

# 浅谈中国居住权制度

其 木 提\*

## 一 前言

中国自建国以来曾几次起草民法典，但均因各种原因而被迫中断。<sup>1)</sup> 随着改革开放的深入，经济文化交流日渐频繁，民法典的制定重新被纳入立法规划。目前，《中华人民共和国物权法（征求意见稿）》已经过第四次审议。值得注意的是，该征求意见稿除了规定土地使用权、土地承包经营权等用益物权制度以外，还设立了居住权制度。<sup>2)</sup> 但是，在此前的学者建议稿中，均无居住权之规定，<sup>3)</sup> 从中国民法理论来看，也很少有学说讨论这一问题。<sup>4)</sup> 为此，是否应当在物权法中规定居住权制度就成了一个备受争议的问题。本文拟就这一问题谈一谈自己的立场。

## 二 居住权制度的历史发展

居住权制度发端于罗马法，最初是作为人役权的一种形式而出现的。在罗马法中，人役权包括用益权、使用权和居住权三种。其中的居住权，是指因居住而使用他人所有之房屋的权利。<sup>5)</sup> 近代欧陆各国几乎都规定有居住权制度。如《法国民法典》设专编规定了用益权、使用权和居住权。《瑞

---

編集部注\* 法学博士、上海交通大学法学院副教授。本稿は、2004年12月17日開催法学研究所第31回公開講座の報告原稿に加筆修正したものである。

- 1) [日] 鈴木賢「中国における民法通則制定とその背景」『法律情報』60卷3号、5号、6号。
- 2) 依据《中华人民共和国物权法（征求意见稿）》相关规定，居住权是指居住权人对他人房屋以及其他附着物享有占有、使用的权利。居住权可以分为法定居住权和意定居住权。法定居住权，即依法律规定直接产生的居住权。例如，父母作为监护人对未成年子女的房屋享有的居住权，未成年子女对其父母的房屋享有的居住权。意定居住权，即根据遗嘱、遗赠或者依合同设立，并经登记生效的居住权。居住权具有以下特征：居住权的客体限于房屋；主体限于特定的自然人；居住权具有长期性或永久性，没有约定或者约定不明的，居住权期限至居住权人死亡时止；居住权具有无偿性，除当事人另有约定外，居住权人不承担重大维修费用，但居住权不得转让、不得继承，也不允许出租；居住权因居住权人放弃居住权、约定的居住期限届满、约定的解除条件成就、房屋因不可抗力灭失、居住权人死亡而消灭。
- 3) 梁彗星等：《中国物权法草案建议稿》，社会科学文献出版社2000年版；王利明：《中国物权法草案建议稿及说明》，中国法制出版社2001年版。
- 4) 在《中国物权法草案》以前，国内对居住权问题的研究，仅有后述钱明星“关于在中国物权法中设置居住权的几个问题”一文。
- 5) 周枏：《罗马法原论》（上册），商务印书馆1994年版，第398页。

士民法典》以及《意大利民法典》基本上承接了《法国民法典》的做法，规定了用益权、使用权以及居住权。于德国，《德国民法典》规定有限制的人役权，其主要形态即为居住权。<sup>6)</sup>

虽然各国制定民法典时的政治经济条件和社会、文化背景各不相同，但各国民法典与罗马法之间具有很多共通之处。首先，承认地役权和人役权的结构划分，居住权作为人役权适用使用权的规则。其次，居住权的权利义务设计基本上移植了罗马法的规定，即居住权不得转让、继承和出租，也不得就居住权设定抵押权等权利负担。最后，罗马法以来的居住权之功能没有发生根本变化。罗马法设立居住权的初衷在于解决没有继承权而又缺乏劳动能力的特殊群体的生活问题，居住权的这种人身依附性和社会保障性质在的各国民法上没有多大的改变，主要在供养和抚养以及为自己养老方面发挥作用。<sup>7)</sup>

东亚各国在其法制建设过程中，普遍接受了以法、德为代表的西方物权制度。然而，在西法东渐中，人役权制度却“消失”了，其中的居住权制度更是不见踪影。日本参照法、德民法等制定了民法典，但《日本民法典》却没有规定人役权制度。台湾地区民法典也参考大陆法系各国民法，尤其是参照了德国、瑞士民法，但也没有规定居住权。韩国民法也是如此。为何东亚各国在继受西方物权制度时，未选择人役权制度？对此，台湾民法典立法理由书中称：“欧洲诸国民法于地役权及人役权皆设有规定。惟东西习惯不同，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，故本法亦只设地役权也。”<sup>8)</sup>特别是，用益权的功能主要是为了养老，其养老之外的其他功能还没有得到发展和承认，而在东方国家养老主要由家庭来实现，加之普遍缺乏家庭成员之间的平等、独立观念，故居住权在当时无存在的必要。<sup>9)</sup>

