

居住权与抵押权的冲突及其解决

顺位的类型化与变价中居住权的处理

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 民法典增设居住权后, 同一房屋上居住权与抵押权的并存已成常态, 二者的冲突在变价程序中集中显现。实务中的处理极不统一: 有的以居住权的登记时间定先后, 有的以抵押权人是否同意定效力, 有的径行认定居住权不得对抗抵押权而予以除去。分歧的根源在于, 居住权的物权效力与其社会政策功能未获区分, 导致同一权利在不同法院得到不同对待。本文主张, 居住权与抵押权的冲突应作类型化处理: 以居住权的设立时点与抵押权的设立时点、抵押权人是否出具同意文件、居住权人是否实际占有为三项坐标, 区分在先设立型、在后设立型、同期设立型与名实不符型四类, 分别适用顺位规则、同意规则、除去规则与否定规则。在变价程序上, 居住权不因抵押物的拍卖而当然消灭, 须依其能否对抗抵押权分别处理: 能够对抗的, 拍定人承受居住权负担, 评估价相应扣减; 不能对抗的, 由法院除去后拍卖, 居住权人可向设立人主张违约或者损害赔偿。为防止以居住权对抗执行, 宜建立实质审查机制, 从设立动机、对价支付、实际占有、主体关系四个方面识别虚假居住权, 并明确虚假设立的, 不生效力。

关键词: 居住权; 抵押权; 权利顺位; 变价程序; 虚假居住权

中图分类号: D923.2 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2019)03-0014-13

Conflicts between Habitation Rights and Mortgages and Their Resolution

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Since the Civil Code introduced the habitation right, the coexistence of habitation rights and mortgages over the same premises has become common, and their conflicts concentrate in realization proceedings. Judicial practice is far from uniform: some courts rank them by registration time, some by whether the mortgagee consented, and some simply hold that habitation rights cannot defeat mortgages and remove them. The root of divergence lies in the failure to distinguish the real right effect of habitation from its social policy function, so that the same right is treated differently across courts. This article argues for a typological approach: taking the time of creation of the habitation right, the time of creation of the mortgage, whether the mortgagee issued a consent document, and whether the inhabitant actually possesses the premises as four coordinates, four types are distinguished, namely prior creation, subsequent creation, simultaneous creation and nominal creation, to which ranking rules, consent rules, removal rules and negation rules apply respectively. In realization proceedings, a habitation right does not automatically extinguish upon auction; it is handled according to whether it can defeat the mortgage: if it can, the purchaser takes subject to it and the appraisal value is reduced accordingly; if it cannot, the court removes it before auction, and the inhabitant may claim breach of contract or damages against the grantor. To prevent habitation rights from being used to obstruct enforcement, a substantive review mechanism is advisable, identifying sham habitation rights by motive, consideration, actual possession and relationship between the parties, and providing that sham creation is ineffective.

Key words: habitation right; mortgage; ranking of rights; realization proceedings; sham habitation right

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究民事诉讼与执行裁决。

一、问题的提出

民法典第三百六十六条至第三百七十一条以六个条文增设居住权, 其立法目的, 在于解决特定人群的居住保障问题, 尤其是老年人、离婚后无房一方、长期共同生活的家庭成

员。这一制度被寄予厚望，被视为以物权手段实现社会政策的一次尝试。

制度落地之后，最先显现的问题不是居住权如何设立，而是居住权与抵押权的冲突。同一套房屋，所有权人先为银行设立抵押权以获得贷款，后又为父母或者他人设立居住权；或者先为他人设立居住权，后又将房屋抵押。一旦债务人断供，抵押权人申请实现担保物权，房屋进入拍卖程序，居住权人主张继续居住，冲突即随之而来。

房屋为父母设立居住权后因断供被拍卖，居住权能否阻挡买受人，实务中已生争议，可参见房子给父母设了居住权，断供被拍卖，居住权还挡得住吗一文的梳理。该文所列的两种结局，恰好对应本文所讨论的两种类型。

实务中的处理极不统一。有的法院以登记时间的先后定顺位，登记在前的优先；有的法院以抵押权人是否出具同意文件定效力，未经同意的居住权不得对抗抵押权；有的法院则径行认定居住权不得对抗抵押权，在拍卖前予以除去，理由是抵押权设立时房屋上并无居住权的负担。

三种做法的差异，不是技术细节的差异，而是对居住权性质的不同理解。若认为居住权是纯粹的物权，其效力仅取决于登记顺位，则第一种做法正确；若认为居住权具有社会政策功能，其效力须受抵押权人意思的约束，则第二种做法正确；若认为居住权的设立不得损害既存抵押权，则第三种做法正确。

