

# 父母以其未成年子女房产设定抵押行为的效力<sup>\*</sup>

## ——最高人民法院相关判决评析

夏昊晗<sup>\*\*</sup>

内容摘要:未成年人为其名下房产所有权人,不宜将父母出资购买而登记在其名下的房产认定为家庭共有财产。父母抵押该房产的行为,应推定为非为子女利益,除非相对人确能证明系为子女利益。非为子女利益的抵押行为不属于无权处分行为。父母的追认亦无从令子女自行实施的非为其利益的抵押行为生效。现行法给未成年人提供的救济有限,一概认定抵押行为有效缺乏正当性。宜将非为子女利益订立的抵押合同定性为超越对法定代理权之法定限制无权代理行为,于此并无表见代理适用的空间,唯子女成年后的追认可令其生效。

关键词:非为子女利益 抵押 追认 强制性规定 无权处分 无权代理

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2018.05.017

### 一、问题的提出

随着我国经济的快速发展,未成年人通过继承、赠与等方式取得房产所有权的情况激增。父母出于各种考虑将房产登记在其未成年子女名下的情况也日益普遍。由于房产抵押贷款最受银行欢迎,父母以其未成年子女名下房产设定抵押的现象遂大量涌现。随之而来的问题是:如何认定此种抵押行为的效力?<sup>①</sup>虽然《民法通则》第18条第1款和《民法总则》第35条第1款明文规定:非为被监护人利益,监护人不得处理(处分)其财产。<sup>②</sup>但是,对于何种行为系“为被监护人利益”,监护人“非为被监护人利益”处分其财产行为的效力又该如何认定,现行法并无明文。该问题在司法实务上遂成为一个日益突出却又异常棘手的问题。<sup>③</sup>就目前所见,最高人民法院就此问题制作了一份复函和五份裁判文书,其中所体现的裁判见解殊为不同,基本可以反映当前司法实践中存在的裁判分歧现状。本文拟结合学理对最高人民法院的这些相关判决进行评析,并对相关的法律适用问题提出完善意见。

### 二、法律适用的歧途

在认定父母以其未成年子女名下房产设定抵押行为的效力问题上,最高人民法院在不同案件中所采用的理论构成并不相同。其中的法定代理人追认有效论、管理性强制性规定论和无权处分论在法律适用上可

\* 本文系2014年度国家社会科学基金重大项目“中国民法重述、民法典编纂与社会主义市场经济法律制度的完善研究”(14ZDC018)的阶段性研究成果。

\*\* 中南财经政法大学讲师。

① 应予说明的是,由于我国通说不承认物权行为的独立性及其无因性,此处之抵押行为系指抵押合同而言。参见梁慧星、陈华彬:《物权法》第5版,法律出版社2010年版,第101—108页;王利明:《物权法》,中国人民大学出版社2015年版,第56页。

② 《民法通则》第18条第1款规定:“监护人应当履行监护职责,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益,除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产。”《民法总则》第35条第1款规定:“监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护职责。监护人除为维护被监护人利益外,不得处分被监护人的财产。”

③ 在北大法宝、中国裁判文书网的检索结果表明,在2012—2017年间,涉及此问题的案件近120件,其中许多案件经过一审、二审甚至再审程序。

谓是误入歧途。

### （一）法定代理人追认有效论

在未成年子女系限制行为能力人，而父母和未成年子女又共同于抵押合同签字的情形中，最高人民法院所采取的裁判思路是，适用《合同法》第 47 条的规定，<sup>④</sup>认为抵押合同因法定代理人追认而有效。

#### 1. 最高人民法院的相关裁判

在“杨育霖、鞍山银行股份有限公司等金融借款合同纠纷申请再审案”中（以下简称“杨育霖案”），<sup>⑤</sup>限制行为能力的未成年人杨育霖之父母以三人共有之房产为第三人的借款设定抵押，三人均于抵押合同上签字。最高人民法院认为抵押合同是杨育霖对房产份额的自行处分，并非是法定代理人处分限制行为能力人财产的代理行为，进而将其父母的签字视为法定代理人的追认，从而根据《合同法》第 47 条认定抵押合同有效。

#### 2. 法定代理人追认有效论的误区

在上述“杨育霖案”中，对案涉抵押是否系“为被监护人利益”，最高人民法院未作进一步的审查。言外之意似乎在于，对限制行为能力的未成年人所实施的法律行为，父母作为法定监护人行使同意权或追认权时无需受《民法通则》第 18 条第 1 款和《民法总则》第 35 条第 1 款“非为被监护人利益不得处分其财产”的限制。这一猜测在“白耀威、李素敏与辽宁葫芦岛连山农村商业银行股份有限公司城北支行抵押借款合同纠纷申请再审案”中得到了印证。<sup>⑥</sup> 在这一涉及父母抵押限制行为能力之成年子女房产的案件中，最高人民法院明确指出，监护人并不是直接代理被监护人行使权利，而是对其行为的确认，不属于监护人滥用代理权处理被监护人财产的情形。

揆诸《民法总则》第 19 条和第 35 条、《民法通则》第 18 条第 1 款和《合同法》第 47 条的立法宗旨，最高人民法院的此种意见有待商榷。为保护未成年人利益，《民法总则》第 19 条和《合同法》第 47 条均规定，限制行为能力人除了可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为外，实施其他民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认。父母依照此规定对未成年子女抵押其房产的行为表示同意或者进行追认，实质上构成处分其未成年子女财产的一种形式，在本质上与父母自己处分未成年子女的财产并无不同。既然如此，此种同意或追认行为自应受《民法总则》第 35 条第 1 款和《民法通则》第 18 条第 1 款规定的限制，即：非为未成年子女利益，不得同意或追认其自行处分自己财产的行为。因此，未成年人所实施之对其自己不利的法律行为，纵然获得其父母的同意或追认，也因与该两条保护限制行为能力人利益之立法精神抵触，不得认其有效。<sup>⑦</sup>

应予注意的是，如果认为父母作为法定代理人的追认行为无须受“非为未成年子女之利益不得处分其财产”的限制，那么父母和相对人通过父母与未成年子女共同签字的方式，可以很轻易地规避《民法总则》第 35 条第 1 款和《民法通则》第 18 条第 1 款所设定的限制，保护未成年人利益的立法目的势必完全落空。

### （二）管理性强制性规定论

最高人民法院的另外一种裁判思路是，以《民法通则》第 18 条第 3 款规定了监护人不当处分被监护人财产的救济措施为由，认为父母非为子女利益处分财产对抵押合同的效力并无影响。

