

# 在受冲突影响国家 负责任地承担风险： 尽责调查和集体方法的 必要性与重要性

约翰·布雷、安东尼·克罗克特\*著 / 廖凡\*\*译

.....

## 摘要

本文讨论那些希望遵守《安全和人权自愿原则》和《联合国工商企业与人权指导原则》的公司在受冲突影响国家经营时可能遇到的一些问题。作者认为，公司对人权的尊重可能不足以矫正或弥补国家失灵；相比安全部队和东道国的行为，单个公司的影响力有限，尤其是在危机时期。因此，有必要对受冲突影响国家的人权风险采取一种集体方法，焦点是公共安全部门改革和良好治理，以及公司尽责调查。

---

\* 约翰·布雷 (John Bray) 是商业风险咨询机构“风险控制”东京办公室主任，有与在复杂环境中运营的私营公司以及多边机构和非政府组织进行不同项目合作的国际经验。安东尼·克罗克特 (Antony Crockett) (墨尔本大学法学学士、理学学士，伦敦政治经济学院法学硕士) 是高伟绅律师事务所伦敦办公室资深律师，获准在英格兰、威尔士和澳大利亚执业。

\*\* 中国社会科学院国际法研究所研究员，法学博士。

**关键词：**风险评估、尽责调查、工商业界、受冲突影响地区、公司责任、人权、《自愿原则》、《指导原则》、个案研究

.....

在本期《红十字国际评论》中，雨果·斯利姆讨论了工商组织在受冲突影响国家的各种角色，即“受害者、加害者、供应商、人道行动者、和平建设者和冲突预防者”。<sup>1</sup>对我们而言，工商企业在受冲突影响环境中最重要的作用是推动经济恢复和增长。没有工商业界就没有平衡的经济增长，没有平衡的经济增长就罕有持久解决冲突的希望。另一方面，漫不经心或者不负责任的经济活动会加剧受冲突影响国家暴力循环的持续进行，或者破坏脆弱的政治和解。因此，核心问题不是工商企业能否作出积极贡献，而是如何确保其实际作出。<sup>2</sup>本文将讨论与人权有关的两个关键国际标准，它们为在高风险地区经营的工商企业提供了基本指引。本文还将审视实施这些标准可能遇到的挑战。

要讨论的第一个标准是《安全与人权自愿原则》(以下简称《自愿原则》)。《自愿原则》发布于2000年，为公司如何在高风险地区确保资产和人员安全并同时确保尊重人权提供了指引。《自愿原则》是一项多方利益攸关者举措的产物；该举措最初由美国和英国政府发起，并有一组人权非政府组织和采掘业跨国公司参与。<sup>3</sup>参加者数量相对较少使得该举措更为集中，但同时也限制了其影响力。话虽如此，很多没有参加该举措的公司和政府也将《自愿原则》视为一个重要的指引来源。

1 Hugo Slim, “Business actors in armed conflict: towards a new humanitarian agenda”, in this issue.

2 对于相关论点的较早讨论参见 John Bray, “The role of private sector actors in postconflict recovery”, in *Conflict, Security and Development*, Vol. 9, No. 1, 2009, pp. 1–26.

3 《自愿原则》进程目前的参加者包括8个政府(加拿大、荷兰、挪威、哥伦比亚、瑞士、英国、美国和澳大利亚)，22个石油、天然气和采矿公司，以及11个人权非政府组织。《自愿原则》文本见 [www.voluntaryprinciples.org/principles/introduction](http://www.voluntaryprinciples.org/principles/introduction)。除非另行说明，所有网络资料的最后访问时间均为2013年5月29日。

要讨论的第二个标准是2011年制定的《联合国工商企业与人权指导原则》。<sup>4</sup>《指导原则》标志着一大进步，因为其适用于所有公司和整个人权领域。约翰·鲁格教授2005年被任命为联合国秘书长人权与跨国公司和其它工商企业问题特别代表，在其领导下开展了一个为期六年的多方利益攸关者磋商进程，之后《指导原则》获得联合国人权理事会批准。

各国热烈欢迎《指导原则》，并积极设法予以实施。与此同时，与公司责任有关的其他国际文件——包括经合组织《跨国企业指南》<sup>5</sup>和国际金融公司《社会与环境可持续发展绩效标准》<sup>6</sup>——也进行了修订，以反映《指导原则》中包含的建议。很多公司还采取措施使内部政策和风险管理流程与《指导原则》相一致。

《自愿原则》以及更近以来《指导原则》的成功固然值得赞许，但必须认识到很多挑战依然存在。就受冲突影响国家及其他高风险地区而言，问题的规模不应低估。世界银行2011年《世界发展报告》估计，有超过15亿人生活在脆弱和受冲突影响国家或者刑事暴力程度很高的国家。<sup>7</sup>

本文着重分析工商企业在这些环境中经营时可能面临的一些挑战。我们这样做的目的是从过往实践中为希望实施《指导原则》及/或《自愿原则》的公司找出有关经验教训。我们的评论汲取了我们为在这些地区经营的工商业界客户提供咨询的经验，并汲取了我们参加的国际政策辩论的内容。

本文第一部分简要讨论工商企业不顾相关风险而在受冲突影响国家投资的原因。第二部分根据国际公司在受冲突影响国家的经验，进行三个案例研究。案例研究突显了提前确认风险的重要性，以及在危机局势如何应对人权

4 See Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 March 2011, unanimously endorsed by the United Nations Human Rights Council on 16 June 2011. 单个指导原则在本文中称为指导原则1、指导原则2等。

5 Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, 2011.

