

《2006年居籍條例草案》

諮詢文件

本文件旨在就**附件 A** 所載的條例草案(“草案”)徵詢有關各方的意見，以落實法律改革委員會於 2005 年 4 月發表的《斷定居籍的規則》報告書(“《報告書》”)的建議。

草案的目的

2. 斷定一個人的居籍的普通法規則複雜而混亂，草案的目的是把這些規則簡化，並使一個人的居籍更容易確定。《報告書》的建議摘要載於**附件 B**，而整份《報告書》則上載於 <http://www.hkreform.gov.hk>。

3. 法律改革委員會(“法改會”)認為，實際上，有關建議除會改變已婚女子的居籍，使她們的居籍不再取決於丈夫的居籍外，並不會改變很多人的居籍。

4. 此外，草案建議對與兒童的居籍有關的法律作出重大修改，使其居籍不再與父母的居籍聯繫起來。這項建議會確保兒童的居籍更能確切反映現代社會的實況。草案也建議廢除原生居籍的概念，使有關居籍的規則更能配合現今世界的情況。

背景

5. 居籍的定義是“在法律上視為一個人永久以該處為家的地方或國家”。居籍這個概念的核心在於人與地方的長遠關係。在普通法和成文法中的不同範疇都有使用居籍的概念，以斷定應以哪一套法律制度來規管一個人的民事法律地位及其財產管理的某些事宜，包括—

- (a) 締結婚姻的法律行為能力；
- (b) 無遺囑者動產的繼承問題；
- (c) 個人訂立遺囑的能力；
- (d) 遺囑的有效形式(《遺囑條例》(第 30 章)第 24 條)；

- (e) 法院對離婚案等法律程序的司法管轄權(《婚姻訴訟條例》(第 179 章)第 3 條和第 4 條); 以及
- (f) 外地離婚或合法分居的承認(《婚姻訴訟條例》(第 179 章)第 56 條)。

6. 儘管斷定一個人的居籍的規則十分重要，但卻過於複雜和技術性，有時候會引致荒謬的結果。以下的一些例子，說明在現行規則下出現的問題：

- (a) 藉法律的施行，每個人在出生時都會得到一個原生居籍，顯示該人出生時其父親或母親的居籍。這居籍與兒童的出生地或其父母的居住地是沒有關聯的。因此，即使該家庭中極少成員曾經在其居籍所在的國家居住過，同一個原生居籍也可以世代相傳。
- (b) 斷定兒童的倚附居籍的規則，視乎兒童是婚生還是非婚生子女而有所區別。一般來說，婚生子女的倚附居籍依從父親的居籍，非婚生子女的倚附居籍則依從母親的居籍。這條規則由來已久，但可能會導致一些奇怪的結果。例如，婚生子女的父母分開居住，而該名子女與母親居於英格蘭，與在香港的父親並不同住，但該名子女的居籍仍然依從父親的居籍。此外，在原則上很難有充分理由支持兒童的居籍需取決於其父母是否已結為夫婦。
- (c) 已婚女子的居籍與丈夫的居籍相同，亦隨丈夫的居籍更改而更改。即使夫婦兩人在不同國家分開居住(不論是否有正式的分居協議)，甚至妻子已取得法院作出的分居裁決，此規則仍會適用。

草案的主要條文

第 3 條 – 一般規則

7. 草案第 3 條(《報告書》建議 14(b))列明下述規範居籍的一般原則：
- (a) 每個人都有一個居籍；

- (b) 任何人不得在同一時間爲了同一目的而有多於一個居籍；以及
- (c) 凡在香港任何法院席前就任何個人的居籍出現爭議，該法院須按照香港法律裁斷該項爭議。

第 4 條 – 未成年人的居籍

8. 爲取代現時有關原生居籍和倚附居籍的概念，法改會建議採用單一的驗證(即未成年人的居籍應該在與他有最密切聯繫的司法管轄區)及兩項推定來簡化現行法例(《報告書》建議 4)。根據第一項推定，如有關的未成年人的父母的居籍是同一國家，而該名未成年人與父或母或與父母兩人同住，除非有相反證據證明與該名未成年人有最密切聯繫的是另一國家，否則須推定該名未成年人的居籍是在該國家。根據第二項推定，如有關的未成年人的父母的居籍不是在同一國家，而該名未成年人只與父母其中一人同住，則除非有相反證據證明與該名未成年人有最密切聯繫的是另一國家，否則須推定該名未成年人的居籍是在與其同住的父或母的居籍所在的國家。

