

中國人權評論



China Human Rights Review

张永和 主编

第9辑

【理论篇】

国家在公民权利和政治权利领域的域外义务

【实践篇】

个人信息利益的法律保护——以信息财产权理论为视角

欧洲人权法院对侦查阶段律师阅卷权的保障及启示

信托视角下的住房公积金制度完善



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中國人權評論

第9輯

西南政法大学人权研究院 主办

主 编：张永和

副 主 编：何 为 周 力

本辑中文编辑：李国梁 杨雨莎 伍科霖 莫 林 朱晓灿

张 晗 李明伟 邓 晋

本辑英文编辑：朱元庆 朱 颖 孙 林 张 莉 席小琼

曹志建



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国人权评论. 第9辑 / 张永和主编. -- 北京: 法律出版社, 2018
ISBN 978-7-5197-2577-8

I. ①中… II. ①张… III. ①人权—法律—研究—中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第182219号

中国人权评论·第9辑
ZHONGGUO RENQUAN PINGLUN · DI 9 JI

张永和 主编

策划编辑 沈小英
责任编辑 陈妮
装帧设计 李瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经法治出版分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 13
字数 300千
版本 2018年11月第1版
印次 2018年11月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-2577-8

定价:66.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

China Human Rights Review

Volume 9

Host: Human Rights Institute at SWUPL

Editor-in-Chief: *Zhang Yonghe*

Associate Editors-in-Chief: *He Wei* *Zhou Li*

Chinese Editors-in-Charge:

Li Guoliang *Yang Yusha* *Wu Kelin* *Mo lin*

Zhu Xiaocan *Zhang Han* *Li Mingwei* *Deng Jin*

English Editors-in-Charge:

Zhu Yuanqing *Zhu Ying* *Sun Lin* *Zhang Li*

Xi Xiaoqiong *Cao Zhijian*

编辑委员会（按姓氏笔画排列）

顾问	文正邦	李 龙	李步云	郭道晖	
主任	付子堂				
副主任	孙长永	汪太贤	宋玉波	张永和	岳彩申
委员	丁宝同	王 洪	王学辉	王隆文	亓同惠
	邓 斌	毋爱斌	朱 颖	任惠华	向 燕
	全小莲	李 娟	李昌林	李超群	何 为
	张 力	张 震	张吉喜	张建文	张晓君
	张祺乐	陆幸福	陈 伟	陈 苇	陈步雷
	陈翠玉	周 力	周 伟	周 江	周尚君
	周祖成	周振超	郑晓均	孟庆涛	赵树坤
	胡大武	胡兴建	袁 林	徐 泉	高一飞
	唐 力	黄茂钦	梅传强	梁洪霞	颜德如
	潘国平				

Editorial Board

Advisers

Wen Zhengbang Li Long Li Buyun Guo Daohui

Director

Fu Zitang

Associate Directors

*Sun Changyong Wang Taixian Song Yubo
Zhang Yonghe Yue Caishen*

Editorial Board Members

<i>Ding Baotong</i>	<i>Wang Hong</i>	<i>Wang Xuehui</i>	<i>Wang Longwen</i>
<i>Qi Tonghui</i>	<i>Deng Bin</i>	<i>Wu Aibin</i>	<i>Zhu Ying</i>
<i>Ren Huihua</i>	<i>Xiang Yan</i>	<i>Quan Xiaolian</i>	<i>Li Juan</i>
<i>Li Changlin</i>	<i>Li Chaoqun</i>	<i>He Wei</i>	<i>Zhang Li</i>
<i>Zhang Zhen</i>	<i>Zhang Jixi</i>	<i>Zhang Jianwen</i>	<i>Zhang Xiaojun</i>
<i>Zhang Qile</i>	<i>Lu Xingfu</i>	<i>Chen Wei</i>	<i>Chen Wei</i>
<i>Chen Bulei</i>	<i>Chen Cuiyu</i>	<i>Zhou Li</i>	<i>Zhou Wei</i>
<i>Zhou Jiang</i>	<i>Zhou Shangjun</i>	<i>Zhou Zucheng</i>	<i>Zhou Zhenchao</i>
<i>Zheng Xiaojun</i>	<i>Meng Qingtao</i>	<i>Zhao Shukun</i>	<i>Hu Dawu</i>
<i>Hu Xingjian</i>	<i>Yuan Lin</i>	<i>Xu Quan</i>	<i>Gao Yifei</i>
<i>Tang Li</i>	<i>Huang Maoqin</i>	<i>Mei Chuanqiang</i>	<i>Liang Hongxia</i>
<i>Yan Deru</i>	<i>Pan Guoping</i>		

