



## 對小組委員會於 2009 年 6 月 26 日提出的跟進問題的回應

2009 年 7 月 7 日



(譯文)

2. 關於金管局對註冊機構的受規管活動進行一級及二級現場審查時使用的查檢表樣本（M2(C)附件 2A），以及對註冊機構有關信貸掛鈎投資工具的投資顧問及交易活動進行專題審查時使用的查檢表樣本（M2(C)附件 2B），請告知本小組委員會，金管局曾否向證監會提供該等查檢表的副本，並請提供證監會對持牌法團進行視察時使用的查檢表。
  - 2.1. 在立法會小組委員會對雷曼相關迷你債券及結構性金融產品引起的事宜展開研訊前，金管局並沒有向證監會提供該三份查檢表的副本供本會評論，即對註冊機構的受規管活動進行一級及二級現場審查時使用的查檢表（M2(C)附件 2A），以及對註冊機構有關信貸掛鈎投資工具的投資顧問及交易活動進行專題審查時使用的查檢表（M2(C)附件 2B）。
  - 2.2. 證監會在 2006 年對持牌投資顧問的銷售手法進行第二輪主題視察，與金管局對註冊機構銷售手法的專題審查同步進行。在這次同步主題視察的協調過程中，金管局曾向證監會提供其審查查檢表草擬本，以供本會評論。
  - 2.3. 證監會備有多份查檢表，適用於視察從事不同受規管活動的持牌法團。附錄 A 載有視察就證券提供意見的持牌法團時的主要視察目的及步驟摘要，以供參閱。



4. 以下夾附梁國雄議員提出及於 2009 年 6 月 26 日的研訊上向證監會行政總裁提交的書面問題。

## 文件 1

### 證監會的職能（權力及責任）

- 4.1 本人提述梁國雄議員在2009年6月26日的研訊上提出的第一組問題，並會嘗試較詳盡地說明證監會與金管局之間的職責分工，補充本人已在陳述書內提供的資料。下文首先以粗體引述你的問題，然後列出本人的回應。

**Q 1.** 你已在陳述書第 3 段內詳列證監會的所有重要職能嗎？

4.2 本人在陳述書第3段內列出證監會的六項職能。由於列出證監會所有重要職能需要長達數頁的篇幅，本人認為在引言內提供這項資料並不恰當，因此這部分並非旨在巨細無遺地列出證監會的所有重要職能。如需參閱本會的其他職能，第3段的註腳指出，陳述書附錄2載有本會職能的全文。該註腳指出：“附錄2載有關於證監會的規管目標、職能及權力和一般責任的法例全文，以供參閱。”

