

# 商業與人權：從指導原則邁向條約草案

廖福特

中央研究院法律學研究所研究員

## 摘要

本文討論商業與人權從指導原則至條約草案之歷史發展，同時從權利保障、國家義務、實踐及監督機制三個層面分析草案之內容。

在商業與人權領域，先通過指導原則，再嘗試通過條約，並不是奇特的發展過程，難題是通過條約需要多少年難以預期。草案有細緻之規範，具備全面性條約之內涵。雖然主要跨國投資國家沒有積極支持條約可能會形成潛在危機，但是隨著多數國家更深入之思考及審酌，或許可以進一步使其普及化。

所稱之企業涵蓋所有企業，也包括跨國企業，不過有疑問的是企業主體是否包括國家本身。草案規範被害人權利，但是在商業與人權領域享有什麼權利與被害人享有什麼權利兩者應該區別。草案規定國家必須建構良善之環境、保護被害人、調查人權傷害。不過被害人之定義應可限縮，而應受保護之人則可以比較廣泛。

草案規定國家所應採取之措施，原則是延續指導原則之規定。國家應建立救濟制度使被害人得以親近正義及有效救濟，不過草案忽略了企業之救濟機制。草案也規定締約國對於已經簽訂之條約，應以不減損實踐本條約之能力的方式而實踐之，而任何新簽訂之貿易及投資協議應符合人權義務。

草案建立締約國大會，所設置之爭端解決機制以國際法院優先。草案也設立國際監督委員會，其基本規定是依據長期累進之內容。不過草案只規定個人申訴案件至被申訴國訪視，未包括完整的詢問程序。草案規定國家實踐機制，並有完整規範，具有相當的突破性。

### 關鍵字

於國際人權法管理跨國企業及其他商業公司之法律拘束文件第二修正草案、於國際人權法管理跨國企業及其他商業公司之法律拘束文件附加議定書草案、商業與人權指導原則、權利保障、國家義務、近用救濟、實踐及監督機制、國家實踐機制

---

## 壹、導論

企業活動的本質應該只有企業考量嗎？還是應該是公正的企業（just business），使得公正成為企業行為之內涵？這是互久之問題，但是近來發展已趨向實踐公正的企業。然而在國際自由貿易之後，商業與人權面臨兩項難題，一者是許多政府沒有能力——或是不願意——訂定或實踐商業與人權之國內法規範，另一則是跨國企業對於其所形成之人權傷害是沒有準備的（Ruggie, 2013: xxvi）。

近年來聯合國亦有商業與人權方面之努力，人權理事會（Human Rights Council）在 2011 年 6 月通過《商業與人權指導原則》（*Guiding Principles on Business and Human Rights*），聯合國跨國企業及其他企業公司與人權工作小組（UN Working Group on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, UNWG）強烈鼓勵所有國家訂定商業與人權國家行動計畫，以作為傳播及實踐《商業與人權指導原則》的部分國家責任。後來人權理事會亦在 2014 年 6 月通過設立草擬有法律拘束力文件之商業與人權工作小組，著手草擬條約。因而商業與人權之發展進程是從《商業與人權指導原則》邁向《商業與人權條約》。

本文討論從《商業與人權指導原則》邁向《商業與人權條約》草案之相關議題。第貳節著重於歷史發展，並分析先指導原則再研擬條約、為何需要訂定條約、訂定條約之方式、條約草案之展望等議題。第參節論述商業與人權之權利保障議題，包括企業活動之內涵及權利範疇。第肆節討論國家義務，包括國家責任、要求企業尊重人權、近用救濟、時效問題、國際互助及合作等議題。

第五節分析實踐及監督機制，在國際實踐及監督機制包括締約國大會、國際基金、爭端解決等國際實踐機制，商業與人權之監督委員會作為國際監督機制，而在國內實踐及監督機制包括國內實踐作為及國家實踐機制之討論。本文於第六節做總結。

## 貳、歷史發展

### 一、從指導原則到條約草案

#### (一) 形成指導原則

在聯合國之下企業之人權責任經歷了幾十年的討論，其中有幾項主要發展，例如在 1973 年成立跨國企業委員會（Commission on Transnational Corporations），而促進及保障人權次委員會（Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights）亦成立跨國企業工作小組，其於 2003 年通過跨國公司與其他企業機構有關人權規範責任規範（Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights Norms），可惜的是後來人權委員會（Commission on Human Rights）並沒有通過此規範。

爾後聯合國秘書長在 2005 年任命 John Ruggie 教授為商業與人權之特別代表（UN Secretary-General's Special Representative on Business & Human Rights），經過六年與國家、企業、民間團體諮商程序之後，人權理事會（Human Rights Council）在 2011 年 6 月通過《商業與人權指導原則》，值得重視的是人權理事會是以全體一致之方式通過此指導原則。

Ruggie 教授自稱，其草擬《商業與人權指導原則》時希望避開傳統的強制途徑及自願途徑，並採用非正統途徑（heterodox approach），目的在於建構聰明的混和政策措施，得以累進變遷及達成大規模之成效。他認為他是採用「原則性實用主義」（principled pragmatism），即堅持強化企業領域之人權促進及保障原則，同時務實地著重於改善最多人日常生活的最佳途徑。他提及他當時的心境是讓心智導引至人權承諾，但是必須讓頭腦指引心智以走過國際困境。他也表示，草擬《商業與人權指導原則》之目標是政治性指導原則，而非

法律拘束文件。

## (二) 研擬條約草案

在 2005 年至 2011 年之間討論商業與人權議題時，本來就有強制途徑 (mandatory approach) 與自願途徑 (voluntary approach) 之辯論，強制途徑認為應該通過有法律制裁力之商業與人權國際條約，而自願途徑認為仍需要更多溝通及共識才能形成有法律拘束力之條約。

比較特別的是，其實自願途徑及強制途徑兩者是同步併行發展。2011 年通過《商業與人權指導原則》是採用自願途徑，聯合國亦成立跨國企業及其他商業公司與人權工作小組，<sup>1</sup> 此小組有五位獨立專家 (Martens, 2014: 19-20)，<sup>2</sup> 並每年舉辦商業與人權論壇 (Forum on Business and Human Rights)，以協助實踐《商業與人權指導原則》。人權理事會也在 2014 年 6 月通過決議，認為商業與人權國家行動計畫是實踐《商業與人權指導原則》非常重要之工具，因而呼籲所有聯合國會員國在其國內擬定國家行動計畫以促進《商業與人權指導原則》之實踐。<sup>3</sup>

但是偏好強制途徑、希望訂定條約之努力並未停歇 (Bilchitz, 2017: 7)，後來 2013 年 9 月厄瓜多及南非<sup>4</sup> (Bilchitz, 2016: 204) 等國家在人權理事會提議草擬有法律拘束力之文件，並獲得 85 個國家之支持 (Cassel and Ramasastry, 2015: 7)。因而同樣是在 2014 年 6 月，人權理事會通過成立草擬有法律拘束力商業與人權文件之開放式政府間工作小組 (Open-ended Intergovernmental Working Group)，<sup>5</sup> 並由厄瓜多擔任主席國 (Kolieb, 2020: 789, 792)。<sup>6</sup> 此一決

---

1 Human Rights Council. 2011. 17/4 Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises.

2 五位獨立專家為 Michael Addo, Alexandra Guaqueta (Chair), Margaret Jungk, Puvan Selvanathan 及 Pavel Sulyandziga。

3 Human Rights Council. 2014. 26/22 Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises.

4 值得注意的是厄瓜多及南非都有企業違反人權之歷史經驗。

5 Human Rights Council. 26/9 Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights.

6 “Business & Human Rights Centre Website.” in <https://www.business-humanrights.org/en/binding-treaty>. Latest update 20 August 2020.

議被認為是歷史性決定（Martens and Seitz, 2016: 43），是 1992 年聯合國跨國企業委員會（UN Commission on Transnational Corporations）停止運作之後的重要決定（Martens and Seitz, 2016: 3），也是非常重要的轉折點（CIDSE, 2016）。<sup>7</sup>

對於開放式政府間工作小組而言，所謂「開放式」的重要特質之一是所有聯合國會員國、觀察員、享有經濟社會理事會（Economic and Social Council）諮詢地位（consultative status）的民間團體、國家人權機構等都可以參與討論，因而可以接受多元意見，而不是只有少數聯合國會員國參與。工作小組每年聚會一次，第一次會議在 2015 年 7 月舉行，選出厄瓜多代表<sup>8</sup>擔任主席，此次會議主要討論條約草案之本質、形式、範疇、內容等，同時認為《商業與人權條約》所涵蓋之人權範疇應該越廣越好（Lopez and Shea, 2015: 114），而在第二次會議時沒有國家提及《商業與人權條約》會與《商業與人權指導原則》衝突（Lopez, 2017: 365-370）。第三次會議因為厄瓜多政府更動，影響主席人選（Cassel, 2018: 277, 283），導致會議耽擱，不過仍然在 2017 年 10 月提出《商業與人權條約》草案之起草原則（Johnston, 2020: 95, 115; Vega, 2017: 431, 452-454），然後在 2018 年 7 月提出《於國際人權法管理跨國企業及其他商業公司之法律拘束文件條約草案》（*Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Zero Draft*，以下簡稱條約）（O'Brien, 2015: 151）及《於國際人權法管理跨國企業及其他商業公司之法律拘束文件附加議定書草案》（*Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*，以下簡稱附加議定書）。在各國表示意見之後隨即於 2019 年 7 月提出《於國際人權法管理跨國企業及其他商業公司之法律拘束文件修正草案》（*Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and*

7 CIDSE, Options for shaping the UN Treaty on business and human rights.

8 為當時厄瓜多駐聯合國大使 Mar a Fernanda Espinosa。

*Other Business Enterprises, Revised Draft*),<sup>9</sup> 之後在 2020 年 8 月提出《於國際人權法管理跨國企業及其他商業公司之法律拘束文件第二修正草案》(*Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Second Revised Draft*)。<sup>10</sup>

## 二、議題分析

就歷史發展而言，應該先討論三個議題，包括為何先通過指導原則再研擬條約草案、為何需要另訂一個《商業與人權條約》及對《商業與人權條約》之展望。

### (一) 先指導原則再研擬條約

商業與人權的發展是：人權理事會在 2011 年 6 月先通過《商業與人權指導原則》，而在 2014 年 6 月成立開放式政府間工作小組以草擬有法律拘束力的商業與人權文件，從 2015 年至今則致力於草擬《商業與人權條約》；因此是先有指導原則，再努力草擬條約。

從國際人權條約的發展歷史觀之，其實絕大部分國際人權條約都歷經兩個階段：先通過宣言，再通過條約。例如：聯合國先在 1948 年通過《世界人權宣言》(*Universal Declaration of Human Rights*)，後來在 1966 年通過《公民與政治權利國際公約》(*International Covenant on Civil and Political Rights*) 及《經濟社會文化權利國際公約》(*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*)。其他核心國際人權條約也有類似之歷史發展過程：如聯合國在 1963 年通過《消除所有形式種族歧視宣言》，後來在 1965 年通過《消除所有形式種族歧視國際公約》(*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*)。聯合國在 1967 年通過《消除所有

---

9 Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Revised Draft, 16 July 2019. 以下簡稱修正草案。

10 Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Second Revised Draft, 6 August 2020. 以下簡稱第二修正草案。



婦女歧視宣言》，然而此宣言只有 11 個條文，雖然架構了消除婦女歧視之基礎，但是依然不夠完善，後來於 1979 年通過《消除一切形式婦女歧視公約》（*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*）。聯合國早在 1959 年通過《兒童權利宣言》（Pachauri, 1999: 255-258）強調保護兒童的權利，但是直到 1989 年才通過《兒童權利公約》（*Convention on the Rights of the Child*）。<sup>11</sup>1978 年世界消除種族主義及歧視會議首倡簽訂遷徙勞工權利公約之必要性，並得到聯合國之贊同，於是在 1980 年成立草擬條約之工作小組（Centre for Human Rights, 2003: 13），經過多年之規劃，聯合國於 1990 年通過《保障所有移民勞工及其家庭國際公約》（*International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*）。

聯合國在 1975 年通過了《保護人人不受酷刑及其他殘忍、不人道或有辱人格待遇或處罰宣言》，為了具體落實該宣言內容之權利保障，在 1984 年通過《禁止酷刑及其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約》（*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*）。聯合國於 1992 年通過《保障所有人免於強迫失蹤宣言》，認為系統性的強迫失蹤構成違反人道罪，同時侵犯生命權、人格權、人身自由及安全、免於酷刑等權利。經歷多年之折衝及討論，聯合國於 2006 年通過《保障所有人免於強迫失蹤國際公約》（*International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*）。有關《身心障礙者權利公約》之發展歷程，義大利及瑞典分別在 1987 年及 1989 年提出草擬保障身心障礙者國際條約之建議，但是沒有得到許多國家之支持。2000 年 3 月「世界身心障礙民間團體高峰會」（World NGO Summit on Disability）在中國北京舉行，並發表《北京新世紀身心障礙者權利宣言》（*Beijing Declaration of Rights of People with Disability in the New Century*），倡議創設依據有法律拘束力之身心障礙者權利保障條約，後來聯合國於 2006 年通過《身心障礙者權利公約》（*Convention on the Rights of Persons with Disabilities*）。

11 有關《兒童權利公約》之起草過程，請參見 Sharon Detrick. 1999. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Martinus Nijhoff Publishers, pp. 13-20.

從以上各核心國際人權條約的通過歷程可以看出，絕大部分是先歷經宣言階段，後來才通過條約，因此對於商業與人權而言，先通過指導原則，再努力嘗試通過條約，並不是奇特的發展過程。值得重視的，其實是每一個核心國際人權條約從宣言邁向條約所花費之時間難以預期：消除種族歧視公約只有 2 年，而《兒童權利公約》卻等待 30 年；何以致之？其中有諸多原因交錯。

## （二）另訂《商業與人權條約》

有關另訂《商業與人權條約》，於此或應思考兩個議題，第一是為何需要特別獨立訂定《商業與人權條約》；第二是如果要訂定《商業與人權條約》，要用哪一種方式訂定。

### A. 為何需要訂定條約

在討論為何需要特別獨立訂定《商業與人權條約》時，應可先呈現反對及贊成擬定《商業與人權條約》之可能理由。反對另訂《商業與人權條約》之理由可從幾個層面論述。第一，從發展過程而言，有人認為《商業與人權指導原則》還很新，2011 年 6 月通過至今不到十年，《商業與人權指導原則》影響力才逐漸產生，各方都需要更多時間實踐此指導原則（Cassel and Ramasastry, 2015: 7）；第二，從草擬條約所費時間觀之，論者擔心各國政府可能以條約草案談判中為理由，作為耽擱國內立法之理由。條約草案談判耗掉政府、企業、民間團體之心力，使得急迫之創新無法完成（Martens and Seitz, 2016: 46）；第三，有人關注可實踐之範疇，認為能夠達成共識之條約內容是範圍最小的，反而比《商業與人權指導原則》自願實踐之範疇小（Martens and Seitz, 2016: 46）；第四，亦有關注條約之內容者，《商業與人權指導原則》草擬者 Ruggie 教授擔心《商業與人權條約》之草擬，可能面對幾項困難，包括很難規範權利範圍及執行機制、沒有批准核心國際人權條約及國際勞工組織基礎條約與跨國企業母國之國家將傾向不接受此條約（Ruggie, 2014: 3-4）。

贊成擬定《商業與人權條約》者也論述不同理由。第一，論者認為《商業與人權條約》可以在幾個層面比《商業與人權指導原則》更能保障人權，包括國家領域外管理企業之責任、揭露企業資訊、跨國商業人權被害人更能親近救濟管道（Schutter, 2015: 45-54）。亦有論者認為，就是因為商業與人權之間涵



