



人权理事会
第八届会议
议程项目 3

增进和保护所有人权、公民、政治、经济、
社会和文化权利，包括发展权

澄清“势力范围”和“串通”概念

人权与跨国公司和其他工商企业问题
秘书长特别代表约翰·鲁格的报告*

摘 要

人权委员会第 2005/69 号决议规定了秘书长特别代表的任务，其中第 1(c)段要求“研究并澄清诸如‘串通’和‘势力范围’的概念对跨国公司和其他工商企业所涉的问题。”为此，本报告作为特别代表向人权理事会提交的 2008 年报告的附属报告，阐释了这两个概念同尊重权利的企业责任之间的关系。后者是特别代表在 2008 年报告中提出的战略政策框架的三项基本原则之一。“势力范围”的概念过于宽泛模糊，不适于界定履行职责、切实尊重权利所需的应尽职责的范畴，于是特别代表提出了替代方案。串通代表了企业利用彼此间的关系损害权利的一系列间接做法，因此，避免串通是为尊重权利履行应尽职责的基本要素。

* 本报告迟交以便反映最新情况。

目 录

	<u>段 次</u>	<u>页 次</u>
一、导 言.....	1 - 4	3
二、势力范围及其他问题.....	5 - 25	3
A. 势力范围概念的起源和当前用途.....	7 - 9	4
B. 势力范围概念在当今商界和人权议程中的 局限性.....	10 - 18	5
C. 应尽职责的范畴.....	19 - 22	7
D. 总 结.....	23 - 25	8
三、串通所涉问题.....	26 - 72	9
A. 概念的起源.....	29 - 32	9
B. 法律指导.....	33 - 53	10
C. 公司避免串通合谋的社会期望.....	54 - 69	17
D. 总 结.....	70 - 72	22

一、导 言

1. 人权委员会 2005 年 4 月 20 日第 2005/69 号决议规定了人权与跨国公司和其他工商企业问题秘书长特别代表的任务，决议第 1(c)段要求特别代表“研究并澄清诸如‘串通’和‘势力范围’的概念对跨国公司和其他工商企业所涉的问题。”

2. 本报告是特别代表对于这项任务做出的回应。报告详尽分析了上述两个概念同尊重人权等企业责任之间的关系。后者是特别代表在提交人权理事会的 2008 年报告中提出的战略政策框架的基本原则之一。¹ 该政策框架包含三项核心原则：国家有责任保护人权，防止包括商界在内的第三方侵犯人权；尊重人权的企业的企业责任；以及需要采取更加有效的手段进行补救。

3. 从本质上讲，尊重权利就是不侵犯他人的权利，简而言之就是不作恶。公司怎样才能了解自己没有侵犯人权？公司是否制订了机制，能够自信地支持权利主张？大多数公司都没有。因此就需要履行应尽职责，在这一过程中，公司不仅要确保遵守国家法律，更要设法防范人权危机，防止侵犯人权。

4. 应尽职责的范畴是指公司在履行应尽职责时需要考虑的各种因素和行为者，势力范围和串通的概念对这一范畴有着潜在的影响。特别代表在经过详细审议和磋商之后，得出结论认为，“势力范围”的概念过于宽泛模糊，不适于准确界定应尽职责的范畴，于是他提出了替代方案。串通是指企业利用彼此间的关系损害权利的一系列间接做法，历来是一个重要概念。切实履行应尽职责，有助于公司防范串通合谋侵犯人权。

二、势力范围及其他问题

5. 在关于企业社会责任的讨论中常常会出现企业“势力范围”的概念。特别代表的任务之一是研究并澄清这一概念，为此，他委托有关方面开展判例法研究，分析相关法律概念。特别代表审议了商界和人权、企业社会责任、利益攸关方理论以及道德准则等相关文献，并召集多方利益攸关方举行磋商，共同商讨这

¹ A/HRC/8/5。

个问题；研究小组的两名成员在《道德公司》杂志上发表论文，² 并通过电子邮件收到了数十封读者答复。³ 在此基础上，特别代表得出结论认为，势力范围概念涉及层面过多，不适合用来界定应尽职责的范畴，而“势力”本身也不是确定企业职责的适当标准。

6. 关于势力范围的本章内容分为三部分。首先综述这一概念的起源和当前用途，承认这一概念是一个形象的比喻，公司可借此认识到工作场所以外的人权责任和机会。第二部分指出，自这一概念形成以来，商界和人权领域发展迅速，目前亟待加强规范，为公司提供充足的指导，明确公司为尊重人权需要开展的具体行动。第三部分简要概述了界定应尽职责范畴的替代方案。

A. 势力范围概念的起源和当前用途

7. 《联合国全球契约》率先在关于企业社会责任的讨论中使用了势力范围的概念，目的是协助公司在工作场所内部及外部“支持并尊重国际倡导的人权保护工作”。⁴

8. 《全球契约》提出了一个形象的势力范围图形，有多家公司业已采用。图形由多个同心圆构成，描绘了公司价值链中的各个利益攸关方：最内侧是员工，其次由内向外依次是供应商、市场、社会和政府。从图中隐约可以看出，距离圆心越远，公司的“势力”及其可能承担的责任就越弱。⁵

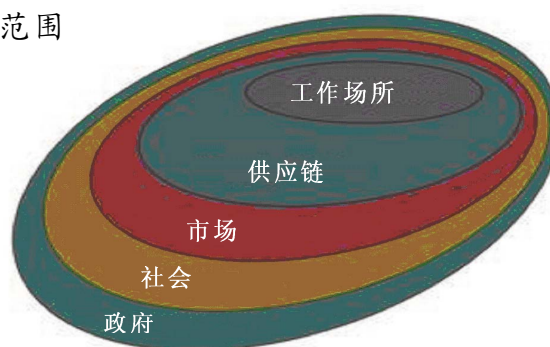
² The December 2007 consultation focused on the corporate responsibility to respect. For a summary report, see A/HRC/8/5/Add.1。

