

論國際合規標準於澳門法律的適用

黃志豪*

一、問題的提出

澳門特區自回歸祖國以來經濟持續增長，為推進特區經濟適度多元及落實好《粵港澳大灣區發展規劃綱要》，澳門金融業監管規則必須與國際看齊。澳門金融機構建立合規制度普遍有十多年的歷史，但伴隨經濟環境及行業狀況的變更，澳門當局有必要對金融行業合規風險管理進行檢討及更新。

全球主要的合規制度主要為美國的《反海外賄賂法》(Foreign Corrupt Practices Act)、英國的《反賄賂法》(Bribery Act 2010)、法國的《關於提高透明度、反腐敗以及促進經濟生活現代化的 2016-1691 號法案》(法案亦稱薩賓第二法案)(Sapin-II anti-corruption law) 及由巴塞爾銀行監理委員會於 2005 年發出的《合規與銀行內部合規部門》(Compliance and the compliance function in banks) 的指導性文件。

中國作為巴塞爾銀行監理委員會的成員國之一，亦通過由中國銀行業監督管理委員會印發《商業銀行合規風險管理指引》(2006 年)及《證券公司合規管理試行規定》(2008 年)，作為對國際所推行合規準則的反饋。

由於澳門至今未有如內地或其他國家及地區一樣，為銀行合規制度訂立法律，但在實務上澳門當局卻以巴塞爾委員會的指引作為監管工具，則澳門本地法律與國際組織所訂立的合規指引協調情況，就成了澳門銀行業在經營其業務時所必須面臨的問題。澳門銀行應如何守法才能符合當局對合規的監管要求呢？

* 澳門科技大學經濟法學博士。

¹ 陳瑞華：《企業合規基本理論》，法律出版社，2020 年，第 8 頁。

二、合規風險管理的架構概念

(一) 巴塞爾委員會合規風險管理的架構

正如巴塞爾委員會在《合規與銀行內部合規部門》指引描述銀行存在各種的合規風險，銀行內部架構及工作程序屬合規管理成敗的關鍵。合規管理是企業的管理者在遵從一定法定程序，對企業及其工作人員建立以合規管理為目的的法律關係。銀行建立合規方案應按三大支柱的方式進行，而該原則也被《薩賓第二法案》第 17 條所採納：²

第一、從合規管理主體而言，最高管理者須對合規管理作出承諾。高級管理人員包括根據公司章程及負責組織的人員，有權利驗證和監視合規計劃的實施。該人員須採取積極承諾作為合規計劃內程序的組成部份，並負責將實施的工作委託給員工，也要親自負責合規計劃的設計、部署和控制。最高管理者須提供所有必要的資源，通過檢查評估確保合規計劃內程序正常運行。³

第二、通過風險地圖 (risk mapping) 瞭解風險。最高管理層人員通過製作風險地圖以識別及評估企業的合規風險，其必須要求企業及員工在符合合規程序下工作。從合規管理法律關係客體而言，該法律關係直接客體應為上述之風險地圖，而間接客體應為企業及員工對合規的責任。⁴ 企業內部的合規部門則用作執行最高管理層的合規管理方針。⁵

第三、風險管理措施的執行。通過風險管理措施及程序，執行風險地圖中識別出的合規風險，達到風險預防、風險檢測及糾正企業運作缺陷的效果。從

² *The French Anti-Corruption Agency Guidelines*, Agence Française Anticorruption, 2021, p. 4.

³ “Responsibilities of the board of directors for compliance - Principle 1” 及 “Responsibilities of senior management for compliance - Principle 2”, *Compliance and the compliance function in banks*, Basel Committee on Banking Supervision.

⁴ Mota Pinto: 《民法總論》，澳門大學法學院、法務局，2014 年，第 181 頁。

⁵ “Principle 3 - The bank’s senior management is responsible for establishing and communicating a compliance policy, for ensuring that it is observed, and for reporting to the board of directors on the management of the bank’s compliance risk”, *Compliance and the compliance function in banks*, Basel Committee on Banking Supervision.

合規管理的法律關係元素而言，最高管理層人員與企業、員工執行管理措施的程序，應視為法律事實。⁶

(二) 葡萄牙央行合規風險管理的架構

按葡萄牙現在監管銀行的制度，詳述了銀行存在的多種風險，包括：信用風險和交易對手風險 (Risco de crédito e risco de contraparte)、殘留風險 (Risco residual)、集中風險 (Risco de concentração)、證券化風險 (Risco de titularização)、市場風險 (Risco de mercado)、交易賬簿中未包含的活動引起的利率風險 (Risco de taxa de juro resultante de atividades não incluídas na carteira de negociação)、操作風險 (Risco operacional)、流動性風險 (Risco de liquidez)、過度槓桿的風險 (Risco de alavancagem excessiva)。⁷ 合規部門須在識別風險後，按照其職能制定程序以事前確定機構所面對的風險。⁸