#### 1. 最高人民法院的相关裁判

在“黄韵妃与华夏银行股份有限公司深圳天安支行、昶皓照明股份有限公司、上赫股份有限公司、黄恒燊、温小乔一般担保合同纠纷申请再审中”（以下简称“黄韵妃案”），<sup>⑧</sup>最高人民法院即采取此种裁判思路，认

<sup>④</sup> 《合同法》第 47 条第 1 款规定：“限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。”

<sup>⑤</sup> 最高法(2016)民申 900 号民事裁定书。

<sup>⑥</sup> 最高法(2013)民申 344 号民事裁定书。

<sup>⑦</sup> 在(2012)浦民一(民)初字第 2618 号民事判决书中，法院明确指出，被监护人自己签订买卖合同，若对其不利益，监护人的追认亦无效。台湾法院亦持此种见解，参见台北地方法院 97 年度诉字第 3879 号民事判决书。在德国，对于须经家事法院许可方能实施的法律行为，监护人进行追认也要经过家事法院许可。参见施瓦布：《德国家庭法》，王保荪译，法律出版社 2010 年版，第 350 页；MüKoBGB/Kroll—Ludwigs, § 1821, Rn.6.

<sup>⑧</sup> 最高法(2014)民申 308 号民事裁定书。

定案涉抵押合同有效。案涉抵押房屋系父亲黄恒燊出资购买,登记为黄恒燊与其未成年女儿黄韵妃按份共有。后黄恒燊、温小乔(母亲)以该房屋为前者任法定代表人的公司所借款项提供抵押,黄韵妃在抵押合同上的签字系温小乔代签;二人并向银行出具了不损害未成年人利益的声明。最高人民法院认定抵押合同有效,其所持理由主要为:黄韵妃系限制民事行为能力人,其母亲温小乔以监护人的身份代其签订抵押合同并不违反法律禁止性规定;即便监护人温小乔代黄韵妃签订抵押合同的行为损害了黄韵妃的利益,《民法通则》第18条第3款也仅规定由监护人来承担相应责任,而非由此否定合同效力并由合同相对人承担责任。<sup>⑨</sup>

## 2. 未成年人救济的非充足性

在“黄韵妃案”中,最高人民法院明确表明,即便父母的抵押行为损害未成年子女利益,未成年子女亦只能要求其父母承担责任,而无权主张抵押合同无效。最高人民法院似乎倾向于认为,《民法通则》第18条第1款并非效力性强制性规定,<sup>⑩</sup>违反之并不导致行为无效,而之所以可不认定为无效,原因在于《民法通则》第18条第3款已经给未成年人提供了救济渠道,此时当然应该优先考虑交易安全之保护。最高人民法院的此种见解影响了诸多法院的判决。<sup>⑪</sup>我国台湾地区学界通说亦认为,“父母非为子女利益所为之处分对第三人仍属有效,惟父母应依委任之规定,对子女负损害赔偿责任,既可保护交易之安全,复可防止父母滥用处分权,保全子女之利益”。<sup>⑫</sup>

问题是,支持最高人民法院此种见解的前提并不存在。现行法虽然为未成年人提供了救济渠道,但是缺少保障未成年人财产权得以实现的保障性措施和程序性规定,不足以充分有效保护未成年人的利益。从现行法律规定来看,当父母非为其利益处分其财产时,未成年人的救济途径有二:一是,根据《民法总则》第34条第3款(《民法通则》第18条第3款)的规定,要求父母为侵害其合法权益的行为承担责任或赔偿损失。二是,根据《民法总则》第36条(《民法通则》第18条第3款)的规定,主张撤销其父母的监护人资格。这两种救济方式均有其局限。就第一种救济方式而言,囿于诉讼行为能力的限制,<sup>⑬</sup>未成年人唯有待成年后方可通过诉讼途径向其父母索赔,显然缓不济急。考虑到父母子女之间的血亲关系,未成年人成年后也几乎不可能这样行事。<sup>⑭</sup>这也是为什么在司法实务中,未成年人往往采取请求法院认定抵押无效的方式来保护自己的利益。何况,父母以未成年子女之财产设定抵押之行为是否构成侵权,往往难以认定。<sup>⑮</sup>依据通说,父母以与处理自己事务为同一之注意义务管理未成年子女的财产即为已足。<sup>⑯</sup>父母实施抵押行为是否违反该注意义务,殊难判断。就第二种救济方式而言,鉴于父母子女关系,加之国家监护不足,若无其他特殊情事,有权申请撤销监护人资格的个人或有关机构以抵押损害未成年人财产权益为由申请撤销的可能性恐怕微乎其微,<sup>⑰</sup>毕竟此时撤销父母监护人之资格对未成年人未必有利。何况,在父母非为子女利益以其房产设定抵押的情形,能够据以申请撤销监护人资格的事由应为《民法总则》第36条第1款第3项所规定之“严重侵害被

<sup>⑨</sup> 作为强化论证,最高人民法院指出,父母以未成年人名下财产抵押借款并出具不损害其利益的声明,在获得贷款之后又以损害未成年人利益为由主张合同无效,该抗辩理由属恶意抗辩,违背诚实信用原则。

<sup>⑩</sup> 部分法院明确指出,《民法通则》第18条第1款并非效力性强制性规定:(2012)浙温商外初字第308号民事判决书;(2013)衢江商再字第2号民事判决书;(2014)衢柯花商初269号民事判决书(2015)苏中商终字第01230号民事判决书;(2017)苏05民终7469号民事判决书。

<sup>⑪</sup> (2014)黄浦民五(商)初字第9512号民事判决书;(2015)桂民申字第1029号民事裁定书;(2015)沪二中民六(商)终字第140号民事判决书;(2016)赣05民终237号民事判决书;(2016)湘民再174号民事判决书;(2016)京01民申331号民事裁定书;(2017)粤07民终1388号民事裁定书;(2017)粤01民终5671号民事判决书;(2017)皖民终383号民事判决书;(2017)沪02民终578号民事判决书;(2017)沪0115民初52076号民事判决书;(2017)川0303民初61号民事判决书。

<sup>⑫</sup> 陈棋炎、黄宗乐、郭振恭:《民法亲属新论》,(台湾)三民书局2014年版,第408页。

<sup>⑬</sup> 《民事诉讼法》第57条规定:“无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。法定代理人之间互相推诿代理责任的,由人民法院指定其中一人代为诉讼。”

