

# 以遗嘱方式设立居住权的规范构造

于波涛

上海大学法学院, 上海

收稿日期: 2026年3月15日; 录用日期: 2026年4月8日; 发布日期: 2026年4月17日

## 摘要

本文以《民法典》第371条“参照适用”为研究范畴, 尝试明确遗嘱设立居住权的法律适用规则。《民法典》第371条为“参照适用”的立法技术, 有连接规范、填补漏洞等作用, 属于不完全的指示参照性规范, 需要其他规范的协同才能形成一个完整的裁判依据。遗嘱人对房屋享有所有权是遗嘱设立居住权的前提要件, 夫妻共有房屋一般需分割, 以满足遗嘱设立居住权的客体的特定性要求, 但通过继承或受赠所得的房屋应具有特殊性, 即因继承或受赠房屋的人可不经配偶同意单方设立居住权, 非因继承或受赠房屋的人则需征得配偶同意。在形式要件中, 口头遗嘱设立的居住权有效, 但是建议采用书面形式以减少纠纷。在效力方面, 如果是遗嘱继承设立的居住权, 于继承开始时即取得居住权效力, 无须登记; 遗赠设立的居住权, 受遗赠人接受遗赠的, 居住权于登记时设立。

## 关键词

居住权, 参照适用, 共有财产分割, 形式要件, 物权效力, 遗嘱继承, 遗赠

# The Normative Construction of Establishing a Right of Residence by Will

Botao Yu

School of Law, Shanghai University, Shanghai

Received: March 15, 2026; accepted: April 8, 2026; published: April 17, 2026

## Abstract

This article focuses on Article 371 of the Civil Code, which employs the legislative technique of “reference application”, to attempt to clarify the legal application rules for the establishment of residential rights through wills. Article 371 of the Civil Code serves as a connecting norm and fills gaps, belonging to incomplete directive reference norms that require the coordination of other norms to form a complete basis for adjudication. The testator’s ownership of a house is a prerequisite for

establishing residential rights through a will. Houses jointly owned by husband and wife generally need to be divided to meet the specific requirements of the object of residential rights established through a will. However, houses acquired through inheritance or gift should have specificity, meaning that the person inheriting or receiving the house can unilaterally establish residential rights without the consent of their spouse, while those who do not inherit or receive the house must obtain their spouse's consent. In terms of formal requirements, residential rights established through oral wills are valid, but it is recommended to use written form to reduce disputes. In terms of effectiveness, if residential rights are established through testamentary succession, they acquire effectiveness at the commencement of succession and do not require registration; if established through bequest, residential rights are established upon registration if the legatee accepts the bequest.

## Keywords

Right of Residence, Reference Application, Division of Common Property, Formal Requirements, Real Right Effect, Testamentary Succession, Bequest

Copyright © 2026 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出

我国《民法典》物权编的第十四章仅有6个条文来构成有关居住权的内容，这一章节最后一条第371条规定“以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定”，立法者用了“参照适用”这一立法技术，可以为以遗嘱的方式设立的居住权提供一定意义上的指引，但是没有具体表明“参照哪一适用范围、参照哪一适用要件”，导致学术界和法律实务界关于遗嘱设立居住权的实质要件或法律要件，以及是否必须有合法性的要求、是否有书面形式的要求、成立时点等问题存在不同看法。笔者检索实践案例发现：在实质要件部分，以遗嘱设立居住权方式处分夫妻双方共有财产的房屋是否一定要分割共有财产才能设立？在婚姻存续期间夫妻一方通过继承、赠予所得房屋，夫妻双方立遗嘱设立居住权双方的处分权是否做出不同区分？争议最大的应属效力问题。问题是，不管是遗嘱继承抑或遗赠方式设立居住权是否应如同《民法典》第230条“因继承取得的物权自继承开始时发生效力”的适用，还是应当“参照适用”《民法典》第368条“居住权自登记时设立”的登记生效要件？其法律适用不仅涉及“参照适用”这一立法技术的解释边界，更关乎遗嘱自由原则、物权公示原则、交易安全保护以及弱势群体居住利益保障等多重法律价值的协调与平衡。因此，系统揭示《民法典》第371条的规范品格，依据前述途径，分层次厘清遗嘱设立居住权的实质条件、形式要件及法律效果，这对于统一司法裁判尺度、实现立法目的具有很大的理论和现实意义。

## 2. 《民法典》第371条是不完全的指示参照性规范

“参照适用”是一种常见的立法技术，它的作用有呼应规范、补足漏洞、指示解释等，它可以使法典的条文简练，储存规范性信息，维护法律内部的融贯性，为解释提供明确的指引[1]。《中华人民共和国民法典》第371条规定“以遗嘱方式设立居住权的，参照本章有关规定”，此条是居住权制度长期历史传承和学习域外法经验的优秀成果。不过，到底参照哪一条文，如何参照并不明确，因而，对“参照适用”进行深入辨析，对于裁判者正确解释和适当适用此条文，明确遗嘱居住权的设立形式、设立内容以及效力等如何“参照适用”合同居住权的相应条款，维护法律适用的统一性和可预期性，具有非常重要

