

香港法律改革委员会  
居籍小组委员会  
谘询文件  
断定居籍的规则  
摘要

概览

1. 在香港的法律制度中，居籍这概念颇为重要，而在国际私法中，它亦起着重要的作用。尽管居籍这概念有其重要性，但断定一个人的居籍之规则经常受人批评为过于复杂及极为技术性，而且有时会引致荒谬的结果。

2. 居籍小组委员会希望本谘询文件的建议，能藉着简化居籍的概念和使一个人的居籍较易确定，从而改善普通法在这方面的复杂和混乱的情况。实际上，小组委员会认为所作的建议除了会改变已婚女子的居籍外，并不会改变很多人的居籍。在建议的规则下，已婚女子的居籍将不再取决于其丈夫的居籍。另一大改变则是关乎儿童的居籍方面。现时对婚生子女与非婚生子女所作的区别，以及生来的居籍和附属居籍这两个概念均造成了很多不妥善之处。这方面的法律是颇为技术性的，而小组委员会相信所提出的建议并不会引起任何争议。

第 1 章

3. 为了断定主要涉及法律地位及财产等一系列事宜，一个人的居籍把他自己与某个法律制度连结起来。第 1 章首先列出使用居籍这个概念以断定应以哪一套法律制度规管一个人的法律地位及其财产管理（当中某些方面）的各个主要法律范畴。在这些情况下，居籍被称为一个“连结因素”：

- (a) 缔结婚姻的法律行为能力
- (b) 无遗嘱者动产的继承问题
- (c) 个人订立遗嘱的能力

- (d) 遗嘱的有效形式
- (e) 法院对离婚案等法律程序的司法管辖权
- (f) 法院对推定死亡及婚姻解除案法律程序的司法管辖权
- (g) 有关婚生地位等的宣告
- (h) 外地离婚或合法分居的承认
- (i) 因父母嗣后结婚而确立婚生地位
- (j) 身分的宣告
- (k) 在本司法管辖权范围外送达法律程序文件
- (l) 直接应用中国法律及习俗作为香港本土法律

4. 第 1 章亦讨论断定一个人的居籍的现行规则，作为下一章讨论现行法律不妥善之处的背景。就这些讨论而言，除文意另有所指外，“区域”指“法律区”或某一司法管辖区（即“受一个主权国下的一套法律管治的地区”）。

#### ***生来的居籍（第 1.11-1.14 段）***

籍法律的实施，每一个人在出生时都会取得生来的居籍，生来的居籍是取决于该人在出生时其有关的父或母的居籍，但不会取决于该人在何地出生或其父母在何地居住。婚生子女在其父亲在世时出生，以在其出生时其父亲的居籍所在的区域为生来的居籍。婚生子女在其父亲死后出生或非婚生子女，以在其出生时其母亲的居籍所在的区域为生来的居籍。

#### ***5. 儿童的附属居籍（第 1.15-1.20 段）***

婚生子女的居籍在其父亲有生之年与其父亲的居籍相同，亦随其父亲的居籍更改而更改，而非婚生子女或其父亲已死的儿童的居籍则与其母亲的居籍相同，亦大致上随其母亲的居籍更改而更改。

#### ***6. 成年人的居籍（第 1.21-1.27 段）***

- 一个人在年满十八岁时，继续以其在紧接年满 18 岁前的居籍所在的区域为居籍。他如果放弃该居籍，便会取

得一个自选的居籍，或其暂时搁置的生来的居籍便会恢复。一个人可以藉在某一区域居住和意图在该区域永久或无限期地居住而取得自选的居籍。除此以外，便不能以其他方式取得自选的居籍。单凭在某地居住而没有意图并不足够，而这个意图必须藉实际在该地居住予以证明。

- 一个人可藉不再居住在有关区域并且不再意图永久或无限期地居住在该区域而放弃自选的居籍，但不可藉其他方式放弃自选的居籍。单凭放弃居住或放弃居住之意图不会令致当事人失去自选的居籍。一个人在放弃其自选的居籍时，可能取得另一新的自选的居籍，或其生来的居籍便会恢复。

