

儿童收养评估制度的法理基础与体系建构

胡新建

摘 要：儿童收养评估制度事关整个国家儿童收养制度的有效运行和良性发展。构建科学的儿童收养评估制度不仅具有充分的法理基础，而且具有现实的国际成功范例。结合我国的具体实际，可以遵循民政部门积极主导、社区及社会组织广泛参与、司法救济途径有效保障等具体路径，科学合理地构建起适合我国国情的儿童收养评估制度。

关 键 词：儿童收养；评估制度；法理基础；体系建构

作者简介：胡新建，男，河南汝南县人，浙江省宁波市宁波城市职业技术学院副教授，宁波市哲学社会科学学科带头人培育人选。研究方向：劳动与社会保障法。

中图分类号：C913.7 文献标识码：A

文章编号：1009-7724(2016)02-0033-04 收稿日期：2015年8月16日

基金项目：文章系胡新建副教授主持的“2015年浙江省民政政策理论研究规划课题”（编号：ZMYB201525）的研究成果。

收养评估制度是整个儿童收养制度不可缺少的重要组成部分和环节。在发达国家，儿童收养评估制度已发展得相对较为成熟。通过立法修改和实践探索，适时构建我国儿童收养评估制度的完善体系，对于保障被收养儿童的合法权益，乃至改善和提升我国整个儿童收养制度的质量，都大有裨益。

一、构建儿童收养评估制度的法理基础

（一）收养行为的非私法性质使得构建收养评估制度成为当今各国的普遍选择

收养作为一种使得原本没有父母子女关系的主体之间产生人身依

附关系并在一定程度上涉及到财产关系的行为，其存在由来已久。不同国家在不同的发展时期，对收养行为的认识 and 态度也迥然不同。在人类社会早期，甚至在进入近现代以来的一段时期内，收养在许多国家常常被认为是一种基于双方合意的契约行为，或者说是属于一种私法上的行为。通常来讲，只要收养当事人双方达成收养的契约或者合意，其收养关系即告成立。国家很少去否认或干预这种收养关系的建立。在很长的时期内，我国民间一直存在着私下“过继”或者送子女给他人抚养的习惯。这种事实也基本上能够得到民众和社会的认可与尊重。

然而，随着社会关系的不断发展，收养行为给社会带来的影响及后果愈加深远和复杂化。尤其是收养关系中产生的疏于管教和犯罪行为等问题，更加引起社会对收养行为的关注。在这种背景下，收养行为被单纯看做是私法行为的观点受到广泛质疑。很多国家开始把收养视为公法或者社会法上的行为。伴随着这种认识上的转变，国家对收养行为的干预和介入也更加广泛。在很多国家，收养开始被视为政府行为或司法行为，收养关系的建立需要取得政府部门或司法机关的认可。即使在一些仍然强调收养关系契约性的国家，收养关系的建立也常常离不开政府部门的监督或司法机关的审查。从整个国家收养制度的发展趋势看，各国正在逐渐改变以往对收养所采取的放任主义态度，改为采用国家监督主义，抛弃纯粹的收养契约性^[1]。通过国家公权力的介入，强化对收养关系的评估、调查和确认，正逐渐成为众多国家的普遍选择。

（二）保证收养关系的和谐稳定，有效预防和减少犯罪行为的发生是构建收养评估制度的现实需要

在收养关系存在和发展的早期阶段，由于其存在规模较小，牵涉的关系也相对较为简单。因此，即使在收养过程中出现一些问题，对社会的影响也不会太大，自然难以获得社会更多的关注。但是，随着

人类生育能力、生育政策以及生育观念的调整与变化,收养行为在现代社会变得更加普遍,收养行为牵涉到的社会关系愈加复杂,收养行为所带来的疏于管教、弃养、违法犯罪等后续问题也逐渐引起了社会的广泛关注和重视。2011年发生的美国Kluth夫妇虐待收养儿童案件震惊了美国。Kluth夫妇收养儿童的目的仅仅是为了获得威斯康星州收养援助条例规定的每月1500美元的补助。他们把孩子关到地下室的狗笼里。男孩仅以狗粮,女孩仅以猫粮来填饱肚子。即使这样,孩子们仍常常遭到殴打与惩罚。在我国,近年来发生的陈冲等明星“弃养”事件也一度引起社会的广泛关注。

