

## 论居住权在住房保障体系中的优势

范煜

青岛科技大学法学院, 山东 青岛 266061

[摘要] 自本世纪以降, 学者们对于居住权是否入法争议已久, 争论焦点更是从家事领域扩展到住房保障。现有住房保障体系存在诸多不足。居住权在与租赁权、所有权的对比中尽显优势。居住权既可以保证公租房数量实现“住有所居”, 还可以在入役权的框架下实现资金回笼, 使居住权具有从社会性转向投资性的可能。对于经济适用房因房产投机以及其本身有退出保障性住房的趋势, 应退出住房保障体系, 而共有产权房则静观其变。

[关键词] 居住权; 住房保障; 投资性居住权

DOI: 10.33142/mem.v3i1.5795

中图分类号: D923.2

文献标识码: A

### Discussion on the Advantages of Housing Right in Housing Security System

FAN Yu

Law School of Qingdao University of Science and Technology, Qingdao, Shandong, 266061, China

**Abstract:** Since the beginning of this century, scholars have been debating whether the right of residence should be incorporated into the law for a long time, and the focus of the debate has expanded from the field of family affairs to housing security. There are many deficiencies in the existing housing security system. The right of residence shows its advantages in comparison with the right of lease and ownership. The right of residence can not only ensure the number of public rental houses to achieve "housing", but also realize the return of funds under the framework of human servitude, making it possible for the right of residence to change from sociality to investment. For affordable housing, due to real estate speculation and its own tendency to withdraw from affordable housing, it should withdraw from the housing security system, while the common property right housing will wait and see its change.

**Keywords:** right of residence; housing security; investment residence right

从 1986 年我国正式通过《民法通则》到 2020 年《民法典》颁布, 中国民事立法仅 35 年就走向了法典化, 开辟了中华民族法典化的新时代。但是我们也应承认在立法过程中由于历史局限性等原因在某些方面考虑不周。就居住权来说, 我国物权法立法过程中, 《物权法征求意见稿》第 214 条中就规定了居住权不得转让、继承, 居住权人不得将居住的房屋出租, 另有约定者除外。其后两次审议稿和《物权法(草案)》均坚持这一原则, 但是在正式颁布的《物权法》中居住权的相关条款却不见踪迹。<sup>[1]</sup>而当该相同表述出现在《民法典》第 369 条中时, 关于居住权的立法已走过 18 个年头。

在这 18 年中关于居住权入法的争论学界一直没有停止过。对居住权入法持否定观点的学者, 他们一方面从立法结构上论述居住权入法不具有可行性, 即没有人役权的情况下贸然设立居住权会使得立法框架不完整;<sup>[2]</sup>另一方面, 他们认为该制度的应用场景较少, 且多为家事居住领域, 其功能在我国发挥空间有限。<sup>[3]</sup>与之相反的是, 申卫星教授在家事领域外还参考德国等民法立法, 将居住的功能从社会性居住权转向投资性居住权, 使居住权具备保障性和投资性的双重功能。<sup>[4]</sup>鲁晓明教授更是写专文叙述居住权并非人役权的本体内容, 二者可以相互切割, 从法理上破解立法构建之难题。<sup>[4]</sup>而住房保障作为居住权从家事领域扩展的应用场景之一, 其不仅发挥了该制度原有的满足社会弱

者居住的功能, 而且展现出一定的投资功能即商业化的优势。为此, 本文的主要目标在于: 在分析现有住房保障体系不足的基础上, 试图发挥居住权的优势来弥补该体系中的不足, 使其更好的服务于社会弱者, 彰显民法典之伟大。

### 1 我国现行住房保障体系及其不足

近年来, 由于人口激增, 城市外来人口不断攀升, 社会主要矛盾转变等问题, 国家一直强调保障性住房建设和管理, 有效增加保障性住房供应, 发挥多方社会力量的作用满足困难家庭的居住需求。但住房保障如火如荼进行的同时, 也要看到其本身的不足。

