

# 香港法律改革委员会 报告书

## 儿童监护权

本报告书已上存互联网，网址：<http://www.info.gov.hk/hkreform/chinese>。

2002年1月

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

法改会现任成员如下：

梁爱诗女士	太平绅士	律政司司长	（主席）
李国能先生		终审法院首席法官	
严元浩先生	<b>SBS</b>	太平绅士	法律草拟专员
包致金先生		终审法院常任法官	
周永健先生			
<b>诸</b> 立力先生			
何美欢女士			
胡汉清先生		资深大律师	
邝志坚先生			
赖福明医生		太平绅士	
梁刘柔芬议员	<b>SBS</b>	太平绅士	
史达伟先生			

法改会的秘书是施道嘉先生，办事处地址为：

香港湾仔  
告士打道 39 号  
夏慤大厦 20 楼

电话：2528 0472

传真：2865 2902

电邮：[hklrc@hkreform.gcn.gov.hk](mailto:hklrc@hkreform.gcn.gov.hk)

网址：<http://www.info.gov.hk/hkreform/chinese>

# 香港法律改革委员会 报告书

## 儿童监护权

### 目录

	页
导言	1
第 1 章 儿童监护权在香港的情况	4
引言	4
“监护权”一词的涵义	4
历史背景	5
现代的监护权概念	5
监护权的实况	6
《未成年人监护条例》（第 13 章）有关监护权的条文	7
条例的涵盖范围	7
法院须予考虑的事宜	7
福利原则的应用	8
父母的权利及权能	9
监护人的委任	11
罢免由尚存的父母充任的监护人	12
尚存的父母的反对	13
未婚父亲	13
非婚生儿童由其祖父母／外祖父母照顾	14
共同监护人之间有争执	15
产业监护人	15
社会福利署署长的权力	16
其他有关监护权的条文	17
涉及未成年人的法律程序	17
监护权与法院监护安排	17
法定代表律师的职责	18

同意准予结婚	19
<b>第 2 章 法律所存在的问题</b>	<b>20</b>
引言	20
监护人的委任	20
放弃监护权	20
尚存的父母有否决权	21
由法院委任监护人	21
由监护人委任监护人	21
产业监护人	22
<b>第 3 章 其他司法管辖区的关乎监护权的法律</b>	<b>23</b>
引言	23
英格兰与威尔斯	23
由父母委任监护人	23
委任何时生效	24
委任的方法	26
撤销委任	26
放弃委任	26
由法院委任监护人	27
罢免监护人	27
终止监护权	27
儿童的产业监护人	28
苏格兰	29
由父母委任监护人	29
由现任监护人作出委任	29
儿童对于委任监护人的意见	30
撤销委任	30
委任应于何时生效	30
尚存的父母	31
监护人的责任和权利	32
监护权的终止	33
<b>第 4 章 改革建议</b>	<b>34</b>

引言	34
监护人的委任	34
放弃监护权	36
尚存的父母的否决权	37
儿童对于委任监护人的意见	38
监护人的委任何时生效	39
由法院委任	41
由监护人作出委任	42
罢免或更换监护人	43
产业监护人	43
<b>第 5 章 建议摘要</b>	<b>45</b>
<b>附件 1 回应《监护权和管养权谘询文件》的个人及团体 名单</b>	<b>48</b>
<b>附件 2 有关的海外条文</b>	<b>50</b>

## 导言

1. 香港法律改革委员会（法改会）所作建议已为影响家庭的香港法律带来关键性的变化。法改会于 1991 年发表《非婚生子女问题研究报告书》<sup>1</sup>，建议进行改革，去规划儿童的法律地位，而有关建议终于 1993 年透过《父母与子女条例》（第 429 章）<sup>2</sup> 得以落实。两年之后，法改会建议实施新的离婚制度<sup>3</sup>，结果令《婚姻诉讼条例》（第 179 章）<sup>4</sup> 作出重大修改。至于关乎儿童的监护权和管养权的法律，海外方面已有重大发展，而香港的虽是制订于 1970 年代末期，至今仍有绝大部分是沿旧不变。

2. “监护权”指一种法律地位，而某人是根据这种法律地位对儿童行使父母权利及权能。当父亲或母亲去世，另一人可按遗嘱所示获委任为子女的监护人，代行父职或母职，称为遗嘱监护人，而监护人也可由法院委任。“管养权”通常指父母在离婚后对子女的同住管养、日常照顾和管束的权利。实际上来说，“管养权”通常只是判给闹离婚的父母其中一方，而另一方则只能享有定期与子女会面的“探视”权利。

3. 没有管养权的父母其中一方，历来被视为对于子女生活的参与程度，要远较有管养权的一方为浅，而对于子女的未来，“决定权”也远逊于有管养权的一方。因此，“子女管养权归于何人”这个问题，便成为家事法律程序中最令人担忧的其中一环。令问题更形复杂的便是现时只有父母或社会福利署署长才可申请管养或探视儿童，以致可能是实际照顾儿童的祖父母、外祖父母或其他亲属均无法提出管养或探视申请，而须诉诸于其他较为间接的法律程序，例如令儿童成为受法院监护的人。

4. 就像其他的众多司法管辖区一样，香港的家变率和离婚率近年不断急剧上升<sup>5</sup>。大家都承认离婚这个法律过程，是会对办理离婚的家庭造成严重影响，而如果是要为子女作出安排的话，影响就更为严重，故此某些司法管辖区，例如联合王国和澳大利亚，均已全面修

---

<sup>1</sup> 香港法律改革委员会《非婚生子女问题研究报告书》（论题二十八），1991 年 12 月。

<sup>2</sup> 1993 年第 17 号条例。

<sup>3</sup> 香港法律改革委员会《离婚理由及结婚三年之内申请离婚的时间规限研究报告书》（论题二十九），1992 年 11 月。

<sup>4</sup> 即《婚姻诉讼（修订）条例》（1995 年第 29 号条例）。

<sup>5</sup> 香港在 1972 年所批予的离婚绝对判令有 354 项，及至 1980 年之时，数字已上升至 2,087。1990 年所批予的绝对判令有 5,551 项，而 2000 年的数字则急升至 13,058。（数字由香港特区司法机构提供）

订这方面的法律<sup>6</sup>，而其他的司法管辖区，也正在考虑究竟需要进行什么改革<sup>7</sup>。

5. 1995年4月当时的律政司和首席大法官把监护权和管养权这个课题交予法改会研究，并设定以下的一般研究范围：

**“审议关乎儿童的监护权和管养权的法律及就如何作出适当的修改提出建议。”**

6. 法改会于1996年5月委出了一个小组委员会，由刘健仪议员担任主席，专责探讨上述课题，并向法改会提交改革建议。小组委员会的成员如下：

刘健仪议员 太平绅士 (主席)	刘健仪律师行独资经营律师
苏礼仁法官 (副主席)	区域法院法官
蔡淑音女士	法律援助署助理首席法律援助律师
朱佩莹女士	史蒂文生黄律师事务所合伙人
Robyn Hooworth 女士 (任期至2001年8月28日止)	调解员
洪宏道先生	刘裕丰邝辉南洪宏道律师事务所合伙人
梁冰濂资深大律师	大律师
廖雅慈博士	香港大学法律学院副教授
马伟东先生 太平绅士	香港家庭福利会总干事
唐陆思娴女士	社会福利署港岛福利专员(已退休)

<sup>6</sup> 在英格兰的是《1989年儿童法令》(Children Act 1989)，在苏格兰的是《1995年苏格兰儿童法令》(Children (Scotland) Act 1995)，而在澳大利亚的则是《1995年家事法改革法令》(Family Law Reform Act 1995)。(请亦参阅悉尼大学及澳大利亚家事法庭近日就澳大利亚所作改革而进行的跟进研究：The Family Law Reform Act 1995: The First Three Years (2001年1月))。

<sup>7</sup> 即(新西兰)新西兰司法部谘询文件：Responsibilities for Children - Especially When Parents Part: The Laws About Guardianship, Custody and Access, 2000年8月15日；(加拿大)加拿大议会子女管养权和探视权特别联合委员会：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)。

黄丽君女士

大律师

黄丽璋女士

辅导员

7. 小组委员会的首任秘书是薛佳仪女士。薛女士于 1999 年 2 月获委任为香港监护委员会的主席，小组委员会秘书一职由颜倩华女士接任。颜女士于 2000 年 4 月获委任为法改会的副秘书长。

8. 小组委员会在仔细研究关乎监护权和管养权的法律的过程中，认定了多个重要课题进行检讨。这些课题包括父母其中一方去世时子女的监护权、法律和法院对儿童的管养权和探视安排的处理方法、在家庭个案中采用排解纠纷步骤，以及父母掳子女。

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

10. 本报告书内容涉及研究范围中关于管养权的部分，并对父母一方或双方去世时子女的法律安排作出探讨。第 1 章所探讨的是香港特区现时关乎监护权的法律，第 2 章则指出在这方面的各种问题。第 3 章研究在其他司法管辖区中法律是如何处理儿童监护权这个课题。第 4 章胪列了我们的最终结论和改革建议，而各项建议的摘要则见于第 5 章。

# 第 1 章 儿童监护权在香港的情况

## 引言

### “监护权”一词的涵义

“儿童的福祉端视乎照顾他们的人如何待之，而照顾儿童的人一般都是儿童的父母”。<sup>1</sup>

1.1 儿童生来就需要倚赖他人，故此由襁褓至童年，及至日后长大成人，期间都需要别人为他们的日常照顾和教养费心张罗。<sup>2</sup> 儿童的父母其中一方去世或双方俱亡，是比较少有发生之事<sup>3</sup>，但如果不幸的事情<sup>4</sup>真的发生，则为儿童提供日常照顾和教养，往往要透过委任“监护人”这个机制来进行，而“监护人”是根据已歿的父或母的遗嘱来委任（即“遗嘱监护人”）或由法院委任的。在这个层面来说，“监护权”指一种法律地位，而某人是根据这种法律地位在儿童父母其中一方或双方去世后对儿童行使父母权利及权能。<sup>5</sup> 廖雅慈博士在她的著作中指出：“一般人的理解是此人以父母替代人的身分行事……，故此此人说来应享有与父母相同的权利及权能。”<sup>6</sup>

1.2 本报告书的研究重点，就是与遗嘱监护人和法院所委任的监护人有关的法律。<sup>7</sup>

<sup>1</sup> 廖雅慈博士，*Family Law for the Hong Kong SAR*（香港大学出版社 1999 年），第 211 页。

<sup>2</sup> 阿尔伯达省法律改革会（Alberta Law Reform Institute），*Child Guardianship, Custody and Access*（1998 年第 18.4 号报告书），第 1 页。

<sup>3</sup> *Hoggett, Parents and Children: The Law of Parental Responsibility* (Sweet & Maxwell 1993 年第 4 版)，第 95 页。*Hoggett* 指出在联合王国一地，以 1989 年来说，在有受供养子女的家庭之中，由寡妇当一家之主的仅占 1%，由分居或离异的母亲当一家之主的有 9%，而由单亲妈妈当一家之主的则有 5%。（在为这些不同类别的家庭状况进行比较时，*Hoggett* 在其书中第 95 页续有评论如下：“在单亲家庭中成长，几乎必定会在物质上有困乏之处，但遭受丧亡之痛者在经济和房屋问题上，景况要比其他人明显为佳……至于失去父或母的儿童，他们的少年犯罪率不会明显高于同侪……他们的学业问题也不会明显多于同侪……虽然他们当中有少数人，会在成年之后较易罹患抑郁病。”）

<sup>4</sup> *Hoggett*，出处同上，第 95 页。*Hoggett* 在书中续称，惨遭丧亲之痛的儿童，与父母正在办理离婚手续的儿童相比，所身受的长期不良后果要较少。她在书中有此一说：“丧亡与其他类别的分离或丧失大有不同……它很少会伴同父母之间的长期敌视和怨恨，或关乎子女未来的法律纠纷。家庭资源也许会变得大为紧绌，但不致于被两个家庭所分薄。这些儿童的不幸遭遇，只会引来社会的同情和怜悯。他们绝不会遭人责难，而婚姻破裂和未婚父母身分，现今却仍会间中招来社会非难。”

<sup>5</sup> *Clark Hall & Morrison on Children*（Butterworths 2000 年），第 1/217 页第 461 段。

<sup>6</sup> 廖雅慈博士，出处见上文，第 213 页。

<sup>7</sup> 此外尚有一种为精神上无行为能力的成年人而设的监护权，而此等成年人是无法为自己的个人、医疗或财务事宜作决定的。《精神健康条例》（第 136 章）第 IVB 部所订条文赋权监护委员会为身处上述情况的人作出委任监护人的命令。不过，这种成年人监护权，并

## 历史背景

1.3 “自然监护权”是非常古旧的法律概念，看来似是父母身分的原有法律概念。重要的一点是这概念是建基于保卫家族土地多于保护儿童。<sup>8</sup> 英格兰法律委员会（English Law Commission）就曾指出：