的理论与实践意义。

比较法中,居住权的产生方式各有不同,主要可归纳为意定设立、基于法律规定或司法裁判的法定设立以及其他方式,据此居住权也可以分为意定居住权与法定居住权。许多规定居住权的法域中都同时规定意定居住权与法定居住权。比如,《法国民法典》第 625 条与第 579 条规定,居住权“得以法律设立,或依人之意思设立”。通过体系解释我国《民法典》也可以看出,物权编第 2 章第 229 条“因人民法院、仲裁机构的法律文书引起的物权发生变动”、婚姻家庭编第 4 章第 1090 条“离婚中的经济帮助,法院可判决一方享有居住权”等规定的居住权皆属法定居住权。而《民法典》物权编的第 14 章(第 366 条~第 371 条)则主要针对意定居住权,即根据合同(第 366 条~第 370 条)和遗嘱(第 371 条)形式的居住权。比较法上也能看到立法重心的不断变迁,在罗马法时代,居住权主要是由遗赠创设;《法国民法典》不仅是承继罗马法精神,在居住权创设形式的选择上也有了重大创新,进而把合同形式提到了居住权创设的主要形式,德国、意大利、瑞士、奥地利等国的法律都有所遵循。我国《民法典》居住权章有 6 个条文,其中 5 个条文(第 366~370 条)对合同居住权详加规定,只有一个条文(第 371 条)对遗嘱居住权作了规定,并且规定以之创设居住权“参照适用”本章规定。这一结构布局表明我国立法者将合同居住权设定为主要的调整对象,也是典型形态,而遗嘱居住权是居住权的非典型形态,如何适用遗嘱居住权必须借助“参照适用”这一规则桥梁与典型规范相连接。

究其本质,“参照适用”一个最基本的立法技术,它对法律行为进行明确的拟制或者指引,授权司法工作者可以将适用于通常情形的某个法律规范,就其必要性和相当性加以审查,而在必要时征引和适用于需要类比对待的情形,不仅可以充实和延展法典上的规则容量、避免重复立法,而且可以为相关规则的解释和适用提供法律上的依据。《民法典》第 371 条可以说是这一技术的应用,它规定“遗嘱设立居住权”要“参照适用”合同居住权的相关规定,但是“参照适用”本身并不是无条件地照搬。其规范性是:它一方面承认遗嘱设立和合同设立均建立在意思自治的原则之上、均谋求设立同一“用益物权”——居住权上具有根本上的相似性,而这才为其参照提供了正当性基础;另一方面,它也包含了对二者的不同之处的承认,要求在参照的时候要顾及遗嘱人的行为是单方行为、是死因法律行为这一特殊性,以及继承法律关系的许多例外规则,如《民法典》第 230 条继承开始时物权变动的规定、第 1124 条接受遗赠的期间的规定等的既有存在。因此,第 371 条的“参照适用”实际上给司法工作者提供了一个具体的细化的适用框架:它要求进行一种能动的、有甄别的法律适用,而非机械的、僵化的条文搬运。裁判者固然须去探寻被参照条文合同居住权的规范的立法理由、规范目的,妥当衡量其与本条所涉遗嘱居住权的具体情况兼容性以及与继承编各有关规定的均衡协调等等,进行是否参照、怎样参照的决定,保全法律适用的基本合理与内部自治,这正是为充分认清《民法典》第 371 条规定“参照适用”诸条文体质意义之所系。

一个结构完整的法律规范应同时包含明确的构成要件与相应的法律效果,而不完全规范则缺乏其中一端或两端,其主要功能在于说明、限制或参引其他规范,须与其他规范结合方能共同发挥法律效力。第 371 条并没有规定以遗嘱设立居住权的正确构成要件,也没有指出其直接的法律效果,因而无法直接发生效力,一定要和第十四章之居住权规定以及其他相应的法律规范,如继承编关于遗嘱效力的规定、物权发生转让时点的规定等等,相关联时才能构成判决规范。被引用法条的拘束力正来源于引用法条本身的授权,因此裁判中必须同时援引第 371 条及被参照条文,以明确规范基础。这说明法律本身不是法律条文的简单拼凑,而是一种法条间的相互参引、功能互补而具有的内在融贯的整体。

其次,从规范功能视角审视,第 371 条是典型的指示参照性规范。此类规范本身不包含实质性的构成要件或法律效果,而是明确指示司法者适用其他法律规范以处理当前案件。立法者选择“参照”技术的目的,是为了不重复规定相似事实的情形,节约立法成本,并且尽可能预先解决可能出现的漏洞问题。

