

环球法治 七日谭

他山之石

2011年10月17日,美国加利福尼亚州第四区上诉法院的法官根据未成年人最佳利益原则,适度扩大了探望权主体,判决祖父母有权在规定时间内探望外孙女

美加州法院赋予祖父母探望权

李振武

一般理论上认为,探望权的主体是未直接抚养子女的父或母一方,而不包括祖父母或外祖父母,但在10月17日,美国加州法院作出的探望权纠纷判决中,加州法官根据未成年人最佳利益原则,适度扩大了探望权主体。

2005年,迪德州哈默(Melville Diedjohmahor,孩子的父亲)和克里斯廷(Kristen Hoag,孩子的母亲)结婚,随后他们一直与克里斯廷的母亲莎伦·霍格(Shannon Hoag)生活在一起并育有两个女儿,两个女儿和霍格的关系都很好。

2007年,迪德州哈默和克里斯廷的夫妻关系破裂,并于2009年办理了离婚手续。随后,克里斯廷和霍格带着两个女儿搬到了哥哥家暂住。不幸的是,克里斯廷在这期间突然病逝。最初,两个孩子仍然和霍格住在一起,迪德州哈默每隔几天探望孩子一次,之后,霍格却请求法院判决给地外孙女的监护权。迪德州哈默为报复便以霍格的家人有吸毒和性骚扰的前科为由,声称自己已经失去对她的信任,并以此拒绝霍格探望自己的女儿,霍格于是起诉到法院,请求法院判决她有探望自己外孙女的权利。

探望是为孩子还是为成人的利益

美国各州有权制定自己的家庭法,虽然法律条文因州而异,但一般来说,法院在就监护权或探望权案件作出判决时考虑的不一定是父母想要什么,而是未成年子女最需要的是什么,也即孩子的最佳利益。在有些州,法律除了规定最大利益的标准外,对法院几乎没有其他指导性规定,如阿肯色州法律在离婚判决中有关父母监护权的问题中明确规定,不需要考虑父母的性别,而只考虑子女的福祉及最大利益。

加州法官在本案中充分贯彻了上述指导思想,在道篇判决中,法院都从孩子本位意识的角度出发。首先征询了孩子对外祖母是否有权探望的意见,其次具体考量了外祖母一方及其他对孩子最大利益有影响的人相互之间的作用 and 关系,最后还考虑了孩子对家庭、学校和居住区的适应情况。从这些考量因素出发,法院才作出最终的判决。

父母是否对子女享有绝对的权利

根据加州家庭法规定,父母一方如果去世,法院在符合未成年子女最佳利益的情况下,可以给予去世一方的父母或在正常条件下更多探望孙子女的权利。因为照顾好孙子女也是对怀念自己子女的一种精神寄托。但从法律上来说,祖父母的相对探望权利却与美国宪法第14条修正案所赋予父母监管孩子的基本权利发生冲突。

美国宪法第14条修正案的自由条款规定,凡在美国出生或归化美国并接受其管辖的人,均为美国的和其居住州的公民。任何一州,都不得制定或实施限制美国公民的特权或豁免权的任何法律;不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产;对于在其管辖下的任何人,亦不得拒绝给予平等法律保护。本案中,迪德州哈默的律师据此认为,该条给予了子女在法律上完全自由的权利,同时也给予父母在监护、照顾和控制他们未成年子女方面几乎绝对的权利;而加州家庭法典第3102条却规定,即使尚存父母持反对意见,法官也可以给予祖父母探望孙子女的权利,因此这两个条款之间存在冲突。

加州法官则认为,虽然美国宪法第14条修正案的自由条款给予父母对子女看管和照顾的绝对权利,但这种权利应该指的是监护权,本案父亲是一个合格的监护主体,法律上也假设该父亲是最佳维护孩子利益的,因此父亲享有监护权毋庸置疑,但对探望权来说,该条并不具有天然垄断性,只要符合未成年子女最佳利益原则,其他人依然可以适当探望。

