

明确托管银行免责范围

—— 银行业协会修订托管业务指引简评

宏观研究-金融监管研究

何帆

兴业研究金融监管分析师

电话：021-22852680

邮箱：880325@cib.com.cn

摘要

3月18日，银行业协会发布修订后的《商业银行资产托管业务指引》(以下简称《指引》)，对托管银行的免责范围、有权终止托管服务的情形进行了补充规定。

本次《指引》进一步明确了托管行的免责范围，将“对未兑付托管产品后续资金的追偿”纳入免责情形，规定在委托人、管理人出现违规、被取消资质、破产、失联等特定情形时，托管行有权终止托管服务。

根据资管新规第三方独立托管的要求，《指引》在商业银行开办托管业务的条件中，强调了“独立性”要求。

鲁政委

兴业银行首席经济学家

华福证券首席经济学家

关键词 托管银行 免责范围



扫描下载兴业研究 APP
获取更多研究成果

事件:

3月18日, 银行业协会发布修订后的《商业银行资产托管业务指引》(以下简称《指引》), 对2013年8月3日发布的《商业银行托管业务指引》(银协发〔2013〕62号)进行了修订, 修订后的《指引》对托管银行的免责范围、有权终止托管服务的情形进行了补充规定。

点评:

一、明确托管行免责范围, 特定情形下有权终止托管服务

本次《指引》进一步明确了托管行的免责范围, 特定情形下托管行有权终止托管服务。《指引》第十五条对于托管行的托管行的免责范围进行了补充, 在2013年版《指引》中合规审查的基础上, 增加了“对未兑付托管产品后续资金的追偿”, 以及不得承诺刚兑、不承担实际控制以外资产的保管责任、不承担因不可抗力造成损失的情形, 并且要求在托管合同中对于免责事项进行专门明确: “对法律法规尚未明确、托管合同未约定, 或者超出托管职责的事项, 应设定‘免责条款’予以明确”。《指引》还规定, 在委托人、管理人出现违规、被取消资质、破产、失联等特定情形时, 托管人有权停止托管服务。此外, 在托管人不得开展行为中, 《指引》新增要求托管人不得“参与托管资产的投资决策”。相较于2013年版《指引》, 新版《指引》在明确托管行的托管责任的同时, 强调了相关当事人的责任边界划分和事先合同约定, 加强了对托管行的权利保护。

图表 1 2013年版和2019年版《指引》差异对比

规定	2013年版	2019年版
托管行的托管职责不包含的内容	第十二条...除法律法规另有规定或合同另有约定外, 托管银行不承担托管产品的合规性审查职责, 亦不对托管产品资金来源的合法合规性承担任何责任。	第十五条托管银行承担的托管职责仅限于法律法规规定和托管合同约定, 对实际管控的托管资金账户及证券账户内资产承担保管职责。托管银行的托管职责不包含以下内容, 法律法规另有规定或托管合同另有约定的除外。 (一) 投资者的适当性管理; (二) 审核项目及交易信息真实性; (三) 审查托管产品以及托管产品资金来源的合法合规性; (四) 对托管产品本金及收益提供保证或

