

论民法典物权编中居住权的若干问题

王利明

摘要 居住权属于用益物权，也是具有人身属性的人役权。民法典物权编拟增加居住权制度回应社会的现实需求，值得肯定，租赁制度无法替代其制度功能。设立居住权能够完善住房保障体系，提升房屋的利用效率，有助于应对老龄化的挑战、保障拆迁安置住户的居住权益以及机关事业单位工作人员家庭成员的居住权，实现“住有所屋”的目标。民法典物权编草案（二审稿）准确界定了居住权的人役权属性，但相关规则过度地受到传统人役权的影响和限制，尤其是将居住权的设定限定为无偿，从而使该制度的作用被削弱。因此，有必要突破传统人役权的界限，对该制度进行必要的改造和重构。

关键词 民法典物权编 居住权 人役权 无偿设立

作者王利明，中国人民大学法学院教授（北京 100872）。

中图分类号 P9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2019)07-0091-10

所谓居住权，是指以居住为目的，对他人的住房及其附属设施所享有的占有、使用的权利。在《物权法》制定的过程中，对于是否规定居住权问题，曾有过较大争议，后立法机关认为房屋租赁等权利能满足居住需求，就未再规定居住权。在《物权法》颁布实施后，随着社会环境的变化，居住权应成为物权的呼声愈来愈高，为了回应这种社会需求，我国民法典物权编草案增设了居住权，将之作为用益物权的一种。不过，从目前的立法情况、理论研究和实务态度来看，对于有无必要增设居住权，居住权的地位和功能如何界定，能否有偿设立居住权等问题，仍存在不同看法。

一、民法典物权编对居住权的定位

虽然《物权法》未规定居住权，但居住权的概念在我国司法实践中并不陌生。最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释（一）》第 27 条第 3 款规定：“离婚时，一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式，可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。”据此，在离婚后，为无住处的配偶设定居住权是相当常见的法律现象，如在“仲某诉熊某某离婚后财产分割纠纷案”中，房屋虽认定为被告的个人财产，但原告仲某离婚后没有住处，没有稳定的收入来源，且身体健康状况不好，属于婚姻法规定的生活困难，法院判令其可以继续向被告房屋中居住。^①不仅如此，在司法实践中，该条款被类推适用于养老等情形^②，并在一些条件下被赋予对抗所有权的效力^③。尽管包括司法解释在内的司法实践在面对实务问题时，尝试着明确居住权的适用范围和法律效力，但因为上位法的缺失，居住权的法律定位并未明确下来。

① 江苏省宿迁市中级人民法院（2011）宿中民终字第 1190 号民事判决书。

② 参见谷昔伟、曹璐：《居住权可对抗房屋所有权人排除妨害请求权》，《人民司法·案例》2015 年第 18 期。

③ 孙翠等：《居住权与所有权权利冲突的裁判思维分析》，《人民司法·应用》2013 年第 23 期。

就居住权的立法而言,有关居住权的司法实践虽然有助于完善居住权制度,能为相应立法提供实践经验,但客观地讲,要想在民法典物权编中给予居住权以准确的定位和体系化的规范,单凭这些实践经验是不够的,还应借助可供参酌的比较法经验。

居住权是一个古老的法律概念,罗马法就有明确规定。在罗马法中,人役权有用益权、使用权与居住权三种。^①故居住权是一种人役权,即为特定人的利益而设定的役权,其最初目的是以遗赠用益权的方式,使某些有继承权的家庭成员(特别是对继承权被剥夺的寡妇或未婚女儿)有可能取得一种供养。^②“是项物权,故即变相之用益权、使用权而已,但其范围,广于使用权而狭于用益权,其终止之原因,亦少于上述两种物权,故虽从此蜕化而成,实亦个别之物权也。”^③优士丁尼时期将使用权和居住权作为独立的役权分别规定,这种立法体例也为许多大陆法系国家民法所采纳。^④受罗马法的影响,法国民法的居住权(*le droit d'habitation*)性质上类似于使用权,具有人役权的特性。尽管《法国民法典》中关于居住权的设定、权利的范围、权利的消灭等与使用权规定相同,但与使用权相比,在内容上受到更为严格的限制。《法国民法典》第 632 条至 634 条规定:“对房屋享有居住权的人,得与其家庭在该房屋内居住,即使在给予此项居住权利时其本人尚未结婚亦同;居住权仅以享有此项权利的人与其家庭居住所需为限;居住权既不得让与,亦不得出租。”根据一些法国学者的观点,居住权具有某些物权的性质,但也明显具有人身特性。^⑤与法国民法相比,德国民法更明确地将居住权定位成限制的人役权,它只能在不动产上设立,而且只能为某一特定的人设定,不得转让也不得继承。依据《德国民法典》第 1093 条规定,排除所有权人将建筑物或者建筑物的一部分作为住房使用的权利,也可以作为限制的人役权加以设定;权利人有权在住房中接纳其家属以及与其地位相当的服务和护理人员。可见,《德国民法典》中的居住权是对他人的房屋以居住为目的而加以使用的权利。它也是人役权的一种类型。此外,《意大利民法典》《西班牙民法典》《路易斯安那民法典》等都对居住权进行了明文甚至是专章的规定,其定位均为具有人身属性的人役权。

以上简略的比较法考察表明,居住权首先是在他人的住房所有权之上所设立的一种用益物权,我国民法典物权编草案在借鉴比较法的经验基础上,对居住权的概念和定位也作出了规定。根据该草案第 159 条:“居住权人有权按照合同约定,对他人的住宅享有占有、使用的用益物权,以满足生活居住的需要。”由此可见,居住权既是用益物权的一种类型,也是一种人役权。

