

《经济与法律》丛书

The Series in Economics and Law

# 住房金融民事法律 新问题研究

陶丽琴 著

知识产权出版社

中国计量学院经济与法律研究中心

《经济与法律》丛书

The Series in Economics and Law

住房金融民事法律

要點內容

# 住房金融民事法律 新问题研究

陶丽琴 著

Zhuang Jinrong Minshihifa Xinwenti Yanjiu  
住房金融民事法律新问题研究

陶丽琴 著

ISBN 978-7-80198-767-3 · D · 529  
 定价：30.00元  
 字数：330千字  
 版次：2007年9月第1版  
 印次：2007年8月第2次印刷  
 开本：880mm×1230mm 1/32  
 印张：17.25  
 中：北京机械工业出版社出版  
 地址：北京市西城区百万庄大街24号  
 邮编：100088  
 电话：(010) 83993083  
 发行：(010) 83993083  
 网址：<http://www.cip.com.cn>  
 电子邮箱：[custserv@cip.com.cn](mailto:custserv@cip.com.cn)

知识产权出版社

## 内容提要

本书以住房按揭担保和房贷保险为脉络,对我国住房金融民事法律新问题进行理论探讨和研究,并提出了制度立法的创新性方案。通过比较论证我国金融实践中几种融资担保新模式及其对应的担保制度,探讨了我国物权法以抵押适用按揭担保的制度设置问题;阐述了物上代位中抵押与保险衔接机制的法律原理和制度重构、担保物权的竞合、一般债权以及将来债权作为担保物等物权法与保险法交叉性的新问题;较系统地梳理了房贷保险制度的内在法理和逻辑,分析和阐述了抵押物的保险利益和保险形态、抵押物保险的法律特性、保证保险的法律原理、住房保证保险的法律性质、房贷保险与住房保障等我国房贷保险机制中的一系列问题;论证了物权法、保险法和消费信贷特别立法中制度完善和创新的必要性和可行性。

读者对象:民商法、经济法教学与研究人员;银行和保险公司法务人员等。

责任编辑:汤腊冬  
特约编辑:王丽莉

责任出版:卢运霞

## 图书在版编目(CIP)数据

住房金融民事法律新问题研究/陶丽琴著. —北京:知识产权出版社, 2007.9 (2008.8重印)

ISBN 978-7-80198-763-1

I. 住… II. 陶… III. 住宅-贷款-保险-研究-中国

IV. F842.682

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第154420号

## 住房金融民事法律新问题研究

Zhufang Jinrong Minshifalü Xinwenti Yanjiu

陶丽琴 著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村1号院

网址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000893 82000860 转8101

责编电话:010-82000889

印刷:知识产权出版社电子制印中心

开本:880mm×1230mm 1/32

版次:2007年9月第1版

字数:330千字

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82000893

责编邮箱:tangladong@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:11.625

印 次:2008年8月第2次印刷

定 价:29.00元

ISBN 978-7-80198-763-1/D·529

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

## 《经济与法律》丛书编委会

编 委：杨紫烜 肖乾刚 王美涵  
陈乃新 王艳林 李容华

主 持：陈乃新 王艳林

## 编者的话

中国计量学院经济与法律研究中心组编的这套《经济与法律》丛书，主要收录的是本中心的研究人员在下述两个领域的成果：一是研究经济中的法律问题，包括宪法、经济法、民法、商法、知识产权法和劳动法、社会保障法等领域内的制度性或技术性问题；二是研究法律中的经济问题，包括立法和执法领域的成本与效益问题、社会协调发展中的经济公平和经济政策等问题。对这两类问题的研究我们都欲在创新的道路上按规范的学术进程达到原创。

中国计量学院经济与法律研究中心自2004年9月成立以来，作为经济法学科联合民商法学科和国际法学科共同发展的平台，紧紧围绕中国市场经济的发展和国家质量监督检验检疫系统执法的完备，从经济法理论、经济权利理论、法经济学和竞争法、食品安全法、产品质量法、WTO-TBT/SPS及国有企业法等领域入手，组织研究活动，发表了系列论文，产生了一定影响。现在，我们在编辑出版《竞争法评论》和《法律与贸易壁垒》两份专业连续出版物的基础上，又本着成熟一本出版一本、集腋成裘的精神，在经济管理出版社和知识产权出版社的支持下，自2006年开始大体按每年2~3本的规律，计划用5年左右的时间，把这套丛书做成一定的规模，形成初步的品牌效应。为此，丛书的主持者和作者真诚希望得到海内外贤达的批评、指正、关爱和帮助。

