

学校编码：10384

分类号_____密级_____

学号：13620101150179

UDC _____

廈門大學

碩 士 学 位 论 文

我国跨国收养若干法律问题辨析

Explorations into Several Legal Issues concerning

Intercountry Adoption in China

朱少鹏

指导教师姓名：李国安 教授

专业名称：国际法学

论文提交日期：2013 年 月 日

论文答辩时间：2013 年 月 日

学位授予日期： 年 月 日

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2013 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

本文对外国人来华跨国收养的条件、手续、效力及解除进行了梳理总结，对我国现行跨国收养法律制度进行检视和评判，提示可能的改进方向，并明确了本人在研究相关材料时遇到的一些问题。

第一章讨论外国人来华跨国收养之条件、手续，探究“限养一名”、“收养人无子女”等条件限制之立法理由，解析非婚生子女送养政策，探讨被收养人年龄限制，并阐述以上政策在跨国收养中的应用。继而分析跨国收养“优先办理”政策之利弊，解读继父母跨国收养继子女之法律适用规则，评判我国重大自然灾害下的跨国收养政策。

第二章“特论”就同性婚及其基础上的同性家庭来华跨国收养之合法性作初步探讨及构想。

第三章讨论《收养公约》“承认与效力”章之适用及公约无规定时外国人来华跨国收养的效力规则。其中，公约第二十六条第一款第三项和第二十七条尤为重要，第一节将概述其立法目的，并视收养发生地之不同而分情况讨论外国人来华跨国收养之效力。本章第二节述评对跨国收养中“不允许任何不当金钱给付”原则的法经济学质疑。

第四章解读外国人来华收养之解除的冲突规范，指出其可能指向我国法，并结合跨国收养之特点，对我国《收养法》下的解除规则进行评判。本章还探讨了《收养法》和《收养公约》中并未专门提及的善意收养人救济制度及收养解除之善后。

关键词：法律适用；跨国收养；立法评价

Abstract

This essay shall comb through the rules for qualifications, formalities, effects and revocation of Intercountry Adoption made by foreigners visiting China. It aims at examining and evaluating China's current Intercountry-Adoption legal system, propose some improvement as well as clarifying some problems encountered during the author's research.

Chapter 1 addresses the qualifications and formalities aspect. This part shall explore the legislative reason and applicative scope for limiting the number of adoptees and the fertility of adoptive parents, the pros and cons for "prioritized adoption", the rules for intercountry step parents to adopt their step parents, and the intercountry adoption policy under serious natural disaster.

In Chapter 2 "Special Analysis", I briefly investigates the legalization of same-sex marriage and intercountry adoption by same-sex family visiting China, and draw a conception of the corresponding legal framework.

Chapter 3 probes into the "Recognition and Effect" Chapter of Adoption Convention as well as the situation where no proper rule was prescribed. Within the Convention, Art 26 1) c) and Art 27 lies in the core, which is why I shall summarize its legislative purpose and discuss the issue accordingly. Then I shall introduce and comment on "prohibition on any improper payment", a fundamental rule for intercountry adoption.

Chapter 4 interprets the revocation rules, pointing out that the choice-of-law rules may lead to the application of Chinese substantive adoption law. After examining that, I shall approach the remedy for good-faith adoptive parents and the aftermath of revocation.

Key Words: Choice of Law; Intercountry Adoption; Comments on Legislation

缩略语表 Abbreviations

《收养公约》 (the Adoption Convention)	指	《跨国收养方面保护儿童及合作公约》 (“Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption”)
《反卖童公约》	指	《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》
《登记办法》	指	《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》
《收养法》	指	《中华人民共和国收养法》
《收养法解答》	指	《民政部婚姻司对<收养法>的解答》
《适用法》 (the Application Law)	指	《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》 (Law of the People’s Republic of China on Choice of Law for Foreign-related Civil Relationships)
《适用法解释》	指	《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》（法释（2012）24号）
《民通意见》	指	《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的解释（试行）》
《婚姻法》	指	《中华人民共和国婚姻法》
《继承法意见》	指	《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的解释》
《民诉法》	指	《中华人民共和国民事诉讼法》
“08 通知”	指	《民政部办公厅关于做好收养灾区孤儿咨询工作的紧急通知》（民电 [2008] 80 号）
“谈登记”	指	2002 年民政部婚姻司 “谈收养登记的意义、范围和程序”

