

對《居籍條例草案》委員會第二次會議上高級助理法律顧問提出的問題清單(“問題清單”)的回應

1. (a)

法院沒有在居籍方面考慮“合法地身處”(lawful presence)這點。《公安條例》(第 245 章)第 32(2)(a)條亦載有“lawfully present”一詞(該項條文採用“出現是合法的”為中文對應詞。該條涉及宵禁期內攜帶攻擊性武器的罪行。第 32(2)(a)條規定 –

“任何人如提出證明，令法院信納他是在下述情況下攜帶或管有攻擊性武器的，則不得被裁定犯本條所訂罪行 –

(a) 在圍封的處所內純為家務或防衛用途而攜帶或管有該攻擊性武器，而他對該處所的佔用或他在該處所的**出現是合法的**；或……(粗體為本文所加)

第 245 章沒有界定“出現是合法的”一詞的意義，而採用該詞條文的文意也不同于條例草案第 6(3)條。

政府當局在 2007 年 4 月 24 日的答覆(“答覆”)第 3 段中指出：“[第 115 章第 2(4)條]只涉及某人是否‘通常居於香港’，而不是該人身處香港是否合法。”不過，答覆亦提及，以此類推，如果某人非法入境或違反根據第 115 章施加的任何逗留條件，然後被判監禁，則就根據條例草案取得香港居籍這個特定目的而言，他在監禁期間不能算作合法地身處香港。

(b)和(c)

政府當局在答覆第 4 段中表示，“必須強調的是，除非另有明確條文規定，否則只有法院才能裁定監禁期是否屬於條例草案所指的合法地身處香港情況。”

由法院頒令將一名在香港干犯罪行的非法入境者監禁，這當然是依法行事，但這不一定會令該名非法入境者不合法地身處香港或根據法院命令在香港被監禁的情況，就某條特定法例特定目的而言(即根據本條例草案而取得香港居籍一事而言)變為合法地身處香港。法院會考慮條例草案第 6 條施加有關人士必須合法地身處香港規定的精神，即法律改革委員會《斷定居籍的規則》報告書(《報告書》)所說(第 4.100 段)：

“……如不施加身處某地必須是合法此一規定，……會令有關法律變得混亂和不明確……施加這個規定會令條文更明確，並可與其他普通法司法管轄區的規定一致……”

有意見認為，假如某人因遭監禁而被迫逗留在某地，而他在監禁前非法身處該地，則將他被監禁的期間視為非法身處該地，會違反衡平法原則(見問題清單第 1(b)段)，未知所指衡平法原則為何。如非法入境者因干犯違反入境法例的罪行或任何其他罪行而被判監禁，實際上是“根據法院的合法命令”被剝奪自由，而並非獲准在香港逗留。法官判處該非法入境者監禁，本意並非改變他的入境身分。

(d) *Dicey and Morris* (第 14 版，2006 年，第 6-059 段)說明：

“一般來說，囚犯在監禁期間仍保留其開始服刑時的居籍。這類人即使可以視為在被囚禁的地方居住，也不大可能意圖在當地永久或無限期居住。囚犯如有此意圖，便可取得當地的自選居籍。”

從 *Dicey and Morris* 一書來看，似乎是即使囚犯“不大可能意圖在當地永久或無限期居住”，他仍可以有所需的意圖。

2. “使他的過失合法化”一句，並不表示有關的外地囚犯藉確立合法地身處香港或取得香港的居籍，而得到某些利益。這句意思僅指，法院不一定會單單因為法院頒令將非法入境者監禁，而將該人不合法地身處香港的情況，就某條法例特定目的而言(即就條例草案第 6 條的目的而言)變為合法地身處香港。

3. 問題清單第 3 段表示：“對**囚犯**的法律顧問來說，出現上述問題的情況會較**多**，機會也較**大**……。”(粗體為本文所加)