#### 1.1 公共租赁住房

公共租赁住房是面向中等偏下收入住房困难家庭、新进就业无房职工、新就业毕业生和在城镇稳定就业的外来务工人员的出租的保障性住房, 其打造了面向中低收入群体“全覆盖”保障体系, 扩大了覆盖范围, 有利于增加社会稳定和经济稳步增长。

但其缺陷也显而易见。首先, 从融资渠道来看, 公租房的投资主要来自政府和社会投资, 但主要还是依赖于前者。其次, 在规划选址方面, 由于整体规划建设以及充分利用土地会获得更多土地出让利益是地方政府更愿意选择的方式。而这有加剧社会阶层分化的风险, 以及难以享受主城区的优质公共资源, 不能做到“同城待遇”。第三, 就申请程序来说, 公租房保障门槛设置高, 申请、评估程

序繁琐,会将部分人排除在该保障体系之外。例如有些地区提出了相应的社保缴纳要求,这就使得意在压缩用人成本的单位的员工没有申请公租房之资格。<sup>[5]</sup>同时就青岛来说,该市虽然在审批程序中的评估方式值得借鉴,但依然需要经过抽签、排队,普通申请人选到自己心仪住房的可能性有限。最后,“退租难”一直是影响公租房数量的一大原因。造成这种情况主要归于政策法规不健全导致无法可依,监管机构与人员配备不到位导致执法不严,信息不对称导致“骗租”“赖租”时有发生,诱导性退出机制缺乏以及承租人占便宜的心态等原因。<sup>[6]</sup>

### 1.2 经济适用房

经济适用房是以房屋所有权的方式为中低收入群体提供的一种保障性住房,一般来说经济适用房较普通的商品房价格低廉,在该群体的承受范围之内,从而使其住有所居。但是上述公租房所面临的问题,同样也是经济适用房所不能避免的,外加实际价格仍过高,甚至某些地区的经济适用房和商品房价格相差无几,一般人难以负担,但这并不是其最主要的问题。

首先,经济适用房一定条件下可以在市面上流通,这就为房产投机者留下可操作的空间。实践中,已有大量人群低价购入经济适用房,待达到可流通条件后再以市场价格出售,牟取巨额利益,且套利空间大,极易诱发权力寻租。这明显与经济适用房的设立目的背道而驰。同时,实践中房产中介通过虚构债权债务胜诉后由法院强制执行以规避五年内不得上市交易的限制,此模式已经成为某些房产中介交易未达上市年限的经济适用房之“标准流程”。<sup>[7]</sup>其次,由于信息不对称导致申请者真实收入、经济状况无法识别,一些中高收入群体也混进了受保障群体之中,使得应当受保障的群体因名额限制而得不到保障。同时由于经济适用房具有价格低廉、可上市交易等特点,诱使本不具有购房资格的人借已具备了申请资格但不打算或者当时无购买意图的人之名购买该房产,即借名买房。由此引发的借名人与出名人之间的纠纷一直存在。

### 1.3 共有产权房

共有产权,即房产所有权归政府和购买者共有,两者按投资比例持有所有权,并对增值收益进行分配,由此降低居民安家的成本,也达到杜绝房产投机之目的。通过共有产权制度构建配租、配售、自有的合理衔接的住房体系的同时,也保障的中低收入群体尤其是“夹心层”的住房困难。但是购房人对共有产权房在各方面都受到了限制。与按份共有相比,这些限制具体体现在对共有物的使用和收益权能与处分权能的差异、管理和维护义务的差异以及继承的差异。首先,在对共有物的使用和收益方面,购房人可对共有产权房之全部进行使用,且限制出租。但是按份共有人可以对自己所有的份额占有并出租。其次,管理和维护义务也全部落在购房人的身上。再次,购房人不能像按份共有般随时请求分割、无优先购买权,且禁止转让赠与;对于应有份额是否可以抵押各地规定也不一。最后,

