

# 《婚姻家庭编》(草案)关于收养主体 制度规定的不足和改进建议

徐铁英

[摘要] 收养法律制度的宗旨在于为待收养的未成年人寻得适格的收养人，因此，各国收养法律均以收养人的资格作为规范重点。中华人民共和国民法典(草案)·婚姻家庭编第五章收养以现行《收养法》为对象进行编纂，稳重有余、创新不足，且存在与该编其他制度以及《民法总则》欠缺协调的问题。本文拟以草案中的收养法主体制度为对象提出若干修订意见。立法者应当以收养人的最低年龄、最高年龄、婚姻状态、他与被收养人的年龄差、他与被收养人是否具有血亲关系或姻亲关系等因素为支点，建构起一个“厚此薄彼”的收养人筛选体系，以实现“最有利于被收养人的健康成长”的目标。

[关键词] 收养人；被收养人；监护；拟制血亲

[中图分类号] D9 [文献标识码] A [文章编号] 1000-5072(2020)01-0100-08

自《中华人民共和国民法总则》(下文称“《民法总则》”)于2017年3月15日通过后，民法典编纂踏入“第二步”已达两年之久，其中的婚姻家庭编也开始引起学界关注，开始热议从“婚姻法”到“婚姻家庭编”的转型。随着“中华人民共和国民法典(草案)”(以下称“民法典草案”)于2019年12月进入国人的视野，民法典编纂已经进入尾声。然而，作为“婚姻家庭编”之两大编纂基础(《中华人民共和国婚姻法》及相关司法解释、《中华人民共和国收养法》，下文分别称“《婚姻法》”“《收养法》”)之一的《收养法》及其在未来民法典分则中的应有的样貌，似乎尚未引起足够的重视。与司法实践对于收养制度所提出的旺盛的需求形成鲜明对比。<sup>①</sup>未来的民法典·婚姻家庭编本应提供充分、科学、合理的制度供给，然而，从“民法典草案”收养章的文本来看，距此目标尚有相当距离。

首先，“民法典草案”收养部分没有充分体现“编纂”精神，即在传承中创新，有简单叠加《婚姻法》作为第1~4章、《收养法》作为第5章的嫌疑，其结果是两部法律的规范没有在法典中有机地融合起来。其次，“民法典草案”收养部分的条文数量明显呈“浮肿”之势。这也是第一方面问题

作者简介：徐铁英，四川大学法学院副教授，法学博士。

基金项目：教育部人文社会科学研究基金青年项目“民法上的禁止权利滥用原则研究”(批准号：18YJC820073)。

① 如运用收养制度解决代孕子女监护权争议的思路，参见彭诚信：《确定代孕子女监护人的现实法律路径——“全国首例代孕子女监护权案”评析》，《法商研究》2017年第1期；袁厉害违法收养弃婴与《收养法》的冲突，参见吴超、王建平：《德与法真的水火难容吗？——对袁厉害案件的违法性评析》，《理论与改革》2013年第6期。在结婚率降低的背景下，尤其要注意，收养不仅是形成亲子关系的法定方式，更是婚姻之外组成家庭的途径之一，因为单身未婚者可以通过收养组建家庭。

必然导致的结果。有学者已经意识到“民法典草案”婚姻家庭编只有 79 个条文, 仅占整个草案(含总则编)1 260 条的约 6.27%, 明显偏低; 而收养部分 26 个条文则占该编比重的 32.91%, 明显畸高,<sup>①</sup> 强枝弱干, 难称合理。最后, “民法典草案”收养部分的部分具体制度缺少与《民法总则》<sup>②</sup> 的有效衔接。作为编纂民法典“第一步”的《民法总则》与作为“第二步”之一部分的“民法典草案”收养部分, 前者确立的新制度应当发挥对后者的指导作用, 除非后者情形特殊, 则应当适用前者的规定。

