

民法典用益物权规范的修正与创设

房绍坤*

摘要:《中华人民共和国民法典》对《中华人民共和国物权法》中的用益物权规范进行了适当的修正,并创设了新的规范。土地承包经营权的修正内容涉及期限、登记机构、处分,建设用地使用权的修正内容涉及设立原则、出让合同内容、住宅建设用地使用权期限届满后自动续期的收费等,宅基地使用权和地役权的修正内容主要是个别表述的改变。新创设的规范涉及土地经营权、居住权,明确了其权利性质和内容。

关键词: 民法典 用益物权 土地经营权 居住权

DOI:10.16390/j.cnki.issn1672-0393.2020.04.002

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)已于2020年5月28日经第十三届全国人民代表大会第三次会议通过,这标志着我国民法进入了民法典时代。《民法典》物权编是在《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)的基础上编纂而成的,总体上继受了《物权法》的规定,但亦有所修正,用益物权制度亦是如此。从体系结构上看,《民法典》物权编之用益物权分编与《物权法》一样,也采取了“一般规定+权利列举”的总分结构,共分6章加以规定;从规范内容上看,除“居住权”章是新增制度外,“一般规定”“土地承包经营权”“建设用地使用权”“宅基地使用权”和“地役权”这5章都有个别修正。^①从总体上说,《民法典》对《物权法》中用益物权规定的修正内容并不多,而且基本上都是非实质性的修正。这说明,《物权法》所设计的用益物权规范基本上是适应我国社会生活需求的。本文试从《民法典》所规定的具体用益物权出发,解析其立法修正,以期更好地理解《民法典》用益物权制度的立法规定。

一、土地承包经营权的修正

关于土地承包经营权,2018年修正的《中华人民共和国农村土地承包法》(以下简称《农村土地承包法》)已经做了一些修改,《民法典》物权编基本上沿袭了这些修改内容,主要包括:

* 吉林大学理论法学研究中心、法学院教授、博士生导师
基金项目:国家社会科学基金项目(19ZDA156)

① 《中华人民共和国民法典》物权编“一般规定”章第326条关于用益物权人行使权利的规定中增加了“保护生态环境”的内容。

1. 土地承包经营权的期限

2002年《农村土地承包法》第20条规定：“耕地的承包期为30年。草地的承包期为30年至50年。林地的承包期为30年至70年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。”2018年修正的《农村土地承包法》第21条分两款将土地承包经营权的期限修改为：“耕地的承包期为30年。草地的承包期为30年至50年。林地的承包期为30年至70年。前款规定的耕地承包期届满后再延长30年，草地、林地承包期届满后依照前款规定相应延长。”对比修正前后的《农村土地承包法》，关于土地承包经营权期限的规定有两点变化：（1）2018年修正的《农村土地承包法》删除了有关“特殊林木的林地承包期”可以延长的规定。之所以如此，是因为这种规定并没有真正落实过，自2002年《农村土地承包法》实施以来，实践中基本没有出现国务院主管部门批准延长的情况。^①（2）2018年修正的《农村土地承包法》在第21条第2款中增加了有关承包期届满后再延长的规定。之所以增加承包期届满后延长的规定，主要是为落实党的十九大报告中所提出的“保持土地承包关系稳定并长久不变，第二轮土地承包到期后再延长30年”的改革精神，彰显党中央坚定保护农民土地权益的决心，稳定农民预期，符合广大人民群众的意愿。^②

从《物权法》第126条关于土地承包经营权的期限来看，其在2002年《农村土地承包法》第20条规定的基础上增加一款的规定作为第126条第2款：“前款规定的承包期届满，由土地承包经营权人按照国家有关规定继续承包”。《民法典》物权编第332条结合《物权法》第126条和2018年修正的《农村土地承包法》第21条的规定，对土地承包经营权的期限做了修正：（1）删除了有关“特殊林木的林地承包期”可以延长的规定，理由如上述；（2）没有完全承继2018年修正的《农村土地承包法》第21条第2款和《物权法》第126条第2款的规定，而是将第2款修改为“前款规定的承包期限届满，由土地承包经营权人依照农村土地承的法律规定继续承包”。笔者认为，这一修改是正确的。一方面，《民法典》物权编第332条第2款没有规定“承包期届满后再延长30年”，而是承继了《物权法》关于“继续承包”的规定。从物权法原理上看，物权的期限是物权的存续期间，期限届满的法律效力是物权的消灭。所有物权的期限届满都具有这种效力，土地承包经营权也不例外。因此，土地承包经营权期限届满的，该权利应当归于消灭。据此，法律上规定“承包期届满后再延长30年”显然是不合适的。因为期限的延长是以物权存在为前提的，“再延长”承包期意味着原有土地承包经营权的期限变更，是原土地承包经营权的延续，而这已经背离了物权自期限届满而消灭的基本原理。同时，承包期届满后再延长的规定意味着土地承包经营权无条件的延续，即使土地承包经营权人不愿意再承包，其也不能拒绝，只能在延长之后放弃权利，这显然不符合这部分人的意愿。尽管这是极少数现象，但也不能为法律所忽视。应当说，党中央关于承包期届满后延长的精神是正确的，但法律只能贯彻中央精神，而不能照搬政策表述。相比而言，承包期届满后“继续承包”的规定，则是符合物权法原理的。所谓继续承包，是法律赋予土地承包经营权人以续包权，即土地承包经营权因期限届满而消灭的，原承包方有权以原承包合同的内容就原承包地取得土地承包经营权。可见，继续承包是在原承包合同终止的基础上，双方又产生一个新的承包合同。而在承包期届满时，原承包方是否行使续包权应完全取决于其意愿；如果原承包方不愿意继续承包的，则发包方不得强制要求其继续承包。可见，承包期届满继续承包的规定，既符合中央“保持土地承包关系稳定并长久不变”的政策精神，又符合承包方的意愿和物

① 参见黄薇主编：《中华人民共和国农村土地承包法释义》，法律出版社2019年版，第95页。

② 参见杜涛主编：《中华人民共和国农村土地承包法解读》，中国法制出版社2019年版，第130页。

权法原理,是正确的。另一方面,按照《物权法》第 126 条规定,“继续承包”的依据是“国家有关规定”,《民法典》物权编第 332 条将“继续承包”的依据改为“土地承包的法律规定”,这无疑是准确的。“国家有关规定”从性质上说属于国家政策的范围,而土地承包经营权的期限、取得等都属于物权的内容,依据物权法定原则,这类内容应依照法律规定加以确定。