序

人权乃人类共同事业。人类虽得共享人权理念,然绝不否定人权理解差异之存在。现代多元社会,人权表述与人权实践之歧异性,实向人权多元发展开放空间。在此人权国际化背景下,中国能够为人类人权事业作出何种贡献?

中国近代转型,经历了并且仍然在经历着从西方到东方、从传统到现代之变迁。人权理念向中国传播,亦是中国向世界敞开胸怀。中国人权发展实为整个世界整体性变迁之缩版。世界人权浪潮正劲,中国独树一帜,足以为人权再添一抹新绿。经过30多年的努力,中国可以理直气壮地在世界面前讲人权了!中国人可以表达对人权之基本理论的独特理解,中国人可以向世界展示自己的人权实践,中国人可以对世界人权发展作出自己的评价。

中国之人权问题,首先乃中国之问题。此为中国人权研究的立场与基本出发点。基于此立场,关注中国人权,首必具中国问题意识。吾辈非狭隘民族主义者,然身为炎黄子孙,必有中华民族之责任担当。关注国家人权问题及状况,关注中国公民之基本生存状态,实即关注中华民族之未来。学术良心,不唯客观公允,亦有国家、民族与个体命运之关怀。尽管问题相同,然而学术应有学术之关怀方式。学术秉承理性精神,反思理论与实践。

西南政法大学人权研究学术氛围浓烈、底蕴深厚。既有学术耆老,亦不乏青年新锐;既显持成稳重,又呈朝气蓬勃。为砥砺思想、呼应实践,西南政法大学人权研究院创办《中国人权评论》,以学术方式关怀中国乃至世界人权事业。

本书将在关注中国人权之理论与实践之时,亦环顾世界人权发展。或阐幽发微,穷究罅隙,通达学术前沿;或深入学理,钩沉史海,洞彻学术机理;或烛照实践,剥丝抽茧,展示现实状态;或寻经稽册,索引发明,评析人权典籍;或集中专题,条分缕析,展现立体视野。《中国人权评论》倡导观点争鸣,故不拘一格,不问出身学历,只以学术为准,诚邀天下道同者与谋共进。

史家司马迁有言:“究天人之际,通古今之变,成一家之言。”《中国人权评论》无此宏愿巨力,唯欲提供学术交流平台,为人权略尽绵帛之力!

目 录

理 论 篇

国家在公民权利和政治权利领域的域外义务	于 亮 黄梅艳 / 1
康德哲学中的人权、所有权与国家	汤沛丰 / 15
一个司法保守的转型正义论说	
——以中国台湾地区为例	孟 磊 / 34

实 践 篇

个人信息利益的法律保护	
——以信息财产权理论为视角	李 媛 / 42
欧洲人权法院对侦查阶段律师阅卷权的保障及启示	李冉毅 / 53
论胎儿的拟制法律主体资格	
——人权视角下的胎儿刑法权益保护	吴 鸣 / 64
银行“抵销权”之虚影与实像	
——破产申请受理前银行扣款还贷行为性质的理论探析与实践选择	金晓平 / 76
信托视角下的住房公积金制度完善	付立新 / 85
农村人口“空心化”之殇:城乡居民权利失衡	王文彬 张 军 / 94
少数民族权利保障的原则与模式	
——基于 1991~2014 年 15 部人权白皮书的分析	王敏璇 / 106
中国人权白皮书关于女性权利的表述	林莎莎 / 118
刑事诉讼中被害人权利保护研究	
——以认罪认罚从宽制度为视角	刘东红 / 149

