

国际收养准据法的选择方式

蒋新苗*

一、概述

各国法律对收养的实质要件和形式要件以及收养的效力等问题的规定不尽一致,从而不可避免地导致了国际收养的法律冲突。如何解决这些法律冲突问题和确立国际收养应适用的法律,成为各国国际私法不容忽视的问题。许多国家的国际私法学者以及立法与司法工作者十分重视这一问题,加强了这方面的理论研究和立法与司法实践。纵观近十年来各国国际私法的发展状况,不仅国际私法已法典化的国家,诸如德国、瑞士、土耳其、前南斯拉夫和日本,不断根据国际收养的发展变化修订有关条款,而且一些尚无国际私法法典的国家,如比利时、智利、哥伦比亚、芬兰、斯里兰卡、瑞典、挪威、越南和中国等国,也根据国际收养发展的客观需要加强了国际私法方面的立法与司法工作。它们在修订、完善甚至重新制订有关收养问题的国际私法规范时,大体围绕收养管辖权、法律适用以及外国收养判决的承认与执行等方面而展开。但是,各国国际私法的立法和司法实践在确立国际收养准据法的方式上并不完全一致,有从国际收养的管辖权着手的,也有从冲突规范入手的。这样便形成了“管辖权的处理方式”(jurisdictional approach)和“冲突法的处理方式”(conflicts approach)两种不同的选择法律的方法。在这两种确立准据法的方式中,管辖权与法律适用不是截然对立的,而是主次关系。

英美等普通法系国家在解决国际收养的法律冲突时,主要是从解决管辖权问题着手的。^[1]管辖权的处理方式在普通法系的国际私法立法与司法实践中表现得比较典型。因为,这些国家主要坚持将收养交由法院判决或由行政主管机关裁定,法院或行政机关则主要依据法院所在地法或行政机关所在地法来解决国际收养问题,依职权赋予当事人新的法律身份或地位。在这些国家的法律中,国际收养的管辖权则成为一个主要的问题,而收养的法律适用或准据法的确立则属于次要问题,而且法院或行政机关在处理国际收养问题时原则上适用法院或行政机关所在地法。这种做法,通常称为“管辖权的处理方式”。在国际私法的具体立法体例中常以管辖权规范表现出来。大部分普通法系国家以及一些深受普通法影响的国家的国际私法采用了这种模式,例如,英国、爱尔兰、澳大利亚、印度、斯里兰卡、以色列、塞浦路斯、加拿大、美国等国的国际私法就是如此。此外,瑞士、意大利等少数大陆法系国家的国际私法在解决国际收养的法律冲突时也采用了管辖权的处理方式。

与上述模式相反,一些国家的国际私法在解决国际收养的法律冲突时采用冲突规范确立

* 湖南师范大学法学院副教授。

[1] 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1989年版,第393页。

准据法,即“冲突法的处理方式”。这种方式偏重于解决如何确立国际收养成立的条件和效力应适用的法律,主要通过冲突规范来解决国际收养的法律适用或准据法问题,而国际收养的管辖权问题则处于次要地位。采用这种立法体例和模式的国家主要有法国、德国、日本以及拉丁美洲的大部分国家。

有必要指出的是,在具体实践中,国际收养的管辖权与法律适用并不是完全分立的,而是相辅相成的。不仅管辖权的处理方式会涉及到法律适用问题,而且冲突法的处理方式也离不开管辖权的确立。本文仅从何者占主导地位的角度区分管辖权的处理方式和冲突法的处理方式,希望通过具体分析,更清楚地展现各国关于国际收养法律适用的理论与实践。

二、管辖权的处理方式

(一)国际收养管辖权确立的依据和原则

现代国际社会确立国际收养管辖权的根据和原则并不统一,具体做法多种多样。归纳起来,大体有以下几种做法:由收养人的住所或惯常居住地法院行使管辖权;由被收养儿童的住所地或惯常居住地法院行使管辖权;由与国际收养具有最密切联系的法院行使管辖权;由收养人的国籍国法院行使管辖权;由被收养儿童的国籍国法院行使管辖权,等等。世界大部分国家的法律都规定了好几种确立管辖权的依据或标准。由于一些国家的法律受“非方便法院地”(forum non conveniens)学说^[2]的影响,确定国际收养管辖权的理由和根据相当广泛;而另一些国家的法律对行使管辖权的理由或依据作了非常严格的限制,以致于不得以例外的形式扩大法院的管辖权。但是在实践中,荷兰确立国际收养管辖权的态度和措施最为特别,很少有国家采取类似于荷兰法的规定。荷兰法对国际收养没有规定确立管辖权的具体标准和根据,而是采用非常灵活的方式,允许根据与国际收养的管辖有关的连结点,以最密切联系原则确立国际收养的管辖权。^[3]

