



遗嘱型居住权构成要件的参照适用

胡建, 董秀静

(浙江理工大学法学与人文学院, 杭州 310018)

摘要: 为契合人人居有定所的社会治理目标, 落实“加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度”的公共政策, 我国《民法典》增设了具有保障性质的遗嘱型居住权。在设立路径上, 遗嘱型居住权不宜直接适用合同型居住权的设立规则, 而应依法类推适用、概括参照适用。遗嘱型居住权构成要件的参照适用, 应遵循“检索相似性和差异性—考量立法意图和价值目标—完成体系化检验”的三阶审查程序。在设立居住权的形式要件维度, 设立居住权的遗嘱应当采用书面形式。以录音录像形式和口头形式订立的遗嘱, 能够满足书面形式要件的功能价值和立法意旨, 也可以作为设立居住权的前置性成立条件。对于遗嘱型居住权的变动模式和登记效力, 应当采取当然继承主义下的移转理论, 区分继承的两个阶段, 来明确规范的具体适用。明晰以遗嘱方式设立居住权的路径, 有利于充分发挥居住权的制度优势, 达成房屋所有权继承人、居住权人、善意房屋所有权受让人和立遗嘱人的债权人之间的利益平衡。

关键词: 遗嘱型居住权; 构成要件; 参照适用; 书面形式; 物权变动模式; 登记效力

中图分类号: D913

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851(2026)06-0369-09

Reference application of the constituent elements for testamentary right of habitation

HU Jian, DONG Xiuqing

(School of Law and Humanity, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou 310018, China)

Abstract: To achieve the social governance goal of ensuring that everyone has a place to live, and to implement the public policy of "accelerating the establishment of a housing system with multiple sources of supply, multiple channels of protection, and both renting and purchasing options, *Civil Code of the People's Republic of China* has established testamentary right to habitation with protective attributes. Regarding the establishment pathway for the right of habitation, testamentary right of habitation should be established by analogously applying and broadly applying the provisions governing contractual habitation rights, rather than directly applying the relevant provisions for contractual habitation rights. The specific application of analogous reference for the constitutive elements of testamentary residential rights requires adherence to a three-stage review process: identifying similarities and differences, considering legislative intent and value objectives, and completing a systematic examination. In terms of the formal requirements for establishing a habitation right, a testamentary habitation right should be established in written form. Wills made in the form of audio or video recordings or orally can also serve as a precondition for establishing habitation rights if they meet the functional requirements and legislative

收稿日期: 2025-11-03 网络出版日期: 2026-05-07

基金项目: 国家社会科学基金一般项目(25BFX060); 浙江省社科规划“党的二十届三中全会和省委十五届五次全会精神研究阐释”专项项目(2025ZD06); 浙江省高校重大人文社科攻关计划项目(2023QN091)

作者简介: 胡建(1981—), 男, 云南建水人, 教授, 博士, 主要从事物权法和土地法方面的研究。

intent of the written form. Changes to testamentary habitation rights and the effect of registration should follow the transfer theory under the principle of automatic inheritance to distinguish two stages of inheritance, so as to clarify the specific application of the norms. Clarifying the pathway for establishing habitation rights through wills helps fully leverage the institutional advantages of habitation rights and achieves a balance of interests among heirs to property ownership, habitation right holders, bona fide property acquirers, and creditors of the testator.

Key words: testamentary right of habitation; constituent elements; applicable by analogy; written form; modes of change of property rights; effectiveness of registration

居住权制度最早可追溯至罗马法,其设计初衷在于对非继承顺位的家庭成员,尤其是遗孀和未婚女儿,提供基本的生活保障^[1]。继承制度是居住权产生的制度基础,遗嘱继承是居住权最早且最重要的适用场景^[2]。面对当前的房屋居住形势和社会老龄化趋势,为了满足家庭成员生活保障、顺应权利多元化发展的目的,《中华人民共和国民法典》(以下简称我国《民法典》)正式确立以遗嘱方式设立居住权的制度。然而,关于遗嘱型居住权的具体设立规则,我国《民法典》第371条仅作出“参照适用本章的有关规定”这一准用性规范,导致诸多法律适用难题产生:如何准确参照适用?如何设立具备法律效力的遗嘱型居住权?

在我国债权形式主义立法模式下,遗嘱型居住权的成立与生效,需从意思表示、标的、主体、遗嘱形式及登记效力五个要件展开审查。学术界围绕遗嘱型居住权构成要件参照适用的适用规范或理论选择展开诸多探讨,争议集中表现于形式要件和生效要件的参照适用层面。针对形式要件是否适用《民法典》第367条的问题,多数学者主张,为实现我国《民法典》物权编和继承编的体系协调,设立居住权的遗嘱不必全部采用书面形式。只要遗嘱符合《民法典》第1134—1139条的形式规定,便完成了遗嘱型居住权形式要件的法定要求,具备了遗嘱型居住权有效设立的形式前提^[3-6]。少数学者认为,为确保居住权人的合法权益得到有效保障,通过遗嘱创设的居住权必须以书面形式为载体,否则难以产生法律效力。口头遗嘱和录音录像遗嘱在形式要件层面无法满足居住权设立的法定形式要求,无法设立有效的居住权^[7]。针对生效要件适用我国《民法典》第368条、还是适用《民法典》第230条的问题,学者们普遍从规范解释或规范构造的角度进行分析。基于规范解释理论的视角,部分学者考虑到居住权的特殊性,认为其应适用《民法典》第368条来确定物权变动模式和登记效力。易言之,遗嘱继承人自居住权登记时

