



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2018年第2期 (总第130期)



新法评述

- 1、简评国家发改委《境外投资敏感行业目录》以及《企业境外投资管理办法》之配套格式文本
- 2、个人信息安全的“GSP”来了！
- 3、CRS 中国版的细则来了，银行准备好了吗？
- 4、总收益互换 — 进入中国资本市场的信用衍生工具



1、素颜出“境”——简评国家发改委《境外投资敏感行业目录》以及《企业境外投资管理办法》之配套格式文本(作者：周成曜、王鑫、林思宏)

国家发改委于 2017 年 12 月 26 日发布了《企业境外投资管理办法》(2017 年第 11 号令，以下简称“11 号令”)，取代了 2014 年 5 月 8 日起施行的《境外投资项目核准和备案管理办法》。作为对 11 号令下境外投资需要事先履行的核准/备案程序的细化，2018 年 2 月 11 日，国家发改委发布了《国家发展改革委关于发布境外投资敏感行业目录(2018 年版)的通知》(发改外资〔2018〕251 号，以下简称“敏感行业清单”)以及《国家发展改革委关于发布企业境外投资管理办法配套格式文本(2018 年版)的通知》(发改外资〔2018〕252 号，以下简称“配套格式文本”)，详细列举了在境外投资过程中需要重点监管的敏感行业，并明确规定了在申请境外投资核准/备案时需要提交的材料以及材料内容要求。敏感行业清单以及配套格式文本将与 11 号令同时于 2018 年 3 月 1 日起实施。

一、敏感行业清单

根据 11 号令第 13 条，发改委发布了敏感行业清单。境外投资如果属于敏感行业清单中所列行业，则需要依据 11 号令向国家发改委申请境外投资核准。除 11 号令第 13 条所明确列举的“武器装备的研制生产维修、跨境水资源开发利用、新闻传媒”行业外，敏感行业清单同时还包括了《国务院办公厅转发国家发展改革委商务部人民银行外交部关于进一步引导和规范境外投资方向指导意见的通知》(国办发〔2017〕74 号)中提到的“房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部等境外投资；在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台”，这与我们之前对 11 号令的解读完全一致(具体请见我们于 2017 年 12 月 26 日发表的文章《11 号令“新”在哪里——解读<企业境外投资管理办法>》)。

二、全面披露要求

配套格式文本最显著的特点就是扩大和明确了投资主体在申请核准/备案时需要提交的材料和提供的信息。我们将配套格式文本中的主要披露事项总结归类如下：

	境内自然人	境内企业（包括法人和非法人企业(如合伙企业)、金融和非金融企业）	境内非企业组织
穿透披露	不适用	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 披露持股比例前五大和持股比例 10% 以上的直接股东（投资主体为合伙企业的，则披露普通合伙人以及前五大有限合伙人） ➢ 直接股东为公司的，穿透披露至最终实际控制人，直至自然人或国资委 ➢ 直接股东为合伙企业的，披露普通合伙人。如普通合伙人是公司的，应进而穿透披露普通合伙人的最终实际控制人，直至自然人或国资委。如普通合伙人是合伙企业的，则向上追溯披露其普通合伙人，依此类推，直至最终实际控制人 ➢ 在追溯过程中，没有控股股东的，应向第一大股东追溯，并向上逐层追溯直至其最终实际控制人。控股股东、第一大股东或普通合伙人的一致行动人应一并追溯 ➢ 如果是通过协议（包括管理协议等）、信托或其他方式实现控制的，应标明控制方和控制方式，其中控制方也应向上逐层追溯，直至其最终实际控制人 	不适用
基本信息	姓名、户籍所在地、身份证号等	名称、注册地、注册资本、法定代表人（如有）、类型（国有及国有控股、民营及民营控股、外资、其他）、成立日期、经营范围、主营业务等	基本信息（包括事业单位法人证书、社会团体法人登记证书或类似文件）
经营情况	不适用	近两年主要业务情况，及资产、负债、收入、利润等主要财务指标	主要财务指标（最新年度或半年度（日历年度或会计年度）、经审计的财务报表）
信用信息	近两年的信用信息	投资主体及其控股股东和实际控制人近两年的信用信息	近两年的信用信息
控制企业情况（仅适用于核准）	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 披露控制的主要境内企业情况 ➢ 控制主体较多的，披露最主要的三家境内企业信息和经营情况 	不适用	不适用
附件文件清单	<ul style="list-style-type: none"> （一）投资主体身份证明文件 （二）投资主体投资决策文件 （三）具有法律约束力的投资协议或类似文件 （四）境外投资真实性承诺书 	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 投资主体注册登记证明文件 ➢ 最新经审计的投资主体财务报表 ➢ 投资主体投资决策文件 ➢ 具有法律约束力的投资协议或类似文件 ➢ 证明投资资金来源真实合规的支持性文件 	