9. 草案第 4 條藉以下規定而落實《報告書》建議 4 –

- (a) 規定未成年人的居籍爲與他有最密切聯繫的國家或地區；
- (b) 爲協助斷定未成年人與哪個國家或地區有最密切聯繫而引入兩項可被推翻的推定 –
 - (i) 如未成年人的父母的居籍是同一國家或地區，而該未成年人與父或母或與父及母同住一家，則除非相反證明成立，否則須推定該未成年人與該國家或地區有最密切聯繫；以及
 - (ii) 如未成年人的父母的居籍不是同一國家或地區，而該未成年人與父母其中一人同住一家但並非與餘下的父或母同住一家，則除非相反證明成立，否則須推定該未成年人與上述同住一家的父或母的居籍所在的國家或地區有最密切聯繫。

第 5 條 – 成年人的居籍

10. 根據現行法例，成年人要取得居籍所需的作為是要“居住”在有關國家，而“居住”一詞的“含意與身處有關國家的含意分別不大”¹。該詞指以有關國家居民的身分身處該國²，但不包括“臨時或以旅客身分”身處在有關國家的人。不過，“居住”一詞的含義看來較單是身處有關國家的含意更為廣濶。法改會認為，“身處”有關國家的含意最能反映取得居籍所需的作為的要義。

11. 現行的法例按照一些較舊的法律典據，亦規定任何人在取得新的居籍前，需有意圖在有關地區永久居住。有人批評這項嚴苛的規定不切實際，因為這項規定可能意味着“沒有人會在原生居籍外，擁有其他居籍”。法改會認為由於居籍的概念與家有關，澳洲的做法較為可取：有關的成年人須有意圖無限期地以有關國家為家（《報告書》建議 7）。這做法較能掌握該概念的要義，更易明白，而且實行起來亦較簡單。“無限期地以有關國家為家”的驗證會使上述的“居住”規定更切合實際。

12. 草案第 5 條落實《報告書》建議 6(a)及 7。

13. 根據草案第 5(1)條，任何個人於成為成年人時（即滿 18 歲時）將保留他未成年時最後的居籍，直至他取得新的居籍為止。

14. 草案第 5(2)條就成年人取得新居籍列出兩項規定 –

(a) 他身處另一國家或地區；以及

(b) 他意圖無限期地以該國家或地區為家。

草案第 6 及 7 條 – 取得香港和另一國家或地區的居籍

15. 現行有關自選居籍的規則，久已被批評為未能反映實況和令結果難以確定。規則未能反映實況，是因為當事人與有關國家的聯繫終止很久之後，其居籍仍繼續存在，使其難以確立新的居籍。規則令結果難以確

¹ *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 第 13 版, Sweet and Maxwell, 2000 年, 第 6-034 段

² *IRC v Duchess of Portland* [1982] Ch 314 at 318-9

定，是因為在斷定一個人的意圖方面有困難。法改會的建議旨在處理這些問題。

16. 草案第 6 及 7 條落實《報告書》建議 6(b)及(c)。

17. 草案第 6(1)條列出任何成年人須合法地身處香港方可取得香港的居籍的一般規則。草案第 6(2)條述明：除非相反證明成立，否則任何成年人身處香港均推定是合法的。根據草案第 6(3)條，如在特殊情況下經證明嚴格遵守該項一般規則會導致不公正，則有關成年人即使不合法地身處香港，仍可取得香港的居籍。

