

《金融機構(處置機制)條例草案》委員會

就委員在二零一六年二月二十九日會議席上 所提出事項的回應

在二零一六年二月二十九日會議上，委員就《金融機構(處置機制)條例草案》(《條例草案》)提出一些事項。本文件載述政府的回應。

吸收虧損規定

《條例草案》第 19(5)(b)條訂明，如實體的某高級人員明知而“涉及”(concerned)該實體干犯第(4)款所訂的罪行，則該人員也屬犯罪。部分委員關注到，“涉及”(concerned)一詞涵蓋範圍廣闊，而實體的某高級行政人員或會純粹因為知悉該實體觸犯該罪行而招致刑事法律責任，即使他／她並沒有參與該罪行亦然。法案委員會要求政府當局回應上述關注，並提供資料，闡述在其他本地法例或案例法的實例中，在類似情況下同樣採用“涉及”(concerned)一詞的類似條文。

2. 政府曾回應立法會秘書處助理法律顧問二零一六年一月四日的來信(見立法會文件CB(1)545/15-16(01))。在回應文件的第 61 至 65 段，政府在其他事項外，解釋了構成《條例草案》第 16(3)(b)條所指的“明知而涉及”的情況。該條文的字眼和所依據的理念，均與第 19(5)(b)條相若。

3. 為確立第 19(5)(b)條所訂的罪行，控方須在無合理疑點的情況下證明以下元素：

- (i) 該高級人員所屬的實體觸犯了第 19(4)條所訂的罪行；以及
- (ii) 該高級人員明知而以任何方式(不論屬作為或不作為)涉及該實體觸犯該罪行。

4. 《條例草案》並沒有界定“knowingly concerned”（“明知而涉及”）一詞的定義，該詞也沒有在本港其他法律有明確的定義，但該詞也用於若干條條例中¹。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（雖則他是否知悉該等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該違法行為（即有“涉及”的元素）²。實際參與必須指被告知悉此等作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為證），就可能可從中推斷被告知悉有關行為³。

5. 除具體行動外，不作出某行為也可構成第19(5)(b)條所訂的刑事責任，因為該條以括號註明“不論屬作為或不作為”的字眼，用以界定被告或許“涉及”犯罪的方式（而以“明知”修飾“涉及”這個動詞）。就不作為而言，必須在無合理疑點的情況下證實，被告明知不作出某行為（而非明知作出某行為）會導致某實體觸犯罪行，而不作出該行為。舉例來說，如果某高級行政人員（同樣實際知悉事實）沒有或未能給予所需的批准去執行變動，以遵從處置機制當局所訂的吸收虧損能力規定，就是《條例草案》第19(5)(b)條所指的“明知而涉及”觸犯罪行的例子。

¹ 例如《危險藥物條例》（第134章）第38M(2)(b)條、《建造業議會條例》（第587章）第67(1)條，以及《公司條例》（第622章）第228(1)(b)條。

² 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）。

³ 見 *R. v Corrigan* [2014] NICA 85 第37段（北愛爾蘭上訴法院的裁決）。

6. 《條例草案》第 19(5)(b)條所訂的罪行故意以受涵蓋金融機構(或其集團公司)的“高級人員”為對象。根據第 2 條所述“高級人員”的定義，該等人員應只包括身居要職的人士，因他們相對高級而可做某些事情，致使該金融機構或其集團公司可能因此而違法。

擬議處置機制的概覽

法案委員會要求政府當局以流程圖闡述在處置程序的不同階段中的各項程序、處置機制當局擬採取的行動(例如處置規劃、施行穩定措施等)，以及為反對處置機制當局所作決定的實體提供的保障和補救措施(例如作出申述、向相關的審裁處提出覆核申請或申請司法覆核)。

7. 委員所要求的流程圖載於附件。

草擬方面的事宜

因應法案委員會法律顧問所提出的意見，法案委員會要求政府當局：

- (a) 澄清《條例草案》第 28(2)條中的“程度”(extent)一詞是藉以指明處置機制當局可向控權公司施行的行動的“範圍”(scope)還是“程度”(degree)，並且檢討以“程度”作為“extent”一字的中文對應詞是否恰當；以及
- (b) 考慮在《條例草案》中文文本的第 28(3)(b)條中，以“其控權公司”取代“該公司”一詞，藉以更為貼切地反映“resolving the holding company”在相關文意中的涵義。

