

从对峙到共存:执行程序中居住权的保护范围及措施

骆小春 王维茗

(南京工业大学 法政学院,江苏 南京 211106)

[摘要] 涉居执行难题涉及《民法典》新设物权与民事强制执行立法的规则协调。经我国本土化改造后的居住权,既侧重传统人役权的生存保障属性,又兼具用益性物权的财产属性。二者背后呈现的价值倾向的差异,有必要在涉居执行中通过细分居住权类型来达到分而治之的目的。剖析民事强制执行的基本价值,宜将执行程序中居住权的保护范围限定在“社会性居住权”的概念之内。对于民法典与民事强制执行立法的衔接,分别从民事私法与程序公法两个维度出发,在实体上构建有限保护的居住权审查规范,在程序上完善案外居住权人的救济措施,实现涉居执行中居住权与其他权利的平衡保护。

[关键词] 涉居执行 权利对峙 社会性居住权 利益衡平 执行救济

居住权入典成为近年民法学界的关注热点。这一方面反映了我国民法对社会需求变化的调试,实现保护住房困难群体的救济功能并兼顾房屋的财产功能;另一方面,为避免激发居住权与旧有规范的“排异效应”,学界理应对居住权与其他民事实体法规范的融合、与其他部门法制度的衔接等问题予以回应。居住权作为房屋所有权之上的新型权利负担,打破了传统的“非租即卖”的房屋利用体系,也为民事执行程序引入了全新的变量参数。例如,在执行程序中,居住权、普通金钱债权、抵押权的权利冲突如何解决?是应当“带居拍卖”还是“去居拍卖”?若是“去居拍卖”,又该如何保护居住权人的居住利益?面对上述疑问,部分学者以构建实体法上的权利冲突基本原则为核心,设定居住权与其他权利的顺位规则^①;另有学者认为,居住权问题的弊病在于其人役属性,唯有突破居住权的流转限制,才能有效解决居住权与涉居执行房屋之上其他权利的竞争^②。总体来看,既有研究多着眼于从实体法视角寻找居住权对民事程序领域外部冲击的破解之道。然而,当前的研究盲点在于忽视居住权于《中华人民共和国民法典》(下文简称《民法典》)中的特殊定位与民事执行立法的价值导向,将居住权视为或企图转变为一般用益物权,并在既有执行规则上予以调整。如此一来,不但有违背居住权入典初衷之嫌疑,而且难以真正实现民法典与民事强制执行立法的环节衔接。为此,本文以实现《民法典》与民事强制执行立法衔接为出发点,从我国居住权制度的独特价值与民事强制执行立法理念中寻找两法协调的“连接点”,试图解决涉居执行过程中的居住权保护难题。

一、权利对峙:涉居执行的难题考察

根据执行依据所载明的内容,涉居执行存在于金钱债权执行与交付标的物执行这两种类型中。对于金钱债权的强制执行,案涉房屋既需要以强制拍卖或变卖的方式体现不动产交换价值,又需要发挥房屋的使用价值以回应居住权;对于交付标的物的执行,居住权人对房屋的占有、使用使得房屋继受人取得“空虚所有权”,极大限制不动产的权能行使。以上情况表明,倘若作为执行标的的房屋之上存在某种限制物权,且该限制物权的存在又不足以满足第三人(申请执行人)的权益实现,则各权利之间的对峙形态即会凸显。

[作者简介] 骆小春(1969—),湖北黄冈人,法学博士,南京工业大学法政学院教授,研究方向:民商法学。

^① 参见何马根、吉卓烨《居住权排除强制执行的实证分析和规则构建》,《法律适用》2022年第5期。

^② 参见廖磊、何雨泽《〈民法典〉中涉居住权房屋的执行难题及其破解》,《重庆社会科学》2021年第12期。

(一)限制物权的利用优先性与完全物权的排他性冲突

所有权是完全物权,是所有人对所有物的永久和充分的物权^①。在所有权上设立限制物权是实现所有权对物支配的方式之一。限制物权的存在,是所有权人自愿承受权利负担的表现,故只有在限制物权消灭之后,所有权才能恢复圆满状态^②。这同样解释了所有权滞后于限制物权的原因。除此之外,居住权作为一种长期占有、使用房屋的限制物权,其利用优先性还可从以下几个层面展开:其一,从罗马法对役权的理解上看,用益物权体现为对他物的“用益”,即在他物之上产生负担,并以此对抗所有权的排他属性。例如,德国民法认为,居住权是指权利人享有的“将建筑物或建筑物之一部分当作住宅予以使用,并具有排除所有权人之效力”的权利^③。其二,从我国《民法典》对所有权人与居住权人之权利义务分配的角度看,所有权人以设定居住权的方式间接行使所有权,理应容忍居住权的利用优先性。即便新所有权人事后获得不动产所有权证,也无法改变居住权的既存现实,亦无权驱逐居住权人^④。其三,从房屋利用顺位来看,居住权人与所有权人呈现一种错位利用关系,即居住权人主宰房屋的现阶段使用权,所有权人享有居住权消灭后所有权恢复圆满状态的期待利益。正是基于居住权与所有权的利用顺位,所有权人得以把同一物分配给不同的主体,使得有限的财产得到充分利用^⑤,这也能够解释居住权相对于所有权的优先效力。

居住权的利用优先性与所有权的排他性之间的天然冲突在国家公权力主导下的执行程序中会被进一步放大。例如,丈夫甲在婚姻关系存续期间为丙在自己名下的房产上设立了居住权,后甲与妻子乙诉讼离婚,法院判决该房产归乙所有,因甲未履行交付房屋义务,乙申请强制执行。此类案件不涉及能否过户的问题,因为当前不动产登记系统并未区分完全所有权与空虚所有权,居住权的设立与与否不影响所有权主体的变更。问题的关键在于此种情况下房屋能否强制转移占有,即移交的是房屋虚有权还是所有权。理论上,居住权作为用益物权具有利用上的优先性,新所有权人应承继消极的容忍义务。据此,居住权当然优先于因判决引发的所有权变动。这一设定对于房产交易市场来说具有公平合理性。在房屋买卖中,买受人可以预先就房屋的权属状况展开调查:若买受人明知房屋上存在居住权仍愿意购买,则应视之为默示接受居住权人对所有权排他性的限制;若买受人无法从不动产登记簿上查询到居住权登记信息且原所有权人并未告知居住权存在的事实,则涉及交易欺诈,买受人可以通过合同法规则寻求救济而不必进入执行程序。然而,对于依托判决而非合同转移所有权的情况,新所有权人无法通过合同法追究违约赔偿责任,那么设立在先的居住权是否还能保有利用的优先性?