“〔监护权〕的由来，是首先作为保卫家族财产之用，后来则演变为令父亲得以对其合法未成年子女保持权力的工具。因此，父亲被承认为其合法未成年子女的‘自然’监护人。父亲在生之时，母亲无权要求作为自然监护人，她原来所处的地位，其实与陌生人没有两样。在19世纪时，法例给予母亲有限权利向法院提出管养和探视的申请，而及至1886年，法例才让母亲在父亲去世后自动成为监护人。《1925年幼年人监护法令》（Guardianship of Infants Act 1925）订明母亲一旦去世父亲即成为监护人。该法令也给予母亲与父亲‘相同的权力’，在任何对儿童有影响的事宜中向法院提出申请，但却故意不让母亲能在父亲在生之时成为共同监护人。”<sup>9</sup>

## 现代的监护权概念

1.4 及至现代，这个自然监护人的概念已演变至“监护人”一词往往会与“父母”一词同义互用的地步，这一点我们在上文已有谈及。在这个层面上来说，“监护权”意味着父母对子女所享有的一切权利、责任和权能。在亲子关系之中，上述各者包括了为子女的教养和子女的一般所有福利事宜作决定的权利，以及就此方面的决定被谘询意见的权利。

1.5 廖雅慈博士的看法是在普通法中，父母的权利及权能清单包括了以下各种权利：<sup>10</sup>

- 与子女同住并控制其日常教养的权利
- 为子女的教育和宗教作决定的权利
- 施加适度惩罚的权利
- 管理子女财产的权利
- 在法律程序中代子女行事的权利

---

非本报告书的研究对象。欲知这种监护权的运作详情，请浏览香港特区监护委员会的网页，网址是<<http://www.adultguardianship.org.hk>>

<sup>8</sup> 廖雅慈博士，出处见上文，第212页。

<sup>9</sup> 英格兰法律委员会的名为“Family Law: Review of Child Law, Guardianship & Custody”的报告书（HMSO 1988年第172号报告书），第2.2段；请亦参阅廖雅慈博士所着一书，出处见上文，第212至213页。

<sup>10</sup> 一般请参阅廖雅慈博士所着一书，出处见上文，第213页。

- 同意让子女接受医疗的权利。<sup>11</sup>

1.6 父母的权利及权能也包括了某些法定权利，例如同意让子女结婚<sup>12</sup> 或同意让子女被人收养的权利。<sup>13</sup>

### 监护权的实况

1.7 要取得香港一地受遗嘱监护人或法院委任的监护人监护的儿童人数资料，殊非易事，而在海外亦有人作出评论，表示在搜集这方面的有关事实和统计数字之时曾遇到相同的困难。<sup>14</sup> 英格兰法律委员会曾说过：

“合法监护权的个案数字现时究竟有多少我们所知不多，我们甚至对那些因父母其中一方去世或双方俱亡而有可能需受监护的儿童人数也不清楚。由于人类寿命一般有所增长，父母亡歿的机会已越来越低，…… 现时来说，做母亲的因离婚、分居或未婚产子而落得孤单一人的可能性，要比孩子的父亲去世来得更高，而做父亲的独个儿过活，似乎也是同一原因所致…… 无论如何…… 在 18 岁之前双亲中有一人去世的儿童总数，要比父母离婚或分居的儿童人数为少。很清楚的一点便是这些儿童中有绝大部分都会和自己尚存的父母一起生活…… 我们怀疑成为孤儿的儿童之中，有大多数是由亲属、朋友或继父母负照顾之职，而无须任何正式委任的监护人。”<sup>15</sup>

## 《未成年人监护条例》（第 13 章）有关监护权的条文

### 条例的涵盖范围

1.8 《未成年人监护条例》（第 13 章）（“条例”）是规管关乎儿童管养和教养（包括负责赡养儿童在内）事宜的法院程序的条例之一，<sup>16</sup> 既规管父亲对非婚生子女的管养权利<sup>17</sup>，也规管由子女拥有

<sup>11</sup> 同上（廖博士对父母的权利及权能的这些环节有详细讨论，请参阅第 217 至 228 页）。

<sup>12</sup> 见经由《法律改革（杂项规定及次要修订）条例》（1997 年第 80 号）修订的《婚姻条例》（第 181 章）。

<sup>13</sup> 见《领养条例》（第 290 章）。

<sup>14</sup> 见英格兰法律委员会的一份题为“Family Law: Review of Child Law, Guardianship”的工作文件（HMSO 1985 年第 91 号工作文件），第 1.29 至 1.32 段，以及苏格兰法律委员会的一份题为“Parental Responsibilities and Rights, Guardianship and the Administration of Children's Property”的讨论文件（HMSO 1990 年第 88 号讨论文件），第 3.2 段。

<sup>15</sup> 英格兰法律委员会（1985 年），出处同上，第 1.29 及 1.31 段。

<sup>16</sup> 其他有关条例包括《婚姻诉讼条例》（第 179 章）、《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）及《分居令及赡养令条例》（第 16 章）。

<sup>17</sup> 见《未成年人监护条例》第 V 部。

或代子女托管的财产的管理问题。<sup>18</sup> 除此之外，条例还对监护人的委任、权力和罢免<sup>19</sup> 作出处理。就条例而言，未成年人是指未满 18 岁的子女。<sup>20</sup>

### 法院须予考虑的事宜

1.9 条例第 3 条列明了规管进行条例所涵盖的法院程序的原则。第 3(1)条述明——

“有关未成年人的管养或教养问题，以及有关属于未成年人或代未成年人托管的财产的管理问题，或从该等财产所获收益的运用问题——

(a) 在任何法院进行的法律程序中……—

(i) 法院须以未成年人的福利为首要考虑事项，而考虑此事项时须对下列各项因素给予适当考虑——

(A) 未成年人的意愿（如在顾及未成年人的年龄及理解力，以及有关个案的情况后，考虑其意愿乃属切实可行者）；及

(B) 任何关键性资料，包括聆讯进行时社会福利署署长备呈法院的任何报告……”

### 福利原则的应用

1.10 第 3(1)(a)(i)条提述了儿童的福利此一原则，但未有将之界定。“儿童的福利”是一项基本原则，为法院就儿童个案作出决定时提供指引，曾有人称之为“所有关乎儿童的诉讼的核心所在”。<sup>21</sup>

1.11 福利原则的作用就是规定法院在作出考虑时，须以符合儿童的最佳利益者为先，使之凌驾于最有利于诉讼所涉及的成年人者之上。这个概念有时也被称为“首要原则”，<sup>22</sup> 它为儿童所考虑的问题，不

<sup>18</sup> 见《未成年人监护条例》第 II 及 IV 部。

<sup>19</sup> 见《未成年人监护条例》第 III 部。

<sup>20</sup> 见《释义及通则条例》（第 1 章）第 3 条及《成年岁数（有关条文）条例》（第 410 章）第 2 条。注：《婚姻法律程序与财产条例》（第 192 章）第 2 条选用了“子女”一词，并将之界定为包括婚姻的一方或双方的非婚生子女或领养子女。该条例此条接着又将“家庭子女”界定为婚姻双方的子女，以及“被该双方视为其家庭子女的任何其他子女”。

<sup>21</sup> Philippa Hewitt（主编）与其他人合着的“*Hong Kong Legal Practice Manuals: Family*”一书（1998 年 Sweet & Maxwell），第 162 页第 7.17 段。此概念也曾被人称为是一个在演变中的概念，所有可能涉及的涵义均已包含其中，请参阅廖雅慈博士所着一书，出处见上文，第 247 至 248 页，另外亦可参阅 Hewitt 上述一书的第 210 至 211 页。

<sup>22</sup> 见廖雅慈博士所着一书，出处见上文，第 246 页。其他常用于此情况中的涵义近似词句包括有“儿童的利益”及“儿童的最佳利益”。

仅限于金钱和身体上的惬意，还包括了儿童在社交、智能、道德和宗教各方面的福利，而儿童究竟与谁人最为亲厚亦在考虑之列。<sup>23</sup>

### 决定儿童福利的因素

1.12 条例并无列出详尽的清单，指明法院在决定什么构成儿童的福利或最佳利益时应顾及的因素或考虑事宜。不过，这倒不是说个案是凭空而作决定<sup>24</sup>。据适用个案所示，法院在作决定时，是会顾及某些主要因素的。<sup>25</sup> 这些主要因素包括下述各项：儿童的意愿和权利（须考虑其年龄及理解力）；儿童在生理、心理和教育方面的需要；是否有需要让照顾儿童的安排维持不变；环境有变对儿童所可能产生的影响；儿童的年龄、性别、背景及特殊个人特色；儿童所曾受到或有可能受到的任何伤害；以及儿童的父亲、母亲或有关的第三者照顾儿童并满足其需要的能力。<sup>26</sup>

### 首要考虑事项

1.13 法院在决定什么构成儿童的福利或最佳利益时会将所有上述因素列入考虑之列。条例第 3(1)(a)(i)条也述明法院在审理任何根据条例进行的法律程序中，须以儿童的福利为首要考虑事项。麦迪蒙大法官（Lord MacDermott）在 *J 诉 C* 一案<sup>27</sup> 中对“首要考虑事项”一词解释如下：

“按一般含义来理解这几个字……在我来看，这用语肯定不单是指在众多跟问题有关的事项中，儿童的福利须视为排列最高。我认为这用语还意味着一个考虑过程，那就是在考量过一切有关的事实、人际关系、父母的要求和意愿、风险、选择和其他情况后，作出最有利于儿童的福利的安排……这是最基本考虑的事项，因为这有基本重要性，而这也是首要考虑的事项，因为足以支配或决定日后所作的安排。”

### 司法酌情权

1.14 关于构成福利的各种因素，廖雅慈博士曾指出在评核这些因素之时，“并无计算点数方法（arithmetical points systems）或计量公式

<sup>23</sup> 有关 *McGrath (幼年人)* 一案 [1893] 1 Ch 143，第 148 页，见 Lindley 大法官的发言。廖雅慈博士亦有在其书中引述此案，出处见上文，第 248 页。

<sup>24</sup> 廖雅慈博士，出处见上文，第 251 页。

<sup>25</sup> 廖雅慈博士，出处见上文，第 249 至 264 页。请亦参阅 Hewitt（主编）与其他人合着的一书，出处见上文，第 210 至 214 页。

<sup>26</sup> 这些因素已被收纳于英格兰的《1989 年儿童法令》第 1(3)条所载法定表格之中。

<sup>27</sup> [1970] AC 710，第 711 页。

（quantitative formulae）可用”，因为“法院所处理的是人的生命，而人的生命是不能以任何硬性规定去规管的”。<sup>28</sup>

1.15 由于每宗个案均按其独有案情处理，所以司法判例对于这方面的裁决的影响甚微，而法院在决定什么才符合儿童的最佳利益之上有很大的酌情权。因此，曾有论者将儿童的福利分别描述为一个本来就是出于主观，<sup>29</sup>“以模糊不清而著称”<sup>30</sup>或仍在演变之中<sup>31</sup>的概念。

32

### 父母的权利及权能

1.16 条例第 3(1)(b)条多次提述儿童父母的权利及权能。本章上文已有谈及这些父母的“权利”及权能的涵盖范围，<sup>33</sup>并且指出“监护人”一词往往会与“父母”一词同义互用，所以是意味着父母对子女所享有的一切权利，责任和权能。<sup>34</sup>

### 父母的权利及权能相对于父母每一方

1.17 条例第 3(1)(b)条述明在有关子女的管养或教养问题上，以及在有关其他根据条例处理的事宜上，父亲与母亲的权利及权能是平等的，并可由其中一方单独行使，但如子女并非婚生，则属例外。

1.18 关于父母每一方的权利及权能的单独行使，<sup>35</sup> 廖雅慈博士认为其结果会如下：

“换言之，举例来说，父母其中一方可无须征询另一方的意见而决定子女就读什么学校，星期天上哪所教堂，又或者找哪位医生看病。这项规则的用意是容许父母每一方，特别是负责子女的日常照顾和教养的一方，在无须征询另一方的意见之下负责任并作出决定。如果父母其中一方要反对，那么在法院提出反对的责任便会落在该一方的身上，而不是落在负责照顾子女的另一方身

<sup>28</sup> 廖雅慈博士，出处见上文，第 251 页，廖博士当时是引述有关 *F (幼年人)* 一案 [1969] 2 Ch 238。

<sup>29</sup> Mnookin, "Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy", (1975) 39 Law & Contemporary Problems 226, 第 260 页。廖雅慈博士在其书中亦有引述该篇文章的部分内容，出处见上文，第 263 页。

<sup>30</sup> 廖雅慈博士，出处见上文，第 263 页。

<sup>31</sup> 廖雅慈博士，出处见上文，第 248 页。

<sup>32</sup> 我们在上文已得知福利原则是一般通用于关乎儿童的法律程序，但对于下述各种法律程序，这原则却并不适用：根据《家庭暴力条例》（第 189 章）或《领养条例》（第 290 章）作出的强制令、某些关于法院监护安排的法律程序，以及与《父母与子女条例》（第 429 章）第 12 或 13 条有关或与《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34(1)条有关的法律程序。请参阅廖雅慈博士所着一书，出处见上文，第 247 页。

<sup>33</sup> 见上文第 1.5 至 1.6 段。

<sup>34</sup> 见上文第 1.4 段。

<sup>35</sup> 第 3(1)(b)条。重要的一点是儿童的父母之间在管养等方面的共同监护权概念，似乎不在条例的该等条文考虑范围之内。

上。”<sup>36</sup>

1.19 如果子女并非婚生，那么除非父亲根据条例第 3(1)(d)条向法院申请作出命令，以取得某些或所有作为婚生子女的父亲可享有的权利及权能，否则他可享有的权利会是有限的。