	境内自然人	境内企业（包括法人和非法人企业(如合伙企业)、金融和非金融企业）	境内非企业组织
		<ul style="list-style-type: none"> ➢ 境外投资真实性承诺书 	
		<p style="text-align: center;">追溯至最终实际控制人的投资主体股权架构图</p>	不适用
投资决策文件	作出该项投资决策的有关文件或书面说明	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 董事会决议、投委会决议 ➢ 部分项目的投资决策权归属于投资主体控股股东或实际控制人，则应提供投资主体控股股东或实际控制人作出该项投资决策的有关文件 	根据自身情况提供相应文件
	涉及投资主体通过其控制的境外企业开展的，还应提供境外企业董事会决议或类似投资决策文件		
目的地信息	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 明确披露整个投资路径所涉及国家或地区，包括： <ul style="list-style-type: none"> • 直接目的地：境内企业直接控制的境外公司所在地 • 最终目的地：投资项目公司所在地 • 其他有关国家或地区：境内企业直接控制的境外公司以及项目公司之间的实体所在地 ➢ 披露层级：至少精确至所在地国家的一级行政区（类似我国的省级行政区） ➢ 披露内容：政治和安全局势、法律法规、准入和监管政策、自然资源条件、基础设施状况、经济金融形势、社会文化环境等情况。重点阐述投资目的地政治和安全局势是否适合开展该项投资、投资目的地法律法规和政策是否禁止或限制开展该项投资等 		
路径公司信息 (如果项目涉及境内自然人或境内实体通过其控制的境外企业开展)	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 基本信息：包括名称、注册地、注册资本、法定代表人（如有）、类型、成立日期、经营范围、主营业务等 ➢ 股权结构：包括前五大股东（境外企业为合伙制企业的，则为普通合伙人和前五大有限合伙人）的基本情况（名称、国籍或注册地、持股比例等） ➢ 投资主体和境外企业的控制关系 ➢ 经营情况：近两年主要业务情况，资产、负债、收入、利润等主要财务指标 ➢ 近两年是否受到所在地行政、刑事处罚（如有，则需说明有关情况） 		
具有法律约束力的投资协议或文件	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 投标、并购、合资、合作等项目，投资主体应提交具有法律约束力的投资协议或类似文件 ➢ 项目实施前无法取得上述协议或类似文件的，投资主体作出合理、充分的说明后可以提供 		
资金来源真实合规证明文件	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 以自有资金出资的，应提供银行存款证明或类似文件 ➢ 以证券、实物、技术、知识产权、股权、债权等资产权益出资的，应提供具备相应资质的会计师事务所、资产评估机构等中介机构出具的审计报告、资产评估报告或类似文件，或提供其他可证明有关资产权益价值的文件 ➢ 涉及银行融资的，应提供银行出具的含融资金额的意向书或类似文件 ➢ 以发行股票、债券等其他方式募集资金的，应提供相应的支持性文件或说明文件 		

		境内自然人	境内企业（包括法人和非法人企业(如合伙企业)、金融和非金融企业）	境内非企业组织
投融资方案		<ul style="list-style-type: none"> ➢ 投资方案：包括项目总投资额、投资估算（包括投资估算金额、投资估算依据和有关说明）、中外各方出资金额和股比、出资形式、合资合作方式等 ➢ 中方投资额及其构成：中方投资额是投资主体直接以及通过其控制的境外企业为项目投入的货币、证券、实物、技术、知识产权、股权、债权等资产、权益以及提供融资、担保的总额。逐一说明投资主体及其控制的境外企业的出资方式、出资金额、资金来源、实际使用币种和金额等 ➢ 中方投资资金用途说明：包括资金用途和使用计划 ➢ 项目财务评价：包括项目有关收入、利润、内部收益率、投资回收期等主要财务预测指标 		
项目背景		<ul style="list-style-type: none"> ➢ 项目必要性 ➢ 前期已经开展的工作：尽职调查、可行性研究、对外谈判、投资决策等 ➢ 项目涉及的审批情况：外资国家安全审查、市场准入、反垄断审查等及进展情况 		
项目主要内容和规模	新建类项目	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 建设内容和规模：包括建设地点、建设内容、建设规模、工程技术方案、建设期限和进度安排、主要产品规模和目标市场等。涉及资源开发的，应说明可开发资源量、品位、中方可获得的权益资源量及开发方案等 ➢ 配套条件落实情况：包括项目用工、用地、用料情况及安排，道路、铁路、港口、能源供应等相关基础设施配套情况及安排；项目是否满足所在地技术、环保、能耗、安全等标准要求 		
	并购类项目	<ul style="list-style-type: none"> ➢ 收购标的情况。 <ul style="list-style-type: none"> • 股权收购类项目：被收购企业名称、注册地、注册资本、法定代表人（如有）、类型、经营范围等基本信息；主要股东名称、国籍或注册地、持股比例等基本情况；主要资产分布（行业领域和所在地）、生产经营情况、财务状况；上市情况及最新股市表现（如有）；被收购企业及其产品、技术、品牌等在同行业所处地位等 • 资产收购类项目：被收购资产的构成和分布（行业领域和所在地），资产所有者基本情况（主要所有者名称、国籍或注册地、持有比例等），专业中介机构确定的评估价或估值（如有）等 ➢ 收购方案：包括收购标的、收购价格（说明估值定价方法及主要参数）、实施主体、交易方式、进度安排等情况，以及收购标的在收购前和收购后的追溯至最终实际控制人的股权架构图 		
项目风险及应对措施		分析项目面临的政治、安全、经济、社会、环境等主要风险因素，并提出防范和应对措施		
对国家利益和国家安全影响		<ul style="list-style-type: none"> ➢ 项目对行业发展的影响 ➢ 项目对宏观经济的影响 ➢ 项目对我国与有关国家关系的影响 ➢ 项目是否涉及我国禁止开展的境外投资（国办发〔2017〕74号《关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见》），是否涉及我国禁止或限制出口的资源、产品、技术、服务等构成重大不利影响，是否存在其他威胁我国国家利益和国家安全的情形 		

三、 几点观察

我们注意到，配套格式文本中要求投资主体在申请境外投资核准/备案时需提交具有法律约束力的投资协议或类似文件，这是否意味着投资主体在签署境外投资的最终交易文件之前，不能仅凭借无法律约束力的意向书(letter of intent)、条款清单(term sheet)或备忘录(memorandum of understanding)去申请发改委核准/备案？这个问题有待于在今后项目实践中证明。

同时，配套格式文本中要求“通过协议（包括管理协议等）、信托或其他方式实现控制的，应标明控制方和控制方式，其中控制方也应向上逐层追溯，直至其最终实际控制人”。我们理解，该规定是要求投资主体在申请境外投资核准/备案时，应披露包括协议控制(VIE)安排在内的控制结构，并且该披露的详细程度与直接持股结构相同，均要求披露至最终实际控制人，这需要存在 VIE 架构的投资主体注意。

此外，配套格式文本要求披露整个投资路径，包括中间层公司，这个要求与上个月商务部联合人民银行、国资委、银监会、证监会、保监会、外汇局等七部委共同发布的《对外投资备案（核准）报告暂行办法》（商合发[2018]24号）有些区别，因为该《暂行办法》只是要求备案最终目的地（请见我们于2018年1月29日发布的文章“七头并进”共管境外投资——简评七部委《对外投资备案（核准）报告暂行办法》）。因此，建议在具体的对外投资项目的申报时，提前与相关的监管部门沟通，了解不同监管部门对于投资路径的具体披露范围的要求。