上述问题牵涉收养法律制度的方方面面。鉴于收养主体制度既是收养法律关系的核心内容, 又是“民法典草案”变更的重点, 本文拟以其为题眼, 管中窥豹, 为收养制度的完善建言献策。

## 一、“民法典草案”收养主体制度概览

“民法典草案”婚姻家庭编·收养章相较于其编纂对象《收养法》变化有限。从条文数目看, “民法典草案”婚姻家庭编·收养章由 26 个条文构成(第 1093 条至第 1118 条), 《收养法》由 34 个条文构成, 略有减少。原因可以从结构层次找到, 从六(章)缩减为三(节), 去掉的分别是《收养法》的“总则”“法律责任”“附则”, 此乃从一部独立的法律转为民法分则婚姻家庭编下的一章的应有之意。从实质内容看, 《收养法》其余三章“收养关系的成立”“收养的效力”“收养关系的解除”经过编纂转化为“民法典草案”婚姻家庭编·收养章同名的三节。

接下来是变化的部分。“民法典草案”中的收养部分确实也受到了民法典编纂其他部分的影响, 它们来自《民法总则》或“民法典草案”的其他编, 我们至少可以列出以下比较重要的变化: 被收养人的范围从“不满十四周岁的未成年人”放宽至一切“未成年人”(第 1093 条); 对于一般收养人, 不再要求其“无子女”, 放宽至“无子女或者只有一名子女”(第 1098 条第 1 项); 征求未成年人对于收养的意见的法定年龄从“年满十周岁”下降至“八周岁”, 显然受到了《民法总则》降低未成年人的限制民事行为能力年龄的影响(第 1104 条); 送养人与收养人协议解除收养关系时必须征得养子女同意的年龄, 同(第 1114 条); 将无配偶的男性收养女性的单向的最小年龄间隔扩张至两性之间的收养(第 1102 条)。总而言之, “民法典草案”的收养部分对《收养法》是“大体维持, 小有改变”。

变化多围绕收养主体展开, 他们有三类:<sup>③</sup> 即被收养人、送养人与收养人。事实上, 所谓收养, 系指自然人领养他人的子女为己之子女, 依法创设拟制血亲的亲子关系的民事法律行为。<sup>④</sup> 易言之, 收养是一种在自然人与他人子女这两个本来没有法律关系的民事主体之间创设亲子法律关系的法律事实。收养人与送养人是缔结法律行为的主体, 符合条件的被收养人可否决该法律行为的效力。收养制度的运作, 以送养人与收养人通过法律行为就被收养人的“抚养、教育和保护”义务的归属作出约定为基础, 法律行为的效力依据《民法总则》的规则判断(第 1113 条), 收养法本身的重点与难点在于确定这三类主体。正因为如此, “民法典草案”收养部分用了共计 15 个条文(第 1093~1104 条、第 1107~1109 条, 其中, 第 1093 条、第 1104 条关于被收养人, 第 1094~1097 条关于送养人, 第 1098~1103 条关于收养人)规范这三类主体, 一方面, 由此可见收养主体在收养法中的重要性。因为收养本身就是“挑肥拣瘦”, 要在一般的完全行为能力的民事主体中进

① 相关分析参见徐涤宇:《婚姻家庭法的入典再造:理念与细节》,《中国法律评论》2019 年第 1 期。

② “民法典草案”总则编部分对其内容未作删除“附则”章之外的实质性变更,且条文序号不变,故本文在相关部分仍然引用作为现行法的《民法总则》。

③ 比较法上多以国家公权力(作为第四个主体)的确认作为收养法律关系生效的要件,或规定收养必须经由法院裁判方具有效力,或规定须经公证才可达到这一效果。但我国未采此路径。如何确保私主体之间设立收养关系的协议获得更好的监督,从而切实维护被收养人的利益,确实需要更多专门的思考。参见《日本民法典》第 798 条、《秘鲁民法典》第 379 条。

