

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级

学 号: 200408149

UDC _____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

中国大陆按揭制度法律性质研究
Study On Some Legal Issues of Mortgage System in
Mainland of China

孙 中 凯

指导教师姓名: 于飞 教授

专 业 名 称: 法律硕士

论文提交日期: 2007 年 4 月

论文答辩时间: 2007 年 月

学位授予日期: 2007 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2007 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹提交的学位论文，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的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

我国的银行按揭贷款业务伴随着房地产业的发展而迅速发展,现在已经成为房地产业的支柱之一,极大地激活了整个房地产市场。从最初只有中国银行、中国建设银行、中国工商银行等少数几家国有银行小心翼翼的进入按揭领域,到现在几乎各家银行均有开展,并且按揭规模越来越大,相关金融产品例如转按揭业务、二次按揭业务等越来越丰富,竞争越来越激烈。按揭在我国是新生事物,随着商品房按揭实务的开展,相关的法律问题也凸现出来。解决这些问题首先要明确何为按揭、按揭的立法状况、法律性质等诸问题。因此,对按揭制度进行研究颇具理论与实践意义。

按揭是一种渊源于英国的古老的担保方式,远在十二世纪中叶就存有其雏形,历经将近9个世纪的发展。从英国到美国到香港直至二十世纪90年代到中国,在其漫长的历史发展进程中,经过了衡平法对其的干预,到1925年《英国财产法》对按揭的规定,已与英国古老的按揭制度有了很大的不同。但从学理的角度看,英美法系的按揭与其他担保方式最大的不同是其担保物所有权的转移。

本文首先介绍了目前中国大陆实务操作中“按揭”的操作过程,揭示了中国大陆“按揭”的特征;随之,对英国、美国和香港的按揭制度进行了相关考察。通过与英美法“按揭”的比较得知:由于担保物相关财产权利在我国大陆“按揭”中并不发生转移,与英美法按揭所强调的将担保物相关财产权利转移与按揭权人这一根本特征不同,从而得出结论,中国大陆的“按揭”并不是英美法中的按揭。同样的原因,也是我国大陆“按揭”区别于大陆法系中让与担保制度之所在。依担保物相关财产权利是否转移和担保物占有是否转移为担保物权分类的标准,中国大陆“按揭”与中国大陆的抵押应属同一类型担保。

《中华人民共和国物权法》出台之前,按揭制度的法律性质模糊不清,颇有争议。《物权法》通过之后,以立法的形式肯定了期房抵押的法律效力,从而对我国商品房按揭制度进行法律定性,最终解决其存在的相关问题。然而,目前尚没有配套法律法规调整、规范按揭制度,因此,笔者在文章最后提出自己的若干建议。

关键词: 按揭; 中国大陆的按揭; 抵押

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

With the development of the real estate industry, the number of the housing mortgage loan in China has been increasing rapidly and has become one of the backbones of the real estate industry. There were few commercial banks who provided the service of housing mortgage loan in the beginning, but now almost every bank provides the service and the related financial products like mortgage refinance and second mortgage have been enriched. The competition between commercial banks has been more serious. Mortgage is a new financial product in China and with the booming of the housing mortgage loan, the related legal problems have come out. The clarification of the legal nature of mortgage is the pre-condition to solve these problems. Thus, it's of theoretical and practical importance to study the legal nature of mortgage.

Mortgage is an old assurance originally created in United Kingdom. Mortgage system in the United States and Hong Kong adopt almost the same model of mortgage as that of UK.. This paper, analyzing the mortgage systems in UK., the U.S. and Hong Kong and introducing the operation of mortgage in mainland of China, reveals the characteristic of the mortgage of mainland of China. Through the comparison of the mortgage system in Anglo-American law, the author draws the conclusion that since the proprietorship of the guarantee isn't transferred which is different from the characteristic of mortgage in Anglo-American Law, the mortgage in mainland of China isn't the mortgage in Anglo-American Law. For the same reason, the mortgage in mainland of China differs from the transferring guarantee in Continental law system. According to the standard of whether the proprietorship and the possession of the guarantee is transferable, the mortgage in mainland of China should fall in the field of charge in mainland of China.

Before the pass of Chinese Reality Law, the legal nature of the mortgage in mainland of China is vague and controversial. With the pass of Chinese Reality Law, we confirm the legal effect of the building payment by installments and clarify the legal nature of the mortgage in mainland of China. Unfortunately, there is lack of specific laws and rules to carry and stipulate the mortgage system. Because of that, the author puts forward some suggestions in respect of that.

Key Words: Mortgage; Mortgage in Mainland of China; Charge.

