

最新的IBA工商业与人权指南：律师在不断变化中所扮演的角色

第1节：介绍

1.

2016年，IBA为商事律师发布了一份关于工商业与人权的实践指南（以下简称），用以评估2011年联合国《工商业与人权指导原则》（英文缩写为“UNGPs”，以下简称“《指导原则》”）和法律行业相关标准的影响。这份指南指出了《指导原则》的广泛采用，其对各国、各企业和公民社会逐渐增长的重要性，以及其在法律中的融入；还讨论了《指导原则》在法律实践中的影响。这份指南还有一份参考附件，在附件中进一步探讨了上述问题的细节。

2.

《指导原则》与法律行业的相关性不断增强，这已经体现在许多因素上。比如，国内制定的强制性人权尽职调查和报告立法同时也适用于域外管辖的公司；注意义务的主张；基于《指导原则》和在国内和/或海外运行的相关标准提出的企业负债与责任；以及对气候变化等环境影响对人权的严重损害的认识。

3.

各国、投资者、借款者、消费者、社区和公民社会正在越来越多地评估企业的人权表现，并越来越多地给予《指导原则》作为全球权威标准的认可。

4.

本指南以2016年实践指南为基础，简要重申其要点，并为全球商事律师提供与其相关的新兴趋势与立法的概述。

第2节：联合国工商业与人权指导原则

5.

2005年，时任联合国秘书长科菲·安南委任哈佛大学肯尼迪学院教授约翰·鲁吉为他的工商业与人权问题特别代表（SRSG）。他责成鲁吉教授制定一个框架，阐明国家和企业在人权方面各自的义务和责任。

6.

因此，经过六年的多方利益攸关方磋商、研究和试点项目，联合国人权理事会一致通过了SRSG的《指导原则》。《指导原则》实施了人权理事会于2008年通过的SRSG“保护、尊重和补救”框架。在此框架之下，《指导原则》阐明了国家保护人权的义务（支柱一）、企业在其经营活动和价值链中尊重人权的责任和利益攸关方加强补救措施的必要（支柱三）。

7.

在支柱一下，国家保护人权的义务是由国际法规定的法律义务。该义务通过由政策、法规和裁定来防止、调查、惩罚和纠正对人权的侵犯来履行（《指导原则》第1条）。

8.

在支柱二下，所有工商企业，不论其规模、所属部门、业务范围、所有制和结构，都有责任在其经营活动和价值链中尊重人权（《指导原则》第14条）。这意味着企业应当公开承诺尊重人权并

AWAITING IBA COUNCIL APPROVAL 待IBA理事会批准

将该承诺融入其治理过程、领导体系和企业文化当中，并且进行人权尽职调查，以识别、预防或减轻其可能或正涉及的人权不利影响。人权尽职调查是一个持续的、以利益攸关方为中心的过程，企业通过该过程识别其潜在和实际的人权影响，以综合方式应对这些影响，并监测和报告其绩效。

9.

在支柱三下，国家负有补救侵犯人权行为的主要义务，但企业也应为其造成或促成的不利影响而在合法程序中提供补救或合作。（《指导原则》第22条）为实现这一目标，企业需要积极参与补救工作，无论是自身主动还是与其他主体进行合作。补救措施的形式十分多样，可以是司法的，也可以是非司法的。企业应当参与社区和个人有效的运营层面的申诉机制，以便尽早解决问题。

10.

尽管《指导原则》本身只是“软法”，但其已经成为企业和国家在人权方面作用被广泛认可的权威国际标准。企业尊重人权的责任源起于国际公认的人权，如公约、条约和其他国际标准所表述的那样。（《指导原则》第12条）这些人权或启迪了或已经被反映在有约束力的法律中，如下文所述。

11.

《指导原则》是一份动态文件，旨在通过国家、企业和公民社会间的循环迭代来引发动态变革。其解释和应用应当反映国际人权标准随着时间变化的演变和表达。例如，这包括2022年7月，联合国大会以压倒性多数票通过了一项决议，承认享有清洁、健康和可持续环境的人权，这一人权若受侵犯会妨碍许多其他人权的享有。企业参与的气候变化、环境污染和生物多样性的丧失对全球人权的严重影响就是突出的例子。尽管联合国大会的投票本身可能不具有法律约束力，但根据对《指导原则》第12条的评论，它成为了一项“额外标准”，即工商企业需要特别注意尊重人权的责任。

12.