**Q 2.** 在第 3 段中，你為甚麼從(a)跳到(e)，而(b)至(d)則沒有引錄？這幾點不重要嗎？

4.3 本人並沒有列出證監會的全部職能，因為本人認為，小組委員會的查詢集中於證監會向投資者負有的法定責任，因此選出其中六項職能。證監會所有職能均同樣重要。

**Q 3.** 為甚麼第 5(1)(b)(ii)條規定的證監會重要職能並沒有列出？希望這不是故意的。

4.4 本人並沒有在陳述書開首列出《證券及期貨條例》第5(1)(b)(ii)條，因為證監會與金管局之間的職責分工是一項複雜的事宜，本人在陳述書內另有論述。

**Q 4.** 你在第 47 段表示：“證監會並沒有監管註冊機構的法定權力”，本人認為這是對第 5(1)(b)(ii) 條的錯誤詮釋。本人的理由是，第 5(1)(b)(ii) 條規定

證監會的職能是在合理地切實可行的範圍內，監管、監察和規管—

註冊機構所進行並須受證監會根據任何有關條文規管的活動；

“活動”所指的應該是《證券及期貨條例》附表 5 所訂明的受規管活動。因此，法例清楚指出，貴會的權力及責任不僅是“規管”，亦須“監管和監察”註冊機構的受規管活動。

**Q 4.1** 你是否同意，你對《證券及期貨條例》有關證監會的責任及權力的條文作出錯誤詮釋，而在你的陳述書內，有關證監會監管註冊機構的責任及權力的資料並不完整？

**Q 4.2** 你是否準備修改你就此事宜所作的證供，或作出修訂？



- 4.5 陳述書第47段是同一章節內多個段落的其中一段，我們在該節清楚表明，金管局是監管註冊機構的前線監管機構。因此，該段應與前面數段一併閱讀。
- 4.6 第5(1)(b)(ii)條亦不能與第5(1)(b)(i)條分開閱讀，因為對照這兩節分別採用的字眼是非常重要的。註冊機構特別豁除於第(i)節外，並於第(ii)節另行處理，顯示立法原意是註冊機構的處理方式將與第(i)節所述的機構有別。現引錄該段全文如下：
- (b) 監管、監察和規管—
- (i) 認可交易所、認可結算所、認可控制人或認可投資者賠償公司所進行的活動，以及進行受證監會根據任何有關條文規管的活動的人（註冊機構除外）所進行的活動；及
- (ii) 註冊機構所進行並須受證監會根據任何有關條文規管的活動；
- 4.7 因此，根據第5(1)(b)(i)條，證監會須監管、監察和規管各類認可機構或人士（例如持牌法團）根據《證券及期貨條例》或《公司條例》任何條文進行的受規管活動，但註冊機構除外。
- 4.8 對照之下，第5(1)(b)(ii)條規定就註冊機構而言，證監會僅須在《證券及期貨條例》或《公司條例》任何條文規定證監會須監管、監察和規管的情況下如此行。因此，必須查閱《證券及期貨條例》及《公司條例》的其他條文，以找出由註冊機構進行並須受證監會規管的活動。
- 4.9 根據《證券及期貨條例》，證監會負責：
- (a) 決定是否批准註冊機構註冊以進行證券業務（《證券及期貨條例》第119條）；
- (b) 備存註冊機構紀錄冊及發表註冊機構的名稱（《證券及期貨條例》第136及137條）；
- (c) 訂立規則及制訂監管標準（註冊機構須遵守者）（《證券及期貨條例》第148、151、152、168、169條）；及
- (d) 進行調查及採取紀律行動，包括撤銷註冊機構的註冊（《證券及期貨條例》第182、196、197條）。
- 4.10 證監會在執行上述各項職能時（有關備存註冊機構紀錄冊及發表註冊機構名稱的職能除外）均須首先諮詢金管局（見第119(2)、(4)及(9)條、第182(4)、198(2)條；有關任何規則及守則，見第398(4)及399(9)條）。從最廣義的角度而言，上述(a)至(d)項職能可視作“監管、監察和規管”註冊機構的職能——然而，有關註冊機構的日常監管載於第VIII部。
- 4.11 《證券及期貨條例》第VIII部“監管及調查”載有監管註冊機構的明確權力（見第180條“對中介人及其有聯繫實體的監管”）。
- 4.12 根據第180條，“獲授權人”為確定中介人是否正遵從或已遵從身為中介人的責任，有權（其中包括）進入中介人的處所、查閱和複印文件，以及查訊中介人及其他人士（例如審查中介人有否遵從《操守準則》及《內部監控指引》）。
- 4.13 第180(11)條規定：



“有關當局可為施行本條以書面授權任何人為獲授權人。”

4.14 第180(17)規定：

“ “有關當局” —

(a) 在以下情況下，指金融管理專員—

(i) 第(1)款描述的有關中介人是註冊機構；或

(ii) 第(1)款描述的有關有聯繫實體是註冊機構的有聯繫實體；或

(b) 在其他情況下，指證監會。”

4.15 因此，雖然證監會可以委任“獲授權人”對持牌法團進行視察，只有金管局才可委任“獲授權人”對註冊機構進行視察。換言之，在一般情況下，金管局全權負責日常監管註冊機構進行受規管活動，包括進行現場視察。

4.16 《證券及期貨條例》亦須與《銀行業條例》（第155章）訂明銀行主要監管制度的條文一併閱讀。我們描述一份2001年12月的立法會文件，當中解釋對《銀行業條例》作出的修訂（與《證券及期貨條例草案》同時向立法會提出，因為兩份條例草案是有關連的），賦予金管局監管銀行證券業務的法律基礎。在第1頁底部的第4段指出：

