

香港銀行公會就《證券及期貨條例草案》及《2000年銀行業(修訂)條例草案》提交的意見書

1. 引言

香港銀行公會大力支持政府的目標，即致力使香港證券期貨業的規管架構更現代化，以符合國際標準，並維持香港作為主要國際金融中心的競爭力。由於《證券及期貨條例草案》(下稱“**條例草案**”)及《2000年銀行業(修訂)條例草案》的法例擬本篇幅浩繁，而且極其複雜，香港銀行公會難免有一些意見(詳述於下文)，然而，公會大體上支持法例擬本的整體架構。現將該架構撮錄如下。

法例擬本容許認可機構以“獲豁免人士”(下稱“**獲豁免認可機構**”)的身份，進行受規管活動。雖然大部分認可機構的附屬公司現時已擁有“獲豁免交易商”的資格，但條例草案通過成為法例後，該等公司須獲證監會發牌，才可繼續進行與投資有關的活動。

根據條例草案(就如根據現行法例一樣)，即使認可機構擁有“獲豁免人士”的資格，並不表示其與投資有關的活動不會受到規管，亦不表示其所受的規管會較獲證監會發牌的法團者寬鬆。

事實上，香港金融管理局(下稱“金管局”)已規定，獲豁免認可機構在進行與證券有關的活動時，必須遵守證監會向註冊人發出的《操守準則》及內部管制指引(見金管局1995年12月28日的函件)。金管局已對獲豁免認可機構進行監督，以確保其營運操守與經紀業所遵守者一致。根據條例草案，當局會加強對獲豁免認可機構的規管程度，有關的措施如下：

- 參與獲豁免認可機構投資業務的個別人士，必須以個人身份，在金管局備存的新紀錄冊上註冊；
- 除財政資源等一類清楚界定的範圍外，獲豁免認可機構會直接受制於證監會發出的新規則、守則及指引；
- 獲豁免認可機構必須經金管局批准後，委任“主管人員”監督其與投資有關的活動；
- 倘若獲豁免認可機構作出失當行為，證監會可能會撤銷或暫時吊銷其獲豁免認可機構的資格，或金管局會發出公開或私下譴責，或撤回其“主管人員”的資格。

公會認為，有關規管架構對認可機構投資活動所制定的規管措施，與適用於持牌法團者相同。

公會同意政府的意見，就是為盡量避免規管措施重疊及雙重開支，金管局應繼續作為認可機構的前線規管機構。金管局現時已負責綜合監管認可機構的整體業務，並需要取得認可機構以獲豁免認可機構身份進行的業務的詳細資料。由於獲豁免認可機構所須遵守的規則及指引大致上與持牌法團相同，公會認為，此舉不會造成任何保障投資者方面的問題，亦不會不當地為銀行業帶來競爭上的優勢。有意見認為，由於持牌法團在成立分行網絡上會有開支的負擔，其競爭力會因而受到削弱。然而，認可機構若要成立分行，須經金管局批准，並須就每間營辦的分行每年向金管局繳付龐大的費用。

公會並不贊同規定銀行透過附屬公司進行與投資有關的活動，使證監會可監管該等活動的建議。因為強迫銀行以該等方式營運，與國際慣例背道而馳，並會大幅增加銀行在香港金融市場營運的成本，因而有損公益。隨着私人銀行業務部門的發展及金融產品日趨繁複先進，銀行服務及與投資有關服務越來越難以清楚劃分。消費者通常亦希望獲得不同的銀行服務及其他金融服務。因此，由銀行集團中不同的實體向消費者提供該等服務，可能會極為牽強和繁複，而收費亦會更高。由於銀行所提供的證券業務通常是其附帶業務，此情況更為明顯。

此外，銀行在設立附屬公司時，須具備符合監管規定資金的雙倍款額，使銀行集團在對銷客戶與銀行業務及投資業務所承受風險的能力下降。結果，銀行在其客戶失責及／或無力償債的情況下，須承擔更大的系統性風險。

雖然香港銀行公會支持該法例的整體目的及架構，但仍希望提出一些事項。這些事項於本文其餘部分作出討論。

2. 豁免及註冊的規定

2.1 受規管活動

有關機構必須獲證監會發牌或取得豁免書(就認可機構而言)，才可在香港進行“受規管活動”。根據條例草案附表6的定義，“受規管活動”的適用範圍極之廣泛。一些現時並非“獲豁免交易商”的認可機構，將來必須成為獲豁免認可機構，才可繼續現時進行的活動。這情況令人憂慮，其影響亦相當重大，因為所謂“獲豁免人士”的資格，會在遵守有關規定方面帶來沉重的負擔及龐大開支。

有關提供意見的活動

根據《證券條例》，持牌銀行特別自動獲豁免領取投資顧問的牌照。條例草案並無相同的豁免規定，而銀行必須成為獲豁免認可機構，才可提供投資意見(雖然條例草案附表9第32段訂有兩年的寬限期，使有關銀行可繼續就證券、機構融資提供意見，以及進行與證券有關的資產管理活動)。

公會得悉，以下的定義極之廣泛(並有別於現時的法例，該等定義不限於透過提供投資意見賺取報酬的人士)：

- 就證券提供意見
- 就期貨合約提供意見
- 就機構融資提供意見及
- 提供資產管理

就註冊信託公司、律師、大律師及專業會計師而言，豁免遵守有關持牌的規定，適用於“完全因為經營其主要業務而附帶提供上述意見”的活動。公會建議，在條例草案中加入向認可機構提供的類似豁免，使認可機構可完全因為提供其受託人服務而附帶向其客戶提供意見。倘若認可機構本身提供該等信託人服務，而不是透過另一間註冊信託附屬公司提供該等服務，便不可享有該項豁免，並須成為獲豁免認可機構及承擔遵守有關規定的重責，這做法似乎並不適當。