2. 土地承包经营权的登记机构

按照 2002 年《农村土地承包法》第 23 条的规定,土地承包经营权的登记机构为“县级以上人民政府”。但自《物权法》第 10 条提出“国家对不动产实行统一登记制度”以来,我国一直在积极探索不动产统一登记的路径。国务院于 2014 年发布、2019 年修订的《不动产登记暂行条例》对不动产统一登记做了具体规定,并在第 5 条中将耕地、林地、草地等土地承包经营权纳入不动产统一登记的范围。按照统一不动产登记机构的要求,2018 年修正的《农村土地承包法》将原土地承包经营权的登记机关由“县级以上地方人民政府”修改为“登记机构”。《民法典》物权编第 333 条第 2 款和第 335 条继续采取了这种正确的规定,将《物权法》第 127 条第 2 款和第 129 条中的“县级以上地方人民政府”修改为“登记机构”。同时,将“土地承包经营权证、林权证、草原使用权证”的封闭性规定修改为“土地承包经营权证、林权证等证书”开放式规定,以适应客观需求。

3. 土地承包经营权的处分

2002 年《农村土地承包法》第 32 条规定,通过家庭承包取得的土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式进行流转。《物权法》第 128 条所规定的土地承包经营权的流转方式包括转包、互换、转让等方式,并没有规定出租的方式。但学理解释认为,其中的“等”可以解释为包括出租、入股等方式。^① 为贯彻承包地“三权分置”政策,2018 年修正的《农村土地承包法》将“土地承包经营权的流转”节修改为“土地承包经营权的保护和互换、转让”。《民法典》物权编承继了 2018 年修正的《农村土地承包法》的规定,仅在第 334 条和第 335 条规定了土地承包经营权的互换、转让,转包的方式没有确认。同时,《民法典》物权编如同 2018 年修正的《农村土地承包法》一样,对于土地承包经营权的处分方式仅限于互换、转让,没有用“等”进行概括规定。因此,可以认定,《民法典》物权编不再承认土地承包经营权的转包、出租。这也表明,《民法典》物权编将土地承包经营权的处分限定为物权性处分即转让、互换,出租是流转土地经营权的方式。^② 至于土地承包经营权的转让、互换的条件,《民法典》物权编并没有具体规定,应当适用 2018 年修正的《农村土地承包法》的规定。

4. 承包地调整的法律依据

按照《物权法》第 130 条的规定,因自然灾害严重毁损承包地,需要适当调整的,“应当依照农村土地承包法等法律规定办理”。对此,《民法典》物权编第 336 条将其修改为“应当依照农村土地承包的法律规定办理”。关于承包地的调整问题,2018 年修正的《农村土地承包法》第 28 条规定了具体的调

① 参见王利明:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版社 2018 年第 4 版,第 80~81 页。

② 应当指出的是,2018 年修正的《中华人民共和国农村土地承包法》只允许土地承包经营权的物权性流转,而否定了出租、入股等债权性流转方式,这是不合适的,理由在于:按照以“以重明轻”规则,既然土地承包经营权人有权以丧失土地承包经营权的方式进行物权性流转,则不丧失土地承包经营权的出租、入股等债权性流转方式自无禁止的道理。否则,就如同房屋可以出卖,但不能出租一样荒谬!

整程序。^①应当说,“农村土地承包法等法律”与“农村土地承包的法律”在表达的内容上并没有本质性的区别,但从涵盖范围上看,两者还是有所差别的。前者使用了“农村土地承包法等法律”的表述,这表明,除“农村土地承包法”之外,还有其他法律,而这里的“其他法律”显然是与《农村土地承包法》具有相同效力层次的法律,不包括行政法规、地方法规;后者并没有指明“农村土地承包法”,而是使用了“农村土地承包的法律”的表述。这里的“法律”既可以从狭义上理解即狭义的法律(全国人大及其常委会制定的法律),也可以从广义上理解即广义的法律(包括行政法规、地方法规),从而扩大了法律依据的范围。也就是说,国务院和地方人民政府可以通过行政法规、地方法规规范承包地的调整问题。

二、建设用地使用权的修正

《民法典》物权编关于建设用地使用权的规定共计 18 条,较《物权法》增加了 1 条。但该新增条文是在整合原有规定的基础上形成的。关于建设用地使用权的修改,共计有 6 处:

1. 建设用地使用权的设立原则

关于建设用地使用权的设立原则,《物权法》并没有做专门规定,仅于第 136 条确定空间建设用地使用权制度时做了“新设立的建设用地使用权,不得损害已设立的用益物权”的限制性规定。对此限制性规定,学界一般认为是对空间建设用地使用权设立的限制。^②对此,《民法典》物权编重新设计了条文结构,删除了《物权法》第 136 条中的限制性规定,并将其移至新增加的建设用地使用权设立原则的规定之中,于第 346 条规定:“设立建设用地使用权,应当符合节约资源、保护生态环境的要求,遵守法律、行政法规关于土地用途的规定,不得损害已经设立的用益物权”。这种条文设计具有一定的合理性,也有重要意义。(1)在现代社会,土地已经成为最重要的生产要素之一,而充分发挥土地生产要素功能的重要手段就是要让土地进入流通市场。在我国,这种手段就是设立土地使用权制度。而基于土地资源的重要性,设立建设用地使用权应当遵循“节约资源、保护生态环境”的绿色原则,这对于我国人多地少的现实国情具有重要意义,也是《民法典》总则编第 9 条关于“民事主体从事民事活动,应当有利于节约资源、保护生态环境”的绿色原则在建设用地上使用权中的具体落实。(2)设立建设用地使用权应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定,这是我国土地管理法律制度的基本要求。《中华人民共和国土地管理法》第 4 条实行土地用途管制制度,严格限制农用地转为建设用地,控制建设用地总量,对耕地实行特殊保护,设立永久基本农田制度,以确保国家的粮食安全。同时,根据《民法典》物权编第 350 条的规定,建设用地使用权人在取得建设用地使用权后,“应当合理利用土地,不得改变土地用途;需要改变土地用途的,应当依法经有关行政主管部门批准”。由此,建设用地使用权人不得擅自将公益用地改为商业用地、将非住宅用地改为住宅用地。(3)设立建设用地使用权不得损害已经设立的用益物权,这体现了物权之间的优先效力规则。按照物权法上的一物一权原则,在同一客体之上只能设立一个建设用地使用权,但在同一块土地的地表、地上、地下分别成为“独立物”的情