“4. 儘管認可機構根據《銀行業條例》所獲的認可具體上與銀行業務或接受存款業務有關，但認可機構顯然亦會經營一系列廣泛的其他業務活動。該等業務活動可能會對認可機構的資產負債表的負債部分構成正面或負面的影響，因此對銀行業監管機構來說有直接的利害關係。有見及此，《銀行業條例》附表7第7條擬為金融管理專員提供法律基礎，使其可以監管認可機構一般進行的所有業務活動，而非僅限於銀行或接受存款業務。”

4.17 第11段解釋：

“……除接受存款及貸款外，認可機構亦會參與其他範疇的業務（例如發出信用卡、買賣外匯、代客戶買賣股票、推廣投資產品、保險代理活動及與強積金有關的服務）。”

4.18 金管局根據《銀行業條例》第55條“認可機構的審查及調查等”，具有監管註冊機構（全部均為認可機構）的特定權力。第55條的相關部分規定：

“……金融管理專員無論是否有給予某認可機構事先通知，可在任何時間審查該認可機構的簿冊、帳目及交易……”

4.19 當《證券及期貨條例草案》及《2000年銀行業（修訂）條例草案》在2002年3月13日進行二讀辯論時，政府解釋根據《證券及期貨條例》及《銀行業條例》分開證監會與金管局的角色的立法原意和原則：

“主席，我們充分理解證券業人士對銀行從事證券業務的看法，並因應他們的意見，提出具體的修正案，以建立更公平的競爭環境。簡單來說，經修訂的監管模式是由證監會負責制訂監管標準，決定是否准許銀行證券業務註冊、撤銷有關註冊、進行調查，以及作出紀律處分。金管局則是銀行的前線監管機構，負責日常的巡查及監察工作。金管局



在執行這些職能時，必須依循證監會根據有關法例而訂立的監管標準。在制訂監管標準時，我們的原則是，除非《銀行業條例》已經定下同等或更嚴格的規定，否則有關的規定同樣適用於經紀行及銀行的證券部。舉例來說，由於《銀行業條例》已經就資本充足率、流動資產及風險承擔等方面，定有更嚴格的規定，因此在條例草案下制訂的財政資源規則，便不適用於銀行證券業務，以免重複監管。我們相信勉強要銀行遵守兩套類似的規定，並不會加強對投資者的保障，反而會增加銀行的營運成本，最終可能會影響市民的整體利益。

在紀律處分制度方面，我們與法案委員會及業界達成共識，作出修訂，使適用於經紀行及其聘用人員的紀律制裁措施及上訴機制，亦同樣適用於銀行證券部及其有關人員。這些紀律制裁措施包括撤銷或暫時吊銷註冊、罰款、譴責，以及禁止繼續從事證券行業等，而所有上訴則會由新成立的證券及期貨事務上訴審裁處統一辦理。”

(第2974頁)

- 4.20 在同一次就《銀行業（修訂）條例草案》進行的辯論中，政府解釋《銀行業條例》已作出相應修訂，以加強金管局對註冊機構證券業務的監管：

“在法案委員會的討論過程中，委員最關注的是，由金管局監管認可機構，與由證監會監管證券經紀，兩者之間會否存在差異對待和不公平競爭的問題，同時，新的監管制度，能否確保投資者和公眾人士的利益獲得充分的保障。

我們理解議員的關注。我們認為在制訂這套新規管架構時，是有數項重要原則的。我們必須為投資者提供足夠的保障，以及為註冊機構與證監會轄下持牌人，提供一個公平的作業環境；同時，我們要減少重複監管，以降低不必要的規管開支。

我想強調，金管局現時已按照《銀行業條例》對認可機構的整體業務作出審慎監管。以證券業務為例，金管局是透過行政措施，要求從事證券業務的認可機構遵守證監會制訂的規則和指引。在現行制度的基礎上，條例草案建議加強金管局對認可機構證券業務的監管，使它無論在法律架構或執行方面均得以改善。我們建議在新的監管制度下，具體說明金管局就監管從事證券業務的認可機構的法定職能，使金管局能夠依據《證券及期貨條例》內的有關條文，對從事證券業務的認可機構進行日常監管，確保這些機構遵守《證券及期貨條例》內的條文及其他有關的規例和指引。這樣將可加強監管效力和對投資者的保障。

