

《金融機構(處置機制)條例草案》委員會

對助理法律顧問所提出事宜的回應

立法會法律事務部助理法律顧問在二零一六年一月四日來信，就《金融機構(處置機制)條例草案》(條例草案)提出事宜。本文件載述政府的回應。

《基本法》事宜

《基本法》第一百一十條訂明，香港特別行政區政府自行制定貨幣金融政策，保障金融企業和金融市場的經營自由，並依法進行管理和監督。條例草案下的擬議機制似乎容許有關處置機制當局(在進行處置該等金融機構之前或之後)廣泛介入受涵蓋金融機構的運作、高級行政人員的委任及架構。請澄清擬議機制整體上是否符合《基本法》第一百一十條所列明的金融企業的經營自由，以及是否有足夠理據支持擬議機制對金融企業的經營自由所施加的廣泛限制。

2. 《基本法》第一百一十條規定：

“香港特別行政區的貨幣金融制度由法律規定。

香港特別行政區政府自行制定貨幣金融政策，保障金融企業和金融市場的經營自由，並依法進行管理和監督。”

首先，政府要指出，《基本法》第一百一十條不但保障金融企業和金融市場的經營自由，也確認可“依法”對該等經營自由進行監管和監督。此條例草案目標是為監管金融業務經營提供機制，以處理當金融業務不能持續經營時，保障金融體系及金融市場。

3. 條例草案施行的限制是合理措施。在考慮條例草案下的擬議機制，在監管和監督金融業務和金融市場對它們的業務和市場自由其經營作出的限制時，政府已審慎

考慮這些限制是否與有關目的有合理關連及是否相稱。

4. 據我們了解，助理法律顧問的關注包括(i) 條例草案第 3 部下，排除對於處置行動的障礙的“籌備權力”(第 14 條)，以及在處置行動開始前的一段短時間內，指示(第 22 條)及罷免受涵蓋金融機構或其相關集團公司的董事及某些高層人員(第 24 條)及(ii)當某受涵蓋金融機構符合條例草案第 25 條列明的三個相連處置條件，處置機制獲啟動時，處置機制當局可使用的一系列穩定措施及處置權力。

5. 與條例草案第 8 條所訂的處置目標一致，籌備權力旨在為了讓處置機制當局可採取其認為有助達致有秩序處置受涵蓋金融機構的目的的行動。籌備權力顯然與該等目的有關連，因為行使籌備權力的先決條件，在於處置機制當局能夠排除影響有秩序處置的障礙和能達到處置目標(見條例草案第 14(1)、22(2)及 24(4)條)。

6. 我們認為，上述權力符合相稱原則。就第 14 條在排除處置障礙的有關權力，受影響金融機構可就處置機制當局發出的指示作出申述(條例草案第 15(1)(c)條)，也最終可就該等指示向處置可行性覆檢審裁處提出覆核申請(條例草案第 17 條)。

7. 至於條例草案第 22 及 24 條分別所述的指示和罷免權力，處置機制當局只可在信納已符合條件 1 及 3 已獲符合而就條件 2 仍未有定論的情況下，在處置前一段短時間行使該等權力(條例草案第 21 條)。引入這些權力的目的，是旨在防止金融機構或關連集團公司的董事作出任何惡意／不合作的行為，以妨礙處置機制當局達致符合處置目標的合理目的。

8. 當符合條例草案第 25 條的三項相連條件所訂的高門檻後，即可啟動處置。處置機制當局應具備一系列廣泛的工具，可因應倒閉性質及當時情況，採取最能達到處置目標的方案。儘管處置機制當局會獲授予廣泛權力

(即與金融穩定理事會發表的《有效的金融機構處置機制主要元素》(《主要元素》)¹所訂的權力相符)，以便對已倒閉金融機構有效地施行一項或多項穩定措施，但處置機制也訂立了多項的重要保障措施，確保權力運用得宜。這些措施包括：(i)明確保障若干金融安排(條例草案第 75 條)；(ii)按照無力償債時的債權人等級，要求承擔處置虧損(例如條例草案第 58(6)(b)條)；以及(iii)“任何債權人所得不會遜於清盤程序”的保障措施。

9. 基於上文所載，政府認為助理法律顧問所指的“限制”的整體目的(即有利達致有序處置及符合處置目的)是合理的。政府相信，條例草案提供的“介入權力”有合理理據，而擬議的處置機制符合《基本法》第一百一十條。

10. 除《基本法》第一百一十條外，《基本法》第一百零九條也與此相關。該條訂明：

“香港特別行政區政府提供適當的經濟和法律環境，以保持香港的國際金融中心地位。”

11. 在保障《基本法》第一百一十條所訂的金融企業和金融市場經營自由的同時，政府也應提供適當的經濟和法律環境，以保持香港的國際金融中心地位。

12. 鑑於香港作為金融穩定理事會成員地區及國際金融中心，政府正積極實施《主要元素》所訂的最新國際標準。香港是相對細小的開放型經濟體系，也是國際金融中心，具全球系統重要性的 30 家銀行中，有 29 家在港設有業務；具全球系統重要性的 9 家保險人中，有 8 家在香港設有業務。香港如不設立有效的處置架構，一旦擁有大量國際業務的金融機構倒閉，香港所面對的風險便會增加。有效的處置機制可與香港的其他審慎監管機

¹ 見網址 http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_141015.pdf。

制相輔相成，加強本港金融體系抵禦衝擊的能力。

13. 要符合《主要元素》的規定，除訂立條例草案，藉以在香港建立符合國際標準的處置機制外，別無他法。因此，我們相信制訂條例草案的目的，是為了實施國際標準，並可提供適當的經濟和法律環境，以保持香港的國際金融中心地位。我們也應從這個角度，理解條例草案為確保金融企業和金融市場的經營自由而採取的措施。

根據《基本法》第一百零五條，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，依法受到保護。本部察悉，條例草案所建議的若干處置措施及文書將具有減損或甚至剝奪受涵蓋金融機構內或與其相關的私人財產的效力(例如退扣有關金融機構若干高級行政人員的報酬、內部財務調整文書、暫時公有公司、強制縮減資本票據、轉讓文書及暫停某金融機構向其債權人的付款義務等)。鑒於《基本法》第一百零五條對私人財產的保護，而擬議措施及文書會對受涵蓋金融機構的股東、債權人及高級行政人員的私人財產帶來的影響，請澄清當局是否有足夠理據分別支持該等措施及文書。

14. 《基本法》第一百零五條規定如下：

- (i) “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。
- (ii) 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。
企業所有權和外來投資均受法律保護。”

15. 《基本法》第一百零五條本身並不禁止依法徵用財產，並保障如被依法徵用財產而獲補償的權利。因此，《基本法》第一百零五條第二款訂明，該等補償應相當於被徵用財產的實際價值。

16. 至於《基本法》第一百零五條所提及的“實際價值”補償，法院曾裁定²，《基本法》第一百零五條所訂的實際價值測試，與本地案例定下的等同原則³沒有實質差別。根據等同原則，申索人有權就其損失得到公平和十足的補償。

17. 條例草案第 33(3)條訂明，在啟動處置時，須支付“實際價值代價”予財產被轉讓的人士。該條訂明，須就第 5 部文書下的轉讓，向出讓人支付在當時情況下屬公平合理的代價（例如：如屬財產轉讓，出讓人為金融機構；如屬股份轉讓，出讓人為金融機構股東）。

18. 除獲支付公平合理的代價外，財產權受處置影響的人士也可根據條例草案所訂的“任何債權人所得不會遜於清盤程序”補償機制獲付補償。條例草案第 102 條訂明，處置前債權人及處置前股東如已經、正在或相當可能會因為金融機構被處置而得到某待遇(前者)，而如該實體在緊接該項處置啟動前清盤，債權人及股東便會得到另一待遇(後者)，若前者遜於後者，則債權人及股東均有資格獲付“任何債權人所得不會遜於清盤程序”的補償。

19. 我們認為，對因處置而蒙受損失的上述人士來說，與其讓金融機構清盤，“任何債權人所得不會遜於清盤程序”的補償(根據條例草案附表 7 及財經事務及庫務局局長根據條例草案第 105 條訂立的規例所列的估值假設及原則所計算者)，應能給予公平的補償。

20. 條例草案也設有機制，成立處置賠償審裁處，讓任何人士如因負責計算“任何債權人所得不會遜於清盤程

² 見 Penny's Bay Investment Company Limited 訴 地政總署署長一案(土地審裁處雜項申請 1999 年第 23 號及雜項申請 2005 年第 1 號)判詞第 43 段。

³ 有關等同原則的概念，見李啟新勳爵(Lord Nicholls)就 地政總署署長 訴 Shun Fung Ironworks Ltd. 一案([1995] 2 AC 111)的判詞第 125 段。

序”補償的獨立估值師所作的決定而感到受屈，可提出上訴。

21. 政府亦採取審慎的做法⁴，確保任何依法徵用財產，即使不構成剝奪，都必須合理，即處置機制當局根據條例草案以圖達致合理目的和行使權力干預之間取得平衡，以確保徵用就達致有關目的而言，屬必需的最低限度，會以與達致該目的相稱的方式行事。