18. 法改會認為“大原則是，要取得香港的居籍便須合法地身處香港”。不過，法改會在考慮過最近英格蘭上訴法院在 *Mark v Mark* [2004] 1 FLR 1069 一案中的判決後，建議如嚴格遵守該項規則會導致不公正情況，法庭應有酌情權偏離有關規則。其後上議院確認上訴法院的判決(參 *Mark v Mark* [2004] 1 FLR 1069)。

19. 草案第 7 條規定：在決定某成年人是否取得香港以外國家或地區的居籍時，其中一個須予考慮的因素是他身處該國家或地區一事按該國家或地區的法律而言是否合法。

草案第 8 條 – 缺乏能力成年人的居籍

20. 有關精神上無行為能力的人的居籍的現行法律在兩方面未能反映實況。第一，精神上無行為能力的人在開始失去能力時，其居籍已被凍結。第二，如該人開始失去能力時尚未成年，在他處於失去能力狀況的期間，他會如同未成年人般被斷定居籍。法改會建議：

- (a) 精神上無行為能力的成年人應該以與他有最密切聯繫的國家為其居籍；
- (b) 精神上無行為能力的成年人在恢復精神上行為能力時，應保留他在恢復精神上行為能力之前的最後居籍，其後他可以取得自選的居籍；以及
- (c) 在措詞上，有關條文應該不僅涵蓋精神上無行為能力的人，也應涵蓋陷於昏迷的人、植物人或半植物人，以及由於種種原因而不能產生所需意圖的人。

(《報告書》建議 10)

21. 草案第 8 條落實《報告書》建議 10，規定任何成年人如缺乏能力產生取得新居籍所需的意圖，則他的居籍是與他有最密切聯繫的國家或地區。對缺乏上述能力的成年人的提述涵蓋精神上無行為能力的成年人及陷於昏迷的或屬植物人或半植物人的成年人。

草案第 9 條 – 居籍的持續性

22. 法改會建議廢除原生居籍和相應恢復原生居籍的規則，並建議與其他司法管轄區看齊，採用持續規則：一個人的居籍會持續至他取得新的居籍為止。(《報告書》建議 8)。

23. 草案第 9 條根據《報告書》建議 8 就居籍的持續性作出規定。

草案第 10 條 – 在由兩個或多於兩個地區組成的國家之內的居籍

24. 根據現行的香港法例，一個人如在一個聯邦或複合國家居住，而尚未決定在該國的哪一個地區長期或無限期地定居，他的原生居籍將會恢復，他也不會取得該國家的任何地區的新居籍。隨着廢除原生居籍和恢復原生居籍的規則，一個人如前往一個聯邦國家居住，但尚未決定在該聯邦的哪一個地區定居，則根據持續性規則，該人將會與他有意離開的國家有聯繫。

25. 草案第 10 條落實《報告書》建議 12：如某成年人身處由兩個或多於兩個地區組成的國家，而他意圖無限期地以該國家某處為家，但他未產生以該國家的某特定的地區為家的意圖，則他的居籍是在各個組成地區中與他有最密切聯繫者。

草案第 11 條 – 舉證標準

26. 根據現行法例，如將會失去的居籍是原生居籍，舉證標準可能高於單純的相對可能性的衡量。

27. 草案第 11 條落實《報告書》建議 11，規定相對可能性的衡量此項民事上常用的舉證標準適用於所有關乎居籍的爭議。

草案第 12 及 13 條 – 生效日期之前或之後的居籍

28. 如對斷定居籍的規則作出改革，某些人的現有居籍可能會受到影響。因此，在現行的規則由新規則替代之前，有需要考慮有關的過渡性安排。法改會建議：

- (a) 新法例不應有追溯力；
- (b) 一個人在新條例的生效日期之前任何時間的居籍，須在猶如新條例沒有制定的情況下斷定；以及
- (c) 他在新條例的生效日期之後任何時間的居籍，須在猶如新條例從來均有效的情況下斷定。

(《報告書》建議 13)