<sup>⑭</sup> 参见解巨:《论监护关系中不当财产管理行为的救济——兼论‘利益相反’之概念的必要性》,载《比较法研究》2017年第1期。

<sup>⑮</sup> 同上注,解巨文。

<sup>⑯</sup> 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第673页。

<sup>⑰</sup> 《民法通则》第18条第3款规定了监护资格撤销制度,但是撤销监护资格案件于2015年始出现。

监护人合法权益的其他行为”,然是否满足此要求,亦难以决断。虽有判决支持之,<sup>13</sup>但是否妥当,尚不无斟酌余地,若无其他特殊情况,仅剥夺财产管理权也许更为妥当。<sup>14</sup>此外,撤销父母的监护资格对于未成年人所遭受的损害也不过是亡羊补牢,为时已晚。

职是之故,一旦认定抵押行为有效,很可能导致未成年人利益不可逆地受损。<sup>15</sup>因此,以未成年人可以根据《民法通则》第18条第3款寻求救济为由认定父母非为其利益设定抵押的行为有效,间接将《民法通则》第18条第1款定性为管理性强制性规定,有待商榷。

但是,并不因此意味着,许多地方法院以抵押行为违反《民法通则》第18条第1款的(效力性)强制性规定为由认定其无效的作法值得赞许。<sup>16</sup>借用朱庆育教授在分析《公司法》第16条时的说法,“问题的关键其实不在于何种定性更为准确,而在于,在效力性与管理性强制规定二分格局下的讨论,根本就是错置找法路径。”<sup>17</sup>如前文所述,《民法通则》第18条第1款或《民法总则》第35条第1款之违反,属于逾越法定代理权的法定限制,构成无权代理。所涉合同固然可能无效,但非因违反效力性强制性规定而无效,而是因为未得到未成年子女成年后的追认。<sup>18</sup>

### (三)无权处分论

最高人民法院尚有一种裁判思路是,先将抵押行为定性为无权处分,然后考察是否构成善意取得。

#### 1. 最高人民法院的相关裁判

在“最高人民法院关于中国信达资产管理公司福州办事处与张景宗、雷珊珊、张琪琪、厦门正丰源保税有限公司借款合同纠纷一案请示的复函”中(以下简称“张琪琪案”),<sup>19</sup>最高人民法院就此问题首次表态。在该案中,张景宗以自己及其九周岁女儿张琪琪的名义购买房屋,其后以该尚未办理登记的房屋为第三人的借款提供抵押并办理了抵押登记手续,抵押合同上张琪琪的签字系由张景宗代签。一审法院认定抵押合同无效,其理由之一为:张景宗擅自处分未成年人财产,损害了未成年人的合法权益。<sup>20</sup>二审法院福建省高级人民法院就此案向最高人民法院请示。最高人民法院以张景宗是张琪琪的法定监护人,张琪琪是未成年人,无法向其征询意见为由,认定银行有理由相信张景宗具有对该房屋的处分权,尽到了注意义务,主观上是善意无过失的,进而根据《民通意见》第89条关于擅自处分共有财产的规定认定抵押合同有效。<sup>21</sup>

但在“朱某1、南京华能南方实业开发股份有限公司买卖合同纠纷案中(以下简称“朱某1案”),<sup>22</sup>最高人

<sup>13</sup> (2017)渝0112民特903号:“如果监护人不是为了未成年人的利益向他人借款,致使该未成年人名下房产被法院查封的,应属于严重侵害被监护人合法权益的行为,人民法院可以根据申请撤销监护人的资格。”该案存在的特殊情况是,未成年人之父母已经离婚,双方约定由父亲抚养,但实际上随其母生活,申请撤销监护资格的是其母亲。

<sup>14</sup> 例如,欧洲人权法院指出:“除非存在严重的虐待或遗弃的事实,否则缔约国国内的行政和司法机关就应当采取进一步的支持措施,而不是径直将子女从他们的父母身边带走。”Kutzner v. Germany, no.46544/99, § § 74-75, ECHR 2002-I.

<sup>15</sup> 解亘教授也认为,由父母对未成年子女承担侵权损害赔偿责任,不一定能给未成年子女以切实的救济。同前注<sup>14</sup>,解亘文。

<sup>16</sup> “朱某1案”的一审法院即以此为由认定抵押合同无效,(2014)宁商初字第171号民事判决书。同样见解:(2016)浙民申393号民事裁定书;(2016)云民申928号民事裁定书;(2015)南市民四终字第456号民事判决书;(2015)州民二终字第36号民事判决书;(2014)佛城法民三初字第2182号民事判决书。

<sup>17</sup> 朱庆育:《〈合同法〉第52条第5项评注》,载《法学家》2016年第3期。其实,在强制性规定的二分格局之下探讨问题,只会深陷泥潭之中,因为学界关于此问题迄今尚未形成共识。

<sup>18</sup> 李宇教授明确指出,《民法总则》第35条第1款第2句的规定系属代理权规范,并非效力性强制性规定。参见李宇:《民法总则要义——规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第106页。

<sup>19</sup> 最高法(2001)民一他字第34号。

<sup>20</sup> 法院认定抵押合同无效的另外一个理由为:张景宗未经其妻同意擅自处分夫妻共同财产。

<sup>21</sup> 《民通意见》第89条规定:“共同共有人对共有财产享有共同的权利,承担共同的义务。在共同共有关系存续期间,部分共有人擅自处分共有财产的,一般认定无效。但第三人善意、有偿取得该项财产的,应当维护第三人的合法权益;对其他共有人的损失,由擅自处分共有财产的人赔偿。”

<sup>22</sup> 最高法(2016)民申2472号民事裁定书。

民法院虽然依然采取无权处分的裁判思路,但在认定相对人是否构成善意时,态度突然逆转。在该案中,父母和儿子共有房产,父母以该房产为父亲担任法定代表人之公司的全资子公司所负债务提供抵押。最高人民法院认为,法定监护人虽然有权代被监护人实施民事法律行为,但该代理行为受到法律的严格限制。监护人代替被监护人设定抵押,增加了被监护人的财产被处置的风险,该行为属于无权处分。因被监护人成年后对该抵押行为不予追认,故应认定监护人与抵押权人签订的房地产抵押合同为无效合同;因涉案房屋产权证上明确载明未成年人朱某1为共同共有人,相对人对该事实理应知晓,却径行与父母签订合同并办理抵押登记手续,存在过失,不宜认定为善意第三人,从而否定相对人善意取得抵押权。

### 2. 定性为无权处分的误区

在上述两个案件中,最高人民法院将父母以其未成年子女名下房产设定抵押的行为定性为无权处分,极有可能是基于下述两种认识:其一,由于案涉房产均系未成年子女与其父母共有,父母的抵押行为自然应为无权处分,这应该是最高人民法院在“张琪琪案”中适用《民通意见》第89条关于擅自处分共有财产之规定的缘由;其二,在“朱某1案”中,最高人民法院实质上是在认定抵押行为非为未成年子女利益的基础上将其定性为无权处分的,其潜台词则是,若系为未成年子女利益处分其财产则为有权处分。