22. 政府的原意是，處置機制當局會因應情況並以最能達到處置目標的合理方式，根據條例草案相稱地施行穩定措施和行使處置權力。處置機制當局在決定如何處置瀕臨倒閉的金融機構以確保關鍵金融服務的持續性時，必須顧及條例草案所訂的目標(條例草案第 8 條)，並以最能達到該等目標的方式行事。因此，處置機制當局在決定擬轉讓哪些資產或以哪些負債進行內部財務調整等事宜時，會着眼於為維持金融穩定(包括持續提供服務)和確保存款、保險單和客戶資產所受保障的程度不低於假若金融機構清盤時該等存款、保險單和客戶資產會受保障的程度。換言之，處置機制當局的行動會符合相稱的驗證準則(處置機制當局會為達致合理目的而適度行使條例草案下的權力)。在沒有充分理據支持下干預《基本法》第一百零五條所訂的私人 and 法人財產權，並非我們的原意。

23. 考慮到條例草案能帶來重大的公眾利益(即在金融機構倒閉而對香港整個金融體系的穩定及有效運作(包括持續執行關鍵金融功能)構成風險時，減低該風險，有秩序處置該等機構(見條例草案詳題和第 4 條))，我們認為，

⁴ 上訴法庭已在 *Hysan Development Co Ltd* 訴 城市規劃委員會一案(高院民事上訴 2012 年第 232 及 233 號)論述在《基本法》第一百零五條所保障的財產權下，相稱原則就“依法”一詞是否適用。儘管上訴法庭認為相稱原則是《基本法》第一百零五條“依法”一詞的固有概念，但在處理法例本身是否符合憲法這問題時，法庭並沒有否定相稱原則可在體系層面適用。因此，有關方面建議政府採取審慎的做法，在處理財產權保障事宜時考慮相稱原則。這個案現時正在上訴當中。

如根據條例草案的條文干預財產權，應符合《基本法》第一百零五條所隱含的相稱規定。

24. 最後，我們留意到，問題指出以下情況均為徵用財產的例子，包括(i)退扣有關金融機構若干高級行政人員的報酬；(ii)強制縮減資本；以及(iii)暫停付款義務。我們希望澄清的是，根據條例草案行使這些權力時，不大可能違反《基本法》第一百零五條。

25. 退扣：金融機構高級行政人員如行為失當，導致或有份造成該金融機構倒閉，該人員的報酬可被退扣(條例草案第 143 條)。因此，退扣報酬是懲罰而非徵用財產，而向高級行政人員追討支付的款項，也不會令該人員的僱傭合約完全失去價值，可見退扣報酬並不構成徵用財產。應用公正平衡準則，如對合約權利作出限制能達到懲處失當行為的合理目的，則涉事的高級行政人員不大可能要承受不相稱的負擔。

26. 強制縮減資本票據：因訂立資本縮減文書而導致的財產“徵用”情況，其實會反映並符合相關後償債項資本票據的發行人與持有人先前所同意(以及在相關票據的條款及條件中載列)的撇帳或轉換條款。見條例草案第 31(9)條。

27. 暫停付款義務／擱置提前終止權：向瀕臨倒閉的金融機構的對手方暫停付款義務或擱置金融機構的對手方的提前終止權，並不會令相關合約失效，此舉並不構成徵用財產。如應用公正平衡準則，如對合約權利作出限制訂有嚴格時限(即兩個營業日)(條例草案第 83(4)及 90(4)條)，又能達致確保金融市場穩定和持續執行關鍵金融服務的合理目的，則對手方不大可能要承受不相稱的負擔。

強制性公積金(下稱“強積金”)計劃事宜

本部察悉，香港有若干銀行及保險公司(即具系統重要性的銀行及保險人)亦為註冊強積金計劃的核准受託人。請澄清以下事宜：

(a) 條例草案為何沒有訂明(i)進入處置程序的金融機構所管理的註冊強積金計劃的安排或轉讓及(ii)在相關處置程序中保障該等計劃的累算權益；以及為何沒有對《強制性公積金計劃條例》(第 485 章)作出對應或相應修訂。

28. 關於(a)(i)項，根據條例草案，處置機制當局可轉讓被處置金融機構以信託形式持有的資產(見附表 4 第 4(7)及(8)條)。因此，被處置金融機構如本身為強積金受託人，而處置策略又是施行轉讓方面的穩定措施，則該家金融機構以受託人身分持有的強積金資產，可按需要轉讓予買家或過渡機構。此外，由於持有客戶資產而產生的負債不在可被內部財務調整範圍內(見附表 5 第 2(m)條)，因此如以內部財務調整作為處置策略，以重組被處置金融機構的資本，並令該機構得以繼續經營下去，則經資本重組的金融機構可繼續擔任強積金受託人。

29. 強積金資產如並非由被處置金融機構直接持有，而是由附屬公司持有，條例草案下處置機制當局可把附屬公司股份作為被處置金融機構資產轉讓(條例草案第 39(2)及 42(2)條)。

30. 就受涵蓋金融機構進行處置規劃及處置可行性評估時，會考慮金融機構所經營的強積金受託人業務，以及該機構如進入處置程序，是否有措施令該機構有秩序處理和確保該等業務得以持續經營。這項預早作出規劃的安排，應有助確保金融機構被處置時，其強積金計劃信託資產可順利及安全地轉讓。

31. 就金融機構從事註冊強積金計劃核准受託人業務而進一步考慮處置機制的範圍時，據我們了解，(i)所有強積金受託人均為銀行或保險集團的附屬公司或相聯公司；以及(ii)強積金資產是由這類受託人或其委聘的託管銀行(本身屬《銀行業條例》(第 155 章)下的認可機構)持

有。所有認可機構均已納入處置機制的範圍，因此，任何受涵蓋認可機構的強積金受託人附屬公司／相聯公司或認可機構以強積金受託人託管銀行的身分從事的活動，均可納入該認可機構的集團處置策略內。至於獲授權保險人，我們只建議把那些屬具全球系統重要性保險人或其附屬公司或分公司的獲授權保險人，納入處置機制內。因此，並非所有獲授權保險人均會被“自動”納入本地機制範圍內。如強積金受託人是處置機制以外的保險人的附屬公司／相聯公司，當局又有系統風險的理由認為應把該保險人納入機制內，可根據條例草案第 6 條由財政司司長行使指定某金融機構為受涵蓋金融機構的權力，把該保險人納入機制範圍內。此外，假如財政司司長評定某強積金受託人一旦倒閉便可能威脅香港金融體系的穩定及有效運作，也可根據條例草案第 6 條行使該等指定權力，把該強積金受託人納入機制範圍內。

32. 至於(a)(ii)項，處置機制當局須顧及的第二個處置目標，即力求保障客戶資產(條例草案第 8(1)(c)條)，而正如對(a)(i)項的回應所述，儘管處置機制當局可把被處置金融機構以信託形式持有的強積金資產轉讓予買家或過渡機構，但此舉不得影響客戶在該等客戶資產中的實益權益(條例草案的附表 4 第 4(8)條)。該等強積金資產實際上可轉讓予另一受託人或保管人，但受益人在如此轉讓的資產中的利益必須不受影響。如內部財務調整(而非轉讓)被認為是較可取的處置策略，由於客戶資產並非被處置金融機構實益擁有的資產，因此會獲豁免而不受內部財務調整規限。

33. 基於上述理由，我們認為無須對《強制性公積金計劃條例》(第 485 章)作出額外的相應修訂。

(b) 由於註冊強積金計劃不屬條例草案附表 1 下的受保障計劃，該等計劃的累算權益看來不獲豁免於條例草案下的處置行動。該等註冊強積金計劃及由有關金融機構管理的累算權益會否受條例草案所建議的穩定措施及處置文書所影響？

34. 根據條例草案第 8(1)(b)條，處置機制當局須保障被處置金融機構的存款或保險單，保障程度須不遜於假若該金融機構清盤時，該等存款或保險單會在條例草案附表 1 所載的任何一項計劃下受保障的程度。附表 1 所載的計劃是一些現有計劃，持有存款的銀行或發出保單的保險人一旦進入清盤程序，這些現有計劃即可向存款人及保單持有人提供某程度的保障。由於制訂這些計劃是為了在清盤時提供保障，因此規定處置機制當局在處置時至少給予有關方面同等保障，實屬合理。

35. 根據條例草案第 8(1)(c)條所訂的保障“客戶資產”的處置目標，處置機制當局必須保障客戶資產，保障程度不低於在清盤情況下該等客戶資產會受保障的程度。客戶資產界定為包括金融機構作為另一人的證券或其他財產的信託人或保管人而經營業務的過程中，（不論以信託形式或藉合約）持有的證券或其他財產(條例草案第 3 條“客戶資產”定義的(c)段)。因此，被處置金融機構如為強積金受託人，並以信託形式為他人持有強積金資產，該等資產均受條例草案保障，保障程度不低於該等資產在金融機構清盤時會受保障的程度。

(c) 在處置一個亦為第 485 章下的核准強積金計劃受託人的受涵蓋金融機構時，強積金管理局會否有任何角色？條例草案為何沒有訂明強積金管理局在處置這樣的金融機構時的職能及角色？有關處置機制當局在處置行動中會否諮詢強積金管理局？

