

解释论下以遗嘱方式设立居住权的生效问题研究

徐田晓

上海大学法学院, 上海

收稿日期: 2023年9月19日; 录用日期: 2023年9月28日; 发布日期: 2023年11月24日

摘要

《民法典》规定了以合同方式设立居住权和以遗嘱方式设立居住权两种居住权设立方式, 但是对于以遗嘱方式设立居住权的生效问题, 《民法典》未明确规定, 理论和实务中也颇有争议, 需要进一步的解释和研究。居住权并非遗嘱人的财产, 而是遗嘱人基于遗嘱为居住权人所创设的权利, 其生效要件需要综合考虑物权的变动规则和继承法原理, 可以根据遗嘱继承设立模式和遗赠设立模式的不同, 适用不同的解释路径: 当以遗嘱继承模式设立居住权时, 不能参照适用《民法典》第368条的相关规定, 而是类推适用《民法典》第230条, 居住权自继承开始时生效; 当以遗赠模式设立居住权时, 参照适用《民法典》第368条的规定, 居住权自登记时生效。

关键词

遗嘱, 居住权, 生效要件, 物权变动

Study on the Validity of the Right of Habitation Established by Testament under the Interpretation Theory

Tianxiao Xu

Law School, Shanghai University, Shanghai

Received: Sep. 19th, 2023; accepted: Sep. 28th, 2023; published: Nov. 24th, 2023

Abstract

The *Civil Code* stipulates two ways of establishing the right of habitation: by contract and by testament. However, the *Civil Code* does not clearly stipulate the validity of the establishment of the right

文章引用: 徐田晓. 解释论下以遗嘱方式设立居住权的生效问题研究[J]. 法学, 2023, 11(6): 6187-6193.

DOI: 10.12677/ojls.2023.116887

of habitation by testament, and it is also controversial in theory and practice, which requires further interpretation and research. The right of habitation is not the property of the heritage, but the right created by the testator for the obligee of the right of habitation based on the testament, and its validity requirements need to comprehensively consider the rules of change of property rights and the principles of inheritance law. Different interpretation paths can be applied according to the different modes of testamentary inheritance and bequest establishment: when the right of habitation is established by the testamentary inheritance model, the relevant provisions of Article 368 of the *Civil Code* cannot be applied by reference, but Article 230 of the *Civil Code* is applied by analogy, and the right of habitation takes effect from the beginning of the succession; when the right of habitation is established by bequest model, the provisions of Article 368 of the *Civil Code* can be applied by reference and the right of habitation takes effect from the time of registration.

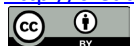
Keywords

Testament, Right of Habitation, Effective Requirements, Change of Property Rights

Copyright © 2023 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

2021 年生效的《中华人民共和国民法典》规定了居住权制度，为加快建构多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度，解决特定群体的居住需要，保障个体住房利益提供了较为明确的办法与规范指引。

《民法典》规定了以合同方式设立居住权和以遗嘱设立居住权两种不同的居住权的设立模式。

对于以合同方式设立居住权，《民法典》第 368 条明确规定了“居住权自登记时设立”；而对于以遗嘱方式设立居住权，《民法典》仅以第 371 条规定：“以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定”。遗嘱与合同属于性质不同的民事法律行为，以遗嘱方式设立居住权的生效问题，不能简单参照适用对于以合同方式设立居住权的生效问题的规定。现有的研究对于以遗嘱方式设立居住权的生效问题，主要有登记生效说、登记对抗说、继承发生说和两阶段说等，尚存争议。因此，对于以遗嘱方式设立居住权的生效问题，需要进一步的解释和研究。

2. 以遗嘱方式设立居住权生效问题的考量因素

2.1. 参照适用的考量因素

2.1.1. 立法意旨的考量

在论证参照适用的过程中，首先需要考量的因素就是现有法律规范所蕴含的立法目的。该种立法目的可以从客观目的出发，从既有法律规范的表现形式推断出立法者设立该条文的目的；也可以从主观目的出发，通过历史解释，探究立法者在对拟设定条文进行的说明或者草案中規制同类对象条文之变迁^[1]。其次，是对参照适用条款规范意旨的考量，在对立法意旨进行考量的过程中，不仅需要考量拟参引条款的立法目的，对参照适用条款本身的规范意旨也需进行解读。

