

民法典意定居住权与居住权合同解释论

汪 洋

【摘 要】居住权具有社会性与投资性双重功能,后者通常以意定方式设立。意定居住权关系可分为物权、物上之债(物上之债)以及债之关系三个层次。《民法典》未规定居住权关系中的物上之债内容,可由当事人在居住权合同中约定并经登记发生绝对效力。物权性内容包括设立方式、权利主体与客体、权利期限、权能范围、消灭事由、不可转让性以及登记生效,《民法典》物权编本应聚焦于意定居住权的一般规则,却从社会性居住权立场进行了严苛限制,需要通过解释论进一步厘清并拓展。《民法典》中涉及居住权合同的规范缺失严重,存在大量法律漏洞,应当参照租赁合同的相关规范进行类推适用,涉及不同性质修缮义务及其费用的分配、可否替代处分不破租赁等一系列问题。

【关键词】居住权;居住权合同;物上之债;不动产登记;租赁合同

【作者简介】汪洋,清华大学法学院副教授,法学博士。

【原文出处】《比较法研究》(京),2020.6.105~119

【基金项目】本文系国家社科基金青年项目“完善我国地下空间利用的法律研究”(16CFX033)与北京市社科基金青年项目“北京地下公共设施系统建构研究”(19FXC019)的阶段性成果。

一、居住权的功能定位与规范类型

“居住权”(habitatio)肇始于罗马帝国时期的优士丁尼法,系为保障特定人居住利益而赋予其使用他人房屋的权利。作为满足现实生活需求的产物,居住权与使用权皆衍生自受益权,三者组合成人役权,与地役权、地上权、永佃权等架构起传统民法的用益物权体系。人役权诞生初期立足于家庭供养等生存保障目的,具有人身专属性,逐渐演进为一种侵蚀和抽空所有权内容、全面利用他人财产的资源配置和权利分化工具,设立了用益权的所有权沦为虚空所有权。^①居住权等人役权制度被欧陆各国民法典普遍继受,^②但西法东渐时,基于多种原因,东亚各部法典除我国澳门地区,均未规定居住权等人役权。^③

居住权在我国立法过程可谓一波三折。全国人大常委会法制工作委员会(以下简称“人大法工委”)2002年起草的《中华人民共和国物权法(征求意见稿)》首次以8个条文规定了居住权。2004年与2005年两版《中华人民共和国物权法(草案)》分别增至11与12条。但2006年《全国人大法律委员会

关于〈中华人民共和国物权法(草案)〉修改情况的汇报》主张把居住权整体删除,^④随后,居住权在《中华人民共和国物权法》中无影无踪。民法典编纂工作重启以来,2018年人大法工委民法室起草的“民法典室内稿”,以4个条文恢复了居住权,随后各草案版本对具体内容进行了频繁修改。最终,《中华人民共和国民法典》(以下简称为《民法典》)第十四章新增居住权,成为人役权的唯一代表。

《民法典》颁布之前,学界从立法论角度充分论证了居住权的功能定位与规范类型。居住权从缓解无力购房者的居住困境,到丰富房屋所有权人的融资途径与财产利用手段,具有社会性与投资性双重功能。^⑤社会性居住权又分为两种类型:在家庭法领域,常见于赡养、离婚、分家析产以及继承纠纷,以建立在家庭内部伦理基础上的互助方式,维护老年人、生存配偶及未成年人等特定身份的弱势群体的生存利益,仅用作居住目的,衍生出无偿性、不得转让和继承等人身专属内容。^⑥在非家庭法领域,居住权成为贯彻住房社会保障等公共政策的工具和通道,以

实现对住房困难群体提供保护的价值追求,满足国家提出的加快建立多主体供给、多渠道保障、租售并举的住房制度的需要。^⑦社会性居住权根据不同政策考量,采取法定、意定等方式设立。^⑧

投资性居住权属于独立的用益物权,一般采取意定方式设立,核心意涵是为房屋交易市场提供一种崭新的权利形式,是房屋在居民财产体系中地位提升的体现。居住权在所有权人和非所有权人之间架起可以过渡的中间地带,让交易主体在自由竞争的氛围中各取所需,实现私人自治与经济效率的双重目标,满足居住和投资的双重需求。^⑨投资性居住权原则上有偿设立,可以转让、继承和进行任何合理用益,也可以兼具一定的社会性功能,例如家庭成员之间共同出资建房、父母为子女结婚目的建房或买房、以房养老等。未来统一的居住权市场建立之后,投资性居住权在旅游、酒店、房地产等商业领域有很强的发展潜力,权利客体从传统意义的住宅延伸至公寓式酒店、分时度假酒店、民宿等所有适合商旅居住的房屋。^⑩

居住权的制度设计和条款解释的诸多争议,实质上都源于对居住权功能定位的不同认识。坦白而言,《民法典》并未清晰表明立法者对居住权的功能定位,在承认以居住权合同方式意定设立居住权的基础上,却在权利主体、客体、权能以及可转让继承性等方面呈现出特殊的政策考量,杂糅进属于社会性居住权的诸多内容,限制了投资性居住权的功能实现,未能将居住权拓展为在他人不动产上使用收益的一般化权利分化工具。而理想型的立法体例是,《民法典》物权编只规定意定方式设立的居住权的一般性内容,体现房屋所有权人的意思自治;体现国家管制与政策考量的社会性居住权规定在《民法典》家庭继承编和特别法中,涉及人身专属限制等特殊内容,^⑪形成居住权外部体系的总分结构。社会性居住权还可以通过裁判设立,^⑫例如根据《民法典》第1132条或《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(法释[2001]30号)第27条的规定,裁判时可以运用居住权方案,解决无遗嘱继承的遗产分割问题以及对离婚时生活困难的一方予以帮助。

鉴于立法层面居住权功能定位晦暗不清,需要发挥法典的体系化功能,立足于物权编与其他各编以及特别法的分工,在解释论层面将物权编中的居住权塑造为作为所有类型居住权公因式的政策中立的用益物权工具。因此,本文的论述对象限定为意定居住权以及居住权合同,不涉及社会性居住权。论文结构上,首先,界定意定居住权关系中哪些内容发生物权效力、物上之债效力或者纯粹的债法效力,以及如何与不动产登记制度相协调(第二部分);其次,针对《民法典》物权编居住权具体规范中的物权性内容,如权利设立、主体、客体、内容、期限、消灭事由以及可转让性等,进行解释论作业(第三部分);再次,针对《民法典》居住权制度中缺失的物上之债关系和纯粹的债之关系,参照法律评价上最接近的租赁合同,厘清租赁合同中哪些规范可以类推适用于居住权关系(第四部分);最后,总结全文观点并对《民法典》居住权章节作整体评价(第五部分)。

二、意定居住权关系的三个层次及其登记

(一)意定居住权关系中的物权、物务以及债之关系

居住权的设定需要房屋所有人和居住权人订立债权性质的居住权合同。部分合同约定内容因登记而转换为物权以及物务(Realobligation)。物权法定下规定的物权内容仅能覆盖当事人的部分需求,为了达成合理且有效率的安排,需要大量约定内容对法定物权内容进行修正和补充。居住权的实质,为当事人从广义的继续性债之关系中通过登记切割出来的物化的债之关系。他物权和继续性债之关系属于可供选择的两种交易方式,交易者未必需要公开全部的交易关系。^⑬未公开登记的部分为属人状态的债之关系,而登记后物化的部分交易关系,具有对抗第三人并且单独处分的效力。物权关系因登记而让后手交易者得以了解,后手承受物务即物上负担,就不至于构成对其财产权的侵害。一旦揭开他物权在权利之外的“关系”本质,就能理解他物权相较于继续性债之关系,增加了绝对效力,也增加了登记的信息成本。^⑭

他物权关系中的物上负担即物务,特点是义务随物走而不是随人走,又称为物上之债。物上之债

的债务人是物权人,对特定物享有支配利益的同时要负担给付义务。物上之债作为债的属性体现为相对性,仅在特定主体之间形成约束力,以请求权为中心进行构造,债务人负担提供劳务或实物、支付维修费用、承担损害赔偿等积极给付义务,特定情形下还包括优先购买权等形成权;作为物的属性体现为粘附在特定物上,随着所有权移转而移转,随着物的灭失而消灭,不适用债权转让和债务承担规则。^⑮债权转让过程中,受让人的关注重点是债务人有无资力;而物上之债的潜在受让人并不关注物权人是谁,而关注权利义务笼罩下物的价值本身。^⑯

