# 探析中国房地产按揭的法律属性

来源：网络 作者：雨雪飘飘 更新时间：2024-02-05

*一、 中国 房地产按揭的概念 分析“按揭”为外来词汇，它是 英语 “mortgage”的意译和音译的组合，据《朗文当代英语双解词典》的解释，mortgage为一种担保形式，类似于让与担保；在《英华大词典》中，mortgage也是指一种担保形...*

一、 中国 房地产按揭的概念 分析

“按揭”为外来词汇，它是 英语 “mortgage”的意译和音译的组合，据《朗文当代英语双解词典》的解释，mortgage为一种担保形式，类似于让与担保；在《英华大词典》中，mortgage也是指一种担保形式，但仅指抵押。由此可知，按揭在英语中可以肯定为一种担保方式，只是 内容 上有所不同。中国大陆房地产按揭是在上世纪九十年代首先在我国沿海开放地区使用，之后由于住房制度的改革和商业银行转轨步伐的加快，房地产按揭在全国相继开展，成为房地产开发商一项重要的促销手段，加上港资房地产 企业 大举进入内地，按揭特别是楼花按揭开始在大陆流行。虽然我国大陆的房地产按揭制度源于香港，但是中国大陆的按揭仅使用于房地产市场，并且仅用于购房人向银行申请购房贷款时使用，因此大陆的按揭已溶入中国 法律 ，从而形成了具有专门的法律内涵的、中国习惯法认可的法律术语。

二、我国房地产按揭的法律属性分析

关于按揭的法律属性，学界有很多争论，众说纷纭，莫衷一是。本文认为按揭的法律属性是让与担保。

1、按揭与所有权保留。所有权保留，即附条件买卖，就是约定买受人（购房人）先占有动产的标的物，到支付一部分或全部价金或完成特定条件后，始取得标的物所有权的契约，其性质是附条件的所有权转移。所有权保留制度原本是为一般的双方买卖所设定，而个人住房按揭贷款涉及三方当事人，银行也是其中的一方，它作为重要的融资机构，如果遭遇不测，必然连锁引起 社会 经济 的不良反映。此外，就所有权保留制度的规定而言，德国法律明确规定标的物仅限于动产， 台湾 地区动产交易法中对标的物虽然没有明确的规定，但正如王泽鉴先生所言：“就实务而言，对不动产所有权之转移附以条件，尚无必要，此因出卖人为保障其未获清偿之价金债权，尽可就不动产设定抵押。”因此，采用所有权保留说弊端甚多，面对按揭这样复杂的关系，所有权保留说不符合按揭的法律特征，也不能做出圆满的解释。

2、按揭与抵押。抵押权为罗马法以来近 现代 各国法最重要的担保物权制度，被称为“担保之王”，它的含义是指债权人对于债务人或者第三人提供的、不转移占有而作为债务履行担保的财产，在债务人不履行债务时，得就其买得价金优先受偿的权利。其目的在于担保债的履行，而不在于对物的使用和收益。这种学说认识到了抵押权和按揭权的相似之处，但是其区别也较为明显，主要表现在以下几个方面：首先，担保的标的不同，按揭担保的标的是正在建造或者已经建成但是没有取得房地产产权证的楼宇，按揭人因为没有取得所有权，只能以期待权作为担保，即以债权作为担保，而抵押标的原则上应为有体物，对于楼宇来说，必须是取得了产权证书并能够办理抵押登记的不动产，即以物权作担保。其次，设定方式不同，抵押权一般通过限制抵押人所有权行使的方式设定，而按揭权则通过形式上让渡按揭人的期待权的方式设定。最后，生效条件不同。按揭的生效条件是，若按揭物是现房，则必将房屋的产权证交付给按揭权人执管；若是期房，则必将《商品房预售合同》交付给按揭权人执管。但不论现房还是期房，都必须向法定登记机构办理登记后方可生效。而抵押的抵押物除了法律规定必经法定登记机关登记才可生效外，其他抵押物是否登记后才生效，则由抵押人和抵押权人商定。

3、按揭与让与担保。让与担保是一种非典型的物的担保形式。今年新出台的《中华人民共和国物权法》第一百七十一条规定“担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。”让与担保的具体涵义是指债务人或第三人为担保债务人的债务，将担保物（担保标的物）权利转移于担保权人，债务清偿后，标的物应返还于债务人或第三人；债务不履行时，担保权人得就该标的物换价或者变卖受偿。其基本法律构造是：标的物权利的转移加上信托行为的债的关系。即：标的物权利转移之后，担保权人负有信托义务，不得擅自处分标的物，并在实行时负有清算义务。

三、我国房地产按揭的定性

如前所述，按揭的法律性质是让与担保。尽管，我国 目前 在物权法上并未对让与担保做出规定，且实践得不到法律的规范引导，但是对于按揭，归结其法律属性仍应于让与担保为益。

