

简议私募基金托管人的责任边界 ——以《关于加强私募投资基金监管的若干规定》为视角

作者：夏亮 | 张移 | 陈冠男

近年来，随着私募基金风险事件的频繁发生，投资者在诉讼或仲裁程序中将基金管理人和基金托管人列为共同被告/被申请人，甚至将基金托管人单独列为被告/被申请人的案件数量大幅上升，基金托管人由此承担相应责任的案件也屡见不鲜。基金托管人如何在履行托管人职责过程中做到合法合规，如何有效控制相应法律风险并免受民事赔偿责任成为笔者特别关注的问题。

2020 年 12 月 30 日，中国证券监督管理委员会公布了（2020）71 号文《关于加强私募投资基金监管的若干规定》（以下简称“《若干规定》”），以部门规章的形式首次明确了基金托管人不得为基金管理人开展资金池运作、违规自融、挪用基金财产、内幕交易等违法违规行为提供便利。这一监管层面的禁止性规定究竟对基金管理人和基金托管人之间的责任边界产生何种影响，显然是日后托管机构在开展私募基金托管业务中需要重点关注的问题。本文将结合笔者处理类似案件的实务经验和研究成果，就《若干规定》的具体规定在实务中可能对基金托管人的责任承担产生何种影响进行探讨，以期对司法实践以及托管业务有所裨益。

1. 现行法律框架下基金管理人和基金托管人的责任体系

从基金管理人和基金托管人的法定义务来看，二者的职责划分较为明确。如《证券投资基金法》第三十六条、第三十七条明确了基金托管人的最为基础的法定义务：保管义务和监督义务；中国银行业协会于 2019 年 3 月 18 日公布的《商业银行资产托管业务指引》第 11 条从行业自律规范层面也明确了托管银行应与管理人明确职责分工，合理界定托管职责，分别履行职责和义务。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

《证券投资基金法》第一百四十五条奠定了基金管理人和基金托管人的责任体系基础，即“各自行为分别责任、共同行为连带责任”。中国银行业协会在《商业银行资产托管业务指引》中亦明确规定了托管银行托管职责的负面清单。学术界以及实务界的主流观点均认为，基金管理人和基金托管人在履职过程中应是分别责任，此为原则；只有二者因共同行为导致投资者受损时才承担连带赔偿责任，此为例外。

司法实践中，对于投资者因基金管理人和基金托管人恶意串通、有意思联络的共同违法违规行为而造成投资损失的案件，一般而言争议不大，司法裁判机构往往会裁判为连带赔偿责任。但是，此种情形客观上出现的可能性也较小，且投资者也可能陷于举证困难，导致真正裁判基金管理人和基金托管人承担连带责任的案例较为鲜见；颇有争议的是，基金托管人并未与基金管理人串通实施共同违法违规行为，甚至基金托管人根本无从知晓基金管理人意图实施或已经实施违法违规行为。在此情形下，究竟是裁判基金托管人承担按份责任、补充赔偿责任还是仅裁判基金管理人赔偿而认定基金托管人无责任，司法实践中处理结果不尽统一。¹但毋庸置疑的是，从侵权责任的构成要件来看，裁判基金托管人承担赔偿责任的前提是基金托管人在开展托管业务、履行托管人职责的过程中必须具有过错，否则，无论是从托管人义务履行、损失因果关系抗辩还是免责事由的角度，基金托管人均有全身而退的正当理由。

总结来说，基金管理人和基金托管人的责任体系是根据二者是否存在有意思联络的共同行为进行区分的，如有，则适用连带赔偿责任；如仅为无意思联络的各自行为，则根据基金托管人过错等具体情况适用按份责任或补充赔偿责任。

2. 《若干规定》第九条第二款对现行责任体系的影响

《若干规定》第九条第一款规定了十三项私募基金管理人及其从业人员的禁止性行为，包括不得资金池运作、违规自融、挪用基金财产、内幕交易等等。第九条第二款规定：“**私募基金管理人的出资人和实际控制人，私募基金托管人、私募基金销售机构及其他私募基金服务机构及其出资人、实际控制人，不得有前款所列行为或者为前款行为提供便利。**”

