

《经济、社会和文化权利国际公约》中 母国规制跨国公司的义务

——兼评经济、社会和文化权利委员会的最新实践

于 亮

内容提要: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“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”,可以发现母国义务有很强的法律依据。根据《经济、社会和文化权利国际公约》,母国有义务采取措施规范总部在其领土上的跨国公司,防止其在海外侵犯经济、社会和文化权利。但母国义务受到“采取步骤”、“尽可能得到的最大资源”的限制,这是《公约》自身特点。经济、社会和文化权利委员会对母国义务持肯定态度,并在其工作中对这一概念进行了积极阐发,这一点与联合国《工商企业与人权指导原则》形成鲜明对比。委员会采取了“尊重、保护和满足”的国家义务三分法,并认为母国义务属于域外保护义务的范畴。尽管委员会的工作存在缺乏连贯性和方法论不透明等问题,但其支持了“母国义务”这一理论视角,为“商业与人权”问题的解决提供了新思路。

关键词:跨国公司 人权 母国 域外义务

于亮,荷兰马斯特里赫特大学博士研究生。

一 问题的提出

在经济全球化时代,跨国公司侵犯人权特别是经济、社会和文化权利的现象时有发生,给人权保障事业带来巨大挑战。为解决商业与人权问题,国际人权法学者提出两种不同的路径:其一是强调国际法项下跨国公司直接的人权义务;其二是探求国家基于国际人权条约对跨国公司的规制义务。从现有文献来看,大量研究采用的是第一种路径,即探讨跨国公司自身的人权义务。^[1] 国家义务路径作为较为传统的国际法路径,受到的关注反

[1] 参见 Steven R. Ratner, Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility, 111 *The Yale Law Journal* 443, 492-496 (2001); 刘满达:《跨国公司的人权责任》,《法学》2003年第9期,第97页;何易:《论跨国公司的国际人权责任》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2004年第3期,第406页。

而相对较少。不过,晚近“跨国公司人权义务”路径的受阻(以美国 Kiobel 案为标志)促使学者重新思考国家义务这一传统的国际法路径。^[2] 2011年,联合国人权理事会通过的《工商企业与人权:实施联合国“保护、尊重和补救”框架指导原则》(以下简称《指导原则》)在很大程度上融合了上述两种路径,分别探讨了“国家保护人权的义务”和“公司尊重人权的责任”。^[3] 在国家义务方面,国际社会对东道国的义务基本达成共识,但对母国是否有义务规制跨国公司尚存较大分歧。本文研究的正是母国义务这一问题。特别值得注意的是,经济、社会和文化权利委员会在2014年5月23日针对中国第二次国家报告作出的结论性意见中,特别提到了中国作为母国的义务的问题,并向中国提出了相关建议。因此,母国义务也是与中国息息相关的问题。

由于跨国公司对人权的影响主要发生在经济、社会和文化权利领域,本文的研究范围也相应地集中于此。在方法论的选择上,本文除了阐述母国义务的必要性,并以《维也纳条约法公约》第31条所宣示的条约解释习惯法规则来解释《经济、社会和文化权利国际公约》之外,将主要对经济、社会和文化权利委员会的工作进行分析和评述。

经济、社会和文化权利委员会(以下简称“委员会”)是《经济、社会和文化权利国际公约》(以下简称《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》(以下简称《议定书》)于2013年5月5日生效,委员会获得审理“个人来文”和“国家间申诉”的职能,并可根据《议定书》第11条的规定展开“调查程序”。但目前在这三种程序下尚无现实案例发生。除了《公约》及《议定书》规定的正式程序外,委员会还以“一般性评论”(general comments)的形式发表对《公约》特定条款的解释。本文将选取委员会的一般性评论和结论性意见进行研究。需要指出的是,结论性意见是分别针对每个缔约国作出的,由于《公约》缔约国数量众多,不可能也没有必要穷尽所有国家。因此,笔者从2013年《世界投资报告》公布的前二十大对外投资经济体中挑选目标缔约国。^[4] 排除那些不是《公约》缔约方的经济体,本文将研究委员会针对下列国家作出的结论性意见:日本、中国、英国、德国、加拿大、俄罗斯、瑞士、法国、瑞典、韩国、意大利、墨西哥、智利、挪威、爱尔兰和卢森堡。这些国家或地区极具代表性,既包括发达国家,也包括发展中国家,并且涵盖了“金砖国家”中的两个。

二 规范跨国公司行为的路径选择: 母国义务的必要性及有关争议

对跨国公司的行为进行规范有多种可能的路径,包括公司社会责任路径、公司人权义

[2] Danwood Mzikenge Chirwa, The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights, 5 *Melbourne Journal of International Law* 1, 11-17 (2004).