^① 2018 年修正的《中华人民共和国农村土地承包法》第 28 条规定:“承包期内,发包方不得调整承包地。承包期内,因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形对个别农户之间承包的耕地和草地需要适当调整的,必须经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府和县级人民政府农业农村、林业和草原等主管部门批准。承包合同中约定不得调整的,按照其约定。”

^② 参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社 2007 年版,第 310 页;王利明:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版社 2018 年第 4 版,第 148 页。

况下,并不妨碍建设用地使用权于地表、地上、地下分层设立。在建设用地使用权分层设立的情况下,各建设用地使用权的客体均限于设立时所确定的空间范围,各自具有独立性,这也是法律之所以要求建设用地使用权设立时应当明确建筑物、构筑物及其附属设施占用的空间的原因。因此,后设立的建设用地使用权不得损害已经设立的用益物权。应当指出,这里的“已经设立的用益物权”,不仅包括建设用地使用权,还包括其他用益物权,如地役权、采矿权等。

2.以划拨方式取得建设用地使用权的限制

关于建设用地使用权的设立,《物权法》第137条规定了出让和划拨两种方式,并严格限制以划拨方式设立建设用地使用权。对此,《民法典》物权编基本上承继了《物权法》第137条的规定,但删除了第3款中有关“采取划拨方式的,应当遵守法律、行政法规关于土地用途”的规定。这种处理是妥当的,因为《民法典》物权编第346条已经规定了设立建设用地使用权应当“遵守法律、行政法规关于土地用途的规定”,划拨作为建设用地使用权的设立方式当然也适用这一规定。同时,《物权法》仅强调以划拨方式设立建设用地使用权应当“遵守法律、行政法规关于土地用途的规定”也有失片面,这种限制性规定对以出让方式设立的建设用地使用权同样适用。

3.建设用地使用权出让合同的内容

《物权法》第138条对建设用地使用权出让合同的内容做了列举,以便于当事人订立合同。《民法典》物权编第348条在维持上述内容的同时,于第2款第4项中增加了“规划条件”的内容,与“土地用途”并列。在城乡规划管理中,规划条件是城乡规划主管部门对建设项目提出的规划建设要求,是实施规划管理的重要依据,任何建设项目都必须严格按照规划条件进行。《民法典》物权编在建设用地使用权出让合同中增加“规划条件”的内容是落实《中华人民共和国城乡规划法》的具体举措,因为根据该法的规定,规划条件应当作为建设用地使用权出让合同的组成部分。^①

4.建设用地使用权登记证书的名称

《物权法》第139条规定,建设用地使用权自登记时设立,登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书;第150条规定,在建设用地使用权办理注销登记后,应当收回建设用地使用权证书。对此,《民法典》物权编第349条和第360条将“建设用地使用权证书”修改为“权属证书”。这种修改的动因,主要是为了满足我国有关房地一体登记的相关要求,而且《不动产登记暂行条例》将有关各种不动产登记的证书统称为“不动产权属证书”。按照《不动产登记暂行条例实施细则》第33条的规定,依法取得国有建设用地使用权的,可以单独申请国有建设用地使用权登记;依法利用国有建设用地建造房屋的,可以申请国有建设用地使用权及房屋所有权登记。可见,按照房地一体登记的要求,《物权法》规定的“建设用地使用权证书”就显得不合适了,应予改变。

5.住宅建设用地使用权期限届满后自动续期的效力

关于住宅建设用地使用权期限届满后是否应当再支付出让金的问题,在《物权法》起草过程中就

^① 《中华人民共和国城乡规划法》第38条规定:“在城市、镇规划区内以出让方式提供国有土地使用权的,在国有土地使用权出让前,城市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据控制性详细规划,提出出让地块的位置、使用性质、开发强度等规划条件,作为国有土地使用权出让合同的组成部分。未确定规划条件的地块,不得出让国有土地使用权。以出让方式取得国有土地使用权的建设项目,建设单位在取得建设项目的批准、核准、备案文件和签订国有土地使用权出让合同后,向城市、县人民政府城乡规划主管部门领取建设用地规划许可证。城市、县人民政府城乡规划主管部门不得在建设用地规划许可证中,擅自改变作为国有土地使用权出让合同组成部分的规划条件。”

存在很大的争议。^① 按照立法部门的解释,考虑到住宅建设用地使用权续期后是否支付土地使用费关系到广大群众的切身利益,如何科学地规定建设用地使用权人届时应当承担的义务,目前还缺乏足够的科学依据,应当慎重研究,物权法以不做规定为宜。当然,物权法不做规定,并不影响国家根据实际情况做出相应的规定。^② 最终,《物权法》第 149 条第 1 款仅规定:“住宅建设用地使用权期间届满的,自动续期”。该条对于如何自动续期、续期是否再收取出让金并没有明确,理论和实践上对此存在很大的认识分歧。例如,有学者认为,自动续期应当收取费用,但不能按照出让金标准收费,应当考虑购房目的、人均居住面积、家庭规模等情况确定续期收费标准。^③ 有学者认为,“自动续期”规定的实质否定了“自动无偿续期”的解释,有偿续期更合乎国家土地所有权与使用权的法律逻辑,具体应采取“有偿续期+生存需要的居住面积免除费用”的方案。^④ 有学者认为,自动续期时应否支付土地使用费不能一概而论,而应根据住宅的实际利用目的确立不同的规则,如对于为满足房屋所有权人居住需要的住宅,自动续期时不应收取任何费用;而对于作为出租、转售、出资使用或闲置不用的住宅,自动续期时必须收取一定的费用。^⑤ 有学者认为,自动续期的法律规定,使住宅建设用地使用权成为城镇居民永久享有的用益物权,权利人是一次取得权利,永远不再需要缴纳出让金,但权利人应当依法纳税。^⑥ 还有学者认为,对于自动续期,应当实行“房屋安全年限内免费自动续期”的方案。^⑦ 为解决这一问题,《民法典》物权编第 359 条第 1 款明确规定,自动续期应当交费,但“续期费用的缴纳或者减免,依照法律、行政法规的规定办理”。这一规定,结束了自动续期是否交费的争议,也明确了不实行征税制度。据此,《民法典》通过后,立法机关应当尽快制定相应的法律、行政法规,以明确规定住宅建设用地使用权期限届满后自动续期的费用缴纳或减免问题。关于自动续期的费用缴纳和减免,笔者建议如下:(1)自动续期的费用不能按照土地出让金的标准交付,因为土地出让金是开发商取得建设用地使用权的对价,不能简单地套用于房屋所有权人因自动续期而交付的费用,这是性质完全不同的两种费用!(2)自动续期的费用应当区分房屋的性质、使用目的、数量等因素分别确定。例如,住宅是经济适用房或仅用于居住生活需要的,可以考虑减免;房屋所有权人仅有一套住宅的,可以考虑减免,仅对两套以上的住宅收取续期费用。(3)自动续期的费用应当考虑家庭人员情况。例如,不同的地区可以确定统一的人均住宅面积,对于超过部分可以计收自动续期费用。(4)国家立法应当授权地方立法针对本地区的实际情况,就本地区的自动续期交费问题另行作出规定,以避免全国统一标准所造成的地区不平衡。

