

# 我国民法典编纂中收养制度的完善\*

周友军

【摘要】《民法典婚姻家庭编草案（一审稿）》“收养”一章的规定仍可以继续完善：应当引入不完全收养和成年收养，明确收养协议的主体是收养人和被收养人，引入试养期制度，就收养登记实行实质审查，就跨境收养确立跟踪观察制度，增设中国公民收养外国人的规则，立法中应区分收养的无效和可撤销，明确收养无效和被撤销并无溯及力，收养协议解除的主体应当限于收养人和被收养人，增加规定在被收养人为未成年人时因被收养人的原因而解除收养关系的制度，增设收养关系解除的公益诉讼。

【关键词】收养 不完全收养 成年收养 收养协议 跨国收养

【中图分类号】D923.9 【文献标识码】A 【文章编号】1000-114X(2019)04-0247-07

## 一、民法典婚姻家庭编草案之中的收养制度概述

收养是婚姻家庭中的重要制度，它就是要在原本没有血缘关系的人之间建立拟制血亲关系。<sup>①</sup>在我国实践中，收养现象也比较普遍，从民政部近几年的统计数据来看，每年全国办理家庭收养登记的数量基本维持在两万件左右。<sup>②</sup>因此，《民法典婚姻家庭编草案（一审稿）》（以下简称“一审稿”）专设第五章规定“收养”。

2002年的《中华人民共和国民法典》（草案）曾将“婚姻法”作为第5编独立出来，同时，将“收养法”作为第6编，与婚姻法并列。比较而言，一审稿将收养制度和婚姻制度合并，从而形成“婚姻家庭编”的做法更为妥当。这与《民法总则》第2条确定的民法调整对象具有内在一致性，民法调整的对象是平等主体之间人身关系和财产关系，而收养关系也是平等主体之间的关系。而且，收养制度与婚姻制度存在密切的关联性，将两者整合为“婚姻家庭编”符合民法典编纂中科学性与体系性的要求。

一审稿关于“收养”的内容基本上继续了《收养法》的规则，同时，结合社会发展作出适

\* 本文系中央高校基本科研业务费项目“民法典编纂中的重大问题研究”（项目号KG12107201）的中期成果。

当调整。例如，按照一审稿第 872 条的规定，对于被收养人的要求，从原来的“不满十四周岁”变更为“未成年人”。再如，依据一审稿第 877 条的规定，一般收养的收养人条件为“无子女或者只有一名子女”，这就与《人口与计划生育法》保持了一致性。不过，综观一审稿之中“收养”一章的规定，其总体上比较注重法的延续性，而在推动制度发展方面，还有待进一步努力。

## 二、不完全收养和成年收养的引入

### （一）不完全收养的引入

不完全收养，是指养子女与亲生父母之间在收养后仍保留一定的权利义务的收养方式。<sup>③</sup>在比较法上，一些国家同时规定了完全收养和不完全收养，如法国、阿根廷、罗马尼亚、保加利亚等。<sup>④</sup>我国现行《收养法》及一审稿都采单一的完全收养模式，这就意味着，一旦收养成立，被收养人与其亲生父母之间就不存在任何法律上的权利义务关系。这一做法有利于被收养人更好地融入收养人的家庭，具有其积极意义。不过，我认为，我国民法典之中应当考虑引入不完全收养，理由主要在于：

其一，它有助于给社会公众更多的选择，以实现私法自治。私法自治原则是民法的基本原则。依据这一原则，民众应当享有更多的选择权，可以按照其意愿形成法律关系。而单一的完全收养模式则过分限制了民众的选择权。

其二，它有助于满足一部分被收养人的亲生父母的生活需要和精神需求。因为对送养人而言，其送养子女往往是基于特殊的考虑或不得已而为之，其内心深处积淀着不愿割舍的亲子之情，如实行不完全收养，将有助于满足送养人的情感需求。<sup>⑤</sup>