36. 處置機制當局可向強制性公積金管理局(下稱“積金局”)尋求協助，以支援處置一個亦為第 485 章下的核准強積金計劃受託人的受涵蓋金融機構。支援方式可以是在藉財產轉讓文書轉讓強積金資產予一名尚未獲積金局核准成為註冊強積金計劃受託人的收購者時，請求積金局加快批核程序。如處置策略預期會涉及資產轉讓，處置機制當局在處置規劃過程中會與積金局保持聯繫。儘管如此，由於處置的中央職能會由根據條例草案委任的處置機制當局執行，讓積金局在根據條例草案有秩序處置金融機構方面擔當正式的職能或角色，並非政府的意向。

在處置金融機構時對僱員權益的保障

本部察悉，條例草案並無專門為保障已進入處置程序的金融機構的處置前僱員的權益訂定條文。就此，請澄清以下事宜：

(a) 鑒於根據條例草案第 4 部進入處置程序的金融機構不會有針對該金融機構的清盤呈請提出，該等金融機構的處置前僱員將不會根據《破產欠薪保障條例》(第 380 章)第 16 條從破產欠薪保障基金獲支付欠薪。請解釋條例草案為何沒有條文確保該等金融機構的處置前僱員所獲得的待遇不會差於第 380 章下的清盤情況。

37. 我們認為處置應為大部分(就算不是全部)已倒閉金融機構僱員取得較佳的結果。雖然如此，對在啟動處置行動時仍受僱的僱員來說，處置程序的實際結果視乎最終採取的處置策略而定，每宗個案不盡相同。

38. 處置機制當局施行某些穩定措施(即(i)把被處置金融機構的擁有權強制性轉讓(即把該機構的股份轉讓)予財政穩健的收購者或(ii)就該機構某些負債進行內部財務調整後，儘管該機構的股份擁有權可能已經易手，但由於所有僱員仍繼續受僱於同一法律實體，在他們當前的就業方面所受到的影響應該甚微。

39. 如透過局部財產轉讓實行處置，即只需把已倒閉金融機構的某些資產、權利和負債轉讓予財政穩健的收購者／過渡機構／資產管理工具，也能確保該機構持續執行關鍵金融功能，處置機制當局須把為支援已轉讓關鍵功能的執行工作所需的僱員的僱傭合約，轉讓予收購者。對於被轉讓僱傭合約的僱員，條例草案附表 4 第 7(4)條訂明，實行局部轉讓的財產轉讓文書可載有這類僱員的延續僱用條文。附表 4 第 7(1)(b)條又訂明，財產轉讓文書可規定就任何與有關轉讓相關的目的而言，受讓人與出讓人須視作同一人。

40. 在局部轉讓中，無須負責執行關鍵金融功能(並因此其僱傭合約並沒有轉讓予收購者)的其他僱員，會繼續

受聘於尚存金融機構。被處置金融機構對金融體系影響不大及商業買家沒有意欲購買的部分，會被留在該尚存機構。對於留任尚存金融機構的僱員，由於聘用實體不變，他們的受僱身分或僱傭合約不受影響，這類僱員也根本無須向破產欠薪保障基金尋求協助。假若尚存金融機構其後進入清盤程序或被債權人清盤，現時所有法定及合約保障會繼續適用於這類僱員，包括破產欠薪保障基金的保障和《公司(清盤及雜項條文)條例》(第 32 章)就清盤所訂的優先權。此外，僱員如屬被處置金融機構的處置前債權人，而其作為債權人的處置待遇評定為遜於該僱員在該金融機構清盤時會得到的待遇，則該僱員有資格獲付“任何債權人所得不會遜於清盤程序”的補償。這項保障措施旨在確保包括僱員在內的任何處置前債權人，在處置所得的待遇不會遜於他們在金融機構清盤時會得到的待遇。

(b) 政府當局及有關處置機制當局將會採取何種措施(立法或行政)，以保障該等金融機構的處置前僱員的權益？

41. 我們現正考慮有關事宜，會在稍後回覆。

(c) 就金融機構的處置前僱員而言，《僱傭條例》(第 57 章)的規定會否對處置機制當局、第 10 條所指的實體及過渡機構／資產管理工具／暫時公有公司具約束力？

42. 就處置機制當局及第 10 條所指的實體而言，條例草案並不包含因施行穩定措施而把已倒閉金融機構的僱員轉讓至該當局或該實體的概念。

43. 然而，處置機制當局可使用財產轉讓文書，把僱傭合約轉讓至收購瀕臨倒閉金融機構部分業務的收購者（通常是一家私營範疇的公司，但亦可以是過渡機構、資產管理工具或暫時公有公司）。財產轉讓文書如用以轉讓僱傭合約，可載有延續僱用的條文。

44. 儘管僱員不大可能反對以財產轉讓文書轉讓其僱傭合約，但處置機制當局轉讓也不能強迫有關僱員為收購者工作。因此，處置機制當局可把僱員須在財產轉讓

文書發出後上班工作列為該文書的先決條件，或使用逆向財產轉讓文書讓提出反對的僱員的合約重返尚存金融機構。如上文所述，假若可行，在發出財產轉讓文書前，處置機制當局應與僱員及僱員代表聯繫(但須同時確保擬採取的處置行動保密)，以減低使用附有先決條件的財產轉讓文書或逆向財產轉讓文書的需要。

45. 過渡機構、資產管理工具或暫時公有公司是根據《公司條例》(第 622 章)成立為法團的獨立法律實體(見條例草案第 43(a)、51(a)及 69(a)條)。因此，在一般情況下對這類公司具約束力的條例(包括《僱傭條例》(第 57 章))，也會適用於這類過渡機構、資產管理工具或暫時公有公司。條例草案並無特定條文就《僱傭條例》(第 57 章)適用於過渡機構、資產管理工具或暫時公有公司的任何僱員(包括由已倒閉金融機構轉讓的“處置前僱員”)，作出限制。

(d) 受到條例草案的相關條文賦權的處置機制當局、第 10 條實體及過渡機構／資產管理工具／暫時公有公司會否受到正被處置的金融機構的有關處置前的僱傭／服務合約的條款所約束？

46. 如對已倒閉金融機構進行內部財務調整或擁有權轉讓(即股份轉讓)，只要僱員繼續受僱於同一法律實體，便會繼續按相同條款受聘，而一如上文對(b)項的回應所述，其工資(以及按照工資計算的員工福利)會獲豁免而不受內部財務調整條文規限。如進行局部財產轉讓，則同樣正如上文對(b)項的回應所述，附表 4 第 7(4)條賦權處置機制當局在財產轉讓文書包括延續僱用的條文，有關條文與附表 4 第 7(1)(a)條所述的條文預計會參照銀行合併條例的做法，訂明就保障僱員權益(例如用以計算長期服務金／遣散費的合資格僱用期)的目的而言，受讓人(即過渡機構、資產管理工具或商業買家)與出讓人(即已倒閉金融機構)須視作同一人。

第 1 部(導言)

請澄清條例草案第 2(1)條中“資產”的定義是否包括有關實體的商譽、版權及註冊專利

47. 條例草案第 2 條刻意賦予“資產”一詞較為廣闊的定義，我們認為該定義涵蓋商譽、版權及註冊專利。

根據條例草案第 2(1)條，“行政總裁”指由董事直接授權負責(獨自或連同其他人)管理該實體的全部業務的人。請澄清，此項有關行政總裁的定義能否涵蓋以下情況：某實體的部分業務並非由行政總裁直接管理，而是由董事局(或由董事局委任的另一人)直接管理，因此，有關行政總裁實際上並非管理該實體的全部業務。

48. 我們並不認為上述情況將會極為普遍。事實上，根據《銀行業條例》(第 155 章)就每間認可機構須委任一名行政總裁及不少於一名候補行政總裁的規定，金融管理專員基本上預期行政總裁/候補行政總裁會負責管理相關認可機構的整體業務；如屬海外註冊認可機構，則會負責管理該機構在香港的所有業務。

49. 儘管如此，我們不難想像負責執行某些監控職能的人員或會直接向董事會匯報。要涵蓋這個可能出現的情況，政府不反對對“行政總裁”的定義作出以下修訂(增加字眼以底線表示)：“行政總裁”就某實體而言，除在第 9 部以外，指由董事直接授權負責(獨自或連同其他人)該實體的一般策略和該實體業務的一般管理的人(不論其職稱為何)；如該實體是在非香港司法管轄區成立或成立為法團的，則行政總裁包括負責(獨自或連同其他人)管理該實體在香港的業務的一般管理的人。

請確定財政司司長根據條例草案第 6(5)條發出的公告(即指明某實體的監控職能的公告)是否屬附屬法例，並可由立法會根據《釋義及通則條例》(第 1 章)第 34 條作出修訂。

50. 財政司司長根據條例草案第 6(5)條發出，指明某實體的監控職能的公告屬附屬法例，並可由立法會根據第 1 章第 34 條進行先訂立後審議的程序。

請考慮條例草案是否應賦權財政司司長，如他認為就處置機制當局、第 10 條實體及委任人(根據第 95 條委任的人)根據處置機制一般性或就任何特別個案行使各自的職能而言是合適的話，可向該等當局、實體及人士發出指示，以便財政司司長可在處置程序啟動後監察整個過程，以確保在有關程序中公眾利益始終受到保障。

