

不动产按揭 法律制度研究

毛和文 著

Study on
Mortgage Law of
Real Estate



中国民主法制出版社

不动产按揭法律制度研究

毛和文 著

中国民主法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

不动产按揭法律制度研究/毛和文著. —北京: 中国民主法制出版社, 2010. 4
ISBN 978-7-80219-697-1

I. ①不… II. ①毛… III. ①不动产-销售-贷款-法规-研究-英国 IV. ①D956.122.8

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 055840 号

书名/不动产按揭法律制度研究

作者/毛和文 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号 (100069)

电话/63292534 63057714 (发行部) 63053367 (总编室)

传真/63056975 63056983

http: //www. npc. gov. cn

E-mail: mzfz@263. net

经销/新华书店

开本/16 开 787 毫米×1092 毫米

印张/31.75 字数/600 千字

版本/2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷

印刷/廊坊人民印刷厂

书号/ISBN 978-7-80219-697-1

定价/58.00 元

出版说明/版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

摘 要

按揭制度的起源可追溯到罗马时代的 *fiducia*（本意是信托或信赖），它要求不动产的法定所有权由贷款人持有，如果借款人履行了贷款合同中的义务，*fiducia* 就会要求贷款人将所有权返还给原始的所有人（借款人）。后来为方便应用，人们创立了典质（*pignus*）这种工具，它不要求财产所有权的转移，而是将财产进行“典当”，即借款人保留所有权。稍后，人们创立了意思是抵押物的 *hypotheca*。这一工具类似于 *pignus*，不同的是贷款人仅在实际违约的情况下才能取得不动产的控制权。

当罗马帝国开始衰落时，德国文化开始风靡欧洲。德国法律承认质（*gage*）这一概念，指的是作为履行合同的担保而交付的存放物。

在 1066 年威廉征服英国后，法国人将德国式的 *gage* 体系引进到英格兰。对涉及没有被实际转移的抵押不动产贷款，被称为“死的”*gage*。由于法语中表示死的词为 *mort*，这自然被称为 *mort gage* 或 *mortgage*。

在英国，近代按揭主要经历了三个发展阶段：1926 年之前，法定永久产权（*fee simple*）的按揭是通过按揭人将法定永久产权让与给按揭权人的方式创设；租地权的按揭是按揭人将租地权让与给按揭权人或按揭人将一定期限（至少比他自己的租地权少一天）的再租权授予给按揭权人的方面设立。1925 年之后，永久产权和租地权的法定按揭可以分别通过《1925 年财产法》规定的两种方式创设，不再让与法定永久产权和租地权。而《2002 年土地登记法》规定，如果土地产权没有被登记，《1925 年财产法》对于法定永久产权和租地权分别规定的两种方式均可采用。如果土地产权经过登记，只能分别采用法定“押记”（*charge*）的方式设定法定按揭。衡平法按揭可以通过合同、法定产权的不完备让与、衡平法利益的按揭或衡平法押记等方式设立。以“部分履行”设立衡平法按揭的方式在英国已被废除，而由于《2002 年土地登记法》规定已登记的土地不再发土地证，所以在英国以“契据押存”的方式设立衡平法按揭也已不可能。

美国法上的物的担保制度与英国法基本相似，但也有许多不同之处。美国《统一商法典》（UCC）前承认广泛的担保制度，以适应不同时期不同融资的需要。美国于 1952 年颁布 UCC，该法典未按传统的担保法立法所采取的依据担保形式之差异而分别制定法律的做法，而是将以前的留置、质押、动产让与担保、应收账款等担保形式进行抽象而将其囊括于担保权益（*secured inter-*

ests) 之中, 作为一个整体给予规范。随着该法典为绝大多数州所采用, 动产担保制度在全美已基本实现了统一。在美国的大多数州, 购买者或借款人获得贷款人帮助购买财产的所有权, 而贷款人获得财产上的留置权。所以, 一些州称此种权利为财产所有权 (title), 而另一些州则认为实质上只是一种留置权益 (lien)。现在, 几乎所有的州依按揭的大多数目的均认为按揭是一种留置。尽管关于担保权人的权益性质存在“所有权转移说” (title theory) 和“留置权说” (lien theory) 的区别, 然而, 在美国, 总的趋势是废除“所有权转移说”, 而采“留置权说”, 而留置在本质上就是一种担保权益。美国正在努力实现全国的法律统一, 美国法学会已制定《第三次财产法 (按揭) 重述》, 关于按揭的规定与英国相比较, 有不少的变化。

