

《民法典》居住权制度的体系展开

申卫星

【摘要】近二十年,居住权终于入典,意义重大。不过,《民法典》物权编第十四章关于居住权的规定既有模糊之处,又有规范缺失,有必要在解释论上加以澄清,便于法律适用的同时,尽可能拓展其制度体系和适用场景。在系统讨论并扩展了居住权的主体、客体、权能的同时分析居住权的设立、伴随债之关系、移转和消灭等法律适用问题。借此使得作为一种新类型用益物权的居住权制度,从纸面规定变成现实中人们利用财产的一种新形式,并借助实践不断丰富、发展和完善。

【关键词】《民法典》物权编;居住权;合同居住权;规范解释;规范续造

【作者简介】申卫星,清华大学法学院教授,法学博士(北京 100084)。

【原文出处】《吉林大学社会科学学报》(长春),2021.3.51~61

【基金项目】国家社会科学基金重大项目(18ZDA149);最高人民法院2020年度司法研究重大课题(ZC-FYZDKT202009-02)。

一、引言

作为《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)中颇为引人注目的新增制度,居住权的入典之路可谓一波三折:2002年《物权法(征求意见稿)》首次就居住权规定了8个条文,到2005年《物权法(草案)》曾一度增为12条,但最终因“适用面很窄”被立法者悉数删除;本次民法典编纂让“旧事”得以重提,从2018年《民法典各分编(草案征求意见稿)》仅包含4个条文开始,经数次调整,最终形成《民法典》第366至371条关于居住权制度的规定,总计6个条文。回望居住权入典之路,实属不易。

然伴随着新中国第一部民法典的实施,居住权如何在现实社会中发挥作用,尤显重要。《民法典》物权编第十四章“居住权”以意定居住权作为规范对象。第366条定义性规定中的“有权按照合同约定”清楚表明,其规范重心为基于合同设立的居住权(以下简称“合同居住权”);而对于通过遗嘱(含遗赠)设立的居住权,则根据第371条“参照适用居住权制度的有关规定”。然而,仅此寥寥6个条文难以涵盖居

住权的全部规则,留下了不少规范空白。即便是既已作出的规定,其含义也多有模糊之处,有待进一步澄清。居住权入典后,对该制度的研究自应从既往的立法论转向对现行法的解释与续造。有鉴于此,本文对《民法典》中的居住权制度以解释论为基础展开其体系,使新生制度从纸面跃入实践,并随着实践经验的累积而得以不断丰富和完善。

二、居住权的性质与内容构成

(一)居住权的性质:用益物权

就其性质而言,居住权属于用益物权。且不说从体系上看,居住权制度位于《民法典》物权编第三分编“用益物权”之下。与众不同的是,与《民法典》对土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、地役权等其他用益物权的规定不同,第366条明文将居住权界定为“用益物权”。这种双重强调的做法对区分居住权和其他与“居住”有关的权利,具有重要意义。

其一,作为用益物权,居住权不同于基于父母子女、夫妻等家庭关系而产生的居住他人住宅的权

利。这些权利源于家庭成员之间法定的权利义务关系,可以称之为法定居住权,如父母对子女的抚养义务、子女对父母的赡养义务以及夫妻之间的扶助义务等,并不具有直接的物权基础,有别于基于双方或者单方意思表示设立的意定居住权。^[1]尽管如此,家庭关系以及由此产生的法定义务并不妨碍所有权人为父母、子女或者配偶等,在法定义务关系之外另行设立居住权,以强化、扩大权利基础。为此,需按居住权制度的规定签订居住权合同并完成居住权登记,否则不发生物权效力。

其二,作为用益物权,居住权也不同于基于租赁、借用等合同关系而产生的居住他人住宅的权利。^[2]此类权利的基础为纯粹的债权债务关系,即便在权利人实际占有住宅后也会产生部分物权效力^①,但其受保护程度依然弱于居住权。权利遭受侵害时,居住权人享有物权请求权,而承租人、借用人仅享有占有保护请求权。但如后文所述,居住权制度应当规定却并未规定所有权人和居住权人之间的债务关系,属于开放的规范漏洞,可以参考合同编关于租赁合同的相关规定。

其三,作为用益物权的居住权属于他物权,不同于作为自物权的所有权。也正是因此,第366条明确将居住权的客体界定为“他人的”住宅。所以不论单独所有权人,还是按份共有和共同共有中的共有人,均当然有权居住其住宅,但并不属于居住权制度规定的居住权。确切地说,此类“权利”系基于完全或者共同所有权,只是所有权的使用等权能之具体体现。

广而言之,民法典的居住权自然也不同于宪法上的居住权,后者在于公法赋予国家对其国民居住权权益实现的保障义务。

(二)居住权的内容构成

居住权的内容构成,包括居住权的主体、客体、权能及其制度功能,而这些又可以追溯至居住权制度的立法目的。据立法机关说明,之所以创设居住权制度,是“为落实党中央的要求,认可和保护民事主体对住房保障的灵活安排,满足特定人群的居住