厦门大学博硕士学位论文摘要库

前 言.....	1
第一章 中国大陆的按揭制度	3
第一节 按揭制度的概述	3
一、中国大陆按揭的涵义.....	3
二、中国大陆按揭的类型.....	3
三、中国大陆按揭的操作流程.....	4
四、中国大陆的按揭所涉及的法律关系.....	4
第二节 中国大陆按揭的发展及其存在的问题	5
一、按揭在大陆地区的发展.....	5
二、中国大陆按揭的现状.....	6
第二章 按揭制度的立法例考察	8
第一节 英美法中的住房按揭制度	8
一、英国法按揭制度.....	8
二、美国法按揭制度.....	11
第二节 香港法律中的按揭制度.....	12
第三章 中国大陆按揭制度的法律性质	14
第一节 中国大陆按揭与英美法中按揭的比较	14
第二节 我国对按揭制度法律性质的不同观点	16
一、不动产抵押说.....	16
二、权利质押说.....	17
三、让与担保说.....	17
第三节 对现存观点的分析	17
一、商品房按揭与不动产抵押.....	18
二、商品房按揭与权利质押.....	20
三、商品房按揭与让与担保.....	21
第四节 笔者对中国大陆商品房按揭法律性质的观点	22

第四章 完善中国大陆商品房按揭制度若干建议	26
第一节 理论上统一认识	26
第二节 立法上完善按揭制度	27
一、统一按揭性质.....	27
二、统一按揭合同名称.....	28
三、完善商品房按揭登记制度.....	28
四、设定方式.....	28
结 语	29
参考文献	30

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Mortgage System in Mainland of China	3
Subchapter 1 Summary of Mortgage System in Mainland of China	3
Section 1 Meaning of the Mortgage in Mainland of China	3
Section 2 Types of the Mortgage in Mainland of China	3
Section 3 Operation Process of Mortgage in Mainland of China	4
Section 4 Legal Relationship Involved in Mortgage in Mainland of China	4
Subchapter 2 Development and Present Situation of Mortgage System in Mainland of China	5
Section 1 Development of Mortgage in Mainland of China	5
Section 2 Problems Existing in Mortgage System in Mainland of China	6
Chapter 2 Research of Legislation of Mortgage System	8
Subchapter 1 Mortgage System in Anglo-American Law System	8
Section 1 Mortgage System in the United Kingdom	8
Section 2 Mortgage System in the United States	11
Subchapter 2 Mortgage System in Hong Kong	12
Chapter 3 Legal Nature of Commercial House Mortgage in Mainland of China	14
Subchapter 1 Comparison of Mortgage System in Mainland of China and in Anglo-American Law	14
Subchapter 2 Different Views on Legal Nature of Commercial House Mortgage in Mainland	16
Section 1 View of Charge of Real Estate	16
Section 2 View of Lien of Rights	17
Section 3 View of Transferring Guarantee	17
Subchapter 3 The Analysis of the Above Views	17
Section 1 Comparison between Charge of Real Estate and Commercial House Mortgage	18
Section 2 Comparison between Lien of Rights and Commercial House Mortgage ..	20

Section 3 Comparison between Transferring Guarantee and Commercial House Mortgage	21
Subchapter 4 The Author's View on Legal Nature of Commercial House Mortgage in Mainland of China	22
Chapter 4 Suggestions for Development of Mortgage System in Mainland of China	26
Subchapter 1 Theoretically Unify the Cognition of Mortgage	26
Subchapter 2 Legislatively Perfect the Mortgage System	27
Section 1 Unify the Legal Nature of Mortgage in Law	27
Section 2 Unify the Name of Mortgage Contract.....	28
Section 3 Improve the Registration of the Charge of Building Payment by Installments	28
Section 4 Procedure of Mortgage.....	28
Conclusion	29
Bibliography	30

前 言

对于房地产这样投资规模大、收益相对较慢的行业而言，来自金融业的资金支持是至关重要的。银行对房地产业的资金支持主要有两种形式：一种是开发贷款，另一种是个人住房贷款。

在房地产业的发展中，银行作为融资中介主体，只有同时向房产商和住房消费者提供银行信贷业务，才能促进信贷资金的良性循环，并分散风险。如银行只向房产商提供贷款，信贷资金就不能进入良性循环状态，使风险增高，因为从价值规律的角度分析，商品房作为商品，包含价值形成的过程，又包括价值实现的过程。商品房被生产出来以后，如不进入消费领域，就会形成空置，这种产品便代表了巨额的资金积压，资金不能尽快收回，利息成本的风险便会不断增高。如果资金因销售受阻而无法收回，必然造成呆帐。因此，只有使商品房进入最终消费领域，投入的资金才能顺利收回。而住房消费的主体是房屋置业者，如果置业者无法通过一定的金融工具来提前实现住房消费，其未来收益只能等到积累到能够买得起一套住房时，房屋产品才能最终进入消费领域。显然住房消费中存在着这种住房进入消费与消费者货币积累速度慢之间的矛盾，这就决定了银行必须同时向置业者提供住房消费贷款。这样就能最终化解供需双方之间的矛盾，也有利于银行投入房地产中的资金的安全收回。