在我国香港地区, 1984 年 11 月 1 日《物业转易及财产条例》通过之前, 法定按揭通过将土地让与 (assignment) 或再租 (sub-demise) 给按揭权人的方式设立, 附属约定, 当贷款依约定的条件得到偿还以后, 按揭权人须将土地回转 (re-assign) 或交还 (surrender) 给按揭人。在香港地区, 最普遍的按揭方式是让与。根据《物业转易及财产条例》第 44 条规定, 自 1984 年 11 月 1 日起, 以法定产业作押, 须以契据形式设立法定押记。按揭财产的法定产权 (estate) 不再转让给按揭权人, 而由按揭人保留。所以, 1984 年 11 月 1 日之前按揭权人享有法定产权。按揭人享有衡平法回赎权。而 1984 年 11 月 1 日之后, 按揭人享有法定产权和衡平法回赎权, 按揭权人仅享有法定押记权益。按揭形式的变化使按揭的实质更接近现实。

通过对英国、美国和我国香港和内地按揭制度的研究, 可以清楚地发现, 按揭制度在形式和实际操作上已逐步由复杂繁琐向简单规范的方向发展, 内容上已完成由“产权的让与”向“押记”转变, 而从押记的功能上看, 以按揭形式设立的“(法定) 押记”非常类似于我国内地的抵押制度。

鉴于我国担保财产的种类参考了英美法的按揭实践, 而英美国家和地区的担保方式、担保权的实现途径方面也在向大陆法中的抵押制度靠拢, 作者认为, 尽管“按揭” (mortgage) 或“押记” (charge) 和大陆法中的“抵押”仍存在诸多的不同和差别, 但我们可以剥离其对我国不适用或不切合我国实际的枝叶, 留下其主杆和核心部分, 将其吸收到我国的“抵押”制度中来。

关键词: 英美法、不动产、按揭、担保权益

Abstract

Mortgage originated from fiducia (the original meaning was trust) of Rome, it required that the legal estate should be vested in the lender. If the repay obligation of contract was fulfilled, the legal estate should be reconveyed to the owner (the borrower). Later, for the convenience of the application, pignus was designed. It did not require the conveyance of the estate, but pawn the property, that was, the borrower remained the estate. Soon, they created the tool of hypotheca, which looked like pignus. But, the difference was that only when the borrower breached the covenant could the lender control the real estate.

When Rome came into debility, the German culture fashioned Europe. The Germans acknowledged the concept of gage, meaning property hypothecated.

After William conquered England in 1066, the Frenchmen brought in the gage system, calling the security relating no actual conveyance "dead" gage. And because the French word mort means dead, this was naturally called mort gage or mortgage.

In England, modern mortgage developed through three stages: Prior 1266, mortgages were created by conveyancing of the estate. And after 1266, legal mortgages may be created by methods stipulated in LPA, 1925, no legal estates were conveyed. If the land was not registered, it is stipulated in LRA, 1925, that both the methods of LPA, 1925 can be used. But if the land was registered, mortgage can only be created by charge.

The security transactions in U. S. A basically resembled those in England, but there were many distinctions. Prior UCC, a wide extension of securities were recognized, accommodating the needs of finance. In U. S. A, UCC was enacted in 1952. It did not make provisions according to the discriminations of traditional security, but conclude the prior lien, pledge, chattel mortgage, accounts receivable into secured interests as one whole. As most states applied UCC, chattels security system in the whole of U. S. A were basically united. In most of U. S., the purchaser or the borrower became the owner of the property which the lender helped to buy, while the lender remained the secured rights or interests. So, some states call this title, while others deem it only a lien. Nowadays, almost all of the states consider it a li-

en according to the most purposes of mortgage. Notwithstanding the distinguishes of title theory and lien theory of the nature of security interests, the general trends is the abolishment of title theory, and remain the lien theory in U. S. But the nature of lien is a security interest. U. S. A is making efforts to unify the statutes, and the American Law Institute enacted the Restatement of the Law - Property (Mortgage), third. Compared with the rules put in practice in England, the mortgage of U. S. A has changed much.

