

立法會 *Legislative Council*

立法會 LS15/17-18 號文件

檔號：CB1/BC/6/16

《2017 年保護瀕危動植物物種(修訂)條例草案》委員會文件

在 2017 年 11 月 8 日的法案委員會會議上，委員要求法律事務部提供意見，說明《條例草案》建議的逐步淘汰本地象牙貿易而不向受影響各方作出補償的計劃，是否符合《基本法》第六條及第一百零五條的規定。

《基本法》保護的權利

2. 私有財產權受《基本法》第六條及第一百零五條保障。

《基本法》第六條訂明：

"香港特別行政區依法保護私有財產權。"

《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。"

《條例草案》建議的禁止象牙貿易規定

3. 《條例草案》的目的之一，是推展一個分 3 階段對象狩獵品及象牙實施更嚴格規管的計劃，藉此自 2021 年 12 月 31 日起淘汰本地象牙貿易。第一階段(將自《修訂條例草案》的第一個生效日期起實施)是禁止進口及再出口所有象狩獵品及餘下的《公約》後象牙項目，但如領有在有限的情況下發出的許可證，

則除外。漁農自然護理署署長("署長")只可在以下情況下批准管有許可證申請：署長信納有關標本屬《公約》前標本；一份在第一個生效日期前發出的有效許可證涵蓋該標本；或由於存在極為特殊的情況，署長才有充分理據批准該申請。第二階段(將在第一個生效日期的 3 個月後實施)是禁止進口及再出口《公約》前象牙(古董象牙除外)，以及對象牙(古董象牙除外)的管有及控制施加更嚴格的許可證管制。另除非存在極為特殊的情況，署長有充分理據才可批准為商業目的而管有或控制象牙的許可證申請。第三階段(將自 2021 年 12 月 31 日起實施)是限制管有許可證只可在極為特殊的情況下發出，藉此禁止為商業目的而管有所有象牙(古董象牙除外)。

擬議禁止象牙貿易規定是否構成《基本法》第一百零五條所指的徵用財產

4. 若要決定是否須根據《基本法》第一百零五條向受有關立法建議影響的象牙擁有人/貿易商提供補償，便有必要決定《條例草案》建議的措施會否構成徵用象牙擁有人的財產，致使他們有權得到補償。

相關法律原則

5. 根據案例，在決定是否有徵用財產的情況時，以下法律原則適用：

- (a) 徵用財產指正式徵收財產的情況，即財產的所有權有所轉移的情況¹；
- (b) 倘若申訴所針對的措施對於財產實質影響的程度，事實上等同徵收有關財產，或者申訴所針對的措施"可視同徵用財物"，則也可能構成對財產的徵用²；

¹ "徵用"的概念曾在 *Kowloon Poultry Laan Merchants Association v Director of Agriculture Fisheries and Conservation* [2002] 4 HKC 277 一案中討論。歐洲人權委員會曾在 *Baner v Sweden* (App No.11763/1985, 60 DR 128) 一案中有以下論述，而該等論述獲法庭引用和認同(第 17 段)："至於申請人的財產是否被徵用，委員會認為，根據已予確立的案例法，第 1 號議定書第 1 條所指的徵用財產，涵義不限於正式徵收財產的情況(即財產的所有權有所轉移的情況)。倘若申訴所針對的措施對於財產實質影響的程度，事實上等同徵收有關財產，或者申訴所針對的措施'可視同徵用財物'，則也可能構成對財產的'徵用'。"

² 同上。

- (c) 《基本法》第一百零五條所訂獲得補償的權利，只在國家因一些公共目的徵收財產時受到保障³；
- (d) 為確定是否有徵用的情況，法庭會考慮實質而非形式。在沒有正式徵收的情況下，是否構成事實上徵收這個問題必然須視乎個別案件而定，屬事實與程度的問題。倘若移除或禁止有關財產作一切有意義的用途或一切經濟上可行的用途，則事實上構成《基本法》第一百零五條所指的徵用⁴；
- (e) 若涉及移除或禁止有關財產作一切有意義的用途或一切經濟上可行的用途，舉證責任屬聲稱《基本法》第一百零五條遭違反的一方⁵。

法律原則的應用

正式徵收

6. 在目前的個案中，並沒有因一些公共目的正式徵用或徵收財產的情況。《條例草案》建議的禁止象牙貿易規定不會導致象牙的所有權轉移予香港特別行政區政府。象牙的擁有人會保留其象牙的所有權及管有權。

事實上徵用

7. 《條例草案》建議的禁止象牙貿易規定禁止象牙擁有人/貿易商為商業目的處理象牙或象狩獵品，但本部察悉，象牙貿易商或擁有人仍可實質管有象牙，並可以其他方法使用及處置象牙(例如展示、展覽及捐贈)，而當局亦會允許進行古董象牙的貿易。在此等情況下，可辯稱當局沒有移除或禁止有關象牙作一切有意義的用途或一切經濟上可行的用途，因此《條例草案》建議的限制不會構成事實上徵用財產。

³ 請參閱 *Harvest Good Development Limited v Secretary for Justice & Others* [2007] 4 HKC 1。

⁴ 請參閱 *Fine Tower Associates Ltd v Town Planning Board* [2008] 1 HKLRD 553。

⁵ 同上。

8. 雖然可辯稱有關象牙對貿易商的經濟價值，很大部分可能已因擬議禁貿規定而喪失，但這是事實問題，有待象牙貿易商/擁有人確立有關限制會構成移除或禁止有關象牙作一切有意義的用途或一切經濟上可行的用途。