祖父母也可以享有探望权

迪德州哈默的律师认为,如果法院判决霍格可以按照自己的安排探望外孙女,那么根据美国判例法原则,该州的祖父母们今后可以通过法庭推翻父母对未成年子女探望时间和地点的决定权,从而把祖父母的探望权凌驾于父母的决定之上,而这个父母是愿意且有能力管理自己孩子的称职父母。

但加州法官认为,本案具有个别性,迪德州哈默反对给予霍格探望权是因为他觉得自己不尊重他,因此采取了这一报复行动,但大量事实证明,两个未成年孩子和外祖母在一起是安全的,因为迪德州哈默提出的吸毒和性骚扰事件发生在很久以前,而且他本人也承认探望对他女儿有利。因此,本案事实上存在的冲突仅仅在于报复和仇恨,并未涉及探望权制度本身。

加州法官还认为,探望权的设置目的在于满足亲情需要和保护未成年子女的最大利益,亲情不能仅局限在父母与子女之间,其他和子女关系密切的近亲属对孩子的关爱无疑有利于未成年子女的健康成长。父母离异后,往往会对未成年子女的情感和心灵造成一定的伤害,特别是在未成年子女的父母死亡或父母丧失行使探望权的行为能力情况下,更需要祖父母、外祖父母的关爱。因此,法院据此给予了霍格探望权。

(作者单位:上海市第二中级人民法院)

本报记者 汪润燕

加入世界贸易组织(WTO)是我国经济发展和改革开放的一个重要里程碑,是中国与世界分享繁荣、实现共赢的十年,也是改革开放的延续和深化。WTO不仅在经贸领域给中国带来了新的法律法规和政策环境,也带来了新的管理与法治理念。

为庆祝中国加入WTO十周年,11月3日至9日,来自中外的百余名专家、学者、实务工作者齐聚一堂,在西安交通大学举办的“中国入世十周年WTO国际研讨会”共同探讨了加入WTO的过去、现在与未来。中国原驻英国大使马振岗,商务部条法司原司长、WTO争端解决机构专家张玉卿,瑞士伯尔尼大学世界贸易研究所所长Thomas Cottier,西安交大副校长卢天健,国际法学者、西安交大法学院院长单文华教授等参加了研讨会。

1995年7月11日,世贸组织总理事会会议决定接纳中国为该组织的观察员。2001年9月12日至17日,世贸组织中国工作组第18次会议在日内瓦举行。此次会议通过了中国加入世贸组织多边文件并提交总理事会审议。

经过16年艰苦的谈判和协商,2001年11月10日,世界贸易组织多哈会议批准中国为正式成员。2001年12月11日,中国正式成为世贸组织成员,成为WTO的第143个成员。今年,中国加入WTO整整十年。

加入WTO的历史选择

加入WTO是我国经济发展和改革开放的一个重要里程碑,是中国与世界分享繁荣、实现共赢的十年,也是改革开放的延续和深化,既为中国经济的长期快速发展奠定了基础,也为世界经济的持续繁荣提供了强大后盾。与会专家、学者一致认为,

本报记者 汪润燕



【人物小传】张玉卿,原商务部条法司司长,在原外经贸部(商务部)工作期间,曾长期参与复关(GATT)和加入WTO的谈判,并主持了中美、中欧知识产权谈判,被龙永图誉为“中国首席WTO法律专家”。2004年,张玉卿成为中国首次入选WTO争端解决机构专家组的三位专家之一,退休后并未赋闲,身为中国WTO研究会副会长的他,目前是中国政法大学兼职教授、博士生导师,还办有自己的律师事务所。

加入WTO的质疑

实际上,中国一开始就是1948年1月1日生效的《关税及贸易总协定(GATT)》原始缔约方,只是签订GATT的是当时的民国政府。新中国成立后,台湾当局于1950年3月退出了GATT,但自1965年1月至1971年10月又在GATT中以“观察员”身份自居。新中国成立之后,当时的中国由于注重国内的稳定与发展,加上对关贸总协定不是特别了解,因此出现了长达20多年的空缺。直到19世纪70年代,中国的纺织品出口受到了各种限制,这时中国才从《多边纺织品贸易协定》中了解到GATT的作用。1986年7月,我国开始正式提出“恢复”在关贸总协定的席位。