³ The article is available at: <http://www.ethicalcorp.com/content.asp?ContentID=5504>。

⁴ “The concept of sphere of influence seeks to establish the scope of corporate responsibility for human rights issues based on the extent of a particular business’ influence.” Office of the High Commissioner for Human Rights, United Nations Global Compact, E-Learning, Module 2, <http://www.unssc.org/web/hrb/details.asp?mod=2&sec=2&cur=1>。

⁵ Concerns about this model are reflected in the Special Representative’s most recent report to the Human Rights Council, A/HRC/8/5, paras. 65 – 72。

势力范围



9. 这幅图有助于公司思考在工作场所以外的社会责任，以及公司应采取哪些行动来尊重和支持人权。例如，特别代表对《财富》杂志评选出的全球 500 强企业进行调查，发现答复者对于利益攸关方的排列方式同上图基本一致，唯一的明显例外是采矿企业将社会排在供应链之前。⁶

B. 势力范围概念在当今商界和人权议程中的局限性

10. 由于公司希望更加明确地了解其社会责任要求开展哪些行动，以及公司对哪些人负有社会责任，势力范围概念的含糊不清日益凸现出来。此外，由于联合国草拟了跨国公司责任准则，其他商业企业则将希望利用势力范围的概念明确公司的法律义务，仿佛这一概念在职能上等同于国家司法管辖权，进一步澄清的必要性陡然升级。⁷

11. 众多原因造成了概念的含糊不清，最重要的是，同心圆图形没有明确指出公司的行为可能会损害哪些利益攸关方的权利(例如，社会)，以及公司可能会对哪些行为者的行动产生一定影响(例如，供应商、社会和政府)。

12. 这就涉及到“势力”的两种截然不同的含义。其一是“冲击力”，说明公司的行为或关系可能侵犯人权；其二是公司对于其他行为者的“影响力”，可能侵犯人权，也可能防止侵犯人权。前者当仁不让地属于尊重人权的责任范畴；后者只在特定情况下如此。

⁶ A/HRC/4/35/Add.3。

⁷ E/CN.4/Sub.2/2003/12。

13. 不应将企业责任同影响联系起来，借用道德准则的术语，这样做就是认定“能够意味着必须”。⁸ 不应要求公司为其可能具备某种影响力的所有实体的人权状况负责，因为其中有些情况可能与公司无关，公司也不是侵犯人权的元凶。也不应要求公司在其能够施加影响的情况下一定要发挥作用，特别是对政府施加影响。在公司有影响力的情况下要求其自愿支持人权，仅仅以此为由将责任强加给公司，是截然不同的两件事。

14. 以影响力为由摊派责任，让人有机可乘。这是由于影响力必然会涉及到某些人或某些事，本身就容易受到左右。政府可能有意不去履行某些责任，希望公司能够屈从社会压力，促进或履行某些权利。由此可见，必须严格区分国家职能和公司责任。

15. 势力范围概念的进一步推行，借助了所谓“密切联系”的概念：“商业实体的‘势力范围’往往包括同其在政治、合同、经济和地域上具有密切联系的个人。每个商业实体，无论规模如何，都享有势力范围。企业规模越大，势力范围可能越广。”⁹ 但“密切联系”的确切含义不明。例如，什么是“政治上的密切联系”？“密切联系”的本意是指地缘上的临近，这就可能产生误导。公司显然应考虑到自身对于员工和周边社区的影响，但公司的行为同样会波及远离影响源的群体，例如，因特网服务提供商侵犯他人隐私权，可能危害到世界各地的终端用户。由此可见，确定人权影响是否属于尊重人权责任的标准，不是所谓“密切联系”，而是公司的行为和关系网。

16. 为履行任务要求，“澄清”势力范围及其所涉问题，特别代表尝试利用“控制”或“因果关系”等概念重新界定公司的“势力”。但对于那些不仅尊重权利，还希望自愿“支持”权利的公司来说(例如根据《全球契约》)，这些概念又过于狭隘了。

⁸ “The sphere of influence concept implies that the more control, authority or influence a business has over a situation giving rise to human rights abuses (or the means to improve respect for human rights), the greater the business responsibility to act.” OHCHR, UN Global Compact, E-Learning, Module 2. <http://www.unssc.org/web/hrb/details.asp?mod=2&sec=1&cur=1>.

⁹ “Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Responsibilities of Transnational Corporations and Related Business Enterprises” (E/CN.4/2005/91).

17. 此外，控制和因果关系的概念有可能错误地划定公司尊重权利的责任底线。尊重权利的责任要求公司履行应尽职责，发现、防止并处理同公司行为有关的侵犯人权的情况。假如用控制和因果关系概念来界定应尽职责的范畴，就意味着公司不必考虑不属于其依法控制的供应商的人权状况，也不必考虑公司行为不会直接损害人权或间接促成损害人权的情况。

18. 特别代表由此得出结论认为，势力范围是一个形象的比喻，公司可借以广泛考虑工作场所以外的人权责任和机会，但这个概念对于确定公司尊重人权的具体责任标准则用处不大。

C. 应尽职责的范畴

19. 公司要履行尊重人权的应尽职责，那么职责范围如何界定？这必然是一个务实的归纳过程，在此可简要阐述其中的指导原则。公司必须考虑三类因素。首先是公司业务所在地的具体国情，特别是这些具体情况可能造成的人权问题；其次是公司作为生产商、服务供应商、雇主和毗邻者，公司行为在这种具体环境下可能产生的人权问题；第三，公司同商业伙伴、供应商、国家机构和其他非国家行为者之间的往来关系是否促成了侵犯人权。这一过程的范围和深度要视具体情况而定。

了解环境

20. 公司应该了解业务所在地的人权状况，评估这种环境可能给公司造成的具体问题。从员工、非政府组织、各国政府和国际机构编制的报告中可以了解相关情况。¹⁰ 分析对象应包括涉及人权问题的国家法律和国际义务，以及国际标准和国家法律与实际做法之间可能存在的差距。

¹⁰ For guidance on how to assess the local context, see *Guide to Human Rights Impact Assessment and Management*, Road-testing Draft, a joint publication of the International Finance Corporation, the Global Compact, and the International Business Leaders Forum, June 2007, p. 31, available at: http://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/HRIA_final.pdf.