“基本程序”	指	“外国人来华收养子女基本程序”
PTSD	指	Post Traumatic Stress Disorder
USBCA	指	United States Bureau of Consular Affairs
收养中心 (CCCWA)	指	中国儿童福利和收养中心 (China Center for Children's Welfare and Adoption)

厦门大学博硕士论文摘要库

案例表 Table of Cases

<i>Adoption of Swanson</i>	指	<i>Adoption of Swanson</i> , 623 A.2d 1095
<i>In re Adoption of Robert Paul P.</i>	指	<i>In re Adoption of Robert Paul P.</i> , 471 N.E.2d 424
<i>Perry</i> 案或 <i>Perry v. Brown and Perry v. Schwarzenegger</i>	指	<i>Perry v. Brown and Perry v. Schwarzenegger</i> , 570 U.S. _ (2013)
<i>Roe v. Catholic Charities</i>	指	<i>Roe v. Catholic Charities</i> , 588 N.E.2d at 364
<i>United States v. Windsor</i>	指	<i>United States v. Windsor</i> , 570 U.S. _ (2013)

目录

引 言.....	1
第一章 外国人来华跨国收养条件、手续若干问题辨析.....	2
第一节 公约的原则性规定和条件、手续的重叠适用规则简述.....	2
第二节 取消跨国收养“限养一名”和“无子女”之限的合理性.....	3
一、“限养一名”的立法依据及其再探讨.....	3
二、“收养人无子女”的立法依据及其再探讨.....	4
三、跨国收养中上述限制的取消.....	5
第三节 跨国收养被收养人资格之探讨.....	5
一、非婚生子女送养政策及其对跨国收养的可能影响.....	5
二、“被收养人须在十三岁以下”的政策考虑.....	7
三、十岁以上被收养人之合意.....	8
第四节 跨国收养人资质的限缩与放宽及其知情权.....	9
一、政策缩放及其考量因素.....	9
二、跨国收养中可收养儿童信息披露范围有待扩展.....	10
第五节 继父母跨国收养继子女之法律适用.....	11
一、我国法下继父母子女与养父母子女权利义务关系之差别.....	11
二、跨国收养继父母子女法律关系适用法推演.....	11
第六节 重大自然灾害下的跨国收养.....	12
第七节 小结.....	14
第二章 特论——同性家庭来华跨国收养之合法化.....	15
第一节 收养中心“同性恋者不能在华收养子女”之理由刍议.....	15
第二节 同性婚姻在我国之合法化.....	17
一、理论基础.....	17
二、制度构建之设想.....	19

第三节 同性家庭来华跨国收养之合法化	20
第四节 小结	20
第三章 外国人来华跨国收养效力若干问题辨析	22
第一节 外国人来华跨国收养效力规则简述	22
第二节 养子女与其生父母之权利义务关系是否终止	22
一、若收养发生在我国	23
二、若收养发生在收养人经常居所地国（收养国）	24
第三节 “不允许任何不当金钱给付”之再思考	25
第四节 小结	27
第四章 解除外国人来华跨国收养之若干问题辨析	28
第一节 解除外国人来华跨国收养之法律适用原则简述	28
第二节 跨国收养之解除条件与善意收养人之救济	29
一、现行法解除条件之涵盖范围不足	29
二、善意收养人之救济	30
第三节 跨国收养解除之善后——是否必须送返生父母	30
第四节 小结	31
结 论	33
参 考 文 献	34