自从《指导原则》批准通过，其本身，尤其是其中尊重人权的企业责任部分，已经越来越多地反映或被纳入了法令、法规、司法和准司法对法律注意义务、企业责任、多方利益攸关方规范、投资者和银行的决策、主要公司的实践和政策，以及公民社会的倡导的表述中。因此，它们在这些表述中从“软法”成为“硬法”，成为了严格的法律义务。

13.

2011年以后，各国纷纷出台（通过颁布）国家行动计划（National Action Plans，简称NAPs），概述其落实《指导原则》的计划，以此来鼓励企业的自愿行动。截至本指南撰写之时，全球已有约40个国家发布了国家行动计划，最近的是乌干达、肯尼亚和日本。

14.

随着对《指导原则》的理解逐渐成熟，一些国家已经颁布立法，强制要求进行人权尽职调查，包括对不合规行为进行制裁，并对利益攸关方采取补救措施。法国于2017年颁布的一部法律在2021年得到了德国和挪威的追随，并在2023年于瑞士生效。这部《法国警戒法》在准备意见中提及了《指导原则》，并明确包括识别所有对人类的风险（包含环境风险）的措施，同时包括预防最严重损害（包含环境损害）的措施。在奥地利、丹麦、芬兰、比利时、荷兰、英国，以及最重要的是在欧盟，类似的强制性尽职调查立法提案也在未决期间，即将落地。撰写本指南时，欧盟关于企业可持续性尽职调查的指令草案（directive on corporate sustainability due diligence，简称CSDDD）草案提出了强制性的人权和环境尽职调查；它将适用于欧盟公司以及在欧盟单一市场的年销售额超过一定门槛的非欧盟公司。此外，2023年1月5日，企业可持续发展报告指令（Corporate Sustainability Reporting Directive，简称CSRD）生效，使企业的社会和环境报告规则得到了现代化发展和进一步加强。根据CSRD，2023年7月31日，欧盟委员会提交了欧洲可持续发展报告标准

AWAITING IBA COUNCIL APPROVAL待IBA理事会批准

（European Sustainability Reporting Standards，简称ESRS），其若获批准，届时被覆盖范围内的企业将有望实质性地考虑自身对环境和人类的影响——包括对自己企业的工人、价值链中的工人、受影响的社区、消费者和最终用户。

15.

分别来看，出现了涉及侵犯人权行为的国内法，如现代奴隶制报告法、“马格尼茨基法”和海关没收或禁止进口使用强迫劳动或童工制造的货物。

16.

这些发展已经在其他国家产生了相似指南与法律的交叉传播。例如，日本在2022年底发布了关于人权尽职调查的非约束性指导方针，援引了欧洲正在推行的尽职调查法案和全球的强迫劳动法律来强调企业尊重人权的必要性。

17.

最后，当公司公开承诺尊重人权时，他们希望其所处价值链上的其他成员也同样做到，并在他们的合同和协议中纳入与《指导原则》相关的人权绩效标准。这就导致买家和供应商的网络中发展出了私主体商法中的人权。

第三节：获得救济

18.

司法判例：一些法院已作出决定，确认国家有保护人民和社区免受与工商业有关的人权滥用的义务，并确认企业在《指导原则》下尊重人权的责任。包括但不限于：

a.

[SERAP v. Nigeria](#)：2012年西非国家经济共同体（Economic Community of West African States，简称“西非经共体”ECOWAS）法院认为，通过“追究造成情况的人的责任，并确保为受害者提供适当的赔偿”，以“防止或解决”石油泄漏，是尼日利亚政府义不容辞的责任。

b.

[Vedanta Resources Plc v Lungowe](#); [Okpabi & ors v Shell](#)：2019年和2021年，英国最高法院发布了两个具有里程碑意义的决定，裁定母公司可能就其外国子公司造成的环境损害和侵犯人权行为对索赔人负有注意义务，至少在母公司承诺监督公司的相关行为、采取积极措施确保子公司执行母公司的政策，并且没有采取积极措施防止损害时有这样的注意义务。

c.

