·权利研究·

国家在经济、社会和文化权利方面的域外义务

于　亮

（荷兰 马斯特里赫特大学法学院）

摘　要：国际人权法的传统定位是将国家与其国民之间的关系置于国际监督之下。人权域外义务这个议题对国际人权法的自我定位提出挑战。从条约解释和人权监督实践的视角来看，国家在经济、社会和文化权利领域具有域外义务。与公民权利和政治权利领域不同，在经济、社会和文化权利领域，国家义务所针对的权利主体并不以在国家管辖下的人为限。国家有尊重、保护和实现三个层次的义务，应根据各层次义务的本身属性分别确定各自权利主体的范围。尊重和保护的义务具有域外性，实现的义务没有域外性。母国对跨国公司进行规制的义务既可能源于域外尊重的义务，也可能源于域外保护的义务。

关键词：人权；经济、社会和文化权利；域外义务

中图分类号：DF0　　**文献标识码**：A　　**文章编号**：1006-6128（2016）01-0081-15

一、问题的提出

宪法和国际人权法共同对基本权利或人权进行保护。对于这些权利，国家有“尊重、保护和实现”的义务。[①]传统观念认为国家的人权义务以其领土范围为限。在经典宪法学理论看来，政府公权力来自共同体成员的授予，国家的正当性在于保障共同体成员的基本权利，各国的宪法文本大都体现此种观念。例如，《中华人民共和国宪法》第二章使用的标题为“公民的基本权利和义务”。[②]又如，《德国基本法》序言规定：“本基本法适用于全体德国人民”。再如，《南非共和国宪法》第 7 条规定“在该国的人民”（people in our country）享有基本权利。由于制宪时的国际人员往来远不及全球化时代的今天如此频繁，制宪者并未关注以下两个问题：本国宪法是否适用于定居海外的本国公民；如果他们受到本国政府行为的影响，本国宪法是否适用于在海外的外国公民。国际人权法虽然冠以“国际”二字，但在相当长的时间内并不关注跨国的人权保护问题，而仅仅把原本属于国内管辖的事项置于国际监督之下。这时的国际人权法不过是调整国家与其国民之间关系

收稿日期：2015-04-21

基金项目：国家留学基金委“国家建设高水平大学公派研究生”项目

作者简介：于亮（1987- ），男，山东烟台人，荷兰马斯特里赫特大学法学院博士研究生。

①参见白桂梅：《人权法学》，北京大学出版社 2011 年版，第 19 页。

②近年来，中国宪法学界的研究成果表明，我国《宪法》规定的基本权利的享有者不应以公民为限，也应该包括在我国领土内的外国人。不过，尚不清楚基本权利的享有者是否包括在我国领土之外的人。参见杨小敏：《论基本权利主体在新中国宪法文本中的变迁》，《法学论坛》2011 年第 2 期，第 86 页。

的国际法规范；其名称中的“国际”仅仅意味着法律渊源和监督机制的国际性，并非指“跨境的”人权义务。[③] 然而，在经济全球化时代，国家公权力的行使越来越多地影响到在其领土之外的人的基本人权，国家义务的界限问题受到诸多挑战，相关理论和现实问题应运而生。比如，国家对他国实施粮食禁运的制裁是否侵犯他国人民的充足食物权？再比如，跨国公司的母国是否有义务对总部在其领土的公司进行规制防止其在海外侵犯人权？作为国内法，宪法放眼国内人权保护也无可厚非，[④] 但是如果作为国际法分支的国际人权法对国家在域外侵犯人权的问题置若罔闻就显得不合时宜了。本文的研究问题为国家在经济、社会和文化权利（简称 ESCR）领域是否具有域外义务。

从现有文献来看，学界对公民权利和政治权利（简称 CPR）领域的域外义务研究得相对成熟，在实践中也出现了大量的司法判例。[⑤] 在 CPR 领域，国家义务受到管辖条款（或领土和管辖条款）的限制。所谓“管辖条款”（Jurisdiction Provision）是指人权公约中概括规定国家有义务确保在其管辖下的人享有公约规定的权利的条款。例如，《公民权利和政治权利国际公约》第 2 条第 1 款规定：“本公约每一缔约国承担尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有本公约所承认的权利。”《欧洲人权公约》第 1 条规定：“缔约国应当确保在它们管辖之下的每个人享有本公约第 1 章所确定的权利和自由。”此外，《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 2 条、《美洲人权公约》第 1 条也有类似的管辖条款。在实践中，有关司法或准司法机构通过对管辖的解释逐步发展出 CPR 域外义务的概念。例如，欧洲人权法院认为，管辖主要以领土为限，例外扩展到领土之外；例外情形包括对他国领土的有效控制和对人的权威或控制。[⑥] 与 CPR 类公约不同，《经济、社会和文化权利国际公约》等 ESCR 类公约并不包含管辖条款，为域外义务留下了更大的解释空间，其不确定性也更容易引起争论。

中国是《经济、社会和文化权利国际公约》等 ESCR 类公约的缔约国，公约项下的义务对我国具有约束力，因此这一领域的域外义务问题与我国息息相关。目前，我国的国际地位不断提高，海外投资日益增多，政府在域外义务的承担方面也面临巨大压力，经济、社会和文化权利委员会在审议我国的定期报告时已经提出了规范我国跨国公司海外投资行为的问题。因此，厘清经济、社会和文化权利方面域外义务的法律内涵和本质对我国参与经济全球化进程和在条约机构进行定期报告具有指导意义。

二、ESCR 域外义务的解释：对无管辖条款的人权公约的解释

（一）解释对象：与 CPR 人权公约的比较

③See Sigrun Skogly and Mark Gibney, “Transnational Human Rights Obligations”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 24, No. 3 (2002), pp. 782-783.

④事实上，宪法学理论对全球化背景下的人权保护问题已经有所回应。宪法学领域的最新发展主要表现为宪法的域外适用理论，美国宪法学者主张《美国宪法》具有域外性，在特定情况下可以域外适用，以保护在美国领土之外的人的基本权利。See Gerald L. Neuman, “Extraterritorial Rights and Constitutional Methodology after Rasul v. Bush”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, No. 6 (2005), p. 2073; Galia Rivlin, “Constitutions Beyond Borders: The Overlooked Practical Aspects of the Extraterritorial Question”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 30, No. 1 (2012), p. 135.

⑤See Dominic McGoldrick, “Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights”, in Fons Coomans and Menno Kamminga (eds), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp-Oxford: Intersentia, 2004; Michal Gondek, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp-Portland: Intersentia, 2009; Beth Van Schaack, “The United States’ Position on the Extraterritorial Application of Human Rights Obligations: Now is the Time for Change”, *International Law Studies*, Vol. 90, No. 1 (2014), pp. 31-47.

⑥See The European Court of Human Rights, Al-Skeini and Others v. the United Kingdom, Judgment of 7 July 2011, paras. 130-140; The European Court of Human Rights, Jaloud v. The Netherlands, Judgment of 20 November 2014, para. 139.