In the Special Administration Zone of Hongkong, prior the Conveyancing and Property Ordinance 1984, legal mortgage was created by assignment or sub - demise the land to the mortgagee, subject to the covenant that if the advanced money was repayed, the mortgagee should re - assign or surrender the estate to the mortgager. In Hongkong, the most popular mortgage was created by assignment. According to section 44 of the Conveyancing and Property Ordinance 1984, since 1st of November, 1984, the legal mortgage may be created by charge. The legal estate of the mortgaged property would no longer be assigned to the mortgagee, but remained by the mortgager. So, prior 1st of November, 1984, the mortgagee enjoyed the legal estate, the mortgager enjoyed the equity of redemption. After 1st of November, 1984, the mortgager would enjoy both the legal estate and the equity of redemption, the mortgagee only enjoys the interests of charge. The formal change of mortgage made the nature approach to the reality.

By studying the mortgage system of England, U. S. A , Hongkong destrict and the mainland of China, we can see clearly, the form and real application of mortgage has been conversing from complexity and fussy to simple and standard. The content has changed from conveyance to charge. In the aspect of function, the legal charge extraordinarily resembles the hypothecation of the mainland of China.

In the aspect of the category of security property, we accepted some implementation practised in England, but the security method and enforcement of the security interests in English countries and districts are closing up with hypothecation. Despite many differences between mortgage or charge and hypothecation of civil law, we may peel off the minor details which are not suitable to the occasion of China, remain the hardcore, and incorporate it into our hypothecating system.

Key words: Common law, Real Estate, Mortgage, Security Interests

前 言

20 世纪中叶以来,全世界各主要发达国家或地区的住房领域发生了革命性的变化。但是,当今社会,个人购买住宅的共同特点是担保借款购房,而在英美国家或地区最主要的担保方式就是按揭(mortgage)。

在英国,与个人购房不可分离的是将住宅按揭给建筑协会(Building Society)^①或其他贷款人。政治经济学家称之为财产所有权民主。^②20 世纪 80 年代末和 90 年代初,年轻夫妇向建筑协会或银行借钱用以购买他们梦寐以求的住房成为最时尚的传奇。但他们的购房价支付得很可能虚高,利率不断刷新记录,同时失业人数也在增加。许多人发现他们不能坚持按承诺每月向贷款人还款。由于本金和利息的拖欠,导致利息孳生更多的利息。还款的惟一办法就是卖掉住房,而房价又开始狂跌。有些人彻底失望,只好搬出住房,将锁匙邮寄到贷款人的信箱(故意使自己成为无家可归者,表明地方政府不能为他们重新安排住房)。由于经济的继续衰退,虽然问题自 20 世纪 90 年代中期有所缓解,但仍有越来越多的小公司的拥有者将其住房按揭或再按揭,以筹集资本维持艰难的经营。^③

1997 年,英国的新增住房数上升了 1961 年至 1997 年新增住房数的近一半,达到 2480 万套。一般情况下,25 岁以下的住户与其他年龄段的住户相比,更可能租房,但到了 1996~1997 年,大约四分之一的 25 岁以下住户都是自有房住户,当然,他们当中极少有人是完全拥有住房。然而,25 岁和 34 岁之间一半以上的人都以按揭的方式购房,而 35 岁和 44 岁之间的人购房者人数超过了三分之二。到人们退休时,他们当中大多数人均还完了按揭款:65 岁以上的人超过一半完全拥有了自己的住房。^④现在,英国大约 70% 的房屋为自有住房,而这些住房中几乎所有的住房都是借助建筑协会或银行的贷款购买

① 英国的建筑协会运动始于约 150 年前,当时有许多为其成员(借款人和投资人)的利益而经营的互助性协会。现在,许多这样的协会已经非互助化了,转而成为银行,在广泛的金融市场上能够开展竞争,并对其股东而不是成员负责参见[英]凯特·格林、乔·克斯雷著:《土地法》(第四版影印本),法律出版社 2003 年版,第 80 页。

② Pettitt v. Pettitt[1970]AC 777 at 824,[1969] 2 All ER 385 at 414(See Cheshire and Burn's *Modern Law of Real Property*, Sixteenth edition, Butterworths,2000,p. 717).

③ [英]黛安·查佩尔著:《土地法》(第五版影印本),法律出版社 2003 年版,第 319 页。

④ Central Statistical Office *Social Trends* (1999 edn), pp. 168-169(See Cheshire and Burn's *Modern Law of Real Property*, Sixteenth edition, Butterworths,2000,p. 717).

