

## 1999 年電訊(修訂)條例草案委員會

### 流動網絡營辦進入遮蔽地方的權利

#### - 回應路衛德鄰律師事務所(Lovell White Durrant)就政策考慮與法律及憲制事務所提出的問題

#### 目的

路衛德鄰律師事務所(下文簡稱「路衛德鄰」)(以建造、營辦及移交方式經營的隧道公司所聘用的法律顧問)於一九九九年十二月十日舉行的法案委員會會議上，曾講述有關流動網絡營辦商進入遮蔽地方的權利的擬議第 14 條所引起的法律及憲制問題，並表示該擬議條文可能抵觸基本法。我們絕對不同意路衛德鄰的看法。當局在本文件內會詳細回應路衛德鄰所提出的意見。

#### 對基本法的影響

2. 上述條例草案絕對不會有違基本法的規定，而我們亦必致力遵守基本法。我們曾回應以建造、營辦及移交方式經營的隧道公司在其於一九九九年九月二十二日提交法案委員會的意見書內所提出的類似意見。對路衛德鄰就基本法所提出的問題，我們會在隨附的文件內作出詳細回應。我們認為立法會秘書處法律顧問所提出的法律意見，可支持我們認為擬議第 14 條是合法的看法。根據隨附文件所述以及立法會法律顧問所指出，擬議條文是否符合基本法，主要視乎有關條文是否符合合理原則和相稱原則。我們會於下文向議員證明，在權衡政策的考慮因素後，擬議條文是符合上述兩項原則的。

#### 合理原則

3. 要決定有關條文是否符合合理原則，主要須考慮令流動電訊服務覆蓋全港的政策是否符合合理的社會利益。我們必須指出，雖然流動電訊服務在香港十分重要(共有 364 萬名用戶；普及率達 53%)，但我們的流動網絡覆蓋範圍尚未遍及全港。市區和商業區內尚有許多「盲點」，這並不符合消費者與商界的利益。在推出第三代流動電話服務後，有關問題將會加劇，尤其對有意加入的新

經營者而言。

4. 爲了確保香港可以盡量利用新一代流動電訊服務所帶來的多種不同類別的創新服務，我們必須解決營辦商進入某些地方擴建新網絡所遇到的問題。社會廣泛認同第三代流動電話會爲電訊和資訊科技界的景象帶來激烈的改變。爲吸引投資計和鼓勵應用，我們必須提供適當的營運環境，以提升香港作爲區內電訊及互聯網樞紐的地位。新訂第 14 條旨在提供適當的機制，在流動網絡營辦商與遮蔽地方的設施擁有人(例如以建造、營辦及移交方式經營的隧道公司)無法達成商業協議時，解決有關進入遮蔽地方裝置設備的問題。

5. 擬議第 14 條亦有助促進競爭。消費者委員會曾於一九九九年十月二日致函條例草案委員會，信中的一段評述恰當而公允：「爲確保某一方不會藉另一方在沒有其他替代渠道的情況下，影響經濟利益，因此必須有一個賦有仲裁權力的監管組織，平衡有關的需求，保障業界和消費者的利益。」首先，信內所描述的市場情況是不健康的。新訂第 14 條所賦予的權利不會自動延伸而適用於進入任何大廈、土地或遮蔽地方的權利；如有其他可供裝置無線電通訊設備的地點，供營辦商爲某地點/地區提供服務覆蓋，則大多數的設施擁有人將不受影響。在這情況下，即使雙方未能達成商業協議，流動網絡營辦商亦往往可以另選其他地點/地區。因此，雙方未能達成協議並不會對公眾利益造成損害。如有其他可供使用的地點，則應任憑市場自由運作。因此，新訂第 14 條訂立了必需的制衡措施，嚴格訂明當局在作出授權前必須受到的制衡：新訂第 14(1A)(a)條訂明裝置有關設施的目的，是向某公眾地方提供無線電通訊服務；新訂第 14(1B)(a)條訂明有關授權必須符合公眾利益；而新訂第 14(1B)(b)條則列明當局在作出授權前必須考慮的因素，包括是否有其他地點可供安設有關於裝置及是否在技術上有別的選擇。

