

居住权与抵押权并存及优先顺序问题研究

吕鹏锦

北方民族大学，宁夏银川，750021；

摘要：随着居住权设立的日益频繁，在其与抵押权并存尤其是两项权利接近实现时，就可能会产生矛盾与冲突。居住权作为用益物权，实质上在抵押权未进入生效阶段不会影响抵押权的合法权益，其处分权仍然能够得到行使。居住权作为一种新型用益物权，在其先于设立生效并且与抵押权相冲突时，可以采用“设立在先的物权优先于设立在后的物权”原则；在抵押权先于居住权设立并生效的情况下，在遵循前原则的前提下，还应当仔细分析居住权的设立是否真正影响了抵押权所担保物品的核心价值。

关键词：居住权；抵押权；并存；优先顺序

DOI：10.69979/3029-2700.25.10.089

1 问题的提出

我国《中华人民共和国民法典》物权编新增关于居住权制度的 6 个法条，使得居住权能够成为用益物权的一种新形式，具有实质意义。早在本世纪初，很多学者就开始探讨，居住权作为一种新的用益物权纳入相关法律法规的可能性，但因立法机关认为依靠租赁等制度可以实现居住权的功能目的，故未将其写入到当年的法律之中。

关于居住权与抵押权并存时的权利行使顺序问题，首先要厘清这两种权利在现行社会环境下能否同时附着于同一财产之上。具体而言，需探讨两个核心问题：其一，当某财产已设定居住权后，是否仍可进一步设定抵押权；其二，若该财产已存在抵押权，是否还允许增设居住权。其次，就居住权制度而言，现行法典仅以六个条文予以规定，导致该制度在表述上存在模糊性、指代上缺乏清晰性以及在适用制度时存在明显的分割感。

从另一方面来说，抵押权相较于居住权，二者在程序上并不构成直接冲突。然而，在抵押权实际执行之际，权利实现过程中的优先顺序问题便凸显而出，盖因居住权之存在，或可能使抵押权造成一定的损失。在我国的很多地区，已经对居住权能够设立做出了详细又明确的规定，以四川省成都市不动产登记网上办事大厅所发布的《居住权首次登记》公告为例，该公告于第四部分“申请材料”项下之第四条“居住权设立的材料”中，第三项明确规定：“若不动产已设定抵押权，则需提交抵押权人同意设立居住权之相关材料。”针对设立抵押权的设立人是否应该规制其自由权限，是否要让设立权进入

到相关的门槛之中，为其自由设立界限，做出了详细的规定。这也就表明当地已经在平衡居住权和抵押权的利益关系问题。

2 居住权和抵押权并存的正当性

2.1 先设立居住权应当允许后设立抵押权

首先，从权利角度分析，居住权是一种新型的用益物权。该权利并没有占有设立人的所有权，也就是说，设立人仍然可以通过自己的真实意思表示去处分自己所拥有的被设立居住权的财产。如果在该项财产上设置抵押权需要居住权人同意，则实质上是在干涉所有权人对自己财产的处分权，这在一定程度上就存在对于居住权人权益的过度保护，容易导致居住权人权利扩张，不利于保护所有权人的合法权益。例如，成都市金牛区人民法院就曾明确表示：居住权，作为基于用益物权衍生而现的法定权利，其设立与行使原则上不应对用益物权之核心权能构成实质性阻碍。基于此，即便在居住权确立后，原房屋所有权人针对该不动产的处分权能仍应依法予以保留，以确保物权体系的完整性与各权利主体利益的平衡。

其次，即便不动产之上已先行设立居住权，后续设立抵押权之行为亦不会对居住权所承载之扶助、赡养及关怀等法律功能构成实质性妨害。在抵押权尚未进入实现程序之前，不动产并未发生权属移转，此时所有权人仍可依其自主意志对不动产行使使用及收益之权能。鉴于此，在抵押权未获实现之状态下，居住权人自可继续依约安然享有其居住权益。