居住权首先是一种物权,这是与长期租赁相区别的根本原因。住房是人们赖以生存的物质基础,也是民生的基本保障,由于所有权包含了占有、使用、收益、处分等多种权能,房屋所有人当然享有在自己房屋里居住的权利,但这种权利并非居住权。作为用益物权的居住权一定是在他人房屋之上设立的,是设立居住权房屋所有权人行使其所有权的一种体现,也是发挥房屋经济效益的重要方式。^⑥也就是说,居住权是房屋所有权权能分离的结果,是房屋所有权的负担,是由所有人以外的其他物权人享有的。有观点认为,居住权是一种用益债权,即对物进行用益的债权,其通常以附负担的赠与方式作出,是用益赠与的一种表现。在发生所有权人将房屋转让时,则需要通过赠与合同的撤销,将住房作为不可强制执行的财产以及所有权让与不破用益债权等方式,为居住权人提供保障。^⑦此种观点显然未能准确把握居住权的属性,诚如有论者所言,将居住权理解为一项债权,只是看到了设立人与居住权人之间的关系,但忽视了房屋交由居住权人占有、使用、收益的事实,从而忽略了这一权利的物权属性。^⑧将居住权界定为一项债权,也

① 鸠利亚诺·克里弗:《罗马法中的用益权问题》,薛军译,费安玲主编:《学说汇纂》第 2 卷,北京:知识产权出版社,2009 年,第 111 页。

② 参见李显东、王胜龙:《从居住权渊源看其现实意义》,桑德罗·斯奇巴尼主编:《罗马法、中国法与民法法典化文选》,北京:中国政法大学出版社,2016 年,第 98 页。

③ 陈朝璧:《罗马法》下册,上海:商务印书馆,1936 年,第 362 页。

④ 《民法大全·学说汇纂》第 7 卷,米健译,北京:法律出版社,1999 年,第 8 页。

⑤ 参见尹田:《法国物权法》,北京:法律出版社,1998 年,第 362 页。

⑥ 参见钱明星:《关于在我国物权法中设置居住权的几个问题》,《中国法学》2001 年第 5 期。

⑦ 参见隋彭生:《用益债权原论》,北京:中国政法大学出版社,2015 年,第 193—194 页。

⑧ 参见崔建远:《民法分则物权编立法研究》,《中国法学》2017 年第 2 期。

不利于权利人的保护，这正是罗马法以来大陆法系民法均将居住权作为用益物权的根本原因。由于居住权是一种物权，因而在该权利遭受侵害时，权利人可以行使物权请求权以保护其权利。

居住权不仅仅是物权，而且是以满足权利人的居住需要而设定的用益物权。一方面，就居住权在民法上的定位而言，它首先是一种用益物权。基于这种用益物权，权利人不仅能占有他人住宅，并以居住为目的使用他人住宅，还能排除他人对住宅的不法妨害。另一方面，居住权是以满足特定人的居住需要而设立的用益物权。居住是“由人类系统发出，以寻求和获得更好的栖身场所为动机和目的，以建造、寻找、选择以及使用、利用自己居住空间的方式和手段为行使，而源自人类的自然与社会属性的作为人类特有的判断标准及价值观，则是居住行为内在的规定和控制因素”。^①受此特质的约束，居住权设立的目的主要是为了赡养、扶养等生活需要而设立的，只要能满足这种需要，实现居住权人正常居住、生活的目的，居住权人既可以使用他人的全部房屋，也可以使用他人房屋的一部分，还可以收取其所居住的房屋附属的树木的果实等自然孳息。而且，受此特质的约束，如果为商业目的需要使用他人的房屋，完全可以通过订立租赁合同的方式实现，而不能设立居住权；同时，居住权是为特定的自然人基于生活需要而设定的权利，只能由自然人享有，而不能由法人或其他组织享有。基于这种内在特质，尽管居住权在比较法上与其他一些用益物权（如用益权等）一样，均有实现权利人的生活保障的功能，但它们之间的区别是显而易见的，这为居住权在用益物权体系中占据独立的一席之地奠定了基础。

居住权不仅仅是一种用益物权，而且属于用益物权中的人役权。所谓人役权是指为特定人的利益而利用他人之物的权利。根据大陆法系国家民法，居住权是在他人的住房之上设定的权利，而且此种权利仅仅是为特定个人设立的，该权利不得转让也不得继承，只能由权利人享有该权利。我国民法典物权编在将居住权作为一种用益物权作出明确规定的同时也承认了它具有人役权的特点，具体而言，表现在如下几个方面：第一，为特定人设立。居住权虽然具有财产属性，与此同时其还具有较强的人身属性，只能由特定的权利人所享有，用马尔西安的话来说，就是“役权（servitudes）附着于人身”^②。既然居住权是为特定人设定的，这就意味着该权利只能为特定权利人所享有，而不可转让由他人享有或由他人继承^③。民法典物权编草案第160条明确规定：“居住权不得转让、继承”，即表明了这一特征。第二，终身性，居住权以期限届满或以权利人的终身为限。与其他用益物权一样，作为人役权的居住权也有存续的期限，但这种期限虽然可由双方当事人予以约定，但其以居住权人的生命为限。最初在罗马法中，居住权在两年内不行使将因此消失，但之后其逐渐被认为可延续至终身。^④在当代民法中，居住权的期限通常由当事人在合同特别约定或根据遗嘱来确定，并应当在登记机关登记。^⑤如果登记机关登记的期限与合同等约定的期限不同，则应当以登记机关登记的期限为准。不过，若合同约定或遗嘱确定的居住权的存续期限过长，就与居住权保护特定人居住利益的特质不符，应将这种期限解释为居住权人终身享有居住权。当事人在合同或遗嘱中未明确居住权期限的，为了照料权利人的居住需求和居住利益，应当推定居住权的期限至居住权人死亡时止。可以说，作为保护权利人居住行为的用益物权，居住权是一种长期的、稳定的权利。^⑥我国民法典物权编草案第161条规定：“居住权人死亡的，居住权消灭”，也就表明居住权具有终身性，一旦该个人死亡，这种需求随之消失，居住权也随之消灭，无法成为继承的对象。第三，无偿性。人役权为具有特定情感关系的人设立，其所具有的是恩赐和慈善的价值，因而通常以无偿为特征。^⑦民法典物权编草案第160条明确规定，“居住权无偿设立”，这也体现了人役权鲜明的特点。

