

“居住权”之定位与规则设计

鲁晓明*

内容提要 我国学者从居住权创设之初衷出发,执念于居住权的人役性,混淆了居住权本体与外在条件。以之指导居住权立法,必然使其偏离现实,进而丧失正当性。居住权之意义不应在于为极端萎缩的狭窄主体提供权利支持,而在于适应建筑物多元利用趋势,改变单纯以土地为对象的不动产用益物权格局,形成以土地物权为主、辅之以房屋物权的不动产用益物权新格局。唯有走出人役执念,专注于房屋的用益性,居住权方具有现实价值。基于物权定位之居住权不应限于满足生活需要,应以可出租、转让和继承为原则,期限亦得自由约定。

关键词 居住权 人役性 用益性

在如火如荼的民法典编纂活动中,为有效控制制度变动的风险,我国确定了“小步推进”的稳健编纂思路。然,最新“物权编”草案审议稿却一反常态,断然引入2007年《物权法》制定时因备受争议而胎死腹中的“居住权”制度^①。此一从无到有的大幅变动,明显突破了“小步推进”编纂思路的束缚,而成为“物权编”重大的制度创设。任何一种从无到有的制度创设,均是立法上重大的固定成本投入。立足传承还是面向现实,是居住权立法不可避免的问题。居住权制度若仅停留于某项传统功能的接受或放弃,而不能反映社会内生的渴求,立法必要性必然遭遇质疑。因此,仔细审视社会现实需要,藉此反思居住权的法律定位,并在此基础上考虑其规范构造,方是科学的立法态度。

笔者认为,从历史发展历程来看,人役性并非居住权的本体内容,二者完全可以相互切割。我国新设居住权应以“用益物权”为定位,以回应目前建筑物多元利用之趋势,满足我国房屋独立利用之需要。基于此,本文尝试对居住权立法建构进行规范设计。

一、人役性与居住权的可分离性

所谓居住权,简言之,即非所有人占有、使用他人房屋及其附属设施之权利。其机

* 广东财经大学法学院教授,广东财经大学法治与经济研究所研究员。本文系教育部哲学社会科学项目“住房反向抵押的法律问题研究”(项目批准号:15YJA820016)的阶段性成果。

① 2007年《物权法》草案专设一章规定了居住权,但因争议过大,最终通过时予以删除。

理,乃在于通过房屋所有权与使用权的分离,使权利人享有占有、使用他人房屋的权益。

众所周知,居住权制度创设于古罗马。古罗马社会的整体财产有限,且实行家长制。为保障家长之外的其他家庭成员的居住利益,古罗马设立了居住权这一“为了照顾某一特定的人”的权利,作为用益权之一种^②,原因乃在于“无夫权婚姻和奴隶的解放日多,每遇家长亡故,那些没有继承权又缺乏或丧失劳动能力的人的生活就成了问题,因此,丈夫或家主就把一部分家产的使用权、收益权等遗赠给妻或被解放的奴隶,使他们生有所靠,老有所养。”^③换言之,为保障非继承人对于住房的使用利益,家长以遗嘱方式将住房的使用收益权遗赠给其需要照顾的人,使其获得生活保障,这是创设居住权制度之初衷。因此,作为满足家长制背景下为无住宅家庭成员居住利益而设计之权利类型,居住权自创设伊始便被贴上了主体限定的人役权、保障性权利标签。毋庸置疑,在罗马家长制时代,不享有房屋所有权的弱势家庭成员居住问题困扰着立法者,而法学家们注意到房屋所有与使用权能纵向切割的价值,乃利用两权分离理论,天才地创造出居住权概念,解决其居住难题。此种以身份为基础、承担保障功能的居住权,反映了家庭成员间相互扶助之伦理需要,故立法将其限于与住宅所有人具有家庭关系(或准家庭关系)的非房屋所有人,并以权利人生存时间作为权利存续期间。居住权因而具有权利主体的限定性、鲜明的伦理性,并由此衍生出不可转让、不得继承等身份性内容。概言之,在居住权创设之初,特定成员之保障性质明显,人役性亦属当然之义。

此后,在欧洲各国民法典承继居住权制度之时,由于经济基础的变化,居住权的性质亦逐渐发生变化。纵观居住权制度发展的历史,欧洲各国居住权制度一直处于春风化雨般、虽然缓慢却确定的变动之中。在罗马法时期,居住权功能单一,仅限于满足弱势家庭成员居住需要,身份性要求严格。到了拿破仑时期,居住权身份性要求开始出现松动。《法国民法典》未使用人役权概念^④,且将居住权设立方式由遗赠设立为主,改为以契约作为基本的设立方式(《法国民法典》第628条)。意志自由在设定居住权时的基础性地位得以确立,为扩大居住权范围打开了方便之门。到了《意大利民法典》,虽然形式上没做太多改变,但其第980条规定,在设立文件未作禁止性规定时,用益权人有权转让其权利。房产所有人若想实现居住权制度功能,可以通过设定仅限于居住的不动产用益权之方式实现,居住权的流转问题得以突破。^⑤到了20世纪,德国在《德国民法典》滞后于时代发展的情况下,于1935年制定了《用益权及限制的人役权让与法》,松绑《德国民法典》第1093条,允许居住权人转让权利,又于1951年和1957年先后制定《住宅所有权及长期居住权法》与《分时段居住法》,摒弃《德国民法典》中居住权不可转让、不得继承的规定,确立了有别于传统的纯粹物权性居住权。居住权不仅可以转让和

② 参见[意]彼得罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第258页。

③ 周相《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第361页。

④ 参见[英]巴里·尼古拉斯《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2000年版,第156页。

⑤ 参见陶钟太郎、杨环《论居住权制度在近现代的发展——以西欧主流民法国家为考察对象》,载《西南农业大学学报》(社会科学版)2011年第7期。

继承 权利人还得为任何合理的使用和收益,如用于出租。^⑥

由此可见,居住权与其人役性的定位并非不可拆分。正是基于二者的可分性,居住权经历了“主体从仅局限于弱势家庭成员演进到广泛适用于一般财产权利人,功能也从弱者生活保障演进到财产多元利用方式”的变化过程。居住权最本质的制度特征是住房所有权与使用权的两权分离(即通过房屋所有权与使用权之分离满足民事主体对于房屋的多元需要),而非其限制于特定人的人役性。保障特定家庭成员的居住利益,只是古罗马特定时代背景下创设居住权制度之初始动因,而非其本体及其内生特质。人役性也并非居住权的当然内容,完全可能在社会基础变迁时与居住权切割。

在现代社会,因家长制衰落、而代之以个体主义兴起等原因,罗马法创设居住权制度时的社会基础发生了颠覆性变化,居住权的人役性定位亦因遭遇挑战而不可持续:

1. 分别财产制取代家长制,家庭赤贫人员减少。自文艺复兴以来,社会哲学思潮由团体至上向以个体为中心转变,家庭民主取代家长制成为指导家庭关系的经营理念。家庭团体主义让位于个体主义,个体自由、平等的价值观成为家事法的主导思想,家长在家庭中的绝对控制地位被废止,家庭成员在家事活动、家事财产传承中的平等地位得到确认。随着家庭分别财产制的确立,财产集中于家长的情况在制度上已不存在,家庭内贫富悬殊的情况发生了根本性转变,需要寻求居住权救济的赤贫人员亦大幅减少。

