

论以遗嘱设立居住权与 狭义继承之区分及规范构造

李琳

【摘要】遗嘱设立居住权与狭义继承存在着本质的区别。遗嘱设立的居住权不是遗产。遗嘱设立居住权的行为属于死因创设行为,是基于法律行为而发生的物权变动,本质上是遗嘱人在住宅上设定负担。故遗嘱设立居住权不能适用《民法典》第230条。基于居住权的无偿性,遗嘱设立的居住权保护应当劣后于被继承人债权人及交易安全的保护,同时应当被纳入两阶段的遗产继承清算程序。居住权应当参照适用《民法典》第368条,在清算了遗产债务之后,经登记生效。在遗嘱人死亡后居住权登记前,居住利益人可以基于法定之债占有使用住宅并收取孳息,可以请求遗产管理人登记设立居住权,此请求权是债权请求权。同时居住利益人也可请求有过错的遗产管理人和继承人承担侵权责任,或请求处分住宅的继承人返还不当得利。

【关键词】遗嘱;居住权;死因行为;登记生效;特定遗赠

【作者简介】李琳,中国政法大学法律硕士学院讲师。

【原文出处】《清华法学》(京),2024.2.161~176

【基金项目】本文得到了中央高校基本科研业务费专项资金资助中国政法大学科研创新项目(100010822508)的支持。

一、问题的提出

《民法典》第371条规定了以遗嘱方式设立居住权的参照适用规则,但是参照适用什么规则,学界还有争议。其中争议最大的问题在于以遗嘱方式设立的居住权的生效要件及登记的效力。对于此问题主要有以下几种不同的见解:第一,认为应参照适用《民法典》第368条,遗嘱设立的居住权登记生效。^①第二,认为通过遗嘱设立居住权的,在遗嘱生效之时居住权即生效设立。^②第三,认为居住权在遗嘱人死亡后生效,第一阶段属于继承人等共有,而后第二阶段遗产分割时需要登记。^③第四,明确区分遗嘱继承和遗赠,其中又分为两种不同主张。其一,遗嘱继承设立居住权的,采用登记宣示主义,遗赠设立居住权的,采用登记生效主义。^④其二,遗嘱继承设立居住权的,采取登记对抗主义,遗赠设立居住权的,采用登记生效主义。^⑤第五,认为无论通过遗嘱继承或遗

赠设立,居住权都可以在继承开始时生效,但若是不登记,第三人可以依据登记公信力而取得无负担的所有权。^⑥而最高人民法院认为以遗嘱继承方式设立居住权的,不适用第368条的规定。依据《民法典》第230条,被继承人死亡后,继承人即取得居住权。通过遗赠设立居住权是否可以类推第368条的规定值得探讨。^⑦审判实务基本上是按照以遗嘱继承方式设立居住权适用第230条,以遗赠方式设立居住权则不适用第230条的原则裁判。^⑧

支持登记宣示主义的主要理由在于遗嘱继承属于非法律行为的物权变动,适用第230条的规定,即在继承开始时,被继承人的遗产当然转移于继承人,不需要继承人主张。^⑨而对于遗赠,根据对遗赠的立场不同,理由或为遗赠属于法律行为的物权变动而应采登记生效主义,^⑩或认为遗赠属于非法律行为的物权变动,因而在继承第一阶段采登记宣示主义。^⑪

但是,以上观点都存在一些难以解决的理论和实践的问题。如果采登记宣示主义将会产生严重的问题。首先,可能会严重损害交易安全和设定了居住权的住宅买受人的利益。除属于国家之外的不动产物权都应当公示才具有对抗效力,而遗嘱人死亡难以成为设立居住权的公示手段。其次,遗嘱人死亡未经清算就使得居住权生效,也可能严重损害遗嘱人的债权人利益。如果采对抗主义,则是混淆了登记效力的分类标准。^⑩另外登记对抗使物权变动进入了不确定的状态。一个债权性的居住权并不能保护居住权人的利益,同时还会增加更多的纠纷。如果采登记生效主义,会产生与《民法典》第230条之关系协调问题以及如何保障遗嘱人的意思实现和居住利益人的利益等问题。有意思的是,在比较法上,居住权等用益物权往往只能以特定遗赠的方式设立,而不能以继承的方式设立。^⑪这背后的深层次理论值得深思。

以上问题之所以会产生,乃是由于学者的论证基本上默认将遗嘱设立居住权与狭义继承^⑫联系起来,默认遗嘱设立的居住权是遗产,同时遗嘱设立居住权是非基于法律行为发生的物权变动。这样就忽视了两个最基本的问题:第一,遗嘱设立的居住权是不是遗产;第二,遗嘱设立居住权的行为是什么性质的行为。对于这两个问题,绝大部分的学者都没有论述。即使个别学者有涉及,也仅仅是一笔带过,^⑬或者得出了不符合现代民法理论的结论。^⑭因此,有必要对这两个问题进行深入的研究。只有基于对这两个问题的正确回答,才能够正确判断遗嘱设立居住权应当适用的生效规则,最后研究如何保障居住权人的权益。

需要说明的是,学界对于继承、遗赠等概念的内涵还存在争议。我国法上的遗赠等概念也与以德国和法国为代表的大陆法系上的概念不同。为了统一概念,本文使用的继承概念,是指因人的死亡而由其有一定亲属关系的生存人概括继受取得其财产的法律制度。^⑮而遗赠的概念有概括遗赠和特定遗赠之分。在特定遗赠中,受遗赠人原则上不承担遗产债务,因此在这个意义上,特定遗赠并不属于。由于特定遗赠不是继承,因此特定遗赠的财产也就不是

遗产。

二、以遗嘱设立居住权与狭义继承之区分

(一)以遗嘱设立的居住权与遗产概念之区分

很少有学者论及以遗嘱设立的居住权与遗产之间的关系。绝大部分学者都是自然而然地将以遗嘱设立的居住权等同于遗产,只有个别学者认为其不是遗产。^⑯但是遗嘱设立的居住权是否是遗产关系到以遗嘱设立居住权行为是否应当适用遗产继承的规则,因此是必须解决的前提问题。^⑰

1. 与遗产内容要求之区分

在罗马法上,遗产(eredidas)具有概括性,包含了死者的所有财产权利(积极财产)和义务(消极财产)。^⑱但是在我国,关于遗产是否具有概括性还有争议。有学者根据原《继承法》第3条和《民法典》第1122条认为遗产只包括积极财产。^⑲但是学界通说认为,遗产的概念应当包括积极财产和消极财产,因此具有概括性。^⑳因为将消极财产列入遗产范围,可以正当化论证继承人所负的债务之清偿义务。^㉑

与遗产不同,遗嘱设立的居住权并不直接负担债务。比较法上来看,在意大利、德国、法国和我国台湾地区,遗嘱设立用益权(包括居住权)总是通过特定遗赠来完成。^㉒而特定遗赠的财产不直接负担债务。^㉓在我国法上,应为同理。首先,使居住权上负担债务违反遗嘱人保障居住权人利益的意图。^㉔因为立遗嘱人意欲确保其身故后居住权人对住宅取得对世性的物权,可以对抗第三人。否则可以签署租赁合同而不需要设立居住权。若是居住权上需要负担债务,则会造成居住权人无法对抗遗嘱人的债务人,使得遗嘱人意思落空。

