

承前启后、继往开来 — 银保监会发布《中华人民共和国银行业监督管理法（修订草案征求意见稿）》

作者：杨铁成 | 葛音 | 郑婷 | 乔梦晶 | 黄琳¹

2022年11月11日，中国银行保险监督管理委员会（“银保监会”）发布《中华人民共和国银行业监督管理法（修订草案征求意见稿）》（“征求意见稿”）²。

现行《中华人民共和国银行业监督管理法》于2004年2月实施，2006年曾进行过一次修订（“现行银行监管法”）。作为一部专门的银行业监管法，现行银行监管法为推进银行业稳健运行、整治银行业市场乱象、防范和化解银行业风险提供了有力的法律保障。近年来，随着对外开放和创新的不断深入，银行业资产规模持续增长，金融市场化程度不断提高，现行银行监管法部分规定相对滞后，某些重要领域存在空白，难以满足监管实践的需要。由此看来，对现行银行监管法的整体修订势在必行。

一、本次征求意见稿在现行法规基础上的新增要求/重大变更

银保监会发布了修改条文前后对照表，对现行银行监管法和征求意见稿的区别进行对比。值得注意的是，自现行银行监管法发布后，银保监会已经正式出台了一系列行政监管、从业人员管理、公司治理、股权管理等方面的监管规定，征求意见稿对现行银行监管法的部分拟议修订并非新增要求，而仅是对上述监管规定从立法层面进行重述，这些规定已在实践层面予以实施。

为便利读者更好地理解征求意见稿对银行业和人员的重要影响，我们此次对照现行银行法规进行整体梳理与详细对比分析，在下文中，我们将重点强调和评述本次征求意见稿在现行法规框架基础上的**新增要求/重大变更**。

（一）第一部分：关于银行业从业人员管理的新增要求/重大变更

征求意见稿拟议整体增加董事、监事、高级管理人员和其他履行重要职责的人员的监管规定和罚则，提高违法成本。值得关注的修订主要包括：

¹ 实习生王帷韬对本文的写作亦有贡献。

² 征求意见稿全文（中文）参见：
<http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=1081221&itemId=925&generaltype=0>。

1. 新增对监事和其他履行重要职责的人员的管理要求，与董事和高级管理人员整体一视同仁：
 - (1) 新增上述人员的任职资格前置审批要求（征求意见稿第25条）；
 - (2) 新增上述人员变更的信息披露要求（征求意见稿第56条）；
 - (3) 新增银行业金融机构违反审慎监管规则情况下对上述人员的强制措施（征求意见稿第57条）；以及
 - (4) 新增银行被接管、重组、撤销或者出现重大风险时对上述人员采取的措施（征求意见稿第70条）。
2. 强化机构和人员双罚制（征求意见稿第77、80和81条）

在现有法律法规的基础上，征求意见稿提高了大部分违规行为的罚款金额。除现有人员处罚的概括性规定外，征求意见稿还明确规定了以下处罚机构和人员双罚的情形：

- (1) 未经前置批准开展重大股权投资或其他重大业务活动（征求意见稿第77和81条）；
- (2) 相关人员未经任职资格审查履职（征求意见稿第77和81条）；
- (3) 严重违反审慎监管规则或者行为监管规则，导致刑事案件、重大风险或者严重损害存款人和其他客户合法权益（征求意见稿第81条）；
- (4) 拒绝或者阻碍非现场监管或者现场检查（征求意见稿第81条）；
- (5) 提供虚假的或者隐瞒重要事实的报表、报告等文件、资料、数据（征求意见稿第81条）；以及
- (6) 违反规定向境外提供文件、资料、数据（征求意见稿第81条）。

（二）第二部分：对主要股东和实际控制人监管的新增要求

征求意见稿旨在加强主要股东、实际控制人纳入监管，建立事前准入审批、事中持续监管、事后处罚的全流程监管制度。

1. 主要股东部分分析

（1）事前准入审批和事中持续监管

对于主要股东监管，事前准入审批和事中持续监管的要求在很大程度上来自于《中华人民共和国商业银行法》、《商业银行股权管理暂行办法》以及《银行保险机构大股东行为监管办法（试行）》等监管规定。

（2）事后处置与处罚

在现行股东管理有关规定的基礎上，征求意见稿在对主要股东的罚则方面做出了重要修订和补充：

- 修改对主要股东的罚则：增加罚款情形和罚款额度（征求意见稿第79、82和83条）；
- 扩大责令转让股权和限制权利的股东范围，明确转让股权有时间限制（为股权转让强制执行的制度安排埋下伏笔）（征求意见稿第57条）；
- 细化对主要股东违法行为的监管强制措施（征求意见稿第58条）；