2. 亲属扶助义务确立,寻求居住权救助的必要性降低。现代社会摒弃了家庭依附于家长的传统理念,而将家庭定位为承担着生育、教育、情感交流、扶助和物质资料职能的有机组织体。家庭得通过经济以及情感上的相互依赖满足个体需求,实现成员间扶养、扶助目的。当代各国普遍确立了以家庭成员为基础的亲属之间的扶助义务,没有住宅的家庭成员之居住问题多可循此解决。

3. 社会保障强势介入家庭事务,收窄了居住权的适用空间。基于贫困作为一种不幸应由社会分担的全新理念^⑦,以社会保险为主干的社会保障制度不断发展,并逐步向福利领域延伸。^⑧ 社会保障的普遍性、社会性原则成为各国社会保障法的共同原则。家庭困难成员的保障问题已成功由社会保障法接管,通过限制一部分群体权益保障来另一部分群体利益的做法既不经济,也无必要。

4. 房屋租赁常态化,大幅降低了获取房屋之难度。自19世纪以来,与人文主义意志自由思想相呼应,契约自由观念兴起并成为私法自治的内核。^⑨ 强行法放弃其传统领域的绝大部分,转而允许人们享有决定自己行为准则的自由。^⑩ 承认民事主体自由竞争的权利,在客观上降低了无住宅的家庭成员自主通过房屋租赁等交易方式灵活解决居住问题的门槛。在契约自由背景下,不享有住宅所有权的家庭成员的住房需求在相当

^⑥ Vgl. Baur/Stürmer, Sachenrecht, C. H. Beck, Aufl. 17, 1999, S. 342.

^⑦ 参见杨思斌《英国社会保障法的历史演变及其对中国的启示》,载《中州学刊》2008年第3期。

^⑧ 参见丁康《世界社会保障法律制度的历史演进》,载《江汉论坛》2001年第12期。

^⑨ 参见苏号朋《论契约自由兴起的历史背景及其价值》,载《法律科学》1999年第5期。

^⑩ 参见[英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1996年版,第172页。

程度上可求助于市场,而不必以虚化他人所有权这一激烈的方式实现。

法律要保持良好活力,唯有因势利导、适时变革,居住权法律制度亦不例外。在家庭成员有所居的问题已基本解决情况下,以保障弱势家庭成员需要为目的的居住权定位就失去了根基。即便仍然存在个别成员无房可住的极端情况,也只是亲属法、继承法中需要酌情考虑的因素。如果现代社会在立法中引入“居住权”制度时,仍执着于其“人役权”定位,不免削足适履,不但仅能适用于数量极少且处于不断萎缩中的群体,还可能带来体系冲突、彼此矛盾,因而被深刻诟病于立法不经济。^①

二、“物权编”摒弃人役性聚焦于用益性的必要性

我国“物权编”草案针对“居住权”制度设一章,共4个条文。计有如下规定:居住权是对他人住宅享有的占有、使用,以满足生活需要的权利;当事人设立居住权应当采用书面形式订立居住权合同;居住权自登记时设立;居住权不得转让、继承,且除当事人另有约定者外,作为居住权客体之住宅亦不得出租;除当事人另有约定外,居住权自居住权人死亡时消灭。可见,现行草案中的“居住权”虽在类型上被认定为意定物权,但权利人行使该物权时仍受到严格限制。

显而易见,这一设计秉持了“居住权”的人役性定位:首先,在主体方面,将其作为人役性权利,规定仅为服务于特定人而设。^②居住权作为人役权具有主体特定性特点。为保持居住权人役性质及保障权利主体的特定性,各国民法典均禁止居住权转让和继承,居住权人亦不得将权利标的出租。^③草案将居住权限定在权利人单纯对住宅的占有、使用权益,而剥夺其对权利本身的处分权,不允许其转让和继承,正是基于将居住权定位于人役权之认识;只是追随了国际上在居住权处分上逐渐放松的趋势,^④允许当事人在另有约定时将房屋出租。其次,在客体方面,将居住权对象限制在住宅,且规定其仅可用于满足权利主体生活需要,从而将住宅之外的房屋,以及非基于生活需要占有、使用房屋的情况排除在外。这亦是居住权视为保障性权利之结果。由此可见,“物权编”居住权虽属新设制度,却执念于罗马法创设该权利之初基于当时社会基础所附加于权利之人役性质,没能正视现代社会房屋多元利用的需要,守旧气息浓厚。因此,大幅削

① 在将人役性与居住权完全剥离情况下,一个可能的质疑是,“物权编”规范之居住权与传统居住权存在明显差异,如此大的改变不符合“小步推进”的民法典编纂思路。但笔者认为,“小步推进”是针对既有制度而言,对我国民法典来说,居住权本就是从无到有的制度创新。若利用民法典编纂的有利契机,构建以“物权编”主导的居住权体系,恰可以成为具有21世纪特色的民法典着力打造的创新点。

② 参见申卫星《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》,载《现代法学》2018年第2期。

③ 参见《法国民法典》第634条、《瑞士民法典》第776条、《意大利民法典》第1024条、《西班牙民法典》第525条、《埃塞俄比亚民法典》第1357条。

④ 晚近《魁北克民法典》《阿尔及利亚民法典》《埃及民法典》等均承认约定情况下的处分和使用权。参见《魁北克民法典》第1173条、《阿尔及利亚民法典》第856条、《埃及民法典》第997条的规定。

弱了耗力突破“小步推进”立法思路而新设“居住权”制度的创新价值。

正是囿于将居住权定位为人役性权利之认识,主张“居住权”入法的学者虽提出了下述种种理由试图说明居住权入法之正当性,却效果甚微:1.“居住权”有利于发挥家庭职能^⑮。2. 社会保障不会取代居住权的功能,具有保障功能的居住权与社会保障体系可以并行不悖。^⑯3. 从适用范围上说,需要居住权保障的亲属范围呈明显扩大趋势:(1)在夫妻关系中,随着我国家庭财产的急速膨胀,以尊重夫妻个体意志为目标,法律上有不断扩张夫妻个人财产范围的趋势;在夫妻约定财产制下,即便在富有家庭中,不享有住宅的配偶一方仍有陷入贫困之可能。^⑰(2)在遗嘱继承情况下,遵循遗嘱自由原则,被排除在遗嘱继承人之外的家庭成员之生活陷入窘境亦很常见。在法定继承中,由于继承顺位及酌分遗产情况的存在,与被继承人具有亲密关系而又不能继承遗产的人范围广大,“远比《物权法》制定时期所谓的‘保姆’大得多”。^⑱4. 在民间习惯上,配偶一方死亡后,对于住房等生产资料一般不予分割,而应由生存配偶继续居住和使用,居住权的设计符合民间习惯^⑲等。根本原因在于,谁也无法否认这样的事实——在家长制瓦解、社会保障发展、亲属义务确立及房屋租赁发达情况下,以扭曲权利之民事性为代价、在民事权利之上叠加保障功能之必要性已大为减少。冒着巨大体系风险,为一种必要性日渐丧失的可替代需要提供权利支持,明显不具正当性,也非合适的立法态度。

