

论德国未成年人 收养最大利益原则及界定标准

朱晓峰

(中央财经大学法学院, 北京 100081)

摘要 :在未成年人收养过程中,如何平衡保障各方权益,是各国普遍关心的问题。在德国,随着时代背景的变化,在经过实现收养人之意志、社会救助等基本原则和核心目的之后,现行《德国民法典》将未成年人最大利益标准确定为未成年人收养制度的首要原则。以该基本原则为核心,法律实践主要从被收养未成年人当前所处的境况、收养人的一般资格以及特殊资格等方面,来判定未成年人收养是否合乎最大利益原则。

关键词 :未成年人收养 ;最大利益 ;界定标准

未成年人收养制度,是一个具有悠久历史传统的法律制度,在不同的法律文化和社会背景下,存在着不同的表现形式和目的。在中国,《收养法》为未成年人的收养提供了法律基础。该法第2条规定:“收养应当有利于被收养的未成年人的抚养、成长,保障被收养人和收养人的合法权益,遵循平等自愿的原则,并不得违背社会公德。”这实质上是确立了未成年人收养制度的基本原则和目的。对于这一原则如何具体落实,该法并未有进一步的规定。这种制度规范的缺失,恰恰可能导致法律所确立的基本原则与目的无法落实。为弥补该法存在的制度缺失,有必要通过比较法的考察,来探寻国外在未成年人收养制度方面是如何通过具体操作规范的设计,来保证法律基本原则和预设目的的实现的。由于篇幅所限,本文仅以德国为例展开,来探讨《德国民法典》中未成年人

收养的基本原则及实现保障。

一、最大利益原则的确立

在二十世纪七十年代以前,《德国民法典》未成年人收养制度中居于核心位置的法律目的曾经表现为两个:一个是实现收养人自己的意志与利益;另一个是第一次世界大战之后被纳入未成年人收养法律实践中的社会救助目的。第二次世界大战以后,现代法治国家法律的关注重点由抽象的个人主义及抽象的财产关系向现实的人转变,具体并且真实的人的充分实现,逐渐成为法律的首要目的。这也意味着,被法律所关注的就不仅仅是那些具有自主意志的权利主体,欠缺自主意志的未成年人,在法律上也是需要被平等对待的。因此,在确立未成年人收养制度与相应的具体规则时,被收养人利益的保障与实现也需要被法律充分顾及。正是基于这种考虑,德国于1976年通过改革《德

收稿日期 :2013-02-14

作者简介 :朱晓峰,中央财经大学法学院讲师,法学博士,主要研究比较私法、侵权法和人格权法。

[美]罗斯科·庞德.法理学(第1卷)[M].邓正来译,北京:中国政法大学出版社,2004:440-442.

民法典》中的收养制度，确立起了至今依然适用的未成年人收养时最为重要的前提条件，即未成年人的最大利益标准与有望在收养人和被收养人间形成父母子女关系标准。

（一）未成年人的最大利益

《德国民法典》第 1741 条第 1 款第 1 句规定：“以未成年人的最大利益为收养的基准。”该准则于 1976 年首次被当作未成年人收养的前提性要件而被纳入到收养法中。在这里，通过该法律条文以及该规定本身所处的地位而需要被强调的是，未成年人收养应该是为未成年人的利益而进行，而非如前述《德国民法典》形成当时所强调的，收养制度的首要目的是服务于收养人的利益。虽然以未成年人最大利益为基准的当代德国未成年人收养制度，能够容忍收养人在实施收养行为时也可以同时具有自主的收养动机，但是这些不是为了未成年人最大利益的动机，完全不构成当代未成年人收养制度存在的合法性论证基础。以未成年人最大利益的保障为基准还意味着，因社会背景的变革而得摄入未成年人收养制度中的社会救助目的，认为未成年人在家庭中长大成人为已足的观点，并不足取。于此更重要的是，为了未成年人的成长，应当在未成年人收养行为发生时确定，他被收养之后所处的成长环境应该比收养前的环境有显著改善。因此，为了使未成年人的最大利益能够实现，收养必须能够改

