区主管当局以采取行动。由于家

¹⁹⁷ Bainham (1990)，同前，第68至69页。

¹⁹⁸ 例如《1973年婚姻诉讼法令》第44(1)条。

¹⁹⁹ 英格蘭法律委員會(1988)，同上，第5.12段。

²⁰⁰ 同上，第5.19段。

²⁰¹ 《1989年法令》第16(1)条。

²⁰² Bromley & Lowe, *Bromley's Family Law* (1992)，第373页。

²⁰³ 《1989年法令》第16(1)(2)条。

²⁰⁴ 《1989年法令》第16(3)条。

²⁰⁵ 《1989年法令》第16(6)条。

庭援助令旨在提供短期援助，所以除非法院有指定较短的期限，否则其有效期为六个月。²⁰⁶ 不过，现时并无任何规定禁止法院再作命令。

第 37 条指示

5.109 根据旧有的法律，在私法法律程序中，法院可在特殊情况下自行动议作出监管令或照顾令。这是与《1989 年法令》那规定地区主管当局在保护儿童之上负有首要法定责任的政策相抵触的。为此，《1989 年法令》撤销了上述权力，反而赋予法院有限度的权力，可引发地区主管当局采取行动。

5.110 根据第 37 条，如在任何家事法律程序中有关乎任何儿童的福利的问题出现：

“而法院觉得可能适宜对该儿童作出照顾令或监管令，法院即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，或对该儿童或其家人提供协助，或就该儿童采取任何其他行动。主管当局必须于八周内向法院汇报结果。

5.111 如主管当局最后决定不申请命令，法院便无权作出照顾令或监管令。不过，在等待调查结果期间，法院是可作出临时监管令或照顾令的。²⁰⁷ 这既可杜绝延误的弊端，亦可确保在全面的命令作出前，主管当局已明白问题所在和大家在该命令之下会有甚么期望。²⁰⁸

儿童参与法律程序

儿童作为一方当事人

5.112 如儿童的父母或有利害关系的另一方当事人，申请就儿童作出同住令或联系令，儿童并不会因此而自动成为法律程序的一方当事人。²⁰⁹ 不过，正如我们在上文所见，在某些情况之下，儿童是可以申请命令，又或者根据《1989 年法令》加入成为法律程序的另一方当事人。²¹⁰

²⁰⁶ 《1989 年法令》第 16(5)条。

²⁰⁷ 《1989 年法令》第 38(1)及 38(2)条。

²⁰⁸ 英格蘭法律委員會（1988），同上，第 5.16 段。

²⁰⁹ Aryton & Horton，同前，第 111 頁。

²¹⁰ 請參閱本章的較前部分，見第 5.96 至 5.98 段。

儿童的意见

5.113 我们在本章的较前部分，已在谈及福利原则时讨论过列明须予考虑因素的法定清单。这份清单令法院在就任何关乎儿童教养的问题作裁定时，有责任顾及儿童的意愿和感受。²¹¹

5.114 英格兰法律委员会有评论如下：

“要查明儿童有甚么意见，所用的方式必须避免令儿童卷入父母的争执之中，避免强迫他们在父母之间作出‘选择’，或者避免令他们感到要为最终作出的决定负责。这通常最好是透过由福利工作人员作出报告的方式进行，虽然大部分〔的被谘询者〕均同意法院应保留其私下会见儿童的现有权力。”²¹²

5.115 至于儿童的意见会影响有关事宜的程度有多大，委员会也有指出：

“如父母已就子女在何处居住达成协议，并且本身已有据此作出安排，那么为迎合儿童的意见而试图改变这些安排，其实与法院强加意见一样，都不是切实可行的做法。毕竟父母如果团结一致，在就搬家或转职作决定时是一定会考虑子女意见的，但子女也不能期望自己的意愿会占上风。”²¹³

独立法律代表

5.116 根据《1989年儿童法令》第41(1)条，法院必须委任一名儿童监护人²¹⁴在某些指定的法律程序中代表儿童，“*但如法院信纳不*

²¹¹ 《1989年法令》第1(3)(a)条。

²¹² 英格蘭法律委員會（1988），同上，第3.23段。

²¹³ 同上。

²¹⁴ 在2001年，就公法法律程序而言，“*兒童監護人*”此一名稱代替了“*訴訟監護人*”（見《2001年家事法律程序（修訂）規則》第16條，SI 2001/821）。不過，“*訴訟監護人*”此一名稱仍然被用以描述在私法法律程序中獲委任代表兒童的人：見《1991年家事法律程序規則》第9.5條，而該條是由《2001年家事法律程序（修訂）規則》第31條修訂的。

必作此安排以维护儿童的利益，则属例外。”²¹⁵ 指定的法律程序是指涉及政府干预的法律程序，并包括：

- (a) 要求作出照顾令或监管令的申请；
- (b) 属下述情况的个案：法院已根据第 37 条向地区主管当局发出指示着令其调查儿童的情况，而法院亦已作出或正在考虑是否作出临时照顾令；
- (c) 属下述情况的个案：法院正考虑是否就属照顾令标的之儿童作出同住令；及
- (d) 就受照顾的儿童与他人保持联系而提出的申请。

5.117 儿童监护人²¹⁶ 通常是一名由法院委任以代表儿童行事的专业人员。²¹⁷ 如同“家事及法院报告人”（family and court reporter）（前为“法院福利工作人员”（court welfare officer）²¹⁸）一样，儿童监护人是负责就“最能符合儿童福利的方式”向法院提供意见。²¹⁹ 不过，家事及法院报告人的工作是对须予裁定的问题采取中立的做法，而儿童监护人则须确保儿童的观点会在法院获得积极的推动，例如传召各方当事人为儿童提供证据。²²⁰

²¹⁵ 《1989 年法令》第 41(1) 条实施了题为“*The Law on Child Care and Family Services*”（1987 年 1 月 Cm 62）的政府白皮书的第 57 段。该段建议诉讼监护人（已由一名隶属儿童及家事法庭咨询及支援服务的人员代替），不应继续只在看来儿童与父母其中一方或监护人之间是利益冲突的关于照顾的法律程序中才获委任。法院应有责任在所有该类个案中均委任一名隶属儿童及家事法庭咨询及支援服务的人员，但如看来是不必作此安排以维护儿童的利益，则属例外：见《霍尔兹伯里英国法大全》（*Halsbury's Statutes of England*）卷 6 第 471 页的“说明”部分，亦见《1991 年家事法律程序规则》第 9.5 条，而该条是由《2001 年家事法律程序（修订）规则》第 31 条修订的。

²¹⁶ 又或者是诉讼监护人，但这情况比较罕见。诉讼监护人是获委任在私法法律程序中代表儿童的：见《1991 年家事法律程序规则》第 9.5 条，而该条是由《2001 年家事法律程序（修订）规则》第 31 条修订的。英格兰近期所发出的一份实务指示有就下述事项列明指引：何时才适宜令儿童成为“非指明”家事法律程序（即与照顾儿童无关的家事法律程序或其他公法法律程序）的一方当事人，以及应否委任诉讼监护人：见《实务指示（家事法律程序：由律师代表儿童行事）》（*Practice Direction (Family Proceedings: Representation of Children)* [2004] 1 WLR 1180。

²¹⁷ 儿童监护人（在公法法律程序中）是在隶属儿童及家事法庭咨询及支援服务的人员之中委任。请参阅本章继续部分关于儿童及家事法庭咨询及支援服务的讨论。在私法法律程序中，获委任以代表儿童的诉讼监护人可能是隶属儿童及家事法庭咨询及支援服务的人员，法定代表律师或“另一名合适的人”：见《1991 年家事法律程序规则》第 9.5 条，而该条是由《2001 年家事法律程序（修订）规则》第 31 条修订的。

²¹⁸ 家事及法院报告人也是隶属儿童及家事法庭咨询及支援服务的人员。

²¹⁹ Ayrton & Horton，同前，第 112 页。

²²⁰ 同上。

5.118 在指定的（公法）法律程序中获委任的儿童监护人，是有责任按照法院规则来维护儿童的利益。²²¹ 他须就下述事项提供意见：儿童的意愿、儿童是否就任何目的而言均有足够的理解力、法院对儿童所可选择采取的做法、法院征询其意见的任何其他事宜。²²² 除非已有律师获得委任，否则儿童监护人须委任律师来代表儿童行事。²²³ 向律师所发出的指示，应由儿童监护人发出，²²⁴ 儿童监护人并必须在完成其调查后提交报告，就儿童的利益提供意见。²²⁵

5.119 如在根据《1989 年法令》提起的法律程序中并无委任儿童监护人，法院可以委任律师代表儿童。²²⁶ 不过，如有委任儿童监护人但儿童希望并且有能力自行发出指示，²²⁷ 而有关指示又与儿童监护人所作的指示互相矛盾，则已获委任的律师必须听取儿童所作的指示。²²⁸ 然而，儿童必须是有足够的理解力向律师发出指示，并且是想向律师发出指示的。²²⁹

5.120 虽然在根据《1989 年儿童法令》审理的公法案件中，由律师代表儿童行事是常规而非例外情况，但在私法案件中，由律师代表儿童行事却是例外情况而非常规。正如雅利顿及霍顿所评：

“如果儿童属于私法申请的标的，而该申请并无任何公法成分，那么说这做法只对数目有限的案件而言属于适当，也是持平之言。在私法案件中，儿童本身的意见和感受通常会透过福利工作人员而传达法院。”²³⁰

²²¹ 《1989 年法令》第 41(2)(b) 條。

²²² 《1991 年家事法律程序規則》第 4.11A(4) 條，而該條是由《2001 年家事法律程序（修訂）規則》修訂的。

²²³ 《1991 年家事法律程序規則》第 4.11A(1)(a) 條，而該條是由《2001 年家事法律程序（修訂）規則》修訂的。

²²⁴ 《1991 年家事法律程序規則》第 4.11A(1)(b) 條，而該條是由《2001 年家事法律程序（修訂）規則》修訂的。

²²⁵ 《1991 年家事法律程序規則》第 4.11A(7) 條，而該條是由《2001 年家事法律程序（修訂）規則》修訂的。

²²⁶ 《1989 年法令》第 41(3) 及 41(4) 條。亦見經由《2001 年家事法律程序（修訂）規則》修訂的《1991 年家事法律程序規則》第 4.12 條，以及《1991 年家事法律程序法院（《1989 年兒童法令》）規則》（SI 1991/1395）第 12 條。

²²⁷ 現時沒有規則訂明兒童須達至甚麼年齡才可視為有能力發出指示。Bromley 及 Lowe 所提議的粗略法則，是把 10 歲或以上的兒童當作有能力。Bromley & Lowe，同前，第 520 頁。

²²⁸ 《1991 年家事法律程序規則》第 4.12(1)(a) 條，而該條是由《2001 年家事法律程序（修訂）規則》修訂的。

²²⁹ 《1989 年法令》第 41(4)(b) 條。

²³⁰ Aryton & Horton，同前，第 111 頁。

儿童所作的证供

5.121 如果儿童明白自己有责任说真话，并且有足够的理解力去提出充分理由支持自己所作的证供，则法院可聆听儿童在未经宣誓的情况下所作的证供。²³¹ 在高等法院或郡级法院审理的民事法律程序中，或在裁判法院审理的家事法律程序中，即使有关于传闻证供的法院规则，就儿童的教养、赡养或福利所作的证供仍可获接纳。²³²

法院监护安排

5.122 法院监护法律程序在民事法律程序中有独特之处，因为它们所处理的不是解决诉讼人之间的权利问题，而是做一切有需要做的事情来为儿童谋福利。在有法院监护申请提出时，儿童即成为“受法院监护的人”，而未经法院同意，任何对儿童有影响的重大决定均不得作出。²³³ 在《1989年儿童法令》尚未制定之时，法院监护是高等法院的固有司法管辖权的一个重要环节，在儿童法律中发挥重要作用，但在该法令之下，法院监护司法管辖权所包含的多项元素，均被纳入法定机制之中，剩下法院监护来发挥残余的作用。²³⁴

公法法律程序

5.123 关于儿童法律的公法环节，高等法院以前根据《1969年家事法改革法令》（Family Law Reform Act 1969）把受法院监护的人交由地区主管当局照顾或监管的法定权力已被废除。²³⁵ 此外，高等法院也不得行使其固有司法管辖权，规定儿童须交由地区主管当局照顾或监管，或规定儿童须交由地区主管当局安排住宿。²³⁶

5.124 高等法院亦不得行使其固有司法管辖权，使属于照顾令标的之儿童成为受法院监护的人。²³⁷ 现时很清楚的是受照顾的儿童并不会在有人提出法院监护申请时成为受法院监护的人。²³⁸ 不过，高等法院仍可以行使其固有司法管辖权，就受照顾的儿童的个人问题作决定。

²³¹ 《1989年法令》第96(2)条。

²³² 《1989年法令》第96(3)及96(4)条；《1993年儿童（传闻证供的可接纳性）令》（Children (Admissibility of Hearsay) Order 1993）SI 1993/No 621。

²³³ 香港法改会，《国际性的父母携拐子女问题报告书》（2002年4月）第2.15至2.16段。

²³⁴ Cretney & Masson，同前，第707页。

²³⁵ 《1989年法令》第100(1)条。

²³⁶ 《1989年法令》第100(2)(a)(b)条。高等法院所能做的只限于根据第37条指令地区主管当局调查儿童的情况。

²³⁷ 《1989年法令》第100(2)(c)条。如儿童是受照顾的，任何人均不得要求作出第8条命令（同住令除外）：第9(1)条。

²³⁸ 《1981年最高法院法令》（Supreme Court Act 1981）第41(2A)条，而该条是由《1989年儿童法令》附表13第45(2)段增补的。在另一方面来说，就受法院监护的人作出照顾令是会终止该项法院监护安排：《1989年法令》第91(4)条。

5.125 此外，高等法院不得行使其固有司法管轄權，“以授权任何地区主管当局，就已经或可能出现的涉及父母责任的任何一方面的问题作出裁决。”²³⁹

私法法律程序

5.126 《1989 年法令》不会对私人使用法院监护安排直接造成影响。法院监护安排属于该法令中“家事法律程序”一词的定义范围之内，²⁴⁰ 并仍然用于解决涉及儿童的私人问题。该法令旨在把法院监护安排的最珍贵特色纳入法定司法管轄權內，从而减少行使高等法院固有司法管轄權的需要。²⁴¹ 由于法院根据第 8 条在所有家事法律程序中均获赋予广泛的权力，所以现时已较少需要依赖法院监护安排。因此，任何有利害关系的人如欲保障儿童的健康和福利，是可以使用法院监护安排，又或者在家事法律程序中申请禁止行动令或指定事项令。²⁴²

5.127 玛嘉烈·布芙大法官认为使用法院监护安排或行使高等法院固有司法管轄權现时应视为例外情况。她指出：

“法院监护安排应该只在法官明显觉得有下述情形出现时才使用：……涉及儿童的教养或财产的问题不能通过法定程序解决；……或当儿童的人身陷入险境，并只有凭借受监护的人的身分才能得到保护；²⁴³ 或证明这身分较诸一般的藐视法庭罪会更具阻吓作用。”²⁴⁴

5.128 基达尼及马逊指出，法院监护安排或法院的固有司法管轄權对属以下情况的个案仍有价值：²⁴⁵

- (a) 须动用高等法院的超卓技巧和无尚权威（若关于移交法律程序的规则能恰当地编配案件，则作别论）；
- (b) 可取得命令的速度属关键因素；

²³⁹ 《1989 年法令》第 100(2)(d) 條。

²⁴⁰ 第 8(3)(a) 條，即高等法院對兒童所具有的固有司法管轄權。

²⁴¹ 英格蘭法律委員會（1988），同前，第 4.18 至 4.20 段；《英國上議院議事錄》（Hansard HL Deb, 6 Dec 1988, Vol 502, col 493）。

²⁴² 舉例來說，為求有充分理由支持自己未經兒童父母同意而醫治兒童，醫療專業人員可透過法院監護安排或要求法院作出指定事項令，以取得法院授權採取違反兒童父母意願的行動。兒童的父母如有意阻止醫療專業人員醫治子女，也同樣可透過法院監護安排或要求法院作出指定事項令來這樣做。

²⁴³ 原訴傳票一經發出，兒童即成為受法院監護的人，而未經法院同意是不得採取任何在兒童的生活中屬於“重要的行動”。

²⁴⁴ Dame Margaret Justice Booth，同前，第 19 頁。

²⁴⁵ Cretney & Masson，同前，第 706 至 707 頁。作出法院監護安排只是高等法院的固有政府監護權司法管轄權的用途之一。除了法院監護安排外，高等法院亦可根據其固有的司法管轄權就兒童而作出命令：見 Bromley & Lowe，同前，第 459 頁。

- (c) 须取得强制令以控制第三者的行为(若能引入家庭暴力法例方面的改革,则作别论);²⁴⁶ 及
- (d) 由法院继续作出某程度上的监管或属可取的做法。

私隱权

5.129 《1989年儿童法令》订明,可根据《1980年裁判法院法令》订立规则,规定法院在行使《1989年法令》²⁴⁷所赋的任何权力时须以非公开形式聆讯案件。在高等法院及郡级法院中,除非法院另有指示,否则所有聆讯均须在內庭进行。²⁴⁸如法院认为为儿童的利益起见,以非公开形式聆讯法律程序是合宜的,则只有法院人员、当事人本人、当事人的法律代表及法院所指明的其他人士才可以出席聆讯。²⁴⁹

发布资料

5.130 任何人如发布任何资料,用以识别正在裁判法院审理的儿童法律程序中的儿童的身分、该儿童的地址或所就读的学校,即属犯罪。²⁵⁰被告如能证明他不知道并且没有理由怀疑所发布的资料是用以识别该儿童的身分,即可以此作为免责辩护。法院或大法官(Lord Chancellor)²⁵¹如信纳为儿童的福利着想有必要披露有关资料,是可以解除该项限制的。²⁵²

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

- (a) 涉及对未成年人行使高等法院的固有司法管辖权的法律程序;
- (b) 根据《1989年儿童法令》或《2002年领养及儿童法令》提起的法律程序;或

²⁴⁶ 見《1996年家事法法令》第IV部。

²⁴⁷ 或《2002年領養及兒童法令》:見《1989年法令》第97(1)條,而該條是由《2002年領養及兒童法令》第101(3)條修訂的。

²⁴⁸ 《1991年家事法律程序規則》第4.16(7)條。

²⁴⁹ 《1991年家事法律程序法院(《1989年兒童法令》)規則》第16(7)條。

²⁵⁰ 《1989年法令》第97(2)至97(6)條。

²⁵¹ 各政府大臣之間的責任分配近期所出現的變化,已令大法官辦公廳(Lord Chancellor's Department)遭取消而改由憲制事務部(Department for Constitutional Affairs)代替,而該部是由憲制事務大臣(Secretary of State for Constitutional Affairs)出任首長的。此外,教育及技能部(Department for Education and Skills)內亦新設立了兒童、青年人及家庭事務大臣(Minister for Children, Young Persons and Families)一職:見英國政府所發出的題為“Modernising Government – Lord Falconer appointed Secretary of State for Constitutional Affairs”的新聞稿(2003年6月12日)。

²⁵² 《1989年法令》第97(4)條。

- (c) 在其他方面全部或主要与未成年人的赡养或教养有关的法律程序。²⁵³

5.132 有关条文禁止发布下述资料：为聆讯涉及儿童的案件而制备的报告的内容、证人所提出的证明的内容，以及在法律程序进行期间所作陈词的内容。有关条文并不禁止发布儿童的名字、地址或照片，亦不禁止发布所作出的命令的详情。²⁵⁴

自《1989年法令》实施以来的发展

概览

5.133 自从根据《1989年儿童法令》而进行的各项主要改革实施之后，多年以来均有人对英格兰的儿童法律的某些范畴表示关注，结果导致有更多改革提出或付诸实行。这些争议所在之处和有关的改革工作会在下文作扼要介绍。

《2002年领养及儿童法令》

5.134 《2002年领养及儿童法令》主要是旨在引入一个新体制以规管英格兰的领养事宜，当中也包括多项对《1989年儿童法令》所作出的修订。²⁵⁵ 这些修订计有：为未婚父亲的取得父母责任订定条文，而此人是与母亲为子女办理出生注册事宜的；²⁵⁶ 引入一套更加简化的程序，让继父母能透过法院或经同意而取得父母责任；²⁵⁷ 容许地方主管当局所安排的寄养父母，在只与儿童同住一年（以前的规定是三年）后即可申请第8条命令；²⁵⁸ 订明法院可作出效力加强的同住令，而该命令的有效期是延长至儿童年满18岁之时。²⁵⁹ 此外还有多项变革，而其中之一便是引入“特别监护权”这个新概念。²⁶⁰

²⁵³ 《1960年司法法令》第12条，而该条是由《1989年法令》附表13第14段修订的。

²⁵⁴ White, Carr & Lowe, 同前, 第9.29段, 但高等法院可根据其固有司法管辖权施加特定的限制。有关进一步的资料, 特别是有相关判决的资料, 可参阅 *Clarke Hall & Morrison on Children* 一书, 卷1第303至330段。

²⁵⁵ 见《2002年领养及儿童法令》(“《2002年法令》”)第111至122条。

²⁵⁶ 《2002年法令》第111条; 该条是修订《1989年法令》第4条。

²⁵⁷ 《2002年法令》第112条; 该条加入了《1989年法令》的(新)第4A条。

²⁵⁸ 《2002年法令》第113条; 该条是修订《1989年法令》第9条。

²⁵⁹ 《2002年法令》第114条; 该条是修订《1989年法令》第12条。

²⁶⁰ 特别监护权和领养不同, 能赋予第三者父母责任和作决定的权力, 但同时又不会剥夺父母作为自己子女的父母的法律地位, 虽然父母本身所负的父母责任已极为有限: 见《2002年法令》第115条。这些特别监护令亦可向法院提出的申请而予以变更或撤销。见《1989年法令》的(新)第14A至14G条。

5.135 另一项重大变革便是修订《1989年法令》所指的对儿童造成“伤害”一词的定义，故此伤害现时包括“因目睹或耳闻另一人遭虐待而所受的损害。”²⁶¹ 这项修订会适用于法院有采用《1989年法令》第1(3)条所载的‘福利清单’的所有法律程序，包括要求作出联系令及同住令的法律程序在内。²⁶²

联系令

5.136 在英格兰的儿童法律之中，其中一个曾有重要发展的范畴是与批予联系令有关，特别是在有证据显示发生家庭暴力的情况下所批予的联系令。²⁶³

关于联系的一般资料

5.137 在英格兰，每年约有800,000名父母提起关于联系的法律程序，²⁶⁴ 其中占大部分的申请人都是父亲，而近年在英格兰及海外均有行动兴起，谴责法律制度在涉及联系的纠纷中对父亲的处理方法。由于妇女在劳动大军中所担当的角色日见吃重，有人觉得法律必须向前跨进一步，承认在很多家庭之中，母亲与父亲现时均是子女的共同主要照顾者，而在离婚之后应更多做些功夫来维持这个状况。谢道夫爵士（Sir Bob Geldof）最近曾有文章在《星期日泰晤士报》刊登，重点介绍了有关的论点。²⁶⁵

5.138 赫克尔（Huckle）指出当局正考虑在这方面进行一些改革：²⁶⁶

“在即将实施的试验性计划之下〔这计划会在伦敦市中心的家事法律程序法院实施〕，夫妇在取得司法聆讯之

²⁶¹ 《2002年法令》第120条；该条是修订《1989年法令》第31条。

²⁶² 解释该项2002年法令草案的有关条文的摘要说明述明：“该项修订会适用于法院有采用《1989年法令》第1(3)条所载的福利清单的所有法律程序。这包括了要求作出联系令及同住令的法律程序。”请参阅上议院(2001-2002年度会期)——《领养及儿童法令草案》——摘要说明，第282段。

²⁶³ 由于这些发展对我们本身在这方面作出的建议有重大影响，本报告书后面第11章也会对这个问题作更详细的讨论。

²⁶⁴ E Huckle, "Fathers' contact with children" (2003) NLJ 1365.

²⁶⁵ Sir Bob Geldof 这篇文章，题为“The father love that dare not speak its name”，是在2003年9月7日刊登于《星期日泰晤士报》。该篇文章是摘录自剑桥大学社会法律小组所发表的下述一书：A Bainham, B Lindley, M Richard & L Trinder (合编)，*Children and their families: Contact, rights and welfare* (2003年9月，出版社：Hart Publishing)。Sir Geldof 在这篇文章中，强调了数以百万计的父亲在与妻子离异后发觉自己实际上已与子女隔绝时所感受到的悲哀、挫败感及痛苦。他谴责法律所呈现的僵化情况，对看来无法在这方面找出任何有创造性的解决方法的法院，亦加以责难。英格兰的司法机构的一名成员也曾发表类似的评论：见“Retilting the scales – a High Court judge stands up for fathers' rights”，载于2004年4月10日出版的《经济人》，第47页。

²⁶⁶ Huckle, 同前，第1365页。

前会出席关于分居后的子女教养问题的简介会。父母必须出席调解会议，以制定子女教养计划和关于联系的安排。至于全面的法院聆讯，则只会为无法以其他方式解决的纠纷和涉及暴力或精神健康问题的纠纷而设。”

联系与家庭暴力

5.139 关于这个辩题的另一面，近年亦有人曾发表大量评论，²⁶⁷ 指出儿童在《儿童法令》体制之下所假定享有的与父母双方保持联系的权利，已令法院看似是赞同让儿童与不同住的父亲或母亲保持联系，“有时是几乎罔顾母亲的担忧或父母以往的暴力表现。”²⁶⁸

5.140 大法官辖下的家事法谘询委员会《儿童法令》小组委员会（Children Act Sub-committee of the Lord Chancellor's Advisory Board on Family Law）就此范畴的法律进行了检讨工作，²⁶⁹ 结果作出了各种变革建议，²⁷⁰ 其中包括建议制订良好的实务指引，规定法官须慎重其事，然后才可在涉及家庭暴力的个案中下令作出联系。²⁷¹ 指引于 2001 年 4 月及 5 月

²⁶⁷ I Weyland, "Judicial Attitudes to Contact and Shared Residence Since the Children Act 1989" (1995) 17 *Journal of Social Welfare and Family Law* 445; C Smart & B Neale, "Arguments Against Virtue – Must Contact be Enforced?" [1997] *Family Law* 332; Judge Victor Hall, "Domestic Violence and Contact" [1997] *Family Law* 813; Dr C Humphreys, "Judicial Alienation Syndrome – Failures to Respond to Post-separation Violence" [1999] *Family Law* 313; R Bailey-Harris, J Barron and J Pearce, 'From Utility to Rights? The Presumption of Contact in Practice' (1999) 13 *International Journal of Law, Policy and the Family* 13; F Kaganas & S Day Sclater, "Contact and Domestic Violence – The Winds of Change?" [2000] *Family Law* 630.

²⁶⁸ G Douglas 所著的題為“Balancing Rights”一文，載於 A Bainham 所編的“*The international survey of family law: 2001 edition*”一書（2001, Family Law）的第 81 至 94 頁，而引文則見於第 86 頁。這些母親可能曾受嚴重家庭暴力之苦，但可能仍會被法院認為是對子女與另一方保持聯繫表現得無理性地“深痛惡絕”：例子之一可見於 *Re J (A Minor) (Contact)* [1994] 1 FLR 729 一案，有關部分載於第 736 頁，見上訴法院法官 Balcombe 之言。

²⁶⁹ 大法官轄下的家事法谘詢委員會《兒童法令》小組委員會（“《兒童法令》小組委員會”）：consultation paper, *Contact between children and violent parents*（1999 年 8 月）；*Report to the Lord Chancellor on the question of parental contact in cases where there is domestic violence*（2000 年 4 月）；consultation paper, *Making contact work*（2001 年 3 月）；以及 *Making contact work: A report to the Lord Chancellor on the facilitation arrangements for contact between children and their non-residential parents and the enforcement of court orders for contact*（2002 年 2 月）。亦可參閱大法官辦公廳所發表的下述一書：*Government response to the Report "Making contact work"*（2002 年 8 月）。關於家庭暴力的一般情況，聯合王國政府近期發表了一份名為“*Safety and Justice: The Government's Proposals on Domestic Violence*”的立場書（2003 年 6 月：Cm 5847），之後並於 2003 年 12 月引入《家庭暴力、罪行及受害人法令草案》（Domestic Violence, Crime and Victims Bill）。關於該法令草案的條文的討論，可參閱：J McCulloch, "A curate's egg? The domestic violence Bill" (2004) *NLJ* 5。

²⁷⁰ 這些改革建議會在本報告會的第 11 章作更詳盡的討論。

²⁷¹ 《兒童法令》小組委員會，*Report to the Lord Chancellor on the question of parental contact in cases where there is domestic violence*（2000 年 4 月），第 5 節。

公布，而指引的内容是于 2000 年 6 月基于上诉法院的判决而被纳入案例法的。²⁷²

5.141 在指引制定之前，杜格思（Douglas）便早已指出据一些较近期的此方面案例所显示，“有关方面〔曾〕联手试图把讯息传达开来，让大家知道如果当事人是有家庭暴力的前科，那么在下令作出联系之前是需要作慎重考虑的。”²⁷³ 法院似乎在决定应否拒绝批准联系时所采用的方法之一，是辨别反对子女与另一方联系的一方所怀有的恐惧或敌意是合理抑或不合理。²⁷⁴

5.142 指引现已纳入司法培训之中，而大法官办公厅（现为宪制事务部）亦有委托家事法谘询委员会进行研究，以监察大家对指引的察觉程度。²⁷⁵

5.143 进行此方面研究工作的其他人士，也有提出其他改革建议。²⁷⁶

联系中心

5.144 宪制事务部曾委托其他机构就儿童联系中心进行研究，并研究这些中心在推动儿童与父母保持积极而又安全的联系方面的成效有多大，而这种联系方式是也能在家庭暴力是问题征结时保障到妇女（和某些男人）的安全和福祉。²⁷⁷ 《儿童法令》小组委员会近期所

²⁷² *Re L (Contact: Domestic violence); Re V (Contact: Domestic violence); Re M (Contact: Domestic violence); Re H (Contact: Domestic violence)* [2000] 2 FLR 334 (CA) (also cited as *Re L & Others* [2000] 2 FLR 334)。亦可参阅载于大法官办公厅所发表的题为 *Government response to the Report "Making contact work"* 一书（2002 年 8 月）中的关于制定指引的摘要。

²⁷³ Douglas, 同前, 第 86 页。

²⁷⁴ Douglas, 同前, 第 86 页。例子之一可参阅 *Re P (Contact: Discretion)* [1998] 2 FLR 696 一案, 有关部分载于第 703 至 704 页, Wilson 法官所区分的个案共有三类: 在第一类个案中, 反对联系并无合乎理性的理由支持, 在第二类个案中, 所提出的理由是足以反驳联系是符合儿童的利益这个假定, 而在此情况下, 反对联系已不再是问题所在; 至于第三类个案, 则是正反双方均有理由充足的论据支持, 反对联系在此情况下便有可能成为恰切的考虑要点。

²⁷⁵ 大法官辖下的家事法委员会, *Child Act Sub-committee guidelines for "Good practice on parental contact in cases where there is domestic violence": A summary report on findings from the Lord Chancellor's Department's survey to monitor awareness of the guidelines* (2002 年 3 月)。

²⁷⁶ L Trinder, M Beek & J Connolly, *Making contact: How parents and children negotiate and experience contact after divorce* (Joseph Rowntree Foundation, 2002)。

²⁷⁷ Dr R Aris, C Harrison & Dr C Humphreys, *Safety and child contact: an analysis of the role of child contact centres in the context of domestic violence and child welfare concerns* (LCD Research paper 10/2002)。

发表的报告书，²⁷⁸ 以及约翰·朗特里基金（Joseph Rowntree Foundation）近期所发表的报告书，²⁷⁹ 均对这些中心表示支持。

祖父母／外祖父母与联系

5.145 让离婚家庭中的儿童与其祖父母／外祖父母保持联系的重要性，曾是近期研究²⁸⁰ 及案例法²⁸¹ 的主题，而问题所在则是应否让祖父母／外祖父母在要求与孙儿保持联系之上，享有较现时为高的法律地位。²⁸²

关于保护儿童的一般情况

5.146 各有关行政机关在处理保护儿童的个案时所显露的严重缺失，曾是一些近期改革²⁸³ 和一些旨在找出真相的近期检讨的主题，特别是赖明勋爵（Lord Laming）就维多利亚·克莱比（Victoria Climbié）的惨死所发表的报告书，²⁸⁴ 是揭露了“每一间可以想象得到有牵涉在事件之中的保护儿童机构所犯”的一连串骇人行政失误²⁸⁵——这些机构有社会工作者、医生、医院、警务人员及全国防止虐待儿童协会（National Society for the Prevention of Cruelty）；它们均曾在这个小女孩受虐的个案中的某个阶段牵涉在事件之中，但全部都没有插手干预。²⁸⁶ 巴特勒－史洛斯女勋爵（Dame Butler-Sloss）在评论该报告书的研究结果时指出：²⁸⁷

²⁷⁸ 《儿童法令》小组委员会所发表的题为“*Making contact work*”的报告书（2002年2月），第8.35段。

²⁷⁹ Trinder, Beek & Connolly, 同前，第47页。

²⁸⁰ 见 G Douglas & N Ferguson, "The role of grandparents in divorced families," *International Journal of Law, Policy and the Family* (2003), 卷 17(1)第 41 页。这篇文章扼要介绍了他们在卡狄夫大学（Cardiff University）就这个课题所进行的研究工作。

²⁸¹ *Re W (Contact application: Procedure)* [2001] 1 FLR 263; *Re J (Leave to issue applications for a residence order)* [2003] 1 FLR 114; *Re H (a child)* [2003] All ER 290 (CA)。此外，可参阅 John Mitchell 法官就此系列案件所作的讨论；"Grandparents and contact" (2003) *NLJ* 658。

²⁸² 请参阅 Douglas 及 Ferguson 合著一书中对有关问题所作的有意思讨论，同前，第 60 至 62 页。

²⁸³ 见近期发表的 *Protocol for judicial case management in public law Children Act cases*（2003年6月18日）；该议定书已上载互联网，网页为 <http://www.courtservice.gov.uk/cms/8321.htm>。

²⁸⁴ *The Victoria Climbié Inquiry: Report of an inquiry by Lord Laming*（2003年1月），已上载互联网，网页为：<http://www.victoria-climbié-inquiry.org.uk/finreport/finreport.htm>。这份报告书是由卫生大臣（Secretary of State for Health）及内政部大臣（Secretary of State for the Home Department）提交国会的。

²⁸⁵ B Mahendra, "And will a little child lead them to safety?" (2003) *NLJ* 161.

²⁸⁶ 同上。

²⁸⁷ Dame Elizabeth Butler-Sloss, "Are we failing the family? Human rights, children and the meaning of family in the 21st century," The Paul Sieghart Memorial Lecture, British Institute of Human Rights（2003年4月3日），第3页。

“据报每年平均有 78 名儿童被父母或看顾者所杀害，这个数字自马利亚·科尔韦尔（Maria Colwell）于 1973 年之死以来一直都没有改变。很明显我们仍在犯一些极度严重的错误。……这份最新的报告书正好再次向我们发出严厉警告，告诉我们错误在那里，而错误其实已持续了一段时间。政策本身有崇高的理想，但实施上的失误却造成可怖的后果，两头之间的某处是有一些非常重要的漏洞，我们必须尽更大的努力来把它们堵住。”

5.147 这份研究维多利亚·克莱比之死的报告书，引发了政府于 2003 年 9 月发表一份题为《每个孩子都宝贝》（*Every child matters*）的绿皮书，²⁸⁸ 为“英格兰 30 年来最大规模的儿童服务重组”作出预告。

289

延误

5.148 此外，政府某个工作小组也有就处理根据《1989 年儿童法令》提起的家事法律程序时所出现的延误进行大量研究。²⁹⁰ 研究所得的结论是延误并非单一成因所致，而是多种因素之间的复杂交互作用所造成，所出现的问题亦处处不同。²⁹¹ 这些问题部分包括有：家事法律程序法院司法人员的权力，与郡级法院及高等法院司法人员的权力相比是有局限；裁判法院的组织是独立于较高级的法院之外，有自己的资讯科技系统和行政系统；规定作出判决时须提出书面理由。²⁹² 《政府对研究家事法律程序法院在《1989 年儿童法令》下所出现的延误情况工作小组报告书的回应》（*The Government's Responses to the Report of the Working Party to consider delay in family proceedings court under the Children Act 1989*）是在 2002 年 9 月发表的。²⁹³

儿童及家事法庭谘询及支援服务

²⁸⁸ *Every child matters*（2003 年 9 月，Cmnd 1560）。这份绿皮书是由库务局局长（Chief Secretary to the Treasury）向国会提交的。

²⁸⁹ J Carvel, "Biggest shake-up for 30 years", 《卫报》（2003 年 9 月 9 日）。

²⁹⁰ 大法官办公厅，*Scoping study on delay in Children Act cases – findings and action taken*（2002 年 3 月）；大法官办公厅，*The report of the Working Party to consider delay in family proceedings courts under the Children Act 1989*（2002 年 9 月）。

²⁹¹ 见大法官办公厅所发表的报告书：*The Government's Response to the Report of the Working Party to consider delay in family proceedings courts under the Children Act 1989*（2002 年 9 月 25 日），第 1 页。

²⁹² 同上。

²⁹³ 同上。

5.149 儿童及家事法庭谘询及支援服务系统于 2001 年 6 月设立，向牵涉在关系破裂和家事法律程序之中的家庭提供统一的法院支援服务。²⁹⁴ 新系统容纳了以前由家事法庭福利服务部、诉讼监护人服务处及法定代表律师儿童科所提供的服务，²⁹⁵ 而服务的主要作用是儿童提供监护人，以便在关于照顾的法律程序中代表儿童行事。

5.150 不过，儿童及家事法庭谘询及支援服务实施初期却事不顺遂。²⁹⁶ 由于“判断严重失误”，服务开始实施之日筹备功夫还没有做好；²⁹⁷ 为那些自雇的监护人而设的标准合约又“令人费解”，²⁹⁸ 而服务在实施后仍继续为各种问题所困扰。这个情况结果引致宪制事务专责委员会（Constitutional Affairs Select Committee）就服务进行了检讨。政府于 2003 年 10 月发表报告书以作出回应，解释如何解决在这系统所找到的各种问题。²⁹⁹

《家事法议定书》

5.151 2002 年 3 月 7 日，英格兰律师会（English Law Society），联同律师家事法协会（Solicitors Family Law Association）、当时的大法官办公厅及法律服务委员会（Legal Services Commission），推出了一份《家事法议定书》（Family Law Protocol）。这份议定书被描述为“一项重要的新动向，旨在减少牵涉在离婚之中人士的怨恨和痛苦——特别又以儿童为甚”，³⁰⁰ 内容包含一套为律师及其当事人而设的最佳实务指引，目的是尽量消除关系破裂过程中所生的怨恨。有关的新闻稿指出：

“家事律师使用这份议定书，会有助双方当事人前行，方式是把焦点集中在他们之间须予解决的问题，包括子女福祉和财产分配在内。”³⁰¹

²⁹⁴ 大法官轄下的家事法諮詢委員會：*Third Annual Report: 1999/2000*，第 18 頁。有關該服務的早期施行實況檢討，可請參閱下述文章：R White, "Family Practice" (2001) *NLJ* 965。

²⁹⁵ 請參閱介紹兒童及家事法庭諮詢及支援服務的資料，網址為：www.cafcass.gov.uk。

²⁹⁶ R White, "Family matters" (2001) *NLJ* 757。

²⁹⁷ *The Response of the Government and the Children and Family Court Advisory and Support Service to the Constitutional Affairs Select Committee's Report on the Children and Family Court Advisory and Support Service* (2003 年 10 月，Cm 6004)，第 2 頁。

²⁹⁸ 見 White 所撰一文，同前。

²⁹⁹ *The Response of the Government* (2003)，同前。報告書在第 1 頁指出，英格蘭近期在各政府大臣之間的責任分配方面所出現的變化，已令負責施行該服務之責，由前大法官辦公廳（現為憲制事務部）轉移至教育及技能部內新設的兒童、少年人及家庭事務大臣一職。

³⁰⁰ 律師會所發出的新聞稿：“The launch of the Family Law Protocol”，2002 年 3 月 5 日。

³⁰¹ 同上。

《1998 年人权法令》的影响

5.152 在转广阔的层面来说，《1998 年人权法令》（Human Rights Act 1998）的制定可能会令此范畴法律更加精细，因为法官和家事律师现时有需要考虑“透过基本人权的三棱镜”³⁰²来看家事法会有甚么影响。正如巴特勒—史洛斯女勋爵所言：

“人权法例的特有好处，便是让法官和律师有机会再次探讨那些我们认为理所当然的概念，并重新思考我们的处事方法。”³⁰³

³⁰² G Douglas, "Balancing Rights", 載於 A Bainham 所編的 *The international survey of family law: 2001 edition* (2001, Family Law) 一書第 81 至 94 頁，引文見於第 81 頁。

³⁰³ Dame Elizabeth Butler-Sloss, "Are we failing the family? Human rights, children and the meaning of family in the 21st century," The Paul Sieghart Memorial Lecture, British Institute of Human Rights (2003 年 4 月 3 日)。

第 6 章 各地法律的比较：苏格兰

引言

6.1 《1995 年苏格兰儿童法令》是在其对等的英格兰法例¹ 制定数年之后才制定。此法令容纳了苏格兰法律委员会（Scottish Law Commission）对此范畴法律所作的详尽研究结果，而委员会于 1992 年时已发表了一份《家事法报告书》（*Report on Family Law*）。² 由于苏格兰法律委员会曾有一些机会研究英格兰的《儿童法令》哪些环节有效和哪些环节无效，《1995 年苏格兰儿童法令》在一些重要环节之上是与英格兰的《1989 年儿童法令》所定下的先例有分歧。这些对儿童法令模式的进一步改善，正是本章的探讨重点。

《1995 年苏格兰儿童法令》概览

6.2 《1995 年苏格兰法令》共分为三部。第 I 部处理身处家庭的儿童，第 II 部是关于保护儿童及政府干预，而第 III 部则对领养作出规管。³

6.3 萨瑟兰（Sutherland）指出，⁴ 以下各项“统领一切的原则”是贯穿了整条《1995 年法令》：

- 家庭通常是儿童的最佳处身之所，虽然所涉及的各项家庭成员的责任和权利，是受到儿童的福利属于首要这项原则所管限；
- 法院应只在干预胜于不干预的情况下作出干预，而儿童的福利是属于首要；及
- 在法院作出决定之时，儿童具有权利表达自己的意愿，而该等意愿是应按其年龄和成熟程度获得考虑的。⁵

¹ 《1989 年儿童法令》（“《1989 年法令》”），上一章已作讨论。

² 蘇格蘭法律委員會，*Report on family law*（1992 年第 135 號）。該份報告書除探討涉及兒童的多個家事法環節外，也有檢討關於婚姻、裁判分居及離婚的法律。

³ 見 E Sutherland 對《1995 年蘇格蘭兒童法令》（“《1995 年蘇格蘭法令》”）所作的分析：“How children are faring in the ‘New Scotland’”；該文載於 A Bainham 所主編的 *The International survey of family law: 2001 edition* 一書第 363 至 382 頁，而有關部分則見於 367 頁。

⁴ 同上。

⁵ Sutherland 補充說：“若為公眾安全起見有必要這樣做，偏離這些原則有時是獲得批准的，而偏離這些原則是發生於地方主管當局行使其權力或法院決定把兒童遷離其家園之時，間中也會發生於涉及兒童的聆訊進行之時。”出處同上，見註腳 33。

父母责任的一般原则

6.4 《1995年苏格兰儿童法令》的第 I 部是处理父母权利、父母责任及监护权的。该部于 1996 年 11 月 1 日在苏格兰实施，首次引入了“父母责任”和“父母权利”的法定定义。⁶

6.5 苏格兰法例收纳了这两个定义，并且另外特别提及“父母权利”这个概念，故此做法是与有关的英格兰法例极之不同。⁷

父母责任

法定定义

6.6 《1995年苏格兰法令》第 1(1)条订明父母对子女负有以下
的责任：

- (a) 保障并促进子女的健康、发展⁸及福利；
- (b) 以配合子女的发展阶段的方式来向子女提供
 - (i) 指导，
 - (ii) 指引；
- (c) 如果子女不是与父母同住，则与子女经常保持个人关系和直接联系；及
- (d) 出任子女的法律代表。⁹

6.7 苏格兰法律委员会发现虽然这些父母责任是已公认存在于普通法中，但回应其报告书的被谘询者却大力支持在法例上清楚说明此等责任。¹⁰ 委员会指出，¹¹ 在法例上清楚说明父母责任是旨在：

- (a) 化法律中已有暗示者为明示；
- (b) 纠正父母有权利但无责任这个印象；及

⁶ Sutherland，出處同上，第 368 頁。

⁷ 前面第 5 章第 5.11 至 5.14 段曾討論過對等的英格蘭條文，請與之作一比較。我們在該討論中已可見到，英格蘭的做法是只強調“父母責任”，並把父母權利當作包含於該概念之中。此外，英格蘭法例也未有界定父母責任的功用，此點與蘇格蘭的做法有分別。

⁸ 註：聯合國 1989 年《兒童權利公約》第 18 條有述及父母對“兒童的養育和發展”負有責任。

⁹ 蘇格蘭法律委員會曾建議以此項條文授予父母行為能力，為子女的利益起見而管理屬於子女的財產：見蘇格蘭法律委員會所發表的報告書，同前，第 2.6 段。

¹⁰ 同前，第 2.2 段。

¹¹ 同前，第 2.1 段。

- (c) 令法律能清楚表明父母权利并非绝对或无约束，而是赋予父母好让他们能履行本身的责任。

向子女提供指导和指引的父母责任

6.8 萨瑟兰指出，联合国 1989 年《儿童权利公约》是“深深印于《1995 年〔苏格兰〕法令》草拟人员的脑海之中。”¹² 《儿童权利公约》第 5 条述明：

“父母……的责任……〔包括〕以符合儿童不同阶段接受能力的方式适当指导和指引儿童行使本公约所确认的权利。”

6.9 苏格兰法律委员会觉得由于提供指导和指引这项原则在苏格兰法律中已获确认，它是应该纳入法定定义之的。¹³ 委员会对这项原则有更详尽的说明：

“适当指导和指引所关乎的，不仅是儿童如何行使其权利（例如他们根据《1991 年苏格兰具法律行为能力的年龄法令》（Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991）所享有的立约权力），更重要的是也关乎儿童的责任，而事实上通常亦关乎儿童的活动和决定。”¹⁴

出任子女的法律代表的父母责任

6.10 出任子女的法律代表和管理子女财产的责任（这个责任必须是適切并且符合子女的最佳利益），包括在子女在法律上无行为能力代表自己之时，给予法律上有效的同意、订立重要合约和提出法院诉讼或在法院诉讼中抗辩。¹⁵

父母责任终止的年龄

6.11 委员会虽然认为大部分父母责任均应于子女年届 16 岁之时终止，但仍建议提供指导和指引的父母责任（此项责任后来是包含于《1995 年苏格兰法令》第 1(1)(b)条之中）应待至子女满 18 岁时才终

¹² Sutherland，同前，第 367 頁。

¹³ 蘇格蘭法律委員會，同前，第 2.4 段。

¹⁴ 同上。

¹⁵ 蘇格蘭法律委員會，同前，第 2.11 段。關於出任子女的法律代表的父母責任，委員會指出少年是在 16 歲時取得完全行為能力可進行法律上的交易，所以基於這個原因，16 歲是被視為此項父母責任的適當終止點。

止。¹⁶ 对于分阶段来终止各项父母责任，委员会有以下的说法作为支持的理由：

“我们承认，按儿童年龄分阶段来终止各项父母责任，是不如划一年龄来终止那么干净俐落的。然而，我们觉得在现实的家庭生活中，某些属于支持、保护或忠告性质的父母责任，是在子女达到具备一定法律行为能力和行动自由的年龄后仍继续存在的……确认某些父母责任在子女满 16 岁后仍继续存在，并不代表有必要把父母就未成年子女的住所和教养所享有的权利延展至超逾 16 岁……。”¹⁷

6.12 就父母责任而制定的法例，大体上是反映了委员会的做法，有例外者是向子女提供指导和指引这项父母责任中关于“指引”的一环，是各项父母责任中唯一持续至超逾子女年满 16 岁者。¹⁸

父母权利

法定定义

6.13 为了平衡《1995 年苏格兰法令》第 1 条所列出的各项责任，第 2(1)条订有以下各项父母权利：

- “(a) 规定子女须与父母同住，否则父母即可规管子女的住所；
- (b) 以配合子女的发展阶段的方式，就子女的教养作出控制、指导或指引；
- (c) 如果子女不是与父母同住，则与子女经常保持个人关系和直接联系；及
- (d) 出任子女的法律代表。”

6.14 在确定这些权利是存在时，有关法例述明赋予这些权利“是为了令〔父母〕能对子女履行父母责任”，¹⁹ 以便厘清实况。委员会对此有进一步的解释：

¹⁶ 同前，第 2.10 段。

¹⁷ 同前，第 2.12 段。

¹⁸ 即直至 18 岁为止：见《1995 年苏格兰法令》第 1(2)(a)及(b)条。

¹⁹ 《1995 年苏格兰法令》第 2(1)条。

“很多被谘询者均认为此范畴法律应侧重父母责任而非父母权利，并且认为强调父母享有父母权利是为了能履行父母责任，是正好与这个观点吻合。”²⁰

6.15 编定一份法定权利一览表的作用，是父母可在任何法律程序中就这些权利提出起诉或作出抗辩。²¹

出任子女的法律代表的父母权利

6.16 委员会建议出任法律代表的权利，应界定为“管理子女财产的权利，以及在子女无行为能力代表自己或自行给予同意时在任何〔具有法律效力的交易〕中代其行事或给予同意的权利。”²² 这定义有被纳入《1995年苏格兰法令》第15(5)(a)及(b)条，但“具有法律效力”等字在此条文中已被略去。²³

父母权利终止的年龄

6.17 根据在此之前的苏格兰法律，关于监护权、管养权和探视权的父母权利，是一直维持至子女年满16岁为止。苏格兰法律委员会建议第2条所载的法定权利一览表所提述的父母权利，亦应维持至子女年满16岁为止，虽然有部分父母责任可能会在上述日期之后仍持续下去。²⁴

取得父母责任

未婚父亲

6.18 《1995年苏格兰儿童法令》第3及4条把未婚父亲与已婚父亲划分开来，以便只有已婚父亲才能自动取得对子女的父母责任。苏格兰的未婚父亲的情况，与英格兰的《1989年儿童法令》（指未经《2002年领养及儿童法令》²⁵修订之前）所规定者相同，那就是

²⁰ 蘇格蘭法律委員會，同前，第2.14段。

²¹ 《1995年蘇格蘭法令》第2(4)條。如同父母責任一樣，這些指定的父母權利取代了普通法下的權利，但不能取代法定權利：見該法令第2(5)條。

²² 同前，第2.27段。

²³ 蘇格蘭法律委員會指出該會為法律代表一詞所下的定義，是與《1991年蘇格蘭具法律行為能力的年齡法令》為監護權一詞所下的定義相類。該法令訂明：“父母的監護權是讓父母在子女無行為能力代表自己之時作下述事宜的權利：管理子女的財產、代子女訂立合約、代子女進行訴訟，以及在任何與法律相關的事宜中一般地代子女行事。”見蘇格蘭法律委員會所發表的報告書，同前，第2.15段。

²⁴ 同前，第2.34段。

²⁵ 我們在上一章已可見，該項2002年法令的第111條修訂了《1989年法令》的第4條，容許未婚父親取得父母責任，方法之一是聯同子女的母親在出生登記冊上簽署。

除非他已与子女的母亲签定父母责任协议²⁶ 或经由法院命令获授父母责任，²⁷ 否则他对子女并无父母责任。

6.19 苏格兰的已制定法例，在这一点之上是与苏格兰法律委员会的看法回异的。苏格兰法律委员会在其报告书中曾建议，若无法院命令规管有关情况，儿童的父亲和母亲，不管是现已结为夫妇抑或曾经一度结为夫妇，均应自动具有父母责任和父母权利。²⁸ 委员会述明：

“由于苏格兰近年出生的儿童之中约有 25%是非婚生，而不结婚只同居的夫妇现时亦数目可观，我们觉得时下的看法，已转为倾向于认同父母即是父母，不论有否结为夫妇，情况也是一样。如果在个别案件之中，为符合儿童的最佳利益，应剥夺父亲或母亲的部分或全部父母责任和父母权利，这是可以透过法院命令来达到目的。”

29

6.20 萨瑟兰较近期对这个问题有以下的评论：³⁰

“现有的歧视情况毫无疑问是违反了联合国《儿童权利公约》第 2 及 18 条，并且……肯定有可能是违反了《欧洲人权公约》第 8 及 14 条。以 1998 年来说，父母未有结为夫妇的儿童出生人数是 22,319 名，占该年出生人数总数的 39%，当你知道这一点时，现时情况的荒谬之处便越加明显。这些儿童之中，有 82%是由父母双方办理其出生登记手续，而在这些父母之中，有 72%是在同一地址居住。”

6.21 在英格兰来说，未婚父亲是可以透过与子女的母亲共同办理子女的出生登记手续而取得父母责任的，³¹ 而苏格兰现时看来确已准备就绪，行将有建议提出修订《1995 年苏格兰儿童法令》第 3 及 4 条，令这些条文配合英格兰的现时情况。

²⁶ 《1995 年蘇格蘭法令》第 4 條。

²⁷ 依據《1995 年蘇格蘭法令》第 11 條。

²⁸ 蘇格蘭法律委員會，同前，第 2.50 段。

²⁹ 同上，第 2.48 段。Sutherland 曾評曰：“蘇格蘭法律委員會建議終止這種歧視情況，但國會卻選擇不採取此理性做法，反而是給未婚父親一點甜頭，用父母責任及父母權利協議這種方式來收買他們。”見 Sutherland 所撰一文，同前，第 368 頁。

³⁰ 見 Sutherland 所撰一文，同前，第 369 頁。

³¹ 見蘇格蘭行政院（Scottish Executive）所發表的白皮書：*Parents and children: The Scottish Executive's proposals for improving Scottish family law (2000)*，第 2.1 至 2.4 段。

父母责任和父母权利的影响

诉讼因由

6.22 关于父母责任的条文，作用是儿童或代表其行事的人，可凭借该法令第 1(3)条就这些责任的遭违反而提出起诉。³² 至于关于父母权利的条文，作用则是“父母或任何代其行事的人，会有权在任何法律程序中就该等权利提出起诉或作出抗辩。”³³

父母责任和父母权利的转授

6.23 委员会同意应就父母责任和父母权利的转授，订立类似《1989年儿童法令》第 2(9)、(10)及(11)条的条文。这些条文（其中包括有对父母权利的提述）是收载于《1995年苏格兰法令》第 3 条的第(5)及(6)款，该两款说明：

