高齡生存配偶就婚姻住宅法定居住權研議*

魏　大　喨**

要　目

壹、遺產分割審判實務常見問題
　一、案例事實
　二、問題所在
貳、配偶居住權法制創設之正當性及權利之本質
　一、創設之正當性基礎
　　㈠國家因應高齡化社會之對策
　　㈡《兩公約》一般性意見——高齡者長久居住家中之利益
　　㈢高齡配偶對婚姻義務履行之貢獻分
　二、配偶居住權之權利本質

已經由版提供　請勿公開散布

DOI：10.3966/102398202021060165001

* 承蒙審稿教授惠賜寶貴意見，及文詞語意錯漏字糾正，本文已予修正，藉此敬表謝忱之意。

審稿委員R2提供高見略謂：臺灣地區與大陸地區人民關係條例第67條第4項但書，在臺灣地區之遺產，爲臺灣地區繼承人賴以居住之不動產，大陸地區繼承人不得繼承之，且於定大陸地區繼承人應得部分時，其價額不計入遺產總額。該但書規定，於高齡配偶居住權之立法方式，可評估採行。因於高齡配偶與其子女爲共同繼承人時，先將該不動產歸由高齡配偶取得所有權，且不列入應繼分予以扣除，則只是延後其他子女取得該不動產之時間而已（即高齡配偶者亡故後，仍可歸由其他子女繼承）。本文認因與高齡配偶成爲共同繼承人者，不以其子女爲限，且高齡配偶與其子女爲不同權利主體，高齡配偶如先取得所有權且不予扣除應繼分比例，其對該不動產之處分權不受限制，此方式似尚有商榷餘地。

** 最高法院法官，臺灣大學法學博士。

投稿日期：一〇九年十月二十四日；接受刊登日期：一一〇年一月二十一日
責任校對：蘇淑君

㈠權利之本質論概說
㈡從身分權觀點分析配偶居住權
㈢法律保護之利益
㈣創制法律規範類型之檢討
參、配偶居住權之特殊居住人役權性質
一、兩者之關連性
二、羅馬法上之人役權
三、德國法之繼受人役權
四、我國及日本法之役權初探
㈠物權法制與學說意見分歧
㈡實質意義之人役權——以用益遺贈為例
五、配偶居住權之居住人役權性質
肆、高齡配偶法定居住權在民法典位置之規劃
一、各種法性質之交錯
㈠身分法與物權法之交錯
㈡債法與物權法之交錯
二、應審酌之幾個因素
三、物權編中增訂居住權之妥適性評估
㈠概　說
㈡增訂配偶居住權對物權法之可能影響
㈢物權編增訂居住人役權可作為總則性規範
四、在繼承編中修法之評估
㈠日本法之經驗
㈡繼承編中最小幅度修法原則建議
伍、相關法規內容及法政策面之整合
一、限制所有權權能之法律保留
㈠明確配偶居住權客體範圍
㈡長短期居住權之區分立法
㈢房地關係人權利行使之限制
二、所有權與用益權分離之容許性
㈠一物一權主義
㈡一物一權主義學理探討
三、遺產分割方法再檢討
㈠權能分割方法概念提出
㈡法規分割方法
㈢分割方法需有彈性
四、擴大不動產應登記事項範圍
五、相關法規之配合調整
陸、債權物權化與配偶居住權
一、法定租賃關係方案檢討
二、使用借貸關係物權效學說之爭
三、物權之直接支配與債權對抗效之異同
四、創設類似使用借貸之配偶居住權
五、公示方法——登記與占有
柒、配偶居住權具體內容研議——日本法經驗
一、基本架構
㈠權利主體與客體
㈡短期與長期配偶居住權分立

二、短期居住權規範內容
㈠短期居住權立法理由
㈡短期居住權之當然對抗第三人效力
㈢短期居住權之性質
㈣短期居住權發生及其類型
㈤短期居住權之效力
㈥短期居住權之存續期間與消滅
三、長期居住權之規範內容
㈠立法理由
㈡成立要件
㈢長期居住權之登記
㈣長期居住權之法性質
㈤期間、效力及消滅、返還
㈥長期居住權之金錢評價
捌、結　論

元照出版提供　請勿公開散布

摘　要

我國已進入高齡社會，民事審判實務常見情形，供夫妻婚姻生活用之房屋，因登記名義配偶死亡，成為共同繼承之遺產，生存配偶因遺產分割被迫必需遷離，重新適應新環境。為使高齡生存配偶得以繼續居住於原有婚姻住宅權利，法制面有特別創制高齡生存配偶對婚姻住宅有法定居住權必要。法定居住權內容，不在使生存配偶取得房屋所有權，僅規定其有永久居住權為足，目的在提高其得以自遺產中獲得現金財貨比例，以供晚年生活資金之需，功能上與「以房養老」有異曲同工之妙。惟此種遺產分割方式，將改變共有物分割之「權能合一」傳統思維，致不動產所有權與用益權分離，而由不同權利主體取得，性質上與居住人役權相當。人役權制度為我國物權法所無，高齡生存配偶法定居住權之創制，可以仿效日本二〇一八年民法繼承編新增配偶法定居住權相關規定。

本期出版稿件，請勿公開散布。

關鍵詞：高齡生存配偶、居住人役權、長期居住權、以房養老、高齡社會、債權物權化、權能分離、遺產分割、適足住房權、人役權

壹、遺產分割審判實務常見問題

一、案例事實

案例事實一[1]：被繼承人甲死亡，遺產有股票、現金及房地不動產，繼承人有年80歲高齡配偶乙，及子女五人，應繼分各六分之一。在遺產分割訴訟中，有子女主張變價分割房地按比例分配價金，乙及部分子女則主張房地部分，分割為「分別共有」。法院審理結果，因子女有居住國外，返國需有居住處所，且高齡之乙仍居住該處，如採變價分割，乙必需遷離，因而就該房地採分別共有分割方式，不為變價分割。案例二（尚未判決確定）：甲死亡後留有房地一筆，繼承人有高齡80餘歲配偶乙，及子女三人，應繼分各四分之一。共同繼承人間未能達成分割協議，因而訴請法院裁判分割。經法院調查審認結果，該房地除供子丙作工作場所外，另隔有一房供乙居住。訴訟過程中，共同繼承人之子女多數主張變價分割後按應繼分比例分配價金。經法院現場履勘時，其子女在附近尚有其他房屋並稱可接住乙，但乙強烈表明誰也不能拆她的房子，希望能繼續居住該處。法院審酌乙年事已高、行動不便須以輪椅代步，已習慣原來居住環境，如採變價分割，苟由第三人買得，乙需搬離適應新環境影響其生活起居，因而不採變價分割方式，而為分別共有之分割判決。

二、問題所在

現今高齡化社會，夫妻因一方死亡而開始共同繼承關係，生存配偶常年事已高，而遺產分割結果致需遷離原住居所，除情感之不捨外，適應新居環境亦不無困難，因此高齡生存配偶（下稱「高齡

[1] 臺灣高等法院104年度重家上更一字第3號民事判決。

配偶」）與其子女間，就遺產中房地之分割方式意見不一，高齡者常表達能繼續居住原地。兩則案例之生存配偶年高80餘歲，此種情形於日本遺產分割審判實務，亦屢見之[2]。

共同繼承人，除被繼承人以遺囑禁止遺產分割（民1165條2項），可維持至多十年現狀外，因遺產分割自由（民1164條），共同繼承人得隨時請求分割，法院為讓高齡配偶得以繼續居住於原房地，固得透過遺產分割方法之裁量權，就該房地採分別共有方式，不予變價分割。兩則案例，法院之苦心，可見一斑。然則，藉由分割裁量權行使，以實現高齡配偶之期待，僅是暫時性手段，法院裁量權仍受遺囑指定分割方法限制，此外縱採分別共有方式分割，分別共有人亦可隨時為共有物分割請求（民823條1項），而重返變價分割命運。另者，不動產價值遠高於遺產中之其他財貨（如現金、股票，下稱「其他財貨」），如將居住房地分割由高齡配偶取得所有權（含應有部分），受法定應繼分限制，必大幅降低其從其他財貨分配比例，最終或需予以變賣供作晚年生活所需[3]。

因此高齡配偶為共同繼承人之遺產分割，不以使其取得該房地所有權為目的，只需令其有繼續使用權利即足，且屬最佳策略。高齡配偶取得居住權，固可於遺產分割後與房地所有人締結租賃或使用契約，但需經所有人同意，無濟於事。如於遺產分割時，由法院

2　日本2015年2月成立之「法制審議會民法繼承關係部會」，對於高齡化社會，開啓高齡生存配偶對婚姻住宅之法定居住權取得立法先河，立法過程，即組研修小組，提出多項報告，包括日本法制審議會民法繼承關係部會研修小組（報告書）『民法（相續關係）等の改正に關する中間試案の補足說明』（2015年2月）。（下稱「中間試案補足說明」），頗值我國立法參考。日本中間試案の補足說明，8頁。

3　參看日本中間試案の補足說明，第一、配偶者の居住權を保護するための方策（下稱「保護方策」），8頁。

將該房地之所有權與使用權（用益權）分離，將使用權歸由高齡配偶取得，所有權歸予其他共同繼承人，一方面可提高配偶其他財貨之獲得，亦可滿足其繼續居住意願。權能分割，由高齡配偶取得使用權，亦需有對抗第三人之物權效，否則將受所有權移轉第三人之影響。

權能分割方法，固為高齡配偶取得居住權之最佳方案，惟現有物權法制及審判實務，此種分割方式，法無明文，學說理論亦有爭議[4]。此或屬法律漏洞，有法官造法空間，惟物權法上不動產分割基礎理論，共有物分割目的，在「增進共有物之經濟效益，並兼顧兩造之利益」[5]。因此，房地之分割如因配偶居住權存在其上，必影響不動產所有權之交換價值，不利於物之經濟利益，此種由法官造法創造之權能分離方法，其正當性恐受質疑[6]。案例一、案例二遺產分割事件，法官不採變價分割方式，目的在爭取高齡配偶有獲得繼續居住原住所之機會而已，未見權能分離分割方法，積極創設高齡配偶就原婚姻住所取得居住權之創例，或許正因權能分離分割理論，在我國尚未見成熟之故。

高齡配偶居住權之保護，確有積極價值意義，而其實現方法，由上述問題分析，可歸納為三項：第一、高齡配偶取得該房地之使

4 此種分割方式，日本實務方面，同有爭議性。日本中間試案の補足說明，8頁註。

5 兩則判決理由已表示，裁判分割遺產，係終止遺產之公同共有關係，則將遺產公同共有關係改爲分別共有關係，性質上亦屬分割遺產方法。分割方法屬法院裁量權，而決定分割方法，應斟酌何種方法較能增進共有物之經濟效益，並兼顧兩造之利益，不受當事人聲明之拘束。

6 法治國原理、權力分立，法官審判裁量空間有限，法官造法受到相當限制，當既存法規範不足，由立法者本於立法形成自由，爲整體法規範價值秩序之安排與規整，較諸於由法官爲法外法之續造，更具妥當性。Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，頁333-335，2013年8月。

用權即足，不在取得所有權；第二、遺產分割結果，必然形成不動產所有權與使用權分離現象；第三、配偶居住權之法律效果方面，必需賦予配偶居住權人有對抗第三人效力，不受房地所有權移轉影響。

高齡配偶居住權之保護，係為特定繼承人之居住利益而設，其有致物之交換或經濟價值貶抑結果，不宜由法官裁量或創造，自有特別立法必要。惟立法創制，究以如何方案為之，最為妥適？配偶居住權係在他人所有之房屋有居住使用權，其有法定排除所有人用益權效果，其方法或可透過租賃或使用借貸債之關係，亦可經由用益物權之設定而取得。債之關係者，則需賦予物權效。用益物權，現行物權法雖有不動產役權或典權之設，惟其性質均與配偶居住權性質不合，配偶居住權係為特定人（配偶）居住利益存在，具人之一身專屬性，且無需役地（需役不動產）之存在，與不動產役權在增加需役不動產利用價值無涉，亦非以支付典價在他人之不動產（建物）為使用收益，反而配偶居住權性質，較接近於人役權中之居住人役權。人役權亦係人對物之支配關係，但非現行物權編既有之物權種類。法制上如有創設配偶居住權之需，是否應於物權編中增訂人役權專章，並就居住人役權、高齡配偶居住權另設專節？凡此涉及物權法之法制面及理論性問題，於探討高齡配偶法定居住權問題時，均值得一併探討。

民事審判實務，高齡配偶居住權保護，確有法制創設必要，日本已於二〇一八年在其民法繼承編中增列[7]。我國如有增訂必要，具體內容該如何規劃？要以物權或以債權型態呈現及其修法幅度如

7 有關日本新增配偶居住權，黃詩淳，日本繼承法修正動向：高齡社會中的生存配偶保障，載：民事法的學思歷程與革新取徑——吳啓賓前院長八秩華誕祝壽論文集，頁363以下，2017年12月，已有詳細介紹。

何[8]？均有詳加構思必要。

貳、配偶居住權法制創設之正當性及權利之本質

一、創設之正當性基礎

㈠國家因應高齡化社會之對策

依內政部統計處二〇一九年九月十一日發布之二〇一八年國人平均壽命，創歷年新高已達80.7歲（男性77.5歲、女性84.0歲），進入高齡社會[9]，且較二〇一七年度增加0.30歲[10]。長期趨勢來看，隨著醫療水準提升、食品安全重視、生活品質提高及運動風氣盛行，平均壽命應會持續上升。惟男性平均壽命低於女性幾近6.5歲，加以早年臺灣之結婚年齡常男大於女，因此高齡婦女喪夫後獨自生活期間，平均會高於六·五年。夫妻長久共營婚姻，一方之死亡，生存配偶就原共同生活之場所，一定蘊含其人生經歷之各種價

8 配偶居住權雖因遺產分割而生，但實質影響仍以物之實質權益爲主，乃身分法與物權之交錯領域。且無論視居住權爲居住人役權，或僅賦予物權效之債之關係，均會造成不動產所有權與用益權分離現象，此部分與物權理論有關。

9 資料來源：https://www.moi.gov.tw/files/news_file/108%E5%B9%B4%E7%AC%AC37%E9%80%B1%E5%85%A7%E6%94%BF%E7%B5%B1%E8%A8%88%E9%80%9A%E5%A0%B1_%E7%94%9F%E5%91%BD%E8%A1%A8.pdf，最後瀏覽日：2020年3月10日。

10 依世界衛生組織WHO定義，65歲以上人口視爲老年人口，其所占於社會總人口代表：比率達7%以上者爲高齡化社會；比率達14%以上者爲高齡社會；比率達20%以上者爲超高齡社會。參看自維基百科，網址：https://www.crew.com.tw/2018/taiwan-turned-aged-society-march-2018/，最後瀏覽日：2020年4月6日。臺灣老年人口在1993年時已超過7%，成爲高齡化社會，2018年3月，老年人口達14.05%進入高齡社會。

值意義，就高齡者言，或許精神層次意義遠大於物質利益，但從經濟生活層面言，市民社會，國家需創造符合人性尊嚴之生存環境，包括衡平或調整各種立法，保障弱勢者基本生活，以確保人民基本生活得以獲得滿足，此屬社會國原則國家部門，包括行政與司法部門之作為義務。高齡者（老年人）之社會基本權，以基本國策為指導綱領，於憲法第155條揭示，人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災害者，國家應予適當之扶助與救濟。已立法施行之「長期照顧服務法」，係國家履行社會國原則基本義務之具體化，在未危及最低生存權保障情況下，人民不得直接據為對國家請求給付，僅提供人民福利、保險、扶助與救濟。惟有社會權法性格之各種法規範，其具體實現仍需視國家整體經濟條件、財政給付能力決定，屬立法裁量與行政專業判斷餘地。而國際人權公約，常課予內國政府部門保障弱勢者享有居住處所之公法上義務，此種適當居住處所取得，已成國際人權內容之一，乃國家客觀法義務形成之履行，立法部門負有立法義務（具體化），法規範立法如有不足，行政、司法部門亦得透過職權行使，實現保護弱勢者目的[11]。高齡配偶居住權取得法制度化，目的在使其得以繼續居住於原婚姻住所，係具有保護高齡者居住權之社會法色彩，且屬值得立法保護之特定利益。

日本學者對於高齡者居住權，咸認乃日本國憲法第13條揭示之追求幸福權之保障；又依日本民間調查報告，獨自一人60歲以上者，常被屋主拒絕與之訂立租賃契約入住民間住宅，顯然違反憲法