变被收养人在收养前所处的生活环境，以使一个明显更有利于未成年人的人格健全发展的可能性可以被期待。依据一般生活经验的法则，最大利益所涉及的情形是非常广泛的，它既包括影响未成年人身体健康的发展、性格的培养、行为举止的学习和职业培训等所涉及的情形，也包括为了形成一个自我负责的和集体性的人格，而必须完全一般性地促进未成年人的发展与培养所涉及的事项。另外，财产性利益也属于未成年人最大利益保障所要考量的内容，但是当这种财产利益与抚养所涉及的人格利益、教育与培养发生冲突的时候，人格利益等优先于财产利益。

（二）有望形成父母子女关系

收养的宗旨不仅在于确立法律上的关系，而且也必须形成事实性的父母子女关系，这在已生效的《德国民法典》中是没有争议的。法律明确规定收养关系当事人间有望形成父母子女关系，实质上意味着，收养人与被收养人间事实上必须形成那种普遍性的存在于亲生父母与其子女之间的亲近关系，或者通过确定的情形与收养主体间能够被外界知晓的意愿，使得这种关系的形成能够被期待。依据德国最高法院在其判决中所阐述的，对此的判断标准是，遵循存在于亲生父母与其未成年子女之间的一般性关系而定。依据《德国民法典》第 1741 条第 1 款第 1 句关于“有望形成父母子女关系”

Nina Dethloff, Familienrecht, C. H. Beck, 2009, S. 457.

Rainer Frank, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einf ü hrungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4. Familienrecht § § 1741 - 1772, Sellier de Gruyter, 2001, S. 58.

Joachim Gernhuber, Dagmar Coester - Waltjen, Familienrecht, C. H. Beck, 2010, S. 870.

LG BayOb FamRZ 1983, S. 532, 533.

LG Freiburg FamRZ 2002, S. 1647, 1648.

Hans - Ulrich Maurer, Hans - Ulrich Maurer, Annahme an Kindes Statt: Vorbemerkungen, In: Dieter Schwab Hrsg., M ü nchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht : § § 1589 - 1921, C. H. Beck, 2008, S. 1337 - 1338.

Hans - Ulrich Maurer, Annahme an Kindes Statt: Vorbemerkungen, In: Dieter Schwab Hrsg., M ü nchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht : § § 1589 - 1921, C. H. Beck, 2008, S. 1342.

BGHZ 35, S. 75.

的要求，审理法院必须确信，收养人与被收养人之间能够建立父母子女关系，如果对此存在合理的怀疑，则依据前《德国民法典》第 1754 条第 2 款第 2 项的规定，关于未成年人的收养请求只能被拒绝。

德国学者认为，法律实践将“有望形成父母子女关系”这一事实构成作为未成年人收养的前提，目的是从事实层面界定收养是否有利于未成年人的最大利益。在实践中，具体收养案件内的父母子女关系是否已经存在或者能够被期待其将会形成，取决于收养人是否担当了父母的角色，并且履行了正常情形下应由未成年人之亲生父母所应承担的责任。因此，实践中确定收养是否符合未成年人的最大利益标准并决定是否同意收养申请，首先需要明确收养人与作为被收养人之间的年龄差距是微乎其微还是非常悬殊。虽然德国法律实践中并不存在明确限定收养当事人之间年龄差距的规定，但是依据一般的生活经验却可以确定一个大致的年龄界限。另外需要注意的是，满足在收养人与被收养人之间有望形成父母子女关系这一前提，并不意味着收养必然符合未成年人的最大利益。

二、最大利益原则的判断标准

对于哪种情形下未成年人的收养涉嫌违反最大利益标准，德国法律实践中主要确立这么两条标准：一个是普遍性的存在于德国法律实践中的有权收养未成年人的收养人类型；一个是在收养未成年人时是否符合未成年人最大利益这一宗旨的一般性判断标准。

（一）收养人的主要类型

1. 《德国民法典》规定的基本类型

依据《德国民法典》第 1741 条第 2 款的规定，有权收养未成年人的权利主体，整体上可归结为三种：一是未婚者的收养，该类主体仅能单独以自己的名义收养未成年人；二是已婚夫妻的收养，他们仅能以夫妻的名义共同收养子女；第三种是对于前述第二种的补充，该种情形内存在两种可能，一种是婚姻共同体中的一方可以单独收养对方的子女，就是说继子女因为收养而成为收养子女，另一种是在婚姻共同体一方因为无行为能力或未满 21 周岁而不能收养子女的情形下，共同体中的另一方也可以单独收养未成年子女。

