委托贷款担保权归属“两难”问题破解

梁启星

（广东商学院法学院 广州 510320）

【摘要】在委托贷款业务中，委托人为了预防借款人无法归还欠款，受托银行又怠于行使债权，往往通过设立担保权保障自己的权益。然而基于委托贷款的特殊性，委托人并非委托贷款担保合同的当事人，担保权往往无法有效发挥预期的作用。本文通过明确受托银行的贷款风险、突破担保法律关系中的预设原理、引入信用违约掉期（CDS）制度这三种不同的处理方式为委托人摆脱困境提供破局之道。

【关键词】委托贷款 担保权 信用违约掉期（CDS）

委托贷款是在我国禁止企业间借贷的情况下，调节社会资金余缺、盘活市场流动性的有效手段。对于银行来说，委托贷款业务属于代理类中间业务，即商业银行以代理人身份为客户办理的，不构成商业银行表内资产、表内负债，而形成银行非利息收入的业务。委托贷款在模型设计之初就倾向于保护银行的利益，为了均衡各方利益，在现实生活中，委托贷款业务的进行往往与担保相结合，构成了由委托人、受托人（贷款人）、借款人及担保人所组成的多方法律关系。然而由于委托贷款本身的属性以及受托人在委托贷款关系中的特殊地位，导致了委托贷款中担保权的归属陷入两难。本文通过深入分析委托贷款的担保法律关系并结合其应用中的具体状况，为委托贷款担保关系的法律制度构建和完善提出建议。

一、委托贷款担保合同设立之因

根据《贷款通则》第7条，委托贷款是指由政府部门、企事业单位及个人等委托人提供资金，由贷款人（即受托人）根据委托人确定的贷款对象、用途、金额期限、利率等代为发放、监督使用并协助收回的贷款。贷款人（受托人）只收取手续费，不承担贷款风险。贷款人一般由获得银监会批准的商业银行、担保公司等金融机构充当。

委托贷款业务往往与担保相结合，一般表现为委托人与受托人订立《委托贷款协议书》确立委托关系，并在相应的受托人银行开户并存入资金；受托人根据委托人指定的贷款对

关行业净资产溢价率，将其作为非上市公司行业净资产溢价率，并以此为基础来确定非上市公司股权转让计税价格；最后根据所转让的份额是否构成控制权的转移，决定是否将控制权溢价包含在组成计税价格之内。

个人股权个人所得税计税基础=组成计税价格-（股权原值+合理税费）

组成计税价格的确定分股权转让未导致控制权转移和导致控制权转移两种情况，控制权即出资额占公司资本总额50%或以上的具有控制权，出资额占公司资本总额低于50%以下的不具有控制。

（1）当股权转让未导致控制权转移时：组成计税价格=目标企业账面净资产×股权转让份额×（1+非上市公司行业净资产溢价率）

（2）当股权转让导致控制权转移时：组成计税价格=目标企业账面净资产×股权转让份额×（1+非上市公司行业净资产溢价率）×（1+控制权溢价率）

其中：非上市公司行业净资产溢价率=上市公司行业净资产溢价率×非流通性折扣率控制权溢价率=（控制权发生转移时的交易价格-控制权未发生转移时的价格）÷控制权未发生转移时的价格

国家相关部门应根据行业差异，制定出各行业的净资产溢价率、控制权溢价率，便于税务机关在征缴非上市公司个人股权转让个人所得税时能够准确的核算计税价格，真实反映股权转让价格，从而防止税款流失，以促进税收公平，提高税收征管效率。