按份共有物可以继承,但是共有产权房有所限制。<sup>[8]</sup>

## 2 居住权何以解决现阶段住房保障之不足

### 2.1 居住权的主体

正是由于居住权经历了主体从弱势家庭成员到一般财产权利人的扩展适用,《民法典》第367条第1款才得以规定,居住权合同一般包括一方当事人的姓名或者名称和住所,将居住权的当事人扩展到自然人之外的法人、非法人组织。<sup>[9]</sup>但是有学者采“限缩解释”的态度认为法人、非法人组织只能作为居住权的设立人,而并不能作为居住权人。<sup>[2]</sup>如若支持,则居住权不能从伦理性扩展到投资性,不能达到建立多层次住房保障体系的目标。故笔者赞成居住权的主体为自然人、法人和非法人组织。这就为政府保留保障性住房的所有权留足空间。既可以为自然人设立,也可以为法人(如某开发商)设立,使该法人依据出租的形式继续盈利,保障前期投资回本。有人提出,如果任由居住权人将设有居住权的住宅出租会使得该制度成为牟利的一种方式。但无论是《民法典》以官方的身份为居住权的“商业化”保留空间,还是在居住权最初法定化的《优士丁尼法典》中都规定了可以出租<sup>[10]</sup>,可见将设立居住权的住宅出租并非非法之禁止。

### 2.2 居住权的客体

《民法典》第366条规定,居住权是对他人的住宅享有占有、使用的用益物权。故居住权的客体为“住宅”。有学者认为只要是可以供人居住的房屋,即一切合法建造的、建筑规划涉及为居住使用的建筑物都可以作为居住权的客体,而不分高低贵贱。甚至在宅基地上的住宅也可以设定该权利,因为居住权本身不得转让并不违反“宅基地不得转让”的规定。但是由于对设定居住权的住宅要有完全的处分权,故对不得处分的房屋或者处分权受限的房屋不能设立居住权。<sup>[11]</sup>由于行为人在经济适用房、共有产权房之上处分权受限,因此笔者建议此两者退出住房保障体系,原因也会在下文进行阐述。

那么在某一住宅中的设立一间房上设立居住权是否可行呢?一方面,如果严格按照一物一权原则,由于大多数人只拥有一套房产,只能在该房产上设立居住权,则该制度的功能就会大大降低。同时既然房屋所有权人可以将一套房屋中的一间或者数间出租或者出借,那么居住权为什么不可以呢?<sup>[11]</sup>另一方面,就住宅的一部分设立居住权并不违反物权客体特定主义。居住权是对住宅之全部所施加的一种负担,只是居住权人的行使范围须受特定部分限制,但为满足生活需要必须使用的如厨房、卫生间等生活设施,居住权人有权使用。<sup>[2]</sup>德国立法例也表明了可以在住宅的一间房上设立居住权,即在德国民法典第1093条第1款中明确规定:在排除所有人的情况下,将建筑物或建筑物的一部分作为住宅加以使用的权利也作为限制性人役权(居住权)而设定<sup>[12]</sup>。而且德国法学家鲍尔教授在其著作《物权法》中提到,“M曾向地上权人ER提供给一笔大额建筑造价补助,ER为前者在其房屋中的一间住房

上设定长期居住权”。这也表明可以设立单间的居住权，并符合德国通说。所以，在同一公租房之上为多个申请人设立居住权是可行的，但要事先征得当事人的同意，且住宅需以两居室为宜，以免居住者因生活观念不同而产生冲突。