為應對銀行經驗的各種風險，法律要求成立風險委員會 (Comité de riscos) 以協助最高管理層管理機構的各種風險。其職能包括：確保正確識別、評估和報告信貸機構的所有重大風險；參與確定信貸機構的戰略風險 (Estratégia de risco)；參與有關管理重大風險的決策，且有責任至少每年一次按法定程序作成風險識別及評估報告。⁹ 另外，亦要求銀行的管理機構必須建立及維持合規的專責部門，其職責包括：第一、對銀行作出定期監察，製作、執行及監督《行為守則》“Código de conduta”；¹⁰ 第二、事先對具合規風險的決定作出審查；¹¹

⁶ “Principle 4 - The bank’s senior management is responsible for establishing a permanent and effective compliance function within the bank as part of the bank’s compliance policy”; “Principle 5 - The bank’s compliance function should be independent”; “Principle 6 - The bank’s compliance function should have the resources to carry out its responsibilities effectively”; “Principle 7 - The responsibilities of the bank’s compliance function should be to assist senior management in managing effectively the compliance risks faced by the bank. Its specific responsibilities are set out below. If some of these responsibilities are carried out by staff in different departments, the allocation of responsibilities to each department should be clear”, *Compliance and the compliance function in banks*, Basel Committee on Banking Supervision.

⁷ “Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras”, (《信貸機構和金融公司的總體框架》) 第 115 條第 K 款-第 115 條第 W 款。

⁸ Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2020, 第 28 條。

⁹ Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2020, 第 23-25 條。

¹⁰ Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2020, 第 28 條 a-d。

¹¹ Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2020, 第 28 條 e-f。

第三、監督反洗錢及反恐融資的內控程序；¹² 第四、銀行出現違法或其他不當行為時，向管理層及監督機構報告及保持相關記錄；¹³ 第五、監督規章的有效應用，參與新產品的審批過程；¹⁴ 第六、進行合規性測試及製作年度報告。

（三）澳門銀行合規風險管理架構

1. 澳門合規風險管理的制度淵源

巴塞爾委員會為國際清算銀行（BIS）設立的機構，其發出的各種指引屬國際金融機構所通用的標準，且中國已於 2009 年加入該會，¹⁵ 中國銀監會在制定政策時，也明確跟隨巴塞爾協議等相關制度。¹⁶

另外，作為澳門金融行業主要運作的依據的第 32/93/M 號法令《金融體系法律制度》。其序言中指出該法是參考巴塞爾設立之銀行業規則與管理慣例委員會（巴塞爾委員會或 BCBS）、歐洲共同體及與澳門金融體系較近似之國家及地區所啟發而成，¹⁷ 雖說回歸後“序言”部份不能被視為法規的組成部份，¹⁸ 但這仍能作為法律解釋的參考依據。故此，對澳門合規制度作出檢討時，以上述法律體系內的規範作為基礎，是能夠符合澳門立法者對金融法規的設計體系及傳統的做法。

2. 澳門合規管理的架構

由於澳門的銀行資本額以一億元為下限。¹⁹ 在《商法典》資本額標準之下澳門的銀行均為股份有限公司，²⁰ 股份有限公司的行政管理職能主要由其董事

¹² Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2020, 第 28 條 g。

¹³ Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2020, 第 28 條 h-j。

¹⁴ Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2020, 第 28 條 k-m。

¹⁵ Expansion of membership announced by the Basel Committee. Basel Committee on Banking Supervision: <https://www.bis.org/press/p090610.htm>

¹⁶ 國務院公報：“銀監會關於中國銀行業實施新監管標準的指導意見”，2011 年第 31 號。

¹⁷ “主要受巴塞爾設立之銀行業規則與管理慣例委員會之指引原則、歐洲共同體正在進行之協調努力中所取得之效益，以及與澳門金融體系較近似之國家及地區之經驗所啟發，在不排斥吸取國際上較廣泛接受之解決方法之情況下，尚須創設條件，以加強信用系統對支持促使本地區擴展經濟活動之回應能力，以及增強地域性合作及一體化之效果”。

¹⁸ 第 1/1999 號法律——《回歸法》第 4 條。

¹⁹ 第 32/93/M 號法律——《金融法律制度》第 21 條。

²⁰ 《商法典》第 393 條。

會負擔。²¹ 雖然，澳門法律仍未就合規風險管理進行專門的立法，但根據巴塞爾委員會在《合規與銀行內部合規部門》指引及參考葡萄牙《信貸機構和金融公司的總體框架》描述，合規架構的職責主要為管理企業內部運作及對外合同的簽訂與執行，按《商法典》規定，董事會的權限為管理及代理公司，也即包括對內管理和對外代表公司，所以澳門銀行合規風險管理職責應屬董事會負擔。²²