## 序

陶丽琴女士的新作《住房金融民事法律新问题研究》就要出版了，我向作者表示热烈祝贺！

市场经济是信用经济更是风险经济，构建信用和风险的法律规则成为当今民商事制度立法和理论研究的重点，这在住房金融新实践中体现得尤为突出。随着我国住房制度的市场化和商品化改革，以住房按揭融资为核心的住房金融迅速发展，在我国国民经济发展和社会生活中具有了重要地位。住房金融实践涵盖了我国当今社会生活中主要的民事法律新问题，尤其是困扰理论和实践已久而成为热点和难点的房贷担保和保险的法律问题，在现有法律制度中无法有效解决，需要规则和机制的完善和创新，而这必须建立在新的法律原理和法律逻辑的基础之上。故住房金融民事法律新问题的法理和制度研究已成为紧迫的实践任务和重要的理论课题。陶丽琴女士的《住房金融民事法律新问题研究》一书，恰是在这方面研究中表现突出的一项学术成果，在此，我愿意把该新作推荐给大家。

住房金融交易关系的复杂性和风险性，使房贷担保与保险制度的完善和创新成为解决问题的重点。住房消费信贷的法律新特征体现在三个方面：其一，住房消费融资是建立在以“明天的钱圆今天的梦”的理念上，通过贷款实现提前消费，体现在民法关系上，是以将来的财产利益作现时的利用，这对信用机制提出了全新的要求；其二，住房消费信贷以对购房者的消费融资为直接形式，实质上是对房地产开发的间接融资，住房金融的风险性之大是其他领域无法比拟的；其三，住房是最重要的不动产，土地的不可再生性使住房具有极高的投资价值而成为最重要的个人投资品，同时住房又是人类生存最基本的生活资料，住房金融的风险包括了经济风险和社会风险，这使得房贷风险保障机制具有特别重要的意义。作者抓住这两个突出的民法问题，以住房按揭贷款为基点，以按揭担保和房贷保险为主线脉络，针

对我国住房金融法律新问题展开深入的理论研究，并提出可行的制度创新性方案。

作为专门研究住房融资担保与保险制度的学术专著，以我之观察，该新作在以下诸方面别具新意：

其一，研究触角交叉而深入，观点有独到性。住房金融中的法律新问题既是涉及民法、金融法、劳动与社会保障法等多学科的理论交叉性课题，也是涉及立法、司法和执法等多个环节的综合性实践课题。当前法学界对住房担保与房贷保险的研究，往往着眼于从保险法或者担保法的单个角度论证。本书则结合社会实际和司法实践，较熟练地运用民法（特别是合同法、物权法和担保法）和保险法、金融法、劳动与社会保障法以及经济学、社会学等多种理论，运用逻辑论证、价值分析和利益衡量、实证分析、比较研究等多种法学研究方法，多层次多角度地对论题进行探讨，故研究得比较透彻而且有一定的理论深度，其观点具有独到性。

其二，以小见大，研究精细。按揭担保、保险金请求权的担保物权竞合、抵押物保险金请求权设质、物上代位抵押与保险机制衔接、保证保险的法律机理、房贷保证保险的人身保险属性等等，这些在民法或保险法上看来都是十分细小的问题，但作者以女性特有的细致敏锐的思维发现了其中的实践疑难和法律原理性问题，并以新颖的视角为切入点，深入地进行思考与探讨，以小处见大道理，分析阐述颇为精细和严谨。

其三，材料翔实，研究具有较强的实践针对性和应用性。书中引用的大量资料都是来源于银行、保险公司等住房金融法律实务中的第一手资料，更有作者本人亲自进行实务环节的调研与考察获得的资料，故其论证能建立在翔实的资料上踏实地展开，研究目标具有较大的实践针对性和应用性。

总而言之，陶丽琴女士勤敏好学，对学问孜孜以求，善于抓住问题进行深入研究，因此，总有新的体会和收获，学问不断进步。其研究力求精细的风格和踏实严谨的学术态度，尤其值得称道和提倡。不过，学无止境，陶丽琴女士的民法理论研究还在继续，研究的深度和

广度都有待于进一步拓展，书中也存在一些值得商榷的问题，某些论述尚不深入，但瑕不掩瑜，希望她以该研究成果作为新的起点，继续努力，我们愿意看到她更多更好的作品问世，也愿意看到越来越多的青年学者有更多更好的作品问世，这样，我们的民法研究事业才会兴旺发达。