意定居住权关系同样可分为物权、物务(物上之债)以及债之关系三个层次。物权性内容包括《民法典》第366条与第371条合同及遗嘱的设立方式、第366条占有与使用权能,第369条禁止转让继承以及推定不得出租即无收益权能,第368条推定无偿且登记生效,第370条的消灭事由,第367条权利主体、住宅位置以及权利期限。这些内容属于《不动产登记暂行条例》第8条第3款中不动产的自然状况和权属状况,不动产登记簿应当记载。人大法工委的释义认为第367条中只有当事人以及住宅位置属于物权性内容,属于设立居住权的必备内容。^⑰其他各项内容如期限未规定则以权利人生命为限,未规定不影响居住权设立。

物务即物上之债,有法定和意定之分,2005年物权法(草案)规定了居住权人的合理使用义务、日常维护费用和物业管理费用的负担、不同性质修缮义务的分配以及所有权人保障居住权人利用房屋的义务,^⑱这些负担内容附着于物权,不仅约束订立居住权合同的双方,登记后还能约束后手受让人,^⑲其性质属于法定物上之债。《民法典》居住权章却完全遗漏了上述内容,人大法工委的释义认为,日常费用承担等物上之债可由当事人约定并登记。^⑳

当事人还可以通过居住权合同约定只发生相对效力的债之关系内容,例如《民法典》第368条居住权的价款,第367条居住的条件、要求以及解决争议的方法。此类约定遵循合同自由和相对性原则,可以包括大量个性化内容,通常不具有登记能力与对抗性。保持各种复杂约定的相对效力也可以降低权利

受让人的风险,例如保险公司等金融机构参与以房养老时,如若金融机构转让房屋所有权会使当事人之间复杂的养老金计划随之移转,不但不符合以房养老交易的初衷,人为制造的交易复杂性也会让潜在交易者望而却步。^㉑

(二)居住权合同中各项内容的登记能力与登记方式

约定不能直接产生物务即物上之债,是否登记是区分物务和债务的关键。登记后的约定发生绝对效力,这样既维持了原有利益格局,不至于因第三人介入而重新洗牌,又为第三人提供了全面信息,保障其有效自主决策。^㉒理论上,整套交易关系的登记比起只对抽离出的部分权利进行登记,更能降低产权交易的障碍,并改善物权法定的僵硬性。^㉓因此,物上之债的设立和功能,取决于登记制度的支持力度。德国法宁愿将“买卖不破租赁”转化为法定契约承担,而不借助登记制度让租赁合同获得物权效力,其更多原因恐怕在于租赁合同登记存在的技术障碍。^㉔

不动产登记法上有“登记能力”的概念。《不动产登记暂行条例》第5条规定“下列不动产权利,依照本条例的规定办理登记”,由此明确了登记能力法定原则,并非不动产上任何事项都可以登记,只有对于保护权利人以及不动产交易具有重大法律意义的事项,才应当在登记簿上记载并公示。哪些权利有登记能力不完全受物权法定的限制,物权法定只是要求物权的种类和内容由法律规定,即便不动产权利不属于物权,只要该权利的登记对于保护权利人和促进交易有必要性,就应当赋予登记能力。^㉕预告登记的对象则直接涵盖了作为物权变动的原因行为的各类债权合同。只要相对权被登记就有对抗力,至于呈现在物权簿页、登记专簿还是预告登记簿页,并无区别。^㉖

《民法典》第368条后段规定:“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。”居住权采登记生效主义。《民法典》颁布后,可以预见会修改《不动产登记暂行条例》与《不动产登记暂行条例实施细则》,增设居住权登记的相应簿页、具体操作流程以及需提交的材料清单。上述规范修

改之前如需办理居住权登记,可将居住权纳入《不动产登记暂行条例》第5条第10项中“法律规定需要登记的其他不动产权利”。居住权未登记视为物权性质的居住权未设立,双方订立的居住权合同作为合同编中未规定的无名合同,发生相应的债法效力,诸多具体内容参照租赁合同的相关规范进行类推适用。

居住权合同属于《民法典》第221条中“其他不动产物权的协议”,当事人在办理居住权登记前,可以约定向登记机构申请预告登记。《不动产登记暂行条例》第8条规定不动产登记簿应当记载的四类事项包括自然状况、权属状况、权利限制提示事项以及其他相关事项。“其他相关事项”涉及不动产登记中需要进一步说明的情况,每个不动产权利登记簿页下都设置了“附记”栏,用于记载“其他相关事项”。可以把居住权关系中的物上之债内容记载于“附记”栏,也可以在相关簿页增设栏目,如“居住权的行使条件和要求”,记载约定或法定的物上之债关系。随着电子登记簿与登记信息化的发展,不动产登记的效率、公示的效能与登记簿的容量都日趋扩大,既不会增加登记机构的工作量和登记审查的难度,也不会影响不动产登记簿的真实性与准确性。^④可以通过“一簿多页”的活页和表单化设计方式,^⑤将居住权关系中常见的物上之债类型,如用益维护义务、不同性质修缮义务的分配、价金及其支付方式、权利消灭事由、可否出租、是否享有优先购买权等,制成方便勾选或填写的标准化表单,尽可能扩大可登记的事项范围,同时降低登记与查询成本。

当事人在居住权合同中的个性化约定内容可能极为复杂、详细,通过在不动产权利登记簿页上增设栏目的方式进行简要记载,无法满足当事人将更多的约定内容上升为物上之债的需求,对此终极解决方案,是将居住权合同等相关文件集结为专簿,作为不动产登记簿的附件。例如我国台湾地区允许直接将地役权合同粘附于登记簿,在地役权内容一栏登记为“详如契约”。^⑥已失效的《房屋登记办法》第65条也认可将地役权合同分别附于供役地和需役地的房屋登记簿。《不动产登记簿样式及使用填写说明》涉及地役权登记信息中“地役权内容”一栏时规定:

“填写地役权主要内容,包括地役权合同中约定的供役地利用目的和方法等。粘附地役权合同的,本栏可以略写。”我国实践操作中也允许登记机构通过粘附地役权合同的方式对地役权内容进行记载。暂且不论登记和审查成本,把合同粘附于登记簿会使整个合同内容都产生绝对效力,未必符合当事人的利益及真实意图,只适合作为供当事人选择的登记方式之一。

居住权合同约定的内容与登记簿记载的内容不一致时,应当区分情况处理。^⑦若登记簿上的权利人是居住权合同订立时的当事人,则首先需要排除因登记错误而导致不一致,确定为登记错误的,登记簿公信力仅针对第三人,当事人内部仍以真实合意即合同内容为准;若不一致属于首次登记时双方合意对合同内容的变更,则以登记簿记载的变更后的合意为准;若登记簿上的权利人并非合同订立时的当事人,而是继受取得房屋所有权或居住权,则以登记簿记载的为准。

三、意定居住权作为用益物权的基本构造

(一)意定居住权的设立

《民法典》第367条第1款规定:“设立居住权,当事人应当采用书面形式订立居住权合同。”第371条规定:“以遗嘱方式设立居住权的,参照适用本章的有关规定。”无论基础法律关系是居住权合同还是遗嘱这一单方死因行为,《民法典》物权编的居住权在性质上都属于意思自治范畴内的意定居住权,而非法定居住权。第367条要求居住权合同采书面要式,为嗣后的居住权登记提供依据。交易实践中常见的设定方式还包括保留居住权的所有权买卖及赠与、设定居住权的共有物分割协议或集资购房协议等。^⑧

以遗嘱方式设立居住权时,是依《民法典》第368条的登记生效规则,还是依第230条“自继承开始时发生效力”,不以登记为生效时点?有必要区分两个阶段的物权变动。第一阶段因遗嘱人死亡引发,属于非基于法律行为的物权变动,居住权作为房屋上的负担,影响遗产范围内房屋的市场价值,由此涉及遗产债务清偿中的拍卖变卖顺序和实现方式,因此居住权自遗嘱人死亡时设立,由遗产继承人共同体

共有。遗产清算完毕后,若房屋作为继承标的仍然存在,则在第二阶段共有财产分割时,由遗嘱指定的权利人获得单独的居住权。这一阶段若采裁判分割方式,属于法律文书导致的物权变动,无需登记;若采协议或遗嘱指定分割方式,属于法律行为导致的物权变动,自登记时生效。^⑩综上所述,以遗嘱方式设立居住权的,不能直接参照《民法典》第368条的登记生效规则。

(二)居住权的主体范围:非自然人?实际居住人?

