

论宪法基本权利条款的域外效力及边界

于亮*

内容摘要:当前,中国宪法基本权利研究忽视了基本权利条款的域外空间效力,对基本权利条款域外适用问题重视不足。立足国际交往日益频繁的时代背景,需要重新思考宪法基本权利条款的适用范围,对传统的以领土边界为限的国家义务观念进行审视。同其他部门法一样,宪法的基本权利章节同样具有强大的域外适用潜力,即在国家领土外的人在一定条件下可向国家主张基本权利,相应地国家需承担在域外尊重和保障其基本权利的义务。比较法经验表明,基本权利条款域外适用在经济全球化时代已是大势所趋。我国宪法虽未明示域外空间效力,但基本权利条款域外适用有深厚的政治哲学基础,并可从宪法序言、我国加入的人权条约以及我国的国际关系立场获得解释动力。基本权利条款域外适用理论丰富了百年未有之大变局下宪法学的知识体系。

关键词:宪法 基本权利 空间效力 域外适用 涉外法治

宪法基本权利理论往往抽象地认为权利主体是个人,义务主体是国家,对基本权利空间效力问题较少涉及。随着国际往来日益频繁,个人能否就域外情势向国家主张权利成为困扰理论界和实务部门的难题。基本权利是否具有域外效力,如果有,其边界又在哪里?从规范层面来看,前述理论问题可概括为“宪法能否域外适用”的问题。近年来,我国提出加快我国法域外适用法律体系建设。我国学者对诸多部门法的域外适用问题已有较多探讨,但对宪法这一根本大法的域外适用问题却少有问津。从宪法是建构国家政治生活秩序的根本法这个角度来看,可能相关条文较少有在域外适用的机会。但现代宪法通常还有另一项重要功能——保障人权,为此,各国宪法文本大多包含内容丰富的基本权利条款,但宪法基本权利条款域外适用理论与实践却仅存在于少数欧美国家,且大多是近几年才出现的新现象。欧美宪法实践带给我们怎样的启示?是否存在基本权利条款域外适用的一般原理?我国基本权利条款是否具备域外适用的必要性与可行性?我国在基本权利条款域外适用的实现路径方面与美国、德国等西方国家相比有何异同?

* 天津大学法学院副教授,法学博士。

一、研究问题界定

宪法基本权利条款的域外效力或域外适用问题着眼于解决基本权利条款能否支持某人就一国领土之外的情势向该国提出权利要求的现实问题。随着国际交往的日益频繁和经济全球化的不断深入,政府行为有可能直接或间接影响国家领土之外的人的基本权利。^①例如,在联合国安理会授权下,多国军舰赴亚丁湾打击海盗活动。而在打击海盗的过程中,海盗的基本权利(如生命权、免受酷刑的权利、公正审判权等)可能受到各国海军的直接影响。^②再如,一国经济政策或政府对外行为(例如对外国的粮食禁运制裁)可能影响他国人民的基本权利。^③此外,一国疏于对海外投资或国际贸易进行管制也可能间接地影响在其领土之外的人的基本权利。既然宪法文本包含丰富的权利条款,而这些条款又对国家施以保障人权的义务,那么,谁能基于什么向国家主张权利保障要求?宪法学又应如何对上述现象进行回应?

宪法能否域外适用取决于其效力范围。法的效力范围通常是指法对什么人、在什么时间和在什么空间有效的问题。我国法理学教科书在介绍法的效力范围时,通常只谈及普通法律的效力范围,而回避了宪法这一国家根本法的对人效力、时间效力和空间效力问题。^④由于宪法调整对象的特殊性,宪法学学者在探讨宪法的效力范围问题时对宪法的垂直效力和水平效力问题(对人效力的范畴)更感兴趣,而很少谈及宪法的空间效力问题。国家主权原则极易形塑一个先入为主的观念,即宪法只在本国领土内有效。这导致当前中国宪法学基本权利研究通常只关注国家与本土居民(位于本国领土的本国公民和外国人)之间的关系,而较少关注域外权利问题。^⑤本文对宪法只有域内效力的思维定式提出疑问,通过借鉴和反思比较法的经验和教训,对我国宪法进行释义,拟进行基本权利条款域外适用的法教义学分析。

二、各国宪法文本的对人效力与空间效力条款

(一)宪法文本中的对人效力条款

基本权利条款的对人效力主要涉及义务主体和权利主体问题。其中,义务主体少有争议,各国宪法理论与实践通常都认为基本权利条款的义务主体是本国政府及

^① See Paul O'Connell, On Reconciling Irreconcilables: Neo-Liberal Globalization and Human Rights, 7 Human Rights Law Review 483 (2007).

^② 参见万鄂湘、高翔:《论海盗的国际法律地位——兼论打击海盗国际行动中对海盗合法权益的保护》,《法学杂志》2011年第4期,第5页。

^③ 参见李薇薇:《论联合国经济制裁中的人权保护——兼评联合国对朝鲜的经济制裁》,《法律科学》2007年第2期,第53页。

^④ 参见《法理学》编写组:《法理学》,人民出版社、高等教育出版社2010年版,第101-103页。

^⑤ 笔者利用中国知网对宪法学论文进行关键词检索,尚未发现关于宪法域外适用或基本权利域外性的论文。

行使公权力的机构。本国宪法不约束外国政府已经成为法的一般原理。例如,外国政府派驻本国的使馆并不受本国宪法的约束,尽管它们位于本国领土(此时,空间效力满足,但对人效力不满足)。因此,基本权利条款域外适用问题指的并不是本国宪法能否在域外约束外国政府的问题,而是指在域外的个人或在域内但关联域外情势的个人能否向本国政府主张基本权利的问题。

各国宪法文本对基本权利主体的字面上的规定不尽相同。我国现行宪法第二章使用的标题为“公民的基本权利和义务”,基本权利条款采用的表述往往是“公民有……自由”或“公民有……权利”。根据我国宪法规定,基本权利的权利主体是我国公民。类似地,作为法国宪法一部分的人权和公民权利宣言中,虽非全部,但有相当多的权利条款以“公民”为主语,尽管其中部分权利以现代眼光来看并不必然仅限于公民享有。^①美国宪法在序言部分表明:“美国人民(the people of the United States),为了……缔结美国宪法。”其权利法案中有相当一部分条款使用的表述是人民的权利(the right of the people)。直到20世纪90年代,美国的司法实践仍认为,权利法案中的“人民”似乎指的是构成国家共同体(national community)的阶层,或至少是与美国形成充分联系而被视同国家共同体一员的那些人。^②南非宪法虽未使用“公民”一词,但其第7条规定在本国的人民(people in our country)享有基本权利。

然而,国家权力来源于共同体成员并不代表基本权利的享有者只能是共同体成员。对此,印度宪法进行了区分。印度宪法序言指出:“我们印度人民,庄严地创立印度国家,并确保印度公民的正义、自由、平等、博爱。”但在基本权利部分,除了数项仅由公民享有的权利(言论自由、和平集会权、结社自由、移动和居住自由、担任公职等)外,其他权利的主体被明确规定为每个人。

从基本权利概念的终极目的——保障人的尊严——来看,大多数基本权利的权利主体不应仅限于本国公民。事实上,很多国家的宪法文本并未将基本权利的权利主体与本国公民直接联系起来。例如,瑞士宪法的基本权利条款大体采用三类表述方式:第一,“某某权利或自由应得保障”;第二,“每个人有某某权利”;第三,仅在表述个别权利(如住所自由权)时使用瑞士公民为主语。^③荷兰宪法也仅在表述个别权利(选举权、参与公共管理权)时使用荷兰公民为主语,其他地方则使用“每个人”(everyone)或“没有人得被”(no one shall)的表述。^④挪威宪法只在个别地方使用“公民”一词作为基本权利条款的主语(如公民进入国土的权利),多数时候仍使用“每个

^① See France's Constitution of 1958 with Amendments through 2008, https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf, visited on 11 August 2020.