11 在具體個案之司法審判方面，包括行政給付訴訟、民事事件審判時，臺灣法官常透過被授予之「裁量權」，及所應適用法規範之解釋權，將基本國策規定作爲法規範內容之解釋基準與方向，以實現基本國策所欲實現之價值。此種基本國策之指示作用，於有關高齡生存配偶爲共同繼承人之遺產分割事件案例中，已見諸於具體司法審判實務，成爲遺產分割方法裁量權行使之依據。案例一、案例二所示，屬之。

第14條之平等權；並認為國家對低收入高齡者，有提供其享有安心居住處所之義務，係第25條生存權保障[12]。現今各國高齡者居住權之保護手段，常被提及的「以房養老政策」（Housing Equity program，簡稱HE）。此方案各國實際作為略有不同，均係因高齡化及少子化，人口結構變遷，對整體社會、勞動力及總體經濟變動，甚至金融市場產生重大影響之因應對策。在我國學者則提出架構在以自有房屋逆向抵押貸款方案（Reverse Mortage program，簡稱RM），另有所謂社會照顧服務方案（Social Care Services program，簡稱SC）、售後租回年金屋方案（Sale-Leaseback Transactions program，簡稱SL），即以自有房屋作為養老資金來源，並保障該老年人得繼續居住於原有住房之政策方案[13]。以房養老方案有社會法性格，研究者指出，人口老化使得總儲蓄率、投資率，以及經常帳餘額占GDP比率產生負向效果。在生活層面，高齡者健康照護、生活品質及生命尊嚴，均需要家庭、社會與政府共同提供，但因快速的人口老化、都市化，傳統家庭制度及家庭支持體系難以獲得維持；而社會安全制度最重要一環，公共年金，是經常性及長期性支付，政府財政負擔難以承受。各國政府為因應此種趨勢，提出一些社會福利政策，「以房養老政策」為其中之一。以房養老所採具體措施各有不同，但共同處是將「房屋價值轉換抵押貸

12 関川芳孝「高齢者に對する居住保障について」法律時報77巻32頁（2005年5月）；竹中勳「高齡者と人權保障・憲法學」法律時報77巻21-22頁（2005年5月）。

13 張金鶚教授提出之三大以房養老類型。參看自吳彥葶，以房真的能養老嗎？——從高齡少子化社會趨勢談起，新北市政府106年度研究報告，頁45以下，資料來源：https://www.rde.ntpc.gov.tw/userfiles/1160700/files/3.pdf，最後瀏覽日：2020年5月16日。

款」（Home Equity Conversion Mortgage, HECM）[14]，即為老年屋主提供以自有房屋之房價值，作為養老之金融機制，老年者所有之住戶通過轉換住房資產以獲取養老金，或由政府提供補貼，老年者不必因出售自有房屋而搬離自己之住房。換言之，是一種將所有權內容中之擔保物權，轉換成生活資金，作為未來生活資金來源，老年者可以繼續居住於原有住所之政策方案。

從不動產所有權之法律觀點出發，所有權為全面性物權，包括所有權本身與其權能。所有權之權能，主要為擔保物權與用益物權。以房養老其實是以不處分不動產之所有權為前提，而用擔保物權換取資金來源，基本構想與抵押借款本質並無不同，但融入社會福利政策因素，提供利息補貼，並保障永久居住權，以構築老年者居住權保障之策略方案[15]。

本文所提之高齡配偶居住權保障，基礎構思係將因遺產分割本來可以取得之住屋所有權（含持分），轉換為對該住宅之用益權，以換取獲得遺產中之其他財貨比例（含金錢補償），作為老年生活資金來源，並以法律手段（立法）保障其永久居住權。因此，高齡配偶居住權法制與以房養老方案，同具有滿足高齡者居住權需求及籌措養老生活資金來源之功能。

附帶一提者，高齡配偶居住權法制創設目的，兼含保障高齡者居住權人權思想，惟無可諱言的，因居住權之存在，必致該房屋之

14 吳彥葶，同前註，頁27-31。

15 亦有研究者指出，「以房養老」於現今社會有其必要性，方案可分爲公益型與社會型方案：公益型，主要在滿足無流動性資產的老人，透過活化其資產，以達老人安養、在地老化，具有高度社會福利色彩，但因條件門檻過嚴、申請人受限，申請案極少。社會型以房養老，由政府委託公股銀行辦理，因宣傳不足、需求者與供給者期待落差等因素，市場上仍在觀望中。吳彥葶，同註13，頁111以下（結論）。

交換價值減損，其損失與國家公共利益政策有關，該交換價值損失，是否應自被繼承人所有之遺產現實總額中扣除，將之列為遺產及贈與稅法第17條、第17條之1之應自遺產總額中扣除，免徵遺產稅項目，及以之作為相關房屋稅減免事由之一，頗值此方面專門家研究。

㈡《兩公約》一般性意見——高齡者長久居住家中之利益

高齡配偶之法定居住權取得，立法形成義務及立法政策所要完成之目標為何？我國已依立法承認而具國內法效力之「《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》」（下稱《兩公約》）及其事務委員會所提一般性意見中，即有關於高齡者之居住權意旨，可為參照。經社文權利事務委員會一九九五年第十三屆會議通過之第6號一般性意見（老年人之經濟、社會及文化權利）指出，工業化國家面臨人口高齡化，須調整其社會和經濟政策特別是有關社會保障政策的任務；開發中國家，因年輕人口外移，及隨之削弱家庭傳統作用——老年人的主要依靠，使得社會保障缺乏或不足之情形更形惡化；並認為：*1.*一九八二年舉行之高齡世界大會通過《維也納高齡問題國際行動計畫》中，保障老年人權利所提出之62項建議，多與《兩公約》直接相關[16]；*2.*一九九一年聯合國大會通過之《聯合國老年人原則》分五節，包括獲取食物、水、住所、衣著和保健機會外，與老年人「居住權」最具密切關連的，在「照顧」一節，提出老年人應享有家庭照顧、健康照顧並能夠在住所、安養院或醫療處所享有基本的人權和自由；及在「尊嚴」一節中，闡明老年人應有尊嚴、有保障，不受剝削和身心虐待，享受公

16 1982年《維也納高齡問題國際行動計畫》，https://www.un.org/chinese/esa/ageing/vienna3.htm，最後瀏覽日：2020年4月6日。

正對待。《兩公約》所規範之基本權及一般性意見，指出締約國有根據《兩公約》承擔對老年人之法定義務，採取一些措施與辦法；一九八九年一般性意見第1號，認為簽約國必須制定適當之政策與方案，必要時「有制定相關法律」或廢除任何歧視性法律。而經社文人權事務委員會前揭一般性意見，亦指出《維也納高齡問題國際行動計畫》第29段所建議、鼓勵各國政府建立社會服務補助有老年人的家庭，並落實各項措施，支持希望能在家中扶養老年人之低收入家庭，及幫助獨居老年人，或「希望繼續在家中居住之高齡夫妻」。《計畫》第19段建議，老年人住房非僅是一個容身之地而已，應「考慮住房之心理和社會重要意義」。因此，國家政策應通過修繕、發展和改善住房，並且為便於老年人出入和使用住房，幫助其盡可能「長久居住在自己家中」[17]。換言之，保護或維護高齡者得以長久居住在自己家中，係一種具有人權意義之客觀法價值，國家立法機關有朝此方向，制頒符合《兩公約》一般性意見法規範義務[18]。

另《經濟社會文化權利國際公約》（下稱「經社文公約」）第11條第1項及第4號、第7號一般性意見所指之「適足住房權」是指任何人都有和平、安全而有尊嚴地居住在某處的權利，保障對象為每個自然人，與本文所論之高齡生存配偶就婚姻住宅取得居住權，

17 經社文公約第6號一般性意見「老年的經濟、社會及文化權利」第31段，根據公約第10條第1項，及《維也納高齡問題國際行動計畫》第25段、第29段建議，各締約應作出努力支持保護和鞏固落實各項措施，支持希望在家中扶養老年人的低收入戶、幫助獨居老年人或希望繼續在家中居住的高齡夫婦，希望得以繼續居住在自己家人之相關意見，可參閱法務部編，公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利公約、一般性意見，頁160、164，2012年12月。

18 法務部編，同前註，頁170以下。

雖屬不同價值意義之保護。但高齡生存配偶法定居住權之立法政策形成及其指導原理，與國際人權公約保障高齡者得「長久居住在自己家中」[19]，應無不同，高齡生存配偶居住權保障之正當性，亦屬人權公約義務之履行。

㈢高齡配偶對婚姻義務履行之貢獻分

夫妻為不同法人格，但共營婚姻生活互負同居、協力義務，有日常家務代理權，在長期共同生活中建立互信、互愛基礎，相互間財產關係實難分彼此，縱採分別財產制，財產名義上所有權歸屬者，多少有他方之貢獻度。不動產因登記制度，外部登記之法律上

19 案例一、案例二係因遺產分割而生之高齡生存配偶居住權問題。另大法官108年7月26日以統二字第8號決議「不受理」之案例事實，係適足住房權領域。該例：上訴人賴○○居住之房屋，因有百歲人瑞陳○○長久居住，其坐落土地原為瑠公圳水利會所有，現為被上訴人所共有，遭被上訴人訴請拆屋還地，法院審理結果，認賴○○無從時效取得地上權，且瑠公圳水利會一直未訴請上訴人拆屋還地，僅係單純沉默，非默示成立使用借貸契約，不得因此類推適用民法第425條第1項規定。又兩公約之適足住房權非賦予非法占用他人財產之權利，或據以對抗合法權利人。因此判准被上訴人拆屋還地之請求。嗣賴○○以普通民事法院終局判決，未適用經社文公約第11條第1項規定，與最高行政法院104年度判字第447號、第543號判決，適用同一法律所已表示之見解有異為由，聲請統一解釋。詹森林大法官提出協同意見，指出兩公約適足居住權（適足住房權），在有關適用民法第767條之違憲審查上，具有規範功能。並認為至少所有人請求占有人返還或拆屋還地前，有通知、協商、補償、安置等程序，確保占有人獲得適當保障義務；如強制返還或拆除房地，嚴重侵害占有人人性尊嚴時，則應延緩執行。本件涉及百歲人瑞祖母長年同住於該處所，應享有兩公約「適足居住權」。而法院僅以聲請人尚有資產，不得以「適足居住權」，對抗土地所有人，而未遑審酌其對該房屋基於長年居住所生之特殊情感，如予拆除，再多金錢補償，皆不能填補眼見房屋被拆所生之痛苦與怨懟。因認法院應同時斟酌民法767條在兩公約適足居住權下可能受到之拘束，而可一併適用同法第318條第1項有關一部或緩期清償之規定。

所有權人，內部間不定然必為實質上之真正權利人。當婚姻關係消滅後，夫妻財產關係之所有權人，法律雖然定有一套釐清制度，如民法第1030條之1之剩餘財產分配請求是[20]，此僅是立足於夫妻財產制之觀點。如從夫妻彼此間之繼承關係予以分析，配偶間之繼承，以往學說認係死後扶養性質，晚近則認係因相互協力之故[21]。依協力說理論，日本法制研修小組，就繼承法修正意見，即認為配偶法定應繼分比例採固定比例制，並不能真實反應配偶對遺產之貢獻度（婚姻義務履行、實質婚姻生活期間），應將配偶貢獻度在遺產分割程序中實現。研修小組提出之對策方案，主張應先就實質的夫妻共有財產作遺產分割手續，生存配偶得對繼承人請求就該實質的夫妻共有財產，進行清算程序[22]。因此如從繼承遺產及遺產分割之觀點切入，生存配偶對以死亡配偶名義取得而供婚姻住居場所之不動產（建物），不能否認生存配偶就該不動產之取得或維護，有貢獻分。理論上，在遺產分割程序終了前，生存配偶繼續居住於該原來婚姻住居所，並非無權占有，其占有使用該住居所之權源與正當性，遠勝於其他共同繼承人或受遺贈人。

我國有關夫妻協力或家事勞動價值評價，固顯現在婚姻關係之夫妻財產制中。配偶居住權之取得，係因繼承關係，遺產分割或因死因贈與而生。惟夫妻婚姻共同居住房地之取得，即便生存配偶無直接以有形財產（婚前財產）或工作薪資收入之寄與分，惟家務操

20 日本採財產分與制，有婚姻解消後財產再清算及扶養性質。學說則認夫妻之協力義務，夫以自己名義取得積蓄之財產，有妻之協力貢獻，該財產上有妻之潛在持分，婚姻關係消滅後，應予顯現化。中川淳編『現代家族の法學』日本加除出版株式會社108頁（2000年4月）。

21 同前註，109頁。

22 參考日本民法（相續關係部會），相續法制檢討ワ－キングチ－ム報告書，7頁。

持、子女照顧撫育，同有貢獻分，因此夫妻一方之繼承權取得，並非純然屬扶養性質，亦為婚姻義務履行之一種評價。該評價固然得於剩餘財產分配請求制度實現，但於繼承制度面，婚姻關係存續中以死亡配偶名義取得之不動產，成為遺產標的時，遺產分割終了前，高齡配偶之無償使用該不動產，其正當性來自於因婚姻義務履行對該不動產存有潛在之貢獻分。故而配偶居住權，藉由立法創制以補剩餘財產分配請求權制度之不足，實具正當性基礎。

二、配偶居住權之權利本質

㈠權利之本質論概說

所謂權利，現代法治國原理，被定義為依法律所保護之利益[23]。如將法律元素自該定義中抽離，權利之基本元素或本質為何？本質論已屬深奧之法律哲學領域[24]。配偶居住權於立法承認前，其本質內涵為何？權利之本質、要素內容、作用之理論——權利本質論。如眾所知，主要有三：第一、以薩維尼為代表之權利觀——意思說（權利與權能同義）。第二、以耶林為代表之權利觀——利益說。第三說法力說。此說為通說，係前二說之折衷。認為權利是法律上之力，主要意旨結合意思說及利益說兩要素，即權利是法律賦予特定人享有或被維護利益之力量或地位。法力說，以耶林律克（Jellinek）為代表。法力說與利益說之區別，在於法力說將利益與意思互換其位置，權利之第一要素為意思非利益，耶林律克認為權利之本質為意思，非因意思所服侍之利益[25]。義大利學者Ferrara

23 洪遜欣，中國民法總則，頁50，1987年1月。

24 同前註，頁50。

25 水波朗譯著『權利論』（原著J. Dabin, *Droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1954.）創文社102頁以下（1977年9月）。

認為權利之本質非利益而是為利益服務之法律上之力，權利應該是為滿足利益給予法秩序之手段[26]。配偶居住權如經立法承認其為一種權利，當如何看待其權利之本質與具體內涵？本文暫立足於意思說之權能（配偶居住之權能）、利益說所稱之利益（配偶居住權之利益）及法力說之觀點——為滿足配偶居住利益，法制面應給予如何法律秩序上之手段或力量，提出一點淺見。

㈡從身分權觀點分析配偶居住權

薩維尼之權利觀——意思說，認為權利之根源來自於法律關係，權利之本質應還原為法律關係，權利只不過是法律關係面顯現之特殊現象而已。氏將法律關係定義為個人意思之獨立支配領域，即意思發動所及之對象，包括三類，即自己、自然、他人。屬自己者，於出生時必然發生，屬原權，不須法律之承認或限制，此類權利亦非因法律關係而發生。屬自然的，因自然無法支配，只能於特定空間範圍內支配，因此有其界限。例如物之所有權。以他人作為對象之法律關係者，人人固各有其獨立的完全人格，但在人與人間，是一種特殊法律關係，並非每個人可以完全獨立形態呈現，需要各種法律關係之補充。親族（人與人）之法律關係，例如婚姻、親族、父權等，即需法律關係之補充，法律制度因而建立。親族關係係人類有機之全面結合，彼此間必然存在著一種規制，亦因該親族制度而擴大自己意思之支配範圍，此部分在親族法中予以形成[27]。

