

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: K0308054

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

我国商品房按揭法律制度研究

Research on Legal System of China Commercial

Housing Mortgage Loan

廖 亮

指导教师姓名: 黄健雄 副教授

专业名称: 民 商 法

论文提交日期: 2009 年 9 月

论文答辩时间: 2009 年 月

学位授予日期: 2009 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2009 年 9 月

我国商品房按揭法律制度研究

廖亮

指导教师: 黄健雄副教授

厦门大学

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

关于住房按揭这种源自英国,从香港传入我国大陆地区的房地产融资模式是如何推动我国房地产业健康发展为迫切需要解决的问题的背景下建立和发展起来的。我国商品房按揭已具备完整的操作流程,目前尚未立法。商品房按揭业务涉及购房人、银行、房地产商、保险公司多方利益,法律关系复杂,实践表明我国商品房按揭制度存在性质界定不清、法律规定不完善等诸多问题,目前的做法将商品房按揭等同于房屋抵押。为了我国房地产市场的健康发展,本文建议在立法上创设按揭这一法律制度,完善商品房按揭登记制度,并建立专门的商品房按揭登记机构,使商品房按揭制度做到有法可依并具有可操作性。

本文分四个章节对商品房按揭进行了研究:一、按揭制度的渊源与发展;二、中国大陆商品房按揭制度;三、我国商品房按揭的现状及存在的问题;四、我国商品房按揭制度之思考。

关键词: 商品房; 按揭; 法律制度

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

Regarding how housing mortgage loan, which is arose from UK and leded into China mainland through HK, push forward China's real estate develop healthily , and how to solve those problems taking place along with the development of this new legal relationship. There is no legislation on commercial housing mortgage loan in China mainland though its operating process is very full. Legal relationship of commercial housing mortgage loan is complex since it is related to benefits of housing vendor/vendee, bank and insurance corp. Operating practice shows a lot of problems of commercial housing mortgage loan, such as ill-defined legal nature, lack of law provision, etc. In most current cases, commercial housing mortgage loan is deemed as house mortgage. We propose setup commercial housing mortgage loan registration system and relevant registration authorities, which may forward commercial housing mortgage loan system running under legislation and more practicing.

We make a brief study on commercial housing mortgage loan by the following four chapters: I. Sources and development of mortgage loan; II. Commercial housing mortgage loan system of China mainland; III. Current situation and problems; IV. Consider on China commercial housing mortgage loan system.

Keywords: Commercial housing; mortgage loan; legal system

厦门大学博硕士学位论文摘要库

目 录

引 言	1
第一章 按揭制度的渊源与发展	2
一、英美法中按揭制度的历史沿革	2
二、我国香港法中的按揭制度	5
第二章 我国商品房按揭制度特征和法律关系	7
第一节 我国商品房按揭制度特征	7
一、我国按揭制度产生的经济基础	7
二、我国商品房按揭的类型	8
三、我国按揭制度的法律特征	9
第二节 我国商品房按揭法律关系研究	9
一、按揭法律关系构成	9
二、商品房按揭法律关系变动	10
第三章 我国商品房按揭的现状及其存在的问题	18
第一节 商品房按揭实践中的现状	18
一、按揭的表述不统一	18
二、按揭的性质界定不清	18
三、处理按揭纠纷时的尴尬	19
第二节 商品房按揭存在的法律问题	20
一、抵押物的融资功能不充分	20
二、按揭房屋因附合物增值，抵押权效力是否及于附合物问题	20
三、期房抵押的现行法律规定之间存在冲突	21
四、商品房按揭主体面临的风险问题	22
五、商品房按揭保险存在的问题	24
第四章 完善我国商品房按揭制度之思考	26
第一节 在立法上完善商品房按揭法律制度	26

一、在法律中创设按揭这一物权担保方式	26
二、重复抵押可行性建议	28
三、抵押权效力及于附合物建议	30
第二节 在机构上完善商品房按揭制度	31
一、设立按揭贷款房屋的抵押登记机构	31
二、设立房地产保险公司	32
结 语	34
参考文献	35