^② See *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990).

^③ See Federal Constitution of the Swiss Confederation, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en>, visited on 11 March 2020.

^④ See The Constitution of the Kingdom of the Netherlands, <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>, visited on 11 February 2020.

人”作为主语。^①事实上,以人权主体普遍性这一当代主流话语体系来审视基本权利,绝大多数权利不应局限于公民独享。

我国在起草1954年宪法时,深受苏联1936年宪法文本影响,而后者使用“公民”一词作为基本权利的权利主体。^②由于当时特殊的历史背景,在华外国人往往是苏联等友好国家的公民,在我国受到了较为友好的礼遇。此时外国人能否享有基本权利并非迫切的现实问题,所以宪法起草者并未专门讨论此事,借鉴了苏联宪法文本的表述。但1993年俄罗斯宪法摒弃了苏联宪法的表述习惯,转而使用“每个人”来描述多数基本权利的权利主体。^③我国在1982年起草宪法新文本时,未跟随20世纪下半叶一些国家新宪法文本使用“每个人”作为权利主体的潮流。国内宪法学界已对此问题进行讨论。杨小敏认为,基本权利的享有者不以公民为限,也应包括在我国领土内的外国人。^④莫纪宏认为,人权条款(2004年入宪)意味着中国宪法基本权利请求权主体已经从“公民”扩展到在中国领土内的“每个人”。^⑤当然也有学者意识到对公民进行扩张解释的现实困难,毕竟人权条款规定在“公民的基本权利和义务”一章中。^⑥林来梵将外国人归入基本权利的特殊主体,并认为基本权利条款原则上适用于外国人,只不过适用的范围或程度应视各种基本权利的性质而定。^⑦上述论著是关于基本权利条款对人效力范围的重要研究,对于扩张基本权利条款字面含义发挥了重要作用。然而,上述研究所指的“外国人”仍是在我国境内的外国人,学者们并未关注国家公权力的域外影响,尚未探讨宪法基本权利条款的域外适用问题。换言之,我国宪法学理论对于基本权利条款的对人效力问题已有较多共识,但尚未解决基本权利条款的空间效力问题。

(二)宪法文本空间效力条款之缺失

在现代各国立法实践中,某些部门法包含明确的空间效力条款,为域外适用提供了明确的指引,典型的代表有刑法、证券法、反垄断法、数据保护法等。然而,综观各国宪法实践,很少有国家在宪法文本中明示空间效力。南非宪法第7条似乎有空间效力的意味,它规定在本国的人民(people in our country)享有基本权利。然而,该条看似有空间概念,实质仍是在描述权利主体,属于对人效力的范畴。因为它没

^① See Norway's Constitution of 1814 with Amendments through 2016, https://www.constituteproject.org/constitution/Norway_2016.pdf, visited on 15 February 2020.

^② 参见韩大元:《外国宪法对1954年宪法制定过程的影响》,《比较法研究》2014年第4期,第56页。

^③ See The Constitution of the Russian Federation, <http://www.constitution.ru/en/10003000-03.htm>, visited on 6 February 2022.

^④ 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。

^⑤ 参见莫纪宏:《人权法的新发展》,中国社会科学出版社2008年版,第179页。

^⑥ 参见戴瑞君:《外国人权利的法律保护——从国际法到中国法的考察》,《人权》2014年第5期,第38页。

^⑦ 参见林来梵:《宪法学讲义》,法律出版社2015年版,第292页。

有直接回答诸如“南非宪法是否适用于南非政府没收‘在南非的人’的在南非境外的财产”的问题,而这一问题才是宪法的空间效力问题。

(三)域外适用与对人效力和空间效力的关系

由于法的效力范围可分为对人效力和空间效力,逻辑上而言,宪法基本权利条款能否适用于域外情势等同于下列问题:对该情势而言,基本权利条款的对人效力和空间效力是否同时满足。如前所述,在人权话语影响下,对大多数基本权利而言,权利主体的普遍性逐渐得到认可。在此背景下,基本权利条款能否域外适用主要取决于空间效力问题。由于各国宪法文本缺失空间效力条款,因而难以作为基本权利条款的域外适用提供明确的指引,这也是相关域外适用问题容易被忽视的重要原因。

如果基本权利条款规定“每个人”或“所有人”都享有基本权利,是否意味着该条款当然可以域外适用?挪威法院在一起行政诉讼判决中很好地诠释了这一问题。在该案中,挪威宪法基本权利条款能否域外适用是法院需要解决的问题之一。二审法院判决指出:“‘每个人享有环境权’是非常笼统的表述。明显地,挪威宪法并未授予全球性的权利,而是有着有限的适用范围——基于属人和属地管辖。人权宪章的其他条款同样使用‘每个人’或‘没有人得’的表述,但同时,与挪威的某种形式的联系是权利条款得以适用的前提。”^①可见,权利主体的普遍性并不意味着宪法基本权利条款能够当然域外适用。

三、国外基本权利条款域外适用的典型案例分析

从比较法角度来看,广义的基本权利条款域外适用已有较多司法实践,但其中人权条约域外适用占据大部分,真正的宪法基本权利条款域外适用的司法实践尚不普遍,且主要出现在美国、挪威、德国、加拿大。在这些国家中,加拿大的案例主要涉及域外取证是否合宪以及相关证据在本国司法程序中是否具有可采性的问题,这在我国语境下主要是刑事诉讼法问题。因此,下文重点分析前三个国家的司法案例,以归纳总结宪法基本权利条款域外适用的共性问题。

(一)美国案例

美国法院在审理宪法域外适用案件之初将关注焦点放在权利主张者是本国还是外国公民/居民这个问题上。美国联邦法院早期案例表明,基本权利条款至少在国家对移居海外的本国公民采取行动时应当域外适用。1957年,美国最高法院在瑞德诉科弗特案中指出,当美国在国外对其本国公民采取行动时,美国官员的行为必

^① See Greenpeace Nordic Ass'n v. Ministry of Petroleum and Energy, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200123_HR-2020-846-J_judgment.pdf, visited on 6 July 2020.

