香港法律改革委員會

報告書

子女管養權及探視權

本報告書已上載互聯網，網址爲：**<http://www.hkreform.gov.hk>**。

2005 年 **3** 月

香港法律改革委員會（法改會）於 1980 年 1 月由當時的行政局任命成立，負責研究由律政司司長或終審法院首席法官轉交的有關改革香港法律的課題。

法改會現時的成員如下：

梁愛詩女士	**GBM,太平紳士,律政司司長（主席）**
李國能先生	**終審法院首席法官**
嚴元浩先生	**SBS,太平紳士,法律草擬專員**
包致金先生	**終審法院常任法官**
白景崇博士	
余若海先生	**資深大律師**
周永健先生	**SBS,太平紳士**
胡漢清先生	**SBS,資深大律師,太平紳士**
范耀鈞教授	**太平紳士**
梁劉柔芬議員	**SBS,太平紳士**
陳弘毅教授	**太平紳士**
麥高偉教授	

法改會的秘書是**施道嘉先生**，辦事處地址爲：

香港灣仔

告士打道 39 號夏慤大廈 20 樓

電話：2528 0472

傳真：2865 2902

電郵：hklrc@hkreform.gov.hk

網址：http://www.hkreform.gov.hk

香港法律改革委員會

報告書

子女管養權及探視權

目錄

		頁
導言		1
第 1 章	**此範疇法律的背景**	4
	引言	4
	從較廣闊的社會層面看離婚	5
	離婚是複雜的過程	5
	離婚的不同階段	5
	離婚對兒童的影響	6
	探視對兒童適應父母離婚的影響	8
	離婚造成長遠傷害	9
	研究所得的結論	10
	轉化中的子女管養權和探視權法律思維模式	11
	兒童權利	11
	轉化中的家庭結構	11
	共同管養	12
	從較廣闊的法律層面看離婚	12
	政府所扮演的角色	12
	《香港人權法案條例》（第 383 章）	13
	聯合國《兒童權利公約》	14
第 2 章	**香港現有法律和施行實況——概覽**	16
	引言	16
	法律上的親子關係	16

頁

“子女”或“未成年人” 16
“父母”或“監護人” 17
父母的“權利及權能” 17
‘監護權’和‘探視權’的涵義 20
監護權 20
探視權 21
獨有管養令 22
分權令 23
共同管養 23
法院對管養權和探視權的處理方法——兒童的福利 24
福利原則 24
決定兒童的福利的因素 26
首要考慮事項 30
司法酌情權 31
香港的離婚程序 32
有關的法例 33
確立離婚的適用‘理由’ 33
離婚程序步驟 35
離婚程序的近期發展 38

第 3 章 香港現有法律和施行實況——有關法例 39

引言 39
《未成年人監護條例》（第 13 章） 40
就管養及探視提出申請 40
照顧令 41
監管令 41
監護權 42
對《未成年人監護條例》（第 13 章）的批評 43
《婚姻訴訟條例》（第 179 章） 46
照顧令 46
監管令 47
對《婚姻訴訟條例》（第 179 章）的批評 47
《婚姻訴訟規則》（第 179 章） 48
由第三者提出申請 48
社會福利署署長的權力 49
社會工作主任報告 49

頁

在其他法院進行的法律程序 50
獨立法律代表 50
對《婚姻訴訟規則》（第 179 章）的批評 51
《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章） 52
子女安排 52
管養令 52
家庭子女 53
年齡 54
不稱職的父母 54
對《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）的批評 55
《分居令及贍養令條例》（第 16 章） 55
申請作出命令 56
通姦 56
更改或解除命令 56
對《分居令及贍養令條例》（第 16 章）的批評 57
《保護兒童及少年條例》（第 213 章） 57
涉及需要受照顧或保護的兒童的權力 58
探視受照顧的兒童 59
對兒童進行評估 60
對《保護兒童及少年條例》（第 213 章）的批評 60
其他有關條例 63
《家庭暴力條例》（第 189 章） 63
《領養條例》（第 290 章） 63

第 4 章　香港現有法律和施行實況——家事法的近期發展 65

引言 65
在家事法律程序中使用調解服務 65
在家事法庭使用調解服務的試驗研究 66
法改會《排解家庭糾紛程序報告書》 67
關於家事的法院程序的其他發展 69
採用特別程序的離婚程序範圍有所擴闊 69
婚姻訴訟附屬濟助程序改革 70
與子女管養權及探視安排有關的其他改革建議 71
法改會《兒童監護權報告書》 71
法改會《國際性的父母擄拐子女問題報告書》 72

頁

第 5 章　各地法律的比較：英格蘭與威爾斯 74

引言 74
《1989 年兒童法令》之前的情況 74
《1989 年兒童法令》的目標 75
父母責任的一般原則 77
父母責任的涵義和範圍 77
取得父母責任 78
父母責任的含意 82
關於兒童的福利的一般原則 85
福利原則 85
批准爲兒童所作安排的責任 87
不干預原則 88
福利清單 90
福利報告 92
延誤 92
與家事法律程序中的兒童有關的命令 93
引言 93
同住令 95
聯繫令 96
指定事項令 97
禁止行動令 97
補充條文 98
有關的兒童 99
可作出命令的情況 100
可提出申請的人 101
兒童作爲一方當事人 103
強制執行第 8 條命令 104
法院的其他權力 105
司法管轄權 105
監管令 106
兒童參與法律程序 107
法院監護安排 111
私隱權 113
發布資料 113
自《1989 年法令》實施以來的發展 114

頁

概覽 114
《2002 年領養及兒童法令》 114
聯繫令 115
關於保護兒童的一般情況 118
延誤 119
兒童及家事法庭諮詢及支援服務 119
《家事法議定書》 120
《1998 年人權法令》的影響 120

第 6 章 各地法律的比較：蘇格蘭 122

引言 122
《1995 年蘇格蘭兒童法令》概覽 122
父母責任的一般原則 123
父母責任 123
父母權利 125
取得父母責任 126
父母責任和父母權利的影響 128
關於兒童的福利的一般原則 130
批准安排的責任 130
不干預原則 131
福利清單 131
延誤 132
與家事法律程序中的兒童有關的命令 132
引言 132
命令的效力 135
可以提出申請的人 136
法院的其他權力 137
兒童的參與 137
自《1995 年法令》實施以來的發展 140
未婚父親及繼父的父母責任和父母權利 140

第 7 章 各地法律的比較：澳大利亞 142

引言 142
1995 年改革的背景 143
舊有法律之下的情況 143

頁

聯合王國的《1989 年兒童法令》所造成的影響 144
“福利”與“最佳利益” 144
父母責任 144
教養令 145
用語 145
《1995 年家事法改革法令》 146
目標 146
父母責任 147
教養計劃 147
法院作出教養令的權力 148
最佳利益和列明須予考慮因素的清單 149
經同意而判給父母以外人士的命令 151
兒童所同住的父或母去世 151
不作出命令原則 152
違反命令 152
兒童的參與 153
家庭暴力 157
1995 年改革的事後檢討 159

第 8 章 各地法律的比較：新西蘭 162

新西蘭的兒童管養權和探視權法律概覽 162
引言 162
《1968 年監護法令》 163
兒童的福利屬於首要 163
監護權 164
管養權 165
探視權 166
兒童的心聲 167
司法部就管養權和探視權所進行的諮詢工作 167
《2004 年照顧兒童法令》 169
引言 169
《2004 年照顧兒童法令》的目標 170
建議對現有法律作出的主要改革 170
法律委員會發表關於在家事法庭排解糾紛的報告書 177

頁

第 9 章　改革建議——父母的責任與權利 180

引言 180
關於兒童福利的一般原則 182
適用的法律程序 182
“首先”考慮事項 185
“最佳利益” 185
法定的考慮因素清單 186
父母的責任和權利 195
父母責任的概念 195
父母的權利 196
父母責任終止的年齡 199
父親作爲當然監護人 200
已婚父母 201
未婚父親取得父母責任 201
父母責任的永久性 205
父母各自獨立行事 205
父母責任的涵蓋範圍——當須要取得同意或作出通知之時 206
行事抵觸法院命令 210
轉授父母責任 211
持續父母責任 212
監護人取得父母責任 213

第 10 章　改革建議——爲兒童發出的法院命令的類別 216

引言 216
英格蘭的法律條文 216
澳大利亞的法律條文 216
管養令 216
同住令 218
同住令的定義 219
更改姓氏 220
父母以外人士 220
聯繫令 221
指定事項令 222
禁止行動令 223

頁

補充規定 224
第三者提出申請的權利 224
爲兒童作出的安排 226
不發出命令的原則 228
家事法律程序 230
就法院命令而言父母責任終止的年齡 231

第 11 章 改革建議 —— 特別爲涉及家庭暴力的案件而設的考慮因素 234

引言 234
海外關於聯繫和家庭暴力的研究結果 235
英格蘭 235
澳大利亞 241
我們的改革建議 243
引言 243
由政府檢討香港處理家庭暴力的一般法律 244
“家庭暴力”的新定義 248
法院根據《家庭暴力條例》（第 189 章）就管養令及探視令而具有的權力 250
在家事訴訟法例中的法定考慮因素清單加入對家庭暴力的提述 252
父母責任的涵蓋範圍——關於取得同意及給予通知的規定 253
訂立司法指引以增補透過立法作出的改革 253
向法院提供多一些資料 254
受監管的聯繫 255
爲處理家事案件的人員提供持續的培訓 255
關於私隱的問題 256
長期研究 256

第 12 章 改革建議——兒童的心聲 257

引言 257
兒童的意見 257
如何及何時考慮兒童的意見 259
兒童的意見如何表達 261

頁

兒童並非必須表達意見 263
爲取得兒童的意見而訂定的心智成熟年齡 263
獨立法律代表 264
引言 264
《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 108 條 265
《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 72 條 266
《婚姻訴訟規則》（第 179 章）在委任獨立法律代表方面的歧異 266
可委任獨立法律代表的幾類法律程序 267
可以擔任訴訟監護人的人 268
誰人可申請委任獨立法律代表 268
委任獨立法律代表的準則 269
獨立法律代表的職責指引 271
兒童作爲一方當事人 273
訟費 274

第 13 章　改革建議——有關事宜 275

引言 275
《分居令及贍養令條例》（第 16 章） 275
社會福利署署長的權力 276
下令發出照顧令和監管令的權力 277
照顧令和監管令的定義 278
理由 278
福利原則或最佳利益原則的應用 279
由社會福利署署長提出單方面申請 279
第三者 280
“照顧與保護”法律程序的聆訊所需的法庭環境氣氛 281
在公法法律程序中安排獨立法律代表 282
評估 285
兒童的意見 286
關於在法院命令下受照顧的兒童的聯繫安排 286
關於年齡的條文 288
法院監護令停止生效的年齡 288
無需父母同意便可結婚的年齡下限 289
關於接受治療的年齡及所需同意 290

頁

命令的執行 291
合併有關法例 292
政策協調 294

第 14 章 建議摘要 296

附件

附件 1 回應《監護權和管養權諮詢文件》的個人及團體名單 320

附件 2 有關的海外法例以及建議訂立的《兒童條例草案》的有關條文草擬本 322

附件 3 在有家庭暴力的案件中處理父母與子女聯繫的良好處事常規指引 331

導言

1. 香港法律改革委員會（法改會）所作建議已爲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，而如果要爲子女作出安排的話，影響就更爲嚴重，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麼改革。[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爲數有 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 以加拿大爲例，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. 法改會於 1996 年 5 月委出了由劉健儀議員擔任主席的小組委員會，專責探討上述研究範圍，並向法改會提交改革建議。小組委員會的成員如下：

劉健儀議員 GBS, 太平紳士 **（主席）**	劉健儀律師行獨資經營律師
蘇禮仁聆案官 **（副主席）**	高等法院聆案官
朱佩瑩法官	區域法院法官
洪宏道先生	劉裕豐鄺輝南洪宏道律師事務所合夥人
唐陸思嫻女士	社會福利署港島福利專員（已退休）
馬偉東先生 太平紳士	顧問
梁冰濂資深大律師	大律師
黃麗君女士	大律師
黃麗璋女士	輔導員
廖雅慈博士	香港大學法律學院副教授
蔡淑音女士	法律援助署助理首席法律援助律師
Robyn Hooworth 女士 （任期至 2001 年 8 月 28 日止）	調解員

5. 薛佳儀女士出任小組委員會秘書一職直至 1999 年 2 月爲止，該職其後由法改會副秘書顏倩華女士接任。

6. 小組委員會在仔細研究此範疇法律和施行實況的過程之中，認定了多個重要課題進行檢討。這些課題包括法律和法院對子女的管養權和探視安排的處理方法、在家事案件中採用排解糾紛程序、父母擄拐子女問題，以及父母其中一方死後子女的監護安排。

7. 小組委員會於 1998 年 12 月發表了一份內容詳盡的監護權和管養權諮詢文件，以探討這些課題，並作出一系列範圍廣泛的改革建議。在歷時 3 個月的諮詢期內收到的意見書共有 51 份，作出回應者包括了法律界人士、社會工作者、福利機構、青年團體、婦女團體、輔導員、調解員、教育機構、政府部門和個別人士，名單詳見於附件 1。我們謹在此對曾就諮詢文件提出意見的人士表示謝意。

8. 法改會於 2002 年 1 月發表《兒童監護權報告書》，這報告書是在本研究範圍之下發表的四份報告書中的首份，第二份是《國際性的父母擄拐子女問題報告書》，則於 2002 年 4 月發表。法改會此系列報告書的第三份是《排解家庭糾紛程序報告書》，亦已於 2003 年 3 月發表。本報告書是第四份也是最後的一份報告書，內容涵蓋了研究範圍中關乎管養權和探視權的部分。

9. 本報告書的第 1 章是從較廣闊的社會和法律層面探討子女管養權法律。第 2 至第 4 章研究香港現有的管養權和探視權法律及程序，而第 5 至第 8 章則探討各種已被其他司法管轄區採用的子女管養權和探視權較新的法律模式。

10. 本報告書的第 9 至第 14 章，臚列了我們在此方面的結論和改革建議。

第 1 章　此範疇法律的背景

> "〔我們〕經常接到婚姻破裂或有夫妻之實的關係破裂的報告，而這些報告是涉及充滿怨恨以及有時十分悲慘的子女糾紛。……子女可以成爲父母權力鬥爭之中的一着棋子，又或者可以被父母其中一方或雙方用作工具，來表達自己對家庭關係破裂的持續未消不滿。"[1]

> "有一些離異的夫婦……會發現自己不能把關係破裂所產生的個人怨恨，與專注令子女將來得到幸福和滿足的需要清楚劃分開來。"[2]

引言

1.1　　離婚法與其他範疇的法律不同，所涉及者不單是法律程序，也涉及社會和心路歷程。鬧離婚的父母所作的選擇，以及家事法庭所宣布作出的裁定，有關各方在事發多年之後仍會在生活上感受得到其影響力。有多項研究已證實子女經歷父母離婚，是會特別受到負面影響的。[3] 正如澳大利亞家事法委員會所指出，*"子女……往往會左右爲難，這個情況不是他們所造成，但卻要他們個人承受莫大的哀痛。"*[4]

1.2　　香港現有的子女管養權和探視權法律可追溯到 1970 年代，並且是以多個其他普通法司法管轄區以前所採用的法律模式爲基礎。[5] 這個管養權模式所選用的做法，是把鬧離婚的父母對子女所享有的多項既定父母 *"權利"* 在兩人之間劃分，而劃分之時是以子女的最佳利益爲着眼點。遺憾的是如此把法律重點置於父母權利及權能的分配之上，已傾向於令父母在離婚後對子女生活的參與變得兩極化，以致子女教養方面的支配角色只由父母其中一方扮演，所有會影響子女的重要決定都是由這一方作出，而另一方則扮演比較次要的父母角色。隨着時日消逝，這會令到有探視權的父母其中一方只與子女保持最低程度的聯繫，又或者逐漸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爲現代化的 *"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轄區中，這個在法律上強調父母每一方對子女所享有的權利及權能的做法已有改變，轉爲着重較以子女爲中心的*“共同父母責任”*概念。這個較新路向的重點是父母責任而非父母權利，並強調了子女在父母離婚後與父母雙方均繼續維持關係的權利。本報告書會對此加以探討，研究此較新路向是否可以成爲香港此範疇法律的未來模式。

1.4　在本章中，我們首先會從較廣闊的社會層面來看離婚，並探討有關各方通常會經歷的情緒變化，然後會更詳盡介紹共同父母責任模式方面的法律思維模式變化。本章稍後部分會研究政府在離婚過程中所扮演的角色，包括政府有責任介入，方式是提供對有關各方造成最少傷害的處理婚姻糾紛方法。我們也會討論較廣闊的兒童權利和父母權利法律架構，而這些權利是源於聯合國《兒童權利公約》及《香港人權法案條例》（第 383 章）的。

從較廣闊的社會層面看離婚

離婚是複雜的過程[6]

1.5　律師傾向於視離婚爲讓夫妻解除婚姻合約而可自由再婚的法律程序，而治療師則傾向於視離婚爲心路歷程。現時更出現了生態學觀點，把離婚視爲*“一個由多種不同元素互相影響而生成的過程，這些元素包括了法規和心理狀態，也包括了人與人之間的交往模式……兒童的成長及其正常發展所面對的風險、人口結構因素（例如種族和入息）、朋輩之間的關係，以及社區資源（例如專業人士和機構的參與）。”*[7]

離婚的不同階段

1.6　研究人員以不同的用語來把離婚過程分類。波夏能（Bohannan）[8] 提出離婚可分爲六個範疇：情緒、法律、經濟、共同父母身分、社會和心理；而威斯曼（Wiseman）[9] 則提及五個心理階段：從拒絕接受現實、失落、憤怒、重新適應以至接受現實。因此，在這個比較廣闊的層面上解決管養權個案是甚爲重要的。

6　本報告書第 1.5 至 1.21 段是摘錄自薛佳儀女士所著但未經發表的論文，題目爲 *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 頁。

8　*Divorce and after* (1971).

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

1.7　生態學觀點視離婚爲一個隨着時間推演的過程，並承認當事人在不同時間是有可能處於這個過程中的不同階段。舉例來說，父母其中一方是有可能處於否認有問題存在並拒絕接受確有需要離婚的階段，而另一方則懷有敵意。重要的是我們得明白*法律程序*的某個特定階段，是未必能與當事人當時的*心理*狀態配合，特別是未必能與當事人子女的*心理*狀態配合。故此，可取的做法是透過整體模式來看離婚，既探討法律程序和心路歷程，也研究上文所述的生態學觀點。

離婚對兒童的影響

1.8　離婚會對社會和經濟造成影響。研究人員發現，在棘手的離婚案中，大部分配偶會有一段時期表現得較前不稱職，甚至會放棄履行父母職責。[10] 短期未能承受離婚打擊的父母還有額外的壓力，那就是如何處理受到更大心理打擊的子女。

> "一般人都同意夫妻不和會造成困擾，影響子女的情緒和令親子關係有變。很多人的論點是如果夫妻極度不和，分居或離婚都不符合家庭所有成員的最佳利益，因爲解除婚姻關係也並非全無後果。[11] 當父母離婚時，子女通常都會感到憤怒、驚懼或內咎，既因失去父親或母親而感到傷心，亦害怕會蒙受更大損失和遇到更多不幸事件。[12] 所以幫助子女應付家庭劇變，是有管養權的父母其中一方的要務。在肩負這個責任之餘，有管養權的父母其中一方還要作出個人適應，面對家庭角色和家常事務方面的轉變，並要承擔過重的經濟擔子。"[13]

1.9　大部分兒童在父母鬧離婚期間及父母離婚之後會明顯表現得苦惱和心煩意亂；[14] 他們很可能有例如侵略行爲或不服從之類的外在行爲問題，而內心也會感到恐懼、歉咎、自卑、抑鬱和缺乏安

10　Isaacs *et al*, "Social networks, divorce and adjustment; a tale of three generations", *Journal of Divorce* (1986), 卷 9 第 1 至 16 頁。*"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 頁。

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

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 頁。

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

全感。[15] 在青春期以前，男童會比女童顯得更爲苦惱，[16] 但在青春期階段，女童所受的影響會較男童爲深。父母離婚時，較年幼的兒童會比較年長的容易受到負面影響（這可能是由於較年幼的兒童比較年長的更有可能會把父母離婚歸咎於自己的行爲。）[17]

1.10 研究人員的結論是父母離婚對兒童所造成的後果，可能會因應親子關係和兒童的性別、年齡及社會階層而人人不同。[18] 本傑明（Benjamin）及歐文（Irving）[19] 把各種可能決定兒童能否適應父母離婚的互爲影響因素概述如下：

(a) 有管養權的父母其中一方與同住子女的互相適應；

(b) 有管養權的父母其中一方與子女關係的質素；

(c) 有管養權的父母其中一方與子女是否同一性別；及

(d) 沒有管養權的父母其中一方的參與程度。

1.11 較早期的研究都支持父母之間的衝突越激烈持久對子女適應的破壞力就越大這種看法。[20] 但是，凱利（Kelly）卻認爲父母之間的衝突對子女所造成的影響並非人人相同。感到自己是處於父母衝突夾縫中的兒童，與較爲置身事外的兒童相比，更有可能會在適應上出現問題。[21] 霍奇斯（Hodges）發現，父母之間的激烈衝突會削弱或破壞沒有管養權的父母其中一方與子女的關係。[22] 相反而言，父母如能維持友好關係，會有助子女適應和增強自信心。[23] 研究又強調兒童在

---

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，因爲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 Grynch 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。

生活上有其他依靠對象（例如祖父母／外祖父母）的重要性，後者可以取代非同住的父母其中一方，有助兒童作出適應。[24]

探視對兒童適應父母離婚的影響

1.12　以薩（Isaacs）等人[25] 發現父母分居及離婚後首 12 個月處理事情的方式至爲關鍵，因爲據其研究顯示，這對兒童的適應程度（會在父母離婚後第三年年終時量度）有所影響。至於探視方面，他們發現按時定期探視，對兒童作出適應的幫助大於探視次數的多寡。據其他數據顯示，*"沒有管養權的父親是否有定期探訪兒童，是預測兒童在父母離婚後第三年年終時的社交能力的最準確單一指標。"*[26] 大部分兒童也如同成年人一樣，在兩三年後便能好好適應下來，但對於少數兒童來說，父母離婚的短期影響，是足以令他們受到長遠傷害的。[27]

1.13　根據一些看似互相矛盾的研究結果，有些北美的研究顯示，約有半數由母親管養的兒童甚少或從未與父親會面。[28] 然而，一些較近期進行的研究卻顯示，有 65%的父親最少每兩週探訪子女一次。[29] 探視次數看來是會隨着兒童年歲漸長和父母分開時間愈長而逐漸疏落的。[30]

1.14　探視權以往經常被人視爲給予沒有管養權的父母一方的安慰獎。有一些作者曾質疑，如果兒童的父母之間嫌隙甚深，探視安排符合兒童的最佳利益此一假定是否仍站得住腳。戈斯坦（Goldstein）等人[31] 也曾質疑在此類個案中給予探視權是否明智之舉，但給予有限的探視權則屬例外。

1.15　然而，較近期的研究則強調探視對兒童的重要性。這些研究大多認爲 *"兒童的適應程度與探訪次數有直接關係；聯繫次數增多與兒童的適應程度加強兩者之間有關連。"*[32] 有部分研究指出，如果父親的探視得到母親支持及同意，則探視與兒童的適應程度之間的相互

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。

關係會更明顯。[33] 不過，有部分研究卻顯示兒童的適應程度與父親的探訪並無關係，[34] 父母與子女在離婚前的關係會影響探視的質素此點已獲大家認同。如果關係是良好，兒童因失去父親所受的困擾便會更大。經歷離婚過程，也可能會使在離婚前不甚積極肩負教養子女責任的父親，對子女教養更加關心。[35]

離婚造成長遠傷害

1.16　　據一些研究顯示，與父母沒有離婚的兒童相比，父母已離婚的兒童的內心世界較不平衡，[36] 而且智能及學術能力也可能減退。[37] 本傑明及歐文同意其他研究人員的觀點，認爲 *"有小部分但爲數不少的兒童會因父母離婚而直接蒙受長遠傷害"*。[38] 華斯坦（Wallerstein）及布士利（Blakeslee）發現，較年幼的兒童在父母離婚時所受到的影響較深，但長遠來說，卻會比較年長的兒童適應得更好，因爲後者更有可能會選擇偏幫父母其中一方。[39]

1.17　　有些研究人員指出，有管養權的父母其中一方如對前配偶感到憤怒和懷有敵意，可能會設法破壞沒有管養權的另一方（通常爲父親）與子女（特別是兒子）的關係，[40] 一旦關係轉壞，沒有管養權的父母其中一方便可能拒絕資助這名孩子攻讀大學。加伯（Garber）表示，很多沒有管養權的父母在遇到子女表現得憤怒和失望時，便不會繼續履行父母責任。[41]

1.18　　研究人員又發現，兒童難以接受享有管養權的父或母再婚，以致例如可能會與繼父發生衝突，因爲兒童會視繼父爲威脅自己與生父之間關係的人。

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 頁。

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

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

36　根據 Wallerstein 及 Blakeslee 的研究所得，在父母離異的家庭中，有多次犯過紀錄的男女童比率約分別爲 26%至 40%和 15%至 25%：見 Wallerstein 及 Blakeslee 合著一書（1989），同前。

37　在 Wallerstein 及 Blakeslee 的研究中，這些男童當中有 50%入讀大學，而其朋輩入讀大學的比率則爲 85%。見 Irving 及 Benjamin 合著一書，同前，第 81 頁。

38　見 Irving 及 Benjamin 合著一書，同前，第 83 頁。

39　同上。

40　同上，第 86 頁。

41　Garber, "Parenting responses in divorce and bereavement of a spouse"，載於 Cohen, Cohler 及 Weissman 合編的 *Parenthood: a psychodynamic perspective* (1984)。

1.19　拉達（Rutter）[42] 的研究結果顯示，對兒童造成最大影響的不是與父母其中一方中斷聯繫，而是家人之間的關係被扭曲。兒童先是懼怕完整家庭破裂，然後經歷與父親或母親實際分離，這可能會令他們長期對人際關係缺乏安全感。[43] 李察斯（Richards）及迪遜（Dyson）在其探討父母分居及離婚對兒童成長的影響的論著中，估計在父母已離婚的兒童當中，約有 20%至 50%會表現出不同程度的不安情緒，需要向外尋求某種程度上的幫助。[44]

1.20　古爾羅（Clulow）及雲遜（Vincent）發現有三大因素可減輕離婚對兒童造成的影響：

(a)　兒童與父母雙方均繼續維持關係；

(b)　同住的父或母教養兒童的質素；及

(c)　爲代替已結束的婚姻而建立的新生活的質素。

研究所得的結論

1.21　因職務關係參與離婚過程的人士，包括律師、法官、調解員或輔導員在內，看來均須注意上述研究所得的一些重要指標。很明顯，男童女童各有不同需要，其適應能力也視乎年齡而定。[45] 此外，較年長的兒童的憂慮也需要加以關注。重要的一點是對兒童有問題的不是離婚本身，而是離婚後所出現的衝突。[46] 本傑明及歐文認爲，將離婚過程視爲家庭由機能健全轉變爲機能喪失的過程是有用的做法。[47]

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

43　Richards, "Children and the divorce courts", *One-parent families* (1984) 7, 第 2 至 5 頁；"Separation, divorce and remarriage: the experiences of children"，載於 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 頁。

45　因此，Wallerstein 及 Blakeslee 認爲，男童最需要父親參與的年歲分別爲六至九歲及青春期後期這兩個階段。*"相反地，女童則在青春期初段需要父親參與，且對家庭組織的需要較男童爲大"*：這一點在 Irving 及 Benjamin 合著的前述一書中有提及，第 84 頁。

46　Irving and Benjamin，同前，第 440 頁。此點支持在香港及海外更多採用調解方式來排解婚姻糾紛。關於有關問題的詳盡討論，請參閱法改會的《排解家庭糾紛程序報告書》（2003 年 3 月）。

47　對於家事法律師而言，掌握這個觀點尤爲有用，因爲他們的當事人在辦理離婚時間中可能會有不理性的表現，令他們感到洩氣：Irving and Benjamin，同前，第 442 頁。

轉化中的子女管養權和探視權法律思維模式

1.22　我們在本章較前部分已指出，近年海外在思維模式方面已經起了變化，把管養權法律的重點由父母的權利及權能轉移至父母的責任和兒童的權利。這轉變在法例中有所反映，例如英格蘭的《1989年兒童法令》、《1995年蘇格蘭兒童法令》、澳大利亞的《1995年家事法改革法令》及聯合國《兒童權利公約》。

兒童權利

1.23　亨立漢（Henaghan）提出，在分析兒童權利時必須在三個概念之間取得平衡：*"兒童表達意見和作出決定的自主權；家庭培育和教養兒童的責任；以及政府提供保障和改善兒童生活的服務的責任。"*[48] 這些原則衍生了多項棘手問題：

- 兒童應屆多少歲才可作決定或意願得獲考慮？
- 應如何衡量兒童的意願或決定的重要性？
- 應採用甚麼準則來對家庭成員施加責任？
- 如何劃分家庭責任與政府責任之間的界線？[49]

轉化中的家庭結構

1.24　如何鼓勵父母雙方在離婚之前和之後都參與子女的生活，其實是十分重要的問題。若要修改法律，就必須確保法律條文靈活，足以反映家庭人口結構轉變的趨勢。這些人口變化包括了家庭人口較少、流動性較高、普通法下的婚姻關係日趨普及，以及父母共同負起教養子女責任的情況日增。

1.25　令人感到諷刺的是，隨着離婚家庭數目日增，單親人士（通常是母親，而其獲判管養權是因爲與子女在一起的時間較長）由於很多時候會重投社會工作，卻必須更爲倚賴親屬或幼兒工作者照顧子女。過往法庭偏向把管養權判給婦女，原因是婦女更有可能會留在家中照顧子女，但現時情況已經不同。現今香港社會，父母雙方很可能都需要長時間工作，而子女則交由家務助理、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。

他親屬照料。雖然有關法律和法院判決未必能反映這些人口結構方面的變化，但上述情況是會削弱贊成把管養權判給母親的論據。[50]

1.26　另一個香港法律沒有處理的問題，便是法律只着眼於以父母爲主的核心家庭究竟能否反映香港的文化實況──那就是祖父母／外祖父母和其他親屬對兒童的重要性，特別是如果兒童是與這些親人數代同堂地共住的話。

共同管養

1.27　我們之前已經指出在英格蘭、蘇格蘭和澳大利亞，情況都是轉爲傾向於安排父母離婚後仍共同分擔父母責任，並避免作出命令把管養權判給父母其中一方而另一方則只獲判探視權。[51]

1.28　究竟共同管養令是否要比獨有管養令（此令也讓沒有管養權的一方得享探視權）更爲符合兒童的最佳利益，在這個問題之上曾有廣泛的學術討論。"*共同管養*"一詞已被詮釋爲指共享同住管養（即子女會有一半時間與父親同住，而另一半時間則與母親同住），或指由父母雙方就子女教養共同作出決定。

1.29　如果父母雙方均持積極態度，彼此之間關係理智正常，對另一方沒有失常行爲，則看來共享同住管養的成功機會可能較高。此外，共同管養可能要有一些先決條件配合才切實可行，例如父母雙方各自的住所要有足夠地方供子女居住，而且兩處住所是位於合理的鄰近範圍之內。

從較廣闊的法律層面看離婚

政府所扮演的角色

1.30　傳統上來說，當婚姻破裂時，司法制度的功能是既維護公眾利益亦維護私人利益，而兒童的福利正是這兩種利益的交叉點。[52] 古爾羅及雲遜質疑，由離婚父母所協定的安排，或由諸如處理離婚案的法院福利工作人員等其他人所建議作出的安排，究竟能否加強兒童的最佳利益。

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　由此帶出了一個極爲重要的問題，那就是公眾責任與個人責任之間如何劃分以及兩者如何互爲影響。當父母對子女的管養權有爭議時，法院不能只着眼於就父母權利作出裁決，而是要把目光放得更遠，以便能把兒童作爲社會的一分子來加以保護。[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兒童的利益的。"*[54] 所以，一個有能力解決管養權糾紛的法律架構，必須認同兒童作爲家庭單位和社會的一分子應享有福利這個核心價值觀。

1.32　戈斯坦（Goldstein）、弗洛德（Freud）及蘇尼（Solnit）[55] 認爲，應該假設父母有能力和責任決定甚麼才符合子女和家庭的最佳利益，所以應首先讓父母有機會在政府未有介入的情況下滿足子女的需要和維繫家庭關係。福布爾（Folberg）[56] 則認爲，政府的政府監護權（parens patriae）原則，令政府只在父母未能達成協議或未能充分照料子女時才有責任照顧兒童的福利。

> "政府介入家庭生活的私人範疇的理據，通常都是標榜有需要保護兒童免受不良影響和遭遇不愉快經歷。……政府確保受〔離婚〕影響的兒童的利益得到充分保障，固然是合宜之舉。然而，當政府介入家庭生活時，父母的權力實際上會被削弱，這會鼓勵父母推卸責任。……公眾對架空父母責任所持的理據是這樣做符合公眾利益，但公眾利益，其實是要看人們當時的識見和信念是甚麼而定。"[57]

1.33　由此可見，政府介入兒童的生活和介入家庭的程度應有多大是極具爭議性的問題。政府介入家庭的實質權力應有多大與政府如何酌情行使該等權力兩者之間向來是有爭持的。

《香港人權法案條例》（第 383 章）

1.34　《香港人權法案條例》（第 383 章）[58] 中所制定的香港人權法案有定下一些準則，規限政府行使介入家庭成員生活的權力。香

53　薩斯喀徹溫省法律改革委員會（Saskatchewan Law Reform Commission），*Tentative proposals for custody law reform: Part I, substantive law*（1979 年 8 月）導言，第 iii 頁。

54　同上，第 iv 頁。

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

56　"Divorce mediation: promises and problems", 這是爲 ABA 部門就家事法於仲冬舉行的會議而擬備的文章（1983 年 1 月），收載於 Goldberg，Sander 及 Rogers 所合著的 *Dispute resolution*（1992 年第 2 版）一書中，見第 311 頁。

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

58　見該條例第 8 條，而該條臚列了香港人權法案的各條條文。

港人權法案第十四條（等同《公民權利和政治權利國際公約》[59] 第十七條）規定：

> "任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得無理或非法侵擾〔及〕……對於此種侵擾或破壞，人人有受法律保護之權利。"

1.35　香港人權法案第十九條[60] 承認家庭爲社會之自然基本團體單位，因此應受社會及國家之保護。該條又指出，當婚姻關係消滅時，應訂定辦法，對子女予以必要之保護。該條又確認夫妻在婚姻方面以及在婚姻關係消滅時，雙方權利責任平等。

1.36　第二十條（等同《公民權利和政治權利國際公約》第二十四條）確保 *"所有兒童有權享受家庭、社會及國家爲其未成年身分給予之必需保護措施……"*。我們在着手分析各有關條例時，都必須顧及上述各項規定，以確保任何改革建議均符合香港人權法案的精神和文字。

聯合國《兒童權利公約》

1.37　《兒童權利宣言》於 1959 年獲聯合國大會通過。《兒童權利公約》[61] 則於 1989 年獲聯合國通過，同年又獲中華人民共和國批准，並於 1991 年獲聯合王國批准。及至 1994 年，公約的適用範圍擴及香港，而公約現時已獲約 190 個國家批准。

1.38　公約第一條將兒童界定爲 *"18 歲以下的任何人，除非對其適用之法律規定成年年齡低於 18 歲。"* 第四十一條規定，公約的任何規定，不應影響比公約條文更有利於實現兒童權利的締約國法律條文。第九條賦予兒童權利不與其父母分離，但在一些爲數有限的特殊情況下則屬例外，例如 *"父母分居而必須確定兒童居住地點"*。*第九（三）條規定，"締約國應尊重與父母一方或雙方分離的兒童同父母經常保持個人關係及直接聯繫的權利，但違反兒童最大利益者除外。"*[62]

1.39　公約有提述《兒童權利宣言》，而後者訂明兒童因身心尚未成熟，需要特殊的保護與照料，包括法律上的適當保護。公約第三（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。

條規定，*“關於兒童的一切行爲，不論是由公私社會福利機構、法院、行政當局或立法機構執行，均應以兒童的最大利益爲一種首要考慮。”*

1.40　第十八（一）條規定，締約國應盡其最大努力，確保父母在維護兒童利益方面的職能得到確認，並確保父母*雙方*對兒童的養育和發展負有共同責任。這規定也適用於法定監護人。[63]

1.41　第十二條確認兒童會有自己的意見，對其意見應按照其年齡和成熟程度給以適當的看待。第十二（二）條規定：

> “爲此目的，兒童特別應有機會在影響到兒童的任何司法和行政訴訟中，以符合國家法律的訴訟規則的方式，直接或通過代表或適當機構陳述意見。”

1.42　香港特別行政區政府有道義責任，在切實可行範圍內盡量確保實質法例條文和排解監護權和探視權糾紛的方法均符合聯合國《兒童權利公約》的規定。然而，除非公約條文已被納入一國的當地法例，否則並無可能向法院提出申請，迫使當地政府履行其國際義務。

---

[63] 《兒童權利公約》第十八條。

第 2 章　香港現有法律和施行實況──概覽

引言

2.1　我們在本章會開始探討香港的子女管養權和探視權實體法，並探討有關法律的施行實況。

2.2　香港在這範疇的法例，是收載於多條條例之中，包括了《未成年人監護條例》（第 13 章）、《婚姻訴訟條例》（第 179 章）、《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）、《分居令及贍養令條例》（第 16 章）及其他條例。[1] 我們會在下一章詳細探討這些條例的有關條文。

2.3　此範疇的法例主要是建基於某些重要的法律概念之上。我們在本章中會以這些法律概念爲探討重點，並會討論規管家事案件中批予管養令及探視令的原則和討論在香港辦理離婚的程序。

法律上的親子關係

2.4　法律上的親子關係是建基於某些重要概念之上，遺憾的是這些概念在法律上是透過 *"一堆見於多條法規和多宗案例的用語來表達，令人感到混淆不清。"*[2] 下文所載列者是各種有關概念的概覽和實際應用方法。

"子女"或"未成年人"

2.5　在《未成年人監護條例》（第 13 章）中，*"未成年人"*一詞被用以表示 *"子女"*，而《釋義及通則條例》（第 1 章）第 3 條則把 *"未成年人"*界定爲未滿 18 歲的人。

---

[1] 《婚姻訴訟規則》（第 179 章）、《家庭暴力條例》（第 189 章）、《領養條例》（第 290 章）及《保護兒童及少年條例》（第 213 章）也載有有關的條文：見後面第 3 章的討論。

[2] 見廖雅慈博士所著的 *Family Law for the Hong Kong SAR* 一書（香港大學出版社，1999 年）第 211 至 212 頁。某位法官認爲這種情況已令局面淪爲 *"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。

2.6 《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）有採用 *"子女"* 一詞，並將之界定爲包括婚姻一方或雙方的非婚生子女或領養子女。[3] 該條例又把 *"家庭子女"* 界定爲婚姻雙方的子女及 *"被該雙方視爲其家庭子女的任何其他子女。"*[4]

"父母"或"監護人"

2.7 父母身分的原有法律概念，似乎是指 *"監護權"* 此一法律概念。這是一個非常古舊的概念，建基於保衛家族土地多於保護兒童。[5]

2.8 監護權意味着父母對子女所享有的一切權利、責任及權能，包括了爲子女的教養和子女的各種福利事宜作決定的權利，以及就該等決定獲諮詢意見的權利。監護人通常對有關兒童享有管養權權利，亦即同住照顧和管策該兒童的權利。如果父母離婚或分居，沒有管養權的父母其中一方不得與子女同住，在探視期內則作別論，但仍有責任支付贍養費以供養子女。

2.9 嚴格來說，*"父母"*一詞可與 *"監護人"*一詞同義互用，但 *"監護人"*通常是指兒童父母一方或雙方去世時經由遺囑或法院命令委任而享有兒童的監護權的人（此人本身並非兒童的父或母）。

> "一般的理解是此人以父母替代人的身分行事……，而按此點來說實應享有等同父母的權利及權能。"[6]

父母的"權利及權能"

2.10 在《未成年人監護條例》（第 13 章）中，用以刻劃親子關係之詞是父母對子女所享有的 *"權利及權能"*。[7] 這些權利雖然在該條例中未有界定，但可見於普通法和法規之中。它們包括了：[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爲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。

- 與子女同住並掌管其日常教養的權利
- “管有”子女人身和享用子女“服務”的權利
- 選擇子女所受教育的權利
- 選擇子女所信宗教的權利
- 選擇子女姓氏的權利
- 對子女施加適度懲罰的權利
- 同意讓子女接受醫療的權利
- 某些代子女訂立合約的權利
- 在法律程序中代子女行事的權利
- 管理子女財產的權利
- 爲子女委任遺囑監護人的權利
- 同意讓子女申請護照的權利
- 安排子女離開其所屬司法管轄區或移居外地的權利
- 同意讓子女結婚的權利[9]
- 同意讓子女被人領養的權利[10]

2.11 關於這些權利的行使，一般的原則是父母雙方均享有同等的父母權利及權能。[11]

2.12 此外，父母的權利及權能是可*“由其中一方單獨”*行使。[12] 廖雅慈博士對此點的用意解釋如下：

---

[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，要求取得作爲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。

> “換言之，舉例來說，父母其中一方可無須徵詢另一方的意見而決定子女就讀甚麼學校，星期天上哪所教堂，又或者找哪位醫生看病。這項規則的用意是容許父母每一方，特別是負責子女的日常照顧和教養的一方，在無須徵詢另一方的意見的情況下肩負責任並作出決定。如果父母其中一方要反對，該一方便有責任在法院提出反對……。”[13]

2.13 父母的權利及權能這項原則的涵蓋範圍雖然廣泛，但仍須受*“福利原則”*所規限。[14] 故此，行使父母權利應以甚麼才符合子女的最佳利益爲依歸，而廖雅慈博士有以下看法：

> “父母的‘權利’反映了人們對親子關係的本質有誤解。法律讓父母可在不受他人干擾的情況下決定如何教養自己的子女，這主要是因爲父母如要負起教養子女的責任，法律就必定要作此安排以加強子女的福利。”[15]

2.14 也有人認爲父母的權利及權能的重要性，是隨着子女日漸成長而遞減的。[16] 鄧寧大法官（Lord Denning）曾把父母的權利描述爲：

> “一項在縮減中的權利，而子女越是年長，法院就越是躊躇應否違反子女的意願來強制執行這項權利。剛開始之時，父母的權利代表了管束的權利，但待到完結之日，它已變爲比從旁提點好不了多少。”[17]

2.15 至於如何在較廣濶的法律層面上來看父母的權利，我們在上一章已看到在多個司法管轄區中，重點近年已由以父母爲主的*“父母的權利及權能”*概念，轉變爲以子女爲主的*“父母責任”*概念。[18] 與子女有關的法律所呈現的重心轉移，以及香港採納這方面變革的程度應有多大，正是本報告書的首要研究主題之一。[19]

---

13 廖雅慈博士，同前，第 229 頁。請參閱《未成年人監護條例》第 4(2)條。該條簡略說明了父母在影響子女福利的問題上意見分歧時的處理方法。父母的任何其中一方均可向法院申請作出指示，而法院則可作出其認爲適當的命令。

14 本章稍後會對此有更詳盡的討論。

15 廖雅慈博士，同前，第 216 頁。

16 同上，第 217 頁。

17 *Hewer v Bryant* [1970] 1 QB 357，有關部分載於第 369 頁。

18 此點在英格蘭的《1989 年兒童法令》（後面第 5 章將會論及），《1995 年蘇格蘭兒童法令》（後面第 6 章將會論及），澳大利亞的《1995 年家事法改革法令》（後面第 7 章將會論及）及聯合國《兒童權利公約》中均可見到。

19 繼後章節會有詳細討論。

‘監護權’和‘探視權’的涵義

監護權

2.16 “監護權”包含了父母對子女所享有的一簇權利，其中包括了*“照顧和管束”*的權利[20]及作出對子女有影響的所有重大決定（例如各種關乎子女的教育、宗教和醫療事宜的決定）的權利。[21]

2.17 在分居或離婚時獲判子女的管養權或只是獲判負責*“照顧和管束”*子女的一方，是稱爲*“有管養權的父或母”*。至於並未獲判負責照顧和管束子女或涵義更寬鬆的管養權的一方，通常是會獲判子女的“探視權”，則稱爲*“沒有管養權的另一方”*。有管養權的父母其中一方*“有責任保障、維護和促進子女的最佳利益。”*[22]在作出對子女有影響的重大決定時，有管養權的父母其中一方可能需要諮詢沒有管養權的另一方的意見，但也不一定要這樣做。[23]

2.18 管養權的唯一法定定義見於《婚姻法律程序與財產條例》（第192章）第2條，而該條只是簡單地說：*“‘管養、管養權’……就任何子女而言，包括對該子女的探視。”*

2.19 在某些司法管轄區中，獲判法定管養權僅指獲判負責子女的同住管養（即有權決定子女日常居於何處），因爲父母雙方均保留作爲子女監護人的權利。本章前面已有指出，這些權利包括在所有涉及子女教養的重大事宜（例如健康、教育及宗教等福利事宜）之上獲得諮詢意見的權利。

2.20 不過，法定管養權在香港卻似乎被視爲等同於監護權，通常作出的命令都是*“獨有管養”*令。[24]獨有管養令的作用是*“把父母的權利和權能，即使不是全部，也大部分單獨轉移給有管養權的父母其*

---

[20] 這是對子女的管養權的其中一環，通常僅指*“管有幼年人的人身和管束其行動的權利”*或*“日常照顧和管束”*。見廖雅慈博士所著一書，同前，第213及278頁。換言之，這是指負起子女的日常同住照顧和監管之職。

[21] 有關管養權法律的一般資料請參閱：廖雅慈博士，同前，第276至284頁；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頁及第207至234頁；E Francis & S Warren, *Divorce & Separation in Hong Kong: Your Guide to Law and Procedure*（牛津大學出版社，1995年），第74至80頁。

[22] 廖雅慈博士，同前，第277頁。

[23] 見以下兩宗案例：*Dipper v Dipper* [1980] 2 All ER 722及*Lo Chung Wing-yee v Lo Pong-hing* [1985] 2 HKC 647；可資比較的案例爲*Boulter v Boulter* [1977-1979] HKC 282及*Wong Chiu Ngar-chi v Wong Hon-wai* [1987] HKLR 179。此外亦可參閱廖雅慈博士所著的前述一書中載於第276至279頁的有關這些問題的討論。

[24] 廖雅慈博士，同前，第276頁。

中一方。”[25] 基於此故，負責同住照顧和管束子女的父母其中一方也同時保留決定子女教養事宜的一切權利，而無須諮詢沒有管養權的另一方意見。至於沒有管養權的另一方，則可保留子女的探視權，並且有責任在經濟上供養子女，[26] 但如果希望在子女的福利事宜上獲諮詢意見，就必須向法院提出申請。[27]

探視權

2.21 探視權是與子女保持聯繫的權利，而保持聯繫的方法有通信、發放電郵、致電、探訪子女、攜同子女外出或間中讓子女留宿。正如我們在上文所見，探視權是包含在本身範圍較廣的管養權之內。[28] 法庭所判給的探視權有多大，是視乎每宗個案的情況而有所不同。[29] 麥登納（McDonagh）有以下一說：[30]

> “常見的命令是‘合理探視’的命令，任由父母雙方之間定出如何探視及何時探視子女的細節。……如果雙方不能就探視安排達成協議，法庭可作出訂明細節的探視命令。”（劃線後加）

2.22 法蘭斯（Francis）及羅倫（Warren）對上述兩詞有詳細的解釋：[31]

> “合理探視是一種安排，在這種安排之下，父母雙方議定並非負責照顧和管束子女的一方可在任何合理並經雙方同意的時間與子女會面。探視的時間表是由雙方議定而非由法庭強加，而各種安排亦可彈性處理。……至於訂明細節的探視，則探視時間（有時也包括探視地點）在法庭命令中有指明——例如，逢星期六由早上 10 時至下午 4 時在母親家中接送子女。”

2.23 法庭間中可能會下令作出*“受監管的探視”*。在此命令之下，沒有管養權的父母其中一方對子女的探視，會由有管養權的另一

---

25 同上，第 276 至 279 頁。

26 廖雅慈博士在第 276 頁指出沒有管養權的父母其中一方也可保留*“在子女無遺囑而去世時繼承其遺產的權利，在另一方去世時作爲子女監護人的權利，委任遺囑監護人的權利，以及反對子女被人領養的權利”*。

27 同上，第 278 頁。

28 見《婚姻法律程序與財產條例》第 2 條。

29 *Wong Chiu Ngar-chi v Wong Hon-wai* [1987] HKLR 179 及 *Re Ryker（infants）*，高等法院雜項案件 1980 年第 1184 宗（1982）。廖雅慈博士所著的前述一書第 276 至 277 頁有引述此兩宗案例。

30 載於 Hewitt（主編）與其他人合著一書，同前，第 160 至 161 頁。

31 Francis & Warren，同前，第 80 至 81 頁。請亦參閱載於該書第 82 至 84 頁的討論。

方、親屬或第三者（例如社會工作主任）監管。[32] 這種命令只在非不得已的情況之下才會作出，例如意識到子女會有被擄拐、虐待或疏於照顧的危險。[33]

2.24　由於探視權是一般的用語，在各有關條例中均未有界定，故此大部分與探視權有關的法律都是見於案例之中。[34]

2.25　重要的是須知道探視權是被視爲子女所享有的權利和特權，而非父母所享有的權利和特權。[35]

獨有管養令

2.26　我們在上文已有指出管養權在香港似乎是被視爲等同於監護權，通常作出的命令都是獨有管養令。在此情況下，沒有管養權的父母其中一方在涉及子女福利的事宜上是全無參與決定的餘地。[36]

2.27　獨有管養令也會帶來日常生活上的實際問題，例如學校通常不會把兒童的成績表送交沒有管養權的父母其中一方。此外，沒有管養權的父母其中一方在探視期間如有需要安排子女緊急就醫，也有可能遇到困難，因爲只享有探視權的另一方能否同意讓子女就醫可能會有爭議。

2.28　廖雅慈博士指出在某些獨有管養令的個案中，子女與沒有管養權的父母其中一方之間的親子關係，可能會因有管養權的另一方的個人環境改變而完全終絕：[37]

> "有管養權的一方與有探視權的一方之間的權利是有爭持的，法庭曾在 *Hunt 訴 Hunt* 一案[38] 中探討這個問題。在該案中，父親獲判管養權而母親則獲判子女的探視權。父親是當軍官的，被派駐埃及時有意帶同子女就任。母親嘗試制止他這樣做，理由是這樣做會令她無法探視子女。法庭對此案的裁定是不得如此制止有管養權的一方。"

32　廖雅慈博士，同前，第 277 頁。

33　Francis & Warren，同前，第 81 頁。

34　Hewitt（主編）與其他人合著一書，同前，第 177 頁。

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

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 頁。

37　廖雅慈博士，同前，第 278 頁。

38　(1884) 28 Ch D 606.

分權令

2.29　另一種管養令便是*“分權令”*。[39] 這種管養令把日常照顧和管束權賦予父母的其中一方，而帶有更廣泛決定權力的管養權則判給另一方。廖雅慈博士認爲這種管養令*“旨在爲不在子女身旁（但卻享有管養權）的一方，保留可以發揮就子女教養問題作出重大決定的作用。”*[40] 不過，廖博士也有指出分權令*“一旦碰上父母不能就子女教養事宜達成協議和互相合作便不能奏效。”*[41]

2.30　在 *Lo Chung Wing Yee 訴 Lo Pong Hing* 一案[42] 中，原有的管養令是一項分權令，但父母雙方離婚後關係轉壞，無法繼續互相合作。母親於是要求法庭作出獨有管養令，理由是她一直在香港照顧和管束孩子，而父親則已再婚並居於加拿大。主審法官指出：

> “除非判給或同意作出分權令明顯是利多於弊，否則法庭通常是不願意這樣做的。父母雙方完全不合作，父親長期不在本司法管轄區，以及不宜在照顧孩子的日常生活方面有不同意見，均加強證明有需要撤銷分權令。把獨有法定管養權判給母親，不會令父親在教養孩子方面無法作出實質貢獻。”[43]

2.31　主審法官又表示在此案中，獨有管養權有利於處理孩子的福利和利益事宜，並可令決定得以迅速作出。[44]

共同管養

2.32　共同管養是指法庭雖然通常把同住照顧和管束權只判給父母的其中一方，但管養權是判給父母雙方的。[45] 廖雅慈博士對共同管養令背後的理據解釋如下：在涉及教養子女的重要事宜之上作決定的權利，不是只判給一方而是判給雙方。*“這種命令象徵了已離婚或分居的父母，在教養子女的工作之上共同發揮作用，不會有一方遭排拒的情況出現。”*[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　英格蘭法院過去似乎一向不願意批予這種命令，所持理由是這種命令只在父母雙方合理可期合作的案件中才適用。[47] *Jussa 訴 Jussa* 一案是此類案件其中一例。在該案中，溫咸（Wrangham）法官表示：[48]

> "在本案中，父親和母親均有足夠條件給予須負責照顧的子女愛和善導，並且按其能力來看，也有可能就雙方所深愛的子女而理智地互相合作……如果你遇上一宗這樣的案件，我覺得實在沒有任何理由足以反對批予共同管養令。"

2.34　這種命令在香港一直是*"幾乎未有所聞"*，直至近年才情況有變，[49] 因爲它曾被視爲代表共享子女的同住管養權，於是代表*"兩個互相爭持的家，對子女造成混亂和壓力。"*[50] 此外，它也曾被視爲代表負責照顧和管束子女的父母其中一方，有責任須就*所有*涉及子女的事宜徵詢另一方的意見。以上各種都是察覺得到的限制，但我們會在本報告書的以後部分看到，其實是有可能以一種令這些限制不再存在的方法來應用共同管養模式的。

法院對管養權和探視權的處理方法——兒童的福利

福利原則

2.35　*"兒童的福利"*這個概念，雖然在法例中未有界定，據稱卻是*"所有關乎兒童的訴訟的核心所在"*。[51] 用於此方面的其他涵義相類用語包括有*"兒童的利益"*和*"兒童的最佳利益"*。[52]

2.36　*"福利原則"*旨在爲法庭在涉及兒童的案件中作決定時提供指引，[53] 作用在於規定法庭須先考慮甚麼才符合兒童的最佳利益，而這個因素是要比甚麼最有利於訴訟所涉及的成年人更爲重要。[54]

47　同上。

48　[1972] 2 All ER 600，第 603 頁。

49　廖雅慈博士，同前，第 279 頁。應予注意者是如本報告書所載的建議獲得採納，類似共同管養令的命令在香港便會更爲普遍。關於此點，請亦參閱廖博士所著一書第 279 至 280 頁。

50　同上，第 280 頁。

51　Hewitt（主編）與其他人合著一書，同前，第 162 頁第 7.17 段。

52　見廖雅慈博士所著一書，同前，第 246 頁。

53　見下文關於《未成年人監護條例》第 3(1)條的部分。福利原則雖然被認爲是一般通用於關乎兒童的法律程序，但不適用於下述各種法律程序：根據《家庭暴力條例》或《領養條例》（第 290 章）作出的強制令、某些法院監護法律程序，以及與《父母與子女條例》（第 429 章）第 12 或 13 條有關或與《保護兒童及少年條例》第 34(1)條有關的法律程序。請參閱廖雅慈博士所著一書，同前，第 247 頁。

54　所以這個概念有時也被稱爲*"首要原則"*：廖雅慈博士，同前，第 246 頁。

2.37　福利原則據稱是一個在演變中的概念，包含了在可能範圍內的最寬鬆涵義。[55] 爲兒童所考慮的問題，不僅限於金錢和舒適生活，還包括了兒童在社交、智能、道德和宗教各方面的福利，而兒童究竟與誰人最爲親厚亦在考慮之列。[56]

2.38　我們將會在下一章看到，《未成年人監護條例》（第 13 章）是規管涉及兒童管養權和教養的法院程序的條例之一。[57]

2.39　該條例第 3 條列明了規管進行該條例所適用的法院程序的原則。第 3(1)條述明——

> "有關未成年人的管養或教養問題，以及有關屬於未成年人或代未成年人託管的財產的管理問題，或從該等財產所獲收益的運用問題——
>
> (a) 在任何法院進行的法律程序中……——
>
> (i) 法院須以未成年人的福利爲首要考慮事項，而考慮此事項時須對下列各項因素給予適當考慮——
>
> (A) 未成年人的意願（如在顧及未成年人的年齡及理解力，以及有關個案的情況後，考慮其意願乃屬切實可行者）；及
>
> (B) 任何關鍵性資料，包括聆訊進行時社會福利署署長備呈法院的任何報告……。"

2.40　這項條文清楚示明法院在就管養權問題及其他與兒童的教養有關的事宜作裁定時，須以兒童的福利爲首要考慮事項。

2.41　遺憾的是該條例未有爲 *"福利"* 一詞提供法例訂明的定義，亦未有列出詳盡的清單，指明法院在決定甚麼構成兒童的福利或

55　同上，第 247 至 248 頁。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）。

最佳利益時應顧及的因素或考慮事宜，但這並不代表案件是憑空而作判決的。[58]

決定兒童的福利的因素

2.42　據適用案件所示，法院在作決定時會顧及某些重要因素，[59] 它們包括了：

- 兒童的意願和權利（須按其年齡及理解力高低而考慮）；
- 兒童在身體、感情和教育方面的需要；
- 讓照顧兒童的安排維持不變的可取之處，以及情況有變對兒童所可能造成的影響；
- 兒童的年齡、性別、背景及個人特徵；
- 兒童所曾經受到或可能受到的傷害；及
- 兒童的父親、母親或有關的第三者照顧兒童並滿足其需要的能力。[60]

2.43　下文會對這些因素逐一加以探討。

兒童的意願

2.44　這範疇明顯是極之難以處理，而且也很敏感。法例規定法院須考慮兒童的意願，但未有訂明查明這些意願的方法。據較古舊的案例所示，法官傾向於在內庭親自會見兒童，以查明其意願。[61] 不過，大家現時已意識到這種與兒童見面的酌情決定權，*"絕非理所當然，也不是例行公事，是應該小心行使的"*。[62] 某位法官曾有以下的評語：

58　廖雅慈博士，同前，第 251 頁。

59　同上，第 249 至 264 頁。請亦參閱 Hewitt（主編）與其他人合著一書，同前，第 210 至 214 頁。

60　這些因素已被收納於英格蘭的《1989 年兒童法令》第 1(3)條所載的法定表格之中。該法令稍後在第 5 章會有詳細的討論。

61　見廖雅慈博士就此點而在其前述一書第 251 頁所引述的案例，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* ，上訴法庭民事上訴案件 1985 年第 116 宗（1985）。

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

> "困難〔在於〕既要與兒童見面以查明其意願，[63] 亦同時要把兒童所提及的任何重要事情告知其父母，而這兩者之間本來就有矛盾。兒童……所身處的是一個左右爲難的困局，這個困局只會加深兒童所已受到的情緒困擾，因爲如果表示喜歡跟父母其中一方生活，那就無可避免要背棄另一方。"[64]

2.45 無論如何，法院對兒童所表達的意願會有多重視，仍要視乎兒童的年齡和理解力而定。

> "一名 6 歲孩童的意願往往會是瞬間即變，天天不同，故此不應重視其選擇，又或者可以完全不理會其選擇。相反地，一名 15 歲男孩的意願，除非是明顯不符合其長遠福利，否則是不能輕蔑地置之不理的。"[65]

2.46 儘管法官無須接受兒童心理學或離婚心路歷程方面的培訓，但在這些事宜之上，法官可借助於社會福利署署長、兒童心理學家或訴訟雙方所用其他專家的報告。爲案件而擬備的社會福利報告，通常會載有關於兒童所表達的意願的意見，以供法院考慮。

身體、感情和教育方面的需要

2.47 兒童的需要會按其個別年齡及性別而有所不同。廖雅慈博士的看法是 *"對於幼兒來說，身體和感情方面的需要最爲重要，但對於小童來說，重要的卻是紀律和教育。"*[66]

2.48 在 *Re Huthart（幼年人）*一案[67] 中，一名 11 歲女童的父親獲判女兒的照顧和管束權，因爲與女童的母親相比，他看來更爲明智，能明白女兒有需要善加管教。至於 *May 訴 May* 一案，[68] 則強調了教育的重要性。在該案中，兩名年齡分別爲 6 歲及 8 歲的男童的父親獲判兒子的照顧和管束權，理由之一是 *"與男童的母親及其同住情人相*

---

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).