GATT只是当时在各国批准建立国际贸易组织(ITO)期间,为使已谈成的关税减让及相关条文部分生效而达成的一个临时协定。由于美国国会的反对,ITO始终未能建立。但由于GATT所确立的国际贸易制度,如推行关税减让、取消商品进出口数量

关注 WTO

编者按:今年是中国加入WTO十周年。这十年来,中国的经济、社会、法治环境有了显著的变化。加入WTO是中国改革开放的一个重要里程碑。本版特推出关注WTO系列访谈及案例分析,以庆祝这特殊的历史时刻

入世十年改变中国也改变世界

——中国入世十周年国际研讨会侧记

加入世界贸易组织(WTO)是我国经济发展和改革开放的一个重要里程碑,是中国与世界分享繁荣、实现共赢的十年,也是改革开放的延续和深化。WTO不仅在经贸领域给中国带来了新的法律法规和政策环境,也带来了新的管理与法治理念



中国加入WTO是一个正确的选择,对中国经济发展和社会进步产生了重要的影响,而且也推动了世界经济的发展。

正如中国原驻英国大使马振岗所说:“十年磨一剑。这十年见证了和中国和世界其他国家关系的巨大变化,特别是在经济和贸易领域,中国人世对中国和世界都是成功的之举,这是双赢的抉择。”

世界贸易组织规则司司长Johann Human说:“中国人世这十年不但改变了中国,而且改变了世界。中国在过去十年里取得了巨大的发展。中国加入世贸组织不到十年的时间发展成了世界第二大贸易国,第一出口大国。现在的出口量是2001年的6倍,世界出口总量份额翻倍,而进口量也飞速增长,从世界第六大进口国变成

世界第二大进口国。经济总量跃居世界第二。而且,在过去的十年里,中国吸引外资在发展中国家是最大的,并且超过大部分发达国家。中国已经不再是2001年时的中国了。”国内生产总值增长3倍多,中国收入显著提高,两亿多人摆脱了贫困。

“中国人世毫无疑问是正确的选择。”商务部条约法律司副司长杨国华感慨道:“2001年11月11日人民日报社论《改革开放进程中的一件大事——祝贺中国加入WTO》中说,‘加入世贸组织必将给新世纪中国的经济发展和科技进步带来深远的影响’。这十年中国的发展正好印证了这一点。”

中国出色履行入世承诺

WTO的核心就是其确立和维护的一

整套国际贸易规则,加入WTO必须善用国际规则,保护我国的合法权益,分享全球经济一体化成果。同时,我国也积极参与国际贸易规则的制定和完善,推动形成公平、合理的国际贸易体系和平等参与的世界经济治理机制。

十年来,中国认真履行了加入世贸组织的各项义务和承诺,平均关税水平从15.3%下降到9.8%,开放了100多个服务贸易部门,引入了竞争,提高了市场化程度,增强了企业生存、适应和发展能力,使中国成为全球最开放的市场之一。

十年来,中国建立起统一的、可预见的、符合世贸规则的贸易体制,经历了历史上最大的清理法律法规工作。瑞士伯尔尼大学世界贸易研究所所长、WTO专家组专家Thomas Cottier称赞到:“世界上没有哪一个国家像中国这样,花如此大的精力投入如此大的财力、物力。”

据了解,为了履行入世承诺,当时中国的法律清理工作涉及3000多个中央一级法律法规和部门规章,19万件地方性法规规章。作为商务部条约法律司副司长,杨国华介绍说,当时他主要参与了1999年的中美入世谈判以及2002年在法律清理工作组工作。商务部作为主要负责部门,还成立相关部门为其他部门提供咨询,解释世贸规则以及不一致的地方。