### 2.3 居住权与“租赁”之性质对比

由于居住权尚未市场化，目前房屋利用形式大致停留在“房屋所有权”以及“租赁权”两种，这种二元立法模式过于极端和僵化，难以完全满足当事人的多样化需求。

#### 2.3.1 居住权与租赁权之比较

租赁权作为债权，租住他人的房屋只是建立在租赁合同基础之上，缺乏必要的稳定性。即如果承租人毁约，出租人的收益必然受到减损，难以起到稳定预期的作用；如果出租人毁约，搬离原房、寻找新房也会使自己不得不支出额外的费用与精力，同时无论是所有权人再次选择将房屋出租或者出售，房屋空置也会造成使用价值贬损。而居住权作为定限物权，在其权利存续期间效力对住宅的占有、使用之权利当然优先于所有权，只有该权利消灭之后，所有权人的权利才恢复到圆满状态。同时基于公示生效主义，居住权赋予居住权人对第三人的效力，而面对例如买卖不破租赁等特殊规则，尤其是涉及第三人利益时，作为相对权的债权，其权利的真实性经常备受质疑。<sup>[4]</sup>故居住权同时具有“房屋所有权”的稳定性和“租赁权”的灵活性，在很大程度上缓和了现有二元立法模式的封闭和僵化。该制度不仅能够充分落实所有权人对房屋的自由支配，而且为当事人利用房屋提供了更多可供选择的财产利用方式，从而达到物尽其用之效。<sup>[7]</sup>

#### 2.3.2 租购同权视角下的居住权

以广州市 2017 年提出赋予房屋承租人在公共政策与房屋所有权人同等权利为标志，租购同权成为近年来政府着力推荐的房地产变革措施，且在 2020 年中央经济工作会议中再次提到。按照租购同权的制度设计，承租人可基于租赁权在就业、子女上学、老人福利等方面享有与房屋所有权人同样的权利。然而该制度却存在难以克服的缺陷，直到居住权诞生。首先，属于债权的租赁合同具有相对性，不足以主张外部其他权利；而居住权为物权，以其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。其次，债权以意思自治为基础，其变动性极大，承租人取得了其想要的公共服务后可以提前解除合同。但居住权以公示为生效要件，此权利外观更具有可信性，而且一般期限较长。<sup>[4]</sup>而且可以通过设立长期居住权的来反向支持“租购同权”制度，在改变购房观念的同时，也会促进“住房不炒”等前进理念的传播。

### 2.4 居住权与“所有”之对比

所有权的形式在住房保障体系中大致为上述第一部分提到的经济适用房和共有产权房，而与居住权相比，首先这两者在取得完整所有权后即终生享有，与永久性居住权同。同时居住权还可约定期限，较所有权灵活。其次，居住权与此两种形式在目的、功能方面也具有相似性，足可替代经济适用房和共有产权房。再次，政府或者其他部

门对设立居住权的住宅保有所有权，有效抑制了房产投机行为，保障了中低收入群体的住房权利。最后，与共有产权房相比，居住权在保有共有产权限制出租以及不得转让、抵押<sup>[8]</sup>、赠与的行为外，还具有特定情况下的占有权、请求赔偿的权利、排除妨害请求权以及监督和控制的权利。如此也可以解决部分学者所担心，所有权与使用权分离会使居住权能具有架空所有权而使其成为空虚所有权、造成房屋价值贬损的可能。<sup>[4]</sup>至少房屋价值的贬损由国家承担不会落到公民身上。

## 3 居住权在住房保障体系中的优势

由于房屋利用形式目前仍停留在二元结构上，且根据第一部分对现有住房保障体系的分析，保障性住房要解决的主要是数量问题，房屋的多寡决定着可以保障该群体的数量；其次是价格，由于申请人本身属于经济上的弱者，故不宜向其收取过多的费用。对此，笔者将从数量和资金两个层次阐述居住权在住房保障体系中可能发挥的作用。