就必須持牌或取得豁免書才可進行的活動的涵蓋範圍，公會有如下的關注：

證券交易

與《證券條例》的現行定義比較，有關定義擴大至包括：

“.....提供設施以供證券的買賣雙方經常聯結，或提供設施以供人洽商或完成證券買賣”

該定義非常廣泛，並似乎會圍制各種互聯網上的特許電子股票交易系統。部分該等交易系統正由認可機構以投資者或服務提供者的身份參與發展。

有關擴大“證券交易”定義範圍的理據含糊不清，使提供電子交易設施的活動亦受到規管。該等活動已由在受規管活動中有關“提供自動化交易服務”的類別另行處理。

公會建議刪除“證券交易”的定義中的此項附帶條件。

就機構融資提供意見

有關定義的範圍廣泛，涵蓋提供包括發行、撤銷或更改附於任何證券的權利的機構重組意見。雖然與白紙草案的定義比較，該定義已作出輕微修訂，公會仍然憂慮，有關定義會擴大至提供一般策略性意見或債務重組意見，而不僅限於提供關乎證券的意見。

公會建議，該定義的範圍應限於提供涉及發行、撤銷或更改附於任何證券的任何權利的機構重組意見。此外，公會認為，倘若一項協議中的貸款人正處於財政困難，即使該項協議涉及貸款人發行新的證券，參與該項協議的銀行(作為集團轄下的借款人或代理銀行)，無須就第6類受規管活動成為獲豁免認可機構，因為有關銀行參與該項協議時不會涉及“提供意見”的活動。

提供自動化交易服務

“自動化交易服務”的定義十分廣泛，包括透過電子設施而提供的服務，而藉該項服務，買賣任何證券或期貨合約的要約經常被提出或接受，或人與人之間經常互相介紹或認識，從而洽商或完成任何證券或期貨合約的買賣。

正如香港銀行公會早前就白紙草案提交的意見書所述，該定義可能會被詮釋為擴大至包括使交易商及銀行與其顧客達成證券及期貨交易的科技服務提供者。有關的解決辦法，是收窄該項定義(例如加入向中介人提供的服務)，或就必須領牌／取得豁免書的情況發出指引。

2.2 條例草案及規管制度的地域適用性

由於認可機構以獲豁免認可機構的身份進行受規管活動時，須受到額外的規管，確定新的規管制度的地域適用性至為重要。舉例而言，倘若一間在香港設有分行的海外銀行取得獲豁免認可機構的資格，我們認為該銀行的倫敦分行與以香港為基地的顧客進行的證券及期貨交易，不應受制於香港的規管制度，否則便會出現規管重疊及規定可能不一致的情況。

相反來說，倘若一間香港的銀行在香港以外地區設有分行，雖然金管局負責對該銀行整體的運作進行全面的恰當監管，但在該分行進行的活動，我們認為不應受制於香港就與投資有關活動(例如顧客協議及成交單據等)訂定的詳細規管制度。有關活動應由該分行所在地的規管制度所管限。

請同時參閱公會在下文第2.5段就主管人員提出的意見。

2.3 過渡安排

現時作為“獲豁免交易商”及／或依賴《證券條例》有關“投資顧問”的定義而獲得豁免的認可機構，在條例草案第V部生效起的兩年內須申請豁免書。與此同時，在該部生效後任何時間內受僱進行“受規管職能”的個別人士，必須是名列於金管局備存的紀錄冊，並顯示為受該獲豁免人士僱用就該類活動進行受規管職能的人。

公會得悉，《銀行業條例》第20條(將會根據《2000年銀行業(修訂)條例草案》第4條通過成為法例)作出修訂後，金管局可即時要求取得受銀行聘用的有關個別人士的資料，並將有關資料載於金管局備存的紀錄冊內。該紀錄冊必須在《2000年銀行業(修訂)條例草案》通過後12個月內備妥。

公會認為，有關個別人士提供資料，以及備存有關人士的紀錄冊的規定，應於過渡期屆滿後，即在有關認可機構取得豁免書時才開始生效。

此外，擬議的《銀行業條例》第20(9)(a)條的擬本似乎存有缺點，因為條例草案附表9第26(a)及33條似乎是關乎個別人士，而非認可機構本身。公會認為，該擬本應是指第25(a)及32條。

公會認為，現時已作為獲豁免交易商／投資顧問的認可機構，應在申請獲豁免認可機構資格時，視作已獲同意獲得該等資格，並在發出豁免書前，無須經金管局及證監會就其是否“適當人選”從頭開始覆核。公會亦認為，現時為獲豁免認可機構執行受規管職能的個別人士，應視作已獲同意執行該等職能，並無須進行如取得認可業界資格等的程序，便可自動符合資格，名列金管局的紀錄冊內。

根據條例草案，雖然獲豁免交易商(及作為投資顧問的持牌銀行)在過渡期間被視作擁有“獲豁免人士”資格，但《證券及期貨條例》一經生效，他們便須即時遵守該條例中的條文，以及證監會在該條例中訂立有關“中介人”的規則及指引，遵從有關規定的機制及程序可能需要作出大幅更改。公會因此建議，在實施任何適用於中介人的重要的新法例規定、規則及指引前，應預留所需的時間(該條例其餘條文生效起計最少6個月的時間)。

2.4 金管局備存的紀錄冊

根據《銀行業條例》第20條(將由《2000年銀行業(修訂)條例草案》作出修訂)，獲豁免認可機構必須就獲僱用執行受規管活動的受規管職能的個別人士，向金管局提供資料。根據第20條，該等資料須載於金管局備存的紀錄冊內。