(二)居住权的安定优先性与债权执行保护的优先性冲突

居住权的安定优先性与债权执行保护是其在不同法领域的价值投射。居住权的安定性要求居住权在一定期限内平稳行使权利,也即居住权人在某些情况下享有能够排除其他权利的效力^⑥。此种安定优先性辐射居住权权利结构包括以下三点:第一,权利存续的稳定性。比如,所有权人不能随意撤销已设立的居住权,只能因法律规定的情形灭失或居住权人自己抛弃,属于虚有权人的“禁反言规则”。第二,有限的流通性,主要以控制居住权人行权的限度维护人身专属性。罗马法居住权便是典型,要求居住权人不得将权利转让或继承^⑦。《德国民法典》第1092条规定,限制的人役权不得转让与继承;即使是使用、出租,也必须以得到所有权人的许可为前提^⑧。即使德国此后确立了长期居住权制度,极大消弭了传统居住权的流通阻碍,但权利的转让仍受到房屋所有人的授意限制。^⑨由此

① 龙翼飞、杨建文:《论所有权的概念》,《法学杂志》2008年第2期。

② 常鹏翱:《物权法上的权利冲突规则——中国法律经验的总结和评析》,《政治与法律》2007年第5期。

③ [德]鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法(上册)》,张双根译,北京:法律出版社,2004年,第655页。

④ 参见陈小君:《〈民法典〉物权编用益物权制度立法得失之我见》,《当代法学》2021年第2期。

⑤ 参见肖俊:《“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》,《法律科学(西北政法学报)》2019年第3期。

⑥ 参见孙茜:《〈民法典〉视野下居住权制度的理解与适用》,《法律适用》2020年第21期。

⑦ 参见刘阅春:《居住权的源流及立法借鉴意义》,《现代法学》2004年第6期。

⑧ [德]鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法(上册)》,张双根译,北京:法律出版社,2004年,第655页。

⑨ 参见廖磊、何雨泽:《〈民法典〉中涉居住权房屋的执行难题及其破解》,《重庆社会科学》2021年第12期。

可见,即使是对罗马法居住权进行大刀阔斧改革的德国民法,也未完全摒弃居住权的安定性。第三,权利行使的排他性。居住权的独特优越性即为居住利益可以通过物权规则予以保护,具有绝对排他性^①,不容任他人干涉。

居住权作为物权的安定优先性,充分体现了民法“物权优先主义”的特点。然而,当居住权与不动产共同进入民事执行程序时,难免会牵涉不同主体、不同部门法的特殊利益。民事强制执行程序须穷尽各种途径实现判决所确定的当事人合法权益,维护市场经济的交易闭环。因此,执行程序长期以“债权人中心主义”的立法倾向解决执行难的问题。之所以执行程序中会出现居住权与一般债权之间的权利对峙,是因为居住权的安定性打破了传统的房产利用模式。一般而言,居住权的安定性使得房屋将长期处于“权利亏空”状态,直接影响房屋产权的市场价值以及通过让渡占有、使用权能来产生孳息等重要利益,从而间接增加房产变现难度,客观上存在侵害债权人财产权益的风险。

对此,若按照传统“优先保护债权人利益”原则来等同对待涉居房屋的执行问题,无疑会撼动居住权的安定优先性。而一旦削弱居住权的安定性,就意味着居住权的稳定性化为一纸空谈,居住权人随时有可能因债权人的权利主张而被迫丧失居住利益,以致从根本上动摇居住权的存在基础,从而使居住权制度的空壳化,难以实现立法初衷。反之,一味强调居住权的安定优先而舍弃债权人利益保护同样不可取。这不仅无法解决当前执行难的现实困境,反而可能沦为债务人恶意逃避执行、拖延执行的借口,与民事强制执行立法愿景背道而驰。

(三)人役权保护的优先性与抵押权的受偿优先性冲突

相较于居住权与普通金钱债权在执行程序中的权利竞争,前者与享有抵押权的债权之间的冲突似乎有可以参照的冲突解决范本。谷佳杰教授认为,在立法制度的衔接方面,民事强制执行立法应将涉居住权执行视为涉租赁权执行^②。汪洋教授也持有类似的观点,认为居住权与租赁权在功能和制度构造上具有相似性,应参照租赁权的相关规定,对居住权关系进行类推适用^③。固然,居住权与租赁权在最终效果上具有相似性,但二者在权利属性与利益保障上的差异决定了居住权与抵押权的冲突不能全盘照搬既有的处理模式。

担保物权制度对于确保债权实现、促进社会资金融通具有重要意义^④。相比于人的保证,物的担保以优先支配担保财产的交换价值为内容,排除债权平等原则的适用,是以成为确保债权清偿的最佳手段^⑤。而普通债权以债务人的总财产平等受偿,债权人需要承受无法完全受偿之风险。据此可知,担保物权的优越地位主要体现在以下两个方面:一是担保物权人优先于其他债务人受偿;二是担保物权人优先支配担保标的的交换价值。在民事强制执行领域中,后者大致表现为担保物权人申请通过国家强制的方式转移担保标的的所有权以实现债权清偿目的,其中就包括清除所有权之上的权利负担以扫清一切有可能阻滞担保标的流入交易市场的因素。《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(以下简称《拍卖、变卖财产规定》)第28条证实了这一观念在司法层面的认可。该条第2款明确,原则上拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权不因拍卖而消失,但以对在先的担保物权或其他优先受偿权的实现有影响为排除性规定。一方面,此处强调了唯有拍卖财产上担保物权顺位先于居住权,才有适用例外规定的空间;另一方面,表明担保物权为其他权利作出让步应受到法律的严格调控,不可任意扩大范围,以免动摇抵押权优先性的基本规范。

2023年4月20日,最高人民法院公布《关于商品房消费者权利保护问题的批复》,其中就对担保物权等其他优先受偿权的让步问题作出说明。该批复第2条第1款指出,商品房消费者以居住为目的购买房屋并已支付全部价款,其房屋交付请求权优先于建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权。《全国法院民商事审判工作会议纪要》也传递出类似的精神,第126条针对实践中存在商

① 参见肖俊《居住权的定义与性质研究——从罗马法到〈民法典〉的考察》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2020年第12期。

② 参见谷佳杰《民法典的实施与民事强制执行法的协调和衔接》,《河北法学》2021年第10期。

③ 参见汪洋《民法典意定居住权与居住权合同解释论》,《比较法研究》2020年第6期。

④ 参见《中华人民共和国民法典物权编理解与适用(下)》,北京:人民法院出版社,2020年,第980页。

⑤ 参见谢在全《担保物权制度的成长与蜕变》,《法学家》2019年第1期。

商品房预售不规范现象,以保护消费者生存权为目的,认为交付全部或大部分款项的商品房消费者的权利优先于抵押权。这是基于生存权至上的考虑,突破合同相对性和债权平等而设置的特别规定。商品房消费者的物权期待权得以在无须满足公示要件的情况下被赋予超级优先权,是当今实务界对以人权为核心的诸多子权利重视度提升的结果。根据权利层次理论,在多重权利发生冲突时,当事人的居住权优先于财产权。此处的“居住权”并非指我国民法中的用益物权,而是公法视角下人权范畴的居住、生存权益。也正是基于司法对人权的倾斜保护,上述最高人民法院发布的对符合一定条件的商品房消费者给予特殊保护的批复并未受到正当性质疑,成为面向群众的一大利好。

这一司法导向能否在解决居住权与抵押权冲突时提供些许启示?我国居住权受罗马法居住权的影响较深。罗马法居住权属于役权体系下的人役权,是典型的身份性权利,功能限于家庭弱势人员生存利益保障^①。人役性限制下,居住权具备极强的家庭伦理性和生存保障性,其权能、内容及设立条件皆受到严格限制^②,此亦为传统居住权的鲜明特征。结合我国国情,立法机关在传统居住权的基础上引鉴了法德两国对居住权的制度革新,认为居住权应兼具身份与财产双重要素,既要能够缓解无力购房者的居住困境,也要最大程度尊重房屋所有者的内心意志,使之成为扩大房屋经济效益的途径之一^③。只不过,从现行规定观之,居住权的制度设计具有显著的人役权特色;从实务中居住权纠纷的发生场域来看,居住权仍围绕家庭成员设定,经济属性较弱。

我国居住权的人役性底色须以相关配套措施予以落实,而允许在一定条件下实现对居住权人的倾斜保护是问题的破解之道,也即在执行程序中,应当允许符合特定条件的居住权的优先性超越抵押权的受偿优先性。这一点在德国立法中有所体现。德国《住宅所有权与长期居住权法》第39条规定,即使对设有长期居住权的地块强制拍卖是由优先于或等于长期居住权的土地抵押人进行的,当事人也仍可以通过约定排除《强制拍卖和破产管理法案》第44条规定的涤除拍卖财产上居住权的相关规定,使长期居住权仍然有效。不过,当事人对长期居住权的保留约定须得到抵押权人的同意后才有效。此为德国法化解强制拍卖中居住权与抵押权利益对峙时的变通方案,鉴于中德两国在民法体系与社会保障体系上的差异,简单的“拿来主义”无法适应现阶段中国社会的发展需求,需要结合中国的法律语境探索居住权优先于抵押权的延展空间。

