

# 《民法典》中居住权与抵押权的冲突及其消解

霍传儒

青岛大学, 山东 青岛

收稿日期: 2022年8月16日; 录用日期: 2022年9月14日; 发布日期: 2022年9月21日

---

## 摘要

《民法典》颁布以后, 实施了居住权制度, 但需要关注同一房屋并存的居住权和抵押权问题, 据分析, 房屋抵押权设立后, 抵押人原则上仍可为他人另行设立居住权, 居住权设立后, 房屋所有人原则上不能再将房屋进行抵押, 但当事人另有约定的除外。当抵押权与居住权在实现权利上产生冲突时, 若居住权有偿设立, 根据权利设立先后顺序解决纠纷; 居住权无偿设立时, 在满足限定条件时赋予居住权对抵押权的任意对抗效力。

## 关键词

居住权, 抵押权, 权利并存, 顺位优先

---

# Conflict between Residence Right and Mortgage Right in Civil Code and Its Resolution

Chuanru Huo

Qingdao University, Qingdao Shandong

Received: Aug. 16<sup>th</sup>, 2022; accepted: Sep. 14<sup>th</sup>, 2022; published: Sep. 21<sup>st</sup>, 2022

---

## Abstract

“Civil code” issued after implemented the household registration system, but it is important to note the same housing and mortgage problems, according to the analysis of the housing after being on the mortgage, in principle can be set up residency for others, but to set up her residency,

homeowners can no longer will be housing mortgage in principle, except otherwise agreed by the parties. When there is a conflict between mortgage right and right of residence, if the right of residence is established with compensation, the dispute shall be settled according to the sequence of right establishment. When the right of residence is established free of charge, the right of residence shall be endowed with arbitrary antagonistic effect against the mortgage when the limited conditions are satisfied.

## Keywords

Right of Residence, The Mortgage, Coexistence of Rights, The Sequence Is Preferred

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)在第十四章第 366~371 条中增设了居住权这一用益物权类型。《民法典》中的居住权制度延续了传统居住权的基本特征, 具有较强的人役权属性, 采用合同设立或遗嘱设立两种方式, 且以登记为生效要件。作为居住权客体的住宅同样可以作为不动产抵押权的客体, 尽管《民法典》对居住权制度作了较为细致的规定, 但对于居住权与抵押权的关系问题并未涉及。由此, 可能会产生下列疑问: 同一住宅(房屋)上居住权与抵押权能否并存? 如果可以并存, 则在发生冲突时哪项权利具有优先效力? 对此, 又应该如何判断其优先效力? 本文拟对这些问题进行讨论, 以期为居住权的具体适用提供可行性建议。

## 2. 居住权与抵押权的可能冲突及其表现

《民法典》创设居住权制度旨在贯彻“加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度, 让全体人民实现住有所居”之要求, 同时尊重与保护民事主体对住房使用的自由安排, 为公租房与以房养老提供保障, 维护低收入人群、老年人等特定主体的居住利益[1]。据此, 尽管《民法典》并未明确规定居住权与抵押权能否并存, 但该问题可以从以下两方面进行考虑: 其一, 满足民众住有所居的要求; 其二, 在法律允许范围内保障民众对不动产管理的意思自治。除此之外, 《民法典》相关条文也可以为此提供参照适用依据。

### (一) 房屋抵押后能否再设立居住权?

假设甲向乙银行借款 100 万, 并以其 A 房屋为乙银行设定抵押权。其后, 甲能否将其 A 房屋为其年迈之伯父丙设立居住权? 笔者认为, 甲原则上仍可就其 A 房屋与丙签订居住权合同, 并通过登记为丙设立居住权。主要存在以下两点理由:

其一, 甲可另行设立居住权是根据《民法典》相关规定进行当然解释的结果。原《物权法》第 191 条对抵押财产的转让作了限制性规定, 而《民法典》第 406 条第 1 款规定“抵押期间, 抵押人可以转让抵押财产”。对此, 学理上多认为《民法典》改变了原《物权法》的立场, 原则上允许抵押财产自由转让。既然抵押人在抵押期间转让抵押财产属于有权处分, 那么受让人自然可以取得抵押财产的所有权。相较于受让人取得的所有权而言, 居住权仅为限制物权。因此, 既然抵押人原则上可以转让抵押财产,