[3] 联合国:《工商企业与人权:实施联合国“保护、尊重和补救”框架指导原则》,2011,文件编号:HR/PUB/11/4。

[4] United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report*, Geneva, 2013. p. XV.

务路径、东道国义务路径和母国义务路径。每种方式皆有其优势和不足。其中,社会责任并非严格的法律责任,而是自愿的、不具强制约束力的软法,主要通过非政府组织、消费者团体等社会监督来落实。比如,尽管中国《公司法》第 5 条第 1 款规定了公司应当承担社会责任,但理论和实务界普遍认为,该条“只有宣示性意义,而非裁判依据”。〔5〕在法律责任方面,学界最初的思路是探讨国际人权法下跨国公司直接的人权义务或责任,目前来看关于这一问题的文献非常丰富。〔6〕同一时期,很多国际软法文件也都采用这一思路,比如联合国《跨国公司和其他工商企业在人权方面的责任准则》、国际劳工组织《关于跨国公司和社会政策的三方原则宣言》、经济合作与发展组织的《跨国公司指南》。这些文件都强调跨国公司本身应该遵守国际人权法。不可否认,跨国公司人权义务的路径对解决商业与人权问题起到了很大作用,特别是通过美国《外国人侵权法》(United States Alien Tort Claim Act)的实施方式。〔7〕不过,这一路径在目前的国际社会中也面临很大阻力:国家仍是国际社会的主要角色,保护人权的首要责任属于国家,国际层面的司法机制也均以国家为中心,跨国公司无法成为被告。

2013 年,美国 Kiobel 案原告的败诉使得通过国内法院实施跨国公司人权义务的途径受到阻碍,前景难以预料。《外国人侵权法》规定:“联邦地区法院对外国人提起的违反国际法或美国加入的国际公约的民事侵权案件有初审管辖权。”该案中,原告(尼日利亚居民)起诉在尼日利亚的跨国公司违反国际法,侵犯当地居民的人权。联邦第二巡回上诉法院驳回了原告的诉讼请求,理由是国际法并不承认公司的义务。法院指出:“虽然国际法已经将某些规范的义务主体扩展到个人,但其从未将义务主体扩展到公司。”〔8〕美国最高法院维持了上诉法院的判决,但对国际法下公司义务的问题只字未提,而是以另外的理由否定了原告的诉求。最高法院认为:“当一项法律没有明确表明可以适用于在美国领土外的情势时,那它就不可以适用,因此《外国人侵权法》不适用于在美国领土外的侵权行为。”〔9〕

由于跨国公司人权义务的路径受阻,学者们开始重新思考传统的国家责任(或义务)路径,即通过寻求国家对跨国公司进行规制的义务来解决商业与人权问题。〔10〕我国也有

〔5〕 王立兵:《公司社会责任的双重属性及其实现途径——以〈公司法〉第 5 条第 1 款为中心》,《学术交流》2012 年第 1 期,第 66 页。

〔6〕 参见 Iris Halpern, *Tracing the Contours of Transnational Corporations' Human Rights Obligations in the Twenty-First Century*, 14 *Buffalo Human Rights Law Review* 129, 133 (2008); Rachel J. Anderson, *Reimagining Human Rights Law: Toward Global Regulation of Transnational Corporations*, 88 *Denver University Law Review* 183, 184 (2010); 宋永新, 夏桂英:《跨国公司的国际人权责任》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2006 年第 6 期,第 95 页;张思思:《试论跨国公司之人权责任》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2012 年第 3 期,第 103 页。

〔7〕 参见吴琼:《监管跨国公司侵犯人权案的新突破——美国〈外国人侵权法令〉介评》,《比较法研究》2009 年第 5 期,第 102 页。

〔8〕 United States Court of Appeals for the Second Circuit, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, Case No. 06 - 4800-cv, 06-4876-cv. p. 9.

〔9〕 Supreme Court of the United State, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, Case No. 10 - 1491, pp. 13 - 14.

〔10〕 Eric De Brabandere, *Non-State Actors and Human Rights: Corporate Responsibility and the Attempts to Formalize the Role of Corporations as Participants in the International Legal System*, in Jean d'Aspremont (ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*. Abingdon: Routledge, 2011, pp. 268 - 283.