的。如果不是因为这些贷款机构,我们或许不会有像迪普洛克大法官(Lord Diplock)^①所描述的“一种财产所有权民主,特别是一种将不动产按揭给建筑协会的所有权民主”。^②

融资可能还有其他的理由,如借款人计算他可以用所借的款项在扣除应支付的利息后赚更多的钱。他的资本可以投入到经营之中,为了扩大规模,他需要借款。或者借款人已经有一套住宅,希望卖掉之后再买一套,这样,在出售旧房和购买新房期间他就需要一笔短期的“过桥资金”(bridging loan),即过渡性借款。^③

随着时间的推移,按揭的社会和商业功能毋庸置疑地发生了变化。除了在推动商业活动中所起的融资作用外,按揭资金空前的可用性已经强有力地促进了英国住房观念的变革。在20世纪90年代,大不列颠自有住房的比例稳定在全部住房总数的67%左右,其中,几乎有三分之二承担着某种现有的按揭义务^④。

在美国,20世纪20年代初,建筑和贷款协会发展最为迅速。协会从1900年的5356家,总资产5.71亿美元,增长到1930年的11777家,资产88亿美元。^⑤由于货币供给以历史性的高速增长,房地产的价值迅速上升。此后,随着20世纪30年代初银行体系的崩溃,货币供给骤降,房地产价格随之下降,导致创记录的违约,并进一步侵蚀了贷款人的资本金。^⑥

为了整顿这一混乱局面,联邦政府通过制订方案和设立机构——重组融资公司(RFC)、联邦住房贷款银行系统(FHLBS)、住房业主贷款公司(HOLC)、联邦储蓄和贷款保险公司(FSLIC)、联邦住房管理局(FHA)和联邦国民按揭协会(FNMA)以支持房地产贷款市场。

① Diplock 20世纪60年代被提拔为英国上议院的法官,接下来的20世纪70~80年代,他一直是英国枢密院的一名大法官,由于在法律和审判方面的贡献,他享有很高的声望。Lord为英国贵族法庭审判长、上诉法院法官。

② Fisher & Lightwood's *Law of Mortgage*, 12th edition, Butterworths, 2006, foreword. Pettit v. Pettit [1970] AC 777, 引自(英)黛安·查佩尔著:《土地法》(第五版影印本),法律出版社2003年版,第320页;Cheshire and Burn's *Modern Law of Real Property*, Sixteenth edition, Butterworths, 2000, p. 717; J G Riddall, *Land Law*, Seventh edition, LexisNexis, Butterworths, 2003, p. 465; Kevin Gray & Susan Francis Gray, *Elements of Land Law*, Third edition, Butterworths, 2001, p. 543.

③ Cheshire and Burn's *Modern Law of Real Property*, Sixteenth edition, Butterworths, 2000, p. 717.

④ General Household Survey 1996 (Office for National Statistics), p. 24, Table 3. 1. (Kevin Gray & Susan Francis Gray, *Elements of Land law*, Third edition, Butterworths, 2001, p. 543.)

⑤ [美]特瑞斯·M·克劳瑞特等著:《房地产金融原理和实践》,龙奋杰、李文诞等译,经济科学出版社2004年版,第60页。

⑥ 同上注书,第61页。

由于美国用于不动产的资金大量跨州界流动,使三十年前仍几乎是地方概念的按揭市场,现在已真正扩展至全国范围。按揭贷款就像是证券和担保债务的文件一样,经常是大规模跨州界流动。至2004年底,一至四口之家住房按揭贷款余额面值约为8.1万亿美元。^①根据“按揭银行协会”的估计,2005年美国发放了3万亿美元的按揭贷款。^②现在,美国的按揭市场已经成为最大的资本市场之一。

在我国香港地区,按揭在家庭和商业领域均发挥着重要作用。在家庭方面,按揭推动了自有住房的增长,减少了对租房居住的依赖。如果没有银行或贷款机构的协助,很少有人有充足的闲散资金购房。^③在商业方面,土地按揭为推动生产、贸易和其他商业活动提供资金支持。尽管香港的财产市场有时不稳定或波动,但土地仍能提供相对稳定的和有市场的担保方式,对于贷款人来说,它是一种有吸引力的担保方式。^④根据香港金融管理局1996年底的调查,香港共有911240私人住宅单位(不包括“居者有其屋计划”和“私人机构参建居屋计划”的单位)。调查结果显示这些单位中约有42%未偿还按揭贷款。^⑤1997年底,提供给专业人士和个人购买私人住宅物业的未偿还贷款额为4730亿港元。^⑥而根据香港金融管理局1998年9月对39间认可机构的住宅按揭统计调查公布的结果,至1998年9月止,共有383370宗未偿还按揭贷款,涉及金额为4930亿港元。就按揭贷款的合约期限而言,平均约为221个月(或18.4年)。其中绝大部分按揭贷款(92.9%)均汇报为业主自用。其他贷款则为非业主自用物业,可能是作投资用途。^⑦据香港金融管理局2006年11月对23间认可机构的住宅按揭统计调查公布的结果,至2006年11月止,香港的未偿还按揭贷款为5262亿港元。^⑧