2001年加入世贸组织是中国改革开放的一个重要里程碑。这10年中国完成了从世贸组织的新成员到多边贸易规则的参与者并逐渐成为推动者的重大转变,成为世贸组织的一个成熟成员。

积极应对WTO诉讼

在这十年中,中国走过了风风雨雨,不

回首当年中国加入WTO

——访WTO争端解决机构专家张玉卿

在西安交通大学法学院举办的中国入世十周年国际研讨会上,记者有幸采访了张玉卿教授,听他讲述中国加入WTO的点点滴滴。从张玉卿的讲述中,我们可以感受到,中国加入世贸组织是一个“勇敢而艰难”的选择,同时也是正确的选择

限制,减少贸易壁垒,奉行最惠国待遇,国民待遇、互惠贸易等原则,对缔约方贸易有利,得到了国际社会的支持,所以一直临时生效,直至1995年1月1日WTO成立。

当时,中国的外经贸部对GATT作了很多的调查和了解。中国提出三条标准:第一是恢复在GATT中的席位;第二是关税减让;第三是以发展中国家的身份参加。之后便开始了漫长的复关和加入WTO的谈判。张玉卿教授说,严格意义上来说,中国提出的三个基本要点有一定的道理,但客观上也有一个缺陷。首先,当时的GATT并不是合法的国际组织,它只是一个国际协定,充其量是一个事实上的国际组织,既然不是国际组织何谈“恢复”席位?所以当时西方国家很难理解。

第二,对于关税减让问题,西方国家提出一系列的质疑,这涉及到一个深层次问题。当时中国基本上还是计划经济为主,市场经济为辅的国家,但GATT是以市场经济为主导的。当时中国的外汇、外贸经营权、商品的进出口等等都要受到计划的制约,所以西方人担心即便你把关税减让到零,中国依然可以通过实行配额、许可证的限制,控制进出口,完全可以抵消关税减让的作用。所以中国内在的经济运行体制就成了GATT缔约方关注的核心。

第三,以发展中国家的身份加入,这也是一个棘手的问题。GATT生效时并没有发展中国家的概念,GATT关于发展中国家的条款是上个世纪60年代增加的,而且,何谓发展中国家,GATT本身并无定义,以“自称”(self-alleged)和“被认可”为准,何况西方也不会同意认定中国为发展中国家。

所以这三条在中国于1986年7月提交复关申请后,一直在争论探讨当中。缔约方对中国进行了长期的经济、贸易体制的审查,使复关和加入WTO进入了长期的马拉松谈判。当然,中国加入WTO也涉及到很多

其他的政治因素。

艰辛的博弈与勇敢的选择

WTO成立后,设有中国工作组,处理中国加入WTO事宜。每年年初,工作组会把谈判日程定好,还有许多双边磋商。参加了大部分谈判的张玉卿说,当时谈判非常紧张和密集,他也去了很多地方,如华盛顿、布鲁塞尔、堪培拉等。

在当时,最重要的谈判对象是美国。美国人素有“世界警察”之称,在某种意义上,美国人的眼界非常开阔,不但考虑自己的利益,还把西方国家关注的问题都放在谈判里面,张玉卿说,这也是为什么美国的提议能得到其他国家支持的原因。所以事实上,当与美国达成协议,也表示与其他国家的谈判达成了一半。

张玉卿感慨道,参加那么多年的谈判,感受非常多。当时的外经贸部以及谈判团承受着来自多方面的压力。国内不同产业部门有不同的利益考量,外面有来自不同WTO成员的要价以及WTO法律规则的要求。原外经贸部就“三阴治”,还好有党中央和国务院的正确指引,有懂得WTO规则的专家、学者的支持。

当时,国内反对的声音很大,还有人写信给中央,甚至代表团内部都有抵制反对的声音。但是当时中央的精神其实非常明确,那就是加入WTO,谈好条件,确保中国经济贸易的健康发展。