需求”;“这一制度安排有助于为公租房和老年人以房养老提供法律保障”。^②据此并结合第366条及以下规定,居住权包含如下具体内容:

1. 居住权的主体,即居住权人。自然人可以成为居住权人自不待言,此处需要拓展思考的问题有二:一是除了居住权人外,还有哪些自然人得以行使居住权;二是除了自然人外,居住权的主体可否为法人和其他组织。

就问题一,享有居住权利益的人,不应仅仅限于居住权人,还应包括居住权人的家庭成员及其必需的服务人员。家庭成员一般包括亲生子女、养子女和共同生活的继子女,不论是居住权设定之前还是设定之后产生的亲子关系,均应享有居住权。服务人员,一般包括为居住权人本人或其家庭提供服务而与权利人一起生活的保姆、护理人员等。^[3]

就问题二,允许非自然人主体享有居住权并无制度障碍。首先从文义上看,第366条及以下规定并不否定非自然人主体。尤其是,第367条第2款关于居住权合同内容之规定已在第1项明确包含“当事人的姓名或者名称”,无疑可以容纳非自然人主体。其次,民事主体的权利能力一律平等,既然承认自然人作为居住权人,若无充分的正当理由就不得否定非自然人主体。更何况,实践中涉及公司的居住权纠纷已不乏其例。^[4]最后,非自然人享有居住权在行使上亦无不妥。法人、非法人组织等取得居住权后,完全可以交由特定的自然人实际行使,如企业将其享有居住权的住宅作为工作福利分配给员工居住。

2. 居住权的客体。依据第366条规定,居住权的客体为他人的“住宅”而非“房屋”。由此看来,商铺等经营性用房上似乎无法设立居住权。之所以作此限定,不仅是受前述立法目的的影响,而且与本条“满足生活居住的需要”之功能定位保持一致。不过,居住权的客体未必限于整套住宅,就住宅的一部分,如其中一个或者几个房间,也可以设立居住权。^{[1][4][5]}这里面临着对物权客体特定性原则的发展,毕竟相较于所有权,居住权的实现具有更大的灵活性。于此情形,居住权人除有权使用该特定部分外,

还有权与所有权人或者其他居住权人等共同使用住宅的共用部分。而且,居住权的客体也不限于住宅本身,还应当扩及相关的附属设施,以维护住宅利用的整体性。

该条将居住权客体限于“他人的”住宅,由此引出了所有权人居住权的特殊问题,具体情形有二:一是自始的所有权人居住权,其于居住权设立之时即已存在,尤其可能出现在“以房养老”的情形。老年人自然可以在自己所有的房屋上先设立一个居住权,然后再行出售该房屋的所有权,这样既可以将通常作为遗产的房屋提前变现,又可以保障其住有所居,还可以避免死后遗产纠纷,一举三得。于此情形,先设立居住权后让与所有权,便不能通过合并登记等操作避免所有权人居住权的存在。但很显然设立居住权的目的就是为了转让所有权,此时所有权的存在具有很强的过渡性和暂时性,最终会因所有权的移转而使居住权成为确定的他物权。二是嗣后的所有人居住权,即在居住权设立后的存续期间里,居住权人基于买卖、赠与、遗嘱、遗赠等原因,获得了该房屋的所有权,使得居住权和所有权集于一人之手。依通常规则,此时居住权因权利主体混同而消灭,但存在例外情形,假如居住权人取得住宅所有权之前,所有权人又在住宅上为他人设立抵押权等其他物权性负担,为了维护居住权人的顺位利益,便有必要承认其对住宅同时享有所有权和居住权。^{[6][513-515]}所以在特殊情形,不能僵化地理解“他人的”住宅,应当在一定情形下承认所有权人居住权。

3. 居住权的权能。用益物权通常包括占有、使用、收益以及处分(用益物权本身而非权利客体)的权能,但是第366条仅规定居住权人有权“占有、使用”他人的住宅。尽管如此,第369条第2句虽原则上禁止居住权人出租住宅,但又允许当事人作相反约定。那么据此,倘若居住权合同或者相关补充协议明确允许居住权人出租住宅,便可以排除该句主文关于禁止出租之规定。就此而言,居住权人也可能通过收取租金的方式实现其收益权能。此外,第369条第1句规定,“居住权不得转让、继承”,涉及居住权

是否具有处分权能,这个问题将在后文详作分析。

4. 居住权的功能。第366条规定,居住权系为“满足生活居住的需要”。这表明居住权的适用场景具有广泛性。只要符合此种功能,居住权既可以在家庭成员之间设立^③,又可以在陌生人之间设立,后者如立法理由明确提及的“老年人以房养老”。另外,居住权不仅可以通过纯粹私法的方式获得,还可以基于国家住房保障获得。但国家住房保障制度为公私法的混合物,属于社会法而非传统民法的范畴,居住权制度规定的居住权只是为其提供牢靠的私权基础。立法理由已明确将“公租房”作为居住权的适用场景,至于共有产权房等从长期看也应如此处理,有待将来制定和修改关于国家住房保障的法律、行政法规等作出明确规定。最后必须指出,由于居住权功能在于“满足生活居住的需要”,那么超出此一功能设立的居住权能否得到认可,还有待进一步拓展。