比，男童的父親較爲注重透過學業成就和家庭紀律來塑造兒子的性格。"[69]

維持現狀

2.49 廖雅慈博士指出維持現狀或保持*"事物的現況"*已成爲福利方面的重要考慮事項，[70] 而這也包括了維持現有關係、感情連繫和外在環境。在以往來說，情況並非必定如此，因爲*"法官會認爲與主要照顧者分開爲兒童所帶來的傷痛只是一時之痛。"*[71] 不過現時大家均意識到：

> "打破現狀和令兒童與其心理上的父母分開，可能會對兒童的身心健康造成嚴重損害。"[72]

2.50 這實際上是指如果夫妻離異，負責繼續照顧子女的一方會較另一方有利，因爲*"法庭很可能會維持現有安排不變而不會命令把管養權轉移。"*[73] 這項維持現狀的原則，自然是*"提供了強而有力的論據，令到已與子女失去聯繫的一方處於不利地位。"*[74]

2.51 *Re Lee Cheuh-wah（幼年人）*一案[75] 便是應用這項原則的實例。在此案中，雖然男童的父親曾在數年之前把男童擄拐，但當男童被發現是與祖父母一同生活時，法庭卻不願打破現狀，理由是男童看來已經安居下來並且生活愉快。

2.52 如果兒童與父母雙方均親厚，並且熟悉兩者各自的家，那麼維持現狀的重要性便自然大大減低。大家都承認在這類案件中，*"改變管養權所造成的破壞力會大爲減低。"*[76]

---

69 L Pegg, *Family Law in Hong Kong*（出版社：Butterworths，1994 年第 3 版），第 253 頁。請亦參閱廖雅慈博士所著的前述一書第 254 頁及 Hewitt(主編)與其他人合著的前述一書第 212 至 213 頁。

70 廖雅慈博士，同前，第 254 頁。

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 頁，所提及的是 *Beyond the Best Interests of Child* 一書所載的研究資料。該書由 Goldstein、A Freud 及 A J Solrict 合著，出版社是 Burnett Books（1979 年倫敦）。

73 廖雅慈博士，同上。

74 同上。

75 高等法院雜項案件 1983 年第 2678 宗（1984）。

76 *Liu Lau Oi-yuk v Liu Chian-hsiong* ，上訴法庭民事上訴案件 1997 年第 126 宗（1997），見暫委法官辛達誠之言。

兒童的年齡、性別、背景和特徵

2.53　廖雅慈博士認爲兒童的年齡事有相關，因爲年齡是與需要有關，而兒童的需要又可能會顯示出父母哪一方最能滿足該等需要。廖博士指出司法文獻中可以找到法官作出的陳述，表明*"如果所有情況相同，年紀幼小的兒童是應該與母親一同生活的。"*[77]

2.54　正如其他*"福利"*考慮因素一樣，年齡這個問題是不能抽離案件來作考慮，而是必須連同案件的其他情節來看。在香港來說，父母雙方全職工作而兒童主要交由親屬或傭人照顧是普遍現象，類似這般的考慮因素，是有可能影響這項*"法官基於一般經驗而作出的陳述"*如何應用。[78]

2.55　與這個*"年紀幼小論說"*相關的原則便是：

> "如果可能的話，年幼的兄弟姊妹應該在同一家庭之中生活成長，以便大家能在感情上互相支持。法官若判定不讓年幼的兒童共同生活，便應爲自己的判決作出一些解釋。"[79]

兒童所曾經受到或可能受到的傷害

2.56　如屬以下情況，這項因素便會適用：

> "兒童的父母其中一方曾疏於照顧、性侵犯或虐待兒童，而法庭有必要衡量兒童與該一方維持關係的重要性和此關係所會帶來的傷害風險，並在兩者之間取得平衡。"[80]

2.57　基於此故，做父母的如果曾性侵犯子女便可能不會獲法庭判給探視權，但情況也不一定全是如此。[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）（虐兒：探視權）一案[82] 與 *L 訴 L（虐兒：探視權）一案*[83] 作一比較。在前述一案中，法庭裁定兒童父親獲判探視權對兒童的好處，與兒童可能面對的繼續受父親性侵犯風險相比，根本完全不值一提。在後述一案中，雖然做父親的曾性侵犯自己的三歲女兒，但由於父女之間有緊密連繫，法庭仍把探視權判給父親，不過這安排日後須再作檢討。

兒童的父母每一方或第三者滿足兒童需要的能力

2.58 在管養權的爭議中，父母其中一方如果已與子女在感情上建立鞏固的連繫，了解子女的需要，並且能滿足這些需要，便會贏得法庭的支持。[84]

2.59 如果爭議是發生於父母其中一方與第三者（例如祖父母、外祖父母或寄養父母）之間，血緣的重要程度有多大並不明確。[85] 但在一宗兒童的照顧和管束權是判給寄養父母而非判給父母的案例中，法庭的說法卻是：

> "親生父母是極有理據爭取法庭考慮其意願的；最基本和主要的一點，當然是因爲通常來說，幼年人的首要福利考慮事項其中之一是幼年人應與親生父母共同生活，但也因爲親生父母通常都是負責教養自己所生子女的適當人選，所以他們是極有理據爭取法庭考慮其意願的。"[86]

首要考慮事項

2.60 法院在決定甚麼構成兒童的福利或最佳利益時會將所有上述因素列入考慮之列。

2.61 本章前面已有指出，法院在審理任何根據《未成年人監護條例》（第 13 章）進行的法律程序中，須以兒童的福利爲 *"首要考慮*

---

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。

事項”。麥廸蒙大法官（Lord MacDermott）在 *J 訴 C* 一案[87] 中對此詞的解釋如下：

> “按一般含義來理解這幾個字……在我來看，這用語肯定不單是指在眾多跟問題有關的事項中，兒童的福利須視爲排列最高。我認爲這用語還意味着一個考慮過程，那就是在考慮及衡量過一切有關的事實、人際關係、父母的要求和意願、風險、選擇和其他情況後，作出最有利於兒童的福利的安排……這是首先考慮事項，因爲這有基本重要性，而這也是最重要考慮事項，因爲足以支配或決定日後所作的安排。”

司法酌情權

2.62　關於構成福利的各種因素，廖雅慈博士指出在評核這些因素之時，*“並無計算點數方法或計量公式可用”*。*“法院所處理的是人的生活，而人的生活是不能以任何硬性規定去規範的”*。[88]

2.63　由於每宗案件均按其獨有情節處理，所以司法判例對這方面的裁決的影響甚微，而法院在決定甚麼才符合兒童的最佳利益之上有很大的酌情決定權。莫健（Mnookin）對法官審理這些案件時所面對的艱巨工作有詳盡的說明：[89]

> “究竟應從長遠角度抑或短暫角度來看〔最佳利益〕呢？一些令某人在 7 至 10 歲期間愉快的情況，可能在該人 30 歲之時有不良後果。法官應否問自己甚麼裁定會令兒童明年最爲愉快？30 歲時最爲愉快？70 歲時最爲愉快？法官在作裁定時應否想像兒童長大成人後回顧今日之時所希望作出的裁定會是甚麼？……法官如何拿某個年齡的‘愉快’來跟另一個年齡的‘愉快’來作比較〔？〕
>
> 決定甚麼才是對兒童最好，好比探究生命本身的目的和價值何在，都是終極的問題。法官應否主要關注兒童是否愉快？抑或主要關注兒童所受的靈性及宗教培育？

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。

> 法官應否關注兒童長大成人之時的經濟‘生產力’？人生的主要價值是在於溫情、人際關係抑或在於紀律和自我犧牲？兒童有安定環境和安全感，是否比兒童得到智能方面的刺激更爲可取？
>
> 這些問題可以沒完沒了地問下去，但法官又往哪兒尋找一套能告訴他如何抉擇才是對兒童最好的價值觀呢？管養權法規本身通常都沒有爲所適用的價值觀訂明內容或比重。如果法官求諸社會大眾，他會發現人們對養育子女的最佳策略根本並無清楚共識，而各種基本價值觀之間也沒有適當的高下排列。”

2.64 兵咸（Bainham）則進一步指出福利原則本身的主觀性質。他力言究竟甚麼才符合或不符合兒童的最佳利益，其實是視乎這個問題由何人提出。他認爲關鍵問題不在於福利這個概念本身，而是在於作決定者的選擇：[90]

> “故此有人主張離婚後最能保障兒童的心理健康的方法，便是作出‘獨有’的管養安排，以爲兒童提供心理上有父親或母親所帶來的安全感。然而，同樣也有人持看來是完全相反的立場。他們認爲如果兒童能與離異的雙親均保持聯繫並盡量多加聯繫，兒童便會活得最好。在決定兒童的最佳利益之時，我們多少會受到個人價值判斷的干擾，這大抵是無可避免之事。”

2.65 基於這些原因，曾有論者把兒童的福利分別描述爲一個本來就是出於主觀，*“以模糊不清而著稱”*[91] 且仍在演變之中[92] 的概念。

香港的離婚程序

2.66 我們至此已在本章探討過管養權和探視權法律所建基的概念和原則，接着便會討論在香港辦理離婚的程序。[93]

---

[90] Bainham，同前，第 43 頁。見廖雅慈博士所著一書，同前，第 249 頁。

[91] 廖雅慈博士，同上。

[92] 廖雅慈博士，同前，第 248 頁。

[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。

有關的法例

2.67　規管離婚的法例大部分均載於《婚姻訴訟條例》（第 179 章）。[94] 該條例第 3 條指明香港法院在甚麼情況之下會具有審理某宗離婚案件的司法管轄權。第 11 條訂明離婚的唯一理由是*“婚姻已破裂至無可挽救”*，並提及兩種辦理離婚的不同程序，即提出呈請或共同申請。第 11A 條列出一系列可在呈請程序之下確立離婚理由的*“事實”*，而第 11B 條則列出確立共同申請離婚所需理由的事實。

2.68　須注意的是此範疇的法律於 1995 年曾作大幅度修訂，[95] 以落實法改會於 1992 年發表的《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》[96] 中所載的大部分建議。法改會特別在該研究報告書中建議：

- 大幅度縮短婚姻雙方在申請離婚前所須等待的時間；[97]
- 廢除遺棄此一事實（是項建議未有納入修訂的法例）；及
- 引進另一種稱爲“共同申請”的申請離婚程序。

2.69　下文所討論的便是這方面的現有法律條文。

確立離婚的適用‘理由’

法院的司法管轄權

2.70　根據《婚姻訴訟條例》（第 179 章）第 3 條，婚姻雙方如符合以下任何一項條件便有資格在香港申請離婚：

- 在離婚呈請或申請提出當日，任何一方以香港爲居籍；
- 在緊接呈請或申請提出當日之前，任何一方慣常居於香港已有三年；或
- 在呈請或申請提出當日，任何一方與香港有密切聯繫。

94　有關的規則和表格亦見於《婚姻訴訟規則》。此外，《分居令及贍養令條例》（第 16 章）也適用於中國舊式婚姻及夫妾關係：本報告書稍後會有討論，見後面第 3 及 13 章。

95　經由《1995 年婚姻訴訟（修訂）條例》（1995 年第 29 號）修訂。該條例是由 1996 年開始實施（見 1996 年第 277 號法律公告）。

96　香港法律改革委員會（論題二十九），1992 年 11 月。

97　答辯人如同意離婚，分居期由兩年減至一年，如不同意，則分居期由五年減至兩年。此外，我們也有建議把防止新婚夫婦申請離婚的三年時間阻限縮減爲一年。

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，須爲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爲：[98]

- '通姦'[99]
- '不合理行爲'[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 "不合理行爲"一詞是這項事實的簡稱，並且已爲人所接受，但這行爲本身不一定是不合理。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*"答辯人的行爲令期望〔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。

透過共同申請而離婚

2.73　法改會在爲 1992 年發表的研究報告書擬訂各項建議[104] 之時，已知悉海外正逐漸趨向於採用中立並且不抗爭的離婚制度。[105] 雖然法改會的結論是香港當時所採用的過失與無過失相混合的離婚制大致上應予以保留，但法改會也有進一步建議引入另一種以非呈請爲本並透過共同申請進行的新離婚程序。這種新離婚程序將會是經雙方同意而共同進行，與之前存在的透過呈請而進行的離婚程序有所不同。[106]

2.74　我們在上文已看到這種透過申請而進行的離婚程序，現已經由《婚姻訴訟條例》（第 179 章）第 11B 條訂明。廖雅慈博士對有關條文的效用解釋如下：

> "法院……仍須信納婚姻已破裂至無可挽救。〔在共同申請的程序中，〕證明婚姻已破裂至無可挽救所需的證據，可透過下述方式確立：(a) 婚姻雙方已分開居住連續一年，或(b) 在申請提出之前一年，向法院呈遞一份以訂明表格填寫並經雙方簽署的通知書，而該份通知書後來未有撤回。"[107]

2.75　透過發出通知書而在雙方同意下辦理離婚，是此程序之下的第二種可供選擇做法。重要的一點是這種做法沒有規定雙方必須分開居住。法改會在建議採用此另一做法之時，已考慮到香港的住屋困難情況。[108]

離婚程序步驟

2.76　在討論過可在香港提出離婚訴訟的各種不同情況後，我們會繼續探討所涉及的各種不同步驟。

提交呈請書或申請書

2.77　離婚程序的第一步是由作爲申請人的配偶一方向家事法庭登記處提交離婚呈請書，或由配偶雙方提交離婚共同申請書。[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　呈請書會送達作爲答辯人的配偶一方，而答辯人可對呈請書作答。在某些案件中可能會有緊急申請提出，要求作出臨時命令，例如臨時管養令、探視令或贍養令。一俟狀書提交期結束，呈請人即可提交通知書要求編定日期進行暫准判令聆訊，[110] 而有關事宜至此便會列入法院案表之內。

特別程序

2.79　對於以呈請或申請方式辦理的離婚來說，如果離婚一事本身是無抗辯的，*"特別程序"*或*"以行政程序辦理的離婚"*便會適用。[111]

> "這表示司法常務官會研究呈請人所提交的證據。司法常務官如信納呈請人已就呈請書的內容提供足夠證明，便會編定日期由法官在公開法庭宣告判令，但任何一方均無須在該日出庭。"[112]

暫准判令

2.80　於進行暫准判令聆訊之時，法官可批准就管養、探視及其他事宜所達成的協議並作出最終命令。不過，即使雙方當事人已達成協議，法官仍有責任積極考慮婚姻所育子女的福利，並必須在批予絕對判令之前宣布對爲彼等所建議作出的安排感到滿意。[113]

2.81　如雙方當事人之間仍有事項有所爭議，暫准判令聆訊進行之時，呈請人便會被傳召到庭，以在公開法庭之上核實呈請書和關於子女安排的陳述書的內容。答辯人可選擇是否出庭，如果出庭的話，法官便會確定答辯人是否同意所建議作出的安排、管養令和探視令或是否擬就法律程序提出抗辯。如雙方當事人未有就管養權或探視權達成協議，案件會押後至*"傳召出席"*的日期。

110　這是指離婚臨時判令，而離婚最終判令是稱爲絕對判令的。

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爲此一事實作爲理由，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。

傳召出席

2.82　傳召出席旨在就有爭議的管養權案件的證據提交向法庭取得指示。法庭會就案件準備就緒受審之前所應採取的步驟發出指示，例如是否需要擬備社會工作主任報告或兒童心理學家的專家報告。[114]

2.83　社會工作主任報告是由隸屬於社會福利署的保護家庭及兒童服務課[115] 的人員之一擬備，可能需時多週或多月才能完成。[116] 社會工作主任會與有關家庭會面，並會在父母分別在場的情況下與兒童見面，然後根據觀察所得和所作評估擬備報告。在等待報告完成期間，現況會維持不變。[117]

下一次傳召出席

2.84　在此聆訊進行之時，所索取的報告可供法官和雙方當事人取用。如有關事宜在社會工作主任提交報告後得到和解，法庭可在雙方同意之下作出命令。

2.85　如有關事宜仍未和解，法庭會就應提交甚麼誓章或非宗教式誓詞作出指示，也會就是否需要有關的社會工作主任或心理學家出庭接受盤問作出指示。在誓章提交後，法院登記處便會就有爭議的聆訊，編定一個雙方當事人均感方便的聆訊日期。

有爭議的聆訊

2.86　有爭議的聆訊通常都是由法官在內庭審理。法庭會審視有關證據，特別是社會工作主任報告所載建議，以決定應作出甚麼管養令和探視令。[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。

絕對判令

2.87　　要求作出絕對判令的申請，可在暫准判令批出後六星期提出，而絕對判令則大約在此之後兩個月發出。[119]

關乎兒童的命令的事後更改

2.88　　由於法院有司法管轄權確保兒童的福利在涉及兒童的法律程序中是首要考慮事項，因此即使管養令或探視令是經雙方當事人同意而作出，也可以申請將之更改。申請更改的理由可包括例如兒童的父母其中一方再婚而令生活安排有變，又或者兒童年紀漸長而需要作出較爲靈活的安排。

離婚程序的近期發展

2.89　　從以上討論所見，香港於 1990 年代中期已就構成離婚理由的各項事實進行重要改革，而較近期來說，也有各種不同的建議提出，以求進一步簡化香港的離婚法律程序，並淡化其對抗性質。這些近期發展包括有更廣泛地推廣調解服務和實施附屬濟助程序改革試驗計劃，稍後會在第 4 章中加以討論。

---

[119] 法庭除非已根據《婚姻法律程序與財產條例》第 18(1)條，聲明信納爲家庭子女作出的安排令人滿意，否則不得將離婚判令轉爲絕對判令：見前面第 2.80 段。

第 3 章　香港現有法律和施行實況——有關法例

引言

3.1　我們在本報告書的前面部分已概略指出，兒童有權在家事法律程序中令自己的最佳利益得到保障，而這些權利理論上是在法制層面[1] 和本地法規[2] 之中均獲保證的，但在施行方面，情況卻可能並非如此明確。

3.2　我們在上一章中已指出，這方面的一些重要概念在法律上是透過 *"一堆見於多條法規和多宗案例的用語來表達，令人感到混淆不清。"*[3] 除此之外，香港在子女管養權方面的法例，是收載於多條條例之中，包括了《未成年人監護條例》（第 13 章）、《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）、《婚姻訴訟條例》（第 179 章）、《分居令及贍養令條例》（第 16 章）及其他條例。[4] 廖雅慈博士有以下的意見：

> "由於在不同的條例之下所涉及的司法管轄權各有不同，而且有重疊之處，規管家庭破碎時重新分配父母權利及權能（或責任）的法律是混亂不清的。[5] ……法院如何處理管養權問題是視乎案中所引用的是甚麼條例。"[6]

3.3　因此之故，法律出現非故意造成的漏洞的機會相當大，而各個法庭在處理涉及子女管養權的案件之時，也有頗大的餘地可採取不一致的做法。本章的重點是檢討影響香港的子女管養權和探視權的各

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爲首要考慮事項此一原則，應爲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，某位法官認爲這種情況已令局面淪爲 *"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。

項不同法律條文，並概略指出這些條文在施行時已被發現的多項缺失。

《未成年人監護條例》（第 13 章）

3.4 我們在上一章已看到，《未成年人監護條例》（第 13 章）是規管涉及兒童管養和教養問題的法院程序的條例之一。此條例聲明福利原則是適用於所有涉及兒童管養問題的法律程序。[7] 條例規管父親對非婚生子女的管養權利，[8] 處理爲兒童提供贍養的事宜，並規管屬於子女或代子女託管的財產的管理事宜。[9] 條例也對監護人的委任、罷免及權力作出規管。[10]

就管養及探視提出申請

3.5 《未成年人監護條例》第 10(1)條述明：

> "未成年人的父母其中一方或社會福利署署長如提出申請……法院在顧及未成年人的福利及父母雙方的行爲和意願後，可就下述事宜發出其認爲適當的命令——
>
> (a) 未成年人的管養；及
>
> (b) 父母其中一方探視未成年人的權利。"

3.6 此項條文限定只有兒童的父母及社會福利署署長方可向法院申請管養令和探視令。其他親屬，例如祖父母、外祖父母、叔伯舅父、姨母姑母或寄養父母，本身並無資格申請管養令，但如果能說服社會福利署署長代他們提出申請，便可能會獲判兒童的管養權。[11]

3.7 管養令只可就 *"未成年人"* 作出，其效力不得超越兒童年滿 18 歲之時，[12] 而探視令則只可批予兒童的父母其中一方。

---

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 條中被界定爲未滿 18 歲的人。爲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 管養令或探視令可由法院另行發出的一項命令解除、更改、在暫時撤銷後予以恢復或暫時撤銷。這類在管養令或探視令作出後才提出的申請，可由兒童的父母其中一方或監護人提出，或由對兒童擁有法定管養權的任何其他人提出。[13]

3.9 條例第 17 條訂明，法院在考慮根據條例第 10 條提出的申請時，法院可下令社會福利署署長安排該署人員就法院認爲是與案件有關的任何事項向法院提交報告。[14] 這份報告有時稱爲 *"福利報告"*，[15] 通常是關於對有關兒童的個別情況的調查，內容包括了就甚麼未來安排才符合該名兒童的最佳利益而作出的建議。[16]

照顧令

3.10 根據條例第 13(1)(b)條，如有特殊情況令兒童交由父母或任何其他人士管養並不切實可行或不適宜，法院可把兒童交由社會福利署署長照顧。在未下令把兒童交由社會福利署署長照顧之前，法院必須聽取署長的申述。[17] 在作出照顧令時，法院亦可下令父母其中一方向署長支付贍養兒童的費用。[18] 照顧令如同管養令一樣，效力可持續至兒童年滿 18 歲爲止。

3.11 我們注意到第 13(1)(b)條或其他相關的條款，未有訂定條文讓父母可提出申請，以探視屬於照顧令標的之子女。[19]

監管令

3.12 如某人根據條例第 10(1)條獲判管養權，但法院覺得由於情況特殊，兒童適宜由一名獨立人士監管，則法院可下令將兒童交由社會福利署署長監管。[20] 雖然監管令的範圍未有在條例中予以界定，但監管人員的職責似乎是包括輔導和協助受監管人，並與其建立友誼。[21]

3.13 監管令可應父母其中一方或監護人的申請，或應根據第 10 條獲判兒童的管養權的任何人士的申請，或應取得監管令的社會福利

---

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。

署署長的申請，予以更改、解除、暫時撤銷或予以恢復。[22] 監管令如同管養令和照顧令一樣，效力只可延續至兒童年滿 18 歲之時。

監護權

3.14 《未成年人監護條例》（第 13 章）第 III 部處理監護人的委任、罷免及權力事宜。

3.15 簡單地說，條例規定尚存的父母其中一方須單獨充任兒童的監護人，或聯同已去世的一方所委任的監護人，充任兒童的監護人，[23] 而第二種方式通常是藉訂立遺囑來實行。[24] 如尚存的一方對遺囑監護人出任該職不表反對，尚存的一方會聯同遺囑監護人充任共同監護人。[25] 如已去世的一方未有委任遺囑監護人，或獲委任爲遺囑監護人的人拒絕充任監護人或已去世，法院可委任一名監護人與尚存的一方共同充任監護人。[26]

3.16 我們在早前所發表的《兒童監護權報告書》[27] 中，曾就此範疇法律的各種缺失加以討論，並提出了多項改革建議。[28] 我們會在下一章對這些改革建議略加討論，而條例所訂的監護權條文之中，有兩個特別涉及父母的權利及權能的環節，可能需作改革，我們會在下文扼要述明其要點。這兩個環節是關於罷免由尚存的父母充任的監護人和未婚父親作爲尚存的父母所享有的權利。

罷免由尚存的父母充任的監護人

3.17 如尚存的父母對遺囑監護人的委任提出反對，又或遺囑監護人認爲尚存的父母不適宜管養子女，遺囑監護人可根據第 6(3)條向法院提出申請，要求法院就有關事宜作出裁定。法院在回應該項申請時，可拒絕作出命令（在此情況下，尚存的父母依舊是唯一監護人——他對遺囑監護人的‘否決’仍然有效）；法院也可下令遺囑監護人須與尚存的父母共同充任監護人，或根據第 6(3)(b)(ii)條，下令遺囑監護人須爲有關的未成年人的唯一監護人，而此條似乎是意味尚存的父母的監護權利可因應該項申請而全部被撤銷。

---

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 條所理處者是遺囑監護人獲委任爲唯一監護人而尚存的父母則無監護權的情況。根據此條，法院大抵可下令把管養權判給遺囑監護人，而對有關兒童的探視權則判給尚存的父母。福利原則在這些命令作出之時是適用的。法院亦可下令尚存的父母爲子女定期支付一筆款項或一次過支付一筆款項。

未婚父親作爲尚存的父母

3.19　未成年人如無父母或監護人，亦無對其擁有父母權利的人，法院可根據條例第 7 條委任一名第三者爲其監護人。*"父母"*在第 2 條中是被界定爲指父親或母親，但兒童的生父或未婚父親，除非已憑藉法院根據條例第 10 條作出的命令而擁有管養兒童的權利，或依據法院根據條例第 3(1)(d)條作出的命令而享有與兒童有關的權利或權能，否則不得視爲兒童的父親。[29]

3.20　隨之而生的問題便是：兒童的生父如果在兒童的母親去世前已根據第 3(1)(d)條獲判授予父母權利的命令，他是否會爲條例的施行而成爲 *"尚存的父母"*。贊成把生父當作尚存的父母的論據之一是第 21 條有以下的規定：

> "非婚生未成年人的生父如根據第 6(1)條委任監護人，該項委任乃屬無效，但如委任人在緊接其去世前根據(a)段〔通過根據第 10(1)條作出的命令而作出的管養令〕擁有管養該未成年人的權利，或根據(b)段〔根據第 3(1)(d)條作出的命令〕享有與該未成年人有關的任何權利或權能，則屬例外。"

3.21　兒童的生父如果是 *"尚存的父母"*，便會根據第 5 條單獨或聯同任何遺囑監護人或法院所委任的監護人成爲兒童的監護人。假若兩名監護人之間發生爭執，法院可根據條例第 9 條發出其認爲適當的指示。

對《未成年人監護條例》（第 13 章）的批評

並無條文可讓第三者申請管養或探視

3.22　就管養申請及探視申請而言，第 10(1)條看來是限制過嚴，因爲它不容許例如祖父母、外祖父母、親屬或寄養父母之類的人士申

---

[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 *"假若該未成年人爲婚生時法律所賦予他作爲父親"* 的權利及權能。

請管養令或探視令。如果容許有關人士向區域法院申請判給管養權或探視權，事情會較爲簡單。我們認爲第 10 條可作修訂，規定任何人均可向法院提出申請，或規定只有一些符合某些準則的限定人士才可提出申請，而其他不符合準則的人士，則須先向法院取得許可才能提出申請。[30]

社會福利署署長的立場

3.23 社會福利署署長可申請管養令及探視令，但對於他能否以個人身分獲判管養令此點，第 10 條卻未有清楚表明。[31] 條例第 15(2)條則有所不同，訂明：

> "第 10(3)[32]、(4)、19[33] 及 20 條[34]，均適用於根據第 13(1)(b)條發出的命令，[35] 或適用於根據第 13(2)條發出規定有關人士向社會福利署署長付款的命令，猶如根據第 13(1)(b)條所發出的命令，與根據第 10 條所發出將未成年人交由父母以外的人管養的命令一樣（亦猶如社會福利署署長根據該項命令已合法地獲得該項管養權一樣），而任何規定向署長付款的命令，亦猶如根據第 10(2)條所發出規定向獲得該項管養權的人付款的命令一樣。"

3.24 故此第 15(2)條看來是支持社會福利署署長可獲判兒童的管養權的詮釋，但較可取的用語似乎是*"照顧令"*，而第 13(1)(b)條正是採用此詞。

罷免由尚存的父母所充任的監護人需作澄清

3.25 關於條例中涉及監護權的環節，我們在前面已有提過，法改會所發表的《兒童監護權報告書》[36] 曾扼要指出此範疇法律的各種缺

---

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，並提出多了多項改革建議；[37] 而以本報告書來說，關於兒童監護權的法律，我們也認定了兩個值得關注的其他環節。

3.26　我們在上文已可看到，如果尚存的父母與遺囑監護人之間發生爭執，遺囑監護人可根據條例第 6(3)條提出申請，要求法院就爭端作出裁定。這項申請的結果之一有可能是法院根據第 6(3)(b)(ii)條委任遺囑監護人爲有關的未成年人的唯一監護人。由於此命令對尚存的父母來說有重大的影響，我們認爲如果法例的原意是尚存的父母的監護權利可因應根據第 6(3)條提出的申請而全被撤銷，那麼法例便可能需要作出澄清。第 11 條所處理者是遺囑監護人獲委任爲唯一監護人而尚存的父母並無監護權的情況。同樣地，在第 11 條之下，尚存的父母似乎只能保留對子女所可能享有的探視權利，而其作爲監護人的權利──在任何影響教養子女的重大事宜之上得獲諮詢意見──卻被撤銷。

3.27　在離婚法律程序中，沒有管養權的父母其中一方的情況反而不同，一般都能保留作爲監護人的權利，如果此等權利被有管養權的另一方所否定，也可向法院申請強制執行該等權利。在涉及管養權的條文之下，唯一監護人非屬父母其中一方，卻可有效地把尚存的另一方所享有的監護權利摒除，讓對方只保留探視權利，似乎有欠公平。[38]

需要增訂條文指明未婚父親可以作爲尚存的父母

3.28　如在條例中加入一項條文，表明一旦未婚父親根據法院命令獲賦予父母權利，法院即可把他視作條例所指的尚存的父母，並因此而把他視作監護人，則亦會有助澄清問題。不過，這應交由法院酌情決定，因爲條例第 3(1)(d)條訂明，法院可授予未婚父親某些有限的權利。法院故此也有酌情決定權判令未婚父親可根據第 10 條享有探視權利，或在某些對兒童有影響的限定事宜（例如移民）之上，有權得護諮詢意見，但未婚父親仍不得被當作爲監護人或 *"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，認爲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爲失當問題、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，情況是與法院爲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託婚姻的任何一方或任何其他人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，包括關於需爲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 歲爲止，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 *"即使該子女的父親或母親或另一人提出申請，該子女仍須繼續由社會福利署署長照顧。"*

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，理由大抵是認爲《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爲提出申請。

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，監管人員的職責卻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] 條例卻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，因爲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，有人也可能會以爲父母是可以根據《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，我們認爲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，因爲根據條例，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，以致把子女交託父母其中一方或任何其他人 *"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 章）所訂的兒童交由他人照顧現時所需理由相比，標準已是較

---

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。

低，[53] 因爲該條例的第 34(2)條，是有列明移走兒童所需的各種明確及嚴格理由，包括受到襲擊或性侵犯在內。

把子女交由他人照顧所需理由應與《保護兒童及少年條例》所訂者相同

3.36　我們又認爲在父母雙方之間有私法上的爭執時，把子女交由社會福利署署長看管所需的理由，[54] 應與《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34(2)條所指明的各種嚴格而明確的理由相同。

並無條文規定須考慮子女的意見

3.37　我們發覺條例並無條文規定須確定子女的意願，亦無條文規定在出現子女交由他人照顧這個問題時須考慮子女的意願。

《婚姻訴訟規則》（第 179 章）

3.38　我們在之前的討論已可看到，《婚姻訴訟條例》本身並無條文賦予向法院申請子女管養權的權利，但《婚姻訴訟規則》卻載有有關的條文。[55]

由第三者提出申請

3.39　《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 92(1)條訂明，凡申請作出與子女的管養或教育有關的命令，或根據《婚姻訴訟條例》（第 179 章）第 48 條申請作出監管子女的命令，須向法官提出。根據第 92(2)條，如婚姻雙方已議定條款，司法常務官可處理要求作出與子女的管養或教育有關的命令的申請。如另一方同意准許探視，而 *"唯一須裁定的問題是准許探視的程度"*，[56] 司法常務官亦可處理要求作出探視令的申請。在每一宗案件之中，司法常務官均可選擇作出命令或把申請轉介法官。

3.40　第 92(3)條列明誰人可在無須向法院取得申請許可的情況下，向法院申請作出與子女的管養、教育或監管有關的命令，[57] 名單

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。

57　該條述明他們可 *"以傳票方式"* 提出申請。

包括了任何家庭子女的監護人，以及任何依據法院命令或透過根據《婚姻訴訟條例》第 48 條作出的命令（適用於子女是受監管的情況）而管養或管束子女的其他人。不過，該條亦有述明是項規定並不損害任何其他有權就子女申請作出命令的人的權利。

3.41　第 92(4)條訂明，如出現關於照顧及管束或探視子女的爭議，法官可拒絕接納任何誓章（經宣誓的書面陳述），但如作出誓章的人能夠口頭作供，則不在此限。該條的用語似乎僅涉及照顧及管束或探視子女，並未有提及管養。

3.42　第 92(5)條載有一項不尋常的條文，訂明如果有關於通姦*"或與某被指名者有不正當交往"*的指稱，作出指稱的人須提交和送達關於該項指稱的通知書。這樣做是容許該項指稱所針對的人介入法律程序。（除非是指稱某種不恰當的行爲是在子女面前作出，否則很難看到這些指稱與子女的管養、照顧及監管有何關連。）

3.43　根據第 92(7)條，法院具有一般的權力，就狀書的提交和送達以及案件的進一步處理發出指示。[58]

社會福利署署長的權力

3.44　《婚姻訴訟規則》第 93 條訂明，凡社會福利署署長根據《婚姻訴訟條例》第 48 條申請更改或解除根據該條作出的命令，或就其根據該命令所具有的權力的行使申請指示，如事態緊急*"或該項申請相當可能不會遭受反對"*，署長可藉致函法院提出申請。在上述任何一種情況之中，署長只在*"切實可行"*之時才有必要把自己向法院提出申請一事通知有利害關係的任何一方。

社會工作主任報告

3.45　根據《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 95 條，法官或司法常務官可就婚姻法律程序中所產生的與子女福利有關的任何事宜，把案件轉介社會福利署署長調查和作出報告。凡屬第 92 條適用的申請的任何一方，均可在聆訊之前請求司法常務官向社會福利署署長索取報告。司法常務官如信納其他各方均表同意，並信納有足夠資料供有關人員進行調查，便可將該宗事宜轉介署長。凡有報告須予擬備，第 95(3)條即授權社會福利署署長查閱法院檔案。當報告完成並提交法

[58] 《婚姻訴訟規則》第 92(7)條。

院後，司法常務官必須通知有關各方，而後者可查閱報告，並可在繳付費用後索取報告副本。

在其他法院進行的法律程序

3.46　　根據《婚姻訴訟規則》第 96 條，要求法院就子女作出命令的申請人，必須在作出申請時提交一份陳述書，說明在原訟法庭、區域法院或裁判法院待決的涉及同一子女的其他法律程序性質。不過，該條未有爲涉及同一子女的法律程序的合併作出規定。

獨立法律代表

3.47　　根據《婚姻訴訟規則》第 108 條，法院具有廣泛的酌情決定權，可下令子女在任何婚姻法律程序中應有獨立的法律代表。如果法定代表律師同意，法院可委任法定代表律師代表有關子女。[59] 法院亦可應任何其他適當人士的申請，委任該人爲有關子女的訴訟監護人，有權代表有關子女參與有關的法律程序。[60] 第 108(2)條規定必須提交一份由律師發出的證明書，證明建議作爲訴訟監護人的申請人，*"在該法律程序中並無任何與該子女的權益相逆的權益，並證明該人是出任訴訟監護人的適當人士。"* 有論點認爲申請管養權的親屬不可視爲中立或獨立程度符合標準，足以出任訴訟監護人來表代有關子女的最佳利益。在其他司法管轄區中，[61] 訴訟監護人是一名獲委任以保護有關子女的專業人員。

3.48　　凡有申請提出以更改 *"授產安排"* 令，[62] 《婚姻訴訟規則》第 72 條容許有關子女有獨立法律代表。*"除非法院信納建議的更改不會對任何有關的子女的權利或權益有不良影響"*，否則該條可強迫法院爲有關子女委任獨立法律代表。第 72 條與上文所提到的第 108 條不同之處，是述明有關子女可由一名律師或由一名律師連同大律師代表。法院可爲更改授產安排令的申請，委任法定代表律師 *"或其他合適的人"* 爲有關子女的訴訟監護人。一份與第 108(2)條所指者相類

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：*"凡法院覺得幼年人在法律程序中適宜或有需要有獨立的法律代表，法律援助署署長在行使其作爲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爲訴訟監護人。"* 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，僅限於指其爲《婚姻法律程序與財產條例》第 6(1)(b)條所指的授產安排令。

的證明書須予提交，以爲建議的 *“適當人士”*[63] 提供證明。該份證明書必須由代表有關子女的律師提交。

3.49　第 72(2)條賦予法院相類權力，*“應任何其他附屬濟助申請”*委任獨立法律代表。*“附屬濟助”*在《婚姻訴訟規則》第 2 條中有所界定，是指一系列的財務命令，包括了贍養令、授產安排令、財產轉讓令和更改授產安排令。

對《婚姻訴訟規則》（第 179 章）的批評

社會福利署署長的權力

3.50　我們在上文已有指出根據《婚姻訴訟規則》第 93 條，如事態緊急 *“或該項申請相當可能不會遭受反對”*，社會福利署署長可藉致函法院提出申請。我們又指出在上述任何一種情況之中，署長只在 *“切實可行”*之時才有必要把自己提出申請一事通知有利害關係的任何一方。我們並不認爲如此規定，是對有利害關係的各方提供了足夠的保障。我們相信按自然公正原則來說，即使署長保留初步權力在事態緊急之時單方面提出申請，有關的有利害關係各方也應獲通知會有聆訊進行。

爲子女提供獨立法律代表

3.51　《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 72 條訂有條文，讓子女在經濟和財產事宜之上得由律師或大律師獨立代表，但第 108 條卻未有就管養權或監護權爭議訂有相同條文，這看來並不公平。法定代表律師沒有酌情權拒絕根據第 72 條在財產事宜之上獲委任爲有關子女的法律代表，但卻有酌情權可拒絕根據第 108 條在管養權事宜之獲委任爲有關子女的法律代表，這看來也令人覺得奇怪。

3.52　我們又認爲應賦予一名親屬、寄養父母或另一名親厚的友人獨立權利，讓他能申請爲法律程序的一方，而不是假定此人所關心的事，是會與獨立代表有關子女的人所關心的事吻合。

---

[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。

《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）

3.53 《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）大體上是規管離婚時所作出的經濟給養和財產調整，[64] 但條例的第 18 及 19 條是與子女的管養權和監護權有關。

子女安排

3.54 第 18(1)條限定法庭除非信納有以下情況出現，否則不得將離婚或婚姻無效判令轉爲絕對判令：

> "(b) …… (i) 已爲〔離婚申請所指名的〕各子女的福利作出安排，而此等安排乃是令人滿意的安排，或是在當時情況下可能作出的最佳安排；或
>
> (ii) 由出庭的……雙方作出任何此等安排均不可行；或
>
> (c) 基於有關情況，宜應將判令轉爲絕對判令或宜毫不遲延地作出判令……即使是有或可能有本條適用的家庭子女，而法庭又未能按照(b)段作出聲明。" [65]

3.55 如未有作出命令表示對子女安排感到滿意即將離婚判令轉爲絕對判令，後果便是離婚判令屬於無效。[66]

3.56 第 18(6)條述明，*"福利一詞，就子女而言，包括對該子女的管養、教育及經濟給養。"* 條例第 2 條則把 *"管養、管養權"* 界定爲包括探視，並把 *"教育"* 界定爲包括訓練。

管養令

3.57 根據條例第 19 條，法庭獲賦予寬鬆的酌情決定權，以便就管養及教育作出命令。第 19(1)條述明：

> "(1) 法庭可在下列時間，作出其認爲是適宜的命令，以便爲任何 18 歲以下的家庭子女提供管養及教育——

---

[64] 廖雅慈博士，同前，第 363 頁。

[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爲理由而質疑判令的有效性。

(a) 在任何離婚、婚姻無效或裁判分居的法律程序中，於作出最後判令之當時、之前或之後；

(b) 如此等法律程序在審訊開始後遭駁回，則隨即或在駁回法律程序後的一段合理期間內；

而在任何案件中如法庭憑藉本款有權就子女作出命令，則法庭若認爲適宜，可改爲作出指示，着令採取恰當的法律程序，使該子女成爲受法庭看護的人。”

3.58 我們在上一章已看到，法庭可批給的管養令是有不同類別的，它們包括了：

- 獨有管養令，在此類管養令之下，沒有管養權的父或母可獲判給子女的探視權，但在對子女的福利有影響的事宜之上是全無參與決定餘地的；[67]

- 共同管養，在此類管養之下，父母其中一方可獲判給子女的日常照顧和管束權，而雙方均保留管養權利以作出各種對子女有影響的決定；[68]

- 分權令，在此類命令之下，父母其中一方可獲判給子女的日常照顧和管束權，而子女的管養權，以及就子女的福利作出決定的權力，則可判給另一方。[69]

3.59 我們在上一章已討論過《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3 條。[70] 爲配合該條，法庭在根據本條例作出任何有關管養的命令時，須以子女的福利爲首要考慮事項。[71] 根據《婚姻法律程序與財產條例》第 19(5)條，法庭可 *“不時”* 行使其權力而就子女作出管養令，並有權依據第 19(6)條解除、中止或更改該等命令。

家庭子女

3.60 法庭的權力範圍擴及任何 *“家庭子女”*。條例第 18(5)條訂明如法庭認爲基於特殊的情況，指示該條適用於任何一名家庭子女是符合該名子女的利益，法庭即可發出該項指示。*“家庭子女”* 在條例

---

67 見前面第 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 見《婚姻訴訟條例》第 48C 條。

第 2 條中，是被界定爲婚姻雙方的子女，或 *“被該雙方視爲其家庭子女”*的任何子女。

3.61　第 19(2)條訂明任何並非婚姻一方的人對於子女所具有的權利，不受提供管養或教育的命令所影響，但如該人是法律程序的一方，則不在此限。[72]

年齡

3.62　我們在上文已可看到，第 18 條訂明法庭須信納爲子女所作出的安排，是在當時情況下可能作出的最佳安排。該條把其所適用的家庭子女界定爲未足 16 歲的未成年子女，或 *“正在教育機構就讀，或正接受某一行業、專業或職業的訓練，並且不論其是否受僱從事有報酬的工作”*的未成年子女。[73] 條例第 19(1)條卻有所不同，是賦予法庭權力在離婚法律程序中就 *“任何 18 歲以下的家庭子女”*作出提供管養及教育的命令。

3.63　條例第 10 條是關於家庭子女的經濟給養提供。該條述明如果 18 歲以上的子女正在或將會 *“就讀於某一教育機構，或正在或將會接受某一行業、專業或職業的訓練，而且不論該子女是否亦正在或將會受僱從事有報酬的工作，”*[74] 或如果 *“出現特別情況足以令法庭有理由作出該命令或規定”*，[75] 則法庭會獲賦權爲該子女作出命令。

不稱職的父母

3.64　就管養令的作出而言，法庭根據第 19(3)條獲賦予權力作出命令，指婚姻的其中一方並不適宜擁有子女的管養權。此項命令可納入離婚或裁判分居判令之內，其重要性在於一旦有管養權的父或母去世，另一方不得有權享有子女的管養權或監護權。不過，條例未有訂明，由於該項命令之故，法庭可作出命令把管養權判給一名第三者，而該名第三者須爲合適的人（我們在上文已可見到，只有《未成年人監護條例》(第 13 章)才容許社會福利署署長以第三者的身分申請取

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。

得有關子女的管養權）。第 19(1)條反而是賦予法庭權力作出指示，著令採取法律程序使有關子女成爲受法庭看護的人。[76]

對《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）的批評

第三者的管養權申請

3.65 《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）如同其他關於婚姻的條例一樣，都是未訂有特定條文，容許第三者獲判有關子女的管養權，即使有管養權的父母其中一方已去世而沒有管養權的另一方則被宣布爲不適宜擁有管養權，情況也是一樣。

子女的意願

3.66 我們又發覺條例未訂有特定條文，規定法庭在根據條例作出命令須考慮子女的意願。[77]

年齡

3.67 條例中各項不同條文所施加的年齡限制，似乎略欠劃一。我們特別發覺適用於條例第 18 條條文的年齡限制是 16 歲，但就條例第 19 條而言，指明的年齡限制卻是 18 歲。

《分居令及贍養令條例》（第 16 章）

3.68 《分居令及贍養令條例》所處理的是與配偶分居的事宜。條例的大部分內容均源自《1895 年聯合王國簡易程序司法管轄權（已婚女子）法令》（United Kingdom Summary Jurisdiction (Married Women) Act 1895），[78] 而後者之所以制定，是旨在賦予裁判官權力，以保護丈夫已被裁定曾對其施以襲擊或丈夫是慣性酗酒者的已婚女子。條例的重點在於判給分居令和贍養妻子及子女的附屬命令，而在判給贍養子女的命令之前是必須先要有管養令的。

3.69 女方如果是舊式婚姻的一方或夫妾關係的一方，便不能根據《婚姻訴訟條例》（第 179 章）申請離婚或分居判令，但她們是可以

---

[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] 不過，此條例現時似乎甚少有被引用。

申請作出命令

3.70　　根據《分居令及贍養令條例》第 5(1)(b)條，區域法院有權作出多項命令，包括指明申請人不再有義務與婚姻的另一方同居，以及下令將婚姻所出的任何子女的法定管養權交付予丈夫或妻子，直至其年滿 18 歲爲止。第 12 條所處理的是繼續支付款項以贍養年逾 18 歲的子女的事宜，但該等子女必須是仍在接受訓練或教育，或因特別情況以致有充分理由作出有關命令。[80] 這會把心智或身體有殘障的子女亦涵蓋在內。

3.71　　根據條例申請作出命令須以第 3 條所列出的各種行爲不當指稱爲理由。這些指稱包括有襲擊、遺棄、對方是慣性酗酒者或有毒癮、強迫婚姻的另一方賣淫或經常虐待子女。

通姦

3.72　　條例第 6(1)條訂明，如證明管養權申請人曾有通姦行爲，則禁止就*“法定管養權”*作出命令。不過，若申請人的配偶曾*“寬恕或縱容該通姦行爲，或因故意疏忽或行爲失檢而引致該通姦行爲”*，此禁令即不適用。[81] 對於通姦的禁制，似乎只適用於申請人，而不適用於答辯人。

更改或解除命令

3.73　　第 7(1)條賦予法院權力更改、解除、暫停執行任何根據條例作出的命令，或在如此暫停執行該命令後使之恢復執行，但必須有新證據支持。第 7(3)條訂明，如丈夫或妻子有通姦行爲，先前所發出的命令即告解除。然而，條例於 1997 年曾作修訂，有關條文更進一步述明如有人以有關的任何一方其後曾有通姦行爲作理由而申請解除原有命令，法院有酌情決定權，即使是解除原有命令，也可作出新命令將管養權繼續交予原來一方，並作出贍養子女的相應命令。[82] 爲配

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)條述明，在此等情況之下作出命令時，*“區域法院須以有關的子女的最佳利益爲首要考慮的因素”*。[83]

對《分居令及贍養令條例》（第 16 章）的批評

條例所採取的針對過錯做法

3.74　正如上文所見，整條條例均是採取針對過錯的做法來裁定配偶之間所出現的問題，故此不免令人擔心子女的利益可能未有被充分顧及。條例於 1997 年曾作修訂，[84] 已補足了多項缺失，但第 6 條訂有強制性的規定，禁止在有通姦行爲時作出命令，這規定看來是與女子的最佳利益有所衝突，要看法院如何解決。我們認爲不應單以申請人通姦爲理由而拒絕作出管養令。這樣子的禁令並非基於子女的最佳利益作出，而是基於毫不相干的道德問題作出。

子女的定義

3.75　條例第 5(1)(b)條限定管養權的司法管養權只適於*“婚姻所出的子女”*，由於該詞未有界定，故此已獲接納爲婚姻所出的非婚生子女是否也包括在內，這一點是不明確的。[85]

管養權的定義

3.76　條例未有界定*“法定管養權”*一詞，亦未有解釋法定管養權與管養權之間的分別（如果是有的話）。由於條例未有提述探視權，故此沒有管養權的父母其中一方會否因犯有通姦而喪失探視權並不明確。

第三者

3.77　條例未有提述第三者可申請取得子女的管養權或可獲判子女的管養權，亦未有賦予法院權力把子女交由社會福利署署長管養。

《保護兒童及少年條例》（第 213 章）

3.78　《保護兒童及少年條例》爲保護兒童提供了民事和刑事上的補救方法。研究條例的條文之時，有必要以管養權和探視權爲着眼

---

[83] 由 1997 年第 69 號條例第 12 條加入。

[84] 經由 1997 年第 69 號條例作出。

[85] 《婚姻法律程序與財產條例》第 2 條載有*“子女”*及*“家庭子女”*的定義：見前面第 3.60 段。

點，因爲可能會出現根據條例發出的命令與在婚姻法律程序之下發出的命令重疊的情況。

3.79 舉例來說，兒童因父母離婚而成爲法院命令的標的，其後更可能會有需要根據條例的條文接受照顧或保護，並須遷離有管養權的父母其中一方的居所，或須與有探視權的父母其中一方隔絕。另一例子便是有人指稱兒童在身體上受到父母其中一方虐待或遭對方性侵犯，法院因此發出照顧令或監管令，這可能也會促使父母的另一方要求離婚。在上述兩個例子之中，受照顧的兒童的父母其中一方的探視權問題，都有待家事法庭處理。

涉及需要受照顧或保護的兒童的權力

警方把兒童羈留並送往收容所的權力

3.80 條例第 34E 條容許警務人員[86] 羈留懷疑是有需要依據條例第 34(2)條受照顧或保護的兒童，並將之送往 *"收容所"*[87] 或他認爲是合適的其他地方。

委任法定監護人及作出照顧令和監管令的權力

3.81 如有任何兒童需要受照顧或保護，條例 34(1)條賦權少年法庭：

> "(a) 委任社會福利署署長爲該兒童或少年的法定監護人；或
>
> (b) 將該兒童或少年付託予任何願意負責照顧他的人士，不論該人士是否其親屬，或將他付託予任何願意負責照顧他的機構；或
>
> (c) 命令該兒童或少年的父母或監護人辦理擔保手續，保證對他作出適當的照顧及監護；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）附表列明了爲施行《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爲止，但羈留時間以 48 小時爲限：《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) 在未有發出上述命令的情況下，或除了根據(b)或(c)段發出命令外，下令將該兒童或少年交由法庭爲此目的而委任的人士監管一段指明的期間，以不超過3年爲限……。”

3.82 儘管少年法庭可在自行動議下發出上述命令，但申請發出上述命令的權利，是僅限於社會福利署署長，*“或任何獲社會福利署署長爲此目的以書面作一般或特別授權的人”*，或任何警務人員。[88] 兒童的父母或第三者不能申請發出上述命令。然而，法庭可下令將兒童付託予一名親屬或任何願意照顧他的人士。[89]

需要受照顧或保護的兒童的定義

3.83 第34(2)條述明需要受照顧或保護的兒童或少年指：

“(a) 曾經或正在受到襲擊、虐待、忽略或性侵犯；或

(b) 健康、成長或福利曾經或正在受到忽略或於可避免的情況下受到損害；或

(c) 健康、成長或福利看來相當可能受到忽略或於可避免的情況下受到損害；或

(d) 不受控制的程度達至可能令他本人或其他人受到傷害，

而須受照顧或保護的兒童或少年。”

探視受照顧的兒童

3.84 條例沒有示明如果兒童已根據第34E條被帶往收容所或已成爲照顧令的標的，其父母是否可以提出探視申請。不過，第34(5)條訂明若任何兒童或少年的法定監護權已轉歸社會福利署署長，則除少年法庭發出相反的命令外，社會福利署署長可——

“(a) 就該兒童或少年的看管及控制發出其認爲是爲該兒童或少年利益着想乃屬適宜的任何命令（包括如其認爲適當時將該兒童或少年送往及羈留於收容所的命令）。”

---

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。

此舉相信可賦權社會福利署署長批准或拒絕父母所提出的探視有關兒童的申請。[90]

3.85　條例第 36 條進一步訂明，第 34 條[91] 的規定不得剝奪原訟法庭 *"就委任兒童或少年的監護人發出命令，或就看管、控制或探視兒童或少年等其他事宜發出命令"* 的審裁權。[92]

3.86　第 39 條賦予衞生福利及食物局局長權力就 *"探訪兒童及少年"*[93] 和其他事宜制定規例，但沒有提及探視令，而迄今仍未有任何規例根據第 39 條制定。

對兒童進行評估

3.87　條例第 45A 條訂明，凡社會福利署署長有合理因由懷疑某兒童或少年需要或相當可能需要受照顧或保護，則可要求進行兒童評估程序。就兒童的健康或成長情況或就其所遭待遇而進行的評估，須由認可社工、臨牀心理學家或醫生[94] 進行。爲進行此項評估，可將兒童或少年帶走，時間由 12 至 36 小時不等。[95]

對《保護兒童及少年條例》（第 213 章）的批評

申請獲委任爲兒童的監護人

3.88　我們認爲條例第 34 條招人批評之處，便是對有利害關係人士（例如家人或鄰居）申請獲委任爲需要受照顧和保護的兒童的監護人一事施加限制。正如上文所述，他們除非已獲社會福利署署長授權，否則不能提出申請。第 34 條的主要目的大抵是在緊急情況之下爲兒童提供保護，但因授權需時，此目的卻無法達到。

3.89　第 34 條並無任何條文令兒童的父母或監護人可成爲涉及兒童的照顧及保護的法律程序的一方，亦沒有就上訴權利訂定條文。此外，在涉及兒童的照顧及保護的情況中，父母也沒有權利取得法律援

90　此處述及 *"命令"*，實令人感到奇怪，因爲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，因爲他們所需要的可能是法律意見，而法律援助是只爲進行法律程序而提供。[96]

探視受照顧的兒童

3.90　我們在上文已可看到，條例並無任何條文示明究竟父母可否探視已根據第 34E 條被送往收容所的兒童或已成爲照顧令標的之兒童。此外，有人亦關注到究竟父母可有權利探視根據條例第 45A 條被帶走以接受評估的兒童。[97]

3.91　雖然看來法庭並無權力在發出原有的照顧令時根據條例發出探視令，但法庭可在接獲要求發出更改令的申請時發出探視令。第 34C(1)條容許法庭在接獲 *"父、母或監護人或受託照顧某兒童或少年的人士或機構"* 的申請時，更改根據第 34(1)(a)、(b)或(c)條發出的命令。第 34C(2)(b)條容許法庭在原有命令內加插本來可加入的任何規定。第 34C(6)條訂明如有要求解除或更改根據第 34(1)(a)條發出的命令（該項命令應已委任社會福利署署長爲有關兒童的法定監護人）的申請提出：

> "不論少年法庭是否解除該委任令，均有權就該兒童或少年的看管或控制或探視權，發出任何其認爲是爲該兒童或少年利益着想的命令。"[98]

3.92　法庭在更改現有的照顧令時可判給兒童的探視權，但在發出原來的照顧令時卻不可根據條例這樣做，這看來是有欠協調。[99]

《保護兒童及少年條例》與多條婚姻條例在照顧令及監管令之上的不一致之處

3.93　我們在本章上文已可看到，就《婚姻訴訟條例》（第 179 章）而言，[100] 在私法法律程序中把子女交由社會福利署署長照顧所需的理由，與根據本條例在公法法律程序中同樣行事所需的理由並不一致。類似的不一致之處也可能見於法院的司法管轄權。《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　父母若要取得已成爲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。

監護條例》（第 13 章）第 23 及 24 條，把規管根據該條例進行的各種法律程序的司法管轄權授予區域法院或原訟法庭，[101] 但未有提述少年法庭的司法管轄權。在理論上來說，如有照顧令或監管令須就一名兒童作出，有關的法律程序是既可在少年法庭進行，亦可在區域法院進行。爲求公正，也爲了符合自然公正原則，這些不一致之處，除非有強而有力的政策理由須加以保留，否則是應予消除的。

兒童的意願

3.94　雖然根據第 34A 條，在監管令內加入規定時可考慮父母或監護人的意願，但條例並無條文規定在根據條例發出命令時須考慮兒意的意願。

獨立法律代表

3.95　我們在本章上文已可看到，法例中訂有條文規定兒童在私法法律程序中須有獨立法律代表，但《保護兒童及少年條例》（第 213 章）中並無條文規定法庭須下令爲兒童安排獨立法律代表。如果獨立法律代表是有必要的話，少年法庭可根據《法定代表律師條例》（第 416 章）所訂條文，請求法定代表律師 *"在根據……條例……進行而與兒童或少年的監護有關的訴訟中"*，代表 *"任何訴訟一方行事"*。[102]

年齡

3.96　《保護兒童及少年條例》的釋義部分把 *"兒童"* 界定爲涵義與《少年犯條例》（第 226 章）所載的相同，而後者則把兒童界定爲未滿 14 歲的人。《保護兒童及少年條例》第 2 條把 *"少年"* 界定爲年齡在 14 歲或以上但未滿 18 歲的人。

3.97　值得注意的有趣之處，是第 34(6A)條就根據第 34(1)(b)條（將兒童付託予任何人士或機構），第 34(1)(c)條（兒童的父母或監護人須辦理擔保手續，以保證對兒童作出適當的照顧及監護）及第 34(1)(d)條（把兒童交由他人監管）發出並於 1978 年[103] 時有效的命令，對男童及女童施加了不同的年齡限制。第 34(6A)條訂明這些命令在男童 16 歲時便會停止生效，而女童則除非未滿 18 歲時已結婚，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。

則這些命令會在其 18 歲時停止生效。廖雅慈博士認爲[104] 此項條文似乎是違反了香港人權法案第二十條。[105]

3.98　　第 34(6B)條訂明，根據上文所述各款在 1978 年後發出的命令，會在兒童或少年滿 18 歲當日或於該日之前結婚之時停止生效。

其他有關條例

《家庭暴力條例》（第 189 章）

3.99　　《家庭暴力條例》訂明可針對某人作出禁制騷擾的命令，以保護兒童免受進一步的騷擾。[106] 該項命令可禁止另一人進入婚姻居所，[107] 而條例是適用於同居男女和與命令申請人同住的兒童。法院在裁定發出禁制騷擾或禁制進入婚姻居所的強制令是否有充分理由支持時，可考慮兒童的需要。[108]

對《家庭暴力條例》（第 189 章）的批評

3.100　　條例並無條文就根據條例發出的強制令對現有管養令或探視令的影響作出規定。[109] 我們覺得有必要制定條文，訂明如某人已成爲禁制騷擾命令的標的或被禁止進入婚姻居所以騷擾兒童，探視令即自動暫時撤銷或更改，而該名遭禁止的人會有責任申請恢復探視令。若非如此，有管養權的父母其中一方在兒童受到另一方騷擾時，除了要申請強制令以制止騷擾之外，還要申請暫時撤銷或更改探視令的命令。

3.101　　我們會在本報告書的第 11 章，更詳盡地探討各項令家庭暴力法例能在涉及管養權和探視權的情況中發揮更大效用的建議。

《領養條例》（第 290 章）

3.102　　《領養條例》第 13 條訂明，幼年人的父母或監護人所具有的關於幼年人日後的管養和其他各方面的一切權利、職責、義務及法

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爲未滿 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。

律責任（包括委任監護人以便對婚姻表示同意或發出反對通知的一切權利），均告終絕而轉歸於兒童的領養人。

3.103　在 *Re Phillips* 一案[110] 中，兒童的父母已離婚而繼父要求法院就兒童作出領養令。兒童的生父在與兒童的母親離婚後已先向法院取得探視令；他反對作出領養令並提出爭拗，指作出如此一項命令是會無理剝奪法院所判給他的探視權利，而兒童的母親則曾反駁說除非法院作出領養令，否則兒童便不能享有英國公民權，並會因此而不能享有居英權。高等法院裁定兒童的生父並非無理地不肯同意讓兒童由繼父領養，而母親再婚事屬平常，並無任何理由足以指兒童不能與繼父融洽相處，故此沒有領養的需要。兒童的福利只是領養的考慮條件之一，另一項條件便是必須取得父母的同意，但如法院認爲有理由可免除該項同意，則作別論。法院又補充說希望更改兒童的姓氏不是一個正當的領養理由，而且這個理由通常亦不符合兒童的利益。[111]

110　[1987] 1 HKC 503.

111　同上，第 507 頁，此見是倚據下述案例作出：*Re D minors* [1973] 3 All ER 1007。

第 4 章　香港現有法律和施行實況——家事法的近期發展

引言

4.1　我們在第 2 章的討論已可見到，就構成離婚理由的事實而言，香港於 1990 年代中期曾有重大改革。在較近期來說，也有各種建議提出，以求進一步精簡香港的離婚程序，並淡化其對抗性質。這些近期發展，以及家事法範疇中的其他較爲一般性的改革新動向，會在下文有所討論。

在家事法律程序中使用調解服務

4.2　據統計數字顯示，香港每年[1] 所發生的離婚案件總數之中，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，[2] 而其中有很多也同時涉及管養權和探視權的糾紛。

4.3　至於其餘的大部分離婚案件，婚姻雙方會就子女應作何安排達成協議而無須訴諸法庭。這幾乎是必然符合子女的最佳利益，因爲這樣做是避免了 *"把額外負擔加諸一名可能因父母婚姻破裂而感情受到創傷的孩子身上。"*[3] 在這些案件中，協議是透過以下方式達成的：當事人之間互相妥協、經調解而達成協議或經律師磋商而達成和解。如果當事人之間無法互相妥協，借助調解而達成的協議，便有可能是一個既可排解雙方之間的糾紛而又不會不當地加深雙方隙嫌的有效方法。

4.4　經律師磋商而達成和解的做法，是雙方當事人及其律師有時可能會以 *"非贏即輸"* 的方式來處理必須解決的事宜。調解則有所不同，是嘗試協助離婚夫婦按雙方及子女的最佳利益而達成協議。這個 *"雙贏"* 的做法，是鼓勵雙方當事人爲子女着想而繼續保持友好關係，再加上調解也有節省費用的可能（對有關的雙方當事人和負責法

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爲數有 17,295 宗：見香港司法機構網頁的"區域法院的案件量"部分，網址爲 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。

院行政工作的人員來說），所以近年已引發起對使用調解來排解家庭糾紛的濃厚興趣。香港近期在這方面的一些新動向，會在下文有扼要介紹。[4]

在家事法庭使用調解服務的試驗研究

4.5　家事法庭於 2000 年 5 月開始推行爲期三年的家事調解試驗計劃。這個試驗研究旨在提供訴訟以外的另一種方法，來排解因婚姻破裂而引起的糾紛，並 *"測試〔在香港〕用調解方式協助離婚夫婦達成附合自身、配偶及子女需要的協議的成效及獲接受程度。"*[5]

4.6　試驗計劃提供免費的調解講座及調解服務，而參予者可選擇由社會福利署、非政府機構或私人執業的家事調解員進行調解。[6] 司法機構認爲這計劃鼓勵雙方達成和解，目的是協助分居或離婚的夫婦就子女的撫養權和贍養費問題，或就財務事宜，達成雙方可接受的協議。[7]

4.7　在研究進行的三年期間，共有 790 對夫婦接受並完成整個調解過程，其中有 627 對夫婦能就爭議的事項，包括對配偶及子女的支援、子女監護權及財產分配等，達成全部或部分協議。司法機構表示試驗計劃的成功率接近八成。[8]

4.8　司法機構負責密切監察試驗計劃，並委託香港理工大學對試驗計劃的成效進行檢討。試驗計劃的中期評核報告已於 2002 年 4 月發表，司法機構在概述該報告的研究成果之時指出：

> "檢討結果顯示，社會大眾認爲家事調解服務比訴訟可取，又認爲應將這項計劃全面推介爲排解家庭糾紛的一種方法。大部份曾經使用這項服務的人士對調解服務都有高度評價。他們認爲這項服務既有助節省時間金錢，又可使雙方更清楚明白如何以積極的態度處理離婚事

4　其他新動向包括了香港家庭福利會調解中心所進行的研究，有關報告已於 2003 年 3 月發表：見香港家庭福利會調解中心與關偉康所合編的《離婚調解服務成效研究報告》（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，更可緩和在排解糾紛過程中造成的精神壓力，有助加強夫婦雙方的溝通，以便達成協議並落實執行。”[9]

4.9 雖然有這些有利的結論，在家事法庭推行家事調解的試驗計劃卻已於 2003 年 7 月 31 日停辦。[10]

法改會《排解家庭糾紛程序報告書》

4.10 法改會於 2003 年 3 月發表一份名爲《排解家庭糾紛程序》的報告書。[11] 報告書對各種可供採用以排解家庭糾紛的做法進行探討，而重點是特別在於調解服務的使用。報告書作出了多項建議，以加強家事調解服務和改善家事訴訟程序。

4.11 法改會在報告書中指出，如果採用調解來解決家事法律程序所涉各方之間的有爭議事宜，那麼各方（特別是子女）所受的感情創傷便可大大減少。[12] 報告書所作出的建議，目的是在於淡化家事法律程序的對抗性質，以便促進兒童的最佳利益。

4.12 法改會又建議香港政府和法院應大力支持和鼓勵市民使用家事調解服務。[13]

家事調解支援服務

4.13 關於家事調解支援服務，法改會對上文已作討論的家事調解試驗計劃（該計劃當時仍在家事法庭實施）表示贊同，並建議爲調解服務提供便於取用的設施和推動調解服務，應屬家事法庭制度中一個不可或缺的部分。[14]

4.14 報告書建議向打算離婚的夫婦提供於法院舉行的免費講座，向他們提供關於家事支援服務的資料，並告知他們有訴訟以外的

---

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爲止的舊有實務指示 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。

其他方法（例如調解服務）可供選擇，而這些建議是符合在試驗計劃下所施行的各種安排的。[15]

4.15 報告書又建議：[16]

- 引入輔導會議，協助離婚的雙方當事人化解彼此之間的感情衝突，而感情衝突是有可能令雙方當事人無法就實際問題（特別是關於子女將來的管養權和探視安排的問題）達成協議的；及
- 律師有責任告知其當事人有講座、輔導服務及調解服務可供採用。

調解員通常所擔當的角色

4.16 關於調解員通常所擔當的角色，報告書的有關建議是旨在確保香港的調解服務能按照明確的指引而運作，並且有充裕的資源配合，使調解程序得以保持完整無缺，而調解服務的質素亦可保持良好。

4.17 報告書也載有與以下各項事宜有關的建議：[17] 調解員的培訓、調解員的認可制度、爲身爲律師的調解員和身爲社會工作主任的調解員制定關於角色區分的指引，以及設立機制讓兒童的意見在調解程序中得獲考慮。法改會又建議使用調解服務應可獲提供法律援助。

家事訴訟程序

4.18 關於家事訴訟程序，法改會建議採用一個精簡的新法院程序來處理家事案件。這個程序的主要特色是採用案件管理策略來縮減延誤，因爲延誤顯然並不符合兒童的最佳利益。這方面的建議包括：[18]

- 給予法官更多權力來管理家事法律程序的過程和控制訟費：
- 爲涉及兒童的民事案件的處理訂下目標時限；
- 舉行爭議事項會議與和解會議，以進一步促使雙方當事人達成協議；及
- 爲社會福利報告的擬備訂下目標時限。

---

15 同上。
16 同上。
17 同上，見第 6 章。
18 同上，見第 7 章。

其他有關事宜

4.19 法改會又建議[19] 家事法庭應備存更多關於兒童案件的統計資料，但與此同時，兒童的私隱亦應受到保障，方式是制定實務指示，對發表關於兒童的無彙報的判決書作出規管。報告書贊同採用實務守則，供處理家事案件（特別是涉及兒童的家事案件）的律師遵從之用。

關於家事的法院程序的其他發展

採用特別程序的離婚程序範圍有所擴闊

4.20 在本報告書的第 2 章中，[20] 我們曾簡略地探討過以 *"特別程序"* 辦理的離婚，[21] 而 *"特別程序"* 現時是適用於所用無爭議的離婚案件。[22] 這個程序的作用是離婚會主要用 '文件' 方式來辦理，雙方當事人並無必要出席暫准判令聆訊。

4.21 廖雅慈博士認爲[23] 特別程序的優點如下：

(a) 對於無爭議的離婚案件來說，那些主要屬例行性質但必須在庭上作出的宣布可以省掉；

(b) 當解除婚姻不是爭議的問題之時，便可縮減訴訟人取得離婚的時間；及

(c) 容許法院把重點放在子女福利這個重大問題之上，方式是進行非公開的聆訊，讓該問題可在較爲非正式和輕鬆的氣氛之下進行討論。

---

19 同上。

20 第 2 章，同上，見第 2.79 段。

21 見《婚姻訴訟規則》第 33(2A)及 47A 條。

22 估計現時約佔所有離婚案件 95%：見廖雅慈博士所著一書，同前，第 135 頁。《2001 年婚姻訴訟（修訂）規則》（2001 年第 270 號法律公告）於 2002 年 1 月 25 日開始實施（見 2002 年第 13 號法律公告），擴闊了特別程序的涵蓋範圍，把有家庭子女的離婚案件也包括在內。正如上文所指出，這項修訂亦有把特別程序的涵蓋範圍擴及以不合理行爲作爲離婚理由的案件（在此之前，不合理行爲是不包括在構成離婚理由的事實之列的）：見《婚姻訴訟規則》第 33(2A)條。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爲主席，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，鼓勵雙方以和解爲目標，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體上以英格蘭的《1999 年家事法律程序規則》（English Family Proceedings Rules 1999）爲藍本的附屬濟助改革程序。這套程序現正在家事法庭進行爲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：

> "改革後的程序可分爲三個階段，每一階段都以聆訊作爲該階段結束的指標。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，法庭的主要職責是爲排解財務糾紛的聆訊或爲審訊訂定日期，藉以爲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，網址爲 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，網址爲 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。如果雙方未能達致和解，*“法庭便會另訂審訊日期（由另一位法官進行審訊），並會作出進一步的必需指示。”*[29]

與子女管養權及探視安排有關的其他改革建議

法改會《兒童監護權報告書》

4.26　法改會於 2002 年 1 月發表《兒童監護權報告書》。[30] 該報告書所處理的是父母一方或雙方去世時爲子女委任監護人的相關法律。法改會於檢討監護權法律時的重點，是在於建議採用一些能簡化現有法律和程序的方法，以鼓勵更多爲人父母者採取積極的行動，爲自己的子女作出監護安排。

4.27　該報告書指出此範疇法律有各種不足之處，其中包括以下各點：[31]

- 爲子女委任遺囑監護人會涉及高度技術性的程序上規定；
- 並無足夠的條文容許例如祖父母或外祖父母之類的第三方申請被委任爲監護人；
- 除非遺囑監護人把事情訴諸法院，否則尚存的父或母有權否決遺囑監護人就任；
- 並無任何條文容許遺囑監護人委任遺囑監護人在自己身故後代爲行事；及
- 並無任何條文容許遺囑監護人在獲委任後正式放棄監護權。

4.28　法改會在該報告書中作出多項建議，其中包括建議簡化父母爲子女委任監護人的須經程序，以及擴闊法院爲兒童委任及罷免監護人的權力。

29　同上，第 52 頁。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 該報告書建議：[32]

- 引入一套更爲簡單和標準化的委任兒童監護人程序；
- 擴闊法院爲兒童委任監護人的權力，以便任何人均可申請成爲兒童的監護人，這不但適用於兒童並無負起其父母責任的父或母的個案，亦適用於管養令是判給兒童現已身故的父或母的個案；
- 撤銷尚存的父或母現時所享有的否決遺囑監護人就任的權利，以便尚存的父或母與監護人之間如在兒童的最佳利益問題之上有爭執，即可各自向法院提出申請；
- 遺囑監護人若是由享有兒童的管養權的父母其中一方所委任，便應可在該一方去世時自動以遺囑監護人的身分行事；
- 在切實可行的範圍內，應考慮兒童對於委任監護人的意見；
- 兒童的監護人應可在自己死亡的情況下爲兒童委任監護人；
- 應設立一套與委任監護人制度相若的放棄充任監護人制度；及
- 高等法院爲了符合兒童的最佳利益而罷免或更換監護人的權力，應可擴及區域法院。

法改會《國際性的父母擄拐子女問題報告書》

4.30 法改會於 2002 年 4 月，就國際性的父母擄拐子女問題此一課題，發表其監護權和管養權研究範圍之下的第二份報告書。[33] 這份報告書的研究重點是有爭議的管養權個案中父母跨越國際邊界而擄拐子女的相關法律。

4.31 該報告書指出雖然據統計數字顯示，香港每年所發生的國際性的父母擄拐子女個案爲數不多，但所發生的每一宗個案，對當事人

---

32 同上，第 4 章。

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

均造成極大的創傷，因爲兒童一旦被帶離其所屬司法管轄區，留在原地的父母其中一方要確保兒童得獲交還便甚爲困難。[34]

4.32 該報告書所載的建議，是旨在改善香港現時爲防止擄拐兒童而設有的法律保障，令海牙的《國際擄拐兒童民事方面公約》在香港執行時可得到更好的支援。該公約自 1997 年 9 月起在香港有效，其條文訂明應盡快尋回被人從一個公約國擄拐至另一個公約國的兒童，並將之交還其所屬司法管轄區。

4.33 法改會的建議包括有：[35]

- 對未經所需同意而將兒童遷離其所屬司法管轄區施加法律上的限制；
- 授予法院特定權力下令披露兒童行蹤或下落；
- 授予法院特定權力下令交還兒童；及
- 授予當局特定權力扣留其合理地懷疑遭擄拐的兒童，以便能將兒童交還其有管養權的父或母或帶往安全地方。

4.34 法改會又建議：[36]

- 擴大法律援助服務，並加快審查《海牙公約》個案中的法律援助申請；
- 檢討香港關於擱置管養權法律程序以觀《海牙公約》申請結果的現有條文是否足夠；及
- 檢討涉及《海牙公約》法律程序相關資料的保密問題的條文。

---

34 同上，第 1.8 段。
35 同上，第 6 章。
36 同上，第 7 章。

第 5 章　各地法律的比較：英格蘭與威爾斯

> "《1989 年兒童法令》無疑是對兒童有影響的私法和公法的最徹底而又最深遠的改革之一。"[1]

引言

5.1　《1989 年兒童法令》在英格蘭獲得通過，大體上是取代了現行關於管養和教養兒童的私法，以及過往規管關於受照顧的兒童的公法。此法令重新塑造了多個關於兒童法律的基本概念，並且成爲其他司法管轄區所採用的多個較新兒童法律體制的模式。[2]

《1989 年兒童法令》之前的情況

5.2　在《1989 年兒童法令》實施之前，關乎兒童的法律是因應個別情況而透過法規和判例法發展出來的，結果令到有關法律既複雜又趨於技術性，且無任何哲學理念作爲基礎，並且發展益發。補救方法和程序會因所行使的司法管轄權和法律程序是在甚麼法院提出而各有不同。[3] 雅利頓（Aryton）及霍頓（Horton）對此有以下批評：[4]

> "在〔法令〕實施之前存在的絕大部分法例，多年以來的作用都是把適用於兒童案件中的程序和原則均扭曲了，而不斷在擴大的案例法只能盡量提供指引罷了。"。

5.3　英格蘭法律委員會便是在這個背景之下，於 1984 年進行其名爲'檢討兒童法律'（Review of child law）的改革計劃，之後還進行了一連串的研究，[5] 結果於 1988 年發表《檢討兒童法律：監護權和管

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

2　例如《1995 年蘇格蘭兒童法令》、澳大利亞的《1995 年家事法改革法令》及新西蘭的《2004 年照顧兒童法令》（該法令將於 2005 年 7 月 1 日開始實施）。有關上述三項法令的討論，請參閱分別載於後面第 6、7 及 8 章的討論。

3　Bromley & Lowe, *Bromley's Family Law* (1992)，見第 250 頁。例如不同的法規賦予法院不同的權力，在離婚法律程序、向裁判官尋求經濟濟助的法律程序和只處理涉及兒童的糾紛的法律程序中，作出與兒童有關的命令。

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

5　英格蘭法律委員會，*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)。

養權報告書》（*Review of child law: Report on guardianship and custody*）。[6] 這份報告書成爲了《1989 年法令》[7] 第 I 及 II 部所包含的大部分私法改革的基礎，而該兩部條文正是本章的重點所在。

5.4 至於公法方面，一個因應下議院社會服務委員會（House of Commons Social Services Committee）的建議而設立的跨部門工作小組，於 1984 年及 1985 年也進行了類似的全面檢討，[8] 結果是政府於 1987 年發表了一份題爲《關於照顧兒童及家庭服務的法律》（*The law on child care and family services*）的白皮書，[9] 而這份白皮書又成爲了法令第 III、IV 及 V 部的主要出處之一。[10] 對有關法例造成影響的其他事故，包括於 1980 年代就一些關於兒童受人照顧或死於其照顧者手中的個案而進行的公眾研訊，[11] 以及上議院於 1986 年 *Gillick 訴 West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* 一案中所作出的重要判決。[12] 該案所確立的判例便是如果兒童已有足夠的理解力可自行作出決定，父母的權利必須讓步於兒童的權利。[13]

5.5 《1989 年兒童法令》於 1989 年 11 月獲得女皇批准，並於 1991 年 10 月生效。[14] 它對其他法例所造成的影響，便是令到有整整八條戰後制定的法規被廢除[15] 和大幅度修訂了多條其他法規。

《1989 年兒童法令》的目標

5.6 《1989 年法令》有兩大目標。這兩大目標是：

---

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 Aryton & 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。

- 把所有關乎兒童的照顧和教養並爲其提供社會服務的法律收納在一條法令之中；[16] 及

- 提供一套內容一致並可供所有法院和在所有涉及兒童的法律程序中使用的法律補救辦法。[17]

5.7 《1989 年法令》是希望透過以下改革而在私法方面達到這些目標：[18]

- 廢除管養令和探視令，而代之以兩種分別稱爲 *"同住"* 令和 *"聯繫"* 令的新形式法院命令；

- 廢除 *"父母權利"* 這法律概念，父母身分的法律地位改爲以 *"父母責任"* 來界定；

- 父母身分與監護權之間有明確的區別，而父母已不再是子女的法定監護人；

- 對於夫婦未有結婚的家庭來說，引入計擬改善父親的法律地位；及

- 提高關心某名兒童的親屬和父母以外人士的法律地位，方式是引入一套彈性更大的制度，令父母以外人士也能訴諸法庭，要求法庭作出《1989 年法令》所引入的一系列新命令。

5.8 在公法方面來說，《1989 年兒童法令》標誌了家庭與政府機構之間關係上的轉變，目的是避免兒童受到傷害。在這法令之下，政府的關注重點，已由關注兒童的照顧與兒童受虐問題轉變爲關注對兒童的保護。[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。

父母責任的一般原則

父母責任的涵義和範圍

父母身分與監護權

5.9　　在《1989 年法令》實施之前，父母權利和父母職責是以監護權的概念爲基礎，而並非以父母身分爲基礎。監護權賦予父母權利，決定有關教養子女的所有各方面事宜。在歷史上來說，父母或自然監護權原本只限於由婚生子女的父親而非母親所享有，但《1925 年幼年人監護法令》（Guardianship of Infants Act 1925）讓母親享有與父親*"類似的權利"*，可在任何影響子女的事情上向法院提出申請，但未有讓母親可在子女的父親在生時作爲共同監護人。多年之後，《1973 年監護法令》訂明母親的權利和權能與父親的權利和權能相等，但未有把母親的地位列爲等同於父親的自然監護權地位，而父親的自然監護權地位亦從未被明文廢除。

5.10　　《1989 年法令》廢除了普通法中訂明父親是其婚生子女的自然監護人的規則，[20] 並以父母責任的形式賦予已婚父母同等的父母身分，故此在此法令之下，已婚的父母雙方在教養子女方面是享有同等地位的。父母身分現已被視爲一個基本概念，並且是有別於監護權。據布隆尼（Bromley）及諾爾（Lowe）所解釋，監護權現時只是指：