6. 在沒有其他地點可供安設無線電通訊裝置的情況下，遮蔽地方(亦屬公眾地方)的擁有人在與有意擴展其流動電訊服務至該處遮蔽地方的流動網絡營辦商進行談判時，往往處於專有者的優越地位。如有關方面在進入遮蔽地方的安排上未能達成商業協議，則消費者將無法在該公眾地方享用高質素的流動網絡服務。這情況並不符合公眾利益。新訂第 14 條將會提供一個平衡的架構，讓

我們在這情況下可以達到令流動電訊服務的覆蓋範圍遍及全港的政策目的。除了第 5 段所述的制衡措施外，我們亦會確保有關方面必須首先進行商業磋商(見第 14(5)(a)條)，而當局只會在雙方無法達成商業協議的情況下介入。此外，流動網絡營辦商須為進入遮蔽地方裝置設施繳付費用，而根據第 14(5)(b)條該費用在有關個案的所有情況下須屬公平和合理的費用。

7. 新架構將符合當局一向行之有效的自由貿易及自由經濟政策，並符合我們提供有利投資的經濟及法律環境的做法。

## 相稱原則

8. 我們必須強調，有關建議將會對設施擁有人的影響，與我們擬達到的政策目標是相稱的。正如我們在過往的法案委員會會議上所述，擬議第 14 條已提供足夠的法定制衡措施，確保流動網絡營辦商在進入遮蔽地方裝設無線電通訊設備方面不會享有不受約束的權利，而電訊局長獲賦予的權力，亦不會超越在符合公眾利益的情況下，值得賦予電訊局長授權進入處所權利的權限。基於社會利益而令流動電訊服務的覆蓋範圍遍及全港的政策目標，已載於上文第 3 至 4 段。上文第 5 段亦已載述當局在授權營辦商進入遮蔽地方前所須受到的制衡。除符合有關規定外，雙方必須先盡力達成商業協議；如雙方未能達成協議，有關當局始會裁定營辦商進入遮蔽地方所須繳付的費用，而該費用在有關個案的所有情況下須屬公平和合理的費用。上文第 6 段已對此作出說明。

9. 條例草案已提供適當保障，規定電訊局長和持牌機構必須合理地行使其獲於第 14(1A)條賦予的有關進入遮蔽地方的權利的權力。根據第 14(2)條的規定，流動網絡營辦商應向有關人士給予合理通知、盡量減少造成損害及向蒙受實物損害的業主支付十足的補償。

10. 擬議第 14 條獲電訊用戶協會及消費者委員會強烈表示贊同。消費者委員會在考慮對「經濟利益」的「深切關注」後，贊同在這情況下當局應該介入；其亦認為「有需要設立由政府委任的仲裁人，在公眾利益需要得到保障時，仲裁人應介入談判。」。

11. 最後，路衛德鄰聲稱，政府若執行擬議第 14 條將等同違約。根據現行架構，隧道條例授權以建造、營辦及移交方式經營的隧

道營辦商釐定流動網絡營辦商須付的費用，但有關無線電通訊設備的裝置須取得運輸署署長同意。我們須留意有關授權並非絕對的權力，因為設備的裝置本身須要取得運輸署署長的同意。我們亦須留意，有關隧道條例所依據的原則，是要獲取合理而非過分的投資回報(不論是根據一般原則或特定的加價機制)，因此在原則上與我們的建議並無衝突(電訊局長根據第 14 條所裁定的有關費用，在有關個案的所有情況下須屬公平和合理的費用)。我們認為隧道公司作為專營者是藉着有關隧道條例獲得有關接納公用事業營辦商進入隧道申請的權利，我們認為計劃協議並沒有賦予隧道公司這方面額外權利。

12. 正如我們在上文所解釋，條例草案旨在制訂一項後備機制，在有關方面未能根據現行機制達成商業協議的情況下，確保網絡覆蓋可以遍及全港的遮蔽地方(包括隧道)。我們在草擬擬議第 14(1A)條時，已了解隧道條例內的有關條文。我們是在考慮隧道條例的有關條文後，才草擬目前條例草案的第 14(1A)條。我們並不同意現有的機制已經足夠達至我們的政策目標及社會上對電訊的需求。我們相信當中所涉及的公眾利益足以支持成立一項後備的機制。我們堅決及強烈反對任何指稱當局因建議修訂電訊條例而違反基本法的意見。