须符合宪法保障措施对公权力施加的限制。^①在“国家—本国公民”这对关系中,当国家在域外行使公权力时,宪法基本权利条款的域外适用遇到的阻力不大。争议较大的往往是“国家—外国公民”这一情形所涉及的域外适用问题。

美国最高法院曾就“在美国领土之外的外国公民是否受美国宪法保护”的问题讨论了长达半个世纪之久。美国最高法院最初持否定态度。在1950年约翰逊诉艾森哈格案中,美国最高法院认为,那些被美国军队在国外抓获的、被军事法庭以违反战争法规判处刑罚并被关押在外国监狱的非居民无权获得宪法性人身保护法的保护。^②在1990年美国诉维尔杜戈案中,美国最高法院认为,宪法第四修正案(关于人身、住宅、文件免受非法搜查)并不适用于美国官员在国外与当地警察一起对非居民的外国公民拥有的、位于国外的财产的搜查。^③在该案中,法院在判决书说理部分指出,宪法第四修正案使用的“人民”一词似乎指的是构成国家共同体(national community)的阶层,或至少是与美国形成充分联系而被视同国家共同体一员的那些人。^④

在上述两个案例中,美国法院过于强调本国与外国公民/居民的区分,但其推理过程值得商榷。按照法院判决逻辑,仿佛本国居民(公民和定居的人)主张的宪法域外适用更容易得到支持。但事实上,在上述两个情景中,无论权利主张者是本国居民还是外国居民,相关事件都不在美国政府的掌控下,美国较难提供保护措施,这才是问题的症结所在。在约翰逊诉艾森哈格案中,人身保护令主张者在主张时已经处于德国监狱体系的管理下,尽管他们此前是在“二战”尾声被美军在中国俘获并被美军军事法庭以战争罪的名义审判后移交到德国,就人身保护令而言,美国法院已经无法提供有效救济,否则将侵犯德国的主权。在美国诉维尔杜戈案中,虽然案件细节没有交代搜查行动的主导者,但似乎可以推断出,东道国警方在主导搜查行动,美国官员只是参与其中,在这种情况下,即使搜查行动影响到当事人的权利,也很难说是由于美国政府行为所致。因此,在这两个案件中,或许法官真正想判定的是美国不应为域外行动承担责任,而非美国宪法基本权利条款不能域外适用。

美国宪法第四修正案在描述权利主体时使用的措辞为“人民”(亦可译为“人们”,英文为people),的确有别于其他条款使用的“人”(person)和“被告人”。美国法院最初认为,人民似乎是指国家共同体成员,因而不包括非居民的外国公民。但以此理由排除宪法的域外适用并不能令人信服。首先,法院自身态度并不明确,而是使用了“似乎”二字,反对者同样有理由相信,人们(people)只是人(person)的集合形式而已,并不与政治或法律身份相联系。其次,如果将非本国居民排除在权利主体

① See Reid v. Covert, 354 U.S. 1 (1957).

② See Johnson v. Eisentrager, 339 U.S. 763 (1950).

③ See United States v. Verdugo-Urquidez, 494 U.S. 259 (1990).

④ See United States v. Verdugo-Urquidez, 494 U.S. 259 (1990).

之外,将导致对他们而言宪法的域内适用也不存在的荒谬后果,这与人权主体普遍性的理念相悖。因此,在前述美国诉维尔杜戈案中,真正重要的问题是基本权利条款的空间适用范围问题,在这一问题上,事件与国家的联系比权利主张者与国家的身份联系更重要。

21世纪初,美国最高法院在处理宪法域外适用问题上的思路有所转变。在布迈丁诉布什案中,美国最高法院认为,被美军在其他国家俘获的、并被认定为敌方参战员的关押在关塔那摩监狱(在古巴)的外国人有权获得宪法性人身保护法的保护。^①法院的主要理由为:关塔那摩监狱虽然在他国领土,但美国对其有绝对的控制力。^②在该案中,法院并未在本国与外国公民/居民之间进行过多纠缠,而主要是判断案件中的情势与美国政府的联系紧密性。由于关塔那摩监狱在美国的控制之下,就在押人员的人身保障而言,美国是唯一有机会侵权或向其提供人身保护的國家。

(二)挪威案例

挪威宪法并未设立宪法法院,也没有设计违宪审查机制,普通法院在事实上进行着类似美国的违宪审查,尽管没有宪法条文的支持,该做法被普遍视为宪法习惯。^③如前所述,挪威宪法极少使用“公民”作为基本权利条款的主语。最近发生的一例有关气候变化的诉讼涉及基本权利条款的域外适用问题。

在这起案件中,两家非政府组织在奥斯陆地方法院起诉挪威石油和能源部,认为后者颁发巴伦支海深海石油和天然气开采许可证的行为违反挪威宪法,特别是违反环境权条款。原告提出,如果许可证涉及的化石燃料被全部燃烧,将会严重威胁国际社会达成的减少升温1.5度的目标。2018年1月4日,奥斯陆地方法院在判决中支持政府方,法院认为,挪威政府在许可证颁发过程中已经尽到了注意义务。此外,奥斯陆地方法院还认为,开采出来的燃料主要用于出口,挪威国内的排放对全球气候变暖的影响微乎其微,几乎可以忽略,在解释宪法环境权的时候不应该考虑燃料出口后的燃烧情况。

2020年1月22日,博尔加丁上诉法院作出二审判决,该法院虽然支持奥斯陆地方法院的结论,但并不同意在解释环境权的时候不考虑本国行为域外影响的观点。上诉法院指出,挪威宪法适用于本案涉及的情形:温室气体排放源于燃烧挪威出口的燃料。上诉法院否定原告的诉求是基于其他理由,而不是因为挪威宪法不能域外适用。上诉法院认为,挪威宪法规定的违反环境权的门槛较高,法院在审查政府的

^① See *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

^② See *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

^③ See Karin M. Bruzelius, *The Nordic Constitutions and Judicial Review*, http://www.constcourt.md/public/files/file/conferinta_20ani/programul_conferintei/Karin_Bruzelius_2.pdf, visited on 15 February 2020.

政治决策时应保持克制,不应轻易地作出政府违宪的判决。^①换言之,法院认为基本权利条款可以域外适用,只不过挪威政府并未违反义务。根据博尔加丁上诉法院的观点,如果本国政府的域内行为(在该案中指政府颁发许可证的行为)产生可预见的域外效果,那么基本权利条款就可以适用。

(三)德国案例

德国基本法序言规定:“本基本法适用于全体德国人。”不过,其基本权利条款使用的主语既有“德国人”(集会自由、结社自由、迁徙自由、职业自由等),又有“每个人”,“所有人”(法律面前平等、言论自由、信仰自由等),还有一些权利条款并未表明权利主体(例如隐私权)。如果将德国基本法序言条款作为对人效力的前提,那么非德国人无法向德国政府主张基本权利。晚近,在一起因德国情报部门进行域外电信监听而引发的宪法诉讼中,德国宪法法院不仅未受序言条款的束缚,而且阐述了基本权利条款具备域外空间效力的观点。^②