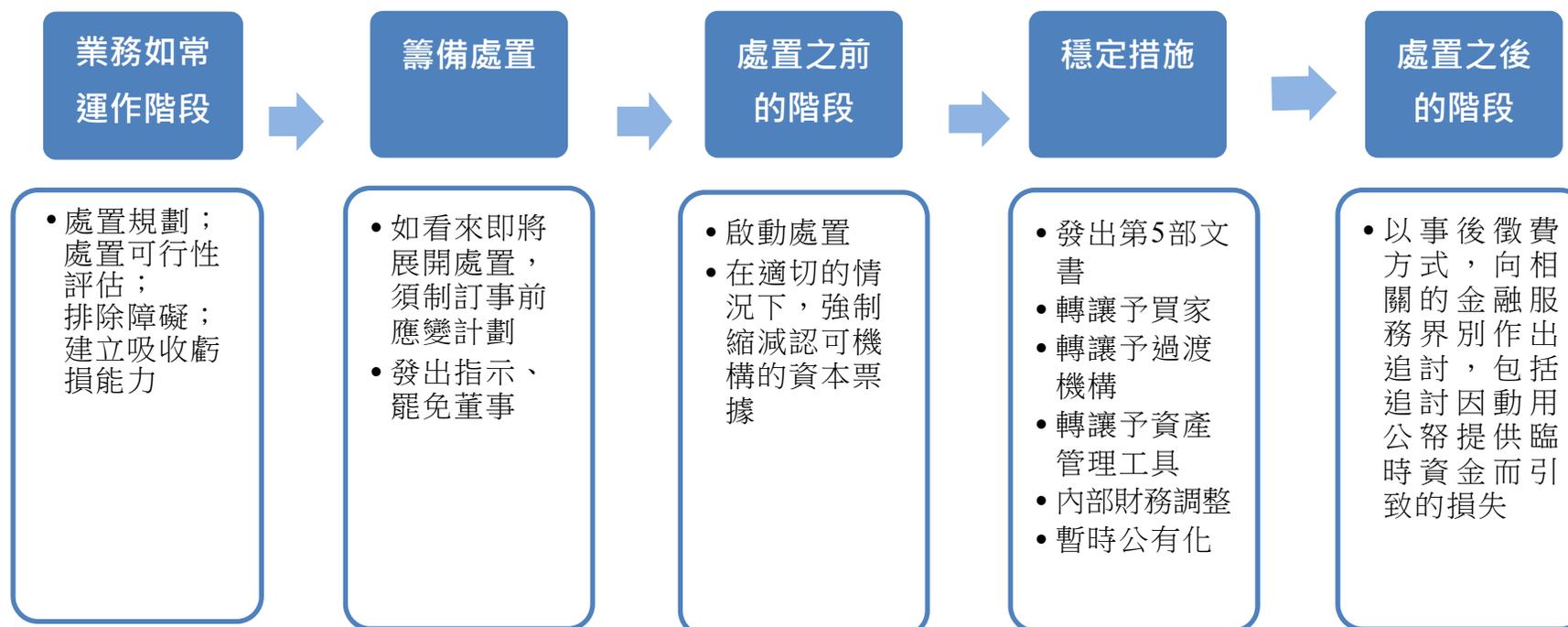
8. 我們仔細考慮助理法律顧問提出的意見後，確定在第 28(2)及第 29(2)條的文意中，“extent”一詞既指“scope”(範圍)也指“degree”(程度)。因此，“extent”的對應中文應為“程度及範圍”。我們將會提出委員會審議階段修正案，把《條例草案》中文文本

第 28(2)及第 29(2)條中所有“方式及程度”的字眼改為“方式、程度及範圍”。

9. 至於(b)項，我們認為，文意已清楚顯示“該公司”是指第 28(3)條標題所指的控權公司，不會被理解為所指的是其他實體。如此草擬言簡意賅，也符合我們的法律草擬一貫做法，因此我們認為無須修訂。

