

(香港地產建設商會用箋)

傳真及郵遞函件

香港中區
花園道3號
萬國寶通銀行大廈3樓
立法會秘書處
法案委員會秘書
陳美卿女士

陳女士：

《土地業權條例草案》

閣下在2003年9月30日致函本會，並隨函附上政府當局2003年9月的文件(“**第三份文件**”)，謹此致謝。

本會就該文件的觀察所得如下：

1. 在第三份文件中，政府當局試圖反駁本會在2003年7月14日函件中提出的各點。然而，當局似乎未有在第三份文件中提出任何新的論點，反而重覆論述曾經在第一及第二份文件中提出的不少論點。此外，政府當局亦聲稱本會未有在2003年7月14日提交的意見書(“**本會第二份意見書**”)中，處理當局在第二份文件中提出的所有論據，因此，本會第二份意見書所述各點是站不住腳的。
2. 本會無意在條例草案的公眾諮詢過程中，以法律訴訟程序中各方就所提論點進行辯論的方式提出意見，亦不認為在意見書中詳論政府當局所提交文件每一段的內容及每一論點，可達到任何有用的目的。
3. 本會甘願冒上被指舊調重彈的危險而再次強調，我們認為條例草案的目標應為建立一個使業權明確、同時給予投資者信心的業權註冊制度。本會恐怕此正當目標可能會在眾多有關是否合憲的法律論據中被淹沒。

3.1 清晰明確：

在其第三份文件第17段中，政府當局聲稱在擬議計劃是否合憲的問題上，並無任何有欠清晰明確之處，因為當局已“仔細研究過地產建設商會及大律師公會的反對意見，認為彌償上限符合《基本法》的規定。”倘代表大律師公會的著名大律師均認為條例草案所訂計劃有可能抵觸《基本法》，此說法便引發了條例草案如何令其合憲性清晰明確的問題。歸根結底，《基本法》並非由政府當局解釋及詮釋。

3.2 公眾的信心：

- (a) 在第三份文件第18段中，政府當局聲稱本會所提出有關公眾的信心可能受損的意見，是在沒有參照當局第二份文件附件A第17段的情況之下作出的指控，因而並不成立。
- (b) 在上文所述的第17段中，政府當局聲稱，“正如本局第一份文件第30段所述，……不知情業主的權益和衡平法上的權益的持有人獲給予極大保障”。如按照該段所述翻閱政府當局第一份文件第30段，只會找到下述可能和保障無辜擁有人的權益有關的語句：—
 - (i) 第30(b)段：“建議的制度為欺詐、錯誤或遺漏的個案設立彌償計劃，加強對各方的保障”；
 - (ii) 第30(c)段：“建議的3,000萬港元最高彌償上限足夠為超過99%的交易提供十足彌償”；
 - (iii) 第30(d)段：“即使計劃不足以悉數賠償損失，也不會奪去個人現時擁有向第三方行騙者追討個人賠償的權利，此外，最高可追討上限的保證使採取行動的一方更有把握追討賠償”；
 - (iv) 第30(f)段：“如他們認為有此需要，較高價格物業的業主有較大能力採取進一步措施保障他們的權益，因此，設定上限也是合理的”。
- (c) 本會謹此指出，上述各項並未能為無辜的擁有人提供任何真正的保障。政府當局亦承認，擬議的彌償款額不能為所有個案提供十足彌償。建議的計劃並未藉着設立彌償計劃加強對各方的保障，因為根據現行法例，無辜擁有人不會因為他並未牽涉其中的欺詐行為而被剝奪其物業的擁有權。恕本會直言，對於政府當局指較高價格物業的擁有人有較大能力採取進一步措施保障他們的權益，本會未敢苟同。