英国对国际收养的管辖权采取了以收养人的住所为依据的专属管辖模式。英国法上的“住所”一般是按传统的普通法意义来理解的。但在有的情况下,国际收养中的收养申请人在英格兰或苏格兰有住所,而实际上却居住在国外,这种情况也算收养申请人的住所在英国,由英国行使管辖权。这种扩大法院国际收养管辖权的倾向在英格兰 1976 年的《收养法》和 1978 年的苏格兰《收养法》中都有所体现。英格兰和苏格兰的收养法都规定,国际收养中的预期收养人应与被收养儿童在当地建立一个“家”,并共同生活一段时间,以便当地主管机关对他们进行观察、了解,向法院提交是否适合收养的报告,最后由法院决定可否准许收养。^[4]英国的这种规定和做法对澳大利亚的国际收养管辖权的理论与实践也产生了巨大的影响。澳大利亚也未完全遵循普通法有关管辖权的传统原则,它除了坚持国际收养由收养申请人的住所地或居住地法院管辖以外,还要求被收养儿童已到达该住所地或居住地。^[5]另外,瑞典和瑞士在解决国际收养的管辖权问题时也是以收养人的“住所”为依据的,但它们在以住所为依据确定国际收养管辖权时,其住所也包括惯常居住地。主张以惯常居住地作为确立国际收养管辖权根据的观点,在海牙国际私法会议 1965 年的《收养管辖权、法律适用和判决承认公约》中也有所体

[2] 参见韩德培、韩健:《美国国际私法(冲突法)导论》,法律出版社 1994 年版,第 87 页以下。

[3] See D. Kokkini-Iatridou, *The XIIIth International Congress of Comparative Law*, Montreal, 1990, pp. 13-16.

[4] See P. R. Beaumont, *International Adoption*, Montreal, 1990, pp. 8-9.

[5] See P. E. Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, Sydney etc., 1984, p. 382.

现。该公约第3条第1款明确规定：“审批收养的管辖权属于：收养人惯常居住地国家的主管机关；如果夫妻俩共同收养时，则为夫妻俩共同惯常居所地国家的主管机关……”。然而，瑞典法和瑞士法除了坚持以收养人的住所地作为确立国际收养的管辖权依据以外，它们都承认收养人的本国法也是确立国际收养管辖权时不可忽视的，起着重要作用。不过，瑞士法对依收养人本国法确立国际收养的管辖权作了非常特别的限制，“如果收养人或收养人夫妻双方在瑞士没有住所，其中之一为瑞士人，并且他们在国外住所地不可能进行收养或被不合理地要求依当地收养程序收养时”，瑞士主管机关或法院才可依收养人本国法来确立收养的管辖权。^{〔6〕}这种情况通常发生在预期收养人住在信奉伊斯兰教的国家，而这些国家的法律不承认收养制度，或者预期收养人住在那些法律只规定了简单收养的国家，或者预期收养人住在那些收养程序相当复杂的国家，如此，可不依收养人的住所地法而依本国法确立国际收养的管辖权。^{〔7〕}在瑞士和瑞典，被收养儿童的住所地和国籍一般不作为确立国际收养管辖权的独立依据和标准。这是瑞士和瑞典在确立国际收养管辖权时的特别之处。在大多数国家的法律中，被收养儿童的住所地或国籍是确立国际收养管辖权的依据。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。”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国际收养行使管辖权。而法国法则规定，国际收养的管辖权由收养人的住所地或国籍国法院行使，而以被收养儿童的住所地或国籍作为确立管辖权的补充性根据(《法国民事诉讼法》第1166条)。在大部分拉丁美洲国家的法律中，国际收养管辖权以被收养儿童的住所或国籍为确立标准和依据占据主导地位。这从《美洲国家间关于未成年人收养的法律冲突公约》中可以明显地看到，该公约第15条规定得相当明确：“依该公约的规定，被收养人的惯常居所地所在的缔约国的主管机关有权批准收养。”

不论各国法律对国际收养的管辖权的根据或理由作何种规定，也不论国际公约或条约规定的依据和理由有多少种，但有一点是最重要的，即国际收养管辖权的确立应以保护儿童最大利益为立足点和出发点。越来越多的立法者或司法工作者倾向于以保护儿童最大利益作为选择行使国际收养管辖权的依据或理由的根本准则。然而，在国际收养中，儿童的送养国与收养国对于什么是儿童的最大利益的看法和态度并不一致，甚至相差很大。因此，送养国和收养国的国际收养管辖权的依据或理由受以保护儿童最大利益为准则的影响各不相同。无论是在程度上、范围上，还是在性质上、特征上，都有明显的差别。不过，从其实质上看，送养国和收养国都趋向于由自己的内国法院行使管辖权，直接控制国际收养，以便法院获得有关收养更具体、更丰富的资料和信息；更好地监督和管理国际收养。由于一些国家的法律，特别是一些收养国的法律，不仅对承认和执行外国收养令作了相当严格的限制，而且移民政策的限制条款也众多，使得第二次收养(second adoption)成为许多收养国中的普遍现象。从而，使国际收养的管辖权变得更加复杂。