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
二零一六年三月

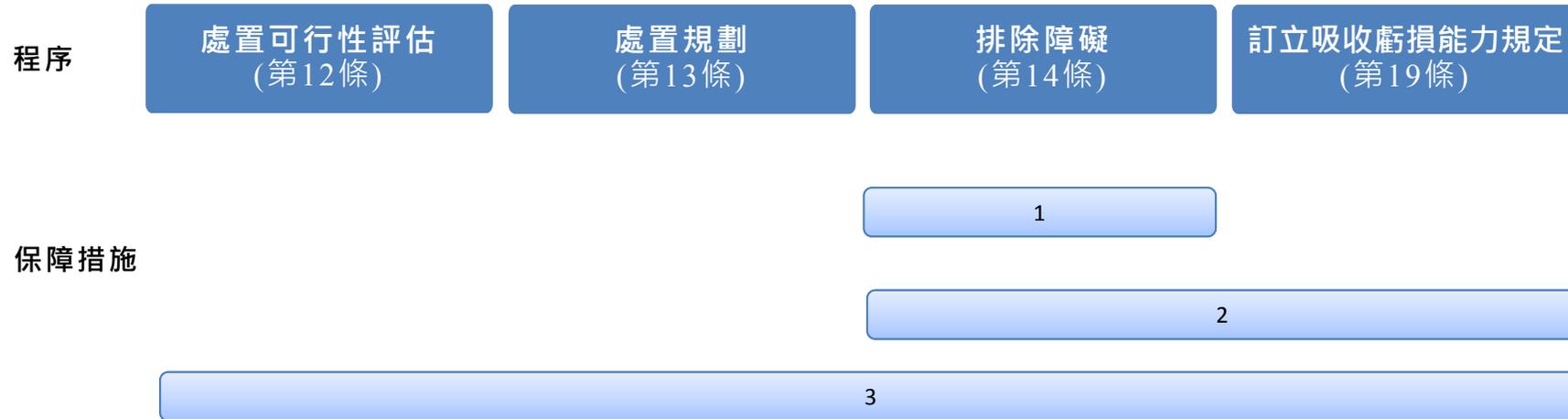
處置程序的周期 — 概覽



啟動處置必須符合三項相連條件：

1. 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；
2. 無合理機會出現在處置機制以外而又屬私營範疇的任何行動，令有關金融機構恢復可持續經營；以及
3. 有關金融機構不可持續經營，對香港金融體系的穩定和有效運作構成風險，實行處置會避免或減低有關風險

第3部 — 籌備處置 (業務如常運作)



保障措施	
1	- 金融機構必須有機會作出申述(第15(1)(c)條)
2	- 處置可行性覆檢審裁處(第17及18條；第19(3)(k)條；有關該審裁處的角色、組成及工作程序的條文，載於第7部第1分部；附表8)
3	- 申請司法覆核的權利

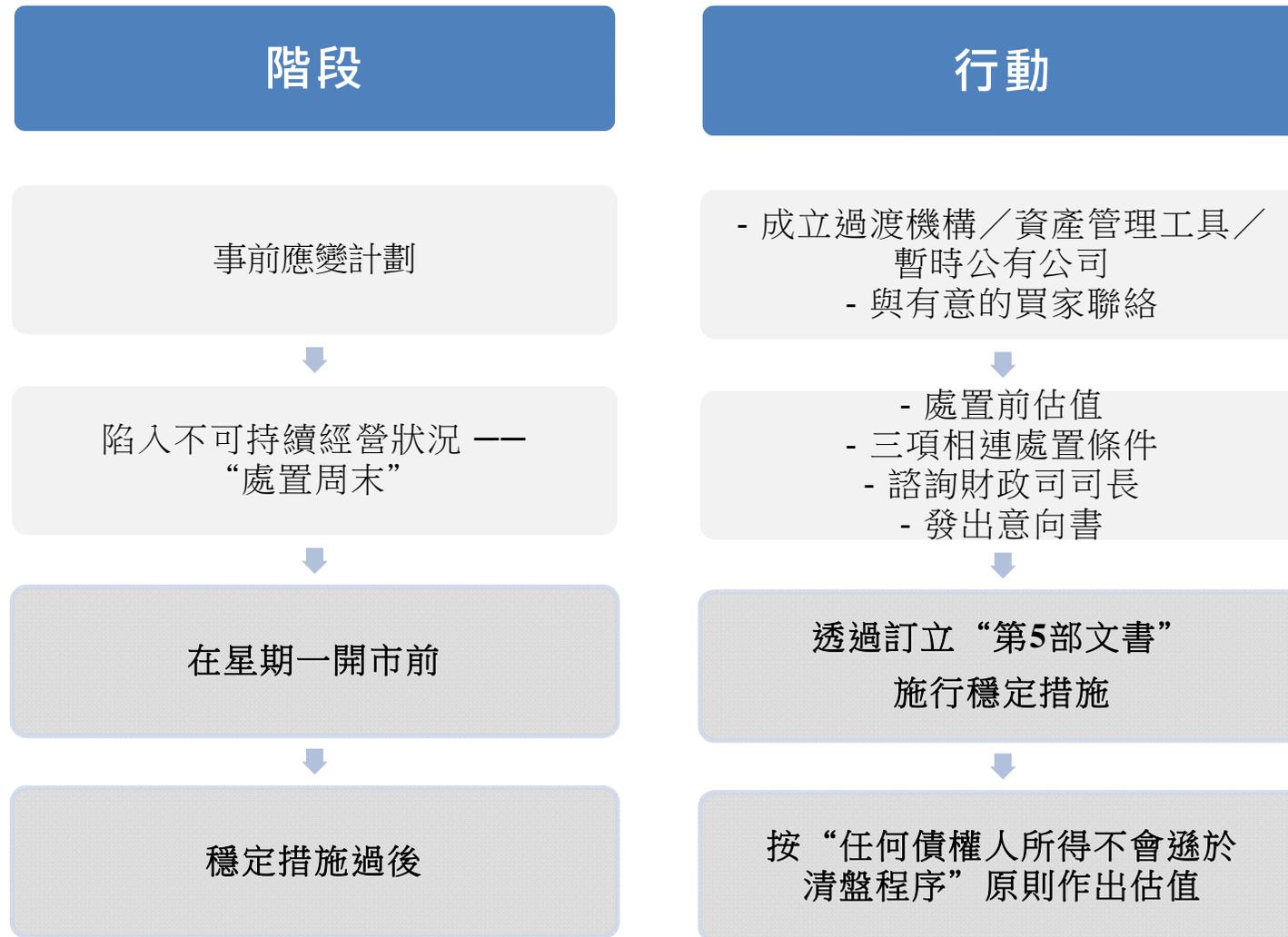
第3部 — 籌備處置 (事前應變計劃)