立法者之所以允许存在以遗嘱方式设立居住权和以合同方式设立居住权两种居住权设立模式，是为了达成保障特定群体居住利益，加快建立多渠道、多主体供给的多样化住房制度的立法目的，所以二者在立法意旨上并不相违背。

2.1.2. 相似性的考量

因为准用条款在逻辑上本质是以相似事物作为类比对象，通过检验其相似性，得出是否可进行相同适用的结论，所以在参照适用过程中，最重要的就是检验参照适用条款所规制对象和拟准用条款所规制对象之间的相似性，具体而言，此检验应分为三步，分别为法律关系性质相似性的检验、构成要件相似性的检验与差异性反证[2]。

首先，法律关系性质相似性的检验。法律关系性质就是拟规制事物的固有属性，对某一法律关系究竟如何进行调整这一问题的回答首先应落脚在“事物的本质”上，此亦为诠释学循环中的“比较点”[3]。其次，要检验构成要件的相似性，如果已经满足法律关系性质的相似性，那么需要进一步考量遗嘱设立模式与合同设立模式在构成要件上的相似性问题。最后，要进行差异性反证，考量如果对某条款进行直接适用或变通适用后，是否会导致法条竞合。如果存在竞合，那么说明需要重新对适用过程进行考量。

合同与遗嘱都是居住权的设立方式，但是二者属于不同的法律行为，遗嘱是一种单方行为、死因行为，而合同是双方行为、生前行为。遗嘱在生前行为部分是单方法律行为，虽然遗嘱人在立遗嘱时可能会考虑拟设定居住权之继承人或受遗赠人以及该居住权所处之未来所有权人的意见，但决定权在遗嘱人本身。而由于遗嘱生效条件为死因行为，居住权人与所有权人的利益冲突往往在其去世后才体现，故现实中仅以生前遗嘱对各方权利义务进行完全明确则很难实现居住权人与所有权人之利益平衡。除此之外，遗嘱人去世后，居住权人与所有权人之间不具有合同这一可调整双方法律关系具有事实法律效力的“规范”，而仅以遗嘱作为调整双方权利竞合问题的文本。合同各方当事人在合同履行中出现问题可经协调达成一致，但遗嘱人死亡后，为尊重遗嘱人生前自由意志，故遗嘱在此后履行中也不可能进行变更。以遗嘱方式设立居住权需要解决物权编与继承编协调适用的问题，尊重遗嘱人的真实意愿，在《民法典》的物权体系中，只有居住权存在合同与遗嘱并存的设立方式，这说明了以遗嘱方式设立居住权的特别之处及其在继承编中的意义。遗嘱方式设立居住权不能忽视物权编与继承编规则的衔接、解释与适用，例如对于遗嘱方式设立居住权规则的适用、遗嘱的解释、立法初衷的实现等，因此，以遗嘱方式设立居住权应符合继承编的相关规定，在适用法律条文时相比合同设立居住权模式更需要进行变通，方能达致遗嘱人身后，所有权人与居住权人的利益平衡。

2.1.3. 体系上的检验

在经历立法意旨与相似性的考量之后，所得出的参照适用方式还需要经历体系上的检验，以此避免得出结论背后所蕴含的价值与整体法体系所创设之价值相冲突[4]。参照适用虽然有立法者的授权，但是也不能违反立法者在规范体系内的价值选择。

如果以遗嘱方式设立的居住权参照适用《民法典》第 368 条的规定，采取登记生效主义，会导致遗嘱人死亡后自居住权登记方可设立，完全违背了我国继承法体系避免使财产处于无主的不稳定状态的目的。《民法典》第 230 条规定：“因继承取得物权的，自继承开始时发生法律效力”。即因为继承而导致物权变动的，无论是动产物权还是不动产物权，均无需登记，自继承开始时发生物权效力，无论继承人是否知悉继承活动已开始，该财产均归属于继承人名下。以遗嘱方式设立居住权，直接参照适用《民法典》第 368 条之规定则必然与第 230 条相冲突，故不应采用登记生效主义进行处理，否则将破坏《民法典》的体系性。

2.2. 基于《民法典》第 371 条的考量因素

2.2.1. 《民法典》第 371 条属于概括性参照适用条款

通过梳理《民法典》中的参照适用条款，根据参照的范围、领域以及对象的不同，可以将《民法典》中的参照形态分为限定参照和概括参照[5]。限定参照对参照的范围作出了明确的条件或范围限定，而概