张玉卿说,当时我们参与谈判的团员并未觉得参加WTO谈判有什么光荣,相反却受到很多压力,除去每天非常紧张的工作、谈判、看书、查资料、讨论问题,落实中央指示外,有时还处在极其紧张的气氛之中,例如,你可以听到某某产业无法经受外国商品冲击的言论,更加极端的说法是,外经贸部是卖国部。有人说加入WTO就等于“引狼入室”,是“狼”来了。还说如果加入WTO,国

企就会垮掉,会造成大量失业,回想起当时所承受的压力,张玉卿一度哽咽。

当时唯一支撑我们谈判的是中央的支持。每当我们写一个报告,中央的批示都非常坚定。张玉卿说,其实说良心话,中国老百姓当时是支持的,持反对意见的只是少数人,他们享受垄断的利益,惧怕竞争,还有的是享受计划经济的权贵,但是对老百姓而言,加入WTO后可以享受到更多便宜的产品,有更多的实惠。中国进一步的改革、开放,融入世界经济的贸易体制,加入WTO是必经之路。

刚加入WTO时,人们看到更多的是议定书中的所谓不利条款,其实,在最惠国待遇、一般保障措施、纺织品回归自由贸易、服务贸易的开放、外商投资范围、外国人在中国从事进出口贸易等方面,代表团都进行了艰苦卓绝的斗争,最终实现了中国的谈判目标。

谈判离不开中央的支持

当时江泽民总书记主持中央工作,朱镕基总理主持国务院工作。张玉卿说,江泽民总书记和朱镕基总理十分关心、关怀、重视谈判工作。中国跟美国达成的中国加入WTO协议就是当时朱镕基总理亲自参与谈定的。所以说中国加入WTO是当时党中央、国务院直接谈定的。如果没有当时朱总理的亲自过问,中国加入WTO可能不要拖后多少年。

张玉卿还回忆了当时的一个戏剧性情节。这发生在1995年11月15日,如果没有这个戏剧性的变化,也许就没有那么快加入WTO。当时,中国与美国谈判的大部分协议已经达成,只剩几个条款一直谈不拢。11月14日晚,美国代表团玩起了失踪,并威胁次日要离开中国,谈判进入僵持阶段。直到晚上11点钟,美国代表团出现在次日即11月15日凌晨4点半继续谈判。11月15日早晨8点,在一楼大厅,双方的谈判还在进行,甚至是在争吵。突然,当时正在谈判大厅的张玉卿发现,时任国务委员吴仪只身走进外经贸部大院,张玉卿觉得这不合适直接上前迎接,便立即叫条法司的杨国华去叫正在进行谈判的龙永图副部长。龙部长出来还很高兴地说:“我正在谈判,有什么急事?”

张玉卿说,你看谁来了。龙部长一看吴仪来了,赶快出来迎接。吴仪很直接地问:“总理来了,一会儿要见巴尔舍夫斯基,你们现在谈得怎么样了?我们先碰个头。”

当时,所有的电梯,楼道都管制起来了。断应对来自美国、欧盟等的有关“双反”调查,同时也利用WTO规则展开调查。十年是一个里程碑,也是一个重要的历史时刻。杨国华介绍说:“在过去的十年里,有关WTO涉及中国的案子共有21个,其中作为原告的有8个,作为被告的有13个。目前大概有10个案子处在不同阶段,比如磋商,第一阶段,第二阶段。今年中国在两个案件中取得重大胜利,即中国诉欧盟紧固件反倾销案及诉美国的反倾销补贴措施世贸争端案。”

经过十年,中国已经融入WTO的游戏规则中。Johann Human说:“根据我的观察和了解,中国已经能够熟练掌握WTO规则,能够利用WTO的争端解决机制参与及提起诉讼。”中国是WTO争端解决机制最大的使用者。