> "在兒童的父母其中一方或雙方去世時把父母責任委於某人的法律程序。簡言之，*'監護人'*是正式獲委任代替兒童的已故父親或母親的人。"[21]

父母責任已有界定

5.11　　《1989 年兒童法令》的理念，是在符合兒童福利的範圍內提倡家庭觀念。所基於的信念是一般來說，兒童能在家庭以內得到最好的照顧，而父母雙方均在教養子女方面各盡其職，並無必要訴諸法律程序。[22]

5.12　　舊有的《1975 年兒童法令》曾以*"父母權利和父母職責"*一詞來描述母親和父親對婚生子女及其財產的所有權利和職責。英格蘭法律委員會認爲，提述父母*"權利"*，不但在法學分析來說是不準

---

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

確，在日常用語的使用上亦有誤導之嫌。[23] 在 1986 年的 *Gillick* 一案中，上議院裁定父母對子女所享有的權利，存在只是爲了令他們可以履行對子女的責任。[24]

5.13　　因此，《1989 年法令》以 *"父母責任"* 一詞取代了當時所用的父母 *"權利"* 和父母 *"權能"* 兩詞，而在法令中，*"父母責任"* 是被界定爲 *"兒童的父母根據法律對兒童及其財產的所有權利、職責、權力、責任和權能。"*[25] *"父母責任"* 這概念代表了一個觀念上的轉變，那就是 *"由意味着擁有的'權利'一詞，轉爲強調子女是人而非財物的較開明看法。"*[26]

5.14　　《1989 年法令》未有訂定清單，列明當其時的法規和普通法所賦予父母的此等權利、申索權、職責、權力、責任或權能。這是因爲英格蘭法律委員會認爲訂定清單實際上是不可能之事，理由是清單必然要不時修改，以應付不同需求和情況變化。[27] 有人曾批評這項策略，認爲應該提供某種形式的清單，[28] 但也有人指省卻列明有關權利、申索權、職責、權力、責任或權能的法定清單是正確的做法。[29]

取得父母責任

5.15　　父母責任是相對於 *"子女"* 而存在，而爲施行該法令，*"子女"* 是指未滿 18 歲的人。[30] 在任何一宗個案中，父母責任究竟由誰人取得，便是決定誰人對子女有決定權的關鍵因素，不論有關人士與兒童的實際關係是如何親密，重要的還是父母責任這個法律地位。故此，每日親力親爲照顧兒童的祖父／母或外祖父／母，在法律上的權力和權能，可能會未如甚少與兒童會面的父或母。因爲這個緣故，是有需要以法院命令來規管父母責任的取得和行使的。[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 年兒童法令》規定，如兒童的父母在兒童出生時已經結婚，則雙方對兒童都各自負有父母責任。[32] 即使雙方已分居或離婚，甚至其中一方已獲判同住令（同住令有某些方面是類似管養令），雙方仍各自繼續負有父母責任。[33] 父母其中一方仍可在無須諮詢另一方的情況下履行父母責任，而該法令亦未有賦予任何一方權利來反對另一方的行動。

未婚父母

5.17 如兒童的父母在兒童出生時尚未結婚，則只有母親才有當然權利負上父母責任，但父親可透過以下方式取得父母責任：[34]

(a) 在出生冊登記上登記爲兒童的父親；[35]

(b) 根據該法令出任兒童的監護人；[36]

(c) 向法院取得父母責任令；[37]

(d) 與母親訂立父母責任協議；[38] 及

(e) 就兒童取得同住令，藉此令法院必須另行對他作出父母責任令。[39]

5.18 在考慮應賦予未婚父親多大的父母責任時，英格蘭法律委員會關注到未婚母親通常是主要負責照顧子女的人，但她們可能會受到品格惡劣的男子所干擾或騷擾。[40] 正如上訴法院法官白甘比（Balcombe LJ）所解釋：

> "生父所屬的情況可以有極大差距：一個極端的情況是他與子女的關連可能只限於單一次引致受孕的性行爲（甚至可能是強姦）；另一個極端的情況則是他可能從

---

32 《1989 年法令》第 2(1)條。
33 《1989 年法令》第 2(6)條。
34 《1989 年法令》第 2(2)條。
35 《1989 年法令》第 4(1)條，該條是由《2002 年領養及兒童法令》（Adoption and Children Act 2002）第 111 條修訂的。
36 《1989 年法令》第 5(6)條。
37 《1989 年法令》第 4(1)(a)條。
38 《1989 年法令》第 4(1)(b)條。
39 《1989 年法令》第 12(1)條。
40 英格蘭法律委員會（1988），同前，第 2.20 段。

子女出生開始便充分履行責任，所欠缺者只是未有與子女的母親辦理結婚手續而已。如果他是屬於最惡劣的極端情況，那麼讓他自動獲得全部的父母權利和父母職責，便有可能會造成相當嚴重的社會問題……。”[41]

5.19 如一名兒童的母親不肯自願與未婚父親分擔責任，未婚父親可向法院申請父母責任令。[42] 法院已訂有一些審核未婚父親就父母責任所提出的申請的準則，獲考慮的事項是父親對該名兒童曾作出的承擔程度，父親與該名兒童之間的感情親疏，以及父親申請該項命令的理由。[43] 如果他符合這些準則，則該項命令表面上是符合該名兒童的利益。[44] 作出命令的作用是在所有涉及教養該名兒童的事宜上給予父親相同的決定權利，但這並非代表他有權干預屬於每天打理該名兒童的生活範圍以內的事宜或否決其母親所作的決定。[45] 如果父親希望親自照顧該名兒童，則必須申請同住令。

父母以外人士

5.20 父母以外人士不會有當然權利對兒童負上父母責任，但可從多種途徑取得這項責任，而出任監護人或*“特別監護人”*[46] 的人是對有關的兒童負有父母責任的。[47] 同樣地，任何既非其父母亦非其監護人的人如獲判同住令，則於同住令有效期間也對兒童負有父母責任。[48] 不過，父母以外人士所享有的法律地位是受到一些限制的，它不會令父母以外人士有權同意讓兒童給人收養，亦不會令父母以外人士有權爲兒童委任監護人。[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，可在不撤銷父母作爲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）。

父母責任協議

5.21　如兒童的未婚父母同意分擔教養子女的父母責任，則根據《1989 年法令》第 4(1)(b)條而訂立的*“父母責任協議”*，是提供了一個簡單直接的方法在法律上確認此點的。

5.22　訂立協議的作用與法院命令的作用相同。重要的是，終止協議或終止命令的唯一方法，都同樣是須由負有父母責任的人向法院申請命令，如法院信納兒童有足夠理解力可提出申請，則可由兒童自行提出申請。[50]

5.23　有關協議須由兒童的母親和父親在一名見證人面前簽署，而該名見證人必須是太平紳士、法官書記或法院的獲授權人員。[51] 有關協議須待送交高等法院家事庭的總登記處存檔並可供任何人查閱後才生效。協議表格上載有下列警告字句：*“訂立此協議將會嚴重影響父母雙方的法律地位。你們在填寫此份表格前均應先徵詢法律意見。”*

5.24　規定須辦理這些手續的目的，是盡量確保父母雙方都明白有關協議的重要性和作用。有人擔心母親在這個時候特別容易受到壓力影響，可能會遭欺凌而把權利授予父親，故此規定訂立父母責任協議必須辦理這些手續，在某程度上是可防止母親據稱受到脅迫。不過，有必要指出的是在協議登記之時，無人會查究協議是否符合有關兒童的最佳利益或其父母雙方爲何會訂立協議。除此之外，目前亦沒有任何有效的方法，可查證例如有關男子是否有關兒童的父親。法院在訂立協議的程序上，所擔當的職能純屬行政而非司法工作。兵咸（Bainham）曾質疑父母責任協議的實際使用程度有多大，[52] 但這些協議卻似乎是備受歡迎的。[53]

50　《1989 年法令》第 4(3)條。根據第 12(4)條，如父親獲判同住令，則在同住令繼續有效期間，該令不得予以撤銷。

51　《1989 年法令》第 4(2)條；《1991 年父母責任協議規則》（Parental Responsibility Agreement Regulations 1991）（SI 1991/1478）；以及 SI 1994/3157。

52　Bainham (1990)，同前，第 166 頁。他的說法是：*“如果父母是共同生活且相處融洽，他們可能不會認爲就有關安排辦理手續是有好處，尤其是有些人正是由於厭惡婚姻所附連的各種繁文縟節才會選擇同居。他們可能不知道自己各自的法律地位有所不同，又或者不知道協議的條款內容。此外，也有可能是兒童的母親對該段關係或對兒童的父親所擔當的父親職能信心不足，所以希望能與兒童的父親分擔父母責任，以求減輕自己所享有的法律控制權。”*

53　據報在《1989 年兒童法令》的條文實施後的首年期間，登記的父母責任協議共有 1,510 項：*NLJ*（1992 年 11 月 27 日）第 1638 頁。

5.25　無論兒童的父母雙方是仍然一直共同生活抑或已經分居，父母責任令和父母責任協議仍會維持有效，直至兒童年滿 18 歲爲止。[54] 不過，法院可因應任何對兒童負有父母責任的人的申請而作出命令，把該項命令或協議提早終止。[55] 如法院 *"信納兒童有足夠理解力可提出擬議的申請"*，則兒童本人也可在法院許可之下提出申請。[56] 如未婚父親獲判同住令，則在同住令有效期間，法院不得終止父母責任令。[57]

父母責任的含意

共同責任原則

5.26　英格蘭法律委員會認爲，兒童的父母不應只因已經分居或彼此之間有爭執而失去爲子女作決定的能力。因此，《1989 年法令》認同 *"一日爲父母，終身爲父母"* 此觀念，並贊成即使父母已經分居，就教養子女作決定的主要責任應仍由他們承擔。

5.27　對兒童負有父母責任的人，不會單是因爲諸如繼父／母、祖父／母、外祖父／母、寄養父／母等其他人後來取得父母責任而不再負有父母責任。[58] 父母只是行事方式不能違反根據該法令就兒童作出的命令而已。[59]

5.28　該法令的理念是父母其中一方即使並非與子女同住，仍應被視爲父母，以便能取得有關資料和有機會參與子女的教養事宜。他不能對另一方行使否決權，但如有必要卻可把爭執提交法院處理。這也可鼓勵他積極參與子女的事務，從而促進子女的福利。舉例來說，把父母責任授予未婚父親，是會令到其子女所就讀的學校邀請他出席家長活動，把成績表寄給他，讓他可在爲子女選擇未來學校之上表達意見。這也讓他可在任何重大醫療事宜上或在更改子女的姓氏時表達意見。[60] 讓夫婦在離婚後繼續肩負父母責任，目的是爲求減少衝突。

54　《1989 年法令》第 91(7)(8)條。
55　《1989 年法令》第 4(3)條。
56　《1989 年法令》第 4(4)條。
57　《1989 年法令》第 12(4)條。
58　《1989 年法令》第 2(6)條。
59　《1989 年法令》第 2(8)條。
60　*Re P (Child) (Parental Responsibility Order)* [1993] 2 FCR 689.

獨立行事的權力

5.29　很明顯在同一時間是可能會有多於一人對兒童負有父母責任。[61] 兒童的父母同時負有父母責任是平常之事，但舊有法律卻未有清楚說明他們可否獨立行事。《1989 年兒童法令》如今訂明，如有多於一人對兒童負有父母責任，則除非法規明文規定須取得多於一人的同意，否則每個人均可獨立行事以履行父母責任而無須徵詢其他人的意見。[62]

5.30　正如我們在上文所見，該法令的一般目的是鼓勵父母雙方關心子女的福利，並對子女的福利負責。雖然規定父母在法律上有責任就影響子女生活上的重要事宜諮詢對方的意見有可能是可取的做法，[63] 但英格蘭法律委員會指出，這做法似乎既不可行亦不恰當：[64]

> "負責照顧子女的人須有能力在需作決定之時作出符合子女的最佳利益的決定，而其中一些決定可能必須迅速作出……。如果有關的一方……需要訴諸法庭以解決問題，則子女很可能因此而受苦。……如果有關的一方……因難以〔與另一方〕聯絡，或因難以決定所提出的事宜是否重要而需要徵詢另一方的意見，則子女所受的苦會更多。在實際情況中，如果父母雙方在教養事宜之上意見分歧，則將有關事宜提交法院處理的責任，應由要求制止另一方所建議採取的行動的人肩負，或由提出採取只能由另一方採取的行動的人肩負。不然，提交法院處理的案件可能會排山倒海而來，爭執可能會升級至小事化大，而有關的兒童在此期間卻一直受苦。"

5.31　兵咸曾批評這種做法。他認爲由於未有就諮詢和否決權作出規定，該法令雖然在形式上似乎是贊成夫婦在關係破裂後仍維持共同教養子女的安排，但 *"實質而言，卻鞏固了同住照顧子女的人那事實上本已較爲優越的地位。"*[65] 他的說法是：

> "因此，如果改革法例的主要目的是加強並鼓勵父母雙方一同教養子女，我們應可預期看到……有關合作或諮詢的條文……。該法令不僅沒有涵蓋諮詢，還取消了父

61　《1989 年法令》第 2(5)條。
62　《1989 年法令》第 2(7)條和第 13(1)及(3)條。
63　因爲這應可加強父母之間的合作和在分居或離婚後更多參與子女的事務。
64　英格蘭法律委員會（1988），同前，第 2.10 段。
65　Bainham, (1990) *Fam Law*，第 193 頁。

母過去在婚姻關係存續期間所曾享有的反對權利……。不過，這當中的含意卻是，法律所反映的常規標準……是共同**獨立**教養子女而不是**攜手合作**教養子女。”[66]

5.32 當然，獨立行事的權利須與行爲不得違反命令的責任一併理解。獨立行事的權利，並不代表父母任何一方可無須就子女的重要事項諮詢另一方的意見。上訴法院法官格特維（Glidewell LJ）在有關 G（未成年人）（父母責任：教育）（*Re G (a minor) (Parental Responsibility: Education)*）一案[67] 中說：

> “負有父母責任的母親，有權而事實上也應在把兒子由日校轉到……寄宿學校這件重要事情之上獲得諮詢。轉校在任何兒童的生命之中都是重要的一步，而母親是理應獲得諮詢的。”[68]

轉授父母責任

5.33 除非有法院命令，否則負有父母責任的人不得把該責任的任何部分放棄或轉移給別人。[69] 不過，他可以把該責任部分或全部轉授一名或多名代他行事的人。[70] 這項轉授可對另一名已負有父母責任的人作出，或對並非負有父母責任的人（例如學校或度假營的負責人或寄養父母）作出，。

5.34 英格蘭法律委員會建議訂立該項條文的理由如下：

(a) 不論是否已分居，父母都應可隨意互相協定作出他們認爲是對子女最好的安排；及

(b) 舉例來說，如果該條文能使學校有信心接納兒童的父母所指定負責在其外遊時照顧兒童的臨時“監護人”所作出的決定，則會對事情有所幫助。[71]

---

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

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爲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，成爲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。

5.35　由於這些安排沒有法律約束力，故此可以隨時予以撤銷或修改。再者，轉授責任不會影響作出這些安排的人（例如父母其中一方）因未有履行自己對兒童的責任而所產生的法律責任。[72]

並無父母責任的照顧者

5.36　實際上負責照顧兒童但並無父母責任的人，是可以*"作出就個案的所有情節而言屬合理之事，以保障或促進兒童的福利。"*[73] 這澄清了那些實際上負責照顧兒童但在法律上對兒童並無父母責任人的地位。

5.37　英格蘭法律委員會曾舉某宗醫療個案爲例。[74] 如兒童的父母於外遊度假期間把兒童交由朋友照料，由朋友安排兒童接受非緊急的大手術顯然是不合情理，但當兒童發生意外時，由朋友安排兒童接受醫治卻是合情合理。正如兵咸的看法一樣，作出區分的要點在於緊急或例行的醫療會受有關條文所涵蓋，但如果醫療程序會造成長遠或無法挽回的影響，則須得到負有父母責任的人同意。[75]

關於兒童的福利的一般原則

福利原則

5.38　兒童的福利早已被確立爲法院在涉及兒童的法律程序中的首要考慮事項。這項原則的經典詮釋[76] 是由麥廸蒙大法官（Lord MacDermott）於 1969 年審理 *J 訴 C* 一案[77] 時作出，他在該案中有以下的說法：

> "在我來看，這用語肯定不單是指在眾多跟問題有關的事項中，兒童的福利須視爲排列最高。我認爲這用語還意味着一個考慮過程，那就是在考慮及衡量過一切有關的事實、人際關係、父母的要求和意願、風險、選擇和其他情況後，作出按該詞現時的理解來說是最有利於兒童的福利的安排。這是首先考慮事項，因爲這有基本重

72　《1989 年法令》第 2(11)條。
73　《1989 年法令》第 3(5)條。
74　英格蘭法律委員會（1988），同前，第 2.16 段。
75　Bainham（1990），同前，第 251 頁。
76　見 Aryton & Horton 合著一書所載評論，同前，第 21 頁。
77　[1969] 1 All ER 788.

要性，而這也是最重要考慮事項，因爲足以支配或決定日後所作的安排。”[78]

5.39 麥廸蒙大法官所述者是過去在《1971 年未成年人監護法令》中曾有闡明的原則。[79] 該項原則要求法院視兒童的福利爲 *“首要考慮事項”*。[80] 然而，*“首”*一字曾造成混亂，因爲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麼影響。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] 但爲求澄清有關法律，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，

兒童的福利應爲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，加上對甚麼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

---

78 同上，第 820 頁。

79 亦見 Aryton & Horton 合著一書，同前，第 21 頁。

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。這也許是因爲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”*一詞界定爲包括 *“對子女的照顧，但不包括維持其生活。”*

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爲激烈。”[84]

然而，他們同意：

> “福利原則廣獲支持，因爲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倚賴別人的兒童，以免他們受到傷害。……對這標準作任何改變都會危害及兒童的福利，因爲這必然會令福利的受重視程度降低。”[85]

批准爲兒童所作安排的責任

5.42 法院在批給離婚絕對判令之前必須考慮就兒童的教養和福利所建議作出的安排，[86] 以確定這些安排是否可以接受，又或者法院應否行使法院根據《1989 年兒童法令》所具有的任何權力而就兒童作出特別命令。[87]

5.43 法院在考慮應否行使法院根據《1989 年法令》所具有的權力時，兒童的福利須是其首要考慮事項。[88] 此外，法院還須顧及以下各項準則：[89]

> “(a) 按兒童的年齡和理解力而考慮其意願和感受，以及這些意願是在甚麼情況下表達；
>
> (b) 雙方當事人在教養子女方面的表現；
>
> (c) 如無證據顯示情況相反，一般原則是以下情況最能保障兒童的福利：
>
> (i) 讓他與對他負有父母責任的人和其他家庭成員經常保持聯絡；及
>
> (ii) 盡可能與自己父母繼續保持良好關係。”

---

84 Cretney & Masson，同前，第 730 頁。

85 同上，第 730 至 731 頁。

86 這些安排是憑藉《1973 年婚姻訴訟法令》（Matrimonial Causes Act 1973）第 41 條作出，而該條是由《1989 年法令》第 31 段附表 12 修訂的。這項條文亦適用於婚姻無效及裁判分居的法律程序。

87 這與香港的《婚姻法律程序與財產條例》（192 章）第 18 條相似。《1989 年兒童法令》第 41 條所訂的職責，除非法院另有明訂指示，否則只適用於年齡在 16 歲以下的兒童：《1973 年婚姻訴訟法令》第 41(3)條。

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

89 《1996 年家事法法令》第 11(4)條。

5.44　法院亦必須考慮[90] 以下因素所會對兒童造成的任何風險；未來住所的地點、與兒童的父親或母親同住的人，[91] 以及爲兒童的照顧和教養所作出的任何其他安排。

5.45　法院在批准關於兒童的安排時，所遵從的程序是區域法院法官會審議提交法院的申請書所載的關乎兒童安排的陳述和答辯人所提交的申述書。法官如信納法院無須行使《1989 年法令》所授予的權力，便會按此加以核證。法官若不信納情況如此，即可着手指令有關人士提交更多證據，福利報告須予擬備，或雙方當事人或其中一方須在命令作出之前出庭應訊。[92]

5.46　不過，我們會在下文看到，法院在涉及兒童的法律程序中所採取的不干預原則（引入這項原則是《1989 年法令》所作改革之一），自此即對法院在批准就兒童作出的安排時所擔當的角色有重大影響。雅利頓及霍頓有以下的看法：

> "不干預原則能發揮最大作用的婚姻法律程序，是管養令和探視令可隨時於根據《1973 年婚姻訴訟法令》第 41 條約見兒童（這是舊式的做法）時作出的婚姻法律程序。在婚姻法律程序之中就兒童作出的命令（在此等程序中不會另有申請向法院提出），現已成爲例外而不再是常規。"[93]

不干預原則

5.47　英格蘭法律委員會發覺家事法曾傾向於假設在大部分個案中均有必要作出與兒童有關的法院命令。[94] 委員會指出這種做法，在母親若要取得任何父母權利即必須取得法院命令的年代，可能是有必要，但此情況顯然已經改變。委員會的評論是：

> "據離婚法院及裁判法院兩者的研究顯示，有爭議個案所佔的比率很低，所以通常未必需要作出命令來排解糾紛。命令反而會有可能被律師視爲向辦理離婚的客戶所

90　《1996 年家事法法令》第 11(4)(d)條。

91　一個有可能發生的例子便是兒童的母親獲判同住令，而她的男友曾被裁定性侵犯其他兒童的罪名成立。

92　《1991 年家事法律程序規則》（Family Proceedings Rules 1991）（SI 1991/1247）第 2.39 條。

93　Aryton & Horton，同前，第 1 頁。

94　英格蘭法律委員會（1988），同前，第 3.2 段。

提供的“套餐的一部分”，以及有可能被法院視爲其批准在離婚個案中所作安排的部分職責。”[95]

5.48 委員會承認在無爭議個案以及有爭議個案中，爲求符合兒童本身的利益是有可能需要作出命令，以達到下述目的：令現有安排保持穩定，澄清父母的各別職責，令將會與兒童同住的父母其中一方有信心，並且令負責提供房屋和入息支援的政府機構有信心該等安排確有作出。[96] 但委員會亦指出，父母是經常可選擇在不訴諸法庭的情況下分居並爲子女作出安排的。

> “在比較友好的情況下辦理的離婚，近年所佔的比率可能已有增加，父母雙方很可能是可以不經法院命令而爲自己作出負責任的安排。如子女與父母雙方關係良好，則法律應盡可能少加干預。分配管養權和探視權的命令..... 總是帶有風險，那就是會有分化父母職能的作用，而且也許會令子女與父母其中一方的關係變得疏離。”[97]

5.49 委員會在此方面作出的建議所帶來的後果，便是*“除非法院認爲對兒童而言，作出命令較完全不作出命令爲佳”*，否則法院不得根據《1989 年兒童法令》作出命令。[98] 換言之，法院在每一宗個案中均須信納作出命令是符合兒童的利益。正如我們在上文所見，法院可決定不作出命令，理由是父母雙方所擬議作出的安排已令人滿意。

5.50 這反映了《1989 年法令》的理念，那就是除非作出命令對兒童有可表明的好處，否則應尊重家庭的完整性及獨立性。如雙方當事人已達成協議，法院必須特別相信爲保障兒童的福利，命令是應該作出的。

5.51 不過，基達尼及馬遜對此做法卻有非議：

> “〔不干預原則〕與福利原則之間是有某種程度的矛盾.....。當父母雙方意見一致時，法院幾乎一定會認爲

---

95 同上。
96 同上。
97 同上。
98 《1989 年法令》第 1(5)條。

無須深入調查和作出命令，因而沒有處理關於兒童的意願和福利的問題。”[99]

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—

(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，以及法院認爲有關的其他特徵；

(e) 其所曾經受到或可能受到的傷害；[101]

(f) 其父親、母親和法院認爲與問題有關的人，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。”

---

[99] Cretney & Masson，同上，第 659 頁。法院不作出命令所造成的實際影響，在 *B v B (Grandparent:Residence Order)* [1992] Fam Law 490 一案中可見一斑。案中女童在母親同意之下與外祖母同住，而外祖母爲此向法院申請同住令，但教育當局卻不願意接受由外祖母掌權，並堅持在與女童有關的事宜上須徵得母親同意。有人表示擔心如女童要接受緊急醫治，便可能須徵得母親同意，而且也擔心女童的母親向來衝動，這有可能會令她隨時將女童在外祖母照顧之下帶走。法院的結論是如外祖母獲判同住令，則對女童來說會是較好，而且能給予她較安定的生活。

[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。

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爲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，並於一開始時便作出準備和提供有關證據，所以預計可避免延誤及拖長聆訊所引致的開支，亦可避免爲取得更多資料而把聆訊押後。[102]

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

> "透過這份清單，法規規定法院在行使其酌情權時，須以案中兒童爲首要考慮點。在一些查證事實有困難的情況中，例如查證是否有人作出性侵犯，或在一些案中成年人的關係複雜或性格剛烈的情況中，注意力的集中點很容易會從其未來會受影響的兒童身上移走，而改爲集中於案中成年人身上。這項規定有教人叫好的作用，那就是能把法院納回正軌。"[103]

弊端

5.55 由於這份清單並非詳盡無遺，法院可考慮未有列於清單之上的其他有關情況，所以個別法官仍獲賦頗大的酌情權。[104] 此外，這份清單亦未有所訂明所列各項因素之間的比重，故此法官可能認爲某項因素是較其他因素更爲加重要。

5.56 這份清單只適用於要求作出、更改或撤銷《1989 年法令》所訂命令的有爭議申請。[105] 如果這份清單也同樣適用於無爭議的個案，則會加重法院的負擔，因爲這會令法院必須深入調查每宗個案。有人擔心這會鼓勵法院對擬議爲兒童作出的安排不必要地加以干預。[106]

---

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。

福利報告

5.57　每當法院根據《1989 年法令》考慮與一名兒童有關的任何問題時，法院可要求*“有關服務的人員”*[107] 或地區主管當局就*“規定須在報告中處理的涉及該名兒童的福利的事宜”*提交報告，而有關事宜都是有關報告所規定須予處理的”。[108] 雖然福利報告可發揮爲法院作出獨立事實評估並查明該名兒童的意願和感受兩大重要功用，但現時未有假定福利報告是應予提交的。[109] 英格蘭法律委員會並無建議法院應有責任在每宗個案中均下令提交報告，因爲這會對部分個案造成不必要的延誤，並會令有限的資源更形緊絀。報告可按法院的規定而以口頭或書面的方式作出。[110]

延誤

5.58　現正實行的福利原則的另一環節，是關於法院在涉及兒童的法律程序中須避免延誤的職責。《1989 年法令》訂明，*“在出現任何涉及子女教養問題的法律程序中，法院須予顧及的一般原則，是如就該等問題作裁定時有任何延誤，兒童的福利便有相當可能會受損。”*[111]

5.59　在出現關於作出第 8 條命令的問題的法律程序中，法院必須訂定時間表，以確保能在無延誤的情況下裁定其所審理的問題，並作出其認爲適當的指示，以確保時間表得獲遵從。[112] 法院有責任監督案件的進度，並須假設除非顯示情況相反，否則所有延誤均會有損兒童的利益。[113]

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。

109　法律上有假定兒童的監護人可在公法案件中作出申述，可與此作一比較：見本章後面第 5.116 至 5.119 段。

110　《1989 年法令》第 7(3)條。報告中的陳述可能會因禁止傳聞證供呈堂的規則而被裁定不可予以接納：《1989 年法令》第 7(4)條。（請與香港的《未成年人監護條例》（第 13 章）第 17 條作一比較。）

111　《1989 年法令》第 1(2)條。

112　《1989 年法令》第 11(1)條。

113　延誤可能有利於兒童的利益的情況也會發生，例如一份詳盡的福利報告所得的好處是勝過延誤取得這份報告的不利後果。
訂定時間表的程序，指明了所必須採取的各種步驟的期限，是由法院規則規管的。（見規管高等法院及郡級法院的法律程序的《1991 年家事法律程序規則》，以及規管裁判法院的法律程序的《1991 年家事法律程序法院（《1989 年兒童法令》）規則》（Family Proceedings Courts（Children Act 1989）Rules 1991）(SI 1991/1395)。）根據該等規則，在就案件進行的任何聆訊完結之前，必須編定一個確實的回報日，直至申請終於了結爲止。時間一經編定，則除非有法院許可，否則不得延期。（亦見於 1993 年 11 月 22 日發出的實務指示，該份實務指示是規定當事人有責任估計就涉及兒童的法律程序而進行的聆訊所需的時間：[1994] 1 All ER 155。）

訂定時間表的理據

5.60 英格蘭法律委員會對爲何需要訂定時間表的解釋如下：

> "就兒童的將來所進行的訴訟延宕日久，會對兒童造成嚴重傷害，因爲這不但令他們感到忐忑不安，更會破壞其父母之間的關係，令彼此日後難以互相合作。此外，常見的後果便是待到聆訊開始之時，並非與兒童同住的父母其中一方的處境已變得極度不利。令人遺憾的是，延誤法律程序幾乎總是對一方當事人有利……而且……在此期間令聯繫有因難也是對一方當事人有利。"[114]

與家事法律程序中的兒童有關的命令

引言

5.61 正如我們在前面的章節所見，在《兒童法令》體制之下的法院，除非認爲對兒童而言，作出命令較完全不作出命令爲佳，否則是受到指示*不得*就兒童作出任何命令的。[115] 換言之，*"法院只在有真實問題需要解決之時才可干預兒童的生活，而不是只當作例行公事來處理。"*[116] 故此，如果雙方當事人能就自己子女的安排達成協議，通常是不會有命令作出的，*"這當中的邏輯便是如無衝突，即再無必要施加命令。"*[117]

5.62 如有需要作出命令，[118]《1989 年法令》第 8 條訂有以下四種命令：

(1) *同住令*是訂明兒童須與何人（此人可以是兒童父母以外的人）同住的安排的命令；

(2) *聯繫令*規定與兒童同住的人須容許該兒童探望命令所指名的人或與此人暫住；

---

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。

(3) *指定事項令*指爲裁決某個涉及對兒童的父母責任的任何一方面而已經或可能出現的指定問題而作出指示的命令；及

(4) *禁止行動令*指規定任何人未經法院同意不得採取屬命令所指明的該類行動的命令，而該類行動是父母任何一方爲履行對子女的父母責任所可採取的。

5.63 舊有的一套命令體系受到批評，被指爲關注父母其中一方可否控制另一方與子女在一起時的行爲，多於確保每一方與子女在一起時能各自善盡其職。[119] 第 8 條命令的重點不在於分配抽象的權力，而是着眼於處理實際問題。[120] 由於一般是假設父母雙方會繼續肩負父母責任，所以法院再無必定處理誰人應有法定管養權或實際管養權的問題。這正與該法令的基本理念相契合：如父母在教養自己子女方面已可互相合作，法律應盡可能少加干預。如父母雙方之間合作有困難，第 8 條命令應*"減少法碼"*，使情況不會成爲*"勝者全得"*或*"敗者全失"*，這是與舊有的管養令及探視令有分別同的。[121] 英格蘭法律委員會有以下的評論：

> "在定出一套命令體系去取代現有法律時，我們一直都緊記於心的一點，便是有清楚的證據顯示，在父母分居或離婚後生活得最好的兒童，是那些能與父母雙方均保持良好關係的兒童。法律未必能取得這個效果── 其實我們最清楚不過的就是法律在改變人際關係之上的局限── 但最低限度來說，法律不應成爲絆腳石。"[122]

5.64 有部分論者關注到，上述改革會鼓勵沒有同住令但仍保留父母責任的父或母作出干預。不過，非同住的父或母所繼續負有的父母責任，其實有可能是象徵多於實質，[123] 因爲他不能作出任何不符合法院命令的行動，[124]。再者，正如我們會在下文見到，法院在同住令中訂立具體條件的權力是非常廣闊的。[125]

---

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。

同住令

5.65　同住令是*“訂明兒童須與何人同住的安排的命令”*。[126] 這命令可單是指名兒童須與之同住的人或列明同住安排的細節。

5.66　儘管*“同住令”*本身的定義狹隘，但法院曾廣義地闡釋該命令的涵蓋範圍。在有關 P（兒童）（父母責任令）一案（*Re P (Child) (Parental Responsibility Order)*）中，威爾遜（Wilson）法官表明同住令*“賦予〔同住的父母其中一方〕權利，就日常打理這孩子的生活的過程中所發生的一切事宜作出決定。”*[127]

5.67　同住令可就兩名或以上並非同住的人作出。在此類個案中，同住令可能會指明兒童須在不同住所居住的時間。[128] 因此，雖然法院並不鼓勵作出分時同住安排，但在《1989 年法令》之下是有可能作出這種安排的。[129] 上訴法院表明，上訴法院必須先看到這種分時同住安排對兒童的確有好處，然後才會裁定情況特殊有充分理由支持作出這種命令。[130]

5.68　如父母雙方同住連續超過六個月，同住令便會停止生效。[131] 雖然這有可能會被視爲妨礙夫婦修好，但英格蘭法律委員會認爲，當兒童是與父母雙方同住時，繼續執行一項規定兒童只能與父母其中一方同住的命令是不切實際的。委員會認爲如果父母再次分居，屆時的情況也可能有變，所以讓其中一方（以前與兒童同住者）自動處於較強的形勢是錯誤的。[132]

兒童的姓氏

5.69　所有同住令均自動附有條件，規定未經負有父母責任的每一方的書面同意或法院許可，不得更改兒童的姓氏。[133] 英格蘭法律委員會認爲，兒童的姓氏是其身分以及與父母的關係的一個重要象徵，

126　《1989 年法令》第 8(1)條。

127　[1993] 2 FCR 689.

128　《1989 年法令》第 11(4)條。

129　在《1989 年法令》制定之前，英格蘭的上訴法院在 *Riley v Riley* [1986] 2 FLR 429 一案中，以兒童需要一個安定的家爲理由，反對分時同住安排，但這項決定實際上已給該法令推翻了。該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)條。

132　英格蘭法律委員會（1988），同前，第 4.13 段。

133　《1989 年法令》第 13(1)條。

很明顯不是一樁與兒童同住的父母其中一方可單方面採取行動的事情。[134]

把兒童遷離其所屬司法管轄區

5.70　由於把兒童帶往海外一段長時間足以影響兒童與父母另一方的關係，故此所有同住令均附有另一項條件，規定未經對兒童負有父母責任的人的書面同意或法院許可，不得把兒童遷離聯合王國超過一個月。[135]

5.71　獲判同住令的人可把兒童遷離其所屬司法管轄區不超過一個月。這樣做的目的是容許該一方在不必徵求非與兒童同住的另一方同意並無須作出通知之下作出度假安排。暫時遷離的次數不受限制，但非同住的父或母如憂慮兒童可能會被永久遷離，是可要求作出禁止行動令或要求法院對同住令附加條件的。

未婚父親

5.72　未婚父親可就子女申請同住令。如果他申請成功但其本人卻未有透過協議或法院命令取得父母責任，法院便必須另外把父母責任令判給他。[136] 這當中的理據是如果容許他與兒童同住，不讓他負上全面的父母責任便會是錯誤的。法院只能在同住令不再有效之後才可以把父母責任令劃上句號。[137]

聯繫令

5.73　聯繫令是 *"一項規定正在或將會與兒童同住的人須容許兒童探望命令所指名的人或與該人暫住或以其他方式互相保持聯繫的命令。"*[138] 舊有的探視令是以成年人爲本位，准許另一人探望兒童；但聯繫令則以兒童爲本位，規定與兒童同住的人須容許兒童與父母另一方或命令所指名的另一人保持聯繫。聯繫令通常容許合理的聯繫，但也可指定探望的次數、頻密程度和地點。聯繫令的定義中的 *"以其他方式互相保持聯繫"* 一語顯示，法院可下令以其他方法保持聯繫，例如發放電郵、互相通信或致電對方。

134　英格蘭法律委員會（1988），同前，第 4.14 段。當要求更改兒童的姓氏時，是無須取得兒童同意更改其姓氏的，但兒童可以申請禁止行動令或指定事項令，以免自己的姓氏被更改。

135　《1989 年法令》第 13(1)(2)條。

136　《1989 年法令》第 12(1)(3)條。同一原則亦適用於本身不是兒童的父母或監護人的申請人：《1989 年法令》第 12(2)條。

137　《1989 年法令》第 12(4)條。

138　《1989 年法令》第 8(1)條。

指定事項令

5.74　指定事項令是*“一項爲裁決某個涉及對兒童的父母責任的任何一方面而已經或可能出現的指定問題而作出指示的命令”*，[139] 其目標不在於給予父母其中一方*“權利”*就某一點作出決定，而是在於令父母任何一方均可向法院提出申請，要求按照福利原則對某項爭議作出裁決。即使某人並無父母責任（例如未婚父親），他仍可就涉及例如兒童的重大醫療或教育等事宜而申請指定事項令。法院在考慮是項申請時，可決定下令讓父母每一方均可在有關情況出現時作出該等決定，又或者可在同住令或聯繫令中附加條件，規定在未通知父母另一方或讓另一方有機會提出反對之前，不得作出某些決定。[140]

禁止行動令

5.75　禁止行動令是*“一項規定任何人未經法院同意不得採取屬命令所指明的該類行動的命令，而該類行動是父母任何一方爲履行對子女的父母責任所可採取的。”*[141] 訂立禁止行動令旨在將法院監護安排（本章下文會有討論）的最珍貴特色納入法定司法管轄權內。

5.76　在某些情況下，法院是有必要繼續擔當兒童父母之職的。法院在令兒童成爲受法院監護的人時，會施加一項含糊的規定，指明未經法院許可不得採取任何*“重要行動”*。禁止行動令則較爲明確，法院會列明須轉呈法院處理的事項，而兒童的教育和醫療便是可透過此命令來解決的事宜。[142]

5.77　指定事項令和禁止行動令的局限，同樣都是只涉及父母責任的某一方面，而且作出上述兩項命令，均不應冀望可收到同住令或聯繫令所可以收到的效果。[143] 這是爲了預防一個輕微的風險（特別是在無爭議的個案之中），那就是有人可能會利用這些命令以收與同住令或聯繫令相同的實際效果，但卻可避免有相同的廣泛法律效力。[144]

139　同上。

140　英格蘭法律委員會認爲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。

補充條文

5.78 在作出第 8 條命令時，法院可：[145]

(a) 附帶發出如何實施該命令的指示；

(b) 施加下列人士所必須遵行的條件；

(i) 獲判該命令的人；

(ii) 兒童的父母或其他對兒童負有父母責任的人；或

(iii) 現時與兒童同住的人；

而該等條件是示明適用於此等人士的；

(c) 指明該命令或其中任何條款的有效日期；

(d) 按其認爲適當者而訂明附帶、補充或相應條款。

5.79 作出指示的權力主要是爲法院而設，以確保在法院下令更改兒童的現有安排的個案中能有順利的過渡，[146] 作出指示的權力亦可用以確保在改變兒童住所前會有一段緩衝時間，或用以更清楚指明在聯繫令之下須以甚麼方式來保持聯繫。

5.80 施加條件和訂明其他附帶或補充條款的權力，能讓法院解決個別糾紛，或就日後如何解決該項糾紛作出指示。[147] 英格蘭法律委員會列舉了多個例子，說明如何在實際上使用該項權力。[148] 例如在兒童應在哪所學校就讀之上若有爭議，同住令可附加一項指明兒童須在某所學校就讀的條件。在另一宗個案中，如確是害怕非與兒童同住的父母其中一方，可能會在與兒童聯繫期間把兒童永久遷離其所屬國家，聯繫令便可附加一項禁止任何遷離行動的條件。在第三個例子之中，若然真的擔心將與兒童同住的父母其中一方，在兒童有需要接受輸血時會不讓兒童接受輸血，則同住令的條件之一，可以是規定與兒童同住的父母其中一方須通知另一方以便後者能同意此事，又或者

---

145 依據《1989 年法令》第 11(7)條。

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。

“法院可下令輸血可基於特定的醫學意見進行而無須取得是項同意。”[149]

5.81 指明命令或其中所載任何條款的有效期的權力，目的在於保留《1973 年婚姻訴訟法令》之下的較靈活情況，那就是 *“臨時”*命令與 *“最終”*命令之間並無硬性分別。[150] 事實上，《1989 年法令》已清楚表明，法院即使未能終於了結法律程序，仍可於法律程序進行期間隨時作出第 8 條命令。[151] 故此在《1989 年法令》之下，臨時命令與最終命令之間是再無任何區別的。

有關的兒童

5.82 如在家事法律程序中出現涉及 *“任何兒童”*的福利的問題，法院可就該兒童作出第 8 條命令，[152] 甚至可就雙方當事人不當作是家庭子女的兒童作出命令。[153]

5.83 兒童在《1989 年法令》之下的定義是指未滿 18 歲的人。[154] 不過，*除非情況特殊*，[155] 否則不能就年滿 16 歲的人作出第 8 條命令，而任何命令亦不得示明於兒童度過 16 歲生辰之後仍然有效。[156] 故此除非一項命令是示明於兒童度過 16 歲生辰之後仍然有效，否則該項命令會在兒童年滿 16 歲時變爲無效。[157] 在此情況中，命令是會在兒童年滿 18 歲時變爲無效的。[158]

5.84 英格蘭法律委員會解釋說，16 歲是兒童可以離開校園，尋覓全職工作，並因此而本身有權享有某些利益或自由度的年齡。[159] 英格蘭法律委員會留意到兒童年紀愈長，試圖對他強制執行一項他從未參與其事的命令便愈見有欠公允。[160]

---

149 同上。在最後的一個例子中，英格蘭委員會認爲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”*令更爲務實和可行。

150 同上，第 4.24 段。

151 《1989 年法令》第 11(3)條。

152 《1989 年法令》第 10(1)條。

153 在決定非屬兒童的父母或監護人的人可否在未得法院許可之下要求作出命令時，兒童是否爲 *“家庭子女”*仍是重要的考慮因素：見《1989 年法令》第 10(4)(a)及 10(5)(a)條。

154 《1989 年法令》第 105(1)條。

155 舉例來說，年齡超過 16 歲但心智尚未成熟或有智障的人。

156 《1989 年法令》第 9(6)至 9(7)條。

157 《1989 年法令》第 91(10)條。

158 《1989 年法令》第 91(11)條。

159 英格蘭法律委員會（1988），同上，第 3.25 段。

160 同上。

可作出命令的情況

5.85 可作出與兒童有關的命令的情況共有三種：

(a) 在家事法律程序進行期間按提出的申請而作出；[161]

(b) 法院在家事法律程序進行期間自行動議作出；[162] 及

(c) 在未有任何其他法律程序進行時，應完全獨立的申請而作出。[163]

5.86 可作出的命令的類別和有權申請作出這些命令的人，在所有家事法律程序都是一樣的。這樣做的目的是提供一套一致而清晰的統一體制，讓人人都知道自己所處的地位。[164] 如可能的話，命令須於現時就有關家庭所進行的法律程序進行期間作出。這是旨在避免工作重覆以致造成浪費，並確保涉及同一名兒童的所有申請都盡可能得以一併處理。[165]

5.87 我們在上文已可見到，法院有權 *"在出現涉及兒童福利問題的家事法律程序中"* 作出第 8 條命令。[166] *"家事法律程序"* 的定義，幾乎囊括所有可提出對子女教養有影響的問題的法律程序，[167] 這個定義包括了在高等法院的固有司法管轄權之下就兒童所提起的法律程序，而這主要是法院監護法律程序。如有人提起法院監護法律程序，法院可對之加以處理而無須以作出第 8 條命令的方式來加以處理。英格蘭法律委員會希望這樣做，能減少在無須法院作出積極監護的個案中使用法院監護安排。英格蘭法律委員會解釋說：

---

161 《1989 年法令》第 10(1)(a)條。

162 《1989 年法令》第 10(1)(b)條。

163 《1989 年法令》第 10(2)條。

164 英格蘭法律委員會(1988)，同上，第 4.33 段。

165 同上。

166 《1989 年法令》第 10(1)條。

167 《1989 年法令》第 8(3)及 8(4)條。*"家事法律程序"* 包括在高等法院的固有司法管轄權下就兒童進行的法律程序（例如法院監護安排），以及根據下列成文法規進行的法律程序：《1989 年兒童法令》的第 I、II 及 IV 部（第 I 部的規管範圍是父母責任及監護權，第 II 部的規管範圍是同住令、聯繫令、指定事項令及禁止行動令，而第 IV 部的規管範圍則是照顧令及監管令）；《1973 年婚姻訴訟法令》（離婚及婚姻無效）；《1976 年領養法令》（Adoption Act 1976）及《2002 年領養及兒童法令》（領養）；《1978 年家事法律程序及裁判法院法令》（Domestic Proceedings and Magistrates' Courts Act 1978））（經濟給養）；《1984 年婚姻及家事法律程序法令》（Matrimonial and Family Proceedings Act 1984）的第 III 部（經濟給養）；《1996 年家事法法令》（不准騷擾令及佔用令）；《1998 年犯罪及行爲不檢法令》(Crime and Disorder Act 1998) 的第 11 及 12 條（兒童安全令）。

> "這些建議的主要目標，是減少行使高等法院的法院監護司法管轄權的需要。在很多個案中，動用法院監護其實不是因爲需要法院繼續履行父母責任，而是因爲別無其他法律程序可供採用罷了。一旦有其他法律程序可供採用，法院本身便可能會更傾向於拒絕行使司法管轄權，又或者起碼會以這種方式來處理有關的法律程序。"[168]

5.88 根據《1973 年婚姻訴訟法令》提起的法律程序亦包括在內，而這是擴闊了法院在離婚、裁判分居或經濟濟助的法律程序中就兒童而具有的權力。故此，在離婚呈請被駁回、申索經濟濟助失敗或要求更改贍養協議時，法院仍可作出第 8 條所訂立的一整列命令。[169]

可提出申請的人

5.89 在舊有的法律之下，監護人所提出的申請是受到*"雜亂無章的限制"*，此外又有*"一系列令人困惑的條文"*，容許父母或監護人以外的人要求獲判管養權和探視權；[170] 過往所存在的限制，是可以透過令兒童成爲受法院監護的人而避免的。《1989 年法令》的目的是減少使用法院監護安排的需要，刪除關於發言權的技術性規定，並確保任何真正關心兒童的福利的人均可在家事法律程序中向法院提出申請。

5.90 第 10 條容許*"有權申請"*第 8 條所訂命令或已向法院取得申請許可的人提出該項申請。第 9 條限定只許地區主管當局以外的人申請作出第 8 條命令。[171]

有權無需許可而提出申請的人

5.91 下列三類人士有當然權利可申請作出任何一種第 8 條命令：

(a) 父母（包括未婚父親）；

(b) 監護人；及

(c) 獲判現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 條縮短爲一年。）

172 《1989 年法令》第 10(4)條。

5.92 第 10(5)條列出可無需許可而申請同住令或聯繫令的人所須符合的準則。這些人包括有：

(a) 婚姻（無論是否仍然續存）的任何一方，而兒童是其家庭子女；[173]

(b) 在過去五年內與兒童的同住時間合計最少有三年的任何人士；[174] 及

(c) 符合下列條件的人：

(i) 如對兒童來說現正有同住令生效，此人已取得獲判該命令的每一人同意；

(ii) 如兒童現正由地區主管當局照顧，此人已取得地區主管當局的同意；或

(iii) 如屬其他情況，此人已取得每一名對兒童負有父母責任的人的同意。[175]

5.93 已申請作出命令或屬聯繫令所指名的人，均有權申請更改或撤銷該命令。[176] 法院規則可訂明其他各類有當然權利可申請作出命令的人。[177]

取得許可而提出申請

5.94 須先取得法院許可才能申請作出第 8 條命令的申請人可分爲三類：

(a) 地區主管當局所安排的寄養父母；[178]

(b) 其他沒有權利提出申請的人；[179] 及

(c) 法律程序所涉及的兒童。

---

173 《1989 年法令》第 10(5)(a)條。這類別包括繼父／繼母。關於 *"家庭子女"* 的涵義，可參閱《1989 年法令》第 105(1)條。

174 《1989 年法令》第 10(5)(b)及 10(10)條。

175 《1989 年法令》第 10(5)(c)條。

176 《1989 年法令》第 10(6)條。

177 《1989 年法令》第 10(7)條。

178 《1989 年法令》第 9(3)至 9(4)條。

179 《1989 年法令》第 10(1)(a)(ii)條。

5.95 法院在考慮是否把許可給予非屬以上各類有當然權利可申請作出第 8 條命令人士的人時，法院須特別考慮以下因素：

(a) 擬議提出的申請的性質；

(b) 申請人與兒童的關係；

(c) 兒童的生活有受到干擾的風險，以致擬議提出的申請會令他受到傷害；及

(d) 如兒童是受地區主管當局照顧：

(i) 主管當局爲兒童的將來所訂的計劃；及

(ii) 兒童的父母的意願和感受。[180]

兒童作爲一方當事人

5.96 如要求作出第 8 條所訂命令的申請是由案中兒童提出，[181] 則法院只會在信納該名兒童 *"具有充分理解力提出擬議的申請"* 時才會給予許可。[182] 這項規定是旨在確保申請是由兒童本人而非對兒童有影響力的成年人提出。如兒童未能取得許可申請作出命令，他仍可加入成爲法律程序的一方。[183]

5.97 根據《1989 年法令》和高等法院的固有司法管轄權，兒童也可申請許可，在沒有訴訟保護人或訴訟監護人的情況下展開法律程序或在法律程序中抗辯，方式是以請求書列明申請理由或於任何聆訊中作出口頭請求。[184] 以前的規定是除非透過訴訟保護人或訴訟監護人，否則未成年人不得提起法律程序或在法律程序中抗辯，現有做法是放寬了這項規定。此外，如果律師經考慮兒童的理解力後，認爲兒童能夠作出指示，並已接受指示代表兒童行事，則兒童也可在沒有訴訟保護人或訴訟監護人的情況下進行法律程序。[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。

規定須取得許可的理據

5.98　規定須取得許可是旨在保障兒童及其家人，以免他們的舒適和安全受到不當干擾，同時並確保兒童的權益會妥爲受到尊重。英格蘭法律委員會有此評論：

> "除非父母採取某項行動的決定，或更有可能的是不採取某項行動的決定，會嚴重危害子女的福利，否則幾乎不會有好理由來干預父母履行其職責，但也只有牽涉在代他們採取該項行動之中的人，才會有所規定的利害關係（醫療便是明顯例子）……。在新體制之下，每當有好理由相信兒童的福利會有得益，有關問題便可提交法院處理。"[186]

強制執行第 8 條命令[187]

5.99　根據《1980 年裁判法院法令》（Magistrates' Courts Act 1980），由裁判法院作出的第 8 條同住令是可以強制執行的，方式是向失責人士處以罰款，或將失責人士監禁，直至該失責行爲已獲補救或爲期不超過兩個月。[188] 法院可自行動議或應投訴採取行動。[189]

5.100　在郡級法院和高等法院中，違反法院命令可當作藐視法庭罪來處罰。[190] 藐視者可因違反高等法院命令而被判處監禁達兩年，其財產可遭扣押或其本人可被判處罰款。[191] 根據規定，有關命令必須附有警告通知書，[192] 並必須在無合理疑點下證明被告人是明知而故意違反命令的。[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(43)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 條命令規定某人須將兒童交給另一人，而作出命令的法院信納兒童尚未被交出，則該法院可作出命令授權法院人員進入有關處所（有需要時可使用武力）以尋找兒童、將之管領並交給上述的另一人。[194]

5.102　強制執行的權力應視爲非不得已時才採用的補救方法。基達尼及馬遜指出：

> "實際上來說，各個法院均似乎不願行使其強制執行的權力，但若是確保兒童能歸還同住的照顧者，則屬例外……。聯繫令所帶來的強制執行問題更爲棘手；與兒童同住的父母其中一方，如拒絕讓另一方與兒童聯繫便可能會遭監禁，但這通常都不符合兒童的最佳利益……。在強制執行聯繫令前，法院或會嘗試界定該命令或刪減其條款，令之較爲容易接受。不過，受到另一方無法平息地提出反對的父母其中一方，是不能期望法院同意這種情況會令到與兒童聯繫變得不可取。法院可能會作出家庭援助令，希望福利工作人員能作出可以接受的安排，法院甚至可能會威脅更改兒童的住所或對父母責任的另一方面加以限制。"[195]

法院的其他權力

司法管轄權

5.103　《1989 年兒童法令》設立了一個新的司法管轄架構來處理兒童案件。*"在這個架構之下，所有關乎同一名兒童的法律程序首次可以在同一所法院中一併聆訊，而同一套規則亦會適用於所有法院和所有法律程序（但法院監護安排除外，而此類安排主要是歸於私法範疇之內的）。"*[196]

5.104　《1989 年兒童法令》第 92(7)條設定共同司法管轄權，讓高等法院、郡級法院及家事法律程序裁判法院可聆訊所有關乎兒童的法律程序。該條規定，就該法令而言，凡有提述 *"法院"* 之處，均指 *"高*

194　《1986 年家事法法令》第 34 條，該條是由《1989 年兒童法令》附表 13 的第 62 及 70 段修訂的。

195　Cretney & Masson，同前，第 713 至 714 頁。不過，有關 *"無法平息地"* 提出反對（或 *"無法平息地懷有敵意"*）的父母這個司法概念，曾經受到一些批評，特別是在情況涉及聯繫和家庭暴力之時：見本章下文的討論和後面第 11 章的討論。

196　Scott, "Problems in Court Structures and Processes" (1993) 44 *CLP* 15，第 24 至 25 頁。

等法院、郡級法院或裁判法院”，而其主要目標則是“盡可能使命令劃一，並使適用於各級法院的程序及補救方法保持靈活和一致。”[197]

監管令

5.105　在《1989 年法令》實施前，如有*“特殊情況令兒童交由一名獨立人士監管是可取”*的話，法院可主動作出監管令或照顧令。[198] 不過，上述條文不能反映作出監管令所要達致的不同目的：那就是命令若是判給地區主管當局的，其目的是在於保護兒童免受傷害；若是判給福利工作人員或感化主任的，則是在於爲父母提供短期援助，讓他們能處理分居或離婚事宜，並促使他們日後互相合作。[199] 《1989 法令》澄清了有關情況，方式是讓法院選擇一是向地區主管當局發出*“第 37 條指示”*，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*“令福利工作人員的短期介入家庭以協助其解決與分居或離婚相關的問題和紛爭成爲正式的做法”*。[200] 在法院有權作出第 8 條命令的家事法律程序中，不管是否已有第 8 條命令作出，法院均可作出家庭援助令。[201] 家庭援助令只可由法院自行動議作出，但各方當事人也可在法律程序進行期間要求法院作出該令。[202]

5.107　家庭援助令規定有關方面必須安排感化主任或地區主管當局轄下的人員*“爲命令所指名的人提供意見及協助，並（在適當情況下）與其建立友誼”*。[203] 命令所可能指名的人會是兒童、其父母或監護人、與兒童同住的人，或獲判聯繫令而該令又正屬有效期間的人。法院必須信納有關個案情況*“特殊”*，以及命令所指名的每一人（兒童除外）均對有關安排表示同意。[204]

5.108　感化主任或地區主管當局轄下的人員的權力，只限於把應否更改或撤銷有效的第 8 條命令一事轉介法院處理。[205] 任何涉及虐待或疏忽照顧兒童的問題，則應轉介地區主管當局以採取行動。由於家

197　Bainham（1990），同前，第 68 至 69 頁。
198　例如《1973 年婚姻訴訟法令》第 44(1)條。
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)條。
202　Bromley & Lowe, *Bromley's Family Law* (1992)，第 373 頁。
203　《1989 年法令》第 16(1)(2)條。
204　《1989 年法令》第 16(3)條。
205　《1989 年法令》第 16(6)條。

庭援助令旨在提供短期援助，所以除非法院有指定較短的期限，否則其有效期爲六個月。[206] 不過，現時並無任何規定禁止法院再作命令。

第 37 條指示

5.109 根據舊有的法律，在私法法律程序中，法院可在特殊情況下自行動議作出監管令或照顧令。這是與《1989 年法令》那規定地區主管當局在保護兒童之上負有首要法定責任的政策相抵觸的。爲此，《1989 年法令》撤銷了上述權力，反而賦予法院有限度的權力，可引發地區主管當局採取行動。

5.110 根據第 37 條，如在任何家事法律程序中有關乎任何兒童的福利的問題出現：

> "而法院覺得可能適宜對該兒童作出照顧令或監管令，法院即可指令適當的主管當局調查該兒童的情況。"

主管當局必須隨而考慮應否申請照顧令或監管令，或對該兒童或其家人提供協助，或就該兒童採取任何其他行動。主管當局必須於八週內向法院匯報結果。

5.111 如主管當局最後決定不申請命令，法院便無權作出照顧令或監管令。不過，在等待調查結果期間，法院是可作出臨時監管令或照顧令的。[207] 這既可杜絕延誤的弊端，亦可確保在全面的命令作出前，主管當局已明白問題所在和大家在該命令之下會有甚麼期望。[208]

兒童參與法律程序

兒童作爲一方當事人

5.112 如兒童的父母或有利害關係的另一方當事人，申請就兒童作出同住令或聯繫令，兒童並不會因此而自動成爲法律程序的一方當事人。[209] 不過，正如我們在上文所見，在某些情況之下，兒童是可以申請命令，又或者根據《1989 年法令》加入成爲法律程序的另一方當事人。[210]

---

206 《1989 年法令》第 16(5)條。
207 《1989 年法令》第 38(1)及 38(2)條。
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。

兒童的意見

5.113　我們在本章的較前部分，已在談及福利原則時討論過列明須予考慮因素的法定清單。這份清單令法院在就任何關乎兒童教養的問題作裁定時，有責任顧及兒童的意願和感受。[211]

5.114　英格蘭法律委員會有評論如下：

> "要查明兒童有甚麼意見，所用的方式必須避免令兒童捲入父母的爭執之中，避免強迫他們在父母之間作出'選擇'，或者避免令他們感到要爲最終作出的決定負責。這通常最好是透過由福利工作人員作出報告的方式來進行，雖然大部分〔的被諮詢者〕均同意法院應保留其私下會見兒童的現有權力。"[212]

5.115　至於兒童的意見會影響有關事宜的程度有多大，委員會也有指出：

> "如父母已就子女在何處居住達成協議，並且本身已有據此作出安排，那麼爲迎合兒童的意見而試圖改變這些安排，其實與法院強加意見一樣，都不是切實可行的做法。畢竟父母如果團結一致，在就搬家或轉職作決定時是一定會考慮子女意見的，但子女也不能期望自己的意願會佔上風。"[213]

獨立法律代表

5.116　根據《1989 年兒童法令》第 41(1)條，法院必須委任一名兒童監護人[214] 在某些指定的法律程序中代表兒童，*"但如法院信納不*

211　《1989 年法令》第 1(3)(a)條。

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。

必作此安排以維護兒童的利益，則屬例外。"[215] 指定的法律程序是指涉及政府干預的法律程序，並包括：

(a) 要求作出照顧令或監管令的申請；

(b) 屬下述情況的個案：法院已根據第 37 條向地區主管當局發出指示着令其調查兒童的情況，而法院亦已作出或正在考慮是否作出臨時照顧令；

(c) 屬下述情況的個案：法院正考慮是否就屬照顧令標的之兒童作出同住令；及

(d) 就受照顧的兒童與他人保持聯繫而提出的申請。

5.117 兒童監護人[216] 通常是一名由法院委任以代表兒童行事的專業人員。[217] 如同 *"家事及法院報告人"*（family and court reporter）（前爲 *"法院福利工作人員"*（court welfare officer）[218]）一樣，兒童監護人是有責任就 *"最能符合兒童福利的方式"* 向法院提供意見。[219] 不過，家事及法院報告人的工作是對須予裁定的問題採取中立的做法，而兒童監護人則須確保兒童的觀點會在法院獲得積極的推動，例如傳召各方當事人爲兒童提供證據。[220]

---

215 《1989 年法令》第 41(1)條實施了題爲"*The Law on Child Care and Family Services*"（1987 年 1 月 Cm 62）的政府白皮書的第 57 段。該段建議訴訟監護人（已由一名隸屬兒童及家事法庭諮詢及支援服務的人員代替），不應繼續只在看來兒童與父母其中一方或監護人之間是有利益衝突的關於照顧的法律程序中才獲委任。法院應有責任在所有該類個案中均委任一名隸屬兒童及家事法庭諮詢及支援服務的人員，但如看來是不必作此安排以維護兒童的利益，則屬例外：見《霍爾茲伯里英國法大全》*（Halsbury's Statutes of England）*卷 6 第 471 頁的"*說明*"部分，亦見《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。

216 又或者是訴訟監護人，但這情況比較罕見。訴訟監護人是獲委任在私法法律程序中代表兒童的：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。英格蘭近期所發出的一份實務指示有就下述事項列明指引：何時才適宜令兒童成爲 *"非指明"* 家事法律程序（即與照顧兒童無關的家事法律程序或其他公法法律程序）的一方當事人，以及應否委任訴訟監護人：見《實務指示（家事法律程序：由律師代表兒童行事）*(Practice Direction (Family Proceedings: Representation of Children)* [2004] 1 WLR 1180。

217 兒童監護人（在公法法律程序中）是在隸屬兒童及家事法庭諮詢及支援服務的人員之中委任。請參閱本章繼後部分關於兒童及家事法庭諮詢及支援服務的討論。在私法法律程序中，獲委任以代表兒童的訴訟監護人可能是隸屬兒童及家事法庭諮詢及支援服務的人員，法定代表律師或 *"另一名合適的人"*：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。

218 家事及法院報告人也是隸屬兒童及家事法庭諮詢及支援服務的人員。

219 Aryton & Horton，同前，第 112 頁。

220 同上。

5.118　在指定的（公法）法律程序中獲委任的兒童監護人，是有責任按照法院規則來維護兒童的利益。[221] 他須就下述事項提供意見：兒童的意願、兒童是否就任何目的而言均有足夠的理解力、法院對兒童所可選擇採取的做法、法院徵詢其意見的任何其他事宜。[222] 除非已有律師獲得委任，否則兒童監護人須委任律師來代表兒童行事。[223] 向律師所發出的指示，應由兒童監護人發出，[224] 兒童監護人並必須在完成其調查後提交報告，就兒童的利益提供意見。[225]

5.119　如在根據《1989 年法令》提起的法律程序中並無委任兒童監護人，法院可以委任律師代表兒童。[226] 不過，如有委任兒童監護人但兒童希望並且有能力自行發出指示，[227] 而有關指示又與兒童監護人所作的指示互相矛盾，則已獲委任的律師必須聽取兒童所作的指示。[228] 然而，兒童必須是有足夠的理解力向律師發出指示，並且是想向律師發出指示的。[229]

5.120　雖然在根據《1989 年兒童法令》審理的公法案件中，由律師代表兒童行事是常規而非例外情況，但在私法案件中，由律師代表兒童行事卻是例外情況而非常規。正如雅利頓及霍頓所評：

> "如果兒童屬於私法申請的標的，而該申請並無任何公法成分，那麼說這做法只對數目有限的案件而言屬於適當，也是持平之言。在私法案件中，兒童本身的意見和感受通常會透過福利工作人員而傳達法院。"[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爲有能力發出指示。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。

兒童所作的證供

5.121　如果兒童明白自己有責任說真話，並且有足夠的理解力去提出充分理由支持自己所作的證供，則法院可聆聽兒童在未經宣誓的情況下所作的證供。[231] 在高等法院或郡級法院審理的民事法律程序中，或在裁判法院審理的家事法律程序中，即使有關於傳聞證供的法院規則，就兒童的教養、贍養或福利所作的證供仍可獲接納。[232]

法院監護安排

5.122　法院監護法律程序在民事法律程序中有獨特之處，因爲它們所處理的不是解決訴訟人之間的權利問題，而是做一切有需要做的事情來爲兒童謀福利。在有法院監護申請提出時，兒童即成爲 *"受法院監護的人"*，而未經法院同意，任何對兒童有影響的重大決定均不得作出。[233] 在《1989 年兒童法令》尚未制定之時，法院監護是高等法院的固有司法管轄權的一個重要環節，在兒童法律中發揮重要作用，但在該法令之下，法院監護司法管轄權所包含的多項元素，均被納入法定機制之中，剩下法院監護來發揮殘餘的作用。[234]

公法法律程序

5.123　關於兒童法律的公法環節，高等法院以前根據《1969 年家事法改革法令》（Family Law Reform Act 1969）把受法院監護的人交由地區主管當局照顧或監管的法定權力已被廢除。[235] 此外，高等法院也不得行使其固有司法管轄權，規定兒童須交由地區主管當局照顧或監管，或規定兒童須交由地區主管當局安排住宿。[236]

5.124　高等法院亦不得行使其固有司法管轄權，使屬於照顧令標的之兒童成爲受法院監護的人。[237] 現時很清楚的是受照顧的兒童並不會在有人提出法院監護申請時成爲受法院監護的人。[238] 不過，高等法院仍可以行使其固有司法管轄權，就受照顧的兒童的個別問題作決定。

231　《1989 年法令》第 96(2)條。

232　《1989 年法令》第 96(3)及 96(4)條；《1993 年兒童（傳聞證供的可接納性）令》（Children (Admissibility of Hearsay) Order 1993）SI 1993/No 621。

233　香港法改會，《國際性的父母擄拐子女問題報告書》（2002 年 4 月）第 2.15 至 2.16 段。

234　Cretney & Masson，同前，第 707 頁。

235　《1989 年法令》第 100(1)條。

236　《1989 年法令》第 100(2)(a)(b)條。高等法院所能做的只限於根據第 37 條指令地區主管當局調查兒童的情況。

237　《1989 年法令》第 100(2)(c)條。如兒童是受照顧的，任何人均不得要求作出第 8 條命令（同住令除外）：第 9(1)條。

238　《1981 年最高法院法令》（Supreme Court Act 1981）第 41(2A)條，而該條是由《1989 年兒童法令》附表 13 第 45(2)段增補的。在另一方面來說，就受法院監護的人作出照顧令是會終止該項法院監護安排：《1989 年法令》第 91(4)條。

5.125　此外，高等法院不得行使其固有司法管轄權，*“以授權任何地區主管當局，就已經或可能出現的涉及父母責任的任何一方面的問題作出裁決。”*[239]

私法法律程序

5.126　《1989 年法令》不會對私人使用法院監護安排直接造成影響。法院監護安排屬於該法令中*“家事法律程序”*一詞的定義範圍之內，[240] 並仍然用於解決涉及兒童的私人問題。該法令旨在把法院監護安排的最珍貴特色納入法定司法管轄權內，從而減少行使高等法院固有司法管轄權的需要。[241] 由於法院根據第 8 條在所有家事法律程序中均獲賦予廣泛的權力，所以現時已較少需要依賴法院監護安排。因此，任何有利害關係的人如欲保障兒童的健康和福利，是可以使用法院監護安排，又或者在家事法律程序中申請禁止行動令或指定事項令。[242]

5.127　瑪嘉烈·布芙大法官認爲使用法院監護安排或行使高等法院固有司法管轄權現時應視爲例外情況。她指出：

> “法院監護安排應該只在法官明顯覺得有下述情形出現時才使用：……涉及兒童的教養或財產的問題不能通過法定程序解決；……或當兒童的人身陷入險境，並只有憑藉受監護的人的身分才能得到保護；[243] 或證明這身分較諸一般的藐視法庭罪會更具阻嚇作用。”[244]

5.128　基達尼及馬遜指出，法院監護安排或法院的固有司法管轄權對屬以下情況的個案仍有價值：[245]

(a) 須動用高等法院的超卓技巧和無尚權威（若關於移交法律程序的規則能恰當地編配案件，則作別論）；

(b) 可取得命令的速度屬關鍵因素；

---

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，爲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，兒童即成爲受法院監護的人，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) 須取得強制令以控制第三者的行爲（若能引入家庭暴力法例方面的改革，則作別論）；[246] 及

(d) 由法院繼續作出某程度上的監管或屬可取的做法。

私隱權

5.129 《1989 年兒童法令》訂明，可根據《1980 年裁判法院法令》訂立規則，規定法院在行使《1989 年法令》[247] 所賦的任何權力時須以非公開形式聆訊案件。在高等法院及郡級法院中，除非法院另有指示，否則所有聆訊均須在內庭進行。[248] 如法院認爲爲兒童的利益起見，以非公開形式聆訊法律程序是合宜的，則只有法院人員、當事人本人、當事人的法律代表及法院所指明的其他人士才可以出席聆訊。[249]

發布資料

5.130 任何人如發布任何資料，用以識別正在裁判法院審理的兒童法律程序中的兒童的身分、該兒童的地址或所就讀的學校，即屬犯罪。[250] 被告如能證明他不知道並且沒有理由懷疑所發布的資料是用以識別該兒童的身分，即可以此作爲免責辯護。法院或大法官（Lord Chancellor）[251] 如信納爲兒童的福利着想有必要披露有關資料，是可以解除該項限制的。[252]

5.131 至於級別較高的法院，《1960 年司法法令》（Administration of Justice Act 1960）禁止發布與法院非公開聆訊下列法律程序有關的資料：

(a) 涉及對未成年人行使高等法院的固有司法管轄權的法律程序；

(b) 根據《1989 年兒童法令》或《2002 年領養及兒童法令》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（Deprtment for Constitutional Affairs）代替，而該部是由憲制事務大臣（Secretary of State for Constitional 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、少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爲"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與未成年人的贍養或教養有關的法律程序。[253]

5.132 有關條文禁止發布下述資料：爲聆訊涉及兒童的案件而製備的報告的內容、證人所提出的證明的內容，以及在法律程序進行期間所作陳詞的內容。有關條文並不禁止發布兒童的名字、地址或照片，亦不禁止發布所作出的命令的詳情。[254]

自《1989 年法令》實施以來的發展

概覽

5.133 自從根據《1989 年兒童法令》而進行的各項主要改革實施之後，多年以來均有人對英格蘭的兒童法律的某些範疇表示關注，結果導致有更多改革提出或付諸實行。這些爭議所在之處和有關的改革工作會在下文作扼要介紹。

《2002 年領養及兒童法令》

5.134 《2002 年領養及兒童法令》主要是旨在引入一個新體制以規管英格蘭的領養事宜，當中也包括多項對《1989 年兒童法令》所作出的修訂。[255] 這些修訂計有：爲未婚父親的取得父母責任訂定條文，而此人是有聯同母親爲子女辦理出生註冊事宜的；[256] 引入一套更加簡化的程序，讓繼父母能透過法院或經同意而取得父母責任；[257] 容許地方主管當局所安排的寄養父母，在只與兒童同住一年（以前的規定是三年）後即可申請第 8 條命令；[258] 訂明法院可作出效力加強的同住令，而該命令的有效期是延長至兒童年滿 18 歲之時。[259] 此外還有多項變革，而其中之一便是引入 *"特別監護權"* 這個新概念。[260]

---

253 《1960 年司法法令》第 12 條，而該條是由《1989 年法令》附表 13 第 14 段修訂的。

254 White, Carr & Lowe，同前，第 9.29 段，但高等法院可根據其固有司法管轄權施加特定的限制。有關進一步的資料，特別是有關判決的資料，可參閱 *Clarke Hall & Morrison on Children* 一書，卷 1 第 303 至 330 段。

255 見《2002 年領養及兒童法令》（"《2002 年法令》"）第 111 至 122 條。

256 《2002 年法令》第 111 條；該條是修訂《1989 年法令》第 4 條。

257 《2002 年法令》第 112 條；該條加入了《1989 年法令》的（新）第 4A 條。

258 《2002 年法令》第 113 條；該條是修訂《1989 年法令》第 9 條。

259 《2002 年法令》第 114 條；該條是修訂《1989 年法令》第 12 條。

260 特別監護權和領養不同，能賦予第三者父母責任和作決定的權力，但同時又不會剝奪父母作爲自己子女的父母的法律地位，雖然父母本身所負的父母責任已極爲有限：見《2002 年法令》第 115 條。這些特別監護令亦可應向法院提出的申請而予以變更或撤銷。見《1989 年法令》的（新）第 14A 至 14G 條。

5.135　另一項重大變革便是修訂《1989 年法令》所指的對兒童造成“傷害”一詞的定義，故此傷害現時包括*“因目睹或耳聞另一人遭虐待而所受的損害。”*[261] 這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，包括要求作出聯繫令及同住令的法律程序在內。[262]

聯繫令

5.136　在英格蘭的兒童法律之中，其中一個曾有重要發展的範疇是與批予聯繫令有關，特別是在有證據顯示發生家庭暴力的情況下所批予的聯繫令。[263]

關於聯繫的一般資料

5.137　在英格蘭，每年約有 800,000 名父母提起關於聯繫的法律程序，[264] 其中佔大部分的申請人都是父親，而近年在英格蘭及海外均有行動興起，譴責法律制度在涉及聯繫的糾紛中對父親的處理方法。由於婦女在勞動大軍中所擔當的角色日見吃重，有人覺得法律必須向前跨進一步，承認在很多家庭之中，母親與父親現時均是子女的共同主要照顧者，而在離婚之後應更多做些功夫來維持這個狀況。謝道夫爵士（Sir Bob Geldof）最近曾有文章在《星期日泰晤士報》刊登，重點介紹了有關的論點。[265]

5.138　赫克爾（Huckle）指出當局正考慮在這方面進行一些改革：[266]

> “在即將實施的試驗性計劃之下〔這計劃會在倫敦市中心的家事法律程序法院實施〕，夫婦在取得司法聆訊之

261　《2002 年法令》第 120 條；該條是修訂《1989 年法令》第 31 條。

262　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。

263　由於這些發展對我們本身在這方面作出的建議有重大影響，本報告書後面第 11 章也會對這個課題作更詳盡的討論。

264　E Huckle, "Fathers' contact with children" (2003) NLJ 1365.

265　Sir Bob Gedldof 這篇文章，題爲“The father love that dare not speak its name”，是在 2003 年 9 月 7 日刊登於《星期日泰晤士報》。該篇文章是摘錄自劍橋大學社會法律小組所發表的下述一書：A Bainham, B Lindley, M Richard & L Trinder（合編），*Children and their families: Contact, rights and welfare*（2003 年 9 月，出版社：Hart Publishing）。Sir Geldof 在這篇文章中，強調了數以百萬計的父親在與妻子離異後發覺自己實際上已與子女隔絕時所感受到的悲哀、挫敗感及痛苦。他譴責法律所呈現的僵化情況，對看來無法在這方面找出任何有創造性的解決方法的法院，亦加以責難。英格蘭的司法機構的一名成員也曾發表類似的評論：見“Retilting the scales – a High Court judge stands up for fathers' rights”，載於 2004 年 4 月 10 日出版的《經濟學人》，第 47 頁。

266　Huckle，同前，第 1365 頁。

前會出席關於分居後的子女教養問題的簡介會。父母必須出席調解會議，以制定子女教養計劃和關於聯繫的安排。至於全面的法院聆訊，則只會爲無法以其他方式解決的糾紛和涉及暴力或精神健康問題的糾紛而設。”

聯繫與家庭暴力

5.139　關於這個辯題的另一面，近年亦有人曾發表大量評論，[267] 指出兒童在《兒童法令》體制之下所假定享有的與父母雙方保持聯繫的權利，已令法院看似是贊同讓兒童與不同住的父親或母親保持聯繫，*“有時是幾乎罔顧母親的擔憂或父母以往的暴力表現。”*[268]

5.140　大法官轄下的家事法諮詢委員會《兒童法令》小組委員會（Children Act Sub-committee of the Lord Chancellor's Advisory Board on Family Law）就此範疇的法律進行了檢討工作，[269] 結果作出了各種變革建議，[270] 其中包括建議制訂良好的實務指引，規定法官須慎重其事，然後才可在涉及家庭暴力的個案中下令作出聯繫。[271] 指引於 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 所著的題爲“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爲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諮詢委員會《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爲 *“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，而指引的內容是於 2000 年 6 月基於上訴法院的判決而被納入案例法的。[272]

5.141　在指引制定之前，杜格思（Douglas）便早已指出據一些較近期的此方面案例所顯示，*"有關方面〔曾〕聯手試圖把訊息傳達開來，讓大家知道如果當事人是有家庭暴力的前科，那麼在下令作出聯繫之前是需要作慎重考慮的。"*[273] 法院似乎在決定應否拒絕批准聯繫時所採用的方法之一，是辨別反對子女與另一方聯繫的一方所懷有的恐懼或敵意是合理抑或不合理。[274]

5.142　指引現已納入司法培訓之中，而大法官辦公廳（現爲憲制事務部）亦有委託家事法諮詢委員會進行研究，以監察大家對指引的察覺程度。[275]

5.143　進行此方面研究工作的其他人士，也有提出其他改革建議。[276]

聯繫中心

5.144　憲制事務部曾委託其他機構就兒童聯繫中心進行研究，並研究這些中心在推動兒童與父母保持積極而又安全的聯繫方面的成效有多大，而這種聯繫方式是也能在家庭暴力是問題徵結時保障到婦女（和某些男人）的安全和福祉。[277]《兒童法令》小組委員會近期所

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)。亦可參閱載於大法官辦公廳所發表的題爲 *Government response to the Report "Making contact work"* 一書（2002 年 8 月）中的關於制定指引的摘要。

273　Douglas，同前，第 86 頁。

274　Douglas，同前，第 86 頁。例子之一可參閱 *Re P (Contact: Discretion)* [1998] 2 FLR 696 一案，有關部分載於第 703 至 704 頁，Wilson 法官所區分的個案共有三類：在第一類個案中，反對聯繫並無合乎理性的理由支持，在第二類個案中，所提出的理由是足以反駁聯繫是符合兒童的利益這個假定，而在此情況下，反對聯繫已再不是問題所在；至於第三類個案，則是正反雙方均有理由充足的論據支持，反對聯繫在此情況下便有可能成爲恰切的考慮要點。

275　大法官轄下的家事法委員會，*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).