4. 為提出完整的立論，本會謹將有關是否合憲的法律論據撮述如下：—

4.1 條例草案所訂的計劃會否構成《基本法》第一百零五條所指的“deprivation”／“徵用”：—

- (a) 政府當局辯稱，“徵用”的涵義只限於國家或政府為公共目的而收回或取得財產作為，與“expropriation”(徵用)的涵義相近。
- (b) 根據本會提交的意見書，此論點並未有助進一步支持政府當局提出的論據。在本會2003年7月14日函件第2.2段中，本會指出條例草案所訂的計劃實際上會導致無辜擁有人的財產被徵用，因為現實情況是，擁有人財產的業權是被奪去和授予第三者的。
- (c) 在其第三份文件中，政府當局聲稱本會並沒有處理其第二份文件附件A所載，有關當局就“徵用”一詞的解釋所提出的論據。
- (d) 在其第二份文件的附件A，政府當局辯稱“徵用”或“expropriation”須牽涉國家取得財產，或在某程度上藉徵用(expropriation)或取得(acquisition)的手段而取得益處，而條例草案所訂計劃的施行，並非旨在使財產歸屬於香港特別行政區(下稱“特區”)政府，或給予特區政府任何益處。
- (e) 本會曾就“徵用”或“expropriation”的解釋徵詢法律意見，並獲告知：—
 - (i) 正如國有化的典型例子，政府可依照法律規定轉移業權，藉以“取去”(taking)或“徵用”(expropriation)財產；
 - (ii) 然而，*Starett Housing Corp. 訴 Iran (Interlocutory Award)* 4 Iran-U.S.C.T.R. 122 (1984) 23 I.C.M. 1090一案顯示，財產的有效用途亦可遭取去或作“法律構定的徵用”(constructive expropriation)；
 - (iii) 在*Tippetts 訴 TAMS-ATTA* (1985) 6 Iran-U.S.C.T.R. 219 at 225一案中，美伊申索審裁處(Iran-U.S. Claims Tribunal)指出，當“連串事件顯示擁有人已喪失其基本擁有權……”，“法律構定的徵用”便告出現；
 - (iv) 《1961年哈佛公約草案》(1961 Harvard Draft Convention)第10條的註釋，亦有就“法律構定的徵用”作出解說：

“現時可透過多種方法，以國家行動對外籍人士使用或享用其財產作出限制，此種限制甚至可達到一個程度，讓國家迫使該外籍人士出售其財產，而售價僅為其使用該

財產的權利假使未有受到國家的干預，該財產本應具有的價值的一部分……政府或可索性禁止外籍人士出售其財產，從而有效導致該財產喪失其價值……至於對財產的使用、享用或處置作出干預是否構成“取去”該財產，將視乎該項干預的持續時間而定。”

- (v) 就第一百零五條而言，相對於實際的徵用，“deprivation”／“徵用”可透過法律構定的取去或法律構定的徵用的形式進行。

4.2 條例草案建議的計劃是否同時違反了《基本法》第六條及／或第一百零五條第一句的規定。

- (a) 本會認為條例草案所訂的計劃，並不能保護無辜擁有人擁有私有財產的權利或其使用及處置其財產的權利，因而違反了《基本法》第六條及第一百零五條第一句的規定。
- (b) 政府當局辯稱，《聯合聲明》及《基本法》的延續性主旨，並沒有規定回歸前的產權必須在回歸後保持完整，當局並引述上訴法庭就九龍雞鵝欄同業商會訴漁農自然護理署署長一案作出的判決以作支持。政府當局進一步辯稱，假定《基本法》第六條及第一百零五條須接受公正平衡的測試，條例草案所訂計劃也會通過有關的測試。
- (c) 本會已在2003年5月19日函件中指出，上訴法庭就九龍雞鵝欄同業商會一案作出的判決，只是一項證明下述論點正確的權威：規定將售賣水禽及雞隻的地點分開的規例僅為管制土地用途的規例，因此上訴人並未因《基本法》第一百零五條所指的任何徵用財產行為而蒙受損失。法庭是根據該案本身的事實而作出判決，該項判決並未為政府當局的論據提供任何支持。更具體的是，上訴法庭是基於下述理由判定該案並不涉及徵用財產的行為：——
- (i) 上訴人並無被剝奪在長沙灣臨時家禽批發市場使用政府租予他們的土地的權利：他們仍在該處售賣雞隻；
- (ii) 新規例禁止上訴人在該處售賣水禽，但此舉並非徵用財產，而是管制土地用途；
- (iii) 就上訴人售賣水禽的業務而言，新規例並沒有剝奪他們從事該項業務的權利，而事實上政府亦已提供另一地點(即西區副食品批發市場)，供他們售賣水禽。
- (d) 至於公正平衡的問題，本會重申，懲罰較高價格物業的擁有人，既不公平，亦不合理。若說此類擁有人有較大能力保障本身的權益，甚或(即使假設前者乃事實)法律應歧視他們，本會對此亦表示強烈反對。

5. 本會認為如香港希望訂立與先進國家看齊的土地業權註冊制度，便須承擔先進國家所肩負的責任，保障**所有**土地擁有人。本會相信假如在其他先進國家未有設立類似彌償款額上限的情況下，在香港採納建議的彌償上限，則香港對外國投資者的吸引力將下降。謹此再次證明本會在2003年7月14日函件第4.5段中提出的意見，那就是：為恢復投資者的信心，當局應對條例草案作出修正，以達到下列目的：——
- (a) 無辜的擁有人應永遠有權要求更正業權註冊紀錄及在業權註冊紀錄上恢復其名字；或
 - (b) 若無辜的擁有人未獲賦予上述權利，彌償款額便不應設有任何上限。

秘書長
龍漢標

2003年10月20日