基于第一种认识,按照无权处分制度的内在逻辑,一旦认定抵押行为构成无权处分,便仅须审查相对人是否构成善意取得抵押权即可。这样一来,就会导致完全忽略抵押行为是否系为子女利益考虑的问题。在“张琪琪案”中,最高人民法院对于抵押行为是否系“为被监护人利益”就未再进行判断,而是径直以父母作为法定监护人的身份为由认定相对人善意,进而认为构成善意取得。也就是说,单纯着眼于擅自处分共有财产,将导致父母抵押共有财产的行为完全脱离《民法通则》第18条第1款和《民法总则》第35条第1款“监护人非为被监护人利益不得处分其财产”的法定限制,保护未成年人的立法目的将会落空。

最高人民法院的第二种认识体现了一种颇为流行的学界观点。例如,有学者认为,既然《民法通则》第18条第1款规定,除为被监护人的利益外,监护人不得处分被监护人的财产,那么父母在为子女利益处分其财产时,为有权处分;非为子女利益而处分其财产时,自应属于无权处分。<sup>②</sup>台湾地区“民法典”第1088条第2款第2句的规定与《民法通则》第18条第1款的内容基本一致:“非为子女之利益,不得处分之”。<sup>③</sup>在理解该规定时,亦有台湾学者持同样观点。<sup>④</sup>这种观点看似颇为合理,实则站不住脚。虽然《民法总则》第35条第1款规定,监护人非为被监护人利益不得处理其财产,但在监护人以法律行为形式处分财产的场所,此处之“处分”应认系“代理处分”,相应地,可以认为监护人在为子女利益的情形下对其财产享有“代理处分权”,而非谓监护人对财产享有“处分权”,因为未成年人作为独立的个体,对其财产拥有独立的所有权。诚如解巨教授所言,父母有权代理处分其未成年子女的财产,但并不因此取代其子女作为财产所有权人的地位。<sup>⑤</sup>《民法通则》第18条第1款使用的虽然是“处理”的表述,但对其也应作此种理解。<sup>⑥</sup>既然如此,则即便父母抵押其未成年子女房产的行为系为其利益而为之,亦不得谓之有权处分。同理,当然也不得以父母抵押行为系为子女利益为由将之定性为无权处分。

需附带论及的是,最高人民法院在“朱某1案”中以无权处分为由认定抵押合同无效,明显忽略了负担行为与处分行为的区别。依据《合同法解释(二)》第15条和《买卖合同解释》第3条第1款,出卖人无处分权并不影响买卖合同的效力。相应地,即便抵押行为被认定构成无权处分,抵押合同也应有效,仅仅是在不构成善意取得的情形,相对人无法取得抵押权而已。

### 3. 相对人善意认定的困难

退一步言之,即使将抵押行为定性为无权处分,也将面临如何认定相对人善意的难题。由上述可知,“张

<sup>②</sup> 参见余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第462页;蒋月主编:《婚姻家庭法:案例评析与问题研究》,中国法制出版社2009年版,第116页;孟令志:《未成年人财产权保护的几个基本问题研究》,载《法商研究》2007年第3期。

<sup>③</sup> 台湾地区“民法典”第1088条第2款规定:“父母对于未成年子女之特有财产,有使用、收益之权。但非为子女之利益,不得处分之。”

<sup>④</sup> 参见陈计男:《论亲子间之财产关系》,载《法令月刊》第29卷第9期。

<sup>⑤</sup> 同前注<sup>④</sup>,解巨文,第139页。

<sup>⑥</sup> 参见杨立新:《家事法》,法律出版社2013年版,第257页。

瑱瑱案”和“朱某1案”的案情基本相同,但是最高人民法院对相对人善意的认定却截然相反。考虑到前者涉及的是为第三人的借款提供抵押,后者涉及的是为父亲关联公司的债务提供抵押,最高人民法院的态度更是令人费解。在“张瑱瑱案”中,最高人民法院仅以父母系法定监护人为由认定相对人构成善意,这样必然导致《民法通则》第18条第1款和《民法总则》第35条第1款“监护人非为被监护人利益不得处分其财产”的法定限制形同虚设,前已述及,此处不赘。在“朱某1案”中,最高人民法院仅以相对人明知未成年人为房屋共有人为由否定其善意。准此以断,则在父母抵押其未成年子女名下房产的情形,相对人的善意根本不可能证立,进而导致其断无善意取得抵押权的可能。因此,认定抵押行为为无权处分,在效果上无异于直接认定抵押行为无效。最高人民法院在认定相对人善意问题上的摇摆立场,其实也从一个侧面反映了这的确是一个特别棘手的问题。

在司法实践中,不少法院以父母出具了不损害未成年人利益的保证书或为其利益的承诺书为由认定相对人善意。<sup>③</sup>此种做法,当系受不动产登记相关规定的影晌。《房屋登记办法》第14条规定,因处分未成年人房屋申请登记的,应当提供为未成年人利益的书面保证。《不动产登记暂行条例实施细则》第11条沿袭此规定。2016年颁布的《不动产登记操作规范(试行)》第1.9.2条亦有同样的规定。然而,父母的此种自我保证显然无助于实现《民法通则》第18条第1款和《民法总则》第35条第1款的立法目的。即便保证书或承诺书经过公证,结论也当无不同,因为公证机关仅能确保签名的真实性。最高人民法院在下述“黄韵妃案”中正确地指出,此种承诺书的存在与否与抵押合同效力无关。<sup>④</sup>个别法院认为,抵押登记适足表明登记机关并不认为抵押合同因损害未成年人利益而无效,理应肯认相对人系善意。<sup>⑤</sup>鉴于抵押登记机关仅进行形式审查,以已办理抵押登记为由认定不损害未成年人利益进而认定相对人系善意,似嫌武断。

在司法实践中,亦有不少法院根据借款主体或者借款用途的不同来判断抵押行为相对人是否系善意。如果系直接为未成年人利益办理抵押借款,例如,为筹措未成年人治病或求学急需的资金,或为父母或其关联公司的借款提供抵押,一般认定相对人系善意;如果系为无关第三人的借款提供担保,一般认定相对人非为善意。<sup>⑥</sup>这样的区别认定表面上很合理,但是很容易被恶意的父母和相对人利用。例如,父母本欲为第三人借款提供抵押,在操作上可由父母出面借款然后再以未成年子女房产提供抵押。