發表的報告書，[278] 以及約翰・朗特里基金（Joseph Rowntree Foundation）近期所發表的報告書，[279] 均對這些中心表示支持。

祖父母／外祖父母與聯繫

5.145　讓離婚家庭中的兒童與其祖父母／外祖父母保持聯繫的重要性，曾是近期研究[280] 及案例法[281] 的主題，而問題所在則是應否讓祖父母／外祖父母在要求與孫兒保持聯繫之上，享有較現時爲高的法律地位。[282]

關於保護兒童的一般情況

5.146　各有關行政機關在處理保護兒童的個案時所顯露的嚴重缺失，曾是一些近期改革[283] 和一些旨在找出真相的近期檢討的主題，特別是賴明勳爵（Lord Laming）就維多利亞・克萊比（Victoria Climbie）的慘死所發表的報告書，[284] 是揭露了 *"每一間可以想象得到有牽涉在事件之中的保護兒童機構所犯"* 的一連串駭人行政失誤[285] ——這些機構有社會工作者、醫生、醫院、警務人員及全國防止虐待兒童協會（National Society for the Prevention of Cruelty）；它們均曾在這個小女孩受虐的個案中的某個階段牽涉在事件之中，但全部都沒有插手干預。[286] 巴特勒－史洛斯女勳爵（Dame Butler-Sloss）在評論該報告書的研究結果時指出：[287]

278　《兒童法令》小組委員會所發表的題爲 *"Making contact work"* 的報告書（2002 年 2 月），第 8.35 段。

279　Trinder, Beek & Connolly，同前，第 47 頁。

280　見 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 頁。這篇文章扼要介紹了他們在卡狄夫大學（Cardiff University）就這個課題所進行的研究工作。

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，可參閱 John Mitchell 法官就此系列案件所作的討論；"Grandparents and contact" (2003) *NLJ* 658。

282　請參閱 Douglas 及 Ferguson 合著一書中對有關問題所作的有意思討論，同前，第 60 至 62 頁。

283　見近期發表的 *Protocol for judicial case management in public law Children Act cases*（2003 年 6 月 18 日）；該議定書已上載互聯網，網頁爲 http://www.courtservice.gov.uk/cms/8321.htm。

284　*The Victoria Climbie Inquiry: Report of an inquiry by Lord Laming*（2003 年 1 月），已上載互聯網，網頁爲：http://www.victoria-climbie-inquiry.org.uk/finreport/finreport.htm。這份報告書是由衛生大臣（Secretary of State for Health）及內政部大臣（Secretary of State for the Home Department）提交國會的。

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 頁。

> "據報每年平均有 78 名兒童被父母或看顧者所殺害，這個數字自馬利亞・科爾韋爾（Maria Colwell）於 1973 年之死以來一直都沒有改變。很明顯我們仍在犯一些極度嚴重的錯誤。……這份最新的報告書正好再次向我們發出嚴厲警告，告訴我們錯誤在那裏，而錯誤其實已持續了一段時間。政策本身有崇高的理想，但實施上的失誤卻造成可怖的後果，兩頭之間的某處是有一些非常重要的漏洞，我們必須盡更大的努力來把它們堵住。"

5.147 這份研究維多亞・克萊比之死的報告書，引發了政府於 2003 年 9 月發表一份題爲《每個孩子都寶貝》（*Every child matters*）的綠皮書，[288] 爲 *"英格蘭 30 年來最大現模的兒童服務重組"* 作出預告。[289]

延誤

5.148 此外，政府某個工作小組也有就處理根據《1989 年兒童法令》提起的家事法律程序時所出現的延誤進行大量研究。[290] 研究所得的結論是延誤並非單一成因所致，而是多種因素之間的複雜交互作用所造成，所出現的問題亦處處不同。[291] 這些問題部分包括有：家事法律程序法院司法人員的權力，與郡級法院及高等法院司法人員的權力相比是有局限；裁判法院的組織是獨立於較高級的法院之外，有自己的資訊科技系統和行政系統；規定作出判決時須提出書面理由。[292] 《政府對研究家事法律程序法院在《1989 年兒童法令》下所出現的延誤情況工作小組報告書的回應》（*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 月發表的。[293]

兒童及家事法庭諮詢及支援服務

5.149 兒童及家事法庭諮詢及支援服務系統是於 2001 年 6 月設立，向牽涉在關係破裂和家事法律程序之中的家庭提供統一的法院支

---

288 *Every child matters*（2003 年 9 月，Cmnd 1560）。這份綠皮書是由庫務局局長（Chief Secretary to the Treasury）向國會提交的。

289 J Carvel, "Biggest shake-up for 30 years"，《衛報》（2003 年 9 月 9 日）。

290 大法官辦公廳，*Scoping study on delay in Children Act cases – findings and action taken*（2002 年 3 月）；大法官辦公廳，*The report of the Working Party to consider delay in family proceedings courts under the Children Act 1989*（2002 年 9 月）。

291 見大法官辦公廳所發表的報告書：*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 頁。

292 同上。

293 同上。

援服務。[294] 新系統收納了以前由家事法庭福利服務部、訴訟監護人服務處及法定代表律師兒童科所提供的服務，[295] 而服務的主要作用是爲兒童提供監護人，以便在關於照顧的法律程序中代表兒童行事。

5.150 不過，兒童及家事法庭諮詢及支援服務實施初期卻事不順遂。[296] 由於*"判斷嚴重失誤"*，服務開始實施之日籌備功夫還沒有做好；[297] 爲那些自僱的監護人而設的標準合約又*"令人費解"*，[298] 而服務在實施後仍繼續爲各種問題所困擾。這個情況結果引致憲制事務專責委員會（Constitutional Affairs Select Committee）就服務進行了檢討。政府於 2003 年 10 月發表報告書以作出回應，解釋如何解決在這系統所找到的各種問題。[299]

《家事法議定書》

5.151 2002 年 3 月 7 日，英格蘭律師會（English Law Society），聯同律師家事法協會（Solicitors Family Law Association）、當時的大法官辦公廳及法律服務委員會（Legal Services Commission），推出了一份《家事法議定書》（Family Law Protocol）。這份議定書被描述爲*"一項重要的新動向，旨在減少牽涉在離婚之中人士的怨恨和痛苦——特別又以兒童爲甚"*，[300] 內容包含一套爲律師及其當事人而設的最佳實務指引，目的是盡量消除關係破裂過程中所生的怨恨。有關的新聞稿指出：

> "家事律師使用這份議定書，會有助雙方當事人前行，方式是把焦點集中在他們之間須予解決的問題，包括子女福祉和財產分配在內。"[301]

《1998 年人權法令》的影響

5.152 在轉廣闊的層面來說，《1998 年人權法令》（Human Rights Act 1998）的制定可能會令此範疇法律更加精細，因爲法官和家事律師現

---

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，網址爲：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（現爲憲制事務部）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。

時有需要考慮“*透過基本人權的三棱鏡*”[302] 來看家事法會有甚麼影響。正如巴特勒—史洛斯女勳爵所言：

> “人權法例的特有好處，便是讓法官和律師有機會再次探討那些我們認爲理所當然的概念，並重新思考我們的處事方法。”[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　各地法律的比較：蘇格蘭

引言

6.1　《1995 年蘇格蘭兒童法令》是在其對等的英格蘭法例[1] 制定數年之後才制定。此法令收納了蘇格蘭法律委員會（Scottish Law Commission）對此範疇法律所作的詳盡研究結果，而委員會於 1992 年時已發表了一份《家事法報告書》（*Report on Family Law*）。[2] 由於蘇格蘭法律委員會曾有一些機會研究英格蘭的《兒童法令》哪些環節有效和哪些環節無效，《1995 年蘇格蘭兒童法令》在一些重要環節之上是與英格蘭的《1989 年兒童法令》所定下的先例有分歧。這些對兒童法令模式的進一步改善，正是本章的探討重點。

《1995 年蘇格蘭兒童法令》概覽

6.2　《1995 年蘇格蘭法令》共分爲三部。第 I 部處理身處家庭的兒童，第 II 部是關於保護兒童及政府干預，而第 III 部則對領養作出規管。[3]

6.3　薩瑟蘭（Sutherland）指出，[4] 以下各項 *"統領一切的原則"* 是貫穿了整條《1995 年法令》：

- 家庭通常是兒童的最佳處身之所，雖然所涉及的各名家庭成員的責任和權利，是受到兒童的福利屬於首要這項原則所管限；
- 法院應只在干預勝於不干預的情況下作出干預，而兒童的福利是屬於首要；及
- 在法院作出決定之時，兒童具有權利表達自己的意願，而該等意願是應按其年齡和成熟程度獲得考慮的。[5]

1　《1989 年兒童法令》（"《1989 年法令》"），上一章已作討論。

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：*"若爲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。

父母責任的一般原則

6.4 《1995 年蘇格蘭兒童法令》的第 I 部是處理父母權利、父母責任及監護權的。該部於 1996 年 11 月 1 日在蘇格蘭實施，首次引入了 *"父母責任"* 和 *"父母權利"* 的法定定義。[6]

6.5 蘇格蘭法例收納了這兩個定義，並且另外特別提及 *"父母權利"* 這個概念，故此做法是與有關的英格蘭法例極之不同。[7]

父母責任

法定定義

6.6 《1995 年蘇格蘭法令》第 1(1)條訂明父母對子女負有以下的責任：

(a) 保障並促進子女的健康、發展[8] 及福利；

(b) 以配合子女的發展階段的方式來向子女提供

(i) 指導，
(ii) 指引；

(c) 如果子女不是與父母同住，則與子女經常保持個人關係和直接聯繫；及

(d) 出任子女的法律代表。[9]

6.7 蘇格蘭法律委員會發現雖然這些父母責任是已公認存在於普通法中，但回應其報告書的被諮詢者卻大力支持在法例上清楚說明此等責任。[10] 委員會指出，[11] 在法例上清楚說明父母責任是旨在：

(a) 化法律中已有暗示者爲明示；

(b) 糾正父母有權利但無責任這個印象；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爲能力，爲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權利並非絕對或無約制，而是賦予父母好讓他們能履行本身的責任。

向子女提供指導和指引的父母責任

6.8 薩瑟蘭指出，聯合國 1989 年《兒童權利公約》是 *"深深印於《1995 年〔蘇格蘭〕法令》草擬人員的腦海之中。"*[12] 《兒童權利公約》第 5 條述明：

> "父母……的責任……〔包括〕以符合兒童不同階段接受能力的方式適當指導和指引兒童行使本公約所確認的權利。"

6.9 蘇格蘭法律委員會覺得由於提供指導和指引這項原則在蘇格蘭法律中已獲確認，它是應該納入法定定義之的。[13] 委員會對這項原則有更詳盡的說明：

> "適當指導和指引所關乎的，不僅是兒童如何行使其權利（例如他們根據《1991 年蘇格蘭具法律行爲能力的年齡法令》（Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991）所享有的立約權力），更重要的是也關乎兒童的責任，而事實上通常亦關乎兒童的活動和決定。"[14]

出任子女的法律代表的父母責任

6.10 出任子女的法律代表和管理子女財產的責任（這個責任必須是適切並且符合子女的最佳利益），包括在子女在法律上無行爲能力代表自己之時，給予法律上有效的同意、訂立重要合約和提出法院訴訟或在法院訴訟中抗辯。[15]

父母責任終止的年齡

6.11 委員會雖然認爲大部分父母責任均應於子女年屆 16 歲之時終止，但仍建議提供指導和指引的父母責任（此項責任後來是包含於《1995 年蘇格蘭法令》第 1(1)(b)條之中）應待至子女滿 18 歲時才終

---

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 歲時取得完全行爲能力可進行法律上的交易，所以基於這個原因，16 歲是被視爲此項父母責任的適當終止點。

止。[16] 對於分階段來終止各項父母責任，委員會有以下的說法作爲支持的理由：

> "我們承認，按兒童年齡分階段來終止各項父母責任，是不如劃一年齡來終止那麼乾淨俐落的。然而，我們覺得在現實的家庭生活中，某些屬於支持、保護或忠告性質的父母責任，是在子女達到具備一定法律行爲能力和行動自由的年齡後仍繼續存在的……確認某些父母責任在子女滿 16 歲後仍繼續存在，並不代表有必要把父母就未成年子女的住所和教養所享有的權利延展至超逾 16 歲……。"[17]

6.12 就父母責任而制定的法例，大體上是反映了委員會的做法，有例外者是向子女提供指導和指引這項父母責任中關於 *"指引"* 的一環，是各項父母責任中唯一持繼至超逾子女年滿 16 歲者。[18]

父母權利

法定定義

6.13 爲了平衡《1995 年蘇格蘭法令》第 1 條所列出的各項責任，第 2(1)條訂有以下各項父母權利：

> "(a) 規定子女須與父母同住，否則父母即可規管子女的住所；
>
> (b) 以配合子女的發展階段的方式，就子女的教養作出控制、指導或指引；
>
> (c) 如果子女不是與父母同住，則與子女經常保持個人關係和直接聯繫；及
>
> (d) 出任子女的法律代表。"

6.14 在確定這些權利是存在時，有關法例述明賦予這些權利 *"是爲了令〔父母〕能對子女履行父母責任"*，[19] 以便釐清實況。委員會對此有進一步的解釋：

---

16 同前，第 2.10 段。
17 同前，第 2.12 段。
18 即直至 18 歲爲止：見《1995 年蘇格蘭法令》第 1(2)(a)及(b)條。
19 《1995 年蘇格蘭法令》第 2(1)條。

"很多被諮詢者均認爲此範疇法律應側重父母責任而非父母權利，並且認爲強調父母享有父母權利是爲了能履行父母責任，是正好與這個觀點吻合。"[20]

6.15 編定一份法定權利一覽表的作用，是父母可在任何法律程序中就這些權利提出起訴或作出抗辯。[21]

出任子女的法律代表的父母權利

6.16 委員會建議出任法律代表的權利，應界定爲*"管理子女財產的權利，以及在子女無行爲能力代表自己或自行給予同意時在任何〔具有法律效力的交易〕中代其行事或給予同意的權利。"*[22] 這定義有被納入《1995 年蘇格蘭法令》第 15(5)(a)及(b)條，但*"具有法律效力"*等字在此條文中已被略去。[23]

父母權利終止的年齡

6.17 根據在此之前的蘇格蘭法律，關於監護權、管養權和探視權的父母權利，是一直維持至子女年滿 16 歲爲止。蘇格蘭法律委員會建議第 2 條所載的法定權利一覽表所提述的父母權利，亦應維持至子女年滿 16 歲爲止，雖然有部分父母責任可能會在上述日期之後仍持繼下去。[24]

取得父母責任

未婚父親

6.18 《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 3 及 4 條把未婚父親與已婚父親劃分開來，以便只有已婚父親才能自動取得對子女的父母責任。蘇格蘭的未婚父親的情況，與英格蘭的《1989 年兒童法令》（指未經《2002 年領養及兒童法令》[25] 修訂之前）所規定者相同，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爲法律代表一詞所下的定義，是與《1991 年蘇格蘭具法律行爲能力的年齡法令》爲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爲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到，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。

除非他已與子女的母親簽定父母責任協議[26] 或經由法院命令獲授父母責任，[27] 否則他對子女並無父母責任。

6.19 蘇格蘭的已制定法例，在這一點之上是與蘇格蘭法律委員會的看法迴異的。蘇格蘭法律委員會在其報告書中曾建議，若無法院命令規管有關情況，兒童的父親和母親，不管是現已結爲夫婦抑或曾經一度結爲夫婦，均應自動具有父母責任和父母權利。[28] 委員會述明：

> "由於蘇格蘭近年出生的兒童之中約有 25%是非婚生，而不結婚只同居的夫婦現時亦數目可觀，我們覺得時下的看法，已轉爲傾向於認同父母即是父母，不論有否結爲夫婦，情況也是一樣。如果在個別案件之中，爲符合兒童的最佳利益，應剝奪父親或母親的部分或全部父母責任和父母權利，這是可以透過法院命令來達到目的。"[29]

6.20 薩瑟蘭較近期對這個問題有以下的評論：[30]

> "現有的歧視情況毫無疑問是違反了聯合國《兒童權利公約》第 2 及 18 條，並且……肯定有可能是違反了《歐洲人權公約》第 8 及 14 條。以 1998 年來說，父母未有結爲夫婦的兒童出生人數是 22,319 名，佔該年出生人數總數的 39%，當你知道這一點時，現時情況的謊謬之處便越加明顯。這些兒童之中，有 82%是由父母雙方辦理其出生登記手續，而在這些父母之中，有 72%是在同一地址居住。"

6.21 在英格蘭來說，未婚父親是可以透過與子女的母親共同辦理子女的出生登記手續而取得父母責任的，[31] 而蘇格蘭現時看來確已準備就緒，行將有建議提出修訂《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 3 及 4 條，令這些條文配合英格蘭的現時情況。

---

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。

父母責任和父母權利的影響

訴訟因由

6.22 關於父母責任的條文，作用是兒童或代表其行事的人，可憑藉該法令第 1(3)條就這些責任的遭違反而提出起訴。[32] 至於關於父母權利的條文，作用則是 *"父母或任何代其行事的人，會有權在任何法律程序中就該等權利提出起訴或作出抗辯。"*[33]

父母責任和父母權利的轉授

6.23 委員會同意應就父母責任和父母權利的轉授，訂立類似《1989 年兒童法令》第 2(9)、(10)及(11)條的條文。這些條文（其中包括有對父母權利的提述）是收載於《1995 年蘇格蘭法令》第 3 條的第(5)及(6)款，該兩款述明：

> "(5) 在不損害本法令第 4(1)條的原則下，對兒童有父母責任或父母權利的人，不得把該等責任或權利讓予他人，但可安排把其中部分或全部責任或權利交由他人代爲履行或行使；在不損害該項一般性的原則下，這種安排是可與本來已對有關兒童有父母責任或父母權利的人作出的；
>
> (6) 根據上述第(5)款作出的安排，不影響因未有履行父母責任而產生的法律責任……。"

並無父母責任的照顧者

6.24 英格蘭的《1989 年兒童法令》第 3(5)條訂明：

> "任何人如：
>
> (a) 對個別兒童並無父母責任；但卻
>
> (b) 負責照顧該名兒童，

---

32 《1995 年蘇格蘭法令》第 1(4)條亦訂明這些法定父母責任取代了普通法下的責任，但不能取代法定責任。此等法定責任例如是《1985 年蘇格蘭家事法令》（Family Law (Scotland) Act 1985）和《1991 年供養兒童法令》（Child Support Act 1991）所訂的關於經濟資助的責任，以及《1980 年蘇格蘭教育法令》（Education (Scotland) Act 1980）所訂的關於教育的責任：同前，見第 2.13 段。

33 《1995 年蘇格蘭法令》第 2(4)條。

即可（在符合本法令的條文之下）作按有關案件的所有情節來說均屬合理之事，以保障或促進該名兒童的福利。”

6.25 委員會認爲應把該項條文納入蘇格蘭的法例中，並舉一名幼童被送往親屬或朋友家中度假的事件爲例。[34] 像第 3(5)條之類的條文，可確保兒童有意外時，負責暫時照顧他的成年人可安排讓他接受醫治。這項條文對繼父母或寄養父母也會有用。委員會又以負責實際照顧或管束一名五歲兒童的繼父母或寄養父母爲例，說明對於符合該名兒童的利益但該名兒童自己無行爲能力同意接受的醫治或醫療程序（例如在學校接受防疫注射），他們是應該可以給予同意的。

6.26 委員會留意到部分被諮詢者，對該項英格蘭條文是否能清楚表明涵蓋範圍包括同意接受醫治表示關注。委員會建議此點應在有關法例中予以澄清。

6.27 委員會又留意到該項項條文的涵蓋範圍，應該只屬意包括在家庭或家居的環境之下負責照顧或管束兒童的人，故此不建議把學校教師納入條文範圍之內。*“舉例而言，對於讓班中所有學童接受防疫注射一事，教師不應該能夠給予整體同意。”*[35]

6.28 據此，《1995 年蘇格蘭法令》第 5 條訂明：

> “除下面的第(2)款另有規定外，一名年滿 16 歲且負責照顧或管束一名 16 歲以下兒童的人，雖然對該名兒童沒有父母責任或父母權利，或沒有本法令第 1(1)(a)條所述的父母責任，[36] 仍有責任作在所有情況下均屬合理之事，以保障該名兒童的健康、發展或福利；而在履行本條所訂的責任時，該人即使不享有本法令第 2(1)(d)條所述的父母權利，仍可在有下述情況出現之時，特別就任何外科手術、醫治或醫療程序、牙科治療或牙科程序給予同意：
>
> (a) 該名兒童自己不能給予該項同意；而且
>
> (b) 該人不知道該名兒童的父親或母親會拒絕給予該項同意。”

---

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)款表明上述條文不適用於學校教師。自 1991 年起，蘇格蘭 16 歲以上的兒童實際上是具有完全法律行爲能力，可同意接受醫治或醫療程序。這是有別於英格蘭所採取的較狹隘做法。

6.30　值得注意的是蘇格蘭的《1991 年具法律行爲能力的年齡法令》第 2(4)條已有訂明：

> "一名 16 歲以下的人，如被負責診治他的合資格醫生認爲是能夠理解某種外科手術、醫治、醫療程序、牙科治療或牙科程序的性質及其所可能造成的後果，即具有法律行爲能力可自己同意接受該種手術、醫治、治療或程序。"

關於兒童的福利的一般原則

批准安排的責任

6.31　蘇格蘭有一項條文跟香港的類似，那就是在任何離婚法律程序中，爲 16 歲以下婚生子女所作的安排必須令法院感到滿意。[37] 委員會對這項條文有批評：

> "因爲要待到辦理離婚法律手續之時才能令父母雙方明白自己對子女的責任是爲時已晚。……法令把責任加諸法院，但卻沒有提供履行責任的方法，這可能會令人對所可取得的成果抱有不切實際的期望，而事實上，根本並無方法可令法院完全信納爲子女所作的安排是令人滿意的。"[38]

6.32　由於在部分個案中可能不會有涉及父母責任或父母權利的糾紛，所以委員會並不建議爲所有個案擬備獨立的福利報告以作爲解決的方法，因爲這會是*"極度昂貴且虛耗資源"*。[39]

6.33　委員會同意英格蘭法律委員會的看法，那就是規定法院須對安排感到滿意，有可能是對離婚人士施加高於婚姻美滿人士的標準。[40] 爲反映其盡量少加干預的立場，委員會繼而評曰：

---

[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 條，在照顧兒童的安排方面對離婚人士所施加的干預，的確是較諸保持不愉快的婚姻關係但已分開居住的人士爲多。此外，這條文亦視結婚後離婚者較同居後分手者更加需要干預。"[41]

6.34 委員會的結論是應引入英格蘭的《1973 年婚姻訴訟法令》第 41 條（已由《1989 年兒童法令》的條文所取代）所載的較輕責任。[42] 不過，委員會建議應類似《1989 年法令》第 10(1)(b)條所規定一樣，授權法院即使無人提出申請亦可作出命令。委員會述明 *"這是符合在父母責任和父母權利事宜上以子女爲本的做法，儘管這項權力無疑甚少會被行使。"*[43] 這項建議現已納入《1995 年蘇格蘭法令》第 11(3)(b)條。

不干預原則

6.35 我們在上文已可見到，蘇格蘭如同英格蘭一樣，都是認同就父母權利所作出的不必要命令值得關注。事實上，在《1995 年法令》制定之前，蘇格蘭已訂有法例，規定法院 *"除非信納就父母權利作出命令會符合兒童的利益，否則不得作出命令。"*[44] 不過，委員會覺得此點應該加強，因爲 *"命令的新側重點，是盡量不剝奪父母任何一方的父母權利。"*[45] 《1995 年法令》第 11(7)(a)條故此訂明法院：

> "須視有關兒童的福利爲首要考慮事項，並且不得作出任何該等命令，[46] 但如法院認爲對兒童而言，作出命令較完全不作出命令爲佳，則作別論。"[47]

福利清單

6.36 我們在上一章已可見到，[48] 英格蘭的《1989 年兒童法令》在第 1(3)及(4)條中是訂有一份列明須予考慮因素的清單，以協助法

---

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。

院決定甚麼才符合兒童的福利。在訂明該份法定清單這個問題之上，蘇格蘭法律委員會注意到被諮詢者之間的意見各有不同：

> "大部分回應者都贊成訂明一份法定清單，但法律界的被諮詢者卻大力反對，因爲他們恐怕這會拖長法律程序，並且會令法官在甚至處理例如對命令略作修改的申請之時，也機械式地審核這份清單的內容。"[49]

6.37 委員會不贊成訂明一份冗長的法定清單。委員會建議，即使這份清單不見於主體法例，法律顧問和社會工作者仍可使用他們自己所訂的清單。委員會認爲無論如何，福利原則已包羅了所有的考慮因素。[50] 委員會的建議得到接納，故此《1995 年蘇格蘭兒童法令》未有收納任何清單。

6.38 委員會又建議應考慮兒童的意見，而不應視福利原則爲已有收納此點。[51]

延誤

6.39 《1989 年兒童法令》第 1(2)及 11 條載有條文，有助防止在關於兒童的住所或教養的法律程序中出現延誤。關於這點，蘇格蘭法律委員會的意見如下：

> "雖然我們絕對贊同這個目標，但我們認爲這基本上是程序方面的問題，最好能在法院規則的層面上處理。我們知道法院已優先處理關於管養權的法律程序，並且相當努力地盡量加快處理這類案件。"[52]

6.40 基於此故，《1995 年法令》並無收載關於延誤的法定條文。

與家事法律程序中的兒童有關的命令

引言

6.41 委員會在討論當時存在的管養權體制時，曾提及下述被諮詢者的意見：

---

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。

"見識廣博和經驗豐富的被諮詢者認爲現有的管養權概念並不爲人所明解.....究竟控制子女的日常教養的權利是屬於管養權的一部分，抑或是一項獨立的父母權利，這一點是毫不清晰的。此外，也有一些父母是在向法院取得獨有管養權後，便認爲自己已獨得所有父母權利，而另一方則是一點父母權利也沒有。"[53]

6.42 《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 11 條界定了現時可用的各類命令，它們與見於英格蘭的《1989 年兒童法令》第 8 條的命令略有不同。該項蘇格蘭法令的第 11 條訂明：

(1) "同住令"是"對 16 歲以下的兒童

(i) 與誰同住；或

(ii) （如輪流或分階段與不同的人同住）與誰同住和同住時期，

的居住安排作出規管的命令"。

(2) "聯繫令"是"對此年齡以下的兒童與一名現時或未來非同住者保持個人關係和直接聯繫的安排作出規管的命令"。

(3) "指定事項令"是"就涉及第(1)款(a)至(d)段所述任何事宜而已引起或可能會引起的指定問題作出規管的命令.....。"[54]

6.43 第 11(2)(f)條也提及一項禁令（類似英格蘭的《1989 年兒童法令》第 8 條中的*"禁止行動令"*）：

"這項禁令是禁止在對某名兒童履行父母責任或行使父母權利時，或在管理該名兒童的財產時，採取任何屬禁令所指明類別的行動。"

6.44 第 11(2)條訂明，上述各類命令不損害法院具有權力作出其認爲適當的命令的一般性原則。[55]

---

53 同前，第 2.28 段。

54 這包括了父母責任、父母權利、監護權及子女財產的管理。

55 蘇格蘭法律委員會又在第 5.5 段中建議，應清楚表明法院在就父母責任、父母權利或監護權作出命令時，可剝奪某人的部分或全部父母責任或父母權利，亦可委任或罷免監護人。第 11(2)(a)條和第 11(2)(h)條已有就此分別作出規定。

6.45 關於訂立上述各類命令的建議，蘇格蘭法律委員會的意見如下：

> "使用這類命令顯然並非萬試萬靈。我們希望此處建議作出的改革，可略盡棉力來改變人們的觀念，令更多人明白，儘管父母雙方之間的關係已不幸破裂，而子女亦再無法同時與父母雙方同住，但他們兩人仍是子女的父母，仍須各司父母之職。"[56]

有關的兒童

6.46 《1995 年法令》第 12(4)條訂明：

> "在本條中，就婚姻的雙方而言，'家庭子女'是指：
>
> (a) 他們兩人的子女；或
>
> (b) 被他們兩人視爲其家庭子女的任何其他兒童，但非屬地區主管當局或志願機構安排在其家中寄養者。"

兒童的姓氏

6.47 英格蘭的《1989 年兒童法令》第 13 條規定，在同住令對某名兒童有效期間，對該名兒童的姓氏作任何更改均是受到限制。蘇格蘭委員會建議，更改姓氏的問題可透過作出指定事項令以授予父母權利（包括更改子女姓名的權利）的方式來處理。[57] 委員會認爲現行做法足可應付當前情況，並指出不應因爲有同住令作出而另立特別規定，因爲很多已分居的父母均不會申請同住令。基於不干預原則或*"不作出命令"*原則，委員會無意鼓勵更多人申請法院命令。

把兒童遷移離其所屬司法管轄區

6.48 英格蘭的《1989 年兒童法令》第 13 條也規定，在同住令對某名兒童有效期間，把該兒童遷離聯合王國是受到限制。

6.49 根據《1984 年擄拐兒童法令》（Child Abduction Act 1984），倘若已有法院命令把兒童的管養權判給任何人，與兒童有關連的人如未取得適當同意而把兒童遷離聯合王國即屬犯罪。蘇格蘭委員會建議更

---

[56] 蘇格蘭法律委員會，同前，第 5.6 段。

[57] 同前，第 5.41 段。

改有關條文，加入提述就兒童所作出的同住令。這建議已在《1995年法令》附表4的第34及37段落實。

6.50 蘇格蘭法律委員會建議，鑑於現有條文已賦予蘇格蘭法院廣泛權力，可作出命令禁止任何人把兒童遷離聯合王國或其中任何部分地方，[58] 所以無須制定類似《1989年兒童法令》第13條的條文。[59]

命令的效力

6.51 《1989年兒童法令》第12(2)條訂明：

> "如法院把同住令判給非屬有關的兒童的父或母或監護人的人，則在同住令仍屬有效期間，該人對該名兒童負有父母責任。"

6.52 蘇格蘭法律委員會受到強大壓力須在蘇格蘭引入類似的條文，因爲*"倘若法院判定兒童應與例如是其祖母／外祖母的人同住，則由其祖母／外祖母負起父母責任並享有父母權利便是絕對恰當之事。"*然而，委員會對此有所保留：*"我們認爲還是免提把同住令'判給'某人爲佳；這種說法會再次引入勝敗觀念，而這觀念正是新詞匯所力求揚棄的。"*[60]

6.53 以下是委員會所提出的建議，現已納入《1995年法令》第11(12)條：

> "如法院作出同住令，令有關的兒童須與非屬其父或母或監護人的人同住，則在同住令有效期間，該人應對該名兒童負有父母責任並享有父母權利。"

6.54 委員會曾探討繼父母相對於其配偶的子女所處的地位。*"有一套非屬某人專有的父母責任和父母權利可用，而授予這些責任和權利的方式是盡量避免對非同住的父親或母親構成威脅，這對於繼父母而言是會特別有用的"*。

---

58 亦可參閱《1995年蘇格蘭法令》第2(3)及(6)條。第2(3)條述明：*"在不損害任何法院命令的原則下，任何人均無權未經下文第(6)款所描述人士同意而把一名慣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)款所描述人士是否爲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 以下是委員會所提出的建議，現已納入《1995 年法令》第 11(11)條：

> "一項令某人取得任何父母責任或父母權利的法院命令，應該只在該項命令明文如此規定的情況下才能剝奪屬他人所有的父母責任或父母權利，而且範圍是僅以執行該項命令所需者爲限。"[61]

6.56 《1989 年兒童法令》第 11(5)條訂明，如父母雙方連續同住超逾六個月，判給父母其中一方的同住令即停止生效。《1989 年兒童法令》第 11(6)條亦有就聯繫令制定類似條文。由於有關的夫婦可能在七個月後再度分居，這些條文是被視爲不必要或專橫武斷，故此在徵詢意見時所獲支持有限。委員會結果沒有建議制定類似的條文。[62]

以法院命令爲準

6.57 英格蘭的《1989 年兒童法令》第 2(8)條訂明，*"某人對一名兒童負有父母責任，是不會令他因此而有權作出任何違反根據本法令就該名兒童所作出的命令的行爲的"*。此外，該項英格蘭法令的第 3(4)條亦述明，某人對一名兒童是否負有父母責任，並不影響他對該名兒童所應盡的義務。蘇格蘭法令第 3(4)條的用字，雖然是與此兩項英格蘭條文的用字不同，但卻秉乘了其精神。

可以提出申請的人

6.58 委員會注意到《1986 年蘇格蘭法律改革（父母與子女）法令》其實已容許 *"任何聲稱表示關注的人"* 申請與父母權利有關的命令，[63] 結果是《1995 年法令》第 11(3)條容許任何人申請命令，但地區主管當局，以及被根據該法令第 II 部作出的命令[64] 或被領養安排剝奪了父母責任和父母權利的人，則屬例外。

6.59 第 11(5)條澄清了有關的兒童，是可以申請與父母責任、父母權利、監護權或自己財產的管理有關的命令。

---

61 同前，第 5.39 段。
62 同前，第 5.40 段。
63 同前，第 5.7 段。
64 這部分是處理由地區主管當局提出的申請。

法院的其他權力

兒童的參與

兒童的意見－應由父母查明

6.60　蘇格蘭法律委員會曾考慮父母任何一方或其他行使父母權利的人，是否應有義務（像負責照顧兒童的地區主管當局一樣）去查明並顧及兒童的意願和感受，[65] 關於此點，聯合國《兒童權利公約》第 12(1)條可資參考。這項條文訂明：

> "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，對兒童的意見應按照其年齡和成熟程度給以適當的看待。"

6.61　委員會認爲 *"意見"* 較 *"意願和感受"* 可取，因爲：

> "此詞確認少年人可能……有能力，在……其當前意願和感受與長遠考慮因素和他人利益之間作出權衡，並〔從而〕得出就當時情況而言甚麼才是正確行動的深思熟慮意見。"[66]

6.62　委員會又認爲 *"成熟程度"* 較 *"理解力"* 可取，*"因爲此詞確認需予考慮的不僅是認知能力"*。[67]

6.63　委員會雖然覺得規定享有父母權利的人須徵詢兒童意見這個做法有吸引之處，但承認執行時會有實際困難，因爲規定父母其中一方須在作出所有關乎子女的決定時，不管如何瑣屑也要作出諮詢是不切實際的。[68] 此外，對不遵循這項條文的人施加制裁也有困難，因爲 *"父母與地區主管當局不同，後者須向公眾負責和接受司法審核"*。[69]

6.64　雖然有人對上述建議表示保留，認爲它含糊不清且無法執行，但委員會的大部分被諮詢者均對上述建議表示贊同。無論如何，上述建議是被視爲一項重要的原則聲明。[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 年蘇格蘭兒童法令》第 6(1)條是反映了聯合國《兒童權利公約》在理念上的改變。該條訂明任何人在履行父母責任或行使父母權利時，所作出的任何一項關乎一名兒童的重大決定，凡屬切實可行的話，均應顧及該名兒童的年齡和成熟程度而清楚查明他對該項決定的意見，並對該等意見加以適當的考慮。一項關於父母在離婚後對子女的未來照顧安排的決定，看來顯然是會構成這麼一項*"重大決定"*。[71] 年滿 12 歲或以上的兒童，是假定爲年齡和成熟程度均已足夠。[72] 此外，作決定的人也必須考慮*"對該兒童有父母責任或父母權利的其他人"*的意見。

兒童的意見－由法院查明

6.66 聯合國《兒童權利公約》第 12(2)條繼而訂明：

> "爲此目的，[73] 兒童特別應有機會在影響到兒童的任何司法和行政訴訟中，以符合國家法律的訴訟規則的方式，直接或通過代表或適當機構陳述意見。"

6.67 有鑑於上述公約第 12 條（現已納入《1995 年法令》第 11(7)及(10)條），蘇格蘭法律委員會就法院所作出的命令而提出了建議。委員會注意到，根據英格蘭的《1989 年兒童法令》第 1 條，在*反對*作出第 8 條命令[74] 的法律程序中，法院所必須考慮的事項之一是兒童的可查明的意願和感受。委員會指出：

> "縱使……離婚訴訟中的雙方成年當事人對於擬就子女作出的安排均感滿意，但並不一定表示考慮子女的意見便可視爲次要。……在很多個案中，關於父母權利的申請雖然最終都沒有遭到反對，但兒童的意見仍然成爲呈堂證據。我們認爲，如果一項條文看來是純因有關申請沒有遭到反對或最終沒有遭到反對而視兒童的意見爲次要，這項條文會是難有充分理由支持的。"[75]

---

71 E Sutherland, "A voice for the child" (1966), *Journal of the Law Society of Scotland*，卷 41 第 10 期第 391 頁。

72 《1995 年蘇格蘭法令》第 6(1)(b)條。蘇格蘭法律委員會關注到，父母或監護人在處理 16 歲以下兒童的財產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 委員會建議：

"法院規則應設定隨時可用的程序機制，以確保一名有主見能力並希望在關於父母責任、父母權利、監護權或管理兒童財產的法律程序中直接向法院表達自己意見的兒童，可使用此機制來這樣做。"[76]

6.69 《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 11(7)條訂明：

"在考慮是否作出.....（關於父母責任、父母權利、監護權或管理兒童財產的）命令時，法院：

(b) 經考慮兒童的年齡和成熟程度後，須在切實可行的範圍內

(i) 給他機會表明是否希望表達自己的意見；

(ii) 如果他希望這樣做，便給他機會表達自己的意見；及

(iii) 對他所表達的意見加以考慮。"

6.70 第 11(10)條進一步訂明：

"在不損害上述第(7)款(b)段的一般性的原則下，就該段及上述第(9)款而言，12 歲或以上的兒童須假定爲年齡和成熟程度均已足夠可自有主見。"

蘇格蘭法律委員會指出，這項條文是旨在反映 *"蘇格蘭對超過發育年齡的未成年人的意見的一貫處理方法，但更重要的是同時確認該年齡組群中的少年人大部分是有實際能力的。"*[77]

獨立法律代表

6.71 該法令第 11(9)條訂明，*"上述第(7)款(b)段並無條文規定，在法院爲實施該段而進行的法律程序中兒童須有法律代表（如果兒童是不想有法律代表的話）。"*

---

[76] 同上，第 5.29 段。
[77] 同上，第 5.25 段。

6.72 委員會指出，儘管在影響兒童的法律程序中兒童是*“關鍵人物”*，但建議在每宗法院處理父母責任和父母權利的案件中均須安排獨立法律代表，卻是不切實際的。

> “無論這個意念在理論上是如何吸引，但肯定會因爲對法律援助基金造成負擔而遭否決，而硬性規定須在每宗個案中就兒童的意見提交報告的解決方案，也會因類似原因而遭反對。”[78]

自《1995 年法令》實施以來的發展

6.73 《蘇格蘭兒童法令》是於 1995 年制定，數年之後蘇格蘭政府（Scottish Office）發表一份內容廣泛、以《改善蘇格蘭家事法》（*“Improving Scottish family law”*）爲題的諮詢文件。[79] 蘇格蘭行政院後來亦於 2000 年 9 月，發表一份題爲《父母與子女：蘇格蘭行政院對改善蘇格蘭家事法的建議》（*“Parents and children: The Scottish Executive's proposals for improving Scottish family law”*）的白皮書。

6.74 就當前課題而言，在上述法律檢討工作中所作出的各項建議之中，特別切題的包括有關於未婚父親及繼父的父母責任和父母權利的建議。

未婚父親及繼父的父母責任和父母權利

6.75 正如英格蘭已根據《2002 年領養及兒童法令》修訂了有關法例的情況一樣，蘇格蘭行政院也有建議改革與父母責任和父母權利有關的法律，令未婚父親能在與子女的母親共同辦理子女的出生登記手續時取得父母責任和父母權利。[80] 當局曾研究應否讓這個規定有追溯效力，以便有關法例一旦制定，一名未婚父親若曾在任何時間與子女的母親共同辦理子女的出生登記手續，即使那是在有關的建議被制

---

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爲 *“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。

定爲法律條文之前，亦即可取得對子女的父母責任和父母權利。蘇格蘭行政院的結論是，一名母親在以前好一段日子所曾作出的決定，現時已無法推翻，把這個決定的法律後果改變，在原則上來說是不可取的。

6.76 蘇格蘭行政院另外又建議，已婚的繼父母應可透過與已享有父母權利的人訂立協議而取得父母責任和父母權利。[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) 有需要保障子女的權利及促進其福利；
>
> (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) 有甚麼方法可供採用，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）及廸尤爾（Dewar）在扼要說明《1995 年法令》所作改革的範圍時有以下的評論：

> "經改革的第 VII 部大量採用了《1989 年兒童法令》在英格蘭與威爾斯所率先提倡採用的用語和概念──故此監護權、管養權及探視權等概念已由父母責任此概念所代替，再另加'同住'令、'聯繫'令及'指定事項'令等一系列新訂的命令；此外又像《1989 年兒童法令》一樣，強調以父母協議作爲定出離婚後子女教養安排的主要方法。"[4]

1995 年改革的背景

舊有法律之下的情況

7.3 羅茲（Rhoades）、格雷卡（Graycar）及哈里遜（Harrison）對 1995 年改革前的《1975 年家事法法令》之下的情況，曾作重點說明如下：[5]

- 兒童的父母每一方均是兒童的監護人；
- 父母雙方對子女有共同管養權：
- 管養權 *"包括了與獲判有關命令的人同住的權利，以及就子女的日常照顧和管束作決定的責任"*；[6]
- 監護權則有所不同，是指爲子女的長遠福利作決定的責任；
- 法院已獲賦權可作出命令，*"改變這個由法例訂明的情況，例如把子女的獨有管養權賦予父母其中一方，另外再作出命令讓另一方能定期探視子女"*；[7]
- 經父母雙方同意（較爲少見的情況是經進行有爭辯的法律程序後）而作出的命令，最常見的形式是把子女的獨有管養權賦予母親，而父親則可定期探視子女；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。

- 涉及子女的日後照顧的糾紛，是由作決定者須以有關兒童的福利爲首要的考慮此一原則所規管。

聯合王國的《1989 年兒童法令》所造成的影響

7.4 1994 年 3 月，澳大利亞家事法委員會應司法部長之請發表了一份報告書，探討《1989 年兒童法令》爲英格蘭所帶來的改革，並研究可否在澳大利亞進行類似的改革。[8] 委員會在這份報告書中指出，英格蘭的《1989 年兒童法令》有多項宗旨，均與委員會在其較早前所發表的《父母分居後教養子女模式》（*Patterns of Parenting after Separation*）報告書[9] 中建議立法所應達到的一般目標相符。有關建議未有落實，而這些一般目標計有：

1. *"福利"*原則仍然優先；[10]
2. 採取不作出命令的做法；
3. 共同承擔父母責任；及
4. 在指定情況下委任監護人。

"福利"與"最佳利益"

7.5 委員會建議以*"最佳利益"*概念來取代*"福利"*概念。[11] 委員會指出聯合國《兒童權利公約》第 3 條也有採用此概念，而且*"'福利'一詞有其獨特含義，令其不宜用於此情況。"*[12]

父母責任

7.6 委員會又建議：

"(a) 修訂《家事法法令》，以納入.....父母責任這個概念.....；及

(b) 該法令應清楚表明，父母責任不會因父母分居而終止，而爲符合兒童的最佳利益起見，通常須讓兒童

---

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。

與父母雙方保持聯繫，父母雙方並且須在教養子女之上互相配合。”[13]

教養令

7.7 家事法委員會建議在用語上作出改變，脫離管養權／探視權模式，以便能*“充分地……反映修訂所建議作出的理念層面上的重大改變”*。[14]

7.8 有關的命令應稱爲*“教養令”*。這種命令，會是*“爲了定出兒童住所安排”*和讓兒童能與父母雙方*“繼續保持聯繫”*而作出，並會載有法院認爲爲達到*“特定目的”*而有需要作出的安排。這種新命令所涵蓋的範圍，會包括英格蘭法例中的*“指定事項令”*和*“禁止行動令”*所負責處理的事宜。[15]

7.9 委員會建議*“如有需要便作出監護令”*，[16] 以處理父母其中一方死後所出現的情況。[17]

用語

7.10 委員會把父母分爲三類：

“(1) 有能力爲子女的日後照顧作出安排的分居父母；

(2) 需要透過調解、調停及其他支援服務獲得協助才能爲子女的日後照顧作出安排的分居父母；及

(3) 無法合作以爲子女的日後照顧安排達成協議的分居父母。”[18]

7.11 委員會承認，*“如果以爲更改《〔1975 年〕家事法法令》的用語，便可一夜之間令向來無法合作的分居父母開始合作，這是不切實際的想法。”*[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 年發表一份題爲 *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 委員會的報告書指出，雖然並無詳細評估《1989 年兒童法令》在用語上的改變所造成的影響，但據報未有引致任何重大的不良後果。報告書又提到，英格蘭的白蓮達·賀捷教授（Professor Brenda Hoggett）雖然對用語在加強父親參與程度方面可有作用持審慎態度，但指出*"保留了父母責任，可令母親的地位在兒童是與父親在一起時有所提高"*。[20]

7.13 高等法院家事庭庭長（Family Division of the High Court）史提芬·布朗爵士（Sir Stephen Brown）曾告訴委員會：*"根據律師之間所談及的軼事，可證明當事人認爲新用語對抗意味較輕，對排解糾紛有所幫助。"*[21] 此外，英格蘭與威爾斯律師會（Law Society of England and Wales）也作出匯報，指《兒童法令》的私法條文*"獲得廣泛支持"*。[22]

《1995 年家事法改革法令》

7.14 家事法委員會在該會就《1989 年兒童法令》所發表的報告書中作出的建議，在《1995 年家事法改革法令》的條文中得以落實，而《1995 年家事法改革法令》是於 1996 年 6 月 11 日生效的。我們在上文已有指出，《1995 年法令》爲《1975 年家事法法令》加入了新的第 VII 部，徹底改變了對父母正在辦理分居或離婚手續的兒童有影響的舊有法律。關於舊有法律之下的情況，該法令草案的摘要說明指出，管養權利和探視權利往往令人*"產生對子女有擁有權的念頭。"*

目標

7.15 經由《1995 年法令》修訂的《1975 年家事法法令》[23] 第 60B 條載有聲明，列出規管該法令中關於兒童的條文的一般原則和目標。[24] 該條述明：

> "(1) 本部的目標是確保兒童能得到充分而適當的教養，以幫助他們發揮十足潛能，並確保父母能履行其職責，且肩負關於子女的照顧、福利及成長的責任。

---

20 同前，第 26 段。
21 同前，第 27 段。
22 同前，第 30 段。
23 指經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《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。

(2) 上述目標的基本原則是，除非不符合或將會不符合兒童的最佳利益，否則：

(a) 不論父母是已結婚、已分居、從未結婚或從未一起生活，兒童都有權利知道自己的父母是誰和得到他們雙方照顧；及

(b) 兒童有權利定期與父母雙方和其他對他們的照顧、福利及成長起重要作用的人保持聯繫；及

(c) 父母要分擔有關子女的照顧、福利及成長的職責和責任；及

(d) 父母應協定日後如何教養子女。”

父母責任

7.16 《1975 年家事法法令》第 61B 條把父母責任界定爲 *“父母根據法律對子女所具有的一切職責、權力、責任及權能。”* 18 歲以下兒童的父母每一方對子女都負有父母責任，而這是不受父母之間關係的任何改變（例如離婚或分居）所影響的。[25]

教養計劃

7.17 爲鼓勵正在辦理離婚手續的父母負起對子女的共同責任，《1975 年家事法法令》規定須訂出教養計劃。第 63C(1)條把教養計劃界定爲：

“一項符合以下條件的協議：

(a) 以書面訂立；及

(b) 是兒童的父母雙方現時或過去所訂立的；及

(c) 處理第(2)款所述的一項或以上事宜。”

7.18 第 63C(2)條訂明教養計劃可處理下列事項：

“(a) 兒童須與何人或哪些人同住；

[25] 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 61C 條。

(b) 兒童與另一人或其他人等之間的聯繫；

(c) 對兒童的贍養；

(d) 對兒童的父母責任的任何其他方面。”

7.19 教養計劃中處理(a)、(b)及(d)項所列任何事項的條文是*“兒童福利條文”*，[26] 而教養計劃中處理(c)項所列事項的條文則是*“兒童贍養條文”*。[27]

7.20 教養計劃不得更改，但可透過另立協議而予以撤銷。[28] 爲撤銷原有計劃，其後訂立的協議必須以書面訂立並在法院登記。[29] 教養計劃本身亦可按照《法院規則》所訂程序在法院登記。[30] 申請書必須附有教養計劃的副本、《法院規則》所規定提供的資料，以及：

“(i) 一份陳述書，述明各方當事人均已就教養計劃的意義和效力獲提供獨立法律意見，並已由提供該意見的執業律師簽署；或

(ii) 一份陳述書，述明教養計劃是在已徵詢家庭及兒童輔導員的意見後才擬定的……並已由該輔導員簽署；或

(iii) 一份陳述書，述明教養計劃是在已進行家事及兒童調解後才擬定的……並已由有關的家事及兒童調解輔導員簽署。“[31]

法院作出教養令的權力

7.21 第 65D 條賦予法院廣泛的酌情權，*“作出其認爲適當的教養令”*，並把以前作出的教養令的部分或全部條文撤銷、更改、暫停執行或恢復執行。法院行使其酌情權時，會以*“最佳利益”*原則和第 68F 條所列明的各項考慮因素爲準則。

---

26 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 63C(4)條。

27 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 63C(5)條。

28 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 63D(1)及(2)條。

29 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》》第 63D(3)條。

30 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 63E(1)及(2)條。

31 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 63E(2)條。第(2)(iii)款是由《2000 年家事法修訂法令》（Family Law Amendment Act 2000）附表 3 第 43 段所增補的。

7.22　要求作出教養令的申請，可由兒童本人、兒童的父母其中一方或雙方，或*“任何其他關注兒童的照顧、福利或成長的人士”*提出，[32] 故此法院可以把教養令判給非屬兒童父母的人士。[33]

7.23　第 64B(2)條訂明教養計劃可處理以下其中一項或多項事宜：

“(a)　兒童須與何人或哪些人同住；

(b)　兒童與另一人或其他人等之間的聯繫；

(c)　對兒童的贍養；

(d)　對兒童的父母責任的任何其他方面。”

7.24　處理(a)項的命令是*“同住令”*，處理(b)項的是*“聯繫令”*，而處理(c)項的則是*“兒童贍養令”*。[34] 如教養令所處理的是*“對兒童的父母責任的任何其他方面”*，便會稱爲*“指定事項令”*。一項指定事項令，*“舉例來說，可把對兒童的長期照顧、福利和成長或對兒童的日常照顧、福利和成長的責任，授予某人（不論是單獨授予該人或同時授予該人及另一人）。”*[35]

7.25　第 61D 條清楚訂明，教養令並不減損父母責任，但如教養令中明文有此規定或爲執行該令而有此需要，則作別論。

最佳利益和列明須予考慮因素的清單

7.26　第 65E 條訂明，法院在決定是否作出某項教養令時，*“必須把兒童的最佳利益視爲首要考慮事項。”*“利益”一詞在第 60D 條中已有界定，是包括了*“與兒童的照顧，福利或成長有關的事宜。”*

7.27　家事法委員會在其報告書中建議，已收載於《1975 年家事法法令》第 64(1)(bb)條的清單應予修訂，讓一些額外的事宜也能納入考慮之列，[36] 故此第 68F(2)條現時規定法院必須考慮：

“(a)　兒童所表達的任何意願，以及法院認爲與考慮兒童意願所佔比重有關的因素（例如兒童的成熟程度或理解力高低）；

32　經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 65C 條。
33　經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 64C 條。
34　經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 64B(3)、(4)及(5)條。
35　經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 64B(6)條。
36　澳大利亞家事法委員會（1994），同前，第 49 段（建議 4）。

(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繫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），以及兒童被法院認爲是有關的其他特徵；

(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、暴力或受其他行爲對待；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、暴力或其他行爲對待；

(h) 兒童的父親和母親對兒童所表現的態度，以及對父母身分的責任所表現的態度；

(i) 涉及兒童或其家庭的任何成員的家庭暴力；

(j) 適用於兒童或其家庭的任何成員的家庭暴力令；

(k) 應否作出一項最小機會導致就兒童提起進一步法律程序的命令；

(l) 法院認爲有關的其他事實或情況。”

7.28　如果法院正在考慮是否作出一項各方當事人均表同意的命令，法院便可考慮這些因素，但並非必然要這樣做。[37]

經同意而判給父母以外人士的命令

7.29　第 65G(2)條列明作出經同意而判給父母以外人士的同住令或指定事項令所須符合的特別條件。法院不得作出擬議中的命令，除非：

> "(a) 下述條件已獲符合：
>
> (i) 法律程序的各方當事人曾與家庭及兒童輔導員或福利工作人員開會，討論擬議中的命令所會決定的事宜；及
>
> (ii) 法院已有考慮家庭及兒童輔導員或福利工作人員就該事宜而擬備的報告；或
>
> (b) 法院信納，即使不符合(a)段所列條件，在當時的情況之下仍適宜作出擬議中的命令。"

7.30　法令第 63B 條以法規確認和解與協議的重要性。該條鼓勵兒童的父母雙方：

> "(a) 就涉及兒童的事宜達成協議而不向法院尋求作出命令；及
>
> (b) 在訂立協議時，以兒童的最佳利益爲首要考慮事項。"

兒童所同住的父或母去世

7.31　如一項包含同住令的教養令未有就兒童所同住的父或母一旦去世時應有何安排作出規定，第 65K 條便會處理此事。當有此情況發生時，尚存的父或母不能要求兒童與自己同住，但可向法院提出申請，要求作出適當的同住令。

---

[37] 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 68F(3)條。

不作出命令原則

7.32　委員會指出，英格蘭的《1989年兒童法令》第1(5)條就私法事宜所列明的不作出命令原則是過於僵化。此條訂明，法院在考慮是否作出命令時，除非認爲對有關的兒童來說，作出命令較完全不作出命令爲佳，否則不得作出命令。英格蘭律師會曾向委員會表示，*"不作出命令原則在一些個案中會引起問題，特別是那些有擄拐兒童威脅的個案或兒童所同住的父或母希望取得地區當局所建房屋的個案。"*[38]

7.33　上述理由是委員會在報告書中對爲何不採納英格蘭條文的唯一解釋。委員會反而建議，適當的做法是指示法院在考慮兒童的最佳利益時，考慮按個案的所有情節而言，不作出命令是否會較作出命令更爲可取。[39] 第64(1)(ba)條已有訂明，法院應作出一項最不可能會導致提起進一步法律程序的命令。

違反命令

7.34　在同住令有效期間，第65M(2)條訂明：

"任何人均不得在違反同住令的情況下：

(a) 帶走兒童，令某人無法再照顧兒童；或

(b) 拒絕或沒有把兒童交給或交還某人；或

(c) 干預某人行使或履行其根據同住令所具有的任何權力、職責或責任。"

7.35　就聯繫令而言，第65N(2)條訂明：

"任何人均不得：

(a) 妨礙或阻止某人和兒童按照聯繫令而互相保持聯繫；或

(b) 干預某人和兒童根據聯繫令所本應互相保持的聯繫。"

7.36　至於指定事項令，第65P(2)條訂明，*"任何人均不得妨礙或阻止照顧者履行有關責任。"*

38　澳大利亞家事法委員會（1994），同前，第47段。

39　同上，第48段。

兒童的參與

7.37　家事法委員會於 1995 年發表一份題爲《在家事法中讓兒童參與和代表兒童》（*Involving and Representing Children in Family Law*）的討論文件，[40] 提出在家事法律程序中讓兒童參與有三方面：

> "(a) 在切實可行的範圍內，給予兒童機會就會直接影響他們的決定表達自己的意願；
>
> (b) 在適當情況下讓兒童參與《家事法法令》運作時所衍生的程序；及
>
> (c) 確保兒童不會感到在直接影響他們的決定或事宜上遭人排拒在外。"[41]

7.38　家事法委員會指出此做法是有充分理由支持，不但有研究兒童如何面對父母離婚的文獻可以爲證，同時也是秉承聯合國《兒童權利公約》的精神。兒童的意願可透過下述各種途徑上達法院：把兒童的意願納入輔導員的報告中、委任獨立法律代表、由法院專家提交報告、與兒童會晤，或（在罕見的情況中）由兒童本人或由他人代兒童提出法律程序。

兒童的意願

7.39　《1975 年家事法法令》第 68G(2)條所處理的是法院可如何得知兒童所表達的意願：

> "法院可透過下列途徑得知兒童所表達的意願：
>
> (a) 參考根據第 62G(2)款提交法院的報告所收載的任何資料；或
>
> (b) （在適用的法院規則的規限下）法院認爲適當的其他途徑。"

7.40　第 68H 條繼而訂明，*"本部並無任何條文准許法院或任何人規定兒童須就任何事情表達自己的意願"*。

---

[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。

獨立法律代表

7.41 *"獨立法律代表"*一詞通常是描述一名在家事法法律程序中代表兒童的律師。[42] 家事法委員會是按照聯合國《兒童權利公約》的條文來檢討*"獨立法律代表"*所擔當的角色。

7.42 《1975 年家事法法令》第 68L(1)條訂明，如法律程序中的有關考慮事項是兒童的福利或最佳利益，便可安排獨立法律代表。

7.43 獨立法律代表所擔當的角色是就兒童的最佳利益向法院作出陳詞，不管陳詞內容是否能反映兒童的意願。爲了做好這角色，獨立法律代表會向州政府人員索取有關兒童的福利報告，向學校和當地機構蒐集資料，並向適當人士（例如兒童精神科醫生）索取專家報告。[43]

7.44 委員會注意到，獨立法律代表是在法律程序中的不同階段委任，而甚麼時候才是適當的委任時間，其實並無劃一準則，[44] 至於安排獨立法律代表的工作，則由各州的法律援助委員會（Legal Aid Commission）負責。委員會認爲，有需要就個案管理進行協調，以保障兒童的利益，並避免延誤、重覆和缺失；[45] 此外也應設立全面的培訓和評審制度。[46] 澳大利亞法律委員會家事法小組、家事法庭和多個法律援助委員會已於 1996 年推行一項培訓計劃。

訟辯

7.45 委員會建議，*"爲兒童的利益進行辯訟，是有空間在較廣闊的層面上進行，而非僅限於在法庭上代表兒童"*。[47] 委員會建議，應由一名統籌員負責安排爲兒童的最佳利益擬備適用的報告，並向兒童解釋有關的各種程序。這個角色可由現有的專業人士（例如法院輔導員或各州的福利工作人員）擔任。此舉可確保各獨立法律代表均能獲得適當的支援服務，亦可確保*"兒童的更廣泛需要可得到解決，並在有需要時得到協調"*。[48] 委員會又建議，更恰當的職銜名稱會是兒童的代表、兒童的出庭代訟人、法定代表律師或兒童的代表律師。[49]

---

42 類似法定代表律師根據《婚姻訴訟規則》（第 179 章）所擔當的角色。
43 澳大利亞家事法委員會（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。

《1995 年家事法改革法令》結果把 *“獨立法律代表”*一詞改爲 *“兒童的代表”*。[50]

委任獨立法律代表的準則

7.46 *Re* K 一案[51] 中列明應委任獨立法律代表的情況如下：

1. 父母之間明顯是有難以化解的衝突；

2. 兒童明顯是與父母雙方或其中一方關係疏離；

3. 確實是有影響兒童的文化或宗教差異問題；

4. 兒童的父母雙方或其中一方或與兒童有重要聯繫的其他人，是據稱有反社會的行爲，而其程度是足以嚴重影響兒童的福利；

5. 父母其中一方、兒童本人或與兒童有重要聯繫的其他人，是患有嚴重的生理、心理或精神方面的疾病或有嚴重性格失常的問題；

6. 父母雙方無論如何看來都不是適合的管養人；

7. 已屆成熟年齡的兒童有提出強烈意見，而其意見若附諸實行便會改變一項行之已久的管養安排，或會導致其父母其中一方完全不能探視他；

8. 兒童的父母其中一方擬議把兒童永久遷離其所屬司法管轄區，或把兒童永久遷往其所屬司法管轄區內的某處地方，以致大大限制或實際上不讓另一方探視兒童；

9. 有建議把兄弟姊妹分開；

10. 各方當事人均無法律代表；

11. 法院特別就兒童的接受醫治行使其福利司法管轄權，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。

---

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獨立法律代表的職責之一是*“確保所有與兒童福利有關的事宜均獲呈堂和證人均有出庭，並協助法院作出符合兒童的最佳利益的決定”*。[52] 獨立法律代表應確保法律程序不會受到各方當事人阻延，並應確保兒童不會受到不當的心理測試。

7.48　重要的是獨立法律代表被視爲法院人員，立場中立，並且獨立於各方當事人之外。獨立法律代表可盤問有關證人，確保所有與兒童的最佳利益有關的資料均有披露。在某些個案中，案中兒童的成熟程度是有可能足以由他人代表而作爲法律程序的一方。家事法委員會曾在其早前所發表的一份報告書中建議，在此類個案中，適當的做法是爲兒童安排一名直接聽命於其指示的出庭代訟人。不過，這並不是獨立法律代表所擔當的角色。[53]

委任獨立法律代表的法院命令

7.49　《1975 年家事法法令》第 68L(3)條有爲委任獨立法律代表的法院命令訂定條文。法院可在以下情況作出此項命令：

“(a)　自行動議作出；或

(b)　應以下各者的申請而作出：

(i)　兒童；或

(ii)　關注兒童福利的機構；或

(iii)　任何其他人。”[54]

爲兒童進行檢驗

7.50　《1975 年家事法法令》第 68M 條所處理的是，在有*“兒童的代表”*的情況下作出交出兒童以接受檢驗的命令的事宜。[55] 當有兒

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 條下令爲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。

童的代表提出申請時，法院可下令交出兒童以接受心理或精神檢驗，以擬備報告供兒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) 兒童的父母其中一方；或

(b) 就兒童獲判同住令或聯繫令的人；或

(c) 就兒童獲判指定事項令的人，而根據這項命令，此人須負責兒童的長期或日常的照顧、福利和成長事宜。"[57]

家庭暴力

7.51 當日後有命令制約一方配偶與另一方或子女聯絡時，家庭暴力的課題，便與如何處理先前所作出的聯繫令或探視令這個問題有關連了。《1975 年家事法法令》於 1995 年所作的修訂，對於突顯家事法律程序中的暴力問題發揮了重要的作用，[58] 做法是在述及《1975 年法令》的一般目標時，於第 43(ca)條中加入 *"有需要確保有關人士的安全，使其免受家庭暴力之苦"* 等字，並在列明須予考慮因素的法定清單上，加入法院在作出教養令時所須考慮的其他因素。該清單現時已把是否有涉及兒童的家庭成員的家庭暴力和是否有家庭暴力令存在列爲有關因素。[59]