#### *受福利原则所限*

1.20 我们在上文已可看到，父母的权利及权能这项原则，涵盖范围虽然广阔，仍须受儿童的福利这项原则所限。廖雅慈博士在其书中是这样说的：

“父母的‘权利’反映了人们对亲子关系本质的误解。如果法律让父母可在不受他人干扰之下决定如何教养自己的子女，它这样做主要由于此乃构成父母教养子女之责的必然部分，目的其实在于加强子女的福利。”<sup>37</sup>

#### *父母权利的递减本质*

1.21 严格来说，父母的权利及权能只在子女成年之前适用。<sup>38</sup> 不过，在现实生活之中，父母的权利及权能的重要性，是随着子女日渐长大而递减的。邓宁大法官（Lord Denning）曾将父母的权利描述为：

“一项在缩减中的权利，而子女越是年长，法院就越是踌躇应否违反子女的意愿来强制执行这项权利。刚开始之时，父母的权利代表了管束的权利，但待到完结之日，它已变为比从旁提点好不了多少。”<sup>39</sup>

#### *重心改为转向父母的“责任”*

1.22 从本章的讨论明显可见法律在此方面的重心历来是在于父母的权利，而非在于父母的责任。然而，在一些司法管辖区中，这个重点已有重大的新改变，由强调父母的权利而转为强调父母的责任和子女的权利。这一点在英格兰的《1989 年儿童法令》，《1995 年苏格兰儿童法令》和澳大利亚的《1995 年家事法改革法令》中均可见到。

<sup>36</sup> 廖雅慈博士，第 229 页。请参阅条例第 4(2)条。该条简略说明了父母在影响子女福利的问题上意见分歧时的处理方法。任何其中一方均可向法院申请发出指示，而法院则可作出其认为适当的命令。

<sup>37</sup> 廖雅慈博士，出处见上文，第 216 页。

<sup>38</sup> 见上文第 1.8 段。

<sup>39</sup> *Hewer v Bryant* 一案 [1970] 1 QB 357，第 369 页。廖雅慈博士所著一书有引述此案，出处见上文，第 217 页。

1.23 这些发展对合法亲子关系的影响，以及应否在香港引入相类改变的问题，会在法改会行将发表的《管养权和探视权报告书》中详细研究，敬请垂注。

#### *监护人的委任*

1.24 条例第 III 部所处理的是监护人的委任、罢免和权力。第 5 条规定儿童的尚存的父母须单独或连同已去世一方所委任的监护人，充任儿童的监护人。如未有委任监护人，或所委任的监护人拒绝充任监护人或已去世，法院可委任一名监护人与尚存的父母共同充任监护人。<sup>40</sup>

1.25 条例第 6 条容许父母任何一方藉订立契据或遗嘱委任监护人。《成年岁数（有关条文）条例》（第 410 章）第 2 条订明，契据或遗嘱若在条例生效后订立，则当中提述的未成年人或青年人须解释为未满 18 岁的人。除非尚存的父母反对由获委任为监护人的人充任监护人，否则尚存的父母便须与遗嘱监护人一充任共同监护人。<sup>41</sup>在上述情况下，法院可根据条例第 6(6)条授权监护人收取“其充任监护人的”报酬。

#### *罢免由尚存的父母充任的监护人*

1.26 如尚存的父母反对委任遗嘱监护人，又或监护人认为尚存的父母不适宜享有管养权，监护人可根据条例第 6(3)条向法院提出申请。法院可下令由监护人充任唯一监护人，或与尚存的父母共同充任监护人。<sup>42</sup> 这项条文似乎意味着尚存的父母的监护权可被罢免；由于这项命令影响深远，所以法例应该就这项罢免作出明确规定。但第 8 条有关罢免或更换监护人的条文列明，法院只可罢免或更换凭借条例获委任或充任监护人的人或遗嘱监护人，而福利原则对此是适用的。

1.27 条例第 11 条所处理的情况，是法院根据第 6(3)(b)(ii)条委任某人为未成年人的唯一监护人，而其尚存的父母则无监护权。法院可下令将未成年人的管养权判给监护人，但准许其尚存的父母探视。作出这些命令时，福利原则是适用的。法院也可下令儿童尚存的父母为儿童定期或一次全数支付一笔款项，或移转财产。此条的规定似乎意味着尚存的父母只能保留探视权，至于作为监护人的其他权利，例如在任何涉及儿童教养的重大事宜上被谘询意见的权利，则被剔除。现时，儿童的父母于离婚后，没有管养权的父母其中一方仍可保留作为监护人的权利，如遭有管养权的另一方阻挠，便可向法院申请强制执行这些权利。然而，有关监护权的条文却规定，非属儿童父母但充任唯一

<sup>40</sup> 《未成年人监护条例》第 5(a)及(b)条。

<sup>41</sup> 《未成年人监护条例》第 6(2)条。

<sup>42</sup> 《未成年人监护条例》第 6(3)(b)(i)条。

监护人的人，可以排拒儿童尚存的父母的探视权以外的其他权利，这似乎有欠公平。

1.28 英格兰法律委员会在一份工作文件中曾提出，高等法院在有限的范围内，有权罢免由亲生父亲或母亲充任的监护人。<sup>43</sup> 这是因为以往当儿童的父亲有严重行为失当问题或不适宜或无能力履行责任时，法院可委任另一人代为履行父亲职责，并且制约生父作出干扰，但却从未完全剥夺他的权利。不过，该委员会近期并没有发现这方面的个案。<sup>44</sup>

### *尚存的父母的反对*

1.29 条例第 6(3)(a)条也规定，如果尚存的父母反对，法院可拒绝作出任何命令，“在此情况下，尚存的父母须继续充任唯一的监护人”。这么一来，已去世的父或母便不能达成心愿。法例没有清楚指出福利原则是否适用于这个决定，因为第 3(1)条所处理者只限于管养或教养儿童和有关财产的事宜。至于关乎罢免监护人的第 8 条，则确实规定福利原则适用。如果监护人遭罢免是因尚存的父母反对所致，监护人便无权要求探视有关儿童，而法院也不能命令监护人支付赡养费，因为第 11 条只适用于儿童的尚存的父母没有监护权而由其他人充任监护人的情况。

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

### *未婚父亲*

1.31 如未成年人既无父母，亦无监护人或其他对其享有父母权利的人，则法院可根据条例第 7 条规定，委任第三者为未成年人的监护人。第 2 条将“父母”界定为父亲或母亲，但第 21 条规定，就第 5、6、7 及 11 条而言，不得视任何未成年人的生父为该未成年人的父亲，除非他因已取得根据第 10 条作出且现行有效的命令或根据第 3(1)(d)条作出的命令之故而享有管养权。因此，生父必须首先根据第 3(1)(d)条提 法律程序以取得命令，示明他具有某些或所有“假若该未成年人为婚生时法律所赋予他作为父亲”的权利及权能。

### *未婚父亲是尚存的父母*

<sup>43</sup> 英格兰法律委员会（1985 年），出处见上文，第 2.19 段。

<sup>44</sup> 英格兰法律委员会（1985 年），出处见上文，第 2.7 段。

1.32 随之出现的问题是：究竟在儿童的母亲去世前（已根据条例第 3(1)(d)条）获颁令判予父母权利的生父，会否成为条例所指的“尚存的父母”。有论据赞同视生父为尚存的父母，而该论据是基于第 21 条所载的以下规定：

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

1.33 如未成年人的生父是“尚存的父母”，则根据条例第 5 条他会单独或联同遗嘱监护人成为监护人；或如未成年人的母亲未有委任遗嘱监护人，则他会与法院所委任的监护人共同充任监护人。如这两名监护人之间有争执，法院可根据第 9 条发出其认为适当的指示。

1.34 如生父被视为“尚存的父母”，而他又反对由儿童的母亲在去世前藉订立契据或遗嘱所委任的监护人充任监护人，则法院可以在生父或遗嘱监护人两者之间下令其中一人充任唯一监护人。<sup>45</sup> 此外，法院也可根据条例第 11 条作出命令。

#### *假如未婚父亲并非尚存的父母*

1.35 假如儿童的未婚父亲不被视为“尚存的父母”，他或会希望提出申请，在儿童的母亲去世后获委任为监护人。如他根据条例第 7 条申请获委任为监护人，他的申请可能会被拒绝，因为他不可能被视为“父母”或“享有父母权利的人”。不过，他或可根据第 8 条提出申请，要求法院作出命令，将一名已由法院委任或藉着契据或遗嘱获委任的监护人罢免而改为委任他为监护人。第 5 条对他来说并不适用，因为并无“尚存的父母”来与根据该条所委任的监护人共同充任监护人。此外，儿童的生父也可申请判令儿童受法院监护。

1.36 即使生父未被委任为监护人，只要一旦获法院根据第 3(1)(d)条为他作出命令，他便可根据第 10 条提出管养或探视申请。获判根据第 10 条作出的管养令的人，可提出申请要求法院判令父母其中一方支付赡养费以供养儿童。

#### *非婚生儿童由其祖父母／外祖父母照顾*

1.37 如儿童既无父母，亦无监护人或其他对其享有父母权利的人，则条例第 7 条容许任何人申请获委任为儿童的监护人。举个例子

<sup>45</sup> 《未成年人监护条例》第 6(3)(a)或(b)条。

来说，照顾非婚生儿童的祖父母／外祖父母，便可在适当的情况下申请获委任为监护人。尽管法例没有特别作出规定，法院是可以委任多于一名共同监护人的。<sup>46</sup>

1.38 如生父凭借根据第 3(1)(d)条作出的命令事先取得父母权利，因而被视为条例所指的尚存的父母，则法院可在外祖父母有实际照顾儿童的情况下，根据第 5 条委任外祖父母与生父共同充任监护人，而儿童的外祖父母其后可为儿童的福利 见，根据第 8 条向法院申请罢免生父担任监护人之职，因为第 8 条容许法院将“任何凭借本条例获委任或充任监护人的人”罢免。

1.39 我们应该鼓励未婚母亲订立遗嘱，委任已在协助其照顾子女的人（通常是亲属或祖父母／外祖父母）为监护人，以免自己死后在法律上可能出现复杂的问题。

#### *共同监护人之间有争执*

1.40 如共同监护人之间有争执，条例第 9 条容许法院就“意见分歧的事项，发出其认为适当的命令”。共同监护人可由尚存的父母与遗嘱监护人或法院根据第 5 或 7 条委任的监护人共同出任，或由父母双方委任的监护人共同出任。<sup>47</sup> 第 9 条没有指明可否针对一名并非儿童的父母而充任监护人的人作出有关管养、探视或赡养方面的命令。不过，英格兰法律委员会认为，法院在处理英格兰法例中等同于第 9 条所指的共同监护人之间的争执时，<sup>48</sup> 可作出任何适当的命令，而这类命令可包括探视令。<sup>49</sup>

1.41 条例第 12 条所处理的情况，是在共同监护人意见分歧而其中一名监护人是尚存的父母时，法院有权作出关于管养及赡养的命令。法院可判令尚存的父母取得探视权和支付赡养费。雅诺（Arnold）法官在有关 *N (未成年人) (父母权利)* 一案<sup>50</sup> 中指出，假如儿童的父母双亡，根据相等的英格兰法例（即《1971 年未成年人监护法令》（Guardianship of Minors Act 1971））提出申请是无济于事的，因为当其他家庭成员之间对于儿童应以何处为住所一事意见分歧时，法院不能决定将管养权判归何人。

## 产业监护人

<sup>46</sup> 《释义及通则条例》（第 1 章）第 7(2)条订明，凡指单数的字亦指众数。

<sup>47</sup> 《未成年人监护条例》第 6(4)条。

<sup>48</sup> 《1971 年未成年人监护法令》第 7 条。

<sup>49</sup> 英格兰法律委员会（1985 年），出处见上文，第 2.28 段。

<sup>50</sup> [1974] Fam Law 40，第 44 页，英格兰法律委员会对此曾有述及（1985 年），出处见上文，第 2.18 段。

1.42 条例第 18 条确认了一项原则，那就是监护人不仅是未成年人的人身监护人，也是其产业的监护人。原讼法庭保留关于概括委任或为某个目的而委任任何人为未成年人产业的监护人的权力。<sup>51</sup>

1.43 监护人与父母的权力范围未必相同。举例来说，尚存的父母可反对某人充任遗嘱监护人，但遗嘱监护人却不能为儿童委任监护人。法院只可根据第 10 或 11 条下令儿童的父母其中一方负 贍养儿童的法律 责任。属监护令标的的儿童，在其监护人的婚姻破裂时，就有关的贍养令而言（但不会在其他情况下），可视为其监护人的家庭子女。<sup>52</sup> 英格兰法律委员会认为，在处理儿童财产方面，父母的权力并不明确，而监护人的权力可能比父母的还要大。英格兰法律委员会<sup>53</sup> 和苏格兰法律委员会<sup>54</sup> 均有对产业监护人的权利和责任这课题作深入探讨。