蓋許多議題，因而應該訂定條約規範之（Bilchitz, 2016: 222）；從拘束力、規範發展、平衡各方義務、親近救濟等角度觀之，訂定《商業與人權條約》才是比較好之選擇（Bilchitz, 2016: 205-209）。第二，有許多團體質疑《商業與人權指導原則》之實質效力。論者指出，越來越多政府及研究者認為，《商業與人權指導原則》之實效性有限，因此應該輔以有法律拘束力之國際條約，聯合國應以硬法取代軟法（Martens and Seitz, 2016: 3）。國際民間團體亦認為，企業持續透過剝奪土地、壓低薪資、有害污染、剝削勞力等方式經營商業，因而需要有法律拘束力之條約管理企業（Dumbuya, 2014: 8）。許多人權團體認為，《商業與人權指導原則》通過之後，人權處境沒有太多改善（Cassel and Ramasastry, 2015: 7）。第三，亦有團體強調監督機制之重要性。民間團體認為，雖然《商業與人權指導原則》對於鼓勵企業尊重人權有所助益，但是企業無義務實踐之。同時《商業與人權指導原則》亦無監督機制，因而無法監督國家實踐《商業與人權指導原則》。雖然商業與人權國家行動計畫有助於強調商業與人權之重要性，並鼓勵國家管理企業活動，但是民間團體認為，如果沒有具備法律拘束力之條約處罰違反商業與人權者，將難以達成效果。<sup>12</sup>

討論是否要訂定《商業與人權條約》或可從兩個層面論述之。首先是《商業與人權指導原則》及《商業與人權條約》的實踐模式之不同之處。《商業與人權指導原則》於其一般原則中清楚載明此指導原則中之任何部份都不應被解讀為創造新的國家義務，因此就性質上而言，本指導原則應被認為屬於軟法的一種，沒有直接法律拘束力。雖然《商業與人權指導原則》沒有直接法律拘束力，但是在《商業與人權指導原則》通過之後，主要有兩種方式實踐《商業與人權指導原則》。第一種方式是透過國內立法實踐之。例如：法國是第一個採用此方法之國家，法國在 2017 年通過《企業警覺責任法》（*Law on the Corporate Duty of Vigilance*）要求大企業善盡人權責任。之後德國、肯亞、挪威、瑞士、泰國、英國、美國等國家亦在討論是否通過類似之立法。第二種實

---

12 PBI Mexico. 2020. “Why We Need a Binding Treaty for Business and Human Rights?” in <https://pbimexico.org/news/2018-09/why-do-we-need-binding-treaty-business-and-human-rights#:~:text=PBI%20believes%20that%20a%20Binding,rights%20cases%20throughout%20the%20world. Latest update 1 December 2020.>

踐《商業與人權指導原則》之方式是擬定國家行動計畫以實踐《商業與人權指導原則》。各國國際組織積極呼籲各國擬定國家行動計畫以實踐《商業與人權指導原則》。人權理事會在 2014 年 6 月通過決議，認為商業與人權國家行動計畫是實踐《商業與人權指導原則》非常重要之工具，因而呼籲所有聯合國會員國在其國內擬定國家行動計畫以促進《商業與人權指導原則》之實踐。<sup>13</sup> 聯合國亦於 2014 年 6 月成立跨國企業及其他企業公司與人權工作小組，並每年舉辦商業與人權論壇（Forum on Business and Human Rights），以協助實踐《商業與人權指導原則》。而商業與人權工作小組也強烈鼓勵所有國家訂定商業與人權國家行動計畫，以作為傳播及實踐《商業與人權指導原則》的部分國家責任。依據商業與人權資訊中心（Business & Human Rights Resource Centre）之統計<sup>14</sup> 及人權高級專員辦公室（Office of High Commissioner for Human Rights）的網站資料，<sup>15</sup> 到 2020 年 8 月為止，有 24 個國家已經完成商業與人權國家行動計畫。台灣亦已完成商業與人權國家行動計畫（行政院，2020），因此共有 25 個國家已經完成商業與人權國家行動計畫。其中很明顯的是由歐洲國家開端，最早的是英國在 2013 年 9 月完成，之後總共有 18 個歐洲國家已擬定之，佔了 75%。<sup>16</sup> 相對的在美洲只有 3 個國家已完成之，分別為哥倫比亞、美國及智利；亞洲有 3 個國家，包括印尼、泰國及台灣；非洲只有肯亞一個國家已擬定商業與人權國家行動計畫。<sup>17</sup> 《商業與人權指導原則》是採取自願途徑，因此實踐《商業與人權指導原則》之兩種途徑，不論是制訂國內法或是訂定國家行動計畫，都是由各國自行決定，並無條約之拘束力。

因而《商業與人權條約》是採用強制途徑，未來批准之國家有實踐此條約

---

13 Human Rights Council. 2014. 26/22 Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises. A/HRC/RES/26/22.

14 “Business & Human Rights Centre Website.” in <https://www.business-humanrights.org/en/binding-treaty>. Latest update 20 August 2020.

15 “Office of the High Commissioner for Human Rights.” in <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>. Latest update 4 June 2020.

16 歐洲理事會（Council of Europe）的部長委員會（Committee of Ministers）做成決議希望所有會員國都擬定商業與人權國家行動計畫。參見 Committee of Ministers. 2016. Recommendation CM/Rec(2016) 3 of the Committee of Ministers to Member States Adopted on 2 March 2016.

17 有關商業與人權國家行動計畫之討論，請參見廖福特。〈商業與人權國家行動計畫：國際標準、比較分析與臺灣實踐〉。《台灣國際法學刊》17(1)：1-66。

之義務，包括要求企業實踐人權。就國內規範而言，國內討論商業與人權牽涉國家、企業、個人之三角關係，重點是基本權之第三人效力，如果是採用間接適用說的話，憲法基本權之規範透過法律而實踐，因此企業遵守法律應該即不會違反人權。問題是國內法是否已經將所有憲法基本權規定，都透過法律規範，要求企業遵守人權保障。從國際法觀之，討論商業與人權牽涉國際組織、國家、企業、個人之四角關係，過去國家為唯一國際法主體，國際規範由國家制訂，亦由國家實踐之。後來因為國際人權法及國際刑法之發展，個人亦成為部分國際法主體，得以享有權利負擔義務。多年來國際法亦討論是否應將跨國企業納為國際法主體，但是至今尚未成功，因此條約沒有直接要求企業承擔國際法義務。因而國際社會亦思考是否可能透過國際文件，規範國家有義務要求企業必須遵守人權義務，這也是思考訂定《商業與人權條約》之基礎。

其次，亦可從國際人權條約的發展脈絡探討之。其實在通過《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》之後，要再草擬新的核心人權條約時，都會面對是否需要再擬定一份新的條約之辯論，但是後續聯合國亦針對不同權利主體及權利議題訂定獨立之核心人權條約。

就不同權利主體而言，以婦女權利為例，提倡婦女人權之重大意義是使權利概念由人的權利進展到婦女人權，雖然國際人權法典已規範不同性別之各種權利保障，但是婦女屬於人類之一部分還不足以使婦女權利得到完全保障，因此提供保護婦女權利之其他手段便被視為有其必要（Centre for Human Rights, 2000: 4）。其實 1960 年代以前已有一些與婦女權益有關之人權條約，但是其範圍相當限定，而且缺乏監督機制，故這些國際文件對全世界婦女之處境並無多大改善，亦無法使婦女權利成為國際人權架構之主流。因此，1960 年代之後開始嘗試建構全球性婦女權利概念（Ali, 2000: 203），後來經濟社會理事會（Economic and Social Council）在 1968 年設立工作小組，考量如何建立此公約，最後才有聯合國大會於 1979 年通過《消除一切形式婦女歧視公約》。

有關兒童權利亦有類似之歷史發展脈絡，國際社會長久以來已體認到兒童是社會上容易受到傷害之弱勢者，而維護兒童權益亦成為道德上和法律上不容推卸的責任。自聯合國成立以來，兒童權利保護是各方所關心的主要問題，

聯合國於 1946 年成立聯合國兒童基金會，1948 年《世界人權宣言》亦承認兒童必須受到特殊的照顧和協助。雖然聯合國大會在 1959 年通過《兒童權利宣言》，強調保護兒童的權利，但是《兒童權利宣言》不具有法之拘束力，而侵害兒童權利的現象依然存在，以公約型態為保障的需求已成必要。於是，在 1978 年聯合國人權委員會會議上，波蘭的亞當·洛帕薩教授倡議起草《兒童權利公約》，1979 年聯合國人權委員會開始起草的工作，聯合國大會於 1989 年通過《兒童權利公約》。

就不同權利議題而言，以禁止酷刑為例，禁止酷刑在國際法上已屬於國際強行法（*Jus Cogens*）之一部（Bassiouni, 1996: 63-74），免受酷刑是一項不可減損的人權，並且一直是國際人權公約所嚴加禁止之行為。為了充分保證所有人都不會受到酷刑對待，《世界人權宣言》及《公民與政治權利國際公約》中都規定對任何人不得施以酷刑，或施以殘忍的、不人道的或侮辱性的待遇或處罰。既使如此，聯合國人權委員會仍進一步設立工作小組，著手起草禁止酷刑公約，最後聯合國大會終於在 1984 年通過《禁止酷刑及其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約》。

商業人權條約也正在歷經類似之發展脈絡，雖然已有一些核心人權條約有相關之規定，亦已通過《商業與人權指導原則》，然而與其他權利議題一樣，有一份獨立完整之條約應可更完整保障相關權利主體及議題，而此意念並非《商業與人權條約》所獨創，只是延續過去核心人權條約之思考及步伐。

## B. 訂定條約之方式

有關如果要訂定《商業與人權條約》，要用哪一種方式訂定。過去核心人權條約在開始草擬階段，都必須思考以何種立法方式形成條約。同樣地，《商業與人權條約》也必須面對相同之問題。訂定《商業與人權條約》之模式有多種可能性，例如：第一，簽訂全面性條約（Cassel and Ramasastry, 2015: 34）；第二，簽訂架構式公約（Cassel and Ramasastry, 2015: 21-22）；第三，在既有之國際人權條約中增訂附加議定書，特別是《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》（International Commission of Jurists, 2014: 41-43）；第四，在一些相關國際人權條約中增訂有關商業與人權之規定（Martens

and Seitz, 2016: 30)；第五，亦有提議先通過商業與人權宣言，以後再通過條約 (Deva, 2014；International Commission of Jurists, 2014: 43-44)；第六，訂定要求企業直接負擔法律責任之文件 (Schutter, 2015: 58-62)；第七，訂定強化法律互助之文件 (Schutter, 2015: 63-66)；第八，訂定只要求國家報告國家行動之條約，可能有三個方向，一是只要求部分企業公開其人權政策及指標等資訊，二是要求國家擬定國家行動計畫，三是要求國家實踐《商業與人權指導原則》(Cassel and Ramasastry, 2015: 16-21)；第九，擬定國家防範及制裁制度，並輔以國際合作之條約，此乃借鏡《聯合國反貪腐公約》(*UN Convention against Corruption*) (Schutter, 2015: 24-25)；第十，建立國內民事救濟制度之條約，此為借鏡《禁止酷刑公約》(Schutter, 2015: 25-26)；第十一，擬定建立國際監督機制之條約，包括國家報告、個人申訴、國際仲裁及刑事追訴等制度 (Schutter, 2015: 27-34)；第十二，擬定政策一致性之條約，要求國家之國內法律及國際協議必須實踐《商業與人權指導原則》(Schutter, 2015: 35-36)。

其實在通過《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》後，要再草擬新的核心人權條約時，都會面對是否需要再擬定一份完整條約之辯論。以《身心障礙者權利公約》為例，聯合國大會於 2001 年 12 月作成 56/168 號決議，決定成立特別委員會，並以「人權模型」為基礎草擬完整的公約，以保障身心障礙者之尊嚴與權利 (Kanter, 2003: 263-264)。特別委員會在草擬過程中，對於要訂定哪一種類型的條約，並無法達成共識，其中共有四種提議：第一種是訂定反歧視條約，或是只宣示原則之條約；第二種是訂定全面性之人權條約；第三種是訂定整體性條約 (holistic treaty)，除了包括全面性之權利之外，還包括身心障礙之社會發展層面；第四種是在既有之核心人權條約中附加議定書，以特別保障身心障礙者 (Sensi, 2003: 9)。後來訂定特定的保障身心障礙者權利公約達到國際社會之支持，可能有幾項原因：第一，訂定保障身心障礙者權利公約可使身心障礙者權利成為國際人權體系之一項人權理念；第二，此公約未來可以提供全球身心障礙者免於受傷害之可能性；第三，此公約可以促使更有效的監督及報告機制以實踐身心障礙者權利 (Kanter, 2003: 265-267)。草擬保障身心障礙者權利公約的過程其實對於國際人權有諸



多助益，例如：強化公眾對權利之認識、使侵犯權利現形、使民間團體及政府得以建構知識基礎、促進身心障礙者團體之團結、使各種相關計畫透明化、促使有效地收集相關資訊等（Dhir, 2005: 193）。

對於《商業與人權條約》而言，有論者提倡訂定架構式《商業與人權條約》，以規範國家之一般義務，同時賦予國家廣泛衡量餘地（margin of appreciation），讓國家得以斟酌採取必要措施之方式及速度，因而政治上國家比較容易接受，其舉《煙草框架公約》（Framework Convention on Tobacco Control）為例。架構式《商業與人權條約》的優點包括：第一，跨國企業及其他企業公司與人權工作小組已經鼓勵所有國家訂定商業與人權國家行動計畫，有相當基礎；第二，在《商業與人權指導原則》通過之後訂定架構式《商業與人權條約》，符合政策一致性；第三，架構性文件得以加速集體學習，集結實踐經驗，有利條約實踐（Schutter, 2015: 55-57）。

從過去核心人權條約之發展脈絡觀之，以附加於其他人權條約之方式訂定條約，或是只做部分內容之規範，恐怕都不是好的選項，因而核心人權條約都是以完整的條約之模式訂定之。《商業與人權條約》應該也是有一樣的思考重點，其實研擬《商業與人權條約》工作小組召開第一次會議時，即確認商業與人權之權利範疇應該越廣越好，而從工作小組所提出之條約草案觀之，其包含權利範疇、國家義務、執行及監督機制等面向，至少是架構式《商業與人權條約》。如果進一步觀察條約草案之內容，則有更細緻之規範，具備全面性條約之內涵，因而應可確認《商業與人權條約》是要邁向全面性條約之路程。

### （三）條約草案之展望

展望《商業與人權條約》之發展，或可先瞭解各方團體及國家之意見及態度。國際民間團體係以組成條約聯盟（Treaty Alliance）來支持草擬條約。人權理事會在 2011 年通過《商業與人權指導原則》之後，國際民間團體仍然持續推動草擬條約，在 2013 年 11 月有超過六百個民間團體及四百個個人，成員遍及超過 95 個國家，共同發表聲明希望訂定《商業與人權條約》（Treaty Alliance, 2013），而人權理事會在 2014 年 6 月通過成立草擬有法律拘束力文件之商業與人權工作小組。民間團體認為，《商業與人權指導原則》及國家行



動計畫無法使得大型跨國企業負擔責任，也沒有強而有力之實踐機制。因此可能跨國企業的母國在制訂商業與人權國家行動計畫，而此跨國企業卻在世界其他地方違反人權（Schaik and Ortiz, 2016）。民間團體認為，《商業與人權條約》是國際人權法確保所有人之正義的必要工具。過去人們認為簽訂《煙草框架公約》是不可能的，但是現今此公約是存在的（Legal Resources Centre, 2016），而厄瓜多民間團體更以原住民族之名組織 Global Minga<sup>18</sup> 以支持草擬條約（Koike, 2015）。