6 International Finance Corporation (IFC), *IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, 2011, available at: [www.ifc.org/performancestandards](http://www.ifc.org/performancestandards).

7 World Bank, *World Development Report 2011: Conflict, Security and Development*, Washington D.C., 2011, p. 2 (and accompanying fn. 3).

风险的挑战。第三也是最后一部分着重分析了国家及其他主体如何鼓励负责任的风险承担、创造环境使工商业界能够对和平建设和危机后经济发展作出积极贡献。

## 机遇与风险

各个公司如何看待和评估在受冲突影响国家做生意的机遇与风险，取决于很多因素，包括规模、行业和风险偏好。一些公司觉得这些国家的经济提供了重大机遇。特别是，从冲突中恢复的国家往往被看作未开垦的处女地，对于先前无法获得的产品和服务有着压抑已久的消费需求。这些国家还可能蕴含丰富的自然资源，突出例子包括21世纪初的塞拉利昂和刚果民主共和国(以下简称“刚果”)，以及更近以来的缅甸和南苏丹。

工商业界在受冲突影响国家的投资可以帮助实现重要的社会和政策目标，包括和平建设<sup>8</sup>和冲突后经济发展。<sup>9</sup>由于工商业界能够在这些国家发挥积极作用，因此政府和国际组织可以提供激励，抵消公司面临的一些风险。例如，准备冒险在受冲突影响国家投资的公司可以获得政治风险担保(从国内或多边机构)、条件更优惠的融资或者特惠贸易机会。

很多情况下，公司都看到了先于竞争对手而在新市场布局经营的第一推动者优势。但最难的计算之一是，何时进行第一推动。选错时机而过早投资的公司可能会承受非同一般的风险，包括政治风险、安全风险以及声誉风险，当工商业界的活动被认为造成或加剧暴力和冲突。石油和采矿公司在受冲突影响地区投资时尤其面临风险。这些行业的投资者在初期阶段投入的巨大成本使其难以在政治或安全环境恶化时一走了之。

8 See the case studies in Jessie Banfield, Canan Gündüz, and Nick Killick (eds), *Local Business, Local Peace: the Peacebuilding Potential of the Domestic Private Sector*, International Alert, London, 2006. See also Safal Ghimire and Bishnu Raj Upreti, “Corporate engagement for conflict transformation: conceptualizing the business-peace interface”, in *Journal of Conflict Transformation and Security*, Vol. 2, No. 1, 2012, pp. 77–100.

9 On this point, see United Nations Development Programme (UNDP), *Post-Conflict Economic Recovery: Engaging Local Ingenuity. Crisis Prevention and Recovery Report 2008*, UNDP Bureau for Crisis Prevention and Recovery, New York, 2008, especially pp. 53–57 and 117–120.

## 风险评估：演变中的规范性框架

从历史上看，考虑在新兴市场投资的公司对业务风险表示担忧，这些风险包括，例如，没收财产的风险、货币风险、冲突或暴力造成的对公司资产和员工的风险。自20世纪90年代末以来，领先的公司也开始更多考虑以下风险，即他们的业务在这种环境下可能会对第三方的权利和利益产生不利影响。然而，不同企业对这些风险的认识和敏感度仍然很不平衡。

《自愿原则》例示了对待风险的态度是如何从21世纪初开始演变的。其认识到安全“是一个为个人、社区、企业和政府所共享的基本需要”。<sup>10</sup>

《自愿原则》明确承认公司可以在受冲突影响国家发挥积极作用，特别是支持安全部门改革和治理改善活动。由此可见（尽管《自愿原则》没有明确指出这一点），公司也可能发挥消极作用，不负责任的工商业界活动可能会加剧侵犯人权行为、暴力和冲突。

《自愿原则》还认识到，公司在受冲突影响地区面临的危险包括奉命保护其资产、员工和经营的安全部队实施侵犯人权行为及/或不恰当地使用武力的危险。对此《自愿原则》建议，公司应当进行彻底的风险评估：

这种评估应当考虑可以获得的公共安全部队、准军事部队及地方和国家执法力量的人权纪录，以及私营安保力量的声誉。意识到过去的违法行为和指控，可以帮助公司避免其再次发生，并提高问责性。同样地，确认上述实体有无能力以合法方式（即符合可适用的国际标准）应对暴力局势，可以帮助公司在经营环境中制定出适当措施。<sup>11</sup>

《指导原则》中的很多原则与《自愿原则》相同，但如上所述，适用范围要广泛得多，因为其在整个人权领域适用于一切公司，而不只是集中于采掘部门的安全问题。

与《自愿原则》一样，《指导原则》称在受冲突影响地区的经营可能会“增加企业卷入其他行为者的严重侵犯人权行为的危险”。<sup>12</sup>在此情形下，

<sup>10</sup> 参见《自愿原则》，前注3。

<sup>11</sup> 同上。

<sup>12</sup> 《指导原则》，前注4，第21页。

《指导原则》建议公司应当：(1) 在冲突地区的地区“遵守国际人道法标准”；<sup>13</sup> (2) “将造成或加剧严重侵犯人权的行为视为是否守法的问题”。<sup>14</sup>

当然，受冲突影响地区的人权风险并非仅与武装冲突、安全和使用武力有关，因此国际人道法标准并非唯一相关的标准。《指导原则》承认工商企业的活动可对“实际上整个一系列国际公认的人权”造成或加剧负面影响。<sup>15</sup>此外，《指导原则》将尊重人权之责任描述为公司“无论在何处经营”都应当遵守的行为标准。<sup>16</sup>