通知法院有關家庭暴力令的存在

7.52 《1975 年家事法法令》有對聯繫令與先前所作出的家庭暴力令之間的互動作用作出處理。第 68J(1)條訂明，法院在作出聯繫令之前，必須已獲通知有家庭暴力令的存在，若未有通知法院，對法院所作出的任何命令的效力卻不會有影響。[60]

家庭暴力風險

7.53 在考慮作出甚麼命令之時，法院按第 68K 條的規定有責任確保所作出的命令不會令任何人面對不能承受的家庭暴力風險。第

---

56 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 68M(2)條。

57 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 68M(3)條。

58 Bailey-Harris and Dewar，同前，第 151 頁。

59 有關這些發展的討論，可參閱 Rhoades, Graycar 及 Harrison 所合著的前述一書（2000）第 2.11 至 2.13 段。

60 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年法令》第 68J(3)條。

68K(1)條規定，法院不得作出一項與家庭暴力令不一致的聯繫令，但做法若是符合兒童的最佳利益，則屬例外。[61]

聯繫令與家庭暴力令不一致的情況

7.54 第 68Q 條訂明該法令此部的目的如下：

"(a) 解決……聯繫令與家庭暴力令不一致的問題；及

(b) 確保……聯繫令不會令人面對家庭暴力；及

(c) 尊重兒童可在以下情況與父母雙方定期保持聯繫的權利；

(i) 聯繫次數因家庭暴力令的作出或更改而縮減；及

(ii) 與父母雙方定期保持聯繫是符合兒童的最佳利益。"

7.55 第 68R 條是爲如何處理一項與家庭暴力令不一致的聯繫令訂定條文。在這種情況下，法院必須向申請人、答辯人及家庭暴力令所針對的任何其他人士，解釋該項聯繫令。解釋必須以淺近易明的用語作出，並應包括解釋下列事項：

"(a) 該項第 68R 條聯繫令的目的；及

(b) 該項命令所造成的義務；及

(c) 如某人不遵從該項命令可能會有甚麼後果；及

(d) 法院基於甚麼理由作出一項與家庭暴力令不一致的命令；及

(e) 某人可在甚麼情況下申請撤銷或更改該項命令。"[62]

7.56 此外，法院必須：

"(a) 在第 68R 條聯繫令中，詳細解釋如何進行該命令所訂明的聯繫；及

---

[61] 見 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) 在切實可行的範圍內，盡快（不得遲於命令作出後14天）把第68R條聯繫令的文本送交下述人士：

(i) 要求作出第68R條聯繫令的法律程序中的申請人和答辯人；及

(ii) 如果家庭暴力令所針對的人不在第(i)節的範圍之內，則亦須送交此人；及

(iii) 如果受家庭暴力令所保障的人不在第(i)節的範圍之內，則亦須送交此人；及

(iv) 作出或最後更改家庭暴力令的法院司法常務官；及

(v) 受家庭暴力令保障的人所居住的州或地區的警務總監或主管（不論其稱謂是甚麼）。”[63]

以聯繫令爲準

7.57 第68S條訂明，如聯繫令與家庭暴力令有不一致的情況，就不一致的之處而言，須以聯繫令爲準。申請人、答辯人或受家庭暴力令保障或針對的人，均可提出申請，要求法院就聯繫令與家庭暴力令不一致之處作出宣告。[64]

7.58 我們認爲保護配偶和家庭，必然較諸與兒童定期保持聯繫更爲重要。如果配偶之間的衝突情況嚴重，則探視權可能會成爲父母其中一方用作對付另一方的武器，這是不可能符合兒童的利益的。[65]

1995年改革的事後檢討

7.59 悉尼大學及澳大利亞家事法庭於2000年發表一份題爲《《1995年家事法改革法令》：實施初期三年》（*The Family Law Reform Act 1995: The first three years*）的報告書，[66] 書中扼要地介紹了羅茲、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，因爲在涉及探視或聯繫的糾紛中，*“最佳利益”*通常都被視爲首要考慮事項。

[66] 見Rhoades，Graycar及Harrison所合著的前述一書（2000）。

卞及哈里遜就 1995 年改革對澳大利亞的影響而進行的三年研究計劃所得的結果。

7.60 該份報告書的作者所得的結論，便是舊有法律於 1995 年所進行的改革，於報告書發表之時仍有多個重要範疇尚未達到目標。以下是報告書中所指出的各種特有問題的簡略介紹。

- 法例未有清楚述明共同父母責任的涵義，以及法院命令作出之後應如何履行共同父母責任，而法律專業和公眾對此亦了解不足。[67]

- 同樣地，新的法院命令用語亦不甚爲人所了解；分居的父母腦海中所想的仍繼續是管養權和探視權。[68]

- 與舊有法律之下的司法情況不同的是，於臨時聆訊中作出的臨時同住令，其理據往往看來是*“爲求確保父母其中一方在最終聆訊進行之前，與另一方相比不會取得策略上的優勢，而不是基於評估兒童的最佳利益而作出，亦不是基於採用‘現有安排’原則而作出”*[69]（根據‘現有安排’原則，爲兒童所作出的舊有安排，會盡可能予以保留，直至可就有爭議的問題進行全面聆訊爲止。）

- 關於在最終聆訊的階段作出同住令一事，在 1995 年改革之前，共同同住令是很少會在有爭辯的法律程序中作出的。除非雙方當事人對教養子女的做法是互相配合，而彼此之間的關係又是互相信賴、合作和有溝通，否則共同同住令是被認爲不適宜作出的。不過，研究所得結果卻顯示自進行改革以來，判令父母雙方均享有同等時間與子女在一起的同住令，是在雙方當事人之間有嚴重衝突的情況下作出，而某些個案的情況更是有關安排於臨時聆訊的階段已受到考驗，並且被父母其中一方認爲是不可行的。[70]

---

67 同上，第 1.5 段。作者指出有部分非同住的父母，以爲新的共同教養制度，令他們在影響子女的日常決定之上有受到諮詢的*“權利”*，又或者以爲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。

- 關於聯繫方面，臨時聯繫聆訊的重點有看得到的轉移，已由研究臨時聯繫會否符合兒童的最佳利益（如果是會的話便應予判令），轉爲假定臨時聯繫是符合兒童的最佳利益，以及研究如何保持聯繫，直至最終聆訊進行爲止。[71]

- 這個新近的發展，對於指稱有家庭暴力發生的個案是特別重要。作者指出有明顯的趨勢，*"不再於臨時聆訊進行時下令中止聯繫，以此作爲確保兒童在審訊進行前得享安全的方法，而是改爲採用中立性的移交安排，作爲一種較可取的保護機制。"*[72]

- 研究結果又顯示，由非同住的父母提出的指稱聯繫令遭違反的申請數目大有增加，但這些申請大部分都被裁定是*"缺乏充足理據"*的。[73]

7.61　至於如何確保面對家庭暴力的兒童得享安全，我們對這個問題，以及有可能需要收納香港所進行的相類改革計劃的保障，均已有細加研究。我們在這方面所得的結論，稍後會在第 11 章中列出。

7.62　在較廣泛的層面上來說，於澳大利亞所認定的問題，突顯了需要確保在此範疇所推行的任何改革措施均能收載於行文清楚的法例之中，並且要對司法人員、法律執業者及公眾進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，大體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……令法官面對一些最爲難以作出的決定。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，其題目爲 "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。

有關法例是希望透過兩大途徑，來減輕法官在這方面所遇到的困難。途徑之一是把重點置於司法裁決以外的其他解決方法；輔導、調停及調解全都成爲重點所在，希望令只有極少數的個案才會真正演變至需作聆訊的地步。途徑之二則是若最終仍要進行聆訊，法官是可以從多種專業資源得到協助，以就有關兒童的利益作出裁定。”[9]

8.4 對兒童有影響的其他條文是載於《1969 年子女地位法令》（Status of Children Act 1969）。此法令的原意是廢除*“非婚生地位”*這個概念，並確定就法律的所有目的而言，不管父母有否結爲夫婦，子女地位全部平等。[10] 現時已有建議提出，要求修改此法令，對某些在協助下進行的人類生殖程序的法律後果也加以考慮。

8.5 至於對兒童的保護，《1989 年兒童、少年人及其家庭法令》（Children, Young Persons, And Their Families Act 1989）訂有多項涉及需受照顧和保護的兒童的有關規則。如果法院裁斷一名兒童或少年人需受照顧和保護，法院便可根據此法令作出監管令或管養令。[11]

《1968 年監護法令》

8.6 這項 1968 年法令是處理兒童的管養權和探視權，以下是其主要條文的扼要介紹。

兒童的福利屬於首要

8.7 根據《1968 年監護法令》第 23 條，在任何法律程序中，如兒童的管養權、監護權、探視權、財產管理或入息是問題所在，兒童的福利是表明爲法院的首要考慮事項。[12]

---

9 這些資源可以包括一名代表有關兒童的律師、一份可被索取的社工報告、多份可能會提交的專家報告，以及一些可被援引的專家證供，而這些資源*“是透過有關兒童的法律代表取得，或是在法官提出要求後直接取得的”*：見 *Butterworths Family Law in New Zealand*（2001 年第 10 版，出版社：Butterworths），第 6.101 段。不過，近期有要求進一步改革家事法庭，這些改革下文會有討論。

10 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》（*New Zealand Parliamentary Library Bills Digest*）（2003 年第 978 號），第 6 頁。

11 新西蘭司法部，*Responsibilities for Children – Especially when parents part: The Laws about Guardianship, Custody and Access*（2000 年 8 月，討論文件），第 8 頁註 1。

12 《1968 年監護法令》第 23(1)條。

監護權

8.8 *"管養權"*在此法令的第 3 條是被界定爲指*"擁有及照顧一名兒童的權利"*。在同一條中，*"監護權"*是被界定爲指*"對一名兒童的管養權*[13] *……以及掌管一名兒童的教養的權利，並包括對一名兒童的人身和教養所具有的一切權利、權力及職責……。"*[14]

已結爲夫婦的父親和母親均爲兒童的監護人

8.9 此法令的第 6 條訂明，兒童的父親和母親是兒童的共同監護人，但如果兒童的生父未有與兒童的母親結婚，並且在兒童出生之時不是與兒童的母親共同生活，則屬例外。[15] 在上述情況之下，兒童的母親是兒童的唯一監護人。

8.10 在兒童的父或母去世之時，尚存的父或母如當時是兒童的監護人，便也會是兒童的唯一監護人，但如已故的父或母已有爲兒童額外委任一名遺囑監護人，則屬例外。[16] 兒童的尚存父親如果不是兒童的監護人，便可向法院提出申請，要求法院在兒童的母親已有委任遺囑監護人的情況下，額外委任他爲兒童的監護人，或委任他爲兒童的監護人來代替該名遺囑監護人。[17]

額外的監護人

8.11 根據第 8 條，兒童的父母的新伴侶，如有負起日常照顧兒童的責任，可獲委任爲兒童的監護人，但委任只能通過法院命令而作出。

終止監護權

8.12 根據此法令的第 21 條，當兒童年滿 20 歲或在未滿 20 歲時結婚，對兒童的監護權即告終止。

---

13 如屬遺囑監護人的情況，則爲例外，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爲兒童監護人的人，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，法院可爲該目的而負起對有關兒童或少年人的監護權，或爲該目的而委任另一人爲監護人。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。

管養權

8.13　正如上文所指出，管養權在此法令之下是被界定爲擁有及照顧一名兒童的權利。在實際上來說，這是指對兒童的日常照顧。父母雙方通常皆具有管養子女的權利，但如果兩人離異，家事法庭（可作出*“其認爲適合的兒童管養權臨時或永久命令”*[18]）在有需要時可批予管養權只判給其中一方的管養令。法院也可決定作出管養權是判給父母雙方的共同管養令。[19]

8.14　父母其中一方、繼父、繼母或遺囑監護人均可提出申請，要求獲判兒童的管養權，而其他人等則須先經法院許可始能申請管養權。[20]

父母的行爲

8.15　法院可以考慮父母其中一方的行爲，但只限於（如果是要劃定範圍的話）與子女的福利和最佳利益事有相關之行爲。[21]

不存在有利於父母其中一方的推定

8.16　關於兒童的福利問題，還有一點應該指出：

> “家事法庭在決定誰應具有兒童或少年人的管養權之時，不會有任何有利於父母其中一方的推定。事實上，此法令有特別表明，在決定甚麼是最符合兒童的福利之時，不會推定希望取得管養權的人的性別是有關係。另外還有重要的一點要指出，那就是不會推定一個家庭的子女在父母離異之時是應該繼續共同生活。”[22]

終止管養令

8.17　除非是有特殊情況，否則管養權一俟少年人年滿 16 歲即不再適用。[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時才事有相關。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對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　　爲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。

兒童的心聲

兒童的意願

8.22　根據第 23(2)條，如果兒童是有能力表達其意願，法院便必須查明其意願，並在法院認爲適合的範圍內，經顧及兒童的年齡和成熟程度而考慮其意願。[30]

代表

8.23　此法令的第 30 條訂明，法院可委任一名律師代表兒童，若事情是有可能會演變至進行聆訊的地步，法院更必須這樣做。[31]

司法部就管養權和探視權所進行的諮詢工作

8.24　新西蘭司法部於 2000 年 8 月發表了一份討論文件，[32] 檢討關於監護權、管養權及探視權的現有法律。這份討論文件在前言中指出：

> "新西蘭的關於監護權、管養權及探視權的法律，存在已超逾三十年，而家庭生活模式和新西蘭人對家庭關係的價值觀，至今已有重大改變，故此政府決定現在是對此範疇法律進行檢討的時候。"[33]

8.25　檢討所及範圍包括有：[34]

- 建議爲政府的兒童及家庭政策設立一個架構；

30　有一名作者指出，大部分的管養權、探視權及監護權糾紛均是透過輔導和調解而得以解決，但法律卻未有規定兒童的意願在輔導和調解的過程中須獲考慮：請參閱 Henaghan 所撰的"The 1989 United Nations Convention on the Rights of the Child"一文。此文收載於 *Rights and Responsibilities* 一書，而該書是輯錄了 1994 年 10 月假威靈頓舉行的家庭權利和責任研討會席上所發表的文章，有關資料見第 32 及 36 頁。

31　究竟律師是代表兒童的意願（這會是符合聯合國《兒童權利公約》第 12 條），抑或是代表律師心目中認爲是對兒童最好的做法，這一點是爭拗不休的：見 Henaghan 前述一文第 36 頁。

32　新西蘭司法部（2000 年），同前。

33　另一個可能導致政府決定對此範疇法律進行檢討的原因，便是 M Newman 博士在前一年曾以議員身分提出一條名爲《共同教養子女法令草案》（Shared Parenting Bill）的私人法令草案，但政府對該條法令草案的內容不表贊同：請參閱 S Maharey 議員於司法部推出這份討論文件時所發表的演辭，該篇演辭的題目是"對監護權、管養權及探視權的檢討"（"Guardianship, custody and access review"）（新西蘭政府行政機關檔案，2000 年 8 月 18 日），有關資料見第 3 頁。

34　S Maharey 議員的上述演辭對此有作討論。

- 針對現代新西蘭家庭的各種不同性質而檢討現有的法律條文；
- 令法律的用語和基本概念變得現代化；
- 研究促進父母責任需要採取甚麼措施；及
- 研究家事法庭程序，特別是在執行命令方面，是否需要作出甚麼變動。[35]

8.26 政府就這份討論文件所接獲的意見書超逾 350 份，作出回應的人來自四方八面，其中包括了法官、父母、學者及社區組織。[36] 司法部其後於 2001 年 10 月發表一份撮錄了這些回應的文件。[37]

8.27 以下所臚列者是諮詢所得的總括結果。[38]

- 大家一般都同意《監護法令》的重點應是確保兒童和少年人的最佳利益得到保障，包括確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語應有助家庭保持該重點。"*[39]
- 在有關法例中強調聯合國《兒童權利公約》條文的重要性是獲得大力支持。
- 有部分人士同意有需要在有關法例中認同各種不同形式的家庭。[40]
- 有部分意見書是關於在法例及法律程序中，應如何分配兒童和少年人的權利與父母和非核心家庭成員的權利之間的比重。
- 有部分意見書是 *"就父母雙方在子女的生命中擔當重要角色的重要性和能力發表意見，並就應如何修改或不修改法例以達此目的而表達見解。"*[41]

---

35 特別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。

- 有部分意見書是討論各種不同資源（指提供給父母、子女及家事法庭工作人員者）對排解糾紛和取得照顧子女安排方面的共識的效用。[42]

- 回應者就家事法庭程序表達了不同的意見，對家事法庭也有不同的期望，特別是*“就現有的家事法庭程序是否適當、輔導和調解服務的提供，以及法官、法律專家、心理專家及轉導專家所各自擔當的角色，提出了針鋒相對的意見。”*[43] 此外，看來*“就開放法律程序是否適當所提出的意見也是兩極化的。”*[44]

- 有部分意見書是就需否加快法律程序和減省法律程序費用提出意見，而有部分回應者也同意法院應有方法限制重覆申請。[45]

- 有部分意見書是對作出法院命令和違反法院命令表示關注，其中有一些討論減輕兒童所受創傷的需要，而另一些則是就加強法院的執行權力的方法提出意見。[46]

《2004 年照顧兒童法令》

引言

8.28 經政府進行諮詢之後，《2003 年照顧兒童法令草案》於 2003 年 6 月 10 日提交國會。此法令草案已於 2004 年 11 月 21 日獲得通過但會在 2005 年 7 月 1 日才開始實施。這項新法例會取代《1968 年監護法令》，並會修訂其他家事法律程序的法例，[47] 目的是令關於監護權、照顧兒童、家事法庭程序及父母地位的法律變得切合時宜。[48]

8.29 在論及此法例草案的背景時，條例草案的摘要說明指出：

---

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；以及爲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》制定以來，新西蘭在家庭和種族方面的人口統計數字已有重大變化。《1968 年法令》是以傳統的核心家庭模式爲前題，這並不足以反映新西蘭現存的各式各樣家庭安排。更切合時宜的法例，必須提供一個架構，認同並支援所有不同類別的負責照顧兒童的家庭單位，例如單親家庭、數代同堂的家庭、重新組織的家庭，以及事實上的關係（包括同性之間的關係）。在考慮各種家庭的不同文化層面時，是項挑戰便顯得更加重大。"[49]

8.30 在擬定此法令的條文時，新西蘭與國際人權責任的關係也在考慮之列：

> "在過往數十年期間，新西蘭也有加入數目日增加的涉及兒童的需要和利益的國際公約。聯合國《兒童權利公約》……，舉例來說，便載有多項對監護權和照顧兒童有影響的責任。"[50]

《2004 年照顧兒童法令》的目標

8.31 此法令的主要目標是述明包括了[51]

- "確保重點更加集中在兒童的權利之上；及
- 承認在照顧兒童方面是存在着各式各樣的家庭安排；及
- 加強新西蘭對國際責任的遵從。"

建議對現有法律作出的主要改革

關於兒童的福利的一般原則

8.32 我們在上文已有指出，在現有法律之下，兒童的福利是被表明爲首要考慮事項。[52] 在新法令中，這項原則已被移至法例的前面部分，成爲一項凌駕一切的原則。[53] 此法令的第 4 條，對首要原則[54] 的表達方式作出了改動，令 *"兒童的福利和最佳利益"* 成爲首要考慮事

---

49 《照顧兒童法令草案》，摘要說明，一般政策說明，第 1 頁。
50 同上，第 1 至 2 頁。
51 同上，第 2 頁。
52 《1968 年監護法令》第 23(1)條。
53 出處同前，Dalziel 是在"Summary of Amendments"之下指出此點。
54 這項原則現見於《1968 年監護法令》第 23 條。

項，而這是適用於根據此法令進行的法律程序，亦適用於*“任何其他涉及兒童監護權或日常照顧兒童工作或與兒童保持聯繫的法律程序。”*[55] 該條繼而訂明必須考慮*“一名兒童在其特定情況中的福利和最佳利益”*，[56] 而法院亦必須對多項可能有關的*“原則”*的其中任何一項加以考慮。[57] 這些原則當中有下列各項：

- 兒童的父母和監護人應負有基本責任，並應獲鼓勵就兒童的照顧、發展及教養自行達成協議；[58]
- 就兒童的照顧、發展及教養所作出的安排應有連續性，而兒童與自己的家庭或家庭群體之間的關係應是穩定並能維持下去；*“兒童尤其應與父母雙方保持連續不斷的關係”*[59]；及
- 兒童必須受到保護，免受各種形式的暴力對待。[60]

兒童的意見和法律代表

8.33 關於讓兒童表達意見的條文，也同樣被移至法例的前面部分。此法令的第 6 條訂明，必須讓兒童有合理的機會就影響自己的事宜表達*“意見”*（現有法律是採用*“意願”*一詞），而兒童直接或透過法律代表所表達的任何意見，均必須獲得考慮。《1968 年監護法令》第 23(2)條現時所提及的*“經考慮兒童的年齡和成熟程度”*等字，在此法令中已被略去。

8.34 在讓兒童表達意見這個問題方面的有關推定，就是指假如案件有可能發展至進行聆訊的地步法院便應委任一名律師來代表兒童這個推定，也被移至此法令的前面部分。[61]

監護權

8.35 在現有法律之下，監護權是被界定爲父母對子女的管養權和父母管束子女的權利。在此法令中，監護權被重新界定，重點改爲父

---

55 《2004 年照顧兒童法令》第 4(1)(b)條。
56 《2004 年照顧兒童法令》第 4(2)條。
57 見《2004 年照顧兒童法令》第 4(5)至(6)及 5 條。
58 《2004 年照顧兒童法令》第 5(a)條。
59 《2004 年照顧兒童法令》第 5(b)條。
60 《2004 年照顧兒童法令》第 5(e)條。
61 見《2004 年照顧兒童法令》第 7 條。

母責任而非父母權利。[62] 第 15 條述明 *"監護人"* 和 *"監護權"* 兩詞，指就一名兒童而言，具有：

> "該名兒童的父母其中一方對教養該名兒童所具有的一切職責、權力、權利及責任……。"[63]

8.36 此法令列舉了多個例子來說明可予行使的監護權力。[64] 這些例子包括有：

- 負責日常照顧兒童；
- 爲兒童的智力、情緒、體能、社交、文化及其他方面個人發展而出力；及
- 在影響兒童的重要事宜的問題之上，代兒童作出決定、與兒童一起作出決定或協助兒童作出決定（在上述每一種情況中均須聯同兒童的其他監護人行事），這些問題例如是：

  (a) 兒童的名字（及其任何變更）；

  (b) 兒童在住所方面的改變，而這些改變是會影響兒童與父母和監護人的關係的；

  (c) 兒童的非經常性醫療問題；

  (d) 兒童在哪兒受教育及如何受教育；及

  (e) 兒童的文化、語言及所屬教派和宗教信仰。

8.37 此法令訂明，除非法院命令另有訂明，否則一名兒童的監護人可行使（或繼續行使）他對該名兒童所具有的職責、權力、權利及責任，不論該名兒童是否與他共同生活情況亦是如此。[65] 不過，在行使這些職責、權力、權利及責任時，該名兒童的監護人 *"必須與該名兒童的任何其他監護人同行事（特別是在實際許可的情況下，必須諮詢對方的意見，以求達成協議）。"*[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 *父親與母親均爲監護人*。根據現有法律，兒童的親生父母兩者都是兒童的監護人，但如果兒童的父親未有與兒童的母親結婚，並且在兒童出生之時不是與兒童的母親共同生活，則屬例外。[67] 根據此法令的第 17 條，除非兒童的母親因以下理由而成爲兒童的唯一監護人，否則兒童的父親與母親是兒童的共同監護人：

- 兒童的母親由受孕至兒童出生期間，從未有與兒童的父親結婚；或
- 兒童的母親於該段期間，從未有以事實上的伴侶此身分與兒童的父親共同生活。

8.39 *關於監護權的其他情況*。根據此法令的第 18 條，如果兒童的父親不是兒童的自然監護人，但其詳細資料卻經兒童的母親及其本人同意而登記爲兒童的部分出生資料，則自然監護權會透過法律的運作而給予兒童的父親。[68]

8.40 此法令又訂明，兒童的父親如果不是母親的配偶或事實上的伴侶，便可向法院提出申請，要求法院在已有委任兒童的母親爲監護人或已有委任遺囑監護人的情況下，額外委任他爲兒童的監護人，或委任他爲兒童的監護人來代替兒童的母親或遺囑監護人。[69]

8.41 此法令的第 21 至 25 條訂明，兒童的父母其中一方，可在某些情況之下委任一名新伴侶作爲兒童額外的監護人。

8.42 *法院所委任的監護人*。[70] 根據此法令的第 30 至 35 條，一名*“合資格的人”*可向法院提出申請，要求：

- 作出命令，把一名既未結婚亦非與一名事實上的伴侶共同生活的兒童交由法院監護；或
- 作出命令，委任一名被指名者爲法院的一般代理人，或就某項目的作爲法院的代理人。

8.43 *“合資格的人”*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。

- 兒童的父母其中一方或監護人；
- 兒童的祖父、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；
- 兒童的兄弟姊妹（包括同父異母或同母異父的兄弟姊妹）；
- 兒童的父母其中一方的伴侶；
- 兒童本人（可在無*"訴訟監護人"*的情況下提出申請）；
- 行政長官（即現時負責執行《1989 年兒童、少年人及其家庭法令》的部門的行政長官）；或
- 任何其他獲法院許可提出申請的人。

8.44 *終止監護*。此法令的第 28 條訂明，一有以下其中一種情況發生，兒童的監護人的職責、權力、權利及責任即告終止：

- 兒童踏入 18 歲（相比現有法律的 20 歲規定）；[71]
- 兒童結婚；
- 兒童以事實上的伴侶的身分與另一人共同生活；[72]
- 監護人遭法院的命令罷免；或
- 如果監護人是就某項目的而獲委任或其任期是有指明者，則在該目的已達到或其任期屆滿之時終止。

照顧兒童：作出安排與排解糾紛

8.45 此法令訂明，當兒童有兩名或以上的監護人未能就監護權達成協議時，他們當中任何一人均可就有關爭議要求提供輔導，或向法院申請發給指示。[73] 16 歲以上的兒童，可向法院提出申請，要求覆核父母其中一方或監護人給予或拒絕給予同意的決定。[74] 法院也可以

---

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，則爲經法院同意）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。

作出包含下述協議的命令：父母與監護人之間或父母與損贈人（如兒童是透過在協助下進行的人類生殖程序而成胎的）之間就例如兒童的日常照顧或教養或與兒童保持聯繫等事宜所達成的協議。[75]

8.46 憑藉此法令的第 48 條，*"管養"*令和*"探視"*令已由*"教養令"*所取代。而後者是決定誰會——

- 擔當日常照顧兒童的角色；及
- 與兒童保持聯繫。

8.47 至於甚麼類別的人可向法院尋求許可以申請教養令（日常照顧及探視權亦涵蓋在內），已變爲明確地包括近親和家庭群體的成員在內。[76]

8.48 如父母其中一方沒有日常照顧子女的責任，法院必須考慮可否作出命令安排該一方與子女保持聯繫，並研究如何能讓該項命令達此目的。[77]

8.49 *家庭暴力*。像現有法例的做法一樣，此法令建議如果父母其中一方是被指控曾對子女或另一方使用暴力，則法院可在聯繫方面施加條件。[78] 不過，此法令的第 62 條現時訂明，進行正式的受監管的探視所引致的費用，可由政府而非與子女保持聯繫的父母其中一方支付，但在政府支付費用下進行的保持聯繫的節數有最高限額的規定。[79]

8.50 *執行命令*。此法令的第 63 至 80 條，擴闊了各種可資採用*"使教養令得以奉效"*的方法的範圍。透過各種不同途徑，法院在避免發生糾紛及推動遵從命令方面可發揮特定的功用；這些途徑包括：[80]

- 明文清楚說明各種命令會有甚麼影響和違反這些命令的後果；
- 在適當的情況下命令進行輔導；[81]

---

75 《2004 年照顧兒童法令》第 40 至 42 條。見《新西蘭國會圖書館法令草案摘錄》（2003 年）第 5 頁有關此點的評論。

76 《2004 年照顧兒童法令》第 47 條。

77 《2004 年照顧兒童法令》第 52 條。見 Dalziel 所撰前述一文有關此點的評論，有關資料是載列於"Summary of Amendments"之下。

78 《2004 年保護兒童法令》第 51 及 58 至 62 條。

79 出處同前，見 Dalziel 於提問及答案（f）中就此點所作的評論。

80 出處同前，Dalziel 是在"Summary of Amendments"之下扼要說明此點。

81 《2004 年照顧兒童法令》第 69 條。

- 更改或解除教養令(例如縮減兒童受違反該令的一方當事人照顧或與其聯繫的時間)；[82]

- *"訓誡"*有關的一方當事人。[83]

8.51 此法令也有訂明，違反教養令的罰則已加重爲監禁期最長三個月及罰款額最高$2,500。[84]

8.52 此法令載有多項關於把兒童遷離新西蘭，[85] 國際性的擄拐兒童[86] 及在國際上執行教養令[87] 的條文。

《2004 年照顧兒童法令》的其他條文

8.53 *專家報告*。此法令亦訂明：[88]

- 法院已獲賦權下令擬備專家報告，並聆聽有關人士就兒童的文化背景而提供的證供[89]

- 有多類人士是有權出席根據此法令而進行的聆訊[90]

8.54 *公布關於法律程序的報告*。對於根據此法令進行的法律程序，公布關於此等法律程序的報告所受的限制已有放寬，准許更廣泛地公布這些報告，但同時仍對涉案家庭的私隱加以保障。[91]

8.55 *無理取鬧的法律程序*。法院已獲賦權：

- 撤銷瑣屑無聊、無理取鬧或濫用法院程序的法律程序，以及顯然不符合某名兒童的福利和最佳利益的法律程序；並

- 對重覆展開的法律程序加以限制。[92]

---

82 《2004 年照顧兒童法令》第 68(1)(b)條。
83 《2004 年照顧兒童法令》第 68(1)(a)條。
84 《2004 年照顧兒童法令》第 78 條。
85 《2004 年照顧兒童法令》第 80 條。
86 《2004 年照顧兒童法令》第 81 至 93 條。
87 《2004 年照顧兒童法令》第 94 至 124 條。
88 見《2003 年照顧兒童法令草案》摘要說明第 3 頁對此點的扼要介紹。
89 見《2004 年照顧兒童法令》第 128 至 136 條。見前述的《2003 年照顧兒童法令草案》摘要說明第 3 頁對此點的扼要介紹。
90 《2004 年照顧兒童法令》第 137 至 138 條。見前述的《2003 年照顧兒童法令草案》摘要說明第 3 頁。
91 《2004 年照顧兒童法令》第 139 條。見前述的《2003 年照顧兒童法令草案》摘要說明第 3 頁。
92 《2004 年照顧兒童法令》第 140 及 141 條。見前述的《2003 年照顧兒童法令草案》摘要說明第 3 頁。

8.56 *輔導*。《1980 年家事法律程序法令》第 II 部所載的有關輔導及調停的條文已予修訂，以便該等條文亦適用於事實上的同性伴侶。[93]

法律委員會發表關於在家事法庭排解糾紛的報告書

8.57 新西蘭法律委員會於 2003 年 3 月發表一份關於在家事法庭排解糾紛的報告書。[94] 報告書指出委員會之所以進行這項研究，是因爲家事法庭受到多方面的批評。這些批評包括以下各點：[95]

- 有關制度對男性有偏見；
- 不通知另一方當事人的申請輕易獲得批准；
- 在命令是未有通知另一方當事人而作出的情況中，另一方當事人等待獲得聆訊的時間過長；
- 審理事情一般費時過久；
- 受理的事情有延誤致令兒童受苦；及
- 家事法庭的專業人員並非全部曾受適當培訓和具備適當技能。

8.58 在研究這些指稱是否有充分理由支持時，委員會表示：

> "有這些批評不足爲奇，因爲家事法庭的司法管轄權是獨一無二的。它所處理的是陷於危機的家庭，當事人的情緒會流於激動。家事法庭的法官須作出極之爲難的決定，而這些決定對訴訟人來說是有重大的個人影響。利害悠關者往往是兒童的福利，個人權利與保護和安全之間有爭持，公平與兒童的福利之間也有爭持。要在這些原則之間找到平衡或折衷方法，並非經常可以辦到——其中一項原則必然是凌駕於另一項原則之上。無論法官所作的決定有多*'正確'*，總是有人會受到傷害。"[96]

---

93 《2004 年照顧兒童法令草案》第 149 條。見前述的《2003 年照顧兒童法令草案》摘要說明第 3 頁。

94 新西蘭法律委員會，*Dispute Reolution in the Family Court*（2003 年 3 月，第 82 號報告書）。

95 同上，第 1 段。

96 同上，第 2 段。

8.59 委員會又指出家事法庭只是一個排解糾紛的場所，而整體來說，*“新西蘭的家庭會有甚麼結果，是視乎多項其他因素而定，例如健康、貧窮、教育及就業。這些因素對可能向家事法庭求助的家庭全都有影響。”*[97]

8.60 報告書作出了多項建議，包括採用新的調解程序和法院程序來幫助家庭排解糾紛。不過，委員會述明委員會最強硬的建議，便是*“現有制度的資源須重新調配，以發揮最大效用，不致因法院時間不足、擬備報告人手短缺及兒童、少年人及家庭服務部協助之缺少而造成延誤。”*[98]

8.61 以下所臚列者是委員會的報告書中作出的各項建議。[99]

- “透過改善有關制度、重新調配資源及訂立更準確的援助目標來避免造成延誤。
- 透過家事法庭員工和按合約聘用的專業人員的*‘技能提升’*來解決辦事能力和性別偏見方面的問題。
- 透過按合約聘用家事法庭調解員來改善排解糾紛程序，並以此作爲由法官作出裁定以外的另一可行方法。
- 訂立更多由毛利人設計並由毛利人提供給毛利人使用的排解糾紛程序。
- 加重家事法庭統籌主任所擔當的角色，以監察有所改善且範圍更廣的調解服務。
- 在社區內提供更多關於家事法庭及其程序的資料。
- 在調解過程中確定兒童的意見並收納這些意見。
- 改善對按合約聘用的家事法庭專業人員（包括心理專家和兒童的代表律師在內）作出投訴的程序。

---

97 同上，第 8 段。

98 同上，第 3 段。在此之前曾有一名評論者提出警告，指出新西蘭近年所出現的兒童的代表律師資源遭削減的情況，只是表面上節約而已：請參閱 Flately 所撰的“Family law practice; the preventive versus the reactive approach”一文。此文收載於 *Rights and Responsibilities* 一書，而該書是輯錄了 1994 年 10 月假威靈頓舉行的家庭權利和責任研討會席上所發表的文章，有關資料見第 161 頁。

99 這些建議的摘要是載於委員會的前述報告書引言第 14 段。

- 委派一名家事法庭行政總裁或總經理加入法院部的全國辦事處。

- 就所有可能在家事法庭展開的法律程序提供適當的調停服務，包括提供資料、輔導及調解服務在內。”

8.62 如果這些建議落實的話，預計上述改革連同《2004 年照顧兒童法令》中提出的改革，所會造成的整體效果便是令父母雙方由使用法院來排解彼此之間的糾紛，轉爲更加着重輔導、調解及其他程序。[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　改革建議——父母的責任與權利

引言

9.1　我們在本報告書的上幾章回顧了本港及多個海外司法管轄區關於兒童管養權和探視權的法律如何運作，也探討了近年來在這個法律領域內曾經推行的各種改革措施。這些改革的基本精神可歸納如下：

- 不再以父母權利的觀念爲本，改爲強調父母雙方對子女均負有責任，而且父母責任在父母分居及離婚後繼續存在；
- 不再視父母與子女聯繫爲一項父母權利，反而視之爲子女的權利和父母對子女所負有的一系列責任的其中部分；
- 鼓勵父母就子女達成父母雙方均可接受的安排，將法院的介入程度（例如引用教養計劃）減至最低；
- 更深入認識在處理涉及家庭暴力的管養權和探視權案件時所需要的那種敏感觸覺；
- 在家事訴訟的整個程序中更多聽取子女直接披露或透過更多使用獨立法律代表而披露的心聲；
- 承認教養兒童的主要責任由父母承擔，並承認政府應該只有當兒童被置於不可接受的風險中才強行介入其家庭生活；[1] 及
- 嘗試由立法者將關乎兒童的法律盡量集中在一起，並編寫爲一套成文法則。

9.2　我們會在本報告書餘下的章節中列出我們就這個法律領域所提出的改革建議。在釐定這些改革的內容時，我們發現下列關於兒童的法律的目標是有用的指引：[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) 將關乎兒童的事宜與關乎其父母之間或與其他牽涉在內的成年人之間所謀求的任何補救事宜盡量區分開來，並優先考慮前述的事宜；

(ii) 確認和維繫有關兒童與家庭中其他兒童及其父母或與其他對他重要的成年人所建立的利好關係，並鼓勵他們在已變遷的家庭環境下盡量延續這些關係；

(iii) 爲兒童建立安全穩定的成長環境，其中一項要素可能是負起教養責任的人必須在該環境中感到有信心和安全；[3]

(iv) 保護兒童以免其身心健康及其生理、智能、社交或情緒的正常發展或其一般福祉受到損害；

(v) 盡可能尊重兒童本人的看法，因此要在切實可行的範圍內盡量查明他的意願和感受，並根據他的年齡和理解力予以適當考慮；

(vi) 如果父母責任由不同人士各自承擔一部分或共同分擔，則確保有關人士明白在法律上他們可以及應該對兒童行使的權責；

(vii) 盡可能確使法律上的權責分配所反映的做法在日常生活中是合理可行的。"

9.3 我們認爲我們在本報告書餘下部分所建議的改革，是按照聯合國《兒童權利公約》保障和保證兒童的最佳利益所必需的。這些改革建議有部分已經在香港提出，其他的建議則參考其他司法管轄區的經驗而訂定，例子包括英格蘭的《1989 年兒童法令》、《1995 年蘇格蘭兒童法令》及澳大利亞的《1995 年家事法改革法令》等立法措施。雖然我們承認比較不同地區的經驗可以獲益良多，但仍堅持有關兒童管養權和探視權的本地法律的任何改革必須切合香港的需要。

9.4 我們在本報告書提出的主要改革建議如獲採納，便有需要對現行法例作出修訂，包括修訂《未成年人監護條例》（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。

其他關於婚姻的條例中關乎兒童管養權的條文。由於有關改革意味著對這方面的法律及常規的取態有重大變更，所以必須推行有效的公眾教育。我們認爲這些改革對正在經歷父母離婚這個痛苦過程的家庭及其中子女所帶來的莫大益處，是支持作出這些行動的充分理據。

關於兒童福利的一般原則

9.5 我們在本章臚列的改革建議，是我們針對關於兒童管養權和探視權的法律所基於的一般原則而作出的。這些一般原則是指父母責任與權利原則及福利原則。

適用的法律程序

9.6 正如我們在第 2 章及第 3 章所見，福利原則爲法院在涉及兒童的案件中作出決定時提供指引。這項原則的作用是令法院必須考慮怎樣做才切合兒童的最佳利益，而這方面的考慮遠遠超過涉及有關訴訟的成年人的最佳利益。

9.7 在香港的現行法例下，對這項原則的首要提述出現於《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)條。該條規定：

> "有關未成年人的管養或教養問題，以及有關屬於未成年人或代未成年人託管的財產的管理問題，或從該等財產所獲收益的運用問題—
>
> (a) 在任何法院進行的法律程序中…… —
>
> (i) 法院須以未成年人的福利爲首要考慮事項，而考慮此事項時須對下列各項因素給予適當考慮—
>
> (A) 未成年人的意願（如在顧及未成年人的年齡及理解力，以及有關個案的情況後，考慮其意願乃屬切實可行者）；及
>
> (B) 任何關鍵性資料，包括聆訊進行時社會福利署署長備呈法院的任何報告；……"

9.8 福利原則的這種表達方式亦有在其他關於婚姻的條例中引用。《婚姻訴訟條例》（第 179 章）第48C 條述明：

"爲免生疑問，《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3 條……適用於根據本條例或《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）所作有關子女的管養、照顧或監管的任何命令。"

9.9 至於在《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）下所引用的福利原則，該條例第 18(6)條規定子女的*"福利"*（以爲子女作出的離婚後安排而言）包括*"對該子女的管養、教育及經濟給養"*。該條例第 2 條進一步規定*"管養"*包括探視，而*"教育"*則包括訓練。

9.10 《分居令及贍養令條例》（第 16 章）第 5 條雖然沒有採納《未成年人監護條例》的用語，但規定法院在根據該條例發出命令（包括關於*"法定管養權"*和贍養的命令）時，*"須以有關的子女的最佳利益爲首要考慮的因素"*。

9.11 從上述條文可見，福利原則顯然是旨在適用於一系列根據關於婚姻的條例提起而影響到兒童的法律程序。然而，在不同的條例中提述該項原則涵蓋不同的命令，有可能會導致歧異。舉例說，人們可以辯稱雖然《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)條指福利原則適用於關乎未成年人的*"教養"*的法律程序，但這並不包括關乎監護權的法律程序。[4]

9.12 爲免出現上述歧異，我們在《諮詢文件》[5] 中建議清楚訂明所有涉及兒童的法律程序，包括監護、贍養或財產等問題的法律程序，都是以福利原則爲依歸。

9.13 雖然這種以寬鬆用語表達的福利原則適用範圍在這次諮詢中獲得廣泛支持，但有些被諮詢者對福利原則本身的性質及該原則在兒童的利益與母親的利益或家庭的整體利益出現衝突時有何影響這兩點表示關注。舉例說，從管養的層面來看，讓子女與曾經對母親或家中其他成員施行暴力的父親繼續以某種形式保持聯繫也許會被認爲是符合子女的最佳利益，但這不一定符合其家庭的最佳利益。

9.14 我們小心考慮過這些論點。我們注意到法院會從家庭的角度審議怎樣做才符合有關子女的最佳利益，而不同家庭成員的利益互相競爭的情況或會出現。在特別難以處理的案件中（例如上文所述涉及家庭暴力的案件），我們同意法庭在處理時應作出特殊考慮，並在本

---

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。

報告書第 11 章這項課題之下列出多項具體的改革建議。即使在這類案件中，我們仍不同意放棄福利原則或*“最佳利益”*原則。在涉及兒童的管養及其他有關事宜的法律程序中，兒童的最佳利益*必然*是法庭在每一宗案件裏所引用的最重要考慮事項。

9.15　另外，清楚表明我們的建議只適用於根據有關的婚姻條例提起的法律程序，亦會很有用，因爲有些涉及兒童的法律程序是根據其他條例提起的，而在該等法律程序中將兒童的最佳利益作爲法庭首要關心之事不一定是恰當的。[6]

9.16　舉例說，在根據《父母與子女條例》（第 429 章）第 12 及 13 條提起的法律程序中，福利原則便不一定適用。這兩項條文所處理的，是向供應配子的人發出判定該人爲有關兒童的父母的命令及發出指令使用科學測試以斷定誰人是有關兒童的父母。[7] 福利原則看來亦同樣不適用於根據《領養條例》（第 290 章）申請強制令的法律程序。[8]

建議 1

爲免除疑問，我們建議應清楚訂明根據《未成年人監護條例》（第 13 章）、《婚姻訴訟條例》（第 179 章）、《婚姻法律程序與財產條例》(第 192 章)及《分居令及贍養令條例》(第 16 章)提起的所有與兒童有關的法律程序，包括關於監護權、贍養或財產等問題的法律程序，均以福利原則或“最佳利益”原則[9]爲依歸。

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係的，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”考慮事項

9.17　在英格蘭的《1971 年未成年人監護法令》第 1 條“福利”一詞的定義中，兒童的福利被定爲首要考慮事項，但《1989 年兒童法令》第 1 條將 *“首”*一字從該定義中刪去。作出這項改變的原因是法院對於該字須佔的比重感到有點困惑。[10]

9.18　正如我們在上文所見，香港的《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3 條沿用英格蘭 1971 年的有關法令的詞彙，要求法庭須以兒童的福利爲 *“首要考慮事項”*，而《婚姻訴訟條例》（第 179 章）及《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）也採納這種寫法來表達福利原則。我們贊同英格蘭較近期的取向，即 *“首”*一字是不必要的，且會造成混淆。

“最佳利益”

9.19　《1989 年兒童法令》及《1995 年蘇格蘭兒童法令》保留了 *“福利”*的概念。然而，澳大利亞家事法委員會認爲使用 *“最佳利益”*一詞來描述這項原則較爲符合聯合國《兒童權利公約》的用語。[11] 該委員會建議：

> “澳大利亞作爲國際公約的簽約國，應在所有與國際公約有關的情況中，盡可能採用國際公約的用語。”[12]

9.20　澳大利亞的在其《1995 年家事法改革法令》第 65E 條採納了這項建議。香港則在 1997 年修訂《分居令及贍養令條例》（第 16 章）第 5 條，規定 *“區域法院在……發出命令時，須以有關的子女的最佳利益爲首要考慮的因素。”*[13]

9.21　我們在《諮詢文件》[14] 中提出 *“最佳利益”*一詞較 *“福利”*一詞更切合香港的現代情況，也更符合我們根據聯合國《兒童權利公約》所應履行的國際義務。正如上文所示，我們也認爲有關法例應略去 *“首”*一字，因此建議《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i) 條應修訂爲 *“法院須以未成年人的最佳利益爲最重要的考慮事項……”*，並應對其他關於婚姻的條例作出相應修訂。

10　見 *J v C* [1970] AC 668。

11　聯合國《兒童權利公約》（1989 年），第 3 條。

12　家事法委員會，*The Operation of the (UK) Children Act 1989* (1994 年 3 月，報告書)，第 49 段。

13　由《婚姻及子女（雜項修訂）條例》（1997 年第 69 號條例）加入《分居及贍養令條例》（第 16 章）內的第 5(3)條。

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 6.8 及 15.3 段。

9.22　雖然我們的諮詢對象大多數支持上述建議，但當中也有人質疑在有關定義中將*“福利”*一詞改爲*“最佳利益”*會否產生效用，以及應否提出一個更具體的定義。我們考慮過這些問題，而儘管我們承認在有關定義中作出上述改變的成效仍有待觀察，但我們覺得使用*“最佳利益”*一詞來表達福利原則是目前最好的改革選擇。

建議 2

爲了反映我們認爲*“最佳利益”*一詞較*“福利”*一詞更切合香港的現代情況和更符合我們根據聯合國《兒童權利公約》所應履行的國際義務這個看法，我們建議將《未成年人監護條例》(第 13 章)第 3(1)(a)(i)條修訂爲*“法院須以未成年人的最佳利益爲最重要的考慮事項……。”*

我們也建議應對其他關於婚姻的條例作出相應修訂。

法定的考慮因素清單

9.23　在關涉兒童的法律程序中決定怎樣做才切合兒童的最佳利益時，一個重要的爭論點是法官所需決定的事宜在範疇上應否是毫無限制的，又或應否有一份由法規訂定的考慮因素清單引導法庭作出決定。我們在本報告書的較早部分已指出，目前不論福利原則或最佳利益原則的表達方式均沒有包括這種清單。[15]

9.24　支持訂立清單的論據是該清單可提供更爲一致和清晰的指引，而且該清單較爲有系統；各界專業人士都可以使用同一份清單；父母和子女亦會更理解法官所作決定的依據。[16]

9.25　反對使用法定清單的論據是這可能會拖長有關法律程序，而法官作出決定時可能會流於機械化。無論如何，法律顧問和社會工作者仍可能使用自訂的清單，而且最佳利益原則已經涵蓋一切考慮因素。[17]

15　見前面第 2 章第 2.41 段，該段討論《未成年人監護條例》(第 13 章)第 3 條的這一方面。

16　見蘇格蘭法律委員會的 *Report on Family Law*(1992 年，第 135 號)，第 5.21 段。蘇格蘭的這份報告書在第 5.23 段指出，除法律界外，有對有關建議提意見者都贊成設立法定的清單。

17　出處同上，第 5.22 段。

9.26　經過衡量後，我們認爲法定的考慮因素清單是協助法院在個別案件中作出決定的有用機制。該清單也有助社會工作主任擬備提交法院的報告，因爲他們可參考該清單以確保其報告已全面照顧有關兒童的最佳利益。當法官在某些案件中不採納社會工作主任報告中的建議時，亦能夠更清楚地指明不採納該等建議的理據。設立清單也會令人較少擔心法官會憑藉他們的主觀判斷或個人文化價值觀作出決定。

英格蘭的清單

9.27　我們在前面第 5 章所見的英格蘭《1989 年兒童法令》第 1(3)條，訂立了一系列供法院考慮的因素。該等因素是在有人按該法令第 8 條提出申請（以取得同住令、聯繫令及其他命令）但遭到抗辯的案件中以及在地方主管當局提出的所有照顧令和監管令申請中，法院作出決定時所需考慮的。這一系列考慮因素可作爲我們的清單的參照模式。第 1(3)條規定：

> "在第(4)款所述的情況中，[18] 法院須特別顧及：
>
> (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，以及法院認爲有關的其他特徵；
>
> (e) 其所曾經受到或可能受到的傷害；
>
> (f) 其父親、母親和法院認爲與問題有關的人，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。"

[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 章所見的較爲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樣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，以及法院認爲與考慮兒童意願所佔比重有關的因素（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繫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），以及兒童被法院認爲是有關的其他特徵；

(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、暴力或受其他行爲對待，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、暴力或其他行爲對待；

---

[19] 透過澳大利亞的《1995 年家事法改革法令》。

(h) 兒童的父親和母親對兒童和所表現的態度，以及對父母身分的責任所表現的態度；

(i) 涉及兒童或其家庭的任何成員的家庭暴力；

(j) 適用於兒童或其家庭的任何成員的家庭暴力令；

(k) 應否作出一項最小機會導致就兒童提起進一步法律程序的命令；

(l) 法院認爲有關的其他事實或情況。”

我們的《諮詢文件》所建議的清單草擬本

9.29 我們在《諮詢文件》中建議引入法定的考慮因素清單，以協助法官行使酌情權，在管養權或監護權法律程序中作出裁決。[20] 我們建議採納英格蘭的《1989 年兒童法令》第 1(3)條所列明的清單，因爲我們認爲該清單較澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F(2)條所列的簡潔。[21] 此外，我們又建議將這條澳大利亞法令的第 68F(2)(b)條(部分條文)及第 68F(2)(f)條(部分條文)納入一項以英格蘭的《1989 年兒童法令》第 1(3)條爲依據的綜合條文中。我們在《諮詢文件》所建議的清單如下：

“(3) 在第(4)款所述的情況下,法院須特別顧及下列事宜:

(a) 如能查明有關兒童的意見，須因應他的年齡和理解能力考慮他的意見；[22]

(b) 他的身體、感情和教育方面的需要；[23]

(c) 他環境上的改變可能對他造成的影響；[24]

(d) 他的年齡、成熟程度、性別、社會和文化背景，以及其他法院認爲有關的特點；[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) 他曾經遭受或有機會遭受的傷害；[26]

(f) 他的父親、母親和法院認爲與這問題有關的人，能在什麼程度上滿足他的需要；[27]

(g) 該兒童與父親、母親和其他人的關係的性質；[28]

(h) 該兒童的父親和母親對該兒童和對父母身分的責任所表現的態度；[29]

(i) 法院根據本條例在有關法律程序中可行使的權力範圍。”[30]

9.30 至於應否採納上述澳大利亞法令第 68F(2)(d)條，即關於讓兒童與父母任何一方保持聯繫的*“實際困難和費用”*條文，以及應否將之列入該清單內，我們亦在該文件中表示歡迎各界提出意見。[31]

9.31 諮詢結果顯示，大部分回應者都原則上同意引入法定的考慮因素清單這個建議，但他們就所建議的清單的個別方面提出了不少問題。我們更深入地研究過這些問題後，得出下文所列的發現和結論。

所有因素均須考慮？

9.32 有被諮詢者提出該清單實際上如何運作的問題，尤其是法院在多大程度上有必要考慮法定清單上列出的所有因素。我們的答覆是我們預見會有規定強制法官審閱整份清單，並正面考慮清單中列出的*所有*因素，但他繼而在多大程度上應用每一項考慮因素以及在個別案件中他給予每一項因素的比重，則會完全由法官決定。

寫法較寬鬆的英格蘭清單與定義較狹窄的澳大利亞清單的對比

9.33 雖然大部分被諮詢者同意我們所建議的取向，並贊成採用較寬鬆的英格蘭清單，但也有幾位回應者表示澳大利亞的法例所列的某些因素用語較爲精確，因此是較可取的選擇。[32]

---

26 依據《1989 年法令》第 1(3)(e)條。

27 依據《1989 年法令》第 1(3)(f)條。

28 依據《1975 年澳大利亞法令》第 68F(2)(b)條。

29 依據《1975 年澳大利亞法令》第 68F(2)(h)條。

30 依據《1989 年法令》第 1(3)(g)條。

31 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 6.14 及 15.6 段。澳大利亞法例的有關條文規定應顧及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繫個人關係和定期保持直接聯繫的權利會否有重大影響。

32 尤其是《1975 年澳大利亞法令》第 68F(2)(c)及(e)條所載的考慮因素。見下文的討論。

9.34　澳大利亞清單中的考慮因素界定得較爲狹窄和詳細，這一方面雖然可以說是能夠向法官提供較佳的指引（尤其在改革初期，即我們爲改革這方面的法律而引入由我們概括地提出的新改革措施之時），但是我們也察覺到一系列定義較爲狹窄的考慮因素有可能削弱法官的酌情權，令他在個別案件中作出決定時受到掣肘。另一項要考慮的事情是較詳細的清單可能會在管養權案件中導致較多上訴。相比之下，表達方式較爲寬鬆的考慮因素清單既能給予法官相當程度的指引，又使他判案時享有更大的酌情權和靈活性（例如可以顧及各方在環境上的變遷）。我們因此總結認爲一般而言，我們最初提出的、用詞較爲寬鬆的《1989 年兒童法令》條文較爲可取。

9.35　有些回應者對我們的法定清單草擬本提出進一步的改善建議，這些建議會在下文討論。

有關兒童的可查明意見

9.36　其中一名被諮詢者提議在法定清單草擬本的(a)項考慮因素中，應以*“成熟程度”*一詞取代*“理解能力”*一詞。我們經考慮後的結論是*“理解能力”*一詞（即相應的英格蘭條文中使用的*“understanding”*）應予保留。我們注意到即使一名*“未成熟”*的兒童仍然有可能*“理解”*其處境。

有關兒童的情況有變對其所可能造成的影響

9.37　一名被諮詢者認爲應以澳大利亞法例中的相應條文作爲清單草擬本的(c)項考慮因素。我們草擬的(c)項考慮因素乃依據英格蘭的《1989 年兒童法令》第 1(3)(c)條。有關的澳大利亞法例條文（即《1975 年家事法法令》第 68F(2)(c)條）同樣關乎兒童的情況有改變對其所可能造成的影響，不同的只是該條文更進一步，將兒童與其他家庭成員分離對兒童有何影響的明確提述亦包括在內。考慮過這個問題後，我們始終認爲英格蘭的有關條文中用語較爲寬鬆的(c)項考慮因素是較佳的選擇，因爲它給予法官較大的酌情權。

有關兒童所曾經受到或可能受到的傷害

9.38　一名回應者表示，以《1989 年兒童法令》第 1(3)(e)條爲依據且關乎兒童曾經或可能受到的傷害的(e)項考慮因素是多餘的，因爲這大致上已爲清單草擬本中的(b)項考慮因素（關乎兒童在身體、感情和教育方面的需要）所涵蓋。我們考慮過這個論點後，總結認爲

(e)項考慮因素所代表的準則與(b)項所代表的完全是兩回事，因此應予保留作爲供法院考慮的一項獨立因素。

對家庭暴力的具體提述

9.39　同樣在對兒童的*“傷害”*這個範疇內，我們考慮了另一名被諮詢者的提議。該名被諮詢者提議加入一項明確提述家庭暴力情況的獨立因素，供法庭在審理案件時考慮。

9.40　我們注意到上述澳大利亞法令第 68F(2)(i)條可以是這項因素的一種參照模式。根據該條文，法院必須顧及*“涉及兒童或其家庭的任何成員的家庭暴力。”*[33]

9.41　本報告書第 11 章會從兒童管養權爭議的層面詳細探討家庭暴力的問題。在第 11 章的結論中，我們指出法院須在涉及家庭暴力的管養權及探視權案件中作出特別深入的考慮。就目前的建議而言，我們同意該回應者的提議，並建議在法定的考慮因素清單中加入提述家庭暴力的額外考慮因素。

父親或母親滿足有關兒童的需要的能力

9.42　與上文關於(c)項考慮因素的情況一樣，有一名被諮詢者表示清單草擬本中(f)項考慮因素以參照澳大利亞的相應條文爲佳。有關的澳大利亞法例條文是第 68F(2)(e)條，所提述的是父親、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”*。《1989 年兒童法令》的相應條文（即我們草擬的考慮因素的依據）是第 1(3)(f)條，當中只簡單提到兒童的“需要”。考慮過該回應者的看法後，我們仍然選擇採用英格蘭以較寬鬆用語寫成的(f)項考慮因素，這再一次是因爲它給予法官較多空間行使酌情權。

父親或母親對兒童和對父母身分所表現的態度

9.43　一名被諮詢者關注到清單中的(h)項考慮因素可能會令父母之間更易出現分歧和引起更多訴訟。該項因素取材自上述澳大利亞法令第 68F(2)(h)條，該條文關乎父母對兒童和對父母身分的責任所表

---

[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。

現的態度。雖然我們明白該名被諮詢者的憂慮，但不同意該項因素會促使父母雙方採取互相對抗的態度，亦不預見這項建議的考慮因素在執行上會有任何困難。

依據上述澳大利亞法令第 68F(2)(d)條而訂立的新考慮因素

9.44　　正於上文所述，我們在《諮詢文件》中表明我們歡迎各界對於應否採納《澳大利亞法令》第 68F(2)(d)條所載的考慮因素和應否將之列入香港的清單內提出意見。該項考慮因素是 *"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繫個人關係和定期保持直接聯繫的權利會否有重大影響。"*

9.45　　當案件涉及父親或母親提出帶同兒童移居海外，或父親和母親分別在不同國家居住，而其中一方有能力負擔旅費與兒童保持聯繫，但另一方則沒有此能力，該條文便與案件有實質關係。根據這項建議的考慮因素，假如父母二人的一切其他條件相若的話，則法院可能會考慮命令兒童與沒有能力負擔旅費的父親或母親同住，或考慮命令較爲富有的父親或母親需要負擔對方爲與兒童保持聯繫所付出的旅費。

9.46　　在諮詢期間有不少回應者提到此項考慮因素，其中有人贊成將之納入清單內，也有一些人反對這樣做。贊成者所提出的論據有：第 68F(2)(d)條的用語反映聯合國《兒童權利公約》第 9 條的內容、法官積極考慮該因素會繼而促使與訟雙方積極考慮如何與即使相隔很遠的子女保持聯繫，以及此乃法院就管養或探視事宜作出決定時可以考慮的另一因素。反對者則憂慮若將這項因素交由法官考慮，兒童的最佳利益便不一定能夠凌駕其他考慮因素。

9.47　　經過衡量後，我們贊成依循第 68F(2)(d)條所列考慮因素的模式加入額外條文，但我們覺得現時對該因素的描述在用語上可能會過於狹窄，因爲它好像暗示法院必須要求將兒童留在或帶回其家鄉的司法管轄區。可取的做法是用盡量寬鬆的方式擬定有關條文以強調兒童與父親或母親保持聯繫的一面，而非針對避免兒童與父母其中一方分離之事。[34] 我們認爲應交由法律草擬專員決定這項新的考慮因素的確切寫法。

---

[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，因爲本地的父母通常較喜愛子女在外地接受教育。

依據上述澳大利亞法令第 68F(2)(l)條擬定的新的“包含一切”的考慮因素

9.48 我們認爲值得注意的是澳大利亞的考慮因素清單即使以較爲狹窄的方式界定，但也沒有已盡列一切因素的意思，因爲該法令在第 68F(2)(l)條中載有一項“包含一切”的條文，即法院須顧及*“法院認爲有關的其他事實或情況”*。我們雖然注意到我們依循英格蘭的模式自行草擬的清單已在有關條文開首之處述明法院*“須特別顧及”*（橫線後加）有關因素，但爲了毫不含糊地表明我們的清單沒有盡列所有因素，我們建議應該依循澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F(2)(l)條，在我們草擬的清單末端加入一項包含一切的條文。

草擬條文時注意不在用詞上提及性別

9.49 《諮詢文件》的一名回應者評論說，草擬有關法例時需要明確地採取小心態度處理不同性別的兒童。我們原則上同意這個看法，但還是認爲建議的立法條文需小心處理性別問題屬於法律草擬範疇內的事宜，是在草擬有關條文之時所需注意的。

建議 3

我們建議引入法定的考慮因素清單，以協助法官行使酌情權，在管養權或監護權法律程序中作出裁決。[35] 這份清單應大致上以英格蘭的《1989 年兒童法令》第 1(3)條所載列的考慮因素爲依據。

我們亦建議在清單中加入下列以澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F(2)條爲依據的額外考慮因素：

(i) 關於兒童與父親或母親或其他人之間關係的第 68F(2)(b)條（部分條文）；

(ii) 關於兒童與父親或母親保持聯繫的實際困難的條文，以比上述澳大利亞法令第 68F(2)(d)條較爲寬鬆的表達方式寫成；

[35] 我們建議的法定清單草擬本載於後面附件 2 第 4 段。

(iii) 關於兒童被法院認爲是有關的其他特徵的第 68F(2)(f)條（部分條文）；

(iv) 關於兒童的父親和母親對兒童和對父母身分的責任所表現的態度的第 68F(2)(h)條；

(v) 關於涉及兒童或其家庭的任何成員的家庭暴力的第 68F(2)(i)條；及

(vi) 一項依循第 68F(2)(l)條寫成的包含一切的考慮因素。

父母的責任和權利

父母責任的概念

9.50 正如我們在前面第 5 章所見，在《1989 年兒童法令》制定之前，英格蘭的父母權利和職責是以監護權的法律概念爲本，而這項概念傾向強調父母對子女擁有的權利和權能而非對子女的福利所負有的父母責任。當時也無法說清楚監護人的權力和責任是否與父母的完全相同。[36] 若父母其中一人逝世，一名遺囑監護人[37] 便會與尚存的父親或母親一起承擔父母責任。

9.51 《1989 年兒童法令》廢除了監護權這個概念，只保留第三者可在兒童的父母其中一人逝世後取得兒童的監護權的做法。該法令以父母責任取代監護權。《1989 年兒童法令》第 3(1)條將父母責任界定爲 *"兒童的父親或母親憑藉法律對兒童及其財產所具有的一切權利、職責、權力、責任及權能。"*[38]

9.52 我們在《諮詢文件》中[39] 提出父母責任這個概念較監護權的概念更爲切合兒童的最佳利益，而監護權的概念只應在處理兒童的父母其中一方去世後第三者對該兒童所負有的責任時才予以保留。

---

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　雖然大部分有評論這項建議的回應者都支持該建議，但其中也有一些表示反對。猶如關涉福利原則的建議一樣，有回應者關注到實施關於父母責任的建議即容許不是與子女同住的父親或母親妨礙子女的教養，從而使受虐妻子的處境更加困難，在有家庭暴力出現的情況中尤其如此。有關意見指出在此意義上，子女的利益便會與妻子的利益產生衝突。

9.54　正如我們在前文作出的解釋，這些新建議的整個重點在於父母對子女的責任而不是父母權利。據此，在子女的利益與其他家庭成員的利益出現競爭的情況下，必須以子女的利益爲優先考慮。話雖如此，我們的確承認遭受家庭暴力的家庭成員的處境必須獲得特殊考慮，我們因此在本報告書第 11 章內這個課題之下提出多項具體的建議。

9.55　另一回應者提議引入懲罰不履行父母責任的父母的機制。雖然我們明白到該回應者所關注之事，但不同意爲不履行父母責任之舉訂立具體的制裁措施。我們認爲有關改革的宗旨（即鼓勵父母雙方離婚後在子女的生活事宜上有較大參與）應主要透過教育公眾的方式推廣。

建議 4

我們建議父母責任這個概念應取代監護權的概念，而監護權這個概念只應在處理兒童的父母其中一方去世後第三者對該兒童所負有的責任時才予以保留。

父母的權利

9.56　雖然我們覺得現行的香港法例和普通法在父母權利和權能方面的用語並不恰當，但也認爲給父母權利另行下定義是有用的，可以在父母、子女及法院的有關權利和權力的界限方面作爲指引。

9.57　《1995 年蘇格蘭兒童法令》與英格蘭有關法例不同，因爲前者在第 1 及 2 條分別就父母責任和父母權利各自作出規定，並稍爲詳細地加以解釋。[40] 我們因此已在《諮詢文件》[41] 中建議採納

[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 年蘇格蘭兒童法令》第 1 及 2 條的模式，訂立兩項分別關於父母權利和父母責任的條文。

9.58 根據上述蘇格蘭法令第 1 條草擬的關於父母責任的建議條文已在《諮詢文件》列明如下：[42]

> "1. (1) 兒童的父母對該兒童的責任爲：
>
> (a) 保障及促進該兒童的健康、成長和最佳利益；
>
> (b) 按該兒童的成長階段向他提供適當的：
>
> (i) 指示；
>
> (ii) 指引；
>
> (c) 如果父親或母親不與該兒童同住，須與該兒童保持個人關係，並定期直接聯絡；及
>
> (d) 擔任該兒童的法律代表。
>
> 但上述責任只限於遵行本條是切實可行並切合兒童利益的範圍爲限。
>
> (2) 就本條而言，'兒童'指未滿 18 歲的人；[43]
>
> (3) 上文第(1)款(a)至(d)段所述的責任就是本條例所提述的'父母責任'；而該兒童或任何代他行事的人都有權在關乎該等責任的任何法律程序中提起訴訟或抗辯。
>
> (4) 該等父母責任取代普通法施加於父母的類似職責；但本條並不影響如此施加的其他職責，亦不影響藉着、根據或因爲本條例其他條文或其他成文法所施加的任何職責。"

9.59 我們的《諮詢文件》中根據上述蘇格蘭法令第 2 條草擬的關於父母權利的建議條文述明：[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 歲爲止：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) 爲使兒童的父母可對該兒童履行父母責任，他具有下列權利：

(a) 與該兒童同住的權利，如非同住則有管制該兒童住所的權利；

(b) 按該兒童的成長階段，對該兒童的教養適當地管束、指導或指引的權利；

(c) 如非與該兒童同住，與該兒童保持個人關係和定期直接聯絡的權利；及

(d) 擔任該兒童的法律代表的權利。

(2) 除下述第(3)款另有規定外，除非賦予父母權利或規管父母權利的行使的判令或契約另有規定，否則當兩名或以上人士就某名兒童享有父母權利時，各人都可獨自行使權利而無須徵得其他享有該權利的人的同意。

(4) 第(1)款(a)至(d)段所述的權利就是本條例所提述的'父母權利'；而父母任何一方或任何代他行事的人都有權在關乎該等權利的任何法律程序中提起訴訟或作出抗辯。

(5) 該等父母權利取代普通法賦予父母的類似權利；但本條並不影響如此賦予的其他權利，亦不影響藉着、根據或因爲本條例其他條文或其他成文法所賦予的任何權利。

(7) 在本條中，'兒童'指未滿 18 歲的人。"

9.60 諮詢結果顯示回應者普遍支持這一項建議，但亦提出兩方面的憂慮。一方面是對使用言詞來改變普羅大眾的固有概念這種做法普遍存有疑慮。有關回應者懷疑，在法例中使用新的術語和明確地描述父母責任是否足以改變父母對於他們在法律上就其子女所承擔的職分的理解。雖然我們認同這個看法，但是單靠新的法律用語來達成這種改變顯然不是我們的意向。我們完全接受以下說法：須要全面推廣公眾教育來引進這些新的概念。

9.61 另一方面的憂慮是在法例中界定父母責任和父母權利的各種事宜，結果可能會造成太大限制，因爲經過一段時間後這些定義很

可能會有所改變，以致需要不時修訂有關法例令法律追上時代。上文提到在法規內經界定的父母責任與權利清單，會取代這些詞語經歷過往的演變後出現的任何普通法定義。有關回應者所提出的建議是父母責任和父母權利這兩個詞語的較詳細的定義只應以指引的形式出現。

9.62 我們考慮過這些意見和其他選擇，即根據上述英格蘭法令的模式就父母責任採用較爲概括的條文，或採用由較爲概括和較爲詳細的定義合併而成的條文，但總結認爲我們原本的取向（即依循蘇格蘭的模式在法例中界定何謂父母責任與權利）較爲可取。

建議 5

我們建議採納一項依據《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 1 及 2 條而訂立的條文，該條文分別列明父母責任的清單和父母權利的清單。

父母責任終止的年齡

9.63 雖然我們上述的建議條文草擬本大部分是依據蘇格蘭的相應條文訂定，但是我們認爲香港不應採納《1995 年蘇格蘭兒童法令》中父母責任和父母權利所適用的年齡限制。蘇格蘭的條文指明，除了關於提供指導的責任外，所有父母權利和父母責任須在子女年滿 16 歲時終止。在蘇格蘭，向子女提供指導這項父母責任則延續至子女年滿 18 歲才終止。

9.64 英格蘭的《1989 年兒童法令》把兒童界定爲未滿 18 歲的人。[45] 然而，關乎居住地方、聯繫及該法令第 8 條下的其他事宜的法院命令不會延續至有關兒童年滿 16 歲之後，除非該項命令明文規定在兒童年滿 16 歲之後繼續適用。[46]

9.65 我們在《諮詢文件》[47] 中建議 18 歲這個年齡界限應適用於《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 1 及 2 條所提述的所有情況。有就這項建議提出意見的回應者全部都大致上支持此建議，不過其中有一些人對於以 18 歲爲界限如何適用於某些情況有所保留。他們提出的其中一個問題是法院會否繼續有權爲 18 歲以上但仍然全時間在學

---

45 《1989 年法令》第 105(1)條。

46 《1989 年法令》第 91(10)條。這樣做的部分理據是兒童可在該年齡離校以就業。亦請參閱該法令第 9(6)及 91(11)條；這兩項條文就法院的命令延續至兒童年滿 16 歲之後的例外情況作出規定。