### 三 肯定说

中国物权法是否有必要规定居住权，学说意见分歧，大多数学者持肯定态度，认为中国物权法有必要设置居住权这一权利形态。<sup>10)</sup>其主要理由可以概括为以下几点。

如前所述，在西法东渐中，由于受家族职能、男女不平等观念的影响，居住权制度在当时的东方国家并无存在的必要。于当今中国社会，封建家族关系、亲属关系被彻底废弃，男女具有同等的社

---

6) 孙宪忠：《德国当代物权法》，法律出版社1997年版，第250页。

7) 陈信勇、蓝邓骏：“居住权的源流及其立法的理性思考”，载《法律科学》2003年第3期，第71页。

8) 转引自王泽鉴：《用益物权 占有》，中国政法大学出版社2001年版，第73页。

9) 钱明星：“关于在中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，第15页；屈茂辉：“论人役权的现代意义（下）”，载中国人民大学民商法律网。

10) 前揭钱明星：“关于在中国物权法中设置居住权的几个问题”，第13页；江平、刘智慧：“确立中国居住权制度的若干思考”，载江平主编：《中美物权法的现状与发展》，清华大学出版社2003年版，第458页；李京法：“居住权的基本问题探讨”，载江平主编：《中美物权法的现状与发展》，清华大学出版社2003年版，第480页；刘宝玉：《物权法》，上海人民出版社2003年版，第333页；陈华彬：“设立居住权可以更好地保护弱势群体利益”，载《检察日报》2004年2月9日第3版；吕杰、朱呈义：“论居住权在中国民法典中的具体设计”，载《河南省政法管理干部学院学报》，2004年第3期，第37页；崔建元、申卫星编：《我国物权立法难点问题研究》，清华大学出版社2005年版，第205页以下。

会地位。但是，在中国目前和今后的一个很长时期，家庭仍然要承担一定的社会职能，对老年人的赡养还不能完全由社会负担，仍然需要依靠家庭来完成。为此，老人以及婚姻关系终止后配偶的生活和居住问题，就不能依靠过去的观念来解决，必须要有切实的民法上的权利加以保障。

居住权制度能够体现和贯彻所有权人的意志。具体地说，房屋所有权人在其年老时，可以将其房屋出卖而为自己保留居住权，以房屋买受人一次性或分期付款作为其养老金。房屋所有权人也可以用遗嘱、遗赠、赠与等方式确定房屋的所有权由其子女继承，同时为其前配偶、配偶、未婚同居的老伴、近亲属、甚至保姆等人保留居住权。房屋所有权人还可以利用后位继承制度先指定某人为其房产的继承人，同时约定某种条件成就或期限到来时，指定该房产由其他继承人继承，使先位继承人实际上获得终身居住权。而且在合资建房中，地上权人可以借助居住权制度与出资人（如父母为子女购买房屋提供资金支持）或投资人约定，由出资人获得对房屋的居住权，满足双方的不同需求。另外，在中国司法实务中，夫妻离婚时，为了解决离婚后暂未找到居住场所的夫或妻的居住问题，法院往往会判决一方有权居住他方所有的房屋，直至一方有住房或法院判决确定的期限届满或条件成就。<sup>11)</sup>但是，这种判决的法律基础非常模糊，因为居住的权利性质、内容、如何行使、应受何种限制等不得而知。实际上，这种权利可以用居住权予以确定。

可见，居住权制度不仅能够满足社会弱势群体的需求，发挥家庭的社会职能，保护妇女、老人和儿童的利益，贯彻权利人的意志，也符合中国人的财产传之于子孙的传统观念和意愿。

#### 四 否定说

肯定说在学界占主流地位，亦得到了物权法草案的肯定。但是，仍然有不少学者对此持否定态度。本文倾向于否定说。

如前所述，西欧居住权立法的初衷在于解决因男女不平等所带来的某些特定人的居住问题。但是，随着女权运动的高涨，逐步实现了男女平等，承认夫妻互有继承权，在这种情况下原来的居住权已失去实际意义。东方国家虽然受当时的社会条件和传统观念的影响没有规定居住权，但是，日本民法典以及台湾民法典至今已历经多次修订，严格市民资格的限制已经被打破，封建社会以来的一定家庭成员间的养老育幼义务也得到了现代法律制度的认可，但均未提及居住权。<sup>12)</sup>可见，作为孕育于一个乡土、田园社会（农业社会）的制度，居住权难以适应于一个崭新的工业的金钱社会。<sup>13)</sup>

其次，肯定说主要是为了解决房屋所有权人之养老、生存配偶、保姆等同居人以及离婚后暂未找到居住场所的夫妻一方的居住问题。但是，在房屋租赁制度不断完善和日渐物权化的今天，居住权的这些功能似乎可以为现有的法律制度所取代。具体而言，房屋所有人如欲为自己设定居住权，依

