

澳門與內地居住權制度之比較研究

李宇昊

摘 要：居住權作為內地《民法典》新增的權利，是對住房保障、人口老齡化等民生問題的積極回應，但當前的六項條文難以全面規範該制度。我國澳門地區的居住權制度在借鑑《葡萄牙民法典》基礎之上更為健全，具備一套成熟自治的體系。基於此，通過比較分析兩地居住權的規定，內地可在“補闕法定居住權、明晰居住權受益主體範圍、登記對抗主義適用於遺囑設立居住權、增設居住權人的義務與責任、拓展居住權消滅事由、加強公證與居住權制度銜接”方面予以完善。

關鍵詞：居住權 《澳門民法典》 《民法典》

Comparative Study on the System of Residency Right between Macao and Mainland China

LI Yuhao

(Beijing Institute of Technology, University of Macau)

Abstract: As a new right in the *Civil Code* of the mainland, the right of residence is a positive response to the problems of housing security and population aging, but the current six articles are difficult to fully standardize the system. On the contrary, the right of residence system in Macao SAR is more sound on the basis of the *Portuguese Civil Code*. Therefore, compare and analyze the regulations between the two regions, the mainland can learn from “supplementary legal right of residence, clarify the scope of beneficiaries of residence right, adopt registration antagonism for the establishment of residency rights by will, add the obligations and responsibilities of residence right holder, expand the extinction causes of residence right, and strengthen the connection between the notarization and the system of residency right”.

Keywords: right of residence, *The Civil Code of Macau*, *Civil Code*

收稿日期：2024年2月25日

作者簡介：李宇昊，北京理工大學大灣區創新研究院研究員、澳門大學法學院博士研究生、經濟師

一、引言

居住權，是指以居住為目的，對他人的住房及其附屬設施享有的佔有、使用的權利¹，以該權利為中心形成的居住權制度是大陸法系民法典中的常見制度。² 2020年5月28日《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《民法典》）正式通過。其中增設的居住權制度成為物權編的一大亮點，因為這是在新時代背景下對住房保障、人口老齡化等民生問題的積極回應³，彰顯了“民法，為生民立命”的深刻內涵。同時，這也意味着居住權制度在內地實現了從立法論向解釋論的轉變。

在民法典時代，內地理論與實務界對居住權制度展開了更為廣泛的研究，成果頗為豐碩。在學術理論領域，不同學者為《民法典》撰寫了評注，但關於居住權制度條文的理解並不完全相同⁴，尚未形成理論通說。此外，還有許多專家學者針對居住權的某一具體問題提出解釋與見解，包括將居住權的定位與功能、遺囑居住權、裁判居住權等內容作為研究對象⁵，可謂“百花齊放”，為居住權的理解與適用提供了有益思路；在司法實務領域，全國人大常委會法制工作委員會民法室以全面反映條文主旨及其立法本意為出發點，通過逐條解讀的形式梳理立法意見，提供了對居住權條文歷史解釋和目的解釋之權威依據⁶；最高人民法院為給審判實務提供指導，緊密結合既有司法經驗，對居住權規範的理解與適用以及“審判實踐中應注意的問題”予以強調，有效推動了司法實踐通說的形成。⁷

但現有研究成果鮮有將我國澳門特別行政區（以下簡稱“澳門”）居住權制度與內地該制度進行系統梳理與比較。長久以來，內地在比較法研究中多以法國、德國為代表的大陸法系國家作為研究對象，而對澳門法律制度的比較與借鑑略顯缺乏。實際上，從歷史和現實意義考察，研究澳門法律制度尤其是民事領域對內地更具意義。原因在於：一方面，澳門多元文化與中華固有法律文化具有一脈相承的歷史淵源，加之澳門法律本地化後，在法律建構和術語使用等方面都與內地具有較高的相似性；另一方面，澳門回歸以後作為我國對外開放和交流的窗口，能夠在外來法律制度適用與

¹ 王利明：《論民法典物權編中居住權的若干問題》，《學術月刊》2019年第7期，第91頁。

² 見〔意〕桑德羅·斯奇巴尼選編：《物與物權》，范懷俊譯，北京：中國政法大學出版社，1999年，第148頁。

³ 趙旭東：《國家治理現代化視域下民法典實施之調適》，《暨南學報（哲學社會科學版）》，2023年第8期，第51頁。

⁴ 代表性的評注作品如下，參見徐滌宇、張家勇主編：《〈中華人民共和國民法典〉評註（精要版）》，北京：中國人民大學出版社，2022年，第379-385頁；崔建遠：《中國民法典釋評：物權編》（下卷），北京：中國人民大學出版社，2021年，第249-264頁；王利明主編：《中國民法典評註：物權編（下）》，北京：人民法院出版社，2021年，第613-635頁；孫憲忠、朱廣新主編：《民法典評註：物權編（3）》，北京：中國法制出版社2020年，第235-254頁；楊代雄主編：《袖珍民法典評註》，北京：中國民主法制出版社，2022年，第282-284頁。

⁵ 代表性的論文如下，見李永軍：《論居住權在民法典中的體系定位》，《比較法研究》2024年第1期，第63-75頁；付子堂、付承為：《〈民法典〉居住權制度的社會功能研究》，《甘肅政法大學學報》，2022年第1期，第1-12頁；李琳：《論以遺囑設立居住權與狹義繼承之區分及規範構造》，《清華法學》2024年第2期，第161-176頁；汪洋：《遺囑方式設立居住權的規範構造》，《當代法學》2023年第5期，第42-53頁；付一耀：《論裁判方式設立居住權》，《社會科學研究》2022年第6期，第55-65頁。

⁶ 見黃薇主編：《中華人民共和國民法典物權編解讀》，北京：中國法制出版社，2020年，第536-555頁。

⁷ 見最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組主編：《中華人民共和國民法典物權編理解與適用》北京：人民法院出版社，2020年，第859-902頁。

