

唐烈英◎著

SHANGPIN ZHUFANG MAIMAI DAIKUAN ANJIE FALÜ WENTI YANJIU

商品住房买卖贷款按揭 法律问题研究



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

商品住房买卖贷款 按揭法律问题研究

唐烈英 著



法律出版社
LAW PRESS@ CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商品住房买卖贷款按揭法律问题研究 / 唐烈英著.

—北京:法律出版社,2008.6

ISBN 978-7-5036-8550-7

I. 商… II. 唐… III. 住宅—销售—贷款—
法规—研究—中国 IV. D922.282.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 076936 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/9.25 字数/256 千

版本/2008 年 6 月第 1 版

印次/2008 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8550-7

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

中国改革开放取得了令人瞩目的巨大成就。如何分配改革发展的成果,是保障公民的生存权、发展权、平等权,促进改革深化,维护国泰民安的社会秩序,构建和谐社会,健全法律体系面临的一个不容回避的问题。

住房与每一个人的生存息息相关。住房制度改革是我国经济体制改革的一个重要部分。从 20 世纪 80 年代初期开始,城镇居民个人住房逐步从租用公有住房、实物福利分房向住房货币化、市场化、商品化、私有化转化。在近三十年的住房改革进程中,我国内地城镇居民切实地分享到了改革开放取得的成果,其住房条件得到了比以往任何时候都更快更好的改善。

本书作为国家社科基金重大 A 级项目——“改革发展成果分享法律机制研究”的研究成果之一,就我国内地住房体制改革,在国家扶持、保障城镇居民解决住房政策的引导下,对住房贷款采用的不同担保方式进行比较分析,并指出在商品住房贷款中不可能适用定金、留置、所有权保留方式,可以适用保证、抵押、质押方式,但是,借贷双方采用得最多最广泛的不是法律已有成规的担保方式,而是内地法律没有明文规定的按揭担保方式。按揭与可适用的担保方式相比,有其自身明显优势:按揭标的物最宽泛,既有期房也有现房;以商品住房作贷款担保物,担保人无须提供其他钱物;不转移担保物占有;无需支付担保物

2 前 言

的保管费用;无须另行寻找其他保证人;按揭在开发商获得开发经营利益、圆买受人购房梦的同时,更能化解银行贷款风险,更能体现保障债权实现的担保价值,平衡当事人利益,是能够实现住房买卖贷款三方当事人共赢的相对公平的担保方式。按揭符合商品经济规律,可以与其他担保方式共存。对在实际生活中大量运用的买卖按揭担保方式,从维护物权法定原则、法律要服务经济基础和生活实际的角度出发,我国法律应该以社会为基础,顺应社会需要,对按揭担保方式加以规定。

目 录

第一编 商品住房买卖贷款按揭概述

第一章 商品住房概述	(3)
一、与房屋有关的上位概念	(3)
二、房屋	(8)
三、住房	(14)
四、商品住房	(18)
第二章 商品住房买卖	(28)
一、中国内地住房商品化的进程	(28)
二、商品住房买卖	(33)
三、商品住房买卖合同	(47)
四、商品住房买卖的付款方式	(50)
第三章 中国内地商品住房买卖的按揭制度	(55)
一、按揭之词源	(55)
二、中国内地按揭概述	(61)
三、期房按揭和现房按揭	(75)
四、英美法、中国香港法、中国内地按揭比较	(86)

第二编 商品住房买卖贷款担保方式比较

第四章 商品住房贷款中不可能适用的担保方式	(93)
一、商品住房贷款不适用定金担保	(93)
二、商品住房贷款不适用留置担保	(94)
三、商品住房贷款不适用所有权保留担保	(95)
第五章 商品住房贷款没有适用的担保方式——	
让与担保	(103)
一、让与担保的概念	(103)
二、让与担保客体权利的转移方式	(105)
三、让与担保与我国内地按揭的区别	(106)
四、让与担保与按揭的权利转移问题	(109)
五、让与担保与按揭优劣之比较	(113)
第六章 商品住房贷款中的质权	(120)
一、质权的标的物不能是商品住房	(120)
二、商品住房贷款采用质权担保方式的局限性	(128)
第七章 商品住房贷款中的抵押	(133)
一、商品住房贷款抵押的概念	(133)
二、商品住房贷款抵押与贷款按揭比较	(136)
三、期房不能作为抵押的客体	(149)
四、现房抵押银行风险难以化解	(161)
第八章 商品住房贷款中的保证	(165)
一、住房贷款中个人或专业担保法人提供的连带	
责任保证	(165)
二、商品住房贷款中开发商提供的连带责任保证	(168)

