

中德跨国收养法律冲突的解决路径^{*}

蒋新苗^{**}

摘要：各自固有的历史传统、社会制度、民族特性、历史源流、文化传承、伦理观念、社会习俗和地理环境等方面的差异，不可避免地导致中国与德国对待收养的态度、立场、原则与运作模式的分歧。中德两国的立法与司法部门对跨国收养采取各不相同的特别规定和措施，从而使得两国之间的跨国收养法律冲突成为不争的事实。综合现行理论和实践经验，适用法律趋同化方法、运用冲突法方法、采取个案协商方法、借助双边协定或国际统一公约的方法、在求同存异和互惠互利以及有利于促进跨国收养合作关系发展的基础上各自修改相关法律法规等，均属于消除或解决中国与德国之间的跨国收养法律冲突的可选路径。

关键词：跨国收养 完全收养 简单收养 法律冲突 国际公约

中国与德国的社会制度、政治体制、经济竞争模式、民族风俗传统、历史源流、文化传承、思维方式、伦理价值取向、地缘状况等因素千差万别，不仅导致了两国实体法有关收养与跨国收养问题的规则不完全一致，而且导致各自有关收养与跨国收养的程序性要求也不完全相同，加之两国的法律分别对跨国收养的入籍等还有一些特别的规定，就更加剧了中德跨国收养法律冲突的态势。在长期的历史发展过程中，中国与德国各自形成了自己独特的收养法体系。虽然两国的收养法都同属大陆法系，在收养目的、宗旨、实体性与程序性规则方面也不乏共同之处，然而，在涉及收养法律关系的基本要素方面诸如实质要件、形式要件、法律效力与关系的终止等方面凸现的对立和冲突却是有目共睹的。正是因为两国关于收养的实体法规定与程序性要求差别较大，在跨国收养过程中不可避免地会产生法律冲突，这些冲突存在于收养的实质要件、形式要件、涉外收养的管辖权问题、准据法选择以及外国收养的承认与执行等方面。正是因为目前中德两国的收养法律法规存在诸多难以消除的差异，中德之间至今尚未开通跨国收养的官方渠道。当前只有英国、加拿大、美国、法国、西班牙、比利时、荷兰、丹麦、意大利等 17 个国家的公民被我国有

* 此处涉及的中国收养立法仅限于中国大陆实施的全国性收养法律法规。同样，这里只比较德意志联邦共和国的收养法制，暂不涉及德国各州的不同做法。

** 湖南师范大学教授、博士生导师，长江学者特聘教授、第五届全国十大杰出青年法学家，主要研究领域为国际私法、跨国收养法、世界贸易组织法。本文为国家社科基金重点项目“‘一带一路’海外中国公民权益保护的法治供给机制研究”（项目号：16AZD023）、教育部规划基金项目“中国涉外收养法律制度的完善研究”（项目号：14YJA820010）以及湖南省社科基金项目“‘一带一路’战略的法律法规供给机制研究”（项目号：16ZDB28）的阶段性成果。作者感谢瑞士比较法研究所胜雅律（Harro von Senger）教授和德国科隆大学国际私法和外国法研究所曼塞尔（Heinz-Peter Mansel）教授为完成该研究所提供的各种帮助。

关部门允许来华收养子女,^① 而德国公民却被排除在外。这种状况似乎与中德两国广泛而深入发展的政治、经济、文化、外交关系极不相称。因此, 如何解决好德国涉及收养的法律与中国实施的全国性收养法律制度之间的冲突, 对开通两国的跨国收养渠道和规范两国的跨国收养行为有着重要的理论价值和现实意义。

一 中德收养法律法规的历史与现实冲突

在中国, 第一部单行的收养法是 1991 年 12 月 29 日颁布的中国《收养法》。此外, 还有其他涉及收养问题的一系列法律法规如中国的《继承法》《婚姻法》《中国公民收养子女登记办法》与《外国人在中国收养子女登记办法》等。^② 目前, 《收养法》《婚姻法》《继承法》《民法通则》《民法总则》等涉及收养规制的法律法规, 已被吸纳入 2020 年 5 月 28 日第十三届全国人大三次会议通过的中国《民法典》。自该《民法典》2021 年 1 月 1 日实施起, 调整中国收养关系的全国性法律规范就主要集中在《民法典》第五编第五章(第 1093 条至第 1118 条)以及第 52 条、第 464 条和第 1044 条的相关规定。

在德国, 有关收养问题的规定主要集中在《德意志联邦共和国民法典》(以下简称《德国民法典》)中。1896 年制定并在 1900 年 1 月 1 日生效的《德国民法典》, 代表着垄断资本主义时期法学的发展, 反映了“资本主义市民社会发展的需求”。^③ 它的立法成功, 不能不与实证主义和比较法学的大力发展和广泛运用有着密切关系。^④ 《德国民法典》采用潘德克顿编纂体系完成, 融罗马法与日尔曼法于一体, 是中世纪对罗马法的继受的最好反映, 成为 19 世纪末罗马法体系化、科学化的集大成者。^⑤ “这部法典的主要法源来自于罗马法, 但它不是明确表述私法的一般

① 西班牙因未在跨国收养中遵循收养后反馈信息的要求, 即向中国收养中心反馈两次有关被收养子女的情况, 中国收养中心于 2001 年的一段时间暂停了西班牙与中国之间的跨国收养, <http://lz.book.sohu.com/chapter-1520-4-18.html/>, 最后访问时间: 2019 年 8 月 21 日。

② 有关中国收养立法的历史演变历程, 参见蒋新苗:《中瑞收养法的差异化与趋同化溯源》, 载《时代法学》2020 年第 3 期。1991 年中国《收养法》是建国以来第一部单行的收养法, 1998 年 11 月 4 日第九届全国人大常委会第五次会议根据实践的需要作了修正。此外, 民政部在 1992 年 4 月 1 日公布了《中国公民办理收养登记的若干规定》, 1996 年作了修订, 1999 年又根据新修改的收养法的规定进一步作了修改, 并更名为《中国公民收养子女登记办法》。1999 年 5 月 12 日中国国务院批准了《中国公民收养子女登记办法》, 由民政部 1999 年 5 月 25 日发布实施。另外, 中国司法部和民政部于 1993 年 11 月 10 日联合发布了《外国人在中国收养子女实施办法》, 1999 年也根据新修改的收养法的规定作了大幅度的修改, 并更名为《外国人在中国收养子女登记办法》。1999 年 5 月 12 日中国国务院批准了《外国人在中国收养子女登记办法》, 并由民政部 1999 年 5 月 25 日发布实施。考虑到华侨以及居住在香港、澳门、台湾地区的中国公民在中国内地收养子女的特殊性, 民政部根据《中国公民收养子女登记办法》的规定, 专门制定了《华侨以及居住在香港、澳门、台湾地区的中国公民办理收养登记的管辖以及所需要出具的证件和证明材料的规定》, 该规定也在 1999 年 5 月 25 日由民政部发布实施。随后中国民政部依据上述三大登记办法专门制定《收养登记工作规范》, 并在 2008 年 9 月 1 日颁布实施。不仅如此, 还有 1991 年 9 月 4 日制订的中国《未成年人保护法》、1985 年 10 月 1 日实施的中国《继承法》、2001 年新修订并于当年 4 月 28 日颁布实施的中国《婚姻法》、2011 年 4 月 18 日实施的中国《涉外民事关系法律适用法》、1987 年 1 月 1 日实施的中国《民法通则》和 2017 年 10 月 1 日实施的中国《民法总则》, 等等。

③ 刘士国:《中国民法典制定问题研究》, 山东人民出版社 2003 年版, 第 3 页。

④ 尽管有学者批评说, 1900 年德意志帝国的建立要求民法统一, 所以《德国民法典》的使命是统一各邦的民法规定, 它是总结性的, 不是前瞻性的。正如德国学者劳特布普特所讲:“《德国民法典》是一个旧世纪的终结, 而不是新世纪的开始。” <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/>, 最后访问时间: 2019 年 12 月 30 日。

⑤ Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *Introduction to German Law* (Verlag C. H. Beck München, 2005), p. 2.

原则,而是以规则本身表述为前提的方式,处处都接受罗马法的养料。”^①该法典第11条以及第1741条至第1772条专门对养子女问题作了规定。《德国民法典》有关收养的规定,在继受罗马法时,整合了1756年《巴伐利亚马克西米利安民法典》、1794年《普鲁士法典》、1863年《萨克森民法典》与莱茵河地区实施的1804年《法国民法典》中有关收养的法律规范。^②推本溯源,罗马法是德国收养立法产生与发展的引路者,德国收养的概念与原则等直接源自罗马法。罗马法独具特色地将收养分为“自权人收养”(adrogatio)和“他权人收养”(adoptio or datioinadoptionem)。在具体操作过程中,他权人收养“仅经由生父和收养人偕同被收养人在书记官前订立收养契约,由书记官证明就可以了”;^③自权人收养则需要由僧侣调查与审核以及经贵族议会通过方可成立。而德国法有关收养契约的规定,曾在1976年修订前的《德国民法典》第1741条、第1742条和第1751条等条款中有所见,但从1976年开始就难以再在德国收养立法中发现类似规定了。《德国民法典》自1976年修订后就将契约收养变革为法定收养,只有经过法院裁定的收养关系才可成立。^④“现行收养之法院裁定行为系将旧法上当事人之契约行为、法院之同意与认可合而为一。”^⑤但是,在1990年两德统一以前,原德意志民主共和国和原德意志联邦共和国的法律在收养的性质上还是有分歧的。原德意志民主共和国法律坚持将收养纳入行政审查范畴而对收养的契约性持否定态度,^⑥1965年《德意志民主共和国家庭法典》第66条规定:“收养为被收养子女提供了新的家园,并使其得以在一个家庭内成长。它在收养人与被收养人之间建立了一种父母和子女的关系,这就创造了一种和其他的父母和子女之间的关系一样的法律关系。”该法第68条第1款进而规定:“子女收养事宜由少年儿童救助部门负责办理。”^⑦但是,原德意志联邦共和国法律一直沿袭收养的契约性传统,只是随后增加了收养应由法院裁定才可成立的规定。不过,如今的德国法律已经完全抛弃了这种收养观。^⑧这一做法正是抛弃收养的纯契约性并导入国家公权力监督的法律趋同化取向在德国收养立法中的具体表现。^⑨《德国民法典》有关收养的规定历经23次修订和增补,其中2000年以来就修订了11次。^⑩进入21世纪后,德国收养立法的修立频繁,似乎有领

① [德]霍尔斯特·海因里希·雅科布斯著:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第16页。不过,卡尔·拉伦茨则认为:“德国接受的是后期罗马法,并且是东罗马帝国皇帝优士丁尼(Justinian)的《民法大全》(corpus iuris)的形式。”参见卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2005年版,第21页。

② International Social Service, *Internal and Intercountry Adoption Laws* (Kluwer Law International, 2002), GER - II, p. 1.