规定	2013 年版	2019 年版
		<p>承诺;</p> <p>(五) 对已划出托管账户以及处于托管银行实际控制之外的资产的保管责任;</p> <p>(六) 对未兑付托管产品后续资金的追偿;</p> <p>(七) 主会计方未接受托管银行的复核意见进行信息披露产生的相应责任;</p> <p>(八) 因不可抗力, 以及由于第三方(包括但不限于证券交易所、期货交易所、中国证券登记结算公司、中国期货市场监控中心等)发送或提供的数据错误及合理信赖上述信息操作给托管资产造成的损失;</p> <p>(九) 提供保证或其他形式的担保;</p> <p>(十) 自身应尽职责之外的连带责任。</p>
有权终止托管服务的情形	---	<p>第十三条 托管银行发现委托人、管理人有下列情形的, 有权终止托管服务:</p> <p>(一) 违反资产管理目的, 不当处分产品财产的;</p> <p>(二) 未能遵守或履行合同约定的有关承诺、义务、陈述或保证;</p> <p>(三) 被依法取消从事资产管理业务的相关资质或经营异常;</p> <p>(四) 被依法解散、被依法撤销、被依法宣告破产或失联。</p> <p>(五) 法律法规明确规定和合同约定的其他情形。</p>
托管合同的内容	<p>第十二条 托管银行开展托管业务, 应根据不同产品类别与业务相关当事人签署合同, 合同内容包括但不限于以下方面:</p> <p>(一) 合同当事人的权利和义务;</p> <p>(二) 托管财产类型;</p> <p>(三) 托管银行提供的托管服务内容;</p> <p>(四) 收费标准及支付方式;</p> <p>(五) 托管合同有效期和合同终止方式;</p> <p>(六) 违约责任和免责条款;</p> <p>(七) 争议解决方式;</p> <p>(八) 其他事项。</p>	<p>第十八条 托管银行开展资产托管业务, 应与相关当事人签署托管合同, 并加强合同管理。托管合同内容包括但不限于以下方面:</p> <p>(一) 托管合同当事人基本信息, 以及合同各方的权利和义务;</p> <p>(二) 托管银行提供的托管服务内容;</p> <p>(三) 收费标准及支付方式;</p> <p>(四) 托管合同的生效、变更和终止;</p> <p>(五) 违约责任和争议解决方式;</p> <p>(六) 对法律法规尚未明确、托管合同未约定, 或者超出托管职责的事项, 应设定“免责条款”予以明确;</p> <p>(七) 其他事项。</p>
托管银行不得有以下行为	<p>第十条 托管银行不得有以下行为:</p> <p>(一) 将托管财产与托管银行自有财产混同保管;</p> <p>(二) 将不同的托管财产混同保管;</p> <p>(三) 侵占、挪用托管财产;</p> <p>(四) 进行不正当竞争;</p>	<p>第十七条 托管银行不得有以下行为:</p> <p>(一) 混同管理托管资产与托管银行自有财产;</p> <p>(二) 混同管理不同的托管资产;</p> <p>(三) 侵占、挪用托管资产;</p> <p>(四) 进行不正当竞争;</p>

规定	2013 年版	2019 年版
	(五) 非法利用内部信息谋取不正当利益; (六) 法律法规和合同禁止的其他行为。	(五) 非法利用内部信息谋取不正当利益; (六) 参与托管资产的投资决策; (七) 从事法律法规禁止的其他行为; (八) 从事托管合同未约定的其他行为。

资料来源：银行业协会，兴业研究。

此前，2018 年 7 月，4 家私募基金管理人（上海意隆财富投资管理有限公司、上海西尚投资管理有限公司、上海郁泰投资管理有限公司和易财行财富资产管理有限公司）的实际控制人失联后等，市场关于托管行的责任范围、托管行和基金管理人的责任边界存在分歧，基金业协会和银行业协会分别就此发布公告和解释，但两部门对于事件的处理意见持有不同观点¹。

图表 2 基金业协会和银行业协会关于私募基金管理人失联事件的公告

时间	部门	文件	规定
2018/7/13	基金业协会	《关于上海意隆等 4 家私募基金管理人风险事件的公告》	中国证券投资基金业协会（以下简称“协会”）对此高度重视，已经要求相关备案私募基金的托管银行按照《基金法》和基金合同的约定， 切实履行托管人职责，建立应急工作机制，统一登记相关私募基金投资者情况 ，做好投资者接待工作。托管银行已经采取临时止付、冻结账户等措施，以维护好基金账户资金安全。备案私募基金的投资者，可以按照托管银行公布的方式进行登记，提供基金合同、划款凭证、身份证明等材料信息。在私募基金管理人无法正常履行职责的情况下，托管银行要按照《基金法》和基金合同的约定， 切实履行共同受托职责，通过召集基金份额持有人会议和保全基金财产等措施 ，尽最大可能维护投资者权益。
2018/7/23	银行业协会 首席法律顾问 卜祥瑞	《银行托管私募基金权责清晰 依法依约不承担共同受托责任》	《私募投资基金服务业务管理办法（试行）》第二十二条规定，基金募集结算资金专用账户应当由监督机构负责实施有效监督，监督协议中应当明确监督机构保障投资者资金安全的连带责任条款。监督机构指中国证券登记结算有限责任公司、取得基金销售业务资格的商业银行、证券公司、公募基金管理公司以及基金业协会规定的其