### 3.1 公共租赁住房

#### 3.1.1 数量

首先，保障住房数量有建房、退房，以及通过租赁补贴租住私有住房的三种形式。第一，新建公租房是要将规划选址集中规划建设为分散建设，在新出让的商品房开发地块上根据比例配建一定数量的公租房，这大大缓解了房屋建造者后期收益回本的压力<sup>[5]</sup>。由于考虑到商品房建设出售，该地应尽量靠近交通设施便利、公共服务设施全面的地区，弱勢家庭子女上学、医疗、老人福利等方面的公共服务提供便利。由此符合上文提到的“租购同权”的设计想法。

其次，通过租赁补贴租住私有住房，是基于扩大保障性住房数量，方便新就业毕业生、外来务工人员等群体工作变换，以及生活便利的需要。该群体可以自己选择地段或改变租住的住房，不足租金的部分自己负责。对此方式设立居住权是从当前房屋政策大环境考虑的，即多数政策红利已开始向房屋租赁领域倾斜，尤其是长租房市场。基于上文对居住权与租赁权的相似性与差异性分析，以及居住权期限和保障性能更胜于长租房的优势，故在公租房尤其是通过租赁补贴取得住宅的方式中运用居住权更能符合该群体的利益。由于《民法典》第 366 条明确规定，居住权的主要功能在于满足生活居住需要，应当对居住权的“商业化”进行一定限制，以免使得长租房模式下的“蛋壳噩梦”<sup>[13]</sup>在居住权领域再次出现。

再次，从退出机制方面保障公租房的数量。根据相关调查<sup>[6]</sup>公租房承租人在 18 岁-40 岁的占 84.8%，分别有 34.74%和 31.89%的承租人在是否选择“赖租”和“骗租”方面视政府采取的措施而定。由此，首先应健全退出机制的相关法规；其次，采取不同收入群体混合居住的模式，鼓励有能力者增加自身收入引导其退出；第三，在采用居住权设立的公租房上，居住权注销登记的权限应由居住权人、所有权人与公权力共同拥有，防止所有权人与居住权人内部勾结。由于上述调查中采取起诉并强制执行的效果

相对较好,代表公权力一方可通过诉讼的方式来注销登记,达到防止居住权人“赖租”“骗租”。

最后,在家事领域的“截流”。居住权远在古罗马时期就是房屋所有权人为了避免家属流离失所而在遗嘱中为其设立居的住权益。当下此权利依然能避免家事中处于弱势的一方因住无所居申请保障性住房而占用宝贵的名额。居住权可以在住宅的一间房之上设立,为只有一套房产的大多数人开辟了新的选择。

### 3.1.2 资金

打造具有投资性质的住房保障体系。由于居住权在德国等国家是具有投资功能的权利属性,对于投资性能国内不少学者也提出了合理化的建议,但是这些建议并没有被《民法典》所采纳,并规定不得转让、继承的绝对禁止。但是依然可以通过其他方式把居住权打造成一种具有投资、盈利性质的权利。为了方便区分租赁房屋的“租金”和设立居住权的“租金”,本文中笔者将后者称为“居住金”。此方法即根据申请人的意愿,将设立居住权的公租房的申请人多缴纳的“居住金”视为预先缴纳的同时,将该部分用于理财等保值收益运作以达到投资的功能。

首先,这项功能的权限必须是针对设立长期居住权(包括永久性居住权)的居住权人,如若同时在短期居住权和租赁领域适用,政府投入的精力、成本会过大,不利于居住权人以及政府长期稳定收益。其次,用于设立居住权的是公租房,排除仅仅以租赁形式占有的公租房。因为居住权的公示生效之对抗性能,既可以对内稳定居住权人,也可以对外稳定建设投资方以及将“居住金”进行运作的第三方金融机构。第三,对于一般的“穷苦大众”来说,投资理财的观念对其影响并不深刻,虽然一生勤勤恳恳,但老来回首过往攒下的钱并不多。而为了满足居住的基本需求,其即便是租赁房屋必然也会提前缴纳部分租金,相比之下具有公示外观的居住权能更加稳定,且提前缴纳的部分产生的收益可以提取到自己账户中或者充抵“居住金”,对于身为经济上的弱者的居住权人来说是莫大的鼓舞。同时也会助力中国市场经济,进而可能影响居住权立法的修改,彻底突破人身限制成为可以自由设立、让与的独立产权,真正将居住权从“身份”发展到“契约”。