本文认为，三种做法各执一端，均未触及问题的核心。核心在于：居住权的效力不是单一的，它取决于设立时的具体情境。同一项居住权，在一种情境下可以对抗抵押权，在另一种情境下则不能。故解决之道不在确立一条统一的顺位规则，而在建立一套类型化的判断框架。

这一框架须回答四个问题：其一，居住权与抵押权的设立孰先孰后；其二，抵押权人是否知悉并同意居住权的设立；其三，居住权人是否实际占有房屋；其四，居住权的设立是否具有真实的对价与社会政策基础。四个问题的答案组合，决定了冲突的处理方式。

除实体规则外，程序上的处理亦须明确。变价程序中，居住权是否因拍卖而消灭，拍定人是否承受居住权的负担，评估价是否因居住权的存在而扣减，居住权人是否有权参与分配，均有待厘清。

本文的结构如下：先厘清居住权的性质与效力，为类型化提供理论基础；再依前述四项坐标，把冲突分为四种类型，分别确定处理规则；继而讨论变价程序中的具体操作；最后讨论虚假居住权的识别与立法完善。

二、居住权的性质与效力基础

民法典第三百六十六条规定，居住权人有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用的用益物权，以满足生活居住的需要。这一规定确认了居住权的三项特征：其一，它是用益物权，具有对世的效力；其二，它以占有、使用为内容，不含收益；其三，它以生

活居住为目的，不得用于经营。

居住权的设立，采登记生效主义。第三百六十八条规定，居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外；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。登记是设立的生效要件，未经登记，居住权不成立。

居住权具有人身专属性。第三百六十九条规定，居住权不得转让、继承；设立居住权的住宅不得出租，但是当事人另有约定的除外。这一规定表明，居住权是为特定人设定的，不能脱离该人而独立流转。

居住权的期限，依合同约定；未约定的，至居住权人死亡时消灭。第三百七十条规定，居住权期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。消灭后，应当及时办理注销登记。

以上是居住权的一般规定。就与抵押权的冲突而言，最需要厘清的是居住权的物权效力。作为用益物权，居住权具有追及效力与优先效力：追及效力指居住权不因房屋所有权的移转而消灭，新房主须承受居住权的负担；优先效力指在同一房屋上存在多项权利时，居住权按其登记时间确定顺位。

若严格贯彻这一逻辑，居住权与抵押权的冲突便可依登记时间解决：登记在前的居住权优先，抵押权人实现抵押权时须承受居住权；登记在后的居住权劣后，抵押权实现时居住权消灭。这一处理简单明了，亦符合物权法的一般原理。

但实务中的难题在于，居住权的设立往往无偿，且多发生在亲属之间，其真实性难以判断。若一律按登记时间处理，则债务人可在抵押设立后，为亲属设立长期的居住权，使房屋价值大幅下降，抵押权名存实亡。这一道德风险，是按登记时间处理的致命弱点。

故须在物权效力之外，引入另一重考量：居住权的设立是否损害了抵押权人的合理期待。抵押权设立时，抵押权人基于房屋上无居住权负担的状态评估其价值；若其后设立的居住权使该价值落空，则抵押权人的期待受到损害。

这一考量在比较法上有其依据。在承认居住权或者类似权利的法域，普遍规定居住权的设立须经抵押权人同意，或者规定居住权不得对抗在先设立的抵押权。其理由，正在于保护抵押权人的合理期待。

我国民法典未设相应规定，第四百零六条仅规定抵押期间抵押人可以转让抵押财产，当事人另有约定的按照约定；抵押财产转让的，抵押权不受影响。该条针对的是转让，未涉及用益物权的设立。故居住权与抵押权的冲突，属于法律漏洞。

漏洞的填补，有两种思路。其一是类推适用第四百零六条，认为抵押人可以设立居住权，但抵押权不受影响，即居住权不得对抗抵押权。其二是依物权法的一般原理，按登记时间确定顺位，登记在后的居住权不得对抗在先的抵押权，登记在前的可以。

两种思路的差别，在于对设立在后的居住权的处理。前者一律否定其对抗力，后者则依登记时间判断。本文认为，后者更为妥当，理由在于：登记在后的居住权，其登记状态

已向抵押权人公示，抵押权人若认为其损害抵押权，本可依第四百零八条要求抵押人停止该行为或者提供相应担保；抵押权人未主张的，应视为其接受这一状态。

但这一论证有一个前提：抵押权人须有机会知悉居住权的设立。而实践中，抵押权人往往在实现抵押权时才发现房屋上已有居住权登记，此前毫无所知。故须建立抵押权人的知悉机制。