四、 与现行示范大纲的主要区别

与发改委现行的《境外投资项目申请报告示范大纲》（以下简称“**现行示范大纲**”）相比，配套格式文本承接了近期境外投资领域规则变化的趋势，不仅要求更加精确的披露投资目的地以及投资主体信息，还要求向上穿透至投资主体的控股股东、实际控制人，向下穿透披露各投资路径公司。同时，顺应近期境外投资领域要求投资主体做好风险预防的变化，配套格式文本增加了对于风险因素以及相应预防措施的披露要求。

此外，配套格式文本要求穿透提供控股股东、实际控制人的企业信用信息，这使得通过设立新实体来规避发改委对于投资主体是否存在违规行为的审查之做法将无法达到其希望的“效果”，也促使投资主体在境外投资过程中重视合法合规，避免因违法违规行为记入企业信用信息而影响后续的境外投资审批。

五、 小结

配套格式文本是国家发改委对于11号令以及国家发展改革委、商务部、人民银行、外交部以及全国工商联于2017年12月6日联合发布《民营企业境外投资经营行为规范》（以下简称“**《行为规范》**”）在实际操作层面的，尤其是在事先核准/备案程序方面的进一步细化，明确了投资主体在申请境外投资审批时需要提交的材料和披露的信息，并且针对目前境外投资领域存在的问题，通过细化材料要求的方式提出了相应的解决方案。不过也正是由于申请材料要求的细化和增加，投资主体在今后申请境外投资核准/备案时，可能需要更多的时间来准备相应材料，并且申请境外投资核准/备案所需的时间也可能会相应延长。因此，我们建议投资主体在确定境外投资项目时间表，尤其是交易文件中对于项目审批和交割的时间上，需要充分考虑相关监管部门的审批时间，必要的时候与监管部门进行事先沟通，以避免因为核准/备案时间的延长而影响项目进程甚至造成违约。

二、《规范》明确回答了实务中的若干待定问题

1) 个人信息权属问题

《规范》创设性地提出了“个人信息控制者”概念，并将其定义为“有权决定个人信息处理目的、方式等的组织或个人”。通过这个概念，如同之前很多涉及个人信息保护问题的文件一样，《规范》继续淡化或回避个人信息权属的问题。我们认为，在个人信息保护和大数据经济发展的对立平衡中，个人信息的权属问题实际上是一个伪命题，或者至少在现阶段无法给予一个明确而清晰的界定。

《规范》采用“个人信息控制者”的表述，强调了该主体为个人信息的实施控制者，而非权利所有者。其实，《规范》巧妙地处理该问题，并不会影响个人信息保护整套规则的创设，相反，如此操作在现阶段不失为一个明智之举，有利于推进个人信息保护工作的整体进程，而不至于形成一个前提性障碍。

2) 收集环节中的同意规则

实践中，同意规则的异化是个行业普遍现象，对于很多网络运营者来说，让用户注册时认可其隐私政策文本是一种常见的高效率低成本的获取用户同意方式。而该类隐私政策文中往往使用笼统和模糊的措辞并以此获得用户的概括授权，从而达到减轻甚至免除己方责任的目的。而《规范》则较为详细地规定了用户知情同意规则的具体合规要求。

《规范》第 5.3 条提出个人信息收集的总要求：收集个人信息前，应当明确告知收集有关的情况，并获得个人信息主体的授权同意。我们认为此处的“授权同意”包括“明示同意”和“默示同意”。

《规范》第 5.5 条则将网络产品或服务的业务功能分为核心业务功能和附加业务功能，对收集个人敏感信息的同意要求作了进一步的特别规定。

以收集个人敏感信息为例，根据《规范》第 5.5 条，若为核心业务功能所必需而收集，网络运营者应当向个人信息主体告知所收集的具体个人敏感信息，并明确告知拒绝提供或拒绝同意将带来的影响，应允许个人信息主体选择是否提供或同意自动采集；而若为其他附加功能而收集个人信息的，收集前应向个人信息主体逐一说明个人敏感信息为完成何种附加功能所必需，并允许个人信息主体逐项选择是否提供或同意自动采集个人敏感信息。当个人信息主体拒绝时，可不提供相应的附加功能，但不应以此为理由停止提供核心业务功能，并仍应保障相应的服务质量。鉴于附加业务功能的非必要性，为该等功能而收集个人信息的合规要求显然更为苛刻。

也就是说，在网络产品或服务涉及个人信息收集时，应分三步进行考虑：

- 第一步，判断是否属于收集行为。某些产品或服务进在本地访问的方式获取了客户信息的方式可能不属于收集行为，也就不需要信息主体授权；
- 第二步，在确认属于收集行为的基础上，区分产品或服务的核心业务功能和附加业务功能。对于前者，仍可使用隐私政策文本等方式获得概括授权同意，对于后者则应当采取逐一授权的方式来获取明确的同意；
- 第三步，区分该信息属于一般个人信息还是个人敏感信息。对于前者，企业可以采取概括授权，包括“默示同意”（Opt-Out）和“明示同意”（Opt-In）；但对于后者，企业则只能采取“明示同意”的方式，即需要个人信息主体作出书面声明或者肯定性动作，例如主动勾

选、主动点击“同意”等。

表 2：授权同意的方式

信息 业务	个人敏感信息	一般个人信息
核心业务功能	应当明示同意	明示或默示同意
附加业务功能	应当逐一明示同意	明示或默示同意

关于隐私政策文本，中央网信办、工信部、公安部、国家标准委等四部门组成的专家工作组于 2017 年 8 月 24 日至 9 月 24 日期间对 10 款网络产品和服务的隐私条款进行评审，评审结果显示 10 款产品和服务在隐私政策方面均有不同程度的提升。随后，上述 10 款产品所属公司也共同签署了《个人信息保护倡议书》，倡议内容包括“尊重用户的知情权”、“遵守用户授权，强化自我约束”等。值得注意的是，《规范》也详细地规定了《隐私政策》的主要内容及合规要求，并在附录中以 9 页的篇幅展示了隐私政策模板，为各个平台和 APP 制定《隐私政策》提供了重要的参考指引。