1993年海牙国际私法会议通过的《跨国收养方面保护儿童及合作公约》在协调各国的国际收养管辖权方面的冲突上可以说是较为成功的。它从普遍意义上承认儿童利益是决定国际收养管辖权的一个重要因素，使儿童原住国与收养国在行使对国际收养的管辖权时尽可能在

〔6〕 参见李浩培：《国际民事程序法概论》，法律出版社1996年版，第70页以下。

〔7〕 参见刘铁铮：《国际私法论丛》，台北三民书局1994年版，第257页以下。

理论上与实践上统一起来。

(二)依“管辖权的处理方式”所确定的准据法

在国际收养中,按照“管辖权的处理方式”适用法律,一般是适用法院地法。这样适用法律有两大优越性,一是避免适用法律的复杂化,尽量保持法律适用的简单性;二是能够使被收养儿童在未来的收养家庭中的生活环境与原来的社会生活环境保持一致或基本相适应。《美国冲突法重述(第二次)》规定:“法院应适用法院地法以决定是否准许收养。”但有关注释又指出:“这一规则受到了以儿童利益为立足点的观念的影响和冲击,依大部分州的法律,在法院适用本地法时,应将保护儿童利益作为一个最重要的因素加以考虑,根据是否有利于保护儿童利益作出否定收养或批准收养的判决。”〔8〕

以保护儿童利益为首要考虑的观点,对英国法院也产生了巨大的影响。英国法院在依“管辖权的处理方式”解决国际收养的法律适用问题时,也以保护儿童利益作为适用法律的基本原则。只是英国法院主张“对儿童的‘利益’作更广泛的解释,不应仅仅从生理或道义上简单地理解‘利益’的含义,而应从收养令对未成年人的社会地位所产生的效力和影响来理解‘利益’一词”。〔9〕为了避免“跛足收养”,许多国家的法院主张应将被收养儿童的属人法作为一个基本因素加以考虑。因为,“一国法院一般应考虑其收养令作出以后能在它国得到承认和执行,除非有充足的理由和明显的证据表明为保护未成年人的利益而必须作出收养令,并且可以不必顾及收养令在其它国家的效力和后果。”瑞典1971年的《关于收养的国际法律关系法》就采取了这种观点和态度。瑞典1971年《关于收养的国际法律关系法》第2条明文规定:“申请收养应依瑞典法,如果申请涉及到未满18岁的儿童,还应特别注意申请人或儿童是否具有涉外因素,例如,具有外国的国籍或公民资格,在国外有住所,等等。如果不考虑这些涉外因素,收养有可能在国外得不到认可而属于无效的收养,那么,势必有害于儿童的利益。”〔10〕

不仅瑞典在解决国际收养的法律适用问题时采取了这种特殊方式,而且北欧其它各国也采取了与瑞典类似的方法,即按照P. Picone教授提出的“以有管辖权的国家的法律作参考的方法”确定准据法。〔11〕如果收养家庭不在法院所在地,而且收养家庭与法院所在地的境外某一国家保持密切联系,甚至打算移居国外,那么,瑞典这种适用法律的机制是非常有用的。这种机制对减少或消除“跛足收养”有着重要的意义。由于造成“跛足收养”的主要原因是,外国法不承认或根本就没有规定收养,或者外国法没有规定这种需要承认的收养形式。除此以外,各国法律关于收养条件、收养同意权的行使的不同规定也是造成“跛足收养”的原因。如依法院地法,收养条件特别是被收养儿童的资格符合法律要求,而依外国法则是不合法的,那么,这种收养便有可能得不到外国的承认和执行而成为“跛足收养”。再如,依法院地法,收养已征得被收养儿童的法定同意或已征得被收养儿童原出生家庭的法定同意,但依外国法却有可能不符合收养同意权行使的条件、内容或形式,这种收养也有可能不会被另一国认可而成为“跛足收养”。从一般情况来看,国际收养中的同意权的行使的法律适用最好依被收养儿童的属人法,即使只有一个连结因素,也有利于减少收养的判决得不到外国承认和执行的現象。而且,采用

〔8〕 *Restatement of the Law Second, Conflict of Laws Second*, Vol. 2. 1971. §289.

〔9〕 *In Re B(s) (An Infant)* [1968], Ch. 204 at p. 211.