6. 集体建设用地使用权的法律适用

根据《物权法》第 135 条的规定,所谓的建设用地使用权是指国有建设用地使用权,并不包括集体建设用地使用权。对于集体建设用地使用权,《物权法》第 151 条采取了引致条款进行了规定,即“集体所有的土地作为建设用地的,应当依照土地管理法等法律规定办理”。对此,《民法

① 参见王利明:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版社 2018 年第 4 版,第 171~172 页。

② 参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社 2007 年版,第 332~333 页。

③ 参见王利明:《住宅建设用地使用权自动续期规则》,《清华法学》2017 年第 2 期。

④ 参见孙良国:《住宅建设用地使用权自动续期的前提问题》,《法学》2016 年第 10 期。

⑤ 参见朱广新:《论住宅建设用地使用权自动续期及其体系效应》,《法商研究》2012 年第 2 期。

⑥ 参见杨立新:《住宅建设用地使用权期满自动续期的核心价值》,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2016 年第 4 期。

⑦ 参见石冠彬:《住宅建设用地使用权续期制度的宏观构建》,《云南社会科学》2017 年第 2 期。

典》物权编第361条基本上承继了《物权法》的规定,只是将“应当依照土地管理法等法律规定办理”改为“应当依照土地管理的法律规定办理”。这里的修改与前述承包地调整法律依据的修正具有相同的法律意义,可以为未来制定具有行政法规性质的集体土地建设用地使用权条例以及地方法规提供适用的空间。

三、宅基地使用权和地役权的修正

在《民法典》编纂过程中,学界对宅基地使用权、地役权的修正提出了许多有价值的建议,但《民法典》物权编基本上没有采纳,仍维持了《物权法》的规定,仅在个别地方有所修正。

1. 宅基地使用权

关于宅基地使用权,《民法典》物权编承继了《物权法》的4条规定,仅在第363条将《物权法》第153条“宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理法等法律和国家有关规定”修改为“宅基地使用权的取得、行使和转让,适用土地管理的法律和国家有关规定”。其中,将“适用土地管理法等法律”改为“适用土地管理的法律”,其法律意义同上所述,可以为未来制定具有行政法规性质的农村宅基地使用条例及地方法规提供适用的空间。

需要指出的是,《民法典》物权编第363条保留了《物权法》第153条中适用“国家有关规定”的内容,这是不妥的。应当说,《物权法》第153条规定宅基地使用权可以适用“国家有关规定”还具有一定的合理性。一方面,我国有关宅基地问题,国家出台了一系列的政策,对于宅基地的管理起到了积极作用;另一方面,按照《中华人民共和国民法通则》第6条的规定,政策是一种法源。在法律没有规定的情况下,“国家有关规定”作为政策可以作为宅基地使用权取得、行使和转让的适用依据。但是,在当今依法治国的大背景下,依靠国家政策治理宅基地问题已经不合时宜。特别是在《民法典》总则编第10条^①否定了国家政策为法源的情况下,有关宅基地使用权的取得、行使和转让再适用“国家有关规定”,就丧失了适用依据,也违背了《民法典》总则编第10条的规定。

2. 地役权

关于地役权,《物权法》用14个条文加以规定,《民法典》物权编仍维持了这14个条文,仅在个别内容上有所调整,主要有:(1)《民法典》物权编第378条将《物权法》第162条修改为“土地所有权人享有地役权或者负担地役权的,设定土地承包经营权、宅基地使用权等用益物权时,该用益物权人继续享有或者负担已经设立的地役权”。《物权法》第162条使用的是“设定土地承包经营权、宅基地使用权”以及“该土地承包经营权人、宅基地使用权人”的表述。《民法典》物权编增加了“等用益物权”的内容,同时将“该土地承包经营权人、宅基地使用权人”修改为“该用益物权人”。相比较而言,《物权法》第162条的规定具有封闭性,仅适用于土地承包经营权、宅基地使用权;而《民法典》物权编的修正可以将土地承包经营权、宅基地使用权之外的其他用益物权也涵盖在内,使该规定具有开放性,可以更好适应客观现实的需求。(2)《民法典》物权编第379条将《物权法》第163条修改为“土地上已经设立土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等用益物权的,未经用益物权人同意,土地所有权人不得设立地役权”。《物权法》第163条规定的是“等权利”,尽管通过“未经用益物权人同意”的表述,可以界定前句的“等权利”是指“等用益物权”。但毕竟会产生一定的歧义,因此《民法典》物权编的修

^① 《中华人民共和国民法典》总则编第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”