合規事務管理屬董事會的職責，董事會有責任瞭解銀行的主要風險及設立風險上限數值，並確保高級管理層有相應手段來識別、衡量、監測和控制這些風險。²³ 董事會和管理層按風險識別與評估以管理銀行所面對之風險，包括如信貸風險、國家及轉移風險、市場風險、利率風險、流動性風險、操作風險、法律風險以及信譽風險等。合規評估報告則在“會計、資訊和交流系統”內作為其收集及交換的資訊。²⁴ 風險管理委員會在該指引下，屬負責監察包括合規風險的專門單位。²⁵

三、合規風險管理制度於澳門法的性質

（一）合規風險的定義

按巴塞爾《合規與銀行內部合規部門》指引，合規風險是指銀行因未能遵守適用於其銀行活動的法律、法規、規則、相關自律組織標準和行為守則而可能遭受法律或監管制裁、重大財務損失或聲譽損失的風險。²⁶ 巴塞爾委員會將業務風險定義為：因內部程序、人員和系統不足或失靈或外部事件造成損失的

²¹ 《商法典》第 454 條。

²² 《商法典》第 465 條。

²³ 澳門金融管理局傳閱文件 169/B/2002-DSB/AMCM DSB/AMCM DSB/AMCM，《信用機構內部控制指引》，第 3 頁。

²⁴ 澳門金融管理局傳閱文件 169/B/2002-DSB/AMCM DSB/AMCM DSB/AMCM，《信用機構內部控制指引》，第 5 頁。

²⁵ 澳門金融管理局傳閱文件 169/B/2002-DSB/AMCM DSB/AMCM DSB/AMCM，《信用機構內部控制指引》，第 7 頁。

²⁶ “Implementation of the compliance principles”, Basel Committee on Banking Supervision (2005), *Compliance and the compliance function in banks*. Bank for International Settlements (April), p. 5.

風險。該定義包括法律風險，但不包括戰略和聲譽風險；²⁷ 故此在巴塞爾委員會發佈的兩文件中出現了合規風險 (compliance risk) 及法律風險 (legal risk) 的近似概念。

作業風險資料交換協會把法律風險定義為銀行暴露於以下風險：²⁸ 第一、面臨新法律的風險；第二、有關當局對現行法律的解釋發生變化的風險；第三、超出合同規定的風險，指不遵守監管或法定職責及對合同條款的不利解釋或不可執行。國際律師協會把法律風險定義為由以下原因造成的損失：²⁹ 第一、有瑕疵的交易；第二、被索賠或發生其他導致機構承擔法律責任及損失的事件；第三、沒有採取適當措施保護該機構擁有的資產；第四、法制的更改。

有學者認為法律風險具更廣闊的概念，其包括所有與法律關係有關的潛在損害，並可通過司法機關強制執行，該種風險包括能導致金錢或拘留的制裁，也包括發出禁令或剝奪法人或自然人的某些特權，如要求強制履行合同條款或履行合同中的補救措施。³⁰

以上定義都只能視為概念的深化描述，並未能提供區分的標準。合規風險與法律風險的區別主要來自普通法系及大陸法系的分別，由於巴塞爾《合規與銀行內部合規部門》指引內指的法律都是成文法，而未有包括普通法系司法管轄區的判例法及習慣法的法律淵源，所以作出了法律風險及合規風險的區別，但不同的法制及定義最終都服膺於遵守法律的一命題。³¹

²⁷ “Core Principles for Effective Banking Supervision (BCBS230)”, Basel Committee on Banking Supervision, p. 58.

²⁸ “Operational Risk Reporting Standards (ORRS)”, Operational Risk data exchange Association (ORX), Edition 2011, p. 11.

²⁹ “The management of legal risk by financial institutions”, International Bar Association, 2003, p. 13.

³⁰ Jan Trzaskowski, “Legal Risk Management: Some Reflections”. In Steen Treumer (Ed.), *Julebog 2005*. Djøf Forlag, 2005, p. 176.

³¹ J. R. Terblanché, “Legal risk and compliance for banks operating in a common law legal system”, in *The Journal of Operational Risk*, Volume 7, 2012, p. 69.

（二）合規法律的位階

按國際律師協會、作業風險資料交換協會及巴塞爾委員會所設定對合規風險的定義，合規風險包含了違反監管當局法規所受的懲罰，也包含因營運建立的合同的損失的兩個部份。

按巴塞爾委員會的指引銀行的內部經營及與其他主體簽訂合同，均須遵守法律、法規、規則、相關自律組織標準和行為守則，以澳門法律秩序而言，包括：³² 第一、立法會的法律，如第 2/2006 號法律《預防及遏止清洗黑錢犯罪》；第二、行政長官的獨立行政法規，如第 7/2003 號行政法規《除保險界外之金融實體的文件保存》；第三、行政長官的補充性行政法規，如第 7/2006 號行政法規《清洗黑錢及資助恐怖主義犯罪的預防措施》；第四、澳門金融管理局的通知及指引，如《反洗錢及反恐融資指引》。