其次,虽然居住权也可以用于商业运作,但是其最主要的价值是保障居住权人的生活。根据我国居住权无偿设立、不得转让和继承的规则,可以推断我国的居住权继受了罗马法以来人役权的制度,主要是为了保障特定人的居住利益。^㉕若使得居住权负担了遗产债务,则相当于违背了居住权无偿设立的原则和保障居住权人居住利益的制度价值。

再次,遗嘱设立居住权与继承遗产不同。前者是通过一个单方法律行为设立一个新的权利。而遗嘱继承并没有设立权利,只是指定继承人和分配财

产,是转移财产的行为。这里的财产是概括财产,因此包含了消极财产在内。其财产转移主要是因为遗嘱人死亡的事实,而非法律行为,因此继承人需要以遗产为限负担消极财产。而遗嘱设立居住权是单方法律行为,不能为他人设定义务,因此设立的居住权上不能负有遗嘱人的债务。

最后,虽然《民法典》没有规定,但是我国的居住权性质上是人役权,不得转让和继承,无法变价,因此居住权没有以交易为基础而形成的市场价值。虽然有学者认为可以估价,但是这种估价是建立在空虚所有权交易和居住权人获得年金之上。^③而在住宅所有权的继承中,所有权人乃是无偿获得所有权,因此这种估价的意旨值得怀疑。另外一个重要的问题是谁可以组织和进行估价,以及估价的因素是什么。这些都表明遗嘱设立的居住权难以获得市场价值,因此也无法作为责任财产。而限定继承的原则意味着居住权人只在接受财产的限度内清偿债务。若居住权负担债务,则其负担债务的份额难以确定。这也从事实上证明了遗嘱设立的居住权无法负担债务。

有学者也认识到了上述问题,但是试图通过遗产债务清偿上优待来解决这个问题。如果特定住宅之外的遗产足以清偿遗产债务,则无须动用设立了居住权的住宅。清偿债务时若要拍卖部分遗产,设立了居住权的住宅应列于后位。^④这种优待的理由,其一是遗嘱人希望居住权人获得一种纯粹的利益,而并不希望其承担起遗嘱的债务,其二是住宅所有权是未来真正的财产性利益,因此应当先由住宅所有权人清偿债务。^⑤然而,第一个理由正好论证了为什么遗嘱设立的居住权不负担债务。第二个理由则是完全混淆了居住权和负担居住权的住宅的所有权。后者当然属于遗产,应当为遗嘱人的债务负责。即使负担居住权的住宅被用以清偿了遗产债务,从而居住权难以存在,也不能说是居住权负担了遗产债务。因为负担居住权的住宅所有权与居住权是两个独立的权利,其权利主体和内容都不同。实际上负担债务的是所有权,而居住权只是依附于其上而受到牵连。况且,在遗产清算时,居住权是否已经设立还不无疑问。因此即使“优待”设立了居住权

的住宅所有权,也与居住权的性质没有关系,遗嘱设立的居住权也不属于遗产,而仅仅是遗产上的负担。

2. 与遗产时间要求之区分

《民法典》第1122条第1款规定:“遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。”按照对此条的解释,只能以遗嘱人死亡时的财产状况来确定遗产的状况。^⑥即遗产是在遗嘱人死亡时,其生前所有的财产和义务的总和。而遗嘱设立的居住权,是因为遗嘱人死亡而产生的权利,并不是“遗留”的财产。即使按照当然继承主义,最早也是在遗嘱人死亡时才能设立或者产生。如果区分了遗嘱继承和遗赠的生效要件,认为遗赠的居住权需要登记才设立,受遗赠人只有在遗产分割之时才得以请求执行遗赠,即遗赠设立的居住权需要在遗嘱人死亡后,遗产分割时才生效。而在遗产分割时,遗产已经确定。因此可以得出遗赠的居住权的生效会晚于遗嘱人死亡的时间,因此不是遗产。如果认为遗嘱继承设立的居住权是遗产的话,就会得出同一遗嘱中,遗赠设立的居住权不是遗产,而遗赠继承设立的居住权又是遗产的悖论。可见,无论是遗赠设立还是遗赠继承设立的居住权,都不符合遗产对于时间性的要求。

此外,虽然居住权是遗嘱人死亡而产生的后果,但是不能认为由于遗嘱人死亡而产生的权利和义务都是遗产。因为这些权利义务的产生,除了遗嘱人死亡的事实以外,还需要法律规定的其他事实。例如人身保险中被保险人死亡时,如果有受益人,赔付的保险金不能作为遗产。即使在没有受益人或者受益人不明确的情况下,保险人可以向被保险人的继承人给付保险金,但这里也不是遗产继承,继承人取得的不是属于被继承人自己的权利,而是因被继承人死亡的结果所产生的保险金受领权。^⑦

虽然根据《保险法》第42条规定,在没有受益人或者受益人不明确的情况下保险金可以作为遗产继承。但是应当认为这样的规定乃是为了保护债权人的政策性规定。^⑧而在学理上,无论是从保险金的本源还是保险保障实效发挥的角度看,保险金都与被保险人的遗产无涉。^⑨一则是保险事故发生后由受益人领取的财产性利益才可称之为保险金,而遗产则是被继承人生前就可确定之财产;二则是被保险

人既不是保险合同的债权人,也不可能是受益人,因此保险金不是被保险人的财产,自然也就不是其遗产。^⑤与此类似,遗嘱人死亡以后,原有的财产增加的,所增加的财产不能视为遗产,或者最多只能视为遗产的增值。因此,遗嘱设立的居住权不是遗嘱人生前的财产,不能将其列入遗产。

3. 与遗产主体要求之区分

根据遗产的定义,遗产应当是属于遗嘱人的财产。^⑥权利的主体是否是被继承人是判断某项权利是否是遗产的重要标准。例如,因受害人死亡而产生的死亡赔偿金不应当作为受害人的遗产。因为死亡赔偿金的权利人并不是死者,而是其近亲属。而精神损害赔偿金是否是遗产,需要依据精神损害赔偿的权利人来判断。若权利人是被继承人,则是遗产。若权利人是死者近亲属,则不是遗产。^⑦

而在遗嘱设立的居住权的情形,居住权的权利人并不是遗嘱人,而是继承人或者受遗赠人。而且,不同于作为遗产的财产,遗嘱人从来都不是居住权的权利人,但曾经是遗产的权利人。因为遗嘱设立的居住权是从无到有,而不是既存权利的转移。可见遗嘱设立的居住权与遗产在主体性上有着本质的区别。

(二)以遗嘱设立居住权行为性质与狭义继承性质之区分

不仅遗嘱设立的居住权不是遗产,而且遗嘱设立居住权行为本身也异于狭义继承的性质。狭义继承属于非基于法律行为发生的物权变动。已经有学者提出遗嘱只是居住权的设立方式。^⑧但是这种设立方式的性质是什么,该学者并没有论述。因此有必要从物权取得的原因和物权变动的原因两个方面进行深入的探讨。

1. 遗嘱设立居住权是创设继受取得

通说认为,物权的取得分为原始取得与继受取得。而继受取得又可以分为移转继受取得和创设继受取得。“所谓移转继受取得,是就原物权人既有的物权,不变更其性质而予以取得的现象。而所谓创设继受取得,是就他人的权利创设新的物权而予以取得的现象。”^⑨创设继受取得的典型就是在他人之物上设定用益物权或者担保物权等定限物权。^⑩定

