

蒋新苗 著
湖南人民出版社

BIJIAO
SHOUYANG
FA

比较收养法

比较收养法

蒋新苗 著

责任编辑:邓胜文
装帧设计:尹文君

比 较 收 养 法
蒋新苗 著

*

湖南人民出版社出版、发行
(长沙市银盆南路78号 邮编:410006)
湖南省新华书店经销 湖南省出版发行学校印刷厂印刷
1999年5月第1版第1次印刷
开本:850×1168 1/32 印张:17
字数:374,000

ISBN7-5438-1972-5
D·242 定价:24.50元

序

当今国际社会，不论是发展中国家还是发达国家，由于高速城市化、市场化以及各种自然灾害和战争等多重因素的影响，出现了成千上万无家可归的儿童。孤儿、弃儿、非婚生子女一直是困扰各个国家的严重的社会问题，而依靠社会福利机构或育儿机构又不一定能取得理想的效果。于是，许多国家便重新求助于收养制度。加之，随着社会价值观念的变革，生育率下降，一些人在过了生育期后又盼望拥有孩子，从而使得国内收养子女和跨国收养子女的现象越来越普遍。这就在客观上需要比较研究，弄清各国收养法的具体规定，消除或避免收养法的冲突，保证国内收养乃至跨国收养顺利进行。

当代中国正在步入经济日益良性发展的轨道，并且逐步纳入国际经济大循环之中。与此相适应，中国的民事法律制度包括收养制度，势必要以一个崭新的面貌出现在世界各国民事立法的前列。基于此，有必要比较研究各国收养法的立法及其理论学说，使之对完善中国的收养立法有所裨益。而且，国内出版界尚无比较收养法的专著，本书的完成可望填补这一空白。

作者蒋新苗毕业于武汉大学法学院国际私法专业，获法学博士学位，现为湖南师范大学法学院副教授、硕士生导师。作者心无旁骛潜心研究跨国收养法律制度，在广泛收集、翻译和分析各主要国家最新的收养法的基础上，着手撰写《比较收养法》。该

书采用学理比较和规范比较相结合的方式，吸收国内外优秀研究成果，在理论阐述与实务分析相结合的基础上，达到理论性、应用性的统一。该项研究成果具有十分重要的理论价值和实践意义，既是司法部门、民政部门处理收养问题的理论依据，同时也是高等院校法律专业不可多得的教学和研究参考读物，此外，还可为我国立法部门健全和完善收养立法提供可比照的国际范例。

李双元

1997. 11. 6 日于岳麓山下

目 录

第一章 比较收养法引论	(1)
第一节 比较收养法的产生与发展	(1)
第二节 比较收养法的性质	(9)
第三节 比较收养法的研究对象与方法	(14)
第四节 比较收养法的功能	(22)
第二章 收养概念的内涵与外延比较分析	(31)
第一节 收养概念的本质特征	(31)
第二节 收养的分类	(45)
第三章 收养立法的纵横比较观	(51)
第一节 收养制度的起源与发展	(51)
第二节 收养立法的模式与特点的比较	(60)
第三节 世界各国收养立法的趋同化趋势	(82)
第四章 收养人与被收养人的合格性	(89)
第一节 概述	(89)
第二节 基本立法状况	(92)
第三节 评价及主张	(100)
第五章 收养同意权的行使方式和程序	(104)
第一节 概述	(104)
第二节 基本立法状况	(106)
第三节 评价及主张	(113)

第六章 收养的法律效力	(117)
第一节 概述.....	(117)
第二节 基本立法状况.....	(120)
第三节 评价及主张.....	(127)
第七章 收养关系的终止	(135)
第一节 概述.....	(135)
第二节 基本立法状况.....	(138)
第三节 评价及主张.....	(146)
第八章 跨国收养法律适用的理论与实践	(152)
第一节 跨国收养法律适用的传统理论与学说.....	(152)
第二节 跨国收养准据法的定位方法之比较.....	(170)
第三节 中国涉外收养立法的回顾与展望.....	(185)
第九章 与跨国收养相关的国际司法协助制度	(214)
第一节 跨国收养的承认制度.....	(214)
第二节 跨国收养中的强行法问题.....	(229)
第十章 跨国收养的出籍与人籍模式	(241)
第一节 概述.....	(241)
第二节 各国关于被收养人的出籍与入籍的立法.....	(243)
第三节 国际公约或条约的统一化工作.....	(249)
第四节 移民法对被收养人国籍的影响.....	(253)
第五节 我国有关涉外收养的出籍与入籍模式立法 的反思.....	(258)
第十一章 中国区际收养法比较研究	(261)
第一节 香港与大陆收养法的比较.....	(261)
第二节 澳门与大陆收养法的比较.....	(275)
第三节 海峡两岸收养法的比较.....	(290)
附录一 各国收养法比较简表	(304)