在国家义务范围方面，两类人权公约的显著差异在于是否包含管辖条款。CPR 类公约包含管辖条款，国家是否有域外义务取决于利害关系人是否在该国的管辖之下。正如人权事务委员会在《第 31 号一般性评论》所指出的，“缔约国必须尊重和确保在其权利范围内或者有效控制下的任何人享受公约所规定的权利。其中甚至包括不在缔约国领土上的一些人的权利。”⑦ 相比之下，ESCR 类公约并不包含管辖条款。例如，《经济、社会和文化权利国际公约》（以下简称《公约》）第 2 条第 1 款是关于国家义务的一般规定，它规定：“每一缔约国承担尽最大能力，个别和通过国际援助与合作，……，采取步骤，……逐渐达到本盟约所承认的权利的充分实现。”⑧ 其他 ESCR 类公约也都采用类似表述。不含管辖条款的事实究竟意味着什么？是否说明 ESCR 域外义务不证自明？抑或如同 CPR 域外义务那样取决于对“管辖”的解释？目前来看，在如何证成 ESCR 域外义务这一问题上有两种截然不同的观点。

第一种观点以美洲间人权委员会为代表，即把不含管辖条款的人权条约或人权宣言视为包含了管辖条款，并通过对“管辖”的解释来肯定国家的域外义务。例如，《美洲人的权利和义务宣言》（非公约）并不包含类似于《公民权利和政治权利国际公约》的管辖条款，美洲间人权委员会在申诉案件中视《宣言》仿佛包含了管辖条款，首先将申请人解释为处于当事国的管辖之下，进而肯定国家的域外义务。⑨ 国际法院在“关于在被占领的巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果”的咨询意见中采用了同样做法，通过解释“在其管辖下”（《公约》并不包含的术语）来肯定国家在《经济、社会和文化权利国际公约》中的域外义务。⑩ 总的来说，这种观点先“杜撰”一个本不存在的管辖条款，再解释之。

国际法院在“格鲁吉亚诉俄罗斯”案中采用了第二种观点。国际法院认为，《消除一切形式种族歧视国际公约》并不包含一般的管辖条款，因此适用于国家在其领土之外采取的行动。⑪ 在该案中，国际法院并未借助对管辖的解释来肯定公约的域外义务问题。当然，第二种观点并不意味着国家对一切个人负有所有的人权义务，只是说域外义务并不必然以管辖为前提。

笔者总体上赞同第二种观点，在解释条约的时候，不应杜撰一个本不存在的术语，然后解释之。事实上，不含管辖条款既非个例，也非偶然。其一，除了《经济、社会和文化权利国际公约》之外，《消除一切形式种族歧视国际公约》和《消除对妇女一切形式歧视国际公约》等与经济权利有关的公约也都不含管辖条款。其二，2013 年生效的《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》规定了个人申诉机制，该议定书明确规定有权提起个人申诉的是在缔约国管辖下的人。公约议定书包含管辖条款的事实恰好可以反推出公约本身不含管辖条款的立法安排并非疏漏。既然《经济、社会和文化权利国际公约》并没有一般层面的管辖条款，那么对于该公约（或类似公约）而言，需要解释的是第 2 条第 1 款整体，而不是不存在的管辖条款，否则就会违反“善意解释”原则。下文主要以《经济、社会和文化权利国际公约》这个关于 ESCR 的一般性公约为例，说明国家在经济、社会和文化权利领域的域外义务。由于 ESCR 类公约具有共同特点（即不含管辖条款），因此关于它们的解释具有共通之处，可以彼此借鉴。

---

⑦人权事务委员会：《第 31 号一般性意见：〈公约〉缔约国的一般法律义务的性质》，文件编号：CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13，归档日期：2004 年 5 月 26 日，第 10 段。

⑧着重号为笔者所加，该条约的中文文本使用“或”字，而正式作准的其他文本（英文、法文、西班牙文和俄文）均使用“和”字，笔者根据英文文本重新翻译校正。

⑨See Inter-American Commission on Human Rights, Coard et al. v. United States, Decision of 29 September 1999, para. 37.

⑩See ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, para. 112.

⑪See ICJ, Georgia v. Russia Federation, Order of 15 October 2008, para. 109.

（二）《经济、社会和文化权利国际公约》的域外性：条约解释的视角

《公约》第2条第1款是关于国家义务的一般规定，它规定："每一缔约国承担尽最大能力，个别和通过国际援助与合作，……，采取步骤，……逐渐达到本盟约所承认的权利的充分实现。"对该条的理解，需要综合考虑被视为习惯国际法的关于"条约解释一般规则"的《维也纳条约法公约》第31条所确立的各项要素，包括"通常含义"、"上下文"、"条约的目的和宗旨"、"适用于当事国间关系之任何有关国际法规则"、"嗣后实践"，并在解释的过程中始终遵循"善意解释"的原则。

1. 通常含义、上下文、目的和宗旨

由于《公约》第2条第1款关于国家义务的一般规定并未包含"管辖"或类似语句，而《公约》在另一处（关于国家实施免费义务教育的第14条）却包含了"在其管辖下的领土"的限制，因此从上下文来看，第2条第1款并未将国家义务所针对的对象限制为"在其管辖下的"人。从序言第4段可以看出《公约》的目的和宗旨是对人权的普遍尊重与遵守，国家域外义务的解释符合这一目的和宗旨。

如上文所述，与CPR类人权条约不同，《公约》并不包含管辖条款，需要解释的是第2条第1款整体，而不是管辖的含义。因此，从条约解释方法的各要素来看，"通常含义"和"上下文"发挥的作用有限，应更多地参考"适用于当事国间关系之任何有关国际法规则"和"嗣后实践"。

2. 适用于当事国间关系之任何有关国际法规则

除了《公约》第2条第1款本身提到了"国际合作"之外，《联合国宪章》第56条以及《世界人权宣言》第22条也都提到了国家在人权方面进行国际合作的义务。有学者认为，国际合作这一更高级的义务可以推出国家至少有不损害他国人民的经济、社会和文化权利的义务，即尊重的义务。⑫

此外，国家不得故意允许其领土被用于从事损害他国权利的行为已经成为习惯国际法。早在1941年美国和加拿大之间的特雷尔冶炼厂案（Trail Smelter Case），仲裁员就对这一习惯法规则进行了初步阐述。该裁决指出："根据国际法以及美国法律的原则，任何国家也没有权利这样利用或允许利用它的领土，以致在他国领土或对他国领土上的财产和生命造成损害。"⑬ 国际法院在科孚海峡案进一步阐明了这一习惯法规则。法院指出，对英国军舰造成损害并引起伤亡的雷区是新近布设的，并且实际证据证明阿尔巴尼亚当局不可能对在其领海中布雷一事完全不知晓。法院进一步指出，假定阿尔巴尼亚政府知道这种情况，那么，为了一般航行的利益，它有义务通知"在阿尔巴尼亚领海内存在雷区"，并警告正在临近该区的英国军舰"它们面临着雷区近在眼前的危险"。法院认为，这项义务源于广为接受的原则，即每个国家不得故意允许其领土被用于从事损害他国权利的行为。⑭ 国际法院在1996年"关于使用和威胁使用核武器是否合法的咨询意见"中再次重申，前述不损害原则已经成为一般国际法的一部分。⑮ 从前两个案例可以发现，不损害的义务不仅包括国家自身的不作为义务（消极义务），还包括阻止在其领土的第三人侵权的作为义务（积极义务）。

⑫See Fons Coomans, "Some Remarks on the Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", in Fons Coomans and Menno T. Kamminga (eds), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, 2004, pp. 190-192.