47 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 6.20 及 15.9 段。

或因精神上或身體上不健全而需長期照顧的兒童的經濟給養和贍養作出命令。正如我們將在本報告書第 10 章的進一步討論後表示，我們無意取消法院在該等情況下批予這些命令的權利。[48]

建議 6

我們建議《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 1 及 2 條中提述的所有父母權利與責任應適用於任何兒童，直至該兒童年滿 18 歲爲止。

父親作爲當然監護人

9.66 在普通法下，父親是其婚生子女的當然監護人。在香港，即使母親憑藉《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(b)條而擁有與父親相等的權利和權能，但父親在普通法下的權利亦從未被廢除。在《性別歧視條例》（第 480 章）制定之後，《未成年人監護條例》第 3(1)(b)條的用語顯然已不合時宜。英格蘭的《1989 年兒童法令》第 2(4)條規定，*"父親是其婚生子女的當然監護人這項法律規則現予廢除。"*

9.67 我們在《諮詢文件》[49] 中建議父親作爲其婚生子女的當然監護人這項普通法權利應依循英格蘭《1989 年兒童法令》第 2(4)條的做法予以廢除，因爲這項權利已不再適合香港的情況。我們亦建議廢除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(b)條。[50]

9.68 諮詢結果顯示這項建議獲得回應者廣泛支持，不過有一名回應者察覺到也許有需要對關乎父親登記子女的出生這項現有責任的《生死登記條例》（第 174 章）第 7 條作出相應修訂。該回應者亦關注到有需要推行公眾教育以協助父母理解這個新的情況。我們同意這項論述，並預期有關政府部門將會製作關於這個課題的資料小冊子，在例子各政府部門及各地區的民政事務署等地方派發給市民。

---

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。

建議 7

我們建議父親作爲其婚生子女的當然監護人這項普通法權利應予廢除。

我們亦建議廢除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(b)條。

已婚父母

9.69　英格蘭的《1989 年兒童法令》第 2(1)條規定，當子女出生時父母已與對方結婚，則父母二人均各自對該子女負有父母責任。然而，該條文是否不包括在子女出生後才與對方結婚的父母，則不大清楚。根據香港的現行法律，父母若在子女出生之後才結婚，則子女會根據《婚生地位條例》（第 184 章）在父母婚後成爲婚生子女。

9.70　我們在《諮詢文件》[51] 中建議採納一項依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 2(1)條而訂立的條文，但爲了免除疑問，我們建議應修改所採納的條文，以包括在子女出生後才結婚的父母。諮詢結果顯示這項建議獲得這個課題的回應者一致支持。

建議 8

我們建議採納一項依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 2(1)條而訂立的條文，但爲了免除疑問，所採納的條文應予修改，以包括在子女出生後才結婚的父母。

未婚父親取得父母責任

現行法律的用語

9.71　正如我們在本報告書前文[52] 所見，香港的未婚父親不會自動成爲子女的監護人，亦不會自動得到對子女的父母責任。然而，他可以根據《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(d)條申請授予他父母權利和權能的命令。

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 我們在《諮詢文件》[53] 中建議應修改《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(c)(ii)及(d)條的用語，以反映新的用語着重父母的責任而非權利的情況。據此，未婚父親可以申請一項授予他父母責任的命令。這兩項條文的內容現時述明：

> "(c) 凡有關的未成年人爲非婚生子女者……
>
> (ii) 父親所具有的權利及權能（如有的話），只爲該名父親根據(d)段作出申請後法院所命令者；
>
> (d) 原訟法庭或任何區域法院法官，在接獲申請後，如信納申請人爲某名非婚生子女的父親，則可發出命令，示明申請人具有某些或所有假若該未成年人爲婚生時法律所賦予他作爲父親的權利及權能。"

9.73 諮詢結果顯示有就這項建議作出評論的回應者均支持此建議，不過有意見提到一些關於未婚父親可透過其他方法取得父母責任的問題。我們稍後會在本章討論這些問題。

建議 9

我們建議《未成年人監護條例》(第 13 章)第 3(1)(c)(ii)及(d)條中關於未婚父親的 *"權利及權能"* 的用語應予修改，以反映新的用語着重責任而非權利。

透過簽署出生登記冊取得父母責任

9.74 正如我們在第 5 章所見，英格蘭當地的父母若在子女出生時仍未結婚，只有母親有取得父母責任的當然權利，但父親可循下列途徑取得這項責任：[54]

(a) 在子女的出生證明書上登記爲子女的父親；[55]

(b) 根據《1989 年兒童法令》獲委任擔任子女的監護人；[56]

(c) 向法院取得父母責任令；[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 6.25 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) 與母親訂立父母責任協議；[58] 及

(e) 藉取得同住令使法院必須向父親另行發出父母責任令。[59]

9.75 然而，正如我們在前文所見，在香港現行的法律下，未婚父親必須向法院申請命令以取得對子女的父母權利和權能。即使他已採取在子女的出生登記冊上簽署的明確行動，以表示他是有關子女的父親，情況依然一樣。[60]

9.76 假如未婚父親能夠單憑子女的出生而無需採取任何進一步行動即可取得父母責任，這便會被稱爲 *"自動"* 取得父母責任與權利。在 *"自動"* 取得父母責任與權利的情況下，若要免除或限制父親行使該等權利，向法院提出有關申請的責任便會落在母親身上。

9.77 在本報告書中，我們使用 *"半自動"* 取得父母責任與權利一詞，以表示未婚父親可採取某些明確的行動（例如在出生登記冊上簽署或訂立父母責任協議）來取得父母責任與權利，作爲申請透過法院命令而獲授予父母責任之外的另一選擇。

9.78 我們在《諮詢文件》[61] 中沒有建議未婚父親可自動取得父母責任與權利，反而建議未婚父親可取得父母責任與權利的其中一個途徑是在出生登記冊上簽署。我們因此提出應在述明取得父母責任的途徑的建議法例中加入"在出生登記冊上簽署"的做法。[62]

9.79 雖然大部分有評論這項建議的回應者都支持此建議，但有一位回應者覺得單是簽署出生登記冊本身應不足以令簽署者取得父母責任與權利，父母雙方還應同時簽署父母責任協議（將於下文討論）。該回應者所關注的是須盡力確定母親真的意欲承認父親的責任與權利，而如果供養子女的財政安排是有關事宜的話，該等安排會獲得充分保障。我們認爲即使沒有這些條文授予"半自動"的父母責任，但如父親現身簽署出生登記冊，他便顯示自己爲有關子女的父親，就算這樣做仍未足以使他獲授予父母責任與權利亦然。此外，若父母雙方的關係破裂，則不論他們已否簽署父母責任協議，母親仍可轉向法院尋求濟助。

---

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　另一名回應者關注到誰會回答未婚父親可能就他根據新的建議所具有的權利與義務而提出的複雜問題（例如簽署或不簽署出生登記冊的影響等）。我們認爲只要政府印製資料小冊子解釋有關情況和作出有效的公開宣傳，便可解決這方面的問題。

建議 10

我們建議未婚父親應該能夠藉着簽署出生登記冊來取得父母責任與權利。建議的法例應將這種做法納入可藉以取得父母責任的方法的清單中。我們不建議未婚父親可自動取得父母責任與權利。

父母責任協議

9.81　由未婚父母共同簽訂的父母責任協議，確保父親在母親一旦去世後可繼續履行父母責任，使他無須經由母親委任爲遺囑監護人亦會自動成爲尚存的父母。[63] 我們在《諮詢文件》[64] 中依循這種精神建議鼓勵未婚父母簽訂父母責任協議，以保障子女的最佳利益。

9.82　我們也認爲如未婚父親已藉着在出生登記冊上簽署或簽訂父母責任協議而取得父母責任與權利，但父母雙方沒有繼續維持關係，則應鼓勵未婚母親委任遺囑監護人，以便當她去世後可代爲照顧其子女。我們因此也在《諮詢文件》[65] 中建議，應鼓勵未婚母親爲子女委任遺囑監護人。

9.83　諮詢結果顯示，雖然大部分回應者贊同上述建議，但對於實際上如何施行該等建議則有疑問。回應者尤其質疑會以甚麼形式 *"鼓勵"* 未婚母親以及由甚麼團體機構負責作出鼓勵。我們的答案是我們預期政府有關部門會在這方面扮演積極角色，並透過推廣政策、由社會福利署主動推行措施、印製小冊子、廣泛宣傳和教育公眾來實施上述建議。我們也希望涉及家庭顧問工作的律師、社工、醫生及其他人士會鼓勵父母雙方訂立這類協議。

9.84　就父母責任協議及該協議應以甚麼形式表達而言，我們對於該協議應該採取法律上慣用的形式還是應該以日常用語表達沒有既定的看法，留待政府有關部門決定如何全面落實有關做法。我們懇請

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。

類似律師會家庭法律委員會的組織考慮爲父母責任協議製訂一個表格樣本。

9.85 我們也注意到這類協議在執行上的問題，並認爲這類協議應與其他協議一樣可透過訴諸法庭而得以強制執行。

建議 11

我們建議應鼓勵未婚父母簽訂父母責任協議，以保障子女的最佳利益。

我們亦建議應鼓勵未婚母親爲子女委任遺囑監護人。

父母責任的永久性

9.86 根據英格蘭的《1989 年兒童法令》，儘管父母已分居或離婚，而父母其中一方獲發同住令，父母雙方仍各自繼續負有父母責任。[66] 該法令沒有解除父母責任的條文。正如我們在前面第 5 章所見，兒童監護權這項概念已被廢除，[67] 取而代之的是由法院發出命令決定兒童的居住地方，或於有需要時發出“指定事項令”。英格蘭的法律認同父母在離婚後繼續履行父母責任才切合兒童的最佳利益。

父母各自獨立行事

9.87 英格蘭的《1989 年兒童法令》第 2(7)條規定，如果有多於一人對兒童負有父母責任，除非法例明文規定履行父母責任時須取得多於一名該等人士的同意，否則各人可獨立行事以履行父母責任而無須諮詢其他人的意見。[68]

9.88 我們注意到父母在離婚後繼續承擔父母責任的概念，與父母可各自獨立行事的規定看似互相矛盾。有人也許會憂慮這會導致父母之間因行使這項權利之前不會諮詢對方而發生爭執。我們認爲父母在作出關涉子女的重要決定之前應徵詢對方的意見。

9.89 我們在《諮詢文件》[69] 中建議採納一項依循《1989 年兒童法令》第 2(7)條而訂立的條文，但該條文只限適用於兒童的日常照顧

---

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。

和最佳利益兩方面。據此，獲發同住令的父親或母親可獨立處理兒童的日常事務，而父母另一方在與兒童聯繫的期間也可以這樣做。

9.90 諮詢結果顯示，有就這項建議發表意見的回應者中只有一名不支持該建議，其餘的均表示支持。反對者的理由與本章早前所提及的關注類似，即施行本報告書的建議可能會令已發生衝突的父母更易發生進一步衝突，這並不符合子女的最佳利益。正如在本報告書其他章節作出的討論，[70] 我們特別關注到在管養權和探視權案件中出現的家庭暴力問題，並已爲處理這個問題而作出多項特定的建議。對於目前的建議而言，我們的意向是透過免除父母其中一方（例如妻子）須找到沒有出現的父親才可就子女作出日常生活上的決定和採取日常生活上的行動這項要求，使父母雙方較容易處理關於子女的情況。

建議 12

我們建議採納一項依循《1989 年兒童法令》第 2(7)條而訂立的條文，使負有父母責任的人能夠各自獨立行事，但該條文只限適用於子女的日常照顧和最佳利益兩方面。

父母責任的涵蓋範圍——當須要取得同意或作出通知之時

9.91 雖然英格蘭的法例沒有賦予父母其中一方權力以否決另一方爲子女作出的重大決定，亦沒有訂明作出該等決定的一方有責任諮詢或通知另一方，法院已盡量在子女的最佳利益與父母任何一方行事的獨立自主之間作出平衡。在 *Re G (a minor) (Parental Responsibility: Education)* [71] 一案中，格特維大法官（Glidewell LJ）說：

> "負有父母責任的母親有權在將子女由日校……轉到寄宿學校這項重要的行動上獲得諮詢，而且事實上也理應在這項行動作出前諮詢過她的意見。這對任何子女的生活而言都是一項重要的行動，所以母親理應事前獲得諮詢。"

9.92 爲了平衡採納《1989 年兒童法令》第 2(7)條所產生的影響，並減少父母在分居或離婚之後發生爭執的次數，我們在《諮詢文件》[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諮詢文件（1998 年），第 6.35 及 15.17 段。

中亦建議父母其中一方爲子女作出重大決定時應該徵詢另一方的意見。我們覺得關於子女的重大決定最好都是由父母共同作出，但關乎子女日常生活的決定則無須通知父母另一方或徵求父母另一方的同意。

9.93 我們也在《諮詢文件》[73] 中建議，與其授予父母另一方否決權，倒不如在法例中指明需要父母另一方明確表示同意才可決定的事宜和只需將所作決定通知父母另一方的事宜，這樣做便會減少雙方的摩擦。

9.94 我們建議有關法例應界定何謂重大決定，並將之分類列出。[74] 我們建議應訂立須要父母另一方明示同意方可作出的重大決定的清單，以及只需通知父母另一方的重大決定的清單。

須要父母另一方同意的重大決定的清單

9.95 我們在《諮詢文件》中列出影響子女的並須父母另一方[75] 同意的重大決定的清單。如果未能取得同意，便需要向法院申請命令。這份清單包括下列事項：

1. 同意更改子女的姓氏；
2. 同意關於領養子女的程序；
3. 同意讓子女遷離本司法管轄區超逾一個月；及
4. 同意讓子女永久遷離本司法管轄區。

只需作出通知的重大決定的清單

9.96 另一個清單則指明我們建議只需通知父母另一方[76] 的重大決定。我們認爲這個清單應如以下所列：

1. 就子女接受大手術或長期的醫藥或牙科治療作出通知；
2. 就子女學校教育的重大改變作出通知；
3. 就按某宗教信仰教養子女一事作出通知；

---

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. 就同意子女結婚作出通知；

5. 就與子女一起遷居作出通知；

6. 就將子女暫時帶離本司法管轄區但維期不足一個月作出通知；

7. 就子女的居籍或國籍將會有變作出通知；及

8. 就關乎子女生活的其他重大或重要的決定作出通知。

9.97 我們認爲普通法很可能已有規定，容許醫生在沒有兒童的父母的同意下爲兒童進行緊急醫療手術或程序。據此，當遇上一些需要作出通知的醫療情況時，我們建議只要在短時間內通知父母另一方便足夠。不過，如果是就同意讓子女結婚而作出通知，則需要有合理的通知期。[77]

9.98 諮詢結果顯示，雖然不少回應者支持上述建議，但仍有一些回應者不贊成，亦有其他回應者對有關建議的細節有保留。下文概述這些回應者所提出的各種問題。

憂慮取得同意／作出通知的規定會增加敵意和更易導致訴訟

9.99 有些被諮詢者憂慮到引入須取得同意或作出通知的新規定，可能會被會製造麻煩或虐待配偶的人用作妨礙或煩擾其配偶的手段。有回應者特別憂慮曾被虐打的妻子若須遵守規定將住址以及子女學業的變遷通知對方，便很容易會再度遭受傷害。

9.100 我們在本章及本報告書的其他部分均考慮過這些關乎家庭暴力的憂慮。[78] 儘管我們預期處理這類情況的法官會獲告知有關案件的所有情況，從而應該能夠發出適當的命令（例如指定事項令或禁止行動令，以免有披露資料的需要），但我們同意應該明文訂定法官有權在個別案件中更改或免除載於父母責任清單上的項目。我們因此提出我們的建議應包括一項提述，訂明法院在認爲有需要的情況下有權更改或免除載於上述清單內的關於取得同意或作出通知的規定。[79] 如

---

77 我們認爲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。

果在須要取得同意或作出通知的事宜的清單末端加入一項包含一切的條文的話，其意是*“上述清單受限於法院或會作出的其他命令”*，也許亦會有用。

9.101　有人亦關注到假如引入這些轉變，可能會促使這方面的訴訟的數量上升（尤其是在引入轉變的初期），因爲一般而言，無管養權的父母現有的獲告知子女的最新情況的*“權利”*和在決定關乎子女的事宜上共同合作的*“權利”*會顯著增加。另一個關注點是需要廣泛教育公眾，使他們能夠理解新的條文實際上會如何運作。

9.102　我們承認政府、法院和在該界別工作的專業人士都要努力令公眾熟悉這些新概念和上述改革所帶來的新程序。我們也承認不時會有難以處理的案件出現，然而我們覺得這些改革所基於的原則── 促使父母繼續參與子女的生活事宜──長遠而言會切合子女的最佳利益。

關於沒有分擔養育費用的配偶取得子女方面的“權利”的憂慮──贍養令的強制執行

9.103　回應者所提出的另一個問題是上述建議會令沒有分擔養育費用的父親（即不打算爲子女的教養支付贍養費者）取得作出關乎子女的決定的*“權利”*。該等父親現時並不享有這項權利。有些回應者提出一項與此有關連的憂慮，就是香港強制執行贍養令的措施是否足夠。這些回應者呼籲政府在這方面多做一點功夫。

9.104　雖然我們體諒該等憂慮，但我們已在上文指出的基本方針是法院應有能力在維繫子女與父母的關係方面作出符合子女的最佳利益的命令。從子女的角度來看，支付贍養費與否不一定是一項有關係的考慮因素。

9.105　儘管如此，我們確實贊同而且建議政府應檢討關於強制執行贍養令的現行法律和程序，察看如何可以令這些法律和程序更有效。

清單應以法定形式表述還是應表述爲不是法定條文的指引

9.106　有些回應者認爲關於父母責任的各別清單不應以法定的形式出現，而是應該組成一套不具法定效力的指引。有回應者提議另一種做法，就是父母本身可擬定一個分項列出的清單，然後由法院核准，又或父母之間可自行斟定甚麼事情上的決定須要獲得對方同意。他們的理據是清單的內容可能需要隨着時間而變更；若清單是法定的話，便須要在每次變更時修訂有關法例。我們的回覆是我們同意更新

清單須要修改法例，但也指出我們已嘗試在有關條文中注入足夠的靈活性，使法官能夠在個別案件中更改清單的內容。因此，我們雖然注意到該等回應者的評論，但仍贊同我們原本的取向，即這些清單應以法定的形式表述。

建議 13

我們建議我們所提議訂立的法例應指明哪些關於子女的決定需要父母另一方明確表示同意才可作出，以及哪些關於子女的決定只需通知父母另一方便可作出。

我們亦建議應賦予法院明確的權力在法院認爲有需要的情況下更改或免除關於取得同意或作出通知的規定。

建議 14

我們建議政府應檢討關於強制執行贍養令的現行法律和程序，察看如何可以令這些法律和程序更有效。

行事抵觸法院命令

9.107 在英格蘭，《1989 年兒童法令》第 2(8)條規定：

> "對某兒童負有父母責任的人，是不會因負有此責任的事實而有權以抵觸任何根據本法令就該兒童而發出的命令的方式行事。"

9.108 舉例說，若父母其中一方已獲發同住令，父母另一方仍可在與子女一起時全面履行父母責任，但抵觸該項法院命令的作爲則除外。該法令第 2(8)條明言就兒童而發出的法院命令佔有首要地位。

9.109 我們在《諮詢文件》[80] 中建議採納一項依循《1989 年兒童法令》第 2(8)條而訂立的條文。有提及這項建議的被諮詢者中，只有一名不支持這項建議。該名回應者的顧慮是能否引入任何機制監察父

[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。

母爲了子女的最佳利益所作出的努力，以及會否有任何機制懲罰拒絕與前配偶合作且不肯承擔父母責任的父親或母親。

9.110　我們對這一點的回應是我們不願看見建議的法例中有條文宣稱是界定一名*“難以應付的配偶”*。我們明白到若配偶的其中一方證實是難以應付的，可供另一方引用的機制是向法院申請指定事項令，這做法會在下一章討論。申請經提出後，有關事宜便會交由法院裁決。

建議 15

我們建議採納一項依循《1989 年兒童法令》第 2(8)條而訂立的條文。

轉授父母責任

9.111　英格蘭的《1989 年兒童法令》第 2(9)條規定，父母可轉授父母責任，但不得轉移或放棄父母責任。[81] 相比之下，《未成年人監護條例》（第 13 章）第 4 條這項香港現行的相應條文所提述的，是將管養、教養或財產管理的全部或部分權利和權能*“放棄”*。該條例第 4 條只可以在父母已經分居的情況下執行，而且必須獲法院認同這樣做是爲了兒童的利益方可執行。我們認爲使用*“放棄”*一詞並不恰當，而且不能反映父母即使在分居或離婚後仍然繼續承擔父母責任的概念。

9.112　我們在《諮詢文件》[82] 中建議依循《1989 年兒童法令》第 2(9)至(11)條而制定一項條文。[83] 這一部分的條文規定：

> “(9)　對兒童負有父母責任的人不得將該項責任的任何部分放棄或轉移給另一人，但可安排將該項責任的部分或全部交由一名或多於一名代表他行事的人履行。
>
> (10)　獲安排代表他人履行父母責任的人，本身可以是一名已對有關兒童負有父母責任的人。

81　《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 3(5)條有一項類似條文，但用語稍爲不同。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) 任何上述安排不影響作出安排的人因未能履行他對有關兒童的父母責任的任何部分而可能要承擔的法律責任。”

9.113 這項改革的結果是《未成年人監護條例》(第13章)第4條會被廢除，惟我們認爲在我們建議根據《1989年兒童法令》第2(9)至(11)條訂立的新條文中，加入《未成年人監護條例》(第13章)第4(1)條末兩句文字的大概意思會有用處。這兩句是*“但法院如認爲執行夫婦之間的該等協議不符合子女的利益，則該等協議不獲法院執行。”*

9.114 諮詢結果顯示，有評論這項建議的所有回應者均支持該建議。

建議 16

我們建議依據英格蘭的《1989年兒童法令》第2(9)至(11)條而制定一項條文，但加入其意如下的字句：法院如認爲執行該條文所述種類的安排不符合子女的利益，則不得執行該等安排。

我們亦建議廢除《未成年人監護條例》(第13章)第4條。

持續父母責任

9.115 英格蘭的《1989兒童法令》第2(6)條規定，對某兒童負有父母責任的人，其責任不會僅因爲例如該兒童的繼父或繼母或未婚父親承擔父母責任而喪失。該條述明：

“(6) 在任何時間對某兒童負有父母責任的人，其責任不會僅因爲其他人後來對該兒童取得父母責任而終止。”

9.116 《1995年蘇格蘭兒童法令》第11(11)條的用語雖然不同，但我們認爲卻更切合實際情況，因爲該條認同發出關乎父母責任的命令可能會影響負有這類責任的其他人。第11(11)條述明：

“一項命令……只有在該命令明文規定的情況下和只在爲落實該命令而有需要的範圍內，才具有剝奪某人所負有的父母責任或父母權利的效力；但在發出這類命令之時，……法院可撤銷就有關兒童而言是憑藉本法令第4條而具有效力的任何〔父母責任〕協議。”

9.117　我們在《諮詢文件》[84] 中建議採納一項依循《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 11(11)條而訂立的條文。

9.118　有提述這項建議的回應者大部分都支持該建議，但有一名回應者質疑若情況顯示有需要考慮永久剝奪某人的父母權利與責任，法院會否有權選擇這做法。我們認爲特別訂明可以永久剝奪父母權利與責任看來是頗嚴苛的做法。我們明白到根據本報告書所載的建議，法院將會有廣泛的酌情決定權，因此若法院覺得在個別案件中有理由在一定程度上剝奪某人的父母權利與責任，建議的新條文不會排除法院可以這樣做，甚至在一段長時間內剝奪父母權利與責任亦無不可。

建議 17

我們建議依循《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 11(11)條而訂立一項條文，指明當某人已負有父母責任與權利之時另一人亦取得該等權利，會對前者繼續持有父母責任與權利有何影響。

監護人取得父母責任

免除尚存的父母擔任監護人

9.119　如果法院早前已發出命令指明尚存的父母不適宜擁有管養權，則該名尚存的父母沒有當然權利擁有有關子女的管養權或監護權。[85] 這項命令可以納入離婚或裁判分居的判令中。

9.120　如果法院根據《未成年人監護條例》(第 13 章)第 6(3)(b)(ii)條委任遺囑監護人爲有關兒童的唯一監護人，對尚存的父母的影響是其父母權利即告終止，但探視權和贍養該兒童的責任除外。至於在現行法律下，這樣做是否免除尚存父親作爲子女的當然監護人的權利，則不大清楚，因爲香港目前仍未有特定條文廢除父親作爲子女的當然監護人的權利。[86] 如果尚存的是母親，則她不是子女的當然監護人。

9.121　英格蘭的《1989 年兒童法令》沒有條文容許剝奪父親或母親的父母責任。因此，即使有人同時擔任遺囑監護人，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。

然保留父母責任。不過，法院可向監護人而非尚存的父母發出同住令，上述英格蘭法令第 8 條所設的命令（我們會在下一章提述和建議採納這些命令）確保即使在尚存的父母的責任與權利已被約束至近乎全面受限制的情況下，兒童的最佳利益仍然受到保障。

9.122 我們在《諮詢文件》[87] 中建議廢除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 6 條中關於免除尚存的父母擔任監護人的權利。我們認爲，保留可免除兒童的尚存父母作爲其監護人的權力，既不符合採納父母責任的做法，亦有違將監護權的概念只限引用於在兒童的父母其中一方去世後獲委任的第三者的做法。

9.123 諮詢結果顯示，在所有曾評論這項建議的回應者中，除了一名反對此建議外，其餘均表示接受。反對這項改革的回應者只是倡議維持現狀。

建議 18

我們建議廢除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 6(3)條中關於免除尚存的父母擔任監護人的權利。

未婚父親作爲尚存的父母

9.124 前文[88] 已指出授予負有父母責任的身分的含意，就是未婚父親可根據《未成年人監護條例》（第 13 章）被視爲尚存的父母，並可委任他人在其一旦去世後擔任子女的監護人。然而，爲了澄清有關情況，我們在《諮詢文件》[89] 中建議加入以下條文：當子女的生父不論是因爲符合半自動取得父母責任與權利的條件還是藉著法院命令[90] 而獲授予該等責任與權利，都可被視爲該條例所指的尚存的父母。[91]

9.125 諮詢結果顯示，有提及這項建議的所有回應者均支持該建議。

---

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爲監護人。

建議 19

我們建議在《未成年人監護條例》（第 13 章）中加入一項條文，其意思是未婚父親由獲授予父母權利或責任的一刻起，便可以在子女的母親去世後就該條例而言被視爲尚存的父母。

第 10 章 改革建議——
爲兒童發出的法院命令的類別

引言

10.1 本章探討我們建議訂立的一系列新的法院命令。該等新命令旨在取代關於兒童管養權和探視權的現有命令。

英格蘭的法律條文

10.2 正如我們在第 5 章所見，現代的英格蘭法令的設計，焦點在於透過實際的安排令父母責任得以履行，目的是將父母之間的爭執減至最少。這與英格蘭過往的法律（及香港現行的法律）的取向不一樣，因爲過往法律的焦點傾向於父母其中一方可以控制父母另一方與子女在一起時的行爲。上述較新近的英格蘭法令有同住令、聯繫令、指定事項令和禁止行動令。

澳大利亞的法律條文

10.3 我們在第 7 章中指出，澳大利亞的《1995 年家事法改革法令》藉着廢除管養權和探視權的概念和引入 *"養育令"* 而修訂了該地的《1975 年家事法法令》。新引入的命令包括同住令、聯繫令和 *"指定事項"*（*specific issues*）令，這與英格蘭的做法大致相同。

管養令

10.4 我們認爲管養令的用語隱含類似擁有兒童的意思。由於以前的普通法（但香港至今依然奉行）將幾乎所有關乎兒童教養的權利都給予負責管養的父親或母親，所以難免導致較多個案在法庭上出現抗辯。如果向沒有管養權的父親或母親說他們所繼續享有的權利僅爲探視子女的權利和一些沒有明確界定的剩餘權利，而且只有在沒有管養權的父親或母親發現擁有管養權的對方[1] 正在侵犯這些剩餘權利的情況下方可行使該等權利，則會在父母之間挑起持續不斷的衝突。

---

[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　保留現行的管養令制度不符合我們早前就父母責任而提出的建議。我們的建議提倡父母雙方在離婚後仍繼續積極參與子女的教養。我們因此在《諮詢文件》[2] 中建議廢除現行法例中關於子女管養令的條文，代以較爲切合父母責任模式的新命令。本章稍後會討論這些新命令。諮詢結果顯示大部分回應者贊同這項建議。然而，也有雖屬少數但爲數仍然不少的回應者反對該建議。他們表示寧願維持現狀。

10.6　這些回應者憂慮在新的法律改革下，不是與子女同住的父親或母親的權利會被 *"不當地"* 加強，但卻要由肩負較直接的日常管養責任的同住父親或母親付出代價。他們認爲這做法在家庭暴力是考慮因素之一的案件中尤其有問題，因爲恐怕新的改革會令與子女同住的父親或母親被前配偶虐待的風險高於在現有法律下擁有管養權的父母的被虐風險。他們也覺得法院在發給命令時，子女的最佳利益不應是唯一的考慮事項，而應同時顧及如何與父母的權利取得平衡，在涉及家庭暴力的案件中尤其應該如此。

10.7　雖然我們不同意維持這方面法律的現狀這個觀點，亦不同意子女的最佳利益不應是法院的首要考慮事項這個看法，但是我們承認回應者的關注是不容忽視的，並已盡力在本報告書的建議中加以處理。我們更特別在下一章載列一套針對涉及家庭暴力的案件的特定建議。

10.8　有某些回應者關注的另一個環節，是在並非與子女同住的父母沒有支付子女贍養費的個案中建議他們更多參與子女的生活。有意見認爲應該禁止不支付贍養費的一方探視子女。

10.9　我們承認在贍養令的強制執行方面經常出現問題，亦認爲這是政府應該盡快全面處理的事情（雖然此事不在本報告書的研究範圍內）。不過，儘管我們也明白 *"不付款便不得見面"* 這項概念已在社會某些群體中根深蒂固，但認爲基本的原則是子女不應因爲父母本身互相向對方做出不負責任的行爲而被剝奪與父母其中一方或另一方見面的權利。本報告書各項建議所致力改變的，是繼續將焦點放在父母各自的 *"權利"* 上以及父母一方獲授予的子女 *"管有權"* 是摒除另一方而獨享的權利這種思維。在提出建議時，我們同意若要把兒童探視權在任何程度上 *"可供購買"* 的觀念推翻，公眾教育猶爲重要。

---

[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。

建議 20

我們建議廢除關於婚姻的條例（包括《未成年人監護條例》（第 13 章）及《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章））中處理管養令的條文，並由藉以引入本章稍後概述的一系列新命令的條文取代。

同住令

10.10　依循上一項建議的方向，建議的法例顯然須要有條文管限有關兒童的居住地方，並規定父母其中一方承擔每天照顧該兒童的責任。英格蘭的有關條文是《1989 年兒童法令》第 8 條。該條述明同住令是*"指訂明兒童與何人同住的安排的命令。"*[3] 蘇格蘭的有關條文是《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 11 條；該條述明同住令是：

> "規管 16 歲以下的兒童的居住安排的命令，並關乎—
>
> (i) 他與何人同住；或
>
> (ii) 如他輪流或定期與不同的人同住，則關乎他在甚麼期間與何人同住，……"[4]

10.11　同住令在概念上與管養令不同，其作用則與照顧與管束令較爲接近，即由獲發照顧與管束令的父親或母親承擔對有關子女的日常照顧和責任。

10.12　我們在《諮詢文件》[5] 中建議在法例中訂立同住令。諮詢結果顯示對這項建議的反應與上一項建議的相若，即建議獲得大部分回應者贊同，但有少數回應者表示基於上文所指出的理由而寧願保留現有的管養令。此外，有兩名回應者認爲建議訂立的各種新命令會令業外人士產生混淆。這兩名回應者特別指出新命令與舊命令的用語有所不同，其中差別難以掌握。另有一名回應者所關注的，是實施有關法例便必須提升現有的支援服務水平。

10.13　正如我們在前文指出，我們同意若引入這些法律改革，政府便須主動進行有效的公眾教育加以配合。我們也認爲有一點很重要，就是從事家事顧問工作的律師和專業人士須向他們的服務對象詳細解釋這些新建議的目的和影響，以確保他們的服務對象明白有關建議。

---

[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。

同住令的定義

10.14　至於同住令的定義方面，我們在《諮詢文件》[6] 中述明我們認爲英格蘭和蘇格蘭的法例在這方面的用語比較詳盡，[7] 所以較澳大利亞法例的用語可取。[8] 不過，我們認爲香港須爲同住令訂立更詳細的定義。我們在《諮詢文件》中指出，本地現有的關於照顧與管束的命令中的用語等同承擔對兒童的日常照顧和責任。我們認爲 *"照顧"* 一詞是有一些保留價值，但帶有負面意義的 *"管束"* 一詞則應予捨棄。澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 64B(6)條在指定事項令的定義中使用 *"日常照顧、福利和成長"* 的寫法也吸引了我們，但我們最終認爲 *"成長"* 一詞的意義較爲深遠，不適宜包括在同住令的定義中。

10.15　我們在《諮詢文件》[9] 中建議應在同住令的定義中加入一項提述，列明獲發同住令的父親或母親須對 *"兒童的日常起居生活和最佳利益"* 承擔責任。據此，我們建議該項定義應如以下所述：

> "同住令是解決有關誰與兒童同住和誰負責照顧該兒童日常生活和最佳利益的安排的命令。"

10.16　諮詢結果顯示，雖然有些回應者不支持新的同住令，但是有對同住令的建議定義提出意見的回應者當中，只有一名不支持該項建議的定義。該回應者認爲在同住令的定義中加入 *"兒童的最佳利益"* 一詞是多餘的，因此應將之刪去。我們斟酌過這項意見，但結論是爲求穩妥，我們寧可在有關條文中保留 *"最佳利益"* 的提述。

建議 21

我們建議應該就 *"同住令"* 訂立法定條文。

我們建議應在同住令的定義中加入一項提述，列明獲發同住令的父親或母親須對 *"有關兒童的日常照顧和最佳利益"* 承擔責任。我們建議該項定義應該是這樣的：*"同住令是訂明兒童須與何人同住及何人須對兒童的日常照顧和最佳利益承擔責任的安排的命令。"*

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)條將同住令界定爲關乎 *"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　在英格蘭，《1989 年兒童法令》第 13(1)(a)條規定，同住令附帶一項必然的條件，就是未得每一名負有父母責任的人的書面同意或未得法院許可，不得更改兒童的姓氏。香港的法例沒有類似的規定。

10.18　我們在《諮詢文件》[10] 中建議依循《1989 年兒童法令》第 13(1)(a)條的規定，就更改兒童姓氏一事制定條文。有就這項建議發表評論的回應者中，只有兩名反對此建議，其餘的均表示贊成。這兩名回應者的其中一名覺得這項改革是不必要的；另一名則關注到這項改革會導致有需要對關於出生登記程序的法例作出相應修訂，而這可能會影響到香港身分證的發出。我們考慮了這些論點，但是總結認爲我們原本的建議應維持不變，因爲該條文的訂立只是爲了確保有關兒童的姓氏和身分得以保留。

建議 22

我們建議制定一項類似英格蘭的《1989 年兒童法令》第 13(1)(a)條的條文，規管更改兒童姓氏一事。

父母以外人士

10.19　《1989 年兒童法令》第 12(2)條規定，如果獲發同住令的人並非有關兒童的父母，則該人在同住令仍然有效的期間內具有父母責任（及該項責任所隱含的一切權責）。我們在《諮詢文件》[11] 中表示我們認爲《1989 年兒童法令》第 12(2)條是有用的，遂建議香港制定一項類似的條文。在諮詢期間有就這項建議發表意見的回應者一致支持這樣做。

建議 23

我們建議依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 12(2)條制定一項條文，這項建議條文是關乎向獲發同住令的父母以外人士授予父母責任。

---

[10] 出處同上，第 6.103 及 15.47 段。
[11] 出處同上，第 6.84 及 15.38 段。

聯繫令

10.20　英格蘭的《1989年兒童法令》第8(1)條就聯繫令訂明：

> "'聯繫令'是一項規定現正或將會與兒童同住的人須容許兒童探望命令所指名的人或與該人暫住或以其他方式互相保持聯繫的命令……。"[12]

10.21　相對的蘇格蘭法律條文則訂明聯繫令是：

> "對未滿該年齡的兒童與現時並非或將來不會與之同住的人維持個人關係和直接聯繫的安排作出規管的命令……。"[13]

10.22　我們考慮過英格蘭及蘇格蘭就聯繫令所下的定義作爲香港可能採用的模式，但對英格蘭的條文中使用*"容許"*一詞不大放心，因爲父母有可能把這個詞語理解爲與子女同住的父親或母親可在某程度上管束非同住父母探視子女的行動。相比之下，蘇格蘭的條文沒有使用這類詞語。[14]

10.23　我們在《諮詢文件》[15]中建議依循蘇格蘭的定義而訂立一條界定聯繫令的條文。我們也建議該條文應規定，享有聯繫權的父親或母親行使與兒童聯繫的權利的時候，有權在關乎該兒童的日常照顧的事宜上獨立行事。

10.24　諮詢結果顯示，幾乎全部有評論這項建議的回應者都支持該建議。不過，與關於同住令的情況一樣，一名回應者基於難以掌握聯繫令的新用語和舊用語的差別而反對該項建議。正如我們在本報告書的其他部分也曾承認，爲了令公眾全面認識新的概念，必須就這些新命令和整體的改革進行廣泛的公眾教育。

10.25　另有一名回應者雖然支持這項建議，但提出應在建議的仿蘇格蘭條文中刪去*"或將來不會"*這幾個字，以免讓人不當地推論有關法庭程序已達到最終階段。我們研究過這項提議，但不認爲我們現時

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　該條文採用的較爲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。

建議的上述字句會產生該回應者所提出的“已達到最終階段”的印象。

建議 24

我們建議應依循《1995年蘇格蘭兒童法令》第11(2)(d)條的模式就*“聯繫令”*訂立法定條文。

我們亦建議該條文應規定，享有聯繫權的父親或母親在行使與兒童聯繫的權利之時，有權在關乎該兒童的日常照顧的事宜上獨立行事。

指定事項令

10.26 《1989年兒童法令》第8(1)條將指定事項令界定爲一項爲了裁決某個涉及對兒童的父母責任的任何一方面而已經出現或可能出現的指定問題而作出指示的命令。這項英格蘭條文的用語看似賦予法院不受限制的酌情權，爲兒童的福利作出命令。

10.27 蘇格蘭的相應法令第11(2)(e)條將指定事項令界定爲：

> “規管涉及第(1)款(a)至(d)段所述的任何事項而已經出現或可能出現的指定問題的命令，……。”[16]

10.28 與英格蘭和蘇格蘭的上述定義相比，澳大利亞的指定事項令雖然亦涵蓋父母責任的各個方面，但是不包括居住地方、聯繫和贍養等事宜。澳大利亞的這項命令可以：

> “舉例說，授予某人（不論是單獨授予他一人還是同時授予另一人）對兒童的長期照顧、福利和成長的責任，或對兒童的日常照顧、福利和成長的責任。”[17]

10.29 我們在《諮詢文件》[18]中表示寧取英格蘭的定義而非蘇格蘭的定義，因爲我們認爲英格蘭的定義用語較爲簡明扼要，而且給予法院頗大的靈活性。我們據此建議依循英格蘭條文中的指定事項令的

---

[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。

定義而制定條文。在英文名稱方面，我們亦表明“specific issues order”比“specific issue order”可取。

10.30 諮詢結果顯示大部分回應者支持這項建議，只有那些對於新的命令如何有效運作表示廣泛關注的回應者對該建議有保留；他們特別關注到在父母雙方互相敵對的情況下如何執行這些命令。我們的答覆是我們預期這一系列新的命令可以讓法院在遇到緊急個案時較易作出處理，從而可給予處境艱難的人較佳的保障。正如前文所示，我們亦已在本報告書第 11 章提議訂立一些特設的補充條文和指引，以處理涉及家庭暴力的案件。

建議 25

我們建議應爲*“指定事項令”（specific issues order）*訂立法定條文，該條文應類似英格蘭的《1989 年兒童法令》第 8(1)條。

禁止行動令

10.31 英格蘭的《1989 年兒童法令》第 8(1)條就禁止行動令訂明：

> “‘禁止行動令’指一項規定任何人未經法院同意不得採取命令所指明的該類行動的命令，而該類行動是父母任何一方爲履行對子女的父母責任所可採取的。”

10.32 相對的蘇格蘭法律條文則訂明這是一項下述禁令：

> “禁止在履行關乎兒童或管理兒童財產的父母責任時或在行使關乎兒童或管理兒童財產的父母權利時進行屬禁令所指明種類的任何行動的禁令。”[19]

10.33 我們認爲最適合香港的“禁止行動令”定義是英格蘭所採用的定義，因爲蘇格蘭的版本所指的是一種我們的法律沒有的命令，[20]而澳大利亞的《1975 年家事法法令》則沒有類似設立“禁止行動令”的條文。

---

[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。

10.34　我們在《諮詢文件》[21] 中建議依循《1989 年兒童法令》第 8(1)條中禁止行動令的定義而制定條文。除了一名回應者反對外，其餘各回應者均支持這項建議，而這一名回應者是原則上反對上述一系列新的命令。

建議 26

我們建議應爲 *"禁止行動令"* 訂立法定條文，該條文應類似英格蘭的《1989 年兒童法令》第 8(1)條。

補充規定

10.35　英格蘭的《1989 年兒童法令》第 11(7)條賦權法院在根據第 8 條發出命令時可在命令中載列指示或條件，[22] 其中例子可能包括若有關家庭有暴力或虐待的往蹟，便發出須安排在受監管的情況下與兒童聯繫的指示。這項有用的權力有助法院構定命令的內容，以維護兒童的最佳利益和盡量減少日後發生爭拗的機會。

10.36　我們因此在《諮詢文件》[23] 中建議採納一項類似《1989 年兒童法令》第 11(7)條的條文。這項建議得到有就該建議發表意見的被諮詢者一致支持。

建議 27

我們建議採納一項類似《1989 年兒童法令》第 11(7)條的條文；該條文賦權法院在發出的法院命令中載列一些指示或條件。

第三者提出申請的權利

10.37　第 3 章曾經指出，對於向法院申請管養令或探視令的第三者（例如祖父母或其他照顧有關兒童的人）而言，《未成年人監護條例》（第 13 章）第 10 條給他們帶來難題，但該等命令可能是爲了保障兒童的最佳利益而屬必需，例如單親父母將子女交給祖父母或外祖父母撫

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。
22　見前面第 5 章第 5.78 段。
23　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 6.93 及 15.42 段。

養，但後來要求領回子女。讓兒童與祖父母或外祖父母保持聯繫亦可能切合兒童的最佳利益。這對於特別重視大家庭觀念的香港尤其重要。

10.38　現時第三者要透過父親或母親或社會福利署署長代爲申請該等命令。[24] 另一個做法是由照顧有關兒童的人提起法院監護法律程序，法定代表律師亦可介入。

10.39　相關的蘇格蘭法律條文[25] 規定，任何人均可向法院申請一項關乎兒童的父母權利、父母責任或監護權的命令，但如某人的父母責任或父母權利已被法院免除並移交地區主管當局或已透過領養安排而被免除，則該人無權申請上述命令。

10.40　規定何人無需法院許可便可以申請第 8 條所設的命令及何人在法院批給許可後立即可以申請該等命令的英格蘭《1989 年兒童法令》第 10 條，[26] 看來較爲切合香港的社會實況。然而，該法令第 10 條規定只有 *"與有關兒童同住的時間合計不少於三年"*[27] 的人方享有無需法院許可便可以提出申請的權利。這項限制對香港來說似乎過於嚴苛，因爲大家庭制度在本地扮演着十分重要的角色。

10.41　我們在《諮詢文件》[28] 中表示，設置障礙以阻止有關的第三者申請關乎兒童的命令，是沒有理據支持的。我們因此建議刪除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 10 條就第三者向法庭申請命令的權利所設的限制，並建議依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10 條制定條文取而代之，但要對其中第(5)(b)及(10)款作出修改，訂明如果有關兒童在過去三年曾與申請人同住的時間合共滿一年，申請便無需法院許可亦可以提出。我們提議這一年期間無需是連續的，但申請必須在同住期間終止後三個月內提出。

10.42　諮詢結果顯示，有對上述建議提出意見的回應者當中，只有三名不支持該建議，其餘的均表示支持。這三名回應者的其中兩名認爲我們在建議中列出的先決條件是不必要的，因爲每宗向法院提出的申請會否獲准應取決於申請本身是否有可取之處，而考慮的方向是怎樣做才切合兒童的最佳利益，其中一名回應者援引與某兒童關係密切祖父母或外祖父母作爲例子，不過該兒童不一定已經與他們同住一段法例所要求的期間。該回應者質疑即使上述先決條件未獲符合，會否有任何渠道讓法院考慮其他因素。爲了解答這項質疑，我們指出那些

24　雖然《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 92(1)及(3)條規定，某兒童的監護人或具有管養、管束或監管某兒童的權利的人可申請關乎該兒童的命令。

25　見《1995 年蘇格蘭法令》第 11(1)及(3)條。

26　見前面第 5 章，第 5.90 至 5.98 段。

27　《1989 年法令》第 10(5)(b)及(10)條。

28　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 6.97 及 15.43 段。

不符合*“具有當然權利”*這項準則的人仍可在取得法院許可的情況下就有關兒童申請法院命令。

10.43　另一名回應者評論說，法院有需要在每一宗案件裏小心審視有關申請，以確保申請法院命令的人並非基於個人利益行事。我們同意法院在考慮這些案件時需要時刻保持警覺，以確保有關命令是爲了兒童的最佳利益而發出。

建議 28

我們建議刪除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 10 條就第三者向法院申請關乎兒童的命令的權利所設的限制。

我們建議依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10 條而引入一項條文，並對其中第(5)(b)及(10)款作出修改，以訂明如果有關兒童在過去三年內曾與申請人同住的期間合共滿一年，申請便無需法院許可亦可以提出。

我們又建議上述一年期間不一定要是連續的，但不得在提出申請的三個月或更早之前已告終止。

爲兒童作出的安排

10.44　香港現時處理爲兒童作出的安排的法律條文，載於《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 18 條。[29] 該條指令法庭除非已信納且作出聲明表示它信納爲每一名家庭子女的福利[30] 所作出的安排*“是令人滿意的安排，或是在當時情況下可能作出的最佳安排”*，否則不得將離婚或婚姻無效判令轉爲絕對判令。[31] 第 18(5)條則述明第 18 條適用下列家庭子女：

> “(a)　任何未成年的家庭子女，而該子女在根據第(1)款作出命令當日——

29　該條與英格蘭的《1973 年婚姻訴訟法令》第 41 條類似。

30　該詞被界定爲包括*“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。

(i) 未足 16 歲，或

(ii) 正在教育機構就讀，或正接受某一行業、專業或職業的訓練，並且不論其是否受僱從事有報酬的工作；及

(b) 任何其他家庭子女，而該子女是法庭藉著根據該款作出的命令指示爲本條所適用者。”

10.45 在英格蘭，《1973 年婚姻訴訟法令》[32] 第 41 條規定，在任何處理離婚、婚姻無效或裁判分居的法律程序中，法院都有責任鑒於爲兒童的教養和福利所擬作出的安排而考慮應否行使它在《1989 年兒童法令》下的任何權力。法院在作出上述考慮時，若案中兒童已表達其意願，則法院必須鑒於該兒童的年齡、理解力和表達其意願的情況而考慮該兒童的意願和感受。[33] 依據英格蘭的《1996 年家事法法令》第 11(4)條，在沒有相反證據的情況下，法院必須顧及下列事實：

“最切合兒童的福利的做法是：

(i) 讓他定期與對他負有父母責任的人和他的家庭的其他成員聯繫；及

(ii) 讓他繼續與父母維持在可能範圍內最良好的關係。”[34]

10.46 陳述父母爲子女所提議的安排的文件，通常不會受到法院審查。不過，法院可在某些有充分理由爲兒童的最佳利益着想而發出指令的特殊情況下，指令暫緩執行離婚或婚姻無效或裁判分居的絕對判令。這與《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 12 條的效力相若。

10.47 我們在《諮詢文件》[35] 中指出我們提議保留《婚姻法律程序與財產條例》第 18 條，但建議該條應予修訂，以加入條文表明法院必須顧及有關兒童的意見和考慮讓該兒童與父母雙方保持聯繫是否可取，就如英格蘭的《1996 年家事法法令》第 11(4)條所列出的規定一樣。

---

32 經由《1989 年法令》附表 12 第 31 段及英格蘭的《1996 年家事法法令》（簡稱“《1996 年法令》”）第 11 條修訂。

33 《1996 年法令》第 11(3)條。

34 《1996 年法令》第 11(4)(c)條。

35 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 6.100 及 15.44 段。

10.48　我們也建議[36] 父母應有責任向法官證明爲子女作出的安排是最佳的可行安排，而法官應審查關於子女居住的地點和國家的未來計劃，以及子女打算如何與父母雙方保持聯繫，特別是如果父母其中一方計劃從香港移居外地的話，法官更應這樣做。我們覺得如果英格蘭的法律條文會減少法院所承擔的責任，則從子女的角度來看並非可取之事。我們亦建議爲了與關於婚姻的法例的其他條文內容一致，第18(5)(a)(i)條應予修訂，將其中提述的年齡由 16 歲改爲 18 歲。

10.49　諮詢結果顯示，有就上述幾項建議發表評論的回應者當中，除了一名表示反對外，其餘的均支持該等建議。這一名回應者認爲不應按照上述建議修訂《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 18 條，並明言其憂慮是如果法院 *"必須"* 顧及有關兒童的意見，便可能要向該兒童作出不適當的查問以符合這項規定。這絕非我們的意向。我們因此同意應減弱這項建議所看似帶有的強制性質。

建議 29

我們建議《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 18 條應予修訂，規定法院須顧及兒童的意見和讓兒童與父母雙方保持聯繫是否可取，就如英格蘭的《1996 年家事法法令》第 11(4)條所規定的一樣。

我們也建議父母必須令法院信納爲子女作出的安排是最佳的可行安排。法院應審查關於子女居住的地點和國家的未來計劃以及子女打算如何與父母雙方保持聯繫，特別是如果父母其中一方計劃從香港移居外地的話更應這樣做。

我們亦建議爲了與婚姻法例中的其他條文內容一致，第 18(5)(a)(i)條應予修訂，將所提述的年齡定爲 18 歲。

不發出命令的原則

10.50　*"不發出命令"* 的原則載於《1989 年兒童法令》第 1(5)條。該條指明法院除非 *"認爲爲兒童發出命令會比完全不發出命令爲*

[36] 出處同上，第 6.101 及 15.45 段。

佳，”否則不得發出命令。這項原則的理據是除非與案各方不能爲兒童的未來安排達成協議，否則法院不應介入。[37] 這與蘇格蘭的法令第11(7)(a)條的規定類似。

10.51 然而，澳大利亞沒有採取相同的做法。我們在前面第 7 章得見，澳大利亞的法院在決定怎樣做才切合兒童的最佳利益時所考慮的法定清單中的各項因素，是載於《1975 年家事法法令》第 68F(2)條。其中一項法院須要考慮的因素是 *“應否作出一項最小機會導致就兒童提起進一步法律程序的命令。”*[38] 澳大利亞的家事法委員會不建議採納英格蘭的有關條文，理由是該委員會意會到如果父母分別向地方當局申請各自的居住單位，*“不發出命令”*這種做法便*實際上*難以落實，因爲法院或須爲有關兒童與誰同住發出命令。[39]

10.52 我們注意到香港的政府部門及有關機構（例如房屋署及房屋協會）可以訂立類似的規定。我們也承認香港的離婚父母通常希望透過規管子女的生活安排的法院命令而令有關安排獲得某種形式的認同，不論該等安排是由父母雙方協定的還是由法院作出的。鑒於香港人口的流動性高，爲了令父親或母親放心子女不會被對方非法遷離，規管子女與誰同住及與父親或母親的聯繫方式的法院命令也許是特別重要的。

10.53 我們在《諮詢文件》[40] 中表示，我們注意到“不發出命令”原則的道理，但認爲這項原則不適用於本港的情況，故此建議不予採納。

10.54 有在諮詢期間就這項建議發表意見的回應者當中，大部分都支持我們的取向。不過有幾名回應者指出，就家事法律程序而言，政府部門通常須要先有法院的命令才會採取行動，尤其以關於房屋編配的事務爲然。

10.55 然而，也有一些回應者支持引入“不發出命令”原則，或認爲至少應向因其情況特殊而寧可採取這種做法的各方當事人提供不發出法院命令的選擇。他們的論據是在離婚夫婦願意互相合作以確保

---

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。

38 見《1975 年澳大利亞法令》第 68F(2)(k)條。

39 這是以英格蘭律師會的意見爲依據。見前面第 7 章第 7.32 至 7.33 段關於家事法委員會的報告書（*The Operation of the (UK) Children Act 1989*）第 48 段的論述。

40 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 6.16 及 15.7 段。

爲子女作出適合的持續安排的案件裏，[41] *不*發出命令會切合有關子女的最佳利益，因爲這會促進和支持父母將來的關係。

10.56　考慮過所有回應者的意見後，我們現時原則上同意部分回應者的以下看法：在父母雙方均同意法院不發出命令而且這樣做是切合子女的最佳利益的案件裏，香港應有“不發出命令”的做法可供選擇。我們預計在個別案件中不發出命令的建議不會由法官自行提出，而是父母雙方本身都會有份作出這樣的決定。假若其後證實雙方需要法院發出命令（例如後來爲了確保獲編配公共房屋），他們可以回到法院請求發出有關命令。

10.57　我們明白到把“不發出命令”這個概念引入香港（即使只是爲了我們在上文描述的特殊情況才引入）是一項頗爲意義重大的創舉，而爲了促使這項概念發揮它可能帶來的益處，有效的公眾教育同樣是必須的。

10.58　在公共房屋的編配問題上，我們在上文評論說，政府部門目前看來要在法院命令已經發出的情況下才會爲正在辦理離婚手續的夫婦的公共房屋編配作出安排。雖然我們接納這也許是目前的既定做法，但仍促請政府研究這個問題，看看有沒有其他較爲不拘形式的文件處理程序可以滿足有關政府部門的要求。我們認爲這個範疇的法律改革若因爲基本上屬於行政方面的考慮而受到掣肘的話，是十分不值的。

建議 30

我們建議在父母雙方同意法院不發出命令而且不發出命令是切合子女的最佳利益的案件裏，應有*“不發出命令”*的做法可供選擇。

家事法律程序

10.59　英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10(1)條賦予法院特定權力在任何家事法律程序中發出第 8 條所設的命令。[42] 該條訂明：

41　舉例說，傾向根據現行法律選擇共同管養子女及共同照顧和管束子女的夫婦。

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。

"(1) 當家事法律程序中出現關乎任何兒童的福利問題時，如有下列情況，法院可就該兒童發出第 8 條所設的命令—

(a) 有符合下列條件的人向法院申請發出該命令：

(i) 他有權就該兒童申請第 8 條所設的命令；或

(ii) 他已向法院取得提出上述申請的許可；或

(b) 雖然沒有人提出上述申請，但法院仍認爲應該發出該命令。"

10.60 我們注意到上述申請包括關於由法院監護兒童的事宜。我們認爲當根據第 8 條發出的命令可以取代由法院監護有關兒童的做法時，便可以減少由法院作出監護的需要。

10.61 我們在《諮詢文件》[43] 中建議香港的法例應採納一項類似《1989 年兒童法令》第 10(1)條的條文。我們在該文件中提出訂立家事法律程序的定義亦會有用。諮詢結果顯示，上述建議獲得有對此作出評論的回應者一致支持。

建議 31

我們建議制定一項類似英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10(1)條的條文，以賦予法院特定權力在任何家事法律程序中發出第 8 條所設的命令。

我們亦建議引入"家事法律程序"的定義。

就法院命令而言父母責任終止的年齡[44]

10.62 正如我們在第 9 章所見，"兒童"一詞在英格蘭被界定爲未滿 18 歲的人。[45] 然而，《1989 年兒童法令》規定第 8 條所設的命令

---

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。

（指同住令、聯繫令、指定事項令及禁止行動令）的效力並不延伸至兒童年滿 16 歲之後，除非有關命令明文規定在兒童年滿 16 歲後繼續有效。[46] 相比之下，蘇格蘭的有關條文訂明大部分父母責任與權利的有效期都以兒童年滿 16 歲爲限。[47]

10.63　我們在《諮詢文件》[48] 中建議，爲使條文內容一致起見，對兒童負有的父母責任和依循第 8 條所設命令而作出的規定，都應在兒童年滿 18 歲時停止生效。所有在諮詢期內就這項建議發表了意見的回應者均大致上支持該建議，不過亦有人表示對此有一些保留。

10.64　一名回應者質疑該項建議會否影響到法院的一項現有權利，即法院有權就 18 歲以上但仍全時間在學或因精神或身體上有殘障而需長期照顧的子女發出經濟給養的命令。[49] 這名回應者覺得這些建議與關於子女的經濟給養及贍養的現行法例應該一致，並認爲《諮詢文件》中建議的 *“兒童”* 一詞定義應有較大的包容度，並應涵蓋所有受供養子女而不論其年齡大小。法院亦會因而有酌情權在該等案件中決定有關命令應適用多久。

10.65　我們對上述意見的回覆如下：我們肯定沒有意圖廢止法院在《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 10 條所設的情況下就 18 歲以上的子女批給經濟給養命令的現有權利，但是我們認爲就父母責任、兒童福利和我們建議的新種類的命令——即本報告書的主題事項——這幾項較廣泛的議題而言，給 *“兒童”* 一詞訂立一個沒有限度的定義是不適當的。假如我們這樣做的話，即表示例如同住令的申請可以就一名年齡即使已超過 18 歲但仍然全時間在學的人而提出。我們認爲對於 18 歲以上的子女而言，只有在關乎精神上無行爲能力的子女的案件中才須要某種形式的管養令／同住令，而該等命令應該透過《精神健康條例》（第 136 章）中關於成年人的監護條文取得，[50] 而不是透過婚姻法例中的條文取得。

10.66　然而，我們在考慮這個議題時注意到關於 18 歲以上子女的有關法律可能存在灰色地帶，因爲他們當中有些人在精神上無行爲能力的程度可能未嚴重至足以歸入關於精神健康的法例可提供保障的管轄範圍之內，可是他們仍然不能夠全面照顧自己。在這類案件中，

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。

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爲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爲能力的成年人而具有的權力和責任。

父母雖然可能會被法院命令向該等子女提供經濟給養，但是他們不再對該等子女負有上文所指的正式父母責任。

10.67　雖然我們無意擴大我們所建議的*"兒童"*一詞的定義，亦無意爲《1989 年兒童法令》第 8 條所設的命令延伸我們所建議的年齡上限，使上述類別的兒童得以明確地歸入我們的建議所涵蓋的範疇內，但是我們希望指出我們對於這方面的法律可能存在脫漏一事表示關注。

建議 32

爲使條文內容一致起見，我們建議對兒童負有的父母責任以及依循《1989 年兒童法令》第 8 條所設的命令（如同住令、聯繫令或指定事項令等）而訂立的條文，應在兒童年滿 18 歲時停止生效。

我們亦認爲：

(a) **《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 10 條應繼續適用於爲 18 歲及以上且屬於該條文所指範疇內的子女而發出的經濟給養令和贍養令；及**

(b) **法律可能在下述方面存在脫漏：有些 18 歲以上的子女在精神上的病況或其無行爲能力的程度雖然未嚴重至足以歸入現行關於精神健康的法律條文所涵蓋的範疇內，但仍需要某種超乎《婚姻法律程序與財產條例》所提供的經濟給養以外的形式的法定保障。**

第 11 章 改革建議——特別爲涉及家庭暴力的案件而設的考慮因素

引言

11.1 正如我們在上幾章所見，我們在本報告書[1] 所建議的改革的基本樣式，是在香港的家事法律程序中引入共同父母責任這種責任模式。在這種新模式下，即使正在辦理離婚手續的父母，仍然會在可能範圍內繼續分擔父母的責任和分享作出決定的權力，以促進子女的最佳利益。[2] 這種模式的一項主要特徵是子女將會被視爲有權與父母雙方維持定期聯繫，只要該等聯繫切合子女的最佳利益便成。

11.2 我們承認，當法院應用新的共同父母責任模式時，需要特別小心處理的一種情況是案件被指涉及家庭暴力。[3] 我們在《諮詢文件》中評論說，雖然讓子女與父母雙方維持定期聯繫一般而言是切合子女的最佳利益，但是在少數案件中，保護子女以及配偶其中一方免受暴力威嚇是更重要的考慮因素。[4] 我們的意見是：

> "如果配偶之間的怨對仍然極深，則與兒童保持聯繫一事便會淪爲父母雙方互相攻擊的武器，而這不可能切合兒童的最佳利益。"[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爲不同。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　幾項近期的海外研究的結果[6]以及多名這方面的評論者所發表的意見[7]，均證明上述關注是有道理的。特別是那些設立了以英格蘭的年兒童法令爲本的制度好幾年的外地司法管轄區的法院，在應用該法令時看來偶爾會有過分着重兒童與父親或母親保持聯繫之事，即使家庭暴力的指控已獲得證實以及該等暴力對有關兒童的安全和福祉構成威脅亦然。

11.4　爲了避免香港在引進共同父母責任的模式後會衍生類似問題，我們細心考慮了可能需要納入新的制度內的防止家庭暴力措施，以在已交由法院審理而牽涉家庭暴力問題的小量案件中提供保護。這些保護措施是本章的主題。

海外關於聯繫和家庭暴力的研究結果

英格蘭

關於《1989 年兒童法令》的問題

11.5　英格蘭的《1989 年兒童法令》及其相應的澳大利亞法例——即本報告書中大部分建議所依據的法例——近年來成爲多項檢討研究的主題，以找出需要對現行的運作模式作出進一步改善的地方。正如上文指出，研究者的其一個評論範圍是當法院考慮發出關乎兒童的命令（尤其是聯繫令）時，如何處理所牽涉的家庭暴力這個特殊問題。

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　在英格蘭，由大法官轄下家事法諮詢委員會（Lord Chancellor's Advisory Board on Family Law）內的《兒童法令》小組委員會進行的一次檢討[8] 顯示，社會大眾強烈感到法院在引用《1989 年兒童法令》時過分着重子女與父母的聯繫，以致當聯繫令的申請有提及家庭暴力的問題時，這個問題沒有得到適當的處理。[9]

《兒童法令》小組委員會的報告書

11.7　《兒童法令》小組委員會在 2000 年 4 月發表的《就有家庭暴力出現的案件中子女與父母的聯繫問題向大法官提交的報告書》（*Report to the Lord Chancellor on the question of parental contact in cases where there is domestic violence*）中指出[10]，爲數不少的回應（尤其是來自兒童慈善團體及婦女組織的回應）都強調，對於那些可能曾被虐待或曾遇上家庭暴力的兒童而言，有需要確保他們與父母的聯繫是安全和值得的。亦有不少回應者關注以下情況：需要確保沒有暴虐行爲的父親或母親的人身安全，但兒童有權與父母雙方聯繫這項原則未能充分照顧到這項需要。該等回應者強調，引用兒童有權與父母雙方聯繫這項原則時要有充分的靈活性，以配合有關兒童的特定需要。

11.8　這些回應者所傳達的壓倒性訊息，是在涉及家庭暴力的案件裏，法院只有在信納兒童及其同住父親或母親於兒童與父母的另一方進行聯繫之前、期間和之後都是安全的情況下，方可發出聯繫令。[11] 這些回應者認爲法院應首先考慮兒童及其同住父親或母親所面對的任何風險的性質和程度；而且即使與父親或母親聯繫是符合兒童的利益，法院也應在能夠作出妥善安排以保護兒童及同住父親或母親不會再受到身體或感情上的傷害的情況下，才發出聯繫令。[12]

11.9　回應英格蘭的上述研究的人亦關注到要提出確鑿證據證明有家庭暴力行爲以顯示某次聯繫會給有關兒童帶來較大的風險，並非易事。[13]

11.10　對於上文所指明的問題，《兒童法令》小組委員會表示：

8　《兒童法令》小組委員會的上述諮詢文件（1999 年）、《兒童法令》小組委員會的上述報告書（2000 年）、《兒童法令》小組委員會的上述諮詢文件（2001 年），及《兒童法令》小組委員會的上述報告書（2002 年）。亦見大法官辦公廳的上述報告書（2002 年 8 月）。

9　《兒童法令》小組委員會的上述報告書（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。

> “這次諮詢的結果充分顯示家庭暴力的問題對父母與子女保持聯繫而言的重要性。諮詢結果亦確立了《諮詢文件》[14] 中指明的觀感，就是法院目前沒有全面或適當地處理這個問題。”[15]

11.11 至於是否需要有所行動，《兒童法令》小組委員會表示：

> “一直有一派想法認爲毋須作出改變；又認爲我們對家庭暴力的觀感正在演變和發展中，而且這個過程正在家事司法制度內受到重視，並會繼續受到重視，因此無需訂立進一步的法例或實務指引，亦無需不停進行培訓。……在我們所接獲的回應之中，上述觀點只屬極爲少數的看法。絕大多數的看法是在子女與有暴力行爲的父母的聯繫這個範疇內，家庭暴力問題須要由所有在家事司法制度內工作的專業人士採取更爲明達和積極的方式處理。”[16]

對可能透過立法作出的改革的看法

11.12 就建議的解決方法而言，《兒童法令》小組委員會指出，諮詢結果顯示透過立法作出改革的呼籲獲得廣泛支持，[17] 但對於引入“若證實有家庭暴力則不宜聯繫”的推定（正如已在新西蘭引用的推定[18]）這項改革卻未有定論。至於是否更改法定考慮因素清單（即福利清單）以明示包括家庭暴力這項因素（正如已在澳大利亞引用的清單[19]），同樣未有定論。

11.13 不過，《兒童法令》小組委員會本身雖然同意有需要採取步驟以確保在聯繫令的申請中發現有家庭暴力的問題時，該問題不僅會獲得妥善處理，還要讓人看見已獲得妥善處理，但該委員會卻不認爲有需要推動以立法方式修改《1989 年兒童法令》。[20] 《兒童法令》小組委員會表示：

---

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。

> "我們依然認爲若能妥善落實《1989 年兒童法令》，該法令無需任何修訂已內藏處理上述問題的方法。"[21]

建議的良好處事常規司法指引

11.14 《兒童法令》小組委員會的主要建議是應該爲各級司法機關訂定指引，列明當有人以家庭暴力爲由要求禁止或限制父母與子女聯繫時法院應採取的處理方式。[22]

11.15 這些指引強調子女的福利最爲重要這項原則，並特別指出家庭暴力事實上不單只是父母之間的問題，亦常令子女受到衝擊。[23] 該等指引也強調子女的同住父親或母親在聯繫之前、期間和之後的人身安全的重要性，因爲這一點會影響到子女的福祉：[24]

> "該等指引列出一套詳細而有系統的策略，以供法院在它認爲家庭暴力的指控若經證實便會影響聯繫令的作出的案件中採用。"[25]

11.16 該等指引所列出的策略[26] 訂明當出現家庭暴力的指控時：

- 應作出對事實的裁斷，以確定暴力的性質和程度以及對子女及同住父親或母親的影響；
- 應有贊成索取福利報告的假設；
- 法院發出任何聯繫令之前應引用'福利清單'，並應信納在聯繫進行之前、期間及之後均能夠確保子女及同住父親或母親的安全；
- 法院應考慮需否監管聯繫過程和如何安排作出監管；
- 法院應考慮是否發出不准騷擾令；
- 法院應考慮是否規定並非與子女同住的父親或母親須接受治療，作爲與子女聯繫的先決條件。

---

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 《兒童法令》小組委員會建議，有關指引應採用由家事法院發出的實務指示的形式。[27] 該委員會亦建議應設置妥善的機制，監察該等指引實施一段指定期間後的成效。[28]

11.18 此外，該委員會亦倡議採取某些其他補救措施。[29]

持續的培訓

11.19 該委員會表示，有需要就家庭暴力對子女及同住父母的影響而*"爲所有在家事司法制度內工作的界別（包括法律界及司法機關）"*提供持續的培訓，並提高該等界別在這方面的認知程度。[30]

聯繫中心

11.20 《兒童法令》小組委員會承認從法院所發出的聯繫令的角度來看，聯繫中心發揮了重大的作用。[31] 該委員會指出，聯繫中心的主要職能是在子女的父母未能找到適合的聯繫場地之時，提供一個暫時性的選擇。[32]

11.21 《兒童法令》小組委員會雖然認同聯繫中心的設立，並強調這些中心的有用之處，但也關注到聯繫中心在運作上的現有限制：它們一般只利便*"獲支持"*的聯繫，即父母雙方均同意並已準備互相合作的聯繫；它們一般都沒有設施處理聯繫過程須受到監管的個案（例如曾出現家庭暴力或子女在聯繫期間可能會遭受暴力對待或其他形式的虐待的個案），而它們的職員也沒有受過處理這些個案的訓練。[33]

向法院提供多一些資料

11.22 《兒童法令》小組委員會察覺到他們的諮詢對象的一個主要關注點，是在涉及家庭暴力的案件中民事法和刑事法欠缺相互協調的作用。提出這項關注的回應者極力主張，審理聯繫令申請的法院應該可以取覽父母的刑事紀錄，並應不時獲全面告知在同一時期內針對施行家庭暴力者的其他法律程序的進展。[34]

---

27 《兒童法令》小組委員會的上述報告書（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 《兒童法令》小組委員會的上述報告書（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 《兒童法令》小組委員會的上述報告書（2002 年），第 8.6 段。

33 《兒童法令》小組委員會的上述報告書（2000 年），第 3.14.3 段。

34 出處同上，第 1.23 及 3.17.2 段。

關於私隱的問題

11.23 《兒童法令》小組委員會亦有論及另一個重要議題。它指出有婦女組織非常關注*"家事司法制度經常被施行虐待者不正當地用來找出受害人和兒童的下落，而且該制度容許本身被如此濫用。"*[35] 這些團體特別提到佐珍娜・麥卡錫（Georgina McCarthy）的死亡事件。她被丈夫找到她在彭辛斯（Penzance）的住址，並被他在子女面前殺死。《兒童法令》小組委員會評論說：