擬議禁止象牙貿易規定符合相稱性驗證準則

9. 雖然在目前的個案中不大可能有徵用財產的情況，但《條例草案》建議的禁止象牙貿易規定會構成對使用財產施加限制。就這方面，須考慮該等對使用財產施加的限制會否符合《基本法》第一百零五條的規定。本部察悉，《基本法》第一百零五條所訂的財產權並非絕對，法律可對該權利有效設定限制，而任何該等限制均須符合 *Hysan Development Co. Ltd v Town Planning Board* [2016] 9 HKCFAR 372 一案所訂包含 4 個步驟的相稱性驗證準則。

包含 4 個步驟的相稱性驗證準則

10. 相稱性分析要求有關限制必須(1) 為了達致某合法目的；(2) 與該合法目的有合理關連；及(3) 沒有超越為達致該合法目的所需的程度。如某項侵犯權利措施已通過該 3 個步驟的驗證，相稱性分析便應加入第四個步驟，即審視(4) 該項措施所獲得的社會利益，與有關個別人士受憲法保護的權利所受到的影響之間，是否已取得合理平衡，尤其須審視追求該等社會利益是否導致該個別人士承受不可接受的嚴苛負擔⁶。

相稱性驗證準則的應用

11. 關於相稱性分析的首兩個步驟，擬議禁止象牙貿易規定似乎相當可能符合有關的驗證準則，因為可辯稱《條例草案》建議的三步計劃，與自 2021 年 12 月 31 日起全面淘汰本港的象牙貿易，以打擊獵殺大象和本港走私象牙活動這個合法目的有合理關連。

⁶ 請參閱 *Hysan Development* 一案，法庭在 *Kwok Cheuk Kin v Secretary for Constitutional and Mainland Affairs* [2017] 5 HKC 242 一案中依循該案的裁判。

12. 相稱性分析的第三個步驟涉及審視受質疑的措施是否達致有關合法目的的相稱方法。政府當局已解釋其理據，並辯稱建議的措施沒有超越為達致上述合法目的所需的程度⁷。法庭若接納政府當局提出的理據，或會認為《條例草案》建議的禁止象牙貿易規定並非顯然缺乏合理基礎，並且是達致打擊獵殺大象活動這個合法目的的相稱方法。

13. 相稱性分析的第四個步驟要求法庭作出價值判斷：受質疑的法例或政府決定，即使符合首三項要求，是否令個別人士因被欺壓而受到不公平待遇，以致不能視之為達致有關合法目的的相稱方法⁸。就這方面，法庭在作出價值判斷時，應抱持全面、持平的觀點⁹。本部察悉，政府已預先通知受影響的貿易商有關的禁貿建議，並給予他們為期 5 年的寬限期把業務轉型及/或處置所管有的象牙。據政府當局表示，有關立法建議既考慮了侵犯權利所獲得的社會利益，亦顧及象牙貿易商財產權所受到的影響，而且並無導致象牙貿易商承受不可接受的嚴苛負擔，因此已在兩者之間取得合理平衡¹⁰。

或須考慮的一些相關因素

14. 在決定《條例草案》建議的禁止象牙貿易規定是否沒有超越為達致有關合法目的所需的程度，以及侵犯權利所獲得的社會利益，與個人受憲法保護的權利所受到的影響之間，是否已取得合理平衡時，可考慮以下一些相關因素：

- (a) 獵殺大象的嚴重程度及本港走私象牙活動的規模；
- (b) 實施有關建議可為社會帶來的利益；
- (c) 在現行規管制度下採取的執法行動的成效；

⁷ 請參閱政府當局在 2017 年 10 月 6 日就助理法律顧問的函件作出的答覆(立法會 CB(1)11/17-18(01)號文件)第 15 段。

⁸ 請參閱 *Hysan Development & Ors v Town Planning Board* [2016] HKC 58 第 85 及 86 頁。

⁹ 請參閱 *Kwok Cheuk Kin v Secretary for Constitutional and Mainland Affairs* [2017] 5 HKC 242 第 244 頁。

¹⁰ 請參閱政府當局在 2017 年 10 月 6 日就助理法律顧問的函件作出的答覆(立法會 CB(1)11/17-18(01)號文件)第 16 段。

- (d) 除了《條例草案》所載的建議外，是否有其他方法可達致打擊獵殺大象和本港走私象牙活動這項政策目標；政府當局曾探討甚麼替代方案，以及為何當局認為這些替代方案並不可行，不能達致政策目標；
- (e) 象牙貿易商/擁有人擁有的未處置象牙的數量；
- (f) 有關建議是否對《基本法》所保障的財產權構成最少損害；把逐步淘汰象牙貿易的寬限期訂為 5 年的理據為何，以及寬限期可否延長；
- (g) 除了《條例草案》所載的建議外，是否有其他措施可盡量減少可能對象牙擁有人/貿易商造成的損失或損害。

結論

- 15. (a) 《條例草案》所載的建議似乎不會構成正式徵用或徵收象牙，因為當中並不涉及將財產的所有權轉移予政府。
- (b) 至於事實上徵用，《條例草案》建議的禁止象牙貿易規定似乎不會令象牙失去所有價值，亦不會構成移除或禁止象牙作一切有意義的用途或一切經濟上可行的用途，因為有關象牙仍可作其他用途(例如捐贈、展示、展覽及其他工藝或文化用途)。
- (c) 《條例草案》建議的禁止象牙貿易規定似乎相當可能符合首兩個步驟的相稱性驗證準則。
- (d) 視乎有否進一步資料說明上文第 14 段所述的事宜，現階段難以確定《條例草案》建議的禁止象牙貿易規定能否符合第三個及第四個步驟的相稱性驗證準則，即有關規定是否達致有關合法目的的相稱方法，以及是否已取得合理平衡。

立法會秘書處
法律事務部
2017 年 11 月 27 日