另一方面，國際商業團體原則上都反對草擬《商業與人權條約》。國際商業團體並沒有出席條約起草小組第一次會議（Lopez and Shea, 2015: 113），不過後來亦參加各次會議（O'Brien, 2015: 153）。國際商業團體包括國際商會（International Chamber of Commerce, ICC）、國際僱主組織（International Organisation of Employers, IOE）、經濟合作暨發展組織工商業諮詢委員會（Business and Industry Advisory Committee to the OECD, BIAC）都反對草擬《商業與人權條約》。當人權理事會在 2014 年 6 月成立草擬有法律拘束力文件之商業與人權工作小組之後，國際僱主組織提議擬定一份比較模糊之條約，其內容不應對企業課以直接法律義務，不應有任何形式的域外管轄權及審理跨國企業之國際法院（Martens and Seitz, 2016: 14, 23）。在工作小組提出條約草案初稿之後，國際商業團體也表達反對條約草案，並認為自從《商業與人權指導原則》通過之後，每一年企業尊重人權之努力都有進步，也比較瞭解如何克服困難，因此國際商業團體強烈倡議應該持續《商業與人權指導原則》之實踐模式（International Organisation of Employers, International Chamber of Commerce, Business and Industry Advisory Committee to the OECD and Business Europe, 2018: 27）。不過經濟學人智庫（Economist Intelligence Unit）也指出，雖然大部分企業對於《商業與人權條約》持負面態度，不過有 20% 的回應認為有拘束力的《商業與人權條約》有助於企業實踐尊重人權之責任（The Economist Intelligence Unit, 2015: 23）。

---

18 Minga 是厄瓜多原住民族之用語，表示所有人民一起為共同目標努力，Global Minga 即是指全球人民一起為共同目標努力。

對於國家而言，或可透過人權理事會通過《商業與人權指導原則》及成立草擬有法律拘束力文件之商業與人權工作小組兩者之差異情況，瞭解各國在自願途徑與強制途徑間之抉擇，並初步展望《商業與人權條約》所面臨之難題。《商業與人權指導原則》草擬者 Ruggie 教授強調，《商業與人權指導原則》是第一份國家沒有參與協商的文件，而且當時人權理事會是以所有會員國全體一致之方式通過（Ruggie, 2014: 1），其顯示各國均同意以自願途徑作為開端。

有論者認為，越民主的國家可能更願意接受人權條約義務，因為其國內監督機制會形成壓力，促使國家不要言行不一，或是民主國家對於人權條約的規範內含有真實承諾（Hathaway, 2002: 1935）。亦有論者認為，因為與《商業與人權指導原則》之連結，或許本來支持《商業與人權指導原則》的國家，會比較支持《商業與人權條約》之擬定（Bernaz, 2019）。但是值得重視的是在是否開啟強制途徑時，各國即有不同想法。當厄瓜多在 2013 年的人權理事會提議成立草擬有法律拘束力文件之商業與人權工作小組時，有 85 個國家附議此提議，他們認為通過《商業與人權指導原則》及成立工作小組對於企業只有些微之監督力量（Martens and Seitz, 2016: 8, 16）。在 2014 年通過成立草擬有法律拘束力文件之商業與人權工作小組時，人權理事會的投票結果是 20 國同意，<sup>19</sup>14 國反對，<sup>20</sup>13 國缺席。<sup>21</sup> 投贊成票的國家多數為發展中國家，比較少有跨國企業，相對會接受國外之投資，這些國家形式上似乎比較支持強制途徑，其中只有印尼及肯亞已經完成商業與人權國家行動計畫，似乎表示自願途徑及強制途徑兩者均可接受，而棄權的國家中只有智利已經完成商業與人權國家行動計畫。此投票結果顯示已開發及開發中國家間、穩定經濟體及新興經濟體間之差異（Bilchitz, 2016: 204）。

19 同意的國家有 Algeria, Benin, Burkina Faso, China, Congo, Côte d'Ivoire, Cuba, Ethiopia, India, Indonesia, Kazakhstan, Kenya, Morocco, Namibia, Pakistan, Philippines, Russian Federation, South Africa, Venezuela, Viet Nam。See Human Rights Council. 26/9 Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights. A/HRC/RES/26/9.

20 反對的國家為 Austria, Czech Republic, Estonia, France, Germany, Ireland, Italy, Japan, Montenegro, Republic of Korea, Romania, the former Yugoslav Republic of Macedonia, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, United States of America。

21 棄權的國家是 Argentina, Botswana, Brazil, Chile, Costa Rica, Gabon, Kuwait, Maldives, Mexico, Peru, Saudi Arabia, Sierra Leone, United Arab Emirates。

反對簽訂《商業與人權條約》的國家多數為民主已開發國家，有跨國企業及國外投資。同時其中英國、義大利、捷克、德國、法國、愛爾蘭、美國等國家已經依據《商業與人權指導原則》完成商業與人權國家行動計畫，比較偏向自願途徑。

美國相當明顯反對草擬《商業與人權條約》，因而沒有參加草擬《商業與人權條約》之過程。美國表達幾點反對之理由，第一，美國反對訂定跨國企業之規範，其實當人權委員會在 2005 年任命商業與人權特別代表時，美國即表示如果沒有明確排除訂定跨國企業之規範，將不會同意任何決議之提議。<sup>22</sup> 第二，美國認為不應一體適用，美國在 2014 年 6 月投票反對成立草擬有法律拘束力文件之商業與人權工作小組，同時又在 2018 年（U.S. Mission to International Organizations in Geneva, 2018）及 2019 年（U.S. Mission to International Organizations in Geneva, 2019）發表聲明反對《商業與人權條約》草擬程序。美國反對草擬條約之「程序」（process）及「態度」（manner），認為草擬條約所採之「一體適用」（one-size-fits-all）方式並非最佳途徑，應該採取《商業與人權指導原則》所適用之共識途徑。第三，美國認為將影響《商業與人權指導原則》之實踐，條約協商過程會造成兩極化，各國尚未有充分時間實踐《商業與人權指導原則》，而因為條約之草擬將影響各國實踐指導原則之意願。第四，「政府間」（intergovernmental）工作小組之模式無法讓企業參與討論。第五，可能只管制部分企業，而非全部（Cassel and Ramasastry, 2015: 8-9）。

歐洲聯盟（European Union）也反對草擬《商業與人權條約》，歐洲聯盟參加第一次草擬條約會議之開端，嘗試阻撓草擬程序開始，不過沒有成功。後來即使歐洲議會（European Parliament）建議歐洲聯盟及其會員國參與草擬《商業與人權條約》（Martens and Seitz, 2016: 5），超過 65 萬歐洲公民及諸多歐洲民間團體也連署要求歐洲聯盟應該參與條約草擬（Actionaid, 2019），歐洲聯盟仍未參加，而法國、西班牙、比利時及荷蘭等歐洲聯盟會員國的代表至會

---

22 Statement of US Delegate Leonard Leo at the Commission on Human Rights on Item 17. “Transnational Corporations.” 20 April 2005.

場觀察瞭解會議，但是沒有實質參與（CIDSE, 2019）。

主要已開發國家及跨國投資國家沒有積極支持《商業與人權條約》簽訂可能會形成潛在危機，《商業與人權條約》所面臨之挑戰包括條約是否會通過？需要多少年才會通過？通過之後多少年才會生效？有多少國家成為締約國？締約國是否確實實踐等，還有漫漫長路要走。

可茲對應討論之例證是《保障所有遷徙勞工及其家庭權利國際公約》。1978年世界消除種族主義及歧視會議中，首倡簽訂遷徙勞工權利公約之必要性，並得到聯合國大會之贊同，於是在1980年成立草擬條約之工作小組（Centre for Human Rights, 2003: 13），但是經過十年規劃研擬之後，聯合國大會才於1990年12月18日通過《保障所有遷徙勞工及其家庭權利國際公約》，此公約是對於遷徙勞工權利保障之重要里程碑（Centre for Human Rights, 2003: 3）。然而此公約直到於2003年7月1日才生效，到2020年9月為止有55個締約國，不過這些締約國全部是開發中國家，是遷徙勞工之出發國，相對地作為遷徙勞工接受國之已開發國家，都沒有加入此公約，不論是美國、歐洲國家、日本都是如此，因而呈現不對等情形，即應保障遷徙勞工之接受國，因為不是締約國而不受拘束，而遷徙勞工之出發國，雖然已受公約之拘束，但是事實上因為沒有接受遷徙勞工，因而也無從保障遷徙勞工。由此可見，其實遷徙勞工權利公約之實質效用尚未開始。《商業與人權條約》也可能要面對類似之挑戰，因而有論者認為，《商業與人權條約》草案處於特殊且令人羨慕的地位，然而其發展取決於已開發國家是否能夠學習接受由開發中國家所引導的草擬過程（Dunkelberg, 2020: 178）。

另一個重要議題是支持及反對《商業與人權條約》草擬之國家可能都有一些思考盲點，其實《商業與人權條約》有多面向之規範，《商業與人權條約》的規範方式並沒有直接課與商業人權之義務，而是透過國家要求企業善盡人權責任。其會規範跨國企業之人權責任，因而對於部分反對草擬《商業與人權條約》之國家而言，或許與美國一樣地，比較無法接受訂定規範跨國企業之內容。然而另一方面，對於贊成草擬《商業與人權條約》之國家而言，或許尚未深思未來《商業與人權條約》亦會要求國內企業善盡人權責任，而此部分則是

適用到所有國家，因此當《商業與人權條約》通過之後，其國家亦需擔負要求國內企業實踐人權之責任。不論如何，《商業與人權條約》之訂定與通過，一定會增加國家之人權義務，如果國家進一步思考此議題，可能使得訂定《商業與人權條約》變得更坎坷。

不過，或許吾人亦可反觀比較樂觀之歷史過程。《世界人權宣言》通過之後，人權委員會開始起草國際人權公約。在起草過程中，人權委員會碰到的主要問題之一是公約是否應該包括兩類不同之人權，即同時涵蓋公民及政治權利與經濟、社會及文化權利，最後人權委員會請求經社理事會及大會做成決議，決定將這兩類不同之人權分別草擬《公民與政治權利國際公約》及《經濟、社會與文化權利國際公約》，最後在 1966 年兩個公約都得以通過，而至 2021 年 1 月《公民與政治權利國際公約》有 113 個締約國，《經濟社會與文化權利國際公約》則有 111 個締約國，均有相當高度之普及性，也表示多數國家對於兩個公約都接受，實質上去除了當時草擬條約之疑慮。如果當初草擬條約時放棄其中一方，就不可能有現在兩個條約都普及化之情狀。就《商業與人權條約》而言，通過《商業與人權指導原則》本來就不是商業與人權辯論之終點（Woods, 2015: 629, 682），所有核心國際人權條約都是先有宣言再通過條約，通過《商業與人權指導原則》反而是預設未來通過《商業與人權條約》之目標，只是暫時無法確知需要多少年才能通過，因而或許目前來看《商業與人權條約》之草擬有許多困難，但是隨著多數國家更深入之思考及審酌，可以更加接受《商業與人權條約》之簽訂，並進一步使其普及化。

有政府及學者指出，《商業與人權指導原則》及《商業與人權條約》兩者不應是互斥的（Bilchitz, 2016: 223），《商業與人權條約》不是要取代《商業與人權指導原則》（Oribhabor, 2019），兩者應是互補的。《商業與人權指導原則》與各個人權宣言略有不同，所有國家都可以透過國內立法及擬定國家行動計畫加以實踐。在《商業與人權條約》簽訂及生效之前，應該持續適用《商業與人權指導原則》。在《商業與人權條約》生效之後，《商業與人權指導原則》及《商業與人權條約》變成雙軌並行，未批准《商業與人權條約》之國家繼續實踐《商業與人權指導原則》，而已經批准之國家則實踐《商業與人權條約》。



約》。

是否需要特別訂定《商業與人權條約》，或是《商業與人權條約》訂定之後，是否得以順利發展，與其草案之內容亦有非常重要之關係。第二修正草案被認為有突破之進步性（Kirkebo and Langford, 2020: 185），特別是其使用語詞比較積極、對人權侵害究責、包括廣泛企業範圍（Kirkebo and Langford, 2020: 183-184）。因為第二修正草案主要內容可以區分為權利保障、國家責任、實踐及監督機制三個核心部分，因而本文以下討論主要以第二修正草案為基準，並分別就權利保障、國家責任、實踐及監督機制此三部分論述其內容。

## 參、權利保障

討論《商業與人權條約》之權利保障時應該界定幾個核心議題，包括所指之企業活動範疇為何？所稱之權利範圍為何？什麼是人權傷害？如何界定被害人？被害人有什麼權利？《商業與人權指導原則》並未清楚界定這些內容，而當要訂定《商業與人權條約》時必須清楚規範之，因此第二修正草案即針對這些議題分別規範，本文以下將這些議題分為企業活動及權利保障兩個群組分別討論之。

### 一、企業活動

對於《商業與人權條約》而言，必須釐清條約之適用範疇，意即必須確認企業之範圍為何。第二修正草案規定本條約適用至所有企業，包括但不限於跨國企業或其他企業有跨國特質者，<sup>23</sup> 因此可以適用於所有國家，不論各國之經濟發展狀況。涵蓋跨國企業或其他企業有跨國特質之企業活動，則是要求經濟發展較好之國家必須承擔責任，這是接受跨國企業之國家及人權團體所關注的。

第二修正草案強調訂定條約之目的包括預防企業活動發生人權侵害之情況，<sup>24</sup> 而第二修正草案所稱之企業活動是指，國有企業、跨國企業、其他企業公司及合資企業由自然人或法人所為之獲利的經濟或其他活動，亦包括由電子

---

23 第二修正草案第3條第1項。

24 第二修正草案第2條。第二修正草案將擬定條約之目的放在第2條，筆者認為應可挪前成為第1條。



方式所為之活動。<sup>25</sup> 因而其中涵蓋三個重點，第一是主體，其所稱之企業主體可說是涵蓋所有主體，而且特別指出包括國有企業。其實《商業與人權指導原則》強調國有企業應該實踐人權，認為各國應採取進一步措施以防止國有企業或國營企業、獲得如出口信貸機關及官方投資保險或保證機關等官方機構支持或服務之企業之人權侵害，適當時要求善盡人權責任。<sup>26</sup> 應注意者為國家仍是國際人權義務的負擔者，因此國家掌握之企業若侵害人權，便可能會導致國家違反人權義務之結果。針對國家掌握之企業，國家會有最多方式可以使企業遵守、尊重人權，企業相關制策、立法及要求企業尊重人權之相關規定（Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011: 7）。第二修正草案只是於此明確規範國有企業亦是本條約所稱之企業之一種。

不過於此有疑問的是第二修正草案所稱之企業主體是否包括國家本身，其實《商業與人權指導原則》認為當國家進行私法行為時亦應著重人權實踐，<sup>27</sup> 因為在國家之私行為中，有部分屬於國家向私部門採購之行為，因此藉由採購之過程，國家其實有機會提倡對於人權之注意與尊重，而可能的手法包括在契約內容中提及人權相關規定（Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011: 8）。即使第二修正草案已經規定其所稱之企業涵蓋所有企業，然而國家不會必然地被認定為企業，因而比較好的方式是直接規定國家進行私法行為時亦被認定是企業。

第二個重點是企業活動之內容所指為何。第二修正草案將所有企業之獲利的經濟或其他活動都認為是企業活動，其範圍相當廣泛，幾乎涵蓋所有商業行為。如果從企業活動之地域觀之，國內企業活動容易界定，相對地跨國企業活動之定義比較難以拿捏。第二修正草案從三個面向定義跨國企業活動，包括在超過一個管轄權或國家所為；在一個國家所為，但是透過企業關係實質的準備、計畫、指揮、管控、設計、加工、製造是在另一國家；在一個國家所為，但是在另一國家有實質效力。<sup>28</sup> 所稱之企業關係是指自然人或法人之間的企業