		處置機制當局可發出指示 (第20至22條)	處置機制當局可罷免董事 (第23至24條)	處置機制當局可延遲遵守根據 《證券及期貨條例》的披露規 定和指示暫停 / 不暫停交易 (第9部)
程序		採取行動前，處置機制當局必須信納有關情況符合條件1及3 (第21及23條)		暫時延遲遵守披露規定 (不得超過72小時) 以助有秩序處置有關機構 (第148(2)及149(2)條)
		處置機制當局必須信納給予指示或罷免董事有助達到處置目標， 而給予金融機構的通知必須說明得出該意見的原因 (第22(2)及24(4)條)		暫停 / 不暫停交易 (第150(3)及(4)條)
保障措施		1	2	
		3		
保障措施	1	<ul style="list-style-type: none"> - 載有保留條文，凡金融機構或集團公司董事真誠地遵從指示，該董事不得因此而視作沒有履行董事責任 (第22(4)條) - 金融機構或關連人士在真誠地遵從指示時，無須為損害賠償承擔法律責任 (第22(5)條) 		
	2	<ul style="list-style-type: none"> - 處置機制當局僅在認為下述條件均獲符合的前提下，方可行事：(i)可能會對某上市實體或其集團公司施行穩定措施；(ii)披露消息可能會導致該實體或其集團公司不可持續經營；(iii)披露消息可能會損害處置機制當局有秩序處置的能力；以及(iv)消息屬機密，並能夠予以保密 (第148(3)及149(3)條) - 如處置機制當局並非證監會，則在批予暫時延遲遵守披露規定或發出暫停 / 不暫停證券交易的指示前，必須先諮詢證監會 (第148(5)、149(5)及150(4)及(5)條) 		
	3	<ul style="list-style-type: none"> - 申請司法覆核的權利 		