可行的机制有二。其一，不动产登记机构在办理居住权登记时，应通知抵押权人。这一通知义务在现行法上无明文，但可从登记的公示功能推出。其二，抵押权人可依第四百零八条，与抵押人约定不得设立居住权，或者约定设立须经其书面同意，并将该约定办理登记。

在机制建立之前，司法者的处理只能依靠个案的具体情境。这正是类型化的必要所在：不同类型的案件，其抵押权人的知悉程度不同，居住权的真实性与对价不同，故处理规则亦应不同。

居住权与租赁权的区别，在此须先辨明。二者在功能上相似，均以满足居住需要为目的；但在法律构造上迥异。租赁权是债权，其效力限于合同当事人，承租人不能对抗租赁物所有权的新取得人，除非符合买卖不破租赁的例外；居住权是用益物权，具有对世的追及效力，居住权人可以对抗任何第三人，包括拍定人。

这一区别决定了两者在抵押权实现时的命运不同。租赁关系设立在抵押权之前的，承租人可依买卖不破租赁的规则继续承租；设立在抵押权之后的，则不能对抗抵押权，法院可除去租赁后拍卖。居住权本应适用同样的逻辑，但因居住权是物权，其登记具有公示效力，故其对抗力的判断须以登记时间为准，而不以占有的先后为准。

实务中有当事人以租赁合同伪装居住权，或者以居住权规避租赁的期限限制。前者表现为签订居住权合同但未办理登记，此时不成立居住权，仅能按租赁处理；后者表现为以居住权之名行长期租赁之实，约定居住权人支付租金、可以转租。对此，宜按当事人的真实意思认定，名为居住权而实为租赁的，按租赁规则处理，其对抗力亦按租赁的规则判断。

还有一层区别须说明。租赁权的存续有二十年的上限，超过部分无效；而居住权的期限依约定，可以为终身。这一差别使居住权在担保实践中的影响远大于租赁：一项终身的居住权，可能使房屋的交换价值下降过半，而二十年的租赁，其影响则相对可控。故抵押权人对居住权的警惕，理应高于对租赁的警惕。

三、冲突的类型化：四项坐标与四种类型

类型化的第一项坐标，是居住权与抵押权的设立时点。以登记时间为准，可分为居住权在先、抵押权在先、二者同期三种情形。

类型化的第二项坐标，是抵押权人是否出具同意文件。同意可以是明示的，如在抵押

合同中约定可以设立居住权，或者另行出具同意书；也可以是默示的，如抵押权人在知悉居住权设立后未提出异议并继续放款。

类型化的第三项坐标，是居住权人是否实际占有房屋。占有是居住权行使的外在表现，亦是判断其真实性的的重要依据。未实际占有而仅办理登记的，其真实性存疑。

类型化的第四项坐标，是居住权的设立是否具有真实的对价与社会政策基础。为老年人设立的居住权，通常具有扶养、赡养的基础；为离婚后无房一方设立的居住权，通常具有财产分割的背景；而为亲友设立的长期无偿居住权，则往往缺乏这一基础。

四项坐标组合，形成四种主要类型。第一种，在先设立型：居住权登记在抵押权之前，居住权人实际占有，具有真实的对价基础。第二种，在后设立型：居住权登记在抵押权之后，抵押权人未同意，居住权人可能占有亦可能未占有。第三种，同期设立型：居住权与抵押权同时或者相近时间设立，抵押权人出具了同意文件。第四种，名实不符型：居住权虽已登记，但缺乏真实的居住目的或者对价，实为对抗执行的工具。

四种类型的处理规则如下。在先设立型，居住权可以对抗抵押权，抵押权实现时拍定人承受居住权的负担。在后设立型，居住权不能对抗抵押权，抵押权实现时由法院除去居住权后拍卖。同期设立型，居住权可以对抗抵押权，但以抵押权人同意文件所载范围为限。名实不符型，居住权不生效力，法院可直接否定其存在。

先说在先设立型。这一类型的处理最为清晰。居住权既已先于抵押权登记，抵押权人在设立抵押权时，房屋上的权利状态已向其公示，其评估价值时应已扣除居住权的影响。故抵押权实现时，居住权继续存在，拍定人承受负担。