也正因其人役性,自“居住权”制度进入立法议题伊始,就遭遇了学界广泛的质疑和批评:1. 在价值定位上,居住权是一种落后、过时的制度。居住权基于人役性定位而引申出的诸多设计,如不得转让、不得继承等,都与用益物权不符,不能适应现代社会有关经济效益的基本观念,难以适用于“崭新的工业的金钱社会”。^⑳2. 在形式上,居住权在立法结构上不能脱离人役权的框架独立存在。在我国没有规定人役权的情况下,规定居住权将导致体系冲突。^㉑3. 在功效上,居住权架空所有权而使其成为空虚所有权,所有人只能消极等待居住权人死亡后再恢复所有权。这易造成房屋价值贬损,影响房屋的正常流转。4. 居住权的适用面狭窄。居住权之设立,是为了解决父母、离婚后尚未有固定住所的一方,以及保姆等弱势人员的居住问题,但现代社会家庭成员间的保障问题可由社会保障法等法律基本解决。而保姆只是少数群体,且希望给予保姆居住权之房屋所有者更是少之又少。为极少数人利益增设一种权利,既不合逻辑,又不合情理。^㉒5. 居住权具有可替代性。居住权大多发生在亲属朋友之间,发生纠纷时可以循由亲属

^⑮ 参见钱明星《关于在我国物权法中设置居住权的几个问题》,载《中国法学》2001年第5期。

^⑯ 参见刘阅春《居住权的源流及立法借鉴意义》,载《现代法学》2004年第6期。

^⑰ 在现代家庭制度中,此种情况更多可以通过配偶的扶养请求权解决,但居住权可协同提供救济。

^⑱ 马新彦《居住权立法与继承编的制度创新》,载《清华法学》2018年第2期。

^⑲ 参见申建平《继承法上配偶法定居住权立法研究》,载《求是学刊》2012年第4期。

^⑳ 郑玉波《民法物权》,台湾三民书局1992年版,第181页。

^㉑ 参见房绍坤《居住权立法不具有可行性》,载《中州学刊》2005年第4期。

^㉒ 参见梁慧星《不赞成规定“居住权”》,载《人民法院报》2005年1月12日B1版。

法、社会保障法等规定的其他救济渠道加以解决。^{②3}

事实上,在《物权法》立法中遭遇挫折之后,居住权之所以成功成为重拾的立法议题,根本原因在于其满足房屋多元利用需要的功能被深度挖掘:除肯认其具有保护离婚妇女和保姆等弱势群体的价值外,更重要的是发掘了其投资性价值。^{②4}比如,居住权有利于提高房屋的利用效益、平衡房屋的利用利益;^{②5}居住权具有独特功能,若不规定居住权,实践中的案件只能以债权来处理,不能为居住权人提供充分的保障;^{②6}居住权在所有权人和非所有权人之间架起一个过渡的中间地带,在合资建房、异地以房养老等房屋利用方式中,“大大改观了人们在房屋的归属和利用上非此即彼——‘要么是所有权,要么什么权利都没有’——的简单化模式,居住权的设立恰为实现财产所有和财产的利用而建立一个缓冲的中间地带,通过这种制度安排,房屋所有权人、居住权人(其配偶)以及第三人(其子女)的利益得到了极好的平衡,充分满足他们各自不同的利益诉求”^{②7}等。

在居住权立法制度设计中,如何看待居住权之性质定位,是一个不能回避的基础问题,牵涉到立法必要性、立法体例及具体条款的设计等诸多方面。我国学界之所以在居住权立法上立场迥异,根本原因在于被笼罩于居住权的人役性外袍蒙蔽了眼睛,没有以发展的眼光从本质上看待居住权。人役性不过是特定社会基础投射于权利之结果,居住权本质应是所有权与使用权二元分离之下房屋的多元利用。我国学界长期将居住权之衍生性质作为权利本体,并执念其中。反对居住权立法的学者对于现代社会房屋多元利用的现实需要视而不见,以守旧的历史眼光静态地看待居住权;主张立法的学者虽认识到居住权的现实价值,却试图在人役这一传统话语体系中牵强附会,并因之陷入不能自圆其说的窘境。仔细分析双方争议可以看出,主张居住权立法的观点虽形式上停留于人役的话语体系,立论基础却已悄然转换,而将居住权定位为满足房屋多元利用需要的用益物权。一旦采居住权人役性这一定位,就会因其现实基础缺失而招致各种批评——人役性与用益物权格格不入,冒着体系冲突的巨大风险,打破“小步推进”之常规,而引入一种仅能适用于狭窄范围、在功能上效果上被限制得尚不及租赁权^{②8}的制度,不能不让人怀疑此一耗力甚巨的立法有无必要,会否徒耗立法资源。而一俟与人役性切割,回归物之用益,则犹如穿越重重迷雾般豁然开朗。当我们将居住权制度目的从特定人之保障调整到房屋的现实利用,正视当代社会建筑物多元利用之现实需要,该制度便具有了巨大的现实意义,以至于“物权编”必须甘冒立法风险而为其特设专章。

^{②3} 参见李显冬《我国居住权设立的正当性》,载《法学杂志》2014年第12期。

^{②4} 此观点的典型代表是申卫星教授,其在《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)一文中,创新性地提出居住权具有投资性功能的观点。但申教授关于居住权投资性的论述及设计仍是以人役性作为基础。

^{②5} 参见前引^{②3},钱明星文。

^{②6} 参见前引^{②3},李显冬文。

^{②7} 前引^{②4},申卫星文。

^{②8} 比如,租赁权经出租人同意可以转让,而以人役权定位的居住权则不得转让;按照新出台的个税抵免规则,租赁权可以抵扣个税,而居住权作为物权,则可能纳入财产税范畴;租赁权得自由设立,而居住权则需登记始得成立等。

三、居住权聚焦于物之用益的理论与实践意义

众所周知,当代建筑不断向空间推进,单位价值不断增加,建筑物多元利用已成趋势。建筑物区分所有等新的物权形式应运而生,由服务于特定人到着眼于物之多重利用,现代法律越来越多地具备社会维度。^{②9}“居住权”涅槃重生被纳入民法典之实际意义,应系于单一性土地使用权之外,把传统由债法调整的房屋使用权利纳入物权体系,通过增设以房屋利用为目的的用益物权,满足房屋独立利用之需要,进而弥补传统房地一体理论过于笼统、不够精细的缺陷,形成精细化的房屋与土地利用新关系。^{③0}立足于房屋多元利用这一现实根基,居住权始能焕发出无限生机和活力。

(一) 居住权增加了实现房屋权益的途径

从形式上看,诚如部分学者所担心,所有与利用分离的居住权权能架构确有架空所有权而使其成为空虚所有权、造成房屋价值贬损之虞。但问题在于,当事人才是自身利益最佳的判定者和保护者,只有“赋予当事人自治权,允许其根据物之利用的现实需求而自由决定物之利用方式”,^{③1}所有人才能对自己的财产状况作出合理的判断和选择。当所有人同意在房屋上设定居住权时,此种不便恰恰是所有者自主分配并让渡权能的结果。所有人同意他人在房屋上设定居住权而获得对价,恰是其灵活实现房屋价值的形式。“自主决策本身就是能增进福利的好东西”,^{③2}维护私人自主决策常常意味着经济效率的实现。“财产权的分配(归属)可以减少资源的浪费,交易又可使资源通过交换和分享(流转)得到最有效的利用”。^{③3}“单纯所有权的分配是一种非此即彼的关系,而居住权则使得财产分配更为多元,由此使得有限的资源满足多个主体的需求”,^{③4}设定居住权反映了所有人进行权能分配的自主意愿,更有利于房屋的多样化利用。