#### *社会福利署署长的权力*

1.44 法院如认为由于情况特殊，将未成年人交由父母其中一方或任何其他人士看管并不切实可行或并非可取，则可将未成年人交由社会福利署署长照顾。<sup>55</sup> 法院在下令将儿童交由署长照顾之前，必须听取署长的申述，包括关于儿童的贍养费的申述。<sup>56</sup> 监管令的范围未有界定。<sup>57</sup> 法院可下令父母其中一方向署长支付贍养费。<sup>58</sup> 当儿童年满 18 岁时，监管令即停止生效。<sup>59</sup> 如父母其中一方、监护人或任何根据条例第 10 条作出的命令获授管养权的其他人士提出申请，或已获判监管令的署长提出申请，法院可将监管令更改、解除、暂时撤销或予以恢复。<sup>60</sup>

1.45 法例没有指明照顾令会在什么时候期满。不过，既然条例所用的字眼是“未成年人”，而《释义及通则条例》（第 1 章）第 3 条是将之界定为未满 18 岁的人，则照顾令应会于未成年人年届 18 岁时

---

<sup>51</sup> 《未成年人监护条例》第 18(2)条。

<sup>52</sup> 英格兰法律委员会（1985 年），出处见上文，第 2.29 段。

<sup>53</sup> 同上。

<sup>54</sup> 苏格兰法律委员会的名为“Report on Family Law”的报告书（HMSO 1992 年第 135 号报告书）。

<sup>55</sup> 《未成年人监护条例》第 13(1)(b)条。

<sup>56</sup> 第 15(1)条。

<sup>57</sup> 不过，《保护儿童及少年条例》（第 213 章）第 34B 条述明，监管人员须负责辅导、协助受监管人，及与其建立友谊；而第 34A 条则述明，受监管人须遵守关于居住地方、接受内科或外科护理或治疗的规定。儿童的父母或监护人的意愿可予考虑，但儿童本人的意愿则不在考虑之列。

<sup>58</sup> 第 13(2)条。

<sup>59</sup> 第 14(1)条。

<sup>60</sup> 第 14(2)条。

期满。《婚姻及子女（杂项修订）条例》第 4 条已撤销监管令会在未成年人年届 16 岁时期满的时限<sup>61</sup>。

## 其他有关监护权的条文

### 涉及未成年人的法律程序

1.46 未成年人的 人身监护人或遗嘱监护人可被委任为 诉监护人，代表未成年人提 法律程序或在法律程序中辩护。<sup>62</sup>《高等法院规则》（第 4 章，附属法例）第 80 号命令所处理的是委任 诉监护人或诉讼监护人以代表儿童利益的事宜。该命令所提及的“无行为能力的人”，在第 80 号命令第 1 条规则中是被界定为“未成年人或精神上无行为能力的人”。任何涉及款项申索的法律程序的和解，必须经法院批准。法院根据第 12 条规则发出指示，以控制为未成年人所讨回的款项。这些款项通常会由法院代为投资，直至未成年人成年为止。 诉监护人可申请动用这些款项来付款，而法院会根据第 12(3) 条规则发出有关指示。

1.47 法例并无对“ 诉监护人”作出界定，但“法院一般认为 诉监护人应该是一名有分量的人；正如诉讼监护人一样，较为理想的情况是 诉监护人与未成年人的家庭有亲属关系或联系，又或者是这个家庭的朋友，而非只属志愿人士”。<sup>63</sup> 法定代表律师也可被委任为 诉监护人，<sup>64</sup> 尤其是在并无其他人愿意充任 诉监护人的情况之下。<sup>65</sup>

1.48 如诉讼监护人或 诉监护人的作为有损幼年人的利益，或在有关幼年人的事宜上处理不当，<sup>66</sup> 则可将之罢免。如出现利益冲突，法院可作出命令，委任法定代表律师为诉讼监护人或 诉监护人。<sup>67</sup>

### 监护权与法院监护安排

1.49 法院并无权力剥夺一名在生的父亲或母亲充任监护人的权利，尽管将管养令只判给父母其中一方有时会被视为实际上是剥夺了这些权利。<sup>68</sup> 这项司法管辖权有别于有关法院监护安排的司法管辖

<sup>61</sup> 1997 年第 69 号条例。

<sup>62</sup> *Harris 诉 Lightfoot* 一案 (1862) 10 WR 31，《最高法院实务》（2001 年版）第 80/3/7 段中曾有提述此案。

<sup>63</sup> 同上，第 80/3/7 段，所提述的是 *Nalder 诉 Hawkins* 一案 (1833) 2 M & K 243.

<sup>64</sup> 有关 *W* 一案 [1907] 2 Ch 557, CA, 第 568 页。

<sup>65</sup> 《最高法院实务》，见上文，第 80/6/8 段。至于有关香港的法定代表律师的权力，可参阅下文。

<sup>66</sup> 同上，第 80/3/9 段。

<sup>67</sup> 同上，第 80/12/9 段。

<sup>68</sup> 即指在“独有管养权”已授予父母其中一方的情况下。

权。为儿童委任监护人，并不表示会令儿童成为受法院监护的人，<sup>69</sup>而在有关法院监护安排的法律程序中，法院会成为儿童的监护人，并且负责一切涉及儿童教养的事宜。

1.50 《高等法院条例》（第4章）第26条和《高等法院规则》第90号命令（第4章，附属法例）规管有关法院监护安排的司法管辖权。法院监护令将管养权：

“即父母的一切权利归于法院，而法院通常会将实际照顾和管束有关未成年人的权力转授予一名人士。各项涉及受监护的人的重大决定，例如同意未成年人结婚、领养的法律程序、接受手术和教育等，都必须由法院作出。干预和不服从法院命令均属藐视法庭罪。”<sup>70</sup>

1.51 第90号命令第3条规则规定，在将儿童交由法院监护的申请待决期间，任何根据《未成年人监护条例》（第13章）提出的申请，可在仍未了结的有关法院监护安排的法律程序中提出。如果非其父母但同住管养该儿童的人反对父母其中一方或父母双方要求取回儿童，法院监护安排也可发挥作用，而寄养父母亦可申请将儿童判为受法院监护的人。除非法定代表律师提法律程序或申请人征得社会福利署署长同意让他提法律程序，否则法院监护安排便是唯一的补救。

#### 法定代表律师的职责

1.52 法定代表律师可应法院作出的委任行事；<sup>71</sup>或假如他确信为维护公正而有所需要，但又无其他适当人士愿意行事，他可在行使酌情权后依照规定行事。<sup>72</sup>法定代表律师由法律援助署署长出任。<sup>73</sup>法定代表律师的职责包括：以因年龄或智能理由而缺乏自行诉讼能力的人的诉讼监护人或诉讼监护人身分行事，或代表因藐视法庭而入狱并且不能或不愿向法院申请省释的人行事。<sup>74</sup>法定代表律师又可应少年法庭的请求，代表根据《保护儿童及少年条例》（第213章）进行的法律程序所涉其中一方行事。<sup>75</sup>法定代表律师也同时是法定受托人和司法受托人，这个职位是于1991年设立的。<sup>76</sup>法定代表律师亦接

<sup>69</sup> 《1949年法律改革（杂项条文）法令》（Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1949）第9(1)条。

<sup>70</sup> Pegg, *Family Law in Hong Kong*（1994年第3版），第271页。

<sup>71</sup> 《法定代表律师条例》（第416章）第4(1)(a)条。

<sup>72</sup> 《法定代表律师条例》第4(1)(b)条。

<sup>73</sup> 《法定代表律师条例》第7条。

<sup>74</sup> 《法定代表律师条例》附表1第1部。

<sup>75</sup> 《法定代表律师条例》附表1第3部。

<sup>76</sup> 这些《受托人条例》（第29章）下的职能是接管自注册总署署长的。

替了民事检察专员（现时称为民事法律专员）执行其在《婚姻诉讼规则》（第 179 章，附属法例）第 105(4)条和第 108(1)条之下的职责。<sup>77</sup>

1.53 如法定代表律师在有关法院监护安排的法律程序中获委任，他便是受监护的人的出庭代讼人，在法院代表受监护的人的利益。法定代表律师也是受监护的人的监护人，但并不代表父母双方。<sup>78</sup>

#### 同意准予结婚

1.54 《婚姻条例》（第 181 章）第 14 条<sup>79</sup> 规定，未满 21 岁的儿童如拟结婚，必须取得享有管养权的父或母或享有共同管养权的父母双方的同意书。未满 21 岁的非婚生儿童如拟结婚，则须取得其母亲的同意，或如其母亲已去世，则须取得其监护人的同意。这项规定免除了非婚生儿童是否需要其父亲的同意才可结婚这个疑问。第 18A(3) 条现时将监护人界定为包括“按法院命令获付托对该方的管养权的人（父母除外）”。<sup>80</sup> 此外，如某宗婚姻需要取得某人同意，而该人拒绝同意，又或无法觅得该人，则区域法院法官可根据第 18A 条同意该宗婚姻。

---

<sup>77</sup> 《法定代表律师条例》附表 3。

<sup>78</sup> 有关 *R (PM)* 一案 [1968] 1 WLR 385，第 387 页，见 Goff 法官的发言。

<sup>79</sup> 经由《法律改革（杂项规定及次要修订）条例》（1997 年第 80 号条例）第 28 至 36 条修订。

<sup>80</sup> 这个定义宽松得可将社会福利署署长收纳其中。此定义已纳入《法律改革（杂项规定及次要修订）条例》（1997 年第 80 号条例）第 31 条。

## 第 2 章 法律所存在的问题

### 引言

“〔监护权〕是一个与英式封建地主制度挂钩的概念，所以与今日之香港无关痛痒。”<sup>1</sup>

2.1 监护权本身的历史发展，再观乎其与现代父母之道之间的相互作用，意味着关乎监护权的法律是“在零碎地发展来配合各种不同的规定。”<sup>2</sup>

2.2 本章的重点是探讨香港现行关乎儿童监护权的法律的各种不足之处。

### 监护人的委任

2.3 条例第 6(1)条订明父母任何一方可藉订立契据或遗嘱委任监护人。契据和遗嘱都是正式的文件，其拟订、签立和运作均可能会涉及技术性的问题。也许部分是基于这个原因，很多人都不订立遗嘱，这情况并不符合儿童的最佳利益。

2.4 至于那些有订立遗嘱来为子女委任监护人的人，现时没有规定示明须取得被委任为遗嘱监护人的同意，甚至也没有规定示明须通知有关人士有人拟委任他为遗嘱监护人。这情况亦不符合儿童的最佳利益，而且又不符合获委任的人最佳利益。其实获委任的人是应该有机会考虑旁人所期望他会为有关儿童负上的责任的严重性。

### 放弃监护权

2.5 条例第 5 条授权法院在遗嘱监护人拒绝充任监护人时委任监护人，但并无条文规定如监护人不愿接受委任便让他放弃监护权。基于以上所述理由，我们似乎有需要引入一些条文来容许不愿接受委任的监护人放弃监护权。

### 尚存的父母有否决权

---

<sup>1</sup> 廖雅慈博士，*Family Law for the Hong Kong SAR*（香港大学出版社 1999 年），第 235 页。

<sup>2</sup> 英格兰法律委员会的一份题为“*Family Law: Review of Child Law: Guardianship*”的工作文件（HMSO 1985 年第 91 号工作文件），第 2.3 段。

2.6 根据条例第 6(2)条，尚存的父母如果反对，便有权否决让遗嘱监护人接受委任，仅是如此即足以令已故的父母所作出的委任无效，但如遗嘱监护人将事情闹上法院，则作别论。然后法院既可能拒绝作出命令，致使尚存的父母继续成为唯一监护人，<sup>3</sup> 也可能下令监护人与尚存的父母共同充任监护人，或充任唯一监护人而把尚存的父母排拒于外。<sup>4</sup> 倒过来说，尚存的父母却无权根据此条主动向法院提起诉讼。

2.7 尚存的父母轻而易举便可令已故的父母所作出的遗嘱监护人委任变为无效，这情况看来未能令人满意。同样地，如果尚存的父母反对让遗嘱监护人接受委任，而法例却禁止他向法院寻求特别补救，这情况看来也是没有理由支持的。

#### 由法院委任监护人

2.8 条例第 7 条规定，如儿童既无父母，亦无监护人或其他对其享有父母权利的人，法院可为他委任监护人，<sup>5</sup> 所以法院的委任权力范围是有限的。<sup>6</sup> 在香港，数代同堂的大家庭在儿童教养方面仍然发挥着非常显著的作用。故此，如果此条能给予有兴趣人士明示权利向法院申请被委任为监护人，那将会是极为可取的做法。

#### 由监护人委任监护人

2.9 香港似乎并无任何法定条文，容许监护人委任监护人在自己身故后代为行事。如果法例是有意让监护人为儿童负上所有的父母责任，那么让监护人可以自行委任监护人的权利就应纳入上述责任的范围之内。

#### 产业监护人

2.10 条例第 18 条规定，除在第(2)款指明的情况外，<sup>7</sup> 未成年人的人身监护人须同时是其产业的监护人。《法定代表律师条例》（第 416 章）列明法定代表律师在财产事宜方面的管辖权。我们注意到，英格兰的《最高法院规则》第 80 号命令第 13 条规则订明，儿童的产业监护人