对于裁判者来说，不是先要做确定“漏洞是否存在”这样的工作，而是先弄清楚待决案件事实与参照性规范预设的法律关系是否有实质上的相似性。指示参照性规范又可大体上区分为个别参照和概括参照两类：其中个别参照是直接指示该具体条文；概括参照指示的是大致的参照范围。第 371 条的规定只是“参照‘本章的有关规定’”，即《民法典》第十四章第 366 条、第 367 条、第 368 条、第 369 条关于由合同方式设立居住权的规定，但没有指明遗嘱设立的什么情况或什么要件内容加以参照适用，所以是概括参照的规范，这就要求法官在个案中要结合着遗嘱设立居住权的情况能够主动判断、选择第十四章哪些规定从目的和情理上可以而且应该参照适用。

### 3. 遗嘱设立居住权的实质要件

遗嘱设立居住权的先决条件是遗嘱人对房屋有所有权，而夫妻共有房屋时这一条件的满足大多需要分割共有房屋才可以实现，使居住权的客体，如房屋的位置、居住条件、居住要求等，能够达到《民法典》第 367 条意义上特定性和确定性。但这一规则面对婚姻关系存续期间继承或受赠所得的共有房屋，则需要从这类财产感情色彩、亲缘色彩上作特殊性处理，承认继承人或受赠人享有更大的物权处分权，在少数情况下可以“免于分割”。

#### 3.1. 夫妻共有房屋的分割问题

夫妻共有财产关系下的共有房屋分割问题不仅仅牵涉到财产关系问题，还涉及夫妻家庭成员之间的利益平衡问题。依据《民法典》第 303 条的规定，房屋为夫妻共同共有的，无论是否存在“不得分割共有财产”的约定，均须在有重大理由时方可请求分割；而房屋为夫妻按份共有的，能否随时请求分割则取决于是否存在前述约定。若有约定，则须具备重大理由；若无约定或约定不明，则共有人可随时请求分割。但现实中夫妻之间就共有财产分得分割作出意思表示的情况不多。即使在财产分别所有之夫妻关系中，对于共同投资购买的房屋，也不常见双方之间有书面的、甚至是口头上的“不得分割”的约定。但是，夫妻共同生活、共同抚养子女等长期共同的行为本身也算是一种“默示的合意”，即存在双方有维持共有的内心意思。双方共同表达意志的意思通过长期共同的行为作出，符合《民法典》第 135 条关于法律行为“其他形式”的规定，应当产生“不得分割共有财产”的法律效力。因此，无论是按份共有还是共同共有，夫妻请求分割共同共有房屋，均需要存在重大理由的先决条件。

至于“重大理由”具体所指的是什么，《民法典》并没有直接规定。学说中对此观点不一。有学者认为重大事由指尚需保持共有关系但分割必要的事由，不分割关系会影响到共有人显失公平或影响共有物的利用。另有学者主张，重大事由应理解为分割共有物对共有人具有重要法律或生活利益，若不分割将严重损害部分共有人权益的情形。笔者认为，夫妻一方以遗嘱为他人创设居住权的，正是学说中所指构成重大理由的情形。首先，以遗嘱创设居住权也不属于“共有的基础丧失”的范畴。夫妻共有关系的基础丧失主要是指“婚姻关系的消灭”或一方死亡。尽管遗嘱是遗嘱人死亡后才能生效的，但设立居住权的意愿是在生前作出的，而遗嘱人表达意思时也可能还保留着维持夫妻关系的意愿，甚至设立居住权的目的还可能是为了保证遗妻的婚内继承之利益等，因此可以说是“保持共有之关系但有分割财物之必要”，而非共有基础的丧失。其次，以遗嘱为他人设立居住权确有进行房屋分割的必要性。设立居住权的目的是安排与被继承人有特定亲缘的人，使之获得一个“住有所居、老有所养”的基本居住需求，同时也尊重被继承人处分其遗产的意愿。居住权生效后，同一房屋上居住权和所有权已同时并存。尽管物权法上没有一物可以存在两个或多个相容的物权的理论禁忌，但居住权的存在无疑会对所有权的利用带来妨碍。这种妨碍不仅是对继承人来说是负担，同时也是对作为共有人的配偶一方表现出不利。尤其是在房屋的条件存在差异性的情况下，如果不经配偶同意就擅自用遗嘱设立居住权，可能会严重损害对方的利益，

从而可能引发居住权人与共有人的冲突，双方都难以适用，严重降低房屋的利用效率。因此只有对共有房屋进行分割，确定各自权利，才能同等保护各方权利人的合法权益，并合理利用房屋资源。因此，夫妻一方立遗嘱将房屋为他人设定居住权，这样的重大行为也符合《民法典》第 303 条所说的“重大事由”，夫妻任何一方均可基于此情况成立分割请求权。