这一处理在实务中已有先例。有的法院在拍卖公告中明确载明房屋上存在居住权，竞买人须承受该负担，评估价亦相应下调。这一做法符合物权法的原理，亦未损害任何一方的合理期待。

但在先设立型亦有例外。若居住权的期限长达数十年，且居住权人年事已高，实际居住年限可能远短于约定期限，则评估价的扣减不应按剩余期限全额计算，而应结合预期寿命作折算。这一折算在技术上可行，实务中亦有评估机构提供此类服务。

再说在后设立型。这一类型的处理最为复杂。居住权登记在抵押权之后，抵押权人未同意，居住权人可能已实际占有，也可能未占有。此时应否除去居住权，须区分情形。

情形之一：居住权人已实际占有，且居住权具有真实的对价基础。此时若径行除去居住权，将使居住权人失去居所，与居住权的立法目的相悖。故宜采折中处理：居住权不能对抗抵押权，但在拍卖时可要求拍定人承受一定期限的居住权，或者由债务人、抵押人另行提供居所。

情形之二：居住权人已实际占有，但居住权缺乏真实的对价基础。此时居住权的真实性存疑，宜列入名实不符型处理，经实质审查后否定其效力。

情形之三：居住权人未实际占有。此时居住权仅具登记形式，未产生实际的社会效

果，除去其对居住权人的影响有限，宜径行除去后拍卖。

三种情形的区分，体现了比例原则的要求：对居住权人的保护，应与其受保护的利益的重要性相当。已实际占有且具有真实基础的，保护程度最高；未实际占有的，保护程度最低。

再说同期设立型。这一类型的特点是抵押权人出具了同意文件，居住权与抵押权在时间上接近，甚至同日登记。此时居住权可以对抗抵押权，但以同意文件所载范围为限。

同意文件的解释，须采限缩解释。若同意文件仅笼统载明同意设立居住权，未明确期限、范围、主体，则宜解释为同意设立与抵押权实现不相冲突的居住权，即居住权的存续不得妨碍抵押物的变价，或者居住权的期限不得超过抵押权的存续期限。

这一解释的理由在于：抵押权人同意设立居住权，其真意并非放弃抵押权的优先效力，而是不影响抵押权实现的前提下，允许抵押人处分其使用权。若解释为居住权可无限期对抗抵押权，则与抵押权人的真意相悖。

最后说名实不符型。这一类型的认定，须经实质审查。审查的内容包括：设立的时间是否临近抵押权实现；居住权人与抵押人是否存在亲属或者其他密切关系；是否支付了对价；是否实际占有；居住权的期限是否明显超出常理。

五项内容中，任何一项异常均不足以否定居住权的效力，须综合判断。例如，为年迈的父母设立居住权，虽未支付对价，但具有赡养的基础，且父母实际居住，则不应否定其效力；反之，为远房亲戚设立二十年期的居住权，未支付对价，且从未实际居住，则宜否定其效力。

类型化的理论基础，是物权公示原则。物权依登记而公示，第三人依登记而查知权利状态，并据此形成交易预期。居住权既已登记，即应向一切第三人公示其存在；抵押权人在设立抵押权时，本应查阅登记簿，未查阅或者查阅后仍接受抵押的，应自担其后果。

这一原理在在先设立型中体现得最为充分。居住权登记在前，抵押权人设立抵押权时，登记簿上已有居住权的记载，其评估价值时应已考虑这一负担。若其未考虑，属于自身的过失，不得于抵押权实现时主张除去居住权。

但在后设立型中，公示原则的适用须作调整。居住权登记在后，抵押权人设立抵押权时，登记簿上并无居住权的记载；其后的登记，虽亦公示，但抵押权人往往并不知悉。此时若一律按登记时间认定居住权在后即不得对抗，则与公示原则的本意相符；若认为居住权在后仍可对抗，则背离了抵押权人的合理期待。

故公示原则在后的情形中，其功能是提示而非对抗：居住权的登记提示后手权利人注意该负担的存在，但对于已经取得抵押权的权利人，其效力须受合理期待的限制。这一区分，是本文类型化框架的理论支点。

四、变价程序中的具体处理

变价程序是冲突的集中显现之处。此处须解决五个问题：居住权是否因拍卖而消灭；拍定人是否承受负担；评估价是否扣减；居住权人能否参与分配；除去居住权后的救济。

第一个问题，居住权是否因拍卖而消灭。答案取决于其能否对抗抵押权。能够对抗的，居住权不因拍卖而消灭，拍定人承受负担；不能对抗的，居住权因除去而消灭，拍定人取得无负担的所有权。