公會就此條有數項意見：

2.4.1 當局須澄清，名列於該紀錄冊內的人無須實際上與認可機構簽立僱用合約。舉例而言，員工可由集團中的服務性公司僱用，而不是由認可機構本身僱用。

2.4.2 條例草案第V部中有關“受規管職能”的定義，與將併入《銀行業條例》第20(10)條中的“受規管職能”定義不同，其分別的原因不明。

2.4.3 鑒於條例草案規定，金管局必須備存為獲豁免認可機構執行受規管職能的有關人士的紀錄冊(而違反第20條的規定屬認可機構每名董事及經理觸犯的刑事罪行)，當局必須明確指出個別僱員何種性質的活動，會觸發認可機構有責任通知金管局，把該人列入其紀錄冊。然而，對受規管活動而言，受規管職能界定為任何職能(由文員、出納員或會計員履行的工作除外)。這定義的作用不大。

該定義需作進一步的澄清。例如，公會認為以下人士無須名列於紀錄冊內：

- 負責就股票交收聯絡客戶的職員。
- 負責為客戶開立認可機構戶口的櫃位職員，即使該戶口可能使該客戶達成與投資有關的交易。銀行客戶開立包括存款戶口、來往戶口及證券戶口等的“綜合”戶口，是十分普遍的現象。不應要求負責開立戶口職能的職員，以個人身份就該項活動註冊。
- 本身不會向客戶提供投資意見，或接受證券或期貨的交易指令，而只是作為客戶初步聯絡人的客戶聯絡職員。

2.4.4 公會並不理解因何需要修訂《銀行業條例》第20(3)條，以清楚指明何謂“謀求成為獲豁免認可機構的認可機構”，因為該等人士(作為認可機構)無論如何亦受到第20(3)條的管限，這項修訂似乎並無必要。

2.4.5 此外，公會亦不理解因何需要訂定新的《銀行業條例》第20(4A)條。有關人士的紀錄是金管局根據第20(1)條備存的紀錄冊內的部分資料。因此，根據第20(5)條，該等資料無論如何亦可供公眾人士查閱，這項修訂似乎亦無必要。

2.5 主管人員

獲豁免認可機構必須委任不少於兩名“主管人員”，而該等主管人員亦須經金管局以書面形式同意擔任有關職位。

“主管人員”的定義似乎是循環的定義。按公會的理解：

- 只要是在有關機構內具有足夠權力執行主管人員職責的人，無須為該機構的董事，亦可獲委任為主管人員。
- 無須委任每名如交收工作主管等承擔受規管活動某些監督職責的人成為主管人員。
- 但倘若獲豁免認可機構希望委任參與受規管活動的部門的每名主管及副主管成為“主管人員”，亦可進行該等委任。對獲豁免認可機構可委任的主管人員數目，並無限制。

就持牌法團而言，必須委任最少兩名負責人員。雖然規定最少一名負責人員必須為“執行董事”，即積極參與或負責直接監督該法團獲發牌進行的受規管活動業務的董事，但對於“負責人員”擔當的角色卻並無指引。

根據《銀行業條例》第71D條的擬議規定，獲豁免認可機構必須最少擁有兩名主管人員，負責直接監督受規管活動的工作，此項規定似乎比條例草案適用於持牌法團的規定更加嚴格。舉例而言，持牌法團可擁有一名或以上積極參與受規管活動，而不是監督該等活動的負責人員。第71D條應作出修訂，以便與條例草案有關持牌法團的條文一致。條例草案中有關“負責人員”的用語應與法例所採用者一致。

根據《銀行業條例》擬議的第71C及71E條，金管局有權核准獲委任的人作為主管人員，並可附加其認為適當的條件規限。根據條例草案第125條，證監會可在合理的條件的規限下，核准個別人士成為持牌法團的負責人員。第71C及71E條應作出修訂，對“合理的條件”作出提述。

倘若出現違反有關主管人員規定的情況，獲豁免認可機構的董事及經理即屬犯法(根據將會併入《2000年銀行業(修訂)條例草案》內的《銀行業條例》第71D條)。此外，倘若獲豁免認可機構未能遵守《銀行業條例》第71D條，獲豁免認可機構即屬觸犯條例草案第124條訂明的罪行。這似乎會造成雙重刑責的情況。另外，倘若

獲豁免認可機構已委任主管人員，但卻未能遵守《銀行業條例》第71C條的規定(例如違反金管局就該項核准而附加的條件)，獲豁免認可機構便可能觸犯條例草案第124條訂明的罪行。同樣地，根據《銀行業條例》第71C條，這會是主管人員本身的違規行為，但根據條例草案第124條，獲豁免認可機構亦須就有關違規行為負上刑事法律責任，這做法似乎有欠公允。公會建議條例草案第124條只適用於持牌法團。

《銀行業條例》第71C及71D條就未能遵守該等條款，向認可機構的主管人員及其他董事及經理施加嚴格的法律責任。較令人滿意的做法，是倘若有關人士“無合理辯解”行事才屬犯法(請比較條例草案第124(3)條)。另外，違反第71C及71D條的罰則水平，較違反第124條為高。兩者的水平應趨於一致。

在香港註冊的機構，必須委任主管人員監督所有“受規管活動，不論該等活動是在香港以內或以外地區進行”。公會建議把這項規定限於在香港進行的受規管活動。在香港註冊的銀行，雖然其董事局會負責銀行所有運作的一般監管工作，包括在香港以外地區的該等運作，但就“主管人員”而言，這項規定理應只適用於在條例草案的有效地域範圍內進行的業務，而不適用於在香港以外地區的分行進行的活動。

2.6 申請獲豁免認可機構的資格／更改及修訂

有關豁免書的申請須向證監會提出，但該項申請須轉交金管局(第118(2)條)。為貫徹一致，根據第118(5)條所施加的任何合理條件，應由金管局訂定，而不應如現時第118(9)條訂明，證監會只是有責任諮詢金管局。

條例草案第126條關乎獲豁免認可機構申請更改其豁免書所指明的受規管活動的事宜。為與第118條(豁免書)貫徹一致，該條應訂明任何該等申請須轉交金管局。這項意見亦適用於第131條(修改及寬免)。第131(10)條提及證監會諮詢金管局的事宜，但較理想的做法，是規定證監會把有關事宜轉交金管局。