2. 《登记生活伴侣法》的新近发展

2005 年通过修改而予适用的《登记生活伴侣法》，部分地承认了登记生活伴侣有权共同收养未成年人。因为依据该法第 9 条第 7 项，登记生活伴侣关系中的一方可以收养对方当事人的未成年子女，或者如第 9 条第 6 项所规定的，其有权收养他人的未成年子女。需要注意的是，该法第 9 条第 7 项第 2 句规定的登记生活伴侣对对方当事人未成年子女的收养，仅限于其亲生的未成年子女，对已被伴侣对方收养的未成年子女，则不得类推适用《德国民法典》第 1742 条的规定而由其再行收养。这实质上意味着，登记生活伴侣不得如夫妻一样共同收养未成年人。由此来看，登记伴侣关系与婚姻关系在涉及未成年人收养时，存在显著差异

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4. Familienrecht § § 1741 - 1772, Sellier de Gruyter, 2001, S. 65.

Rainer Frank, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4. Familienrecht § § 1741 - 1772, Sellier de Gruyter, 2001, S. 65 - 66.

《德国民法典》第 1742 条规定：“只要存在收养关系，在收养人生存期间，被收养的子女就只能为收养人的配偶所收养。”

Hans-Ulrich Maurer, Annahme an Kindes Statt: Vorbemerkungen, In: Dieter Schwab Hrsg., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht : § § 1589 - 1921, C. H. Beck, 2008, S. 1345.

的是伴侣双方是否有权共同收养未成年子女。那么,究竟是何种原因导致两者之间存在如此明显的差异呢?

3. 联邦宪法法院的基本观点

从宪法层面看,赋予登记生活伴侣共同收养未成年人的权利,并不构成对宪法基本原则的违反。2002年德国联邦宪法法院在其所作的判决中明确表述了这一观点。依据该院观点,《基本法》第6条第1项对婚姻的特别保护,并不意味着法律应该对此之外的其它类型的生活共同体应当给予歧视性的对待。亦即言,规定在《登记生活伴侣法》中的登记生活伴侣也能和婚姻配偶一样,享有并承担相同或相近的权利与义务。这意味着,宪法层面上并不存在着特殊的障碍,以阻却给予其它如登记生活伴侣关系等生活方式以与婚姻相同或相近的权利义务。也正是基于该院通过判决所确立的原则,立法者才能通过修改法律,赋予登记生活伴侣一方收养对方伴侣亲生的未成年子女的权利。

这一立法实践的重要意义在于,它构成了对前述典型的收养人类型的突破,亦即除婚姻共同体外,同性伴侣生活共同体在特定的情形下也享有这一权利。

(二) 最大利益的一般判断标准

在德国学者看来,收养是否符合未成年人的最大利益标准,需要从几个方面来判断:一是被收养的未成年人当前所处的境况;二是收养人资格;三是收养申请人的特别资格等。除这三项之外,实践中还存在代孕母亲所生的未成年子女的收养,因为在登

记生活伴侣关系被法律承认之后,通过这种方式获得亲生子女并回避《德国民法典》关于收养人之类型的限制,在实践中变得越来越普遍。

1. 被收养的未成年人当前所处的境况

由于未成年人收养制度是以被收养人最大利益的实现为目的,依据惯常的理解,由亲生父母构成的生活共同体最有助于未成年人最大利益的实现。当亲生父母不想或不能继续抚养其未成年子女时,法律上首先考虑的是,是否能够通过经济支持或劝告,如使未婚母亲与其父母和好,由此以使亲生父母对该未成年人的抚养能够得以继续,因为在抚养的连续性当中,也存在着未成年人的利益。如果未成年人被他的亲属,特别是被作为收养申请人的祖父母或其他抚养人事实性的照顾着,则该收养在法律上是否能被支持,取决于下述情形是否构成收养的阻碍,即这种情形下事实性的抚养人的抚养,是否有可能持续到未成年人成年或者到达未成年人的亲生父母双方或其中一方能够履行抚养的某一时间点,如果不能满足这两项要求,那么未成年人可能会因为抚养的变化而遭受伤害。若未成年人已经长期处于某一家庭的抚养之中,则变更抚养时的过渡期,必须保证谨慎周到。另外,在确定收养是否合乎未成年人最大利益的实践中,还必须排除僵硬且有害的程式化的内容。因此,未成年人收养时应坚持个案的具体衡量标准,如未成年人与其养父母之间的关系,特别是包括他与亲生父母之间的关系如何形成与发展,以及收养将产生

Nina Dethloff, Familienrecht, C. H. Beck, 2009, S. 234.