③ 周相等编:《罗马法》,群众出版社1983年版,第131页。

④ Harald Paulitz, *Adoption: Positionen, Impulse, Perspektiven* (Verlag C. H. Beck München, 2 Auflage, 2006), SS. 210 - 214.

⑤ 戴炎辉、戴东雄:《中国亲属法》,中国台湾地区三文印书馆1988年版,第331页。

⑥ Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *Introduction to German Law*, p. 263.

⑦ 在1990年东西德统一以后,原《德意志民主共和国家庭法典》的收养观及其规定已不再规制新成立的收养关系,以前依据原德意志民主共和国法律并按其行政程序成立的收养关系,统一后的德国予以承认。See International Social Service, *Internal and Intercountry Adoption Laws*, GER - II, p. 3.

⑧ Harald Paulitz, *Adoption: Positionen, Impulse, Perspektiven* (Verlag C. H. Beck München, 2 Auflage, 2006), S. 229.

⑨ 为了尊重历史和理清德国现行收养法律制度的脉络,既要考察原德意志民主共和国的收养法制,又要着重分析原德意志联邦共和国的收养制度的历史沿革,从而全面揭示德国现行收养法律机制。依1990年两德统一条约,德国如今规范收养关系的法律主要是《德意志联邦共和国家庭法典》,但其中吸收了原德意志民主共和国的家庭法的一些规则。See Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *Introduction to German Law*, p. 252.

⑩ Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz - FGG-RF) vom 17. Dezember 2008 (01.09.2009 in Kraft).

导世界收养立法新潮流的动向。^①

德国现行规制收养关系的法律法规主要为：《德国民法典》第 1741 条至第 1772 条（其中第 1741 条至第 1766 条规制未成年人收养，第 1767 条至第 1772 条规制成年人收养）、1976 年 7 月 2 日的《关于收养程序及其实施的法律》（1993 年 12 月 16 日修订）、1998 年 7 月 1 日生效实施的《监护法》、2001 年 12 月 22 日的《收养安置（中介组织）法》（Adoptionsvermittlungsgesetz）、2001 年《同性伙伴关系法》（2004 年修订并赋予同性伙伴可收养继子女的有限收养权）、1898 年 5 月 17 日的《非讼事件法》（1992 年 12 月 21 日和 2008 年 9 月 19 日修订）、1990 年 6 月 26 日的《儿童与青少年服务法》（2006 年 12 月 14 日修订）、1913 年 7 月 22 日的《德国国籍与公民资格法》（1993 年 6 月 30 日修订）、1896 年 8 月 18 日的《德国民法施行法》（1986 年 7 月 25 日、1994 年 9 月 21 日、2001 年 11 月 5 日及 2017 年 6 月 11 日修订）、1990 年的《外国人出入境法》及相关条例，等等。^② 此外，2013 年德国联邦最高法院判决允许同性伙伴收养子女；2017 年 6 月 30 日的《同性婚姻缔结法》认可同性配偶完全的收养权。2019 年 5 月 2 日德国联邦最高法院的一项判决提出《德国民法典》第 1754 条（收养效力）与第 1755 条（亲属关系的消灭）的规定与《德国基本法》第 6 条第 2 款相抵触，应在 2020 年 3 月 31 日前修改民法典相关条款。^③

从中德两国收养立法的历史发展可见，一是两国收养立法的立法精神与坚持的原则不乏共同之处，如坚持保护未成年人权益的基本原则、贯彻儿童最大利益原则、维护合法的收养关系等等；二是两国收养立法均带有相当显著的大陆法系特色，收养宗旨、收养的价值、收养目的、收养实质要件与形式要件等方面也有不少趋同化条款。尽管如此，中德两国收养立法在收养的实体性规定与程序性规定以及收养关系终止等方面存在的不一致之处或冲突也是不容忽视的。具体而言，中德两国收养法律法规的现实冲突主要表现在如下四大方面：

（一）收养成立的实质要件的法律冲突

中德收养立法有关收养关系成立的实质要件的规定存在十分明显的不同乃至冲突，具体可以归纳为如下六个方面。

第一，在收养人与被收养人的年龄要件方面存在差别。中国收养立法一般规定收养人应年满 30 周岁，德国收养立法只要求年满 25 周岁。中国收养立法规定继父或继母收养继子女时允许不受收养人年满 30 周岁的条件限制；而德国收养立法在这方面显得更灵活，夫妻共同收养的，只要配偶其中一方年满 25 周岁，另一方的年龄则允许降低到 21 周岁。^④ 关于被收养人年龄要件的设定，1991 年中国《收养法》明文规定被收养人应为未满 14 周岁的儿童（中国《民法典》第 1093 条则规定只要是没有年满 18 周岁的未成年人均可被收养），而德国收养立法既允许收养未成年人即尚未年满 18 周岁的儿童，也允许收养成年人，并明确要求有关成年人的收养应参照未成年人收养的相关规定办理。1991 年中国《收养法》对于收养三代以内同辈旁系血亲的子女也

① Kerry O'Halloran, *The Politics of Adoption: International Perspective on Law, Policy & Practice* (Springer, 3rd edn, 2015), pp. 576 - 577.

② Bassenge und Brudermüller et al., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (Verlag C. H. Beck München, 72 Auflage, 2013), S. 2045.

③ 该案涉及非婚同居者希望收养另一方同居者的两个子女，但其请求被法院否决了。See Jenny Gesley, *Germany: De Facto Complete Exclusive of Stepchild Adoption for Unmarried Couples Held Unconstitutional*, 19 May 2019.

④ Kerry O'Halloran, *The Politics of Adoption: International Perspective on Law, Policy & Practice*, p. 585.

允许突破被收养人没有年满14周岁的年龄要件，但没有对被收养人的最高年龄界限作任何明文规定。换言之，可理解为中国亲属间收养也是允许收养成年人的。德国法不只是规定了收养未成年人的法律问题，而且对收养成年人也有明文规定。^① 中国法则缺乏关于后者的明文规定。

第二，在收养人与被收养人之间的年龄差距方面存在差别。1991年中国《收养法》通常规定收养人与被收养人之间的年龄相差至少16周岁，而对无配偶的男性收养女性的则要求更高，至少相差40周岁（中国《民法典》第1093条和第1102条则将收养人与被收养人之间的年龄差距缩短至12周岁，同时对无配偶的女性收养男性子女的也明确规定应至少相差40周岁）。尤其是对于亲属间的收养和继子女收养，中国收养立法也允许例外。不过，德国收养立法在这方面却没有明确规定。

第三，对已经有子女的收养人能否再收养子女的规定也存在差异。1991年中国《收养法》强调收养人应无子女才可收养子女，只有特殊情形时允许例外。中国《民法典》第1097条则将收养人的条件修改为“收养人无子女或只有一名子女”。^② 虽然原《德意志联邦共和国民法典》也曾规定，预期收养人已经有自己的婚生子女或非婚生子女的不允许再收养其他儿童，但是德国旧法特别规定，收养人即使已有其他小孩，但依然允许收养自己的非婚生子女。^③ 只是最终的决定权在法院，法官根据是否有利于被收养儿童权益维护裁决可否允许收养。^④ 不过，德国现行有关收养的法律已经没有此类禁止性规定。

第四，对收养同意权的行使主体的要求也存在差异。尽管中德两国收养法均规定收养子女应征求收养当事人的明确同意，但是两国在具体要求方面却不完全相同。首先是有关被收养人的同意权行使的具体规定存在差异。1991年中国《收养法》规定收养年满10周岁儿童应征得被收养儿童本人的同意（中国《民法典》第1104条修改为：“收养8周岁以上未成年人的，应当征得被收养人的同意。”），而修订后的《德国民法典》则明确规定须征得年满14周岁的被收养人的同意。其次是对送养方同意权行使的具体规定存在差异。中国收养立法对送养方的规定非常明确，送养子女必须由亲生父母双方共同送养，即必须征得生父母双方的同意，^⑤ 而德国修订后的民法典强调收养应征得被收养人亲生父母的同意，特别注意保护非婚生子女生父母的同意权。但《德国民法典》第1747条第2款明确规定被收养的未成年人的父母必须在该未成年人出生已满8个星期后才能作出同意送养的意思表示，否则送养无效。再次是对收养同意权的行使方式的具体规定存在差异。中国收养立法规定有关同意权行使的裁判者为收养登记部门，送养的意思表示须在收养登记时向登记部门工作人员表示，而《德国民法典》则规定送养子女的意思表示应采取公证形式，而且必须送达监护法院才能生效。

第五，有关免除收养同意权条件的具体规定不同。中国收养立法规定，一是被收养人生父母一方不明或者查找不到，便可免除该方的同意权；二是被收养人的父母双方都不具备完全民事行

① H. C. Dieter Schwab et al., *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht* (Verlag C. H. Beck München, 6 Auflage, 2012), S. 196; Bassenge und Brudermüller et al., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, SS. 2063-2066.

