



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

更多▲

使用大字体察看本文  
阅读次数: 4748

## 《民法典与公民》之七：“按揭”与“让与担保”

梁慧星

记者：梁教授，现在，买房子常常涉及“按揭担保”，那么什么叫“按揭担保”，它属不属于担保物权？

梁慧星：近年来，许多地方在房屋分期付款买卖中推行所谓“按揭担保”。这种担保方法，是由我国香港地区引进的，而香港地区所实行的所谓“按揭担保”，来源于英美法上的一种叫mortgage的制度。英语mortgage一词，如果用普通话念应当是“摩给济”，但用广东话念就成了“按揭”。有的人把“按揭”解释为“抵押”，但实际上“按揭”与“抵押”有很大的差别。

关于“抵押”，我将在其它文章中详细解释。例如张三向银行贷款三十万元，用自己的三居室住房做抵押，则这套三居室房屋的所有权仍然在张三手里，只是在这套房屋之上产生了一个新的权利，即银行的抵押权。如果贷款到期张三不能还款，则银行行使抵押权，拍卖该三居室房屋而从价金中优先受偿。

如果采用“按揭”担保的方式，则在张三的三居室房屋之上并不产生新的权利，而是张三将自己对该房屋的所有权“移转”给银行，使银行在“法律形式上”成为该三居室房屋的所有权人，而张三已经不是所有权人，虽然他仍然占有、使用该房屋。该三居室房屋的所有权虽然归了银行，但在借款合同到期之前，银行还不能够行使该“所有权”，既不能要求张三腾房，也不能将该房屋出卖。因此我们说银行只是“在法律形式上”的“所有权人”，还不是真正法律意义上的所有权人。如果张三到期归还贷款，则银行必须将该三居室房屋的所有权“返还”给张三，使张三恢复其“所有权人”的身份。如果张三到期不能归还贷款，则银行有权直接行使对该三居室房屋的所有权，以“所有权人”的名义要求张三从该三居室房屋中搬出去。在这种情形下，银行才从“法律形式上”的“所有权人”成为“真正法律意义上”的所有权人。其结果是，张三以自己三居室房屋的所有权，抵偿了欠银行的债务。

可见，采用按揭担保方式比较简便。张三到期不能归还贷款时，银行直接行使“所有权”要求张三腾房，回避了采用抵押担保方式情形的向人民法院起诉或申请强制拍卖的程序手续，因此节省了时间和费用。并且，达到了“流抵押条款”所要实现的目的，即不经过向法院起诉或申请强制拍卖的程序，而直接以房屋所有权与借款债权相抵销。在抵押权制度中“禁止流抵押”的规定，就这样被“巧妙地绕过去”了。因此，对债权人（银行）而言，采用按揭担保方式就有莫大的好处：一是可以减少交易成本；二是可望获得额外的利益（房屋的实际价值往往大于借款金额）。

前面谈到，“按揭担保”是英美法上的制度，大陆法上类似的制度叫“让与担保”。值得注意的是，“让与担保”方式，在德国、日本等国，以及我国台湾地区，都经历过从“否定”到“肯定”的过程。

中国现行担保法只规定了“抵押权”、“质权”和“留置权”三种担保物权，既没有所谓“按揭担保”，也没有所谓“让与担保”。但自八十年代国家推行住宅商品化政策以来，在商品房预售中逐渐采用了通行于香港地区的“按揭担保”方式。通常是房地产开发商在开始预售之前，与某一银行商定，由该银行对购买商品房的人提供占购房款一定比例的贷款。因此购房人在与开发商签订商品房预售合同时，还要与该银行签订一份分期还款的“按揭借款”合同。假设张三购买一套商品房，“七成按揭”，购房款总额30万元，则张三在签订两份合同后应当向开发商支付9万元（称为首付），其余21万元则由银行替张

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年  
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

垫付给开发商，实际上是张三向银行贷款21万元，张三应当按照按揭借款合同的规定，在定期期限（如20年）内按月向银行分期还款。每月所应还款的金额，俗称“月供”。所谓“按揭担保”体现在合同中的如下规定：该商品房的所有权直接由开发商转移给银行，待到购房人最后还清银行的借款本金（21万元）和利息时，银行将该商品房的所有权返还于购房人。