3) 间接获取个人信息时的有限尽调

个人信息控制者获取个人信息的来源，除了个人信息主体主动提供或者个人信息控制者自动收集之外，还存在从第三方个人信息提供方间接获取的可能性。就该种个人信息来源而言，《规范》做出了明确的规定：

- (1) 应要求个人信息提供方说明个人信息来源，并对其个人信息来源的合法性进行确认；
- (2) 应了解个人信息提供方已获得的个人信息处理的授权同意范围，包括使用目的，个人信息主体是否授权同意转让、共享、公开披露等。如本组织开展业务需进行的个人信息处理活动超出该授权同意范围，应在获取个人信息后的合理期限内或处理个人信息前，征得个人信息主体的明示同意。

上述规定，对于个人信息控制者从第三方渠道间接获取信息数据提出了审慎注意的义务和要求。而为满足上述合规要求，从方法论上而言，相关企业必须对个人信息提供方的相关业务行为进行有限但必要的尽职调查，审阅该提供方的相关政策文件，审查其个人信息保护行为，从而最大化的保护自身的利益。

4) 服务终止后信息数据的保存和处理

对于个人信息的保存环节，《规范》根据个人信息保护的“最少够用原则”以及“确保安全原则”，提出了个人信息保存时间最小化、去标识化处理的具体要求。对个人敏感信息的储存，还要求个人信息控制者采用加密等安全措施，对于其中的个人生物识别信息，还应先行采用技术措施加以处理。

对于实践中用户较为关心的服务终止后控制者如何继续保存和使用用户个人信息的问题，《规范》明确了解决措施：个人信息控制者在停止运营其产品和服务时，应当停止收集活动、逐一送达或公告

的形式通知个人信息主体，并对所持有的个人信息进行删除或匿名化处理。

5) 流转环节中的三方关系处理规则

如果说前面的讨论内容都是涉及个人信息控制者和个人信息主体之间的双方关系，那流转环节其实主要就是规范了三方关系的处理。《规范》在该部分重点介绍了涉及第三方的个人信息处理环节中的规范要求，并明确区分了个人信息“委托处理”、“共享”、“转移”、“公开披露”、“共同控制”和“并购重组”等各种情形及其适用规则。

对于个人信息控制者将用户个人信息委托他人处理时，《规范》明确了个人信息控制者不得超越授权范围，且应当对委托行为进行个人信息安全影响评估。根据《规范》，个人信息原则上不得共享、转让和公开披露。需要进行上述操作时，应当事先征得个人信息主体的同意，涉及个人敏感信息的，应当征得该信息主体的明示同意。同时，也应当对信息受让方进行个人信息安全影响评估，并且告知个人信息主体共享、转让和公开披露的具体情况。

在《规范》第8.2条“个人信息共享、转让”部分，尤其需要提请注意的是其中的e)项，即“承担因共享、转让个人信息对个人信息主体合法权益造成损害的相应责任”。我们理解，这里的责任，既包括个人信息控制者在共享和转让过程中因为自身的原因造成信息泄漏或损毁等不良事件，也包括个人信息控制者未能对接收方尽到审慎调查义务，将个人信息共享或转让给了不具备相应信息安全能力的接收方。而后一种情形应当引起提供方更多的重视，因为这种情形下相应的个人信息已经超出自身的掌控范围，风险系数已经放大。

此外，在附件D“隐私政策模板”中，《规范》其实在一定程度上明确给予了“附属公司/关联公司”和“授权合作伙伴”（如供应商、服务提供商等）的有限信息使用权。对于收购、兼并、重组等情形中的个人信息转让，个人信息控制者负有告知义务，如变更个人信息使用目的时，还应重新取得个人信息主体的明示同意。

6) 《规范》的其他亮点

此前，《网络安全法》等法律法规虽曾给出个人信息的定义，但并未明确与个人信息处理相关的一些关键术语。对此，《规范》就很多与个人信息保护实务密切相关的概念做出了回应，例如个人敏感信息、个人信息主体、个人信息控制者、收集、明示同意、用户画像、删除、公开披露、转让、共享、匿名化、去标识化等，为实务操作提供了明确的指引。

还值得一提的是，《规范》最后以资料性附录的形式提供了个人信息示例、个人敏感信息判定、保障个人信息主体选择同意权的方法和隐私政策模板，不仅颇具特色，而且使得《规范》结构更加完整。前两项附录列明了个人信息、个人敏感信息的范围和类型，将实践中存在争议的网络身份标识信息、个人上网记录等信息均明确列入个人信息范畴中。后两项附录则以模板的方式直观展现了相应的功能界面和政策文本，具有极高实践参考价值。尤其是隐私政策模板，相信会被很多互联网公司或平台型公司所广泛参考和采用。

三、 对企业的建议

《规范》对《网络安全法》中提及的个人信息保护相关条款进行了详细的规定，虽然部分规定略显严苛，对于企业的合规要求也明显提高，从而会导致企业运营成本的相应增加。但相比于此前的制

度空白，该标准的出台无疑为企业合规政策的拟定和对个人信息的保护提供了较为全面的指引。

因此，我们建议企业尽早完善内部合规制度。规模达到一定条件的企业应明确责任部门和负责人员，对于从事大数据业务的企业来说，首席信息官（Chief Information Officer，“CIO”）的职位设置或将成为常态。此外，企业还需建立个人信息岗位人员管理及培训制度、个人信息安全影响评估制度及审计制度、个人信息安全事件处置与报告制度等，并且在个人信息处理全生命周期的各个环节严格遵守《网络安全法》、《规范》及其它配套规则的要求。

值得注意的是，虽然《规范》仅是推荐性国家标准，原则上并不强制要求各类组织执行，但并不意味该标准无足轻重。《规范》开篇就提及“适用于主管监管部门、第三方评估机构等组织对个人信息处理活动进行监管、管理和评估”。而在近期刚发生的某热点事件中，网信办相关负责人也强调了《规范》所提倡的精神。由此可见，该标准虽然为推荐性标准，但在实践中，将可能被作为政府部门的监管与执法的重要参考依据，因而应当引起网络运营者的足够重视。