⑬Trail Smelter Case (United States v. Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, in UN Reports of International Arbitral Awards, Volume III, p. 1965.

⑭See ICJ, Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 9 April 1949, p. 22.

⑮See ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996, para. 29.

上述案例虽然与人权并不直接相关，但其阐明的一般国际法上的关于不损害的习惯法规则同样适用于人权领域，由此可以推出，国家不但自己不得干扰或侵犯他国人民的经济、社会和文化权利（消极义务），而且还有义务阻止来自其领土的损害（积极义务）。

3．嗣后实践

根据《维也纳条约法公约》第31（3）（b）条的规定，在解释条约的时候还需要考虑“当事国在适用条约过程中确立的对条约解释一致同意的嗣后实践”。在域外义务这一问题上，目前很难找到各国较为一致的实践；不过不难找到支持域外义务的条约监督机构的嗣后实践，比如经济、社会和文化权利委员会的相关解释（本文第三部分具体分析）。值得注意的是，有学者认为，人权监督机构通过“一般性评论”或“结论性意见”作出的解释，如果在发布之后没有收到国家的反对，即构成《维也纳条约法公约》第31（3）（b）条所指的嗣后实践。⑯ 这种观点具有一定的合理性，国家在收到条约监督机构的解释后有充分的机会发表意见，理应对监督机构的解释特别是规范性的解释作出善意的回应。2014年，国际法院在南极捕鲸案中暗示，条约机构的解释（在此案为捕鲸委员会）如果得到国家的一致认可就构成条约法意义上的嗣后实践。⑰ 人权条约的特殊性在于其在很大程度上调整纵向法律关系，既国家与个人的关系，因此有别于传统的调整国家间横向法律关系的条约。对纵向法律关系而言，国家“间”的实践意义不大，因此在判断嗣后实践这一问题上，无须以全体缔约国同意某种实践为前提。至少可以认为在对人权监督机构的解释表示同意的国家之间，该解释构成《维也纳条约法公约》第31（3）（b）条意义上的嗣后实践。当然，对于上述观点必须审慎看待，不能简单地将“不反对”视为同意，更不能把条约监督机构的解释强加给国家，毕竟人权条约没有明确授权条约监督机构对条约进行解释。晚近，联合国国际法委员会也在研究有关嗣后实践的问题，委员会的初步报告没有正面回应上述观点，而仅仅认为非国家行为者的嗣后实践只能用来佐证国家的嗣后实践，不能直接充当条约解释方法的要素。⑱ 不过，人权条约机构在阐述和澄清条约权利和义务方面确实发挥了重要的作用，而且就连国际法院也在有关人权条约解释的案件中援引条约机构作出的解释，比如迪亚洛案。⑲ 因此对于条约机构作出的解释有必要密切关注和认真研究，鉴于此，笔者将在下文对经济、社会和文化权利委员会和其他相关委员会在域外义务方面的实践进行评述。

4．善意解释原则

在解释条约的过程中应始终坚持善意解释的原则。既然不含管辖条款并非疏漏，那在解释第2条第1款的时候就不应将国家义务的对象限制为在其管辖下的人，更不能将其限制为在其领土内的人。换句话说，某人在国家领土内或在其管辖下是产生国家人权义务的充分条件，而非必要条件。当然，也不能将不含管辖条款理解为国家对一切人负有一切种类的义务，正如笔者在下文所述，应根据不同层次的国家义务本身的属性分别确定国家义务的范围。

5．ESCR类公约域外性的初步结论

综上所述，通过综合考虑条约解释习惯法规则所包含的各项要素，特别是“适用于当事国间

⑯See International Law Association, Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies, 2004, para. 21.

⑰See ICJ, Australia v. Japan; New Zealand Intervening, Judgment of 31 March 2014, para. 83.

⑱See Georg Nolte, First Report on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to Treaty Interpretation, International Law Commission, Sixty-fifth Session, A/CN. 4/660, 2013, para. 135.

⑲参见万鄂湘、黄赟琴：《国际人权条约的特点及其解释的特殊性——以迪亚洛案为例》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2012年第6期，第5页。

关系之任何有关国际法规则”和“善意解释”原则，可以发现 ESCR 域外义务有很强的法律依据。此外，如果认同国家对条约监督机构的解释的同意构成“嗣后实践”，此要素也能支持 ESCR 域外义务。至此可以得到初步结论：国家在经济、社会和文化权利方面的义务并不以领土为限，在某些情况下具有域外义务。学界的最新动态肯定了上述观点。2011 年 9 月 28 日，马斯特里赫特大学和国际法学家委员会（International Commission of Jurists）共同召开会议，讨论 ESCR 域外义务问题，与会的国际法和人权法方面的专家学者共同通过了《关于国家在经济、社会和文化权利领域域外义务的马斯特里赫特原则》（Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights，简称“《马斯特里赫特原则》”）。[20] 该原则虽无法律拘束力，但却具有重要影响，体现了欧洲学者在这一问题上的共识。

《马斯特里赫特原则》认为，国家域外义务的概念包括以下两种情形的义务：（1）关于国家在其领土内或领土外的能够对在其他国家享有的基本人权产生影响的作为或不作为的义务；（2）规定在《联合国宪章》和有关人权公约中的采取措施，单独和共同通过国际合作以达到人权普遍实现的具有全球性特点的义务。[21]《马斯特里赫特原则》进一步分析了引起国家域外义务的三种情形：（1）国家对某一情势行使权威或有效控制，无论这种控制本身是否根据国际法行使；（2）无论在国家领土内还是领土外的作为和不作为，对经济、社会和文化权利的享有产生可以预见的影响（foreseeable effects）；（3）国家单独或共同，无论通过行政、立法或司法机构，能够根据国际法行使其影响力或者采取措施实现域外的经济、社会和文化权利。[22]

在探讨国家人权义务的时候，“尊重、保护和实现义务”（Obligations to Respect, Protect and Fulfill）的三分法被广泛采用，除学者论著外，经济、社会和文化权利委员会在数个一般性评论中也沿用了这一分类方法。[23]“尊重的义务”要求国家不得干扰个人的自由和基本权利；“保护的义务”是指国家有义务保护个人的权利不被其他个体所侵犯；“实现的义务”需要国家采取必要的措施来满足个人通过其努力仍无法实现的需求。[24]《马斯特里赫特原则》也从“尊重、保护和实现”三个层面阐述了国家的域外义务。“域外尊重的义务”是指所有国家有义务避免损害领土外人民对经济、社会和文化权利的享有和行使的行为。如，国家在实施制裁或相关措施时，不得损害或减损他国人民对经济、社会和文化权利的享有。国家为履行其他国际义务而实施制裁时，必须确保在设计、实施和终止此类制裁时充分尊重他国人民的经济、社会和文化权利。[25]“域外保护的义务”是指所有国家必须采取必要措施来确保根据下列情形它们能够（in a position to）规制的非国家行为者不侵犯他国人民的经济、社会和文化权利：（1）损害或损害的威胁起源于其领土；（2）非国家行为者有该国的国籍；（3）在工商企业方面，公司或其母公司或实际控制公司的活动中心在该国，或者成立地或住所地在该国，或者主要营业地或实际经营场所在该国；（4）该国与私人行为之间存在合理的联系（reasonable link），包括非国家行为者的活动的某些方面在该国领土实施；（5）损

---

[20] See Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights. http://www.etoconsortium.org/en/library/maastricht-principles/, 2013 年 9 月 15 日访问。

[21] 同注[20]。

[22] 同注[20]。

[23] 参见经济、社会和文化权利委员会：《第 12 号总评论》，文件编号：E/C. 12/1999/5，归档日期：1999 年 5 月 12 日，第 15 段；《第 14 号一般性意见》，文件编号：E/C. 12/2000/4，归档日期：2000 年 8 月 11 日，第 33 段；《第 21 号一般性评论》，文件编号：E/C. 12/GC/21，归档日期：2009 年 12 月 21 日，第 48 段。

[24] See Matthew C. R. Craven, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: A Perspective on Its Development*, Oxford University Press, 1995, pp. 106-152.