我国内地的房屋贷款市场在1998年才出现。在此之后,我国个人住房贷款呈现高速增长态势,1999~2004年个人住房贷款余额同比增长分别是218.6%、148.72%、65.77%、47.71%、42.46%和35.1%。2002~2004年,全国个人住房贷款余额分别达到:8258亿元、11779亿元、15922亿元,年度增加值分别为:2670亿元、3528亿元、4072亿元。截至2005年11月底,国

① Frank J. Fabozzi: *The Handbook of Mortgage-Backed Securities*, sixth edition, p. 3.

② 同上。

③ Sarah Nield, *HongKong Land Law*, Addison Wesley Longman China Limited, Second Edition 1997, p. 441.

④ 同上。

⑤ <http://sc.info.gov.hk/gb/www.info.gov.hk/hkma/chi/press/1998/98022>.

⑥ 资料来源:香港金融管理局出版的《金融数据月报》,1998年1月号。

⑦ <http://sc.info.gov.hk/gb/www.info.gov.hk/hkma/chi/press/1998/98022>.

⑧ <http://sc.info.gov.hk/gb/www.info.gov.hk/gia/general/200612/21/p20>.

内商业银行个人住房贷款余额达到 18177 亿元。^①

中国房屋贷款市场已达 2270 亿美元，规模居亚洲之首^②。据了解，在亚洲 6 个经济体中，韩国是亚洲第 2 大房贷市场，从 2001 年来已增长 2 倍至今年的 2000 亿美元。房屋贷款占 GDP 的 26.6%。另外 4 个经济体中，房贷占 GDP 的比重分别为新加坡占 61%，中国香港占 44%，泰国占 8.8%，印度尼西亚占 2%。^③

但是，“我国居民个人住房按揭贷款的规模与西方发达国家相比仍偏小，有较大的发展空间。2004 年底，我国居民个人住房按揭贷款占 GDP 的比率平均达到 39%，而英国为 60%，德国为 47%，荷兰达到 74%。我国居民个人住房贷款增长的潜力巨大。”^④

在我国，按揭一词，几乎与房地产开发、预售相伴而行。但是，按揭制度非常复杂，且仍在发展和变化之中，它在我国的不动产法律制度中是一个薄弱的环节，有必要专门进行研究。

在土地的各种所有权益当中，没有哪一项像按揭一样从经济、社会或者政治上对我们大家产生如此大的影响。基于此，英国的法律委员会在其 1986 年的工作报告第 99 号——《按揭》中称：“……现存按揭的数据，在不完善的法律的各个层面随时都彰显其重要性。而且，即使案件为数不多，按揭法不能令人满意的作用却影响着一大批人。”^⑤ 在英国陷入困境的住房所有人的比例数虽然较小，但还是形成了一个庞大的判例法体系。^⑥

自 2007 年初开始，由华尔街次级按揭贷款危机引发的金融海啸已经让不少美国投资银行、商业银行、投资者和企业陷入破产或者极度的困境，预计也可能使得大约 200 万个家庭搬出房屋住进帐篷。同时，这场危机迅速波及全世界，特别是在推行资本主义自由经济和资产证券化方面与美国一唱一和或者极力步美国后尘的欧洲，原以为自己可以隔岸观火，万万没有料到会使自己措手不及。因此，对按揭贷款的研究不仅从经济、金融方面说是重要的，其所引起的法律问题和社会问题也不容忽视。