① 廖丹：《作为基本权利的居住权研究》，北京：法律出版社，2018年，第28页。

② 参见江平、米健：《罗马法基础》，北京：中国政法大学出版社，2004年，第223页。

③ 参见陈华彬：《人役权制度的构造——兼议我国〈民法典物权编（草案）〉的居住权规定》，《比较法研究》2019年第2期。

④ 桑德罗·斯奇巴尼选编：《物与物权》，范怀俊译，北京：中国政法大学出版社，2009年，第299页。

⑤ 杨宏晖：《我国人役权之立法刍议——兼论德国法之介绍》，《陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集·物权法之新思与新为》，台北：瑞兴图书股份有限公司，2016年，第328页。

⑥ 参见周相：《罗马法原论》，北京：商务印书馆，2016年，第414—415页。

⑦ 参见温世扬、廖焕国：《人役权制度与中国物权法》，《时代法学》2004年第5期。

概括而言,在民法典物权编中,作为用益物权的居住权是一种人役权,它以他人的房屋为标的物,以满足特定权利人的居住需要为目的,具有高度的人身依附性,在市场流通性和可继承性上受到很大限制,从而不同于其他的用益物权。笔者认为,我国民法典物权编基本上借鉴了大陆法系国家关于人役权的理论,对居住权作出了制度的定位和整体的设计。但是草案的规定过度囿于比较法经验,因此导致了对居住权的限制过于严苛,使得其不能充分展示这一古老制度在今天所能发挥的重要作用。例如,就居住权的适用范围而言,其主要是为家庭成员而设立的人役权,居住权制度中所说的特定人主要是指自然人,而且通常是家庭成员。即使如《德国民法典》第 1093 条,将其扩张至家庭成员以外的服务和护理人员(如保姆等),这显然也表明其作用范围非常狭窄有限。我国民法典物权编草案也基本受到这一框架的影响,例如草案第 159 条规定:居住权合同,应当包括当事人的姓名和住所。这表明其仅适用于特定的自然人之间,而且主要是为了满足特定家庭成员或亲属之间为满足生活需要而设定的。换言之,主要是为了解决特定身份的家庭成员居住困难,具有扶危济困的救助性质。但事实上,随着社会经济生活的发展,居住权作为实现居者有其屋的法律措施与手段,能够在以房养老、住房制度改革等多方面发挥作用,这就决定了居住权人虽然是自然人,但居住权的设立人并不一定是自然人,还可能包括法人。因此,我国民法典物权编在居住权制度的设计上要突破传统的人役权限制,从而实现制度的重构。

二、民法典物权编中居住权的目的和功能界定

居住权为罗马法以来大陆法系民法所普遍规定,但不能由此说明我国民法典物权编也应增设居住权的规定。中西方社会背景不同,域外普遍且成熟的法律经验未必适合我国,正因此,在民法典编纂过程中,有观点指出,居住权是域外的制度,有其特殊的历史和国情因素,我国没有必要增设该制度。从法律继受情况来看,包括日本、韩国、我国台湾地区在内的东亚地区民法确实借鉴了欧洲大陆民法的许多制度,但基于文化差异等原因,并没有继受在大陆法系中成熟的包括居住权在内人役权制度。^①我国台湾地区民法典的立法理由特别指出不采纳人役权概念的原因:“欧洲诸国民法于地役权及人役权皆设有规定。唯东西习惯不同,人之役权为东亚各国所无,日本民法仅规定地役权,而于人之役权无明文,台湾地区习惯与日本相同,故本法只设地役权也。”^②前述观点无疑是符合东亚地区的民法现实。

不过,笔者认为,法律制度毕竟扎根于社会当中,以文化差异或习惯不同为由排斥人役权,只是一种表面上的理由,立法的根基仍是相应的社会需求,一旦社会发展提出了需求,法律应当以合适的制度来反映这种需求。比如,近几年来,日本民法的改革中也开始对居住权进行关注。^③我国民法典物权编草案之所以规定居住权这种人役权制度,同样是为了回应相应的社会需求,我们不能仅以文化差异或习惯不同,而对源自罗马法并为大陆法系民法普遍规定的居住权持排斥态度。但是在借鉴域外的居住权制度时,也应当对这一制度进行一些必要的改造,使其适应现代社会的发展和现实需要。