51. 制訂條例草案擬建立的機制時，政府已密切留意這方面的國際標準，即金融穩定理事會發出的《主要元素》。《主要元素》第 2.5 條訂明，“執行機構應具有與其法定職能相稱的獨立運作能力，應公開透明，而且應有良好的管治和充足的資源，並由嚴格的評估和問責機制評定其任何處置措施的成效”。因此，草擬的條例草案是基於處置機制當局須具有必要的獨立運作能力，在出現危機時能迅速果斷地執行處置行動。條例草案亦訂有問責條文，規定處置機制當局在啟動處置程序前須先諮詢財政司司長並須向財政司司長提交報告，由財政司司長將有關報告提交立法會省覽。

52. 再者，國際貨幣基金組織在其金融穩定評估計劃下，於二零一四年對香港進行評估，當中建議政府應繼續致力制訂符合國際做法的完備處置機制，並強調要確保處置機制當局有足夠而獨立於政府的運作能力，不應受決策程序妨礙，並能夠迅速果斷地執行處置權力的。

53. 第 10 條實體的角色，是協助處置機制當局執行其職能(條例草案第 10 條)，因此他們會按照處置機制當局的指示行事。鑑於處置機制當局應有獨立運作能力，而第 10 條實體須按照處置機制當局的指示行事，因此第 10 條實體似乎不宜受財政司司長的指示行事。由於設立委任人的目的，是要確保處置機制當局或政府不會對獨立估值師的人選造成不當影響(否則財政司司長或處置機制當局應更容易作出任命)，因此財政司司長似乎不宜向委任人發出指示。

第 3 部(關乎處置的權力)

請舉出例子或解說，說明何種情況會被處置機制當局視為條例草案第 12 條下有秩序處置屬銀行、保險和證券及期貨界別的受涵蓋金融機構的障礙。

54. 要詳盡列出所有有秩序處置金融機構時可能面對的障礙並不可能，因屆時將視乎個別金融機構的組織結構和經營方法出現何種障礙。但我們仍嘗試列舉下列可能有關的情況供參考：

- (i) 集團結構：一個本地金融集團或由多個實體組成，各實體彼此緊密連繫，但法律上又各自獨立。由於這些實體緊密連繫，要作出個別處置未必可行力。在此情況下，在這些實體之上成立一家新的本地控權公司，或可有助有秩序處置整個集團。儘管如此，處置機制並沒有強制要求所有受涵蓋金融機構要自動在本地成立控權公司，成立與否視乎個別情況而定；
- (ii) 確保持續經營：某受涵蓋金融機構，可能由所屬集團內其他多個位於不同司法管轄區的實體為其提供關鍵服務，該金融機構一旦被處置，這些服務會否持續，實在難以確定。要解決這個問題，或可要求支援被處置金融機構持續提供關鍵金融功能的服務由集團內若干法律實體集中提供，該些實體在管理和資金結構上獨立於集團，或可“不受母公司破產影響”，在處置行動中更能受到保障；也可作出更穩當的協議安排，令該些實體可以抵禦該金融機構處置行動的衝擊，實際上“不受處置行動所影響”；
- (iii) 財政上的依賴：受涵蓋金融機構可能依賴海外的集團成員提供重要的內部流動資金服務。如對集團實行的處置策略預期會分割集團各相關部分，處置機制當局可要求該金融機構減少在財政

上對集團其他部分的依賴(例如通過限制集團內部的風險承擔而達致)；

- (iv) 交易記帳模式：金融機構可能會與集團另一個在海外的實體交易記帳，以轉移相關風險。舉例來說，當屬意的處置策略預期會把金融機構與記帳實體分割時，為增加處置行動的確定性，這些記帳安排可能需要適當調整；
- (v) 在本港設有業務：在本港營運的分支機構可能具系統重要性，但大家關注的，可能是總公司所在地的主管當局是否有能力／願意按集團的協調處置策略，對該分支機構進行處置。在此情況下，為加強監控，處置機制當局可能決定把該分支機構的營運在本港子公司化是有必要的。(不過，擬議的機制並非自動規定分支機構的營運必須“子公司化”，是否須作出這項決定，將按個別情況而定。)

55. 條例草案第 194(1)條賦權處置機制當局就執行條例草案賦予的職能，發出《實務守則》。條例草案第 194(2)(a)條訂明，《實務守則》應就處置規劃及處置可行性評估(包括排除對進行有秩序處置的障礙)的方法及程序等事宜，提供指引。由於有可能發生的情況範圍十分廣泛，因此，我們認為在《實務守則》而非條例草案闡述更多細節和例子較為恰當。

根據條例草案第 14 條，處置機制當局可向受涵蓋金融機構的控權公司送達書面通知，指示其採取措施，以排除有秩序處置受涵蓋金融機構的障礙或減低其影響。若有關控權公司在非香港司法管轄區成立及位於非香港司法管轄區，有關處置機制當局如何實施或執行根據條例草案第 14 條所發出的通知？

56. 政府承認，在某些情況根據條例草案行使權力，或會碰到一些問題，例如當控權公司及相聯營運實體都是在香港以外的司法管轄區成立為法團時。但要注意的是不論控權公司成立為法團的地方為何，規管當局皆有權

規管，這方面在其他條例已有先例可援。例如，銀行業條例(第155章)第63(2A)(a)條賦權金融管理專員可規定不同公司，當中包括認可機構的控權公司，呈交他為根據[銀行業條例]行使他的職能而合理規定的資料……。

57. 在處置行動方面，《主要元素》所訂的標準，旨在理順各司法管轄區的處置框架，使其互相配合，令跨境處置行動得以明確執行。因此，只要控權公司成立為法團的司法管轄區已落實《主要元素》所訂的標準，“確認”海外處置機制當局(包括在香港的處置機制當局)所執行的處置行動，處置機制當局即可在符合相關條件的情況下，使根據條例草案第14條對海外成立為法團的控權公司行使的權力，在該司法管轄區得以實施。

58. 此外，倘有關控權公司在海外成立為法團一事被斷定為對本地金融機構的處置工作構成障礙，因為成立為法團的司法管轄區不會或不能根據條例草案第14條執行任何該等指示，則在此情況下，香港的處置機制當局會獲賦權，規定金融機構自行採取步驟排除該障礙，例如在運作上減少對該控權公司的依賴，或成立一間在本地成立為法團的中介控權公司。必須注意的是，這些措施不會因落實處置機制而自動生效，而是按照不同個案的情況而定，視乎有關障礙對有秩序處置構成的威脅，以及該金融機構建議採取的任何替代行動。

請澄清有關處置機制當局如有合理理由，是否有酌情決定權延長根據條例草案第14(2)條送達的通知所指明的限期(不論是其主動作出或由有關金融機構申請)。為免生疑問，請考慮是否應在條例草案明確訂明此項酌情決定權。

59. 條例草案並無訂明處置機制當局可酌情延長根據條例草案第14(2)條送達的通知所指明的限期。政府認為不需要在條例草案加入這項明確條文，因為第1章第46條規定：

“凡條例授權力予任何人訂立、批給、發出或批准任何文告、命令、公告、聲明、文書、通告、牌照、許

可證、豁免、登記冊或目錄，該權力包括作以下事情的權力—

- (i) 修訂或暫時撤銷這些文告、命令、公告、聲明、文書、通告、牌照、許可證、豁免、登記冊或目錄；
- (ii) 以另一份文告、命令、公告、聲明、文書、通告、牌照、許可證、豁免、登記冊或目錄取代已訂立、批給、發出或批准的一份；
- (iii) 撤回藉該權力所作的任何文告、命令、公告、聲明、文書、通告、牌照、許可證、豁免、登記冊或目錄的批准；及
- (iv) 宣布有關文告、命令、公告、聲明、文書、通告、牌照、許可證、豁免、登記冊或目錄的實施日期及實施期限。”

60. 因此，有關處置機制當局若認為延長根據條例草案第 14(2)條送達的通知所指明的限期屬合理者，則可修訂有關通知，或以另一通知取代；新的通知須指明在延長限期內須採取有關處置機制當局所指示的措施。

根據條例草案第 16(3)(b)條，如某受涵蓋金融機構或控權公司犯該條所訂罪行，如某受涵蓋機構或公司的某高級人員明知而以任何方式(不論屬作為或不作為)涉及該機構或公司犯該條所訂罪行，該人員亦犯罪(即不遵從處置機制當局所發的通知)。請澄清條例草案第 16(3)(b)條所訂的罪行將需何種元素作為證明。某金融機構的高級行政人員會否只因知道該金融機構犯條例草案第 16(1)條所訂的罪行，並在該金融機構擔任某個高級職位，即使他沒有協助或參與該金融機構犯該罪行的作為(或不作為)，亦要負上條例草案第 16(3)(b)條下的刑事責任？