④ 杨大文主编:《亲属法》(第五版),北京:法律出版社 2012 年版,第 244 页。

一步筛选出适格的主体;另一方面,占据26个条文中的15个,而且引致条款众多,阅读体验欠佳,似乎也有进一步探讨其合理性的必要。本文不揣鄙陋,将从删、补、增三个方面入手探讨收养主体制度的修订问题。

值得一提的是,收养程序多由收养人发起,因此其资质格外重要。自《收养法》以降,对收养人实际上存在一个隐含的分类——“一般收养”或者说“陌生人收养”与“亲属收养”。对两类不同的收养人,资质要求高低不同。对收养人的资质要求较高的是“一般收养”,规定在《收养法》第6条(“民法典草案”第1098条);要求相对较低的则是发生在一定范围的亲属之间的收养,部分规定在了该法第7条(“民法典草案”第1099条)。要求的高与低,主要指“亲属收养”的收养人可收养的未成年人广于“陌生人收养”的范围,易言之,即便该未成年人的生父母不符合“有特殊困难无力抚养”的要求(第4条第3项,“民法典草案”第1093条第3项),依然可以对其进行收养。这是因为在“亲属收养”中,收养人与被收养人之间已然存在先天(三代以内旁系血亲)或者后天(继父母子女)的联系,相较于陌生人而言更容易建立起正常的亲子关系,故他们可以摆脱若干条条框框的限制——它们原本是以“一般收养”为原型设立的。

## 二、建议“民法典草案”删除被收养人条款和送养人条款

“民法典草案”第1093条与第1094条以《收养法》第4条、第5条为编纂对象,并无实质变化,<sup>①</sup>于是也继承了《收养法》的特点,同时详细地规定被收养人与送养人的条件。各国收养法律通常简单规定被收养人(谁能够被收养),详细规定收养人(谁能够申请收养),很少谈及送养人。第1093条与第1094条分别用三项规定了三类可被收养的未成年人以及三类可以作为送养人的个人和组织的范围,前者即“丧失父母的孤儿”“查找不到生父母的儿童”“生父母有特殊困难无力抚养的子女”,后者即“孤儿的监护人”“儿童福利机构”“有特殊困难无力抚养子女的生父母”。

首先,第1093条与第1094条均持类型封闭态度,除了两组六类以外的任何其他个人、组织,均不得被收养或者实施送养。其次,与被收养人和收养人只能是自然人不同,送养人除了自然人外,还可以是组织的,即“孤儿的监护人”“儿童福利机构”,这是因为我国存在大量找不到生父母或者生父母双亡的孤儿、弃儿,以及被拐卖后获救的儿童,他们的“抚养、教育和保护”的义务由孤儿院、福利院或其他儿童福利机构等组织体承担。再次,第1093条与第1094条各自的三项规定之间存在明显的对应关系,可以认为第1094条就是为第1093条中的三类待收养的未成年人确定各自的法定代理人,再由后者与收养人缔结收养的民事法律行为。《民法总则》第23条规定:无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。收养是民事法律行为,其中一方主体为未成年人,遂与作为被监护人法定代理人的未成年人监护制度可能有重合之处。再者,从“民法典草案”第1098条第2项可推知收养制度的最主要目的在于为未成年人提供“抚养、教育和保护”。《民法总则》第34条第1款规定:监护人的职责是代理被监护人实施民事法律行为,保护被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等。该法第26条第1款也明确规定“父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务”。两项制度目的相同。

《民法总则》对处于编纂过程中的“民法典草案”理应发挥指导作用。基于此,本文认为:

第一,第1093条的三类被收养人通常可以通过解释《民法总则》得出,建议删除。“丧失父母的孤儿”“查找不到生父母的未成年人”“生父母有特殊困难无力抚养的子女”都是生活语言,可归