（三）合規法律的效力

澳門的銀行業須按其業務的模式遵守各種法律，其中包括由金融管理局制定的通知及指引。按回歸前具立法權機關所頒布的《金融體系法律制度》規定金融管理局具有訂定規章的權力，³³ 且當銀行違反其所發出的通告或傳閱文件，視為構成輕微違反的行為。³⁴

倘參考葡萄牙銀行的監管當局“證券市場委員會”(Securities Market Commission, 簡稱 CMVM) 的權限，其有制訂規則的權力，視為一種授權立法 (Secondary Legislation) 的方式。³⁵ 澳門也按相同的模式由具立法權的機關通過法律，授權金融管理局訂立具強制力的規範。

³² 第 13/2009 號法律——《關於訂定內部規範的法律制度》第 4 條。

³³ 第 32/93/M 號法令——《金融體系法律制度》第 6 條第三款。

³⁴ 第 32/93/M 號法令——《金融體系法律制度》第 122 條第一款。

³⁵ Uría Menéndez, “In brief: financial services compliance programme in Portugal”, March 19 2021, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=498a3b22-aebc-4c11-bd3b-ee26b5d71136>

然而，在《澳門基本法》有關立法權的規定，是未有建立授權立法的制度，從法治主義立場出發，公權力機關是適用“職權法定原則”，即法所未准者皆為禁止。³⁶ 澳門金融管理局現行的通告或傳閱文件的有效性，應按訂立於回歸前後而不同。

《金融體系法律制度》授權立法條款為回歸前所制定，金融管理局按當時有效的制度所發出的通告或傳閱文件，在內容未違反《澳門基本法》的情況之下，應視為原有法律而保留；³⁷ 由於《澳門基本法》沒有授權立法的機制，³⁸ 在適用《金融體系法律制度》內相關條款時，應按《回歸法》受到限制，³⁹ 也即授權立法不是《澳門基本法》下能存在的制度，回歸後金融管理局所訂立之通告或傳閱文件，是否銀行合規法制的範圍呢？倘金管局視指引及通知為管理銀行業的指引，即使不啟動第 122 條的違反“引指及通知”的罰則，也難以不遵守該文件的規範。⁴⁰

四、合規風險管理於澳門法的適用

綜合之前對合規風險的定義，銀行應從遵守當局監管及合同履行兩方面進行合規風險的內部控制 (Internal control)。按巴塞爾委員會於 2003 年推出的《銀行內部合規部門》指出，銀行的合規風險包括四方面：反洗錢及反恐融資、開展業務的利益衝突、私隱和數據保護及消費借貸。⁴¹ 所以合規風險管理也應根據該四方面的風險分析：

³⁶ 米萬英：“行政法規與授權立法”，參見澳門檢察院網站論文 https://www.mp.gov.mo/zh_tw/standard/articles_detail/article/ir2u11af.html，2001 年 6 月。

³⁷ 《澳門基本法》第 8 條。

³⁸ 李燕萍：“澳門行政法規的法律控制問題研究”，《“一國兩制”研究》第 1 期，第 87 頁。

³⁹ 第 1/1999 號法律——《回歸法》第 3 條第五款。

⁴⁰ 第 32/93/M 號法令——《金融體系法律制度》第 5 條。

⁴¹ “Consultative Document - The compliance function in banks”, Basel Committee on Banking Supervision, 2003, p. 3.

(一) 遵守當局監管方面

反洗錢及反恐融資(The prevention of money laundering and terrorist financing)。第 6/97/M 號法律《有組織犯罪法》為澳門首次對洗錢活動專門設立專門罪名，第 24/98/M 號法令則用作監察可疑的資金流動。隨後特區成為《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》實施地區，也就確立了反洗錢的基本制度。⁴²

現時金融情報辦公室為監管反洗錢及反恐融資制度的主管部門，特區政府也補充了第 2/2006 號法律《預防及遏止清洗黑錢犯罪》及第 3/2006 號法律《預防及遏止恐怖主義犯罪》等法律作為監管的根據。

開展業務的利益衝突 (The conduct of business, including issues such as avoiding or mitigating conflicts of interest)。這是指當企業內部的個人或實體的利益，與其職責之間的存在衝突，員工的判斷及決策就會出現公正的問題。在商業中，當一個人選擇個人利益而不是對其僱主或對其作為利益相關者的組織的責任時，或以某種方式利用其職位謀取個人利益時，就會產生利益衝突。⁴³ 然而澳門未有直接企業的利益衝突立法，即使參考與澳門法制相近的葡萄牙及巴西的利益衝突法法律都只規範公共機關或政治職位的據位人。⁴⁴