CONTENTS

Introduction.....	1
Chapter 1 On Qualifications and Formalities of Intercountry	
Adoption by Foreigners Visiting China.....	2
Subchapter 1 Rules in the Convention and the Choice of Law	2
Subchapter 2 Elimination of “One-Adoptee” and “Sonless” Requirements in	
Intecountry Adoption and Its Reasonability	3
Section 1 Legal Basis and Rediscussion of “One Adoptee Policy”.....	3
Section 2 Legal Basis and Rediscussion of “Adoptors should have No Children”	
.....	4
Section 3 Elimination of the Two Requirements in Intecountry Adoption	4
Subchapter 3 On Qualifications for Intercountry Adoptees.....	5
Section 1 Loosening the Restrictions on Adoption of Unwedlocked Children and Its	
Policy Concerns	5
Section 2 Policy Concerns of “Adoptees should Be Less than 14 Years Old”	7
Section 3 Consent by Adoptees over 10 Years Old	8
Subchapter 4 Qualifications for Adoptors and Their Right to Knowled	9
Section 1 Qualifications for Adoptors and Considerations	9
Section 2 Extension of Disclosure Scope of Adoptees’ Information	10
Subchapter 5 Choice of Law for Intercountry Step Parents to Adopt Their Step	
Children	11
Section 1 Difference between Step Parent-child and Adoptive Parent Child	
Relationships under Chinese Law	11
Section 2 Decuction of Rules of Choice of Law in This Situation	11
Subchapter 6 Intercountry Adoption under Severe Natural Disaster	12
Subchapter 7 Summary of the Chapter	14

Chapter 2 Special Analysis: Brief Investigation of the Legitimization of Intercountry Adoptions by Same-sex Families Visiting China.....	15
Subchapter 1 On the Reasons Given by CCCWA for the Inability of Intercountry Adoption by Same Sex Families	15
Subchapter 2 Ligitimization of Same-sex Marriage in China	17
Section 1 Theoretic Basis.....	17
Section 2 Conception of Construction of Corresponding Regime.....	19
Subchapter 3 Legitimization of Intercountry Adoptions by Same-sex-Families Visiting China.....	20
Subchapter 4 Summary of the Chapter	20
Chapter 3 On Legal Effects of Intercountry Adoption by Foreigners Visiting China.....	22
Subchapter 1 Brief Introduction to Rules Thereon	22
Subchapter 2 Whether to Sever the Legal Connection Between Adoptees and Their Birth Parents.....	22
Section 1 If the Adoption Takes Place Made in China.....	23
Section 2 If the Adoption Takes Place in Adoptors' Country of Residency	24
Subchapter 3 Reconsideration of the Prohibition of Any Improper Payment	25
Subchapter 4 Summary of the Chapter	27
Chapter 4 On the Revocation of Intercountry Adoption by Foreigners Visiting China	29
Subchapter 1 Brief Introduction to Rules of Conflict of Law thereon	29
Subchapter 2 Revocation of Intercountry Adoption: Conditions and Remedies for Good-faith Adoptor	30
Section 1 Insufficiency of Current Revocation Conditions	30
Section 2 Remedies for Good-faith Adoptor	31

Subchapter 3 Aftermath of the Revocation of Intercountry Adoptions: Whether Adoptees should be Sent Back to Their Birth Parents	31
Subchapter 4 Summary of the Chapter	32
Conclusion	34
References	35