综上,在将抵押行为定性为无权处分后,很难设置一个能够同时兼顾相对人利益和未成年人利益的判断标准。如果判断标准过于严格,将无异于认定抵押行为无效;如果判断标准过于宽松,又不足以保护未成年人的利益。

### 三、法律适用的正道

在认定父母非为其未成年子女利益抵押其房产后,将抵押行为定性为无权代理,最终认定抵押行为无效。此系最高人民法院的另外一种裁判进路,可谓是法律适用的正道。

#### (一)最高人民法院的相关裁判

在“厦门明瑞达投资咨询有限公司与福建省晋江市陈埭苏厝强达鞋塑服装厂、苏奋强等借款合同纠纷申请再审案”中(以下简称“苏奋强案”),<sup>⑦</sup>父母以未成年子女名下房产为父亲担任法定代表人之公司的借款提供抵押。最高人民法院认为,父母代替未成年子女签章让其承担抵押风险的行为不属于接受奖励、赠与、报酬等纯利益的行为,应属无权代理,该代理行为无效。

#### (二)无权代理进路的合理性

最高人民法院所持的无权代理说由来已久。史尚宽先生认为,父母为不利于子女之处分,除可认为表见

<sup>③</sup> 例如:(2013)粤高法民二终字第97号民事判决书;(2013)鼓商初字第224号民事判决书;(2015)锡滨商初字第00012号民事判决书;(2016)湘民再174号民事判决书;(2017)浙0102民初750号民事判决书;(2017)闽04民终365号民事判决书;(2017)川0303民初61号民事判决书。

<sup>④</sup> 明确反对以此认定相对人善意的判决:(2017)赣11民终1109号民事判决书。

<sup>⑤</sup> (2017)皖民终383号民事判决书。

<sup>⑥</sup> 例如:(2014)宁商初字第171号民事判决书;(2010)粤高法审监民再字第61号民事判决书。

<sup>⑦</sup> 最高法(2015)民申766号。

代理外,其明显的不利于子女之行为,应认为无权代理,子女成年后得追认之。<sup>③</sup>此亦为台湾司法实务中的通说。<sup>④</sup>大陆学界亦有明确主张此种观点者。<sup>⑤</sup>衡诸我国立法,此种观点可资赞同。

《民法总则》第35条第1款和《民法通则》第18条第1款的规定,旨在避免未成年人之父母,藉由管理未成年子女财产之便,不当处分其财产,以致对未成年子女造成不利益。其方式则为限制父母作为法定监护人的法定代理权,即:监护人行使法定代理权必须在为被监护人利益这一边界范围内进行,逾越此一边界,非为被监护人利益处分其财产,则构成无权代理。与该两款规定具有可比性的是《民法总则》第61条第1款的规定。该款规定:“依照法律或者法人章程的规定,代表法人从事民事活动的负责人,为法人的法定代表人。”学说和实务普遍认为,依该规定,法定代表人只有在法律或者法人章程规定的权限范围内才有代表权;<sup>⑥</sup>法定代表人超越法律或章程对其代表权限的限制,代表公司实施的法律行为,为无权代表行为。<sup>⑦</sup>准此以断,自应将父母非为子女利益抵押其房产的行为定性为无权代理行为。

有论者或认为父母的抵押行为构成代理权滥用,因为法定代理权是一种概括的、不受限制的权限。但是,《民法总则》第35条第1款或《民法通则》第18条第1款构成对法定代理权的法定限制,<sup>⑧</sup>并不存在在代理中相对人无从知晓代理人与被代理人之间内部关系的问题。当法律有禁止性规定时,任何人均不得以不知法律有此规定或宣称对法律有不同理解而免于适用该法律。因此,逾越此限制,非为未成年子女利益处分其财产的行为应定性为无权代理,而非代理权滥用。况且,代理权滥用纯属学理概念,关于其内涵外延、法律效果,我国学界尚缺乏深入研究,在德、日等国也是异见纷呈。<sup>⑨</sup>即便认为构成代理权滥用,学说亦多主张在效果上适用无权代理的规定。既然运用无权代理制度即可解决此问题,自无诉诸此种纯粹学理概念之必要。

问题是,在父母未以其未成年子女名义,而是直接以自己名义实施抵押行为时,此种行为是否可以被认定为代理行为?如果坚持严格的代理显名原则,则唯当父母以子女名义设定抵押时,方得认定构成代理行为,如果父母以自己名义为之,则应认定构成处分行为。然而,显名原则并不要求一定要明示以被代理人的名义,只要“情况表明他应是以被代理人名义作出的”,也应成立代理。<sup>⑩</sup>在父母以法定监护人的身份与相对人签订抵押合同的时候,因房产证上明确记载未成年人为所有权人或共有人之一,即便父母未以子女名义行事,相对人也应当知道父母只不过是代理其未成年子女,其交易对象或其之一应是未成年子女。基于我国父母与未成年子女关系紧密的传统文化,相对人虽有可能误认父母为其交易对象,但是未成年子女人格独立、财产独立应已成为常识,即便相对人存有误认,也不应因此改变抵押行为系属代理行为的定性。

### (三)非为未成年子女利益的认定

在将父母抵押未成年子女房产之行为定性为代理行为的基础上,要认定该行为系无权代理抑或有权代理,取决于该抵押行为是否系为未成年子女利益。在“苏奋强案”中,最高人民法院以抵押不属于接受奖励、赠与、报酬等纯获利益的行为为由认定构成无权代理,实质上是将《民法通则》第18条第1款的“非为被监护人利益不得处理其财产”之“利益”理解为“纯获法律上利益”。《民法总则》颁行后,亦有学者主张对《民法总则》第35条第1款的“非为被监护人利益不得处分其财产”之“利益”作限缩解释,亦即:“将利益归入法律上

<sup>③</sup> 参见史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第677页。

<sup>④</sup> 参见台湾“最高法院”101年度台上字第1675号判决。

<sup>⑤</sup> 参见陈甦主编:《民法总则评注》上册,法律出版社2017年版,第262页;同前注<sup>③</sup>,李宇书,第106页。

<sup>⑥</sup> 参见沈德咏主编:《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》上册,人民法院出版社2017年版,第477页;张新宝:《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第117页;高圣平:《公司担保中相对人的审查义务——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开》,载《政法论坛》2017年第5期。

<sup>⑦</sup> 同上注,张新宝书,第117页。

<sup>⑧</sup> 同前注<sup>③</sup>,李宇书,第106页。

<sup>⑨</sup> 相关学说争议,参见[日]山本敬三:《民法讲义I·总则》(第3版),解亘译,北京大学出版社2012年版,第349—351页。

<sup>⑩</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、程建英等译,法律出版社2003年版,第837页。