2016年,德国通过立法,授权情报部门对境外电信通信进行监听,并授权采取技术手段,收集、储存、向国内外机构传递相关数据。德国境外的一些新闻记者向德国宪法法院发起宪法诉讼,挑战上述立法和政府采取的监听措施,认为侵犯了他们的通信隐私权和出版自由。在此案中,德国宪法法院审查的一个重要问题是德国基本法能否域外适用。

德国宪法法院从德国基本法第1条第3款(基本权利作为直接适用的法约束立法、执法和司法机关)出发,略加分析后得出德国基本法可以域外适用的结论。法院认为,基本权利广泛约束德国政府,无论从基本法条文本身,还是从基本法的立法史,抑或从基本法的整体结构,都无法推导出基本权利的适用取决于与德国的领土联系。法院指出,德国基本法旨在提供全面的基本权利保护,将个人置于中心位置,因此,作为个人的权利,基本权利条款应当提供保护,只要政府采取行动并因此引发保护的必要——无论政府在地、针对何人、以何方式采取行动。不过,上述案件仅仅涉及消极义务——政府直接实施了侵害行为,因而宪法法院在域外适用问题上并未迟疑。但当涉及积极义务(例如期待德国在本土甚至外国采取积极措施保护基本权利不被侵害)时,就没那么容易得出域外适用的结论了。有学者认为,积极义务的域外适用需要以相关情势与德国存在足够的联系为前提,并且应当逐案判断是否存在前述联系。此外,积极义务的域外适用还受两个条件限制:避免使德国法律凌驾

^① See *Greenpeace Nordic Ass'n v. Ministry of Petroleum and Energy (People v. Arctic Oil)*, <http://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-nordic-assn-and-nature-youth-v-norway-ministry-of-petroleum-and-energy/>, visited on 15 February 2020.

^② See *In Their Current Form, the Federal Intelligence Service's Powers to Conduct Surveillance of Foreign Telecommunications Violate Fundamental Rights of the Basic Law*, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-037.html>, visited on 15 February 2020.

于东道国法律体系之上;遵守国际法。^①

四、宪法对国际人权法域外适用理论与实践的借鉴

(一)国际人权法域外适用理论

笔者此前对国际人权条约的域外适用问题进行了初步研究。^②对绝大多数条约而言,似乎没有必要刻意强调某条约是域内适用还是域外适用,因为国际条约调整的关系多为跨国交往关系,其义务范围具有跨国性也是常理。但因国际人权条约调整关系的特殊性(个人与国家关系),因此特别需要澄清国家义务是否有跨国性的问题。国际人权法学者往往交替使用“人权条约域外适用”以及“域外人权义务”来描述前述问题。前述国际人权法问题与本文探讨的宪法基本权利的域外适用问题具有高度同质性。从这个角度来看,国际人权法域外适用理论与实践的发展脉络可为解决宪法域外适用问题提供启示。

在很长一段时间内,国际人权法被指责为干涉别国内政的武器,其原因之一是国际人权法虽然在人权二字之前冠以国际一词,但国际人权法理论和实践最初并不关注“国际”问题,而是主要关注国家如何对待本国人民。从20世纪40年代到90年代,国际人权法的关注焦点在于如何使政府更好地对待国民,同时它假定国家海外人权暴行仅发生在武装冲突中,从而将国家在海外侵害人权的行交由国际人道法调整。然而,上述安排存在着对域外人权保护不足的问题。首先,随着全球化程度加深,国家在域外的负面人权影响不仅仅发生在武装冲突期间,同样有可能发生在和平时,仅仅依靠适用于武装冲突的国际人道法并不能解决所有的人权侵害问题。其次,国际人道法除了依靠只有部分国家参与的国际刑事法院体系追究个人刑事责任之外,总体上缺乏受害者追究国家责任的司法机制,相较国际人权法而言,国际人道法对个人的救济机制尚不发达。

直到晚近一二十年,随着国家公权力对他国人权的负面影响不断扩大,国际人权法领域才逐渐产生域外义务(extraterritorial obligation)的理论和实践。^③人权事务委员会在解释《公民权利和政治权利国际公约》的适用范围时指出:“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。”^④经济、社会和文化权利委员会在解释《经济、社会和文化权利国际公约》适用范围时指出:“《公约》……这些义务既适用于国家领土内的情况,也适用于缔约国可行使控制的领土外的情况。”^⑤其他条约机构也

^① See Toni Fickentscher, *The Extraterritorial Effects of the Fundamental Rights of the German Constitution*, 36 *Tulane European & Civil Law Forum* 29, 38-42 (2021).

^② 参见于亮:《国家在经济、社会和文化权利方面的域外义务》,《法制与社会发展》2016年第1期。

^③ See Michal Gondok, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (Antwerp-Portland: Intersentia 2009).

^④ See CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13.

^⑤ See E/C.12/GC/24.

在不同程度上支持人权条约可域外适用的观点。^①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咨询意见中也肯定了人权条约域外适用的观点。^②可见,大多数国际司法或准司法机构已经支持人权条约域外适用的进路。

(二)区域性人权条约域外适用的司法案例

1. 欧洲人权法院案例

围绕北约军事行动对他国人权产生的负面影响,欧洲人权法院作出了数个《欧洲人权公约》域外适用的判决。《欧洲人权公约》第1条规定:“缔约国应确保在它们管辖之下的每个人获得本公约第一章所确定的权利和自由。”从字面规定来看,管辖似乎是判断空间效力的标准。欧洲人权法院在实践中认定,域外管辖包括对他国领土的有效控制和对人的控制。^③两者的区别在于,前者是一种相对稳定的长期状态;后者则是单次事件中的联系。一旦国家通过军事行动(无论合法还是非法)或其他安排(例如租借领土)有效控制他国领土,国家就在该地像统治者一样行使公权力,因此,国家理应全面保障在该领土的人的基本权利。

如果说对领土的有效控制是一种相对长期的管辖,那么对人的控制则是相对短暂的管辖,通常是在某次事件中形成的国家与个人的关系。从斯凯尼诉英国案开始,欧洲人权法院明确了可根据个案中所援引的权利及相应的国家义务具体裁量所需的控制程度。^④在对人的控制标准下,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,而国家在实施远程打击之前并没有事先羁押某人,于是产生了远程精确打击本身是否构成管辖的问题。多数学者认为,管辖的成立不以实际羁押为前提,并提出通过“起因和结果”(cause and effect)标准来判断对人的控制,即只要国家行为直接影响域外人的权利并且行为与受损人的权利之间存在因果关系,就对这些人产生管辖。^⑤在晚近的贾鲁德诉荷兰案中,欧洲人权法院认为,管辖不以实际羁押某人为前提,国家行为对个人产生直接不利影响的事实本身即构成管辖。^⑥总之,根据欧洲人权法院判例

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

② See ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, para.112.

③ See The European Court of Human Rights, Cyprus v. Turkey, Judgment of 10 May 2001; The European Court of Human Rights, Al-Skeini and Others v. the United Kingdom, Grand Chamber, Judgment of 7 July 2011.

④ See The European Court of Human Rights, Al-Skeini and Others v. the United Kingdom Grand Chamber, Judgment of 7 July 2011, para.137.