由于签订购房合同和按揭借款合同时，该商品房还没有建成，购房人所购买的实际上是“将来的”房屋，合同上仅约定所购买房屋的房号，俗称“买楼花”。这时房屋所有权还不存在，因此银行要求张三将“购房合同书”正本交给银行占有。待房屋建成交付使用可以办理产权证时，开发商将该套房屋的产权证直接交给银行占有。待到张三还清银行借款本金和利息时，银行才将产权证还给张三。这是我国当前关于按揭担保还没有法律明文规定时的习惯做法。记者：正在制定的民法典是否要对这一制度进行规定？

梁慧星：现在制定中国民法典，需要决定：是否明文规定“按揭担保”？考虑到“按揭担保”方式近年来已经在各地商品房销售中广泛采用，因“按揭担保”所发生的纠纷不少，如果民法典不规定相应的法律规则，怎么能够保证法院裁判的公正性和统一性？因此我受立法机关委托起草的《中国物权法草案建议稿》，根据现实做法并参考英美法的mortgage制度和德国、日本及我国台湾地区的“让与担保制度”，明文规定了“按揭担保”，考虑到“按揭”是广东方言，难以作为法律概念使用，于是仿照德国、日本，称为“让与担保”。这一建议为立法机关采纳，规定在法制工作委员会分发征求意见的《中国民法草案（征求意见稿）》物权法编的第二十六章。

所谓“让与担保”，是指债务人为担保自己所欠债务，而将自己的财产权转移给债权人，如果到期清偿了债务，则债权人应当将该财产权返还于债务人，如果到期不能清偿债务，则债权人可通过行使该财产权优先受清偿。按照草案的规定，凡是依法可转让的财产权，都可以用来设定让与担保。因此，可以用来设定让与担保的“财产权”的范围很宽，除房屋所有权、汽车所有权、机器设备所有权外，还包括土地使用权、知识产权、债权，及有价证券如股票、国库券、汇票等等。甚至未办理所有权登记的建筑物、未完成的在建工程，也可以用来设定让与担保。

现在各地实行的“按揭担保”，是指用“房屋所有权”设定的让与担保（俗称“商品房按揭”），和用“汽车所有权”设定的让与担保（俗称“汽车按揭”），以其他财产权设定的让与担保，习惯上就叫“让与担保”，而不叫“按揭”。举例来说，有的地方政府向某个银行借款修高速公路，用该高速公路若干年限的“收费权”设定担保，即由该银行取得并行使该高速公路若干年内的“收费权”（属于将来的债权）。通常不叫“收费权按揭担保”，而叫“债权让与担保”或者“收费权让与担保”。可见，我们习惯中所说的“按揭担保”，性质上属于正在起草中的民法典草案所规定的“让与担保”，但法律草案上的“让与担保”的范围很宽，许多情形的“让与担保”在习惯上并不称为“按揭”。

按照草案的规定，设定“让与担保”必须采用书面形式。所谓“书面形式的让与担保合同”，既可以是规定在借款合同书上的一个“让与担保条款”，也可以是在借款合同之外，另行签订的一份“让与担保合同书”。特别要注意的是，如果以不动产所有权（房屋所有权）和土地使用权设定让与担保，应当到房地产登记机关办理登记，即将房屋所有权或土地使用权移转登记在债权人名下；如果以动产设定让与担保，则双方应在合同中明文规定，该动产所有权已经属于债权人，而仍由债务人占有、使用，这叫“占有改定”；以其他财产权设定让与担保，除在合同中明文规定该财产权属于债权人外，有权利凭证的，还应当将权利凭证交付给债权人占有。记者：那么，我们在“按揭”时，都应该注意哪些程序？

前面谈到，商品房预售中的按揭担保，在商品房建成之前，因房屋所有权还不存在、不可能办理所有权移转登记，现在的习惯做法是将“商品房预售合同书”正本交给银行占有。值得注意的是，现在的民法典草案设计了一种“预告登记”制度。按照这一制度，在商品房建成之前，购房人可以凭商品房预售合同到房地产登记机关办理“预告登记”，即在登记簿上明确记载将来建成的某楼某号商品房已经预售给购房人。在办理这种“预告登记”之后，开发商就不能将该商品房再出售给别人，开发商将该商品房另行出售给其他人的合同将一律无效。因为办理“预告登记”，使购房人根据商品房预售合同所享有的“债权”（请求开发商交房和移转所有权的权利），具有了对抗他人的“物权效力”。这就可望解决现实中的“一房二卖”、“一房多卖”损害购房人利益的社会问题，保证购房人将来能够得到所预购的房屋及其所有权。