銀行與公共部門之間須遵守《刑法典》第 337-339 條的受賄作不法行為罪、受賄作合規範之行為罪及行賄罪、第 10/2014 號法律《預防及遏止對外貿易中的賄賂行為的制度》及《澳門行政程序法典》第 46 條迴避的制度；

為了避免利益衝突制度，從機構外部而言，主要為針對私營部門之間賄賂行為的第 19/2009 號法律《預防及遏止私營部門賄賂》；從機構內部而言，當

⁴² 江志：“關於洗錢罪之若干法律問題研究”，參見澳門檢察院網站 https://www.mp.gov.mo/zh_tw/standard/articles_detail/article/ir32tecz.html。

⁴³ Susana Coroado & Thierry Dias Coelho：“Transparência, monitorização, responsabilização: Como prevenir os conflitos de Interesses”, p. 3.

⁴⁴ 葡萄牙第 52/2019 號法律——《政治職務和高級職務的所有人行使職能的制度》(Lei n.º 52/2019, Regime do Exercício de Funções por Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos)，第 2、3 條及巴西第 12813/2013 號法律——《利益衝突法》(Lei n.º 12.813/2013 Lei de Conflito de Interesses) 第 2 條。

員具有經理的身份後為避免與僱主的利益發生衝突，⁴⁵ 在《商法典》內為主管人員及董事都設定了禁止競業的規則。⁴⁶

私隱及數據保護 (Privacy and data protection)。從 2007 年的金融危機反映銀行的信息技術及數據的架構不足以支持數據上的風險管理，⁴⁷ 儘管有大量資源用於為數據風險的管理的方案上，但銀行仍未了解該風險的整體範圍，而巴塞爾所發佈的《風險數據匯總和風險通知原則》“Principles for effective risk data aggregation and risk reporting” 就指引銀行設立數據保護方案。

在私隱及數據保護上，澳門建立兩個方向立法，第一、2001 年訂定第 14/2001 號法律《電信綱要法》及第 41/2004 號行政法規《公共電信網絡互連制度》規管公共電信網絡。對銀行數據保留而言，須遵守第 11/2009 號法律《打擊電腦犯罪法》及第 13/2019 號法律《網絡安全法》，構成了特區數據保護方面的制度。第二、由於居民的隱私權屬《基本法》、《中葡聯合聲明》中所描述的基本權利，⁴⁸ 澳門的《個人資料保護法》也因而制定出來。由於銀行業處理大量的客戶資料，個資的保護為現在澳門銀行十分重視的範圍，而也是符合巴塞爾委員會指引的原則。

消費借貸 (Consumer credit, if a bank engages in consumer credit business) 對銀行而言，貸款信用風險的最大來源，但隨業務模式的多元化，各種的金融工具都會引致相關之風險，該等風險主要為“交易對手風險”(Counterparty Risk)，包括承兌、銀行間交易、貿易融資、外匯交易、金融期貨、掉期、債券、股票、期權，以及在延長承諾和擔保、交易結算方面。銀行須履行信貸等程序健全，以監督該風險在可控的範圍之內。⁴⁹

在金融工具方面，主要受《商法典》內一般債權證券編，然而本地機構極少發行相關證券，故此監管制度基本上仍是空白。

⁴⁵ *Compliance and the compliance function in banks*, 第 4 點。

⁴⁶ 《商法典》第 71 條及第 461 條。

⁴⁷ “Principles for effective risk data aggregation and risk reporting” (風險數據匯總和風險通知原則) Basel Committee on Banking Supervision (2013a), BIS Report No. BCBS239, p. 1.

⁴⁸ 第 8/2005 號法律——《個人資料保護法》，第三常設委員會，第 3/II/2005 號意見書，第 5-7 頁。

⁴⁹ “Principles for the Management of Credit Risk”, Basel Committee on Banking Supervision, BIS Report, p. 13.

(二) 合同履行方面

銀行合規風險除違反監管制度而引致損失外，合同瑕疵產生的損失及其他法律責任同樣會存在重大財務損失或聲譽損失的風險。銀行因業務所簽訂合同應分為：第一、提供服務合同，可分為向私人或政府提供服務；第二、接受服務合同可分為外判合同或採購合同；第三、混合合同(如與其他機構業務合同，接受服務又提供服務)。

銀行合規風險審查面臨的困難有：第一、銀行業務類型多樣。使審核合同時須根據的法律分散，除《金融法律制度》外，《商法典》“銀行合同”制度，第 12/88/M 號法律《消費者的保護》等法律制度，均會影響到銀行合同事宜的合規風險；第二、新產品及合同種類與日俱增。如近年澳門電子支付成為業務發展新領域，但監督的專門制度處於空白；第三、金融法律陳舊。澳門金融管理局在反洗錢及反恐融資上，要求銀行對法人客戶進行盡職調查。但如確定的實益擁有人，認定只能靠機構內部人員的判斷，倘參考葡萄牙按歐洲議會和理事會指令（EU）2015/849，立法訂出實益擁有人的註冊制度，⁵⁰ 則可免除人員判斷的失當。因當客戶背景審查制度的不足，會增加合同不履行風險。