#### 7. **已婚女子的附属居籍**（第 1.28-1.30 段）

- 已婚女子不能藉自己的行动取得自选的居籍；她的居籍取决于她丈夫的。因此，已婚女子的居籍与其丈夫的居籍相同，亦随其丈夫的居籍更改而更改。即使夫妇二人分开居住于不同区域（无论这是否按照正式的分居协议而作的）或妻子已取得裁判分居令，此规则也会适用。
- 《婚姻诉讼条例》（第 179 章）第 11C 条容许已婚女子可以就某些有限的目的（即法院对离婚案、婚姻无效案及裁判分居案等的司法管辖权）而享有独立的居籍。

#### 8. **精神上无行为能力的人的附属居籍**（第 1.31-1.33 段）

- 大原则是就居籍法律而言，精神上无行为能力的人被视为受扶养人，不能藉自己的行动取得自选的居籍，但保有他在法律上最初被视为精神上无行为能力之时所具有的居籍，只要他维持在该状况便一直被视为如此。原因是自选的居籍之取得和放弃必须出于意愿，而精神上无行为能力的人是“无能力运用其意志”的。
- 然而，这原则是有例外的情况。精神上无行为能力的人，不论是天生精神上无行为能力或是在其作为受养子女时变成如此，其居籍会在其仍然为精神上无行为能力期间，按其犹如持续为受养子女一样而断定。

9. **举证责任和举证准则**（第 1.34 段）

指称居籍已更改的人须承担举证责任，证明居籍已更改。如果由生来的居籍更改为自选的居籍，早期的案例显示举证准则比起其他民事案件所应用的相对可能性的衡量较为繁苛。然而，近期的案例宁取相对可能性的衡量作为举证准则。情况看来仍未明确。

**第 2 章**

10. 第 2 章列举例子，重点讨论现行法律当中的不妥善之处。

**生来的居籍**（第 2.2-2.5 段）

- 存疑的是就儿童而分别有两套概念和规则是否有必要或是否有利：(a) 生来的居籍——决定出生时的居籍；及 (b) 附属居籍——决定儿童期的居籍；
- 藉法律的实施，每个人在出生时都会获给予一个生来的居籍。这显示出该人在出生时其有关的父或母的居籍，而儿童的出生地或其父母的居住地是毫无关系的。因此，即使家庭中只有很少成员实际曾在他们的居籍所在的区域居住，同一生来的居籍亦能代代相传；
- 生来的居籍的恢复这概念备受批评，因为它可令致当事人以某区域为其居籍，但他与这区域只有过时的或些微的联系，甚至他从未造访过这区域；
- 此外，就生来的居籍而言，尚有一些事情仍未解决，例如弃儿和被领养子女的生来的居籍，以及在父母离婚后才出生的婚生子女和遗腹子的生来的居籍；

11. **儿童的附属居籍**（第 2.6-2.9 段）

- 现行规则就儿童是婚生或非婚生子女而有所不同，并可能会导致一些奇怪的结果；
- 在原则上很难有充分理由支持为何儿童的居籍须取决于其父母是否已结婚；
- 如果儿童的父母已去世（他从父母所得的附属居籍便不能更改），或如果儿童寄养在别人家中又或由地方当局

照顾（即使儿童是由地方当局照顾或与第三者同住，其居籍会继续依从其父或母的居籍），现行法律都不能圆满地处理这些情况；

- 一些涉及儿童的附属居籍的事情仍未明确，例如获确立婚生地位子女的居籍及领养子女的居籍；

#### 12. *成年人的居籍（第 2.10-2.12 段）*

- 现行的规则是随意的：当事人的现行居籍在其与有关区域的联系已经完结后很久仍会继续存在；
- 它们亦令结果难以确定：要确定一个人的意图存在固有的困难，因此很难决定他的居籍；