<sup>3</sup> 《未成年人监护条例》第 6(3)(a)条。

<sup>4</sup> 《未成年人监护条例》第 6(3)(b)条。

<sup>5</sup> 这是指儿童的未婚父亲已根据《未成年人监护条例》第 3 条取得授予他父母权利或权能的命令。

<sup>6</sup> 见廖雅慈博士所着一书，出处见上文，第 239 页。

<sup>7</sup> 该等情况是指法院可特别为未成年人的产业另外委任监护人。

只可由法定代表律师出任，而香港则似乎并无等同于此的权力。至于香港是否同样有需要订明此项明示权力，情况并不明朗。<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> 请参阅下文第 4 章中见于此标题之下的评论。

## 第 3 章 其他司法管辖区的关乎监护权的法律

### 引言

3.1 本章会探讨关乎监护权的法律在联合王国的发展。联合王国往昔的监护制度与香港现行的监护制度曾极为相似，故此其所实施的改革可能有值得我们研究之处。

### 英格兰与威尔斯

3.2 英格兰早期的关乎监护权的法律是集普通法、衡平法和法规之大成。父母和监护人以前曾享有相若但不相同的权力。<sup>1</sup> 经精简有关法律后，现时监护权事宜只由《1989 年儿童法令》（《1989 年法令》）所管限。<sup>2</sup>

3.3 “监护人”一词现时只限指非属儿童父母的人士，而在目前，监护人是负有“父母责任”的，<sup>3</sup> 所依理据是掌管儿童教养的权力与照顾儿童的责任不能分割。如果儿童的父母去世，大家预期监护人会负照顾儿童的一切责任。

3.4 监护人可委任另一人为儿童的监护人，以便在自己去世后代司其职。<sup>4</sup> 英格兰法律委员会注意到“〔如〕委任监护人是负责任的父母所应尽的责任之一，这当然也是负责任的监护人所应履行的责任之一。”<sup>5</sup>

#### 由父母委任监护人

3.5 在过去，父母双方可各自委任遗嘱监护人，在自己去世后代司其职；<sup>6</sup> 即使父母另一方仍然健在，这项委任仍然生效。不过，如尚存的一方反对这项委任，他可向法院申请禁止获委任的人出任监护人一职。监护人如认为尚存的一方不适宜管养儿童，也可向法院提出

<sup>1</sup> Family Law: Review of Child Law: Guardianship (HMSO 1985 年第 91 号工作文件)，第 2.26 段。

<sup>2</sup> 《1989 年法令》第 5(13)条。

<sup>3</sup> 《1989 年法令》第 5(6)条。“父母责任”一词是用于该英格兰法令来描述父母对子女所负有的一切责任。（在香港的现行法律之中，与之等同者是《未成年人监护条例》第 3 条所提述的“权利及权能”一词。见上文第 1 章第 1.16 至 1.23 段。）

<sup>4</sup> 《1989 年法令》第 5(4)条。

<sup>5</sup> 英格兰法律委员会的名为“Family Law: Review of Child Law: Guardianship and Custody”的报告书（HMSO 1988 年第 172 号报告书）第 2.25 段。

<sup>6</sup> 《1971 年未成年人监护法令》（Guardianship of Minors Act 1971）第 4 条。此法令的条文与《未成年人监护条例》（第 13 章）的条文相若。

申请。法院可随而下令监护人或尚存的父母可单独行事，或下令双方共同行事。

3.6 根据《1989年法令》，对儿童负有父母责任<sup>7</sup>的父母任何一方，均可委任一名人士在自己去世后充任儿童的监护人，<sup>8</sup>但这项委任只适用于18岁以下的儿童。<sup>9</sup>虽然并无明文规定禁止为已婚的儿童委任监护人，但法院实际上会否作出有关委任，情况目前尚未明朗。获委任为监护人的人似乎可多于一名，<sup>10</sup>而且可于稍后时间再多委任一名监护人。<sup>11</sup>

#### 委任何时生效

3.7 如委任人在去世时是唯一对儿童负有父母责任的人，他所作出的委任便会于他去世时随即生效。<sup>12</sup>但如儿童的尚存的父母负有父母责任，有关的委任一般会于唯一的尚存的父母也去世后才生效。<sup>13</sup>不过，如去世的一方是获判同住令而尚存的一方却未有获判同住令，则作别论。在这种情况下，有关的委任会在委任人去世时随即生效。<sup>14</sup>

3.8 《1989年法令》的目的，是防止获委任的人在儿童并非与他同住的情况下，尝试作出他不能或不应作出的控制。如儿童是一直与自己父母双方同住，尚存的一方无须与获委任的人分担责任，但如果想的话，是可以随时向后者寻求协助的。此举可尽量减少尚存的一方与获委任的人之间发生不必要的冲突。如获委任的人有意质疑尚存的父母所作的决定，可根据《1989年法令》第8条向法院申请命令。不过，如尚存的父母也委任了监护人，则当尚存的一方亦去世后，获委任的两名监护人之间可能会发生冲突。

3.9 对于上述例外情况，英格兰法律委员会认为，当儿童的父母其中一方获判同住令，他应可（甚至应敦促他）委任监护人，以便自己一旦去世有人处理儿童未来的教养事宜。<sup>15</sup>《1989年法令》因此规定，在这种情况下，尽管儿童有尚存的父母，但该获判同住令的一方所作的委任仍会即时生效，<sup>16</sup>而监护人必须与尚存的父母分担父母责任。任何关于儿童教养方面的争执（例如他的住所），均须交由法院解决。

---

<sup>7</sup> 因此，没有这项责任的未婚父亲便会被排拒于外。

<sup>8</sup> 《1989年法令》第5(3)(4)条。

<sup>9</sup> 《1989年法令》第105(1)条。

<sup>10</sup> 《1978年释义法令》（Interpretation Act 1978）第6(c)条。

<sup>11</sup> 《1989年法令》第6(1)条。

<sup>12</sup> 《1989年法令》第5(7)(a)条。

<sup>13</sup> 《1989年法令》第5(8)条。

<sup>14</sup> 《1989年法令》第5(7)(b)、(8)(b)及(9)条。

<sup>15</sup> 英格兰法律委员会（1988年），出处见上文，第2.28段。

<sup>16</sup> 《1989年法令》第5(7)条。

3.10 《1989年法令》所施行的政策，对于家庭完整、与父母双方同住的儿童可能看似合宜，但当儿童的父母已离婚或分居，作出委任的已故一方是获判同住令，而尚存的一方却未有获判同住令时，则需另作考虑。兵咸（Bainham）曾有以下评论：

“这个想法似乎是让已故的父母能在自己去世后藉监护权保留同住令的‘优势’，但这是否切合持续父母责任这项基本原则，却有值得商榷之处。

除了住所不同外，非同住的父母其中一方与已故的同住另一方没有分别，大家都同样是儿童的父母。如果他实际上与儿童有持续保持紧密联系，要求他与监护人分担父母责任似乎并不恰当。假如能证明由监护人即时充任监护人是符合儿童的最佳利益，则将寻求即时委任的责任交由获委任的监护人肩负，才算得上是更为符合有关法例的一般宗旨的做法。

另一个问题是这规则似乎令与儿童同住并予以照顾的人选变得不明朗，所以关于儿童住所的初期争执，看来便需要用同住令来解决。然而，若能让尚存的一方独自负有父母责任，直至及除非遭监护人反对为止，上述问题本来就可避免发生。”<sup>17</sup>

3.11 苏格兰法律委员会也曾作评论，指这个例外情况并没有为已分居或离婚但没有取得同住令的夫妇作出规定。<sup>18</sup> 举例来说，尽管儿童的父亲或已抛弃家庭，但其母亲又未有取得同住令，则父亲仍会对儿童独自负有父母责任，而挑战这情况的责任，便落在获委任的人身上。苏格兰法律委员会的看法是，在这类个案中，即使有尚存的父母居于某地，让监护人的委任随委任人去世而即时生效，可能会是可取的做法。

#### *委任的方法*

3.12 《1989年法令》订明了简易的委任方法，以鼓励父母委任监护人，<sup>19</sup> 而此后即再无需要以契据或遗嘱来作出委任。不过，委任文件必须以书面作出，并由作出委任的人签署。委任文件又必须按他的指示而签署，并由两名证人在场见证，而该两名证人亦须各自见证该签署。由遗嘱作出的委任如未获立遗嘱人签署，则必须在立遗嘱人

<sup>17</sup> 兵咸，Children - The Modern Law (1993年)，第191至192页。

<sup>18</sup> 苏格兰法律委员会的一份题为“Parental Responsibilities and Rights, Guardianship and the Administration of Children’s Property”的讨论文件（HMSO 1990年第88号讨论文件），第3.11段。

<sup>19</sup> 《1989年法令》第5(5)条。

按照《1837年遗嘱法令》(Wills Act 1837)第9条的规定指示下签署及见证。<sup>20</sup>

### 撤销委任

3.13 由父母或监护人作出的委任可藉下列其中一种方式撤销：

- (a) 藉作出另一项委任，除非清楚表明目的是多委任一名监护人；<sup>21</sup>
- (b) 藉书面文件撤销委任；<sup>22</sup> 或
- (c) 藉销毁有关文件以图撤销委任。<sup>23</sup>

如委任是在遗嘱中作出，当遗嘱遭撤销时，委任也会一同被撤销。<sup>24</sup>

《1995年法律改革(继承)法令》(Law Reform (Succession) Act 1995)第4条规定，除非委任文书上表明相反的意愿，否则已故立遗嘱人对指定前任配偶为监护人的委任，应当作在双方离婚之日已遭撤销。这规定也适用于婚姻无效的情况。<sup>25</sup>

### 放弃委任

3.14 《1989年法令》规定获委任的人可以放弃由父母其中一方或监护人作出的委任，但由法院作出的委任，则不容放弃。<sup>26</sup> 放弃委任通知必须以文书书面作出，由获委任的人签署，并在“他最初知道该项委任已生效后一段合理时间内”作出。该文件也须遵照大法官兼上议院议长可能订立的规例来记录备案。

### 由法院委任监护人

3.15 如儿童并无负有父母责任的父母，或其获判同住令的父亲或母亲或监护人在命令生效期间去世，则法院可委任另一人作为儿童的监护人。<sup>27</sup> 前者适用于孤儿，或仅存并无父母责任的未婚父亲的儿童。后者则适用于儿童的尚存的父母未有获判同住令的情况。<sup>28</sup> 由此看来，即使死者在去世前已作出委任，法院仍可行使其权力作出委任，并可如此行事以加添一名新的监护人或替代原已委任的监护人。<sup>29</sup>

<sup>20</sup> 《1989年法令》第5(5)(a)条。

<sup>21</sup> 《1989年法令》第6(1)条。

<sup>22</sup> 《1989年法令》第6(2)条。

<sup>23</sup> 《1989年法令》第6(3)条。

<sup>24</sup> 《1989年法令》第6(1)至(4)条。

<sup>25</sup> 《1995年法令》适用于在1996年1月1日或之后去世的人在生前作出的委任。至于有关表格的变化，请参阅《家事法律程序(修订)规则》(Family Proceedings (Amendment) Rules) (1996年从属法例第816号)(L1)。

<sup>26</sup> 《1989年法令》第6(5)及6(6)条。

<sup>27</sup> 《1989年法令》第5(1)及(2)条。

<sup>28</sup> 《1989年法令》第5(9)条。

<sup>29</sup> Cretney & Masson, Principles of Family Law (1990年第5版)，第508页。

3.16 《1989 年法令》并无规定在申请获委任为监护人前必须先取得法院许可，而法院也有权自行作出委任。<sup>30</sup> 这样看来，只要一旦提 家事法律程序，任何有利害关系的人，包括儿童本人，均可寻求委任另一人作监护人。<sup>31</sup> 法院在就监护的人委任或撤销作出决定前，可要求当局拟备福利报告以供参考。<sup>32</sup>

#### 罢免监护人

3.17 监护人的委任，不论是由父母其中一方、监护人或法院作出的，均可用下列任何一种方式以法院作出的命令予以终止：

- (a) 应任何负有父母责任的人的申请；
- (b) 应已取得法院许可的儿童的应用；或
- (c) 如法院认为应终止委任，法院可在任何家事法律程序中主动将之终止。<sup>33</sup>

法院可委任一名新的监护人来代替遭罢免的监护人。

#### 终止监护权

3.18 当儿童年满 18 岁时，监护权会自动终止，<sup>34</sup> 至于监护人的职责会否于儿童结婚时终止，则尚未有定论。虽然《1989 年法令》并无订明任何限制，但法院也可决定监护权的运作范围并无限制。不过即使监护权得以持续，监护人获准干预已婚儿童的活动的可能性也不高。<sup>35</sup>

#### 儿童的产业监护人

3.19 除人身监护人外，也有委任产业监护人以保护儿童的财产。英格兰法律委员会指出可特别委任产业监护人，以管理由刑事伤害赔偿委员会（Criminal Injuries Compensation Board）就父母所造成的伤害而发放给儿童的偿金；又或者儿童有权得到外国非土地遗赠或来自退休基金计划或保险单的款项，而其父母双亡或因某些理由不能妥善收取款项，也可作出上述委任。<sup>36</sup>

3.20 英格兰法律委员会曾说过：

**“随着《1925 年财产法和 1925 年获依法授予的土地法令》（Law of Property and Settled Land Acts 1925）生效后，产业的监护权已变得不那么重要，理由是未成年人再也不**

<sup>30</sup> 《1989 年法令》第 5(2)条。

<sup>31</sup> White, Carr & Lowe, A Guide to the Children Act 1989 (1990 年)，第 2.39 段。