[25] 同注[20]。

害经济、社会和文化权利的行为构成对国际强行法的违反。[26]“域外实现的义务”是指国家必须单独以及通过国际合作共同采取审慎的、具体的以及针对性的措施来创造有益于普遍实现经济、社会和文化权利的国际环境，后者包括有关双边和多边贸易、投资、税收、财政、环境和发展事项。当国家尽了最大努力仍不能确保在其领土内实现经济、社会和文化权利时，该国有义务在相互同意的基础上请求国际援助和合作（请求国际合作的义务）。受请求国必须善意考虑该请求，并且以一种符合其“域外实现的义务”的方式来答复该请求（回复国际合作的请求的义务）。[27]

《马斯特里赫特原则》认为母国义务属于域外保护义务的范畴。然而，母国义务还可能基于域外尊重的义务产生。跨国公司属于国际法上的非国家行为者，根据国际法中关于国家责任的第二性规则（或者说“次级规则”），在某些情况下，非国家行为者的行为可以直接归因于（attributable to）国家，此时，非国家行为者的行为被视为国家本身的行为。[28] 例如，根据联合国国际法委员会编纂的《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 8 条的规定，如果非国家行为者在国家的“指示”、“指挥”或“控制”下行事，该非国家行为者的行为即被视为国家本身的行为。如果跨国公司被证明是在国家的指示、指挥或控制下行事，那么跨国公司的行为就是国家本身的行为，此时基于域外尊重的义务，母国应该确保这些公司在海外尊重人权。在国际法中，“指示”和“指挥”的含义相对明确，也比较容易判断，争议较大的是“控制”的含义或标准。对于控制的标准，国际法院在“尼加拉瓜案”和“灭绝种族案”中采用了“有效控制”（effective control）标准，前南斯拉夫国际刑事法庭在“塔迪奇案”中认为对于组织化的群体应该采用“全面控制”（overall control）标准。[29] 通常认为，有效控制的标准严于全面控制的标准。[30] 笔者认为，有效控制和全面控制的标准并不矛盾，前者强调控制的程度（有效还是无效），后者强调控制的范围（针对具体行为还是控制组织整体）。对司法实践而言，无论根据有效控制还是全面控制标准，都很难将跨国公司（哪怕是其中的国有企业）的行为直接归因于国家。国际法委员会在上述草案的评注中指出，仅仅是国家出资设立企业这一事实，不足以使该企业嗣后的行为自动归因于国家。[31] 不过，从理论上说，根据国际法中的第二性规则（次要规则），不排除跨国公司的行为归因于国家的可能性，因此，母国义务也可能建立在域外尊重义务的基础之上。

《马斯特里赫特原则》虽然肯定了 ESCR 域外义务，但并没有使争论尘埃落定。从上述三种类型的义务来看，除域外尊重的义务之外，学界对其它两类域外义务仍存在很大分歧。就域外保护义务而言，反对的声音来自 2011 年通过的《联合国商业与人权指导原则》，该《指导原则》认为，目前国际人权法并不要求国家管制设在其领土或管辖范围内的工商企业的境外活动，但也不禁止它们这样做。[32] 不过，《指导原则》的观点遭到一些学者的批判，他们认为母国对跨国公司进行规制

[26]同注[20]。

[27]同注[20]。

[28]关于初级规则和次级规则的区分，参见余民才：《国家责任法的性质》，《法学家》2005 年第 4 期，第 132 页。

[29]See ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, para. 115. ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, para. 400. ICTY, the Prosecutor v. DukoTadi, in the Appeals Chamber, Judgment of 15 July 1999, para. 120.

[30]参见黄志雄：《论网络攻击在国际法上的归因》，《环球法律评论》2014 年第 5 期，第 162 页。

[31]See International Law Commission, Commentaries to Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Commentary to Article 8, 2001.

[32]See United Nations, Guiding Principles on Business and Human Rights, A/HRC/17/31, 2011.

的义务是国际人权法的要求。[33] 就域外实现的义务而言，主要存在以下疑问：国家是否有义务为他国人民的福利买单？国家除了国际合作的义务之外是否要实质性地促进他国人民的经济、社会和文化权利？

（三）国家义务的层次及其域外性

国家有域外义务并不代表国家对一切人负有一切义务。如前所述，国家人权义务包括尊重、保护和实现三个层次的义务。国际法学中的人权义务分类方法与我国宪法学普遍接受的基本权利分析框架有异曲同工之处。我国宪法学者提出基本权利具有防御权功能、受益权功能和客观价值秩序功能，分别对应国家的消极不作为义务、给付义务和保护义务。[34] 国家有域外义务的论断并不是说每个层次的义务都有域外性。笔者认为，应根据每个层次义务的本身属性分别确定相应义务的范围。

尊重的义务是一种消极义务，它要求的是国家的克制。从这类义务本身的特性来看，国家应当尊重一切人的人权，无论这些人是否在其领土内或者是否在其管辖下。其背后的法理为国家不得在领土外从事在本国领土被禁止的行为。[35] 在这方面，《美洲人权公约》第 1 条就是很好的范例，它规定："本公约缔约国承担尊重本公约所承认的权利和自由，并确保在其管辖下的人自由并充分地享有那些权利和自由…"其中，消极义务（"尊重"）并不受管辖条款的限制；管辖条款仅仅限制国家的积极义务（"确保"）。

保护和实现的义务是积极义务，它要求的是国家的积极作为。从欧洲人权法院的司法实践来看，积极义务可被细分为实体性积极义务（substantive positive obligation）和程序性积极义务（procedural positive obligation）。[36] 实体性积极义务是指为确保公约权利的充分实现而需要国家采取的基本措施，通常为制度性的措施；程序性积极义务是指缔约国为声称权利受到侵害的个人提供程序性救济的义务，比如进行有效的调查、追究加害人的责任等。[37] 在经济、社会和文化权利领域，实现的义务大体上属于实体性积极义务，保护的义务大体上属于程序性积极义务。较之程序性积极义务，实体性积极义务对国家的要求更高。笔者认为，实体性积极义务不具有域外性，因为履行该义务需要国家投入大量资源，在主权国家并存的国际社会中不可能期待国家为他国人民的"福利"买单。即便国家愿意为他国人民的福利买单，也难以实现，因为主权原则使得国家不可能在未得到他国同意的情况下在他国采取行动。程序性积极义务具有域外性，虽然履行程序性积极义务也需要消耗国家的资源，但法治原则要求国家尽可能提供这种资源特别是司法资源，为声称权利受到侵害的人提供程序上的救济，只要国家与相关案件有充分联系并在国际法上有权处理此案。如果有初步证据证明侵害是由以国家官方资格行事的人造成的，无论受害人受侵害时身在何处或者是否在国家管辖之下，该国均有程序性的积极义务，比如进行充分、有效的调查等。晚近，国际人权监督实践表明，只要伤害源在某国领土，即便不是该国官方人员所为，也无论受害人受侵害时是否在该国领土或管辖下，该国都有程序性积极义务。比如，如果跨国公司在东道国侵犯人权，母国有程序性的调查义务，尽管受害人在受侵害时不在母国的领土或其管辖之下。需要强调的是，正如其名称所