3、CRS 中国版的细则来了，银行准备好了吗？——《银行业存款类金融机构非居民金融账户涉税信息尽职调查细则》的解读（作者：杨铁成、葛音、薛冰）

2017 年 12 月 18 日中国人民银行、国家税务总局及国家外汇管理局联合印发了《银行业存款类金融机构非居民金融账户涉税信息尽职调查细则》（银发[2017]278 号，简称“**细则**”），中国人民银行于 2017 年 12 月 29 日在网站上公布了该细则。

细则为中国的存款类银行业金融机构（即一般意义上的“**银行**”）对非居民金融账户涉税信息开展尽职调查工作提供了较为详细的操作指引，银行应根据该细则收集非居民的涉税信息，并向相关主管机关进行报送。

背景情况

2017 年 5 月 19 日，国家税务总局连同财政部及“一行三会”正式发布了《非居民金融账户涉税信息尽职调查管理办法》（简称“**《管理办法》**”），自 2017 年 7 月 1 日起开始施行，这标志着“中国版 CRS”终于落地，旨在将国际通用的 CRS 转化成适应我国国情的具体要求，为我国实施 CRS 提供法律依据和操作指引。

《管理办法》将“依法在中国境内设立的金融机构”作为开展非居民金融账户涉税信息尽职调查工作的义务主体，规定金融机构包括存款机构、托管机构、投资机构、特定的保险机构及其分支机构，并通过列举方式明确私募投资基金、私募基金管理公司及从事私募基金管理业务的合伙企业均属于金融机构的范畴（详细背景情况可参阅《**私募基金管理人在中国版 CRS 下的尽职调查义务解析**》）。

细则的重点内容

细则针对银行较为普遍的业务类型及账户管理方式，为银行应如何履行《管理办法》规定的尽职调查义务提供了具体的指引。与《管理办法》相比，其实际操作性更强一些。

一、 哪些账户需要开展尽职调查？

在《管理办法》中，仅按照 CRS 的要求，较为简单地将需开展尽职调查的账户分为存款账户、托管账户及其它账户三大类，并做了一定的举例说明。但对于银行而言，目前办理的业务种类繁多，对应着众多的账户类型，如何认定相关账户是否属于《管理办法》所规定的账户是一大难点。

为解决上述问题，在细则中，以目前银行所开展的主要业务类型为依据，明确了银行对于在办理相关业务时所开立的账户应开展尽职调查，主要包括十大类：

- (1) 活期存款；
- (2) 定期存款；
- (3) 带有预存功能的信用卡业务；
- (4) 保证金业务；
- (5) 自营理财业务；
- (6) 账户贵金属业务；
- (7) 国债业务；
- (8) 金融衍生品业务；
- (9) 其它由银行发起、设立或管理的金融资产业务；
- (10) 《管理办法》规定的其它业务。

上述(1) - (9)项业务类型为目前银行所开展的主要业务，其中，账户贵金属业务中并不包含实物贵金属，因此如有客户在银行办理实物贵金属业务，可无需对其进行尽职调查。

二、 “金融资产管理公司”的范围如何界定？

《管理办法》第八条将“金融资产管理公司”排除出了金融机构的范畴，很多机构指出“金融资产管理公司”的定义不清晰，在认定时会出现偏差。

细则第八条对该定义进行了明确，“金融资产管理公司”仅指根据《金融资产管理公司条例》设立的金融资产管理公司，即目前传统意义上的“四大”资产管理公司，应不包含向银监会备案设立的地方金融资产管理公司。

三、 对于销户后重新开立的账户如何认定？

《管理办法》第十五条对于存量及新开账户进行了定义，但对于销户后重新开立账户的情况未加以明确。

细则第十三条则对此做出了说明，在 2017 年 6 月 30 日(含)前已撤销其在银行的全部账户，在

2017年7月1日(含)后在同一银行重新开立的金融账户,属于新开账户,即使该客户销户后的信息仍在银行有所保存,仍应将其视为新客户处理,要求其填写相关的声明文件。

四、 客户应持何种“证明材料”证明其中国税收居民的身份?

《管理办法》第十八条中,对于要求账户持有人提供证明其中国税收居民身份的材料仅提供了一个较为模糊的范围,银行在实际操作中可能会感觉该定义并不明确,在操作过程中难以要求客户提供准确的资料。

为此,细则第十五条中对此进行了细化,明确相关的证明材料包括:

- (1) 税务部门向机构或个人出具的《中国税收居民身份证明》;
- (2) 中华人民共和国居民身份证;
- (3) 外国人永久居留身份证;
- (4) 个人在中国境内实际居住满一年的证明材料,如护照记载的出入境记录等;
- (5) 其它有效证明材料。

其中提到的税务部门包括国家税务局及地方税务局,具体由哪个部门出具应参考各地的实际情况。需注意的是,该证明材料仅指客户在存在非居民标识的情况下,证明其中国税收居民身份的材料,不含外国机构出具的材料。如客户已经承认其非居民身份,则直接要求其填写声明文件即可。

五、 对于需激活账户获取声明文件的时限要求

《管理办法》规定,对于在2017年7月1日后新开立的账户,银行应在开立时获取客户的声明文件。那么对于需激活才能使用的账户,是否可以在激活时才获取客户的声明文件,以方便银行开展业务?对此,细则第十八条做出了相关规定:“对于单位代理个人开立的只收不付的银行账户,银行应在开户时获取账户持有人的声明文件;对于信用卡账户等激活前状态为不收不付的账户,银行应在激活前获取账户持有人的声明文件.....”。

为何对于需激活的账户采取不同的措施?其原因在于信用卡账户在激活前无法进行使用,即不能收款也不能付款,类似于一个“死户”,因此银行可选择在该账户正式使用时才对账户持有人进行尽职调查。但对单位代理个人开立的账户(如工资卡业务),一般情况下,这些账户在激活前,可以收款,但不能付款,一旦这些账户存入了一定金额的款项,如不能及时获取相关的声明文件,将会导致信息报送时存在时间差。比如2017年11月为A国税收居民甲开立工资账户后,12月开始已经存入工资,银行在2018年5月31日向国家税务总局报送信息前,甲一直未到银行签署声明文件,则会造成银行漏报了甲的金融账户信息,存在一定的合规风险。在香港,对于缺失部分资料而开立的只收不付的账户,香港的监管要求也较为严格,认为这类账户有可能被用做洗钱用途,香港的银行应在3个月内要求客户提供缺失的资料,如未能及时获取,应在考虑相关情形后,关闭这类账户。

六、 如何判断客户提供的声明文件存在矛盾?