在新的制度下，我們建議引入一項註冊制度。認可機構若希望從事受規管活動，必須向證監會註冊，成為註冊機構。稍後，我會在全體委員會審議階段提出修正案時，進一步解釋這項註冊制度的安排。金管局亦會採取和證監會監管轄下持牌人相同的監管標準，執行對註冊機構的日常規管工作，並會和證監會保持緊密聯繫和合作，共同商討在日常工作上會遇到的實際問題，確保監管工作有效，不致出現灰色地帶，而且要和證監會轄下持牌人的監管水平一致。此外，我們建議要求金管局須備存有關受僱於註冊機構進行“受規管活動”人士的紀錄冊，內容與證監會的紀錄冊一樣，並且提供電子紀錄，公開讓公眾人士網上查閱，提高透明度。

總括來說，我們相信經修正後的條例草案，可為監管註冊機構的證券業務提供一個有效和公平的制度，足以加強對投資者和公眾人士的保障。為配合《證券及期貨條例》的修訂，我將在全體委員會審議階段提出數項修正案，這些修正案都已在法案委員會上詳細討論過，並且獲得委員會的支持。”

(第3044頁)



4.21 《證券及期貨條例》第5(3)條反映這項職責分工，本人在陳述書第42段曾引述該條文：

“證監會就一

(a) 任何屬註冊機構的認可財務機構……

執行其任何職能時，可完全或局部依賴金融管理專員對該認可財務機構或該人（視屬何情況而定）的監管。”

**Q 5.** 順理成章地，在監管、監察和規管註冊機構的過程中，監管、監察和規管註冊機構的主管人員亦是貴會職能的一部分，因為任何結構性問題，例如主管人員犯失當行爲或未有遵從適當人選規定，均可能導致對註冊機構採取紀律行動。你同意嗎？

4.22 本人不同意這是順理成章的推論。首先，前提是不正確的。證監會並沒有監管註冊機構日常運作的所需權力。其次，證監會不能監管、監察和規管註冊機構的主管人員，因為本會並沒有權力如此行。根據《證券及期貨條例》，證監會負責制訂監管標準、進行調查及採取紀律行動（在執行每項工作前均須諮詢金管局）。然而，儘管證監會根據《證券及期貨條例》第119條，在諮詢金管局後將財務機構註冊，使其成為註冊機構，但證監會並沒有權力同意任何人成為主管人員或撤回該項同意，在有關事宜上亦無擔當任何角色。《銀行業條例》第71C條賦予金管局有關權力，可同意任何人成為主管人員，並對他們作出監管。



梁國雄議員提出的問題  
2009年6月26日

文件2

酌情權不得轉交予其他機構<sup>1</sup>

**Q 1.** 《諒解備忘錄》所載的金管局與證監會之間的職責分工，是否監管架構之下的規定的一部分？如不是，為甚麼？

4.23 監管架構乃根據《證券及期貨條例》及《銀行業條例》設立。《諒解備忘錄》所載的金管局與證監會之間的職責分工，旨在反映和落實根據《證券及期貨條例》及《銀行業條例》所設立的監管架構。

**Q 2.** 你在上次研訊中回答我的問題時，曾提及“有關監管架構的問題應向政府提出”。這表示《諒解備忘錄》所載的監管架構是政府的決定，而非純粹是證監會與金管局之間的決定，對嗎？

4.24 《諒解備忘錄》所載的金管局與證監會之間的職責分工，旨在反映和落實根據《證券及期貨條例》及《銀行業條例》所設立的監管架構。立法會已批准有關的職責分工。《諒解備忘錄》無須財政司司長或財經事務及庫務局局長批准。

**Q 3.** 政府從何取得權力決定《諒解備忘錄》所載的監管架構？是根據哪條／哪些條例中的哪條／哪些條文？

4.25 《諒解備忘錄》所載的金管局與證監會之間的職責分工，旨在反映和落實根據《證券及期貨條例》及《銀行業條例》所設立的監管架構。授權證監會訂立《諒解備忘錄》的法定權限，載於《證券及期貨條例》第5(1)(h)條。