配偶居住權，存於特定人與特定人之身分關係上，就「配偶」之身分關係言，是人與人有機結合關係，來自於婚姻法、親屬法制

26 同前註，103頁以下。

27 末川博『權利侵害と權利濫用』岩波書店30頁（1978年2月）。

度下之法律關係，而有親屬的「身分法關係」性格[28]。身分法之法律關係，是親屬之身分人相互間之全面生活關係，非財產法律關係之「被創造關係（作られた關係）」，乃本於「本質的被賦與關係（與へられた關係）」。配偶居住權，從配偶之身分關係，生存配偶基於此特定身分關係，對死亡配偶有身分權意義之「配偶權」。中川善之助先生即認為身分權係一種身分法關係當事人一方之「地位」，包括親之地位、妻之地位、戶主地位、親屬地位，及其派生之各種支配權能、形成力與請求權[29]。親屬之結合，有些是自然成立的，如親子關係；有些是因意識之作為的，婚姻即是一種意思活動[30]。依此，身分法上法律關係之配偶權，足以為配偶居住權可以存在於生存配偶與死亡配偶內部間之依據。生存配偶本於身分權之意思支配，主觀上所呈現的特質，不單只是支配權而已，有時也是一種請求權及形成權，是「身分的協同狀態之維持及被附與的權能」總稱。由此可以說明，生存配偶基於配偶權之支配權能請求權、形成權，得據以與死亡配偶之繼承人，就原作為婚姻住所使用之住居處所，形成一種使用關係。

身分權既係本於一定身分法上關係而來，與其他權利（如財產權）有所不同。身分法上之身分權，於該身分關係消滅後，因身分關係而得以享有之身分權，當然隨即消滅，例如生存配偶死亡時，生存配偶之婚姻關係經撤銷，其身分權消滅。因此身分權有一身專屬性，行使上或享有上之專屬，因其是一種人格全面的結合關係[31]。

---

28 親屬的身分關係是法律以前之關係，是人倫秩序。因外在必要而被法律秩序化，變爲親屬的身分法關係，但人倫秩序本質不變。陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁11，2004年9月。

29 中川善之助著『身分法の總則的課題』岩波書店4頁（1941年）。

30 同前註，167頁。

31 中川善之助著，同註29，6頁。

又因一身專屬性，自不能將該身分權讓與他人，並以此為原則，此外，有些身分權並非純然只是一種權利，本質上有道德性、習俗性或傳統性，是一種「身分的統體權利」，而具有義務性，不能任意拋棄或變更[32]。配偶居住權，如以配偶身分關係角度觀察，其所享有之居住權，來自於配偶權，其請求就婚姻住宅與其他繼承人請求形成居住權，係身分權之派生的支配權、形成權或請求權，並有一身專屬性，無讓與性，並隨著配偶身分關係消滅（如死亡）而終了。

㈢法律保護之利益

權利之本質，耶林（Jhering）提出利益說。在其「羅馬法之精神」第四卷（一八六五年）[33]，認為法律所規律之對象是人類間之利益，權利即根源於利益。氏區分權利與法律之不同，認為權利是客觀上意義，法律是主觀意義。權利分為實體要素與形式上之要素。實體要素，即權利存在之核心目的，乃依法律所保障之利益；形式要素，即保護之手段，為依法律之保護手段或訴權。因此，權利為「法律所保護之利益」。權利之實體要素，包括利用、財貨、價值、滿足、利益。私法上之權利內容，從靜態加以觀察，可稱為特定人被保障之利得，或被滿足之慾望或被促進之利益、目的，統稱為立法上被保護之利益。如自權利之動態面看。權利被賦予之利益，非單純現實存在之利益而已，乃權利之滿足，或權利之行使，包括對侵害權利者之為權利主張及追及，並可以自己選擇其滿足之程度。因此權利處分之自由、處分之限制，乃權利滿足型態選擇自由之限制，在此意義下，權利有「意思」或「力」之概念。權利存

32 中川善之助著，同註29，7頁。

33 耶林之利益說。本文參看自末川博，同註27，38頁以下。

在之目的，在於利益之享受（目的論）。權利實質要素之利益，必需受法律之保護。因此權利之第二要素即為受法律之保護，而有請求權，此為權利之形式要素。

配偶居住權亦為滿足生存配偶得以繼續居住於原來與死亡配偶所有供婚姻共同生活居住之住宅，如透過立法承認得由配偶享有，係法律保護之一種利益——居住利益，即為權利之實質要素。此實體要素——利益之權源——正當性基礎為何？配偶居住權之對配偶而言，是一種「利益」，其值得立法保護之正當性——權利來源之背後因素，本文提出三項，即：第一、國家因應高齡化社會之對策；第二、《兩公約》一般性意見——高齡者長久居住自己家中之利益；第三、配偶對他方財產取得或維持之貢獻。第一項及第二項之取得利益之正當性（權源），乃有基本人權性格，指導原理本於人性尊嚴，並有社會經濟層面之生存權，滿足高齡者基本生活需求之居住利益。在此層面，其具有憲法客觀規範，高齡生存配偶為居住基本權主體，得請求國家立法保護，尤其在經社文公約一般性意見及公約施行法之內國法化及立法承諾，高齡生存配偶因經濟因素（遺產分割受限於配偶應繼分比例），不能滿足其取得該建物所有權供自己居住之需求，得請求立法機關形成制度性法規範保障。至於保障法規範創設，或因配偶應繼分限制，或因有取得其他財貨供晚年生活所需必要，而將所有權與使用權分離，配偶取得使用權兼得以取得其他財貨，藉此保護其「居住利益之滿足」。此種保護手段法規範形成，雖屬立法形成自由，但自前述第三項之正當性事由以觀，配偶居住權來自於高齡配偶對死亡配偶所有供居住之房地，係本於對婚姻義務履行之貢獻度，不能排除有因勞力替換獲得之財產利益性。

㈣創制法律規範類型之檢討

權利之本質，如從法力說立場切入。此說結合意思說及利益說兩要素，認為權利即賦予享受具體利益者法上之力。耶林律克認為權利為依人類意思力或人類之意思能力所保護之利益；同屬此說學者米修（Michoud）則將權利解為法律所保護之人類利益，保護手段為代理利益之意思，或防衛利益之意思，而此種代理或防衛利益之意思，即得依自己之意思將權利現實化之力[34]。法力說與利益說之區別，在於法力說將利益與意思互換其位置，換言之，權利之第一要素為意思非利益，權利之本質為意思，非因意思所服侍之利益[35]。義大利學者Ferrara，對米修之依自己之意思將權利現實化之力說，有不同認識，認為法規不是抽象的意思，權利應是依法規所保護利益之滿足性與指導性之意思力，正確的說，權利之本質非利益而是為利益服務之法律上之力，權利應該是為滿足利益給予法秩序之手段[36]。

如立於法力說，高齡配偶居住權立法創制，為保障其居住利益，法律制度設計，需滿足其居住利益之需求，且必需有一種物權效力。質言之，要賦予高齡配偶因滿足居住需求，當應配置如何之法律上力量，始得完成該目的。如前述，第三項條件，須予高齡配偶者之居住權有物權效之力。具有此等物權效能之法制度，首先被考慮的，乃物權法制。而在物權法制中，能符合其特殊性者，首推「居住人役權」制度。惟若因各國物權法制追求之價值不同，例如我國、日本人役權被認為不符不動產經濟目的，則有無替代制度，同樣可使高齡配偶有使用居住之權，且不受所有權移轉而影響，即

34 水波朗譯著，同註25，100頁以下。
35 水波朗譯著，同註25，102頁以下。
36 水波朗譯著，同註25，103頁以下。

便其被歸類入債之關係，又有何不可。此時，難免令人與具物權對抗效之租賃或使用借貸關係產生聯想，當然物權對抗效是此類債之關係必需配置之法律上之力。

參、配偶居住權之特殊居住人役權性質

一、兩者之關連性

法制創設配偶居住權之手段或立法方略，不在使生存配偶對該居住建物取得所有權或成為共有人，只在令其取得生存期間之使用權（值得保護之利益），該權能必需具有物權效（法力），不致於因建物所有權移轉予第三人受到影響。又配偶居住權係因配偶身分關係而享有（有身分權性），權利人具一身專屬性，權利存續期間得以終身為期；以及權利取得不以有償為必要。此外，配偶居住權並非因生存配偶所有之不動產（需役不動產），有以死亡配偶之遺產（建物）作為供役不動產，係因特定身分關係之特定利益，對死亡配偶所有之建物，享有使用權（或用益物權），而依法律規定取得（尚待立法），則此種居住權類型之性質，實即為居住人役權之一種類型。在此有就役權、人役權、居住人役權之法源及基礎理論略加說明必要。

二、羅馬法上之人役權

羅馬法之「役權」，為「他物權」之一，以供特定人或特定地之利益為目的。特定人或特定地之利益成立之役權，仍有其共通特性，不得由特定人或特定地分離，權利有「追及性」（物權效），不受供役物之易主而影響役權存在。役權目的在為特定人或特定地

之利益，前者稱為人役權；後者稱為地役權[37]。兩者之不同，地役權成立要件必有需役地及供役地；人役權則只有供役地，無需役地。

羅馬法之人役權，包括用益權、使用權、居住權、奴隸和家畜使用權四種。居住權是居住他人房屋之權[38]。人役權目的在提供特定人生活目的而存在，因此其主要特徵，乃具有一身專屬性，不能與該特定人分離，權利人死亡時人役權權利消滅，因此人役權有其期限與不可讓與性、繼承性，惟期限得以權利人之終身為期。人役權以無對價性為原則，蓋其常發生在有特殊情誼關係者間。此外，人役權一經設定，即有對抗所有人及其受讓人之效力[39]。由上開人役權之特性以觀，高齡配偶居住權乃有人役權中居住人役權之屬性。

元照出版提供 請勿公開散布

三、德國法之繼受人役權

歐陸主要國家，德國、法國、瑞士等國之民法，大多繼受羅馬法上人役權制度，在該四種人役權中，除奴隸和牲畜的使用權外，其餘三種類型均見諸於人役權制度中。茲就德國人役權相關規定略加介紹[40]。

---

37 地役權以供特定地之利益爲目的，導水權屬之。參看自陳朝璧，羅馬法原理（上），頁354-355、363，1979年12月。

38 同前註，頁362。

39 民初思韻，人役權制度與中國物權法。

40 德國相關規定，參看自大場浩之／鳥山泰志／水津太郎／根本尚德合譯『ドイツ物權法』（原著*Wolf/Wellenhofer*, Sachenrech）弘文堂（2016年11月）；蔡明誠，民法物權編地役權修正草案之評析，法學叢刊，213期，頁62，2009年1月。楊宏暉，我國人役權之立法芻議——兼論德國法之介紹，載：物權法之新思與新爲——陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集，頁309以下，2016年8月。

德國物權法第四章第1018條以下之役權，共分：地役權（1018條至1029條）、用益權（1030條至1089條）[41]、限制性人役權（1090條至1093條）[42]。限制性人役權強調該權利係為某一特定人利益而設定之役權[43]，權利專屬於該權利人，且不受是否為土地所有人而影響。限制性人役權不得讓與（1092條1項本文），並與權利人之人格結合，惟在不違背役權內容下，權利人得供予他人為限制人役權之行使，例如透過使用借貸契約或用益租賃契約方式[44]。

限制性人役權中與配偶居住權有關，具有物權性之居住權，德國規定於民法第1093條，此外德國另於《住宅所有權及及長期居住權法》（Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht）第31條至第42條，同有長期居住使用權之人役權特別規定[45]。民法意義之居住權，指於建物之全部或一部設定住居利用權予居住權利人之一種限制性人役權[46]。居住人役權係對所有權之一種限制，德民同條第2項規定，準用同法第1031條、第1034條、第1036條、第1037條第1款、第1041條、第1042條、第1044條、第1049條、第1050條、第1057條、第1062條有關用益權之規定（1093條1項）。於同條第2項中，並規定居住權利人得在住房中容

41 德國用益權分爲物上用益權、權利用益權、財產用益權。

42 孫憲忠，德國物權法，頁247，1999年8月。

43 同前註，頁256。

44 大場浩之等譯，同註40，590頁。Manfred Wolf著，吳越、李大雪譯，德國物權法，頁456，2006年9月。

45 孫憲忠，同註42，頁260。Manfred Wolf著，吳越、李大雪譯，同前註，頁456。另可參閱胡曉靜譯，楊代雄校稿，德國住宅所有權與長期居住權法（德國住宅所有權法），中德私法研究，5期，頁163-181，2009年8月，載：月旦知識庫，網址：http://lawdata.com.tw/tw/detail.aspx?no=70289。

46 孫憲忠，同註42，頁259。

納其家屬成員或符合其需要之照護人員共同居住[47]。同條第3項，居住權人如僅就建物之一部有居住權，則得與其他權利人共同使用住房之設備、設施。惟德國之居住人役權，僅能因合意並完成設定行為而取得[48]。

居住人役權所準用之德民第1031條規定，用益權範圍擴張及於從物；第1034條則明定用益權人得以自己費用委請鑑定人對物之現狀為確認；第1036條，用益權人有物之占有使用權，並依物原來及維持經濟上用途之方法行使用益權；第1037條第1款，用益權人不得為物之改建或重大變更物之本質；第1041條，用益權人應注意維持物之通常經濟上現狀，於通常維護範圍內，得為物之修繕、更新；第1042條，用益權人就物之毀損滅失或有此情事之虞者，有通知所有人之義務；第1044條，用益權人未自行為物之修繕時，應容忍所有人為修繕；第1049條，不屬用益權人應負擔之修繕費用，依有關事務管理規定處理；第1050條，用益權人就物之自然耗損不負賠償義務；第1057條，用益權人或所有人對物之損害賠償或費用償還請求權，六個月內不行使而消滅；第1062條，用益權之廢止及於從物。

學者指出，德國居住人役權，依第1093條規定，僅能就同一建物單獨的使用，如與所有人為共同空間之使用，則只能設定一般的人役權，且居住人役權僅能供居住使用，如有商業或其他目的，同應依一般人役權或用益權設定[49]。居住人役權係對所有權人之排除使用，此與用益權相似，因此房屋之通常維護費用由居住權人負擔，使用範圍可及於建築物之外，包括居住權人所依賴之土地，如

47 孫憲忠，同註42，頁259。
48 孫憲忠，同註42，頁259。
49 楊宏暉，同註40，頁331-332。

排放管道[50]。至於重大修繕及更新，居住權人及所有人均不負此義務[51]，居住人役權有專屬性，除上開之家屬等外，非經同意不得使第三人為使用。又居住權物權化目的在保障其晚年生活，因此不得讓與或繼承，出租則需經所有人同意[52]。居住權以無償為原則，如為有償只能出現在債之關係中，例如租賃契約，並以支付對價作為居住權之條件[53]。居住人役權以權利人生存期間為限，死亡時居住權消滅[54]，居住權得為拋棄。居住標的之建物滅失時，居住權消滅，建物所有人並無重建或賠償義務，亦不因居住權人之重建而繼續存在[55]。居住權行使，如因事實上或法律上客觀理由持續被排除時，居住權消滅，但如只是權利人主觀上不能行使或長期的不行使，如搬移他處，則否；權利人與所有人亦得合意廢止居住權；因使用空間之滅失或居住建物之毀損，居住權消滅；居住權亦得附以條件或期限[56]。長期居住權法（Wohnungseigentümergesetz, WoEigG）第31條之長期居住權（Dauerwohnrecht），為特殊的限制物權，居住權人有權排斥所有人，在土地上某房屋之某一住宅中居住或以其他方式使用，此種長期居住權雖不是所有權人只是有權無限制期的或在一定期限內使用住宅，但必需在土地登記中為登記（§32 Voraussetzungen der Eintragung），此類長期居住權可以轉

50 楊宏暉，同註40，頁332-333。
51 楊宏暉，同註40，頁333。
52 楊宏暉，同註40，頁333。
53 楊宏暉，同註40，頁333-334。
54 居住人役權消滅原因有四：權利人放棄、約定期限屆滿或條件成就、權利人死亡、住所因不可抗力滅失。孫憲忠，同註42，頁259。
55 楊宏暉，同註40，頁335。
56 楊宏暉，同註40，頁335；孫憲忠，同註42，頁259。

讓及繼承，不得附有條件[57]。

四、我國及日本法之役權初探

㈠物權法制與學說意見分歧

日本物權法並無人役權制度[58]。其民法典編纂時，即不採人役權制度，僅輸入地役權[59]。惟日本學者不乏肯定人役權制度者，認為民法典未規定人役權，只是立法者之態度而已，事實上人役權之功用，對於居住權及企業經營上有其必要性[60]。亦有認為，日本不採人役權，主要係因所有權之全面物權性、排他性，該特性正與役權相排斥，役權內容需受到相當限制，因此物權編僅設有地役權而無人役權。但隨著現代企業財產客觀化，財產所有人與財產利用人分離現象增多，社會現實需求面，利用權人之使用收益權，同有物權效保護必要，而現存法制上僅承認不動產租賃權之物權化，顯已不足以應付社會實際需求。亦有學者指出，土地之利用調節（所有與利用分離），日本是以地役權承擔其功能，並藉用地役權之解釋論，實質擴張了地役適用範圍與內容，但在企業財產客觀化，多需將財產所有者與利用者分離，並給予就他人企業財產之使用收益權，可以受到物權之保護，例如不動產之使用收益之租賃權之物權化，而僅存在地役權是不足的。因此認為德國民法之限制性人役權