评估公司的行为

21. 公司应分析自身行为对于员工、社区和消费者等群体的潜在影响和实际影响，确定哪些政策和做法可能损害人权，并相应调整行动，防止侵犯人权。对人权具有直接影响的各项行动的说明性清单应包括如下内容：生产过程；公司提供的产品或服务；公司的劳动和雇用政策；为人员和资产提供的安全保障；以及公司开展的游说等政治活动。

分析公司的关系

22. 公司应确保同第三方之间的关系不会将自己牵扯进第三方的侵权行为。提供货物和服务、订立相关合同、甚至租借设备或运输工具等其他非商业行为，都可能造成这种情况。为此，公司必须了解商业合作实体的历史记录，评估公司自身行为是否促成当前及今后潜在商业合作实体或其他活动合作者的侵权行为，或与之有关。在分析公司关系时，应研究公司涉嫌参与由第三方造成的侵权事件的具体实例。下文第三部分将深入论述这个问题。

D. 总 结

23. 公司为了解、防止和处理公司行为及关系造成的不良影响而采取的合理措施，均属于应尽职责。依据国情、行为及关系的性质以及投资或业务规模等因素，这些措施不尽相同。

24. 公司在监督和减少影响方面的责任也因此有所不同。例如，公司为监督和消除自身行为造成的人权问题而采取的措施，可能不同于公司针对其商业关系或其他社会行为者之间关系而采取的措施。此外，针对子公司出现的人权问题而采取的必要措施，可能不同于针对远端供应商的潜在或实际问题而采取的措施。

25. 总而言之，公司要履行尊重人权的责任，其应尽职责的范畴不是一成不变的，也不以影响力为依托，而是取决于公司商业行为及其关系对于人权问题的潜在影响或实际影响。

三、串通所涉问题

26. 尊重人权的公司责任之一是避免串通合谋。近三年来，特别代表在 2006 年召开了多学科专题研讨会，探讨串通问题，并在多方利益攸关方磋商中多次讨论这个问题，其中最近的一次是在 2007 年 12 月，磋商主题是公司尊重人权责任的性质。¹¹ 特别代表还借鉴了在这一领域拥有丰富经验的两家非政府组织的工作。¹²

27. 公司串通合谋侵犯人权的概念得到了政府、公司、律师、哲学家、人权倡导者以及被侵犯人权者的广泛关注。各方对于这一概念的实际意义有着各自不同的理解和认识。某些观察家强调“串通”概念的法学渊源，并将国际刑法的发展线索作为界定商界和人权背景下的“串通合谋”的指导方针。其他人则强调出于社会期望，对于公司间接参与侵犯人权应予以谴责，无论公司是否负有法律责任。

28. 本章从法律和非法律的角度出发，阐述了串通合谋概念最重要的几点内容。鉴于国际刑法提供了便利的出发点，本章将探讨关于同谋犯罪的国际法律标准，并分析间接参与侵犯人权给公司造成严重后果的非法律情况。

A. 概念的起源

29. 串通的概念主要针对商界和人权背景。到目前为止，根据《美国外国民事侵权索赔法》已经对美国公司提起了 40 多起诉讼，数量之多为追究公司违反国际法责任的国内判例之最，其中大多数案件均提出了串通指控，违法者涉及公安部队或私立安全部队、其他政府机构、内战中的武装派别以及其他类似行为者。¹³ 此外，人权事务高级专员办事处(人权高专办)近来受特别代表委托开展研究，调查针对公司的指控，发现在 320 起抽样案件中(涉及各个地区和行业)，41%的案件指控公司间接参与各类侵犯人权的行为。¹⁴

¹¹ See A/HRC/8/5/Add.1。

¹² See the Fafo Institute's project on Business and International Crimes, information available at: <http://www.fafo.no/liabilities/index.htm>. See also the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, information available at: <http://www.business-humanrights.org/Updates/Archive/ICJPaneloncomplicity>。

¹³ ATCA is discussed further in section B below。

¹⁴ See A/HRC/8/5/Add.2。

30. 商界和人权背景下的串通是指公司间接参与侵犯人权。究其本质而言，串通是指公司蓄意支持他人侵犯人权。由于公司本身没有做出侵犯人权的行为，因而属于间接参与。从原则上讲，凡属蓄意支持侵犯人权的任何行为，无论涉及民事、政治、经济、社会或文化权利，均可提出串通指控。

31. 指控公司串通，往往会涉及国家或非国家行为者参与侵权。例如，串通从法律意义上讲是指间接参与政府和准军事部队等非政府行为者的侵权行为。¹⁵正因如此，股东考虑到关于公司间接参与其供应商在工作场所违反人权的指控，做出撤资决定。

32. 要了解串通所涉问题，首先需要了解法律和各类社会行为者如何看待公司促成侵犯人权以及这些观点可能导致的后果。这项任务看似艰难，但公司可以将法律标准和社会基准的共同点同公司的应尽职责结合起来，从而了解、防范和消除串通风险。事实上，避免串通是应尽职责的部分内容，能够确保公司尊重人权。即便公司履行了应尽职责，也不能保证公司不会承担法律责任或不会受到指控，必须开展长期工作，提高公司认识到串通风险并采取相应行动的能力，并且要向利益攸关方指出，不涉及其他人的侵权行为是一项非常重要的工作。