的权利义务内容,不能仅以经济利益大小进行衡量”。<sup>④⑥</sup>问题是,一旦如此理解,在未成年子女系限制行为能力人时,法律规定父母作为其法定代理人就完全丧失了意义,因为按照《民法总则》第19的规定,纯获法律上利益的行为本就是限制行为能力人可以独立实施的。《民法总则》第35条第1款也将随之成为具文。对“利益”进行如此严格的限定,也会导致父母为子女就医、求学筹措资金提供抵押的行为被认定为无权代理,显然有违法律限制父母处分其未成年子女财产的本意,因为此种抵押行为直接对子女有利。

抵押是否系为子女利益,的确难以判断。目前司法实务较为一致的看法是,若借款系直接用于未成年人的生活、学习、教育或医疗等方面,为此借款设定抵押的行为应属于为子女利益;为无关第三人的债务提供抵押担保一般会被认为非为未成年人利益。<sup>④⑦</sup>存有疑问的是,为父母或父母经营的公司的债务提供抵押,如何认定。司法实务一般倾向于认为系为子女利益,理由大抵为经营收益系用于家庭生活,间接有利于未成年人。<sup>④⑧</sup>尤其是在未成年子女的房产系父母出资购买时,司法实务更倾向于如此认定。<sup>④⑨</sup>有些法院甚至会直接将父母出资购买登记在子女名下的房产认定为家庭共有财产,<sup>⑤⑩</sup>完全回避是否系为未成年子女利益的判断。

认定为父母借款设定抵押系为子女利益,主要是基于家庭利益与未成年子女个人利益存在一致性的考虑,同时也是出于对父母通过将房产登记在子女名下规避正常的商业风险、恶意逃避债务的担心。这种考虑和担心有其合理的一面,但并非毫无可议之处。

其一,未成年子女的个人利益和家庭利益固然息息相关,但是不容否认的是,未成年子女有其独立的个人利益,尤其是在有数个子女的家庭。如果仅以此种利益的密切关联为由认定为父母债务提供抵押有利于未成年子女,则所谓的未成年人之人格独立和财产独立,终究不过是一句空话。此外,如果说为父母的借款提供抵押,在获益时将间接有利于未成年人,那么在为第三人借款提供抵押时,只要获得了相应的对价或好处,未成年人也可以说是间接受益者。毕竟,父母以未成年子女房产为第三人借款提供抵押,应是父母与该第三人之间存在某种利益关联,纯粹出于好意施惠的可能性固然存在,但应非属常态。前已述及,依据借款人的不同来认定相对人是否系善意,很容易导致“监护人非为监护人利益不得处分其财产”的法定限制被规避,此种论断亦适用于依据借款人的不同来判断是否系为未成年子女利益。

其二,在司法实践中,父母为规避正常的商业风险、恶意逃避债务将房产登记于其未成年子女名下的情况的确不胜枚举。在“王雲轩、贺珠明执行异议再审纠纷案”中,<sup>⑤⑪</sup>最高人民法院主张将此种房产认定为家庭共有财产,其核心理由为:父母在尚未归还他人借款之前将自己出资购买的房产登记在其未成年子女名下,损害了其债权人的利益。我国台湾地区学者陈棋炎即以此为由主张父母无偿赠与给未成年子女的财产非属未成年子女的特有财产。<sup>⑤⑫</sup>王泽鉴先生虽认定父母赠与之财产亦应归属于子女之特有财产,但亦认为,将父母处分此种财产的行为论之以无效,“非仅有违常理,而且易开欺诈之门,妨害交易安全”。<sup>⑤⑬</sup>我国台湾地区司法实务虽始终坚持非为子女利益处分财产的行为无效,但在不动产系父母赠与的情形,亦进行了有效认定的例外处理。<sup>⑤⑭</sup>但是,仅为杜绝父母的恶意欺诈、维护交易安全而完全不顾及未成年人的利益,将父母出资登记在子女名下的房产认定为家庭共有财产,<sup>⑤⑮</sup>或认定父母抵押此种房产的行为系有利于子女利益而一概

<sup>④⑥</sup> 同前注④①,张新宝书,第70页。

<sup>④⑦</sup> 例如:(2016)京02民终5865号民事判决书;(2016)浙民申393号民事裁定书;(2014)宁商初字第171号民事判决书。

<sup>④⑧</sup> 例如:(2014)粤高法民二申字第500号民事裁定书;(2015)苏商终字第00157号民事判决书;(2017)沪02民终578号民事判决书。反对意见:(2016)浙06民终196号民事判决书;(2016)渝01民终8880号民事判决书;(2017)皖民终383号民事判决书。

<sup>④⑨</sup> 例如:(2014)粤高法民二申字第500号民事裁定书;(2015)苏商终字第00157号民事判决书。

<sup>⑤⑩</sup> 例如:(2015)松民二再初字第00002号民事判决书;(2015)石民终字第831号民事判决书;(2016)渝01民终8880号民事判决书。反对意见:(2017)赣11民终1109号民事判决书。

<sup>⑤⑪</sup> 最高法(2017)民申3404号民事裁定书。

<sup>⑤⑫</sup> 参见陈棋炎:《亲属法、继承法判例判决之研究》,台大法学丛书1980年版,第375页。

<sup>⑤⑬</sup> 王泽鉴:《民法学说与判例研究》,北京大学出版社2015年版,第1586页。

<sup>⑤⑭</sup> 同上注,第1574—1576页。

<sup>⑤⑮</sup> 应予说明的是,如何认定未成年人名下房产的所有权归属,在司法实践中是一个颇具争议的问题。囿于篇幅,本文无法对此问题进行细致的分析,唯有留待日后专文探讨。



有效,尚有值得斟酌之处。首先,父母将自己出资购买的房产登记在其子女名下,其动机不一,不一定意在规避商业风险、逃避债务,或纯粹出于对子女的关爱,或在离婚、再婚等场合出于保障子女利益的考虑,如此等等,不一而足。此时,父母的内心真意当可认系赠与。在此种情形下,如果将房产认定为家庭共有财产,或者认为以此房产为父母的借款提供抵押必然有利于未成年子女,显然不合理。其次,根据房产来源的不同对房产所有权归属和抵押是否系为未成年子女利益进行区别认定的做法,只是看上去对相对人有利,也未必可以完全杜绝父母的恶意欺诈行为。因为,在父母实施抵押行为时,相对人并无渠道核实该房产的来源,父母亦有可能通过伪造房屋买卖合同欺骗相对人。