其三，它有助于解决现实的收养需求，尤其有助于解决继父母收养继子女的问题、亲生父母因特殊困难而不得不送养子女的问题、收养成年人的问题。

### （二）成年收养的引入

在比较法上，有些国家禁止成年收养，如英国、俄罗斯等；<sup>⑥</sup>也有些国家认可成年收养。例如，德国法认可成年收养，并就其适用条件作出了比较抽象概括的规定。<sup>⑦</sup>考虑到收养成年人属于例外情形，《德国民法典》第 1767 条第 1 款规定，只有当该收养在“道德上是正当的”，才能获得许可。<sup>⑧</sup>再如，瑞士法也承认成年收养，并就成年收养的适用作出了比较具体的规定。<sup>⑨</sup>

一审稿第 872 条明确地将被收养人限定为“未成年人”，从而拒绝认可成年收养制度。我认为，这一做法是否妥当，值得探讨。我国民法典之中最好引入成年收养制度，理由主要在于：

其一，它可以满足老年人的实际需要，解决人口老龄化引发的社会问题。<sup>⑩</sup>对无子女的老人（尤其是失独老人）而言，收养成年人较之收养未成年人更具现实意义，更有利于收养人获得生活照料、精神慰藉及完整家庭这三方面需要的满足。<sup>⑪</sup>虽然需要收养子女的人们也可以通过与他人签订遗赠扶养协议来实现“老有所养”，但是这毕竟不能形成亲属关系，遗赠扶养协议替代不了成年收养制度。<sup>⑫</sup>因为当事人订立遗赠扶养协议，并不会导致身份关系的变化；而在成年收养的情形，当事人之间要形成拟制的血亲关系。

其二，它可以实现对被收养人（尤其是有身心疾病的被收养人）的照顾。成年收养还可以发挥照顾被收养人的功能。在实践中，患有身心疾病的人可能没有父母、兄弟姐妹等可以对其进行照顾的人。如果爱心人士希望照顾这些患有身心疾病的人，而且，希望在他们之间形成拟制血亲关系，法律也应当提供途径。对此，《瑞士民法典》第 266 条第 1 款规定，如果被收养人由于

身体或精神上的痼疾需要长期照顾，而收养人至少已照顾满五年的，就可以进行成年收养。这一立法例值得借鉴。

其三，它与我国传统上的“立嗣”习俗相吻合。立嗣，又称过继，指无子的人为了传宗接代，将他人的儿子立为自己的嗣子。<sup>⑬</sup>立嗣是我国长期以来的做法，具有深厚的社会基础。而成年收养可以在相当程度上实现“立嗣”的现代化。

其四，它还有助于解决家族企业的传承问题。在日本，成年收养还有助于实现家族企业的传承。在我国，也存在大量的家族企业，通过成年收养解决其传承问题，是可考虑的一种途径。

### 三、收养成立制度的完善

#### （一）收养协议主体的明确

对于收养协议的主体，我国学界存在争议。有学者认为，收养协议是收养人与送养人之间的协议。<sup>⑭</sup>也有学者认为，收养协议是收养人和被收养人之间的协议。<sup>⑮</sup>一审稿没有明确收养协议的主体，从第 883 条的规定来看，收养协议的主体似乎是收养人和送养人。<sup>⑯</sup>笔者认为，这一做法不甚妥当，我国民法典最好明确，收养协议的主体为收养人和被收养人，理由主要在于：

其一，这符合收养协议的本质。收养协议是以发生亲子关系为目的的身份合同，因此，必须以当事人之间有收养意思表示一致为前提。<sup>⑰</sup>也就是说，应当在收养人和被收养人之间达成合意。

其二，这一做法还有利于与收养关系解除制度协调、与合同编中合同制度协调。收养协议虽然是身份合同，其仍然应当贯彻合同相对性的原理，例如，在合同解除时，应当仅有合同当事人可以解除合同。而依据一审稿第 893 条和第 894 条的规定，收养人、被收养人、送养人都可以解除合同，这就违背了合同相对性规则。而如果将收养协议的主体明确为收养人和被收养人，送养人仅作为被收养人的代理人存在，送养人在被收养人没有完全的行为能力时代理被收养人订立收养协议或代理被收养人解除收养协议，如此，就可以实现收养制度与合同制度的协调。