B. 法律指导

33. 同个人相比，针对公司提起诉讼的时间相对较短，而且串通在不同法律背景下有着不同的定义，即便在法律领域内也难以确定串通的具体含义。特别代表指出，国际刑法和关于同谋犯罪的案例提供了最明确的指导。从这些案例可以

¹⁵ For examples of cases brought against companies for aiding and abetting alleged State abuse, see: *Doe v Unocal*, 395 F.3d 932 (9th Cir, 2002) (settled out of court); *Khulumani v. Barclay National Bank* 504 F.3d 254 (2d Cir.2007) (ongoing) and *Xiaoning v. Yahoo! Inc.* (N.D.Cal., case filed on 18 April 2007) (ongoing). For examples of cases against companies for aiding and abetting non-State abuse, see: *Carrizosa v. Chiquita*, (S.D. Fla., case filed on 13 June 2007) (ongoing); *Doe v. Chiquita*, (D.N.J., case filed on 18 July 2007) (ongoing)。

得出几条重要原则，从而为公司提供实际指导。¹⁶ 此外，国际刑法能够影响国内刑法及非刑法标准，在此也有借鉴意义。

1. 法律标准指导：国际刑法中的同谋犯罪

34. 二战后设立的战争罪法庭、前南斯拉夫问题国际刑事法庭(前南问题国际法庭)和卢旺达问题国际刑事法庭(卢旺达问题国际法庭)等特设国际刑事法庭的判例仅适用于自然人，尚未适用于公司等法人。常设机构国际刑事法院(国际刑院)的判例也不例外。¹⁷ 为此，在将法律标准由个人推广至公司时，应审慎行事。但至少出于以下两点原因，这些案件采纳的国际刑法标准对于判定公司是否有串通行为至关重要。首先，国际刑法标准可以为国内刑事法庭提供指导，有些国内法庭允许针对公司提起刑事诉讼。其次，国际刑法可以直接影响涉及公司的国内非刑事诉讼程序。

35. 正如上文所述，国际刑法禁止同谋国际犯罪。判断同谋犯罪的标准是：(一) 对于国际犯罪具有实质性影响的作为或不作为；以及(二) 蓄意支持犯罪。¹⁸

¹⁶ There are other ways in which involvement with another who commits a crime is prohibited in international criminal law. Examples include joint criminal enterprise and superior responsibility. Joint criminal enterprise criminalizes participation with others for a common plan, design or purpose to commit an international crime. Those who participate in such a group and take actions intentionally to bring about the common plan can be guilty. Superior responsibility criminalizes the failure of either a military or civilian superior to carry out their duty to prevent or punish the crimes committed by a subordinate.

¹⁷ Pursuant to article 123 of the Rome Statute establishing the International Criminal Court, seven years after the entry into force of the Statute, the Secretary-General of the United Nations will convene a Review Conference. Such review will take place in 2009, and some have signalled that the idea of including legal persons in the jurisdiction of the Court might be re-proposed for discussion.

¹⁸ The Statutes for the ICC, ICTY and ICTR as well as other international criminal tribunals provide for individual liability based on aiding and abetting. In the jurisprudence before the ICTY and ICTR, the tribunals have emphasized that such liability will depend on proving a physical element (substantial assistance) and a mental element (knowledge). For example, see *Furundžija*, (ICTY Trial Chamber) 10 December 1998, para. 249; *Simić*, (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, paras. 85-86; *Blagojevic and Jokic*, (ICTY Appeals Chamber), 9 May 2007, para. 127; and *Ntagerura*, (ICTR Appeals Chamber), 7 July 2006, para. 370.

(a) 具有实质性影响的作为或不作为

36. 特设国际法庭在审理同谋案件时发现，同谋犯罪是指“旨在协助、鼓励犯罪或给予精神支持且对于犯罪的实施有着实质性影响的(个人)行为”。¹⁹

37. 协助未必会导致或促成犯罪。换言之，不必证明没有协助就不会发生犯罪。此外，协助的时间可能是在主要罪行发生之前或之后，也可能在犯罪进行期间，协助的地点不必靠近案发现场。²⁰

38. 国际法委员会指出，共犯提供的协助必须“直接和实际”促成犯罪，例如，提供犯罪者实施犯罪所需的手段。这种协助必须以某种重要方式促成犯罪。²¹

不作为和保持沉默

39. 在商界和人权背景下，往往会出现这样的问题：公司出现在有侵犯人权现象的国家，是否等同于串通合谋。假如公司仅仅是出现在当地，则不可能承担串通合谋的法律责任。根据国际刑法案例推断，必须证明公司保持沉默相当于实际促成犯罪(例如，使犯罪合法化或鼓励犯罪)，以及公司蓄意做出此种鼓励。

40. 根据国际刑法，假如个人在犯罪现场或其周边保持沉默，将被判同谋犯下国际犯罪。但在这些案件中，判断个人的作为或不作为在具体情况下使犯罪合法化或鼓励犯罪的唯一标准是个人是否出现在犯罪现场，而且所有被告均享有较高的社会地位。²²

¹⁹ For example, see *Simić*, (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 85; *Blagojevic and Jokic*, (ICTY Appeals Chamber), 9 May 2007, para. 127; *Blaskic*, (ICTY Appeals Chamber), 29 July 2005, paras. 45 - 46; *Vasiljevic*, (ICTY Appeals Chamber), 25 February 2004, para.102; and *Ntagerura*, (ICTR Appeals Chamber), 7 July 2006, para. 370.