学者赞同通过母国法律规制母公司行为的路径。^[11] 本文在不否认其他规制路径可能发挥作用的前提下,探讨母国是否有义务规制总部在其领土上的跨国公司。这一问题目前在我国人权法研究领域仍属空白。

在国家义务方面,目前可以肯定的是东道国根据有关国际人权公约有义务保护在其领土的人免受跨国公司侵犯。争议较大的是母国义务的问题。在国际法上,母国有权利对总部在其领土上(基于属地管辖权)或者具有其国籍(基于属人管辖权)的跨国公司进行规制。然而,母国是否“有义务”这样做则是一个新兴的国际法问题。这一问题涉及对《公约》项下国家义务的理解。《指导原则》的态度是国际人权法一般并不要求母国对跨国公司进行规制,但也不禁止其这样做。在《指导原则》发布之前,就有学者主张,跨国公司的母国根据国际法有义务对公司的海外活动进行适当监管,防止其侵犯人权。^[12] 然而,这一观点并未被《指导原则》所采纳。很多学者因此批评《指导原则》过于保守,未能反映国际法的最新发展。^[13]

三 母国义务的法理问题:国家义务的类型和权利主体的范围

根据国际人权法的一般原理,人权的权利主体是个人,义务主体是国家。在全球化时代,人权既可能受到国家的直接侵害,也可能受到作为第三人的跨国公司的侵害。就跨国公司的母国而言,受到跨国公司侵害的人并不在母国领土上。由此,母国义务涉及两大法理问题:其一,国家义务的类型有哪些,是否包括防止第三人侵犯人权的义务?其二,权利主体的范围是否包括在国家领土之外的人?

(一) 国家义务的类型

母国义务涉及的第一个问题是国家是否有防止第三人侵犯人权的义务。在过去很长时间内,学界运用积极义务和消极义务的两分法来分析国家义务。政治权利和公民权利被视为消极权利,对应着国家不得干预的“消极义务”;经济、社会和文化权利被视为积极权利,对应着国家进行给付的“积极义务”。但这种简单的划分并未充分反映人权保护的现实。事实上,两类人权同时包含消极义务和积极义务。一方面,某些政治权利有时也需要国家给付;另一方面,经济、社会和文化权利的实现也要求国家不得干预。^[14] 此外,积极义务与消极义务之分也没有考虑到国家防止第三人侵犯人权的问题。如今,学者们越来越多地使用国家义务“三分法”作为分析工具,即国家有“尊重、保护和满足”三个层次的义务(obligation to respect, to protect and to fulfill)。这种分类方法可以从亨利·舒

[11] 参见王哲:《跨国公司侵犯人权行为的法律规制》,《时代法学》2014年第1期,第101页。

[12] Robert McCorquodale and Penelope Simons, Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law, 70 *Modern Law Review* 598, 624-625 (2007).

[13] Sarah Joseph and Adam McBeth, Submission to the Secretary General's Special Representative on Business and Human Rights on Proposed Guiding Principles for Business and Human Rights.

[14] 参见何海岚:《经济、社会和文化权利国际公约实施问题研究》,《政法论坛》2012年第1期,第69-73页。

(Henry Shue) 的著作中找到源头。舒认为,每种基本权利都会对应产生三个层次的国家义务,即“避免剥夺”、保护不被剥夺以及“向被剥夺者提供帮助”。^[15] 这种观念随后被时任联合国关于食物权的特别报告员阿斯比约恩·艾德(Asbjorn Eide)阐述为“尊重、保护和满足”三个层次的国家义务。^[16] 这一分类方法得到委员会的大力推广,并获得学界的广泛认同。简言之,尊重的义务要求国家不得干涉经济、社会和文化权利的享有;保护的义务要求国家防止这些权利被第三方侵犯;满足的义务要求国家采取适当的立法、行政、司法和预算等措施,以促成这些权利的充分实现。^[17]