(一) 目的界定

从根本上说,我国民法典物权编确认居住权制度的根本目的是有利于实现“住有所居”的目标,实现广大人民群众对美好幸福生活的期待。《老子》中曾言:“甘美食,美其服,安其居,乐其俗,邻国相望,鸡犬之声相闻,民至老死不相往来。”“住有所居”一直是人民群众对幸福生活向往的重要组成部分,“安得广厦千万间,大庇天下寒士俱欢颜”就深刻地刻画出了这种向往。党的十九大报告指出,“加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度,让全体人民住有所居。”这里所说的“有”究竟应当如何理解?不少人认为,此处所说的“有”是指“所有”,只有保障人人都享有房屋的所有权,才能实现居者有其屋的理想。客观而言,基于中国的国情和社会现状,要实现每个人都享有房屋的所有权并不现实。毕竟中国近 14 亿的人口,城乡之间、地区之间发展极不平衡,要使每个人都能有一套住房,是困难

^① 参见薛军:《地役权与居住权问题》,《中外法学》2006 年第 1 期。

^② 王泽鉴:《民法物权》,北京:北京大学出版社,2009 年,第 324 页。

^③ 参见陈华彬:《人役权制度的构建》,《比较法研究》2019 年第 2 期。

的且不符合实际的。更何况,我国土地资源极其有限,且要确保耕地红线不被突破,在这种背景下,要做到人人都有一套享有所有权的房屋恐怕难以实现。而且,对于相当一部分城市居民来说,要购置一套昂贵的商品房,就要当几十年的房奴,这无疑将形成沉重的经济负担,严重影响人民群众生活品质。即便是在发达国家,也不可能保证每人都能所有一套住房,在中国这样一个最大的发展中国家,每人都能所有一套住房,更是很难做到的。笔者认为,实现“住有所居”并不意味着人人都拥有住房所有权,而是能有房屋用于居住并且能长期所用,而这一目的完全可以通过居住权制度得以实现。就此而言,在民法典物权编中规定居住权制度,实际上是为实现全体人民“住有所居”提供了重要的法律支撑,它有助于缓解住房紧张的局面,有利于维护社会稳定,有利于充分保障民生。在这样一个目的指导下,应当充分发挥居住权的作用,而不能囿于人役权制度所带来的种种限制。

(二) 功能界定

所谓居住权的功能,是指为实现“住有所居”的目的,居住权所有应当发挥的具体作用。如前所述,根据大陆法系国家民法,居住权制度旨在解决特定的家庭成员和家庭服务人员之间的居住困难问题,体现了家庭成员间互助的性质。最高人民法院《关于适用婚姻法若干问题的解释(一)》第27条第3款规定:“离婚时,一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式,可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。”该规定也体现了居住权的人役权性质。毫无疑问,这一作用应当在物权编中继续得到发挥。在特定的情形,父母和子女之间、家庭成员之间基于赡养、抚养等关系应当由一方为另一方提供居住的义务,另一方则享有居住的权利。在夫妻离婚后,如果一方无房可住,且经济困难,另一方则有帮扶的义务,为其提供居住权。家庭成员和亲属间因为分家析产、共同生活等原因,甚至在长期为家庭提供服务或在一起生活的非家庭成员之间,也可能产生居住权。这些亲属间的居住权的设定有利于维护家庭内的和谐和睦,维持家庭关系的稳定,这也体现了家庭成员之间的帮扶互助的美德。

但是居住权仅限于这一功能是不够的。在现实生活中,要实现“居者有其屋”的目标,居住权应当有更大的灵活性和更宽泛的适用范围,以满足人民群众对居住的需求,实现人们对住房的多样利用,有效发挥住房的经济功能和效用。具体而言,居住权还可以发挥如下几个方面的功能:

第一,完善住房保障体系。我国目前的住房保障体系具有多层次,低收入群体由于自身经济条件的限制,没有能力进入市场,只能依靠政府保障解决住房问题。但相关的保障性住房制度在实践中的运用状态并不理想,有学者在观察经济适用房制度的运行后,发现有一些经济适用房仅以价格作为调节手段,最终因为一些高收入者的介入并未让中低收入家庭取得该类房屋;经济适用房购买程序不规范,使得徇私舞弊、权力寻租的现象时有发生,而且经济适用房在各地制度实施差距较大。^①之所以会出现这些弊端,深层次原因就在于经济适用房以移转所有权的模式来实现社会保障功能。然而,现有的经济适用房产权不清晰,法律制度又难以对权利人的权利予以全面保障,实践中甚至出现了通过虚构债务等方式转让所有权,以从中牟利的现象,致使经济适用房的制度目的落空。^②为解决上述问题,在民法典物权编中规定居住权制度,不失为一剂良方。因为按照居住权的法律构造,在住房制度改革中,可以改造既有的经济适用房和廉租房等保障措施,对于国家投资兴建的房屋,可以由国家享有房屋的所有权,但政府可以为低收入家庭设置长期居住权,以满足其基本的居住需求。居住权人不仅限于特定的自然人,还包括其家庭成员。但居住权人不能将居住权用于营利,也不得转让,这有利于实现住有所居,满足人们基本的住房需求。^③换言之,居住权是用益物权而非所有权,作为人役权的居住权具有较强的人身依附属性,不可转让和继承。采取居住权的模式来提供住房保障,在无需转移房屋所有权的同时,又能限制居住权人对住房的处分,可以有效解决经济适用房产权不清、利用保障性用房牟利等现实问题。