然而，遗嘱设立居住权不仅需以共有关系的消灭为前提，而且要求共有财产在分配后具有确定性和特定性。共有财产的具体份额确定，需要共有人协商一致，难以协商一致的，由法院裁决。根据《民法典》第 1066 条规定，婚姻关系存续期间夫妻一方可以请求法院分割夫妻的共同财产，只有两种情形：一是对方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益的行为；二是一方有对自己没有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治，另一方不同意支付医疗费用。因而司法介入分割的事由也是法定且有限的。在目前的法律中，对遗嘱设立居住权必须分割房屋是找不到直接的法律依据的。本文认为，类推适用作为规定法律漏洞的方法也已为现在的司法实践所认可，关键在于“待决之例”和法律所规定的“法定之例”之间有实质的“类似性”[2]。夫妻一方通过遗嘱为他人设定居住权，大多是自己对某个特定关系人，比如对自己有养育之恩，或者需要扶养的亲友的道德或义务所要求；比如父母亡故，姐姐和弟弟相依为命，弟弟将来生活富足，想要通过遗嘱为姐姐设置居住权；或者姐姐想要为尚未独立或者靠自己生活能力不足的弟弟设置居住权，确保其有居处可以生活。配偶的对方若对此予以拒绝，夫妻双方则处于与第 1066 条第(二)项类似的属于法律所规制的利益冲突的情况：一方有强烈的履行其义务的诉求，而对方则表示拒绝，需要分割财产权益消解此种权利、义务上的冲突。此种情形之思想基础和利益诉求与法定情形并无差异，也都是抚养家庭成员和调整家庭财产利益问题，符合“相类似案件相同处理”的原则，因而合理。也就是说，夫妻一方以遗嘱为自己之外的人设定居住权的行为，是分割共有房屋的重大理由。在法律位阶较高的情况下，我们事实上可以适用《民法典》第 1066 条第(二)项来类推，为类似的情形提供裁判理由，既尊重遗嘱人的意思，也能保护夫妻配偶一方的利益，达到财产效率的家庭伦理两方面双重上的平衡。

### 3.2. 继承、受赠房屋应否分割问题

在夫妻共同财产制度的框架之下，婚姻关系存续期间，一方基于继承或受赠与而取得的房屋归属问题及其归房屋所有者进一步对房屋进行处分的问题，其背后的不仅仅是物权法定与意思自治两个原则之间的协调、关乎整个家庭所涵盖的伦理关系、感情、价值和法律正义，存在复杂琐碎的平衡因素。民法典第 1062 条和第 1063 条规定：如果在遗嘱或赠与合同中明确表明财产为一方所有，则为一方个人财产；相反，除非明确表明或确定为夫妻双方所有则视为夫妻共同财产。实际上，由于受传统“人情”社会里不愿明示“不将财产归配偶共有”的因素影响，继承、赠与等行为多并未明确以书面形式排除配偶共有该财产的权利，因而存在这种情形下的房屋事实上往往纳入夫妻共同财产的范畴。立法者将这些财产划入共同财产范围的初衷，就是加强婚姻共同体的经济基础、保证家庭生活共同体的存在，其道理在于一方向另一方的法定继承、遗嘱继承也是财产，工资、知识产权收入一样，都是维系婚姻共同体生活所需的财产。但是本文并不认为将继承、受赠的财产与劳动取得的财产同等对待，忽视了两者在来源、性质、甚至感情上的根本差别。工资收入是夫妻双方共同生活、相互守望中劳动所得的财产，是夫妻一方对家庭经济贡献的实际体现[3]，所以在共有的制度下，赋予夫妻双方平等处分管理财产权利也符合对权利义务均衡的原则，也能矫正可能存在的家庭内部“不平等”。但是，因继承或者受赠财产则是基于一定的血亲关系或者亲属间关系，夫妻另一方没有对财产存在作出贡献，而且获取完全是基于夫妻一方与财产本源主体如父母、兄弟姐妹等之间的血亲关系或者亲友关系，甚至是与夫妻婚姻这一基础并不存在必然关联。比如在子女婚后，父母为子女买房，婚姻可能加快了父母为子女买房的决策，但是房屋存

在的根本原因在于父母对子女关心，而非父母对子女的配偶存在赠与的本意。因此，这类财产原始存在本身就是具有很浓重的亲情性，法律将这类财产纳入夫妻共有财产范围之时，也应尊重其特殊性，在其处分权的配置上应强调倾斜考量财产本源主体的意志实现，在保护婚姻共同体利益的基础上实现处分权的行使自由价值和平等价值的平衡实现。