三、居住权的设立规则

居住权作为意定物权,主要设定方式为基于双方法律行为的合同,以遗嘱设立居住权者,可参照适用《民法典》第371条)。基于合同设立居住权的步骤有二:一是订立居住权合同;二是办理居住权登记。对此,第367条与第368条作了规定,前者涉及居住权设立合同的形式与内容,后者涉及此类合同之有偿与否以及居住权设立登记。为行文简洁,以下将居住权设立合同简称为居住权合同。

(一)居住权合同的形式与内容

1. 居住权合同的形式。第367条第1款规定,当事人设立居住权的合同“应当采用书面形式”。据此,居住权合同为要式合同,作此要求有利于明晰居住权合同的具体内容^④,并为居住权登记提供依据。至于“书面形式”的具体含义为何,则需适用第469条后两款的规定。所以一方面,“合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式”均为书面形式,公证书也属于此;但另一方面,尽管以“电子数据交换、电子邮件等方式”传输的“数据电文”未必构成严格意义的“书面”,但只要其符合“能够有形

地表现所载内容并可以随时调取查询”的条件,也视为书面形式。

问题在于,该款未明文规定违反书面形式的法效果,那么应当如何处理口头等非书面形式订立的居住权合同?首先应当明确,假如当事人对此已作了明确约定,至少就居住权合同本身(而非能否据此设立居住权)的问题而言,原则上应当从之,除非相关约定存在效力瑕疵等特殊事由。相反,在当事人未作约定或者虽有约定但经解释仍不明确的情形,则有必要诉诸法律的直接规定,也就是第490条第2款规定的“履行治愈”规则。据此,假如“当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务,对方接受时,该合同成立”。所以一方面,即便当事人采用口头等非书面形式订立居住权合同,但所有权人已将住宅交付给居住权人占有使用等,或者在有偿设立居住权的情形,居住权人已向所有权人支付全部或者大部分价款,居住权合同依然能够成立。但另一方面,假如并无“履行主要义务,对方接受”的事实,从该款作反面推论可知,居住权合同将由于违反要式规定而不“成立”。^{[7][33][8][305]}不过,当事人据此主张居住权合同不成立时,还应受诚实信用原则的限制。^{[8][306]}

此外,根据《民法典》第371条之规定,以遗嘱方式设立的居住权可以参照适用基于合同设立的居住权,自然也可以有基于遗嘱本身性质不参照适用的地方。如在形式要件上,遗嘱可以书面,也可以口头,只要有两个以上无利害关系人的见证(《民法典》第1138条),口头遗嘱设立的居住权也是有效的。

2. 居住权合同的内容。第367条第2款规定了居住权合同在“一般”情况所“包括”的条款,具体涉及“当事人的姓名或者名称和住所”“住宅的位置”“居住的条件和要求”“居住权期限”和“解决争议的方法”五项内容。不过,这既不全是居住权合同的必备条款,又不是对居住权条款的完全列举,有必要予以细分和补充说明。

第一,居住权合同的必备条款。合同的必备条款也称为“必要之点”,缺少必备条款会导致合同不成立。于此情形,法官也不得对必要之点作补充解

释,否则存在有违当事人意思自治的危险。^[9]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法司法解释(二)》)第1条第1款第1句规定:“能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。”具体就居住权合同而言,在该款所列举的五项内容中,原则上只有第1项“当事人的姓名或者名称”和第2项“住宅的位置”属于必备条款,其中“住宅的位置”为确定居住权合同的标的物所必需的内容。不过,由于居住权合同通常针对住宅的全部或者部分,即便不存在关于数量的专门约定,往往也可以通过“住宅的位置”推断出所涉住宅的数量,所以数量未必属于居住权合同的必备条款。但必须注意,《合同法司法解释(二)》第1条第1款第2句又规定,“法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。据此,倘若当事人对居住权合同的必备条款另有专门约定,尤其是对合同内容作有更高要求,应当从之。

第二,居住权合同的其他条款。除了前述“当事人的姓名或者名称”和“住宅的位置”外,该款所列举的其他内容均不属于居住权合同的必备条款,但其重要性也不容忽略。

首先,第1项中当事人的“住所”不仅对双方在合同履行过程中的意思表示等信息往来不可或缺,而且为因居住权合同而发生诉讼时,确定法院的地域管辖提供指引。假如当事人不只在合同首部简单列明“住所”,而且在正文中进一步将合同履行、诉讼管辖等事项系于此“住所”时,其意义就更为重要。