上述规定为基金托管人创设了两项禁止性行为，其一是同基金管理人一致的第九条第一款所列的违法违规行为，其二是为基金管理人实施的第九条第一款所列的违法违规行为提供便利的行为。从侵权责任法的一般原则进行分析，就前者而言，若基金管理人和基金托管人共同实施了同一违法违规行为，仍可适用连带赔偿责任的责任类型；若分别实施了不同违法违规行为或单独实施了违法违规行为，则根据过错程度及因果关系等因素相应适用按份责任；就后者而言，若基金托管人明知基金管理人的违法违规行为而提供帮助或便利，则仍可适用连带赔偿责任的责任类型；若基金托管人在完全不知情的情况下仅客观上“提供了便利”，则仍应根据其是否具有过错判断究竟适用补充赔偿责任还是无赔偿责任。

¹ 裁判基金托管人承担赔偿责任的比例也属司法裁判机构自由裁量的范畴。如“(2018)粤03民终16126号”“(2018)粤03民终16127号”民事判决书中，二审法院均撤销了一审法院认定的“基金托管人就基金管理人的赔偿责任在全部范围内承担补充赔偿责任”，改判“仅就基金管理人不能清偿的责任部分承担15%的补充赔偿责任”。

笔者理解,《若干规定》第九条第二款的规定仍属于在现行责任体系下对基金托管人责任的细化规定,并未实质性推翻目前司法实践已经建立的责任体系。那么,是否意味着该规定对基金管理人和基金托管人的责任边界及分配并不产生任何影响呢?

从文义解释的角度分析,即仅就《若干规定》第九条第二款所采用的表述而言,规定“基金托管人不得为基金管理人前款行为提供便利”似是拓宽了基金托管人的责任边界,加重了其可能承担的责任范围。这是因为,由于基金管理人和基金托管人的职责分工明确且相辅相成,因此,只要基金管理人实施了《若干规定》第九条第一款所列违法违规行为,基金托管人在托管业务职责范围内的正常业务行为均有可能被视为基金管理人提供便利的行为。比如,基金管理人进行违规自融,而基金托管人确实根据基金管理人的划款指令进行了相应划款操作,客观上导致基金管理人完成了自融业务,明显是“提供了便利”。如此一来,基金托管人就很可能落入“为违法违规行为提供便利”的规制范畴。

若真如此,基金托管人在日后开展业务的过程中势必会畏手畏脚,在根据基金管理人提供的划款指令进行划款操作之前必然要先对基金管理人的指令进行实质性审查,并在完全排除所有违法违规可能性后,才会进行相应的划款,反而可能因为划款不及时而产生违约行为,这明显超出了基金托管人的职责范围,也是与目前司法实践中“不应过分苛责托管人”的主流裁判观点²是相违背的。

显然,并非所有基金托管人的履职行为及投资监督行为均能够扩大解释成“为基金管理人的违法违规行为提供便利”,毕竟基金托管人应尽的注意义务也仅限于法律法规规定的义务以及合同约定的义务,只要基金托管人未违反注意义务,就不应仅仅由于这一部门规章的条款就承担本不属于自己的责任。

但另一方面,证监会新增这一规定来规范基金托管人的行为,也表明了基金托管人在托管业务方面面临着有权监管机构更大的监管力度,以及有权监管机构对基金托管人的合规要求提出了更高的要求。在目前金融司法审判方向与行政监管政策相趋同的司法环境下,司法裁判机构也可能参考这一规定进而降低基金托管人对投资者的投资损失承担责任的门槛,甚至在认定基金托管人有过错应当承担一部分责任的情况下,提高基金托管人承担的责任比例。也正是如此,作为基金托管人一方,的确有必要重点关注未来司法裁判、行政监管中如何认定“提供便利的行为”。

3. “提供便利的行为”的认定逻辑及构成要件

如前所述,因基金管理人和基金托管人的共同行为所造成的损失,适用连带赔偿责任,自无需再探讨“提供便利的行为”,需要探讨的是在非共同行为的场合下,如何认定基金托管人的履职行为是否构成“提供便利的行为”?