② 中国《民法典》第1098条和第1100条的规定允许有子女者进行收养。第1098条规定收养人“无子女或者只有一名子女”；第1100条规定：“无子女的收养人可以收养两名子女；有子女的收养人只能收养一名子女。收养孤儿、残疾未成年人或者儿童福利机构抚养的查找不到生父母的未成年人，可以不受前款和本法第1098条第1项规定的限制。”

③ 《德国民法典》第1741条。

④ 《德国民法典》第1745条。

⑤ 1991年中国《收养法》第14条与《民法典》第1097条有同样的规定。

为能力且对该未成年人有严重危害时，也可免除其同意权。《德国民法典》第1748条对免除收养同意权的条件作了详细规定，而且只有监护法院才能决定能否免除收养同意权的行使。这与中国由收养登记部门单独把关存在明显差别。

第六，收养类型也存在明显不同。尽管中德收养类型都有共同收养和独身收养，其形式相似，但内容却并非完全一致。一是中德关于异性独身收养问题的规定差别较大，中国收养立法允许独身男性收养女性子女或独身女性收养男性子女，但是德国收养立法对此既无禁止性规定又无明确许可性规定，^① 尤其未对独身女性收养男性问题作具体规定，给未来的实践留下了难以弥补的空缺。二是中国与德国收养立法都只允许异性夫妻双方共同收养，禁止已婚配偶单方收养，但德国《同性婚姻缔结法》及修改后的民法典已不禁止同性配偶收养子女，而这在中国法中虽无明文规定却为公序良俗所禁止。

（二）收养成立的形式要件的法律冲突

中德两国收养法在收养成立的程序要件方面的规定也存在明显差别与冲突：一是收养关系成立的方式存在明显差异，中国收养立法将行政登记方式视为收养关系成立的唯一方式和程序，行政化色彩突出，而德国收养立法强调收养的法治化，收养关系成立必须经过法律程序，由监护法院批准；二是收养关系成立程序的监管力度不同，德国实行的是监护法院与青少年事务局双重监管机制，但是中国收养立法在对收养关系成立方面进行规制时尤其突出了民政登记部门的行政化权力，对儿童福利院送养儿童的监管及收养人的家庭调查程序缺失。尽管中国《民法典》第1105条第5款增加了“县级以上人民政府民政部门依法进行收养评估”的规定，但在监管方面依然还有诸多缺失；三是有关收养试养期的态度与立场存在差异，1991年中国《收养法》一直缺乏有关试养期的规定，德国收养立法则对成立收养关系必须经过收养试养期作了明确规定。此外，中德两国收养法有关收养同意的生效方式的规定也存在差异，中国收养立法强调由收养登记部门决定同意送养的意思表示是否有效，而《德国民法典》注重采用法律路径来决定收养同意的有效性，既要求以公证形式完成，又强调必须送达监护法院方可最终生效。^②

（三）收养效力的法律冲突

中国与德国立法在收养效力方面既有共性又有各自的个性化规定。两国收养效力的共同之处主要表现在三个方面：首先，养父母子女关系等同于亲生父母子女关系的规定大致相同。两国收养法均规定：养父母与养子女间的权利义务关系自收养关系成立之日起适用法律有关亲生父母子女权利义务关系的规定。其次，有关养子女与生父母及其近亲属间的权利义务关系问题的规定大致相同。两国收养法均规定：一般情况下，养子女与亲生父母及其他近亲属间的权利义务关系自收养关系成立之日起终止。再次，有关养子女的姓名权及血亲间的禁婚要求大致相同。两国收养法均规定：被收养子女享有取得养父母家庭姓氏的权利；被收养人与亲生父母的血缘关系一直保

① Dagmar Winkelsträter, Anerkennung und Durchführung internationaler Adoptionen in Deutschland; unter Berücksichtigung des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2007, S. 27.

② Wolfram Viehues, Jruis PraxisKommentar BGB, Band Buch 4. Familienrecht, juris GmbH Saarbrücken, 2007, SS. 1907 – 1908.

持不变,而且被收养人与亲生父母之间的禁婚的限制也自始至终存在。^①但是,德国与中国法在规制收养效力上仍存在一些明显的差别与冲突。第一,在收养类型上的规定存在明显区别。德国法分门别类地规定了收养未成年人与收养成年人。换言之,德国在收养类型方面可区分为收养成年人的简单收养与收养未成年人的完全收养两大类。德国法还明文规定了死亡后收养,其效力与收养人死亡前的收养效力相同。而中国收养立法基本采用单一制,即采用完全收养形式,对收养未成年人与收养成年人未加以区分。中国收养立法禁止死亡后收养。第二,在保留对于原出生家庭的关系上有不同要求。德国法允许被收养人保留在收养前已拥有的对定期金、孤儿补助金及其他相当的重复进行的给付的请求权,^②而中国法无这方面的明确规定。第三,有关被收养子女的姓名权问题的规定也有不同。中国《民法典》第1112条明文规定:“养子女可以随养父或者养母的姓氏,经当事人协商一致,也可以保留原姓氏。”该规定与中国1991年《收养法》和2001年《婚姻法》有关养子女姓氏的规定是一致的。而德国法律则允许养子女将原家族的姓氏加在新家族的姓氏前后均可,而且允许养子女更改名字。不仅如此,德国法还专门对在婚姻姓氏或同性生活伴侣姓氏后附加的姓氏问题作了规定。第四,德国法对被收养人的国籍取得问题也有明确规定,^③德国公民合法收养外国儿童且在被收养儿童年满18周岁以前已经递交了收养申请,则该被收养儿童可依据德国法取得德国国籍。^④德国2012年6月21日依据罗马公约修改后的法律则主张应在被收养儿童入籍前赋予其惯常居留权,以便解决跨国收养中的被收养人国籍问题。^⑤但是,中国收养立法在这方面缺乏明确规定。

(四) 收养关系解除的法律冲突

终止收养关系的原因主要有:一是收养人或被收养人死亡,因主体缺位而自然终止;二是依法解除收养关系。当代各国对收养关系的解除有不同的立法例,一些国家采禁止主义立法体例或部分禁止主义立法体例,如英国;另一些国家则采许可主义立法体例,如中国《民法典》第五编第五章就专设第三节规定了“收养关系的解除”。

中德两国有关收养关系解除的立法与司法实践存在相当大的差异与冲突。第一,德国涉及收养的法律法规对于收养关系终止的立场与态度既谨慎又保守,对收养关系撤销采取原则上禁止的做法。但是中国收养立法与实践独具特色,一方面,1991年中国《收养法》及《民法典》都明文规定“收养关系的解除”;另一方面,在具体实践中,中国有关部门坚持对在中国成立的跨国收养实行例外,主张排除适用解除收养关系的相关规定。更为特别的是,中国收养立法针对不合法的收养关系仅规定了无效收养的情形,缺乏有关撤销收养关系的具体规定。例如,中国《民法典》第1113条明文规定:收养行为存在民法典第一编关于民事法律行为无效规定的情形或者违反民法典第五编规定的收养行为无效,收养行为被人民法院确认无效的,从行为开始时即无法

① 蒋新苗:《收养法比较研究》,北京大学出版社2005年版,第108页。

② H. C. Othmar Jauerning, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz* (Verlag C. H. Beck München, 2009), SS. 1720 - 1721.

③ Staatsangehörigkeitsgesetz, § 6.

④ Harald Paulitz, *Adoption: Positionen, Impulse, Perspektiven* (Verlag C. H. Beck München, 2006), SS. 320 - 321.

⑤ Tobias Helms, “Sind die Staatsangehörigkeitsprinzip Orientierten Anknüpfungsregeln der Art. 22, 23 EGBGB Noch Zeitgemäß”, im Dieter Schwab und Hans-Joachim Dose (ed.), *Familienrecht in Praxis und Theorie* (Gieseking Verlag, 2012), S. 69.

律效力。不过，德国法对无效收养与撤销收养关系并未采取分门别类式规定，《德国民法典》对在特定情形下撤销收养关系作了详尽规定，对收养关系撤销权行使主体与撤销的理由，以及对收养关系撤销期间与撤销效力都作了详细规定。不仅如此，德国法明确规定收养的撤销效力无溯及力。第二，中国收养立法有关解除合法收养关系的规定也独具特色，一是规定可允许送养人与收养人双方协议解除收养关系；二是作了一些限制性规定，既包括规定被收养人成年以前不得解除收养关系，又包括规定被收养人年满8周岁时解除收养关系应征得被收养儿童本人同意。但是《德国民法典》缺乏协议解除收养关系的具体规定，唯有德国监护法院才有权颁发收养关系的撤销令。第三，中国收养立法对送养人解除收养关系的请求权作了独特的规定，而德国收养立法则缺乏这方面的规定，只对行使收养同意权人有关撤销收养关系申请权作了相关规定。^① 第四，有关终止收养关系的法定理由也存在明显差异。中国收养立法规定的终止收养关系法定理由的范围比德国收养立法规定的范围更加广泛。中国收养立法不仅规定收养人不履行抚养义务就可依法终止收养关系，而且规定收养人具有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的也可依法终止收养关系。另外，中国收养立法还规定送养人有权请求法院判决解除收养关系。当养父母与成年养子女关系恶化、无法共同生活时，收养关系当事人任何一方都可以向法院起诉请求裁判解除收养关系。但是，德国收养立法对请求法院裁判解除收养关系的法定理由作了非常严格的限制，仅仅允许出现收养意思表示要件欠缺或存在严重损害被收养儿童利益的情形，才可由具备管辖权的法院撤销收养关系。第五，关于终止收养关系的法律后果方面的规定也存在差异。中国收养立法规定，依法解除收养关系以后，被收养子女同养父母以及其他近亲属之间权利义务关系当然不复存在，被收养人与亲生父母以及其他近亲属之间的权利义务关系可以当即予以恢复；成年的被收养人与其亲生父母以及其他近亲属之间的权利义务关系是否当即恢复，由涉事当事方具体协商决定。^② 不过，《德国民法典》缺乏收养当事方“协商确定是否恢复亲属关系”的具体规定，只有德国法院才有权决定被收养人与亲生父母以及其他近亲属之间的权利义务关系在收养关系撤销以后的恢复问题。第六，关于收养关系终止的程序规定也存在明显差异。中国收养立法一直坚持对收养关系终止的程式采取当事人决定与行政裁定以及法院裁判的混合机制，既允许收养关系当事方协议解除收养关系并到民政部门登记生效，也允许收养关系当事人诉讼解除收养关系（前提是收养当事人无法达成协议解除收养关系）。而德国收养立法则非常强调收养关系终止的法律程式，一直坚持法院与青少年事务局双重监管机制，只允许采用诉讼程序撤销收养关系。

综上所述，德国有关收养的法律法规对收养的实质条件、收养的形式条件、收养的法律效力与收养关系终止等问题的规定，同中国的全国性收养法律法规的具体规定有诸多不同之处，这就难免因立法与司法实践差异而引发中德收养立法的现实冲突。实际上，国内收养立法的冲突势必影响两国跨国收养的顺利开展。中国与德国之间的跨国收养因各自国内收养立法的差异而不可避免地导致两国跨国收养法律冲突。为了有助于开通中德两国之间的跨国收养渠道以及有效维护跨国收养当事人的合法权益，务必着重关注中德两国之间跨国收养法律冲突问题，并想方设法予以解决。

① 《德国民法典》第1762条。

② Thomas Meysen, Das Recht zum Kinderschutz in Deutschland und Österreich: ein Vergleich, in Der Österreichische Amtsvormund, Folge 201, 2008.