为了能够利用WTO的争端解决机制,杨国华介绍说:“商务部从一开始就建立了四体联动机制,只要案子一到商务部,商务部就要成立工作组,此工作组由四部分人员组成,核心部分主要是商务部条法司。其次,如果案子涉及到反倾销,条法司会邀请公平贸易局参与;如果涉及到反补贴,则邀请财政部、发改委等;如果涉及到原材料,则会请工信部等。第三,商务部会邀请中国律师参与合同政策的梳理。最后,如有必要,会邀外国律师写诉状、开庭及辩论,此时,中国律师起配合的作用。现在,四体联动机制应用更为成熟,各部委联动更加协调、通畅,而且,中国、外国律师的人选也比较充分。”

与会的中外学者普遍认为,中国加入WTO十年来,经济贸易规模不断扩大,国际地位也随之显著提升。WTO不仅在经贸领域给中国带来了新的法律法规和政策环境,也带来了新的管理与法治理念。“经济一体化”、“政策透明度”、“国际化、法治化”、“可持续发展”等观念逐渐深入到社会各个领域。因此,学习WTO规则,总结中国加入WTO十年来的经验,将有利于促进中国经济社会发展,推动世界繁荣和谐。

朱总理、钱其琛副总理、吴仪国务委员等领导同志在外经贸部的会议室与美国谈判代表团一直谈到中午12点多。突然,门开了。朱总理说:“我们走吧,你该不是还有个会吗?”之后,吴仪把他们召集起来,说所有的问题都谈定了,不要再吵了,你们现在去核对本,下午三点半,朱总理要对外宣布消息。

张玉卿说,让我们感到惊讶的是,没想到中央领导对中国加入WTO的焦点问题都了如指掌,该让的就让,该坚守的就坚守,短短几个小时就敲开了中国加入WTO的大门!十年的表现与结果证明当时中央的决定是正确的。从加入WTO起,中国大大改变了国际贸易环境,中国经济贸易得到了持续快速的发展,实践是检验正确与否的唯一标准,我们应为中国加入WTO而庆幸。

为国家 and 民族做了件好事

中国人世迎来了十周年。当我们今天在庆祝入世取得的成就时,也许很难想象在当时,中国加入WTO并没有迎来多少喝彩。张玉卿回忆道,当时跟美国达成协议后,我们有兴奋的一面,因为跟美国谈判的成功解决了中国人世的一个主要难题,与美国达成协议等于推开了中国的大门,但是,除美国之外,中国还需跟其他国家谈判,当时就有人提出,给美国的协议好处为什么要给其他国家,他们不理解WTO的最惠国待遇原则,而且,其他国家,如欧盟、澳大利亚等还提出其他不同的条件。

1999年与美国达成协议,2000年与欧盟达成协议以及2001年中国加入WTO的协议达成后,商务部及中国入世谈判团并没有迎来多少喝彩。相反,持不同意见的声音还是很大,认为让步太多,比晚清政府签订的卖国条约还要糟糕。是在“引狼入室”,还有人认为中国不需要WTO,认为只要坚持改革开放,要不要WTO无所谓。

与此形成鲜明对比的是,美国代表团的情形。张玉卿至今依然清晰地记得,当时美国与中国达成协议后,美国代表团团长巴尔舍夫斯基女士,一兴奋误闯到外经贸部的男厕所给美国总统克林顿打电话。当时克林顿在土耳其访问,正在洗澡,说:“祝贺你们,你们有什么要求我答应你们。”团长说:“我们全体成员希望总统能接见我们。”后来,美国代表团真的受到了美国总统的接见。

中国改革开放真不容易,谈判经过了15年的艰苦努力,面对外边的骄横跋扈,索取高价,内部的反对与埋怨。然而,中国毕竟克服了种种艰难与阻挠,顺应民意与世界的大势所趋,加入WTO。看到这十年中国经济贸易的辉煌发展,看到中国走上了一个新台阶,让世界羡慕,这可能是对代表团的最大欣慰。他们为国家、为民族做了一件好事。

七日谭

您对中国国际热点话题有什么评论吗?您对中外法制建设有何高见吗?您对中国人 在国外经商、工作、学习有何建议吗?请您与我们的读者共同分享您的真知灼见。

投稿请发至: wang.my@live.cn