还需要指出的是,在现实生活中还存在数量庞大的“夹心层群体”,其正好处于高收入阶层与低收入

① 参见郑尚元:《居住权保障与住房保障立法之展开》,《法治研究》2010年第4期。

② 参见申卫星:《从“居住有其屋”到“住有所居”》,《现代法学》2018年第2期。

③ 参见贾康、刘军民:《优化与强化政府职能建立和完善分层次住房保障体系》,《财贸经济》2008年第1期。

家庭之间,其既难以购买价格高昂的商品房,也不能像低收入家庭一样享受政府提供的保障性住房。为了解决“夹心层群体”的住房问题,目前的住房保障体系采用了廉租房的解决方案,其好处是租金低廉,缺点是居住者得到的是债权性质的租赁权,导致居住者缺乏稳定感,间接导致居住者的获得感不强。正如笔者在后文将要谈到的,由于居住权具有租赁权不可替代的功能,因此,对此类群体除了采用廉租房之外,也可考虑借助物权编的居住权制度,满足其居住的需要。也就是说,对此类群体,可以考虑由政府提供房屋,产权归属于政府,而由上述群体长期居住,它既能像廉租房一样无需居住者承担高额对价,又能使居住者获得物权的稳定性,能增强居住者的获得感,确属对住房保障体制的完善^①。

第二,为“以房养老”提供制度支持。我国正逐渐步入老龄化社会,以房养老也正成为养老经济模式中不可忽视的一环。既有的以房养老模式,无论是反向抵押还是售后租回,都因为现有的制度而面临不可协调的矛盾,实践效果并不理想。例如,就售后租回模式而言,由老年人将房产出售给金融机构,获取定期的金钱给付,并将该房屋租回自己居住。金融机构可以直接获得房屋的所有权,风险较小。但由于老年人只能售房后获得债权,因而对老年人而言有较大风险。^②不少老年人在同意设置该模式后,又反悔并要求终止合同,这说明这种模式不能形成长期稳定的机制。居住权制度的设立则能在一定程度上解决前述问题,为以房养老提供法律支撑。依据这一制度,老年人可以与相关金融机构达成设定居住权并以房养老的协议,由老年人将其房屋所有权在协议生效后移转给金融机构,金融机构在该房屋上为老年人设定永久居住权,由金融机构根据房屋的价值向老年人进行定期的金钱给付,从而确保其生活质量不下降。由于老年人向金融机构转让房屋所有权的目的在于养老,故在老年人有生之年,金融机构虽可取得所有权,但还不能实际占有该房屋,而只有在老人身故后,金融机构才能享有完整的所有权。而老年人则在获得一笔充足的养老金的同时,又能够享有居住权,对该房屋进行长期的居住。^③可以说,在我国老龄化社会到来之际,在民法典物权编规定居住权制度,在以房养老方面能发挥重要作用,在应对老龄化方面的确正对其路、恰逢其时。

第三,保障拆迁安置中的居住权益。在房屋拆迁过程中,居住权制度还具有保障被拆迁人的居住权益的作用。在拆迁安置中,为更好地保障被安置人的居住利益,可以在被安置房屋中为被拆迁人设置居住权,以保障其基本生活。从我国司法实践来看,有的法院也在拆迁安置纠纷中承认了被安置人对被安置房屋的居住权。例如,在“广州市穗港建设开发公司与广州市越秀区友谊玩具店、曾文雄、罗锦燕、梁珠女物权保护纠纷案”中,法院认为,“涉讼的 103 房虽未办理房产登记,但广州市穗港建设开发公司为涉讼大楼的建设单位,对涉讼的 103 房享有合法权益。梁珠女作为原公房承租户,其依据拆迁安置协议回迁入住涉讼的 103 房,对该涉讼的 103 房有合法的承租权和居住权。罗锦燕、曾文雄作为拆迁安置对象,对涉讼的 103 房也有合法的居住使用权利”。^④

第四,保障家庭成员对公房享有的居住权。在我国,政府和事业单位工作人员在公有房屋中的居住由来已久,这种权利实际上就是以家庭为主体而设立的居住权,但受制于法律缺失和观念错位,特别是由于公有住房的产权没有登记,哪些人能够居住该房屋并不确定,因而不利于保护相关权利人的居住权。例如,在“顾某 1 等诉顾某 2 等分家析产纠纷案”中,在老人居住的公房被征收时,上海市第二中级人民法院就认为其子女不是共同居住人。^⑤但其子女认为,其已经与父母居住多年,也应当享有居住权。同样,在“于良伟与刘翠玉公有房屋承租权纠纷一案”中,在公房中居住的老人去世后,法院为了回避居住权人

① 参见申卫星:《从“居住有其屋”到“住有所居”》,《现代法学》2018年第2期。

② 参见苏永钦:《从以房养老看物权的自由化——再谈民法作为自治与管制的工具》,龙卫球、王文杰主编:《两岸民商法前沿》第3辑,北京:中国法制出版社,2015年,第19页。

③ 参见肖俊:《空虚所有权交易与大陆法系的以房养老模式》,《上海财经大学学报》2017年第1期。

④ 参见广东省广州市中级人民法院(2015)穗中法民五终字第3791号民事判决书。

⑤ 上海市第二中级人民法院(2018)沪02民申328号民事裁定书。

的问题，直接判定老人有权租赁该公房，其继承人没有继续承租的资格。^①事实上，在民法典物权编规定居住权，其实就是要明确各方当事人对房屋所享有的居住权益，最大程度地保护这些以家庭为主体的居住权，妥当解决由此产生的法律问题。所谓定分止争，并不限于确定所有权的归属，对其他物权的确认与保护，也应当是物权法定分止争功能的体现。