銜接方面扮演“試驗田”的角色。由此，本文通過對兩地居住權制度系統的比較分析，希望澳門居住權制度能夠對內地現有居住權制度的進一步完善提供有益啟發。

二、居住權制度沿革微考

（一）居住權制度的起源與流變

1. 起源：濃厚的人身屬性

居住權制度肇始於羅馬法，誕生於古羅馬時期社會家庭狀況以及概括繼承制緊密相連。基於維護“無夫權婚姻關係中妻子”以及“獲得解放之奴隸”這兩類主體的居住利益，丈夫或者家庭主人便通過遺囑、遺贈的方式為此類弱勢群體設立佔有、使用房屋的權利，使他們生有所靠，老有所養。⁸ 可以說，居住權制度突顯了鮮明的時代特色，是古羅馬市民經濟發展到一定階段的歷史產物。從權利的功能性來看，羅馬法中的居住權具有幫助、扶弱、施惠的特點。此外，居住權人所獲得的居住權只能用於居住目的而不可因其獲得收益，並且居住權人死亡後，居住權即告消滅，無法繼承。Pires de Lima和Antunes Varela教授研究指出，禁止用益權死因轉移的規定可追溯至羅馬法。⁹ 毫無疑問，用益權還可以因死亡而消滅，就像其他附於人身的權利一樣。這主要因為在羅馬法中，用益權被視為人役權，具有強烈的屬人特徵。¹⁰ 總而言之，居住權是為了保障具有人身依附關係的特定人居住利益所設定的權利，具有濃厚的人身屬性。

2. 流變：原有限制的突破

《法國民法典》較為全面地繼受了羅馬法居住權制度，明確其不得轉讓和出租，保留了“人身依附性”的顯著特徵。¹¹ 但隨着個人主義和意志自由思潮的興起與發展，《法國民法典》對羅馬法的規定進行了突破，即在以遺囑、遺贈設立居住權的傳統方式上新增了以契約設立的方式，賦予當事人約定權利義務及適用範圍的自由。推崇意志自由的立法原則使得《法國民法典》在承繼羅馬法居住權的基礎上適當減弱了居住權的保障性和人身依附性。

德國在吸收羅馬法的基礎上，由《德國民法典》第1093條確認了居住權的限制人役權屬性，其忠實地秉承了羅馬法的居住權傳統。但隨着資本主義商品經濟的發展，商業投資用途突顯，德國法學家提出，居住權人身上的限制在其終老財產範圍內當然尚有意義；但在建築造價補貼的場合，居住權的不得轉讓性與不得使用出租性，為一項不合理的缺陷。¹² 在經歷二戰後，德國為應對房屋因戰爭損毀嚴重的局面而鼓勵合資建房，於1951年頒佈的《住宅所有權與長期居住權法》中允許當事人設立長期居住權，明確可以自由轉讓、繼承和受益，以便在市場流通中發揮制度價值。由此，德國居住權可謂是通過民法典和單行法分別呈現出“純粹物權性居住權”和“長期居住權”兩種形態¹³，而後者也

⁸ 周枏：《羅馬法原論（上）》，北京：商務印書館，2014年，第407頁。

⁹ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. III, com a colaboração de Henrigue Mesquita, Coimbra Editora, 1987, pág. 496.

¹⁰ 艾林芝：《澳門物權法》，澳門：澳門基金會，2013年，第67-68頁。

¹¹ [英] 巴里·尼古拉斯：《羅馬法概論》，黃風譯，北京：法律出版社，2000年，第156頁。

¹² [德] 鮑爾·施蒂爾納：《德國物權法》（上冊），張雙根譯，北京：法律出版社，2004年，第655頁。

¹³ 參見《德國民法典》，陳衛佐譯，北京：法律出版社，2006年，第481-487頁。

被認為是對前者的一種有益補充，亦是對傳統居住權不可轉讓等規則缺陷的彌補。

(二)澳門居住權制度的承繼與健全

1. 《澳門民法典》的承繼

提及《澳門民法典》首先需要簡要梳理《葡萄牙民法典》的創立與變革過程。1804年《法國民法典》誕生，對歐洲各國甚至整個民法法系都產生了深刻的影響。¹⁴ 正是在法國法典法的歷史影響下，奉行君主立憲的葡萄牙選擇了追隨羅馬法傳統，並在1867年7月通過了《塞亞布拉法典》。¹⁵ 20世紀以來，葡萄牙法律體系受到德國法學理論的廣泛傳播與滲透。而《德國民法典》在1900年問世，更是以精緻的邏輯結構、嚴謹的法律表達與深邃的法律思想，迅速征服了歐洲各國的法律家，並動搖了《法國民法典》百年之久的權威地位。¹⁶ 在此背景下，葡萄牙啟動法典修訂工作，採用了與《德國民法典》高度相似的五編制體例編纂《葡萄牙民法典》，替代了在應對理論與實踐問題方面較為滯後的《塞亞布拉法典》。1966年11月25日，葡萄牙政府頒佈第47344號法令，新《葡萄牙民法典》正式公佈實施，並於1967年6月1日正式生效。三個月後，葡萄牙通過第22869號訓令將其延伸至澳門¹⁷，並於1968年8月1日在澳門正式生效。

因此，澳門在回歸之前曾直接適用葡萄牙的1867年《塞亞布拉法典》和1966年《葡萄牙民法典》，這兩部法典都是澳門民法的主要淵源。澳門地區受到葡萄牙法律體系影響深遠。1999年回歸以後，澳門特別行政區開始施行經過本地化程序制定的《澳門民法典》。但為了保持法律的穩定性，《澳門民法典》基本保留了1966年《葡萄牙民法典》的面貌。¹⁸ 在完成本地化程序之前，負責草擬民法典本地化草案的專責委員會就在部署革新工作的初步計畫中指出，應遵循現行民法典五編制的系統性¹⁹，因此，《澳門民法典》亦採用“總則、債法、物權法、親屬法和繼承法”五編制體例制定，並在物權法中呈現出了一條“所有權—用益權—使用權—居住權”的完整權能分化鏈。可見，在編制體例上，《澳門民法典》與《德國民法典》、《葡萄牙民法典》相近。值得一提的是，體例的相近僅是“表皮”，“骨子裏”《澳門民法典》更多保留了拉丁民法的制度。譬如，《澳門民法典》繼受了法國民法和意大利民法的預約合同制度²⁰；在所有權移轉制度上，堅持拉丁法系的合意主義原則。之所以存在此種情形，是因為基於語言和習慣上的相近，葡萄牙數百年的理性自然法基因決定其終究朝着“拉丁法系兄弟”靠近。²¹