“(5) 在不损害本法令第 4(1)条的原则下，对儿童有父母责任或父母权利的人，不得把该等责任或权利让予他人，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；在不损害该项一般性的原则下，这种安排是可与本来已对有关儿童有父母责任或父母权利的人作出的；

(6) 根据上述第(5)款作出的安排，不影响因未有履行父母责任而产生的法律责任……。”

并无父母责任的照顾者

6.24 英格兰的《1989年儿童法令》第 3(5)条订明：

“任何人如：

- (a) 对个别儿童并无父母责任；但却
- (b) 负责照顾该名儿童，

³² 《1995年苏格兰法令》第 1(4)条亦订明这些法定父母责任取代了普通法下的责任，但不能取代法定责任。此等法定责任例如是《1985年苏格兰家事法令》(Family Law (Scotland) Act 1985)和《1991年供养儿童法令》(Child Support Act 1991)所订的关于经济资助的责任，以及《1980年苏格兰教育法令》(Education (Scotland) Act 1980)所订的关于教育的责任：同前，见第 2.13 段。

³³ 《1995年苏格兰法令》第 2(4)条。

即可（在符合本法令的条文之下）作按有关案件的所有情节来说均属合理之事，以保障或促进该名儿童的福利。”

6.25 委员会认为应把该项条文纳入苏格兰的法例中，并举一名幼童被送往亲属或朋友家中度假的事件为例。³⁴ 像第 3(5)条之类的条文，可确保儿童有意外时，负责暂时照顾他的成年人可安排让他接受医治。这项条文对继父母或寄养父母也会有用。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，说明对于符合该名儿童的利益但该名儿童自己无行为能力同意接受的医治或医疗程序（例如在学校接受防疫注射），他们是应该可以给予同意的。

6.26 委员会留意到部分被谘询者，对该项英格兰条文是否能清楚表明涵盖范围包括同意接受医治表示关注。委员会建议此点应在有关法例中予以澄清。

6.27 委员会又留意到该项条文的涵盖范围，应该只属意包括在家庭或家居的环境之下负责照顾或管束儿童的人，故此不建议把学校教师纳入条文范围之内。“*举例而言，对于让班中所有学童接受防疫注射一事，教师不应该能够给予整体同意。*”³⁵

6.28 据此，《1995年苏格兰法令》第5条订明：

“除下面的第(2)款另有规定外，一名年满16岁且负责照顾或管束一名16岁以下儿童的人，虽然对该名儿童没有父母责任或父母权利，或没有本法令第1(1)(a)条所述的父母责任，³⁶ 仍有责任作在所有情况下均属合理之事，以保障该名儿童的健康、发展或福利；而在履行本条所订的责任时，该人即使不享有本法令第2(1)(d)条所述的父母权利，仍可在有下述情况出现之时，特别就任何外科手术、医治或医疗程序、牙科治疗或牙科程序给予同意：

- (a) 该名儿童自己不能给予该项同意；而且
- (b) 该人不知道该名儿童的父亲或母亲会拒绝给予该项同意。”

³⁴ 蘇格蘭法律委員會，同前，第2.59段。

³⁵ 同上。

³⁶ 這會包括例如保姆或保育員之類的人。

6.29 第(2)款表明上述条文不适用于学校教师。自 1991 年起，苏格兰 16 岁以上的儿童实际上是具有完全法律行为能力，可同意接受医治或医疗程序。这是有别于英格兰所采取的较狭隘做法。

6.30 值得注意的是苏格兰的《1991 年具法律行为能力的年龄法令》第 2(4)条已有订明：

“一名 16 岁以下的人，如被负责诊治他的合资格医生认为是能够理解某种外科手术、医治、医疗程序、牙科治疗或牙科程序的性质及其所可能造成的后果，即具有法律行为能力可自己同意接受该种手术、医治、治疗或程序。”

关于儿童的福利的一般原则

批准安排的责任

6.31 苏格兰有一项条文跟香港的类似，那就是在任何离婚法律程序中，为 16 岁以下婚生子女所作的安排必须令法院感到满意。³⁷ 委员会对这项条文有批评：

“因为要待到办理离婚法律手续之时才能令父母双方明白自己对子女的责任是为时已晚。……法令把责任加诸法院，但却没有提供履行责任的方法，这可能会令人对所可取得的成果抱有不切实际的期望，而事实上，根本并无方法可令法院完全信纳为子女所作的安排是令人满意的。”³⁸

6.32 由于在部分个案中可能不会有涉及父母责任或父母权利的纠纷，所以委员会并不建议为所有个案拟备独立的福利报告以作为解决的方法，因为这会是“极度昂贵且虚耗资源”。³⁹

6.33 委员会同意英格兰法律委员会的看法，那就是规定法院须对安排感到满意，有可能是对离婚人士施加高于婚姻美满人士的标准。⁴⁰ 为反映其尽量少加干预的立场，委员会继而评曰：

³⁷ 見蘇格蘭的《1958 年婚姻法律程序(子女)法令》(Matrimonial Proceedings (Children) Act 1958) 第 8 條。

³⁸ 蘇格蘭法律委員會，同前，第 5.31 段。

³⁹ 同上。

⁴⁰ 英格蘭法律委員會，*Review of child law: Guardianship and custody* (1988 年法律委員會第 172 號) 第 3.10 段。蘇格蘭法律委員會在其前述報告書的第 5.33 段中有提及此點。

“〔《1958年婚姻法律程序（子女）法令》〕第8条，在照顾儿童的安排方面对离婚人士所施加的干预，的确是较诸保持不愉快的婚姻关系但已分开居住的人士为多。此外，这条文亦视结婚后离婚者较同居后分手者更加需要干预。”⁴¹

6.34 委员会的结论是应引入英格兰的《1973年婚姻诉讼法令》第41条（已由《1989年儿童法令》的条文所取代）所载的较轻责任。⁴² 不过，委员会建议应类似《1989年法令》第10(1)(b)条所规定一样，授权法院即使无人提出申请亦可作出命令。委员会述明“这是符合在父母责任和父母权利事宜上以子女为本的做法，尽管这项权力无疑甚少会被行使。”⁴³ 这项建议现已纳入《1995年苏格兰法令》第11(3)(b)条。

不干预原则

6.35 我们在上文已可见到，苏格兰如同英格兰一样，都是认同就父母权利所作出的不必要命令值得关注。事实上，在《1995年法令》制定之前，苏格兰已订有法例，规定法院“除非信纳就父母权利作出命令会符合儿童的利益，否则不得作出命令。”⁴⁴ 不过，委员会觉得此点应该加强，因为“命令的新侧重点，是尽量不剥夺父母任何一方的父母权利。”⁴⁵ 《1995年法令》第11(7)(a)条故此订明法院：

“须视有关儿童的福利为首要考虑事项，并且不得作出任何该等命令，⁴⁶ 但如法院认为对儿童而言，作出命令较完全不作出命令为佳，则作别论。”⁴⁷

福利清单

6.36 我们在上一章已可见到，⁴⁸ 英格兰的《1989年儿童法令》在第1(3)及(4)条中是订有一份列明须予考虑因素的清单，以协助法

⁴¹ 蘇格蘭法律委員會，同前，第5.33段。

⁴² 同前，第5.35段。

⁴³ 同上。

⁴⁴ 見《1986年蘇格蘭法律改革（父母與子女）法令》（Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986）第3(2)條。

⁴⁵ 蘇格蘭法律委員會，同前，第5.17段。

⁴⁶ 指在符合《1995年蘇格蘭法令》第14(1)及(2)條的規定下，就父母責任、父母權利、監護權或子女財產的管理作出命令。此處所處理的是該法令的司法管轄權。

⁴⁷ 如已有關於管理子女財產的命令作出，第11(8)條會向法院施加責任，規定須保障出於真誠並付出代價而取得該名子女的財產或相關權利或權益的第三者的地位，以對第(7)款所訂的原則作出規限。這項條文是落實了蘇格蘭法律委員會的建議，同前，第5.18段。

⁴⁸ 載於前面第5章第5.52至5.56段。

院决定甚么才符合儿童的福利。在订明该份法定清单这个问题之上，苏格兰法律委员会注意到被谘询者之间的意见各有不同：

“大部分回应者都赞成订明一份法定清单，但法律界的被谘询者却大力反对，因为他们恐怕这会拖长法律程序，并且会令法官在甚至处理例如对命令略作修改的申请之时，也机械式地审核这份清单的内容。”⁴⁹

6.37 委员会不赞成订明一份冗长的法定清单。委员会建议，即使这份清单不见于主体法例，法律顾问和社会工作者仍可使用他们自己所订的清单。委员会认为无论如何，福利原则已包罗了所有的考虑因素。⁵⁰ 委员会的建议得到接纳，故此《1995年苏格兰儿童法令》未有收纳任何清单。

6.38 委员会又建议应考虑儿童的意见，而不应视福利原则为已有收纳此点。⁵¹

延误

6.39 《1989年儿童法令》第1(2)及11条载有条文，有助防止在关于儿童的住所或教养的法律程序中出现延误。关于这点，苏格兰法律委员会的意见如下：

“虽然我们绝对赞同这个目标，但我们认为这基本上是程序方面的问题，最好能在法院规则的层面上处理。我们知道法院已优先处理关于管养权的法律程序，并且相当努力地尽量加快处理这类案件。”⁵²

6.40 基于此故，《1995年法令》并无收载关于延误的法定条文。

与家事法律程序中的儿童有关的命令

引言

6.41 委员会在讨论当时存在的管养权体制时，曾提及下述被谘询者的意见：

⁴⁹ 蘇格蘭法律委員會，同前，第5.23段。

⁵⁰ 同上。

⁵¹ 同上。

⁵² 同前，第5.42段。

“见识广博和经验丰富的被咨询者认为现有的管养权概念并不为人所明解……究竟控制子女的日常教养的权利是属于管养权的一部分，抑或是一项独立的父母权利，这一点是毫不清晰的。此外，也有一些父母是在向法院取得独有管养权后，便认为自己已独得所有父母权利，而另一方则是一点父母权利也没有。”⁵³

6.42 《1995年苏格兰儿童法令》第11条界定了现时可用的各类命令，它们与见于英格兰的《1989年儿童法令》第8条的命令略有不同。该项苏格兰法令的第11条订明：

- (1) “同住令”是“对16岁以下的儿童
 - (i) 与谁同住；或
 - (ii) (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”。
- (2) “联系令”是“对此年龄以下的儿童与一名现时或未来非同住者保持个人关系和直接联系的安排作出规管的命令”。
- (3) “指定事项令”是“就涉及第(1)款(a)至(d)段所述任何事宜而已引起或可能会引起的指定问题作出规管的命令……。”⁵⁴

6.43 第11(2)(f)条也提及一项禁令（类似英格兰的《1989年儿童法令》第8条中的“禁止行动令”）：

“这项禁令是禁止在对某名儿童履行父母责任或行使父母权利时，或在管理该名儿童的财产时，采取任何属禁令所指明类别的行动。”

6.44 第11(2)条订明，上述各类命令不损害法院具有权力作出其认为适当的命令的一般性原则。⁵⁵

⁵³ 同前，第2.28段。

⁵⁴ 这包括了父母责任、父母权利、监护权及子女财产的管理。

⁵⁵ 苏格兰法律委员会又在第5.5段中建议，应清楚表明法院在就父母责任、父母权利或监护权作出命令时，可剥夺某人的部分或全部父母责任或父母权利，亦可委任或豁免监护人。第11(2)(a)条和第11(2)(h)条已有就此分别作出规定。

6.45 关于订立上述各类命令的建议，苏格兰法律委员会的意见如下：

“使用这类命令显然并非万试万灵。我们希望此处建议作出的改革，可略尽棉力来改变人们的观念，令更多人明白，尽管父母双方之间的关系已不幸破裂，而子女亦再无法同时与父母双方同住，但他们两人仍是子女的父母，仍须各司父母之职。”⁵⁶

有关的儿童

6.46 《1995年法令》第12(4)条订明：

“在本条中，就婚姻的双方而言，‘家庭子女’是指：

- (a) 他们两人的子女；或
- (b) 被他们两人视为其家庭子女的任何其他儿童，但非属地区主管当局或志愿机构安排在其家中寄养者。”

儿童的姓氏

6.47 英格兰的《1989年儿童法令》第13条规定，在同住令对某名儿童有效期间，对该名儿童的姓氏作任何更改均是受到限制。苏格兰委员会建议，更改姓氏的问题可透过作出指定事项令以授予父母权利（包括更改子女姓名的权利）的方式来处理。⁵⁷ 委员会认为现行做法足可应付当前情况，并指出不应因为有同住令作出而另立特别规定，因为很多已分居的父母均不会申请同住令。基于不干预原则或“不作出命令”原则，委员会无意鼓励更多人申请法院命令。

把儿童迁移离其所属司法管辖区

6.48 英格兰的《1989年儿童法令》第13条也规定，在同住令对某名儿童有效期间，把该儿童迁移离联合王国是受到限制。

6.49 根据《1984年掳拐儿童法令》（Child Abduction Act 1984），倘若已有法院命令把儿童的管养权判给任何人，与儿童有关连的人如未取得适当同意而把儿童迁移离联合王国即属犯罪。苏格兰委员会建议更

⁵⁶ 蘇格蘭法律委員會，同前，第5.6段。

⁵⁷ 同前，第5.41段。

改有关条文，加入提述就儿童所作出的同住令。这建议已在《1995年法令》附表4的第34及37段落落实。

6.50 苏格兰法律委员会建议，鉴于现有条文已赋予苏格兰法院广泛权力，可作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，⁵⁸ 所以无须制定类似《1989年儿童法令》第13条的条文。⁵⁹

命令的效力

6.51 《1989年儿童法令》第12(2)条订明：

“如法院把同住令判给非属有关的儿童的父或母或监护人的人，则在同住令仍属有效期间，该人对该名儿童负有父母责任。”

6.52 苏格兰法律委员会受到强大压力须在苏格兰引入类似的条文，因为“倘若法院判定儿童应与例如是其祖母／外祖母的人同住，则由其祖母／外祖母负起父母责任并享有父母权利便是绝对恰当之事。”然而，委员会对此有所保留：“我们认为还是免提把同住令‘判给’某人为佳；这种说法会再次引入胜败观念，而这观念正是新词汇所力求扬弃的。”⁶⁰

6.53 以下是委员会所提出的建议，现已纳入《1995年法令》第11(12)条：

“如法院作出同住令，令有关的儿童须与非属其父或母或监护人的人同住，则在同住令有效期间，该人应对该名儿童负有父母责任并享有父母权利。”

6.54 委员会曾探讨继父母相对于其配偶的子女所处的地位。“有一套非属某人专有的父母责任和父母权利可用，而授予这些责任和权利的方式是尽量避免对非同住的父亲或母亲构成威胁，这对于继父母而言是会特别有用的”。

⁵⁸ 亦可参阅《1995年苏格兰法令》第2(3)及(6)条。第2(3)条述明：“在不损害任何法院命令的原则下，任何人均无权未经下文第(6)款所描述人士同意而把一名惯常居於蘇格蘭的兒童遷離聯合王國或扣留在聯合王國以外的地方”，不論第(6)款所描述人士是否為該名兒童的父親或母親，並且是當其時有權規管該名兒童的住所或與該名兒童定期保持聯繫者—但如該名兒童的父母雙方均屬上述人士，則必須徵得他們兩人同意才可把該名兒童遷離或扣留。亦可參閱蘇格蘭法律委員會所發表的報告書，同前，第2.56段。

⁵⁹ 蘇格蘭法律委員會，同前，第5.41段。

⁶⁰ 同前，第5.37段。

6.55 以下是委员会所提出的建议，现已纳入《1995 年法令》第 11(11)条：

“一项令某人取得任何父母责任或父母权利的法院命令，应该只在该项命令明文如此规定的情况下才能剥夺属他人所有的父母责任或父母权利，而且范围是仅以执行该项命令所需者为限。”⁶¹

6.56 《1989 年儿童法令》第 11(5)条订明，如父母双方连续同住超逾六个月，判给父母其中一方的同住令即停止生效。《1989 年儿童法令》第 11(6)条亦有就联系令制定类似条文。由于有关的夫妇可能在七个月后再度分居，这些条文是被视为不必要或专横武断，故此在征询意见时所获支持有限。委员会结果没有建议制定类似的条文。⁶²

以法院命令为准

6.57 英格兰的《1989 年儿童法令》第 2(8)条订明，“某人对一名儿童负有父母责任，是不会令他因此而有权作出任何违反根据本法令就该名儿童所作出的命令的行为的”。此外，该项英格兰法令的第 3(4)条亦述明，某人对一名儿童是否负有父母责任，并不影响他对该名儿童所应尽的义务。苏格兰法令第 3(4)条的用字，虽然是与此两项英格兰条文的用字不同，但却秉承了其精神。

可以提出申请的人

6.58 委员会注意到《1986 年苏格兰法律改革（父母与子女）法令》其实已容许“任何声称表示关注的人”申请与父母权利有关的命令，⁶³ 结果是《1995 年法令》第 11(3)条容许任何人申请命令，但地区主管当局，以及被根据该法令第 II 部作出的命令⁶⁴ 或被领养安排剥夺了父母责任和父母权利的人，则属例外。

6.59 第 11(5)条澄清了有关的儿童，是可以申请与父母责任、父母权利、监护权或自己财产的管理有关的命令。

⁶¹ 同前，第 5.39 段。

⁶² 同前，第 5.40 段。

⁶³ 同前，第 5.7 段。

⁶⁴ 这部分是處理由地區主管當局提出的申請。

法院的其他权力

儿童的参与

儿童的意见—应由父母查明

6.60 苏格兰法律委员会曾考虑父母任何一方或其他行使父母权利的人，是否应有义务（像负责照顾儿童的地区主管当局一样）去查明并顾及儿童的意愿和感受，⁶⁵ 关于此点，联合国《儿童权利公约》第 12(1)条可资参考。这项条文订明：

“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。”

6.61 委员会认为“意见”较“意愿和感受”可取，因为：

“此词确认少年人可能……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〕得出就当时情况而言甚么才是正确行动的深思熟虑意见。”⁶⁶

6.62 委员会又认为“成熟程度”较“理解力”可取，“因为此词确认需予考虑的不仅是认知能力”。⁶⁷

6.63 委员会虽然觉得规定享有父母权利的人须征询儿童意见这个做法有吸引之处，但承认执行时会有实际困难，因为规定父母其中一方须在作出所有关乎子女的决定时，不管如何琐屑也要作出谘询是不切实际的。⁶⁸ 此外，对不遵循这项条文的人施加制裁也有困难，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”。⁶⁹

6.64 虽然有人对上述建议表示保留，认为它含糊不清且无法执行，但委员会的大部分被谘询者均对上述建议表示赞同。无论如何，上述建议是被视为一项重要的原则声明。⁷⁰

⁶⁵ 蘇格蘭法律委員會，第 2.61 段。

⁶⁶ 同前，第 2.63 段。

⁶⁷ 同上。

⁶⁸ 同上。

⁶⁹ 同前，第 2.62 段。

⁷⁰ 同前，第 2.64 段。

6.65 《1995年苏格兰儿童法令》第6(1)条是反映了联合国《儿童权利公约》在理念上的改变。该条订明任何人在履行父母责任或行使父母权利时，所作出的任何一项关乎一名儿童的重大决定，凡属切实可行的话，均应顾及该名儿童的年龄和成熟程度而清楚查明他对该项决定的意见，并对该等意见加以适当的考虑。一项关于父母在离婚后对子女的未来照顾安排的决定，看来显然是会构成这么一项“重大决定”。⁷¹ 年满12岁或以上的儿童，是假定为年龄和成熟程度均已足够。⁷² 此外，作决定的人也必须考虑“对该儿童有父母责任或父母权利的其他人”的意见。

儿童的意见—由法院查明

6.66 联合国《儿童权利公约》第12(2)条继而订明：

“为此目的，⁷³ 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规则的方式，直接或通过代表或适当机构陈述意见。”

6.67 有鉴于上述公约第12条（现已纳入《1995年法令》第11(7)及(10)条），苏格兰法律委员会就法院所作出的命令而提出了建议。委员会注意到，根据英格兰的《1989年儿童法令》第1条，在反对作出第8条命令⁷⁴的法律程序中，法院所必须考虑的事项之一是儿童的可查明的意愿和感受。委员会指出：

“纵使……离婚诉讼中的双方成年当事人对于拟就子女作出的安排均感满意，但并不一定表示考虑子女的意见便可视作次要。……在很多个案中，关于父母权利的申请虽然最终都没有遭到反对，但儿童的意见仍然成为呈堂证据。我们认为，如果一项条文看来是纯因有关申请没有遭到反对或最终没有遭到反对而视儿童的意见为次要，这项条文会是难有充分理由支持的。”⁷⁵

⁷¹ E Sutherland, “A voice for the child” (1966), *Journal of the Law Society of Scotland*, 卷41第10期第391页。

⁷² 《1995年苏格兰法令》第6(1)(b)条。苏格兰法律委员会关注到，父母或监护人在处理16岁以下儿童的财产前未有徵詢兒童意見，是不應導致第三者的利益受損，但有關的交易必須是出於真誠而訂立。委員會在其報告書的第2.66段所提出的建議，現已納入《1995年法令》第6(2)條。該條訂明：“第三者與出任兒童的法律代表的人出於真誠而訂立的交易，不得只因在訂立該項交易前，未有徵詢兒童或對兒童有父母責任或父母權利的人的意見或未有適當考慮其意見而受到質疑。”

⁷³ “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。”

⁷⁴ 第8條包含了法院根據英格蘭的《1989年兒童法令》所可批予的命令，請參閱之前的第5章。

⁷⁵ 蘇格蘭法律委員會，同前，第5.26段。

6.68 委员会建议：

“法院规则应设定随时可用的程序机制，以确保一名有主见能力并希望在关于父母责任、父母权利、监护权或管理儿童财产的法律程序中直接向法院表达自己意见的儿童，可使用此机制来这样做。”⁷⁶

6.69 《1995年苏格兰儿童法令》第11(7)条订明：

“在考虑是否作出……（关于父母责任、父母权利、监护权或管理儿童财产的）命令时，法院：

(b) 经考虑儿童的年龄和成熟程度后，须在切实可行的范围内

(i) 给他机会表明是否希望表达自己的意见；

(ii) 如果他希望这样做，便给他机会表达自己的意见；及

(iii) 对他所表达的意见加以考虑。”

6.70 第11(10)条进一步订明：

“在不损害上述第(7)款(b)段的一般性的原则下，就该段及上述第(9)款而言，12岁或以上的儿童须假定为年龄和成熟程度均已足够可自有主见。”

苏格兰法律委员会指出，这项条文是旨在反映“苏格兰对超过发育年龄的未成年人的意见的一贯处理方法，但更重要的是同时确认该年龄组群中的少年人大部分是有实际能力的。”⁷⁷

独立法律代表

6.71 该法令第11(9)条订明，“上述第(7)款(b)段并无条文规定，在法院为实施该段而进行的法律程序中儿童须有法律代表（如果儿童是不想有法律代表的话）。”

⁷⁶ 同上，第5.29段。

⁷⁷ 同上，第5.25段。

6.72 委员会指出，尽管在影响儿童的法律程序中儿童是“关键人物”，但建议在每宗法院处理父母责任和父母权利的案件中均须安排独立法律代表，却是不切实际的。

“无论这个意念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，而硬性规定须在每宗个案中就儿童的意见提交报告的解决方案，也会因类似原因而遭反对。”⁷⁸

自《1995年法令》实施以来的发展

6.73 《苏格兰儿童法令》是于1995年制定，数年之后苏格兰政府(Scottish Office)发表一份内容广泛、以《改善苏格兰家事法》(“*Improving Scottish family law*”)为题的谘询文件。⁷⁹ 苏格兰行政院后来亦于2000年9月，发表一份题为《父母与子女：苏格兰行政院对改善苏格兰家事法的建议》(“*Parents and children: The Scottish Executive's proposals for improving Scottish family law*”)的白皮书。

6.74 就当前课题而言，在上述法律检讨工作中所作出的各项建议之中，特别切题的包括有关于未婚父亲及继父的父母责任和父母权利的建议。

未婚父亲及继父的父母责任和父母权利

6.75 正如英格兰已根据《2002年领养及儿童法令》修订了有关法例的情况一样，苏格兰行政院也有建议改革与父母责任和父母权利有关的法律，令未婚父亲能在与子女的母亲共同办理子女的出生登记手续时取得父母责任和父母权利。⁸⁰ 当局曾研究应否让这个规定有追溯效力，以便有关法例一旦制定，一名未婚父亲若曾在任何时间与子女的母亲共同办理子女的出生登记手续，即使那是在有关的建议被制

⁷⁸ 同上，第5.29段。

⁷⁹ 蘇格蘭政府，*Improving Scottish Family Law* (1999)。這份諮詢文件除了就有關的兒童法律提出改革建議外，亦建議對離婚法律進行一般改革，加強使用調解和支援服務來排解家庭糾紛，並對離婚時婚姻財產的處理方法作出一些有限度的改變。

蘇格蘭政府（現已由蘇格蘭行政院取代）在採取新措施改善蘇格蘭家事法之餘，亦有設立一個持續的研究計劃，“以監察《1995年法令》的施行情況，並對該法令的運作及其條文所造成的影響進行評估”：見蘇格蘭政府，*Scotland's children: Research programme on the Children (Scotland) Act 1995* (1997年1月)，第1頁，而蘇格蘭行政院中央研究組(Scottish Executive Central Research Unit)後來又發表了一份題為“*Monitoring the children Scotland Act 1995: Pilot Study*”的文件(2000年)。

⁸⁰ 蘇格蘭行政院，*Parents and children: The Scottish Executive's proposals for improving Scottish family law* (2000年9月)，第2部。

定为法律条文之前，亦即可取得对子女的父母责任和父母权利。苏格兰行政院的结论是，一名母亲在以前好一段日子所曾作出的决定，现时已无法推翻，把这个决定的法律后果改变，在原则上来说是不可取的。

6.76 苏格兰行政院另外又建议，已婚的继父母应可透过与已享有父母权利的人订立协议而取得父母责任和父母权利。⁸¹

⁸¹ 同上。

第 7 章 各地法律的比較：澳大利亞

引言

7.1 澳大利亞的《1975 年家事法法令》所管轄的範圍包括了離婚、經濟事宜、子女及涉及家事的禁制令。該法令第 43 條載有一項概括陳述，闡明法院所須採用的原則和宗旨。該條述明：

“家事法庭在行使其根據此法令而具有的司法管轄權時……，須顧及以下各點：

- (a) 婚姻制度是一男一女的自願終身結合，不容他人介入，有需要加以保留和保護；
- (b) 家庭是社會的自然和基本組合單位，有需要向家庭提供可能範圍之內的最廣泛保障和援助，尤其是當家庭是負責照顧和教育受供養子女之時；
- (c) 有需要保障子女的权利及促進其福利；
- (ca) 有需要確保有關人士的安全，使其免受家庭暴力之苦；¹
- (d) 有甚么方法可供採用，以協助婚姻雙方考慮和解，或考慮改善雙方之間的關係和雙方與子女之間的關係。”

7.2 經過一連串屬家事法律程序範疇的研究和檢討後，² 《1975 年家事法法令》於 1995 年透過《家事法改革法令》作出重大修改。《家事法改革法令》於 1996 年 6 月生效，其條文對規管父母正辦理分居或離婚手續的兒童的舊有法律和程序，作出了重大的改革。³ 貝

¹ 這項附加的原則是由《1995 年家事法法令》增補，下文會有討論。

² 這些研究和檢討，以及其他對《1995 年家事法改革法令》條文的發展有影響的事宜，在 H Rhodes, R Graycar 及 M Harrison 所合著的 *The Family Law Reform Act 1995: The First Three Years* 一書（由悉尼大學及澳大利亞家事法庭於 2000 年 12 月發表）第 2.1 至 2.8 段中有扼要的介紹。

³ 關於《1995 年法令》的有用分析，可參閱 R Bailey-Harris 及 J Dewar 所合撰的“Variations on a theme – child law reform in Australia”（1997）一文。該文載於 *Child and Family Law Quarterly* 卷 9 第 2 期的第 149 至 164 頁，而有關部分則見於第 149 頁。此外，亦可參閱 F Bates 所撰的“The Glamour of Childish days!: Australian family law in 1999”一文，該文載於 *The International Survey of Family Law 2001 Edition*（2001, Family Law）第 15 至 33 頁。

利—哈里斯（Bailey-Harris）及迪尤尔（Dewar）在扼要说明《1995年法令》所作改革的范围时有以下的评论：

“经改革的第VII部大量采用了《1989年儿童法令》在英格兰与威尔斯所率先提倡采用的用语和概念——故此监护权、管养权及探视权等概念已由父母责任此概念所代替，再另加‘同住’令、‘联系’令及‘指定事项’令等一系列新订的命令；此外又像《1989年儿童法令》一样，强调以父母协议作为定出离婚后子女教养安排的主要方法。”⁴

1995年改革的背景

旧有法律之下的情况

7.3 罗兹（Rhoades）、格雷卡（Graycar）及哈里逊（Harrison）对1995年改革前的《1975年家事法法令》之下的情况，曾作重点说明如下：⁵

- 儿童的父母每一方均是儿童的监护人；
- 父母双方对子女有共同管养权：
- 管养权“包括了与获判有关命令的人同住的权利，以及就子女的日常照顾和管束作决定的责任”；⁶
- 监护权则有所不同，是指为子女的长远福利作决定的责任；
- 法院已获赋权可作出命令，“改变这个由法例订明的情况，例如把子女的独有管养权赋予父母其中一方，另外再作出命令让另一方能定期探视子女”；⁷
- 经父母双方同意（较为少见的情况是经进行有争辩的法律程序后）而作出的命令，最常见的形式是把子女的独有管养权赋予母亲，而父亲则可定期探视子女；及

⁴ 同上。

⁵ Rhoades, Graycar and Harrison（2000），同前，第2.17至2.18段。

⁶ 同上，第2.17段。

⁷ 同上。

- 涉及子女的日后照顾的纠纷，是由作决定者须以有关儿童的福利为首要的考虑此一原则所规管。

联合王国的《1989 年儿童法令》所造成的影响

7.4 1994 年 3 月，澳大利亚家事法委员会应司法部长之请发表了一份报告书，探讨《1989 年儿童法令》为英格兰所带来的改革，并研究可否在澳大利亚进行类似的改革。⁸ 委员会在这份报告书中指出，英格兰的《1989 年儿童法令》有多项宗旨，均与委员会在其较早前所发表的《父母分居后教养子女模式》（*Patterns of Parenting after Separation*）报告书⁹ 中建议立法所应达到的一般目标相符。有关建议未有落实，而这些一般目标计有：

1. “福利”原则仍然优先；¹⁰
2. 采取不作出命令的做法；
3. 共同承担父母责任；及
4. 在指定情况下委任监护人。

“福利”与“最佳利益”

7.5 委员会建议以“最佳利益”概念来取代“福利”概念。¹¹ 委员会指出联合国《儿童权利公约》第 3 条也有采用此概念，而且“‘福利’一词有其独特含义，令其不宜用于此情况。”¹²

父母责任

7.6 委员会又建议：

- (a) 修订《家事法法令》，以纳入……父母责任这个概念……；及
- (b) 该法令应清楚表明，父母责任不会因父母分居而终止，而为符合儿童的最佳利益起见，通常须让儿童

⁸ 澳大利亞家事法委員會，*The Operation of the (UK) Children Act 1989*（1994 年 3 月）。

⁹ 同上，第 17 段。委員會較早前所發表的報告書是 *Patterns of Parenting After Separation*，發表日期是 1992 年 4 月。

¹⁰ 委員會後來建議改用“最佳利益”一詞，以便與國際公約的用語一致，見下文。

¹¹ 澳大利亞家事法委員會（1994），同前，第 49 段（建議 4）。

¹² 同上，第 40 段。

与父母双方保持联系，父母双方并且须在教养子女之上互相配合。”¹³

教养令

7.7 家事法委员会建议在用语上作出改变，脱离管养权／探视权模式，以便能“充分地……反映修订所建议作出的理念层面上的重大改变”。¹⁴

7.8 有关的命令应称为“教养令”。这种命令，会是“为了定出儿童住所安排”和让儿童能与父母双方“继续保持联系”而作出，并会载有法院认为为达到“特定目的”而有需要作出的安排。这种新命令所涵盖的范围，会包括英格兰法例中的“指定事项令”和“禁止行动令”所负责处理的事宜。¹⁵

7.9 委员会建议“如有需要便作出监护令”，¹⁶以处理父母其中一方死后所出现的情况。¹⁷

用语

7.10 委员会把父母分为三类：

- “(1) 有能力为子女的日后照顾作出安排的分居父母；
- (2) 需要透过调解、调停及其他支援服务获得协助才能为子女的日后照顾作出安排的分居父母；及
- (3) 无法合作以为子女的日后照顾安排达成协议的分居父母。”¹⁸

7.11 委员会承认，“如果以为更改《〔1975年〕家事法法令》的用语，便可一夜之间令向来无法合作的分居父母开始合作，这是不切实际的想法。”¹⁹

¹³ 同上，第54段（建議5）。

¹⁴ 同上，建議3。

¹⁵ 英格蘭的《1989年兒童法令》第8條。

¹⁶ 澳大利亞家事法委員會（1994），同前，第38段。

¹⁷ 同前，第53段。委員會於1992年發表一份題為 *Patterns of Parenting After Separation* 的報告書（同前），建議保留這個概念。

¹⁸ 澳大利亞家事法委員會（1994），同前，第23段。

¹⁹ 同上。

7.12 委员会的报告书指出，虽然并无详细评估《1989 年儿童法令》在用语上的改变所造成的影响，但据报未有引致任何重大的不良后果。报告书又提到，英格兰的白莲达·贺捷教授（Professor Brenda Hoggett）虽然对用语在加强父亲参与程度方面可有作用持审慎态度，但指出“保留了父母责任，可令母亲的地位在儿童是与父亲在一起时有所提高”。²⁰

7.13 高等法院家事庭庭长（Family Division of the High Court）史提芬·布朗爵士（Sir Stephen Brown）曾告诉委员会：“根据律师之间所谈及的轶事，可证明当事人认为新用语对抗意味较轻，对排解纠纷有所帮助。”²¹ 此外，英格兰与威尔斯律师会（Law Society of England and Wales）也作出汇报，指《儿童法令》的私法条文“获得广泛支持”。²²

《1995 年家事法改革法令》

7.14 家事法委员会在该会就《1989 年儿童法令》所发表的报告书中作出的建议，在《1995 年家事法改革法令》的条文中得以落实，而《1995 年家事法改革法令》是于 1996 年 6 月 11 日生效的。我们在上文已有指出，《1995 年法令》为《1975 年家事法法令》加入了新的第 VII 部，彻底改变了对父母正在办理分居或离婚手续的儿童有影响的旧有法律。关于旧有法律之下的情况，该法令草案的摘要说明指出，管养权利和探视权利往往令人“产生对子女有拥有权的念头。”

目标

7.15 经由《1995 年法令》修订的《1975 年家事法法令》²³ 第 60B 条载有声明，列出规管该法令中关于儿童的条文的一般原则和目标。²⁴ 该条述明：

- “(1) 本部的目标是确保儿童能得到充分而适当的教养，以帮助他们发挥十足潜能，并确保父母能履行其职责，且肩负关于子女的照顾、福利及成长的责任。
- (2) 上述目标的基本原则是，除非不符合或将会不符合

²⁰ 同前，第 26 段。

²¹ 同前，第 27 段。

²² 同前，第 30 段。

²³ 指经由《1995 年家事法改革法令》修订的《1975 年法令》。

²⁴ 關於該法令的基本原則和目標（包括載於該令第 43 條者）的有趣分析，可參閱 Bailey-Harris 與 Dewar 所合撰的前述一文第 149 至 155 頁。

儿童的最佳利益，否则：

- (a) 不论父母是已结婚、已分居、从未结婚或从未一起生活，儿童都有权利知道自己的父母是谁和得到他们双方照顾；及
- (b) 儿童有权利定期与父母双方和其他对他们的照顾、福利及成长起重要作用的人保持联系；及
- (c) 父母要分担有关子女的照顾、福利及成长的职责和责任；及
- (d) 父母应协定日后如何教养子女。”

父母责任

7.16 《1975年家事法法令》第61B条把父母责任界定为“父母根据法律对子女所具有的一切职责、权力、责任及权能。”18岁以下儿童的父母每一方对子女都负有父母责任，而这是不受父母之间关系的任何改变（例如离婚或分居）所影响的。²⁵

教养计划

7.17 为鼓励正在办理离婚手续的父母负起对子女的共同责任，《1975年家事法法令》规定须订出教养计划。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) 是儿童的父母双方现时或过去所订立的；及
- (c) 处理第(2)款所述的一项或以上事宜。”

7.18 第63C(2)条订明教养计划可处理下列事项：

- “(a) 儿童须与何人或哪些人同住；
- (b) 儿童与另一人或其他人等之间的联系；

²⁵ 經由《1995年家事法改革法令》修訂的《1975年法令》第61C條。

- (c) 对儿童的赡养；
- (d) 对儿童的父母责任的任何其他方面。”

7.19 教养计划中处理(a)、(b)及(d)项所列任何事项的条文是“*儿童福利条文*”，²⁶ 而教养计划中处理(c)项所列事项的条文则是“*儿童赡养条文*”。²⁷

7.20 教养计划不得更改，但可透过另立协议而予以撤销。²⁸ 为撤销原有计划，其后订立的协议必须以书面订立并在法院登记。²⁹ 教养计划本身亦可按照《法院规则》所订程序在法院登记。³⁰ 申请书必须附有教养计划的副本、《法院规则》所规定提供的资料，以及：

- “(i) 一份陈述书，述明各方当事人均已就教养计划的意义和效力获提供独立法律意见，并已由提供该意见的执业律师签署；或
- (ii) 一份陈述书，述明教养计划是在已征询家庭及儿童辅导员的意见后才拟定的……并已由该辅导员签署；或
- (iii) 一份陈述书，述明教养计划是在已进行家事及儿童调解后才拟定的……并已由有关的家事及儿童调解辅导员签署。”³¹

法院作出教养令的权力

7.21 第 65D 条赋予法院广泛的酌情权，“作出其认为适当的教养令”，并把以前作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。法院行使其酌情权时，会以“最佳利益”原则和第 68F 条所列明的各项考虑因素为准则。

²⁶ 经由《1995 年家事法改革法令》修订的《1975 年法令》第 63C(4) 条。

²⁷ 经由《1995 年家事法改革法令》修订的《1975 年法令》第 63C(5) 条。

²⁸ 经由《1995 年家事法改革法令》修订的《1975 年法令》第 63D(1) 及 (2) 条。

²⁹ 经由《1995 年家事法改革法令》修订的《1975 年法令》第 63D(3) 条。

³⁰ 经由《1995 年家事法改革法令》修订的《1975 年法令》第 63E(1) 及 (2) 条。

³¹ 经由《1995 年家事法改革法令》修订的《1975 年法令》第 63E(2) 条。第 (2)(iii) 款是由《2000 年家事法修订法令》(Family Law Amendment Act 2000) 附表 3 第 43 段所增补的。

7.22 要求作出教养令的申请，可由儿童本人、儿童的父母其中一方或双方，或“任何其他关注儿童的照顾、福利或成长的人士”提出，³² 故此法院可以把教养令判给非属儿童父母的人士。³³

7.23 第 64B(2)条订明教养计划可处理以下其中一项或多项事宜：

- “(a) 儿童须与何人或哪些人同住；
- (b) 儿童与另一人或其他人等之间的联系；
- (c) 对儿童的赡养；
- (d) 对儿童的父母责任的任何其他方面。”

7.24 处理(a)项的命令是“同住令”，处理(b)项的是“联系令”，而处理(c)项的则是“儿童赡养令”。³⁴ 如教养令所处理的是“对儿童的父母责任的任何其他方面”，便会称为“指定事项令”。一项指定事项令，“举例来说，可把对儿童的长期照顾、福利和成长或对儿童的日常照顾、福利和成长的责任，授予某人（不论是单独授予该人或同时授予该人及另一人）。”³⁵

7.25 第 61D 条清楚订明，教养令并不减损父母责任，但如教养令中明文有此规定或为执行该令而有此需要，则作别论。

最佳利益和列明须予考虑因素的清单

7.26 第 65E 条订明，法院在决定是否作出某项教养令时，“必须把儿童的最佳利益视为首要考虑事项。”“利益”一词在第 60D 条中已有界定，是包括了“与儿童的照顾，福利或成长有关的事宜。”

7.27 家事法委员会在其报告书中建议，已收载于《1975 年家事法法令》第 64(1)(bb)条的清单应予修订，让一些额外的事宜也能纳入考虑之列，³⁶ 故此第 68F(2)条现时规定法院必须考虑：

- “(a) 儿童所表达的任何意愿，以及法院认为与考虑儿童意愿所占比重有关的因素（例如儿童的成熟程度或理解力高低）；

³² 经由《1995 年家事法改革法令》修订的《1975 年法令》第 65C 条。

³³ 经由《1995 年家事法改革法令》修订的《1975 年法令》第 64C 条。

³⁴ 经由《1995 年家事法改革法令》修订的《1975 年法令》第 64B(3)、(4)及(5)条。

³⁵ 经由《1995 年家事法改革法令》修订的《1975 年法令》第 64B(6)条。

³⁶ 澳大利亚家事法委员会（1994），同前，第 49 段（建议 4）。

- (b) 儿童与父亲、母亲和其他人之间关系的性质；
- (c) 儿童的情况有变所可能造成的影响，包括儿童与下列人士分离而可能受到的影响：
 - (i) 其父母任何一方；或
 - (ii) 一直与其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对儿童与父母双方维系个人关系和定期保持直接联系的权利会有重大影响；
- (e) 父亲、母亲或其他人满足儿童的需要的能力，包括感情和智能方面的需要在内；
- (f) 儿童的成熟程度、性别和背景（包括与土著居民或托勒斯海峡岛民的生活方式、文化和传统习俗保持联系的需要），以及儿童被法院认为是有关的其他特征；
- (g) 保护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) 遭受或面对虐待、恶待、暴力或受其他行为对待；或
 - (ii) 直接或间接面对施加于或可能影响到另一人的虐待、恶待、暴力或其他行为对待；
- (h) 儿童的父亲和母亲对儿童所表现的态度，以及对父母身分的责任所表现的态度；
- (i) 涉及儿童或其家庭的任何成员的家庭暴力；
- (j) 适用于儿童或其家庭的任何成员的家庭暴力令；
- (k) 应否作出一项最小机会导致就儿童提起进一步法律程序的命令；
- (l) 法院认为有关的其他事实或情况。”

7.28 如果法院正在考虑是否作出一项各方当事人均表同意的命令，法院便可考虑这些因素，但并非必然要这样做。³⁷

经同意而判给父母以外人士的命令

7.29 第 65G(2)条列明作出经同意而判给父母以外人士的同住令或指定事项令所须符合的特别条件。法院不得作出拟议中的命令，除非：

“(a) 下述条件已获符合：

- (i) 法律程序的各方当事人曾与家庭及儿童辅导员或福利工作人员开会，讨论拟议中的命令所会决定的事宜；及
- (ii) 法院已有考虑家庭及儿童辅导员或福利工作人员就该事宜而拟备的报告；或

(b) 法院信纳，即使不符合(a)段所列条件，在当时的情况之下仍适宜作出拟议中的命令。”

7.30 法令第 63B 条以法规确认和解与协议的重要性。该条鼓励儿童的父母双方：

- “(a) 就涉及儿童的事宜达成协议而不向法院寻求作出命令；及
- (b) 在订立协议时，以儿童的最佳利益为首要考虑事项。”

儿童所同住的父或母去世

7.31 如一项包含同住令的教养令未有就儿童所同住的父或母一旦去世时应有何安排作出规定，第 65K 条便会处理此事。当有此情况发生时，尚存的父或母不能要求儿童与自己同住，但可向法院提出申请，要求作出适当的同住令。

³⁷ 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 68F(3)條。

不作出命令原则

7.32 委员会指出，英格兰的《1989年儿童法令》第1(5)条就私法事宜所列明的不作出命令原则是过于僵化。此条订明，法院在考虑是否作出命令时，除非认为对有关的儿童来说，作出命令较完全不作出命令为佳，否则不得作出命令。英格兰律师会曾向委员会表示，“*不作出命令原则在一些个案中会引起问题，特别是那些有掳拐儿童威胁的个案或儿童所同住的父或母希望取得地区当局所建房屋的个案。*”³⁸

7.33 上述理由是委员会在报告书中对为何不采纳英格兰条文的唯一解释。委员会反而建议，适当的做法是指示法院在考虑儿童的最佳利益时，考虑按个案的所有情节而言，不作出命令是否会较作出命令更为可取。³⁹ 第64(1)(ba)条已有订明，法院应作出一项最不可能导致提起进一步法律程序的命令。

违反命令

7.34 在同住令有效期间，第65M(2)条订明：

“任何人均不得在违反同住令的情况下：

- (a) 带走儿童，令某人无法再照顾儿童；或
- (b) 拒绝或没有把儿童交给或交还某人；或
- (c) 干预某人行使或履行其根据同住令所具有的任何权力、职责或责任。”

7.35 就联系令而言，第65N(2)条订明：

“任何人均不得：

- (a) 妨碍或阻止某人和儿童按照联系令而互相保持联系；或
- (b) 干预某人和儿童根据联系令所本应互相保持的联系。”

7.36 至于指定事项令，第65P(2)条订明，“*任何人均不得妨碍或阻止照顾者履行有关责任。*”

³⁸ 澳大利亞家事法委員會（1994），同前，第47段。

³⁹ 同上，第48段。

儿童的参与

7.37 家事法委员会于 1995 年发表一份题为《在家事法中让儿童参与和代表儿童》（*Involving and Representing Children in Family Law*）的讨论文件，⁴⁰ 提出在家事法律程序中让儿童参与有三方面：

- “(a) 在切实可行的范围内，给予儿童机会就会直接影响他们的决定表达自己的意愿；
- (b) 在适当情况下让儿童参与《家事法法令》运作时所衍生的程序；及
- (c) 确保儿童不会感到在直接影响他们的决定或事宜上遭人排拒在外。”⁴¹

7.38 家事法委员会指出此做法是有充分理由支持，不但有研究儿童如何面对父母离婚的文献可以为证，同时也是秉承联合国《儿童权利公约》的精神。儿童的意愿可透过下述各种途径上达法院：把儿童的意愿纳入辅导员的报告中、委任独立法律代表、由法院专家提交报告、与儿童会晤，或（在罕见的情况中）由儿童本人或由他人代儿童提出法律程序。

儿童的意愿

7.39 《1975 年家事法法令》第 68G(2)条所处理的是法院可如何得知儿童所表达的意愿：

“法院可透过下列途径得知儿童所表达的意愿：

- (a) 参考根据第 62G(2)款提交法院的报告所收载的任何资料；或
- (b) （在适用的法院规则的规限下）法院认为适当的其他途径。”

7.40 第 68H 条继而订明，“本部并无任何条文准许法院或任何人规定儿童须就任何事情表达自己的意愿”。

⁴⁰ 澳大利亞家事法委員會，*Involving and Representing Children in Family Law*（討論文件，1995 年 5 月）。

⁴¹ 同上，第 3.06 段。

独立法律代表

7.41 “独立法律代表”一词通常是描述一名在家事法法律程序中代表儿童的律师。⁴² 家事法委员会是按照联合国《儿童权利公约》的条文来检讨“独立法律代表”所担当的角色。

7.42 《1975年家事法法令》第68L(1)条订明，如法律程序中的有关考虑事项是儿童的福利或最佳利益，便可安排独立法律代表。

7.43 独立法律代表所担当的角色是就儿童的最佳利益向法院作出陈词，不管陈词内容是否能反映儿童的意愿。为了做好这角色，独立法律代表会向州政府人员索取有关儿童的福利报告，向学校和当地机构搜集资料，并向适当人士（例如儿童精神科医生）索取专家报告。⁴³

7.44 委员会注意到，独立法律代表是在法律程序中的不同阶段委任，而甚么时候才是适当的委任时间，其实并无划一准则，⁴⁴ 至于安排独立法律代表的工作，则由各州的法律援助委员会（Legal Aid Commission）负责。委员会认为，有需要就个案管理进行协调，以保障儿童的利益，并避免延误、重复和缺失；⁴⁵ 此外也应设立全面的培训和评审制度。⁴⁶ 澳大利亚法律委员会家事法小组、家事法庭和多个法律援助委员会已于1996年推行一项培训计划。

讼辩

7.45 委员会建议，“为儿童的利益进行辩讼，是有空间在较广阔的层面上进行，而非仅限于在法庭上代表儿童”。⁴⁷ 委员会建议，应由一名统筹员负责安排为儿童的最佳利益拟备适用的报告，并向儿童解释有关的各种程序。这个角色可由现有的专业人士（例如法院辅导员或各州的福利工作人员）担任。此举可确保各独立法律代表均能获得适当的支援服务，亦可确保“儿童的更广泛需要可得到解决，并在有需要时得到协调”。⁴⁸ 委员会又建议，更恰当的职衔名称会是儿童的代表、儿童的出庭代讼人、法定代表律师或儿童的代表律师。⁴⁹ 《1995

⁴² 类似法定代表律师根据《婚姻诉讼规则》（第179章）所担当的角色。

⁴³ 澳大利亚家事法委员会（1995），同前，第4.15段。

⁴⁴ 同上。

⁴⁵ 同前，第4.49段。

⁴⁶ 同前，第4.29至4.33段。

⁴⁷ 同前，第5.20段。

⁴⁸ 同前，第5.21段。

⁴⁹ 同前，第5.27段。

年家事法改革法令》结果把“独立法律代表”一词改为“儿童的代表”。

50

委任独立法律代表的准则

7.46 *Re K* 一案⁵¹ 中列明应委任独立法律代表的情况如下：

1. 父母之间明显是有难以化解的冲突；
2. 儿童明显是与父母双方或其中一方关系疏离；
3. 确实是有影响儿童的文化或宗教差异问题；
4. 儿童的父母双方或其中一方或与儿童有重要联系的其他人，是据称有反社会的行为，而其程度是足以严重影响儿童的福利；
5. 父母其中一方、儿童本人或与儿童有重要联系的其他人，是患有严重的生理、心理或精神方面的疾病或有严重性格失常的问题；
6. 父母双方无论如何看来都不是适合的管养人；
7. 已届成熟年龄的儿童有提出强烈意见，而其意见若付诸实行便会改变一项行之有效的管养安排，或会导致其父母其中一方完全不能探视他；
8. 儿童的父母其中一方拟议把儿童永久迁离其所属司法管辖区，或把儿童永久迁往其所属司法管辖区内的某处地方，以致大大限制或实际上不让另一方探视儿童；
9. 有建议把兄弟姊妹分开；
10. 各方当事人均无法律代表；
11. 法院特别就儿童的接受医治行使其福利司法管辖权，而儿童的最佳利益又未能由其中一方当事人充分代表；及
12. 涉及指称虐儿（不论是在身体、性或精神方面）的个案。

⁵⁰ 經由《1995年家事法改革法令》修訂的《1975年法令》第68M(1)條。

⁵¹ [1994] FLC 773，有關資料見第775頁。

指引

7.47 家事法院的指引描述独立法律代表的职责之一是“确保所有与儿童福利有关的事宜均获呈堂和证人均有出庭，并协助法院作出符合儿童的最佳利益的决定”。⁵² 独立法律代表应确保法律程序不会受到各方当事人阻延，并应确保儿童不会受到不当的心理测试。

7.48 重要的是独立法律代表被视为法院人员，立场中立，并且独立于各方当事人之外。独立法律代表可盘问有关证人，确保所有与儿童的最佳利益有关的资料均有披露。在某些个案中，案中儿童的成熟程度是有可能足以由他人代表而作为法律程序的一方。家事法委员会曾在其早前所发表的一份报告书中建议，在此类个案中，适当的做法是为儿童安排一名直接听命于其指示的出庭代讼人。不过，这并不是独立法律代表所担当的角色。⁵³

委任独立法律代表的法院命令

7.49 《1975 年家事法法令》第 68L(3)条有为委任独立法律代表的法院命令订定条文。法院可在以下情况作出此项命令：

- “(a) 自行动议作出；或
- (b) 应以下各者的申请而作出：
 - (i) 儿童；或
 - (ii) 关注儿童福利的机构；或
 - (iii) 任何其他人。”⁵⁴

为儿童进行检验

7.50 《1975 年家事法法令》第 68M 条所处理的是，在有“儿童的代表”的情况下作出交出儿童以接受检验的命令的事宜。⁵⁵ 当有儿

⁵² “Guidelines Promulgated by the Family Court for separate representatives of children appointed pursuant to section 65 of the Family Law Act”：見澳大利亞家事法委員會於 1995 年發表的討論文件（同前）附件 A。

⁵³ 澳大利亞家事法委員會，*Representation of Children in Family Law Proceedings*（1989 年 6 月）第 17 段。反之，獨立法律代表可出任法庭之友，以確保所有與兒童福利有關的證據均會呈堂。

⁵⁴ 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 68L(3)條。

⁵⁵ 這與根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 45A 條下令為兒童進行評估的權力相若，但該項權力只限由社會福利署署長行使：可參閱之前的第 3 章第 3.87 段。

童的代表提出申请时，法院可下令交出儿童以接受心理或精神检验，以拟备报告供儿童的代表在涉及法律程序方面使用。⁵⁶ 上述命令可向以下人士作出：

- “(a) 儿童的父母其中一方；或
- (b) 就儿童获判同住令或联系令的人；或
- (c) 就儿童获判指定事项令的人，而根据这项命令，此人须负责儿童的长期或日常的照顾、福利和成长事宜。”⁵⁷

家庭暴力

7.51 当日后有命令制约一方配偶与另一方或子女联络时，家庭暴力的课题，便与如何处理先前所作出的联系令或探视令这个问题有关连了。《1975年家事法法令》于1995年所作的修订，对于突显家事法律程序中的暴力问题发挥了重要的作用，⁵⁸ 做法是在述及《1975年法令》的一般目标时，于第43(ca)条中加入“有需要确保有关人士的安全，使其免受家庭暴力之苦”等字，并在列明须予考虑因素的法定清单上，加入法院在作出教养令时所需考虑的其他因素。该清单现时已把是否有涉及儿童的家庭成员的家庭暴力和是否有家庭暴力令存在列为有关因素。⁵⁹

通知法院有关家庭暴力令的存在

7.52 《1975年家事法法令》有对联系令与先前所作出的家庭暴力令之间的互动作用作出处理。第68J(1)条订明，法院在作出联系令之前，必须已获通知有家庭暴力令的存在，若未有通知法院，对法院所作出的任何命令的效力却不会有影响。⁶⁰