取得居住权^[8-10]。也有学者认为通过遗嘱设立的物权具有特殊性,应当适用《民法典》第230条来确定物权变动模式和登记效力^①。换言之,遗嘱继承人自继承开始时就可以取得居住权,登记仅具有宣示意义^[11-14]。另有学者采用规范构造理论,认同遗嘱型居住权的物权变动模式应当适用《民法典》第230条的观点。与采用规范解释理论学者不同的是,为维护交易安全、保护第三人的信赖利益,也有学者主张对我国登记仅具有宣示意义进行修正,认为登记是對抗要件。概言之,遗嘱型居住权自继承开始时即发生物权变动,但是未经登记不得对抗善意第三人^[15-17]。

综上所述,各方学者对于遗嘱型居住权构成要件的参照适用问题,存在不同的理解。因此,有必要深刻辨析各种学理观点的法律适用性,剖析其对当事人权益产生的现实影响,以弥合理论争议、统一裁判尺度,最终平衡继承关系中各方当事人的合法权益。鉴于此,本文以遗嘱为法定继承人设立具有法律效力的居住权为切入点,在厘清遗嘱型居住权参照适用的属性与程序的基础上,进一步探讨遗嘱型居住权形式要件和生效要件的参照适用问题。

一、遗嘱型居住权参照适用的法理基础

我国《民法典》第371条属于典型的参照适用规范、不完全法条^[18]。法律适用者需要参照适用被指引规范的构成要件和法律效果,才可实现有效设立遗嘱型居住权的目的。因此,必须明确遗嘱型居住权参照适用的具体对象和适用流程。下文从参照适

① 司法实践比较赞同遗嘱型居住权的生效物权变动模式与登记效力,适用我国《民法典》第230条进行判定的观点。典型表现为,人民法院案例库2025年6月23日收录的一篇主题相关的司法判例主张,遗嘱所设立的居住权自继承开始生效,因遗嘱继承而取得房屋所有权者负有配合完成居住权登记的义务。详见杨某甲诉杨某乙、刘某言等继承纠纷案,北京市第一中级人民法院(2021)京01民终10858号民事判决书。

用的属性与程序双重维度切入,探究遗嘱型居住权构成要件参照适用的具体适用规则。

(一)遗嘱型居住权参照适用的属性

首先,遗嘱型居住权的参照适用属于法定类推适用。类推适用以平等原则为法理基础,其操作核心在于对事物性质进行相似性判断,且其本质原理是根据既有规范进行“同案同判”^[19]。参照适用的具体适用,同样要求贯彻“相同情况同样处理,不同情况特殊处理”的理念,对规范所规定的法律事实进行“类型化归入—差异化调适”的辩证判定^[20]。就居住权的设立而言,现行规范体系已经对遗嘱型居住权设定建构起明确的规范转介路径,即类推适用合同型居住权的相关规定。

其次,遗嘱型居住权的参照适用属于概括参照适用。与具体参照适用规范相比,概括参照适用条款的指向性更为模糊,法律适用者的自由裁量空间更大。故而,在确立遗嘱型居住权参照适用对象时,必须甄别规范体系中适宜援引的条款。我国《民法典》居住权章节包括6个条款,除遗嘱型居住权参照适用条款和居住权概念条款外,剩余4个条款的规定包括合同型居住权的设立、转让和消灭等内容。因此,遗嘱型居住权应当参照适用合同型居住权的设立规定,包括合同书具体内容、书面形式和登记效力等内容。

最后,遗嘱型居住权的参照适用绝非直接适用。在参照适用规范的具体适用上,考虑到其调整的法律事实自身所具备的特异性,法律适用者可以选择性地不适用被指示参照适用的规范,而并非绝对地适用被指示参照适用规范^[21]。换言之,法律适用者在适用参照适用规范时需要进行自由裁量,不必局限于被指示参照适用规范的范围中,存在继续寻找法律适用和辨别相似性的过程。由此观之,遗嘱型居住权参照适用规范的衔接,需遵循“共性适用、差异排除”的二元路径。立足于同为居住权设立制度的考量,遗嘱型居住权可以适用部分合同型居住权的设立规范;基于不同设立方式的区别,遗嘱型居住权可以排除部分合同型居住权规范的适用。

(二)遗嘱型居住权参照适用的程序

参照适用的程序,需要从规范解释学和价值法学的双重角度展开系统建构^[22]。第一步要求寻找参照适用对象与被指示参照适用对象之间的相似性和差异性。运用法律关系的“类型化”分析技术,进行相似性和差异性判断,为后续如何进行参照适用以及哪些规范予以适用、哪些规范不予适用作铺垫。

第二步要求系统解构实证法规范的价值理性基础和立法者预设的规制性意图,借由规范目的论解释路径,完成是否存在参照适用的必要性及如何进行参照适用的论证。第三步要求对规范引致结论进行法律体系上的检验。通过规范谱系的位阶调适与价值秩序的衡平论证,确保引致结果能够完成恪守宪法优位性原则、维系法律原则的价值同源性、避免与实证法制度产生规范裂隙的三重验证,使得法的整体作为一种意义,脉络清晰呈现、澄明可解^[23]。