我国的担保市场及担保立法，目前只有保证、抵押、质押、定金和留置，如果将典当也算进来，也就是这几种了。实践中的按揭在立法及司法实

① 牛凤瑞主编：《中国房地产发展报告》（No：3），社会科学文献出版社 2006 年版，第 104 页。

② <http://news.163.com/06/1212/09/324NLR1S000120GU.html>。

③ 同上。

④ 中国人民银行研究局房地产金融分析小组：《中国房地产金融报告》，中国金融出版社 2006 年版，第 14 页。

⑤ [英] 黛安·查佩尔著：《土地法》（第五版影印本），法律出版社 2003 年版，第 321 页。

⑥ 同上。

践却难寻其踪影。关于按揭的存与废,争论颇多。笔者认为,在解决问题之前,应当先进行按揭的理论研究,首先是弄清楚“按揭”的本质究竟是什么;其次需要弄清楚按揭是如何应用的;其三要弄清楚按揭在我国有没有必要;第四要弄清楚按揭在我国有没有可操作性。所以,按揭研究的理论意义自不待言。

由于按揭自身的特性,仅从大陆法系的物权法和债权法研究按揭是远远不够的。按揭制度既涉及物权法,也涉及债权法。按揭制度与我国的物权法和债权法密切相关。而我国的多数专家、学者都是研究物权理论(物权公示、物权行为、不动产变动、不动产登记、不动产抵押担保)和债权理论(不动产交易、商品房买卖、商品房预售等)的。极少有专门研究不动产按揭理论的。因此,专门研究不动产按揭有着十分重要的理论价值。

从中国住房按揭贷款的实践看,1998年以后,鼓励银行向消费者发放按揭贷款,有的银行按购房额全额贷款。2001年6月19日,中国人民银行印发了《关于规范住房金融业务的通知》(银发[2001]195号),2003年6月13日发布了《关于进一步加强房地产信贷业务管理的通知》(银发[2003]121号),这些政策的目的一是规范个人住房贷款按揭成数,严禁“首零付”个人住房贷款,提出按揭成数最高不得超过80%,对购买第二套或两套以上住房的,适当降低按揭成数。从2002年以来,按揭成数逐年下降,但即使这样,中国住房贷款的按揭成数在2005年第一季度也为63%^①。

从实际情况看,按揭影响着借款人、贷款人、按揭财产的购买者等等。对于许多家庭来说,按揭贷款的偿还是每个月最重要的支出,只有将全部按揭贷款偿还完毕才是舒心的时刻。而对于小企业来说,按揭贷款的能力是该企业的生命血液(life-blood),这些小企业的企业主(包括他们的配偶),以他们的家庭作赌注,指望业务取得成功。另一方面,生活的变迁,包括婚姻关系的解散、失业、企业破产等,均可能导致收楼(repossession)和无家可归的不幸。所以,按揭的设立、履行和回赎都深深地嵌入社会的组织之中。^②

中国是世界上房地产业发展最为迅猛的国家之一,二十多年的中国房地产业,在世界可堪称一枝独秀,令世人刮目相看。但是,按揭过程中的诸多问题和社会风险,有必要从法律的角度进行研究。

房地产业的兴旺带来了房地产法学的春天。专门研究房地产法的专家、学者如雨后春笋。但是,专家学者们主要是从房地产(综合)管理法、物权法、

^① 中国人民银行研究局房地产金融分析小组:《中国房地产金融报告》,中国金融出版社2006年版,第14页。

^② Fisher & Lightwood's *Law of Mortgage*, 12th edition, Butterworths, 2006, foreword.

债权法的角度研究房地产法律制度。另一方面,研究外商投资的专家学者又主要是从国际经济法、国际投资法、公司法、企业法的角度来研究我国的三资企业法律制度。目前,仍未有专家学者专门研究我国的不动产按揭制度,原因有三:一是按揭制度被一场突如其来的、轰轰烈烈的房地产开发运动所掩蔽,对我国按揭制度研究的准备不充分;二是认为按揭制度与我国的担保(尤其是抵押制度)并无二致,无单独研究的必要;三是研究不动产按揭的实践经验不足,缺乏研究的基础和平台。由于以上三个原因,多数专家学者仅仅是在研究我国担保制度时,设专篇或专章附带提及按揭法律制度,而未专门研究不动产按揭法律制度。

目前研究的主要成果有:

在英国,关于按揭方面的著作有:库特的《按揭法》(Coote, *Law of Mortgages* (9th edn)),库森斯和罗斯的《按揭法》(Cousins and Ross, *Law of Mortgage* 1989),费雷斯特的《按揭》(Fairest, *Mortgages* (2nd edn)),费歇尔和纳特伍德的《按揭法》(Fisher and Lightwood, *Law of Mortgages* (11th edn and 12th edn)),喔德克的《按揭法》(Waldock, *Law of Mortgages* (2nd edn))等专著。