以上述“三分法”来看,国家义务包含防止第三方侵犯人权的义务。这种观点得到人权司法或准司法实践的支持。例如,在“奥戈尼案”(Ogoni Case)中,非洲人权和民族权利委员会(African Commission on Human and Peoples' Rights,以下简称“非洲委员会”)采用了类似的分类方法,将国家义务分为“尊重、保护、促进和满足”的义务。^[18] 该案的基本案情为:尼日利亚国家石油公司(Nigerian National Petroleum Company)与壳牌石油发展公司(Shell Petroleum Development Corporation)成立的合资企业在尼日利亚的奥戈尼地区从事石油开采活动。企业的开采活动造成严重的环境污染,并引起土壤和水源的破坏,严重影响当地人民的健康。此外,企业还被披露从事了烧毁庄稼、杀死农场牲畜、毁坏农民房屋等行为。尼日利亚政府不仅没有采取措施制止公司的行为或向受害者提供救济,反而配合公司的行动并将国家军队交由合资企业支配。^[19] 虽然该案针对的是东道国而非母国的义务,但非洲委员会从一般意义上阐明了国家具有防止作为第三人的跨国公司侵犯人权的义务。非洲委员会在决定中指出:“国家有义务通过立法并提供有效救济保护权利享有者不被其他主体所侵犯。”^[20]

(二) 权利主体的范围

母国义务还涉及权利主体的范围问题,即国家义务所对应的权利主体仅包括在其本国领土上的人,还是也包括在其领土之外的人。后者亦即学界热议的人权条约的域外适用问题,或者说国家的域外人权义务问题。^[21] 本文所要探讨的母国义务问题可以归结为国家对在其领土之外的人是否也有某种义务,防止其被总部在该国领土的跨国公司所侵

[15] Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U. S. Foreign Policy*, New Jersey: Princeton University Press, Second Edition, 1996, pp. 52 - 53.

[16] Asbjorn Eide, Final report on the right to adequate food as a human right, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23.

[17] The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, in Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*. Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 2001. Annex 4, pp. 727 - 734.

[18] African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 155/96: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, 2001, para. 44.

[19] African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 155/96: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, 2001, para. 2 - 9.

[20] African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication 155/96: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, 2001, para. 46.

[21] 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, pp. 41 - 72.

犯。某些人权条约含有“管辖条款”，对权利主体的范围作出了限定。比如，《公民权利和政治权利国际公约》第2条第1款规定：“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。”这就意味着在公民权利和政治权利方面，国家义务仅仅适用于“在其领土内和受其管辖的人”。然而，《经济、社会和文化权利国际公约》并不包含一般意义的（第14条除外）管辖条款，也就是说国家义务针对的权利主体并不必然限于在其领土或管辖下的人。

《经济、社会和文化权利国际公约》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。”对该条含义的理解，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”、“当事国嗣后实践”，并在解释的过程中始终遵循“善意解释”的原则。

由于《经济、社会和文化权利国际公约》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，因此从通常含义和上下文来看，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公约的目的和宗旨。除此之外，“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”经常被学者用来解释国家的域外义务。在这方面，有关国际法规则包括国际合作的义务和关于“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”的习惯法规则。

除了《经济、社会和文化权利国际公约》第2条第1款本身提到了“国际合作”之外，《联合国宪章》第56条和《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。^[22] 不过，目前尚不清楚的是母国义务是否隐含在国际合作的义务之中。

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）中，仲裁员就对这一习惯法规则进行了初步阐述。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。”^[23] 国际法院在“科孚海峡案”（Corfu Channel Case）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

[22] Fons Coomans, Some Remarks on the Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, in Fons Coomans and Menno Kamminga (eds), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp, Oxford: Intersentia, 2004, pp. 183 - 199.

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

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。^[24] 上述两个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,国家不仅自己不得干扰或侵犯他国人民的经济、社会和文化权利,还有义务阻止来自其领土的损害,比如对总部在其领土的跨国公司进行规制防止其侵犯他国人民的经济、社会和文化权利。

根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款第 2 项的规定,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,目前还很难找到各国较为一致的实践。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 条第 3 款第 2 项所指的国家嗣后实践。^[25] 对于这种观点必须审慎看待,而且必须严格考察国家的态度,不能将条约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。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,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。基于此,本文将在第四部分对经济、社会和文化权利委员会在母国义务方面的实践进行评述。

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“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”,可以发现母国义务有很强的法律依据,母国有义务采取措施规范总部在其领土的跨国公司防止其在海外侵犯经济、社会和文化权利。当然,《公约》项下的国家义务本身受到“采取步骤”、“尽可能得到的最大资源”的限制,因此,母国义务也当然受到这两个条件的限制。学界的最新动态也肯定了上述观点。

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《公约》的域外适用问题,与会的国际法和人权法方面的专家学者共同通过《关于国家在经济、社会和文化权利领域的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,以下简称《马斯特里赫特原则》)。《马斯特里赫特原则》详细阐述了国家域外人权义务的具体内容,体现了国家域外义务理论的新发展。值得一提的是,该原则明确提出了母国有义务规制跨国公司防止其侵犯他国人民的经济、社会和文化权利:“国家必须采取措施,通过法律和其他手段,包括外交方法,来确保在下列情形下的非国家行为者不侵犯他国人民的经济、社会和文化权利:……(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所在该国……”

[24] International Court of Justice, Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 9 April 1949, p. 22.