“预告登记”制度，同样也可以用来保护银行的利益。提供按揭贷款的银行，也可以凭按揭担保合同或者借款合同上的按揭担保条款，向房地产登记机关办理“预告登记”，保证该银行对将来建成的该房屋的按揭担保权益。顺便提及，若干地方（如上海市）的《房地产登记条例》已经规定了“预告登记”制度，这些地方采用按揭担保方式预购商品房的购房人和提供按揭贷款的银行，现在就可以通过办理“预告登记”保护自己的合法权益。

现在回过头来谈“按揭担保权”（让与担保权）的实行。在债务人到期归还了银行贷款（本金和利息）的情形，银行必须将该商品房所有权返还给购房人。这时双方应当向房地产登记机关办理所有权移转登记，将房屋所有权移转登记于购房人名下。这种情形是绝大多数，按揭担保起到担保债务人还款的作用，但按揭担保权本身并不能够实行。按揭担保权的实行，是指在债务人到期不能归还银行借款的情形，银行通过行使按揭担保权优先受清偿。因此，要着重了解按揭担保权实行的条件和实行的方式。

按揭担保权实行的条件是，借款合同到期债务人不能归还借款。以前面举的张三按揭借款21万元购房的例子，20年期满债务人张三不能归还借款21万元本金及利息，银行当然可以实行按揭担保权，就是在20年期限的中间债务人已经确定不能归还余下的借款时，银行也可以实行按揭担保权。这里说的是“确定不

能”，例如张三因家庭发生变故，再也没有能力负担每月的还款（月供）。如果仅仅一次、两次不能“按时支付”当月的还款金额，这在合同法上称为“迟延履行”，不构成银行实行按揭担保权的条件。

按揭担保权实行的方式，可以由当事人在合同中约定。按揭担保合同可以约定“变价清偿方式”或者“归属清偿方式”。如果约定“变价清偿方式”，则银行应当将该三居室住房“变卖”（不要求采用“拍卖”方式），然后从变卖所得价金中受清偿。如果约定“归属清偿方式”，则银行应当委托评估机构对该三居室住房公正估价，以估价金额抵扣债务人的欠款，并将超过欠款部分的价额返还给债务人，由银行最终取得该三居室住房的所有权。如果按揭担保合同未约定实行方式，则银行有权自由选择实行方式，但无论如何，银行必须将当时该三居室住房的时价超过欠款金额的部分，退还给债务人张三，亦即法律要求银行必须履行“清算义务”。

特别要强调的一点是，无论按揭担保合同约定采用何种实行方式，或者在未约定实行方式时银行自己选择何种实行方式，银行均必须履行“清算义务”。因为设定按揭担保的通常情形，标的物的实际价值往往超过所担保的借款金额，法律规定“清算义务”，是为了防止银行借按揭担保谋取不当利益，以维护当事人间的利益平衡。这也是发达国家和地区法院判例所确立的原则。此“清算义务”的规定，属于强行性规定，不允许当事人以约定予以免除。如果按揭担保合同中约定免除清算义务，则这一约定是无效的。

相关链接：

[（一）民法典走过艰难……](#)

[（二）民法：每个人不可须臾离开](#)

[（三）咱们买房子为什么要登记](#)

[（四）人格权：与生俱来的权利](#)

[（五）为何要“合法财产”一体保护](#)

[（六）为什么规定“善意取得”](#)

[（八）“典”和“当”是什么](#)

---

**相关文章：**

---

[关于开展仲裁法执法检查纠正商事仲裁行政化错误倾向的建议](#)

[中国的法学教育与人才培养](#)

[特别动产集合抵押——物权法第一百八十一条解读](#)

[中国物权法立法方案](#)

[中国物权法的制定](#)

[中国民法学的历史回顾与展望](#)