是为序。

中国人民大学民商事法律科学研究中心

杨立新

2007年8月12日于北京



## 前 言

以住房按揭融资为核心的住房金融已成为一项关涉广大城镇居民重要财产利益的金融活动，住房金融实践涵盖了我国当今社会生活中主要的民事法律新问题，我国物权法、保险法、消费信贷法等相关制度立法的不足和理论的欠缺，造成了诸多的法律疑难，尤其是房贷担保机制和房贷保险机制中突现的法律问题困扰理论和实践已久而成为热点和难点。本书以住房按揭贷款为基点，以按揭担保和房贷保险为两个主线脉络，针对我国住房金融法律新问题展开深入的理论研究，并提出可行的制度立法的创新性方案。

按揭融资是我国实践中出现的一种全新的担保方式，它提出了法律适用的制度改造和创新问题；而房贷险中若干重大法律困惑来源于担保物权制度上的问题。本书以物权立法为背景，较深入地研究了按揭担保制度的理论和制度设置，深入阐述了物上代位抵押与保险衔接机制的法学原理，探究了我国现行物上代位制度的缺陷及其根源，提出了物上代位制度全面重构的设计方案；对担保物权竞合、财产保险债权的设质等担保物权的特殊问题进行了深入论证；并以将来债权的担保、转让等物权法新问题为内容，对民法的物权与债权基本理论进行了探讨。

住房金融风险的严重性和复杂性使房贷保险成为住房金融的重要环节。保险机制在西方主要发达国家住房金融的发展和住房的社会保障中发挥着巨大的作用。但当前我国房贷保险机制的运行却陷入了困境：房贷险的合理性和合法性长期受质疑，房贷保险市场退保热潮的几次出现，银行放弃房贷险，理论上对房贷险法律性质的认识存在严重误区等，这些状况使房贷险问题变得非常复杂。与此同时，维持国民生存基本居住权的住房社会保障问题也十分突出。本书对保险与担保机制的共融性和互动性、抵押物上的保险利益和保险形态、抵押物保险的法律特性和法律关系、保险强制、保证保险和住房保障的房贷

政策性保险等我国现行房贷保险制度中的一系列重大问题，展开了较深入的探讨和研究，系统地梳理了房贷保险制度内在的法学原理和逻辑，并对我国房贷保险机制的全面构建作出了有价值的可行性论证，为我国保险法的完善和消费信贷制度的特别立法和创新提供了有益的理论支撑。

## 目 录

## 第一编 个人房贷和按揭担保机制研究

第一章 个人住房信贷的发展和住房金融法律新问题 .....	(3)
第一节 我国住房金融的兴起和发展 .....	(3)
一、住房金融和个人住房贷款概述 .....	(3)
二、我国住房金融的兴起和发展 .....	(8)
第二节 我国住房金融的现行法律制度和法律新问题 .....	(20)
一、适用住房金融的现行法律制度 .....	(20)
二、法律新问题的产生 .....	(20)
三、物权法立法对住房金融的意义和不足 .....	(24)
四、住房金融民事法律新问题的研究思路 .....	(25)
第二章 住房按揭担保机制及其法律制度的架构 .....	(28)
第一节 住房金融中担保方式新问题的出现 .....	(28)
一、住房信贷中按揭担保融资的全新模式 .....	(28)
二、相似的融资担保新模式及其比较 .....	(33)
第二节 国外相关制度的比较 .....	(37)
一、英美法上的按揭制度 .....	(37)
二、大陆法系的让与担保制度 .....	(40)
三、从金融角度论让与担保制度的取舍 .....	(45)
第三节 物权法以抵押适用按揭担保的制度设置分析 .....	(49)
一、物权法草案对住房按揭的立法思路及其缺陷分析 .....	(49)
二、物权法新理念下的按揭担保物之物权属性分析 .....	(56)
三、物权法草案在抵押方式下对按揭担保的制度重构 .....	(64)
四、物权法最后的选择 .....	(66)