<sup>32</sup> 《1989 年法令》第 7 条。

<sup>33</sup> 《1989 年法令》第 6(7)条。

<sup>34</sup> 第 91(7)及(8)条。

<sup>35</sup> White, Carr & Lowe，出处见上文，第 2.52 段。

<sup>36</sup> 英格兰法律委员会（1985 年），出处见上文，第 2.23 段，注 95。

能拥有土地的法定产业权而须由受托人出任为法定拥有人。…… 监护人有权从未成年人的土地追讨租金和利润。”<sup>37</sup>

3.21 英格兰法律委员会对上文解释如下：

“他可控制幼年人所得的入息和幼年人在法律上有权和有实益权收取的任何个人利润，但对于幼年人只享有实益所有权的财产，他是无权就该财产收取或行使权力的，但到期可收取的收入除外。”<sup>38</sup>

3.22 英格兰法律委员会指出，托管能充分并更适当地补足任何不足之处。<sup>39</sup> 不过，政府却不同意，而《1989年法令》便保留了高等法院为儿童委任产业监护人的权力，但这项委任必须按照法院规则作出。<sup>40</sup>

3.23 根据法院规则<sup>41</sup>，只有法定代表律师才可获委任为儿童的产业监护人，而上述委任只能在负有父母责任的人向法院表示同意或是项同意不能取得或可获免除的情况下作出。同时，产业监护人的委任只限于在下述情况中方可作出：

- (a) 代儿童将款项缴存法院（这是按照根据第 12(2)条规则(对无行为能力的人所讨回的款项的控制)作出的指示而行事)；
- (b) 刑事伤害赔偿委员会通知法院，该委员会已经或有意下令向儿童发放偿金；
- (c) 外国法院通知法院已经或有意下令向儿童发放款项；
- (d) 儿童有权取得退休基金计划的收益；及
- (e) 法院认为作出这项委任事属可取。

在实际情况中，上述委任只限于在父母双亡或父母不适合介入其中的个案中作出。<sup>42</sup>

## 苏格兰

### 由父母委任监护人

<sup>37</sup> 英格兰法律委员会（1985年），出处见上文，第 2.23 段。

<sup>38</sup> 英格兰法律委员会（1985年），出处见上文，第 2.23 段。

<sup>39</sup> 英格兰法律委员会（1985年），出处见上文，第 2.24 段

<sup>40</sup> 《1989年法令》第 5(11)及(12)条。

<sup>41</sup> 《最高法院规则》第 80 号命令第 13 条规则。

<sup>42</sup> 如儿童所受的伤害是由其父母造成。

3.24 苏格兰法律委员会曾发表一份有关这方面的讨论文件，<sup>43</sup>表示对现行的以下法律规定并无异议：

“儿童的父母其中一方可委任任何人在自己去世后充任儿童的监护人，但这项委任除非是由该一方以书面作出并加以签署，而该一方去世时是儿童的监护人，或假若该一方在儿童出生时仍未去世则会儿童的监护人，否则属于无效。”<sup>44</sup>

3.25 《1995年苏格兰儿童法令》第7(1)条规定，儿童的父或母可委任他人在自己去世后充任儿童的监护人，但这项委任必须以书面作出。

#### *由现任监护人作出委任*

3.26 苏格兰法律委员会赞成增订类似《1989年儿童法令》第5(4)条的条文，使作为儿童唯一监护人的年迈祖父母／外祖父母可以委任他人在自己死后代司其职，无须担忧自己死后儿童乏人照料。<sup>45</sup>法令第7(2)条规定：

“儿童的监护人可委任另一人在自己去世后代为充任监护人，但除非这项委任是由委任人以书面作出并加以签署，否则属于无效。”

#### *儿童对于委任监护人的意见*

3.27 苏格兰法律委员会曾接获一些意见，认为如果儿童具足够年龄和成熟程度，则监护人在建议委任他人代司其职，或其父母任何一方在委任监护人时，应该考虑儿童的意见。法令第7(6)条规定：<sup>46</sup>

“在不损害第6条第(1)款的一般性的原则下……根据上述第(1)<sup>47</sup>或(2)款<sup>48</sup>作出委任监护人的决定，就该条（或按上述第(5)款适用的该条）而言，应视为一项涉及行使父母权利的重大决定。”

3.28 苏格兰法律委员会曾提议，儿童如果反对委任某人充任其监护人，可向法院申请终止该项委任，并在有需要时向法院申请委任另一人充任其监护人。<sup>49</sup>然而，法令未有明文规定给予儿童这项权利。

#### *撤销委任*

<sup>43</sup> 苏格兰法律委员会（1990年），出处见上文。

<sup>44</sup> 《1986年苏格兰法律改革（父母与子女）法令》（Law Reform (Parent and Child) (Scotland) Act 1986）第4条。该条是由《1991年苏格兰具法律行为能力的年龄法令》（Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991）第10条及附表1第41段修订。

<sup>45</sup> 苏格兰法律委员会（1990年），出处见上文，第3.4段。

<sup>46</sup> 苏格兰法律委员会（1990年），出处见上文，第3.5段。

<sup>47</sup> 决定由父母任何一方作出。

<sup>48</sup> 决定由现任监护人作出。

<sup>49</sup> 苏格兰法律委员会（1990年），出处见上文，第3.5段。

3.29 苏格兰法律委员会曾建议参照《1989年儿童法令》第6(1)至(4)条，赋予撤销获提名的监护人的委任的权力。<sup>50</sup> 这项建议已藉法令第8条而得以落实。

#### *委任应于何时生效*

3.30 苏格兰法律委员会认为，重要的一点是为儿童和监护人的利益着想，不应向不愿负监护儿童之责的人强加监护责任。苏格兰的法律规定，接受监护任务的人必须以一些行动来明确表示接受监护人一职：向儿童的已故父亲或母亲的遗嘱执行人发出备忘录或接纳书，或藉一些与不欲接受委任相悖的行动来默示接受监护人一职。

3.31 英格兰的《1989年儿童法令》则有所不同。根据该法令，监护人的委任会自动生效，但获委任的人其后可以透过书面形式的文书提出放弃，而有关文书必须按订明的方式登记。苏格兰法律委员会不赞同此项条文，因为监护人需为此寻求法律意见，造成不便且花费金钱，更何況他可能是在未被谘询的情况下而获委任的。<sup>51</sup>

3.32 法令第7(3)条规定，“监护人的委任，在获委任的人明确表示接受或藉一些与不欲接受委任相悖的行动默示接受之前，不会生效。”

3.33 苏格兰法律委员会建议，“当两名或以上人士享有父母权利，除非授予该项权利的契约或判令另有规定，否则每名该等人士均可独自行使其权利而无须征得另一人或其他人士同意的规则”，应适用于监护人有两名或以上的情况。<sup>52</sup> 法令第7(4)条规定，“如有两名或以上人士获委任为监护人，除非委任书另有明文规定，否则他们当中任何一人或多人均有权接受委任，即使此两人或所有人士均不接受委任亦然。”

#### *尚存的父母*

3.34 在已有委任遗嘱监护人的情况下，当作出委任的父或母去世后，尚存的父母仍继续负有全部父母责任和享有全部父母权利。苏格兰委员会指出：

“在很多情况下，人们相信监护人都会满足于由尚存的父母履行父母责任和行使父母权利，而监护人的作用就有如非同住的父或母，可作后援以应付紧急事故。”

3.35 然而，在某些情况下，监护人可能与受监护儿童的父或母发生冲突。举例来说，“儿童的母亲可能已与儿童的父亲离婚，并已委

<sup>50</sup> 苏格兰法律委员会（1990年），出处见上文，第3.7段。

<sup>51</sup> 苏格兰法律委员会（1990年），出处见上文，第3.8段。

<sup>52</sup> 苏格兰法律委员会（1990年），出处见上文，第3.15段。

任自己的母亲或新任丈夫为监护人。当儿童的母亲去世后，如儿童的父亲有意安排接回儿童与自己同住，就可能遭到儿童的外祖母或继父阻挠。”<sup>53</sup>

3.36 苏格兰法律委员会认为，这类个案会否引 法律诉讼，关键在于各方之间的关系，“而非在于是否有法律规定，禁止监护人在儿童仍有尚存的父母时接受任务。”<sup>54</sup>

3.37 然而，苏格兰法律委员会注意到，英格兰的《1989 年儿童法令》第 5(8)条规定，由父母其中一方委任的监护人，必须待父母另一方去世或对儿童不再负有父母责任之时，其委任才会生效。如果作出委任的父或母在去世前已有同住令在施行中，则这项委任可即时生效。苏格兰法律委员会所关注的是也有一些情况是儿童的父母已经分居但却没有同住令在施行中，“举例来说，儿童的父亲可能已干脆遗弃了家庭”。<sup>55</sup>

3.38 这规定也与当局的政策不符。按政策规定，除非是为符合儿童利益所需，否则不得作出命令。《1986 年苏格兰法律改革（父母与子女）法令》第 3(2)条规定，法院不应作出任何有关父母权利的命令，“除非法院信纳作出有关命令是符合儿童利益”。《1989 年儿童法令》第 1(5)条也有类似规定。

3.39 如果父母双方关系良好，任何一方均可指定监护人的委任必须在另一方去世后才生效。苏格兰法律委员会建议采用一个较灵活的解决办法，即除非作出委任的父母其中一方另有指明，否则即使儿童有尚存的父母，监护人仍可接受任务。<sup>56</sup> 有关法例也规定，并非作出委任的父母另一方的责任和权利依然存续。<sup>57</sup>

#### *监护人的责任和权利*

3.40 苏格兰法律委员会注意到，根据现行法律，儿童的父母所享有的监护权，有别于授予非属儿童父母人士的监护人的权利。“儿童的父母的监护权无须包括照顾儿童身体和日常教养的权利，因为这是为人父母者原本已享有的权利”。苏格兰法律委员会指出，非属儿童父母人士的监护人却可能需要这些权利。<sup>58</sup> 苏格兰法律委员会赞同《1989 年儿童法令》的规定，认为应给予监护人一般的父母责任和

<sup>53</sup> 苏格兰法律委员会（1990 年），出处见上文，第 3.10 段。

<sup>54</sup> 苏格兰法律委员会（1990 年），出处见上文，第 3.10 段。

<sup>55</sup> 苏格兰法律委员会（1990 年），出处见上文，第 3.11 段。

<sup>56</sup> 苏格兰法律委员会（1990 年），出处见上文，第 3.12 段。

<sup>57</sup> 第 7(1)(b)条。

<sup>58</sup> 这与英格兰的《1989 年儿童法令》第 3(5)条一致。

父母权利，让监护人可以履行有关责任。<sup>59</sup> 苏格兰法律委员会认同英格兰法律委员会的以下意见：

“父母身分应该是最基本的概念，由此便可辨清儿童的父母与有父母地位的监护人两者之间的必要区别……”<sup>60</sup>

3.41 法令第 7(5)条规定监护人享有父母权利和负有父母责任<sup>61</sup>，但该等权利和责任须受根据第 11 条<sup>62</sup> 或第 86 条<sup>63</sup> 作出的命令所规限。

#### *监护权的终止*

3.42 苏格兰法律委员会提议：

“虽然人应有自由接受或拒绝接受监护儿童的任务，但为了儿童的利益着想，监护人一旦明确表示接受任务后，便不能够放弃责任或将责任转移予他人，但藉一项或多项适当的法院命令作出者，则作别论。”<sup>64</sup>

3.43 法令第 8(5)条规定：

“监护人的委任一旦根据本法令第 7 条生效，除非委任的条款有就提前终止委任作出规定，否则只可凭借下述理由予以终止：

- (a) 有关儿童年满 18 岁；
- (b) 有关儿童或有关监护人死亡；或
- (c) 有根据第 11 条作出的法院命令终止委任……”

---

<sup>59</sup> 苏格兰法律委员会（1990 年），出处见上文，第 3.13 段。

<sup>60</sup> 英格兰法律委员会（1988 年），出处见上文，第 2.3 段。

<sup>61</sup> 第 7(5)条。

<sup>62</sup> 该项法院命令可将权利和责任剥夺或修改。

<sup>63</sup> 这条规定可将父母责任和父母权利转授予地区主管当局（即等同香港社会福利署的机构）。

<sup>64</sup> 苏格兰法律委员会（1990 年），出处见上文，第 3.16 段。

## 第 4 章 改革建议

### 引言

4.1 我们在第 1 章探讨了香港关于儿童监护权的条文。在第 2 章中，我们指出了法律上的种种局限，而这些局限之处是应作改善的。联合王国已引入了多项变革，第 3 章对这些变革进行了探讨，而在本章中，我们会检讨谘询所得的有关结果，并将我们的结论和此方面的改革建议一一列出。

### 监护人的委任

#### 引入简化程序

4.2 《未成年人监护条例》（第 13 章）第 6(1)条规定，父母可藉契据或遗嘱来委任监护人。然而，英格兰的《1989 年儿童法令》第 5(5)条<sup>1</sup> 却规定，负有父母责任的父母<sup>2</sup> 可以藉由两名见证人见证其签署的书面形式的文件来委任监护人，而无须订立正式遗嘱或签订正式契据。这可避免技术性的问题，并有助作出委任安排，因为很多人没有订立遗嘱。我们认为应可藉非属法律的简单程序来委任监护人。为此，我们在谘询文件中建议采纳一项与《1989 年儿童法令》第 5(5)条相若的条文。