厦门大学博硕士论文摘要库

Section 3	Conflicts between existing law provisions of mortgage on forward delivery housing	21
Section 4	What risk should mortgage loanee faces	22
Section 5	Existing problems on commercial housing mortgage loan	24
Chapter 4	Consideration on how to perfect commercial housing mortgage loan system of our country	26
Subchapter 1	Perfect commercial housing mortgage loan law system	26
Section 1	Create mortgage loan as one kind of security interest in law system	26
Section 2	Feasible proposal on re-mortgage	28
Section 3	Proposal on effect of mortgage extend to accessories	30
Subchapter 2	Perfect construction of commercial housing mortgage loan system	31
Section 1	Setup mortgage registration institution for commercial housing mortgage loan	31
Section 2	Setup real estate insurance corp	32
Conclusion	34
Bibliography	35

引 言

建国以后，我国政府为解决城镇居民的住房问题，进行长期不懈的努力。自从上个世纪九十年代实行住房制度改革以来，我国逐步取消将住房作为福利的分配制度，不断使住房商品化，住房从实物分配变成了货币分配。然而，高昂的房价与人们相对微弱的收入形成强大的反差。许多居民无法一次性支付巨额的购房款，无法拥有自己的住房，商品房按揭便是解决这一难题的有效方法。商品房按揭如能得以顺利推行，不仅可以解决人们安居乐业的问题，而且可以使房地产业成为我国国民经济一个新的经济增长点，并将由此启动新一轮经济发展周期的到来。故此对商品房按揭进一步研究不仅具有重要的理论价值，更具有深刻的现实意义。

本文分四个章节对住房按揭法律制度进行研究分析：第一章按揭制度的渊源与发展，从按揭的词源、英美法中规定的按揭制度、英美法中房地产抵押与房屋按揭的分析比较及香港法律中的按揭制度等几个部分对按揭的涵义、发展进行阐述。第二章中国大陆按揭从中国大陆按揭产生的经济基础，按揭的法律特征、法律关系及其法律关系变动等方面，论述在商品房按揭实践中购房人、银行、房产商之间的业务关系、合同关系及法律关系。第三章我国商品房按揭的现状及存在的问题。分两部分，第一：我国商品房按揭的现状。是对前两章的理论总结即我国现行商品房按揭是一种新型的物权形式。在实践中商品房按揭基本等同于房屋抵押。这是由于我国尚未对按揭制度立法的原因造成的。第二：我国商品房按揭存在的问题。就我国商品房目前存在的问题及其产生原因进行阐述。第四章按揭制度的立法完善之思考，笔者的个人认识及观点，对我国目前商品房按揭存在的立法问题分析探讨。

第一章 按揭制度的渊源与发展

一、英美法中按揭制度的历史沿革

对于不动产担保而言，从英美法和判例来看，主要有三种形式，即按揭（mortgage），财产上负担（charge）和衡平法上的留置权（lien）^①。在这三种不动产的担保中，英美法系各国使用频率最高的一种担保方式就是按揭。近代法上的 Mortgage 本意，系指财产中的利益为担保一定款项的支付或某种其他债务之履行而进行的让与其他处分。在这种担保方式中，债务人为担保债务之履行而将一定财产之权利转移与债权人，债务人不履行义务时，债权人可以取得担保财产的绝对所有权。自 12 世纪英国普通法创立按揭制度以后，随着交易实践的不断丰富，按揭制度经历了一个逐步完善的过程。

按揭最初是以土地为标的物设定的担保，是英国法中不动产担保的典型形式。在最初英国的普通法中，按揭仅仅是一种质（Pledge）。质有两种形式：一为活质，它是通过协议约定贷款人进入土地进行占有，并以其租金和利润清偿的原本和利息。由于它自动以其自身的存在最终使所有的债务得到清偿，因而，被称为活质。二为死质，它通过协议约定，由贷款人收取租金或土地利润，但只用来清偿被贷款的利息，而不充抵原本。其之所以被成为死质，是因为它不会最终使债务完全消灭。

在土地上设质的担保，在盎格鲁-撒克逊时代（公元 5 世纪）就已经存在，但是该担保的方式相当简陋。普通法上的按揭制度的形成是在诺曼大帝入主英国以后，在《商事条例》（Statutes Merchant）和《商业中心条例》（Statutes Staple）进行规定的。根据其规定，债务人无须转移土地之占有即可设定担保，债权人在债务人不履行债务时，可以请求法院或者行政机关颁发扣押令状以取得为债务人所有的不动产，直至其清偿债务为止。该担保方式虽简便且有利于商业交易之便捷，但由于其对债务人保护不利，故而在施行不久之后即告消失。1475 年，里托顿开始以 Mortgage 一词为让与担保命名，其谓：“之所以我们称之为‘Mortgage’，是因为债务人能否在期限内履行债务尚未可知，倘若债务人未能履

^① 许明月. 英国法中的不动产按揭[A]. 梁慧星.《民商法论丛》第 11 卷[C]. 北京: 法律出版社, 1998. 285.

