

二零零四年五月十三日
討論文件

《 2003 年領養(修訂)條例草案 》 法案委員會

對私下安排非親屬領養施加制裁

目的

本文件旨在就委員對《 2003 年領養(修訂)條例草案 》(《 修訂條例草案 》)中關於安排或交託兒童接受非親屬領養的第 29 條(新條文第 23A 條)所提若干論點作出回應。

背景

2. 新條文第 23A(1)條規定，除社會福利署署長(“社署署長”)或社署署長授權的人外，否則任何人不得為幼年人接受領養而作出安排，亦不得為領養的目的而交託幼年人，除非準領養人是該幼年人的父／母或親屬，或該人是依據法院的命令行事(下文稱此為“受禁止的領養安排”)¹。有關規定適用於本地和跨國(公約和非公約)領養。

3. 新條文第 23A(2)條進一步規定，任何人如參與某團體(不論是否法人團體)的管理或控制，而該團體涉及領養安排，或任何人作出受禁止的領養安排，或接收根據受禁止領養安排交託的幼年人，即屬犯罪，可處第 6 級罰款(現時罰款為

¹ 《 修訂條例草案 》 第 29 條(第 23A(1)條)訂明：

“除署長或署長為施行本款而授權的人外，除非符合以下條件，否則任何人不得為幼年人接受領養而作出安排，亦不得為領養的目的而交託幼年人—

- (a) 準領養人或(如準領養人屬一對配偶)準領養人中其中一人，是該幼年人的父母或親屬；或
- (b) 該人是依據法院的命令行事的。”

100,000 元)及監禁 6 個月²。

4. 新條文第 23A(4)條列出視為“作出領養安排”³的各種行為，包括為領養安排而訂立任何協議；為領養或利便有關領養而作出任何安排；發起或參與任何商議，目的是為作出領養安排；或致使另一人作出這類行為。

委員關注的事項

5. 委員對建議表示關注，特別是以下事項 —

- (a) 訂立該項條文的需要；
- (b) 受該項條文圍制的人士；
- (c) 受該項條文圍制的行為；以及
- (d) 刑罰的嚴厲程度。

² 《修訂條例草案》第 29 條(第 23A(2)條)訂明：

“任何人如一

- (a) 參與某團體(不論是否法人團體)的管理或控制，而該團體—
 - (i) 存在的目的完全是或局部是為幼年人接受領養而作出安排；及
 - (ii) 並非署長為施行第(1)款而授權的人；
- (b) 違反第(1)款；或
- (c) 接受在違反第(1)款的情況下交託給他的幼年人，

即屬犯罪，可處第 6 級罰款及監禁 6 個月。”

³ 條例草案第 29 條(第 23A(4)條)訂明：

“就本條而言，任何人如有以下作為，即當作為幼年人接受領養而作出安排—

- (a) 他就幼年人接受任何其他他人領養而訂立任何協議或作出任何安排，或為利便該項領養而訂立任何協議或作出任何安排，不論該項領養是在或擬在香港或其他地方進行；
- (b) 他發起或參與任何商議，而商議的目的或效果是有(a)段所提述的協議訂立或有(a)段所提述的安排作出；或
- (c) 他致使另一人作出(a)或(b)段所指明的作為。”

考慮事項

(a) 訂立該項條文的需要

6. 我們已在題為“《2003年領養(修訂)條例草案》帶來的改變一對現行本地領養安排的影響”的文件(檔號:CB(2)1566/03-04(02)),以及在法案委員會先前的會議上,解釋建議背後的理據和訂立條文的需要。

7. 作出領養安排時,應以兒童的最佳利益為指導原則。個人/非獲認可機構未必具備進行評估和作出安排或交託所需的專門知識及專業訓練。各方普遍贊同在領養過程中需要有專業參與。在以往的諮詢過程中,各方普遍支持將私下安排非親屬領養列作非法行為的建議。因此,我們認為個人/非獲認可機構不得安排或交託兒童接受非親屬領養。

8. 雖然所有本地領養最終都須得到法院批准,但宜在領養過程較早階段引入保障措施,以免法院面對既成的事實,即準領養父母(不論他們是否最佳人選)與該兒童之間已經建立感情,以致法院在別無選擇的情況下發出領養令。

