跨国公司社会责任的确立：基于横向人权义务的补充分析

毛俊响，盛喜

(中南大学法学院，湖南长沙，410083)

摘要：已有研究虽为确立跨国公司的社会责任奠定了某种理论基础，但都存在诸多不足。从横向义务的角度来分析跨国公司社会责任，可以为确立跨国公司社会责任提供一种补充性的理论框架。在横向人权义务视角下，跨国公司社会责任的义务层次也得以明确，即保护、尊重和救济义务。进而，通过国内法和国际法来规范跨国公司社会责任，也就具有明确的义务标准。为给中国企业在对外投资过程中承担社会责任提供更确定、有效的指引，可以将保护、尊重和救济义务纳入国内立法及双边投资协定中。

关键词：跨国公司；社会责任；横向人权义务

中图分类号：D996

文献标识码：A

文章编号：1672-3104(2017)04-0027-10

一、当前法律规制之不足：跨国公司社会责任的历史缘起及规范进展

(一) 跨国公司社会责任的历史缘起

全球化使得跨国公司在全球经营和扩张的能力迅速增强，直接影响到世界各地人民的日常生活。跨国公司在东道国的投资、经营活动可增加就业、消减贫困、增长经济，但也经常造成对东道国人权、法治、民主的入侵，而国际社会对跨国公司行为尚缺乏有效规制和补救办法，跨国公司的社会责任问题受到越来越多的关注。

根据联合国秘书长特别代表约翰·鲁格的报告，公司对各项人权都有影响，受影响的劳工权利包括结社自由、不受歧视的权利、享有安全工作环境的权利等；34%指称的直接侵权案件、60%间接侵权案件影响到了工人^①。许多跨国公司，如耐克、星巴克、盖璞在发展中国家使用不人道的工作条件直接或间接侵犯了人权。此外，有观点指出跨国公司能在全球业务范围内分配风险，使得任何单一管辖权依据本身政治意愿为其公民提供救济变得更难^②。有学者就跨国公司在非洲的情况指出，“脆弱、腐败的政治及行政机构以及不完善的法律体系不断推动了企业的豁免，跨国公司还通过贿赂及对政治活动的经济支持获取政治及行

政上的折扣，造成跨国公司在很大程度上掌控非洲国家的规制政策，或直接将规制政策视为无效”^②。这无疑是跨国公司对东道国法治的破坏。再者，民主国家政策的制定应是以维护大多数人的利益为出发点和落脚点，并极力保护个人与少数群体的基本权利。而绝大多数跨国公司选择通过投资协议私下仲裁解决而非国家法院裁决与外国投资有关的多数争端，逃避东道国法律规制^③。双边投资条约下的仲裁在评估国家或公司的责任时很少将保护社区的基本权利和自由视为核心因素^④。跨国公司介入到东道国政治、经济、文化生活的各个方面，也不可避免地影响着东道国人民的理念和思维方式，跨国公司在某种程度上扮演着输出母国民主而干涉东道国内政的角色。

(二) 跨国公司社会责任的规范进展

跨国公司不断膨胀的实力给东道国的规制能力提出了挑战。目前，国际法层面和国内法层面都作出了规范努力。

1. 国际法层面的规制

国际社会(多边层面)在规制跨国公司社会责任方面的成就，主要体现为以下三个方面的软法规范。首先，在联合国前秘书长安南的倡议下于2000年颁布的《联合国全球契约》是迄今世界上最大的公司社会责任倡议，要求企业遵守联合国提出的10项有关人权、劳工标准、环境和反腐败的普遍原则。《全球契约》

收稿日期：2016-12-02；修回日期：2017-01-14

基金项目：中国法学会2016年部级法学研究课题“国际人权话语权的生成脉络及中国的实现途径研究”(CLS(2016)D159)；中南大学第三批“创新驱动计划”项目“‘一带一路’战略下中国对外投资促进与保护的国际化问题研究”(2016CX042)

作者简介：毛俊响(1973-)，男，湖北黄梅人，法学博士，中南大学法学院副教授，法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心研究员，主要研究方向：国际法；盛喜(1991-)，女，湖南桃江人，中南大学法学院硕士研究生，主要研究方向：国际法

要求参与企业采取全面可持续发展方法,而公司可借参加《全球契约》树立承担社会责任的良好形象,在共享知识的国家网络中与其他公司及组织交流经验,与其他公司及国际组织等建立合作关系。《全球契约》可推动企业承担社会责任,但被质疑企业是否因此获得洗白其形象的捷径。其次,联合国人权委员会促进和保护人权小组委员会第2003/16号决议批准了《跨国公司和其他工商企业在人权方面的责任的规范》(以下简称《人权规范》)。《人权规范》共23条,提出了公司在国际刑法和人道主义法,公民、经济、社会和文化权利,以及消费者保护和环境等领域应遵守的人权原则^⑤。《人权规范》是国际社会规制跨国公司行为的重要尝试。虽然《人权规范》并不具有独立的法律权威,但有学者认为它是对国际标准和实施机制的最全面呈现,是目前高水准的努力^[3]。还有学者认为,它将对公司责任在国际层面产生影响,为跨国公司的治理提供公法基础,并通过公司的不断实践促进有关国际习惯法的形成^[1]。再次,经合组织通过的《多国企业准则》(以下简称《企业准则》)是各国政府向在加入国境内或以加入国为总部开展业务的跨国企业提出的建议,提出了在全球背景下开展负责任的商业行为并且符合适用法律及国际公认标准的自愿原则和标准^⑥。《企业准则》是唯一经过多边商定,且各国政府承诺推广的综合性负责任商业行为守则,其中一个特点是“国家联络点”系统。国家联络点是参与国的政府机构,除其他职能外,还接受有关公司不遵守准则的“具体申诉”(举报)。任何个人和组织都可以提出申诉,但多数申诉来自工会。这一机制具有巨大潜力,可以协助解决企业与人权的挑战,覆盖母国和东道国的问题^⑦。