三、住房置业担保公司提供的连带责任保证	(179)
---------------------------	-------

第三编 商品住房买卖贷款按揭在中国内地的运用

第九章 商品住房贷款按揭程序、相关合同及关系	(191)
------------------------------	-------

一、商品住房贷款按揭程序	(191)
二、开发商与银行的《按揭项目合作协议书》	(198)
三、买受人与开发商的《商品住房买卖合同》	(204)
四、买受人与贷款银行的《商品住房贷款按揭合同》	(204)
五、商品住房贷款按揭关系中各种合同的相互关系	(211)

第十章 商品住房贷款按揭保险及其存在的问题	(221)
-----------------------------	-------

一、我国商品住房买卖贷款按揭保险的发展阶段	(221)
二、银行关于商品住房贷款按揭保险条款的主要内容	(225)
三、银行关于商品住房贷款按揭保险条款存在的问题	(226)
四、保险公司的《商品住房按揭保险合同》的主要内容	(238)
五、商品住房贷款按揭保险合同存在的问题	(241)

第十一章 商品住房买卖贷款按揭当事人实体权利	
------------------------	--

的司法保护	(249)
-------------	-------

一、商品住房买卖合同诉讼纠纷各当事人的地位	(249)
二、贷款按揭合同诉讼纠纷各当事人的地位	(253)

结束语	(266)
-----------	-------

参考文献	(277)
------------	-------

法律法规缩略语表	(284)
----------------	-------

第一编 商品住房买卖 贷款按揭概述

第一章 商品住房概述

人类从诞生的那一天起,尽管过着茹毛饮血、漂泊不定的生活,但是,在为寻找食物劳累一天后,夜晚,也要在树上、山上、天然洞穴或者能够挡风避雨的地方找个栖身之处。人类居住从原始的“巢”、“穴”,到后来的窑洞、茅棚、草屋、平房,发展至今天的现代摩天大厦、高档公寓、连体别墅、独立别墅等等,无不体现了人类对住房的需求,体现了房屋对人类发展的重要意义。随着科技、文明的发展,人类的现代住房及其区域环境更趋合理、舒适、优美,人类的居住条件日趋改善,居住质量不断提高。住房质量的提高,数量的增加,空间的增高,风格的发展,无不与人类文明和经济发展密切相关。反过来说,人类文明的进程与房屋建筑以及城市化的发展进程是同步同行的。

与人类居住有关的法律问题,也随着居住条件的改善与发展而日益凸显,成为现代法学理论和当代法制社会所不能回避的问题。

一、与房屋有关的上位概念

研究与人们住房有关的法律问题,从民法理论的角度讲,首先要涉及“物”的范畴,向下依次属于不动产、房地产、房屋等问题。

(一)物

人类的生存、发展离不开物质财富。物质财富在法律上称之为物。在人类漫长的历史进程中,人们先占有物,而后才有了法律对物的确认和保护。法律上的物有广义和狭义之分。狭义上的物,仅指

有体物；^{〔1〕}广义上的物，除了有体物，还包括财产权利和无形财产等。^{〔2〕}法律上使用“物”的概念，有两种方式：一是使用“物”，主要是设有物权法的大陆法系国家所特有的概念；一是使用“财产”，主要是英美法系国家。事实上，“财产”的外延大于“物”。但是，在某些场合二者的范围一致，如《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）的“财产所有权”概念，《法国民法典》使用的“财产及对所有权的各种限制”，这里使用的“财产”一词，用“物”替代并无不可。