²⁰ *Blaskic*, (ICTY Appeals Chamber), 29 July 2004, para. 48. Also see *Blagojevic and Jokic*, (ICTY Appeals Chamber), 9 May 2007, para. 127; *Simić*, (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 85; and *Ntagerura*, (ICTR Appeals Chamber), 7 July 2006, para. 372.

²¹ According to the International Law Commission, this standard is consistent with the other relevant international provisions including the Nuremberg Charter and the ICTY and ICTR Statutes. See *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part Two, document A/51/10, p.21, para. (11) of the commentary to article 1.

²² See *Kvočka* (ICTY Trial Chamber), 2 November 2001, paragraphs 257-261, summarizing the ICTY cases dealing with presence and accomplice liability.

从侵权中获利

41. 公司从侵犯人权中获利，尚不足以要求公司承担串通合谋的法律责任。但南非真相与和解委员会指出，从侵权中获利是判断公司是否应为参与侵权承担责任的相关因素。²³ 获利问题在非法律环境下的相关分析，详见下文。²⁴

(b) 知 情

42. 国际刑事法庭在审理案件时必须证明，被告了解主犯的犯罪意图，并清楚地知道自己的行为将为实施犯罪提供实质性协助。²⁵ 但同谋犯与主犯未必具有相同的犯罪意图，同谋犯甚至不希望看到犯罪发生。²⁶ 此外，不必证明被告了解确切的犯罪意图以及实际犯罪情况，只需证明被告知道可能会发生犯罪。²⁷

²³ In 1998, the South African Truth and Reconciliation Commission found that there were three levels of business involvement in apartheid: (i) playing a central role in designing and implementing apartheid; (ii) profiting directly from activities that promoted apartheid; and (iii) benefiting indirectly by operating in apartheid society. (Truth and Reconciliation Commission, Final Report 1998, at Vol. 4, Chap. 2) The Commission said that the first two levels must result in accountability (paras. 23 and 27). However, it said that benefiting indirectly from apartheid policies was of a “different moral order.” (para. 23) It implied that it would be inappropriate to hold such companies accountable for furthering apartheid per se, (para. 32) notwithstanding the Commission’s support for companies to engage in “realistic moral behaviour grounded in a culture of international human rights law.” (para. 148) The Final Report is available at: <http://www.polity.org.za/polity/govdocs/commissions/1998/trc/4chap2.htm>.

²⁴ See section C below.

²⁵ The ICC has yet to interpret the Rome Statute’s provision on aiding and abetting, which states that liability will arise if “for the purpose of facilitating” a crime, an individual, “aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission.” There is some disagreement whether the words “for the purpose of” place an additional requirement that what has been used in the ad hoc tribunals and what is now considered custom, that is whether there is an extra requirement of proof that the contribution was given for the *purpose* of facilitating a crime.

²⁶ *Simić*, (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 86; and *Aleksovski*, (ICTY Appeals Chamber), 24 March 2000, para. 162.

²⁷ *Blaskic*, (ICTY Appeals Chamber), 29 July 2005, para. 50; and *Simić*, (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 86.

43. 可以通过直接证据、间接证据或旁证来证明被告确属知情。为此，可利用客观事实推断被告的主观思想，²⁸ 即便被告没有明确表示知情或否认知情，也可推定知情。²⁹

44. 证明公司知情的条件要视具体情况而定。曾有国际刑法案例因公司在第二次世界大战期间侵权而追究个人在其中的责任，法庭分析了公司在提供协助时公司代表可以了解到的关于主犯的情况，从而判定个人知情。这其中包括会议记录³⁰ 以及商业交易的具体情况，例如有害化学药剂的特大宗订单。³¹ 在这些案件中，法庭根据个人在公司中的地位以及经验(例如掌权或具有影响力)判定其知情。³²

2. 国内刑事责任

45. 很多国家的刑法禁止蓄意协助罪犯。即便是有些国家的国内司法系统不采用“同谋犯罪”一词，但其国内标准与界定“同谋”概念的国际刑法标准往往相差无几。³³

²⁸ See *United States v. Carl Krauch, et al (The Farben Case)*, *Trials of War Criminals*, Vol. VIII p. 1187; *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal (1947) Vol 1*, Judgment, pp. 305-306; *Tadic*, (ICTY Trial Chamber), 7 May 1997, paras. 675-676 and 689; *Akayesu*, (ICTR Trial Chamber), 2 September 1998, para. 548; and *Aleksovski*, (ICTY Trial Chamber), 25 June 1999, para. 65.

²⁹ *Limaj*, (ICTY Trial Chamber), 30 November 2005, para. 518; see also *Fofana & Kondewa*, (Special Court for Sierra Leone Trial Chamber), 7 August 2007, para. 231.

³⁰ *The Zyklon B case Trial of Bruno Tesch and two others*, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. I, p. 95, available at: <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/zyklonb.htm>.

³¹ *Ibid.*, p. 101.

³² See *United States v. von Weizsaecker*, *Trials of War Criminals*, Vol. XIV pp. 622.