家庭暴力风险

7.53 在考虑作出甚么命令之时，法院按第68K条的规定有责任确保所作出的命令不会令任何人面对不能承受的家庭暴力风险。第

⁵⁶ 经由《1995年家事法改革法令》修订的《1975年法令》第68M(2)条。

⁵⁷ 经由《1995年家事法改革法令》修订的《1975年法令》第68M(3)条。

⁵⁸ Bailey-Harris and Dewar，同前，第151页。

⁵⁹ 有关这些发展的讨论，可参阅 Rhoades, Graycar 及 Harrison 所合著的前述一书(2000)第2.11至2.13段。

⁶⁰ 经由《1995年家事法改革法令》修订的《1975年法令》第68J(3)条。

68K(1)条规定，法院不得作出一项与家庭暴力令不一致的联系令，但做法若是符合儿童的最佳利益，则属例外。⁶¹

联系令与家庭暴力令不一致的情况

7.54 第 68Q 条订明该法令此部的目的如下：

- “(a) 解决……联系令与家庭暴力令不一致的问题；及
- (b) 确保……联系令不会令人面对家庭暴力；及
- (c) 尊重儿童可在以下情况与父母双方定期保持联系的权利；
 - (i) 联系次数因家庭暴力令的作出或更改而缩减；及
 - (ii) 与父母双方定期保持联系是符合儿童的最佳利益。”

7.55 第 68R 条是为如何处理一项与家庭暴力令不一致的联系令订定条文。在这种情况下，法院必须向申请人、答辩人及家庭暴力令所针对的任何其他人士，解释该项联系令。解释必须以浅近易明的用语作出，并应包括解释下列事项：

- “(a) 该项第 68R 条联系令的目的；及
- (b) 该项命令所造成的义务；及
- (c) 如某人不遵从该项命令可能会有甚么后果；及
- (d) 法院基于甚么理由作出一项与家庭暴力令不一致的命令；及
- (e) 某人可在甚么情况下申请撤销或更改该项命令。”⁶²

7.56 此外，法院必须：

- “(a) 在第 68R 条联系令中，详细解释如何进行该命令所订明的联系；及

⁶¹ 见 Rhoades, Graycar 及 Harrison 所合著的前述一書 (2000) 第 2.12 段。
⁶² 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 68R(3)條。

- (b) 在切实可行的范围内，尽快（不得迟于命令作出后 14 天）把第 68R 条联系令的文本送交下述人士：
- (i) 要求作出第 68R 条联系令的法律程序中的申请人和答辩人；及
 - (ii) 如果家庭暴力令所针对的人不在第(i)节的范围之内，则亦须送交此人；及
 - (iii) 如果受家庭暴力令所保障的人不在第(i)节的范围之内，则亦须送交此人；及
 - (iv) 作出或最后更改家庭暴力令的法院司法常务官；及
 - (v) 受家庭暴力令保障的人所居住的州或地区的警务总监或主管（不论其称谓是甚么）。”⁶³

以联系令为准

7.57 第 68S 条订明，如联系令与家庭暴力令有不一致的情况，就不一致的之处而言，须以联系令为准。申请人、答辩人或受家庭暴力令保障或针对的人，均可提出申请，要求法院就联系令与家庭暴力令不一致之处作出宣告。⁶⁴

7.58 我们认为保护配偶和家庭，必然较诸与儿童定期保持联系更为重要。如果配偶之间的冲突情况严重，则探视权可能会成为父母其中一方用作对付另一方的武器，这是不可能符合儿童的利益的。⁶⁵

1995 年改革的事后检讨

7.59 悉尼大学及澳大利亚家事法庭于 2000 年发表一份题为《《1995 年家事法改革法令》：实施初期三年》（*The Family Law Reform Act 1995: The first three years*）的报告书，⁶⁶ 书中扼要地介绍了罗兹、格雷

⁶³ 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 68R(4)條。不過，未有遵從第 68R 條所訂明的規定，對聯繫令的效力並無影響：見經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 68R(5)條。

⁶⁴ 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 68S(2)條。

⁶⁵ 我們也注意到，在第 68Q 條中，兒童的最佳利益只是準則之一，須與其餘兩項準則之間取得平衡，此點上文已有論及。這看來令人詫異，因為在涉及探視或聯繫的糾紛中，“最佳利益”通常都被視為首要考慮事項。

⁶⁶ 見 Rhoades, Graycar 及 Harrison 所合著的前述一書（2000）。

卞及哈里逊就 1995 年改革对澳大利亚的影响而进行的三年研究计划所得的结果。

7.60 该份报告书的作者所得的结论，便是旧有法律于 1995 年所进行的改革，于报告书发表之时仍有多个重要范畴尚未达到目标。以下是报告书中所指出的各种特有问题的简略介绍。

- 法例未有清楚述明共同父母责任的涵义，以及法院命令作出之后应如何履行共同父母责任，而法律专业和公众对此亦了解不足。⁶⁷
- 同样地，新的法院命令用语亦不甚为人所了解；分居的父母脑海中所想的仍继续是管养权和探视权。⁶⁸
- 与旧有法律之下的司法情况不同的是，于临时聆讯中作出的临时同住令，其理据往往看来是“*为求确保父母其中一方在最终聆讯进行之前，与另一方相比不会取得策略上的优势，而不是基于评估儿童的最佳利益而作出，亦不是基于采用‘现有安排’原则而作出*”⁶⁹（根据‘现有安排’原则，为儿童所作出的旧有安排，会尽可能予以保留，直至可就有争议的问题进行全面聆讯为止。）
- 关于在最终聆讯的阶段作出同住令一事，在 1995 年改革之前，共同同住令是很少会在有争辩的法律程序中作出的。除非双方当事人对教养子女的做法是互相配合，而彼此之间的关系又是互相信赖、合作和有沟通，否则共同同住令是被认为不适宜作出的。不过，研究所得结果却显示自进行改革以来，判令父母双方均享有同等时间与子女在一起的同住令，是在双方当事人之间有严重冲突的情况下作出，而某些个案的情况更是有关安排于临时聆讯的阶段已受到考验，并且被父母其中一方认为是不可行的。⁷⁰

⁶⁷ 同上，第 1.5 段。作者指出有部分非同住的父母，以为新的共同教养制度，令他们在影响子女的日常决定之上有受到諮詢的“權利”，又或者以为法律規定子女須分別以一半時間與父母其中一方同住。“當獲告知《1995 年家事法改革法令》未有規定須有此結果時，父母的反應是傾向於感到憤怒和受挫敗”：同上，第 1.5 段。

作者評曰，有關的改革及其應用方式，可能已造成“較大的空間，讓濫用權力的非同住父母，能以質疑子女的主要照顧者所作決定和選擇的方式，來騷擾或干預子女的主要照顧者的生活”：同上，第 1.8 段。

⁶⁸ 同上，第 1.11 至 1.13 段。即使是部分法官和法律執業者，看來也是繼續沿用“舊日用語”：同上，第 1.13 段。

⁶⁹ 同上，第 1.15 段。

⁷⁰ 同上，第 1.27 至 1.28 段。

- 关于联系方面，临时联系聆讯的重点有看得到的转移，已由研究临时联系会否符合儿童的最佳利益（如果是会的话便应予判令），转为假定临时联系是符合儿童的最佳利益，以及研究如何保持联系，直至最终聆讯进行为止。⁷¹
- 这个新近的发展，对于指称有家庭暴力发生的个案是特别重要。作者指出有明显的趋势，“不再于临时聆讯进行时下令中止联系，以此作为确保儿童在审讯进行前得享安全的方法，而是改为采用中立性的移交安排，作为一种较可取的保护机制。”⁷²
- 研究结果又显示，由非同住的父母提出的指称联系令遭违反的申请数目大有增加，但这些申请大部分都被裁定是“缺乏充足理据”的。⁷³

7.61 至于如何确保面对家庭暴力的儿童得享安全，我们对这个问题，以及有可能需要收纳香港所进行的相类改革计划的保障，均已有细加研究。我们在这方面所得的结论，稍后会在第 11 章中列出。

7.62 在较广泛的层面上来说，于澳大利亚所认定的问题，突显了需要确保在此范畴所推行的任何改革措施均能收载于行文清楚的法例之中，并且要对司法人员、法律执业者及公众进行全面教育以作配合。

⁷¹ 同上，第 1.16 至 1.20 段。

⁷² 同上，第 1.21 段。

⁷³ 同上，第 1.31 至 1.35 段。

第 8 章 各地法律的比較：新西蘭

新西蘭的兒童管養權和探視權法律概覽

引言

8.1 新西蘭的管養權和探視權新法例將於 2005 年 7 月 1 日生效，¹ 而在此日之前，這方面的主要法例是《1968 年監護法令》(Guardianship Act 1968)。此法令一般是在有監護權、管養權及探視權等問題出現時，規管父母對子女在照顧、福利及成長方面的權利和責任。² 此法令自制定以來已有重大修訂，³ 而我們稍後會在下文討論到的一點，便是此法令會在不久的將來被一個新的法律體制所取代。⁴

8.2 關於新西蘭家事法庭的運作情況，現有的家事法庭架構是在 1980 年設立。⁵ 家事法庭是專責法庭，由專責的法官負責審理案件，對家事具有全面的司法管轄權，⁶ 故此涉及同一家庭的離婚、管養權、婚姻財產及保護兒童等問題，大体上是由同一法庭處理。⁷ 此外，在家事法庭具有司法管轄權的大部分法律程序中，“是可以委任一名律師來代表有關的兒童，好讓該兒童在法律程序中表達心聲。”⁸

8.3 關於現有的新西蘭家事法庭架構，據觀察所得的情況是：

“管養權和探視權糾紛……令法官面對一些最為難以作出的決定。新制度是由《1980 年家事法庭法令》、《1980 年家事法律程序法令》及《1980 年監護（修訂）法令》引入，而新制度的創建人是承認此點的。

¹ 即已於 2004 年 11 月 21 日制定的《2004 年照顧兒童法令》。

² 見 M Wilson 議員所發表的演辭，其題目為“Trends in New Zealand Family Law”（新西蘭政府行政機關演辭檔案 (New Zealand Government Executive Speech Archive)），2000 年 8 月 18 日。

³ 即《1980 年監護（修訂）法令》(Guardianship Amendment Act 1980)（關於家事法庭的司法管轄權）、《1991 年監護（修訂）法令》(Guardianship Amendment Act 1991)（關於國際性的父母擄拐子女問題）、《1995 年監護（修訂）法令》(Guardianship Amendment Act 1995)（關於在管養權法律程序中作出的家庭暴力指稱）。

⁴ 見下文對《2003 年照顧兒童法令草案》(Care of Children Bill 2003) 及《2004 年照顧兒童法令》的討論。

⁵ 是憑藉《1980 年家事法庭法令》(Family Courts Act 1980)、《1980 年家事法律程序法令》(Family Proceedings Act 1980) 及《1980 年監護（修訂）法令》而設立的。

⁶ 新西蘭法律委員會 (New Zealand Law Commission)，*Dispute Resolution in the Family Court* (2003 年 3 月，第 82 號報告書)，第 18 段。

⁷ 同上，第 20 段。

⁸ 同上，第 22 段。

有关法例是希望透过两大途径，来减轻法官在这方面所遇到的困难。途径之一是把重点置于司法裁决以外的其他解决方法；辅导、调停及调解全都成为重点所在，希望令只有极少数的个案才会真正演变至需作聆讯的地步。途径之二则是若最终仍要进行聆讯，法官是可以从多种专业资源得到协助，以就有关儿童的利益作出裁定。”⁹

8.4 对儿童有影响的其他条文是载于《1969年子女地位法令》（*Status of Children Act 1969*）。此法令的原意是废除“非婚生地位”这个概念，并确定就法律的所有目的而言，不管父母有否结为夫妇，子女地位全部平等。¹⁰ 现时已有建议提出，要求修改此法令，对某些在协助下进行的人类生殖程序的法律后果也加以考虑。

8.5 至于对儿童的保护，《1989年儿童、少年人及其家庭法令》（*Children, Young Persons, And Their Families Act 1989*）订有多项涉及需受照顾和保护儿童的有关规则。如果法院裁断一名儿童或少年人需受照顾和保护，法院便可根据此法令作出监管令或管养令。¹¹

《1968年监护法令》

8.6 这项1968年法令是处理儿童的管养权和探视权，以下是其主要条文的扼要介绍。

儿童的福利属于首要

8.7 根据《1968年监护法令》第23条，在任何法律程序中，如儿童的管养权、监护权、探视权、财产管理或入息是问题所在，儿童的福利是表明为法院的首要考虑事项。¹²

⁹ 这些资源可以包括一名代表有关儿童的律师、一份可被索取的社工报告、多份可能会提交的专家报告，以及一些可被援引的专家证供，而这些资源“是透过有关儿童的法律代表取得，或是在法官提出要求后直接取得的”：见 *Butterworths Family Law in New Zealand*（2001年第10版，出版社：Butterworths），第6.101段。不过，近期有要求进一步改革家事法庭，这些改革下文会有讨论。

¹⁰ 新西兰国会图书馆，“Care of Children Bill 2003”，《新西兰国会图书馆法令草案摘录》（*New Zealand Parliamentary Library Bills Digest*）（2003年第978号），第6页。

¹¹ 新西兰司法部，*Responsibilities for Children – Especially when parents part: The Laws about Guardianship, Custody and Access*（2000年8月，讨论文件），第8页注1。

¹² 《1968年监护法令》第23(1)条。

监护权

8.8 “管养权”在此法令的第 3 条是被界定为指“拥有及照顾一名儿童的权利”。在同一条中，“监护权”是被界定为指“对一名儿童的管养权¹³……以及掌管一名儿童的教养的权利，并包括对一名儿童的人身和教养所具有的一切权利、权力及职责……。”¹⁴

已结为夫妇的父亲和母亲均为儿童的监护人

8.9 此法令的第 6 条订明，儿童的父亲和母亲是儿童的共同监护人，但如果儿童的生父未有与儿童的母亲结婚，并且在儿童出生之时不是与儿童的母亲共同生活，则属例外。¹⁵ 在上述情况之下，儿童的母亲是儿童的唯一监护人。

8.10 在儿童的父或母去世之时，尚存的父或母如当时是儿童的监护人，便也会是儿童的唯一监护人，但如已故的父或母已有为儿童额外委任一名遗嘱监护人，则属例外。¹⁶ 儿童的尚存父亲如果不是儿童的监护人，便可向法院提出申请，要求法院在儿童的母亲已有委任遗嘱监护人的情况下，额外委任他为儿童的监护人，或委任他为儿童的监护人来代替该名遗嘱监护人。¹⁷

额外的监护人

8.11 根据第 8 条，儿童的父母的新伴侣，如有负起日常照顾儿童的责任，可获委任为儿童的监护人，但委任只能通过法院命令而作出。

终止监护权

8.12 根据此法令的第 21 条，当儿童年满 20 岁或在未满 20 岁时结婚，对儿童的监护权即告终止。

¹³ 如屬遺囑監護人的情況，則為例外，並須受法院所作出的管養令規限：《1968 年監護法令》第 3 條。

¹⁴ 關於監護人在兒童接受醫治方面所具有的權利，此法令的第 25 及 26 條是有明訂條文處理涉及此點的問題。這些條文包括有訂明身為兒童監護人的人，是具有權力同意向 16 歲以下的兒童施加醫護的。如果監護人拒絕同意讓兒童接受須緊急進行的醫治，法院可為該目的而負起對有關兒童或少年人的監護權，或為該目的而委任另一人為監護人。見新西蘭司法部前述討論文件（2000 年）第 10 頁有關接受醫治此一問題的評論。

¹⁵ L Dalziel 議員，“Briefing on Care of Children Bill”（新西蘭國會圖書館，2003 年），有關資料見“Summary of Amendments”。

¹⁶ 憑藉《1968 年監護法令》第 6(4)及 7(2)條。

¹⁷ 《1968 年監護法令》第 6(3)條。

管养权

8.13 正如上文所指出，管养权在此法令之下是被界定为拥有及照顾一名儿童的权利。在实际上来说，这是指对儿童的日常照顾。父母双方通常皆具有管养子女的权利，但如果两人离异，家事法庭（可作出“其认为适合的儿童管养权临时或永久命令”¹⁸）在有需要时可批予管养权只判给其中一方的管养令。法院也可决定作出管养权是判给父母双方的共同管养令。¹⁹

8.14 父母其中一方、继父、继母或遗嘱监护人均可提出申请，要求获判儿童的管养权，而其他人等则须先经法院许可始能申请管养权。²⁰

父母的行为

8.15 法院可以考虑父母其中一方的行为，但只限于（如果是要划定范围的话）与子女的福利和最佳利益事有相关之行为。²¹

不存在有利于父母其中一方的推定

8.16 关于儿童的福利问题，还有一点应该指出：

“家事法庭在决定谁应具有儿童或少年人的管养权之时，不会有任何有利于父母其中一方的推定。事实上，此法令有特别表明，在决定甚么是最符合儿童的福利之时，不会推定希望取得管养权的人的性别是有关系。另外还有重要的一点要指出，那就是不会推定一个家庭的子女在父母离异之时是应该继续共同生活。”²²

终止管养令

8.17 除非是有特殊情况，否则管养权一俟少年人年满 16 岁即不再适用。²³

¹⁸ 《1968 年監護法令》第 11(1)條。

¹⁹ 新西蘭司法部（2000 年），同前，第 9 頁。

²⁰ 《1968 年監護法令》第 11(1)(a)及(b)條。

²¹ 《1968 年監護法令》第 23(1)條。

²² 新西蘭司法部（2000 年），同前，第 9 頁，這是指《1968 年監護法令》第 23(1A)條的條文。

²³ 《1968 年監護法令》第 24 條。

探視權

8.18 就《1968年監護法令》而言，“探視權”是在管養權只授予父母其中一方时才事有相關。該法令的第15及16條有就探視權作出規定，而探視權是指讓兒童或少年人與沒有管養權的父母其中一方共度時光的安排。

8.19 其他諸如祖父、祖母、外祖父、外祖母、伯父、伯母、叔父、叔母、舅父、舅母、姑丈、姑母、姨父或姨母等親屬，則只在父母其中一方已逝世、不獲准探視子女或不对子女行使探視權的情況下才有獲判探視權的權利。²⁴

家庭暴力

8.20 《1995年監護（條訂）法令》聯同《1995年家庭暴力法令》引進了一些特別條文（載於《1968年監護法令》第16A、16B、16C及15(2B)條）來處理涉及暴力的個案。有關的改革特別引入了一項可被推翻的推定，那就是父母其中一方如曾對子女或另一方使用暴力，那麼除非法院能夠信納子女在有探視安排作出的期間可保安全，否則這一方不得享有子女的管養權，亦不得享有不受監管的子女探視權。²⁵如法院有判令受監管的探視權，則費用須由獲判此探視權的人承擔。²⁶

探視的執行

8.21 為執行管養令或探視令，一方當事人可申請更改或解除該令，²⁷或要求法院發出手令以執行該令。²⁸如果探視受到阻撓，該一方當事人亦可要求檢控另一方當事人。此法令的第20A條訂明，“阻撓或阻止”探視，如無合理辯解，即屬刑事罪行，最高可判處罰款\$1,000。這項條文對法院因某人拒絕遵從探視令而以藐視法庭罪來懲罰此人的權力並無限制。²⁹

²⁴ 《1968年監護法令》第16條。亦可參閱新西蘭司法部前述討論文件（2000年）第9頁有關管養權和探視權的評論。

²⁵ R Busch 與 N Robertson 所合撰的“*Innovative Approaches to Child Custody and Domestic Violence in New Zealand: The Effects of Law Reform on the Discourses of Battering*”一文，對新西蘭在家庭暴力方面的新動向有扼要的介紹，有助我們了解有關情況。該篇文章是收載於 *Child Exposed to Domestic Violence: Current Issues in Research, Intervention, Prevention, and Policy Development* 一書（2000年，出版社：The Haworth Press），見第269頁。

²⁶ 《1968年監護法令》第16C條。

²⁷ 《1968年監護法令》第17條。

²⁸ 《1968年監護法令》第19條。

²⁹ 《1968年監護法令》第20A(2)條。

儿童的心声

儿童的意愿

8.22 根据第 23(2)条，如果儿童是有能力表达其意愿，法院便必须查明其意愿，并在法院认为适合的范围内，经顾及儿童的年龄和成熟程度而考虑其意愿。³⁰

代表

8.23 此法令的第 30 条订明，法院可委任一名律师代表儿童，若事情是有可能演变为进行聆讯的地步，法院更必须这样做。³¹

司法部就管养权和探视权所进行的谘询工作

8.24 新西兰司法部于 2000 年 8 月发表了一份讨论文件，³² 检讨关于监护权、管养权及探视权的现有法律。这份讨论文件在前言中指出：

“新西兰的关于监护权、管养权及探视权的法律，存在已超逾三十年，而家庭生活模式和新西兰人对家庭关系的价值观，至今已有重大改变，故此政府决定现在是对此范畴法律进行检讨的时候。”³³

8.25 检讨所及范围包括有：³⁴

- 建议为政府的儿童及家庭政策设立一个架构；

³⁰ 有一名作者指出，大部分的管养权、探视权及监护权纠纷均是透过辅导和调解而得以解决，但法律却未有规定儿童的意愿在辅导和调解的过程中须获考虑：请参阅 Henaghan 所撰的“*The 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child*”一文。此文收载于 *Rights and Responsibilities* 一书，而该书是辑录了 1994 年 10 月假威灵顿举行的家庭权利和责任研讨会席上所发表的文章，有关资料见第 32 及 36 页。

³¹ 究竟律师是代表儿童的意愿（这会是符合联合国《儿童权利公约》第 12 条），抑或是代表律师心目中认为是对儿童最好的做法，这一点是争拗不休的：见 Henaghan 前述一文第 36 页。

³² 新西兰司法部（2000 年），同前。

³³ 另一个可能导致政府决定对此范畴法律进行检讨的原因，便是 M Newman 博士在前一年曾以议员身分提出一条名为《共同教养子女法令草案》（*Shared Parenting Bill*）的私人法令草案，但政府对该条法令草案的内容不表赞同：请参阅 S Maharey 议员于司法部推出这份讨论文件时所发表的演辞，该篇演辞的题目是“对监护权、管养权及探视权的检讨”（“*Guardianship, custody and access review*”）（新西兰政府行政机构档案，2000 年 8 月 18 日），有关资料见第 3 页。

³⁴ S Maharey 议员的上述演辞对此有作讨论。

- 针对现代新西兰家庭的各种不同性质而检讨现有的法律条文；
- 令法律的用语和基本概念变得现代化；
- 研究促进父母责任需要采取甚么措施；及
- 研究家事法庭程序，特别是在执行命令方面，是否需要作出甚么变动。³⁵

8.26 政府就这份讨论文件所接获的意见书超逾 350 份，作出回应的人来自四方八面，其中包括了法官、父母、学者及社区组织。³⁶ 司法部其后于 2001 年 10 月发表一份撮录了这些回应的文件。³⁷

8.27 以下所胪列者是谘询所得的总括结果。³⁸

- 大家一般都同意《监护法令》的重点应是确保儿童和少年人的最佳利益得到保障，包括确保其福利和安全得到保障，而“由此引伸，此法令及家事法庭法律程序的用语应有助家庭保持该重点。”³⁹
- 在有关法例中强调联合国《儿童权利公约》条文的重要性是获得大力支持。
- 有部分人士同意有需要在有关法例中认同各种不同形式的家庭。⁴⁰
- 有部分意见书是关于在法例及法律程序中，应如何分配儿童和少年人的权利与父母和非核心家庭成员的权利之间的比重。
- 有部分意见书是“就父母双方在子女的生命中担当重要角色的重要性和能力发表意见，并就应如何修改或不修改法例以达此目的而表达见解。”⁴¹

³⁵ 特别是對家事法庭案件的當事人提供更多資料和支援，以及更有效地執行法院命令。

³⁶ L Dalziel 議員，“Briefing on Care of Children Bill”（新西蘭國會圖書館，2003 年），第 1 頁。

³⁷ 新西蘭司法部，*Summary Analysis of Submissions in Response to the Discussion Paper Responsibilities for Children: Especially when parents part. The Laws about Guardianship, Custody and Access*（2001 年 10 月）。

³⁸ 見上述文件的第 4 至 5 頁（摘要）。

³⁹ 同上，第 4 頁。

⁴⁰ 但撮錄回應的文件指出，毛利人的抱負和價值觀是否須根據法律得到特別看待，在這一點之上意見是有分歧的。

⁴¹ 同前。

- 有部分意见书是讨论各种不同资源（指提供给父母、子女及家事法庭工作人员者）对排解纠纷和取得照顾子女安排方面的共识的效用。⁴²
- 回应者就家事法庭程序表达了不同的意见，对家事法庭也有不同的期望，特别是“就现有的家事法庭程序是否适当、辅导和调解服务的提供，以及法官、法律专家、心理专家及转导专家所各自担当的角色，提出了针锋相对的意见。”⁴³ 此外，看来“就开放法律程序是否适当所提出的意见也是两极化的。”⁴⁴
- 有部分意见书是就需否加快法律程序和减省法律程序费用提出意见，而有部分回应者也同意法院应有方法限制重复申请。⁴⁵
- 有部分意见书是对作出法院命令和违反法院命令表示关注，其中有一些讨论减轻儿童所受创伤的需要，而另一些则是就加强法院的执行权力的方法提出意见。⁴⁶

《2004 年照顾儿童法令》

引言

8.28 经政府进行谘询之后，《2003 年照顾儿童法令草案》于 2003 年 6 月 10 日提交国会。此法令草案已于 2004 年 11 月 21 日获得通过但会在 2005 年 7 月 1 日才开始实施。这项新法例会取代《1968 年监护法令》，并会修订其他家事法律程序的法例，⁴⁷ 目的是令关于监护权、照顾儿童、家事法庭程序及父母地位的法律变得切合时宜。⁴⁸

8.29 在论及此法例草案的背景时，条例草案的摘要说明指出：

⁴² 這些資源包括有：“供法院用以協助解決分居問題的指引；子女教養計劃；提供給家庭的關於法律程序及家事法庭相關人等（例如兒童的代表律師、法庭專家等等）所擔當角色的教育資源；以及為父母而設的自助資料套”：同前，第 5 頁。

⁴³ 同前。

⁴⁴ 同前。

⁴⁵ 同前。

⁴⁶ 同前。

⁴⁷ 見《2004 年照顧兒童法令》第 152 條及附表 2 至 4。

⁴⁸ 新西蘭國會圖書館，“Care of Children Bill 2003”，《新西蘭國會圖書館法令草案摘錄》（2003 年第 978 號），第 1 頁。

“自《1968年法令》制定以来，新西兰在家庭和种族方面的人口统计数字已有重大变化。《1968年法令》是以传统的核心家庭模式为前题，这并不足以反映新西兰现存的各式各样家庭安排。更切合时宜的法例，必须提供一个架构，认同并支援所有不同类别的负责照顾儿童的家庭单位，例如单亲家庭、数代同堂的家庭、重新组织的家庭，以及事实上的关系（包括同性之间的关系）。在考虑各种家庭的不同文化层面时，是项挑战便显得更加重大。”⁴⁹

8.30 在拟定此法令的条文时，新西兰与国际人权责任的关系也在考虑之列：

“在过往数十年期间，新西兰也有加入数目日增加的涉及儿童的需要和利益的国际公约。联合国《儿童权利公约》……，举例来说，便载有多项对监护权和照顾儿童有影响的责任。”⁵⁰

《2004年照顾儿童法令》的目标

8.31 此法令的主要目标是述明包括了⁵¹

- “确保重点更加集中在儿童的权利之上；及
- 承认在照顾儿童方面是存在着各式各样的家庭安排；及
- 加强新西兰对国际责任的遵从。”

建议对现有法律作出的主要改革

关于儿童的福利的一般原则

8.32 我们在上文已有指出，在现有法律之下，儿童的福利是被表明为首要考虑事项。⁵² 在新法令中，这项原则已被移至法例的前面部分，成为一项凌驾一切的原则。⁵³ 此法令的第4条，对首要原则⁵⁴ 的表达方式作出了改动，令“*儿童的福利和最佳利益*”成为首要考虑事

⁴⁹ 《照顾儿童法令草案》，摘要说明，一般政策说明，第1页。

⁵⁰ 同上，第1至2页。

⁵¹ 同上，第2页。

⁵² 《1968年监护法令》第23(1)条。

⁵³ 出处同前，Dalziel是在“Summary of Amendments”之下指出此点。

⁵⁴ 这项原则现见于《1968年监护法令》第23条。

项，而这是适用于根据此法令进行的法律程序，亦适用于“任何其他涉及儿童监护权或日常照顾儿童工作或与儿童保持联系的法律程序。”⁵⁵ 该条继而订明必须考虑“一名儿童在其特定情况中的福利和最佳利益”，⁵⁶ 而法院亦必须对多项可能有关的“原则”的其中任何一项加以考虑。⁵⁷ 这些原则当中有下列各项：

- 儿童的父母和监护人应负有基本责任，并应获鼓励就儿童的照顾、发展及教养自行达成协议；⁵⁸
- 就儿童的照顾、发展及教养所作出的安排应有连续性，而儿童与自己的家庭或家庭群体之间的关系应是稳定并能维持下去；“儿童尤其应与父母双方保持连续不断的关系”⁵⁹；及
- 儿童必须受到保护，免受各种形式的暴力对待。⁶⁰

儿童的意见和法律代表

8.33 关于让儿童表达意见的条文，也同样被移至法例的前面部分。此法令的第6条订明，必须让儿童有合理的机会就影响自己的事宜表达“意见”（现有法律是采用“意愿”一词），而儿童直接或透过法律代表所表达的任何意见，均必须获得考虑。《1968年监护法令》第23(2)条现时所提及的“经考虑儿童的年龄和成熟程度”等字，在此法令中已被略去。

8.34 在让儿童表达意见这个问题方面的有关推定，就是指假如案件有可能发展至进行聆讯的地步法院便应委任一名律师来代表儿童这个推定，也被移至此法令的前面部分。⁶¹

监护权

8.35 在现有法律之下，监护权是被界定为父母对子女的管养权和父母管束子女的权利。在此法令中，监护权被重新界定，重点改为父

⁵⁵ 《2004年照顾儿童法令》第4(1)(b)条。

⁵⁶ 《2004年照顾儿童法令》第4(2)条。

⁵⁷ 见《2004年照顾儿童法令》第4(5)至(6)及5条。

⁵⁸ 《2004年照顾儿童法令》第5(a)条。

⁵⁹ 《2004年照顾儿童法令》第5(b)条。

⁶⁰ 《2004年照顾儿童法令》第5(e)条。

⁶¹ 见《2004年照顾儿童法令》第7条。

母责任而非父母权利。⁶² 第 15 条述明“监护人”和“监护权”两词，指就一名儿童而言，具有：

“该名儿童的父母其中一方对教养该名儿童所具有的一切职责、权力、权利及责任……。”⁶³

8.36 此法令列举了多个例子来说明可予行使的监护权力。⁶⁴ 这些例子包括有：

- 负责日常照顾儿童；
- 为儿童的智力、情绪、体能、社交、文化及其他方面个人发展而出力；及
- 在影响儿童的重要事宜的问题之上，代儿童作出决定、与儿童一起作出决定或协助儿童作出决定（在上述每一种情况中均须联同儿童的其他监护人行事），这些问题例如是：
 - (a) 儿童的名字（及其任何变更）；
 - (b) 儿童在住所方面的改变，而这些改变是会影响儿童与父母和监护人的关系的；
 - (c) 儿童的非经常性医疗问题；
 - (d) 儿童在哪儿受教育及如何受教育；及
 - (e) 儿童的文化、语言及所属教派和宗教信仰。

8.37 此法令订明，除非法院命令另有订明，否则一名儿童的监护人可行使（或继续行使）他对该名儿童所具有的职责、权力、权利及责任，不论该名儿童是否与他共同生活情况亦是如此。⁶⁵ 不过，在行使这些职责、权力、权利及责任时，该名儿童的监护人“必须与该名儿童的任何其他监护人同行事（特别是在实际许可的情况下，必须谘询对方的意见，以求达成协议）。”⁶⁶

⁶² 出處同前，Dalziel 是在“Summary of Amendments”之下指出此點。

⁶³ 《2004 年照顧兒童法令》第 15(1)(a)條。該條也有提述到“透過成文法則而賦於一名兒童的監護人的所有職責、權力、權利及責任”（《2004 年照顧兒童法令》第 15(1)(b)條）。

⁶⁴ 見《2004 年照顧兒童法令草案》第 16 條。

⁶⁵ 《2004 年照顧兒童法令》第 16(3)條。

⁶⁶ 《2004 年照顧兒童法令》第 16(5)條。

8.38 *父亲与母亲均为监护人*。根据现有法律，儿童的亲生父母两者都是儿童的监护人，但如果儿童的父亲未有与儿童的母亲结婚，并且在儿童出生之时不是与儿童的母亲共同生活，则属例外。⁶⁷ 根据此法令的第 17 条，除非儿童的母亲因以下理由而成为儿童的唯一监护人，否则儿童的父亲与母亲是儿童的共同监护人：

- 儿童的母亲由受孕至儿童出生期间，从未有与儿童的父亲结婚；或
- 儿童的母亲于该段期间，从未有以事实上的伴侣此身分与儿童的父亲共同生活。

8.39 *关于监护权的其他情况*。根据此法令的第 18 条，如果儿童的父亲不是儿童的自然监护人，但其详细资料却经儿童的母亲及其本人同意而登记为儿童的部分出生资料，则自然监护权会透过法律的运作而给予儿童的父亲。⁶⁸

8.40 此法令又订明，儿童的父亲如果不是母亲的配偶或事实上的伴侣，便可向法院提出申请，要求法院在已有委任儿童的母亲为监护人或已有委任遗嘱监护人的情况下，额外委任他为儿童的监护人，或委任他为儿童的监护人来代替儿童的母亲或遗嘱监护人。⁶⁹

8.41 此法令的第 21 至 25 条订明，儿童的父母其中一方，可在某些情况之下委任一名新伴侣作为儿童额外的监护人。

8.42 *法院所委任的监护人*。⁷⁰ 根据此法令的第 30 至 35 条，一名“合格的人”可向法院提出申请，要求：

- 作出命令，把一名既未结婚亦非与一名事实上的伴侣共同生活的儿童交由法院监护；或
- 作出命令，委任一名被指名者为法院的一般代理人，或就某项目的作为法院的代理人。

8.43 “合格的人”指：

⁶⁷ 出處同前，Dalziel 是在“Summary of Amendments”之下指出此點。

⁶⁸ 登記可因應以下其中一種情況作出：應母親和父親的請求；應母親的請求，並由母親提交一份經父親簽署的通知書，而後者是承認自己屬於父親身分且同意讓有關資料記錄在案；又或者應父親的請求，而母親已確認他是有關兒童的父親：見（新西蘭）《1995 年出生、死亡及婚姻登記法令》（(NZ) Births, Deaths, and Marriages Registration Act 1995）第 15 條。

⁶⁹ 《2004 年照顧兒童法令》第 19 條。

⁷⁰ 見《新西蘭國會圖書館法令草案摘錄》（2003 年）第 4 至 5 頁有關此點的扼要說明。

- 儿童的父母其中一方或监护人；
- 儿童的祖父、祖母、外祖父、外祖母、伯父、伯母、叔父、叔母、舅父、舅母、姑丈、姑母、姨丈或姨母；
- 儿童的兄弟姐妹(包括同父异母或同母异父的兄弟姐妹)；
- 儿童的父母其中一方的伴侣；
- 儿童本人(可在无“*诉讼监护人*”的情况下提出申请)；
- 行政长官(即现时负责执行《1989年儿童、少年人及其家庭法令》的部门的行政长官)；或
- 任何其他获法院许可提出申请的人。

8.44 *终止监护*。此法令的第 28 条订明，一有以下其中一种情况发生，儿童的监护人的职责、权力、权利及责任即告终止：

- 儿童踏入 18 岁(相比现有法律的 20 岁规定)；⁷¹
- 儿童结婚；
- 儿童以事实上的伴侣的身分与另一人共同生活；⁷²
- 监护人遭法院的命令罢免；或
- 如果监护人是就某项目的而获委任或其任期是有指明者，则在该目的已达到或其任期届满之时终止。

照顾儿童：作出安排与排解纠纷

8.45 此法令订明，当儿童有两名或以上的监护人未能就监护权达成协议时，他们当中任何一人均可就有关争议要求提供辅导，或向法院申请发给指示。⁷³ 16 岁以上的儿童，可向法院提出申请，要求复核父母其中一方或监护人给予或拒绝给予同意的决定。⁷⁴ 法院也可以作出包含下述协议的命令：父母与监护人之间或父母与捐赠人(如儿

⁷¹ 《1968年監護法令》第 8(1)條。

⁷² 即兒童已 16 歲或以上，經其父母和監護人同意(如兒童是受法院監護，則為經法院同意)以事實上的關係這種形式與另一人(包括相同性別的人)共同生活：見 Dalziel 所撰前述一文載列於“*Summary of Amendments*”之下的有關資料。

⁷³ 《2004年照顧兒童法令》第 44 條。

⁷⁴ 《2004年照顧兒童法令》第 46 條。

童是透过在协助下进行的人类生殖程序而成胎的)之间就例如儿童的日常照顾或教养或与儿童保持联系等事宜所达成的协议。⁷⁵

8.46 凭借此法令的第 48 条,“管养”令和“探视”令已由“教养令”所取代。而后者是决定谁会——

- 担当日常照顾儿童的角色；及
- 与儿童保持联系。

8.47 至于甚么类别的人可向法院寻求许可以申请教养令(日常照顾及探视权亦涵盖在内),已变为明确地包括近亲和家庭群体的成员在内。⁷⁶

8.48 如父母其中一方没有日常照顾子女的责任,法院必须考虑可否作出命令安排该一方与子女保持联系,并研究如何能让该项命令达此目的。⁷⁷

8.49 家庭暴力。像现有法例的做法一样,此法令建议如果父母其中一方是被指控曾对子女或另一方使用暴力,则法院可在联系方面施加条件。⁷⁸ 不过,此法令的第 62 条现时订明,进行正式的受监管的探视所引致的费用,可由政府而非与子女保持联系的父母其中一方支付,但在政府支付费用下进行的保持联系的节数有最高限额的规定。⁷⁹

8.50 执行命令。此法令的第 63 至 80 条,扩阔了各种可资采用“使教养令得以奉效”的方法的范围。透过各种不同途径,法院在避免发生纠纷及推动遵从命令方面可发挥特定的功用;这些途径包括:⁸⁰

- 明文清楚说明各种命令会有甚么影响和违反这些命令的后果;
- 在适当的情况下命令进行辅导;⁸¹

⁷⁵ 《2004 年照顾儿童法令》第 40 至 42 条。见《新西兰国会图书馆法令草案摘录》(2003 年)第 5 页有关此点的评论。

⁷⁶ 《2004 年照顾儿童法令》第 47 条。

⁷⁷ 《2004 年照顾儿童法令》第 52 条。见 Dalziel 所撰前述一文有关此点的评论,有关资料是载列于“Summary of Amendments”之下。

⁷⁸ 《2004 年保护儿童法令》第 51 及 58 至 62 条。

⁷⁹ 出处同前,见 Dalziel 于提问及答案(f)中就此点所作的评论。

⁸⁰ 出处同前,Dalziel 是在“Summary of Amendments”之下扼要说明此点。

⁸¹ 《2004 年照顾儿童法令》第 69 条。

- 更改或解除教养令（例如缩减儿童受违反该令的一方当事人照顾或与其联系的时间）；⁸²
- “训诫”有关的一方当事人。⁸³

8.51 此法令也有订明，违反教养令的罚则已加重为监禁期最长三个月及罚款额最高\$2,500。⁸⁴

8.52 此法令载有多项关于把儿童迁离新西兰，⁸⁵ 国际性的掳拐儿童⁸⁶ 及在国际上执行教养令⁸⁷ 的条文。

《2004 年照顾儿童法令》的其他条文

8.53 专家报告。此法令亦订明：⁸⁸

- 法院已获赋权下令拟备专家报告，并聆听有关人士就儿童的文化背景而提供的证供⁸⁹
- 有多类人士是有权出席根据此法令而进行的聆讯⁹⁰

8.54 公布关于法律程序的报告。对于根据此法令进行的法律程序，公布关于此等法律程序的报告所受的限制已有放宽，准许更广泛地公布这些报告，但同时仍对涉案家庭的私隐加以保障。⁹¹

8.55 无理取闹的法律程序。法院已获赋权：

- 撤销琐屑无聊、无理取闹或滥用法院程序的法律程序，以及显然不符合某名儿童的福利和最佳利益的法律程序；并
- 对重复展开的法律程序加以限制。⁹²

⁸² 《2004 年照顾儿童法令》第 68(1)(b) 条。

⁸³ 《2004 年照顾儿童法令》第 68(1)(a) 条。

⁸⁴ 《2004 年照顾儿童法令》第 78 条。

⁸⁵ 《2004 年照顾儿童法令》第 80 条。

⁸⁶ 《2004 年照顾儿童法令》第 81 至 93 条。

⁸⁷ 《2004 年照顾儿童法令》第 94 至 124 条。

⁸⁸ 见《2003 年照顾儿童法令草案》摘要说明第 3 页对此点的扼要介绍。

⁸⁹ 见《2004 年照顾儿童法令》第 128 至 136 条。见前述的《2003 年照顾儿童法令草案》摘要说明第 3 页对此点的扼要介绍。

⁹⁰ 《2004 年照顾儿童法令》第 137 至 138 条。见前述的《2003 年照顾儿童法令草案》摘要说明第 3 页。

⁹¹ 《2004 年照顾儿童法令》第 139 条。见前述的《2003 年照顾儿童法令草案》摘要说明第 3 页。

⁹² 《2004 年照顾儿童法令》第 140 及 141 条。见前述的《2003 年照顾儿童法令草案》摘要说明第 3 页。

8.56 辅导。《1980年家事法律程序法令》第II部所载的有关辅导及调停的条文已予修订，以便该等条文亦适用于事实上的同性伴侣。⁹³

法律委员会发表关于在家事法庭排解纠纷的报告书

8.57 新西兰法律委员会于2003年3月发表一份关于在家事法庭排解纠纷的报告书。⁹⁴ 报告书指出委员会之所以进行这项研究，是因为家事法庭受到多方面的批评。这些批评包括以下各点：⁹⁵

- 有关制度对男性有偏见；
- 不通知另一方当事人的申请轻易获得批准；
- 在命令是未有通知另一方当事人而作出的情况中，另一方当事人等待获得聆讯的时间过长；
- 审理事情一般费时过久；
- 受理的事情有延误致令儿童受苦；及
- 家事法庭的专业人员并非全部曾受适当培训和具备适当技能。

8.58 在研究这些指称是否有充分理由支持时，委员会表示：

“有这些批评不足为奇，因为家事法庭的司法管辖权是独一无二的。它所处理的是陷于危机的家庭，当事人的情绪会流于激动。家事法庭的法官须作出极之为难的决定，而这些决定对诉讼人来说是有重大的个人影响。利害攸关者往往是儿童的福利，个人权利与保护和安全之间有争持，公平与儿童的福利之间也有争持。要在这些原则之间找到平衡或折衷方法，并非经常可以办到——其中一项原则必然是凌驾于另一项原则之上。无论法官所作的决定有多‘正确’，总是有人会受到伤害。”⁹⁶

⁹³ 《2004年照顾儿童法令草案》第149条。见前述的《2003年照顾儿童法令草案》摘要说明第3页。

⁹⁴ 新西兰法律委员会，《Dispute Resolution in the Family Court》（2003年3月，第82号报告书）。

⁹⁵ 同上，第1段。

⁹⁶ 同上，第2段。

8.59 委员会又指出家事法庭只是一个排解纠纷的场所，而整体来说，“新西兰的家庭会有甚么结果，是视乎多项其他因素而定，例如健康、贫穷、教育及就业。这些因素对可能向家事法庭求助的家庭全都有影响。”⁹⁷

8.60 报告书作出了多项建议，包括采用新的调解程序和法院程序来帮助家庭排解纠纷。不过，委员会述明委员会最强烈的建议，便是“现有制度的资源须重新调配，以发挥最大效用，不致因法院时间不足、拟备报告人手短缺及儿童、少年人及家庭服务部协助之缺少而造成延误。”⁹⁸

8.61 以下所列举者是委员会的报告中作出的各项建议。⁹⁹

- “透过改善有关制度、重新调配资源及订立更准确的援助目标来避免造成延误。
- 透过家事法庭员工和按合约聘用的专业人员的‘技能提升’来解决办事能力和性别偏见方面的问题。
- 透过按合约聘用家事法庭调解员来改善排解纠纷程序，并以此作为由法官作出裁定以外的另一可行方法。
- 订立更多由毛利人设计并由毛利人提供给毛利人使用的排解纠纷程序。
- 加重家事法庭统筹主任所担当的角色，以监察有所改善且范围更广的调解服务。
- 在社区内提供更多关于家事法庭及其程序的资料。
- 在调解过程中确定儿童的意见并收纳这些意见。
- 改善对按合约聘用的家事法庭专业人员（包括心理专家和儿童的代表律师在内）作出投诉的程序。

⁹⁷ 同上，第 8 段。

⁹⁸ 同上，第 3 段。在此之前曾有一名评论者提出警告，指出新西兰近年所出现的儿童的代表律师资源遭削减的情况，只是表面上节约而已：请参阅 Flatly 所撰的“Family law practice; the preventive versus the reactive approach”一文。此文收载于 *Rights and Responsibilities* 一书，而该书是辑录了 1994 年 10 月假威灵顿举行的家庭权利和责任研讨会席上所发表的文章，有关资料见第 161 页。

⁹⁹ 这些建议的摘要是载于委员会的前述报告书引言第 14 段。

- 委派一名家事法庭行政总裁或总经理加入法院部的全国办事处。
- 就所有可能在家事法庭展开的法律程序提供适当的调停服务，包括提供资料、辅导及调解服务在内。”

8.62 如果这些建议落实的话，预计上述改革连同《2004 年照顾儿童法令》中提出的改革，所造成的整体效果便是令父母双方由使用法院来排解彼此之间的纠纷，转为更加着重辅导、调解及其他程序。

100

¹⁰⁰ C MacLennan, "The Care of Children Bill will modernise laws but not make sweeping changes" *Law News* (Auckland District Law Society, 2003 年 3 月 21 日第 10 期)，第 10 頁。

第 9 章 改革建议—— 父母的责任与权利

引言

9.1 我们在本报告书的上几章回顾了本港及多个海外司法管辖区关于儿童管养权和探视权的法律如何运作，也探讨了近年来在这个法律领域内曾经推行的各种改革措施。这些改革的基本精神可归纳如下：

- 不再以父母权利的观念为本，改为强调父母双方对子女均负有责任，而且父母责任在父母分居及离婚后继续存在；
- 不再视父母与子女联系为一项父母权利，反而视之为子女的权利和父母对子女所负有的一系列责任的其中部分；
- 鼓励父母就子女达成父母双方均可接受的安排，将法院的介入程度（例如引用教养计划）减至最低；
- 更深入认识在处理涉及家庭暴力的管养权和探视权案件时所需要的那种敏感触觉；
- 在家事诉讼的整个程序中更多听取子女直接披露或透过更多使用独立法律代表而披露的心声；
- 承认教养儿童的主要责任由父母承担，并承认政府应该只有当儿童被置于不可接受的风险中才强行介入其家庭生活；¹ 及
- 尝试由立法者将关乎儿童的法律尽量集中在一起，并编写为一套成文法则。

9.2 我们会在本报告书余下的章节中列出我们就这个法律领域所提出的改革建议。在厘定这些改革的内容时，我们发现下列关于儿童的法律的目标是有用的指引：²

¹ 英格蘭法律委員會，*Review of child law: Guardianship and custody* (1988 年，Law Com No 172)，第 2.1 段。

² 英格蘭法律委員會於數年前擬定。見英格蘭法律委員會，*Review of child law: Custody* (1986 年，第 96 號工作文件)，第 3.7 段。

- “ (i) 将关乎儿童的事宜与关乎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，并优先考虑前述的事宜；
- (ii) 确认和维系有关儿童与家庭中其他儿童及其父母或其他对他重要的成年人所建立的利好关系，并鼓励他们在已变迁的家庭环境下尽量延续这些关系；
- (iii) 为儿童建立安全稳定的成长环境，其中一项要素可能是负起教养责任的人必须在该环境中感到有信心和安全；³
- (iv) 保护儿童以免其身心健康及其生理、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看法，因此要在切实可行的范围内尽量查明他的意愿和感受，并根据他的年龄和理解力予以适当考虑；
- (vi) 如果父母责任由不同人士各自承担一部分或共同分担，则确保有关人士明白在法律上他们可以及应该对儿童行使的权责；
- (vii) 尽可能确使法律上的权责分配所反映的做法在日常生活中是合理可行的。”

9.3 我们认为我们在本报告书余下部分所建议的改革，是按照联合国《儿童权利公约》保障和保证儿童的最佳利益所必需的。这些改革建议有部分已经在香港提出，其他的建议则参考其他司法管辖区的经验而订定，例子包括英格兰的《1989年儿童法令》、《1995年苏格兰儿童法令》及澳大利亚的《1995年家事法改革法令》等立法措施。虽然我们承认比较不同地区的经验可以获益良多，但仍坚持有关儿童管养权和探视权的本地法律的任何改革必须切合香港的需要。

9.4 我们在本报告书提出的主要改革建议如获采纳，便有需要对现行法例作出修订，包括修订《未成年人监护条例》（第13章）及

³ 英格蘭法律委員會建議，若同時遵從原則(ii)和原則(iii)會產生衝突，則應優先遵從原則(iii)而非原則(ii)。出處同上，第3.8段。

其他关于婚姻的条例中关乎儿童管养权的条文。由于有关改革意味着对这方面的法律及常规的取态有重大变更，所以必须推行有效的公众教育。我们认为这些改革对正在经历父母离婚这个痛苦过程的家庭及其中子女所带来的莫大益处，是支持作出这些行动的充分理据。

关于儿童福利的一般原则

9.5 我们在本章胪列的改革建议，是我们针对关于儿童管养权和探视权的法律所基于的一般原则而作出的。这些一般原则是指父母责任与权利原则及福利原则。

适用的法律程序

9.6 正如我们在第 2 章及第 3 章所见，福利原则为法院在涉及儿童的案件中作出决定时提供指引。这项原则的作用是令法院必须考虑怎样做才切合儿童的最佳利益，而这方面的考虑远远超过涉及有关诉讼的成年人的最佳利益。

9.7 在香港的现行法例下，对这项原则的首要提述出现于《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)条。该条规定：

“有关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—

(a) 在任何法院进行的法律程序中……—

(i) 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；……”

9.8 福利原则的这种表达方式亦有在其他关于婚姻的条例中引用。《婚姻诉讼条例》（第 179 章）第 48C 条述明：

“为免生疑问，《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3 条……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。”

9.9 至于在《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）下所引用的福利原则，该条例第 18(6)条规定子女的“福利”（以为子女作出的离婚后安排而言）包括“对该子女的管养、教育及经济给养”。该条例第 2 条进一步规定“管养”包括探视，而“教育”则包括训练。

9.10 《分居令及赡养令条例》（第 16 章）第 5 条虽然没有采纳《未成年人监护条例》的用语，但规定法院在根据该条例发出命令（包括关于“法定管养权”和赡养的命令）时，“须以有关的子女的最佳利益为首要考虑的因素”。

9.11 从上述条文可见，福利原则显然是旨在适用于一系列根据关于婚姻的条例提起而影响到儿童的法律程序。然而，在不同的条例中提述该项原则涵盖不同的命令，有可能会产生歧异。举例说，人们可以辩称虽然《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)条指福利原则适用于关乎未成年人的“教养”的法律程序，但这并不包括关乎监护权的法律程序。⁴

9.12 为免出现上述歧异，我们在《谘询文件》⁵ 中建议清楚订明所有涉及儿童的法律程序，包括监护、赡养或财产等问题的法律程序，都是以福利原则为依归。

9.13 虽然这种以宽松用语表达的福利原则适用范围在这次谘询中获得广泛支持，但有些被谘询者对福利原则本身的性质及该原则在儿童的利益与母亲的利益或家庭的整体利益出现冲突时有何影响这两点表示关注。举例说，从管养的层面来看，让子女与曾经对母亲或家中其他成员施行暴力的父亲继续以某种形式保持联系也许会被认为是符合子女的最佳利益，但这不一定符合其家庭的最佳利益。

9.14 我们小心考虑过这些论点。我们注意到法院会从家庭的角度审议怎样做才符合有关子女的最佳利益，而不同家庭成员的利益互相竞争的情况或会出现。在特别难以处理的案件中（例如上文所述涉及家庭暴力的案件），我们同意法庭在处理时应作出特殊考虑，并在本

⁴ 一如我們在香港法改會監護權和管養權小組委員會的《監護權和管養權諮詢文件》（1998 年 12 月）第 6.7 段所指出的情況。

⁵ 出處同上，第 6.7 及 15.2 段。

报告书第 11 章这项课题之下列出多项具体的改革建议。即使在这类案件中，我们仍不同意放弃福利原则或“最佳利益”原则。在涉及儿童的管养及其他有关事宜的法律程序中，儿童的最佳利益必然是法庭在每一宗案件里所引用的最重要考虑事项。

9.15 另外，清楚表明我们的建议只适用于根据有关的婚姻条例提起的法律程序，亦会很有用，因为有些涉及儿童的法律程序是根据其他条例提起的，而在该等法律程序中将儿童的最佳利益作为法庭首要关心之事不一定是恰当的。⁶

9.16 举例说，在根据《父母与子女条例》（第 429 章）第 12 及 13 条提起的法律程序中，福利原则便不一定适用。这两项条文所处理的，是向供应配子的人发出判定该人为有关儿童的父母的命令及发出指令使用科学测试以断定谁人是有关儿童的父母。⁷ 福利原则看来亦同样不适用于根据《领养条例》（第 290 章）申请强制令的法律程序。⁸

建议 1

为免除疑问，我们建议应清楚订明根据《未成年人监护条例》（第 13 章）、《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）提起的所有与儿童有关的法律程序，包括关于监护权、赡养或财产等问题的法律程序，均以福利原则或“最佳利益”原则⁹为依归。

⁶ 有關在影響到兒童的法律程序中福利原則不適用的現有情況的簡略討論，見廖雅慈的前述著作：*Family Law for the Hong Kong SAR*（香港大學出版社，1999 年），第 247 頁。

⁷ 出處同上。

⁸ 出處同上。在根據《家庭暴力條例》（第 189 章）提起的強制令法律程序中，情況亦是這樣。該條例第 3(2)條列出各項法院須考慮的因素，包括任何有關兒童的需要。雖然這些考慮因素全部都是有關的，但每一項因素須獲給予甚麼比重則視乎案件的個別情況而定：見廖雅慈的上述著作第 465 頁。亦請參閱後面第 11 章第 11.40 至 11.60 段關於《家庭暴力條例》的進一步討論。