括参照只对参照范围作出了概括性指引,并没有直接指出参照的对象,对于以遗嘱方式设立居住权而言,第 371 条的规定即属于概括式参照适用,即参照某节、某章甚至某一法律文本,而非具体式参照适用某条、某款甚至某一项内容。

这就说明参照适用的对象是一个规范群,而并非该规范群中的所有规范都应当被参照适用,要求法官在法律适用的时候必须对于相似性进行判断审查,以确定该规范是否可以被参照适用,换言之,《民法典》居住权一章的相关规定并非全部应当适用于以遗嘱方式设立居住权的情形,必须加以辨别、选择与排除。

2.2.2. 规范意旨的考量

如前文所述,在对立法意旨进行考量时,也要对参照适用条款规范意旨进行考量。《民法典》第 371 条的“参照适用”并不是机械地全盘套用,必须以二者间存在实质的相似性为前提。在我国《民法典》物权编编纂过程中,《民法典》第 371 条比《民法典》物权编草案二审稿第 162 条¹增加了“的有关”三字,将“参照适用本章规定”调整为“参照适用本章的有关规定”,增加这三个字表示以遗嘱方式设立居住权并非参照本章的所有规定。通过反面论证,参照适用的为“有关规定”,“无关规定”并不在考虑之列。

所以,在进行参照适用时,仍需考虑法条的规范意旨与立法目的,进行相似性的检验与体系检验。以遗嘱方式设立的居住权和以合同方式设立的居住权在物权属性、权利内容、权利限制、权利消灭的原因等方面均基本相同,因此,《民法典》居住权一章中规定的应明确当事人姓名、住宅位置及居住权期限等内容可以适用于以遗嘱方式设立居住权的情形。但关于居住权的生效问题,因其涉及居住权立法目的的实现、多元价值的权衡以及各编规则的体系性衔接,所以可以不参照适用居住权一章的有关规范。

3. “遗嘱方式”的范围界定

3.1. 遗嘱有效是以遗嘱方式设立的居住权生效的前提

以遗嘱方式设立居住权体现了遗嘱创设权利的功能,是居住权的设立原因。因此,以遗嘱方式设立居住权的情形下,遗嘱有效才涉及居住权的生效问题,遗嘱有效是遗嘱方式设立居住权的生效问题的重要基础与依据。

遗嘱有效,即在遗嘱人死亡后,遗嘱要按照遗嘱人的意愿发生法律效力,所需具备的条件即是遗嘱的有效要件。也就是说,遗嘱的有效要件是指遗嘱有效并按遗嘱人的意愿发生一定法律效力所必须具备的条件。根据《民法典》第 143 条,民事法律行为一般只要具备实质要件就发生法律效力,但在某些特殊情况下,民事法律行为还要具备特殊的形式要件才能发生效力,也就是行为形式合法。所以,遗嘱要符合《民法典》总则以及继承编中对于遗嘱有效实质要件的规定和形式要件的规定。如此,遗嘱人在遗嘱中为他人设立居住权的意思表示才发生法律效力,从而为以遗嘱方式设立的居住权的生效提供基础与依据。

3.2. “遗嘱方式”的范围界定

3.2.1. 居住权不属于遗产

遗嘱方式设立居住权存在一种矛盾现象,由于“所有权人不能为自己设立役权”且“所有权吸收他物权”[6],遗嘱人自身没有“居住权”,但权利人却根据遗嘱人的遗嘱取得了居住权。遗嘱人自己并没有居住权,那么对于居住权是自始存在的权利还是根据遗嘱方式设立而新产生的权利,即明确遗嘱人为他人设定的居住权是否属于遗产具有必要性。

遗嘱针对的是遗嘱人的遗产,遗产是继承法律关系的客体。遗产具有以下特征:第一,时间限定性,

¹参见《民法典》物权编草案二审稿第 162 条:“以遗嘱方式设立居住权的,参照适用本章规定”。

遗产是在自然人死亡而遗留财产时产生的；第二，财产性，遗产须是一种财产；第三，合法性，遗产是被继承人合法取得并享有的财产；第四，可流转性，遗产要转由继承人继承，依照法律规定或者根据其性质可以流转。对遗产范围进行正面解释，公民的合法财产包括可以转让的他物权[7]。而根据《民法典》第369条，居住权不得转让。《民法典》第1122条第2款规定：“依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产，不得继承”，居住权属于根据其性质不得继承的权利。“根据其性质不得继承”主要是指遗产不得是人身性权益，而与其他物权相比，居住权在我国法律中属于人身性权益，不属于完全的财产利益，设立的目的只是为了满足遗嘱人保障权利人的居住权益，不得转让、继承，除当事人约定外，不得出租。