必須指出的是，所指的“囚犯”並非任何囚犯，而是答覆第 4 段所指的人，他“**在香港非法入境或違反任何逗留條件，然後因觸犯罪行而被監禁，而他在被監禁期間……意圖以香港為家**”，即使他明知自己“**獲釋後會被即時遣送回他來自的地方**”。

新南威爾士州 Solomon v Solomon (1912) 29WN(NSW)68 一案，與議員就囚犯居籍提出的問題相關。在該案中，一名男子在遞解離境途中犯了強姦罪，因此被判監禁。新南威爾士州法院裁定本身沒有司法管轄權准予該名男子的妻子與他離婚，因為該名男子依法被禁止在新南威爾士州逗留，因此並未取得該處的居籍。該案顯示，可被遞解離境的人被監禁，看來不會使他變成合法居住。

4. 只有在導致不公正的“特殊情況下”，法院才會行使第 6(3)條的酌情決定權。該條文的目的是賦予法院權力，在值得行使酌情決定權的個案中，放寬“合法地身處”香港的規定。至於法院在什麼情況下會援引第 6(3)條，實在難以預先述明。當法院行使酌情決定權，偏離“合法地身處”的規定，有關人士便會取得香港居籍。

無論如何，條例草案第 3(2)條採用了**否定的**句式，**不會**給予任何人他本來沒有的**額外**居籍。

請一併參閱下文對問題清單第 7 段的答覆。

5. 把取得自選居籍所需的作為由“居住”改為“身處”，理由是“身處”一詞最能反映取得居籍所需的作為的要義。根據現行法例，所需的作為“居

住”的含意“與身處有關國家的含意分別不大”¹，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”³身處在有關國家的人。不過，“居住”一詞本身的含義看來較單是身處有關國家的含意更為廣濶。這正是南非法律委員會在建議採用“身處”一詞時的想法：

“居住一詞並不包含這詞在其他法律範疇所具有的專門意義：‘居住在這裏純粹指合法地身處’。根據這個定義，居住可以是短暫的，也可以說單是身處已足以符合有關事實的規定。”⁴

改用這詞並非要對法律的實質內容作出修改，因此，可推斷有關的現行普通法規則仍然適切。當然，這須視乎法院的最終裁定而定。

根據現行法律，取得自選居籍所需的意圖，是有關人士須有意圖在有關國家永久或無限期地居住。按照一些較舊的法律典據，任何人在取得新的居籍前，須有意圖在有關地區永久居住⁵。換言之，即使是任何人只有不明確的可能性會遷居其他地區，亦會妨礙其取得居籍。把所需的意圖改為“須有意圖無限期地以有關國家為家”，理由是居籍的概念與一個人的家有關。該項建議更能反映這個概念的要義、更易於理解和更能直接運用。此外，建議所述的“無限期”準則更切合實際情況。

由於用詞改變旨在更能反映居籍這個概念的要義，因此，可推定有關的現行普通法規則仍然適切，但不包括較舊的有關“永久”元素的規則。同樣，這須視乎法院的裁定而定。

¹ *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*，第 14 版，Sweet and Maxwell，2006 年，第 6-034 段。

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

³ *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*，第 14 版，Sweet and Maxwell，2006 年，第 6-034 段。

⁴ *Report on Domicile*，Project 60，1990 年 3 月，第 3.43 段。

⁵ *Bell v Kennedy* (1868) LR 1 Sc & Div 307, 321 *per* Lord Westbury; at 314 *per* Lord Cairns; and *Douglas v Douglas* (1871) LR 12 Eq 617, at 645 *per* Wickens V-C; cited, with approval, by Lord Macnaghten in *Winans v Attorney-General* [1904] AC 287, at 291-2.