29. 草案第 12 及 13 條落實《報告書》建議 13。

- (a) 草案第 3 至 11 條所訂規則不適用於斷定任何個人在新條例的生效日期之前的居籍。
- (b) 在斷定任何個人在新條例的生效日期當日或之後的居籍時，草案第 3 至 11 條所訂規則適用，猶如它們從來均有效一樣，它們並且替代與草案相抵觸的斷定個人居籍的普通法規則以及由草案第 14 條所廢除的成文法則。具體而言，關乎以下各項的普通法規則均予廢除：原生居籍、未成年人的倚附居籍、對未成年人中屬婚生者與非婚生者的不同規定、已婚女子的倚附居籍、恢復原生居籍及精神上無行為能力的人保留他在變成精神上無行為能力之前所擁有的居籍(《報告書》建議 2、3、8 及 9)。證明個人居籍從原生居籍變為自選居籍的舉證標準，較證明它從某一自選居籍變為另一自選居籍的舉證標準更為嚴苛此一規則亦予以廢除，因為民事上常用的舉證標準會根據草案第 11 條而適用。

30. 第 13(3)條規定，草案不影響其他普通法規則(《報告書》建議 14(C))。

草案第 14 及 15 條 – 相應修訂

31. 草案第 14 及 15 條載有對《婚姻訴訟條例》(“該條例”)(第 179 章)作出的相應修訂 –

- (a) 該條例第 11C(2)條容許已婚女子為若干受限制目的(例如：法院就離婚、婚姻無效、裁定分居的司法管轄權)而有自己的獨立居籍。此條文是針對已婚女子倚附居籍此一普通法規則的例外規定。在草案下，有關普通法規則既予廢除，該條文也將不再需要存在；所以，草案第 14 條廢除該第 11C(2)條。
- (b) 目前，凡一對夫妻獲准離婚或合法分居，而且是在他們居籍的國家獲准的或是獲得他們居籍的國家承認為有效的，則在該條例第 59 條下，上述離婚或合法分居在香港亦獲承認為有效。在草案下，已婚女子的倚附居籍既予廢除，夫妻兩人居籍可能不同。所以，草案第 15 條修訂該條例第 59 條，以致離婚或合法分居一事凡是在夫妻任何一人的居籍國家獲准的或是獲得夫妻任何一人的居籍國家承認為有效的，則在香港亦獲承認為有效。

諮詢

32. 如對上述草案條文有任何意見，請於 **2006 年 6 月 15 日或以前**將意見送交以下地址：

香港金鐘道 66 號
金鐘道政府合署高座 1 樓
律政司高級政府律師馮淑芬女士
電話號碼：2867 4226
傳真號碼：2180 9928
電郵地址：kittyfung@doj.gov.hk

律政司
法律政策科
2006 年 5 月

#326299

Chapter 5

Summary and practical effects of recommendations

Summary of recommendations

Chapter 3 - Should domicile be retained as a general connecting factor?

5.1 Domicile should be retained as a general connecting factor, but the existing rules for determining a person's domicile should be modified as recommended in this Report. (*Recommendation 1*)

Chapter 4 - The law in other jurisdictions, options for reform and recommendations

5.2 We recommend that the concept of domicile of origin and that of domicile of dependency should be discarded. (*Recommendation 2*)

5.3 We recommend that there should be no differentiation between legitimate and illegitimate children in determining their domicile. (*Recommendation 3*)

5.4 We recommend the following rules for determining a child's domicile:

- (a) a child's domicile should be in the country with which he is most closely connected;
- (b) where a child's parents have their domicile in the same country and the child has his home with either or both of them, he is presumed to be domiciled in that country, unless he is proved to be most closely connected with another country; and
- (c) where a child's parents are not domiciled in the same country and the child has his home with only one of them, he is presumed to be domiciled in the country where the parent with whom he has his home is domiciled, unless he is proved to be most closely connected with another country.