**資訊科技及廣播局**  
二零零零年一月十八日

**就路衛德鄰律師事務所(Lovell White Durrant)  
一九九九年十二月十日的意見書  
有關法律及憲法問題作出回應**

**目的**

路衛德鄰律師事務所(下文簡稱「路衛德鄰」)代表新香港隧道有限公司、大老山隧道有限公司、香港西區隧道有限公司和三號幹線(郊野公園段)有限公司(下文統稱「各間隧道公司」或「隧道公司」)於一九九九年十二月十日就其認為《1999年電訊(修訂)條例草案》(下文簡稱「條例草案」)第7條會引起的法律及憲法問題提交一份意見書(下文簡稱「意見書」)。本文是當局對該意見書作出的回應。

**意見書所提出的憲法事宜**

2. 意見書(第4-5段)指稱，條例草案第7條所載述有關進入土地及釐定費用權力的條文(下文簡稱「擬議條文」)，違反基本法以下其中一項或多項條文：

- (a) 保持香港原有的資本主義制度(基本法第五條)；
- (b) 保護私有財產權(基本法第六條及第一百零五條)；
- (c) 實行自由貿易政策(基本法第一百一十五條)；
- (d) 提供經濟和法律環境以鼓勵投資(基本法第一百一十八條)；及
- (e) 在香港原有法律下有效的契約權利和義務，在不抵觸基本法的前提下繼續有效和獲得承認(基本法第一百六十條)。

3. 當局認為意見書內的上述論據並不成立。

## **基本法第五條 – 保持原有的資本主義制度**

4. 基本法第五條訂明：

「香港特別行政區不實行社會主義制度和政策，保持原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變。」

5. 當局認為擬議條文符合基本法第五條。在香港「原有的資本主義制度」下，政府並非如意見書(第 14 段)所聲稱，完全不干涉個人經營和訂立合約的權利。電訊條例(第 106 章)第 36A 條便是一個很好的例子。根據在回歸前已生效的該項條文，電訊管理局局長(下文簡稱「電訊局長」)已有權釐定任何互連協議的條款和條件，包括營辦商須向其他營辦商繳付的互連服務費用<sup>1</sup>。因此，意見書指稱擬議條文背離香港回歸前所奉行的資本主義制度，是不正確的。

## **基本法第六條及第一百零五條 – 保護私有財產權**

6. 基本法第六條訂明：

「香港特別行政區依法保護私有財產權。」

7. 基本法第一百零五條訂明：

「香港特別行政區依法保護私人和法人財產的取得、使用、處置和繼承的權利，以及依法徵用私人和法人財產時被徵用財產的所有人得到補償的權利。

徵用財產的補償應相當於該財產當時的實際價值，可自由兌換，不得無故遲延支付。……」

---

<sup>1</sup> 經電訊局長根據電訊條例第 36 條決定的互連協議的條款和條件，包括由一方的營辦商就有關的互連服務繳付另一方費用。請參閱如電訊局長就網絡互連及有關的競爭事宜所發出的聲明(第 1 號，1995 年 3 月 28 日)。

8. 為就此作出回應，當局將假設但並非承認在《東區海底隧道條例》(第 215 章)、《大老山隧道條例》(第 393 章)、《西區海底隧道條例》(第 436 章)及《大欖隧道及元朗引道條例》(第 474 章)(下文統稱「各條隧道條例」)及各間隧道公司與香港特區政府所訂立的協議下，各間隧道公司在批准進入隧道及釐定有關收費方面的權力(在意見書第 17 段提述)，均屬基本法第六條及第一百零五條範圍內的財產權。

9. 我們必須區分「徵用」財產與「控制」或「規管」財產(關於使用、處置等)。基本法第一百零五(二)條明確訂明前者(即徵用財產)必須按照有關財產的實際價值給予補償<sup>2</sup>。

10. 基本法第六條及第一百零五條內「依法」一詞，是指該兩條所保護的財產權，必須符合法律所訂立的限制，和必須符合基本法以及因基本法第三十九條而適用於香港的國際公約。

## 「剝奪」財產

11. 在歐洲人權法庭根據歐洲人權公約第一議定書第一條<sup>3</sup>所訂立的法理學下，「剝奪財產」是指擁有人一切的法律權利因實施法律或行使法律權力而被終絕的情況。鑑於擁有權包含多種權利，所以擁有人被剝奪其中一種權利，通常不足以表示被剝奪擁有權，而是在歐洲人權法庭法理學下被視為控制財產使用<sup>4</sup>。因此，在 *Baner v. Sweden*, 60 DR 128 (1989)的個案中，歐洲人權委員會(在第 140 頁)認為瑞典法例賦予公眾在私人水域以手提式魚具垂釣的權利，並沒有剝奪申請人的財產；申請人仍然擁有有關的業權。申請人並沒有被奪去垂釣的權利，包括以手提式魚具釣魚的權利；他失

