

# 澳大利亚探望权纠纷解决机制

陶建国

(河北大学 政法学院,河北 保定 071002)

**摘要:**澳大利亚《家族法》对于父母离婚规定了共同养育制度,这意味着离婚后对子女成长的重要事项必须由父母双方作出决定。共同养育制度也意味着离婚后的父母一方有探望子女的权利,当这一权利受到侵害后可以通过法院裁判或调解的方式加以解决。无论调解还是法院判决,维护子女最大利益是首当其冲的原则。对拒不履行法院判决的当事人,法院一般首先命令进行专家指导,其次才考虑强制执行措施。

**关键词:**澳大利亚;离婚案件;共同养育制度;探望权;子女利益;调解

**中图分类号:**D93/97

**文献标志码:**A

**文章编号:**1674-2494(2015)06-0022-06

澳大利亚于1975年修改《家族法》时改革了离婚制度,夫妻离婚时,法院不对感情是否破裂进行审查,只要夫妻主张无法维持婚姻或者实际上夫妻分居12个月以上即可判决离婚。但夫妻离婚上的便利性并不意味着可以忽视未成年子女利益。对于探望权来说,立法上明确规定父母离婚的,子女具有获得父母任何一方抚养的权利以及定期与父母一方见面的权利,而父母具有维护子女成长的一切义务,在此意义上,离婚后的父母与子女见面交流不仅仅表现为父母的权利,更具父母的义务性质。在解决探望权纠纷方面,家庭法院优先考虑子女利益,拥有较大的自由裁量权。比如法院斟酌探望权行使是否会使子女陷入家庭暴力,与子女共同生活一方带子女移居他处是否有利于子女利益的保护等。为了快速解决探望权纠纷,法院依据《调解与仲裁法》实施调解,以避免当事人之间产生过激矛盾并节省诉讼费用<sup>①</sup>。在执行判决时,对于无正当理由不配合探望权实现的一方进行专家指导,对拒绝参与指导程序或多次拒绝履行法院命令者,采取强制措施。

## 一、离婚后子女共同养育制度

澳大利亚1995年修改《家族法》时废止了此前使用的“监护(custody)”和“探望权(access)”概念,将父母对子女的监护权利和义务用“养育(parenting)”一词进行表达。但这不表明在澳大利亚不存在探望权纠纷,只是说明不刻意将探望权纠纷划分为一种独立纠纷类型,而是将其归入养育权纠纷范畴。出于易于理解的考虑,本文对澳大利亚因父母一方被拒绝与子女共同生活或见面引发的纠纷仍然称为探望权纠纷,于此概念基础上考察相关纠纷的解决机制。

1995年修改《家族法》时,澳大利亚建立离婚后子女共同养育制度<sup>②</sup>。立法规定,父母离婚或分居后仍然共同行使养育权,共同承担促进子女健康成长的责任。共同养育子女意味着即使父母离婚,对

收稿日期:2015-09-09

基金项目:河北省社会科学基金项目“未成年子女利益保护视域下家事诉讼制度研究”(HB15FX048)

作者简介:陶建国(1963-),男,满族,河北承德人,副教授,法学博士,主要研究方向为诉讼法。

于涉及子女重要问题的事项也由父母双方共同作出决定,比如子女教育、健康、姓名、医疗、宗教等。2010年澳大利亚对《家族法》进行修改时,在第60B条中规定,子女利益通过以下措施给予充分保护:(1)子女的生活在符合子女利益限度内,双亲应最大限度确保与子女的重要关系;(2)保护子女免受虐待、怠慢或家庭暴力,保护子女免受肉体上、精神上的损害;(3)帮助子女潜在能力得以发挥,确保子女获得充分、适当的养育以及确保双亲履行保护子女福祉和成长的义务。

由于立法上规定在符合子女利益限度内双亲应最大限度确保与子女的重要关系,据此,家庭法院在审理探望权纠纷时,必须考虑如何分配父母养育子女的时间。2010年修改的《家族法》对判断如何分配养育时间的考察因素作出不完全列举,包括父母之间住所的距离;确定的时间分配方案于现在和将来的可行性;父母之间现在与将来联系的可能性;法院的决定对子女的影响等。在能够实现子女最大利益且具有合理实行的可能性时,法院一般首先考虑平等分配养育时间。若此方法明显不当,法院可从对子女有实质意义角度分配养育时间,确保符合子女最大利益,这一方式又称为“有实质性意义的时间”方式。法院在以“有实质性意义的时间”分配养育时间时,一般着重考虑周末时间、长期休假时间、学校的特别活动、父母对子女学习上的帮助、父母是否有时间陪伴进行体育训练或比赛以及艺术活动、是否能够给予子女参与课外活动的机会、是否有时间出席子女课外活动或公演、是否能够指导子女承担一定的家务等。