厦门大学博硕士学位论文摘要库

引 言

收养，是领养他人子女为自己子女的民事法律行为；它使原来没有父母子女关系者间产生法律拟制的父母子女关系。^①“跨国收养”（“Intercountry Adoption”）指变更被收养儿童惯常居住国的收养，并不全等于变更儿童国籍的“国际收养”（“International Adoption”）；但鉴于各国收养数据处理方式，前者数据相对准确、完整，1993《跨国收养方面保护儿童及合作公约》（下称“《收养公约》”）亦采前者为规制对象，^②故本文从之。另，前两章将主论域限至“外国人来华跨国收养”，乃因我国主要以“儿童来源国”身份参与跨国收养，^③而与我国存在跨国收养合作关系之国家主要是“接收国”；^④且该章所涉国内立法除2011《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下称“适用法”）外鲜有涵盖“中国人赴外”等其他跨国收养形式者，故以“外国人来华”为一般，方便探讨。^⑤

结构上，本文依跨国收养成立前的条件审查、手续办理到成立后的法律效力，至无法继续存续时的解除这一顺序逐章探讨，并在第二章论述跨国收养人资质的一个特别问题：同性家庭来华跨国收养之合法化。除第二章外，各章基本按《收养公约》之原则性或具体规定→《收养公约》无规定时的法律适用规则→适用我国收养法时的实体规范先作简介，随后讨论一些专门问题，并根据“保护儿童福祉”这一基本原则，提出相应立法建议。

^① 1992《民政部婚姻司对〈收养法〉的解答》（下称“《收养法解答》”）第一条“什么是收养”。该“解答”虽发布于1999《中华人民共和国收养法》（下称“《收养法》”）之前，但未被明文废止，此定义亦不与1999《收养法》及其他上位法相抵触，应视为有效。

^② UNITED NATIONS, *Child Adoption: Trends and Policies* [R], New York, United Nations, 2009, 74. 需要指出，《收养公约》中译本中“（儿童）惯常居住地”（[the place] “where a child [is] habitually resident in”）这一概念与2011《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下称“《适用法》”）中“经常居所地”（“habitual residence”）等义，下文不再区分。经常居所地的确定，参《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（法释〔2012〕24号）（下称“《适用法解释》”）[Z]第十五条：“自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外”。

^③ 事实上，截至2009年，中国仍是世界上最大的跨国收养来源国。See *Id.*, UNITED NATIONS, 76-78.

^④ “分别是美国、加拿大、英国、法国、西班牙、意大利、荷兰、比利时、丹麦、挪威、瑞典、芬兰、冰岛、爱尔兰、澳大利亚、新西兰、新加坡。这些国家的公民可以在中国收养子女”……，参中国儿童福利和收养中心，“外国人来华收养子女基本程序”（下称“基本程序”）[EB/OL], <http://syzx.mca.gov.cn/article/sysw/zxjd/201103/20110300141456.shtml>, 2013-10-22.

^⑤ 此外，由于“外国人来华收养”并不必然导致公约意义上的“跨国”（导致儿童常居国变更）——如外国人可能来而不返，而本文仅考虑公约意义上的跨国收养，故于“外国人来华收养”后仍赘“跨国”二字。

第一章 外国人来华跨国收养条件、手续若干问题辨析

第一节 公约的原则性规定和条件、手续的重叠适用规则简述

2005年,《收养公约》经我国人大常委会批准,已具备国际法与国内法上的拘束力。该公约二、四章分别规定跨国收养之实质与程序要件,^①前者主要对双方主体适格性、保护儿童利益、酌情考虑儿童意愿、送养人及儿童之合意不得基于任何报酬或补偿等条件作原则性规制,后者主要明确双方当事国中央机关提出或批准申请报告时的考虑因素(如收养人合格性与适当性、负担能力与收养原因;儿童可被收养性、身份、背景;双方社会环境、家庭史、病史,等等)和操作流程。由于公约并未列明跨国收养条件的具体标准和手续的详细规则,故应寻求《适用法》所指向的实体规范。

《适用法》第二十八条调整涉外收养关系的法律适用。据本条第一款,外国人来华跨国收养的条件与手续重叠适用收养人与被收养人经常居所地法,^②其中收养人经常居所地凡十七国,其法有待个案查明;被收养人经常居所地法之要者当属我国《收养法》,其第二章规定了收养的成立条件、限制与例外、优先抚养权及登记程序等。概言之,