2.7 申報規定

條例草案第132條規定獲豁免認可機構須就該條規定作出申報的事宜，同時通知證監會及金管局。這項規定過於嚴苛。向金管局提供有關資料已經足夠。

把第132(1)、(2)及(4)(b)條中的“及”字改為“或”字，並在第132(3)條中加入對金管局的提述，便能輕易地達致有關目的。

3 條例草案第VI部——客戶證券及抵押品、紀錄及帳目等

總括而言，公會注意到，根據第VI及VII部，證監會就訂立有關中介人及其代表的規則方面，具有十分廣泛的權力。該等規則可訂明，無合理辯解而違反該等規則，會構成刑事罪行，最高刑罰可處以監禁兩年及罰款20萬港元。倘若有關人士意圖欺詐，例如作出第144(5)條訂明的違規行為，公會並不反對施以刑事法律責任。然而，該等規則似乎可以訂立須負上嚴厲法律責任的罪行(該等罪行只有“合理辯解”作為唯一的抗辯)。證監會似乎不宜獲賦權訂立可處以監禁及罰款的刑事罪行。公會認為，任何會招致刑事制裁的事宜，應在條例草案本身制訂。

3.1 客戶證券及抵押品

條例草案第VI部第3分部載述有關香港的中介人及其有聯繫實體持有的客戶資產的條文。

附表1中“有聯繫實體”的定義似乎不甚清晰。倘若有關實體為海外公司，該實體必須“符合《公司條例》(第32章)第XI部關於文件登記的條文”，才會被納入有關定義範圍。較簡單直接的方法，是指明根據第XI部註冊的海外公司，否則技術上違反第XI部規定的海外公司，例如未有把所有董事的資料送交公司註冊處處長存檔的海外公司，便可能不再納入“有聯繫實體”的定義範圍。

第144(1)條准許證監會訂立規則，指明如何對待和處理客戶的證券及抵押品。就獲豁免認可機構而言，該等規則只適用於他們在經營構成他們獲豁免領牌進行的受規管活動的業務過程中所收取或持有的客戶證券及抵押品。就屬認可財務機構的有聯繫實體(“有聯繫實體認可機構”)而言，該等規則只適用於他們在經營收取或持有該等中介人的客戶證券及抵押品的業務過程中所收取或持有的客戶證券及抵押品。該條應清楚指明，倘若一個集團(有聯繫實體認可機構)其中一間銀行以該集團中另一間銀行(該銀行屬獲豁免認可機構)的客戶的證券或抵押品保管人的身份行事，在後者於進行受規管活動的過程中收取有關證券或抵押品的情況下，第VI部的規則才適用於前者。

無論如何，由於第144條會適用於獲豁免認可機構及有聯繫實體認可機構，公會質疑該條是否切實可行。證監會在訂立任何規則時，必須確保獲豁免認可機構無須另行開立保管人戶口，以分辨有關證券是否在進行受規管活動的過程中所收取的證券，否則便會引致嚴重的實際困難及增加成本，並對一些較喜歡開立一個戶口及存有一套開立戶口所需文件的客戶而言，造成極大的不便。有聯繫實體認可機構亦難以識別從中介人收取的證券及抵押品，實際上是否該中介人的客戶的證券及抵押品。

此外，擔保文件通常使認可機構擁有其持有的所有有關資產的物權擔保，以就客戶在履行對認可機構的責任上的失責行為作出擔保，不論該等資產(或該等責任)源自何種業務。有關機構須就受規管業務及其他業務分別提供擔保文件，並分別執行該等物權擔保的工作，既不切實可行，亦可能會造成需轉嫁到客戶身上的額外費用。

就證監會訂立的規則中可加入何等條文，第144(2)條只提供有限的指引。該等指引包括藉第144(2)(b)條訂明，證監會有權訂立規則，規定客戶的證券及抵押品不應以該等規則並無指明的方法作出處理。由於有關事宜極為重要，條例草案本身應載有條文，容許處置為穩妥保管而持有的有關證券，或在取得客戶書面同意的情況下，處置在某指明情況下作為抵押品的證券，而並不應以規則的形式訂明有關的情況。同樣地，為免產生疑問，條例草案應澄清，任何由於該等處置而進行的買賣，可用作減低客戶對中介人的負債。

目前，即使有關客戶對該交易商負有的法律責任作出違責的行為，《證券條例》第81(5)條就交易商處置客戶證券的權力方面，亦施以若干限制。公會認為，只要該交易商與該客戶訂立的業務條款中，訂明交易商有權出售有關證券，該交易商便應可行使該項權力，而不應受到證監會規則的額外限制。

按照現時的草擬方式，第81條另一個問題是，除非證監會訂立的規則容許中介人以客戶的證券進行股票借貸，否則(即使在獲得客戶授權的情況下)第81(6)條似乎亦禁止有關股票借貸活動，而證監會卻無訂立有關規則。公會得知，條例草案將制定的規則，會清楚訂明容許香港的中介人在獲得其客戶授權的情況下，代其客戶參與證券借貸活動。公會對此表示歡迎。

第81A(6)條容許交易商在獲得客戶授權的情況下，把證券抵押品存放於香港的結算所，作為該交易商履行對該等結算所的責任的保證。然而，就該交易商與海外交易所進行的交易而言，證券不能作為抵押品。這情況應在證監會根據條例草案而訂立的規則中作出補救。