**Q 4.** 如該決定並無法律依據，政府的決定便等同越權！

4.26 證監會與金管局之間的職責分工，以立法會通過的《證券及期貨條例》及《銀行業條例》為法律依據。

---

<sup>1</sup> *Bernard v National Dock Labour Board [1953] 2 QB 18* 一案是適用的案例，可顯示《諒解備忘錄》並不合法；*Carltona* 案原則並不適用於證明《諒解備忘錄》的合法性。

丹寧大法官（Denning LJ）在 *Bernard* 案中根據普通法裁定，任何人獲法規賦予紀律權力，而該權力帶有裁斷性質，即不得轉授該權力，但如有關做法或轉授行為是根據法規作出的則除外。現行做法已令證監會喪失其獲《證券及期貨條例》賦予在監管註冊機構方面的酌情權。證監會須等待金融管理專員決定是否立案調查及是否將調查結果轉交證監會作進一步行動或不通知證監會而結束調查。這個做法使證監會無法採取監管行動，實質上削除了證監會在監管及調查註冊機構方面的酌情權。如此剝奪證監會帶有裁斷性質的紀律權力，有違普通法。*Carltona* 案原則只容許在若干情況下轉移酌情權，例如為了提高行政效率及加快決策過程，而在該等情況下，獲法規賦予酌情權的人士最終須就權力轉移安排被問責及承擔責任。不過，現行做法並不屬此性質。



Q 5. 假如沒有《諒解備忘錄》，根據《證券及期貨條例》第 5(3)(b)條，證監會在執行職能時，應有權酌情決定“依賴”或“不依賴”金融管理專員。然而，根據本小組委員會向你取得的書面及口頭證供（見問題 1 的答覆第 1.1、1.2 及 1.6 段）和向金融管理專員取得的證供，以及根據《諒解備忘錄》所載的安排，這項酌情權已完全被《諒解備忘錄》或證監會和金融管理專員對法例的錯誤詮釋所削除。從決定立案調查與否及何時和如何對註冊機構進行現場監管審查的酌情權的轉移上，這點已獲得進一步印證。儘管證監會和金融管理專員都在《諒解備忘錄》和各自的證供中向本小組委員會聲稱並不存在轉授權力的情況，但實質上有關酌情權已被獲賦權人士轉授及因而被剝奪。這是公然的越權行爲。

4.27 《諒解備忘錄》並無減損或限制證監會行使其酌情權，而是旨在讓證監會及金管局得以根據《證券及期貨條例》及《銀行業條例》所設立的監管架構，執行各自的法定職能。  
《諒解備忘錄》第III部列明—

### “III 原則

3. 雙方均會盡最大努力符合本《諒解備忘錄》的條款，並會作出合理的努力確保向對方提供一切相關資料，以便雙方可有效執行各自的法定職能。

4. 此外，雙方亦確認以下首要原則：

- (a) 本《諒解備忘錄》（以附件 A 及附件 B 為重要組成部分）並無修改或取代任何法例或規例；
- (b) 本《諒解備忘錄》並無減損雙方的法定職能；
- (c) 本《諒解備忘錄》並不構成轉授雙方的任何權力、責任及義務；
- (d) 本《諒解備忘錄》並無訂立可由雙方或第三方強制執行的任何權利、義務或法律責任；及
- (e) 本《諒解備忘錄》並不影響任何一方已經或可能與任何其他人士訂立的任何其他《諒解備忘錄》之下的任何安排，

而本《諒解備忘錄》須據此解釋。”