二 跨国收养在中国与德国具体实践的实证分析

(一) 跨国收养在德国的产生与发展

跨国收养在德国产生的历史较久远,但获得大范围的发展还是在两次世界大战以后。尽管纳粹统治期间,希特勒为纯化亚利安人种,曾在世界范围搜寻亚利安儿童交由莱比西(Leipzig)收养组织安排收养,也出现了跨国收养,而且数量在2500人到4500人之间,但是,国际社会服务组织对这类收养坚决予以否定,而且要求以撤销这类收养关系并遣返被收养人作为国际社会服务组织重新进入德国的条件。^①而德国得到国际社会普遍认可的大规模跨国收养还是发生在第二次世界大战结束以后。从1945年8月开始,数千无家可归的德国儿童被占领德国的外国军人收养。与此同时,也有少量外国儿童因收养而非常容易地进入了德国。但总体上看,外国人从德国收养子女居多,当时的德国属于名副其实的“儿童送养国”。美国军队就专门为美国人收养德国儿童而在海德堡与威斯巴登设立了收养局。^②从1945年至1959年这段时期,通过美国军队的收养组织、其他私人收养机构、牧师或个人中介,外国人在德国收养了大量儿童。其中既有合法收养也存在非法收养。随着1960年瑞士莱森国际收养会议的召开,德国开始按国际社会服务组织的指南规范跨国收养,特别在1976年修改了有关收养的法律,同时援用海牙国际私法会议1961年《关于未成年人保护的管辖权和法律适用公约》的机制强化对德国境内儿童的保护,以及后来对涉及收养的法律法规的完善,德国的跨国收养得到了规范并步入健康发展的轨道。^③如此,德国跨国送养的儿童数量也在逐渐减少。据不完全统计,美国在1963年至1987年期间从德国收养了6578名儿童。^④1977年1月1日德意志联邦共和国还修改了《德国国籍与公民资格法》,1986年7月25日又对《德国民法施行法》进行了修订,而在东西德统一后又对有关收养法律法规作了进一步完善。随着德国收养法律机制的健全和完善,在联合国、海牙国际私法会议及其他国际组织的共同努力下,加之1967年欧洲理事会《关于儿童收养的欧洲公约》的实施,非法的跨国收养现象在德国逐渐减少。^⑤

目前,德国仍有大量外国军人、五万多外国劳工和诸多难民以及因其他原因进入德国的外国人,涉外婚姻频繁发生,尤其是存在许多再婚者,从而使得含有外国因素的继子女收养日益增多。另外,不少德国人还收养了一些在德国出生的土耳其籍儿童、前南斯拉夫籍儿童,一些德国公民也从波兰、俄罗斯等东欧洲国家收养子女。除此以外,德国人还在罗马尼亚、巴西、泰国、印度等国收养儿童。^⑥据德国权威机构的调查显示,从20世纪90年代起,德国已从跨国收养中

① International Social Service, *Internal and Intercountry Adoption Laws*, GER - III, p. 2.

② Harald Paulitz, *Adoption: Positionen, Impulse, Perspektiven* (Verlag C. H. Beck München, 2000), S. 249.

③ Ingrid Bär, "The Development of Adoptions in the Federal Republic of Germany", in R. A. C. Hoksbergen (ed.), *Adoption in Worldwide Perspective: A Review of Programs, Policies and Legislation in 14 Countries* (Sweet & Zeitlinger, 1986), pp. 169 - 176.

④ Gretchen Miller Wrobel and Elsbeth Neil, *International Advances in Adoption Research for Practice* (John Wiley-Blackwell & Sons Ltd. Publication, 2009), p. 49.

⑤ Kerry O'Halloran, *The Politics of Adoption: International Perspective on Law, Policy & Practice*, p. 586.

⑥ International Social Service, *Internal and Intercountry Adoption Laws*, GER - III, p. 3.

的儿童送养国转变为儿童收养国。^①

德国权威机构对德国 20 世纪 90 年代以来的未成年人收养调查统计表明：德国 1991 年的收养总数为 7142 件，其中跨国收养为 1355 件、从德国境外收养的外国儿童 731 人。德国 1992 年的收养总数为 8403 件，其中跨国收养为 1664 件、从德国境外收养的外国儿童 972 人。^② 德国 1999 年的收养总数为 6399 件，其中跨国收养为 1765 件、从德国境外收养的外国儿童 794 人。^③ 德国 2000 年的收养总数为 6373 件，其中跨国收养为 1891 件、从德国境外收养的外国儿童 878 人。^④ 德国 2002 年的收养总数为 5668 件，其中跨国收养为 1919 件、从德国境外收养的外国儿童 960 人。^⑤ 德国 2005 年的收养总数为 4762 件，其中跨国收养为 1453 件、从德国境外收养的外国儿童 721 人。^⑥ 德国 2009 年的收养总数为 3888 件，其中跨国收养为 1025 件、从德国境外收养的外国儿童 521 人。^⑦ 可见，21 世纪的最初十年德国每年的国内收养一直在 5000 件左右，^⑧ 而跨国收养则在 1500 件左右。^⑨ 德国 2010 年的收养总数为 4021 件，其中跨国收养为 980 件、从德国境外收养的外国儿童 524 人。^⑩ 德

① 《时代》(Time) 杂志 1990 年公布的一份统计资料表明：“在 1989 年的涉外收养中，部分儿童原住国送养的儿童数为：哥伦比亚 5000 名、南朝鲜 3000 名、罗马尼亚 3000 名、巴西 2000 名、印度 1500 名、秘鲁 1500 名、危地马拉 1000 名；部分收养国收养的外国儿童数为：美国 8000 名、法国 3000 名、意大利 2100 名、德国 1000 名、瑞典 1000 名、英国 800 名、丹麦 700 名。” See *Expreso Newspaper*, Guayaquil, Ecuador, 16 February 1992.

② 德国有关机构曾对 1992 年德国 1664 件跨国收养的被收养人主要来源的调查显示：欧洲国家 780 人、亚洲国家 451 人、美洲国家 337 人、非洲国家及其他地区 96 人。因收养进入德国的儿童共计 972 人，其中欧洲国家 313 人、亚洲国家 334 人、美洲国家 266 人、非洲国家及其他地区 59 人。为德国送养子女的国家主要为：罗马尼亚 291 人、波兰 123 人、前南斯拉夫 117 人、土耳其 82 人、菲律宾 87 人、泰国 58 人、印度 168 人、巴西 142 人。International Social Service, *Internal and Intercountry Adoption Laws*, GER - III, pp. 6 - 7.

③ Die Daten für die Jahrgänge 1991, 1992, 1993 und 1994 liegen in dieser Dortmunder Arbeitsstelle Kinder- und Jugendhilfe. http://www.akj-stat.fh12.uni-dortmund.de/tabellen/Standardtabellen/Std_tab_adop00.htm, 20 August 2005.

④ <https://www.west-info.eu/west-news/parental-responsibility-child-adoption-fostering/> (last visited 31 January 2020).

⑤ 德国 2002 年颁发收养令 5700 项，参见 Mathias Reimann, Joachim Zekoll, *Introduction to German Law*, p. 262.

⑥ 海牙国际私法会议统计的德国跨国收养数据：1999 年德国收养总数 6399 件、国内收养 5605 件、跨国收养 794 件；2000 年德国收养总数 6373 件、国内收养 5495 件、跨国收养 878 件；2001 年德国收养总数 5909 件、国内收养 5056 件、跨国收养 853 件；2002 年德国收养总数 5668 件、国内收养 4708 件、跨国收养 960 件；2003 年德国收养总数 5336 件、国内收养 4584 件、跨国收养 752 件；2004 年德国收养总数 5702 件、国内收养 5227 件、跨国收养 475 件；2010 年德国收养总数 4534 件、国内收养 4021 件、跨国收养 513 件；2011 年德国收养总数 4683 件、国内收养 4060 件、跨国收养 623 件；2012 年德国收养总数 4338 件、国内收养 3886 件、跨国收养 452 件；2013 年德国收养总数 4079 件、国内收养 3793 件、跨国收养 286 件；2014 年德国收养总数 4031 件、国内收养 3805 件、跨国收养 226 件；2015 年德国收养总数 4013 件、国内收养 3812 件、跨国收养 201 件；2016 年德国收养总数 3918 件、国内收养 3719 件、跨国收养 199 件；2017 年德国收养总数 3487 件、国内收养 3391 件、跨国收养 96 件；2018 年德国收养总数 3407 件、国内收养 3316 件、跨国收养 91 件，<https://www.assets.hcch.net/docs/2888e1ff-260a-4194-b33b-26dec2bc936f.pdf> (last visited 31 January 2020).

⑦ https://www-ec.destatis.de/csp/shop/sfg/bpm.html.cms.cBroker.cls?cmspath=struktur_vollanzeige.csp&ID=1024272 (last visited 30 December 2019).

⑧ <https://www-ec.destatis.de/csp/shop/sfg/sfghome.csp> (last visited 26 March 2019).

⑨ Dagmar Winkelsträter, *Anerkennung und Durchführung internationaler Adoptionen in Deutschland; unter Berücksichtigung des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2007, SS. 21 - 22; Harald Paulitz, *Adoption: Positionen, Impulse, Perspektiven* (Verlag C. H. Beck München, 2. Auflage, 2006), S. 271.

⑩ 海牙国际私法会议统计的德国 2010 年和 2011 年的收养数据与德国青少年事务局公布的收养数据差别较大，2010 收养总数 4545 件、国内收养 4021 件，2011 年收养总数 4684 件、国内收养 4060 件，<https://www.assets.hcch.net/docs/2888e1ff-260a-4194-b33b-26dec2bc936f.pdf> (last visited 30 January 2020)。

国2013年的收养总数为3793件,其中跨国收养为661件、从德国境外收养的外国儿童288人。^①德国2015年的收养总数为3812件,其中跨国收养为549件、从德国境外收养的外国儿童200人。^②德国2016年的收养总数为3976件,其中跨国收养为564件、从德国境外收养的外国儿童196人。^③德国2018年的收养总数为3733件,其中跨国收养为417件、从德国境外收养的外国儿童90人。^④德国近年国内收养与跨国收养数据的比较见下表1和图1。

表1 德国跨国收养数据统计表(1991—2018年)^⑤

单位:件

年份	德国收养总数	国内收养数	跨国收养数
1991	7142	5787	1355
1992	8403	6739	1664
1993	8687	7138	1549
1994	8449	6958	1491
1995	7969	6326	1643
1996	7420	5853	1567
1997	7173	5481	1692
1998	7119	5230	1889
1999	6399	4634	1765

① Peter Selman: 德国的跨国收养2003年674件、2004年650件、2005年560件、2006年583件、2007年778件、2008年664件、2009年571件、2010年504件、2011年525件、2012年415件、2013年330件。See Peter Selman, *Intercountry Adoption Agencies and the HCIA*, in *International Forum on Intercountry Adoption and Global Surrogacy*, 11–13 August 2014.