双边层面对企业社会责任的规定仍较少,且主要集中在环保、劳工权利保护等领域。如《中加双边投资协定》第33条第2款规定缔约方采取或维持环境措施可作为协定的一般例外。该规定是仅对缔约方的非强制性规范,企业承担的是间接责任。此外,美国2012BIT范本第12条第2款就“投资与环境”规定:“每一缔约方应确保,它并没有放弃或以其他方式减损,或企图免除或以其他方式减损环境法律。”范本第13条第1、2款就劳工权利规定缔约方“重申其作为国际劳工组织应承担的义务以及国际劳工组织宣言中的承诺”,以及缔约方不得免除或以其他方式减损其劳动法的义务,或提议如此,此举有违核心劳工权利。随着全球企业社会责任运动的发展,双边投资协议增加企业社会责任的直接规定应是发展趋势。

2. 国内法层面的规制

国内层面,东道国基于属地管辖权有权对位于其境内的跨国公司的各项活动进行管辖,跨国公司必须遵守东道国有关企业社会责任的规定。公司法中体现公司社会责任的规定最早可见于1937年的德国《股份公司法》,其中规定公司董事“必须追求股东的利益、公司雇员的利益和公共利益”^[4]。公司雇员是企业的非股东利害关系人,该法规定的公司须维护雇员利益和公共利益是企业承担社会责任的规范依据。英国2006年《公司法》第172条也规定,董事在作出决策时必须考虑公司雇员的利益,培养公司、供应商、消费者及其他人之间商业关系的需要,公司运作对社区和环境的影响等,这是对企业社会责任的强调。国内层面的另一规范路径是母国基于属人管辖权对其领土外的本国所属跨国公司行使域外管辖权。美国制定的《外国人侵权索赔法案》(以下简称ATCA)较为典型,其规定:“对外国人仅基于所实施的违反万国法或者美国缔结的条约提起的任何侵权民事诉讼,联邦地方法院具有初始管辖权。”^[5]ATCA确为跨国公司承担人权义务和社会责任提供了规范基础,然而,以违反国际法为由追究被告的侵权民事责任,在美国之外的其他国家并未得到普遍认可^[6]。

总体而言,国际、国家层面都有对跨国公司行为的规范努力,这表明跨国公司的社会责任已经成为国际共识。但是,上述规范努力存在的问题是:国际多边层面的软法之治无法对跨国公司施加强制性的社会责任和义务,导致这一问题仍然没有得到改善;双边投资协议中有关企业社会责任的规定较少,大多使用非强制性规范的表述,无法起着具体的规范指引、评价和规制作用;受制于国家意愿,国内层面的法律规制仍失之空泛,难以形成有针对性的法律规制效果。总之,对跨国公司的规制效果仍然取决于跨国公司的意愿、东道国立法的强制性程度、东道国吸收外资的妥协、资本输出国的意愿。

二、现有理论学说的局限:跨国公司社会责任和人权义务的理论评析

为有效规范跨国公司行为,各决策者和学者从不同角度试图寻找跨国公司承担社会责任和人权义务的理论基础,其中比较突出的理论有以下几类:

第一种是利害关系人理论,认为企业应对提供其生存和发展条件的非股东利害关系人承担社会责任,而不应仅追求实现股东权益的单一目标。关于企业社

会责任, 国内学者一般均从“利害关系人”的角度入手, 认为企业除了营利和为所有者赚取利润外, 还应该对利害关系人负责^[7]。刘俊海教授认为, “所谓公司社会责任, 是指公司不能仅仅以最大限度为股东们营利或赚钱作为自己的唯一存在目的, 而应当最大限度地增进股东利益之外的其他所有社会利益”^[8]。企业是社会的产物, 企业追求利益的最大化是以其所占有和处置的社会资源为基础和支撑的, 企业员工、消费者、环境等都是企业得以生存和发展的利益相关者, 企业有责任和义务承担相应的社会责任以维护这些利益相关者的利益^[9,10]。基于利害关系人理论要求企业承担社会责任确实可以作为要求企业回报社会的论据, 但利害关系人的定义仍稍显模糊、宽泛。而在定义清晰、明确的前提下, 鉴于庞大的利害关系人体系, 企业难以在利害关系人的利益之间做到有效平衡。此外, 国内学界对是否应该把企业对股东的责任视为企业社会责任的一部分仍然存在分歧。

第二种是国际法主体论, 认为跨国公司具有国际法主体地位而应权利与义务对等, 在享有权利的同时应承担相应的社会责任和人权义务。长期以来的对公司能否成为国际法“主体”存在的学理争论, 某种程度上滞缓了有关跨国公司的概念性思考及对公司规定直接义务的进程。然而, 全球化背景下跨国公司实力日益增强, “私有化、宽松管制及自由化为企业实现目标创造了更多空间, 国际协议为企业从事国际经营赋予了更多权利”^⑥。跨国公司越来越被国际上承认为“参与者”, 并有能力根据国际法享有某些权利和承担某些义务。而强调实体的国际法律人格也就意味着该实体在国际法律秩序中享有权利并承担义务^[11]。有学者指出, “根据权利义务相一致这一基本法理, 跨国公司应承担更大的责任——政治的、经济的、道义和法律的复合责任, 或曰社会责任”^[12]。在论证跨国公司的国际法主体地位的基础上主张跨国公司权利与义务的对等, 确实将拓展国际法的横向适用空间, 加强对跨国公司行为的规制。但目前对跨国公司的国际法主体地位的认定仍有很多问题有待解决。跨国公司作为“社会机构”中的一个特殊组成部分, 其所应承担的社会责任和人权义务应如何体现此种特殊性? 各个国家出于主客观原因对有关跨国公司行为的规制存在很大差异, 因而跨国公司在不同国家可能享有不同的权利, 是否意味着其所应承担的社会责任和人权义务也存在差别而造成否认存在规范跨国公司行为的统一标准?