最后，抵押权作为担保物权，其核心功能在于保护

债权人的合法权益，促进经济市场与经济活动的发展繁荣，让抵押人在陷入经济困难或者纠纷时也能保证资金的持续运转。如果要使所有权人在设立居住权后抵押其不动产需要居住权人同意，此举必将导致权利设立程序复杂化，显著降低物权流通效率，进而阻碍市场经济的健康发展。

2.2 先设立抵押权亦应当允许后设立居住权

所有人处分其不动产并将其抵押给权利人后，由于抵押权本身的权利性质和交付方式导致所有人仍然对于其所抵押的财产拥有自由处分的权利，即，所有人继续占有该不动产的状态不会发生变动。因此，从这一角度出发，所有人在行使抵押其不动产时后，当然应当允许所有人继续设立其他权利。但是，我们也应该考虑一个问题，当所有人将其不动产抵押后，其再次在该财产上设立居住权，是应当通知抵押权人，还是要让抵押权人明确同意？亦或是都需要、都不需要？

《中华人民共和国民法典》第四百零八条及《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》第三十一条第二款明确了上述问题，抵押权人的抵押权已经或者将要实现，如果后设立的居住权等用益物权没有对生效或者即将生效的抵押权产生实质化影响，那么应当允许后设立的抵押权的存在，如果产生了实际且重大的影响，人民法院应当依法排除居住权等其他用益物权以保证抵押权的顺利实现。

当居住权的有效期间短于抵押权实现所需时间时，显然不会对抵押权造成实质性影响。在此情况下，应判定抵押物价值未发生减损，对于已设定抵押的不动产，应当允许后续设立居住权，通常情形下不应直接予以消除。若居住权存续期超过抵押权实现所需期限，且确实导致抵押物价值贬损，抵押物所有权人必须立即向抵押权人履行告知义务，并需补足与抵押物价值减损程度相当的担保措施。倘若所有权人未尽上述义务，在该物权已经濒临实现时，相关权利人可以提出或者由相关机关按照法律的规定撤销前一居住权利的取得和实现。另外，我们还应该特别注意到，在居住权刚刚设立之时，如果没有强有力的证据或者其他材料表明或者证实抵押人的行为或者某个表示已经实际损害了该抵押物的价值，那么该抵押标的物的法定价值应维持原有评估状态。唯有在抵押权实际执行阶段，抵押物的真实市场价值方能最终确定。通过上述两种情形的对比分析可以得出，已

设定抵押权的财产应当允许后续设立居住权。

3 居住权与抵押权并存的优先顺序

3.1 居住权与抵押权优先顺序确立的现实困境

（1）理论难点

部分传统用益物权与抵押权之间并不存在相互排斥的情形。在一些地方，土地是私人所拥有的，也就是说，在此基础上的土地所有权是可以流转并且抵押的，故而，衍生出土地所有权上并存抵押权与用益物权。然而，依据《中华人民共和国民法典》第三百九十九条第一项之规定，土地所有权不得抵押。因此，像农村的宅基地使用权，城市的建设用地使用权以及土地承包经营权等用益物权，均不会在同一标的物上产生抵押权与用益物权的并存问题。

由于上述传统的用益物权在权利客体上具有排他性，客观上无法共存于同一标的物，故在权利实现阶段不存在竞合可能。例如设立在国有土地之上的建设用地使用权便是如此。根据《中华人民共和国民法典》第三百九十九条第一款的明确规定，土地所有权被明确排除在抵押权客体范围之外。由此形成权利客体的二元分离格局：建设用地使用权指向国有土地，而抵押权则附着于地上建筑物。具体而言，当抵押权设立于房屋等建筑物时，建设用地使用权无法同时作用于该建筑物；反之，当建设用地使用权作用于土地时，抵押权又无法在该土地所有权上设立。这种制度设计从根本上避免了不同权利在同一物上的并存可能，使得权利实现的顺位问题在法理层面失去探讨必要。但是，居住权作为一种新型的用益物权，随着城市人口流动和居住的需要，越来越多的不动产所有人开始设立居住权，这既是居住权人积极要求其合法权利的体现，也是社会经济发展所带来的所有人与居住人人身依附关系不断加强的重要体现。