公會認為，中介人在使用及處置客戶的證券時，無須每年重新取得客戶的同意，因為客戶隨時均可撤銷該等同意(現時已存在負債的情況則屬例外)。

倘若中介人把客戶的證券存放於認可機構作為一項貸款的保證，雖然(借款人並不知情)有關客戶並無作出所需的授權，或並無重新作出授權，中介人仍可執行處置有關證券的權力，對保障借款人的利益至為重要。第146條(申索權或留置權不受影響)並不足夠，因為留置權本身不會給予借款人處置有關證券的權力。為保障該等真誠接受以中介人客戶的證券作為一項貸款的保證的借款人，應訂定涵蓋範圍更廣泛的條文。

3.2 紀錄及帳目

條例草案第VI部第4分部載述有關訂立與紀錄及帳目有關權力的條文。

認可機構須備存兩份相類的紀錄，以符合證監會及金管局的規定的做法，或令人關注到出現工作重複的情況。證監會的規則只適用於獲豁免認可機構的“受規管業務”，把該等服務從向有關顧客提供的其他服務分別出來，這做法特別令人覺得極其牽強。公會促請金管局及證監會確保，證監會訂立的規則不會使有關機構須分別備存兩份紀錄。

為方便外判及／或集中處理後勤職能，該等規則可清楚訂明，有關紀錄不必存放於香港中介人的處所，而可存放於該中介人在香港或在香港以外地區的聯營公司或服務提供者，惟必須作出適當安排，以確保香港的該中介人及證監會可取得有關紀錄。

現時的法律及規例就紀錄保存及會計方面訂有不同的規定，其中包括《證券條例》第67條。該條規定交易商或投資顧問以證監會核准的方式及形式，就其具有股權的證券備存紀錄冊。訂立該項規定的原因並不清晰。因此，公會希望同樣情況不會在條例草案訂定的規則中重複出現。

3.3 成交單據、收據、戶口結單及通知單

條例草案第148條訂明證監會訂立規則的權力。公會亦關注到，若向獲豁免認可機構實施該等規則，可能會引致工作重複的情況，並會使有關機構須牽強地分開向客戶提供的銀行服務及與投資有關的服務。第148(2)(b)條更特別訂明，中介人必須向獲其提供財務通融的客戶提交戶口結單。就認可機構而言，要求認可機構就其受規管業務而向客戶提供的財務通融向該客戶提交結單(與向有關客戶提供的一般銀行結單分開提交)，這做法並不合乎常理。

倘若有關規則清楚指明，所有該等資料可在客戶同意的情況下以電子方式提供，會有助解決問題。

3.4 審計

第149至152條有關委任核數師等的條文並不適用於認可機構。然而，有聯繫實體認可機構的核數師須就某些事宜向金管局及證監會報告(第153條)。倘若必須訂定申報的責任，規定核數師向金管局作出報告已經足夠。

證監會可自發地(第155條)及在有任何人提出申請的情況下(第156條)，經諮詢金管局後，委任核數師就有聯繫實體認可機構進行審查和審計的工作。該項委任核數師的權力較適宜由金管局執行，而不是由證監會執行。

4. 條例草案第VII部——業務操守

條例草案第163條賦權證監會訂立有關業務操守的規則。如上文所述，公會認為證監會獲賦權訂立規則，並在“無合理辯解”的情況下違反該等規則屬刑事罪行的做法極不理想。公會亦得知，該等規則不但可向中介人施加刑事法律責任，亦可向中介人的代表施加該等責任。證監會不應有權訂立刑事罪行。

第164條容許證監會可發表業務操守守則。當局應規定證監會在發出業務操守的規則或操守守則前，進行公眾諮詢，亦應發出指引，說明證監會應在何等情況下執行其訂立規則的權力或以發出操守守則代替訂立有關規則。

第384條訂明證監會訂立規則的進一步權力，而第385條訂明其發出守則或指引的進一步權力。證監會各項權力載列於條例草案不同部分，使人感到混淆。第384(7)及385(9)條規定，證監會須就適用於獲豁免認可機構及有聯繫實體認可機構的規則及守則，諮詢金管局。倘在第163及164條中亦同時加入相同條文，會更加清晰。

由於證監會訂立的規則及守則適用於獲豁免認可機構，證監會及金管局向獲豁免認可機構施加的規定，很可能會出現重疊及不一致的潛在危險。舉例而言，證監會可就清洗黑錢根據第163條訂立規則，但金管局發出的指引已處理有關事宜。條例草案應載有一般的條文，訂明對獲豁免認可機構而言，倘若金管局已發表有關指引，該等指引的地位應較證監會所訂立的規則及守則為高。

公會得悉，根據第164(4)(c)條，就條例草案任何條文而言，倘若獲豁免認可機構的代表未能遵守證監會發出操守守則的規定，會成為其是否適合繼續名列於金管局備存的紀錄冊的考慮因素。條例草案並無賦權證監會要求把個別人士從紀錄冊中除名。第164(4)(c)條與《銀行業條例》第20條有關金管局備存紀錄冊的規定兩者之間的關係並不清晰。有關人士是否繼續是名列於金管局紀錄冊的適當人選，應由金管局決定。

5. 市場推廣及通訊

總括來說，公會認為，有關廣告、邀約及通訊的條文，載於條例草案的不同部分，令人感到混淆。尤其第IV部雖關乎投資的市場推廣及誘使進行投資交易的失實陳述，但有關失實陳述的事宜亦在條例草案第X部(第208條——公開通訊的法律責任)，以及主要涵蓋內幕交易及操縱市場的第XIII及XIV部獲得處理，而第VII部(有關未獲邀約的造訪的第169條)亦處理市場推廣的事宜。

5.1 向公眾進行推廣

條例草案第IV部規管有關向公眾進行關乎投資的市場推廣活動。有關含義並無作出界定，其意思亦有欠明確。根據條例草案附表1的定義，向專業投資者進行的市場推廣活動，獲提供免于追究的權利。倘有關當局並無根據條例草案第384條訂立任何規則以擴大此項定義，該項權利在某些方面較現時《保障投資者條例》所訂定的免于追究權利更為狹窄。現時《保障投資者條例》訂定的權利涵蓋所有“從事買賣不屬證券的財產的業務的人(以當事人或代理人身分)”。公會建議，把專業投資者的定義擴大至涵蓋上述人士，並涵蓋資產淨值超過該定義所指明款額的個別投資者。