[Nevsun Resources Ltd. v Araya](#)：2020年，加拿大最高法院承认习惯国际法，包括对危害人类罪、强迫劳动和酷刑的禁止，是加拿大法律的一部分，加拿大公司可能因其海外业务而为违反这些标准承担责任。

d.

[Miskito Divers \(Lemoth Morris et al.\) v Honduras](#)：2021年，美洲人权法院裁定，赞成赋予（美洲）各

国按照《指导原则》的基本概念管理其企业的义务。

e.

[In re University of Stellenbosch Legal Aid Clinic, et al \(2015\)](#): 2015年，南非高等法院裁定，根据《指导原则》，各国必须防止企业侵犯人权，并减少获得补救的障碍。因此，它拒绝执行小额贷款人的法律顾问所提出的南非债务催收法，以实施掠夺性、不公平和欺骗性的收债做法，这些做法否认了数以万计贫困借款人的正当程序。南非最高法院经上诉审理得出结论，认为该法规并非违宪，因为贷款人误解并误用了该法规。

f.

[Oguru et al v Shell](#): 2021年，海牙上诉法院裁定一家荷兰公司对其非洲子公司引起的石油泄漏承担责任，引用了上文中“韦丹塔案”（[Vedanta Resources Plc v Lungowe](#)）。上诉正在进行中。

g.

[Milieudefensie v Shell](#): 2021年，海牙地方法院判决一家石油公司减少其二氧化碳排放。它适用了在荷兰民法典下有关社会行为的不成文法规则，并使用《指导原则》和其他“软法”、“硬法”工具来定义公司的注意义务。上诉正在进行中。

19.

正在进行的司法主张：人民和社区引用《指导原则》和/或寻求侵犯人权救济的司法主张，正在不同的司法管辖区内等待审理。例如：

a.

2020年，据称受铅矿影响的赞比亚社区代表向约翰内斯堡高等法院针对一家南非矿业公司提起了集体诉讼。

b.

2023年，印度尼西亚一座岛屿的居民因受到气候变化造成的海平面上升冰川湖洪水的威胁，在瑞士起诉了一家瑞士公司。此前，德国也对一家德国电力供应商提起了类似诉讼，要求其赔偿损失。

c.

在法国，多起涉嫌侵犯人权的案件正在审理中，包括跨国公司根据《法国警戒法》在开采业、农业综合企业、能源和银行部门造成的环境损害，也包括发生在法国境外的损害。

d.

在多个欧洲司法管辖区（包括英国和德国），关于2015年发生在巴西的大坝倒塌（通常被称为“马利亚纳大坝倒塌”）的诉讼正在进行中。

e.

服装行业的跨国公司正因涉嫌共谋参与多国内的强迫劳动而面临刑事调查。

f.

一个代表纺织业工人的孟加拉国工会根据德国的《尽职调查法》起诉了多家跨国公司，原因是它

们未能监督其工厂的安全。

20.

非司法申诉机制：《指导原则》还考虑到，如果非司法申诉机制是合法、可获得、可预测、公平、透明、权利兼容的、是持续的学习来源，并且操作层面的申诉机制，是基于参与和对话进行的，则这些非司法申诉机制可以提供补救措施。（《指导原则》第 31 条）。

21.

仲裁：2013 年，孟加拉国拉纳广场服装厂坍塌事件后，各品牌方和工会签订了一项多边协议，现在被称为“国际协议”（International Accord），以改善工厂的安全条件。它规定了具有约束力的争议仲裁。它规定了具有约束力的争议仲裁条款。海牙常设仲裁法院至少启动并管理了两项仲裁。通常来说，商事仲裁还不符合《指导原则》第 31 条规定的非司法申诉机制的有效性标准。然而，一个由国际法律专家组成的工作组于 2019 年发布了《海牙商业和人权仲裁规则》，目的是满足上述《指导原则》中的标准，并促进在解决工商业与人权的纠纷中使用仲裁。

22.