<sup>①</sup> 只是将“公民”“社会福利机构”“不满十四周岁的未成年人”分别改为“个人”“儿童福利机构”“未成年人”。

纳为“失亲儿童”，即无法从父母那里获得“抚养、教育和保护”(《民法总则》第26条)的未成年人。此时，自然应由其他有监护能力的人依次担任监护人。《民法总则》第27条作了明确具体的规定，其第1款规定父母是未成年人子女当然的监护人，第2款规定只有在父母已经死亡或者没有监护能力的情况下，才由祖父母、外祖父母、兄、姐、其他愿意担任监护人的个人或者组织(须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意)按顺序担任监护人。第27条不仅明确规定了监护人的顺位，以此解决争抢、推诿担任监护人的情形发生；而且明确规定范围比较广泛的组织可以担任监护人；该法第32条还规定在没有依法具有监护资格的人的情况下，民政部门兜底地担任监护人，<sup>①</sup>进一步完善了《民法通则》的制度设计。值得注意的是，该第32条区分了“民政部门”以及“具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会”，突出前者的兜底作用，因为有经费和人员保障的民政部门本身应当具备安置、照料被监护人的条件，<sup>②</sup>而居民委员会、村民委员会则未必，故此加上了“具备履行监护职责条件的”限制语。总之，根据《民法总则》的制度设计，不会出现未成年人没有监护人的情况。

第二，“丧失父母的孤儿”和“查找不到生父母的未成年人”有一定特殊性，留给第1100条第2款即可。他们与“残疾未成年人”一道，构成超越收养人子女数量总数限额的法定事由(“民法典草案”第1100条第2款，《收养法》第8条第2款)，这是基于政策的优待。但是，此等特殊性不影响删除第1093条，只需保留第1100条第2款即可，无论如何，需要为“残疾未成年人”保留一款。

第三，“生父母有特殊困难无力抚养的子女”值得一提。一方面，在“一般收养”中，“生父母有特殊困难无力抚养的子女”就是前述《民法总则》第27条第2款所称“未成年人的父母……没有监护能力”的未成年人，不必在民法分则收养法部分再做特殊规定；另一方面，“生父母有特殊困难无力抚养的子女”是“亲属收养”的法定优待理由，留给第1099条即可，不必在此处保留。

第四，建议删除给第1093条配套的第1094条。一方面，该条为第1093条的配套规定，皮之不存，毛将焉附，应当删除；另一方面，将“孤儿的监护人”与“儿童福利机构”并列规定，本身在逻辑上便不够周延、科学，因为孤儿也可能在儿童福利机构生活。

第五，建议删除第1096条监护人送养孤儿应当征得有抚养义务的人之同意的规定。根据反面解释解读第1096条，似可得出“若取得有抚养义务的人的同意，监护人就可以送养孤儿”的模棱两可的结论，换句话说，负有第一位的抚养义务的父母等监护人因故不得不送养子女，此时，既然父母之外其他“有抚养义务的人”负有法律规定的第二位的抚养此等子女的义务，他们自然应当接过这副担子，实际履行抚养义务。第1096条的措辞可能使人产生不当的理解，即“其他抚养义务人”通过同意监护人的送养来摆脱自己的抚养义务。根据《民法总则》，这其实是通过合法程序变更监护人的问题(第30条、第31条)。因此，如果监护权变更后的监护人基于“有利于被收养人的健康成长，保障被收养人和收养人的合法权益”的考虑希望送养未成年人，按照收养的一般条件与程序来处理即可。

总之，根据《民法总则》的制度设计，需要受到监护而不得的窘境已在制度层面上被消灭。民法典婚姻家庭编中收养部分的编纂必须充分考虑与《民法总则》监护制度的协调。那么，是否还需要收养制度？答案是肯定的。第一，有部分儿童查找不到父母(如弃婴)，按照《民法总则》的规定，只能由民政部门兜底作为监护人；第二，生物学研究和社会学研究都指出：家庭是抚养儿童的最佳场所，父母是抚养儿童的最佳人选，这也是法律构建父母子女关系的基础事实。<sup>③</sup>尽管组织可能担任监护人，只是聊胜于无而已，很难让被监护的儿童获得家庭的正常关爱，进而健康成长，