5.2 證券要約

條例草案第108條的擬本擴大現時《證券條例》第72條的涵蓋範圍。該條的目的並不明朗。公會認為，該條會嚴重限制中介人與其客戶之間完全正當的通訊。

5.3 失實陳述的民事法律責任

鑒於條例草案第107條，公會認為並無理由制訂第208條。該條的草擬方式使其涵蓋範圍極之廣泛，或會鼓勵有關方面對銀行及其他“財力雄厚”的金融市場參與者提出缺乏理據的法律訴訟。

5.4 未獲邀約的造訪

禁止未獲邀約的造訪的理由，是要防止高壓式的推銷手法。第169(7)條中有關“造訪”的定義過於廣泛，而第169條有關禁止該等行為的情況，應只適用於親身探訪或透過電話造訪。

公會得悉，對於遵照金管局就未獲邀約造訪發表的指引而進行的造訪，證監會可透過其訂立的規則聲明，該等造訪免受第169條的管限。公會建議(類似有關證券保證金融資的第169(2)(b)條)，條例草案本身應指明該等造訪獲得豁免，無須證監會於另外的規則作出有關聲明。

6. 條例草案第XIII及XIV部——市場失當行為

6.1 內幕交易

雖然公會原則上不反對透過把內幕交易定為刑事罪行，以加強現時有關內幕交易的法律，並為因內幕交易而蒙受損失的投資者制定民事訴訟權，但我們憂慮到，根據現時的草擬方式，有關的豁免並不足以為該等技術上屬被禁止內幕交易的範圍內的合法交易活動，制定適當的安全港。

例如：

- 根據條例草案，內幕交易的範圍擴大至進行或誘使或促致未發行及未上市股份的交易。因此，當局應為於首次公開招股前進行的市場推廣及包銷活動，制定更廣泛的抗辯條文。
- 第140條已擴大至涵蓋某人以交易所參與者，或交易所參與者的人員或僱員的身份取得有關消息的情況。交易所參與者可從客戶接獲涉及大量股份的售賣令，而倘若市場得知有關消息，有關公司的股價會受到重大的影響。有關該項售賣令的消息因而成為內幕消息，而該交易所參與者可能會因此而被阻止執行有關指令。當局應為進行與擬議收購或變賣有關的交易，以期方便達成有關收購或變賣的人，制定豁免權(就如作為香港法例藍本的英國法例一樣)。
- 公會歡迎當局如英國的情況一樣，為該等遵守有關穩定價格的規則而達成的交易，制定進一步的豁免，以及為莊家提供豁免。
- 在上一份意見書中，公會建議為股份承按人提供豁免，使股份承按人在質按人作出關鍵性失責行為的情況下，即使該失責行為未必為市民大眾所知，亦可變賣有關股份。在立法會就條例草案擬備的參考資料摘要中，財經事務局不贊成為此等行為訂立例外的條文，並表示據當局所知，對等的海外市場亦沒有任何類似的例外條文。然而，根據《澳洲公司規則》(Australian Corporations Regulations)(第7.11段)，買賣被抵押或按揭的證券免受澳洲內幕交易法例的管限。公會仍然認為，為保障有意執行其保證的借款人，該項豁免至為重要，而有關豁免應在法例內制定。

6.2 其他市場失當行為

雖然第XIII及XIV部的草擬方式已較白紙條例草案精簡，而引致嚴格法律責任的罪行數目亦有所減少，但仍有若干令人關注的地方。

“虛假交易”、“操控價格”及“操縱證券市場”各類行為之間仍存在廣泛重疊的情況。

公會認為，有關“虛假交易”類別(第265及287條)的範圍，應限於蓄意或罔顧後果地造成證券或期貨合約交投活躍、或在行情或買賣價格方面的虛假或具誤導性表象的行為。在該兩條中加入可能會造成證券的“非真實的買賣價格”的交易，似乎既無必要，亦過於廣泛。由於有關概念極為含糊，法院可將之詮釋為包括對沖交易、套戥或其他合法的市場活動。

根據第265(5)條，並不涉及轉變實益擁有權的交易，及／或具有“對盤”成分的交易會被視為構成虛假交易(但仍須視乎該人能否作出抗辯，證明其目的並非造成虛假或誤導性的表象)。

公會理解，該等條文的目的是禁止“虛假交易”。然而，該等條文的草擬方式似乎會把大量的合法交易納入有關條文的範圍，並使該等交易構成刑事罪行及／或市場失當行為，除非有關人士能證明事實並非如此。這做法原則上是錯誤的。

有關“操控價格”的類別(第266及288條)絕大部分重複有關虛假交易的條文。另行制定有關操控價格的罪行較《澳洲公司法》(條例草案第VIII及XIV部的藍本)還要嚴厲。公會認為並無理據把第266及288條保留在條例草案內。

一般而言，由於條例草案第XIII及XIV部的各類市場失當行為，草擬方式頗為廣泛概括，倘若要保留該等條文的草擬方式，證監會有必要行使其權力制訂“安全港”，以涵蓋穩定股票價格的活動、套戥活動及對沖活動。

根據第290條，散發虛假或具誤導性的資料，而忽視該等資料是否屬虛假或具誤導性，屬刑事罪行。一般而言，香港及相若的司法管轄區的法律，會對蓄意或罔顧後果地作出的失實陳述施加刑事法律責任。把因疏忽而招致的刑事法律責任擴大(至最高可處以監禁10年及罰款1,000萬港元)，似乎極其嚴苛。公會建議第290條應限於蓄意或罔顧後果地作出的陳述。