须注意，除去居住权是执行程序中的处分行为，其性质是对妨碍执行的权利的排除。民事诉讼法第二百三十四条规定，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查。居住权人主张其权利足以排除执行的，可依该条提出异议。

故在程序上，法院宜在拍卖前告知居住权人，其可在指定期限内提出异议；未提出的，视为放弃。这一告知程序，既是程序正义的要求，亦可避免拍卖后的纠纷。

第二个问题，拍定人是否承受负担。承受负担的前提是居住权能够对抗抵押权，且拍卖公告已明确载明。若公告未载明，拍定人可主张拍卖标的物存在权利瑕疵，请求撤销拍卖或者减价。

故拍卖公告的记载，是程序的关键。公告应载明居住权的主体、期限、范围、是否实际占有，以及竞买人须承受该负担。未载明的，不得对抗拍定人。这一规则与最高人民法院关于网络司法拍卖的规定相一致。

第三个问题，评估价是否扣减。居住权的存在，必然影响房屋的交换价值，故评估价应相应扣减。扣减的幅度，取决于居住权的剩余期限、居住权人的年龄、房屋的市场租金水平。

扣减的计算方法，可采收益法：以同类房屋的市场租金乘以剩余期限，再按适当的折现率折现，即为居住权的价值。剩余期限不确定的，以居住权人的预期寿命为限。

实务中的难点，是评估机构是否具备相应的能力。目前多数评估机构对居住权的估值缺乏经验，往往简单地按租金乘以年限计算，未作折现，导致扣减幅度过大或者过小。故宜建立居住权估值的指引，或者由法院在个案中委托专业机构评估。

第四个问题，居住权人能否参与分配。居住权人并非债权人，其对房屋享有的是用益物权而非债权，故不能参与分配。但若居住权因除去而消灭，居住权人对设立人享有违约或者损害赔偿请求权，该请求权可作为普通债权申报。

这一点在实务中常被误解。有的法院在除去居住权后，直接从变价款中向居住权人支付补偿，这一做法缺乏依据。居住权人的补偿请求，须通过另案诉讼或者债权申报实现，不能在执行程序中径行支付。

第五个问题，除去居住权后的救济。居住权因除去而消灭的，居住权人可向设立人主张违约责任，要求赔偿因其无法继续居住而遭受的损失；设立人存在欺诈的，居住权人还

可主张撤销合同并请求赔偿。

损害赔偿的范围，包括另行租房的费用、搬迁费用、因失去居所而增加的生活成本。计算时可比照同类房屋的市场租金，乘以剩余期限，但须扣除居住权人本应支付的对价（若有）。

若居住权人系无偿取得，且设立人已无清偿能力，则损害赔偿往往落空。此时可考虑由拍定人给予一定的搬迁补偿，作为平衡。这一做法虽无明文依据，但在实务中已有先例，其正当性在于避免居住权人陷于无家可归的境地。

居住权人参与变价程序的方式，须有明确安排。前已述及，居住权人不是债权人，不能参与分配；但其对变价结果有重大利害关系，故应赋予其程序参与权。参与的方式包括：知悉拍卖的时间与方式、查阅评估报告、对评估价的扣减提出意见、在居住权被除去时提出异议。

实务中的做法，是由执行法院向居住权人送达拍卖通知，告知其权利状态与救济途径。未送达的，居住权的除去程序存在瑕疵，居住权人可据此提出执行异议。这一程序要求虽增加了工作量，但可有效减少拍卖后的纠纷。

居住权人对除去裁定不服的，可依民事诉讼法第二百三十四条提出案外人异议；对异议裁定不服的，可提起案外人执行异议之诉。诉讼中，居住权人须证明其权利足以排除执行，即证明居住权设立在先或者抵押权人已同意。举证不能的，其诉请将被驳回。

须注意，案外人执行异议之诉的审理，不以居住权登记的效力为唯一依据。法院仍须审查居住权的真实性，包括是否实际占有、是否支付对价、是否具有真实的居住目的。若认定居住权系虚假设立，纵已登记，亦不能排除执行。这一审查，与前文的识别规则相衔接。

五、以房养老与居住权保留

居住权的一项重要应用，是以房养老。老年人将房屋出售给金融机构或者养老机构，取得一笔资金用于养老，同时在房屋上保留居住权，直至去世。这一模式在我国已有试点，被称为住房反向抵押养老保险。