1. 私法合同簽訂前後的審查

巴塞爾委員會要求銀行須對客戶進行按《銀行客戶盡職調查》及《KYC 風險統一管理》⁵¹ 進行客戶盡職調查 (Customer Due Diligence, CDD)。而且銀行屬第 2/2006 號法律《預防及遏止清洗黑錢犯罪》內預防性責任之主體，⁵² 有責任對銀行所簽訂的所有合同進行盡職審查。⁵³ 銀行須在四個情況下作出，第一，建立業務關係；第二，交易發生不尋常的情況；第三、偶然交易；第四、對資料發生懷疑。⁵⁴

⁵⁰ Lei n.º 89/2017 — Regime Jurídico do Registo Central do Beneficiário Efectivo (葡萄牙第 89/2017 號法律——受益人中央註冊處的法律制度)，第 4 條。

⁵¹ Customer Due Diligence for Banks (October 2001)及 Consolidated KYC Risk Management (October 2004).

⁵² 第 2/2006 號法律——《預防及遏止清洗黑錢犯罪》第 6 條。

⁵³ 第 2/2006 號法律——《預防及遏止清洗黑錢犯罪》第 7 條第一款及第 3/2006 號法律《預防及遏止恐怖主義犯罪》第 11 條第二款。

⁵⁴ 第 7/2006 號行政法規——《清洗黑錢及資助恐怖主義犯罪的預防措施》第 3 條。

銀行與客戶簽訂合同，除必須審查其身份資料外，⁵⁵ 且有責任在執行合同時，持續監控交易會否出現任何違法的情況。該程序主要是用作避免反洗錢及反恐融資方面的風險，合同另一方為自然人須了解其身份證明文件，地址、資金來源等，也要了解其身份性質，即是否政治敏感人物 (PEP)；針對法人，須審查其開立的文件、業務性質、股東及董事的背景、實質擁有人及高級管理人員等資料。

(1) 提供服務簽訂的合同特徵

基於《民法典》合同自由的原則，⁵⁶ 私人自由訂立合同的內容，但銀行作為一金融服務提供者，與客戶所訂立的內容具以下特徵：

第一、銀行所簽訂之合同內容限制。銀行所建立的法律關係，雖說會因應其業務的發展而推陳出新，但仍須符合銀行業務法定的限制範疇，也即《金融法律制度》所指出的“准許之經營活動”。⁵⁷ 另外，《商法典》定出數類適用於銀行的有名合同 (Contratos nominados)，包括：銀行寄存 (活期、定期存款等)、保管箱的租賃、銀行信貸開立銀行預付、往來帳戶中之銀行運作及銀行貼現。倘銀行與客戶的合同屬有名合同，僅能在不違反強行性規定之情況下，方能避免出現條款無效的情況。

例如銀行與客戶所建立的借貸關係，須遵守法律對合同的“強行性的法律規定”以確定合同條款具有效力，⁵⁸ 當中包括《民法典》消費借貸合同、⁵⁹ 《商法典》內“銀行信貸之開立”，乃至用作保障消費權益的《消費者的保護》法律等。

第二、銀行所簽訂之合同形式限制。銀行與客戶開始關係的開戶合同 (Contrato de abertura de conta⁶⁰) 屬核心合同 (Contrato nuclear)，是信用機構用作與客戶建立長期的銀行業務關係的合同。核心合同是存款合同及其他合同的整

⁵⁵ 在洗錢方面的指引為：《反洗錢及反恐融資指引》。

⁵⁶ 澳門《民法典》第 399 條。

⁵⁷ 第 32/93/M 號法令——《金融體系法律制度》第 17 條。

⁵⁸ 澳門《民法典》第 287 條。

⁵⁹ 例如中級法院第 63/2003 號案件。

⁶⁰ António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, 5.ª edição, revista e actualizada. Coimbra, Livraria Almedina, Maio de 2014, p. 579.