- 明确银保监会在有关股东被责令转让股权且限期未完成股权转让的情形下，可申请强制执行（*征求意见稿第59条*）；以及
- 明确股东和股东会在接管期间受到的限制（*征求意见稿第62和64条*）。

2. 实际控制人部分分析

相比于针对股东的监管要求，现行法规中对实际控制人的监管规定相对不足。征求意见稿对此进行了加强：

(1) 事前准入审批和事中持续监管

- 增加银保监会对实际控制人的审查权限（覆盖机构设立前准入审批以及实际控制人发生变更时的审批）（*征求意见稿第19和20条*）；
- 银保监会应对实际控制人的资金来源、财务状况、资本补充能力、股权结构和诚信状况等进行审查（覆盖机构设立前准入审批以及实际控制人发生变更时的审批）（*征求意见稿第22条*）；以及
- 明确指出实际控制人应当履行资料报送义务，遵守关联交易、信息披露等法律、行政法规和银保监会的规定，不得滥用控制地位，损害银行业金融机构、存款人和其他客户的合法权益（*征求意见稿第29和48条*）。

(2) 事后处置与处罚

- 明确实际控制人的资料报送罚则（*征求意见稿第79条*）；
- 明确银保监会对实际控制人的监管强制措施，包括“逾期未改正或者情节特别严重的将可能被禁止其投资银行业金融机构”（*征求意见稿第58条*）；
- 明确银保监会在实际控制人被责令转让其所控制的银行股权、限期未完成股权转让的情形下，可申请人民法院强制执行（*征求意见稿第59条*）；
- 明确银保监会在接管期间停止发放或提前收回被接管机构对其实际控制人提供的贷款及其他授信资金的权力（*征求意见稿第64条*）；以及
- 新增对实际控制人违法行为的罚则（包括新增对实际控制人以不正当手段取得行政许可的罚则）（*征求意见稿第82和83条*）。

(三) 第三部分：关于银行风险处置事项的新增要求

从目前法规来看，针对银行风险处置和市场退出的相关规定过于原则，存在早期干预机制不完善、缺少有效处置工具等突出问题。

征求意见稿旨在完善风险处置机制，从日常监管、早期干预、接管和破产清算等方面作出制度安排。与现有的有关银行风险处置的监管框架相比，征求意见稿中值得注意的变化包括：

- (1) 明确银保监会“可要求银行业金融机构制定和实施恢复和处置计划”的自由裁量权（*征求意见稿第41条*）；
- (2) 完善银保监会日常监管的具体措施，包含监管谈话、风险提示、提出监管意见等措施（*征求意见稿第55条*）；

- (3) 补充完善针对银行的监管强制措施的具体内容：新增限制风险资产规模、调整监管指标要求等措施（征求意见稿第57条）；
- (4) 建立早期干预机制，拟议早期干预措施（征求意见稿第60条）；
- (5) 完善接管和市场退出机制：
 - 明确接管组的法律地位、细化接管组的法定职责和具体接管措施（征求意见稿第61-64条）；
 - 新增行政重组的方式（征求意见稿第66条）；
 - 新增行业保障基金管理机构参与风险处置的方式（征求意见稿第67条）；以及
 - 明确银行破产申请的两种方式（征求意见稿第68条）。

二、征求意见稿中其它值得关注和讨论的亮点

（一）如何理解“其他履行重要职责的人员”

“其他履行重要职责的人员”为征求意见稿新增的概念，其内涵和外延值得关注和分析。

- (1) 目前“其他履行重要职责的人员”这一表述尚未在其他法规中出现，征求意见稿也未提供明确定义或对其涵盖人员的范围予以明确。
- (2) 在征求意见稿中，凡适用董监高的条款，“其他履行重要职责的人员”也基本进行了平行适用，例如：任职资格管理、人员变更信息披露、未经审批入职罚则、监管强制措施、重大风险时对人员的限制措施、人员罚则等。
- (3) “其他履行重要职责的人员”是否等同于“对经营管理具有决策权或者对风险控制起重要作用的人员”？我们的理解是二者含义不同。

中资银行和外资银行行政许可管理规定此前曾提出“以及其他对经营管理具有决策权或者对风险控制起重要作用的人员”这一概念。

外资银行：《中国银保监会外资银行行政许可事项实施办法》第134条中对外资银行人员审查表述包含“其他对经营管理具有决策权或者对风险控制起重要作用的人员”。

中资银行：根据《中国银保监会中资商业银行行政许可事项实施办法》第78条第4款，“其他虽未担任上述职务，但实际履行本条前三款所列董事和高级管理人员职责的人员，总行及分支机构管理层中对该机构经营管理、风险控制有决策权或重要影响力的人员，须经任职资格许可。”则要求实际履行董事高级管理人员职责的人员也应在任职资格审查中同等对待。