⑤ See Beth Van Schaack, The United States' Position on the Extraterritorial Application of Human Rights Obligations: Now Is the Time for Change, 90 International Law Studies 41 (2014).

⑥ See The European Court of Human Rights, Jaloud v. The Netherlands, Judgment of 20 November 2014, para.139.

法,判断《欧洲人权公约》能否域外适用需要结合具体案情和所援引的国家义务类型具体分析。

2. 美洲人权法院案例

《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……”从条约字面规定来看,消极义务的空间范围不受限制,积极义务的空间范围则以某人在国家管辖之下为限。实践中,美洲人权法院提出了新型管辖关系。美洲人权法院在2017年11月15日发布的《环境与人权》咨询意见中指出,如果国家能够控制域内活动,而这些域内活动直接导致域外人权损害,那么国家就对域外受害人形成了基于国家审慎义务(due diligence)的管辖。^①美洲人权法院为解决基本权利条款域外适用问题提供了新思路,在涉及保护的义务时可以借助国家与加害人的关系间接论证国家与受害人的关系,从而证成受害人(或潜在受害人)要求危险来源国保护其基本权利免受其他私人侵害的请求权。

(三) 宪法与国际人权法的理论互动

有关基本权利的宪法规范与国际人权法规范同为公法,两者在权利理论方面有很多共通之处,因此相互参考、相互借鉴的趋势越来越明显。研究表明,即使在坚持国际法与国内法关系二元论的国家或地区,法官也时常运用国际人权法的规范和材料解释宪法基本权利条款。^②反过来,宪法实践也能推动国际人权法发展。可见,宪法与国际人权法在基本权利条款适用范围问题上的理论互动十分必要,其既能增加宪法的国际视野,也能使国际人权法理论建立在各国充分实践基础上。

五、宪法基本权利条款域外适用的一般原理

(一) 宪法基本权利条款域外适用的总体趋势

比较法的经验表明,宪法基本权利条款域外适用理论与实践已经初露端倪。首先,前述宪法案例在不同程度上肯定了基本权利条款的域外适用,即使其相应宪法文本并不包含域外空间效力条款。其中,美国最高法院最初对涉及外国公民的宪法域外适用似乎不太情愿,不过其态度发生改变,从最初的否定转变为晚近的逐步承认。这进一步说明经济全球化正为宪法基本权利条款的域外适用提供生存土壤,完全否定宪法基本权利条款的域外效力不符合国际趋势,特别是对于国家因积极行为(作为)而引发的域外基本权利损害的情况下,国家很难以本国国情或政治、法律传统为由主张免责。其次,关于域外适用的前提条件,可从欧洲人权法院和美洲人权法院判例获得间接经验,某项权利可能涉及多种类型的国家义务(既包括消极义务又包括积极义

^① See Inter-American Court of Human Rights, *The Environment and Human Rights*, Advisory Opinion OC-23/17 of 15 November 2017.

^② 参见陈弘毅:《公法与国际人权法的互动:香港特别行政区的个案》,《中外法学》2011年第1期,第80页。

务,积极义务又可分为保护的义务和给付的义务),因此应根据具体案情和当事人援引的国家义务类型灵活判断基本权利条款能否域外适用。再次,欧洲人权法院和美国联邦法院所处理的案件多与海外军事行动相关,其展示的域外适用情形具有一定局限性,绝非宪法基本权利条款域外适用问题的全貌。而美洲人权法院、挪威法院分别提出的基于审慎义务和域内措施可预见影响的域外适用模式补充了“战时”域外适用的局限。

然而,除了美国、挪威、德国少数几个国家外,在其他法域却鲜见宪法基本权利条款域外适用的文献或实践。此外,《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》毕竟不是真正的宪法,因此严格意义上的宪法基本权利条款域外适用的实践主要存在于美国、挪威等少数国家。我们不禁追问:宪法基本权利条款域外适用理论是否少数国家或少数学者的“专利”?为何其他国家的学者或实务部门对其并不热衷?宪法基本权利条款域外适用理论仅仅是“昙花一现”,还是“星星之火”?

欧洲国家的人权法研究非常活跃,人权在欧洲法学话语体系占据重要位置,加之法学各学科之间的藩篱日渐模糊,一大批学者从传统的宪法学、国际法学领域独立出来,专注于人权研究。在欧洲,很多大学或科研机构纷纷整合研究力量,相继组建人权研究中心。宪法学者则专注于宪法基本理论和一般公法问题研究,将权利研究的阵地交给专门的人权学者。

出于对北约海外军事行动的反思,欧洲人权法学者恰恰非常重视对域外人权义务的研究。^①由于欧洲具有强有力的区域性人权司法体系,欧洲学者的研究主要围绕《欧洲人权公约》域外适用进行,相关司法实践也主要发生在欧洲人权法院层面。可见,在欧洲,基本权利条款域外适用的宪法实践不足并非该理论本身不合理所致,而是源于欧洲独特的人权理论和实践环境。欧洲学者对域外人权义务的热情始终未减,只是出于便利,将研究重心放在《欧洲人权公约》域外适用问题上。^②欧洲经验表明,直接的宪法域外适用案例少、人权条约域外适用案例多的事实不仅不足以否定宪法基本权利条款域外适用的正当性,反而恰恰支持了宪法基本权利条款域外适用的理论基础。因此,基本权利条款域外适用理论并非昙花一现,而是具备“燎原”可能的“星星之火”。

(二)宪法基本权利条款域外适用的前提条件和限度

虽然宪法基本权利条款域外适用具有很强的正当性,但允许任何人在任何情况下对某个特定国家主张任何权利也是不切实际的。以健康权为例,A国应为B国人

^① 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/>, visited on 11 February 2020.

^② See Michal Gondok, Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization?, 52 Netherlands International Law Review 349 (2005). Samantha Besson, The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to, 25 Leiden Journal of International Law 857 (2012).

民提供免费药品的观点在现阶段似乎难以被接受,但 A 国采取措施防止本国出口药品毒害 B 国人的观点则相对容易被接受。再以劳工权为例,A 国似乎没有义务为生活在 B 国的人提供职业保险,但 A 国可能有防止本国海外投资企业在 B 国损害劳工权利的义务,同时,A 国似乎没有义务阻止来自 C 国的企业在 B 国损害劳工权利。因此,一个非常重要的问题是基本权利条款何时应当域外适用。

《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》所采用的管辖标准具备一定的合理性,因为它体现了国家与个人因统治关系建立起来的联系,这符合基本权利的核心理念——防范政府公权力(作为或不作为)的侵害。张千帆教授在《宪法学导论——原理与应用》一书中提到:在国家管辖范围内的人享有这个国家的基本权利。不过,该书在上述表述之后马上指出:“不生活在中国或美国,自然也就无法享有中国宪法或美国宪法所保障的权利。”^①后一种表述似乎混淆了管辖与领土的关系。领土只是国家合法行使权力的一种场域,国家在某些情况下也可以在领土外合法行使权力,国际法并非绝对禁止国家在领土外行使公权力。况且,如果国家在合法行使公权力时不能损害基本权利,那么国家在境外非法行使权力时发生的侵害事件更应被评价为违反基本权利的行为。此外,如果国家在本国领土的行为(作为或不作为)产生可预见的域外影响,受影响的个人也在此事件中处于国家的管辖之下。