當然，這並不能夠直接認為葡萄牙和澳門的居住權制度就與法國的居住權制度相近。實際上，

¹⁴ [美] 艾倫·沃森：《民法法系的演變及形成》，李靜冰、姚新華譯，北京：中國政法大學出版社，1992年，第169頁。

¹⁵ 何志輝：《澳門法制史新編》，澳門：澳門基金會，2019年，第178頁。

¹⁶ 何志輝：《澳門法制史新編》，第183頁。

¹⁷ 《澳門政府公報》第46期第二副刊，1967年11月23日。

¹⁸ 劉高龍、趙國強等：《澳門法律新論》（上冊），澳門：澳門基金會，2011年，第179頁。

¹⁹ 何志輝：《澳門法制史新編》，澳門：澳門基金會，2019年，第357頁。

²⁰ 劉高龍、趙國強等：《澳門法律新論》（上冊），第180頁。

²¹ 見《葡萄牙民法典》，唐曉晴等譯，北京：北京大學出版社，2009年，簡介。

通過比較研究居住權的規定可發現葡萄牙、澳門的居住權制度借鑑德國的居住權制度較多。例如，《葡萄牙民法典》第1487條將服務者（家傭或家居照護者）視作該條所指的“親屬”範疇，《澳門民法典》第1413條的規定與之相當。這一立法思想正是參考了《德國民法典》第1093條第2款所表述的“權利人有權讓其親屬與合乎身份的服侍與照顧所需的人留在住宅中”。再例如，《葡萄牙民法典》第1486條提及的“個人需要”（*necessidade pessoais*），這同樣是參照了《德國民法典》第1091條的“個人需要”（*persönlichen Bedürfnis*），連用詞也毫無二致。

2. 澳門居住權制度體系的健全

除了《澳門民法典》對《葡萄牙民法典》居住權相關制度有所借鑑以外，《澳門物業登記法典》以及《澳門公證法典》亦受到葡萄牙的影響，而這兩部法典中均有關於居住權的規定。鑑於此，有必要簡單回溯兩部法典的立法演變。澳門現行的《物業登記法典》是經過立法機關多年的探索與努力，完成了本地化的修訂後由第46/99/M號法令頒佈出台實施。而在此之前，則是由葡萄牙將已經實施的物業登記法律延伸至澳門全面適用，其中包括1959年頒佈的《物業登記法典》以及1967年頒佈的《物業登記法典》。²² 現行《澳門公證法典》則由第62/99/M號法令公佈，自1999年11月1日起開始生效。現行法典的公佈廢止了1967年第47619號法令核准的《公證法典》，而該法典系由葡萄牙1967年延伸至澳門適用，並曾於1990年和1993年兩次被澳門法令修改，以適應澳門本地的實際情況。²³ 雖然前述兩部法典均存在修訂情況²⁴，但涉及居住權的規定並未作較大的修改變動，形成了較為健全的居住權制度體系。從廣義上而言，澳門居住權制度體系主要涵蓋四個方面：

第一，《澳門民法典》第1411條至1416條對居住權的直接規定，內容包括“居住權的概念、設定與消滅制度、親屬範圍、權利之不可轉移性、居住權之義務、適用用益權的規定”。其中，第1416條明確指出，規範用益權之規定，如符合居住權之性質，則適用於居住權。²⁵ 如此，居住權適用的條文依據得到了豐富和擴充。另外，《澳門民法典》第1942條亦提及居住權，此條主要規定了生存配偶的“家庭居所居住權”制度。

第二，《澳門物業登記法典》第2條、第4條以及第5條明確了設立居住權需要登記，居住權未登記不影響居住權的成立，僅不產生對抗第三人的效力。

第三，《澳門公證法典》第94條第1款亦提及居住權，規定對不動產設立居住權一般須採用公證書之方式作出。該條款之目的在於通過公證來確保設立行為的真實性、合法性、規範性，預防糾紛

²² 見趙燕芳、周友清：《澳門民商及物業登記法律制度》，澳門：澳門基金會，2000年，第34頁。

²³ 見李岸曰：《澳門公證制度》，《湖南公安高等專科學校學報》2001年第3期，第44頁。

²⁴ 澳門現行《物業登記法典》的重大修訂之一，對“在屬個人私有財產的物業上設定永佃權”的有關規定進行了刪除。

²⁵ 在羅馬法中，人役權分為：用益權、使用權、居住權、畜牲使用權。其中，畜牲使用權因具有明顯奴隸社會的痕跡，隨着時代的發展被摒棄。在羅馬法人役權的體系框架中，用益權屬於不受限制的人役權，使用權及居住權則為受限制的人役權。這三者之間的關係可概括為，居住權屬於使用權的一種；使用權又是用益權的一種；三者又都隸屬於人役權。所以，後世各國民法典在繼受羅馬居住權制度進行立法時，在立法結構上可見居住權均跟隨用益權和使用權之後。例如，《德國民法典》《葡萄牙民法典》以及《澳門民法典》。由此，對居住權制度的研究，需要參考有關國家對用益權和使用權可適用的規定。參見俞建偉：《民法典居住權制度的理論與實踐》，北京：法律出版社，2022年，第35-38頁；〔意〕桑德羅·斯契巴尼選編：《物與物權》，范懷俊譯，北京：中國政法大學出版社，1999年，第146-150頁。

的發生。

第四，第15/2012號法律《關於移轉居住用途不動產的特別印花稅》第4條規定，將用益權或使用權及居住權讓與所有權人，須繳納特別印花稅。澳門以繳納稅款的方式限制居住權人將居住權回讓給所有權人，立法旨意在於打擊因不動產衍生出的投機行為，防止二者之間可能存在不正當的關聯交易。

(三)內地居住權制度的爭議與創立

1. 《物權法》的摒棄

內地法律規範中“居住權”這一專有名詞的最早出現可追溯到最高院對婚姻法的司法解釋²⁶當中，該解釋條款確認了在離婚時對困難一方的幫助形式可以是房屋的居住權。然而，司法實踐中對居住權的認可並未推動立法的順利進行，支持與反對的爭論持續不斷。2002年《物權法（徵求意見稿）》首次引入該制度，隨後在2004年8月和10月兩次公佈的草案中也均出現有關居住權的詳細規定，但實務界和理論界較大的爭議導致徵求意見期間數易其稿。全國人大法工委建議認為，婚姻法、合同法等法律規定能夠協調解決因家庭關係、租賃關係產生的居住權益糾紛，沒有必要單獨設立居住權制度，且居住權主要用於保護離婚、保姆、養老等弱勢群體利益，適用範圍過於狹窄。²⁷ 2006年《物權法（草案）》第五次審議稿將居住權相關規定刪除。顯然，當時立法機關將居住權的功能定位於保障弱勢群體的範疇，尚未意識到居住權社會功能的轉變和適用範圍的擴張。由於立法視角的單一性和限制性，居住權制度最終未能納入2007年正式頒佈的《物權法》體系之中。