主要参考文献

1.谢俊. 非上市公司股权转让个人所得税计税依据研究.暨南大学硕士论文，2012

2.宋霞，苏国印.个人股权转让缴纳所得税案例研究.财会研究，2011；8

3.王利娜.从六个方面看《关于股权转让所得个人所得税计税依据核定问题的公告》.财务与会计，2011；3

4.严德军，王云龙，焦中华.关于股权转让税收管理的研究.经济研究参考，2011；57

5.包关云.股权转化环节税收政策分析.财会月刊，2012；16

6.应树贞.企业股权转化财税政策解析.财会月刊，2013；13

象、用途、金额期限、利率与借款人签订《委托贷款借款合同》，发放贷款；借款人或第三人为上述委托贷款提供担保。

当借款人无法归还到期欠款时，根据合同的相对性，受托人作为委托贷款的真正债权人理应穷尽各种措施去实现自己的债权，回收欠款。但根据委托贷款的特性及相关法规，受托人在委托贷款关系中仅充当“中介人”角色，不承担任何的贷款风险，所以其对逾期欠款的追偿往往是持有消极态度；而委托人作为贷款资金的真正所有人，却碍于合同相对性无权向借款人主张债权。委托贷款的法律性质使得委托贷款借款合同经济上的权利主体与法律上的权利主体相分离，委托人是该合同的经济上的权利主体，但不是法律上的权利主体。而这就是委托人在委托贷款中积极追求设立担保合同的根本原因，它成为了委托人获得救济的最佳选择。当借款人无法归还欠款，受托人又怠于行使债权，委托人完全可以通过担保合同向担保人主张权利，保障自己的权益。然而，问题却远没有那么简单。

二、委托贷款担保权归属的两难处境

根据《物权法》和《担保法》的相关原理，在任何一个担保法律关系中，主合同的债权人为担保权人，债务人或第三人为担保人。在委托贷款合同中，借款人为债务人，受托人为债权人。因此，在委托贷款担保合同关系中，受托人、借款人或第三人才是真正的担保合同当事人，而作为资金真正所有者的委托人不能成为担保合同的当事人。

1. 根据上述原理考察委托贷款担保合同在实务中的具体操作，我们就会发现担保权在归属上陷入了两难处境。受托人基于其特殊地位，对债权能否实现或者能否及时实现在结果上没有利害关系；而这些对委托贷款借款合同以外的人——委托人却有至关重要的意义。委托人为了保证债权能够及时实现，往往在委托贷款发生之初就要求设定担保合同，以求保障自身的权益。但问题是，即使设定了担保，当受托人怠于行使债权、回收贷款时，委托人就能及时向担保人主张权利、获得救济吗？

答案显然是否定的。在实践中，笔者曾对多家银行的委托贷款业务进行调研，发现一个共同的特点：在委托贷款担保合同签订前，借款人或第三人能否作为担保人必须得到委托人的认定，但是真正签订担保合同时，受托人才是真正的担保权人。也就是说委托人不是担保合同的当事人。在委托贷款借款合同中，由于委托人并非合同当事人，所以无权主张权利；同样在委托贷款担保合同中，委托人也并非担保权人，也同样无权向抵押人主张权利。受托人作为借款合同的债权人和担保合同的担保权人，在委托贷款中却无须承担任何贷款风险，仅仅负有“协助”收回欠款的义务。这种权利义务的极端不对等性，严重损害了委托人的利益。

笔者从实践中发现，受托人履行的所谓“协助”收回欠款义务，往往仅停留在形式上，例如向借款人寄送“欠款催收通知”或者标明会追究法律责任的律师函。当借款人对上述信函无任何反应或者借款人已经“失踪”而导致通知无法送达时，受托人很少会采取进一步积极的措施去实现债权。特别是在借款人携款而逃，导致所有文书无法送达，实现债权将会涉及到借款人的户口查册、银行账户的冻结、不动产的申请保全、不动产的执行和拍卖等一系列冗长而耗时的过程。从一个“理性经济人”角度看来，受托人“没有必要”也不可能承担这一部分额外的“成本”。