书 评

基于恶的权利本体论构建

——评艾伦·德肖维茨《你的权利从哪里来?》…………… 肖 武 / 158

译 介

世界人口政策的道德目的与方式

…………… [德]维托里奥·赫斯勒(Vittorio Hösle) 著 陈鲁夏 黄钰洲 编译 / 166

Contents in Brief

Theories

State Extraterritorial Obligation in the Area of Civil and Political Rights

…………… Yu Liang Huang Meiyang / 176

Human Rights, Eigentum/Property and State in Kant's Philosophy of Law

…………… Tang Peifeng / 178

Study on a Judicial Conservative Transitional Justice;

A Case Study in Taiwan District of China …………… Meng Lei / 180

Practice

On the Legal Protection of Personal Data Interests; An Information Property

Right Perspective …………… Li Yuan / 181

The Protection of Lawyer's Right of Reviewing Files in the Course of Investigation

by European Court of Human Rights and its Implications …………… Li Ranyi / 183

On Treating Fetuses as Legal Subjects; Protecting the Rights and Interests of Fetuses

Based on Criminal Law from the Perspective of Human Rights …………… Wu Ming / 185

Virtual and Real Image of Bank's "Right of Set-off"; Theoretical Analysis on

the Nature of Bank's Deduction for Debt Repayment Prior to Court's

Acceptance of Bankruptcy Petition and Practical Choice …………… Jin Xiaoping / 187

Perfection of Housing Accumulation Fund System in the Trust Perspective …… Fu Lixin / 189

The Sorrow of Rural Population Hollowing Out; The Imbalance of Rights of between

Urban and Rural Residents' Rights …………… Wang Wenbin Zhang Jun / 191

Protection of the Rights of Minority Ethnic Groups; Principles and Modes

—An Analysis of 15 Human Rights White Papers Released from 1991

to 2014	Wang Minxuan / 193
On the Presentation of Women's Rights in China's Government White Papers on Human Rights	Lin Shasha / 195
Study on the Victim Rights Protection in the Criminal Procedure: From the Perspective of the Leniency System	Liu Donghong / 197
Book Review	
The Construction of the Right Ontology Based on Evil —A Review of Alan M. Dershowitz's Rights From Wrongs: A Secular Theory of the Origins of Rights	Xiao Wu / 199

国家在公民权利和政治权利领域的域外义务

于 亮* 黄梅艳**

一、引言

本文对传统的以领土边界为限的国际人权义务观念提出挑战和反思。人权的权利主体是个人,义务主体是国家。^[1]然而,对某个特定国家而言,它有义务保障哪些人的人权呢?《中华人民共和国宪法》第二章的标题为“公民的基本权利和义务”,目前,我国宪法学界的最新研究成果表明:基本权利的享有者不以公民为限,其应该包括在我国领土内的外国人。不过,该研究成果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。^[2]此外,还有学者指出应以“世界公民”作为人权的权利主体,但该学者并未论及国家对在其领土外的人的人权保障义务问题。^[3]在经济全球化时代以及某些国家频繁开展海外军事行动的背景下,某国对他国人民享有的人权极有可能产生负面影响甚至直接损害。常见的例子有北约军事行动对域外人权的影响、美国在关塔那摩监狱(位于古巴领土内)的虐囚丑闻、澳大利亚在领海外拦截非法移民并将其集中关押在瑙鲁的难民营(难民未经审判被限制人身自由,难民营时常暴出性侵、虐待等丑闻)等。在国际法中,至少有三个分支与国家域外行为有关:关于尊重他国主权的一般国际法、保护武装冲突受害者的国际人道法,以及很少被想到的国际人权法。本文从国际人权法的视角研究国家对在其领土外的人是否负有人权保障义务。但这并不意味着前两个国际法分支不重要,而是基于以下现实考虑。第一,国家的域外行动并不必然侵犯他国主权但却影响域外人权,如北约军事行动在多数情况下获得了联合国安理会的授权。第二,虽然国际人道法主要解决域外问题,但其仅适用于武装冲突时期,且没有个人申诉机制。第三,国际人权法既适用于和平时,也适用于武装冲突时期,并有丰富的个人申诉机制,允许权利受到侵害的个人直接申诉。事实上,欧洲人权法院已经审理了多起涉及域外人权的案件。