如何保持收养关系的稳定与良性发展,防止和减少收养过程中出现的消极因素给整个社会的发展造成的困扰,是现代社会不得不认真加以考虑和面对的问题。在这种状况之下,许多国家也开始从保持社会和谐稳定,以及有效预防和减少犯罪行为发生的层面来审视和对待收养问题。政府部门、司法机关或者社会组织等在收养关系建立之初,乃至在收养关系存续期间,强化对收养关系的评估与监督就显得愈来愈重要。

(三) 儿童权益保护方面的国际合作是构建收养评估制度的国际法理基础

现代社会对于儿童以及未成年人的成长与权益保护更加重视,尤其是那些由于各种因素不能拥有正常家庭生活的儿童。如何保证其拥有良好的成长与发展环境是一个受到国际社会普遍关注的问题。1989年11月20日,国际上第一部具有法律约束力的关于儿童权利保障的国际性约定——《儿童权利公约》获得通过。《儿童权利公约》明确规

定了世界各地儿童应该享有的广泛权利,其中尤其强调了儿童享有最基本的生存权、全面发展权、受保护权和全面参与家庭、文化和社会生活的权利。除了规定儿童权利外,《儿童权利公约》还指出了国际社会在儿童工作领域的目标和前进方向,要求各个缔约国为了保障儿童的各项权利,应该采取一切积极的立法和行政措施,在法律制度、教育医疗服务等各个方面做出努力。

作为儿童权益保护的国际条约,《儿童权利公约》构成了建立儿童收养评估制度的国际法理基础。要保证被收养儿童享有良好的参与家庭和社会文化生活等方面的权利,就必须确保儿童被合适的对象收养,并且能够在未来获得良好的成长和发展机会。建立收养评估制度,对于保障被收养儿童享有《儿童权利公约》所规定的各项权利来说不可或缺。

二、儿童收养评估制度的国内外比较

(一) 国外收养评估制度的发展模式

综观各国儿童收养评估制度的发展现状,主要可归纳为两种模式或类型:

第一,司法主导模式。即在收养的评估、调查以及收养关系的成立方面由司法机关拥有主导地位。大陆法系的法国以及英美法系的英国、美国等国家均是该种模式的典型代表。

法国是较早的将司法审查与收养制度相结合的国家。根据《法国民法典》第353条第1款之规定:“民事法院审查法律条件是否履行,以及收养是否符合儿童的利益,并应收养人的请求对收养做出判决。”在此基础上,法国1976

年修改后的收养法进一步强化了法院对收养的主导地位,要求法院在做出判决之前应该对收养人的社会背景和健康状况加以调查。

英美法系中的英国、美国也采用该种模式。根据英国的法律规定,收养必须由收养人管辖法院提出申请并经法院裁定,法院不但审查收养行为是否完全符合法定的一般要件,而且法院还要依据英国收养法第6条、第62条和第65条规定,进行实际调查以确认收养是否对养子女有利之后才可作出收养裁定。根据收养法第65条规定,在英国,法院受理收养申请之后,应基于职权为拟被收养的儿童指定诉讼监护人。由指定的诉讼监护人负责对收养人的家庭情况进行调查,收集有关被收养儿童的资料和取得必不可少的商议或同意并向法院提交真实可靠的报告,法院根据诉讼监护人提交的报告做出是否同意收养的裁定。不仅如此,英国收养法还规定,在收养法令生效以前,未成年人的被收养人与收养人应在一起共同生活3个月以上且不得间断,地方当局应在该期间经常派人探视被收养儿童,了解其生活状况,一旦发现侵害被收养儿童情形的发生,应立即阻止收养关系的成立。在美国,收养行为也必须取得司法的认可。即先由收养人提出书面申请,由法院决定收养是否成立。根据亚利桑那州和加利福尼亚州等大部分州的法律规定,提交书面申请和由法院进行调查是强制性的^[2]。

第二,行政主导模式。即收养的评估、调查以及是否认可收养关系的成立均由行政机关来决定。原民主德国以及前苏联、挪威、丹麦等国家均采用该种模式。在德国,收养行为在早期被视为契约行为,因此国家公权力通常不会介入其

中。到原民主德国时期,国家开始完全抛弃早期德国关于契约行为的界定,转而将收养行为界定为行政行为,根据其《家庭法典》第68条第1款之规定:“子女收养事宜由少年儿童救助部门负责办理。”在行政主导模式下,有关收养的评估、调查、登记等具体事项由行政部门具体负责。