其三，这是比较法上经验的借鉴。在比较法上，很多国家和地区都将收养人和被收养人作为收养协议的主体。例如，《奥地利普通民法典》第 179a 条第 1 款前句规定“在收养人和被收养人之间订立书面合同，并基于合同当事人一方的申请经法院批准后，收养关系成立。”

如果法律上确认了收养协议的主体为收养人和被收养人，还需要突破“身份行为不得代理”规则。在被收养人不是完全民事行为能力人时，允许其监护人代理订立收养协议。对此，不少国家和地区的立法例都予以确认。例如，《奥地利普通民法典》第 179a 条第 2 款规定“不具有完全民事行为能力的被收养人由其法定代理人代理订立收养合同，该合同不需要得到法院的同意。如果其法定代理人拒绝表示同意，而且，不存在拒绝表示同意的正当理由，则基于收养人或被收养人的申请，法院应当作出决定，以代替法定代理人的同意。”再如，《韩国民法典》第 869 条规定“收养不满 15 岁的人做养子女时，可由其法定代理人代为作出接受收养的意思表示。”虽然各个国家和地区的规定未必一致，但其总体精神是值得我们借鉴的。

#### （二）试养期制度的引入

在比较法上，很多国家都规定了试养期制度，通常为六个月或一年。例如，《瑞士民法典》第 264 条规定“预期的收养人对养子女至少已照顾、教育满一年，并且有理由认为亲子关系的建立有利于养子女，又不致损害养父母其他子女的利益，才可以收养。”再如，《法国民法典》第 345 条第 1 款规定“只有年龄不满 15 周岁，在收养人或者两收养人家庭中接纳至少已经 6 个

月的儿童，始允许收养之。”1986年的联合国《关于儿童保护和儿童福利特别是国内和国际寄养与收养办法的社会和法律原则宣言》也认可了试养期制度，该宣言第16条规定，“在收养以前，儿童福利服务组织或收养机构应对被收养儿童与预期养父母之间的关系进行观察和调查。”

我国《收养法》没有确立试养期制度，一审稿对此也没有规定。从世界范围来看，我国属于少数拒绝认可试养期制度的国家。我认为，民法典婚姻家庭编可以考虑设置试养期制度，理由主要在于：

其一，这有利于民政部门充分审查收养关系是否符合被收养人的最大利益。试养期是收养人和被收养人的情感积淀环节。<sup>⑮</sup>试养期制度的确立有利于国家有关机构充分审查收养关系是否符合被收养人的最大利益。<sup>⑯</sup>

其二，这也有助于维持收养关系的稳定，避免被收养人受到“二次伤害”。没有试养期，就不足以全面了解未成年养子女是否适应在养亲家庭中生活。<sup>⑰</sup>而试养期的磨合则有利于减少收养冲突和收养纠纷，<sup>⑱</sup>从而实现收养关系的稳定，避免对被收养人的伤害。

其三，目前我国实践中进行的收养评估制度，无法替代试养期。2012年，民政部启动了收养能力评估试点工作。<sup>⑲</sup>但是，这个评估并没以收养人和拟被收养的人之间共同生活为前提，与试养期制度并不完全相同。

其四，这有利于跨国收养中被收养人的保护。在我国，每年有较多的儿童被国外的收养人收养，在涉外收养中设置试养期制度，可以避免我国的儿童受到不必要的伤害。

如果我国民法典引入试养期制度，则可以借鉴比较法上的经验，将其确立为六个月。同时，在收养登记之前，由民政部门就试养期中当事人之间的关系等做实质审查，以进一步贯彻儿童利益最大化的原则。

### （三）收养登记的实质审查

在比较法上，有的国家和地区规定，收养的成立必须经过行政机关的许可。例如，《瑞士民法典》第268条第1款规定“收养应由养父母住所地的州政府主管部门做出决定。”也有的国家和地区规定，收养的成立必须经过司法机关的许可。例如，《德国民法典》第1752条第1款规定“收养由家庭法院根据收养人的申请予以宣告。”日本法上也有类似规定。<sup>⑳</sup>