¹ 基金业协会公告请见 <http://www.amac.org.cn/xhdt/zxdt/393246.shtml>；银行业协会解释请见 <http://www.china-cba.net/bencandy.php?fid=42&id=17347>

时间	部门	文件	规定
			<p>他机构。... ..</p> <p>根据上述规定，“保全基金财产”相关职责应由基金管理人或基金监督机构承担，不应由托管银行承担。根据监管部门现行规定，商业银行不能代销非持牌私募基金。无论是依据上述规定，还是根据相关合同约定，托管银行没有法律依据对外代表私募基金行使财产权利，进行基金财产保全。</p> <p>特别需要强调的是，个别机构与部分投资者要求托管银行承担共同受托责任，甚至要求托管银行统一登记投资者情况等，这些要求不仅违反了《基金法》等法律法规规定，也与证监会、基金业协会发布的规章和规范性文件存在冲突，而且缺乏合同依据。同时，上述要求也不符合“资管新规”提出的打破资管行业刚性兑付、防控金融风险原则，极易强化投资者的刚性兑付预期，弱化市场纪律，增加道德风险。比如，意隆财富投资管理公司于7月16日发布公告，试图将自身应依法承担的保全基金财产等责任转嫁给托管银行。</p>

资料来源：各部门官网，兴业研究。

二、资管新规：第三方独立托管，督促调整会计核算方法

资管新规对于托管人的责任也进行了要求，主要包括第三方独立托管要求和托管人在会计核算中督促管理人使用适当的估值方法的责任。**关于第三方独立托管**，过渡期内，具有证券投资基金托管业务资质的商业银行可以托管本行理财产品；过渡期后，具有证券投资基金托管业务资质的商业银行应当设立具有独立法人地位的子公司开展资产管理业务。**关于会计核算和估值方法**，要求托管人对于以摊余成本计量已不能真实公允反映金融资产净值的情况，督促管理人及时进行调整。

本次《指引》根据上述要求，在商业银行开办托管业务的条件中，专门提出了“独立性”要求，要求托管行“设立负责托管业务的专门部门或机构，且该机构可以保障托管资产的独立性”。

图表 3 资管新规对于托管人的要求

要求	具体规定
第三方独立托管	<p>十四、本意见发布后，金融机构发行的资产管理产品资产应当由具有托管资质的第三方机构独立托管，法律、行政法规另有规定的除外。</p> <p>过渡期内，具有证券投资基金托管业务资质的商业银行可以托管本行理财产品，但应当为每只产品单独开立托管账户，确保资产隔离。过渡期后，具有证券投资基金托管业务资质的商业银行应当设立具有独立法人地位的子公司开展资产管理业务，该商业银行可以托管子公司发行的资产管理产品，但应当实现实质性的独立托管。独立托管有名无实的，由金融监督管理部门进行纠正和处罚。</p>
2019/2/15	<p>十八、金融机构对资产管理产品应当实行净值化管理，净值生成应当符合企业会计准则规定，及时反映基础金融资产的收益和风险，由托管机构进行核算并定期提供报告，由外部审计机构进行审计确认，被审计金融机构应当披露审计结果并同时报送金融管理部门。金融资产坚持公允价值计量原则，鼓励使用市值计量。符合以下条件之一的，可按照企业会计准则以摊余成本进行计量：</p> <p>（一）资产管理产品为封闭式产品，且所投金融资产以收取合同现金流量为目的并持有到期。</p> <p>（二）资产管理产品为封闭式产品，且所投金融资产暂不具备活跃交易市场，或者在活跃市场中没有报价、也不能采用估值技术可靠计量公允价值。</p> <p>金融机构以摊余成本计量金融资产净值，应当采用适当的风险控制手段，对金融资产净值的公允性进行评估。当以摊余成本计量已不能真实公允反映金融资产净值时，托管机构应当督促金融机构调整会计核算和估值方法。金融机构前期以摊余成本计量的金融资产的加权平均价格与资产管理产品实际兑付时金融资产的价值偏离度不得达到 5%或以上，如果偏离 5%或以上的产品数超过所发行产品总数的 5%，金融机构不得再发行以摊余成本计量金融资产的资产管理产品。</p>

资料来源：各部门官网，兴业研究。

预览已结束，完整报告链接和二维码如下：

https://www.yunbaogao.cn/report/index/report?reportId=1_13603