一般资格方面:孤儿、弃儿、弃婴或生父母无力抚养之子女,年十三以下者可为被收养人,十岁以上须其本人同意;^③无子女、有抚育能力、健康(“无医学上认为不适合收养子女的疾病”)且年满三十者可为收养人。^④

限制方面:无配偶男性收养女性,前者须年长四十以上;^⑤为“计划生育”及养子女成长环境之故,限养一名。^⑥监护人送养孤儿,须征得其他抚养义务人同意,若合意不成、各执己见,应变更监护人;^⑦未成年人父母皆无完全民事行

^① 约略等于条件与手续。

^② 回顾引言及《适用法解释》[Z] 第一条,适用对象范围:“涉外收养”>“跨国收养”>“外国人来华跨国收养”,本章内如无特殊说明,则仅在“外国人来华跨国收养”意义上探讨跨国/涉外收养,原因见引言。

^③ 《收养法》[Z] 第四、十一条。

^④ 同上,第六条。

^⑤ 同上,第九条。

^⑥ 同上,第三、八条;《收养法解答》[Z] 第九条。但这两点理由都是可商榷的,容后详述。

^⑦ 同注^③,第十三条。

为能力者，其监护人不得送养，但有严重危害之虞者除外。^①

例外方面：收养孤、残、弃儿及弃婴，不受“无子女”与“收养一名”之限；^②收养三代内同辈旁系血亲子女，不受“生父母无力抚养”、被收养人须为十三岁以下、“无偶男须年长养女四十岁”之限，华侨为此类收养者，更不受“无子女”之限；^③继父/母收养继子女，须经后者生父母同意，并不受“生父母无力抚养”、被收养人须十三岁以下、“收养一名”及收养人“无子女、年满三十”等一般条件之限。^④

抚养权及登记机关方面，未成年人父母一方亡故，其祖父母（若其父亡）或外祖父母（若其母亡）有优先抚养权，可对抗其母或父之送养权；^⑤孤儿或其他生父母无力抚养之子女亦可由生父母的亲友抚养，抚养关系不同于收养。^⑥收养登记机关为地方政府民政部门：我国公民在县以上，外国人在省。^⑦

另外，人大常委会在关于批准《收养公约》的决定中声明：中国收养中心（后更名“中国儿童福利和收养中心”，下简称“收养中心”）受我国中央政府委托，履行《收养公约》第十五至二十一条规定之中央机关职能。由于上述职能几乎涵括从申请报告审核到儿童移送、安置保护等全部手续，故收养中心关于收养条件手续之政策直接决定外国人来华跨国收养可否成行，事实上充当公约的“准法律解释”，亦可视为外国人来华跨国收养规则的一部分。

以下分析上述外国人来华跨国收养条件、手续中的若干专门问题，探讨其立法旨趣，澄清适用范围，提出修缮建议。

第二节 取消跨国收养“限养一名”和“无子女”之限的合理性

一、“限养一名”的立法依据及其再探讨

如前节所述，《收养法解答》将计划生育之基本国策与保证养子女良好成长

^① 《收养法》[Z]，第十二条。

^② 同上，第八条。

^③ 同上，第七条。

^④ 同上，第十四条。

^⑤ 同上，第十八条。又，本条是对1989年《最高人民法院民事审判庭关于夫妻一方死亡另一方将子女送他人收养是否应当征得愿意并有能力抚养的祖父母或外祖父母同意的电话答复》（[1989]法民字第21号）[Z]的立法确认，该司法解释的论证部分可视为本条立法意旨之阐述；此外，对我国传统习俗中不为社会主义公德所排斥之部分——如亲养先于送养——加以法典化，利于取得良好的守法效应。

^⑥ 同注①，第十七条。

^⑦ 同上，第十五、二十一条。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库