57 Manfred Wolf著，吳越、李大雪譯，同註44，頁72。

58 歐洲國家多有人役權制度，但東亞各國則無，學者指出其原因，因無人役權習慣，且近代學者多認人役權足以妨害經濟之發展。蔡明誠，同註40，頁61。

59 高島平藏『物權法制の基礎理論』敬文堂257頁（1986年6月）；石田喜久夫『口述物權法』成文堂310頁（1998年12月）。

60 高島平藏，同前註，257頁。

與一般性人役權制度，有廣加利用之價值[61]。此為日本通說見解。

我國採日本制度，物權法中無人役權法制，因認東西習慣不同，人役權為東亞各國所無，日本亦無人役權，中國大陸習慣亦與日本同，故只設地役權[62]。惟人役權制度，學說方面已有若干文獻討論。指出，人役權乃所有權外之一種限制物權；人役權與不動產役權，同屬用益物權；人役權之存續不因供役不動產所有權之變動而影響[63]。國內多數物權法研究者，對於引進人役權制度，多持肯定見解。此部分容後再說明。

㈡實質意義之人役權——以用益遺贈為例

雖則，我國及日本物權編中無人役權制度，但物權編以外之相關規定，不無實質意義之人役權存在。日本於民法繼承編新增第1029條第1款之長期居住權，可因遺產分割時，共同繼承人之合意由配偶者取得。此制雖準用租賃權規定，並以登記為對抗第三人效力方法，其實質內容係因合意取得居住權，自可歸入特殊居住人役權之例。特別值得一提者，我國民法第1204條之用益贈與，是否為人役權之一種？本條之用益遺贈與權利設定之遺贈，是遺贈義務人負有設定之義務者概念意義不同。例如以地上權、農育權、不動產役權或典權之設定為遺贈內容[64]。而本條學說之討論焦點在於用益權之存續期間，及受遺贈人死亡而期間尚未屆滿，是否應返還用益

61 我妻榮『物權法（民法講義Ⅱ）』278頁；末川博『物權法』有斐閣350頁。以上內容，轉閱自高窪喜八郎／片山金章合編『學說判例總覽民法物權編（上）』中央大學出版社708頁（1971年6月）。

62 不採人役權立法理由，參閱自王澤鑑，民法物權（用益物權・占有），第二冊，頁71，2002年2月。

63 楊宏暉，同註40，頁328。

64 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法繼承新論，頁365，2016年3月。

遺贈物[65]。身分法學者大致認為，就返還之時期言，如遺贈人有表示期限者依其表示；如未定期限者，依遺贈之性質（如以收益供留學）；不能依性質定期限者，以受遺贈人之終身為期限，因遺贈置重於人之關係，未便使受遺贈人之繼承人承繼[66]故也。有疑義者，用益物所有權之轉讓與第三人時，受用益遺贈人得否對抗受讓人，即有無物權效，亦為本條之解釋重點。如有對抗效，又因「用益遺贈置重於人之關係，不能使受遺贈人之繼承人承繼」之一身專屬性，再因具物權效，則可認為係實質人役權屬性，因此如無特別約定用益期間情形，自當解為乃「終身期限之用益權——人役權」屬性，該用益權不得轉讓或繼承。物權法學者則指出，「以遺產之使用、收益為遺贈」，係默認人役權類型中之用益權[67]。陳朝壁先生於「羅馬法原理」，亦有相同見解[68]。另外，亦有學者認為森林法第20條，森林所有人因搬運森林設備、產物等有使用他人土地之必要，或在無妨礙給水及他人生活安全之範圍內，使用、變更或除去他人設置於水流之工作物之權，亦有人役權性質[69]。

人役權不以為特定物之利益而對他人之不動產有用益權，係本於特定人之利益而存在，但因具有物權性，因此其重點仍需回到物權之變動需有一定之公示方法，使第三人得自外部認識其存在及內容，以保障交易安全。民法第1204條之用益贈與，如視為係人役權一種，則遺贈人將其所有特定不動產之使用收益權，遺贈與生存配

65 同前註，頁365。

66 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，繼承法，頁336，2013年8月。

67 謝在全，民法物權論（下），頁16，2014年9月；蔡明誠，同註40，頁62。

68 陳朝壁先生謂「我國民法雖未明白承認（人役權類型中之）用益權爲物權，亦默認類似之制度，例如我國民法第1204條」；參見陳朝壁，同註37，頁357。

69 謝在全，同註67，頁16；蔡明誠，同註40，頁62。

偶取得居住人役權，法理面需再被討論的，即要否完成不動產用益贈與之登記手續，而土地登記規則，同須容許此類型用益贈與項目之登記。

五、配偶居住權之居住人役權性質

人役權係為特定人之利益有使用他人不動產之權利，其利益原以權利人之經濟利益為主，例如特定商業使用權、管線埋設權及競業禁止是。惟不以此為限，亦有滿足特定人社會生活所需之人役權，學者特別論及運用在「終老財產之利用」，特別是居住權之運用[70]。此種利益通常是值得法律保護之利益。以該特定人利益存在為前提，否則人役權失其存在目的而當然失效或消滅。因此人役權具有一身專屬性，不能與權利人分離讓與或繼承，人役權有期限性亦可以權利人終身為期。又人役權常係因恩惠之故而設定，權利人不需支付任何對價。經設定登記之人役權後可對抗所有人及其受讓人，並可獨立於所有權外存在[71]。人役權之上開特殊性，正與配偶居住權相符，兩者之權利存在目的與基礎理論，並無不同。再者，配偶居住權所保護之居住利益必需具持續性，不因所有權讓與影響（物權效），所有權與使用權分離（權能分離），及以特定標的建物之使用權取得為已足，非全面性物權，尤其具一身專屬性等等特性，應可認定配偶居住權乃人役權屬性，其為居住人役權類型之一。

高齡配偶居住權之權利主體為高齡生存配偶，權利存在於原婚姻住宅，權利內容僅有使用權，因其居住權取得，通常非因房屋所有人與居住權人合意設定，立法政策面為完成保護高齡配偶之居住

70　楊宏暉，同註40，頁320。
71　楊宏暉，同註40，頁320-321。

利益，特別立法強制設定取得，乃法定居住權，係「特殊人役權」之法制化。

肆、高齡配偶法定居住權在民法典位置之規劃

一、各種法性質之交錯

㈠身分法與物權法之交錯

高齡者之受國家公部門妥適晚年生活照護，相關法規有社會福利公法性格。所謂高齡者之居住權問題，並不限於因繼承關係所導致。但當配偶居住權因繼承關係原因而發生，須特別立法創設制度性保障時，具直接關連性之繼承法，當然會被提出檢討。繼承法在規範特定私人間權利義務關係，有相對性、對立性格。雖則在私法中規範具公法性格之配偶居住權保障制度，並無不可。民法總則編，就成年監護、輔助宣告制，限制受宣告人之行為能力，其目的在實現國家照護義務，亦有保護法公益性。高齡配偶居住權之法制創設，導因於特定人因繼承關係（遺產分割）面臨必需離開其長久居住之熟悉處所，有重新適應新環境之困難。由此觀察，其原因係發生在繼承制度（因）。但從居住權取得結果以觀，配偶居住權法制創造，係對特定建物所有權全面性支配權能之限制，直接受到影響者，為規範人對物支配關係之物權法上。

㈡債法與物權法之交錯

再如前述，配偶居住權有特殊人役權特性，則有無直接創設人役權必要，或僅於繼承法中，就配偶因遺產繼承關係，保障其繼續居住權，制定同樣有物權之特別居住權，不以形式上、新物權種類之居住人役權。換言之，仍為債之關係，但有對抗第三人之效力？配偶居住權實質內容具人役權屬性，學者早已提出質疑，認為「性

質上人役權是物權，其效力似難以利用債權關係所取代，且人役權係介於他役權與用益權間之權利，其與地役權均具有個別關係中之使用為內容，而與用益權之共同之處，均拘束於特定人，原則上不得贈與及繼承」[72]。高齡配偶居住權，既屬人役權性質，苟將之以債之關係作為法制創設目標，如未進一步賦予對抗效，例如一般之使用借貸、租賃關係（非買賣不破租賃類型），則當然無法取代人役權之功能，但如立法明定其有對抗效，正如同民法第425條之1，則具對抗受讓人效力之債權，純從功能面看，同可完成高齡配偶居住權之保障。其實，債權之明確賦予對抗效，債與物間之界線，在功能上已不再如此明顯，然而兩者之性質，仍有不同。物權之直接支配物，債權之人對人之請求，不會因債權物權化而有改變（後述）。

元照出版提供　請勿公開散布

二、應審酌之幾個因素

創設「居住人役權」，或創設具物權效「債之使用權」，是值得討論議題，且涉及幾個因素。我國現行民法物權編不採人役權制度，二〇一〇年修法，人役權同未被採納，主要理由認為人役權功能大抵可依使用借貸或租賃債之關係解決[73]。然而，此類使用借貸或租賃權物權化，除民法第425條、第425條之1之明文外，屢被質疑[74]。換言之，欲藉由解釋論，將配偶居住權解為係一具得以對抗任何人之效力，此條途徑定然會被持續質疑，回到債權可否物權化及其範圍之辯原點。

---

72 蔡明誠，同註40，頁63。

73 謝在全，同註67，頁17。

74 詳請參閱蘇永欽教授對債權物權化之意見。蘇永欽，尋找新民法，頁547-548，2008年9月。

物權編增列人役權，或許短期內難以實現，二〇一〇年物權編修正，人役權雖經討論，惟仍未能在物權編取得其位置，學者雖有「不無憾焉」之感[75]，但將配偶居住權法制化，寄望於物權編之增訂人役權制度，恐非短期內得以實現法制任務。蔡明誠教授指出，「近來台灣老年化及少子化社會，得否依習慣法創設限制性人役權，未來如承認習慣法得以創設物權時，此乃頗值得深思其可行性」[76]，其主張依習慣法創設人役權物權種類，以解決法制度之缺漏，並提及老年化社會對人役權制度需求之殷切，對高齡生存配偶居住權取得物權效之法律途徑，提供另一思考方向，頗有啟發價值。然而習慣物權，需有慣行之事實及法之確信，乃法官造法，配偶居住權之定位於習慣物權之創設人役權，實緩不濟急。

無論配偶居住權之創制，以繼承法或物權法為修法對象，受影響之權利主體，包括生存配偶、因繼承而取得建物之所有人與其後之受讓人，如何構築相互間之權利義務之變化，於不牴觸憲法範圍內，乃立法形成自由，惟應兼顧新制對既有法制影響幅度，需作整體性評估後方能作出決定。

三、物權編中增訂居住權之妥適性評估

㈠概　說

創制配偶居住權之目的，在使高齡生存配偶就婚姻住宅享有終身持續居住之權利，法制度設計，使其有對抗所有權人及第三人之物權效，乃基本配備。有物權效力之法律關係，不外物權本身外，另一方式為具物權效之債權，即債權物權化是。先就前者而論。

廣義物權法指凡是以人對物之支配關係為內容之法規範，均可

75 謝在全，同註67，頁17。
76 蔡明誠，同註40，頁63。

稱之，此類定義除物權編外其他各編有關對物之支配規定，均屬之；形式意義之物權法則指物權編所指之人對物之支配關係而言[77]。居住權有人役權性質，已如前述。如將配偶居住權以居住人役權作為新物權種類，自可構成狹義意義之物權法，但立法政策上有無因配偶居住權之取得將人役權制度於物權編中法制化，或使之形成廣義意義物權法一部，即規制於民法其他章編中，確值思考。

㈡增訂配偶居住權對物權法之可能影響

物權編中增列人役權或居住人役權，構築狹義物權法，當涉及物權法之整體制度規劃。暫不論人役權制度法制化議題，於二〇一〇年物權編修法時已被討論未被採納，如物權編列入各種不同類型之人役權，或僅列入居住人役權、配偶居住人役權，成為狹義物權法一部，物權法本身有何影響？

現行物權編，無論所有權、擔保性物權、限制性物權，或占有，多具財貨性價值[78]，可轉讓性、可繼承性，非一身專屬性，而配偶居住權有社會法性格，與身分關係結合，無讓與性，於物權編置入配偶居住權，性格或有不合。又，配偶居住權法制創制目的，在使高齡配偶得以滿足就原婚姻住宅繼續居住期待，如僅以此為法制創制目標，不考慮其他特定人居住利益，有無以物權法為修法對象必要？或於相關特定利益主體法規中增訂即可（高齡配偶居住權在繼承編立法）？

配偶居住權係為特定人（生存配偶）利益而存在，存在客體為特定之不動產（建物），配偶者取得用益權，限制該所有權人之支配權能，在所有權社會化與公共利益目的考量，透過立法形成直接

77　謝在全，同註67，頁1。

78　物權無論是完全物權（所有權）、用益物權或擔保物權，均有財貨性之價值。謝在全，同註67，頁11。

創設限制性新物權種類——居住人役權，並不違背現行物權法架構在物權法定主義。但配偶居住權需求之規範內容，必需將所有權之交換價值（全面性物權）與用益價值（限制性物權）分離，全面性之所有權要退讓。且居住人役權之成立，係所有權人本於契約自由與人役權取得人間之合意，並完成法定程序——設定登記後發生，配偶居住權之基本型態，係視配偶者之現實需要，授權法院行使裁量權，其有法定居住人役權意義，因而如單獨將配偶居住權立於物權編，並以居住人役權名目立法，係在契約自由中穿插法定居住權，頗覺唐突。再者，此類特殊居住人役權，不存在著需役不動產，亦無提高需役不動產經濟價值，反而減損供役不動產價值之情形，與不動產役權之目的完全相反，在普遍認為人役權足以妨害不動產標的物之經濟價值傳統思維，將之併列於物權編不動產役權章中，法制創建面，能否被接受，頗有疑義[79]。質言之，我國役權之整體理論與價值建構，如仍以提高需役地之經濟上或利用上之價值，作為役權存在之終極目的時，將配偶居住權列入物權編，以法定居住人役權型態展現，恐難以融入物權法整體理論體系中。

㈢物權編增訂居住人役權可作為總則性規範

雖則物權編中增列居住人役權，或有體系上之不和協，但從社會現實面觀察，因特殊原因就特定他人所有建物之居住使用需求，不僅高齡生存配偶而已，其他特定族群之居住需求，不乏已列入國際人權公約中被保障之基本人權。例如符合前揭《兩公約》所指之適足住房權人。一般高齡者所居住之建物，因無權占用面臨被訴返還，同有離去熟悉環境重新適應之窘境[80]，其居住權之保護。再如

79 我國及日本因無人役權習慣，學者多認人役權足以妨害經濟之發展。請參看蔡明誠，同註40，頁61。

80 如租期屆滿或使用借貸目的完成。使用借貸目的完成，實務上常見者爲因公

身心障礙者權利公約第28條，締約國被課予承認身心障礙者就其自身及其家屬獲得適足生活水準之權利，包括適足之食物、衣物、住宅，及持續改善生活條件；並應採取適當步驟，防護與促進身心障礙者於不受歧視之基礎上實現該等權利。我國已於二〇一四年八月公布身心障礙者權利公約施行法，其中第2條明定依公約所揭示保障身心障礙者人權之規定，具有國內法律之效力。國家有義務確保其最低生存權所需之居住權，包括審判體系。此類居住權保障之國家義務內容，不以使住房權人取得建物所有權為目的，使用權反成為最重要之權利[81]。

因此居住權保護，房屋使用需求之提供，係履行國家義務最核心任務。世界人權趨勢，居住權為現今基本人權主要項目之一。受此人權思潮影響之法制，除債法中有關房屋承租權、使用權、租地建屋法律關係外，規範人對物支配關係之物權法，亦將受其影響。即便為債之關係，如需賦予物權效始能達到居住權保護目的，亦有物權特性，債與物之區分標準，已不再如此涇渭分明。

人役權自羅馬法以來，存於歐洲主要法系制度，具人役權特別法位置之居住人役權，有人對物支配之物權屬性，而居住權保障於今日乃最低生存權保障——「住」問題，無論是債或物之關係，只要需給予物權效保護，不會因物權法之採物權法定主義，而有不同。債權物權化，其實已突破兩者之界線。因此如能於物權編增列居住人役權特別章節，作為各種使用他人房屋法律關係（包括高齡配偶法定居住權）之總則性規定，有正面價值，而居住人役權之進