---

<sup>2</sup> 基本法的文本並無把分段編號。不過，根據慣常做法(經終審法院在 *Ng Ka Ling & Others v Director of Immigration* [1999] 1 HKLRD 315 案件中所採用)，分段加上編號便於提述。本文將效法這一般做法。因此，第一百零五(二)條是指基本法第一百零五條第二段。

<sup>3</sup> 歐洲人權公約第一議定書第一條保護財產權。

<sup>4</sup> 出於 *Harris, O'Boyle and Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights* (Butterworths, 1995)第 528-9 頁。

去的是阻止其他人以手提式魚具釣魚的權利。該委員會更察覺：

“Legislation of a general character affecting and re-defining the rights of property owners cannot normally be assimilated to expropriation even if some aspect of the property right is thereby interfered with or even taken away ... [G]eneral rules regulating the use of property are not to be considered as expropriation. The Commission finds support for this view in national laws of many countries which make clear a distinction between, on the one hand, general legislation redefining the content of the property right and expropriation, on the other.

The Commission has for the same reasons in cases concerning rent regulations, which have seriously affected the right to property, nevertheless held that such regulations fall to be considered under the ‘control of use’ rule...”

12. 擬議條文顯然沒有終絕各間隧道公司在批准進入隧道和釐定有關收費方面的權力。首先，各間隧道公司現時在批准進入隧道方面的權力是受到限制的<sup>5</sup>。根據各條隧道條例，任何人除有關隧道公司外，均不可在未得到有關隧道公司同意的情況下在隧道內安裝任何公用設施，而有關的隧道公司在同意安裝公用設施之前，必須獲運輸署署長事先批准其給予同意，及批准任何與該項同意有關的條款和條件(除與收費有關的條款或條件外)。

13. 因此，各間隧道公司在批准於隧道內安裝公用設施的現有權力是受到約制的，即必須徵求運輸署署長批准。如擬議條文獲得制定，該種權力將再進一步受到約制，但不會因電訊局長行使權力批准持牌人在隧道內安裝和維持電訊設備而被終絕(見擬議第 14(1A)條)。該種權力不會被終絕，因為在以下情況下，電訊局長不會干預各間隧道公司批准在隧道內安裝公用設施的權力：

---

<sup>5</sup> 本文所用「隧道」一詞統稱第 436 章第 19(1)(b)及第 393 章第 21(1)條提述的任何或(視屬何情況而定)全部「隧道區」、第 474 章第 16(1)(a)條提述的「收費區」以及第 215 章第 40(1)(a)條的「容納鐵路的沉管管道」。



- (a) 有關裝置並不是電訊局長根據擬議條文有權批准持牌人在隧道內安裝和維持的「無線電通訊裝置」。在各條隧道條例內，「公用設施」一詞是指「任何供電電纜、電話或其他通訊電纜，任何電訊儀器，任何用作供應水、氣體或油類的喉管或用作排水或排污的喉管，以及該等電纜、儀器、喉管或管道的任何附屬儀器或工程」<sup>6</sup>，其範圍較條例草案第 2 條下「無線電通訊裝置」的範圍為廣；根據該條款，「無線電通訊裝置」指「無線電發射器、接收機、天線、支撐結構、用作或擬用作與無線電通訊相關的附屬設備或器具」<sup>7</sup>；
- (b) 安裝公用設施者並非「持牌人」，即「根據[《電訊條例》]批給的牌照的持有人」<sup>8</sup>。根據《電訊條例》經修訂的第 14 條，電訊局長只可批准持牌人(而非其他人士)在各間隧道公司的隧道內安裝及維持無線電通訊裝置；或
- (c) 電訊局長不可根據建議的 14(1B)條行使其授權的權力。該建議的條文規定，除非電訊局長信納批准授權符合公眾利益，及已顧及若干指定事項，包括例如是否有其他地點可供合理使用，以設置授權(如批准的話)所關乎的無線電通訊裝置，否則不批准授權<sup>9</sup>。

