

**就香港地產建設商會
二零零三年四月十日來函作出的回應**

1. 香港地產建設商會於二零零三年四月十日給《2002年公司(修訂)條例草案》法案委員會的函件(“該函”)已經收悉。
2. 香港地產建設商會在該函的第1段，對政府當局認為承按人在法定按揭下可能無法將有關土地的法定產業權轉讓予買家的法律根據提出疑問。現載述我們所作出的分析如下：

2.1 對於法定按揭或衡平法上的按揭的承按人所作出的售賣是否屬於《物業轉易及財產條例》第53條的範圍，我們認為並沒有明確的答案。一方面，有人認為，由於有關按揭無法強制執行，承按人不論是否擁有有關土地的產業權或權益，都沒有售賣的權力。由於《物業轉易及財產條例》第53條只適用於承按人具有售賣權力的情況，如承按人作出售賣，則並非“根據明訂或法例規定的售賣權力作出售賣”。另一方面，有人認為，與其他按揭一樣，如借款人未能履行責任，售賣權力即使不能行使，亦告產生。因此，如承按人作出售賣，儘管是不合法或不正當地行使權力，亦屬“根據明訂或法例規定的售賣權力作出售賣”。

2.2 假設有關於售賣屬於《物業轉易及財產條例》第53條的範圍，我們不能肯定該類售賣是否受《物業轉易及財產條例》第52條所保障。現載列正反兩方面的論據如下：

《物業轉易及財產條例》第52條並不適用的論據

- (a) 《物業轉易及財產條例》第52條並不適用，因為該條文所載述的三項因素並無任何一項足以涵蓋承按人根據無法強制執行的按揭作出售賣的情況。第一項因素即“並未曾產生任何情況使該項售賣得獲准進行”顯示，若符合某些條件，便會產生使該項售賣獲准進行的情況，但該等條件尚未符合，例如按揭款項尚未到期。這項因素並不適用於目前的情況，因為根本不會產生任何情況使承按人獲准售賣

有關財產¹。

- (b) 如承按人已發出通知或沒有需要就有關情況發出通知(《物業轉易及財產條例》附表4第11(b)及(c)段)，則第二項因素即並無發出適當的通知，便不適用。
- (c) 至於第三項因素即“有不正當行使售賣權力的情況，或該項權力的行使不合乎規定”，根據法例釋義的原則，跟隨在“並無發出適當的通知”之後而涵蓋意思較闊的剩餘字眼“或有不正當行使...或行使不合乎規定”，須如先前字眼一樣受相同限制性質的事宜所管限，意即不正當或不合乎規定行使權力，只應關乎程序上的不正當或不合乎規定情況，而不涵蓋非法行使承按人權力的情況。
- (d) 如《物業轉易及財產條例》第52條適用，即表示承按人可有效和實際行使其售賣權力。這完全牴觸《公司條例》第157I(2)條，並令該條文的立法原意不能達到，因為該條文明確禁止針對有關公司強制執行按揭。

《物業轉易及財產條例》第52條適用的論據

- (e) 《物業轉易及財產條例》第52條的三項因素不應狹義地照字面解釋。有關的立法意圖明顯是要保障按揭財產售賣中的買家，使不論售賣的權力是如何行使，買家的財產業權都不受影響。如承按人就無法強制執行的按揭行使其售賣權力，便屬於不合乎規定或不正當行使權力。《物業轉易及財產條例》第52條適用，而在這種不合乎規定或不正當的情況下，買家的業權不應受到影響。
- (f) 上述詮釋不會令《公司條例》第157I(2)條的立法意圖不能達到，亦不會對承按人更為有利，因為《物業轉易及財產條例》第52條規定，任何人因售賣的權力在未獲准許下行使，或因該項權力的行使不正當或不合乎規定，以致蒙受損失，得針對行使該項權力的人追討損害賠償作為補救。換言之，有關公

¹由於有關按揭是因法律的施行而無法強制執行，因此我們並不認為法院有權批准作出售賣。

司可就不合乎規定或不正當的售賣，向承按人追討損害賠償。

2.3 由上文可見，《物業轉易及財產條例》第 52 及 53 條適用與否，均具論據。因此，我們不同意香港地產建設商會在該函第 1(iv)段所提出的意見，認為法定押記的承按人毫無疑問有權行使明訂或法例規定的售賣權力，將有關的法定產業權轉讓予買家。這說法未有考慮《公司條例》第 157I(2)條所載關於按揭不得針對公司強制執行的規定。

3. 關於該函第 2 段：

3.1 我們對第(i)段並無異議。

3.2 至於第(ii)段，我們無意與香港地產建設商會爭論申請售樓令是否本港銀行的做法。不過，香港地產建設商會在(b)分段中承認，如有關物業由按揭人或其租客自用，銀行便有需要取得收樓令。因此，我們必須補充，承按銀行管有按揭物業，或按揭人自願將該物業的管有權交付承按銀行，均屬十分罕見的情況。如承按銀行向法院申請發出收樓令，而法院獲悉有關按揭是無法強制執行，法院則不大可能就有關申請發出收樓令。倘銀行並無有關物業的管有權，我們想知道銀行如何能在不知悉《公司條例》第 157H 條已遭違反的情況下，以有值代價將物業售予真正買家。從這個角度來看，承按人是否有需要申請收樓令或售樓令，實際上並無多大分別。在大多數情況下，承按人如無收樓令或售樓令，便不能出售有關的按揭物業。