二、理论溯源:执行程序中居住权保护的困境突围

在执行程序中,居住权与所有权、普通债权、抵押权之间的冲突看似只是物权与物权或物权与债权的一般冲突,实则是居住权背后展现的物权理念与以“实现权利”为终极目标的执行理念之间的冲突。由于与房屋所有权的天然绑定性,居住权在具体运用中难免会受到所有权的牵制,需要民事强制执行法的协调和衔接。一方面,居住权的稳定行使需要民事强制执行规范予以协调;另一方面,民事强制执行立法需要以“涉居执行”为契机进一步完善。因此,必须深挖居住权作为《民法典》新型用益物权的特殊价值考量,同时兼顾《民法典》时代下民事强制执行立法于应然层面的基本理念。只有发现二者在价值层面的共通之处,才能找到平衡权利对峙的调试点,并以此为基点,根据不同的权利冲突类型的需求上下调节,最终实现《民法典》与民事强制执行法的立法衔接。

(一)基于本国国情的居住权规则释义

1. 用益物权项下的居住权基本特性

用益物权作为物权体系的重要组成部分,具备法定性、排他性、优先性等物权一般特性,同时还具有派生性、受限制性、客体的不动产性、独立性、用益性^④。而后两者是理解居住权适用相关问题的良好切点。

① 参见鲁晓明《论我国居住权立法之必要性及以物权性为主的立法模式——兼及完善我国民法典物权编草案居住权制度规范的建议》,《政治与法律》2019年第3期。

② 参见林洋、唐万钰《我国居住权制度的解构模式及其规则重释》,《学术探索》2021年第7期。

③ 参见申卫星《我国物权立法中论争焦点问题探讨》,《法学杂志》2006年第4期。

④ 参见《中华人民共和国民法典物权编理解与适用(下)》,北京:人民法院出版社,2020年,第597-598页。

何为居住权的独立性?居住权一经设立便具有独立于所有权而存在的特性,其本身不随用益标的上其他权利的转让而转让,亦不随其他权利的消灭而消灭,这与从属于担保主债权的担保物权存在明显区别。吸收用益物权诸多特性的居住权,具有对物的直接支配性和排他性,可以对抗包括所有权人在内的所有人的干涉,与所有权一样具有对世性。因此,当有效设立在先的居住权与执行依据所确定的权利之间存在竞争时,时间顺位居先的居住权应凭借用益物权的独立性获得优先保障,而不能以牺牲居住权为代价来保障顺位居后的其他权利。

何为居住权的用益性?按照马克思主义政治经济学的基本观点,商品具有价值与使用价值双重属性,使用价值是商品的自然属性,是价值和交换价值的承担者^①。用益物权侧重物的使用价值,也被称为使用价值权。我国居住权制度充分展现了侧重“住房的使用价值”的权利形态。正因使用价值与居住权的人役性相融合,才产生了我国居住权“无偿设立、不得转让、不得继承、不得出租”的原则性规定^②。这种独特的制度设计,既有对我国本土实情的结构性考量,亦同社会公共利益所追求的“扶弱助老”的旨趣相符^③。

诚然,对使用价值的强调不代表摒弃物的交换价值,而交换意味着让渡使用权能以获取收益,实现物在不同主体之间的流转。一般用益物权项下的土地承包经营权、建设用地使用权、地役权皆有允许转让的规定,即使是对转让严格管理的宅基地使用权,也并没有被全面禁止转让。最高人民法院物权法研究小组认为,虽然现行法律和国家有关政策对宅基地使用权的转让采取原则禁止的态度,但有条件地允许其在本集体经济组织内部转让是符合我国宅基地使用权现状的,而且也不为法律所禁止^④。《民法典》第369条明令“居住权不得转让、继承”的规定放之整个用益物权体系都是独有的。对此,有学者认为这一规定存在逻辑矛盾,应当承认居住权的可转让性。理由是:既然在“公有”属性的土地上设立的用益物权尚未被施以转让性的绝对限制,那么在“私有”的房屋上设立的用益物权更不应当苛以限制^⑤。此处运用的“举重以明轻,举轻以明重”的当然解释方法看似具有一定的合理性,实则是从权利属性的公私角度对不同类型的用益物权进行了粗略的样板化划分。事实上,我国居住权制度本就与一般用益物权存在较大差异,限制其流转也是对外来权利本土化的结果。在类型细化的层面,传统用益物权逻辑架构是役权、地上权、永佃权并列存在,而役权之下,又存在地役权和人役权的区分^⑥,人役权可再次被划分为用益权、使用权、居住权、对奴隶或者牲畜的劳作权^⑦。按照上述体系安排,我国《民法典》规定的用益物权具体类型基本上可归属到地上权和地役权范畴^⑧,而居住权无法归入任何一个范畴内。此为居住权在我国传统用益物权体系中的独特之处,所以将居住权与一般意义上的用益物权等同对待,有失偏颇。更为合适的做法是站在实用主义立场,根据居住权的不同特性采取差异化的处理方式。前文已多次提及,居住权入典主要是基于对居住困难群体提供稳定且长久的生存保障,且此种保障的可替代性较低,限制居住权的转让是符合我国社会基本需求的。因此,部分学者主张通过赋予居住权可转让性达到在执行程序中便利化剔除居住权、解放房屋价值的做法^⑨,实则欠缺合理性论证,也容易增加居住权人对制度本身的不信任感。

2. 社会性居住权与投资性居住权的概念分野

自居住权正式入典以来,学界就已开始依据功能对居住权进行类型化的理论研究,学术成果纷呈。笔者之所以主张在执行程序中重申居住权的功能划分,是因为不同功能类型居住权所承载的社会功能存在根本性差异,这决定了法官在面对不同类型居住权与其他权利发生冲突时所需要平衡的

① 参见《中华人民共和国民法典物权编理解与适用(下)》,北京:人民法院出版社,2020年,第597-598页。

② 参见李永军《论我国民法典上用益物权的内涵与外延》,《清华法学》2020年第3期。

③ 参见王勇旗《利益衡量理论在我国居住权立法中的应用》,《河北法学》2020年第8期。

④ 参见《〈中华人民共和国物权法〉条文理解与适用》,北京:人民法院出版社,2007年,第461-462页。

⑤ 参见廖磊、何雨泽《〈民法典〉中涉居住权房屋的执行难题及其破解》,《重庆社会科学》2021年第12期。

⑥ 参见李迪昕《用益权制度的本土化构建》,《学习与探索》2022年第5期。

⑦ 参见[意]彼得罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄凤译,北京:中国政法大学出版社,2018年,第205-206页。

⑧ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编《中华人民共和国民法典物权编理解与适用(下)》,北京:人民法院出版社,2020年,第600页。