[25] International Law Association, Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies, 2004, para. 20.

四 经济、社会和文化权利委员会的实践

(一) 一般性评论^[26]

委员会已经发布了 21 个一般性评论,来解释《公约》的有关条款。自 1999 年《第 12 号一般性评论》以来,委员会在数个一般性评论中提及了母国义务问题。

1. 明确提及母国义务的一般性评论

在《第 12 号一般性评论》(关于充足食物权)中,委员会首次阐明了国家义务的三分法,即尊重、保护和满足的义务。其中,保护的义务与规范跨国公司的行为有直接关系。委员会指出:“保护的义务要求国家采取措施确保企业或个人不会剥夺他人对充足食物的获取。”^[27]然后,委员会明确提及国家保护他国人民享有的食物权的义务。在以“国际义务”为标题的部分,委员会强调:“缔约国应该采取措施尊重他国的食物权,保护该项权利,促进食物的获取并在需要的时候提供必要的援助。”^[28]不过,委员会的表述较为笼统,没有指明国家采取保护措施所要针对的对象是总部位于其领土的跨国公司,还是也包括与该国没有任何关系的跨国公司。

在《第 14 号一般性评论》(关于健康权)中,委员会指出:“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》和有关国际法防止第三方,如果他们能够通过法律或政治手段影响第三方的话,防止他们在第三国违反这项权利。”^[29]在这里,委员会指明国家的保护措施所要针对的是他们能够通过法律或政治手段影响的第三方。

在《第 15 号一般性评论》(关于水权)中,委员会强调:“缔约国应该采取措施,防止本国公民和公司侵犯其他国家个人和群体的水权。当缔约国可以采取步骤通过法律或政治手段促使其他第三方尊重水权时,它们应该根据《联合国宪章》和有关国际法采取这类步骤。”^[30]这里,国家的保护措施所针对的是其本国公民和公司以及它们能够影响的第三方。

此外,委员会在《第 19 号一般性评论》(关于社会保障权)中表达了相似的观点。需要指出的是,委员会在这个评论中首次使用了“域外”(extraterritorially)这一表述。^[31]

2. 没有提及母国义务的一般性评论

当然并非所有的一般性评论都对母国义务的问题有所提及。在第 13 号、16 号、20 号和 21 号一般性评论中,委员会像以往一样采用了国家义务的三分法,即尊重、保护和满足的义务,但并没有提到母国规制跨国公司的义务。此外,在第 17 号和第 18 号一般性评论

[26] 此类文件的英文名称为“general comment”,委员会官方网站发布的中文版本使用措辞并不统一,有时将其称为“总评论”,又有时将其称为“一般性意见”,笔者使用“一般性评论”的译法,以示与“结论性意见”(concluding observation)区分。

[27] 经济社会文化权利委员会:《第 12 号总评论》,1999 年 5 月 12 日,文件编号:E/C.12/1999/5,第 15 段。

[28] 经济社会文化权利委员会:《第 12 号总评论》,1999 年 5 月 12 日,文件编号:E/C.12/1999/5,第 36 段。

[29] 经济社会文化权利委员会:《第 14 号一般性意见》,2000 年 8 月 11 日,文件编号:E/C.12/2000/4,第 39 段。

[30] 经济社会文化权利委员会:《第 15 号一般性意见》,2003 年 1 月 20 日,文件编号:E/C.12/2002/11,第 33 段。

[31] 经济社会文化权利委员会:《第 19 号一般性意见》,2008 年 2 月 4 日,文件编号:E/C.12/GC/19,第 54 段。

中,委员会仅仅提到国家有义务保护在其管辖下的个人不被第三方侵犯。例如,委员会在《第 18 号一般性评论》(关于工作权利)中指出:“缔约国未能采取一切必要措施保障在其管辖下的个人的工作权利不受第三方的损害,即造成违反保护义务。违反包括如下不作为,例如未能对个人、群体或公司的活动进行规制,从而防止他们侵犯其他人的工作权利;或未能保护工人免遭非法解雇。”^[32]

