



漢坤律師事務所

汉坤法律评述

融贯中西·务实创新

2018年1月8日

银行金融法律

《商业银行股权管理暂行办法》---境外投资者需要注意的几个问题

杨铁成 | 葛音 | 郑婷 | 杨颀

随着银行业金融机构的快速发展，一些乱象也随之发生，特别是违规使用非自有资金入股商业银行、代持商业银行股份、滥用股东权利损害银行利益等。为治理市场乱象，弥补监管短板，经过2017年11月16日至12月15日向社会公开征求意见，中国银行监督管理委员会(以下简称“银监会”)延续了在周五突袭发文的传统，于2018年1月5日颁布了《商业银行股权管理暂行办法》(以下简称“《办法》”)并于当日生效。《办法》旨在规范商业银行股东特别是主要股东行为，加强股东资质的穿透审查，加大对违法违规行为的查处力度，保护商业银行存款人和其他客户合法权益，维护股东合法利益，从而保障商业银行安全稳健运行，促进商业银行持续健康发展。

随着国内金融市场的开放，境外投资者也有越来越多的渠道投资国内的商业银行，成为国内商业银行的股东。具体而言，境外投资者可以在国内直接设立外资银行，包括外资法人银行(即外商独资银行和中外合资银行)和非法人分行(即外国银行分行);也可以直接参股国内的商业银行(实践中主要是中资商业银行)。如果国内的商业银行为A股上市公司，境外投资者可以通过QFII(合格境外机构投资者)/RQFII(人民币合格境外机构投资者)的渠道，以及沪港通和深港通的渠道来投资A股上市商业银行;如果国内的商业银行为H股上市公司或在其它境外交易所上市交易，境外投资者也可以直接投资国内的商业银行在境外交易所上市交易的股票。从投资者的类型来看，境外投资者可以是境外金融机构也可以是各类境外金融产品，甚至是境外的个人投资者，但是后两者仅可投资国内的商业银行在交易所上市交易的股票。《办法》对这些境外投资者的影响也不尽相同，对于境外投资者投资的商业银行也会产生相应影响。

本文简单评述一下《办法》对境外投资者及其投资的商业银行的影响。

一、外资银行

《办法》适用于中华人民共和国境内依法设立的商业银行。法律法规对外资银行变更股东或调整股东持股比例另有规定的，从其规定。因此，《办法》应该不适用于外国银行分行;而对于外资法人银行，其变更股东或调整股东持股比例应适用《外资银行管理条例》、《外资银行管理条例实施细则》及《外资银行行政许可事项实施办法》等相关规定中的严格的资质要求和审批程序。除此之

外,《办法》中有关股东行为(特别是主要股东)的规定应当适用于外资法人银行及其股东。但是,由于外资法人银行的股权结构简单清晰,我们预计《办法》对外资法人银行的实际影响应该不大。

二、外资参股的中资商业银行

《办法》按照分类管理的原则,根据对商业银行经营管理的影响,将股东分为主要股东和一般股东。这种分类已经体现在银监会的部分规定里,如《商业银行公司治理指引》¹和《关于加强中小商业银行主要股东资格审核的通知》²,但是一直存在适用不一致的问题。相比现行其他规定,《办法》在以下方面统一和强化了主要股东的界定:

- 1) 对于所有商业银行而言,主要股东是指“持有或控制商业银行百分之五以上股份或表决权,或持有股份总额不足百分之五但对商业银行经营管理有重大影响的股东”。其中,重大影响的衡量标准“包括但不限于向商业银行派驻董事、监事或高级管理人员,通过协议或其他方式影响商业银行的财务和经营管理决策以及银监会或其派出机构认定的其他情形”。在实际适用中,我们认为可以参考会计准则中有关“重大影响”的考量因素,但是银监会有权依据行业和商业银行的具体情况做出最终决定;
- 2) 界定主要股东时,股东与其关联方、一致行动人的持股比例合并计算。其实在银监会的监管实践中,对于股东的持股比例实际也采取合并计算的原则,但这一原则在现行其他规定中并未完全明确。

根据银监会的现行规定,单个境外金融机构及被其控制或共同控制的关联方作为发起人或战略投资者向单个中资商业银行投资入股比例不得超过 20%,多个境外金融机构及被其控制或共同控制的关联方作为发起人或战略投资者投资入股比例合计不得超过 25%。因此,境外投资者很有可能成为国内商业银行的主要股东。³此外,根据《办法》的最新规定,境外投资者在判断自己是否构成主要股东时,除了考虑关联方持股,还需要注意是否存在一致行动人与其共同持有同一商业银行股权。

对于主要股东,《办法》在信息披露、入股数量、持股期限、资本补充以及公司治理等方面提出了明确要求,目的是防范大股东违规干预商业银行的经营管理。我们结合银监会现行其他规定,从以下几方面分析《办法》的相关规定对境外投资者产生的影响:

1) 穿透式披露和监管

《办法》要求主要股东应向商业银行和监管部门逐层说明股权结构直至实际控制人、最终受益人,以及其与其他股东的关联关系或一致行动人关系。在银监会的现行监管规定中,已经要求主要股东披露控制关系和关联关系,此次《办法》则增加了最终受益人和一致行动人的披露内容。“最终受益人”是一个新引入的概念,是指“实际享有商业银行股权收益的人”。“一致行动”则指“投资者通过协议、其他安排,与其他投资者共同扩大其所能够支配的一个公司股份表决权数量的

1 第九条规定“本指引所称主要股东是指能够直接、间接、共同持有或控制商业银行百分之五以上股份或表决权以及对商业银行决策有重大影响的股东。”

2 第一条规定“中小商业银行主要股东,是指持有或控制中小商业银行 5%以上(含 5%)股份或表决权且是银行前三大股东,或非前三大股东但经监管部门认定对中小商业银行具有重大影响的股东。”

3 《中资商业银行行政许可事项实施办法》第二十五条。

行为或者事实。达成一致行动的相关投资者，为一致行动人”。值得注意的是，在《办法》的征求意见稿中，一致行动人应参照《上市公司收购管理办法》第八十三条规定认定，但是《办法》删除了上述规定。对于境外投资者来说，这可能产生几个问题：

第一、“一致行动”的适用可能不局限于上市银行⁴；

第二、对于境外上市银行中存在的“一致行动”可能也要考虑境外证券市场的相关规定；

第三、“最终受益人”和“一致行动”的界定都非常宽泛，银监会对其范围具有最终决定权。

此外，在关联交易方面，商业银行也被要求按照上述穿透原则将主要股东及其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人、最终受益人作为自身的关联方进行管理。因此，境外投资者在入股商业银行过程中需要谨慎地考量是否存在最终受益人和一致行动人。

2) “两参或一控”

《办法》限制主要股东入股商业银行数量。《办法》明确规定，同一投资人及其关联方、一致行动人作为主要股东参股商业银行的数量不得超过 2 家，或控股商业银行的数量不得超过 1 家。同时《办法》也明确了例外条款，即根据国务院授权持有商业银行股权的投资主体、银行业金融机构，法律法规另有规定的主体入股商业银行，以及投资人经银监会批准并购重组高风险商业银行，不受本条前款规定限制。

此前，有关投资者入股商业银行数量的限制并不明确，仅在《关于加强中小商业银行主要股东资格审核的通知》有明文规定，即“同一股东入股同质银行业金融机构不超过 2 家，如取得控股权只能投(或保留)一家。”但是，银监会在监管实践中可能对入股其他商业银行也适用类似的数量限制。《办法》则明确了“两参或一控”适用于主要股东投资所有商业银行，并列明了例外情形。

3) 五年锁定期

《办法》要求主要股东自取得股权之日起五年内不得转让所持有的股权。经银监会或其派出机构批准采取风险处置措施、银监会或其派出机构责令转让、涉及司法强制执行或者在同一投资人控制的不同主体之间转让股权等特殊情形除外。

五年锁定期的要求最早出现在银监会主席公开谈话和《关于加强中小商业银行主要股东资格审核的通知》⁵。银监会在监管实践中可能已经对入股其他商业银行也适用类似锁定期要求。《办法》则将上述锁定期要求明确适用于主要股东入股所有商业银行，并列明了例外条款，这也基本符合现行实践。

4) 资本补充

《办法》要求主要股东应当根据监管规定书面承诺在必要时向商业银行补充资本，并通过商业银行每年向银监会或其派出机构报告资本补充能力。

4 例如，在《商业银行与内部人和股东关联交易管理办法》中也出现了“一致行动”的概念，其中第九条规定“本办法所称共同控制是指按合同约定或一致行动时，对某项经济活动所共有的控制”。

5 第二条第(四)项规定“要求主要股东董事会出具正式的书面承诺：……三是承诺自股份交割之日起 5 年内不转让所持该银行股份，并在银行章程或协议中载明；到期转让股份及受让方的股东资格应取得监管部门的同意。”

主要股东的资本补充责任已经在现行其他规则中有所体现，如《关于加强中小商业银行主要股东资格审核的通知》规定主要股东董事会出具正式的书面承诺，主要股东作为持股商业银行的主要资本来源，应承诺持续补充资本。《商业银行公司治理指引》规定当商业银行资本不能满足监管要求时，应当制定资本补充计划使资本充足率在限期内达到监管要求，并通过增加核心资本等方式补充资本，主要股东不得阻碍其他股东对商业银行补充资本或合格的新股东进入。商业银行应当在章程中规定，主要股东应当以书面形式向商业银行作出资本补充的长期承诺，并作为商业银行资本规划的一部分。在银监会的监管实践中，已要求境外投资者作为主要股东入股中资商业银行过程中适用上述资本补充的要求，《办法》也未实质性增加主要股东的义务和责任。但是对于境外投资者而言，始终要考虑这条规定有可能使其承担无限责任，从而违反其所在国的法律。