第三种是公民道德义务理论, 认为跨国公司作为

一种全球公民概念及社会组成部分而有承担社会责任和人权义务的道德义务。以往对于企业行为道德伦理的讨论主要局限于欺诈、腐败等问题, 而全球化对跨国公司的合理经济行为提出了新的要求。史际春教授认为, “企业社会责任本质上是特定的经济和社会条件对企业的客观要求, 是指企业应当守法、‘做好自己’及在此基础上对利益相关各方和社会自愿承担道德义务”^[13]。还有学者认为“人权有道德维度, 经济组织有遵守其法律义务以及超出法律义务之外而帮助实现政府政策目标的道德要求”^[11]。米尔恩认为, “一个社会成员从社会的伙伴成员那里要求对其权利予以尊重, 同时, 也就有义务承认并且尽可能履行与那些人的权利相关的义务。为此才能证明在道德上正当”^[14]。当然, 阐明人权的道德方面将扩大人权论述的范畴, 也将跳脱产生人权的政治背景^[15]。在缺乏法律规范且无相应监督及执行机制的情况下, 主张跨国公司基于道德义务而应承担社会责任和人权义务, 对问责于跨国公司以及促进和保护人权极为重要。但是, 履行道德义务依赖跨国公司的内部自觉, 相应法律监督及惩戒措施的缺乏将致使跨国公司违反道德义务的代价偏低, 对企业的影响主要体现在使其形象受损。显然, 侵权行为的低代价并不足以阻却跨国公司为追求利益最大化而可能采取有违道德义务的行为。此外, 道德义务往往跟一国文化尤其是宗教紧密相连。不同宗教对道德义务的理解存在很大差别, 甚至存在某种程度的冲突, 可能容易造成同一跨国公司履行道德义务的混乱。这也就意味着跨国公司应遵守的道德义务可能因国家而异, 因而也存在一个无法形成统一的社会责任和人权义务标准的问题。

第四种是社会契约论, 认为社会与企业之间存在一种契约, 社会允许并促进企业的存在与经营, 跨国公司应基于此种契约承担超出法律义务的满足社会期待的社会责任和人权义务。传统上, 社会契约理论定义的是国家与其公民之间的关系, 确定两者之间的权利、责任和义务。因为, 一般认为, 国家控制政府工具, 因而必须在合理范围内行使该权力。步入 21 世纪, 跨国公司甚至拥有比国家更大的实力, 并有可能控制国家机器及重要社会经济设施的供应, 此种可能性在实际中转化成了企业对其所在社会的公民应负的更大责任和义务^[2]。这就意味着社会契约不再仅存在于国家与其公民之间, 而是扩展到了企业和其所在社会的关系之中。联合国贸易与发展会议在报告中指出, 东道国社会和企业之间存在一个社会契约, 社会允许和促进企业经营, 企业对该社会负有超出法律义务之外

的义务,且大多数企业社会责任的概念演变的智力支撑大多也是鉴于企业与东道国之间的“社会契约”。此外,从某方面讲,公司在东道国从事经营活动,已制定的法律或规章可被视为构成企业社会责任的全部范畴。然而,企业和社会之间还存在一个更广泛的超出法律的社会契约,该契约包含了一个社会对企业行为的隐性判断与期望。该契约纳入了企业的法律义务但又超脱于法律义务而涵盖额外的目前并不具有强制性的期望或责任^⑤。根据该社会契约论,遵守法律不过是企业存续的最低行为标准,而超越法律规定的企业社会责任有助于满足在缺乏法律规制情况下的社会期待。但值得注意的是,社会契约论强调跨国公司应满足其所在社会的期待。然而,在发展较为落后的国家,社会对跨国公司的期待可能主要聚焦于增加就业、发展经济、摆脱贫困,而对跨国公司的经营模式和行为是否符合可持续发展、污染环境以及侵犯人权可能置若罔闻,因而是否可能出现跨国公司满足了所在社会的期待但并未有效承担社会责任和保护人权的现象犹未可知。

三、横向人权义务学说:对跨国公司社会责任理论的补充

鉴于上述理论对于阐述和确立跨国公司社会责任的不足,我们认为,可以从横向义务的角度来分析跨国公司社会责任,进而为确立跨国公司社会责任提供一种补充性的理论框架。

(一) 横向人权义务的理论依据

人权是一个表明社会关系特征的概念。传统人权概念发生于国家和个人两端,有其合理性。在传统人权概念(主要表现为欧美天赋人权论)产生阶段,人权主要是公民权利和政治权利。人权主要是针对封建专制而言的,是资本主义上升时期的政治、经济地位和诉求的反映。但是,在当前,一种介于国家和个人之间的主体产生,政治结构不再是“国家-个人”的二元主体对立的状态,存在“国家-第三方主体-个人”的多元结构。人权所蕴含的关系结构不再仅仅是权利义务的两端构造。人权背景下的义务主体出现非一元化的局面。第三方等社会组织也是人权侵犯的主体,必然也是人权义务的主体。个人人权指向的主体不再仅仅是国家,而是包括国家和非国家行为体。

此外,传统人权观念中,个人也构成权利侵犯的主体,在这种情况下,国家承担着(尊重、保护和实现多层次)保护的义务,即保护个人免于遭受他人的权利侵犯。但是,从社会关系来看,这种理论仍然局限在

二元主体结构中,不能进一步将个人也确定为义务主体。而多元结构要求,在义务规制之下,个人侵犯他人人权,既受到国家基于保护义务的外部干预,也受到自身人权义务的内部自我约束,符合个人之间权利义务对等的原则。换言之,个人在社会中,既存在免于被干预的权利(享有人权),也存在免于干预他人的义务(承担义务)。

这种适用于非国家行为体之间的人权义务是一种横向人权义务。企业人权标准发展的一个关键性挑战就是人权标准能否横向适用的问题^[16]。依据Knox对横向人权义务体系的系统论述,横向人权义务即关联义务(correlative duties),是非国家行为体尊重他人人权,处于同一法律层面的行为者之间的义务^[17]。根据霍菲尔德划分四种不同权利的著名学说,人权主要是主张权(claim-rights),它产生了其他人或集团的这些关联义务,即按照这种权利的持有人所要求的方式这样行为或不这样行为^[14]。由此可知,横向人权义务即关联义务,而关联即权利与义务之间的关联性。