② 德国青少年事务局相关研究的统计数据略有差别: 德国2005年的收养总数为4762件,其中跨国收养为547件。德国2006年的收养总数为4748件,其中跨国收养为575件。德国2007年的收养总数为4509件,其中跨国收养为709件。德国2008年的收养总数为4201件,其中跨国收养为612件。德国2009年的收养总数为3888件,其中跨国收养为521件。德国2010年的收养总数为4021件,其中跨国收养为464件。德国2011年的收养总数为4060件,其中跨国收养为411件。德国2012年的收养总数为3868件,其中跨国收养为352件。德国2013年的收养总数为3793件,其中跨国收养为268件。德国2014年的收养总数为3805件,其中跨国收养为299件。德国2015年的收养总数为3818件,其中跨国收养为264件。See Sandra Fendrich, Thomas Mühmann, *Kurzbericht zu aktuellen Entwicklungen der Adoptionen in Deutschland*, 2016, <http://www.akjstat.tu-dortmund.de> (last visited 31 January 2020).

③ 美国学者 Wm. Robert Johnson 有关德国每年跨国收养的统计数据为: 1988年875件、1998年922件、1999年977件、2000年891件、2001年798件、2002年884件、2003年674件、2004年749件、2005年721件、2006年662件、2007年783件、2008年718件、2009年606件、2010年524件、2011年624件、2012年452件、2013年289件、2014年227件、2015年200件。See Wm. Robert Johnston, *Historical International Adoption Statistics, United States and World*, <http://www.johnstonsarchive.net.htm> (last visited 31 January 2020).

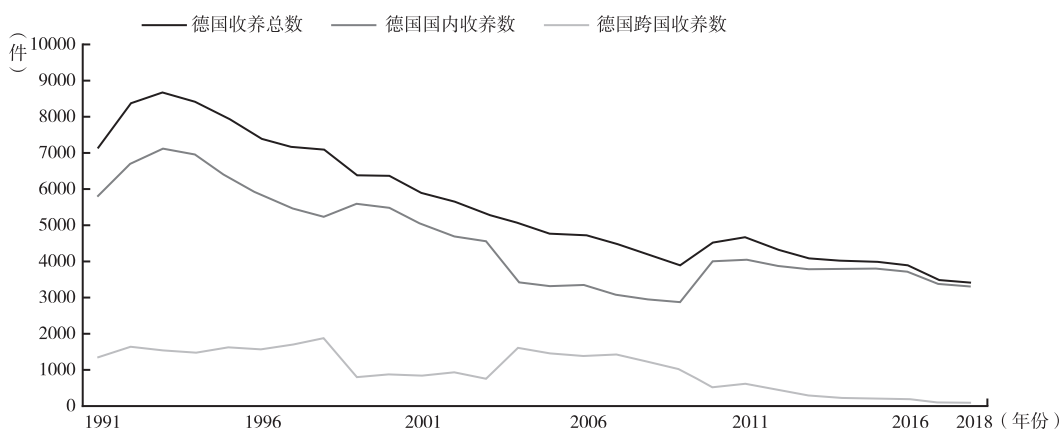
④ 德国青少年事务局对2018年德国417件跨国收养的被收养儿童主要来源的调查显示: 欧洲国家206人、亚洲国家110人、美洲国家48人、非洲国家47人、其他地区6人。其中为德国送养儿童的国家主要为: 保加利亚(27人)、意大利(6人)、波兰(18人)、罗马尼亚(24人)、黑山(4人)、塞尔维亚(5人)、俄罗斯(43人)、土耳其(8人)、乌克兰(17人)、喀麦隆(3人)、哥伦比亚(6人)、巴西(4人)、美国(5人)、阿富汗(9人)、印度(5人)、菲律宾(12人)、泰国(41人)和越南(9人)等。See *Adoptierte Kinder und Jugendliche -Statistisches Bundesamt Deutschland*, <https://www.destatis.de/De/Themen/Adoptionen/Statistisches/2018/> (last visited 31 January 2020).

⑤ Quelle: Statistisches Bundesamt Deutschland: *Statistiken der Kinder und Jugendliche (Adoptionen)*, <https://www.destatis.de/> (last visited 30 May 2020).

续表

年份	德国收养总数	国内收养数	跨国收养数
2000	6373	4482	1891
2001	5909	4120	1789
2002	5668	3749	1919
2003	5336	3616	1720
2004	5072	3435	1637
2005	4762	3309	1453
2006	4748	3360	1388
2007	4509	3077	1432
2008	4201	2950	1251
2009	3888	2863	1025
2010	4021	3041	980
2011	4060	3126	934
2012	3886	3085	801
2013	3793	3132	661
2014	3805	3183	622
2015	3812	3263	549
2016	3976	3413	563
2017	3888	3391	497
2018	3733	3316	417

图 1 德国 1991—2018 年跨国收养数据统计图



可见，德国近年的国内收养也出现了下降走势，已从 5000 件左右下降了三分之一；而跨国收养则萎缩得更厉害，直接从上千件降到了 500 件以下。不过，长期以来，跨国收养在德国涉外收养中占据相当的规模，将近三分之二的被收养人属于从德国境外收养的子女。^① 而对于所有惯常居住在德国境内的外国儿童，德国以前依据其实施的海牙《关于未成年人保护的管辖权和法

① <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Navigation/Statistiken/Internationales/Internationales.psm1> (last visited 30 December 2019).

律适用的公约》予以保护。当儿童人身或财产受到严重危险、威胁时或者为了儿童利益的需要，可以不必考虑儿童本国国内法或原住国法的规定，适用德国法予以安排。具体由监护法院或离婚案件的家庭法院处理。^①

一旦被收养的外国儿童亲生父母居住在德国境内或者属于《关于儿童收养的欧洲公约》的缔约方国民，^② 就一律按德国国内收养程序进行。^③ 不仅必须遵守德国的实体收养法，也要符合德国法规定的形式要件。根据德国《关于安置被收养儿童法》第8条，只有收养人与被收养儿童具有适合收养的条件，才可启动收养安置工作。

另外，德国在2001年批准实施海牙国际私法会议《跨国收养方面保护儿童与合作公约》（以下简称《跨国收养公约》）。^④ 为配合《跨国收养公约》的实施，德国于2002年1月1日正式实施《收养公约实施法》（AdübAG）、《跨国收养安置法》（AdVermiG）和《外国收养效力法》（AdWIRkG）作为规范跨国收养的法律规则。^⑤

德国《非讼事件法》第49条第2款与《关于安置被收养儿童法》第11条规定，凡是收养人或被收养人居住或者惯常居所在德国以外，或者收养人或被收养人属于无国籍人，德国监护法院对该类跨国收养还须听取收养中央主管机关的意见。

德国对外国收养的承认采取了较为特殊的措施。德国修订后的国际私法曾对外国判决的承认作出了特别规定。这一特别规定同样适用于外国收养的承认问题。德国的国际私法修正案的特别条款中明确规定，外国法院的判决或行政主管机关的裁定可以在德国得到承认。不过，这一特别规定实质上包含一个必须先行解决的“识别问题”或“定性问题”（Characterization Problem），即在德国法上关于外国收养的外国判决应具备什么条件？只要收养人或被收养儿童具有外国国籍或在那里有惯常居所，这一判决便可在德国得到承认。但外国收养的效力在德国是很不确定的，特别是简单收养的效力就更难确定了。不过，德国在批准实施《跨国收养公约》以后便修订有关法律法规，按公约要求许可简单收养转换成完全收养。许多专家学者著书立说，主张德国应对外国收养的承认采取特别程序，然而在实践中并未得到重视，更遑论将这种特别程序付诸实施了。^⑥ 于是，德国人通过跨国收养外国儿童以后，被收养儿童进入德国还需要在德国国内进行二次收养。^⑦

（二）中国涉外收养的历史与现状

中国目前的跨国收养与德国不同，主要是外国人单向收养中国儿童，缺少中国人从国外跨国

① International Social Service, *Internal and Intercountry Adoption Laws*, GER - III, pp. 18 - 19.

② 欧洲理事会于2008年修订了1967年的《关于儿童收养的欧洲公约》，2008年11月27日向成员国和非成员国开放签署。修订后的《关于儿童收养的欧洲公约》由德国政府在2014年5月23日签署、2015年3月2日批准，于2015年7月1日对德国生效，<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=058&CM=8&DF=24/11/2009&CL=ENG> (last visited 31 January 2020)。

③ Gerhard Stuber, *Anerkennung International Adoptionen* (Richard Boorberg Verlag, 2003), SS. 16 - 17.

④ Kerry O'Halloran, *The Politics of Adoption; International Perspective on Law, Policy & Practice*, p. 578.

⑤ Dagmar Winkelsträter, *Anerkennung und Durchführung internationaler Adoptionen in Deutschland; unter Berücksichtigung des Haager übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2007, S. 24.

⑥ E. M. Hohnerlein, *Internationale Adoption und Kindeswohl*, thesis, Munich, 1988.

⑦ International Social Service, *Internal and Intercountry Adoption Laws*, GER - III, pp. 18 - 19.

收养外国儿童或在中国境内收养外国儿童的典型事例。^① 中国收养及其制度的演变历史表明, 中国的涉外收养经历了从无到有并逐渐发展壮大过程。事实上, 涉外收养及其相关制度的萌芽远在西汉张骞出使西域时就出现了。^② 此后, 随着唐宋及明清时期中外交流的发展, 到中国生活或居住交流的外国人数量不断增加, 这在一定程度上激发了中国涉外收养的发展。据有关资料考证可知, 抗日战争结束后, 中国曾出现过一次较大规模的涉外收养, 中国东北三省老百姓收养了日本投降后遗留在中国的大量日本孤儿,^③ 只是具体人数一直没有准确统计出来。因为, 当年收养日本遗孤完全是中国老百姓的自发行为和爱心驱使, 纯属事实收养, 没有办理任何手续或经过专门的法律程序。^④ 实际上, 无论是中国古代还是近代, 涉外收养的数量和规模相当有限。新中国成立以后, 社会制度发生了翻天覆地的变化, 解放初期也还有少量涉外收养, 但后来因受美国等帝国主义封锁, 国际人员交流受限, 中国的涉外收养数量几乎为零。一直到 1978 年中国实行改革开放政策以后, 涉外收养的数量才有所突破, 不过仍处于屈指可数的状况。^⑤ 中国涉外收养的数量有所增加以及规模有所扩大, 均得益于改革开放引发的国际人文交流的发展。依据我国司法部的有关数据可知, 1981 年至 1989 年, 由外国人、外籍华人、华侨乃至包括港澳台同胞收养的中国儿童数量为每年 1000 人左右, 即我国 20 世纪 80 年代办理的涉外收养 (含涉港澳台收养) 的公证大约 10000 件。而美国有关的统计资料表明, 美国全国收养委员会自 1982 年至 1989 年经手收养的中国儿童仅 200 多人。^⑥ 可见, 中国涉外收养的发展速度和规模在 1989 年以前处于十分平缓的时期。1989 年开始, 中国的涉外收养从发展的平缓期进入到快速发展阶段。^⑦ 世纪交替以及世界“收养潮”的大力推动, 使得中国涉外收养在 21 世纪进入高歌猛进时期, 外国人从中国收养的儿童数量以迅雷不及掩耳之势突破了每年 10000 人的碍口。21 世纪初, 中国通过跨国收养送养的中国儿童曾高达每年 20000 余人。^⑧ 随着《跨国收养公约》的全面实施以及全球多种因素的影响, 中国也像世界大多数儿童送养国一样, 其涉外收养从 21 世纪第二个十年开始就呈现下降走势, 目前几乎回归到 20 世纪 90 年代初的状态 (中国近年跨国送养的数量变化见下图 2)。