改是合理的。应当指出,《民法典》物权编第 379 条与第 378 条相比,在表述上还存在一定的差别,即前者使用了“未经用益物权人同意”的表述(《物权法》第 163 条也是如此),而后者使用了“该用益物权人”的表述。从语言表达习惯来说,前者更合理的表述应当是“未经该用益物权人同意”。(3)《民法典》物权编第 381 条将《物权法》第 165 条修改为“地役权不得单独抵押。土地经营权、建设用地使用权等抵押的,在实现抵押权时,地役权一并转让”。该条之所以用“土地经营权”取代“土地承包经营权”,是因为《农村土地承包法》已经将允许抵押的“以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权”修改为“土地经营权”。但是,这里的“土地经营权”的指向范围,是仅指“四荒地”的土地经营权,还是包括土地承包经营权人自己抵押的土地经营权以及第三方主体(受让方)抵押的经流转取得的土地经营权,并不清楚。从《民法典》物权编的规定看,其仅于第 342 条规定了“四荒地”土地经营权的抵押,若如此,第 381 条中的“土地经营权”应仅指“四荒地”土地经营权。但如果结合《农村土地承包法》第 53 条和第 47 条的规定,不仅“四荒地”土地经营权可以抵押,承包方还可以用承包地的土地经营权、受让方可以用通过流转取得的土地经营权向金融机构融资担保,而这里的“融资担保”,通说认为属于抵押。^①若如此,《民法典》物权编第 381 条中的“土地经营权”应包括上述 3 类土地经营权。(4)《民法典》物权编第 382 条和第 383 条将《物权法》第 166 条和第 167 条中的“土地承包经营权、建设用地使用权部分转让”修改为“土地承包经营权、建设用地使用权等部分转让”。《物权法》第 166 条和第 167 条的规定同样存在封闭性,仅适用于土地承包经营权、建设用地使用权,因此《民法典》物权编的修改就可以将土地承包经营权、宅基地使用权之外的其他用益物权的部分转让情形包括在内。

值得讨论的是,我国法上的地役权能否适用于土地之外的其他不动产如建筑物等,而这个问题,在《民法典》物权编增设居住权之后显得尤为重要。《物权法》颁布之后,对于地役权是否适用于建筑物,理论上存在不同的解释。有学者认为,地役权的客体应为“土地”,不包括其他不动产;^②也有学者认为,我国地役权的客体不仅仅包括“土地”,也包括“建筑物以及其他不动产”。^③笔者认为,基于我国现行法在建筑物与土地的关系上所采取的分离规则,既然《物权法》将地役权中的“不动产”分别以“供役地”和“需役地”称之,那么就很难得出建筑物适用于地役权的结论。也正是基于此,为使建筑物能够适用于地役权,许多学者主张,民法典应当将地役权改称“不动产役权”,^④但可惜的是,这种建议未被立法者所采纳,《民法典》物权编仍坚持使用“地役权”的称谓。但是,在《民法典》物权编增设居住权而将用益物权的客体扩大到建筑物的情形下,如果将建筑物排除在地役权的适用范围之外,显然是不合理的。对此,我们可以通过扩张解释的方法,将地役权的适用范围扩大于建筑物。只有这样解释,才能实现《民法典》物权编对地役权进行修改的立法意图。

^① 参见高圣平、王天雁、吴昭军:《〈中华人民共和国农村土地承包法〉条文理解与适用》,人民法院出版社 2019 年版,第 310 页;房绍坤、林广会:《解释论视角下的土地经营权融资担保》,《吉林大学社会科学学报》2020 年第 1 期。

^② 参见杨立新:《物权法》,中国人民大学出版社 2013 年第 4 版,第 173 页;刘家安:《物权法论》,中国政法大学出版社 2009 年版,第 171 页。

^③ 参见江平主编:《中华人民共和国物权法释义》,中国政法大学出版社 2007 年版,第 202 页;朱岩、高圣平、陈鑫:《中国物权法评注》,北京大学出版社 2007 年版,第 505 页。

^④ 参见常鹏翱:《回归传统:我国地役权规范的完善之道》,《清华法学》2018 年第 5 期;房绍坤:《民法典物权编用益物权的立法建议》,《清华法学》2018 年第 2 期;陈国军:《论我国役权制度的完善——以民法典编纂为视角》,《政治与法律》2016 年第 12 期;陈华彬:《从地役权到不动产役权——以我国不动产役权的构建为视角》,《法学评论》2016 年第 3 期。

四、土地经营权的创设

土地经营权是农村土地“三权分置”改革中提出的概念,2018年修正的《农村土地承包法》将其法定化,并专节规定了“土地经营权”,就土地经营权的流转事宜(如流转方式、流转原则、流转期限、流转合同等)、土地经营权人的权利、土地经营权融资担保等作出了较详细的规定,同时对“四荒地”土地经营权也做了规定。关于土地经营权,理论上争议最大的问题莫过于权利属性,学界曾在《农村土地承包法》修正过程中提出了若干不同的观点,如“物权说”“债权说”“物权化债权说”等。即使在《农村土地承包法》修改后,因法律规定不明,该争议也没有停止。例如,有学者认为,土地经营权为债权,但通过登记可以给予物权化保护。^①有学者认为,应当遵循分类定性的思路,将设定于土地承包经营权之上的土地经营权和设定于土地所有权之上的土地经营权均解释为包含物权性土地经营权和债权性土地经营权两种类型。就前者而言,5年以上的土地经营权为用益物权,而不满5年的土地经营权为债权。^②还有学者认为,土地经营权兼具用益物权与债权属性,具有用益物权属性的土地经营权属于人役权。^③对于上述争议,《民法典》物权编并没有直接回应,仅是于土地承包经营权中增设了土地经营权的相关内容。从《民法典》物权编关于土地经营权的规定来看,其并没有完全将2018年修正的《农村土地承包法》中土地经营权的规定承继过来,而是有所选择地规定了如下4项内容并有所修改。

1. 土地经营权的流转方式

根据《民法典》物权编第339条规定,土地承包经营权人可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权。可见,土地经营权的流转方式包括出租、入股或者其他方式。相比2018年修正的《农村土地承包法》第36条规定,《民法典》物权编第339条有3处变化:(1)将“出租(转包)”改为“出租”。关于“出租(转包)”的提法,中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》中即已出现,^④2018年修正的《农村土地承包法》直接采用了这种用法。其实,转包与出租并没有本质上的区别,两者产生的都是债权关系,双方当事人的权利义务基本相同。因此,从法律本质说,转包的性质就是出租。2018年修正的《农村土地承包法》用“出租(转包)”的方式进行表达,也意在表明这两者是相同的。^⑤但从立法技术上讲,将两个相同的事物用“括号”的形式加以标注,显然是不合适的。因此,《民法典》物权编将“出租(转包)”改为“出租”。(2)用“土地承包经营权人”取代“承包方”。这两个用语所表达的法律关系是不同的:前者所表达的是物权关系,以说明物权人所享有的权利;后者所表达的是合同关系,以说明合同当事人所享有的权利。应当说,在《民法典》物权编的框架下,前者更符合其体系性要求。(3)删除了承包方流转土地经营权“向发包方备案”的要求。那么,删除这一要求是否意味着流转土地经营权不再需要向发包方备案?对此,需要明确“向发包方备案”的性质和效力。一方面,“向发包方备案”是程序性的要求,并不是流