因此,不能单纯地以借款人或房产来源的不同来判断是否系为子女利益,而应综合个案各种情况进行判断。诚如史尚宽先生所言,“是否有利,应斟酌当时之一切情形定之”。<sup>④</sup> 不过,考虑到房产系重大财产且抵押的风险性较大,除了要求未成年子女的父母原则上必须共同代理外,应推定以未成年子女名下房产设定抵押的行为非为其利益,除非相对人能够提供证据证明此抵押行为对未成年人有利。正如我国台湾地区“最高法院”在认定抵押行为效力时所言,“苟无足以认定有为该子女利益之特别情事,自为法所不许”。<sup>⑤</sup> 一般而言,因未成年人的教育、医疗急需资金即为此之所谓“特别情事”。

#### (四)无表见代理的适用空间

在“苏奋强案”中,最高人民法院在认定父母的抵押行为构成无权代理后,直接认定代理行为无效,存在逻辑跳跃。无权代理行为效力待定,子女成年后若追认即可令其生效,其理自明,此不赘言。更为重要的是,最高人民法院于此并未考察是否构成表见代理。最高人民法院是认为表见代理一概不适用于法定代理,还是认为在父母抵押未成年子女房产此种特殊情形中表见代理无法成立,尚无从得知。关于表见代理是否适用于法定代理,学理上素有争论。<sup>⑥</sup> 否定说多着眼于表见代理的本人可归责性要件,认为在法定代理中,本人不具有可归责性,因而无表见代理的适用空间。<sup>⑦</sup> 在我国,关于表见代理的构成要件是否包括本人可归责性,学界依然存有争议,但越来越多的学者倾向于持肯定意见。<sup>⑧</sup> 即便不承认本人可归责性要件,学说和实务在认定表见代理时也会考虑来自于本人方面的因素。<sup>⑨</sup> 在法定代理的情形,因被代理的未成年子女不具有归责事由,因而不可能满足表见代理的要件。<sup>⑩</sup> 准此以断,则子女成年后的追认遂成为父母抵押行为有效的唯一途径。退一步言之,即便认为表见代理原则上可以适用于法定代理,由于表见代理要求相对人善意无过失,<sup>⑪</sup> 相对人善意的认定也将面临在无权处分中认定善意取得抵押权时同样的困难。前已述及,此处不赘。

#### (五)对可能招致之质疑的回应

如上所述,原则上推定以未成年子女名下房产设定抵押的行为非为其利益,非为子女利益抵押其房产的行为系属无权代理行为,仅未成年子女成年后的追认方可令其生效。如此处理,可能招致三种质疑:过于妨害交易安全、完全忽视了父母作为亲权人享有的自由裁量权、在结果上对未成年人并非有利。

这样处理的确对交易安全有所妨害,但在无法兼顾未成年保护人和交易安全的情况下,在价值判断上应该优先考虑保护未成年人的利益。<sup>⑫</sup> 此一价值判断早已为学理和立法所认可。例如,在行为能力制度中,相

<sup>④</sup> 同前注<sup>③</sup>,史尚宽书,第676页。

<sup>⑤</sup> 我国台湾地区“最高法院”86年台上字第334号判决;42年台上字第126号判决。

<sup>⑥</sup> 同前注<sup>④</sup>,[日]山本敬三书,第352—353页。

<sup>⑦</sup> 同上注。

<sup>⑧</sup> 参见杨代雄:《表见代理的特别构成要件》,载《法学》2013年第2期;朱虎:《表见代理中的被代理人可归责性》,载《法学研究》2017年第2期。

<sup>⑨</sup> 参见冉克平:《表见代理本人归责性要件的反思与重构》,载《法律科学》2016年第1期。关于司法实践的情况,同上注,朱虎文。

<sup>⑩</sup> 同前注<sup>④</sup>,解巨文。

<sup>⑪</sup> 同前注<sup>④</sup>,沈德咏书,第1139页;胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》第2版,法律出版社2009年版,第85页。

<sup>⑫</sup> 同前注<sup>②</sup>,朱庆育文,第248页。

对人对未成年人行为能力的信赖不受法律保护。<sup>⑤</sup>《未成年人保护法》第3条第1款明确规定，未成年人享受法律的“特殊、优先保护”。<sup>⑥</sup>“儿童利益最大化原则”和“子女最佳利益原则”早已被世界各国认可，《民法总则》第35条第1款亦确立了“最有利于被监护人原则”。在父母抵押其未成年子女名下房产的场合，选择优先保护未成年人的利益，亦属基于现实考虑的无奈之举。前已述及，在父母损害其未成年子女财产权益时，现行法提供的救济有限。我国也没有如同德国、日本等国家一样建立家事法院事先许可或选任特别代理人这样的事前控制制度。<sup>⑦</sup>在此种情况下，唯有对父母抵押其未成年子女房产的行为效力进行严格认定，方可切实保护未成年人利益。若一概认为有效或从宽认定相对人之善意，将形同放弃未成年人保护，实不足取。从另外一个角度来看，如果视个案具体情况将父母抵押未成年子女名下房产的行为认定为无权代理，由于并无主张表见代理的可能，基于风险考量，银行等机构或个人势必会倾向于谨慎对待甚或拒绝接受父母以其未成年子女名下房产提供抵押。<sup>⑧</sup>这样就可以倒逼内心并无真实赠与意愿的父母慎重考虑是否将房产登记于未成年子女名下。假以时日，反而有助于形成良好的市场交易秩序，保护交易安全的目的也会因此而实现。

有论者或认为，如此处理实属因噎废食，名为爱之实则害之，因为未成年人房产的资金融通性势必将因此而受到严重影响。不可否认，此种担心有一定道理。然而，未成年人的房产一旦被抵押，由于商业风险的存在，该房产即有可能被抵押权人拍卖以实现其优先受偿权，也就是说，抵押将给未成年人的房产带来较大的风险。在判断抵押是否系为未成年子女之利益和认定抵押行为之效力时，必须清醒认识到抵押行为的此种风险性。在管理和处分其未成年子女名下房产时，父母固然应设法让未成年人的房产保值增值，但是“安全性”的考虑应该优先于“收益性”的考量，尽可能选择较为稳妥安全的渠道，例如，将房产出租以收取租金。只有在为未成年人利益抵押其房产的情况下，抵押的此种风险性方可予以容忍，例如，以房产设定抵押办理银行贷款以筹措医疗费用或出国留学费用。在对父母处分未成年人财产缺乏事前控制机制、事后救济又不充足的现行制度环境下，唯有如此，方能真正保护未成年人的利益。