综上所述，居住权不属于遗产，遗嘱人以自己合法所有的住宅之上的使用价值为他人设立居住权并不属于继承。通过遗嘱方式设立的居住权在设立前不以独立物权的形式存在，如果居住权在遗嘱人生前已经设立，那么没有必要通过遗嘱方式再次进行设立。居住权并不属于遗产，而是根据遗嘱方式设立而新产生的权利。

3.2.2. “遗嘱方式”包括遗嘱继承方式与遗赠方式

目前，“遗赠方式”是否属于以“遗嘱方式”设立居住权这一问题引发争议，简而言之就是对于“遗嘱方式”的范围界定问题，我国的国内学者大多认为可以通过遗赠方式设立居住权。因而以遗嘱方式设立居住权又可以分为遗嘱继承设立模式和遗赠设立模式。

杨立新、李怡雯教授将遗嘱继承方式与遗赠方式直接理解为“遗嘱方式”的下位概念，他们认为以遗嘱方式设立居住权，包括遗嘱继承方式与遗赠方式设立居住权两种情形[8]。申卫星、杨旭教授认为“遗嘱”不能被理解为狭义的遗嘱，而应该采取广义理解，即同时还包含遗赠，可以通过遗赠方式设立居住权[9]。对《民法典》第371条中的“遗嘱”作广义理解，还可以同《民法典》第1133条以下关于“遗嘱继承和遗赠”之规定在语言用法上保持一致[10]。单平基副教授认为，当事人除以合同设立居住权外，尚可依据遗嘱、遗赠等形式设权[11]。即遗赠方式与遗嘱方式、合同方式属于并列关系，根据这三种方式都可以设立居住权。房绍坤教授则认为，遗嘱继承与遗赠都是通过遗嘱进行的，遗嘱与遗赠并非属于并列关系。他认为将特定住宅遗赠给他人，并于该住宅上为受遗赠人以外的人设立居住权可以认定为设立了居住权[12]。

4. 基于以上分析的以遗嘱方式设立居住权的法律适用

4.1. 区分遗嘱继承设立模式和遗赠设立模式解释路径

遗嘱人可以通过遗嘱表达其为某个自然人设立居住权的意愿，当该遗嘱有效时，该遗嘱是居住权的设立原因。但是遗嘱的成立不能直接使居住权产生物权效果，不能简单地将遗嘱的生效条件等同于以遗嘱方式设立居住权的生效要件，以遗嘱方式设立居住权与合同方式不同，需要遵循继承编的相关规定。

根据遗嘱的财产定向传承、创设权利的功能与遗嘱属于单方行为、死因行为的法律性质，可以根据遗嘱继承设立模式和遗赠设立模式的不同，将以遗嘱方式设立的居住权划分出两条权利设立路径：第一种，遗嘱继承设立模式，居住权人属于法定继承人中的一人或者数人；第二种，遗赠设立模式，居住权人为法定继承人之外的一人或者数人。二者都是以遗嘱方式设立居住权，两者都根据遗嘱而产生，但是因为以遗嘱方式设立的居住权属于通过遗嘱的方式为居住权人新创设的权利，不在遗产的范围之内，不能产生遗嘱继承或遗赠的问题，但是为了保障遗嘱人的意愿不落空，保障居住权人的利益，可以类推适用《民法典》物权编通则第230条以及遗赠的相关规定来解决以遗嘱方式设立居住权的生效问题。

4.2. 遗嘱继承设立模式和遗赠设立模式下的具体法律适用

4.2.1. 遗嘱继承设立模式下类推适用《民法典》第 230 条

在遗嘱继承设立模式下，遗嘱人以遗嘱方式为法定继承人以内的人设立居住权。因为不同于合同方式设立居住权，且参照适用《民法典》第 386 条会破坏法律规范体系的系统性，因而不能参照适用《民法典》368 条“居住权自登记时设立”的规定。此时属于法律并没有明确规定的情况，应该采用类推适用的方法，类推适用《民法典》物权编通则第 230 条的规定，居住权自继承开始时生效。遗嘱人死亡时，居住权生效并成为该住宅所有权上的权利负担，具有独立的法律地位，居住权人对于该住宅具有占有和使用的权利，遗嘱所指定的继承人或者第三人不能妨碍居住权人行使居住权。