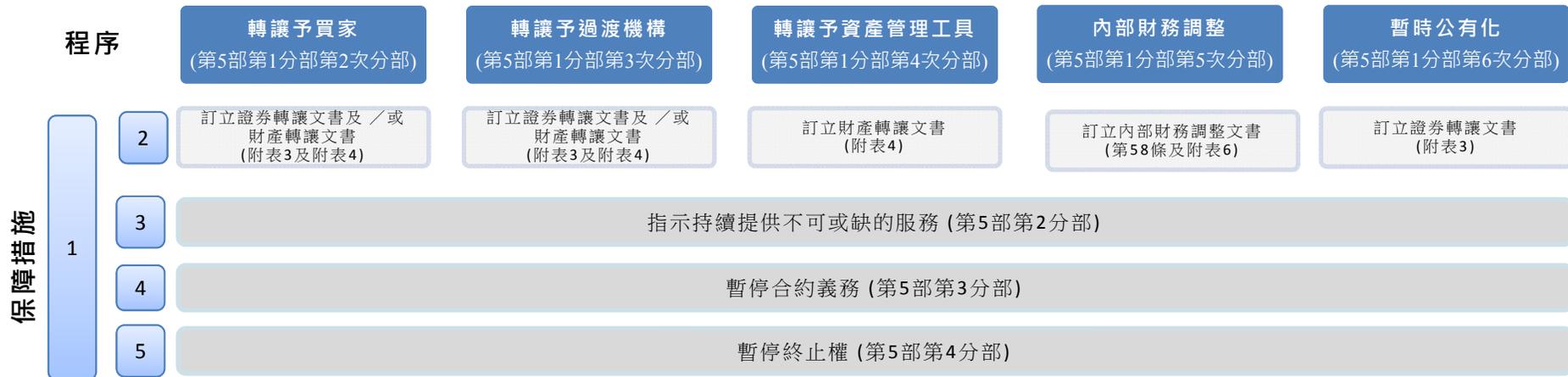
第4部 — 處置之前的階段



不同階段的處置行動



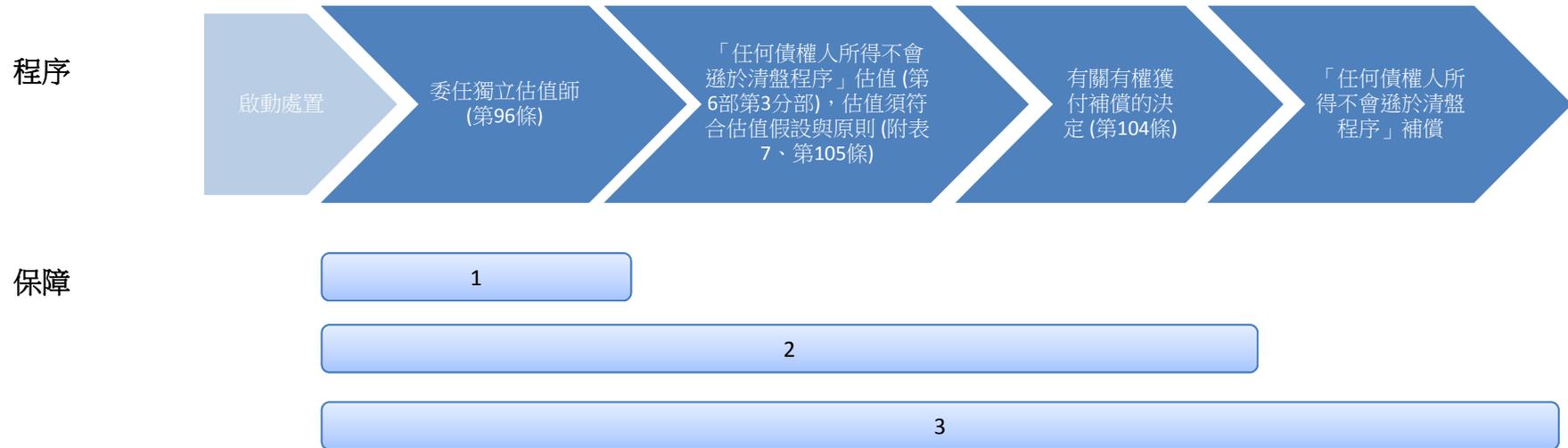
第5部 — 穩定措施



保障措施				
1	<ul style="list-style-type: none"> - 按“任何債權人所得不會遜於清盤程序”原則作出估值及補償(第103條) - 申請司法覆核的權利 			
2	<table border="0"> <tr> <td style="vertical-align: top;"> <p>通知規定： 處置機制當局在訂立證券轉讓文書及／或財產轉讓文書後，須在切實可行的範圍內，盡快</p> <ul style="list-style-type: none"> - 把該文書的文本送交出讓人、受讓人和財政司司長 - 向公眾公布 <p>(附表3第3條、附表4第3條)</p> </td> <td style="vertical-align: top;"> <p>訂立第5部文書：</p> <ul style="list-style-type: none"> - “受保障安排”的規例(第5部第1分部第7次分部)適用於局部轉讓及內部財務調整 - 若干負債獲豁免而不受內部財務調整條文規限 <p>(第58(9)條及附表5)</p> </td> <td style="vertical-align: top;"> <p>提交報告的規定：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 處置機制當局須向財政司司長提交報告，財政司司長須把該報告提交立法會省覽 <p>(第40、46、55、65及72條)</p> </td> </tr> </table>	<p>通知規定： 處置機制當局在訂立證券轉讓文書及／或財產轉讓文書後，須在切實可行的範圍內，盡快</p> <ul style="list-style-type: none"> - 把該文書的文本送交出讓人、受讓人和財政司司長 - 向公眾公布 <p>(附表3第3條、附表4第3條)</p>	<p>訂立第5部文書：</p> <ul style="list-style-type: none"> - “受保障安排”的規例(第5部第1分部第7次分部)適用於局部轉讓及內部財務調整 - 若干負債獲豁免而不受內部財務調整條文規限 <p>(第58(9)條及附表5)</p>	<p>提交報告的規定：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 處置機制當局須向財政司司長提交報告，財政司司長須把該報告提交立法會省覽 <p>(第40、46、55、65及72條)</p>