① 目前仅个别中国人在外国收养具有外国国籍的华人子女的情况, 典型的案例即“2004 年 10 月北京人王某通过美国宾夕法尼亚州孤儿法院收养美籍侄女王某筓案”。参见北京朝阳区法院有关该收养令承认问题的审理意见, 北京市高级人民法院 (2009) 高民申字第 05244 号民事裁定书。

② 参见《后汉书·西域传》第 10 册, 中华书局 1982 年版, 第 2892—2956 页。

③ 《温家宝会见日本遗孤感恩访华团》, <http://news.sohu.com/20091111/n268136257.shtml>, 最后访问时间: 2010 年 1 月 1 日。

④ 对此尚无准确数据, 有资料表明有数千人, 也有资料认为有数万人。最近一报道称: 1945 年日本战败后, 在中国留下了几十万日本移民。当时很多中国家庭收养、抚育了很多被遗弃的日本孤儿, 1978 年中日签署和平友好条约后, 残留孤儿才陆续返回日本。参见《50 余名日本遗孤访华寻亲, 感谢中国亲人养育之恩》, <http://news.sohu.com/20091110/n268097237.shtml>, 最后访问时间: 2010 年 1 月 1 日。另有资料称仅一个中国农民就收养了上千日本遗孤, 参见陈丽伟:《抗战后收养数千名日本孤儿被黑龙江农民收养》, http://blog.sina.com.cn/s/blog_4b43855e0100g7f5.html, 最后访问时间: 2019 年 1 月 1 日。

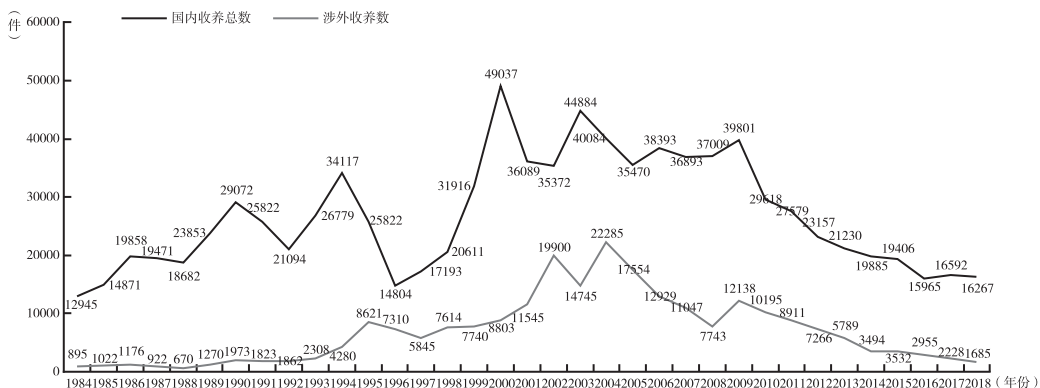
⑤ 有关中国涉外收养的统计数字, 如果未特别说明, 则仅指中国大陆的儿童被收养的情况, 不包括中国港澳台地区的儿童被外国人收养的数据。

⑥ 胡杏兰:《海牙国际私法会议通过〈跨国收养方面保护儿童及合作公约〉》, 载《中国国际法年刊》(1993), 第 359 页。

⑦ Gretchen Miller Wrobel and Elsbeth Neil, *International Advances in Adoption Research for Practice*, p. 58.

⑧ 2004 年中国公民收养登记 40084 件、外国公民收养登记 12519 件 (国内收养公证 7040 件、涉外收养公证 22285 件)。参见中国国家统计局编:《中国统计年鉴 (2005)》, 中国统计出版社 2005 年版, 第 781 页; 中国民政部主编:《中国民政统计年鉴 (2005)》, 中国统计出版社 2005 年版, 第 71 页。

图2 中国1984—2018年跨国收养数据统计图



根据我国与有关国家签订的双边收养协定,目前同中国建立跨国收养合作关系的国家已有英国、美国、法国、意大利、澳大利亚等17国,而德国、瑞士、葡萄牙、奥地利和俄罗斯等国因与中国法律存在明显冲突而未被中国政府允许开通跨国收养渠道,这些国家的公民均无法到中国境内通过跨国收养方式收养中国儿童。对于这种现状以及我国政府所采取限制外国人收养的政策和做法,有必要对以下问题进行深入的理论研究和探讨:一是由于我国已加入《跨国收养公约》,我国目前的政策与实践运作是否符合公约的精神和实践需要;二是我国政府通过双边协定模式开通跨国收养渠道的模式利弊权衡;三是在当前国际社会跨国收养潮起潮落的多变时代,对于与我国有关收养法律法规存在冲突的国家的跨国收养一律不予以开通,是否需要进一步斟酌。

三 中德跨国收养法律冲突解决方略的理论构想

鉴于德国收养立法和实践与中国收养立法及实践存在不同层面和不同程度的冲突,要开通中德之间的跨国收养渠道,必须解决好这类冲突。从目前的情况来看,中德两国收养法律冲突的解决途径与方法的理论构想主要可以从如下三个方面着手。

(一) 运用法律趋同化方法消除或减少中德跨国收养法律的尖锐对立

从上述分析可知,中德两国收养立法与实践存在诸多不一致的地方,甚或大相径庭。一方面,两国收养立法的历史渊源和背景迥异,差异化在所难免。德国的收养法源自罗马法,一诞生就在1896年制定的《德国民法典》中成长壮大,历经无数次修订;中国收养立法源自五千年的中华文化,1991年以单行法形式颁布,一直到2020年才融入民法典,属于中国特色社会主义法律体系的重要组成部分。另一方面,对收养和收养制度产生影响的因素众多,既有政治、经济、文化方面的因素影响,又有风土人情、世俗和民族宗教因素的影响,还受人口政策、家庭观念和生育观念等因素的约束,从而使得中德收养法律冲突与对立难以在短时间内彻底消除。具体而言,中国收养立法自诞生就深受计划生育这一基本国策的影响。中国《宪法》第25条明文规定:“国家推行计划生育,使人口的增长同经济和社会发展计划相适应。”1991年中国《收养法》第3条和第19条则严格遵循宪法所确定的原则,将收养不得违背计划生育的法律和法规作为收

养应遵循的基本原则，特别强调收养人的条件是一般仅限于无子女者且仅可收养一名子女。虽然中国于2016年1月1日全面实施“二孩政策”，但并未废除计划生育政策和放开生育，因此，中国《民法典》第1098条和第1110条不仅在收养人条件方面规定为无子女或只有一名子女，而且对收养人收养子女的数量也作了一定限制。^①

然而，德国既没有在人口政策方面像中国一样在收养法中进行特殊规定，也未对收养子女的数量加以具体限制。^②可以说，家庭观念、生育理念与人口政策方面所存在的种种差别，不同程度地体现和反映在中德两国收养立法与司法实践中，这进一步加剧了两国收养要件寻求统一的难度。事实上，家庭法领域的统一远比其他领域的规则的统一更为困难。不过，一旦找到了统一的基础和契合点，还是有可能的。21世纪初由欧洲家庭法协会发起的欧盟家庭法统一化所取得的成就便是典型例证。因此，中国与德国双方在面对收养实质要件和形式要件、收养法律效力、收养关系终止以及收养类型与收养承认机制等方面的诸多不一致乃至尖锐对立时，不可气馁或完全放弃努力，而是应积极探寻解决冲突的方略与方法。

从理论上分析，可依我国资深法学家李双元先生提出的“法律趋同化理念和方法”探寻中德收养立法的趋同路径和走势，^③避免制定完全相同的收养法的统一化障碍。只要中德两国政府和有作为的学者长期坚持，采取循序渐进、缓慢推行和积极主动的策略与方式，沿着竭尽全力消除两国收养法律冲突的理想目标奋进，求同存异，既在收养实体法方面想方设法求得接近，又在收养程序法和冲突法方面寻找对接路径。如此，避免和消除中国与德国之间的跨国收养方面法律冲突以及早日开通两国的跨国收养渠道，无论是在理论上还是实践上都具有一定的可能性和可行性。

（二）运用冲突法方法解决中德跨国收养法律冲突

当今国际社会，依靠国际私法的冲突规范解决跨国收养法律冲突问题是最为常见的方式方法之一。通常的做法是运用冲突法选择最恰当的准据法，不仅有将跨国收养关系视为整体统一适用法律的同一制方法，而且有将跨国收养关系细分后分割适用法律的分割制方法。运用分割制方法往往是将跨国收养关系划分为跨国收养成立、跨国收养效力与跨国收养认可等方面分别选择准据法。在确立跨国收养关系成立准据法时，既包括选择跨国收养关系成立实质要件的准据法，又包括选择跨国收养关系成立形式要件的准据法。具体而言，确立跨国收养关系成立实质要件准据法的主要做法一般为适用被收养人或收养人属人法、重叠适用被收养人和收养人属人法以及适用法院地法等；确立跨国收养关系成立形式要件准据法的通常做法是适用跨国收养成立地法。在确立跨国收养效力的准据法时，世界各国法律的通行做法大致有坚持适用跨国收养的被收养人或收养人属人法、重叠适用被收养人与收养人属人法、适用法院地法或跨国收养成立地法抑或主张依折衷主义适用法律甚或按照与被收养儿童最密切联系的原则适用法律。而运用同一制方法则对跨国

① 中国《民法典》第1098条规定：“收养人应当同时具备下列条件：（一）无子女或者只有一名子女；（二）有抚养、教育和保护被收养人的能力；（三）未患有在医学上认为不应当收养子女的疾病；（四）无不利于被收养人健康成长的违法犯罪记录；（五）年满三十周岁。”该法典第1110条规定：“无子女的收养人可以收养两名子女；有子女的收养人只能收养一名子女。”

② Wolfram Viehues, *Juris PraxisKommentar BGB*, Band Buch 4. Familienrecht, juris GmbH Saarbrücken, 2007, S. 1883.