关于权利与义务的关联性,许多学者有相关论述。徐显明教授认为,人权主体所拥有的全部权利,一部分以他人履行义务而获得,一部分以自己履行义务而获得。因而,人权与义务的关系对同一主体就形成了两种形式:当他人履行义务而自己是单纯的人权主体时,权利和义务是以分离的形式统一于一种关系中的;当该主体既享有权利又履行义务而具有两重性时,人权和义务是以相合的形式统一于一组关系中的^[18]。拉兹(Joseph Raz)也认为,“具有某种权利,实际上并不能保证权利拥有者一定有某事物或某利益;权利拥有者并不总是能够放弃与某项权利相联系的所有义务;并且某单项权利可能就是许多不同义务的基础……”^[14]特别报告员米格尔·阿方索·马丁内斯也指出,“以某种方式出现的每一项权利都与某种义务或责任相联系,每当履行一项义务的时候,很可能就是侵犯某项权利的行为得以防止”^⑥。因而,权利与义务以复杂的方式、形态相关联。

对人权与义务对应关系的正确理解必须深入到社会的经济生活之中^[18]。人权与义务的关联性体现的正是一种社会连带关系。法国著名社会学家杜尔克姆认为人类社会存在机械连带和有机连带两种连带关系。机械连带是建立在同质的价值和行为、强烈的社会约束、对传统和亲属关系的忠诚之上的;有机连带是建立在专业化和劳动分工高度发展的社会中各个社会成员和社会群体之间的相互依赖关系之上的^[19]。在此一点上,企业应是基于有机连带而承担相应的社会责任和人权义务。狄骥接受并发挥了杜尔克姆的理论,将

社会关系分为两种情况: 一是同求的连带关系, 即人们有共同需要, 只能通过共同生活才能满足这一关系; 二是分工的连带关系, 即人们有不同的能力和需要, 必须通过相互交换服务才能满足这种需要^[19]。可以推断, 基于同求或分工的连带关系都可以产生企业的社会责任和人权义务。此外, 狄骥还指出, 社会连带关系是人类一切社会的基本事实和社会存在的基本条件, 构成了包括法在内的一切社会规范基础^[19]。可以说, 社会连带关系也构成了跨国公司社会责任的规范基础。

有学者认为, “建立某些规范的横向效力代表着人权保护的重要进步”^[20]。应该说, 基于社会连带关系而产生的非国家行为体之间的横向人权义务可以提高跨国公司承担社会责任的积极性, 这种积极性不是基于外因诱导或强制, 而是基于内因推动与激励。因为社会连带关系产生的权利与义务的关联性使得承担责任和义务相当于为实现自身权利创造条件, 承担横向人权义务转化成了一种利益实现途径。

(二) 横向人权义务的规范依据

确立跨国公司的横向人权义务, 有必要进一步论证横向人权义务的规范依据。国际社会就跨国公司是否承担国际法上的直接责任尚未形成共识, 一般认为国际人权文书仅规定企业的“间接”责任。但无论是直接责任还是间接责任, 都是跨国公司横向人权义务的规范依据。

《世界人权宣言》(以下简称《宣言》)率先确立了个人和社会机构的“承认和遵行”人权义务。它在序言规定: “每一个人和社会机构……努力通过教诲和教育促进对权利和自由的尊重, 并通过国家的和在国际的渐进措施, 使这些权利和自由……得到普遍和有效的承认和遵行。”此处的每一个人包含了法人, 每一个人和社会机构也不排除任何人、任何公司、任何市场、任何网络空间。换言之, 企业也有尊重权利和自由的义务。《宣言》第30条也规定: “本宣言的任何条文, 不得解释为默许任何国家、团体或个人有权进行任何旨在破坏本宣言所载的任何权利和自由的活动或行为。”对此, Mcbeth认为, 尽管《宣言》未必表明了非国家行为体保护、促进或实现人权的必要, 但《宣言》第30条表明非国家行为体有尊重人权的义务^[21]。应该说, 《宣言》至少包含了非国家行为体尊重人权的横向义务。

此外, 《公民权利和政治权利国际公约》及《经济、社会及文化权利国际公约》的第5(a)条都规定, “本公约中任何部分不得解释为隐示任何国家、团体或个人有权从事任何旨在破坏本公约所承认的任何权利或

自由或对它们加以本公约所规定的范围更广的限制的 活动或行为”。该条直接规定了团体或个人不得破坏两公约规定的权利和自由的义务。经济、社会和文化权利委员会关于工作权利问题的一般性意见也承认, 各私人行为者“对实现工作权利负有责任”, 国家私营企业和跨国私营企业“在创造就业机会、制定聘用政策和一视同仁地获得工作机会方面, 可以发挥特殊的作用”^⑤。在最近的关于享受公正或良好的工作条件的权利的一般性意见中, 委员会也明确指出非国家行为体有实现公正或良好工作条件权利的责任和义务^⑥。

《消除一切形式种族歧视国际公约》第2(d)条也规定: “缔约国应以一切适当方法, 包括依情况需要制定法律, 禁止并终止任何人、任何团体或任何组织所实行的种族歧视。”《消除对妇女一切形式歧视公约》第2(e)条规定: “……缔约国应采取一切适当措施, 消除任何个人、组织或企业对妇女的歧视。”特别代表认为这些条约的确规定国家有义务“确保”人们“尊重”并“享有”这些权利, 但并未明确论述公司的直接法律责任, 各委员会只是越来越重视防止公司侵权的必要性^⑦。也有人认为条款规定意味着社会中的所有行为者, 包括公司, 首先都负有尊重这些权利的直接法律义务^⑧。显然, 上述条款是否涉及企业的直接法律义务存在争论, 但两种观点都未否定企业的间接法律责任。

再者, 《国际刑事法院罗马规约》(以下简称《规约》)第3条明确法院对种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪以及侵略罪有管辖权。第25条规定: “实施本法院管辖权内的犯罪的人, 应依照本规约的规定负个人责任, 并受到处罚。”《规约》建立对以上四种严重罪行的管辖权并有处罚规定, 表明《规约》可直接适用而无需借助国内法的执行机制, 非国家行为体有不得从事上述严重罪行的直接法律义务。而 Mcbeth指出, “对非国家行为体有效执行机制的缺乏不应被视为排除了义务的存在”^[21]。因而, 有无执行机制并不影响企业负有相关义务。