<p>通知規定： 處置機制當局在訂立證券轉讓文書及／或財產轉讓文書後，須在切實可行的範圍內，盡快</p> <ul style="list-style-type: none"> - 把該文書的文本送交出讓人、受讓人和財政司司長 - 向公眾公布 <p>(附表3第3條、附表4第3條)</p>	<p>訂立第5部文書：</p> <ul style="list-style-type: none"> - “受保障安排”的規例(第5部第1分部第7次分部)適用於局部轉讓及內部財務調整 - 若干負債獲豁免而不受內部財務調整條文規限 <p>(第58(9)條及附表5)</p>	<p>提交報告的規定：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 處置機制當局須向財政司司長提交報告，財政司司長須把該報告提交立法會省覽 <p>(第40、46、55、65及72條)</p>		
3	<ul style="list-style-type: none"> - 處置機制當局可指示尚存金融機構或相聯營運實體，繼續提供對持續執行關鍵金融功能來說屬不可或缺的服務 (尚存金融機構：第79(3)條；相聯營運實體：第81(1)條) - 此舉必須對為利便有序處置有關金融機構來說有合理需要 (尚存金融機構：第79(2)條；相聯營運實體：第81(2)條) - 服務接受者須付出合理代價 (尚存金融機構：第79(3)條、相聯營運實體：第81(6)條) 			
4	<ul style="list-style-type: none"> - 若干重要義務獲豁免而不受暫停義務條文規限 (第84條) - 暫停不得超過兩個營業日 (第83(4)條) 			
5	<ul style="list-style-type: none"> - 受影響合約所訂的實質義務須繼續獲履行 (第88條) - 暫停不得超過兩個營業日 (第90(4)條) 			

第 6 部 – 「任何債權人所得不會遜於清盤程序」 估值與補償

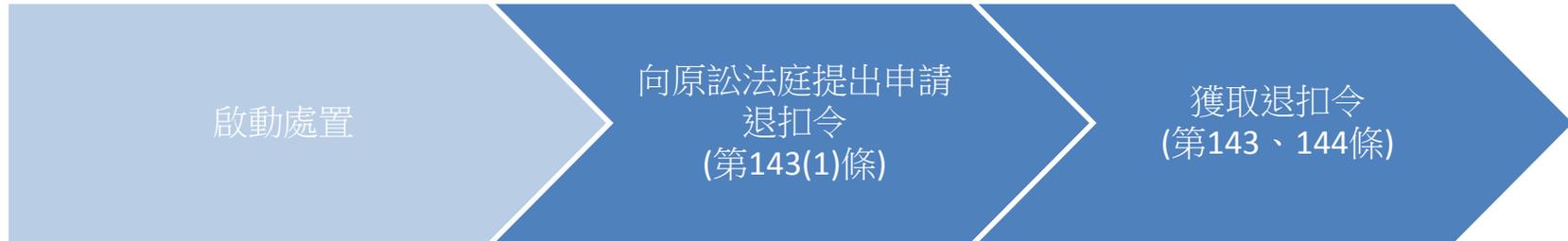
7



保障措施	
1	- 獨立委任人 (第95條)
2	- 獨立估值師的委任準則旨在賦予獨立性 (第96條及附表2) - 處置補償審裁處可撤銷委任 (第98條)
3	- 處置補償審裁處 (第7部第2分部、附表9) - 有權申請司法覆核