社会发展到知识经济时代，物的概念已经发生质变，物不应该也不能仅仅局限于有体物，还应该包括无体物，以及物上的各种权利和利益。我国相关的法律，如《民法通则》、《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）、《中华人民共和国担保法》（以下简称《担保法》）等，都采纳了物的广义概念，即我国的“物”，除了有体物，还包括知识产权等无形财产。但是，我国内地现行立法中，在对“物”的概念表述上，既使用“财产”也使用“物”，如《担保法》使用的是“财产担保”；《中华人民共和国继承法》使用的是“个人财产”；《民法通则》规定的是“财产所有权”。但是，在《物权法》中，则更多的是使用“物”的概念，如《物权法》制定的目的之一是“明确物的归属”，^{〔3〕}将物分为不动产和动产。^{〔4〕}这里“财产”与“物”系一词，用“物”替代“财产”或者用“财产”代替“物”都无不可。

（二）不动产

早在古罗马法中，就根据物可否移动这一标准把物分为动产和不动产。认为能在空间上进行移动，且移动后不损害其经济价值的物为动产；占有固定空间位置，不能移动或移动后会损害其经济价值的物为

〔1〕《德国民法典》第90条规定：“本法所称的物为有体物。”郑冲、贾红梅译，法律出版社，2001年第2版。

〔2〕《法国民法典》在第二编“财产及对所有权的各种限制”中，除了规定财产，还规定了财产上的权利如所有权、用益权、使用权及居住权、役权或地役权等。李浩培、吴传颐、孙鸣岗译，商务印书馆，1979年版。

〔3〕《物权法》第1条。

〔4〕《物权法》第2条。

不动产。

自《法国民法典》开创历史先河,将民法从诸法中分离出来,且在民法中有财产(物)的规定,并将财产(物)分为动产与不动产以来,^[5]动产与不动产就成为民法上对物最重要的分类。这种分类具有重大而深远的意义,对各国物权法或者财产法理论和立法都产生了至深的影响。至今,无论是大陆法系,还是英美法系,仍将物或财产分为动产和不动产,各国民法都有以这种分类为基础而制定法律规则。同时,在与民法密切相关的国际私法和程序法中,动产与不动产的区分还是确定冲突规则和诉讼管辖的重要依据之一。

现代民法,认定不动产有两种标准:一是古罗马法的标准,认为具有不可移动性的物为不动产,即土地及其定着物;从属于或者附着于自然不动产的动产也是不动产,如树上的果实。^[6]二是经济标准,即不动产是价值较大的且能长期存在并能产生收益的物,如汽车、飞机、轮船等。此外,还有国家是以财产的使用目的、经济价值、社会意义等综合因素来确定不动产。例如,1994年的《俄罗斯联邦民法典》就非常明确地将不动产划分为三种类型:第一,土地地下资源的地段、独立的水体和所有与土地牢固地吸附在一起的物,其中包括森林、多年生植物、建筑物和构筑物。这实际上是罗马法意义上的不动产。第二,应进行登记的航空器、海洋船舶、内河航运船舶等属于不动产。这实际上是现代意义的不动产。如果从自然属性上考察,这些物应属于动产,且是比一般动产更能移动、动得更快的财产。《俄罗斯联邦民法典》将这些经登记的在自然意义上能移动的物列入不动产的范畴,其根据不是这些物的自然特征,主要是根据这些物所具有的巨大经济价值以及现实生

[5] 《法国民法典》第516条规定:“财产或为动产,或为不动产。”李浩培、吴传颐、孙鸣岗译,商务印书馆,1979年版。

[6] 《法国民法典》第520条规定:“尚未刈取的收获物,以及尚未摘取的树上果实,均为不动产。已刈取的收获物与已摘取果实,虽未移动地点,仍为动产。”李浩培、吴传颐、孙鸣岗译,商务印书馆,1979年版。