2. 《民法典》的重拾

2014年，編纂《民法典》的重大決定在黨的十八屆四中全會中得到明確。同時，在“以房養老”試點探索和住房市場需求擴大的客觀因素共同推動之下，居住權制度的立法逐漸從爭論走向共識。最終，為實現人民“住有所居”和住房供給側結構性改革的重大目標，《民法典》以六個條文（第366條至371條）創設了居住權制度，涵蓋了居住權的“含義、設立、消滅”等內容。該制度相較於其他用益物權的規定較為單薄，體系有待完善。但不可否認，居住權作為內地一項新型用益物權，能夠將“所有權”的穩定性與“租賃權”的靈活性有效地結合並展現，一定程度上是對租售二元化住宅供應體系立法模式的突破。從條文規範來看，內地居住權承襲了以贍養、撫養或扶養為主旨的傳統制度思想，將居住權的功能屬性定位於對家庭、社會以及弱勢群體的保障。

三、澳門與內地居住權制度比較與評析

(一)居住權主體

在居住權受益主體範圍方面，居住權人毫無疑問是直接受益主體。而《澳門民法典》第1413條

²⁶ 《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國婚姻法〉若干問題的解釋（一）》第27條規定：“《婚姻法》第42條所稱‘一方生活困難’，是指依靠個人財產和離婚時分得的財產無法維持當地基本生活水準。一方離婚後沒有住處的，屬於生活困難。離婚時，一方以個人財產中的住房對生活困難者進行幫助的形式，可以是房屋的居住權或者房屋的所有權”。

²⁷ 全國人大常委會法工委民法室主編：《物權法立法背景與觀點全集》，北京：法律出版社，2007年，第49頁。

第1款闡釋了居住權人的“親屬”亦可受益，具體範圍涵蓋“配偶、居住權人扶養之子女、其他應由居住權人扶養之血親”；第1413條第2款將“與居住權人存有事實婚姻關係而同住者”“為居住權人服務而同住者”“為前述人員服務而同住者”三類人員也一併視為居住權人之親屬，充分彰顯了澳門立法之人性化與合理性。換言之，《澳門民法典》對居住權受益主體範圍進行了延展，並確定了具體的間接受益對象，有益於減少爭議的產生。而內地《民法典》則未對此類主體進行明確規定。間接受益人概念與範圍的缺失，容易引起實踐中對此主體範圍的理解出現偏差。

關於能否為兩人及以上共同設立居住權的問題，《澳門民法典》第1376條²⁸給予了肯定回應，此條款可視為是澳門對多人設立居住權的條文支持。反觀內地《民法典》則亦未予以明示。對此，有學者認為應作積極回應，即居住權可以為兩人及以上共同設立，由他們共用居住權。²⁹ 在內地地方立法實踐中，《深圳經濟特區不動產登記條例（徵求意見稿）》中作出正向解釋，一個不動產登記單元僅能設立一個居住權，但居住權人可以有多個。³⁰ 可見，學界和實踐中對此問題呈現出積極肯定的態度。

（二）居住權的設立

從居住權設立方式來看，《澳門民法典》第1374條、第1412條規定居住權設立的方式包括合同、遺囑、取得時效以及法律規定情形。而內地《民法典》第366條、第371條分別規定了“合同”以及“遺囑”兩種方式。³¹ 如此規定容易使人產生居住權的設立方式僅有前述兩種的誤解。³² 申言之，內地似乎將“由法律規範直接設立居住權”的方式排除在外，囿於以意定方式設立居住權，因而呈現出立法較為狹窄的一面。“意定”方式相較於“法定”方式而言，更加注重所有權人設立居住權時的真實意思表示以及實施法律行為的主動性。這也意味着，若所有權人不積極自主地為特定弱勢群體設立居住權，則該特定主體之居住利益將受到損害甚至無法實現。

依照居住權人在設立居住權時是否需要支付經濟對價為標準，可以分為有償設立與無償設立兩種情形。《澳門民法典》第1378條規定，用益權視為無償，但在其設定依據上明確指出為有償者除外。內地《民法典》第368條規定，居住權無償設立，但是當事人另有約定的除外。很顯然，從獲取利益的對價性來看，兩地對居住權均採取無償設立為原則，有償設立為例外。無償設立原則一方面契合家庭倫理性和社會保障性的內蘊，另一方面則是對居住權傳統人身依附性功能的充分表徵。而“但書條款”的規定又為居住權發揮其經濟效能、朝着投資性能演化預留了適用的空間。

在居住權登記的效力模式上，根據澳門《物業登記法典》第2條、第4條、第5條三個條文之規定，澳門設立居住權的登記程序僅是對抗第三人的要件，而並非居住權設立的生效要件，即澳門居住權制度採用登記對抗主義的物權變動規則。與之不同，內地《民法典》第368條明確以合同設立居

²⁸ 《澳門民法典》第1376條規定：“以合同或遺囑為多人共同設定之用益權，僅在各用益權人均死亡後，方與所有權合併，但另有訂定者除外”。

²⁹ 參見房紹坤：《論民法典中的居住權》，《現代法學》2020年第4期，第87頁。

³⁰ 《深圳經濟特區不動產登記條例（徵求意見稿）發佈》，2022年7月15日，http://www.sz.gov.cn/cn/xxgk/zfxxgj/zwdt/content/post_9954891.html，2024年1月29日訪問。