* 荷兰马斯特里赫特大学法学院博士候选人。

** 上海市锦天城律师事务所律师。

本文写作受国家留学基金委“国家建设高水平大学公派研究生项目”资助。

[1] 本文不考虑法人的人权问题。有关法人能否享有人权,参见徐显明、曲相霏:《人权主体界说》,载《中国法学》2001年第2期。还需要说明的是,国际人权法涉及横向法律关系和纵向法律关系。前者是指一国对他国遵守国际人权条约的合理期待和法律利益,后者是指国家与条约所要保护的個人之间的关系,本文仅研究后者。

[2] 参见杨小敏:《论基本权利主体在新中国宪法文本中的变迁》,载《法学论坛》2011年第2期。

[3] 参见曲相霏:《人、公民、世界公民:人权主体的流变与人权的制度保障》,载《政法论坛》2008年第4期。

目前笔者发现最早探讨人权公约域外义务的文献是美国学者特奥多·麦伦(Theodor Meron)教授于1995年发表的《人权条约的域外性》一文,该文只有4页篇幅,核心观点是美国在入侵海地之后应当遵守美国加入的人权条约,特别要尊重当地民众的生命权、免受酷刑的权利和有关正当程序的权利。^[4]之后数年内,人权条约域外义务问题几乎无人问津。直到2001年,欧洲人权法院作出“班考维奇等诉比利时等国案”的判决,域外义务问题才真正成为国际人权法学界关注的焦点。参与此轮论战的主要是欧洲学者,他们提出了国家域外人权义务的理论,认为国家基于人权条约对在其领土外的人也负有人权义务。^[5]应当承认,域外义务理论的出发点是好的,其旨在敦促国家避免域外人权侵害,促进人权的普遍实现。域外义务理论得到人权条约监督机构和有关司法机构特别是欧洲人权法院的践行。域外义务理论最初是在公民权利和政治权利领域创立的,并有向经济、社会和文化权利领域扩张的趋势。^[6]虽然公民权利和政治权利方面的域外义务得到了欧洲学界的总体认可,但从现有文献来看,域外义务理论分化为两种不同的理论进路。早期观点认为,国家义务以管辖为前提,域外义务取决于对管辖的解释。晚近,少数学者提出,人权条约中的管辖条款只能约束积极义务的范围,而消极义务则不受其限。本文结合欧洲人权法院的判例,在比较两种不同理论进路的基础上试图说明早期理论的前提假设有误及论证方法不当,而晚近少数学者的观点则更可取。不过,前述少数学者的观点仍有局限性,不能很好地解释《公民权利和政治权利国际公约》(以下简称《B公约》)的域外义务。笔者将在晚近理论的基础上,运用基本权利功能分类的分析方法提出对《B公约》第2条的合理解释。

中国长期坚持和平与发展的方针,极少进行海外军事行动,在国际交往中也注意尊重他国的主权和人权。域外义务问题似乎与我国并无直接关系。不过,作为若干人权条约的缔约国以及已经签署正待批准的人权条约的签署国,中国有必要对国际人权法领域的最新理论和实践保持关注。况且,域外义务问题与我国存在潜在联系。中国已经在联合国安理会的授权下派遣军舰赴亚丁湾海域进行护航,与国际社会共同打击海盗。只是由于我国刑法没有关于海盗罪的规定,我国海军只对海盗进行驱离,并未将其捕获回国审判。^[7]与此相关的问题是,我国在打击海盗的同时是否需要保护海盗的人权,尽管这些海盗对我国而言是外国人并且不在我国境内。此外,需要强调的是,域外义务议题不仅与武装冲突时期的人权保护有关,在和平时期也有潜在的应用价值。例如,随着中国经济实

[4] See Theodor Meron, "Extraterritoriality of Human Rights Treaties", *The American Journal of International Law* 89, 1995, pp. 78 - 79.

