



對小組委員會於 2009 年 7 月 3 日提出的跟進問題的回應

2009 年 7 月 7 日



(譯文)

Q.5 以下夾附梁國雄議員提出及於 2009 年 7 月 3 日的研訊上向證監會行政總裁提交的書面問題。

梁國雄議員提出的問題
2009 年 7 月 3 日

文件 3

酌情權不得非法轉交予其他機構

經過所有相關研訊後，根據財經事務及庫務局局長、金融管理專員、金管局副總裁和你所作的證供，我謹此提出一些觀察所得，希望你可以解答以下問題。

《諒解備忘錄》之下的現行安排，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。金融管理專員有權決定是否立案調查及是否將初步調查結果轉交證監會作進一步行動或無須證監會批准而結束調查。你的陳述書第 1.3 段顯示，現行做法已在實質上使金融管理專員成為審批註冊機構申請的真正決策者。然而，法例僅指明金融管理專員須向證監會提供意見，故此在法律上，決定將註冊機構註冊的決策者應該是證監會。上述做法證明了證監會在監管、調查、規管註冊機構及將註冊機構註冊方面的酌情權，實質上受到非法約束。根據普通法中不得轉授及約束酌情權的原則，上述做法屬於非法行為。

雖然普通法中的 *Carltona* 案原則 (*Carltona Principle*) 提供了一定的彈性，容許在若干情況下（例如以提高行政效率和加快決策過程為理由）轉移酌情權，但這些決定不應帶有裁斷性質。*Carltona* 案原則亦規定，原本獲法規賦權的一方應對有關結果負責，以免出現推卸責任的情況。證監會與金融管理專員之間的現行做法，並不符合上述規定。

證監會的回應意見：

- 5.1 我們並不接納本文件 3 的引言所依據的各項前提。
- 5.2 首先，引言指“《諒解備忘錄》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”。證監會並沒有獲賦權監管註冊機構。根據《證券及期貨條例》第 180 條及《銀行業條例》第 55 條，有關權力是賦予金管局的。因此，《諒解備忘錄》並沒有令證監會在監管註冊機構方面“喪失”任何酌情權。
- 5.3 第二，引言指“你的陳述書第 1.3 段顯示，現行做法已在實質上使金融管理專員成為審批註冊機構申請的真正決策者。”我們在第 1.3 段（陳述書第 23 頁）所說的是：



“證監會必須顧及金管局就申請銀行是否適當人選給予的意見，並可完全或局部依賴金管局的意見，以決定是否將申請銀行註冊。”

5.4 這是《證券及期貨條例》第 119(4)條所載的法定要求。我們續說：

“由於金管局會對所有相關資料（包括證監會向其提供的資料在內）進行詳細及審慎的評估後才得出意見，因此證監會實際總會依賴金管局給予的意見，但若證監會掌握資料或對申請有其他關注，導致無法依賴金管局意見，則另作別論。”

5.5 這並不表示金管局已成為審批註冊機構申請的真正決策者，有關決定是由證監會作出的。正如我們在第 1.3 段所述，若證監會掌握資料或對申請有其他關注，導致無法依賴金管局意見，則即使金管局持有相反意見，證監會仍可決定拒絕或接納有關申請。

5.6 第三，引言指“上述做法證明了證監會在監管、調查、規管註冊機構及將註冊機構註冊方面的酌情權，實質上受到非法約束。”由於《證券及期貨條例》准許證監會依賴金管局並預期證監會應如此行事，因此，若證監會依賴金管局，並不存在證監會的權力受到“非法”約束的問題。在將註冊機構註冊方面，第 119(4)條明確指出：

“證監會在決定根據第(1)款將申請人註冊或拒絕根據第(1)款將申請人註冊時—

- (a) 須顧及金融管理專員依據第(3)(c)款給予該會的意見；及
- (b) 可完全或局部依賴該意見，以作出該決定。”

5.7 事實上，就證監會所有關於註冊機構的職能而言，《證券及期貨條例》第 5(3)條明確指出：

“(3) 證監會就—

- (a) 任何屬註冊機構的認可財務機構，或任何屬中介人的有聯繫實體的認可財務機構；或
- (b) 任何屬(a)段首述的認可財務機構的有聯繫實體的人，

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。”

5.8 此外，證監會在行使其幾乎所有關於註冊機構的權力時，必須首先諮詢金管局（見《證券及期貨條例》第 119(2)、(4)及(9)條、第 182(4)條及第 198(2)條；有關任何規則及守則，見《證券及期貨條例》第 398(4)及 399(9)條）。同樣，金管局在根據《銀行業條例》第 58A(1)及 71C(4)條行使權力分別對有關人士及主管人員進行紀律處分時，必須諮詢證監會。