合，視為一種合同的聯合 (Coligação de contratos)。⁶¹ Almeno de Sá 認為“銀行與客戶所簽訂合同的基本目的是在銀行的所有服務中，建立和形成持續經營的法律關係，這是確定意願並建立未來項目的一般合作基礎”。客戶開立帳戶與銀行簽訂的為框架合同 (Contrato-quadro)。銀行框架合同的内容屬“合約的一般條款” (Cláusulas contratuais gerais)，⁶² 並以此建立將來與客戶之關係的規則。⁶³ 通過與用戶簽訂合同建立“銀行與客戶之間的關係及制度”。⁶⁴ 該類合同為將來一連串銀行與用戶之間的交易依據，被稱為“合同上之合同”。⁶⁵ 然而，澳門法律未有就具框架合同特質的合同專門規範，故此其遵守《商法典》內相對的合同規定應能達到合規的目標。

另外，由於合同屬使用“合約的一般條款”之協議，具定式合同（或附和合同 Contrato de adesão）性質。⁶⁶ 故此，合同之條款須符合《合約的一般條款》的強行性規定，不能締結含該法訂明的禁止性條款內容。

(2) 接受服務的合同特徵

澳門的銀行業者基於其業務向其他機構尋求服務，例如銀行會委任專門的機構製作信用卡、記賬卡或預付卡。按巴塞爾《金融服務外判》(Outsourcing in Financial Services) 指引，外判定義為受監管實體利用第三方（公司內的關聯實體或公司外的實體）持續開展通常由本機構負擔的業務。外判可以是將某項活

⁶¹ Miguel Pestana Vasconcelos, “Dos contratos de depósito bancário”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VIII, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 166.

⁶² 第 17/92/M 號法律——《合約的一般條款》。

⁶³ Almeno de Sá, *Direito Bancário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 17.

⁶⁴ José Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, p. 483, 轉引自 Verónica Santos, “As debilidades do serviço de homebanking, em especial quanto aos crimes de fraude informática de phishing e pharming. A questão da responsabilidade no âmbito das operações bancárias não autorizadas”. 法律碩士論文，2019 年 7 月 8 日。

⁶⁵ Maria Raquel Guimarães, “A repartição dos prejuízos decorrentes de operações fraudulentas de banca electrónica (home banking): Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 23.10.2012, Proc. 305/09”. *Cadernos de Direito Privado*, Braga: Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2003, n.º 41 (2013), pp. 45-69.

⁶⁶ Simpósio sobre as Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública e Económica (1. : 1.988 : Curitiba). Alfredo de Assis Gonçalves Neto. Notas sobre os contratos bancários. Curitiba : Juruá, pp. 47-53, 1.988. 轉引自 Deltan Martinazzo Dallagnol, “Contratos bancários: conceito, classificação e características”, <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/contratos-bancarios-conceito-classificacao-e-caracteristicas/>

動（或該活動的一部份）從受監管實體初步轉移給第三方，也可以是將某項活動（或其一部份）從一個第三方服務提供者進一步轉移給另一個第三方，即為分判“subcontracting”。外判合同的主要合規風險在於：⁶⁷

第一、外判商的合規系統和控制不充分。當外判商承包了銀行的業務，則負有與銀行等同的客戶盡職調查（CDD）之義務、⁶⁸ KYC 的程序、⁶⁹ 業務持續營運計劃（BCP）等等，⁷⁰ 銀行如何監管好外判商的責任，這方面主要屬銀行內部控制（Internal control）的問題。⁷¹

第二、消費者權益的法律沒有得到充分的遵守。倘外判商承擔的是客戶服務業務，例如金融機構由第三方公司代理銷售金融產品（在保險類業務經常會出現銀行作為第三方的外判商的情況）。銀行須監管外判商能否符合消費者權益的制度（包括第 12/88/M 號法律《消費者的保護》），倘銀行作為外判商的情況，也須按業務性質遵守相關制度，如在保險代理業務內，遵守的第 38/89/M 號法令《訂定從事保險中介人業務的制度》。

第三、隱私法沒有得到遵守。按巴塞爾委員會的指引，外判法律關係必須涉及客戶個人的非公開專有資訊或與其業務活動有關的其他資訊，銀行必須履行與客戶之間的保密協議及商業秘密，在涉及客戶的個人資料時，更有責任按第 8/2005 號法律《個人資料保護法》處理。

巴塞爾委員會《金融服務外判》指銀行使用外判合同必須採取專門的監管措施，且外判與採購屬不同的合同類型。採購的定義是，從供應商處獲得服務、貨物或設施，但不向採購公司轉移與其客戶有關的非公開專有資訊或與其業務活動有關的其他資訊。⁷² 故此，外判合同與採購合同的最大區別在於建立業務之往來時，客戶的非公開專有資訊或與其業務活動有關的其他資訊會否出現轉移。

⁶⁷ “Outsourcing in Financial Services”, Basel Committee on Banking Supervision, February 2005, p. 11.

⁶⁸ “Customer Due Diligence for Banks”, Basel Committee on Banking Supervision, October 2001.

⁶⁹ “Consolidated KYC Risk Management”, Basel Committee on Banking Supervision, October 2004.

⁷⁰ “High-level principles for business continuity”, Basel Committee on Banking Supervision, December 2005.

⁷¹ “Framework for Internal Control Systems in Banking Organizations”, Basel Committee on Banking Supervision, September 1998.

⁷² “Outsourcing in Financial Services”, Basel Committee on Banking Supervision, February 2005, p. 4.