〔10〕 See M. Jänterä-Jareborg, *The Recognition and Legal Effects of Foreign Adoptions in Sweden*, in *Scandinavia Studies in Law*, 1992, p. 309.

〔11〕 See I. Delhips, *International Adoptions and the Conflict of Laws*, Stockholm, 1976, pp. 61—65.

被收养儿童的属人法来解决国际收养中的同意权问题,也有助于避免因被收养儿童的原出生家庭其它成员对未行使同意权而提出的反对或抗辩。但是,美国上诉法院第六巡回法庭在1978年10月20日对Huynh Thi Anh诉Levi一案的判决就较为特别,为尽量维持收养关系而不主张适用儿童的属人法,适用了法院地法。该案是针对被收养儿童的亲属就其未同意出养而反对收养所作出的。在该案中,涉及到一起“公开买卖儿童”(operation babylift)的事件,四名越南儿童的祖父和叔父就美国养父母收养这四名儿童提出了反对或抗辩。他们依据越南1972年通过的有关法律,提出了反对美国人收养这四名儿童的充足的理由和证据。越南法律规定,收养儿童除应征得被收养儿童的父母同意外,还应征得其亲属的同意,包括祖父母等。越南法律对儿童亲权或监护权的规定要比美国法律规定的范围宽泛得多。但是,美国上诉法院第六巡回法庭依据管辖权标准驳回了他们的诉讼请求。^[12]

海牙国际私法会议1965年通过的《收养管辖权、法律适用和判决承认公约》原则上也是以“管辖权的处理方式”为基础的,该公约第5条明确规定:“依第3条第一款有管辖权的主管机关,对有关收养的同意和商议,除关于收养人、其家庭或其配偶的同意和商议外,应适用儿童的本国法。如果按照上述法律,儿童或其家庭成员必须亲自前往审批收养的主管机关,而该关系人并不惯常居住在该主管机关的国内,主管机关遇有必要时应通过司法委托方式进行”。

在那些坚持“以管辖权的处理方式”解决国际收养的法律适用问题的国家的法律中,法院地法不仅支配收养的条件,而且也支配收养的效力。但在这些国家的法律规定中,收养人与被收养人的继承权问题一般不依法院地法解决,而应适用有关继承的冲突规范指定的准据法。

三、冲突法的处理方式

采取“冲突法的处理方式”解决国际收养的准据法问题的法律制度,一般将国际收养条件适用的法律与收养效力适用的法律区分开来。对于收养条件所适用的法律,如果收养人与被收养人都依同样的属人法,一般比较简单,不会产生太大的问题,不是适用住所地法,就是适用国籍国法。然而,在国际收养中很难遇到收养人与被收养人在收养条件方面适用相同的属人法的情况,一般是各自适用不同的法律,常常使得法律的选择显得困难重重,难以抉择。例如,法国法关于收养条件的准据法选择,一直在四种情况中来回摇摆:适用收养人的本国法、适用被收养人的本国法、分别适用各当事人的本国法、重叠适用各当事人的本国法。^[13]法国最高法院在1984年的一个判决中就明确主张收养的效力和条件都适用收养人的本国法,只有当涉及到收养同意的条件或被收养人的代位继承时,才允许例外,不适用收养人的本国法而适用被收养人的本国法或依其它原则决定。根据这一判例,法国一些学者进一步推而广之,不仅当收养人为独身者时,收养的效力和条件适用收养人的本国法;而且当收养人为夫妻时,收养的效力和条件(除了同意权的行使和被收养人的代位继承权以外)都由支配收养人的婚姻效力的法律决定,如依作为收养人的夫妻双方共同的本国法,如果作为收养人的夫妻双方属于不同的国籍,即不存在共同的本国法,则依夫妻双方共同的住所地法。^[14]

德国新国际私法也是采用收养人本国法主义,而以被收养儿童的本国法的适用为例外。

[12] Huynh Thi Anh V. Levi, 586, 2d 625(1978).

[13] See P. Bourel, *Juris-Classeur de Droit International*, fasc. 548-B. V° “Adoption”.

[14] See H. Gaudemet-Tallon, *L'adoption Internationale*, Montreal 1990, p. 27.