61. 為了確立條例草案第 16(3)(b)條所訂的罪行，控方需要證實下列元素無合理疑點：

- (i) 該人員所屬的受涵蓋金融機構或控權公司觸犯條例草案第16(1)條所訂的罪行；以及
- (ii) 該人員明知而以任何方式(不論屬作為或不作為)涉及該機構或公司觸犯該罪行。

62. 條例草案並沒有界定“明知而涉及”一詞的定義，但該詞在若干條條例中也有使用(而沒有定義)。法庭曾裁定：

- (i) 被告必須實際知悉相關違法行為所依據的事實(但他是否知悉該些事實構成違法行為並不重要)(即有“明知”的元素)；以及
- (ii) 被告必須曾經實際參與違法行為(即有“涉及”的元素)⁵。由此看來，實際參與必須指被告知悉此等行為是構成犯罪的實際情況。然而，如被告明顯蓄意視而不見，或因對真相存疑但不欲所懷疑的事得到證實而避免接受調查(雖然純粹懷疑似乎不足以作證)，就可能可從中推斷被告知悉有關行為。⁶

63. 就上述問題提出的例子，若果某高級行政人員(就本回應而言，假設他是條例草案第2(1)條所界定的“高級人員”)實際知悉事實(即他知道有條例草案第14(2)條所指的通知送達受涵蓋金融機構或其控權公司，而該通知已根據條例草案第15(2)或(4)條獲確認，金融機構在該通知指明的限期內無合理辯解而不遵從該通知)，並作出他知道會促使受涵蓋金融機構或其控權公司犯罪的事實情況的行為(例如他指示下屬不遵從通知)，就是條例草案第16(3)(b)條所指的“明知而涉及”觸犯罪行的例子。

⁵ 有關實際知悉和實際參與，見 *Securities and Investments Board 訴 Pantell SA and others (No 2)* [1993] 1 All ER 134 at 148(英國上訴法院的裁決)和 *R. v Taaffe* [1983] 1 WLR 627 at 630(英國上訴法院的裁決，並獲英國上議院確認^{[1984] 2 WLR 326})。有關知悉事實，見 *Securities and Investments Board 訴 Scandex Capital Management A/S and another* [1998] 1 All ER 514 at 521(英國上訴法院的裁決)。

⁶ 見 *R. v Corrigan* [2014] NICA 85 第37段(北愛爾蘭上訴法院的裁決)。

64. 除具體行動外，不作出某行為亦能產生條例草案第 16(3)(b)條所訂的刑事責任，因為條例草案第 16(3)(b)條有“不論屬作為或不作為”這個在圓括號內的字眼，用作界定被告“涉及”犯某罪行的方式(而“涉及”這個動詞以“明知”修飾)。就不作為而言，必須在無合理疑點下證實被告明知不作出某行為(而非明知作出某行為)會助長導致受涵蓋金融機構或其控權公司觸犯罪行的情況。舉例說，若果某高級行政人員(同樣實際知悉事實)沒有或未能給予必要的批准去執行變動，以遵從處置機制當局發出的通知，就是條例草案第 16(3)(b)條所指的“明知而涉及”觸犯罪行的例子。

65. 條例草案第 16(3)(b)條所訂的罪行是故意針對金融機構(或其控權公司)的“高級人員”，而根據條例草案第 2 條關於“高級人員”的定義，應只包括身居要職(以他們相對的級別)，有可能使金融機構或控權公司違法的人士。

請澄清根據條例草案第 19 條就受涵蓋金融機構訂明“吸收虧損能力規定”所訂立的規則是否屬附屬法例，可由立法會根據第 1 章第 34 條作出修訂？

66. 處置機制當局根據條例草案第 19 條就受涵蓋金融機構訂明“吸收虧損能力規定”所訂立的規則屬附屬法例，可由立法會根據第 1 章第 34 條進行先訂立後審議的程序。

請澄清處置機制當局是否有權根據條例草案第 23 及 24 條，撤銷根據《公司條例》(第 622 章)第 786 條獲委任的非香港金融機構獲授權代表的委任。若然，請考慮是否應在條例草案第 3 部或第 622 章第 16 部明確訂明此項權力。

67. 有關條例草案第 24 條的權力(只能在截至處置行動展開前的一段短時間內可操作)，其背後的政策原意，是讓處置機制當局可罷免獲授權採取行動約束有關金融機構的人士的職位(以致可能阻礙處置機制當局達到有秩

序處置的目標)。因此，行使此等權力撤銷根據《公司條例》(第 622 章)第 786 條獲授權代表的委任，並不是政府的原意；但若有關人士亦為金融機構或其控權公司的董事、行政總裁或副行政總裁，則可罷免其職位。

請澄清有關處置機制當局會否向公眾披露根據條例草案第 24 條撤銷受涵蓋金融機構的董事、行政總裁或副行政總裁的委任。若然，如何披露？

68. 我們已仔細考慮，若有董事根據條例草案第 24 條遭罷免，應如何公布，尤其在金融機構面臨嚴竣困局時罷免董事，可能會傳達了某些信息。只有在處置機制當局信納有關金融機構已不再可持續經營，或相當可能不再可持續經營，而若該金融機構無法經營會對金融體系的穩定構成風險(即符合條例草案第 25 條所列的條件 1 和條件 3)，處置機制當局方可行使撤銷董事的權力。因此，處置機制當局憂慮若由其即時宣布罷免董事一事，會為該金融機構帶來恐慌或壓力，因為這樣做基本上確定快將展開處置行動，從而引發一些行為(例如突然撤資)，以致可能影響處置機制當局隨後有秩序處置或使有秩序處置更難實現。因此，為求適當平衡，我們的建議是透過現行公司及證券法例下的恆常機制對公眾作出公布。

第 4 部(處置之前的階段)

請詳述何種情況會被處置機制當局視作條例草案第 25 條的條件 1、2 及 3 下受涵蓋金融機構不可持續經營。是否應在條例草案明確訂明受涵蓋金融機構不可持續經營的準則？

69. 為闡明條例草案第 25 條所指的條件 1，條例草案第 5 條界定了何謂不可持續經營，把有關決定與任何受規管金融機構，如因違反其授權或牌照準則而導致其授權或牌照被撤銷掛鈎。不過，並非任何違反授權／牌照準則的情況均會被自動視作不可持續經營，決定與否須視乎相關因素。舉例而言，任何受涵蓋金融機構如無法

維持最低償付準備金比率，當局會審視該金融機構的資本比率有否急劇下跌，或違規情況是否只屬技術性質(例如可能由先前未有發現的計算錯誤造成)。

70. 由於在評估金融機構是否不可持續經營時，難免要作出主觀判斷，因此政府認為，要詳列處置機制當局會用作界定不可持續經營情況的每個準則，或詳列處置機制當局會界定為不可持續經營的每個情況，並不可行。不過，我們預計，根據條例草案第 194(2)(a)(ii)條而制訂的《實務守則》，可包含適當的指引和例子，務求為業界提供更清晰的指引。當局會在發出《實務守則》前進行諮詢。

71. 處置機制當局在決定是否展開處置行動前，會先就該金融機構是否不可持續經營作出決定，如有人認為有關決定不合理，可以提出司法覆核。

若某受涵蓋金融機構的相關控權公司或相聯營運實體在海外司法管轄區成立，而其主要營運或資產位於香港以外的地方，處置機制當局如何行使其權力或執行根據條例草案第 28(1)及 29(1)條所作的決定？

72. 一如上文第 56-58 段作出的解釋，政府承認，在某些情況根據條例草案行使權力，或會遇到一些問題，例如當控權公司及相聯營運實體都是在香港以外的司法管轄區成立為法團時。但就一些規定向控權公司(不論其成立為法團的司法管轄區為何)發出指示，在其他條例已有先例可援。舉例來說，《銀行業條例》(第 155 章)第 63(2A)(a)條賦權金融管理專員可規定不同公司，當中包括認可機構的控權公司，“呈交……他為根據[《銀行業條例》]行使他的職能而合理規定的資料……”。

73. 在處置行動方面，《主要元素》所訂的標準，旨在理順各司法管轄區的處置框架，使其互相配合，令跨境處置行動得以明確執行。因此，只要相關司法管轄區(即控權公司或相聯營運實體成立為法團的司法管轄區)已落實《主要元素》所訂的標準，“確認”海外處置機制當局(包括在香港的處置機制當局)執行的處置行動，處置機

制當局即可在符合相關條件的情況下，使根據條例草案第 28(1)及／或第 29(1)條對海外成立為法團的控權公司或相聯營運實體行使的權力，在該司法管轄區得以實施。

74. 進行處置規劃及處置可行性評估，用意在於識別可能影響有秩序處置的障礙(包括源於無法對在香港以外地方成立為法團的實體行使權力的障礙)，以及評定是否需要採取措施排除該等障礙(請同時參看上文有關根據條例草案第 14 條送達通知予控權公司的答覆)。