9. 因此,我們認為應該施加有效的制裁,以阻止社署和獲認可機構(根據及按照其認可資格)以外的人士作出領養安排。

(b) 受該項條文圍制的人士

10. 親屬領養並不受第23A條圍制。鑑於委員表示關注,我們亦已考慮繼父/繼母以單一申請人身分申請領養的情況(注意:憑藉第23A(1)(a)條⁴,現時繼父/繼母連同幼年人的親生父/母申請領養該幼年人並不受第23A條圍制)。我們同意,就第23A條而言,如繼父/繼母以單一申請人身分申請

⁴ 第23A(1)(a)條訂明,如準領養人或(如準領養人屬一對配偶)準領養人中其中一人是該幼年人的父母或親屬,便不受第23A條圍制。

領養，應按處理親屬領養的同一方式處理，使該名繼父／繼母會與連同幼年人的親生父／母提出申請的繼父／繼母享有相同地位。

11. 此外，鑑於委員表示關注，我們建議在委員會審議階段修正案中訂明，在根據及按照其認可資格而行事的情況下，正式獲得認可的非政府機構除可參與跨國領養事宜外，亦可參與本地領養工作⁵。這樣，獲認可機構便不會受第 23A 條圍制。

12. 作出這些修訂後，第 23A 條只會對非由社署、獲認可機構或非依據法院命令行事而作出的非親屬領養安排或交託(不論是本地或跨國領養)作出圍制。

13. 委員關注到目前對第 23A 條的詮釋過闊，以致涵蓋那些本着真誠，出於善意，沒有存心破壞或並無惡意，但無意中或不知法例訂有禁止條款而牽涉其中的人士。根據刑事法的基本原則，檢控官必須證明被告人懷著犯罪意圖(*guilty mind*)而觸犯罪行，因此，除非證明被告人知道或有理由懷疑作出有關安排或交託的人士並非社署署長／獲認可機構，亦並非依法院命令行事，否則被告人不會被裁定犯罪。

14. 根據英國、澳洲昆士蘭和新西蘭等地的海外經驗，該些地區的當局絕少援引與第 23A 條相等的條文，在若干程度上反映難以用這些條文向人提出起訴。不過，這類條文至少可達到一個目的，就是堅定地說明社會反對任何不恰當的兒童領養安排。

⁵ 我們會就此議題另外擬備文件，供二零零四年五月十三日會議上討論。

(c) 受該項條文圍制的行為

15. 鑑於委員建議採取盡量少加規管的原則，我們已檢討有關條文，並建議刪除原有第 23A(2)(a)條所訂的擬議罪行；該條訂明，參與管理或控制任何為作出領養安排而存在的團體（或獲認可機構以外的團體），即屬違法。我們仍可依賴餘下的第 23A(2)(b)和(c)條，以圍制那些觸犯旨在規管領養安排和交託的第 23A(1)條條文的人士。第 23A(3)條是有關可接納為證明第 23A(2)(a)條所訂罪行的證據的條文，因而不再需要，可予刪除。

(d) 刑罰的嚴厲程度

16. 委員特別對刑罰的需要和嚴厲程度表了兩項關注：

- (a) 對於那些本着真誠、出於善意、沒有存心破壞或並無惡意，及／或在不知法例訂有禁止條款的情況下，私下安排無親屬關係人士的領養或為領養目的將兒童交託予無親屬關係人士的人，可否處以較輕的刑罰；以及
- (b) 憑藉法院拒絕向違反第 23A 條規定的申請發出領養令，是否足以對受規管的領養安排起阻嚇作用，取代刑事懲處。

17. 有關第 16(a)段，法律意見指出，判刑的事情應由法院酌情決定。在判刑時，如果適用，法院會考慮個案的所有情況，違犯者的背景和所有可減輕刑罰的因素⁶，才決定適當懲罰。我們實不宜在法例內訂明任何因素，支配法院如何就判刑作出決定。不過，作出受禁止領養安排的人士，可在法院判刑時提出一些因素作為要求輕判的理由，譬如他作出該安排是出於善意、本着真誠、沒有存心破壞或並無惡意，或他