⑨ 参见廖磊、何雨泽《〈民法典〉中涉居住权房屋的执行难题及其破解》,《重庆社会科学》2021年第12期。

侧重点不同,进而影响居住权在执行程序中的去留判断。因为执行法院依据执行根据实现执行利益的过程,也是对不同主体利益的抉择过程,对其中一方的利益予以优先保护。

基于居住权的功能,有观点将之区分为社会性居住权和投资性居住权^①。其中,社会性居住权主要指向自罗马法的传统居住权;投资性居住权指向德国的长期居住权制度与美国的终生地产权制度。在确定二者具体范围的过程中,学界形成了以下三种划分标准:第一,根据设立居住权的目的判断是否满足弱势群体的居住需求。有学者主张,以经济性利益来保证特定当事人伦理要求的居住权即为“社会性居住权”,如存在于公租房、家庭合资建(购)房、以房养老等房屋利用形式中的居住权;而投资性居住权是当事人基于投资目的在他人房屋上设立的居住权,需要遵循市场交易的等价有偿原则^②。第二,以当事人之间是否具有特殊关系以及是否无偿来判断属于何种居住权。持此观点的学者认为,社会性居住权多发生在具有特定身份关系的当事人之间,如父母子女、兄弟姐妹、单位与职工等,且皆以无偿为原则;而投资性居住权完全是基于经济利益的考量,通过对住房占有、使用权能的交易获取利益,交易有偿性是其典型特征^③。第三,以能否实现居住权的无障碍流转为主要因素,主张社会性居住权与投资性居住权不存在泾渭分明的界限一说。申卫星教授认为,社会性居住权由基于家庭关系的居住权与基于国家住房保障的居住权组成,前者以绝对的无偿为标志,所以,以家庭为单位的合资建(购)房、垫资建房不属于社会性居住权^④。投资性居住权由兼具社会性的投资性居住权与商业领域的投资性居住权组成,前者虽为有偿设立,但通常建立在家庭关系的基础之上,如合资建(购)房、以房养老等^⑤。单平基教授同样认为,投资性居住权以有偿设立为原则,可以转让、继承和进行任何合理用益,也可以兼具一定的社会性功能;待居住权市场逐步完善后,投资性居住权将在旅游、酒店、房地产等商业领域有巨大的发展空间^⑥。

总结上述三种代表性观点的共性发现,社会性居住权以弱者保护为出发点,强调家庭、社会的保障功能,理应给予较为强势的保护。而投资性居住权以投资主体获得经济利益为主要目的,本质为依存于房屋之上的个人投资行为,既包括所有权人以有偿设立的方式向居住权人收取租金,也包括居住权人行使收益、处分权能,将居住权出租或转让。两相对比,以获经济效益为根本的投资性居住权不应与保障为导向的社会性居住权给予同等保护。换言之,具有保护优势的社会性居住权与执行领域中其他权利的竞争更为激烈,获得优先保护的可能性更大。

(二)民事强制执行立法的基本价值理念

居住权的优先保护范围越大,越不利于衡平执行程序中的其他利益。通过上文对居住权类型化的梳理可以发现,学界现阶段的划分是在实体法层面面向居住权的使用价值和交换价值两个方向的延伸结果,没有将其对他种权利的冲击纳入考虑范围。简言之,仅依据实体法划分的居住权可以作为一项重要参考,却不能直接运用到实体法与程序法相交织的民事强制执行法领域。笔者认为需兼顾民事强制立法的基本价值理念,并以此将居住权优先保护的进一步缩小。

1.《民法典》对民事强制执行立法理念的影响

王泽鉴先生曾言:“现行民法系以‘人’为本位。”^⑦此次民法典的编纂亦遵循“以人”为中心的人文精神轨迹,民法典各分编的中心和重心皆为“人”^⑧。相应地,为了确保包括民法典在内所有法律全面正确实施,民事执行工作也要根据民法典的立法精神,将“民本思想”贯彻于执行工作始终,并进一步丰富既有的执行理念,充分发挥民法典对执行工作的指导作用。

首先,人民本位的民法典要求民事强制执行法进一步强化公正执行理念。公正执行理念要求民

① 参见单平基《〈民法典〉草案之居住权规范的检讨和完善》,《当代法学》2019年第1期。

② 参见何马根、吉卓桦《居住权排除强制执行的实证分析和规则构建》,《法律适用》2022年第5期。

③ 参见辜明安、蒋昇洋《我国民法典设立居住权的必要性及其制度构造》,《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2020年第2期。

④ 参见申卫星、杨旭《中国民法典应如何规定居住权》,《比较法研究》2019年第6期。

⑤ 参见申卫星、杨旭《中国民法典应如何规定居住权》,《比较法研究》2019年第6期。

⑥ 参见单平基《〈民法典〉草案之居住权规范的检讨和完善》,《当代法学》2019年第1期。

⑦ 王泽鉴:《人格权法——法释义学、比较法、案例研究》,北京:北京大学出版社,2013年,第41页。

⑧ 参见王勇旗《利益衡量理论在我国居住权立法中的应用》,《河北法学》2020年第8期。

事执行程序应当对任何可能受到执行程序不当干预的主体持有公平保护观。不同于民事诉讼中的三方主体构造,民事执行是执行机构与被执行人之间的两方构造^①,表现为执行机构取代执行债权人单向对立执行债务人。从执行债权人的立场看,人民本位思想在民事强制执行中首先要求及时、迅速、有效实现执行利益,从而形成债权人中心主义执行观;与此同时,由于民事强制执行是国家强制力干预私人生活的场域,对执行人道主义的呼吁正是对过度追求“债权人中心主义”的纠偏,也是债务人立场下人民本位思想的贯彻结果。然而,民事执行领域的公平保护范围不能仅局限于执行债权人与债务人之间。基于审执分离原理,执行法院通常只根据权利表象认定债务人的责任财产。而现代社会中财产的多元化利用形态,使得形式物权与实质物权分离、所有权的各权能分离行使等现象屡见不鲜,执行法院对在外观上属于债务人所有的财产采取强制措施的,在客观上存在侵害案外人实体权益的风险^②。因此,执行领域的公平保护观应当覆盖案外人、与案件相关的其他利害关系人等主体的利益。

其次,人民本位的民法典还要求将对特定群体的倾斜保护思想融入民事强制执行的立法理念之中。长久以来,这种倾斜保护思想仅体现在对债务人的人道主义执行观念中,主要表现为保障债务人及其家属作为人的最低限度生活水平,并且“人道主义”对民事强制执行规则产生的影响十分有限。显然,此处狭义的“人道主义执行观”并不能完全涵盖针对特定人群的倾斜保护思想,也无法衔接《民法典》创设的新型权利。人道主义执行观的法理基础是基于民法人文关怀下的“弱有所扶”精神,以人民为中心的民事强制执行立法应坚持对社会弱势群体予以必要的特殊关照。具体到案件中,该弱势群体既可以指向弱势债务人、弱势债权人,也可以指向与执行案件相关的案外人及其他利害关系人。(2019)最高法民申5507号即为民事执行程序对案外人适用人道主义执行观之典型。在执行夫妻共同房产过程中,申请执行人认为案涉房屋144.36平方米明显超过生活必需,应对案涉财产依法拍卖,并将所得价款的一半分配给配偶刘某。二审法院认为,刘某及其未成年子女长期生活在案涉房屋中,将该房产拍卖会案外人的生存权益。虽然案涉房屋面积较大,房产价值约1131.87万元,但案外人所居住的房屋属北京市普通住宅而非高档、豪华住宅,仅凭房产价值较高就认定为超出生活必需的观点并不妥当。最高人民法院肯定了这一观点,认为在拍卖案涉房产时,应尽量避免对居住于房屋中的案外人产生不利影响,并且主张对案外人生存权益的保护应当优先于对一般债权人信赖利益的保护。对案外人生存权益的保障,实则是对基本居住权的特殊优待,也是人道主义执行观的核心内容。故完整的人道主义执行观的主观范围应覆盖所有民事强制执行程序的参与者,而限于被执行人^③。