依横向人权义务理论, 跨国公司基于社会连带关系中权利与义务的关联性而应承担社会责任和人权义务。国际人权条约只规定跨国公司的间接义务并不必然不产生横向效应, 因为此种间接义务并未割裂跨国公司权利与义务之间的关联性, 也未阻止社会连带关系发挥作用。跨国公司作为社会的组成部分, 其权利的实现仍然依赖其他行为者及其本身的责任承担和义务履行, 仍然体现一种社会连带关系作用。跨国公司在国际刑法等少数领域也承担直接责任。国际法规定的跨国公司的直接义务和间接义务都涵盖在横向人权

义务体系之中, 这些规定构成跨国公司横向人权义务的规范基础。

四、横向人权义务的层次、标准与实现路径

(一) 义务层次和标准

1. 义务层次

区别于国家承担的尊重、保护和实现人权义务, 跨国公司横向人权义务层次包括保护、尊重和补救义务。前两种义务要求跨国公司采取积极措施将人权责任纳入政策制定, 并避免干预和侵犯人权; 第三种义务则意味着跨国公司必须采取违反义务之后的补救措施。

保护义务, 即企业政策制定中的人权导向, 政策评估、政策动态调整中的人权考量, 企业投资决策中的社会责任投资份额。具体包括采取积极行动, 改善劳动条件、劳动环境以保护劳动者的健康, 升级环保技术、环保标准以减轻环境影响等。社会责任的提出, 是法律从个人本位发展到社会本位的体现。而在社会本位时代, 虽然政府对社会发展和公众福利负有第一性的责任, 但企业也有责任积极地配合政府——而不是消极地守法, 来寻求实现广泛的社会目标^[12]。“企业社会责任是一种积极责任, 是第一性义务, 不仅要求企业负有不威胁、不侵犯社会公共利益的消极不作为义务, 更要求企业应为维护和增进社会公共利益的积极作为义务, 而后者才是企业社会责任的真谛。”^[22]

尊重义务, 即给予应有注意, 避免串谋, 不干预、不违反强制性规定, 不规避法律和人权要求, 避免侵犯他人权利。当然, “不做坏事”不只是公司的被动责任, 而可能意味着积极举措, 例如, 工作场所的反歧视政策可能要求公司采取具体的人员招聘和培训方案^⑧。尊重责任的履行需要应有的注意, 公司为了了解、防止并处理有害的人权影响而采取的合理步骤都属于应尽职责^⑨, 应有注意的范围取决于公司的商业活动及这些活动所涉及的关系造成的潜在和实际人权影响。^⑩公司尊重人权的责任还包括避免串通。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^⑪。

补救义务, 即违反尊重义务时使受害者有更多机会获得有效的司法和非司法补救。企业承担补救的社会责任, 主要是损害赔偿责任, 包括物质损害、人身损害和精神损害。目前, 追诉跨国公司人权责任的方式主要有两种: 一是通过寻找外国公司违反国际法而产生的国内法下的救济; 二是通过其关联关系寻求其

在资本输出国的管辖权^[23]。司法补救需要国家加强审理申诉的司法能力, 并强制执行针对在其领土上经营或开设的所有公司的救济, 同时提供防止滥诉的保护^⑫。而非司法补救, 即指企业可采取内部投诉机制, 如通过直接提供投诉机制, 并完全参与其管理, 包括利用外部资源, 与其他公司公用如投诉热线、投诉者咨询服务或调解专家, 或者让完全外部机制介入等方式。

跨国公司的社会责任处于一个多层的社会要求和期待的环境之中, 而新兴的全球社会构造要求形成包括考虑世界上最贫穷国家的特殊发展需要在内的共同标准和期望^⑬。国际社会就跨国公司承担社会责任和人权义务尚未形成一个统一标准。缺乏国际标准或一致同意的标准是就人权问题与公司交涉的一个主要挑战^⑭。因而, 确立标准对切实归责于企业尤为重要。

2. 义务标准

关于义务标准, 应是原则上的国际标准与必要情况下的国内标准相结合。一方面, 当前工商业与人权困境的根源在于全球化带来的治理差距, 适用国际标准可有效缩短并最终弥合与人权有关的差距, 因而适用国际标准是现实需求。另一方面, 国际标准越来越多地被纳入国内法, 既是国际标准的国内化, 也是国内标准的国际化, 国内标准与国际标准越来越趋于统一, 适用国际标准也是现实流动。非政府组织也向特别代表提出, “为确保企业持续尊重和保护人权, 唯有建立一个清晰、全球的标准及有效机制方可使企业承担责任”^[16]。横向人权义务是适用于所有非国家行为体之间的义务, 并非局限在特定国家或区域的非国家行为体之间, 因而需要统一适用的国际标准。但各国在人权保护方面的法律责任的范围和内容上存在极大差异, 目前也尚未发现根据习惯国际法确立公司责任方面出现一致和统一的国家做法^⑮。因而, 可在必要情况下适用国内标准。就目前而言, 需要满足的标准是, 一般不能违反东道国通过批准或加入国际人权公约所承担的最低国际人权标准。

(二) 实现路径

大量研究和磋商表明, 没有任何一种单一的万能办法可以迎击企业与人权的挑战。规范跨国公司行为, 既需发挥国家保护人权的首要作用, 亦需国际社会通力合作, 为跨国公司承担社会责任和人权义务提供全面的规范基础。为此, 可通过国内法和国际法双重路径来实现。国内法和国际法的实现路径应体现保护、尊重和补救三个层次的效应。

1. 国内法的实现路径

各国应在规范中规定强制性的人权义务, 规范的

形式应为法律,而非软法;规范要有具体性。国际法通常缺乏约束力,强制性的规定需通过国内法规范以法律的形式作出。横向人权义务是一种关联义务,体现为权利与义务之间的关联性。要保证义务的遵循,国内法规范应通过强制性规定突出强调此种关联性,在构建规范时明确,违反义务将损害自身权利。强制性可通过有关监督、问责及执行机制实现,其中问责机制,包括内部报告、遵守情况监测系统、人权影响评估等,可确保对人权的尊重。除作出强制性规定外,为确保关联义务得到有效遵循,避免跨国公司无所适从,国内法规范还应具体规定跨国公司在保护、尊重、补救三个层次上应担负的人权、环境、腐败等有关方面的具体义务,包括直接义务和间接义务。