務關係取得公有建物之居住權，因公務員死亡，其共同居住之高齡配偶，被訴遷讓返還其已長久居住之公務宿合。

81 經社文公約住房權包括：使用權之法律保障、服務之可以使用、住房材料設備及基礎設施之價格可以負擔、適用居住之容易取得、位置及文化上可以選擇。

入物權編，應值肯定。

四、在繼承編中修法之評估

㈠日本法之經驗

如以物權編二〇一〇年修訂未幾而暫緩議物權編增訂居住人役權，採取如同日本法相續編增訂配偶居住權，將居住權利益主體限於高齡生存配偶，同時賦予物權效之立法方式，或許是現階段配偶居住權法制創設最容易完成之路徑。

以日本經驗作參考，其中間試驗報告亦提及，曾討論配偶居住權之法制化，要否創制新的用益物權種類一事，最終則未被採納。認為如依使用借貸或其他債之關係（如租賃類型），及依登記制度為公示方法，使有具對抗第三人效力，不失為良策。或許正如前述，其未採居住人役權方式立法之真正原因，係日本並無人役權制度傳統，且認其有害於不動產之經濟價值之故。日本以使用借貸或租賃關係，配合物權效之明定，作為高齡配偶居住權保護方案，當然也會面臨公示方法之選擇，單純以占有外觀能否達公示效果，最終法制上仍採登記對抗主義[82]。

㈡繼承編中最小幅度修法原則建議

配偶居住權如在民法體系中選擇其立足點，以繼承編作為修法對象，應屬洽當。因可降低對民法整體體例衝擊程度，以兼顧法安定性原則。繼承編之修法幅度，本文以為：配偶居住權創設乃因繼承開始，高齡生存配偶為共同繼承人，因遺產分割，或因遺贈、死因贈與，致被迫離開原來住居所，不能滿足其「長久居住在自己家中」之故。因此，繼承編之修正，以滿足其居住需求為足，無庸增

82 參看日本中間試案の補足說明，保護方策，10頁。

加其應繼分比例，使其取得建物所有權必要。以此為法制創設目標，則立法手段只需限制建物所有人（因遺產分割、遺贈登記取得所有權者）之使用權，並賦予有居住權之配偶有得以對抗第三人之效力即足。

其次，因遺產分割前後，長短期居住權取得原因、性質不同，因此應各別立法。遺產分割前之短期居住權，依前述第三項正當性事由——婚姻義務履行之貢獻分法理，配偶之短期居住權，以無償取得為原則。遺產分割後之長期居住權，因屬終身取得，為降低建物取得人權益之影響，以有償為原則[83]，自配偶應繼分中扣除其價值，而需整體審酌配偶、共同繼承人及第三人交易安全等因素。

遺囑自由與生前處分財產之自由，而立法創制高齡配偶居住權，將實質限制該自由，其正當性為何？如前述，短期居住權有婚姻義務履行、協力義務對該婚姻住所存在貢獻分，有潛在財產取回之性質。遺囑處分自己財產之自由，應該退讓。而長期居住權，以有償為原則，並自配偶應繼分中扣除，屬有償且有社會法之保障高齡者長久居住在自己家中之利益考量，因而限制其他共同繼承人或受遺贈人繼承法上之權益，只要符合法律保留原則，並無牴觸憲法遺囑自由或所有權保障之虞。

雖則值得立法保護之居住權人類型繁多，暫以高齡生存配偶為保護對象，又以不過度影響其他共同繼承人之繼承權益，繼承編之修法幅度，以最小幅度之修正為原則，受保護主體限於生存配偶。至於其他同有繼承權之高齡者，如父母有繼續使用原住宅必要者，宜另於以「適足住房權」為目的之法規中立法。高齡配偶居住權既在取得該住宅之使用權，即無提高配偶應繼分比例之必要。

83　以有償爲原則，與前述居住人役權之以無償爲原則不同。

伍、相關法規內容及法政策面之整合

一、限制所有權權能之法律保留

配偶居住權法之創設，直接影響該住宅所有權人權利行使，乃對所有權之限制，應符法律保留及法明確性原則。法制初創，應以法條文義具體明確，不宜僅是法律原則之宣示。具體內容，應包含：

㈠明確配偶居住權客體範圍

例如未辦理保存登記之違章建物（涉及公示公信方式），以及該建物權屬情形（如共有、有無分管契約）。居住權範圍是否包括建物座落基地，被繼承人在他人土地上興建之建物（如租地建屋、借地建屋，或有無使用他人土地建屋），均應明確規定，以免未來發生爭議。

㈡長短期居住權之區分立法

當然繼承主義，被繼承人死亡同時，其所有財產除具一身專屬性權利義務外，概括的由繼承人取得。繼承開始後至遺產分割前後，遺產財產權歸屬主體不同。且配偶居住權之取得，遺產分割前後，其正當性基礎亦有不同，因此要否區分二種不同類型，如同日本分為短期居住權與長期居住權一般，應注意及之（本文認為應分別規定）。

㈢房地關係人權利行使之限制

被繼承人死亡時起，至遺產分割或物權變動完成前（交付遺贈物、死因贈與完成登記前）之短期居住權期間，要否限制所有人、受遺贈人，有關保全處分（假扣押、標的物假處分、定暫時狀態處

分）聲請之提出，亦應妥為規劃。配偶居住權（尤其短期居住權）是否影響以系爭房屋為標的之各類訴訟提出（如買賣關係給付、確認訴訟、形成訴訟）、強制執行程序實施，亦同。

二、所有權與用益權分離之容許性

㈠一物一權主義

所有權是全面性物權，配偶居住權創設，如賦予居住權物權效力，則創設此類型之新種類物權，會有所謂「複數物權」問題。亦即同一物上有數個物權權利，該特定建物同時存在所有人與用益物權人。配偶居住權係以用益權為主要內容，如創設用益物權種類（非債權物權化之居住權），則所有權與配偶居住權（用益物權），將同時存於同一物上，所有權之權能被限制或被排除用益權能。既有物權法上之用益物權與所有權同時存在於同一不動產，通常係所有權人本於全面性物權權能，依物權法相關法規將用益物權設定予他人，即先有所有權再有用益物權設定，如准以裁判分割方式創設配偶居住權，同時存在於同一物上，有無違背「一物一權主義」之原理。

㈡一物一權主義學理探討

一物一權主義，指一個物上因排他性而僅能成立一個同種之物權之謂[84]。所指同一種類物權，是否限於所有權，是否包括用益物權或擔保物權，甚或占有，以及不同種類之物權。一般認為指所有權，即同一物僅能存在單一的所有權，不能同時有兩個以上之所有權，此為一物一權主義。但在同一物上能否同時存在或設定兩個在性質上相互排斥之定限物權，此類型是否亦為一物一權主義內容，

84　高窪喜八郎／片山金章合編，同註61，54頁。

則有爭議。一物一權主義認為物權之成立，為貫徹排他性及交易安全，因此一個獨立物之所有權，不能將物之一部由甲取得所有權，其他部分由乙取得所有權。但一物一權主義，隨著社會進步經濟變化，物權之支配在無礙於支配內容之實現，及在確保交易安全之公示原則下，一物一權主義原則正逐漸被放寬，例如同一不動產物之空間所有概念是。

同一物存在所有權與用益物權，雖用益物權有限制所有權權能特殊，兩者權能互相排斥，惟此種型態之同一物上同時存在所有權與用益物權情形，並非一物一權主義內容。惟司法審判實務，例如最高法院於共有物分割案例見解指出，「按公寓大廈區分所有建物之共同使用部分，性質上係屬共有，各共有人對於該共同使用部分之設施，雖可依其共有部分之經濟目的，加以使用或協議分管，但使用權為所有權之積極權能之一，不得與所有權分離而單獨為買賣標的」。換言之，認為使用權不得自所有權分離，成為不同權利標的[85]。

此種權能分離方法之否定論，學者有不同意見，指出在共有關係上（狹義共有）是多數人對同一所有權之量的共有，而所有權與用益物權之分別由不同權利主體享有，則是對同一物不同權能歸屬之「質的共有」，為廣義的共有[86]。所有權與用益權分離之容許性，應非一物一權主義原則禁止之內容，而是在考慮經濟效能或經濟價值下，會否因此受到減損之問題。此類型之共存型態（所有與用益權同時存在於同一標的物），由不同之繼承人或不同之共有人

85 108年度臺上字第2189號民事判決。

86 關於複數物權二種例外情形，一爲所有權與用益物權，此爲權能之分配，所有人保有扣除所有限制物權人權能之剩餘，另一種爲共有人，並認爲前實是一種廣義之共有，其與狹義共有之不同，前者是不同「權能」的共有，爲「質」的共有。參看蘇永欽，同註74，頁536。

取得，為學者普遍所認許（詳後述之遺產分割）。

配偶居住權之實際需求，是所有權與使用權分離，所有人權能受到限制，無論係以物權編居住人役權形式立法，或以使用居住債權關係立法，必然的會造成，同一建物因裁判分割，致所有權與用益權同時存在之必然現象，該必然現象之形成原因，並非本於所有權人之設定，係法律規定之結果。

三、遺產分割方法再檢討

㈠權能分割方法概念提出

共有物之分割，無論協議分割或裁判分割，係在消滅物之共有關係。所謂共有關係，係所有權之概念，對於同一物之所有權有複數共有人者即為共有；而所謂消滅共有關係，乃指對於同一物，使之僅存單一所有權人之謂。因此從「所有權」之觀點，消滅共有關係乃指形成單一所有權人。其次，共有物之分割，既然只要形成單一所有權人關係，即為分割，如無法規限制分割方法，則將共有物分割為所有權與用益權，由一人或部分人取得物之所有權，另外共有人取得用益權。此種權能之分割方法，不能否認其亦為消滅共有之分割，理論上並無不可。

㈡法規分割方法

民法第824條第1項規定，共有物之分割，依共有人協議之方法行之。同條第2項則為裁判分割，而裁判分割方法，明定僅能命為下列之分配：甲、以原物分配於各共有人。但各共有人均受原物之分配顯有困難者，得將原物分配於部分共有人。乙、原物分配顯有困難時，得變賣共有物，以價金分配於各共有人；或以原物之一部分分配於各共有人，他部分變賣，以價金分配於各共有人。二〇〇九年之第824條之修法，就裁判分割方法，雖參考德國民法第753條

第1項、瑞士民法第651條第2項及日本民法第258條第2項等立法例，將裁判上之分割方法作若干修正，原則上仍以原物分配於各共有人，如原物分配有困難，得將原物分配於部分共有人，其餘共有人可受原物分配者之金錢補償。亦可將原物之一部分分配予各共有人，其餘部分則變賣後將其價金依共有部分之價值比例分配；或變賣共有物，以價金分配於各共有人（同條3項、4項）。換言之，分割方法仍採原物分割、變價分割及金錢補償三種方式。

就遺產分割方法，除繼承法有特別規定外，原則上與共有物分割方法相同。民事審判實務，最高法院104年度臺上字第521號民事判決，認為民法第1164條、第1165條第1項之遺產分割，係以消滅遺產公同共有關係為目的。有關公同共有物之分割，同法第829條則規定，公同關係存續中，各公同共有人，不得請求分割公同共有物。公同共有關係廢止後，自得請求分割，而分割方法依第830條第2項規定，除法律另有規定外，準用關於共有物分割之規定。學說有主張遺產分割方法應更具彈性[87]，非當然全盤準用。雖則如此，遺產分割甚或共有物分割（含合有），得否將共有之不動產分割由共有人中之一人或數人取得所有權，他共同繼承人或共有人取得用益權能（債權及物權），不無疑義。類此分割方式，我國審判實務似未見此先例。

㈢分割方法需有彈性

不動產物權之變動，為發揮其經濟作用，立法政策面往往朝所有權與使用權合一發展。例如二〇一〇年增訂民法第838條第3項關於地上權與其建築物不得分離而為讓與，目的在使房屋所有權與基地利用權一體化之體現，並基於房屋既得使用權保護原則之考量，

87 林秀雄，繼承法講義，頁118，2005年11月。

進一步肯認基地使用權不因房屋物權之嗣後變動而受影響。此種法制面之所有權與用益權合一之發展，無非係從物之經濟利益考量，使物得以發揮其最大效率。但如因立法政策需求，或因社會公益目的，非僅以經濟發展為因素，則所有權與用益權分離之立法模式，並無嚴加禁止必要。日本之依罹災都市借地借家臨時處理法第2條、第9條、第14條、第25條之2規定設定之借家權、借地權，或依同法第3條、條13條接收之不動產上，所設定之優先借地權、借家權，以及依農地法第26條至第39條規定取得優先借地權、借家權，所設定之使用收益權，即有此類所有權與用益權分離之分割方法。

實體法上已有特別准許權能分割規定外，日本分割審判實務，在法無明文下，採權能分割方式者，不乏其例[88]。學者通說，則多持肯定見解，認為將交換價值之所有權與使用價值之利用權，分割由不同繼承人取得，乃家事法院依民法第906條規定之自由裁量權範圍，應被容許[89]。日本民法該條規定，為遺產分割之基準，明定遺產分割應審酌遺產標的物、權利之種類與性質、各繼承人之年齡、職業、身心狀態及生活狀況等一切情事。肯定說理論，基此導出當繼承人有繼續居住之正當事由時，應保護其居住利益之結論[90]。惟亦有學者指出，所有權與使用權分離之分割方式，因取得所有權者非但無收取費用權利（出租費用），亦不能自行使用該物，日後處分該物之所有權，將增加其困難度。此等不利於所有人之因素，當併予審酌[91]。

88 齋藤秀夫／菊池信男編『注解家事審判法』青林書院650頁（1992年3月）；林良平／大森政輔編『注解判例民法親族法・相續法』青林書院657頁（1992年7月）。

89 齋藤秀夫／菊池信男編，同前註，650頁。

90 林良平／大森政輔編，同註88，657頁。

91 齋藤秀夫／菊池信男編，同註88，651頁。

日本民法新增第1029條配偶長期居住權，應歸類為法有明文規定，即承認於具備一定條件下，遺產之分割方式，得將所有權與用益權分離，就如罹災都市借地借家臨時處理法、農地法之特別立法承認，居住權或使用收益權得與所有權分離，由不同主體取得一般。此種遺產分割方式，於我國有待立法明定，同理，配偶居住創制之前提條件——所有權與用益權分割並歸由不同繼承人取得之遺產分割方法，以特別立法為宜。

四、擴大不動產應登記事項範圍

配偶居住權取得之可能情形有三，即：第一、遺產分割時之長期居住權取得；第二、民法第1204條之用益遺贈，肯認其具有居住人役權性質；第三、配偶與其他繼承人已為繼承分割登記（即登記實務上已為分別共有登記情形），其後因共有物分割程序，本於共有人之合議，或因裁判分割將共有物分割為所有權（由其他共有人取得）與用益權（租賃權、使用權由配偶取得）分離[92]。惟無論何一類型，因需承認其應具物權效，也因此影響第三人交易安全之保護，需有一定之外觀形式，使具公示作用。

物權效之公示公信作用方法，一般求諸於登記制度與占有之外觀形式。占有公示方式是否足以保障交易安全，學說本有諸多檢討，本文容於使用借貸一節中討論。不動產交易安全保障，登記制度係法制上普遍選項，配偶居住權如創制新種類物權——居住人役權，其因法律行為（合意）而成立，當然需完成登記，始能發生效力（民758條）。如以法律規定，生存配偶於遺產分割前或分割後，當然取得配偶居住權，即法定配偶居住權，固不以登記為生效

92 第三種可能情形，非因遺產分割而取得配偶居住權，但可類推適用配偶居住權規定。

要件，但非經登記，亦不得對抗善意第三人，觀諸民法第759條之1第2項規定自明[93]。配偶居住權如不創制新種類物權——人役權，而以債之關係解決，如使生存配偶基於法律規定，準用使用借貸、租賃關係取得居住權時，不動產登記相關法規（土地登記規則），此類型之登記制度，立法政策面亦應考慮配合修正。亦即，土地登記規則第4條第1項所定，土地權利之取得、設定、移轉、喪失或變更，應辦理登記，其項目應增列「配偶居住權」。至於可否透過同條第2項，土地權利名稱與第1項第1款至第8款名稱不符，而其性質與其中之一種相同或相類者，經中央地政機關審定為前項第1款至第8款中之某種權利，得以該權利辦理登記，並添註其原有名稱，亦值探討。