《指导原则》引入了人权尽责这一概念，作为使工商企业得以“确定、防止和缓解人权影响，并对如何处理人权影响负责”的程序。<sup>17</sup>简言之，人权尽责使工商企业得以“懂得并显示”其尊重人权。<sup>18</sup>指导原则17解释道，人权尽责程序包括“评估实际和可能的人权影响，综合评估结果并采取行动，跟踪有关反映，并通报如何消除影响”。<sup>19</sup>《指导原则》进一步指出：

适当的人权尽责调查有助于工商企业应对针对它们提出的法律主张，表明它们采取了一切合理步骤，避免卷入被指称的侵犯人权行为。但不应假定，工商企业的人权尽责调查本身将自动和完全解除其造成或加剧侵犯人权行为的责任。<sup>20</sup>

指导原则18的评论将风险评估作为“人权尽责的首要步骤”。<sup>21</sup>此外，该原则还指出：

为衡量人权风险，工商企业应确认和评估通过其自身活动或作为其商业关系的结果可能参与造成的任何实际或潜在的负面人权影响。<sup>22</sup>

---

13 同上，第14页。

14 同上，第21页。

15 同上，第13页。

16 同上。

17 同上，第15页。

18 同上。《指导原则》还提到(第15-16页)工商企业应当作出人权政策声明，作为“内置其尊重人权之责任的基础”。

19 同上，第16页。

20 同上，第17页。

21 同上。

22 同上。

指导原则17的评论进一步指出，人权尽责可以包括在“更广泛的企业风险管理制度中”，只要其满足一个基本要求，即不仅确认对公司的风险，还确认对权利持有者的风险。<sup>23</sup>关于影响评估，国际矿业与金属理事会最近的一份报告指出，在很多情况下，将人权影响评估纳入更广泛的社会和环境评估程序是恰当的。<sup>24</sup>是否单独进行人权影响评估，由公司根据具体情况自行决定。

在受冲突影响地区可能有更充分的理由单独进行人权影响评估。对此，联合国人权高级专员办公室（以下简称“人权高专办”）发布的一份题为《公司尊重人权的责任：解释性指南》的文件指出：

如果没有有效的政府机构和法律保护，或者存在根深蒂固的严重歧视模式，卷入严重侵犯人权行为的危险往往极为普遍。在受冲突影响地区，危险或许最大，但它们并不仅限于这种地区。<sup>25</sup>

## 守法方法的局限性

有必要考虑，造成或加剧严重侵犯人权行为视为“守法”问题这一建议，对于公司理解其在受冲突影响国家经营时所可能遭遇之风险的性质可能会产生影响。对于这一建议，人权高专办的《解释性指南》称：

倘若企业有卷入严重侵犯人权行为的危险，谨慎的态度是，无论是否明确这些行为将导致法律责任，都应以对待可能卷入严重罪行的同样方式来对待这一风险。这样做既因为侵犯人权风险的严重性，也因为卷入这种侵权行为给公司带来的法律风险越来越大。<sup>26</sup>

23 同上，第16页。

24 International Council on Mining and Metals, *Human Rights in the Mining and Metals Industry: Integrating Human Rights Due Diligence into Corporate Risk Management Processes*, London, March 2012, available at: [www.icmm.com/page/75929/human-rights-in-the-mining-and-metals-industry-integrating-human-rights-due-diligence-into-corporate-risk-management-processes](http://www.icmm.com/page/75929/human-rights-in-the-mining-and-metals-industry-integrating-human-rights-due-diligence-into-corporate-risk-management-processes).

25 United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: an Interpretive Guide*, 2012, p. 80, available at: [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/RtIRInterpretativeGuide.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/RtIRInterpretativeGuide.pdf).

26 同上，第79页。《解释性指南》还解释道（第6页）：“国际法中对严重侵犯人权行为没有统一定义，但下列做法一般会包括在内：种族灭绝、奴隶制和类似奴隶制的做法、即决处决和任意处决、酷刑、强迫失踪、任意和长时间拘留，以及系统性歧视。其他类型的侵犯人权行为，包括侵犯经济、社会和文化权利的行为，也可视为严重侵犯人权行为，只要它们是严重的和系统性的，例如大规模的或者针对特定人口群体的侵权行为。”



在此语境下使用的“卷入”一词可能会被加以非常宽泛的解释，这与工商企业构成犯罪共谋或者对他人实施的侵犯人权行为承担其他法律责任的限定更加严格的情形之间存在某种紧张关系。

有人主张，承担国内法上的民事责任这种风险可以为“守法”方法提供正当理由。<sup>27</sup>然而，尽管美国或欧洲法院——后者不那么常见——的民事案例对于少数几个曾在这些国家被诉的跨国公司具有特殊意义，但也应当认识到，在受冲突影响国家经营的工商企业还包括中小企业、本地公司和个人独资企业，它们既不熟悉这些先例，也不太可能成为诉讼目标。

还需强调的是，工商企业被认定对侵犯人权行为承担共谋责任的案例寥寥无几。这意味着能够据以确定哪种类型的行为会使公司承担责任的判例法少之又少。即使理论上有可能承担共谋责任，<sup>28</sup>适用门槛也非常之高。例如，在涉及个人是否帮助实施了违反国际人权法行为这一问题的案件中，需要表明该个人故意提供实际协助、鼓励或道德支持，实质性地促成犯罪实施，才能认定其有罪。<sup>29</sup>

由于关于共谋的法律原则技术性很强，因此把在严重侵犯人权行为中的共谋风险视为守法与否问题的建议对于对相关风险并无深刻理解的公司是否

---

27 例如，参见Jonathan C. Drimmer, “Human rights and the extractive industries: litigation and compliance trends”, in *Journal of World Energy Law and Business*, Vol. 3, No. 2, 2010, pp. 121–139. 赞成“守法”方法的主张往往提及在美国或英国法院的诉讼风险，而总部设在其他法域的公司有无可能承担责任则不那么清楚。例如，参见Peter Muchlinski, “The provision of private law remedies against multinational enterprises: a comparative law perspective”, in *Journal of Comparative Law*, Vol. 4, No. 2, 2009, pp. 148–170.