³¹ 付一耀：《論裁判方式設立居住權》，第55頁。

³² 曾大鵬：《〈民法典〉居住權的三層構造之解釋論》，《華東政法大學學報》2024年第2期，第188頁。

住權採用登記生效主義，但以遺囑設立採用何種變動規則存有分歧。

（三）居住權的流轉與負擔

兩地立法對居住權能否流轉方面均作出了禁止性規定。《澳門民法典》第1412條第2款³³間接體現了居住權不得繼承；第1414條³⁴則充分體現了居住權之不可移轉性，包括不得轉讓、出租以及設定負擔。這個限制與使用權及居住權本身的性質有關，它們旨在賦予及保障權利人及其親屬在本身需要之限度內使用標的物，因此有意限制了權利的可流轉性。³⁵而內地《民法典》第369條規定，居住權不得轉讓、繼承。設立居住權的住宅不得出租，但是當事人另有約定的除外。顯而易見，兩地的立法均對居住權的流轉進行了嚴苛的限制，側重於保障和實現人民“住有所居”的生活狀態。

立法不同之處主要在於，一方面，內地《民法典》對設有居住權住宅能否出租方面設置了“但書規定”，突出了對當事人意思自治的充分尊重，同時也使得居住權人可通過出租設有居住權的住宅換取租金補貼生活，有益於促進保障方式的多樣化與靈活性。另一方面，關於可否在居住權上設定負擔的問題也存在着明顯的表述差異。《澳門民法典》第1414條後半句直接明文表述“亦不得以任何方式在其權利上設定負擔”，譬如，不得將居住權設定抵押。而內地《民法典》的居住權條文對此並未提及。不過，根據最高人民法院《關於適用〈中華人民共和國擔保法〉若干問題的解釋》第5條之規定，以法律、法規禁止流通的財產或者不可轉讓的財產設定擔保的，擔保合同無效。這進一步體現了居住權因其不可轉讓的性質而無法設立抵押權。³⁶由此可見，兩地在居住權上設定負擔的問題雖然在形式上“殊途”，但在實質法律效果上“同歸”。

（四）居住權的消滅

《澳門民法典》第1412條第1款規定居住權消滅方式可適用用益權消滅的條文³⁷，包含“居住權人死亡、居住權期限屆滿、身份混同、不行使居住權達一定年限、居住權人放棄、住宅毀滅”等七種情形。對於居住權消滅的依據應理解為，居住權是功能化的權利，其受制於權利人的生存所需，與使用權有所不同，當這些需求消滅時，居住權應被滅絕。³⁸而內地《民法典》第370條僅規定了“居住權期限屆滿”以及“居住權人死亡”兩種情形，顯然無法滿足現實生活中的客觀需要。

綜上比較與分析，兩地居住權制度設計總體上保留了傳統居住權濃厚的人身屬性及專屬性特徵，也都較為注重保障家庭身份關係下弱勢群體的居住權利，權利的內涵和性質並沒有根本差別。從順應時代發展的視角來看，兩地的立法定位可能過於保守與嚴格，立法設置大大限縮了居住權的用益權能與商業投資性。從整個居住權制度體系構造來看，《澳門民法典》除了對居住權的直接規定外，還適用用益權的部分條文，不僅拓寬了居住權制度的適用空間，也使得整個制度體系更加完

³³ 《澳門民法典》第1412條第2款規定：“使用權及居住權不得在其受益人死後繼續維持”。

³⁴ 《澳門民法典》第1414條規定：“使用權人及居住權人均不得將其權利轉予他人或出租予他人，亦不得以任何方式在其權利上設定負擔”。

³⁵ 艾林芝：《澳門物權法》，第67頁。

³⁶ 見最高人民法院民法典貫徹實施工作領導小組主編：《中華人民共和國民法典物權編理解與適用》（下冊），北京：人民法院出版社，2020年，第887頁。

³⁷ 即《澳門民法典》第1402條第1款a至g項。

³⁸ João Gil de Oliveira, José Cândido de Pinho: *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência*, Livro III, Volume XIV (Artigos 1313.º a 1460.º), Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2023, p. 473.

備詳盡，更能發揮法律的指引功能。反觀內地《民法典》居住權之規定，整體層次較為簡陋，像居住權受益主體範圍、居住權人的義務等關鍵性問題的規定尚付闕如，易導致理論紛爭與司法裁判同案不同判的產生。

四、澳門對內地居住權制度完善的啟示

內地《民法典》對居住權制度設計遵循的是權利“取得、變更、消滅”的立法思路³⁹，雖然勾勒了居住權制度的基本雛形，但眾多內容都有待細化以及明確。正如有學者所言，法律用語的意涵，須加闡明。不確定的法律概念或概括條款，須加具體化。⁴⁰ 因此，澳門居住權制度精細化、體系化的特點，對內地具有重要的借鑑價值與實踐意義。

（一）補闕法定居住權

所謂法定居住權，其實質乃依法律之直接規定取得居住權。一般而言，法定居住權的根據來源在於民法體系中的離婚幫助、贍養、扶養等義務。⁴¹ 換言之，此類居住權一般為婚姻領域或具有特殊家庭關係的主體設立，這一方式相較於意定居住權更易於保護特定主體利益以及維持社會的穩定。從比較的視角來看，《澳門民法典》經第1412條第1款准用第1374條從而對法定居住權已有確立，最典型的形式即為前文提及的“家庭居所居住權”。

內地以此為參照，一方面在物權編補闕“居住權可由法律直接規定而設立”的原則性表述；另一方面，發揮婚姻家庭編、繼承編的協同作用，通過對該編的立法精神或相關條款進行解釋從而達到肯定法定居住權的目的。例如，針對內地《民法典》第1091條⁴²表述較為抽象、模糊之處，應將“設立居住權”解釋為“適當幫助”的方法之一。此種離婚後的法定居住權，其實質是“夫妻間扶養義務的延續”。⁴³ 立法機關相關人員也對居住權作為離婚幫助形式予以了認可。⁴⁴ 此外，在父母子女關係中亦可設定法定居住權，這是源於“父母對未成年子女負有撫養義務，成年子女對父母負有贍養義務”的基本倫理精神。總之，以法定方式取得居住權不僅能夠簡化設立居住權時登記生效程序，而且以國家強制力更能推動居住權社會保障功能的充分發揮。值得注意的是，法定居住權的適用範圍應受到嚴格約束，因為居住權是對所有權人和承租人的權利的限制。⁴⁵ 因此，運用時應當保持慎重，否則將構成對意思自治原則的限縮。