通过一般性评论可以看出,从 1999 年起,委员会已经开始重视并阐发母国义务的问题。在委员会广泛采用的国家义务三分法(尊重、保护和满足的义务)的框架内,母国规制跨国公司的义务属于保护义务的范畴。不过,委员会在一般性评论中的态度并非始终如一,尚未形成系统的、体系化的母国义务的概念。下表清晰地展示了一般性评论对母国义务提及与否的情况。

表格一:《公约》具体权利对应的国家义务

《公约》主要的具体权利	《一般性评论》的 编号和年份	国家义务的类型	保护的义务的范围
充足住房权	第 4 号,1992 第 7 号,1997	未提及三分法	未提及母国义务
充足食物权	第 12 号,1999	尊重、保护和满足的义务	包含母国义务
受教育权	第 13 号,1999	尊重、保护和满足的义务	未提及母国义务
健康权	第 14 号,2000	尊重、保护和满足的义务	包含母国义务
水权	第 15 号,2002	尊重、保护和满足的义务	包含母国义务
人人有权享受对其本人的任何科学、文学和艺术作品所产生的精神和物质利益的保护	第 17 号,2005	尊重、保护和满足的义务	将国家的保护的义务限于其管辖下的人
工作权	第 18 号,2005	尊重、保护和满足的义务	将国家的保护的义务限于其管辖下的人
社会保障权	第 19 号,2007	尊重、保护和满足的义务	包含母国义务
参加文化生活的权利	第 21 号,2009	尊重、保护和满足的义务	未提及母国义务
享有公正和良好工作条件的权利		尚未作出一般性评论	
成立和加入工会的权利			
有关家庭生活的权利			

(信息来源:作者自制,基于 2014 年 5 月 1 日前的数据。)

(二) 结论性意见

委员会的结论性意见是针对缔约国报告作出的。委员会最新修订(2008 年)的《报告

[32] 经济社会文化权利委员会:《第 18 号一般性意见》,2006 年 2 月 6 日,文件编号:E/C.12/GC/18.第 35 段。

指南》并未要求缔约国在报告中提供有关商业与人权问题的信息。^[33] 此前的一项研究表明,委员会在2011年之前从未在结论性意见中提及母国对跨国公司的规制义务或母国的保护义务。^[34] 不过,从2011年之后情况发生了改变。委员会在这一年发布了关于公司部门与经济、社会、文化权利的声明,在声明中委员会呼吁缔约国在报告中提供商业与人权问题的信息,并鼓励其他利益相关者提供有关信息。^[35]

2011年,委员会开始在结论性意见中表达其对母国规制跨国公司的义务的关切和建议。在当年针对德国的结论性意见中,委员会指出:“委员会关注缔约国在有关德国公司境外投资的政策制定过程中以及缔约国对这些公司提供支持的同时没有充分考虑人权。委员会呼吁缔约国有关德国公司海外投资的政策应该确保东道国的经济、社会和文化权利。”^[36] 在2013年针对比利时的结论性意见中,委员会指出:“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日新通过的《农业燃料法》可能会鼓励比利时公司在第三国从事此类大规模的耕植生产,并可导致对当地自耕农带来负面影响。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些促进农业燃料的项目,不会对该国人民享有经济、社会及文化权利产生负面影响。”^[37]

在2013年针对挪威的结论性意见中,委员会再次强调了缔约国作为母国的义务。委员会指出:“委员会建议缔约国通过政策和其他措施,防止总部在其管辖范围内的公司在海外侵犯人权的行为,同时不侵犯东道国主权或削弱东道国根据《公约》承担的义务。”^[38]

值得注意的是,委员会在晚近针对中国的结论性意见中将“商业与经济、社会和文化权利”作为一项独立问题并就中国作为母国的义务提出关切和建议。2010年,中国政府向委员会提交了第二次定期报告。2013年,委员会在初步审议报告之后,向中国发回问题清单,请求中国进一步说明“已采取哪些措施,包括立法、规章、政策和指导,确保工商企业在其全部业务中,包括在国外经营业务时,尤其是在采掘部门和在涉及征用土地的商业活动中,尊重经济、社会和文化权利。”^[39] 对此,中国代表团作出积极回应,在对委员会

[33] 经济社会文化权利委员会:《缔约国根据〈经济、社会、文化权利国际公约〉第十六和第十七条提交条约专要文件的准则》,2009年3月24日,文件编号:E/C.12/2008/2。

[34] Fons Coomans, *The Extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, 11 *Human Rights Law Review* 1, 29 (2011).