14. 擬議條文亦不會終絕各間隧道公司在釐定於隧道內安裝公用設施所須繳付費用或收費方面的權力，因為擬議條文不會影響各間隧道公司在上文第 14(a)-(c)段所述情況下的該等權力。此外，當電訊局長根據擬議條文行使其授權權力，獲授權的持牌人和有關的隧道公司須盡力就有關裝置

---

<sup>6</sup> 除第 215 章外，各條隧道條例均有界定「公用設施」的定義。在第 215 章，「公用設施」的定義與上述各條例所採用的字眼相同，只是上述各條例在「公用設施」釋義結尾部分出現的「該等電纜、儀器、喉管或管道的任何附屬儀器或工程」等字眼被「任何附屬儀器或工程」所取代。

<sup>7</sup> 根據條例草案第 2 條，「無線電通訊」指藉無線電波進行的電訊通訊；而「電訊」指藉導向電磁能或無導向電磁能或藉此二者而發送、發射或接收通訊，但擬讓人眼直接接收或看見的任何發送或發射除外。

<sup>8</sup> 條例草案第 2 條。

<sup>9</sup> 電訊局長須顧及的其他指定事項包括(a)是否在技術上有別的選擇，以替代該裝置，(b)使用該授權(如批給的話)所關乎的公眾地方，對尋求授權的持牌人提供服務方面是否具關鍵性，(c)該公眾地方是否有容量可供如此使用，而在這方面的考慮必須顧及該公眾地方的佔用人現時的需求及合理的未來需求，及(d)在持牌人方面及公眾方面而言，第(a)節所提述的別的選擇(如有的話)所涉的費用、時間、損失及不便。請參閱條例草案第 7 條所載的擬議第 14(1B)(b)(ii)-(v)條。

所須繳付的費用達成協議。電訊局長只會於在合理時間內該等協議仍未能達成時，才釐定有關費用(見擬議第 14(5)(a)及(b)條)。

15. 根據歐洲人權法庭的法理學，「剝奪財產權」亦包括實際剝奪情況，即有關當局大幅干預管有權的享用，而沒有正式剝奪擁有人的所有權<sup>10</sup>。

16. 有一點值得注意，就是實際剝奪情況是十分罕見的<sup>11</sup>。正如一名評論家所說，“[g]enerally, where ownership of property remains or some form of expropriation, by way of sale or receipt of rents for example, the measure will not be regarded as a *de facto* expropriation or deprivation of property...but an interference with peaceful enjoyment of possessions”<sup>12</sup>。<sup>12</sup> *Papamichalopoulos and others v. Greece* (1993) 16 EHRR 440 個案可以說明如何大幅干預管有權才稱得上為實際剝奪情況。在該個案中，希臘海軍在申請人的土地上建造一個海軍基地及海軍人員度假地方；歐洲人權法庭認為有關土地雖然並無被正式沒收，但申請人的土地被佔用，他們不能出售、按揭或甚至進入土地，無形中喪失了處置或使用該土地的一切能力。這情況連同沒有試圖作出補救所構成的嚴重結果，足以顯示有關土地實際被沒收，使申請人無法和平地享用其管有權<sup>13</sup>。

17. 鑑於上文第 16 段所作出的討論，當局認為電訊局長如行使擬議條文所賦予的權力，不會構成實際剝奪情況。隧道公司不會因電訊局長的權力而喪失其在批准進入隧道或釐定有關收費方面的權力(見上文第 13 及 14 段)。再者，獲授權在隧道內安裝及維持無線電通訊裝置的持牌人，預計須要就有關裝置繳交費用，而經釐定的費用，必須「在所有情況下屬公平和合理的費用」(見擬議第 14(5)(b)(ii)(A)條)。即使該費用可能較在沒有制定擬議條文情況下有關隧道公司

---

<sup>10</sup> Harris, O'Boyle and Warbrick, 在前面所引用的書中 第 528 頁。

<sup>11</sup> 同一本書。

<sup>12</sup> Karen Reid, *A Practitioner's Guide to the European Convention of Human Rights* 第 215 頁。

<sup>13</sup> 同一本書第 215-6 頁。

與持牌人協議的數額為少，但在歐洲人權法庭的制度下，這情況並不相當於實際剝奪情況<sup>14</sup>。

18. 意見書的第 23-4 段指稱，由於美國法院基於美國憲法所保障的財產權而產生反充公理論<sup>15</sup>，就基本法第一百零五條而言，擬議條文相當於徵用財產。不過，究竟反充公理論能否應用以保障基本法下的財產權，尚未可確定。正如 *Report of the Special Committee on Compensation and Betterment* (March 1992)(第 1.18 段)所指出：