其次,第3项“居住的条件和要求”主要涉及所有权人和居住权人之间的内部关系,包括但不限于住宅的基本状况、日常维护、修缮改良以及由此产生费用的负担等事宜,物业费用也属于此。此外,假如居住权并非设立于整套住宅,而是其中的一个或者几个房间的,还可能涉及居住权人与所有权人或者其他居住权人之间就共用部分的分配等事宜。

再次,第4项“居住权的期间”可以系于居住权人终身,也可以是某个固定期间。前者如立法理由中的“以房养老”,后者在法人、其他组织等非自然人主

体成为居住权人时尤为必要。

最后,第5项“解决争议的方法”可能涉及协商解决争议、诉讼管辖等问题。

居住权合同不必限于该款所列举的内容。如第368条第1句规定:“居住权无偿设立,但是当事人另有约定的除外。”据此,居住权完全可以有偿设立,那么居住权合同还须包括设立居住权的价款。在“以房养老”的情形,设立居住权的价款实为住宅的完整所有权的价格和实际购买价格之间的差价。^[10]但此时,由于居住权的存续系于权利人“终身”这个不确定期间,居住权合同有必要就购买住宅(所有权)的价格和支付方式详加约定^④,在有保险公司等金融机构参与的情形尤其如此。^[11]又如,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”。据此,居住权合同还可能包括居住权人的出租权限问题。总之,基于私人自治原则,只要不超出法秩序允许的范围,居住权合同内容完全取决于双方当事人的约定。

(二)居住权设立登记

第368条后两句是关于居住权设立的规定。第2句规定了申请登记的义务,以推动居住权登记程序的顺利进行;第3句明确了居住权登记的效力,即居住权设立采取登记生效主义。从文义上看,二者均有不明之处,有必要予以澄清。

1. 申请登记的义务。第2句虽然规定了“应当”申请登记的义务,但并未具体指明负有登记义务的主体。其实,不论有偿还是无偿的居住权合同,申请登记的义务均构成合同的主给付义务。以所有权人为他人设立居住权的情形为例,所有权人基于居住权合同,有义务将住宅交付给居住权人占有、使用等并办理居住权设立登记,所以于此情形,申请登记的义务属于所有权人的主给付义务。不过,《不动产登记暂行条例》第14条第1款规定:“因买卖、设定抵押权等申请不动产登记的,应当由双方共同申请”,其中的“等”字自然包括设立居住权的情形。据此,申请登记原则上并非一方当事人所能完成,所有权人要完成其主给付义务,还需居住权人的协助。换言之,

之,居住权人也负有协助义务。在性质上,其属于债权人的受领义务,实为不真正义务。^{[12]36-37[13]82-85}违反此类义务的结果,是由居住权人承担由此产生的不利利益,如无权向所有权人主张迟延履行违约责任等。假如所有权人不履行申请登记的主给付义务,那么依第580条第1款前段关于非金钱债务之规定,居住权人有权请求其继续履行义务。倘若发生诉讼,并经法院依法审理后获得支持性判决,居住权人便能以此判决办理设立登记。

2. 居住权登记的效力。第3句规定“居住权自登记时设立。”这首先表明,设立居住权的时点是登记完成时,更确切地说,是将居住权的设立信息录入不动产登记簿之时。这对明晰居住权的归属和存续具有重要意义,而且,在同一住宅上存在数个彼此竞争的物权时,如居住权和抵押权并存的情形,可以据此确定相应的优先顺序。更重要的是,从该句作反面推论可知,未经登记便不能设立居住权。这种登记生效主义的立场有利于增强不动产登记簿的公信力,明显优于登记对抗主义。^[1]为对二者作严格区别,应当尽量避免如“形成对第三人的对抗效力”^[15]“经过登记,具有对抗第三人效力”^[14]之类的表述,以明确居住权登记所具有的设权效力。不同于登记对抗主义,在登记生效主义的立场下,居住权在完成设立登记前并不存在,无所谓对抗第三人说。只有完成登记后,居住权人在其权利遭受他人不当侵害时,才可以依据第235和236条关于物权请求权之规定,视具体情形请求其返还原物、停止侵害、排除妨碍、消除危险等。不过,即便尚未完成设立登记,居住权人的利益也非毫无保障。至少相对住宅所有权人及其继承人等权利继受者而言,居住权人依然有权基于居住权合同而保有住宅。在居住权人受领住宅后,其作为占有人也有权依据第462条第1款关于占有保护请求权之规定,请求第三人返还原物、停止侵害、排除妨碍以及消除危险等(尽管在效力上弱于物权请求权)。

四、居住权的伴随债之关系

伴随债之关系,也是居住权制度构建的重要组

成部分。其一方面属于债之关系,既可以由当事人在居住权合同中约定,也可以由法律做补充规定;另一方面,与普通的债之关系不同,其可能紧密附着于物权之上,不仅约束最初的双方当事人,还能约束后续的权利受让人。^[15]居住权制度对此未作任何规定,只能诉诸规范续造。同时对于所涉登记问题,也应当予以明确。