遗嘱型居住权构成要件参照适用的具体适用,需要遵循上述严谨的三阶审查程序。首先,进行居住权设立要件的相似性和差异性检索。在居住权的一般成立要件层面,从当事人角度进行审视,合同型居住权的缔约主体既可以为自然人,也可以为法人或者非法人组织,而遗嘱型居住权的权利主体只能为自然人;从意思表示和标的角度进行分析,两者成功设立同样需要有效的意思表示和确定的标的,在此方面具有共同性。在居住权的特殊成立要件层面,设立居住权的合同应当采用书面形式。遗嘱存在自书、代书、打印、录音录像、口头以及公证六种形式。其中部分形式不以书面文件为载体,能否设立有效的居住权仍值得考究。在居住权的生效要件方面,合同型居住权采登记生效主义,物权变动自登记时发生。而依遗嘱设立的物权,自遗嘱人死亡时发生物权变动。遗嘱型居住权作为遗嘱设立物权之一,是否仍应适用登记生效主义,尚存争议。

综上所述,遗嘱型居住权与合同型居住权在设立路径层面既显现出共通性,又显示出差异性。遗嘱型居住权有效设立的堵点,集中表现于形式要件和生效要件层面。因此,需要进一步考量法律规定背后的立法目的和规范意旨,谨慎选择遗嘱型居住权的具体适用规范,并进行体系化的检验。

二、遗嘱型居住权形式要件的参照适用

立遗嘱人为法定继承人设立居住权的遗嘱是否应当严格适用合同型居住权书面形式要件的规定,以及缺乏书面载体的录音录像遗嘱、口头遗嘱能否有效设立居住权,构成遗嘱型居住权形式要件的核心参照适用难题。破解上述难题需要基于法定形式要求的立法宗旨展开考察,从价值评判、功能权衡及规范体系协调性检验等维度进行法理辨析。

(一)书面遗嘱设立居住权的必要性解析

书面形式的遗嘱内容直观具体,具有证据效力和公示作用^[24]。立法者为维护交易关系安全和司

法秩序安定,要求特定行为必须以书面形式确立,以避免因举证困难或欺诈而导致减损当事人权益的情况出现^[6]。《德国民法典》立法理由书中对法律规定应当采取书面形式的强制功效进行功能论证,具体呈现为四个维度:其一是发挥法律规定的警示功能,促使表意人审慎严肃地进行意思表示;其二是明确法律行为的性质,确保完成毫无疑问;其三是固化证据,为真实性审查提供客观载体;其四是减少潜在纠纷,简化诉讼程序^{[25]287}。结合上述分析,可以总结出居住权以书面合同形式设立的规范意旨。即立法者考虑到居住权创设会构成房屋所有权上的用益物权负担、实质转移住宅的占有和使用权能的法律事实,为促使缔约双方提升法律意识、审慎决策,固化权利义务条款、形成确权凭证,以及预防争议、方便诉讼,明确要求当事人在订立居住权合同时必须采用书面合同书形式^[26]。

通过前述规范意旨和制度功能的论证可知,书面形式具有适用的正当性和必要性,是遗嘱设立居住权的特殊成立要件。首先,书面遗嘱能够通过文字记载固定遗嘱人的真实意愿,有效避免篡改遗嘱的情形出现,有助于保障居住权人的权益、调和居住权人和所有权人的纠纷。其次,居住权作为用益物权,具有对抗第三人的效力。书面遗嘱形式可以促使遗嘱人审慎行使权利处分,并规范化记载居住权的具体内容。再次,书面遗嘱便于登记机关进行审查,以完成权属状态的登记。而登记的完成,有利于实现居住权的各项权能。最后,书面遗嘱是法官裁判遗嘱型居住权相关案件事实的依据,便于法官探究立遗嘱人的内心真意,以确定是否设立居住权。据上述而言,书面形式不仅是技术性要求,更是平衡遗嘱自由与交易安全的法律工具,具有确保遗嘱人身后意愿的精确表达、提供居住权人物权期待利益的稳定预期、划定继承人财产权和用益权的清晰边界的价值。对遗嘱形式进行类型化解构发现,自书型、代书型、打印型以及公证型遗嘱均具备书面范式,契合设立居住权的书面要式要求,能够设立有效的居住权。

(二)非书面遗嘱设立居住权的有效性论证

反观录音录像遗嘱和口头遗嘱,虽然在形式逻辑上偏离传统书面要式主义之桎梏,但其能否构成死因处分行为中有效设立居住权的意思表示载体,尚需进一步论证。结合我国《民法典》第469条第2款规定可知,法定书面形式系通过物质载体具象化表意内容的法律行为形式,具备易于阅读、便于复

制、能够长期保存以及可供签署等特点。在当代社会形态加速迭代演进与信息通信技术范式革命的叠加作用下,随着信息记录介质发生代际跃迁,传统书面要式主义的规范外延,也正在经历着解构与重构的辩证运动。由此引发的规范效应使得要式法律行为的载体形态呈现泛化延展,其内涵边界已经突破纸质载体的物理桎梏,向着电子化、数据化和全息化的多维表达空间持续演进。我国《民法典》第469条第3款将数据电文形式纳入书面形式的范畴之中,原因在于数据电文形式同样能够有效表现其所载内容,具有与书面形式相同的功能,能够实现书面形式的立法目的^[27]。针对录音录像遗嘱和口头遗嘱是否能够有效设立居住权,将结合书面范式的功能和遗嘱形式的立法目的两个方面,采用功能等同的分析方法,进行实质性考量。若法定书面形式要件所承载的规范价值已经借助替代性路径得以充分实现,即便未完成特定形式程序,只要预期立法目的通过其他途径达成,通过其他遗嘱形式设定居住权的法律行为仍应当视为有效成立^{[25]320}。