意定居住权的制度功能和规范目的不同于法定居住权,无须对主体范围严格限制,无论是否为家庭成员或近亲属,均可成为居住权人。法人与非法人组织能否享有居住权?《民法典》第366条居住权定义中“满足生活居住的需要”,第369条的“居住权不得继承”以及第370条的“居住权人死亡的,居住权消灭”等表述,通过对权利主体生命周期的强调,暗含只有自然人才享有居住权的立法预设。但是,第367条在“二审稿”中“当事人的姓名和住所”这一表述之外刻意新增了“名称”,显然意味着法人与非法人组织亦可成为居住权合同中的所有权人或居住权人。前者如政府在国有政策保障房上为住房困难者设立居住权,以及以房养老中购买住宅的企业或金融机构为老人保留居住权;^⑪后者如企业为了解决内部员工的住宿问题,在他人房屋上有偿取得居住权然后分给员工居住,同居住权“满足生活居住的需要”的规范目的并不相违。^⑫一些法人团体还可以投资居住权从事民宿等经营性项目,更加充分地实现房屋的经济效用,^⑬以居住权之名实现用益权之实。

居住权人的其他家庭成员能否享有居住权?依《民法典》第366条的文义,似乎只有居住权人才有权居住。这一解释不符合生活实际,居住权人往往处于家庭与社会关系中,与配偶、子女、需抚养的近亲属等家庭成员,以及为权利人及家庭成员提供医务或家务等护理服务的人员共同居住。罗马法就已经将权利人范围扩大至居住权人的配偶、近亲属、客人以及奴隶;^⑭《法国民法典》第632条和《意大利民法典》第1022条至第1023条也区分了居住权人与实际居住人,居住权人在住宅中可以接纳实际居住人共

同居住生活,且实际居住人的范围并非僵化固定的。^⑮这也符合“满足生活居住的需要”这一立法目的,当居住权人组建家庭或者因年迈、疾病需要护理时,生活需求范围不仅仅是个人需求,而是扩展到配偶、子女以及护理人员的需求。实际居住人只是间接受益人,并非居住权合同一方当事人,其权利享有与义务承担皆不同于居住权人。

在利益衡量上,一定数量范围内居住人数的变化,通常不会对房屋质量与市场价值产生实质性影响,且所有权人可以对房屋修缮与质量维护等进行约定来排除相关风险,因此所有权人的利益不因实际居住人而受到损害,也无需记载实际居住人于登记簿。所以,法律应赋予居住权人自由决定何者进入自己私人生活空间的权利,^⑯且允许居住权人根据现实情况变更实际居住人的范围与人选,例如应包括新出生以及收养的子女、婚姻及同居状况变化后新的家庭成员或同居伴侣,实质标准是可以满足居住权人正常的家庭生活居住的需要。

(三)居住权的客体及其登记:非住宅?房屋的一部分?

《民法典》第366条的文义将居住权客体限于“住宅”,因此首先排除土地,居住权只能在房屋上设立。客体为住宅大大限制了居住权的适用范围,比较法上如德国《住宅所有权及长期居住权法》便规定了住宅之外不以居住为目的的长期使用权。^⑰鉴于《民法典》未规定适用于一切物的用益需求的用益权,可以从功能主义视角拓展住宅的外延,以便居住权的客体范围能够涵盖公寓式酒店以及民宿等经营性用房,因为酒店房间或民宿同样用于满足客人的住宿目的。这一结论还可以推导出设立居住权的房屋所在的土地类型不限于第359条的住宅建设用地使用权以及第363条的宅基地使用权,还可能涵盖商业、旅游、娱乐等土地用途的建设用地使用权。而厂房、商铺以及科教文卫体等用途的房屋,原则上无法设立居住权。

房屋的一部分可以设立居住权吗?常态下居住权往往设立在整套房屋上,但实际生活需求中,房屋所有权人可能在一套住宅上为数人分别设定居住权,或者在自住的同时用部分房间为他人设定居住

权,如同所有权人可以将一间房间出租给承租人。这是否构成对一物一权的突破?物权客体特定原则以及不动产登记簿采取物的编成主义模式,催生了“不动产单元”的概念,《不动产登记暂行条例》第8条规定“不动产以不动产单元为基本单位进行登记”,法律地位独立的不动产构成不动产单元,设置单独的登记簿页。问题于是转化为:住宅的一部分是否构成不动产登记簿中的不动产单元?

《不动产登记暂行条例实施细则》第5条规定:“不动产单元是指权属界线封闭且具有独立使用价值的空间……所称房屋,包括独立成幢、权属界线封闭的空间,以及区分套、层、间等可以独立使用、权属界线封闭的空间。”《不动产登记操作规范(试行)》第1.3.1条规定,“不动产单元是指权属界线封闭且具有独立使用价值的空间。独立使用价值的空间应当足以实现相应的用途,并可以独立利用”。结合《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2009]7号)第2条以及业已失效的《房屋登记办法》第10条,不动产单元的实质要素可界定为自然形态上的空间性、权属界线上的封闭性以及使用价值上的独立性。^⑩房屋所有权登记时不动产单元的认定应从严把握,不能认为一套房屋有几个房间就构成几个专有部分;但是,居住权作为他物权不涉及物的归属问题,不动产登记应尽可能体现并满足实际生活需求。成套住宅中个别房间经由门窗墙的区隔,构造上具有相对独立性,与其他房间之间存在“固定界限”,功能上可以排他使用,具有相对完整性,通说也不以具备浴室、厕所、厨房等日常生活所必须的设施作为是否有独立经济效益的标准,^⑪只要一般社会交易观念认为满足独立居住需求,就应当允许设立居住权。^⑫修订《不动产登记暂行条例》以及在登记簿中添加居住权信息簿页时,应当明确住宅的部分或个别房间登记居住权的编码设置方案。

行使居住权还会涉及对日常家具、家用电器等房屋附属设施的使用。2005年物权法(草案)把居住权客体表述为“住房及其附属设施”,^⑬《德国民法典》第1093条也规定“居住权仅及于建筑物之一部者,权利人对于为居住人全体共同使用而设之工作

物及装备,得为共同之利用”。解释论上应将居住权客体理解为“住宅及其附属设施”,权利人有权共同使用为居住所必需的设备设施,并按比例承担相应费用。^⑭

(四)居住权的权能与有偿性约定

《民法典》第366条强调居住权人对住宅仅享有占有和使用权能,第369条第2句规定“设立居住权的住宅不得出租,但是当事人另有约定的除外”,认可了居住权人通过约定出租而享有收益权能。在人役权序列中,使用权排除了用益权的收益权能,居住权则是房屋这一特殊客体上的使用权,三者逻辑上泾渭分明。但在私法史上,出于解决现实生活问题的需要,罗马法学家通过一系列存在争议的个案,逐渐承认使用权人可以适度收取孳息,^⑮优士丁尼也赋予居住权人出租房屋的权利(C.3, 33, 13, 1),导致三种权利的现实边界晦暗不清。

欧陆各国民法典严格限制居住权人将房屋出租,^⑯以此区分居住权和用益权,禁止出租并非以某种实质的价值判断为基础。若居住权人一段时间因故不需要居住,不允许出租则导致房屋闲置和资源浪费;^⑰若以房养老的房屋面积大,老年人居住空间充足的前提下将部分房间出租获得收益,更能实现以房养老的制度目的。《民法典》只规定了居住权这一种人役权,是否允许出租不会导致权利类型混淆,解释立场上应尽可能拓展权能范围,弥补用益权缺失导致的立法缺陷。法定居住权基于特殊政策考量而另当别论,如共同生活关系中帮扶性质的居住权则不宜认可出租的权利。

允许出租也意味着居住权突破了“满足生活居住的需要”的掣肘,该表述属于一种目的和功能宣示,并非居住权的构成要件。收益的形式不应当限于租金,例如企业获得居住权后分配给内部员工居住或者利用居住权经营民宿,居住权人的收益为劳动价值或经营性利润。

《民法典》第368条第一句规定:“居住权无偿设立,但是当事人另有约定的除外。”该任意性规范兼顾了社会性功能的居住权与投资性的意定居住权。社会性功能的居住权以无偿为原则,以遗嘱这种意定方式设立的居住权也是无偿的。合同形式设立的

意定居住权推定为无偿,当事人可以约定为有偿,更能体现居住权的财产权性质。有偿使所有权人从设定居住权中获益,有效提升了房屋上设定居住权的概率,还为以房养老等模式提供了制度空间。无偿方式表面上有利于居住权人的利益,事实上会减少居住权的适用场景以及普及频率,效果适得其反。

居住权人是否享有建筑物区分所有的业主的相关权利?若关涉居住权存续期间房屋具体利用的事项,应赋予居住权人出席业主大会和进行表决的权利;若关涉建筑物本身的利益如改建、重建建筑物及其附属设施、改变共有部分用途或者利用共有部分从事营利活动等事项,则仍由所有权人行使业主权利。^④

(五)居住权的存续期限与消灭事由

居住权类型不同,其期限亦不相同。法定居住权的期限取决于政策考量,例如离婚帮助型与家庭亲属型居住权的期限通常为离婚后一定期限或未成年人具备独立生活能力之前;拆迁安置型及公租房租赁型居住权的期限一般直至居住权人死亡。^⑤意定居住权的期限取决于合同中的约定或立遗嘱人的意思表示。《民法典》第367条也将居住权期限作为居住权合同的一般条款。