³³ Anita Ramasastry and Robert C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law* (2006), Executive Summary, p. 17, available at: www.fao.no/liabilities. [hereinafter Fafo Report]

46. 至少针对某些国际犯罪，多国的国内司法管辖权将追究包括公司在内的法人的刑事责任。假如相关司法部门规定了同谋责任，通常会对犯有同谋罪的公司提起刑事诉讼。³⁴

47. 各国法律关于知情和提供协助的规定各不相同。³⁵ 假如被起诉的罪行违反了国际刑法，国家法院可选用国际刑法标准。³⁶

48. 总的说来，国际和国家刑法管辖权均没有规定在主犯定罪之后方可追究同谋犯的责任。³⁷

3. 国内民事责任

49. 向国内法院起诉公司的非刑事案件也涉及到公司参与侵犯人权的法律责任问题。

50. 《美国外国民事侵权索赔法》规定，非美国公民可以就违反国际法的行为向联邦法院提出侵权索赔要求。³⁸ 这部法律如何适用于公司，标准正在制订当中，目前尚未根据该法审理针对公司的起诉案例。正如上文所述，近年来根据《美国外国民事侵权索赔法》起诉公司的案件提出的索赔要求往往针对串通合谋，而不是直接参与违反国际法。

³⁴ Ibid. The survey of 16 countries from a cross-section of jurisdictions and regions found that 11 countries had established criminal liability for corporations. These countries were Australia, Belgium, Canada, France, India, Japan, the Netherlands, Norway, South Africa, the United Kingdom and the United States. (p. 13) While there were some differences in what international crimes corporations could be prosecuted for depending on whether the State was a party to and had fully incorporated the Rome Statute's three crimes into its domestic law, all of these States had incorporated international crimes in some fashion. (p. 15) Further, all of these States had legislation in place establishing aiding and abetting liability. (p. 17)

³⁵ Ibid., pp. 17 – 22. For instance, the concept of “corporate culture” may be a relevant element in deciding whether the company had the requisite knowledge or intent to aid or abet the commission of the crime. For more information see: “Corporate Culture as a Basis for the Criminal Liability of Corporations” prepared for the Special Representative by the law firm Allens Arthur Robinson, available at <http://www.reports-and-materials.org/Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf>.

³⁶ Fafo Report. p. 19.

³⁷ Ibid., p. 18. See also, *Akayesu*, (ICTR Trial Chamber) 2 September 1998, para. 531.

³⁸ 28 U.S.C. §1350.

51. 美国最高法院根据《美国外国民事侵权索赔法》做出的唯一一项裁定没有排除该法规定的公司同谋责任，³⁹ 美国当前的司法意见也支持此项责任。⁴⁰ 此外，某些法院受理了根据该法针对公司串通合谋侵犯人权提出的索赔要求，援引并采用了关于同谋犯罪的国际刑法标准。⁴¹

52. 除《美国外国民事侵权索赔法》之外，目前越来越多地采用关于故意侵权、过失、非合同义务等非刑事法律，追究公司间接参与侵犯人权的责任。⁴² 相关索赔要求往往不是基于国际法，案件本身也不涉及“人权”问题，而是指控被告没有遵守刑法之外的基本法律准则。

53. 为此，针对这些案件的法律调查可能不同于上文所述的国际刑法分析。即便是调查方法类似，例如法院重点判定知情和协助问题，但判定的具体标准也不尽相同。例如，要在过失案件中证明知情，只需证明公司应该知道关于可能促成侵权的可以预见的风险，而无需证明公司确实知情。这就是所谓“明智检测”，简而言之，就是一个明智的人是否会意识到存在促成侵权的风险，因而改变行为以规避风险？⁴³ 这项调查或许不会作为知情检测，而是关系到公司是否遵

³⁹ *Sosa v Alvarez-Machain* 542 US 692 (US, 2004)。

⁴⁰ For a recent discussion of the ways in which US courts have approached this question, see *Khulumani v. Barclay National Bank* 504 F.3d 254 (2d Cir.2007), part of the so-called “Apartheid litigation.” Note that the defendants in the Apartheid litigation recently asked the Supreme Court to review the Second Circuit’s decision, arguing, inter alia, that the Second Circuit erred in deciding that aiding and abetting liability exists under ATCA (re: *American Isuzu Motors, Inc., et al. v. Ntsebeza, et al.*). See <http://www.scotusblog.com/wp/petitions-to-watch-conference-of-42508/> for relevant documentation. The Supreme Court will consider the petition on 25 April 2008.

⁴¹ For example, see: *Khulumani v. Barclay National Bank* 504 F.3d 254, 276 (2d Cir.2007); *Almog v. Arab Bank, PLC*, 471 F. Supp. 2d 257, 285-286 & n.33 (E.D.N.Y. 2007); and *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 453 F. Supp. 2d 633, 668 (S.D.N.Y. 2006)。

⁴² For commentary on a selection of cases, see Jennifer A. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility* (Cambridge University Press, 2006), Chap. 5。

⁴³ *Ibid.*, Zerk provides that “in identifying the substantive obligations of the parent company, the courts will take account of the general state of knowledge about the risks posed by the particular industry, process or technology and how to minimize them. To this end, home state regulatory requirements, codes of conduct, industry ‘best practice’, safety cases and risk control manuals are likely to be important sources of evidence.” (pp. 220 -221)

守了审慎从事的基本标准。⁴⁴

C. 公司避免串通合谋的社会期望

54. 法律标准、特别是国际刑法标准有助于各方了解串通合谋的概念，但这还不够。在法律之外的其他背景下，公司是否参与串通合谋是其他社会行为者评判公司的重要标尺。例如，《全球契约》为商业行为制订的国际标准和原则之一就是不得串通合谋。公共和私营投资者以及人权倡导组织也要查看公司是否被控间接参与侵犯人权。

55. 重要的是，公司要认识到串通合谋侵犯人权的潜在危机，公司守则要规定不得串通合谋。⁴⁵ 在某些情况下更容易出现间接侵权，金伯利进程和关于安全与人权的自愿原则等旨在防止侵权行为的集体行动也为如何避免串通合谋提供了指导。⁴⁶

56. 在某些情况下，根据国际法和国内法进行相关检测之后即可将串通合谋的标准应用于法律之外的其他情况。此外，某些情况并不深究法律规定的知情和协助问题，例如，对于公司出现在有侵权现象的国家或接受侵权者的好处给予谴责。这些行为可能导致多种后果，其中包括股东反对、声誉受损、甚至是撤资。

⁴⁴ For instance in *Lubbe v Cape plc* [2000] 1 Lloyd's Rep 139, which concerned parent company liability for harm caused by a subsidiary, the plaintiff alleged that the parent company's negligence consisted of instructions and advice it gave or failed to give its subsidiaries in following health and safety practices. It was alleged that "the instructions and advice ... showed a careless disregard for the foreseeable risk of injury to those who were closely affected by the asbestos operations in South Africa, taking account of the knowledge which they [defendant company's directors and senior employees] had or ought to have had of the health risks involved." (p. 146) (The case settled so this argument was not decided on its merits.)