举重以明轻，抵押人原则上也应可以在抵押财产上另行设立居住权。因此，甲就其 A 房屋为丙设立居住权并不违反现行法。

其二，甲可另行设立居住权符合物尽其用、节约资源的民法原则与价值追求。抵押权的设立目的在于保障债权人的债权得以优先受偿，其侧重于抵押财产的交换价值，并不以占有抵押财产为前提。而《民法典》将居住权设定为用益物权，用益物权则以权利人取得对标的物的使用价值为主要目的，即居住权人支配的是房屋的使用价值，以占有房屋为权利行使的前提条件。就此而言，抵押权与居住权并不存在设立目的上的价值冲突，亦不存在设立要件上的排斥对立，反而产生物尽其用的互补功效，同时符合节约资源的民法基本原则。因此，甲另行为他人设立居住权是追求物的利用价值最大化的表现，符合市场经济的导向[2]。

综上，房屋抵押权设立后，抵押人原则上仍可为他人另行设立居住权。但需注意的是，《民法典》第 406 条第 1 款在允许抵押人转让抵押财产的同时，并规定“当事人另有约定的，按照其约定”，即当事人可以自行约定“不得转让抵押财产”。由此产生的疑问是，在上述案例 A 房屋抵押权设立时，如果甲与乙银行一并约定“不得另行设立居住权”，其效力如何？甲事后能否就其 A 房屋为丙设立居住权？笔者认为，该约定与“不得转让抵押财产的约定”本质一样，均属于对抵押财产处分权的限制。在现行法尚未对该问题做出明确规定的情形下，《担保制度司法解释》第 43 条关于限制抵押财产转让约定的效力规则具有参照适用价值。

《担保制度司法解释》第 43 条规定：“当事人约定禁止或者限制转让抵押财产但是未将约定登记，抵押人违反约定转让抵押财产，抵押权人请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持；抵押财产已经交付或者登记，抵押权人请求确认转让不生物权效力的，人民法院不予支持，但是抵押权人有证据证明受让人知道的除外；抵押权人请求抵押人承担违约责任的，人民法院依法予以支持。”（第 1 款）“当事人约定禁止或者限制转让抵押财产且已经将约定登记，抵押人违反约定转让抵押财产，抵押权人请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持；抵押财产已经交付或者登记，抵押权人主张转让不生物权效力的，人民法院应予支持，但是因受让人代替债务人清偿债务导致抵押权消灭的除外。”（第 2 款）

据此规定，在当事人存在禁止或者限制转让抵押财产的特别约定时，应根据该特别约定是否登记区分处理。具体而言，在当事人关于禁止或者限制抵押财产转让的“约定”尚未登记时，产生以下法律效果：抵押人违反约定与受让人签订的转让合同，并不因此而无效；抵押财产已经交付或办理登记的，且受让人善意的（不知道且不应当知道“特别约定”），可以发生物权变动效力，由受让人取得抵押财产所有权；抵押人可以要求抵押人承担违约责任。在当事人关于禁止或者限制抵押财产转让的“约定”已经登记时，则产生以下法律效果：抵押人违反约定与受让人签订的转让合同，同样并不因此而无效；无论抵押财产是否已经交付或者登记，抵押人均可主张不生物权变动的效力；受让人可行使涤除权以消灭抵押权，从而取得抵押财产所有权。

与此相对应，在上述案例的假设中，甲与乙银行在设立 A 房屋抵押权时存在“不得另行设立居住权的约定”，参照《担保制度司法解释》第 43 条之规定，该约定将产生以下法律效果：在甲与乙银行并未将该约定登记的情况下，甲与丙之间的居住权合同并不因此而无效；在居住权合同有效且办理居住权登记时，善意的丙可取得居住权，成为居住权人；乙银行得向甲主张违约责任。在甲与乙银行已将该约定登记的情况下，甲与丙之间的居住权合同同样并不因此而无效；此时，无论是否办理居住权登记，乙银行均可主张丙未取得居住权，除非丙代替甲清偿债务以消灭乙银行之抵押权。

综上所述，房屋设立抵押权后，所有人（抵押人）原则上仍可就抵押房屋为他人另行设立居住权，即便抵押人与抵押权人存在限制设立居住权的约定，只要该约定并未登记，一般也不影响居住权的设立，此时在前的抵押权与在后的居住权可以并存；如果该约定已经登记，且抵押权人主张居住权并未设立，此