限物权的设定须以所有权为基础,其本身就构成所有人对其所有权的处分,故属于继受取得。但是所有人并不因定限物权的设定而丧失其所有权,^⑪因此所设立的权利与所有权乃是两个不同的权利,故不属于移转继受取得。

区分移转继受取得和创设继受取得之意义在于,在移转继受取得中,取得人的物权与前主的物权的性质并无不同。在创设继受取得中,取得人所取得的物权和前主的权利相比较,性质各异。^⑫在继承领域中,这两种的区分也具有重要的意义。

基于继承而取得被继承人的物权属于移转继受取得,因为继承人依其原状取得了被继承人既有的物权。^⑬这样的物权变动乃是既存的权利的转移,属于旧的法律秩序的延续。这种取得方式可以称之为“死因移转”。而以遗嘱为他人设定定限物权属于创设新的权利,属于创设了新法律秩序。这种取得方式可以称之为“死因创设”。

死因移转与死因创设最大的区分意义在于以下两点。首先,权利上是否存在原始权利负担不同。由于死因移转是将原来就存在的权利转移给他人,同时又是继受取得,因此他人接受的权利之上可能会负有遗产债务。而死因创设是创设了一个之前不存在的权利。根据现代的物权理论,即使认为死因创设的权利来自原始权利的权能分离,被创设的权利仍然是一个新的独立权利,而并不是原始权利的一部分,遗嘱人也不能通过单方法律行为为他人设定一个负担遗产债务的权利,因而一个新设立的权利之上不会负有遗产债务。

其次,对第三人的利益影响不同。死因移转是将原来就存在的权利转移给他人,因此对于第三人来说,权利变动主要是权利人的变动,而权利义务的内容并没有发生改变。同时,由于在死因移转中,原权利人已经不存在,因死因移转发生的物权变动即使没有公示,其对善意第三人权益的影响也较小,这也是《民法典》第230条的深层次原理。但是在死因创设中,遗嘱人可以为任何人创设新的权利,而且是绝对权。新增的权利人和权利内容会改变既存的权利义务关系,从而对第三人权益造成重大影响。因此,死因创设必须要考虑公示和第三人信赖保护的

问题。

2. 遗嘱设立居住权是基于法律行为发生的物权变动

遗嘱设立居住权并不是非基于法律行为发生的物权变动。首先,遗嘱符合法律行为的构成要件,是法律行为,而且是单方法律行为而不是双方法律行为。^④遗嘱设立居住权的效力主要来自遗嘱,因此应当也是单方法律行为。有少数学者主张遗嘱设立居住权行为是双方法律行为,但是并没有充分论证,其论证理由难以成立。^⑤同时,遗嘱设立居住权是死因行为而不是生前行为。这区别于死因赠与居住权。死因赠与居住权需要签订居住权设立合同,即双方在赠与人死亡前就达成了合意,^⑥属于双方法律行为,因此适用《民法典》第368条之规定。而法定继承是非基于法律行为发生的物权变动。

其次,遗嘱人的意思表示在物权变动之中所起的作用与在法定继承中所起的作用不同。作为死因行为,遗嘱设立居住权本质上是行为人对于其财产就自己死后的事项予以安排。法律关系于死亡之时才基于死因处分而形成。^⑦虽然法律关系的形成与死亡密不可分,但是居住权设立的原因是遗嘱的设立行为,而不是当事人的死亡。相反,法定继承是典型的非因法律行为发生的变动,因为整个物权变动完全不需要被继承人的意思表示。因此死亡事件是物权变动的主要原因。但是在遗嘱设立居住权中,死亡不可能使得居住权设立。也就是说,居住权的设立根本的原因,是遗嘱人的意思表示。这在创设继受取得中表现得非常明显,因为死亡不可能创设一个权利。因此,遗嘱设立居住权的行为是基于法律行为而发生的物权变动。我国的通说认为,遗赠是基于法律行为而发生的物权变动,而继承是非基于法律行为发生的物权变动。故而遗嘱设立居住权并不是继承,而是属于特定遗赠。这就是德国、法国和意大利等国法上遗嘱设立居住权性质乃是特定遗赠之原因。

综上所述,遗嘱设立居住权与继承具有本质上的区别,遗嘱设立居住权应当更加注意保护善意第三人的信赖利益,属于基于法律行为发生的物权变动,而应当与继承适用不同的生效规则。

三、区分于狭义继承的遗嘱设立居住权生效规则

《民法典》第230条规定了继承时物权的变动规则,有其独特的规范目的。虽然学界对于遗赠能否适用第230条还有争议,但是在确认了遗嘱设立居住权具有“非继承性”后,其所适用的规则应当与第230条有所不同。根据遗嘱设立居住权背后特别的价值衡量和自身的性质,结合遗产清算和分配的过程,生效规则应当是:无论通过遗嘱继承还是遗赠设立居住权,都适用登记生效主义。

(一)遗嘱设立居住权与《民法典》第230条规范目的之抵牾

《民法典》第230条的规范目的乃是为了防止出现无主财产。因为被继承人死亡后主体资格消灭,而赋予遗产独立的法人人格没有必要,^⑧因而遗产会成为无主财产,从而引发秩序混乱。因此,第230条之意旨就是要实现物权在权利主体间的“无缝衔接”,^⑨从而避免死者财产成为无主财产导致社会秩序混乱。^⑩第230条可以克服登记生效要件主义过于严苛的弱点。同时继承时不动产物权的变动业已发生,存在的状态也十分明确,没有违反物权公示的要求,其后再为登记,也不碍交易安全。^⑪因为原权利人主体资格已经消灭,第三人的信赖利益不会受到过大的损害。^⑫

但是,第230条的适用应当严格限缩在死因移转的情形,而不能适用于死因创设的情形。因为死因创设情况并不符合第230条的规范目的,从而产生抵牾。首先,死因创设并不会出现无主财产的情况。死因创设乃是通过遗嘱为他人在自己的财产上创设一个权利。因此被创设的权利的主体已经确定。其次,死因创设会极大威胁交易安全,损害善意第三人的利益。遗嘱人将所有权遗赠第三人时,继承人处分遗赠财产的,善意买受人可以受到善意取得制度的保护。但是遗嘱设立居住权,继承人具有所有权,其为有权处分。由于我国没有采用公信力取得的制度,善意第三人不得请求去除所有权上之负担。^⑬因此,第230条的规范目与遗嘱设立居住权可谓南辕北辙。

若遗嘱设立居住权强行适用第230条,则可能产

生以下的问题。第一,交易安全和设定了居住权住宅买受人的利益会受到严重损害。任何住宅上面都可能负担着没有公示的居住权。居住权排他性较强,居住权人通常可以终生占有使用住宅。而此时设立的居住权缺乏公示手段,善意买受人难以知晓住宅之上负担的居住权,从而购买了无法占有使用收益的虚位所有权。即使再交易,其交易价值也会极大贬损。即使善意买受人已经占有了住宅,居住权人也可以要求善意买受人返还原物,而且此请求权不受时效限制。但由于居住权生效并可对抗,善意买受人只能获得向出卖方主张违约责任的债权请求权,因此利益会受到极大损害。更严重的是,无须公示的居住权可能会引发道德风险。继承人等可以伪造遗嘱来对抗善意买受人,从而引发一系列的纠纷。最高人民法院特别强调,为避免产生权属争议,继承人有必要及时办理登记。^⑤但是问题是这里办理登记的理由是什么?因为居住权不能处分,因此登记并不是为了处分的登记。最高人民法院实际上已经认识到了这个问题,强调登记乃是为了防止出现上述纠纷。

第二,在我国法上,设定了居住权的住宅也需要参与清算,为遗嘱人的债务负责。若住宅被用于清偿遗嘱人的债务,那么其上的居住权是否还存在?如果认为还存在,则住宅的交易价值必然严重受损。若继承人伪造遗嘱设立居住权,并串通第三人购买,则会发生逃避债务的道德风险。如果认为不存在,就有叠床架屋之嫌,为何不等到清算完成后再根据情况使得居住权生效?