（2）实践难点

目前，在我国当下社会，已经形成了以租赁关系调整房屋利用关系的传统。相较于具有绝对对抗效力的物权性居住权，租赁权的债权属性使其处于弱势地位。虽然法律确立“买卖不破租赁”原则，但承租人权益在涉及第三方利益或恶意租赁情形时仍面临效力质疑，居住权的物权保护机制明显优于租赁权的占有保护。有学者认为，住宅附属设施当然或依约可以成为居住权客体，具体设立则需要根据一般社会观念进行判断，由此居住权人可以积极地行使自己的权利。居住权只有通过登记才

能够设立，在此基础上就会形成对世效力，其所涵盖的合同关系与法律效力相较于抵押权和租赁权的相互竞合要复杂许多。当抵押权和居住权两者在同一时间并存于一物时，究其本质，物权性居住权与债权性租赁权存在根本差异，前者在权利位阶上具有显著优势。因此，居住权与抵押权的优先顺位属于物权体系内部协调问题，而租赁权与抵押权的冲突则涉及物权与债权的效力层级关系。

3.2 居住权优先于抵押权设立

首先，在居住权优先于抵押权设立时，如果在抵押权生效之前，居住权已经注销，那么在此种情况下便不存在二者权利相互冲突的问题，我国法律明确规定，居住期限届满或者居住权人死亡的，居住权消灭。当然，除了从法条规范推导居住权注销的情况外，还应意识到除了上述两种情形，还有包括居住权人主动放弃居住权、居住权与所有权人混同为一人、居住权所涉住宅被全部征收等情况。在此种情况下也不存在权利优先次序的问题。

其次，便是居住权和抵押权两种权利存在相互冲突的情况，因此需要探究两者的优先次序，当居住权作为优先次序权利在先设立时，作为后设立的抵押权不得妨碍优先设立的居住权的行使，其效力持续约束抵押物转让后的受让人。受让人依法负有容忍并承受该居住权限制的义务。《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》第三十一条第二款：拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权，不因拍卖而消灭，但该权利继续存在于拍卖财产上，对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的，人民法院应当依法将其除去后进行拍卖。但是，有学者认为，由于物权具有排他性支配力，一物之上不可能并存内容相同或者内容相互抵触的两个以上的物权。

当几项抵押权并存于一物时，首先要处理的便是该权利如何实现及实现的先后顺序问题。根据先设立的物权先于后设立物权的原则，在后设立的抵押权的效力如何需要进一步阐释，但这一逻辑存在自相矛盾的问题。由此可见，各类物权之间并不普遍存在效力优先的关联性。对于不同类别物权实现顺序的界定，应当理解为基于登记次序形成的权利行使序列，而非物权优先效力的具体表现。即使法定的担保物权比意定的担保物权更具有权力实现的优越性，但这种优越性是被法律所强制规定

定，并非传统物权效力自然理论的必然结果。基于此，在处理居住权与抵押权这类同为意定设立但性质相异的物权关系时，应当确立“登记时间在前者效力优先”的适用准则。

3.3 抵押权优先于居住权设立

较于居住权先行设立并生效之情形，抵押权先行设立并生效时，其权利实现之优先顺序问题更为复杂。此复杂性主要源于抵押权与居住权在受干扰程度上的差异。具体而言，抵押权相较于居住权，在外观上更易受到外界因素的干扰，其抵押物之价值可能因居住权的存在而遭受减损，从而对抵押权的最终实现构成影响。因此，如果在抵押权先行设立并生效的前提下，不能够草率的依据“公示在先，权利优先”之原则，来判定权利实现之优先次序。相反，需审慎分析并判断，于何种具体情形之下，方可认定居住权已对抵押权之实现构成实质性妨碍。