2. 国际法的实现路径

国际社会起草关于跨国公司等第三方组织的社会责任公约。规范应力求全面,并确立跨国公司社会责任的基本原则和国际标准。国际规范至少应是一个框架构建和标准设立的作用。特别报告员米格尔·阿方索·马丁内斯指出,“通过社会责任国际标准是协助提高个人和集体对个人责任重要性的认识、保障人人有权知晓国际社会对责任的理解的最有效方式”^⑥。有非政府组织指出,一个普遍性的规范框架应同时明确国家确保企业不侵犯人权的义务以及企业本身尊重人权的直接义务,该框架应提供在所有国家都可适用于所有企业的一个清晰、共同的标准^[16]。因而,起草的公约应是全面的,包含企业的直接义务和间接义务,并确立有关国际标准。

五、横向人权义务视角下中国企业社会责任规制的完善

(一) 中国完善企业社会责任规制的必要性

目前,中国对外投资和直接利用对外投资都已位居世界前列。2015年,中国对外直接投资实现连续13年快速增长,创下了1456.7亿美元的历史新高,占到全球流量份额的9.9%,同比增长18.3%,金额仅次于美国(2999.6亿美元),首次位列世界第二,并超过同期中国实际使用外资(1356亿美元),实现资本项下净输出^[24]。因此,企业社会责任的规制问题,对于中国而言,成为不可忽视的问题。

首先,中国作为海外投资企业的母国,需要特别重视企业对外投资的社会责任问题。企业社会责任在全球已成为重要的时代潮流和商业规范,并成为企业管理战略和提高竞争力的有效途径,中国企业正有意识地与国际化道路接轨^[25]。中国企业在对外投资中承

担社会责任既是外部潮流,也是内部需要。首先,中国对外投资企业在帮助东道国提高就业、增长经济、摆脱贫困的同时,也招致了许多缺乏社会责任的批评和指控。为此,企业承担社会责任是修复企业形象、维护企业长远利益所必需的。美国杂志曾刊登《商业伦理规则》一文,其中将供应商或合作伙伴生产的产品清楚地表明为“中国制造”的一类,全部列到黑名单之中,放大“中国制造”缺乏社会责任的形象^[26]。这种消极形象必然会影响企业在东道国的长远发展。因而,中国强调企业承担社会责任、投入慈善事业、改善投资环境,可能在短期内会增加企业成本,降低企业竞争力,但就企业的长远利益而言,承担社会责任无疑有益且有必要。

此外,中国对外投资企业是推进“一带一路”倡议的重要力量,企业承担社会责任则是推进“一带一路”倡议的重要保障。党的十八届五中全会提出了“创新、协调、绿色、开放、共享”的发展理念,五大发展理念是“十三五规划”乃至更长时期内我国发展思路及发展着力点的集中体现,也指导着“一带一路”倡议的具体建设。对外投资企业作为战略的重要推进力量,应遵循该指导理念,而其中“绿色”发展理念必然要求企业承担社会责任,注重对东道国环境的保护。而且,“一带一路”沿线国家经济发展水平参差不齐,地缘环境、文化背景存在较大差异,中国作为“一带一路”倡议的提出国,为有效协调各方面存在的差异,有必要承担更多的责任和义务,具体落实到实践,就是需要企业在对外投资过程中承担社会责任,更好地融入东道国社会,从而确保“一带一路”倡议的顺利推进。

其次,中国作为接受海外企业投资的东道国而言,也更加需要重视社会责任规则问题。《科技日报》2016年11月2日第二版文章《在华外资企业社会责任指数差异较大》显示:2015年外资企业100强社会责任发展指数平均得分为26.1分,同2014年的26.4分比较,仍徘徊在起步阶段。其中,中国三星、英特尔(中国)和LG中国这3家企业达到五星级水平,处于卓越者阶段;四星级企业为6家;10家企业达三星级水平,处于追赶者阶段;31家企业处于二星级水平;有50家企业处于一星级水平,处于旁观者阶段,社会管理情况及信息披露情况仍不乐观^[27]。这表明,在华投资企业并没有将社会责任纳入决策主流化的框架。实际上,在华投资企业也存在着不可忽视的劳工、环境和腐败问题。

(二) 中国企业社会责任法律规制的不足

目前,中国在国内法层面及国际法层面关于企业

社会责任的规定,不足以适应社会责任规制的迫切需要。在国内层面,《公司法》第5条规定:“公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任。”这是国内法律中首次出现公司社会责任的规定。但有学者指出,该条并不为公司增加任何具体的法律义务,因为《公司法》和其他任何法律都没有赋予“社会责任条款”以具体内容^[28]。同时有学者指出,《公司法》规定有限责任公司和股份有限公司的监事会中职工代表的比例不得低于1/3,由两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司之董事会成员中应当有公司职工代表等以强行性规范的方式规定了公司的社会责任^[4]。显然,国内层面虽对企业社会责任作出了规定,但并未规定企业社会责任的具体内容,因而并不能给企业行为以确定性指引。

在双边或多边层面,《中加双边投资协定》第33条第2款规定:“只要相关措施不以武断或不合理之方式适用,或不构成对国际贸易或投资之变相限制,本协定中任何规定均不得被理解为阻止缔约方采取或维持下述措施,包括环境措施。”该条第3款规定:“本协定中任何规定均不得被理解为阻止缔约方基于审慎原因采取或维持的合理措施,例如:(一)保护存款人、金融市场参与者和投资者、投保人、索赔人、或金融机构对其负有信托责任的人的措施;”^③也就是,出于环保、利害关系人利益的原因,缔约方可以采取或维持相关措施而不构成违反协定。中国和坦桑尼亚签订的双边投资协定在具体条款之前明确“鼓励投资者尊重企业社会责任”,并在第10条具体规定:“缔约双方认识到放松国内健康、安全或环境措施来鼓励投资的做法是不恰当的。因此,缔约一方不得放弃或贬损有关措施或承诺放弃或贬损有关措施,以鼓励投资者在其领土内设立、并购、扩大或保留投资。”^④中国和日韩签订的投资协定第23条就环境措施也有类似规定^⑤。从中国签订的对外投资协定来看,规定企业社会责任的条款从无到有、从间接到直接、从抽象到具体,反映出中国政府对企业社会责任的重视程度的一个递增过程。尽管如此,由于中国所签订的对外投资协定主要采用没有明确法律内容或法律义务的措施来表达社会责任问题,因此无法取得执行性效果。