《民法典》第370条规定了居住权期限届满或者居住权人死亡两种消灭事由。非家庭成员之间设立的意定居住权,作为纯粹财产性质的他物权,权利期限应体现意思自治原则,由合同约定或遗嘱指定,意定的权利期限应记载于登记簿。设定的期限既可以是具体年限,也可以是居住权人的生命周期;若未约定或指定具体期限,则原则上至权利人死亡时消灭;居住权人为复数自然人时,最后一位居住权人死亡后,居住权整体消灭。房屋所有权人属于《民法典》第46条宣告死亡程序中的利害关系人,可以向法院申请宣告居住权人死亡。

期限届满与权利人死亡两个法律事实往往在时间上并不同步。第一种情形是期限届满时居住权人仍在世,即生存期限长于设定期限,则记载于登记簿的设定期限届满,权利即告消灭。如果居住权人继续居住且所有权人未提出异议,可以认定为不定期的居住权合同,仅具有债法效力,可类推适用《民法

典》租赁合同章第734条的不定期租赁,任何一方依第730条享有合理期限前通知对方后的任意解除权,利益状态不会失衡,价金等条件可以参照之前的居住权合同,也可以事后约定或依市场价格确定。第二种情形是居住权人死亡时期限尚未届满,即生存期限短于设定期限,问题转化为居住权是否可以作为遗产被继承。有学者对此持肯定立场。^⑥而第369条却规定:“居住权不得转让、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。”“民法典室内稿”中“不得转让、继承”后为逗号,使“当事人另有约定的除外”的但书规定及于首句,性质仍为任意性规范。《民法典》修改为句号以后,若严格依文义解释,居住权不得继承,居住权人死亡时即便期限未届满,居住权亦告消灭。

文义解释的结论给居住权埋下严重的制度隐患。决定居住权价金的关键要素是期限长短。权利人何时死亡通常无法预测,若因死亡导致居住权消灭,会严重阻碍居住权交易的开展,^⑦也会催生剩余设定期限居住权价值的补偿和返还问题。另一解释方案为类推适用《民法典》第732条的租赁权法定让与,“承租人在房屋租赁期限内死亡的,与其生前共同居住的人或者共同经营人可以按照原租赁合同租赁该房屋”,居住权人死亡后,实际居住人而非继承人有权按照合同内容,在剩余存续期限内享有居住权,债法效果上相当于居住权合同当事人地位的概括移转,^⑧无需签订新的居住权合同,需要变更登记居住权的主体。综上所述,对第370条“居住权期限届满或者居住权人死亡的,居住权消灭”,应解释为若合同未约定或遗嘱未指定期限,居住权人死亡时权利消灭;若有明确的存续期限,期限届满时居住权消灭;若权利人死亡时期限未届满,实际居住人有权在剩余期限内主张居住权。

不可否认,传统民法中用益权等人役权最长都是以生命为限,原因在于用益权人享有广泛的权能,只有加上生命周期这一时限,才可以忍受所有权被用益权侵蚀和抽空为虚空所有权。^⑨为了避免双方约定一个过长的期限彻底架空所有权,在认可居住权人死亡不一定导致居住权消灭的基础上,未来修法或制定司法解释时可以借鉴《意大利民法典》第

979条为法人设立用益权不得超过30年的经验,^⑧为意定居住权设定一个最长年限;或者直接类推适用《民法典》第705条关于租赁合同最长不超过20年的规定。另外,《民法典》第359条虽然规定住宅建设用地使用权期限届满自动续期,但续期费用等问题并不明朗,若居住权期限超出住宅建设用地使用权期限,且房屋所有权人因续期费用等原因未能续期,房屋及房屋上设立的居住权如何处置,需要未来的立法决断。

《民法典》第370条并未排除居住权因民法总则编、合同编或物权编规定的其他法律事实以及意定事由而消灭。早在优士丁尼法就曾总结为死亡、人格减等、滥用权利、混同以及物灭失五类消灭原因(I.2,4,3;I.2,4pr;D.7,4,5,2;D.7,4,27.)。2002年物权法(征求意见稿)规定了居住权人死亡、放弃居住权、期限届满、解除条件成就以及住房灭失五种消灭事由;2004年物权法(草案)(修改稿)增加未成年居住权人具有独立生活能力这一事由;2005年物权法(草案)又增加了居住权被撤销以及住房被征收两种事由。^⑨《意大利民法典》第1014条至第1015条的消灭事由还包括居住权与所有权混同以及权利人损毁或不进行正常修缮等权利严重滥用行为。^⑩综上所述,意定居住权的消灭事由分为三大类,一为权利主体的原因,包括居住权人死亡、居住权人与所有权人身份混同以及权利滥用;二为权利客体的原因,包括住宅灭失或被没收、征收;三为意定原因,包括期限届满、抛弃居住权、合同无效被撤销或解除、解除条件成就。居住权消灭的应当依第370条及时办理注销登记;单方抛弃居住权若没有注销登记,居住权抛弃不生效力。

中国城市化进程中,因城市更新或旧房改造导致住宅灭失或被征收的,如何保障旧房上居住权人的合法权益?对于法定居住权,应当综合考虑住宅的市场价值、住宅来源、居住权人与所有权人的关系以及所有权人的经济支付能力等因素,合理确定经济补偿数额。^⑪对于意定居住权,《意大利民法典》第1020条规定用益权转移到相应的征收补偿金上。2005年物权法草案也规定,因住房灭失导致居住权消灭的,住房所有权人获得保险金、赔偿金或补偿金

的,应当给予居住权人适当补偿;没有独立生活能力的居住权人也可以放弃补偿,要求适当安置,但因居住权人故意或重大过失致使住房灭失的除外。可见,当权利消灭不可归责于居住权人时,不应将补偿形式局限于金钱,因为在补偿数额估价过程中,居住权人的交涉能力比所有权人更弱。当所有权人或被征收人获得安置房屋时,居住权人有权要求在新的安置房屋上恢复居住权,以避免生活无着或补偿数额不合理等难题。当事人也可以在居住权合同中对上述问题进行约定,预先分配住宅灭失或被征收的风险。

(六)居住权是否可转让

《民法典》第369条对“民法典室内稿”的修改,如上文所述,使“居住权不得转让、继承”成为强制性规范,居住权不具有“处分”内容,居住权人不得通过买卖、赠与、互易等方式移转居住权或抵押居住权;也不能通过继承、遗赠以及遗赠扶养协议、死因赠与或遗产信托等以居住权人死亡作为移转前提的法律安排转让居住权,这严重束缚了居住权制度的应用。

罗马法上,居住权、用益权等人役权专为特定人需求设立,供养目的造就了其高度的人身专属性,不能转让或继承(G.2,30)。^⑫人役权的专属性虽然被欧陆民法典继受,随着时代转变亦在不断变革之中。《法国民法典》第628条把契约作为居住权的基本设立方式,意思自治要素的注入为缓和居住权的专属性打开了缺口;^⑬《意大利民法典》第1024条禁止转让的规定,有学说认为可通过约定设立例外,而且第980条规定在设立文件未作禁止性规定时允许转让用益权,当事人可通过设定仅限于居住的不动产用益权方式达到居住权转让的效果。^⑭《德国民法典》中的传统居住权依第1092条不得转让、继承,随后通过《用益权及限制的人役权让与法》《住宅所有权及长期居住权法》与《分时段居住法》确立了纯粹财产权性质的长期居住权,可以转让、继承以及进行任何合理用益,当事人可以约定权利人让与长期居住权需要取得所有权人或第三人同意。^⑮

现代经济生活中,意定居住权不可转让规则有很大局限性。专为特定主体设立的法定居住权原则不可转让,但意定居住权是一种纯粹的财产性权

利。为贯彻物尽其用的效率价值,投资性居住权存在转让的迫切需求,只有允许居住权转让、继承以及设定抵押等负担,才可以建立统一的居住权市场。禁止转让无法实现居住权的交换价值,房屋的整体效用也因此受到减损。^⑥为了缓解立法禁止居住权转让和继承带来的负面效应,可借鉴罗马法学家的做法:用益权虽不能转让,用益权的行使可以转让(I.2,5,1),既可以由本人对用益物实现收益,亦可以通过债权性合同让与给他人收益(D.7,1,12,2)。用益权买卖被视为债权性买卖,买受人并不取得用益权,只被允许在事实层面进行用益。^⑦同理,居住权人也可以授权他人行使居住权,居住权转让合同仅在当事人之间发生债法效力,受让人不具有物权人地位。

四、居住权合同对租赁合同的类推适用

(一)《民法典》中居住权合同的法律漏洞及准用对象

欧陆各国民法典皆规定了完善的人役权体系,在编章结构上,居住权置于用益权与使用权之后,由于法典承载的提取公因式和体系简化的任务,只需对居住权区别于其他人役权的特殊内容作出规定,其他方面准用用益权的规则即可。^⑧可是,我国民法典并未继受用益权与使用权,而居住权仅仅六个条文,就显得捉襟见肘,对于居住权关系中双方的权利义务等内容,规范配置严重不足,法律漏洞比比皆是。