首先可以明确的是,基金托管人为基金管理人的违法违规行为提供便利,前提是基金管理人必须客观上实施了《若干规定》第九条第一款所列的行为。若基金管理人客观上不存在或未能实施前款所列行为,则即便基金托管人的履职有瑕疵,也不应将其认定为“提供便利”而苛责其承担赔偿责任;

² 如“(2016)浙06民终4189号”“(2018)粤03民终16126号”“(2018)粤03民终16127号”民事判决书。

其次，在明确基金管理人已经实施前款所列行为的情况下，再根据基金托管人对该等违法违规行为的主观态度的不同进行区分：

如果基金托管人明知或已经发现基金管理人的违法违规行为，则判断基金托管人是否“提供便利”的重点在于基金托管人是否违反了注意义务，该注意义务的规范来源于法律法规的规定以及基金合同的约定。顺便一提的是，基金托管人未提醒或纠正基金管理人、未向监管机构报告也属于违反注意义务的范畴，因为根据《证券投资基金法》第三十七条的规定，基金托管人负有立即通知基金管理人并及时向国务院证券监督管理机构报告的法定义务。

如果基金托管人对基金管理人实施的违法违规行为并不知情，除了先判断基金托管人是否违反了注意义务以外，还应当进一步判断其违反注意义务的行为与前款所列行为的关联程度。也就是说，在基金托管人违反了注意义务且违反注意义务的行为显著提升了基金管理人实施前款所列行为的风险的情形下，将该行为纳入“提供便利”的范畴才不失妥当。换言之，基金托管人即便未违反注意义务，仍无法避免基金管理人实施前款所列行为，也不宜将其认定为“提供便利的行为”。

上述认定的逻辑旨在避免该规定沦为投资者在出现投资亏损时要求托管机构进行刚兑的救命稻草，将本应由基金管理人承担的赔偿责任变相转嫁至基金托管人，不利于托管机构的职责履行，亦违背了第三方托管制度设立的初衷。然而，一旦基金托管人的行为符合“提供便利”的构成要件，被司法裁判机构定性为存在“为违法违规行为提供便利”的行为，那么基金托管人最终被判决或裁决承担的赔偿责任的可能性和责任比例也可能因《若干规定》的公布施行而增加。在此意义上，对于托管机构而言，在开展托管业务的过程中提前关注潜在的法律风险，做好风险防范措施也是应有之义。

4. 基金托管人的业务风险防范

从争议解决的角度而言，为了防范《若干规定》第九条第二款对基金托管人产生的法律风险，笔者提醒托管机构未来开展托管业务可以考虑注意如下事项：

第一，无论监管政策如何更迭变化，基金托管人仍应回归法律法规和合同约定本身，严格依法按约履行托管人义务；

第二，在发现基金管理人很可能实施前款行为时提醒其关注风险或责令改正，明示对基金管理人的违法违规行为持否定态度以划清为前款行为提供便利的界限，必要时向监管部门汇报；

第三，高度关注与前款所列行为密切相关的注意义务，如排查划款指令的投资标的是否可能存在资金池或自融风险、托管同一基金管理人的产品进行集中投资监督、募集户和托管户的资金流水是否清晰，必要时制作风险排查报告或违规提示报告并发送基金管理人，或要求基金管理人就不存在前款所列行为出具承诺函和提供证明文件等，便于发生涉诉案件时掌握较为充分的证据；

第四，在合同条款中对注意义务的内容进行详尽约定，对托管人的责任边界进行主动界定，根据划款时效性的客观特点对具体审查程序和方式进行约定，上述约定应当兼顾可操作性和易于存证举证的特性，以应对未来可能的监管调查、诉讼或仲裁。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



夏亮
+86 21 3135 8769
tomy.xia@llinkslaw.com



张移
+86 21 3135 8655
mark.zhang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系：master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2021