最后,人民本位的民法典充分体现了对人的尊重,将此种理念运用于执行程序即为保障案外人的财产安全与生活安宁。不同于《民法典》直接以人为中心展开的对自由意志、人格尊严的保护,披上公法外衣强制实现债权人利益的民事强制执行法主要对案涉财产本身或设立于财产之上的诸多权利采取一系列限制或剥夺措施,进而波及财产或财产性权利的平稳行使,打破案外人既有的生活状态。对此,民事强制执行立法应当树立一种安定主义执行观:“防止为了执行加速而毫无顾虑地干预第三人的地位。”^④对不具有主观可归责性的案外人,民事强制执行法应当赋予其自主救济以及及时摆脱执行困扰的主动权。除非具备足够充分且正当的理由,执行规则应当禁止执行机构强行将案外人卷入强制执行程序,以免降低人民的财产安全感、生活安宁感以及国家对民事权益的司法保护水平^⑤。

① 参见[德]弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯《德国强制执行法》(上册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,北京:法律出版社,2019年,第77页。

② 参见黄忠顺《案外人排除强制执行请求的司法审查模式选择》,《法学》2020年第10期。

③ 参见黄忠顺《论直接执行与间接执行的关系——以金钱债权的间接执行为中心》,《东岳论丛》2020年第6期。

④ 参见[德]弗里茨·鲍尔、霍尔夫·施蒂尔纳、亚历山大·布伦斯《德国强制执行法》(上册),王洪亮、郝丽燕、李云琦译,北京:法律出版社,2019年,第69页。

⑤ 参见黄忠顺《以人民为中心的民事强制执行立法:逻辑起点、价值理念及关键环节》,《深圳大学学报(人文社会科学版)》2022年第1期。

综上,以“人民为中心”思想应当灵活运用于民事司法程序之中。坚持人民主体性原则,要求我国完整的执行理念系统应当包括公平保护执行观、人道主义执行观、安定主义执行观,合理调节债权人、债务人以及案外第三人的基本诉求。

2. 涉居执行中的价值理念融合

良好的涉居执行规则须建立在居住权的价值理念与民事强制执行领域的基本理念相融的基础之上。从实体层面看,虽然现阶段尚未形成统一的社会性居住权与投资性居住权的分类标准,但总体而言,前者偏向保障属性,后者偏向获益属性。而民事强制执行中的人道主义执行观同样具有保障特定群体生存权益的功能,只是与社会性居住权相比,其范围更限定化。如此一来,将“生存利益”作为《民法典》居住权制度与民事强制执行法的衔接点,是较为合适的。具体而言,执行领域中社会性居住权的认定范围应限制在“生存利益”的范围之内,即居住权人名下无可供居住的房屋且尚不具备独立购房能力,保护居住利益具有紧迫性、现实性。所以,对于家庭内部合资建(购)房,父母在有基本住房的情况下仍在子女新房上设立居住权的,不能认定为社会性居住权而予以特殊优待。同理,除非是以保留居住权的所有权交易作为唯一经济来源,以房养老设立的居住权一般应当归属为投资性居住权,在执行中不具有保护优先性。如此对社会性居住权的限缩解释,不仅可以尽可能地维护债权人的利益实现,还可以有效避免债务人预先选择设立社会性居住权以拖延、阻碍执行。

由于不涉及生存利益的紧迫性,投资性居住权更应强调平等原则、合同自由原则、公平原则以及诚信原则^①。即面对涉居执行中的投资性居住权,沿用传统公平保护观中“债权人保护优先兼顾其他”的基本立场并无不当。兼顾的他者利益主要体现在当投资性居住权与执行债权人的利益相冲突时,一方面,投资性居住权可能面临被涤除以优先保护债权人的情况,另一方面,安定主义执行观要求当权利面临稳定性被破坏时,应当给予权利人相应的程序性救济及补偿措施。

三、规则构建:有限保护的居住权实体审查规范

民事强制执行法的性质存在两个维度:一是作为权利实现法的民事私法维度;二是作为强制实施法的程序公法维度^②。就涉居执行而言,对居住权有效设立的审查以及对居住权在权利冲突之后的去留判断,属于实体审查范畴;对于居住权人的救济制度、涤除居住权的程序设计及事后补偿规则,则属于程序公法范畴。面对《民法典》的新设权利,民事强制执行法首先需要同步构建居住权有效设立的审查标准;其次,根据案件涉及的不同权利对峙类型,设计居住权的去留规则。

(一) 设立居住权有效性审查规则

在采取执行措施之前,执行法院应当依职权审查执行标的物的权属关系。当法院通过被执行人自主申报或其他方式知晓案涉房屋之上已设立居住权的,应从以下两个层面展开居住权的有效性审查:一是是否满足生效条件的合法性审查;二是是否存在恶意设立居住权以阻滞执行的真实性审查。

1. 居住权的生效要件审查

根据设立方式的不同,居住权可分为合同方式设立的居住权与遗嘱方式设立的居住权。依据《民法典》第368条,合同方式设立的居住权自登记时设立。此时,执行法院只需凭借不动产登记簿的记载即可判断居住权是否有效设立。

对于以遗嘱方式设立的居住权,《民法典》未在法律上明确其生效规则是否应当参照第368条。当前,多数观点认为,以遗嘱方式设立居住权,不适用于《民法典》中规定的居住权登记生效主义^③,但遗嘱设立的居住权是否一概自遗嘱生效时设立,尚未形成一致意见。曾大鹏教授曾提出:“通过遗嘱设立居住权的,在遗嘱生效之时居住权即生效”^④。而按照通说,“遗嘱设立”可进一步分为“遗嘱

① 参见《中华人民共和国民法典物权编理解与适用(下)》,北京:人民法院出版社,2020年,第873页。

② 参见谷佳杰《民法典的实施与民事强制执行法的协调和衔接》,《河北法学》2021年第10期。

③ 参见郑倩《遗嘱设立居住权的体系性阐释》,《当代法学》2023年第2期。

④ 参见曾大鹏《居住权的司法困境、功能嬗变与立法重构》,《法学》2019年第12期。

继承设立”与“遗赠设立”。也即,该观点认为,不论是遗嘱继承方式设立的居住权还是遗赠方式设立的居住权,皆自遗嘱生效时设立,无须登记。然而,《民法典》第231条已经在原《物权法》第29条的基础上删去了“受遗赠”,表明因遗赠引发的物权变动不再自受遗赠开始时发生效力;遗嘱继承仍适用继承规则,自继承开始时物权发生变动。所以,以遗嘱继承方式设立的居住权自继承开始(遗嘱生效)时设立,以遗赠方式设立的居住权适用一般物权变动规则,参照与之最相近的“赠与合同”的有关规定,不动产物权自记载于不动产登记簿之日起设立。

不同方式设立的居住权的生效要件不同,使得执行法院在审查房屋权属状态时必须摒弃绝对的物权公示主义观念,而应根据《民法典》的规定调整相应的审查规则。对于经登记设立的居住权,如合同设立的居住权、以遗赠方式设立的居住权,执行法院可以通过不动产登记簿予以审查;对于非登记设立的居住权,执行法院的取证难度较高,似乎交由执行债务人或居住权人较为合适。但事实上,由于实体权利义务关系已经民事审判程序确定,债务人只能消极对抗执行债权人,执行债务人通常缺乏积极参与强制执行程序的动机与利益^①。因此,由居住权人自行向法院申报并提交证明材料、债务人给予必要的配合,是相对合情合理的做法。民事强制执行法可以通过立法明确,居住权人自案涉房屋被查封之日起的十日内向有管辖权的法院提交居住权存续的证明材料;逾期未提交且不存在正当理由的,后续不得以存在居住权为由主张相应的权益。