行，则依据契约条件之记载，其将永远丧失对该土地的权利，故对债务人而言，这无异于宣告其权利的死亡。”^①在这一时期的英国法中，土地的按揭是非常严格的，按揭人如果不能在特定的时间支付约定的金额，他将被永远取消赎回权。更为严厉的是，即便按揭人的赎回权被取消，其所负的债务并不视为已经受到清偿，按揭权人仍然可以要求他履行债务。这种对债务人显然不利的按揭制度，随着经济的发展而逐步被改变。从查尔斯一世（1625-1649）时代开始，按揭制度开始受到来自衡平法的干预。这一时期，衡平法院对于按揭担保采取了一种更具综合性、更为强烈的立场。衡平法院认为，按揭担保的基本目的是担保债权人的贷款债权，只要这种担保的性质不发生变化，则仅仅因为债务人未能及时地清偿债务就剥夺其财产权，这对于债务人是极为不公的。正如 Nottingham 爵士所言：“根据自然正义和衡平，按揭权人的权利又要是对于借款的，其对土地的权利则仅仅是该借款的一种担保而已”。因此，最终由衡平法确定的规则是，即使按揭人未能履行债务，也应当允许其赎回土地的权利。衡平法对按揭交易的干预最终导致了衡平法上赎回权的确立，这也成为衡平法上按揭的核心^②。在普通法上的按揭中，如果债务人没有在约定的时间清偿按揭债务，按揭人将丧失其财产权，按揭人将绝对的获得该项权利，按揭人不能再赎回担保物。而衡平法则规定，在按揭人不能如期清偿债务时，仍然享有赎回按揭财产的权利，即衡平法上的按揭是在衡平法允许的程度，把担保物的收益权转移给按揭权人，按揭人留有回赎权。

总结起来，普通法上的按揭和衡平法上的按揭之间的主要区别有四：一是普通法上的按揭通常伴有担保物占有的转移；而衡平法上的按揭权人不能基于其对担保财产权利的存在而要求担保财产实体的转让。二是普通法上按揭的设定，必然导致担保物权的转移；而衡平法按揭的设定，虽然也承认有权利的转移，但这种权利并非普通法上的权利，而是衡平法的利益。三是普通法上的按揭，在债务人届期不履行债务时，债权人便可请求取消其回赎权；而衡平法上的按揭则给予债务人一定的回赎期，并须依取消回赎权之诉，方能达到取消回赎权的目的。四是衡平法上按揭的设定，在形式上要求没有普通法那么严格。

尽管按揭担保具有强化担保权的效力，但是在以权原转移为特征的按揭担保

① 刘得宽. 民法诸问题与新展望[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002. 433.

② 陈耀东. 商品房买卖法律问题专论[M]. 北京: 法律出版社, 2003. 169.

中，债务人在设定按揭担保后，便不能将担保物再次让与。一方面，这既成为传统英国法中按揭担保的优势所在，但另一方面，这种担保方式也严重地影响了担保物价值的充分利用，并限制了债务人担保物获得融资的能力，从而有悖于现代经济所强调的“物尽其用”原则。其后基于理念的变化，英国对按揭担保制度进行了重大修订，主要有两点内容：（1）引进大陆法系中的不动产登记制度，规定除将权利证书进行交存外，所有按揭担保的设定，均须进行登记。（2）废除了按揭权人的赎回权请求权，对按揭权的实现采变价主义和清算主义，在债务人不履行债务时，债权人只能申请对按揭财产实行拍卖，或通过其他方式对按揭财产进行变价，只有在按揭财产不能实现变价时，法院才将按揭财产判给按揭权人。因此，在登记制度和清算义务的两项变革的配合之下，出现了英国按揭担保向大陆法系抵押权的移行。所以在现代英国担保法中，财产负担（Charge）^①与按揭的差异已越来越小。在英国使用最为普遍的一种按揭是通过按揭形式设定的财产负担，从本质上说，实际上是一种财产负担，只不过这种财产负担通过了在权利中明确表示以按揭形式设定，故通常被视为按揭的一种^②。尽管权利转移的观念已经比较淡薄，但是由于法律传统的惯性使然，权利转移在理论上仍然被视为 Mortgage 的基本特征之一。正如有的学者指出，尽管其在实际操作上与大陆法中的抵押权极其相似，但是权利转移仍然被认为是其与大陆法系的无权利转移的抵押权相区别的重要标志^③。

