

《2016年證券及期貨(修訂)條例草案》委員會

就 2016 年 4 月 12 日會議席上所作討論 而須採取的跟進行動的回應

本文件載述政府及證券及期貨事務監察委員會(證監會)對委員於 2016 年 4 月 12 日會議上就《2016 年證券及期貨(修訂)條例草案》(《條例草案》)提出的事項的回應。

對開放式基金型公司的董事的監管框架

2. 擬議的開放式基金型公司管治架構旨在確保開放式基金型公司的投資管理職能由合資格及由證監會發牌或註冊的專業投資經理執行，而董事局則可為股東發揮多一重監察作用，有助加強投資者的保障。

3. 開放式基金型公司的董事將受限於一系列的資格規定，包括董事必須為自然人、就經營開放式基金型公司的業務而言，有良好信譽並具備經驗，及並非未獲解除破產的破產人。在考慮開放式基金型公司的註冊申請時，證監會將顧及有關規定(包括關乎開放式基金型公司董事的規定)是否獲得符合。此外，開放式基金型公司的董事將受限於《證券及期貨條例》(包括主體法例及附屬法例(即《開放式基金型公司規則》))所訂一系列的監管規定及潛在的法律責任或罪行。整體而言，涵蓋開放式基金型公司的董事的擬議監管框架是充實的，較涵蓋普通公司董事的監管框架更為廣泛。

首要總體責任、特定職責及資格規定

4. 根據《條例草案》，開放式基金型公司的董事將受限於下列首要總體責任¹，而該等首要總體責任對監察開放式基金型公司至關重要，包括監察投資經理就開放式基金型公司進行的活動：

¹ 有關責任載於新訂的第 112U 條。

- (a) 普通法下的受信責任，例如真誠地以公司及其股東的最佳利益為前提行事的責任，及為適當目的使用董事的權力的責任；及
- (b) 以合理水平的謹慎、技巧及努力行事的責任，此責任與根據《公司條例》第 465 條施加的責任相同，例如採取合理的步驟，以確保獲委任的開放式基金型公司投資經理乃合適及稱職，及持續監察其表現等責任。

5. 開放式基金型公司的董事將進一步受限於《開放式基金型公司規則》及《開放式基金型公司守則》中的運作規定，例如包括：召開董事及股東會議、準備財務報表、保存紀錄及進行企業文件存檔以對投資者保持透明度等。

調查及執法權力

6. 根據《條例草案》，具體而言，證監會的調查權力獲延伸以容許該會調查任何涉及開放式基金型公司的管理作出涉嫌虧空、欺詐、不當行為或其他失當行為(新訂的第 182(1)(b)(viii)條)，或涉嫌不符合開放式基金型公司的任何註冊規定(包括關乎開放式基金型公司董事的規定)(新訂的第 182(1)(fa)條)。

7. 當證監會發現某開放式基金型公司的董事觸犯了《證券及期貨條例》有關條文所訂的罪行，或作出虧空、欺詐、不當行為或其他失當行為，證監會可行使執法權力，包括檢控及/或向法庭申請一系列的補償命令。須指出的是，若某開放式基金型公司的投資經理違反任何《證券及期貨條例》的條文，而任何董事同意或以任何其他方式涉及(例如明知而協助及教唆)該違反事項，即使該董事並非直接參與該違反事項，則證監會仍可針對該董事向法庭申請命令。

制裁/補償

8. 在《條例草案》下，我們就開放式基金型公司於《證券及期貨條例》內新增一項重要的執法權力。根據新訂的第 214A 條，若開放式基金型公司的業務或事務是以欺壓方式經營，或對其股東造成不公平損害，或涉及虧空、欺詐、不當

行為或其他失當行為，證監會可向法庭申請各項法庭命令(而此等命令可針對開放式基金型公司的董事)。這些命令包括：命令開放式基金型公司針對其董事提起法律程序，以要求他們賠償；及命令取消董事資格，最長為期 15 年。

9. 按已作出的建議，我們亦就開放式基金型公司的主要經營者²(包括開放式基金型公司的董事)違反《證券及期貨條例》的任何條文的情況延伸了證監會根據《證券及期貨條例》第 213 條申請合適法庭命令的權力。這些違反事項包括董事未能符合資格規定，及其法定責任或規定。此外，若董事涉及或協助及教唆其他人士(例如投資經理)進行違反事項，證監會可根據第 213 條針對該董事申請命令。根據第 213 條可申請的命令包括：*要求董事採取步驟賠償或使受影響的交易各方(包括投資者)回復他們至訂立交易之前的狀況的命令。*