管辖标准的合理性在于它体现了国家与个人因统治关系而建立起来的联系。然而,管辖(jurisdiction)一词本身容易引起误解。在一般国际法中,管辖通常在两种语境下出现。一种是指各国对犯罪进行治理和打击的国际刑事管辖原则,包括属地管辖、属人管辖、保护性管辖和普遍管辖,我国也根据国际习惯法确定了刑事管辖原则。^②另一种是指国家对特定地域或空间行使主权的权力,《联合国海洋法公约》第 56 条标题“沿海国在专属经济区内的权利、管辖权和义务”就是这一层面的管辖。上述两种语境下的管辖都是国家的权力,它们强调国家行使权力的合法性。

基本权利条款域外适用对国家来说是一种负担,作为触发这一负担的门槛性标准的管辖理应区别于向国家分配利益的一般国际法上的管辖。后者强调的是国家统治的合法性,如果将其作为基本权利条款域外适用的前提条件将会产生荒谬的结果:国家合法行使主权的行为受人权法的约束,国家非法行使公权力的行为反而不受宪法或人权法约束。因此,作为基本权利条款域外适用前提条件的管辖指的是国家与个人之间的事实统治关系,而非规范意义上的统治关系。

需要指出的是,国家与个人之间的管辖关系或事实上的统治关系并非笼统的抽象层面的问题,而需要在某个特定情势下具体判断。换句话说,不能单纯以个人与国家的身份联系(公民、居民、纳税人等)简单地判断管辖是否成立,而需要考虑个人所处具体情势与国家的联系程度。在外国居住的外国人完全有可能在某个情势中

^① 参见张千帆:《宪法学导论——原理与应用》,法律出版社 2014 年版,第 492 页。

^② 参见宋杰:《我国刑事管辖权规定的反思与重构》,《法商研究》2015 年第 4 期,第 151 页。

处于本国管辖之下。反过来说,一国公民如果与国籍国的实际统治联系微弱(如长期定居海外、未实际履行纳税的义务),也不应要求该国政府全面履行基本权利所涉及各类义务,而仅仅有权向其国籍国主张作为公民必不可少的权利,例如行使选举权、进入国门的权利、请求该国政府全面履行消极义务和基本限度的积极义务(外交保护和领事保护等)。

近年来,基本权利理论和实践日益成熟的表现之一在于对国家义务进行非常精细的分类。国家义务可分为消极义务和积极义务。积极义务又可进一步细分为保护的义务和实现的义务。^①每一项具体权利都可能涉及各种类型的国家义务。在不同案件中,个人要求国家履行的义务类型不尽相同。例如,如果国家任意剥夺生命,个人可以援引生命权的消极义务。而同样在有关生命权案件中,有时并不清楚肇事者,此时,受害者可以向相关国家要求履行生命权保护义务,请求调查真相、追查凶手、落实赔偿事项。一个重要的问题随之而来:对于基本权利域外义务而言,不同类型国家义务域外适用所要求的管辖门槛是否相同?

消极义务要求国家克制、不主动侵犯人权。积极义务则要求国家提供保护或给予利益。从国家的负担程度来看,消极义务域外适用的门槛应当低于积极义务域外适用的门槛。对于消极义务而言,国家在动用公权力着手侵害的那一刻就将个人置于其管辖之下。有学者甚至认为,消极义务适用范围不受任何限制,国家对一切个人负有消极义务。^②在这方面,《美洲人权公约》提供了范例,它的第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……”该条明确区分了“尊重的义务”和“确保的义务”,同时“管辖”一词仅仅与“确保”相连。笔者认为,上述两种解释方案对于消极义务域外适用问题并无实质差别。换句话说,任何人都可基于一国基本权利条款要求该国政府行为不直接侵犯基本权利条款所列举的权利。

难点在于如何确定积极义务域外适用所要求的管辖门槛。如上文所述,比较法经验表明,管辖标准并非一成不变,故难以提出“一刀切”式的定量指标。基本权利条款之所以可以域内适用,是因为领土建立起国家与个人之间因行使公权力而形成的紧密联系。然而,领土并非唯一的紧密联系方式,国家与领土外的个人可能存在某种功能类似的紧密联系。个人在某情势中与国家的联系紧密程度决定了国家对个人承担义务的繁重程度。换句话说,管辖标准的严格程度与积极义务的繁重程度成正比。

如果我们将积极义务进一步分为保护的义务和实现的义务,那么可以根据义务

^① 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。

^② See Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy* 209 (Oxford University Press 2011).

的繁重程度或本身特点区分管辖标准。从内容来看,实现的义务对国家要求更高,它要求国家直接给付相关物质;而保护的义务主要要求国家提供制度性和程序性的保护。对实现的义务而言,管辖至少应达到与国家在本国领土一样的统治状态,因此,可采用对领土的有效控制标准来界定此时的管辖。举例来说,如果国家对他国领土进行了有效控制,在这段控制期间内,该区域内的个人可要求国家履行基本权利的给付义务。

如前文所述,欧洲人权法院和美国法院主要分析国家与权利人之间基于物理控制形成的管辖关系,却忽略了国家对私人加害者的控制而间接形成的国家对权利人的管辖。挪威法院和美洲人权法院的实践表明,如果国家能够控制域内活动,而这些域内活动直接导致域外人的基本权利损害,那么国家对域外受害人产生基于国家审慎义务的管辖。^①这一情形主要适用于保护的义务,该义务要求国家防止私人侵犯基本权利。此时,即便权利人不在国家的直接控制之下,但如果加害人在国家的管辖之下(例如在跨国企业海外侵权的场景下,控股公司注册在母国,侵害发生在东道国),仍可将权利人解释为在母国管辖之下,从而引发母国的域外保护义务。需要指出的是,基于国家审慎义务的管辖不必然达到实现义务所需的管辖门槛,也就是说,此时仅仅引发域外保护的义务,而并不足以产生域外实现的义务。

六、我国宪法基本权利条款域外适用问题

(一)宪法文本释义

在世界范围内,基本权利条款域外适用已经成为正在兴起的宪法理论。对我国而言,虽然宪法文本没有明示空间效力范围,但基本权利条款的域外适用并无宪法文本以及理论上的障碍。

首先,基本权利条款域外适用在我国具有深厚的政治哲学基础。《共产党宣言》指出:“一方面,在无产者不同的民族的斗争中,共产党人强调和坚持整个无产阶级共同的不分民族的利益。”^②《中国共产党章程》规定:“在国际事务中,弘扬和平、发展、公平、正义、民主、自由的全人类共同价值,坚持正确义利观,维护我国的独立和主权,反对霸权主义和强权政治,维护世界和平,促进人类进步,推动构建人类命运共同体,推动建设持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、清洁美丽的世界。”其中,既包含不侵害域外基本权利的消极义务,也蕴含着在一定条件下促进域外基本权利实现(例如“人类进步”“共同繁荣”)的积极义务。习近平主席指出:“我们要倾听人民心声,顺应时代潮流,推动各国加强协调和合作,把本国人民利益同世界各国

^① See Inter-American Court of Human Rights, *The Environment and Human Rights*, Advisory Opinion OC-23/17 of 15 November 2017.