美国法是在英国法基础上发展起来的，因而美国财产担保制度的发展，也基本上承袭了英国法的精神。尤其是不动产的担保。按揭的设定形式上，必须采取法定形式。提供按揭担保的人既可以是债务人，也可以是主债务人以外的第三人。若由第三人提供按揭担保，则构成信托按揭。在设定此类按揭时，第三人基于信托证书将不动产权利证书交于债务人，再由债务人交付债权人，假如债务人未履行债务，则第三人应在诉讼程序完成后，将担保物交于债权人。美国现有 12 个州采用这种担保方式。美国法对按揭物的种类并无太多限制。不动产、不动产上的权益和各类动产均可设定按揭。登记作为按揭公示的主要方法，并非其成立或

① 一般认为，英文中的“charge”为“抵押”的意思，也有人译为“财产负担”，另有人译为“罗马式负担”，其特点是抵押人以其有权处分的担保物以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。

② 许明月. 英美担保法要论[M]. 重庆: 重庆出版社, 1998. 99.

③ 刘得宽. 民法诸问题与新展望[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002. 436.

生效要件，而只是对抗要件。

可见英美法按揭的核心是通过按揭物财产权利或权益的转移或证书的交存与登记来保障债权的实现，同时赋予按揭人回赎权，以兼顾债权人和债务人双方的权益。

二、我国香港法中的按揭制度

香港法上的按揭制度与英国法的按揭制度大体相同，对于按揭的理解，也一脉相承。“按揭是属主、业主或归属主将其物业转让予按揭受益人作为还款保证的法律行为效果。经过这样的转让，按揭受益人成为属主权、业主权或归属主。还款后，按揭受益人将属主权、业主权或归属主权转让予原按揭人。”^①香港法律和学术界常常把抵押和按揭混用，并以按揭一词来代替或说明抵押^②。实际上，在香港，按揭一词一般仅指房地产抵押，在香港的房地产事务中只要使用抵押一词，即指房地产按揭。此时，二者可相互混用。按揭在香港法律中的含义存在广义和狭义之分。在广义上，按揭包括任何形式的质押或抵押，而狭义上的按揭则不包括抵押。按揭和抵押都是一种担保形式，都不转移担保物的占有，但二者的区别也是存在的，这主要体现在房地产担保方面。香港在房地产方面允许所有者为担保其债权而设定抵押和按揭，二者的区别是：（1）按揭受益人取得“产业”（不动产所有权）作为保障，抵押权受益人则取得“权益”（抵押权）作为保障。也就是说，按揭是将物业转让予按揭权人名下，债权人在债务人还款后将物业再复转予债务人名下，而抵押则不允许抵押人向抵押权人转移担保物的所有权，仅由抵押人赋予抵押受益人一系列的权益作为还款的保证。（2）如果按揭人违约，受按揭人根据其按揭合同和财产所有权转让书等文件，以该财产所有权人的名义进行诉讼；抵押权人只能以抵押权人的名义进行诉讼，不能以抵押财产所有人名义进行诉讼。可见，香港法律上的按揭制度与英国法的按揭并无二致，但是在房地产方面香港法按揭却自成体例。要阐述这一问题，须先认识香港法律对业权^③取得的规定。香港的土地，英国认为，它拥有香港本岛，九龙半岛界限街以南地区的土地所有权；香港其余地区（即新界地区），土地所有权仍属于中国而非英国，

① 李宗鐸. 香港房地产法[M]. 北京:商务印书馆,1997. 14.

② 王叔良. 担保法比较[M]. 福州:福建人民出版社,1999. 45.

③ 香港法中的业权，指英美法中的不动产权利，它包括与所有权有关的一切不动产权益。王卫国. 中国土地权利研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,1997. 32-34.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库