结合让与担保的内容，越来越多的学者认为我国住房信贷融资市场中的按揭符合让与担保制度以下法律特征:第一，设定的目的是确保担保债务的履行；第二，设定的标的物是正在建造或者不能过户的期房，是以期房上的财产权作为担保；第三，设定方式采用将按揭标的物上的财产权让渡给债权人，不需要转移实际占有，而仅仅以公示方式有让渡的意思表示即可，这进而保证了按揭标的物的用益功能；第四，按揭权的实现实行清算主义。当按揭人（债务人）不能够清偿债务时，按揭权人并非因此而直接取得按揭标的物上的所有财产权，而是履行清算程序；第五，诚实信用主义、按揭当事人的权利平衡原则以及公示主义在保障担保债务的履行过程中意义重要，旨在消除让与担保带给第三人的风险，以保障让与担保交易的风险。

我国房地产按揭在操作机制上也与让与担保制度的运作机理基本相同，具体表现在：第一，担保物的财产权在形式上已经发生转移，在 目前 房地产按揭贷款实务操作中，当按揭标的为楼花按揭时，借款人（预购人）须将其在与开发商签订的《房产买卖合同》中的全部权益按揭与贷款人银行，并且该《房产买卖合同》正本需交于银行执管。在标的物为现楼时，借款人（购房人）将其购买的商品房现楼的财产权按揭与银行，购房人与开发商所签订的《房地产买卖合同》以及随后领取的《房产证》正本必须交由银行执管；第二，按揭人享有赎回权，绝大多数按揭合同都规定，在按揭人按时清偿按揭权人的一切款项并履行合同全部条款及其他所有义务后，按揭权人即须在按揭人的要求和承担有关费用的情况下，解除其在合同中对有关按揭房产的按揭权益，并将按揭物业的《房产证》和《房产买卖合同》退还按揭人。

通过对大陆法系担保物权制度的 历史 考察可以发现，担保物权制度在 发展 过程中体现出来以下趋势：第一，从担保物权的功能上看，担保物权从单纯的债权保全功能向资 金融 通的功能发展。第二，从担保物权的标的物上看，担保物权的标的物由以不动产为主向动产为主发展，由仅限于有形财产向无形财产发展。第三，从担保物权的形式上看，一方面先前的一些担保物权形式失去了存在价值（例如不动产质权），一方面出现了许多新的担保物权，由以转移财产占有的担保物权向以不转移财产占有的担保物权发展。让与担保作为物的担保的最原始形态，在当代 社会 重新为人们所认识和利用，就是因为它符合了担保物权的这一发展趋势。 现代 社会， 经济 发展突飞猛进，融资要求也日渐强烈，商事主体为了扩大生产，增加利润，需要尽可能多地融通资金。但是传统民法所规定的典型担保物权并不能完全满足经济社会的现实需求。这样，让与担保作为一种民法未明文规定的非典型担保物权形态就以其自身的优越性在社会交易的发展中又一次得到重视。

让与担保制度之所以得到人们的重新重视和广泛利用，是因为这一制度本身具有独特的优越性：首先，让与担保有利于担保标的物的充分利用。让与担保只是转让标的物的所有权，占有权仍由债务人或者提供标的物的第三人所保有，使担保的标的物在发挥其担保价值时，并不妨碍让与担保设定人实现该标的物的使用价值，这与当代社会最大限度利用资源的效率要求相一致。其次，让与担保的标的物范围十分广泛，不同于传统的担保形式抵押（虽然有利于标的物的利用，但抵押的标的范围有点狭窄，只能在独立物上设定），不仅可以在独立物上设定也可以在集合财产或不能设定担保的标的物上设定，这一特点十分适应当代经济的发展要求，顺应日益出现的新型财产权的现状。第三，让与担保可以节省实行费用，更好地保障债权的实现。让与担保的实现比较灵活、操作比较便捷，可以依据当事人意愿采取适当而简易的 方法 实现担保权，这样不但程序简便，也可以节约交易成本，最大限度地利用担保标的物的担保价值，正好弥补典型担保物权的缺陷，从而更好地维护设定人的利益，有效保障债权人债权的实现，达到一定程度的经济上和效率上的双赢。

当然，让与担保制度也存在一定的不足。首先，从外观上很难对其所担保的标的物的债权做出数额上的确定，如果当事人就债权额和标的物的估价造价，就有可能损害设定人的一般债权人的利益。第二，债务人违背诚信义务擅自处分标的物，则担保权人可能丧失担保；或者如果担保权人违约擅自处分标的物，则设定人将丧失对标的物的权利，这些使让与担保也存在一定风险。

可是权衡利弊，让与担保的优越性不容置疑，同时其存在的弊端也可以通过立法上的明确规制和在法学的不断实践加以完善和进化。我国的让与担保制度的发展过程中也可以对之加以借鉴。

四、结语

总之，按揭的 法律 特征基本符合让与担保的要求，并且它的存在具有现实意义上的必要性和优越性，因此，按揭作为 中国 房地产市场的一种融资手段，其法律属性应该归属于让与担保的法律范畴。

参考 文献 ：

2、孙玉荣．“预售商品房抵押若干法律问题”[J]．河南省政法管理干部学院学报，1999

(1)．

3、王泽鉴．民法学说与判例 研究 [M]．中国政法大学出版社，1998．

本DOCX文档由 www.zciku.com/中词库网 生成，海量范文文档任你选，，为你的工作锦上添花,祝你一臂之力！