25 第二修正草案第1條第3項。

26 《商業與人權指導原則》第4條。

27 《商業與人權指導原則》第5條。

28 第二修正草案第1條第4項。

活動，包括加盟、分店、代理、供應、合夥、合資、利益分享，或其他國家國內法所規定之架構及契約關係。亦包括由電子方式所為之活動。<sup>29</sup> 其中可以發現第二修正草案以非常廣泛之概念定義跨國企業活動，可稱是完整之理念，而對於民間團體及無跨國企業之國家而言，應是正面之內容。不過對於有跨國企業之國家而言，例如：美國、歐盟會員國等，如上所述這些國家本來即非積極贊成《商業與人權條約》之擬定，寬廣定義的跨國企業活動可能會使得這些國家持續消極面對《商業與人權條約》。

第三個重點有關商業交易方式。第二修正草案不論是在規範一般企業活動或是跨國企業活動時，都明訂包括由電子方式所為之活動，以因應現代交易方式及跨國商業模式，應該有其必要性。不過論者指出，特別規定電子交易可能在管轄權及救濟領域遇到困難，非政府之救濟管道對於電子交易是重要的 (Smart, 2019: 2-3)。就管轄權而言，第二修正草案已建立多元管轄制度，應可因應電子交易之需求。然而對於非政府之救濟管道而言，恐怕是第二修正草案所忽略的，第二修正草案著重於國家之司法及非司法救濟制度，相對地忽略非政府之救濟管道，這部分應該納入國家對於企業之要求範疇。

## 二、權利內涵

有關權利內涵，第二修正草案著重於兩個層面，一者是權利範疇，另一者是被害人之權利。

### (一) 權利範疇

本來修正條約草案所稱之人權是涵蓋所有人權。<sup>30</sup> 第二修正草案前言提到聯合國九份核心人權條約及國際勞工組織 (International Labour Organization) 八份基本公約，<sup>31</sup> 同時第二修正草案規定，本條約涵蓋《世界人權宣言》及習慣國際法，也包括締約國已經批准之所有核心國際人權條約及國際勞工組織之基礎公約。<sup>32</sup> 因此第二修正草案所稱之人權包括兩個部分，一方面是《世界人

29 第二修正草案第1條第5項。

30 第二修正草案第3條。

31 第二修正草案前言第3段。

32 第二修正草案第3條第3項。

權宣言》及習慣國際法所保障之權利，此部分之特質是沒有國家批准之問題，因此直接採納為權利之範疇；另一方面則是涵蓋所有核心國際人權條約及國際勞工組織之基礎公約。

第二修正草案所規範之權利範疇是有增進的，因為如果回溯歷史脈絡，《商業與人權指導原則》所稱之「人權」是指國際認可之人權，其最低標準包括國際人權典章（International Bill of Human Rights）<sup>33</sup>及國際勞工組織《關於工作之基本原則及權利宣言》（Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work）中揭示之基本權利。<sup>34</sup>其理由是因為企業有可能接觸到幾乎所有面向，其應尊重之人權自然也會覆蓋各種範圍，因此所指之人權必須廣泛地包括國際人權憲章及關於工作環境與工作權之條約（Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011: 14）。不過《商業與人權指導原則》只提到部分核心國際人權條約及國際勞工組織之基礎公約，因而第二修正草案所稱之人權範疇比《商業與人權指導原則》所規範的為廣。

第二修正草案所稱之核心國際人權條約及國際勞工組織之基礎公約不應該只限於現在已經通過之條約，必須要有未來發展的可能性，例如：《聯合國原住民族權利宣言》（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UNDRIP）現在是宣言之階段，如果未來通過《原住民族權利公約》，也成為核心國際人權條約之一，那麼第二修正草案所稱之核心國際人權條約亦應納入。國際勞工組織之基礎公約亦應做相同解釋，如果未來國際勞工組織擴充其基礎公約之範疇，《商業與人權條約》所適用之國際勞工組織基礎公約亦需相對應增加。

不過第二修正草案卻加上必須締約國已經批准之核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約才適用，因此會形成四種態樣。第一，如果國家不是核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約之締約國，也未批准《商業與人權條約》，當然均無適用之問題。第二，如果國家是核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約之締約國，也批准《商業與人權條約》，當然均可適用之。第

33 涵蓋《世界人權宣言》、《公民與政治權利國際公約》與《經濟社會文化權利國際公約》。

34 《商業與人權指導原則》第 12 條。

三，如果國家是核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約之締約國，但未批准《商業與人權條約》，也不會在商業與人權領域中適用。第四，如果國家不是核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約之締約國，即使批准《商業與人權條約》，亦無法將核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約適用於商業與人權領域。

其實人權範疇是《商業與人權條約》非常重要的議題，然而《商業與人權指導原則》只提到部分核心國際人權條約及國際勞工組織之基礎公約，修正條約草案所稱之人權是涵蓋所有人權，但是卻未明確釐清，而第二修正草案涵蓋所有核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約，卻限定於國家已是締約國之部分，三種規範模式均有遺漏，因而比較好的規範模式應該是涵蓋所有核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約，同時不限於國家已是這些條約之締約國才適用，即使國家並非核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約之締約國，在批准《商業與人權條約》之後，亦需將核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約適用於商業與人權領域，如此才可增進人權保障，特別是拓展商業與人權之適用領域及相關權利保障。

## （二）被害人之權利

第二修正草案關心的第二個層面是被害人之權利。首先，第二修正草案所稱之人權傷害（human rights abuse），是指企業因為企業活動之作為或不作為，而防止個人或一群人享有國際認可之人權及基本自由，包括環境相關權利。<sup>35</sup> 第二修正草案之條文說明（OEIGWG Chairmanship Second Revised Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises Explanatory Notes，以下簡稱第二修正草案條文說明）表示，使用「傷害」的理由是要區別國家及企業兩個行為者，國家所為是人權「違反」（violation），而企業所為是人權「傷害」（abuse）。<sup>36</sup> 第二修正草案進一步規定，所稱之被害人是指個人

35 第二修正草案第1條第2項，不過其中只提及包括環境相關權利（including regarding environmental rights），未精確說明所稱之環境相關權利所指為何。

36 第二修正草案條文說明，有關第1條之說明。

或群體因為企業活動之作為或不作為，個別的或集體的遭受傷害，包括身體或精神傷痛、情緒創傷、經濟損失、或實質人權損害，達到人權傷害之情況。如同禁止酷刑公約明訂酷刑包括身體及精神之傷害，而第二修正草案明訂傷害包括身體、精神等之損傷，正是呈現商業與人權之特質。

不過第二修正草案也規定，在適當且符合國內法規定時，被害人亦包括直接被害人之核心家庭成員或扶養之人，及介入協助被害人或防止被害而受傷害之人。<sup>37</sup> 然而此規定是將所稱之被害人擴充至被害人之家屬，單純的親屬關係不必然亦成為被害人，如果這些家屬亦是被害人，因為被害人之定義包括集體的遭受傷害，因此可以包括在內，不需要特別規定。同樣地，所稱介入協助被害人或防止被害而受傷害之人，必須確認是受到什麼傷害，如果與企業活動有關，自可依據集體遭受傷害的概念將其納入，如果所受傷害與企業活動無關，是否需要將其納入，恐怕需要再做斟酌。

同時第二修正草案也規定，不論人權傷害之加害人是否已被發現、確知、起訴、定罪，受傷害之人應認為是被害人。<sup>38</sup> 其強調被害人與加害人之狀態應該相對應看待，不會因為無法確知加害人，即否認被害人之存在，此規定應可贊同。

其次，第二修正草案規範被害人權利，其透過三個層面規範之。第一個層面先做一般規定，第二修正草案規定人權傷害之被害人應享有所有國際所承認之人權及基本自由，<sup>39</sup> 不過於此可能發生矛盾之處。如上所述，第二修正草案規定權利範疇時加上必須締約國已經批准之核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約才適用之，因而此處所稱之被害人應享有所有國際所承認之人權及基本自由，可能因為核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約不適用於締約國，而導致難以確認被害人所享有之權利已受到傷害，因此最根本之方法是刪除必須締約國已經批准之核心國際人權條約及國際勞工組織基礎公約才適用之規定。

---

37 第二修正草案第1條第1項。

38 第二修正草案第1條第1項。

39 第二修正草案第4條第1項。



第二個層面是列舉被害人特別應享有之權利，第二修正草案規定被害人所享之權利包括三個面向，首先是一般規定，包括 1. 受人性待遇、尊嚴及權利之尊重；2. 人身安全、身心完整、隱私及生命權、人格完整、意見及表達自由、和平集會及結社自由、遷徙自由；3. 公平、有效、快速、不歧視、親近司法及適度、有效、快速之賠償；4. 向法院及國家所設之非司法機制提出申訴；5. 被害人及其家屬、代表及證人應受締約國保護，在救濟程序進行之前、之中及之後都免於非法干擾他們的隱私、滋擾、報復；6. 接收救濟之相關資訊；7. 外交及領事諮商以進行救濟。<sup>40</sup>

不過應該思考，特別強調被害人之權利固然是正面的，但是在商業與人權領域享有什麼權利與被害人享有什麼權利兩者是有區別的，被害人之權利應該著重於不幸被傷害之人應該有什麼權利，如上所述第二修正草案已經規定被害人享有所有國際所承認之人權及基本自由，而第二修正草案所規定之被害人權利其實包括一般權利（1 及 2）、救濟及賠償（3, 4 及 6）、保護（5 及 7）三個層面，其中一般權利並非特別針對被傷害狀態所做之規定，因為這些權利本來就是權利範疇內，即使沒有特別規定亦可享有，而救濟及賠償之權利可在近用救濟部分一併規定，受保護之權利可納入國家義務中規定。

第三個層面是基準規劃，第二修正草案明訂若其他國際法或國內法有較高之保障，被害人之權利不應適用《商業與人權條約》而減損之。<sup>41</sup> 此規定是許多核心人權條約之基本規定，亦即《商業與人權條約》是底線標準，如果其他國際法或國內法有較高之保障標準，應該適用較高之權利標準，《商業與人權條約》不應成為降低權利標準之藉口。

## 肆、國家義務

當討論商業與人權時，核心議題之一是應否直接要求企業承擔人權義務？有論者認為，因為國際法人格之定義已有所變遷、國際義務與條約之實踐及執行有所不同、人權規範在國際法有特殊地位，並已要求非國家行為者負擔責任，因此應該直接要求企業負擔商業與人權之責任（Latorre, 2020: 59）。然而

40 第二修正草案第 4 條第 2 項。

41 第二修正草案第 4 條第 3 項。



《商業與人權指導原則》特別指出國家保護人權之義務，因而確認國家是人權保障義務之主體，並不包括企業。

第二修正草案前言依循《商業與人權指導原則》之理念，認為企業有尊重人權之責任，《商業人權與條約》所規範之義務主體是國家，因此第二修正草案前言強調，國家是尊重、保護、實踐及促進人權及基本自由之主要義務承擔者，國家必須保護人民免於企業導致人權傷害。同時闡明本條約是要釐清及規範對於企業相關之人權傷害的國家義務及企業在此部分之責任。第二修正草案之目的包括對於國家促進、保護、實踐商業人權之義務加以釐清及提供有效實踐，<sup>42</sup>因而《商業與人權條約》著重於規範國家義務，其中包括國家如何要求企業善盡商業人權責任，即國家對於商業與人權之義務包括要求企業善盡商業與人權責任。這是與其他國際人權條約一樣之立場，承擔保障人權之義務人是國家，《商業與人權條約》並未將企業列為直接承擔保障權利之義務人，而是透過國家要求企業善盡人權責任。因此本文以下著重於討論第二修正草案所規定之國家義務，而此部分亦是《商業與人權指導原則》之重要內容，因此於相關之處，亦會將《商業與人權指導原則》之內容納入討論。

## 一、國家責任

### (一) 保護被害人

第二修正草案在國家保護被害人之義務部分有三個層面之規定。首先，國家必須建構良善之環境。第二修正草案規定締約國應該採取適切及有效之措施以確保個人、群體、組織享有安全及激勵之環境，使其得以促進及捍衛人權，並得以在免於威脅、挑釁、暴力、危難之環境中實踐其人權。<sup>43</sup>此規定為重要之基礎，但是卻也是難以實踐的，其可作為要求國家善盡積極義務之基本規定。

其次，國家有保護被害人之責任，第二修正草案規定國家應該保護被害人、被害人代表、被害人家庭與證人免於對其人權與基本自由之非法干

<sup>42</sup> 第二修正草案第2條。

<sup>43</sup> 第二修正草案第5條第2項。

涉，包括他們發動尋求有效救濟程序之前、當中、之後等時期，<sup>44</sup> 因而其時間軸擴及尋求有效救濟程序之前、當中、之後等時期。所稱之被害人範圍是廣泛的，不只是被害人本人而已，亦包括被害人之代表、被害人之家庭與證人等。不過如上所述，第二修正草案也規定，在適當且符合國內法規定時，被害人亦包括直接被害人之核心家庭成員或扶養之人，及介入協助被害人或防止被害而受傷害之人。兩者互相對照可以發現可能有矛盾之處，因而如本文前述所建議的，被害人之定義應該限縮，而此處所指之應受保護之人則可以比較廣泛，擴及被害人之家屬、代表與證人，以避免他人透過對於被害人之家屬、代表與證人之攻擊，而間接影響被害人之保護。

再者，國家有調查人權傷害之義務。第二修正草案規定締約國應就本條約所涵蓋之人權傷害進行有效、快速、徹底與公正之調查，並於必要時依據國內法及國際法對於必須負責任之自然人或法人採取行動。<sup>45</sup> 此規定其實是將核心國際人權條約之發展內涵明文化，<sup>46</sup> 以確認國家調查及究責人權傷害之義務，同時確認調查必須符合有效、快速、徹底與公正等準則。

## (二) 建立管轄權

針對管轄權，第二修正草案著重三個議題。首先，有關一般管轄權，第二修正草案規定，締約國就不論國籍或居住地之被害人，對於已造成或可能造成本條約所涵蓋之人權傷害所提出之請求，應在三種情況下賦予其國內法院管轄權；此三種情況分別為：人權傷害結果發生在其管轄權內、人權傷害之行為或不行為在其管轄權內，以及涉嫌因為行為或不行為造成人權傷害之自然人或法人，在其管轄權內。第二修正草案條文說明表示：此規定是採用「領域聯繫途徑」(territorial nexus approach)，同時不排除國際條約或國內法所賦予之民事管轄權。<sup>47</sup> 其確認行為地、結果地與主體其中之一在締約國境內，締約國即應建立管轄權，以避免疏漏。

44 第二修正草案第 5 條第 1 項。

45 第二修正草案第 5 條第 3 項。

46 例如《禁止酷刑公約》第 12 條規定：締約國應確保有合理理由確信在其管轄之任何領域內已發生酷刑行為時，其主管機關立即進行公正之調查。

47 第二修正草案第 9 條第 1 項。

其次，有關跨國企業之管轄權。第二修正草案一方面規定，因為企業活動或企業夥伴關係而形成跨國企業特質之法人，如果其所在地、法律登記地、中央管理地與核心企業地在締約國管轄權內，即應被認為是締約國管轄權內之法人。<sup>48</sup> 另一方面，第二修正草案也規定，如果被害人所指控之自然人或法人並非在締約國管轄權內，但是與在締約國管轄權內之自然人或法人有緊密聯繫的話，被害人亦得對此不在締約國管轄權內之自然人或法人提起訴訟。<sup>49</sup> 因而第二修正草案透過企業所在地及緊密聯繫關係擴大對於跨國企業之管轄權，以避免無法對於跨國企業行使管轄權之情況發生。