---

[33] See Joint Statement on John Ruggie's Draft Guiding Principles, supported by both organizations and individual experts, such as Amnesty International, Greenpeace International, FIAN International, European Center for Constitutional and Human Rights, Professor Asbjorn Eide, Sigrun Skogly, Mark Gibney, Harriet Kuhnlein, etc. Available at: http://www.escr-net.org/docs/i/1501003, 2013 年 11 月 12 日访问。

[34] 参见张翔：《基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》，《中国法学》2006 年第 1 期，第 24 页。

[35] See The European Court of Human Rights, Issa and Others v. Turkey, Judgment of 30 March 2005, para. 71.

[36] See Jean-Francois Akandji-Kombe, Positive Obligations under the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbooks, No. 7, Council of Europe, 2007, p. 16.

[37] 同注[36]。

示，这是一种程序性的义务，国家只要善意地进行调查、起诉等程序即可，并不必然确保某种结果。

因此，尊重和保护的义务具有域外性，实现的义务没有域外性。下表具体展示了国家在不同情形下对相关主体是否具有某种义务。

表格一：不同类型国家义务的范围

国家义务类型	权利主体的具体情形	有无义务
尊重的义务	一切人	有
保护的义务	任何人在本国被侵害	有
	任何人在外国被与本国有直接关系的伤害源所侵害，比如在本国注册的跨国公司	有
	本国公民在外国被与本国无关的伤害源所侵害	仅有外交保护的义务
	外国公民在外国被与本国无关的伤害源所侵害	无
实现的义务	本国公民在本国居住	有
	本国公民在外国定居	无
	外国公民在本国居住	视本国政策而定[38]
	外国公民在外国居住	无

（表格来源：作者自制）

三、人权条约机构和国家的实践

（一）经济、社会和文化权利委员会的解释和实践

经济、社会和文化权利委员会（简称“委员会”）是《公约》的监督机构。委员会通过缔约国报告程序和其他机制来履行其对《公约》的监督职责。缔约国报告程序是《公约》本身规定的监督机制，委员会审议缔约国提交的定期报告，并将审议结果作成“结论性意见”（Concluding Observations），向缔约国提出关切和建议。随着《经济、社会和文化权利国际公约任择议定书》（简称“《议定书》”）于2013年5月5日生效，委员会获得审理“个人来文”（Communications）和“国家间申诉”（Inter-state Communications）的职能，并可根据《议定书》第11条的规定进行“调查程序”（Inquiry Procedure），不过目前在这三种程序下还没有现实的案例发生。除了《公约》及《议定书》规定的正式程序之外，委员会还以“一般性评论”（General Comments）的形式发表其对《公约》特定条款的解释。委员会在实践中通过一般性评论和结论性意见肯定了国家的域外义务。

1．一般性评论

从《第12号一般性评论》开始，委员会倾向于在“缔约国义务”部分专门探讨缔约国的“国

[38]例如，中共中央组织部、人力资源和社会保障部、公安部等25部门联合下发《外国人在中国永久居留享有相关待遇的办法》。办法规定，持有外国人在中国永久居留证（中国“绿卡”）的外籍人员除政治权利和法律法规规定不可享有的特定权利和义务外，原则上和中国公民享有相同权利，承担相同义务。

际义务”（International obligations），其中包含国家尊重、保护或实现他国人民经济、社会和文化权利的义务。《第 12 号一般性评论》涉及“取得充足食物的权利”，第 36 段指出：“缔约国在履行其承诺时，应该采取步骤，尊重在其他国家里享受取得食物的权利，保护该权利，便利取得食物并于需要时提供必要的援助。缔约国应该确保有关国际协定适当注意到取得足够食物的权利，并为此目的考虑国际法律文件的进一步发展。”[39] 类似地，委员会在关于健康权的《第 14 号一般性评论》中指出：“缔约国必须尊重在其他国家享有健康权，并根据《联合国宪章》和适用的国际法，阻止第三方，如果他们能够通过法律或政治手段影响第三方的话，阻止他们在第三国违反这项权利。”[40] 此外，第 15 号（关于水权）、第 17 号（科学、文学和艺术作品所产生的精神和物质利益）、第 18 号（关于工作权利）、第 19 号（关于社会保障权利）和第 21 号（参加文化生活）“一般性评论”也都提到缔约国的国际义务。其中，《第 19 号一般性评论》最为详细，涉及“尊重在其他国家享有的社会保障权利”，“防止非国家行为者侵犯他国人民的社会保障权”，“根据所掌握的资源促进其他国家实现社会保障权利”，“国家在缔结国际协定时采取措施确保不会对他国社会保障权利造成不利影响”，以及“在作为国际组织的成员采取行动时适当注意社会保障权利”。[41]

2. 结论性意见

晚近委员会在针对缔约国定期报告作出的结论性意见当中已经数次提到国家的域外义务问题。2013 年，委员会在针对奥地利的结论性意见中指出：“委员会深表关切的是，缔约国的官方发展援助为一些据报告导致旨在接受国侵犯经济、社会和文化权利的项目。委员会进一步关切的是，缔约国促进向发展中国家出口补贴农产品的农业和贸易政策损害了接受国享有适足生活水准的权利和食物权。委员会呼吁缔约国在官方发展援助和农业及贸易政策方面采用基于人权的办法，方法是：（a）在做出供资决定之前，进行一项系统和独立的人权影响评估；（b）设立有效的监督机制，定期评估其政策和项目在接受国的人权影响，并采取补救措施；和（c）如果接受国发生侵犯经济、社会和文化权利的事项，确保有可以投诉的申诉机制。”[42] 委员会在同一天作出的针对挪威的结论性意见中指出：“委员会关切的是，缔约国在政府养恤基金（全球）的社会责任框架内采取的各项措施不包括将系统评估投资的人权影响体制化。委员会建议缔约国确保挪威银行投资管理机构对在第三国运营的外国公司的投资进行全面的人权影响评估。委员会还建议缔约国通过政策和其他措施，防止其总部在其管辖范围内的公司在海外的侵犯人权行为，同时不侵犯主权或削弱东道国根据《公约》承担的义务。”[43] 数日之后，委员会在针对比利时的结论性意见中指出：“委员会感到关切的是，有报告称缔约国推广的农业燃料政策，具体为比利时 2013 年 7 月 17 日新出台的《农业燃料法》可能会鼓励比利时公司在第三国从事这类大规模的耕植生产，并可导致对当地自耕农带来的负面影响后果（第 11 条）。委员会建议缔约国系统地开展人权影响评估，以确保比利时公司在第三国境内实施这方面促进农业燃料的项目，不会对该地方社区族群享有经济、社会及文化权利产生负面影响。”[44] 值得注意的是，委员会在审议中国提交的第二次国家报告时提到了缔约国规范海外