[5] See Sigrun Skogly and Mark Gibney, "Transnational Human Rights Obligations", *Human Rights Quarterly* 24, 2002, pp. 781 - 798; Michal Gondek, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp, Intersentia, 2009. 美国学者也探讨域外人权问题,但他们的视角是美国宪法的域外适用。Jules Lobel, "Fundamental Norms, International Law, and the Extraterritorial Constitution", *The Yale Journal of International Law* 36, 2011, pp. 312 - 315; Galia Rivlin, "Constitutions Beyond Borders: The Overlooked Practical Aspects of the Extraterritorial Question", *Boston University International Law Journal* 30, 2012, pp. 151 - 162.

[6] 于亮:《国家在经济、社会和文化权利方面的域外义务》,载《法制与社会发展》2016年第1期。

[7] 参见邓大鸣:《论我国刑法与国际法海盗罪立法之接力》,载《郑州大学学报》(哲学社会科学版)2010年第5期;黄瑶、卢婧:《论索马里海盗的审判及处罚问题》,载《法学评论》2011年第6期。

力的提升,我国海外投资日益增多,域外义务如果得以证成,是否意味着中国有义务采取措施规范海外投资行为,使总部在我国的跨国公司在海外也能保护人权?

二、域外义务理论的两条进路

(一)早期观点:基于“管辖”的域外义务理论

1. 将管辖作为国家义务的前提条件

早期域外义务理论将《欧洲人权公约》第1条、《B公约》第2条第1款或《美洲人权公约》第1条作为论证的起点,并认为这些条款是关于国家义务的一般规定。其中,《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一章所确定的权利和自由。”《B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……”《美洲人权公约》第1条规定:“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……”学者们将上述条款中的“管辖”理解为国家义务的必要条件,并以此为前提构建域外义务理论,这也是目前学界的主流观点。^[8] 据此观点,域外义务取决于对管辖的解释。换句话说,域外管辖是引起国家域外义务的前提条件。在此基础上,早期域外义务理论认为,应当对人权法中的管辖作扩张解释,因为人权法中的管辖不同于一般国际法中的管辖,前者的目的是决定国家是否有义务做某事,而后者的目的是决定国家是否有资格做某事。^[9]

域外义务理论的早期观点深受欧洲人权法院受理的“班考维奇等诉比利时等国案”(Banković and Others v. Belgium and Others)的影响。在该案中,欧洲人权法院认为,公约义务应以“全有或全无”的方式适用,管辖是引起全部国家义务的前提条件。^[10] 法院明确否定了申诉人提出的积极义务可以根据国家对个人的控制程度来调整的观点。^[11] 按照申诉人的观点,国家对个人不同程度的控制可以引起不同程度的国家义务。然而,法院则认为管辖是公约整体义务适用的前提条件。在“伊沙等诉土耳其案”(Issa and Others v. Turkey)中,欧洲人权法院再次重申,管辖是国家对其侵犯权利的作为或不作为承担责

[8] See Michal Gondek, “Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?”, *Netherlands International Law Review* 52, 2005, p. 352; Wouter Vandenhoe, “Beyond Territoriality: The Maastricht Principles on Extra-Territorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 29, 2011, p. 430; Samantha Besson, “The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to”, *Leiden Journal of International Law* 25, 2012, p. 860.

[9] See Marko Milanović, “From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties”, *Human Rights Law Review* 8, 2008, pp. 417–422.

[10] See The European Court of Human Rights, Banković and Others v. Belgium and Others, Grand Chamber, Decision as to the Admissibility of Application, 12 December 2001, para. 75.

[11] Ibid., paras. 75–76.

任的必要条件。^[12] 早期域外义务理论没有深刻反思将管辖作为国家整体义务的前提条件的观点,而是在其基础上试图对管辖进行扩张解释。比如,迈克尔·贡德克(Michal Gondek)博士认为,适用《欧洲人权公约》的前提是受害人在受到侵害的相关时间内处于缔约国的管辖下。^[13]

然而,早期观点有意无意地忽略了不同人权条约之间的细微差别。在描述国家义务时,《欧洲人权公约》笼统地使用“确保”一词,没有区分消极义务和积极义务。而《B公约》和《美洲人权公约》则明确区分了消极义务和积极义务,分别使用“尊重”和“保证”(或“确保”)的表述。在《美洲人权公约》中,管辖仅仅限制积极义务,而消极义务则不受管辖的限制。《欧洲人权公约》没有区分消极义务和积极义务,单从字面来看,既可以认为管辖仅仅限制积极义务,又可以认为管辖同时限制消极义务和积极义务。早期观点显然认为管辖同时限制消极义务和积极义务。《B公约》区分了消极义务和积极义务,但它的独特之处在于使用了“领土和管辖”的措辞,而非单一的管辖,而且从表面来看,“领土和管辖”似乎同时限制消极义务和积极义务。