依卡纳里斯的论述,法律漏洞指可能的文义范围内,法律制度违反计划的不完整性,并非“未为任何规定”,而是欠缺特定的规则。法律漏洞中的公开漏洞,指依法律的规范目的,对某个问题违反计划地没有给出肯定回答。^⑨公开漏洞的主要填补方法为类推适用,又称为比附援引,将法律于某案型明定的法律效果转移适用于法律未设规定的案型上。^⑩其正当性基础在于,尽管待处理的案型没有被某个条文的文义涵盖,对于该法条属于“否定的候选”,但两类案型在与法律评价有关的重要观点上类似,以至于基于正义的要求,按照同样问题同样处理进行评价,以保障法律评价体系中无矛盾性。类推适用是一种评价性而非形式逻辑的思考过程,原则上法官

有类推的义务。^⑪

《民法典》第467条第1款规定:“本法或者其他法律没有明文规定的合同,适用本编通则的规定,并可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定。”参照适用又被称为“准用”,一般用于没有直接纳入法律调整范围内,但是又属于该范围逻辑内涵自然延伸的事项,实质上是一种法律明定或明文授权式的类推适用。^⑫鉴于居住权与租赁权在功能与制度构造上具有相似性,对于适用过程中的法律漏洞,应当依据第467条准用典型合同中法律评价最相类似的租赁合同的规定。

对于期限届满以及共同居住人等问题如何准用租赁合同,上文已有论述。下文针对房屋所有权人、居住权人以及各种类型的第三人之间的权利义务关系,逐个甄别是否可以准用租赁合同的相关规范。为省略篇幅,类推适用的《民法典》合同编以及《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2009]11号)(以下简称《城镇房屋租赁合同解释》)的具体条文,阐述相关内容时以括号形式标注。

(二)居住权人的义务

1. 合理用益及维护义务

对于用益权人行使权利的限制,私法史上经典地表述为从“保持物的本质”放宽为“不改变物的社会经济用途”。^⑬如禁止加高房屋、改变内部格局或增加门窗,禁止任何导致房屋超出正常磨损或折旧范围的贬值,住宅只能居住而不能用作驿站(D.7,1,13,8)。^⑭2002年以来的几部物权法(草案)均规定“居住权人应当合理使用住房及其附属设施”。《民法典》第367条要求居住权合同中约定“居住的条件和要求”条款,这便暗含了居住权人负担约定及法定的合理用益义务。

居住权人应当按照约定的条件和要求使用房屋,对于房屋的自然损耗折旧,居住权人不承担赔偿责任(《民法典》第709条至第710条)。若居住权人擅自变动房屋建筑主体和承重结构或者扩建,在所有权人要求的合理期限内仍不予恢复原状,所有权人可以解除居住权合同并要求赔偿损失(《民法典》第711条《城镇房屋租赁合同解释》第7条)。^⑮居住权存

续期间,约定可以出租房屋的,获得的收益归居住权人所有,但当事人另有约定的除外(《民法典》第720条)。

居住权人应当妥善维护房屋及其附属设施,因维护不善造成房屋及其附属设施毁损、灭失的,应当承担赔偿责任(《民法典》第714条)。用益过程中,居住权人承担善良管理人的注意义务以及法定担保责任,^②因共同居住人或承租人的行为导致房屋毁损、灭失的,同样由居住权人向所有权人负赔偿责任。

2. 不同性质修缮义务的分配

修缮义务的负担是居住权与租赁权的重大差异之一。出租人有义务保持租赁物处于符合约定用途的状态,否则承租人的目的无法实现。^③《民法典》第712条规定:“出租人应履行租赁物的维修义务,但当事人另有约定的除外。”承租人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。未及时修复损坏的房屋,影响承租人正常使用的,应当按照约定承担赔偿责任、相应减少租金或者延长租期。当然,若因承租人的过错致使租赁物需要维修的,出租人不承担责任。正当性理由在于,租赁权并非长期稳定的权利,如果由承租人负担房屋维修费用,一旦租赁合同终止,所支付的维修费用可能难以取回,不当加重了承租人的负担。^④

而用益权和居住权则使房屋基本脱离了虚空所有权人的掌控,罗马法学家甚至认为,用益权人与虚空所有权人对用益物构成一种共有关系。^⑤居住权人实际控制着房屋及其附属设施,因此承担日常改良、修缮、维护和物业管理等必要费用,不仅更为便捷,还可以有效促使居住权人合理用益,积极维护房屋处于良好状态。相反,超出日常修缮程度的重大维修,目的往往在于保有房屋不会损毁、灭失,涉及房屋所有权的保存行为,^⑥所有权人作为最大的受益者,应当承担重大维修费用。在司法裁量上,居住权期限的长短与“重大维修”标准判定之间具有一定的动态关系,期限越长,所有权人利益越少,重大性的标准越高。2005年物权法(草案)便规定:“居住权人应当承担住房及其附属设施的日常维护费用和物业管理费用,可以不承担重大维修费用。”比较法上如

《意大利民法典》第1004条至第1005条也区分了用益权人的正常修缮义务和所有权人的非常修缮义务,因用益权人未履行正常修缮义务导致非常修缮的费用也由用益权人承担;第1006条规定用益权人进行了非常修缮并且垫付修缮费,有权请求所有权人偿还并有权留置房屋。^⑦《民法典》对此不置一词,因不能类推租赁,未来宜通过修法或司法解释予以漏洞填补。

除了必要费用,超出合理用益范围的房屋装修使房屋在客观价值上增加的费用为有益费用。^⑧所有权人未同意的装修费不构成有益费用,而是对所有权的侵害,所有权人可以要求居住权人恢复原状或者赔偿损失(《民法典》第715条)。有益费用限于居住权合同终止时房屋留存的增加价值,并非以居住权人实际支出的金额为准。由于合同可能存在因无效、解除、期限届满等多种终止事由,合同终止可能归责于一方或双方,装修材料可能附合于房屋所有权或未形成附合,因此清算关系较为复杂,违约责任、附合规则、不当得利等规范都有适用空间,^⑨可参照《城镇房屋租赁合同解释》第9条至第12条,借鉴《意大利民法典》第985条至第986条^⑩等比较法经验,处理归属及利益返还问题。

3. 支付价金及返还房屋

当事人依《民法典》第368条可以约定居住权的价金及其支付方式,未约定价金或约定不明确的视为无偿。考虑到居住权期限一般较长,市场价格在较长年限中可能存在很大幅度的变动,因此,双方可约定价金的浮动计算系数,这也被视为对价金有明确约定。对支付期限未约定或约定不明确,依补充协议、合同条款或交易习惯仍不能确定的,应当在每届满一年时支付,居住权剩余存续期间不满一年的,应当在期间届满时支付(《民法典》第721条)。居住权人无正当理由未支付或迟延支付价金的,所有权人可请求居住权人在合理期限内支付;逾期不支付的,所有权人可以解除居住权合同(《民法典》第722条),并就居住权人放置于房屋内的财物享有特殊留置权。^⑪

居住权期限届满或其他原因导致居住权消灭时,原居住权人应当返还房屋,房屋应当符合约定或

者正常使用后的状态(《民法典》第733条)。若明显超出正常损耗范围,如窗户破损或者墙壁严重污损,则构成合理用益义务的违反,对所有权人负损害赔偿赔偿责任。居住权消灭后,原居住权人转为无权占有,占有期间获得的收益构成不当得利,所有权人有权请求参照约定的价金标准支付房屋占有使用费(《城镇房屋租赁合同解释》第5条)。所有权人可基于居住权合同关系、侵权责任、不当得利请求权及物权请求权要求返还房屋。^⑥

(三)房屋所有权人的义务

2002年以来的几部物权法(草案)都规定“住房所有权人应当保障居住权人对住房及其附属设施占有、使用的权利”。在合同存续期间,房屋所有权人应承担的不作为义务包括:不得无故剥夺或干扰居住权人对房屋的占有、使用,如不得在不合理时间无故擅入房屋;须容忍居住权人以合乎合同目的的方法使用房屋,如安装电话和暖气设施。所有权人是否有排除第三人妨害房屋占有及使用的作为义务?居住权人作为用益物权人,有权主张《民法典》第235条以下规定的返还原物、排除妨碍与消除危险等一系列物权请求权,无需让所有权人再行承担相应的作为义务。

