

银监会进一步修订银行业衍生品交易规则

2011年1月5日,中国银行业监督管理委员会(“银监会”)发布了经修订的《银行业金融机构衍生产品交易业务管理办法》(“《**修订版办法**》”),并于公布之日起生效。《修订版办法》的前身是银监会于2004年颁布施行并于2007年修订的《金融机构衍生产品交易业务管理暂行办法》(“《**2007年办法**》”)。鉴于在当时不少中国境内的银行和公司已在跨境衍生品交易中遭受巨额亏损,银监会于2009年还颁布了《关于进一步加强银行业金融机构与机构客户交易衍生产品风险管理的通知》(“《**通知**》”),以期通过提高对风险管理、产品营销和后续服务的要求来加强对衍生品交易的监管。通过引入差别化管理制度,整合《通知》以及《2007年办法》,并重塑风险管理机制,《修订版办法》力图进一步加强监管,以实现衍生品交易中所普遍存在的市场风险、信用风险、操作风险、法律合规风险的有效控制。

《修订版办法》的适用

《修订版办法》适用于受银监会监管的所有类型的金融机构,其中包括了《2007年办法》所涵盖的银行、信托公司、财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司法人,以及外国银行在中国境内的分行。此外,《修订版办法》首次明确将城市信用合作社、农村信用合作社和金融资产管理公司纳入了监管范围。然而,在实际操作中,尽管有很多类型的银行业金融机构有资格提交从事衍生品业务的申请,但是到目前为止,银监会仅批准银行从事衍生品交易。根据相关报道,部分信托公司也曾申请从事衍生品交易,但无一获得批准。

与《2007年办法》一致,《修订版办法》适用于银行业金融机构与其他金融机构之间的衍生品交易,也适用于银行业金融机构与其非金融机构客户之间的衍生品交易。在后一类交易中,银行业金融机构向客户销售的理财产品如果具有衍生品性质,其产品设计、交易、管理适用《修订版办法》,客户准入以及销售环节适用银监会关于理财业务的相关规定。如果客户为个人,则衍生品交易的风险评估和销售环节适用银监会有关个人理财业务的相关规定。

衍生品交易的分类

《修订版办法》将衍生品交易重新划分为两类,即套期保值类衍生品交易(“**套期类交易**”)与非套期保值类衍生品交易(“**非套期类交易**”)。而在《2007年办法》中,衍生品交易的分类依据则是交易是否为银行业金融机构所主动发起,或银行业金融机构是否为最终用户。

要点:

《修订版办法》的适用	1
衍生品交易的分类	1
进阶式准入制度	2
衍生品交易的创新	2
市场风险资本充足率	3
展望	3

如需了解有关本期问题的进一步信息,请通过下列方式与我们联系:

北京
杨铁成 (TieCheng Yang)
+86 10 6535 2265

香港
戴柏仁 (Paget Dare Bryan)
+852 2826 2459
范爱华 (Francis Edwards)
+852 2826 3453

上海
葛音 (Yin Ge)
+86 21 2320 7202

如您需要了解更多关于我们中国刊物的信息,请联系:

叶慧怡 (Chlorophyll Yip) +852 2826 3426

高伟绅律师行
香港中环康乐广场一号
怡和大厦二十八楼
www.cliffordchance.com

套期类交易是指银行业金融机构主动发起，为规避自有资产、负债的信用风险、市场风险或流动性风险而进行的衍生品交易。套期类交易需符合套期会计规定，即财政部颁布的《企业会计准则第 24 号-套期保值》。虽然《修订版办法》并没有明确地提及财政部的这一规定，但我们理解只有符合这一会计准则的衍生品交易才能被认定为套期类交易。

非套期类交易是指除套期类交易之外的所有衍生品交易，大致包括以下三类：

- (i) 由客户发起，银行业金融机构为满足客户需求而提供的交易和银行业金融机构为对冲前述交易相关风险而进行的交易；
- (ii) 银行业金融机构为承担做市义务而持续提供市场买、卖双边价格，并按其报价与其他市场参与者进行的做市交易；
- (iii) 银行业金融机构主动发起，运用自有资金，以获利为目的而行的自营交易。

就《修订版办法》而言，银行业金融机构必须配备熟练套期交易的会计人员才能获得在中国从事衍生品业务的许可。

进阶式准入制度

《修订版办法》对衍生品交易进行分类的依据是其风险特征。在《修订版办法》中，银监会也在同一思想的指导下设计出了差别化管理的制度。如果某一银行业金融机构只希望进行套期类交易，则其只须获得银监会批准的**基础类资格**，若其希望同时进行套期类交易和非套期类交易，则必须获得**普通类资格**。此项制度不同于《2007 年办法》，后者仅规定单一许可证制度，即银行业金融机构获得衍生品许可证之后便可交易所有类型的衍生品。

与《2007 年办法》项下的许可证相比，《修订版办法》对于基础类资格设置的资格条件更低，却对普通类资格设置了更高的资格条件。尽管配备熟悉套期会计操作程序和制度规范的人员，并具有法律合规的专业部门及相关专业人员仍然是获得基础类资格的必要条件，《修订版办法》不再要求申请基础类资格的银行业金融机构具备完善的业务处理系统，实时的风险管理系统，也未对衍生品交易业务主管人员的资质条件作出要求。然而，对于申请普通类资格的银行业金融机构而言，除满足所有《2007 年办法》所规定的资质要求外，还必须具备严格的业务分离制度以隔离套期类交易与非套期类交易的市场信息、风险管理、损益核算，以及针对市场风险、操作风险、信用风险的完善的管理框架。

