

# 中国设立居住权制度必要性的探讨

林娜

(北京工商大学法学院,北京 100037)

**摘要:**该文认为,在中国物权法中引入居住权仍有一定的制度价值。文章从居住权的性质、物权原则在中国的实行、规定居住权所能解决的问题等几个方面,对在中国设立居住权制度的问题进行探讨,从而得出居住权在中国具有存在必要性的结论。

**关键词:**居住权;物权法定;必要性

## 1 问题的提出

2007年3月16日,十届全国人大五次会议上,历经8次审议和广泛讨论的《中华人民共和国物权法》(以下简称物权法)获得通过,并将于今年10月1日起实施。学者们争论最为激烈的居住权问题,没有出现在最终通过的物权法中。

在中国物权法的制定过程中,2002年1月28日全国人大常委会在《关于〈中华人民共和国物权法〉(征求意见稿)的说明》中,第一次提出为了“切实保护老年人、妇女以及未成年人居住他人住房的权利”,在中国未来物权法典中规定居住权,并设专章计8条规定了居住权制度。此后的几次物权法草案审议稿中,均对居住权加以规定。2005年7月11日公布并全民讨论的《中华人民共和国物权法(草案)》条文增至12条。但同时,一些反对设立居住权的学者明确加以反对。梁慧星教授专门以一篇《中国为什么不赞成规定“居住权”》发表在社科院的网站上,表达了自己的观点,认为物权法中规定居住权与中国的国情和实际相违背,属于无的放矢、闭门造车、邯郸学步,建议断然删去。也有的学者断言,中国完全没有设置物权法的现实需要。

最终物权法采纳了反对者的意见,将居住权一章完全从物权法中删去。笔者认为,物权法中建立居住权制度符合中国社会发展的需求,现有法律制度无法完成居住权制度的历史使命。

## 2 居住权的概念

居住权源远流长,最早可追溯到罗马法中,是非所有人对他人所有的房屋进行居住的权利。大陆法系主要国家都追随罗马法传统规定了居住权,但却并非是对罗马法居住权的全盘继承,而是结合各自不同的经济、政治、文化特点进行了相应的发展。“人类须利用物质以谋生活,物质有限,为定止纷争,促进对物有效率的使用,并使个人享有自主形成其生活的自由空间,乃有制定物权法,创设物权制度的必要。”在中国2005年公布的物权法草案中,居住权的概念是:“居住权人对他人的住房及其附属设施享有占有、使用的权利。”可见,居住权是非房屋所有权人和非承租人对于他人所有和承租的房屋进行居住的权利。居住权是一种物权,具备物权的一般特征。即居住权具有直接支配力;排他力;非经居住权人同意,任何人不得对居住权进行干涉;请求力,任何人侵害居住权时,居住权人均得对之行使物权请求权,以回复居住权应有状态,构成侵权的,居住权人有权请求损害赔偿;追及力,作为居住权标的房屋不论辗转于何人之手,居住权人均得追及房屋之所在。居住权是指因居住而使用他人房屋的权利,是一种用益物权,即是使用他人房屋的权利,居住权人只有居住权,而没有所居住房屋的所有权,所以,确立居住权制度还有助于在中国物权法中贯彻“物尽其用”的物权法理念,而“轻所有、重利用”也正是物权法发展的重要趋势之一。

## 3 现有制度不能完全替代居住权

要谈将居住权写入中国的物权法,就要谈物权法定原则。中国是一个实行物权法定原则的国家。

收稿日期:2007-08-01

作者简介:林娜(1977-),辽宁沈阳人,在读研究生,主要从事物权法方面的研究。E-mail: lenlinda@gmail.com

所谓物权法定,或称物权法定主义,指的是,“物权的种类以及它的内容必须依法律来制定,也就是说,不仅禁止创设法定外的物权,同时也意味着禁止变更法定物权的内容”。

#### 4 物权法定主义是现代各国及地区物权法普遍遵行的原则

台湾地区民法第 757 条规定,物权,除本法或者其他法律有规定外,不得创设。与物权法定原则相对应的,是物权自由原则。也就是物权的种类、内容可由当事人自行约定,而不由法律限定。法律或可规定一些典型的物权形式,犹如合同法上的各种典型合同,但这些规定不过是任意性条款,当事人可以变更。中国物权法规定了物权法定原则。物权法第 5 条规定,物权的种类和内容,由法律规定。第 8 条规定,其他相关法律对物权另有规定的,依照其规定。因此,中国此次物权法中没有规定居住权的内容和种类,也就意味着居住权将不能作为一个权利被当事人创设和使用。

设立居住权,主要是要解决三类人的居住问题,一是老年人的养老问题;二是离婚后暂未找到居所的一方(通常是女方);三是保姆的居住权问题。那么中国现在的法律是否就可以解决这三方面人的问题,而使物权完全没有设置的必要了呢?