父母一方准备带子女移居他处(包括海外)而影响探望权实现时,另一方可申请法院作出禁止移居命令。1995年之前,法院主要考虑是否具有“善意(bona fide)的理由”,只要不违反子女福祉,基本上不会作出禁止移居的命令。一般认为,对行使直接监护权的父亲或母亲非合理地限制移居,不利于子女长期的福祉发展<sup>[9]</sup>。1995年修改《家族法》后,在贯彻《家族法》子女最大利益原则下,父母移居必须考虑子女最大利益,影响共同养育的移居行为被法院拒绝的可能性很大,甚至,在子女利益保护面前,宪法上的迁徙自由权也存在后退的可能性<sup>[9]</sup>。

## 二、探望权纠纷的调解

自20世纪70年代中期之后,法院不断促进当事人自行解决纠纷或者利用非诉讼方式(ADR方式)化解矛盾,努力向当事人告知“对子女最为有害的不是离婚本身,而是离婚中的争执”。据此,夫妻“友好离婚(good divorce)”现象逐渐增加,离婚中很多探望权争议都在当事人和解或调解情况下获得了解决<sup>[9]</sup>。但是,遇以下情形,可不经和解或调解程序而直接申请法院进行裁判:(1)父母一方有虐待子女情形;(2)父母一方实施家庭暴力;(3)一方不遵守此前12个月内法院作出的命令且是在无视法院命令情形下实施行为;(4)一方当事人事实上不能参与纠纷调解程序(如一方当事人住所或工作单位距调解机构较远)。另外,在纠纷调解员认为纠纷不适合调解时,也可无需实施诉前调解。调解员在确定免除调解程序时考虑的要素包括:当事人之间家庭暴力情况;对当事人人身安全的考虑;当事人之间交涉能力状况;子女陷入虐待的危险程度;当事人之间情感、心理、肉体的健康因素以及认为适当的其他原因。

澳大利亚家庭法院配有调解员,主要分为两类:一是私人性质的调解员,二是由政府资助的登记官。登记官为专职律师,从事离婚、赡养等家事纠纷的调解。私人性质的调解员为社会工作者或心理学家,擅长调解有关未成年子女纠纷案件。《2008年家事法(家事纠纷解决从业者)条例》第5条、第6条修正了此前家事调解员资格。调解员任职资格为:(1)须已获得法律或社会科学等学科的学位或曾修读一年以上调解或纠纷解决方面的全日制课程;(2)接受相关训练并考核合格(对调解员任职资格的评定机构为全国调解员资格评审机关);(3)已在家庭法院进行登记。此外,调解员还应未被州或地方法律禁止从事儿童保护工作,适合承担家事纠纷调解责任,未曾被剥夺任命资格等。

当事人可直接申请纠纷由调解员调解,法院亦可将案件交给调解员处理。在调解程序中,调解员并不对案件提供和解方案或对纠纷进行评价,然而,单独会见当事人或私下交流时允许使用这些方法。调解员的通常技巧是,通过提问来使当事人考虑如果问题不能和解而走向诉讼的话,将承担诉讼带来的影响,比如诉讼费用的负担、案件对个人生活及其与对方当事人之间后续关系的影响。调解员在不对当事人进行施压的情况下,促成当事人提出和解方法。调解员在调解时,必须注重保护纠纷中子女的利益,为了避免纠纷对子女造成心理伤害,调解员充分运用教育学、社会学、心理学知识,向子女的父母阐明纠纷可能对子女人格发展、生活环境的影响,并建议父母及子女参加家事调解中心设立的分隔咨询项目。该项目能够疏导子女的心理郁结,为父母提供个别辅助,引导其日后更加注重子女利益的需求<sup>[6]</sup>。调解达成协议的,调解员提请法官批准双方的协议,即作出“同意裁决”,该裁决具有法律强制力。若调解未成功,调解员无权对案件作出裁定,但应出具调解不成功证书,当事人提起诉讼时,必须用该证书证明已经过了纠纷调解程序。司法实践中,由调解员调解成功的案件比例很高(60%左右)。即使在那些调解未成功的案件中,调解一般也达到了减少案件争点的作用<sup>[7]</sup>。