附录二 国内法制	(320)
1. 中华人民共和国收养法	(320)
2. 香港地区实施的《领养条例》	(326)
附录三 外国收养法规	(347)
1. 法国民法典 (节选)	(347)
2. 德意志联邦共和国民法典 (节选)	(356)
3. 比利时民法典 (节选)	(368)
4. 意大利民法典 (节选)	(386)
5. 瑞士民法典 (节选)	(391)
6. 西班牙民法 (节选)	(397)
7. 日本民法 (节选)	(402)
8. 葡萄牙民事登记法典 (节选)	(407)
9. 蒙古人民共和国家庭法典 (节选)	(410)
10. 美国纽约州家庭法 (节选)	(412)
11. 德意志民主共和国家庭法典 (节选)	(424)
12. 罗马尼亚人民共和国家庭法典 (节选)	(428)
13. 俄罗斯联邦新家庭法典 (节选)	(432)
14. 保加利亚家庭法典 (节选)	(439)
15. 阿尔巴尼亚家庭法 (节选)	(446)
16. 南斯拉夫塞爾維亞共和國收养法	(448)
17. 阿根廷收养法	(454)
18. 加拿大收养法	(461)
19. 荷兰安置外国养子女法	(468)
20. 瑞典有关收养的法规	(479)
21. 挪威有关收养的法规	(488)
22. 芬兰收养法	(494)
23. 新西兰收养法	(510)
后记	(532)

第一章 比较收养法引论

第一节 比较收养法的产生与发展

一、概述

运用比较方法研究法律问题，早在古希腊时期便已出现。“由于希腊思想家对国家结构形态的特别关心，这种比较研究就应运而生了。”^①但是，比较法学作为一门独立的科学，却是近代特别是19世纪后半期的产物。比较法学产生以后，迅速向法学的各个领域延伸和渗透，逐渐形成了各个部门的比较法学，诸如比较刑法、比较民法、比较诉讼法、比较宪法、比较商法。而比较收养法也正是在这一过程诞生的。法国学者爱德华·朗贝尔(Edouard Lambert)明确指出：“比较法的主要领域即比较私法。”^②正因为如此，比较收养法的产生是顺理成章的，而且它

① [德] K·茨威格特、H·克茨著：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第89页。

② [德] K·茨威格特、H·克茨著：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第6页。

一产生就获得了良好的发展契机。进入现代社会以后,养子女特别是被收养儿童权益的维护问题越来越引人注目,加之跨国收养的普遍化,从而使得比较收养法的地位日渐突出,颇受各国政府的重视和学者的青睐。

二、比较收养法的萌芽阶段

根据对现有文献资料的考证,比较收养法研究具有悠久的历史。远在公元前 17 世纪的古巴比伦就已出现对收养法律制度的比较研究。古巴比伦王国建立于公元前 19 世纪,至公元前 18 世纪完成两河流域的统一。这项统一大业是由古巴比伦王国的第六代国王汉谟拉比(公元前 1792 年~前 1750 年)完成的。汉谟拉比在统一两河流域的过程中,建立起强大的中央集权国家,并清醒地认识到欲实现长治久安的目的,必须依法治国,强化统治。因此,汉谟拉比便于即位的第二年就着手制定一部国家总体化法典,并将该年命名为“制定国法之年”^①。不过,关于制定巴比伦国家法典的事情,早在古巴比伦第二代国王苏姆来时就作了一些准备工作,但因条件所限以及其他因素的制约,未能形成法典。汉谟拉比掌握王权后,承袭先王遗志,通过对西亚两河流域的各城邦国家,诸如苏美尔、乌尔、阿卡维的法律和固有的各地的习惯法进行了比较综合而制定了《汉谟拉比法典》。这是一部在古巴比伦王国范围内(包括新征服地区)普遍适用的、具有最高效力的成文法典,是迄今为止可考证的楔形文字法中最完备的一部法律文献,也是两河流域各奴隶制城邦国家法律的集大成者。该法典第 185 条至第 190 条就对“自由民收养被遗弃的幼儿