---

[39]经济、社会和文化权利委员会：《第 12 号总评论》，文件编号：E/C. 12/1999/5，归档日期：1999 年 5 月 12 日，第 36 段。
[40]经济、社会和文化权利委员会：《第 14 号一般性意见》，文件编号：E/C. 12/2000/4，归档日期：2000 年 8 月 11 日，第 39 段。
[41]经济、社会和文化权利委员会：《第 19 号一般性意见》，文件编号：E/C. 12/GC/19，归档日期：2008 年 2 月 4 日，第 54 段。
[42]经济、社会和文化权利委员会：《关于奥地利第四次定期报告的结论性意见》，文件编号：E/C. 12/AUT/CO/4，归档日期：2013 年 12 月 13 日，第 11 段。
[43]经济、社会和文化权利委员会：《关于挪威第五次定期报告的结论性意见》，文件编号：E/C. 12/NOR/CO/5，归档日期：2013 年 12 月 13 日，第 6 段。
[44]经济、社会和文化权利委员会：《关于比利时第四次定期报告的结论性意见》，文件编号：E/C. 12/BEL/CO/4，归档日期：2013 年 12 月 23 日，第 22 段。

投资企业的问题。2014 年 5 月 23 日，委员会在针对中国的结论性意见中指出："委员会关切的是缔约国缺乏足够和有效的措施来确保中国公司，包括国有公司和私人公司，尊重经济、社会和文化权利，包括当这些公司在海外经营时。委员会建议缔约国采取适当的立法和行政措施，确保公司以及受其管理的子公司在海外的项目侵犯当地的经济、社会和文化权利时能够追究公司的法律责任。"[45]

3. 对委员会工作的评价

委员会在条约监督实践中逐步肯定了国家的域外义务。委员会认为国家有域外尊重和保护的义务：缔约国自身的行为不得损害他国人民享有的经济、社会和文化权利或对这些权利的享有带来负面影响；缔约国采取措施规范总部设在其领土的跨国公司，防止其在海外侵犯人权。委员会虽然提及域外实现的义务，但从其措词来看，并未将该义务表述为严格的法律义务，而更多的是一种道德义务。针对国家政策或法律可能对域外人权产生的不利影响，委员会提出了人权影响评价（Human Rights Impact Assessment）的概念，当缔约国的政策法规可能影响域外人权时，该国应当进行人权影响评价。如同国际环境法中的环境影响评价一样，这是一种行动的义务，而非结果义务。[46] 委员会率先垂范，肯定了国家在经济、社会和文化权利方面的域外义务，其工作总体上值得肯定。不过，委员会尚未形成连贯统一的实践。主要表现为：（1）在一般性评论中，没有形成统一的对国家域外义务的定义，其英文版本使用的措辞也不统一，有时使用"义务"（obligation），有时使用"责任"（responsibility），在描述具体义务时交替使用"应该"（should）和"必须"（have to）。（2）委员会只在针对少数几个国家的结论性意见中提到了国家的域外义务；在针对这些国家的审议过程中，有关非政府组织向委员会提交了平行报告，建议委员会对域外义务问题进行审议，委员会的结论深受非政府组织的影响。而在没有非政府组织就域外义务问题进行监督的审议过程中，委员会通常也未在结论性意见中提及该问题。此外，委员会的解释方法并不透明。从委员会目前的工作来看，很难看出其对域外义务的解释是否严格遵循了《维也纳条约法公约》第 31 条所宣示的关于条约解释方法的习惯法规则。有学者认为，委员会在解释《公约》的时候有义务遵守条约解释方法的习惯法规则，因为《公约》本身并未授予委员会解释《公约》的权力，因此委员会在"代替"国家解释《公约》的时候同样应该遵守国家原本应该遵守的条约解释方法的习惯法规则。[47] 只有遵循了构成习惯法的《维也纳条约法公约》第 31 条所确定的解释方法，才能使委员会的工作更具说服力和权威性，从而为缔约国履行公约义务提供更好的指引。事实上，如前所述，即便严格遵守《维也纳条约法公约》第 31 条的解释方法，也可以得到支持域外义务的解释。

（二）其他人权监督机构的解释及相互间协调问题

除了《经济、社会和文化权利国际公约》之外，还有几个与经济和社会权利有关的人权公约也都不含一般层面的管辖条款，比如《消除一切形式种族歧视国际公约》、《消除对妇女一切形式歧视国际公约》、《残疾人权利公约》。基于对后三个公约的解释也能得出国家在各公约调整范围内具有域外义务的结论，其原理与对《经济、社会和文化权利国际公约》的解释相同。每个人权公约都有各自的监督机构，分别负责监督各自公约的实施，在实践中各个监督机构在工作程序和实质

[45]经济、社会和文化权利委员会：《关于中国（包括中国香港和中国澳门）第二次定期报告的结论性意见》，文件编号：E/C. 12/CHN/CO/2，归档日期：2014 年 6 月 13 日，第 13 段。

[46]参见易琪：《论跨界损害环境影响评估的法律内涵》，《法学评论》2010 年第 3 期，第 108-109 页。

[47]Kerstin Mechlem，"Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights"，*Vanderbilt Journal of Transnational Law*，Vol. 42，No. 3（2009），pp. 919-922.

内容方面都存在趋同化的趋势。[48] 除了经济、社会和文化权利委员会之外，消除对妇女歧视委员会、消除种族歧视委员会、儿童权利委员会也都提到了与经济、社会和文化权利有关的域外义务问题。值得注意的是，《儿童权利公约》本身包含管辖条款，但儿童权利委员会对域外义务的解释并未受制于对“管辖”的解释。残疾人权利委员会还未触及域外义务的有关问题。

1．消除对妇女歧视委员会

消除对妇女歧视委员会（简称“妇女委员会”）也在监督实践中对国家的域外义务问题进行阐述和解释。例如，在关于国家核心义务的《第 28 号一般性建议》中，妇女委员会指出：“缔约国的义务应毫无歧视地适用于在该国领土内或不在该国领土内但受该国有效控制的公民或非公民，包括难民，寻求庇护者，移徙工人和无国籍者。缔约国对其影响人权的所有行动负责，不论受影响的个人是否在该国领土内。”[49] 其中，第一句话采用了管辖标准，第二句话又超越了管辖标准。第二句话想要表达的是尊重的义务，因此不以“在其管辖下的人”为限，国家对一切人负有尊重的义务。反观第一句话，应理解为“管辖标准”是用来限制积极义务的。2014 年，妇女委员会在针对印度作出的结论性意见中特别提到了缔约国的域外义务问题。委员会指出：“缔约国须确保其有效控制下的人员（包括在域外运营的国营公司）不做出违反《公约》的行为；根据委员会第 28 号和第 30 号一般性建议，缔约国的域外义务延伸至这些人侵害人权的行为，无论被侵犯人是否处于该国领土内。”[50] 根据国家责任法，在国家有效控制下的人员的行为可以被视为国家本身的行为，因此上述结论性意见表明，国家对一切人负有尊重的义务。