《管理办法》第十九及二十五条要求金融机构对于声明文件中的信息是否与其它资料存在矛盾进行判断，但却未明确判断标准。为方便银行在实际操作中执行《管理办法》的规定，细则第十九条和二十四条提供了部分判断标准。但需要注意的是，如果一个持有中国身份证的个人在开户时声明其为非居民，则不属于明显矛盾的情况，此时银行只需按照其所提供声明的内容录入相关信息并报送即可。

七、 机构账户声明文件的要求

《管理办法》中，仅规定开立机构账户时，也需提交声明文件，但对机构的声明文件签署格式未做要求。为与现有的机构开户流程保持一致，细则第二十三条规定，机构账户的声明文件除由机构授权人签署外，还应加盖单位公章。如由授权经办人办理相关业务，还应出示相关的授权书。境外机构没有机构公章的，可由其有权签字人签字或盖个人印章。

八、 新增豁免账户

与《管理办法》相比，对于无需开展尽职调查的账户，细则第三十三条增加了注册验资账户。主要是因为此类账户为临时性过渡账户，账户内资金的归属在特定时期内难以确认，既非个人也非机构(尚未设立)。

此外，细则对于豁免账户的定义进行了明确。以支付税款的账户为例，如果企业 A 为了缴纳税款，专门开了一个付款账户，此账户的资金进出都是与支付税款相关，无其它用途，则此类账户无需进行尽职调查。但是，如果企业 A 使用该账户支付了货款，或通过该账户收取账款，则该账户就不再属于豁免范围，银行应对其进行尽职调查。

九、 需注意的问题

虽然细则一定程度上为银行提供了较为明晰的指引，大幅减轻银行的工作量，但毕竟无法面面俱到，银行在实际操作时仍应注意相关问题。

1) 需开展尽职调查的账户类型

虽然细则明确了需开展尽职调查的账户类型，但鉴于不同银行所开展的业务种类及对应的账户类型并不完全一致，故银行在实际操作过程中，除细则明确列举的业务之外，如发现其它业务类型的性质与细则列出的业务相似，也应根据《管理办法》及细则的规定，对相关账户开展尽职调查。对于相关业务是否符合《管理办法》及细则规定，不同银行的判断标准可能会出现不一致的情况，需谨慎处理。

2) 系统的配套

在细则中，对银行的系统提出了一些要求，各家银行应根据自己的实际情况，对业务系统进行调整，如添加纳税人身份信息字段、消极非金融机构的识别及控制人信息等。此外，如果银行目前所使用的系统未能将客户在本行内的资产状况进行统一加总，则有可能会存在重复报送或漏报的情况，需对此加以关注。

3) 对于“尽职”义务的尺度把握

根据《管理办法》及细则的要求，银行应在 2017 年 12 月 31 日前对存量的个人高净值客户(即账户余额在 100 万美金以上的账户)完成尽职调查，在 2018 年 12 月 31 日前对高净值客户以外的存量客户完成尽职调查。目前，部分银行已经在其官网发布了相应公告，要求客户配合履行相关义务。对于银行而言，这是一个相对保险的做法，即银行已根据《管理办法》的规定，通知客户回来填写声明文件，如果客户不回来，银行也已经履行了通知义务。

从《管理办法》的规定来看，银行仅要求那些在银行系统内有非居民标识的存量客户回来填写声明文件，而不是全部客户。对于在银行有 100 万美金以上存款的客户，基本上均属于银行的重点客户，不太可能存在联系不上的情况。因此，对于这部分客户而言，通过其专属的客户经理以电话或短信方式通知其进行协助不失为一项更好的处理方式，既保证一定的私密性，也提升了客户体验。

4) 存量机构客户的尽职调查

根据《管理办法》及细则的规定，银行应根据现有客户资料、公开信息等识别存量机构客户是否为非居民企业或消极非金融机构。但如何判定机构是否为消极非金融机构对银行而言可能会存在较大难度。在一般情况下，大部分机构客户在开立账户时并不会向银行提供其财务报表，仅仅从其经营范围将难以判断该机构是否属于消极非金融机构。因此，银行在无法判断的情况下，只能要求相应的客户重新回来填写声明文件，确认其身份，工作量十分庞大，对银行是极大的挑战。

5) 银行代销产品时所应履行的尽职调查责任

在细则第三十条中规定，银行应配合被代销基金等金融产品的其它金融机构开展相关工作，但对于所应采取的配合方式却未予明确，银行如何与其它金融机构划分相关的尽职调查责任将会是一大难题。

6) 除银行外其它金融机构的违规风险

细则仅针对银行的工作进行了细化，但对于其它金融机构，如证券、基金、信托、私募等均未做规定。这些金融机构的客户量虽没有银行那么庞大，业务种类也相对单一，但同时，其对客户的了解程度也较低，未能如银行般深入了解客户，如未能完善其尽职调查流程将可能出现违规情况。

此外，上述金融机构在除银行之外的第三方平台销售产品时，一般情况下，相关开户文件由第三方平台向金融机构进行传输。但目前据了解，第三方平台尚未开展相关的尽职调查工作，故金融机构能否从第三方平台获取客户的声明文件存在一定的疑问。根据《管理办法》的规定，允许金融机构委托第三方平台进行尽职调查以获取客户的声明文件，但如在 2017 年 7 月 1 日后，金融机构未能要求第三方平台代其履行尽职调查义务，获取客户的声明文件，将可能存在较大的合规风险。