3.3 就第(iii)段而言，我們也不打算就律師的做法與香港地產建設商會爭論。然而我們知道，律師會認為《公司條例》第 157I 條並無問題。這支持我們的看法，即代表買家的律師會審慎行事，確保銀行正當行使其售賣權力。鑑於目前對買家大為有利的市場氣氛，審慎行事的律師似乎應該不難於堅決要求及取得售賣令作為業權妥善的憑證。

3.4 關於第(iv)(a)段，我們同意未必可從抵押文件表面得知有關按揭是否在違反《公司條例》第 157H(2)條的情況

下簽立。不過，按揭文件定會列明借款人的姓名或名稱。因此，若借款人是自然人而按揭人是一家有限公司，買家的律師應當懷疑借款人可能是一名董事或一名與按揭人的董事有關連的人士。買家的律師如無法透過公司查冊確定借款人與按揭人的關係，應向代表有關銀行的律師查問借款人與按揭人的關係，以及有關貸款是否《公司條例》第 157H 條所禁止者。即使借款人是一間由按揭人的董事經代名人控制的公司，買家的律師亦應提出同樣問題。就按揭人及借款人進行公司查冊可揭露兩家公司並非母公司與附屬公司關係，而這令人質疑按揭人為何願意向另一家明顯與其沒有關連的公司提供抵押。

- 3.5 關於第(iv)(b)段，我們並不同意香港地產建設商會對《公司條例》第 157I(3)(b)和(5)條的詮釋。前者清楚訂明“第(2)款並不影響該公司作為提供與任何貸款有關的一項保證而轉移予任何人的財產中的權益。”。憑藉間線部分的字眼，第 3(b)款無疑只適用於有關公司就遭禁止的貸款所提供的按揭或其他類型的保證，而不會引伸至看來是由承按人轉移予第三者的權益。至於後者，條文清楚訂明“...第 157H(2)條本身並不使違反該條所訂立的任何交易無效”。同樣，鑑於特別標示的字眼，《公司條例》第 157H(5)條只適用於第 157H(2)條所禁止的貸款，而非承按人出售財產。
- 3.6 有關第(v)(a)段，據我們所知，香港的銀行在評估是否向客戶批出信貸時，會確保借款人所提供或提出的抵押是足夠、有效和可予以強制執行。(香港金融管理局亦已發出一份“監管政策手冊”，建議香港的銀行在作出信貸評估時，須審慎考慮各種因素，其中包括抵押品的有效性。)倘借款人是香港某家公司的董事或與某家公司的董事有關連的人士，而有關抵押是由該公司提供，銀行宜確保所提供的保證不受《公司條例》第 157I 條圍制。舉例說，倘有關公司是一家私人公司，且與香港任何上市公司沒有關連，銀行方面須採取步驟以確保有關貸款獲該公司在大會上適當批准，使《公司條例》第 157H(3)(b)條所述的例外情況得以適用。
- 3.7 因此，我們對於香港地產建設商會所提出有關“銀行很可能不知道按揭會因違反《公司條例》第 157H(2)條而

不能針對有關公司強制執行”的說法，感到驚訝。倘香港的銀行因《公司條例》第 157I(2)條而遭遇實際困難，何以律師會及香港銀行公會在該條文自一九八四年制定以來一直少有就此作出投訴，並在公司(修訂)條例草案重新制定此條文時，仍表示滿意。

3.8 第(v)(b)段的見解過於概括。當銀行要求有關公司償付貸款時，直接或間接從受禁制貸款中得益的董事可能已經辭去公司的職務，或已失去其對董事局的影響力。因此，有關公司並非不可能以有關按揭無法強制執行為理由而拒絕還款。

3.9 我們並不認為有關“承按人及其法律顧問不大可能甘冒欺騙法庭的風險，在申請收樓令或售樓令時隱瞞有關按揭無法強制執行的事實”的說法具誤導性。憑藉“欺騙”和“隱瞞”兩詞，這說法顯然是針對銀行知悉按揭無法強制執行的情況。我們仍然認為，銀行如知悉有關按揭是無法強制執行，在大多數情況下都不會向法院隱瞞有關按揭無法強制執行的事實。因此，第(vi)段所述有關“鑑於銀行及其法律顧問通常不知悉有關按揭因《公司條例》第 157I(2)條而無法強制執行”的見解，與上述說法並無關聯。

4. 基於上述理由，我們對該函末段不表贊同。假若承按人根據無法強制執行的按揭將物業出售而對作為第三方的買家的地位構成實際而非純理論的問題，我們想知道為何少有人就這課題進行文本或司法討論，而提交法院審理的有關個案甚為罕有。

律政司
二零零三年五月