5.9 基於《證券及期貨條例》及《銀行業條例》所准許及預期（及有時候規定）的證監會與金管局之間的互動程度，《諒解備忘錄》列出證監會及金管局根據《證券及期貨條例》及《銀行業條例》所設立的監管架構施行各自的法定職能時所依據的原則、基礎及機制，同時讓證監會及金管局得以執行各自的法定職



能。然而，《諒解備忘錄》並不構成約束證監會（或金管局）的權力。第 4 款明文規定：

- “(a) 本《諒解備忘錄》……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任何第三方強制執行的任何權利、義務或法律責任”。

5.10 正如我們早前所解釋，*Carltona* 案原則與目前有關《諒解備忘錄》的討論無關，而證監會亦沒有依賴該原則。

梁：請回答以下問題，並引用案例或法律條文等法律典據來支持你的答案。

A. 由政府決定監管架構，從表面看來屬於越權行為，並不合法

5.11 這項陳述所依據的前提屬於誤解。政府沒有決定監管架構，而是在《證券及期貨條例草案》及《銀行業（修訂）條例草案》中建議一個監管架構。該監管架構乃根據立法會通過的《證券及期貨條例》及《銀行業條例》設立。證監會及金管局目前實施《證券及期貨條例》及《銀行業條例》所載的監管架構，並不存在越權或“不合法”的問題。

Q.1 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？

5.12 《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.2 政府是根據哪條／哪些條例中的哪條／哪些條文取得權力設計證監會和金管局的現行監管架構？

5.13 該監管架構乃根據立法會通過的《證券及期貨條例》及《銀行業條例》設立。另見上頁有關越權的答案。

Q.3 政府透過決定金管局和證監會的監管架構而加以干預，似乎缺乏法律理據支持，亦構成政府越權，你同意嗎？

5.14 這項陳述所依據的前提屬於誤解。該監管架構乃根據立法會通過的《證券及期貨條例》及《銀行業條例》設立，政府並無干預。

B. 酌情權受到約束



請解釋以下表面看來屬於越權的行為。

法例規定的是“可依賴”，但實際上則變成“必須依賴”，這是越權行為

- Q.1 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。但實質上，根據《諒解備忘錄》及證監會與金管局所供述的現行做法，上述依賴已變成“必須”作出的行為。這是越權行為。你對此有甚麼意見？
- 5.15 我們不清楚“證監會與金管局所供述的現行做法”所指為何。
- 5.16 《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 4 款明文規定：
- “(a) 本《諒解備忘錄》……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任何第三方強制執行的任何權利、義務或法律責任”。
- 5.17 即使證監會決定依賴金管局，這亦是證監會行使《證券及期貨條例》第 5(3)(b)及 119(4)(b)條明確賦予的酌情權所致，並不是亦不可能是越權行為。《諒解備忘錄》全無提及證監會就任何事宜“必須依賴”金管局。正如第 4 款所表明，證監會在第 5(3)(b)條下的酌情權概不可亦沒有受到約束。
- 5.18 至於證監會對註冊機構擁有的權力，你提出的“可依賴”／“必須依賴”理論和二分法與事實不符。在將註冊機構註冊方面，第 119(2)條規定證監會須將任何註冊機構的註冊申請轉交金管局，而第 119(4)條規定證監會須顧及金融管理專員依據第(3)(c)款給予證監會的任何意見。然而，認可註冊的決定最終是由證監會單獨作出的。
- 5.19 在透過頒布守則及指引以訂立規則和制訂監管標準方面，若有關守則或指引的規則適用於註冊機構，證監會必須諮詢金管局。但我們一般都會同時諮詢業界團體和公眾人士，不會純粹依賴金管局的意見。
- 5.20 在日常視察及監管註冊機構方面，證監會並無權責，因為根據《證券及期貨條例》第 180 條（及《銀行業條例》），有關權責是賦予金管局的。《證券及期貨條例》第 5(3)條並不適用。
- 5.21 根據《證券及期貨條例》第 182 條，證監會擁有調查權力。然而，只有當證監會有理由查訊某註冊機構是否犯失當行為或並非適當人選時，證監會才可進行調查以至採取紀律處分行動。證監會在展開調查前，亦須諮詢金管局（見《證券及期貨條例》第 182(4)條）。



- 5.22 《諒解備忘錄》第 8.1 款列明，證監會並非純粹依賴金管局跟進投訴。該款就證監會向金管局轉介所接獲的投訴作出規定，但亦確認證監會可獨立展開調查

“如證監會認為投訴事項與證監會根據《證券及期貨條例》第 182 條可調查的事宜有關，證監會須將有關投訴的副本轉交金管局，並同時將其意見告知金管局。”