① 龙卫球、刘保玉主编：《中华人民共和国民法总则释义与适用指导》，北京：中国法制出版社2017年版，第116页。

② 王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》(上册)，北京：中国法制出版社2017年版，第150页。

③ 王慧：《〈民法总则〉撤销父母监护权条款的罅漏与完善》，《江西社会科学》2017年第6期。

于是需要收养制度来补充,使之进入新的家庭、过上正常人的生活。正因为如此,收养人应尽可能为自然人。第三,监护制度解决未成年人的“有所养”问题,收养制度解决未成年人的“良养”问题。前者倚重以生父母为原点的法定顺序,后者则依靠民事法律行为实现意思自治。此等区别在收养三代以内旁系血亲的子女以及继父或者继母收养继子女的时候格外突出。

### 三、“民法典草案”收养主体制度应当细化的内容

#### (一) 建议细化收养主体年龄制度

收养法律关系三大主体中的被收养人、送养人交由《民法总则》规定即可,“民法典草案”收养部分应以收养人为主要规范对象,为其划定若干标准,其中最重要的标准就是年龄。“年富力强”不应该是对于收养人的奢望。年龄是时间单向度流逝对于自然人的影响,可以体现为时间点(如三十周岁),也可以体现为时间段(年龄应当相差四十周岁以上),由两个以上的时间点确定。

##### 1. 收养人的最低年龄以及他与被收养人的最小年龄间隔

“民法典草案”第1098条第5项追随其编纂对象《收养法》第6条第4项,仍将收养人的最低年龄规定为三十周岁。关于这个最低年龄,不乏争议。<sup>①</sup>从鼓励收养的角度出发,似可将其调低,以使得那些有能力、有意愿的人能够更加顺利地实施收养行为。从比较法的角度观察,三十周岁也确实显著偏高。<sup>②</sup>收养人的最低年龄的设定自然应当符合本国国情,我国《收养法》立法时之所以确定三十周岁为最低年龄也有自身的考虑,<sup>③</sup>延续至今,自然也有自己的道理。然而无论如何,规定至少应当符合最低限度的逻辑要求,不与法律的其他规定产生明显或者隐含的冲突。基于收养制度设立拟制血亲关系的本质,收养人的法定最低年龄首先应当与其拟收养的未成年人可能的最高年龄之间存在最小年龄间隔。

“民法典草案”未直接面对这个问题,但其第1093条关于被收养人最高年龄的变化却对此有重大影响。第1093条将《收养法》第4条有关被收养人的范围从“不满十四周岁的未成年人”修改为“未成年人”。这意味着,目前根据《收养法》不得被收养的已满十四周岁不满十八周岁的未成年人,今后可以被收养。结合上述第1098条第5项的规定可知,年满三十周岁的成年人如果符合其他条件,则可以收养不满但接近十八周岁的未成年人。

收养行为的效果是在收养人与被收养人之间设立拟制的亲子关系,这是一种发生在两代人之间的代际关系。法律使之发生与自然血亲关系相同的效果,前提是它符合基本的自然规律——收养人不仅要在年龄上大于养子女,而且应该足够大于。易言之,在收养人的最低年龄与被收养人的最高年龄之间,应该有一个最小的年龄间隔,否则难说符合自然规律。《收养法》没有像许多域外立法那样明确规定这样的最小间隔,<sup>④</sup>但是由于被收养人的最高年龄不超过十四周岁,因此推出为十六周岁(30~14),这大致符合中国人对一代人的年龄间隔的一般观念。“民法典草案”可推知的最小间隔却只有十二周岁(30~18),还需进一步论证其正当性。