(二) 居住权具有独特价值,难以为租赁权取代

长期以来,我国形成了以租赁权调整房屋利用关系的传统。但通过合同和占有制度规范的租赁权存在明显缺陷:租赁权作为债权,不足以有效制约所有人;在使用人对于房屋具有长期利益的场合,租赁权难以起到稳定使用人预期的作用;作为相对权,买

^{②9} 参见谢鸿飞《历史法学的思想内核及其中国复兴》,载《中国法律评论》2015年第2期。

^{③0} 我国物权体系继受自以罗马法为根基的大陆法。在罗马共和国时期,在公地利用中催生出地上权等他物权,成就土地“所有权—他物权”这一经典的物权体系。因房屋所有和使用之矛盾不如土地尖锐,与国家政经体制的联系不如土地紧密,故其利用传统上属当事人自主安排的债法范畴。长期实践亦证明,以债法调整房屋利用关系,足可满足房屋一般使用需要。然正如后文所述,单一土地不动产用益物权体系亦存在不少弊端,而物权与债权并存更能满足主体的多元需要。

^{③1} 张鹏《物权法定原则的肯定与否定——评〈物权法草案〉对物权法定原则的新近修改》,载《法学》2006年第12期。

^{③2} 熊丙万《中国民法学的效率意识》,载《中国法学》2018年第5期。

^{③3} 苏永钦《可登记财产利益的交易自由——从两岸民事法制的观点看物权法定原则松绑的界线》,载《南京大学法律评论》2010年第2期。

^{③4} 肖俊《“居住”如何成为一种物权——从罗马法传统到当代中国居住权立法》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2019年第3期。

卖不破租赁等特殊规则不足以赋予房屋承租人对第三人的全面效力,尤其在涉及第三人利益时,其权利的真实性常备受质疑^⑤。占有保护仅为弱保护,占有制度对于承租人的保护亦是极其有限的。而居住权作为限制物权,效力优先于所有权;居住权人具有支配权能,权利人得积极地行使权利;居住权经登记公示,具有广泛的对抗力。居住权的这些特征,均使其具有租赁权所难以企及的优势。

(三) 居住权在房屋利用方面具有积极的实践意义

就我国实践而言,在下述形式的房屋利用中,居住权具有无可替代的积极作用:

1. 公租房。所谓公租房,即国家或者公共机构所有,以较低价格租赁给中低收入群体的保障性住房。依传统理论,房屋使用人与所有人通过租赁合同约定彼此的权利和义务,承租人仅具有债法意义上的租赁权。然,将租赁权适用于公租房承租人,明显不具有合适性。公租房具有保障性特征,是一种公共产品。提供公租房是国家对公民关照义务的体现,并非国家恩赐。^⑥将承租人的权利仅解释为租赁权,既不具有足够的稳定性,也不足以对抗所有人和第三人,明显于承租人不利。若将其解释为居住权,则有利于明确公租房与普通房屋租赁的区别,^⑦前述担忧也可避免。

2. 合资建(买)房。依现行物权法,在合资建(买)房情况下,出资人成立共有关系,出资人依约定或按出资比例成就按份共有。出资人若不为房屋共有人,则对于房屋不享有任何物权。此种安排,将合资人置于非此即彼的境地,有悖于契约自由原则。事实上,在成立共有之外,合资人还可能有其他约定。由出资多的一方享有所有权、出资少的一方拥有一定期间居住权之约定,在民间并非少数。在具有特定身份关系的合资人之间,此种约定尤其多。比如,孤寡老人A与其兄弟合资建(买)房,约定房屋由B单独所有,但A在有生之年享有居住权。

3. 以房养老。我国老龄化严重,老龄化逐年加深的趋势亦十分明显,且房屋自有率奇高,无论是总体还是城镇房屋自有率均远高于世界平均水平。^⑧老龄化产生了严重的养老危机:一方面养老资金入不敷出;另一方面,传统的家庭养老不堪重负。老年人若要追求较高质量的生活,需充分挖掘自身潜力。而房屋的高价值、弱流通性决定了,老年人若要自食其力地筹措养老资金,最现实的途径就是盘活房屋价值。但如何实现既盘活房屋资产,又不降低融资人生活水平,是以房养老的一个现实难题。在欧洲国家的

^⑤ 此种情况在房产拍卖中表现得尤其明显。实践中,法院在对执行房产强制拍卖时,经常遭遇长期租赁合同(如20年)承租人的执行异议。此时,法院常需结合租赁合同当事人关系、资金流转情况等判断租赁合同是否真实有效。在租赁当事人为近亲属,且仅有租赁合同的情况下通常会否认承租人的租赁权,这实质上加重了承租人的证明责任。参见江苏省南京市中级人民法院(2014)宁民终字第4482号民事判决书、浙江省金华市中级人民法院(2016)浙07民终1684号民事判决书。

^⑥ 参见李会勋、王学辉《公租房国家保障义务理论探究——一种溯源分析法》,载《理论月刊》2014年第3期。

^⑦ 参见黄积虹《构建民法典物权编居住权的思考》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2019年第1期。

^⑧ 根据西南财经大学中国家庭金融调查与研究中心主任甘犁教授发布的调查报告,2017年我国家庭住房自有率为85%,城镇家庭住房自有率为80.8%,均远超世界平均水平。参见《2017中国城镇住房空置分析》,载西南财经大学中国家庭金融调查与研究中心网 <https://chfs.swufe.edu.cn/>,最后访问时间:2019年5月17日。

实践中,广泛存在一种被称为“空虚所有权交易”的以房养老产品^{③⑨}(在法国,该产品被称为 Viager^{④⑩})。该前述产品允许老年人以相对低的价格将房屋出售,但出售人仍保留有生之年对于房屋的居住权。在出售人死亡之前,购买人虽为房屋所有人,但不能实际使用房屋。在我国民间,亦有类似约定。^{④⑪}居住权与所有权区分的设计,允许老人在资金短缺情况下将房屋区分为两个更小的价值体,进而出售其中的所有权,而保留继续居住的权利。对于老人来说,既能筹集资金,又可保障“老有所居”;对于投资人来说,则可以较低的价格获得房屋所有权。^{④⑫}故而,对于买卖双方均具有难以替代的益处。

4. 房产投资。近年来,分时度假酒店^{④⑬}、酒店式公寓等房产投资行为兴起。然在现行房地产制度下,投资人只能选择购买公寓或酒店所有权,或与出售人以合同约定使用权的方式进行投资。而“以单独所有权形式,投资购买一块土地或一幢房屋,以用于度假,其投资成本对于单个人来讲,明显过高”^{④⑭};合同约定之使用权则受制于债权相对性的限制,一旦出售人违约,投资人权益很难得到保障,尤其是在房屋单边上涨的情况下更是如此。比如,在分时度假酒店投资中,虽可通过使投资者获得彼此不重叠错开时段的酒店使用权达到物之高效利用目的,但无论是将投资者权益解释为按份共有还是债权形式的使用权,均不妥当。^{④⑮}若从居住权的角度解释,则相对合理,既能有效降低投资成本,又能克服债权保障力弱的劣势,对当事人之间的权益分配也更为均衡。