即使区分遗嘱继承和遗赠,上述问题也会存在。关于第一个问题,因为遗嘱继承人的范围也较大,善意买受人不可能逐个核实情况。关于第二个问题,由于遗赠的是居住权,而不是住宅,住宅也需要参与到遗产清算中。即使住宅也被遗赠给了第三人,按照我国法,遗赠的财产也需要对遗嘱人的债务负责。产生上述问题的本质在于第230条背后体现的继承的价值衡量与遗嘱设立居住权中价值衡量不同。

(二)遗嘱设立居住权生效规则背后的价值衡量

现代继承法的立法目的是妥善处理死者遗留的财产关系,其中以继承权为中心的遗产继承是明线,

以债权人利益保护为中心的遗产债务清偿是暗线,两者并行,共同实现对继承人利益与遗产债权人利益的保护。^⑥

要确立遗嘱设立居住权适用的生效规则,需要明确其背后隐藏的价值冲突,并且做出合理的价值衡量。遗嘱设立居住权的情形中,一般会涉及多方,即居住权人、遗嘱人的债权人与负担居住权住宅的买受人等之间的利益平衡。

如果认为遗嘱设立居住权在遗嘱人死亡后立即生效,那么可以很好地保护居住权人的利益。但是,很可能会损害遗嘱人的债权人与负担居住权住宅的买受人的利益。申言之,负担居住权的住宅构成遗嘱人的责任财产,对遗嘱人的债权人构成清偿的担保。若是遗嘱人死后居住权生效,则还未进入遗产清算和债务清偿阶段。而在住宅上设立居住权,会极大地减损住宅的交易价值。因为居住权是物权,具有对世性,同时需要对住宅持续地占有和使用,使得所有权成为空虚所有权,从而基本丧失了利用价值。事实上,在住宅上设立居住权的过程可以视为将所有权的权能分离出来单独设定一个权利的过程,也是将所有的价值转移至居住权的过程。由于居住权不属于遗嘱人的财产,故此过程意味着遗嘱人的责任财产的减少,从而损害遗嘱人的债权人的利益,不啻为承认遗嘱人可以有权处分债权人的财产。^⑦此外,遗嘱人还可以故意在其住宅上为他人设立居住权以逃避债务,从而造成道德风险。这会引发与在民事执行程序中,被执行人与他人串通就执行住宅签订租赁合同一样的问题。对债权人更为不利的是,由于遗嘱不是合同,债权人也无法诉诸债权人撤销权来撤销遗嘱。而居住权对于住宅的价值减损较租赁合同更为严重。而对于负担居住权住宅的善意买受人,没有公示但又具有物权效力的居住权会严重损害其信赖利益。同时,如前文所述,此信赖利益无法受到善意取得制度的保护。在邱某与董某某居住权执行案中,^⑧继承人已经将负担有居住权但未登记的房屋挂牌出售,幸于居住权人及时发现申请了强制执行登记居住权。若居住权人在房屋出售后才发现并申请强制执行,那么善意买受人买到的将是一个无法使用的房屋。

如果认为遗嘱设立居住权在遗嘱人死亡后立即生效,但是如果不登记不得对抗善意第三人,同样可能会损害遗嘱人债权人的利益。因为只要债权人知道或者应当知道,其就无法对抗居住权人,同样会发生遗嘱人责任财产减少的问题。但是否知道遗嘱人在住宅之上设定了居住权似乎不应当影响其债权。登记对抗还会损害部分负担居住权住宅的买受人的利益,同时部分保护居住权人的利益。

如果认为遗嘱设立居住权在遗嘱人死亡后不立即生效,而是需要经过遗产清算、偿还债务并且经过居住权人请求并且登记之后才生效,则可以保护遗嘱人的债权人与负担居住权住宅的买受人的利益,但是可能会损害居住权人的利益。第一,住宅所有权人可能会处分住宅,导致居住权无法设立。第二,居住权人可能会丧失遗嘱人死亡后到居住权登记之前的居住利益或者收益。

在这些利益相关的各方中,谁应当更受到保护?在民法的价值衡量中,原则上无偿获得财产的人一般劣后于有偿获得财产的人。这在善意取得、债权人撤销权等制度中有明确的体现。而遗赠是无偿取得财产,因此其权利应当劣后于债权人。^⑤在遗嘱设立居住权中,相较于第三人,居住权人原则上也是无偿通过遗赠获得居住权,同理也应当劣后。在遗产不足以清偿全部遗产债务时,遗赠债务处于最劣后的清偿顺位。^⑥虽然民法典居住权制度的规范目的是保护弱势群体,但是遗嘱人可以自由设立居住权,不受制度目的之限制,因此不能一概对居住权人倾斜保护。况且对于居住权人,可以通过其他的规则来获得保护。

从价值衡量上来看,若是采取登记宣示主义,为了保护无偿获得居住权的居住权人的利益,而要严重损害遗嘱人债权人及负担居住权住宅的买受人的利益,严重损害交易安全和交易效率,这在价值衡量上来看并不公平。因此登记宣示主义不可采。而登记生效主义或者登记对抗主义在价值衡量上似乎可以被接受。

(三)遗嘱设立居住权生效规则与遗产继承程序之协调

虽然遗嘱设立居住权属于遗赠而不属于继承,

但是负担居住权的财产属于遗产,因此遗嘱设立居住权与遗产继承具有重大联系。同时,我国学者对于遗赠是否可以直接产生物权效力存在争议。因此需要在遗产继承的过程中,考虑与继承及遗赠的物权转移规则相协调的前提下,确定遗嘱设立居住权的生效规则。

在我国,关于遗产所有权的移转时间主要有三种学说。^⑦最高人民法院在《民法典物权编理解与适用》中持“瞬间转化说”。^⑧但是考察《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉继承编的解释(一)》(法释〔2020〕23号,以下简称《继承编解释(一)》)第35条的规定,可以得出被继承人死亡时,继承人只是取得了主观意义上的继承权而不是遗产所有权。待遗产分割完毕后,继承人才能取得遗产的所有权。^⑨最高人民法院在《最高人民法院关于民法典继承编司法解释(一)理解与适用》(以下简称《继承编解释(一)理解与适用》)中认为上述第35条乃是采用了“过渡说”,同时认为虽然在继承开始后,遗产分割之前,继承人不享有遗产的所有权,但是遗产并不是无主物。继承人基于继承权,是继承法律关系的主体,遗产则是继承法律关系的客体。^⑩但是若采此解释,会产生《继承编解释(一)》第35条与《民法典》第230条之间关系的问题。在《继承编解释(一)理解与适用》中最高人民法院认为第230条发生效力的前提是接受继承。^⑪这就意味着,如果接受继承,继承人自继承开始时便获得物权。这会与继承人只有待遗产分割完毕后才能取得遗产所有权的观点相矛盾。因此,这里只能解释为最高人民法院认为遗产分割完毕后取得的遗产所有权溯及继承发生时生效。