[35] 经济社会文化权利委员会:《缔约国关于企业部门与经济、社会和文化权利的义务问题的声明》,2011年7月12日,文件编号:E/C.12/2011/1. 第7段。

[36] 经济社会文化权利委员会:《经济、社会、文化权利委员会的结论性意见:德国》,2011年7月12日,文件编号:E/C.12/DEU/CO/5. 第10段。

[37] 经济社会文化权利委员会:《关于比利时第四次定期报告的结论性意见》,2013年12月23日,文件编号:E/C.12/BEL/CO/4. 第22段。

[38] 经济社会文化权利委员会:《关于挪威第五次定期报告的结论性意见》,2013年11月29日,文件编号:E/C.12/NOR/CO/5. 第6段。

[39] 经济社会文化权利委员会:《会前工作组第五十一届会议(2013年5月21日至24日)通过的与中华人民共和国(E/C.12/CHN/2)、包括中国香港(E/C.12/CHNHKG/3)和中国澳门(E/C.12/CHN-MAC/2)的第二次定期报告有关的问题清单》,2013年6月13日,文件编号:E/C.12/WG/CHN/Q/2. 第2段。

的回复中尽可能详细地阐述了中国政府采取的具体措施。^[40] 2014 年 5 月 23 日,委员会作出最终的结论性意见,向中国提出完善的建议。委员会指出:“委员会感到关切的是,缔约国未采取适足和有效的措施,以确保中国公司,不论是国营公司还是私营公司,包括在境外开展业务活动时,均尊重经济、社会和文化权利。委员会建议缔约国采取适当的立法和行政措施,确保在缔约国境内营业或由缔约国境内管理的公司及其分支机构对在其境外项目中侵犯经济、社会和文化权利的行为承担法律责任。”^[41]

相反,委员会在 2011 年和 2013 年分别针对俄罗斯和日本的结论性意见当中并没有提及商业与人权问题。^[42] 在审议缔约国报告的过程中,委员会也没有在问题清单中要求这两个缔约国提供相关信息。^[43]

委员会在结论性意见中就缔约国作为母国的义务提出关切和建议,意味着委员会已经将其对母国义务的解释应用到《公约》正式的监督程序(缔约国报告程序)中。这些结论性意见更加具体、更有针对性,解决的是某个缔约国的具体问题。当然,委员会的尝试还只是刚刚开始,尚未形成连贯一致的实践,主要表现为委员会并未针对所有缔约国提出母国义务的问题,哪怕这些国家是较大的对外投资国,比如日本。

(三)对委员会工作的评价

1. 积极方面

与联合国《工商企业与人权指导原则》形成鲜明对比,委员会总体上肯定了母国义务的概念,并通过一般性评论和结论性意见阐述和发展了这一概念。委员会采用“尊重、保护和满足”的国家义务的三分法作为分析工具,并认为母国义务属于域外保护义务的范畴。委员会在肯定母国义务的同时,也保持了一定的灵活性,并充分注意到《公约》中国家义务受制于“采取步骤”和“尽可得到的最大资源”的一般特点,为各国所要采取的具体措施留下了足够的自由裁量空间。总之,委员会通过条约监督实践积极回应了商业与人权问题,有助于促进母国义务理论的发展,总体上是值得肯定的。

2. 不足之处

其一,委员会尚未提出科学的、严谨的关于母国义务的定义,没有明确界定缔约国所要规制的公司的范围(是在该国注册的公司,还是主要营业地在该国的公司,抑或也包括被该国公民实际控制的公司?)。

其二,委员会的实践并不连贯一致。具体表现为:有的一般性评论阐述了母国义务的

[40] 经济社会文化权利委员会:《中国对问题清单的答复》,2014 年 2 月 11 日,文件编号:E/C.12/CHN/Q/2/Add.1. 第 3-6 段。

[41] 经济社会文化权利委员会:《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》,2014 年 6 月 13 日,文件编号:E/C.12/CHN/CO/2. 第 13 段。

[42] 经济社会文化权利委员会:《经济、社会、文化权利委员会的结论性意见:俄罗斯联邦》,2011 年 6 月 1 日,文件编号:E/C.12/RUS/CO/5; 经济社会文化权利委员会:《委员会第五十届会议(2013 年 4 月 29 日至 5 月 17 日)就日本第三次定期报告通过的结论性意见》,2013 年 6 月 10 日,文件编号:E/C.12/JPN/CO/3。

[43] 经济社会文化权利委员会:《审议俄罗斯联邦就〈经济、社会、文化权利国际公约〉第一至十五条所述权利提交的第五次定期报告(E/C.12/RUS/5)时要考虑的问题清单》,2010 年 6 月 14 日,文件编号:E/C.12/RUS/Q/5; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, List of issues in connection with the consideration of the third periodic report of Japan, 8 June 2012, E/C.12/JPN/Q/3.