Hans-Ulrich Maurer, Annahme an Kindes Statt: Vorbemerkungen, In: Dieter Schwab Hrsg., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht : §§ 1589-1921, C. H. Beck, 2008, S. 1338-1341.

AG Darmstadt StAZ 1979, S. 324, 325.

LG Lübeck DAVorm. 1985, S. 329.

NJW 1989, S. 519.

哪些后果等，都应被适当地考虑。

2. 收养人资格的一般性要求

收养人的资格主要从下述几个方面来确定：

(1) 收养人必须具备适于收养的个性。首先，收养人必须取得警察部门开具的有无犯罪记录的证明书。其次，收养人必须愿意且有能力和教育未成年人。第三，关于收养人的教育方式，所有在社会中存在并且被承认的教育方式，不管它是属于权威式的还是自由式的，只要不能被证明对未成年人存在具体的不利后果，则都具有同等的分量。最后的问题是，收养时是否需要判断收养人的宗教信仰、世界观与政治倾向？依据《基本法》第3条第3款规定，收养人的宗教信仰、世界观以及政治倾向等，对于未成年人的收养来讲原则上并不重要。在这里具有决定性意义的是事实性的社会行为举止。未成年人在年龄较大时才被收养的，如果收养之前该未成年人是在深受教会或无神论影响的家庭或机构中成长，那么对其教育的持续性利益要求，收养人能够为其提供与之前已经适用的教育相适应的同种观点的教育。然而如果收养人属于某一宗教或者其它类型的社团，而该社团有使未成年人与社会相互隔离的危险，则收养人的申请将会被拒绝。(2) 身体健康状况。收养人的健康状态必须足以保证他能够自主持续的

抚养未成年人。拒绝那些患有有可能影响未成年人健康成长之疾病的收养申请人，虽然并不能完全表明拒绝收养行为本身是正确的，然而在确定是否准许收养的整体性评价当中，将收养申请人的健康状况考虑在内，却是有助于实现被收养的未成年人的利益。(3) 经济状况。收养人必须具备适于收养未成年人的经济条件。现代社会中人的社会地位和相应的财产状况首先取决于收入，因此，为了实现被收养的未成年人的最大利益，收养人必须满足最低限度的收入要求。另外，收养人的经济状况的重要表现形式，如居所条件，也必须满足相应的收养要求，因为考虑到被收养人拥有单独的床铺用以休憩是必要的。

3. 收养人资格的特别要求

关于收养人的资格要求，除前述一般性的判断标准外，实践中还需要将该资格要求与被收养人的具体处境联系起来综合考虑。为了有利于未成年人的成长，未成年人暂时或者持续性的抚养需求，对收养人来说，就意味着其具有强大的身体上的、精神上的、也可能是经济上的承受能力。是否具备这一承受能力，也是判断收养是否符合未成年人最大利益的条件。因此，对于行为错乱的未成年人，最大利益标准就要求收养人具备更高的有关教育方面的能力以及能够对行为错乱未成年人以特殊的伦理关怀；在收养外国未成

Hans-Ulrich Maurer, Annahme an Kindes Statt: Vorbemerkungen, In: Dieter Schwab Hrsg., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht : §§ 1589-1921, C. H. Beck, 2008, S. 1338.

Hans-Ulrich Maurer, Annahme an Kindes Statt: Vorbemerkungen, In: Dieter Schwab Hrsg., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht : §§ 1589-1921, C. H. Beck, 2008, S. 1339.

Hans-Ulrich Maurer, Annahme an Kindes Statt: Vorbemerkungen, In: Dieter Schwab Hrsg., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht : §§ 1589-1921, C. H. Beck, 2008, S. 1339.

Rainer Frank, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen, Buch 4. Familienrecht §§ 1741-1772, Sellier de Gruyter, 2001, S. 64.