此外，由於第290條與條例草案第106條(欺詐地或罔顧實情地誘使他人投資金錢的罪行)出現大幅重疊的情況，公會質疑有否需要制定第290條。

6.3 高級人員的“市場失當行為”

條例草案第270條訂明，任何法團的每一名高級人員，均須不時採取一切合理措施，以確保有妥善的預防措施，防止該法團參與市場失當行為。

根據第250條，倘若市場失當行為審裁處裁定一個法團被控市場失當行為罪名成立，並裁定該行為歸因於任何人未能採取第270條規定的措施，審裁處可向該人發出其可向該法團發出的命令。雖然該人並無親身參與該項罪行，倘若審裁處認為該人並未盡足夠的努力採取預防措施，該人便被當作參與市場失當行為。把這情況當作市場失當行為處理，似乎有欠公允，公會建議刪除第250條。

7. 監管、調查及紀律行動

7.1 上市法團

7.1.1 屬上市法團的認可機構

根據第172(1)及(9)條，證監會在某些情況下，可發出指令要求屬上市法團的認可機構提供資料。該等情況如下：

- 證監會覺得該法團的成員未獲提供他們可合理要求獲得的關於該法團事務的所有資料；或
- 證監會正協助海外監管機構調查該法團的某項事宜，而該事宜顯示該法團的成員未獲提供所有該等資料。

證監會向有關認可機構發出指令前，必須諮詢金管局。

該項權力在現行草擬下極之廣泛。例如，倘若證監會關注到某機構所進行的銀行業務(根據《銀行業條例》訂明有關金管局的權力，該等事宜應由金管局處理)有欺詐成分，證監會很容易便可作出結論，表示該項指稱欺詐行為對有關股東的利益會造成重大影響，而該機構並未向該等股東披露有關行為。證監會因而可根據第172(9)條作出調查。公會認為，第172條應予以修訂，以不准證監會根據第172(1)條就屬認可機構的上市法團發出指令，或規定證監會在發出指令前，必須取得金管局的同意。

此外，根據第172(1)(iii)、(iv)及(v)條，證監會可(即使並無諮詢金管局)就該屬認可機構的上市法團的事務，向第三方(包括核數師)索取紀錄或文件，(而該項權力理論上並不限於證監會認為，該法團的成員未獲提供他們可合理要求獲得的關於該法團事務的所有資料的情況)。有關的解決辦法包括，使該等條款不適用於屬認可機構的上市法團，或使證監會必須取得金管局同意後，才可根據該等條款發出指令，取得有關屬認可機構的上市法團的資料。

7.1.2 曾與上市法團進行交易的認可機構

公會憂慮，有關機構視客戶的銀行事務為私人及機密事務處理的責任，會受到第172(1)(iii)條損害。公會認為，證監會必須取得金管局同意後，才可作出有關要求。金管局在作出批准前，必須信納證監會必須取得該等紀錄及文件，以進行調查。

7.2 對中介人及其有聯繫實體的監管

根據第173條，只要證監會是為了證明獲豁免認可機構(或其有聯繫實體)有否遵守(除其他規定外)條例草案任何條文的規定，便有權於任何合理時間，進入獲豁免認可機構或其有聯繫實體的處所，包括有聯繫實體認可機構的處所，查閱和複印有關文件，並進行查訊。

倘若證監會有合理理由相信，任何其他人具有中介人或其有聯繫實體所進行業務的有關資料，便可向該人進行查訊。

就並非獲豁免認可機構的認可財務機構而言，證監會必須諮詢金管局後，才可行使其權力。此外，倘若該認可財務機構並非獲豁免認可機構，便無須披露任何關於其客戶事務的資料，或交出有關紀錄或文件。但如金管局以書面證明它信納為施行該條(第173(9)條)，披露該等資料或交出該等紀錄或文件是有需要的，則不在此限。

有關條文似乎有草擬上的謬誤，因為第173(9)及(10)條並不適用於認可機構屬獲豁免認可機構的情況。然而，倘若有關機構為獲豁免認可機構，但根據第173(1)(c)(iii)或(3)(c)條被查訊與另一中介人進行的交易，而不是其本身的受規管業務，便應獲得該等保障。

第180條就根據第172條作出的解釋、陳述或說明，訂明一項免致自我入罪特權。然而，該項特權並不包括根據第173條提供的資料。公會建議擴大該項特權至包括該等資料。

7.3 紀律

根據條例草案第IX部，證監會唯一可向獲豁免認可機構採取的紀律制裁措施，是在諮詢金管局後撤銷獲豁免認可機構全部或部分的豁免。第190(1)(a)至(f)條臚列證監會可行使該等權力的理由。為與條例草案有關給予豁免資格的條文貫徹一致，公會認為證監會須在金管局作出建議，或取得金管局批准的情況下，才可撤銷認可機構的豁免資格。

《銀行業條例》中新草擬的第58(A)(2)條訂明，獲豁免認可機構在被譴責前，必須獲得陳詞的機會。該條應作出修訂，以提述合理的陳詞機會(與條例草案第189條一致)。

如上文所述，公會亦關注到，證監會根據條例草案有權訂立適用於獲豁免認可機構及持牌法團的規則，而違反該等規則而“無合理辯解”會構成刑事罪行。即使認可機構可能因粗心大意而作出尚算是技術性的違規行為，證監會仍可向認可機構提出起訴。干犯刑事罪行對認可機構在香港和其他地方的影響均極之嚴重，與違規行為的嚴重性完全不成比例。公會認為，證監會不應有權訂立招致刑事制裁的規則。