再者，為了避免無管轄權情況發生，第二修正草案同時使用避免「不方便審理法院」(forum non conveniens) 及採用「必要法院原則」(principle of forum necessitatis) 兩種方式 (Nwapi, 2014: 40)。第二修正草案一方面規定，締約國應確保其國內法院不會適用「不方便審理法院」(forum non conveniens) 原則以駁回被害人所提起之合法司法程序。<sup>50</sup> 如果被害人依前述領域管轄原則提起訴訟，締約國之管轄權是強制的，不得以「不方便審理之法院」之名義駁回。<sup>51</sup> 另一方面，第二修正草案也規定，如果被害人所指控之自然人或法人並非在締約國管轄權內，但是沒有其他有效確保公平審判之管轄，而且本案與締約國有充分緊密聯繫，此時締約國應該建立管轄權。<sup>52</sup> 第二修正草案條文說明表示，此規定是採用「必要法院原則」(principle of forum necessitatis)。<sup>53</sup>

除了建構廣泛的管轄權之外，第二修正草案亦規定法律適用。有關訴訟之實質或程序問題，第二修正草案規定適用法院所在地之法律，包括法律衝突 (conflicts of laws) 時之選法規則，<sup>54</sup> 即採用法院地法原則 (principle of lex

---

48 第二修正草案第 9 條第 2 項。

49 第二修正草案第 9 條第 4 項。

50 第二修正草案第 7 條第 5 項。

51 第二修正草案第 9 條第 3 項。

52 第二修正草案第 9 條第 5 項。

53 第二修正草案條文說明，有關第 9 條之說明。

54 第二修正草案第 11 條第 1 項。

fori)，<sup>55</sup> 此部分因為審理案件之必要而採用法院地法。更重要的是有關人權法之實質規定，第二修正草案也規定得因商業人權被害人或其代表之申請，而改用其他國家之法律，包括行為或不行為之人權傷害結果發生地國家之法律，或被控因為其行為或不行為導致人權傷害之自然人或法人之國家的法律，<sup>56</sup> 即兼採住所地法原則（principle of *lex domicilii*）及侵權行為地法原則（principle of *lex loci delicti*）。<sup>57</sup> 當法院地法比較沒有完整人權保障規範時，此規定能適用較完善之法律規範，更能確保人權實踐。

## 二、要求企業尊重人權

第二修正草案規定，在預防義務部分，其基本原則是締約國應有效管理在其領土或管轄權內之所有企業，包括有跨國特質之企業。《商業與人權指導原則》也強調，企業雖然不直接負擔人權之保障責任與義務，卻必須遵守所有人權保障之法規命令，不得以公司係以營利為目的，在概念上否認企業對於人權所造成或可能造成之負面與不利影響，或是認為毫無責任可言（鄧衍森，2014：25）。因而《商業與人權指導原則》指出企業應尊重人權，此代表著企業應避免侵害他人之人權，並應處理與其有關聯之相關人權負面影響。<sup>58</sup> 同時不論企業之大小、產業別、營業環境、所有權狀況、結構，均有尊重人權之責任（Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011: 15）。然而《商業與人權條約》並未針對企業直接課以人權義務，而是透過國家要求企業善盡人權責任，因此必須規範締約國有效管理企業之義務，同時第二修正草案亦規定國家必須採取不同層面之措施。

### （一）採用法律及政策措施

首先，國家應該採用法律及政策措施。第二修正草案要求締約國應採取所有必要法律及政策措施，以確保在其領土或管轄權內或其所掌控之所有企業及有跨國特質之企業，都能尊重所有國際所承認之人權，並防止及減輕因企

55 第二修正草案條文說明，有關第 11 條之說明。

56 第二修正草案第 11 條第 2 項。

57 第二修正草案條文說明，有關第 11 條之說明。

58 《商業與人權指導原則》第 11 條。

業運作所生之人權傷害。<sup>59</sup> 第二修正草案也規定，締約國應確保具備有效國內程序，以實踐國家之預防義務，<sup>60</sup> 而在決定及實踐有關本條約之義務時，締約國應維持其政策不受企業及利益團體之影響。<sup>61</sup> 《商業與人權指導原則》也有類似規範，例如《商業與人權指導原則》認為為了實踐國家對於人權的保護義務，國家應該確保規範企業之創造及營運之法規及政策，是促進企業尊重人權的。<sup>62</sup> 應注意的是，與企業有關之相關法規，雖然直接形塑了企業行為，惟其對商業人權之啟示仍並未被完全理解，是以國家法規與政策應在現有之公司治理架構下促進企業尊重人權，並協助形塑最佳行為模式（Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011: 5）。第二修正草案此部分規定，原則上是依循《商業與人權指導原則》之內涵。

第二修正草案所規定的締約國之法律責任包括三個層面。第一個層面是國家必須確保企業違反人權行為的法律責任。第二修正草案規定，締約國應確保其國內法有完整且適當之規定，科以企業違反人權之行為的法律責任，<sup>63</sup> 同時自然人與法人責任相同。<sup>64</sup> 而且刑事與民事責任應該分別，<sup>65</sup> 同時企業善盡人權責任之規定並不解除其傷害人權之責任，應由法院或其他相當機制決定其責任；<sup>66</sup> 《商業與人權指導原則》也有規定，國家應該執行要求企業尊重人權之法規，同時定時檢討該法規並填補漏洞。<sup>67</sup> 第二修正草案則是做更完整之規定。

第二個層面是國家必須確保人權傷害之行為者負擔法律責任。第二修正草案規定，締約國應採取法律及其他措施，以確保人權傷害之行為者負擔刑事及行政責任，<sup>68</sup> 確認其國內法對於未能防止與其有企業關係之自然人或法人造成

---

59 第二修正草案第 6 條第 1 項。

60 第二修正草案第 6 條第 5 項。

61 第二修正草案第 6 條第 7 項。

62 《商業與人權指導原則》第 3 條。

63 第二修正草案第 8 條第 1 項。

64 第二修正草案第 8 條第 2 項。

65 第二修正草案第 8 條第 3 項。

66 第二修正草案第 8 條第 8 項。

67 《商業與人權指導原則》第 3 條。

68 第二修正草案第 8 條第 4 項。



之人權傷害科以責任；<sup>69</sup> 依其法律原則確保其國內法對於法人之人權傷害科以刑事責任；<sup>70</sup> 同時，對於自然人及法人之行為或不行為造成之人權傷害科以刑責，亦應涵蓋預備犯、幫助犯及共犯。<sup>71</sup> 此部分是《商業與人權指導原則》沒有提及，而第二修正草案作比較完整明確之規定。

第三個層面是國家必須提供被害人賠償。第二修正草案規定，締約國應採取措施，以確保其國內法提供被害人適當、有效、快速之賠償。<sup>72</sup> 此規定對於被害人非常重要，不過其實《商業與人權指導原則》也有相關規定；其認為，國家應透過司法、行政、立法或其他適當之手段採取適當措施，確保受影響之人有近用賠償之權利，以保護人民免於企業之人權侵害。<sup>73</sup> 近用賠償權應有程序及實體兩個層面之意義，實體賠償應包括道歉、回復原狀、受害者之康復、財產及非財產上的賠償、對加害者之懲罰性措施<sup>74</sup> 及預防性措施<sup>75</sup>；程序面向則要求賠償之程序應公正、不腐敗及免於政治干預（Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011: 27）。此部分內容，應可作為詮釋第二修正草案相關規定之參考。另一方面，第二修正草案也規定，國家應促使自然人與法人建立金融制度，以負擔可能之賠償；<sup>76</sup> 這部分《商業與人權指導原則》忽略了，而第二修正草案作明確規定，有相當正面之意義。

## （二）要求企業善盡人權責任

其次，國家應該採取之措施包括要求企業善盡人權責任。第二修正草案規定，締約國應要求企業依據符合其規模、嚴重人權衝擊風險之程度與本質，以及運作內容等，而善盡人權責任，包括發現及評估企業因其活動或企業關係而實際或可能發生之人權傷害；採取適當措施，以有效防止或減輕實際或可能發生之人權傷害；監測防止或減輕人權傷害措施之有效性；與相關

69 第二修正草案第 8 條第 7 項。

70 第二修正草案第 8 條第 9 項。

71 第二修正草案第 8 條第 10 項及 11 項。

72 第二修正草案第 8 條第 5 項。

73 《商業與人權指導原則》第 25 條。

74 例如罰金、罰鍰。

75 例如避免加害人再犯之禁制令及保證聲明。

76 第二修正草案第 8 條第 6 項。



人，特別是已受或可能受影響之人，做定期且可親近之溝通，以闡述其政策及措施。<sup>77</sup> 同時第二修正草案也規定，如果企業未善盡人權責任，應負擔相稱（commensurate）之處罰，而且不影響其刑事、民事與行政責任。<sup>78</sup>

其實上述第二修正草案之規定與《商業與人權指導原則》相當類似。例如：《商業與人權指導原則》認為企業應尊重人權之責任要求企業做到兩件事，首先是應避免經由其行為而造成人權負面影響，並於負面人權影響發生時彌補處理之；其次是應盡力避免或彌補因其企業關係而與其業務、產品或服務有關之負面人權影響。<sup>79</sup> 《商業與人權指導原則》也指出，為了實踐其尊重人權之責任，企業應規劃善盡人權責任程序，以辨識、避免、彌補並監督企業如何處理其對人權之影響；對於企業造成或與其有關聯之負面人權影響之彌補措施。<sup>80</sup> 同時，作為其尊重人權之責任基礎，企業應以政策宣言表達其對於滿足此責任之努力。<sup>81</sup> 第二修正草案基本上是延續《商業與人權指導原則》之相關規定。

第二修正草案也規定，在課予企業預防義務時，各國得立法讓企業得依其規模、部門、運作模式、對人權影響程度之不同，而減輕其責任。<sup>82</sup> 第二修正草案條文說明表示，此是依循《商業與人權指導原則》之規定；<sup>83</sup> 確實《商業與人權指導原則》也認為，因為企業之規模與複雜性之差異，企業可能用不同方式善盡其人權責任。<sup>84</sup> 因而企業應訂立符合其大小及情況之政策及程序，包括滿足其尊重人權責任之政策。<sup>85</sup> 而其核心意念認為，企業之人權責任會隨著其規模及其他因素之差異而有所不同，然而不變的是所有企業均有尊重人權之責任（Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011: 15）。

---

77 第二修正草案第 6 條第 2 項。

78 第二修正草案第 6 條第 6 項。

79 《商業與人權指導原則》第 13 條。

80 《商業與人權指導原則》第 15 條。

81 《商業與人權指導原則》第 16 條。

82 第二修正草案第 3 條第 2 項。

83 第二修正草案條文說明，有關第 3 條之說明。

84 《商業與人權指導原則》第 14 條。

85 《商業與人權指導原則》第 15 條。

### (三) 要求企業採取具體措施

再者，國家應該採取之措施亦包括要求企業採取具體措施。第二修正草案規定，締約國必須確保企業善盡人權責任之措施包括：定期的環境及人權影響評估、在善盡人權之所有階段都加入性平角度之評估、與個人或社群進行有意義之諮商、與原住民族進行自由、事前、告知同意之諮商、定期公開非財務報告以及將善盡人權責任納入企業契約中，並於適切時納入能力建構或財務貢獻條款；在佔領地或衝突區域採取及實踐更嚴謹之善盡人權措施。<sup>86</sup>

第二修正草案此部分規定亦是依循《商業與人權指導原則》之基本架構，因為《商業與人權指導原則》規定，企業善盡人權責任之應有作為包括估量實際及潛在人權影響、<sup>87</sup> 辨識並評估任何可能經由其行為或其企業關係實際或可能造成之負面人權影響<sup>88</sup>、將人權影響評估整合入相關之內部執行及程序面、<sup>89</sup> 基於適當之質化及量化指標追蹤人權影響等。<sup>90</sup>《商業與人權指導原則》也認為，國家應該提供企業如何在其營運中尊重人權之指引。<sup>91</sup> 不過第二修正草案也明確規定人權諮商、定期公開非財務報告、將善盡人權責任納入企業契約中等規範，這部分有高度價值。

### (四) 採用鼓勵措施

第四，國家亦得採用鼓勵措施。第二修正草案規定，締約國亦得對於中小企業採取鼓勵或其他措施，以協助實踐企業善盡人權。<sup>92</sup> 其實《商業與人權指導原則》強調國家應保持足夠之政策彈性，以確保其於與其他國家或企業主體一起追求企業相關政策目標時，能夠遵守人權義務。<sup>93</sup> 同時《商業與人權指導原則》也認為，國家應鼓勵機構在其各自的任務及能力內，促進企業尊重人權，並在受要求時，以技術協助、能力加強及提升注意等方法，協助國家達成

86 第二修正草案第 6 條第 3 項。

87 《商業與人權指導原則》第 17 條。

88 《商業與人權指導原則》第 18 條。

89 《商業與人權指導原則》第 19 條。

90 《商業與人權指導原則》第 20 條。

91 《商業與人權指導原則》第 3 條。

92 第二修正草案第 6 條第 4 項。

93 《商業與人權指導原則》第 9 條。

其保護人權不受企業侵害之義務。<sup>94</sup> 第二修正草案應是延續此理念，除了規定國家必須要求企業善盡人權之義務之外，也規定締約國得採取鼓勵措施，不過第二修正草案明確地將採取鼓勵措施之對象限縮於中小型企業。

### 三、近用救濟

第二修正草案提出條約草案之目的，包括確保商業與人權被害人得以親近正義及有效救濟，<sup>95</sup> 同時著重於幾個重點。首先，國家應建立救濟制度。第二修正草案規定，締約國應該使其法院及國家之非司法機制，依據本條約之管轄權，使得被害人得以得到適當、即時、有效之救濟。<sup>96</sup>

有關法院及國家之非司法救濟制度，《商業與人權指導原則》也有相關規定，例如：在司法救濟部分，《商業與人權指導原則》強調國家應採取適當之手段，以確保其國內司法系統處理商業人權侵害相關案件時之效率，又此手段應包括考慮如何減少法律上、事實上及其他相關可能阻礙近用賠償之障礙。<sup>97</sup> 在國家之非司法救濟制度部分，《商業與人權指導原則》強調，作為完整之彌補企業相關人權侵害之國家系統，國家應於司法途徑外，提供有效且適當之非司法救濟途徑，<sup>98</sup> 而國家人權委員會在此方面尤其重要（Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011: 30）。《商業與人權指導原則》也提出，非司法救濟途徑有效性準則應該包括正當性、可接近、可預期、平等的、透明的、符合權利的、持續進步、基於參與及對話等，<sup>99</sup> 非常值得作為詮釋第二修正草案相關內容之參考。

第二修正草案比較嚴重的遺漏是忽略企業之救濟機制。其實，《商業與人權指導原則》相當強調企業應該採取彌補措施，其著重三個要點。首先，當企業發現其已造成人權負面影響時，應提供或透過合作，以正當程序提供補償。<sup>100</sup> 其次，企業應不論其經營地點，均遵守所有相關法律並尊重國際承認之

94 《商業與人權指導原則》第 10 條。

95 第二修正草案第 2 條。

96 第二修正草案第 7 條第 1 項。

97 《商業與人權指導原則》第 26 條。

98 《商業與人權指導原則》第 27 條。

99 《商業與人權指導原則》第 31 條。

100 《商業與人權指導原則》第 22 條。

人權。如果面臨義務衝突時，應該尋找方法以遵守國際承認之人權。同時不論其經營地點，都將造成嚴重人權侵害作為其法遵問題處理。<sup>101</sup>再者，企業應首先防止及彌補最嚴重之受害者，及若過於緩慢反應則將無法彌補者。<sup>102</sup>第二修正草案應該增加規定，規範締約國必須要求企業建立救濟制度，作為第一層級之救濟管道；如果企業之救濟制度無法解決之，則可進入國家所設立之司法及非司法救濟途徑。

另外，因為商業與人權事件可能有跨國之特質，國際仲裁亦是可斟酌之救濟途徑。有論者認為，因為《商業與人權條約》之草擬，正是讓國際仲裁得以被採用為商業與人權領域的有效國際救濟途徑（Cronstedt, Eijsbouts and Thompson, 2017）。除此之外，也有論者提倡設立國際商業與人權仲裁法庭（International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights）（Cronstedt and Thompson, 2016）。