⁴⁵ See for example the International Code of Ethics for Canadian Business which includes amongst its "Principles" that signatories agree to "not be complicit in human rights abuses." The Code is available at: <http://www.lib.uwo.ca/business/intlethi.html>.

⁴⁶ The Kimberley Process was established to help stem the flow of conflict diamonds (see <http://www.kimberleyprocess.com/>) while the Voluntary Principles on Security and Human Rights promote corporate human rights risk assessments and training of security providers in the extractive sector (see <http://www.voluntaryprinciples.org/>).

1. 国际标准、原则和其他指导

(a) 《联合国全球契约》

57. 1999 年，联合国秘书长科菲·安南率先提出了《全球契约》，对商界领袖提出如下要求：

你们可以通过自己的商业行为，直接捍卫人权，保障正当的劳动和环境标准。事实上，你们可以借助这些普遍的价值观，将遍布世界各地的公司团结起来，因为这些价值观得到全球民众的普遍认同。你们可以保证在自己的经营行为中支持并尊重人权，保证不与侵犯人权者同流合污。⁴⁷ (着重号系作者所加)

58. 《全球契约》原则 2 特别提到串通合谋问题：“企业应保证不与践踏人权者同流合污。”关于这项原则的解释指出，公司串通合谋侵犯人权，主要有三种形式：直接、受益以及默认。⁴⁸

“直接串通合谋是指公司蓄意协助违反人权的情况，例如，在涉及商业活动的情况下，公司协助强迫迁移民众。

受益串通合谋是指公司直接受益于他人侵犯人权的行为，例如，安全部队镇压反对某些商业活动的和平抗议活动，或在保护公司设施时动用镇压手段，都是这方面经常被提及的例子。

默认串通合谋是指人权倡导者认为公司在同相关主管机构的交往中没有针对有系统或持续的侵犯人权现象提出质疑。例如，就业法以种族或性别为由对某些特定群体给予系统歧视，而公司对此无所作为或默然接受，都可能会引发关于默认串通合谋的指控。”

59. 围绕原则 2，《全球契约》提出了多项行动方案，可以协助公司免于“同侵犯人权者同流合污”。这其中包括：开展人权影响分析，确定公司涉嫌侵权的风险；制订明确的政策，保护公司直接雇用以及供应链中的全体员工，并确保公司的安保安排(即便由国家或第三方提供)不会造成侵犯人权。⁴⁹

⁴⁷ Press Release, SG/SM/6881, 1 February 1999, available at: <http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990201.sgsm6881.html>。

⁴⁸ See commentary on Principle 2 from the Global Compact, available at: <http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/Principle2.html>。

⁴⁹ Ibid.

60. 《全球契约》还建议企业制订明确的保障措施，保证为安全部队提供的资金或物资支持不会用于侵犯人权，公司应“在与安全部队的协议中明确说明企业绝不容忍违反国际人权法的任何行为。”⁵⁰ 总的说来，《全球契约》建议企业“在私下及公开场合谴责有系统和持续侵犯人权的行。”⁵¹

(b) 《经合组织跨国企业准则》

61. 根据 2000 年修订的(经合组织)《准则》，公司应“根据东道国政府的国际义务和承诺，尊重受其活动影响者的人权”。⁵² 恪守《准则》的经合组织成员国及其他国家应建立国家联络中心，负责接收针对公司的投诉(“特定案例”)。这些案件往往指控公司间接参与侵犯人权。

62. 其中一起投诉涉及的公司为被控侵犯人权的国家拘留所提供服务。国家联络中心在审理投诉时强调指出：“公司可以通过行动或不采取行动，同国家侵犯人权的情况形成串通合谋，或是从中渔利。”⁵³ 国家联络中心的报告指出，目前尚不清楚公司在拘留所中的各项活动的性质和程度，但可以“肯定”公司没有将《准则》作为开展伦理评估的依据。报告强调，公司务必要持续评估经营过程中出现的人权问题。⁵⁴

2. 投资者

63. 近年来，公共和私营投资基金不约而同地正式表示，希望中断、停止或重新考虑同哪怕是涉嫌间接侵犯人权的公司的合作关系。投资基金公开发表的投资政策以及撤资和除名决定，都体现了这种观点。

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² See Organization for Economic Co-operation and Development, DAFPE/IME/WPG(2000)15/FINAL, available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>.

⁵³ Statement by the Norwegian National Contact Point, 29 November 2005, Enquiry from the Forum for Environment and Development (ForUM) on Aker Kværner's activities at Guantanamo Bay, p. 69, available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/23/33/37439881.pdf>.

⁵⁴ Ibid., p. 70.