这一模式的法律结构，是买卖与居住权保留的结合。老年人将房屋所有权移转给机构，机构支付价款，同时在房屋上为老年人设立居住权。老年人继续居住，去世后居住权消灭，机构取得完整的房屋。

在此结构中，居住权与抵押权的关系如何处理？若机构以该房屋向银行抵押融资，则银行取得抵押权，老年人的居住权在先设立，可以对抗抵押权。这一处理符合前文的类型化规则。

但须注意，以房养老中的居住权，其期限为老年人的终身，价值极高，往往占房屋价值的较大比例。若机构破产，房屋进入变价程序，居住权人虽可对抗抵押权，但其居住利

益能否得到实际保障，仍存疑问。

保障的方式，可考虑设立居住权的登记公示与机构的告知义务。机构在销售此类产品时，须明确告知老年人其居住权的效力范围、机构的破产风险、房屋被变价时的处理方式。未告知的，老年人可主张撤销合同。

此外，可考虑建立以房养老的专项监管。要求机构将房屋与其自有财产分离管理，或者要求其提供担保，以确保老年人在机构破产时仍能居住。这一监管属于金融监管的范畴，须与银保监部门协同。

另一种情形，是离婚时的居住权设立。民法典第一千零九十条规定，离婚时，一方生活困难，有负担能力的另一方应当给予适当帮助。实务中，帮助的方式之一即为设立居住权。

此类居住权的特点，是无偿、有期限（通常为数年或者至再婚时）、具有扶养的性质。若房屋上有抵押权，居住权能否对抗，须依前文的类型化规则判断。若居住权设立在抵押权之后，则不能对抗，抵押权实现时居住权消灭，居住权人可向原配偶主张另行提供居所。

实务中的难点，是离婚协议约定的居住权未办理登记。此时居住权未设立，仅具债权效力，居住权人不能对抗抵押权人，亦不能对抗拍定人。故在离婚协议中约定居住权的，须明确办理登记的义务与违约责任。

还有一类情形，是遗嘱设立的居住权。民法典第三百七十一条规定，以遗嘱方式设立居住权的，参照适用本章的有关规定。故遗嘱设立的居住权，亦须办理登记，登记时生效。

遗嘱设立的居住权，常见于再婚家庭：被继承人将房屋所有权留给子女，同时为配偶设立居住权。此类安排兼顾了子女的继承利益与配偶的居住保障，具有现实合理性。

但此类居住权与抵押权的冲突，处理更为棘手。若房屋在遗嘱设立居住权之前已抵押，则居住权不能对抗抵押权；若抵押权设立在居住权之后（实践中少见，因继承人往往在继承后另行抵押），则居住权可以对抗。

实务中还有一种情形：继承人在继承房屋后，未告知居住权人即办理抵押，导致居住权受损。此时居住权人可向继承人主张损害赔偿，亦可主张抵押行为对其不发生效力。后一主张的成立，须以抵押权人非善意为前提。

以房养老之外，尚有另一类值得关注的安排：父母为子女购房出资，同时在自己出资购买的房屋上保留居住权。此类安排在实践中极为常见，其法律结构是：子女为登记所有权人，父母为居住权人，居住权登记在房屋上，期限为终身。

此类居住权的效力，原则上应予认可。父母出资购房，本可主张共有或者按份所有，但其选择保留居住权，属于对自身权利的处分，法律应予尊重。且此类居住权具有真实的居住目的与伦理基础，不属于虚假设立。

但若子女以该房屋抵押融资，则父母的居住权与抵押权发生冲突。此时须依类型化规则判断：居住权登记在抵押权之前的，可以对抗；在后的，不能对抗。故在实务中，宜提示此类家庭在办理抵押前，先行办理居住权登记，以固定其顺位。

另一种情形，是农村房屋的居住权。农村宅基地上的房屋，其流转受限于集体经济组织成员身份，居住权的设立亦受此限制。实践中，农村房屋上的居住权多在家庭成员之间设立，用于保障老年人的居住。此类居住权一般不涉及抵押权，因农村房屋抵押的合法性本身存疑。

六、虚假居住权的识别与防范

虚假居住权，指债务人为对抗执行，与亲友串通，在房屋上设立并无真实居住目的的居住权，并以登记使其形式上合法。这一现象在实务中已不罕见，成为执行工作的新难题。

虚假居住权的危害，在于它使房屋的交换价值大幅下降，导致拍卖流拍或者成交价远低于市场价，债权人的受偿落空。同时，它也使真正的居住权人受到牵连，因为法院对居住权的审查趋于严格，真正需要保护的居住利益亦难以获得认可。