Hans-Ulrich Maurer, Annahme an Kindes Statt: Vorbemerkungen, In: Dieter Schwab Hrsg., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht : §§ 1589-1921, C. H. Beck, 2008, S. 1339.

FamRZ 1991, S. 1101, 1102.

FamRZ 1991, S. 1101, 1102.

Witgar Oeschger, Die Pflege- und Adoptivkinderversorgung: eine psychologisch-heilpädagogische Studie, Schweiz Universitätsverlag, 1957, S. 74 f.

年人的情形当中，最大利益标准就要求收养家庭有更高的宽容心和尤其坚定的收养决心。另外，如果未成年人因为出身或其到收养之前为止的智力发育被归于较低才智的类型，则实践中应避免该未成年人被那些对孩子有苛刻要求的父母所收养。如果未成年人在收养之前已经在某一特定的社会环境中成长，则嗣后的收养应该在与该特定社会环境相近或相同的社会阶层内进行，由此以最大可能地实现未成年人的最大利益。

4. 对代孕母亲所生之未成年子女的收养

对于代孕母亲所生之未成年子女的收养，在德国法律实践中存在激烈的争议。1997年《亲子关系法》改革之后，关于这方面的争议就集中到了下述问题上，即通过预订代孕母亲的子宫而期望成为父母的人，收养该被预订而由代孕母亲所生的子女，是否合乎被收养人的最大利益。《德国民法典》第1741条第2款规定：“以收养为目的，以违反法律或善良风俗的方式参与子女的媒介或者携带，或以此委托第三人，或以此向第三人支付报酬的人，仅在收养为子女的最大利益所必要时，才应该收养。”因此，从文义解释的角度分析，如果可以确定，由预订者收养该被

预订的未成年人合乎他的最大利益，则预订者可以收养。需要注意的是，对于被收养人的特殊出身，特别是收养人通过对其生母支付高额费用而将被收养人降格为单纯的客体等事实，并不需予以隐瞒。但是如果收养人与其生母之间存在持续性的联系，特别是被收养人的生母与收养申请人之间存在着亲属关系，或者经证实他们之间存在友情性的服务关系，则关系冲突在多数情形下即不可避免。这个时候，通过陌生的第三人进行收养，则更有利于未成年人的最大利益。当然，生母有权阻止第三人收养。“预订者”因为被收养人生母的同意而进行收养的，也是为法律所允许的。在第三人请求收养的场合，如果未成年人已经被“预订者”事实性的照顾着，并且这种照顾也符合法律的一般性规定，如果这种情形下未成年人以后健康成长的危险并不能被具体地证实，则对请求收养该未成年人的第三人而言，生母的同意就是不可或缺的。事实上，当该类型中的未成年人一经出生，确定未成年人收养的一般性的预防式的衡量标准，即不再适当，对于该类型中未成年人的收养而言，惟一具有决定意义的是，具体被收养的未成年人最大利益的实现。

Hans-Ulrich Maurer, Annahme an Kindes Statt: Vorbemerkungen, In: Dieter Schwab Hrsg., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht : §§ 1589-1921, C. H. Beck, 2008, S. 1340-1341.

Rainer Frank, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit EinführungsGesetz und Nebengesetzen, Buch 4. Familienrecht §§ 1741-1772, Sellier de Gruyter, 2001, S. 63

Hans-Ulrich Maurer, Annahme an Kindes Statt: Vorbemerkungen, In: Dieter Schwab Hrsg., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht : §§ 1589-1921, C. H. Beck, 2008, S. 1340-1341.

(上接第52页)

[6] 李希慧. 未成年人犯罪之刑事立法完善[J]. 国家检察官学院学报, 2008(5):115.

[7] 郭晶, 顾晓军. 未成年人犯罪视野下对量刑问题的再认识[J]. 青少年犯罪问题, 2006(4):62.

[8] 高铭暄. 中国死刑的立法控制 [A]. 赵秉

志. 死刑制度之现实考察与完善建言 [C]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006, 15-16.

[9] 张远煌. 我国死刑适用标准的缺陷及其弥补方法 [J]. 法商研究, 2006(6):42.

[10] 卢建平, 刘再杰. 对未成年被告人不应判处无期徒刑 [J]. 人民检察, 2005(7):56.