^① 由嵘主编:《外国法制史》,北京大学出版社 1992 年版,第 25 页。

为子”的有关问题作了明文规定^①。这些立法内容是在对以前苏美尔·阿卡德时代各国法律关于收养立法进行比较的基础上，吸取其精华而集成的。

可以说，比较收养法在古巴比伦时代就已有萌芽。这一范式流传至巴勒斯坦、叙利亚、小亚细亚，然后又传入古希腊，并对雅典的收养立法产生了不同程度的影响。此后，源于古巴比伦的比较收养法又从雅典传入罗马，再从罗马传播至欧洲大陆，并延续至今。^②无论是古巴比伦的收养立法，还是雅典和罗马的收养立法，均是对前世有关国家的法律进行比较研究以后不断进行补充和完善的。其中，尤以公元前451年～前450年制定的罗马《十二表法》最为突出。作为第一部成文法的《十二表法》，就是罗马共和国的10大执政官对希腊各城邦的法律以及其他国家法律进行广泛地考察和比较之后，吸收和发展了古代亚非国家和希腊诸国法律的精华而制定的。从罗马法学家编纂而成的《查士丁尼民法大全》中可以发现：罗马法中的收养制度，明确将收养分为自权人收养和他权人收养、完全收养和不完全收养，并规定了相应的收养条件和程序与效力，其中的许多规定对后来大陆法系各国的收养立法产生了相当重要的影响。^③据此可以断言：比较收养法在罗马法中已渐显雏形并占有重要地位。^④之所以如此，是与古希腊和古罗马时期曾出现过的比较收养法赖以生存的理论基础与土壤紧密相联的。公元前8世纪至公元前6世纪的希腊是由数百个各自独立的城邦国家组成，各城邦有不同的政体和不同的法律。公元前594年，雅典执政官梭伦进行了举世闻名的改

① 参见《外国法制史资料选编》，北京大学出版社1982年版，第40页。

② [美]约翰·麦·赞恩著：《法律的故事》，刘昕、胡凝译，江苏人民出版社1998年版，第66～67页。

③ 杨大文主编：《亲属法》，法律出版社1997年版，第277～278页。

④ 李志敏主编：《比较家庭法》，北京大学出版社1988年版，第3～4页。

革,据说为此他曾对希腊许多城邦的法律展开了比较研究。不仅如此,由于希腊思想家对国家结构形态的特别关心,比较法研究获得了发展契机。古希腊著名哲学家柏拉图曾多次游历麦加拉、埃及、普勒尼、南意大利和西西里等地,不仅详尽地考察了各地的政治、宗教、教育等制度,而且比较分析了各地的法律制度。柏拉图的主要政治法律著作,特别是《国家篇》和《法律篇》就是对不同国家、城邦之间的政体和法律进行比较研究的成果,而且这种比较“超过了单纯汇报式的比较”^①。而古希腊集大成的思想家亚里斯多德利用其担任亚里山大的老师的机会,接触了大量不同国家、城邦的政治法律方面的文献资料,并以此为基础完成了名著《政治学》。该书是亚里斯多德考察了153个城邦的宪法而提炼的,但如今留传下来的只有关于雅典政体和法制的研究。这是建立在比较法基础上的哲学思辨。关于私法比较,我们只能在特奥弗拉斯图(Theophrastus)的论著《论法律》当中流传下来的片断里面找到。特奥弗拉斯图试图在各种不同的希腊法律制度中发现一般的原则并把它们摆出来,而且在分论部分把它们同那些不一致的特殊规范互相对比。这种比较方法已具有近代性,19世纪奥托·冯·吉尔克(Otto Von Gierke)在论述德国私法时就使用这一方法。此外,欧根·胡贝尔(Eugen Huber)在阐述瑞士各州私法时,也模范地运用了这种比较法的研究方法。

尽管比较法研究的理论前提早就为一些学者在努力构建,但是,在中世纪、文艺复兴时期以及17、18世纪的资产阶级革命时期,比较法在西方的发展依然很有限。从“后古典时期”即公元3~4世纪开始,罗马法学家把罗马法同教会法特别是摩西的律法相对比,流传下来一部很有意义的比较法著作《摩西法和罗