活中所起的重大作用。第三,财产的综合体是不动产。^[7]所谓财产的综合体,是指相互有联系的为了统一的目的而使用的动产与不动产的集合物,如企业生存所需要的不动产及其动产等综合财产。这种动产和不动产的财产综合体,在我国的民法书中将其称为“集合财产”。

我国法律多受前苏联的影响。1922年,前《苏俄民法典》废弃动产与不动产的区分,我国曾长期效仿,从而使我国长期对动产与不动产的划分,没有给予应有的重视。随着我国法律制度的逐步完善,近年来,动产与不动产的划分也在法律、司法解释中开始出现,如1988年颁发的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民法通则意见》)第186条规定:“土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。”1995年的《担保法》第92条界定了不动产的范围,规定:“本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物。”从这些规定可以看出,尽管我国法律对不动产已有规定,但是,只有一个标准,即罗马法标准。2007年颁布的《物权法》,虽然第一次从法律上将物分为不动产和动产,但也没有给不动产和动产下定义。

(三)房地产

从严格意义上讲,两大法系在法律中都通用不动产而都没有房地产这一概念。但我国作为以成文法为主的国家,其民事法律法规却通常很少采用大陆法系通用的“不动产”,而是使用“房地产”一词。立法机关、行政机关在制定、颁布、实施不动产领域的法律、法规时,都使用“房地产”一词,如全国人大颁布的《中华人民共和国城市房地产管理法》(以下简称《城市房地产管理法》),国务院颁布的《城市房地产开发经营管理条例》,建设部颁布的《城市房地产权属档案管理办法》、《城市房地产开发管理暂行办法》、《城市房地产抵押管理办法》等等。这些国家机关在使用“房地产”一词时,都没有明确房地产的概念。

[7] 《俄罗斯联邦民法典》第132条1之第1款、第2款。第132条1之第2款规定:“作为财产综合体的企业在整体上是不动产。”黄道秀、李永军、鄢一美译,中国大百科全书出版社,1999年版。

何谓房地产?单一的土地或单一的房屋都不能称作是房地产,房地产是土地和房屋的合称。房地产有广义与狭义之分。

广义的房地产包括:土地与房屋等建筑物、构筑物;其他与土地、房屋不可分离的部分,如房屋的配套设施;土地;水面、矿藏、森林等自然资源。我国现行法律法规中所称的“房地产”,从实质上讲,是罗马法意义上不动产的最主要和最重要的部分。

值得说明的是,广义房地产中的土地,与不动产所含土地范围不同。土地是一个自然综合体,具有四至范围的地球表面以及地面上空及地下,包括各种类型的土地。《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)第4条根据土地的用途,“将土地分为农用地、建设用地和未利用地”。该条款所称“农用地是指直接用于农业生产的土地,包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水面等;建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地,包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等;未利用地是指农用地和建设用地以外的土地”。〔8〕房地产所言的“地”不是《土地管理法》规定的任何一种类型的土地,仅仅是指建设用地;确切一点说,仅仅是指建设用地中建造建筑物、建造城市住宅设施、与城市住宅相关的构筑物的土地;不包括建设用地中的公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地和军事设施用地。

狭义的房地产,是我国内地、香港、澳门地区特有的制度,仅指城市房地产。香港的房地产基本上指的是城市房地产,不包括农村房地产。澳门的房地产形式上是指广义的房地产,实质上也仅指城市房地产,因为在澳门根本没有农村房地产之实。我国在20世纪80年代末90年代初开始推行城市住房制度改革,由此引导了我国房地产制度的改革。我国房地产制度改革伊始,就仅局限于城市国有土地和城市住房商品化,对“房地产”就仅限于城镇房地产的狭义理解。我国现行的房地产领域的法律法规也仅限于对城市房地产的调整,如《城市房地产管理法》、《城市房屋拆迁管理条例》、《城市商品房预售管理办法》、《城市

〔8〕《土地管理法》第4条第3款。

房地产开发经营管理条例》、《城市房地产抵押管理办法》、《城市房屋权属登记管理办法》等。因此,从狭义的角度而言,房地产所言的土地,更确切一点说,就仅仅是指建设用地中的城市用于建造出售房屋设施、与城市商品房相关的构筑物的土地。