[解答《物权法》](#)

[制定和实施物权法的若干问题](#)

[正确认识制定和实施物权法的重大意义](#)

[物权法（第三版）](#)

[规定“国有化”措施，必将危害无穷！](#)

[不宜规定“野生动物资源属于国家所有”](#)

[是“债权转让”，还是“权利质押”？](#)

[是“物权法定”还是“物权自由”？](#)

[不宜规定“根据宪法，制定本法”](#)

[对物权法草案（第五次审议稿）的修改意见](#)

[对物权法草案（2006年6月6日修改稿）的修改意见](#)

[“不良债权”受让人不能起诉银行](#)

[中国民法：从何处来、向何处去？——驳所谓“奴隶般抄袭资产阶级的法律”](#)

谁在曲解宪法、违反宪法?——正确理解宪法第十一条、揭穿个别法理学教授的谎言

将羁押场所划归司法部 彻底禁绝刑讯逼供

中国高等教育:“死亡”或者“再生”?

正确认识物权法——澄清对物权法的误解和混淆

保证保险合同纠纷案件的法律适用

“双方合同”或者“三方合同”?——代建制试点中的“代建合同”模式分析

《民商法论丛》第35卷卷首语

不宜轻率规定“动产浮动抵押”

在西安中级法院裁判的方法研讨会上的发言(专家点评)

对物权法草案(第四次审议稿)的修改意见

对物权法草案(第三次审议稿)的修改意见

医疗损害赔偿纠纷案件的法律适用问题——在审理医疗纠纷案件法律适用问题研讨会上的发言

物权法草案(第二次审议稿)若干条文的解释与批判

物权法草案(第二次审议稿)释评(上)

应当关注法律本身的公正

在东北大学文法学院解答学生提问的记录

《民商法论丛》第32卷卷首语和目录

我为什么不赞成规定“居住权”?

中国对外国民法的继受

资料、见解、文章与社会责任

学位论文的结构

课题选定与题目设计

深刻领会宪法修正案精神

《民商法论丛》第31卷卷首语

宪法修正案对非公有制经济和私有财产的规定

怎样学习法律?——从法律的性质谈起

宪法修正案对征收和征用的规定

宪法修正案对私有财产权的保护

宪法修正案对非公有制经济保护的规定——解读修改后的宪法第11条

“三分法”或者“一元论”——物权法指导思想之争

形式正义只是手段,实质正义才是目的

靠什么制约公权力的滥用?

完善社会主义法制的两个问题——在政协社科联组会上的发言

中国民法典编纂的进程与争论点

法律的目的性

法律的概念性

法律的规范性

物权法草案的几个问题——在清华大学的演讲

法律的社会性

《民商法论丛》第30卷卷首语

梁慧星:建立法官弹劾制

关于中国物权法的起草

《民法典与公民》之八:“典”和“当”是什么

《物权法》草案评介

自选集序言

《民商法论丛》第29卷卷首语

《民商法论丛》第28卷卷首语

君子之风,山高水长

谢怀栻先生教我怎样做人

中国民法典的立法思路和立法体例

《中国民法典立法研究》序言

实践社会正义,民法解释学的使命

消费者法及其完善  
中国合同法起草过程中的争论点  
学术批评应受法律保护  
统一合同法：成功与不足  
合同解释方法与所谓“最终解释权”  
“错案追究”叫停，“法官弹劾”上马  
全国人大常委会法制讲座第十讲——关于我国民事法律制度的几个问题  
松散式、汇编式的民法典不适合中国国情  
学习民法学的基本方法  
最高人民法院关于侵犯受教育权案的法释[2001]25号批复评析  
《中华人民共和国合同法》立法方案  
关于司法改革的建议  
《裁判的方法》自序  
为什么不能取消债权概念和债权总则  
合作社的法人地位  
梁慧星：中国民法典第一编 总则  
梁慧星：中国民法典草案建议稿序言  
梁慧星：第三编 债权总则  
梁慧星：第五编 侵权行为法  
梁慧星：第六编 亲属  
梁慧星：第七编 继承  
梁慧星：中国民法典草案各编起草人  
民法典编撰的进程和争论  
《中国物权法草案建议稿》

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)