1. 录音录像遗嘱设立居住权的有效性

通过对录音录像形式与书面形式进行功能对比可发现,两者具有功能等同性。在可读性方面,视听设备记载了当事人的声音和人像视频,直观且真实地反映了记载内容。在可复制性和记载性方面,得益于科学技术的配套发展,这些视听资料可以反复观看、复制并保存。在可签署性方面,书面形式中的署名是双方当事人身份的象征,而人像和声音较之签名更能体现当事人的身份属性。同时,录音录像属于电子数据,是法定证据种类中的一种,其证明力不低于书面文件。概言之,录音录像形式作为有形表现所载内容的特殊形式,能够实现书面形式所具备的功能,满足书面要式意图达到的证明和澄清功能^[26]。针对录音录像遗嘱,法律设置了更为严格的形式要求,具备更强的证明力。录音录像遗嘱通过电子载体完整记录遗嘱人的意思表示,通过见证人的见证保障意思表示的真实性。其与书面文字在固化意思表示功能上具有实质等同性,能够满足书面合同所能达到的警示和证明目的。基于对立遗嘱人去逝前意愿的尊重以及实质正义的考量,应当认可立遗嘱人通过录音录像遗嘱方式为遗嘱继承人设置居住权的合法性^[28]。

2. 口头遗嘱设立居住权的有效性

以严格参照适用书面形式要件为由,而否认口头遗嘱设立居住权的效力,过于僵化和教条。第一,

在功能层面,虽然立遗嘱人有通过口头形式设立遗嘱的自由,但是根据我国《民法典》第1138条的规定,需要同时满足“危急情况”和“两个以上见证人在场见证”的要件,见证人的证言足以弥补欠缺书面固化形式的不足,契合书面形式的实质性功能要求。第二,从个人自由意志和权利保护的角度来说,口头遗嘱作为非常态处分方式,仅适用于生命受到威胁的紧急情势,以保障立遗嘱人对所有财产临终处分的行使。应当认可口头遗嘱设立居住权的效力,在私法自治的框架下最大限度地尊重立遗嘱人确立财产归属的真实意思表示。第三,出于保护弱势群体或维护公序良俗的特别需求,允许遗嘱人在生命垂危的最后阶段以口头方式设立居住权,是紧急状态下形式豁免的典型体现。第四,少数司法实践先行判定口头遗嘱是否具有法律效力,在此基础上再确定设定居住权的法律行为是否成立,是认可口头遗嘱能够设立居住权的典型表现^①。

综上所述,仅仅因为缺乏书面形式要件就否认通过口头遗嘱设立居住权的法律效力,势必违背立遗嘱人的真实意思,直接导致被继承人婚前财产处分自由遭受不当限制,当属对民事主体意思自治和遗嘱自由核心价值的侵犯。符合法定要件且具备法律约束力的口头遗嘱,鉴于其能够在实质上达到书面形式的证据功能和证明目的,以及出于保护立遗嘱人真实意愿的考量,应当肯定具备居住权设立内容的口头遗嘱能够使得设立居住权的法律行为成立的观点。

三、遗嘱型居住权物权变动模式与登记效力的参照适用

创设合同型居住权这一用益物权,除需要满足书面合同的形式要件外,还必须向不动产登记机关申请居住权登记后才可被有效设立。然而,考量到遗嘱设立这一单方死因法律行为的特殊性,我国《民法典》第230条规定继承人直接基于法律规定于被继承人死亡时或者继承开始时即取得相应物权。在承认我国继承相关物权变动模式采取当然继承主义的基础上,存在溯及主义与移转主义的辩论。由此,立遗嘱人通过遗嘱为家庭成员设置居住权,遗嘱继承人自进行居住权登记之时取得还是待继承开始即按照法律规定取得,登记具有处分效力、对抗效力还是宣示意义,有待进一步分析。

(一)严格性参照适用:登记生效主义之摒弃

立法者对合同型居住权的设立采取登记生效主

义理论,其考量在于房屋的主要功能是居住。若房屋所有权存在居住权,基于用益物权优先于所有权的理论,所有人无法实现对房屋的居住和使用目的。这在所有权转让关系中关系当事人利益巨大,存在进行居住权登记的必要性。进行居住权登记,可以确认房屋所有权上居住权益的归属主体,进行所有权上存在用益物权的公示,以保障交易安全^[29]。若遗嘱型居住权采用登记生效主义,实现了不同设立方式下居住权在物权变动模式上的一致性,契合居住权必须登记方可生效的法律规定,似乎具有合理性。但置于我国《民法典》整个体系化视角进行分析,肯定以遗嘱方式设立的居住权采取登记生效主义,是仅仅关注共性而忽视个性的片面性思维逻辑下所得出的错误结论,将产生我国《民法典》物权编和继承编体系协调适用难题^[8]。

第一,通过遗嘱方式所设立的居住权采取登记生效主义,有陷入“参照适用等同于绝对适用”错误思想认识之嫌,是不顾合同和遗嘱之间的差异而绝对化平等适用观念的体现。第二,通过遗嘱设立的物权自继承开始时发生权利变动,于此不存在例外的法律规定。而居住权同属于用益物权的一种,通过遗嘱设立的居住权却采用登记生效主义,正当性法理基础难以考究。第三,若居住权尚未办理居住权登记手续,生效遗嘱所确立的居住利益享有人仅仅具有债权意义上的居住权,或者说物权意义上的居住权期待权。房屋居住利益继承人是否能够获得具有排他性质的居住权,取决于居住权登记的办理。在立遗嘱人死亡后至居住权登记前的一段时间内,居住利益享有人享有的债权意义上的权利无法对抗继承人自继承开始时取得的所有权。若继承人再行转让房屋所有权或为他人创设居住权,居住利益享有者就会丧失这一时期的可得利益,只能转向寻求债权法上的救济,对其保障不利。第四,居住利益享有者获得排他性质的居住权有赖于登记的办理,那么居住权登记的义务主体如何确定?房屋所有权人是否承担协助办理的义务?在居住权登记需要所有权人协助办理的情形下,若房屋继承人怠于或拒绝协助为居住权人办理居住权登记,或房屋善意受让人以不知情为由拒绝协助办理登记,居住权人的居住权如何实现?第五,在无法实现登记而居住利益享有者无法获得居住权的情况下,自然人会产生遗