除以上两种模式外,还有一种情况值得注意,那就是由社会组织或社会福利机构进行评估的情形。这种情况能不能被作为第三种或者第四种模式来看待?笔者认为值得商榷。因为,从国外的情况看,司法机关或者行政机关可以在审查收养关系是否成立的时候直接进行评估,也可以指定或授权第三方以及儿童福利机构来评估。因此,由社会组织或社会福利机构进行评估,只是司法主导或行政主导模式下的一种具体形式,而不宜将其视为一种完全不同的新模式。以美国为例,美国属于司法主导模式,美国大部分州的法律都规定由法院进行调查是强制性的,只有少数州的法律允许将对收养人家庭情况的调查决定权交由法院视情况而定。这种调查工作通常由儿童福利局承担。但伊利诺斯州关于收养的法令也允许法院委托有关人员完成调查任务^[3]。

(二) 我国收养评估制度的实践探索

同国外收养评估制度发展相对较为成熟相比,我国在收养评估制度方面近年来才刚刚开始起步。尽管我国《收养法》早就明确规定了收养的条件,并且要求收养人需具有抚养教育被收养人的能力,但长期以来,民政部门在对收养关系的审查上更多地是从形式上审查是否符合收养的条件,而在更加深入细致的评估方面则显得比较欠缺。

上海市是我国最早探索建立儿童收养评估制度的省市。2006年上海市民政局专门印发了《关于开展收养登记调查评估工作的通知》,在探索适合我国实际的收养评估制度方面做出了积极努力。为了更好地维护被收养儿童的合法权益,维护我国收养关系的和谐稳定,在借鉴国际通行做法和成功经验的基础上,民政部于2012年下发了《关于开展收养评估试点工作的通知》,明确提出要完善我国儿童收养政策,建立收养评估制度的要求,并且决定在上海、江苏、湖北、广东、重庆等地开展收养评估制度的试点工作。目前,在儿童收养评估制度方面,上海、江苏等地逐渐形成了由第三方独立评估或福利机构评估等方式,通过约见、面谈、调查走访等途径,全面评价收养人的收养动机、经济状况、经济能力、健康状况、养育安排等内容,以最终判断其是否具有收养能力。上海市更是明确和规范了收养评估的具体流程,即先评估、再配对、后试养、最后登记。

应该说,我国儿童收养评估制度虽然起步较晚,但就现在的发展情况看是非常值得肯定的。一些地方在制度探索和体系完善方面也都取得了不小的成绩。但是,必须指出的是,我国儿童收养评估制度在实践探索方面还存在一些需要明确的问题。例如,第三方参与评估是来源于法律法规或规章的授权,还是行政机关的委托?如果是来源于法律法规或规章的授权,那么就需要进一步明确哪些机构有资格参与评估以及第三方评估结果的具体效力。民政部门在对收养关系进行审查时,是直接把第三方评估结果作为判定收养人是否具有收养能力的依据,还是会对评估结果做进

一步审查?如果评估结果对当事人不利,当事人怎样寻求救济?是申请重新评估呢,还是可以请求有关部门对评估结果加以撤销?反过来讲,如果第三方参与评估是来源于民政部门的委托,那么这本身就说明评估的权力在于民政部门。因此,民政部门当然也可以不委托第三方,而自己直接进行评估。这必然推导出:民政部门在登记岗之外还有必要设立评估岗,以具体负责收养人是否具有收养能力问题,等等。

三、构建我国儿童收养评估制度的路径选择

基于我国的具体国情,笔者认为在儿童收养评估制度的构建上,我国应当遵循“行政主导、社会参与、司法保障”的具体路径而加以展开。具体而言,可以分为三个方面:

(一) 民政部门积极主导

正如本文前面所述,世界上关于儿童收养评估制度的构建模式主要可以归纳为两种模式,即司法主导模式和行政主导模式。从我国的具体传统和法律规定来看,我国儿童收养评估制度的构建应当采取行政主导模式较为合理。根据我国《收养法》的相关规定,收养关系的成立必须经县级以上人民政府民政部门登记认可。因此,将儿童收养评估的权力赋予民政部门,要求民政部门在对收养关系登记认可之时,对收养人是否符合法定条件和具有收养能力一并进行综合审查和评估,既可以保持与既有法律规定的一致性,同时也符合行政便捷和效率原则。