问题,而另外一些一般性评论没有提及这一问题。在结论性意见方面,委员会并未在针对所有缔约国的结论性意见中提出母国义务的问题,没能做到一视同仁。当然这也并非委员会有意为之,而是受到时间和能力所限。委员会并非常设机构,其成员每年开会两次,每次会议由为期三周的全体会议和为期一周的准备会议组成。由于开会时间短,工作量相对较大,委员会不得不参考非政府组织提交的平行报告。而非政府组织数量众多,工作重点也各有侧重,因此不可能关注每个国家作为母国的义务问题。

其三,或许最为重要的是,尽管委员会宣称母国义务的概念源于对《公约》的解释,但是委员会的解释方法并不透明。从委员会目前的工作来看,很难看出其对母国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的习惯法规则。^[44]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,如本文第三部分所示,即便严格遵守《维也纳条约法公约》第31条的解释方法,也可以得到支持母国义务的解释。只不过,母国义务受到“采取步骤”、“尽可得到的最大资源”的限制,这是《公约》本身的特点。

其四,委员会有将母国义务等同于“域外保护的义务”之嫌。笔者认为,《公约》缔约国并没有义务保护他国人民免遭“一切”损害(所谓域外保护义务),而仅仅有义务保护他国人民免受来自该缔约国领土的损害(即母国义务)。因此,母国义务的外延小于域外保护的义务的外延。

五 结 论

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“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”,可以发现母国义务有很强的法律依据。基于《经济、社会和文化权利国际公约》,母国有义务采取措施规范总部在其领土的跨国公司防止其在海外侵犯经济、社会和文化权利。只不过,母国义务受到“采取步骤”、“尽可得到的最大资源”的限制,这是《公约》本身的特点。作为《公约》监督机构的委员会已经逐步阐述并发展了母国义务的概念。委员会最初在一般性评论中提及此类义务。2011年,委员会通过声明呼吁缔约国和利益相关者提供有关信息。自2011年起,委员会已经在包括针对中国在内的数个结论性意见中提出对母国义务的关切和建议。总的来说,委员会的实践与联合国《工商企业与人权指导原则》形成鲜明对比,总体上肯定了母国义务的概念。至于国家所要采取的具体措施,委员会并未给出统一的标准,而是留给各国较大的自由裁量空间。不

[44] Kerstin Mechlem, Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights, 42 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 905, 919-922 (2009).

过,需要注意的是,委员会的实践还不够连贯统一,也没有提出科学的、严谨的关于母国义务的定义,其解释的方法论也不够透明。尽管如此,委员会的工作支持了母国义务这一理论视角,为商业与人权问题的解决提供了新思路。对委员会未来工作的建议有三:第一,可以考虑修改《报告指南》,将母国义务作为缔约国报告的常规事项,避免随机性审查,确保其工作的连贯性和一致性,并对所有缔约国一视同仁;第二,继续阐发母国义务的概念,形成科学的、严谨的定义,并明确界定母国所要规范的跨国公司的范围;第三,在解释《公约》的时候,严格遵守条约解释的习惯法规则,确保方法论透明,以增强其工作的权威性和说服力。

[**Abstract**] A comprehensive examination of the various elements, inter alia “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”, of the customary rules on treaty interpretation reveals strong legal bases for home state obligation. According to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, home states have obligations to regulate multinational corporations based in its territory so as to prevent them from violating human rights abroad. Home state obligation, however, is subject to such limitations as “take steps” and “to the maximum of its available resources”, which are the characteristics of the Covenant. In stark contrast to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights takes a positive stance on the home state obligation and has elaborated on this concept in its practice. The Committee has employed the tripartite typology of state obligations, namely the obligation to respect, to protect and to fulfill, and considered the home state obligation part of the obligation to protect. Notwithstanding the lack of both consistency in its work and transparency in its methodology for interpretation, the Committee, by supporting the home state obligation, provides a new approach to the solution of the problem of business and human rights.

(责任编辑:廖 凡)