

对大陆按揭律师制度步入穷途的深度反思 PDF转换可能丢失  
图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E5\\_AF\\_B9\\_E5\\_A4\\_A7\\_E9\\_99\\_86\\_E6\\_c122\\_485064.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_AF_B9_E5_A4_A7_E9_99_86_E6_c122_485064.htm) 【关键词】大陆；按揭律师；反思 大陆金融业界八年前从香港引进按揭律师制度时，曾豪言壮语地宣称“律师见证”和“按揭审查”制度是可以如何有效地防范金融风险，大陆金融业是如何及时地与国际金融规则接轨云云。但按揭律师制度从大陆开始实施之日就长期为舆论所诟病并受到小民百姓的痛恨，因为银行聘请的律师为银行防范风险却要购房者支付律师费。滑稽的是，大陆金融界曾经着力炫耀的此项风险防范机制也因2006年7月北京“豪森公寓骗贷案”案发而被击得粉碎，此案除了从实证的角度确认了按揭律师制度在大陆的破产外，也使孔卫东、战军两位律师身陷囹圄。2007年1月23日，随着北京消费者协会、律师协会、金融业协会对房贷律师费实行“谁聘谁付”的公告发布后，对大陆金融界与法律服务业界意欲维持此项强制收费的最后一点底气被无情地抽掉。至此，中国大陆按揭律师制度因丧失一切道德根据和制度支持而步入穷途。从高调引进到黯然退出，使人们不得不反思中国大陆的按揭律师制度到底病从何来？同为中国的金融业界，为什么一项在香港被证明是行之有效的法律制度在中国大陆就会变成过街之鼠？我们不得不对中国的房地产业、金融业以及法律服务业之间业务合作的历史与现状进行一些深度反思，并对其未来前景作一些适当的预测。一、为什么按揭业从香港到大陆已经改变了性质？笔者认为，这主要是两地金融业为自己设立的利益责任结构完全不同所致。香港的金融业、房地产业

、律师业和购房业主之间是一个等边三角形式的利益与责任结构。银行和律师共同组成一极，开发商和购房者各为一级，三方之间形成一个均衡的制约关系。其中，以银行和律师组成一级的利益结构最为关键，其既要防止购房者违约或资信不良，又要防止开发商的开发风险，防止出现“烂尾楼”等整体损害金融利益和出现大面积金融风险的情形，故银行与律师组成的一方不可能与开发商结成利益同盟关系，更不可能与购房者结成利益同盟关系。开发商也存在两方面的风险，其既要防止购房者违约（因为期房购房者违约时，开发商是购房者的保证人），又要防止银行不按进度拨付按揭款影响资金的按期回笼。作为最弱勢的购房者一方，更担心来自银行与开发商双方的侵权，但可以有强有力的司法权对其予以保护，其自身并不敢违约，否则承受的代价将异常巨大。故购房者与前二者之间亦天然地不可能构成任何利益同盟关系。上述“硬三角”的责任和利益结构使得三方利益不至于失衡，其中主要是律师始终只隶属于银行一方，银行将法律风险和资信风险通过合同关系均合法地转嫁于律师，且银行并不从律师手中谋求任何经济利益，反而要支付律师费，律师只有提供最可靠的法律服务才可平安无事。否则，一旦有任何失误，将要承担严重的经济责任及职业风险。所以，律师最愁苦的是如何让银行的风险降低到最低程度。因为银行有了风险，就等于律师有了风险，故其不但不敢怠于对任何借款人的资信审查，更不用说去纵容和制造假按揭了，这就是在香港产生不了“孔卫东”们的原因。按揭制度由大陆的金融界移植过来后，被进行了本质上的改造。从表象上看，各方当事人均未变化，但“硬三角”的关系却被改造为“软三角”甚至是“三对一”的两级结构。这种结构

中，银行不但不再支付律师费，反而从律师那里获取一部分律师费收益，从而丧失了对律师执业成效本质上的要求和监管。开发商亦同样从律师那里分得一部分利益，且开发商考虑的是只要能从银行获得按揭款和购房者的首付款即可万事大吉了，故其对律师的工作也没有任何监督的动机。大陆的银行充分利用购房者有求于己的优势，强迫购房者代其交纳律师费，以此转嫁自己的经营成本并从中获利。开发商可以从银行那儿一次性地获得按揭款，而不用担心资金回笼的风险。此时，银行、律师和开发商不道德地结成利益同盟，把获利的利剑共同指向了购房者，在他们看来消费者是他们掘之不尽的收益源泉。正是由于银行不道德地对这种“三角”关系的不当改造，使得律师获取职业收入的对价不再是优秀的工作，而是只要能从银行那里获得准入资格即可。也就是说，律师收取律师费并不靠自己为银行的勤勉工作，而是只要与某银行挂钩能获得按揭审查的执业权就能旱涝保收了。可见，按揭制度之所以在大陆产生“南橘北枳”的效果，最恶劣的始作俑者就是银行，因为只有银行可以作到这一点。银行恶意转嫁律师费的成本，使和谐有效的利益与责任制衡结构被恶意破坏，导致律师的作用被“虚置”。大陆金融业界为何能充分发挥此项“聪明才智”与我国身系何种法系本身并没有什么本质关系，故有人从我国大陆与香港系不同法系中寻求答案是错误的，其只是“言必称希腊，文必引罗马”的所谓的专家们泛法系主义的又一体现而已。可悲的是，当大陆按揭律师嫁接于金融业和房地产业之中的同时，把自己降为了靠谋求对购房者“捆绑销售”其没有什么价值的法律服务而获利的一个寄生式的执业阶层。