#### 13. *已婚女子的附属居籍（第 2.13-2.17 段）*

- 关于已婚女子的居籍的普通法规则看来违反了《消除对妇女一切形式歧视公约》第 15(4)条；
- 这项规则是否符合《香港人权法案条例》（第 383 章）第 8 条下的第二十二和《基本法》第三十九条及第二十五条的规定亦令人怀疑；
- 这项规则长久以来受人批评，而丹宁大法官（Lord Denning）指出这是“奴役妻子的最后鄙俗遗风”；

#### 14. *精神上无行为能力的人的附属居籍（第 2.18-2.19 段）*

- 现行法律把精神上无行为能力的人的居籍在其开始在精神上无行为能力之时冻结起来，即使其后情况有变（例如他以另一区域永久为家）亦然。
- 如果一个人天生精神上无行为能力，或在作为受养子女期间变成精神上无行为能力，则他作为受养子女的附属居籍在他依然是精神上无行为能力的人期间会持续。就算他不再与家人同住，或他的父母不再负上照顾他的法律责任，情况也是一样。

#### 15. *举证责任和举证准则（第 2.20-2.22 段）*

- 生来的居籍不轻易改变的特性，其历史原因与香港现时的情况扯不上任何关系；

- 很难有充分的理由支持由生来的居籍更改为自选的居籍时须采用较诸由自选的居籍更改为另一自选的居籍时更高的举证准则；

16. *在联邦国家或复合国家的居籍 (第 2.23 段)*

如果一个人希望藉在联邦国家或复合国家居住而放弃其现有居籍，但未有决定在该国家的哪一个区域永久或无限期地居住，则在现行法律下，他不会取得在该国家内任何区域的新居籍。

### **第 3 章**

17. 本章讨论香港使用的其他“连结因素”，并探讨这些连结因素中是否有些应取代居籍作为一般性的连结因素。除居籍外，较常见的连结因素有惯常居住、国籍及通常居住。本章亦讨论其他可供选择的方案。

#### **建议 1**

*应保留居籍作为一般性的连结因素，但断定一个人的居籍的现行规则应按本谘询文件的建议作出修改。*

### **第 4 章**

18. 本章探讨其他司法管辖区（澳大利亚、加拿大（曼安托巴省）、印度、爱尔兰、马来西亚、新西兰、新加坡、南非及联合王国）的法律，并在考虑多项可供法律改革的选择方案后才作出建议。

19. *生来的居籍与儿童的附属居籍 (第 4.2 - 4.49 段)*

三个可供选择的方案：

(a) 保持现状不变

这个选择方案的效果是保留生来的居籍与附属居籍的概念，以及婚生子女与非婚生子女的区别。印度、马来西亚及新加坡的情况基本上仍是如此；

(b) 制定法例条文以补充现行的普通法

补充的法例条文的范围可以是修订主要的普通法原则，或可以是限于填补普通法的缺漏（正如澳大利亚、爱尔兰及联合王国的情况）。这三个司法管辖区保留了生来的居籍与附属居籍的概念，以及婚生子女与非婚生子女的区别。

(c) 制定法例条文以取代主要的普通法规则

要旨是放弃生来的居籍与附属居籍的概念，以及婚生子女与非婚生子女的区别（正如曼安托巴省、新西兰及南非的情况）。英格兰法律委员会和苏格兰法律委员会的联合报告书建议采纳与南非的条文相若的条文。

**建议 2**

**生来的居籍和附属居籍这两个概念应予弃用。**

**建议 3**

**在断定婚生子女与非婚生子女的居籍时不应对两者作任何区别。**

**建议 4**

**应制定以下规则用作断定儿童的居籍：**

- (a) 儿童的居籍应该在与他有最密切联系的区域；**
- (b) 如果儿童的父母的居籍在同一区域，而儿童与父母二人或其中一人共住，则便推定该儿童与该区域有最密切联系，除非相反证明成立则作别论；**
- (c) 如果儿童的父母的居籍不在同一区域，而儿童只与他们其中一人共住，则便推定该儿童与和他共住的那一位父或母的居籍所在的区域有最密切联系，除非相反证明成立则作别论；**
- (d) “父母”包括儿童的领养父母。**