> "這些議題將會列入《兒童法令》小組委員會的待議事項中。小組現正與內政部進行討論，以界定雙方共同關注的事宜和如何處理該等事宜。"[36]

對家庭暴力的影響進行長期研究

11.24 《兒童法令》小組委員會評論說，有需要更深入理解目擊家庭暴力及／或成爲家庭暴力受害人對兒童的長遠影響。[37] 該委員會指出，它在其諮詢文件[38] 中建議大法官辦公廳應對源自有關法庭程序的資料進行長期的研究及仔細的搜集與分析。這項建議受到廣泛歡迎。[39]

較近期的發展

11.25 《兒童法令》小組委員會的報告書發表後，爲了要求法官在涉及家庭暴力的案件中發出聯繫令之前更加謹慎行事而建議訂定的《良好處事常規指引》便在 2001 年 4 月和 5 月頒布。[40] 該指引現已

---

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 月成爲案例。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)（亦可引稱爲 *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爲大有關係的考慮因素。

納入由司法研究委員會（Judicial Studies Board）所舉辦的司法培訓課程中。[41] 大法官辦公廳（即現今的憲制事務部）亦已委託機構進行研究，以監察社會對這些指引的認知情況。[42]

11.26　憲制事務部也委託機構進行了對子女聯繫中心的研究。這項研究是探討當家庭暴力是一個要面對的問題時，該部門所推行的"對兒童安全有益而又可切合婦女（及某些男士）的安全和福祉的聯繫"成效有多大。[43]

11.27　在這方面的另一項轉變是在《1989 年兒童法令》中對兒童的*"傷害"（harm）*一詞的定義所作出的修訂，以致*"傷害"*現時包括*"因看見或聽見另一人受惡待而造成的損害。"*[44] 在法院會引用《1989 年兒童法令》第 1(3)條的福利清單的所有法律程序（包括就聯繫令及同住令而進行的法律程序）中，這項修訂都會適用。[45]

澳大利亞

關於《1995 年家事法法令》的問題

11.28　英格蘭在聯繫和家庭暴力方面所經歷的問題，看來在澳大利亞亦有出現。悉尼大學及澳大利亞家事法院針對澳大利亞的《1995 年家事法改革法令》（大致上依據英格蘭的《1989 年兒童法令》而訂立的法例）的實施情況而合著的報告書[46]，對於引用共同父母責任模式所帶來的某些後果表示關注。該報告書特別指出，自從澳大利亞的上述法令生效後，司法界的取向已出現變化，以致法院作出臨時決定時的取態令兒童的福利受到損害。這種情況已出現於發出臨時同住令及聯繫令的個案中，尤其是當個案涉及發生家庭暴力的指控。

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　該地以往所奉行的原則是盡量維持已有的照顧兒童安排，除非有極爲明確和更加要緊的跡象（例如提供照顧的人家中出現暴力威脅）顯示不可以這樣做。根據上述報告書，這項原則已被法院關注父母是否獲得“平等”對待而非讓父母其中一方得以維持現狀的做法取代。[47] 該報告書表示：

> “現今法院作出決定時，所基於的是父母的利益（或更準確而言並非當時承擔照顧子女的主要責任的父親或母親的利益）而不是子女的福利。”[48]

11.30　該報告書評論說，就聯繫一事而言，現時看來有一項容許子女與不同住的父親或母親聯繫的*“推定”*（雖然這不是法律上的推定），[49] 即使法律規定須考慮子女的最佳利益以及情況顯示大部分關於聯繫事宜的案件都涉及家庭暴力或虐待的指控亦然。[50] 該報告書指出，婦女因恐怕安排聯繫會帶來暴力而感到越來越大的壓力。基於上述獲法院採納以容許聯繫的有效推定，該報告書斷言有些不能確保安全的聯繫令看來是經同意而發出的。該報告書亦指出，由指稱聯繫令遭違反的非同住父母提出的“禁止違令”申請大幅增加，但大部分該等申請都被裁斷爲缺乏良好理據。[51]

建議透過立法作出的變更

11.31　就解決上述問題的辦法而言，該報告書的看法在某些方面與英格蘭的研究所得結論不同。澳大利亞的研究總結認爲，適當的途徑是修改法例來突顯家庭暴力這項必須給予適當考慮的因素的重要性，加上應讓法院在每一宗案件裏均可獲提供更多資料：[52]

> “確保兒童安全的需要應列爲……該法令的宗旨所基於的一項原則。理解家庭暴力對兒童的惡劣影響，是決策者在決定關乎兒童的‘最佳利益’的問題時必須顧及的背景資料的主要部分。這應包括將有關警告……（即法院不得發出讓兒童面對遭受家庭暴力的風險大至不能接受的命令）移往該法令中一處較顯眼的地方，具體而言是移往[描述宗旨的條文中]。”[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。

向法院提供多一些資料

11.32　該份澳大利亞報告書指出，法院基於兒童的最佳利益作出決定時，最重要的是應該能夠就兒童所面對的風險作出適當的評估。[54] 這包括法院能夠在進行臨時聆訊時調查關於家庭暴力的指控。該報告書因此指出[55]，法院需獲提供足夠資料來作出這類評估。

11.33　該報告書總結認爲，最理想的情況是法院在每一宗涉及兒童福利問題的案件裏均可獲提供兒童的家庭（福利）報告，但承認這做法對法院的資源運用顯然會有很大影響。

較近期的發展

11.34　最近，澳大利亞家事法院推出《家庭暴力處理策略》[56]，以確立一套顧及法院運作的所有方面而制訂的全面策略來處理家庭暴力問題。該法院的意願是這套策略將會獲得各方一致引用，其內容亦將會清楚地傳達給各方。[57]

11.35　這套策略涵蓋該法院的工作的五個主要範疇，包括資訊與溝通、安全、培訓、解決爭議及作出決定。[58]

11.36　該法院表示，這套新的《家庭暴力處理策略》*"表現了法院爲了處理涉及暴力的事宜和保護當事人及其子女以至有關職員免受傷害而作出的重大努力。"*[59]

我們的改革建議

引言

11.37　正如我們在前文的討論所述，海外的研究突顯了制訂特定的條文和程序以配合共同父母責任模式的重要性，令家事法院得以恰當地處理牽涉家庭暴力的離婚案件。這類案件相對而言比較罕有，但情節亦較爲嚴重。

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　爲了配合把共同父母責任模式引入香港的家事法律中的做法，我們已小心考慮過一些或需納入新制度中的預防家庭暴力措施。下文將會列出我們在這方面的建議。

11.39　雖然這些建議大部分關乎一些旨在增補本地的家事訴訟法例的條文和程序，但是我們亦有從較廣泛的層面考慮過香港處理家庭暴力的法律中一些也許需要改革的地方。

由政府檢討香港處理家庭暴力的一般法律

《家庭暴力條例》（第 189 章）縱覽

11.40　香港針對家庭暴力的一般法律載於《家庭暴力條例》（第 189 章）。這條以英格蘭的《1976 年家庭暴力法令》[60] 爲依據的條例，宗旨是讓在家庭處境中受到虐待的人有權透過向區域法院提出簡單的申請快捷地取得針對施虐者的強制令。[61]

11.41　該條例第 3(1)條訂明：

> "(1)　區域法院如應婚姻其中一方提出的申請，而信納婚姻的另一方曾經騷擾申請人或與申請人同住的兒童，則不論在有關法律程序中是否有人正尋求其他濟助，法院亦可…… 發出強制令，強制令可包括以下全部或其中任何條文——
>
> (a)　禁制該另一方騷擾申請人的條文；
>
> (b)　禁制該另一方騷擾與申請人同住的兒童的條文；
>
> (c)　禁止該另一方進入其婚姻居所，或婚姻居所的指明部分，或一處指明的地方（不論婚姻居所是否位於該地方內）的條文；
>
> (d)　規定該另一方必須准許申請人進入及留在其婚姻居所或婚姻居所的指明部分內的條文。"

11.42　爲施行該條例，強制令的申請人必須是 *"婚姻的其中一方"*，儘管 *"婚姻"* 一詞是視作包括一男一女的同居關係。[62] 申請強

60　該法令已被英格蘭的《1996 年家事法法令》第 IV 部廢除及取代。

61　廖雅慈，*Family Law for Hong Kong SAR*（香港大學出版社，1999 年），第 460 頁。

62　《家庭暴力條例》（第 189 章）第 2(2)條。

制令的人在所憑藉的事件發生之時必須正在與施行暴力的一方同居，但在申請提出之時雙方無需仍然是住在一起的。[63]

11.43　法院授予該項強制令及附帶的任何拘捕權力時，可訂明其有效期爲*“一段法院認爲有需要但不超逾 3 個月的期間。”*在該期間結束之前，法院可將強制令或拘捕權的效力延長最多 3 個月。[64]

11.44　授予強制令的先決條件是申請人或其子女曾被另一方*“騷擾”*，但是該條例沒有界定甚麼是*“騷擾”*。法院對這個詞語有以下解釋：

> “曾有案例指第 3(1)條中‘騷擾’二字不一定含有使用暴力或威脅會使用暴力的意思。它適用於所有可以妥被認爲嚴重至有需要法院介入的騷擾行爲。法院明白到沒有使用暴力或沒有威脅會使用暴力的騷擾也可以是嚴重和有損精神與身體健康的行爲。”[65]

11.45　不准騷擾令只可以基於有關騷擾帶有造傷害或困擾的意圖而發出。[66] 法律改革委員會曾評論說，*“要是對方作出騷擾是出於愛意或因爲精神問題而根本不能有任何意圖，上述規定會有礙當事人申請禁制令”*。[67]

11.46　至於法院禁止另一方進入婚姻居所的權力或規定該另一方准許申請人佔用婚姻居所的權力方面，該條例第 3(2)條訂明法院須考慮*“雙方對另一方的行爲或其他行爲、雙方的各自需要及經濟能力、與申請人同住的子女的需要以及該個案的所有情況。”*雖然這些考慮因素全都是有關的，但每一項因素所獲給予的比重則看來視乎有關案件的個別情況。[68]

11.47　應注意的是福利原則或最佳利益原則因此不適用於根據該條例提起的強制令法律程序，[69] 這是因爲*“與申請人同住的子女的需要”*這項因素在該條例下不被視爲首要考慮事項，而只被視爲是法院

63　廖雅慈的上述著作第 461 頁。然而廖雅慈指出，*“雙方關係終止的時間與申請人所指控的事件相隔愈久，申請人便愈難根據《家庭暴力條例》取得補救。”*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《纏擾行爲行研究報告書》（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。

在決定是否發出禁止對方進入婚姻居所的命令時其中一項須予考慮的因素。[70]

《家庭暴力條例》（第 189 章）的不足之處

11.48　該條例雖然是在涉及家庭暴力的案件中迅速提供濟助的途徑，但它被公認爲有不少顯著的不足之處，[71] 其中包括：

- 只有已婚人士和同居男女才可以根據該條例申請強制令以獲得濟助。因此，夫婦一旦離婚或分居，或同居男女已結束關係，便不能獲得這方面的補救。[72]

- 被騷擾的兒童無權根據該條例申請有關命令。因此，如果該兒童的父親或母親不願意起訴對方的話，該兒童便得不到該條例的保護。另外，該條例亦規定有關兒童必須是與申請人同住的，並非與父母同住的兒童遂不能受惠於該條例。[73]

- 騷擾行爲可以在有其他家屬關係的人之間出現。*"例如：家庭的年長成員有可能遭與他同住的其他家庭成員虐待；父母也可能遭行爲暴戾的子女虐待；而一名男同性戀者或女同性戀者的伴侶也可能變得不理性或患上強迫性精神病。因此，關於婚姻關係或同居關係的規定剝奪了有其他親屬關係的人根據《家庭暴力條例》申請禁制令的權利。"*[74]

- 違反根據該條例發出的強制令不屬刑事罪行。法院雖然有權給強制令附加拘捕的權力，但只限於在答辯人曾引致他人受到實際身體傷害的案件中才可以這樣做。法院一般都不大願意援引這項權力。[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爲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。

- 就子女的管養和探視而言，現時沒有法律條文清楚解釋禁止入屋令（禁止配偶其中一方進入婚姻居所的命令）對現行的管養令和探視令有何影響。[76]

對相應的英格蘭法例作出的改革

11.49 我們注意到制定該條例所依據的英格蘭《1976 年家庭暴力法令》，已在英格蘭被《1996 年家事法法令》第 IV 部廢除和取代。《1996 年家事法法令》對原有的法例作出多項改革，下列規定亦是出於該法令所作出的改革：

- 不准騷擾令可根據該法令就 *"有連繫"* 人士或 *"有關"* 兒童而發出；[77]
- 任何人可憑藉下列情況而成爲有連繫人士：[78]
  - 有婚姻關係或曾經有婚姻關係；
  - 同居或曾經同居；
  - 已經訂婚；
  - 有親屬關係；
  - 身爲父母或對兒童負有父母責任；
  - 透過領養而有關連；
  - 正在或曾經在同一住戶中居住（只是以僱員、租客、旅客或寄宿者的身分同住除外）；或
  - 同一項家事法律程序的其中一方。
- 有關兒童包括正在或可合理地預期將會與有關法律程序的任何一方同住的兒童、根據《1989 年兒童法令》或根據關於領養的法例發出的命令所關乎的兒童，以及法院認爲其個人利益與案有關的任何其他兒童。[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。

- 兒童本身有權根據該法令申請入住令或不准騷擾令，然而未滿 16 歲的兒童須獲法院許可才可以提出上述申請。[80]

11.50 我們也注意到，進一步修改上述英格蘭法例的條文已於不久之前制定。[81]《2004 家庭暴力、刑事罪行及受害人法令》訂立多項改革措施，其中包括：

- 違反不准騷擾令的行爲將會成爲刑事罪行；[82]
- 同性伴侶將可以申請該法令下的命令；[83]
- 有連繫人士的清單將會擴充以納入並非同居的伴侶，條件是兩人 *"已經或曾經互相建立親密的個人關係，而這段關係已經或曾經維時一段不短的期間。"*[84]

我們的結論

11.51 我們認爲香港目前關於家庭暴力的法例所提供的保護嚴重不足。我們得指出這些不足之處已在法改會於 2000 年發表的《纏擾行爲研究報告書》中向政府表明。該報告書的首項建議便是 *"行政機關應考慮修訂關於家庭暴力的法律。"*[85] 我們極之認同這個看法，尤其是眼見我們的條例所基於的英格蘭法例已一而再地被修改，而且現時仍在改革之中，更覺得這個看法值得支持。我們因此藉着這個機會表達我們的關注，並再次提出建議呼籲當局改革這方面的法律。

建議 33

我們建議政府應檢討關於家庭暴力的法律，並應引進改革措施改善該等法律的涵蓋範圍和成效。

"家庭暴力"的新定義

11.52 家庭內的暴力行爲可以有多種形式，包括身體虐待、性虐待及／或心理虐待。在某些情況下，這些暴力行爲可能導致受害人受到嚴重傷害甚至死亡。一宗指定案件裏的行爲是否構成可予起訴的家庭

---

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，是一個事實問題，須由法院基於有關法例及呈堂的證據作出裁定。[86]

11.53　正如我們早前指出，現時在家庭暴力案件中授予強制令的先決條件，是申請人或其一名子女曾被另一方*“騷擾”*。[87]《家庭暴力條例》沒有界定*“騷擾”*一詞。依循“政府應檢討本地家庭暴力法例的成效”這項由我們提出的建議，我們認爲應該首先給“家庭暴力”一詞引進一個廣闊和包含一切的定義。新的定義旨在協助法院更明確地識別在某一案件中有沒有出現家庭暴力，並協助法院評估家庭暴力對子女及同住父親或母親的影響。[88]

11.54　正如我們在前文指出，在英格蘭，大法官轄下家事法諮詢委員會內的《兒童法令》小組委員會認爲新西蘭的《1985年家庭暴力法令》第3條是有用和全面的，而且在用詞上沒有性別的區分。該委員會考慮依循該條文爲家庭暴力引入新的定義。[89] 以下所列是該條的文本：

> “3.　‘家庭暴力’的定義——
>
> (1)　在本法令中，就任何人而言，‘家庭暴力’指與該人有家庭關係或曾經與該人有家庭關係的任何其他人向該人施行的暴力。
>
> (2)　在本條中，‘暴力’指——
>
> (a)　身體虐待；
>
> (b)　性虐待；
>
> (c)　心理虐待，包括（但不限於）——
>
> (i)　恐嚇；
>
> (ii)　騷擾；
>
> (iii)　毀壞財物；
>
> (iv)　威脅施行身體虐待、性虐待或心理虐待；
>
> (v)　就兒童而言，屬本條第(3)款所列出的種類的虐待行爲。

86　《兒童法令》小組委員會的上述報告書（2000年），第2.7段。

87　《家庭暴力條例》（第189章）第3條。

88　《兒童法令》小組委員會的上述報告書（2000年），第2.10段。

89　出處同上。第2.8段。至於新西蘭的家庭暴力法律條文在其他方面的細節，請參閱《兒童法令》小組委員會的上述諮詢文件(2000年)附錄4及新西蘭司法部的上述報告書(1999年)。

(3) 在不局限本條第(2)(c)款的情況下，任何人若有以下作爲，即屬心理上虐待兒童：

(a) 導致或容許兒童看見或聽見與該兒童有家庭關係的人遭受身體虐待、性虐待或心理虐待；或

(b) 將兒童置於或容許兒童被置於有確實可能看見或聽見上述虐待發生的境況；

但就本款而言，遭受上述虐待的人本身不被視爲導致或容許兒童看見或聽見所受虐待，或（視情況而定）將兒童置於或容許兒童被置於可能看見或聽見上述虐待的境況。

(4) 在不局限本條第(2)款的情況下——

(a) 單一次作爲可構成該款所指的虐待；

(b) 成爲某種行爲模式一部分的多次作爲可構成該款所指的虐待，即使某些或所有該等作爲單獨來看似乎很輕微或瑣碎亦然。

(5) 不涉及實際施行或威脅施行身體虐待或性虐待的行爲，也可以是本條第(2)(c)款所指的心理虐待。”

建議 34

我們建議依循新西蘭的《1985年家庭暴力法令》第3條給“家庭暴力”引入一個廣闊而且包含一切的定義。

法院根據《家庭暴力條例》（第 189 章）就管養令及探視令而具有的權力

11.55 正如上文所述，我們在《諮詢文件》[90] 中已指出，現時沒有法律條文[91] 述明禁止一名配偶進入其居所的強制令[92] 對現行有效

[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。

的管養令或探視令有何影響。我們因此倡議在涉及管養或探視的問題方面增加法院的權力，讓它可以考慮家庭暴力的情況。我們曾建議賦權法院在根據《家庭暴力條例》（第 189 章）發出強制令時，可同時下令暫停執行先前已發出的探視令或聯繫令，或把已發出的命令改爲受監管的探視令或聯繫令。[93]

11.56　我們也曾建議法院應有權發出相應命令，該等命令在切合兒童的最佳利益的前提下決定兒童的居住地方或關於父母責任的任何其他方面的事宜。[94] 我們又進一步建議應向各方當事人施加責任，規定他們在申請強制令時必須披露法院先前發出的相關命令，以免法院發出的命令與先前所發出的管養令、探視令，同住令或聯繫令有抵觸。[95]

11.57　諮詢結果顯示，所有對上述建議發表了意見的回應者都支持這些建議，不過正如前文曾經指出，部分回應者對於新的共同父母責任模式在涉及家庭暴力的案件中所產生的影響，表示強烈的整體關注。

11.58　我們小心考慮過我們原本建議的用語後，認爲在某方面作出進一步的改善會有幫助。首先，由於根據該條例發出的強制令只會在一段短暫的期間內有效，[96] 所以應該清楚表明所建議的暫停或更改探視令或聯繫令的行動或就兒童的居住地方或其他事宜發出的相應命令，都只屬臨時性質。

11.59　其次，在我們建議法院應獲賦權作出的相應命令的清單內，我們會給法院附加一項作出臨時贍養令的權力。

11.60　最後，下列一點亦應清楚表明：雖然福利原則或最佳利益原則不一定適用於根據《家庭暴力條例》（第 189 章）發出強制令的情況，[97] 但在我們的下述建議所列明的情況下，該等原則應在法院考慮是否發出臨時的探親令、聯繫令、管養令、同住令或其他相應命令時作爲法院的指引。

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。

建議 35

我們建議應賦權法院在根據《家庭暴力條例》(第 189 章)發出強制令時，可同時作出下列臨時措施：暫停執行先前已發出的探視令或聯繫令，或把已發出的命令改爲受監管的探視令或聯繫令。我們建議福利原則或最佳利益原則應作爲法院行使該項權力的指引。

我們亦建議法院在根據《家庭暴力條例》(第 189 章)發出強制令時，應有權發出決定兒童住所或決定關於父母責任的其他方面事宜(包括贍養的問題)並切合兒童最佳利益的臨時相應命令。我們建議福利原則或最佳利益原則應作爲法院行使該項權力的指引。

我們進一步建議應向各方當事人施加責任，規定他們在申請強制令時必須披露法院先前發出的相關命令，以免法院發出的命令與先前所發出的管養令、探視令、同住令或聯繫令有抵觸。

在家事訴訟法例中的法定考慮因素清單加入對家庭暴力的提述

11.61 正如我們在第 9 章所見，我們已於本報告書早前的一些建議中從管養權及探視權法例的層面考慮過家庭暴力的問題。具體而言，我們已提議將家庭暴力的情況納入我們所建議的法定考慮因素清單(建議 3[98])之中，讓法院在決定怎樣做才切合有關兒童的最佳利益時加以思量。[99] 就這方面而言，我們注意到《兒童法令》小組委員會有以下評論：

> "在某一指定案件中曾否出現家庭暴力，是一個事實問題，須由法庭在個別案件中基於呈堂的證據來決定。家庭暴力不論以何種形式出現，我們認爲至關重要的是若它被確認爲某宗案件裏的一項有關要素，則法院在考慮案中兒童與父親或母親聯繫是否切合該兒童的最佳利

---

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。

益時，有顧及它的性質以及它對案中兒童及其同住父親或母親已經產生的影響。”[100]

父母責任的涵蓋範圍——關於取得同意及給予通知的規定

11.62　我們也考慮過家庭暴力的問題對我們就父母責任事宜而建議的關於取得同意及給予通知的規定（建議 13[101]）所造成的影響。有些被諮詢者憂慮關於取得同意及給予通知的新規定會被行爲暴戾的配偶利用，以妨礙及騷擾另一方配偶或方便前述配偶進一步施行暴力。我們提出以下建議作爲回應：法院應有權在適當的情況下更改或免除關於取得同意或給予通知的規定。

訂立司法指引以增補透過立法作出的改革

11.63　依據在英格蘭的上述研究中提出的主要建議，[102] 我們倡議應爲司法機關的各級法院訂立指引，列明當家庭暴力被提述爲拒絕或限制父母與子女聯繫的理由時法院所應採取的做法。我們認爲有關指引應採用“實務指示”的形式，並應引述建議的英格蘭模式（於本報告書附件 3 中列出）作爲參考。現於下文列出該套指引所處理的事項。

- 法院須及早考慮關於家庭暴力的指控
- 當法院認爲關於家暴力的指控若證明屬實便很可能會影響到它所發出的命令時所須採取的行動
- 在涉及家庭暴力的案件中須給予法院福利工作人員的特定指示
- 在等待正式聆訊的期間批准臨時聯繫所須考慮的事宜
- 進行最終聆訊時所須考慮的事宜
- 裁斷有家庭暴力發生後所須考慮的事宜
- 在已裁斷有家庭暴力發生的案件中發出聯繫令時所須考慮的事宜

100　見《兒童法令》小組委員會的上述報告書（2000 年），第 2.7 段。
101　見前面第 9 章的討論，第 9.99 至 9.102 段。
102　《兒童法令》小組委員會的上述報告書（2000 年），第 5 部。

- 須向法院提供的關於可供使用的當地設施的資料（法院要熟知可供使用的設施，以幫助遭受家庭暴力侵擾的家庭）
- 判決理由（法院須解釋它就家庭暴力所作出的裁斷如何影響到它就聯繫一事而達致的決定）
- 法院須檢視法庭設施以確保有不同的等候區分隔各方當事人，並確保有支援受害人的資料可供取用。

建議 36

我們建議應爲司法機關的各級法院訂立指引，列明當家庭暴力被提述爲拒絕或限制父母與子女聯繫的理由時法院所應採取的做法。

向法院提供多一些資料

11.64 我們同意澳大利亞的研究報告所提出的建議，即法院在依據兒童的最佳利益作出決定時，最重要的是能夠就兒童所面對的任何風險作出適當的評估，這包括法院能夠在進行臨時聆訊時調查關於家庭暴力的指控。法院因此有需要獲提供足夠資料來作出這類評估，而最理想的是法院應在每一宗涉及兒童福利問題的案件裏均獲提供家庭福利報告，但我們承認這做法會對法院的資源運用構成頗大影響。

11.65 我們也注意到英格蘭的上述研究所得結論，就是在涉及家庭暴力的案件中民事法和刑事法欠缺相互協調作用一事令人非常關注。我們明白到這涉及資料私隱的問題，但鑒於情況可能對兒童的利益構成嚴重影響，所以我們倡議在父母的刑事紀錄可能與家庭暴力問題有關的情況下，應考慮容許審理聯繫令申請的法院取覽該等紀錄以及不時獲告知在同一時期內針對施行家庭暴力者的其他法律程序的進展。

建議 37

我們認爲法院在依據兒童的最佳利益作出決定時，最重要的是能夠就兒童所面對的任何風險作出適當的評估，這包括法院能夠在進行臨時聆訊時調查關於家庭暴力的指控。

我們建議在父母的刑事紀錄可能與家庭暴力問題有關的情況下，應考慮容許審理聯繫令申請的法院取覽該等紀錄以及不時獲告知在同一時期內針對施行家庭暴力者的其他法律程序的進展。

受監管的聯繫

11.66　我們倡議政府檢討香港在進行受監管的聯繫方面的現有安排和設施。在法院總結認爲雖然有出現家庭暴力的事實但兒童與父親或母親聯繫仍切合兒童的最佳利益的案件裏，最重要的是已備妥充分的保護措施以確保聯繫是安全的。[103]

建議 38

我們建議政府應檢討香港在進行受監管的聯繫方面的現有安排和設施。

爲處理家事案件的人員提供持續的培訓

11.67　與英格蘭的有關建議的取向一樣，我們也認爲有需要提供持續的培訓，亦有需要提高所有在家事司法制度內工作的界別（包括法律界及司法機關）對家庭暴力給兒童及其同住父母所造成的影響的認知程度。

建議 39

與英格蘭的有關建議的取向一樣，我們認爲有需要爲所有在家事司法制度內工作的界別（包括法律界及司法機構）提供持續的培訓，亦有需要提高該等界別對家庭暴力給兒童及其同住父母所造成的影響的認知程度。

---

[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。

關於私隱的問題

11.68　我們明白到我們的諮詢對象以及英格蘭有關研究的回應者所擔心的事，就是家事司法制度可以被施行虐待的人不正當地用來找出受害人和兒童的下落，而且該制度容許本身被如此濫用。我們認爲政府應考慮檢討這些問題以及有關制度容易被濫用的情況。

11.69　然而，我們希望表明有關檢討也應考慮到我們在下文提出的建議，即提倡對家庭暴力的影響進行長期的研究。

建議 40

我們建議政府考慮檢討關於家庭虐待行爲的受害人的保障私隱安排，並考慮檢討家事司法制度容易被濫用的情況。

長期研究

11.70　我們認爲應對目擊家庭暴力及／或成爲家庭暴力的受害人給兒童所造成的影響進行長期研究。我們也倡議對源自這些案件的法庭程序的資料進行仔細的搜集和分析。我們承認應在顧及前文所提述的保障資料問題的情況下進行這方面的研究。我們明白到有需要在資料當事人於個人資料盡可能獲得保密一事上的權益與促進本建議所提議進行的重大社會法律研究這個目標之間，達致謹慎的平衡。

建議 41

我們建議應對目擊家庭暴力及／或成爲家庭暴力的受害人給兒童所造成的影響進行長期研究。

我們也建議對源自這些案件的法庭程序的資料進行仔細的搜集和分析。

第 12 章 改革建議——兒童的心聲

引言

12.1 本章研究可讓兒童較直接參與家事法律程序的各種方法。我們在審議這個課題時，已顧及這方面的法律的下列宗旨：

- 在切實可行的範圍內，盡量給予兒童機會對將會直接影響他們的決定表達其意見；及
- 確保兒童不會覺得在上述決定作出的過程中被拒諸門外。[1]

兒童的意見

12.2 在家事法律程序中，兒童的 *"心聲"* 可透過多種方法讓法院得悉：

- 將之載錄於社會工作主任報告或法院的其他專家報告中；
- 委任一名獨立法律代表；
- 與兒童面談；或
- （在罕有情況下）由兒童本人或由他人代表兒童提起法律程序。

12.3 《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3 條的有關條文訂明：

"(1) 有關未成年人的管養或教養問題……

(a) 在任何法院進行的法律程序中……

(i) 法院須以未成年人的福利爲首要考慮事項，而考慮此事項時須對下列各項因素給予適當考慮——

---

[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) 未成年人的意願(如在顧及未成年人的年齡及理解力,以及有關個案的情況後,考慮其意願乃屬切實可行者);及

(B) 任何關鍵性資料,包括聆訊進行時社會福利署署長備呈法院的任何報告;……"

12.4 據此推斷,類似的約束適用於根據《婚姻訴訟條例》(第179章)或《婚姻法律程序與財產條例》(第192章)提起的法律程序。《婚姻訴訟條例》(第179章)第48C條述明:

> "爲免生疑問,《未成年人監護條例》(第13章)第3條(該條規定以未成年人的福利爲首要考慮事項)適用於根據本條例或《婚姻法律程序與財產條例》(第192章)所作有關子女的管養、照顧或監管的任何命令。"

12.5 在英格蘭,《1989年兒童法令》第1條規定,在有人就第8條所設的命令(例如同住令、聯繫令等)提出抗辯的案件中以及在關乎照顧及監管兒童的案件中,[2] 法院有責任顧及以下事宜:*"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)"*。[3] 這是英格蘭的福利清單中的一項考慮因素,本報告書早前已予探討。[4]

12.6 蘇格蘭法律委員會較喜愛採用*"意見"(views)*一詞而非英格蘭所採用的有關兒童的*"意願和感受"(wishes and feelings)*這種表達方式。蘇格蘭法律委員會評論說,*"意見"*一詞:

> "確認青年人也許……有能力在他自己的……即時意願和感受與長遠的考慮及其他人的利益之間取得平衡,並[繼而]就怎樣才是當時情況下的正確行事方針達成經深思熟慮的看法。"[5]

12.7 我們注意到聯合國《兒童權利公約》第12.1條有提述*"意見"*一詞。[6] 該條規定:

---

2 《1989年兒童法令》(簡稱"《1989年法令》")第1(4)條。
3 《1989年法令》第1(3)(a)條。
4 見前面第5章第5.52至5.56段。
5 蘇格蘭法律委員會,*Report on Family Law*(1992年,Scott Law Com No 135),第2.63段。
6 在1989年獲聯合國採納。

"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，對兒童的意見應按照其年齡和成熟程度給以適當的看待。"

12.8 我們在《諮詢文件》[7] 中建議關於兒童意見的條文應適用於所有關乎兒童的法律程序，並指出如果關於婚姻的各項條例[8] 都明確提到需要聽取兒童的意見，則更有助釐清情況。我們建議採用聯合國《兒童權利公約》的用語，好讓制定婚姻法例的條文時採用兒童的*"意見"*而非*"意願"*一詞。

12.9 雖然諮詢結果顯示上述建議獲回應者普遍支持，但有一名回應者則全面反對這方面的建議，並聲言在任何情況下兒童都不應看來是在父母之間作出選擇，因爲這樣做會對該兒童將來與家庭的關係產生明顯的衝擊。數名其他回應者則強調，應規定其工作涉及查明兒童意見的人須具有專門技巧及關顧能力，並受過特別訓練。我們認同該等關注事項，並會在下文的討論中進一步加以探究。

建議 42

我們建議每一條關於婚姻的條例都應明確提述需要聽取兒童的意見。

我們亦建議應採用聯合國《兒童權利公約》的用語，好讓制定婚姻法例的條文時採用兒童的*"意見"*而非*"意願"*一詞。

如何及何時考慮兒童的意見

12.10 正如我們在前文所見，《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(A)條述明，法院需要考慮兒童意願的情況，只限於*"如在顧及未成年人的年齡及理解力，以及有關個案的情況後，考慮其意願乃屬切實可行者"*。

12.11 在英格蘭，《1989 年兒童法令》第 1(1)條提述兒童的意願時，是以*"當法院對任何問題作出決定……"*爲背景的。該法令第 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)條明文引用福利清單（兒童的意願是該清單所載的其中一項須予考慮的因素）來處理有人就第 8 條所設的命令*提出抗辯*的案件。這做法被蘇格蘭法律委員會批評[9]，因爲它限定法院只有在該等命令遭父母任何一方反對的案件中，才可考慮兒的意願。

12.12　相比之下，由於蘇格蘭的法例中沒有福利清單，所以關於兒童意見的規定自成一項獨立條文。蘇格蘭的條文也列明供兒童表達意見的機制。《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 11(7)條規定：

> "在考慮是否根據上述第(1)款[10] 發出命令以及發出甚麼命令時，法院……
>
> (b) 在顧及兒童的年齡和成熟程度的情況下，須在切實可行範圍內盡量：
>
> (i) 給兒童機會表明是否有意表達其意見；
>
> (ii) （若兒童表明有此意願的話）給兒童機會表達其意見；及
>
> (iii) 對兒童所表達的意見加以考慮。"

12.13　關於兒童意願的澳大利亞法律條文，已納入《1975 年家事法法令》第 68F 條所列出的考慮因素清單中。兒童的意願須與該清單中的所有其他事項一併考慮。[11]

12.14　我們在《諮詢文件》[12] 中建議，鑒於我們已提議訂立法定的考慮因素清單，兒童的意見便應成爲該清單中的一項考慮因素而非自成一項獨立條文。我們亦建議當法官在作出切合兒童的最佳利益的決定時，兒童的意見應與清單中其他考慮因素取得平衡。我們又建議上文所討論的《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(A)條應予廢除。

12.15　經諮詢後，該等建議所獲得的回應與上一項建議的差不多，回應者同樣強調應規定其工作涉及查明兒童意見的人須具備有關技能和受過訓練。我們完全認同該等關注事項，並已在下列建議中特別提及該等事項。

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。

建議 43

鑒於我們已在前文建議訂立法定的考慮因素清單，我們建議兒童的意見應成爲該清單中一項考慮因素而非自成一項獨立條文。當法官作出切合兒童的最佳利益的決定時，兒童的意見應與清單中其他考慮因素取得平衡。

我們建議在上述條文獲得採納後廢除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(A)條。

兒童的意見如何表達

12.16 《未成年人監護條例》第 3(1)(a)(i)(B)條提述法院要察看關鍵性資料，包括社會工作主任的報告。澳大利亞的有關法律條文訂明：

> "68G. (2) 法院可藉下列方法得悉兒童所表達的意願：
>
> (a) 參考根據第 62G(2)條提交法院的報告所載列的任何事情；或
>
> (b) 在不違反法院規則的情況下，使用法院認爲合適的其他方法。"[13]

12.17 我們在《諮詢文件》[14] 中建議提供渠道，讓兒童可按其意願直接或間接表達意見。[15] 兒童一旦表示有意表達意見，法院便須聽取其意見。我們指出設立機制以查明兒童的意見和讓兒童表達意見是有用的，並建議採納一項依循澳大利亞的相應法例第 68G(2)條而訂立的條文，但將其中 *"意願"* 一詞修改爲 *"意見"*。我們建議在這項條文獲得採納後廢除《未成年人監護條例》第 3(1)(a)(i)(B)條。

12.18 與關於兒童意見的上一組建議一樣，諮詢結果顯示這些建議獲得普遍支持，但有數名回應者對於在法院的法律程序中負責查明兒童意見的人所須具備的關顧能力和專業技巧的水平有所保留。他們強調，兒童的成熟程度和案件的個別情況必須恆常地加以考慮。

---

13 這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　與前文所指出的情況一樣，一名回應者強調兒童不應看來是在父母之間作出選擇，因爲這會嚴重影響該兒童將來與家庭的關係。

12.20　我們已小心考慮過上述評論，並認兒童向法官表達的意見應予保密，不得向兒童的父母透露。我們尤其認爲永遠不應令人覺得是由兒童作出管養權誰屬的決定。我們也同意當法院委派社會工作主任查明兒童的意見時，應該只讓那些在這方面受過適當培訓和具備充足經驗的社會工作主任處理這些敏感的情況。[16]

12.21　就下文的建議而言，清楚表明以下一點會很有用，就是如果兒童選擇表達其意見的話，法院雖然必須聽取其意見，但是考慮該等意見時所給予的*比重*則完全由法院決定。

建議 44

我們建議應提供渠道，讓兒童可按其意願直接或間接表達意見。兒童一旦表示有意表達意見，法院便須聽取其意見，但是考慮兒童的意見時所給予的比重則完全由法院決定。

我們建議應在法例中訂立機制以查明兒童的意見和讓兒童表達意見。我們因此建議採納一條依循澳大利亞的相應法例第 68G(2)條而訂立的條文，但將其中*"意願"*一詞修改爲*"意見"*。

我們建議在這項條文獲得採納後廢除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(B)條。

我們亦建議，兒童向法官表達的任何意見應由法官保密，不得向兒童的父母透露。

我們進一步建議當社會工作主任獲委派查明兒童的意見時，應該只讓那些在這方面受過適當培訓和具備充足經驗的社會工作主任處理這些敏感的案件。

---

[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，其中包括爲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。

兒童並非必須表達意見

12.22　澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68H 條述明：

> "[這項法例的]本部分沒有任何條文准許法院或任何人強令兒童就任何事宜表達其意願。"

12.23　我們在《諮詢文件》[17] 中建議，不應強令兒童表達其意見，否則當遇到關乎兒童最佳利益的爭議時，兒童便會被父母其中一方或雙方施壓，要兒童表態支持其中一方。不過，我們覺得無需依循澳大利亞的上述法令第 68H 條而訂立其意如此的法定條文。[18]

12.24　諮詢結果顯示，有就這項建議作出評論的回應者均同意不應強令兒童表達其意見。然而，亦有數名回應者表示強烈希望法例會作出明確規定，以清楚表明這個立場。鑒於這些評論，我們進一步考慮過這個問題，並同意這些回應者的說法，即法例應包括一項這方面的明確規定，以免有任何含糊不清之處。

> **建議 45**
>
> **我們建議不應強令兒童表達其意見。**
>
> **爲了清楚表明這個立場，我們建議依循澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68H 條引入一條其意如此的法定條文。**

爲取得兒童的意見而訂定的心智成熟年齡

12.25　《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 11(10)條規定，12 歲或以上的兒童均推定爲心智成熟。[19] 我們在《諮詢文件》[20] 中建議，香港不應設定類似的年齡限制，並讓法院在決定是否聽取兒童的意見時可以不論其年紀大小而具有不受約束的酌情權。我們也表明我們認爲《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 11(10)條不切合本港的情況，因爲這種推定對於某些案件而言可能欠缺靈活性。

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)款而言推定爲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　諮詢結果顯示，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，因爲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樣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。還有一名回應者認爲，10 歲或 11 歲以下的兒童應受到保護，以免他們被直接捲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：爲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，法院便一定要聽取該等意見，我們認爲不論兒童的年紀大小都應該這樣做。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裏自行決定。

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，作爲兒

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，獲委任爲子女的 *"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]無行爲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。

童的獨立法律代表的職份通常是由法定代表律師根據《法定代表律師條例》（第 416 章）的條文履行，但法定代表律師也可以擔任該兒童的訴訟監護人。[24]

12.29　有人會認爲在家事法律程序中，當父母雙方未能就子女的最佳利益達成共識時，法院已經會下令社會工作主任提交報告，所以並無需要另行委任獨立法律代表或訴訟監護人以代表該兒童。然而，社會工作主任與獨立法律代表或訴訟監護人的職責是不同的，正如畢洛士大法官（Bulter-Sloss, LJ）在 *Re S (A Minor)(Care Proceedings: Reports)* 一案中述說：

> "法院福利工作人員與訴訟監護人的職能並不完全相同，雖然兩者確有很多共通之處：他們各自有責任向法院提交報告，各自有責任考慮兒童的福利或利益，各自有可能就其提交的報告接受盤問。然而，法院福利工作人員不是法律程序的一方當事人，而訴訟監護人則透過在法庭上代表有關兒童而屬於其中一方當事人。儘管如此，兩者對法院負有相若的職責，就是在法律程序中不受所有其他當事人的影響而只按有關兒童的最佳利益獨立地向法院提供意見。因此，接收該等報告的法院應該對法院福利工作人員以及訴訟監護人所提交的報告給予相同的考慮。當然，兩者之間的另一項分別是訴訟監護人還有在法庭上代表有關兒童的責任，並在有需要時指派律師代表該兒童。"[25]

《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 108 條

12.30　根據《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 108 條，法院具有廣泛的酌情權，可命令在任何婚姻法律程序中的子女須有獨立的法律代表。如法定代表律師同意，法院可以委任他代表該子女，法院亦可以*"應任何其他適當人士的申請，委任該人爲該子女的訴訟監護人，有權代該子女參與有關的法律程序。"*[26]

12.31　該規則第 108(2)條規定律師須發出證明書，以證明在該文件中獲建議出任訴訟監護人的申請人*"在該法律程序中並無任何與該*

---

[24] 法定代表律師的職責已在該條例中表明爲包括*"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。

子女的權益相逆的權益，並證明該人是出任訴訟監護人的適當人士。”有人指出，如果申請管養權的人是該兒童的親屬，便不能視申請人爲獨立至足以作爲訴訟監護人代表該兒童爭取最佳利益。在其他司法管轄區，訴訟監護人是專業人員，而且通常是一名受過專門培訓的社工。[27] 他們獲委任與兒童面談，並代兒童向法院反映兒童的意見和最佳利益。

《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 72 條

12.32 《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 72 條只限於爲子女的經濟及財產事宜而下令安排法律代表。[28] 命令中所指的獨立法律代表可以是律師，或律師連同大律師，亦可包括委任法定代表律師或其他合適的人作爲子女的訴訟監護人。

《婚姻訴訟規則》(第179 章)在委任獨立法律代表方面的歧異

12.33 《婚姻訴訟規則》第 108 條沒有如第 72 條般訂立權力以指令由律師擔任獨立法律代表。法院必須取得法定代表律師的同意才可根據第 108 條委任他，但是根據第 72 條作出的委任則沒有這項規定。第 108 條提述由 *“適當人士”* 出任訴訟監護人，而第 72(1)條所提述的則是 *“合適人士”*，但兩項條文都沒有界定這兩個詞語。令我們覺得異常的是現時沒有條文提及在關涉婚姻糾紛的案件中子女要由律師作爲獨立法律代表，反而在涉及子女的經濟和財產事宜上可以這樣做。

12.34 《婚姻訴訟規則》第 72 條清楚表明，該條所提述的 *“律師”* 是代表有關子女的，並須提交證明書證明所建議的任何訴訟監護人（法定代表律師除外）沒有任何與該等子女的權益相逆的權益。相比之下，第 108 條所提述的律師看來傾向於代表下述申請人：謀求獲委任爲 *“有權代該子女參與有關的法律程序”* 的訴訟監護人。該條文只簡單述明“律師”須提交證明書證明申請人是出任訴訟監護人的適當人士，而且沒有任何與該等子女的權益相逆的權益。至於這名律師須否就是代表申請人的律師，或可否是不再繼續參與有關法律程序的律師，則不大清楚。

---

[27] 欲了解英格蘭的情況作爲例子，請參閱前面第 5 章第 5.116 至 5.120 段。

[28] 舉例說，爲了更改授產安排而提出的申請，或爲了取得附屬濟助而提出的任何其他申請。

12.35　我們在《諮詢文件》[29] 中建議解決《婚姻訴訟規則》中第 72 條與第 108 條之間關於委任獨立法律代表或訴訟監護人的歧異。在諮詢期間有評論這項建議的回應者當中，除了其中一名對這方面的建議表示一概有所保留之外，其他回應者均支持此建議。

> **建議 47**
>
> **我們建議應解決《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 72 條與第 108 條之間關於委任獨立法律代表或訴訟監護人方面的歧異。**

可委任獨立法律代表的幾類法律程序

12.36　正如前文所述，法院有權在任何 *"婚姻法律程序"* 中根據《婚姻訴訟規則》第 108 條酌情下令須爲子女安排獨立的法律代表。*"婚姻法律程序"* 一詞在該規則中被界定爲[30] 指 *"任何法律程序，而該等法律程序爲根據〔《婚姻訴訟條例》〕第 54(1)條可就該等程序訂立規則者"*。該條例第 54(1)條 *"爲更有效施行本條例的目的及條文……"* 而訂立規則。上述情況的一種解讀方法看來是當局的政策意向是第 108 條所提述的 *"婚姻法律程序"* 不包括關於管養令的法律程序，因爲法院發出管養令及探視令的權力一般而言[31] 可在其他關於婚姻的條例的條文中找到。[32] 然而，我們認爲這類法律程序正正是適宜委任獨立法律代表或訴訟監護人的法律程序。

12.37　我們因此在《諮詢文件》[33] 中建議，爲了免除疑問，應清楚訂明在處理任何關於兒童的父母責任或監護權的爭議時，都可以委任獨立法律代表。

12.38　諮詢結果顯示，在所有評論過這項建議的回應者當中，只有一名不支持此建議，其餘的均表示支持。該名回應者憂慮在每宗案件裏都可能會有人要求委任獨立法律代表，如此則會令法律援助署承擔

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 條是該規則中標題爲 *"其他申請"* 而非標題爲 *"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。

重大開支，並造成人手調配問題（因爲法定代表律師就是法律援助署署長）。我們注意到該名回應者的憂慮，但不同意其看法。我們的建議不是在每宗案件裏均提供獨立法律代表，而是法院應在所有*適當*的案件裏都可以爲兒童委任獨立法律代表。

> **建議 48**
>
> **爲免除疑問，應清楚訂明在處理任何關於兒童的父母責任或監護權的爭議時，都可以爲兒童委任獨立法律代表。**

可以擔任訴訟監護人的人

12.39　我們在《諮詢文件》[34] 中建議，獲授予訴訟監護人職份的人若是具備處理兒童問題的經驗的專業人士而不是隨便一名*"適當"*或*"合適"*的人，會較爲恰當。我們已經建議父母以外人士應可以申請關於兒童的命令。[35] 該等父母以外人士不會在這種情況下被視爲訴訟監護人。

12.40　有就這項建議發表意見的回應者當中，只有一名不支持該建議，其餘的均表示支持。這名回應者表示，應該清楚界定訴訟監護人的職份，而非只提述該人是有處理兒童問題的經驗的專業人士。

12.41　經過小心地重新考慮我們原本的建議後，我們現時認爲保留現有的法律會是可取的做法。我們可以預見下述情況或會出現：一名在其他各方面均屬合適的人應合資格獲委任爲兒童的訴訟監護人，即使該人不一定是*"有處理兒童問題經驗的專業人士。"*

誰人可申請委任獨立法律代表

12.42　澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68L(3)條規定，在兒童的最佳利益屬最重要或有關係的考慮事項的法律程序中，法院可下令給兒童安排獨立法律代表，而這項命令可由法院：

"(a)　自行動議作出；或

(b)　應以下各者的申請而作出：

(i)　兒童；或

(ii)　關注兒童福利的機構；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)條的簡明表達方式吸引了我們，而該條文已納入澳大利亞的主體法例中這項事實，亦反映出確保兒童有獨立法律代表的重要性。

12.44　我們在《諮詢文件》[36] 中建議廢除《婚姻訴訟規則》第 108 條，並依循澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68L(3)條而制定條文。我們亦建議英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10 條中對於誰人可申請上述命令所載列的限制，也應適用於這項新條文。[37]

12.45　諮詢結果顯示，在所有已就這項建議發表了意見的回應者當中，只有一名不支持此建議，其餘的均表示支持。這名回應者對於這方面的建議一概有所保留。

建議 49

我們建議廢除《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 108 條，並依循澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68L(3)條而制定條文。

我們亦建議英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10 條對於誰人可申請有關命令所載列的限制，也應適用於這項新條文。

委任獨立法律代表的準則

12.46　聯合國《兒童權利公約》第 12.2 條規定：

> "爲此目的，[38] 兒童特別應有機會在影響到兒童的任何司法和行政訴訟中，以符合國家法律的訴訟規則的方式，直接或通過代表或適當機構陳述意見。"

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爲 *"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　爲兒童委任法律代表的準則，可於法例、規例或實務指示中訂明。這樣做可爲法院提供指引，並可鼓勵人們更多作出此等委任。凡指稱有兒童被性侵犯或家庭中出現暴力、兒童並非與父親或母親同住（例如是與祖父／母或外祖父／母同住）、有將兄弟姊妹拆散以分別與父親或母親同住的建議，或屬情況複雜的其他案件（例如父母之間怨對極深或他們極度欠缺作爲稱職父母的能力等），均可委任律師代表兒童。委任獨立法律代表的準則也可適用於看來對管養事宜的調查未夠深入的案件，以及各方當事人所提供的證據有欠周全的案件。

12.48　我們在《諮詢文件》[39] 中指出，澳大利亞關於委任獨立法律代表的準則列表是有用的清單，可就甚麼情況適宜委任獨立法律代表的情況給法院提供指引。下文列出澳大利亞的這個列表所包括的特定情況：[40]

1. 父母之間明顯是有難以化解的衝突，
2. 兒童明顯是與父母雙方或其中一方關係疏離，
3. 確實是有影響兒童的文化或宗教差異問題，
4. 兒童的父母雙方或其中一方或與兒童有重要聯繫的其他人，是據稱有反社會的行爲，而其程度是足以嚴重影響兒童的福利，
5. 父母其中一方、兒童本案或與兒童有重要聯繫的其他人，是患有嚴重的生理、心理或精神方面的疾病或有嚴重性格失常的問題，
6. 父母雙方無論如何看來都不是適合的管養人，
7. 已屆成熟年齡的兒童有提出強烈意見，而其意見若付諸實行便會改變一項行之已久的管養安排，或會導致其父母其中一方完全不能探視他，
8. 兒童的父母其中一方擬議把兒童永久遷離其所屬司法管轄區，或把兒童永久遷往其所屬司法管轄區內的某處地方，以致大大限制另一方探視兒童或實際上不讓另一方探視兒童，
9. 有建議把兄弟姊妹分開，
10. 各方當事人都均無法律代表，

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爲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] 但有兩名回應者認爲爲了方便日後作出修改，將這些指引納入實務指示中較爲可取。

12.51 （我們應在這一刻指出，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，已重新考慮過成爲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，我們總結認爲那些可能成爲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，但涉及可能成爲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）的形式爲兒童安排獨立法律代表，是新西蘭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爲兒童安排律師的資源用得其所。[44] 爲了協助達成這個目標，*“法院[應該]對委任律師採取較爲靈活的做法，就是在案件的每一階段均考慮有沒有需要爲兒*

---

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。

童委任律師以及爲了甚麼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，家事法律師協會（Solicitors Family Law Association）也有一套規管與兒童面談或代表兒童的家事法律師的行爲守則。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。這會有助釐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，而不應猶如爲兒童*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。

兒童作爲一方當事人

12.57 《未成年人監護條例》（第 13 章）第 10(1)條規定可以申請管養令或探視令的人包括 *"未成年人的父母其中一方或社會福利署署長……（父母可在無訴起監護人的情況下申請）"*。

12.58 英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10(8)條規定，若向法院申請許可以獲取第 8 條所設命令的人正是有關兒童本人，則 *"法院只有在信納該兒童具有充分理解力作出所提議的申請時，才會給予許可。"* 英格蘭的《1991 年家事法律程序規則》(Family Proceedings Rules 1991) 第 9(2A)條容許兒童在若干情況下即使沒有訴訟保護人或訴訟監護人亦可參與有關法律程序。雖然兒童在向律師作出指示的能力方面可能會有某些問題，但律師可以在該等情況下拒絕代表兒童行事。無論如何，法院仍有酌情權爲兒童委任法定代表律師而不會讓兒童以一方當事人的身分行事。[50]

12.59 我們在《諮詢文件》[51] 中建議，只要已向法院取得許可，原則上應容許兒童成爲關乎他自己的法律程序的一方當事人，但他必須具有充分的理解力，可指示律師和大律師代表他行事。我們已建議引入一項依循《1989 年兒童法令》第 10(8)條及《1991 年家事法律程序規則》第 9(2A)條而訂立的條文。

12.60 諮詢結果顯示，所有曾評論這項建議的回應者均支持此建議，不過有一名回應者告誡謂應只有在絕對必要的情況下方可容許兒童加入有關法律程序成爲一方當事人，而且每一次有如此提議時均應小心分析是否有此必要。我們認爲我們的建議已有如此規限。

建議 52

我們建議，只要已向法院取得許可，原則上應容許兒童成爲關乎他自己的法律程序的一方當事人，但他必須具有充分理解力，可指示律師和大律師代表他行事。我們建議引入一項依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10(8)條及英格蘭的《1991 年家事法律程序規則》第 9(2A)條而訂立的條文。

---

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爲 *"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。

訟費

12.61 《法定代表律師條例》（第 416 章）第 6(1)條規定：

> "法定代表律師可就他本人或他人代爲提供的服務收取費用，並可收回法庭、裁判官或審裁處頒令判給或以其他方式議定的訟費及代墊付費用。"

12.62 法定代表律師在同意代表某人行事之前，雖然一般會要求訴訟費得到彌償，但是據我們理解，如有關法律程序涉及未成年人，法定代表律師通常不會要求這方面的彌償。

12.63 若訴訟並無法定代表律師參與，代表有關兒童的人可代該兒童申請法律援助。

12.64 我們在《諮詢文件》[52] 中建議，在擔任兒童的法律代表的人並非法定代表律師的案件中，法院應獲授權可命令各方當事人承擔兒童的獨立法律代表或訴訟監護人的訟費。

12.65 諮詢結果顯示，不少回應者對這項建議表示關注。有幾名回應者提議，任何需要有獨立法律代表的兒童應有當然權利獲提供法律援助，否則該等兒童便有可能因爲給父母帶來額外費用而被父母怪責。另一名回應者同意在合資格的案件中，兒童可以獲提供法律援助，並提議法院有權在父母拒絕爲子女支付訟費的情況下豁免該等訟費。

12.66 我們小心考慮了這些意見，但決定仍然堅持我們原本建議的寫法，其用意是清楚表明在法定代表律師沒有代表某兒童的案件中，應提供方法償付那些在法律上代表該兒童的人的訟費。

建議 53

在擔任兒童的法律代表的人並非法定代表律師的案件中，我們建議法院應獲授權可命令各方當事人承擔兒童的獨立法律代表或訴訟監護人的訟費。

---

[52] 出處同上，第 6.143 及 15.61 段。

第 13 章 改革建議——有關事宜

引言

13.1 我們有不少改革建議是關乎兒童管養權及探視權的一般法律所附帶的事宜，本章把這些建議集中在一起。雖然這些事宜不是我們檢討這方面的法律的中心點，但我們覺得這些事宜仍然有其重要性，政府應加以考慮。

《分居令及贍養令條例》（第 16 章）

13.2 我們在本報告書的前文看見，現今極少援引的《分居令及贍養令條例》（第 16 章）依然有在涉及舊式婚姻或夫妾關係而申請人不能根據《婚姻訴訟條例》（第 179 章）申請離婚或裁判分居判令的情況中被引用。[1] 在《分居令及贍養令條例》下最常見的申請，看來是由旨在索取贍養費但又無意離婚或謀求裁判分居的妻子提出的。[2]

13.3 在 1997 年對《分居令及贍養令條例》作出的修訂，[3] 雖然已糾正了該條例的不少缺失，但我們已在本報告書前文指出，根據該條例提出申請的人要確立以對方的過錯爲依據的理由，方可獲發贍養令、分居令或管養令。[4] 我們亦注意到該條例在處理雙方子女的生活安排方面似乎有欠周全。[5]

13.4 我們在《諮詢文件》[6] 中的取向不是爲進一步改革該條例而擬定詳細的建議，反而是歡迎公眾就該條例是否仍有任何實際效用一事發表意見。

13.5 諮詢的結果鞏固了以下看法：該條例雖然不常使用，但仍然適用於涉及某類宗教信仰、舊式婚姻及夫妾關係的案件。基於這一點，我們同意該條例應予保留。

---

1 見前面第 3 章第 3.68 至 3.77 段，特別是 3.69 段。

2 Hewitt (ed), *Hong Kong Legal Practice Manual: Family* (1988), at 23.

3 見前面第 3 章第 3.74 段所提述的《婚姻及子女（雜項修訂）條例》（1997 年第 69 號條例）。

4 見前面第 3 章第 3.74 段。

5 出處同上，第 3.75 段。

6 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 6.146 及 15.62 段。

13.6　有一名回應者亦提出以下意見：將含貶義的*“故意疏忽”（wilful neglect）*一詞包括在該條例第 6(1)條內的做法應予檢討。[7] 我們雖然注意到這項提議，但認爲該詞語的使用與該條例所普遍採用的以過錯爲依據的取向是一致的，因此應予保留，直至當局全面檢討或廢除該條例的那一天爲止。

13.7　監護權和管養權小組委員會一名成員提出一項關乎法律草擬的建議，就是應將該條例中有關的而且仍然有效運作的條文轉移至《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）之內。我們遂提出這項建議供法律草擬專員考慮。

建議 54

我們建議保留《分居令及贍養令條例》（第 16 章）的條文，以處理其他關於婚姻法律程序的法例沒有顧及的特殊情況，例如涉及舊式婚姻或夫妾關係的情況。

社會福利署署長的權力

13.8　由於我們的研究範圍僅限於私法方面，所以我們不會全面檢討《保護兒童及少年條例》（第 213 章），但該條例中關乎社會福利署署長介入監護權或探視權的糾紛的部分則不在此限。[8]

13.9　我們在上述背景下開始檢討社會福利署署長的有關權力，並以平等待遇原則爲出發點，即平等對待因父母離婚而與父母其中一方分離的兒童與因成爲照顧保護令的對象而與父母分離的兒童。兒童在不同的條例下所受到的待遇應盡可能相同，除非是基於公平的理由或是爲了保護他們而有需要給予不同待遇。這與聯合國《兒童權利公約》第 9 條的精神是一致的。[9] 該公約第 9.3 條規定：

> “締約國應尊重與父母一方或雙方分離的兒童同父母經常保持個人聯繫的權利，但違反兒童最大利益者除外。”

---

[7] 這個詞語亦有在《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 8(4)(a)條出現。

[8] 至於《保護兒童及少年條例》（第 213 章）有關條文的討論，請參閱前面第 3 章第 3.78 至 3.98 段。

[9] 公約第 9.1 條規定：*“締約國應確保不…… 使兒童與父母分離，除非主管當局按照適當的法律和程序，經法院審查，判定這樣的分離符合兒童的最大利益而確有必要……。”*（聯合國公約中文本）

13.10　鑒於同一名兒童有可能會既在公法法律程序中亦在私法法律程序中來到法院席前，將不同的法制在處理兒童事務上的分歧減至最少是十分重要的，除非出現分歧是基於政策上的理由或是切合兒童的最佳利益。我們據此認爲，關於婚姻的條例中切合兒童最佳利益的條文，應延伸適用於根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）提出以取得照顧保護令或監管令的法律程序。[10]

下令發出照顧令和監管令的權力

13.11　正如我們較早前在第 3 章所見，[11] 若將兒童交託父母任何一方或任何其他人看管的做法因有某些特殊情況而不切實可行或不適宜，則法院可根據《未成年人監護條例》（第 13 章）及《婚姻訴訟條例》（第 179 章）的條文[12] 將兒童交由社會福利署署長照顧。法院亦可在特殊情況下頒令監管兒童。[13]

13.12　我們在《諮詢文件》中建議保留在處理監護權爭議和其他涉及兒童最佳利益的爭議中發出照顧令和監管令的權力。[14]

13.13　我們也建議應解決社會福利署署長根據《未成年人監護條例》（第 13 章）及《婚姻訴訟條例》（第 179 章）就照顧令和監管令而具有的權力與他根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）可行使的權力之間的歧異。[15] 下文會進一步討論這些歧異。

13.14　諮詢結果顯示該等建議獲得一致支持。

建議 55

我們建議保留在處理監護權爭議和任何其他關乎兒童最佳利益的爭議中發出照顧令和監管令的權力。

我們也建議應解決社會福利署署長根據《未成年人監護條例》（第13章）及《婚姻訴訟條例》（第179章）就照顧令和監管令而具有的權力與他根據《保護兒童及少年條例》(第213章)可行使的權力兩者之間的歧異。

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。

照顧令和監管令的定義

13.15　我們發現，婚姻法例裏既無照顧令的定義，亦無監管令的定義。[16] 我們在《諮詢文件》[17] 中建議，與其需要從《保護兒童及少年條例》（第 213 章）的有關條文中查找這兩項命令的定義，倒不如在婚姻法例中將這兩個詞語界定。[18] 在諮詢期間評論過這項建議的所有回應者均支持該建議。

> **建議 56**
>
> **我們建議應在每一條關於婚姻的條例中訂明照顧令和監管令的定義。**

理由

13.16　援引平等待遇原則，我們在《諮詢文件》[19] 中建議，社會福利署署長在私法法律程序中申請照顧令或監管令時，若該等命令是在關乎兒童的*"照顧或保護"*法律程序下作出，則署長應只有權引用《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34(2)條所載列的相同理由，作爲申請該等命令的理由。[20]

13.17　本報告書的第 3 章早已指出，在私法法律程序中，法院若覺得情況特殊，以致將子女交托父母任何一方或任何其他人看管*"並不切實可行或不適宜"*，便可發出照顧令。[21] 相比之下，根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）發出照顧令的各項理由都是具體而且嚴重的，例如有關兒童曾經*"受到襲擊、惡待、忽略或性侵犯"*，並需要受到照顧或保護。[22]

16　見前面第 3 章，第 3.12、3.30 及 3.32 段。

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 6.158 及 15.68 段。

18　見《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34 條。該條列明少年法庭在監護、管養和約束那些需要受*"照顧或保護"*的兒童及少年方面的權力；請亦參閱該條例第 2 條，該條載有*"監管令"*的定義。

19　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。

20　請參閱前面第 3 章第 3.10 至 3.13 段、第 3.30 至 3.33 段及第 3.81 至 3.83 段所述的關於該等命令的進一步詳情。亦見廖雅慈的著作：*Family Law for the Hong Kong SAR*（香港大學出版社，1999 年）第 454 至 455 頁。

21　見《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(1)條。

22　至於在《保護兒童及少年條例》（第 213 章）下的各項理由的全面陳述，請參閱前面第 3 章第 3.83 段。

13.18　諮詢結果顯示，所有曾就該項建議發表意見的回應者均支持此建議。

建議 57

我們建議應限定社會福利署署長只有權引用《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34(2)條所載列的相同理由，作爲在私法法律程序中申請照顧令或監管令的理由。

福利原則或最佳利益原則的應用

13.19　至於照顧令和監管令方面，我們早前從本報告書第 9 章可見，若該等命令是根據關於婚姻的條例作出的，福利原則或 *"最佳利益"* 原則（即引導法院在涉及兒童的案件中作出決定的原則）便明確適用於該等命令。[23] 然而，福利原則看來並不適用於根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34(1)條批給的監管令。[24]

13.20　我們認爲這是平等待遇原則應該適用的另一個例子。正如一名作者的以下見解：

> "福利原則現已成爲兒童法律中的基石，亦應該是《保護兒童及少年條例》中的主導原則。"[25]

建議 58

我們建議福利原則或最佳利益原則應主導所有根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）進行的法律程序。

由社會福利署署長提出單方面申請

13.21　正如我們較早前在本報告書第 3 章所見，[26] 《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 93 條規定，凡社會福利署署長申請更改或解除

23　照顧令和監管令可分別根據《未成年人監護條例》（第 13 章）第 13(1)(b)及 13(1)(a)條以及分別根據《婚姻訴訟條例》（第 179 章）第 48A(1)及 48(1)條作出。

24　見廖雅慈的上述著作，第 247 頁。

25　出處同上，第 455 頁。

26　見前面第 3 章，第 3.44 及 3.50 段。

某項命令，或就他所具有的權力的行使申請指示，如事態緊急或該項申請相當可能不會遭受反對，則可藉致函法院提出申請。該條繼而述明*“如切實可行，社會福利署署長須將其提出申請的意向通知有利害關係的任何一方。”*《區域法院規則》（第 336 章）第 90 號命令第 4 條規則亦有就《未成年人監護條例》（第 13 章）所關乎的案件訂有類似條文。

13.22　我們認爲，對於有利害關係的各方當事人就社會福利署署長所提出的申請向法院陳詞這項權利而言，該等條文所提供的保障並不足夠。按照自然公正原則，我們建議即使署長保留其在緊急情況下可單方面提出申請的啓動權，有利害關係的有關當事人仍應獲告知法院會就有關申請進行聆訊。

13.23　我們在《諮詢文件》[27] 中建議修訂《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 93 條和（現爲）《區域法院規則》（第 336 章）第 90 號命令第 4 條規則，以容許署長在緊急情況下提出單方面申請，但如署長的申請受到反對，則必須進行各方當事人之間的聆訊。諮詢結果顯示，所有對這項建議發表了意見的回應者均支持該建議。

建議 59

我們建議修訂《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 93 條和《區域法院規則》（第 336 章）第 90 號命令第 4 條規則，以容許社會福利署署長在緊急情況下提出單方面申請，但如署長的申請受到反對，則必須進行各方當事人之間的聆訊。

第三者

13.24　《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34 條規定，少年法庭可在自行動議下或在社會福利署署長或任何獲署長授權的人提出的申請下，發出照顧令或監管令。[28]

13.25　正如我們在前文指出，[29] 由於這項條文對有利害關係人士（例如需受照顧或保護的兒童的家庭成員或鄰居）根據該條例申請命

---

[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，因而可被批評。這些有利害關係的人除非獲社會福利署署長授權，否則不得提出申請。尋求署長的授權需要花時間，從而破壞了相信會是該條文的一個主要目的，就是在緊急情況下保護兒童。

13.26　不過，該條文符合我們先前爲關注兒童福利的第三者所具有的權利而提出的建議，[30] 就是讓該等第三者也可以根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）申請有關命令。

13.27　我們在《諮詢文件》[31] 中建議，《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34 條應予修訂，以容許第三者申請照顧令或監管令。我們認爲，在該類公法法律程序中應採納已在私法法律程序中採納的相同準則規範由第三者提出的上述申請。諮詢結果顯示，上述建議獲得有就該等建議發表意見的所有回應者一致支持。

建議 60

我們建議《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34 條應予修訂，以容許第三者申請照顧令或監管令。

我們亦建議在該類公法法律程序中，應採納已在私法法律程序中採納的相同準則規範由第三者提出的上述申請。

“照顧與保護”法律程序的聆訊所需的法庭環境氣氛

13.28　在評論照顧與保護兒童的法律程序中關於兒童的法律代表這方面的問題（下文會加以討論）時，一名回應者提出現在是適當的時候考慮改變現行制度，令所有關於照顧與保護兒童的法律程序可以由環境氣氛較爲友善並屬於民事系統的家事法庭處理，而不是由類似刑事法庭的少年法庭處理。[32]

13.29　我們同意這項提議有可取之處，但明白到這種做法上的轉變會對家事法庭的法官和少年法庭的裁判官以至法院整體的行政管理構成重大影響。我們因此認爲應進一步研究這個議題才決定所持的看法。舉例說，我們注意到另一個可行的方案也許是將少年法庭遷移至

30　見前面第 10 章，特別是第 10.37 至 10.43 段。

31　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 6.164 及 15.73 段。

32　我們注意到這做法與新西蘭所採取的做法較爲一致。新西蘭的家事法庭在家庭事宜上有廣泛的管轄權，其中包括保護兒童事宜：見前面第 8 章第 8.2 及 8.5 段。

家事法庭所在的場地內，其好處是既可保留裁判官在審理關於照顧與保護兒童的案件方面的現有司法管轄權，又可提供一個較佳的環境氣氛予出席該等法律程序的兒童。

建議 61

我們建議應研究如何爲需出席“照顧與保護”法律程序的兒童改善法庭的環境氣氛。

在公法法律程序中安排獨立法律代表

委任的準則

13.30 正如我們早前在第 3 章所見，[33] 就私法法律程序中安排兒童的獨立法律代表一事，在關於婚姻的各項條例中已有條文規管，[34] 但在《保護兒童及少年條例》（第 213 章）中卻沒有類似條文。少年法庭反而可以根據《法定代表律師條例》（第 416 章）的有關條文*請求*法定代表律師介入，在根據《保護兒童及少年條例》進行*“與兒童或少年的監護有關”*的法律程序中代表任何一方當事人行事。[35]

13.31 我們在《諮詢文件》中的看法是《法定代表律師條例》中這項關於法律代表的條文有欠周全。[36] 我們建議[37] 應採納我們提議在私法法律程序中爲兒童委任獨立法律代表的準則，[38] 作爲在關乎兒童的照顧或監管的法律程序中委任獨立法律代表的準則。（本報告書早前已就建議 50 而討論過這些準則。[39]）我們也建議原則上應爲受到“照顧與保護”法律程序管限的兒童安排獨立法律代表，並應由少年法庭在個別案件中酌情決定是否適宜作出這方面的安排。[40]

13.32 諮詢結果顯示，有就上述建議發表意見的回應者普遍支持該等建議。不過，有一名回應者卻不認爲《法定代表律師條例》的現有條文有欠周全。我們明白該回應者的觀點，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 依據《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 72 及 108 條，見前面第 12 章中的討論，第 12.28 至 12.66 段。