## 第二编 房贷险的担保与保险机制研究

第三章 房贷保险及其法律问题概述 .....	(71)
第一节 房贷保险的兴起和发展 .....	(71)
一、房贷险概述 .....	(71)
二、我国房贷险的发展历程 .....	(75)
第二节 房贷险的困境和房贷保险机制的完善 .....	(83)
一、房贷险困境的产生 .....	(83)
二、我国房贷保险机制的完善 .....	(85)
第四章 抵押物保险在保险法视野下的考察 .....	(89)
第一节 银行在抵押物保险中的法律身份 .....	(89)
一、问题的产生和考察视角的确定 .....	(89)
二、抵押权人在抵押人的抵押物保险中的法律身份 .....	(92)
三、对银行执管抵押住房保险单的必要性及合法性 论证 .....	(99)
第二节 房贷险“强制保险”之法理辨析 .....	(104)
一、个人住房贷款中抵押住房保险的必要性 .....	(105)
二、实务与制度的冲突对消费信贷立法的要求 .....	(110)
第五章 抵押权原理下抵押物保险特性的逻辑论证 .....	(112)
第一节 抵押权人的保险请求权 .....	(112)
一、抵押权人之抵押物保险请求权的法理分析 .....	(113)
二、我国抵押权人抵押物保险请求权的立法依据 .....	(117)
三、对抵押权人抵押物保险请求权的正确把握 .....	(119)
第二节 抵押权人的抵押物保险金请求权 .....	(119)
一、抵押权人对抵押物保险金请求权的法学原理 .....	(119)
二、我国抵押权物上代位实现途径的立法构置及其 缺陷 .....	(122)
第三节 对结论的自我审视 .....	(125)
——从被保险人到受益人的认识回归	

一、结论 .....	(125)
二、问题的自我审视 .....	(125)
<b>第六章 新形势下房贷险问题的再思考 .....</b>	<b>(129)</b>
<b>第一节 论抵押物上的保险利益和保险形态 .....</b>	<b>(129)</b>
一、新形势下房贷险问题再思考的必要性 .....	(129)
二、抵押物保险的保险利益与保险形态 .....	(130)
三、抵押权人的保险利益、保险标的、保险标的物 及其关系 .....	(135)
四、保险利益的具体确定对抵押物保险的意义 .....	(139)
五、结论 .....	(142)
<b>第二节 房贷险存废的法学思考 .....</b>	<b>(143)</b>
一、房贷险基本运行的原理归结 .....	(143)
二、对房贷险业务矫正之思考 .....	(146)
三、问题和立法建议 .....	(152)
<b>第七章 保险与抵押的机制衔接及其制度构架 .....</b>	<b>(155)</b>
<b>第一节 抵押物风险和保险与抵押的机制衔接 .....</b>	<b>(155)</b>
一、抵押权上物的风险界定及其分类 .....	(156)
二、抵押权对抵押物价值维持的效力——抵押权保全 机制 .....	(157)
三、抵押权物上代位效力和保险与抵押的机制衔接 .....	(158)
<b>第二节 保险和抵押机制衔接的价值目标和利益平衡 .....</b>	<b>(162)</b>
一、物上代位保险与抵押衔接机制的价值目标 .....	(163)
二、物上代位的保险与抵押衔接机制的利益平衡性 分析 .....	(165)
三、物上代位保险机制运行的公平公正性分析 .....	(168)
四、物上代位保险机制强制规范设置的可行性分析 .....	(169)
<b>第三节 抵押权物上代位实现规则的立法设置 .....</b>	<b>(173)</b>
一、物上代位效力实现机制的制度设置要点分析 .....	(173)
二、法理依据的创设和制度设置的立法模式比较 .....	(180)
三、物上代位实现规则及其物权立法的方案设计 .....	(184)

四、结论 .....	(191)
<b>第八章 抵押物保险金请求权上的权利形态及其效力规则</b> ..	(193)
<b>第一节 财产保险受益人问题的理论探讨</b> .....	(193)
一、问题和观点 .....	(193)
二、关于财产保险受益人的妥当性 .....	(196)
三、受益人在财产保险和人身保险中的法律意义的 区分 .....	(197)
<b>第二节 财产保险债权可质性论证</b> .....	(200)
——以房贷险受益人为例	
一、房贷险受益人特约的性质 .....	(200)
二、财产保险债权的可质性及其立法探讨 .....	(203)
<b>第三节 物上代位实现规则设置的正确路径</b> .....	(210)
一、保险金债权上担保物权的竞合及其法律问题 .....	(210)
二、物上代位制度的固有脆弱性 .....	(211)
三、物上代位实现规则设置的正确路径 .....	(213)
<b>第四节 保险金债权上担保物权竞合之法理逻辑构架</b> .....	(214)
一、研究的视角定位和进路选择 .....	(214)
二、关于担保物权竞合的基本理论 .....	(215)
三、担保物权竞合法律规则的论证 .....	(217)
四、物上代位权优先于意定质权的法理逻辑梳理 .....	(222)
五、抵押物保险金上担保物权竞合的实例分析 .....	(227)
六、结论和建议 .....	(228)