时抵押权与居住权不能并存。

### (二) 房屋设立居住权后能否另行抵押?

假设甲在自己所有的房屋上为乙设立居住权。其后,甲能否用该房屋为债权人丙设立抵押权?笔者认为,甲原则上不能再将该房屋进行抵押。主要有以下两点理由:

其一,甲不可另行设立抵押权是根据《民法典》相关规定进行当然解释的结果。《民法典》第369条规定设立居住权的住宅不得出租,对此,学理上多认为原则上不能将设立居住权的住宅再进行抵押。既然居住权设立后不能进行出租,相较于抵押权而言,租赁权属于债权。因此,既然房屋所有权人原则上不可以在该房屋上设立租赁权,举轻以明重,所有权人当然不能在该房屋上设立抵押权。因此甲不得将设立居住权的住宅进行抵押符合现行法的规定。

其二,从《民法典》创设居住权制度的价值追求和立法目的来看,居住权设立的初衷是保障公民住有所居,为社会弱势群体提供住房保障,完善国家住房保障体系,因此居住权设立的目的主要体现保障性而非商业性,若允许在设立居住权的房屋上任意设立抵押权,则可能影响居住权的实现。因此甲在设立居住权的住宅上为丙设立抵押权会降低居住权的功能属性,不符合《民法典》对居住权的价值追求[3]。

但需要注意的是,《民法典》第369条禁止所有权人设立租赁权的同时,并规定了“当事人另有约定的除外”,即当事人可以自行约定租赁权的设立。根据当然解释的方式,所有权人也可通过与居住权人协商的方式设立抵押权。因此上述案例中,甲可以通过与乙、丙协商的方式设立抵押权。

综上所述,房屋居住权设立后,所有权人原则上不能在该房屋上另行设立抵押权。但当事人可通过协商的方式另行设立抵押权。

## 3. 居住权与抵押权冲突的表现与消解

### (一) 居住权与抵押权冲突的表现

只有抵押权法定或者约定实现的情形发生在居住权存续期间内,才会存在冲突。具体情况如下:

其一,先设立的抵押权与后设立的居住权的冲突,例如:甲以自己所有的房屋为债权人丙设立抵押权,此后,甲又以该房屋为乙另行设立居住权,债权到期后甲未清偿债务,丙能否以其抵押权主张对该房屋优先受偿?

其二,先设立的居住权与后设立的抵押权的冲突。例如:甲以自己的房屋为乙设立永久性居住权,并在合同中约定允许甲在该房屋上另行设立抵押权,此后,甲又以该房屋为债权人丙设立抵押权,后来甲无力清偿到期债权,丙能否以其抵押权对抗居住权而优先受偿?

### (二) 居住权与抵押权冲突的消解

笔者认为应将居住权分为无偿居住权和有偿居住权,符合限定条件的无偿居住权具有对抵押权的任意对抗效力;有偿居住权 and 不符合限定条件的无偿居住权按照权利设立的时间先后解决冲突。同时赋予法官相应的自由裁量权,发挥其定纷止争的中立者功能,最大限度地兼顾双方利益[4]。具体理由如下:

无偿居住权的受众主体往往较为特殊,通常不具有良好的物质基础和稳定住所,因此无偿居住权表现为无偿的帮扶性,具有较强的人身依附性[5],此类居住权人与抵押权人相比,居住权人面临更大的现实问题,而抵押权人只是债权未得到实现。诚然,根据平等原则,居住权人与抵押权人是平等的权利主体,权利受到同等的保护,但在价值衡量角度看,居住权的人居权益更具有被保护的紧迫性,且所保护的居住权益的价值也大于所破坏的债权时效利益,因此在符合相关限制条件情形下,舍弃抵押权人的部分权益,以维护居住权人最基本的居住权益方为上策,这既体现法律的灵活变通,也符合法律的内在价值。但这种方式会让抵押人在抵押权设立后,恶意设立居住权来对抗抵押权的实现。因此无偿居住权



要具有对抵押权的任意对抗效力必须同时符合以下五个限定条件。

1) 居住权人属于社会低收入群体(以当地最低工资为标准)。

2) 居住权人无其他住所。根据最高院对于《执行异议和复议规定》第二十条之规定,“对被执行人有扶养义务的人名下有其他能够维持生活必需的居住房屋的”,不属于“执行标的系本人及所扶养家属维持生活必需的居住房屋”的情况,不予以执行保护,该规定对居住权的适用也有借鉴意义,居住权人若有其他可供居住的房屋,则不能任意对抗抵押权。