住房按揭业务正是以上述理论为经济学基础而发展起来的。^①银行按揭贷款对于房地产业具有重要的意义。事实上，商品房按揭方式是一种对各方都有益的特殊融资方式：购房者能以相对较低的利率取得贷款支付房价款；开发商在最短的时间里收回了售楼款；银行则找到了一条相对安全的放贷渠道。基于这些原因，我国的银行按揭伴随着房地产业的发展而迅速发展，从最初只有中国银行、中国建设银行、中国工商银行等少数几家国有大银行小心翼翼的进入按揭领域，到现在几乎各家银行均有开展，并且按揭规模越来越大，现在已经成为房地产业的支柱之一，极大地激活了整个房地产市场。

但是按揭这一特殊的融资方式，在我国毕竟是新生事物，随着商品房按揭实

^① 王涌泉.住房按揭法律问题研究[EB/OL].
http://www.jhrlawyer.com/Article_Show.asp?ArticleID=233,2005-04-03.

务的开展，与其相关的法律问题也凸现出来。我国目前既没有对“按揭”这一担保形式在立法上进行规定，也没有对其内涵在现有的立法框架内进行规制。学者们对其理解也各有不同，有认为按揭应归入抵押制度的，有认为按揭当归入让与担保制度的，还有认为其应当归入权利质押制度，所以在银行信贷业务的实务操作过程中难免显得无法可循，而只能依据目前国家建设部和几大银行对于房地产贷款中的有关规定操作业务。然而，这些部门规章或规定对于实务中按揭的认识在许多方面也并不统一，这使得银行业界对于解决房地产“按揭”贷款过程中出现的一些问题无法达成共识，同时也使法院在对这类案件的法律适用上持有不同观点，对于规范房地产开发借贷市场的秩序，保护债权人合法权益极为不利。由此，对“按揭”进行法律性质定位非常必要。

按揭本是起源于英美法系的一种担保形式，目前在中国大陆的银行业务中正逐步成长。虽然我们对于按揭的认识还不一致，且不够全面与准确，但我们可以通过研究英美法中的“按揭”制度，并通过考察中国大陆的按揭实践操作，来为我国大陆地区成长起来的“按揭”进行法律性质定位。

第一章 中国大陆的按揭制度

第一节 按揭制度的概述

一、中国大陆按揭的涵义

中国大陆的按揭，指不能或不愿一次性支付房款的购房人将其与房产商之房地产买卖合同项下的所有权益担保于按揭银行，或将其因与房产商之买卖合同而取得的房地产担保于按揭银行，按揭银行将一定数额的款项贷给购房人并以购房人名义将款项交由房产商所有的行为之总称。在中国大陆的按揭中，按揭必须有银行的介入，并且按揭银行的介入的目的是为了促进房地产交易的完成。

二、中国大陆按揭的类型

自上个世纪 90 年代初期商品房按揭在中国南方出现后，中国大陆大中等城市银行相继开展了按揭业务，经过十几年的实践，从目前中国大陆实行的商品房按揭来看，可以分为两种类型：现房按揭、楼花按揭。

现房按揭，是指在商品房建成后，购房者与开发商签订商品房买卖合同的同时支付一定比例的购房款，剩余部分向银行申请贷款，并将所购商品房的有关权属证明提交银行作为购买商品房的一种担保方式。在银行实务中此类按揭称为乙类按揭贷款。现房按揭在银行的业务中，其做法不尽一致，有的要求将购房者的产权证书移交给银行，有的要求必须办理抵押物登记，有的只要求办理抵押物登记。

楼花按揭，是在商品房开发建设中由房地产开发商、银行、预购方共同参加的一种融资购房行为，是指商品房预售合同中买方在支付首期购房款后，余款由购房者向银行申请贷款，并将所购商品房设定担保由银行收存购房者有关的购房证书和文本，同时开发商作为购房人不能按期还款付息的担保人，向银行承担回购保证义务。在银行商品房按揭实务中，此类按揭称为甲类按揭贷款。对于楼花按揭，中国建设部 1994 年颁布的《城市房地产抵押管理办法》称之为预购商品房抵押贷款。该办法第 3 条规定：“预购商品房抵押贷款，是指购房人在支付首