而关于遗赠,根据《民法典》第1125条第3款,受遗赠人享有受遗赠权。根据《继承编解释(一)》第38条的规定,受遗赠人在遗产分割前只有受遗赠的权利。但是受遗赠权是什么性质,遗赠所有权何时转移,学界有争议。^⑫在《继承编解释(一)理解与适用》中最高人民法院认为,受遗赠人表示接受遗赠只是确认了其对遗产管理人或继承人享有交付受遗赠财产的请求权,而不等于已经实际取得了受遗赠财产的权利。进而受遗赠人要想取得受遗赠财产的权利,还应另行通过遗产分割等处理方式实现。^⑬可

见,关于受遗赠权,最高人民法院采取了与继承权类似的观点,认为它们都是一种资格,而不是所有权。至于受遗赠权究竟是何种性质的权利,在此先按下不表。

以上的学说争议源自比较法上遗产分割的宣告主义与移转主义两种立法例之区分。前者认为,遗产的共有人并不直接对共有财产本身具有所有权,而是对共有财产整体的某个份额(二分之一、三分之一等)具有权利。遗产分割仅仅具有确定份额价值,并将这种观念上的份额转换成具体财产的所有权的作用。在遗产分割后,个人的所有权溯及继承开始时,因此共同共有视为自始不存在。也就是说,共同继承人直接从被继承人那获得财产。此为法国等国的立法例。后者认为,共同继承人对于组成共有财产中的具体财产直接具有所有权。因此在遗产分割时,发生了继承人之间具体财产的互换。在遗产分割后,各共同继承人对其应当获得的财产享有专属的所有权。此为德国和瑞士等国的立法例。^⑥宣告主义的优点在于简化共有财产的组织管理,共同共有人之间不会发生相互影响,但是不利于交易安全的保护。而移转主义有利于保护第三人的利益,但是共同共有人之间会发生相互影响。在实践中,这两种立法例都有其例外,区分其实并不是特别大,^⑦因此采取哪一种立法例主要是法技术选择的问题。结合《民法典》第230条和《继承编解释(一)》第35条及第38条,我国似乎采用了宣告主义。

不过无论采纳何种立法例,这两者都承认继承开始后,遗产需要经历共有之状态,还需要经过清算和清偿债务之阶段,最后通过遗产分割,继承人才得以获得具体所有权。故而认为继承开始后继承人瞬间就获得具体财产的所有权观点并不能真正解释遗产继承的过程。可见,继承的过程应当以遗产分割为基准划分为两个阶段。遗产分割之前的共有阶段以及遗产分割之后的单独所有阶段,这样才能够组织取得积极遗产和清偿被继承人债务两者间的关系。

据此,遗产继承的过程应当按照以下程序组织:第一阶段因遗嘱人死亡引发,遗产由被继承人所有移转为遗产继承人共同体共有。然后由遗产管理人

主导进行遗产清算,清算完毕后,第二阶段的物权变动发生在遗产继承人之间,依法或依据遗嘱上的意思表示对遗产进行分割。^⑧即使继承人只有一个,不成立共同共有,在遗产分割前继承人也不能直接取得遗产所有权,而只有继承权。主观意义上的继承权是具有过渡性质的财产权利。由于民事主体资格的丧失,被继承人在死亡后不再是其财产的主体,其财产权利要转移给其他民事主体享有,在这一财产过渡过程中建立起来的法律关系就是继承法律关系,因而,继承权也是一种过渡性质的权利。^⑨

事实上,这背后的原理主要是遗产继承的性质是被继承人的责任财产分解和消灭以及剩余的积极财产与继承人的财产融合的过程。因此,遗产实际上是被继承人的责任财产,与继承人的责任财产不是同一性质的财产。在限定继承中,继承人自然不能直接对被继承人的责任财产行使所有权。只有在清算和偿还债务之后,被继承人的责任财产中还剩余的积极财产才能够并入继承人的责任财产。

可见,只要属于被继承人的责任财产,也就是说需要负担债务的财产,都应当首先由继承人共有,同时清算以及清偿债务。为了达成这一个目的,需要在被继承人死亡之后,其责任财产立即转移为继承人共有。这其实就是《民法典》第230条的意义。也就是说,第230条所谓的“因继承取得物权”,乃是指继承开始后第一阶段,被继承人的责任财产过渡性地成为法定或者意定的权利人在继承权或者受遗赠权关系内的客体。而经过第二阶段的分割,权利人才可以获得特定财产的所有权。至于最后遗产分割的效力,应当根据不同情况来判断。这就是为什么有学者认为,居住权在继承开始时候就设立,根据第230条由继承人共有,然后通过第二阶段分割后转移给受遗赠人。^⑩上述的处理方式,对于死因移转行为可以解释,但是对于遗嘱设立居住权这种死因创设行为,则会出现难以解释的问题。第一,居住权因其人役性和不可转移性,不能由继承人等共同共有和由共有人转移至受遗赠人。第二,即使死因创设的是可以转移的用益权,所有权人与用益权人不能形成共同共有,因为共同共有要求共有人享有相同性质的权利,而所有权与用益权两者不是同一性质。^⑪

第三,死因创设的权利并不是实质上的财产转移,而是对财产的负担。前文已述,遗嘱设立居住权并不符合《民法典》第230条的规范目的,因此不能适用第230条而发生第一阶段的转移。最后,死因创设的居住权并不是遗产,不承担债务,不属于遗嘱人的责任财产,自然不会参与第一阶段基于死亡的遗产变动。但是其会减损遗嘱人责任财产。根据任何人不能遗赠大于其财产的财产之原则(nemo liberalis nisi liberatus),只有在清偿了遗产债务之后,还剩余积极财产时,才可以执行遗赠。^⑤同时负担居住权的财产也需要参与清算,因此为了保护第三人,居住权不能够直接创设,需要在清偿完债务之后,受遗赠人才可以请求创设。第四,若只有一个继承人,如何发生居住权的概括共有,以及如何解释单一继承人第一阶段的权利与第二阶段分割后的权利之间的关系?