(一)居住权伴随债之关系的规范续造

如前所述,物权立法期间关于居住权的规定曾一度增至12条,而现行居住权制度只有6条规定,最明显的规范缺失便是居住权的伴随债之关系。由于住宅所有权人和居住权人的权利指向同一个住宅或者其部分,那么即有必要借助伴随债之关系划定其各自的权利义务边界。居住权存续期间必然涉及房屋的利用、日常维护、改良修缮等诸多事宜,由此还可能产生一系列费用,均需在二者之间合理分配。^[10]2005年《物权法(草案)》第182条规定:“居住权人应当合理使用住房及其附属设施。居住权人应当承担住房及其附属设施的日常维护和物业管理费用,可以……不承担重大修缮费用,但遗嘱、遗赠另有表示或者合同另有约定的除外。”第184条第1款规定:“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。”在本次民法典编纂过程中,立法者对此始终未予明确,构成法律漏洞。

全国人大法工委编写的民法典释义书指出:“居住权人是否需要承担居住房屋产生的日常维护费用由当事人约定。”^{[16][548]}这一认识并无不妥,问题在于,假如当事人未作此类约定,相应的权利义务关系应如何界定?其实,从上述《物权法(草案)》的规定可以发现,涉及伴随债之关系的规定主要为任意性规定,其功能在于补足当事人约定不备之处。不仅如此,此类规定还具有行为指引的重要功能。假如设有明文规定,其一方面可以提示双方当事人,居住权存续期间可能涉及相关事项,因此有必要在订立居住权合同的过程中予以磋商;另一方面,就具体内容而言,任意性规范旨在合理分配双方的权利义务,可以为居住权合同中的约定提供参考。据此,居住权制

度关于居住权伴随债之关系的规范缺失,为应予规定而未规定的情形,属于开放式规范漏洞。为填补该漏洞,既有《物权法(草案)》的规定可资借鉴,又有《民法典》关于租赁合同的相关规定作为参考。

具体而言,居住权的伴随债之关系发生在所有权人和居住权人之间,二者之权利义务具有此消彼长的对应关系。第一,居住权人有权利用住宅及其附属设施,但应当以合理为限。于此范围内,所有权人有义务确保居住权人的占有、使用等权益。第二,作为住宅及其附属设施的直接占有人,居住权人负有善良管理人的维护义务,这与第714条关于承租人的保管义务一致。第三,居住权人有权(义务)对住宅及其附属设施进行改良和修缮,但应当以必要为限,所有权人在此范围内负有容忍的义务。与此不同,第713条第1款规定出租人原则上负有维修义务,第715条规定承租人只有经出租人同意才能改良或者增设他物。之所以有此区别,系源于居住权的用益物权性质及其通常更长的存续期间。相应地,居住权人也应当承担改良和修缮所需费用。第四,至于住宅及其附属设施的重大修缮,因为已触及住宅的根本,应当由所有权人负责并承担相应的费用。第五,出于权利义务相一致的考虑,除了改良和修缮的费用外,居住权人还应当承担日常维护和物业管理等产生的费用。

需要强调的是,以上规则均具有任意性。应当先以当事人在居住权合同或者补充协议中的具体约定为准,无约定或者约定不明确时才能适用。此外,建议相关行政主管部门或者行业协会在制定居住权合同示范文本时吸收上述规则,从而对当事人缔结居住权合同发挥指导功能,以弥补居住权制度规定缺失的弊端。

(二)居住权伴随债务关系的登记问题

伴随债之关系能够约束当事人以外的第三人,如住宅所有权的受让人等,所以在当事人明确约定的情形,仅有约定尚不足以设立真正的伴随债之关系,还需对约定内容进行不动产登记。只有在登记簿上显示相关约定的内容,才能最终确立其超出最

初当事人以外的效力,否则将破坏不特定第三人的交易预期。

就登记方式而言,主要存在三种途径可供选择:一是将伴随债之关系所涉各具体事项设计为表格,登记时按表格中的项目填写即可;二是将居住权合同附在不动产登记簿后,将合同从整体上加以公示;三是将结合前两种途径,但就公示的效力范围而言,仅以表格所显示的项目为准,至于居住权合同则仅具有查询功能。相较而言,第一种和第三种途径更为可取,不妨结合使用,第二种途径则混淆了不同的层次。合同中的约定种类多样,除了关于居住权本身和伴随债之关系外,还可能涉及价款等其他事项,而后者只是普通的债之关系,并不具有登记能力,所以登记时只需关注具有登记能力的事项,可以让登记簿的公示更加清晰简洁。再者,居住权合同未必总是独立的合同文本,而是可能包含在离婚协议、分家析产协议等其他文本当中,此时既无必要也不适宜直接公示整个合同文本。相反,填写表格不仅可以避免上述问题,还能对当事人作必要提示,有利于权利义务关系的明晰。至于是否附上居住权合同,应允许双方当事人自主决定,法律既无必要强行要求,也无必要严格禁止。