一审稿第884条继续了《收养法》的做法，将收养登记机关规定为行政机关，即民政部门。这一做法有利于维持法的连续性。

不过，一审稿就收养登记机关是否要进行实质审查并没有明确规定。从我国的收养实践来看，目前民政部门对收养的审查往往只限于审查当事人证件是否齐备、提供的书面材料是否符合条件，至于收养目的是否合法、收养合意是否真实、收养家庭是否有利于儿童成长，都不得而知，使收养审查流于形式。<sup>㉑</sup>

我认为，考虑到收养制度的重要性，尤其是为了保障儿童利益最大化原则的实现、维护收养关系的稳定性，最好明确收养登记采取实质审查主义。例如，在德国，收养的成立必须要经过家庭法院的收养裁定。家庭法院必须依据子女的最佳利益和其他特定人的利益，对收养申请进行审查。<sup>㉒</sup>再如，《瑞士民法典》第268a条明确规定，在进行收养登记时，州政府主管部门应全面调查所有的重要情况，特别是养父母及养子女的人格与健康状况、相处情况、养父母的教育能力、经济状况、收养动机、家庭条件以及收养关系的发展等。

### （四）被收养人的知情权

被收养人知情权是被收养人的重要权利。一审稿第 889 条规定了收养中的保密义务,但是,对于被收养人的知情权没有明确。对此,我国可以借鉴比较法上的有益经验。《瑞士民法典》第 268 条第 1 款规定“被收养人年满十八周岁,可以获得关于生父母的信息;在其主张合法权益时,可在十八周岁前获得上述信息。”这一做法值得借鉴。

#### (五) 跨境收养制度的完善

从我国签署的《跨国收养方面保护儿童及合作公约》的规定来看,跨国收养是禁止私自进行的,而必须在原住国和收养国中央机关合作的法律框架下进行。在我国,民政部是履行该公约职责的中央机关,而其具体职能由委托的收养组织——中国儿童福利和收养中心履行。<sup>28</sup>据统计,自 1996 年至 2016 年,全国办理家庭收养登记 76.89 万件,其中,中国居民收养登记 63.44 万件,外国人收养登记 13.45 万件。目前,我国民政部门就孤儿收养,确定了“国内优先”的原则。<sup>29</sup>这一规则似乎可以考虑纳入民法典之中。

从实践来看,民政部也不断加强对国外收养家庭调查工作,增加对收养人心理评估要求,明确收养人培训内容、时间,延长收养后跟踪时间,增加安置后报告提交次数。<sup>30</sup>但是,从民法典编纂来看,我国最好明确跨境收养的跟踪调查制度,强化对被收养人的保护,以保护被收养的中国儿童、防止我国儿童在国际上被贩卖或作为其他用途。<sup>31</sup>

另外,我国的涉外收养制度没有对中国公民收养外国儿童问题作出规定,这是我国立法上的“盲点”,亟待填补。<sup>32</sup>

### 四、收养的效力

#### (一) 收养无效和可撤销制度的区分

对于收养协议的瑕疵,比较法上有不同的做法。德国法采统一的收养废止制度;<sup>33</sup>瑞士法上采统一的收养无效制度;<sup>34</sup>日本法上则采收养无效和收养可撤销并存的制度。<sup>35</sup>

一审稿第 892 条第 1 款规定“有总则编关于民事法律行为无效规定情形或者违反本法规定的收养行为无效。”可见,其采统一的收养无效制度。笔者认为,从法律体系的内在一致性考虑,或许可以区分收养的无效和可撤销,同时,法律应当适当限制收养的无效事由和可撤销事由,以维持收养关系的稳定。

另外,在例外情形,为了贯彻儿童利益最大化原则,即使存在收养无效或可撤销的事由,法律上也仍然应当保持收养的效力。对此,《德国民法典》第 1761 条第 2 款规定“被收养子女最佳利益会因收养关系的废止而显著受危害的,收养关系不得予以废止,但收养人的压倒性利益要求废止收养关系的除外。”这一做法值得借鉴。