基于上述认识，以上理解的前提是，夫妻一方作为继承人或受赠人有希望通过设立遗嘱，将该房屋的居住权给与其亲属的事实存在，作为继承或受赠方形成关于在该房屋上为自己亲属设立居住权这一较强之处分权，不同于我们通常对于共同财产的种种处分上的常规性要求。应当首先注意，继承或受赠方虽然有权决定设立居住权，但仍应该有所意思告知，即需将自己设立居住权的意思以及有关内容告知配偶，听取配偶的意见和建议，这既充分尊重了夫妻共有财产性质的要求，也能避免感情上因为信息不对称而导致的家庭矛盾。但配偶对方之同意非属遗嘱订立生效的必要要件。此时对方如果明确表示不赞同并不能否定这份以设立居住权的遗嘱效力，继承或赠与人无须以先行分割共有财产作为行权前提。之所以如此规定，是因为居住权的设立是对所有权的部分限制而非完全放弃所有权，其目的是确保有某种特殊关系之人如年迈的父母、未成年弟弟妹妹等有其基本居住的保障，正是人们常说的社会心理中“老有所养、老有所靠、幼有所依”具体体现。法律允许继承或赠与人单方处分权是尊重财产本源主体的意愿，也是弥补家庭生活中因实际能力不均等的亲情期待落空。反之，如果是非继承或受赠的共同共有的房屋中，一方的夫或妻将自己的房屋上的居住权用于为该房屋上的自身亲缘关系人的，那么他不得就该房屋进行任意的处分。一般而言，非继承或受赠一方不得就自身任意单方设立居住权，双方对其感情联系和权利依据都较弱，而任由其自由处分可能损害继承或受赠一方的利益。唯一例外的就是双方事先均同意由继承或受赠一方行使：双方可以共同处分房屋，将居住权设立在该房屋上都是一方应允，乃夫妻双方意思协商的结果，并不需要将该物进行分割。此种例外体现的是对特定亲缘对方保护以外，也兼顾尊重夫妻双方的意志。“处分权主体加以区分、行权条件加以不同安排”的法律规定，从法律上表现似乎制造了不公平，但其目的却在于通过权利配置的细致化实现实质上的公平，以所有权之感情因素和亲缘属性为砝码，强化继承、受赠方的权利处分权能，从而实现家庭财产关系中的真正平等。

总而言之，对于婚姻存续期间继承、受赠得到的房屋，法律有责任在强调共有原则的基础上，考虑到它们的特殊感情因素，在共有房屋设立居住权上，采用差异化处理。继承或受赠一方具有更大的、单独的设立权，只是负有事前通知义务；共同共有另一方一般不得单独设立居住权，只有得到另一方的同意例外。这既保护了原财产取得的感情意志，体现出了法的道德，也兼顾家庭婚姻中不同个体的真实平等，在不同程度上缓解个人自由与婚姻家庭这一共同体利益的矛盾。

#### 4. 遗嘱设立居住权的形式要件

至于遗嘱设立居住权的形式要件问题，尤其是《民法典》第 371 条“参照适用”的解释，是居住权制度实施中的一个学术争议点。这个争议的焦点就在于如何平衡物权设立的形式要求和遗嘱自由。《民法典》第 367 条规定以合同方式设立居住权要有书面形式，而且要记载住宅位置、居住条件、居住期限等必备事项；而《民法典》继承编又对遗嘱作出了六种法定形式的规定：自书遗嘱、代书遗嘱、公证遗嘱、打印遗嘱、录音录像遗嘱和口头遗嘱。这两条规定存在矛盾，表现在第 371 条遗嘱设立居住权情形“参照适用”合同规定的有关规定上极易发生不同的理解。

有学者从体系解释的层面，认为在遗嘱立居住权中，参照适用意味着遗嘱立居住权应完全依照合同设立居住权的书面形式要求来设定，据此便得出口头立遗嘱因不属书面形式因而不能设立居住权的结论<sup>[4]</sup>。这显然是理解太僵硬了，太教条了，未考虑遗嘱立居住权其特殊的法律语境与功能，只是一种狭窄的观念。

从法律规范目的解释的角度来看,《民法典》第 367 条要求书面形式的主要目的在于强调举证力,避免将来之所以权利义务不明因而引起纠纷。法律规定要采用书面形式的合同,大多是法律关系较为复杂、履行期间比较长,或者关涉合同当事人重大利益的情况。居住权是在他人住宅上设定的一种用益物权,确实是对所有权的重大限制,影响房屋的使用与交换价值,要求合同约定采用书面形式的目的也就是明确当事人的权利义务。但是,这一法律规范目的不宜径直套用于以遗嘱的方式设立居住权。遗嘱设立居住权,实际上是遗嘱人单方意思表示对其身后财产的特殊安排,往往包含着扶养家人、保护弱势群体生存性居住利益等具有社会伦理意义。这和合同设立居住权是双方法律行为强调交易安全、合意明确是有区别的。把合同设立居住权的书面形式要求绝对化地应用于遗嘱是有问题的,会不当限制遗嘱人的处分自由,违反遗嘱自由是继承法的基本原理。