請澄清為何就(a)啟動處置某金融機構所作的決定及(b)根據條例草案第 4 部就認可機構(即銀行)訂立的資本縮減文書沒有設置上訴機制。

75. 啟動處置程序:鑑於處置機制當局能迅速果斷地向瀕臨倒閉的金融機構執行處置行動，以確保金融機構持續執行關鍵金融功能，維持市場的信心及穩定發展，至關重要，《主要元素》第 5.5 條訂明，“為設立處置機制而訂立的法例，不應訂有可令執法機構在其法定權力內真誠地採取的措施在實行上受到限制或會引致該等措施被推翻的司法行動。相反，有關法例應訂明，可藉由在理據充分的情況下給予賠償來作出補救”。

76. 因應上文，條例草案雖然並無就啟動處置金融機構所作的決定訂明特定的上訴途徑，但處置機構當局執行權力時都受若干機制及管治安排制衡。在啟動處置前，處置機構當局必須向金融機構發出“意向書”，容許該金融機構作出申述(第 30 條)。另外，處置機構當局亦需諮詢財政司司長(第 27 條)(及就暫時公有化一項處置措施徵求財政司司長同意(第 68 條))；以及向財政司司長定期提交報告，並由財政司司長提交報告供立法會省覽(第 40、46、55、65 及 72 條)。此外，條例草案訂明“任何債權人所得不會遜於清盤程序”的補償機制作為保障，以確保金融機構的處置前股東和處置前債權人，在處置所得的待遇遜於金融機構被清盤所得的待遇時，有權獲付補償。最後，任何就執行處置權力而所作的決定都可被司法覆核。

77. 儘管《主要元素》明確規定，設立處置機制的法例不應訂定司法行動的條文，但也不會禁止債權人在設立處置機制的法例以外進行司法覆核的權利。政府認為，透過司法覆核提供上訴途徑，可取得適當平衡，一方面保證處置行動可迅速確實地執行，另一方面向受處置影響的人士提供申訴渠道。

78. 資本縮減文書：處置機制當局具有訂立資本縮減文書的權力，可確保認可機構發出的額外一級和二級資本票據的持有人根據該等票據的現行條款及條件吸收虧損。根據《銀行業(資本)規則》(第 155L 條)，額外一級和二級資本票據必須在其條款及條件包括一項條文，表明在觸發性事件發生時，將該票據撇帳或轉換為普通股。觸發性事件是下述兩項情況中的較早出現者——(A)金融管理專員以書面通知該機構，金融管理專員認為需要作出撇帳或轉換，否則該機構將不可持續經營；或(B)金融管理專員以書面通知該機構，具權限作出決定的政府當局、政府人員或其他相關監管機構已決定需要由公營部門注資或提供相等支援，否則該機構將不可持續經營。

79. 由於額外一級和二級資本票據以其在金融管理專員決定的“陷入不可持續經營狀況”吸收虧損作為根據發出，當處置機制當局(就認可機構而言，為金融管理專員)認為處置條件已獲符合(包括不可持續經營)(但在採取穩定措施之前)，根據條例草案將票據撇帳／轉換，亦純粹是執行現行合約條款。其中包括的情況是，在處置機制當局根據處置機制決定認可機構符合處置條件之前，有關撇帳或轉換額外一級資本票據或二級資本票據的合約條文仍未根據《銀行業(資本)規則》(第 155L 條)的條文觸發。

80. 這個方向反映《主要元素》第 3.5(iii)項的規定，執行機構應有權“一旦進入處置程序後，將在進入處置程序前其條款未被觸發的任何或有、可轉換或合約用於內部財務調整的工具轉換或降低價值”……，以及在該公司的內部財務調整行動中將任何由轉換產生的工具，與其他現有的股本或債務工具一併處理。

81. 資本縮減文書只容許金融管理專員在金融機構陷入不可持續經營狀況時，按照現行合約條文，將額外一級和二級資本票據撇帳或轉換，相關資本票據持有人的狀況應不會因為資本縮減文書而受到重大影響，因此我們認為無須特別設立上訴機制。假如額外一級或二級資本票據持有人認為處置機制當局在發出資本縮減文書過程中曾不合理地行事，仍可藉司法覆核提出申訴。

第 5 部(穩定措施)

有何理由將所有第 5 部文書排除於附屬法例之列(根據條例草案第 199(c)條)？

82. 條例草案第 199(c)條明確指出第 5 部文書並非附屬法例，是為了排除這些文書被認為、或被詢問或質疑為附屬法例的風險或不確定性。

83. 根據香港法例第 1 章第 3 條，“附屬法例”的定義為“根據或憑藉任何條例訂立並具有立法效力的文告、規則、規例、命令、決議、公告、法院規則、附例或其他文書”。

84. “具有立法效力”沒有在任何法例獲定義，但在香港法例第一章有被引用。在斷定有關文書是否具有立法效力時，律政司指出，這可從指出本地及其他普通法的法理識別出來：

- (i) 有關文書有否擴大或改變現行法例、或轉變普通法；
- (ii) 有關文書會否普遍適用於公眾或某一類別的人士，抑或適用於個人；
- (iii) 有關文書是否針對個案的行政行為，抑或制訂規管行為的一般規則或守則；
- (iv) 有關文書是否有法律效力，抑或只提供指引；

- (v) 有關文書會否受議會管制；及
 - (vi) 立法原意是否將有關文書視為附屬法例。
85. 引用上述要求，我們認為第 5 部文書非附屬法例，因為：
- (i) 第 5 部文書沒有擴大或改變條例草案賦予處置機制當局的權力，而只是把條例草案下的結果實施（而條例草案在獲立法會通過而制訂）；⁷
 - (ii) 第 5 部文書並非普遍適用於公眾或某一類別的人士，而只是對於被處置金融機構及對於執行處置措施時的有關人士適用，例如在證券或財產轉讓時的受讓人；
 - (iii) 處置機制當局就第 5 部文書的施行只是針對個案的行政行為，而不會制訂規管行為的一般規則或守則；
 - (iv) 雖然第 5 部文書對於有關人士會有法律效力，但這是基於處置機制當局就條例草案賦予的權力而訂立文書的權力；
 - (v) 政府的意向是第 5 部文書不應受議會管制；及
 - (vi) 立法原意會於條例明確訂明(見條例草案第 199 條)。

86. 然而，以上所列出的各要求並不是獨立成立的，亦並非所有的要求。律政司認為，如不清楚明確訂明第 5 部文書不是附屬法例，不能排除這些文書被認為、或被詢問或質疑為附屬法例的風險或不確定性。

⁷ 舉例來說，條例草案訂定向商業買家或過渡機構轉讓被處置金融機構的資產、權利及負債的權力。不過，就某個案會確實轉讓哪些證券、資產、權利及負債，事前無法得知。因此，有關文書會載列這些詳情，使條例草案所訂的轉讓權力得以行使。

87. 這個方向與政府自一九九九年十月起開始沿用的做法一致，即在對於某些根據法例制訂的文書的性質有疑慮時，於主體法例明確訂明該文書是否附屬法例，以闡明立場。

88. 處置機制當局必須行動果斷迅速，處置瀕臨倒閉的具系統重要性金融機構，藉此有效避免或減低對香港金融體系的穩定及有效運作(包括關鍵金融功能的持續性)構成風險。這與《主要元素》相符。⁸

89. 如把第 5 部文書當作附屬法例，便須待立法會審議方可生效，而完成審議過程所需時間，將導致金融市場出現不明朗的因素，市場人士或會撤回資金支援及存款、大幅拋售有關金融機構發行的證券(債務與股本)、設法平倉、要求調高保證金等。所有這些情況均會造成恐慌並擾亂市場秩序，而設立處置機制正是為了避免或減輕以上問題。有關做法不但有機會導致處置機制未能湊效，甚至會令香港的處置架構按《主要元素》的準則評級時得出負面評級。

根據條例草案第 37(1)條，第 10 條實體可協助處置機制當局對被處置金融機構作出估值，而委任此等實體必須符合條例草案第 37(2)條所列明的準則。若其後發現第 10 條實體的委任因不符合條例草案第 37(2)條所指明的委任準則而欠妥當，由該實體對有關金融機構所作的估值會否因而無效？

90. 如其後發現根據條例草案第 37(1)條委任的第 10 條實體因未能符合第 37(2)條的委任準則而欠妥當，第 10 條實體的作為（包括其作出的估值）便會無效。然而，其作出的估值被視作無效並不表示第 10 條實體協助處置機制當局根據條例草案第 35(1)條作出的估值會自動及必

⁸ 《主要元素》的前言提到，有效的機制應當“通過清晰的法律和程序達致快速、透明和盡可能明確這三項條件”，《主要元素》第 5.4 及 2.5 條則分別要求處置機制當局“應有能力以所需速度和彈性行使處置權力”，以及“應具有與其法定職能相稱的獨立運作能力”。

然無效。在某些情況下，在條例草案第 35(1)條下，第 10 條實體提供的協助對處置機制當局所作的整體估值並沒有造成重大影響(或沒有合理理據認為已造成影響)，有關估值仍會有效，儘管須視乎第 10 條實體就估值獲派的工作而定。我們認為，除由處置機制當局衡量某個案所涉的衝突問題對估值的影響多寡，並就估值整體上是否無效或是否須更正作出審慎的決定外，別無他法。