福利原則看來亦不適用於根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34(1)條發出照顧令或監管令之事，雖然我們從上文得見，這項原則確實適用於根據關於婚姻的條例發出的同類命令：見廖雅慈的上述著作第 247 及 455 頁。關於這個問題的進一步討論以及我們提出福利原則應適用於根據《保護兒童及少年條例》提起的照顧令或監管令法律程序的建議，請參閱後面第 13 章第 13.19 至 13.20 段（建議 58）。

⁹ 見下文的建議 2。

“首先”考虑事项

9.17 在英格兰的《1971年未成年人监护法令》第1条“福利”一词的定义中，儿童的福利被定为首要考虑事项，但《1989年儿童法令》第1条将“首”一字从该定义中删去。作出这项改变的原因是法院对于该字须占的比重感到有点困惑。¹⁰

9.18 正如我们在上文所见，香港的《未成年人监护条例》（第13章）第3条沿用英格兰1971年的有关法令的词汇，要求法庭须以儿童的福利为“首要考虑事项”，而《婚姻诉讼条例》（第179章）及《婚姻法律程序与财产条例》（第192章）也采纳这种写法来表达福利原则。我们赞同英格兰较近期的取向，即“首”一字是不必要的，且会造成混淆。

“最佳利益”

9.19 《1989年儿童法令》及《1995年苏格兰儿童法令》保留了“福利”的概念。然而，澳大利亚家事法委员会认为使用“最佳利益”一词来描述这项原则较为符合联合国《儿童权利公约》的用语。¹¹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中，尽可能采用国际公约的用语。”¹²

9.20 澳大利亚的在其《1995年家事法改革法令》第65E条采纳了这项建议。香港则在1997年修订《分居令及赡养令条例》（第16章）第5条，规定“区域法院在……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。”¹³

9.21 我们在《谘询文件》¹⁴中提出“最佳利益”一词较“福利”一词更切合香港的现代情况，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。正如上文所示，我们也认为有关法例应略去“首”一字，因此建议《未成年人监护条例》（第13章）第3(1)(a)(i)条应修订为“法院须以未成年人的最佳利益为最重要的考虑事项……”，并应对其他关于婚姻的条例作出相应修订。

¹⁰ 见 *JvC* [1970] AC 668。

¹¹ 联合国《儿童权利公约》（1989年），第3条。

¹² 家事法委员会，《*The Operation of the (UK) Children Act 1989*》（1994年3月，报告书），第49段。

¹³ 由《婚姻及子女（杂项修订）条例》（1997年第69号条例）加入《分居及赡养令条例》（第16章）内的第5(3)条。

¹⁴ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998年），第6.8及15.3段。

9.22 虽然我们的谘询对象大多数支持上述建议，但当中也有人质疑在有关定义中将“福利”一词改为“最佳利益”会否产生效用，以及应否提出一个更具体的定义。我们考虑过这些问题，而尽管我们承认在有关定义中作出上述改变的成效仍有待观察，但我们觉得使用“最佳利益”一词来表达福利原则是目前最好的改革选择。

建议 2

为了反映我们认为“最佳利益”一词较“福利”一词更切合香港的现代情况和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这个看法，我们建议将《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i) 条修订为“法院须以未成年人的最佳利益为最重要的考虑事项……。”

我们也建议应对其他关于婚姻的条例作出相应修订。

法定的考虑因素清单

9.23 在关涉儿童的法律程序中决定怎样做才切合儿童的最佳利益时，一个重要的争论点是法官所需决定的事宜在范畴上应否是毫无限制的，又或应否有一份由法规订定的考虑因素清单引导法庭作出决定。我们在本报告书的较早部分已指出，目前不论福利原则或最佳利益原则的表达方式均没有包括这种清单。¹⁵

9.24 支持订立清单的论据是该清单可提供更为一致和清晰的指引，而且该清单较为有系统；各界专业人士都可以使用同一份清单；父母和子女亦会更理解法官所作决定的依据。¹⁶

9.25 反对使用法定清单的论据是这可能会拖长有关法律程序，而法官作出决定时可能会流于机械化。无论如何，法律顾问和社会工作者仍可能使用自订的清单，而且最佳利益原则已经涵盖一切考虑因素。¹⁷

¹⁵ 见前面第 2 章第 2.41 段，该段讨论《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3 条的这一方面。

¹⁶ 见苏格兰法律委员会的 *Report on Family Law*（1992 年，第 135 号），第 5.21 段。苏格兰的这份报告书在第 5.23 段指出，除法律界外，有对有关建议提意见者都赞成设立法定的清单。

¹⁷ 出处同上，第 5.22 段。

9.26 经过衡量后，我们认为法定的考虑因素清单是协助法院在个别案件中作出决定的有用机制。该清单也有助社会工作者拟备提交法院的报告，因为他们可参考该清单以确保其报告已全面照顾有关儿童的最佳利益。当法官在某些案件中不采纳社会工作者报告中的建议时，亦能够更清楚地指明不采纳该等建议的理据。设立清单也会令人较少担心法官会凭借他们的主观判断或个人文化价值观作出决定。

英格兰的清单

9.27 我们在前面第 5 章所见的英格兰《1989 年儿童法令》第 1(3) 条，订立了一系列供法院考虑的因素。该等因素是在有人按该法令第 8 条提出申请（以取得同住令、联系令及其他命令）但遭到抗辩的案件中以及在地方主管当局提出的所有照顾令和监管令申请中，法院作出决定时所需考虑的。这一系列考虑因素可作为我们的清单的参照模式。第 1(3) 条规定：

“在第(4)款所述的情况中，¹⁸ 法院须特别顾及：

- (a) 有关儿童的可查明意愿和感受（须按其年龄和理解力而考虑）；
- (b) 其身体、感情和教育方面的需要；
- (c) 其情况有变对其所可能造成的影响；
- (d) 其年龄、性别、背景，以及法院认为有关的其他特征；
- (e) 其所曾经受到或可能受到的伤害；
- (f) 其父亲、母亲和法院认为与问题有关的人，能满足其需要的能力有多大；
- (g) 法院根据本法令在有关法律程序中可行使的权力范围。”

¹⁸ 該等情況指法院正在考慮是否作出、更改或撤消一項根據該法令作出的命令，而有關法律程序的任何一方反對法院這樣做。

澳大利亞的清單

9.28 我們在第 7 章所見的較為詳盡的考慮因素清單，是另一個可供參照的模式。這個在澳大利亞使用的清單在法院決定怎样做才符合有關兒童的最佳利益時提供協助。《1975 年家事法法令》第 68F(2) 條經 1995 年作出的修訂後，¹⁹ 將下列因素包括在考慮之列：

- “(a) 兒童所表達的任何意願，以及法院認為與考慮兒童意願所占比重有關的因素（例如兒童的成熟程度或理解力高低）；
- (b) 兒童與父親、母親和其他人之間關係的性質；
- (c) 兒童的情況有變所可能造成的影響，包括兒童與下列人士分離而可能受到的影響：
 - (i) 其父母任何一方；或
 - (ii) 一直與其同住的其他兒童或其他人；
- (d) 讓兒童與父母任何一方保持聯繫的實際困難和費用，以及此等困難和費用對兒童與父母雙方維系個人關係和定期保持直接聯繫的權利會否有重大影響；
- (e) 父親、母親或其他人滿足兒童的需要的能力，包括感情和智能方面的需要在內；
- (f) 兒童的成熟程度、性別和背景（包括與土著居民或托勒斯海峽島民的生活方式、文化和傳統習俗保持聯繫的需要），以及兒童被法院認為是有關的其他特徵；
- (g) 保護兒童免因下列情況而受到或可能受到身體或心理傷害的需要：
 - (i) 遭受或面對虐待、惡待、暴力或受其他行為對待，或被置身於會遭受如此對待的環境中；或
 - (ii) 直接或間接面對施加於或可能影響到另一人的虐待、惡待、暴力或其他行為對待；

¹⁹ 透過澳大利亞的《1995 年家事法改革法令》。

- (h) 儿童的父亲和母亲对儿童和所表现的态度，以及对父母身分的责任所表现的态度；
- (i) 涉及儿童或其家庭的任何成员的家庭暴力；
- (j) 适用于儿童或其家庭的任何成员的家庭暴力令；
- (k) 应否作出一项最小机会导致就儿童提起进一步法律程序的命令；
- (l) 法院认为有关的其他事实或情况。”

我们的《谘询文件》所建议的清单草拟本

9.29 我们在《谘询文件》中建议引入法定的考虑因素清单，以协助法官行使酌情权，在管养权或监护权法律程序中作出裁决。²⁰ 我们建议采纳英格兰的《1989年儿童法令》第1(3)条所列明的清单，因为我们认为该清单较澳大利亚的《1975年家事法法令》第68F(2)条所列的简洁。²¹ 此外，我们又建议将这条澳大利亚法令的第68F(2)(b)条(部分条文)及第68F(2)(f)条(部分条文)纳入一项以英格兰的《1989年儿童法令》第1(3)条为依据的综合条文中。我们在《谘询文件》所建议的清单如下：

- “(3) 在第(4)款所述的情况下，法院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；²²
 - (b) 他的身体、感情和教育方面的需要；²³
 - (c) 他环境上的改变可能对他造成的影响；²⁴
 - (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；²⁵

²⁰ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998年），第6.12及15.4段。

²¹ 出處同上，第6.13及15.5段。

²² 這是依據英格蘭的《1989年兒童法令》（簡稱“《1989年法令》”）第1(3)(a)條，但我們所提述的是有關兒童的可查明“意見”而非《1989年法令》所使用的“意願和感受”。

²³ 依據《1989年法令》第1(3)(b)條。

²⁴ 依據《1989年法令》第1(3)(c)條。

²⁵ 依據《1989年法令》第1(3)(d)條，但加入了澳大利亞的《1975年家事法法令》（簡稱“《1975年澳大利亞法令》”）第68F(2)(f)條中關於兒童的“成熟程度”和“社會及文化”背景等因素。

- (e) 他曾经遭受或有机会遭受的伤害；²⁶
- (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；²⁷
- (g) 该儿童与父亲、母亲和其他人的关系的性质；²⁸
- (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；²⁹
- (i) 法院根据本条例在有关法律程序中可行使的权力范围。”³⁰

9.30 至于应否采纳上述澳大利亚法令第 68F(2)(d)条，即关于让儿童与父母任何一方保持联系的“*实际困难和费用*”条文，以及应否将之列入该清单内，我们亦在该文件中表示欢迎各界提出意见。³¹

9.31 谘询结果显示，大部分回应者都原则上同意引入法定的考虑因素清单这个建议，但他们就所建议的清单的个别方面提出了不少问题。我们更深入地研究过这些问题后，得出下文所列的发现和结论。

所有因素均须考虑？

9.32 有被谘询者提出该清单实际上如何运作的问题，尤其是法院在多大程度上有必要考虑法定清单上列出的所有因素。我们的答复是我们预见会有规定强制法官审阅整份清单，并正面考虑清单中列出的所有因素，但他继而在多大程度上应用每一项考虑因素以及在个别案件中他给予每一项因素的比重，则会完全由法官决定。

写法较宽松的英格兰清单与定义较狭窄的澳大利亚清单的对比

9.33 虽然大部分被谘询者同意我们所建议的取向，并赞成采用较宽松的英格兰清单，但也有几位回应者表示澳大利亚的法例所列的某些因素用语较为精确，因此是较可取的选择。³²

²⁶ 依据《1989年法令》第1(3)(e)条。

²⁷ 依据《1989年法令》第1(3)(f)条。

²⁸ 依据《1975年澳大利亚法令》第68F(2)(b)条。

²⁹ 依据《1975年澳大利亚法令》第68F(2)(h)条。

³⁰ 依据《1989年法令》第1(3)(g)条。

³¹ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998年），第6.14及15.6段。澳大利亚法例的有关条文规定应顾及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对儿童与父母双方维系个人关系和定期保持直接联系的权力是否有重大影响。

³² 尤其是《1975年澳大利亚法令》第68F(2)(c)及(e)条所载的考虑因素。见下文的讨论。

9.34 澳大利亚清单中的考虑因素界定得较为狭窄和详细，这一方面虽然可以说是能够向法官提供较佳的指引（尤其在改革初期，即我们为改革这方面的法律而引入由我们概括地提出的新改革措施之时），但是我们也察觉到一系列定义较为狭窄的考虑因素有可能削弱法官的酌情权，令他在个别案件中作出决定时受到掣肘。另一项要考虑的事情是较详细的清单可能会在管养权案件中导致较多上诉。相比之下，表达方式较为宽松的考虑因素清单既能给予法官相当程度的指引，又使他判案时享有更大的酌情权和灵活性（例如可以顾及各方在环境上的变迁）。我们因此总结认为一般而言，我们最初提出的、用词较为宽松的《1989年儿童法令》条文较为可取。

9.35 有些回应者对我们的法定清单草拟本提出进一步的改善建议，这些建议会在下文讨论。

有关儿童的可查明意见

9.36 其中一名被谘询者提议在法定清单草拟本的(a)项考虑因素中，应以“成熟程度”一词取代“理解能力”一词。我们经考虑后的结论是“理解能力”一词（即相应的英格兰条文中使用的“*understanding*”）应予保留。我们注意到即使一名“未成熟”的儿童仍然有可能“理解”其处境。

有关儿童的情况有变对其所可能造成的影响

9.37 一名被谘询者认为应以澳大利亚法例中的相应条文作为清单草拟本的(c)项考虑因素。我们草拟的(c)项考虑因素乃依据英格兰的《1989年儿童法令》第1(3)(c)条。有关的澳大利亚法例条文（即《1975年家事法法令》第68F(2)(c)条）同样关乎儿童的情况有改变对其所可能造成的影响，不同的只是该条文更进一步，将儿童与其他家庭成员分离对儿童有何影响的明确提述亦包括在内。考虑过这个问题后，我们始终认为英格兰的有关条文中用语较为宽松的(c)项考虑因素是较佳的选择，因为它给予法官较大的酌情权。

有关儿童所曾经受到或可能受到的伤害

9.38 一名回应者表示，以《1989年儿童法令》第1(3)(e)条为依据且关乎儿童曾经或可能受到的伤害的(e)项考虑因素是多余的，因为这大致上已为清单草拟本中的(b)项考虑因素（关乎儿童在身体、感情和教育方面的需要）所涵盖。我们考虑过这个论点后，总结认为

(e)项考虑因素所代表的准则与(b)项所代表的完全是两回事，因此应予保留作为供法院考虑的一项独立因素。

对家庭暴力的具体提述

9.39 同样在对儿童的“伤害”这个范畴内，我们考虑了另一名被谘询者的提议。该名被谘询者提议加入一项明确提述家庭暴力情况的独立因素，供法庭在审理案件时考虑。

9.40 我们注意到上述澳大利亚法令第 68F(2)(i)条可以是这项因素的一种参照模式。根据该条文，法院必须顾及“涉及儿童或其家庭的任何成员的家庭暴力。”³³

9.41 本报告书第 11 章会从儿童管养权争议的层面详细探讨家庭暴力的问题。在第 11 章的结论中，我们指出法院须在涉及家庭暴力的管养权及探视权案件中作出特别深入的考虑。就目前的建议而言，我们同意该回应者的提议，并建议在法定的考虑因素清单中加入提述家庭暴力的额外考虑因素。

父亲或母亲满足有关儿童的需要的能力

9.42 与上文关于(c)项考虑因素的情况一样，有一名被谘询者表示清单草拟本中(f)项考虑因素以参照澳大利亚的相应条文为佳。有关的澳大利亚法例条文是第 68F(2)(e)条，所提述的是父亲、母亲或其他人满足儿童的需要的能力，“包括感情和智能方面的需要在内”。《1989 年儿童法令》的相应条文（即我们草拟的考虑因素的依据）是第 1(3)(f)条，当中只简单提到儿童的“需要”。考虑过该回应者的看法后，我们仍然选择采用英格兰以较宽松用语写成的(f)项考虑因素，这再一次是因为它给予法官较多空间行使酌情权。

父亲或母亲对儿童和对父母身分所表现的态度

9.43 一名被谘询者关注到清单中的(h)项考虑因素可能会令父母之间更易出现分歧和引起更多诉讼。该项因素取材自上述澳大利亚法令第 68F(2)(h)条，该条文关乎父母对儿童和对父母身分的责任所表

³³ 我們注意到英格蘭最近透過《2002 年領養及兒童法令》第 120 條修訂了在《1989 年法令》第 31(9)條所指（就照顧令和監管令而言）對兒童的“傷害”的定義。因此，現時“傷害”一詞包括“因見到或聽到另一人被惡待而受到的損害”。該項 2002 年法令的草案對有關條文的摘要說明指出，“這項修訂將會適用於法院引用《1989 年兒童法令》第 1(3)條所載的‘福利事項清單’的所有法律程序，包括關於聯繫令及居住令的法律程序”。見上議院（2001-2002 年度會期）——《領養及兒童法令草案》——摘要說明，第 282 段。

现的态度。虽然我们明白该名被谘询者的忧虑，但不同意该项因素会促使父母双方采取互相对抗的态度，亦不预见这项建议的考虑因素在执行上会有任何困难。

依据上述澳大利亚法令第 68F(2)(d) 条而订立的新考虑因素

9.44 正于上文所述，我们在《谘询文件》中表明我们欢迎各界对于应否采纳《澳大利亚法令》第 68F(2)(d) 条所载的考虑因素和应否将之列入香港的清单内提出意见。该项考虑因素是“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对儿童与父母双方维系个人关系和定期保持直接联系的权利会否有重大影响。”

9.45 当案件涉及父亲或母亲提出带同儿童移居海外，或父亲和母亲分别在不同国家居住，而其中一方有能力负担旅费与儿童保持联系，但另一方则没有此能力，该条文便与案件有实质关系。根据这项建议的考虑因素，假如父母二人的一切其他条件相若的话，则法院可能会考虑命令儿童与没有能力负担旅费的父亲或母亲同住，或考虑命令较为富有的父亲或母亲需要负担对方为与儿童保持联系所付出的旅费。

9.46 在谘询期间有不少回应者提到此项考虑因素，其中有人赞成将之纳入清单内，也有一些人反对这样做。赞成者所提出的论据有：第 68F(2)(d) 条的用语反映联合国《儿童权利公约》第 9 条的内容、法官积极考虑该因素会继而促使与讼双方积极考虑如何与即使相隔很远的子女保持联系，以及此乃法院就管养或探视事宜作出决定时可以考虑的另一因素。反对者则忧虑若将这项因素交由法官考虑，儿童的最佳利益便不一定能够凌驾其他考虑因素。

9.47 经过衡量后，我们赞成依循第 68F(2)(d) 条所列考虑因素的模式加入额外条文，但我们觉得现时对该因素的描述在用语上可能会过于狭窄，因为它好像暗示法院必须要求将儿童留在或带回其家乡的司法管辖区。可取的做法是用尽量宽松的方式拟定有关条文以强调儿童与父亲或母亲保持联系的一面，而非针对避免儿童与父母其中一方分离之事。³⁴ 我们认为应交由法律草拟专员决定这项新的考虑因素的确切写法。

³⁴ 我們要指出平衡清單內的各項考慮因素是法官的職分，而且他會擁有全無限制的酌情權決定實際上是否引用這項考慮因素。我們也要指出香港的法官在處理被帶離本司法管轄區的兒童方面的經驗，相信比世界上任何其他地方的法官都要豐富。我們覺得涉及這類安排的爭議的案件極小可能會在香港出現，因為本地的父母通常較喜愛子女在外地接受教育。

依据上述澳大利亚法令第 68F(2)(1) 条拟定的新的“包含一切”的考虑因素

9.48 我们认为值得注意的是澳大利亚的考虑因素清单即使以较为狭窄的方式界定，但也没有已尽列一切因素的意思，因为该法令在第 68F(2)(1) 条中载有一项“包含一切”的条文，即法院须顾及“法院认为有关的其他事实或情况”。我们虽然注意到我们依循英格兰的模式自行草拟的清单已在有关条文开首之处述明法院“须特别顾及”（横线后加）有关因素，但为了毫不含糊地表明我们的清单没有尽列所有因素，我们建议应该依循澳大利亚的《1975 年家事法法令》第 68F(2)(1) 条，在我们草拟的清单末端加入一项包含一切的条文。

草拟条文时注意不在用词上提及性别

9.49 《谘询文件》的一名回应者评论说，草拟有关法例时需要明确地采取小心态度处理不同性别的儿童。我们原则上同意这个看法，但还是认为建议的立法条文需小心处理性别问题属于法律草拟范畴内的事宜，是在草拟有关条文之时所需注意的。

建议 3

我们建议引入法定的考虑因素清单，以协助法官行使酌情权，在管养权或监护权法律程序中作出裁决。³⁵ 这份清单应大致上以英格兰的《1989 年儿童法令》第 1(3) 条所载列的考虑因素为依据。

我们亦建议在清单中加入下列以澳大利亚的《1975 年家事法法令》第 68F(2) 条为依据的额外考虑因素：

- (i) 关于儿童与父亲或母亲或其他人之间关系的第 68F(2)(b) 条（部分条文）；
- (ii) 关于儿童与父亲或母亲保持联系的实际困难的条文，以比上述澳大利亚法令第 68F(2)(d) 条较为宽松的表达式写成；

³⁵ 我們建議的法定清單草擬本載於後面附件 2 第 4 段。

- (iii) 关于儿童被法院认为是有关的其他特征的第 68F(2)(f)条（部分条文）；
- (iv) 关于儿童的父亲和母亲对儿童和对父母身分的责任所表现的态度第 68F(2)(h)条；
- (v) 关于涉及儿童或其家庭的任何成员的家庭暴力的第 68F(2)(i)条；及
- (vi) 一项依循第 68F(2)(l)条写成的包含一切的考虑因素。

父母的责任和权利

父母责任的概念

9.50 正如我们在前面第 5 章所见，在《1989 年儿童法令》制定之前，英格兰的父母权利和职责是以监护权的法律概念为本，而这项概念倾向强调父母对子女拥有的权利和权能而非对子女的福利所负有的父母责任。当时也无法说清楚监护人的权力和责任是否与父母的完全相同。³⁶ 若父母其中一人逝世，一名遗嘱监护人³⁷ 便会与尚存的父亲或母亲一起承担父母责任。

9.51 《1989 年儿童法令》废除了监护权这个概念，只保留第三者可在儿童的父母其中一人逝世后取得儿童的监护权的做法。该法令以父母责任取代监护权。《1989 年儿童法令》第 3(1)条将父母责任界定为“*儿童的父亲或母亲凭借法律对儿童及其财产所具有的一切权利、职责、权力、责任及权能。*”³⁸

9.52 我们在《谘询文件》中³⁹ 提出父母责任这个概念较监护权的概念更为切合儿童的最佳利益，而监护权的概念只应在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时才予以保留。

³⁶ 見英格蘭法律委員會的 *Family Law Review of Child Law: Guardianship*, (1995 年，第 91 號工作文件)，第 2.26 段。見前面第 5 章。

³⁷ 遺囑監護人是一名由父親或母親藉着契據或遺囑委任以在該父親或母親去世後照顧其子女的人。

³⁸ 《1989 年法令》第 3 條。

³⁹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.18 及 15.8 段。

9.53 虽然大部分有评论这项建议的回应者都支持该建议，但其中也有一些表示反对。犹如关涉福利原则的建议一样，有回应者关注到实施关于父母责任的建议即容许不是与子女同住的父亲或母亲妨碍子女的教养，从而使受虐妻子的处境更加困难，在有家庭暴力出现的情况中尤其如此。有关意见指出在此意义上，子女的利益便会与妻子的利益产生冲突。

9.54 正如我们在前文作出的解释，这些新建议的整个重点在于父母对子女的责任而不是父母权利。据此，在子女的利益与其他家庭成员的利益出现竞争的情况下，必须以子女的利益为优先考虑。话虽如此，我们的确承认遭受家庭暴力的家庭成员的处境必须获得特殊考虑，我们因此在本报告书第 11 章内这个课题之下提出多项具体的建议。

9.55 另一回应者提议引入惩罚不履行父母责任的父母的机制。虽然我们明白到该回应者所关注之事，但不同意为不履行父母责任之举订立具体的制裁措施。我们认为有关改革的宗旨（即鼓励父母双方离婚后在子女的生活事宜上有较大参与）应主要透过教育公众的方式推广。

建议 4

我们建议父母责任这个概念应取代监护权的概念，而监护权这个概念只应在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时才予以保留。

父母的权利

9.56 虽然我们觉得现行的香港法例和普通法在父母权利和权能方面的用语并不恰当，但也认为给父母权利另行下定义是有用的，可以在父母、子女及法院的有关权利和权力的界限方面作为指引。

9.57 《1995 年苏格兰儿童法令》与英格兰有关法例不同，因为前者在第 1 及 2 条分别就父母责任和父母权利各自作出规定，并稍为详细地加以解释。⁴⁰ 我们因此已在《谘询文件》⁴¹ 中建议采纳

⁴⁰ 全文見本報告書第 6 章。

⁴¹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.19 及 15.9 段。

《1995年苏格兰儿童法令》第1及2条的模式，订立两项分别关于父母权利和父母责任的条文。

9.58 根据上述苏格兰法令第1条草拟的关于父母责任的建议条文已在《谘询文件》列明如下：⁴²

- “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) 如果父亲或母亲不与该儿童同住，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切实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；⁴³
- (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。”

9.59 我们的《谘询文件》中根据上述苏格兰法令第2条草拟的关于父母权利的建议条文述明：⁴⁴

⁴² 出處同上，附件1第5段。

⁴³ 這歲數與蘇格蘭的原有條文所載的不同。該項原有條文指明父母責任在兒童年滿16歲時終止，只有提供指導這一項父母責任屬例外，而這項責任延續至兒童年滿18歲為止：見前面第6章第6.11至6.12段及下文的討論。

⁴⁴ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998年），附件1第6段。

- “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。”

9.60 谘询结果显示回应者普遍支持这一项建议，但亦提出两方面的忧虑。一方面是对使用言词来改变普罗大众的固有概念这种做法普遍存有疑虑。有关回应者怀疑，在法例中使用新的术语和明确地描述父母责任是否足以改变父母对于他们在法律上就其子女所承担的职分的理解。虽然我们认同这个看法，但是单靠新的法律用语来达成这种改变显然不是我们的意向。我们完全接受以下说法：须要全面推广公众教育来引进这些新的概念。

9.61 另一方面的忧虑是在法例中界定父母责任和父母权利的各种事宜，结果可能会造成太大限制，因为经过一段时间后这些定义很

可能会有所改变，以致需要不时修订有关法例令法律追上时代。上文提到在法规内经界定的父母责任与权利清单，会取代这些词语经历过往的演变后出现的任何普通法定义。有关回应者所提出的建议是父母责任和父母权利这两个词语的较详细的定义只应以指引的形式出现。

9.62 我们考虑过这些意见和其他选择，即根据上述英格兰法令的模式就父母责任采用较为概括的条文，或采用由较为概括和较为详细的定义合并而成的条文，但总结认为我们原本的取向（即依循苏格兰的模式在法例中界定何谓父母责任与权利）较为可取。

建议 5

我们建议采纳一项依据《1995年苏格兰儿童法令》第1及2条而订立的条文，该条文分别列明父母责任的清单和父母权利的清单。

父母责任终止的年龄

9.63 虽然我们上述的建议条文草拟本大部分是依据苏格兰的相应条文订定，但是我们认为香港不应采纳《1995年苏格兰儿童法令》中父母责任和父母权利所适用的年龄限制。苏格兰的条文指明，除了关于提供指导的责任外，所有父母权利和父母责任须在子女年满16岁时终止。在苏格兰，向子女提供指导这项父母责任则延续至子女年满18岁才终止。

9.64 英格兰的《1989年儿童法令》把儿童界定为未满18岁的人。⁴⁵ 然而，关乎居住地方、联系及该法令第8条下的其他事宜的法院命令不会延续至有关儿童年满16岁之后，除非该项命令明文规定在儿童年满16岁之后继续适用。⁴⁶

9.65 我们在《谘询文件》⁴⁷ 中建议18岁这个年龄界限应适用于《1995年苏格兰儿童法令》第1及2条所提述的所有情况。有就这项建议提出意见的回应者全部都大致上支持此建议，不过其中有一些人对于以18岁为界限如何适用于某些情况有所保留。他们提出的其中一个问题是法院会否继续有权为18岁以上但仍然全时间在学或

⁴⁵ 《1989年法令》第105(1)条。

⁴⁶ 《1989年法令》第91(10)条。这样做的一部分理据是儿童可在该年龄离校以就业。亦请参阅该法令第9(6)及91(11)条；这两项条文就法院的命令延续至儿童年满16岁之后的例外情况作出规定。

⁴⁷ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998年），第6.20及15.9段。

因精神上或身体上不健全而需长期照顾的儿童的经济给养和赡养作出命令。正如我们将在本报告书第 10 章的进一步讨论后表示，我们无意取消法院在该等情况下批予这些命令的权利。⁴⁸

建议 6

我们建议《1995 年苏格兰儿童法令》第 1 及 2 条中提及的所有父母权利与责任应适用于任何儿童，直至该儿童年满 18 岁为止。

父亲作为当然监护人

9.66 在普通法下，父亲是其婚生子女的当然监护人。在香港，即使母亲凭借《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(b)条而拥有与父亲相等的权利和权能，但父亲在普通法下的权利亦从未被废除。在《性别歧视条例》（第 480 章）制定之后，《未成年人监护条例》第 3(1)(b)条的用语显然已不合时宜。英格兰的《1989 年儿童法令》第 2(4)条规定，“父亲是其婚生子女的当然监护人这项法律规则应予废除。”

9.67 我们在《谘询文件》⁴⁹ 中建议父亲作为其婚生子女的当然监护人这项普通法权利应依循英格兰《1989 年儿童法令》第 2(4)条的做法予以废除，因为这项权利已不再适合香港的情况。我们亦建议废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(b)条。⁵⁰

9.68 谘询结果显示这项建议获得回应者广泛支持，不过有一名回应者察觉到也许有需要对关乎父亲登记子女的出生这项现有责任的《生死登记条例》（第 174 章）第 7 条作出相应修订。该回应者亦关注到有需要推行公众教育以协助父母理解这个新的情况。我们同意这项论述，并预期有关政府部门将会制作关于这个课题的资料小册子，在例子各政府部门及各地区的民政事务署等地方派发给市民。

⁴⁸ 其他關於兒童年齡的建議亦有在本報告書的其他部分論及。請參閱後面第 13 章關於兒童須得到父母同意方可結婚的有關年齡、法院監護令可維時多久及法定代表律師的權限等的討論。

⁴⁹ 香港法改會監護權及管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.22 及 15.10 段。

⁵⁰ 我們明白到廢除《未成年人監護條例》第 3(1)(b)條的同時須對該條例第 3(1)(c)(i)條作出輕微修訂。

建议 7

我们建议父亲作为其婚生子女的当然监护人这项普通法权利应予废除。

我们亦建议废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(b)条。

已婚父母

9.69 英格兰的《1989 年儿童法令》第 2(1)条规定，当子女出生时父母已与对方结婚，则父母二人均各自对该子女负有父母责任。然而，该条文是否不包括在子女出生后才与对方结婚的父母，则不大清楚。根据香港的现行法律，父母若在子女出生之后才结婚，则子女会根据《婚生地位条例》（第 184 章）在父母婚后成为婚生子女。

9.70 我们在《谘询文件》⁵¹ 中建议采纳一项依循英格兰的《1989 年儿童法令》第 2(1)条而订立的条文，但为了免除疑问，我们建议应修改所采纳的条文，以包括在子女出生后才结婚的父母。谘询结果显示这项建议获得这个课题的回应者一致支持。

建议 8

我们建议采纳一项依循英格兰的《1989 年儿童法令》第 2(1)条而订立的条文，但为了免除疑问，所采纳的条文应予修改，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

现行法律的用语

9.71 正如我们在本报告书前文⁵² 所见，香港的未婚父亲不会自动成为子女的监护人，亦不会自动得到对子女的父母责任。然而，他可以根据《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(d)条申请授予他父母权利和权能的命令。

⁵¹ 出處同上，第 6.23 及 15.11 段。

⁵² 見前面第 2 章第 2.11 段及前面第 3 章第 3.19 段。

9.72 我们在《谘询文件》⁵³中建议应修改《未成年人监护条例》（第13章）第3(1)(c)(ii)及(d)条的用语，以反映新的用语着重父母的责任而非权利的情况。据此，未婚父亲可以申请一项授予他父母责任的命令。这两项条文的内容现时述明：

“(c) 凡有关的未成年人为非婚生子女者……

(ii) 父亲所具有的权利及权能（如有的话），只为该名父亲根据(d)段作出申请后法院所命令者；

(d) 原讼法庭或任何区域法院法官，在接获申请后，如信纳申请人为某名非婚生子女的父亲，则可发出命令，示明申请人具有某些或所有假若该未成年人为婚生时法律所赋予他作为父亲的权利及权能。”

9.73 谘询结果显示有就这项建议作出评论的回应者均支持此建议，不过有意见提到一些关于未婚父亲可透过其他方法取得父母责任的问题。我们稍后会在本章讨论这些问题。

建议 9

我们建议《未成年人监护条例》第13章)第3(1)(c)(ii)及(d)条中关于未婚父亲的“权利及权能”的用语应予修改，以反映新的用语着重责任而非权利。

透过签署出生登记册取得父母责任

9.74 正如我们在第5章所见，英格兰当地的父母若在子女出生时仍未结婚，只有母亲有取得父母责任的当然权利，但父亲可循下列途径取得这项责任：⁵⁴

- (a) 在子女的出生证明书上登记为子女的父亲；⁵⁵
- (b) 根据《1989年儿童法令》获委任担任子女的监护人；⁵⁶
- (c) 向法院取得父母责任令；⁵⁷

⁵³ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述谘詢文件（1998年），第6.25及15.12段。
⁵⁴ 見前面第5章第5.17至5.19段。亦請參閱《1989年法令》第2(2)條。

⁵⁵ 《1989年法令》第4(1)(a)條。

⁵⁶ 《1989年法令》第5(6)條。

⁵⁷ 《1989年法令》第4(1)(c)條。

(d) 与母亲订立父母责任协议；⁵⁸ 及

(e) 藉取得同住令使法院必须向父亲另行发出父母责任令。⁵⁹

9.75 然而，正如我们在前文所见，在香港现行的法律下，未婚父亲必须向法院申请命令以取得对子女的父母权利和权能。即使他已采取在子女的出生登记册上签署的明确行动，以表示他是有关子女的父亲，情况依然一样。⁶⁰

9.76 假如未婚父亲能够单凭子女的出生而无需采取任何进一步行动即可取得父母责任，这便会被称为“自动”取得父母责任与权利。在“自动”取得父母责任与权利的情况下，若要免除或限制父亲行使该等权利，向法院提出有关申请的责任便会落在母亲身上。

9.77 在本报告书中，我们使用“半自动”取得父母责任与权利一词，以表示未婚父亲可采取某些明确的行动（例如在出生登记册上签署或订立父母责任协议）来取得父母责任与权利，作为申请透过法院命令而获授予父母责任之外的另一选择。

9.78 我们在《谘询文件》⁶¹ 中没有建议未婚父亲可自动取得父母责任与权利，反而建议未婚父亲可取得父母责任与权利的其中一个途径是在出生登记册上签署。我们因此提出应在述明取得父母责任的途径的建议法例中加入“在出生登记册上签署”的做法。⁶²

9.79 虽然大部分有评论这项建议的回应者都支持此建议，但有一位回应者觉得单是签署出生登记册本身应不足以令签署者取得父母责任与权利，父母双方还应同时签署父母责任协议（将于下文讨论）。该回应者所关注的是须尽力确定母亲真的意欲承认父亲的责任与权利，而如果供养子女的财政安排是有关事宜的话，该等安排会获得充分保障。我们认为即使没有这些条文授予“半自动”的父母责任，但如父亲现身签署出生登记册，他便显示自己为有关子女的父亲，就算这样做仍未足以使他获授予父母责任与权利亦然。此外，若父母双方的关系破裂，则不论他们已否签署父母责任协议，母亲仍可转向法院寻求济助。

⁵⁸ 《1989年法令》第4(1)(b)條。

⁵⁹ 《1989年法令》第12(1)條。

⁶⁰ 見《未成年人監護條例》（第13章）第3(1)(c)(ii)及3(1)(d)條。法律上的現況是憑藉《父母與子女條例》（第429章）第19條而確立的，該條例在1993年制定（《1993年第17號條例》）。

⁶¹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998年），第6.28及15.13段。

⁶² 例子可見第9.74段所列的關乎英格蘭目前情況的清單。

9.80 另一名回应者关注到谁会回答未婚父亲可能就他根据新的建议所具有的权利与义务而提出的复杂问题（例如签署或不签署出生登记册的影响等）。我们认为只要政府印制资料小册子解释有关情况和作出有效的公开宣传，便可解决这方面的问题。

建议 10

我们建议未婚父亲应该能够藉着签署出生登记册来取得父母责任与权利。建议的法例应将这种做法纳入可藉以取得父母责任的方法的清单中。我们不建议未婚父亲可自动取得父母责任与权利。

父母责任协议

9.81 由未婚父母共同签订的父母责任协议，确保父亲在母亲一旦去世后可继续履行父母责任，使他无须经由母亲委任为遗嘱监护人亦会自动成为尚存的父母。⁶³ 我们在《谘询文件》⁶⁴ 中依循这种精神建议鼓励未婚父母签订父母责任协议，以保障子女的最佳利益。

9.82 我们也认为如未婚父亲已藉着在出生登记册上签署或签订父母责任协议而取得父母责任与权利，但父母双方没有继续维持关系，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。我们因此也在《谘询文件》⁶⁵ 中建议，应鼓励未婚母亲为子女委任遗嘱监护人。

9.83 谘询结果显示，虽然大部分回应者赞同上述建议，但对于实际上如何施行该等建议则有疑问。回应者尤其质疑会以甚么形式“鼓励”未婚母亲以及由甚么团体机构负责作出鼓励。我们的答案是我们预期政府有关部门会在这方面扮演积极角色，并透过推广政策、由社会福利署主动推行措施、印制小册子、广泛宣传和教育公众来实施上述建议。我们也希望涉及家庭顾问工作的律师、社工、医生及其他人士会鼓励父母双方订立这类协议。

9.84 就父母责任协议及该协议应以甚么形式表达而言，我们对于该协议应该采取法律上惯用的形式还是应该以日常用语表达没有既定的看法，留待政府有关部门决定如何全面落实有关做法。我们悬请

⁶³ 請進一步參閱下面第 9.124 至 9.125 段的討論和建議 19。

⁶⁴ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.29 及 15.14 段。

⁶⁵ 出處同上，第 6.30 及 15.15 段。

类似律师会家庭法律委员会的组织考虑为父母责任协议制订一个表格样本。

9.85 我们也注意到这类协议在执行上的问题，并认为这类协议应与其他协议一样可透过诉诸法庭而得以强制执行。

建议 11

我们建议应鼓励未婚父母签订父母责任协议，以保障子女的最佳利益。

我们亦建议应鼓励未婚母亲为子女委任遗嘱监护人。

父母责任的永久性

9.86 根据英格兰的《1989 年儿童法令》，尽管父母已分居或离婚，而父母其中一方获发同住令，父母双方仍各自继续负有父母责任。⁶⁶ 该法令没有解除父母责任的条文。正如我们在前面第 5 章所见，儿童监护权这项概念已被废除，⁶⁷ 取而代之的是由法院发出命令决定儿童的居住地方，或于有需要时发出“指定事项令”。英格兰的法律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。

父母各自独立行事

9.87 英格兰的《1989 年儿童法令》第 2(7)条规定，如果有多于一人对儿童负有父母责任，除非法例明文规定履行父母责任时须取得多于一名该等人士的同意，否则各人可独立行事以履行父母责任而无须谘询其他人的意见。⁶⁸

9.88 我们注意到父母在离婚后继续承担父母责任的概念，与父母可各自独立行事的规定看似互相矛盾。有人也许会忧虑这会导致父母之间因行使这项权利之前不会谘询对方而发生争执。我们认为父母在作出关涉子女的重要决定之前应征询对方的意见。

9.89 我们在《谘询文件》⁶⁹ 中建议采纳一项依循《1989 年儿童法令》第 2(7)条而订立的条文，但该条文只限适用于儿童的日常照顾

⁶⁶ 《1989 年法令》第 2(6)條。

⁶⁷ 見前面第 5 章第 5.7 段。

⁶⁸ 《1989 年法令》第 2(7)條。亦見該法令第 13(1)及(3)條。

⁶⁹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.33 及 15.18 段。

和最佳利益两方面。据此，获发同住令的父亲或母亲可独立处理儿童的日常事务，而父母另一方在与儿童联系的期间也可以这样做。

9.90 谘询结果显示，有就这项建议发表意见的回应者中只有一名不支持该建议，其余的均表示支持。反对者的理由与本章早前所提及的关注类似，即施行本报告书的建议可能会令已发生冲突的父母更易发生进一步冲突，这并不符合子女的最佳利益。正如在本报告书其他章节作出的讨论，⁷⁰ 我们特别关注到在管养权和探视权案件中出现的家庭暴力问题，并已为处理这个问题而作出多项特定的建议。对于目前的建议而言，我们的意向是透过免除父母其中一方（例如妻子）须找到没有出现的父亲才可就子女作出日常生活上的决定和采取日常生活上的行动这项要求，使父母双方较容易处理关于子女的情况。

建议 12

我们建议采纳一项依循《1989 年儿童法令》第 2(7) 条而订立的条文，使负有父母责任的人能够各自独立行事，但该条文只限适用于子女的日常照顾和最佳利益两方面。

父母责任的涵盖范围——当须要取得同意或作出通知之时

9.91 虽然英格兰的法例没有赋予父母其中一方权力以否决另一方为子女作出的重大决定，亦没有订明作出该等决定的一方有责任谘询或通知另一方，法院已尽量在子女的最佳利益与父母任何一方行事的独立自主之间作出平衡。在 *Re G (a minor) (Parental Responsibility: Education)*⁷¹ 一案中，格特维大法官（Glidewell LJ）说：

“负有父母责任的母亲有权在将子女由日校……转到寄宿学校这项重要的行动上获得谘询，而且事实上也理应在这项行动作出前谘询过她的意见。这对任何子女的生活而言都是一项重要的行动，所以母亲理应事前获得谘询。”

9.92 为了平衡采纳《1989 年儿童法令》第 2(7) 条所产生的影响，并减少父母在分居或离婚之后发生争执的次数，我们在《谘询文件》⁷²

⁷⁰ 見本章較早的段落及後面第 11 章。

⁷¹ [1994] 2 FLR 964 (CA).

⁷² 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述谘詢文件（1998 年），第 6.35 及 15.17 段。

中亦建议父母其中一方为子女作出重大决定时应该征询另一方的意见。我们觉得关于子女的重大决定最好都是由父母共同作出，但关乎子女日常生活的决定则无须通知父母另一方或征求父母另一方的同意。

9.93 我们也在《谘询文件》⁷³ 中建议，与其授予父母另一方否决权，倒不如在法例中指明需要父母另一方明确表示同意才可决定的事宜和只需将所作决定通知父母另一方的事宜，这样做便会减少双方的摩擦。

9.94 我们建议有关法例应界定何谓重大决定，并将之分类列出。⁷⁴ 我们建议应订立须要父母另一方明示同意方可作出的重大决定的清单，以及只需通知父母另一方的重大决定的清单。

须要父母另一方同意的重大决定的清单

9.95 我们在《谘询文件》中列出影响子女的并须父母另一方⁷⁵ 同意的重大决定的清单。如果未能取得同意，便需要向法院申请命令。这份清单包括下列事项：

1. 同意更改子女的姓氏；
2. 同意关于领养子女的程序；
3. 同意让子女迁离本司法管辖区超逾一个月；及
4. 同意让子女永久迁离本司法管辖区。

只需作出通知的重大决定的清单

9.96 另一个清单则指明我们建议只需通知父母另一方⁷⁶ 的重大决定。我们认为这个清单应如以下所列：

1. 就子女接受大手术或长期的医药或牙科治疗作出通知；
2. 就子女学校教育的重大改变作出通知；
3. 就按某宗教信仰教养子女一事作出通知；

⁷³ 出處同上，第 6.36 及 15.18 段。

⁷⁴ 出處同上，第 6.37 及 15.19 段。

⁷⁵ 或對子女負有父母責任的其他人。

⁷⁶ 或負有父母責任的其他人。

4. 就同意子女结婚作出通知；
5. 就与子女一起迁居作出通知；
6. 就将子女暂时带离本司法管辖区但维期不足一个月作出通知；
7. 就子女的居籍或国籍将会有变作出通知；及
8. 就关乎子女生活的其他重大或重要的决定作出通知。

9.97 我们认为普通法很可能已有规定，容许医生在没有儿童的父母的同意下为儿童进行紧急医疗手术或程序。据此，当遇上一些需要作出通知的医疗情况时，我们建议只要在短时间内通知父母另一方便足够。不过，如果是就同意让子女结婚而作出通知，则需要有合理的通知期。⁷⁷

9.98 谘询结果显示，虽然不少回应者支持上述建议，但仍有一些回应者不赞成，亦有其他回应者对有关建议的细节有保留。下文概述这些回应者所提出的各种问题。

忧虑取得同意／作出通知的规定会增加敌意和更易导致诉讼

9.99 有些被谘询者忧虑到引入须取得同意或作出通知的新规定，可能会被制造麻烦或虐待配偶的人用作妨碍或烦扰其配偶的手段。有回应者特别忧虑曾被虐待的妻子若须遵守规定将住址以及子女学业的变迁通知对方，便很容易会再度遭受伤害。

9.100 我们在本章及本报告书的其他部分均考虑过这些关乎家庭暴力的忧虑。⁷⁸ 尽管我们预期处理这类情况的法官会获告知有关案件的所有情况，从而应该能够发出适当的命令（例如指定事项令或禁止行动令，以免有披露资料的需要），但我们同意应该明文订定法官有权在个别案件中更改或免除载于父母责任清单上的项目。我们因此提出我们的建议应包括一项提述，订明法院在认为有需要的情况下有权更改或免除载于上述清单内的关于取得同意或作出通知的规定。⁷⁹ 如

⁷⁷ 我們認為委任監護人以在父母其中一方一旦去世時照顧有關子女這項權利，不應受限於須通知對方或取對方同意的規定。至於以訴訟保護人身分代表兒童提起訴訟或在訴訟中答辯，亦毋須取得同意或作出通知：見香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998年），第6.41段。

⁷⁸ 見後面第11章。

⁷⁹ 我們注意到區域法院在批給命令方面的固有司法權限與高等法院的並不一樣，因此施行有關建議的法例需全面述明有關法院所具有的權力。

果在须要取得同意或作出通知的事宜的清单末端加入一项包含一切的条文的话，其意是“上述清单受限于法院或会作出的其他命令”，也许亦会有用。

9.101 有人亦关注到假如引入这些转变，可能会促使这方面的诉讼的数量上升（尤其是在引入转变的初期），因为一般而言，无管养权的父母现有的获告知子女的最新情况的“权利”和在决定关乎子女的事宜上共同合作的“权利”会显著增加。另一个关注点是需要广泛教育公众，使他们能够理解新的条文实际上会如何运作。

9.102 我们承认政府、法院和在该界别工作的专业人士都要努力令公众熟悉这些新概念和上述改革所带来的新程序。我们也承认不时会有难以处理的案件出现，然而我们觉得这些改革所基于的原则——促使父母继续参与子女的生活事宜——长远而言会切合子女的最佳利益。

关于没有分担养育费用的配偶取得子女方面的“权利”的忧虑——赡养令的强制执行

9.103 回应者所提出的另一个问题是上述建议会令没有分担养育费用的父亲（即不打算为子女的教养支付赡养费者）取得作出关乎子女的决定的“权利”。该等父亲现时并不享有这项权利。有些回应者提出一项与此有关连的忧虑，就是香港强制执行赡养令的措施是否足够。这些回应者呼吁政府在这方面多做一点功夫。

9.104 虽然我们体谅该等忧虑，但我们已在上文指出的基本方针是法院应有能力在维系子女与父母的关系方面作出符合子女的最佳利益的命令。从子女的角度来看，支付赡养费与否不一定是一项有关系的考虑因素。

9.105 尽管如此，我们确实赞同而且建议政府应检讨关于强制执行赡养令的现行法律和程序，察看如何可以令这些法律和程序更有效。

清单应以法定形式表述还是应表述为不是法定条文的指引

9.106 有些回应者认为关于父母责任的各别清单不应以法定的形式出现，而是应该组成一套不具法定效力的指引。有回应者提议另一种做法，就是父母本身可拟定一个分项列出的清单，然后由法院核准，又或父母之间可自行斟定甚么事情上的决定须要获得对方同意。他们的理据是清单的内容可能需要随着时间而变更；若清单是法定的话，便须要在每次变更时修订有关法例。我们的回复是我们同意更新清单

须要修改法例，但也指出我们已尝试在有关条文中注入足够的灵活性，使法官能够在个别案件中更改清单的内容。因此，我们虽然注意到该等回应者的评论，但仍赞同我们原本的取向，即这些清单应以法定的形式表述。

建议 13

我们建议我们所提议订立的法例应指明哪些关于子女的决定需要父母另一方明确表示同意才可作出，以及哪些关于子女的决定只需通知父母另一方便可作出。

我们亦建议应赋予法院明确的权力在法院认为有需要的情况下更改或免除关于取得同意或作出通知的规定。

建议 14

我们建议政府应检讨关于强制执行赡养令的现行法律和程序，察看如何可以令这些法律和程序更有效。

行事抵触法院命令

9.107 在英格兰，《1989年儿童法令》第2(8)条规定：

“对某儿童负有父母责任的人，是不会因负有此责任的事实而有权以抵触任何根据本法令就该儿童而发出的命令的方式行事。”

9.108 举例说，若父母其中一方已获发同住令，父母另一方仍可在与子女一起时全面履行父母责任，但抵触该项法院命令的作为则除外。该法令第2(8)条明言就儿童而发出的法院命令占有首要地位。

9.109 我们在《谘询文件》⁸⁰中建议采纳一项依循《1989年儿童法令》第2(8)条而订立的条文。有提及这项建议的被谘询者中，只有一名不支持这项建议。该名回应者的顾虑是能否引入任何机制监察父

⁸⁰ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998年），第6.43及15.20段。

母为了子女的最佳利益所作出的努力，以及会否有任何机制惩罚拒绝与前配偶合作且不肯承担父母责任的父亲或母亲。

9.110 我们对这一点的回应是我们不愿看见建议的法例中有条文宣称是界定一名“难以应付的配偶”。我们明白到若配偶的其中一方证实是难以应付的，可供另一方引用的机制是向法院申请指定事项令，这做法会在下一章讨论。申请经提出后，有关事宜便会交由法院裁决。

建议 15

我们建议采纳一项依循《1989 年儿童法令》第 2(8)条而订立的条文。

转授父母责任

9.111 英格兰的《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。⁸¹ 相比之下，《未成年人监护条例》（第 13 章）第 4 条这项香港现行的相应条文所提述的，是将管养、教养或财产管理的全部或部分权利和权能“放弃”。该条例第 4 条只可以在父母已经分居的情况下执行，而且必须获法院认同这样做是为了儿童的利益方可执行。我们认为使用“放弃”一词并不恰当，而且不能反映父母即使在分居或离婚后仍然继续承担父母责任的概念。

9.112 我们在《谘询文件》⁸² 中建议依循《1989 年儿童法令》第 2(9)至(11)条而制定一项条文。⁸³ 这一部分的条文规定：

“(9) 对儿童负有父母责任的人不得将该项责任的任何部分放弃或转移给另一人，但可安排将该项责任的部分或全部交由一名或多于一名代表他行事的人履行。

(10) 获安排代表他人履行父母责任的人，本身可以是一名已对有关儿童负有父母责任的人。

⁸¹ 《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 3(5)條有一項類似條文，但用語稍為不同。見前面第 6 章第 6.23 段。

⁸² 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.45 及 15.21 段。

⁸³ 而不是依循《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 3(5)條。

(11) 任何上述安排不影响作出安排的人因未能履行他对有关儿童的父母责任的任何部分而可能要承担的法律责任。”

9.113 这项改革的结果是《未成年人监护条例》(第13章)第4条会被废除,惟我们认为在我们建议根据《1989年儿童法令》第2(9)至(11)条订立的新条文中,加入《未成年人监护条例》(第13章)第4(1)条末两句文字的大概意思会有用处。这两句是“但法院如认为执行夫妇之间的该等协议不符合子女的利益,则该等协议不获法院执行。”

9.114 谘询结果显示,有评论这项建议的所有回应者均支持该建议。

建议 16

我们建议依据英格兰的《1989年儿童法令》第2(9)至(11)条而制定一项条文,但加入其意如下的字句:法院如认为执行该条文所述种类的安排不符合子女的利益,则不得执行该等安排。

我们亦建议废除《未成年人监护条例》(第13章)第4条。

持续父母责任

9.115 英格兰的《1989年儿童法令》第2(6)条规定,对某儿童负有父母责任的人,其责任不会仅因为例如该儿童的继父或继母或未婚父亲承担父母责任而丧失。该条述明:

“(6) 在任何时间对某儿童负有父母责任的人,其责任不会仅因为其他人后来对该儿童取得父母责任而终止。”

9.116 《1995年苏格兰儿童法令》第11(11)条的用语虽然不同,但我们认为却更切合实际情况,因为该条认同发出关乎父母责任的命令可能会影响负有这类责任的其他人。第11(11)条述明:

“一项命令……只有在该命令明文规定的情况下和只在为落实该命令而有需要的范围内,才具有剥夺某人所负有的父母责任或父母权利的效力;但在发出这类命令之时,……法院可撤销就有关儿童而言是凭借本法令第4条而具有效力的任何〔父母责任〕协议。”

9.117 我们在《谘询文件》⁸⁴ 中建议采纳一项依循《1995 年苏格兰儿童法令》第 11(11)条而订立的条文。

9.118 有提述这项建议的回应者大部分都支持该建议，但有一名回应者质疑若情况显示有需要考虑永久剥夺某人的父母权利与责任，法院会否有权选择这做法。我们认为特别订明可以永久剥夺父母权利与责任看来是颇严苛的做法。我们明白到根据本报告书所载的建议，法院将会有广泛的酌情决定权，因此若法院觉得在个别案件中有理由在一定程度上剥夺某人的父母权利与责任，建议的新条文不会排除法院可以这样做，甚至在一段长时间内剥夺父母权利与责任亦无不可。

建议 17

我们建议依循《1995 年苏格兰儿童法令》第 11(11)条而订立一项条文，指明当某人已负有父母责任与权利之时另一人亦取得该等权利，会对前者继续持有父母责任与权利有何影响。

监护人取得父母责任

免除尚存的父母担任监护人

9.119 如果法院早前已发出命令指明尚存的父母不适宜拥有管养权，则该名尚存的父母没有当然权利拥有有关子女的管养权或监护权。⁸⁵ 这项命令可以纳入离婚或裁判分居的判令中。