至此,还存在以下几个问题需要厘清:这种请求的权利性质是什么?遗嘱设立的居住权是需要登记才设立,还是登记后具有对抗效力?登记后居住权是否可以溯及至继承开始时生效?关于第一个问题,遗嘱设立居住权是死因创设行为,在请求设立居住权之前,居住权并不存在。而物权请求权必须以物权存在为前提。因此请求按照遗嘱设立居住权的权利属于债权。

关于第二个问题,遗嘱设立的居住权需要登记才设立。第一,登记对抗和登记生效的分类是以物权的类型与性质为基础的划分,物权类型的差异决定了不同的变动方式。而遗嘱设立居住权的现象与物权的类型无关。^⑥事实上合同设立居住权就采用了登记生效主义。第二,适用登记对抗没有法律的基础。因为遗嘱设立居住权不能适用第230条的规则,因此应当适用第209条第1款的规定。而第209条第1款中的原则是登记生效,只有在法律另有规定的情况下,才适用其他规则。遗嘱设立居住权并不存在法律另有规定的情况,因此也应当适用与不动产所有权变动的相同规则。第三,如果认为清偿了债务后,居住权不登记也生效,则死因创设行为缺少表现在外的设立标志,从而无法确定居住权何时设立,使得法律关系处于不确定之中。有人可能会认为,法国适用登记对抗制度也运行良好。但是法国

的登记对抗制度具有特殊性。在法国,无论以何种方式设立居住权都需要制作公证文书并且登记。^⑦虽然没有登记的后果是不能对抗善意第三人,^⑧但是由于公证人有义务将公证文书送交登记,^⑨因此事实上设立居住权都会进行登记而具有对抗效力。但是在我国,法律并不要求不动产物权变动制作公证文书,因此事实上会发生较多生效但没有登记的情况,这与法国的情况完全不同。因此,遗嘱设立居住权应当适用第209条第1款不动产物权登记生效的一般规则。

关于第三个问题,法国法上采取宣示主义是为了减少共同共有对于单独权利的影响。因为信奉个人主义的《法国民法典》立法者对于共同共有抱有深刻的敌意。^⑩但是宣示主义的弊端是损害交易安全。^⑪如果遗嘱设立居住权登记生效后溯及至继承开始时,则居住权会被视为一直存在。若所有权人在居住权设立之前交易了负担居住权的住宅,买受人难以得知将来可能会设立的居住权。而居住权被视为自始存在的话,则会严重损害买受人的利益,使得交易安全荡然无存。溯及既往的主要优点是可以保护居住权人利益,即可以从继承开始时收取孳息等。然而相比于交易安全,无偿取得居住权的权利人应当劣后于交易安全的保护。

另外有学者认为可以依据不动产登记簿的公信力取得不承担居住权的住宅。^⑫但问题是我国实证法上并没有规定此种取得方式。该学者也认为,《民法典》第311条仅针对无权处分行为规定所有权或其他物权的善意取得,无法直接将其作为消极信赖保护的规范工具。^⑬

综上所述,遗嘱设立居住权应当在遗产清算完成后,由受遗赠人请求设立,这种请求权是债权,同时居住权登记后方可生效并产生对抗效力。

四、登记生效主义下居住利益人之保障

继承开始后居住权登记之前,居住权还未设立,因此不存在。遗嘱中载明的享有居住权登记请求权的人还不能被称为居住权人,但是其确实享有居住权利益,因此可以被称为居住利益人。

如果遗嘱设立居住权采登记生效主义,那么势必会对居住利益人的利益造成影响,因此还需要研

究如何保障居住利益人的合法权益。这些利益主要体现在三个方面:第一是继承开始后居住权登记之前,居住利益人与继承人之间法律关系处于何种状态;第二,对于居住利益人而言,需要尽快设立居住权,因此需要明确请求权的对象,即谁应当负有登记义务;第三是在登记义务人怠于履行登记义务的情况下,如何保护居住利益人的权益。

(一)继承开始后居住权登记之前的法律关系

由于居住权还未设立,故此时不存在物权法律关系。因此居住利益人不得以其居住利益对抗遗嘱人的债权人和相关住宅的继受人,以及继承人的债务人。但是不排除法官会根据案件具体情况,通过裁判方式直接设立居住权来保障弱势群体的利益。^⑧但是这并不是遗嘱设立居住权的范围。至于居住利益人能否对抗住宅的承租人,则要看谁先实际占有了住宅。

虽然不存在物权法律关系,但是遗嘱人在遗产上设定了负担,因此在居住权人与遗产管理人和继承人之间形成了法定之债关系。^⑨据此,居住利益人可以请求遗产管理人或继承人对居住权进行登记,同时占有使用相关的住宅甚至收取孳息。

(二)负担居住权登记义务的主体

以遗嘱设立居住权体现的是遗嘱人对于自己死后财产的安排。但是由于遗嘱人已经死亡,无法亲自执行自己的遗嘱,需要由遗嘱执行人代为执行。在继承开始后,存在遗嘱时,遗嘱执行人与遗产管理人在功能上等价。遗嘱执行人为遗产管理人,适用遗产管理人相关的规定。^⑩

依据《民法典》第1147条第5项,遗产管理人应当按照遗嘱分割遗产。遗嘱中有遗赠的,遗产管理人应当按照遗赠执行遗赠。而遗赠设立居住权性质属于特定遗赠,因此也应当由遗产管理人即遗嘱执行人来执行。根据《民法典》第1133条,遗嘱执行人可以由遗嘱人指定。但是若遗嘱人没有指定遗嘱执行人或者指定的遗嘱执行人拒绝或者不能担任的,法定继承人成为当然的遗嘱执行人。法定继承人为一人时,由其任遗嘱执行人;法定继承人有数人时,则共同担任遗嘱执行人,法定继承人也可以共同推举一人或者数人作为代表来执行遗嘱。^⑪在遗嘱人

未指定遗嘱执行人,又无法定继承人或者有法定继承人但其无能力担任遗嘱执行人时,可以由遗嘱人生前住所地的基层组织或者民政部门充任遗产管理人,按照遗嘱来管理分割遗产。

继承法律制度是为了使得遗嘱人的终意处分得以最大限度地实现。明确遗产管理人或遗嘱执行人负担居住权登记的义务,能够在完成遗产清算的基础上,促进居住权的登记,从而保护居住利益人的利益。但是,若遗嘱执行人怠于履行登记之义务,居住利益人应当获得相应的救济。

(三)违反登记义务的救济

若遗产管理人违反登记义务,应当承担相应的责任。责任的方式根据负担居住权的住宅是否已经被第三人合法取得而不同。

第一,若住宅没有被第三人合法取得,居住利益人可以请求遗产管理人进行登记。若遗产管理人无正当理由拒绝履行登记义务,法院可以判决强制其履行。若在强制履行后,居住利益人还有损失的,例如因没有登记而丧失了的居住利益,自可以依据《民法典》第1148条要求遗产管理人赔偿相应的损失。

第二,住宅已经被第三人合法取得。由于负担居住权的住宅已经成了第三人的合法财产,登记义务因此履行不能,居住权自然无法设立。此时居住利益人可以有多种请求权选择。首先,可以依据《民法典》第1148条要求遗产管理人承担损害赔偿责任。虽然《民法典》第1148条要求遗产管理人主观过错为故意或者重大过失,但是若遗产管理人明知遗嘱存在设立居住权的安排,而故意或者怠于设立,则可以认为具有故意或者重大过失。损害赔偿的金额,应当等同于居住权的价值,^⑫也可以按照在住宅当地当时同样或者类似住宅的租金结合居住权的年限计算。只要达到保障居住权人可以获得与居住权设立时相同或者近似的居住利益即可。当然,可能会出现遗产管理人不可归责之情形,例如住宅已经被处分,而之后才发现遗嘱人设立居住权的遗嘱等,此时则无法追究遗产管理人之责任。

其次,若获得负担居住权住宅所有权的继承人也是遗产管理人,则适用上述遗产管理人之责任。若其不是遗产管理人,其责任基础不再是《民法典》

第1148条。若该继承人知道或应当知道存在设定居住权之遗嘱,还将住宅处分,即使居住权还未设立,亦可依据《民法典》第1165条承担侵权损害赔偿之责任。因为,第《民法典》1165条并未要求保护客体为绝对权。损害赔偿范围应当与上述遗产管理人之责任相同。