有论者又或认为，对于何谓“为子女利益”这种至难判断之问题，要尽量尊重父母的自由裁量，<sup>⑨</sup>因为，基于自然的血缘亲情关系，“父母比其他任何人或机构都更关心子女的最佳利益”。<sup>⑩</sup>在我国重视父母子女亲情的家庭文化传统下，此种观点的确应予重视。各国法律基于父母子女关系的特殊性而充分信任亲权人，对其行使亲权的限制较少，持相对放任的态度。<sup>⑪</sup>此点毋庸置疑。不过，需要注意的是，国外主要立法对父母亲权行使的限制尽管较之于监护人要少，但其所设定的限制较能充分保护未成年人的利益。以德国为例，《德国民法典》第1629条规定亲权以共同行使为原则，第1643条规定了父母须经家事法院许可方可代理子女实施的法律行为，其中第1款即包括以未成年子女之不动产设定负担。然而，此种保护未成年人财产权益的有效制度在我国现行法中并不存在。正如学者所言，“由于对家庭伦常和传统伦理文化的过度尊重，对家庭自治和亲属协力表现出高度信任甚至放任，我国监护制度的具体内容更多留给家庭自主决定，国家在大多数情况下不予干预。”<sup>⑫</sup>在此种情况下，基于对未成年人财产权的保护及对其独立人格的尊重，对父母抵押子女房产行为的效力从严加以认定，就具有了相当的正当性。尤其是在父母离婚或一方已经死亡的情况下，更

<sup>⑤</sup> Vgl. MüKoBGB/Schmitt, § 106, Rn.15.

<sup>⑥</sup> 《未成年人保护法》第3条第1款规定：“未成年人享有生存权、发展权、受保护权、参与权等权利，国家根据未成年人身心发展特点给予特殊、优先保护，保障未成年人的合法权益不受侵犯。”

<sup>⑦</sup> 根据《德国民法典》第1643条第1款和《奥地利民法典》第167条第3款的规定，未经家事法院许可，父母不得为子女之不动产设定负担。《日本民法典》第826条第1款规定，对于利益相反行为，父母须请求家庭法院为其子女选任特别代理人。

<sup>⑧</sup> 实践中，即有公证机构为避免风险责任，拒绝为此种抵押合同办理公证。

<sup>⑨</sup> 同前注<sup>⑩</sup>，解巨文。

<sup>⑩</sup> 参见刘征峰：《被忽视的差异——〈民法总则（草案）〉“大小监护”立法模式之争的盲区》，载《现代法学》2017年第1期。

<sup>⑪</sup> 参见夏吟兰、蒋月、薛宁兰：《21世纪婚姻家庭关系新规则——新婚姻法解说与研究》，中国检察出版社2001年版，第308页；[德]迪特尔·施瓦布：《德国家庭法》，王保荪译，法律出版社2010年版，第350页。

<sup>⑫</sup> 张善斌、宁园：《论未成年人监护的价值理念——以国家干预及其尺度为视角》，《武汉理工大学学报（社会科学版）》2016年第6期。

有必要如此。

#### 四、结论

通过梳理评析最高人民法院的相关裁判,本文对父母以其未成年子女名下房产设定抵押行为的效力问题进行了学理阐释,并尝试提出如下见解,以期为司法实务提供参考:

1. 未成年子女名下房产的归属:未成年子女为其名下房产所有权人。由父母出资购买登记在其未成年子女名下的房产,亦应认系未成年子女个人财产,不宜将之认定为家庭共有财产。

2. 为子女利益的判断:《民法总则》第35条第1款和《民法通则》第18条第1款所规定的“为被监护人利益”系不确定法律概念。鉴于房产的重大价值和抵押行为的高风险性,父母抵押其未成年子女名下房产的行为,原则上应推定为非为其未成年子女利益,除非相对人有相反证据足以证明该抵押行为确系为子女利益而实施。不宜单纯地根据借款人的不同而从形式上判断抵押是否系为子女利益,而应综合个案具体情况进行实质认定。

3. 非为子女利益之抵押行为的效力认定:《民法总则》第35条第1款和《民法通则》第18条第1款所规定的“监护人非为被监护人利益不得处分其财产”,属于对父母作为法定监护人所享有的法定代理权的法定限制。相应地,父母非为其未成年子女利益订立的抵押合同应系超越此种法定限制的无权代理行为。鉴于未成年子女并无可归责性可言,即便相对人善意,表见代理亦无从成立。不过,子女可于成年后通过追认使其生效。若抵押合同因缺乏追认而无效,父母应根据《民法总则》第171条第3款和第4款的规定对相对人承担责任。

4. 此种处理在结果上对相对人不利,可能危及交易安全,但在无法兼顾交易安全与未成年人利益的场合,应优先保护未成年人利益。个案中或许会产生不公,但如此亦可倒逼内心并无赠与之意、仅为规避商业风险的父母放弃将房产登记于未成年子女名下,以确保其所购买房产的资金融通性不受影响,从长远来看,有助于形成良好的交易秩序。未成年人财产权保护的立法缺漏,也为压缩父母的自由裁量空间、严格认定抵押行为的效力提供了正当化理由。当然,自立法论而言,更为理想的做法是,对现行法关于监护人处分被监护人财产的规定进行细化,其中最为重要的是,借鉴德国、奥地利、日本等国家的成熟做法,建立起对监护人处分被监护人财产行为的事前控制制度。

需附带论及的是,最高人民法院上述裁判文书在认定父母抵押其未成年子女房产问题上的立场摇摆,选择的解决路径也颇不一致,类似的案件却有着截然相反的结论,严重影响法律的权威和民众对判决公正的信任。虽然判决在我国并非正式法源,但最高人民法院的判决毫无疑问对下级法院会具有重大影响。因此,最高人民法院即使认为自己的判决“错误”,在未找到更好的解决方案之前,除非有重大事由,实不宜轻易改变判决意旨。即使个案判决结果有失公平,但至少可以给民众一个稳定的预期。

---

**Abstract:** A minor is the owner of the realty under his name, and it is improper to define the realty bought by his parents and registered under his names as family's common property. The mortgage by parents should in principle be presumed not in the children's interests, unless the counterpart can prove for the opposite side. The mortgage not in the children's interests is not unauthorized disposition, and the mortgage by the children not in their own interests cannot be made valid under the parent's ratification. The reliefs provided by current law for minors are limited, so it is lack of justification if the mortgage is identified as valid in any case. The mortgage contract signed not in the children's interests should be defined as unauthorized agency beyond the legal limitations on the agency power granted by law, where the apparent agency does not apply, and the only way to make it valid is the own ratification of the children when they become adults.

**Key Words:** Not in the Children's Interests; Mortgage; Ratification; Mandatory Regulations; Unauthorized Disposition; Unauthorized Agency

---

(责任编辑:张素华)