① 参见高圣平:《农村土地承包法修改后的承包地法权配置》,《法学研究》2019年第5期。

② 参见宋志红:《再论土地经营权的性质——基于对〈农村土地承包法〉的目的解释》,《东方法学》2020年第2期。

③ 参见姜楠:《土地经营权的性质认定及其体系效应——以民法典编纂与〈农村土地承包法〉的修订为背景》,《当代法学》2019年第6期。

④ 根据中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于完善农村土地所有权承包权经营权分置办法的意见》的规定,承包农户“有权通过转让、互换、出租(转包)、入股或其他方式流转承包地并获得收益,任何组织和个人不得强迫或限制其流转土地”。

⑤ 参见黄薇主编:《中华人民共和国农村土地承包法释义》,法律出版社2019年版,第151页。

转土地经营权的审批,也不是要征得发包方的同意,而只是一种事后监督;^①另一方面,从承包方“向发包方备案”的表述来看,这是基于合同关系而要求的备案,也即这里的“备案”是一种合同备案。既然是一种合同备案,那么备案与否就不会影响流转合同的效力。综上,2018年修正的《农村土地承包法》规定流转土地经营权要“向发包方备案”,是从加强土地经营权流转合同管理的角度所作的要求;而《民法典》物权编是从物权行使的角度规定流转土地经营权,主要是为了表明土地承包经营权人享有流转土地经营权的权利,而这不会涉及备案问题。可见,《民法典》物权编删除“向发包方备案”的规定,并不影响承包方按照《农村土地承包法》的规定将土地经营权流转合同向发包方备案。

2. 土地经营权人的自主经营权

《民法典》物权编第340条将2018年修正的《农村土地承包法》第37条的规定全盘承继过来,规定“土地经营权人有权在合同约定的期限内占有农村土地,自主开展农业生产经营并取得收益”。这种情况属于重复立法,立法意义不大,仅是再次强调而已。

应当指出,土地经营权人的另一项重要权利,即以土地经营权设立抵押的权利,《民法典》物权编并没有涉及。从《民法典》物权编的规定来看,第392条关于可以抵押的财产中删除了“四荒地”土地承包经营权,第399条关于不得抵押的财产中删除了耕地的集体土地使用权。结合农村土地“三权分置”改革精神,2018年修正的《农村土地承包法》已经将“四荒地”土地承包经营权改称为“四荒地”土地经营权,而《民法典》物权编第342条明确了这种土地经营权可以抵押。那么,家庭承包的土地承包经营权人依法流转土地经营权后,土地经营权人能否以土地经营权设立抵押以及土地承包经营权人能否以承包地的土地经营权设立抵押,《民法典》物权编没有明确规定,但2018年修正的《农村土地承包法》第47条明确规定了上述权利可以设定“融资担保”,^②只是没有明确这种担保是抵押还是质押。当然,如果结合《民法典》物权编第418条关于“以集体土地的使用权依法抵押的,实现抵押权,未经法定程序,不得改变土地所有权的性质和土地用途”的规定,上述土地经营权的融资担保可以认定为抵押形式。

3. 流转期限为5年以上的土地经营权的设立与登记

关于土地经营权的流转期限,2018年修正的《农村土地承包法》以“5年”界限,明确规定了“土地经营权流转期限为5年以上的,当事人可以向登记机构申请土地经营权登记。未经登记,不得对抗善意第三人”。《民法典》物权编第341条对此规定做了修改,即:“流转期限为5年以上的土地经营权,自流转合同生效时设立。当事人可以向登记机构申请土地经营权登记;未经登记,不得对抗善意第三人”。笔者认为,这一修改意义重大,意味着流转期限5年以上的土地经营权具有了用益物权属性。如前所述,在《农村土地承包法》修正过程中,学界对土地经营权的法律属性存在很大认识分歧,从而

^① 参见黄薇主编:《中华人民共和国农村土地承包法释义》,法律出版社2019年版,第153页;高圣平、王天雁、吴昭军:《〈中华人民共和国农村土地承包法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第221页。

^② 2018年修正的《中华人民共和国农村土地承包法》第47条规定:“承包方可以用承包地的土地经营权向金融机构融资担保,并向发包方备案。受让方通过流转取得的土地经营权,经承包方书面同意并向发包方备案,可以向金融机构融资担保。”

影响了土地经营权相关规则的设计,如土地经营权融资担保究竟是抵押还是质押的定位不明。^①但根据《民法典》物权编关于土地经营权的规定,我们可以得出如下结论:流转期限5年以上的土地经营权具有用益物权属性,而流转期限不满5年的土地经营权则仅具有债权属性,其理由主要有两个方面:一方面,《民法典》物权编第205条确立的调整对象是“因物的归属与利用而产生的民事关系”,从而形成物权关系。也就是说,非物权关系并不属于《民法典》物权编中的民事关系。据此,《民法典》物权编没有规定流转期限不满5年的土地经营权,就表明该权利不具有物权的属性。另一方面,从《民法典》物权编第333条、第335条、第374条和第403条有关以登记为对抗效力的物权设立来看,其基本的表述是“X权自X合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人”。按照同一法律中的相同规定应作相同解释的规则,土地经营权的设立也应解释为物权的设立。对此,全国人大常委会法制工作委员会民法室主任黄薇表示,土地经营权流转期限达到5年以上的可以进行登记,登记后就变成用益物权。^②