纠纷当事人除了可以运用上述法院附设调解解决探望权纠纷外,还可选择法院之外的机构调解纠纷,其中被经常利用的是“家族关系中心”(Family Relationship Centre),该中心由政府出资设立,全国共设65个,形成了一个覆盖全国的家事纠纷咨询和调解网络。“家族关系中心”主要功能是利用经验丰富的工作人员为已分居、离婚或者处于纠纷中的夫妻提供免费咨询或指导服务,帮助家庭走出危机阴影,挽救夫妻的婚姻,避免双方出现对立情绪以及避免纠纷给子女带来伤害<sup>[8]</sup>。在探望权纠纷处理上,“家族关系中心”首先尽量促成父母间和解,帮助制定探望权行使方案。比如,“家族关系中心”可以首先确定一个行使探望权的临时方案,避免一方因无法行使探望权而影响与子女的关系以及对子女造成心理伤害,在确保探望权能够在短时间内顺利行使情况下,再确定今后长期的探望权行使方法。“家族关系中心”对于调解协议或法院裁判生效后的探望权履行纠纷也给予调解,了解调解协议或法院裁判的内容难以履行的原因,或者是否产生了新的客观情况致使调解协议或裁决难以执行,若存此情形,“家族关系中心”可对探望权行使方法作出调整。

### 三、探望权纠纷的裁判

澳大利亚家事案件只有13%左右进入诉讼程序,其中6%最终通过判决获得解决,在探望权纠纷中,传统的对审结构发生很大变化,诉讼程序呈现非对审样态(Less Adversarial Trial)。法官在审理的最初阶段,告知当事人在其后所陈述的内容将成为诉讼证据,并给予当事人充分表达意见的机会。原则上当事人应当亲自向法院陈述意见,但也允许通过诉讼代理人实施这些行为。为了收集与本案有关的基本资料,允许法官向当事人发出质询状(introductory questionnaires),当事人有回答义务。家庭法院的审理不适用普通民事诉讼当事人主义诉讼模式,“减弱式对抗制审判”为其程序特点。第一,法官控制诉讼程序的进行,决定案件需要哪些证据以及明确纠纷的争点。第二,家庭顾问在专业性问题上发挥重要作用,帮助法官明确争议焦点问题。第三,普通民事案件中的证据规则在家事诉讼中可免除适用,法院可依职权调查收集证据。

对于探望权纠纷,法官在作出判决前必须考虑判决内容是否符合子女最大利益。判断子女最大利益的两个参考要素一是子女保持与双亲重要关系的利益,二是保护子女免受虐待、忽视、家庭暴力、肉体或精神危害等。为了确保子女利益获得最大保护,立法上规定法官可裁量是否有必要为子女选任独立律师。另外,子女本人、保护儿童利益团体以及其他有关人员也可提出同样的申请。1994年,联邦家庭法院上诉法庭(大法庭)在某案件中提示,符合以下要件时应为子女选任独立的律师:存在子女受虐待情形;父母间对立激烈;需要将子女带离父母一方或双方;父母的宗教及文化差异对子女有影响;父

母一方或双方性行为特点对子女有影响;父母一方或双方患有严重医学的、精神医学的、人格障碍等疾患;父母一方经常请求变更养育环境或者拒绝一方与子女接触;子女应接受治疗但未获得确切的治疗。子女的独立律师来自澳大利亚法律援助协会,这些律师经过专门的技能研修,经考核合格后进行登记,研修业务由律师协会家族法分会、律师协会、联邦家庭法院共同组织进行<sup>[9]</sup>。子女独立律师不是子女的法定代理人,子女的意思表示对其没有必然约束力,这就是说,子女的独立律师不是完全按照子女的意思表示实施行为,其职责是为了确保诉讼中子女利益获得最大保护。子女的独立律师可实施的行为包括将子女意见反馈于法院;从保护子女利益角度对案件发表自己独立见解;询问当事人及证人;向法院提交有利于子女利益的证据;促进纠纷和解;必要时对判决提起上诉。子女独立律师的费用由子女的父母负担,在获得法律援助情况下,可通过法律援助解决该律师费用。

在涉外探望权纠纷中,往往发生父母一方未经对方同意将子女带至国外居住之情形。此情形下,一般适用联邦《家族法规则》第16条第3款的规定。澳大利亚属于较早加入《诱拐子女民事条约》的国家,并于1986年修改《家族法》时将该公约国内法化。当子女被父母一方带至国外时,另一方可向该国主管机关请求交还子女,该国主管机关具有协助义务,主管机关一般以代为提起民事诉讼方式请求将子女交还给澳大利亚一方的父母,仅在符合以下条件时,法院才可以拒绝交还:(1)心智成熟的子女明确表示拒绝交还;(2)交还子女后可能对子女造成身体或精神上的重大伤害或使子女陷入过于严重的不利状态;(3)交还子女违反澳大利亚基本人权和自由的保护原则。