35 見《法定代表律師條例》（第 416 章）附表 1 第 3 部。

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 6.167 段。

37 出處同上，第 6.168 及 15.75 段。

38 出處同上，第 6.168 及 15.75 段。

39 見前面第 12 章第 12.46 至 12.51 段。

40 香港法改會監護權和管養小組委員會的上述諮詢文件（1998 年），第 6.168 及 15.75 段。

13.33　另有一名回應者認爲，在上述案件中兒童有法律代表應是兒童的當然權利，不應按我們所提議的由少年法庭酌情決定。我們理解到這種看法是基於以下憂慮：根據現行安排，爲某兒童或少年的照顧和保護而提起的法律程序可能會在他沒有法律代表幫助的情況下令他失去自由（例如把他安置在兒童院）。相比之下，若同一兒童干犯某宗刑事罪行，他便會通過「當值律師計劃」即時獲提供律師代表。

13.34　鑒於上述情況，我們遂認爲受到“照顧與保護”法律程序管限的兒童應有*當然權利*獲得法定代表律師作爲其法律代表，而不是按我們先前所提議的由法院酌情決定他可否有法律代表。我們也認爲不論照顧令或監管令是根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）還是根據關於婚姻的條例提出的，兒童都應可獲提供上述的法律代表。

建議 62

我們建議在照顧或監管兒童的法律程序中，不論該等法律程序是根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）還是根據關於婚姻的條例提出的，兒童都應有當然權利獲提供法定代表律師作爲其獨立法律代表。

父母的法律代表及法律援助

13.35　我們在《諮詢文件》[41] 中提出，假如父母之間在管養權或探視問題上有爭議時可獲批法律援助以聘請法律代表，那麼父母與正在根據婚姻法例申請照顧令或監管令的社會福利署署長之間發生爭議時，便沒有理由會不合資格獲批法律援助與署長周旋。我們認爲應爲此引入經濟審查和案情審查的機制。案情審查的理念是若案中與父母同住的子女可能會因照顧令或監管令而與父母分離，便會有充分理由容許父母有法律代表。[42]

13.36　引用平等待遇原則，我們認爲當社會福利署署長向少年法庭申請照顧保護令或監管令時，有關兒童的父母應有權使用法律代表。[43] 我們提議過當值律師服務辦事處是在這種情況下提供該項服務的適當機構，因爲法律援助署是不會在裁判法院提供法律代表的。[44] 我們因此預見可能有一些案件是由法定代表律師代表兒童，而兒童的父母則由當值律師服務辦事處或法律援助署提供的律師作爲代表。

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　我們因此在《諮詢文件》[45] 中建議，若社會福利署署長向法院申請照顧令或監管令，而有關父母符合獲提供法律代表服務的資格，則在少年法庭中父母應由當值律師服務辦事處提供法律代表，在家事法庭或高等法院原訟法庭中則應由法律援助署提供法律代表，不論有關命令的申請是根據關於婚姻的條例抑或根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）提出均會是這樣。

13.38　我們亦在該文件中提議，在關於法院監護的法律程序中，若申請人是社會福利署署長或其他公共機構，則案中兒童及其父母應獲法律援助署提供法律代表，因爲法院監護令的效力是剝奪有關父母的父母責任。[46]

13.39　諮詢結果顯示，大部分有評論上述建議的回應者都支持該等建議，但有兩名回應者表示，是否提供法律援助作聘請律師之用應由政府決定，因爲這會影響到政府的開支和資源運用。我們明白這類看法，但在這個議題上仍然堅持我們原本建議的做法。

建議 63

我們建議若社會福利署署長不論根據關於婚姻的條例抑或根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）向法院申請照顧令或監管令，而有關父母符合獲提供法律代表服務的資格，應准許父母在少年法庭獲得當值律師服務辦事處提供法律代表，而在家事法庭或高等法院原訟法庭則獲得法律援助署提供法律代表。

我們也建議在關於法院監護的法律程序中，若申請人是社會福利署署長或其他公共機構，則案中兒童及其父母應獲法律援助署提供法律代表，因爲法院監護令的效力是剝奪父母的有關責任。

獨立法律代表的職責指引

13.40　在本報告書的較早部分，我們曾建議採納澳大利亞的指引來訂明兒童的法定代表律師或獨立法律代表或其他以兒童的訴訟監護人的身分行事的人應履行的職責。[47] 我們亦曾在《諮詢文件》[48] 中

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。

提議採納澳大利亞的指引，以列明在少年法庭進行的關於照顧保護令和監管令的法律程序中代表兒童和父母的律師所應履行的職責。我們並建議爲該等律師提供專門培訓，訓練他們如何與兒童及其父母面談和如何在法律上代表他們，更建議這類敏感而複雜的案件只應由接受過這類專門培訓的律師處理。[49] 我們還希望上述建議應同樣適用於家事法庭根據關於婚姻的條例發出的照顧令和監管令。[50]

13.41 諮詢結果顯示，所有評論過上述建議的回應者均支持該等建議。

建議 64

我們建議採納澳大利亞的指引，以列明在少年法庭進行的關於照顧保護令和監管令的法律程序中代表兒童及其父母的律師所應履行的職責。

我們亦建議爲處理這類敏感而複雜的案件的律師提供專門培訓，訓練他們如何與兒童及其父母面談和如何在法律上代表他們，並建議只應由接受過這類專門培訓的律師處理該等案件。

我們進一步建議上述安排應同樣適用於在家事法庭中涉及根據關於婚姻的條例發出照顧令和監管令的案件。

評估

13.42 根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 45A 條，社會福利署署長若認爲某兒童需要照顧與保護時，便有權命令該兒童接受醫生、臨床心理學家或社工的評估。[51] 法院也有權發出這項命令，然而在根據關於婚姻的條例提出的照顧令申請方面，卻沒有相若的權力。[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）。我們總結認爲法院現有的權力是足夠的。

13.43　我們因此在《諮詢文件》[53] 中建議，應依循《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 45A 條在關於婚姻的各項條例中訂立條文，以容許區域法院法官在發出照顧令之前命令有關兒童接受評估。我們也建議在該等法律程序中，社會福利署署長應有權依循第 45A 條的做法命令有關兒童接受評估。諮詢結果顯示，在這方面發表了意見的所有回應者均支持上述建議。

建議 65

我們建議區域法院法官在發出照顧令之前，應有權根據關於婚姻的條例命令有關兒童接受醫生、臨床心理學家或認可社工評估，猶如《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 45A 條所規定的一樣。

我們也建議社會福利署署長應有權在該等法律程序中依循第 45A 條的做法命令有關兒童接受評估。

兒童的意見

13.44　《保護兒童及少年條例》（第 213 章）中沒有關於考慮兒童意見的條文，但就監管令而言，該條例容許父母或監護人的意願獲得考慮。[54]

13.45　我們在《諮詢文件》中建議，在進行根據該條例提起的法律程序時，應考慮兒童的意見。[55] 諮詢結果顯示，所有評論過這項建議的回應者均支持此建議。

建議 66

我們建議在進行根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）提起的法律程序時，應考慮兒童的意見。

關於在法院命令下受照顧的兒童的聯繫安排

13.46　《保護兒童及少年條例》（第 213 章）沒有條文讓法院在發出照顧令時可同時就有關兒童發出探視令。[56] 法院只有在接獲更改或解除照顧令的申請時方可依據第 34C(6)條發出探視令。[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　至於在關於婚姻的條例方面，除了在父母或社會福利署署長提出申請時法院可根據《未成年人監護條例》（第 13 章）第 10 條發出探視令這項較爲概括的權力外，看來沒有條文明確地容許身爲照顧令對象的子女探望父母。[58]

13.48　雖然社會福利署署長可以非正式地容許父母探視在署長照顧下的子女，但我們認爲仍有需要透過容許父母或監護人或有關係的第三者爲探視在署長照顧下的兒童而提起法律程序，以釐清這方面的法律狀況。根據關於婚姻的各項條例而提出探視要求的法律規定尤其需要釐清，因爲目前可將由父母管養的子女移走並交由署長照顧的唯一理由是由於情況特殊，以致將子女交託父母任何一方或任何其他人看管*"並不切實可行或不適宜"*。[59] 正如我們在上文評論說，相對於可根據《保護兒童及少年條例》（第 213 條）把兒童移交他人照顧的理由而言，這是一項要求較低的標準。《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34(2)條列明可移走兒童的明確且屬嚴重的理由，包括兒童遭受襲擊或性侵犯。

13.49　我們在《諮詢文件》[60] 中建議，如父母有子女根據關於婚姻的條例成爲照顧令的對象，父母應有權申請由法院發出某些命令，以確保他們可與有關子女保持定期聯繫。我們又建議修訂《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34C(6)條，讓法院在發出照顧令時可同時發出聯繫令。在諮詢過程中，這些建議獲得有對此發表意見的回應者一致支持。

建議 67

我們建議，如父母有子女根據關於婚姻的條例成爲照顧令的對象，父母應有權申請某些命令以確保可與有關子女保持定期聯繫。

我們也建議修訂《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34C(6)條，讓法院在發出照顧令時可同時發出聯繫令。

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。

關於年齡的條文

13.50　我們在本報告書的較早章節中已經提出多項關於兒童年齡的建議。在第 9 章中，我們考慮了父母責任應在兒童年滿多少歲時終止，[61] 且在第 10 章爲了給同住令、聯繫令、指定事項令及禁止行動令等新的法院命令的有效期限提出建議而再次研究這個議題。[62] 我們亦在第 10 章中審議了爲兒童作出的安排所牽涉的有關年齡限制。[63] 在第 12 章中，我們爲了在家事法律程序中取得兒童的意見一事而探討了兒童的心智成熟年齡。[64]

13.51　我們會在本章討論與兒童年齡有關而我們覺得需要加以改革的某些更深入的法律領域，其中包括澄清法院監護令和法定代表律師的司法權限在兒童年滿多少歲時終止，以及關於降低現時無需家長同意便可以結婚的年齡下限之事。

法院監護令停止生效的年齡

13.52　我們在《諮詢文件》[65] 中指出，爲兒童發出的法院監護令按照法律的含意會在兒童年滿 18 歲時停止生效，但有關法例沒有清楚訂明此事。[66] 我們也注意到，法律改革委員會曾在其《年青人年齡在民事法中的法律效力問題報告書》[67] 中建議法院監護令應在當事人年滿 18 歲時停止生效。

13.53　我們因此在《諮詢文件》中建議制定條文，清楚訂明法院監護令的有效期會於當事人年滿 18 歲時終止。[68]

13.54　我們也認爲清楚訂明法定代表律師對兒童的司法權限會於兒童年滿 18 歲時終止，會十分有用，惟超逾該年齡但身患殘疾的人則不在此限。

61　見前面第 9 章第 9.63 至 9.65 段（建議 6）。
62　見前面第 10 章第 10.62 至 10.67 段（建議 32）。
63　出處同上，第 10.44 至 10.49 段（建議 29）。
64　見前面第 12 章第 12.25 至 12.27 段（建議 46）。
65　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 6.152 段。
66　這是因爲《高等法院規則》（第4章）中的有關規則（見第 90 號命令）將已在《釋義及通則條例》（第1章）界定的未成年人提述爲未滿 18 歲的人。然而，《高等法院條例》（第 4 章）的有關條文（第 26 條）並沒有清楚訂明法院監護令在有關兒童年滿 18 歲時停止生效。
67　課題 11，1986 年。
68　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 6.153 及 15.66 段。

13.55　上述建議在諮詢期間獲得廣泛支持，但有一名回應者覺得不應訂立明確條文來限制法定代表律師在關於法院監護令的案件中的司法權限。我們明白該回應者的看法，但並不同意這種取向。

建議 68

我們建議制定條文，清楚訂明法院監護令的有效期會於當事人年滿 18 歲時終止。

我們也建議應清楚訂明法定代表律師對兒童的司法權限會於兒童年滿 18 歲時終止，惟超逾該年齡但身患殘疾的人則不在此限。

無需父母同意便可結婚的年齡下限

13.56　在香港，結婚的人最小要年滿 16 歲。[69] 雖然成年歲數是 18 歲，[70] 但《婚姻條例》（第 181 章）規定，如擬結婚的其中一方未滿 21 歲，該方便須要取得父親、母親或監護人的同意，才可以結婚。[71] 這項條文備受批評，理由是年滿 18 歲的人應該被視爲心智上已成熟至足以作出例如是否締結婚約等重大決定，[72] 而且有人認爲容許一名年滿 18 歲的人在選舉中投票，卻不容許他自行決定結婚，是不合邏輯的。[73]

13.57　香港法律改革委員會於 1986 年在其《年青人年齡在民事法中的法律效力問題告書》[74] 中建議，兒童可以無需父母同意而結婚的年齡應由 21 歲降至 18 歲。[75] 然而，政府選擇了另一取向，改爲修訂《婚姻條例》（第 181 章）第 18A 條，規定如某宗婚姻須按該條例

69　見《婚姻條例》（第 181 章）第 13 及 14 條。

70　《成年歲數（有關條文）條例》（第 410 章）第 2(1)條。

71　（經由《法律改革（雜項規定及次要修訂）條例》（1997 年第 80 號條例）第 28 至 36 條修訂的）《婚姻條例》（第 181 章）第 14 條及附表 3 第 1 部規定，未滿 21 歲的兒童須要有下述人士的同意書方可結婚：如父母的婚姻是存續的，則爲父親或母親；如父母已離婚或分居，則爲擁有管養權的父親或母親（若父母有共同管養權，則爲父親及母親）；或如父母已逝世或無法覓得，則爲兒童的監護人。如有關兒童是未滿 21 歲的非婚生人士，其婚姻須獲母親同意，如其母親已逝世，則須取得其監護人的同意。該條例第 18A(3)條將監護人界定爲包括*“按法院命令獲付託對該方的管養權的人（父母除外）……。”*亦見廖雅慈的著作：*Family Law for the Hong Kong SAR*（香港大學出版社，1999 年）第 151 至 152 頁。

72　吳文堅，"Parental Consent"，《香港律師》（1995 年 12 月 16 日），第 16 頁。

73　出處同上。

74　香港法改會，《年青人年齡在民事法中的法律效力問題報告書》（論題 11，1986 年）。

75　出處同上，第 6.3.3 及 16.4.2 段。

第 14 條獲得某人同意而該人拒絕同意，則區域法院法官可同意該宗婚姻，且此項同意的效力與由拒絕同意的人所給予的同意無異。[76]

13.58　我們在《諮詢文件》中再次探討了這個議題，並建議無需父母同意便可以結婚的年齡應由 21 歲降至 18 歲。[77] 我們的觀察所得是香港今天的少年人比以前早熟得多，所以將結婚年齡的下限維持在 21 歲實在難以自圓其說。

13.59　諮詢結果顯示，大部分有評論這項建議的回應者均支持該建議，不過有一名回應者表示對該建議有所保留，並質疑考慮將無需父母同意亦可結婚的年齡由 21 歲降低至 18 歲的做法是否適宜。我們明白該回應者的關注，但不同意他的看法。我們認爲香港社會現已相當進步，因此容許已屆成年歲數的人無需父母同意亦可結婚應該是可以接受的。

建議 69

我們建議保留 16 歲爲可在獲得父母同意的情況下結婚的年齡下限。

我們亦建議將無需父母同意亦可結婚的年齡下限由 21 歲降至 18 歲。

關於接受治療的年齡及所需同意

13.60　一名回應者同意我們就需獲父母准許方可結婚的年齡所作出的建議，但亦同時表示在需要獲得父母准許方可接受治療這方面的法律可能也有改革的需要。該回應者指出根據香港的法律，在某些情況中兒童只要年滿 16 歲（而非 18 歲），便可獲准就某些重大事情自行作出決定。[78]

13.61　我們在《諮詢文件》[79] 中亦有簡略地考慮過這個議題，並指出法律改革委員會就年齡在民事法的法律效力問題所發表的報告書中已建議引入一項法定條文，訂明任何年滿 18 歲的人均推定爲有

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況下同意結婚（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。

能力就自己所接受的治療給予有效的同意。[80] 這項建議反映了英格蘭的法律在這方面的發展，因爲英格蘭的《1969 年家事法改革法令》第 8 條訂明年滿 16 歲的少年人[81] 可同意接受治療，猶如該少年人是成年人一樣。這項建議並沒有付諸實行。

13.62 我們在《諮詢文件》中總結認爲，普通法在規管同意接受治療方面的規則以及醫護界所採納的有關指引看來一直行之有效，因此無需另行立法規管。[82] 我們至今仍維持這個看法。雖然在同意接受治療方面的法律狀況與某些其他方面的法律相比看似異常，但這方面的法律相對來說歷史較淺，而且正在發展中。我們因此認爲最低限度就目前而言，有關法律應繼續反映現時的普通法狀況，並以本地醫生及其他人士所採用的現有醫療指引作爲補充。

命令的執行

13.63 由於本地家庭流動性日增，對於如何在香港特別行政區以外的地方（包括中國內地和海外地區）執行本地的管養令或探視令，以及該等地方會否承認這些命令，在家事法領域內工作的律師均表示相當關注。

13.64 根據中華人民共和國在 1991 年頒布的《民事訴訟法》第 267 及 268 條，外國法院作出的判決可依照某項國際條約的規定或按照互惠原則而獲得承認和執行。

---

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。這被視爲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爲，亦可能屬侵權法中可據而提出申索的侵犯人身行爲。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，使他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 《婚姻訴訟條例》（第 179 章）第 55 至 62 條就承認在香港以外的任何國家辦理的離婚作出規定，但關於過失的裁斷或附屬於離婚法律程序中的管養令並不包括在內。[83]

13.66 在海牙締結的《國際擄拐兒童民事方面公約》（Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction）（1980 年 10 月 25 日），其目的是讓那些被人從一個締約國家不當地遷移至另一個締約國家的兒童得以迅速和安全地交還，並確保在某一個締約國家的法律之下的管養權和探視權在其他締約國家中受到實質的尊重。[84] 該公約憑藉《擄拐和管養兒童條例》（第 512 章）而適用於香港，但不適用於中國內地。[85]

13.67 《判決（強制執行措施）條例》（第 9 章）處理源自英國的民事判決，而《外地判決（交互強制執行）條例》（第 319 章）則處理源自其附屬法例的各個附表中所列的司法管轄區的民事判決。[86] 這些司法管轄區包括英聯邦國家及非英聯邦國家，但不包括中國內地。

13.68 我們在《諮詢文件》[87] 中建議，爲了執行管養令、探視令、同住令和聯繫令以及交還被非法帶離香港的兒童的命令，應與中國內地建立相互法律協助機制。諮詢結果顯示，所有評論過這項建議的回應者均支持此建議。

建議 70

我們建議，爲了執行管養令、探視令、同住令和聯繫令，以及將被非法帶離香港的兒童交還及將被非法帶至香港的兒童交還的命令，應與中國內地建立相互法律協助機制。

合併有關法例

13.69 正如我們在第 3 章所見，處理關於兒童事宜的爭議、離婚安排、監護權、與第三者的爭議及兒童的照顧和監管安排的各項條文，

---

83 《婚姻訴訟條例》（第 179 章）第 61(3)條。亦見該條例第 56(3)條。

84 香港法改會，《國際性的父母擄拐子女問題報告書》（2002 年 4 月），第 1.5 段。

85 出處同上，第 4.3 段。

86 就這方面而言，應該指出的是《判決（強制執行措施）條例》（第 9 章）只處理金錢方面的判決（見該條例第 2(1)條）。《外地判決（交互強制執行）條例》（第 319 章）第 2(2)條在 *"對人的訴訟"*（即該條例涵蓋的其中一種訴訟）的定義中明文表示不包括 *"任何婚姻訴訟"* 或 *"與〔婚姻事宜或幼年人的監護〕有關的法律程序……。"*

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 6.177 及 15.79 段。

現時是散布於幾條條例中，以致對取用這方面的法律的方便程度有所影響，尤其對普羅大眾而言更爲不便。我們遂在《諮詢文件》中建議，處理影響到兒童的各項事宜的所有條文，都應盡可能合併於一條現行的條例中。[88]

13.70　我們贊同以下看法：香港的私法中關於兒童管養權的條文，應符合聯合國《兒童權利公約》、《基本法》及《公民權利和政治權利國際公約》所列明的原則。合併有關法例的好處，除了令法律更易於取用外，亦使政府有機會確保所有規管兒童的法例均符合該等文件。

13.71　嚴格來說，合併是將所有處理某一主題事項的條文匯合於單一條法例之內，並不涉及改革現行法律。然而，合併與改革實際上經常是並肩進行的。

13.72　在目前的情況下，與上述合併工作有關的一個課題是決定本報告書及我們近期發表的其他相關報告書[89] 所建議的新原則最適宜加插在哪一條條例之中。至於擬定如何修訂現行法例的詳盡建議，我們承認這基本上是法律草擬專員的工作：我們亦不會就關乎兒童的公法條文應否與有關私法條文合併一事提出建議。

13.73　我們在《諮詢文件》中指出，我們認爲重要的是凡屬處理關於兒童的爭議、離婚安排、監護權、與第三者的爭議或父母之間不涉離婚官司的爭議的各項條文，都應盡可能合併在一條現行的條例中。[90] 我們在該文件中提議，應將我們的建議以及現行關於監護權和管養權的實質條文納入一條綜合條例內；而 *“兒童”* 和 *“家庭子女”* 這兩個通用於不同條例的詞語，應該有一個劃一的定義。

13.74　諮詢結果顯示，對這項建議提出了意見的回應者當中，除了兩名不贊同此建議外，其餘的均表示支持。這兩名回應者其中一名表示，對於將所有影響到兒童的私法條文合併爲單一條例的做法是否切實可行有所保留，另一名回應者則覺得沒有必要進行合併，而政府向個別有需要的兒童竭力提供多一些法律援助和社會保障，並努力改善業界的處事手法，才是更佳的做法。我們注意到這些評論，但仍然持守我們在這一個議題上的原本看法。

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。

建議 71

我們建議凡屬處理關於兒童的爭議，離婚安排、監護權、與第三者的爭議或父母之間不涉離婚官司的爭議的各項條文，都應盡可能合併在一條現行的條例中。

據此，我們建議應將任何因我們在這方面的建議而立法制定的任何條文以及現行關於監護權和管養權的實質條文納入一條綜合條例內。

我們亦建議，*"兒童"*和*"家庭子女"*這兩個通用於所有條例的詞語，應該有一個劃一的定義。

政策協調

13.75　爲照顧兒童和家庭的需要，在政策上作出適當協調是重要的。當推行政策的職責分別由兩個或更多的政策局承擔時，會對運作效率、新政策的實施和協調工作構成阻礙。衞生福利及食物局負責施行《未成年人監護條例》（第 13 章）及《保護兒童及少年條例》（第 213 章），並與保安局共同承擔施行《家庭暴力條例》（第 189 章）的責任。民政事務局則負責施行《婚姻訴訟條例》（第 179 章）、《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）以及《分居令及贍養令條例》（第 16 章）。

13.76　我們在《諮詢文件》[91] 中建議，應由單一個政策局接收一切制定和實施關於家庭和兒童的政策的責任，尤其是施行所有關於婚姻和兒童的條例的責任。至於承擔這方面責任的部門應該是衞生福利局（現爲衞生福利及食物局）還是民政事務局，我們當時認爲須由政府決定。

13.77　諮詢結果顯然，對我們提議的取向持異議的回應者只有三名，其餘的均表示贊同。在這三名持異議者之中，一名認爲上述建議就有關條例所提議的涵蓋範圍太過廣闊，另一名表示這種將推行政策的責任集中的做法並無必要，第三名則覺得應委派哪一個政策局承擔這方面事宜的有關責任，完全是由政府考慮和決定的事情。我們雖然

[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。

注意到這些評論，但始終認爲將處理對兒童有影響的事宜的責任分散於多個政府部門、委員會及工作小組之中，並不是令人滿意的做法。

建議 72

我們建議應由單一個政策局接收一切制定和實施關於家庭和兒童的政策的責任，尤其是所有關於婚姻和兒童的條例的責任。至於承擔這方面責任的部門應該是衞生福利及食物局還是民政事務局，則由政府決定。

第 14 章 建議摘要

（以下所列建議見於本報告書第 9 章——父母的責任與權利）

建議 1

（適用的法律程序）

爲免除疑問，我們建議[1] 應清楚訂明根據《未成年人監護條例》（第 13 章）、《婚姻訴訟條例》（第 179 章）、《婚姻法律程序與財產條例》(第 192 章)及《分居令及贍養令條例》(第 16 章)提起的所有與兒童有關的法律程序，包括關於監護權、贍養或財產等問題的法律程序，均以福利原則或 *"最佳利益"* 原則爲依歸。

建議 2

（最佳利益）

爲了反映我們認爲 *"最佳利益"* 一詞較 *"福利"* 一詞更切合香港的現代情況和更符合我們根據聯合國《兒童權利公約》所應履行的國際義務這個看法，我們建議[2] 將《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)條修訂爲 *"法院須以未成年人的最佳利益爲最重要的考慮事項……。"*

我們也建議應對其他關於婚姻的條例作出相應修訂。

---

1 見前面第 9 章第 9.6 至 9.16 段的討論。

2 見前面第 9 章第 9.17 至 9.22 段的討論。

建議 3

（法定的考慮因素清單）

我們建議[3] 引入法定的考慮因素清單，以協助法官行使酌情權，在管養權或監護權法律程序中作出裁決。這份清單應大致上以英格蘭的《1989 年兒童法令》第 1(3)條所載列的考慮因素爲依據。

我們亦建議在清單中加入下列以澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F(2)條爲依據的額外考慮因素：

(i) 關於兒童與父親或母親或其他人之間關係的第 68F(2)(b)條（部分條文）；

(ii) 關於兒童與父親或母親保持聯繫的實際困難的條文，以比上述澳大利亞法令第 68F(2)(d)條較爲寬鬆的表達方式寫成；

(iii) 關於兒童被法院認爲是有關的其他特徵的第 68F(2)(f)條（部分條文）；

(iv) 關於兒童的父親和母親對兒童和對父母身分的責任所表現的態度的第 68F(2)(h)條；

(v) 關於涉及兒童或其家庭的任何成員的家庭暴力的第 68F(2)(i)條；及

(vi) 一項依循第 68F(2)(l)條寫成的包含一切的考慮因素。

建議 4

（父母責任的概念）

我們建議[4] 父母責任這個概念應取代監護權的概念，而監護權這個概念只應在處理兒童的父母其中一方去世後第三者對該兒童所負有的責任時才予以保留。

---

[3] 見前面第 9 章第 9.23 至 9.49 段的討論。

[4] 見前面第 9 章第 9.50 至 9.55 段的討論。

建議 5

（父母的權利）

我們建議[5] 採納一項依據《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 1 及 2 條而訂立的條文，該條文分別列明父母責任的清單和父母權利的清單。

建議 6

（父母責任終止的年齡）

我們建議[6]《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 1 及 2 條中提述的所有父母權利與責任應適用於任何兒童，直至該兒童年滿 18 歲爲止。

建議 7

（父親作爲當然監護人）

我們建議[7] 父親作爲其婚生子女的當然監護人這項普通法權利應予廢除。

我們亦建議廢除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(b)條。

建議 8

（已婚父母）

我們建議[8] 採納一項依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 2(1)條而訂立的條文，但爲了免除疑問，所採納的條文應予修改，以包括在子女出生後才結婚的父母。

---

[5] 見前面第 9 章第 9.56 至 9.62 段的討論。
[6] 見前面第 9 章第 9.63 至 9.65 段的討論。
[7] 見前面第 9 章第 9.66 至 9.68 段的討論。
[8] 見前面第 9 章第 9.69 至 9.70 段的討論。

建議 9

（未婚父親取得父母責任——現行法律的用語）

我們建議[9]《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(c)(ii)及(d)條中關於未婚父親的*“權利及權能”*的用語應予修改，以反映新的用語着重責任而非權利。

建議 10

（透過簽署出生登記冊取得父母責任）

我們建議[10] 未婚父親應該能夠藉着簽署出生登記冊來取得父母責任與權利。建議的法例應將這種做法納入可藉以取得父母責任的方法的清單中。我們不建議未婚父親可自動取得父母責任與權利。

建議 11

（父母責任協議）

我們建議[11] 應鼓勵未婚父母簽訂父母責任協議，以保障子女的最佳利益。

我們亦建議應鼓勵未婚母親爲子女委任遺囑監護人。

建議 12

（父母各自獨立行事）

我們建議[12] 採納一項依循《1989 年兒童法令》第 2(7)條而訂立的條文，使負有父母責任的人能夠各自獨立行事，但該條文只限適用於子女的日常照顧和最佳利益兩方面。

---

[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。

建議 13

（父母責任的涵蓋範圍——當須要取得同意或作出通知之時）

我們建議[13] 我們所提議訂立的法例應指明哪些關於子女的決定需要父母另一方明確表示同意才可作出，以及哪些關於子女的決定只需通知父母另一方便可作出。

我們亦建議應賦予法院明確的權力在法院認爲有需要的情況下更改或免除關於取得同意或作出通知的規定。

建議 14

（贍養令的強制執行）

我們建議[14] 政府應檢討關於強制執行贍養令的現行法律和程序，察看如何可以令這些法律和程序更有效。

建議 15

（行事抵觸法院命令）

我們建議[15] 採納一項依循《1989 年兒童法令》第 2(8)條而訂立的條文。

建議 16

（轉授父母責任）

我們建議[16] 依據英格蘭的《1989 年兒童法令》第 2(9)至(11)條而制定一項條文，但加入其意如下的字句：法院如認爲執行該條文所述種類的安排不符合子女的利益，則不得執行該等安排。

我們亦建議廢除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 4 條。

---

[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。

建議 17

（持續父母責任）

我們建議[17] 依循《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 11(11)條而訂立一項條文，指明當某人已負有父母責任與權利之時另一人亦取得該等權利，會對前者繼續持有父母責任與權利有何影響。

建議 18

（免除尚存的父母擔任監護人）

我們建議[18] 廢除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 6(3)條中關於免除尚存的父母擔任監護人的權利。

建議 19

（未婚父親作爲尚存的父母）

我們建議[19] 在《未成年人監護條例》（第 13 章）中加入一項條文，其意思是未婚父親由獲授予父母權利或責任的一刻起，便可以在子女的母親去世後就該條例而言被視爲尚存的父母。

---

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。

（以下所列建議見於本報告書第 10 章——爲兒童發出的法院命令的類別）

建議 20

（管養令）

我們建議[20] 廢除關於婚姻的條例（包括《未成年人監護條例》（第 13 章）及《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章））中處理管養令的條文，並由藉以引入本章稍後概述的一系列新命令的條文取代。

建議 21

（同住令的定義）

我們建議[21] 應該就 *"同住令"* 訂立法定條文。

我們建議應在同住令的定義中加入一項提述，列明獲發同住令的父親或母親須對 *"有關兒童的日常照顧和最佳利益"* 承擔責任。

我們建議該項定義應該是這樣的：*"同住令是訂明兒童須與何人同住及何人須對兒童的日常照顧和最佳利益承擔責任的安排的命令。"*

建議 22

（更改姓氏）

我們建議[22] 制定一項類似英格蘭的《1989 年兒童法令》第 13(1)(a) 條的條文，規管更改兒童姓氏一事。

---

[20] 見前面第 10 章第 10.4 至 10.9 段的討論。
[21] 見前面第 10 章第 10.10 至 10.16 段的討論。
[22] 見前面第 10 章第 10.17 至 10.18 段的討論。

建議 23

（父母以外人士）

我們建議[23] 依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 12(2)條制定一項條文，這項建議條文是關乎向獲發同住令的父母以外人士授予父母責任。

建議 24

（聯繫令）

我們建議[24] 應依循《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 11(2)(d)條的模式就*“聯繫令”*訂立法定條文。

我們亦建議該條文應規定，享有聯繫權的父親或母親在行使與兒童聯繫的權利之時，有權在關乎該兒童的日常照顧的事宜上獨立行事。

建議 25

（指定事項令）

我們建議[25] 應爲*“指定事項令”（specific issues order）*訂立法定條文，該條文應類似英格蘭的《1989 年兒童法令》第 8(1)條。

建議 26

（禁止行動令）

我們建議[26] 應爲*“禁止行動令”*訂立法定條文，該條文應類似英格蘭的《1989 年兒童法令》第 8(1)條。

---

[23] 見前面第 10 章第 10.19 段的討論。
[24] 見前面第 10 章第 10.20 至 10.25 段的討論。
[25] 見前面第 10 章第 10.26 至 10.30 段的討論。
[26] 見前面第 10 章第 10.31 至 10.34 段的討論。

建議 27

（補充規定）

我們建議[27] 採納一項類似《1989 年兒童法令》第 11(7)條的條文；該條文賦權法院在發出的法院命令中載列一些指示或條件。

建議 28

（第三者提出申請的權利）

我們建議[28] 刪除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 10 條就第三者向法院申請關乎兒童的命令的權利所設的限制。

我們建議依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10 條而引入一項條文，並對其中第(5)(b)及(10)款作出修改，以訂明如果有關兒童在過去三年內曾與申請人同住的期間合共滿一年，申請便無需法院許可亦可以提出。

我們又建議上述一年期間不一定要是連續的，但不得在提出申請的三個月或更早之前已告終止。

建議 29

（爲兒童作出的安排）

我們建議[29]《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 18 條應予修訂，規定法院須顧及兒童的意見和讓兒童與父母雙方保持聯繫是否可取，就如英格蘭的《1996 年家事法法令》第 11(4)條所規定的一樣。

我們也建議父母必須令法院信納爲子女作出的安排是最佳的可行安排。法院應審查關於子女居住的地點和國家的未來計劃以及子女打算如何與父母雙方保持聯繫，特別是如果父母其中一方計劃從香港移居外地的話更應這樣做。

---

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。

我們亦建議爲了與婚姻法例中的其他條文內容一致，第 18(5)(a)(i)條應予修訂，將所提述的年齡定爲 18 歲。

建議 30

（不發出命令的原則）

我們建議[30] 在父母雙方同意法院不發出命令而且不發出命令是切合子女的最佳利益的案件裏，應有 *"不發出命令"* 的做法可供選擇。

建議 31

（家事法律程序）

我們建議[31] 制定一項類似英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10(1)條的條文，以賦予法院特定權力在任何家事法律程序中發出第 8 條所設的命令。

我們亦建議引入 *"家事法律程序"* 的定義。

建議 32

（就法院命令而言父母責任終止的年齡）

爲使條文內容一致起見，我們建議[32] 對兒童負有的父母責任以及依循《1989 年兒童法令》第 8 條所設的命令（如同住令、聯繫令或指定事項令等）而訂立的條文，應在兒童年滿 18 歲時停止生效。。

我們亦認爲：

(a) 《婚姻法律程序與財產條例》（第 192 章）第 10 條應繼續適用於爲 18 歲及以上且屬於該條文所指範疇內的子女而發出的經濟給養令和贍養令；及

---

30 見前面第 10 章第 10.50 至 10.58 段的討論。
31 見前面第 10 章第 10.59 至 10.61 段的討論。
32 見前面第 10 章第 10.62 至 10.67 段的討論。

(b) 法律可能在下述方面存在脫漏：有些 18 歲以上的子女在精神上的病況或其無行爲能力的程度雖然未嚴重至足以歸入現行關於精神健康的法律條文所涵蓋的範疇內，但仍需要某種超乎《婚姻法律程序與財產條例》所提供的經濟給養以外的形式的法定保障。

（以下所列建議見於本報告書第11章——特別爲涉及家庭暴力的案件而設的考慮因素）

建議 33

（由政府檢討香港處理家庭暴力的一般法律）

我們建議[33] 政府應檢討關於家庭暴力的法律，並應引進改革措施改善該等法律的涵蓋範圍和成效。

建議 34

（"家庭暴力"的新定義）

我們建議[34] 依循新西蘭的《1985 年家庭暴力法令》第 3 條給"家庭暴力"引入一個廣闊而且包含一切的定義。

建議 35

（法院根據《家庭暴力條例》（第 189 章）就管養令及探視令而具有的權力）

我們建議[35] 應賦權法院在根據《家庭暴力條例》（第 189 章）發出強制令時，可同時作出下列臨時措施：暫停執行先前已發出的探視令或聯繫令，或把已發出的命令改爲受監管的探視令或聯繫令。

我們建議福利原則或最佳利益原則應作爲法院行使該項權力的指引。

我們亦建議法院在根據《家庭暴力條例》（第 189 章）發出強制令時，應有權發出決定兒童住所或決定關於父母責任的其他方面事宜（包括贍養的問題）並切合兒童最佳利益的臨時相應命令。

我們建議福利原則或最佳利益原則應作爲法院行使該項權力的指引。

---

[33] 見前面第 11 章第 11.40 至 11.51 段的討論。
[34] 見前面第 11 章第 11.52 至 11.54 段的討論。
[35] 見前面第 11 章第 11.55 至 11.60 段的討論。

我們進一步建議應向各方當事人施加責任，規定他們在申請強制令時必須披露法院先前發出的相關命令，以免法院發出的命令與先前所發出的管養令、探視令、同住令或聯繫令有抵觸。

建議 36

（訂立司法指引以增補透過立法作出的改革）

我們建議[36] 應爲司法機關的各級法院訂立指引，列明當家庭暴力被提述爲拒絕或限制父母與子女聯繫的理由時法院所應採取的做法。

建議 37

（向法院提供多一些資料）

我們認爲法院在依據兒童的最佳利益作出決定時，最重要的是能夠就兒童所面對的任何風險作出適當的評估，這包括法院能夠在進行臨時聆訊時調查關於家庭暴力的指控。

我們建議[37] 在父母的刑事紀錄可能與家庭暴力問題有關的情況下，應考慮容許審理聯繫令申請的法院取覽該等紀錄以及不時獲告知在同一時期內針對施行家庭暴力者的其他法律程序的進展。

建議 38

（受監管的聯繫）

我們建議[38] 政府應檢討香港在進行受監管的聯繫方面的現有安排和設施。

---

36 見前面第 11 章第 11.63 段的討論。
37 見前面第 11 章第 11.64 至 11.65 段的討論。
38 見前面第 11 章第 11.66 段的討論。

建議 39

（爲處理家事案件的人員提供持續的培訓）

與英格蘭的有關建議的取向一樣，我們認爲[39] 有需要爲所有在家事司法制度內工作的界別（包括法律界及司法機構）提供持續的培訓，亦有需要提高該等界別對家庭暴力給兒童及其同住父母所造成的影響的認知程度。

建議 40

（關於私隱的問題）

我們建議[40] 政府考慮檢討關於家庭虐待行爲的受害人的保障私隱安排，並考慮檢討家事司法制度容易被濫用的情況。

建議 41

（長期研究）

我們建議[41] 應對目擊家庭暴力及／或成爲家庭暴力的受害人給兒童所造成的影響進行長期研究。

我們也建議對源自這些案件的法庭程序的資料進行仔細的搜集和分析。

---

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。

（以下所列建議見於本報告書第 12 章——兒童的心聲）

建議 42

（兒童的意見）

我們建議[42]每一條關於婚姻的條例都應明確提述需要聽取兒童的意見。

我們亦建議應採用聯合國《兒童權利公約》的用語，好讓制定婚姻法例的條文時採用兒童的 *"意見"* 而非 *"意願"* 一詞。

建議 43

（如何及何時考慮兒童的意見）

鑒於我們已在前文建議訂立法定的考慮因素清單，我們建議[43] 兒童的意見應成爲該清單中一項考慮因素而非自成一項獨立條文。當法官作出切合兒童的最佳利益的決定時，兒童的意見應與清單中其他考慮因素取得平衡。

我們建議在上述條文獲得採納後廢除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(A)條。

建議 44

（兒童的意見如何表達）

我們建議[44] 應提供渠道，讓兒童可按其意願直接或間接表達意見。兒童一旦表示有意表達意見，法院便須聽取其意見，但是考慮兒童的意見時所給予的比重則完全由法院決定。

我們建議應在法例中訂立機制以查明兒童的意見和讓兒童表達意見。我們因此建議採納一條依循澳大利亞的相應法例第 68G(2)條而訂立的條文，但將其中 *"意願"* 一詞修改爲 *"意見"*。

---

42 見前面第 12 章第 12.2 至 12.9 段的討論。
43 見前面第 12 章第 12.10 至 12.15 段的討論。
44 見前面第 12 章第 12.16 至 12.21 段的討論。

我們建議在這項條文獲得採納後廢除《未成年人監護條例》（第 13 章）第 3(1)(a)(i)(B)條。

我們亦建議，兒童向法官表達的任何意見應由法官保密，不得向兒童的父母透露。

我們進一步建議當社會工作主任獲委派查明兒童的意見時，應該只讓那些在這方面受過適當培訓和具備充足經驗的社會工作主任處理這些敏感的案件。

建議 45

（兒童並非必須表達意見）

我們建議[45] 不應強令兒童表達其意見。

爲了清楚表明這個立場，我們建議依循澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68H 條引入一條其意如此的法定條文。

建議 46

（爲取得兒童的意見而訂定的心智成熟年齡）

我們建議[46] 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。

建議 47

（《婚姻訴訟規則》（第 179 章）在委任獨立法律代表方面的歧異）

我們建議[47] 應解決《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 72 條與第 108 條之間關於委任獨立法律代表或訴訟監護人方面的歧異。

---

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。

建議 48

（可委任獨立法律代表的幾類法律程序）

爲免除疑問，應清楚訂明在處理任何關於兒童的父母責任或監護權的爭議時，都可以爲兒童委任獨立法律代表。[48]

建議 49

（誰人可申請委任獨立法律代表）

我們建議[49] 廢除《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 108 條，並依循澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68L(3)條而制定條文。

我們亦建議英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10 條對於誰人可申請有關命令所載列的限制，也應適用於這項新條文。

建議 50

（委任獨立法律代表的準則）

我們建議[50] 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，但涉及可能成爲照顧令或監管令對象的兒童的個案則不包括在內。

我們建議將這一系列準則納入法例中。

建議 51

（獨立法律代表的職責指引）

我們建議[51] 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。

---

48 見前面第 12 章第 12.36 至 12.38 段的討論。
49 見前面第 12 章第 12.42 至 12.45 段的討論。
50 見前面第 12 章第 12.46 至 12.51 段的討論。
51 見前面第 12 章第 12.52 至 12.56 段的討論。

建議 52

（兒童作爲一方當事人）

我們建議[52]，只要已向法院取得許可，原則上應容許兒童成爲關乎他自己的法律程序的一方當事人，但他必須具有充分理解力，可指示律師和大律師代表他行事。

我們建議引入一項依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10(8)條及英格蘭的《1991 年家事法律程序規則》第 9(2A)條而訂立的條文。

建議 53

（訟費）

在擔任兒童的法律代表的人並非法定代表律師的案件中，我們建議[53]法院應獲授權可命令各方當事人承擔兒童的獨立法律代表或訴訟監護人的訟費。

---

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。

（以下所列建議見於本報告書第 13 章——有關事宜）

建議 54

（《分居令及贍養令條例》（第 16 章））

我們建議[54] 保留《分居令及贍養令條例》（第 16 章）的條文，以處理其他關於婚姻法律程序的法例沒有顧及的特殊情況，例如涉及舊式婚姻或夫妾關係的情況。

建議 55

（下令發出照顧令和監管令的權力）

我們建議[55] 保留在處理監護權爭議和任何其他關乎兒童最佳利益的爭議中發出照顧令和監管令的權力。

我們也建議應解決社會福利署署長根據《未成年人監護條例》（第 13 章）及《婚姻訴訟條例》（第 179 章）就照顧令和監管令而具有的權力與他根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）可行使的權力兩者之間的歧異。

建議 56

（照顧令和監管令的定義）

我們建議[56] 應在每一條關於婚姻的條例中訂明照顧令和監管令的定義。

建議 57

（理由）

我們建議[57] 應限定社會福利署署長只有權引用《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34(2)條所載列的相同理由，作爲在私法法律程序中申請照顧令或監管令的理由。

---

54 見前面第 13 章第 13.2 至 13.7 段的討論。
55 見前面第 13 章第 13.11 至 13.14 段的討論。
56 見前面第 13 章第 13.15 段的討論。
57 見前面第 13 章第 13.16 至 13.18 段的討論。

建議 58

（福利原則或最佳利益原則的應用）

我們建議[58] 福利原則或最佳利益原則應主導所有根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）進行的法律程序。

建議 59

（由社會福利署署長提出單方面申請）

我們建議[59] 修訂《婚姻訴訟規則》（第 179 章）第 93 條和《區域法院規則》（第 336 章）第 90 號命令第 4 條規則，以容許社會福利署署長在緊急情況下提出單方面申請，但如署長的申請受到反對，則必須進行各方當事人之間的聆訊。

建議 60

（第三者）

我們建議[60]《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 34 條應予修訂，以容許第三者申請照顧令或監管令。

我們亦建議在該類公法法律程序中，應採納已在私法法律程序中採納的相同準則規範由第三者提出的上述申請。

建議 61

（"照顧與保護"法律程序的聆訊所需的法庭環境氣氛）

我們建議[61] 應研究如何爲需出席"照顧與保護"法律程序的兒童改善法庭的環境氣氛。

---

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。

建議 62

（在公法法律程序中安排獨立法律代表——委任的準則）

我們建議[62] 在照顧或監管兒童的法律程序中，不論該等法律程序是根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）還是根據關於婚姻的條例提出的，兒童都應有當然權利獲提供法定代表律師作爲其獨立法律代表。

建議 63

（父母的法律代表及法律援助）

我們建議[63] 若社會福利署署長不論根據關於婚姻的條例抑或根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）向法院申請照顧令或監管令，而有關父母符合獲提供法律代表服務的資格，應准許父母在少年法庭獲得當值律師服務辦事處提供法律代表，而在家事法庭或高等法院原訟法庭則獲得法律援助署提供法律代表。

我們也建議在關於法院監護的法律程序中，若申請人是社會福利署署長或其他公共機構，則案中兒童及其父母應獲法律援助署提供法律代表，因爲法院監護令的效力是剝奪父母的有關責任。

建議 64

（獨立法律代表的職責指引）

我們建議[64] 採納澳大利亞的指引，以列明在少年法庭進行的關於照顧保護令和監管令的法律程序中代表兒童及其父母的律師所應履行的職責。

我們亦建議爲處理這類敏感而複雜的案件的律師提供專門培訓，訓練他們如何與兒童及其父母面談和如何在法律上代表他們，並建議只應由接受過這類專門培訓的律師處理該等案件。

---

62 見前面第 13 章第 13.30 至 13.34 段的討論。
63 見前面第 13 章第 13.35 至 13.39 段的討論。
64 見前面第 13 章第 13.40 至 13.41 段的討論。

我們進一步建議上述安排應同樣適用於在家事法庭中涉及根據關於婚姻的條例發出照顧令和監管令的案件。

建議 65

（評估）

我們建議[65] 區域法院法官在發出照顧令之前，應有權根據關於婚姻的條例命令有關兒童接受醫生、臨床心理學家或認可社工評估，猶如《保護兒童及少年條例》（第 213 章）第 45A 條所規定的一樣。

我們也建議社會福利署署長應有權在該等法律程序中依循第 45A 條的做法命令有關兒童接受評估。

建議 66

（兒童的意見）

我們建議[66] 在進行根據《保護兒童及少年條例》（第 213 章）提起的法律程序時，應考慮兒童的意見。

建議 67

（關於在法院命令下受照顧的兒童的聯繫安排）

我們建議[67]，如父母有子女根據關於婚姻的條例成爲照顧令的對象，父母應有權申請某些命令以確保可與有關子女保持定期聯繫。

我們也建議修訂《保護兒童及少年條例》（第213章）第 34C(6)條，讓法院在發出照顧令時可同時發出聯繫令。

---

65 見前面第 13 章第 13.42 至 13.43 段的討論。
66 見前面第 13 章第 13.44 至 13.45 段的討論。
67 見前面第 13 章第 13.46 至 13.49 段的討論。

建議 68

（法院監護令停止生效的年齡）

我們建議[68] 制定條文，清楚訂明法院監護令的有效期會於當事人年滿 18 歲時終止。

我們也建議應清楚訂明法定代表律師對兒童的司法權限會於兒童年滿 18 歲時終止，惟超逾該年齡但身患殘疾的人則不在此限。

建議 69

（無需父母同意便可結婚的年齡下限）

我們建議[69] 保留 16 歲爲可在獲得父母同意的情況下結婚的年齡下限。

我們亦建議將無需父母同意亦可結婚的年齡下限由 21 歲降至 18 歲。

建議 70

（命令的執行）

我們建議[70]，爲了執行管養令、探視令、同住令和聯繫令，以及將被非法帶離香港的兒童交還及將被非法帶至香港的兒童交還的命令，應與中國內地建立相互法律協助機制。

建議 71

（合併有關法例）

我們建議[71] 凡屬處理關於兒童的爭議，離婚安排、監護權、與第三者的爭議或父母之間不涉離婚官司的爭議的各項條文，都應盡可能合併在一條現行的條例中。

---

68 見前面第 13 章第 13.52 至 13.55 段的討論。
69 見前面第 13 章第 13.56 至 13.59 段的討論。
70 見前面第 13 章第 13.63 至 13.68 段的討論。
71 見前面第 13 章第 13.69 至 13.74 段的討論。

據此，我們建議應將任何因我們在這方面的建議而立法制定的任何條文以及現行關於監護權和管養權的實質條文納入一條綜合條例內。

我們亦建議，*“兒童”*和*“家庭子女”*這兩個通用於所有條例的詞語，應該有一個劃一的定義。

建議 72

（政策協調）

我們建議[72] 應由單一個政策局接收一切制定和實施關於家庭和兒童的政策的責任，尤其是所有關於婚姻和兒童的條例的責任。至於承擔這方面責任的部門應該是衞生福利及食物局還是民政事務局，則由政府決定。

[72] 見前面第 13 章第 13.75 至 13.77 段的討論。

附件 1

回應《監護權和管養權諮詢文件》的個人及團體名單

1. 人際輔導中心
2. 入境事務處處長
3. 司法機構政務長
4. 民政事務局局長
5. 民政事務總署署長
6. 防止虐待兒童會
7. 希仕廷律師行江潤紅女士
8. 和諧之家
9. 周毅英醫生
10. 房屋局局長
11. 法定代表律師
12. 法律援助署署長
13. 社會福利署署長
14. 金愛寧女士
15. 律政司民事法律科
16. 律政司刑事檢控科
17. 香港大律師公會
18. 香港大學法律學院
19. 香港大學社會工作及社會行政學系
20. 香港女律師協會
21. 香港小童群益會
22. 香港中華基督教青年會
23. 香港公教婚姻輔導會
24. 香港心理學會

25. 香港各界婦女聯合協進會
26. 香港兒童權利委員會
27. 香港明愛（社會工作服務部）
28. 香港明愛家庭服務
29. 香港明愛家庭服務婚外情問題支援服務
30. 香港社會服務聯會
31. 香港青年法律工作者協會有限公司
32. 香港城市大學公共及社會行政學系
33. 香港城市大學法律學院助理教授 Heather Douglas 女士
34. 香港律師會
35. 香港家庭法律協會
36. 香港家庭福利會
37. 香港家庭福利會陳子英女士
38. 香港家庭福利會勞柳愛女士
39. 香港基督教女青年會
40. 香港婦女發展聯會
41. 香港調解中心
42. 香港學生輔助會
43. 基督教靈實協會
44. 曾蘊慧女士
45. 新婦女協進會
46. 群福婦女權益會
47. 聖約翰座堂輔導服務
48. 衛生署署長
49. 鄭梅紅女士
50. 鍾婉儀女士
51. J J A Bosch 先生及 S F M Wortmann 女士

附件 2

有關的海外法例以及
建議訂立的《兒童條例草案》的有關條文草擬本

背景

1. 本附件臚列了三條可互相比較的法規的部分有關條文，它們分別是英格蘭的《1989 年兒童法令》、《1995 年蘇格蘭兒童法令》，以及澳大利亞的經由《1995 年家事法改革法令》修訂的《1975 年家事法法令》。此外，本附件也載有建議訂立的香港《兒童條例草案》的部分條文草擬本。

列明須予考慮因素的法定清單

2. 英格蘭的《1989 年兒童法令》第 1(3)條訂明：

"在第(4)款所述的情況中，法院須特別顧及－

(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，以及法院認爲有關的其他特徵；

(e) 其所曾經受到或可能受到的傷害；

(f) 其父親、母親和法院認爲與問題有關的人，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。"

3. 經由《1995 年家事法改革法令》修訂的澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F 條訂明：

"68F. (1) 除第（3）款另有規定外，法院在決定甚麼才符合兒童的最佳利益時，必須考慮第（2）款所列明的事項。

(2) 法院必須考慮：

(a) 兒童所表達的任何意願，以及法院認爲與考慮兒童意願所佔比重有關的因素（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繫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），以及兒童被法院認爲是有關的其他特徵；

(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、暴力或受其他行爲對待；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、暴力或其他行爲對待；

(h) 兒童的父親和母親對兒童所表現的態度，以及對父母身分的責任所表現的態度；

(i) 涉及兒童或其家庭的任何成員的家庭暴力；

(j) 適用於兒童或其家庭的任何成員的家庭暴力令；

(k) 應否作出最小機會導致就兒童提起進一步法律程序的命令；

(l) 法院認爲有關的其他事實或情況。

(3) 如果法院正在考慮是否作出一項法律程序的各方當事人均表同意的命令，法院便可顧及第（2）款所列明的全部或任何事項，但並非必須這樣做……。”

4. 建議訂立的列明須予考慮因素的法定清單，[1] 其草擬本是依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 1(3)條和澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F(2)條[2] 而擬定的，並應訂明：

“(3) 在第〔(4)〕款所述的情況中，法院須特別顧及：

(a) 有關兒童的可查明意見（須按其年齡和理解力而考慮）；

---

1 見前面第 9 章第 9.23 至 9.49 段的討論（參看建議 3）。

2 建議訂立的法定清單中的因素(a)是依循英格蘭的《1989 年兒童法令》（“《1989 年法令》”）第 1(3)(a)條而擬定的；因素(b)是依循《1989 年法令》第 1(3)(b)條而擬定的；因素(c)是依循澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F(2)(b)條而擬定的；因素(d)是依循《1989 年法令》第 1(3)(c)條而擬定的；因素(e)是依循《1989 年法令》第 1(3)(d)條和澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F(2)(f)條而擬定的；因素(f)是依循澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F(2)(h)條而擬定的；因素(g)是依循《1989 年法令》第 1(3)(e)條而擬定的；因素(h)是依循澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F(2)(i)條而擬定的；因素(i)是依循《1989 年法令》第 1(3)(f)條而擬定的；因素(j)是依循澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F(2)(d)條而擬定的；因素(k)是依循《1989 年法令》第 1(3)(g)條而擬定的；而因素(l)則是依循澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68F(2)(l)條而擬定的。

(b) 該名兒童在身體、感情和教育方面的需要；

(c) 該名兒童與父親、母親和其他人之間關係的性質；

(d) 該名兒童的情況有變對其所可能造成的影響；

(e) 該名兒童的年齡、成熟程度、性別、社會和文化背景，以及該名兒童被法院認爲是有關的其他特徵；

(f) 該名兒童的父親和母親對該名兒童所表現的態度，以及對父母身分的責任所表現的態度；

(g) 該名兒童所曾經受到或可能受到的傷害；

(h) 涉及該名兒童或其家庭的任何成員的家庭暴力；

(i) 該名兒童的父親、母親和法院認爲與問題有關的人，能滿足該名兒童的需要的程度有多大；

(j) 〔一項依循下文而擬定但範圍更爲廣泛的條文〕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繫個人關係和定期保持直接聯繫的權利會否有重大影響；

(k) 法院根據本條例在有關法律程序中可行使的權力範圍；

(l) 法院認爲有關的其他事實或情況。”

父母責任

5. 建議訂立的父母責任[3]條文的草擬本，是依循《1995年蘇格蘭兒童法令》第1條而擬定的，並應訂明：

“1. (1) 父母對子女負有以下的責任：

[3] 見前面第9章第9.56至9.62段的討論（參看建議5）。

(a) 保障並促進子女的健康、發展及最佳利益；

(b) 以配合子女的發展階段的方式來向子女提供：

(i) 指導；
(ii) 指引；

(c) 如果子女不是與父母同住，則與子女經常保持個人關係和直接聯繫；及

(d) 出任子女的法律代表，

但上述責任僅以遵行本條是切實可行並符合兒童的利益爲限。

(2) 就本條而言，'兒童'指年齡在 18 歲以下的人。

(3) 上文第(1)款(a)至(d)段所述的責任，在本條例中稱爲'父母責任'；而兒童或任何代其行事的人，均有權在涉及該等責任的法律程序中提出起訴或抗辯。

(4) 該等父母責任取代普通法中施加於父母其中一方的類似職責；但本條不損害如此施加於該一方的任何其他職責，亦不損害藉着、根據或憑藉本條例的任何其他條文或任何其他成文法則而施加於該一方的任何職責。"

父母權利

6. 建議訂立的父母權利[4]條文的草擬本，是依循《1995年蘇格蘭兒童法令》第 2 條而擬定的，並應訂明：

"2. (1) 爲使父母其中一方能對子女履行父母責任，該一方具有以下的權利：

[4] 同上。

(a) 規定子女須與自己同住，否則便可規管子女的住所；

(b) 以配合子女的發展階段的方式，就子女的教養作出控制、指導或指引；

(c) 如果子女不是與自己同住，則與子女經常保持個人關係和直接聯繫；及

(d) 出任子女的法律代表。

(2) 除下文第（3）款另有規定外，除非賦予父母權利或規管行使父母權利的判令或契約另有規定，否則凡兩名或以上人士就一名兒童具有父母權利，他們當中的每一人均可未經對方或其餘各人（視屬何情況而定）同意而行使該權利。

(4) 第（1）款（a）至（d）段所述的權利，在本條例中稱爲‘父母權利’；而父母其中一方或任何代其行事的人，均有權在涉及該等權利的法律程序中提出起訴或抗辯。

(5) 該等父母權利取代父母其中一方在普通法中所享有的類似權利；但本條不損害該一方所如此享有的任何其他權利，亦不損害該一方藉着、根據或憑藉本條例的任何其他條文或任何其他成文法則所享有的任何權利。

(7) 在本條中，‘兒童’指年齡在 18 歲以下的人。”

由父母作出的轉授

7. 建議訂立的轉授父母權利和父母責任[5]條文的草擬本，是依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 2(9)至 2(11)條而擬定的，並應訂明：

“(9) 對兒童負有父母責任的人，不得把該責任的任何部分放棄或轉移給別人，但可安排把該責任部分或全

[5] 見前面第 9 章第 9.111 至 9.114 段的討論（參看建議 16）。

部交由一名或多名代他行事的人履行。

(10) 與他作此安排的人，可以是本來已對有關兒童負有父母責任的人。

(11) 此安排的作出，並不影響作此安排的人因未有履行自己對有關兒童的父母責任的任何部分而須承擔的法律責任。”

並加入一項依循下文而擬定的條文：

“如法院認爲執行夫婦之間的此類協議不會對兒童有利，任何法院均不得將之執行。”

同住令的定義

8. **建議訂立的同住令定義[6]條文的草擬本，是依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 8(1)條而擬定的，並應訂明：**

“在本條例中：

同住令是訂明各種關於兒童須與何人同住和誰來負責兒童的日常照顧和最佳利益的安排的命令。”

聯繫令的定義

9. **建議訂立的聯繫令定義[7]條文的草擬本，是依循《1995 年蘇格蘭兒童法令》第 11(2)(d)條而擬定的，並應訂明：**

“聯繫令是對此年齡以下的兒童與一名現時或未來非同住者保持個人關係和直接聯繫的安排作出規管的命令”。

指定事項令

10. **建議訂立的指定事項令定義[8]條文的草擬本，是依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 8(1)條而擬定的，並應訂明：**

---

[6] 見前面第 10 章第 10.14 至 10.16 段的討論（參看建議 21）。
[7] 見前面第 10 章第 10.20 至 10.25 段的討論（參看建議 24）。
[8] 見前面第 10 章第 10.26 至 10.30 段的討論（參看建議 25）。

"指定事項令是爲裁決某個涉及對兒童的父母責任的任何一方面而已經或可能出現的指定問題而作出指示的命令。"

禁止行動令

11. **建議訂立的禁止行動令定義[9]條文的草擬本，是依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 8(1)條而擬定的，並應訂明：**

"禁止行動令是規定任何人未經法院同意不得採取屬命令所指明的該類行動的命令，而該類行動是父母任何一方爲履行對子女的父母責任所可採取的。"

父母以外人士所負有的父母責任

12. **建議訂立的父母以外人士所負有的父母責任[10]條文的草擬本，是依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 12(2)條而擬定的，並應訂明：**

"(2) 如法院作出同住令判令有關兒童須與並非其父母或其監護人的人同住，則該人在同住令有效期間對有關兒童負有父母責任。"

家事法律程序

13. **建議訂立的家事法律程序[11]條文的草擬本，是依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10(1)條而擬定的，並應訂明：**

"(1) 在出現涉及任何兒童的最佳利益的問題的家事法律程序中，如符合以下情況，則法院可作出第 8 條命令：

(a) 已有人向法院申請作出第 8 條命令，而該人是：

(i) 有權就該名兒童申請第 8 條命令；或

---

[9] 見前面第 10 章第 10.31 至 10.34 段的討論（參看建議 26）。
[10] 見前面第 10 章第 10.19 段的討論（參看建議 23）。
[11] 見前面第 10 章第 10.59 至 10.61 段的討論（參看建議 31）。

(ii) 已向法院取得提出申請的許可；或

(b) 雖然未有該項申請提出，但法院認爲應該作出第 8 條命令。”

第三者提出申請的權利

14. **建議訂立的第三者提出申請的權利[12]條文的草擬本，是依循英格蘭的《1989 年兒童法令》第 10(5)(b)及(10)條而擬定的，並應訂明：**

“(5) 下列人士有權就一名兒童申請同住令或聯繫令：

(b) 曾與該名兒童同住爲期最少一年的人；

(10) 第 5(b)款所述的一年期限無須連續不斷，但不得早於提出申請時起計三年之前開始，亦不得早於提出申請時起計三個月之前結束。”

兒童如何表達意見

15. **建議訂立的兒童如何表達意見[13]的條文的草擬本，是依循澳大利亞的《1975 年家事法法令》第 68G(2)條而擬定的，並應訂明：**

“(2) 法院可透過下列途徑得知兒童所表達的意見：

(a) 參考提交法院的報告所收載的任何資料；或

(b) （在法院規則的規限下）法院認爲適當的其他途徑。”

---

12 見前面第 10 章第 10.37 至 10.43 段的討論（參看建議 28）。

13 見前面第 12 章第 12.16 至 12.21 段的討論（參看建議 44）。

附件 3

在有家庭暴力的案件中處理父母與子女聯繫的良好處事常規指引[1]

（由大法官轄下家事法諮詢委員會內的
兒童法令小組委員會擬備）

法院須及早考慮關於家庭暴力的指控

1.1　在有人提出家庭暴力作爲拒絕或限制父母與子女聯繫的理由的每一宗案件裏，法院應盡早考慮所提出的家庭暴力指控（及對該等指控的答辯），並決定若投訴人所指稱（或答辯人所承認）的暴力行爲證明屬實的話，其性質和後果是否很可能會對法院所發出的聯繫令造成影響。

當法院認爲關於家庭暴力的指控若證明屬實的話便很可能會影響到它所發出的命令時所須採取的行動

1.2　若該等指控被否認，而法院認爲所指稱的家庭暴力一經證實，其性質和後果很可能會對法院所發出的命令造成影響，法院應：

a. 考慮需要有甚麼證據令法院能夠就該等指控作出對事實的裁斷；

b. 確保在申請初期已根據《1989 年兒童法令》第 1(1)條發出適當的指令，使法院能夠盡快聆訊受爭議的事宜，包括考慮是否適宜舉行初步聆訊，以期令法院能夠作出對事實的裁斷；

c. 考慮在等待最終聆訊期間發出臨時聯繫令是否切合有關兒童的利益，尤其應顧及在臨時批准的聯繫進行期間及之後均能夠確保子女及同住父親或母親的安全；

---

[1] 請參閱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 *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員就聯繫問題提交報告，但如法院信無需這樣做來保障子女的利益，則作別論；

e. 視乎所作指控的嚴重性及處理有關案件的艱難程度而考慮在有關法律程序中的子女是否需要有獨立法律代表；此外，若案件正在家事法律程序法院中處理，考慮應否將之轉移至郡級法院審理；若案件正在郡級法院處理，則考慮應否將之轉移至高等法院進行聆訊。

在涉及家庭暴力的案件中須給予法院福利工作人員的指示

1.3 a. 在要求與子女聯繫但受到反對的申請中，法院若認爲家庭暴力是一項有關係的議題，並根據《1989 年兒童法令》第 7 條下令法院福利工作人員提交報告，法院的命令應載有明確指示，要求法院福利工作人員處理關於家庭暴力的問題、評估子女已受到的傷害或（若發出聯繫令的話）他有可能受到的傷害、評估能否在聯繫進行之前、期間或之後均確保子女及同住父親或母親的安全，並鑒於有暴力行爲的指控而特別致力於確定子女的意願或感受。

b. 如法院在法院福利工作人員進行調查之前已作出對事實的裁斷，則法院應確保一份述明其判決或對事實的裁斷的文件於判決或裁斷作出後在切實可行範圍內盡快提供予法院福利工作人員。

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親或母親的所在但要求與子女聯繫的父母另一方並不知悉，且法院認爲暫時維持現狀切合子女的最佳利益，則法院應發出指示，要求確保關乎同住父親或母親及子女的現況的法院福利工作人員報告不會直接或間接透露他們的所在。

等待正式聆訊期間的臨時聯繫

1.4 在決定關於等待正式聆訊期間的臨時聯繫的任何問題時，法院：

a. 應明確考慮《1989 年兒童法令》第 1(3)條所載列的事項（“福利清單”）；

b. 應特別顧及若批准或拒絕聯繫的話很可能會對子女造成傷害，不論是身體上還是感情上又或兩者皆有的傷害；

c. 如果斷定上述聯繫切合子女的利益的話，應研究需要就如何進行聯繫發出甚麼指示，尤其是聯繫是否需要在受監管的情況下進行，而若需要的話則由誰人負責監管；以及一般而言在可能範圍內盡量確保子女受到傷害的風險減至最低，以及確保子女及同住父親或母親在該等聯繫進行之前、期間和之後的安全；

d. 應考慮是否行使它在《1996 年家事法法令》第 42(2)(b) 條下的權力以發出不准騷擾令；

e. 應考慮要求與子女聯繫的父親或母親須否尋求專業意見及／或治療作爲獲發聯繫令的先決條件，或作爲協助法院在最終聆訊時查證子女是否很可能會受到要求聯繫者傷害的做法。

進行正式聆訊時所須考慮的事宜

1.5 若一宗聯繫申請涉及家庭暴力的指控而該項指控被否認，則在該項申請的最終聆訊時：

a. 只要是切實可行的話，法院應該對基於相對可能性的衡量而確立的暴力行爲的性質和程度以及該行爲對子女及同住父親或母親的影響，作出對事實的裁斷；

b. 法院在決定是否批准聯繫時，應該鑒於它已作出的對事實的裁斷而將福利清單中的個別項目參照該等裁斷逐一考慮；具體而言，在每一宗案件裏，若有關裁斷確立有家庭暴力發生，法院便應考慮案中子女因該等暴力行爲所受到的傷害以及若發出聯繫令的話該兒童可能會受到的傷害，並只有在法院信納在聯繫進行之前、期間或之後均能夠確保子女及同住父親或母親的安全的情況下才發出聯繫令。

法院在裁斷有家庭暴力發生後所須考慮的事宜

1.6 法院在每一宗經裁斷爲有家庭暴力發生案件中，應考慮父母雙方向對方及向子女表現出的言行舉止；而法院尤其應考慮：

a. 已確立的家庭暴力行爲對子女及同住父親或母親的影響；

b. 父親或母親要求與子女聯繫的動機是否出於促進子女的最佳利益的願望，還是作爲繼續對父母另一方施行暴力、作出恐嚇或進行騷擾的手段；

c. 要求與子女聯繫的父親或母親在聯繫進行期間很可能會有的行爲表現及該等行爲表現對有關子女的影響；

d. 要求與子女聯繫的父親或母親在明白過去及將來的暴力行爲對父母另一方及有關子女的影響方面的能力；

e. 要求與子女聯繫的父親或母親對自己過往的暴力行爲所持的態度，尤其是他或她有沒有能力作出改變及／或適當地控制自己的行爲表現。

在法院裁斷有家庭暴力發生後但仍然發出聯繫令時所須考慮的事宜

1.7 若法院裁斷有家庭暴力發生，但在參考福利清單後還是認爲讓有關子女直接與父親或母親聯繫切合該子女的最佳利益，則法院（除了考慮上文第 5 及 6 段所列明的事宜外）應考慮需要發出甚麼指示使聯繫令能夠根據《1989 年兒童法令》第 11(7)條施行，而且應特別考慮下列事宜：

a. 聯繫應否在受監管的情況下進行，如果應該的話則由誰人負責監管；

b. 獲發聯繫令的一方應遵守甚麼條件（例如要尋求專業意見或治療）；

c. 應否行使法院在《1996 年家事法法令》第 42(2)(b)條下的權力以發出不准騷擾令；

d. 上述聯繫應否只可在某段指明期間內進行或應否帶有限定在某段指明期間內有效的規定；

e. 訂定一個日期檢討該項命令，並作出指示確保法院在進行檢討時掌握該項命令的運作情況的全部資料。

關於當地設施的資料

1.8　　法院亦應採取步驟探查(另一做法是指示法院福利工作人員或各方當事人告知法院)當地有甚麼設施可供法院使用，以幫助曾暴力對待伴侶及／或子女的父母，並應在適當情況下訂明行爲粗暴的父母須使用該等設施作爲將來與子女聯繫的一項條件。

判決理由

1.9　　法院在判決書或判決理由中必須解釋它就家庭暴力問題所作出的裁斷如何影響到它就聯繫問題而達致的決定；若法院裁斷有證據證明曾發生家庭暴力但仍然發出聯繫令，則尤其必須透過引述福利清單或其他方法解釋它何以認爲容許聯繫是切合子女的最佳利益。

按語

1.10　　雖然本段所述事宜並非我們的正式指引的一部分，但是我們認爲凡聯繫申請牽涉家庭暴力的指控，所有聆訊該等申請的法院均應檢視法庭的設施，並應盡力確保有不同的等候區分隔該類案件中的各方當事人及備有關於受害人支授組織及其他支援機構的服務資料隨時可供取用。