① 详见陈某、王某遗嘱继承纠纷案,山东省潍坊市中级人民法院(2022)鲁07民终7102号民事判决书。

嘱能否产生继承效力的担忧,进而延展到对去世者遗产分配真实意愿是否应当予以尊重的考量。这难以实现民法维护意思自治的目标和价值,亦不利于社会秩序的和谐稳定。综上所述,参照适用绝非不顾个体差异地僵硬照搬,需要结合遗嘱的现实情况和相关法律规定进行灵活适用,以实现法律的公正和效率。

(二)排除性参照适用:当然继承主义下各种登记效力理论之检视

承认遗嘱型居住权自继承开始时发生物权变动,适配我国《民法典》继承编当然继承主义的立法例。在此前提下,部分学者在遗嘱设立居住权的框架下对现行学界广为流传的登记宣示理论进行适用性探讨,发现原有宣示理论存在不利于保障交易安全的弊端,并以此为基础进行登记效力的修正^[15-17]。下文将对当然继承主义及其相关的各种登记效力理论逐一检视。

1. 当然继承主义之检视

大多数学者和司法实践坚持遗嘱型居住权自继承开始时发生物权变动的观点^①,认为这是由遗嘱的特殊性所决定的^[11-17]。从立法目的和规范意旨层面而言,我国《民法典》第230条的设立,一方面是避免出现从立遗嘱人死亡到确立继承人期间财产的无主状态,而导致任何人都可以基于先占理论而获得遗产物权的情形;另一方面则是出于尊重去世者真实意愿和维护意思自治的考量^[30]。以遗嘱方式设立的居住权,同样存在避免错误财产权利归属状态和维护意思自治的需求,需要对当然继承主义的物权变动模式予以适用。

若承认遗嘱型居住权的得丧变更时点为继承开始时,可以有效克服登记生效要件主义过于严格的弱点。从居住权人利益维护角度出发,居住权人自被继承人死亡时就可以取得居住权,有利于保障居住权利益享有者实现居住权期待权,获得自继承人死亡时至居住权登记之前这段期间的居住利益。同时,可以有效避免居住权人获得排他性居住权依赖于房屋所有权继承人或受让人的协助办理,而继承人或者受让人却拒绝或怠于办理,导致居住权权益享有人无法获得居住权的情形出现。对物权变动模式的适用结果进行体系化检视可见,认可居住权自继承开始时发生权利变动,与我国遗嘱继承采取当然继承主义的立法体例相契合。然而,该观点同样无法解决其与我国《民法典》物权编中合同型居住权采取登记生效主义之间的衔接适用难题。

2. 当然继承主义下登记宣示理论之检视

我国《民法典》第230条明确遗产继承采取当然继承主义模式,在此前提下存在宣示主义和移转主义两种遗产物权变动形式,其中宣示主义理论是学界的通说观点^[31-34]。宣示主义理论认为,继承财产的分割仅具有确权性质的公示效力,各共同权利人所获析产份额在法律上溯及至继承发生之时即形成独立权属关系^[35]。换言之,继承人通过遗产分割程序取得的财产权益,被视为自被继承人死亡时就已通过法律拟制完成权利移转,各权利人由此溯及性地原始取得相应财产权利。自被继承人死亡时起,居住权人的居住权即成为受完整物权请求权保护的物权。采用宣示主义理论,具有经济便宜的优点,可以更好地保障老人、孩童和妇女等亲属居住需求。

宣示主义理论的缺陷也是显而易见的。若采用该种物权变动模式,将损害善意第三人和被继承人债权人的利益。在房屋所有权继承人将所有权转让给善意第三人的场景中,居住权人基于居住权可以保有居住利益,善意第三人无法获得完整的所有权权益,只能转向瑕疵担保责任项下的救济,对于善意第三人权益保障不周。由此引发的后果是,所有权受让人在受让房屋所有权时,必须对房屋上是否存在居住权做调查,不利于交易安全。同时,所调查不一定为真实结果,可能导致潜在房屋购买人因担心房屋上存在居住权、无法实现房屋的居住功能而放弃购买房屋的情形出现,不利于所有权的流转。有学者考虑到宣示主义的缺陷,主张在承认适用宣示主义的基础上,必须明确登记的必要性和及时性^[2]。但在我国现行法律体系下,不能强制要求登记主体办理登记,可能关涉对个人意志及自由的侵犯,仅可以限定办理居住权的登记时间,具体如何保障及时办理登记还需由各地区进行实践摸索。

3. 当然继承主义下登记处分理论之检视

当然继承主义下登记处分理论认为,通过遗嘱

① 详见:许某与许某1物权保护纠纷案,北京市第三中级人民法院(2024)京03民终3960号民事判决书;赵某与张某遗嘱继承纠纷案,辽宁省阜新市中级人民法院(2024)辽09民终350号民事判决书;刘某1等与杨某1婚姻家庭、继承纠纷案,北京市第一中级人民法院(2021)京01民终10858号民事判决书;宋某宁与马某英所有权纠纷案,黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2022)黑01民终9061号民事判决书;陈某、王某遗嘱继承纠纷案,山东省潍坊市中级人民法院(2022)鲁07民终7102号民事判决书;王某生、李某居住权纠纷案,广东省中山市第一人民法院(2024)粤2071民初6609号民事判决书;柯淑粒、李辉亮等居住权纠纷案,福建省厦门市思明区人民法院(2021)闽0203民初9023号民事判决书。