5) 风险防范

《办法》要求主要股东建立有效的风险隔离机制，防止风险在股东、商业银行以及其他关联机构之间传染和转移。主要股东还应当对其与商业银行和其他关联机构之间董事会成员、监事会成员和高级管理人员的交叉任职进行有效管理，防范利益冲突。这些虽然是《办法》新增要求，但其实是商业银行建立有效风险防范系统的应有之义。

三、金融产品投资商业银行

《办法》第 25 条规定，金融产品可以持有上市商业银行股份，但单一投资人、发行人或管理人及其实际控制人、关联方、一致行动人控制的金融产品持有同一商业银行股份合计不得超过该商业银行股份总额的百分之五。银监会解释说，金融产品不符合现行许可规章关于持股 5% 以上股东资质条件的有关规定，而且金融产品通常有存续期限，不具备持续向商业银行补充资本的能力。另外，《办法》第 25 条还规定，商业银行主要股东不得以发行、管理或通过其他手段控制的金融产品持有该商业银行股份。这条规定是为了防止主要股东利用金融产品持有商业银行股份，增强对商业银行的控制力，规避自有资金入股的监管要求。上述规定是为了防止金融产品大幅举牌收购、代持等行为损害商业银行利益，减少投资者利用金融产品通过二级市场杠杆收购上市商业银行的可能性。

根据上述规定，境外投资者通过金融产品投资持有上市商业银行股份(包括 A 股、H 股或其它境外交易所上市交易的股票)时，应当合并计算其作为投资人、发行人或管理人及其实际控制人、关联方、一致行动人控制的金融产品的持股比例，并确保合并持股比例不得超过商业银行股份总额的百分之五。如果一家境外投资者满足了主要股东的条件，那么它就不能以发行、管理或通过其他手段控制的金融产品通过 QFII/RQFII 或沪港通和深港通的渠道投资该商业银行 A 股了。该限制应该也适用于通过金融产品投资境内商业银行的 H 股或其它境外交易所上市交易的股票。金融产品应该包括境外各种公募基金、私募基金、信托产品、理财账户和各种金融衍生品。

四、跨境监管和商业银行的责任

《办法》征求意见稿出台后，市场上已讨论《办法》应当对境内外股东采取统一的监管尺度，以防止境外监管套利。但是，银监会如何采取相应措施监管住境外投资者在境外市场上买卖在境外上市的商业银行股票的行为，以及如何协调不同司法管辖区的管辖权问题，还尚待明确。此外，《办法》中有关主要股东的规定和金融产品持股限制也会在一定程度上增加了境外投资者投资国内商业

银行的合规压力，因此是否会抑制其投资意向也有待市场观察。

银监会在答记者问中提到《办法》建立健全了从股东、商业银行到监管部门的“三位一体”的穿透监管框架。上文已提及股东和银监会的穿透监管。对于商业银行而言，要求其加强对股东资质的审查，应对主要股东及其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人、最终受益人信息进行核实并掌握其变动情况；商业银行董事会应当至少每年对主要股东资质情况、履行承诺事项情况、落实公司章程或协议条款情况以及遵守法律法规、监管规定情况进行评估，并及时将评估报告报送银监会或其派出机构；未履行穿透审查职责的，要承担相应的法律责任。商业银行承担的这些责任，在一定程度上可以帮助银监会减少跨境监管的障碍。但是对商业银行来说，确实增加了其合规负担和责任；尤其是对于境外投资者在境外市场买卖银行股票，国内商业银行可能需要做出妥善安排及时掌握持股变动和投资者情况。

五、非银行类金融机构

如果境外投资者不是投资国内商业银行，而是投资银监会监管的其它金融机构，例如金融资产公司、信托公司、金融租赁公司、汽车金融公司、货币经纪公司、消费金融公司等，也应参照适用《办法》的要求，除非银监会另有规定。

六、过渡期安排

由于《办法》已于2018年1月5日生效，因此如果境外投资者对国内商业银行已有的投资与《办法》的要求不符，则该境外投资者就已经是技术性违规了。对于这种情况，在答记者问中，银监会提到为配合《办法》的实施，银监会将按照“依法合规、分类处置、稳妥推进、保持稳定”的原则，下发对现有存量股东进行规范的通知，区别不同情形，给予不同的过渡期，落实《办法》相关要求。

我们也期待银监会可以在过渡期内根据商业银行及其存量股东(包括境外股东)的具体情况和合理诉求，发布更详细的解释或指南，确保商业银行及其股东可以在合理透明、具备可操作性的条件下实施《办法》中的相关要求。

《办法》的出台只是中国政府防范金融风险的一个举措，相信监管机构还会出台更多法规治理金融乱象，这些法规的重点虽然是国内市场，但也将会对境外投资者产生影响，我们将持续关注。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤**杨铁成先生 (86 10 85164286; tiecheng.yang@hankunlaw.com)** 或 **葛音女士(86 21 60800966; yin.ge@hankunlaw.com)**联系。