第五，充分提升房屋的利用效率。土地和房屋是稀缺资源，应当充分发挥稀缺资源的利用效率，而财产所有权与使用权的分离是提高财产利用效率的必然选择。现在看来，越来越多的商业模式都在探索这种权利分离模式，如将产品改造成服务，将出售所有权改造为出租使用权，等等，从而开拓了一些新的经济领域。^②居住权也是一种使用权，其功能是满足生活居住需要，其既能以保护弱势群体居住，也能优化房屋所有权与财产利用权的配置，有效提升房屋的利用效率。^③投资性居住权能为房屋的利用提供新的选择，比如，在合作建房、购买分时度假房屋等交易，让以投资为主要目的的出资者获得所有权，让主要为了解决居住问题的出资者获得居住权，房屋建造者可以在保有所有权的同时，减轻造价压力，而居住者在缴纳较少价金的同时，对房屋享有有效稳定的利用关系，^④从而实现双赢，促进物尽其用。

相较于传统大陆法系国家民法的人役权制度而言，我国社会经济生活为居住权制度的确立提供了更为肥沃的土壤，现实社会的新需求与新发展也凸显了民法典物权编规定居住权制度的必要性。我国民法典物权编草案参考和借鉴了相关比较法的规定，又根据我国的实际情况进行了一定的改造，这主要体现在民法典分编草案中，对于居住权的设立和消灭也允许当事人另有约定。例如民法典物权编草案第160条规定：“居住权无偿设立，不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。”第161条规定：“居住权人死亡的，居住权消灭，但是当事人另有约定的除外。”这两条规定中均加入了“另有约定的除外”的表述，这实际上也是打开了制度改造的通道。但是，这种制度改造的力度仍然不大，尤其是草案将其设立严格限定于无偿，以及将设定人仅限定为自然人，这显然不利于充分发挥居住权的制度功能，有必要作出进一步的修改和完善。

三、民法典物权编中的居住权不可为租赁权所替代

居住权与房屋租赁权都是对他人房屋所享有的使用权，二者具有一定的相似性：一方面，二者在内容上都体现为对他人房屋的使用，而且不论是居住权人，还是承租人，都应当按照法律规定以及当事人约定使用他人房屋，未经所有权人同意，不得擅自将房屋出租、转租或对房屋进行约定方式以外的经营性利用。另一方面，二者在效力上都具有一定的对抗第三人的效力。居住权作为物权，具有对抗第三人的效力，即便所有人将房屋所有权转让给他人，居住权也可以对抗受让人；而基于“买卖不破租赁”的规则，在租赁合同存续期间内，租赁物所有权发生变动的，租赁物新的权利人也不能随意终止租赁合同，而必须继续履行租赁合同，承租人得以继续享有租赁权，这使租赁权在一定程度上具有了物权效力。^⑤一些学者甚至将其称为“相对支配权（relatives Herrschaftsrecht）”^⑥。在租赁权效力强化以后，也越来越具有对抗第三人的效力。^⑦

正是因为居住权与房屋租赁权具有上述相似之处，在民法典物权编的编纂过程中，有观点认为，居住权的功能完全可以被租赁所替代，因而无须在民法典中增设居住权制度。笔者认为，租赁无法取代居住权制度，主要理由在于：

① 参见辽宁省高级人民法院（2013）辽审四民提字第00041号民事裁定书。

② 戈志辉：《共享革命》，北京：中国发展出版社，2017年，第61页。

③ 陈华彬：《设立居住权可以更好地保护弱势群体利益》，《检察日报》2004年2月9日，第3版。

④ 参见陈华彬：《人役权制度的构建》，《比较法研究》2019年第2期。

⑤ 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》第7辑，北京：中国政法大学出版社，1998年，第71页。

⑥ 参见张双根：《买卖不破租赁》，王洪亮等主编：《中德私法研究》第1卷，北京：清华大学出版社，1999年。

⑦ 参见史尚宽：《债法各论》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第222页。

第一,作为用益物权的居住权是支配权,居住权人对房屋具有较强的支配力,只要不违背法律规定,居住权人完全可以基于生活居住的需要而对房屋进行广泛的正常使用,也即居住权人在利用房屋方面具有很强的自主性。正是因为这一原因,在居住权存续期间内,房屋所有权人的权利在很大程度上处于一种虚化的状态。然而,作为债权的租赁权支配力比较低,尽管承租人在一定程度上能够对租赁物进行占有和使用,但这种占有和使用的权能不仅受到法律限制,还受到出租人意志的严格限制,甚至依附于出租人的意志。例如,如果房屋租赁合同约定租赁的目的是进行民用居住,那么承租人就只能在约定的期限和条件规定的范围内租赁房屋,不得改变租赁房屋的用途,也不能将租赁房屋转租谋利。两相对比,居住权人对房屋的支配力更强,更符合有居住需求之人的利益。

第二,作为用益物权的居住权是绝对权,必须要通过登记而设立,这样就可以对抗房屋所有权人之外的任何第三人,能基于物权请求权来保护自己权利。根据民法典物权编草案第 159 条之二的明确规定:“设立居住权的,应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立。”由此可知,居住权是需要经登记而设立的用益物权,其具有对抗第三人的效力,能最大程度地保护相关当事人的利益。这一结论一定程度上可从目前的司法实务得到印证是由于《物权法》并未规定居住权,因此,有一些公有住房的居住人及其家庭成员因没有通过登记取得权利,其权利可能难以得到有效保障。为了解决这一问题,实践中一些当事人不得不绕道进行复杂的约定来保护自己的利益,而这种保障并不可靠。比如,在很多父母在将房产赠与子女时,都希望能够在房屋上为自己设定稳定的居住权,若有居住权制度,双方只要到登记机构办理居住权登记即可,无需再费心费力地进行约定。但在民法典物权编草案增加居住权制度之前,司法实务中,当事人只能靠双方约定来落实这种意愿,但这种约定因为不具有对世性,所以存在不得对抗善意买受人的风险。比如,在“曹春梅等诉曹辉所有权确认纠纷案”中,原告与被告系母子关系,原告将自己所有的住房赠与并过户给被告,约定被告处分房屋时须征得原告同意,且原告对该房屋仍享有居住权,原告随时可以居住;如果不能保证原告居住,原告有权撤销本合同。其后,受赠人违反了赠与合同的约定,法院判决原告可以撤销赠与合同,并获得房屋所有权。^①在本案中,当事人双方设立居住权的意思相当明显,但由于缺乏居住权制度,原告只能通过前述约定来保障自己利益。而这种保障并不可靠,假如本案被告把房子出卖并过户给第三人,前述约定就无法实现,原告将无房可住,而在有居住权制度可用的情况下,无论房屋所有权是否转让,均不影响居住权的实现。显然,在民法典物权编中规定居住权,能在最大程度上保护诸如这些赠与房产给子女的父母的权益。