5. 家庭成员垫资购(建)房。我国民间长期有父母垫资购(建)房的传统,在子女购置房屋时,为帮助其克服资金上的困难,父母往往倾其所有帮其购房;在农村,亦有父母垫资建房的习惯。碍于亲情,垫资人往往对垫资性质表述含糊,而所购(建)房屋均登记在子女名下,父母不享有任何房屋权利。在子女不履行赡养义务或离异分割房屋的情况下,垫资行为经常演化为借贷或赠与性质之纷争^{④⑯},父母并不能就房屋提出任何主张,在子女离异时因房屋旁落而陷于流离失所境地者亦非孤例。若赋予垫资人将房屋归属

^{③⑨} 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。

^{④⑩} 参见严跃进《海外“以房养老”面面观》,载《金融博览》2013年第10期。

^{④⑪} 比如,在上海的一个案件中,当事人约定,房屋由一方购买,另一方“共居至寿终”,参见上海市第二中级人民法院(2015)沪二中民一(民)终字第264号民事判决书。

^{④⑫} 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——兼及完善我国民法典物权编草案居住权制度规范的建议》,载《政治与法律》2019年第3期。

^{④⑬} 分时度假酒店,又称时权式酒店,系酒店开发商或所有人向购买人出售的具有自主处分权之一定期限内使用酒店的权利。

^{④⑭} 前引^{②④},申卫星文。

^{④⑮} 债权形式使用权对于投资者的不利影响自不待言。共有关系的形成和维系建立于共有人相互信任这一基础,在投资者并无特殊联系的情况下,将酒店解释为共有物将不可避免地造成共有人的相互制约。

^{④⑯} 《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(二)》第22条第2款规定“当事人结婚后,父母为双方购置房屋出资的,该出资应当认定为对夫妻双方的赠与,但父母明确表示赠与一方的除外”。但在一个父母表意不明的典型案例中,法院认为“儿女万不能以为父母出资乃天经地义,须知父母养育儿女成人已为不易,儿女成年之后尚要求父母继续无条件付出实为严苛,亦为法律所不能支持”。参见浙江省绍兴市中级人民法院(2016)浙06民终2248号民事判决书。

于他人时为自己设定居住权的权利,则前述问题在很大程度上可以避免^{④7}。

(四) 居住权可为房地产变革提供法治思路

最具现实意义的是,将居住权定位为房屋的使用、收益权利,可以为处于改革试验田的多种房地产变革提供法治化思路,引领房地产权利由单纯的房地一体逐渐走向房地区分的多元权利体系,进一步搞活市场经济。

1. 宅基地三权分置

2018年中共中央一号文件提出,要探索宅基地所有权、资格权、使用权“三权分置”改革。“农村宅基地‘三权分置’是继承包地‘三权分置’之后,我国农村土地产权制度的又一次重大创新”,^{④8}对于乡村振兴意义重大。宅基地三权分置之本质,是在坚持农村土地集体所有、承认农户集体组织成员权的基础上,通过赋予宅基地使用权人自主处分的权利,盘活宅基地资源。然而,宅基地三权分置与传统物权理论存在不少抵牾:首先,在物权理论中,只有所有权与他物权的区分,并不存在所有权、资格权、使用权的三维界分。如果将资格权等同于农村集体组织成员权,则其只是获得土地使用权之基础,是区别于物权的另一层面的东西。宅基地使用权本就体现了土地公有情况下所有权与使用权的二元区分,所有权与使用权分置并无新意。其次,宅基地三权分置之本意是允许一定范围的农村房屋流转,但又不至于让农户失去保障,以实现财产价值与农户保障之间的有机平衡。但宅基地流转必然衍生受让人权益问题,受让人理应获得宅基地使用权及其上房屋的所有权。而按照一物一权原则,若受让人获得房屋所有权,则农户必然丧失房屋及土地使用权,宅基地使用权的保障功能就会丧失。若受让人只是获得债权,则宅基地流转就名不副实,实践效果亦值怀疑。若受让人获得部分宅基地使用权,则本质上只是宅基地使用权的部分转让,出让人与受让人之间成立宅基地使用权准共有,房屋亦由出让人与受让人共有。除非出让人与受让人之间存在特殊信赖关系,否则,此种彼此制约之权益安排难以为当事人所接受。

对于前述冲突,学界目前主要存在下述观点:一种观点认为,宅基地三权分置虽与物权理论冲突,但与现代产权制度契合,现代产权理论重在解决外部性问题,弥补市场机制缺陷,相对于加强财产利用的物权理论“更具有基础性意义”;^{④9}一种观点认为,应将宅基地权能由目前的“两权”(虚置的集体所有权、无期限的农户使用权)进一步细分为“三权”(所有权、占有权和使用权),对各层次权利进行平等保护;^{⑤0}还有观点认为,应借鉴比较法上的“地上权”,在宅基地上再行创设一个用益物权,形成“集体所有权—宅基地使用权—地上权”的三层次权利结构模式。^{⑤1}然前述观点均存在明显缺陷。首先,

^{④7} 事实上,我国民间已有此类约定。比如,在2013年的一个案件中,父母与儿子媳妇共同购房,约定房屋登记于儿子名下,由儿子出具父母具有永久居住权的承诺书。参见徐州市中级人民法院(2013)徐民四(民)初字第3087号判决书。

^{④8} 董祚继《“三权分置”——农村宅基地制度的重大创新》,载《中国土地》2018年第3期。

^{④9} 参见前引^{④8},董祚继文。

^{⑤0} 参见《国土资源》杂志评论文章《以“三权分置”为农村宅基地改革突破口》,载《国土资源》2016年第12期。

^{⑤1} 参见席志国《民法典编纂视域中宅基地“三权分置”探究》,载《行政管理改革》2018年第4期。

物权理论与产权理论并非彼此排斥的关系。物权是产权之起点,亦是终点。以产权理论的所谓基础性地位为由,置物权理论于不顾,试图寻找法外的途径,必将损害法治权威。其次,将占有权与使用权区分,貌似精细,实则无实意。使用必以占有为条件,无占有必无使用。从另一角度来说,单纯的占有而不使用几无意义。最后,宅基地使用权本质上就是一种地上权,在地上权上再创设地上权,不符合一物一权原则。

当前,我国宅基地三权分置尚处于各地自我摸索阶段。通常的做法是,在宅基地流转情况下,在不动产权利栏载明权利三方:宅基地所有权人(农村集体经济组织)、资格权人(宅基地原始取得人)、使用权人(受让人)^⑤。此做法的第一个问题,在于与物权法不衔接。《物权法》上并没有资格权,拟议中的“物权编”也没有关于资格权的设计;从学理上来说,作为享有权利之基础,资格权也不宜被认为是民事性质的物权。在将其作为权利登记在册的情况下,“物权编”势必陷入两难困境:若规定资格权,则造成物权体系不谐;若不规定资格权,则实践中的资格权就落不到实处,从而沦为虚化的权利。此做法的第二个问题,则是在受让人获得使用权情况下,资格权人与使用权人的权利难于平衡。若使用权人享有占有、使用土地,并处分权利的权能,则资格权必然虚化;若资格权人保留某种权利,则使用权就会名不副实,促进宅基地流转的目的就不能实现。