例如，可依据拍卖程序中的价值评估体系进行综合判断，或是通过对比附设居住权与未附设居住权的抵押物拍卖结果差异，进而评估居住权对既有抵押权是否构成确定性的影响。如果抵押权能够在先确立并生效，并且经过一定的司法程序将抵押物进行拍卖或者变卖能够偿还债务人所负担的债务，权利人基于自主决策明确接受附有居住权负担的抵押物拍卖条件，则居住权可予以保留。在此情形下，既保障了抵押权人的优先受偿权益，也实现了居住权人的合法居住需求，两种权利的核心价值均能得到有效维护。

当抵押财产通过司法拍卖程序获得的财产无法覆盖抵押权所担保的全部债务或当抵押权人针对法院未消除居住权负担即实施拍卖的行为提出异议时，除非抵押权人主动声明认可该次拍卖效力或同意承担相关责任，否则应认定其具有消除居住权的明确诉求。此时需重点考察抵押物价值不足清偿债务的根本成因是否与居住权设定存在直接关联。倘若抵押物市场价值波动并非由于居住权的设立而导致，且不影响抵押权对应债务的完全偿付能力，则贸然撤销居住权将构成对权利人正当利益的非法侵害。反之，若能证实居住权的存在显著削弱抵押物变现价值，导致其无法覆盖担保债权总额，则应当依法涤除该权利以保障抵押权人的法定权益。

4 结语

居住权作为一种新增的用益物权，其设立的初衷在于保障人民群众的基本生活需求。但相关法律的规定仅有六条，存在法律规范相互链接不畅、语义表示不清的问题。如何正确而又高效的处置上述问题，决定着是否能够更好发挥居住权这一制度的理论与实践价值，保障相关主体权益并填补二者实现优序问题。居住权在先设立时，确立“公示在先，权利在先”原则；抵押权在先设立时，则需要考虑抵押物其本身之价值，以求能够实现居住权和抵押权的相对平衡。

参考文献

- [1] 张永：《抵押权追及力的确认及空洞化——〈民法典担保制度解释〉第 43 条第 2 款的效力检讨》，《北方法学》2023 年第 2 期，第 51 页。
- [2] 徐蓓：《抵押物价值恢复请求权体系化分析——从我国〈民法典〉解释论的视角展开》，《河北法学》2022 年第 3 期，第 136 页。
- [3] 陈小君：《〈民法典〉物权编用益物权制度立法得失之我见》，载《当代法学》2021 年第 2 期，第 7 页。
- [4] 常鹏翱：《限制抵押财产转让约定的法律效果》，《中外法学》2021 年第 3 期，第 642 页。
- [5] 王荣珍：《解释论视角下的居住权客体》，载《比较法研究》2021 年第 6 期，第 54-55 页。
- [6] 徐蓓：《抵押物价值恢复请求权体系化分析——从我国〈民法典〉解释论的视角展开》，《河北法学》2022 年第 3 期，第 136 页。
- [7] 高圣平、范佳慧：《不动产上抵押权与利用权的冲突与协调》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 6 期，第 58 页。
- [8] 王利明：《论民法典物权编中居住权的若干问题》，载《学术月刊》2019 年第 7 期，第 91 页。
- [9] 鲁晓明：《“居住权”之定位与规则设计》，载《中国法学》2019 年第 3 期，第 229 页。
- [10] 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》，载《现代法学》2018 年第 2 期，第 117-118 页。

作者简介：吕鹏锦（2000.08-）男，汉族，山东潍坊人，在读法律硕士，研究方向：民商法。

基金项目：宁夏回族自治区北方民族大学 2023 级研究生创新项目成果. 居住权与抵押权并存及优先顺序问题研究（YCX24190）。