8 披露股份權益

8.1 一般意見

條例草案第XV部把股份權益的披露界線降低至5%，並把披露具報期限縮短至3個工作天。該等做法與其他市場一致，而公會並不反對該等改變。

然而，有關須披露“權益”的定義及須披露的資料，卻遠比其他市場廣泛。條例草案大幅擴大現時法例的涵蓋範圍，要求披露以下的資料：

- 未發行股份的權益
- 從現金結算衍生工具產生的權益
- 淡倉
- 任何人擁有的該等股份權益的性質的改變

對於一些進行大量證券交易、資產管理及託管業務的銀行集團而言，這項改變會在監督權益水平方面造成大量的持續開支，並或需經常作出披露。公會質疑，須披露的資料是否對上市法團、規管機構及投資者有真正的價值。公會亦認為，新制度對大股東、董事及上市法團就取得意見方面所造成的開支負擔，會抵銷更廣泛披露所帶來的任何利益。

由於披露權益的規定極其繁複，在遵守有關規定上很可能會經常出錯或出現延誤。公會憂慮，即使因粗心大意而造成該等錯誤或延誤，有關行為仍視為可處以監禁及罰款的刑事罪行。

8.2 資產管理、託管及受託人

在資產管理、受託人業務及託管業務方面，倘若該等業務由獨立於該集團的其他法團進行，而該等法團在股份方面具有的權益，在該集團以外獨立行使，第307(5)條的效果，是使該集團在作出披露時，無須把該等法團持有的股份權益，與集團中其他法團持有的有關股份權益合併計算。

然而，該項放寬的效用有限。因為，倘若認可機構本身負責資產管理、託管或受託人的職能，而不是透過特別委派的附屬公司進行該等職能，該項放寬便不適用。即使機構具備職能分隔制度，該等工作由另外的部門進行，亦不足以令該機構享有該項放寬。

此外，即使銀行集團透過獨立於該認可機構的實體進行其資產管理、託管及受託人的職能，亦不可指望獲得該項合併計算的豁免。因為倘若任何人的主要業務是作為託管人或受託人(視屬何種情況而定)，該項豁免才適用於其持有股份的權益。透過同一法團提

供受託人、保管及其他代理人職能的情況十分普遍，該項豁免在該等情況下便不適用。

公會促請政府考慮，就第XV部有關投資經理、託管人及受託人的披露規定，給予更廣泛的免予追究權利(即擴大第314條的豁免範圍)。倘若並不可行，當局可透過准許有關豁免適用於所有資產管理、託管及受託人活動，不論該等活動是否由另外的法團進行，藉以在第307(5)條就合併計算權益訂立更廣泛的豁免。

8.3 任何人擁有的該等股份權益的性質的改變

有關披露任何人擁有的該等股份權益性質的改變的規定(第304(1)(d)條)，很可能會過於嚴苛。例如，倘若有關的託管人有權借出其託管的股份(而該託管人總共持有某股份類別5個百分點或以上的股份)，似乎每當該託管人進行借貸時，便會構成其擁有的該等股票權益性質的改變，使該託管人須履行其披露責任。在該項借貸結束，而該託管人取回有關股票時，情況亦是一樣。可能造成的後果，是該託管人須每天作出披露。

倘若把任何人擁有的該等股份權益性質的改變，界定為不包括股票借貸，效果會較令人滿意。取而代之，條例草案第304(11)條卻就“即日”股票借貸制定豁免。公會認為，由於該項豁免將不適用於託管人，在遵守有關股票借貸活動的披露法規方面，他們在新披露制度下的負擔並不會減輕。

8.4 獲豁免的保證權益

根據第314條，倘若有關權益為“獲豁免的保證權益”，持有有關股份作為保證的認可機構，並不視為持有該等股份的須披露“權益”。然而，在第314(6)條臚列的情況下，任何股份權益不再是獲豁免的保證權益。該等情況包括該項抵押的售賣權力已可行使，而承押人已提出售賣有關股份。香港銀行公會認為，該等情況的意義極不明確，不可用作觸發有關股份不再是“獲豁免的保證權益”的情況。倘若股價能達致可接受的水平，承押人便可能有意出售有關股份，並與有意購買該等股份的人在一段長時間內進行初步磋商。然而，我們認為除非承押人透過市場交易出售有關股份，或訂立具有承諾及法律效力的協議，進行場外交易以出售有關股份，或在該等情況發生前，有關認可機構應仍享有該項“獲豁免的保證權益”的豁免所帶來的利益。

第314(6)條亦訂明，倘若承押人作出以下行為，任何股份權益便不再是獲豁免的保證權益：

- (A) 表露行使該等投票權或控制其行使的意向；或
- (B) 採取行動以行使該等投票權或控制其行使。

對於第(A)段的情況有否出現，可能會極難確定。鑒於有第(B)段，第(A)段似乎並無必要，並應予以刪除，以消除不明朗的情況。

8.5 上市法團進行的調查

根據條例草案第320條，上市法團可查訊在進行查訊日期前3年內任何有關其股份，或該等股份的股本衍生工具的“權益”或“淡倉”，而第314條訂明的豁免披露並不適用。

雖然該項調查的權力是以現時的法律為藍本(《證券(披露權益)條例》第18條)，但把“權益”的定義及披露淡倉的規定擴大，可能使有關人士更難以符合該等查訊的要求(例如，上市法團可能會要求銀行集團披露有關該法團的股份在過往3年內所有以現金結算方式進行的衍生工具交易)。

有關人士須於查訊通知指明的“合理時間”內，就該項查訊作出回應，而何謂“合理時間”，則極為含糊，尤其是在有關查訊要求提供大量資料的情況。由於在遵守查訊通知上的出錯或延誤，會構成刑事罪行，接獲該等通知的人士，其處境會相當困難。

上市法團具有合法權益調查其已發行股本權益的可能增持活動(就如現時法例所訂明)。然而，上市法團似乎並無充分理由進行更廣泛的調查。事實上，並無充分理由作出查訊的上市法團大可濫用該項權力，結果使銀行集團及其他金融市場參與者須在遵守有關規定上繳付大量開支。公會建議，調查的權力應只關乎上市法團發行的股本，就如現時法例所訂明的情況。