其次，第二修正草案也規範法律協助，規定締約國應提供被害人充分及有效之法律協助，包括被害人之權利及訴求資格、在所有階段之程序中被害人權利得以確保、避免不必要之費用及延遲、對跨國企業活動之人權傷害提供在另一締約國提出法律程序之協助、確保法律程序費用不至於對被害人形成不公平及不合理之負擔。<sup>103</sup>同時，締約國應確保訴訟費用不會形成提起訴訟之障礙，並規定於適當時候得以豁免費用。<sup>104</sup>

《商業與人權指導原則》也有相關規範，規定國家應確保不阻止具救濟正當性的案件進入救濟程序中，且該程序不會受到經濟或政治之影響。可能產生之限制包括：提起訴訟之成本過高、控訴方無法得到法律扶助、救濟程序種類過少以致於無法有效的處理救濟案件，例如：缺乏團體訴訟程序，導致遭受侵害之群體必須要各別提起訴訟。國家輔助缺乏足夠的資源或知識之控訴方，以調查企業侵害人權之狀況（Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011: 29）。第二修正草案延續之，並做明文規範。

101 《商業與人權指導原則》第 23 條。

102 《商業與人權指導原則》第 24 條。

103 第二修正草案第 7 條第 3 項。

104 第二修正草案第 7 條第 4 項。

再者，第二修正草案增加《商業與人權指導原則》所未規定之規範。在救濟程序中，第二修正草案規定資訊取得及舉證責任轉換。有關資訊取得，第二修正草案規定，締約國應確保其國內法提供管道以得知本條約之資訊，而所稱之管道包括國際合作，同時包括在法院的適切案件中亦適用此程序。<sup>105</sup> 有關舉證責任轉換，第二修正草案規定，締約國得於符合法治要件之情況下，制訂或修改法律於適當案件中轉換舉證責任，以實踐被害人親近救濟之權利。<sup>106</sup> 在救濟程序結束之後，第二修正草案著重於判決之執行，其規定締約國應依據本條約、國內法及國際法義務，提供執行人權傷害救濟之有效機制，包括儘速執行本國或外國判決或名義。<sup>107</sup> 增加國家有關資訊取得及判決執行之義務，對於建構完整之救濟制度有所助益，而舉證責任轉換規定則有高度之實質效應，例如：《保護所有人免遭強迫失蹤國際公約》規定，所謂「強迫失蹤」是指「被國家機關或是國家授權、支持或熟知之人逮捕、拘禁、誘拐或以其他方式剝奪自由，而國家拒絕承認此剝奪自由，或是隱匿此失蹤人身處何處之資訊，致使此人無法受到法律之保護」，因此如果當事人是被國家機關剝奪自由而失蹤，即應由國家舉證此人失蹤非國家機關所為。而商業與人權領域亦可能發生類似之情狀，因此第二修正草案有關舉證責任轉換之規定，對於此領域之人權保障非常有助益。不過第二修正草案是規定締約國「得」於「符合法治要件」下規定舉證責任轉換，因而此規定並非強制之國家義務，有待各締約國之斟酌及落實。

#### 四、配套措施

第二修正草案也規定一些相對應配套，其中包括時效問題、法律互助、與其他國際人權文件之關係等，以下分別討論之。

##### （一）時效問題

有關時效問題，第二修正草案著重兩個重點。首先，國際所認為最嚴重之犯罪不應受時效限制。第二修正草案規定，締約國必須採取法律或其他措施，

---

105 第二修正草案第 7 條第 2 項。

106 第二修正草案第 7 條第 6 項。

107 第二修正草案第 7 條第 7 項。



以確保對於所有國際所認為最嚴重之犯罪之追訴及處罰，不受時效或其他限制。<sup>108</sup> 第二修正草案條文說明表示，此規定是參考國際刑事法之相關規定，<sup>109</sup> 而實質上則可以避免國際條約彼此間之衝突，雖然已有相關國際刑事法規定，但是在《商業與人權條約》明確規定可避免爭議。

其次，其他時效規定要有合理性。第二修正草案規定，國內法對於民事訴訟及非國際所認為最嚴重犯罪之刑事追訴之時效規定，應包含一定合理期間得以調查及起訴，特別是對於在其他國家發生或是傷害在很久之後才會發現之案件。<sup>110</sup> 此規定得以確保不因時效規定過短導致無法救濟，而未來則需確認所稱「一定合理期間」之精確內涵。

## （二）法律互助及國際合作

第二修正草案之立法目的包括促進及強化法律互助及國際合作，以防止商業人權之違反，並提供被害人得以親近正義及有效救濟。<sup>111</sup> 第二修正草案規定，締約國應該提供司法互助及國際司法合作，司法互助包括證詞、執行搜索扣押、證物、協助保護被害人、執行判決等。國際司法合作包括提供有效司法文件及司法協助。<sup>112</sup> 第二修正草案也規定國際合作，包括金融、技術協助、能力建構等合作。<sup>113</sup>

《商業與人權指導原則》已經強調，國家應該依循指導原則以促進對於管理商業人權之挑戰之共識及國際合作。<sup>114</sup> 第二修正草案則是更完整的強調司法互助及國際合作之必要，並明確規定其範疇，相對地更加完整。

不過《商業與人權指導原則》也規定，當國家身為多邊組織之會員國時，國家應盡力確保該組織不限制其會員國保護及不影響企業尊重人權之義務。<sup>115</sup> 因為在國際組織中，國家藉由共同行動，可以幫助促進對商業人權的要求。

108 第二修正草案第 10 條第 1 項。

109 第二修正草案條文說明，有關第 10 條之說明。

110 第二修正草案第 10 條第 2 項。

111 第二修正草案第 2 條。

112 第二修正草案第 12 條。

113 第二修正草案第 13 條。

114 《商業與人權指導原則》第 10 條。

115 《商業與人權指導原則》第 10 條。

藉由多邊組織的努力可以增進各國保護人權的能力及大眾認知（Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011: 12）。此規定可將商業與人權理念拓及適用至其他國際組織，以避免不同國際組織因為主旨不同而只著重於單一面，卻忽略商業與人權之實踐，但是第二修正草案並未有類似之內容，恐由遺漏，應已填補，以避免《商業與人權條約》之內容反而低於《商業與人權指導原則》之落差。

### （三）與其他國際法文件之關係

第二修正草案亦關注《商業與人權條約》與其他國際法文件之關係，於此或可提及兩個重點。首先，有關權利標準，其實草擬《商業與人權條約》草案的過程中，參考非常多國際法文件，<sup>116</sup>因而必須釐清《商業與人權條約》與其他國際文件之間權利標準之衡量。如本文前述，第二修正草案明訂，被害人之權利不得因為其他國際法或國內法有較高之保障而減損之。<sup>117</sup>同時第二修正草案也規定，如果締約國之國內法律、區域或國際條約或協議對於企業活動之被害人給予更有利之權利保障及救濟制度，不受本條約之影響。<sup>118</sup>《商業與人權條約》之規定作為權利之基準，並允許其他文件更高之保障，這是符合國際人權條約一貫之理念，不過這兩個規定其實可以整併，不需要重複規定。

其次，有關過去已簽訂及未來可能簽訂之條約。在已簽訂之條約部分，第二修正草案規定，締約國必須確保已經簽訂之雙邊或多邊條約，包括區域及次區域協議，也包括貿易及投資協議，如與本條約及其議定書之事項有關，應以不減損或限縮締約國實踐本條約及相關人權公約及文件之能力（capacity）的方式而解釋及實踐之。<sup>119</sup>第二修正草案條文說明表示，此規定是依據和諧及一致原則，透過實踐不同類型特別法（*lex specialis*）優先適用原則，使各締約國

---

116 第二修正草案所參考的完整國際法文件請參見 Updated Non-exhaustive List of Instruments and Documents Used by the Chairmanship of the Oeigwg as Sources for the Preparation of the Revised Draft Legally Binding Instrument on Business and Human Rights. in <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgonc.aspx>. Latest update 13 January 2021.

117 第二修正草案第 4 條第 3 項。

118 第二修正草案第 14 條第 3 項。

119 第二修正草案第 14 條第 5 項第 1 款。

得以實踐所有條約必須遵守義務 (*pacta sunt servanda*)。<sup>120</sup>

其實，過去之投資協議比較著重於投資者之權利，但是相對地比較忽略投資者對於當地國所應承擔之義務，因而自然地也不會涵蓋投資者在當地國之人權責任與義務。絕大多數國際投資及貿易條約並沒有規定人權條款，因此規定人權條款的投資條約是非常罕見的（黃世席，2018：130），只有少數國際投資及貿易協議提及人權保障。例如，新加坡與歐洲自由貿易組織（European Free Trade Association）在2002年所簽訂之《自由貿易協定》的序言中提及：「肯認對於聯合國憲章與世界人權宣言所申明之原則的承諾」；東非與南非共同市場（Common Market for Eastern and Southern Africa）所通過之共同投資協定，將人權保障與其他相關人權議題納入共同投資區所應共同遵循的最低標準（王自雄，2011：144）。因而聯合國人權高級專員辦公室（Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights）指出，或許可以用國際貿易協議的一般例外條款作為保護人權之途徑（Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2005）。

然而對於《商業與人權條約》而言，第二修正草案此規定是為了避免《商業與人權條約》被認為是優於其他已經簽訂之雙邊或多邊條約，因此只明訂締約國需以「不減損或限縮締約國實踐本條約及相關人權公約及文件之能力」之方式實踐本公約。論者認為此方式雖然比較緩和，但是最可被各國接受，也符合國際法之實際狀況（Lopez, 2019）。不過國際民間團體認為，在現行新自由主義政策架構下，國際人權法被認為是次於商業及投資法，因此在《商業與人權條約》中規定國際人權法優於貿易及投資協議是必要的（Global Campaign to Reclaim Peoples Sovereignty, Dismantle Corporate Power and Stop Impunity, 2020: 2）。《商業與人權指導原則》也強調，因為有時國際投資條約可能會一定程度上阻礙國家實踐人權政策的空間，因此國家必須確保不論什麼情況，且在保障投資者之權益之前提下，仍有一定的空間與彈性來遵守人權義務（Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011: 11）。第二修正草案所設定之準則是，不能因為已經簽訂雙邊或多邊條約而減損或限縮《商業與人權

120 第二修正草案條文說明，有關第14條之說明。

條約》締約國實踐人權之能力。其主要正面影響是，締約國不能單純地以落實既有雙邊或多邊條約為理由，而排除商業與人權之實踐；如第二修正草案條文說明所示，此規定是要實踐不同類型特別法及所有條約，因而使得不同類型之條約均得平衡實踐。

有關未來可能簽訂之條約，第二修正草案規定，任何新簽訂之雙邊或多邊貿易及投資協議應符合締約國於本條約及其議定書與其他相關人權公約及文件之人權義務。<sup>121</sup>

其實，國際投資及貿易協議至今對於人權保障並沒有扮演積極之角色，未來也相當有可能扮演消極之角色，不過不一定永遠都是如此（Mann, 2008: 39）。論者指出：摩納哥（Morocco）與奈及利亞（Nigeria）在 2016 年所簽訂之雙邊貿易協議，是第一份包含投資者必須尊重人權之國際投資協議（Krajewski, 2020: 114；Zugliani, 2019: 761-770；Gazzini, 2017）。有一些國家也在其模範雙邊投資協議（Model Bilateral Investment Agreement）中納入人權條款，例如：印度（Ambast, 2017: 121-145）及荷蘭（Netherlands Model Investment Agreement, 2018）。荷蘭 2018 年模範雙邊投資協議第 6 條第 5 項規定，締約國再次確認其在環境保護、勞權標準、人權保障等多邊條約之義務；第 7 條第 1 項規定，投資者必須遵守當地國之環保、勞動、人權相關之國內法規定。因而現今已有國際投資及貿易協議納入人權條款，而第二修正草案所要求的是未來締約國必須全面實踐之，此為重要規定，如果完整實踐，得以形成相當之體系，將人權規範導入國際投資及貿易協議，有助於商業人權之實踐。

121 第二修正草案第 14 條第 5 項第 2 款。

## 伍、實踐及監督機制

### 一、國際實踐及監督

#### (一) 國際實踐機制

##### A. 締約國大會

絕大部分核心國際人權條約規定，只有在提議修改公約時才召開締約國會議，例如：《公民與政治權利國際公約》第 51 條第 1 項規定：「本公約締約國得提議修改本公約，將修正案提交聯合國秘書長。秘書長應將提議之修正案分送本公約各締約國，並請其通知是否贊成召開締約國會議，以審議並表決所提議案。」不過比較新的核心人權條約則有比較廣泛之規定，例如：《身心障礙者權利公約》第 40 條建構締約國會議，其規定：「締約國應定期舉行締約國會議，以審議與實施本公約有關之任何事項。(第一項) 聯合國秘書長最遲應於本公約生效後六個月內召開締約國會議。其後，聯合國秘書長應每二年，或根據締約國會議之決定，召開會議。(第二項) 其以締約國會議作為討論所有條約相關事項之機制。」

第二修正草案設立締約國大會 (Conference of States Parties)，以討論本條約之實踐及因應實現本條約目的之進一步發展。<sup>122</sup> 聯合國秘書長應在本條約生效後六個月內舉辦首次締約國大會，其後聯合國秘書長應每兩年舉辦一次，或依據締約國大會決定舉辦之。<sup>123</sup> 第二修正草案應是延續比較新的核心國際人權條約之理念而將締約國會議納入規定。

##### B. 國際基金

第二修正草案規定締約國應設立被害人國際基金 (International Fund for Victims)，以提供被害人法律及經濟協助，而被害人國際基金之功能由締約國大會決定。<sup>124</sup> 第二修正草案預擬在本條約生效後數年設立此基金，但是尚未具體確認是幾年。

其他核心國際人權條約並無類似規定，此為《商業與人權條約》新創之

122 第二修正草案第 15 條第 5 項。

123 第二修正草案第 15 條第 6 項。

124 第二修正草案第 15 條第 7 項。



制度，有前瞻理念，對於被害人相當重要。不過未來的挑戰是如何籌建國際基金，及提供被害人法律及經濟兩個層面之協助，而國際基金之功能由締約國大會決定，亦可能有疑慮。例如：論者認為，此規定太過模糊，無法確定是否得以成立充實的法律基金，以面對複雜之訴訟，並對抗擁有豐富資源之大企業（Meeran, 2019）。或許，實質上更有效且獨立之方式，是由國際獨立機制管理國際基金，應該更可以避開政治干擾，並且實質有效地提供被害人法律及經濟之協助。

### C. 爭端解決

國際人權條約所建立之國家間爭端解決機制有兩種模式，第一種是國家訴訟制度。例如：《公民與政治權利國際公約》第 41 條規定，締約國得隨時聲明，承認人權事務委員會有權接受及審議締約國指控另一締約國不履行在本公約下的義務之通知；惟本條所規定之通知，必須是由曾經聲明承認人權事務委員會之職權的締約國所提出者，人權事務委員會才能對此通知加以接受及審議；如果通知係由尚未作出這種聲明的締約國提出，人權事務委員會不得加以接受或審理。《經濟社會文化權利國際公約》附加議定書第 10 條亦明訂，締約國得隨時聲明承認，經濟社會及文化權利委員會有權接受及審議締約國指控另一締約國不履行在本公約下的義務之通知，而《兒童權利公約》設立申訴任擇議定書（Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure）、《禁止酷刑公約》第 21 條、《遷徙勞工權利公約》第 76 條，以及《免於強迫失蹤公約》第 32 條等，也有類似規定。