口头遗嘱的制度设计中,可以发现口头遗嘱实际本身也蕴涵有保证证据力的机制。《民法典》第 1138 条和第 1140 条关于口头遗嘱的规定,也是相当严格、具体化的程序要求,即只有遗嘱人生前处于危急情况下才可以遗嘱,这样的遗嘱也必须有二个以上的无利害关系的完全民事行为能力人见证,这两名见证人全程参与遗嘱的订立过程,能够通过他的口述还原其作出遗嘱的意思表示内容。居住权法律关系的内容本身相对明确,关键内容也包括特定住宅以及居住权期限,这些可以充分用口头表达清楚,且均能够经见证人清楚地表述和作证。对于这种情况,法院以否定口头遗嘱设立居住权为例,实际上多数裁判说理要点是一并指出口头遗嘱的瑕疵,比如见证人缺失、不在真正危急情况中等使遗嘱无效,并不是以违反《民法典》第 367 条的形式理由来否定居住权设定无效。<sup>1</sup>表明司法观点上更关注于遗嘱人的真实意思表示及遗嘱程序的有效性,而非讲究形式要件。

比较法看,各国法律都有立法弥补法律对形式要件欠缺的漏洞。比如美国,《反欺诈法》规定土地买卖合同必须是书面形式才生效,但是很多州对买卖口头合同有“部分履行”制度,如买方居住房屋并作永久性改善都可以“部分履行”,弥补口头合同不具书面形式上的瑕疵。我国民法典第 490 条规定如果规定或约定采取书面形式,而当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立,也有类似立法规则,注意到公法或私法比较重视真正的公正,其他方面补足了形式要件的失误。类似地,在遗嘱中设立居住权的情形下,见证人的全程见证和证言自身基本相当于书面证言的情形,可以作为欠缺形式上的合法救济手段。如果仅因其不具备书面载体而全面否定口头遗嘱的存在,反而可能违背法律追求公平正义的目的。

应当特别注意的是,严格排除适用口头遗嘱而使得遗嘱的适用出现事实上不公的情形。适用口头遗嘱的情形是特殊的,如遗嘱人已生命垂危、突发疾病而来不及另立一份书面遗嘱之时。这种情况如因形式要求不让遗嘱人为付不起房租的配偶、年老的父母或残障的子女设立居住权,不仅会令遗嘱人“终生憾恨”,而且会使受抚养人人生无地可居,这与设立居住权制度保障弱势群体其居住利益的要求背离。遗嘱人对其遗产的处理是一个有机统一体,居住权的设定有时是体现遗产处理的公平性、保护家庭和睦重要途径。作出法律解释的旨意就是为了实现遗嘱人的真实意思,而不是用僵硬的形式要求架空实质内容。

一个非常现实值得思考的问题是,与经过严肃谈判协商的签约文件相比,遗嘱总是立遗嘱人的单方意思表示,并且立遗嘱人法律知识也不丰富,因此,遗嘱中可能写得并不严谨,甚至不使用现行的规范法律用语“居住权”“用益物权”等,而更多是诸如“可以一直在这儿住”“保证住在里面”“保证有安身之处”等现实生活中的简单言语、有的甚至用法不够精确或者内涵模糊的词句。遗嘱内容上的不准确就很容易在遗嘱生效后对各种情况加以争议,即立遗嘱人的真意究竟是将房产份额留给受益人所有,抑

<sup>1</sup>参见福建省古田县人民法院民事判决书(2021)闽0922民初459号,吉林省通榆县人民法院民事判决书(2021)吉0822民初2195号,北京市第二中级人民法院民事判决书(2021)京02民终14294号。

或只给其一项有区别的、所有权有限制的“居住权”？面对此种情况，裁判者就不能首先接受文义，不加审度地从事遗嘱文本语言表达的表意困住，而应当追求探究立遗嘱人真实的意思，对遗嘱目的与背景、立遗嘱人一贯的语言习惯和所立文字财产分配的整体安排状况加以综合考虑，并贯以诚实信用来加以考量衡定。具体说，就是以财产分配的动机作判断的切入点，揣想一个普通人立遗嘱时的类似情况下的一般考虑，在整体、目的的立遗嘱解释层面考量遗嘱人的真实意思，兑现立遗嘱人所立之遗嘱的目的和规定既合法又合其意，妥善定分止争，最大限度地达到法律效果与社会效果的统一。