10. 此外，若開放式基金型公司的董事參與下列任何欺詐或欺騙行為，或以任何方式在該違反事項中串通投資經理，該董事將須負上刑事責任：

- (a) 以任何欺詐目的經營開放式基金型公司的任何業務(新訂的第112ZT條)；
- (b) 於證券交易(包括開放式基金型公司的股份)使用欺詐或欺騙手段等(第300條)；
- (c) 作出任何欺詐或罔顧實情的失實陳述，以誘使另一人取得集體投資計劃的權益，或參與集體投資計劃(包括開放式基金型公司的股份)(第107條)；及
- (d) 在向證監會提出的申請中，或在為遵從任何條文施加的要求而提供資料時作出虛假或具誤導性的陳述(第383及384條)。

11. 再者，凡任何開放式基金型公司觸犯刑事罪行，而該罪行是，例如，在某董事的協助、教唆或同意下觸犯的，或該罪行是可歸因於該董事罔顧後果的，該董事即屬犯罪(第

² 包括開放式基金型公司的董事、投資經理及保管人。

390 條)。這適用於《證券及期貨條例》及《開放式基金型公司規則》所有有關罪行的條文。

12. 根據《證券及期貨條例》適用於開放式基金型公司董事的違反事項/罪行及相應的補償/制裁的詳情，以及證監會根據《證券及期貨條例》第 213 及 214 條(即新訂的第 213(3A) 條及第 214A 條的對照條文)尋求命令的案例，載於附件。

有關市場失當行為的條文應用於開放式基金型公司的董事

13. 除上述以外，根據現行的《證券及期貨條例》條文³，若某開放式基金型公司的董事涉及市場失當行為⁴，證監會可針對該董事提出訴訟。根據《證券及期貨條例》第 XIII 部，證監會可就開放式基金型公司的董事在市場失當行為審裁處(審裁處)提起研訊程序。根據《證券及期貨條例》第 258 條，審裁處可就董事任何可歸因於他/她違反第 279 條委予他/她的責任(即須採取一切合理措施以確保開放式基金型公司不會作出市場失當行為的責任)而致使的市場失當行為，向該董事施加制裁。審裁處可作出的命令包括：董事須向政府支付因市場失當行為而獲得的利潤的命令，或禁止某人繼續擔任董事的命令，或禁止從事在命令中指定的任何證券交易的命令。根據《證券及期貨條例》第 281 條，董事亦可能須負上民事法律責任並以損害賠償的方式賠償另一人因該市場失當行為而蒙受的金錢損失。

³ 這裡所指的是《證券及期貨條例》第 XIII 部及第 XIV 部的條款。有關市場失當行為的條款，一般適用於上市法團；而由於上市的開放式基金型公司也屬“上市法團”，所以，該等條文也會適用於上市的開放式基金型公司。按事實情況，某些市場失當條款亦可應用至非上市的開放式基金型公司，例如，披露虛假或具誤導性的資料以誘使進行交易(《證券及期貨條例》第 277 及 298 條)。此外，除了根據《證券及期貨條例》第 XIV 部可就有關市場失當行為的罪行提出起訴外，亦可根據《證券及期貨條例》第 305 條，向董事提出民事訴訟，以令董事作出賠償。

⁴ 根據《證券及期貨條例》第 245 條的定義，所指的是 (a) 內幕交易; (b) 第 274 條所指的虛假交易; (c) 第 275 條所指的操控價格的行為; (d) 第 276 條所指的披露關於受禁交易的資料的行為; (e) 第 277 條所指的披露虛假或具誤導性的資料以誘使進行交易的行為; 或 (f) 第 278 條所指的操縱證券市場的行為，並包括企圖從事，或輔助、慫恿或促致另一人從事(a)至(f)段提述的任何行為。

董事一般須負的其他民事法律責任(與普通公司的董事類同)

14. 一直以來，根據普通法，凡某公司的董事違反其責任(以開放式基金型公司的董事來說，即包括以合理水平的謹慎、技巧及努力監察投資經理有關開放式基金型公司的活動的責任)，他/她可能要負上民事法律責任，包括作出損害賠償、撤銷(即取消交易及回復交易方至原狀)，或強制履行(即必須作出或不得作出某事情)。

15. 值得注意的是，《條例草案》新訂的第 112ZC 條特別訂明，凡任何條文是載於開放式基金型公司的法團成立文書或合約，而該條文看來是豁免某董事，使其無須就失當行為承擔法律責任，該條文即屬無效(“失當行為”在新訂的第 112T 條界定為在履行有關開放式基金型公司的職責的過程中的疏忽、失責、失職或違反信託的行為)。