识别的第一项指标，是设立的时间。虚假居住权多设立在债务纠纷已经发生、诉讼已经开始或者执行程序已经启动之后。故设立时间临近纠纷发生，是重要的怀疑依据。

但时间本身不足以认定虚假。实践中亦有债务人在纠纷发生前即已为父母设立居住权的情形，此时不能仅以时间推定虚假。故须结合其他指标综合判断。

识别的第二项指标，是对价的支付。居住权虽以无偿为原则，但当事人可以约定有偿。若约定有偿而未实际支付，或者支付的金额明显低于市场水平，则其真实性存疑。

识别的第三项指标，是实际占有。居住权以占有、使用为内容，未实际占有的，其真实性存疑。判断是否实际占有，可通过水电费缴纳记录、物业费缴纳记录、户籍登记、社区证明、邻居证言等予以查明。

识别的第四项指标，是主体关系。居住权人与抵押人存在近亲属关系的，其虚假的可能性较高，但亦不可一概而论。为父母、为未成年子女设立居住权，具有伦理基础；为兄弟姐妹、远房亲戚设立长期居住权，则须更为审慎地审查。

识别的第五项指标，是期限的合理性。居住权的期限约定为终身或者数十年，而其主体为年轻的健康人，则与常理不符。反之，为年迈的父母设立终身居住权，则属正常。

五项指标的运用，宜采综合判断而非单一否决。任一指标异常，均不足以认定虚假；多项指标同时异常，则可形成内心确信。必要时，法院可依职权调查，或者要求当事人提供补充证据。

认定虚假居住权后的处理，是确认其不生效力，房屋按无负担状态拍卖。居住权人已办理登记的，法院可向登记机构发出协助执行通知书，注销该登记。

须注意，认定虚假居住权涉及对当事人实体权利的否定，故须给予其陈述、申辩的机会。程序上，宜先告知，听取意见，再作认定；当事人不服的，可提出执行异议或者提起异议之诉。

除司法识别外，还须从源头防范。可行的措施包括：建立居住权登记的风险提示，登记机构在办理居住权登记时，提示当事人虚假登记的法律后果；建立居住权与抵押权的联动登记，抵押权人可申请在登记簿上记载不得设立居住权的约定；对短期内频繁设立、注销居住权的，纳入重点监控。

这些措施的落实，须依托不动产登记信息的共享。目前，法院与不动产登记机构的信息共享已初步建立，可在此基础上扩展，使执行法官在查封时即可查询房屋上的居住权登记情况。

识别虚假居住权的另一条路径，是审查设立行为的对价是否真实支付。居住权以无偿为原则，但当事人约定有偿的，其支付凭证是判断真实性的的重要依据。若约定有偿而无支付凭证，或者支付凭证显示的资金流向存在回流，则其真实性存疑。

资金回流的查明，须依托银行流水的调取。执行法院可依职权向金融机构查询抵押人及其近亲属的账户流水，查明是否存在支付后短期内回流的情形。这一调查在技术上可行，但须注意个人信息保护，查询范围应限于与案件有关的账户与期间。

除司法识别外，债权人在设立抵押权时的自我防范亦不可忽视。抵押权人可在抵押合同中约定，抵押人未经书面同意不得设立居住权；亦可要求抵押人出具不存在居住权的声明，并约定违反的违约责任。此类约定虽不能对抗善意的居住权人，但可作为追究抵押人违约责任的依据。

金融机构在贷前调查中，宜将居住权登记情况纳入审查范围。实践中，多数银行的贷前调查仅关注房屋的权属、抵押顺位、查封情况，未关注居住权。这一疏漏在居住权制度实施后将带来风险，宜通过内部规程予以补正。

七、立法完善与规则提炼

前文的讨论，可提炼为若干规则，供立法与司法解释参考。

规则一：居住权设立在抵押权之前的，可以对抗抵押权，抵押权实现时拍定人承受居住权的负担，评估价相应扣减。

规则二：居住权设立在抵押权之后，抵押权人未同意的，不得对抗抵押权，抵押权实现时由法院除去后拍卖；但居住权人已实际占有且居住权具有真实对价基础的，法院可要求拍定人承受一定期限的居住权，或者由抵押人另行提供居所。

规则三：抵押权人同意设立居住权的，居住权可以对抗抵押权，但以同意文件所载范围为限；同意文件未明确范围的，解释为不得妨碍抵押物的变价，且期限不得超过抵押权的存续期限。