在美国,通过律师和法学专家的共同努力,已经产生了担保法中具有重要价值和里程碑式意义的成果,即美国法学会(American Law Institute)的《第三次财产法(按揭)重述》(*Restatement of the Law Third, Property (Mortgages)*)。

在我国香港地区,没有研究不动产按揭的专著,但是,《香港土地法》^①和《物业转易及财产条例》^②有比较详细的论述。

在我国,有关不动产担保方面的著作有何美欢女士的《香港担保法》^③,许明月博士的《抵押权制度研究》^④和《英美担保法要论》^⑤,王闯博士的《让与担保法律制度研究》^⑥,于海涌的《法国不动产担保物权研究》^⑦,费安玲的《比较担保法》^⑧,蔡永明的《比较担保法》^⑨,陈祥健主编的《担保物权研

① Sarah Nield, *HongKong Land Law*, Second Edition, Addison Wesley Longman China Limited, 1997.

② Butterworths Hong Kong Conveyancing and Property Law Handbook, Second Edition.

③ 北京大学出版社 1995 年版。

④ 法律出版社 1998 年版。

⑤ 重庆出版社 1998 年版。

⑥ 法律出版社 2000 年版。

⑦ 法律出版社 2006 年版。

⑧ 中国政法大学出版社 2004 年版。

⑨ 北京大学出版社 2004 年版。

究》^①，陈本寒的《担保物权法比较研究》^②，徐海燕主编的《英美担保法》^③，刘保玉主编的《担保法疑难问题研究与立法完善》^④等。

有关按揭方面的论文主要有刘得宽的《美国法上的“mortgage”（不动产抵押）制度》^⑤、许明月的《不动产按揭“Mortgage”研究》^⑥和卢琼的《房地产楼花按揭研究》^⑦等。

在我国公开出版的法学类刊物上，发表了不少有关土地使用权、物权变动、物权抵押、物权登记、商品房预售、按揭等方面的论文。但极少有人专门研究按揭法律问题，也极少有人研究我国的不动产按揭法律问题。这也是笔者想研究此题的动力之一。

在我国还没有专门研究不动产按揭的专著，也没有专门的按揭立法^⑧。按揭制度在没有立法和理论指导的情况下，不伦不类地实施了十多年，按揭的运作和司法实践参照的是担保法中的抵押法律制度。

要规范我国的不动产担保融资行为，研究我国的按揭法律问题已是摆在我们面前的迫切任务。

按揭法律制度问题很多，也很复杂，本书不可能将所有法律问题都进行研究，而是仅限于研究不动产按揭的基本问题。为了让不动产按揭法律制度更清晰地展现在我们面前，本书将研究英国不动产按揭的基本理论、英国不动产按揭的创设、英国按揭人和按揭权人的权利和义务、按揭制度在英美法系国家和地区的衍化、按揭制度在我国大陆地区的表现等。这样锁定是因为，不研究英国的不动产按揭，就是无源之水、无本之木，最终导致空中楼阁；仅研究英国的不动产按揭，不研究我国大陆和香港的按揭制度，对我国的担保制度的研究无实际意义，这是“乌托邦”。特别是我国的商品房预售制度和按揭制度，与其说是一种新建商品房销售行为，不如说是一种融资行为，预售和按揭已成为我国不动产交易的一个不可或缺的一环。

当然，我国新开发的商品房买卖包括楼花（期房）的买卖和成品商品房

① 中国检察出版社 2004 年版。

② 武汉大学出版社 2003 年版。

③ 对外经济贸易大学出版社 2006 年版。

④ 法律出版社 2006 年版。

⑤ 刘得宽著：《民法诸问题与新展望》，中国政法大学 2002 年版。

⑥ 梁慧星主编：《民商法论丛》第 10 期。

⑦ 蔡耀忠主编：《中国房地产法研究》，法律出版社 2002 年版。

⑧ 值得欣慰的是，2007 年通过的《中华人民共和国物权法》第 180 条规定了债务人或者第三人有权处分的建筑物和其他土地附着物，建设用地使用权，以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权，生产设备、原材料、半成品、产品，正在建造的“建筑物”、“船舶”和“航空器”均可以抵押。