2．消除种族歧视委员会

消除种族歧视委员会在晚近针对美国、加拿大、英国、澳大利亚等国的结论性意见中提到了跨国公司母国的义务问题。例如，在 2012 年针对加拿大的结论性意见中，该委员会指出：“委员会注意到缔约国颁布了《公司责任战略》，但同时感到关切的是，缔约国尚未针对在加拿大境内注册而其活动特别是矿业活动对加拿大以外的土著人权利产生不利影响的跨国公司采取措施（第五条）。委员会建议缔约国采取适当的立法措施，防止在加拿大注册的跨国公司从事对加拿大以外领土上土著人享有权利产生不利影响的活动，并追究公司的责任。”[51] 再比如，在 2014 年针对美国的结论性意见中，该委员会建议：“采取适当措施，防止在缔约国内注册登记的跨国公司的活动对其他国家的当地民众，特别是土著人民和少数民族享有人权造成不利的影响。”[52] 事实上，早在 2007 年前后，该委员会就在结论性意见中提到了母国义务问题，这也是笔者目前所知的人权条约机构中最早在结论性意见中处理经济、社会和文化权利域外义务的实例。[53] 该委员会承认了域外保护的义务，并创造性地采用了加害人是否在国家领土内（或在其管辖下）的标准来判断国家有无保护的义务。也就是说，只要加害人在某国领土内或在其管辖下，无论受害人是否在其领土内，该国对这些受害

---

[48]参见徐鹏：《论人权条约监督机制的趋同化》，《武大国际法评论》2012 年第 2 期，第 143 页。

[49]消除对妇女歧视委员会：《关于缔约国在〈消除对妇女一切形式歧视公约〉第二条之下的核心义务第 28 号一般性建议》，文件编号：CEDAW/C/GC/28，归档日期：2010 年 12 月 16 日，第 12 段。

[50]消除对妇女歧视委员会：《关于印度第四和第五次合并定期报告的结论性意见》，文件编号：CEDAW/C/IND/CO/4-5，归档日期：2014 年 7 月 24 日，第 15 段。

[51]消除种族歧视委员会：《消除种族歧视委员会的结论性意见：加拿大》，文件编号：CERD/C/CAN/CO/19-20，归档日期：2012 年 4 月 4 日，第 14 段。

[52]消除种族歧视委员会：《关于美利坚合众国第七次至第九次合并定期报告的结论性意见》，文件编号：CERD/C/USA/CO/7-9，归档日期：2014 年 9 月 25 日，第 10 段。

[53]See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Canada, CERD/C/CAN/CO/18, 25 May 2007, para. 17. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: United States of America, CERD/C/USA/CO/6, 8 May 2008, para. 30.

人均有保护的义务。如前所述，保护的义务是一种程序性义务，它强调的是事前预防或事后救济，而非要求国家确保某种结果。

3．儿童权利委员会

儿童权利委员会的实践有些特殊，《儿童权利公约》本身包含管辖条款（第二条第一款），但儿童权利委员会对域外义务的解释并未受制于对“管辖”的解释。在2012年针对加拿大的结论性意见中，委员会指出：“委员会和消除种族歧视委员会同样感到关切的是，缔约国尚未针对在加拿大境内注册而其活动对加拿大以外地区的土著人权利产生不利影响的跨国公司（特别是煤气、石油和采矿公司）采取措施（CERD/C/CAN/CO/19-20，第14段）。委员会尤为关切的是，缔约国缺乏对缔约国所有公司在国外造成的人权和环境侵害进行问责的监管框架。它特别建议缔约国确保：（a）为在缔约国之外的地区运作的煤气、采矿和石油公司制定明确的监管框架，确保其活动不会影响人权或危害环境和其他标准，特别是有关儿童权利的标准；（b）监测国内和境外企业对国际和国家环境、卫生和人权标准的执行情况，对违规情况进行适当惩处和补救，特别侧重对儿童的影响。[54] 虽然《儿童权利公约》包含管辖条款，但儿童权利委员会的实践表明，保护的义务不受管辖条款的限制。这再次映证了笔者的观点，保护的义务并不取决于受害人受到侵害时是否在国家的领土内或在其管辖下，只要相关事实与某国具有充分联系，比如作为加害人的跨国公司在该国注册或主要营业地在该国，该国对受害人就有保护的义务。

4．人权条约机构间在域外义务问题上的协调

除残疾人权利委员会未涉及国家在经济、社会和文化权利方面的域外义务，其他与经济权利相关的人权条约机构均阐述了国家的域外义务问题。其中经济、社会和文化权利委员会早在上世纪九十年代末就在一般性评论中提到了域外义务问题，消除种族歧视委员会率先在结论性意见中阐述了国家的域外义务问题。在2013年前后，经济、社会和文化权利委员会、消除对妇女歧视委员会、儿童权利委员会也在结论性意见中阐述了国家的域外义务，特别是母国规制跨国公司海外活动的义务问题。当然，各委员会对域外义务的阐释不尽一致，需要进一步协调。目前联合国人权体系内正在进行“加强进程”和“政府间进程”以增强条约监督机构的有效运行，并促进各条约机构间的协调。[55] 在域外义务这个问题上，协调进程产生的显著效果在于，各委员会普遍认为国家有无保护的义务并不取决于受害人受到侵害时是否在其管辖下，即便对于那些本身含有管辖条款的公约也是如此。例如，《公民权利和政治权利国际公约》本身含有管辖条款，人权事务委员会在2012年针对德国的结论性意见中指出：“在欢迎缔约国采取措施为据称在海外违反相关人权标准的公司提供补救办法之际，委员会关切就上述所有违反人权的案情而论，这类补救办法可能还不够。委员会鼓励缔约国清晰阐明希望所有在本国境内开设和/或在该国司法管辖下的公司，在整个经营生产过程中依据《公约》，尊重各项人权标准。委员会还鼓励缔约国采取适当措施加强所提供的补救措施保护因上述公司的海外经营运作活动蒙受伤害的人们。”[56] 可以预见，通过条约机构间会议和条约机构主席会议并结合缔约方和非政府组织的广泛参与，可以促成关于ESCR域外义务的一致解释。

（三）国家实践

---

[54]参见儿童权利委员会：《委员会在第六十一届会议（2012年9月17日至10月5日）上通过的关于加拿大第三和第四次合并定期报告的结论性意见》，文件编号：CRC/C/CAN/CO/3-4，归档日期：2012年12月6日，第28和29段。

[55]参见戴瑞君：《联合国人权条约机构体系的加强进程——联合国人权保护机制的最新发展》，《环球法律评论》2013年第6期，第158页。

[56]人权事务委员会：《委员会第一〇六届会议通过的关于德国第六次定期报告的结论性意见（2012年10月15日至11月2日）》，文件编号：CCPR/C/DEU/CO/6，归档日期：2012年11月13日，第16段。