28 例如，已有原告试图根据美国《外国人侵权法》(28 USC § 1350) 起诉被告公司“帮助”外国政府或其他第三方实施侵犯人权行为。该法规定“地区法院对外国人针对违反国际法或美国缔结之条约的侵权行为提起的任何民事诉讼享有初审管辖权”。对于《外国人侵权法》是否确立了对公司的管辖权，美国法院意见不一。第二巡回上诉法院2010年在*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* (621 F.3d 111, 2d Cir. 2010) 中对此作出了否定回答。在上诉审中，尽管美国最高法院似乎准备回答这个问题，但其2013年4月17日作出的期待已久的判决回答的却是《外国人侵权法》是否具有域外适用性这一更为广泛的问题，亦即根据《外国人侵权法》，美国法院对于原告是外国人、被告是外国人、行为发生在美国之外的案件有无管辖权。多数法官认为，对《外国人侵权法》的假定是其不具域外适用性，而当所有相关行为都发生在美国之外时，这一假定未被推翻 (*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. (2013))。法院没有回答上诉原本针对的问题，即根据《外国人侵权法》，公司究竟可否承担责任。

29 See, Norman Farrell, “Attributing criminal liability to corporate actors: some lessons from international tribunals”, in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, No. 3, 2010, pp. 873, 877–878, 883, and 889–891.



有所帮助，这一点并不清楚。<sup>30</sup>同样地，很多公司律师并不是侵犯人权行为的共谋责任或公司责任方面的专家，可能无法确认相关风险因素。例如，在高风险地区，遵守当地法律或其他法律义务（例如向安全部队提供设备或其他资源的合同义务）可能直接隐含卷入严重侵犯人权行为的风险。

《自愿原则》关于公司应当对受冲突影响地区的人权风险采取“守法”方法的建议，可能会导致不愿承担风险的公司根据规避风险的律师的建议，决定不在那里投资。这样说是假定负责任的公司更有可能不愿承担风险（反之亦然）。如果这一假定是正确的，那么夸大法律责任风险就可能会造成不可取的结果，即不鼓励负责任的公司投资于受冲突影响地区，也为鲁莽的经营者敞开大门。

设备转移问题为理解确认和评估风险过程中可能出现的复杂问题提供了一个有用的例示。一个商人读了《指导原则》后，不希望其公司卷入侵犯人权行为。她可能会决定，向安全部队提供设备不是个好主意，因为这些安全部队可能会实施侵犯人权行为。而且，律师可能会建议说，向安全部队提供设备或者任何形式的物质支持和援助还可能使其公司承担法律责任，如果这些部队实施了侵犯人权的行。

希望适用《自愿原则》的公司从2000年起就在努力应付这类问题。《自愿原则》承认公司可以向公共安全部队提供设备，但接着说如果它们这么做，那么它们应当“应该采取一切适当的合法措施，消减任何可预见的负面影响，包括侵犯人权和违反国际人道法的行为”。<sup>31</sup>实践中，公司可能别无选择，只能向安全部队提供设备及其他形式的支持。特别是，公司可能会决定，如果不提供设备或支持，那么它们的人员和财产可能会面临更多风险。

提供设备和物质支持也有可能帮助防止侵犯人权行为。例如，公司可能会决定向资源不足的安全部队提供食物和住所，理由是食宿充足的士兵比食宿不足的士兵实施违法行为的可能性更低。东道国政府也可能会（事实上也经常如此）请求公司向主要任务是保护其经营的安全部队提供车辆、设备及

30 当然，《指导原则》倡导守法方法的原因之一是在受冲突影响地区可能发生之违法行为的严重性。传递的讯息是，公司应当非常认真地对待严重侵犯人权行为的风险，即使与其经营活动或拟进行的经营

31 《自愿原则》，前注3。

其他资源。这种请求使公司面临风险，但也提供了与东道国政府就安全部队的行为进行对话的可能性。

## 磋商与影响力

《自愿原则》强调公司与政府就安全与人权问题进行磋商的重要性。关于转移“致命和非致命设备”，《自愿原则》称公司应当考虑风险，以及“措施的可行性以缓解可预见负面影响，包括进行充分控制以防止设备盗用或转移造成侵犯人权行为”。<sup>32</sup>

《自愿原则》还建议，公司应当“在合理限度内”监控此种设备的使用，并对任何不当使用情形进行调查。如果公司收到关于政府安全部队在其经营地区实施侵犯人权行为的可信报告，它们应当“敦促进行调查，并要求采取措施避免再次发生”。<sup>33</sup>

更重要的是，《自愿原则》设想公司应当“利用其影响力”来推广人权原则，包括“在行使结社自由与和平集会权、集体谈判权以及公司员工的其他相关权利时，个人权利不受侵犯”。<sup>34</sup>同样地，《指导原则》也提及“影响力”这一概念，说明公司在确认其活动可能“加剧”第三方实施的侵犯人权行为时，应当如何履行尊重人权的责任。<sup>35</sup>但下一节的案例研究表明，自行其是或者身处危机局势的单个公司可能缺乏足够影响力来缓解受冲突影响国家的人权风险。