7) 第三方支付机构的定位

第三方支付机构的账户中也会存入一定的金额，但据我们了解，目前第三方支付机构还未根据《管理办法》的规定开展尽职调查工作。《管理办法》第七条对金融机构的定义中含有一个兜底条款，即其它符合条件的机构也会被视为金融机构，故第三方支付机构是否属于《管理办法》规定的金融机构暂未有定论，如第三方支付账户的余额继续发展壮大，不排除未来监管机关将其纳入《管理办法》范围内的可能。

4、 总收益互换 — 进入中国资本市场的信用衍生工具(作者：杨铁成、葛音、阚佳、吴昊思、郑婷)

一、 背景介绍

长期以来，很多境外投资者利用总收益互换(即“**Total Return Swap**”，“**TRS**”)的交易结构来获取在中国¹的证券交易所及银行间债券市场上市交易的基础股票、基金、债券及其他债务工具(以下统称“**中国证券**”)的经济利益。境外投资者参与这些 TRS 交易一般基于以下原因：

1) 市场准入的限制

中国的证券交易所及银行间债券市场（以下统称“**中国资本市场**”）尚未完全对境外投资者开放。目前，境外投资者仅可通过一些特定的制度来买卖在中国的证券交易所交易的证券（包括 A 股、基金和债券等）及在中国银行间债券市场交易的债务工具（包括政府债、金融债、企业债、商业票据、资产支持证券及熊猫债等）。这些制度包括：

- (1) 合格境外机构投资者制度（“**QFII**”）；
- (2) 人民币合格境外机构投资者制度（“**RQFII**”）；
- (3) 中国内地与香港股票市场和债券市场互联互通合作，包括“沪港通/深港通”（“**股票通**”）和“**债券通**”机制；以及
- (4) 允许境外机构投资者备案后投资中国银行间债券市场的直接准入制度（以上统称为“**准入制度**”）。

每个准入制度对合格投资者的资质条件、合格证券的范围、投资额度或规模、货币兑换以及资金汇入和汇出等设置了不同的限制。例如，境外对冲基金就不具备申请 QFII/RQFII 的资格。因此，在股票通、债券通和银行间债券市场直接准入制度出台之前，境外对冲基金大多利用 TRS 来获得中国证券的经济利益。

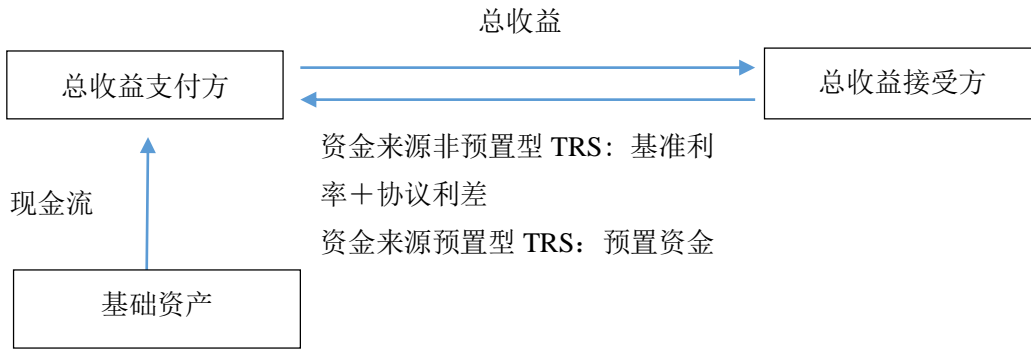
2) 资产管理

与境外市场惯常使用的 TRS 结构相似，从总收益接受方的角度来看，将中国证券作为基础资产的 TRS（“**中国证券 TRS**”）可以优化资产负债表管理、投资组合管理、对冲基金杠杆运作和资产互换期限配置。从总收益支付方的角度来看，此类 TRS 可以对冲价格风险和违约风险。

二、 基础结构和主要特征

一般而言，中国证券 TRS 涉及总收益接受方向总收益支付方支付特定的固定利率或浮动利率以换取特定基础资产或指数的总收益，如下图所示：

¹ 本文中使用的“中国”，并不包括香港、澳门及台湾地区。



- 总收益是指基础资产的收益加上价值增值(例如：基础资产的最终价值和初始价值之间的差额)。
- 基础资产可能是单一中国证券或多个中国证券的组合。

此类 TRS 通常包含以下主要特征：

- 1) 总收益接受方对基础中国证券采取合成多头策略（无论是否需要为投资预置资金），而总收益支付方则对相同中国证券采取合成空头策略；
- 2) 总收益支付方可通过一个或多个准入制度购买基础中国证券，达到对冲² TRS 项下产生的风险暴露的目的；
- 3) 如果总收益支付方购买了基础中国证券，通常会将其计入表内资产持有；及
- 4) 在 TRS 期限内，总收益接受方通常会对中国证券形成表外风险暴露。

三、 法律和监管问题

中国证券 TRS 在中国法下可能会引发一些法律和监管问题。下文仅就一些关键问题进行讨论，但不能作为完整和穷尽性的法律分析。TRS 结构不断演变，中国法律和法规也在迅速变化，因此未来可能会出现更多的法律和监管问题。

1) 法律文件

境外投资者经常使用 ISDA 主协议和信用支持附件（“ISDA 文本”）作为中国证券 TRS 的协议文本。在对 ISDA 文本中的“提前终止条款”进行谈判时，交易双方可能需要考虑总收益支付方使用准入制度可能会产生的相关风险。在某些情况下，总收益支付方可能会依赖其通过交易基础中国证券所产生的现金流来履行 ISDA 文本项下的付款义务。然而，此现金流可能会由于相关准入制度的限制而中断。例如，如果总收益支付方使用 QFII/RQFII 制度来对冲其在 ISDA 文本项下的义务，则需要考虑 QFII/RQFII 投资额度是否可充分获得、锁定期、外资持股比例和资金汇出限制等，上述每一项或多项限制情形均可能引发 ISDA 文本项下的违约事件或终止事件。因此，适用于中国证券 TRS 的 ISDA 文本可能需要根据这些中国法下的特定限制而做出相应调整。