第 8 部 – 退扣報酬

程序

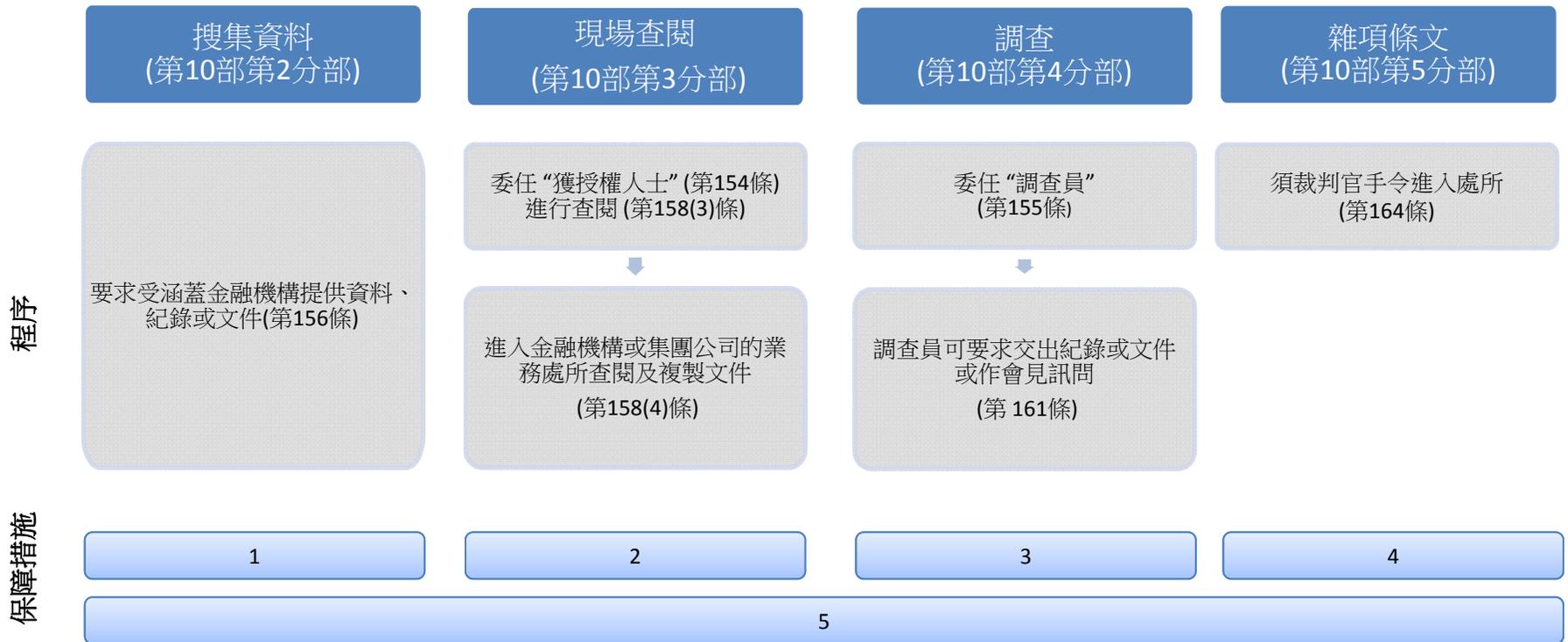


保障措施

保障措施

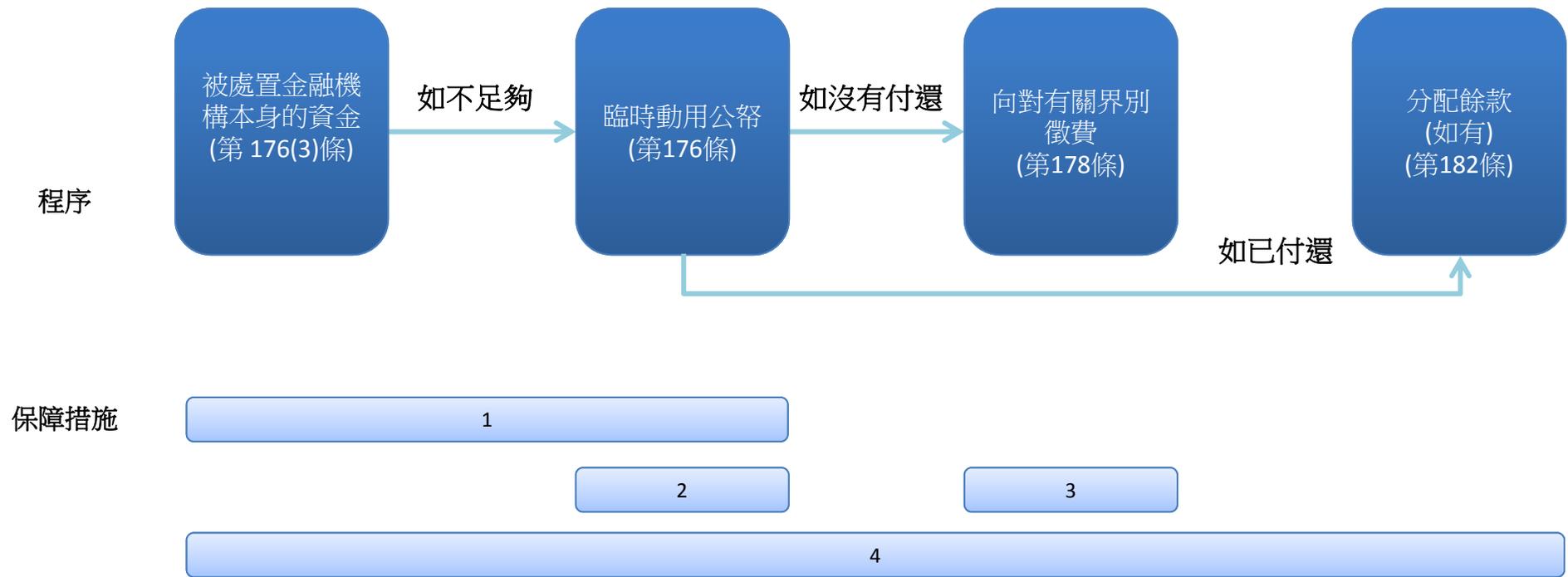
- 法庭處理處置機制當局提出的申請 (第143(1)條)
- 就退扣目的而作出有關“高級人員”的定義局限於若干級別及職責的人員 (第142條)
- 必須確立金融機構的倒閉與高級人員在其中的參與之間的關連 (只可在有關高級人員導致或在相當程度上有份造成倒閉(第143(2)(a)條)，以及有關作為或不作為屬蓄意、罔顧後果或疏忽之舉 (第143(2)(b)條)，才可退扣)
- 原訟法庭在裁定退扣涵蓋的範圍時必須：(a)考慮有關金融機構不再可持續經營，或相當可能不再可持續經營，在何程度上是由有關高級人員的作為造成；及(b)在切實可行範圍內，盡量考慮有關高級人員的財務狀況 (第143(3)條)
- 有權就退扣令提出上訴

第 10 部 – 搜集資料、查閱及調查



保障措施	1	- 須是處置機制當局在與執行其職能相關的情況下合理地需要者(第156(2)條)
	2	- 只可在認為有助處置機制當局執行其在本條例草案下的職能的情況下行使有關權力(第158(2)及(3)條)
	3	- 處置機制當局須有合理理由相信有人犯本條例草案所訂罪行或根據本條例草案給予的指示未獲遵從(第160條) - 防範導致自我入罪(第163條)
	4	- 裁判官只可在信納獲授權人士、調查員、組成處置機制當局的人或處置機制當局的僱員，提供有關有合理理由，懷疑在上述人士指明的處所有；或相當可能有任何資料或文件的情況下發出手令(第164(1)及(2)條)