## 经验教训：三个案例研究

本节的前两个案例研究是关于评估和缓解风险的例子，试图说明《自愿原则》和《指导原则》中的建议的实际功效及其局限性，特别是关于影响

---

32 同上。

33 同上。

34 同上。

35 《指导原则》，前注4，第18页：“工商企业如果加剧或可能加剧负面人权影响，则应采取必要步骤，消除或防止其在这方面的作用，并利用其影响力，在可能的最大程度上缓解任何遗留影响。如果企业有能力促使造成伤害的实体改变其错误做法，据认为即存在上述影响力。”

力这一概念。出于为当事人保密的原因，这两个案例研究没有指明具体公司或国家。第三个案例研究基于公开信息，是关于安维尔矿业公司在刚果：安维尔公司的经验指出了工商企业若不进行有效的人权尽责可能遭遇的困难。安维尔公司案例研究还表明，在受冲突影响国家单有负责任的公司行为还不够，还必须辅之以安全部队能力建设和治理改革。

## 案例研究一：进入前风险评估的重要性

在本案例研究中，一家跨国公司陷入一个发展中国家相对短暂的国内暴力冲突之中。该公司拥有一处重要的基础设施资产，已经无事故运营了五年多。它是在一场旷日持久的内战结束后的和平时期进入该国的。当冲突再度爆发后，双方均被控实施了严重侵犯人权行为和战争犯罪。

公司依赖公共安全部队保护其员工和财产，并且是向安全部队供应包括无线电和汽油在内设备的协议当事方。此外，公司还向安全部队的个体成员支付少量现金，以负担其在公司设施驻守时的饮食成本。合同中没有任何条款涉及该公司所提供之设备和资源的用途，或者更广泛地涉及安全部队的行为。

冲突爆发后，公司启动了危机管理计划，撤走了大部分外国员工。有人担心安全部队可能卷入侵犯人权或者违反国际人道法的行为；如果发生侵犯人权的行为，向安全部队提供设备及其他资源的合同会使公司面临被控共谋的风险。注意力于是转向如何缓解这一风险。

考虑的备选方案之一是公司暂停向安全部队付款或提供设备是否可行。这一方法的风险在于，如果停止付款，安全部队可能会放弃职责。公司还担心，如果没有公司提供的运输工具，安全人员就可能无法往返营房与公司设施。

公司断定暂停提供资源将使其人员和财产面临不可接受的风险，因此考虑有无替代方法来缓解提供资源所造成的——用《指导原则》的话来说——“加剧”侵犯人权行为的风险。在这方面，公司还考虑了《自愿原则》所提出的与政府和国家主体进行磋商的建议。

公司试图与其母国政府磋商。尽管母国政府参加了《自愿原则》，但其似乎既无能力也未做好准备向公司提供有意义的建议或援助。特别是，母国

政府称其无法帮助公司与国际机构、当地政府官员或者冲突期间在该国保持外交存在的其他政府的代表进行正式接触。

因此，本案例研究的第一个教训是，母国政府并非总是有准备或有能力援助公司（尽管《自愿原则》和《指导原则》均建议说公司可以受益于其母国政府的建议和援助）。第二个也是更重要的教训是关于彻底的早期风险评估。在签订向安全部队提供资源的合同时，看上去没有进行充分的风险评估。

公司起初投资该国固然是在和平时期，但当时的情况显然并不是可以对国内暴力冲突风险等闲视之（需要安保这一事实本身就是冲突风险的一个指标）。再者，公共安全部队的人权纪录远非理想。在那种情况下，试图在危机期间执行适当的风险管理机制是极其困难的。如果像《自愿原则》和《指导原则》建议的那样，在早期阶段进行了风险评估，那么可能就会认为有必要，例如，在安保合同中加入相关条款，明确指出该公司期待安全部队遵守联合国《使用武力和火器的基本原则》<sup>36</sup>等国际标准。此外，该公司本可以设法同东道国政府就安保或者为安全部队提供培训等问题进行对话，以便将侵犯人权或者不当使用武力的风险降到最低。<sup>37</sup>

## 案例研究二：利用政府影响力缓解人权风险

本案例研究是关于一个在受冲突影响国家的采掘业项目。该项目拟通过国际银团融资，融资需要遵守国际金融公司的《绩效标准》。<sup>38</sup>有若干国际律师事务所和各种风险顾问为项目发起人和贷款人提供建议。

项目发起人委托进行了一项社会和环境影​​响评估，提供给可能的贷款人。评估指出，将会部署东道国武装部队成员在项目地点提供安保或者保

36 See United Nations Rule of Law, *Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials: Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990, available at: <http://fr.unrol.org/files/BASICP~3.PDF>, last visited 14 June 2012.

37 本案例中提及的这些事件发生在《指导原则》发布前。希望在类似情形中实施《指导原则》的公司还可能决定，建立某种形式的让利益攸关者得以就安全部队行为提出问题的申诉机制，也有助于缓解风险。

38 国际金融公司：《绩效标准》，前注6。

护与项目有关的基础设施。评估失败之处在于，没有指出，东道国的武装部队主要由服义务兵役的人员组成，并且据报告有义务兵役人员为民用项目工作。评估也未能指出，许多外国政府和国际组织，包括国际劳工组织(ILO)，都担心该国的兵役计划违反关于强迫劳动的国际法。

这些问题引起了一个担忧，即项目发起人和贷款人将面临被控共谋侵犯人权的风险，如果有义务兵役人员承担与该项目有关的任何民用工作。特别是，国际劳工组织1930年《强迫劳动公约》(第29号)禁止政府或国家机构“为私人、公司或社团的利益”而征用或准许征用强迫或强制劳动。<sup>39</sup>经合组织《跨国企业指南》也呼吁工商企业“帮助消除一切形式的强迫或强制劳动”。<sup>40</sup>