假如相关约定未记载于不动产登记簿,尽管其在最初当事人之间依然有效,但不具有物权效力。此时,后续的权利受让人与原权利人之间的相关权利义务关系,只能适用任意性规范。由于居住权制度对此未作规定,只能如前所述,通过填补漏洞的方式解决。

五、居住权的移转问题

最广义的居住权移转,既包括事实上权利行使的移转,如出租、借用所涉房屋,又包括权利本身的移转,如居住权的转让、继承等,一般意义上的居住权移转仅指后者。为了行文简洁,本文将居住权的利用权能与处分权能均纳入居住权移转这一话题讨论。依第369条规定,对于前者是原则禁止但允许当事人另行约定,而对于后者则是“不得转让、继承”且无例外。居住权能否转让、继承为立法中的焦点和

解释适用的难点问题,值得仔细推敲,以拓展居住权的适用空间。

(一)居住权所涉住宅的出租

第369条第2句规定,居住权所涉住宅原则上“不得出租”,但当事人可以另行作出相反的约定,事前概括性允许居住权人出租所涉住宅。这既是对当事人意思自治的充分尊重,又符合居住权人可能存在的现实需求。此处的“当事人另有约定”可以是当事人的明确约定,也可以从相关条款推断而来;从形式上看,既可以体现为居住权合同的直接约定,又可以体现为居住权合同订立后乃至居住权设立后的补充协议。在不违反约定的前提下,居住权人既可以出租整套住宅,又可以出租住宅的一部分。后者比如在“以房养老”的情形,老年人作为居住权人完全可以出租部分住宅以获得更多收益^[3];假如住宅较大而老年人生活拮据,这种需求就更为迫切^[4]。不过,此类约定经登记才能具有物权效力,否则只能在居住权合同当事人之间发生债的效力。^[10]^⑤倘若住宅在居住权存续期间发生所有权变动,那么未经登记的允许出租之约定并不当然约束新的所有权人。即便居住权合同或者补充协议未明确约定允许出租,也不意味着居住权人必然无法出租住宅的全部或者部分。由于出租居住权所涉住宅类似于租赁合同中的转租,所以参考第716条和第718条关于后者之规定,经住宅的所有权人同意或者追认,居住权人出租住宅的合同依然有效。不同于居住权合同或者补充协议中的约定属于事前的概括性允许,此处住宅所有权人的同意或者追认系针对具体租赁行为的个别授权。此外,出租的期限不得长于居住权的存续期间或者剩余期间^[5],超过部分原则上无效。

(二)居住权的转让和继承

第369条第1句规定:“居住权不得转让、继承。”对此,民法典编纂过程中曾发生重大变化。《民法典各分编(草案征求意见稿)》第158条规定:“居住权不得转让、继承,居住权涉及的住宅不得出租,但当事人另有约定的除外。”据此,与居住权所涉住宅的出租一致,虽然原则上禁止居住权的转让和继承,但允

许当事人另行作出相反的约定。然而,《民法典各分编(草案一审稿)》第160条却将“转让、继承”后的逗号改为句号,那么“当事人另有约定的除外”之但书便仅限于所涉住宅的出租问题,而居住权的“转让、继承”则无此例外规定。尽管随后对该条作有调整,但居住权依然“不得转让、继承”且无例外。这也最终进入《民法典》成为第369条的内容。所以不同于所涉住宅的出租问题,居住权合同或者补充协议不得做事先的概括性授权,允许居住权的“转让、继承”,即便作此约定也不具有法律效力。然而,不允许通过居住权合同或者补充协议作事先的概括性授权是一回事,能否基于具体的法律事实而实际移转居住权则是另一回事。前者指向本条第1句的规范性性质及适用前提,也就是其能否被当事人的相反约定排除适用的问题。对此,立法过程已作出否定性回答,故该句在性质上属于强制规范,并进而否定相反约定的效力。但与此不同的是,后者指向该句规定的实质内容,也就是其所包含的构成要件和法效果。二者分别处于不同的层次,彼此之间并不存在必然的联系。就实质内容而言,该句仅规定“不得转让、继承”,至于违反此禁止规定而“转让、继承”的法效果如何,却未见明文,所以其属于不完全法条,需通过解释和续造予以补充,但作为讨论的前提,所涉居住权必须仍处于存续期间。

居住权的“转让”是指基于(广义的)买卖、赠与等合同而移转居住权。尽管本条第1句含有“不得”这种禁止性表述,但并不必然因此属于第153条第1款第1句中导致法律行为无效的“强制性规定”。由于该款第2句明确规定,“该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”,所以转让居住权的合同之效力如何,仍应取决于本条第1句本身,尤其是其规范目的。居住权转让通常不涉及国家利益和社会公共利益,即便是禁止“小产权房”的流转等局部问题,也不必然因此难以管控^[17-20],所以违反“不得转让”的法效果并非转让居住权的合同无效。其实,“不得转让”只是对居住权人的处分权之限制,其所涉利益冲突原则上仅存在于住宅的所有权人、居住权人和居