3) 抵押人主观善意且附有对抵押权人的通知义务。由于居住权后设立的情况下仍可能享有对抗抵押权的效力,因此居住权的设立实际造成抵押权的实现具有或然性,因此居住权人在抵押权设立后再设立居住权必须通知抵押权人,若抵押权人有证据证明居住权的设立会损害抵押权的,参照《民法典》第406条第2款进行处理。

4) 居住权人主观善意。居住权人知道或应当知道抵押人无力偿还债款仍同一在其所有的房屋上设立不动产影响抵押权的实现时,推定其为恶意。

5) 居住权人不得滥用居住权。若居住权人在居住权存续期间进行恶意转租、闲置等行为,抵押权人嗣后仍可主张抵押权的优先行使。对居住权人主观恶意的证明责任应当由抵押权人承担[6]。

综上,无偿居住权的设立只有同时满足以上五个条件时,才具有对抵押权的任意对抗效力。

针对有偿居住权而言。首先,有偿居住权的受众群体通常并非社会弱势群体,因此该类居住权主要体现的是权利人对生活质量和经济回报的追求,人身依附性相对较小,居住权人可通过与所有权人协商的方式出租获益。即使该房屋的居住权消灭,其仍可就其他房屋再行设立居住权来保障居住权益。因此针对有偿居住权在权利保护上更应体现公平原则,按照权利设立的先后顺序来解决顺位冲突。而不符合上述五个条件的无偿居住权与抵押权产生冲突时同样应体现公平原则,因此同样适用顺位优先原则。

其次,按照权利登记的先后顺序来解决顺位冲突具有一定的法理基础,著名民法学家梁慧星教授曾在《中国物权法建议稿》中指出:“顺位是在一个标的物上设定两个以上不动产物权,依其纳入不动产登记簿的时间先后享有顺位。顺位依登记的时间确定,优先顺位的权利优先实现”。

最后,《民法典》第405条“抵押权设立前,抵押财产已经出租并转移占有的,原租赁关系不受该抵押权的影响”,该条文明确表示若一财产被先行出租,后设立的抵押权不得对抗设立在先的租赁权,即“抵押不破租赁”[7],运用当然解释的方法,房屋抵押权和居住权发生冲突时,由于债权效力都可以优先于物权,举轻以明重,作为物权的居住权先于抵押权设立时,当然可以产生对抗抵押权的效力,即“抵押不破居住”。

综上,有偿居住权及不符合条件的无偿居住权与抵押权产生冲突时,按照顺位优先原则解决冲突。基于此,上述两个案例中,甲乙丙可以按照上述规则分别实现自己的权利。

#### 4. 结语

居住权纳入《民法典》后,其设立必然会对其他物权的设定、转让、消灭产生一定的影响。《民法典》对居住权与抵押权发生冲突的处理办法尚未明确,“住有所居”和“物尽其用”是居住权设立的初衷,基于此种立法目的,笔者认为居住权与抵押权在通常情况下能够并存。同时根据是否有偿为标准将居住权分为有偿居住权与无偿居住权,有偿居住权及不符合条件的无偿居住权按照顺位优先原则解决权利冲突;无偿居住权在符合特定条件下对抵押权有任意对抗效力。当然这只是法律未做明确规定下的冲突解决机制,居住权制度作为一种新型的用益物权,还需要日后通过司法解释等方式做出更多的配套规定,才能在保障居住权稳定的前提下最大限度地实现居住权存在的意义,切实发挥居住权制度

的最大作用。

### 参考文献

- [1] 郑尚元. 居住权保障与住房保障立法之展开[J]. 法制研究, 2020(4): 6-10.
- [2] 陆璋等. 浅议居住权的适用范围及权利冲突裁判思路[N]. 人民法院报, 2020-03-18(005).
- [3] 金绍达. 已抵押房屋能否设定居住权[J]. 中国房地产, 2020(31): 64.
- [4] 马明明. 居住权与抵押权之顺位冲突[J]. 平顶山学院学报, 2021, 36(1): 26-29.
- [5] 陈强, 阙克坚. 《民法典》居住权制度对住房抵押贷款的影响[J]. 江汉石油职工大学学报, 2020, 33(6): 109-110.
- [6] 赵浩然. 论居住权类型及权利竞合问题[N]. 中共南昌市委党校学报, 2021-06(003).
- [7] 王利明. 论“买卖不破租赁”[J]. 中州学刊, 2013(9): 50-55.