最后,获得负担居住权住宅所有权的继承人还可能依据《民法典》第985条承担不当得利返还之责任。由于居住权是对住宅所有权的负担,所有权人从遗嘱人处获得的只是空虚所有权,只有待到居住权消灭后,才得以回复完全所有权。空虚所有权的价值必然会低于完全所有权。而若所有权人处分了完全所有权,获得的是完全所有权的对价,这其中就包含了居住权部分。而按照遗嘱,所有权人无法享受居住权部分的利益。因而所有权人获得居住权部分的对价没有法律上的原因,从而构成不当得利,应当将居住权部分的对价返还至居住利益人。但是若第三人无偿得到住宅,则所有权人没有获得任何对价。这时,居住利益人可以依据《民法典》第988条要求第三人返还相应的得利。可见,即使获得负担居住权住宅所有权的继承人对于居住权无法登记没有过错,居住利益人也可以要求返还不当得利,从而保护其居住利益。上述侵权责任与不当得利责任可能发生竞合,根据我国采纳的请求权竞合说,居住利益人只能择一请求。

五、结论

遗嘱设立居住权本质上是遗嘱人在住宅上设立的负担。遗嘱设立的居住权并不是遗产。遗嘱设立居住权的行为是继受取得之中的创设继受取得,是基于法律行为而发生的物权变动。在遗嘱设立居住权中区分遗嘱继承与遗赠而异其适用规则没有意义。而因继承发生的物权变动是死因移转,是非基于法律行为而发生的物权变动,因此遗嘱设立居住权行为与继承有本质区别。《民法典》第230条的规范目的主要是为了在继承中防止出现无主物,故遗嘱设立居住权不能适用《民法典》第230条。考虑到上述原因,以及遗嘱人的债权人、负担居住权住宅的买受人等第三方利益,结合两阶段的遗产继承清算程序,最终可以得出只有在清算了遗产债务之后,居住

权人才能够请求遗产管理人登记设立居住权。因此遗嘱设立居住权应当参照适用《民法典》第368条规定登记生效。为保护居住利益人的利益,居住利益人可以请求遗产管理人登记设立居住权,也可以请求有过错的遗产管理人和继承人承担侵权损害赔偿,最后可以请求处分住宅的继承人返还不当得利,并且可以在居住权没有设立的情况下,基于法定之债占有使用住宅并收取孳息。但是从一个更宏观的角度来看,遗嘱设立居住权是比较特殊的特定遗赠,适用较为特殊的规则,其与一般遗赠的关系值得未来进一步研究。

注释:

①参见杨立新、李怡雯:《民法典物权编对物权规则的修改与具体适用》,载《法律适用》2020年第11期,第26页;崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2021年版,第346页。

②参见曾大鹏:《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62页;房绍坤:《论民法典中的居住权》,载《现代法学》2020年第4期;姜海峰:《物权法:规则与解释》,北京大学出版社2022年版,第173页;肖俊:《遗嘱设立居住权研究——基于继承法与物权的交叉视角》,载《比较法研究》2023年第1期,第131-163页。

③参见汪洋:《遗嘱方式设立居住权的规范构造》,载《当代法学》2023年第5期,第50页

④参见郭红伟、金俭:《遗嘱方式设立居住权的法律适用冲突及消解路径》,载《南京社会科学》2022年第7期,第91页。

⑤参见屈然:《论我国居住权的设立方式与登记效力》,载《法学杂志》2020年第12期。

⑥参见刘家安:《民法物权》,中国政法大学出版社2023年版,第231页。

⑦参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第899-900页。

⑧较为典型的案例有:北京市第一中级人民法院(2021)京01民终字第10858号民事判决书;北京市丰台区人民法院(2021)京0106民初字第11531号民事判决书;北京市丰台区人民法院(2021)京0106民初字第25811号民事判决书;北京市东城区人民法院(2021)京0101民初字第11506号民事判决书;北京市丰台区人民法院(2021)京0106民初字第6688号民事判决书;山东省烟台市莱山区人民法院(2021)鲁0613民初字第2850号民事判决书;山东省潍坊市中级人民法院(2022)鲁07民终字第7102号民事判决书;上海市嘉定区人民法院(2021)

沪0114民初字第16641号民事判决书;福建省厦门市思明区人民法院(2021)闽0203民初字第9023号民事判决书;江苏省苏州市姑苏区人民法院(2021)苏0508民初字第1766号民事判决书;江苏省镇江市京口区人民法院(2020)苏1102民初字第3318号民事判决书。态度较为模糊的案例:北京市高级人民法院发布8个涉老审判典型案例之二:杨某甲诉刘某某等分家析产、继承纠纷案;武汉市洪山区人民法院(2021)鄂0111执字第1164号执行裁定书。

⑨参见房绍坤等编著:《婚姻家庭继承法》(第7版),中国人民大学出版社2021年版,第162-163页。

⑩参见同前注④,郭红伟、金俭文,第91页。

⑪参见同前注③,汪洋文,第74页。

⑫参见同前注②,肖俊文,第136页。

⑬A. Jannarelli e F. Macario (a cura di), Commentario del Codice civile (diretto da Enrico Gabrielli), Della proprietà-Vol. II: art. 869-1099, UTET, 2012, p. 559; Rép. civ. Leg, n°252; F. Terré et alii, Droit civil: les successions, les libéralités, 4e éd., Dalloz, 2014, n°339; 史尚宽:《物权法论》,中国政法大学出版社2000年版,第193页以下。

⑭参见房绍坤等编著:《婚姻家庭继承法》(第7版),中国人民大学出版社2021年版,第155页。

⑮参见同前注②,房绍坤文,第85页。

⑯所谓的“所有权的自我分割”理论,参见同前注②,肖俊文,第132页。

⑰参见同前注⑨,房绍坤等编著书,第155页。

⑱参见房绍坤:《论民法典中的居住权》,载《现代法学》2020年第4期,第85页。

⑲有少数学者认识到了遗嘱设立的居住权与遗产之间本质的区别,但是为了将前者归入遗产,提出了“所有权自我分割”说。参见肖俊:《遗嘱设立居住权研究——基于继承法与物权法的交叉视角》,载《比较法研究》2023年第1期,第132页;肖俊:《空虚所有权与大陆法系的以房养老模式》,载《上海财经大学学报》2017年第1期,第120-121页。用这种理论解释以遗嘱设立的居住权乃是偷换了概念。通过保留(per retentionem)的方式设立的居住权,当然是原所有权人的遗产。但是这里保留的居住权并不是以遗嘱为他人设立的居住权,这是两个概念。继承人或者受遗赠人通过转移行为获得原所有权人保留的居住权。也就是说,这里出现了权利主体的变动。而但是以遗嘱为他人设立居住权并没有出现权利主体的变动。我国的居住权乃是限制性人役权,不得转让也不得继承。因此,继承人或者受遗赠人无法获得原所有权人保留的居住权。

⑳See C. 6, 27, 6; D. 50, 16, 119.