该法第 23 条明确规定:收养依收养人本国法决定。如果为夫妻双方共同收养,则依支配该婚姻效力的法律决定,只有涉及到被收养儿童的同意收养的意思表示或其亲属行使收养的同意权的法律适用时,可以作为适用收养人本国法原则的例外,适用被收养儿童的本国法。

不仅德国新国际私法作了如此规定,而且日本新国际私法和比利时新的冲突法都采取了类似的做法。日本新法例第 20 条规定:“收养子女依收养时养亲的本国法。如果养子女的本国法以收养成立时养子女或第三者的承诺或同意、或者公共机关的许可或其它处置为要件时,必须具备该要件。养子女与其血亲亲属关系的终止以及脱离收养关系,依前款前段规定的法律”。根据日本法的规定,也是以收养人本国法为收养条件的准据法,而以被收养人本国法的适用为例外。比利时民法典第 8 篇第 344 条规定:“比利时人之间,或外国人之间,或比利时人与外国人之间在外国依照该国的程序确立的收养关系,只要在确立该关系时各当事人符合各自身份所要求的条件,在比利时也应承认。”比利时新冲突法进一步规定,在简单收养中,收养年龄在 15 岁以下的未成年人,可依被收养人本国法决定。^[15]

拉丁美洲各国确定国际收养条件的准据法的原则和做法在《美洲国家间关于未成年人收养的法律冲突公约》中得到了充分体现。该公约第 3 条明确规定:“收养的资格和能力、同意权的行使以及收养的其它要件均依被收养的未成年人的惯常居所地法,而收养关系成立所必需的程序或形式也适用被收养的未成年人的惯常居所地法。”该公约第 4 条进一步规定:“收养人的住所地法支配以下事项:(a)收养人的资格和能力;(b)收养人的年龄条件和收养人的婚姻状况所必需的要件;(c)夫妻一方收养而需要征得另一方同意时,另一方同意权的行使;(d)收养人应具备的其它要件。然而,如果收养人的住所地法未有明确规定,而被收养人的惯常居所地法有较严格的明文规定,则依被收养人的惯常居所地法。”

在其他一些国家的国际私法中,关于被收养儿童对收养是否同意的意思表示的法律适用问题,一般采用了重叠适用被收养人和收养人本国法的原则。例如,奥地利国际私法典第 26 条明确规定:“(1)收养及终止收养关系之要件应依养父或养母任一方之属人法决定之。若该养子女之属人法规定,须征得该养子女本人或与该养子女有法定亲属关系之第三人之同意,则该养子女之属人法就此点而言亦为准据法。(2)收养之效力应依收养人之属人法决定之;若由夫妻双方共同收养,则依规范该婚姻之属人法之法律决定之;但夫妻一方死亡后,应依生存之他方之属人法决定之。”而葡萄牙民法典第 60 条第 4 款也有类似的规定,采用了重叠适用收养人与被收养人属人法的原则。^[16]

尽管各国关于收养关系适用的法律的规定不一,但是有一点是共同的,即不论收养的其它要件适用何种法律,而被收养儿童对收养同意的意思表示或该儿童其他亲属行使同意权问题,要么单独适用被收养儿童的属人法,要么在适用收养其它要件所依的法律的同时重叠适用被收养儿童的属人法。不过,在这样适用法律的过程中,仍然有一些问题需要深入探讨和研究。

1. 如果收养人的属人法禁止收养或没有规定收养时,究竟应如何办?这是在涉及到一些信仰伊斯兰教的人的收养问题所经常遇到的。因为,大部分伊斯兰国家的法律都禁止收养或未对收养问题加以规定。在这种情况下,德国和比利时冲突法都规定适用法院地法,而不适用

[15] See J. Ernauw and F. Sarre, “The New Regime Governing International Adoptions in Belgium”, in 35 *Netherlands International Law Review*, 1988, pp. 117-134.

[16] 参见陈隆修:《比较国际私法》,台北五南图书出版公司 1990 年版,第 290 页以下。

其它法律。这样,常常会导致跛足收养,在一国成立的收养,而在另一个国家得不到认可。因此,关于这一问题,在法国法学界存在两种对立的观点,一些学者主张应适用法国法,另一些学者则反对适用法国法。^[17]

2 在国际收养中,如果儿童在被收养以前的国籍国与惯常居所国不一致,究竟应如何适用法律呢?这种情况在收养具有难民身份的儿童或作为移民者的儿童时经常遇到。对于被收养儿童原来所属国籍国与惯常居所国不一致的法律适用问题,一些学者主张应适用惯常居所地法解决收养的有关问题,即以儿童的惯常居所地法为准据法。^[18]这种态度和意见在《美洲国家间关于未成年人收养的法律冲突公约》第3条体现得较为完整。该公约第3条明文规定:“收养的资格和能力、同意权的行使以及收养的其它要件均依被收养的未成年人的惯常居所地法,而收养关系成立所必需的程序或形式也适用被收养的未成年人的惯常居所地法。”