6. 政府在條例草案第 7 條提及“其中一個香港法院須予考慮的因素”，並不表示還有其他因素須予考慮。我們僅想強調，任何人不一定單單因為不合法地身處另一司法管轄區而被阻止取得該司法管轄區的居籍。

其他問題

條例草案第 4 條

7. 一般規則是一個人只能有一個居籍⁶。有人建議，一個人可以爲了不同目的而有不同居籍⁷。一個較少爭議的情況，是一個人可以憑藉爲某個特定目的而制定的法定條文，以一個聯邦國家或複合國家爲居籍，而並非以該國家內某個特定司法管轄區爲居籍。舉例說，澳大利亞的《1975 年家事法法令》規定，如婚姻的任何一方“以澳大利亞爲居籍”，便可在澳大利亞提起離婚法律程序。就離婚訴訟而言，婚姻的一方的居籍是澳大利亞這個國家，但就其他目的而言，他的居籍是構成澳大利亞的其中一個司法管轄區，例如昆士蘭州或新南威爾士州。同樣，“以聯合王國爲居籍”一詞亦見於聯合王國的多條法令⁸。相信英格蘭的法院會裁定就該等法令而言，一個人的居籍可以是聯合王國，而並非英格蘭或蘇格蘭⁹。根據 *Dicey and Morris on Conflict of Laws* 一書，這較固有的觀念(即一個人爲了所有目的只能有一個居籍)寬鬆，更爲人所樂見¹⁰。

正如《報告書》第 4.190 段所載，香港法院或須如以上例子一般，斷定來自各個不同地域的人的居籍。這就《婚姻訴訟條例》(第 179 章)

⁶ *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 14th Ed, Sweet and Maxwell, 2006 at para 6-014. Udny v Udny (1869) LR 1 Sc & Div 441, at 448.

⁷ *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 14th Ed, Sweet and Maxwell, 2006 at para 6-015. Att Gen v Rowe (1862) 1 H & C 31, at 45.

⁸ 例如《1988 年收入及公司稅務法令》第 65(4)條和 192(1)條，以及《1984 年繼承稅法令》第 18 條和 48 條。

⁹ *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 14th Ed, Sweet and Maxwell, 2006 at para 6-015.

¹⁰ *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 14th Ed, Sweet and Maxwell, 2006 at para 6-015.

第 56 條而言，尤其如是。該條規定，凡任何外地離婚或合法分居，如在外國提起有關法律程序時任何一方配偶的居籍是該國，則該項離婚或分居須予以承認。因此，較理想的做法是使條例草案如以上例子所示，容許一個人在同一時間爲了不同目的而以聯邦國家或複合國家的不同司法管轄區爲居籍。

條例草案第 3(2)條採用了**否定的**句式，**不會**給予任何人他本來沒有的**額外**居籍。根據條例草案第 4(3)及(4)條，在某些情況下，未成年人的居籍取決於其父或母的居籍。不過，條例草案第 4(3)及(4)條是用來斷定**未成年人的**居籍的，**不應**解作爲未成年人的**父或母**創造新的居籍。無論是條例草案第 4(3)及(4)條或第 3(2)條，**都不會給予**未成年人的父或母本來沒有的**額外**居籍。

條例草案第 6 條

8. 只有法院才可以確切斷定某人的居籍，在訴訟中與訟各方能夠提出證據證明他們的聲稱。公共權力機關如非與訟一方，不會負責證明或推翻他人的聲稱。

某人可以在未經法院斷定的情況下聲稱自己擁有某司法管轄區的居籍，故此沒有人能夠提出證據作相反證明。不過，他所作的聲稱並非具決定性的。

條例草案第 8 條

9. 問題清單第 9 段說：“……他的家人和其他聯繫仍然在他先前居住的地方。如果他之後在該個外地國家失去行爲能力，他的居籍極有可能由該個外地國家轉爲先前居住的地方……”第 9 段所作的假設似乎是，雖然該人已移居另一司法管轄區並意圖以該處爲家，“他的家人和其他聯繫

仍然在他先前居住的地方”。根據條例草案第 8 條，法院在裁定哪個司法管轄區與一名缺乏行為能力的成年人有最密切聯繫之前，除了考慮他的家人和朋友身在何處外，還會考慮所有相關因素。由於一切視乎案情而定，在案情不明的情況下，難以預測法院會如何裁斷。