笔者对早期观点的前提假设有两点质疑。其一,《欧洲人权公约》第1条、《B公约》第2条第1款或《美洲人权公约》第1条都是关于国家义务的总体规定吗?或者说它们是国家义务的充分必要条件吗?笔者认为,至少对《B公约》来说并非如此。从条文所处的位置来看,“领土和管辖”条款并不在第1条,而在第2条。如果是关于国家义务的总体规定,为何不放在第1条?此外,“领土和管辖”条款也仅仅出现在第2条第1款中,而第2条另外两款也实质性地规定了国家义务。因此,将领土和管辖条款理解为国家义务的充分条件而不是必要条件似乎更妥。

其二,为何认为管辖同时约束消极义务和积极义务?《美洲人权公约》明文规定管辖仅仅限制积极义务而非消极义务。《欧洲人权公约》中的管辖条款和《B公约》中的领土和管辖条款也不尽然同时限制消极义务和积极义务。人权事务委员会在关于缔约国一般义务的《第31号一般性意见》中指出:“缔约国承担的一般义务是:尊重《B公约》承认的权利并且确保在其领土内和受其管辖的一切个人享有这些权利。”^[14]从这句评论来看,人权事务委员会认为领土和管辖条款仅仅限制积极义务而非消极义务。不过,令人遗憾的是,人权事务委员会在同一文件中作出了自相矛盾的解释,其在另一处指出《B公约》第2条第1款意味着“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《B公约》所规定的权利。”^[15]人权事务委员会似乎又认为领土和管辖条款同时限制消极义务和积极义务,只不过将“和”字解释为“或”的含义。

[12] See The European Court of Human Rights, *Issa and Others v. Turkey*, Chamber, Judgment, 30 March 2005, para. 66.

[13] See Michal Gondek, “Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?”, *Netherlands International Law Review* 52, 2005, p. 352.

[14] 人权事务委员会:《第31号一般性意见:〈B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:26 May 2004,第3段。

[15] 同上,第10段。

2. 对《B 公约》第 2 条第 1 款中领土和管辖的分离解释

当然,早期观点也意识到《B 公约》领土和管辖条款的独特性。在所有公民权利和政治权利类的条约中,只有《B 公约》采用“领土”和“管辖”双重标准,其他条约均采用单一的“管辖”标准。如果按数学中集合的概念来看,领土和管辖存在交集,但不存在一个包含另一个的问题。一方面,在一国领土内的人通常被认为处于国家的管辖下,只有少数在一国领土内的人不在该国的管辖下,如来访的外国国家元首、在该国办公的国际组织公务员等。另一方面,在一国领土外的人也可能处于该国的管辖下,如船旗国或航空器注册国对驶出其领土的船舶或航空器及其乘客的管辖,或者国家使馆人员在驻在国对本国公民行使一定的管辖。

在上述早期观点预设的前提假设基础上,《B 公约》领土和管辖条款中“和”(英文为“and”)字意味着国家仅对在其领土内并且在其管辖下的人负有人权义务。如此,域外义务便无从谈起。为了得到国家有域外义务的结论,早期观点忽略“和”的字面意思,对领土和管辖作分离解释,即认为国家对在其领土内或在其管辖下的人负有人权义务。^[16]其实质是将“和”解释为“或”的含义,这种解释得到包括国际法院在内的国际司法或准司法机构的支持。

人权事务委员会在《第 31 号一般性意见》中指出:“第 2 条第 1 款规定,缔约国必须尊重和保证在其领土内和受其管辖的一切个人享有《B 公约》所承认的权利。这就意味着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《B 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。”^[17]也就是说,国家对在其领土外但在其管辖下的人负有人权义务。