期规定的房价款后，由贷款银行代其支付其余的购房款，将所购商品房抵押给贷款银行作为偿还贷款履行担保的行为。”可见，《城市房地产抵押管理办法》规定的预购商品房抵押贷款，实际上就是按揭的一种类型，即楼花按揭。

三、中国大陆按揭的操作流程

我国商品房按揭的操作步骤如下：在现楼按揭中，购房者与开发商签订房屋买卖合同并首付一定比例房款后，余额向银行申请贷款，购房者须将所购房产抵押给贷款银行作为担保，目前一般由银行在代理购房者申领房地产证的同时代办抵押登记，设定抵押后将房产证交购房者自行保管（而前几年银行在其办理商品房按揭贷款的标准合同大多规定所购房产的有关权属证明，主要是《房地产买卖合同》和《房地产证》的正本，须交银行执管），购房者如果按约履行了还款义务，抵押权会如约解除（交银行执管的有关权属证明也会退还）；但如购房者违约，则银行有权依法处分该抵押房产，可以交开发商回购，或以拍卖、变卖、折价等方式受偿。在楼花按揭（预售商品房按揭 期房按揭）中，预购人在房地产开发之前或期间与开发商签定《商品房预售合同》并首付一定比例的购房款，余款由预购人向银行申请贷款，以其在《商品房预售合同》中对所购房产享有的全部权益及房产买卖合同项下的房产物业作为贷款担保，同时由开发商作为担保人，保证银行为第一受偿权人；如果预购人依约届期清偿全部银行贷款本息以及其他费用，对该房产所设定的担保将予以解除。

四、中国大陆的按揭所涉及的法律关系

按揭关系包括两个基础法律关系，即购房人（借款人）与按揭银行（贷款人）之间的借款合同关系及购房人与按揭银行之间的商品房按揭贷款担保法律关系。此外，商品房按揭还涉及其他法律关系：1、购房人和房地产开发商之间的商品房买卖合同关系；2、购房人授权按揭银行以购房人的名义将所贷款项直接转入开发商帐户上的委托代理关系；3、房地产开发商为保证购房人清偿贷款与按揭银行之间产生的保证合同关系；4、按揭人按照按揭权人银行指定的险种向保险公司办理保险所产生的保险关系；5、当按揭人不能按约定向银行偿付本息，则由房产商按原房价的一定比例回购按揭房屋所产生的房屋回购关系。按揭权人

既是借贷关系中的贷款人，又是保证关系中的被保证人。房产商既是按揭人的保证人，又是房屋回购关系中的回购人。

国内按揭把房产商列入房屋按揭法律关系且占据重要地位，是从我国经济发展水平、企业资信、个人信用等各方面实际情况出发而提出来的，实践证明这种模式适应了我国目前实际情况，极大地促进了我国住房商品化进程。

第二节 中国大陆按揭的发展及其存在的问题

一、按揭在大陆地区的发展

按揭一词移植于香港，但相比而言，国内房地产市场对按揭一词的使用与香港大不相同，在我国盛行的按揭一词并不是法律术语，我国现行的法律、法规在默许“按揭”存在的前提下，并没有在任何法律文件中使用。按揭业务主要是在银行开展、且必须有银行介入，而我国的一些行政法规、部门规章和地方性法规都是借鉴银行的规定对房屋开发在不同阶段的担保行为，将按揭一词置换成了抵押，用抵押的规定取代银行关于按揭的规定。2003年5月7日最高人民法院在《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）中也避开使用“按揭”一词，笼统地称为“商品房担保贷款”。最高人民法院副院长黄松有就《解释》答记者问时谈到，商品房担保贷款也就是人们通常所说的商品房按揭。因此，从某种程度而言，按揭一词已溶入我国法律背景而形成了具有专门中国法律内涵的中国习惯法所认可的法律术语。^①

在20世纪80年代南方沿海首先开始土地有偿使用后，以市场需求为导向的商品房开发逐渐吸引了香港的购房人，他们带来了购房资金，也带来按揭购房的要求，但当时在大陆以银行为主的金融机构尚未商业化和企业化，对个人的贷款还没有开放，按揭要求无法满足。至90年代后期，国家为配合住房制度的改革，开始允许商业银行开办个人住房担保贷款。初期，对个人住房担保贷款限于一手楼特别是预售楼。由于所购房屋尚未竣工或虽已竣工但未取得房地产证，购房人用于按揭的财产不是严格意义的不动产，而是依预售合同所产生的合同权益，预售合同经过预售登记而得以保全其请求权，该请求权即是对正在形成中的不动产

^① 陈耀东.商品房买卖法律问题专论[M].北京:法律出版社,2003.174.

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