9.120 如果法院根据《未成年人监护条例》(第 13 章)第 6(3)(b)(ii)条委任遗嘱监护人为有关儿童的唯一监护人，对尚存的父母的影响是其父母权利即告终止，但探视权和赡养该儿童的责任除外。至于在现行法律下，这样做是否免除尚存父亲作为子女的当然监护人的权利，则不大清楚，因为香港目前仍未有特定条文废除父亲作为子女的当然监护人的权利。⁸⁶ 如果尚存的是母亲，则她不是子女的当然监护人。

9.121 英格兰的《1989 年儿童法令》没有条文容许剥夺父亲或母亲的父母责任。因此，即使有人同时担任遗嘱监护人，尚存的父母仍

⁸⁴ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件(1998年)，第 6.46 及 15.22 段。

⁸⁵ 《婚姻法律程序與財產條例》(第 192 章)第 19(4)條。根據第 19(3)條，法院有權宣告父母其中一方不適宜擁有管養權。

⁸⁶ 然而，請參閱我們在本章較早部分所討論的建議。該項建議要求廢除這項權利。

然保留父母责任。不过，法院可向监护人而非尚存的父母发出同住令，上述英格兰法令第 8 条所设的命令（我们会在下一章提述和建议采纳这些命令）确保即使在尚存的父母的责任与权利已被约束至近乎全面受限制的情况下，儿童的最佳利益仍然受到保障。

9.122 我们在《谘询文件》⁸⁷ 中建议废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 6 条中关于免除尚存的父母担任监护人的权利。我们认为，保留可免除儿童的尚存父母作为其监护人的权力，既不符合采纳父母责任的做法，亦有违将监护权的概念只限引用于在儿童的父母其中一方去世后获委任的第三者的做法。

9.123 谘询结果显示，在所有曾评论这项建议的回应者中，除了一名反对此建议外，其余均表示接受。反对这项改革的回应者只是倡议维持现状。

建议 18

我们建议废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 6(3)条中关于免除尚存的父母担任监护人的权利。

未婚父亲作为尚存的父母

9.124 前文⁸⁸ 已指出授予负有父母责任的身分的含意，就是未婚父亲可根据《未成年人监护条例》（第 13 章）被视为尚存的父母，并可委任他人在其一旦去世后担任子女的监护人。然而，为了澄清有关情况，我们在《谘询文件》⁸⁹ 中建议加入以下条文：当子女的生父不论是因为符合半自动取得父母责任与权利的条件还是借着法院命令⁹⁰ 而获授予该等责任与权利，都可被视为该条例所指的尚存的父母。⁹¹

9.125 谘询结果显示，有提及这项建议的所有回应者均支持该建议。

⁸⁷ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.70 及 15.32 段。

⁸⁸ 見本章前文。

⁸⁹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.71 及 15.33 段。

⁹⁰ 見經修訂的《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(d)條。

⁹¹ 雖然我們早前已建議“監護權”的概念應保留給在父母其中一方去世後獲委任行事的第三者而非保留給尚存的父母，但是假如現行法律獲得保留，尚存的未婚父親也可以被視為監護人。

建议 19

我们建议在《未成年人监护条例》（第 13 章）中加入一项条文，其意思是未婚父亲由获授予父母权利或责任的一刻起，便可以在子女的母亲去世后就该条例而言被视为尚存的父母。

第 10 章 改革建议—— 为儿童发出的法院命令的类别

引言

10.1 本章探讨我们建议订立的一系列新的法院命令。该等新命令旨在取代关于儿童管养权和探视权的现有命令。

英格兰的法律条文

10.2 正如我们在第 5 章所见，现代的英格兰法令的设计，焦点在于透过实际的安排令父母责任得以履行，目的是将父母之间的争执减至最少。这与英格兰过往的法律（及香港现行的法律）的取向不一样，因为过往法律的焦点倾向于父母其中一方可以控制父母另一方与子女在一起时的行为。上述较新近的英格兰法令有同住令、联系令、指定事项令和禁止行动令。

澳大利亚的法律条文

10.3 我们在第 7 章中指出，澳大利亚的《1995 年家事法改革法令》藉着废除管养权和探视权的概念和引入“养育令”而修订了该地的《1975 年家事法法令》。新引入的命令包括同住令、联系令和“指定事项”（*specific issues*）令，这与英格兰的做法大致相同。

管养令

10.4 我们认为管养令的用语隐含类似拥有儿童的意思。由于以前的普通法（但香港至今依然奉行）将几乎所有关乎儿童教养的权利都给予负责管养的父亲或母亲，所以难免导致较多个案在法庭上出现抗辩。如果向没有管养权的父亲或母亲说他们所继续享有的权利仅为探视子女的权利和一些没有明确界定的剩余权利，而且只有在没有管养权的父亲或母亲发现拥有管养权的对方¹正在侵犯这些剩余权利的情况下方可行使该等权利，则会在父母之间挑起持续不断的冲突。

¹ “管養權等如有關子女的父母所負有的法律上的父母權利與責任。”見 Hewitt（編者）的 *Hong Kong Legal Practice Manual: Family*（1998 年），第 160 頁。

10.5 保留现行的管养令制度不符合我们早前就父母责任而提出的建议。我们的建议提倡父母双方在离婚后仍继续积极参与子女的教养。我们因此在《谘询文件》² 中建议废除现行法例中关于子女管养令的条文，代以较为切合父母责任模式的新命令。本章稍后会讨论这些新命令。谘询结果显示大部分回应者赞同这项建议。然而，也有虽属少数但为数仍然不少的回应者反对该建议。他们表示宁愿维持现状。

10.6 这些回应者忧虑在新的法律改革下，不是与子女同住的父亲或母亲的权利会被“不当地”加强，但却要由肩负较直接的日常管养责任的同住父亲或母亲付出代价。他们认为这做法在家庭暴力是考虑因素之一的案件中尤其有问题，因为恐怕新的改革会令与子女同住的父亲或母亲被前配偶虐待的风险高于在现有法律下拥有管养权的父母的被虐风险。他们也觉得法院在发给命令时，子女的最佳利益不应是唯一的考虑事项，而应同时顾及如何与父母的权利取得平衡，在涉及家庭暴力的案件中尤其应该如此。

10.7 虽然我们不同意维持这方面法律的现状这个观点，亦不同意子女的最佳利益不应是法院的首要考虑事项这个看法，但是我们承认回应者的关注是不容忽视的，并已尽力在本报告书的建议中加以处理。我们更特别在下一章载列一套针对涉及家庭暴力的案件的特定建议。

10.8 有某些回应者关注的另一个环节，是在并非与子女同住的父母没有支付子女赡养费的个案中建议他们更多参与子女的生活。有意见认为应该禁止不支付赡养费的一方探视子女。

10.9 我们承认在赡养令的强制执行方面经常出现问题，亦认为这是政府应该尽快全面处理的事情（虽然此事不在本报告书的研究范围内）。不过，尽管我们也明白“不付款便不得见面”这项概念已在社会某些群体中根深蒂固，但认为基本的原则是子女不应因为父母本身互相向对方做出不负责任的行为而被剥夺与父母其中一方或另一方见面的权利。本报告书各项建议所致力改变的，是继续将焦点放在父母各自的“权利”上以及父母一方获授予的子女“管有权”是摒除另一方而独享的权利这种思维。在提出建议时，我们同意若要把儿童探视权在任何程度上“可供购买”的观念推翻，公众教育犹为重要。

² 香港法改會監護權和管養權小組委員會，《監護權和管養權諮詢文件》（1998年12月），第6.78及15.35段。

建议 20

我们建议废除关于婚姻的条例（包括《未成年人监护条例》（第 13 章）及《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章））中处理管养令的条文，并由藉以引入本章稍后概述的一系列新命令的条文取代。

同住令

10.10 依循上一项建议的方向，建议的法例显然须要有条文管限有关儿童的居住地方，并规定父母其中一方承担每天照顾该儿童的责任。英格兰的有关条文是《1989 年儿童法令》第 8 条。该条述明同住令是“*指订明儿童与何人同住的安排的命令。*”³ 苏格兰的有关条文是《1995 年苏格兰儿童法令》第 11 条；该条述明同住令是：

“规管 16 岁以下的儿童的居住安排的命令，并关乎一

- (i) 他与何人同住；或
- (ii) 如他轮流或定期与不同的人同住，则关乎他在甚么期间与何人同住，……”⁴

10.11 同住令在概念上与管养令不同，其作用则与照顾与管束令较为接近，即由获发照顾与管束令的父亲或母亲承担对有关子女的日常生活照顾和责任。

10.12 我们在《谘询文件》⁵ 中建议在法例中订立同住令。谘询结果显示对这项建议的反应与上一项建议的相若，即建议获得大部分回应者赞同，但有少数回应者表示基于上文所指出的理由而宁愿保留现有的管养令。此外，有两名回应者认为建议订立的各种新命令会令业外人士产生混淆。这两名回应者特别指出新命令与旧命令的用语有所不同，其中差别难以掌握。另有一名回应者所关注的，是实施有关法例便必须提升现有的支援服务水平。

10.13 正如我们在前文指出，我们同意若引入这些法律改革，政府便须主动进行有效的公众教育加以配合。我们也认为有一点很重要，就是从事家事顾问工作的律师和专业人士须向他们的服务对象详细解释这些新建议的目的和影响，以确保他们的服务对象明白有关建议。

³ 《1989 年兒童法令》（簡稱“《1989 年法令》”）第 8(1)條。

⁴ 《1995 年蘇格蘭兒童法令》（簡稱“《1995 年蘇格蘭法令》”）第 11(2)(c)條。

⁵ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.80 及 15.36 段。

同住令的定义

10.14 至于同住令的定义方面，我们在《谘询文件》⁶中述明我们认为英格兰和苏格兰的法例在这方面的用语比较详尽，⁷所以较澳大利亚法例的用语可取。⁸不过，我们认为香港须为同住令订立更详细的定义。我们在《谘询文件》中指出，本地现有的关于照顾与管束的命令中的用语等同承担对儿童的日常照顾和责任。我们认为“照顾”一词是有一些保留价值，但带有负面意义的“管束”一词则应予舍弃。澳大利亚的《1975年家事法法令》第64B(6)条在指定事项令的定义中使用“日常照顾、福利和成长”的写法也吸引了我们，但我们最终认为“成长”一词的意义较为深远，不适宜包括在同住令的定义中。

10.15 我们在《谘询文件》⁹中建议应在同住令的定义中加入一项提述，列明获发同住令的父亲或母亲须对“儿童的日常起居生活和最佳利益”承担责任。据此，我们建议该项定义应如以下所述：

“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。”

10.16 谘询结果显示，虽然有些回应者不支持新的同住令，但是有对同住令的建议定义提出意见的回应者当中，只有一名不支持该项建议的定义。该回应者认为在同住令的定义中加入“儿童的最佳利益”一词是多余的，因此应将之删去。我们斟酌过这项意见，但结论是为求稳妥，我们宁可在有关条文中保留“最佳利益”的提述。

建议 21

我们建议应该就“同住令”订立法定条文。

我们建议应在同住令的定义中加入一项提述，列明获发同住令的父亲或母亲须对“有关儿童的日常照顾和最佳利益”承担责任。我们建议该项定义应该是这样的：“同住令是订明儿童须与何人同住及何人须对儿童的日常照顾和最佳利益承担责任的安排的命令。”

⁶ 出處同上，第 6.81 段。

⁷ 請分別參閱前面第 5 章第 5.65 至 5.72 段以及前面第 6 章第 6.41 至 6.42 段。

⁸ 澳大利亞的《1975 年家事法法令》（簡稱“《1975 年澳大利亞法令》”）第 64B(2)及(3)條將同住令界定為關乎“與兒童同住的人或人等”的命令。見前面第 7 章第 7.23 至 7.24 段。

⁹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.83 及 15.37 段。

更改姓氏

10.17 在英格兰，《1989年儿童法令》第13(1)(a)条规定，同住令附带一项必然的条件，就是未得每一名负有父母责任的人的书面同意或未得法院许可，不得更改儿童的姓氏。香港的法例没有类似的规定。

10.18 我们在《谘询文件》¹⁰中建议依循《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。有就这项建议发表评论的回应者中，只有两名反对此建议，其余的均表示赞成。这两名回应者的其中一名觉得这项改革是不必要的；另一名则关注到这项改革会导致有需要对关于出生登记程序的法例作出相应修订，而这可能会影响到香港身分证的发出。我们考虑了这些论点，但是总结认为我们原本的建议应维持不变，因为该条文的订立只是为了确保有关儿童的姓氏和身分得以保留。

建议 22

我们建议制定一项类似英格兰的《1989年儿童法令》第13(1)(a)条的条文，规管更改儿童姓氏一事。

父母以外人士

10.19 《1989年儿童法令》第12(2)条规定，如果获发同住令的人并非有关儿童的父母，则该人在同住令仍然有效的期间内具有父母责任（及该项责任所隐含的一切权责）。我们在《谘询文件》¹¹中表示我们认为《1989年儿童法令》第12(2)条是有用的，遂建议香港制定一项类似的条文。在谘询期间有就这项建议发表意见的回应者一致支持这样做。

建议 23

我们建议依循英格兰的《1989年儿童法令》第12(2)条制定一项条文，这项建议条文是关乎向获发同住令的父母以外人士授予父母责任。

¹⁰ 出處同上，第6.103及15.47段。

¹¹ 出處同上，第6.84及15.38段。

联系令

10.20 英格兰的《1989年儿童法令》第8(1)条就联系令订明：

“‘联系令’是一项规定现正或将会与儿童同住的人须容许儿童探望命令所指定的人或与该人暂住或以其他方式互相保持联系的命令……。”¹²

10.21 相对的苏格兰法律条文则订明联系令是：

“对未满该年龄的儿童与现时并非或将来不会与之同住的人维持个人关系和直接联系的安排作出规管的命令……。”¹³

10.22 我们考虑过英格兰及苏格兰就联系令所下的定义作为香港可能采用的模式，但对英格兰的条文中使用“容许”一词不大放心，因为父母有可能把这个词语理解为与子女同住的父亲或母亲可在某程度上管束非同住父母探视子女的行动。相比之下，苏格兰的条文没有使用这类词语。¹⁴

10.23 我们在《谘询文件》¹⁵中建议依循苏格兰的定义而订立一条界定联系令的条文。我们也建议该条文应规定，享有联系权的父亲或母亲行使与儿童联系的权利的时候，有权在关乎该儿童的日常照顾的事宜上独立行事。

10.24 谘询结果显示，几乎全部有评论这项建议的回应者都支持该建议。不过，与关于同住令的情况一样，一名回应者基于难以掌握联系令的新用语和旧用语的差别而反对该项建议。正如我们在本报告书的其他部分也曾承认，为了令公众全面认识新的概念，必须就这些新命令和整体的改革进行广泛的公众教育。

10.25 另有一名回应者虽然支持这项建议，但提出应在建议的仿苏格兰条文中删去“或将来不会”这几个字，以免让人不当地推论有关法庭程序已达到最终阶段。我们研究过这项提议，但不认为我们现时建议的上述字句会产生该回应者所提出的“已达到最终阶段”的印象。

¹² 應注意的是“聯繫不一定需要是親身接觸，而是可以透過例如信件或電話等媒介作出。若雙方居住的地方距離頗遠，通信或通電話可能就是唯一實際可行的聯繫方式。”見 L Ayrton & M Morton 所著的 *Residence and contact: A practical guide* (1996 年) 第 1.3.2 段。非直接聯繫的更現代化方式包括使用電子郵件和電話短訊。

¹³ 《1995 年蘇格蘭法令》第 11(2)(d) 條。

¹⁴ 該條文採用的較為中性的用語與聯合國《兒童權利公約》第 9.3 條類似。

¹⁵ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件 (1998 年)，第 6.87 及 15.39 段。

建议 24

我们建议应依循《1995年苏格兰儿童法令》第 11(2)(d) 条的模式就“联系令”订立法定条文。

我们亦建议该条文应规定，享有联系权的父亲或母亲在行使与儿童联系的权利之时，有权在关乎该儿童的日常照顾的事宜上独立行事。

指定事项令

10.26 《1989年儿童法令》第 8(1)条将指定事项令界定为一项为了裁决某个涉及对儿童的父母责任的任何一方面而已经出现或可能出现的指定问题而作出指示的命令。这项英格兰条文的用语看似赋予法院不受限制的酌情权，为儿童的福利作出命令。

10.27 苏格兰的相应法令第 11(2)(e)条将指定事项令界定为：

“规管涉及第(1)款(a)至(d)段所述的任何事项而已经出现或可能出现的指定问题的命令，……。”¹⁶

10.28 与英格兰和苏格兰的上述定义相比，澳大利亚的指定事项令虽然亦涵盖父母责任的各个方面，但是不包括居住地方、联系和赡养等事宜。澳大利亚的这项命令可以：

“举例说，授予某人（不论是单独授予他一人还是同时授予另一人）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。”¹⁷

10.29 我们在《谘询文件》¹⁸中表示宁取英格兰的定义而非苏格兰的定义，因为我们认为英格兰的定义用语较为简明扼要，而且给予法院颇大的灵活性。我们据此建议依循英格兰条文中的指定事项令的定义而制定条文。在英文名称方面，我们亦表明“specific issues order”比“specific issue order”可取。

¹⁶ 這些事項包括父母責任、父母權利、監護權和兒童財產的管理。

¹⁷ 由澳大利亞的《1995年家事法改革法令》（簡稱“《1995年澳大利亞法令》”）加插的《1975年澳大利亞法令》第 64B(6)條。

¹⁸ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998年），第 6.90 及 15.40 段。

10.30 谘询结果显示大部分回应者支持这项建议，只有那些对于新的命令如何有效运作表示广泛关注的回应者对该建议有保留；他们特别关注到在父母双方互相敌对的情况下如何执行这些命令。我们的答复是我们预期这一系列新的命令可以让法院在遇到紧急个案时较易作出处理，从而可给予处境艰难的人较佳的保障。正如前文所示，我们亦已在本报告书第 11 章提议订立一些特设的补充条文和指引，以处理涉及家庭暴力的案件。

建议 25

我们建议应为“**指定事项令**” (*specific issues order*) 订立法定条文，该条文应类似英格兰的《1989 年儿童法令》第 8(1)条。

禁止行动令

10.31 英格兰的《1989 年儿童法令》第 8(1)条就禁止行动令订明：

“‘禁止行动令’指一项规定任何人未经法院同意不得采取命令所指明的该类行动的命令，而该类行动是父母任何一方为履行对子女的父母责任所可采取的。”

10.32 相对的苏格兰法律条文则订明这是一项下述禁令：

“禁止在履行关乎儿童或管理儿童财产的父母责任时或在行使关乎儿童或管理儿童财产的父母权利时进行属禁令所指明种类的任何行动的禁令。”¹⁹

10.33 我们认为最适合香港的“禁止行动令”定义是英格兰所采用的定义，因为苏格兰的版本所指的是一种我们的法律没有的命令，²⁰ 而澳大利亚的《1975 年家事法法令》则没有类似设立“禁止行动令”的条文。

10.34 我们在《谘询文件》²¹ 中建议依循《1989 年儿童法令》第 8(1)条中禁止行动令的定义而制定条文。除了一名回应者反对外，其

¹⁹ 《1995 年蘇格蘭法令》第 11(2)(f)條。

²⁰ 即禁令 (interdict)，與強制令 (injunction) 類似。

²¹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件 (1998 年)，第 6.92 及 15.41 段。

余各回应者均支持这项建议，而这一名回应者是原则上反对上述一系列新的命令。

建议 26

我们建议应为“禁止行动令”订立法定条文，该条文应类似英格兰的《1989年儿童法令》第8(1)条。

补充规定

10.35 英格兰的《1989年儿童法令》第11(7)条赋权法院在根据第8条发出命令时可在命令中载列指示或条件，²² 其中例子可能包括若有关家庭有暴力或虐待的往迹，便发出须安排在受监管的情况下与儿童联系的指示。这项有用的权力有助法院构定命令的内容，以维护儿童的最佳利益和尽量减少日后发生争拗的机会。

10.36 我们因此在《谘询文件》²³ 中建议采纳一项类似《1989年儿童法令》第11(7)条的条文。这项建议得到有就该建议发表意见的被谘询者一致支持。

建议 27

我们建议采纳一项类似《1989年儿童法令》第11(7)条的条文；该条文赋权法院在发出的法院命令中载列一些指示或条件。

第三者提出申请的权利

10.37 第3章曾经指出，对于向法院申请管养令或探视令的第三者（例如祖父母或其他照顾有关儿童的人）而言，《未成年人监护条例》（第13章）第10条给他们带来难题，但该等命令可能是为了保障儿童的最佳利益而属必需，例如单亲父母将子女交给祖父母或外祖父母抚养，但后来要求领回子女。让儿童与祖父母或外祖父母保持联系亦可能切合儿童的最佳利益。这对于特别重视大家庭观念的香港尤其重要。

²² 见前面第5章第5.78段。

²³ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998年），第6.93及15.42段。

10.38 现时第三者要透过父亲或母亲或社会福利署署长代为申请该等命令。²⁴ 另一个做法是由照顾有关儿童的人提起法院监护法律程序，法定代表律师亦可介入。

10.39 相关的苏格兰法律条文²⁵ 规定，任何人均可向法院申请一项关乎儿童的父母权利、父母责任或监护权的命令，但如某人的父母责任或父母权利已被法院免除并移交地区主管当局或已透过领养安排而被免除，则该人无权申请上述命令。

10.40 规定何人无需法院许可便可以申请第 8 条所设的命令及何人在法院批给许可后可以立即申请该等命令的英格兰《1989 年儿童法令》第 10 条，²⁶ 看来较为切合香港的社会实况。然而，该法令第 10 条规定只有“与有关儿童同住的时间合计不少于三年”²⁷ 的人方享有无需法院许可便可以提出申请的权利。这项限制对香港来说似乎过于严苛，因为大家庭制度在本地扮演着十分重要的角色。

10.41 我们在《谘询文件》²⁸ 中表示，设置障碍以阻止有关的第三者申请关乎儿童的命令，是没有理据支持的。我们因此建议删除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 10 条就第三者向法庭申请命令的权利所设的限制，并建议依循英格兰的《1989 年儿童法令》第 10 条制定条文取而代之，但要对其中第(5)(b)及(10)款作出修改，订明如果有关儿童在过去三年曾与申请人同住的时间合共满一年，申请便无需法院许可亦可以提出。我们提议这一年期间无需是连续的，但申请必须在同住期间终止后三个月内提出。

10.42 谘询结果显示，有对上述建议提出意见的回应者当中，只有三名不支持该建议，其余的均表示支持。这三名回应者的其中两名认为我们在建议中列出的先决条件是不必要的，因为每宗向法院提出的申请会否获准应取决于申请本身是否有可取之处，而考虑的方向是怎样做才切合儿童的最佳利益，其中一名回应者援引与某儿童关系密切祖父母或外祖父母作为例子，不过该儿童不一定已经与他们同住一段法例所要求的期间。该回应者质疑即使上述先决条件未获符合，会否有任何渠道让法院考虑其他因素。为了解答这项质疑，我们指出那些不符合“具有当然权利”这项准则的人仍可在取得法院许可的情况下就有关儿童申请法院命令。

²⁴ 虽然《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 92(1)及(3)条规定，某儿童的监护人或具有管养、管束或监管某儿童的权利的人可申请关乎该儿童的命令。

²⁵ 见《1995 年苏格兰法令》第 11(1)及(3)条。

²⁶ 见前面第 5 章，第 5.90 至 5.98 段。

²⁷ 《1989 年法令》第 10(5)(b)及(10)条。

²⁸ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998 年），第 6.97 及 15.43 段。

10.43 另一名回应者评论说，法院有需要在每一宗案件里小心审视有关申请，以确保申请法院命令的人并非基于个人利益行事。我们同意法院在考虑这些案件时需要时刻保持警觉，以确保有关命令是为了儿童的最佳利益而发出。

建议 28

我们建议删除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 10 条就第三者向法院申请关乎儿童的命令的权利所设的限制。

我们建议依循英格兰的《1989 年儿童法令》第 10 条而引入一项条文，并对其中第(5)(b)及(10)款作出修改，以订明如果有关儿童在过去三年内曾与申请人同住的期间合共满一年，申请便无需法院许可亦可以提出。

我们又建议上述一年期间不一定要是连续的，但不得在提出申请的三个月或更早之前已告终止。

为儿童作出的安排

10.44 香港现时处理为儿童作出的安排的法律条文，载于《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 18 条。²⁹ 该条指令法庭除非已信纳且作出声明表示它信纳为每一名家庭子女的福利³⁰ 所作出的安排“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”，否则不得将离婚或婚姻无效判令转为绝对判令。³¹ 第 18(5)条则述明第 18 条适用下列家庭子女：

- “(a) 任何未成年的家庭子女，而该子女在根据第(1)款作出命令当日——
 - (i) 未足 16 岁，或
 - (ii) 正在教育机构就读，或正接受某一行业、专业

²⁹ 該條與英格蘭的《1973 年婚姻訴訟法令》第 41 條類似。

³⁰ 該詞被界定為包括“對子女的管養、教育及經濟給養”：見《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 18(6)條。

³¹ 《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 18(1)(b)(i)條。

或职业的训练，并且不论其是否受雇从事有报酬的工作；及

- (b) 任何其他家庭子女，而该子女是法庭借着根据该款作出的命令指示为本条所适用者。”

10.45 在英格兰，《1973年婚姻诉讼法令》³²第41条规定，在任何处理离婚、婚姻无效或裁判分居的法律程序中，法院都有责任鉴于为儿童的教养和福利所拟作出的安排而考虑应否行使它在《1989年儿童法令》下的任何权力。法院在作出上述考虑时，若案中儿童已表达其意愿，则法院必须鉴于该儿童的年龄、理解力和表达其意愿的情况而考虑该儿童的意愿和感受。³³依据英格兰的《1996年家事法法令》第11(4)条，在没有相反证据的情况下，法院必须顾及下列事实：

“最切合儿童的福利的做法是：

- (i) 让他定期与对他负有父母责任和他的家庭的其他成员联系；及
- (ii) 让他继续与父母维持在可能范围内最良好的关系。”³⁴

10.46 陈述父母为子女所提议的安排的安排的文件，通常不会受到法院审查。不过，法院可在某些有充分理由为儿童的最佳利益着想而发出指令的特殊情况下，指令暂缓执行离婚或婚姻无效或裁判分居的绝对判令。这与《1995年苏格兰儿童法令》第12条的效力相若。

10.47 我们在《谘询文件》³⁵中指出我们提议保留《婚姻法律程序与财产条例》第18条，但建议该条应予修订，以加入条文表明法院必须顾及有关儿童的意见和考虑让该儿童与父母双方保持联系是否可取，就如英格兰的《1996年家事法法令》第11(4)条所列出的规定一样。

10.48 我们也建议³⁶父母应有责任向法官证明为子女作出的安排是最佳的可行安排，而法官应审查关于子女居住的地点和国家的未来计划，以及子女打算如何与父母双方保持联系，特别是如果父母其中

³² 经由《1989年法令》附表12第31段及英格兰的《1996年家事法法令》（简称“《1996年法令》”）第11条修订。

³³ 《1996年法令》第11(3)条。

³⁴ 《1996年法令》第11(4)(c)条。

³⁵ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998年），第6.100及15.44段。

³⁶ 出处同上，第6.101及15.45段。

一方计划从香港移居外地的话，法官更应这样做。我们觉得如果英格兰的法律条文会减少法院所承担的责任，则从子女的角度来看并非可取之事。我们亦建议为了与关于婚姻的法例的其他条文内容一致，第 18(5)(a)(i)条应予修订，将其中提述的年龄由 16 岁改为 18 岁。

10.49 谘询结果显示，有就上述几项建议发表评论的回应者当中，除了一名表示反对外，其余的均支持该等建议。这一名回应者认为不应按照上述建议修订《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 18 条，并明言其忧虑是如果法院“必须”顾及有关儿童的意见，便可能要向该儿童作出不适当的查问以符合这项规定。这绝非我们的意向。我们因此同意应减弱这项建议所看似带有的强制性质。

建议 29

我们建议《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 18 条应予修订，规定法院须顾及儿童的意见和让儿童与父母双方保持联系是否可取，就如英格兰的《1996 年家事法法令》第 11(4)条所规定的一样。

我们也建议父母必须令法院信纳为子女作出的安排是最佳的可行安排。法院应审查关于子女居住的地点和国家的未来计划以及子女打算如何与父母双方保持联系，特别是如果父母其中一方计划从香港移居外地的话更应这样做。

我们亦建议为了与婚姻法例中的其他条文内容一致，第 18(5)(a)(i)条应予修订，将所提述的年龄定为 18 岁。

不发出命令的原则

10.50 “不发出命令”的原则载于《1989 年儿童法令》第 1(5)条。该条指明法院除非“认为为儿童发出命令会比完全不发出命令为佳，”否则不得发出命令。这项原则的理据是除非与案各方不能为儿童的未来安排达成协议，否则法院不应介入³⁷。这与苏格兰的法令第 11(7)(a)条的规定类似。

³⁷ 請參閱前面第 5 章第 5.47 至 5.51 段關於該項原則的贊成與反對理由的較全面討論。

10.51 然而，澳大利亚没有采取相同的做法。我们在前面第 7 章得见，澳大利亚的法院在决定怎样做才切合儿童的最佳利益时所考虑的法定清单中的各项因素，是载于《1975 年家事法法令》第 68F(2)条。其中一项法院须要考虑的因素是“*应否作出一项最小机会导致就儿童提起进一步法律程序的命令。*”³⁸ 澳大利亚的家事法委员会不建议采纳英格兰的有关条文，理由是该委员会意会到如果父母分别向地方当局申请各自的居住单位，“*不发出命令*”这种做法便实际上难以落实，因为法院或须为有关儿童与谁同住发出命令。³⁹

10.52 我们注意到香港的政府部门及有关机构（例如房屋署及房屋协会）可以订立类似的规定。我们也承认香港的离婚父母通常希望透过规管子女的生活安排的法院命令而令有关安排获得某种形式的认同，不论该等安排是由父母双方协定的还是由法院作出的。鉴于香港人口的流动性高，为了令父亲或母亲放心子女不会被对方非法迁离，规管子女与谁同住及与父亲或母亲的联系方式的法院命令也许是特别重要的。

10.53 我们在《谘询文件》⁴⁰ 中表示，我们注意到“不发出命令”原则的道理，但认为这项原则不适用于本港的情况，故此建议不予采纳。

10.54 有在谘询期间就这项建议发表意见的回应者当中，大部分都支持我们的取向。不过有几名回应者指出，就家事法律程序而言，政府部门通常须要先有法院的命令才会采取行动，尤其以关于房屋编配的事务为然。

10.55 然而，也有一些回应者支持引入“不发出命令”原则，或认为至少应向因其情况特殊而宁可采取这种做法的各方当事人提供不发出法院命令的选择。他们的论据是在离婚夫妇愿意互相合作以确保为子女作出适合的持续安排的案件里，⁴¹ 不发出命令会切合有关子女的最佳利益，因为这会促进和支持父母将来的关系。

10.56 考虑过所有回应者的意见后，我们现时原则上同意部分回应者的以下看法：在父母双方均同意法院不发出命令而且这样做是切合子女的最佳利益的案件里，香港应有“不发出命令”的做法可供选择。

³⁸ 见《1975 年澳大利亚法令》第 68F(2)(k)条。

³⁹ 这是以英格兰律师会的意见为依归。见前面第 7 章第 7.32 至 7.33 段关于家事法委员会的报告书（*The Operation of the (UK) Children Act 1989*）第 48 段的论述。

⁴⁰ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998 年），第 6.16 及 15.7 段。

⁴¹ 举例说，倾向根据现行法律选择共同管养子女及共同照顾和管束子女的夫妇。

我们预计在个别案件中不发出命令的建议不会由法官自行提出，而是父母双方本身都会有份作出这样的决定。假若其后证实双方需要法院发出命令（例如后来为了确保获编配公共房屋），他们可以回到法院请求发出有关命令。

10.57 我们明白到把“不发出命令”这个概念引入香港（即使只是为了我们在上文描述的特殊情况才引入）是一项颇为意义重大的创举，而为了促使这项概念发挥它可能带来的益处，有效的公众教育同样是必须的。

10.58 在公共房屋的编配问题上，我们在上文评论说，政府部门目前看来要在法院命令已经发出的情况下才会为正在办理离婚手续的夫妇的公共房屋编配作出安排。虽然我们接纳这也许是目前的既定做法，但仍促请政府研究这个问题，看看有没有其他较为不拘形式的文件处理程序可以满足有关政府部门的要求。我们认为这个范畴的法律改革若因为基本上属于行政方面的考虑而受到掣肘的话，是十分不值得的。

建议 30

我们建议在父母双方同意法院不发出命令而且不发出命令是切合子女的最佳利益的案件里，应有“不发出命令”的做法可供选择。

家事法律程序

10.59 英格兰的《1989年儿童法令》第10(1)条赋予法院特定权力在任何家事法律程序中发出第8条所设的命令。⁴² 该条订明：

“(1) 当家事法律程序中出现关乎任何儿童的福利问题时，如有下列情况，法院可就该儿童发出第8条所设的命令—

(a) 有符合下列条件的人向法院申请发出该命令：

(i) 他有权就该儿童申请第8条所设的命令；
或

⁴² 包括本章早前部分及第5章第5.61至5.77段描述的同住令、聯繫令、指定事項令及禁止行動令。

(ii) 他已向法院取得提出上述申请的许可；或

(b) 虽然没有人提出上述申请，但法院仍认为应该发出该命令。”

10.60 我们注意到上述申请包括关于由法院监护儿童的事宜。我们认为当根据第 8 条发出的命令可以取代由法院监护有关儿童的做法时，便可以减少由法院作出监护的需要。

10.61 我们在《谘询文件》⁴³ 中建议香港的法例应采纳一项类似《1989 年儿童法令》第 10(1)条的条文。我们在该文件中提出订立家事法律程序的定义亦会有用。谘询结果显示，上述建议获得有对此作出评论的回应者一致支持。

建议 31

我们建议制定一项类似英格兰的《1989 年儿童法令》第 10(1)条的条文，以赋予法院特定权力在任何家事法律程序中发出第 8 条所设的命令。

我们亦建议引入“家事法律程序”的定义。

就法院命令而言父母责任终止的年龄⁴⁴

10.62 正如我们在第 9 章所见，“儿童”一词在英格兰被界定为未满 18 岁的人。⁴⁵ 然而，《1989 年儿童法令》规定第 8 条所设的命令（指同住令、联系令、指定事项令及禁止行动令）的效力并不延伸至儿童年满 16 岁之后，除非有关命令明文规定在儿童年满 16 岁后继续有效。⁴⁶ 相比之下，苏格兰的有关条文订明大部分父母责任与权利的有效期都以儿童年满 16 岁为限。⁴⁷

⁴³ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.102 及 15.46 段。
⁴⁴ 本報告書亦有處理關於兒童年齡的其他論題。見關於父母責任在兒童年滿多少歲時終止的討論（前面第 9 章第 9.63 至 9.65 段）；兒童須要父母同意才可結婚的有關年齡；就法院監護令的期限而言的兒童有關年齡；及就法定代表律師的權限而言的兒童有關年齡（這三項的討論均載於後面第 13 章第 13.50 至 13.62 段）。

⁴⁵ 《1989 年法令》第 105(1)條。

⁴⁶ 《1989 年法令》第 91(10)條。

⁴⁷ 見前面第 9 章第 9.63 至 9.65 段關於這一點的討論。

10.63 我们在《谘询文件》⁴⁸ 中建议，为使条文内容一致起见，对儿童负有的父母责任和依循第 8 条所设命令而作出的规定，都应在儿童年满 18 岁时停止生效。所有在谘询期内就这项建议发表了意见的回应者均大致上支持该建议，不过亦有人表示对此有一些保留。

10.64 一名回应者质疑该项建议会否影响到法院的一项现有权利，即法院有权就 18 岁以上但仍全时间在学或因精神或身体上有残障而需长期照顾的子女发出经济给养的命令。⁴⁹ 这名回应者觉得这些建议与关于子女的经济给养及贍养的现行法例应该一致，并认为《谘询文件》中建议的“儿童”一词定义应有较大的包容度，并应涵盖所有受供养子女而不论其年龄大小。法院亦会因而有酌情权在该等案件中决定有关命令应适用多久。

10.65 我们对上述意见的回复如下：我们肯定没有意图废止法院在《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 10 条所设的情况下就 18 岁以上的子女批给经济给养命令的现有权利，但是我们认为就父母责任、儿童福利和我们建议的新种类的命令——即本报告书的主题事项——这几项较广泛的议题而言，给“儿童”一词订立一个没有限度的定义是不适当的。假如我们这样做的话，即表示例如同住令的申请可以就一名年龄即使已超过 18 岁但仍然全时间在学的人而提出。我们认为对于 18 岁以上的子女而言，只有在关乎精神上无行为能力的子女的案件中才须要某种形式的管养令／同住令，而该等命令应该透过《精神健康条例》（第 136 章）中关于成年人的监护条文取得，⁵⁰ 而不是透过婚姻法例中的条文取得。

10.66 然而，我们在考虑这个议题时注意到关于 18 岁以上子女的有关法律可能存在灰色地带，因为他们当中有些人在精神上无行为能力的程度可能未严重至足以归入关于精神健康的法例可提供保障的管辖范围之内，可是他们仍然不能够全面照顾自己。在这类案件中，父母虽然可能会被法院命令向该等子女提供经济给养，但是他们不再对该等子女负有上文所指的正式父母责任。

10.67 虽然我们无意扩大我们所建议的“儿童”一词的定义，亦无意为《1989 年儿童法令》第 8 条所设的命令延伸我们所建议的年龄上限，

⁴⁸ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.154 及 15.67 段。

⁴⁹ 依據《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 10(3)條；法庭據此而在某些情況下有酌情權無限期延展為兒童而發出的經濟給養令及贍養令的適用期限。

⁵⁰ 例子見《精神健康條例》（第 136 章）第 IVB 部。該部列明監護委員會就精神上無行為能力的成年人而具有的權力和責任。

使上述类别的儿童得以明确地归入我们的建议所涵盖的范畴内，但是我们希望指出我们对于这方面的法律可能存在脱漏一事表示关注。

建议 32

为使条文内容一致起见，我们建议对儿童负有的父母责任以及依循《1989年儿童法令》第8条所设的命令（如同住令、联系令或指定事项令等）而订立的条文，应在儿童年满18岁时停止生效。

我们亦认为：

- (a) 《婚姻法律程序与财产条例》（第192章）第10条应继续适用于为18岁及以上且属于该条文所指范畴内的子女而发出的经济给养令和赡养令；及
- (b) 法律可能在下述方面存在脱漏：有些18岁以上的子女在精神上的病况或其无行为能力的程度虽然未严重至足以归入现行关于精神健康的法律条文所涵盖的范畴内，但仍需要某种超乎《婚姻法律程序与财产条例》所提供的经济给养以外的形式的法定保障。

第 11 章 改革建议—— 特别为涉及家庭暴力的案件 而设的考虑因素

引言

11.1 正如我们在上几章所见，我们在本报告书¹所建议的改革的
基本样式，是在香港的家事法律程序中引入共同父母责任这种责任模
式。在这种新模式下，即使正在办理离婚手续的父母，仍然会在可能
范围内继续分担父母的责任和分享作出决定的权力，以促进子女的最
佳利益。² 这种模式的一项主要特征是子女将会被视为有权与父母双
方维持定期联系，只要该等联系切合子女的最佳利益便成。

11.2 我们承认，当法院应用新的共同父母责任模式时，需要特别
小心处理的一种情况是案件被指涉及家庭暴力。³ 我们在《谘询文件》
中评论说，虽然让子女与父母双方维持定期联系一般而言是切合子女
的最佳利益，但是在少数案件中，保护子女以及配偶其中一方免受暴
力威吓是更重要的考虑因素。⁴ 我们的意见是：

“如果配偶之间的怨对仍然极深，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，而这不可能切合
儿童的最佳利益。”⁵

¹ 請也參閱我們早前發表的諮詢文件：香港法改會監護權和管養權小組委員會，《監護權及管養權諮詢文件》（1998年12月）。

² 正如我們在本報告書前幾章所見，共同父母責任的取向與香港目前在很多家事法律程序中所引用的取向大為不同。在香港，當父母離婚時，對子女的一籃子父母權利與責任基本上由父母分擔，並在父母之間重新分配。其中一方（通常是母親）會獲授予子女的獨有管養權，從而取得主要的父母責任以確保子女的照顧及福利，亦會有權作出所有對子女有影響的重大決定。另一方（通常是父親）只會獲授予探視子女的權利，以不時與子女見面和溝通。

³ 我們可取得的統計數字顯示，香港每 10 戶家庭中至少有一戶可能有某種形式的虐待配偶情況出現：見陳高凌博士所著的 *An Evaluative Study of Group Therapy for Male Batterers cum Intervention Strategies*（2001年10月），香港大學社會工作及社會行政學系與香港家庭福利會出版，第 1 頁。（有關統計數字顯示北美洲每六戶家庭有一戶可能有虐待配偶之事：出處同上）。

⁴ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998年），第 6.147 段。

⁵ 出處同上。

11.3 几项近期的海外研究的结果⁶以及多名这方面的评论者所发表的意见⁷，均证明上述关注是有道理的。特别是那些设立了以英格兰的年儿童法令为本的制度好几年的外地司法管辖区的法院，在应用该法令时看来偶尔会有过分着重儿童与父亲或母亲保持联系之事，即使家庭暴力的指控已获得证实以及该等暴力对有关儿童的安全和福祉构成威胁亦然。

11.4 为了避免香港在引进共同父母责任的模式后会衍生类似问题，我们细心考虑了可能需要纳入新的制度内的防止家庭暴力措施，以在已交由法院审理而牵涉家庭暴力问题的小量案件中提供保护。这些保护措施是本章的主题。

海外关于联系和家庭暴力的研究结果

英格兰

关于《1989年儿童法令》的问题

11.5 英格兰的《1989年儿童法令》及其相应的澳大利亚法例——即本报告中大部分建议所依据的法例——近年来成为多项检讨研究的主题，以找出需要对现行的运作模式作出进一步改善的地方。正如上文指出，研究者的其中一个评论范围是当法院考虑发出关乎儿童的命令（尤其是联系令）时，如何处理所牵涉的家庭暴力这个特殊问题。

⁶ 請參閱：英格蘭的大法官轄下家事法諮詢委員會內的《兒童法令》小組委員會的諮詢文件，*Contact between Children and Violent Parents*（1999年6月）、*Report to the Lord Chancellor on the Question of Parental Contact in Cases where there is Domestic Violence*（2000年4月）、*A Consultation Paper: Making Contact Work*（2001年5月）及 *Making Contact Work: A Report to the Lord Chancellor on the Facilitation Arrangements for Contact between Children and their Non-Residential Parents and the Enforcement of Court Orders for Contact*（2002年2月）（亦見大法官辦公廳的 *Government Response to the Report 'Making Contact Work'*（2002年8月））、L Trinder, M Beek & J Connolly, *Making Contact: How Parents and Children Negotiate and Experience Contact after Divorce*（Joseph Rowntree Foundation, 2002年）、悉尼大學及澳大利亞家事法院，*The Family Law Reform Act 1995: The First Three Years*（2000年12月）、新西蘭司法部報告書，*The Domestic Violence Legislation and Child Access in New Zealand*（1999年5月）。

⁷ 請參閱：I Weyland, "Judicial Attitudes to Contact and Shared Residence Since the Children Act 1989" (1995) 17 *Journal of Social Welfare and Family Law* 445; C Smart & B Neale, "Arguments Against Virtue - Must Contact be Enforced?" [1997] *Family Law* 332; Judge Victor Hall, "Domestic Violence and Contact" [1997] *Family Law* 813; Dr C Humphreys, "Judicial Alienation Syndrome - Failures to Respond to Post-separation Violence" (1999) *Family Law* 313; R Bailey-Harris, J Barron and J Pearce, 'From Utility to Rights? The Presumption of Contact in Practice' (1999) 13 *International Journal of Law, Policy and the Family* 13; F Kaganas & S Day Sclater, "Contact and Domestic Violence - The Winds of Change?" [2000] *Family Law* 630; G Douglas, "Balancing Rights," in A Bainham (ed), *The international survey of family law: 2001 edition* (2001, Family Law), at 81。（澳大利亞墨爾本大學法律系的 Helen Rhoades 女士不辭勞苦地協助筆者找到多項上文所列的材料，筆者謹此致謝。）

11.6 在英格兰，由大法官辖下家事法谘询委员会（Lord Chancellor's Advisory Board on Family Law）内的《儿童法令》小组委员会进行的一次检讨⁸显示，社会大众强烈感到法院在引用《1989年儿童法令》时过分着重子女与父母的联系，以致当联系令的申请有提及家庭暴力的问题时，这个问题没有得到适当的处理。⁹

《儿童法令》小组委员会的报告书

11.7 《儿童法令》小组委员会在2000年4月发表的《就有家庭暴力出现的案件中子女与父母的联系问题向大法官提交的报告书》（*Report to the Lord Chancellor on the question of parental contact in cases where there is domestic violence*）中指出¹⁰，为数不少的回应（尤其是来自儿童慈善团体及妇女组织的回应）都强调，对于那些可能曾被虐待或曾遇上家庭暴力的儿童而言，有需要确保他们与父母的联系是安全和值得的。亦有不少回应者关注以下情况：需要确保没有暴虐行为的父亲或母亲的人身安全，但儿童有权与父母双方联系这项原则未能充分照顾到这项需要。该等回应者强调，引用儿童有权与父母双方联系这项原则时要有充分的灵活性，以配合有关儿童的特定需要。

11.8 这些回应者所传达的压倒性讯息，是在涉及家庭暴力的案件里，法院只有在信纳儿童及其同住父亲或母亲于儿童与父母的另一方进行联系之前、期间和之后都是安全的情况下，方可发出联系令。¹¹ 这些回应者认为法院应首先考虑儿童及其同住父亲或母亲所面对的任何风险的性质和程度；而且即使与父亲或母亲联系是符合儿童的利益，法院也应在能够作出妥善安排以保护儿童及同住父亲或母亲不会再受到身体或感情上的伤害的情况下，才发出联系令。¹²

11.9 回应英格兰的上述研究的人亦关注到要提出确凿证据证明有家庭暴力行为以显示某次联系会给有关儿童带来较大的风险，并非易事。¹³

11.10 对于上文所指明的问题，《儿童法令》小组委员会表示：

⁸ 《儿童法令》小组委员会的上述谘询文件（1999年）、《儿童法令》小组委员会的上述报告书（2000年）、《儿童法令》小组委员会的上述谘询文件（2001年），及《儿童法令》小组委员会的上述报告书（2002年）。亦见大法官办公厅的上述报告书（2002年8月）。

⁹ 《儿童法令》小组委员会的上述报告书（2000年），第3.3.3至3.3.5及4.2段。

¹⁰ 出處同上，第3.1.2段。

¹¹ 出處同上，第3.4.1段。

¹² 出處同上。

¹³ 出處同上，第3.1.4段。

“这次谘询的结果充分显示家庭暴力的问题对父母与子女保持联系而言的重要性。谘询结果亦确立了《谘询文件》¹⁴ 中指明的观感，就是法院目前没有全面或适当地处理这个问题。”¹⁵

11.11 至于是否需要有所行动，《儿童法令》小组委员会表示：

“一直有一派想法认为毋须作出改变；又认为我们对家庭暴力的观感正在演变和发展中，而且这个过程正在家事司法制度内受到重视，并会继续受到重视，因此无需订立进一步的法例或实务指引，亦无需不停进行培训。……在我们所接获的回应之中，上述观点只属极为少数的看法。絕大多数的看法是在子女与有暴力行为的父母的联系这个范畴内，家庭暴力问题须要由所有在家事司法制度内工作的专业人士采取更为明达和积极的方式处理。”¹⁶

对可能透过立法作出的改革的看法

11.12 就建议的解决方法而言，《儿童法令》小组委员会指出，谘询结果显示透过立法作出改革的呼吁获得广泛支持，¹⁷ 但对于引入“若证实有家庭暴力则不宜联系”的推定（正如已在新西兰引用的推定¹⁸）这项改革却未有定论。至于是否更改法定考虑因素清单（即福利清单）以明示包括家庭暴力这项因素（正如已在澳大利亚引用的清单¹⁹），同样未有定论。

11.13 不过，《儿童法令》小组委员会本身虽然同意有需要采取步骤以确保在联系令的申请中发现有家庭暴力的问题时，该问题不仅会获得妥善处理，还要让人看见已获得妥善处理，但该委员会却不认为有需要推动以立法方式修改《1989 年儿童法令》。²⁰ 《儿童法令》小组委员会表示：

¹⁴ 《兒童法令》小組委員會的上述諮詢文件（1999 年）。

¹⁵ 《兒童法令》小組委員會的上述報告書（2000 年），第 1.5 段。

¹⁶ 出處同上，第 1.6 至 1.7 段。

¹⁷ 出處同上，第 1.7 段。

¹⁸ 《兒童法令》小組委員會的上述諮詢文件（1999 年），附錄 4；該附錄概述了新西蘭的有關條文。

¹⁹ 出處同上，附錄 3；該附錄概述了澳大利亞的有關條文。

²⁰ 《兒童法令》小組委員會的上述報告書（2000 年），第 1.7 至 1.8 段。

“我们依然认为若能妥善落实《1989年儿童法令》，该法令无需任何修订已内藏处理上述问题的方法。”²¹

建议的良好处事常规司法指引

11.14 《儿童法令》小组委员会的主要建议是应该为各级司法机关订定指引，列明当有人以家庭暴力为由要求禁止或限制父母与子女联系时法院应采取的处理方式。²²

11.15 这些指引强调子女的福利最为重要这项原则，并特别指出家庭暴力事实上不单只是父母之间的问题，亦常令子女受到冲击。²³ 该等指引也强调子女的同住父亲或母亲在联系之前、期间和之后的人身安全的重要性，因为这一点会影响到子女的福祉：²⁴

“该等指引列出一套详细而有系统的策略，以供法院在它认为家庭暴力的指控若经证实便会影响联系令的作出的案件中采用。”²⁵

11.16 该等指引所列出的策略²⁶ 订明当出现家庭暴力的指控时：

- 应作出对事实的裁断，以确定暴力的性质和程度以及对子女及同住父亲或母亲的影响；
- 应有赞成索取福利报告的假设；
- 法院发出任何联系令之前应引用‘福利清单’，并应信纳在联系进行之前、期间及之后均能够确保子女及同住父亲或母亲的安全；
- 法院应考虑需否监管联系过程和如何安排作出监管；
- 法院应考虑是否发出不准骚扰令；
- 法院应考虑是否规定并非与子女同住的父亲或母亲须接受治疗，作为与子女联系的先决条件。

²¹ 出處同上，第 1.8 段。

²² 出處同上，第 1.9 段及第 5 部。指引的全文載於本報告書附件 3 內。

²³ 大法官轄下家事法諮詢委員會提交的 *Children Act Sub-committee Guidelines for 'Good Practice on Parental Contact in Cases where there is Domestic Violence': A Summary Report on Findings from the Lord Chancellor's Department's Survey to Monitor Awareness of the Guidelines* (2002 年 3 月)，第 1.7 段。

²⁴ 出處同上，第 1.8 段。

²⁵ 出處同上，第 1.9 段。

²⁶ 見大法官轄下家事法諮詢委員會的上述報告書(2002 年 3 月)中的概覽(Summary)，第 1.10 段。

11.17 《儿童法令》小组委员会建议，有关指引应采用由家事法院发出的实务指示的形式。²⁷ 该委员会亦建议应设置妥善的机制，监察该等指引实施一段指定期间后的成效。²⁸

11.18 此外，该委员会亦倡议采取某些其他补救措施。²⁹

持续的培训

11.19 该委员会表示，有需要就家庭暴力对子女及同住父母的影响而“为所有在家事司法制度内工作的界别（包括法律界及司法机关）”提供持续的培训，并提高该等界别在这方面的认知程度。³⁰

联系中心

11.20 《儿童法令》小组委员会承认从法院所发出的联系令的角度来看，联系中心发挥了重大的作用。³¹ 该委员会指出，联系中心的主要职能是在子女的父母未能找到适合的联系场地之时，提供一个暂时性的选择。³²

11.21 《儿童法令》小组委员会虽然认同联系中心的设立，并强调这些中心的有用之处，但也关注到联系中心在运作上的现有限制：它们一般只利便“获支持”的联系，即父母双方均同意并已准备互相合作的联系；它们一般都没有设施处理联系过程须受到监管的个案（例如曾出现家庭暴力或子女在联系期间可能会遭受暴力对待或其他形式的虐待的个案），而它们的职员也没有受过处理这些个案的训练。³³

向法院提供多一些资料

11.22 《儿童法令》小组委员会察觉到他们的谘询对象的一个主要关注点，是在涉及家庭暴力的案件中民事法和刑事法欠缺相互协调的作用。提出这项关注的回应者极力主张，审理联系令申请的法院应该可以取览父母的刑事纪录，并应不时获全面告知在同一时期内针对施行家庭暴力者的其他法律程序的进展。³⁴

²⁷ 《儿童法令》小组委员会的上述报告书（2000年）第1.10段。

²⁸ 出處同上，第1.12及4.5至4.6段。監察該等指引的成效的首次調查報告載於大法官轄下家事法諮詢委員會的上述報告書（2002年3月）內。

²⁹ 《儿童法令》小组委员会的上述报告书（2000年）第1.13至1.25段。

³⁰ 出處同上，第1.13段。

³¹ 出處同上，第3.14.1段。

³² 《儿童法令》小组委员会的上述报告书（2002年），第8.6段。

³³ 《儿童法令》小组委员会的上述报告书（2000年），第3.14.3段。

³⁴ 出處同上，第1.23及3.17.2段。

关于私隐的问题

11.23 《儿童法令》小组委员会亦有论及另一个重要议题。它指出有妇女组织非常关注“家事司法制度经常被施行虐待者不正当地用来找出受害人和儿童的下落，而且该制度容许本身被如此滥用。”³⁵ 这些团体特别提到佐珍娜·麦卡锡（Georgina McCarthy）的死亡事件。她被丈夫找到她在彭辛斯（Penzance）的住址，并被他在子女面前杀死。《儿童法令》小组委员会评论说：

“这些议题将会列入《儿童法令》小组委员会的待议事项中。小组现正与内政部进行讨论，以界定双方共同关注的事宜和如何处理该等事宜。”³⁶

对家庭暴力的影响进行长期研究

11.24 《儿童法令》小组委员会评论说，有需要更深入理解目击家庭暴力及／或成为家庭暴力受害人对儿童的长远影响。³⁷ 该委员会指出，它在其谘询文件³⁸ 中建议大法官办公厅应对源自有关法庭程序的资料进行长期的研究及仔细的搜集与分析。这项建议受到广泛欢迎。³⁹