---

11) 《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》第27条：“离婚一方可以房屋的居住权或所有权对生活困难者进行帮助”。

12) 前揭王泽鉴：《用益物权 占有》，第13页。

13) 尹田：《法国物权法》，法律出版社1998年版，第344~345页。

据附条件的房屋买卖、附义务的遗赠即可,<sup>14)</sup> 反向抵押贷款制度亦能实现其目的。<sup>15)</sup> 若房屋所有人欲为包括出资人在内的他人设定居住权, 不仅有附条件的买卖、附义务的赠与、遗赠制度可依, 后位继承制度本身, 甚至信托制度也可达到相同的效果。<sup>16)</sup> 就保姆的居住问题而言, 在中国, 家庭中使用保姆的毕竟只占少数, 其中准备给保姆永久居住权的更是少之又少。即使出现了要给予保姆终身居住权的情况, 房屋所有人可以为其购买房屋或者通过附条件的房屋买卖、附义务的赠与、遗嘱或遗赠为其保留居住权。<sup>17)</sup> 就离婚时为他方设定居住权问题而言, 中国在过去实行公房制度, 房屋属于单位所有, 公房使用权带有很大的福利性, 因此夫妻离婚时法院通常会判决离婚一方可以房屋的居住权对生活困难者进行帮助, 至他方再婚。<sup>18)</sup> 但现如今, 公房制度已被废止, 实行住宅商品化政策, 房地产市场发达, 设定居住权的历史条件已不复存在。即使判决离婚一方居住他方房屋, 势必影响夫妻共同财产的分割数额, 更何况, 安排离婚双方住在一起并非理性的选择。

再次, 中国法律实行男女平等原则, 夫妻互有继承权, 父母是子女的第一顺序继承人, 《婚姻法》也规定一定亲属间的赡养、抚养和扶养的义务。从国外和中国的现状看, 家庭抚养、养老保障体系以及住房制度已逐步实现社会化。而且, 由于居住权具有无偿性, 居住权人除了日常看管外不负其他义务, 其结果将导致当事人不关心财产维护的结果, 这不仅妨碍标的物的改良,<sup>19)</sup> 妨碍财产流通,<sup>20)</sup> 也不能适应现代有关经济效益的基本观念。<sup>21)</sup>

## 五 结语

物权制度在本质上是最具固有法色彩的制度, 各国因国家、民族、历史传统的差异, 其物权法往往互不相同。因此, 在居住权问题上, 既不盲目照抄西欧民法典, 也不能因为日本和中国台湾地区民法典没有规定而全盘否定, 应从具体国情出发做出适当的取舍。通过本文分析可知居住权制度的

---

14) 梁慧星: “物权法草案的几个问题” “我为什么不赞成规定居住权?”, 载中国法学网; 陈信勇、蓝邓骏: “居住权的源流及其立法的理性思考”, 第73页。

15) 马翊凯: “关于逆按揭及银行风险因素分析”, 载《金融实务》2005年第2期, 第63页; 刘嘉伟、项银涛: “老龄化社会与商业银行住房反向抵押贷款” 载《商业银行》2005年第2期, 第43页。

16) [日] 四宫和夫: 『信託法』(有斐閣、1989年) 129頁以下。米倉明『家族法の研究』(新青出版、1999年) 323頁以下、同「信託による後継ぎ遺贈の可能性」ジュリスト1162号87頁。

17) 2004年9月18日《新民晚报》老保姆拒绝迁新居案: X买断父母之房屋, 父母为其保姆保留了居住使用权并得到了X的同意。此后, X急用该房屋, 在他处为Y找了一处新居, 但Y拒绝迁入。X诉至法院, 请求判决Y搬离。法院判决: Y虽然享有该房屋的居住使用权, 但是, 在X提供新住所且居住条件并不低于原房屋的情况下, Y拒绝迁之理由不能成立。

18) 有关案例及其分析, 参见《最高人民法院《关于审理离婚案件中公房使用、承租若干问题的解答》; 刘东华: “离婚判决中女性的居住权问题”, 载梁慧星主编: 《民商法论丛》第18卷, 法律出版社2001年版, 第257页以下; 袁峥嵘: “离婚妇女居住权保护之思考”, 载《社科纵横》2001年第5期, 第32页; 田中臣: “离婚妇女居住权探讨”, 载《广西社会科学》2004年第9期, 第64页。

19) 前揭周枏: 《罗马法原论》, 第398页。

20) 前揭郑玉波: 《民法物权》, 第181页。

21) 前揭尹田: 《法国物权法》, 第344页。

社会需求并不大，其功能也可以为既有的相关法律制度所取代。据此，本文以为，若仅仅依据肯定说所述理由作为居住权立法的现实基础，中国物权法设立居住权制度并无现实意义。