#### 四、确保探望权行使的措施

对妨碍履行探望权或不行使探望权的行为,法律规定了强制执行措施。法院在判断不履行判决是否有正当理由时,必须考虑子女的最大利益。2000年修改《家族法》时,进一步细化了探望权行使的保障,以预防和规制拒绝与子女交流的行为,也规制探望权人不行使探望权现象。在子女利益优先情形下,法院对于罚款或拘留措施尤为慎用,而是尽量通过当事人自行协商,或者通过变更探望权行使方式解决问题,将罚款或拘留作为最终手段加以利用。

##### 1. 判决内容的告知

法院作出判决后应告知当事人判决内容、履行义务方式、违反义务产生的法律后果,阐明任何一方不得阻碍另一方行使探望权。然而,法院的告知措施有时可能难以发挥较好效果,因为某些有诉讼代理人代为诉讼的案件,很多当事人并不亲自参与庭审,宣读判决时当事人并不在场。再就是大部分案件为调解结案,调解过程为书面审理,法院根据调解结果制作判决书,因而,也很难对当事人当面进行判决内容的告知。司法实践中,家庭法院有时将判决内容制作告知手册发送给当事人,但问题是澳大利亚具有文化及语言多样性,一些当事人可能难以准确理解告知书内容。故而可以说,具有教育父母遵守判决内容、确保探望权实现这一告知制度尽管出发点很好,但若发挥出预想效果还需在司法实践中进行更多探索。

##### 2. 实施分离咨询项目

若一方不履行判决书规定的义务,法院应考察其行为是否构成处罚要件。在澳大利亚,当事人若想免除处罚,必须证明存在不履行判决义务的正当理由,比如,若能够证明未能理解判决书中的义务内容,或拒绝对方行使探望权是出于保护子女健康和安全的需要则可免除处罚。若当事人有正当理由不履行判决,法院作出认可的同时还应以易于理解的语言阐明判决内容。当事人无正当理由违反判决义务,法院将指定分离咨询项目指导员对当事人进行评估,评价其是否有必要参加分离咨询项目,通过参与该项目,在专业人员的指导和帮助下认识问题产生的原因、有关问题对子女的不利影响,并促成当事人和解。参加分离咨询项目期间,法院可作出停止违法行为的临时命令,在此期间若当事人认

为法院判决存在难以履行情形,可在审查后作出撤销、变更判决内容的命令。作出这一命令时,法院主要考虑原判决是否是在当事人同意下作出的;案件是否有诉讼代理人;拒绝履行判决的经过期间;应考虑的其他事项等。对不履行判决者命令参加分离咨询项目,目的是避免采取强制措施影响子女利益,尽量通过当事人的配合自愿履行判决。不过,这一方法目前也存在需要完善之处,比如澳大利亚从事分离咨询项目的服务人员不足、相关设施短缺、资金有限。再者,参加分离咨询项目的费用由当事人自行承担(交通费、住宿费等),而很多被命令参加该项目者为女性,一些女性经济收入有限。显然,参加该项目无形中加重了这些女性的经济负担。

### 3. 强制制裁措施的实施

对于无正当理由拒不参与分离咨询项目或多次故意不履行判决义务的当事人,法院可以采取强制制裁措施。强制措施包括参加公益劳动、保证(bond)、罚金、监禁等。参加公益劳动主要是命令当事人参加社区劳动,但劳动时间最长不超过2年,时间上应低于500小时。法院必须向当事人说明参与社会劳动措施的目的、效果及违反该命令的法律后果。保证意指允许当事人以书面形式向法院保证履行判决义务,保证时无需向法院交纳保证金或提供担保人。采取罚金措施时,罚金额不超过66000澳大利亚元。选择拘留措施时,法院应当说明拘留理由,被拘留者拘留期间履行判决义务或法院允许其作出保证的,可以释放被拘留者<sup>[10]</sup>。