“...We record that the United States Constitution protects private property rights in wider terms than the Basic Law. However, if the American cases on the effect of the regulation of property rights, from which has developed the doctrine of inverse condemnation, were followed, compensation might be payable in similar cases, under the Basic Law. On the other hand, in some common law countries, with written constitutions, the doctrine has not developed. For example, in the only case where the House of Lords has considered this question [ie *Belfast Corporation v O D Cars Ltd* [1960] AC 490], on an appeal over the Northern Ireland written constitution, it declined to hold that the regulatory planning restrictions in that case amounted to a taking. Indeed, it doubted whether, even an extreme case, regulation could amount to taking. More recently [ie in *Pine Valley Development Ltd v Ireland* ‘The Times’ 11.12.91] the European Court of Human Rights came to a similar conclusion. It refused to accept that certain planning procedures in the Republic of Ireland amounted to a de facto deprivation of property rights, because the Court held that they fell short of a formal taking. In resolving conflicting public and private interests the European

---

<sup>14</sup> 亦請參閱例如 *Mellacher v Austria* (1989) 12 EHRR 391 案件；在該案件中，申請人是物業業主，他們投訴奧地利當局因實施 1981 Rent Act 而剝奪他們按照現有租約在日後所得到的重大部分收入(高佔某些申請人 82.4%的收入)。歐洲人權法庭認為有關措施並不相當於正式或實際沒收物業而只是控制物業的使用，因為並無涉及轉授物業，或剝奪申請人使用，租賃或出售有關物業的權利。

<sup>15</sup> 根據 Gordon N Cruden，反充公理論適用於「where as a result of use, restriction, regulation or other legislation, the value of unresumed property has been destroyed or permanently diminished but the loss is not otherwise compensatable」情況，見 Gordon N Cruden, *Land Compensation and Valuation Law in Hong Kong* (Butterworths, 2nd edition, 1999)第 189 頁。

Community Courts invariably invoke the civil law principle of proportionality....”

19. 即使反充公理論可用以保障基本法下的財產權，當局認為擬議條文如獲得制定，在反充公理論的學說下，不會令隧道公司在批准進入隧道和釐定有關費用方面的財產權價值「受到損毀或永久減損，但有關損失是不可在其他方面予以補償的」<sup>16</sup>（有關的原因見上文第 13,14 和 17 段）。

### **控制/規管財產**

20. 雖然擬議條文的制定不會剝奪各間隧道公司在批准進入隧道及釐定有關費用方面的財產權，但會控制或規管該等權力。

21. 歐洲人權法庭自從在 *Sporrong and Lonroth v Sweden* [1982] EHRR 35 案件中作出決定，便在考慮有關個案是否符合歐洲人權公約第一草約第一條任何規定時，傾向於採取「公正平衡」的做法<sup>17</sup>。該做法是要求法院公正平衡社會大眾利益及保障個人的基本權利。就任何控制財產而言，所採取的做法及所試圖達到的目的必須存在合理的相稱關係<sup>18</sup>。換言之，基於公眾利益而作出控制，即使要個人承受負擔亦不過份<sup>19</sup>。

22. 雖然基本法第六條及第一百零五條並無就財產權的限制作出明確規定，但參考這些與公眾利益相稱的憲法條文是一個審慎的做法。這詮釋與歐洲人權法庭所訂立的上述法理學及基本法認為權利一般須受到合理限制的做法吻合（見第三十九條）。

23. 不過，我們應注意一點，就是上述有關相稱的規定並不要求符合「嚴格必要」的標準。在 *James v UK* (1986) 8

---

<sup>16</sup> 同一本書。

<sup>17</sup> Harris, O'Boyle and Warbrick, 在前面所引用的書中第 521-2 頁及 534 頁。

<sup>18</sup> *AGOSI v UK* (1986) 9 EHRR 1 第 52 頁。

<sup>19</sup> Harris, O'Boyle and Warbrick, 在前面所引用的書中第 535-6 頁。

EHHR 123 案件中，申請人辯稱只有當沒有其他較不激烈的辦法可以補救被視為不公平情況時，極端的租賃改革規管措施（涉及強迫某人把財產讓予另一人）才能夠符合第一條的規定。這論據被歐洲人權法庭推翻，該法庭認為（第 51 段）：