- 5.23 此外，證監會在決定根據《證券及期貨條例》第 196 或 197 條施加制裁時，必須諮詢金管局，但在施加制裁前無須取得金管局的同意。

立案調查的權力不得受到約束

- Q.2 立案調查與否由金融管理專員自行決定，而不是向證監會提交現場審查報告或投訴後由證監會作出決定。這實屬越權行為，因為假如金融管理專員決定不立案調查，證監會便不能在金融管理專員的決定以外採取任何行動。然而，這項權力是由《證券及期貨條例》賦予證監會，而非賦予金融管理專員的。你對此有甚麼意見？

- 5.24 根據《銀行業條例》，金管局有權對註冊機構、主管人員及有關人士進行視察及施加制裁。金管局可全權酌情決定是否行使其在《銀行業條例》或《證券及期貨條例》第 180 條下的權力以查訊某事宜，或根據《證券及期貨條例》第 182 條將某事宜轉介證監會調查。若金管局決定不立案調查或不把有關事宜轉介證監會，這亦屬金管局可酌情決定的範圍。金管局並無法律責任必須將投訴轉介證監會，以便證監會根據《證券及期貨條例》第 182 條進行調查（但正如《諒解備忘錄》第 8.2 款所述，金管局在接獲有關第 182 條項下事宜的投訴後會作出轉介；見下文）。另一方面，根據第 182(4)條，證監會一經接獲有關註冊機構的投訴（不論該投訴是直接來自公眾人士或轉介自金管局），必須首先諮詢金管局，而證監會有權（但並非必須）根據第 5(3)(b)條依賴金管局的意見及判斷（包括應否根據第 182 條調查投訴）。金管局或證監會均無任何越權行為。事實上，除非金管局所得的資料可以提供充分理由以查訊註冊機構是否犯失當行為或並非適當人選，否則向證監會提交現場審查報告或投訴並沒有任何作用。

- 5.25 再者，《諒解備忘錄》第 8.2 款規定—

“凡金管局認為某投訴與證監會根據《證券及期貨條例》第 182 條可調查的事宜有關，金管局將會在合理地切實可行的範圍內盡快將該投訴轉介證監會。”

- 5.26 《諒解備忘錄》第 8.1 款亦確認，證監會將會在其認為適當的情況下，根據《證券及期貨條例》第 182 條調查投訴。
- 5.27 這正是《諒解備忘錄》落實立法會所通過的《證券及期貨條例》及《銀行業條例》之下的監管架構的例證。

結束調查的酌情權不得轉移



Q.3 《諒解備忘錄》賦權金融管理專員決定是否結束已立案調查的個案而無須向證監會提交該個案，是越權行爲，因為根據《諒解備忘錄》內的有關安排，金融管理專員實際上竟有酌情權，可決定應否把涉嫌違規個案交由證監會作進一步調查，但根據《證券及期貨條例》，這項權力是賦予證監會的。因此，上述情況屬於越權行爲。你對此有甚麼意見？

5.28 《諒解備忘錄》的條文根本並非旨在以閣下所提出的方式施行。《諒解備忘錄》第 8.2 款規定—

“凡金管局認為某投訴與證監會根據《證券及期貨條例》第 182 條可調查的事宜有關，金管局將會在合理地切實可行的範圍內盡快將該投訴轉介證監會。”

審批財務機構註冊的權力不得受到約束

Q.4 你的陳述書內問題 1 的答覆第 1.3 段顯示，現行做法已在實質上使金融管理專員成爲審批註冊機構申請的真正決策者。這是越權行爲。

5.29 我的陳述書內問題 1 的答覆第 1.3 段並無表示或顯示現行做法已在實質上或以其他方式使金融管理專員成爲審批註冊機構申請的真正決策者。證監會才是決策者。請參閱上文我對本文件的引言所作出的評論。