	5	- 只可在有合理理由相信第三方持有資料，且不能夠從該金融機構或集團公司取得有關資料的情況下行使對第三方的權力(第153(2)條) - 有權申請司法覆核

第 12 部 – 為處置提供資金的安排



保障措施	
1	- 處置機制當局須先顧及在何程度上，有關金融機構本身的資源可予以運用 (包括可予撇帳／轉換的負債、可予出售的資產或可在私營範疇取得的資金)，才動用公帑 (第176(3)條)
2	- 為指定目的動用公帑：為籌備及訂立第5部文書、處置某實體(包括支付須支付的「任何債權人所得不會遜於清盤程序」補償(如有))，或委任獨立估值師 (第176(1)條)
3	- 徵費率由立法會按財政司司長建議(第180條)，按照財政司司長訂立的規例(第179條)，藉決議訂明
4	- 有權申請司法覆核

第 13 部 – 非香港處置行動



保障措施	
1	支援：與本地處置的保障相同
2	<p>確認：</p> <ul style="list-style-type: none"> - 如符合以下任何一項或以上條件，處置機制當局不得確認非香港處置行動：(i) 處置機制當局認為 (a) 有關確認會對香港的金融穩定有不利影響 (第185(6)(a)條)；或 (b) 有關確認不會帶來與處置目標相符的結果 (第185(6)(b)條)；或 (c) 確認就某實體而採取的非香港處置行動，會使香港債權人及/或香港股東相對該實體其他債權人或股東而言，處於不利位置 (第185(6)(c)條)；或 (ii) 處置機制當局並不信納與有關的非香港處置機制當局已設有安排，使香港債權人或香港股東有資格索償，而該資格與本地「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 (第187條)。
3	- 有權申請司法覆核