##### 4.1 老年人的居住权问题

现有的家庭中,许多原有的伦理关系已经被现实的金钱关系所取代,侵害老人合法权益的情况非常严重。以上海市为例,2005 年全市共受理涉老纠纷案件 38 379 人次,同比增长 21.6%。从上海市老年人法律服务中心 12 132 来访人次数据库中反映,涉及住房或居住权的占 51.4%,涉及赡养权的占 6.9%。而老年人居住权案件的居高不下,不少法律工作者指出目前维权法律存在空白,有个别条款较为空洞,缺乏操作性,有的惩罚力度不够。与此同时,中国正在进入老龄化社会,独生子女日益增多,越来越多的夫妻选择“丁克”家庭,“养老”成了一个迫在眉睫的问题。传统的家庭养老模式也遇到了严峻的挑战,在汹涌的现代化浪潮冲击下,古老的价值观被弄得支离破碎,而其结果就是将来会有越来越多的老人将要在没有子女照顾的情况下度过晚年。

在利用所拥有的住房进行养老方面,中国现行制度几乎完全空白。以上论述表明,住房问题依旧

伴随着养老、离婚、丧偶这些社会现象而广泛存在,而且解决这一困境已经不能单靠现有的法律制度了。法律仅原则性地规定抚养、扶养、赡养义务是不够的,居住权的规定可以说是对于没有子女的鳏寡老人或是有子女但子女不愿意赡养的老人的养老生活开辟了一条新的途径,那就是生前将房产低于市场价卖出,但保留居住权。房屋的买受人有房屋的所有权,老人享有居住权,直至老人去世。按照这种方式,作为卖方的老人不仅可以获得相当一部分的养老金,而且又保证生前仍然有房可居。同时,作为买受方,由于房屋上设有保留居住权的负担,通常可以以低于市场价的价格得到房产,对于并不急于居住而只想投资的人来说,也是一种很好的选择。在社会意义上说,也可促进子女对老人尽赡养义务,没有尽义务的子女,得不到老人的遗产。综上,居住权是一个科学的、行之有效的、发展成熟的概念,中国应借鉴其规范体系,将实证化的逻辑一以贯之。在中国物权法上规定居住权,无论是对于物尽其用还是对于社会价值上来说,都是具有积极意义的。

这种形式的居住权制度似乎可以被附条件的房屋买卖所替代。但附条件的房屋买卖是债权合同,而保留居住权的买卖居住权人保留的是物权。物权与债权的概念区分仍是民法财产法结构的支撑点,基于物权与债权的不同,买卖双方在这两个不同的场合中将受到迥然不同的法律保护。居住权作为一项独立的用益物权所体现出来的支配性、排他性、对世性以及权利的长期稳定性是债权所无法比拟的。

##### 4.2 离婚没有住房一方的居住权问题

反对设立居住权的学者认为,离婚后没有住房通常是女方的问题,主要是中国长期实行公房制度的结果。现在国家推行住宅商品房政策,只要有钱就可以买到商品房。没钱买房的,可以通过租赁方式解决居住问题。在中国,离婚女方的居住问题,已经不再是困扰法院的难题。那么实际情况是怎样的呢。以北京市为例,从 1998 年起中国已经开始在公房制度上进行大刀阔斧的改革,但直到 1999 年 1 至 8 月北京市受理的公房承租权纠纷的案件中,房屋最终归属男方的占 68.88%,而最终归属女方的仅占 31%,其中,有未成年子女的 26 人,子女随母亲生活的高达 73%。显然,房屋的归属与单身母亲对住房的需求数量是相对呈反比趋势的,说明目前对妇女、儿童公房承租权法律保护的力量是比较微弱

的。且直至今日,很多单位仍然将历史遗留下来的房屋租给职工。这种住房分配制度直接影响着离婚当事人对住房所拥有的权利现状与离婚时的处分规则。由于女性在职务、职称、工龄等方面的条件总体上低于男性,因此女性通过福利制度得到承租住房和购买福利性分房的机会大大小于男性。由于这些措施直接与经济收入相联系,房改对于女性的影响不容小觑。例如租金上涨,即便是离婚后住房判给女性,住房租金占离婚女性收入支出的比例将会更大。离婚的女性独自承受房租将面临较大困难。

中国的《婚姻法》第四十二条规定:“离婚时,如一方生活困难,另一方应从其住房等个人财产中给予适当帮助。具体办法由双方协议;协议不成时,由人民法院判决。”《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)》第二十七条对《婚姻法》第四十二条予以解释,“……一方离婚后没有住处的,属于生活困难”,“离婚时,一方以个人财产中的住房对生活困难者进行帮助的形式,可以是房屋的居住权或者房屋的所有权。”