Q.4 (續) 你在第 1.3 段說：“……有損金管局在這申請過程中應擔當的角色”。請說明：

a. 是誰預期金管局擔當有關角色？是金融管理專員還是政府？

5.30 立法會通過的法例預期金管局在註冊機構的註冊過程中擔當一定的角色。例如，第 119(2)及(3)條規定—

“(2) 證監會須將任何根據第(1)款提出的申請轉交金融管理專員。
(3) 金融管理專員在收到根據第(2)款轉交的、要求就某類受規管活動獲註冊的申請後，須—
(a) 考慮該申請；
(b) 就應否批准該申請諮詢證監會；及
(c) 通知證監會申請人是否令他信納申請人是就該類活動獲註冊的適當人選。”

b. 你是否同意如此約束證監會的權力已等同越權？如不同意，爲甚麼？

5.31 我不同意。遵從法規所訂立的程序不能與“約束”權力或任何形式的越權行爲相提並論。只要權力是由正式通過的法例所賦予，有關法例就是該權力的法律來源和根據。

保障投資者的責任不得轉移

Q.5 保障投資者是貴會的法定責任之一。你是否承認證監會須爲未能達致保障投資者的目標而負上最終責任？



5.32 證監會的規管目標及職能載於《證券及期貨條例》第 4、5 及 6 條，其中包括

“(1) 證監會的職能是在合理地切實可行的範圍內—

(i) 在顧及投資於或持有金融產品的公眾對該等投資或持有的認知水平和專門知識所達程度後，確保他們獲得適當程度的保障；”

5.33 我們已履行這項職能。

展開現場審查的權力在法律上須根據《證券及期貨條例》賦予，而金管局只負責合作展開審查

Q.6 你在雷曼倒閉前曾否向政府提出，貴會現有的權力受到約束，以致保障投資者的成效會被削弱？如沒有，為甚麼？

5.34 我們在雷曼倒閉前並沒有向政府提出，證監會現有的權力受到約束，以致保障投資者的成效會被削弱，因為我們並不認為有這種情況出現。

Q.7 證監會在雷曼倒閉前曾向金管局發出多次警告，由此可見，證監會早已知悉投資者所面對的風險。然而，證監會並沒有像同期視察持牌法團時般，直接行使法律所賦予的監管權力以仔細審查註冊機構的失當行為，避免投資者蒙受損失。從表面看來，這是證監會魯莽失責之過。你對此結論有甚麼意見？

5.35 在雷曼倒閉前，我們並不知悉可能存在註冊機構不當銷售的問題。我們無權視察和監管銀行，此等權力歸屬金管局。證監會並無因魯莽或其他原因而失責。

推卸責任、越權及堵塞漏洞

Q.8 現行安排是政府、金管局與證監會之間互相推卸責任的典型手法，目的是故意規避三方的法律及行政問責性，你同意嗎？

5.36 我不清楚“現行安排”所指為何。我們並沒有以任何方式“推卸責任”，亦沒有規避任何形式的問責性。各監管機構的職責分別載於立法會通過的《證券及期貨條例》及《銀行業條例》。

Q.9 我們的監管制度出現了嚴重漏洞，導致投資者承受史無前例的損失，卻沒有任何人須為有關損失負責。假如證監會與金管局能以適當的技能、小心審慎和勤勉盡責的態度行事，並加緊合作，應可避免或大大減少投資者的損失。你同意嗎？

5.37 我不清楚“嚴重漏洞”所指為何。另外，問題亦假設倘“以適當的技能、小心審慎和勤勉盡責的態度行事，並加緊合作”，本可避免或大大減少指稱投資者所承受的損失；或假設證監會及／或金管局沒有“以適當的技能、小心審慎和勤勉盡責的態度行事，並加緊合作”。以上假設未獲接納，亦沒有根據。



Q.10 你對如何堵塞推卸責任的漏洞有甚麼建議？

5.38 我不清楚“推卸責任的漏洞”所指為何。我們並不察覺有任何“推卸責任的漏洞”。各監管機構的職責分別載於立法會通過的《證券及期貨條例》及《銀行業條例》。

C. 《諒解備忘錄》

Q.1 儘管《諒解備忘錄》第 4(c)段聲稱並無轉授任何權力、責任及義務，但這項聲稱無法掩飾實質上等同權力轉授的安排和做法。《諒解備忘錄》將“可依賴”變成“必須依賴”（比較《證券及期貨條例》第 5(3)(b)條與《諒解備忘錄》第 5 段），對證監會在第 5(1)(b)(ii)條下的監管職能構成約束，亦嚴格限定了兩家監管機構的角色和職責，而沒有引用任何認可這種角色劃分和職責分工的合法權限、條文或條例。《諒解備忘錄》及證監會與金管局所供述的現行做法，從表面看來屬於越權行爲。你同意嗎？如不同意，爲甚麼？

5.39 基於上文所述的理由及解釋，我們不同意《諒解備忘錄》構成越權。我不清楚閣下所指的“證監會與金管局所供述的現行做法”所指為何，但我們並不察覺證監會或金管局曾採取任何屬於越權的做法。此外，《諒解備忘錄》（不論第 5 款或其他條款）全無提及證監會“必須依賴”金管局。