在笔者看来,只要将土地作为唯一的不动产用益物权标的,宅基地“三权分置”面临的法律困境便难以解决。要破解宅基地改革中的法理冲突和实践难题,唯有跳出以土地为唯一不动产物权标的之一元化思维,而以房屋为对象的居住权制度恰恰提供了另一种思路。首先,在居住权视角下,集体经济组织、农户与房屋受让人之间的关系可以通过宅基地所有权、资格权、使用权三种权利解决。即集体经济组织保有土地的所有权,以保证土地生产资料的公有性质;农户具有资格权,其资格权在物权上的体现则是基于集体经济组织成员的身份,享有宅基地使用权及房屋所有权。其次,农户若要盘活住宅资产,可以转让房屋的居住权,而只保留虚化的房屋所有权;受让人虽不能获得房屋的所有权,但可以获得优先于所有权s的居住权。相对于以土地为唯一不动产的方案,此方案至少具有如下优点:其一,房屋所有权与居住权的分层设计,既可以避免农户因丧失房屋所有权而使资格权落空,又可以保障受让人获得比债权更有力的保护;既可以避免对于一物一权理论造成不应有的冲击,又可以有效避免房屋单一所有权框架下非此即彼、利益不能兼顾的缺陷,有效实现出让人与受让人利益的平衡。其二,当前我国农村的各项改革,本质上是稳妥地推进城乡关系由二元割裂走向一体发展进程中的试验和尝试。与城乡一体发展的终极目标相比,城乡交融期的过渡性特色鲜明,宅基地三权分置亦不外如此。所有权与居住权分离的权利架构,既能反映城乡要素流动的大趋势,一定程度上实现盘活资产、引进外来资本以实现乡村振兴的目的,又不虞造成农民流离失所,实现坚守农民住房保障这一农村稳定之基,充分反映了我国城乡交融过渡期的特色。在乡村振兴这一时代背景下,汲取

^⑤ 参见林远、姜刚《农村宅基地三权分置改革全面提速:已有部分地区发放产权证》,载《经济参考报》2018年6月26日A01版。

时代养分的居住权恰能古树新枝,焕发前所未有的生机和活力。

2. 租购同权

为给单一以所有权买卖为标的的房地产市场降温,解决新进城人群尤其是中青年人居住难及就业难、上学难、养老难等问题,^{⑤3}实现由“居者有其屋”向“住有所居”的转变,推进公共服务均等化,以《广州市人民政府办公厅关于印发广州市加快发展住房租赁市场工作方案的通知》中提出赋予房屋承租人在公共政策领域与房屋所有人同等权利为标志,租购同权成为近年政府部门着力推进的房地产变革措施。2017年,住房和城乡建设部起草并发布《住房租赁和销售管理条例(征求意见稿)》(下称《征求意见稿》),这表明租购同权已走入中央决策层视野,有成为全国性做法之可能。^{⑤4}

按照租购同权的制度设计,承租人可基于租赁权而在就业、子女上学、老人福利等方面享有与房屋所有人同样的权利。然而,这一看似美好的设计却存在难以克服的缺陷:首先,租赁权只是基于租赁合同产生的债权,作为相对性的权利,却成为对外主张其他权利的基础,明显不符法理。其次,契约自由是民事合同之基石,契约自由既包括缔约自由,亦包括当事人协商解除合同的自由。契约自由决定了房屋租赁权天然具有不稳定性。即便约定了租赁期限,租赁双方仍可协议提前解除;在满足特定条件时,当事人还可以单方解除。将一个变动性难于控制的权利作为享受公共服务的基础,不可避免地带来难于操作及投机盛行问题;^{⑤5}势必面临为“住”租房还是为“权”租房之诘难。^{⑤6}

租赁权的债权性质及其意定性所引发的不稳定,是租购同权问题频生之源。若在租购同权政策中引入居住权标准,只在承租人具有居住权时,始赋予其与住房所有人同样的享受公共服务的权益,则前述担忧完全可以克服。首先,居住权期限虽由当事人约定,但存续时间较长,且登记在册,变更居住权期限亦需进行登记,基于债权不稳定性而产生的担忧完全可以避免,难以操作及引发投机等问题也难以发生。其次,居住权作为他物权,乃是对世性权利。以物权的外部效力为基础来设计公共服务政策,在法理上不存在障碍。最后,租购同权的政策目标,是通过赋予房屋承租人与所有人在公共政策领域中的同等权利,引导住房投资多元化,抑制单纯以获得所有权为目的的炒房行为。居住权不追求对于房屋的所有权,与由“居者有其屋”向“住有所居”转变的房地产改革政策目标高度契合。

^{⑤3} 参见符启林《租售同权时代的政府角色定位》,载《人民论坛》2017年第27期。

^{⑤4} 参见谢鸿飞《租售同权的法律意涵及其实现途径》,载《人民论坛》2017年第27期。

^{⑤5} 因意识到合同权利不稳定性带来的问题,《征求意见稿》第11条提出鼓励签订长期住房租赁合同,以签订3年以上住房租赁合同且实际履行作为享受政策支持的标准;第17条提出除特殊情况外,禁止出租人解除住房租赁合同。但前述不稳定性照样存在。比如,某人租赁学区房3年,其子女由此享有就近入学的权利。但其在子女入学后即不再租赁该房屋,租赁权因之消灭,涉及人道主义及未成年人保护等问题,已入学的子女不可能因此退学,由此必然带来投机等一系列问题。不仅如此,公权力进入传统意思自治领域,还会带来公权力不适当扩张,危及私权等后果。

^{⑤6} 参见陈杰、吴义东《租购同权过程中住房权与公共服务获取权的可能冲突——为“住”租房还是为“权”租房》,载《学术月刊》2019年第2期。

3. 部分涉多元主体房屋权属之界定

由于历史原因,我国住房种类状况十分复杂,房改房、经济适用房、集资房、人才安置房等法律地位模糊的房屋占有相当比例^{⑤7}。近年来又出现只租不售型长租房。大抵而言,这些房屋具有如下共同特征:其一,除面向市场的长租房外,均具有福利性。例如,房改房由职工在折算工龄等非市场因素后向所在单位购买而得,“实含有国家对职工过去劳动付出再做补偿的一层意思”^{⑤8};于经济适用房,国家实行建设用地使用费减免,实际上是受保障对象以购房款出资、政府以土地出让金出资;于集资房,国家在建设用地使用费、税费等方面给予一定减免,单位进行补贴,并以较低价格出售给职工个人;^{⑤9}于人才安置房,则是以人才服务为条件,赋予其低价或无偿居住和使用的权利。其二,涉及利益主体的多元性。由于房屋价格并不反映成本,实质上形成了多方出资的利益格局,在确定房屋产权时不仅需考虑出资,还需考虑政策、身份等各种因素。其三,法律地位的模糊性。这些房屋虽存在实际控制人,但控制人的权益不清晰。有的具有处分权,如部分集资房;有的具有有限处分权,如部分经济适用房;有的不具有任何处分权,如人才安置房。在理论上,亦存在有限产权、共有产权、不完全产权等不同观点。^{⑥0}多种称谓、性质的房屋并存,是我国房地产改革长期摸着石头过河的直接反映,这些房屋的物权归属不仅事关公平正义,更是影响深远的政治问题,特别考验决策者的智慧。