4.“四荒地”土地经营权

2002年《农村土地承包法》第44~50条和《物权法》第133条都规定了“四荒地”土地承包经营权,并明确了转让、入股、抵押等流转方式。在修订《农村土地承包法》时,有专家建议,“四荒地”承包不涉及社会保障因素,承包方不限于本集体经济组织成员,其取得的权利在性质上不同于土地承包经营权,因此建议将原法中有关规定修订为:“以其他方式承包农村土地的,承包方取得土地经营权”。^③2018年修正的《农村土地承包法》第49条采纳了这一建议,形成了现行法上的“以其他方式承包农村土地的,应当签订承包合同,承包方取得土地经营权”的规定;同时,第53条又规定了“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得权属证书的,可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权”。《民法典》物权编第342条将2018年修正的《农村土地承包法》第53条的规定完全照搬过来,但忽视了第49条的规定,从而很容易导致与第339条的规定发生混淆。按照《民法典》物权编第339条的规定,“土地承包经营权人可以自主决定依法采取出租、入股或者其他方式向他人流转土地经营权”。这里所规定的“流转土地经营权”是指土地承包经营权人通过出租、入股或者其他方式为他人设立土地经营权,属于权利创设层面的问题,这与2018年修正的《农村土地承包法》第49条所表述的意思是相同的;而第342条所规定的“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,经依法登记取得权属证书的,可以依法采取出租、入股、抵押或者其他方式流转土地经营权”,并非权利创设层面的问题,其“流转土地经营权”属于权利流转的问题。从逻辑关系上看,2018年修正的《农村土地承包法》第53条的前提是第49条,即先取得权利再流转权利,但《民法典》物权编并没有采纳2018年修正的《农村土地承包法》第49条的规定,从而既没有明确承包“四荒地”的权利之具体名称,也没有明确这种土地经营权的设立方式,是不成功的规定。其实,为避免上述问题,《民法典》物权编完全可以将2018年修正的《农村土地承包法》第49条和第53条都承继过来,或者干脆规定转介

① 对此,主持《中华人民共和国农村土地承包法》修订工作的全国人大常委会委员、农业与农村委员会副主任委员刘振伟同志指出:“由于各方面对继受取得的土地经营权是物权还是债权有争议,是作为用益物权设定抵押,还是作为收益权设定质押,分歧很大。立法不陷入争论,以服务实践为目的,使用了土地经营权融资担保概念,这是抵押、质押的上位概念,将两种情形都包含进去,既保持与相关民法的一致性,又避免因性质之争影响立法进程”。刘振伟:《巩固和完善农村基本经营制度》,《农村经营管理》2019年第1期。

② 参见黄薇:《〈民法典物权编草案〉(二审稿)对若干重点问题的回应》,《中州学刊》2019年第7期。

③ 参见黄薇主编:《中华人民共和国农村土地承包法释义》,法律出版社2019年版,第205页。

条款,即“通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地,其土地经营权适用农村土地承包法的相关规定”。

需要讨论的是,“四荒地”土地经营权究竟是何种性质的权利。对此,有学者认为,“四荒地”土地经营权若依法登记,则具有用益物权的性质,否则仅能根据承包合同取得债权性质的土地经营权。^①也有学者认为,“四荒地”土地经营权既包括物权类型,也包括债权类型。具体言之,若以物权性方式创设(如一次性拍卖 30 年或者 50 年的使用权),则土地经营权属于用益物权;若以债权性方式创设(如出租 10 年或者 20 年),则该土地经营权属于债权,不具备登记能力。至于选择设立何种属性的“四荒地”土地经营权,应由双方当事人根据具体情况协商确定。^②笔者认为,“四荒地”土地经营权无论是否登记,都不影响其物权的属性,这就如同土地承包经营权的登记一样。只不过,“四荒地”土地经营权未登记,不具有对抗善意第三人的效力。同时,“四荒地”土地经营权仅指以招标、拍卖、公开协商等方式取得的土地经营权的,不包括以出租方式取得的权利,该权利应为租赁权,不为土地经营权。综上,“四荒地”土地经营权应定性为用益物权。

五、居住权的创设

居住权作为大陆法系传统民法上的用益物权,在我国学者极大争议中为《民法典》所创设,结束了我国法上只有地役权而没有人役权以及只有土地用益物权而没有建筑物用益物权的历史,形成了新的用益物权体系。《民法典》物权编用 6 个条文对居住权做了规定,形成了具有中国特色的居住权制度。概括地说,居住权具有如下特点。

1. 居住权属于人役权

居住权是一个古老的权利类型,在罗马法时代即已经存在。在罗马法上,所有权人可以为特定土地或特定人的便利和收益而允许他人使用自己之物,此即为役权,包括地役权和人役权。^③前者以为特定土地提供便利为目的,而后者以为特定人提供便利为目的。^④就人役权而言,该役权是为特定人的利益而利用他人所有之物的权利,即以他人之物供自己使用和收益的权利。^⑤设立人役权的目的是为了保障特定人享受优惠,一般把充分享用某物作为生活依靠。^⑥从国外立法来看,人役权通常包括用益权、使用权和居住权。上述 3 种权利虽有差别,但作为人役权,它们都具有共同的特点,如人身专属性、终身性、无偿性等。从《民法典》物权编的规定来看:(1)居住权只能由特定的权利主体享有,具有人身专属性,即居住权“附着于人身”。^⑦正是因居住权具有人身专属性,故居住权不得转让、继承(第 369 条)。(2)居住权的设立可以约定一定的期限,但该期限以权利人的存续为限。因此,一旦居住权人死亡,该权利即归于消灭(第 370 条)。(3)居住权是为“满足生活居住的需要”而设定的用益物权(第 366 条),通常是无偿设立的(第 368 条)。可见,居住权是一种人役权。

① 参见高圣平、王天雁、吴昭军:《〈中华人民共和国农村土地承包法〉条文理解与适用》,人民法院出版社 2019 年版,第 348 页。

② 参见宋志红:《再论土地经营权的性质——基于对〈农村土地承包法〉的目的解释》,《东方法学》2020 年第 2 期。

③ 参见周枬:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 2014 年版,第 406~407 页。

④ 参见江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社 2004 年修订本第 3 版,第 223 页。

⑤ 参见周枬:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 2014 年版,第 414 页。

⑥ 参见[意]彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社 2005 年修订版,第 191 页。

⑦ 参见江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社 2004 年修订本第 3 版,第 223 页。