随着学界和民间社会对 ESCR 域外义务的持续关注和积极游说，这一问题得到一些国家的重视，它们在不同程度上采取措施，体现出对域外义务的考量。在经济全球化时代，一国的经济政策难免对他国人民享有的经济、社会和文化权利产生负面影响，对此，相关人权条约机构建议国家在政策制定前后的各个阶段进行人权影响评价，评估相关政策对域外人权的影响。欧盟拥有自由贸易和投资协定的缔约权限，从过去十多年的实践来看，欧盟在缔结自由贸易协定之前要进行贸易可持续影响评价（Trade Sustainability Impact Assessments），以评估贸易协定对他国经济发展的影响，特别是对发展中国家的影响。然而，长期以来欧盟的贸易可持续影响评价并不包括综合的人权影响评价。[57] 从 2012 年开始，上述情况得到改善，欧盟在《人权与民主的战略框架和行动计划》中提出在全部影响评价中加入人权影响评价。[58] 从人权条约监督机构的建议和欧盟已经着手的实践来看，域外人权影响评价必将成为人权法领域的趋势。2014 年，经济、社会和文化权利委员会在针对中国的结论性意见中提出了对海外援助项目进行人权影响评价的建议。委员会指出："委员会欢迎缔约国在国际合作的框架内，向 120 多个发展中国家的 2100 多个项目提供了经济和技术援助；但委员会感到关切的是，据报道，其中一些项目造成了在接受国侵犯经济、社会和文化权利的情况。委员会吁请缔约国对其国际合作政策采取立足人权的方针，具体而言：（a）在做出供资决定之前，进行一项系统和独立的人权影响评估；（b）设立有效的监督机制，定期评估其政策和项目在接受国的人权影响，并在必要时采取补救措施；（c）如果在接受国发生侵犯经济、社会和文化权利的情况，确保有可以利用的投诉机制。"[59] 上述建议包含两点信息：第一，海外援助项目发生的侵犯人权的现象与提供援助的国家并无直接关系；第二，即便如此，提供援助的国家仍有义务进行人权影响评价并在事后进行一定的监督。从法律性质来看，人权影响评价类似于国际法中的环境影响评价，是一种程序性义务，而非结果义务。

针对跨国公司对域外人权的不利影响，各国也采取了有益的措施或尝试。挪威政府于 2004 年制订了《伦理指南》来规范政府养老基金的海外投资行为，防止养老基金投资于侵犯人权的企业。[60]《伦理指南》规定了除名机制：伦理委员会负责审查所有的投资，如果发现意向投资的公司涉及严重或系统侵犯人权的现象，委员会可以向财政部建议将该公司除名，由财政部作出最终决定。[61] 例如，2010 年挪威财政部采纳伦理委员会的建议，将非洲以色列投资公司（Africa Israel Investments Ltd.）及其附属子公司除名，原因是这些公司在约旦河西岸（人权条约机构将这个区域称为被占领的巴勒斯坦领土）非法修筑以色列定居点；2013 年，财政部撤消了上述除名决定，因为上述公司已不再从事修筑定居点的行为。[62] 此外，加拿大曾在 2009-2010 年间讨论一项名为"C-300"的法案，该法案目的是对受政府资助之从事采矿、石油和天然气业务的公司进行规范，防止其在海外侵犯人权。该法案欲授权外事和国际贸易部（Ministers of Foreign Affairs and International Trade）来接受针对上述公司在海外侵犯人权的投诉。[63]不过，由于反对声音太大该法案最终未获通

---

[57]See Elisabeth Bürgi Bonanomi, EU Trade Agreements and Their Impacts on Human Rights, Study Commissioned by the German Federal Ministry for Economic Cooperation and Development (BMZ), 2014, p. 6.

[58]See Council of the European Union, EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy, 25 June 2012.

[59]经济、社会和文化权利委员会：《关于中国（包括中国香港和中国澳门）第二次定期报告的结论性意见》，文件编号：E/C. 12/CHN/CO/2，归档日期：2014 年 6 月 13 日，第 12 段。

[60]See Philip Alston and Ryan Goodman, *International Human Rights*, Oxford University Press, p. 1470.

[61]See Norwegian Ministry of Finance, Guidelines for Observation and Exclusion of Companies from the Government Pension Fund Global, 18 December 2014.

[62]See Norwegian Ministry of Finance, Repeal of Exclusions from the Government Pension Fund Global, 21 August 2013.

[63]同注[60]，pp. 1493-1494.

过，可见各国在域外义务方面的实践并非一帆风顺。需指出的是，母国义务并非结果义务，而是行动的义务。换言之，母国义务并不是确保本国公司在海外遵守本国的人权标准，而是要求母国采取事前预防或事后追究责任的措施。例如，英国政府认为："英国没有确保英国公司在海外遵守英国人权标准的义务，但是英国政府愿意致力于促进英国公司在海外的负责任的行为。"[64]

随着综合国力的不断提升，中国正从改革开放初期的投资东道国转变为扮演着东道国和母国双重角色的发展中大国。[65] 在规范跨国公司海外投资这个问题上，我国面临巨大压力，经济、社会和文化权利委员会在审议中国的定期报告时已经提到了这个问题。委员会对我国的建议为"采取适当的立法和行政措施，确保公司以及受其管理的子公司在海外的项目侵犯当地的经济、社会和文化权利时能够追究公司的法律责任。"[66] 其他条约机构在审议中国新一轮报告时也有可能提出同样的问题，因为这些委员会在2013年前后纷纷开始关注母国义务问题。对于条约监督机构提出的母国义务问题，我国应该给与足够重视，并提出合理的外交对策，笔者认为以下几点可供决策者参考：其一，母国义务问题并非专门针对中国提出的，其他国家也面临同样压力，比如加拿大、英国、挪威、比利时、奥地利、澳大利亚等国。因此，我国应该理性、平和地看待这一问题，加强与其他国家的合作与交流，相互分享和借鉴有益经验。其二，母国义务在短期内可能会对我国的海外投资产生一定的负面影响，但由政府主动采取措施逐步规范海外投资活动并提供有效的救济机制，从长远来看有利于维护我国良好的国际形象并促进海外投资结构的优化。其三，国家规范非国家行为者的义务属于一般国际法中的审慎义务（due diligence），这类义务并不要求确保某种结果，而是要求国家采取一定的行动。[67] 如果跨国公司侵犯了人权，母国并不因此直接负有责任，而仅在其没有采取充分预防措施或追究跨国公司责任的范围内承担责任。

结　论

地理疆域划分了各国的主权范围，但并不必然决定国家的义务范围。在全球化时代，国际人权法除应继续调整国家与其国民、居民之间关系之外，还应调整国家与非本国国民、非本国居民之间关系。国家在经济、社会和文化权利领域具有域外义务。应当根据不同层次的国家义务分别确定各自的义务范围。尊重和保护的义务具有域外性，实现的义务没有域外性。国家应当尊重一切人的人权，无论这些人是否在其领土内或是否在其管辖下。保护的义务属于程序性积极义务，国家应当为声称权利受到侵害的人提供程序上的救济，无论受害人受到侵害时是否在该国领土内或在其管辖下，只要国家与相关案件有充分联系并在国际法上有权处理此案。从人权条约机构和国家实践来看，域外人权影响评价和母国采取措施对跨国公司进行规制已经成为人权保护事业的发展趋势。

[**责任编辑**：侯学宾]

[64] UK, Business and Human Rights Toolkit: How UK Overseas Missions Can Promote Good Conduct by UK Companies, 1 June 2011, p. 4.

[65] 根据中国商务部的统计数据，截至2013年，我国境内投资者共对全球156个国家和地区的5090家境外企业进行了直接投资，累计实现非金融类直接投资901.7亿美元。

[66] 经济、社会和文化权利委员会：《关于中国（包括中国香港和中国澳门）第二次定期报告的结论性意见》，文件编号：E/C. 12/CHN/CO/2，归档日期：2014年6月13日，第13段。

[67] See Duncan French and Tim Stephens, ILA Study Group on Due Diligence in International Law, First Report, 7 March 2014, p. 16.