^② 马克思、恩格斯:《共产党宣言》,人民出版社1997年版,第40页。

人民利益统一起来,朝着构建人类命运共同体的方向前行。”^①这为基本权利条款的域外适用提供了正当性基础。

其次,当今世界正面临百年未有之大变局,这对宪法学知识体系既有挑战,也带来机遇。^②习近平法治思想的核心内容之一是“统筹推进国内法治和涉外法治”,这就要求宪法学理论体系对涉外法治进行回应,为“统筹”国内法治与涉外法治创造根本大法层面的制度保障。宪法释义学应具备国际视野、体现大国担当,展示中国负责任的大国形象,因而应当发展域外适用的理论方案。具体而言,对基本权利条款的解释不能脱离宪法上下文,尤其应当考虑宪法序言部分。我国宪法序言明确提及“中国的前途是同世界的前途紧密地联系在一起”“加强同世界各国人民的团结”“为维护世界和平和促进人类进步事业而努力”。从这些语句可以推导出,不损害他国人民利益是我国宪法的内在要求。在现代社会,保障基本权利也是“人类进步事业”的重要组成部分。因此,政府无论在何处行使权力均应尊重基本权利,并在审慎义务范围内承担对基本权利的积极义务。

再次,宪法第33条第3款,即“国家尊重和保障人权”,是著名的人权条款。该条款建立起基本权利与人权的内在联系。因此,对基本权利条款进行解释不仅要考虑宪法文本本身的体系结构,还要考虑我国加入的国际人权条约。如前所述,国际人权条约的域外适用已经得到国际法理论与实践的支持,这为基本权利条款的域外适用提供了外部动力。

另外,2018年宪法修正案在宪法序言中增加“推动构建人类命运共同体”的表述,将人类命运共同体理念正式写入宪法。人类命运共同体这一理念蕴含了合作共赢、正确义利观、可持续发展等积极要素;同时,它还有丰富的人权内涵,^③不仅为我国处理国际关系指明了方向,也表明基本权利条款的域外适用在中国政治土壤下具备生存、发展的空间。人类命运共同体的理论和实践进一步为基本权利条款域外适用提供了解释依据。

(二)基本权利条款域外适用的实施路径

我国宪法并未设立通过宪法法院或普通法院进行违宪审查的司法审查机制。因此在我国,基本权利条款域外适用理论的实现方式主要表现为指导涉外法治事业立法、执法与司法实践,而非像美国或挪威那样通过个人对国家的宪法诉讼方式去实施。近年来,随着我国综合实力逐步增强以及国际话语权不断提高,我国参与

^① 习近平:《加强政党合作,共谋人民幸福》,载《习近平谈治国理政(第四卷)》,外文出版社2022年版,第424-425页。

^② 参见韩大元:《百年大变局之下的宪法学知识体系走向》,《法制与社会发展》2022年第4期,第58页。

^③ 参见廖凡:《“人类命运共同体”的人权与主权内涵》,《吉林大学社会科学学报》2018年第6期,第27-30页。

国际事务日益频繁。不过,正如有学者指出,我国对外关系立法与司法实践尚不成熟,亟待完善。^①而随着我国对外关系法的颁布,基本权利条款域外适用理论方案将在该法的具体实施过程中发挥指导作用。具体而言,对外关系法第22条规定:“中华人民共和国尊重和保障人权……在平等和相互尊重的基础上开展人权领域国际交流与合作,推动国际人权事业健康发展。”该条将成为宪法与对外关系法的连接桥梁,基本权利条款域外适用理论方案可通过这一条转化为对外关系法治的具体制度。

除指导对外关系法的适用外,基本权利条款域外适用理论方案还可以促进某些部门法或领域法的完善。例如,我国加入诸多区域渔业协定,承担养护公海渔业资源的责任。近年来,我国已实施诸多公海渔业养护措施,并派出执法船只到公海海域执法,检查对象不仅包括悬挂我国旗帜的渔船,还包括所有可能在相关区域捕鱼的船只。^②然而,我国渔业法较为保守,缺乏公海执法的制度设计。例如,其第2条规定,该法仅适用于我国管辖下的水域。基本权利条款域外适用理论则为渔业法的完善指明了方向:一方面,该法应增设域外管辖条款,以落实国家保护环境(进一步推导出在公海养护生物资源)的宪法义务;^③另一方面,该法应设计合理的公海执法机制,在公海执法中保护各项基本权利。

对司法实践而言,虽然我国尚无宪法诉讼机制,但宪法可在民事诉讼或行政诉讼中指导法律解释活动,基本权利条款域外适用理论因此可在涉外案件中间接发挥解释性作用。^④例如,在涉外民商事案件中,应以符合基本权利精神的方式对相关法律法规进行解释。此外,构建合宪性审查机制已经提上我国宪法实施的议事日程,^⑤基本权利条款域外适用理论可在未来的合宪性审查机制中发挥作用。下文将展示基本权利条款域外适用的具体应用场景。

(三)基本权利条款域外适用的具体应用场景

1.防止海外投资企业在东道国侵犯基本权利

随着综合国力的不断提高,我国海外投资日益增多。从近年来的《世界投资报告》来看,中国已经连续数年跻身世界前20大对外投资经济体的行列。按照本文提出的基本权利条款域外适用理论,因相关投资主体在我国注册,我国政府有义务防

^① 参见蔡从燕:《中国崛起、对外关系法与法院的功能再造》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2018年第5期,第139-141页。

^② 参见2022年《农业农村部办公厅关于做好金枪鱼渔业国际履约工作的通知》。

^③ 参见薛桂芳、房旭:《我国(渔业法)域外效力的强化——兼论负责任远洋渔业国家形象的维护》,《太平洋学报》2018年第2期,第63页。

^④ 我国学者提出了多种宪法司法适用的可能方式。参见秦小建:《中国宪法司法适用的空间与路径》,《财经法学》2019年第6期,第120页。

^⑤ 参见莫纪宏:《依宪立法原则与合宪性审查》,《中国社会科学》2020年第11期。

止上述企业通过其子公司或分支机构在东道国侵犯我国宪法所列举的基本权利。因此,在推动“一带一路”倡议的背景下,除依法维护我国投资者的利益之外,政府部门还应该加强对海外投资的监管,防止其在海外侵犯基本权利。国际社会的最新立法进程也体现了这一观点。2014年,联合国人权理事会通过决议,建立起草规范有关跨国企业与人权的条约工作组。2018年7月,工作组完成草案的初稿(被称为“0版本”)。该草案第9条规定,各缔约国应通过其国内法确保在其领土内或在其管辖或控制下从事跨国经营的企业承担尊重人权的审慎义务,国家通过国内法确立的审慎义务应包括企业监管子公司或受其控制的公司或与其业务有直接联系的公司的人权影响。^①同理,基本权利条款域外适用也对国家施加了义务,要求国家通过民事或刑事手段确保海外投资企业承担尊重基本权利的审慎义务。