#### (二) 收养无效或被撤销是否有溯及力

一审稿第 892 条第 2 款规定“无效的收养行为自始没有法律约束力。”而从很多国家的规定来看,收养无效或被撤销都没有溯及力。例如,《德国民法典》第 1764 条第 1 款前句规定,“收养关系的废止只向着将来发生效力。”再如,《法国民法典》第 370-2 条规定:“(简单)收养的解除,对将来,终止收养的一切效力。”考虑到身份关系很难恢复到收养成立之时,我国法律宜采纳无溯及力的做法。

#### (三) 隔代收养的效力

在我国实践中,有些老年收养人因与被收养人年龄悬殊过大或辈分不当,而将被收养人作为

养孙收养，因而产生隔代收养问题。<sup>④</sup>不过，“养孙”其实只是一种习惯上的称谓，其法律地位与养子女相同，即在法律上仍应认为收养人与被收养人之间的关系为养父母子女关系。<sup>⑤</sup>对此，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第22条明确规定：“养祖父母与养孙子女的关系，视为养父母与养子女关系的，可互为第一顺序继承人。”我建议，我国民法典可以总结这一经验，明确养祖父母与养孙子女关系，视为养父母与养子女关系。

## 五、收养关系的解除

### （一）收养关系解除的主体

收养关系的解除应当有两种方式：一是收养人和被收养人协议解除；二是收养人或被收养人通过诉讼的方式行使单方解除权。考虑到与前述收养关系主体的协调，收养关系解除时的主体也应当限于收养人和被收养人。如果被收养人是非完全民事行为能力人，应当由送养人作为其代理人，此时仍然属于“身份行为不得代理”的例外。

### （二）收养关系解除中儿童利益最大化原则的贯彻

在收养解除制度中，同样必须贯彻儿童利益最大化原则。这尤其体现在被收养人为未成年人，而被收养人的父母代理被收养人与收养人协议解除的情形。对此，一审稿第893条第1款规定，“收养人在被收养人成年以前，不得解除收养关系，但是收养人、送养人双方协议解除的除外。”这与《收养法》第26条的规定相同。不过，考虑到收养制度中的国家监督原则和儿童利益最大化原则，民政部门还是应当考虑儿童的利益最大化，在必要时不应同意解除。对此问题，我国台湾地区“民法”第1080条第2款有明确规定，可以借鉴。<sup>⑥</sup>

### （三）增加规定在被收养人为未成年人时，因被收养人的原因而解除收养关系的制度

在实践中，如果被收养人是未成年人，而且，其实行了导致收养关系无法维持的行为，此时，法律上也应当允许收养人通过诉讼的方式单方解除收养关系，否则，无法平衡收养人和被收养人的关系。对此，我国台湾地区“民法”第1081条第1款就明确了，如果被收养人实施了侮辱收养人的行为、故意犯罪行为、虐待收养人的行为等，即使被收养人是未成人，收养人也可以主张解除收养关系。<sup>⑦</sup>遗憾的是，一审稿对此并没有规定。笔者认为，民法典之中应当对此作出明确规定，以兼顾收养人和被收养人双方的利益。

### （四）收养关系解除的公益诉讼

在比较法上，往往认可，在例外情况下，法院或者行政机关可以依职权解除收养关系。这可以理解为是收养制度中国家监督原则的体现。例如，《德国民法典》第1763条第1款规定“在被收养子女未成年期间，家庭法院可以依职权废止收养关系，但以由于重大原因，这样做对于被收养子女最佳利益是必要的为前提。”不过，一审稿之中并无类似规定。笔者认为，借鉴域外的经验，可以设计收养关系解除的公益诉讼，由民政部门向法院提出解除收养关系的诉讼，当然，这必须限于确有必要保护被收养人利益的情形。