交付房屋时,所有权人应保证房屋质量不具有瑕疵或符合约定及通常用途。若居住权人订立合同时知悉质量瑕疵,应当自负风险,但是为了强化对生命健康权的保护,^⑦当质量瑕疵危及居住权人及共同居住人的安全或者健康,居住权人无论是否提前知悉均可随时解除合同(《民法典》第731条)。而对于居住权存续期间房屋的质量瑕疵,与租赁合同不同,由居住权人对质量瑕疵进行日常维护修缮,只有构成需要重大维修的质量瑕疵时,所有权人才有义务采取重大维修等补救措施。

居住权经登记后具有公示和公信力,不存在租赁合同常见的出租他人之物或未经其他共有人同意出租共有物等权利瑕疵问题,登记簿上房屋所有权人记载错误时第三人也可善意取得居住权,皆没有类推适用《民法典》第723条的空间。但是,实践中仍有可能因房屋违反《中华人民共和国消防法》^⑧等强制性规范被禁止使用;以及房屋被司法机关或行政

机关依法查封,查封等强制措施可能同时限制了房屋的使用收益。^⑨因此,当房屋被司法机关或者行政机关依法查封,或者具有违反法律、行政法规关于使用条件的强制性规定情形,致使房屋无法使用的,无过错的居住权人可以解除合同(《民法典》第724条)。

因不可抗力、意外事件等不可归责于双方当事人的事由,致使房屋部分或全部毁损、灭失的,居住权人可要求减少价金或者不支付价金;因房屋部分或全部毁损、灭失,致使不能实现合同目的的,居住权人可解除合同(《民法典》第729条)。由所有权人负担房屋损毁灭失的风险,理由在于居住权的设立并未导致所有权移转,房屋自身的价值通常高于居住权人的占有和使用利益。^⑩且房屋毁损、灭失往往超出日常修缮的程度,居住权人请求减少价金时还有权要求所有权人进行重大维修。若部分灭失影响到整体房屋的使用,如厨房严重受损导致无法生活居住,合同目的无法实现,居住权人有权拒绝支付全部价金并解除合同。

(四)涉及第三人关系

1. 居住权人出租房屋

《民法典》第369条任意性规范确立的推定规则是不得出租,由此催生经所有权人同意的出租与未经同意的出租两种类型,分别对应租赁合同中经出租人同意和未经同意的转租。^⑪第一种情形,未经所有权人同意出租房屋,构成对第369条中法定义务的违反。在所有权人与居住权人之间,所有权人有权解除居住权合同(《民法典》第716条第2款),也有权向居住权人主张违约责任;在居住权人与承租人之间,基于合同相对性,租赁合同仍然有效,但无法履行,对此不知情的承租人有向居住权人主张违约责任;在所有权人与承租人之间,承租人的租赁权不能对抗所有权人,已占有房屋时,所有权人得直接请求返还。

第二种情形,居住权人经所有权人同意出租房屋,同意的形式既包括双方合意,也包括所有权人事先单方同意以及事后追认。^⑫所有权人知道或者应当知道居住权人出租,但在6个月内未提出异议的,视为所有权人同意出租(《民法典》第718条)。承租人对房屋造成损失的,居住权人应当赔偿损失(《民

法典》第716条第1款)。若租赁期限超过居住权剩余期限,超过的部分对所有权人推定为不具有法律约束力(《民法典》第717条)。所有权人与承租人之间不存在直接的法律关系,但是根据《民法典》第524条“债务人不履行债务,第三人对履行该债务具有合法利益的,第三人有权向债权人代为履行”之规定,当居住权人不向所有权人履行合同债务时,承租人就属于向所有权人代为履行债务具有合法利益的第三人,代为履行的价金可以充抵承租人应向居住权人支付的租金,超出租金的部分还可以向居住权人追偿(《民法典》第719条)。居住权合同因无效、期限届满或解除而终止时,所有权人有权依物上请求权或其他权利基础,请求承租人返还房屋并支付逾期腾房占有使用费(《城镇房屋租赁合同解释》第18条)。房租上涨时为了降低承租人故意违约的风险,应参照房屋占用期间租赁市场的价格而非合同中的租金标准认定占有使用费。^⑧

2. 居住权与处分不破租赁

在租赁合同社会化大潮下,《民法典》第725条规定:“租赁物在租赁期间承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力。”第405条规定,“抵押权设立前,抵押财产已经出租并转移占有的,原租赁关系不受该抵押权的影响。”这两条构成了处分不破租赁制度,论证思路或是债权物权化,或是合同当事人地位的法定移转。^⑨居住权作为他物权登记生效,本身就具有对世效力,不受房屋所有权处分的影响。2005年物权法(草案)曾规定“居住权设立后,住房所有权人变更的,不影响居住权”,^⑩实为画蛇添足之赘言。房屋上同时设立居住权与抵押权时,依登记的先后顺序解决权利冲突,后顺位权利人可通过查询登记簿知晓前顺位权利的存在,因此自担顺位风险。先抵押后设立居住权的,抵押权实现后,居住权对受让人不具有约束力;先设立居住权后抵押的,抵押权实现后,居住权在存续期间内对新所有权人继续有效。

《民法典》增设居住权以后,还有保留处分不破租赁的必要吗?答案取决于居住权的客体与适用范围,若居住权只限于设立在解决生活居住需求的住宅之上,则无法涵盖商铺、厂房等非居住需求的房屋

租赁市场,处分不破租赁制度仍有适用空间;若居住权被实质拓展为一切建筑上皆可设立的用益权,可自由转让和继承,具备租赁权通过物权化试图获得的对世效力,则与处分不破租赁功能重叠,保留纯粹债法效力的租赁即可。当事人依据自身需求与市场价格等因素,选择具有对世效力的居住权方案或者具有相对效力的租赁权方案。《民法典》上居住权的客体目前难以覆盖全部不动产租赁市场,因此仍有保留处分不破租赁的必要。

3. 居住权人的优先购买权

承租人对租赁房屋享有优先购买权和优先承租权的正当性理由,^⑪同样可以适用于居住权人。所有权人出卖房屋的,应当在出卖之前的合理期限内通知居住权人,居住权人享有以同等条件优先购买的权利(《民法典》第726条)。居住权存续期间届满,居住权人享有以同等条件继续设立居住权的权利(《民法典》第734条第2款)。在所有权人将房屋出卖给近亲属或赠与、征收、继承等非买卖情形中,居住权人不享有优先购买权。规范依据类推《民法典》第726条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(法释[2016]5号)(以下简称《物权法解释一》)第9条。

优先购买权中的“同等条件”应当综合房屋转让价格、价款履行方式、担保条件等因素确定(《物权法解释一》第10条)。优先购买权的行使期间依约定,未约定时为通知载明期间、通知送达或知道及应当知道同等条件之日起15日(《物权法解释一》第11条)。所有权人委托拍卖人拍卖房屋的,应在拍卖5日前通知居住权人。居住权人未参加拍卖的视为放弃优先购买权(《民法典》第727条)。居住权人主张优先购买权时不得提出减少转让价款、增加转让人负担等实质变更要求;不得以优先购买权受到侵害为由,仅请求撤销买卖合同或者认定合同无效(《物权法解释一》第12条)。所有权人未通知或妨害居住权人行使优先购买权的,居住权人只有权请求所有权人承担损害赔偿责任,但是所有权人与第三人订立的房屋买卖合同的效力不受影响(《民法典》第728条)。鉴于优先购买权的正当性基础存疑,为了降低使用频率,通常不考虑第三人的善意恶意问题。损

害赔偿性质为违反法定义务的责任,赔偿范围为获得类似房屋所支出的价款损失与费用损失。^⑨仅在部分房屋上设定居住权的,在所有权人整体出卖楼盘或楼层时,类推最高人民法院的复函意见处理。^⑩

五、结论与评价

居住权具有社会性与投资性双重功能,社会性居住权体现国家管制与政策考量,集中于家庭法领域与社会保障领域,分别采取法定、意定以及裁判方式设立;投资性居住权采取意定方式设立,属于独立的用益物权。意定居住权关系可分为物权、物务(物上之债)以及债之关系三个层次。《民法典》物权编主要规定了居住权的物权性内容,包括设立方式、权利主体与客体、权利期限、权能范围、消灭事由、不可转让性以及登记生效,应当在不动产登记簿中增设居住权登记的相应簿页。物务即物上之债,包括合理用益、费用分摊、修缮义务分配等附着于房屋的负担,物权编中未有规定,可由当事人约定并经登记发生绝对效力,在登记簿上记载于“附记”栏或增设栏目及标准化表单。其他个性化约定内容,作为纯粹债之关系只发生相对效力,通常不具有登记能力,但有实践做法将合同作为附件粘附于登记簿,使所有合同内容产生对抗力。