開放式基金型公司的董事的責任

16. 按照第 112U(3)條目前的草擬條文，開放式基金型公司董事的責任為“受信責任及其他責任，相同於普通公司的董事對該普通公司負有的責任”。如我們在早前的回應(立法會文件編號 CB(1)779/15-16(01))所述，普通公司董事一般運作上的職責，特別是《公司條例》所訂明的職責(例如有關分派、資本保存、股份回購和贖回，以及為收購本身股份提供資助的董事職責)，並非全部都適用於開放式基金型公司的董事。因此，我們建議修訂此條，以表達政策意圖，即“其他責任”特別指明為開放式基金型公司董事以合理水平的謹慎、技巧及努力行事此首要總體責任(此責任須時刻遵行，並相同於根據《公司條例》第 465 條，適用於普通公司的董事的責任)，而非指一般運作上的職責。

17. 第 112U(3)條的建議修訂，並非旨在對開放式基金型公司的董事施加第 112U(3)(a)或(3)(b)條以外的責任。一直以來，第 112U(3) 條旨在對董事施加以下首要總體責任 — (a) 普通法下的受信責任；及(b)以合理水平的謹慎、技巧及努力行事的責任(與《公司條例》第 465 條所訂的責任相同)。有關董事在任何時間內的所有作為都必須遵守這些首要總體責任。

18. 須指出的是，就開放式基金型公司而言，《公司條例》並不適用於開放式基金型公司的董事，而只有《證券及期貨條例》(包括《條例草案》及《開放式基金型公司規則》)方適用於此類董事。就開放式基金型公司的運作而言，董事須處理的具體事宜將會列於《開放式基金型公司規則》，例如委任首任董事、使用法團印章、維持登記冊、帳簿和紀錄、申報責任以及清盤程序的事宜。

根據第 112G 條發表開放式基金型公司的詳情

19. 如我們早前對立法會法律顧問的提問作出的回應(立法會文件編號 CB(1)773/15-16(01))所述，一般來說，證監會會在開放式基金型公司註冊生效後，在切實可行的時間內，會盡快在其網站發表該開放式基金型公司的名稱及註冊日期。這做法與有關認可投資產品的現行安排一致。須注意的是，在開放式基金型公司制度下的擬議安排，公司註冊處將負責開放式基金型公司法定企業文件的存檔。值得一提的是，開放式基金型公司須向公司註冊處交付文件及表格，而該等文件及表格可供網上查閱，例如法團成立文書、更改公司名稱、董事或註冊辦事處地址的通知書等。在第 112G 條保留“可”一字，能容許證監會在因應適當情況發表開放式基金型公司詳情的安排上維持彈性。例如，證監會可提供網頁連結連繫到公司註冊處的網站，以便公眾取得由公司註冊處存檔的資料。反之，若硬性規定證監會須發表開放式基金型公司的詳情，可能會導致證監會與公司註冊處的功能重疊。

草擬方面的事宜

20. 我們已審視在全體委員會審議階段修正案草擬稿所載新訂的第 112ZK(4)(ga) 條及第 214A(5)條的中文文本。

21. 就第 112ZK(4)(ga)條而言，我們認為建議的措辭(“.....違反原訟法庭根據有關規則(即根據(g)段訂立的規則)作出的命令；”)能準確反映該條文的意思。第 112ZK(4)(ga)的有關部分是指違反原訟法庭作出的命令。這些命令乃根據若干規則作出，而這些規則是根據(g)段訂立的。建議的措辭先以“有關規則”此標籤帶出規則，再以括號闡述何謂“有關規則”。否

則，有關條文需寫成有兩個相連“根據”的“違反原訟法庭根據根據(g)段訂立的規則作出的命令”。當中，第一個“根據”指命令乃根據規則作出，而第二個“根據”指該等規則乃根據(g)段訂立。這樣的句式難以理解，亦可能會令讀者誤會有拼寫錯誤。我們建議的措辭，乃經謹慎琢磨，以避免此不可取的句式。此外，第 112ZK(1)條清楚訂明了有關規則是由證監會所訂立的。我們認為建議的措辭(用上標籤及括號)已足夠清晰。

22. 就第 214A(5)條而言，目前的“控制人”定義乃跟從現行第 214(9)條中的相同定義。儘管如此，我們同意可簡化該定義的中英文文本：

“控制人(controller)指屬《銀行業條例》(第155章)第2(1)條所界定的間接控權人或大股東控權人的人。”

“controller (控制人) means ~~a person who is an~~ indirect controller or a majority shareholder controller as defined by section 2(1) of the Banking Ordinance (Cap. 155).”