##### 2. 收养人的最高年龄限制

“民法典草案”第1102条以《收养法》第9条为基础展开编纂,对于无配偶者对异性实施收养作

① 参见雷光明主编:《中华人民共和国收养法评注》,厦门:厦门大学出版社2016年版,第108页。

② 如《德国民法典》第1743条要求25周岁、《日本民法典》第792条要求仅20岁、《西班牙民法典》第175条也只要求满25周岁即可。反方向的例子也有,《瑞士民法典》第264b条规定为35周岁、《意大利民法典》第291条要求年满35周岁。

③ 参见雷光明主编:《中华人民共和国收养法评注》,厦门:厦门大学出版社2016年版,第104页。

④ 《意大利民法典》第291条第1款后半句规定:“……收养人至少要比被收养人年长18周岁。”

出了高于一般收养要求(第1098条)的特殊要求,即二者之间的年龄间隔不得小于四十周岁。第1102条将现行法仅针对男性收养女性的最小年龄间隔扩及于女性收养男性。由此引申出的问题是,是否有必要对收养人设置一个最高年龄?以此预防年事已高、实际上无能力“抚养、教育和保护”未成年人的老年人好心办坏事?

显而易见,实施这种特殊民事法律行为的能力要求是高于实施一般民事法律行为的能力要求的。因此,完全行为能力人只有在满足第1098条才具有收养能力,而其中的第2项和第3项均对收养人的身体素质、健康情况提出了要求。根据自然规律,它们与年龄密切相关。以无配偶者对异性实施收养为例,既然我国民法上的被收养人只能是未成年人,而无配偶的异性收养与未成年人的最小年龄间隔为四十周岁,不难推出,符合要求的收养人的最低年龄就在四十至五十八周岁( $0/18 + 40 = 40/58$ )之间。<sup>①</sup>考虑到我国老龄化、高龄化的严峻形势,这个问题在普通的收养中同样存在。综合考虑,建议考虑国情并借鉴比较法经验,划定收养人的最高年龄,建议设定在六十周岁。<sup>②</sup>

## (二) 建议进一步规定对亲属收养的优待

如前所述,“亲属收养”乃隐含的一种类型,是对旁系血亲和姻亲收养未成年人的优待,二者均属于“民法典草案”第1045条第1款的规定的亲属,即配偶、血亲和姻亲。

### 1. 收养三代以内同辈旁系血亲的子女的优待

“民法典草案”第1099条与作为其编纂对象的《收养法》第7条相比基本无变化。它对于“收养三代以内同辈旁系血亲的子女”的情形做了优待的规定,其意义有二:一是扩大了被收养人的范围。虽然生父母没有特殊困难,有力抚养其子女,依然可将其送养给三代以内同辈旁系血亲作子女;二是超越异性之间收养的最小年龄间隔的四十周岁的要求。更甚之,如果收养人是华侨的话,还不受“无子女或者只有一名子女”的限制。简言之,在特定亲等亲属之间实施收养,较少受条条框框的限制。

在比较法上,这个问题似乎稍显特殊,缺乏对应制度。“收养三代以内同辈旁系血亲的子女”与一般的收养制度实际大有不同,我国学者很早便意识到,它与我国民间过继的习惯有很深的渊源。<sup>③</sup>思其原因,或许在于大陆法系国家民法亲属制度更发达,潜在的收养人与“三代以内同辈旁系血亲的子女”之间的亲缘关系并不算远,可以在亲属法的制度中解决后者“抚养、教育和保护”问题,无须诉诸收养制度。学者们长期以来就是否可以对成年人实施收养争议纷纷,如果我们承认“陌生人收养”与“血亲收养”这一分类的价值以及各异的功能(育幼和育幼兼养老),或承认对成年人的收养。