在这里,可以看到已经出现了“居住权”这个词,然而,上述含糊不清的规定已经被实践证明对于离婚后生活困难方的住房问题的解决是远远不够的。前面已经谈过中国是遵循物权法定主义的国家,物权的类型和具体种类必须由法律明确规定,若把上述规定中的居住权看作是用益物权,由于它仅是在最高人民法院的司法解释中出现,并未在全国人大及其常委会通过的法律中出现,难免会给人以名不正言不顺的感觉;若把上述规定中的居住权看作是债权,则居住权人只能对抗原配偶,在原配偶故意将房屋转让给他人时,居住权人的权利自然形同虚设。其次是实证层面的困难,正因为理论上没有将居住权定位好,导致在法院的司法实践中很难有规矩可循,判决各式各样,很难真正达到扶助弱者的预期效果。

住房是夫妻和家庭成员共同生活的必要条件,但是婚姻住房的所有权状况极为复杂:一种是属于夫妻共同财产或者一方财产,另外一种则是夫妻双方都没有所有权的,承租的单位的公房或者是父母的房产。现有的法律制度对于婚姻住所的处置并未明文规定,新《婚姻法》在第42条的规定,实际是一种离婚帮助制度。如何帮助离婚后非所有人利用所有人的房屋成为法学理论和司法实践共同关心的问

题。非所有人利用他人房屋,可以采取租赁、借用等方式,但是,租赁以支付租金为条件,属于有偿法律行为,不能完全适应于家庭关系、夫妻关系中调节房屋居住的要求。借用关系虽以无偿为特征,但是借用人的权利更为弱小。在司法实践中,法院往往判决一方对于另一方所有或者承租的房屋有“暂住权”、“居住使用权”等等法律并无明文规定的概念,甚至与相关的司法解释相冲突。这就导致了在判决生效后房屋产权的各方当事人之间的权利质疑,使判决得不到切实地执行。

而确立离婚后,没有住房的一方当事人可以拥有原有房屋的居住权,这种财产处理模式,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,要么就什么权利没有”——的简单化模式,为实现财产所有和财产的利用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、居住权人分离,既保障了所有人的所有权不被划割,也保证了居住权人在过渡时期有房可住。

#### 4.3 关于保姆的居住权问题

现在可以看到的关于居住权的讨论,大量的文章都讨论了关于老年人的居住权和离婚后没有房子一方当事人的居住权问题,而很少讨论关于在居住权设置中保留保姆的份额。究其原因,大概有两点,其一是居住权制度的设立,主要是解决家庭成员间的问题,而保姆在许多人的理解中仍只是承担着提供家庭服务的人员,不是家庭成员;其二是在中国的现代社会中,对于长期使用一个保姆并决定为其养至终老的并不多见。笔者认为,居住权本身是一个民法权利与社会效益并重的权利,将居住权作为一项法定权利规定下来,对于长期为一个家庭提供服务并将面临没有人可为其提供终老之地的保姆来说是非常重要的。此处所讲的承认居住权,是讲雇主基于其财产自由可以为保姆设定居住权,并不是说雇主必须承担保姆居住权的强制义务。由于住房关系到人们的基本生存条件,又由于住房的价值较大,使得在城市工作一生的保姆离开农村的生活环境后,在城市里拥有一个完全所有权的住房是几乎不实现的。但是,人们希望自己能够享有长期的受法律保护的权利,却不是一个过分的要求。在雇主自愿的情况下,为老保姆设定继续在原雇主的房屋里居住下去的权利,老保姆成为居住权人,为雇主家庭辛苦工作一生的老人就不会面临着原雇主去世即被

送回老家无处可居的凄惨境地。

可以看出,中国传统法律制度中没有居住权,这是中国礼俗社会的特殊性使然。在市场经济社会中,由于住房引起的纠纷层出不穷,有将之归纳并且总结提升的必要。除家庭伦理关系中的房屋救助需求外,由于房屋的稀缺性、财产性充分体现,居住权还应具有资源配置和收益的经济功能。在中国确立居住权制度可以充分发挥家庭对于妇女、老年人等

弱势群体的保障功能,减少政府和社会的负担。由于物权法调整平等主体之间因物的归属和利用而产生的财产关系,因而物权法主要确认各种类型的物权并建立权利取得和利用规则,调整所有权人与全体世人之间的关系,调整自物权人和其他物权人之间的关系。居住权的这种物权性和对世性正是中国现在解决特定人群居住问题,填补法律空白所需要的。

## Research on Establishment of Dwelling Right System in China

Lin Na

(*Beijing Technology and Business University, Beijing100037, China*)

**Abstract:** The Property Law of the People's Republic of China was adopted by the National People's Congress in 2007 and will go into effect on October 1, 2007. The draft of the law involved considerable controversies, especially over dwelling right. Though dwelling right was referred in the draft version, it is not incorporated in the finally approved Property Law. The system of right of habitation has specific functions that can not be replaced by other systems because it coincides with the aim of the Property Law at property protection, the social demands, and the requirement of judicatory practice.

**Key words:** dwelling right; real statutory principle; necessity