设立居住权的,居住权于遗嘱生效时设立,但是未经登记不得处分。按此架构,登记并不是物权变动的生效要件,而仅仅是居住权人再次处分的要件^[36]。然而,我国《民法典》第369条明确规定居住权不得转让和继承,即居住权人不存在处分居住权的权利,因此采取登记处分主义实无必要。由于居住权本身不具有可处分性,居住权人往往会怠于办理居住权登记。假设房屋所有人将所有权转让给善意第三人,根据买卖不破租赁规则和举轻以明重原理,善意受让人就必须承受所有权上的居住权负担。因此,房屋买受人必须对房屋是否存在居住权进行调查,以防止受到房屋出卖人的欺诈,从而不利于维护交易安全、市场秩序稳定和社会经济发展。

4. 当然继承主义下登记对抗理论之检视

当然继承主义下登记对抗理论认为,被继承人死亡时,遗嘱型居住权就已经设立成功,登记只是对抗善意第三人的要件。该学说强调,居住权自继承开始时即基于遗嘱这一单方法律行为完成实质权利的转移,登记程序仅系对已经生效的权利进行形式确认,并通过国家背书强化其公示效力,从而为后续处分为建构完整的对抗要件体系^[37]。论证理由主要有以下几点:第一,反驳登记生效主义的不合理性,主张遗嘱继承人基于血缘关系当然且直接地取得居住权,以保障居住权人和所有权人权利获得的平等性。第二,基于存在居住需求主体的弱势地位,一个已经登记的、物权性质的和具有排他性的居住权相比债权性质的居住权来说,更能体现居住权的保障功能。第三,从稳定房屋交易秩序角度出发,反驳登记处分主义和登记宣示主义的不合理性,主张设立居住权的事实仅为遗嘱所涉相关人员所知悉,居住权人自愿登记比较符合物权的基本价值。第四,在规范功能层面,借助登记公示制度构建居住权的对世效力,有助于实现权利外观和实质归属的有效衔接,化解居住权人与不动产善意受让人之间可能发生的冲突。第五,从权利性质来看,遗嘱型居住权作为人役权,与地役权具有极大的相似性,应当采取与地役权相同的登记效力规则。

登记对抗理论可以有效维护交易安全,保护善意第三人的利益。然而,其同样具有不周延性,不利于对居住权人权益的保护,也与物权理论不符。在登记对抗主义的构想下,如果房屋所有权继承人在居住权登记之前进行变更登记,并将所有权处分给善意第三人,那么居住权人的居住权就不能对抗善意受让人的所有权。在此场景下,善意第三人可以

取得一个完整的、无负担的所有权,居住权人的居住权消灭。由此导致的问题表现在以下几个方面:第一,立遗嘱人为居住权人设立居住权的目的无法实现。第二,居住权人的居住权消灭,只能转向追究原房屋所有权人的民事责任,转向不当得利法和侵权法上的债权性救济,如何界定居住权人的受损程度或者房屋所有权人的获利数额是一个实务性难题。第三,占有同样具有公示效力。在承租人已经占有期间发生房屋所有权变动的,买受人需要法定承受租赁关系,但在居住权人已经占有期间内发生房屋所有权变动的,善意买受人却无须顾及已经存在的居住权,与法学原理不符。第四,居住权作为用益物权,具有优先于所有权的效力。肯定善意受让人的所有权优先于居住权,有否定物权优先性之嫌。

至于以遗嘱方式设立的居住权作为人役权应当参照地役权采登记对抗主义的问题,首先需要明确地役权制度选择登记对抗模式作为确权路径,既是基于农村地区普遍存在的登记机制运行障碍与权利人登记意识薄弱的现实约束,也是源于地役权的固有属性——权利设定通常依附于需役地的现实利用需求,具有附随性、持续性与非交易性特征^[38]。而遗嘱型居住权却与此不同,否则也无法解释为什么合同型居住权要采取登记生效主义的疑虑。

(三)结合性参照适用:当然继承主义下两阶段转移理论之提倡

溯及主义理论虽然占据主流学说的地位,但转移主义理论较其展现出更为强大的适用性。依照转移主义理论的规范逻辑,遗产分割的效力实质体现为权利归属的转移,即通过各继承人之间应有部分的交互性让渡形成新的物权配置关系。唯有完成分割程序和法定要件后,继承人方可取得应继承财产的完全所有权^[9]。具体至遗嘱型居住权的设立场景,依照该理论可以建构双重物权变动模型。在继承启动阶段,立遗嘱人生命权终止即触发我国《民法典》第230条之非意定物权变动机制,所有遗产权益整体转移至由遗嘱继承人及受遗赠人构成的概括性权利承继共同体,形成具有准共同共有性质的法定权属状态。待遗产清算程序终结后进入确权阶段,继承人基于遗嘱内容行使遗产分配给付请求权,该阶段物权变动具有意定性特征,须遵循我国《民法典》第368条确立的登记生效规则,居住权需经登记程序方产生物权效力^[2]。