處置機制當局(或第 10 條實體)會否因上一段所述的委任實體欠妥當而令處置前股東或處置前債權人可能蒙受的損失或損害(如有的話)負責？

91. 根據條例草案第 197(1)條，代處置機制當局行事(或作為第 10 條實體)的人，因執行或看來是執行條例下的職能時，或在對某人執行或看來是執行該職能提供協助時，真誠作出的任何作為而造成損失或損害，該人無須為該等損失或損害承擔法律責任。這項條文適用於在真誠作出的第 10 條實體的委任。然而，在盡可能的情況下，處置機制當局會考慮適當的補救行動（如我們對於前一問題的回應所述）。

根據條例草案第 43 及 51 條，過渡機構或資產管理工具由特區政府全資擁有，或部分股份由特區政府擁有。該等條文是否意味過渡機構或資產管理工具的部分股份可由私人機構實體與特區政府一同擁有？若然，原因為何？以及政府如何確保私人機構擁有人就過渡機構或資產管理工具所作的決定或採取的行動與條例草案第 8 條所載列的處置目標一致？

92. 根據條例草案第 43 及 51 條的定義，過渡機構和資產管理工具是指由特區政府全資擁有、或部分股份由特區政府擁有的公司。如此定義，是要顧及這兩類公司在營運時可能出現擁有權易手的情況。條例草案的原意，是過渡機構和資產管理工具在初期由政府全資擁有，但隨着過渡機構把獲轉讓的業務再轉讓至私營範疇(或資產管理工具把其資產脫手)，過渡機構和資產管理工具的擁有權可能逐步轉讓予營範疇，以致兩者在過渡期內的部分股份由政府擁有。為確保在交易徹底完成前，處置機

制當局一直全權控制對過渡機構或資產管理工具所作的決定和所採取的行動，政府屬意，在過渡期內，部分股份由政府擁有的過渡機構或資產管理工具，其公司章程須訂明非政府股東的表決權會被暫時中止。

根據條例草案第 79(3)條，有關處置機制當局可指示被處置金融機構繼續按合理商業條款，向另一實體提供對在香港持續執行關鍵金融功能屬不可或缺的服務。請澄清上述由該等金融機構按合理商業條款提供的屬不可或缺的服務所需的費用將由哪一方(政府、有關處置機制當局或其他)支付？

93. 凡實體根據條例草案第 79(3)條接受由尚存金融機構提供的不可或缺的服務，須就該等服務支付費用。接受服務的實體預計是需要該等服務的過渡機構或商業買家。政府或處置機制當局直接接受尚存金融機構的服務，這情況極為罕見。

根據條例草案第 83(5)條，任何受涵蓋金融機構的債權人如未經有關處置機制當局書面同意，不得展開或繼續針對該金融機構的、為扣押該金融機構的資產而進行(或為得到其付款或使它交付其他財產而進行)的法律行動。請澄清這樣的限制會否適用於以下情況：相關法庭已根據《高等法院規則》(第 4A 章)或《區域法院規則》(第 336H 章)第 46 號命令就有關金融機構的資產發出“執行令狀”(例如扣押債務人財產令狀、交付令狀、管有令狀或暫時扣押令狀)並蓋上印章，但有關資產的實際交付或管有尚未進行。若屬此情況，請考慮是否有需要在條例草案第 83 條明確訂明此情況。

94. 我們現正考慮有關事宜，會在稍後回覆。

第 6 部(補償)

請澄清財政司司長根據條例草案第 95 條刊登委任人的任命公告是否屬附屬法例。

95. 否。任命委任人屬行政行為，不具立法效力。

根據條例草案第 104(3)條，根據條例草案第 6 部委任的獨立估值師可在該條所指的決定生效前，隨時更正該決定中的文書錯誤，或該決定中因意外失誤或遺漏而引致的錯誤。請澄清錯誤計算有關的補償額可否視作文書錯誤或由意外或遺漏造成的失誤，而有關獨立估值師可根據該條單方面更正或更改。

96. 我們現正考慮有關事宜，會在稍後回覆。

第 7 部(審裁處)

根據條例草案第 113(6)條，處置可行性覆檢審裁處在發表其在任何研訊程序中所作裁定的理由時，不得披露關乎有關研訊程序的申請人在商業上屬敏感的資料。請澄清何等資料會被視為關乎第 7 部下的研訊程序的“在商業上屬敏感的資料”。為免生疑問，請考慮在條例草案就關乎第 7 部下的研訊程序的申請人“在商業上屬敏感的資料”訂明相關準則，會否有幫助。

97. 關乎金融機構的“在商業上屬敏感的資料”，一般是指若公開的話，便會損害金融機構的商業利益的資料。舉例來說，這些資料包括關乎金融機構的：(i)衍生工具持倉量及對方手；(ii)營業額及定價；(iii)資金來源；(iv)顧客地點及種類。鑑於在商業上屬敏感的資料種類繁多，我們難以在條例草案全數訂明特定準則，而只可一般地提述若這些資料被公開，便會損害金融機構的商業利益。我們認為，由處置可行性覆檢審裁處按個案情況酌情作出決定，是較為可取的做法。

第 8 部(退扣報酬)

若某受涵蓋金融機構的高級人員被法庭根據條例草案第 144 條下令付還從有關金融機構所收取的報酬的全部或

指明部分，請澄清該高級人員可否從須付還的報酬中扣減其就有關報酬已繳交的薪俸稅。若否，原因為何？

98. 條例草案的退扣條文預期會涉及法庭程序，而退扣是依據法庭命令而提出申請(見條例草案第 143 條)。根據退扣條文，法庭必須在裁定退扣範圍前，考慮該高級人員的財務狀況等事宜。法庭在此條例草案下並沒有特定義務去考慮就有關報酬已繳付的稅項，但法庭有權決定因應這些已付稅項，而裁定就該高級人員的報酬根據條例草案第 144 條作出的退扣令當中所退扣的金額。

第 10 部(搜集資料、查閱及調查的權力)

根據條例草案第 158(4)(a)條，獲授權人士可在任何合理時間進入有關受規管實體的業務處所，以採取該條所載列的行動。請澄清若受規管實體可向獲授權人士提供條例草案第 158(4)(b)及(c)條所述的紀錄、文件及資料，但拒絕讓獲授權人士進入其業務處所，會否構成罪行。亦請澄清為何獲授權人士(在沒有法庭手令之下)進入有關受規管實體的業務處所就條例草案第 158 條的目的而言屬必須。

99. 條例草案第 158 條載述查閱權力，第 159 條則就第 158(5)條等條文訂立罪行。第 158(5)條提述第 158(4)(b)和(c)條(即獲授權人士進入受規管實體的業務處所後，查閱在該處所找到的紀錄及文件，以及向受規管實體查訊關於該等紀錄或文件的事宜)，而沒有提述第 158(4)(a)條(即進入有關業務處所)。換言之，第 159 條並沒有就受規管實體拒絕讓獲授權人士進入其業務處所訂立罪行。這做法與《打擊洗錢及恐怖分子資金籌集(金融機構)條例》(第 615 章)⁹的做法類似。

⁹ 見第 9 和 10 條。

100. 雖然條例草案第 156 條賦予處置機制當局獨立的搜集資料權力(無需進入任何處所),可從受規管實體或第三方實體取得有關處置機制當局在與執行其在條例草案下的職能相關的情況下合理地需要的資料、紀錄和文件,但處置機制當局行使此等權力時,必須預先知道要取得哪類資料或文件,但並非每次都預先知道。

101. 就此,處置機制當局如認為金融機構的業務處所內有其他紀錄或文件,而這些紀錄或文件是處置機制當局未能具體辨別但認為有助執行其職能,則處置機制當局可根據條例草案第 158 條(經獲授權人士)進行實地查閱。就監管性質的法例(例如《銀行業條例》(第 155 章)第 55 條)而言,進行實地查閱並非罕見。

102. 處置機制當局如行使條例草案第 158 條的查閱權力,但獲授權人士被拒進入有關業務處所,該獲授權人士或處置機制當局可根據條例草案第 164 條,向裁判官申請手令。

請解釋為何沒有就條例草案第 168 條(文件的銷毀等)所訂的罪行提供“合理辯解”的抗辯理由。

103. 干犯條例草案第 168 條所訂的罪行,必須有犯罪意圖,即“意圖”向獲授權人士或調查員“隱瞞”若干事實或事情。換言之,控方必須在無合理疑點的情況下,證明被告有犯罪行為和犯罪意圖。在本條文下加入法定免責辯護條文,令被告可以作出“合理辯解”並不恰當,因為蓄意向獲授權人士或調查員隱瞞相關資料,並無合理辯解可言。

第 13 部(非香港處置行動)

將非香港處置行動的確認文書剔除於附屬法例之外(根據條例草案第 199(e)條)的原因為何?