不过,客观上不满足居住权的生效要件是否必然导致权利人不具有在执行程序中主张相关权益的资格呢?在(2022)最高法民终215号案中,案外人张慧主张自己为案涉房屋所有权人,要求排除对案涉房屋的强制执行。经查,在案涉房屋被查封之前,张慧已与万洲公司签订房屋买卖合同,合同合法有效,且有证据证明张慧已交付案涉房屋的全部价款。现无证据证明张慧对未办理房屋过户登记存在过错,张慧也表明其多次向万洲公司主张办理过户登记,万洲公司一直未予办理。强制执行原则上只能执行被执行人自己的合法财产。通常情况下,房屋买受人必须证明自己已经取得了房屋所有权才能对抗执行。此时,对房屋所有权的取得证明就尤为重要。但房产涉及当事人的重要财产权益,立法在认定时不应当过于严苛。对于非因买受人过错导致未登记的,不影响买受人主张排除对房屋的强制执行。因此,最高人民法院认同一审法院驳回张慧请求确认其对案涉房屋享有所有权的主张,但依据《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条的规定,支持了其排除对案涉房屋的强制执行的请求。由此可见,在实体法层面取得物权并非是在执行程序中对标的物主张权益的充分必要条件,二者在某些情况下并非具有当然的绑定关系。

同样,不能因居住权不满足客观生效条件而一概否定居住权人进入执行程序、主张自身权益的行为,更不能直接剥夺居住权人的救济资格。在(2023)辽0104执异3号案中,案外人孙明武向法院提供了其与孙勇、董继舫签订的合资购房协议,其中约定孙明武出资15万元且享有该房屋的永久居住权。现房屋面临被强制执行以偿还孙勇的债务,案外人担心强制执行后自己会老无所居,请求法院终止对该房屋的拍卖。法院最终以该居住权未办理登记,驳回了案外人的请求。上述判决即为力求“效率至上”以满足权利生效条件为唯一标准之典范,忽略了实践中某些特殊情况,比如地区之间的居住权登记条件不均衡、房屋所有权人阻碍办理居住权登记等原因导致无法办理居住权登记。笔者认为,对于须经登记才可设立的居住权,有必要效仿《执行异议与复议规定》第28条,规定满足下列条件,即使案外人尚未进行居住权登记,执行法院仍应当对居住权的设立情况进行审查:(一)在人民法院查封之前已签订合法有效的书面居住权合同或存在为他人设立居住权的遗赠;(二)在人民法院查封之前已合法占有该不动产;(三)非因居住权人自身原因未办理登记;(四)设立居住权的房屋仅用于居住目的。

2. 居住权的真实性要件审查

由于我国当前的居住权规则较为简易,现实中不排除出现债务人利用规则空白,以设立居住权

^① 参见赵秀举《论现代社会的民事执行危机》,《中外法学》2010年第4期。

的方式对抗执行的可能性。比如,由于当前并未明确禁止所有权人与居住权人共同居住,被执行人可能借由“保障生存权”的幌子,通过假离婚并设立虚假居住权来达到阻滞执行的目的。尤其在最高人民法院公布的《关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》中,第6条规定:“保护被执行夫妻双方基本生存权益不受影响。要树立生存权益高于债权的理念。”这一规定促使居住权,特别是以保障居住利益为根本的社会性居住权,成为除“唯一住房”之外另一强有力对抗执行的工具。除此以外,投资性居住权亦有可能演变为“名为居住权实为担保”的非典型担保方式,损害申请执行人的利益。鉴于此,有必要从两个方面审查居住权的真实性:一是从居住权的设立时间上可以判断具有规避执行意图的,需要采取相应的惩戒措施;二是案外人以继续执行可能损害生存权益为由,请求法院停止执行行为或在保留居住权的情况下执行,执行法院需要严格界定“社会性居住权”并根据具体权益冲突类型作出判断。

首先,从居住权的设立时间判断善恶意图。若被执行人于执行依据生效后为他人设立居住权,且有其他证据印证被执行人企图通过设置权利负担来规避强制执行,如被执行人为阻碍法院查控和财产变现,设立投资性居住权作为非典型担保,执行法院应当将其认定为拒不履行义务且恶意设置执行障碍。对此,执行法院应当对被执行人施以15日的司法拘留;对于有能力执行而拒不执行,情节严重,已涉嫌拒不执行判决、裁定罪的,应将此案移送公安机关立案侦查。

其次,严格认定“社会性居住权”。依前文所述,社会性居住权应当仅以保障特定当事人的生存居住利益为目的,且该利益具有紧迫性与现实性。具体而言,可以从以下几个层面予以考察:第一,居住权人的财产状况证明其难以实现“住有所居”。当居住权人作为案外人向法院提出自己对执行标的享有生存保障价值的居住权异议时,法院可以要求居住权人出具财产状况证明,尤其注意自执行根据生效前后的大额财产流转情况,确认生活困难属实。第二,对居住权人具有抚养义务的家属名下没有其他房产。这里的抚养应作扩大解释,包括婚姻法中的抚养、扶养、赡养。第三,考察案涉房屋的实际居住情况。居住权人使用住宅仅限于生活必需。可以由申请执行人举证证明或提出异议的居住权人陈述案涉房屋的使用情况,若居住权人自认或申请执行人有证据证明案涉房屋长期处于闲置或出租状态,则表明该房屋并非居住权人生活之必需,不属于“社会性居住权”。

最后,对于离异一方为另一方在案涉房屋上设立居住权,且属于“离异不离家”的,执行法院应先审查是否存在夫妻合谋对抗执行的可能性;若非存在恶意规避执行的意图,同样应当审慎认定此种情况下的居住权,建议先推定为投资性居住权,除非有相反证据予以推翻。

(二)不同权利对峙类型下居住权的去留判断

1. 居住权与所有权

居住权与所有权的对峙形态主要表现为居住权与房屋继受人的物之交付请求权的交锋,通常发生在离婚分割财产的案件中。当案涉房屋原登记在一方名下,登记方于婚姻关系存续期间为第三人设立合法有效的居住权,离婚时该房屋所有权经判决或达成调解协议后转移至另一方。比如,夫妻二人婚后双方出资购房,房屋登记在一方名下,在离婚分割房产时,原则上将其认定为夫妻共同财产。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》第76条,双方对夫妻共同财产中的房屋价值及归属无法达成协议时,若双方均主张房屋所有权并且同意竞价取得的,法院应当准许。可见,房屋所有权从登记一方转移至夫妻关系的另一方,是非登记方积极主张的结果。在达成目标结果前,主张方势必会以各种途径了解房屋的权属状态,也即非登记方是在明知房屋之上存在居住权的情况下,仍积极争取房屋所有权,并在之后的执行阶段主张移交完整所有权。对此,通常应优先保护设立在先的居住权,房屋继受人取得虚有权而非完整所有权。但这一处理模式不宜一概适用于所有的婚姻家庭案件中,仍需针对特殊情况作例外规定。若最终取得房屋所有权的一方同时取得子女抚养权且无房居住的,法院须再次平衡离异弱势一方与居住权人的利益。除非是房屋原所有权人基于对居住权人的抚养义务而为其设立社会性居住权的,否则法院应当基于对弱势群体利益的关怀,将案涉房屋去居交付。

当案涉房屋登记在夫妻双方名下,大致存在以下两种情形:第一,夫妻合意为第三人设立居住权,离异时要求居住权人移交房屋;第二,一方在未取得另一方同意的情况下为他人设立居住权。前者与上文的“明知居住权存在仍主张房屋所有权”的情形相似,可以采用一致的处理路径;而后者属于无权处分,第三人能否取得居住权,以是否符合善意取得构成要件作判断。不动产善意取得须具备三个要件,即受让人主观善意、支付合理对价、已办理登记。对于善意和登记二要件,居住权与其他物权并无二致。而对于“合理对价”,则存在讨论空间。合理对价是建立在市场公平交易下的房屋价值与货币价值的等价交换之结果,民法善意取得制度正是出于对此类交易安全的保护。因此,只有按照正常市场交易价格设立的投资性居住权能够适用善意取得制度,以无偿或明显低于市价设立的社会性居住权则不能适用。由于设立居住权的行为属于对房屋价值的重大处分,超出一般家事代理权的范围。在这一情况下,即便设立的是投资性居住权,也难以认定第三人主观善意,自然无须解决居住权与房屋所有权的冲突问题了。