㉑参见刘春茂:《中国民法学·财产继承》(修订版),人民法院出版社2008年版,第58页;张平华、刘耀东:《继承法原理》,

中国法制出版社2009年版,第84页;张玉敏:《继承法律制度研究》,华中科技大学出版社2016年版,第28页;陈苇主编:《婚姻家庭继承法学》,中国政法大学出版社2022年版,第322页。

㉒参见张俊浩主编:《民法学原理(下册)》,中国政法大学出版社2000年版,第955-956页;郭明瑞、房绍坤:《继承法》,法律出版社2004年版,第85页;杨大文主编:《亲属法与继承法》,法律出版社2013年版,第310页;巫昌祯主编:《婚姻与继承法学》,中国政法大学出版社2017年版,第291页;黄薇主编:《中华人民共和国民法典继承编解读》,中国法制出版社2020年版,第16页;夏吟兰主编:《婚姻家庭继承法》,中国政法大学出版社2021年版,第242页;同前注⑨,房绍坤等编著书,第178页;李永军主编:《民法学教程》(第2版),中国政法大学出版社2023年版,第863页。

㉓参见江平主编:《民法学》,中国政法大学出版社2019年版,第763页。

㉔参见同前注⑬, A. Jannarelli e F. Macario(a cura di)书,第559页;同前注⑬, 史尚宽书,第193页以下;同前注⑬, Rép. civ. Leg, n°252; 同前注⑬, F. Terré et alii 书。

㉕参见同前注⑬, F. Terré et alii 书, n°901; F. Gazzoni, Manuale di diritto private, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 441; [德]雷纳·弗兰克等:《德国继承法》,王葆蔚、林佳业译,中国政法大学出版社2015年版,第177页以下。

㉖参见同前注②,肖俊文,第137页。

㉗参见同前注⑥,刘家安书,第227页。

㉘参见肖俊:《空虚所有权交易与大陆法系的以房养老模式》,载《上海财经大学学报》2017年第1期,第122-126页。

㉙参见同前注③,汪洋文,第74页。

㉚参见同前注②,肖俊文,第137页。

㉛参见同前注②,郭明瑞、房绍坤书,第84页。

㉜参见同前注②,夏吟兰主编书,第243页。

㉝参见严桂珍:《人身损害赔偿中遗产的确定》,载《政治与法律》2010年第6期,第152页。从最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(三)》(2020修正,法释〔2020〕18号)第9条可以看出,如今最高人民法院有意减少实务中保险金作为遗产处理的情形。

㉞参见范玲、董惠江:《论去遗产化的投保人之保险金权利本体地位》,载《学术交流》2018年第4期,第102页。相反观点,参见郭明瑞等:《继承法研究》,中国人民大学出版社2003年版,第13页。

㉟参见樊启荣、赵昕昕:《论人寿保险死亡保险金“去遗产化”——兼评〈保险法〉第四十二条第一款》,载《保险研究》2017年第10期,第123页;同前注③,严桂珍文,第153页。

㊱参见同前注②,夏吟兰主编书,第242页。

㊲参见同前注③,严桂珍文,第148-154页。

- ③⑧参见同前注②,房绍坤文,第85页。
- ③⑨同前注①,崔建远书,第46-47页。
- ④⑩参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓哗等译,谢怀栻校,法律出版社2003年版,第313-315页;刘得宽:《民法总则》(增订4版),中国政法大学出版社2006年版,第158页;王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2010年版,第55页;同上注,崔建远书,第47页。
- ④①参见同前注⑥,刘家安书,第79页。
- ④②参见同前注①,崔建远书,第46-47页。
- ④③参见同前注④⑩,王泽鉴书,第55页。
- ④④参见同前注⑨,房绍坤等编著书,第203页;同前注②,李永军主编书,第888页。
- ④⑤参见郑倩:《遗嘱设立居住权的体系性阐释》,载《当代法学》2023年第2期,第108页。
- ④⑥参见杨代雄:《民法总论》,北京大学出版社2022年版,第276页。
- ④⑦参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,米健校,法律出版社2013年版,第175页。
- ④⑧参见同前注②③,江平主编书,第763页。
- ④⑨参见中国审判理论研究会民事审判理论专业委员会:《民法典物权编条文理解与司法适用》,法律出版社2020年版,第63页。
- ⑤①参见林秀雄:《继承法讲义》,(台湾地区)元照图书出版有限公司2005年版,第77页。
- ⑤②参见同前注①,崔建远书,第80-81页。
- ⑤③参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院民法典继承编司法解释(一)理解与适用》,第364页。
- ⑤④参见同前注⑥,刘家安书,第186页。
- ⑤⑤参见同前注⑦,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书,第899-900页。
- ⑤⑥参见同前注③,汪洋文,第69页。
- ⑤⑦参见同前注⑬,F.Terré et alii书,n°900。
- ⑤⑧参见武汉市洪山区人民法院(2021)鄂0111执字第1164号执行裁定书。具体案情参见申卫星、冉超、李惠:《居住权制度立法供给与司法需求的完美对接——“邱某与董某居住权执行案”评释》,载《荆楚法学》2022年第3期,第152页以下。
- ⑤⑨参见李永军:《论遗赠在继承中的法律效力》,载《清华法学》2023年第1期,第34页。
- ⑤⑩参见同前注②②,李永军主编书,第906页。
- ⑥①参见同前注⑤②,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第336页。
- ⑥②参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(上),人民法院出版社2020年版,第167页。
- ⑥③参见同前注⑤②,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第337页。
- ⑥④参见同上注,第337页。
- ⑥⑤参见同上注,第338页。
- ⑥⑥参见同前注③,汪洋文,第67页;同前注⑨,房绍坤等编著书,第229页。
- ⑥⑦参见同前注⑤②,最高人民法院民事审判第一庭编著书,第365页。
- ⑥⑧参见同前注⑬,F.Terré et alii书,n°1148。
- ⑥⑨参见同上注,n°1149。
- ⑥⑩参见同前注③,汪洋文,第72页以下;同前注⑥,刘家安书,第104页。
- ⑦①参见同前注⑨,房绍坤等编著书,第165页。
- ⑦②参见汪洋:《遗嘱方式设立居住权的规范构造》,载《当代法学》2023年第5期,第50页;申卫星、冉超、李惠:《居住权制度立法供给与司法需求的完美对接——“邱某与董某居住权执行案”评释》,载《荆楚法学》2022年第3期,第157页。
- ⑦③参见同前注⑬,F.Terré et alii书,n°822 et 826。
- ⑦④参见同上注,n°900。
- ⑦⑤参见同前注②,肖俊文,第136页。
- ⑦⑥参见同前注⑬,F.Terré et alii书,n°339, b。
- ⑦⑦Rég. civ. Publicité foncière, n°97。
- ⑦⑧Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, art. 32。
- ⑦⑨参见同前注⑬,F.Terré et alii书,n°823。
- ⑦⑩参见同上注,n°1149。
- ⑧①参见同前注⑥,刘家安书,第231页。
- ⑧②参见同上注,第186页。
- ⑧③参见付一耀:《论裁判方式设立居住权》,载《社会科学研究》2022年第6期,第58页。
- ⑧④参见同前注②②,李永军主编书,第894页。也有法院认为“……遗产继承人有义务配合让渡居住使用权益”,参见刘某等与杨某婚姻家庭、继承纠纷案,北京市第一中级人民法院(2021)京01民终字第10858号民事判决书。
- ⑧⑤参见同前注②②,黄薇主编书,第76页。
- ⑧⑥参见同前注⑨,房绍坤等编著书,第220页;同前注②②,李永军主编书,第897页。
- ⑧⑦关于居住权价值的计算,参见同前注②②,肖俊文,第122-126页。