### 3.2 经济适用房与共有产权房的退出

基于前文对经济适用房弊端的分析——主要是房产投机行为,及经济适用房有退出保障性住房的趋势<sup>[6]</sup>,笔者建议经济适用房退出住房保障的舞台,使居住权取而代之。经济适用房之所以在价格上低于商品房,一方面由于各种资金的支持,但其重要原因是该土地不征收土地出让金,但在经济适用房上市交易时还需要补交,对购买人来说也是一笔不小的开支。而在居住权制度下,由国家保有公共租赁住房尤其是经济适用房的所有权,为申请者提供安全、舒适、公平的居住环境,对终生无法购买一套房产的申请者来说,设立永久性居住权与购买该住房效果不二,都能满足居住需要,且都有终生保障的归属感。此时政府的所有权是空虚所有权,

房产本身的溢价增值是投资的体现,也是后期投资回血的保障。如果为开发商设立居住权,其在建成后还可以将该住宅出租。由于共有产权房起步较晚,多地试点正在进行,效果如何且应静观其变,但居住权也能在其中发挥功效。

其次,“居者有其屋”的观念千百年来深入人心,从借名购买的案件纠纷中就可见一斑。当时机合适,居住权人可以申请注销登记取得购房资格,但是为了防止房产投机行为对于此两种保障性住房的上市还得保有一定年限才可。

## 4 结语

住房保障制度事关人们美好生活,事关经济长期向好。要满足中低收入群体的住房需求实现住有所居,就要解决住房结构性供给不足的矛盾,完善住房市场体系和住房保障体系,建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度。而居住权作为十四五的开端之作,无论在其主体、客体、存续期间、公示效果,还是与“租赁”、“所有”两种形式的对比中都展现出强劲优势。为此,住房保障体系需要也必将注入居住权这一充满活力的新鲜血液。

### [参考文献]

- [1] 申卫星. 视野拓展与功能转换:我国设立居住权必要性的多重视角[J]. 中国法学, 2005(5): 77-234.
  - [2] 房绍坤. 论民法典中的居住权[J]. 现代法学, 2020, 42(4): 83-86.
  - [3] 梁慧星. 关于民法典分则草案的若干问题[J]. 法治研究, 2019(4): 5.
  - [4] 鲁晓明. “居住权”之定位与规则设计[J]. 中国法学, 2019(3): 93-223.
  - [5] 章擘旸. 公共租赁住房政策研究——以南京市为例[D]. 南京: 南京大学, 2016.
  - [6] 于晓芬等. 我国城镇住房保障体系及运行机制研究[M]. 北京: 经济科学出版社, 2018.
  - [7] 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[J]. 现代法学, 2018(3): 106-107.
  - [8] 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[J]. 法律科学, 2019(3): 102-104.
  - [9] 屈然. 论我国居住权的设立方式与登记效力[J]. 法学杂志, 2020(12): 92.
  - [10] 肖俊. 罗马法中非典型物权形态的解释方法研究——以使用权、居住权的形成史为中心的考察[J]. 求是学刊, 2012(1): 90.
  - [11] 席志国. 居住权的法教义学分析[J]. 南京社会科学, 2020(9): 91-92.
  - [12] 陈卫佐. 4版. 德国民法典[M]. 北京: 法律出版社, 2015.
  - [13] 缪因知. 蛋壳已“碎”:长租公寓如何收场[J]. 中国中小企业, 2021(1): 33.
- 作者简介: 范煜(1995-)男, 汉族, 山东潍坊, 硕士, 青岛科技大学法学院, 研究方向为民商法学。