当事方雇用了一名劳工专家访问该国，评估义务兵役人员被强迫从事使项目公司获益的工作(例如建设与项目有关的基础设施)的风险。这一新增的风险评估确认，如果义务兵役人员直接为项目工作，不会存在这里讨论的人权风险，但如果其被强迫建设与项目有关的基础设施或为之提供安保风险即存在。鉴于这一风险评估，贷款人决定，只有东道国政府保证不会有义务兵役人员被强迫从事这类工作，它们才会为项目提供支持。

就相关保证进行谈判颇为费力，需要外国政府和国际金融机构协助公司与东道国政府谈判。东道国政府最终同意就关于义务兵役人员的担忧向项目发起人作出书面承诺。东道国政府还同意参加一个监控机制，包括由一名独立专家定期进行检查。若无外国政府施加影响，东道国政府不大可能会同意这些措施。

同第一个案例研究一样，主要教训之一是彻底的早期风险评估至关重要。本案例研究还说明，与东道国政府进行磋商并恰当运用影响力，有助于降低工商业活动造成或加剧侵犯人权行为的危险。不过，不应低估与运用影响力有关的挑战和敏感性。本案例研究还表明，与安全部队行为有关的侵犯人权风险并非在受冲突影响国家出现的唯一风险：例如，还必须考虑安保人员的人权。

39 国际劳工组织：《关于强迫或强制劳动的公约》，1930年6月28日，第4条。

40 经合组织：《跨国企业指南》，前注5，第35页。

### 案例研究三：在冲突地区转移设备

2004年10月涉及安维尔矿业公司的一起事件也说明了进行彻底风险评估的重要性，以及公司在高风险地区转移设备时必须极其慎重。安维尔公司1998年在刚果加丹加省的迪库卢希收购了一个铜银矿，并于2002年投产。其后安维尔公司向世界银行多边投资担保机构申请政治风险保险。经过冗长的谈判，公司的申请于2004年9月获批。几个星期后，刚果武装部队在距迪库卢希约50公里远的基卢瓦镇压了一起小规模叛乱，造成范围广泛的人员死亡。<sup>41</sup>

安维尔公司牵扯进了被控在迪库卢希实施的违法行为，因为其曾向刚果武装部队提供后勤支持。特别是，安维尔公司允许士兵乘坐该公司租用的飞机及公司车辆。<sup>42</sup>澳大利亚广播公司2005年6月的一个纪录片引起了国际社会对于这一事件的关注，并暗示该公司卷入了侵犯人权行为。为应对随之而来的公众抗议，时任世界银行行长保罗·沃尔福威茨要求该行合规与顾问专员（以下简称“合规专员”）对多边投资担保机构关于迪库卢希项目的尽责程序进行调查。<sup>43</sup>

合规专员的报告中关于多边投资担保机构和安维尔公司双方采取的风险评估方法的叙述发人深省。多边投资担保机构和安维尔公司显然都意识到刚果特别不稳定（因此才需要政治风险保险），安维尔公司还意识到其面临与刚果武装部队行为有关的风险。例如，合规专员的报告提及较早发生于2004年3月的一起事件，当时刚果武装部队强行征用了三辆车。安维尔公司一名高级经理起初予以拒绝，但遭到威胁，被一把AK-47步枪插进胃里，还被枪托击打。<sup>44</sup>据安维尔公司代表向合规专员提供的信息，公司2004年10月没有就

41 经联合国驻刚果民主共和国维和使团及当地人权团体调查，死亡人数估计超过100人。参见International Crisis Group (ICG), *Katanga: The Congo's Forgotten Crisis*, Africa Report No. 103, 9 January 2006, p. 10.

42 同上。又见World Bank Office of the Compliance Advisor/Ombudsman (CAO), *CAO Audit of MIGA's Due Diligence of the Dikulushi Copper-Silver Mining Project in The Democratic Republic of the Congo*, 2005, available at: [www.cao-ombudsman.org/cases/case\\_detail.aspx?id=94](http://www.cao-ombudsman.org/cases/case_detail.aspx?id=94). 该报告（第4页）指出“就向刚果民主共和国武装部队提供后勤支持而言，安维尔公司卷入2004年10月基卢瓦事件的广泛事实无可争议”。

43 同上。

44 同上，第5页。



车辆被征用一事提出抗议，但“的确向军方表达了关于士兵不应实施抢劫的关切”。<sup>45</sup>

多边投资担保机构对安维尔公司的政治风险保险申请进行评估之时，正值该机构根据世界银行《采掘业评论》重新评估其自身角色。《采掘业评论》的一个重要成果是，多边投资担保机构承诺确保其采掘业客户遵守《自愿原则》。合规专员的报告指出，安维尔公司在向多边投资担保机构提出申请时，确认《自愿原则》的建议与该公司的习惯做法并无抵牾之处。<sup>46</sup>但合规专员的报告断定，多边投资担保机构自身没有能力评估安维尔公司是否“具备必要技能来理解和实施”《自愿原则》，这是多边投资担保机构尽责程序中的一个关键缺口。<sup>47</sup>

合规专员的报告断定，如果系统性地适用了《自愿原则》：

其本可以成为一个关键桥梁，沟通目前断开联系的下述两者：一是将冲突作为可以承保的风险；二是项目有可能影响冲突进程，对当地社区造成损害。<sup>48</sup>

但报告并未声称，如果适用了《自愿原则》基卢瓦事件的走向就会有所不同。其指出：“在动荡不定的经营环境中存在剩余风险，即使遵守了〔《自愿原则》〕仍有可能发生违法行为。”<sup>49</sup>