由于居住权产生于当事人内部，对外无法为他人知晓，且居住权人和所有权人本身存在分离的状态，如果遗嘱所指定的居住权人要求办理居住权登记，那么从保护交易安全以及维护居住权人的利益稳定的角度，要求进行登记符合物权的基本理念，因此，应该支持居住权人要求进行居住权登记的请求，可以与房屋的所有权登记一同办理。

4.2.2. 遗赠设立模式下参照适用《民法典》第 368 条

在遗赠设立模式下，遗嘱人以遗嘱方式为非法定继承人设立居住权，可以适用遗赠的相关规定，这样能够在最大程度上尊重遗嘱人生前真实的意思表示，保障居住权人的居住权益，实现以遗嘱方式设立居住权的立法初衷。

不同于遗嘱继承，《民法典》中没有规定接受遗赠是否会直接导致物权变动，需要明确遗赠引起的是物权变动效力还是产生债权效力。《民法典》出台前，关于遗赠的法律效力存在三种观点。第一，支持“物权变动说”的学者认为，遗赠可直接导致物权变动^[13]。第二，支持“债权效力说”的学者认为，遗赠仅具有债权效力，不能直接导致物权变动^[14]。第三，支持“独立效力说”的学者主张，遗赠具有独立的法律效力^[15]。而从我国《民法典》第 230 条的文义表达上来看，我国采取的是“间接取得”模式，即遗嘱生效后的法律效力仅仅是使得受遗赠人取得了对于遗产的债权请求权，而不是直接产生物权效力，并不能直接取得受遗赠物的所有权。

因此，如果在遗嘱中为非法定继承人设立居住权时，可以适用遗赠的相关规定，采用遗赠的“债权效力说”。这样看来，以遗赠模式设立居住权，在遗嘱中为法定继承范围外的人设立居住权与《民法典》第 368 条规定的合同方式设立居住权一样，在办理居住权登记前，不能产生物权变动的效果，只是在设立居住权后产生一种债权性质的请求权。所以，在遗赠设立模式下，应根据《民法典》第 371 条的指引，参照适用《民法典》第 368 条的规定，在满足遗嘱合法有效的前提下，办理居住权登记是设立居住权的生效要件。

5. 结论

总之，以遗嘱方式设立居住权的生效问题，应根据遗嘱继承设立模式和遗赠设立模式的不同而分别进行解释。在遗嘱继承设立模式下，遗嘱人为法定继承人以内的人设立居住权，因遗嘱具有死因行为的性质，而类推适用《民法典》物权编通则第 230 条，继承开始时即遗嘱人的死亡是居住权的生效要件；在遗赠设立模式下，遗嘱人为法定继承人以外的人设立居住权，因遗赠具有债权效力，参照适用《民法典》第 368 条，登记是居住权的生效要件。

参考文献

[1] [德]罗尔夫·旺克. 法律解释[M]. 蒋毅, 季红明, 译. 北京: 北京大学出版社, 2020: 56.

-
- [2] 王利明. 民法典中参照适用条款的适用[J]. 政法论坛, 2022(1): 44-55.
- [3] 赵春玉. 法律拟制正当性的诠释学思考[J]. 北大法律评论, 2016(1): 65-86.
- [4] 黄茂荣. 法学方法与现代民法[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 494.
- [5] 张弓长. 《民法典》中的“参照适用”[J]. 清华法学, 2020, 14(4): 107-124.
- [6] [意]彼德罗·彭梵得. 罗马法教科书[M]. 黄风, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2017: 194.
- [7] 郭明瑞, 房绍坤. 继承法[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 88-89.
- [8] 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[J]. 法律适用, 2020(11): 3-40.
- [9] 申卫星, 杨旭. 中国民法典应如何规定居住权?[J]. 比较法研究, 2019(6): 65-83.
- [10] 申卫星. 中国民法典评注·物权编(下)[M]. 北京: 人民法院出版社, 2021: 634.
- [11] 单平基. 《民法典》草案之居住权规范的检讨与完善[J]. 当代法学, 2019, 33(1): 3-15.
- [12] 房绍坤. 论民法典中的居住权[J]. 现代法学, 2020, 42(4): 83-98.
- [13] 梁慧星. 中国民法典草案建议稿附理由·物权编[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 50.
- [14] 马俊驹, 余延满. 民法原论[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 976.
- [15] 郭明瑞, 房绍坤, 关涛. 继承法研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003: 144.