第二種是採用談判、仲裁及國際法院訴訟三種途徑解決爭端。例如：《消除婦女歧視公約》第 29 條規定，兩個或兩個以上的締約國之間關於本公約的解釋或適用方面的任何爭端，如不能談判解決，經締約國一方要求，應交付仲裁。如果自要求仲裁之日起六個月內，當事國各方不能就仲裁的組成達成協議，任何一方得依照國際法院規約提出請求，將爭端提交國際法院（International Court of Justice）審理。也就是說如果各國對《消除婦女歧視公約》有解釋或適用之爭端，可透過談判、仲裁及國際法院訴訟三種途徑解決。

第二修正草案規定，如果兩個以上締約國對於本條約之解釋或適用有爭議

時，應透過協商或是爭議國可接受之方式解決之。<sup>125</sup> 其次，第二修正草案提供兩種爭端解決機制，一者是國際法院，另一者是雙方可接受之仲裁程序及組織，締約國可以於簽署、批准、接受、承諾、加入本條約時，聲明接受其中之一或兩種爭端解決機制。<sup>126</sup> 如果締約國同時接受兩種爭端解決機制，除非當事國同意另做安排，否則必須將爭端提交至國際法院。<sup>127</sup> 其所採用之模式，接近《消除婦女歧視公約》之制度。

然而，國際人權條約所建立之兩種國家間爭端解決機制，其實都沒有具體案件，因此難以評斷具體之成果。兩種模式的主要差別是，人權事務委員會等條約監督委員會是準司法機制，而國際法院是司法機制，但是不論如何，都需要國家接受制度且確實適用才会有實效，否則只是紙面上之制度。

## (二) 國際監督機制

### A. 設立委員會

所有核心國際人權條約都設有條約監督委員會，不過有兩點比較特別。第一，有關委員會之名稱，各核心國際人權條約都是以條約之權利本質定名委員會，例如：《消除所有形式種族歧視國際公約》設立「消除種族歧視委員會」(Committee on the Elimination of Racial Discrimination)，《消除對婦女一切形式歧視公約》設立「消除婦女歧視委員會」(Committee on the Elimination of Discrimination against Women)，《兒童權利公約》設立「兒童權利委員會」(Committee on the Rights of the Child)。但是不同的是：《公民與政治權利國際公約》所設立之委員會名稱為「人權事務委員會」(Human Rights Committee)。第二，條約監督委員會都是由各核心國際人權條約直接明訂設立之，只有《經濟社會文化權利國際公約》例外。此公約本來並沒有規定條約監督機制之設置，而是委由經濟及社會理事會(簡稱為經社理事會)審理之；但是畢竟經社理事會之成員代表，都是各國之外交官，而非人權專家，因此其觀點不一定專業。為了改善此缺失，經社理事會本來是以設立工作小組

125 第二修正草案第 18 條第 1 項。

126 第二修正草案第 18 條第 2 項。

127 第二修正草案第 18 條第 3 項。

(working group) 之方式，協助其在此領域之工作，直到 1985 年經社理事會才通過決議 (Economic and Social Council Resolution, 1985) 設立「經濟社會及文化權利委員會」，作為監督《經濟社會文化權利國際公約》之機制 (Craven, 2001: 456-457)。

有民間團體提議，應該參考國際刑事法院制度，設立國際檢察官以起訴商業與人權之違反者，並設立某一種形式之國際法院，以審理這類案件 (Brady, 2015)。然而，第二修正草案依循其他核心國際人權條約之模式建立監督機制，其規定應設立一個委員會 (Committee)，<sup>128</sup> 不過沒有標示委員會名稱。如果依據國際人權條約之前例，或許會稱為「商業與人權委員會」(Business and Human Rights Committee)。

依據第二修正草案規劃，商業與人權委員會之制度與其他條約監督委員會相當接近。有關專家成員，在條約生效初期，有 12 位專家，待有六十個以上國家批准本條約之後，得增至 18 位專家。專家成員以個人身份執行職務，必須有高尚道德情操，並具備人權、國際公法或其他相關專長，同時必須未曾直接或間接參加與本條約目的相違背之活動。專家成員任期四年，得連任，沒有連任任期限限制。不過第一屆 12 位專家成員中有六位之任期為兩年，由締約國大會主席以抽籤方式決定之，以維持每兩年改選一半之制度。如果專家成員死亡、辭職或無法執行職務，得由提名此專家成員之國家提名另一國民繼任之，但須有過半締約國之同意，繼任之專家成員之任期至被繼任者任期屆至時。專家成員之薪酬由聯合國大會決定之。<sup>129</sup>

第一次專家成員之選舉，必須在本條約生效之後六個月內進行；其後，聯合國秘書長應在選舉四個月前，請締約國在兩個月內提名人選，締約國得提名一名國民為候選人，然後由聯合國秘書長準備以字母為順序之被提名人清單。專家成員由締約國選任，在締約國大會以過半數出席及投票方式進行，經由秘密投票選任。專家成員之組成必須考量公平之區域安排、不同法律系統之均衡

128 第二修正草案第 15 條第 1 項。

129 第二修正草案第 15 條第 1 項。

與性別平衡；專家成員由締約國提名。<sup>130</sup>

委員會第一次會議由聯合國秘書長召集，其後之會議即由委員會依據程序規則自行集會。委員會應自行訂定程序規則，並選任職員，職員任期兩年，得連任。聯合國秘書長應提供必要之職員及設施給委員會，使委員會得以有效執行本條約所賦予之職權。<sup>131</sup>

## B. 國家報告

所有核心國際人權條約都已建立國家報告制度。國家報告義務是各人權條約所建構的最基礎制度，例如：《經濟社會文化權利國際公約》第 16 至 25 條規範國家報告制度；同樣地，《公民與政治權利國際公約》第 40 條也規定，締約國有對人權事務委員會提出報告之義務（Boerefijn, 1999: 9-10）。其他核心國際人權條約均已建立國家報告制度。國家報告有三種類型，第一種是第一次報告，即國家加入或批准人權條約之後第一次提出之報告。第二種是定期報告，各人權條約分別規定各國必須每兩年、四年或五年提出國家報告。第三種是當各委員會作要求時，各國亦必須提出報告。

第二修正草案也參照其他國際人權條約之內容，規定締約國在本條約對其生效一年內提出國家報告，說明為實踐本條約所採之措施。之後每四年或是委員會要求時，締約國應提出國家報告，說明所採之新措施。國家報告由締約國送交聯合國秘書長，再由聯合國秘書長轉交委員會。<sup>132</sup> 同時，聯合國秘書長亦需將各國之國家報告轉交所有締約國。<sup>133</sup>

商業與人權委員會之職權也與其他核心國際人權條約監督委員會相似，包括依據各國國家報告及其他人提供之資訊而做成一般評論（general comment）及規範建議（normative recommendation）、對國家報告提出結論性觀察及意見、對於締約國實踐本條約條款所需之資訊提供協助、提出委員會年度報告給各締約國及聯合國大會、建議聯合國大會要求秘書長研議本條約之特定議

130 第二修正草案第 15 條第 1 項。

131 第二修正草案第 15 條第 1 項。

132 第二修正草案第 15 條第 2 項。

133 第二修正草案第 15 條第 3 項。

題。<sup>134</sup>

### C. 個人申訴

所有核心國際人權條約都已建立個人申訴制度，不過以兩種方式建立之，一是在條約本文中規範，例如：《消除種族歧視公約》第 14 條、《禁止酷刑公約》第 22 條、《免於強迫失蹤公約》第 31 條、《遷徙勞工權利公約》第 77 條等；另一是以附加議定書規範之，例如：《公民與政治權利國際公約任擇議定書》、《經濟社會文化權利國際公約附加議定書》、《消除對婦女一切形式歧視公約任擇議定書》、《兒童權利公約設立申訴任擇議定書》、《身心障礙者權利國際公約任擇議定書》等。

《商業與人權條約》草案採用附加議定書之模式建立個人申訴制度，內容大致上與其他核心人權條約之個人申訴制度類似。附加議定書草案規定個人申訴制度，包括商業與人權之被害個人或群體，得就人權傷害向委員會對於國家提出申訴，<sup>135</sup> 而人權傷害必須在條約對被申訴國生效之後發生，必須已用盡國內救濟途徑，非匿名申訴，申訴非顯無理由等。<sup>136</sup>

附加議定書草案在程序上有幾項比較特別的規定。第一，如果委員會認為申訴不能充分證實（*sufficiently substantiated*）得不受理。<sup>137</sup> 由於這是以程序理由處理實質問題，應該非常慎重地適用，否則有一些案件可能透過此途徑而不受理。特別是申訴案件沒有強制律師代理之制度，個別申訴人在無律師代理之情形下，可能無法呈現完整之法律意見，更可能被認定為不能充分證實。

第二，附加議定書草案規定，商業與人權委員會得指定一位或數位委員先進行秘密調查（*confidential inquiry*），其方式包括至被申訴國訪視，再由委員向委員會報告調查內容。<sup>138</sup> 此規定是希望加速程序進行，不過僅限於個人申訴案件，而非著重於整體商業與人權實況。應該強調的是，國際人權監督機制已慢慢發展出某些主動型監督方式，《消除對婦女歧視國際公約議定書》所建立

134 第二修正草案第 15 條第 4 項。

135 附加議定書草案第 8 條。

136 附加議定書草案第 9 條。

137 附加議定書草案第 9 條。

138 附加議定書草案第 10 條。



之調查程序（inquiry procedure）便是首開先河。所謂調查程序，是指消除對婦女歧視委員會收到可靠之消息，顯示在一當事國中有嚴重或是集體性之違反《消除對婦女歧視國際公約》所保障之權利時，所進行之程序。其他人權條約也建立此制度，例如：《禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約附加議定書》設立「禁止酷刑委員會預防酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰次委員會」，以主動訪視各締約國可能發生酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰之處所，並與國內機制合作或提供建議。《兒童權利公約設立申訴任擇議定書》亦建立調查程序，其內容與《消除對婦女歧視國際公約議定書》所建立的主動調查制度相當類似，如果兒童權利委員會收到可靠之消息，顯示在某一當事國中有嚴重或是集體性之違反《兒童權利公約》及其議定書所保障之權利時，得以主動進行調查。同樣地，《身心障礙者權利公約》亦有類似規定，當身心障礙者權利委員會得知可信之資訊，顯示某國有嚴重地或集體性違反本公約所保障之權利時，委員會得要求此國家提出觀察報告，並基於此而指定一位或多位委員進行調查，必要時可在取得當事國同意後，直接訪視該國領域。最後，委員會應對當事國提出調查結果，並附加評論及建議，而此當事國必須於收到調查結果六個月內提出觀察報告。同時，委員會得請求當事國將其所採用之措施納入國家報告中，亦得在調查結果提出六個月之後，告知當事國應採用哪些措施。《商業與人權條約》附加議定書草案並未規定主動調查制度，應該考慮納入之。

第三，附加議定書草案也規定，締約國必須與商業與人權委員會及國家實踐機制（National Implementation Mechanism, NIM）合作。<sup>139</sup> 此規定應該是第一次明文要求締約國與國際及國內監督機制合作，使得三者連結，其一方面課予締約國與商業與人權委員會合作之義務，以避免締約國雖然接受個人申訴制度，但是卻不必然與商業與人權委員會合作；雖然有規定不必然完全實踐，但是規定本身即是必要。更重要的是，需確認國家實踐機制參與個人申訴之可能性。過去核心國際人權條約並未確認國家人權機構或是國內獨立監督機制得以參與個人申訴案件，而透過此規定更可突顯國家人權機構或是國內獨立監督機

139 附加議定書草案第 12 條。

制之角色。

## 二、國內實踐及監督

### （一）國內實踐作為

第二修正草案規定了三個層面的國內實踐義務。首先，締約國應採取所有必要之立法或其他措施，以確保有效實踐本條約。<sup>140</sup> 同時，締約國必須提供實踐本條約之國內法律及規章給聯合國秘書長，並由聯合國秘書長公告供公眾周知。<sup>141</sup> 此規定應該是過去經驗之累積，優點不只是得以收集、瞭解各締約國之規定，作為其他國家之借鏡，同時亦可檢視各締約國實踐規範之細節。因而第二修正草案也規定，對於本條約各條款之適用及解釋，應該符合國際人權法及國際人道法，<sup>142</sup> 如此更可確保國內法律規範必須符合國際人權標準。

其次，第二修正草案也要求重視特定主體，規定締約國應該特別關注受衝突影響區域之商業人權傷害，特別是性別暴力及性暴力。<sup>143</sup> 其實，《商業與人權指導原則》也強調地區之特殊性，因為嚴重侵害人權之事件較可能於衝突地區發生，國家應確保於此地區經營之企業並不會與人權侵害有關聯。<sup>144</sup> 在衝突地區中，國家在狀況更進一步惡化前便處理此情形是相當重要的。而衝突發生地的國家，很可能因為失去對領土的有效管轄，無法有效地處理人權相關事務，因此在此區域中有業務的跨國公司之母國，便可以在此方面有所協助（Office of the High Commissioner for Human Rights, 2011: 9-10）。第二修正草案延續了相關規定。

另外，第二修正草案也強調，締約國應該特別重視企業行為對於婦女、兒童、身心障礙者、移民、難民、國內流離人士之人權衝擊。<sup>145</sup> 此為第二修正草案所增加，其是對弱勢族群之關懷。同時第二修正草案也規定，對於本條約各條款之適用及解釋，應該沒有例外地不得有任何形式之歧視，或基於任何原因

140 第二修正草案第 16 條第 1 項。

141 第二修正草案第 16 條第 2 項。

142 第二修正草案第 16 條第 5 項。

143 第二修正草案第 16 條第 3 項。

144 《商業與人權指導原則》第 7 條。

145 第二修正草案第 16 條第 4 項。

而歧視。<sup>146</sup> 此明文規定更加確保弱勢族群在商業與人權領域不受歧視。

## (二) 國內實踐機制

較新通過的國際人權條約，已有明訂國內實踐機制之規定，例如：《身心障礙者權利公約》第 33 條第 2 項規定：「締約國應依其法律及行政體制，適當地於國內維持、加強、指定或設立架構，包括一個或多個獨立機制，以促進、保障與監督本公約之實施。於指定或建立此一機制時，締約國應考慮到保障與促進人權之國家機構之地位及功能的相關原則。」（廖福特，2018a: 107-124）《禁止酷刑和其它殘忍、不人道或侮辱之處遇或懲罰公約任擇議定書》第 17 條規定：「每一締約國最遲於本議定書生效或其批准或加入一年後，應維持、指定或設立一個或多個獨立的國家防範機制，負責在國家層級防範酷刑。為本議定書的目的，在符合議定書規定的前提下，可將地方層級單位所設機制指定為國家防範機制。」（廖福特，2018b: 155-194）同時第 18 條規定締約國應保證國家防範機制職能的獨立性及其工作人員的獨立性。締約國在設立國家防範機制時應適當考慮到《有關促進和保護人權的國家機構的地位的原則》（*Principles Relating to the Status and Functioning of National Institutions for Protection and Promotion of Human Rights*）。<sup>147</sup>

第二修正草案規定，締約國有效實踐本條約之措施包括建立適當之實踐機制，<sup>148</sup> 但是第二修正草案對於實踐機制並無進一步細部規範，而委由締約國自行決定。不過附加議定書草案則是規定了「國家實踐機制」，進而規範更多細節。因此，如果國家只有批准條約，但是沒有批准附加議定書，由締約國自行決定適當之實踐機制；如果國家批准附加議定書，則有義務實踐附加議定書對於國家實踐機制之要求。

附加議定書草案所規定之國家實踐機制包括幾個重點。第一，有關設立國家實踐機制之期間，附加議定書之締約國必須在議定書對其生效兩年內設立國

---

146 第二修正草案第 16 條第 5 項。

147 一般稱為巴黎原則（Paris Principles），有關巴黎原則及國家人權機構之相關論述，請參見廖福特。《國家人權委員會》。台北：五南圖書；廖福特。《國家人權機構之國際比較分析》。台灣新世紀文教基金會、台灣聯合國研究中心。