较近期的发展

11.25 《儿童法令》小组委员会的报告书发表后，为了要求法官在涉及家庭暴力的案件中发出联系令之前更加谨慎行事而建议订定的《良好处事常规指引》便在 2001 年 4 月和 5 月颁布。⁴⁰ 该指引现已

³⁵ 出處同上，第 1.24 段。

³⁶ 出處同上，第 1.25 段。

³⁷ 出處同上，第 1.12 段。亦見第 3.13.1 至 3.13.21 段。

³⁸ 《兒童法令》小組委員會的上述諮詢文件（1999 年）。

³⁹ 《兒童法令》小組委員會的上述報告書（2000 年），第 1.22、3.13 及 4.6 段。

⁴⁰ 該等指引的實質內容已因一宗上訴案的判詞而在 2000 年 6 月成為案例。上訴法院在 *Re L (Contact: Domestic Violence); Re V (Contact: Domestic Violence); Re M (Contact: Domestic Violence); Re H (Contact: Domestic Violence)* [2002] 2 FLR 334 (CA) (亦可引稱為 *Re L & Others* [2002] 2 FLR 334) 一案的判詞中引述並認可《兒童法令》小組委員會的研究結果。亦請參閱大法官轄下家事法諮詢委員會的上述報告書（2002 年 3 月）所載的關於引入該等指引的概述，第 1.1 至 1.11 段。

即使在引入上述指引之前，杜格拉斯（Douglas）（上述報告書第 86 頁）已指出在這方面的較近期案件顯示“各方正合力嘗試傳達一個訊息，就是在有家庭暴力往蹟的個案中發出聯繫令之前必須小心思量。”杜格拉斯察覺到法院在決定應否拒絕批准聯繫時，所採用的思維方式看來是分辨抗拒聯繫的一方的恐懼或敵意是合情理還是不合情理。例如在 *Re P (Contact: Discretion)* [1998] 2 FLR 696 案的判詞第 703 至 704 頁，威爾信法官（Wilson J）分辨出三種情況：第一種是沒有合理原因對聯繫採取敵視態度；第二種是所提出的原因足以推翻聯繫是切合子女的最佳利益的推定，如此則對聯繫採取敵視態度亦無關宏旨；而第三種是贊成及反對聯繫的雙方均能提出合理的論據，如此則對聯繫採取敵視態度便可能成為大有關係的考慮因素。

纳入由司法研究委员会(Judicial Studies Board)所举办的司法培训课程中。⁴¹ 大法官办公厅(即现今的宪制事务部)亦已委托机构进行研究,以监察社会对这些指引的认知情况。⁴²

11.26 宪制事务部也委托机构进行了对子女联系中心的研究。这项研究是探讨当家庭暴力是一个要面对的问题时,该部门所推行的“对儿童安全有益而又可切合妇女(及某些男士)的安全和福祉的联系”成效有多大。⁴³

11.27 在这方面的另一项转变是在《1989年儿童法令》中对儿童的“伤害”(harm)一词的定义所作出的修订,以致“伤害”现时包括“因看见或听见另一人受虐待而造成的损害。”⁴⁴ 在法院会引用《1989年儿童法令》第1(3)条的福利清单的所有法律程序(包括就联系令及同住令而进行的法律程序)中,这项修订都会适用。⁴⁵

澳大利亚

关于《1995年家事法法令》的问题

11.28 英格兰在联系和家庭暴力方面所经历的问题,看来在澳大利亚亦有出现。悉尼大学及澳大利亚家事法院针对澳大利亚的《1995年家事法改革法令》(大致上依据英格兰的《1989年儿童法令》而订立的法例)的实施情况而合着的报告书⁴⁶,对于引用共同父母责任模式所带来的某些后果表示关注。该报告书特别指出,自从澳大利亚的上述法令生效后,司法界的取向已出现变化,以致法院作出临时决定时的取态令儿童的福利受到损害。这种情况已出现于发出临时同住令及联系令的个案中,尤其是当个案涉及发生家庭暴力的指控。

⁴¹ 大法官轄下家事法諮詢委員會的上述報告書(2002年3月),第1.5段。

⁴² 出處同上,見報告書全文。

⁴³ Dr R Aris, C Harrison & Dr C Humphreys, *Safety and child contact: an analysis of the role of child contact centres in the context of domestic violence and child welfare concerns* (LCD Research paper 10/2002). 進一步支持該等中心的論據亦可在下述組織的近期報告書中找到:《兒童法令》小組委員會(《兒童法令》小組委員會的上述報告書(2002年)第8.35段)及 Joseph Rowntree Foundation (Trinder, Beek & Connolly, 已在前文引述,第47頁)。

⁴⁴ 《2002年領養及兒童法令》(Adoption and Children Act 2002)第120條,該條修訂《1989年法令》第31條。

⁴⁵ 上述2002年法令草案的有關條文的摘要說明指出,“在法院引用《1989年法令》第1(3)條的福利清單的所有法律程序中,這項修訂都會適用。該等法律程序包括發出聯繫令和同住令的程序。”見上議院(2001-2002年度)——《領養及兒童法令》——摘要說明第282段。至於我們就法院從福利清單的角度考慮家庭暴力問題而提出的建議,則見前面第9章第9.38至9.41段(建議3)的討論,亦見後面第11.58段的討論。

⁴⁶ 見悉尼大學及澳大利亞家事法院的上述報告書(2000年)。

11.29 该地以往所奉行的原则是尽量维持已有的照顾儿童安排，除非有极为明确和更加要紧的迹象（例如提供照顾的人家中出现暴力威胁）显示不可以这样做。根据上述报告书，这项原则已被法院关注父母是否获得“平等”对待而非让父母其中一方得以维持现状的做法取代。⁴⁷ 该报告书表示：

“现今法院作出决定时，所基于的是父母的利益（或更准确而言并非当时承担照顾子女的主要责任的父亲或母亲的利益）而不是子女的福利。”⁴⁸

11.30 该报告书评论说，就联系一事而言，现时看来有一项容许子女与不同住的父亲或母亲联系的“推定”（虽然这不是法律上的推定），⁴⁹ 即使法律规定须考虑子女的最佳利益以及情况显示大部分关于联系事宜的案件都涉及家庭暴力或虐待的指控亦然。⁵⁰ 该报告书指出，妇女因恐怕安排联系会带来暴力而感到越来越大的压力。基于上述获法院采纳以容许联系的有效推定，该报告书断言有些不能确保安全的联系令看来是经同意而发出的。该报告书亦指出，由指称联系令遭违反的非同住父母提出的“禁止违令”申请大幅增加，但大部分该等申请都被裁断为缺乏良好理据。⁵¹

建议透过立法作出的变更

11.31 就解决上述问题的办法而言，该报告书的看法在某些方面与英格兰的研究所得结论不同。澳大利亚的研究总结认为，适当的途径是修改法例来突显家庭暴力这项必须给予适当考虑的因素的重要性，加上应让法院在每一宗案件里均可获提供更多资料：⁵²

“确保儿童安全的需要应列为……该法令的宗旨所基于的一项原则。理解家庭暴力对儿童的恶劣影响，是决策者在决定关乎儿童的‘最佳利益’的问题时必须顾及的背景资料的主要部分。这应包括将有关警告……（即法院不得发出让儿童面对遭受家庭暴力的风险大至不能接受的命令）移往该法令中一处较显眼的地方，具体而言是移往[描述宗旨的条文中]。”⁵³

⁴⁷ 悉尼大學及澳大利亞家事法院的上述報告書（2000年），第1.14至1.15段。

⁴⁸ 出處同上，第1.15段。

⁴⁹ 出處同上，第1.20段。

⁵⁰ 尤其是在臨時聆訊階段，而只有小部分該等案件後來未能證實有家庭暴力或虐待：出處同上，第1.23段，並見本報告書第5章。

⁵¹ 出處同上，第1.18段。

⁵² 悉尼大學及澳大利亞家事法院的上述報告書（2000年），第10頁。

⁵³ 出處同上，第1.36段，建議3。

向法院提供更多一些资料

11.32 该份澳大利亚报告书指出，法院基于儿童的最佳利益作出决定时，最重要的是应该能够就儿童所面对的风险作出适当的评估。⁵⁴这包括法院能够在进行临时聆讯时调查关于家庭暴力的指控。该报告书因此指出⁵⁵，法院需获提供足够资料来作出这类评估。

11.33 该报告书总结认为，最理想的情况是法院在每一宗涉及儿童福利问题的案件里均可获提供儿童的家庭（福利）报告，但承认这做法对法院的资源运用显然会有很大影响。

较近期的发展

11.34 最近，澳大利亚家事法院推出《家庭暴力处理策略》⁵⁶，以确立一套顾及法院运作的所有方面而制订的全面策略来处理家庭暴力问题。该法院的意愿是这套策略将会获得各方一致引用，其内容亦将会清楚地传达给各方。⁵⁷

11.35 这套策略涵盖该法院的工作的五个主要范畴，包括资讯与沟通、安全、培训、解决争议及作出决定。⁵⁸

11.36 该法院表示，这套新的《家庭暴力处理策略》“表现了法院为了处理涉及暴力的事宜和保护当事人及其子女以至有关职员免受伤害而作出的重大努力。”⁵⁹

我们的改革建议

引言

11.37 正如我们在前文的讨论所述，海外的研究突显了制订特定的条文和程序以配合共同父母责任模式的重要性，令家事法院得以恰当地处理牵涉家庭暴力的离婚案件。这类案件相对而言比较罕有，但情节亦较为严重。

⁵⁴ 出處同上，建議 2。

⁵⁵ 出處同上。

⁵⁶ 澳大利亞家事法院，*Family Violence Strategy 2004-2005*（2004 年 3 月）。

⁵⁷ 出處同上，第 2 頁。

⁵⁸ 這套策略述明家事法院在這幾範疇的取向是由以下主導原則管限的：首重安全、確認家庭暴力的影響、確認暴力對兒童的影響、確認法院案件當事人的種類繁多、採用風險評估的取向、着重提供資料、採用社區夥伴關係的合作方式以及着重發展計劃。見上述報告書第 8 頁。

⁵⁹ 出處同上，前言。

11.38 为了配合把共同父母责任模式引入香港的家事法律中的做法，我们已小心考虑过一些或需纳入新制度中的预防家庭暴力措施。下文将会列出我们在这方面的建议。

11.39 虽然这些建议大部分关乎一些旨在增补本地的家事诉讼法例的条文和程序，但是我们亦有从较广泛的层面考虑过香港处理家庭暴力的法律中一些也许需要改革的地方。

由政府检讨香港处理家庭暴力的一般法律

《家庭暴力条例》（第 189 章）纵览

11.40 香港针对家庭暴力的一般法律载于《家庭暴力条例》（第 189 章）。这条以英格兰的《1976 年家庭暴力法令》⁶⁰ 为依据的条例，宗旨是让在家庭处境中受到虐待的人有权透过向区域法院提出简单的申请快捷地取得针对施虐者的强制令。⁶¹

11.41 该条例第 3(1)条订明：

“(1) 区域法院如应婚姻其中一方提出的申请，而信纳婚姻的另一方曾经骚扰申请人或与申请人同住的儿童，则不论在有关法律程序中是否有人正寻求其他济助，法院亦可……发出强制令，强制令可包括以下全部或其中任何条文——

- (a) 禁制该另一方骚扰申请人的条文；
- (b) 禁制该另一方骚扰与申请人同住的儿童的条文；
- (c) 禁止该另一方进入其婚姻居所，或婚姻居所的指明部分，或一处指明的地方（不论婚姻居所是否位于该地方内）的条文；
- (d) 规定该另一方必须准许申请人进入及留在其婚姻居所或婚姻居所的指明部分内的条文。”

11.42 为施行该条例，强制令的申请人必须是“婚姻的其中一方”，尽管“婚姻”一词是视作包括一男一女的同居关系。⁶² 申请强制令的

⁶⁰ 该法令已被英格兰的《1996 年家事法法令》第 IV 部废除及取代。

⁶¹ 廖雅慈，*Family Law for Hong Kong SAR*（香港大学出版社，1999 年），第 460 页。

⁶² 《家庭暴力条例》（第 189 章）第 2(2)条。

人在所凭借的事件发生之时必须正在与施行暴力的一方同居，但在申请提出之时双方无需仍然是住在一起的。⁶³

11.43 法院授予该项强制令及附带的任何拘捕权力时，可订明其有效期为“一段法院认为有需要但不超逾3个月的期间。”在该期间结束之前，法院可将强制令或拘捕权的效力延长最多3个月。⁶⁴

11.44 授予强制令的先决条件是申请人或其子女曾被另一方“骚扰”，但是该条例没有界定甚么是“骚扰”。法院对这个词语有以下解释：

“曾有案例指第3(1)条中‘骚扰’二字不一定含有使用暴力或威胁会使用暴力的意思。它适用于所有可以妥被认为严重至有需要法院介入的骚扰行为。法院明白到没有使用暴力或没有威胁会使用暴力的骚扰也可以是严重和有损精神与身体健康的行为。”⁶⁵

11.45 不准骚扰令只可以基于有关骚扰带有造伤害或困扰的意图而发出。⁶⁶ 法律改革委员会曾评论说，“要是对方作出骚扰是出于爱意或因为精神问题而根本不能有任何意图，上述规定会有碍当事人申请禁制令”。⁶⁷

11.46 至于法院禁止另一方进入婚姻居所的权力或规定该另一方准许申请人占用婚姻居所的权力方面，该条例第3(2)条订明法院须考虑“双方对另一方的行为或其他行为、双方的各自需要及经济能力、与申请人同住的子女的需要以及该个案的所有情况。”虽然这些考虑因素全都是有关的，但每一项因素所获给予的比重则看来视乎有关案件的个别情况。⁶⁸

11.47 应注意的是福利原则或最佳利益原则因此不适用于根据该条例提起的强制令法律程序，⁶⁹ 这是因为“与申请人同住的子女的需要”这项因素在该条例下不被视为首要考虑事项，而只被视为是法院

⁶³ 廖雅慈的上述著作第461页。然而廖雅慈指出，“双方关系终止的时间与申请人所指控的事件相隔愈久，申请人便愈难根据《家庭暴力条例》取得补救。”出處同上。

⁶⁴ 見《家庭暴力條例》（第189章）第6及7條。

⁶⁵ 香港法改會的《纏擾行為研究報告書》（2000年10月），第4.34段。

⁶⁶ 出處同上，第4.35段。

⁶⁷ 出處同上。

⁶⁸ 見廖雅慈的上述著作第465頁。

⁶⁹ 廖雅慈的上述著作第247頁。

在决定是否发出禁止对方进入婚姻居所的命令时其中一项须予考虑的因素。⁷⁰

《家庭暴力条例》（第189章）的不足之处

11.48 该条例虽然是在涉及家庭暴力的案件中迅速提供济助的途径，但它被公认为有不少显著的不足之处，⁷¹ 其中包括：

- 只有已婚人士和同居男女才可以根据该条例申请强制令以获得济助。因此，夫妇一旦离婚或分居，或同居男女已结束关系，便不能获得这方面的补救。⁷²
- 被骚扰的儿童无权根据该条例申请有关命令。因此，如果该儿童的父亲或母亲不愿意起诉对方的话，该儿童便得不到该条例的保护。另外，该条例亦规定有关儿童必须是与申请人同住的，并非与父母同住的儿童遂不能受惠于该条例。⁷³
- 骚扰行为可以在有其他家属关系的人之间出现。“例如：家庭的年长成员有可能遭与他同住的其他家庭成员虐待；父母也可能遭行为暴戾的子女虐待；而一名男同性恋者或女同性恋者的伴侣也可能变得不理性或患上强迫性精神病。因此，关于婚姻关系或同居关系的规定剥夺了有其他亲属关系的人根据《家庭暴力条例》申请禁制令的权利。”⁷⁴
- 违反根据该条例发出的强制令不属刑事罪行。法院虽然有权给强制令附加拘捕的权力，但只限于在答辩人曾引致他人受到实际身体伤害的案件中才可以这样做。法院一般都不大愿意援引这项权力。⁷⁵

⁷⁰ 出處同上，第467頁。廖雅慈在該著作第467頁指出，法院在這個議題上已裁定若某案件中成年人雙方的理據形成均勢，則以兒童的最佳利益作為具決定性的考慮因素是錯誤的，從而令發出禁止入屋令的可能性較大。

⁷¹ 見香港法改會的上述研究報告書（2000年），第4.33至4.50段及廖雅慈的上述著作，第474至475頁。

⁷² 香港法改會的上述研究報告書（2000年），第4.36段。

⁷³ 出處同上，第4.38段。

⁷⁴ 出處同上，第4.37段。

⁷⁵ 廖雅慈的上述著作，第474至475頁。

- 就子女的管养和探视而言，现时没有法律条文清楚解释禁止入屋令（禁止配偶其中一方进入婚姻居所的命令）对现行的管养令和探视令有何影响。⁷⁶

对相应的英格兰法例作出的改革

11.49 我们注意到制定该条例所依据的英格兰《1976 年家庭暴力法令》，已在英格兰被《1996 年家事法法令》第 IV 部废除和取代。《1996 年家事法法令》对原有的法例作出多项改革，下列规定亦是出于该法令所作出的改革：

- 不准骚扰令可根据该法令就“有连系”人士或“有关”儿童而发出；⁷⁷
- 任何人可凭借下列情况而成为有连系人士：⁷⁸
 - 有婚姻关系或曾经有婚姻关系；
 - 同居或曾经同居；
 - 已经订婚；
 - 有亲属关系；
 - 身为父母或对儿童负有父母责任；
 - 透过领养而有关连；
 - 正在或曾经在同一住户中居住（只是以雇员、租客、旅客或寄宿者的身分同住除外）；或
 - 同一项家事法律程序的其中一方。
- 有关儿童包括正在或可合理地预期将会与有关法律程序的任何一方同住的儿童、根据《1989 年儿童法令》或根据关于领养的法例发出的命令所关乎的儿童，以及法院认为其个人利益与案有关的任何其他儿童。⁷⁹

⁷⁶ 我們曾在《諮詢文件》中提述這個問題：見香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.147 段。

⁷⁷ 英格蘭的《1996 年家事法法令》（下稱“《1996 年法令》”）第 42 條。

⁷⁸ 《1996 年法令》第 62(3)條。

⁷⁹ 《1996 年法令》第 62(2)條。

- 儿童本身有权根据该法令申请入住令或不准骚扰令，然而未满 16 岁的儿童须获法院许可才可以提出上述申请。⁸⁰

11.50 我们也注意到，进一步修改上述英格兰法例的条文已于不久之前制定。⁸¹ 《2004 家庭暴力、刑事罪行及受害人法令》订立多项改革措施，其中包括：

- 违反不准骚扰令的行为将会成为刑事罪行；⁸²
- 同性伴侣将可以申请该法令下的命令；⁸³
- 有连系人士的清单将会扩充以纳入并非同居的伴侣，条件是两人“已经或曾经互相建立亲密的个人关系，而这段关系已经或曾经维持一段不短的期间。”⁸⁴

我们的结论

11.51 我们认为香港目前关于家庭暴力的法例所提供的保护严重不足。我们得指出这些不足之处已在法改会于 2000 年发表的《纏扰行为研究报告》中向政府表明。该报告书的首项建议便是“行政机关应考虑修订关于家庭暴力的法律。”⁸⁵ 我们极之认同这个看法，尤其是眼见我们的条例所基于的英格兰法例已一而再地被修改，而且现时仍在改革之中，更觉得这个看法值得支持。我们因此藉着这个机会表达我们的关注，并再次提出建议呼吁当局改革这方面的法律。

建议 33

我们建议政府应检讨关于家庭暴力的法律，并应引进改革措施改善该等法律的涵盖范围和成效。

“家庭暴力”的新定义

11.52 家庭内的暴力行为可以有多种形式，包括身体虐待、性虐待及／或心理虐待。在某些情况下，这些暴力行为可能导致受害人受到严重伤害甚至死亡。一宗指定案件里的行为是否构成可予起诉的家庭

⁸⁰ 《1996 年法令》第 43 條。

⁸¹ 《2004 家庭暴力、罪行及受害人法令》已於 2004 年 11 月 5 日制定。這些改革建議源自英國政府所發表的白皮書：*Justice for All*（2002 年 7 月，Cm 5563）以及諮詢文件：*Safety and Justice: the Government's Proposals on Domestic Violence*（2003 年 6 月，Cm 5847）。

⁸² 該法令第 1 條（在《1996 年法令》中加入新的第 42A 條）。

⁸³ 該法令第 2 條（修訂《1996 年法令》第 62(1)(a)條）。

⁸⁴ 該法令第 3 條（修訂《1996 年法令》第 62(3)條）。

⁸⁵ 香港法改會的上述研究報告書（2000 年），第 4.50 段。

暴力，是一个事实问题，须由法院基于有关法例及呈堂的证据作出裁定。⁸⁶

11.53 正如我们早前指出，现时在家庭暴力案件中授予强制令的先决条件，是申请人或其一名子女曾被另一方“骚扰”。⁸⁷《家庭暴力条例》没有界定“骚扰”一词。依循“政府应检讨本地家庭暴力法例的成效”这项由我们提出的建议，我们认为应该首先给“家庭暴力”一词引进一个广阔和包含一切的定义。新的定义旨在协助法院更明确地识别在某一案件中有没有出现家庭暴力，并协助法院评估家庭暴力对子女及同住父亲或母亲的影响。⁸⁸

11.54 正如我们在前文指出，在英格兰，大法官辖下家事法谘询委员会内的《儿童法令》小组委员会认为新西兰的《1985年家庭暴力法令》第3条是有用和全面的，而且在用词上没有性别的区分。该委员会考虑依循该条文为家庭暴力引入新的定义。⁸⁹以下所列是该条的文本：

“3. ‘家庭暴力’的定义——

- (1) 在本法令中，就任何人而言，‘家庭暴力’指与该人有家庭关系或曾经与该人有家庭关系的任何其他人向该人施行的暴力。
- (2) 在本条中，‘暴力’指——
 - (a) 身体虐待；
 - (b) 性虐待；
 - (c) 心理虐待，包括（但不限于）——
 - (i) 恐吓；
 - (ii) 骚扰；
 - (iii) 毁坏财物；
 - (iv) 威胁施行身体虐待、性虐待或心理虐待；
 - (v) 就儿童而言，属本条第(3)款所列出的种类的虐待行为。

⁸⁶ 《儿童法令》小组委员会的上述报告书（2000年），第2.7段。

⁸⁷ 《家庭暴力条例》（第189章）第3条。

⁸⁸ 《儿童法令》小组委员会的上述报告书（2000年），第2.10段。

⁸⁹ 出处同上。第2.8段。至於新西兰的家庭暴力法律条文在其他方面的细节，请参阅《儿童法令》小组委员会的上述谘询文件（2000年）附录4及新西兰司法部的上述报告书（1999年）。

(3) 在不局限本条第(2)(c)款的情况下，任何人若有以下作为，即属心理上虐待儿童：

(a) 导致或容许儿童看见或听见与该儿童有家庭关系的人遭受身体虐待、性虐待或心理虐待；或

(b) 将儿童置于或容许儿童被置于有确实可能看见或听见上述虐待发生的境况；

但就本款而言，遭受上述虐待的人本身不被视为导致或容许儿童看见或听见所受虐待，或（视情况而定）将儿童置于或容许儿童被置于可能看见或听见上述虐待的境况。

(4) 在不局限本条第(2)款的情况下——

(a) 单一次作为可构成该款所指的虐待；

(b) 成为某种行为模式一部分的多次作为可构成该款所指的虐待，即使某些或所有该等作为单独来看似乎很轻微或琐碎亦然。

(5) 不涉及实际施行或威胁施行身体虐待或性虐待的行为，也可以是本条第(2)(c)款所指的心理虐待。”

建议 34

我们建议依循新西兰的《1985年家庭暴力法令》第3条给“家庭暴力”引入一个广阔而且包含一切的定义。

法院根据《家庭暴力条例》（第189章）就管养令及探视令而具有的权力

11.55 正如上文所述，我们在《谘询文件》⁹⁰中已指出，现时没有法律条文⁹¹述明禁止一名配偶进入其居所的强制令⁹²对现行有效的

⁹⁰ 出處同上。

⁹¹ 《家庭暴力條例》（第189章）及《未成年人監護條例》（第13章）均沒有該等條文。

⁹² 根據《家庭暴力條例》（第189條）發出。

管养令或探视令有何影响。我们因此倡议在涉及管养或探视的问题方面增加法院的权力，让它可以考虑家庭暴力的情况。我们曾建议赋权法院在根据《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的探视令或联系令。⁹³

11.56 我们也曾建议法院应有权发出相应命令，该等命令在切合儿童的最佳利益的前提下决定儿童的居住地方或关于父母责任的任何其他方面的事宜。⁹⁴ 我们又进一步建议应向各方当事人施加责任，规定他们在申请强制令时必须披露法院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。

95

11.57 谘询结果显示，所有对上述建议发表了意见的回应者都支持这些建议，不过正如前文曾经指出，部分回应者对于新的共同父母责任模式在涉及家庭暴力的案件中所产生的影响，表示强烈的整体关注。

11.58 我们小心考虑过我们原本建议的用语后，认为在某方面作出进一步的改善会有帮助。首先，由于根据该条例发出的强制令只会是一段短暂的期间内有效，⁹⁶ 所以应该清楚表明所建议的暂停或更改探视令或联系令的行动或就儿童的居住地方或其他事宜发出的相应命令，都只属临时性质。

11.59 其次，在我们建议法院应获赋权作出的相应命令的清单内，我们会给法院附加一项作出临时赡养令的权力。

11.60 最后，下列一点亦应清楚表明：虽然福利原则或最佳利益原则不一定适用于根据《家庭暴力条例》（第 189 章）发出强制令的情况，⁹⁷ 但在我们的下述建议所列明的情况下，该等原则应在法院考虑是否发出临时的探亲令、联系令、管养令、同住令或其他相应命令时作为法院的指引。

⁹³ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.149 及 15.63 段。

⁹⁴ 出處同上。

⁹⁵ 出處同上，第 6.150 及 15.64 段。

⁹⁶ 初次有效期可長達三個月，並可另行延長最多三個月：見《家庭暴力條例》（第 189 章）第 6 及 7 條。

⁹⁷ 見上文第 11.46 至 11.47 段的討論。

建议 35

我们建议应赋权法院在根据《家庭暴力条例》(第 189 章)发出强制令时,可同时作出下列临时措施: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的探视令或联系令。我们建议福利原则或最佳利益原则应作为法院行使该项权力的指引。

我们亦建议法院在根据《家庭暴力条例》(第 189 章)发出强制令时,应有权发出决定儿童住所或决定关于父母责任的其他方面事宜(包括贍养的问题)并切合儿童最佳利益的临时相应命令。我们建议福利原则或最佳利益原则应作为法院行使该项权力的指引。

我们进一步建议应向各方当事人施加责任,规定他们在申请强制令时必须披露法院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。

在家事诉讼法例中的法定考虑因素清单加入对家庭暴力的提述

11.61 正如我们在第 9 章所见,我们已于本报告书早前的一些建议中从管养权及探视权法例的层面考虑过家庭暴力的问题。具体而言,我们已提议将家庭暴力的情况纳入我们所建议的法定考虑因素清单(建议 3⁹⁸)之中,让法院在决定怎样做才切合有关儿童的最佳利益时加以思量。⁹⁹就这方面而言,我们注意到《儿童法令》小组委员会有以下评论:

“在某一指定案件中曾否出现家庭暴力,是一个事实问题,须由法庭在个别案件中基于呈堂的证据来决定。家庭暴力不论以何种形式出现,我们认为至关重要的是若它被确认为某宗案件里的一项有关要素,则法院在考虑案中儿童与父亲或母亲联系是否切合该儿童的最佳利

⁹⁸ 依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 1(3)條而制定,並參考澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F 條而作出了一些變通。

⁹⁹ 見前面第 9 章的討論,第 9.39 至 9.41 段。

益时，有顾及它的性质以及它对案中儿童及其同住父亲或母亲已经产生的影响。”¹⁰⁰

父母责任的涵盖范围——关于取得同意及给予通知的规定

11.62 我们也考虑过家庭暴力的问题对我们就父母责任事宜而建议的关于取得同意及给予通知的规定（建议 13¹⁰¹）所造成的影响。有些被谘询者忧虑关于取得同意及给予通知的新规定会被行为暴戾的配偶利用，以妨碍及骚扰另一方配偶或方便前述配偶进一步施行暴力。我们提出以下建议作为回应：法院应有权在适当的情况下更改或免除关于取得同意或给予通知的规定。

订立司法指引以增补透过立法作出的改革

11.63 依据在英格兰的上述研究中提出的主要建议，¹⁰² 我们倡议应为司法机关的各级法院订立指引，列明当家庭暴力被提述为拒绝或限制父母与子女联系的理由时法院所应采取的做法。我们认为有关指引应采用“实务指示”的形式，并应引述建议的英格兰模式（于本报告书附件 3 中列出）作为参考。现于下文列出该套指引所处理的事项。

- 法院须及早考虑关于家庭暴力的指控
- 当法院认为关于家暴力的指控若证明属实便很可能会影响到它所发出的命令时所须采取的行动
- 在涉及家庭暴力的案件中须给予法院福利工作人员的特定指示
- 在等待正式聆讯的期间批准临时联系所须考虑的事宜
- 进行最终聆讯时所须考虑的事宜
- 裁断有家庭暴力发生后所须考虑的事宜
- 在已裁断有家庭暴力发生的案件中发出联系令时所须考虑的事宜

¹⁰⁰ 见《儿童法令》小组委员会的上述报告书（2000年），第 2.7 段。

¹⁰¹ 见前面第 9 章的讨论，第 9.99 至 9.102 段。

¹⁰² 《儿童法令》小组委员会的上述报告书（2000年），第 5 部。

- 须向法院提供的关于可供使用的当地设施的资料（法院要熟知可供使用的设施，以帮助遭受家庭暴力侵扰的家庭）
- 判决理由（法院须解释它就家庭暴力所作出的裁断如何影响到它就联系一事而达致的决定）
- 法院须检视法庭设施以确保有不同的等候区分隔各方当事人，并确保有支援受害人的资料可供取用。

建议 36

我们建议应为司法机关的各级法院订立指引，列明当家庭暴力被提述为拒绝或限制父母与子女联系的理由时法院所应采取的做法。

向法院提供多一些资料

11.64 我们同意澳大利亚的研究报告所提出的建议，即法院在依据儿童的最佳利益作出决定时，最重要的是能够就儿童所面对的任何风险作出适当的评估，这包括法院能够在进行临时聆讯时调查关于家庭暴力的指控。法院因此有需要获提供足够资料来作出这类评估，而最理想的是法院应在每一宗涉及儿童福利问题的案件里均获提供家庭福利报告，但我们承认这做法会对法院的资源运用构成颇大影响。

11.65 我们也注意到英格兰的上述研究所得结论，就是在涉及家庭暴力的案件中民事法和刑事法欠缺相互协调作用一事令人非常关注。我们明白到这涉及资料私隐的问题，但鉴于情况可能对儿童的利益构成严重影响，所以我们倡议在父母的刑事纪录可能与家庭暴力问题有关的情况下，应考虑容许审理联系令申请的法院取览该等纪录以及不时获告知在同一时期内针对施行家庭暴力者的其他法律程序的进展。

建议 37

我们认为法院在依据儿童的最佳利益作出决定时，最重要的是能够就儿童所面对的任何风险作出适当的评估，这包括法院能够在进行临时聆讯时调查关于家庭暴力的指控。

我们建议在父母的刑事纪录可能与家庭暴力问题有关的情况下，应考虑容许审理联系令申请的法院取览该等纪录以及不时获告知在同一时期内针对施行家庭暴力者的其他法律程序的进展。

受监管的联系

11.66 我们倡议政府检讨香港在进行受监管的联系方面的现有安排和设施。在法院总结认为虽然有出现家庭暴力的事实但儿童与父亲或母亲联系仍切合儿童的最佳利益的案件里，最重要的是已备妥充分的保护措施以确保联系是安全的。¹⁰³

建议 38

我们建议政府应检讨香港在进行受监管的联系方面的现有安排和设施。

为处理家事案件的人员提供持续的培训

11.67 与英格兰的有关建议的取向一样，我们也认为有需要提供持续的培训，亦有需要提高所有在家事司法制度内工作的界别（包括法律界及司法机关）对家庭暴力给儿童及其同住父母所造成的影响的认知程度。

建议 39

与英格兰的有关建议的取向一样，我们认为有需要为所有在家事司法制度内工作的界别（包括法律界及司法机构）提供持续的培训，亦有需要提高该等界别对家庭暴力给儿童及其同住父母所造成的影响的认知程度。

¹⁰³ 見上述報告書第 4 部，亦見新西蘭司法部的報告書（1999 年），特別是引言和第 8 及 9 部。

关于私隐的问题

11.68 我们明白到我们的谘询对象以及英格兰有关研究的回应者所担心的事，就是家事司法制度可以被施行虐待的人不正当地用来找出受害人和儿童的下落，而且该制度容许本身被如此滥用。我们认为政府应考虑检讨这些问题以及有关制度容易被滥用的情况。

11.69 然而，我们希望表明有关检讨也应考虑到我们在下文提出的建议，即提倡对家庭暴力的影响进行长期的研究。

建议 40

我们建议政府考虑检讨关于家庭虐待行为的受害人的保障私隐安排，并考虑检讨家事司法制度容易被滥用的情况。

长期研究

11.70 我们认为应对目击家庭暴力及／或成为家庭暴力的受害人给儿童所造成的影响进行长期研究。我们也倡议对源自这些案件的法庭程序的资料进行仔细的搜集和分析。我们承认应在顾及前文所提述的保障资料问题的情况下进行这方面的研究。我们明白到有需要在资料当事人于个人资料尽可能获得保密一事上的权益与促进本建议所提议进行的重大社会法律研究这个目标之间，达致谨慎的平衡。

建议 41

我们建议应对目击家庭暴力及／或成为家庭暴力的受害人给儿童所造成的影响进行长期研究。

我们也建议对源自这些案件的法庭程序的资料进行仔细的搜集和分析。

第 12 章 改革建议—— 儿童的心声

引言

12.1 本章研究可让儿童较直接参与家事法律程序的各种方法。我们在审议这个课题时，已顾及这方面的法律的下列宗旨：

- 在切实可行的范围内，尽量给予儿童机会对将会直接影响他们的决定表达其意见；及
- 确保儿童不会觉得在上述决定作出的过程中被拒诸门外。

1

儿童的意见

12.2 在家事法律程序中，儿童的“心声”可透过多种方法让法院得悉：

- 将之载录于社会工作主任报告或法院的其他专家报告中；
- 委任一名独立法律代表；
- 与儿童面谈；或
- （在罕有情况下）由儿童本人或由他人代表儿童提起法律程序。

12.3 《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3 条的有关条文订明：

“(1) 有关未成年人的管养或教养问题……

(a) 在任何法院进行的法律程序中……

- (i) 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——

¹ 澳大利亞家事法委員會，*Involving and Representing Children in Family Law*（1995 年 5 月，討論文件），第 3.06 段。

- (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;……”

12.4 据此推断,类似的约束适用于根据《婚姻诉讼条例》(第179章)或《婚姻法律程序与财产条例》(第192章)提起的法律程序。《婚姻诉讼条例》(第179章)第48C条述明:

“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。”

12.5 在英格兰,《1989年儿童法令》第1条规定,在有人就第8条所设的命令(例如同住令、联系令等)提出抗辩的案件中以及在关乎照顾及监管儿童的案件中,² 法院有责任顾及以下事宜:“有关儿童的可查明意愿和感受(须按其年龄和理解力而考虑)”。³ 这是英格兰的福利清单中的一项考虑因素,本报告书早前已予探讨。⁴

12.6 苏格兰法律委员会较喜爱采用“意见”(views)一词而非英格兰所采用的有关儿童的“意愿和感受”(wishes and feelings)这种表达方式。苏格兰法律委员会评论说,“意见”一词:

“确认青年人也许……有能力在他自己的……即时意愿和感受与长远的考虑及其他人的利益之间取得平衡,并[继而]就怎样才是当时情况下的正确行事方针达成经深思熟虑的看法。”⁵

12.7 我们注意到联合国《儿童权利公约》第12.1条有提述“意见”一词。⁶ 该条规定:

² 《1989年儿童法令》(简称“《1989年法令》”)第1(4)条。

³ 《1989年法令》第1(3)(a)条。

⁴ 见前面第5章第5.52至5.56段。

⁵ 苏格兰法律委员会, *Report on Family Law* (1992年, Scott Law Com No 135), 第2.63段。

⁶ 在1989年获联合国采纳。

“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。”

12.8 我们在《谘询文件》⁷ 中建议关于儿童意见的条文应适用于所有关乎儿童的法律程序，并指出如果关于婚姻的各项条例⁸ 都明确提到需要听取儿童的意见，则更有助厘清情况。我们建议采用联合国《儿童权利公约》的用语，好让制定婚姻法例的条文时采用儿童的“意见”而非“意愿”一词。

12.9 虽然谘询结果显示上述建议获回应者普遍支持，但有一名回应者则全面反对这方面的建议，并声言在任何情况下儿童都不应看来是在父母之间作出选择，因为这样做会对该儿童将来与家庭的关系产生明显的冲击。数名其他回应者则强调，应规定其工作涉及查明儿童意见的人须具有专门技巧及关顾能力，并受过特别训练。我们认同该等关注事项，并会在下文的讨论中进一步加以探究。

建议 42

我们建议每一条关于婚姻的条例都应明确提述需要听取儿童的意见。

我们亦建议应采用联合国《儿童权利公约》的用语，好让制定婚姻法例的条文时采用儿童的“意见”而非“意愿”一词。

如何及何时考虑儿童的意见

12.10 正如我们在前文所见，《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(A)条述明，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”。

12.11 在英格兰，《1989 年儿童法令》第 1(1)条提述儿童的意愿时，是以“当法院对任何问题作出决定……”为背景的。该法令第 1(3)

⁷ 香港法改會監護權和管養權小組委員會，《監護權和管養權諮詢文件》（1998 年 12 月），第 6.110 及 15.48 段。

⁸ 我們這裏指下列條例：《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 條）、《分居令及贍養令條》（第 16 章）及《家庭暴力條例》（第 189 章）。

及 1(4)条明文引用福利清单(儿童的意愿是该清单所载的其中一项须予考虑的因素)来处理有人就第 8 条所设的命令提出抗辩的案件。这做法被苏格兰法律委员会批评⁹,因为它限定法院只有在该等命令遭父母任何一方反对的案件中,才可考虑儿童的意愿。

12.12 相比之下,由于苏格兰的法例中没有福利清单,所以关于儿童意见的规定自成一項独立条文。苏格兰的条文也列明供儿童表达意见的机制。《1995 年苏格兰儿童法令》第 11(7)条规定:

“在考虑是否根据上述第(1)款¹⁰发出命令以及发出甚么命令时,法院……

(b) 在顾及儿童的年龄和成熟程度的情况下,须在切实可行范围内尽量:

(i) 给儿童机会表明是否有意表达其意见;

(ii) (若儿童表明有此意愿的话)给儿童机会表达其意见;及

(iii) 对儿童所表达的意见加以考虑。”

12.13 关于儿童意愿的澳大利亚法律条文,已纳入《1975 年家事法法令》第 68F 条所列出的考虑因素清单中。儿童的意愿须与该清单中的所有其他事项一并考虑。¹¹

12.14 我们在《谘询文件》¹²中建议,鉴于我们已提议订立法定的考虑因素清单,儿童的意见便应成为该清单中的一项考虑因素而非自成一項独立条文。我们亦建议当法官在作出切合儿童的最佳利益的决定时,儿童的意见应与清单中其他考虑因素取得平衡。我们又建议上文所讨论的《未成年人监护条例》(第 13 章)第 3(1)(a)(i)(A)条应予废除。

12.15 经谘询后,该等建议所获得的回应与上一項建议的差不多,回应者同样强调应规定其工作涉及查明儿童意见的人须具备有关技能和受过训练。我们完全认同该等关注事项,并已在下列建议中特别提及该等事项。

⁹ 蘇格蘭法律委員會的上述報告書(1992年),第 5.26 段。見前面第 6 章。

¹⁰ 該款關乎父母責任或權利、或監護權、或兒童財產的管理。

¹¹ 見前面第 7 章,第 7.27 段。亦見前面第 9 章中關於法定考慮因素清單的較廣泛討論,第 9.23 至 9.49 段。

¹² 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件(1998年),第 6.113 及 15.49 段。

建议 43

鉴于我们已在前文建议订立法定的考虑因素清单，我们建议儿童的意见应成为该清单中一项考虑因素而非自成一項独立条文。当法官作出切合儿童的最佳利益的决定时，儿童的意见应与清单中其他考虑因素取得平衡。

我们建议在上述条文获得采纳后废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(A)条。

儿童的意见如何表达

12.16 《未成年人监护条例》第 3(1)(a)(i)(B)条提述法院要察看关键性资料，包括社会工作主任的报告。澳大利亚的有关法律条文订明：

“68G. (2) 法院可藉下列方法得悉儿童所表达的意愿：

- (a) 参考根据第 62G(2)条提交法院的报告所刊载的任何事情；或
- (b) 在不违反法院规则的情况下，使用法院认为合适的其他方法。”¹³

12.17 我们在《谘询文件》¹⁴ 中建议提供渠道，让儿童可按其意愿直接或间接表达意见。¹⁵ 儿童一旦表示有意表达意见，法院便须听取其意见。我们指出设立机制以查明儿童的意见和让儿童表达意见是有用的，并建议采纳一项依循澳大利亚的相应法例第 68G(2)条而订立的条文，但将其中“意愿”一词修改为“意见”。我们建议在这项条文获得采纳后废除《未成年人监护条例》第 3(1)(a)(i)(B)条。

12.18 与关于儿童意见的上一组建议一样，谘询结果显示这些建议获得普遍支持，但有数名回应者对于在法院的法律程序中负责查明儿童意见的人所须具备的关顾能力和专业技巧的水平有所保留。他们强调，儿童的成熟程度和案件的个别情况必须恒常地加以考虑。

¹³ 这一段會照顧到獨立法律代表。

¹⁴ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.115 至 6.116 段及第 15.50 至 15.51 段。

¹⁵ “間接”是指透過社會工作主任、精神科醫生或心理學家提交的報告。

12.19 与前文所指出的情况一样，一名回应者强调儿童不应看来是在父母之间作出选择，因为这会严重影响该儿童将来与家庭的关系。

12.20 我们已小心考虑过上述评论，并认为儿童向法官表达的意见应予保密，不得向儿童的父母透露。我们尤其认为永远不应令人觉得是由儿童作出管养权谁属的决定。我们也同意当法院委派社会工作主任查明儿童的意见时，应该只让那些在这方面受过适当培训和具备充足经验的社会工作主任处理这些敏感的情况。¹⁶

12.21 就下文的建议而言，清楚表明以下一点会很有用，就是如果儿童选择表达其意见的话，法院虽然必须听取其意见，但是考虑该等意见时所给予的**比重**则完全由法院决定。

建议 44

我们建议应提供渠道，让儿童可按其意愿直接或间接表达意见。儿童一旦表示有意表达意见，法院便须听取其意见，但是考虑儿童的意见时所给予的**比重**则完全由法院决定。

我们建议应在法例中订立机制以查明儿童的意见和让儿童表达意见。我们因此建议采纳一条依循澳大利亚的相应法例第 68G(2)条而订立的条文，但将其中“**意愿**”一词修改为“**意见**”。

我们建议在这项条文获得采纳后废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(B)条。

我们亦建议，儿童向法官表达的任何意见应由法官保密，不得向儿童的父母透露。

我们进一步建议当社会工作主任获委派查明儿童的意见时，应该只让那些在这方面受过适当培训和具备充足经验的社会工作主任处理这些敏感的案件。

¹⁶ 應注意的是我們在另一份早前發表的報告書中，已考慮過在這領域內工作的社會工作主任所須的培訓和經驗：見香港法改會，《排解家庭糾紛程序報告書》（2003年3月）第7.30至7.34段及建議30。在該報告書中，我們就多項與社會工作主任的工作有關的事宜提出建議，其中包括為家事法庭擬備報告的社會工作主任應具備最少三年處理家庭事務和兒童關顧工作的經驗，而其培訓應包括擬備法庭報告在內。

儿童并非必须表达意见

12.22 澳大利亚的《1975年家事法法令》第68H条述明：

“[这项法例的]本部分没有任何条文准许法院或任何人强令儿童就任何事宜表达其意愿。”

12.23 我们在《谘询文件》¹⁷中建议，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，儿童便会被父母其中一方或双方施压，要儿童表态支持其中一方。不过，我们觉得无需依循澳大利亚的上述法令第68H条而订立其意如此的法定条文。¹⁸

12.24 谘询结果显示，有就这项建议作出评论的回应者均同意不应强令儿童表达其意见。然而，亦有数名回应者表示强烈希望法例会作出明确规定，以清楚表明这个立场。鉴于这些评论，我们进一步考虑过这个问题，并同意这些回应者的说法，即法例应包括一项这方面的明确规定，以免有任何含糊不清之处。

建议 45

我们建议不应强令儿童表达其意见。

为了清楚表明这个立场，我们建议依循澳大利亚的《1975年家事法法令》第68H条引入一条其意如此的法定条文。

为取得儿童的意见而订定的心智成熟年龄

12.25 《1995年苏格兰儿童法令》第11(10)条规定，12岁或以上的儿童均推定为心智成熟。¹⁹我们在《谘询文件》²⁰中建议，香港不应设定类似的年龄限制，并让法院在决定是否听取儿童的意见时可以不不论其年纪大小而具有不受约束的酌情权。我们也表明我们认为《1995年苏格兰儿童法令》第11(10)条不切合本港的情况，因为这种推定对于某些案件而言可能欠缺灵活性。

¹⁷ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件(1998年)，第6.117及15.52段。
¹⁸ 出處同上。

¹⁹ 《1995年蘇格蘭兒童法令》第11(10)條規定：“在不損害上述第(7)款(b)段的概括性的原則下，12歲或以上的兒童須就該段及上述第(9)款而言推定為在年齡和心智成熟程度方面均足以形成自己的看法。”

²⁰ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件(1998年)，第6.119及15.53段。

12.26 谘詢結果顯示，不少回應者表示對這項建議有所保留。有一名回應者覺得任何未滿 16 歲的兒童都不應看來是在父母之間作出選擇，因為該等兒童不可能知道所涉及的一切考慮因素，故此亦不可能知道怎样做才切合其最佳利益。另一名回應者說，該建議沒有指明有關年齡限制的做法並不妥當。還有一名回應者認為，10 歲或 11 歲以下的兒童應受到保護，以免他們被直接卷入法院的法律程序中，法官尤其應在罕有的情況下才會直接查詢兒童的意見。另有一名回應者則強調採取兒童的意見時所需要的謹慎程度，並指出有關兒童的心智成熟程度和有關案件的情況均是舉足輕重的。

12.27 我們小心考慮過這些回應者的意見，而我們雖然承認處理這些案件需要特別謹慎，亦需要有專門的技巧和培訓，但是必須重申我們的看法：為了考慮兒童意見的目的而指明任何年齡限制，可能會造成太大約束。依循上文中建議 44 的取向，如果兒童表示有意表達意見的話，法院便一定要听取該等意見，我們認為不論兒童的年紀大小都應該这样做。然而，正如我們在建議 44 中指出，考慮有關兒童的意見時所給予的**比重**則由法官在每一宗案件里自行決定。

建議 46

我們建議不應設定年齡限制，而是應賦權法院不論兒童的年紀大小均可考慮其意見。

獨立法律代表

引言

12.28 香港的法例和有關規則容許獨立的代表人及訴訟監護人在家事法律程序中代表兒童。他們的職份是代表兒童的利益和擔任兒童的發言人。²¹ “獨立法律代表”一詞通常是用來描述獲委任代表有關兒童的律師，²² 但訴訟監護人不一定要是律師。²³ 在香港，作為兒童

²¹ 見廖雅慈的 *Family Law for the Hong Kong SAR* (香港大學出版社，1999 年)，第 325 頁。

²² 正如《婚姻訴訟規則》(第 179 章)第 72 條描述的一樣，但根據《婚姻訴訟規則》第 108 條，獲委任為子女的“獨立的法律代表”的人可包括法定代表律師或訴訟監護人，而下文將會指出訴訟監護人無須具有法律專業資格。(請進一步參閱《婚姻訴訟規則》第 108(1)條及《區域法院規則》(第 336 章)第 80 號命令第 2(3)條規則)

²³ 然而，不具法律專業資格的訴訟監護人應與律師一起行事，見《區域法院規則》(第 336 章)第 80 號命令第 2(3)條規則。該條規則述明：“除非是由法定代表律師擔任起訴監護人或辯護監護人，否則[因年齡理由而]無行為能力的人的起訴監護人或辯護監護人必須由律師代表行事。”

在英國，“訴訟監護人”(guardian ad litem)一詞是用於私法案件的情境中；而在給兒童委任代表屬硬性規定的公法案件中，所使用的詞語是“兒童監護人”(children's guardian)。兒童監護人是根據“兒童及家事法庭諮詢及支援服務”的機制而委任。關於在英格蘭給兒童委任獨立法律代表一事的較全面討論，請參閱前面第 5 章，第 5.116 至 5.120 段。

的独立法律代表的职份通常是由法定代表律师根据《法定代表律师条例》（第 416 章）的条文履行，但法定代表律师也可以担任该儿童的诉讼监护人。²⁴

12.29 有人会认为在家事法律程序中，当父母双方未能就子女的最佳利益达成共识时，法院已经会下令社会工作主任提交报告，所以并无需要另行委任独立法律代表或诉讼监护人以代表该儿童。然而，社会工作主任与独立法律代表或诉讼监护人的职责是不同的，正如毕洛士大法官（Bulter-Sloss, LJ）在 *Re S (A Minor)(Care Proceedings: Reports)* 一案中述说：

“法院福利工作人员与诉讼监护人的职能并不完全相同，虽然两者确有很多共通之处：他们各自有责任向法院提交报告，各自有责任考虑儿童的福利或利益，各自有可能就其提交的报告接受盘问。然而，法院福利工作人员不是法律程序的一方当事人，而诉讼监护人则透过在法庭上代表有关儿童而属于其中一方当事人。尽管如此，两者对法院负有相若的职责，就是在法律程序中不受所有其他当事人的影响而只按有关儿童的最佳利益独立地向法院提供意见。因此，接收该等报告的法院应该对法院福利工作人员以及诉讼监护人提交的报告给予相同的考虑。当然，两者之间的另一项分别是诉讼监护人还有在法庭上代表有关儿童的责任，并在有需要时指派律师代表该儿童。”²⁵

《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 108 条

12.30 根据《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 108 条，法院具有广泛的酌情权，可命令在任何婚姻法律程序中的子女须有独立的法律代表。如法定代表律师同意，法院可以委任他代表该子女，法院亦可以“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。”²⁶

12.31 该规则第 108(2)条规定律师须发出证明书，以证明在该文件中获建议出任诉讼监护人的申请人“在该法律程序中并无任何与孩子

²⁴ 法定代表律師的職責已在該條例中表明為包括“以任何因年齡……理由而缺乏自行訴訟能力的人的訴訟監護人或訴訟保護人身分，在法庭審理的訴訟中行事。”見《法定代表律師條例》（第 416 章），附表 1 第 1 部。

²⁵ [1992] 2 FRC 554, at 558 to 559.