“This [argument] amounts to reading a test of strict necessity into the Article, an interpretation which the Court does not find warranted. The availability of alternative solutions does not in itself render the leasehold reform legislation unjustified; it constitutes one factor, along with others, relevant for determining whether the means chosen could be regarded as reasonable and suited to achieving the legitimate aim being pursued, having regard to the need to strike a ‘fair balance’. Provided the legislature remained within these bounds, it is not for the Court to say whether the legislation represented the best solution for dealing with the problem or whether the legislative discretion should have been exercised in another way.”  
(emphasis added)

24. 我們必須注意，樞密院在 *Ming Pao Newspapers Ltd v AG of Hong Kong* [1996] AC 907 案件中，（在 919 頁）也引述上段有底線的部分。該案件是關乎《防止賄賂條例》第 30(1)條（有關透露調查詳情）是否符合《香港人權法案條例》（第 383 章）第 16(2)條所保障的言論自由。當考慮是否必須以上述條文的第二部分來保障在香港調查貪污工作的完整性，或是否與該目的相稱，樞密院指出，存在另一方法達到合理目的，並不表示有關法例不合理，並且引述 *James v UK* 案件中上述有底線的部分。樞密院更認可香港法院給予「必要」一字其一般意義。

25. 在香港特別行政區訴吳恭劭、利建潤 (FACC No. 4 of 1999) 案件中，李國能首席法官宣告終審法院以大比數通過的判決時，亦認為（判辭第 30 頁）《香港人權法案條例》第 16(2)條內「必要」一字應予以其一般意義，並引述包括 *Ming Pao Newspapers Ltd* 的個案作為支持。此外，他說（在 26-27 頁）：

“香港特區立法機關認為，鑑於人大常委會已通過將國旗法列入《基本法》附件三內，特區制定……國旗條例的有關條文，以履行在香港實施這條全國性法律的責任，此舉是恰當的。本院在處理“是否必要”這問題時，應對這個看法予以充分考慮。同樣，本院對香港特區立法機關認為制定區旗條例是恰當的這看法，也應予以充分考慮。

本院在驗證“是否必要”時必須考慮，對受保障的發表自由的權利所施加的限制，與施加限制所要達致的是否相稱。參閱明報報業有限公司對香港律政司一案(*Ming Pao Newspapers Ltd v Attorney –General of Hong Kong*) 第 917 頁 D-E……”。

26. 在 *Collins CoBuild English Language Dictionary* 內，「necessary」(“必要”)一字的字義包括「needed in order to obtain the result or effect you want」<sup>20</sup>。

27. 意見書第 20 段提述香港上訴法庭解釋《香港人權法案條例》內「according to law」(“依法”)的方法。根據該解釋，「law」(“法律”)不單指香港本土的法律，而是指「universal concept of justice」(“有關公義的普遍概念”)。意見書指稱在該「universal concept of justice」(“有關公義的普遍概念”)下，基本權利和自由的任何限制必須是達到該目標的「necessary」(“必要”)手段之一。就這方面，我們應該考慮(a)樞密院和上訴法庭分別在 *Ming Pao Newspapers Ltd* 案件和 吳恭劭案件中對解釋「necessary」

---

<sup>20</sup> 在 *Handyside v The United Kingdom* (1976) 1 EHRR 737 案件中，歐洲人權法庭 (在第 48 段) 指出「whilst the adjective ‘necessary’, within the meaning of Article 10(2) [of the European Convention on Human Rights, which Article protects freedom of expression], is not synonymous with ‘indispensable’, neither has it the flexibility of such expressions as ‘admissible’, ‘ordinary’, ‘useful’, ‘reasonable’ or ‘desirable’. Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of ‘necessity’ in this context. Consequently, Article 10(2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator (‘prescribed by law’) and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force.」雖然樞密院在 *Ming Pao Newspapers Ltd* 案件 (第 919G 頁)中指出，以「pressing social need」來替代「necessary」(“必要”)對香港法院並無幫助，但上述有關「necessary」(“必要”)意義的討論有助理解「necessary」(“必要”)的「一般意義」。上文所引述歐洲人權法庭對 *Handyside* 案件判決的第二句，符合終審法院在 吳恭劭案件中的觀點，即「本院在處理“是否必要”這問題時應對這個[香港特區立法機關]的看法予以充分考慮...」(在上文第 25 段所引述)。