3 如果送养国的法律只规定了一种类型的收养(如不完全收养或简单收养)的同意权行使的问题,而收养国的法律也恰恰只规定了另一种类型的收养(如完全收养)的同意权行使问题,那么,关于同意权的法律适用应以何国法为准据法呢?当儿童原住国的法律没有规定完全收养或者完全收养的实践在该国并不普遍时,最容易在国际收养中出现上述问题。如果一种形式的收养的同意权的行使依另一种收养形式所适用的法律作扩大解释,是否可以呢?法国最高法院在1984年对 Torlet 一案的判决中采取了与以前的判例截然相反的态度,肯定了在涉外收养中的同意权的行使可以依另一种收养形式所适用的法律作扩大解释。在那些没有从法律上明确规定对收养外国儿童应依何种收养形式来行使同意权的国家中,有关收养的实体法起着重要的作用。法国最高法院在 Torlet 一案的判决中,主张同意收养的意思表示对法国法所公认的两种收养形式(完全收养和简单收养)都是有效的。然而,这一做法招致了种种批评,引起了众多非议。因为简单收养并不割断被收养儿童与其亲生父母的家庭的联系,他们之间仍保持一定的法律关系;而完全收养则完全断绝被收养儿童与其亲生父母之间的关系,被收养儿童与养父母之间形成父母子女关系。对这两种收养的同意的含义是不同的,不能将其等同起来。^[19]因而,法国最高法院在1990年对 Pistre 一案的判决中,改变了 Torlet 一案的做法,采取了一种新的态度:“就收养的条件和效力依收养人或代理人的本国法而言……收养同意的实质内容应依被收养人的本国法单独决定,法国法院应依照行使收养同意权人的真实意思来判断,无论其意思表示是明示的还是默示的,都应以其所给出的同意收养的真实意图为准。”^[20]

在解决国际收养的法律适用问题上,许多国家采取了与法国最高法院关于 Pistre 一案的判决相类似的处理方式,其主要法律依据便是1993年的海牙跨国收养公约,特别是该公约第27条的规定。海牙跨国收养公约允许将简单收养转换成完全收养。

许多依照“冲突法的处理方式”来解决国际收养的法律适用问题的国家,其立法趋势呈现出一种单一化的倾向,主张收养的效力所适用的法律应与收养的条件所适用的法律一致,例如,大部分国家依收养人的属人法作为解决收养的效力和收养的条件问题的共同的准据法。在解决收养效力与条件的法律适用问题时,采用共同的准据法较为有利。这种优越性主要表

[17] 曾陈明汝著:《国际私法原理》,台湾三民书局1991年版,第369页以下。

[18] See Hague Conference, *Proceedings of the Seventeenth Session*, Vol. II, 1994, pp. 175-244.

[19] See E. Poisson-Drocourt, *L'Adoption Internationale*, *Revue Critique de droit international privé*, 1987, pp. 689-690.

[20] Cass. 31 January 1990, D. 1991, 105.

现在以下两个方面:首先,收养条件与收养效力是紧密相联的,采用一致的准据法有利于两者的统一;其次,既然被收养儿童要与收养人在一起共同生活,那么,支配收养人的个人身份或地位的法律也应适用于收养人与被收养儿童之间的关系。因此,收养人的属人法不仅决定收养的形式,而且也是决定收养是否可撤销的准据法,甚至亲权(parental authority)问题也受收养人的属人法支配。而关于亲权问题的法律适用,可依1961年海牙国际私法会议通过的《关于未成年人保护的管辖权和法律适用的公约》中的冲突规范解决。另外,被收养儿童的姓名权问题也可适用与上述问题同样的法律支配,只是有时也有国家仅采用冲突规范来解决被收养儿童的姓名权的准据法问题。除了姓名权问题可以由与收养条件和效力所适用的法律不同的冲突规范单独支配外,抚养义务和遗产继承也可单独由冲突规范来确定准据法。

国际收养中所涉及的准据法确定问题不仅多而且相当复杂,特别是关于收养的同意权行使所适用的法律问题尤为繁杂,然而,海牙国际私法会议1993年通过的跨国收养公约并不是致力于解决国际收养的准据法问题的,而是企图回避这类问题。1993年的海牙跨国收养公约仅仅规定,被收养儿童的原住国的主管机关负责儿童收养所必需的同意和协商工作。这种同意和协商是海牙跨国收养公约所明确规定的,而且也可能是儿童原住国法律所规定在收养时不可或缺的,这些工作必须在被收养儿童被批准离开原住国以前按正常程序和手续完成。海牙跨国收养公约实际上是试图通过加强儿童原住国与收养国的合作机制,将国际收养的法律冲突消除掉。