前述房屋产权之所以引发广泛争议,本质在于关联利益难于平衡。在笔者看来,这一问题可细分为产权厘定与关联方利益平衡两个相互联系的次级问题。就产权厘定而言,应本着明晰产权的原则,在民生为本、物尽其用、尊重历史的思想指导之下分类解决;就关联方利益平衡来说,至少部分类型可以通过居住权制度,达到平衡所有人与使用人利益之效果。^{⑥1}其一,对于人才安置房、只租不售房等主要由单位支付开发成本的房屋而言,所有权应属于开发单位;其二,就关联方利益之平衡而言,在房屋归属于一方所有的情况下,可以通过将所有权与使用权进行切割、赋予非所有自然人一方一定期限居住权的方式,明晰使用人之权益。比如,于人才安置房,承认使用人的居住权可以赋予使用者对抗所有人的他物权,从而有效保障劳动者权益,避免单位恶意违约时劳动者居无定所的情况出现;于只租不售房,居住权可以使一次性支付相当金额的租房者不仅受到合同保护,而且直接享有物权法上优先于所有人的他物权,权利人得自主行使排除

^{⑤7} 参见刘肖原《住房反向抵押贷款中物权问题的解决方式探讨》,载《现代财经(天津财经大学学报)》2009年第10期。

^{⑤8} 陈绍方《房改房与普通商品房产权辨析——兼论房改房产权人的权利保障》,载《中国房地产》2006年第4期。

^{⑤9} 参见李章渊《防范集资房买卖风险的法律探讨》,载《广西青年干部学院学报》2017年第3期。

^{⑥0} 参见崔建远《住房有限产权论纲》,载《吉林大学社会科学学报》1994年第1期;申卫星《经济适用房共有产权论——基本住房保障制度的物权法之维》,载《政治与法律》2013年第1期。

^{⑥1} 严格来说,关联方利益弥补并非一个物权法问题。鉴于我国房屋构成的多样性,其甚至也不完全是一个民法问题,而是涉及政策、劳动用工等多种因素的社会问题。故而,居住权作为利益平衡手段发挥作用的范畴必然是有限的。事实上,居住权也不适合所有类型的房屋:于军改房等自然人不享有所有权的房屋,作为利益弥补手段,赋予其居住权较具合适性;但对于自然人享有所有权的房屋来说,单位作为经营或者工作主体,享有居住权就不一定合适。不过,虽不能成为解决这一问题的万能钥匙,居住权至少可以为减少房地产改革中衍生出来的利益纷争提供思路。

他人干涉的支配权,从而免去对所有人违约之担忧。居住权人还得享受房地产增值之成果,在房屋租金上涨的情况下对抗所有人调整房屋租赁价格的主张。

四、基于用益性之居住权规则设计

制度创设作为重大的立法固定成本投入,理应尽可能发挥效益,“居住权”亦应是。基于“用益物权”之定位,“居住权”不再具有因人而异的人役性,而呈现出迥异于传统居住权的特点:

1. 意定性。此种意定,不仅指成立上的意定性,还包括存续时间上的意定性。居住权是否成立,基于所有人和使用人之自由意志,法定强制不再是居住权成立的首要选项。居住权的存续时间,亦不再以权利人生存为限,而由当事人自由意定。

2. 变动的公示性。传统居住权由于当事人彼此的熟悉人身份,无论登记与否均不会对权利人构成太大影响,惟产生对抗第三人效力的问题,故采登记对抗主义即可。但就作为纯粹用益物权的居住权而言,所有人与使用人间未必具有熟悉人身份,登记之重要性凸显。我国不动产物权变动采登记要件主义,居住权作为不动产物权之一种,理应以登记为权利取得条件。未经登记的居住权合同,仅产生合同法上的效果。

3. 有偿性。传统居住权体现家庭成员之间的人文关怀,其取得无须支付对价。但就纯粹用益物权而言,居住权系在他人之房屋上成立的他物权,应体现等价有偿原则,取得财产权利理当支付对价。惟在所有人自愿等例外情况下,始得无偿。

4. 可流转性。传统居住权作为保障性权利,专属家庭内特定具有房屋居住需要的人员。因此不得转让或继承,且只能自住,不得出租。但在破除人役色彩之后,作为纯粹财产性权利,本着物尽其用的原则,权利人可以自由行使支配权:既可以自住,亦可以出租于他人;还可以行使处分权,将权利转让给第三人,或以遗嘱、遗赠的方式设定继承人。此外,居住权人还可设定权利负担,如以居住权设定抵押。在居住权人死亡时,居住权还可作为遗产被其继承人继承。

基于前述特点,笔者以为,“物权编”居住权制度可作如下设计^②:

第159条 居住权人有权按照合同约定,对他人的房屋享有占有、使用的权利,以满足居住和投资的需要。

设立居住权,当事人应当采取书面形式订立居住权合同。

设立居住权的,应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时成立。

第160条 居住权人应合理行使权利,不得以损害房屋及其附属设施的方式进行不合理使用。

居住权人享有专属使用权的,因房屋及其附属设施产生的日常费用由居住权人承担;居住权人仅享有共同使用权的,除当事人另有约定外,由共同居住权人按享有权利

^② 为表述方便,条文序号起始参照“物权编”草案审议稿。

的比例分担。

第161条 除当事人另有约定或者法律另有规定外,居住权可以转让、继承。居住权人可将权利客体出租。

居住权转让时,所有人在同等条件下具有优先购买权。

居住权转让和继承的,不得超过居住权剩余的期限。

第162条 除法律另有规定外,居住权期限届满的,居住权消灭。

第163条 以遗嘱方式设立居住权的,参照本章规定。

以上设计,除第162条原样保留外,其他条文均有较大幅度的改动。

相较于“物权编”草案,第159条主要作了两方面改动:一是将住宅改为房屋,另一是增加投资用途作为设立居住权之目的。做如此改动,主要基于两方面的理由:其一,在重商主义背景下,民、商交融乃不可否认之事实,房屋的功能使用越来越多样化,住宅与商业性房产之壁垒趋于瓦解,分时度假酒店、酒店式公寓上均可能成就居住权,居住权之标的不宜限于住宅。“物权编”草案没能反映民商交融的新形势,故应予改变。其二,在房屋独立利用已成趋势情况下,居住权不过是适应此一需要,在存在“超前”隐忧且前提性论证不足情形下,通过旧瓶装新酒的方式表达之房屋使用权。作为用益物权,居住权虽名为“居住”之权,但对房屋的利用早已超越传统“生活居住”的内涵,而成为投资的有效手段。“物权编”草案仅将其定位为“生活居住”需要,不利于鼓励房屋上的投资行为,故此需要增加涵盖“投资”事项。