2. 居住权与普通金钱债权

依据居住权的物权特性,居住权享有物的追及效力,即不论该房屋辗转于何人之手,居住权人均可继续行使居住权。此外,根据权利优先性规则,当物权与待清偿债务并存时,没有设定担保物权的一般金钱债权不具有优先效力。在(2019)最高法民申5507号案中,二审法院认为,新发公司针对案涉房产没有设定抵押,其仅享有的一般金钱债权难以对抗李某对讼争房产享有的物权,遂最终没有拍卖案涉房产。因此,在居住权与普通金钱债权的对抗中,不论居住权的设立先后,其均享有绝对优先效力,在拍卖程序中应该直接“带居拍卖”。关于是否要在此情况下区分社会性居住权与投资性居住权,笔者认为,在考虑到具有生存保障特性的社会性居住权时,同样不能忽视居住权所共有的安定价值。假设投资性居住权可以任意在与一般债权的竞争中让位于后者,则居住权行使的平稳、安定属性将会大打折扣,不利于未来我国居住权市场的繁荣发展。因此,基于上述种种考虑,笔者认为,在民事强制执行程序中,居住权之于一一般金钱债权应当享有绝对的优先效力,即在拍卖流程中应“带居拍卖”。

3. 居住权与抵押权

存在于同一房屋之上的居住权与抵押权,是所有权人将自己享有的使用权能和变价权能分别转让给他人的结果。它们之间的顺位关系,决定了二者在权利竞争中的优胜劣汰。权利顺位不同,权利得以实现的机会亦不同,也就是说,在房屋被强制变价时,各权利有可能全部实现,也有可能是部分实现^①。根据德国物权法理论,“先成立者优先”为物权顺位制度的第一原则,下文将以居住权与抵押权的成立顺位为切入口,分情况讨论二者在拍卖程序中的优先次序。

若居住权设立在先且已登记,法律应当将抵押权人接受以房抵押的行为,默认其接受房产变现折损的结果。故依据物权顺位原则及抵押权人自甘风险规则,当案涉房屋进行拍卖、变卖时,抵押权人要求将房屋上的居住权涤除后拍卖、变卖的,法院应当不予支持。然而,对于非经登记即可设立的居住权,抵押人在不事先告知的情况下,抵押权人恐难以知晓居住权的存在。此时,若一概坚持“居住权保护优先”原则,则抵押权人作为申请执行人的利益难以兼顾。对此,可以将非登记即可设立的居住权作进一步的划分。对于符合执行程序中社会性居住权认定标准的,可以选择“带居拍卖”;而对于投资性居住权,应当优先选择“去居拍卖”,除非依据带居拍卖的评估结果可基本覆盖抵押权所担保的债权范围。

对于居住权设立在后的,若一律参照执行租赁权的有关规定,当带租拍卖获得的价款不足以清偿全部债务时,便将执行标的上的租赁权涤除后再拍卖,则民事强制执行的人道主义执行观和安定主义执行观难以真正践行。对此,笔者认为应当在强化债权人利益保护的基础上,对居住权实行有限保护。详言之,对于社会性居住权,建议坚持保障人民基本生存权益的立场,将执行标的“带居拍

^① [德]鲍尔·施蒂尔纳:《德国物权法(上册)》,张双根译,北京:法律出版社,2004年,第336页。

卖”,不足部分以债务人的其他财产清偿;对于投资性居住权,可以直接选择“去居拍卖”。鉴于投资性居住权的设立通常是以支付一定的对价为前提的,这使得投资性居住权的“货币化评估”更为具象,也便于后续设计对居住权人的补偿规范。

4. 程序修正:执行程序中居住权有限保护的配套措施

根据安定主义执行观,民事强制执行法应尽量避免给被动卷入执行程序的案外人权益造成侵害。就涉居执行而言,居住权人利益的程序保障机制尚处于立法与学理研究的空白阶段,亟待完善居住权人的案外人异议规则,构建规范的“去权程序”及对无辜居住权人的补偿规则,实现《民法典》与执行救济制度的协调。

(1) 居住权人的案外人异议规则

关于居住权的案外人异议规则,可以围绕以下三个问题展开讨论:第一,居住权人是否能够提起案外人异议之诉?第二,如果能提,居住权人应何时提异议、如何提?第三,居住权人提起案外人异议的效果为何?

首先,居住权人能否提起案外人异议,取决于其是否属于案外人异议的适格主体。根据《民事强制执行法(草案)》第89条,案外人异议是指案外人基于对执行标的享有足以排除强制执行的实体权益,向执行法院提起的阻止对执行标的实施强制执行的书面异议。“享有足以排除强制执行的实体权益”同样出现在《民事诉讼法司法解释》第463条,该条规定案外人对执行标的享有足以排除强制执行的权益的,裁定中止执行,否则驳回其异议。《最高人民法院关于适用民事诉讼法执行程序若干问题的解释》(以下简称《民执解释》)第15条也对案外人异议的主体资格作出规定,案外人对执行标的主张所有权或有其他足以阻止执行标的转让、交付的实体权利,可以向法院提出异议。依据体系解释,“享有足以排除强制执行的实体权益”与“享有所有权或有其他足以阻止执行标的转让、交付的实体权利”系从不同层面定义案外人异议的适格主体,前者以异议效果定义,后者则概括描述可异议的权利类型。二者的内涵理应相同,皆为案外人异议的适格主体条件。对于享有社会性居住权的案外人而言,其救济诉求在于阻止案涉房屋的交付行为,即“带居执行”,符合《民执解释》第15条对异议权利类型的要求。然而,在最终效果上,不同权利对峙类型下的居住权对执行程序的影响并非全是“排除强制执行”。如执行案涉房屋的给付行为,申请执行人的目的在于迫使居住权人放弃对案涉房屋的占有、使用,使其可以取得完整所有权,这就与居住权人异议目的呈现“非此即彼”的对立状态。因此,当法院认定居住权人的异议成立且经实体审理、取得依据后,便会产生“排除对案涉房屋交付的强制执行”的法律效果。但在金钱债权执行中,申请执行人的执行目的在于以案涉房屋的变价款实现债权利益而非直接破坏居住权人对房屋的占有。这表明,居住权人与申请执行人的权利主张并不具有必然的对抗性。而“排除强制执行”意味着案涉房屋将从“可供执行的责任财产”中退出,直接影响申请执行人债权利益的实现。显然,居住权人不具有请求排除强制执行的真实意图。此时,为了保持概念的统一性,民事强制执行立法应当根据《民法典》创设的新制度作出相应的同步性调整。在金钱债权执行中,居住权人所提异议至多发挥“限制”而非“排除”对案涉房屋处分的效果。所以,笔者的建议是将《民事强制执行法(草案)》第89条中的“享有足以排除强制执行的民事权益”改为“享有足以排除或限制强制执行的民事权益”。如此一来,居住权人具有案外人异议资格,便拥有充分的法律依据支撑。

其次,关于居住权人应何时提、如何提异议。案外人可以在执行程序终结前向执行法院提出书面异议。而对“终结”的理解需要根据执行名义的不同而有所区分。对于执行物的交付请求权,在执行法院将执行标的交付给申请执行人,并使之占有时,即为终结;对于执行金钱债权,当法院确认拍卖结果,并将拍卖价金交付申请执行人时,即为终结。居住权人如何提出异议,涉及居住权人所提异议属于对执行标的的异议还是对执行行为的异议。在司法审判中,有法院认为居住权人异议是基于实体权利的主张,应作为执行标的的异议;另有法院认为,居住权人异议的前提是法院存在去居拍卖行为,属于对执行行为的异议。各地法院理解不一,处理结果亦大相径庭。事实上,基于提高执行效