(“必要”)一字的做法，及(b)「necessary」(“必要”)一字於上文第 26 段所述的一般涵義。

28. 在本案中，當局認為擬議條文相當可能符合上文所述的「公正平衡」條件，或相稱規定此規定(此規定如上文所述無須否定存在另一選擇)，因為：-

- (a) 促使流動電訊服務遍及全港顯然符合公眾利益；
- (b) 以合理價格向公眾提供優良流動電訊服務，顯然符合公眾利益；
- (c) 電訊局長在擬議條文下的權力是受到各種限制(見上文第 13(c)段)；
- (d) 在擬議條文下，各間隧道公司均有機會在電訊局長釐定安設無線電通訊裝置的收費前，與有關的持牌人就該項費用達成協議；及
- (e) 電訊局長根據擬議條文所釐定的任何費用，必須「在所有情況下屬公平和合理的費用」。

## **補償**

29. 由於就基本法第一百零五條而言，擬議條文如獲制定，不會「徵用」各間隧道公司的財產權，故不會引起任何必要補償的問題。既然如此，顯然沒有需要如意見書第 39 段所提議，在條例草案內說明根據該條作出補償的基礎。即使擬議條文的確引起一些根據基本法第一百零五條而提出的補償問題，條例草案並不會因為沒有詳述如何根據該條計算補償而欠妥善。這是因為基本法第一百零五(二)條已規定了合理徵用財產的補償措施，以及繳付的方式和時間，即「補償應相當於該財產當時的實際價值，可自由兌換，不得無故遲延支付」。有關上述憲法補償條文的進一步細則，可由本港法院制定。

30. 由於擬議條文無須包括必要的補償，所以當局並不須要評論意見書就基本法第一百零五(二)條的補償措施所提出的論據(見第 24 及 25 段)。

### **基本法第一百一十五條 - 自由貿易政策**

31. 基本法第一百一十五條訂明：

「香港特別行政區實行自由貿易政策...」

32. 當局並不認同第一百一十五條所保障的自由貿易政策嚴格禁止政府干預經營或訂立合約。回歸前的自由貿易政策並無如此嚴格的禁制(可參考《失實陳述條例》(第 284 章))，而鑑於上訴法庭在香港特別行政區訴馬維騏[1997] HKLRD 761 案件中所確定的延續性，相信亦不會在第一百一十五條下訂立該項禁制。

### **基本法第一百一十八條 - 鼓勵投資**

33. 基本法第一百一十八條訂明：

「香港特別行政區提供經濟和法律環境，鼓勵各項投資、技術進步並開發新興產業。」

34. 我們懷疑制定擬議條文(特別基於上文 28 段所描述的考慮因素)是否抵觸第一百一十八條所訂明香港特區政府提供經濟和法律環境以鼓勵投資的責任。擬議條文如告生效，可能或不可能對隧道行業產生重大影響，但可能會鼓勵電訊業的投資。

### **基本法第一百六十條 - 延續性**

35. 基本法第一百六十(二)條訂明：

「在香港原有法律下有效的文件、證件、契約和權利



義務，在不牴觸本法的前提下繼續有效，受香港特別行政區的承認和保護。」

36. 在馬維騏案件中，高等法院陳兆愷首席法官認為第一百六十條的主旨是延續性(第 774J 頁)。第一百六十(二)條旨在清楚指出，即使沒有任何特定步驟予以採用，香港原先有效的法律在一九九七年七月一日仍然生效(除全國人民代表大會常務委員會聲明違反基本法者外)(第 775A 頁)。因此，當局認為，第 160(2)條是一條輔助條文，以保障過渡的安排。該條的目的並不是令任何違反回歸前「契約和權利義務」的行為(如意見書第 38 段所聲稱的違約行為)都是違反第一百六十(二)條。因此，該等違反「契約和權利義務」的行為是否違憲，須參照基本法其他條文而作出裁定。以上的討論顯示制定擬議條文並無違反基本法第五、六、一百零五、一百一十五、一百一十八和一百六十條。當局同時認為制定擬議條文並無違反任何基本法其他的條文。

## **結論**

37. 總括而言，當局並不贊同意見書內的辯稱，我們認為制定擬議條文符合基本法第五、六、一百零五、一百一十五、一百一十八和一百六十條。

**二零零零年一月十八日**