第160条为新增条文,主要规定了居住权的行使规则。关于居住权存续期间对房屋的日常维护、修缮,物业管理等费用的负担等事项,属于居住权的重要事项。“物权编”草案对此没有规范,属于立法漏洞,应予补缺。本条的主要内容:一是规定了居住权人合理使用房屋及其附属设施的义务。原因在于,依各国通例,居住权人对于房屋及其附属设施,应遵循善良管理原则妥善保管,不应损害房屋及改变房屋结构。二是明确了居住权人承担房屋及其附属设施日常费用的义务。原因在于,居住权人实际控制房屋及其附属设施,由居住权人承担客体控制期间产生的费用具有合理性。自罗马法以来,一直存在房屋的必要维修费、修缮费与赋税属居住权人的日常负担,房屋大修费由所有人承担的传统,^③如此安排,体现了居住权内容的传承性。

与“物权编”草案相较,第161条做了完全不同的设计。原因在于,居住权作为有别于土地用益物权的新型用益物权,对于适应房屋与土地关系日趋复杂之现实,改变单纯以土地为对象的用益物权格局,形成以土地用益物权为主、辅之以房屋用益物权的二元不动产用益物权体系,及以《合同法》和《物权法》共同调整房屋利用关系的规范格局具有重要意义。居住权理当遵循用益物权的基本原理:(1)不再具有保障性,任何主体基于自身需要均可通过约定,在他人房屋上成就居住权;(2)具有对物性,以对房屋之占有和使用为内容;(3)完全财产性,作为财产权利,权利人具有处分权。第1款规定,权利

^③ 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。

人可以出租房屋,以居住权抵押进行融资担保,抛弃或转让居住权;在居住权人死亡时,居住权可得作为遗产继承。居住权作为民事权利,应充分体现意思自治,故当事人得做与法律相反之约定。规定法律另有规定者除外,则是为婚姻家庭等编附带规范弱势家庭成员的人役性居住权预留空间。第2款和第3款为新增条款。第2款增加规定所有人同等条件下之优先购买的权利,乃是因为在所有人存在消除物上负担愿望的情况下,由所有人获得居住权更有利于其行使所有权,恢复所有权圆满状态;增加第3款作为居住权流转时的限制条款,其机理在于居住权流转不能以损害所有人为代价,若居住权转让和继承超过居住权剩余期限,势必对所有权构成危害。

同理,第162条亦做了完全不同的设计。主要原因在于,作为意定用益物权,居住权期限应由当事人约定,而非由法律强行规定。以法律另有规定作为例外条款,则是在“亲属编”中附带规范弱势家庭成员的人役性居住权预留空间。诚如前述,现代法律已通过亲属间的权利义务规则基本解决亲属保障问题,家庭成员以生活保障为内容的居住权已无独立设立之必要。然考虑到居住权传统上具有之保障功能,在民法典确然设定居住权这一前提下,顺带兼顾某些主体的保障问题亦属当然之义。

以身份为基础的保障性居住权,以所有者与居住权人存在家庭关系为基础,人役性明显,在机理上有别于纯粹用益性质的居住权。此时,居住权用益性与人役性之协调是一个需要面对的问题。对此,学界主要有两种观点。一种观点认为,无论人役性还是用益性均应由“物权编”统摄。比如,申卫星教授认为,民法典分则应于“物权编”创设居住权制度,围绕居住权的一般规定、居住权设立、登记、限制、居住权人的使用权、所有权人的义务等方面对居住权制度作出系统规定,而用益与人役的矛盾冲突,则通过但书解决。如关于居住权限制的条文,可设计为“居住权不得转让、抵押和继承,居住权人不得将房屋出租,但合同另有约定或者遗嘱、遗赠另有约定表示的除外”。^④另一种观点则认为,应采取多编协同的方式。如马新彦教授认为,居住权立法与“继承编”的制度创新间应相互支撑,“物权编”居住权的确立要立足于继承编的制度创新,在条文设计上将“物权编”与“继承编”有机链接起来。由“物权编”对居住权做出一般规定,“继承编”做出特殊性与补充性规定。为实现“物权编”与“继承编”的有效链接,在“物权编”中可以设计准用“继承编”规定的条文。^⑤

显然,无论“物权编”统筹还是多编协同,均具一定合理性。就“物权编”而言,其优势规范领域固然不包括人役性,但规范类似于人役性的内容亦并非没有先例。我国农村以土地为中心的用益物权虽没有明确使用人役权概念,但一直以权利主体具有集体经济组织成员身份为基础,无论是宅基地使用权、农村承包经营权,还是自留地、自留山的使用权,均具有明显的人役色彩。以宅基地为例,有权取得宅基地的人员严格限定在集体经济组织成员,宅基地以保障村民住房为目标,其流转受到严格限制等内容均与人

^④ 参见前引⑫,申卫星文。

^⑤ 参见前引⑬,马新彦文。

役权高度相似。^{⑥⑥}而且,在民法典分编组织撰写班子、各编缺乏协调的立法机制下,由“物权编”统摄虽可能产生部分缺陷,但未尝不是较高效率的解决办法。就多编协同来说,由“物权编”规范对物性部分,婚姻家庭等侧重调整人身关系的分编针对人役性特点设计条文,更有针对性。但也存在多班子协同问题,这并非易事。

笔者认为,从科学立法角度考虑,应首选多编协同立法。理由在于:(1)我国虽有物权法规范类人役权性质权利的先例,但涉农物权的人身性乃是城乡割裂这一特定历史时期的产物,以强化身份为特征的城乡二元物权体系明显有违城乡一体的社会发展目标,其滞后性不言而喻,亦终将随着城乡一体化发展而走向消亡。存在先例是一回事,是否合适是另一回事,两者不能混为一谈。(2)可克服“物权编”与其他分编彼此封闭的缺陷,重视不同编之间的协同,既能保持物权的纯粹性,又能有效发挥婚姻家庭法与继承法强于规范伦理性问题的优势。(3)多编协同虽牵涉不同撰写班子的协调问题,但强有力的组织恰恰是我国立法之优势。特别需要明确的是,无论采何种立法模式,房屋的用益性才应是现代居住权应有之定位,人役性仅仅可作为特殊例外加以考虑。就此而言,前述主张均以人役性作为居住权之基础,实属本末倒置。正是基于这一原因,依笔者之见,只有将房屋使用、收益功能交由“物权编”调整,而将人役性内容排除在外,方不会出现物权法规范身份这一甲耕乙田的错位规范问题。如前所述,“物权编”只需设立引用条款“其他法律另有规定的,从其规定”,以链接其他编的特殊规定即为已足。

Abstract: By starting from the original intention of the creation of *habitatio*, the majority of Chinese scholars is obsessed with the personal servitude of *habitatio*, and failed to distinguish the noumenon and external conditions. To guide the legislation of *habitatio* on this basis will inevitably deviate from the reality and lose the justification. The significance of *habitatio* shall adapt to the trend of diversified usage of buildings, change the existing pattern of usufruct, which is targeted at land merely, and form a new pattern of usufruct of immovable property by focusing on the property right of land complemented by the property right of houses. The only way to make *habitatio* have its realistic value is to get rid of the obsession of the personal servitude of *habitatio* and concentrate on the usefulness of houses. *Habitatio* based on the orientation of property right should not be limited to just satisfy the general needs of life, and it thus should be allowed to lease, transfer and inherit, and the time limit can be freely agreed by the parties.

(责任编辑:任彦)

^{⑥⑥} 参见张国华《论宅基地使用权的性质》,载《岭南学刊》2013年第6期。