104. 條例草案第 199(e)條訂明,確認文書並非附屬法例,原因是:

- (i) 確認文書具有法律效力，但不具立法效力；以及
- (ii) 有充分理由支持，訂立確認文書的行政行為不須受議會管制。

105. 適用於第 5 部文書的理據同樣適用於確認文書。請參閱上文第 82-89 段。

為何條例草案第 25 條所訂的條件 1、2 及 3 不適用於第 13 部下確認文書的訂立？

106. 與金融穩定理事會公布的《跨境處置行動成效的原則》¹⁰ 一致，根據條例草案第 13 部訂立確認文書，旨在確認全部或部分“境外處置行動”(即非香港處置機制當局為處置海外註冊但在香港設有業務的金融機構而採取的行動)，使境外處置行動(或其部分行動)在香港產生的法律效力，大致上相等於該等行動(或其部分行動)假若是根據香港法律作出和授權作出便會產生的法律效力。更為重要的是，確認非香港處置行動，並不會取決於也不會促使本地處置機制當局在香港處置機制下施行穩定措施和附隨的處置權力。因此，條例草案第 25 條所訂的條件 1、2 及 3 不涉及也不適用於確認文書的訂立。儘管第 25 條的條件不適用於確認文書的訂立，但處置機制當局訂立確認文書時須符合其他條件，包括：

- (i) 條例草案第 185(6)條訂明，處置機制當局如認為“確認”某項處置行動會產生以下後果，便不應予以確認：(a)會對香港的金融穩定有不利影響；(b)不會帶來與處置目標相符的結果；或(c)會使有關實體的香港債權人或香港股東(或兩者)，相對其海外債權人或股東而言，處於不利位置；

¹⁰ 《跨境處置行動成效的原則》(英文版)，金融穩定理事會，2015 年 11 月，載於以下網址：

<http://www.fsb.org/wp-content/uploads/Principles-for-Cross-border-Effectiveness-of-Resolution-Actions.pdf>

- (ii) 條例草案第 185(7)條訂明，處置機制當局在決定是否“確認”境外處置行動時，也可考慮此舉對香港財政的影響；
- (iii) 條例草案第 187 條訂明，處置機制當局必須信納香港股東或香港債權人均有資格根據安排而索償，而該資格與第 102 條所規定的本地機制資格大致上一致，處置機制當局才可“確認”境外處置行動；
- (iv) 條例草案第 185(5)條訂明，必須在諮詢財政司司長後，才可訂立確認文書。

107. 上述情況與處置機制當局就非香港處置行動採取“支援措施”不同。在後述情況下，受涵蓋金融機構如符合條例草案第 25 條的三項條件，加上處置機制當局認為為支援全部或部分非香港處置行動而行使其在條例草案下具有的權力與處置目標相符，處置機制當局便可啟動處置並行使有關權力(條例草案第 189 條)。

根據條例草案第 186 條，非香港處置行動在香港產生的法律效力，大致上相等於該行動假若是根據香港法律作出便會產生的法律效力。請澄清“香港法律”一詞在該條中的涵義為何。該詞是否僅指本條例草案的條文，還是亦指香港的其他成文法例(或普通法原則)？

108. 條例草案第 186 條提述的“香港法律”，應按一般意思理解，即可包括適用的香港其他法例(或普通法原則)。不過，基於確認文書的性質和第 186 條所預期的活動，該條所指的“香港法律”應主要是條例草案的條文。

於訂立確認文書後，香港的處置機制當局是否需要在非香港處置行動中提供協助？就此方面，條例草案第 189 條有否賦權處置機制當局針對某非香港金融機構行使本條例草案下的所有權力(代表非香港處置機制當局行事)，一如該非香港金融機構是香港的受涵蓋金融機構？若然，香港的處置機制當局將會如何保障香港債權人及

股東的利益？亦請澄清哪一方須承擔香港處置機制當局在執行非香港處置行動時所招致的費用及開支。

109. 正如上文第 106-107 段所述，確認文書的訂立，並非取決於條例草案第 25 條所訂三項啟動“本地”處置程序的條件是否已獲符合，也不會促使本地處置機制當局施行穩定措施(以及行使隨後的處置權力)。就確認而言，本地處置機制當局的角色預期會限於評估訂立確認文書是否符合香港利益，以及在可行的情況下，協助海外處置機制當局處理香港法院所審理經確認文書確認的行動的案件(本地處置機制當局可能會被傳召就訂立相關確認文書的過程和訂立原因，作出解釋)。有關“確認”(條例草案第 185 條)和“支援”(條例草案第 189 條)的措施，旨在互補不足，而在某些情況下，兩者更須並行以取得預期效果。“支援”措施只可就受涵蓋金融機構施行，亦必須在受涵蓋金融機構符合條例草案第 25 條的條件下才會展開，以支援境外處置行動。簡而言之，就“確認”而言，處置機制當局不會獲賦權就非香港金融機構行使條例草案下的任何權力(根據條例草案第 185 條訂立確認文書則除外)。

110. 儘管香港的處置機制當局不會就確認個案行使條例草案下的權力(第 185 條所載的權力除外)，條例草案第 185(6)、185(7)和 187 條已訂立多項保障措施，保障香港股東或債權人在“確認”個案的利益。與訂立“確認文書”有關的內部費用及開支，預計會由香港處置機制當局承擔。

關於條例草案第 187 條所訂的補償安排，請澄清非香港處置機制當局在作出向香港債權人或股東提供補償的相關決定之前，會否如受涵蓋香港金融機構的情況般，先對該非香港金融機構進行估值及評估。

111. 處置機制當局可全權決定是否確認非香港處置行動。其中一項須予考慮的因素，就是是否已與非香港處置機制當局訂立安排，而有關安排的補償資格是否與條例草案所訂“任何債權人所得不會遜於清盤程序”的補償資格大致上一致(條例草案第 187 條)。相關海外處置機

制當局須給予本地處置機制當局某程度的保證，承諾會在處置啟動後作出估值，以確立索償能力。如缺乏這項保證，本地處置機制當局可決定不訂立確認文書(集團處置計劃的成效或會因此受影響)。關於“任何債權人所得不會遜於清盤程序”的補償框架在跨境個案中的實際運作模式，會由已成立的危機管理小組研究。小組成立的目的，就是研究具全球系統重要性金融機構的處置策略和處置方案。

附表 3(證券轉讓文書)

倘若某訂明實體的董事、行政總裁或副行政總裁根據附表 3 第 7 條所訂的證券轉讓文書遭罷免，由該等董事、行政總裁或副行政總裁(代表該訂明實體行事)所訂立的商業協議的效力，會否受有關的罷免行動影響？

112. “訂明實體”的董事、行政總裁或副行政總裁被條例草案附表 3 第 7 條所訂的證券轉讓文書所罷免，該罷免本身並不影響該等人士在證券轉讓文書發出前訂立的商業協議的效力。

附表 8 及 9(處置可行性覆檢審裁處及處置補償審裁處)

請澄清為何附表 8 及 9 並無載列條文，以(a)規定處置可行性覆檢審裁處及處置補償審裁處的主席和普通成員須於獲委任時和在其後相隔一段合理時間，就他們與個別審裁處的職能或職權範圍相關的利益作出申報及登記；以及(b)訂明防止在兩個審裁處的主席和普通成員進行的聆訊或研訊程序出現利益衝突的措施。

113. 政府審研了多條條例¹¹後，並未發現有條例特別規定按條例成立的審裁處的主席和普通成員(或擔任類似公職的人士)須在獲委任時和在其後每隔一段合理時間，就他們與審裁處的職能或職權範圍相關的利益作出申報及登記。

114. 如在獲委任時或其後任何時間(例如在聆訊或研訊程序中)出現或可能會出現利益衝突的情況，主席和普通成員應與其委任人提出有關情況。就現時的法定審裁處而言，這種自願披露的做法看來已足夠。對申報利益衝突或可能構成利益衝突的情況，司法人員已相當熟悉，並會主動避席或請有關人士就應否避席提出意見。由過去委任業外人士為審裁處成員的經驗可見，這類人士一般都十分清楚需要向委任人披露利益衝突或看來會構成利益衝突的情況。以證券及期貨事務上訴審裁處為例，作為一個行政措施，各成員需要在他們就個別個案被委任為普通成員前，申報他們沒有利益衝突。這做法恆之有效，並運作暢順。

115. 政府已考慮是否須在條例草案加入條文，明確訂明由處置可行性覆檢審裁處和處置補償審裁處主席和普通成員處理的聆訊和研訊程序的防止利益衝突事宜。條例草案附表 8 第 2(5)和第 3(6)條，以及附表 9 第 2(5)和第 3(6)條均訂明，行政長官如信納，獲委任為主席或審裁團成員的人士(視情況適用而定)，因身體或精神病患或其他原因，不能夠或不適宜履行主席或審裁團成員的責任和行使主席或審裁團成員的權力，則可撤銷該項委任(如欲撤銷主席的委任，須事先諮詢終審法院首席法官)。我們相信，這些條文的範圍廣泛，足以涵蓋主席或普通成員因利益衝突、無能力履行職務、破產、疏於職責和行為不當等不同理由而不能夠或不適宜履行主席或普通成員責任的情況。

¹¹ 包括《銀行業條例》(第 155 章)、《證券及期貨條例》(第 571 章)、《支付系統及儲值支付工具條例》(第 584 章)、《打擊洗錢及恐怖份子資金籌集(金融機構)條例》(第 615 章)及《保險公司(修訂)條例》(2015 年第 12 號條例)。

財經事務及庫務局（財經事務科）
香港金融管理局
證券及期貨事務監察委員會
保險業監理處
二零一六年二月五日