#### 委任监护人标准表格

4.3 小组委员会部分成员顾虑到父母其中一方可能会未有通知获委任的人或征得其同意便委任他为遗嘱监护人，这并不符合儿童的最佳利益。我们同意必须设立认可制度，使第三者可查证某人是否已表示接受委任为监护人。如规定须有正式同意，则能让监护人清楚知悉他为儿童所负的父母责任是严肃而认真的。

4.4 我们在谘询文件中建议采用委任监护人标准表格，表格内应扼要说明监护人的责任，并由建议委任的监护人签署。这些表格可存放于法律援助署和设有由当值律师服务提供免费法律指导的民政事务总署各分区事务处，以供市民索取。市民亦可从互联网下载这些表格使用。

<sup>1</sup> 条文的文本见于下文附件 2。

<sup>2</sup> 因此，未婚父亲除非已根据协议或法院命令获授予父母责任，否则不能委任监护人。

## 获委任的人表示同意

4.5 我们在谘询文件中建议，如监护人不曾正式同意充任监护人，则须明确表示或默示接受委任，并可用填写表格的方式表明意愿。

## 谘询所得的回应

4.6 **概览。**一般而言，被谘询人对小组委员会所作关于监护权的全部建议均表欢迎。他们大多赞同鼓励父母作出仔细安排，令自己万一不幸去世，子女也能得到妥善照顾，这样做必然能符合子女的最佳利益。

4.7 在我们所指出的各种顾虑之中，重点似乎是在某些情况之中，<sup>3</sup> 如何在尚存的父母的权利及权能与获委任的监护人（代表已故的父母意愿）的权利及权能之间取得平衡。有少数回应者提出警告说，部分的建议<sup>4</sup> 可能会在实行上令尚存的父母与监护人之间产生本属对抗性的情况，令尚存的父母和儿童须承受更加苦不堪言的诉讼行动。

4.8 **委任监护人。**对于此标题下的特别建议，大部分就此发表意见的回应者均表示支持。法律援助署更指出公众可予取用的监护权表格，如能附有说明小册子，并可在民政事务总署各分区事务处索取，和能透过香港律师会和社会福利署索取，则市民更为称便。我们赞同该署的意见，并相信行政当局日后会对此提议加以跟进，令有关表格标准化、简单易明和可让市民在多处地方索取。

### 建议 1

我们建议：

- (a) 采纳一项与英格兰的《1989 年儿童法令》第 5(5) 条<sup>5</sup> 相若的条文，规定享有父母权利及权能的父母可藉书面形式的文件来委任监护人，其签署须由两名证人见证，而无须订立正式遗嘱或签订正式契据；
- (b) 采用委任监护人标准表格，表格内应扼要说明监护人的责任，并由建议委任的监护人签署。（这些表格可存放于法律援助署和设有由当值律师服务提供义务法律指导的民政事务总署各分区事务处，以供市民索取。市民亦可从互联网下载这些表格使用。）；

<sup>3</sup> 例如儿童的父母已离婚，而已故的一方在去世前已取得儿童的管养权。

<sup>4</sup> 特别是下文将会提出的下述各项建议：尚存的父母的否决权，监护人的委任何时生效，以及由监护人委任监护人。

<sup>5</sup> 条文的文本见于下文附件 2。

(c) 如监护人不曾正式同意充任监护人,则须明确表示或默示接受委任,并可用填写表格的方式表明意愿。

## 放弃监护权

### 监护人藉正式通知表明放弃充任监护人

4.9 《未成年人监护条例》(第13章)第5条给予权力在遗嘱监护人拒绝充任监护人时委任监护人,但并没有让监护人放弃监护权的条文。在英格兰,不愿充任监护人的人可根据《1989年儿童法令》第6(5)条以书面形式的文书放弃监护权。<sup>6</sup> 苏格兰的法令规定,除非有关人士已明确表示接受委任,或藉一些与不欲接受委任相悖的行动来默示接受委任,否则其委任不得生效。<sup>7</sup>

4.10 我们在谘询文件中建议应订立一套与委任监护人制度相若的放弃充任监护人制度。如建议委任的监护人已藉签署适用的表格表示同意接受委任,但日后却不愿充任监护人,便必须正式放弃监护权而不接受委任。有关的放弃通知应以书面正式作出,并应通知遗嘱执行人或遗产管理人。如无遗嘱执行人、遗产管理人或尚存的父母,则应将放弃监护权一事通知社会福利署署长,以采取行动来保障儿童的最佳利益。

### 谘询所得的回应

4.11 有就此建议发表意见的回应者大多对此建议表示绝对支持。然而,人际辅导中心指出如获委任的个人接受委任充任儿童的监护人,此事应视作其本人的极为严肃之承担。该中心所关注的是放弃监护权对儿童在情绪方面可能造成的影响,特别是如果监护人已负监护的工作。

4.12 我们经考虑上述意见后,感到虽然在以上所述情况下放弃监护权所造成的影响,可能令人甚感遗憾,但不能对放弃监护权施加限制。我们认为不能强迫获委任的监护人接受委任,亦不能强制他不得在接受委任之后退出。不过,我们也同意如果能编制关于监护人义务的公众资讯小册子,教育公众明白同意充任监护人所会负上的义务的严肃性质,事情便会变得好办一些。

### 建议 2

<sup>6</sup> 条文的文本见于下文附件 2。

<sup>7</sup> 《1995年苏格兰儿童法令》第7(3)条。

我们建议应设立一套与委任监护人制度相若的放弃充任监护人制度。如建议委任的监护人已藉签署适用的表格表示同意接受委任，但日后却不愿充任监护人，便必须正式放弃监护权。有关的放弃通知应以书面正式作出，并应通知遗嘱执行人或遗产管理人。如无遗嘱执行人、遗产管理人或尚存的父母，则应将放弃监护权一事通知社会福利署署长，以采取行动来保障儿童的最佳利益。

## 尚存的父母的否决权

### *尚存的父母反对委任的后果*

4.13 根据《未成年人监护条例》（第13章）第6(2)条，尚存的父母有权反对委任遗嘱监护人，我们认为此一规定需要修改。<sup>8</sup> 倘若尚存的父母提出反对，遗嘱监护人的委任看来便不会生效。一旦行使这否决权，遗嘱监护人便会被迫将事情闹上法院，而法院既可能拒绝作出命令，致使尚存的父母继续为唯一监护人，<sup>9</sup> 也可能下令监护人与尚存的父母共同充任监护人，或充任唯一监护人而把尚存的父母排拒于外。<sup>10</sup>

### *尚存的父母应有权向法院提出申请*

4.14 尚存的父母无权根据此条主动向法院提起诉讼。如果尚存的父母反对某人充任遗嘱监护人，我们实在找不到有任何情况是有理由可禁止尚存的父母向法院寻求补救。如有此等情况出现，事情会由法院采用福利原则来作出裁决。

4.15 我们在谘询文件中建议应撤销《未成年人监护条例》（第13章）第6(2)条所订授予尚存的父母的否决权，使尚存的父母与监护人之间如在儿童的最佳利益问题之上有争执，便可各自根据第6(3)条向法院提出申请。

### *谘询所得的回应*

4.16 大家一般对此建议均表支持，但有少数回应者却不表赞同，并质疑让已故的父或母的关于子女事宜的意愿，在实际上凌驾于尚存

<sup>8</sup> 见上文第1章。

<sup>9</sup> 见《未成年人监护条例》第6(3)(a)条。

<sup>10</sup> 《未成年人监护条例》第6(3)(b)条。

的父母的意愿之上此一做法是否适当，特别是就儿童的父母已分居或离婚的个案而言。

4.17 香港家庭福利会对此建议不表反对，但认为应鼓励父母双方之间自行协商决定应由何人充任自己的遗嘱监护人。如有需要，大家可透过调解进行磋商，以免日后在此方面发生冲突。

**建议 3**

我们建议应撤销《未成年人监护人条例》（第 13 章）第 6(2)条所授予尚存的父母的否决权，使尚存的父母与监护人之间如在儿童的最佳利益问题之上有争执，便可各自根据第 6(3)条向法院提出申请。

### 儿童对于委任监护人的意见

4.18 《1995 年苏格兰儿童法令》第 7(6)条<sup>11</sup> 规定，委任监护人的决定应视为涉及行使该苏格兰法令第 6 条所指的父母权利的重大决定。第 6 条规定，在作出重大决定之前，必须在切实可行的范围内考虑儿童的意见。这项条文对于较年长的儿童比较切要，也是合理的做法，因为父母一旦离婚，他便交由监护人照顾。我们在谘询文件中建议引入一项与《1995 年苏格兰儿童法令》第 7(6)条<sup>12</sup> 相若的条文，以便儿童对于委任监护人的意见得获考虑。

#### 谘询所得的意见

4.19 对此建议发表意见的被谘询人均一致支持此建议。

**建议 4**

我们建议引入一项与《1995 年苏格兰儿童法令》第 7(6)条<sup>13</sup> 相若的条文，以便儿童对于委任监护人的意见，在切实可行的范围内得获考虑。

### 监护人的委任何时生效

4.20 在英格兰，根据《1989 年儿童法令》，<sup>14</sup> 由父母其中一方或法院委任的监护人是负有父母责任的。《1995 年苏格兰儿童法令》

<sup>11</sup> 条文的文本见于下文附件 2。

<sup>12</sup> 条文的文本见于下文附件 2。

<sup>13</sup> 条文的文本见于下文附件 2。

<sup>14</sup> 《1989 年儿童法令》第 5(6)条。

中也有相若的条文。<sup>15</sup>《1989年儿童法令》第5(8)条<sup>16</sup>规定，遗嘱监护人只会于尚存的父母也去世后才会负有父母责任<sup>17</sup>，但如去世的一方是获判同住（管养）令，又或者是负有父母责任的唯一一方，则作别论。<sup>18</sup>

4.21 我们发现这项条文在施行上有困难，因为如果已故的父或母生前是唯一与儿童同住的人，但又从未向法院申请管养令，则遗嘱监护人便无从履行职责。（各方之间或曾有非正式协议，或已签订调解协议但未有将之转为协议令。）限令由尚存的父母照顾儿童可能并不符合儿童的最佳利益，因为尚存的父母可能是不负责任，对儿童疏于照顾。

4.22 我们已注意到基于上述的实际理由，英格兰的法律条文是有不足之处。<sup>19</sup>委任监护人的目的是让他在作出委任的父或母去世后充任监护人，如果遗嘱监护人只可在尚存的父母也去世后才能履行职务，则作出委任也是徒然。苏格兰法律委员会认为，当作出委任的父或母去世后，尽管另一方仍然健在，亦应容许获委任的监护人履行职责。<sup>20</sup>至于遗嘱监护人与尚存的父母之间的任何争执，则可交由法院解决。

4.23 在香港，数代同堂的大家庭在教养儿童方面仍发挥着重要的功能，所以即使有尚存的父母，较适当的做法仍是应容许监护人履行职责，这也是《未成年人监护条例》（第13章）第5和6条的规定。我们认为符合儿童的最佳利益的做法，就是让遗嘱监护人无须待儿童的尚存的父母去世后，才能采取行动以儿童监护人的身分行事。

4.24 我们在谘询文件中建议，如父母其中一方在去世前已取得管养令，则由该一方委任的遗嘱监护人便可在该一方去世时自动以遗嘱监护人的身分行事。如果有探视权的一方不满意这项安排，可向法院提出申请，以决定儿童的管养事宜。

4.25 为了将没有管养令的个案也网罗其中，我们又在谘询文件中建议，如委任遗嘱监护人的儿童父母其中一方生前是与儿童同住，则该一方所委任的遗嘱监护人便应可在该一方去世时履行职责。在这种情况下之中，遗嘱监护人的委任不会在儿童的父或母去世时立即生效，

<sup>15</sup> 《1995年苏格兰儿童法令》第7(5)条。

<sup>16</sup> 条文的文本见于下文附件2。

<sup>17</sup> 有关此项条文的讨论见上文第3章。

<sup>18</sup> 《1989年儿童法令》第5(7)(b)条。如未婚母亲未有与子女的父亲签订父母责任协议，或法院未下令后者须负上父母责任，便会出现只有父亲或母亲负有父母责任的情况。尚存的父母与监护人之间的争执，可透过根据《1989年儿童法令》第8条提出申请的途径来解决。

<sup>19</sup> 苏格兰法律委员会也持相同意见，见上文第3章。

<sup>20</sup> 见《未成年人监护条例》第6(2)条。

但遗嘱监护人须主动先向法院取得批准。这个方案更为务实，可避免出现英格兰的《1989年儿童法令》第5(8)条<sup>21</sup>（该条规定遗嘱监护人只在尚存的父母也去世后才可履行责任）有欠灵活的问题。

### 谘询所得的回应

4.26 我们发现回应者对此建议的意见不尽相同。香港社会服务联会所关注者是此建议所基于的假定（即香港普遍有数代同堂的大家庭负责照顾儿童，以及有需要保护儿童，使儿童不受有探视权但又可能是不负责任的父母干扰），只适用于数目有限的个案，而建议本身却是适用于一般情况。香港基督教女青年会则认为儿童自己的看法和尚存的父母取得管养权当中所涉及的利害关系，应优先于属于第三者的遗嘱监护人的看法和在事件中的利害关系。至于其他的回应者，他们又再次表示担心建议可能会令尚存的父母与监护人之间出现对抗的情况，而这一点我们在上文已有提及。