然而,作为债权的租赁权是相对权,其设立不需要采取登记的方式,除了在买卖不破租赁的场合具有对抗效力,其他情形仅能在特定的合同当事人之间发生效力,不具有对世性,承租人只能对出租人享有租赁权,不能对第三人主张租赁权^②,但租赁权人不能享有物权请求权的保护。显然,与租赁权对比来看,法律对其居住权的保护强度更大。

第三,作为用益物权的居住权是人役权,以满足居住人生活居住的需要为目的,其既可以以合同的方式设立,也可以以遗嘱的形式设立。就实际情况来看,居住权的设定多是一方为另一方提供的优惠行为,带有浓厚的帮助、扶助的性质,许多居住权的设立甚至是无偿的,并不需要居住权人向居住权的设定人支付对价。^③与此不同,租赁权的设立必须基于租赁合同,而租赁合同是一种双务、有偿的法律行为,租赁权的取得必须以支付租金为条件。对比而言,居住权的设立不是市场交易,租赁则是典型的市场交易行为,正是因为这一原因,居住权人向房屋所有人所支出的费用通常要低于租金的数额,其经济负担因此较轻。

第四,作为用益物权的居住权是人役权,附随于特定的权利人而存续,法律不规定其存续的最长期限,其通常是长期权利,甚至可能是为居住权人终身所设定的。因为这一原因,权利人可以对房屋进行必要的装修改善,并且能够长期、稳定地享有这种改善利益。然而,租赁权则不是一项长期、稳定的权利。

^① 参见天津市北辰区人民法院(2018)津 0113 民初 2403 号民事判决书。

^② 参见吴启宸:《租赁法论》,台北:台湾五南图书出版公司,1998年,第27页。

^③ 参见温世扬、廖焕国:《人役权制度与中国物权法》,《时代法学》2004年第5期。

依据《合同法》第 214 条的规定，租赁合同的期限不得超过二十年，超过二十年的，超过部分无效。就住房租赁的实际情况来看，租赁期限通常为 1—3 年，这种短期性会对承租人对房屋的利用产生重要影响，导致承租人不愿投入改善居住环境，从而影响其生活居住质量。

综上所述，在同样满足生活居住需求的功能之下，与租赁权相比，居住权在整体上能提供对权利人更优的保护，更有利于实现权利人的需求，因为上述原因，不宜认为租赁能替代居住权。当然，我们也不能因为居住权有前述的优势，就主张它可以替代租赁，因为它们是不同的权利制度，法律构造不同，对权利人而言，居住权也存在相较于租赁不利的地方，比如，基于收益与风险一致的原理，居住权人应当自己负担房屋的修缮等费用，而《合同法》第 221 条规定：“承租人在租赁物需要维修时可以要求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延长租期。”法律之所以作出此种规定，是因为租赁权不是一个长期稳定的权利，如果由承租人负担房屋维修费用，一旦租赁合同终止，承租人所支付的维修费用等可能都难以取回，这样可能会加重承租人的负担。因此，民法典物权编增设居住权是在租赁之外，为解决当事人的生活居住实际需要提供更多的选择，能更充分保护当事人的实际利益。

需要讨论的是，居住权人能否将房屋出租？有学者认为，因为在特殊情况下，居住权人居住房屋较大，但其生活可能拮据，因此，应当允许居住权人出租部分房屋以解一时之需，这不仅有利于减轻其生活困难，而且不会损害房屋所有权人的利益。^①笔者认为，原则上，居住权的权能不应包括出租权。作为人役权的居住权具有较强的人身依附属性，因而居住权一般不允许转让、继承。一旦允许居住权人可将房屋租赁，就意味着该房屋不仅居住权人能居住，且他人也能居住，这显然有违居住权是为了满足相关个人居住需要，而不是为了使其从中获益的目的，所以居住权人不得将房屋出租给他人使用，也不得将房屋用于生产经营活动，否则就违背了居住权设立的目的。但是在特殊情形下，如果在以房养老的情形，老年人的房屋面积较大，自己居住空间充足，应当允许其将部分房屋进行出租，以获得经济收益。但这种例外应当局限于非基于共同生活关系而产生的居住权场合，而在基于共同生活关系中的帮扶性质的居住权中，则不宜肯定居住权人享有出租房屋权利。