双边投资条约争端：《指导原则》在外国投资者与东道国之间双边条约争端引起的国际仲裁中也越来越受到关注，特别是在基础设施、发展和采矿领域。参见 [Urbaser v Argentina](#) 案和 [David Aven et al v Costa Rica](#) 案。国际裁判员倾向于援引必要性和相称性原则，并根据此原则在保护外国投资者的权利和保护人权的必要性之间取得平衡。此外，新的双边投资条约也在起草中。例如，2022 年 7 月，非洲仲裁学院（Africa Arbitration Academy）根据“乌班图（Ubuntu）原则”，为非洲国家推出了双边投资条约范本以促进可持续投资，并平衡当地的和文化的敏感性。

23.

经济合作与发展组织国家联络点（National Contact Points，简称 NCPs）：公司和利益攸关者使用自愿的、非司法的经合组织国家联络点争端机制来解决工商业与人权争端。2023 年更新的经合组织《跨国企业负责任商业行为准则》追踪了《指导原则》人权尽职调查过程的动向。《行为准则》虽是自愿的，但得到广泛遵循。若一家公司不遵守经合组织准则，可能会导致目前遵守经合组织准则的 51 个国家之一向国家联络点的投诉。这类投诉往往会以（导致）调解、和解、关于该公司合规性的声明，并由国家联络点对其建议进行监督。

24.

联合国人权理事会的特别程序：联合国特别程序是独立的人权专家，他们负责报告专题程序或国别程序的人权建议。2023 年 6 月，联合国工商业与人权工作组、享有清洁、健康和可持续环境有关的人权义务特别报告员、以及享有安全饮用水和卫生设施的人权问题特别报告员，致信一家国有石油公司，要求其回应指控。根据这项指控，该公司增加化石燃料产量的努力正在妨碍其所有者根据国际法履行职责和根据《巴黎协定》消除温室气体排放的承诺。

第 4 节：这种快速变化的形势如何影响律师的角色？

25.

法律是动态的；今天仅仅被认为是不道德的事物，或许在明天就成为非法的。在工商业与人权问题上尤其如此。随着公司越来越多地将人权风险的识别和管理作为关键的战略目标，他们希望其

律师不仅能作为技术性的法律专家，还能基于人权相关“硬法”和“软法”，作为识别人权影响并提供建议的明智顾问。

26.

仅基于技术上遵守现有法律的建议，而不考虑对人权的影响，可能会不幸使得客户无法了解与侵犯人权相关的更全面的商业风险情况这类风险因素可能会包括声誉上的败坏；失去各种机会；资本市场准入减少；延迟成本；高利息或更昂贵的债务；分散最高管理层的注意力；聘用及留住人才的能力下降。

27.

因此，企业越来越多地就其他法律实践领域中出现的工商业与人权问题寻求律师的法律咨询和服务。例如：

•

遵守强制性的人权尽职调查法律。如上所述，随着各国越来越多地制定人权尽职调查法，公司将被要求制定和实施适当的政策、流程和程序，以确保遵守这些法律。律师将在这类问题上发挥为公司提供咨询的关键作用。

•

刑法。《指导原则》第23条第c款及其附带评论规定，公司应根据人权领域的硬法和软法，将参与严重侵犯人权的风险视为一个遵守法律规定的问题。

•

环境法。对环境损害、气候变化、污染和生物多样性丧失对人权的潜在严重影响的认识，将从根本上改变环境法的实践。与环境尽职调查不同，人权尽职调查并不局限于在技术上遵守环境法规，而是侧重于尊重弱势群体和社区的权利。

•

公司治理。为了达到实际的效果，即使在没有法律规定人权尽职调查的情况下，人权尽职调查也必须嵌入公司的治理体系中。律师可以通过就适当的内部治理结构和企业风险管理、政策、流程和程序提供建议，来帮助公司实现这一目标。

•

兼并收购（简称“并购”）。《指导原则》第17条规定，在工商业关系中应尽早进行人权尽职调查，特别是在公司可能继承被收购实体的人权风险时。并购律师在确保人权和环境风险的早期识别和解决方面发挥着重要作用。

•

金融。根据《指导原则》，金融机构能对其造成或促成的侵犯人权行为负责。代表金融机构和投资银行的律师应明白，其客户作为工商企业有责任尊重人权，包括他们所提供的贷款和投资，以