### （五）收养关系解除后的效力

一审稿第896条规定，收养关系解除后，“成年养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系是否恢复，可以协商确定。”这一做法与《收养法》第29条的规定相同。不过，笔者认为，为了保障成年养子女的人格自由发展，应当让其回归原来的家庭比较合适。对此，台湾地区“民法”第1083条规定“养子女及收养效力所及之直系血亲卑亲属，自收养关系终止时起，回

复其本姓，并回复其与本生父母及其亲属间之权利义务。”这一做法更为合理。

①陈棋炎、黄宗乐、郭振恭 《民法亲属新论》(修订十一版)，台北：三民书局股份有限公司，2013年，第321页。

②⑥蒋新苗、张融 《我国涉外收养立法研究——湖南师范大学博士生导师蒋新苗教授访谈》，桂林 《社会科学家》，2018年第4期，第4、6页。

③④蒋新苗 《收养法比较研究》，北京：北京大学出版社，2005年，第39、40页。

⑤⑩⑬王歌雅 《关于我国收养立法的反思与重构》，哈尔滨 《北方论丛》，2000年第6期，第57、57、56页。

⑥⑪⑳参见陈苇主编 《外国婚姻家庭法比较研究》，北京：群众出版社，2006年，第370、335、379页。

⑦⑮ [德] 施瓦布 《德国家庭法》，王保荇译，北京：法律出版社，2010年，第396、398页。

⑧ 《德国民法典》第1767条第1款规定 “成年人可以被收养，但以该收养在道德上是正当的为限；在收养人和待收养人之间已形成父母子女关系的，尤须认为该收养在道德上是正当的。”

⑨ 《瑞士民法典》第266条第1款的规定 “如成年人没有直系卑亲属，在下列情况下，其可以被收养：(1) 被收养人由于身体或精神上的痼疾需要长期照顾，而收养人至少已照顾满五年的；(2) 在被收养人未成年期间内，收养人至少已照顾并教育满五年的；(3) 存在其他正当理由且被收养人至少已与收养人共同生活满五年的。”

⑫吴国平 《试论我国收养立法的完善问题》，安阳：《安阳师范学院学报》。2007年第1期，第46页。

⑬⑭巫昌祯主编 《婚姻家庭法新论》，北京：中国政法大学出版社，2002年，第264、283页。

⑮⑯余延满 《亲属法原论》，北京：法律出版社，2007年，第406、406页。

⑰一审稿第883条规定 “收养人收养与送养人送养，应当双方自愿。收养八周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。”

⑱⑳参见林秀雄 《亲属法讲义》，台北：自版，2013年，第263、294页。

⑲⑳李喜蕊 《英国现代收养制度的发展与启示》，郑州 《郑州航空工业管理学院学报》，2009年第4期，第112页。

㉑㉒㉓陈云凡、单瑞平 《坚持在发展中完善我国收养制度》，北京 《中国民政》，2018年第12期，第34、36、34页。

㉔ 《日本民法典》第798条前句规定 “收养未成年人时，须取得法院的许可。”

㉕康桂兰 《完善我国儿童收养制度研究》，桂林：《求知导刊》，2015年第1期，第107页。

㉖㉗蒋新苗 《中国涉外收养立法的检讨与前瞻》，长春 《法制与社会发展》，1999年第4期，第66、60页。

㉘参见 《德国民法典》第1759条以下。

㉙参见 《瑞士民法典》第269条以下。

㉚ 《日本民法典》第802条规定了收养的无效制度，第803条以下规定了收养的可撤销制度。

㉛王洪 《婚姻家庭法》，北京：法律出版社，2002年，第280页。

㉜台湾地区“民法”第1081条第1款规定 “养父母、养子女之一方，有下列各款情形之一者，法院得依他方、主管机关或利害关系人之请求，宣告终止其收养关系：一、对于他方为虐待或重大侮辱。二、遗弃他方。三、因故意犯罪，受二年有期徒刑以上之刑之裁判确定而未受缓刑宣告。四、有其他重大事由难以维持收养关系。”

作者简介：周友军，北京航空航天大学法学院教授、博士生导师。北京 100191

[责任编辑 周联合]