²⁶ 《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 108(1)(b)條。

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。”有人指出，如果申请管养权的人是该儿童的亲属，便不能视申请人为独立至足以作为诉讼监护人代表该儿童争取最佳利益。在其他司法管辖区，诉讼监护人是专业人员，而且通常是一名受过专门培训的社工。²⁷ 他们获委任与儿童面谈，并代儿童向法院反映儿童的意见和最佳利益。

《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 72 条

12.32 《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 72 条只限于为子女的经济及财产事宜而下令安排法律代表。²⁸ 命令中所指的独立法律代表可以是律师，或律师连同大律师，亦可包括委任法定代表律师或其他合适的人作为子女的诉讼监护人。

《婚姻诉讼规则》（第 179 章）在委任独立法律代表方面的歧异

12.33 《婚姻诉讼规则》第 108 条没有如第 72 条般订立权力以指令由律师担任独立法律代表。法院必须取得法定代表律师的同意才可根第 108 条委任他，但是根据第 72 条作出的委任则没有这项规定。第 108 条提述由“适当人士”出任诉讼监护人，而第 72(1)条所提述的则是“合适人士”，但两项条文都没有界定这两个词语。令我们觉得异常的是现时没有条文提及在关涉婚姻纠纷的案件中子女要由律师作为独立法律代表，反而在涉及子女的经济和财产事宜上可以这样做。

12.34 《婚姻诉讼规则》第 72 条清楚表明，该条所提述的“律师”是代表有关子女的，并须提交证明书证明所建议的任何诉讼监护人（法定代表律师除外）没有任何与该等子女的权益相逆的权益。相比之下，第 108 条所提述的律师看来倾向于代表下述申请人：谋求获委任为“有权代该子女参与有关的法律程序”的诉讼监护人。该条文只简单述明“律师”须提交证明书证明申请人是出任诉讼监护人的适当人士，而且没有任何与该等子女的权益相逆的权益。至于这名律师须否就是代表申请人的律师，或可否是不再继续参与有关法律程序的律师，则不大清楚。

²⁷ 欲了解英格蘭的情況作為例子，請參閱前面第 5 章第 5.116 至 5.120 段。

²⁸ 舉例說，為了更改授產安排而提出的申請，或為了取得附屬濟助而提出的任何其他申請。

12.35 我们在《谘询文件》²⁹ 中建议解决《婚姻诉讼规则》中第 72 条与第 108 条之间关于委任独立法律代表或诉讼监护人的歧异。在谘询期间有评论这项建议的回应者当中，除了其中一名对这方面的建议表示一概有所保留之外，其他回应者均支持此建议。

建议 47

我们建议应解决《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 72 条与第 108 条之间关于委任独立法律代表或诉讼监护人方面的歧异。

可委任独立法律代表的几类法律程序

12.36 正如前文所述，法院有权在任何“婚姻法律程序”中根据《婚姻诉讼规则》第 108 条酌情下令须为子女安排独立的法律代表。“婚姻法律程序”一词在该规则中被界定为³⁰指“任何法律程序，而该等法律程序为根据〔《婚姻诉讼条例》〕第 54(1)条可就该等程序订立规则者”。该条例第 54(1)条“为更有效施行本条例的目的及条文……”而订立规则。上述情况的一种解读方法看来是当局的政策意向是第 108 条所提述的“婚姻法律程序”不包括关于管养令的法律程序，因为法院发出管养令及探视令的权力一般而言³¹可在其他关于婚姻的条例的条文中找到。³²然而，我们认为这类法律程序正正是适宜委任独立法律代表或诉讼监护人的法律程序。

12.37 我们因此在《谘询文件》³³ 中建议，为了免除疑问，应清楚订明在处理任何关于儿童的父母责任或监护权的争议时，都可以委任独立法律代表。

12.38 谘询结果显示，在所有评论过这项建议的回应者当中，只有一名不支持此建议，其余的均表示支持。该名回应者忧虑在每宗案件里都可能会有人要求委任独立法律代表，如此则会令法律援助署承担

²⁹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.126 及 15.54 段。

³⁰ 見《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 2 條。

³¹ 即是說，除了根據《婚姻訴訟條例》（第 179 章）第 48A 及 48 條發出照顧令和監管令的權力（已在前面第 3 章第 3.30 至 3.33 段中討論）外。

³² 具體而言指下列條文：《未成年人監護條例》（第 13 章）第 10 條、《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 條）第 19 條及《分居令及贍養令條》（第 16 章）第 5 條。見前面第 3 章中關於該等條例的討論，亦見廖雅慈的上述著作第 275 頁。

我們也注意到《婚姻訴訟規則》第 108 條是該規則中標題為“其他申請”而非標題為“與子女有關的申請”的部分下的條文。

³³ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.128 及 15.55 段。

重大开支，并造成人手调配问题（因为法定代表律师就是法律援助署署长）。我们注意到该名回应者的忧虑，但不同意其看法。我们的建议不是在每宗案件里均提供独立法律代表，而是法院应在所有适当的案件里都可以为儿童委任独立法律代表。

建议 48

为免除疑问，应清楚订明在处理任何关于儿童的父母责任或监护权的争议时，都可以为儿童委任独立法律代表。

可以担任诉讼监护人的人

12.39 我们在《谘询文件》³⁴ 中建议，获授予诉讼监护人职份的人若是具备处理儿童问题的经验的专业人士而不是随便一名“适当”或“合适”的人，会较为恰当。我们已经建议父母以外人士应可以申请关于儿童的命令。³⁵ 该等父母以外人士不会在这种情况下被视为诉讼监护人。

12.40 有就这项建议发表意见的回应者当中，只有一名不支持该建议，其余的均表示支持。这名回应者表示，应该清楚界定诉讼监护人的职份，而非只提述该人是有处理儿童问题的经验的专业人士。

12.41 经过小心地重新考虑我们原本的建议后，我们现时认为保留现有的法律会是可取的做法。我们可以预见下述情况或会出现：一名在其他各方面均属合适的人应合资格获委任为儿童的诉讼监护人，即使该人不一定是“有处理儿童问题经验的专业人士。”

谁人可申请委任独立法律代表

12.42 澳大利亚的《1975 年家事法法令》第 68L(3)条规定，在儿童的最佳利益属最重要或有关系的考虑事项的法律程序中，法院可下令给儿童安排独立法律代表，而这项命令可由法院：

- “(a) 自行动议作出；或
- (b) 应以下各者的申请而作出：
 - (i) 儿童；或
 - (ii) 关注儿童福利的机构；或
 - (iii) 任何其他人。”

³⁴ 出處同上，第 6.129 及 15.56 段。

³⁵ 見前面第 10 章第 10.37 至 10.43 段（建議 28）。

12.43 第 68L(3)条的简明表达方式吸引了我们，而该条文已纳入澳大利亚的主体法例中这项事实，亦反映出确保儿童有独立法律代表的重要性。

12.44 我们在《谘询文件》³⁶ 中建议废除《婚姻诉讼规则》第 108 条，并依循澳大利亚的《1975 年家事法法令》第 68L(3)条而制定条文。我们亦建议英格兰的《1989 年儿童法令》第 10 条中对于谁人可申请上述命令所载列的限制，也应适用于这项新条文。³⁷

12.45 谘询结果显示，在所有已就这项建议发表了意见的回应者当中，只有一名不支持此建议，其余的均表示支持。这名回应者对于这方面的建议一概有所保留。

建议 49

我们建议废除《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 108 条，并依循澳大利亚的《1975 年家事法法令》第 68L(3)条而制定条文。

我们亦建议英格兰的《1989 年儿童法令》第 10 条对于谁人可申请有关命令所载列的限制，也应适用于这项新条文。

委任独立法律代表的准则

12.46 联合国《儿童权利公约》第 12.2 条规定：

“为此目的，³⁸ 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规则的方式，直接或通过代表或适当机构陈述意见。”

³⁶ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.133 及 15.57 段。
³⁷ 《1989 年法令》第 10 條就誰人無需法院許可便可申請第 8 條所設的命令以及誰人可在獲法院批給許可後立刻申請該等命令作出規定：見前面第 5 章第 5.89 至 5.98 段、第 10 章第 10.37 至 10.43 段及本章（關於由有關兒童提出的申請）第 12.57 至 12.60 段。亦見英格蘭近期發出的實務指示：*Practice Direction (Family Proceedings: Representation of Children)* [2004] 1 WLR 1180；該指示已載列指引，說明何時適宜令兒童成為“非訂明”家事法律程序（即與兒童的照顧無關的法律程序及其他公法法律程序）的一方當事人以及應否委任訴訟監護人

³⁸ 這是指之前的第 12.1 條所述之事，該條處理兒童表達其意見的情況。原文見上述公約的該項條文。

12.47 为儿童委任法律代表的准则，可于法例、规例或实务指示中订明。这样做可为法院提供指引，并可鼓励人们更多作出此等委任。凡指称有儿童被性侵犯或家庭中出现暴力、儿童并非与父亲或母亲同住（例如是与祖父／母或外祖父／母同住）、有将兄弟姊妹拆散以分别与父亲或母亲同住的建议，或属情况复杂的其他案件（例如父母之间怨对极深或他们极度欠缺作为称职父母的能力等），均可委任律师代表儿童。委任独立法律代表的准则也可适用于看来对管养事宜的调查未够深入的案件，以及各方当事人所提供的证据有欠周全的案件。

12.48 我们在《谘询文件》³⁹中指出，澳大利亚关于委任独立法律代表的准则列表是有用的清单，可就甚么情况适宜委任独立法律代表的情况给法院提供指引。下文列出澳大利亚的这个列表所包括的特定情况：⁴⁰

1. 父母之间明显是有难以化解的冲突，
2. 儿童明显是与父母双方或其中一方关系疏离，
3. 确实是有影响儿童的文化或宗教差异问题，
4. 儿童的父母双方或其中一方或与儿童有重要联系的其他人，是据称有反社会的行为，而其程度是足以严重影响儿童的福利，
5. 父母其中一方、儿童本案或与儿童有重要联系的其他人，是患有严重的生理、心理或精神方面的疾病或有严重性格失常的问题，
6. 父母双方无论如何看来都不是适合的管养人，
7. 已届成熟年龄的儿童有提出强烈意见，而其意见若付诸实行便会改变一项行之有效的管养安排，或会导致其父母其中一方完全不能探视他，
8. 儿童的父母其中一方拟议把儿童永久迁离其所属司法管辖区，或把儿童永久迁往其所属司法管辖区内的某处地方，以致大大限制另一方探视儿童或实际上不让另一方探视儿童，
9. 有建议把兄弟姊妹分开，
10. 各方当事人都均无法律代表，

³⁹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998年），第6.136及15.58段。
⁴⁰ 一如在 *Re K* [1994] FLC 92-461 案判詞第80頁所列出的情況。前面第7章第7.46段有討論該等準則。

11. 法院特別就兒童的接受醫治行使其福利司法管轄權時，而兒童的最佳利益又未能由其中一方當事人充分代表，及
12. 涉及指稱虐兒（不論是在身體、性或精神方面）的個案。

12.49 由於我們在《諮詢文件》中未能決定有關法例應否包括上述準則，所以邀請公眾人士就這一點提供意見。我們也在該文件中表示香港應該更常為兒童委任獨立法律代表。

12.50 諮詢結果顯示，有評論這項建議的所有回應者均支持依循澳大利亞的模式採納委任獨立法律代表的準則。至於應否將上述指引納入法例中，大部分回應者都贊成這樣做，⁴¹ 但有兩名回應者認為為了方便日後作出修改，將這些指引納入實務指示中較為可取。

12.51 （我們應在這一時刻指出，在我們就獨立法律代表一事所提出的整體建議作出進一步改善的期間，已重新考慮過成為照顧令及監管令對象的兒童的處境。正如我們會在本報告書稍後作出的討論⁴² 中表示，我們總結認為那些可能成為該等命令的對象的兒童，應有當然權利任用獨立的法律代表。據此，我們在以下建議所提述的準則便不適用於涉及該等命令的個案。）

建議 50

我們建議依據澳大利亞的做法採納一系列準則，以決定何時適宜委任獨立法律代表，但涉及可能成為照顧令或監管令對象的兒童的個案則不包括在內。⁴³ 我們建議將這一系列準則納入法例中。

獨立法律代表的職責指引

12.52 以委任“兒童代表律師”（Counsel for the Child）的形式為兒童安排獨立法律代表，是新西兰排解家庭糾紛制度中的特點。《布舒雅報告書》（the Boshier report）認同應盡一切力量確保為兒童安排律師的資源用得其所。⁴⁴ 為了協助達成這個目標，“法院[應該]對委任律師採取較為靈活的做法，就是在案件的每一階段均考慮有沒有需要為兒

⁴¹ 即使不納入主體法例內，亦最起碼要納入關於婚姻法律程序的規則中。

⁴² 關於建議 62 的討論。見後面第 13 章第 13.30 至 13.34 段。

⁴³ 這些個案會在建議 62 中另行處理：見上一項註腳。

⁴⁴ Boshier, *New Zealand Family Law Report*, 1993, Executive Summary. 見布舒亞在 *Family and Conciliation Courts Review* 第 33 期第 2 號（1995 年 4 月）第 182 至 193 頁中就“New Zealand Family Law Report”所寫的概要。

童委任律師以及為了甚么目的而有需要作出委任。”⁴⁵ 預期由獲委任的律師肩負的任務，必需在開始審理有關案件之時便要清楚訂明。⁴⁶

12.53 澳大利亞的家事法院設有指引，列明獨立法律代表的各項職責，其中包括“確保與兒童的福利有關的所有事宜均有呈堂以及與其福利有關的所有證人均有出庭，並協助法院作出切合兒童的最佳利益的決定。”⁴⁷ 獨立法律代表應確保有關法律程序不會被各方當事人拖延，而兒童亦不會被迫接受無必要的心理測試。有關方面應與兒童面談，但如兒童年紀尚小，則可由法院輔導員從旁協助。獨立法律代表可採取與法院輔導員不同的看法，而且不受該輔導員的報告所規限。

12.54 在英格蘭，家事律師協會（Solicitors Family Law Association）也有一套規管與兒童面談或代表兒童的家事律師的行為守則。如果香港採納任何指引，其適用範圍當然不應只限於法定代表律師，⁴⁸ 而是應同時適用於擔任兒童的獨立法律代表或訴訟監護人的律師或社工。

12.55 我們在《諮詢文件》⁴⁹ 中建議採納澳大利亞的指引，以列明法定代表律師、獨立法律代表或其他以訴訟監護人身分行事的人的職責。這會有助厘清他們的職份的確實性質。

12.56 諮詢結果顯示，所有評論過這項建議的回應者均支持依循澳大利亞的模式採納一套指引列明獨立法律代表的職責，然而也有人指出，關於獨立法律代表的職責的上述指引，應以小冊子的形式發出，而不應猶如為兒童委任獨立法律代表的準則般載列於法規中。

建議 51

我們建議採納澳大利亞的指引，以列明香港的法定代表律師、獨立法律代表或其他以訴訟監護人身分行事的人的職責。我們建議這些指引應以小冊子形式發出，而不是載列於法規中。

⁴⁵ 出處同上，第 10.11.9 段。

⁴⁶ 出處同上，第 10.11.8 段。

⁴⁷ "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).

⁴⁸ 根據《法定代表律師條例》（第 416 章）第 5 條，法定代表律師有權委任任何執業律師代表他行事或代表他處理法律程序。

⁴⁹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會上述諮詢文件（1998 年），第 6.140 及 15.59 段。

儿童作为一方当事人

12.57 《未成年人监护条例》(第13章)第10(1)条规定可以申请管养令或探视令的人包括“未成年人的父母其中一方或社会福利署署长……(父母可在无诉讼监护人的情况下申请)”。

12.58 英格兰的《1989年儿童法令》第10(8)条规定，若向法院申请许可以获取第8条所设命令的人正是有关儿童本人，则“法院只有在信纳该儿童具有充分理解力作出所提议的申请时，才会给予许可。”英格兰的《1991年家事法律程序规则》(Family Proceedings Rules 1991)第9(2A)条容许儿童在若干情况下即使没有诉讼保护人或诉讼监护人亦可参与有关法律程序。虽然儿童在向律师作出指示的能力方面可能会有某些问题，但律师可以在该等情况下拒绝代表儿童行事。无论如何，法院仍有酌情权为儿童委任法定代表律师而不会让儿童以一方当事人的身分行事。⁵⁰

12.59 我们在《谘询文件》⁵¹中建议，只要已向法院取得许可，原则上应容许儿童成为关乎他自己的法律程序的一方当事人，但他必须具有充分的理解力，可指示律师和大律师代表他行事。我们已建议引入一项依循《1989年儿童法令》第10(8)条及《1991年家事法律程序规则》第9(2A)条而订立的条文。

12.60 谘询结果显示，所有曾评论这项建议的回应者均支持此建议，不过有一名回应者告诫谓应只有在绝对必要的情况下方可容许儿童加入有关法律程序成为一方当事人，而且每一次有如此提议时均应小心分析是否有此必要。我们认为我们的建议已有如此规限。

建议 52

我们建议，只要已向法院取得许可，原则上应容许儿童成为关乎他自己的法律程序的一方当事人，但他必须具有充分理解力，可指示律师和大律师代表他行事。我们建议引入一项依循英格兰的《1989年儿童法令》第10(8)条及英格兰的《1991年家事法律程序规则》第9(2A)条而订立的条文。

⁵⁰ 亦請參閱本報告書早前在第5章第5.116至5.120段所載的關於在《1989年法令》下安排兒童的獨立法律代表的討論。英格蘭近期發出的實務指示已載列指引，說明何時適宜令兒童成為“非訂明”家事法律程序（即與兒童的照顧無關的法律程序及其他公法法律程序）的一方當事人以及應否委任訴訟監護人：見 *Practice Direction (Family Proceedings: Representation of Children)* [2004] 1 WLR 1180。

⁵¹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998年），第6.142及15.60段。

讼费

12.61 《法定代表律师条例》（第 416 章）第 6(1)条规定：

“法定代表律师可就他本人或他人代为提供的服务收取费用，并可收回法庭、裁判官或审裁处颁令判给或以其他方式议定的讼费及代垫付费用。”

12.62 法定代表律师在同意代表某人行事之前，虽然一般会要求诉讼费得到弥偿，但是据我们理解，如有关法律程序涉及未成年人，法定代表律师通常不会要求这方面的弥偿。

12.63 若诉讼并无法定代表律师参与，代表有关儿童的人可代该儿童申请法律援助。

12.64 我们在《谘询文件》⁵² 中建议，在担任儿童的法律代表的人并非法定代表律师的案件中，法院应获授权可命令各方当事人承担儿童的独立法律代表或诉讼监护人的讼费。

12.65 谘询结果显示，不少回应者对这项建议表示关注。有几名回应者提议，任何需要有独立法律代表的儿童应有当然权利获提供法律援助，否则该等儿童便有可能因为给父母带来额外费用而被父母怪责。另一名回应者同意在合资格的案件中，儿童可以获提供法律援助，并提议法院有权在父母拒绝为子女支付讼费的情况下豁免该等讼费。

12.66 我们小心考虑了这些意见，但决定仍然坚持我们原本建议的写法，其用意是清楚表明在法定代表律师没有代表某儿童的案件中，应提供方法偿付那些在法律上代表该儿童的人的讼费。

建议 53

在担任儿童的法律代表的人并非法定代表律师的案件中，我们建议法院应获授权可命令各方当事人承担儿童的独立法律代表或诉讼监护人的讼费。

⁵² 出處同上，第 6.143 及 15.61 段。

第 13 章 改革建议—— 有关事宜

引言

13.1 我们有不少改革建议是关乎儿童管养权及探视权的一般法律所附带的事宜，本章把这些建议集中在一起。虽然这些事宜不是我们检讨这方面的法律的中心点，但我们觉得这些事宜仍然有其重要性，政府应加以考虑。

《分居令及赡养令条例》（第 16 章）

13.2 我们在本报告书的前文看见，现今极少援引的《分居令及赡养令条例》（第 16 章）依然有在涉及旧式婚姻或夫妻关系而申请人不能根据《婚姻诉讼条例》（第 179 章）申请离婚或裁判分居判令的情况中被引用。¹ 在《分居令及赡养令条例》下最常见的申请，看来是由旨在索取赡养费但又无意离婚或谋求裁判分居的妻子提出的。²

13.3 在 1997 年对《分居令及赡养令条例》作出的修订，³ 虽然已纠正了该条例的不少缺失，但我们已在本报告书前文指出，根据该条例提出申请的人要确立以对方的过错为依据的理由，方可获发赡养令、分居令或管养令。⁴ 我们亦注意到该条例在处理双方子女的生活安排方面似乎有欠周全。⁵

13.4 我们在《谘询文件》⁶ 中的取向不是为进一步改革该条例而拟定详细的建议，反而是欢迎公众就该条例是否仍有任何实际效用一事发表意见。

13.5 谘询的结果巩固了以下看法：该条例虽然不常使用，但仍然适用于涉及某类宗教信仰、旧式婚姻及夫妻关系的案件。基于这一点，我们同意该条例应予保留。

¹ 见前面第 3 章第 3.68 至 3.77 段，特别是 3.69 段。

² Hewitt (ed), *Hong Kong Legal Practice Manual: Family* (1988), at 23.

³ 见前面第 3 章第 3.74 段所提述的《婚姻及子女（杂项修订）条例》（1997 年第 69 号条例）。

⁴ 见前面第 3 章第 3.74 段。

⁵ 出处同上，第 3.75 段。

⁶ 香港法改会监护权和管养权小组委员会，《监护权和管养权谘询文件》（1998 年 12 月），第 6.146 及 15.62 段。

13.6 有一名回应者亦提出以下意见：将含贬义的“故意疏忽”（*wilful neglect*）一词包括在该条例第 6(1)条内的做法应予检讨。⁷ 我们虽然注意到这项提议，但认为该词语的使用与该条例所普遍采用的以过错为依据的取向是一致的，因此应予保留，直至当局全面检讨或废除该条例的那一天为止。

13.7 监护权和管养权小组委员会一名成员提出一项关乎法律草拟的建议，就是应将该条例中有关的而且仍然有效运作的条文转移至《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）之内。我们遂提出这项建议供法律草拟专员考虑。

建议 54

我们建议保留《分居令及赡养令条例》（第 16 章）的条文，以处理其他关于婚姻法律程序的法例没有顾及的特殊情况，例如涉及旧式婚姻或夫妻关系的情况。

社会福利署署长的权力

13.8 由于我们的研究范围仅限于私法方面，所以我们不会全面检讨《保护儿童及少年条例》（第 213 章），但该条例中关乎社会福利署署长介入监护权或探视权的纠纷的部分则不在此限。⁸

13.9 我们在上述背景下开始检讨社会福利署署长的有关权力，并以平等待遇原则为出发点，即平等对待因父母离婚而与父母其中一方分离的儿童与因成为照顾保护令的对象而与父母分离的儿童。儿童在不同的条例下所受到的待遇应尽可能相同，除非是基于公平的理由或是为了保护他们而有需要给予不同待遇。这与联合国《儿童权利公约》第 9 条的精神是一致的。⁹ 该公约第 9.3 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联系的权利，但违反儿童最大利益者除外。”

⁷ 这个词语亦有在《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 8(4)(a)条出现。

⁸ 至於《保护儿童及少年条例》（第 213 章）有关条文的讨论，请参阅前面第 3 章第 3.78 至 3.98 段。

⁹ 公约第 9.1 条规定：“缔约国应确保不……使儿童与父母分离，除非主管当局按照适当的法律和程序，经法院审查，判定这样的分离符合儿童的最大利益而确有必要……。”（联合国公约中文本）

13.10 鉴于同一名儿童有可能会既在公法法律程序中亦在私法法律程序中来到法院席前，将不同的法制在处理儿童事务上的分歧减至最少是十分重要的，除非出现分歧是基于政策上的理由或是切合儿童的最佳利益。我们据此认为，关于婚姻的条例中切合儿童最佳利益的条文，应延伸适用于根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）提出以取得照顾保护令或监管令的法律程序。¹⁰

下令发出照顾令和监管令的权力

13.11 正如我们较早前在第 3 章所见，¹¹ 若将儿童交托父母任何一方或任何其他看管的做法因有某些特殊情况而不切实可行或不适宜，则法院可根据《未成年人监护条例》（第 13 章）及《婚姻诉讼条例》（第 179 章）的条文¹² 将儿童交由社会福利署署长照顾。法院亦可在特殊情况下颁令监管儿童。¹³

13.12 我们在《谘询文件》中建议保留在处理监护权争议和其他涉及儿童最佳利益的争议中发出照顾令和监管令的权力。¹⁴

13.13 我们也建议应解决社会福利署署长根据《未成年人监护条例》（第 13 章）及《婚姻诉讼条例》（第 179 章）就照顾令和监管令而具有的权力与他根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）可行使的权力之间的歧异。¹⁵ 下文会进一步讨论这些歧异。

13.14 谘询结果显示该等建议获得一致支持。

建议 55

我们建议保留在处理监护权争议和任何其他关乎儿童最佳利益的争议中发出照顾令和监管令的权力。

我们也建议应解决社会福利署署长根据《未成年人监护条例》（第 13 章）及《婚姻诉讼条例》（第 179 章）就照顾令和监管令而具有的权力与他根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）可行使的权力两者之间的歧异。

¹⁰ 例子見我們在下面第 13.46 至 13.49 段發表的評論，該等評論關乎我們所提出的應讓父母有權根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）申請與兒童聯繫的建議。

¹¹ 前面第 3 章，第 3.10 至 3.11 段。

¹² 《未成年人監護條例》（第 13 章）第 13(1)(b)條及《婚姻訴訟條例》（第 179 章）第 48A 條。

¹³ 《未成年人監護條例》（第 13 章）第 13(1)(a)條及《婚姻訴訟條例》（第 179 章）第 48 條。亦見前面第 3 章第 3.12 至 3.13 段

¹⁴ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.158 及 15.68 段。

¹⁵ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.161 及 15.71 段。

照顾令和监管令的定义

13.15 我们发现，婚姻法例里既无照顾令的定义，亦无监管令的定义。¹⁶ 我们在《谘询文件》¹⁷ 中建议，与其需要从《保护儿童及少年条例》（第 213 章）的有关条文中查找这两项命令的定义，倒不如在婚姻法例中将这两个词语界定。¹⁸ 在谘询期间评论过这项建议的所有回应者均支持该建议。

建议 56

我们建议应在每一条关于婚姻的条例中订明照顾令和监管令的定义。

理由

13.16 援引平等待遇原则，我们在《谘询文件》¹⁹ 中建议，社会福利署署长在私法法律程序中申请照顾令或监管令时，若该等命令是在关乎儿童的“照顾或保护”法律程序下作出，则署长应只有权引用《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34(2)条所载列的相同理由，作为申请该等命令的理由。²⁰

13.17 本报告书的第 3 章早已指出，在私法法律程序中，法院若觉得情况特殊，以致将子女交托父母任何一方或任何其他看管“并不切实可行或不适宜”，便可发出照顾令。²¹ 相比之下，根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）发出照顾令的各项理由都是具体而且严重的，例如有关儿童曾经“受到袭击、恶待、忽略或性侵犯”，并需要受到照顾或保护。²²

¹⁶ 见前面第 3 章，第 3.12、3.30 及 3.32 段。

¹⁷ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998 年），第 6.158 及 15.68 段。

¹⁸ 见《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34 条。该条列明少年法庭在监护、管养和约束那些需要受“照顾或保护”的儿童及少年方面的权力；请亦参阅该条例第 2 条，该条载有“监管令”的定义。

¹⁹ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998 年），第 6.161 及 15.71 段。

²⁰ 请参阅前面第 3 章第 3.10 至 3.13 段、第 3.30 至 3.33 段及第 3.81 至 3.83 段所述的关于该等命令的进一步详情。亦见廖雅慈的著作：*Family Law for the Hong Kong SAR*（香港大学出版社，1999 年）第 454 至 455 页。

²¹ 见《未成年人监护条例》（第 13 章）第 13(1)(b)条及《婚姻诉讼条例》（第 179 章）第 48A(1)条。

²² 至於在《保护儿童及少年条例》（第 213 章）下的各项理由的全面陈述，请参阅前面第 3 章第 3.83 段。

13.18 谘询结果显示，所有曾就该项建议发表意见的回应者均支持此建议。

建议 57

我们建议应限定社会福利署署长只有权引用《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34(2)条所载列的相同理由，作为在私法法律程序中申请照顾令或监管令的理由。

福利原则或最佳利益原则的应用

13.19 至于照顾令和监管令方面，我们早前从本报告书第 9 章可见，若该等命令是根据关于婚姻的条例作出的，福利原则或“最佳利益”原则（即引导法院在涉及儿童的案件中作出决定的原则）便明确适用于该等命令。²³ 然而，福利原则看来并不适用于根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34(1)条批给的监管令。²⁴

13.20 我们认为这是平等待遇原则应该适用的另一个例子。正如一名作者的以下见解：

“福利原则现已成为儿童法律中的基石，亦应该是《保护儿童及少年条例》中的主导原则。”²⁵

建议 58

我们建议福利原则或最佳利益原则应主导所有根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）进行的法律程序。

由社会福利署署长提出单方面申请

13.21 正如我们较早前在本报告书第 3 章所见，²⁶《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 93 条规定，凡社会福利署署长申请更改或解除某项

²³ 照顾令和监管令可分别根据《未成年人监护条例》（第 13 章）第 13(1)(b)及 13(1)(a)条以及分别根据《婚姻诉讼条例》（第 179 章）第 48A(1)及 48(1)条作出。

²⁴ 见廖雅慈的上述著作，第 247 页。

²⁵ 出处同上，第 455 页。

²⁶ 见前面第 3 章，第 3.44 及 3.50 段。

命令，或就他所具有的权力的行使申请指示，如事态紧急或该项申请相当可能不会遭受反对，则可藉致函法院提出申请。该条继而述明“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。”《区域法院规则》（第 336 章）第 90 号命令第 4 条规则亦有就《未成年人监护条例》（第 13 章）所关乎的案件订有类似条文。

13.22 我们认为，对于有利害关系的各方当事人就社会福利署署长所提出的申请向法院陈词这项权利而言，该等条文所提供的保障并不足够。按照自然公正原则，我们建议即使署长保留其在紧急情况下可单方面提出申请的启动权，有利害关系的有关当事人仍应获告知法院会就有关申请进行聆讯。

13.23 我们在《谘询文件》²⁷ 中建议修订《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 93 条和（现为）《区域法院规则》（第 336 章）第 90 号命令第 4 条规则，以容许署长在紧急情况下提出单方面申请，但如署长的申请受到反对，则必须进行各方当事人之间的聆讯。谘询结果显示，所有对这项建议发表了意见的回应者均支持该建议。

建议 59

我们建议修订《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 93 条和《区域法院规则》（第 336 章）第 90 号命令第 4 条规则，以容许社会福利署署长在紧急情况下提出单方面申请，但如署长的申请受到反对，则必须进行各方当事人之间的聆讯。

第三者

13.24 《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34 条规定，少年法庭可在自行动议下或在社会福利署署长或任何获署长授权的人提出的申请下，发出照顾令或监管令。²⁸

13.25 正如我们在前文指出，²⁹ 由于这项条文对有利害关系人士（例如需受照顾或保护的儿童的家庭成员或邻居）根据该条例申请命

²⁷ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.166 及 15.74 段。

²⁸ “人”這個字包括法團或並非法團組織的任何公共機構和團體：見《釋義及通則條例》（第 1 章）第 3 條。

²⁹ 見前面第 3 章，第 3.88 段。

令有所限制，因而可被批评。这些有利害关系的人除非获社会福利署署长授权，否则不得提出申请。寻求署长的授权需要花时间，从而破坏了相信会是该条文的一个主要目的，就是在紧急情况下保护儿童。

13.26 不过，该条文符合我们先前为关注儿童福利的第三者所具有的权利而提出的建议，³⁰ 就是让该等第三者也可以根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）申请有关命令。

13.27 我们在《谘询文件》³¹ 中建议，《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34 条应予修订，以容许第三者申请照顾令或监管令。我们认为，在该类公法法律程序中应采纳已在私法法律程序中采纳的相同准则规范由第三者提出的上述申请。谘询结果显示，上述建议获得有就该等建议发表意见的所有回应者一致支持。

建议 60

我们建议《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34 条应予修订，以容许第三者申请照顾令或监管令。

我们亦建议在该类公法法律程序中，应采纳已在私法法律程序中采纳的相同准则规范由第三者提出的上述申请。

“照顾与保护”法律程序的聆讯所需的法庭环境气氛

13.28 在评论照顾与保护儿童的法律程序中关于儿童的法律代表这方面的问题（下文会加以讨论）时，一名回应者提出现在是适当的时候考虑改变现行制度，令所有关于照顾与保护儿童的法律程序可以由环境气氛较为友善并属于民事系统的家事法庭处理，而不是由类似刑事法庭的少年法庭处理。³²

13.29 我们同意这项提议有可取之处，但明白到这种做法上的转变会对家事法庭的法官和少年法庭的裁判官以至法院整体的行政管理构成重大影响。我们因此认为应进一步研究这个议题才决定所持的看法。举例说，我们注意到另一个可行的方案也许是将少年法庭迁移至

³⁰ 见前面第 10 章，特别是第 10.37 至 10.43 段。

³¹ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998 年），第 6.164 及 15.73 段。

³² 我们注意到这做法与新西兰所采取的做法较为一致。新西兰的家事法庭在家庭事宜上有广泛的管辖权，其中包括保护儿童事宜：见前面第 8 章第 8.2 及 8.5 段。

家事法庭所在的场地内，其好处是既可保留裁判官在审理关于照顾与保护儿童的案件方面的现有司法管辖权，又可提供一个较佳的环境气氛予出席该等法律程序的儿童。

建议 61

我们建议应研究如何为需出席“照顾与保护”法律程序的儿童改善法庭的环境气氛。

在公法法律程序中安排独立法律代表

委任的准则

13.30 正如我们早前在第 3 章所见，³³ 就私法法律程序中安排儿童的独立法律代表一事，在关于婚姻的各项条例中已有条文规管，³⁴ 但在《保护儿童及少年条例》（第 213 章）中却没有类似条文。少年法庭反而可以根据《法定代表律师条例》（第 416 章）的有关条文请求法定代表律师介入，在根据《保护儿童及少年条例》进行“与儿童或少年的监护有关”的法律程序中代表任何一方当事人行事。³⁵

13.31 我们在《谘询文件》中的看法是《法定代表律师条例》中这项关于法律代表的条文有欠周全。³⁶ 我们建议³⁷ 应采纳我们提议在私法法律程序中为儿童委任独立法律代表的准则，³⁸ 作为在关乎儿童的照顾或监管的法律程序中委任独立法律代表的准则。（本报告书早前已就建议 50 而讨论过这些准则。³⁹）我们也建议原则上应为受到“照顾与保护”法律程序管限的儿童安排独立法律代表，并应由少年法庭在个别案件中酌情决定是否适宜作出这方面的安排。⁴⁰

13.32 谘询结果显示，有就上述建议发表意见的回应者普遍支持该等建议。不过，有一名回应者却不认为《法定代表律师条例》的现有条文有欠周全。我们明白该回应者的观点，但是不同意其看法。

³³ 前面第 3 章第 3.47 至 3.49、3.51 至 3.52 及 3.95 段。

³⁴ 依据《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 72 及 108 条，见前面第 12 章中的讨论，第 12.28 至 12.66 段。

³⁵ 见《法定代表律师条例》（第 416 章）附表 1 第 3 部。

³⁶ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998 年），第 6.167 段。

³⁷ 出处同上，第 6.168 及 15.75 段。

³⁸ 出处同上，第 6.168 及 15.75 段。

³⁹ 见前面第 12 章第 12.46 至 12.51 段。

⁴⁰ 香港法改会监护权和管养小组委员会的上述谘询文件（1998 年），第 6.168 及 15.75 段。

13.33 另有一名回应者认为，在上述案件中儿童有法律代表应是儿童的当然权利，不应按我们所提议的由少年法庭酌情决定。我们理解到这种看法是基于以下忧虑：根据现行安排，为某儿童或少年的照顾和保护而提起的法律程序可能会在他没有法律代表帮助的情况下令他失去自由（例如把他安置在儿童院）。相比之下，若同一儿童干犯某宗刑事罪行，他便会通过「当值律师计划」即时获提供律师代表。

13.34 鉴于上述情况，我们遂认为受到“照顾与保护”法律程序管限的儿童应有当然权利获得法定代表律师作为其法律代表，而不是按我们先前所提议的由法院酌情决定他可否有法律代表。我们也认为不论照顾令或监管令是根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）还是根据关于婚姻的条例提出的，儿童都应可获提供上述的法律代表。

建议 62

我们建议在照顾或监管儿童的法律程序中，不论该等法律程序是根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）还是根据关于婚姻的条例提出的，儿童都应有当然权利获提供法定代表律师作为其独立法律代表。

父母的法律代表及法律援助

13.35 我们在《谘询文件》⁴¹ 中提出，假如父母之间在管养权或探视问题上有争议时可获批法律援助以聘请法律代表，那么父母与正在根据婚姻法例申请照顾令或监管令的社会福利署署长之间发生争议时，便没有理由会不合资格获批法律援助与署长周旋。我们认为应为此引入经济审查和案情审查的机制。案情审查的理念是若案中与父母同住的子女可能会因照顾令或监管令而与父母分离，便会有充分理由容许父母有法律代表。⁴²

13.36 引用平等待遇原则，我们认为当社会福利署署长向少年法庭申请照顾保护令或监管令时，有关儿童的父母应有权使用法律代表。⁴³ 我们提议过当值律师服务办事处是在这种情况下提供该项服务的适当机构，因为法律援助署是不会在裁判法院提供法律代表的。⁴⁴ 我们因此预见可能有一些案件是由法定代表律师代表儿童，而儿童的父母则由当值律师服务办事处或法律援助署提供的律师作为代表。

⁴¹ 出處同上，第 6.169 段。

⁴² 出處同上。

⁴³ 出處同上，第 6.170 段。

⁴⁴ 出處同上。

13.37 我们因此在《谘询文件》⁴⁵ 中建议，若社会福利署署长向法院申请照顾令或监管令，而有关父母符合获提供法律代表服务的资格，则在少年法庭中父母应由当值律师服务办事处提供法律代表，在家事法庭或高等法院原讼法庭中则应由法律援助署提供法律代表，不论有关命令的申请是根据关于婚姻的条例抑或根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）提出均会是这样。

13.38 我们亦在该文件中提议，在关于法院监护的法律程序中，若申请人是社会福利署署长或其他公共机构，则案中儿童及其父母应获法律援助署提供法律代表，因为法院监护令的效力是剥夺有关父母的父母责任。⁴⁶

13.39 谘询结果显示，大部分有评论上述建议的回应者都支持该等建议，但有两名回应者表示，是否提供法律援助作聘请律师之用应由政府决定，因为这会影响到政府的开支和资源运用。我们明白这类看法，但在这个议题上仍然坚持我们原本建议的做法。

建议 63

我们建议若社会福利署署长不论根据关于婚姻的条例抑或根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）向法院申请照顾令或监管令，而有关父母符合获提供法律代表服务的资格，应准许父母在少年法庭获得当值律师服务办事处提供法律代表，而在家事法庭或高等法院原讼法庭则获得法律援助署提供法律代表。

我们也建议在关于法院监护的法律程序中，若申请人是社会福利署署长或其他公共机构，则案中儿童及其父母应获法律援助署提供法律代表，因为法院监护令的效力是剥夺父母的有关责任。

独立法律代表的职责指引

13.40 在本报告书的较早部分，我们曾建议采纳澳大利亚的指引来订明儿童的法定代表律师或独立法律代表或其他以儿童的诉讼监护人的身分行事的人应履行的职责。⁴⁷ 我们亦曾在《谘询文件》⁴⁸ 中提

⁴⁵ 出處同上，第 6.171 及 15.76 段。

⁴⁶ 出處同上，第 6.172 及 15.77 段。

⁴⁷ 見前面第 12 章第 12.52 至 12.56 段（建議 51）。

⁴⁸ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.173 及 15.78 段。

议采纳澳大利亚的指引，以列明在少年法庭进行的关于照顾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。我们并建议为该等律师提供专门培训，训练他们如何与儿童及其父母面谈和如何在法律上代表他们，更建议这类敏感而复杂的案件只应由接受过这类专门培训的律师处理。⁴⁹ 我们还希望上述建议应同样适用于家事法庭根据关于婚姻的条例发出的照顾令和监管令。⁵⁰

13.41 谘询结果显示，所有评论过上述建议的回应者均支持该等建议。

建议 64

我们建议采纳澳大利亚的指引，以列明在少年法庭进行的关于照顾保护令和监管令的法律程序中代表儿童及其父母的律师所应履行的职责。

我们亦建议为处理这类敏感而复杂的案件的律师提供专门培训，训练他们如何与儿童及其父母面谈和如何在法律上代表他们，并建议只应由接受过这类专门培训的律师处理该等案件。

我们进一步建议上述安排应同样适用于在家事法庭中涉及根据关于婚姻的条例发出照顾令和监管令的案件。

评估

13.42 根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 45A 条，社会福利署署长若认为某儿童需要照顾与保护时，便有权命令该儿童接受医生、临床心理学家或社工的评估。⁵¹ 法院也有权发出这项命令，然而在根据关于婚姻的条例提出的照顾令申请方面，却没有相若的权力。⁵²

⁴⁹ 出處同上。

⁵⁰ 出處同上。

⁵¹ 亦請參閱前面第 3 章第 3.87 段中的討論。

⁵² 在婚姻法律程序中，法院當然可以依據《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 95 條及《區域法院規則》（第 336 章）第 90 號命令第 6 條規則將案件轉介社會福利署，由該署作出調查和提交報告。（見前面第 3 章第 3.45 段就這一點作出的討論。）這兩條規則均只限適用於關乎兒童福利的事宜。我們亦考慮過另一個有關議題，就是該等規則需否指明是同樣適用於關乎監護權及法院監護令的法律程序（雖然也可以說在關乎法院監護令的法律程序中，法院不論怎樣都有要求提交該類報告的固有權力）。我們總結認為法院現有的權力是足夠的。

13.43 我们因此在《谘询文件》⁵³ 中建议，应依循《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 45A 条在关于婚姻的各项条例中订立条文，以容许区域法院法官在发出照顾令之前命令有关儿童接受评估。我们也建议在该等法律程序中，社会福利署署长应有权依循第 45A 条的做法命令有关儿童接受评估。谘询结果显示，在这方面发表了意见的所有回应者均支持上述建议。

建议 65

我们建议区域法院法官在发出照顾令之前，应有权根据关于婚姻的条例命令有关儿童接受医生、临床心理学家或认可社工评估，犹如《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 45A 条所规定的一样。

我们也建议社会福利署署长应有权在该等法律程序中依循第 45A 条的做法命令有关儿童接受评估。

儿童的意见

13.44 《保护儿童及少年条例》（第 213 章）中没有关于考虑儿童意见的条文，但就监管令而言，该条例容许父母或监护人的意愿获得考虑。⁵⁴

13.45 我们在《谘询文件》中建议，在进行根据该条例提起的法律程序时，应考虑儿童的意见。⁵⁵ 谘询结果显示，所有评论过这项建议的回应者均支持此建议。

建议 66

我们建议在进行根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）提起的法律程序时，应考虑儿童的意见。

关于在法院命令下受照顾的儿童的联系安排

13.46 《保护儿童及少年条例》（第 213 章）没有条文让法院在发出照顾令时可同时就有关儿童发出探视令。⁵⁶ 法院只有在接获更改或解除照顾令的申请时方可依据第 34C(6)条发出探视令。⁵⁷

⁵³ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.160 及 15.70 段。

⁵⁴ 根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34A 條。見前面第 3 章第 3.94 段。

⁵⁵ 香港法改會監護權和管養權小組委員的上述諮詢文件（1998 年），第 6.163 及 15.72 段。

⁵⁶ 見前面第 3 章第 3.84 至 3.86 及 3.90 至 3.92 段。

⁵⁷ 出處同上，第 3.91 至 3.92 段。

13.47 至于在关于婚姻的条例方面，除了在父母或社会福利署署长提出申请时法院可根据《未成年人监护条例》（第 13 章）第 10 条发出探视令这项较为概括的权力外，看来没有条文明确地容许身为照顾令对象的子女探望父母。⁵⁸

13.48 虽然社会福利署署长可以非正式地容许父母探视在署长照顾下的子女，但我们认为仍有需要透过容许父母或监护人或有关系的第三者为探视在署长照顾下的儿童而提起法律程序，以厘清这方面的法律状况。根据关于婚姻的各项条例而提出探视要求的法律规定尤其需要厘清，因为目前可将由父母管养的子女移走并交由署长照顾的唯一理由是由于情况特殊，以致将子女交托父母任何一方或任何其他人士看管“并不切实可行或不适宜”。⁵⁹正如我们在上文评论说，相对于可根据《保护儿童及少年条例》（第 213 条）把儿童移交他人照顾的理由而言，这是一项要求较低的标准。《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34(2)条列明可移走儿童的明确且属严重的理由，包括儿童遭受袭击或性侵犯。

13.49 我们在《谘询文件》⁶⁰中建议，如父母有子女根据关于婚姻的条例成为照顾令的对象，父母应有权申请由法院发出某些命令，以确保他们可与有关子女保持定期联系。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。在谘询过程中，这些建议获得有对此发表意见的回应者一致支持。

建议 67

我们建议，如父母有子女根据关于婚姻的条例成为照顾令的对象，父母应有权申请某些命令以确保可与有关子女保持定期联系。

我们也建议修订《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。

⁵⁸ 出處同上，第 3.34 至 3.35 段。

⁵⁹ 《婚姻訴訟條例》（第 179 章）第 48A(1)條。

⁶⁰ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.159 及 15.69 段。

关于年龄的条文

13.50 我们在本报告的较早章节中已经提出多项关于儿童年龄的建议。在第 9 章中，我们考虑了父母责任应在儿童年满多少岁时终止，⁶¹ 且在第 10 章为了给同住令、联系令、指定事项令及禁止行动令等新的法院命令的有效期限提出建议而再次研究这个议题。⁶² 我们亦在第 10 章中审议了为儿童作出的安排所牵涉的有关年龄限制。⁶³ 在第 12 章中，我们为了在家事法律程序中取得儿童的意见一事而探讨了儿童的心智成熟年龄。⁶⁴

13.51 我们会在本章讨论与儿童年龄有关而我们觉得需要加以改革的某些更深入的法律领域，其中包括澄清法院监护令和法定代表律师的司法权限在儿童年满多少岁时终止，以及关于降低现时无需家长同意便可以结婚的年龄下限之事。

法院监护令停止生效的年龄

13.52 我们在《谘询文件》⁶⁵ 中指出，为儿童发出的法院监护令按照法律的含意会在儿童年满 18 岁时停止生效，但有关法例没有清楚订明此事。⁶⁶ 我们也注意到，法律改革委员会曾在其《年青人年龄在民事法中的法律效力问题报告书》⁶⁷ 中建议法院监护令应在当事人年满 18 岁时停止生效。

13.53 我们因此在《谘询文件》中建议制定条文，清楚订明法院监护令的有效期会于当事人年满 18 岁时终止。⁶⁸

13.54 我们也认为清楚订明法定代表律师对儿童的司法权限会于儿童年满 18 岁时终止，会十分有用，惟超逾该年龄但身患残疾的人则不在此限。

⁶¹ 见前面第 9 章第 9.63 至 9.65 段（建议 6）。

⁶² 见前面第 10 章第 10.62 至 10.67 段（建议 32）。

⁶³ 出处同上，第 10.44 至 10.49 段（建议 29）。

⁶⁴ 见前面第 12 章第 12.25 至 12.27 段（建议 46）。

⁶⁵ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998 年），第 6.152 段。

⁶⁶ 这是因为《高等法院规则》（第 4 章）中的有关规则（见第 90 号命令）将已在《释义及通则条例》（第 1 章）界定的未成年人提述为未满 18 岁的人。然而，《高等法院条例》（第 4 章）的有关条文（第 26 条）并没有清楚订明法院监护令在有关儿童年满 18 岁时停止生效。

⁶⁷ 课题 11，1986 年。

⁶⁸ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998 年），第 6.153 及 15.66 段。

13.55 上述建议在谘询期间获得广泛支持，但有一名回应者觉得不应订立明确条文来限制法定代表律师在关于法院监护令的案件中的司法权限。我们明白该回应者的看法，但并不同意这种取向。

建议 68

我们建议制定条文，清楚订明法院监护令的有效期会于当事人年满 18 岁时终止。

我们也建议应清楚订明法定代表律师对儿童的司法权限会于儿童年满 18 岁时终止，惟超逾该年龄但身患残疾的人则不在此限。

无需父母同意便可结婚的年龄下限

13.56 在香港，结婚的人最小要年满 16 岁。⁶⁹ 虽然成年岁数是 18 岁，⁷⁰ 但《婚姻条例》（第 181 章）规定，如拟结婚的其中一方未满 21 岁，该方便须要取得父亲、母亲或监护人的同意，才可以结婚。⁷¹ 这项条文备受批评，理由是年满 18 岁的人应该被视为心智上已成熟至足以作出例如是否缔结婚约等重大决定，⁷² 而且有人认为容许一名年满 18 岁的人在选举中投票，却不容许他自行决定结婚，是不合逻辑的。⁷³

13.57 香港法律改革委员会于 1986 年在其《年青人年龄在民法中的法律效力问题报告书》⁷⁴ 中建议，儿童可以无需父母同意而结婚的年龄应由 21 岁降至 18 岁。⁷⁵ 然而，政府选择了另一取向，改为修订《婚姻条例》（第 181 章）第 18A 条，规定如某宗婚姻须按该条例

⁶⁹ 见《婚姻条例》（第 181 章）第 13 及 14 条。

⁷⁰ 《成年岁数（有关条文）条例》（第 410 章）第 2(1)条。

⁷¹ （经由《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 条修订的）《婚姻条例》（第 181 章）第 14 条及附表 3 第 1 部规定，未满 21 岁的儿童须要有下述人士的同意书方可结婚：如父母的婚姻是存续的，则为父亲或母亲；如父母已离婚或分居，则为拥有管养权的父亲或母亲（若父母有共同管养权，则为父亲及母亲）；或如父母已逝世或无法觅得，则为儿童的监护人。如有关儿童是未满 21 岁的非婚生人士，其婚姻须获母亲同意，如其母亲已逝世，则须取得其监护人的同意。该条例第 18A(3)条将监护人界定为包括“按法院命令获付託对该方的管养权的人（父母除外）……。”亦见廖雅慈的著作：《Family Law for the Hong Kong SAR》（香港大学出版社，1999 年）第 151 至 152 页。

⁷² 吴文坚，“Parental Consent”，《香港律师》（1995 年 12 月 16 日），第 16 页。

⁷³ 出处同上。

⁷⁴ 香港法改会，《年青人年龄在民法中的法律效力问题报告书》（论题 11，1986 年）。

⁷⁵ 出处同上，第 6.3.3 及 16.4.2 段。

第 14 条获得某人同意而该人拒绝同意，则区域法院法官可同意该宗婚姻，且此项同意的效力与由拒绝同意的人所给予的同意无异。⁷⁶

13.58 我们在《谘询文件》中再次探讨了这个问题，并建议无需父母同意便可以结婚的年龄应由 21 岁降至 18 岁。⁷⁷ 我们的观察所得是香港今天的青年人比以前早熟得多，所以将结婚年龄的下限维持在 21 岁实在难以自圆其说。

13.59 谘询结果显示，大部分有评论这项建议的回应者均支持该建议，不过有一名回应者表示对该建议有所保留，并质疑考虑将无需父母同意亦可结婚的年龄由 21 岁降低至 18 岁的做法是否适宜。我们明白该回应者的关注，但不同意他的看法。我们认为香港社会现已相当进步，因此容许已届成年岁数的人无需父母同意亦可结婚应该是可以接受的。

建议 69

我们建议保留 16 岁为可在获得父母同意的情况下结婚的年龄下限。

我们亦建议将无需父母同意亦可结婚的年龄下限由 21 岁降至 18 岁。

关于接受治疗的年龄及所需同意

13.60 一名回应者同意我们就需获父母准许方可结婚的年龄所作出的建议，但亦同时表示在需要获得父母准许方可接受治疗这方面的法律可能也有改革的需要。该回应者指出根据香港的法律，在某些情况中儿童只要年满 16 岁（而非 18 岁），便可获准就某些重大事情自行作出决定。⁷⁸

13.61 我们在《谘询文件》⁷⁹ 中亦有简略地考虑过这个问题，并指出法律改革委员会就年龄在民事法的法律效力问题所发表的报告中已建议引入一项法定条文，订明任何年满 18 岁的人均推定为有能

⁷⁶ 或猶如不准發給有關證明書一事已經撤回一樣：見《婚姻條例》（第 181 章）第 18A(1) 條。

⁷⁷ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.151 及 15.65 段。

⁷⁸ 例如在父母同意的情况下同意結婚（見上面提及的《婚姻條例》（第 181 章）以及同意與異性性交（見《刑事罪行條例》（第 200 章）第 122、124 及 146 條）。

⁷⁹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 2.143 至 2.150 段。

力就自己所接受的治疗给予有效的同意。⁸⁰ 这项建议反映了英格兰的法律在这方面的发展，因为英格兰的《1969年家事法改革法令》第8条订明年满16岁的少年人⁸¹可同意接受治疗，犹如该少年人是成年人一样。这项建议并没有付诸实行。

13.62 我们在《谘询文件》中总结认为，普通法在规管同意接受治疗方面的规则以及医护界所采纳的有关指引看来一直行之有效，因此无需另行立法规管。⁸² 我们至今仍维持这个看法。虽然在同意接受治疗方面的法律状况与某些其他方面的法律相比看似异常，但这方面的法律相对来说历史较浅，而且正在发展中。我们因此认为最低限度就目前而言，有关法律应继续反映现时的普通法状况，并以本地医生及其他人士所采用的现有医疗指引作为补充。

命令的执行

13.63 由于本地家庭流动性日增，对于如何在香港特别行政区以外的地方（包括中国内地和海外地区）执行本地的管养令或探视令，以及该等地方会否承认这些命令，在家事法领域内工作的律师均表示相当关注。

13.64 根据中华人民共和国在1991年颁布的《民事诉讼法》第267及268条，外国法院作出的判决可依照某项国际条约的规定或按照互惠原则而获得承认和执行。

⁸⁰ 香港法改會的上述報告書（1986年），第5.5.1至5.5.4段。（根據現行法律，只有兒童的父親、母親或監護人方可對兒童所接受的治療給予同意。這被視為一項建基於兒童與父母的關係的普通法權利。未取得父母或監護人的同意便向兒童施行治療，理論上構成襲擊兒童的行為，亦可能屬侵權法中可據而提出申索的侵犯人身行為。見香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998年），第2.145段。請亦參閱廖雅慈在其上述著作中第222頁就同意兒童接治療所作出的有用討論。

⁸¹ 這乃依循英國上議院在 *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] 1 AC 112一案中所作出的具指標作用的裁決。上議院的大法官在該案中贊同下述主張：隨著兒童的處事能力和成熟程度日漸增長，父母代表兒童同意接受治療的權力亦相應遞減。上議院的大法官裁定，父母權利“只有當有需要保護兒童的人身和財產時”才存在。史嘉文大法官（Lord Scarman）（在判詞第188至189段）表示，“在法律上，如果16歲以下的未成年子女已具備充分理解力和智慧，使她或她能夠完全明白向其提出的建議，父母決定該子女是否接受治療的權利便會在該子女掌握了這種能力和智慧之時終止。”

⁸² 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998年），第2.143至2.150段。我們亦在該文件中指出，法例雖然沒有就向兒童施行治療一事訂立一般的法定權力或職責，但《未成年人監護條例》（第13章）第9條規定，當一名未成年人的兩名監護人對該名未成年人的福利事宜有爭執時，他們之間爭執可交由法院解決。該等爭執可能出現於父親與母親之間，亦可能出現於父母與醫護人員或社會工作者之間。如果兒童的智能或身體不健全，或其父母屬於對治療方法有特殊看法的少數教派人士，爭執亦有可能出現：出處同上，第2.145段。

13.65 《婚姻诉讼条例》（第 179 章）第 55 至 62 条就承认在香港以外的任何国家办理的离婚作出规定，但关于过失的裁断或附属于离婚法律程序中的管养令并不包括在内。⁸³

13.66 在海牙缔结的《国际掳拐儿童民事方面公约》（Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction）（1980 年 10 月 25 日），其目的是让那些被人从一个缔约国家不当地迁移至另一个缔约国家的儿童得以迅速和安全地交还，并确保在某一个缔约国家的法律之下的管养权和探视权在其他缔约国家中受到实质的尊重。⁸⁴ 该公约凭借《掳拐和管养儿童条例》（第 512 章）而适用于香港，但不适用于中国内地。⁸⁵

13.67 《判决（强制执行措施）条例》（第 9 章）处理源自英国的民事判决，而《外地判决（交互强制执行）条例》（第 319 章）则处理源自其附属法例的各个附表中所列的司法管辖区的民事判决。⁸⁶ 这些司法管辖区包括英联邦国家及非英联邦国家，但不包括中国内地。

13.68 我们在《谘询文件》⁸⁷ 中建议，为了执行管养令、探视令、同住令和联系令以及交还被非法带离香港的儿童的命令，应与中国内地建立相互法律协助机制。谘询结果显示，所有评论过这项建议的回应者均支持此建议。

建议 70

我们建议，为了执行管养令、探视令、同住令和联系令，以及将被非法带离香港的儿童交还及将被非法带至香港的儿童交还的命令，应与中国内地建立相互法律协助机制。

合并有关法例

13.69 正如我们在第 3 章所见，处理关于儿童事宜的争议、离婚安排、监护权、与第三者的争议及儿童的照顾和监管安排的各项条文，

⁸³ 《婚姻诉讼条例》（第 179 章）第 61(3)条。亦见该条例第 56(3)条。

⁸⁴ 香港法改会，《国际性的父母掳拐子女问题报告书》（2002 年 4 月），第 1.5 段。

⁸⁵ 出处同上，第 4.3 段。

⁸⁶ 就这方面而言，应该指出的是《判决（强制执行措施）条例》（第 9 章）只处理金钱方面的判决（见该条例第 2(1)条）。《外地判决（交互强制执行）条例》（第 319 章）第 2(2)条在“对人的诉讼”（即该条例涵盖的其中一种诉讼）的定义中明文表示不包括“任何婚姻诉讼”或“与〔婚姻事宜或幼年人的监护〕有关的法律程序……。”