2. 最高人民法院《关于如何确定委托贷款协议纠纷诉讼主体资格的批复》（法复[1996]6号）：“在履行委托贷款协议过程中，由于借款人（受益人）不按期归还贷款而发生纠纷的，贷款人（受托人）可以借款合同纠纷为由向人民法院提起诉讼；贷款人坚持不起诉的，委托人可以委托贷款协议的受托人为被告、以借款人为第三人向人民法院起诉”。由此可见，委托人还可以通过起诉受托人的方式获得救济。但问题是，该批复中仅规定受托人“可以”向人民法院提起诉讼，也即受托人也可以不提起诉讼；而且即使受托人提起诉讼也通常是消极参加，诉讼结果对其没有利益上的威慑力，但败诉的结果是委托人不愿意看到的。可见，该批复作为委托人的救济手段的效果值得怀疑。即使委托人起诉受托人获得胜诉，根据《贷款通则》的相关规定，法院无非也是出具一份带有法院公章的、要求受托人积极收回欠款的判决书罢了。在法规执行普遍存在困难的今天，一份生效的判决书对问题解决起不了关键作用。能否及时收回资本，保障资金的流动性，关乎企业的命运。因此找到对委托人有效而及时的救济手段，比等待受托人与借款人间消极诉讼耗费时间更为重要。

3. 换一个角度来思考，难道委托人在委托贷款中就无法通过某种形式的担保，绕开受托人迅速实现自己的权利吗？例如委托人自己能否与借款人或第三人签订一份担保合同，约定借款人无法归还欠款时直接向委托人承担担保责任呢？在现实生活中，确实存在这样的情况，其中以个别城市的住房公积金贷款比较常见。

住房公积金贷款是指由各地住房公积金管理中心委托商业银行向购买、建造、翻建、大修自住房的住房公积金缴存人和在职期间缴存住房公积金的离退休职工发放的房屋抵押贷款。从上述概念看出，住房公积金贷款是委托贷款的一种形式，住房公积金管理中心作为委托人，委托银行向个人公积金缴存用户一次性发放贷款，以帮助其购房；个人公积金缴纳者作为借款人以未来不断累积缴纳的住房公积金分期还款，同时以其所购房产作为抵押。

个别城市的住房公积金管理中心为了保障自己的权益，通过制定相关的行政法规赋予自身抵押权人的地位。例如《大连市个人住房公积金贷款管理办法》第10条规定：“经审查符合贷款条件的，由管理中心与借款人签订个人住房抵押借款合同，向借款人发放所需贷款”。《青岛市住房公积金贷款管理办法》第27条规定：“借款人以所购住房作抵押的，市公积金管理中心必须为第一顺序抵押权人，抵押值不得超过抵押房产

的规定比例”。通过行政法规的形式把担保权赋予给委托人而非受托人，在实践中确实能够克服上文所述的受托人消极实现债权的情形。委托人在借款人无法归还欠款时，以担保权人的身份介入到委托贷款借款合同中，向担保人主张担保权。然而，这种通过行政法规的模式强制分配担保权的情形却破坏了委托贷款的存在基础。若委托人成为了担保权人，那么也意味着他是债权人，而在委托贷款关系中，委托人不可能是债权人。因此，个别城市强制分配担保权的情形，使得住房公积金贷款偏离了委托贷款的法定模式，其具体条款的法律效力值得商榷。

当然，大多数城市的住房公积金贷款条例还是严格遵从委托贷款的相关形式进行的。例如《广州市住房公积金个人住房抵押贷款实施办法》第14条第3款就明确：“委托人审查批准后，受托人与借款人签订借款合同，并按规定办理房屋抵押、保险及相关手续。”

通过上述分析，为了充分保障委托人的权益，同时兼顾委托贷款存在的法理基础，委托贷款担保权的归属问题在应然上陷入了两难的境地。

三、委托贷款担保制度的破局之道

委托贷款担保关系之所以较其他类型的担保关系复杂，其原因在于委托贷款本身的复杂性。经济上的权利实体与法律上的权利实体相分离，使得包括主权利在内的各种从属权利陷入了归属上的两难之地。为了有效突破这种困境，笔者认为不妨从以下三个不同的途径加以思考。