四、结 束 语

综观当今世界有关国际收养法律适用的理论与实践,不论采取“管辖权的处理方式”还是“冲突法的处理方式”,都各有千秋、有利有弊。前者的优点在于使法律适用保持了简单性和明确性,并有利于从整体上维护被收养儿童的权益,而不足之处在于难以适应复杂多变的国际收养形势,甚至有可能导致管辖权的无限扩大等缺陷;后者的优点在于分割适用法律,有可能从不同程度上分门别类地维护收养关系当事人的权益,更有利于加强对被收养儿童权益的保障。虽然,近年一些依照“冲突法的处理方式”解决国际收养法律适用问题的国家主张收养效力所适用的法律应与收养条件所适用的法律保持一致,呈现出单一化的立法趋势,但并未完全消除依“冲突法的处理方式”确定准据法的繁杂性。实际上,这两种确立准据法的方式并非截然对立的,而是可以根据保护儿童最大利益原则的需要,兼而用之。关键是如何处理好两者的主次关系。概而言之,世界各国立法对收养关系的规定存在着较大的差异,在处理含有涉外因素的收养问题时,究竟以何种方式确立其准据法更能符合公平与正义的要求,尚无国际统一的客观标准,有待于国际收养法统一化进程继续发展。^[21]

在中国,有关涉外收养的法律,都在逐渐地而且必将走向完善和健全。这是我国改革开放以来涉外收养形势发展的必然结果。在改革开放以前,中国有关部门在处理其境内的涉外收养时通常是不管收养当事人都是外国人还是一方是外国人,一律按我国政策和法律办理,而且要求华侨之间在国外成立的收养关系除要遵守所在国法律外还应遵守我国法律。1978年改革开放以后,随着对外开放和交流的发展,中国涉外收养的数量有所增加。一方面,长期居住国外的华侨和外籍华人,为了“养儿防老”、慰娱晚年或寻找遗产继承人,要求收养在国内的亲

[21] 参见拙作:《国际收养法统一化进程中主体性动力探析》,《湖南师范大学社会科学学报》,1998年第1期。

友子女或其它儿童、少年甚至青年,从而使得我国的涉外收养呈现发展势头;另一方面,一些在华工作的外国人(包括外国的政府官员、企业和商界人士、教师等)因婚后无子女,希望收养中国儿童,加上一些外国留学生也加入了收养中国儿童队伍,使得中国的涉外收养数量不断增长。这种状况在1989年以前还算平缓。据司法部有关统计资料表明,自1981年至1989年,外国人、外籍华人、华侨、港澳同胞在中国办理的涉外收养(含涉港澳台收养)的公证约10,000件。另据美国全国收养委员会的有关统计,1982年至1989年,该组织经手收养的中国儿童就有200多人。^[22]1989年以后,中国的涉外收养呈现出突飞猛进的势头,在世界“收养潮”^[23]的推动下,不只是在中国居住的外籍教师、留学生和工作人员要求收养中国儿童,其他一些未在中国居住的外国人也加入了这支收养大军,从而使得中国的涉外收养数量迅速增加,每年输送出去的儿童从1989年的1,000名增加到1993年的近3,000名。因1993年中国政府开始在一定程度上限制涉外收养并根据海牙跨国收养公约要求“建立各国负责涉外收养的中央机关”的规定着手筹备“中国收养中心”,使1994年的中国涉外收养数量有所下降,仅1,000多件。经过这一短暂的低谷期,中国的涉外收养数量又迅速回升并冲高至1995年的3,300多件,1996年的发展则更为猛烈,输送出去的儿童达5,000多名,而1997年则接近6,000名。可以说,进入90年代,中国的涉外收养日新月异,数量不断增加,而来中国收养儿童的人员也呈现多样化,其所属国家的范围也越来越广泛,已有美国、加拿大、瑞典、挪威、丹麦、荷兰、芬兰、英国、比利时、西班牙和澳大利亚等十余个国家的人员在中国进行过收养。新加坡前些年曾在中国收养过一些儿童,但因其法律规定需经过试养期并要经过法院颁发收养令后收养才能生效,中国政府以其与中国法律有冲突而不允许办理新加坡人收养中国儿童的涉外收养。中国与新加坡之间的涉外收养一直处于停滞状态。总的来说,中国的涉外收养从无到有,从小到大,进入90年代已初具规模并有可能在下一世纪获得进一步发展。

然而,我国至今尚无全面、系统的确立涉外收养准据法的立法。80年代末,在制定我国单行的收养法过程中,最初提交全国人民代表大会审议的收养法草案曾有专门的一章对涉外收养的准据法选择问题单独加以规定,“这一章规定了涉外收养关系成立的实质要件,适用被收养人住所地法律,同时不得违背收养人住所地法律;涉外收养关系成立的形式要件,适用收养时的行为地法律,涉外收养的效力适用收养人住所地法律,并规定了被收养人的国籍等问题”。^[24]但是,因为种种原因而未被采纳,在1991年12月29日最后通过的《中华人民共和国收养法》中仅第20条笼统地对外国人在中华人民共和国收养子女做了规定,即“外国人依照本法可以在中华人民共和国收养子女”。因此,中国当时的涉外收养在实践中可作为法律依据的就只有收养法第20条以及1993颁布的《外国人在中华人民共和国收养子女实施办法》。《中华人民共和国民法通则》“对涉外收养问题的准据法,无明文规定,”^[25]仅仅其第148条的规定可以类推适用于涉外收养效力。尽管如此,我们还是可以明显地看到,我国有关确立涉外收养准据法的理论与实践倾向于选择“冲突法的处理方式。”只是我国既未批准加入1995年5月1日生效的海牙《跨国收养方面保护儿童及合作公约》,无法援引公约的机制解决我国的涉外