³⁹ 見陳小君：《〈民法典〉物權編用益物權制度立法得失之我見》，《當代法學》2021年第2期，第3-13頁。

⁴⁰ 王澤鑑：《民法思維：請求權基礎理論體系》，北京：北京大學出版社，2009年，第166頁。

⁴¹ 見譚啟平、付一耀：《〈民法典〉居住權制度體系及其實現路徑》，《江西社會科學》2020年第12期，第153頁。

⁴² 《民法典》第1090條規定：“離婚時，如一方生活困難，有負擔能力的另一方應當給予適當幫助。具體辦法由雙方協議；協議不成的，由人民法院判決”。

⁴³ 見黃薇主編：《中華人民共和國民法典婚姻家庭編釋義》，北京：法律出版社，2020年，第179頁。

⁴⁴ 見黃薇主編：《中華人民共和國民法典婚姻家庭編釋義》，第181頁。

⁴⁵ 見劉閱春：《居住權的源流及立法借鑑意義》，《現代法學》2004年第6期，第159頁。

(二)明晰居住權受益主體範圍

內地《民法典》第366條將受益主體僅限於居住權人，此種表述有失周延。⁴⁶ 現實社會中，居住權人基於日常生活的必要，可能需要家庭成員的陪伴、保姆或醫護人員的長期照顧，由此便形成了一個與居住權人同住的受益共同體。遵循傳統的居住倫理，居住權人的同住人員亦應“因權受益”，否則會使得居住權人“有了住所、丟了生活”。值得明確的是，在權利基礎上，共同居住人員僅作為居住權人的依附，並不享有居住權。換言之，其同住利益受制於居住權人的權益範圍。當居住權消滅時，同住人員的居住利益也即行消滅。由此，可參酌《澳門民法典》第1413條明確受益主體範圍的立法思路，將共同居住人員的範圍構建為：（1）親近人員，包括居住權人的配偶、子女和其他共同生活的近親屬；（2）需居住權人供養、撫養的人員；（3）為滿足居住權人必要生活而提供服務的人員，如保姆、護工等。如此設定的法律邏輯在於，居住權人的生活值得被尊重，住宅所有權人對其必要同住受益人負有容忍的義務。⁴⁷

居住權受益主體除了前述的“居住權同住受益人”，亦應明確“共同居住權人”的概念。作為共同居住權人，先死亡的居住權人並不會導致居住權的消滅，居住權需待所有居住權人死亡後方能消滅。當然，設立何種性質的受益主體應取決於所有權人與居住權人的意思自治與協商一致，並結合不同情形作出不同的約定。例如，對於年事較高的夫妻一般設立為共同居住權人，以此保障其“住有所居，老有所養”；而對於單獨居住權人需要保姆、護工照顧的情形，則一般定性為居住權同住受益人。為此，司法解釋或地方立法中可參考《澳門民法典》第1376條規定，為兩人及以上的主體設立居住權予以制度的肯定與支持。

明晰居住權受益主體範圍一定程度上是對現有立法中受益主體的擴張，雖能夠對居住權人帶來便利，但存在的問題不可不察，即居住權人是否會將其他無關人員納入其中，亦或是以免費借住的名義私下供他人有償使用。為防範此類情形風險，筆者認為登記機關應在居住權登記時實質審查與居住權共同生活人員的名單與資訊，並由居住權人提供相應證明。

(三)採取登記對抗主義適用於遺囑設立居住權

內地《民法典》第371條所作出的規定是將“參照適用”技術在遺囑設立居住權情形中的運用。“參照適用”作為一項法律編纂的立法技術，具有擴張規範適用的制度功能。若按照“參照適用”方法的指引，遺囑設立居住權將很大程度上採用登記生效主義。因此，該條規範內容在學界的爭議較大。而內地審判理論研究會民事審判理論專業委員會對這一觀點表示支持，即通過遺囑方式設立居住權的，辦理登記是其發生法律效力的前提。⁴⁸ 但這似乎並不妥當且有過於絕對之嫌。

首先，所謂“參照”是指准用的意思，乃准用性法律條文的外觀辨識標誌。“參照適用”與“適用”抑或是“直接適用”並不同，其內涵是可加變通且有選擇余地的援引，而不應具有“適用”所表徵的直接性和強制性。誠如有學者所言，准用須加以變通而為適用，性質上可用之部分則用，

⁴⁶ 見單基平：《〈民法典〉草案之居住權規範的檢討和完善》，《當代法學》2019年第1期，第3-15頁。

⁴⁷ 見馮建生：《民法典居住權規範適用的疑難問題研究》，《法治研究》2023年第3期，第95-105頁。

⁴⁸ 中國審判理論研究會民事審判理論專業委員會主編：《民法典物權編條文理解與司法適用》，北京：法律出版社，2020年，第386頁。

不可用之部分則不用；而適用則徑行適用，不必有所變通也。⁴⁹ 故而，內地《民法典》第371條的“參照適用”規定是在指引法律適用者在面對遺囑方式設立居住權時，是“可以適用”而非“必須適用”、“部分適用”而非“全部適用”。由此，登記生效主義的物權變動規則並非一定適用於以遺囑方式設立居住權的情況。

其次，從保護性的角度分析。遺囑是遺囑人單方面作出的法律行為，具有他人不可預知性，居住權人雖身為遺囑受益人但可能事先無從知曉，若再疊加繼承人隱瞞事實或拒絕配合居住權人辦理居住權登記等情形，將對居住權人利益產生不利影響，甚至可能會造成遺囑人意願的破滅。反觀以合同方式設立的居住權，相對人不配合登記並不會影響居住權人受到因合同成立的債法保護。鑑於此，借鑑《澳門物業登記法典》中規定的登記對抗主義似乎更為合理，即內地以遺囑方式設立居住權之情形，居住權自遺囑生效時設立，未經登記不產生對抗善意第三人的效力。這樣既能強化對居住權人利益的保護，又能在居住權人與善意受讓人之間尋求利益平衡最大化。

(四)增設居住權人的義務與責任

儘管內地《民法典》賦予了雙方當事人通過合同自由約定、充分自治的權利，但居住權人的主要義務與責任較為重要，仍需法律層面作出原則性規定。

其一，為有效減少當事人因住宅內設備、固定資產等財物損失而引起糾紛，借鑑《澳門民法典》第1395條規定的“財產之列出”具有現實意義。即在居住權人入住之前，負有對住宅進行點驗並編制財物清單的義務，並由雙方最終簽字確認。