根據條例草案第 5 條的規定，例子中的缺乏行為能力的成年人恢復行為能力後，他可以藉身處某一地方並意圖無限期地以該處為家而取得該處的居籍。

10. 法院進行“最密切聯繫”的驗證時會考慮案中的所有因素，包括該人身處有關的司法管轄區是否合法。

11. 第 4(1)條、第 8(1)條和第 10 條均訂明法院須採用“最密切聯繫”的驗證。按照《報告書》的建議，未成年人本人的意願是斷定哪一個國家或地區與他有最密切的聯繫的其中一個相關考慮因素，因此有條例草案第 4(2)條。另一方面，在斷定缺乏行為能力成年人或在由 2 個或多於 2 個地區組成的國家之內的成年人與哪一個國家或地區有最密切聯繫方面，《報告書》沒有建議任何具體指引。因此，條例草案沒有就第 8(1)條和第 10 條訂定類似第 4(2)條的條文。就第 8(1)條和第 10 條而言，法院在決定哪一個國家或地區與當事人有最密切的聯繫時，自然會考慮所有相關因素。

條例草案第 10 條

12. 如一個人尚未決定在一個聯邦或複合國家的哪一個地區無限期地定居，條例草案第 10 條才會適用(條例草案第 10(b)條)。如果某人意圖無限期以香港為家，即使他經常前往內地，他的居籍亦不會改變。條例草案第 5 條而非第 10 條，適用於斷定這人的居籍。

13. 法院採用“最密切聯繫”的驗證時，會考慮案件的所有因素，包括該人是否合法地身處相關的司法管轄區。

條例草案第 11 條

14. 所有關乎條例草案的事實爭議，會以相對可能性的衡量來證明。

條例草案第 12 及第 13 條

15. 條例草案第 13(1)條訂明，任何個人在該條例的生效日期當日或之後任何時間的居籍，須在猶如該條例從來均有效的情況下斷定。換言之，該人的居籍須根據新的法律(即《居籍條例》)來斷定。就問題清單第 15 段所述的例子而言，某人“在緊接成為成年人之前的居籍”，須根據新的法律來斷定，因為該條例視為從來均有效。

假設某人於 2008 年 1 月 1 日年滿 18 歲，而《居籍條例》(如已制定)於同日生效。假設有需要斷定該人於 2008 年 1 月 1 日的居籍。根據條例草案第 13 條，某人於條例生效日期當日的居籍，須“在猶如該條例從來均有效的情況下”斷定，即某人截至 2008 年 1 月 1 日的居籍，須根據新的規則來斷定，猶如新的規則從來均是有效的法律。換言之，原生居籍、倚附居籍等舊有概念對於斷定某人於條例生效後的居籍，並不相干。條例草案第 5(1)條是其中一項新規則，的確提述該人在緊接成為成年人之前(即該條例生效之前的 2007 年 12 月 31 日)的居籍。不過，鑑於一開始已選用新的規則，該人在緊接成為成年人之前的居籍，將在猶如新的規則從來均有效的情況下斷定，即按照條例草案第 4 條“最密切聯繫”的驗證來斷定。

16. “在猶如該條例從來均有效的情況”一句，述明斷定某人居籍時，該條例須視為猶如早在生效日期之前均有效，例如問題清單第 15 段所述的例子。

正如就第 15 段作出的回應所述，斷定某人於該條例生效後的居籍，可能涉及到斷定該人於條例生效前的居籍。“在猶如該條例從來均有效的情況”一句，清楚確定新的規則適用於斷定這兩種情況下的居籍。若以“根據本條例”一句取而代之，可能會引起一個問題，就是在第 15 段

所述的例子中，(儘管該人於 2008 年 1 月 1 日的居籍應以新的規則來斷定)是否須引用舊有規則斷定該人於 2007 年 12 月 31 日的居籍，作為中間的一個步驟？。

#334172