③ 李双元：《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》，武汉大学出版社2016年版，第7页。

收养关系不作细分, 仅仅作为统一整体来确立共同适用的准据法, 无论收养的实质要件还是形式要件或者收养效力都统一适用同一准据法。

跨国收养在中国近半个世纪的发展为我国立法与司法部门积累了无数经验, 形成了独具中国特色的解决涉外收养法律冲突的方法和机制。首先, 对于在中国成立的跨国收养关系一律按照中国法处理, 即外国人在中国收养子女适用中国法, 并兼顾收养人所在国法律。这种累积适用法律的方式在1991年中国《收养法》第20条与1998年修订的《收养法》第21条中都有明确规定。^① 不仅如此, 有关外国人在华收养子女的行政法规进一步强化了这一规则。《外国人在中国收养子女实施办法》第2条规定: “外国人在中华人民共和国境内收养中国公民的子女适用本办法。收养人夫妻一方为外国人的, 在华收养中国公民的子女, 也应当依照本办法办理。” 该实施办法第3条还进一步规定 “外国人在华收养子女, 应当符合收养法的规定, 并不得违背收养人经常居住地国的法律。收养人只能收养一名子女。” 《外国人在中国收养子女登记办法》第2条继续承袭了《外国人在中国收养子女实施办法》第2条的内容, 只是在第3条上有较大幅度的修改。^② 根据上述规定, 外国人在中国境内收养子女必须依照中国法律进行, 一方面必须遵守中国设定的收养人要件, 另一方面还不得违反收养人所在国有关收养要件的规定。不仅如此, 在华被收养的中国儿童或非中国儿童也要求不得违背中国收养立法设定的被收养人应具备的条件, 送养人的条件也同样应遵守中国收养立法的有关规定。^③ 从上述规定可见, 为了确保在中国境内的跨国收养有效成立, 无论依据跨国收养关系成立的实质要件还是形式要件所适用的法律都指向中国法, 该法不仅作为被收养人的属人法予以适用, 而且也是作为跨国收养关系收养成立地法予以适用。不过, 从严格的程度分析, 1998年修正的中国《收养法》第21条只是有关处理涉外收养的实体规则与程序要求, 并非有关涉外收养法律适用规则的明确规定, 解决跨国收养法律冲突的准据法选择机制尚未建立。而中国《民法典》继续沿袭了惯例, 该法典第1109条几乎原封不动照搬了1991年中国《收养法》第20条与1998年修正的《收养法》第21条的规定, 仅仅删除了原收养法中规定的 “收养关系当事人各方或者一方要求办理收养公证的, 应当到国务院司法行政部门认定的具有办理涉外公证资格的公证机构办理收养公证” 的内容。该法典第1109条的具体规定为:

外国人依法可以在中华人民共和国收养子女。外国人在中华人民共和国收养子女, 应当经其所在国主管机关依照该国法律审查同意。收养人应当提供由其所在国有权机构出具的有关其年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料, 并与送养人订立书面协议, 亲自向省、自治区、直辖市人民政府民政部门登记。前款规定的证明材料应当经收养人所在国外交机关或者外交机关授权的机构认证, 并经中华人民共和国驻该国使领馆

① 1991年中国《收养法》第20条和1998年修正的《收养法》第21条一致规定: “外国人依照本法可以在中华人民共和国收养子女。”

② 《外国人在中国收养子女登记办法》第3条规定: “外国人在华收养子女, 应当符合中国有关收养法律的规定, 并应当符合收养人所在国有关收养法律的规定; 因收养人所在国法律的规定与中国法律的规定不一致而产生的问题, 由两国政府有关部门协商处理。”

③ 对于外籍华人收养三代以内同辈旁系血亲的子女, 可以适用华侨收养中国公民子女的规定。1991年中国《收养法》第7条在这方面作了有差别待遇的规定, 华侨在中国境内收养子女的权利不仅优于其他外国人, 而且也高于中国国内公民, 即 “华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女, 还可以不受收养人无子女的限制。”

认证,国家另有规定的除外。^①

可见,中国《民法典》依然陷在原收养法有关涉外收养成立模式的束缚之中,缺乏创新和整合。一是跨国收养法律法规的散乱状态仍然存在,中国《民法典》《涉外民事关系法律适用法》以及《外国人在中国收养子女登记办法》等都有涉及跨国收养的规定;二是跨国收养的实体法规则与冲突法规则缺乏有机结合,中国《民法典》既没有把《涉外民事关系法律适用法》吸纳入典,也没有把《外国人在中国收养子女登记办法》的阶位升级且让其始终停留在部门规章的状态。

其次,中国的跨国收养关系法律适用从无明文法则可依过渡至有专门明确的法律依据的分界线当属《涉外民事关系法律适用法》。2010年前的中国跨国收养可作为明确的法律依据的就只有1991年中国《收养法》中的一条规定以及《外国人在中国收养子女登记办法》的规定,而《民法通则》“对涉外收养问题的准据法,无明文规定”,^②仅仅第148条的规定可以类推适用于涉外收养效力。一直到2011年4月1日正式实施中国《涉外民事关系法律适用法》,中国解决跨国收养关系法律冲突才有专门明确的法律适用规范。虽然该法也只有第28条一个立法条款对跨国收养准据法选择问题作了规定,但聊胜于无且充分表明我国在跨国收养领域的冲突规范已有专门的、明确的立法条款。加之中国政府2005年4月27日正式批准并于2006年1月1日实施海牙《跨国收养公约》。所有这些都表明,中国规制跨国收养的法律法规体系已初具规模,既有中国《民法典》第1093条至第1118条(其中第1109条是专门规定涉外收养的条款)、《涉外民事关系法律适用法》第28条^③和《外国人在中国收养子女登记办法》第3条等国内法律规范,又有联合国《儿童权利公约》和海牙《跨国收养公约》等国际法律规范。换言之,中国已经构建起由法律、部门规章和国际公约共同构成的实体法、冲突法和程序法齐全的规制跨国收养关系的独特法律体系。^④

德国对跨国收养问题在1896年制定的《德国民法施行法》与1898年制定的《非讼事件法》

① 参见杨明伦:《民法典婚姻家庭编的主要制度与创新》,ht:<http://www.npc.gov.cn/flcaw/userindex.html?lid=ff8080816e15z9a9016e/>,最后访问时间:2020年10月16日。

② 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1983年版,第397页。

③ 中国《涉外民事关系法律适用法》第28条对涉外收养关系成立的法律适用采用统一的法律适用原则,未区分实质要件和形式要件分别考虑准据法选择问题。该条第1款明文规定:“收养的条件和手续,适用收养人经常居所地法律。”对于收养效力的法律适用,该法第28条采取倾向于“收养人”的立法模式,其第2款规定:“收养的效力,适用收养时收养人经常居所地法律。”这种做法值得斟酌。因为,被收养人在收养中处于弱势地位,涉外收养效力的法律适用忽视该要素,既不利于保护被收养儿童的权益,也有违儿童最大利益原则。例如,依被收养儿童原住国法律,收养效力较高,子女对父母的近亲属享有继承权;而依收养人所在国法律的规定,收养效力较低,子女对父母的近亲属不享有继承权。这样,若适用收养人属人法确定的收养效力,那么,养子女对养父母的近亲属不享有继承权,势必损害被收养儿童的权益。另外,对于涉外收养关系的解除,中国《涉外民事关系法律适用法》第28条第3款规定:“收养关系的解除,适用收养时被收养人经常居所地法律或者法院地法律。”尽管我国立法在规制涉外收养关系解除问题时着重考虑了被收养人权益保护的因素,但是,却画蛇添足地加了一个定语“收养时”,人为地增加了法律适用的复杂性。似乎收养关系成立十年或数十年后,养父母和养子女已移民无数次,甚至远离了收养成立时的国家,若要解除涉外收养关系,要么还得回到收养关系成立时的“经常居所地”或“法院地”去,要么要求受理解除涉外收养关系所在国的主管机关或法院适用被收养人当年曾居住过的那个国家的“经常居所地法律或者法院地法律”。参见蒋新苗:《中瑞收养法的差异化与趋同化溯源》。

④ 蒋新苗:《我国涉外收养关系成立实质要件法律适用规范的重构》,载《时代法学》2019年第6期。

中作了规定。德国基本采取了大陆法系在属人法上倾向于选择本国法或国籍国法主义的传统原则。德国的理论与实践多依收养人本国法来决定收养关系的成立。修改后的《德国民法施行法》^①第22条规定,养子女的收养,如养父母在收养时为德国人,依德国法。^②德国《非讼事件法》第43条乙(1)规定:“关于收养子女的事件,收养人、作为收养人的夫妻一方或被收养子女惯常居住在德国或是德国国民时,德国法院有裁判管辖权。该裁判管辖权不是专属的。”^③这实际上允许由被收养儿童的惯常居住地或国籍国法院对涉跨国收养行使管辖权。^④德国《家事诉讼程序和非讼事件程序法》第187条在“地域管辖”中特别规定:

(一)对于第186条第1项至第3项规定的程序,收养人双方或一方之惯常居所所在其辖区的法院有专属管辖权。(二)德国法院根据第1款无管辖权的,依被收养人惯常居所确定管辖权……(四)依照第186条进行的程序中需要适用外国实体法的,准用《收养效力法》第5条第1款第1句和第2款的规定。

该法既明确了跨国收养当事人的惯常居所这一连接点在确定管辖权和法律适用方面的作用,又进一步声明德国法院需要适用外国实体法时的解决方略。

实际上,德国解决跨国收养法律冲突的立法与实践多倾向于收养人的本国法主义,以被收养人本国法主义为例外。《德国民法施行法》第22条与第23条规定:

收养依收养人本国法决定。如果配偶双方共同收养的,则依支配该婚姻效力的法律决定所适用的准据法,唯有涉及被收养儿童同意收养的意思表示或者其亲属行使收养同意权的法律适用时,才可以作为适用收养人本国法原则的例外,适用被收养人本国法。^⑤

① 德国1896年制订的《德国民法施行法》在1994年9月21日进行了大幅度修订,1994年10月1日颁布实施。关于收养条款的修订幅度最大的一次应是2001年11月5日《关于调整国际收养方面的法律问题并进一步发展收养居间法的法律》。该法第22条规定:“1. 子女收养,适用收养人在收养时的本国法。如果配偶一方或双方共同收养时,则依该法第14条第1款所规定支配婚姻效力的法律。如果通过同性伴侣一方进行的收养,则适用该法第17b条第1款第1句所规定的支配同性伴侣关系一般效力的法律。2. 就被收养子女与收养人以及与该子女有家庭关系的其他人之间所形成的亲属关系而言,收养的效力适用第1款所确定的法律。3. 无论依照本条第1款和第2款应适用的法律有何规定,对于被收养人、收养人的配偶、同性伴侣或者其他亲属死亡后的权利继承,被收养人均享有与依照德国实体法规定所收养子女同等的权利。前提是被继承人已以遗嘱的形式对此作出指示,并且该继承由德国法律支配。如果收养系以一项外国判决为基础,则第1句规定也应适用。如果被收养人在收养时已年满18岁,则不适用第1句和第2句的规定。该法第23条规定:“子女以及该子女有家庭关系人对于出身声明、取名或收养同意的必要性以及作出,还应额外适用该子女所属国法律。若出于子女利益需要,则可适用德国法律以取代之。” See Bassenge und Bruder Müller et al., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, S. 2529.