那么“其他履行重要职责的人员”是否等同于“对经营管理具有决策权或者对风险控制起重要作用的人员”？我们的理解是二者应覆盖不同的人员范围。

《银行业金融机构董事（理事）和高级管理人员任职资格管理办法》第3条规定，高级管理人员，是指金融机构总部及分支机构管理层中对该机构经营管理、风险控制有决策权或重要影响力的各类人员。因此，“其他对经营管理具有决策权或者对风险控制起重要作用的人员”已经被包含在高级管理人员范畴。但在征求意见稿中，“其他履行重要职责的人员”是与董事、监事、高级管理人员并列的概念，“其他履行重要职责的人员”的立法目的是覆盖董事、监事、高级管理人员范畴以外的人员。

- (4) 参照银保监会发布的其它人员管理规定，《中国银保监会关于银行保险机构员工履职回避工作的指导意见》曾提出“关键人员和重要岗位”这一概念，第（四）项、第（九）项将“关键人员和重要岗位”笼统定义为“对于在业务运营、内控管理和风险防范等方面具有重要影响力的各级管理层成员、内设部门负责人和重点业务岗位员工”。

上述指导意见适用于员工履职回避这一特定情境，可能与征求意见稿的**整体**银行**监督管理**的使用情境存在差别。银保监会是否完全参照“关键人员和重要岗位”范围以定义“其他履行重要职责的人员”，仍存在一定不确定性。

- (5) 总体理解：我们理解征求意见稿所新增的“其他履行重要职责的人员”可能包含：

- 未正式担任上述董事、监事和高级管理人员职务，但实际履行董事、监事和高级管理人员职责的人员（例如，代行职务人员）；以及
- 另外，出于谨慎目的以及出于增强人员监管的立法本意，“其他履行重要职责的人员”有一定可能由银保监会参照上述“关键人员和重要岗位”范围予以定义。

鉴于征求意见稿保留一定灵活度，具体范围待进一步关注及谨慎看待。

（二）关于限制人员出境的要求

征求意见稿第 70 条对人员限制出境条款进行了修改和完善：

“在接管、机构重组、撤销清算期间，或者出现重大风险时，经国务院银行业监督管理机构负责人批准，对直接负责的董事、监事、高级管理人员、其他履行重要职责的人员和其他直接责任人员，可以采取下列措施：

（一）直接负责的董事、监事、高级管理人员、其他履行重要职责的人员和其他直接责任人员出境将对国家利益造成重大损失的，决定不准其出境并通知移民管理机构执行；

（二）申请司法机关禁止其转移、转让财产或者对其财产设定其他权利。”

相较于现行条文，征求意见稿做出三处重大修改：

1. 新增适用情形：“出现重大风险”

就“重大风险”的范围而言，征求意见稿没有明确重大风险的定义和情形。我们理解商业银行在经营管理中面临的流动性风险、信用风险、市场风险、操作风险等领域的重大风险事件或危机均可能包含在内，并触发限制人员离境；

2. 新增适用人员范围：监事、“其他履行重要职责的人员”

就人员范围的变化而言，对于“监事”，本次征求意见稿统一新增对监事的管理要求，体现了我国建立完善专业化银行业监管体系的实践需要。而对于“其他履行重要职责的人员”的范围，在前文已详细分析。

3. 进一步明确程序

就禁止出境的程序而言，本次征求意见稿明确了国务院银行业监督管理机构（银保监会）“决定”不准出境的权力，但在实践上没有实质性变化，仅从流程上明确了由银保监会（1）**决定不准其出境及**

(2) **通知移民管理机构执行**。这种表述的变动与《中华人民共和国出境入境管理法》的规定是一致的。

(三) 域外适用问题

征求意见稿第 47 条规定了域外适用效力：

“中华人民共和国境外的银行业金融活动，危害中华人民共和国国家主权、安全、发展利益，扰乱境内市场秩序，损害我国公民、组织合法权益的，依法追究法律责任。”

以上域外适用效力的规定引发业内广泛关注。值得注意的是，在金融行业法律法规中，域外适用效力的规定并非在本次征求意见稿中首次提出，在证券和期货等领域法律中已经先行试水：

1. 金融领域现行法规和其它征求意见稿

《中华人民共和国证券法》在 2019 年修订时新增条款规定：

“在中华人民共和国境外的证券发行和交易活动，扰乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内投资者合法权益的，依照本法有关规定处理并追究法律责任。”