## 20. 成年人的居籍（第 4.50-4.108 段）

小组委员会就以下事宜作出相应的建议：

### (a) 谁人有能力取得自选的居籍

在讨论过的所有司法管辖区当中，任何人如果不是精神上无行为能力，则在成年时便可取得其自选的居籍。在一些司法管辖区（澳大利亚、爱尔兰、新西兰及联合王国），于未满该年岁结婚也可使未成年人取得独立的居籍。在其他司法管辖区，于未满该年岁结婚并不相关，而英格兰法律委员会和苏格兰法律委员会亦作出建议以表明此意。

#### **建议 5**

**任何人如果不是精神上无行为能力，则可在年满 18 岁时取得其自选的居籍。**

### (b) 取得自选的居籍所需的作为

不同的司法管辖区订有不同的规定。在这方面可分为三类：“身处”在有关区域（澳大利亚、新西兰、南非与英格兰法律委员会和苏格兰法律委员会）；“居住”在有关区域（香港、印度、爱尔兰、马来西亚、新加坡和联合王国）；及在有关区域拥有“主要的家”（曼安托巴省）。

#### **建议 6**

**一个已届成年并具有行为能力的人如要取得居籍，所需的作为应是身处有关区域。要取得香港的居籍，便须合法地身处香港，而一个身处香港的人会被推定为合法地身处香港，除非与直至确立该人非法地身处香港则作别论。要取得香港以外的区域的居籍，在该区域的法律下身处该区域是否合法这一点是香港法院考虑的因素之一。**

### (c) 取得自选的居籍所需的意图

在香港，目前要取得自选的居籍所需的意图是意图在有关区域永久或无限期地居住。这与印度、爱尔兰、马来

西亚、曼安托巴省、新加坡及联合王国的情况无异。然而，在澳大利亚，有关规定是当事人须意图无限期地以有关区域为家，而新西兰的规定是意图在该区域无限期地居住。在南非，则是意图在该地无限期地定居，这是英格兰法律委员会和苏格兰法律委员会建议的模式。

### **建议 7**

**已届成年并具行为能力的人如要取得居籍，所需的意图应是当事人意图无限期地以有关区域为家。**

- (d) 生来的居籍的恢复这法则应否由另一概念取代

废除了生来的居籍的恢复这法则的司法管辖区（澳大利亚、印度、曼安托巴省、新西兰及南非）均采用持续规则：一个人的居籍会持续，直至他取得另一居籍为止。英格兰法律委员会和苏格兰法律委员会亦建议采用持续规则。

### **建议 8**

**一个人在任何时间具有的居籍应持续，直至他不论藉选择或藉法律的实施而取得一个不同的居籍为止。**

## **21. 已婚女子的附属居籍（第 4.109-4.129 段）**

在本章研究的各个司法管辖区中，只有印度和马来西亚保留已婚女子的附属居籍之普通法规则。所有其他司法管辖区皆已废除该规则。

### **建议 9**

**已婚女子的附属居籍应予废除。**

## **22. 精神上无行为能力的人的居籍（第 4.130-4.150 段）**

- 在澳大利亚、爱尔兰、马来西亚、新加坡、联合王国及香港，断定精神上无行为能力的人的居籍之规则均是相同的。分水岭在于有关的人是在成年之前或之后才变为精神上无行为能力。在曼安托巴省，分水岭在于当事人是在出生时或在出生后的任何时间变为精神上无足够能

力。在新西兰，一个人在紧接有能力取得独立居籍之前具有的居籍会持续，直至他取得一个独立居籍为止。这规则适用于一个人无论在成年之前或之后变为精神上无行为能力的情况。

- 南非的情况则较为简单。精神上无行为能力的人以与他有最密切联系的地方为其居籍。英格兰法律委员会和苏格兰法律委员会亦建议作出这样的更改。最后，在印度，精神错乱者的居籍依从另一人的居籍，但往往不清楚谁是“另一人”。