此外,2015年3月28日经国务院授权,国家发展改革委、外交部、商务部联合发布了《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》,在合作重点领域强调了企业社会责任的核心问题。如鼓励本国企业参与沿线国家基础设施建设和产

业投资,促进企业按属地化原则经营管理,积极帮助当地发展经济、增加就业、改善民生,主动承担社会责任,严格保护生物多样性和生态环境。在投资贸易中突出生态文明理念,加强生态环境、生物多样性和应对气候变化合作,共建绿色丝绸之路。加强沿线国家民间组织的交流合作,重点面向基层民众,广泛开展教育医疗、减贫开发、生物多样性和生态环保等各类公益慈善活动,促进沿线贫困地区生产生活条件改善等^[29]。中国政府将保护生物多样性、生态环境及开展教育医疗等公益慈善活动纳入“一带一路”倡议的合作重点领域,体现了中国强调企业社会责任的决心。

(三) 中国完善企业社会责任规制的建议

为给中国对外投资企业以及在华投资企业承担社会责任提供更确定、有效的指引,进一步强化对企业社会责任的规制,中国可以将横向义务纳入国内立法及对外投资协定中。在国内立法中规定企业在人权、劳工标准、环境、反贪污等方面的保护、尊重及补救的具体义务和责任,并建立国内法对对外投资企业的域外管辖权,通过东道国直接规范模式和母国间接规范模式的双重路径,确保在华投资企业以及中国对外投资企业承担社会责任。在双边或多边层面,鉴于目前中国签订的双边或多边投资协定对企业社会责任的规定多集中在环保领域,而劳工权利保护、反贪污等问题涉及较少,也未明确企业在保护、尊重及补救三个层次的具体义务。中国政府在签订对外投资协定时,可以五大发展理念为指导,以“一带一路愿景与行动”文件为基础,适时增加有关人权、劳工权利及反贪污等企业社会责任的其他核心问题的条款,规定中外投资企业除了遵守母国法律外,也须采取积极措施在东道国履行保护义务,并对其行为造成的损害性后果提供补救,切实促进来华企业投资和中国企业对外投资经营活动符合社会责任要求。

六、结论

全球化使得跨国公司的实力迅速膨胀,在促进东道国经济发展的同时,也造成了对东道国人权、法治、民主的入侵,而现有的规范不足以应对此种挑战。尽管国际层面和国内层面对此都作出了规范努力,许多学者也对跨国公司的社会责任问题进行了理论探讨与证成,然而目前的规范仍然属于软法之治,规制效果仍然取决于东道国、母国、跨国公司的意愿。已有研究虽对确立跨国公司的社会责任奠定了某种理论基础,但利害关系人理论中利害关系人的利益难以平衡,

国际法主体论中权利与义务标准可能不一致, 公民道德义务理论中违反道德义务的低代价而导致执行效果不佳, 社会契约论中社会期待可能与人权保护要求不符。而横向人权义务是适用于同一法律层面的非国家行为体之间的义务, 它强调的是权利与义务之间的关联性。此种关联性表明处于同一社会中的非国家行为体的权利只有通过共同的义务履行才能实现, 反映的是非国家行为体在社会中不可分离的关系, 也就是一种社会连带关系, 因而可证成跨国公司承担社会责任的社会基础。本文在横向人权义务视角下, 分析跨国公司社会责任的义务层次和义务标准, 通过国内法和国际规范路径构建跨国公司社会责任的规范体系, 并探讨中国对外投资企业的社会责任。因此, 横向人权义务理论是对跨国公司社会责任的补充分析, 为追溯跨国公司的社会责任、有效规范跨国公司的行为提供了理论支持, 将切实促进对东道国人权、劳工、环境等的保护。

注释:

- ① 人权与跨国公司和其他工商企业问题秘书长特别代表的报告。公司与人权: 指称的涉及公司的侵犯人权范围与形式调查, A/HRC/8/5/Add.2, 2008-05-23。
- ② 人权与跨国公司和其他工商企业问题秘书长特别代表的临时报告, E/CN.4/2006/97, 2006-02-22。
- ③ 人权委员会促进和保护人权小组委员会。跨国公司和其他工商企业在人权方面的责任的规范, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003-08-13。
- ④ 经合组织。经合组织跨国企业准则, 2011: 17。
- ⑤ 联合国贸易与发展会议。跨国公司的社会责任, UNCTAD/ITE/IIT/Misc.21, 1999: 1-2。
- ⑥ 特别报告员米格尔·阿方索·马丁内斯就委员会第 2000/63 号决议要求开展的研究提出并根据经济及社会理事会第 2002/277 号决议提交的最后报告。人权与人的责任, E/CN.4/2003/105, 2003-03-17。
- ⑦ 经济、社会、文化权利委员会关于工作权利(《经济、社会、文化权利国际公约》第 6 条)的第 18 号一般性意见, E/C.12/GC/18, 2006-02-06。
- ⑧ 经济、社会、文化权利委员会关于享受公正或良好的工作条件的权利(《经济、社会、文化权利国际公约》第 23 条)的第 23 号一般性意见, E/C.12/GC/23, 2016-04-27。
- ⑨ 人权与跨国公司和其它工商企业问题秘书长特别代表约翰·鲁格的报告。商业活动与人权: 梳理有关公司行为的责任和问责的国际标准, A/HRC/4/35, 2007-02-19。
- ⑩ 人权与跨国公司和其它工商企业问题秘书长特别代表约翰·鲁格的报告。保护、尊重和救济: 工商业与人权框架, A/HRC/8/5, 2008-04-07。
- ⑪ 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。澄清“势力范围”和“串通”概念, A/HRC/8/16, 2008-05-15。
- ⑫ 人权与跨国公司和其他工商企业问题秘书长特别代表的报告。人权政策与管理办法: 对政府和<财富>杂志所列全球 500 强公司进行的问卷调查结果, A/HRC/4/35/Add.3, 2007-02-28。
- ⑬ 《中加双边投资协定》第 33 条第 2、3 款, 2012 年 9 月 9 日签署, 2014 年 10 月 1 日生效。http://images.mofcom.gov.cn/tfs/201409/20140928171120483.doc。
- ⑭ 《中华人民共和国政府和坦桑尼亚联合共和国政府关于促进和相互保护投资协定》序言、第 10 条, 2013 年 3 月 24 日签署, 2014 年 4 月 17 日生效。http://images.mofcom.gov.cn/tfs/201409/20140928170943655.doc。
- ⑮ 《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》第 23 条, 2012 年 5 月 13 日签署, 2014 年 5 月 17 日生效。http://tfs.mofcom.gov.cn/article/h/at/201405/20140500584816.shtml。