4.27 我们经考虑上述意见后，仍对建议维持支持立场，因为我们认为这是确保儿童的住所能保持稳定的最佳做法。

#### 建议 5

我们建议：

- (a) 如委任遗嘱监护人的儿童父母其中一方生前是与儿童同住，则该一方所委任的遗嘱监护人便应在该一方去世时履行职责。遗嘱监护人的委任不会在儿童的父或母去世时立即生效，但遗嘱监护人须主动先向法院取得批准；
- (b) 如父母其中一方在去世前已取得管养令，则由该一方委任的遗嘱监护人便可在该一方去世时自动以遗嘱监护人的身分行事。

### 由法院委任

*如儿童别无他人对他负有父母责任，则任何人均可向法院提出申请以获委任*

4.28 《未成年人监护条例》第7条规定，儿童如无父母、监护人或其他对其享有父母权利的人，法院可为他委任监护人。<sup>22</sup> 在英格兰，

<sup>21</sup> 条文的文本见于下文附件2。

<sup>22</sup> 这是指未婚父亲已根据《未成年人监护条例》第3条提出申请，取得授予他父母权利或权能的命令。

《1989年儿童法令》第5(1)条<sup>23</sup>规定，如儿童没有对他负有父母责任的父或母，或获判同住令的父或母在同住令生效期间去世，则任何有意充任监护人的个人均可向法院提出申请。<sup>24</sup>

4.29 我们在谘询文件中建议废除《未成年人监护条例》第7条，并就监护人的委任，制定一项与《1989年儿童法令》第5(1)条相若的条文。

#### *谘询所得的回应*

4.30 对此标题下的建议作出回应者均一致支持建议。

#### **建议 6**

我们建议废除《未成年人监护条例》第7条，并就监护人的委任，制定一项与英格兰的《1989年儿童法令》第5(1)条<sup>25</sup>相若的条文。

### 由监护人作出委任

#### *由监护人委任监护人的权力*

4.31 香港看来并无任何法定条文，容许监护人委任另一名监护人在自己去世后代为行事。不过在英格兰，《1989年儿童法令》第5(4)条<sup>26</sup>规定，监护人是可委任另一名监护人，在自己去世后代为充任儿童的监护人。我们在谘询文件中建议采纳一项参照《1989年儿童法令》第5(4)条而制定的相若条文。

#### *谘询所得的回应*

4.32 虽然此建议大致上获得支持，大家都认为它可能会令儿童得到持续稳定的照顾，但对此建议发表意见的回应者中也有一些是提出强烈反对的。周毅英医生觉得假若有管养权的父或母去世，“则除非尚存的父母是被证明有问题，不能履行像样的父母所须履行的职责，又或者是已自动放弃管养权，否则优先权是应该给予尚存的父母的。”

4.33 我们已对这些论据加以适当考虑，但得出的结论是我们原来的建议，经衡量轻重后会是最符合儿童的利益的。

#### **建议 7**

<sup>23</sup> 条文的文本见于下文附件 2。

<sup>24</sup> 全文见下文附件 2。

<sup>25</sup> 条文的文本见于下文附件 2。

<sup>26</sup> 条文的文本见于下文附件 2。

我们建议采纳一项参照英格兰的《1989年儿童法令》第5(4)条而制定的相若条文，容许监护人可在自己死亡的情况下为儿童委任监护人<sup>27</sup>。

## 罢免或更换监护人

4.34 《未成年人监护条例》（第13章）第8条规定，高等法院如信纳将任何遗嘱监护人或将任何根据该条例获委任或充任监护人的人罢免或更换，是可促进有关儿童的福利，即可将该人罢免或更换。《1989年儿童法令》第6(7)条规定，儿童本人、任何有父母责任的人或法院本身均可申请终止监护人的委任。我们在谘询文件中建议《未成年人监护条例》第8条应予保留，但亦应作出修订，以将相若权力授予区域法院。

### 谘询所得的回应

4.35 对此建议发表意见者均一致支持此建议。

#### 建议 8

我们建议《未成年人监护条例》第8条应予保留，但亦应作出修订，以将相若权力授予区域法院。

## 产业监护人

4.36 《未成年人监护条例》（第13章）第18条规定，除在第(2)款指明的情况外<sup>28</sup>，未成年人的人身监护人也同时是其产业的监护人。英格兰法律委员会建议，可藉托管来补足有关产业监护人的条文的不足之处。<sup>29</sup>《1989年儿童法令》第5(11)条保留了委任产业监护人的权利，而法院规则是将行使有关权力的权利给予法定代表律师。苏格兰法律委员会和《1995年苏格兰儿童法令》对于儿童的产业的管理均有详细规定，但这些规定看来并不适用于香港。

4.37 《法定代表律师条例》（第416章）列明法定代表律师在财产事宜方面的管辖权。我们注意到英格兰的《最高法院规则》第80号命令第13条规则所订的权力，而该条规则是订明只可委任法定代表律师充任儿童的产业监护人。虽然香港并无订有同等权力，但看来

<sup>27</sup> 条文的文本见于下文附件2。

<sup>28</sup> 在该等情况下，法院可特别另外委任一名产业监护人。

<sup>29</sup> 英格兰法律委员会的名为“Family Law: Review of Child Law; Guardianship and Custody”的报告书（HMSO 1988年第172号报告书），第2.24段。

仍无碍法定代表律师履行其职责。在谘询文件中，我们表示欢迎公众就法定代表律师是否有足够权力充任产业监护人一事和是否需要进行改革发表意见。

4.38 有就此题目发表意见的回应者并无提出反对意见。

**建议 9**

我们建议在法定代表律师充任产业监护人的权力一事上维持现况。

## 第 5 章 建议摘要

(本报告书所提出的建议均见于第 4 章)

### 建议 1

(监护人的委任)

我们建议：

- (a) 采纳一项与英格兰的《1989 年儿童法令》第 5(5)条<sup>1</sup> 相若的条文，规定享有父母权利及权能的父母可藉书面形式的文件来委任监护人，其签署须由两名证人见证，而无须订立正式遗嘱或签订正式契据；
- (b) 采用委任监护人标准表格，表格内应扼要说明监护人的责任，并由建议委任的监护人签署。(这些表格可存放于法律援助署和设有由当值律师服务提供免费法律指导的民政事务总署各分区事务处，以供市民索取。市民亦可从互联网下载这些表格使用。);
- (c) 如监护人不曾正式同意充任监护人，则须明确表示或默示接受委任，并可用填写表格的方式表明意愿。

### 建议 2

(放弃监护权)

我们建议应设立一套与委任监护人制度相若的放弃充任监护人制度。如建议委任的监护人已藉签署适用的表格表示同意接受委任，但日后却不愿充任监护人，便必须正式放弃监护权。有关的放弃通知应以书面正式作出，并应通知遗嘱执行人或遗产管理人。如无遗嘱执行人、遗产管理人或尚存的父母，则应将放弃监护权一事通知社会福利署署长，以采取行动来保障儿童的最佳利益。

### 建议 3

(尚存的父母的否决权)

---

<sup>1</sup> 条文的文本见于下文附件 2。

我们建议应撤销《未成年人监护人条例》（第 13 章）第 6(2)条所授予尚存的父母的否决权，使尚存的父母与监护人之间如在儿童的最佳利益问题之上有争执，便可各自根据第 6(3)条向法院提出申请。

## 建议 4

*（儿童对于委任监护人的意见）*

我们建议引入一项与《1995 年苏格兰儿童法令》第 7(6)条<sup>2</sup> 相若的条文，以便儿童对于委任监护人的意见，在切实可行的范围内得获考虑。

## 建议 5

*（监护人的委任何时生效）*

我们建议：

- (a) 如委任遗嘱监护人的儿童父母其中一方生前是与儿童同住，则该一方所委任的遗嘱监护人应可在该一方去世时履行职责。遗嘱监护人的委任不会在儿童的父或母去世时立即生效，但遗嘱监护人须主动先向法院取得批准；
- (b) 如父母其中一方在去世前已取得管养令，则由该一方委任的遗嘱监护人便可在该一方去世时自动以遗嘱监护人的身分行事。

## 建议 6

*（由法院委任监护人）*

我们建议废除《未成年人监护条例》（第 13 章）第 7 条，并就监护人的委任，制定一项与英格兰的《1989 年儿童法令》第 5(1)条<sup>3</sup> 相若的条文。

## 建议 7

---

<sup>2</sup> 条文的文本见于下文附件 2。

<sup>3</sup> 条文的文本见于下文附件 2。

*(由监护人作出委任)*

我们建议采纳一项参照英格兰的《1989年儿童法令》第5(4)条而制定的相若条文，容许监护人可在自己死亡的情况下为儿童委任监护人<sup>4</sup>。

## **建议 8**

*(罢免或更换监护人)*

我们建议《未成年人监护条例》第8条应予保留，但亦应作出修订，以将相若权力授予区域法院。

## **建议 9**

*(产业监护人)*

我们建议在法定代表律师充任产业监护人的权力一事上维持现况。

---

<sup>4</sup> 条文的文本见于下文附件2。

## 回应《监护权和管养权谘询文件》的个人及团体名单

1. 防止虐待儿童会
2. 新妇女协进会
3. JJA Bosh 先生及 SFM Wortmann 女士
4. 香港明爱家庭服务婚外情问题支援服务
5. 香港明爱（社会服务部）
6. 香港明爱家庭服务
7. 香港家庭福利会陈子英女士
8. 周毅英医生
9. 郑梅红女士
10. 香港中华基督教青年会
11. 钟婉仪女士
12. 香港城市大学公共及社会行政学系
13. 律政司民事法律科
14. 律政司刑事检控科
15. 法律援助署署长
16. 卫生署署长
17. 民政事务总署署长
18. 入境事务处处长
19. 社会福利署署长
20. 香港城市大学法律学院助理教授 Heather Douglas 女士
21. 金爱宁女士
22. 和谐之家
23. 基督教灵实协会
24. 群福妇女权益会
25. 香港大律师公会
26. 香港家庭福利会
27. 香港各界妇女联合协进会
28. 香港女律师协会
29. 香港学生辅助会
30. 香港妇女发展联会

31. 香港青年法律工作者协会有限公司
32. 香港基督教女青年会
33. 司法机构政务长
34. 希仕廷律师行江润红女士
35. 香港家庭福利会劳柳爱女士
36. 法定代表律师
37. 人际辅导中心
38. 民政事务局局长
39. 房屋局局长
40. 圣约翰座堂辅导服务
41. 香港小童群益会
42. 香港公教婚姻辅导会
43. 香港儿童权利委员会
44. 香港社会服务联会
45. 香港家庭法律协会
46. 香港调解中心
47. 香港心理学会
48. 香港律师会
49. 香港大学社会工作及社会行政学系
50. 香港大学法律学院
51. 曾蕴慧女士

## 有关的海外条文

本报告书第 4 及 5 章所载建议有提及英格兰的《1989 年儿童法令》和《1995 年苏格兰儿童法令》作比较之用，这两条法规的有关条文现列明于此附件。

### 建议 1——委任监护人

《1989 年儿童法令》第 5(5)条：

- “(5) 根据第(3)或(4)款作出的委任，除非是以书面作出及注明日期，并且由作出委任的人签署或按照下列规定签署，否则不具效力——
- (a) 如委任是藉遗嘱作出的，而遗嘱并非由立遗嘱人签署，则须在立遗嘱人按照《1837 年遗嘱法令》第 9 条的规定指示下签署；或
  - (b) 如属任何其他情况，则须在委任的人面前并按他的指示签署，并由两名证人在场见证，而该两名证人亦须各自见证该签署。”

### 建议 4——儿童对于委任监护人的意见

《1995 年苏格兰儿童法令》第 7(6)条：

- “(6) 在不损害本法令第 6 条第(1)款的一般性的原则下，根据上述第(1)或(2)款作出委任监护人的决定，就该条（或按上述第(5)款适用的该条）而言，应视为一项涉及行使父母权利的重大决定。”

（请亦参阅第 6(1)条，但该条仅供参考之用：

- (1) 任何人在作出涉及下列事宜的重大决定时——
  - (a) 其履行父母责任或履行本法令第 5(1)条所述责任一事；或
  - (b) 其行使父母权利或凭借该条予以同意一事，

须在切实可行的范围内，顾及有关儿童的年龄和成熟程度而考虑其意见（如该儿童是希望表达意见的话）；此外，又须顾及任何其他对该儿童负有父母责任或享有父母权利（并希望表达意见）的人的意见。在不损害本款的一般性的原则下，年满 12 岁或以上的儿童须推定为具足够年龄和成熟程度持有自己的看法。）

#### 建议 6—— 由法院委任监护人

《1989 年儿童法令》第 5(1)条：

“(1) 凡有个人向法院提出有关某儿童的申请，如属以下情况者，法院即可藉命令委任该人为该儿童的监护人——

- (a) 该儿童并无负有父母责任的父或母；或
- (b) 就该儿童获判同住令的父或母或监护人在同住令生效期间去世。”

#### 建议 7—— 由监护人委任监护人

《1989 年儿童法令》第 5(4)条：

“(4) 儿童的监护人可委任另一人在自己去世后代为充任监护人。”