財經事務及庫務局
證券及期貨事務監察委員會
2016年4月

《2016年證券及期貨(修訂)條例草案》(《條例草案》)

《證券及期貨條例》下適用於開放式基金型公司董事的
違反事項/罪行及補償/制裁

《條例草案》 /《證券及期貨條例》下的 條文	違反事項/罪行	補償/制裁
213(1)及新訂的 213(3A)	若某開放式基金型公司的董事違反 (a)任何有關條文；(b)任何註冊的任何條件；或(c)如某董事明知而涉及，或協助及教唆其他人(例如投資經理)干犯任何違反事項，證券及期貨事務監察委員會(證監會)可向原訟法庭申請一系列的補償命令。	總括而言，命令包括 - (a) 要求董事採取步驟賠償或使受影響的交易各方(包括投資者)回復他們訂立交易之前的狀況的命令(第 213(2)(b)條) ¹ ； (b) 凍結董事的資產的命令 (第 213(2)(c)條) ² ； (c) 制止董事繼續該違反事項的命令(第 213(2)(a)條) ³ ； (d) 免任董事的命令(新訂的第 213(3B)(a)(i)條)。

¹ 2013 年 12 月 12 日，原訟法庭頒令摩根士丹利亞洲有限公司前董事杜軍向投資者支付 2,390 萬元，就其內幕交易向投資者回復原狀。

² 2014 年 7 月 18 日，原訟法庭批出臨時命令，制止格林柯爾科技控股有限公司(格林柯爾)前主席及首席執行官顧雛軍處置其資產。臨時命令旨在保存涉嫌為顧的利益持有的資產，待提起的法律程序展開審訊。在是次法律程序中，證監會是要為在格林柯爾對外披露的財政狀況涉嫌被嚴重誇大期間購入格林柯爾股份的 1 300 多名少數股東尋求補償命令。

³ 2014 年 3 月 28 日，原訟法庭頒令為群星紙業控股有限公司委任臨時接管人及經理人。委任臨時接管人及經理人會立即暫時中止該公司當時的董事局對管理公司事務的權力，並將對該公司的行政控制權交予臨時接管人及經理人。

《條例草案》 /《證券及期貨條例》下的 條文	違反事項/罪行	補償/制裁
新訂的 214A	若開放式基金型公司的董事涉及以欺壓或欺詐的方式經營開放式基金型公司的業務，或在開放式基金型公司的事務上涉及其他失當行為，對其股東利益造成不公平損害，證監會可向原訟法庭申請相關的命令。	總括而言，命令包括 – (a) 針對開放式基金型公司對有關董事提起法律程序(包括要求他們賠償)的命令(新訂的第 214A(2)(b)條) ⁴ ； (b) 取消董事資格(期限最長為 15 年)的命令(新訂的第 214A(2)(d)條) ⁵ 。
新訂的 112ZT	任何人士(包括開放式基金型公司的董事)如涉及為任何欺詐目的而經營開放式基金型公司的任何業務，即屬犯罪。	可處最高罰款 10,000,000 元及監禁最高 10 年。
300	任何人士(包括開放式基金型公司的董事)如直接或間接在證券交易方面(例如開放式基金型公司的股份)使用欺詐或欺騙手段，或從事任何具欺詐或欺騙性質的作為，即屬犯罪。	可處最高罰款 10,000,000 元及監禁最高 10 年。
107	任何人士(包括開放式基金型公司的董事)如為誘使另一人取得集體投資計劃的權益或參與集體投資計劃，而作出任何欺詐或罔顧實情的失實陳	可處最高罰款 1,000,000 元及監禁最高 7 年。

⁴ 根據證監會在現行第 214 條(即《條例草案》第 214A 條的對照條款)下所作出的呈請，原訟法庭於 2015 年 1 月 16 日頒令，首華財經網絡集團有限公司(首華財經)數名董事，須就其所犯的失當行為(違反了其對首華財經的責任)，向該公司支付人民幣 1,869.2 萬元。

⁵ 根據證監會在現行第 214 條(即《條例草案》第 214A 條的對照條款)下所作出的呈請，原訟法庭於 2012 年 9 月 26 日頒令，神州醫療科技有限公司前行政總裁李和鑫須就其所犯的失當行為，向該公司支付 1,070 萬元的賠償；法院亦飭令李在七年內不得擔任任何法團的董事。

《條例草案》 /《證券及期貨條例》下的 條文	違反事項/罪行	補償/制裁
	述，即屬犯罪。	
383 及 384	任何人士(包括開放式基金型公司的董事)如在向證監會提出的申請(第 383 條)或在看來是遵從《證券及期貨條例》下的要求而向證監會提供資料(第 384 條)時，知道該陳述或罔顧該陳述是否在要項上屬虛假或具誤導性，即屬犯罪。	可處罰款 1,000,000 元及監禁 2 年。
390	凡任何開放式基金型公司觸犯刑事罪行，如任何董事協助或教唆或同意觸犯該罪行，或罔顧是否觸犯該罪行，該董事亦屬犯該罪行。這適用於所有《證券及期貨條例》及《開放式基金型公司規則》下的罪行條款。	