2. 居住权的设立具有双重性

在罗马法上,居住权通常由遗嘱设定,由契约设定的并不多见。^①在现代各国民法上,居住权的设立方式通常有3种:契约、遗嘱、法律规定,个别立法也承认时效取得的方式。从《民法典》物权编的规定来看,居住权可以通过合同的方式设立(第367条),也可以通过遗嘱的方式设立(第371条)。可见,我国立法在居住权的设立上具有双重性,既允许双方民事法律行为的设立方式,也承认单方民事法律行为的设立方式。就双方民事法律行为而言,当事人应当采取书面形式订立居住权合同,并要明确当事人的姓名或者名称和住所、住宅的位置、居住的条件和要求、居住权期限等内容。当事人以书面形式合同设立居住权的,应当向登记机构申请居住权登记,居住权自登记时设立(第368条)。可见,以合同方式设立的居住权实行登记生效主义。因此,在居住权因期限届满或居住权人死亡而消灭时,应当办理注销登记(第370条)。按照《民法典》物权编第371条的规定,“以遗嘱方式设立居住权的,参照适用本章的有关规定”。在“居住权”章中,除居住权不得转让与继承、无偿设立、居住权消灭原因的规定可以参照适用外,有疑问的是,有关居住权登记的规定,可否参照适用?也就是说,以遗嘱方式设立居住权的,是否适用当事人“应当向登记机构申请居住权登记。居住权自登记时设立”的规定?对此,笔者认为,无论是登记生效主义还是登记对抗主义,其适用的基础是基于双方民事法律行为而产生的物权变动。遗嘱虽然是民事法律行为,但导致遗嘱生效的原因是遗嘱人的死亡,即遗嘱人死亡的事实是导致物权变动的原因。因此,通过遗嘱方式设立居住权的,可以参照《民法典》物权编第230条规定,自遗嘱生效即继承开始时,居住权设立,不以办理登记为设立条件。

3. 居住权的客体具有限定性

顾名思义,居住权的客体应当限于用于居住的标的物。这种标的物限于建筑物无疑,但并非所有的建筑物都可以设立居住权,只有用于居住的建筑物才能设立居住权,《民法典》物权编将该种建筑物限定为“他人的住宅”。可见,居住权的客体具有限定性。这里的住宅,可以是建造于国有土地上的城镇住宅,也可以是建造于宅基地上的农村住宅;可以是建筑物区分所有权中的单个住宅,也可以是一个整体的住宅。那么,对于住宅的某个部分能否设立居住权呢?从大陆法系立法例看,对此基本持肯定态度。^②《民法典》物权编仅规定就“他人的住宅”可以设立居住权,并没有规定就住宅的某一部分可以设立居住权。对此,有学者持肯定态度,并认为这种情形是物权客体特定主义原则的一个例外或突破。^③笔者认为,若以房屋的一部分如一间卧室设定居住权,则会产生如下两个问题:(1)按照物权法上的物权客体特定主义,物权的客体应当具有特定性。某一栋房屋的一个房间显然不具有独立性,若以其设定居住权,可能产生突破物权客体特定主义的疑问。(2)以合同方式设立居住权的,居住权自登记时设立。从不动产登记的角度而言,其仅能就不动产单元进行登记,而作为不动产单元的房屋包括“独立成幢、权属界线封闭的空间,以及区分套、层、间等可以独立使用、权属界线封闭的空间”。^④可见,上述房屋中的一间卧室并不构成房屋,因而无法进行单独登记。其实,大陆法系国家在坚持物权客体特定主义的同时,还允许就住宅的一部分设立居住权,系根源于欧陆民法所实行的房地一体主

① 参见周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆2014年版,第415页。

② 参见《德国民法典》第1093条第3款、《瑞士民法典》第776条第1款、《秘鲁民法典》第1027条、《埃塞俄比亚民法典》第1353条、《埃塞俄比亚民法典》第1355条。

③ 参见申卫星:《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》,《现代法学》2018年第2期;单平基:《〈民法典〉草案之居住权规范的检讨与完善》,《当代法学》2019年第1期。

④ 参见《不动产登记暂行条例》第8条、《不动产登记暂行条例实施细则》第5条。

义。因此,在设立居住权的情况下,其客体并非房屋而是土地。也就是说,居住权是设立于土地之上的负担。因此,德国通说认为,应当将《德国民法典》第 1093 条所称的“建筑物之一部分”解释为对居住权在空间上的限制,居住权是设定在土地之上的。^① 也就是说,居住权的设立系就整块土地都有负担,但行使范围须受限於全部建筑物或建筑物的一部分。^② 可见,在德国法上,在建筑物的一部分上设立居住权并不违反物权客体特定主义。我国虽然采取房地分离主义,但就住宅的一部分设立居住权也不违反物权客体主义。这是因为,尽管从表面上看,居住权是设立于住宅的一部分之上,但其实是对整个住宅所施加的一种负担,只是居住权人的行使范围须受限於特定部分而已。由于在住宅的一部分之上设立居住权是对居住权行使范围的限制,这就要求居住权的使用范围必须于登记簿上精确地加以描述。^③

4. 居住权的权利主体具有特定性

从法律关系角度而言,居住权的主体包括居住权人和设立人。就设立人而言,其应为住宅的所有权人,非所有权人无法设立居住权。如果住宅是共有的,应当由共有人共同设立居住权。居住权的设立人并不限于自然人,法人、非法人组织等亦有权就其所有的住宅设立居住权。这从《民法典》物权编第 367 条有关合同条款的列举中可以得到答案,因该条中提及了“当事人的名称”,而只有法人或非法人组织才能使用名称。就居住权人而言,其应限于自然人,法人、非法人组织不得取得居住权,这是由居住权的设立目的所决定的。因“满足生活居住的需要”只能适用于自然人,法人、非法人组织无所谓“生活居住的需要”。应当指出的是,居住权人虽然是自然人,但能够在住宅中居住的人并不限于取得居住权的自然人,也应当包括居住权人的亲属以及其他相关人员(如保姆、受扶养人等),除非当事人另有约定。对此,各国和地区立法均承认之。^④

责任编辑 温世扬

^① Vgl. Ahrens, Dingliche Nutzungsrechte, 2. Aufl., 2007, Erich Schmidt Verlag, S. 325, 331.

^② 参见杨宏晖:《我国人役权之立法趋势——兼论德国法之介绍》,载陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会编:《物权法之新思与新为:陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集》,陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会 2016 年版,第 332 页。

^③ 参见杨宏晖:《我国人役权之立法趋势——兼论德国法之介绍》,载陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会编:《物权法之新思与新为:陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集》,陈荣隆教授六秩华诞祝寿论文集编辑委员会 2016 年版,第 332 页。

^④ 参见《法国民法典》第 632 条、《德国民法典》第 1093 条第 2 款、《瑞士民法典》第 777 条第 2 款、《意大利民法典》第 1023 条、《葡萄牙民法典》第 1487 条、《西班牙民法典》第 524 条、《智利民法典》第 815 条、《秘鲁民法典》第 1028 条、《阿根廷民法典》第 2953 条、《埃塞俄比亚民法典》第 1354 条、《美国路易斯安那民法典》第 633 条。