由此观之,在遗嘱继承的初始阶段,所有遗产权利按照我国《民法典》第230条的规定即刻自动由全

体遗嘱继承人共同体取得,形成全部遗产的准共同共有状态。在遗产清算并分割完毕的第二个阶段,通过遗产分割协议、继承人协议或者法院判决,明确了居住权的归属主体和具体内容。此时,居住权从遗产中“析出”,转变为一项内容具体,是为特定人设定的、仅具有债权意义的权利。在居住权登记完成的第三个阶段,依照我国《民法典》第368条的规定,具有物权意义的居住权被有效设立。此时的登记,为遗产居住权的首次登记。结合我国《民法典》第1147条可知,遗产管理人应为居住权首次登记的义务主体。当遗产分割协议经全体继承人确认或经人民法院生效判决确定或遗产管理人依据遗嘱及法律规定作出有效的分割方案,居住权的归属主体和具体内容得以明确后,遗产管理人有义务积极协助办理居住权登记。居住权登记应当由遗产管理人同居住权权益享有者,携带遗嘱、遗产分割确权文书等证明文件,一并向房屋所在地的不动产登记机构提出申请。当不动产登记机构将居住权事项记载于不动产登记簿时,居住权作为一项独立的用益物权正式设立,产生对世效力、排他效力和追及效力。若遗产管理人故意规避法定职权、采用消极推诿或者明示拒绝等不当行为时,遗嘱继承人可以依照我国《民法典》第1148条这一救济性条款请求恶意的遗产管理人承担民事赔偿责任,并有权要求其继续办理居住权登记。

先划分继承的两个阶段,再确立相关规范的适用,是将遗嘱继承和居住权设立两个事项相融通的当然之理。采取两阶段移转主义理论,具有以下优势:第一,被继承人死亡时,遗产整体自动转化为全体继承人共同共有财产。处分共有物在不存在约定的情况下,需要经过全体共有人的同意。在继承人向第三人处分房屋居住权的情境下,如若第三人未尽心形式审查全体共有人同意书的注意义务,就不能认定为第三人是善意的,即第三人不能通过善意取得制度获得房屋所有权。因此,在不损害交易安全的前提下,中止个别继承人的单独处分权,防止遗产被不当处分,有利于确保居住权人居住利益的实现。第二,移转主义理论认为在遗产分割前,共同继承人之间相互承担债务清偿的担保责任。相较于直接分割继承,债权人无需逐个追索继承人的应继份财产,有利于保障遗产债权人的权益实现。第三,依照参照适用程序进行检索,区分继承不同阶段再行确定遗嘱设立居住权的变动模式,不仅能够契合居住权登记设立和遗产物权自继承时开始变动的立法目的,还能有效实现我国《民法典》物权编和继承编

的协调适用。第四,遗产分割是将继承人所共有的财产进行分割,其本质是共有物分割。我国《民法典》虽然未设置专条予以明示,但学说传统和规范解释体系均倾向于采取移转主义^[39-40]。在遗产分割的效力上采取移转主义模式,认定自分割完毕后进行登记取得居住权,有利于进一步实现我国《民法典》物权编和继承编的互联互通。第五,以移转主义理论解释以遗嘱方式设立居住权的变动,通过共同共有状态的“过渡性存续”,避免被继承人死亡后立即分割遗产引发家族矛盾,防范家庭伦理风险,能够有效维护公平、实现财产秩序之稳定。

对遗嘱继承型居住权的物权变动采用当然继承主义下两阶段移转理论的主要反驳观点有两个:一是仅适用于存在份额分配的法定继承,一是与我国《民法典》法条文义不符^[41]。《德国民法典》是采用两阶段移转主义来确立遗嘱继承物权变动的典型代表,其适配立遗嘱人按照十二等分为基数来分配遗产的传统德国实践。因而,学者主张只有在需要进行份额分割的情况下,才可以采用两阶段移转主义理论,故其仅仅适用于法定继承^[41]。然而,随着我国义务教育的普及和居民文化水平的提高,在遗嘱中进行份额分配的情况并不少见^①。与此同时,我国《民法典》第1145条至1149条所建构的遗产管理人制度,已经为遗嘱继承中进行实物或者份额分配提供程序保障。此外,鉴于语言表达的局限性,法律规范模糊性和确定性辩证交织,催生出法律解释的需求。根据《民法典》第1124条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉继承编的解释(一)》第35条说明,遗产分割后继承人表示放弃的并非继承权,而是遗产的所有权。这是我国适用当然继承主义下两阶段移转主义理论的典型体现,不能以文义解释框定我国《民法典》的适用边界。

四、结 语

法的实施和落实是法的生命力与活力的重要保障^[42]。居住权作为我国《民法典》新增的用益物权,为保障特定群体的住房需求、实现民事主体权益的平等保护提供法律依据^[43]。在当前社会背景下,居住权的设立存在合同、遗嘱或者裁判这三种方式。我国《民法典》仅对合同型居住权加以全方位规制,

① 以“份额”和“遗嘱继承”为关键词在中国裁判文书网进行检索,可查到相关案件共计3万余件,而且自2008年以来,每年都存在立遗嘱人以份额分配遗产的情况。

泛化规定遗嘱型居住权可以参照适用合同型居住权的相关规范。遗嘱型居住权作为居住权制度的重要组成部分,其有效设立和实现不仅关乎遗嘱自由原则的贯彻,更涉及弱势群体居住权益的切实保障。然而,法律适用者针对参照适用存在极大的自由裁量空间,导致遗嘱型居住权在实践适用中引发诸多纠纷。例如,设立程序不明确、权利冲突频发等问题。因此,从构成要件角度探究遗嘱设立居住权的有效实现路径具有必要性。本文通过拆解法律行为的构成要件,以参照适用的适用规则为基础,以功能等同法和规范目的价值衡量为支撑,进一步探讨遗嘱型居住权的形式要件和生效要件,以期为后续研究提供有益的实践参考和理论借鉴。