## 證監會對註腳內容的評論

- 4.28 閣下在此文件的註腳內所作評論的前提是，證監會有向金管局轉授任何帶有裁斷性質的權力（或任何其他權力），或證監會在監管註冊機構方面有任何酌情權。這個前提並不正確。正如我在文件1的答覆中解釋，就註冊機構而言，證監會的權力只限於決定是否批准註冊機構註冊以進行證券業務、備存註冊機構紀錄冊及發表註冊機構的名稱、訂立規則及制訂監管標準（註冊機構須遵守者），以及進行調查及採取紀律行動，包括撤銷註冊機構的註冊。《證券及期貨條例》明文規定，證監會在執行上述各項職能時（有關備存註冊機構紀錄冊及發表註冊機構名稱的職能除外）均須諮詢金管局（見第119(4)條、第182(4)、198(2)條；有關任何規則及守則，見第398(4)及399(9)條）。
- 4.29 此外，閣下在註腳內提出的論點，未有顧及《證券及期貨條例》第5(3)(b)的規定。雖然證監會嚴格上並無法律責任在執行任何職能時根據《證券及期貨條例》第5(3)(b)條依賴金管局對註冊機構的監管，但該條文明確批准證監會在有關情況下依賴金管局，而事實上，正如文件1的答覆中摘錄自2002年3月13日就《證券及期貨條例草案》及《2000年銀行業（修訂）條例草案》進行二讀辯論的內容所顯示，上述依賴完全符合《證券及期貨條例》及《銀行業條例》所訂明有關設立一業兩管制度的政策。第5(3)(b)條和所有規定證監會必須就任何涉及註冊機構的個案諮詢金管局的條文得以通過成為法例，顯示出清晰的立法原意，就是要證監會遵守有關一業兩管制度的政策，及在一切有關註冊機構的事宜上依賴金管局。
- 4.30 在香港特別行政區 訴 李明治一案中 ((2001) 4 HKCFAR 133第153頁)，李義法官把Carltona案原則重申如下：“根據被稱為Carltona案原則的裁決，法庭已經確立了：……在正常情況下，部長會授權部門負責人員執行為部長而訂立的職責，以及行使賦予部長的權力。倘若情況不是這樣時，公務便無法辦理。（*Carltona Ltd v Commissioner of Works*案 ([1943] 2 All ER 560第563頁））”。該原則與目前有關《諒解備忘錄》的討論無關，而證監會亦沒有依賴該原則。



## 附錄 A

### 視察就證券提供意見的持牌法團時的主要視察目的及步驟摘要

1. 對就證券提供意見的持牌法團進行現場視察，目的是評估持牌法團在進行投資顧問活動方面遵守適用監管規定的情況。有關規定包括《證券及期貨事務監察委員會持牌人或註冊人操守準則》、《適用於證券及期貨事務監察委員會持牌人或註冊人的管理、監督及內部監控指引》及有關提供合適建議的責任的《常見問題》。
2. 現場視察涵蓋多個檢討範疇，特別著重(i)對在投資顧問活動方面的監控環境和遵守適用監管規定的情況進行一般評估，及(ii)對抽樣選出的交易進行具體審查。視察步驟一般包括會見持牌法團的高級管理層和銷售人員、評估管理層的監督是否足夠、抽樣審閱文件、評估抽樣選出的交易是否合理，以及跟進異常交易。
3. 一般評估
  - a. 評估管理層對持牌法團的運作及提供投資顧問服務的過程的監督是否足夠
  - b. 評估持牌法團在以下各方面的監控環境和遵守適用監管規定的情況：
    - “認識你的客戶”程序（包括有關程序能在多大程度上利便持牌法團提供合適的投資意見）；
    - 產品盡職審查；及
    - 客戶協議。
  - c. 評估
    - 持牌法團的銷售人員的勝任能力，以及持牌法團及其銷售人員有否遵守發牌規定；及
    - 持牌法團的招聘及培訓政策。
4. 對抽樣選出的交易進行具體審查
  - a. 評估在抽樣選出的交易中作出的投資建議是否合適。抽樣審查交易的工作包括偵察涉嫌不當銷售的情況，例如涉及大額佣金回贈、禁售期長及結構複雜的產品。  
(投資建議的合適性涉及持牌法團將所推介的每項產品的風險回報狀況與每名客戶的個人情況進行配對。持牌法團應在顧及客戶的情況後，評估所推介的每項產品的特點和風險是否確實適合客戶。)
  - b. 評估持牌法團是否已
    - 以符合客戶最佳利益的方式行事，尤其是當出現實際或潛在的利益衝突時；及
    - 向客戶講解產品性質及所作推介的根據。