意定居住权以书面合同或遗嘱方式设立,以遗嘱方式设立时不能参照登记生效规则。法人与非法人组织亦可成为所有权人或居住权人。居住权人可以接纳实际居住人共同居住生活,实际居住人包括家庭成员以及护理人员等。居住权的客体除了住宅还包括公寓式酒店以及民宿等满足客人住宿目的的经营性用房,但无法涵摄厂房、商铺以及科教文卫体用房。房屋的一部分以及房屋附属设施也可成为居住权客体,属于不动产登记上的不动产单元。意定居住权推定为无偿但可以约定为有偿,在占有、使用权能之外,应认可居住权人享有出租以及其他合理方式的收益权能。居住权人可以约定或通过遗嘱指定权利期限,应当为意定居住权设定一个最长期限。未约定或指定时居住权人死亡导致权利消灭,若权利人死亡时居住权期限未届满,实际居住人有权在剩余期限内主张居住权。权利消灭事由包括:居住权人死亡,身份混同,权利滥用,住宅灭失或被

征收,期限届满,抛弃居住权,合同无效、被撤销或解除,解除条件成就。《民法典》文义上禁止居住权转让或继承,产生很强的负面效应,居住权人可以授权他人行使居住权,转让合同仅发生债法效力。

《民法典》中居住权关系的规范配置严重不足,存在大量法律漏洞,鉴于居住权与租赁权在功能与制度构造上具有相似性,应当参照租赁合同的相关规范,对居住权关系进行类推适用。居住权人应当承担合理用益及维护义务、支付价金及权利消灭后返还房屋的义务、支付日常修缮费用及物业管理等必要费用。房屋所有权人应当承担交付房屋时的质量瑕疵担保、房屋使用过程中的重大修缮义务、房屋因不可抗力或意外事件而损毁灭失的风险。居住权人经所有权人同意或未经同意的出租准用租赁合同的转租规则。居住权的客体难以覆盖全部不动产租赁市场,规定居住权后仍有保留处分不破租赁的必要。居住权人享有以同等条件优先购买房屋或优先继续设立居住权的权利。

行文至此,回顾《民法典》新增的居住权制度,遗憾的是,立法者“或许”未能厘清居住权的功能定位,其他各编未明确规定社会性居住权,而物权编中寥寥几个条文,将社会性居住权与投资性居住权的内容毫无章法地混杂一团,文义上对居住权主体、客体、权能、消灭事由以及可转让继承性,都进行了极为严苛的限制,徒增了解释论的难度和适用成本,不当阻碍和限制了投资性意定居住权诸多功能的实现,进一步压缩了交易市场上的用益物权工具。立法者“或许”不了解传统民法人役权体系中从用益权到居住权的递进分工,因此只规定了人役权体系内适用范围和权能最为狭窄的居住权。未规定用益权的前提下,其实本可以采取补救措施,把居住权拓展为在他人不动产上使用收益的一般化权利分化工具。然而,立法者“或许”没有意识到公私法纠结的困境下,“法典”具有在国家管制与私人自治之间进行水平切割^⑪以及提取公因式的体系化功能。物权编中的居住权可以秉承政策中立与私人自治,规定适用于各居住权类型的一般性规范,起到提取居住权公因式的作用;而特殊政策考量和弱者保护的社会性居住权,留待婚姻家庭编、继承编以及特别法予

以规定和处理,形成居住权外部体系的总分结构。不仅如此,立法者“或许”还疏漏了居住权与居住权合同的关系和不同效力、同不动产登记法的协调、居住权与租赁权的同异等不容忽视的问题,对居住权关系中当事人之间权利义务的必要内容不置一词,形成大量法律漏洞。15年前,我国物权法起草过程中,居住权入法因诸多原因半途而废。而今,居住权终于得以写入《民法典》,本是一件幸事,却因立法者这些“或许”存在的短板,人为制造了这么多缺憾。可惜!可叹!

注释:

①Cfr. L. Capogrossi Colognesi, La struttura della Proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età Repubblicana, Milano, 1969, pp. 494-497. 参见汪洋:《从用益权到居住权:罗马法人役权的流变史》,载《学术月刊》2019年第7期,第102页。

②参见《德国民法典》第三编第五章以及《住宅所有权及长期居住权法》《法国民法典》第二卷第二章、《意大利民法典》第三编第五章及《瑞士民法典》第二十一章。

③参见[日]我妻荣:《我妻荣民法讲义Ⅱ:新订物权法》,[日]有泉亨补订,罗丽译,中国法制出版社2008年版,第421-423页;谢在全:《民法物权论》(中册),中国政法大学出版社2011年版,第505页。不过,日本在最近的民法修改中,根据实际需要在继承编第1028条以下,增加了配偶居住权制度。

④参见何勤华等编:《新中国民法典草案总览(增订本)》(下卷),北京大学出版社2017年版,第1713、1744、1777、1800页。

⑤申卫星:《视野拓展与功能转换:我国设立居住权必要性的多重视角》,载《中国法学》2005年第5期,第79-81页。

⑥参见辜明安、蒋昇洋:《我国民法典设立居住权的必要性及其制度构造》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2020年第2期,第106页;曾大鹏:《居住权的司法困境、功能嬗变与立法重构》,载《法学》2019年第12期,第56页。Cfr. Massimo Bianca, Diritto Civile, La proprietà, Milano, 1999, p. 635.

⑦黄薇主编:《中华人民共和国民法典物权编解读》,中国法制出版社2020年版,第541页。

⑧比较法上,居住权的设立方式一般包括合同、遗嘱、取得时效、法律规定和法院裁判。参见《法国民法典》第579条、《意大利民法典》第978条《瑞士民法典》第746条、我国《澳门民法典》第1374条。

⑨崔建远:《民法分则物权编立法研究》,载《中国法学》

2017年第2期,第52页。

⑩参见单平基:《民法典草案之居住权规范的检讨和完善》,载《当代法学》2019年第1期,第5-13页;申卫星、杨旭:《中国民法典应如何规定居住权?》,载《比较法研究》2019年第6期,第77-80页。

⑪鲁晓明:《论我国居住权立法之必要性及以物权性为主的立法模式》,载《政治与法律》2019年第3期,第14-21页。

⑫黄薇主编,《中华人民共和国民法典物权编解读》,第554页。

⑬苏永钦:《可登记财产利益的交易自由》,载《南京大学法律评论》2010年秋季卷,第17-22页。

⑭苏永钦:《寻找新民法》,北京大学出版社2012年版,第483页。

⑮常鹏翱:《物上之债的构造、价值和借鉴》,载《环球法律评论》2016年第1期,第7-8、13-14页。

⑯张力毅:《通过契约实现的物之支配关系》,载《东方法学》2015年第6期,第30-32页。

⑰黄薇主编,《中华人民共和国民法典物权编解读》,第547页。

⑱何勤华等编,《新中国民法典草案总览(增订本)》(下卷),第1800页。

⑲申卫星、杨旭,《中国民法典应如何规定居住权?》,第68-70页。

⑳黄薇主编,《中华人民共和国民法典物权编解读》,第548页。

㉑申卫星、杨旭,《中国民法典应如何规定居住权?》,第80-81页。

㉒常鹏翱,《物上之债的构造、价值和借鉴》,第21页。

㉓苏永钦:《物权法定主义松动下的民事财产权体系》,载《厦门大学法律评论》第8辑,厦门大学出版社2004年版,第5、27页。

㉔朱庆育:《“买卖不破租赁”的正当性》,载《中德私法研究》(第1卷),北京大学出版社2006年版,第51页。

㉕程啸:《财产权保护与不动产权利的登记》,载《浙江社会科学》2020年第6期,第31页。

㉖常鹏翱:《论可登记财产权的多元化》,载《现代法学》2016年第6期,第58页。

㉗程啸,《财产权保护与不动产权利的登记》,第34页。

㉘刘燕萍等主编:《不动产登记制度理论探究》,北京大学出版社2016年版,第91-92页。

㉙国土资源部不动产登记中心编:《不动产登记暂行条例实施细则释义》,北京大学出版社2016年版,第150页。我国台湾地区“土地登记规则”第155-1条、第155-2条、第155-3条、第155-4条还提及共有物使用管理专簿和土地使用收益

限制约定专簿。参见常鹏翱,《论可登记财产权的多元化》,第54页。

③⑩程啸等:《不动产登记暂行条例及其实施细则的理解与适用》,法律出版社2017年版,第324页。

③⑪肖俊:《“居住”如何成为一种物权》,载《法律科学》2019年第3期,第97-105页。

③⑫第一阶段设立居住权还涉及概括继承(遗赠)与特定继承(遗赠)的区分,若特定房屋之外的遗产足以清偿债务,则无须动用设立了居住权的房屋。清偿债务时若要拍卖部分遗产,设立了居住权的房屋应列于后位。参见汪洋:《中国法上基于遗赠发生的物权变动》,载《法学杂志》2020年第8期。

③⑬黄薇主编,《中华人民共和国民法典物权编解读》,第546页。

③⑭ Massimo Bianca, Diritto Civile, La proprietà, Milano, 1999, p. 634.