## 二、律师见证为什么悄然退市？如果说按揭在大陆

的立法中尚有一定的法律根据的话,则“见证”完全是大陆金融界“画虎不成反类犬”的产物。大陆金融界对律师见证制度的引入原本是为对借款人的有关签字、手印或身份资料真实性予以当场确认,以避免发生争议时出现借款人不认可的情形出现。由于香港法律已赋予律师以公证人的地位和执业权利,律师的见证犹如大陆的“公证”,具有法定的法律效力,故香港的律师见证可以直接作为证据使用。但我国对确认事实的证明制度中,并不必然承认自然人或社会中介机构的“见证”效力。大陆的证明制度中效力最高的首推当事人自认,其次是公文书证,再次是鉴定结论,又次是司法裁判文书,最后是公证文书。可见,在大陆连公证文书有争议时均可通过司法行政部门复议或司法鉴定予以推翻的情形下,律师见证能有什么效力?律师的见证本质只是一个自然人的证明而已,如果借款人不认可时仍需通过其他诸如鉴定途径方能确认。故“律师见证”因没有诉讼法和证据法上的根据而徒劳无功,只能流于形式徒增消费者的负担,只是让律师和银行多得了一笔不当之利而已。在引发长期舆论诟病的大背景的情形下,悄然退市是其必然的结果。

三、为什么只有中国的金融组织可以形成相对于消费者的优势利益集团?计划经济体制下金融组织的优势地位自不待言。可为什么改革开放27年后的今日,中国的国有金融机构仍是“老大”作派未能得到根本的改变?笔者认为,这与政府的过度保护有关。有一度时期,中国的舆论界攻击当年的中国世贸谈判代表龙永图,认为中国在《加入议定书》中作的让步太大。现在看起来,在世贸体系下对国内垄断或优势产业集团愈是极力保护,对国内的消费者愈是不利,金融领域即是一个例证。中国直至2006年的12月21日才彻

底放开金融业,但商务部却又搞了一个“100万元”的技术壁垒,使得外资金融机构无法经营单笔100万以下的人民币业务。可想而知,由于这一技术壁垒使得中国大陆的大部分国民无法体验到外资银行的服务,绝大多数中国国民仍然只能与中资银行打交道,故相对于中国的消费者而言,中国金融界的优势地位并未因保护期的结束而被打破。2006年,国务院为了支持建行的改制,一次性为建行注资400亿美元,等于中央政府为建行的多年亏损买了单,这在金融体系完善的发达国家的金融体制中是无法想象的。实际上,一国越是对本国产业保护,则越是对本国的消费者不利,就像欧盟对中国的服装业越是反倾销严厉,欧洲的消费者越是无法享受到廉价的货物一样,中国加入世贸时对金融业的较小让步和入世后的过度保护目前已对国内消费者产生了明显消极的影响,使得大陆的金融界有胆量大肆假借“国际惯例”的名义,在2006年实行了多项不为商业道德和舆论所支持的收费制度,引发了数度商业被诉丑闻。

#### 四、中国法律服务业与银行按揭业务的前景?

2007年1月23日北京市消协、市银行业协会、市律师协会已联合发文公告,将房贷律师费的支付制度改为谁聘请律师谁付费,这是一个积极的信号。事实上,只有在银行愿意为自己的法律服务经营成本买单,使得律师的责任与银行的利益结构回归到不再是“损人不利己”的状态时,才真正能促使律师最大限度地一心一意地为银行的利益服务。如果律师脱离了与开发商的利益同盟关系,才能加大对开发商的监督力度。须知开发商的不法经营对银行的危害性比个别购房者的违约的危害性大得多,一旦发生假按揭、非法融资和“烂尾楼”状况,对金融业的打击将非常沉重,“豪森公寓骗贷案”就是明证。如果整个中国

大陆的金融业受到这种侵害时,那么在大陆发生一定范围内的金融危机将不可避免。北京市三部门的联合公告在全国开了一个好的先例,但这一问题并未能得到全国范围内的全面纠正。为彻底杜绝购房消费领域中的强收律师费的不公正现象,应当由法院结合司法案例向国务院银行业监督管理委员会、建设部、司法部和中华全国律师协会发出司法建议,要求这些部门在各自的主管范围内分别对金融业、房地产业和律师业中强收房贷律师费的违法行为进行整顿,以在全国范围内彻底纠正此项不当得利式的收费行为。至于消费者在购房时是否会聘请律师,其实这并不取决于消费者。这是因为并不是现在的消费者没有这样的法律意识,而是开发商的强势地位使得消费者聘请律师没有任何价值。开发商的购房合同全部是强权式的格式条款,不容任何修改。即使是律师、法官、法学教授这些所谓的法律人在买房时提出事先阅读合同文本的要求也会被一口回绝!可见,在开发商“要买房就签合同,不买房就走人”的强势地位不被彻底打破的情形下,消费者请律师不但成了多余之举,甚至成为又一种自寻烦恼的闹心事。那么,如何打破开发商的强势地位?笔者认为,这是政府调控和监管的事,因为即便是让市场竞争发挥作用,也须有政府把建设领域的市场资源整合到一个适宜于充分竞争的地步才可有效进行。中国律师可能有一度时期会退出按揭的法律服务市场,但不会永远和彻底地退出。只有等大陆的金融界认识到其真正的金融风险根源是开发商而不是消费者时,当金融业与法律服务业共同有机整合,形成与开发商和购房者之间的“硬三角”利益与责任结构时,中国的律师业将会重返按揭业。但那时的状况已不再是当年向消费者强制收费的“旱涝保收”了,而是要

对银行切实负起责任的按揭审查律师。此时，律师除了勤勉尽责外别无他途。不过，律师应当充分投保各类执业保险，以分散自己的执业风险。【注释】作者推荐：师安宁，全国首届律师电视辩论大赛“优秀辩手奖获得者” 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)