64. 投资政策可以协助投资者决定何时根据包括人权问题在内的非财政因素，将公司从投资名单中除名，深入分析基金为此类公司投资而被视为串通合谋侵权的风险。挪威伦理理事会为政府养恤金基金规定的《伦理准则》就是最好的例证。⁵⁵ 伦理理事会应财政部的要求，就某项投资是否违反《准则》以及是否违背挪威的国际法义务，提出相关建议。

65. 挪威《准则》的相关内容指出，应利用三种机制来完善基金的伦理底线。首先，基金应行使自主权，在履行《联合国全球契约》以及经合组织《准则》的基础上追求长期经济回报。其次，基金应“筛查哪些公司或受其控制的实体生产的武器在常规用途下即可违反基本人道主义原则，并将其从投资名单中除名。”第三，基金应拒绝为“极有可能促成如下问题”公司投资：“严重或系统侵犯人权，例如谋杀、酷刑、剥夺自由、强迫劳动、最恶劣形式的童工劳动以及对儿童的其他剥削；在战争或冲突局势下严重侵犯个人权利；大肆破坏环境；极端腐败；以及严重违背基本道德准则的其他行为。”⁵⁶

66. 由此可见，问题不仅仅是不为可能串通合谋侵权的公司投资，基金如果同这些公司发生关系，也可能被视为促成侵权。⁵⁷

67. 近年来，投资者利用自己掌握的涉嫌直接或间接侵权的公司的股份，发起了越来越多的撤资运动。⁵⁸ 投资者做出撤资决定，可能是出于自己的投资政

⁵⁵ The Ethical Guidelines are available at: <http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Selected-topics/andre/Ethical-Guidelines-for-the-Government-Pension-Fund---Global-/The-Ethical-Guidelines.html?id=434894>。

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ For another example of an investment policy dealing with human rights issues, see the Corporate Governance Policy of the Second Swedish National Pension Fund, chapter 10, available at: <http://www.ap2.se/template/Page.aspx?id=468>. The Special Representative has also learnt that in May 2008, ABP, the pension fund for employers and employees in the Dutch government and educational sector, will publish a responsible investment policy, with the United Nations Global Compact amongst its guiding principles. The policy provides that ABP expects companies in which it invests to follow the Global Compact's principles, thus effectively requiring that companies must not be complicit in human rights abuses, with divestment a possible consequences of persistent failure to improve practices in this regard.

⁵⁸ For background information on recent divestment campaigns, see: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Issues/Investmenttrade/globalisation/Divestment>。

策，或是由于其他股东的意见。例如，挪威政府养恤金基金依据《伦理准则》，从被控串通合谋侵犯人权的公司中公开撤资。⁵⁹

3. 倡导人权

68. 近十年来，重要的国际人权组织日益关注公司间接参与侵犯人权问题，并且往往利用“串通合谋”来形容这种参与关系。1998年，大赦国际发表了《公司的人权原则》，特别指出：“公司应制订程序，确保调查所有经营活动对于人权的潜在影响，并制订保障措施，确保公司员工不会串通合谋侵犯人权。”⁶⁰ 人权观察社也就公司被控串通合谋的问题发表了报告。⁶¹ 其他人权倡导组织则越来越多地指控公司间接参与侵犯人权(往往是在公共领域)。

69. 正如上文指出，人权高专办不久前为特别代表编写的报告记录了针对公司的各类指控，在320起案件中，近41%的案件涉及到公司间接参与侵权。⁶² 报告强调指出，针对公司间接参与侵权的指控范围很广，包括指控公司提供实施侵权的手段，投诉公司为所谓侵犯人权者提供贷款，甚至是投诉公司在已知发生侵权行为的情况下保持沉默。

⁵⁹ In 2006, following consideration of allegations that Wal-Mart was “implicit in violations of human rights and labour rights in its business operations,” the Norwegian Ministry of Finance announced the Government Pension Fund’s divestment from the company based on recommendations from the Council of Ethics, which were made pursuant to the Ethical Guidelines. The Ministry said the Fund would “incur an unacceptable risk of contributing to serious or systematic violations of human rights by maintaining its investments in the company.” The June 6, 2006 press release is available at <http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Press-Center/Press-releases/2006/Two-companies---Wal-Mart-and-Freepoint---.html?id=104396>.

⁶⁰ See “Human Rights Principles for Companies” page 7, Amnesty International, document number ACT 70/001/1998, available at: <http://www.amnesty.org/en/library/info/ACT70/001/1998>.

⁶¹ See for example “The Enron Corporation: Company Complicity in Human Rights Violations” (2002), available at: <http://www.hrw.org/reports/1999/enron/>; and “Race to the Bottom, Corporate Complicity in Chinese Internet Censorship” (2006), available at: <http://www.hrw.org/reports/2006/china0806/>.

⁶² See A/HRC/8/5/Add.2. For the purposes of the study, “direct” involvement was considered to occur when the company caused the abuse through its own acts or omissions. “Indirect” involvement was considered to occur where firms were alleged to contribute to or benefit from the abuse of third parties, such as suppliers, individuals, arms of a state, and other businesses.

D. 总 结

70. 从法律和非法律的含义上讲，构成串通合谋的要素没有统一标准，也并非一成不变。现实情况的确有些棘手，但根据目前已知的证据，可以得出如下几条结论。首先，公司蓄意实际促成侵犯人权，可能要为此承担法律责任和其他责任。其次，从侵权行为中明显获利，可能会引发其他社会行为者的关注，即便不会因此承担法律责任。第三，置身于侵权环境之中，可能会引发其他社会行为者的关注，但这种行为本身不会招致法律责任。简而言之，在发生侵权的地区开展业务以及从侵权行为中获利，都应为公司亮起红灯，确保公司根据具体经营环境，履行应尽职责。

71. 避免串通合谋是尊重人权责任的一部分，要求公司必须履行应尽职责，避免蓄意促成侵犯人权，无论是否要为此承担法律责任。应尽职责可以协助公司认清风险，并采取相应行动，确保公司不会蓄意促成侵权或从侵犯行为中蓄意牟利。

72. 总之，公司履行尊重人权的责任、确定人权影响的重要工具——人权政策、影响评估、一体化政策和/或追查以往记录——不仅要关注公司自身的经营活
动，更要关注同这些活动有关的各种关系，确保公司不会串通合谋，也不会涉嫌他人侵犯人权的行
为。

-- -- -- -- --