（现房）的买卖。本书将商品房销售中的按揭列入研究范围，主要研究我国的商品房预售中的按揭法律制度，因为正是由于我国建立了商品房预售制度，有了按揭，才促进了我国今天房地产业的兴旺和繁荣。对此而言，商品现房的买卖过程中不存在按揭，只有抵押，而且商品现房的买卖在我国的商品房交易中处于次要地位。我国的不动产按揭仍是今日朝阳，外界对按揭法律制度仍是雾里看花、水中观月。从行业内部出发，我们更能看清问题和症结之所在，更能对症下药、有的放矢。

理论是实践的高度概括，是前人对生活经验的浓缩和提炼，它高于实践又可以指导实践。学习理论可以提高研究者的理论修养和研究层次；同时也可以使研究者把握方向，少走弯路，节省时间。按揭是英美法学中财产法的一支，对按揭的研究离不开法学理论的基础，离不开民法的物权债权理论，特别是担保法理论的支持。因此，要完成本书的写作，必须努力加深物权法、担保法、债权法（合同法）的理论功底。笔者从1995年开始介入房地产开发经营，并不断收集有关按揭的英文专著，为完成本书提供了理论依据。

然而，按揭法律制度的实践性很强。现实生活瞬息万变，理论如果不紧跟实践，就会落后或脱节，甚至会迷失方向。我国的房地产业令世人耳目一新，如我国的商品房预售制度、按揭制度、按揭中的担保制度等均堪称“中国特色”。因此，对我国按揭法律制度的研究，必须结合我国现有的房地产业发展情况，理论联系实际，研究的成果才会有裨益。从另一方面说，笔者从1998年一直从事外资房地产的开发、经营活动，亲自完成了许多按揭纠纷的诉讼、仲裁甚至集体诉讼等法律事务的处理，为完成本书积累了丰富的案例和素材。

英国1925年颁布了《财产法》（Law of Property Act 1925）和《土地押记法》（Land Charges Act 1925），后来又有了《1972年土地押记法》（Land Charges Act 1972）、《2002年的土地登记法》（Land Registration Act 2002）。美国有《第三次财产法（按揭）重述》（Restatement of the Law Third - Property <Mortgage>）。我国的香港地区有1984年《物业转易及财产条例》（Conveyancing and Property Ordinance），《土地登记条例》（Land Registration Ordinance）等。我国是法制高度统一的国家，国家的法律法规及政策，在其效力范围内基本能得到一体遵行。由于我国的房地产业是一个新复苏的行业，加上我国改革开放前的一段特殊的历史时期，按揭实践不规范，理论研究缺失。要判断我国要不要规定按揭制度，规定在何处，如何规定，必须对以上法律规定进行分析、研究和借鉴。

按揭制度源自英国。随着英国殖民地的不断扩张，英国的文化及法律制度也尾随而至，按揭制度也不例外。但是，英国的按揭制度非常复杂，并且至今

已有不少变化和发展。在众多的普通法系国家中，美国独树一帜，按揭制度在向统一的成文立法方向努力。我国的香港地区是一个特例，按揭法律制度有其自身的特点。因此，对英国、美国、澳大利亚、新加坡、新西兰、我国香港和我国内地的按揭制度进行比较研究尤为重要。

目 录

前 言	(1)
第一章 英国不动产按揭的历史演变及界定	(1)
第一节 英国不动产按揭的历史演变	(1)
一、英国财产的分类和不动产的概念	(1)
二、不动产按揭的含义	(13)
三、不动产按揭的历史演变	(18)
四、不动产按揭与留置和质	(24)
五、不动产按揭与押记和财产负担	(26)
第二节 英国不动产按揭的类别	(34)
一、不动产按揭、动产按揭和据法权产按揭	(34)
二、船舶和飞机的按揭	(35)
三、农业、矿产的按揭	(37)
四、建筑协会按揭与非建筑协会按揭	(37)
五、法定按揭与衡平法按揭	(38)
六、租赁式按揭与押记式按揭	(40)
七、永久地产权按揭与租地产权按揭	(40)
八、本按揭与再按揭	(41)
九、第二、在先、在后、连续与次级按揭	(41)
十、未登记不动产和已登记不动产的按揭	(43)
十一、一次性还款按揭、分期还款按揭	(44)
十二、人寿保险按揭、养老金按揭和只还利息按揭	(45)
十三、优质级按揭、可选择优质级按揭和次级按揭	(47)
十四、其他按揭形式	(47)
第三节 按揭的主体	(48)
一、绝对所有人	(48)
二、共有人	(48)
三、合伙人	(49)
四、配偶	(50)