由澳門金管局所發佈用作管理金融機構的《外判管理指引》，只為外判活動定義為“信用機構將其部份業務的日常操作，一般在固定期間內，判給另一方（包括關連方）辦理的安排。外判的業務/功能可以是信用機構現有業務或運作的部份，也可以是應用外部專業技能全新開發的項目或操作系統”。⁷³ 按《民法典》“勞務合同”包括三種方式，即委任、寄託及承攬合同，⁷⁴ 都可適用於不論外判還是採購服務名義簽訂的合同，但按巴塞爾委員會《金融服務外判》合同類型決定了其合規的措施。由於澳門法律未有明確與採購合同作出區分，則澳門銀行以採購服務合同名義，實際上外判其業務的運作到其他的實體，則這些合同又是否能規避外判指引的監管呢？

2. 公法合同的合規責任

銀行會基於不同的業務與公共當局簽訂合同，行政合同是建立、修改或終止行政法律關係的合意。⁷⁵ Diogo Freitas do Amaral 指出，應以客體標準定義行政合同，行政合同是以行政法的法律關係賦予行政當局權力，或向私人當事方施加公共利益的限制，或在同一行政當局面前將權利或公共義務賦予私人當事方；⁷⁶ Marcelo Rebelo de Sousa 和 André Salgado Matos 認為，行政合同只是一種合同，因此其自主性體現在公共利益作為公共行政的永恆目標而存在，且還應該優先於私人利益。⁷⁷ Maria João Estorninho 持相反的觀點，行政合同是三權分立原則 (Princípio da separação de poderes) 和管轄權分配原則 (Princípio da repartição jurisdicional de competências) 的解釋的結果，他認為行政合同的法律制度本身與普通合同法是一致的，僅是受制於公法的監管的程度區別。⁷⁸

⁷³ 澳門金融管理局傳閱文件 032/B/2009-DSB/AMCM，〈外判管理指引〉，第 2 頁。

⁷⁴ 澳門《民法典》第 1080 條。

⁷⁵ 澳門《行政程序法典》第 165 條。

⁷⁶ Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2.^a edição, 2.^a reimpressão. Coimbra, Almedina, 2012, p. 457.

⁷⁷ Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral: Actividade Administrativa*, Tomo III, 1.^a Edição, Lisboa, Publicações D. Quixote, 2007, p. 367.

⁷⁸ Maria João Estorninho, *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 78. 轉引自 Maria Marconiete Fernandes Pereira, “O contrato administrativo comparado: influências e convergências”, in *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 1, p. 6989.

澳門政府與銀行簽定行政合同的情況較少，大多時會以民法合同建立合作之關係。⁷⁹ 按《行政程序法典》設定的行政合同種類，銀行與政府簽訂之行政合同屬“為直接公益提供勞務之合同”，⁸⁰ 銀行在簽訂行政合同前須審核作為合同另一方的公法人是否具有該職責，⁸¹ 銀行可通過公開競投、限制性競爭或直接磋商而取得行政合同，⁸² 按第 122/84/M 號法令《有關工程、取得財貨及勞務之開支制度》，⁸³ 行政合同之形式及所載的內容也必須符合規定，⁸⁴ 否則，就可能使合同出現非有效的瑕疵，⁸⁵ 則難以避免引致銀行金錢或聲譽上的損失，而構成合規的風險。⁸⁶

五、結語

從以上分析可以看到，澳門合規法律主要存在的問題為：第一、從法律淵源上，欠缺對銀行內的風險管理部門的職能作出規範，令銀行部門的建設沒有清楚的指引；第二、由於風險管理部門職能不清，合規風險管理工作內存在困難；第三、由於合規管理所需的制度欠缺（如實益擁有人的註冊），同樣可視為制度上的不足；由於澳門銀行合規風險管理制度欠缺，實務操作的高階人員多為澳門以外的專才，對澳門法認識程度，使國際合規標準與本地法律的之間協調性，實有釐清的實際需要。

⁷⁹ 由於政府通過銀行提供公共服務，例如中國銀行與大西洋銀行負擔“公共庫房出納職能”銀行與政府會簽定合同以確定負責該事務，《澳門特別行政區公報》第二組，第 19 期，2000 年 5 月 10 日，第 1856 頁。

⁸⁰ 《行政程序法典》第 165 條第一款 F，“為直接公益提供勞務之合同” (*prestação de serviços para fins de imediata utilidade publica*)。

⁸¹ 《行政程序法典》第 166 條。

⁸² 《行政程序法典》第 166 條。

⁸³ 第 122/84/M 號法令——《有關工程、取得財貨及勞務之開支制度》第 4 條。

⁸⁴ 第 122/84/M 號法令——《有關工程、取得財貨及勞務之開支制度》第 12、13 條。

⁸⁵ 《行政程序法典》第 172 條。

⁸⁶ 《行政程序法典》第 172 條。