### 第三编 房贷保证保险问题研究

<b>第九章 保证保险的基本理论问题</b> .....	(233)
<b>第一节 保证保险概述</b> .....	(233)
一、保证保险的起源 .....	(233)
二、对保证保险概念的界定 .....	(234)
三、保证保险在我国的兴起和发展 .....	(236)

四、我国现行的保证保险制度法律规范 .....	(242)
第二节 保证和保险的机制和原理 .....	(243)
一、保证的机制和原理 .....	(243)
二、保险的机制和原理 .....	(246)
三、保证与保险的比较 .....	(248)
第三节 保证保险的产生及其法理逻辑 .....	(251)
一、保证向保险的演变——保证保险的产生 .....	(251)
二、从形式上的保险到实质上的保证的贯通——保证 保险的基本法理逻辑 .....	(253)
三、以保险原理对保证保险的逻辑解读 .....	(255)
四、保证保险的分类及其与相关保险类别的比较 .....	(257)
第十章 保证保险的法律性质和特征分析 .....	(262)
第一节 保证保险法律性质的定位 .....	(262)
一、关于“保证”和“保险”之争 .....	(262)
二、法律适用规则及其变化 .....	(265)
第二节 保证保险关系的基本结构和特征 .....	(267)
一、关于保证保险关系基本结构的观点及比较 .....	(267)
二、保证保险合同的双务有偿性 .....	(271)
第三节 保证保险合同的效力规则 .....	(273)
一、保证保险合同的独立性原理 .....	(273)
二、保证保险合同的效力规则 .....	(274)
三、保证保险合同的法律后果 .....	(277)
第四节 保证保险内在机理的再阐释 .....	(277)
一、保证保险的保险利益 .....	(277)
二、保证保险属性从保证到保险的机理 .....	(279)
三、债务人主客观信用风险的区分和保证保险的对应 规则 .....	(280)
第十一章 房贷保证保险及其法律性质 .....	(284)
第一节 上海首例房贷险案和问题的提出 .....	(284)
一、“房贷险第一案”的具体案情及审判结果 .....	(284)

二、房贷保证保险法律属性问题的提出 .....	(285)
第二节 论房贷保证保险的法律性质 .....	(288)
一、住房还贷保证保险创设的功能目标 .....	(288)
二、房贷保证保险替代住房抵押权的必要性与可行性 .....	(291)
三、房贷保证保险具体规则的分析 .....	(292)
<b>第十二章 住房保障制度与政策性的住房金融 .....</b>	<b>(296)</b>
第一节 住房保障制度与政策性住房金融的研究意义 .....	(296)
一、完善我国住房保障制度的必要性和紧迫性 .....	(296)
二、住房金融在住房保障中的作用发挥及其理论 研究意义 .....	(297)
第二节 我国住房保障制度的法理基础 .....	(298)
一、风险社会理论 .....	(298)
二、福利国家政策 .....	(300)
三、基本人权理论 .....	(303)
第三节 中国住房保障制度改革的思路构想 .....	(307)
一、住房金融视角下的我国住房保障制度改革 .....	(307)
二、具体的思路构想 .....	(307)
<b>附录一</b>	
中国工商银行《个人购房借款合同》文本（开发 商保证担保适用）（版本号：C2005.08） .....	(309)
中保财产保险公司关于印发个人抵押贷款房屋 保险条款和个人购置住房抵押贷款保证保险条款及 条款解释等文件的通知（保财发〔1998〕190号） .....	(315)
中保财产保险有限公司《个人购置住房贷款保证保险 条款》（1998年10月28日） .....	(317)
房地产按揭贷款项目合作协议书（2005年5月修改版） .....	(321)
<b>附录二</b>	
最高人民法院对湖南省高级人民法院关于《中国工商 银行郴州市苏仙区支行与中保财产保险有限公司湖 南省郴州市苏仙区支公司保证保险合同纠纷一案	



的请示报告》的复函([1999]经监字第 266 号) .....	(324)
中国保险监督管理委员会关于保证保险合同纠纷案 的复函(1999 年 8 月 30 日 保监法[1999]16 号) .....	(328)
最高人民法院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(2003 年 3 月 24 日最高人民 法院审判委员会第 1267 次会议通过 法释[2003] 7 号) .....	(330)
最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、 冻结财产的规定(2004 年 10 月 26 日最高人民法院审判 委员会第 1330 次会议通过 法释[2004]15 号) .....	(335)
最高人民法院关于人民法院执行设定抵押的房屋 的规定(2005 年 11 月 14 日最高人民法院审判委员会 第 1371 次会议通过 法释[2005] 14 号) .....	(341)
主要参考文献 .....	(343)
后记 .....	(349)