⁸⁷ 香港法改会监护权和管养权小组委员会的上述谘询文件（1998 年），第 6.177 及 15.79 段。

现时是散布于几条条例中，以致对取用这方面的法律的方便程度有所影响，尤其对普罗大众而言更为不便。我们遂在《谘询文件》中建议，处理影响到儿童的各项事宜的所有条文，都应尽可能合并于一条现行的条例中。⁸⁸

13.70 我们赞同以下看法：香港的私法中关于儿童管养权的条文，应符合联合国《儿童权利公约》、《基本法》及《公民权利和政治权利国际公约》所列明的原则。合并有关法例的好处，除了令法律更易于取用外，亦使政府有机会确保所有规管儿童的法例均符合该等文件。

13.71 严格来说，合并是将所有处理某一主题事项的条文汇合于单一条法例之内，并不涉及改革现行法律。然而，合并与改革实际上是并肩进行的。

13.72 在目前的情况下，与上述合并工作有关的一个课题是决定本报告书及我们近期发表的其他相关报告书⁸⁹所建议的新原则最适宜加插在哪一条条例之中。至于拟定如何修订现行法例的详尽建议，我们承认这基本上是法律草拟专员的工作；我们亦不会就关乎儿童的公法条文应否与有关私法条文合并一事提出建议。

13.73 我们在《谘询文件》中指出，我们认为重要的是凡属处理关于儿童的争议、离婚安排、监护权、与第三者的争议或父母之间不涉离婚官司的争议的各项条文，都应尽可能合并在一项现行的条例中。⁹⁰我们在该文件中提议，应将我们的建议以及现行关于监护权和管养权的实质条文纳入一条综合条例内；而“儿童”和“家庭子女”这两个通用于不同条例的词语，应该有一个划一的定义。

13.74 谘询结果显示，对这项建议提出了意见的回应者当中，除了两名不赞同此建议外，其余的均表示支持。这两名回应者其中一名表示，对于将所有影响到儿童的私法条文合并为单一条例的做法是否切实可行有所保留，另一名回应者则觉得没有必要进行合并，而政府向个别有需要的儿童竭力提供多一些法律援助和社会保障，并努力改善业界的处事手法，才是更佳的做法。我们注意到这些评论，但仍然持守我们在这一个议题上的原本看法。

⁸⁸ 出處同上，第 6.180 及 15.80 段。

⁸⁹ 香港法改會，《兒童監護權報告書》（2002 年 1 月）；香港法改會，《國際性的父母擄拐子女問題報告書》（2002 年 4 月）；及香港法改會，《排解家庭糾紛程序報告書》（2003 年 3 月）。

⁹⁰ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.180 及 15.80 段。

建议 71

我们建议凡属处理关于儿童的争议，离婚安排、监护权、与第三者的争议或父母之间不涉离婚官司的争议的各项条文，都应尽可能合并在一条现行的条例中。

据此，我们建议应将任何因我们在这方面的建议而立法制定的任何条文以及现行关于监护权和管养权的实质条文纳入一条综合条例内。

我们亦建议，“儿童”和“家庭子女”这两个通用于所有条例的词语，应该有一个划一的定义。

政策协调

13.75 为照顾儿童和家庭的需要，在政策上作出适当协调是重要的。当推行政策的职责分别由两个或更多的政策局承担时，会对运作效率、新政策的实施和协调工作构成阻碍。卫生福利及食物局负责施行《未成年人监护条例》（第 13 章）及《保护儿童及少年条例》（第 213 章），并与保安局共同承担施行《家庭暴力条例》（第 189 章）的责任。民政事务局则负责施行《婚姻诉讼条例》（第 179 章）、《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）以及《分居令及赡养令条例》（第 16 章）。

13.76 我们在《谘询文件》⁹¹ 中建议，应由单一个政策局接收一切制定和实施关于家庭和儿童的政策的责任，尤其是施行所有关于婚姻和儿童的条例的责任。至于承担这方面责任的部门应该是卫生福利局（现为卫生福利及食物局）还是民政事务局，我们当时认为须由政府决定。

13.77 谘询结果显然，对我们提议的取向持异议的回应者只有三名，其余的均表示赞同。在这三名持异议者之中，一名认为上述建议就有关条例所提议的涵盖范围太过广阔，另一名表示这种将推行政策的责任集中的做法并无必要，第三名则觉得应委派哪一个政策局承担这方面事宜的有关责任，完全是由政府考虑和决定的事情。我们虽然

⁹¹ 香港法改會監護權和管養權小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.182 及 15.81 段。

注意到这些评论，但始终认为将处理对儿童有影响的事宜的责任分散于多个政府部门、委员会及工作小组之中，并不是令人满意的做法。

建议 72

我们建议应由单一个政策局接收一切制定和实施关于家庭和儿童的政策的责任，尤其是所有关于婚姻和儿童的条例的责任。至于承担这方面责任的部门应该是卫生福利及食物局还是民政事务局，则由政府决定。

第 14 章 建议摘要

(以下所列建议见于本报告书第 9 章——父母的责任与权利)

建议 1

(适用的法律程序)

为免除疑问，我们建议¹ 应清楚订明根据《未成年人监护条例》(第 13 章)、《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)提起的所有与儿童有关的法律程序，包括关于监护权、赡养或财产等问题的法律程序，均以福利原则或“最佳利益”原则为依归。

建议 2

(最佳利益)

为了反映我们认为“最佳利益”一词较“福利”一词更切合香港的现代情况和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这个看法，我们建议² 将《未成年人监护条例》(第 13 章)第 3(1)(a)(i) 条修订为“法院须以未成年人的最佳利益为最重要的考虑事项……。”

我们也建议应对其他关于婚姻的条例作出相应修订。

¹ 见前面第 9 章第 9.6 至 9.16 段的讨论。

² 见前面第 9 章第 9.17 至 9.22 段的讨论。

建议 3

(法定的考虑因素清单)

我们建议³ 引入法定的考虑因素清单，以协助法官行使酌情权，在管养权或监护权法律程序中作出裁决。这份清单应大致上以英格兰的《1989 年儿童法令》第 1(3)条所载列的考虑因素为依据。

我们亦建议在清单中加入下列以澳大利亚的《1975 年家事法法令》第 68F(2)条为依据的额外考虑因素：

- (i) 关于儿童与父亲或母亲或其他人之间关系的第 68F(2)(b)条（部分条文）；
- (ii) 关于儿童与父亲或母亲保持联系的实际困难的条文，以比上述澳大利亚法令第 68F(2)(d)条较为宽松的表达方式写成；
- (iii) 关于儿童被法院认为是有关的其他特征的第 68F(2)(f)条（部分条文）；
- (iv) 关于儿童的父亲和母亲对儿童和对父母身分的责任所表现的态度第 68F(2)(h)条；
- (v) 关于涉及儿童或其家庭的任何成员的家庭暴力的第 68F(2)(i)条；及
- (vi) 一项依循第 68F(2)(l)条写成的包含一切的考虑因素。

建议 4

(父母责任的概念)

我们建议⁴ 父母责任这个概念应取代监护权的概念，而监护权这个概念只应在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时才予以保留。

³ 见前面第 9 章第 9.23 至 9.49 段的讨论。

⁴ 见前面第 9 章第 9.50 至 9.55 段的讨论。

建议 5

(父母的权利)

我们建议⁵ 采纳一项依据《1995年苏格兰儿童法令》第1及2条而订立的条文，该条文分别列明父母责任的清单和父母权利的清单。

建议 6

(父母责任终止的年龄)

我们建议⁶ 《1995年苏格兰儿童法令》第1及2条中提述的所有父母权利与责任应适用于任何儿童，直至该儿童年满18岁为止。

建议 7

(父亲作为当然监护人)

我们建议⁷ 父亲作为其婚生子女的当然监护人这项普通法权利应予废除。

我们亦建议废除《未成年人监护条例》(第13章)第3(1)(b)条。

建议 8

(已婚父母)

我们建议⁸ 采纳一项依循英格兰的《1989年儿童法令》第2(1)条而订立的条文，但为了免除疑问，所采纳的条文应予修改，以包括在子女出生后才结婚的父母。

⁵ 见前面第9章第9.56至9.62段的讨论。

⁶ 见前面第9章第9.63至9.65段的讨论。

⁷ 见前面第9章第9.66至9.68段的讨论。

⁸ 见前面第9章第9.69至9.70段的讨论。

建议 9

(未婚父亲取得父母责任——现行法律的用语)

我们建议⁹《未成年人监护条例》(第 13 章)第 3(1)(c)(ii)及(d)条中关于未婚父亲的“权利及权能”的用语应予修改,以反映新的用语着重责任而非权利。

建议 10

(透过签署出生登记册取得父母责任)

我们建议¹⁰未婚父亲应该能够藉着签署出生登记册来取得父母责任与权利。建议的法例应将这种做法纳入可藉以取得父母责任的方法的清单中。我们不建议未婚父亲可自动取得父母责任与权利。

建议 11

(父母责任协议)

我们建议¹¹应鼓励未婚父母签订父母责任协议,以保障子女的最佳利益。

我们亦建议应鼓励未婚母亲为子女委任遗嘱监护人。

建议 12

(父母各自独立行事)

我们建议¹²采纳一项依循《1989 年儿童法令》第 2(7)条而订立的条文,使负有父母责任的人能够各自独立行事,但该条文只限适用于子女的日常照顾和最佳利益两方面。

⁹ 見前面第 9 章第 9.71 至 9.73 段的討論。

¹⁰ 見前面第 9 章第 9.74 至 9.80 段的討論。

¹¹ 見前面第 9 章第 9.81 至 9.85 段的討論。

¹² 見前面第 9 章第 9.87 至 9.90 段的討論。

建议 13

(父母责任的涵盖范围——当须要取得同意或作出通知之时)

我们建议¹³ 我们所提议订立的法例应指明哪些关于子女的决定需要父母另一方明确表示同意才可作出，以及哪些关于子女的决定只需通知父母另一方便可作出。

我们亦建议应赋予法院明确的权力在法院认为有需要的情况下更改或免除关于取得同意或作出通知的规定。

建议 14

(赡养令的强制执行)

我们建议¹⁴ 政府应检讨关于强制执行赡养令的现行法律和程序，察看如何可以令这些法律和程序更有效。

建议 15

(行事抵触法院命令)

我们建议¹⁵ 采纳一项依循《1989年儿童法令》第2(8)条而订立的条文。

建议 16

(转授父母责任)

我们建议¹⁶ 依据英格兰的《1989年儿童法令》第2(9)至(11)条而制定一项条文，但加入其意如下的字句：法院如认为执行该条文所述种类的安排不符合子女的利益，则不得执行该等安排。

我们亦建议废除《未成年人监护条例》(第13章)第4条。

¹³ 見前面第9章第9.91至9.106段的討論。

¹⁴ 見前面第9章第9.103至9.105段的討論。

¹⁵ 見前面第9章第9.107至9.110段的討論。

¹⁶ 見前面第9章第9.111至9.114段的討論。

建议 17

(持续父母责任)

我们建议¹⁷ 依循《1995 年苏格兰儿童法令》第 11(11)条而订立一项条文，指明当某人已负有父母责任与权利之时另一人亦取得该等权利，会对前者继续持有父母责任与权利有何影响。

建议 18

(免除尚存的父母担任监护人)

我们建议¹⁸ 废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 6(3)条中关于免除尚存的父母担任监护人的权利。

建议 19

(未婚父亲作为尚存的父母)

我们建议¹⁹ 在《未成年人监护条例》（第 13 章）中加入一项条文，其意思是未婚父亲由获授予父母权利或责任的一刻起，便可以在子女的母亲去世后就该条例而言被视为尚存的父母。

¹⁷ 見前面第 9 章第 9.115 至 9.118 段的討論。

¹⁸ 見前面第 9 章第 9.119 至 9.123 段的討論。

¹⁹ 見前面第 9 章第 9.124 至 9.125 段的討論。

（以下所列建议见于本报告书第 10 章——为儿童发出的法院命令的类别）

建议 20

（管养令）

我们建议²⁰ 废除关于婚姻的条例（包括《未成年人监护条例》（第 13 章）及《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章））中处理管养令的条文，并由藉以引入本章稍后概述的一系列新命令的条文取代。

建议 21

（同住令的定义）

我们建议²¹ 应该就“同住令”订立法定条文。

我们建议应在同住令的定义中加入一项提述，列明获发同住令的父亲或母亲须对“有关儿童的日常照顾和最佳利益”承担责任。

我们建议该项定义应该是这样的：“同住令是订明儿童须与何人同住及何人须对儿童的日常照顾和最佳利益承担责任的安排的命令。”

建议 22

（更改姓氏）

我们建议²² 制定一项类似英格兰的《1989 年儿童法令》第 13(1)(a) 条的条文，规管更改儿童姓氏一事。

²⁰ 见前面第 10 章第 10.4 至 10.9 段的讨论。

²¹ 见前面第 10 章第 10.10 至 10.16 段的讨论。

²² 见前面第 10 章第 10.17 至 10.18 段的讨论。

建议 23

(父母以外人士)

我们建议²³ 依循英格兰的《1989年儿童法令》第12(2)条制定一项条文，这项建议条文是关乎向获发同住令的父母以外人士授予父母责任。

建议 24

(联系令)

我们建议²⁴ 应依循《1995年苏格兰儿童法令》第11(2)(d)条的模式就“联系令”订立法定条文。

我们亦建议该条文应规定，享有联系权的父亲或母亲在行使与儿童联系的权利之时，有权在关乎该儿童的日常照顾的事宜上独立行事。

建议 25

(指定事项令)

我们建议²⁵ 应为“指定事项令” (*specific issues order*) 订立法定条文，该条文应类似英格兰的《1989年儿童法令》第8(1)条。

建议 26

(禁止行动令)

我们建议²⁶ 应为“禁止行动令”订立法定条文，该条文应类似英格兰的《1989年儿童法令》第8(1)条。

²³ 见前面第10章第10.19段的讨论。

²⁴ 见前面第10章第10.20至10.25段的讨论。

²⁵ 见前面第10章第10.26至10.30段的讨论。

²⁶ 见前面第10章第10.31至10.34段的讨论。

建议 27

(补充规定)

我们建议²⁷ 采纳一项类似《1989年儿童法令》第11(7)条的条文；该条文赋权法院在发出的法院命令中载列一些指示或条件。

建议 28

(第三者提出申请的权利)

我们建议²⁸ 删除《未成年人监护条例》(第13章)第10条就第三者向法院申请关乎儿童的命令的权利所设的限制。

我们建议依循英格兰的《1989年儿童法令》第10条而引入一项条文，并对其中第(5)(b)及(10)款作出修改，以订明如果有关儿童在过去三年内曾与申请人同住的期间合共满一年，申请便无需法院许可亦可以提出。

我们又建议上述一年期间不一定要是连续的，但不得在提出申请的三个月或更早之前已告终止。

建议 29

(为儿童作出的安排)

我们建议²⁹《婚姻法律程序与财产条例》(第192章)第18条应予修订，规定法院须顾及儿童的意见和让儿童与父母双方保持联系是否可取，就如英格兰的《1996年家事法法令》第11(4)条所规定的一样。

我们也建议父母必须令法院信纳为子女作出的安排是最佳的可行安排。法院应审查关于子女居住的地点和国家的未来计划以及子女打算如何与父母双方保持联系，特别是如果父母其中一方计划从香港移居外地的话更应这样做。

²⁷ 見前面第10章第10.35至10.36段的討論。

²⁸ 見前面第10章第10.37至10.43段的討論。

²⁹ 見前面第10章第10.44至10.49段的討論。

我们亦建议为了与婚姻法例中的其他条文内容一致，第 18(5)(a)(i)条应予修订，将所提述的年龄定为 18 岁。

建议 30

(不发出命令的原则)

我们建议³⁰ 在父母双方同意法院不发出命令而且不发出命令是切合子女的最佳利益的案件里，应有“不发出命令”的做法可供选择。

建议 31

(家事法律程序)

我们建议³¹ 制定一项类似英格兰的《1989 年儿童法令》第 10(1)条的条文，以赋予法院特定权力在任何家事法律程序中发出第 8 条所设的命令。

我们亦建议引入“家事法律程序”的定义。

建议 32

(就法院命令而言父母责任终止的年龄)

为使条文内容一致起见，我们建议³² 对儿童负有的父母责任以及依循《1989 年儿童法令》第 8 条所设的命令（如同住令、联系令或指定事项令等）而订立的条文，应在儿童年满 18 岁时停止生效。。

我们亦认为：

- (a) 《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 10 条应继续适用于为 18 岁及以上且属于该条文所指范畴内的子女而发出的经济给养令和赡养令；及

³⁰ 见前面第 10 章第 10.50 至 10.58 段的讨论。

³¹ 见前面第 10 章第 10.59 至 10.61 段的讨论。

³² 见前面第 10 章第 10.62 至 10.67 段的讨论。

- (b) 法律可能在下述方面存在脱漏：有些 18 岁以上的子女在精神上的病况或其无行为能力的程度虽然未严重至足以归入现行关于精神健康的法律条文所涵盖的范畴内，但仍需要某种超乎《婚姻法律程序与财产条例》所提供的经济给养以外的形式的法定保障。

(以下所列建议见于本报告书第 11 章——特别为涉及家庭暴力的案件而设的考虑因素)

建议 33

(由政府检讨香港处理家庭暴力的一般法律)

我们建议³³ 政府应检讨关于家庭暴力的法律，并应引进改革措施改善该等法律的涵盖范围和成效。

建议 34

(“家庭暴力”的新定义)

我们建议³⁴ 依循新西兰的《1985年家庭暴力法令》第3条给“家庭暴力”引入一个广阔而且包含一切的定义。

建议 35

(法院根据《家庭暴力条例》(第 189 章)就管养令及探视令而具有的权力)

我们建议³⁵ 应赋权法院在根据《家庭暴力条例》(第 189 章)发出强制令时，可同时作出下列临时措施：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的探视令或联系令。

我们建议福利原则或最佳利益原则应作为法院行使该项权力的指引。

我们亦建议法院在根据《家庭暴力条例》(第 189 章)发出强制令时，应有权发出决定儿童住所或决定关于父母责任的其他方面事宜(包括赡养的问题)并切合儿童最佳利益的临时相应命令。

我们建议福利原则或最佳利益原则应作为法院行使该项权力的指引。

³³ 见前面第 11 章第 11.40 至 11.51 段的讨论。

³⁴ 见前面第 11 章第 11.52 至 11.54 段的讨论。

³⁵ 见前面第 11 章第 11.55 至 11.60 段的讨论。

我们进一步建议应向各方当事人施加责任，规定他们在申请强制令时必须披露法院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。

建议 36

(订立司法指引以增补透过立法作出的改革)

我们建议³⁶ 应为司法机关的各级法院订立指引，列明当家庭暴力被提述为拒绝或限制父母与子女联系的理由时法院所应采取的做法。

建议 37

(向法院提供更多一些资料)

我们认为法院在依据儿童的最佳利益作出决定时，最重要的是能够就儿童所面对的任何风险作出适当的评估，这包括法院能够在进行临时聆讯时调查关于家庭暴力的指控。

我们建议³⁷ 在父母的刑事纪录可能与家庭暴力问题有关的情况下，应考虑容许审理联系令申请的法院取览该等纪录以及不时获告知在同一时期内针对施行家庭暴力者的其他法律程序的进展。

建议 38

(受监管的联系)

我们建议³⁸ 政府应检讨香港在进行受监管的联系方面的现有安排和设施。

³⁶ 见前面第 11 章第 11.63 段的讨论。

³⁷ 见前面第 11 章第 11.64 至 11.65 段的讨论。

³⁸ 见前面第 11 章第 11.66 段的讨论。

建议 39

(为处理家事案件的人员提供持续的培训)

与英格兰的有关建议的取向一样，我们认为³⁹ 有需要为所有在家事司法制度内工作的界别（包括法律界及司法机构）提供持续的培训，亦有需要提高该等界别对家庭暴力给儿童及其同住父母所造成的影响的认知程度。

建议 40

(关于私隐的问题)

我们建议⁴⁰ 政府考虑检讨关于家庭虐待行为的受害人的保障私隐安排，并考虑检讨家事司法制度容易被滥用的情况。

建议 41

(长期研究)

我们建议⁴¹ 应对目击家庭暴力及／或成为家庭暴力的受害人给儿童所造成的影响进行长期研究。

我们也建议对源自这些案件的法庭程序的资料进行仔细的搜集和分析。

³⁹ 見前面第 11 章第 11.67 段的討論。

⁴⁰ 見前面第 11 章第 11.68 至 11.69 段的討論。

⁴¹ 見前面第 11 章第 11.70 段的討論。

(以下所列建议见于本报告书第 12 章——儿童的心声)

建议 42

(儿童的意见)

我们建议⁴² 每一条关于婚姻的条例都应明确提述需要听取儿童的意见。

我们亦建议应采用联合国《儿童权利公约》的用语，好让制定婚姻法例的条文时采用儿童的“意见”而非“意愿”一词。

建议 43

(如何及何时考虑儿童的意见)

鉴于我们已在前文建议订立法定的考虑因素清单，我们建议⁴³ 儿童的意见应成为该清单中一项考虑因素而非自成一項独立条文。当法官作出切合儿童的最佳利益的决定时，儿童的意见应与清单中其他考虑因素取得平衡。

我们建议在上述条文获得采纳后废除《未成年人监护条例》(第 13 章)第 3(1)(a)(i)(A)条。

建议 44

(儿童的意见如何表达)

我们建议⁴⁴ 应提供渠道，让儿童可按其意愿直接或间接表达意见。儿童一旦表示有意表达意见，法院便须听取其意见，但是考虑儿童的意见时所给予的比重则完全由法院决定。

我们建议应在法例中订立机制以查明儿童的意见和让儿童表达意见。我们因此建议采纳一条依循澳大利亚的相应法例第 68G(2)条而订立的条文，但将其中“意愿”一词修改为“意见”。

⁴² 见前面第 12 章第 12.2 至 12.9 段的讨论。

⁴³ 见前面第 12 章第 12.10 至 12.15 段的讨论。

⁴⁴ 见前面第 12 章第 12.16 至 12.21 段的讨论。

我们建议在这项条文获得采纳后废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(B)条。

我们亦建议，儿童向法官表达的任何意见应由法官保密，不得向儿童的父母透露。

我们进一步建议当社会工作主任获委派查明儿童的意见时，应该只让那些在这方面受过适当培训和具备充足经验的社会工作主任处理这些敏感的案件。

建议 45

（儿童并非必须表达意见）

我们建议⁴⁵ 不应强令儿童表达其意见。

为了清楚表明这个立场，我们建议依循澳大利亚的《1975 年家事法令》第 68H 条引入一条其意如此的法定条文。

建议 46

（为取得儿童的意见而订定的心智成熟年龄）

我们建议⁴⁶ 不应设定年龄限制，而是应赋权法院不论儿童的年纪大小均可考虑其意见。

建议 47

（《婚姻诉讼规则》（第 179 章）在委任独立法律代表方面的歧异）

我们建议⁴⁷ 应解决《婚姻诉讼规则》（第 179 章）第 72 条与第 108 条之间关于委任独立法律代表或诉讼监护人方面的歧异。

⁴⁵ 見前面第 12 章第 12.22 至 12.24 段的討論。

⁴⁶ 見前面第 12 章第 12.25 至 12.27 段的討論。

⁴⁷ 見前面第 12 章第 12.33 至 12.35 段的討論。

建议 48

(可委任独立法律代表的几类法律程序)

为免除疑问，应清楚订明在处理任何关于儿童的父母责任或监护权的争议时，都可以为儿童委任独立法律代表。⁴⁸

建议 49

(谁人可申请委任独立法律代表)

我们建议⁴⁹ 废除《婚姻诉讼规则》(第 179 章)第 108 条，并依循澳大利亚的《1975 年家事法法令》第 68L(3)条而制定条文。

我们亦建议英格兰的《1989 年儿童法令》第 10 条对于谁人可申请有关命令所载列的限制，也应适用于这项新条文。

建议 50

(委任独立法律代表的准则)

我们建议⁵⁰ 依据澳大利亚的做法采纳一系列准则，以决定何时适宜委任独立法律代表，但涉及可能成为照顾令或监管令对象的儿童的个案则不包括在内。

我们建议将这一系列准则纳入法例中。

建议 51

(独立法律代表的职责指引)

我们建议⁵¹ 采纳澳大利亚的指引，以列明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的职责。

我们建议这些指引应以小册子形式发出，而不是载列于法规中。

⁴⁸ 见前面第 12 章第 12.36 至 12.38 段的讨论。

⁴⁹ 见前面第 12 章第 12.42 至 12.45 段的讨论。

⁵⁰ 见前面第 12 章第 12.46 至 12.51 段的讨论。

⁵¹ 见前面第 12 章第 12.52 至 12.56 段的讨论。

建议 52

(儿童作为一方当事人)

我们建议⁵²，只要已向法院取得许可，原则上应容许儿童成为关乎他自己的法律程序的一方当事人，但他必须具有充分理解力，可指示律师和大律师代表他行事。

我们建议引入一项依循英格兰的《1989年儿童法令》第10(8)条及英格兰的《1991年家事法律程序规则》第9(2A)条而订立的条文。

建议 53

(讼费)

在担任儿童的法律代表的人并非法定代表律师的案件中，我们建议⁵³法院应获授权可命令各方当事人承担儿童的独立法律代表或诉讼监护人的讼费。

⁵² 見前面第12章第12.57至12.60段的討論。

⁵³ 見前面第12章第12.61至12.66段的討論。

(以下所列建议见于本报告书第 13 章——有关事宜)

建议 54

(《分居令及赡养令条例》(第 16 章))

我们建议⁵⁴ 保留《分居令及赡养令条例》(第 16 章)的条文,以处理其他关于婚姻法律程序的法例没有顾及的特殊情况,例如涉及旧式婚姻或夫妻关系的情况。

建议 55

(下令发出照顾令和监管令的权力)

我们建议⁵⁵ 保留在处理监护权争议和任何其他关乎儿童最佳利益的争议中发出照顾令和监管令的权力。

我们也建议应解决社会福利署署长根据《未成年人监护条例》(第 13 章)及《婚姻诉讼条例》(第 179 章)就照顾令和监管令而具有的权力与他根据《保护儿童及少年条例》(第 213 章)可行使的权力两者之间的歧异。

建议 56

(照顾令和监管令的定义)

我们建议⁵⁶ 应在每一条关于婚姻的条例中订明照顾令和监管令的定义。

建议 57

(理由)

我们建议⁵⁷ 应限定社会福利署署长只有权引用《保护儿童及少年条例》(第 213 章)第 34(2)条所载列的相同理由,作为在私法法律程序中申请照顾令或监管令的理由。

⁵⁴ 见前面第 13 章第 13.2 至 13.7 段的讨论。

⁵⁵ 见前面第 13 章第 13.11 至 13.14 段的讨论。

⁵⁶ 见前面第 13 章第 13.15 段的讨论。

⁵⁷ 见前面第 13 章第 13.16 至 13.18 段的讨论。

建议 58

(福利原则或最佳利益原则的应用)

我们建议⁵⁸ 福利原则或最佳利益原则应主导所有根据《保护儿童及少年条例》(第 213 章)进行的法律程序。

建议 59

(由社会福利署署长提出单方面申请)

我们建议⁵⁹ 修订《婚姻诉讼规则》(第 179 章)第 93 条和《区域法院规则》(第 336 章)第 90 号命令第 4 条规则,以容许社会福利署署长在紧急情况下提出单方面申请,但如署长的申请受到反对,则必须进行各方当事人之间的聆讯。

建议 60

(第三者)

我们建议⁶⁰《保护儿童及少年条例》(第 213 章)第 34 条应予修订,以容许第三者申请照顾令或监管令。

我们亦建议在该类公法法律程序中,应采纳已在私法法律程序中采纳的相同准则规范由第三者提出的上述申请。

建议 61

(“照顾与保护”法律程序的聆讯所需的法庭环境气氛)

我们建议⁶¹ 应研究如何为需出席“照顾与保护”法律程序的儿童改善法庭的环境气氛。

⁵⁸ 見前面第 13 章第 13.19 至 13.20 段的討論。

⁵⁹ 見前面第 13 章第 13.21 至 13.23 段的討論。

⁶⁰ 見前面第 13 章第 13.24 至 13.27 段的討論。

⁶¹ 見前面第 13 章第 13.28 至 13.29 段的討論。

建议 62

(在公法法律程序中安排独立法律代表——委任的准则)

我们建议⁶² 在照顾或监管儿童的法律程序中，不论该等法律程序是根据《保护儿童及少年条例》(第 213 章)还是根据关于婚姻的条例提出的，儿童都应有当然权利获提供法定代表律师作为其独立法律代表。

建议 63

(父母的法律代表及法律援助)

我们建议⁶³ 若社会福利署署长不论根据关于婚姻的条例抑或根据《保护儿童及少年条例》(第 213 章)向法院申请照顾令或监管令，而有关父母符合获提供法律代表服务的资格，应准许父母在少年法庭获得当值律师服务办事处提供法律代表，而在家事法庭或高等法院原讼法庭则获得法律援助署提供法律代表。

我们也建议在关于法院监护的法律程序中，若申请人是社会福利署署长或其他公共机构，则案中儿童及其父母应获法律援助署提供法律代表，因为法院监护令的效力是剥夺父母的有关责任。

建议 64

(独立法律代表的职责指引)

我们建议⁶⁴ 采纳澳大利亚的指引，以列明在少年法庭进行的关于照顾保护令和监管令的法律程序中代表儿童及其父母的律师所应履行的职责。

我们亦建议为处理这类敏感而复杂的案件的律师提供专门培训，训练他们如何与儿童及其父母面谈和如何在法律上代表他们，并建议只应由接受过这类专门培训的律师处理该等案件。

⁶² 见前面第 13 章第 13.30 至 13.34 段的讨论。

⁶³ 见前面第 13 章第 13.35 至 13.39 段的讨论。

⁶⁴ 见前面第 13 章第 13.40 至 13.41 段的讨论。

我们进一步建议上述安排应同样适用于在家事法庭中涉及根据关于婚姻的条例发出照顾令和监管令的案件。

建议 65

(评估)

我们建议⁶⁵ 区域法院法官在发出照顾令之前，应有权根据关于婚姻的条例命令有关儿童接受医生、临床心理学家或认可社工评估，犹如《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 45A 条所规定的一样。

我们也建议社会福利署署长应有权在该等法律程序中依循第 45A 条的做法命令有关儿童接受评估。

建议 66

(儿童的意见)

我们建议⁶⁶ 在进行根据《保护儿童及少年条例》（第 213 章）提起的法律程序时，应考虑儿童的意见。

建议 67

(关于在法院命令下受照顾的儿童的联系安排)

我们建议⁶⁷，如父母有子女根据关于婚姻的条例成为照顾令的对象，父母应有权申请某些命令以确保可与有关子女保持定期联系。

我们也建议修订《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。

⁶⁵ 见前面第 13 章第 13.42 至 13.43 段的讨论。

⁶⁶ 见前面第 13 章第 13.44 至 13.45 段的讨论。

⁶⁷ 见前面第 13 章第 13.46 至 13.49 段的讨论。

建议 68

(法院监护令停止生效的年龄)

我们建议⁶⁸ 制定条文，清楚订明法院监护令的有效期会于当事人年满 18 岁时终止。

我们也建议应清楚订明法定代表律师对儿童的司法权限会于儿童年满 18 岁时终止，惟超逾该年龄但身患残疾的人则不在此限。

建议 69

(无需父母同意便可结婚的年龄下限)

我们建议⁶⁹ 保留 16 岁为可在获得父母同意的情况下结婚的年龄下限。

我们亦建议将无需父母同意亦可结婚的年龄下限由 21 岁降至 18 岁。

建议 70

(命令的执行)

我们建议⁷⁰，为了执行管养令、探视令、同住令和联系令，以及将被非法带离香港的儿童交还及将被非法带至香港的儿童交还的命令，应与中国内地建立相互法律协助机制。

建议 71

(合并有关法例)

我们建议⁷¹ 凡属处理关于儿童的争议，离婚安排、监护权、与第三者的争议或父母之间不涉离婚官司的争议的各项条文，都应尽可能合并在一项现行的条例中。

⁶⁸ 见前面第 13 章第 13.52 至 13.55 段的讨论。

⁶⁹ 见前面第 13 章第 13.56 至 13.59 段的讨论。

⁷⁰ 见前面第 13 章第 13.63 至 13.68 段的讨论。

⁷¹ 见前面第 13 章第 13.69 至 13.74 段的讨论。

据此，我们建议应将任何因我们在这方面的建议而立法制定的任何条文以及现行关于监护权和管养权的实质条文纳入一条综合条例内。

我们亦建议，“儿童”和“家庭子女”这两个通用于所有条例的词语，应该有一个划一的定义。

建议 72

(政策协调)

我们建议⁷² 应由单一个政策局接收一切制定和实施关于家庭和儿童的政策的责任，尤其是所有关于婚姻和儿童的条例的责任。至于承担这方面责任的部门应该是卫生福利及食物局还是民政事务局，则由政府决定。

⁷² 見前面第 13 章第 13.75 至 13.77 段的討論。

回应《监护权和管养权谘询文件》 的个人及团体名单

1. 人际辅导中心
2. 入境事务处处长
3. 司法机构政务长
4. 民政事务局局长
5. 民政事务总署署长
6. 防止虐待儿童会
7. 希仕廷律师行江润红女士
8. 和谐之家
9. 周毅英医生
10. 房屋局局长
11. 法定代表律师
12. 法律援助署署长
13. 社会福利署署长
14. 金爱宁女士
15. 律政司民事法律科
16. 律政司刑事检控科
17. 香港大律师公会
18. 香港大学法律学院
19. 香港大学社会工作及社会行政学系
20. 香港女律师协会
21. 香港小童群益会
22. 香港中华基督教青年会
23. 香港公教婚姻辅导会
24. 香港心理学会

25. 香港各界妇女联合协进会
26. 香港儿童权利委员会
27. 香港明爱（社会工作服务部）
28. 香港明爱家庭服务
29. 香港明爱家庭服务婚外情问题支援服务
30. 香港社会服务联会
31. 香港青年法律工作者协会有限公司
32. 香港城市大学公共及社会行政学系
33. 香港城市大学法律学院助理教授 Heather Douglas 女士
34. 香港律师会
35. 香港家庭法律协会
36. 香港家庭福利会
37. 香港家庭福利会陈子英女士
38. 香港家庭福利会劳柳爱女士
39. 香港基督教女青年会
40. 香港妇女发展联会
41. 香港调解中心
42. 香港学生辅助会
43. 基督教灵实协会
44. 曾蕴慧女士
45. 新妇女协进会
46. 群福妇女权益会
47. 圣约翰座堂辅导服务
48. 卫生署署长
49. 郑梅红女士
50. 钟婉仪女士
51. J J A Bosch 先生及 S F M Wortmann 女士

有关的海外法例以及 建议订立的《儿童条例草案》的有关条文草拟本

背景

1. 本附件胪列了三条可互相比较的法规的部分有关条文，它们分别是英格兰的《1989年儿童法令》、《1995年苏格兰儿童法令》，以及澳大利亚的经由《1995年家事法改革法令》修订的《1975年家事法法令》。此外，本附件也载有建议订立的香港《儿童条例草案》的部分条文草拟本。

列明须予考虑因素的法定清单

2. 英格兰的《1989年儿童法令》第1(3)条订明：

“在第(4)款所述的情况中，法院须特别顾及 -

- (a) 有关儿童的可查明意愿和感受(须按其年龄和理解力而考虑)；
- (b) 其身体、感情和教育方面的需要；
- (c) 其情况有变对其所可能造成的影响；
- (d) 其年龄、性别、背景，以及法院认为有关的其他特征；
- (e) 其所曾经受到或可能受到的伤害；
- (f) 其父亲、母亲和法院认为与问题有关的人，能满足其需要的能力有多大；
- (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. 经由《1995年家事法改革法令》修订的澳大利亚的《1975年家事法法令》第68F条订明：

“68F.(1) 除第(3)款另有规定外，法院在决定甚么才符合儿童的最佳利益时，必须考虑第(2)款所列明的事项。

(2) 法院必须考虑：

- (a) 儿童所表达的任何意愿，以及法院认为与考虑儿童意愿所占比重有关的因素（例如儿童的成熟程度或理解力高低）；
- (b) 儿童与父亲、母亲和其他人之间关系的性质；
- (c) 儿童的情况有变所可能造成的影响，包括儿童与下列人士分离而可能受到的影响：
 - (i) 其父母任何一方；或
 - (ii) 一直与其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对儿童与父母双方维系个人关系和定期保持直接联系的权利会否有重大影响；
- (e) 父亲、母亲或其他人满足儿童的需要的能力，包括感情和智能方面的需要在内；
- (f) 儿童的成熟程度、性别和背景（包括与土著居民或托勒斯海峡岛民的生活方式、文化和传统习俗保持联系的需要），以及儿童被法院认为是有关的其他特征；
- (g) 保护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) 遭受或面对虐待、恶待、暴力或受其他行为对待；或

(ii) 直接或间接面对施加于或可能影响到另一人的虐待、恶待、暴力或其他行为对待；

(h) 儿童的父亲和母亲对儿童所表现的态度，以及对父母身分的责任所表现的态度；

(i) 涉及儿童或其家庭的任何成员的家庭暴力；

(j) 适用于儿童或其家庭的任何成员的家庭暴力令；

(k) 应否作出最小机会导致就儿童提起进一步法律程序的命令；

(l) 法院认为有关的其他事实或情况。

(3) 如果法院正在考虑是否作出一项法律程序的各方当事人均表同意的命令，法院便可顾及第(2)款所列明的全部或任何事项，但并非必须这样做……。”

4. 建议订立的列明须予考虑因素的法定清单，¹ 其草拟本是依循英格兰的《1989年儿童法令》第1(3)条和澳大利亚的《1975年家事法法令》第68F(2)条² 而拟定的，并应订明：

“(3) 在第〔(4)〕款所述的情况中，法院须特别顾及：

(a) 有关儿童的可查明意见(须按其年龄和理解力而考虑)；

(b) 该名儿童在身体、感情和教育方面的需要；

¹ 见前面第9章第9.23至9.49段的讨论(参看建议3)。

² 建议订立的法定清单中的因素(a)是依循英格兰的《1989年儿童法令》(“《1989年法令》”)第1(3)(a)条而拟定的；因素(b)是依循《1989年法令》第1(3)(b)条而拟定的；因素(c)是依循澳大利亚的《1975年家事法法令》第68F(2)(b)条而拟定的；因素(d)是依循《1989年法令》第1(3)(c)条而拟定的；因素(e)是依循《1989年法令》第1(3)(d)条和澳大利亚的《1975年家事法法令》第68F(2)(f)条而拟定的；因素(f)是依循澳大利亚的《1975年家事法法令》第68F(2)(h)条而拟定的；因素(g)是依循《1989年法令》第1(3)(e)条而拟定的；因素(h)是依循澳大利亚的《1975年家事法法令》第68F(2)(i)条而拟定的；因素(i)是依循《1989年法令》第1(3)(f)条而拟定的；因素(j)是依循澳大利亚的《1975年家事法法令》第68F(2)(d)条而拟定的；因素(k)是依循《1989年法令》第1(3)(g)条而拟定的；而因素(l)则是依循澳大利亚的《1975年家事法法令》第68F(2)(l)条而拟定的。

- (c) 该名儿童与父亲、母亲和其他人之间关系的性质；
- (d) 该名儿童的情况有变对其所可能造成的影响；
- (e) 该名儿童的年龄、成熟程度、性别、社会和文化背景，以及该名儿童被法院认为是有关的其他特征；
- (f) 该名儿童的父亲和母亲对该名儿童所表现的态度，以及对父母身分的责任所表现的态度；
- (g) 该名儿童所曾经受到或可能受到的伤害；
- (h) 涉及该名儿童或其家庭的任何成员的家庭暴力；
- (i) 该名儿童的父亲、母亲和法院认为与问题有关的人，能满足该名儿童的需要的程度有多大；
- (j) 〔一项依循下文而拟定但范围更为广泛的条文〕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对儿童与父母双方维系个人关系和定期保持直接联系的权利会否有重大影响；
- (k) 法院根据本条例在有关法律程序中可行使的权力范围；
- (l) 法院认为有关的其他事实或情况。”

父母责任

5. 建议订立的父母责任³条文的草拟本，是依循《1995年苏格兰儿童法令》第1条而拟定的，并应订明：

“1. (1) 父母对子女负有以下的责任：

- (a) 保障并促进子女的健康、发展及最佳利益；

³ 见前面第9章第9.56至9.62段的讨论（参看建议5）。

- (b) 以配合子女的发展阶段的方式来向子女提供：
 - (i) 指导；
 - (ii) 指引；
- (c) 如果子女不是与父母同住，则与子女经常保持个人关系和直接联系；及
- (d) 出任子女的法律代表，

但上述责任仅以遵行本条是切实可行并符合儿童的利益为限。

- (2) 就本条而言，‘儿童’指年龄在 18 岁以下的人。
- (3) 上文第(1)款(a)至(d)段所述的责任，在本条例中称为‘父母责任’；而儿童或任何代其行事的人，均有权在涉及该等责任的法律程序中提出起诉或抗辩。
- (4) 该等父母责任取代普通法中施加于父母其中一方的类似职责；但本条不损害如此施加于该一方的任何其他职责，亦不损害藉着、根据或凭借本条例的任何其他条文或任何其他成文法则而施加于该一方的任何职责。”

父母权利

6. 建议订立的父母权利⁴条文的草拟本，是依循《1995年苏格兰儿童法令》第 2 条而拟定的，并应订明：

- “2. (1) 为使父母其中一方能对子女履行父母责任，该一方具有以下的权利：
 - (a) 规定子女须与自己同住，否则便可规管子女的住所；

⁴ 同上。

- (b) 以配合子女的发展阶段的方式，就子女的教养作出控制、指导或指引；
 - (c) 如果子女不是与自己同住，则与子女经常保持个人关系和直接联系；及
 - (d) 出任子女的法律代表。
- (2) 除下文第(3)款另有规定外，除非赋予父母权利或规管行使父母权利的判令或契约另有规定，否则凡两名或以上人士就一名儿童具有父母权利，他们当中的每一人均可未经对方或其余各人(视属何情况而定)同意而行使该权利。
- (4) 第(1)款(a)至(d)段所述的权力，在本条例中称为‘父母权利’；而父母其中一方或任何代其行事的人，均有权在涉及该等权利的法律程序中提出起诉或抗辩。
- (5) 该等父母权利取代父母其中一方在普通法中所享有的类似权利；但本条不损害该一方所如此享有的任何其他权利，亦不损害该一方藉着、根据或凭借本条例的任何其他条文或任何其他成文法则所享有的任何权利。
- (7) 在本条中，‘儿童’指年龄在18岁以下的人。”

由父母作出的转授

7. 建议订立的转授父母权利和父母责任⁵条文的草拟本，是依循英格兰的《1989年儿童法令》第2(9)至2(11)条而拟定的，并应订明：

“(9) 对儿童负有父母责任的人，不得把该责任的任何部分放弃或转移给别人，但可安排把该责任部分或全部交由一名或多名代他行事的人履行。

(10) 与他作此安排的人，可以是本来已对有关儿童负有父母责任的人。

⁵ 见前面第9章第9.111至9.114段的讨论(参看建议16)。

(11) 此安排的作出，并不影响作此安排的人因未有履行自己对有关儿童的父母责任的任何部分而须承担的法律责任。”

并加入一项依循下文而拟定的条文：

“如法院认为执行夫妇之间的此类协议不会对儿童有利，任何法院均不得将之执行。”

同住令的定义

8. 建议订立的同住令定义⁶条文的草拟本，是依循英格兰的《1989年儿童法令》第8(1)条而拟定的，并应订明：

“在本条例中：

同住令是订明各种关于儿童须与何人同住和谁来负责儿童的日常照顾和最佳利益的安排的命令。”

联系令的定义

9. 建议订立的联系令定义⁷条文的草拟本，是依循《1995年苏格兰儿童法令》第11(2)(d)条而拟定的，并应订明：

“联系令是对此年龄以下的儿童与一名现时或未来非同住者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

10. 建议订立的指定事项令定义⁸条文的草拟本，是依循英格兰的《1989年儿童法令》第8(1)条而拟定的，并应订明：

“指定事项令是为裁决某个涉及对儿童的父母责任的任何一方面而已经或可能出现的指定问题而作出指示的命令。”

⁶ 见前面第10章第10.14至10.16段的讨论（参看建议21）。

⁷ 见前面第10章第10.20至10.25段的讨论（参看建议24）。

⁸ 见前面第10章第10.26至10.30段的讨论（参看建议25）。

禁止行动令

11. 建议订立的禁止行动令定义⁹条文的草拟本，是依循英格兰的《1989年儿童法令》第8(1)条而拟定的，并应订明：

“禁止行动令是规定任何人未经法院同意不得采取属命令所指明的该类行动的命令，而该类行动是父母任何一方为履行对子女的父母责任所可采取的。”

父母以外人士所负有的父母责任

12. 建议订立的父母以外人士所负有的父母责任¹⁰条文的草拟本，是依循英格兰的《1989年儿童法令》第12(2)条而拟定的，并应订明：

“(2) 如法院作出同住令判令有关儿童须与并非其父母或其监护人的人同住，则该人在同住令有效期间对有关儿童负有父母责任。”

家事法律程序

13. 建议订立的家事法律程序¹¹条文的草拟本，是依循英格兰的《1989年儿童法令》第10(1)条而拟定的，并应订明：

“(1) 在出现涉及任何儿童的最佳利益的问题的家事法律程序中，如符合以下情况，则法院可作出第8条命令：

(a) 已有人向法院申请作出第8条命令，而该人是：

(i) 有权就该名儿童申请第8条命令；或

(ii) 已向法院取得提出申请的许可；或

(b) 虽然未有该项申请提出，但法院认为应该作出第8条命令。”

⁹ 见前面第10章第10.31至10.34段的讨论（参看建议26）。

¹⁰ 见前面第10章第10.19段的讨论（参看建议23）。

¹¹ 见前面第10章第10.59至10.61段的讨论（参看建议31）。

第三者提出申请的权利

14. 建议订立的第三者提出申请的权利¹²条文的草拟本，是依循英格兰的《1989 年儿童法令》第 10(5)(b)及(10)条而拟定的，并应订明：

“(5) 下列人士有权就一名儿童申请同住令或联系令：

(b) 曾与该名儿童同住为期最少一年的人；

(10) 第 5(b)款所述的一年期限无须连续不断，但不得早于提出申请时起计三年之前开始，亦不得早于提出申请时起计三个月之前结束。”

儿童如何表达意见

15. 建议订立的儿童如何表达意见¹³的条文的草拟本，是依循澳大利亚的《1975 年家事法法令》第 68G(2)条而拟定的，并应订明：

“(2) 法院可透过下列途径得知儿童所表达的意见：

(a) 参考提交法院的报告所收录的任何资料；或

(b) (在法院规则的规限下)法院认为适当的其他途径。”

¹² 见前面第 10 章第 10.37 至 10.43 段的讨论（参看建议 28）。

¹³ 见前面第 12 章第 12.16 至 12.21 段的讨论（参看建议 44）。

在有家庭暴力的案件中处理父母与子女联系的良好处事常规指引¹

(由大法官辖下家事法谘询委员会内的
儿童法令小组委员会拟备)

法院须及早考虑关于家庭暴力的指控

1.1 在有人提出家庭暴力作为拒绝或限制父母与子女联系的理由的每一宗案件里，法院应尽早考虑所提出的家庭暴力指控（及对该等指控的答辩），并决定若投诉人所指称（或答辩人所承认）的暴力行为证明属实的话，其性质和后果是否很可能会对法院所发出的联系令造成影响。

当法院认为关于家庭暴力的指控若证明属实的话便很可能会影响到它所发出的命令时所须采取的行动

1.2 若该等指控被否认，而法院认为所指称的家庭暴力一经证实，其性质和后果很可能会对法院所发出的命令造成影响，法院应：

- a. 考虑需要有甚么证据令法院能够就该等指控作出对事实的裁断；
- b. 确保在申请初期已根据《1989 年儿童法令》第 1(1)条发出适当的指令，使法院能够尽快聆讯受争议的事宜，包括考虑是否适宜举行初步聆讯，以期令法院能够作出对事实的裁断；
- c. 考虑在等待最终聆讯期间发出临时联系令是否切合有关儿童的利益，尤其应顾及在临时批准的联系进行期间及之后均能够确保子女及同住父亲或母亲的安全；

¹ 請參閱大法官轄下家事法谘詢委員會內的《兒童法令》小組委員會的 *Report to the Lord Chancellor on The Question of Parental Contact in Cases where there is Domestic Violence* (2000 年 4 月)，第 5 部。

- d. 指示法院福利工作人员就联系问题提交报告，但如法院信无需这样做来保障子女的利益，则作别论；
- e. 视乎所作指控的严重性及处理有关案件的艰难程度而考虑在有关法律程序中的子女是否需要具有独立法律代表；此外，若案件正在家事法律程序法院中处理，考虑应否将之转移至郡级法院审理；若案件正在郡级法院处理，则考虑应否将之转移至高等法院进行聆讯。

在涉及家庭暴力的案件中须给予法院福利工作人员的指示

- 1.3
 - a. 在要求与子女联系但受到反对的申请中，法院若认为家庭暴力是一项有关系的议题，并根据《1989年儿童法令》第7条下令法院福利工作人员提交报告，法院的命令应载有明确指示，要求法院福利工作人员处理关于家庭暴力的问题、评估子女已受到的伤害或（若发出联系令的话）他有可能受到的伤害、评估能否在联系进行之前、期间或之后均确保子女及同住父亲或母亲的安全，并鉴于有暴力行为的指控而特别致力于确定子女的意愿或感受。
 - b. 如法院在法院福利工作人员进行调查之前已作出对事实的裁断，则法院应确保一份述明其判决或对事实的裁断的文件于判决或裁断作出后在切实可行范围内尽快提供予法院福利工作人员。
 - c. 在有家庭暴力的指控提出的案件中，如法庭知悉子女及同住父亲或母亲的所在但要求与子女联系的父母另一方并不知悉，且法院认为暂时维持现状切合子女的最佳利益，则法院应发出指示，要求确保关乎同住父亲或母亲及子女的现况的法院福利工作人员报告不会直接或间接透露他们的所在。

等待正式聆讯期间的临时联系

- 1.4 在决定关于等待正式聆讯期间的临时联系的任何问题时，法院：
 - a. 应明确考虑《1989年儿童法令》第1(3)条所载列的事项（“福利清单”）；

- b. 应特别顾及若批准或拒绝联系的话很可能会对子女造成伤害，不论是身体上还是感情上又或两者皆有的伤害；
- c. 如果断定上述联系切合子女的利益的话，应研究需要就如何进行联系发出甚么指示，尤其是联系是否需要在受监管的情况下进行，而若需要的话则由谁人负责监管；以及一般而言在可能范围内尽量确保子女受到伤害的风险减至最低，以及确保子女及同住父亲或母亲在该等联系进行之前、期间和之后的安全；
- d. 应考虑是否行使它在《1996年家事法法令》第42(2)(b)条下的权力以发出不准骚扰令；
- e. 应考虑要求与子女联系的父亲或母亲须否寻求专业意见及／或治疗作为获发联系令的先决条件，或作为协助法院在最终聆讯时查证子女是否很可能会受到要求联系者伤害的做法。

进行正式聆讯时所须考虑的事宜

1.5 若一宗联系申请涉及家庭暴力的指控而该项指控被否认，则在该项申请的最终聆讯时：

- a. 只要是切实可行的话，法院应该对基于相对可能性的衡量而确立的暴力行为的性质和程度以及该行为对子女及同住父亲或母亲的影响，作出对事实的裁断；
- b. 法院在决定是否批准联系时，应该鉴于它已作出的对事实的裁断而将福利清单中的个别项目参照该等裁断逐一考虑；具体而言，在每一宗案件里，若有关裁断确立有家庭暴力发生，法院便应考虑案中子女因该等暴力行为所受到的伤害以及若发出联系令的话该儿童可能会受到的伤害，并只有在法院信纳在联系进行之前、期间或之后均能够确保子女及同住父亲或母亲的安全的情况下才发出联系令。

法院在裁断有家庭暴力发生后所须考虑的事宜

1.6 法院在每一宗经裁断为有家庭暴力发生案件中，应考虑父母双方向对方及向子女表现出的言行举止；而法院尤其应考虑：

- a. 已确立的家庭暴力行为对子女及同住父亲或母亲的影响；

- b. 父亲或母亲要求与子女联系的动机是否出于促进子女的最佳利益的愿望，还是作为继续对父母另一方施行暴力、作出恐吓或进行骚扰的手段；
- c. 要求与子女联系的父亲或母亲在联系进行期间很可能会有行为表现及该等行为表现对有关子女的影响；
- d. 要求与子女联系的父亲或母亲在明白过去及将来的暴力行为对父母另一方及有关子女的影响方面的能力；
- e. 要求与子女联系的父亲或母亲对自己过往的暴力行为所持的态度，尤其是他或她有没有能力作出改变及／或适当地控制自己的行为表现。

在法院裁断有家庭暴力发生后但仍然发出联系令时所须考虑的事宜

1.7 若法院裁断有家庭暴力发生，但在参考福利清单后还是认为让有关子女直接与父亲或母亲联系切合该子女的最佳利益，则法院（除了考虑上文第 5 及 6 段所列明的事宜外）应考虑需要发出甚么指示使联系令能够根据《1989 年儿童法令》第 11(7)条施行，而且应特别考虑下列事宜：

- a. 联系应在受监管的情况下进行，如果应该的话则由谁人负责监管；
- b. 获发联系令的一方应遵守甚么条件（例如要寻求专业意见或治疗）；
- c. 应否行使法院在《1996 年家事法法令》第 42(2)(b)条下的权力以发出不准骚扰令；
- d. 上述联系应否只可在某段指明期间内进行或应否带有限定在某段指明期间内有效的规定；
- e. 订定一个日期检讨该项命令，并作出指示确保法院在进行检讨时掌握该项命令的运作情况的全部资料。

关于当地设施的资料

1.8 法院亦应采取步骤探查（另一做法是指示法院福利工作人员或各方当事人告知法院）当地有甚么设施可供法院使用，以帮助曾暴

力对待伴侣及／或子女的父母，并应在适当情况下订明行为粗暴的父母须使用该等设施作为将来与子女联系的一项条件。

判决理由

1.9 法院在判决书或判决理由中必须解释它就家庭暴力问题所作出的裁断如何影响到它就联系问题而达致的决定；若法院裁断有证据证明曾发生家庭暴力但仍然发出联系令，则尤其必须透过引述福利清单或其他方法解释它何以认为容许联系是切合子女的最佳利益。

按语

1.10 虽然本段所述事宜并非我们的正式指引的一部分，但是我们认为凡联系申请牵涉家庭暴力的指控，所有聆讯该等申请的法院均应检视法庭的设施，并应尽力确保有不同的等候区分隔该类案件中的各方当事人及备有关于受害人支援组织及其他支援机构的服务资料随时可供取用。