五、相關法規之配合調整

元照出版提供　請勿公開散布

配偶居住權法制創設係新法定制度，其影響層面必然相當廣泛。日本因配偶居住權增設，同時調整家事事件手續法（別表1，第109項）、抵當證券法第4條、關於公共用地取得特別措置法第38條、都市再開發法第2條、第73條、第77條等、關於密集街地防災街區整備促進法第2條、第205條等、關於公寓大廈建替等圓滑法律第2條、不動產登記法等81條。我國如增訂高齡配偶居住權，相關連法規須同時檢視。特別應予提出者，有關遺產及贈與稅法及房屋稅相關法規，因其上存在高齡配偶居住權之不動產，相關稅賦之課徵，可否配合修正減免，實應再由專家學者共同會商。

93　98年新增民法第759條之1第2項立法理由，「不動產物權之登記所表彰之物權如與實際狀態不一致，例如無所有權登記爲有所有權，或土地有地上權負擔而未登記該地上權等不實情形。爲確保善意第三人之權益，以維護交易安全，爰依上開解釋、判例及參照德國民法第八百九十二條、瑞士民法第九百七十三條規定，增訂第二項」。

陸、債權物權化與配偶居住權

一、法定租賃關係方案檢討

為使高齡生存配偶得以繼續居住於原來婚姻住宅，法創制方案，需強化配偶之使用收益地位。非本於所有權而得以居住於他人所有房屋，現有法制，一般為租賃（民421條）或使用借貸（民464條）關係，前者，受買賣不破租賃法理，得以對抗受讓房屋之受讓人外，使用借貸關係如僅具債權效，保護效果不足，需特別立法賦予有對抗房屋所有人及其他物權人之效力。

配偶居住權，如直接規定準用租賃關係，是否為妥適立法方案，值得檢視。配偶與住宅所有人本於契約自由，以書面訂立民法第421條以下之租賃契約，依第425條、第426條規定，承租之住宅，於配偶占有中，所有人將所有權讓與第三人，或設定物權予他人，租賃契約仍繼續存在，可對抗第三人，此為債權物權化類型。唯租賃關係之成立，取決於契約自由，縱立法規定配偶因遺產分割，當然有取得租賃權，惟仍需再特別立法，排除同條第2項，租賃契約不得逾五年之規定。此外，有關承租人與出租人間租賃期間之權利義務規定，亦需配合配偶居住權之現實需要，重新檢討，例如租金之給付義務，與繼承應繼分之計算等。因此，與其粗略規定，「有關配偶居住權準用租賃契約規定」，不如另立新法，以免掛萬漏一。

二、使用借貸關係物權效學說之爭

保障高齡生存配偶因遺產分割，得以繼續居住於原來住宅，不以由配偶取得該住宅之所有權為妥適方案，已如前述。在應繼分比例現制下，兼顧配偶得從其他財貨中獲得晚年生活資金來源，使其

該房屋之使用收益權即足。具債權性質之使用借貸關係，民法第464條之意義，謂當事人一方以物交付他方，而約定他方於無償使用後返還其物之契約。但使用借貸法律關係，屬債之性質，乃相對效，高齡配偶之使用住宅，有持續至其死亡時之終身性需求，如不具對抗第三人效力，所有權人將該住宅轉讓予第三人者，配偶如即需返還，則保護目的不能完成。質言之，使用借貸有無物權效？

不動產使用借貸關係有無物權效？學說及審判實務常提出討論。肯定說，主要認為，民法第425條之規定意旨，在於宣示凡已合法取得標的物占有者，於占有期間得本於原先之信賴，為標的物之使用收益。且具有保護善意第三人、維持物之價值、保護正當信賴及促進經濟活動功能。又因使用人取得使用權在先，所有人取得該物之所有權在後，因此當使用人與所有人發生法益衝突時，所有人應讓步，而有風險合理分配性，符合效率。加以使用人持續占有標的物之外觀，所有人決定受讓該物所有權時，已明知或可得而知其實情，其風險不予避免，自應承擔前所有人之權利限制。租賃關係無論其係有償或無償，使用人合法占有標的物，均可信賴原已約定或正當期待之期間內，不致僅因標的物所有權之變更，即提前消滅自己之合法占有權源[94]。換言之，得推適用民法第425條之規定。在租地或使用借貸土地建屋情形，房屋所有人因有占有使用土地之公示狀態，有使原已存在之租賃或使用借貸契約有債權物權化之效力[95]。

94 詹森林，最高法院關於二〇〇二年契約法裁判之研究，台灣本土法學雜誌，52期，頁89以下、104以下，2003年11月。

95 吳從周，債權物權化、推定租賃關係與誠信原則——最高法院九五年第十六次民事庭會議決議評釋，台灣法學雜誌，111期，頁1以下、20、18，2008年9月。另謝哲勝，租賃的推定，台灣本土法學雜誌，78期，頁107以下、115，2006年1月。惟肯定說，究應依據如何之法條依據，有所不同，本文略之。蘇

物權效否定論，認為使用借貸為無償，與租賃為有償不同。且兩者性質不同，租賃涉及居住問題，承租人多為經濟弱者，有特殊保護必要，而使用借貸欠缺前述社會性，法又無如第425條之明文，又非法律漏洞，無類推適用餘地[96]。另有從保障長期投資觀點，認為讓與不破租賃功能，在於確保承租人長期投資意願，而使用借貸關係並不存在，此觀諸民法第472條第1項規定貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物者，得終止契約規定可知[97]。

三、物權之直接支配與債權對抗效之異同

對於物可享受之利益，一為對物經濟效現實的享受；一為交換價值之現實化。前者於所有權及用益物權，同有該利益[98]。物權是物權人直接對物之支配，所謂「直接」乃無須他人行為之介入，即得為物利用之權利；此種對物之利用權利，於債之租賃及使用借貸關係同有之。不同者，後者需經由出租人、貸與人使承租人、借用

永欽教授，有關債權物權化於其〈非線性的體系思考〉一文，有相關論述，載：尋找新民法，頁547以下，2014年6月。主要意旨。在使用借貸土地建屋情形，當土地讓與後，應使借用人轉變成為具有法定利用權人（地上權人、物權法應修正為不動產役權人）。認為因房屋和土地產權處於衝突狀態，民法如無類似民法第876條的特別規定，乃立法計畫之漏洞，此時可類推適用相關規定，屋主有對基地的法定利用權。

96 王澤鑑，買賣不破租賃：民法第四二五條之適用、準用及類推適用，載：民法學說與判例研究㈥，頁223，2002年3月；林大洋，使用借貸對第三人之效力——實務上相關見解在法學方法上之探討，法令月刊，59卷4期，頁4以下、11-12，2008年4月。

97 簡資修，買賣（讓與）不破租賃及其類推適用：長期投資保障觀點之分析，政大法學評論，78期，頁121以下、137-138，2004年4月。

98 林良平『注釋民法⑻物權⑶』有斐閣10頁（1965年6月）；我妻榮，同註61，10頁，參看自高窪喜八郎／片山金章合編，同註61，14頁。

人為物之使用收益行為之介入。日本學者松坂佐一教授指出[99]，物之利用權在法律上如何構成，非理論上之必然，而受社會法律思想之影響甚深。日耳曼法系物之利用，是將租賃權以物權之形式（即直接支配）表現；但在羅馬法則是透過貸與人與借用人間之對人關係，即借用者對貸與人有請求為使用收益之權利（債權關係）實現，係一種間接對物之使用收益方式，日本民法是依羅馬法主義。又指出土地租賃權是一種事實上之使用關係，與地上權、永小作權，並無實質上之不同，只是有無對抗力而已。因此土地租賃權，如以登記取得對抗力，則兩者間幾無差別，借地法第1條以下，有關因建物目的而成立之地上權與租賃權，法律上是作相同之處理。

本於債權或物權關係，對物之支配力原理及權利內容，雖有本質上之不同，但如債權人就物有使用收益權，再透過登記制度，作為保護交易安全方法，而賦予物權對抗效，亦可達相同目的（不受物所有權移轉影響），則此種債權物權化方法，運用於高齡配偶居住權取得之法制創制策略，即便暫不以居住人役權型態為法制構造，應為另一選項。依此，如將高齡配偶居住權之法律定性，定位於使用借貸或租賃債之法律關係，同時賦予對抗第三人之效力，則與居住人役權之效果，即無差別。

四、創設類似使用借貸之配偶居住權

基於以上理由，維護高齡生存配偶繼續使用原來住宅之現實需求，有透過立法方式，創制一完整的、適合於高齡配偶就原供婚姻共同生活使用之住宅，因繼承開始而當然取得居住權，其效力不僅及於因繼承關係（含遺產分割、遺贈、死因贈與）取得所有權人

99 上開論述爲日本松坂佐一『民法提要物權法』，本文參閱自高窪喜八郎／片山金章編，同註61，13頁。

（含其他物權人），且有對抗第三人之效力，不因物權之移轉，或設定用益物權、擔保物權予他人而影響，則此種配偶居住權，有「特殊居住人役權」性質。惟因以債權型態呈現（使用借貸或租賃），為杜債權物權效爭議，即有明文賦予物權效必要。此類具物權效之法定居住債權，並非創設新物權種類，乃新型態債權。又為達到保護高齡配偶居住權目的，尚需排除民法第472條第1款「貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物時，得終止契約」規定之適用。

最理想型態之高齡配偶就原有住宅之居住權，法制創設目標，不在取得所有權，因將減低其可從其他財貨獲得分配額，以供晚年生活費用，已如前述。架構在租賃關係之配偶居住權，如高齡配偶尚需依現有租賃法規定需按期繳付租金，而受既有租賃法律關係規定之限制，亦非適宜，即有尋求法制改善必要。又，如循物權之直接支配效，避免因租賃關係成立以支付租金作為間接支配物之對價，而直接明定為「法定用益物權」者，亦涉及物權法定主義、登記生效主義制度，及須完成登記始有對抗第三人效力等物權法上強制規定，配偶居住權保護，有無大費周章後，始能取得之必要，尤其對一位年事已高之高齡者言。

再者，如成立用益物權，因長期居住權需自配偶應繼分中扣除其居住利益額，在財產法上不能否認其有財產法益價值，則原本於一定身分關係為基礎之配偶居住權，將被轉換為純粹之財產權，該對價支付除成為高齡配偶財務上負擔外（此種可轉讓之用益權之金錢評價當然高於不得轉讓與居住權），該財產權不能禁止其轉讓，結果配偶居住權將具可轉讓性、繼承性，必失去配偶居住權創立目的。因此如以既有物權法上之用益物權或創設具財產價值之用益物權為配偶居住權創制方式，顯非適當。總之，立法抉擇方面，以配偶身分關係為基礎之法定居住權，不應因此使之轉換成純粹財產權

價值之用益物權，仍須保留其身分權一身專屬特性，無讓與性及繼承性。建置此目標之配偶居住權，有待立法創制，非現存既有用益物權、租賃權、使用借貸權，或現行遺產分割程序法官裁量權之運用所能實現[100]。

五、公示方法——登記與占有

配偶居住權如不以居住人役權規定，而以法定使用借貸或法定租賃關係視之，同需給予物權效，此時亦有公示方法問題。民法第759條之1有關不動產物權登記之變動效力，二〇〇九年立法理由中謂「登記」與「占有」同為物權公示方法之一。然而比較登記與占有之公示方法，於已登記之不動產，仍以採登記制，此觀諸第943條第1款排除以占有為推定效力之規定者自明。依此，配偶居住權之取得，如不以登記作為公示方法，當所有人將該建物移轉於善意第三人時，配偶者可否對抗該第三人將生疑義。

一般情況，配偶居住權人於繼承開始前即已居住於原住宅建物，而有占有使用外觀，第三人不難查知使用情況，但配偶者之占有關係究係本於如何之法律關係占有使用，恐非第三人可以查知，僅以占有外觀推論第三人不受信賴登記保護，並非恰當。為杜爭議，配偶居住權立法，以明確規定非經登記不得對抗第三人為當。

100 日本亦認有法制創設必要，見日本中間試案の補足說明，保護方策，8頁。

柒、配偶居住權具體內容研議——日本法經驗

一、基本架構

㈠權利主體與客體

1. 權利主體

日本生存配偶短期居住權之起因。最高裁判所平成八年十二月十七日一則判決，配偶繼承人，如經被繼承人許諾，居住於被繼承人所有住宅，係被繼承人之占有輔助人資格，後因被繼承人死亡而喪失占有輔助人資格，為保護該繼承人之居住權，如無其他特別情事，應推定其與被繼承人間，自繼承開始後至遺產分割完成時，成立使用借貸契約[101]。本判決在創設配偶短期居住權，不能實際解決遺產分割後之配偶長期居住權問題。其後因最高裁判所平成二十五年九月判決，就非婚生子女應繼分為婚生子女二分之一規定，宣告違憲，法務省因而提出繼承法法律修正案。國會審議中，社會各界對配偶繼承地位保護議題，尤其生存配偶就原有住宅之居住權，反應熱烈，成為討論焦點，成立研究小組展開繼承法修法程序。平成八年之判決，雖暫時解決短期居住權問題，但判例法理係從當事人之可得推知之意思作立論，如已明確表示不同意思，則短期居住權亦無法獲得保護。為強化生存配偶期望就已經習慣之居住環境生活，不致因遺產分割受到影響，繼承法上關於遺產分割，即使不能獲得該建物所有權，亦應使高齡配偶與獲得所有權人間，成立使用借貸法律關係。由此可知，配偶居住權係以高齡生存配偶作為法定居住權之權利主體，其與被繼承人間具有一定之身分關係，並以配偶身分關係為限（新增民1028條）。依此，配偶居住權主體，當不

101 日本中間試案の補足說明，保護方策，2頁。

包括其他與被繼承人共同生活之核心家族成員，例如被繼承之直系血親尊、卑親屬，因其非為婚姻義務之履行者[102]。配偶法定居住權制度，在我國法制創制之基礎，如前述，應建立在保障高齡生存配偶有權「長久居住在自己家中」之利益上。此利益之取得，亦以配偶身分關係為基礎，則同性婚姻，亦為大法官釋字第748號解釋，肯認為婚姻，當受婚姻制度保障，自為配偶居住權之權利主體。

事實上夫妻要否賦予配偶居住權，視此種型態之關係，受如何法律地位之評價（或值得保護之程度）而定。無效婚或婚姻不成立，原則上無配偶居住權，如有爭議，於婚姻關係存否法院判決確定前，可採肯定見解。夫妻互負同居義務，生存配偶有正當事由未與被繼承人共同生活者，或該婚姻住宅為生存配偶長期居住作為養育共同子女之住居所者，應有配偶居住權。配偶如未實際居住於該住宅，即無所謂必需遷離該住宅適應新環境困難問題，非為權利主體。至於何謂「高齡」，或居住該住宅之期間，應本於前述立法明確原則，妥為立法規劃。得撤銷之婚姻，經法院撤銷判決確定後，失其配偶居住權。配偶有法定喪失繼承資格（民1145條）或拋棄繼承權情事者，無配偶居住權。另一值得思考的，配偶居住權立法目的，如係因高齡化社會高齡者適應新居住環境之困難等人權因素而創立，則高齡直系血親尊親屬，或因身心障礙有需予特別照顧需求者，要否同列為權利主體，乃立法形成自由，但如從繼承法最小幅度修法角度，此部分另由社會扶助法相關法制規範為宜。

102 日本於保護方策中提及，配偶短期居權之根據，係因高齡社會，配偶居住權保護有其必要，如考慮因夫妻互負同居協力義務扶助義務（日民752條），在法律上最緊密關係之親屬，限於配偶，如此之保護是有其理由的。即以具配偶身分者爲限。日本中間試案の補足說明，保護方策，3頁。

*2.*權利客體

配偶居住權之權利客體，日本新制可供參考，其民法第1028條規定，配偶於繼承開始時，居住於屬被繼承人財產之建物，因遺產分割、遺贈或死因贈與契約，就該居住之建物取得配偶居住權。但被繼承人於繼承開始時，該建物與配偶以外之人共有者，不成立配偶居住權。換言之，配偶居住權之標的以有婚姻配偶關係之被繼承人生前所有之房屋為限。日本民法新增第1028條明定，被繼承人與他人共有之房屋不成立配偶居住權。學說認為，因配偶居住權係物理上之使用占有，被繼承人共有持分之建物，必需有供自己居住之可能，方能成立配偶居住權[103]。惟如配偶於繼承開始時居住之建物，自己有共有持分，或配偶因繼承該建物之遺產有共有持分，亦可成立配偶居住權[104]。遺贈物為原屬遺產之財產，因遺贈，對受遺贈者應許成立配偶居住權，日本民法第1028條第2款已有明文。