住权的受让人之间。由于转让居住权的合同是居住权人和受让人意思表示一致的结果,再加上现行法明确采取处分权瑕疵不影响合同效力的立场^⑥,所以即便有违“不得转让”之规定,转让居住权的合同仍属有效。不过,由于居住权人的处分权受有限制,受让人并不能基于有效的合同而取得居住权。究其实质,限制处分权之目的在于保护住宅所有权人的利益,最好的实现方式便是诉诸其自己的意愿。因此,只要取得所有权人的同意或者追认,即可通过受让而取得居住权。

居住权的“继承”既包括基于遗嘱、遗赠的意定继承,又包括无遗嘱、遗赠时的法定继承。二者共同的前提,在于居住权之存续系于固定期间,而非以居住权人的终生为限。否则,居住权于居住权人死亡时消灭,谈不上能否继承的问题。与居住权的转让类似,意定继承也属于基于法律行为的居住权移转。同理,本条第1句中的“不得……继承”也只是对居住权人处分权的限制,并不影响遗嘱、遗赠的效力;不过,继承人和受遗赠人要最终取得居住权,除了发生(原)居住权人死亡的事实外,还需取得住宅所有权人的同意或者追认。尽管法定继承不基于法律行为,但在当事人之间的利益关系上并无实质区别,所以本条第1句中“不得……继承”也同样意味着,只有经住宅所有权人的同意或者追认后,法定继承人才能最终取得居住权。但必须注意,即便住宅所有权人不同意或者追认,继承人或者受遗赠人仍可能获得必要的保护。第732条规定“承租人在房屋租赁期限内死亡”时,曾与承租人同住之人“可以按照原租赁合同租赁该房屋”。这虽是“租赁权的法定让与”^{[21][533][22][340]},但同住之人无疑可能具备继承人或者受遗赠人的资格。相较于债权性租赁权而言,作为用益物权的居住权应当具有更强的效力。假如继承人、受遗赠人属于居住权人的同住之人,那么对他们的保护至少不应当弱于租赁合同的情形。

总之,第369条第1句“不得转让、继承”尽管排除了居住权合同或者补充协议事先作概括性授权的可能性,但并未从根本上否定居住权的可移转性。

这一规定不影响转让居住权的合同以及遗嘱、遗赠的效力,但受让人、遗嘱继承人和受遗赠人要最终取得居住权,必须取得住宅的所有权人同意或者追认。另外,即便所有权人不予同意或者追认,遗嘱继承人和受遗赠人也可能受到一定程度的特殊保护。

六、居住权的消灭

(一)居住权的消灭事由

作为用益物权,居住权不可能如所有权一般永久存续。第370条第1句规定:“居住权期限届满或者居住权人死亡的,居住权消灭。”据此,居住权的消灭事由有二:一是居住权期限届满;二是居住权人死亡。具体而言,居住权期限届满中的“期限”,主要指独立于居住权人寿命的固定期间,而居住权人死亡消灭居住权则意味着,居住权被系于居住权人终生。尽管后者充满了各种不确定因素,但从广义上讲,其依然属于居住权的存续期间。二者均源于当事人在居住权合同或者补充协议中的约定,而且均需明确记载于不动产登记簿。作为居住权的消灭事由,二者分别适用于不同的情形。假如当事人约定了固定的存续期间,如为他人(非老年人)有偿设立居住权的情形,那么该居住权于“居住权期间届满”时消灭;假如当事人未约定固定存续期间,而是将居住权的存续系于权利人终生,如为老年人设立居住权的情形,尤其是立法理由提及的“以房养老”,那么居住权于“居住权人死亡”时消灭。但不论如何,两种情形下居住权的消灭均源于当事人的约定,是意思自治的应有之义。

在当事人约定固定存续期间的情形,假如居住权人于此期间内(意外)死亡,居住权不因此当然消灭。因为,一方面,当事人之所以约定固定存续期间,而非将居住权的存续系于权利人终生,其主要目的便在于追求稳定,防止双方的权利义务关系受制于不确定因素。就此而论,排除居住权人死亡对居住权存续的影响往往更符合双方当事人的初衷。另一方面,如前所述,第369条第1句“不得转让、继承”尽管排除了居住权合同或者补充协议事先作概括性授权的可能性,但并未从根本上否定居住权的可移

转性。而只有承认系于固定存续期间的居住权不因权利人死亡而当然消灭,才能为居住权的继承提供可靠的前提。尽管如此,居住权消灭与否最终只能取决于居住权合同以及补充协议的约定。假如双方当事人已明确约定,居住权人于存续期间内死亡时居住权消灭,或者可以从相关条款作此推断,则应遵从当事人约定。

居住权的消灭事由不限于第370条第1句规定的两种情形,此外还包括居住权人主动放弃居住权、居住权人与所有权人混为一人、居住权所涉住宅被全部征收、居住权所涉住宅全部灭失等。^[1]但如前所述,在特定情形下有必要承认(嗣后的)所有权人居住权,权利人混同作为居住权的消灭事由,便可能存在例外情形。