### **建议 10**

**小组委员会建议：**

**(a) 在年届成年时，精神上无行为能力的人应该以与他有最密切联系的区域为其居籍；**

**(b) 精神上无行为能力的成年人在恢复精神上行为能力后，便应保留他在恢复精神上行为能力之前最后具有的居籍；**

**(c) 有关条文应该不仅涵盖精神上无行为能力的人士，亦应涵盖昏迷人士、植物人或半植物人和由于某种原因而不能怀有所需意图的任何其他人士。**

### **23. 举证准则（第 4.151-4.156 段）**

在澳大利亚、新西兰及南非，要转换的居籍不论是否为生来的居籍，举证准则现时也没有分别。在其余的司法管辖区，皆无具体法例条文说明举证准则。因此，普通法规则相当可能仍会适用于这些司法管辖区。

### **建议 11**

**民事案所采用的相对可能性的衡量之举证准则皆应适用于所有关于居籍的争议。**

### **24. 在联邦国家或复合国家的居籍（第 4.157-4.166 段）**

在澳大利亚，任何人如果已取得在整个联盟（按《1982 年居籍法令》的定义）的居籍，则会获分配在联盟内与他有最密

切联系的某一区域（州、省或地区）的居籍。新西兰有相若的条文。英格兰法律委员会和苏格兰法律委员会亦提议以澳大利亚条文为蓝本的改变。在其余研究过的司法管辖区中，并无关于此事宜的具体条文。

### **建议 12**

**如果根据有关通则，身处联邦国家或复合国家并意图无限期地以该国家为家的人不被认定为以该国家内的任何法律区为其居籍，则他应具有当时与他有最密切联系的法律区的居籍。**

#### 25. **过渡性条文（第 4.167-4.176 段）**

- 就在新规则生效之前或之后一个人的居籍而言，该等规则应如何运作？问题是新规则应否有追溯力。
- 如果新规则没有追溯力，则有另一问题要考虑。过渡性条文应如何措词？海外各地采用了四个不同的模式。第一个是澳大利亚及新西兰采用的模式；第二个是南非采用的模式；第三个是英格兰法律委员会和苏格兰法律委员会建议的模式，而最后一个方案是曼安托巴省的条文。

### **建议 13**

**小组委员会建议：**

- (a) **建议的法例不应有追溯力；**
- (b) **一个人的居籍在建议的法例实施日期前的任何时间应按犹如法例没有通过一样而断定；**
- (c) **一个人的居籍在建议的法例实施日期后的任何时间应按犹如法例一直有效一样而断定。**

#### 26. **编纂为成文法典（第 4.177-4.183 段）**

最后的问题是：断定一个人的居籍的规则的改革应否以编纂一套完备法典的方式进行。在小组委员会的谘询文件所研究过的司法管辖区中，只有澳大利亚、曼安托巴省、新西兰及南非制定了一条关于居籍的综合法规。在这些司法管辖区

中，只有曼安托巴省的法例是就曼安托巴省法律的各种目的而言，把居籍法律编纂为法典。英格兰法律委员会和苏格兰法律委员会亦曾考虑此事，并总结认为有关法例不应旨在提供一套详尽完备的法典，亦不应旨在把现时使用的所有用语或概念重新界定。

#### **建议 14**

**小组委员会建议：**

**(a) 就关乎断定自然人居籍的规则，建议的法例应尽可能详尽；**

**(b) 建议的法例应把下述关乎居籍的一般性规则列明：**

—— **每个人都有一个人籍；**

—— **无人可以在同一时间为了同一目的而有多于一个人籍；**

—— **就香港的法律冲突的规则而言，一个人以何地为其居籍的问题是按照香港法律而断定的；**

**(c) 制定保留条文，以保留并不与新的法例规则不一致的现行普通法规则。**