^① [德] K·茨威格特、H·克茨著:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第89页。

马法汇编》，力图说明罗马法和圣经上的法律的一致性。由于中世纪非常推崇罗马法和教会法，以致学术上对其他法律的兴趣不浓。除此以外，统治者的权力目的同粗暴的观念相结合，在征服地区强行推行统治者自己的法律，使比较法的著述在欧洲大陆甚为少见，更遑论有关收养法的比较研究。不过，在英国，福特斯克（Fortescue）第一次将英国法和法国法进行比较研究，并将其浓缩于《英国法赞美论》和《英国统治论》两部著作中。随后，英国哲学家、法学家培根和德国著名哲学家莱布尼兹均对比较法的理论基础有所建树。尽管他们自己没有在实践中从事比较法研究，但均有力地倡导了比较法。培根在其著作《崇学论》中提出：法学家为了能够真正认识本国法律，必须将自己从本国法律的枷锁中解脱出来。因为，判断的对象（本国法律）不能同时是它的判断准则。这是一个意义深远的而且迄今仍然有效地证明比较法研究正当性的观点。而莱布尼兹在 1687 年出版的《法学教育的新任务》一书中从普遍历史的观点出发倡导比较法，并草拟了一个关于比较叙述一切民族、国家和时代的法律的计划，称为《法律大全》。这并没有立即带来具体的成果。然而，我们不难发现，后来其他一些自然法学者，如格老秀斯、普芬道夫、孟德斯鸠等，为了给自然法学说找到经验主义的根据，曾明白地使用比较法的方法。概而言之，这个时代的实际成就，与其说是有系统地推动比较法，不如说是逐渐揭示这种方法的理论价值。这正是比较收养法产生和发展不可或缺的步骤。

三、比较收养法在 19 世纪比较法发展的带动下兴起

19 世纪中叶以前，比较法学和比较收养法尚未真正兴起，在很大程度上属于“隐藏着的比较法”。到 19 世纪中期，在比较法学终于兴起之际，比较收养法也获得了应有的地位。这主要来

自两方面的推动力，一是为适应学术分科的需要而展开对收养法的比较研究，二是收养立法比较的需要。首先，不只是比较收养法，就是比较法在现实上获得认可，也经历了漫长的过程。现代意义上的比较法，即作为一个法学分科的比较，是19世纪中叶以后才发展起来的。而且比较法这一概念或术语，也是在这时才出现的，以前尚未正式提出。此外，比较法学被认为是法学中一门独立的分支学科，一些大学专门开设了比较法课程。例如，1831年法兰西学院设立“比较法制史讲座”，1846年巴黎大学开设“比较刑法讲座”，1892年巴黎大学又设立“比较海商法和商法讲座”，随后由著名比较法学家萨莱斯（Saleilles）和列维—乌尔曼（Lévy-Ullman）等人共同主讲“比较私法讲座”，1869年亨利·梅因（Henry Maine）在牛津大学成为第一位“历史和比较法学”教授，1894年伦敦大学设立“法制史和比较法讲座”，等等。法国于1869年成立“比较立法学会”，同时出版会刊《比较立法学会会刊》（1949年更名为《国际比较法杂志》）。英国则于1895年成立“比较立法学会”并出版会刊《比较立法杂志》（1952年更名为《国际法和比较法季刊》）。德国1878年由伯恩赫夫特和科恩两位著名法学家创办了《比较法律科学杂志》，致力于比较法律史研究。直到1894年，德国才成立了与法国相对应的比较法研究组织“比较法律科学和国民经济学国际协会”。美国从1800年到1850年也出现比较法早期的兴旺景象。《美国法律家》1829年1月号曾载文指出：“在法律职业学习的文科课程中一般法学或者比较法学必须是它的组成部分。”^①这期间，对民法特别是比较民法的关心，最为引人注目。哈佛大学要求开设“民法讲座”的呼声甚高。除此以外，19世纪有关比较法的理论著述，特别是“欧洲许多法学家已撰写出比较亲属法专著”，^②为

^① 李志敏主编：《比较家庭法》，北京大学出版社1988年版，第5页。

比较收养法的兴起铺平了道路。这些著作有：昂格尔（Unger）的《世界婚姻法发展史》（1850年）、冈斯（Gans）的《世界继承法发展史》（1824年）、波斯特（Post）的《为建立以比较人类学为基础的一般法律科学献言》（1880年）、科勒（Koiler）的《比较法律科学导论》（1885年）、勒尔米尼埃（Lerminier）的《法律史通论》、阿马里（Amari）的《比较立法学批判》、梅因（Henry Maine）的《古代法》，等等。所有这些，毫无疑问，是比较收养法从萌芽状态步入兴起时期的前提和基础。