(二)居住权注销登记

居住权因上述事由消灭后,依第370条第2句规定,“应当及时办理注销登记”。尽管该句未设明文,但可以确定,注销登记主要是(原)居住权人及其继承人的义务,但也不完全排除需要住宅所有权人协助配合的可能性。从权利人的角度看,所有权人请求办理注销登记的依据有三:一是基于居住权合同;二是基于其所有权人的地位;三是基于不当得利。

前后近20年,居住权终于入典,意义重大。不过,经研讨合同居住权的规则不难发现,受制于最初的立法目的,《民法典》物权编关于居住权的不少规定趋于保守:客体限于“住宅”而非房屋,功能限于“满足生活居住的需要”而不包括其他目的,居住权“不得转让、继承”,等等。不仅如此,寥寥6个条文也难以涵盖居住权制度的全部规则,尤其是伴随债之关系。本文在尊重既有规定的基础上,尝试通过规范解释和续造适当扩张居住权的适用空间,使其发挥更大的制度效应。民法典实施后陆续开展的居住权实践,将成为该制度发展的源头活水,也是理论上作出进一步的思考、细化与完善的原动力。

笔者最早关于质疑民事法律行为合法性本质的论文《对民事法律行为的重新思考》,发表于《吉林大学社会科学学报》1995年第6期,时隔25年再次受邀

撰文,谨此感谢《吉林大学社会科学学报》对笔者学术成长的支持。

注释:

①这种“债权物权化”的最典型体现,即为《民法典》第725条规定的“买卖不破租赁”规则。

②参见全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀于2018年8月27日在十三届全国人大常委会第五次会议第一次全体会议上所作《关于提请审议〈民法典各分编(草案)〉议案的说明》。

③参见北京市昌平区人民法院(2014)昌民初字第02504号民事判决书;杭州市中级人民法院(2015)浙杭民终字第1618号民事判决书;福建省龙岩市连城县人民法院(2017)闽0825民初字第542号民事判决书。

④以意大利“以房养老”的交易实践为例,设有居住权的“空虚所有权”之价格主要取决于居住权人的年龄、法定利率和价格系数三个因素,而且涉及较为复杂的计算方式。

⑤换言之,此处并不因住宅所有权的移转等而发生居住权合同关系的概括移转,是为居住权与租赁合同的差别所在。

⑥尤其参见《民法典》第597条第1款。该款规定:“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的,买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。”既然可以“请求出卖人承担违约责任”,那么作为前提,买卖合同必然是有效的。

参考文献:

[1]申卫星:《从“居住有其屋”到“住有所居”——我国民法典分则创设居住权制度的立法构想》,《现代法学》,2018年2期。

[2]王利明:《论民法典物权编中居住权的若干问题》,《学术月刊》,2019年7期。

[3]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》,《中国法学》,2005年5期。

[4]曾大鹏:《居住权的司法困境、功能嬗变与立法重构》,《法学》,2019年12期。

[5]单平基:《〈民法典〉草案之居住权规范的检讨和完善》,《当代法学》,2019年1期。

[6]崔建远:《物权法》第4版,北京:中国人民大学出版社,2017年。

[7]王利明:《合同法研究》第1卷(修订版),北京:中国人民大学出版社,2011年。

[8]朱庆育:《民法总论》第2版,北京:中国政法大学出版社,2016年。

[9]王洪亮:《论合同的必要之点》,《清华法学》,2019年6期。

[10]申卫星、杨旭:《中国民法典应如何规定居住权?》,《比较法研究》,2019年6期。

[11]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1期。

[12]王泽鉴:《债法原理》,北京:北京大学出版社,2009年。

[13]崔建远等:《民法总论》第2版,北京:清华大学出版社,2013年。

[14]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》,《政治与法律》,2019年3期。

[15]Amann H. Leistungspflichten und Leistungsansprüche aus Dienstbarkeiten, ein Beitrag zur Lehre vom Begleitschuldverhältnis. Deutsche Notar-Zeitschrift, 1989, 531-562.

[16]黄薇:《中华人民共和国民法典物权编解读》,北京:中国法制出版社,2020年。

[17]王文军:《论农村宅基地上房屋的买卖——“小产权房”的另一种形式》,《清华法学》,2009年5期。

[18]陈耀东、吴彬:《“小产权”房及其买卖的法律困境与解决》,《法学论坛》,2010年1期。

[19]王卫国、朱庆育:《宅基地如何进入市场?——以画家村房屋买卖案为切入点》,《政法论坛》,2014年3期。

[20]马骏驹、王彦:《解决小产权房问题的理论突破和法律路径》,《法学评论》,2014年2期。

[21]崔建远:《合同法》,北京:北京大学出版社,2016年。

[22]王利明:《合同法研究》第3卷,北京:中国人民大学出版社,2012年。