二、房屋

(一) 房屋的定义

何谓房屋?从用途上看,“房屋系指可供吾人起居出入之建筑物而言。其为住屋、为工厂、为仓库,在所不问”。^{〔9〕}从外形上看,房屋即“房子总称”,房子“有墙、顶、门、窗,供人居住或做其他用途的建筑物”。^{〔10〕}从法律上而言,房屋,是指土地上的房屋等建筑物及构筑物。^{〔11〕}

从用途和外形给房屋所下定义是狭义的房屋,仅指有墙、顶、门、窗,供人起居、生产、存物、办公出入之处的建筑物;法律上规定的房屋定义是广义的,不仅指平房、楼房等供人出入之建筑物本身,还包括房屋以外的其他建筑物和构筑物,以及花园、道路等任何占有地面的附属设施。

何谓建筑物?何谓构筑物?二者各自包含了哪些与地面有关的建筑设施?二者是何关系?有何严格的区分?这些问题,在理论上的阐述并不一致。“对于建筑物的理解,我国台湾学者谢在全教授认为,凡具有覆盖墙垣,足以蔽风雨,供出入而可达经济上使用的,均是建筑物。即便屋顶没有完工;没有油漆粉刷;或者没有装妥门窗,均在所不问。梁慧星教授则认为,建筑物是指定着于土地上或地面以下,具有顶盖、梁柱、墙壁,供人居住或使用的构造物,房屋、仓库、地下室、空中走廊、立体停车场等均包括在内。日本法务省民事局所订《不动产登记事务

〔9〕 张文龙:《民法物权实务研究》,汉林出版社,1977年版,第46页。

〔10〕 《现代汉语词典》,中国社会科学院语言研究所词典编辑室编,商务印书馆,1978年版,第303页。

〔11〕 《城市房地产管理法》第2条第2款。

手续准则》第122条规定,建筑物系指具有屋顶及墙壁或其他相类之物,且定着于土地上,依其目的用途,已达可供使用状态者而言。工厂、仓库虽无地板、天花板,仍属建筑物,但住宅、旅馆、饮食店等,如未达居住或营业之充分构造时,则非建筑物。而构筑物一般是指不在该物之内进行生产和生活活动的物,如水塔、烟筒等。”〔12〕

然而,不管建筑物与构筑物在理论上如何界定,无论国内国外的理论文章还是法律规定,都无一不从建筑物的角度给房屋下定义,房屋属于建筑物这是不可争议的。

(二) 房屋的属性

房屋作为人类生产生活所必需的物质载体,具有以下属性:

1. 内涵统一性

房屋不仅包括人们通常所看见的房屋之实体,即房子,而且还包括房屋占地范围内的土地。房屋和土地两部分,二者均属不动产,且通常连为一体。房地地建或地随房走,与土地无关的海市蜃楼、空中楼阁等等是一种虚幻仙境圣地,无土地的房屋不能存在。房屋的内涵还包括房屋及土地上的各种权利。房子、土地及其相关权利的统一,使房屋具有法律意义。

2. 价值双源性

房屋具有价值和使用价值。房屋价值的双源性表现在:修房造屋必然凝结着人类的无差别劳动,需要使用各种相关的建筑材料,这些建造房屋的各种成本形成房屋本身的价值;房屋建成后,能够满足人类各种不同需要和用途,从而使房屋本身具有使用价值。

当然,房屋价值的双源性主要是由其土地的价值双源性决定的。土地价值的双源性表现在:土地是一种自然物,具有使用价值。虽然,不同社会制度,由于其土地的所有制不同,利用方式不同,使土地具有不同的社会属性,但是,作为自然物的具有使用价值的不同社会属性的土地,只要为人类所利用、投入人力、资本,经过开发、修筑,满足人类的不同需要,被开发利用的土地就能够具有价值。这使用具有价值和使

〔12〕 转引自陈耀东:《商品房买卖法律问题专论》,法律出版社,2003年版,第9页。