其二，《澳門民法典》第1398條、1399條、1415條通過設立“一般修補”及“特別修補”來分別規制居住權人和所有權人的費用承擔問題。且進一步明確，當居住權人未積極履行“一般修補”義務而致使需“特別修補”的，由居住權人“自食其果”。內地《民法典》可以參考前述規範作出原則性規定，即在當事人約定不明時，由居住權人承擔日常的、一般性質的費用與管理支出，具體包括物業管理費、日常房屋修繕、維護等費用；而重大維修費用則由所有權人承擔，以此避免徹底掏空所有權人的權益，從而維繫居住權人與所有權人之間的利益平衡。⁵⁰ 但當居住權人怠於履行一般修補義務導致特別或重大修補時，則應由其自身承擔不利後果。如果是在一套住宅內的部分區域設立居住權，則可以按照實際使用面積比例承擔，正所謂“受其利者擔其責”。另外，針對居住權人先行完成“特別修補”所產生的費用則可以通過無因管理予以調整。

其三，增設居住權人的通知義務。《澳門民法典》第1401條規定用益權人對“第三人侵害行為”有向所有權人通知的義務。因此，為保護住宅所有權人之利益，居住權人有必要在知悉相關侵害住宅利益的情形時及時履行通知義務，否則需對損害的發生或擴大承擔相應責任。

其四，《澳門民法典》第1403條規定的“用益權人之不當使用”以及第1408條規定的“損害賠償”值得參酌。當居住權人不當使用導致住宅損壞或對住宅市價造成影響時，所有權人可向法院提出“消滅居住權”或者“要求居住權人為住宅提供擔保”的請求，由法官衡量侵害事實之嚴重程度及損失，從而採取適當的措施。同時，所有權人可向居住權人提出損害賠償，賠償範圍以實際損失為限。

⁴⁹ 鄭玉波：《法彥（一）》，北京：法律出版社，2007年，第238頁。

⁵⁰ 見曾大鵬：《〈民法典〉居住權的三層構造之解釋論》，《華東政法大學學報》2024年第2期，第192頁。

(五)拓展居住權消滅事由

內地《民法典》第370條規定的兩種居住權滅失事由，突顯了兩方面弊端。一方面，未意識到共同居住權人之一死亡並不能使居住權歸於消滅，消滅時限應以最後居住權人死亡時間為準。另一方面，該條款顯然無法將大部分滅失情形予以囊括，遺漏了諸多其他事由。由此，該條款不應理解為封閉式的列舉方式，否則是對居住權可因其他事由而消滅的否定。正如有學者指出，物權消滅的一般事由原則上亦適用於居住權。⁵¹ 對此，《澳門民法典》第1402條規定用益權消滅的幾種情形較為詳盡，能夠提供有益啟發。

若存在以下事由時，居住權亦應歸於消滅：（1）居住權人的積極與消極行為。積極行為是指，居住權人明確放棄居住權的，居住權自然消滅，自不待言。消極行為則是，居住權人不行使居住權達到一定期限且無正當理由的，說明其無居住權的實際需求，為促進物盡其用以及避免社會財物長期浪費、閒置也應當使居住權歸於消滅。若基於客觀因素導致其不能行使，則居住權不宜消滅，如長期住院治病等。對於居住權長期不行使期間的認定，因《民法典》未規定物權的消滅時效，法官在案件審理中應根據實際情況加以把握。《澳門民法典》第1402條第2款所規定的15年消滅時效可供參考。（2）身份混同。為使得權利的權能恢復圓滿狀態，當居住權人和住宅所有權人歸為一人時，居住權則無存在的必要性。（3）設有居住權的住宅滅失。住宅滅失一般是指其全部毀滅。此處存在一個爭議的問題，即居住權可否延續於替代物。學界對此有不同意見，有學者從立法目的以及基於生活實踐中滅紛息爭的角度認為應當在替代物上延續居住權。⁵² 但筆者認為，由於用益物權不具備物上代位性，且民法規範既已成典，整個規範體系應當保持協調與統一。因此，住宅滅失意味着“原物”消滅，居住權無法在“其他物”上得到恢復。若住宅毀損僅是部分或局部，且對居住需求不產生實質影響的，居住權可依附住宅剩餘部分存續。（4）居住權人濫用居住權或被撤銷的。惟值注意的是，對於“濫用”的認定應保持審慎謙抑。（5）居住房屋因社會公共利益被徵收的。（6）法律規定的其他情形。對居住權消滅原因不宜採取封閉式列舉方式，如果存在其他應當依法消滅居住權的情形，居住權消滅。

值得探討的是，居住權能否因取得時效而被消滅，即能否在住宅時效取得後解除在住宅上的權利負擔。《澳門民法典》第1402條第1款第e項明確規定了使用權消滅原因之一為“因取得時效而解除在用益物上之用益權負擔”。並且，《澳門民法典》第1218條第1款b項的但書規定表明，立法並不絕對禁止居住權的時效取得。此外，無論是法律本身還是學說，都沒有排除這種被稱為“解除性取得時效”（*usucapio libertatis*）的消滅原因。⁵³ 而這恰恰成為《澳門民法典》經過本土化立法程序後與《葡萄牙民法典》的顯著區別，因為《葡萄牙民法典》第1293條b項明確規定使用權及居住權不得適用取得時效。由此，內地是否應當借鑑澳門增加這一居住權消滅的原因值得思考。曾經有學者

⁵¹ 見申衛星：《從“居住有其屋”到“住有所居”——我國民法典分則創設居住權制度的立法構想》，《現代法學》2018年第2期，第105-118頁。

⁵² 見曹險峰、程奕翔：《論〈民法典〉居住權於替代住宅上的存續》，《煙台大學學報（哲學社會科學版）》2023年第2期，第20-28頁。

⁵³ João Gil de Oliveira, José Cândido de Pinho: *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência*, p. 398.