参考文献:

- [1] 肖俊. 空虚所有权交易与大陆法系的以房养老模式[J]. 上海财经大学学报, 2017, 19(1): 117-128.
- [2] 汪洋. 遗嘱方式设立居住权的规范构造[J]. 当代法学, 2023, 37(5): 42-53.
- [3] 焦富民. 以遗嘱方式设立居住权“参照适用”规范之适用[J]. 政治与法律, 2024(10): 100-112.
- [4] 曾大鹏. 《民法典》居住权的三层构造之解释论[J]. 华东政法大学学报, 2024, 27(2): 179-192.
- [5] 冯建生. 民法典居住权规范适用的疑难问题研究[J]. 法治研究, 2023(3): 95-105.
- [6] 郑倩. 遗嘱设立居住权的体系性阐释[J]. 当代法学, 2023, 37(2): 100-110.
- [7] 席志国. 居住权的法教义学分析[J]. 南京社会科学, 2020(9): 89-97.
- [8] 李琳. 论以遗嘱设立居住权与狭义继承之区分及规范构造[J]. 清华法学, 2024, 18(2): 161-176.
- [9] 李永军. 论居住权在民法典中的体系定位[J]. 比较法研究, 2024(1): 63-75.
- [10] 卞开星. 《民法典》居住权规则的理解与适用[J]. 中国不动产法研究, 2020, 22(2): 30-48.
- [11] 张永. 遗嘱设立居住权的类型构成[J]. 河南财经政法大学学报, 2024, 39(1): 36-46.
- [12] 郭红伟, 金俭. 遗嘱方式设立居住权的法律适用冲突及消解路径[J]. 南京社会科学, 2022(7): 81-92.
- [13] 马强. 民法典居住权规定所涉实务问题之研究[J]. 法律适用, 2022(5): 114-121.
- [14] 林洋, 唐万钰. 我国居住权制度的解构模式及其规则重释[J]. 学术探索, 2021(7): 98-112.
- [15] 魏天真. 遗嘱设立居住权登记效力的体系分析[J]. 法律方法, 2023, 43(2): 486-501.
- [16] 何丽新, 朱欣蕾. 《民法典》视域下居住权的养老功能与实现路径[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2022, 72(2): 129-140.
- [17] 吕翻, 王权典. 《民法典》居住权登记的体系解释与制度衔接[J]. 法治论坛, 2021(3): 13-33.
- [18] 王利明. 民法典中参照适用条款的适用[J]. 政法论坛, 2022, 40(1): 44-55.
- [19] 杨仁寿. 法学方法论[M]. 2版. 北京: 中国政法大学出版社, 2013: 194.
- [20] 雷磊, 胡昊. 民法典参照适用条款的方法论构造[J]. 山东师范大学学报(社会科学版), 2025, 70(6): 56-69.
- [21] 王雷. 民法典中参照适用条款的方法论意义[J]. 现代法学, 2023, 45(2): 18-33.
- [22] 张弓长. 《民法典》中的“参照适用”[J]. 清华法学, 2020, 14(4): 107-124.
- [23] 拉伦茨. 法学方法论[M]. 黄家镇, 译. 北京: 商务印书馆, 2020: 218.
- [24] 刘新熙. 对我国现行民事立法关于法律行为的特别成立要件规定的反思[J]. 法学, 2007(6): 83-89.
- [25] 弗卢梅. 法律行为论[M]. 迟颖, 译. 北京: 法律出版社, 2013.
- [26] 焦富民. 我国《民法典》居住权设立规则的解读与适用[J]. 政治与法律, 2022(12): 145-156.
- [27] 刘颖, 骆文怡, 伍艳. 论电子合同中的书面形式问题及其解决[J]. 经济师, 2003(2): 48-49.
- [28] 赵春. 民法典编纂视野下的遗嘱形式及其形式要件完善[J]. 北方法学, 2019, 13(4): 67-77.
- [29] 崔建远. 中国民法典所设不动产权登记之我见[J]. 法学杂志, 2020, 41(9): 37-50.
- [30] 中国审判理论研究会民事审判理论专业委员会. 民法典物权编条文理解与司法适用[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 63.
- [31] 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: 174.
- [32] 杨立新, 朱呈义. 继承法专论[M]. 北京: 高等教育出版社, 2006: 311.
- [33] 孙若军. 继承法[M]. 2版. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 212.
- [34] 陈苇. 外国继承法比较与中国民法典继承编制定研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2011: 633.
- [35] 刘耀东. 论基于继承与遗赠发生的不动产权变动: 以《物权法》第29条为中心[J]. 现代法学, 2015, 37(1): 47-58.
- [36] 高富平. 物权法原论[M]. 2版. 北京: 法律出版社, 2014: 698.
- [37] 屈然. 论我国居住权的设立方式与登记效力[J]. 法学杂志, 2020, 41(12): 90-99.
- [38] 龙俊. 中国物权法上的登记对抗主义[J]. 法学研究, 2012, 34(5): 136-153.
- [39] 杨立新. 共有权理论与适用[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 121.
- [40] 朱岩, 高圣平, 陈鑫. 中国物权法评注[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007: 321.
- [41] 肖俊. 遗嘱设立居住权研究: 基于继承法与物权的交叉视角[J]. 比较法研究, 2023(1): 126-141.
- [42] 张卫平. 民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接[J]. 中外法学, 2020, 32(4): 933-950.
- [43] 和丽军. 《民法典》居住权应用模式研究[J]. 河北法学, 2025, 43(1): 100-116.