② Thomas Alexander Brandt, *Die Adoption durch eingetragene Lebenspartner im internationaler Privat- und Verfahrensrecht* (Peter Lang, 2004), S. 113.

③ 蒋新苗:《国际收养准据法的选择方式》,载《法学研究》1999年第1期。

④ Dagmar Winkelsträter, *Anerkennung und Durchführung internationaler Adoptionen in Deutschland; unter Berücksichtigung des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2007, SS. 56 - 57.

⑤ Farid R. Zakirov, *Die Adoption Minderjähriger im internationalen Kindschaftsrecht Usbekistans und Deutschlands; Eine vergleichende Analyse unter Berücksichtigung völkerrechtlicher Quellen* (Peter Lang, 2007), S. 70.

一旦收养人属人法缺乏有关收养的规定或者明确禁止收养,究竟如何选择准据法,一直是跨国收养法律适用中的难题。海牙国际私法会议在讨论制定《跨国收养公约》的过程中一直为这一问题所困扰。不少国家在涉及到收养伊斯兰国家子女时通常会遭遇这方面的难题。因为,伊斯兰国家法律要么缺乏有关收养的法律规定,要么明令禁止收养。面对这种情况,根据多年的实践经验,比利时与德国等一些欧洲国家冲突法就规定适用法院地法,而不适用其他法律。这样一来,难免在实践中引发跛足收养(Limping Adoptions)。在某一国家有效成立的收养关系,到另一国家却不被承认。马文·贝尔(Marvin Baer)等人就明确指出,在解决跨国收养法律冲突时,德国属于依冲突法方式确定准据法的典型代表之一,采取依决定收养条件的法律支配收养效力的机制和做法,大多适用收养人属人法。^①德国法律对于从事跨国收养安置儿童的工作有较严格的要求,只允许政府授权的收养机构行使这方面的职能,被收养儿童只有经过收养机构这一环节才可进入养家。如果在德国成立跨国收养关系,那么,家庭法院颁发收养令时必须征求青少年事务局的意见。^②这在《德国民法典》第1752条中有较为明确的规定。

由以上分析可知,中德两国这类国际私法机制和方法均可运用于解决涉及两国的跨国收养关系。无论中国与德国之间相互正式开通跨国收养渠道前后,依靠冲突法方法解决跨国收养关系法律冲突的问题,都是不可或缺的。德国的冲突法规则也可以适用于解决含有涉及中国因素的跨国收养关系法律冲突问题,同样,中国的冲突法规则也可以适用于解决含有涉及德国因素的跨国收养关系法律冲突问题。不过,德国对在德国境内收养外国儿童或外国人收养德国儿童均采取了严格依德国法成立收养关系的做法。而对德国人在外国收养的子女,德国一般要求在德国进行第二次收养。^③对外国收养的承认,德国也采取了较为严格的制度。^④另外,中国对跨国收养关系也采取了严格依儿童所在国法的做法。因此,虽然运用冲突法方式与方法可在一定程度上解决两国的跨国收养法律冲突问题,但是,这种方法的局限性还是相当明显的,无法彻底消除或解决跨国收养的法律冲突。不过,运用冲突法方法的优点也是不容忽视的,因为该方法的运用可避免强迫任何一方因他国影响而修改国内立法。

(三) 运用条约或国际公约方法解决中德跨国收养法律冲突

一是通过中德两国共同签订双边合作条约或司法协助协定的方式解决中国与德国之间跨国收养关系的法律冲突。依靠签订双边协定这种做法,既不必强迫中德任何一方修改国内立法又有助于求得尽快开通两国跨国收养渠道的共识。不过,这一方式方法也有其固有缺失和不足,并非最理想的途径与方法。由于《跨国收养公约》以及近年出台的履约指南都专门强调海牙《跨国收养公约》的缔约方不得签订双边或多边协定以减损公约的效力或损害公约的宗旨。德国和中国都是海牙国际私法会议成员国,都属于《跨国收养公约》缔约方。海牙国际私法会议有关严格

① Marvin Baer et al., *Private International Law in Common Law Canada: Cases, Text, and Materials* (Emond Montgomery Publications Limited, 1997), p. 855.

② Harald Paulitz, *Adoption: Positionen, Impulse, Perspektiven* (Verlag C. H. Beck München, 2. Auflage, 2006), S. 284.

③ Gerhard Stuber, *Anerkennung Internationaler Adoptionen*, S. 21.

④ Dagmar Winkelsträter, *Anerkennung und Durchführung internationaler Adoptionen in Deutschland: unter Berücksichtigung des Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29. Mai 1993*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2007, SS. 209 – 210.

履行《跨国收养公约》的特委会反复强调《跨国收养公约》对各缔约方提出的“不得签订低于公约效力的双边或多边协定”的要求必须严格遵守，这一导向是属于不可逆转的。^① 如此，即使中德两国共同签订双边合作协定或司法协助条约来解决涉及两国之间的跨国收养关系法律冲突，也只是应急之举与临时性过渡措施。^②

二是通过双方共同参加国际社会涉及收养问题的国际公约解决中德两国跨国收养关系的法律冲突。在德国，联合国《公民权利和政治权利国际公约》于1973年12月17日对其生效，联合国《儿童权利公约》于1992年3月6日对其生效，海牙国际私法会议《跨国收养公约》于2002年3月1日对其生效，欧洲理事会1967年的《关于儿童收养的欧洲公约》于1981年2月11日对其生效（修订后的《关于儿童收养的欧洲公约》于2015年7月1日对德国生效）。^③ 在中国，1991年12月29日第七届全国人大常委会第23次会议批准实施联合国《儿童权利公约》，2000年11月30日中国政府代表正式签署海牙国际私法会议的《跨国收养公约》（2005年4月27日被我国第十届全国人大常委会批准实施）。联合国《儿童权利公约》与海牙《跨国收养公约》都已在中国正式生效实施。可以说，中德两国在跨国收养方面适用共同参加国际公约或条约这种方法，既可借助国际公约的要求促成各自国内有关收养的法律法规的修改或革新，又可绕开统一冲突法或实体法的立法障碍，而且还有利于解决两国之间的跨国收养关系法律冲突，全方位对接或推动国际社会跨国收养法统一化进程。

虽然中国政府与德国政府之间目前尚未正式开通跨国收养的官方渠道，但是，现实生活中已有德国公民通过不同途径和方式收养中国儿童，这一现象早已存在且延续不绝。德国政府公布的官方权威数据显示：20世纪90年代初期，一些德国人曾在中国境内收养过一些中国儿童。1991年中国《收养法》颁行以后就再无依法允许德国公民在中国大陆境内收养中国儿童的情形。如今，德国人主要在中国台湾地区收养子女，收养中国大陆地区的儿童甚为罕见。2010年德国收养中国台湾地区儿童6人，2011年德国收养中国台湾地区儿童9人、收养中国大陆地区儿童1人，2011年德国收养中国台湾地区儿童9人、收养中国大陆地区儿童1人，2012年德国收养中国台湾地区儿童4人、收养中国大陆地区儿童1人，2013年德国收养中国台湾地区儿童3人，2014年德国收养中国台湾地区儿童4人，2015年德国收养中国台湾地区儿童5人、收养中国大陆地区儿童3人，2016年德国收养中国台湾地区儿童5人、收养中国大陆地区儿童1人，2017年德国收养中国台湾地区儿童3人、收养中国大陆地区儿童1人。^④ 如此，应直面现实问题，不可消极等待或回避，想方设法探寻解决中德两国跨国收养法律冲突的路径与方法，利用一带一路建设的契机理顺中德之间跨国收养合作关系。实际上，这一问题的彻底解决，自下而上民间推动力量不足且局限性明显，法学专家学者发声与号召仅仅具有理论呼唤与思想革命的功能，惟有依靠中德两国政府、立法部门与司法部门自上而下地推行才有可能真正凝聚强大合力并见诸于行，彻底消除种种阻抗。由于国家的主权因素与外交策略对解决跨国收养关系的法律冲突有着至关重要的影响，甚至是占据主导地位的力量，没有这些关键力量或职权机关的直接参

① Permanent Bureau, *The Implementation and Operation of 1993 Hague Intercountry Adoption Convention: Guide to Good Practice (Guide No. 1)*, (Jordan Publishing Limited, 2008), p. 109.

② 蒋新苗：《中瑞收养法的差异化与趋同化溯源》。

③ Harald Paulitz, *Adoption: Positionen, Impulse, Perspektiven* (Verlag C. H. Beck München, 2 Auflage, 2006), SS. 272 - 273.

④ <https://www.assets.hcch.net/docs/2888e1ff-260a-4f94-b33b-26dec2bc> (last visited 1 January 2020).

与，彻底消除或解决跨国收养关系的法律冲突以及合法且顺利开通跨国收养渠道，无异于缘木求鱼或望门大嚼。

The Settlement of the Conflicts of Law Concerning Intercountry Adoption Between China and Germany

Jiang Xinmiao

Abstract: China and Germany have huge differences in their inherent historical traditions, social systems, national characteristics, historical origins, cultural inheritance, ethical concepts, social customs, and geographical environment, which inevitably lead to the significant divergences of their respective attitudes, positions, principles, and modes of governance towards adoption. The legislative and judicial branches of China and Germany issue or prescribe different special regulations and measures governing intercountry adoption. As a matter of fact, it appears that conflicts of law between the two countries concerning adoption are unavoidable. By reference to existing theories and practical experiences, it concludes that applying the method of legal convergence, using the legal technique of the conflict of law, undertaking case-by-case negotiation, invoking bilateral agreements or international unification conventions, seeking common grounds and mutual benefits while reserving differences, and revising laws or regulations separately by China and Germany out of the consideration of promoting cooperation on intercountry adoption etc. are all feasible pathways to eliminate or resolve the conflicts of law on intercountry adoption between China and Germany.

Keywords: Intercountry Adoption, Full Adoption, Simple Adoption, Conflicts of Law, International Convention

(责任编辑：谭观福)