[22] 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〉》,《中国国际法年刊》(1993年)第359页。

[23] 李双元主编:《中国与国际私法统一化进程》,武汉大学出版社1998年版,第595页。

[24] 蔡诚:《关于〈中华人民共和国收养法(草案)〉的说明》,载《婚姻与收养法规选编》,人民法院出版社1994年版,第98页。

[25] 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1989年版,第394页。

收养法律问题,又在许多问题上缺乏明确的立法,存在不少立法空白或“盲点”,加之司法实践经验的不足,从而使得我国涉外收养的运作和发展面临相当多的困难与问题。现实呼唤进一步健全和完善我国的涉外收养法律机制并从融入国际收养法统一化进程的角度对我国涉外收养准据法的选择方式作出明确规定。这是当今世界跨国收养发展客观而迫切的要求。

我国有关部门已意识到跨国收养是备受世界各国政府重视的问题,在1997年初着手修订1992年4月1日实施的收养法时就将完善和健全我国的涉外收养法制作作为一个重要议题提上了议事日程。民政部和国务院法制办经过认真调查研究,总结收养法实施六年以来的实践经验并同司法部、外交部、公安部、国家计生委、最高人民法院以及专家学者共同研究论证后拟订的《中华人民共和国收养法(修订草案)》,经国务院常务会议认真讨论,于1998年8月5日通过并提交第九届全国人民代表大会审议。经过第九届全国人大常委会第四次和第五次会议全面、细致的审议,最终由九届人大常委会第五次会议在1998年11月4日通过《关于修改〈中华人民共和国收养法〉的决定》。新收养法更加合理地确定了收养条件和规范收养程序,对保护合法的收养关系和最大限度地保护被收养儿童的权益必将发挥重要的作用。而为了更好地保护被外国人收养的我国儿童的安全和利益,修改后的收养法第21条较原收养法第20条中有关涉外收养的规定更为完善、科学,使我国涉外收养法制建设又向前迈进了一步。首先,新收养法第21条将原收养法第20条的两款扩充为三款,内容上更为丰富。其次,修改后的收养法依然坚持“外国人在中华人民共和国收养子女依中国法”的原则,但对外国收养人的条件作了更为严格的规定。这是与当今国际社会防止滥用跨国收养权的措施和通行做法相一致的。英国和欧洲一些国家为防范和打击借跨国收养贩卖儿童的非法活动,相继在国内立法中进一步严格了收养条件。我国新修订的收养法适应国内外形势的需要,第21条第2款明确要求外国人在我国收养儿童,应当“经其所在国主管机关依照该国法律审查同意”,并提供“由其所在国有权机构出具的有关收养人的年龄、婚姻、职业、财产、健康、有无受过刑事处罚等状况的证明材料”,该证明材料不仅应经收养人所在国外交机关或外交机关授权的机构认证,而且需经我国驻该国使领馆认证。此外,为了继续发挥登记机关和公证机构在涉外收养方面的作用,修订后的收养法对原收养法第20条有关涉外收养的登记、公证的规定作了适当的修改和完善,强调外国收养人应当与送养人订立书面协议并“亲自向省级人民政府民政部门登记”(第21条第2款),而登记后,只要一方当事人有办理收养公证的要求,就应“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”(第21条第3款)。这里对涉外收养的登记机关和公证机关和公证机构作了特别规定,更有利于对涉外收养从严把关。毫无疑问,1999年4月1日实施的新收养法,不仅健全了国内收养法律机制,而且肯定会有利于更加有效地保护我国被外国人收养的儿童的安全和利益。不过,我们应看到我国新收养法仍不是十全十美的,还存在一些缺漏和不够完善之处,其中有关涉外收养的规定就不够全面和周延,既无确定涉外收养准据法方面的条款,又未跳出原收养法第20条的框框。新收养法第21条对涉外收养的规定仍然是粗线条的,而且是从外国人收养中国儿童的单向角度严格外国收养人的条件和明确登记与公证程序的,对中国人收养外国儿童以及法律适用问题未作任何明文规定,留下了立法空白。这类问题有待于我国涉外收养立法的进一步完善和健全来逐一加以解决。