## 五、结语

探望权纠纷为离婚案件中或离婚后经常发生的争议之一,解决此类纠纷应当以保护子女利益为最大原则,避免不适当的探望权行使对未成年子女身心健康和未来生活造成影响。基于此,澳大利亚通过多次修改法律完善探望权纠纷处理机制,其中调解前置、为未成年子女选任独立的代理律师、不履行判决时的分离咨询项目等均能够确保子女利益获得最大程度的实现。中国目前尚未建立专门的家事诉讼程序,未成年子女在探望权争议中没有自己的利益代理人,缺乏具有心理学和社会学知识的专家参与诉讼,探望权案件判决执行方式不适合子女利益的保护等。在监护权和探望权案件中,表面看来纠纷发生于父母之间,实际上,子女归谁监护、如何行使探望权更关涉到子女本人的成长和幸福,因此,此类家事案件必须确保子女的意见得到尊重,并给予其表达意见的机会,只有这样才能使纠纷解决结果有利于子女的健康成长。目前,完善家事案件审判和调解制度已成为学界和司法实务界的共识,在完善相关制度时,澳大利亚的立法和司法实践具有一定的借鉴意义。

### 参考文献:

- [1]小川富之. オーストラリアの親権法[J]. 戸籍時報, 2013(692): 32-38.
- [2]McIntosh Jennifer, Chisholm Richard. Shared Care and Children's Best Interests in Conflicted Separation[J]. Australian Family Lawyer, 2008(20): 3-16.
- [3]Lisa Young, Geoff Monahan. Family Law in Australia[M]. Lexis Nexis Butterworths, 2009: 437-438.
- [4]古贺绚子. オーストラリア家族法における離婚後の共同養育推進とリロケーション紛争への法的対応[J]. 比較法学, 2013(3): 242-268.
- [5]Smart Carol. Divorce in England 1950—2000: A Moral Tale?[M]. Oxford: Oxford University Press, 2000: 383.
- [6]林芳雅. 澳大利亚家事法院调解制度[EB/OL]. (2014-12-24)[2015-07-12]. <http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/07/id/1041735.shtml>.
- [7]JJ SPIGELMAN AC. 澳大利亚调解制度[EB/OL]. (2014-12-08)[2015-07-12]. <http://old.chinacourt.org/html/article/201104/27/449408.shtml>.

(下转第97页)

参考文献:

- [1]卢伟,林顺治.以“人文体育”理念探究高校体育教学改革[J].吉林体育学院学报,2004,2(20):96-97.  
[2]何勇.中国近代进步体育思想的形成研究[J].学术探索,2012(7):90-92.  
[3]冯霞,尹博.人文体育观理论与实践研究进展[J].北京体育大学学报,2006(1):25-27.  
[4]陈瑞玉.对我国学校体育教育中人文体育思想的认识[J].体育与科学,2009(3):93-95.  
[5]杨薇.推进高校体育人文创新教育研究[J].体育文化导刊,2006(9):60-61.  
[6]宁雷.高校体育人文教育现状与对策[J].体育与科学,2004(6):85-87.  
[7]张杏波.高职院校休闲体育现状及可持续发展研究[J].济源职业技术学院学报,2010(4):19-22.

## College Physical Education Under the Background of Humanistic Sports Thoughts

Xu Xuefeng, Tian Fuyong

(Department of Physical Education, Baoding University, Baoding, HeBei 071000, China)

**Abstract:** With the development of the society, the “tool” oriented sports theory has been weekend while “people oriented, health first” of the human sports values has been enhanced. The transformation of physical education promote the reform of physical education in colleges and universities. The direction of reform is to highlight the characteristics of personality and promote the development of students’ physical and mental health.

**Key words:** college physical education; teaching reform; people-oriented; health first; humanistic sports

(责任编辑 张春生)

(上接第 26 页)

- [8]陈苇,胡昔用.离婚诉讼前处理子女抚养纠纷的一种新机制——澳大利亚“家庭关系中心”评介及其启示[J].吉林大学社会科学学报,2007(4):72-78.  
[9]小川富之.オーストラリアにおける子どもの手続上の代理人[J].法律時報,2009(2):39-45.  
[10]石堂典秀.裁判所侮辱(Contempt)と面接交渉[J].法社会学,2006(65):116-128.

## Dispute Resolution System of Visitation Rights in Australia

Tao Jianguo

(School of Law and Politics, Hebei University, Baoding, Hebei 071002, China)

**Abstract:** Australian family law system of joint custody, stipulate that after divorce, about children’s important decision is made by both parents. Share custody system also shows that parents, after divorce, one party has the right to visit children. When the rights are violated, can be handled through the court referee or mediation method. Whether conciliation or court judgment, the principle of best interests of their children is firstly considered. Of the parties refuses to fulfill the court ruling, the court has the rights to order the expert guidance, next to consider enforcement measures.

**Key words:** Australia; divorce case; joint custody system; visitation rights; children’s interests; mediation

(责任编辑 张春生)