参考文献:

- [1] Larry Catá Backer. Multinational corporations, transnational law: The united nations' norms on the responsibilities of transnational corporations as a harbinger of corporate social responsibility in international law[J]. Columbia Human Rights Law Review, 2005(37): 101-192.
- [2] Mugambi Laibuta. Multi-national corporations in human rights protection and the role of the African Union[EB/OL]. http://ssrn.com.abstract=2477261, 2014-08-07.
- [3] David Weissbrodt. Realizing the potential: Global corporations and human rights[J]. Berkeley Journal of International Law, 2008(26): 1-16.
- [4] 蒋建湘. 企业社会责任的法律化[J]. 中国法学, 2010(5): 123-132.
- [5] 李庆明. 《美国外国人侵权请求法》研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2010: 1.
- [6] David Kinley, Junko Tadakai. From talk to walk: The emergence of human rights responsibilities for corporations at international law[J]. Virginia Journal of International Law, 2004(44): 931-1023.
- [7] 楼建波. 中国公司法第五条第一款的文义解释及实施路径——兼论道德层面的企业社会责任的意义[J]. 中外法学, 2008(1): 36-42.
- [8] 刘俊海. 公司的社会责任[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 6-7.
- [9] 赵万一. 公司治理法律问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 333-342.
- [10] 李雪平. 企业社会责任国际标准的性质和效力——兼议 ISO26000 制定中的法律问题[J]. 环球法律评论, 2007(4): 81-87.
- [11] Jernej Letnar Cernic. International children's rights: Essay: corporate human rights obligation at the international law level[J]. Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, 2008(16): 1-52.
- [12] 何易. 试论跨国公司的责任理论——法律责任和社会责任比较研究[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2001(6): 108-111.
- [13] 郭秀华. 企业社会责任与公司治理国际研讨会综述[J]. 中外法学, 2008(1): 75-82.

- [14] 米尔恩. 西方人权学说(下)[C]//沈宗灵, 黄楠森. 夏勇, 译. 成都: 四川人民出版社, 1994: 215.
- [15] Tom Campbell, Seumas Miller. Human rights and moral responsibilities of corporate and public sector organizations[M]. New York: Kluwer Academic Publishers, 2004: 2.
- [16] David Weissbrodt, Fionnuala Ní Aoláin, Joan Fitzpatrick, etc. International human rights: Law, policy, and process (Fourth Edition)[M]. San Francisco: LexisNexis, 2009: 54.
- [17] John H. Knox. Horizontal human rights law[J]. American Journal of International Law, 2008(102): 1-47.
- [18] 徐显明. 人权法原理[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2008: 153-154.
- [19] 张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究[M]. 北京: 法律出版社, 2006: 100.
- [20] Carlos M. Vazquez. Direct vs indirect obligations of corporations under international law[J]. Columbia Journal of Transnational Law, 2005(43): 1-22.
- [21] Adamn Mcbeth. The 60th anniversary of the declaration of human rights: A reality check: every organ of society: The responsibility of non-state actors for the realization of human rights[J]. Hamline Journal of Public Law & Policy, 2008(30): 1-30.
- [22] 王玲. 论企业社会责任和涵义、性质、特征和内容[J]. 法学家, 2006(1): 136-142.
- [23] 杜如益. 跨国公司人权责任之救济路径——体系化反思、中国语境与劳工保护[J]. 经济与法, 2014(1): 170-172.
- [24] 商务部、国家统计局、国家外汇管理局. 2015 年度中国对外直接投资统计公报[EB/OL]. <http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwfbh/wqfbh/33978/35181/2016-09-22>.
- [25] 2015 年中国企业 500 强社会责任报告调查[EB/OL]. <http://csr.mofcom.gov.cn/article/ckts/sr/201603/20160301270662.shtml>, 2016-03-08.
- [26] 王秀梅. 公司社会责任运动与中国劳工权益保护[J]. 长安大学学报(社会科学版), 2005(1): 68-72.
- [27] 李钊. 在华外资企业社会责任指数差异较大[N]. 科技日报, 2016-11-02(2).
- [28] 史际春, 肖竹, 冯辉. 论公司社会责任: 法律义务、道德责任及其他[J]. 首都师范大学学报, 2008(2): 39-51.
- [29] 中华人民共和国商务部综合司. 推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动[EB/OL]. <http://zh.mofcom.gov.cn/article/xxfb/201503/20150300926644.shtml>, 2015-03-30.

Establishing the social responsibility of transnational corporations: A complementary analysis based on horizontal human rights obligations

MAO Junxiang, SHENG Xi

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: Although existing research has laid some theoretical foundations for establishing the social responsibility of transnational corporations, there are still some shortcomings. Analyzing the social responsibility of transnational corporations from the perspective of horizontal obligations can form a complementary theoretical framework for the establishment of the social responsibility of transnational corporations. Under the horizontal human rights obligations, the obligation level of the social responsibility of transnational corporations becomes clear, namely the responsibility to protect, respect and remedy. And to regulate the social responsibility of transnational corporations by the way of the domestic law and international law will thus have a specific obligation standard. In order to provide China's corporations a more concrete and effective guidance to shoulder social responsibilities in the process of foreign investment, the responsibility to protect, respect and remedy may be incorporated into the domestic legislation and bilateral investment agreements.

Key Words: transnational corporations; social responsibility; horizontal human rights obligations

[编辑: 苏慧]