银监会可在普通类资格许可中进一步限制某一银行业金融机构所允许从事的衍生品交易种类或者其可以提供的衍生产品。银监会也可依其全权酌情决定权，对获得普通类资格的银行业金融机构实施差别化资格管理，例如限制某一机构可以从事的非套期类交易的具体类型。银监会预计将会运用这项监管工具来控制银行业金融机构在衍生品交易中可能面临的特定风险。然而对于申请从事衍生品业务的银行业金融机构而言，获批衍生品业务范围的确定性相应降低了。

对于根据《2007 年办法》已经获得许可证的银行业金融机构而言，《修订版办法》并没有明确过渡性安排。一个迫在眉睫的顾虑便是：根据《修订版办法》，已获得衍生品许可证的银行业金融机构是否需要重新进行申请才能继续在中国从事衍生品业务。

值得注意的是，根据《修订版办法》，获得普通类资格的银行业金融机构仍不得交易或向客户销售可能出现无限损失的裸卖空衍生品(值得注意的是《修订版办法》并未对此进行定义)和挂钩其他衍生品的再衍生品。

衍生品交易的创新

《2007 年办法》要求所有银行业金融机构在从事国内首次推出的复杂的衍生品交易业务前，向银监会提交相关材料并书面咨询银监会意见。然而，《2007 年办法》却并未进一步解释何者构成“首次推出的复杂的”和“国内衍生品市场”。《修订版办法》的规定则更为明晰，即包括开展新业务品种、开拓新市场在内的所有创新均应事先书面咨询银监会的意见。这项规定必然会增加银行业金融机构与银监会之间沟通交流的必要性。作为强制性内部管理规章制度的一部分，银监会现在亦要求从事衍生品业务的银行业金融机构建立新业务和新产品内部批准的制度与流程，并且最终应由董事会或其授权的专业委员会或高级管理层予以批准。

市场风险资本充足率

《修订版办法》要求进行非套期类交易的银行业金融机构，根据其在相关衍生品交易中的风险敞口计提市场风险资本。任何一个银行业金融机构标准法¹下市场风险资本不得超过核心资本的3%。在此限制范围之内，银监会可以根据某一银行业金融机构的经营风险进一步采取具体措施。更确切地说，如果某一银行业金融机构的经营状况恶化到一定程度(银监会可能会在以后对此予以明确)，银监会则可以降低其核心资本率的限制比例，以限制其进行非套期类交易。从监管的角度看，因为银行业金融机构所允许进行的衍生品交易的规模受到其资本的约束，所以银监会的这一限制有助于降低系统风险和操作风险，同时也能激励相关机构设立有效的风险管理流程。

市场风险资本的计算必须遵循《商业银行资本充足率管理办法》以及《商业银行市场风险资本计量内部模型法监管指引》的相关规定。

展望

较之西方国家的衍生品市场，中国的衍生品市场仍然是发展不足。然而，正如《修订版办法》的相关条款所体现，金融创新在中国虽然受到政策的鼓励，却也应当以一种稳健的、渐进的方式进行。对不同类别的衍生品交易采用不同的资格要求，在某种程度上，在降低市场准入门槛的同时，也限制了高风险交易。银行业金融机构也被要求进行年度评估，并就上一年度其所进行的衍生品交易向银监会报告。鉴于某些简单的衍生品操作透明且相关风险较低，对于有关此类衍生品的风险管理和向对手方就此类产品所提供的服务，银监会做出了对其进行定期评估的灵活安排。因此，在可预期的未来，中国衍生品市场将会迎来越来越多的参与者。

本文旨在就主题若干方面作出一般性的评论，并非全面分析，亦不构成法律意见。对于依据本文内容的作为或不作为而导致的结果，我们表明不承担任何责任。版权所有，不许翻印。

上文集结了我们作为国际性顾问代表客户处理涉华事务的经验。如同国内所有其他持有执照的国际律师事务所一样，我们可就中国法规环境的影响提供信息，但不得以中国律师事务所身份从事中国法律事务。如需中国律师服务，我们乐意推荐。

www.cliffordchance.com

阿布扎比 ■ 阿姆斯特丹 ■ 曼谷 ■ 巴塞罗那 ■ 北京 ■ 布鲁塞尔 ■ 布加勒斯特* ■ 布达佩斯 ■ 迪拜 ■ 杜塞尔多夫 ■ 法兰克福 ■ 香港 ■ 基辅 ■ 伦敦 ■ 卢森堡 ■ 马德里 ■ 米兰 ■ 莫斯科 ■ 慕尼黑 ■ 纽约 ■ 巴黎 ■ 布拉格 ■ 利雅得* ■ 罗马 ■ 圣保罗 ■ 上海 ■ 新加坡 ■ 东京 ■ 华沙 ■ 华盛顿

*高伟绅律师行与当地律师事务所签署有合作协议

¹ 《商业银行资本充足率管理办法》的附件四详述了标准法下市场风险资本的计算方法。