## 5. 遗嘱设立居住权的效力

### 5.1. 以遗嘱继承形式设立居住权生效的“参照适用”

关于以遗嘱继承形式设立居住权生效的时点所适用的法律究竟应当如何理解适用的问题，关键在于如何理解、适用《民法典》第 371 条“参照适用”的内涵。不同法域根据其特殊的遗嘱文化和习惯性法律传统，有不同的规定。如德国法是两步移转主义模式，其传统来自罗马法的遗产“十二等分”分配传统。在这个模式下，继承人一开始只能取得抽象份额，只有在遗产进行具体分割时才能取得具体的财产所有权，所以《德国民法典》对不动产的继承采取登记主义的生效模式，未经登记，不产生物权的变动效果<sup>[5]</sup>。这种模式与此处我国特有之遗嘱实践、法律习惯不可能相同。我国自古至今的遗嘱习惯都是把某种财产直接处分给特定继承人，遗嘱生效时各继承人将何物获取因而清晰、明确，并无从抽象份额到具体财产的转变，故而德国的两阶段都并不适于我国。更重要的，以遗嘱继承方式设立居住权，物权变动是立遗嘱人的单方死因行为，而非当事人双方相互合意，与当事人双方以合意作为根据的合同设立方式有着重要的不同。因此，第 371 条的“参照适用”，不能被理解为第 366 条至 370 条整个合同居住权规范群的机械套用，而要求裁判者进行慎重识别和选择判断，哪些具体规范，从目的和逻辑来看，与遗嘱方式设立的情形有大体相同的相似性，不至于与《民法典》内部其他既有规定或更高位阶的法律价值目标发生龃龉。我国《民法典》第 230 条规定：“因继承取得物权的，自继承开始时发生法律效力。”这一规定非常清楚地表明我国在继承方面的物权变动适用宣示主义的立法模式。法理上有直接规定的按照有直接规定的情形进行法律适用，如果没有直接的有法律规定的才“参照”规定其他法律。故对于继承中遗嘱所设立的居住权，其生效时间应当直接适用第 230 条，应为自继承开始，即立遗嘱人去世时发生效果，登记不是设立居住权的要件。对于此结论，加之用体系解释的办法处理可得到进一步确认，《民法典》物权部分中各种用益物权，如土地承包经营权第 335 条、土地经营权第 341 条、地役权第 374 条因继承而设定的，都不以登记发生法律效力，从而在立法政策上保持了连贯性。采宣示主义模式就能充分保护继承人的权利，使居住权在继承开始之时即设立，避免因居住权没有登记可能带来的继承纠纷。这种模式依据的就是由于继承等非法律行为而取得的物权，生效只是因于法律事实的存在，登记只解决其后的处分问题，比如《民法典》第 232 条之规定，不动产物权设立未经登记不能处分，登记与物权是否存在无关，而与物权的有无并不相干。再加上《民法典》第 369 条规定居住权的转让和继承也做了限制，易于规避因其未登记而可能有的交易风险。当然，为了交易和明晰物权归属，居住权人在物权设立之后自行主张登记的，登记机关亦可登记。登记赋予居住权有效的公示力和公信力，使其可以对抗善意的第三人，居住权利受到第三人不法侵害时，物权特有的排他效力便可以为其提供更为安全的法律保障。因此，从遗嘱继承方式设立的居住权，其生效应采取宣示主义，自继承时即告生起，不必以登记为必要要件，但公示登记后可以有效对抗。