途径之一：明确受托人承担贷款风险并有收回欠款义务。在委托贷款中，受托人之所以消极主张债权，其根本原因在于其“不承担贷款风险”。由于没有任何损失，受托人怠于行使债权，也怠于行使建立在债权基础上的担保权。此外，《贷款通则》第7条规定受托人具有“协助回收”贷款的义务也显失公平。受托人作为贷款人自然应承担回收义务，委托人不是贷款人，不仅没有收回贷款权利，也没有收回贷款义务。如果受托人只承担“协助收回”义务，而委托人又没有收回贷款权利，那么收回贷款的权利或义务主体又是谁呢？这显然是有悖于民法原理的。因此，笔者建议修改《贷款通则》，明确受托人的贷款风险并规定其有收回欠款的义务，使得委托贷款经济上和法律上的权利实体重新归于统一。

途径之二：突破担保法律关系中的预设原理。造成上文所述的担保权归属陷入困境，其中一个重要原因是我国担保理论中预设了一个固有的前提。我国《物权法》第179条和《担保法》第33条、第63条等都规定担保权人必须为债权人。担保权人为何一定是债权人呢？合同之外的受益人作为担保权人为何不可以？从上文个别城市住房公积金贷款的实践可以看出，担保合同之外的委托人完全可以基于自己的利益成为担保权人。若不存在担保权人必须是债权人的理论预设，那么关于担保权强制分配的行政规章也没有破坏委托贷款存在的理论基础。由此，担保权与债权相分离，在法理上完全是可以站得住脚的。

途径之三：信用违约掉期（CDS）的引入。若当前无法突破民法的预设理论，也不具备修改《贷款通则》的立法环境，不妨将讨论焦点从委托贷款担保权归属困境中转移出来，通过引入“信用违约掉期（CDS）”制度，开创一种全新的模式，保障委托人的合法权益。所谓信用违约掉期（CDS）是信贷衍生工具的一种，是一种关于风险出让的交易方式。购买信用违约保险的一方被称为买方，承担风险的一方被称为卖方，双方约定如果金融资产没有出现合同定义的违约事件（如金融资产的债务方破产清偿、债务方无法按期支付利息、债务方违规招致的债权方要求召回债务本金和要求提前还款、债务重组等），则买方向卖方定期支付“保险费”，而一旦发生违约，则卖方承担买方的资产损失。如果买入的CDS合同被投资者定价太低，当贷款违约率上升时，这种“保费”就上涨，随之增值。简而言之，即买方买入CDS合约，支付“保险费”，卖出信用风险；卖方卖出CDS合约，收取“保险费”，买入信用风险。

在委托贷款中，委托人无论从委托贷款借款合同关系还是委托贷款担保合同关系中，都无法完全确保自身的权利得到充分的救济。倘若引入信用违约掉期制度，委托人就完全可以针对自己将来可能面临的债务违约风险买一份安心的保险。其中委托人是信用违约掉期的买家。完全的市场化操作和可观的保险费收益，使得市场上必然能够找到愿意为这一委托贷款合同承担违约风险的担保人（即信用违约掉期的卖家）。当借款人按照合同约定归还贷款，信用违约掉期的卖家收取买家一定比例的“保险费”；当借款人出现违约无法归还欠款时，信用违约掉期的卖家承担买家的全部损失，取得委托人的地位。而委托人基于信用违约掉期的救济，迅速从委托贷款关系中脱身而出，全身而退。

主要参考文献

1.张学文.委托贷款及其法律责任探究.河北法学,1998;6

2.汪春燕. 委托贷款抵押登记问题分析. 中国房地产,2011;9

3.赵蓉.信用违约掉期交易引爆金融危机之探究.期货日报,2009-02-27

4.贾碧洁.CDS在中国的发展与改进. 当代经济,2010;1(上)