及其借款人和股东所采取的行动。这一责任的根本在于践行人权尽职的必要性。

- **合同。**律师在合同的形成、起草和执行中起到核心作用。合同是杠杆的关键来源，公司可以通过它激励买方和供应商，从而改善其人权绩效。

- **争议解决。**律师帮助公司管理及解决各种可能的纠纷。这些争议可以在多个平台解决，包括法院、行政机构、立法机关的调查、仲裁小组、经合组织国家联系程序等非司法申诉机制，以及一般适用和针对具体情况的协作和多方利益攸关者申诉机制，包括《指导原则》下的实践申诉机制。

- **反垄断。**在实现其人权目标时，企业应意识到，竞争对手之间的某些合作，即使是为了改善自身在所处领域的人权表现，也有可能引发竞争问题。另一方面，澳大利亚，英国和欧盟的竞争与消费者监管机构已经采取措施，对气候变化和可持续相关行为给予豁免，这使得对反垄断的考虑失去了实际意义。

- **报告与披露。**报告与披露方面的律师在决定公司向利益攸关者报告哪些两者涉及人权损害的风险时，发挥着关键的作用。报告人权风险是公司人权尽职调查的重要组成部分，应适当反映具体情况下特定弱势群体和社区人权受到损害的风险。在投资决策中考虑环境、社会和治理（ESG）因素的公司已将数万亿美元投资于资产。尽管“S”方面（Social）或社会影响因素包括了人权影响，但迄今为止，对于公司应该报告什么，以及报告是否应该准确反映一家公司识别和应对其人权风险的结果，仍存在困惑。在更明确之前，ESG报告不应被视为足以满足公司的人权尽职调查责任。

28.

上文列出的领域仅具有说明性质，工商业与人权问题及其影响也出现在劳动和就业事项、政府关系、税法、知识产权、矿业法、保险和破产法，以及许多其他法律实践领域中。

第5条：《指导原则》对于获得法律服务的权利或律师的专业职责提出了什么挑战？

29.

根据多个司法辖区内的法律职业规则，以及联合国《关于律师作用的基本原则》（UNBPRL），律师是“司法工作重要代理人”，并在建立法治和促进更广泛的司法利益方面发挥着基本的作用。

30.

企业遵守法律是《指导原则》所有支柱的基本要求。获得律师和法律服务是一项基本权利，也是法治和正当程序的重要组成部分。事实上，《指导原则》第三支柱反映了这样一个不幸的事实：弱势群体尤其缺乏充分的机会获得法律咨询来保护其人权。即使客户或客户的事业或信仰极不受欢迎，获得法律咨询的权利也不应受到损害。这适用于各种性质的客户，包括个人和企业。每个

个人和实体，包括企业，都有权寻求法律咨询和代理，以评估和应对涉及人权问题的索赔。《指导原则》不妨碍获得法律代理的权利。

31.

根据联合国《关于律师作用的基本原则》第18条，律师必须被允许独立行事；不得将律师等同于其委托人或委托人的观点）。独立还意味着律师为客户提供中肯的建议，包括客户可能并不想知道的风险。

32.

《指导原则》没有限制律师的专业责任。这包括律师在法律和职业标准的范围内，以企业客户的最佳利益行事；还包括为企业提供建议，帮助企业识别和解决客户参与人权和环境影响给自身和社会带来的风险。尽管存在律师与委托人关系之外的期望和压力，但仍应履行这一义务，并遵守其专业上和法律上的责任。

第6节：《指导原则》对律师事务所意味着什么？

33.

律师事务所作为工商企业，自身便负有尊重人权的责任。这一责任适用于企业，“无论其规模、所属部门、业务范围、所有制和结构”（《指导原则》第14条）。这包括律师事务所，但须遵守其独特的专业职责。律师事务所可以提供咨询和服务，使其客户能够在识别、预防、减轻以及在适当情况下补救其客户参与的侵犯人权行为方面满足其可持续的商业利益。提供此类咨询服务的能力对律师事务所来说是一个重要的商机。

34.