被繼承人對該居住之建物無所有權，但有使用收益權者，例如就該建物有租賃、使用借貸權並不屬於配偶居住權之權利客體。惟被繼承人因用益物權就他人之建物有使用收益權，例如不動產役權、典權，就供役不動產及典物不動產可否成立配偶居住權，頗值探討。

不動產役權，謂以他人不動產供自己不動產通行、汲水、採光、眺望、電信或其他以特定便宜之用為目的之權，不動產役權標的有土地不動產役權及建築物不動產役權，被繼承人就他人之不動產有役權，無論係土地或建物役權，因該供役之建物非被繼承人所有，當然不能直接對之成立配偶居住權。又不動產役權與需役不動

103 松原正明「配偶者居住權に關する實務上の諸問題」法律のひろば71卷特集民法（相續分野）の改正24頁（2018年12月）。

104 同前註，24頁。

產間存有物之從屬性，此物之從屬性係指所有權之從屬，不動產役權自不得由需役地不動產分離，因此配偶居住權雖存在於需役之建物上，並未取得該建物之所有權，而供役不動產仍為需役建物之從屬權利，且民法關於不動產役權尚無如地上權、農役權、典權等得為其他權利標的物之規定，自不能獨自由需役建物分離由配偶居住權人取得，亦不能因配偶居住權，而對供役不動產取得不動產役權。但解釋上，配偶居住權之建物，存有供役不動產物權者，配偶居住權人對該供役不動產亦可享有不動產役權之利益。換言之，配偶居住權效力（使用收益利益）應及於供役不動產[105]。

稱典權者，謂支付典價在他人之不動產為使用、收益，於他人不回贖時，取得該不動產所有權之權（民911條）。被繼承人因典權就他人之房屋有使用、收益權，並供為與生存配偶居住用。此類情形，就該典權上之建物，應可作為配偶居住權之標的。但不影響出典人之回贈權，且出典人不回贖時，其他繼承人因繼承成為典權人，並因不回贖其他繼承人取得該典物（建物）所有權，配偶居住權可繼續存在該建物上，以維護高齡配偶長久居住於家中之權。占有他人房屋，如有占有之正當權源者，應作相同之解釋。

㈡短期與長期配偶居住權分立

因應高齡配偶就婚姻住宅之居住權需求，日本法務省成立研究小組提出之檢討報告，有二個面向。第一、遺產分割前居住權之保護（稱為短期居住權）；第二、遺產分割終了後居住權之保護（稱為長期居住權）。

平成八年最高裁判例所建構之短期居住權，認為夫妻互負同

105 需役不動產所有人將其土地設定農役權予他人時，不動產役權亦隨同爲不動產農育權人所得享有；或以需役不動產設定抵押權時，其效力亦及於其不動產役權。參看謝在全，同註67，頁27。

居、協力及扶助義務（日民752條），為法律上最緊密關係之親屬，因而生存配偶本於占有輔助人資格，得於遺產分割前取得短期居住權。此種保護方法固有必要，但判例之援用仍有不足之處。例如該房屋因被繼承人以遺贈方式贈與他人，或以其他方式（如指定分割方法），由第三人取得所有權時，配偶將喪失其居住權[106]。因而立法上參考法國法制，制定短期居住權[107]。法國短期居住權，繼承開始時，法律上當然取得居住處所之居住權，及其上之動產（家具等）一年內之無償使用權[108]。

我國繼承制度採當然繼承主義，被繼承人死亡時被繼承人所有財產上權利義務概括由繼承人繼承（民1147條、1148條1項）。短期居住權如無立法創制，則於被繼承人死亡時起，生存配偶之使用該建物將成為無權占有，其他共同繼承人得請求返還。又因遺產分割時程有長期化現象，短期居住權期間，亦需詳為規劃檢討[109]，短期與長期居住權之具體內容，亦有不同，因而立法乃予分別規定。其區分，日本以遺產分割前後為基準。遺產分割協議達成或裁判分割裁判確定前，配偶就該建物有持續無償使用權，此為短期居住權。被繼承人如以遺囑指定生存配偶以外之人取得該建物所有權時，配偶在一定期間內，亦有無償使用權。又因短期居住權之期間較短，其取得正當性，來自於婚姻義務履行、婚姻住宅取得及維護有其貢獻分，以及避免短期居住權評價之繁雜，因此明定無償取得[110]，

106 日本中間試案の補足說明，保護方策，3頁。

107 日本中間試案の補足說明，保護方策，2-3頁。

108 日本中間試案の補足說明，保護方策，3頁註1。

109 遺產分割時程長期化，可能造成建物所有人及相關權利人之損害，日本法制研修，亦曾有相關檢討。詳請參考日本民法（相續關係部會），同註22，3頁。

110 平成八年最高裁判例，短期居住權，係依使用借貸法律關係爲解釋，亦認不

均與長期居住權需為價值評價，並自應繼分比例中扣除者不同。

二、短期居住權規範內容

㈠短期居住權立法理由

共同繼承關係，無論協議分割或裁判分割遺產，均需一定時間，如法無明文賦予配偶得無償使用屬遺產之建物，即成無權占有人。從此觀點，短期居住權取得，不無暫時性定暫時狀態法律關係性，允許配偶於遺產分割前有使用系爭房地之權利之意，為避免爭議此暫時處分性，應明確立法，非責由配偶循民事訴訟保全程序取得，兩者程序有異。又短期居住權既基於法定，效力應優先於依保全程序聲請之相關法院保全處分命令。換言之，系爭房地權利人以有短期居住權之配偶為相對人，聲請法院為保全處分者，法院核發之保全處分（如定暫時狀態處分），不得與之相反，或禁止配偶短期居住權之使用[111]。

被繼承人因遺贈或死因贈與，將建物贈與配偶以外之人，於移轉所有權予該人後；或配偶因拋棄繼承者，其繼續使用該建物，均屬無權占有，因此立法上，有明定由配偶當然取得短期居住權必要。即使法院裁判，命生存配偶需遷離該建物者，亦應使其享有至少半年以上遷離期間，以保護配偶之短期居住權，此有立法創設必要[112]。

須自應繼分中扣除其評價額。日本中間試案の補足說明，保護方策，5頁。

111 本文立法明確原則中所提問題：系爭房地關係人之保全處分（假扣押、標的物假處分、定暫時狀態處分處分）聲請之提出，立法時應明定所爲假扣押、標的物假處分及定暫時狀態之處分，不影響配偶之短期居住權。

112 參看松原正明，同註103，29頁。

㈡短期居住權之當然對抗第三人效力

短期居住權與長期居住權之取得方式不同。前者，立法上採法定當然取得制，以求明確；後者則應授權法官，審酌各種情勢後，決定是否創制配偶居住權，乃有不同。另者，短期居住權之對抗第三人效力，需立法明確規定，日本民法第1037條第2項規定，取得該居住建物所有權者，將建物所有權讓與第三人時，不妨害配偶之使用。長期居住權，為保護交易安全，則明定採登記對抗主義。

㈢短期居住權之性質

如前述，平成八年最高裁判例，短期居住權之法理係基於占有輔助及使用借貸關係取得，非承繼任何因繼承開始而發生之權利。且使用借貸權取得，亦非獲得被繼承人之生前贈與，因此短期居住權之法律性質或定性，學說認係類似於使用借貸關係之一種法定債權[113]。日本民法第1037條第1項，並特別註明，如只就建物之一部為無償使用者，則僅就該部分取得無償使用權。此種法定債權，與配偶身分關係有關，具有一身專屬性之財產權，無讓與性或可承繼性。

㈣短期居住權發生及其類型

短期居住權之發生與類型，日本民法第1037條規定，有二：

1. 共同繼承之遺產分割情形

日本民法第1037條第1項第1款規定，共同繼承人之生存配偶，繼承開始時已居住於屬被繼承人所有之建物者，該建物所有權因遺產分割確定日前，得無償使用。另因遺產分割程序或有迅速完畢可能，本款特別明定，自繼承開始之日起六個月，配偶有短期居住

113 松原正明，同註103，30頁。

權。以上兩種期間限制，配偶有選擇權。惟配偶自繼承開始時，就該建物已取得配偶居住權者（日民1028條長期居住權），則無成立短期居住權必要。

*2.*遺產分割以外情形

配偶於繼承開始時居住於該屬被繼承人所有之建物，有第1037條第1項第1款以外情形者，自同條第3項之居住建物取得者聲明之日起，除第1項第1款情形外，六個月內有短期居住權（同條1項2款）。依此，配偶縱有拋棄繼承權，或因應繼分指定，或有遺囑指定分割方法等情形，因該建物所有人為短期居住權消滅之聲明，而有喪失短期居住權可能，為保護配偶之短期居住權，本條第3項因而規定，配偶自該聲明之日起六個月內，有無償使用權。但配偶於繼承開始時已取得配偶居住權，或因欠缺繼承適格或喪失繼承權者，不在此限（本條1項本文後段）。因繼承失格者之短期居住權，不值得保護[114]。

㈤短期居住權之效力

配偶對於該建物，應依以前之用法，並本於善良管理人之注意義務，為使用收益（日民1038條1項）。短期居住權不得讓與他人（日民1041條準用1032條2項）。配偶須得其他全體共同繼承之同意，否則不得使第三人使用該建物（日民1038條2項）。配偶得就居住建物之使用收益目的為修繕（日民1041條準用1033條1項）；通常必要之修繕費用，由配偶負擔之（日民1041條準用1034條1項）。

114 松原正明，同註103，30頁。

㈥短期居住權之存續期間與消滅

自繼承開始時起至遺產分割終了前，配偶就該建物有無償使用權，此為短期居住權存續期間。配偶如故意以不當方法延滯分割之終了，造成其他繼承人或受贈人不利益情形，要否設定最長期間限制，可否循權利濫用法理解決，或明定逾一定期限時，應給付相當於租金之賠償金，日本民法並未規定，我國未來立法時，值得提出檢討。

短期居住權消滅原因，日本民法規定：配偶因使用方法違反規定，經建物所有人催告者（日民1038條3項）；生存配偶於短期居住權存續期間屆滿前死亡者（日民1041條準用597條3項）；未得其他繼承人同意使第三人使用，或配偶已取得長期居住權（日民1039條）。短期居住權消滅後，配偶應返還該建物（日民1040條1項），並負回復原狀義務[115]。又配偶對該建物負善良管理人注意義務，如有毀損滅失者，應負損害賠償責任，因其性質類似於使用借貸關係，我國未來立法，可明定準用民法第468條規定。如因添附而增加之有益費用，建物所有人要否予以補償問題。我國民法第469條第2項規定，使用借貸之借用人就借用物支出有益費用，因而增加該物之價值者，應償還其費用（準用日民431條1項）。借用人就借用物所增加之工作物，得取回之，但應回復借用物之原狀（日民469條3項）。日本民法第1041條明定（準用日民1033條1項規定），配偶得就居住建物之使用、收益為必要之修繕，而通常之必要費用由配偶負擔，即無返還必要修繕費用問題；有益費用之返還要否補償，準用後述長期居住權（日民1041條準用1034條、583條2項）。

115 日本中間試案の補足說明，保護方策，6頁。

三、長期居住權之規範內容

㈠立法理由

遺產分割審判實務，高齡生存配偶為共同繼承人時，常向法院表達繼續居住原來住宅之意願其居住之建物為分割標的，因其已習於原婚姻住宅之現狀與周圍環境，法院限於應繼分比例，如將該住宅分割予其取得，必減低其他財產（現金、有價證券）等財產之分配，難以兼顧，為確保配偶居住權及維持其晚年生活資金來源，有創設配偶長期居住權必要。長期居住權立法之特殊理由，不在於遺產分割時，將該住宅分割予生存配偶獲得所有權，在應繼分不變前提下，以取得使用收益權為目的，減低評價額，增加得就遺產中之金錢、有價證券等，供往後日常生活所需[116]。長期居住權雖得由被繼承人生前意思表示使生存配偶取得，亦得以指定遺產分割，或以遺囑、死因贈與方式[117]，生存配偶亦得與其他繼承人成立使用借貸關係。此類方式均有其缺漏與不足，如對抗第三人效力。日本民法第1029條第1款，家事法院因共同繼承人之合意由配偶取得居住權，法定效力，有對抗第三人效，此與成立使用借貸契約，兩者性質及效力，有所不同。又無論裁判分割或協議分割，日本學說固持肯定見解居多，但實務上見解歧異，明文承認所有權與使用權分離之分割方式，有立法創制長期居住權之意義與必要性。

㈡成立要件

配偶長期居住權之權利主體與客體，與短期居住權並無不同。長期居住權成立原因有二，以日本為例，其民法第1029條第1款，受理遺產分割請求審判之家事法院，得依共同繼承人之合意，使配

116 此方面之理由，可參閱日本中間試案の補足說明，保護方策，8頁。
117 松原正明，同註103，24頁。

偶者取得居住權。此類情形，既因共同繼承人之合意，當不生任何問題。共同繼承人不為合意，配偶有此期望時，本條第2款乃授權家事法院得為裁量決定。

本條第2款係立法授權家事法院裁量決定，非當然取得。長期居住權取得始點，自裁判分割確定時起發生效力。本款由法官行使裁量權規定，並非空白授權，為避免裁量濫用並符合立法明確或授權明確原則，明定裁量應審酌之因素，因為長期居住權係終身權利，對居住建物所有者言，不能為建物之使用收益，且造成轉讓困難與標的價值減損，當然蒙受重大不利益，係對財產所有權之限制，應為法律保留（已如前述）。長期居住權之取得，本款所列法官應審酌之因素，當慮及居住建物所有者所受不利益程度，及維持配偶生活目的之必要性等。學者則具體指出，該因素包括配偶之年齡、健康、轉居生活是否顯有困難，及長期居住權之可能時間長短等[118]。從建物所有人權益保護觀點，長期居住權有如該建物存在長期間之租賃關係，所有人如有自行使用該屋之需求，或有更值得保護之法益，如該建物為滿足自己基本生活，或因本身特殊用途（身心殘障者）種種人性尊嚴需求時，法院審酌兩造利益後，亦得不為長期居住權之裁判[119]。質言之，配偶長期居住權屬相對權，法院有裁量權，此與短期居住權係當然取得者有別。

㈢長期居住權之登記

長期居住權係因遺產分割而取得，無論其因共同繼承人之合意或法院之裁量分割，於配偶與建物所有人間有直接效力，但與第三人間基於保護交易安全，需於外觀上具公示作用方式，不動產之公

118 松原正明，同註103，25頁。
119 松原正明，同註103，25頁。

示方法以登記方式為原則，惟何人為登記義務人，建物所有人或配偶居住權人，立法上應明確。日本民法第1031條第1項規定，建物所有人有配合設定居住權登記義務，即義務人為建物所有人。同條第2項規定，居住權經登記後，準用第605條關於不動產租賃登記，有對抗不動產物權取得人之效力。所有人未為居住權之登記或不配合登記，致因信賴登記而與之交易第三人受損害者，應負賠償責任[120]。經登記之長期居住權，得以對抗第三人[121]。如未登記，有無對抗效，此時只能循有關使用借貸、不動產租賃有無物權效之理論解決。理論方面，本文前已說明，不再贅述。

㈣長期居住權之法性質

長期居住權之性質，日本民法第1036條明定準用使用借貸及租賃關係（準用日民597條1項、3項、600條、613條、616條之2）。長期居住權係因遺產分割而取得，並自應繼分中扣除其評價額，相當於以對價關係取得，此與租賃權性質相當，是一種法定之債[122]。從此觀點，長期居住權將具經濟上利益，可被列入具有相當於財產價值額之繼承物[123]。配偶者，如因遺贈或死因贈與取得長期居住權，亦係一種獲得經濟上之利益，具體應繼分之計算，需列為特別受益（歸扣）。但二十年以上婚姻之夫妻，被繼承人以配偶居住權作為遺贈或死因贈與時，得推定係表示免除應自應繼分中剔除其評價額（可適用日民903條4項）[124]。

---

120 松原正明，同註103，25頁，(3)ア。
121 松原正明，同註103，25頁，(3)イ。
122 松原正明，同註103，26頁。
123 松原正明，同註103，26頁。
124 松原正明，同註103，26頁。