在“在被占领的巴勒斯坦领土修筑隔离墙的法律后果的咨询意见”中,国际法院需要对《B 公约》第 2 条第 1 款的含义进行解释。法院认为,权利主体的范围既可以被解释为在缔约国领土内并在其管辖下的人,又可以被解释为在缔约国领土内的人和在该缔约国管辖下的人。在考察了《B 公约》的目的和宗旨以及人权事务委员会对该公约的解释之后,国际法院选择了后者,认为《B 公约》适用于国家在领土外行使管辖的行为。^[18]

从最终效果来看,上述将“领土”和“管辖”分离的解释具有一定的合理性,它强调人权的普遍性,正如国际法院所言,符合《B 公约》的目的和宗旨。不过,其实质是将“和”字解释为“或”的含义,该解释是否符合《维也纳条约法公约》所宣示的条约解释习惯法方法值得商榷。《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款规定:“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。”将“和”解释为“或”虽然参照了《B 公约》的目的和宗旨,但不符合其通常含义。事实上,将“和”解释为“或”不仅不符合

[16] See Dominic McGoldrick, “Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights”, in F. Coomans and M. Kamminga, eds., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2004, pp. 47–49.

[17] 人权事务委员会:《第 31 号一般性意见:〈B 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。

[18] See International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, paras. 108 and 111.

通常含义,甚至完全扭曲了“和”的含义。即使《维也纳条约法公约》第31条第3款允许参考“嗣后实践”和“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”,也不应将某个词汇解释为与其意思完全相左的含义。“和”“或”是两个完全不同的逻辑连接词,两者无论如何也不能互换。

此外,将“和”解释为“或”的另一个理由是如果不这样解释就会产生荒谬的结果。根据《维也纳条约法公约》第32条的规定,当根据第31条所作之解释的结果“显属荒谬或不合理时”,可以使用包括《B公约》准备工作资料在内的补充资料来解释《B公约》。人权事务委员会在“洛兹多诉土耳其案”(Lopez Burgos v. Uruguay)中指出严格按照“和”的字面含义解释《B公约》第2条第1款将会产生非常荒谬的结果,即导致国家在他国领土从事在自己国家被禁止的侵犯人权的行为。^[19]托穆沙特委员(Christian Tomuschat)在该案的附属同意意见中提出参考《B公约》的缔约准备资料以避免荒谬的解释结果。^[20]他指出,各缔约国引入领土条款的本意是避开一些影响《B公约》实施的特殊情况:比如,一个国家通常不可能确保定居他国的本国公民的人权的充分实现。起草者绝没有放纵国家在他国肆意从事在本国被禁止的侵犯人权的行为。^[21]适用《维也纳条约法公约》第32条的前提条件是根据第31条的解释方法得到的结果显然荒谬。然而,上述所谓荒谬结果并非按字面意思解释“和”字所导致的,而是由于对“领土和管辖”条款的作用对象(“尊重”?“保证”?还是两者同时?)理解有误所导致的。

因此,对领土和管辖条款的分离解释在方法论上是错误的,其根源在于早期域外义务理论假设的前提有误。早期理论错误地认为“领土和管辖”条款是国家义务的必要条件。比较合理的理解是“领土和管辖”条款是国家义务的充分条件,而非必要条件。或者说,该条款仅仅限制国家的积极义务而非消极义务,正如《美洲人权公约》第1条规定的那样。

美国政府在国际社会坚决反对将领土和管辖条款的“和”解释为“或”。^[22]然而,令人遗憾的是,美国政府又赞同早期域外义务理论的前提假设,认为领土和管辖条款是国家义务的必要条件。其结果是,美国政府否认任何域外义务。不过,值得注意的是,美国政府虽然在国际层面上坚决反对任何域外义务,但其国内宪法实践已经抛弃了此种观念。晚近美国联邦法院的判例表明,政府在《权利法案》下有域外尊重人权的义务。在“布迈丁诉布什案”(Boumediene v. Bush),联邦最高法院认为,被美军在阿富汗及美国本土之外其他国家俘获的关押在关塔那摩监狱(位于古巴)的外国人有权获得宪法性的人身保护法的保护。^[23]法院的主要理由为:关塔那摩监狱虽然在他国领土,但处在美国的绝对的和无期限的控制下。^[24]

[19] See Human Rights Committee, Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay, CCPR/C/13/D/52/1979, 29 July 1981, para. 12(3).