四、民法典物权编设立居住权不宜限定为无偿方式

如前所述，大陆法系国家居住权是一种人役权，具有无偿性，大多具有家庭成员之间扶危济困的性质，在一定程度上体现了仁慈和慈善的特点。权利人无须为设定人支付相应的对价，而我国民法典物权编草案在设定居住权时也基本采纳了这一特征。因而，民法典物权编草案第 160 条明确规定：“居住权无偿设立”。这就体现了人役权的无偿性。但是，从我国民法典物权编草案的规定来看，居住权的设立以无偿性为原则，此种限定可能会影响居住权功能的发挥。事实上，从比较法上看，有的国家立法虽然将无偿性作为居住权设立的基本原则，但也都设置了有偿性的例外。笔者认为，不宜将居住权的设立方式仅限于无偿，主要理由在于：

第一，将居住权的设立严格限定为无偿，并不符合居住权制度的立法目的。如前所述，居住权以实现“居者有其屋”为其立法目标，如果有利于这一目标的实现，则应当鼓励能够实现该目标的居住权形式。居住权作为一种用益物权，其虽然以满足个人的基本居住需要为目的，但并不能认为居住权只能通过无偿的方式设定。如前所述，意定居住权的设立可以通过订立合同的方式进行，根据合同设定用益物权的性质就决定了其不可能完全为无偿。为了满足个人的基本生活需要，当事人在设立居住权时，可以是有偿，也可以是无偿，只要是为了满足居住权人的居住需求，法律都应当允许。在许多情形下，当事人在通过合同的方式设定居住权时，本质上是在从事一种交易行为，不应当将其完全限定为无偿的情形。尤其是在以房养老和完善住房保障体系的目标中，一概将居住权的设立方式限于无偿，显然不符合居住权制度的本旨。

^① 钱明星：《关于在我国物权法中设置居住权的几个问题》，《中国法学》2001 年第 5 期。

第二,将居住权的设立方式限于无偿,不利于发挥居住权的制度功能。这可能导致居住权的功能单一、适用面过分狭窄。无偿设立的规制将使得居住权的诸多功能无法充分发挥。如前所述,在现代社会,居住权的制度功能已经出现了扩张,内容也在不断丰富和发展,居住权作为一项用益物权,除了能满足个人居住需要,还有顺应以房养老的现实需要等功能,且能够作为住房改革的重要保障。充分发挥居住权的制度功能,应当允许当事人自主选择居住权的设立方式。事实上,在我国上海等地区,已经在进行以房养老的试点工作,并且出台了一系列的文件,如果立法再规定无偿设立居住权,则可能与以房养老的模式相违背。因此,作为用益物权的居住权,本身也是所有权人利用自己财产的一种方式,允许以有偿的方式设定居住权可以确保所有权人的财产得到最为充分的利用。

第三,将居住权的设立方式限于无偿,也难以满足现实需要。从比较法上看,德国法中的居住权原则上是无偿的,但可通过债务契约的有偿特约(schuldvertragliche Entgeltabrede)或阶段性的长期类租金之债(periodisch wiederkehrende mietzinsähnliche Leistungen)来约定为有偿。有偿之支付义务并非物权之内容。但支付可成为居住权设定之条件(Bedingung),^①此种经验值得我们借鉴。从我国实践来看,在有些情形下,当事人可能更愿意通过有偿的方式设定居住权,一方面可以从居住权的设定中获得收益,一方面又可以为居住人提供居住场所,也可能提升所有权人设定居住权的意愿。这种可以选择有偿或无偿的方式,可以为所有权人提供更多的选择途径来设定居住权。例如,在前述以房养老的情形,老年人将房屋所有权移转给相关金融机构,由金融机构在该房屋之上为老年人设定居住权,并定期对老年人支付一定数额的金钱,如果将居住权的设立方式完全限定为无偿,则可能使得此种以房养老的模式难以运行。因此,将居住权的设立方式限于无偿,表面上有利于保障居住权人的利益,但事实上难以对居住权人提供最大限度的保护,难以满足现实需要。

笔者认为,民法典物权编草案(二审稿)将居住权设立方式限定为无偿设立,是值得商榷的。民法典分编草案有必要从两方面作出进一步的完善:一是删除有关居住权的设立必须无偿的规则,即允许居住权的设立既可以是无偿的也可以是有偿的;二是在不删除该规则的前提下,可通过允许特别约定的方式来变通这一规则。民法典物权编草案第160条规定:“居住权无偿设立,不得转让、继承。设立居住权的住宅不得出租,但是当事人另有约定的除外。”从该规定来看,只是对“设立居住权的住宅不得出租”的规定可以由当事人另行约定,但对无偿设定的规则不允许另行约定,这显然是欠妥当的。建议针对无偿设定也允许由当事人作出特别约定。

五、小结

在现代社会,住房不仅仅是公民基本的财产,也是公民基本的生活资料,它是保障个人生存权所必需的财产。“住有所居”问题可以说是当代社会极为重要的政治、经济和社会问题,解决这个问题不仅有利于维护社会稳定,满足公民基本生活需要,而且有利于保障公民的基本人权,而居住权制度对于有效解决这个问题,具有重要的推动作用。作为一项源自罗马法,并被域外民法普遍规定的古老制度,居住权是房屋所有权实现的一种方式,其生命力不仅经过了历史的检验,对于解决我国诸多与住房相关的现实问题也相当有价值,由于民法典物权编草案将居住权定位为用益物权中的人役权类型,相关规则过度地受到传统人役权的影响和限制,从而使该制度的作用被削弱。因此,有必要突破传统人役权的界限,对该制度进行必要的改造和重构,使其为制度目的的实现提供必要的保障。

(本文为2018年度国家社会科学基金重大项目“人格权保护立法研究”(18ZDA143)的阶段性成果)

(责任编辑:天竞 编辑:王鑫)

(下转第148页)

^① MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, BGB § 1093, Rn. 7.