2.在海外军事基地尊重和保障基本权利

2017年8月1日,中国人民解放军驻吉布提保障基地正式投入使用,这是我国第一个海外军事基地。^②一般来说,派遣国与东道国通常会在特别协定中约定,派遣国在海外军事基地拥有一定的自治权和管辖权。^③根据本文基本观点,我国应当确保在该基地范围内的人享有我国宪法所列举的基本权利。例如,确保军官和士兵享有各项基本权利;建立军事和普通法庭,并完善相关管辖和程序规则,确保公正审判权的落实;制定清晰的交战规则,特别要明确可以开火或攻击的特殊情况,以保障生命权;保障基地内劳动者的权利等。此外,我国未来可能拥有更多的海外基地,因此我国应加快军事法治建设,加紧制定海外基本权利保障方案。

3.在海外行动中尊重基本权利

我国海军已经开展了亚丁湾护航行动,在打击海盗的过程中,应当按照宪法基本权利条款的要求,尊重海盗的基本权利,特别要保障公正审判权、免受酷刑的权利、人格尊严权等。此外,作为联合国安理会常任理事国,中国积极履行大国责任,为联合国维和行动提供大力支持。自1990年参加联合国维和行动以来,中国累计派出维和军事人员3.7万余人次。^④联合国维和行动中的人权保障问题已经引起国

^① See UN Human Rights Council, Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Zero Draft, 16 July 2018.

^② 参见《中国首个海外保障基地、解放军驻吉布提保障基地投入使用》, https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1748784, 2023年6月29日访问。

^③ 参见司玉琢、袁曾:《建立海外军事基地的国际法规制研究》,《东北大学学报(社会科学版)》2018年第2期,第192页。

^④ 参见于晓泉、常天童:《维护和平的大国担当——中国参与联合国维和行动28周年记事》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1601897607589455191&wfr=spider&for=pc>, 2023年6月29日访问。

际法学者的关注,但目前仍然缺乏系统的解决方案。^①按照本文观点,我国应确保我国派出的维和人员在执行任务过程中尊重我国宪法列举的基本权利。例如,制定明确合理的交战规则;建立申诉机制,确保权利受到影响的个人能够获得救济。

(四)基本权利条款域外适用的限度

从国家利益角度来看,刑法、反垄断法、证券法这些部门法的域外适用往往能直接增加国家权力或利益,因而容易被本国接受,但相应地容易招致他国抵制。^②而鉴于宪法本身的性质,其域外适用的直接效果往往是限制本国国家权力,束缚国家海外行动和对外政策的手脚,因而其域外适用可能面临的阻力主要不是源自他国而恰恰是本国自身。然而,国家利益不只是眼前的短期利益,遵守国际公认的价值本身就是国家利益的一部分,^③我国提出人类命运共同体理念,体现的正是大国担当。基本权利条款域外适用既涉及消极义务,也涉及积极义务。对我国而言,应主动接受消极义务,避免损害域外基本权利,这也与我国长期坚持的外交政策一脉相承。但在积极义务方面,我国应当坚持发展中国家的立场(我国人均 GDP 刚刚超过世界平均水平,与发达国家还有较大差距),仅承担与我国经济发展水平相适应的责任,而避免过重的负担。例如,在也门撤侨事件中,由于资源有限,我国仅能撤离中国公民以及部分在中资企业工作的外籍员工,而不可能为所有遭受战争影响的人提供保护。^④总之,积极义务的域外适用应保持在合理限度内。一方面,我国应尽快制定对外投资法、反海外腐败法等法律,加强对海外投资的监管;另一方面,我国应继续在国际舞台强调国际合作,敦促发达国家承担更多消除贫困、实现全球发展的责任。

七、展望

在国际往来日渐频繁的时代,各国宪法已经无法脱离国际社会大环境而孤立发展。因此,宪法学应当具备国际视野。以往的宪法学著作在讨论“基本权利国际化”的问题时,通常指的是基本权利立法(国际人权立法)和监督(国际人权监督机制)的国际化,而非基本权利所调整关系的国际化。^⑤本文在经济全球化的大背景下重新思考宪法基本权利条款的适用范围,对传统的以领土边界为限的国家义务观念提出

^① 参见盛红生:《中国参与联合国维和行动人员的特权豁免与法律责任》,《法学杂志》2018 年第 7 期,第 30 页。

^② 参见柳华文:《中国阻断立法有理有利有节》, https://politics.gmw.cn/2021-01/18/content_34552397.htm, 2021 年 2 月 19 日访问。

^③ 参见刘志云:《论国家利益与国际法的关系演变》,《世界经济与政治》2014 年第 5 期,第 46 页。

^④ 参见王宇、丁飞:《中国海军完成也门撤侨》, <https://world.huanqiu.com/article/9CaKrnJJrpY>, 2022 年 8 月 5 日访问。

^⑤ 参见郑贤君:《基本权利原理》,法律出版社 2010 年版,第 383 页。

挑战。同其他部门法一样,宪法基本权利章节同样有强大的域外适用潜力,即在国家领土外的人在一定条件下可以向国家主张基本权利。比较法经验亦表明,基本权利条款域外适用在经济全球化时代已经是大势所趋。虽然我国宪法并未明示域外空间效力,但基本权利条款域外适用的正当性仍可以从宪法序言以及人类命运共同体的话语体系得到证成。

基本权利条款域外适用并不意味着国家对一切人负有基本权利条款所对应的一切种类义务,而是主要体现为:国家应防止海外投资企业在东道国侵犯基本权利;国家应在海外军事基地尊重和保障基本权利;国家开展海外行动时应尊重基本权利;国家在制定国内政策时应适当考虑域外权利影响。在我国,基本权利条款域外适用理论对于指导对外关系法治建设、维护我国良好国际形象具有重要现实意义。这一学术观点是宪法学与国际人权法学交叉互动的结晶,为未来基本权利理论研究提供了新的视角——宪法学研究不应仅仅局限于解决纯粹的国内问题,也应具备全球视野和大国情怀。

The Extraterritorial Effect of Fundamental Rights and Its Boundary

Abstract: Currently, the fundamental rights research in China has paid little attention to the extraterritorial application of fundamental rights articles due to an overlook of their spatial scope. This article challenges the territorial scope of State obligations in light of booming international relations. Like other branches of law, constitutional law has a great potential for extraterritorial application, as a consequence of which individuals outside of a State may claim fundamental rights towards the State. The comparative law study shows a strong trend of the extraterritorial approach of constitutional law across the world. Although the Constitution of China does not have a spatial clause, the extraterritorial application of its fundamental rights articles has a strong political basis, and can be justified by the preamble of the Constitution, the human rights treaties to which China is a party, and the China's political promise to the world. The extraterritorial approach may enrich the knowledge of constitutional law in the world that is experiencing unprecedented change.

Key words: constitutional law; fundamental rights; spatial effect; extraterritorial application; rule of law concerning foreign-related issues

(责任编辑:张辉)