[20] Ibid., Individual opinion by Mr. Christian Tomuschat.

[21] Ibid.

[22] See Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, United States of America, 28 November 2005, CCPR/C/USA/3, Annex I, p. 109.

[23] See Boumediene v. Bush, 553 U. S. 723 (2008).

[24] Ibid.

3. 对管辖的扩张解释

在上述前提假设基础上,早期域外义务理论通过对管辖进行扩张解释来证成域外义务。从现有文献来看,多数学者认为,人权条约中的管辖与一般国际法中的管辖服务于不同目的,因此应作不同的理解。^[25] 这种观点得到欧洲人权法院的支持。

(1) 管辖主要以领土为限,例外扩展到领土外

欧洲人权法院认为,《欧洲人权公约》第1条所指的管辖主要限于缔约国的领土内,只有在例外情况下才扩展到缔约国的领土外。法院认为,作为例外的域外管辖需要逐案证成,并根据具体案件事实来判断是否成立。^[26] 法院在数个案例中逐渐阐明了下列两种例外情形。

(2) 例外一:对他国领土的有效控制

在“塞浦路斯诉土耳其案”(Cyprus v. Turkey)中,欧洲人权法院认为,当缔约国对他国领土进行有效控制时,在该领土上的人就处于缔约国的管辖下,缔约国对这些人就负有人权义务。^[27] 在“班考维奇等诉比利时等国案”中,法院虽然确认了缔约国对他国领土的有效控制构成《欧洲人权公约》第1条所指的管辖,但认为这种情形并不适用于对《欧洲人权公约》非缔约国领土的控制。原因在于,法院认为公约是区域性条约,其目的和宗旨在于确保欧洲的人权,即公约具有“法律空间”(convention legal space)。^[28] 不过,“法律空间”的概念明显违背了人权条约的非互惠性特点,欧洲人权法院后来抛弃了这一概念。在“斯卡伊尼等人诉英国案”(Al-Skeini and Others v. the United Kingdom)中,法院认为对任何国家的领土的有效控制均使缔约国对该领土上的人负有人权义务。^[29]

(3) 例外二:对人的权威和控制

在“奥卡兰诉土耳其案”(Öcalan v. Turkey)中,欧洲人权法院认为,当肯尼亚官员在肯尼亚国际机场将申请人交给土耳其官员后,申请人就有效地处于土耳其的权威下,因此从那时起申请人属于在缔约国(土耳其)管辖下的人。^[30] 在“伊沙等人诉土耳其案”中,法院认为对人的“权威和控制”(authority and control)构成《欧洲人权公约》第1条所指的管辖。^[31] 在“斯卡伊尼等人诉英国案”中,法院再次重申对人的权威和控制构成管辖。^[32] 在对人的权威和控制标准下,争议较大的问题是“是否需要对人进行身体上的现实控制”。换句话说,管辖的成立是否以国家实际羁押某人(in the custody of the state)为前提。由于科技的发展,国家有能力对在他国领土上的人实施远程精确打击。国家在实施远程

[25] See Marko Milanovic, "From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties", *Human Rights Law Review* 8, 2008, p. 417.

[26] See The European Court of Human Rights, *Jaloud v. The Netherlands*, Judgment, 20 November 2014, para. 139.

[27] See The European Court of Human Rights, *Cyprus v. Turkey*, Judgment, 10 May 2001.

[28] See The European Court of Human Rights, *Banković and Others v. Belgium and Others*, Grand Chamber, Decision as to the Admissibility of Application, 12 December 2001.

[29] See The European Court of Human Rights, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, Grand Chamber, Judgment, 7 July 2011.

[30] See The European Court of Human Rights, *Öcalan v. Turkey*, Grand Chamber, Judgment, 12 May 2005.

[31] See The European Court of Human Rights, *Issa and Others v. Turkey*, Chamber, Judgment, 30 March 2005.

[32] See The European Court of Human Rights, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, Grand Chamber, Judgment, 7 July 2011.