确立行政主导模式下的儿童收养评估制度,必须适时修改我国《收养法》的相关规定,在《收养法》中明确赋予民政部门对收养人是否具有收养能力予以评估的权

力。因为,根据我国《收养法》的规定,民政部门对收养关系只具有登记的权限,而对于在登记之时是否需要收养人进行评估,法律则并未提及。从我国《收养法》的现行规定来看,民政部门对收养关系的登记行为类似于婚姻法中的婚姻登记行为,在性质上应该是属于行政确认行为。如果要在收养的过程中增加评估环节,由民政部门根据评估的情况来决定是否对收养关系予以认可或登记,这等于是将收养登记行为从原来的行政确认行为变为行政许可行为。而根据我国《行政许可法》的相关规定,设定行政许可更多的应该由法律或行政法规做出规定。因此,在没有修改《收养法》的情况下,只是根据民政部或地方政府的相关规定推行儿童收养评估制度在法律依据上存在一定问题。

(二) 社区及社会组织广泛参与

通过修改《收养法》,将儿童收养评估的权力赋予民政部门,但这并非意味着儿童收养评估工作必须都要由民政部门亲自进行。从理论上讲,评估的权利在民政部门,因此,民政部门一方面可以通过增设评估岗位,由民政工作人员亲自进行评估工作;另一方面,民政部门也可以通过行政委托的方式,将评估的权力委托第三方或儿童福利机构行使。民政部门根据第三方或儿童福利机构的评估情况,对是否认可收养关系独立做出决定。这样既可以做到权责关系明确,同时又能够实现收养关系中社区和社会组织的广泛参与。

从国际收养制度发展的具体实践来看,吸纳社区或社会组织参与儿童收养评估工作是当今的一个发展趋势。无论是在实行司法主导模式的国家,还是在实行行政主导模

式的国家,都存在由主管机关委托社区及社会组织参与评估的大量事例。因为,社区和社会组织的广泛参与更加有利于实现对收养关系的持续、全面、动态评估与监管。

(三) 司法救济途径的有效保障

司法救济途径的有效畅通是收养制度健康发展的有力保障。我国《收养法》第25条第2款关于“收养行为被人民法院确认无效的,从行为开始时起就没有法律效力”的规定,及第26条、第27条有关“不能达成解除收养关系协议的,可以向人民法院起诉”的规定,都在一定程度上明确了司法介入收养关系的具体依据。但是法院究竟在什么情况下才会去审查收养行为的有效性呢?是根据当事人的申请,还是由法院依据职权主动予以审查?考虑到我国的具体实际以及司法固有的被动性特征,由法院主动去审查收养行为有效与否显然并不现实。那么,通过当事人申请的方式是否行得通呢?通常来讲,在收养关系中,收养人一般不会主动提及收养无效的诉求,而由作为被收养的儿童去单独提出收养无效的问题又不太符合实际。因此,虽然我国《收养法》为解决收养关系开启了司法救济的大门,但其司法救济的途径并不畅通。

通过赋予民政部门对收养关系予以评估和审查的权利,确立行政主导模式下的儿童收养评估制度,则很好地解决了上述司法救济途径不畅的问题。

首先,赋予民政部门对收养关系予以评估和审查的权利,从另外一个角度来讲,等于是要求民政部门承担更多的责任,这客观上要求民政部门要更加全面、系统、持续地评估收养关系的建立是否合适,从而在更大程度上保证了被收养儿

童的权利。

其次,通过赋予民政部门对收养关系予以评估和审查的权利,在立法上将现有的民政部门只是对收养关系进行登记的行政确认行为转变为行政许可行为,不仅使得民政部门在收养关系成立之时,可以全面评估收养关系的建立是否合适,而且也为民政部门在收养关系成立之后的持续监管提供了依据。在收养关系的存续过程中,如果发现有不利于被收养儿童的情形发生,或者许可收养的条件并不具备,民政部门完全可以通过撤销行政许可的方式予以解决。

最后,通过赋予民政部门对收养关系予以评估和审查的权利,将现有的民政部门对收养关系进行登记的行政确认行为转变为行政许可行为,客观上增强了行政行为的可诉性,从而使司法救济的途径更加通畅。“在所有诉讼种类中,确认之诉被认为是最棘手的。”^[4]在我国,关于行政确认行为的可诉性问题一直存在较为广泛的争论,然而对于行政许可行为的可诉性问题则几乎毫无异议。将原有收养登记行为从行政确认行为改为行政许可行为,保证了收养关系中司法救济途径的有效畅通。当民政部门根据评估情况不予许可或撤销收养许可时,收养人可以通过向法院提起行政诉讼的方式,寻求司法救济。

参考文献:

- [1] 蒋新苗. 国际收养法律制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 5.
- [2] 同上: 7-8.
- [3] 同上: 7.
- [4] 〔德〕弗里德赫尔穆·胡芬. 莫光华, 译. 行政诉讼法[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 311.