㈤期間、效力及消滅、返還

長期居住權屬配偶終身期間權利，但遺產分割已有協議，或遺囑另有所定，或家事法院於遺產分割審判時，別有酌定者，則長期居住權之期間，依協議、遺囑所定或法院之決定（日民1030條）。取得長期居住權之配偶，就該建物得為使用收益（日民1038條、1032條）。配偶者應依從前之用法，以善良管理人注意義務使用收益。有疑義的，配偶者對該建物固有使用權，惟有無收益權？日本研修小組於中間試驗報告，係指使用權而言，至於收益權、處分權認應被排除[125]。另依法制審議會之討論，配偶經建物所有人之承諾，得將配偶居住權讓與他人，惟配偶居住權是以保護配偶本身之繼續性居住關係為規範目的，其讓與已超出制度建制目的，因此被認為無法與制度旨趣整合，而未被採納，並明文禁止之。雖則如此，或將衍生另一爭議，因長期居住權之有償性，有財產價值額之評價，雖明定禁止讓與（日民1032條2項），惟如因終止長期居住權而收回建物時，要否返還該財產評價額[126]。配偶非經建物所有人同意，不得為建物之改建、增建或使第三人使用收益（日民1032條3項）。如有違反，經建物所有人催告後，得以意思表示使配偶居住權消滅（日民1032條4項）。配偶因居住使用收益需要，得為建物之修繕（日民1033條1項）。有修繕必要時，配偶於相當期間內不為修繕時，建物所有人得為修繕（日民1033條2項）。建物有修繕之必要（除配偶之自行修繕外），或第三人對該建物有權利主張時，配偶應速通知所有人（同條3項）。建物之通常必要費用，由配偶負擔（日民1034條1項），通常必要費用以外之費用，則由所有人負擔（日民1034條2項準用583條2項）。

125 日本中間試案の補足說明，保護方策，9頁。
126 松原正明，同註103，25頁。

長期居住權消滅時，配偶應返還該居住建物，但配偶如為建物之共有人時，所有人不得請求返還（日民1035條1項）。長期居住權相關之時效期間，即日本民法第599條第1項、第2項（使用借貸因借主死亡之返還請求權）及第621條之規定（損害賠償及費用償請求權）時效期間之規定，於繼承開始後成為有附屬物之居住建物，或繼承開始後所生之損害，亦準用之（日民1035條2項）。

㈥長期居住權之金錢評價

長期居住權涉及遺產價值額與遺產稅之課徵，日本於中間試驗報告曾提出檢討[127]。長期居住權基本上對配偶而言，並非無償取得，需自配偶應繼分中扣除，但扣除額以何標準計算，為長期居住權最困難部分。長期居住權，僅取得居住建物使用權，無收益權（如出租、轉租），亦無處分權，且居住權無讓與性、可繼承性，自不應與租賃權作相同之評價基準（應少於租賃權）。又居住權係對建物所有權權能之限制，於配偶死亡時居住權消滅，因此受配偶之年齡、健康或遷移他處可能性（安養、子女接養）等主客觀因素影響，此為評估價值額重要因素。至於要否列入遺產範圍，涉及遺產稅課徵，有待立法決定。

捌、結　論

我國已進入高齡社會，因配偶一方死亡而開始之繼承，他方配偶為共同繼承人時，常因遺產分割必需遷離其長久居住之婚姻住宅，重新適應新環境，為保障高齡配偶繼續居住於原住所期待，法院透過裁量權，採分別共有分割方案，惟最終效果有限。且高齡者

127 日本中間試案の補足說明，保護方策，11-12頁。

晚年生活資金來源常來自於繼承關係，受法定應繼分比例限制，縱將該住宅所有權分配由其取得，亦壓縮其他財貨比例，難以維持晚年生活所需。對高齡生存配偶而言，遺產分割最佳方案，乃令其取得原婚姻住宅之永久居住權即足，一面滿足其繼續居住之期待，亦可兼顧未來生活資金所需。高齡配偶法定居住權法制創設之基本概念與「以房養老」方案有異曲同工之妙，只是基本原理不同。前者以原本可因遺產分割取得之建物所有權（含持分）換取其他財貨分配比例；以房養老係以現有住宅，作為擔保轉換為生活資金，最終將所有權歸銀行業或國家政府，惟兩者之保障其永久居住權不變。

高齡配偶居住權保障，多因遺產分割而生（或遺贈），為兼顧永久居住利益及生活資金獲得，其分割方式需將住房所有權與用益權分離，配偶取得用益權。住房用益權亦係人對物之支配關係，實質結果對物權法規範效果及理論有一定程度影響。具物權效之高齡配偶居住權，本質為居住人役權類型，亦係高齡配偶對婚姻義務之履行，潛在於該婚姻住宅貢獻分之取回，不無婚姻財產、死後扶養性格，加以其因配偶身分關係，而有一身專屬性，可徵配偶居住權係身分法與物權法理論之交錯。因此法制之創制，究以民法繼承編或以物權編為修法對象，需先妥適規劃抉擇。

再自高齡者居住權保障立法，亦係履行國際公約揭示之高齡者有繼續居住於自己家中之權利，有最低生存權保障意義，法規範制度本身有社會法性格，無論選擇於物權編或繼承編作立法創制對象，為完成配偶居住權保障立法義務之履行，均需賦予物權對抗效。此外，有立法保障居住權之受益主體，原不以高齡配偶為限，其他如身心障礙者、弱勢族群等，為達統合規範具人役權性質之居住權保障，立法技術面藉民法物權編中增列居住人役權，應屬未來立法最佳選擇方案。但物權編甫於二〇一〇年修訂未幾，人役權經討論未被採納，不無遺憾，加以人役權本即在限制所有權之用益

權，於我國傳統思維役權以增加供需役不動產之經濟價值為主流，物權編增訂居住人役權構想，或非短期所能實現。鑑於此，高齡配偶居住權之現實需求，已常見諸於民事審判實務，修法恐急，目前以繼承編為修法對象，採最小幅度修正原則，兼顧法安定性，在不改變配偶應繼分比例前提下，僅就原來婚姻住宅明定高齡配偶居住權取得，並賦予物權效，以登記作為公示方法，應為現階段最妥適對策。此為日本二〇一八年增訂配偶居住權採取之方略，頗值我國參考。

法制創設配偶居住權規範之具體內容，應明確權利主客體、對第三人效力，再因遺產分割前或後，配偶居住權取得原因不同。短期居住權為法定，不無法定定暫時狀態處分性，效力應優先於依保全程序所聲請之保全處分。長短期居住權性質不同，應分別規定。短期居住權係婚姻義務履行之對價，以無償為原則，可準用使用借貸關係。長期居住權成立原因，得依共同繼承人之合意，有居住人役權特性。如未能達成合意，需授權法官審酌各種情事後決定，因有終身權利性，為降低所有人之不利程度，採有償制，自配偶應繼分中扣除，價值評價基準，屬專業領域。配偶居住權具一身專屬性，無可讓與性，性質上與用益物權之具財貨價值不同。

最後應再提出者，處於高齡社會，具物權效居住權之保障，創設出所有權與用益權分離，高齡者以房地所有權轉換為終身用益權，以獲取晚年生活資金來源，對高齡者生命尊嚴及居住正義維護，有正面意義，本文所提高齡生存配偶法定居住權法制創設，亦是一種「以房養老」新概念思維。

參考文獻

一、中 文

1. Karl Larenz著，陳愛娥譯，法學方法論，2013年8月。(Karl Larenz [auth.], Ai-Er Chen [trans.], *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (2013).)
2. Manfred Wolf著，吳越、李大雪譯，德國物權法，2006年9月。(Manfred Wolf [auth.], Yue Wu & Ta-Hsueh Li [trans.], *Sachenrecht* (2006).)
3. 王澤鑑，民法物權（用益物權・占有），第二冊，2002年2月。(Tze-Chien Wang, *Civil Law—Rights in Rem* (*Usufruct and Possession*)*(II)* (2002).)
4. 王澤鑑，買賣不破租賃：民法第四二五條之適用、準用及類推適用，載：民法學說與判例研究㈥，頁193-226，2002年3月。(Tze-Chien Wang, *Kauf bricht nicht die Miete: The Application, Mutatis Mutandis Application, and Analogous Application of Civil Code § 425, in*: THEORIES AND JUDICIAL CASES OF CIVIL LAW (VI), 193-226 (2002).)
5. 吳從周，債權物權化、推定租賃關係與誠信原則——最高法院九五年第十六次民事庭會議決議評釋，台灣法學雜誌，111期，頁1-25，2008年9月。(Chung-Jau Wu, *Reified Contract, Presumed Lease, and the Doctrine of Good Faith: Comments on Supreme Court Resolution of the 16th Civil Panels Conference of 2006*, 111 TAIWAN LAW JOURNAL, 1-25 (2008).)
6. 林大洋，使用借貸對第三人之效力——實務上相關見解在法學方法上之探討，法令月刊，59卷4期，頁4-16，2008年4月。(Da-Yang Lin, *The Effects to the Third Party of Commodatum—Methodological Issues in Pratices,* 59(4) LAW AND REGULATION MONTHLY, 4-16 (2008).)
7. 林秀雄，繼承法講義，2005年11月。(Hsiu-Hsiung Lin, *Handout of Succession Law* (2005).)
8. 法務部編，公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利公約、一般性意見，2002年12月。(Ministry of Justice ed., *General Comments on International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)* (2002).)

元照出版提供 請勿公開散布

9. 洪遜欣，中國民法總則，1987年1月。(Shun-Shin Hong, *General Principles of Civil Law of The Republic of China* (1987).)
10. 孫憲忠，德國物權法，1999年8月。(Shian-Chung Sun, *Germany Civil Code-Property* (1999).)
11. 陳朝壁，羅馬法原理（上），1979年12月。(Chao-Bi Chen, *Principles of Roman Law (I)* (1979).)
12. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，2004年9月。(Chi-Yen Chen, Tzong-Leh Hwang & Jen-Kong Kuo, *Civil Law：Family* (2004).)
13. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法繼承新論，2016年3月。(Chi-Yen Chen, Tzong-Leh Hwang & Jen-Kong Kuo, *Civil Law: Succession* (2016).)
14. 黃詩淳，日本繼承法修正動向：高齡社會中的生存配偶保障，載：民事法的學思歷程與革新取徑——吳啓賓前院長八秩華誕祝壽論文集，頁363-386，2017年12月。(Sieh-Chuen Huang, *The Direction of the Amendment of the Japanese Succession Law－Protection for the Surviving Spouse in an Aged-Society*, *in*: THE DEVELOPMENT AND FUTURE INNOVATION OF CIVIL LAW－FESTSCHRIFT IN HONOR OF FORMER SUPREME COURT CHIEF JUSTICE CHII-PIN WU, 363-386 (2017).)
15. 楊宏暉，我國人役權之立法芻議——兼論德國法之介紹，載：物權法之新思與新為——陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集，頁309-338，2016年8月。(Hung-Hui Yang, *On the Legislation of Personal Servitude in Taiwan with Reference to the Civil Code of Germany*, *in*: NEW THOUGHTS AND NEW DEVELOPMENT OF PROPERTY LAW－FESTSCHRIFT IN HONOR OF PROF. JUNG-LUNG CHEN'S 60TH BIRTHDAY, 309-338 (2016).)
16. 詹森林，最高法院關於二〇〇二年契約法裁判之研究，台灣本土法學雜誌，52期，頁89-106，2003年11月。(Sheng-Lin Jan, *On the Decisions of Supreme Court Taiwan About Contractual Disputes in 2002*, 52 TAIWAN LAW JOURNAL, 89-106 (2003).)
17. 蔡明誠，民法物權編地役權修正草案之評析，法學叢刊，213期，頁53-76，2009年1月。(Ming-Cheng Tsai, *A Study on the Draft Amendment of Real Servitudes in the Taiwan Property Law*, 213 LAW JOURNAL, 53-76 (2009).)

18.戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，繼承法，2013年8月。(Yan-Hui Tai, Tong-Schung Tai & Yu-Zu Tai, *Succession Law* (2013).)
19.謝在全，民法物權論（下），2014年9月。(Tsay-Chuan Hsieh, *The Civil Code (II): Law of Property* (2014).)
20.謝哲勝，租賃的推定，台灣本土法學雜誌，78期，頁107-116，2006年1月。(Zhe-Sheng Hsieh, *Presumption of Lease*, 78 TAIWAN LAW JOURNAL, 107-116 (2006).)
21.簡資修，買賣（讓與）不破租賃及其類推適用：長期投資保障觀點之分析，政大法學評論，78期，頁121-145，2004年4月。(Tze-Shiou Chien, *Buyer vs Lessee and Its Analogical Reasoning: A Perspective of Long-term Investment*, 78 CHENGCHI LAW REVIEW, 121-145 (2004).)
22.蘇永欽，尋找新民法，2008年9月。(Yeong-Chin Su, *The Searching for New Civil Law* (2008).)
23.蘇永欽，非線性的體系思考，載：尋找新民法，頁545-549，2014年6月。(Yeong-Chin Su, *Non-linear Thinking*, *in*: THE SEARCHING FOR NEW CIVIL LAW, 545-549 (2014).)

二、日　文

1.大場浩之／鳥山泰志／水津太郎／根本尚德合譯『ドイツ物權法』（原著*Wolf/Wellenhofer*, Sachenrech）弘文堂（2016年11月）。
2.中川淳編『現代家族の法學』日本加除出版株式會社（2000年4月）。
3.中川善之助著『身分法の總則的課題』岩波書店（1941年）。
4.日本法制審議會民法繼承關係部會研修小組（報告書）『民法（相續關係）等の改正に關する中間試案の補足說明』（2015年2月）。
5.水波朗譯著『權利論』（原著J. Dabin, Droit subjectif, Paris, Dalloz, 1954.）創文社（1977年9月）。
6.末川博『權利侵害と權利濫用』岩波書店（1978年2月）。
7.石田喜久夫『口述物權法』成文堂（1998年12月）。
8.竹中勳「高齡者と人權保障・憲法學」法律時報77卷（2005年5月）。

元照出版提供，請勿公開散布

*9.*林良平『注釋民法(8)物權(3)』有斐閣（1965年6月）。
*10.*林良平／大森政輔編『注解判例民法親族法・相續法』青林書院（1992年7月）。
*11.*松原正明「配偶者居住權に關する實務上の諸問題」法律のひろば71卷特集民法（相續分野）の改正（2018年12月）。
*12.*高島平蔵『物權法制の基礎理論』敬文堂（1986年6月）。
*13.*高窪喜八郎／片山金章合編『學說判例總覽民法物權編（上）』中央大學出版社（1971年6月）。
*14.*齋藤秀夫／菊池信男編『注解家事審判法』青林書院（1992年3月）。
*15.*関川芳孝「高齢者に對する居住保障について」法律時報77卷（2005年5月）。

元照出版提供　請勿公開散布

Study on Legal Right of Habitation at Marital Home for Elderly Surviving Spouses

Ta-Liang Wei*

Abstract

As aged society is now a reality in Taiwan, one of the most common civil procedure cases nowadays involves the house in which the couple lived during their marriage became a jointly inherited property due to the death of one of the spouses (who served as the registered holder of the house). And the surviving spouse was forced to move out of the house and adapt to a new environment due to the division of the inherited property. In order to allow the elderly surviving spouses to live in the original marital home, the legal system should specifically establish a law that grants them the legal right of habitation, allowing them to stay in their original house. The legal right of habitation is not created to allow the surviving spouse to obtain the ownership of the house. Rather, it only grants the right of permanent habitation. The percentage of the cash inheritance that the surviving spouse can obtain will thus be increased, fulfilling the need for the spouse's living cost. While the function of this right is similar to the

* Supreme court Judge; National Taiwan University the Graduate Institute of Law College of Law.

Received: October 24, 2020; accepted: January 21, 2021

reverse mortgage, it challenges the traditional “unity of rights and powers” thinking of the inheritance division method—as the ownership of the real estate is separated from the usufruct, and both are owned by different subjects of right. The nature of right is close to the personal servitude of habitation. Since personal servitude does not exist in Taiwan’s property low, the establishment of the elderly surviving spouse’s right of habitation may refer to the revised 2018 Japanese Civil Code regarding the newly established legal right of habitation for the surviving spouse.

Keywords: Elderly Surviving Spouse, Personal Servitude of Habitation, Right of Long-Term Habitation, Reverse Mortgages, Aged Society, Reified Contractual Rights, Separation of Rights and Powers, Partition of a Succession, Right to Adequate Housing, Personal Servitude

元照出版提供，請勿公開散布