与此同时，收养立法比较也获得非凡的发展契机。1804年诞生的《法国民法典》不仅是法国私法的核心，而且也是整个罗马法系诸私法典编纂的伟大范例。该法典的第8章第343条至第370条是专门规定收养关系的。这是深受罗马法影响的法国南部成文法与以日耳曼、法兰克习惯法为基础的北部习惯法的两种传统收养制度的巧妙结合。而1896年制定的《德国民法典》，代表着垄断资本主义时期法学的发展。它的立法成功，不能不说与比较法学的大力发展和广泛运用有着密切关系。该法典第11条以及第1741条至1772条专门对养子女问题作了规定。比较法的方法在法典编纂成立时充分展示了自身的力量和实践价值。此后，意大利、荷兰、西班牙和奥地利、瑞典、挪威、丹麦及日本等国，或效仿法国民法典，或效仿德国民法典，改进各自的收养法律制度，从而有力地推动了比较收养法的兴起和发展。

四、比较收养法的兴旺发达

1900年巴黎召开了第一次国际比较法大会，不仅极大地推动了比较法的迅速发展，而且也是比较收养法发展历史上具有重要意义的事件。这次国际比较法大会是比较法学兴起并达到高潮

的重要标志,^① 它主要讨论了比较法的性质、目的、概念和作用等基本问题。自第一次世界大战后, 比较法研究的范围已从大陆法系国家扩大到普通法系国家, 迈步在组织化的道路上。1924年成立国际比较法学会 (IACL), 并坚持每 4 年召开一次国际比较法大会。在比较法研究的组织化进程中, 欧洲各国相继出现且至今仍负盛名的一些大型比较法研究所。例如, 1917 年在慕尼黑大学建立了恩斯特拉伯尔比较法研究所; 1920 年爱德华·朗贝尔在法国里昂大学创立了比较法研究所; 1925 年在阿根廷的科尔多瓦大学设立了美洲第一个比较法研究所; 1926 年创立的德皇威廉外国法和国际私法研究所, 后发展为马克斯·普朗克外国私法和国际私法研究所, 现不但已成为德国的比较法中心, 而且也是世界上重要的比较法研究机构之一; 1926 年在国际联盟的帮助下, 在意大利罗马成立国际统一私法学会; 1932 年莱维·于勒曼创立了巴黎大学比较法研究所; 1955 年南斯拉夫成立了比较法研究所。此外, 美国于 1951 年在纽约成立美国比较法研究会; 英国于 1958 年创立国际法和比较法学会; 法国于 1951 年成立比较法研究中心, 1953 年建立法国比较法研究会; 日本于 1951 年创立国际法和比较法协会。这些研究会或协会, 对比较收养法的发展也做了不少工作。不过, 特别应提到的是 1949 年在联合国教科文组织的支持下成立的国际比较法委员会, 1955 年更名为国际法律科学协会, 已有 50 多个国家入会。该协会自 20 世纪 60 年代发起编写《国际比较法百科全书》, 由马克斯·普朗克外国私法和国际私法研究所的原所长 K·茨威格特担任总主编, 参加撰稿的有世界各国、地区的几百名学者。全书共 17 卷, 每卷约 1200 页, 自 1971 年开始出版。其中由 K·里普斯坦 (Lipstein) 主编的第 3 卷《国际私法》、M·A·格兰顿 (Glendon)

^① 沈宗灵著:《比较法总论》, 北京大学出版社 1987 年版, 第 20 页。

主编的第4卷《个人与家庭》，都有涉及对收养法进行比较分析的内容。除此以外，著名比较法学家达维1950年出版的《比较民法总论》以及日本在1962年至1978年先后出版、重印的8卷本《比较婚姻家庭法》，也对比较收养法的发展推波助澜。而各国出版的比较法刊物，诸如美国1952年开始出版的《美国比较法杂志》、英国1952年出版的《国际法和比较法季刊》、日本早稻田大学比较法研究所的《比较法评论》、日本中央大学比较法研究所的《比较法杂志》以及我国出版的《比较法研究》都不同程度地促进了比较收养法的研究。由此可见，世界各国对比较收养法的研究方兴未艾，尽管至今尚无这方面的专著出现，但是，随着全球化和知识经济潮的推动，加之各国政治、经济、文化合作以及民商事流转朝向多方位和纵深方向发展，比较收养法的研究必将更加活跃。

第二节 比较收养法的性质

一、比较法的本质

由于比较收养法是对不同国家或地区的收养法律制度进行比较研究，因而，有必要先弄清比较法的本质特征，即比较法是一门独立的学科还是仅仅是一种研究方法？对这一问题的解答，各国学者见仁见智，分歧较大，归纳起来大致有三种不同观点和看法。

1. 比较法仅仅是一种研究方法。