建議在《物權法〈徵求意見稿〉》中增加此種消滅原因。⁵⁴ 但關於建立取得時效制度的問題，內地學界一直未達成一致看法，且對取得時效制度的立法位置、構成要件、客體範圍等內容均存在着不少分歧，理論也不十分成熟。⁵⁵ 從內地目前實際情況看來，不宜將其作為居住權消滅的事由。

(六) 加強公證與居住權制度的銜接

居住權屬於內地《民法典》中的新型物權，社會公眾對其理解與實際運用可能存在欠缺，由專業人士給予協助以及提供相關的法律知識引導顯得尤為關鍵。對此，有必要借鑑澳門《公證法典》將居住權納入其中的立法思路，加強內地公證與居住權制度的有效銜接，為最大限度發揮居住權制度價值貢獻公證智慧。誠然，公證並非設立居住權的前置程序或必要步驟，但其對居住權的設立和保護所起到的獨特作用不可不察，具體表現為：一是有益於指導、協助公民依法設立居住權，推動居住權制度切實落地；二是分擔不動產登記部門的居住權登記審核壓力；三是平衡雙方當事人的權益，預防和減少居住權糾紛的發生。⁵⁶

當前，就業務類型而言，居住權公證範圍大體上包含“居住權合同公證”以及“內含居住權條款的遺囑公證、離婚協議公證、贈與合同公證”。可以預見，隨着時代的發展，涉及居住權的公證類型也將愈發豐富多元。鑑於此，加強公證與居住權制度的銜接應從宏觀層面與微觀層面並進。

在宏觀層面，公證機構可借助現有“政務共用”“司法輔助”已形成的良好生態，聯合政府、不動產登記部門、法院實現共建共用格局。⁵⁷ 具體而言，一是通過優化政府購買公證服務的方式，引導公證機構提前介入居住權登記流程；二是深化不動產“登記+公證”一站式辦理服務，緩解不動產登記部門超負荷的居住權登記審核壓力；三是推動公證機構參與居住權執行案件的調解，促進司法資源效率提升。

在微觀層面，針對涉及居住權的業務，公證人員應在以下三個方面履職盡責。其一，強化風險審查。對個案進行風險評估，審查當事人設立居住權的動機與相關人員的證明材料，判斷當事人之間是否存在虛假合意以及居住權客體是否存在物理和權利瑕疵，清晰把握房產現狀；其二，積極妥善告知。在尊重當事人意思自治的基礎上，充分告知當事人設立居住權的後果，以及設立居住權的相關限制性規定、生效與滅失的條件。同時，分別對所有權人與居住權人擁有的權利和義務進行特別告知；其三，注重條款細節。審查核實居住權合同的實體內容，並協助當事人完善、細化居住權的具體條款，包括是否存在除外規定、居住人及居住範圍、住宅修繕及維修義務、侵權情形下的責任承擔、與住宅有關費用的承擔等內容。⁵⁸ 總而言之，公證人員在辦理涉居住權公證時，應充分發揮“防火牆”功能，最大程度消除糾紛隱患，推動居住權制度切實落地，從而實現“住有所居”的目標。

⁵⁴ 見劉閱春：《居住權的源流及立法借鑑意義》，第159頁。

⁵⁵ 見黃晨雨：《論建立取得時效制度的必要性》，《上海法學研究》2020年第19卷，第261頁。

⁵⁶ 見劉威：《公證在居住權領域的作用及辦證思路》，《中國公證》2022年第1期，第62頁。

⁵⁷ 見向光敏：《公證在居住權制度中的價值探索與規範發展》，《中國公證》2023年第7期，第22頁。

⁵⁸ 見洪曉晴：《辦理涉居住權協議公證之風險防範》，《中國公證》2023年第12期，第73-75頁。

五、結語與余論

居住權制度成為內地《民法典》的“新成員”，不僅是對我國不動產用益物權體系中僅以土地為客體的重塑，亦是東方法學界的極大突破。之所以如此而言，是由於在西法東漸的過程中，除了我國澳門地區繼承了居住權制度，韓國以及我國台灣地區等地區均未引入居住權制度。其緣由在於，一是認為人役權有礙於經濟流通；二是考慮到東方社會養老育幼和社會保障體系與西方習慣之不同。而日本政府為應對人口高齡化等社會問題，於2018年對《日本民法典》進行改革修訂，其中在繼承編第1028-1041條增設了配偶居住權和配偶短期居住權，並於2020年4月1日正式施行。⁵⁹ 雖然內地的居住權制度取得突破，但制度設計上的籠統性以及缺乏可操作性，一定程度上影響該制度發揮真正效用。澳門相對健全成熟的居住權制度對內地居住權制度的完善有所裨益，也值得司法實踐以及地方立法借鑑與學習。但不可否認的是，澳門居住權制度體系亦以人役性與保障性為主要特點，因此本文所討論的範疇以及借鑑內容亦是根植於居住權的傳統保障功能。

隨着時代的變遷，市場經濟流通性增強以及投資需求多元化發展，居住權制度從人役性向用益性、投資性發展的呼聲與需求日漸高漲。因此，有學者認為，當前保障性居住權的立法設置大大限縮了居住權的用益權能，使其與市場經濟體制下高效利用資源的目標具有很大差距。⁶⁰ 反對者則以“違背人役權屬性”為由進行駁斥。實際上，這似乎是概念法學中“顛倒方法”的錯誤體現，從人役性居住權的保障功能作為立論，否定居住權的投資性、用益性顯然是不恰當的。法律規範的本質以及屬性應由社會的現實需求所決定，而非用本質限制了法律制度以及具體規範。正如王利明教授所言，社會需求是立法之根基所在，一旦社會發展提出了需求，法律應當以合適的制度來反映這種需求。⁶¹ 時移世易，居住權設立的社會基礎相較於羅馬法時期早已發生滄桑巨變，特別是合資建房買房、時權酒店、酒店式公寓等投資性居住權需求興起的背景下，人役性居住權的立法規範確實難以滿足現階段居住權的用益功能。但如果直接以投資性居住權作為構建居住權規範的基礎，那麼保障弱勢群體居住利益的作用將受到遏制，亦是對居住權制度發展變化規律的違背。因此，居住權的制度設計在面向未來、順應市場化和資本化發展的同時應遵循該制度在比較法上的發展規律，逐步實現居住權從社會性、保障性權利向投資性、商業性權利的演進。

〔編輯 李燕萍〕

⁵⁹ 參見王融擎編譯：《日本民法：條文與判例》（下冊），北京：中國法制出版社，2018年，第1216-1221頁。

⁶⁰ 參見金儉、羅亞文：《〈民法典〉居住權：立法意旨、功能演化及制度重構——基於人役性向用益性轉變之視角》，《煙台大學學報（哲學社會科學版）》2023年第2期，第19-29頁。

⁶¹ 參見王利明：《我國民法典重大疑難問題之研究》，北京：法律出版社，2016年，第30頁。