### 2. 继父或者继母的收养优待

当今社会,“重组家庭”并不鲜见。所谓“重组家庭”,指的是夫妻一方或者双方在离异后,另觅良偶再次组建家庭。于是,“重组家庭”的夫或者妻的配偶可能在第一段婚姻中已经诞下子女,妻或者夫通过与其配偶缔结婚姻而成为此等子女的继母或者继父。继父母与继子女间,属于姻亲,除非他们之间形成了抚养教育关系,否则不适用法律关于父母子女关系的规定。这既是我国法学界的共识,也是“民法典草案”第1072条第2款及其编纂对象《婚姻法》第27条第2款的规定。易言之,继父或者继母能够通过抚养教育的行为,与继子女之间建立拟制血亲关系,其法律效果与收养制度类似。

继父母可通过形成抚养教育关系来构建法律意义上的父母子女关系,陌生人之间则通过收养

① 而且“民法典草案”删除了被收养人为不满十四周岁的未成年人的规定,更提高了收养人的最低年龄( $14 + 40 = 54$ )。

② 如《葡萄牙民法典》第1979条第3项要求“未愈60岁”。

③ 河山、肖水著:《收养法概要》,天津:天津人民出版社1992年版,第27页。

来达到同样效果,看似殊途同归,实则难易不同。现行法的规定存在评价矛盾。如前所述,姻亲也属于亲属,具有一定的法律意义,继父母与继子女的联系因而应当比陌生人之间更为紧密。前者构建法律意义上的父母子女关系,应当易于而非难于后者。现实正好相反。首先,根据常识,收养所需花费的时间、精力不大可能长于对继子女的“抚养教育”。其次,继父或者继母与其配偶结合组成新家庭之后,如果配偶亲自抚养其子女,那么继父或者继母实际上与继子女是共同生活在一块的。为了新家庭的和谐、稳定,如果前者要收养后者,应给予一定的便利,至少不比“一般收养”更加严格。实际上,情况恰恰相反,判断形成抚养教育关系的标准往往难以认定,很难通过这一路径在继父母子女之间建立法律意义上的亲子关系,已有学者明确提出以再婚夫妻是否达成收养的合意为标准来代替形成抚养教育关系。<sup>①</sup>那么,是否在继父母子女的收养上适用“一般收养”?答案是否定的,此时应当放宽“一般收养”的条件,促成“亲属收养”的达成。具体措施可以是降低作为收养人的继父母的最低年龄要求,不必满三十周岁。<sup>②</sup>

还应指出,继父或者继母收养继子女的,该继子女与生母或者生父之间原初的权利义务关系不发生消灭。因此,第1111条第2款“养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系,因收养关系的成立而消除”的适用范围应当予以限缩,为第2款增加一个但书“养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系,因收养关系的成立而消除,但有配偶者收养子女的除外”<sup>③</sup>。

#### 四、“民法典草案”收养主体制度应当新设的内容

建议承认收养人的家庭成员对收养进程的参与。“民法典草案”第1098条基于《收养法》第6条进行编纂,它的五项规定了一般的收养人必须具备的条件,除了第1项将《收养法》的“无子女”变更为“无子女或者只有一名子女”以及新增第4项违法犯罪记录的相关要求之外,无其他变化。“无子女或者只有一名子女”这一改变意义重大,具有体系价值。