### 5.2. 以遗赠形式设立居住权生效的“参照适用”

在《民法典》体系下，以遗赠方式成立居住权何时物权生效的问题，关键在于遗赠是否同遗嘱继承

一样适用物权变动的宣示主义模式，对此目前学界有不同的观点：一种观点是认为对于遗嘱继承和遗赠不能作区分，把两者一起对待，或者一并承认登记生效主义，即居住权登记时成立<sup>[6]</sup>，也有学者主张“无须登记直接取得”居住权。但是，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组，又提供了区分的建议，针对“以遗嘱继承方式设立的居住权”，适用《民法典》第 230 条的规定，从继承开始时生效，不适用第 368 条上的登记生效规范要求，但建议在设立时即登记公示；对于遗赠方式是否也可以适用第 230 条，在《民法典》上面也并未表态明确，仅仅表示“值得探讨”。从法律比较上来讲，我国《民法典》按照当事人身份关系区分遗嘱继承和遗赠，与德国法上按照“份额继承”和“个别遗赠”区分的逻辑上完全不同。在发展脉络上，早在原《物权法》颁布之前，学说对以遗赠引发物权变动的效应就具有三说，其一，主张遗赠直接引起物权变动的“物权效力说”；其二，认为遗赠仅发生债权效力的“债权效力说”；其三，认为遗赠发生一种独立的“受遗赠权”的“独立效力说”。原《物权法》第 29 条采的就是其中第一种，即遗赠直接引起物权的变动。而《民法典》第 230 条在继承原《物权法》这一规定时，并没有直接保留遗赠引发物权变动的表述，立法文本上的这种变化，我们自然有必要重新思考、更加审慎地理解遗赠设立居住权的生效时点问题。遗嘱继承设定居住权只要“被继承人死亡”一个事实要件，那么物权就已经发生了；依遗赠设定居住权除“遗赠人死亡”事实要件外，还需要有“受遗赠人表示意思接受遗赠”这一法律行为要件。遗赠居住权的产生不仅须有遗嘱人死亡事实，更需有受遗赠人明示接受的这一意思表示，它只产生债权上的效力<sup>[7]</sup>。从主体身份的识别性角度看，受遗赠人的身份不一定是继承人，身份往往不为外部所知，如不登记而直接承认受遗赠人的物权，不利于交易安全。遗嘱继承中，继承人在被继承人死亡后即当然、直接取得居住权；而在遗赠中，依据《民法典》第 1124 条第 2 款的规定，受遗赠人应当在知道受遗赠后 6 个月内做出接受或者放弃表示，过了这一期限不予表示的，视为放弃。这也意味着，遗赠人死亡到受遗赠人“应当知道”受遗赠事实之间有可能有时间差，在其知道的时候又有 60 日的选择期，所以即使受遗赠人决定在这个法定期限内同意受遗赠，遗赠设立的居住权才生效，而此时尚作为遗赠标的房屋很有可能由于法定继承或遗嘱继承完成之后已经登记在继承人名下，受遗赠人只能向继承人请求交付居住权。在此种情形下，居住权是否登记，哪怕受遗赠人已经占有、使用住宅，其享有的仅仅是一个请求继承人实现居住利益的债权，而不是一个对世的物权。假如以后继承人又将出售了这一房屋的所有权给善意第三人，受遗赠人以债权的居住利益对其主张，就不能对抗新的所有权人，受遗赠人的居住利益就有可能落空。因此，鉴于遗赠方式设立居住权在法律结构上“类似于”赠与合同方式设立居住权——二者均以双方意思表示的合意为基础(遗赠是立遗赠人的单方意思与受遗赠人接受意思的结合)，且均涉及与非继承人的外部关系，为平衡住宅所有权人(继承人)与居住权人(受遗赠人)之间的利益，并强化对处于信息不对称劣势地位的受遗赠人的保护，法律适用者在对《民法典》第 371 条进行“参照适用”时，应侧重于其与合同设立方式的“相似性”，进而参照适用第 368 条的规定。也就是受遗赠人享有法定期间决定是否接受遗赠的决定权，在其决定接受之后，居住权即自登记时生效。上述做法，一方面满足遗赠引起的物权变动的特殊条件，另一方面又可以依赖登记程序来确定特定物的物权归属，保护交易安全，更有利于居住权实现某些群体的需要这一制度设立的立法意向和立法目的。

## 6. 总结

《民法典》第 371 条规定以遗嘱方式设立居住权“参照适用”本章有关合同设立居住权的规定，但其“参照适用”并非无条件照搬，而是授权裁判者进行能动的、有甄别的法律适用，需结合其他规范，如继承编关于遗嘱效力、物权变动时点等规定，共同构成裁判依据。“参照适用”是一种立法技术，作用包括呼应规范、填补漏洞等，使法律条文简练并维护融贯性。《民法典》第 371 条本质为不完全的指示参照性规范，未规定遗嘱设立居住权的构成要件和法律效果，需与其他规范协同，该条也属于法定的类推

适用,要求裁判者判断遗嘱设立居住权与合同设立居住权的相似性,合理选择适用规则。遗嘱人对房屋享有所有权是设立遗嘱居住权的前提。夫妻共有房屋通常需分割,以满足特定性要求,但继承或受赠所得房屋应特殊处理。因继承或受赠取得房屋的夫妻一方设立遗嘱居住权时,应告知配偶,听取意见,但配偶同意不是遗嘱生效的必要条件。非继承或受赠方设立遗嘱居住权需征得配偶同意,双方共同处分房屋的情况除外。履行形式上,遗嘱设立居住权与合同设立居住权有矛盾,不宜僵化套用合同的书面形式要求。口头遗嘱在危急情况下,由两名以上无利害关系见证人见证,其设立的居住权应为有效。司法实践否定口头遗嘱设立居住权时,多基于程序瑕疵而非形式要件,重视遗嘱人真实意思表示。遗嘱内容常不严谨,裁判者应综合遗嘱目的、背景等因素,探究立遗嘱人真意。遗嘱继承设立居住权,自继承开始时(遗嘱人去世时)生效,不以登记为要件,但登记后可对抗善意第三人。遗赠设立居住权,受遗赠人接受遗赠后,居住权自登记时设立,以保护受遗赠人权益和交易安全。

### 参考文献

- [1] 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.
- [2] 屈茂辉. 类推适用的私法价值与司法运用[J]. 法学研究, 2005(1): 3-19.
- [3] 马新彦. 遗产限定继承论[J]. 中国法学, 2021(1): 85-104.
- [4] 席志国. 居住权的法教义学分析[J]. 南京社会科学, 2020(9): 89-97.
- [5] 肖俊. 遗嘱设立居住权研究——基于继承法与物权法的交叉视角[J]. 比较法研究, 2023(1): 126-141.
- [6] 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.
- [7] 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.