多边投资担保机构和安维尔公司接受了合规专员关于需要进行更仔细风险评估的批评。作为回应的一部分，它们共同委托撰写了一份报告，为实施《自愿原则》提供指引。<sup>50</sup>不出所料，报告在设备转移问题上小心翼翼，指

45 同上，第6页。

46 同上，第20页。

47 同上。

48 同上，第21页。

49 同上，第51页。2007年，一家刚果军事法院宣布三名安维尔公司员工不构成战争罪共谋。但组成加拿大打击有罪不罚协会的一群非政府组织在加拿大法院对安维尔公司提起了集团诉讼。2012年11月1日，加拿大最高法院驳回了对于一个较早判决的上诉申请，该判决认定不适于在加拿大审理这一案件。参见 *Association canadienne contre l'impunité c. Anvil Mining Limited*, 2012 CanLII 66221 (SCC), available at: <http://canlii.ca/t/ftlpg>。又见“Supreme Court won't hear appeal in Congo massacre case”, in *CBC News*, 1 November 2012, available at: [www.cbc.ca/news/canada/montreal/story/2012/11/01/quebec-anvil-mining-appeal-refused-supreme-court.html](http://www.cbc.ca/news/canada/montreal/story/2012/11/01/quebec-anvil-mining-appeal-refused-supreme-court.html)。

50 MIGA/Anvil Mining, *The Voluntary Principles on Security and Human Rights: an Implementation Toolkit for Major Project Sites*, July 2008, available at: [www.miga.org/documents/VPSHR\\_Toolkit\\_v3.pdf](http://www.miga.org/documents/VPSHR_Toolkit_v3.pdf)。



出“理想的情形是避免直接从公司向公共安全部队和政府转移设备”。<sup>51</sup>公司最好是坚持由政府来提供所需的任何设备，从而避免卷入在正常情形下不属其职责范围的公共安全问题。如果这样做不可行，那么替代方法是通过由国际捐赠者支持的公共安全部门改革项目解决资源短缺问题。

多边投资担保机构和安维尔公司的实施《自愿原则》工具文件是通用型的，但其中关于有必要进行得到国际支持的安全部门改革这一点对于刚果尤为适用。2006年初，国际危机小组(ICG)的一份报告主张，没有任何事情比“安全部门改革更加重要地决定着〔刚果〕和平与发展的前景”。<sup>52</sup>国际危机小组呼吁刚果当局、国际援助捐赠者和联合国采取协同行动。国际危机小组的报告进而主张“军队和警察在现代化和职业化方面都任重道远，但只有他们做到这一点，该国的经济和政治生活才能获得喘息之机，开始重返常态”。<sup>53</sup>公司显然有兴趣同“现代化和职业化的”安全部队合作，但需要其他主体——主要是政府——参与才能实现这种职业化。

## 结论：集体方法的重要性

上述三个案例研究突显出有必要进行有效的进入前风险评估，既确认对公司的风险，也确认工商业界在受冲突影响国家的活动对当地社区及其他利益攸关者的潜在影响。只要存在风险，在公司就投资作出承诺之前可能更容易对其进行有效应对。<sup>54</sup>特别是对于大型项目而言，这是外国投资者及其支持者在人权问题上影响力最大的时期，因为他们此时仍可选择一走了之。<sup>55</sup>一旦公司已经在固定资产上投入不菲资金，不能再抽身离开而不产生巨大费用，要想施加同样程度的影响就会更加困难。

51 同上，第II-17页。

52 ICG, *Security Sector Reform in the Congo*, February 2006, p. 1.

53 同上，第2页。

54 联合国秘书长关于人权与跨国公司及其他工商企业问题特别代表的报告附录也强调了在与东道国政府进行合同谈判当时即提出人权关切的重要性。参见John Ruggie, “Addendum – principles for responsible contracts: integrating the management of human rights risks into State-investor contract negotiations: guidance for negotiators”, UN Doc. A/HRC/17/31/Add.3, 2011.

55 在关于纯粹商业事项的谈判能力平衡问题上，也可能存在类似情况。

至少顶尖西方公司已经开始汲取过去的经验教训，采取更负责任的风险方法。在10年前的一次非正式访谈中，一名公司董事懊恼地如实回忆起在一个非洲冲突地区短暂的相对和平时期进行的投资：“实话实说吧：我们就是自投罗网！”<sup>56</sup>不肯定地说，我们今天听到这样的评论的可能性更小。

尽管如此，进入前风险评估远非万应灵丹。环境总是在变。它们可能是随着东道国更为广泛的发展而改变，如案例研究一所示；也可能是因为当地对单个公司活动的反应而改变。一旦公司做出投资，它们就必须运用其所拥有的任何影响力，对隐含着人权风险的改变了的环境作出应对。案例研究一表明这远非轻而易举，尤其是在危机之中。《指导原则》指出有必要负责任地运用公司影响力，但在冲突地区自行其是的单个公司的影响力可能非常有限。

这一考虑指出了集体方法的必要性，该方法将东道国政府以及母国政府、公司、国际组织或其他多边机构都包括在内。原则上，这是共同制定《自愿原则》的政府及其他主体所采取的方法。如上所述，《自愿原则》一开始是一个由美国、英国政府以及一组挑选出来的公司和非政府组织参与的三方举措。但人权与商业研究所已经指出，受冲突影响国政府对于自愿原则进程的有限参与可能会“强化公司既是问题也是办法这一认识，而没有鼓励高风险国家的政府采取行动消除违法行为或者有罪不罚现象”。<sup>57</sup>