从前,“一般收养”的收养人原则上无子女,如今,有子女者亦可实施收养。这是一个“从零到一”的质变过程,对于整个家庭(而非仅限于夫妻)必定有影响。之前,夫妻或者单身男女收养未成年人,通过收养行为形成的法律关系是纵向的代际关系。如今,已有一名子女的收养人实施收养,除了建设纵向的代际关系外,也为自己既有的子女与被收养人之间构建出横向的同代兄弟姐妹关系。这也是所谓第1111条第1款后半句“养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系,适用本法关于子女与父母的近亲属关系的规定”的自然之理。如果我们贯彻从“婚姻法”到“婚姻家庭编”的转型思路,从家庭而非婚姻的角度看这个问题,就必须思考家庭的其他成员,对于父母或者父或者母欲将“外人”通过收养接纳进入家庭一事,是否有发言权的问题?给他或她找来一名兄弟姐妹,是不是要征求其意见呢?这实际上是从“婚姻法”到“婚姻家庭法”,是否要继续往下走到“亲属法”问题<sup>④</sup>的一个侧面。“民法典草案”第1111条、第1075条规定的兄弟姐妹间的扶养义务,该问题具有现实意义。对此,域外立法可资借鉴。如《葡萄牙民法典》对该问题便给出了肯定的答案。<sup>⑤</sup>“民法典草案”可以考虑增设一款,规定家庭成员对收养的参与,或者通过解释其第1044条第1款达到类似效果。

① 杨立新:《对修订民法典婚姻家庭编30个问题的立法建议》,《财经法学》2017年第6期。

② 如《德国民法典》第1743条第1句规定:通常情况下收养人必须年满25周岁,在收养配偶子女时,年满21周岁即可。

③ 如《瑞士民法典》第267条第2款。

④ 参见郭明瑞:《关于婚姻法修订的若干问题》,《江汉论坛》2018年第2期。

⑤ 《葡萄牙民法典》第1973条规定:“……且收养系基于正当理由及收养对收养人之其他子女……未造成不公平之牺牲……”

## 五、结 语

“民法典草案”的收养部分过分保守,没有把握好编纂民法典从“婚姻法”转型到“婚姻家庭编”的本质,以及从“单行法”变身为“法典法”<sup>①</sup>的不同。在民法分则的六编中,婚姻家庭编与人格权编大大不同于合同编、物权编、继承编与侵权责任编(以《合同法》《物权法》《继承法》《侵权责任法》为主要编纂对象依据,在结构上基本没有脱离四部法律的现有框架)。“婚姻家庭编”的称谓实际上是我国立法史上前所未有过的新鲜事物,绝非对《婚姻法》《收养法》的简单拼加。对收养部分的编纂,尤应注意它与同编其他制度以及《民法总则》间牵一发而动全身的关系。

婚姻家庭编在收养制度上可以在下列问题着力:第一,理顺收养制度与监护制度的关系,删去不必要的规定,达到总则与分则的协调一致。第二,细化对收养主体的年龄要求,明确拟制血亲的最小年龄间隔,明定收养人的最高年龄限制。第三,明确“陌生人收养”与“亲属收养”的分类,并对后者进一步放开限制。收养应当遵循最有利于被收养人的原则,保障被收养人和收养人的合法权益(第1044条第1款),“陌生人收养”偏重被收养人的健康成长,“亲属收养”兼顾收养人的利益。第四,承认父母以外的家庭成员对收养进程的参与。

## English Abstract

### Suggestions on Legal Subjects of Adoption in the Draft of Civil Code

XU Tieying

**Abstract:** Adoption aims at searching for qualified adopters in the interest of adoptees. Therefore, it is common in various legal systems that law of adoption is always based on qualifications of adopters. The compilation of Chapter Five of Book Marriage & Family of Draft of Civil Code based on the P. R. C. Adoption Law resulted in lack of innovation and coordination. And there is a lack of coordination with the other systems of the series and the General Principles of the Civil Code. From the perspective of system coordination, this article intends to propose several amendments to the main body of the adoption law in the *Civil Code: Marriage and Family (drafted)*. The legislator should take the adopters' minimum ages, maximum ages, marital status, the age differences between him and the adoptees into consideration, whether he and adoptees have a blood relationship or in-law relationship, etc., so as to achieve the goal of “the healthy growth of adoptees”.

**Key Words:** adopter; adoptee; guardianship; fictional blood relationship

责任编辑 李晶晶  
责任校对 王治国

<sup>①</sup> 夏吟兰:《民法分则婚姻家庭编立法研究》,《中国法学》2017年第3期。