² 总收益支付方还可以使用其已持有的中国证券和资产对冲其在中国证券 TRS 项下产生的风险暴露，而不必为了对冲特定中国证券 TRS 项下产生的风险暴露而购买中国证券。中国证券 TRS 不强制要求总收益支付方进行对冲。

2) 法定所有权人和实益所有权人

根据境外市场 TRS 的条款，总收益支付方通常可被视为基础资产的“法定所有权人”，而总收益接受方通常可被视为基础资产的“实益所有权人”（基于总收益接受方将获得基础资产的总收益的事实）。但是，在中国法下，“法定所有权人”和“实益所有权人”的概念没有明确规定。目前，虽然中国监管机构试图确认股票通和债券通制度中“名义持有人”和“实际权益拥有人”的法律权利，但是总收益接受方是否可以被视为“实际权益拥有人”仍不确定。因此，就中国证券 TRS 而言，总收益接受方在中国主张其拥有基础中国证书的实益所有权会面临重大法律障碍。

3) 外资持股比例限制、权益披露要求及短线交易规则

根据中国法的规定，境外投资者通过准入制度交易中国证券时，须遵守外资持股比例限制³、权益披露要求⁴及短线交易规则⁵。TRS 各方对中国证书的所有权和控制程度将决定其是否会受到这些中国监管要求的约束。

- (1) 在中国证券 TRS 的期限内，如果总收益接受方事实上对基础中国证书的投票权存在控制，则总收益接受方可能需要遵守上述中国监管要求。
- (2) 如果根据中国证券 TRS 的条款，总收益接受方成为基础中国证书的法定所有权人，无论是通过实物交割还是其他所有权转让安排，总收益接受方可能需要遵守上述中国监管要求。
- (3) 如果中国证券 TRS 仅以现金交割，且没有让总收益接受方控制基础中国证书投票权的安排，则总收益接受方可能不受上述中国监管要求的约束。
- (4) 只要总收益支付方仍为基础中国证书登记在册的持有人，则须遵守上述中国监管要求。

无论中国证券 TRS 条款规定的所有权和控制程度如何，总收益接受方和总收益支付方均可能受到中国法下有关内幕交易或市场操纵的规则约束。

4) 场外转让限制

根据中国法的规定，中国资本市场中的证券交易必须通过指定的交易场所达成（仅在非常有限的情形下允许非交易过户）。这意味着境外托管人或经纪人不得自行撮合境外投资者通过准入制度买卖中国证书的订单，也不得以任何形式在指定的交易场所外提供中国证券转让服务。这些限制可能会影响中国证券 TRS 的实物交割安排在中国法下的合法性和可执行性。例如，如果中国证券 TRS 协议规定 TRS 到期时，总收益接受方可以选择以市场价格或预定价格从总收益支付方处购买基础中国证书，或者以其他形式实现总收益支付方向总收益接受方交割基础中国证书，则各方需要审慎考虑这种实物交割安排是否在中国法下面临障碍。

³ 例如，单个境外投资者通过 QFII / RQFII / 股票通持有一家上市公司股票的，持股比例不得超过该公司股份总数的 10%。所有境外投资者对单个上市公司 A 股的持股比例总和，不超过该上市公司股份总数的 30%。

⁴ 例如，如果境外投资者及其一致行动人在上市公司拥有权益的股份合计达到该上市公司已发行股份的 5% 时，应在 3 日内进行权益披露。此后，其拥有权益的股份占该上市公司已发行股份的比例每增加或减少 5%，也应进行权益披露。

⁵ 如果持有上市公司股份 5% 以上的境外投资者将其持有的该公司的股票在买入 6 个月内卖出，则出售所得的所有收益将归该公司所有，并由该公司董事会收回所得收益。

5) 转让和出借额度的限制

某些准入制度(例如 QFII / RQFII 制度)禁止合格投资者将其投资额度转让或出借给境外市场的不合格投资者。

中国证券 TRS 的结构通常是资金来源非预置型 TRS，即总收益接受方不为投资预置资金，总收益支付方使用自有资金或自行融资购买基础中国证券。但是，如果资金来源非预置型 TRS 的条款允许总收益接受方使用总收益支付方的投资额度自行决定购买和出售基础中国证券，则该交易可能被视为违反中国监管要求的投资额度转让或出借。这主要是因为总收益支付方实际上在利用 TRS 的结构允许不合格投资者（即总收益接受方）交易中国证券。

如果中国证券 TRS 的结构为资金来源预置型 TRS，使得总收益支付方可以使用总收益接受方提供的预置资金来购买基础中国证券，则该交易更容易被视为违反中国监管要求的投资额度转让或出借。这主要是因为总收益支付方实际上在利用 TRS 的结构使用总收益接受方提供的资金为不合格投资者(即总收益接受方)交易中国证券。

6) 通过资金来源非预置型 TRS 加杠杆

资金来源非预置型中国证券 TRS 可能被视为融资融券交易的一种间接形式。实际效果等同于总收益接受方以基准利率加协议利差的利息向总收益支付方借款买入中国证券。自发生 2015 年股灾以来，涉及高杠杆的场外衍生产品引起了中国监管部门的关注。中国的证券经营机构已被要求停止通过 TRS 和其他场外衍生品为其客户在中国资本市场进行的证券交易提供融资。因此，我们建议境外投资者密切关注中国资本市场的业务和监管环境，以确保其在中国证券 TRS 下的杠杆安排不会引起更多的监管审查。

■ ■ 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》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，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

联络我们

北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街 1 号东方广场办
公楼 C1 座 9 层

邮编：100738

金文玉 律师：

电话：+86-10-8525 5557

Email: wenyu.jin@hankunlaw.com

上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区石门一路 288 号兴
业太古汇香港兴业中心二座 33 层

邮编：200040

曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区中心区中心四路 1-1
号嘉里建设广场第三座 21 层 03 室

邮编：518048

王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com

香港分所

电话：+0852 2820 5600

地址：中国香港中环夏慤道 10 号和记大厦
20 楼 2001-02 室

陈达飞 律师：

电话：+0852-2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com