In this context, "parents" includes adoptive parents of a child. In applying the closest connection test, the courts should take account of all relevant factors,

including the child's intention. (*Recommendation 4*)

5.5 We recommend that any person who is not mentally incapacitated may acquire a domicile of his choice once he attains the age of 18. (*Recommendation 5*)

5.6 We recommend that :

- (a) the act necessary for a person of full age and capacity to acquire a domicile should be presence in the country concerned;
- (b) as a general rule, lawful presence in Hong Kong should be required to acquire a domicile in Hong Kong, but in exceptional circumstances, where strict adherence to the rule would lead to injustice, the court should have discretion to depart from the rule; and a person's presence should be presumed to be lawful, unless and until the contrary is established; and
- (c) in deciding whether an individual has acquired a domicile in a country other than Hong Kong, one of the factors to be considered by the Hong Kong courts should be whether or not the presence in that country is lawful by the laws of that country. (*Recommendation 6*)

5.7 We recommend that the requisite intention for a person of full age and capacity to acquire a domicile should be that the individual intends to make a home in the country concerned for an indefinite period. (*Recommendation 7*)

5.8 We recommend that the domicile a person has at any time should continue until he acquires a different one, whether by choice or by operation of law. (*Recommendation 8*)

5.9 We recommend that the domicile of dependency of married women should be abolished. (*Recommendation 9*)

5.10 We recommend that:

- (a) a mentally incapacitated adult should be domiciled in the country with which he is most closely connected;
- (b) a mentally incapacitated adult, on recovery of his capacity, should retain the domicile which he last held before his recovery, and he may then acquire a domicile of his choice;
- (c) the relevant provision should be phrased so as to cover not only the mentally incapacitated, but also persons in a comatose, vegetative or semi-vegetative state, and any other person who for one reason or another is not able to form the required intention. (*Recommendation 10*)

5.11 We recommend that the normal civil standard of proof on a balance of probabilities should apply in all disputes about domicile.

(Recommendation 11)

5.12 We recommend that a person who is present in a federal or composite state and intends to make his home there indefinitely should, if not held to be domiciled in any law district within that state under the general rules recommended in this Report, have his domicile in the law district with which he is for the time being most closely connected. *(Recommendation 12)*

5.13 We recommend that:

- (a) the Recommended Legislation should not have retrospective effect;
- (b) a person's domicile at any time before the commencement date of the Recommended Legislation should be determined as if the legislation had not been passed;
- (c) his domicile at any time after that date should be determined as if the Recommended Legislation had always been in force. *(Recommendation 13)*

5.14 We recommend:

- (a) that the Recommended Legislation on the rules for determining natural persons' domicile should be as comprehensive as possible;
- (b) that the Recommended Legislation should set out the following general rules on domicile:
 - no person can be without a domicile;
 - no person can at the same time for the same purpose have more than one domicile;
 - for the purposes of a Hong Kong rule of the conflict of laws, the question of where a person is domiciled is determined according to Hong Kong law;
- (c) that the Recommended Legislation should include a saving provision for the existing common law rules which are not inconsistent with the new statutory rules. *(Recommendation 14)*

Practical effects of recommendations

5.15 We hope that the recommendations in this Report will improve this complex and confusing area of common law by simplifying the concept of domicile and making the ascertainment of a person's domicile easier. Annex 3 tabulates the current rules and the proposed rules for comparison. In practical terms, we do not think that the recommendations would change the domicile of many people, with the exception of the proposed abolition of the married

women's domicile, which would change the domicile of some married or recently divorced women. Those changes may have already taken effect as a consequence of Article 8 of the Basic Law., but we feel it is important to resolve this matter clearly, to remove any uncertainty, to deal with transitional problems expressly, and to eliminate a discriminatory rule from Hong Kong law once and for all.

5.16 Another major change is that relating to the domicile of children. The existing rules are essentially based on the Victorian idea of the father being the *pater familias*, and we believe that our proposals would more closely reflect modern realities. Lastly, the abolition of the concept of domicile of origin may also impact on some people's domicile. It is worth mentioning that the formation of the concept and its special tenacity were influenced by the desire of those resident in colonies overseas at the height of the British Empire more than a century ago to have their private and family life governed by the law of their homeland. In a different age, we question the validity of this special bias in favour of a person's first domicile, especially in the light of greatly increased mobility. We believe that the abolition of domicile of origin would make the domiciliary rules more in tune with the modern world.