⁶ 可減輕處罰的理由包括：違犯者不知有關法例、動機、違犯者的品格、違犯者表示悔意、違犯者在犯事後的表現、違犯者在錯誤的法律意見下行事、違犯者的精神狀況等。

不知悉法例禁止有關的領養安排。因此，我們不宜引入一個針對有不同意圖的違犯者的懲罰制度。

18. 有關第 16(b)段，我們在制訂修正案的過程中，曾考慮外國的相關經驗。英國和澳洲並沒有禁止法院發出領養令，給予違反第 23 A 條的同等條文的人士，因為法院要兼顧公共政策方面的考慮因素和兒童的最佳利益，在這兩方面求取平衡。對於不讓法院具有司法管轄權批出領養令給違反第 23 A 條的申請人(以取代刑事懲處)的建議，我們不表贊同，因為此舉會令法院在根據每宗個案的情況作出判斷時受到制肘，這可能不符合兒童的最佳利益。在某些個案中，這可能會令有關兒童受到傷害，比如說雙方已建立感情，而領養父／母除違反第 23A 條外，在其他各方面都是合適人選。

法案委員會審議階段擬議修正案

19. 鑑於上文所述，我們認為應保留第 23A 條所訂的刑事懲處。不過，我們建議動議通過法案委員會審議階段修正案，以一

- (a) 訂明“署長授權的人”是指根據及按照其認可資格行事的獲認可機構；
- (b) 將與幼年人親生父／母結婚的準領養人作出的領養豁除於禁止範圍之外；以及
- (c) 廢除第 23A(2)(a)和 23A(3)條。

法案委員會審議階段擬議修正案現載於附件。

結論

20. 請委員就上述安排和法案委員會審議階段擬議修正案發表意見。

衛生福利及食物局
二零零四年五月

建議對《2003年領養(修訂)條例草案》
第29條(新的第23A條)作出的修正

23A. 對安排領養及為領養的目的而交託
幼年人的限制

(1) ~~除非是署長或署長為施行本款而授權的人外，除非符合以下條件，否則~~ —

~~(a) 署長；~~

~~(b) 獲認可機構在其根據及按照其認可而行事的情況下；或~~

~~(c) 依據法院的命令行事的人，~~

任何人不得為幼年人接受領養而作出安排，亦不得為領養的目的而交託幼年人，但第(1A)款另有規定的情況不在此限。

(1A) 如準領養人或(如準領養人屬一對已婚配偶)準領養人中其中一人 —

(a) 是該幼年人的父母或親屬；或

(b) 已婚而配偶為該幼年人的生父或生母的人，該人是依據法院的命令行事的

則第(1)款並不適用。

(2) 任何人如 —

~~(a) 參與某團體(不論是否法人團體)的管理或控制，而該團體~~ —

~~(i) 存在的目的完全是或局部是為幼年人接受領養而作出安排；及~~

~~(ii) 並非署長為施行第(1)款而授權的人；~~
~~(ab) 違反第(1)款；或~~

~~(be) 接受在違反第(1)款的情況下交託給他的幼年人，~~

即屬犯罪，可處第 6 級罰款及監禁 6 個月。

~~(3) 在任何就第(2)(a)款所訂罪行而進行的法律程序中，證明——~~

~~(a) 任何參與某團體(不論是否法人團體)的管理或控制的人；或~~

~~(b) 任何代該團體參與為幼年人接受領養而作出安排的人。~~

~~所作出的事情或所書寫、說出或發表的言詞(不論是否在有該法律程序的任何一方在場下而作出、書寫、說出或發表的)證據，均可接納為證明該團體因何目的而存在的證據。~~

~~(34) 就本條而言，任何人如有以下作為，即當作為幼年人接受領養而作出安排 ——~~

~~(a) 他就幼年人接受任何其他人士領養而訂立任何協議或作出任何安排，或為利便該項領養而訂立任何協議或作出任何安排，不論該項領養是在或擬在香港或其他地方進行；~~

~~(b) 他發起或參與任何商議，而商議的目的或效果是有(a)段所提述的協議訂立或有(a)段所提述的安排作出；或~~

~~(c) 他致使另一人作出(a)或(b)段所指明的作為。~~