令人欣慰的是，有一个积极的相反例子，那就是哥伦比亚政府现在是自愿原则进程的完全参加者。<sup>58</sup>在这个例子中，关键的成功因素包括东道国政府以及哥伦比亚石油协会这一重要行业团体的积极参与和承诺。对此有理由给予谨慎的庆祝，但其同时也指出了其他地方的问题：哥伦比亚仍然是完全参加自愿原则进程的唯一发展中国家。

---

56 Interview with John Bray, November 2002.

57 Institute for Human Rights and Business, *From Red to Green Flags: The Corporate Responsibility to Respect Human Rights in High-Risk Countries*, 2011, p. 81, available at: [www.ihrb.org/pdf/from\\_red\\_to\\_green\\_flags/complete\\_report.pdf](http://www.ihrb.org/pdf/from_red_to_green_flags/complete_report.pdf).

58 参见 Voluntary Principles on Security and Human Rights, *Voluntary Principles: Colombia Case Study*, available at: [http://voluntaryprinciples.org/files/vp\\_columbia\\_case\\_study.pdf](http://voluntaryprinciples.org/files/vp_columbia_case_study.pdf). 哥伦比亚参与《自愿原则》始于2003年与美国大使在波哥大的会见。会见后，哥伦比亚石油协会成立了一个工作组，其活动包括改进信息共享、协调对侵犯人权行为的回应、草拟绩效指标，以及组织风险评估指南和研讨班。这一进程的成果包括公司与政府官员之间的协调得到很大改进，公司标准也得到总体改进。

在其2008年向联合国人权理事会作出的报告中，约翰·鲁格博士指出“当前工商企业与人权困境的根本原因在于全球化带来的治理差距——经济力量和行为体的范围和影响与社会管理其不良后果的能力之间存在的差距”。<sup>59</sup>当存在治理差距时，强调尊重人权的公司责任至关重要，这正是《自愿原则》和《指导原则》的关注焦点。可以说，弥补这些差距更为重要。安全部门改革和良好治理在受冲突影响国家不可或缺，不仅是作为降低侵犯人权风险的手段，还使得公平且可持续发展的经济发展成为可能。

负责任的公司不会在受冲突影响地区投资，除非看到商机。但这并非唯一因素。2003年，世界银行委托撰写了系列论文《自然资源与暴力冲突：选择与行动》。<sup>60</sup>约翰·布雷撰写的论文讨论了吸引负责任的公司进入有风险环境的各种方法，他的理由是它们比莽撞的经营者更有可能作出积极贡献。<sup>61</sup>一家国际石油公司的高管提供了一个简洁的答案：“蠢货，是政府管理！”<sup>62</sup>问责标准高的顶尖公司更难在治理的国家——例如腐败成风的国家——从事经营。

这一关于政府管理 (governance) 重要性的评论具有广泛适用性。规模更小的本地公司或许无法选择在何处经营，但它们的成功几率会受到，例如，有无公正的争端解决和行之有效的法律体系等因素的影响。<sup>63</sup>在本文讨论的范围内，同样的原则也适用于人权问题。除非有关国家能够建立公正且可持续的治理体系，保护公司和公民个人的权利和利益，否则肆虐的人权问题或冲突就无望得到持久解决。

世界银行《2011年世界发展报告：冲突、安全与发展》同样指出需要加强政府制度，但与此同时也提及现实困难：“坦率地说，建立能够防止暴力

59 See Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/8/5, 7 April 2008, p. 3.

60 Ian Bannon and Paul Collier (eds), *Natural Resources and Violent Conflict: Options and Actions*, World Bank, Washington D.C., 2003, available at: <http://go.worldbank.org/MSS8O5RVN0>.

61 John Bray, “Attracting reputable companies to risky environments: petroleum and mining companies”, in I. Bannon and P. Collier, above note 60, pp. 287–352.

62 同上，第291页。

63 关于这一点及相关问题的讨论，参见World Bank, *World Development Report 2005: a Better Investment Climate for Everyone*, Washington DC, 2004.

活动反复发生的合法制度是一个缓慢的过程，需要一代人来完成”。<sup>64</sup>实质性改变或许需要数十年，但无论公司还是公民个人都等不起。这意味着工商业界主体将继续在远非完美的环境中经营，其商业活动可能会造成无法预测的后果——即使做了最彻底的尽责调查。在此情形下，对于负责任的嫌恶风险的公司来说，最简单的办法就是将其活动限于虽不令人激动但却可以预测的发达国家的商业环境之中。

如本文第一部分所述，如果将人权尽责主要视为是否守法（把人权尽责法律化）的，那么公司更有可能决定不在受冲突影响国家投资。呆在本国不动也许是容易的答案，但无论从商业角度还是社会发展角度看这都未必是理想的方法。应当鼓励而不是压制负责任地承担风险。这么说并不是要冲淡工商企业与人权议程，而是要寻找更有效的方法来实现之。

负责任地承担风险无疑要求工商企业对人权及其他问题进行尽责调查，还要求其有能力适应不断变化的局势。政府的作用在于提供一个使本地和国际公司能够负责任地成功经营的环境，而这项工作需要国内和多边机构协同努力。建立保护人权所需制度和机制的首要职责在于东道国政府，但母国及其他主体的协助大有裨益。特别是在受冲突影响国家，政府、工商企业和公民社会组织的携手合作至关重要。

---

64 世界银行，前注7，第10页。