规则四：居住权缺乏真实居住目的或者对价的，不生效力，法院可否定其存在并注销登记。

规则五：除去居住权的，居住权人可向设立人主张违约或者损害赔偿，该请求权可作为普通债权申报，不得从变价款中径行支付。

规则六：拍卖公告未载明居住权的，拍定人可主张权利瑕疵，请求撤销拍卖或者减价。

六项规则的核心，是把居住权的效力与其设立情境相绑定，避免一刀切。这一思路与物权法的基本原理相容，亦回应了实务中的道德风险。

在立法层面，宜在民法典物权编或者相关司法解释中，增设居住权与抵押权关系的规定。规定的内容，可包括：抵押人设立居住权须通知抵押权人；抵押权人可约定禁止设立居住权并办理登记；居住权与抵押权的顺位依登记时间确定；在后设立的居住权不得对抗抵押权，但法律另有规定的除外。

在执行法层面，宜在司法解释中明确居住权在变价程序中的处理规则，包括告知程序、异议程序、除去程序、评估扣减方法、公告记载要求。这些规则的确立，可显著减少实务中的分歧。

在登记制度层面，宜建立居住权登记与抵押权登记的联动机制。登记机构在办理居住权登记时，应检索房屋上的抵押权登记，通知抵押权人；抵押权人可在登记簿上记载限制性约定，对抗后设立的居住权。

三项立法的推进，须有先后。登记制度的完善最为紧迫，因为它是实体规则运行的基础；执行规则的明确次之，因为它直接关系个案的公正；物权编的修改可在前两项经验积累之后进行。

最后须强调，居住权制度的价值，不在于为债权人设置障碍，而在于为弱者提供居所。若居住权沦为逃债的工具，其社会政策功能将被侵蚀，最终受损的是真正需要保护的群体。故对虚假居住权的识别与否定，不是对居住权的限制，而是对居住权的保护。

还有一类特殊情形须作交代：居住权与抵押权的权利人同一。例如，房屋所有权人将房屋抵押给某银行，同时该银行又因以房养老业务取得房屋并为原所有权人设立居住权。此时两项权利同归一人，居住权因混同而消灭，抵押权人取得无负担的所有权。这一处理依民法关于混同的一般原理，并无争议。

与之相关的，是居住权与抵押权的顺位变更。当事人可否约定变更居住权与抵押权的顺位？依民法关于顺位变更的一般原理，顺位的变更须经利害关系人同意，且不得损害其他权利人的利益。故居住权人与抵押权人可约定居住权劣后于抵押权，但该约定须办理登记，方能对抗第三人。

顺位变更的实践意义在于，它为当事人提供了一种灵活的安排：居住权人可在取得抵押权人的补偿后，同意将其顺位后移，使抵押权得以优先实现。这一安排既保障了抵押权

人的利益，亦使居住权人获得对价，属于帕累托改进。

八、结语

同一套房屋上的居住权与抵押权，看似是两项物权的顺位之争，实则是两种利益的权衡：一边是债权人的资金安全，一边是居住人的栖身之所。任何一方的绝对化，都会导致制度失衡。

本文所主张的类型化，正是为了避免绝对化。它承认居住权在特定情境下可以对抗抵押权，也承认在另一些情境下不能。判断的标准，不是抽象的权利位阶，而是具体的设立情境：谁在先，谁同意，谁占有，谁有真实的需要。

这一思路的代价，是规则的不确定性增加。当事人难以在事前准确预见法院的判断，交易成本随之上升。但相较于一刀切所带来的实质不公，这一代价是可以承受的。而且，随着登记制度与司法解释的完善，不确定性将逐步降低。

愿每一处居所，都不因权利的博弈而失去温度；愿每一笔借款，都不因权利的滥用而落空。此即本文的初衷。

参考文献

- [1] 《中华人民共和国民法典》第三百六十六条至第三百七十一条、第四百零六条、第四百零八条、第四百一十条、第一千零九十条。
- [2] 《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十四条。
- [3] 《不动产登记暂行条例》第五条、第十四条、第二十条。
- [4] 《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第六条、第十三条、第三十一条。
- [5] 《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条、第二十九条。
- [6] 王利明：《居住权的立法构造与适用》，《中国法学》2021年第1期。
- [7] 房绍坤：《居住权的性质与效力》，《法学研究》2021年第3期。
- [8] 申卫星：《居住权制度的解释论展开》，《中外法学》2022年第1期。
- [9] 肖俊：《以房养老的法律结构与风险控制》，《法学》2023年第2期。