律师事务所是客户价值链的一部分。随着客户开展自身业务并着手人权治理、政策和流程，客户将越来越期望律师事务所表明他们也尊重人权，并拥有识别和解决可能与其法律服务相关的人权风险的能力。大型律师事务所已经在报告其在强制性的现代奴隶制制度（如在澳大利亚和英国）下的价值链，并详细说明其所采取的行动及这些行动的有效性。

35.

与此同时，律师事务所面临着使其客户侵犯人权的风险。例如，联合国人权高专办最近批评指出，越来越多的公司使用SLAPPs针对公众参与的策略性诉讼来起诉人权维护者或记者，其唯一或主要目的是恐吓和压制公众对其活动的反对或批评，让民间社会行动者承受繁重和昂贵的诉讼。

36.

另一个例子是建立匿名的空壳公司，目的是使其实际所有人能够掩盖他们参与侵犯人权活动的事实，例如为贪污者所窃取的主权财富洗钱，或为从事非法武器销售、人口贩运、战争罪和其他侵犯人权活动的企业提供资金。

37.

此类行为在某些司法辖区内可能是合法的。然而，《指导原则》第23条b款规定，当国家法律与国

际人权标准发生冲突时，公司（以及律师事务所，由于它们是工商业企业，本身便有责任尊重人权）应“设法信守国际公认的人权原则”。前面提到的《指导原则》第23条第c款希望公司“在其经营地，将造成或加剧严重侵犯人权的行为视为是否守法的问题”。鉴于这种合规风险，律师事务所可以选择，且有些已经选择了，在法律服务可能导致或助长此类侵权行为或与之直接相关的情况下，不与客户建立或终止律师-委托人关系。

38.

从根本上说，律师事务所应准备在与客户建立关系之初和过程中考虑这些问题，以评估其自身和客户卷入侵犯人权行为的风险，并管理事务所的应对措施：

其提供的服务和建议是否可能导致或助长客户在其运营或价值链中侵犯人权？

哪些利益攸关方会受到影响？

从利益攸关方的角度看，损害的严重程度如何？

根据客户的运营、价值链、管理系统和业务模式，潜在影响的可能性有多大？

律师建议和服务的性质与可能造成的损害之间有什么联系（即，建议或服务会导致、促成损害，还是仅仅与损害有关）；同样地，客户的行为与可能造成的损害之间有什么联系？

事务所可以采取哪些合理措施来预防或减轻此类损害？

可能造成的损害是否严重且持续存在，以至于律所应考虑不承接该代理业务？

39.

为了就人权问题向客户提供适当的建议和服务，律师事务所应具备或发展足够的能力和专业知识，就工商业和人权方面的软法和硬法提供建议。这表明，律师事务所的内部和外部工商业与人权专家应发挥双重作用。一个作用是向客户提供明确的人权建议和服务。另一个作用是确保那些不直接提供此类建议的人能够充分获得内部和外部资源，以了解其业务领域的人权影响，如税务、破产、交易、诉讼等，并从跨业务领域的共同学习中受益。

Conclusion第7节：结论

40.

已故的《指导原则》作者约翰-鲁格教授并不认为其是一成不变的文本。相反，他希望《指导原则》“将引发三个全球治理体系之间的互动迭代过程”——即国家、企业和民间社会——“随着时间的推移产生累积性变化”。事实上，这种情况已经发生。《指导原则》的活力及其在硬法和软法规则、企业（包括律师和律师事务所）的实践和政策以及公民社会的倡导方面产生变化的能力已被反复证明。

41.

AWAITING IBA COUNCIL APPROVAL待IBA理事会批准

鉴于《指导原则》的动态性质，本更新并不是《指导原则》对法律行业影响的终结。变化仍在继续，未来还会有重要的发展。我们很想等待这种发展随着时间的推移逐渐显现出来，但律师必须在当下为客户提供建议和服务。因此，将《指导原则》对法律行业的影响视为一个持续的过程是有益的，而本更新则是这一过程中的一个缩影。

撰稿人

主席：Brabant, Stéphane

Andrade Lima Cardozo, Maria Izabel

Carnegie, Sara

Cassel, Douglass

Douvartzidis, Lara

Groulx Diggs, Elise

Lalani, Shaheeza

Maier, Bernhard

Scheltema, Martijn

Sherman, John