率的现实需求,法院大多倾向于将此类异议认定为对执行行为的异议。如此,便可避免救济方式为诉讼程序的执行标的的异议审查^①。所有的执行异议皆源于执行行为,不能因案外人在拍卖程序中请求终结对案涉房产的拍卖行为,便草率认定为对执行行为的异议。执行行为的异议系基于违法执行执行。法院在判断是否支持案外人的异议请求时,并非以其是否具有某项实体权利为判断基础,而是直接审查执行行为是否违反相关法律规范。但涉居执行异议的审查重点在于实体权利的真实性与合法性,并不符合提起对执行行为异议的条件。笔者认为,应将居住权人的异议认定为对执行标的的异议。原因如下:第一,符合安定主义执行理念。对执行标的的异议是基于对执行标的享有实体权益,在案涉房屋进入执行之初即可提出,无须受具体执行措施的约束。而仅能针对拍卖行为提起的对执行行为的异议,属于典型的“先执行后救济”,案外人不当卷入执行的风险明显增大。第二,非讼程序无法承载的复杂实体问题需要通过执行异议之诉予以解决。书面审的执行复议难以查清居住权的真实性与合法性,债务人是否存在规避意图亦需要各方质证以查清事实。因此,进入诉讼程序开展实体审查确有必要。

最后,关于居住权人提出案外人异议的法律效果。当居住权人以自己享有社会性居住权为由对抗法院的执行措施,法院不仅可以根据其请求进行形式审查,还可以进行初步实质审查。从比较法来看,即便是在实行二元制执行救济体系的德国、日本等,其相关法例也并未禁止执行法院依职权或依申请根据初步实质审查结论对强制执行程序作出处理,以便在案外人与债权人之间合理分配风险^②。执行法院的初步实质审查材料主要源于两处:一是居住权自查封案涉房屋之日起十日内向法院提交的居住权申报材料;二是主张享有社会性居住权的案外人在提起书面异议时,提交的证明符合执行程序中“社会性居住权”认定标准的相关证据。经审查,执行法院初步认定居住权人所主张的属于“社会性居住权”,裁定中止对该标的的执行;否则,予以驳回。

(2) 附补偿规范的“去权程序”

完整的去除居住权程序包含两个问题:一是以何种方式完成居住权涤除;二是恢复所有权完整性后,如何弥补原居住权人的损失。

依前文对不同权利对峙类型下居住权的去留判断,涤除居住权发生于以下三种情形:第一,在居住权与所有权的执行冲突中,离异案件中弱势一方及其子女的利益保障优先于投资性居住权,需经“去权程序”完成案涉房屋的转移占有;第二,在居住权与抵押权的执行冲突中,虽然居住权设立在先,但属于非登记即可设立的投资性居住权,此时既要保护顺位在先的居住权优先性,又要保护不知情抵押权人的利益,故应先评估带居拍卖价格,不足以清偿债务的,则去居拍卖;第三,同属于居住权与抵押权的执行冲突,对于投资性居住权设立在后的,此时抵押权人的债权利益与执行效率为优先保护对象,应直接去居拍卖。由此可见,“去权”对象皆为不具有扶弱色彩的投资性居住权,与德国长期居住权制度中的复归权有很多相似之处。《住宅所有权与长期居住权法》第36条第1款规定,当事人可以约定在满足某些条件的情况下,长期居住权人有义务将居住权转让给所有权人或所有权人指定的第三方。同样,执行程序中须涤除的居住权,是在满足法定去权条件下,有义务转让给判决所确定的房屋继受人或执行程序中的房屋拍定人。虽然我国目前尚不允许居住权转让,但德国法中通过当事人意思自治的方式完成居住权复归于所有权的流程,仍有借鉴学习之处。

因此,笔者建议以在执行程序中签订三方协议的方式,完成符合中国国情的“居住权复归”,以实现去权效果。具体而言,对于上述第一种“去权”情形,被执行人、请求交付案涉房屋的申请执行人和居住权人可以三方协议的方式约定:第一,被执行人应当在约定期间内协助居住权人完成居住权注销登记。第二,居住权人应在办理注销登记之日起10日内向申请执行人交付房屋。若逾期未交付,申请执行人有权请求法院强制交付,即邀请无利害关系第三方到场见证,在对屋内物品进行清点、登记、拍照、制作扣押清单和笔录后搬运至指定场所,再将腾空的房屋交付给申请执行人。上述第二、

^① 参见杨红平《先抵押后租赁情形下带租拍卖执行异议的检视与优化》,《人民司法》2022年第16期。

^② 参见黄忠顺《案外人排除强制执行请求的司法审查模式选择》,《法学》2020年第10期。

三种情形的唯一区别在于前者需要前置一个评估作价流程,评估机构需结合房产所处地理环境、居住权期限等因素评判。在司法拍卖成交后、房屋拍定人付清余款前,执行法院应当通知被执行人、居住权人和拍定人签订三方协议,并约定房屋拍定人以支付剩余价款的方式获取房屋完整所有权,不动产物权自成交裁定送达拍定人时起转移。其余部分可参照第一种情形中三方协议的内容,此处不再赘述。

对于去权后的补偿措施,有学者认为可以参照《执行异议与复议规定》中执行唯一住房的补偿标准,即要求申请执行人提供替代性保障住房或拍卖款中抵扣五至八年租金^①。虽然去权程序中所涤除的投资性居住权不具有保障生存利益的紧迫性,但这不代表其必然排除生存保障功能,采取完全的“货币量化”方式也无法弥补居住权人的损失。比如,在出资建房取得居住权的案例中,若父母当时并不处于居住困难状态,则该居住权将被认定为“投资性居住权”。若将其涤除并采用前述补偿方案,所谓的“替代性保障住房”标准该如何认定?从长远来看,支付五至八年的租金是否能够满足居住权人的未来养老需求?在立法尚未明确的情况下,参照现有规定容易在申请执行人与原居住权人之间就替代性补偿措施产生新纠纷,难以推进去权程序,反而不利于执行效率的提高。因此,笔者认为,应当结合投资性居住权的特性,从简设计居住权人的补偿措施。对于以合同方式设立的投资性居住权,执行法院从拍卖价款中扣除居住权人已支付的价款作为补偿;不足部分,居住权人可以通过追究房屋原所有权人的违约责任获取赔偿。对于其他方式设立的投资性居住权,居住权人一般无须支付租金或仅支付较少租金。对此,可以在签订三方协议时,由申请执行人或被执行人对居住权人适当补偿。

四、结语

涉居执行是实体与程序相交织的复合领域,应从民法与民事强制执行法的双重视角出发,在二者的衔接处寻求解决路径。就当前学界对居住权的制度构想来看,破除居住权人役性以促进流通的观点大行其道,也有学者视之为破解涉居执行难题的有效手段。然而,我国居住权制度是基于对本国国情的慎重考量才得以引入,目前仍处于新旧制度融合发展的适应期,对实务运用尚未满三年的新型物权展开大刀阔斧地改革未免操之过急。较为合适的举措是重新审视本土化后的居住权现世价值及存在意义,审慎推进后民法典时代的立法论作业,围绕居住权特性本身实现我国法律体系内部的和谐运作。

(责任编辑 万 旭)

^① 参见廖磊、何雨泽《〈民法典〉中涉居住权房屋的执行难题及其破解》,《重庆社会科学》2021年第12期。