③⑮申卫星、杨旭,《中国民法典应如何规定居住权?》,第80-81页。

③⑯ I. 2, 5, 5; D. 7, 8, 4, 1; Cfr. Mario Talamanca, Istituzioni di Diritto Romano, Milano, 1990, p. 466.

③⑰ Cian e Tranbucchi, Commentario breve al Codice Civile, CEDAM, 2018, p. 1008.

③⑱薛军:《地役权与居住权问题》,载《中外法学》2006年第1期,第97-100页。

③⑲参见《德国住宅所有权与长期居住权法》,胡晓静译,载《中德私法研究》(第5卷),北京大学出版社2009年版,第163页以下。

③⑳国土资源部不动产登记中心编,《不动产登记暂行条例实施细则释义》,第12页。

㉑最高人民法院民一庭编著:《最高人民法院建筑物区分所有权、物业服务司法解释理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第42-50页。

㉒黄薇主编,《中华人民共和国民法典物权编解读》,第550页。

㉓何勤华等编,《新中国民法典草案总览(增订本)》(下卷),第1778页。

㉔曾大鹏,《居住权的司法困境、功能嬗变与立法重构》,第60-64页;申卫星、杨旭,《中国民法典应如何规定居住权?》,第80-81页。

㉕Cfr. Mario Talamanca, Istituzioni di Diritto Romano, Milano, 1990, p. 466; Alberto Burdese, Manuale di Diritto Privato Romano, Terza edizione, UTET, 1975, p. 373.

㉖参见《法国民法典》第634条《德国民法典》第1029条、《意大利民法典》第1024条。

㉗薛军,《地役权与居住权问题》,第97-100页。

㉘席志国:《居住权的法教义学分析》,载《南京社会科学》2020年第9期,第94页。

㉙任宇飞、李玉斌:《论居住权的类型及其司法适用》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2015年第3期,第137-139页。

㉚参见鲁晓明,《论我国居住权立法之必要性及以物权性为主的立法模式》,第14-21页;曾大鹏,《居住权的司法困境、功能嬗变与立法重构》,第60-64页。

㉛申卫星、杨旭,《中国民法典应如何规定居住权?》,第68-70页。

㉜王利明:《合同法研究》(第三卷),中国人民大学出版社2015年版,第341页。

㉝Cfr. Vincenzo Arangio-Ruiz, Istituzioni di Diritto Romano, Napoli, 1989, p.241. 参见[德]马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特:《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第300页。

㉞Cian e Tranbucchi, Commentario breve al Codice Civile, CEDAM, 2018, p. 978.

㉟参见何勤华等编,《新中国民法典草案总览(增订本)》(下卷),第1713、1745、1778页。

㊱Cfr. L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, Dritti Reali, UTET, 2007, p. 161; Cian e Tranbucchi, Commentario breve al Codice Civile, CEDAM, 2018, p. 1002.

㊲在拆迁安置型中,应当重点考察居住权人依据拆迁安置政策对所有权利人取得房屋所有权所做贡献的权重,如户籍、折算成本价购房的面积、成本价与标准价的差额等因素。在公租赁型和家庭亲属型中,应当重点考察尚需占有、使用特定房屋的年限,结合房屋承租人或所有权人的经济支付能力。在离婚帮助型中,应重点考虑另行解决居住权益的成本,如租赁房屋应当支付的租金等因素。参见任宇飞、李玉斌,《论居住权的类型及其司法适用》,第137-139页。

㊳Antonio Guarino, Diritto Privato Romano, Napoli, 2001, p. 731.

㊴参见鲁晓明:《“居住权”之定位与规则设计》,载《中国法学》2019年第3期,第224页;申卫星,《视野拓展与功能转换:我国设立居住权必要性的多重视角》,第79-81页。

㊵Cian e Tranbucchi, Commentario breve al Codice Civile, CEDAM, 2018, pp. 979, 1008.

㊶参见《德国住宅所有权与长期居住权法》,胡晓静译,载《中德私法研究》(第5卷),第176页。

㊷申卫星、杨旭,《中国民法典应如何规定居住权?》,第68-70页。

㊸汪洋,《从用益权到居住权:罗马法人役权的流变史》,第107页。

㊹参见《德国民法典》第1093条《意大利民法典》第1026

条、《瑞士民法典》第776条。

⑤参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第252页；[奥]恩斯特·A.克萊默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第157、163页。

⑥王泽鉴：《民法概要》，北京大学出版社2009年版，第18页。

⑦参见[奥]恩斯特·A.克萊默：《法律方法论》，第172页；[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，第258页；黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第394页。

⑧王泽鉴：《民法学说与判例研究》（重排合订本），北京大学出版社2015年版，第82页。也有学者认为，若法律为避免规定之重复繁杂，已就主要事项设有规定，而将类似其他事项，准用主要事项的规定，则无漏洞可言。参见杨仁寿：《法学方法论》（第2版），中国政法大学出版社2013年版，第250页。

⑨Cfr. Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, Terza edizione, UTET, 1975, p. 365; Giovanni Pugliese, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, 1991, p. 486.

⑩汪洋：《从用益权到居住权：罗马法人役权的流变史》，第105页。

⑪胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年版，第326页。

⑫Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, p. 463.

⑬宁红丽：《租赁物维修义务的法律构造——基于对我国司法案例的分析》，载《清华法学》2013年第5期，第35-47页。当然，许多地区也存在“大修为主，小修为客”的习俗。参见王利明：《合同法研究》（第三卷），第296页。

⑭王利明：《论民法典物权编中居住权的若干问题》，载《学术月刊》2019年第7期，第99页。

⑮Cfr. Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, p. 461; Antonio Guarino, *Diritto Privato Romano*, Napoli, 2001, p. 729.

⑯参见鲁晓明：《“居住权”之定位与规则设计》，第237页；申卫星、杨旭：《中国民法典应如何规定居住权？》，第80-81页。

⑰Cfr. Massimo Bianca, *Diritto Civile, La proprietà*, Milano, 1999, p. 634; Cian e Tranbucchi, *Commentario breve al Codice Civile*, CEDAM, 2018, pp. 996-997.

⑱王利明：《合同法研究》（第三卷），第314页。

⑲参见崔建远：《租赁房屋装饰装修物的归属及利益返还》，载《法学家》2009年第5期。

⑳《意大利民法典》第985条规定：“在返还用益物时，用

益权人有权请求补偿为改良用益物支出的费用。补偿金应当选取改良费和因改良而使用益物增加的价值中金额较低的一项进行支付。”第986条规定：“在不改变用益物的经济用途的情况下，用益权人可以请求返还附加物。如果能够在不损毁用益物的情况下拆除附加物，则用益权人有权在用益权消灭时拆除附加物；所有权人希望保留附加物的情况除外。在这后一种情况下，所有权人应当在用益权人为附加物支出的费用与用益权人交回用益物时附加物的价值之间选择金额较低的一项作为补偿金对用益权人进行补偿。”

㉑林诚二：《民法债编各论》（上），中国人民大学出版社2007年版，第285页。

㉒邱聪智：《新订债法各论》（上），中国人民大学出版社2006年版，第318页。

㉓王利明：《合同法研究》（第三卷），第310页。

㉔参见《中华人民共和国消防法》第13、15条。

㉕最高人民法院民一庭编著：《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2016年版，第109-110页。

㉖王利明：《合同法研究》（第三卷），第336页。

㉗林诚二：《民法债编各论》（上），第280页。

㉘崔建远：《合同法》，北京大学出版社2013年版，第518页。

㉙参见(2014)长民一终字第318号民事判决书。

㉚张双根：《谈“买卖不破租赁”规则的客体适用范围问题》，载《中德私法研究》（第1卷），第5页。

㉛何勤华等编：《新中国民法典草案总览（增订本）》（下卷），第1778页。

㉜戴孟勇：《论民法典合同编（草案）中法定优先购买权的取舍》，载《东方法学》2018年第4期，第5页。

㉝王利明：《合同法研究》（第三卷），第334页。

㉞根据最高人民法院关于承租部分房屋的承租人在出租人整体出卖房屋时是否享有优先购买权的复函（[2004]民一他字第29号），从房屋使用功能上看，如果承租人承租的部分房屋与房屋的其他部分是可分的、使用功能可相对独立的，则承租人的优先购买权应仅及于其承租的部分房屋；如果承租人的部分房屋与房屋的其他部分是不可分的、使用功能整体性较明显的，则其对出租人所卖全部房屋享有优先购买权。从承租人承租的部分房屋占全部房屋的比例看，承租人承租的部分房屋占出租人出卖的全部房屋一半以上的，则其对出租人出卖的全部房屋享有优先购买权；反之则不宜认定其对全部房屋享有优先购买权。

㉟苏永钦：《寻找新民法》，第78页。