2022 年《中华人民共和国期货和衍生品法》亦设置相应条款：

“在中华人民共和国境外的期货交易和衍生品交易及相关活动，扰乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内交易者合法权益的，依照本法有关规定处理并追究法律责任。”

此外，2020 年发布的《中华人民共和国商业银行法（修改建议稿）》也在域外适用方面进行了探索：

“中华人民共和国境外设立的机构向境内个人或者机构提供商业银行服务，损害境内个人或者机构合法权益的，依照本法有关规定处理。”

以上列举条款呈现出一定程度上的类似性，但征求意见稿域外适用条款从表述上进一步拓展了适用范围。

2. 如何理解征求意见稿域外管辖条款的适用条件？

就征求意见稿来看，所有境外的银行业活动只要在境内产生的影响构成危害国家安全、扰乱市场秩序、损害境内机构或个人权益，均有可能受到中国法律的约束。这样宽泛的域外管辖规定更具包容性和弹性，能够赋予监管机构以较大的自由裁量权，以应对实践中可能发生的各类情形。

值得关注的情形包括以下三类：

- (1) 境外银行在境外开展存款、贷款、结算等常规商业银行业务，损害境内机构或个人合法权益；
- (2) 境外银行在境外管理、销售银行金融产品损害境内投资者合法权益的情形；以及
- (3) 为境外银行业活动提供信息科技等境外第三方支持服务、损害境内投资者合法权益的情形。

相较于《中华人民共和国证券法》等法律的表述，征求意见稿增加“危害中华人民共和国国家主权、安全、发展利益”体现近年来国家对于国家安全的愈发重视。

3. 值得继续观察的内容

征求意见稿第 47 条是一个原则性的规定，仅提出有关域外管辖权规定的概括性表述。此条款对中

国境内影响并没有设置明确的判断标准，亦未就具体的法律责任进行说明。未来有待规则的进一步明确。

（四）如何理解“擅自向境外提供数据”

数据出境问题也是近期市场热点之一。征求意见稿第 8 条规定，除法律、行政法规、中国银保监会另有规定外，银行业金融机构不得擅自向境外提供与业务活动有关的文件、资料、数据。征求意见稿第 78 条和第 81 条将“违反规定向境外提供文件、资料、数据”新增规定为银行业金融机构的违法行为，擅自向境外提供数据的银行业金融机构将被责令改正、没收违法所得以及罚款，情节严重可能被责令停业整顿、吊销许可证、甚至被依法追究刑事责任，同时相关责任人员亦将被处罚。

对于上述数据条款，我们梳理了征求意见稿第 8 条、第 78 条和第 81 条，理解如下：

| 条款分析 | 第 8 条 | 第 78 条和第 81 条 |
|---------|--|---|
| 数据出境的范围 | <p>第 8 条关于跨境监管合作的规定中将境外传输的数据范围限定为“与业务活动有关”。</p> <p>我们理解，第 8 条整体的适用情境是跨境监管合作，意在强调在跨境的业务监管过程中银行业金融机构不得擅自向境外提供“业务数据”。</p> | <p>与第 8 条相对，第 78 条和第 81 条却没有“与业务活动有关”这一限定</p> <p>针对“违反规定”这一表述，其监管意图应指银行业金融机构应遵守我国对于数据传输的相关法律法规，因此数据范围应当采用广泛理解，不仅限于第 8 条“与业务活动有关”的数据。</p> |
| 数据出境的对象 | <p>第 8 条作为“跨境监管合作”条文，“不得擅自向境外提供与业务活动有关的文件、资料、数据”是其中的一款，因此其首先自然指向的是外国的司法与执法机构。</p> | <p>除向外国司法或执法机构提供数据外，银行业金融机构还需遵守我国的数据出境规定，因此数据出境的对象应当采用普遍理解，不仅限于境外司法或执法机构。</p> <p>根据目前数据合规监管要求，值得银行关注的数据出境重要场景主要包括：</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 反洗钱信息出境要求； ■ 金融监管部门监管的对个人金融信息出境规定； ■ 网信部门主导的个人信息和重要数据出境要求；以及 ■ 跨境司法与执法机构要求下的信息出境。 <p>银行业金融机构应当根据其具体情况，严格适用相应的数据出境规定。</p> |

对于上述问题，我们提出了初步理解与分析，后续银保监会可能在后续立法中对上述问题予以明确，或进一步发布细则或指引予以解释。我们也将继续关注相关的监管更新，并及时与读者分享我们的观点。

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或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

杨铁成

电话： +86 10 8516 4286
Email: tiecheng.yang@hankunlaw.com

葛音

电话： +86 21 6080 0966
Email: yin.ge@hankunlaw.com

郑婷

电话： +86 21 6080 0203
Email: ting.zheng@hankunlaw.com