148 第二修正草案第 16 條第 1 項。

家實踐機制，以促進及監督締約國履行《商業與人權條約》。<sup>149</sup> 如上所述，《身心障礙者權利公約》第 33 條並未要求締約國在一定年限內設立身心障礙權利機制，《禁止酷刑和其它殘忍、不人道或侮辱之處遇或懲罰公約任擇議定書》第 17 條則是要求締約國最遲於批准或加入一年後設立國家防範機制，而附加議定書草案則是規定兩年之設立國家實踐機制期限，稍微緩和。

第二，有關國家實踐機制之獨立性及專業性，附加議定書草案之基礎要求是國家在設立國家實踐機制時應考量《有關促進和保護人權的國家機構的地位的原則》。在獨立性部分，締約國必須確保國家實踐機制之職權獨立及人員獨立，並提供國家實踐機制實踐職權之必要資源。<sup>150</sup> 在專業性部分，締約國必須確保國家實踐機制成員之性別均衡，及各類型商業人權被害人有適當的法律代表參與。另外，國家實踐機制之成員及職員亦應具備必要之專業及知識，以實踐其職權。<sup>151</sup>

第三，有關國家實踐機制之職權，附加議定書以三個面向規定之。首先是基本規定，國家實踐機制應有之職權包括：1. 以所有適切之方式及語言使得一般大眾、被害人、企業得以瞭解《商業與人權條約》，並確保他們的權利；2. 與其他國家實踐機制、國家人權機構、民間團體合作，以提高實踐《商業與人權條約》之意識；3. 對有關機關提出建議，而這些機關應審視國家實踐機制所提之建議，並找出可能之實踐方式。<sup>152</sup> 其次，有關檢視企業善盡人權職責，締約國應賦予國家實踐機制權限，得依被害人、進行企業行為之自然人或法人、或其他有正當利益之人之申請，或依職權而檢視企業是否善盡人權職責。國家實踐機制進行檢視時必須符合最低限度之依法程序，得以訪視企業之設施以監督善盡人權職責。如果企業沒有善盡人權職責，國家實踐機制應對企業提出建議，或通知相關政府機關，以確保企業善盡人權職責。<sup>153</sup> 再者，締約國亦得賦予國家實踐機制接受及調查人權傷害個案之職權，因而國家實踐機制得以實行

---

149 附加議定書草案第 1 條。

150 附加議定書草案第 2 條。

151 附加議定書草案第 2 條。

152 附加議定書草案第 3 條。

153 附加議定書草案第 5 條。

要求資訊、調查、訪視、暫行措施等職權。<sup>154</sup> 不過附加議定書只規定，在經過取得資訊及調查等程序之後，國家實踐機制得進行和解，並監督其實踐。而且如果和解沒有履行的話，國家實踐機制應將此情形通知聯合國依據《商業與人權條約》所設立之委員會。<sup>155</sup>

第四，有關資訊取得，在國內，為了防止跨國企業行為之人權傷害，國家實踐機制應得以要求締約國提出所有相關資訊，包括締約國管轄權內之企業之非金融報告及內部政策或人權及環境評估之指標及結果。<sup>156</sup> 對國外，國家實踐機制得請求跨國企業行為活動相關的其他國家之國家實踐機制提供資訊，而被請求之國家實踐機制應充分考量此請求，並提供相關公開非機密之資訊。<sup>157</sup>

這些規定是過去核心國際人權條約所未曾提及的，具有相當的突破性，亦是國家人權機構或是國內獨立監督機制多年發展成果之累積，並具體明文規定。

## 陸、結語

本文先從歷史發展討論商業與人權從指導原則至條約草案之進展，並分析相關議題。同時從權利保障、國家義務、實踐及監督機制三個層面，分析第二修正草案之內容。<sup>158</sup>

### 一、歷史發展

討論商業與人權議題時，本來就有強制途徑與自願途徑之辯論。自願途徑有人權理事會在 2011 年 6 月通過《商業與人權指導原則》，並在 2014 年 6 月通過決議，認為商業與人權國家行動計畫是實踐《商業與人權指導原則》非常重要之工具。強制途徑則有人權理事會同樣是在 2014 年 6 月，通過成立草擬有法律拘束力商業與人權文件之開放式政府間工作小組，其在 2018 年 7 月提出《商業與人權條約》草案及附加議定書草案，並於 2020 年 8 月提出第二修

154 附加議定書草案第 6 條第 1 項至第 3 項。

155 附加議定書草案第 6 條第 4 項至第 6 項。

156 附加議定書草案第 4 條第 1 項。

157 附加議定書草案第 4 條第 2 項。

158 《商業與人權指導原則》及《商業與人權條約》草案內容之異同，請參見附錄。



正草案。

從各核心國際人權條約的通過歷程觀之，絕大部分是先歷經宣言階段，後來才通過條約，因此對於商業與人權而言，先通過指導原則，再努力嘗試通過條約，並不是奇特的發展過程。難題是通過《商業與人權條約》需要多少年，反而難以預期。過去核心人權條約在開始草擬階段，都必須思考以何種立法方式形成條約，同樣地《商業與人權條約》也必須面對相同之問題，而訂定《商業與人權條約》之模式有多種可能性。研擬《商業與人權條約》工作小組召開第一次會議時，即確認商業與人權之權利範疇應該越廣越好，而從工作小組所提出之條約草案觀之，其包含權利範疇、國家義務、執行及監督機制等面向，至少是架構式《商業與人權條約》，如果進一步觀察條約草案之內容，則有更細緻之規範，具備全面性條約之內涵。因而應可確認《商業與人權條約》是要邁向全面性條約之路程。

國際民間團體強烈支持草擬《商業與人權條約》，發展中及比較少有跨國企業之國家，比較支持條約之草擬及簽訂。然而國際商業團體原則上都持反對立場，許多民主已開發國家及有跨國企業及國外投資之國家亦反對簽訂。雖然主要已開發國家及跨國投資國家沒有積極支持《商業與人權條約》簽訂，可能會形成潛在危機，然而《商業與人權條約》草案處於特殊且令人羨慕的地位，其發展取決於已開發國家是否能夠學習接受由開發中國家所引導的草擬過程。因而，或許目前來看《商業與人權條約》之草擬有許多困難，但是隨著多數國家更深入之思考及審酌，可以更加接受《商業與人權條約》之簽訂，並進一步使其普及化。

## 二、權利保障

第二修正草案所稱之企業涵蓋所有企業，也包括跨國企業或其他企業有跨國特質者，也將所有企業之獲利的經濟或其他活動都認為是企業活動，其範圍相當廣泛，幾乎涵蓋所有商業行為。第二修正草案明訂企業活動包括由電子方式所為之活動，以因應現代交易方式及跨國商業模式。不過於此有疑問的是，第二修正草案所稱之企業主體是否包括國家本身。

第二修正草案明訂傷害包括身體與精神等之損傷，正是呈現商業與人權之

特質。不過第二修正草案也規定，被害人亦包括直接被害人之核心家庭成員或扶養之人，及介入協助被害人或防止被害而受傷害之人。然而單純的親屬關係及介入協助或防止被害之人，不必然亦成為被害人，是否需要將其納入，恐怕需要再做斟酌。第二修正草案透過三個層面規範被害人權利，包括一般規定、被害人特別應享有之權利與基準規劃。但是在商業與人權領域，享有什麼權利與被害人享有什麼權利，兩者是有區別的，被害人之權利應該著重於不幸被傷害之人應該有什麼權利。

### 三、國家義務

第二修正草案依循《商業與人權指導原則》之理念，認為企業有尊重人權之責任，商業人權條約所規範之義務主體是國家。第二修正草案規定國家保護被害人義務三個層面，包括國家必須建構良善之環境、國家有保護被害人之責任、國家有調查人權傷害之義務。不過被害人之定義應可限縮，而應受保護之人則可以比較廣泛，擴及被害人之家屬、代表與證人。針對管轄權，第二修正草案著重三個議題，包括一般管轄權、跨國企業之管轄權、避免「不方便審理法院」及採用「必要法院原則」。更重要的是有關人權法之實質規定，得不採用法院地法，改用其他國家之法律，更能確保人權之實踐。

第二修正草案亦規定國家必須採取不同層面之措施。首先，國家應該採用法律及政策措施。締約國之法律責任包括三個層面，包括確保企業違反人權行為的法律責任、確保人權傷害之行為者負擔法律責任，以及國家必須提供被害人賠償。其次，國家應該採取之措施包括要求企業善盡人權責任。再者，國家應該採取之措施亦包括要求企業採取具體措施。第四，國家亦得採用鼓勵措施。第二修正草案也規定，在課與企業預防義務時，各國得以非歧視之基礎立法，使企業得依其規模、部門、運作模式、對人權影響程度之不同，而減輕其責任。這些規定原則上是延續《商業與人權指導原則》之規定。

第二修正草案希冀被害人得以親近正義及有效救濟，因而國家應建立救濟制度，也應規範法律協助。不過，第二修正草案比較嚴重的遺漏是忽略企業之救濟機制。《商業與人權指導原則》相當強調企業應該採取彌補措施。第二修正草案增加《商業與人權指導原則》所未規定之規範，包括在救濟程序中之資

訊取得及舉證責任轉換。不過第二修正草案是規定締約國「得」於「符合法治要件」下規定舉證責任轉換，因而此規定並非強制之國家義務，有待各締約國斟酌及落實。

第二修正草案也規定相關配套措施。在時效部分，締約國必須規定國際所認為最嚴重之犯罪不應受時效限制，同時其他時效規定要有合理性，而未來則需確認所稱「一定合理期間」之精確內涵。其次，締約國亦應提供司法互助及國際司法合作。再者，第二修正草案亦關注《商業與人權條約》與其他國際法文件之關係，第二修正草案一方面明訂被害人之權利不得因為其他國際法或國內法有較高之保障而減損之，同時也規定，如果締約國之國內法律、區域或國際條約或協議對於企業活動之被害人給予更有利之權利保障及救濟制度，不受本條約之影響。《商業與人權條約》之規定作為權利之基準，並允許其他文件更高之保障，這是符合國際人權條約一貫之理念，不過這兩個規定其實可以整併，不需要重複規定。第二修正草案規定，締約國對於已經簽訂之雙邊或多邊條約，應以不減損或限縮締約國實踐本條約及相關人權公約及文件之能力的方式而解釋及實踐之。其主要正面影響是，締約國不能單純地以落實既有雙邊或多邊條約為理由，而排除商業與人權之實踐，如第二修正草案條文說明所示，此規定是要實踐不同類型特別法及所有條約，因而使得不同類型之條約均得平衡實踐。有關未來可能簽訂之條約，任何新簽訂之雙邊或多邊貿易及投資協議，應符合締約國於本條約及其議定書與其他相關人權公約及文件之人權義務。因此，現今已有國際投資及貿易協議納入人權條款，而第二修正草案所要求的是未來締約國必須全面實踐之。此為重要規定，如果完整實踐，得以形成相當之體系，將人權規範導入國際投資及貿易協議，有助於商業與人權之實踐。

#### 四、實踐及監督機制

在國際實踐機制，第二修正草案建立締約國大會，討論條約之相關事務，並提供國際法院及仲裁兩種爭端解決機制，並以國際法院優先。在國際監督機制，與其他國際人權條約一樣地，第二修正草案也設立國際監督委員會，其基本規定是依據長期累進之內容，不過附加議定書草案只規定個人申訴案件至被

申訴國訪視，未包括完整的主動詢問程序。

在國內實踐作為，第二修正草案規定締約國應採取所有必要之立法或其他措施、關注受衝突影響區域之商業人權傷害，特別是性別暴力及性暴力、特別重視企業行為對於婦女、兒童、身心障礙者、移民、難民、國內流離人士之人權衝擊。在國內監督機制，附加議定書草案規定國家實踐機制，這些規定是過去核心國際人權條約所未曾提及的，具有相當的突破性，亦是國家人權機構或是國內獨立監督機制多年發展成果之累積，並具體明文規定。

## 附錄

### 《商業與人權指導原則》及《商業與人權條約》草案內容之異同

《商業與人權指導原則》		《商業與人權條約》草案（第二修正草案）	
<b>壹、國家保護人權之義務</b>	一、義務主體： 國家是人權保障義務之主體。 二、原則規定： 1. 國家必須防止人權侵犯。 2. 國家必須確保遵守人權。 三、執行規定： 國家應該： 1. 執行要求企業尊重人權之法規，同時定時檢討該法規並填補漏洞。 2. 確保其他規範企業之創造及營運之法規及政策，是促進企業尊重人權的。 3. 提供企業如何在其營運中尊重人權之指引。 4. 鼓勵企業說明其將如何處理對於人權之衝擊，並在適當時要求之。	<b>壹、國家責任</b>	一、義務主體： 國家是人權保障義務之主體。 二、原則規定： 1. 國家必須建構良善之環境。 2. 國家有保護被害人之責任。 3. 國家有調查人權傷害之義務。
			三、建立管轄權： 1. 一般管轄權：人權傷害結果發生在其管轄權內、人權傷害之行為或不行為在其管轄權內、涉嫌因為行為或不行為造成人權傷害之自然人或法人在其管轄權內。 2. 跨國企業之管轄權： a. 因為企業活動或企業夥伴關係而形成跨國企業特質之法人，如果其所在地、法律登記地、中央管理地、核心企業地在締約國管轄權內，即應被認為是締約國管轄權內之法人。

《商業與人權指導原則》	《商業與人權條約》草案（第二修正草案）
	<p>b. 如果被害人所指控之自然人或法人並非在締約國管轄權內，但是與在締約國管轄權內之自然人或法人有緊密聯繫的話，被害人亦得對此不在締約國管轄權內之自然人或法人提起訴訟。</p> <p>3. 避免無管轄權，同時使用避免「不方便審理法院」（<i>forum non conveniens</i>）及採用「必要法院原則」（<i>principle of forum necessitatis</i>）兩種方式。</p>
<p>四、國家內部：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 國有企業應該實踐人權。</li> <li>2. 國家進行私法行為時亦應著重人權實踐。</li> <li>3. 國家中管理企業之行政機關應該實踐人權。</li> </ol>	<p>無規定</p>
<p>五、多層級的實踐體系：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 保持足夠之政策彈性，以確保其於與其他國家或企業主體一起追求企業相關政策目標時，能夠遵守其人權義務。</li> <li>2. 當國家身為多邊組織之會員國時： <ol style="list-style-type: none"> <li>a. 國家應盡力確保該組織不限制其會員國保護及不影響企業組織尊重人權之義務。</li> <li>b. 國家應鼓勵機構在其各自的任務及能力內，促進企業尊重人權，並在受要求時，以技術協助、能力加強及提升注意等方法協助國家達成其保護人權不受企業侵害之義務。</li> <li>c. 國家應該依循指導原則以促進對於管理商業人權之挑戰之共識及國際合作。</li> </ol> </li> </ol>	<p>無規定</p>



《商業與人權指導原則》		《商業與人權條約》草案（第二修正草案）	
貳、企業尊重人權之責任	一、責任主體：企業 企業負擔尊重人權之責任。	貳、要求企業尊重人權	一、責任主體：國家 締約國應有效管理在其領土或管轄權內之所有企業，包括有跨國特質之企業。
	二、原則規定： 企業應避免侵害他人之人權，並應處理與其有關聯之相關人權負面影響。		二、原則規定： 締約國應採取所有必要法律及政策措施，以確保在其領土或管轄權內或其所掌控之所有企業及有跨國特質之企業，都能尊重所有國際所承認之人權，並防止及減輕因企業運作所生之人權傷害。
	三、基本原則： 1. 企業應避免經由其行為而造成人權負面影響，並於負面人權影響發生時彌補處理之。 2. 企業應盡力避免或彌補因其企業關係而與其業務、產品或服務有關之負面人權影響。		三、基本原則： 締約國對於企業之法律責任： 1. 國家必須確保企業違反人權行為的法律責任。 2. 國家必須確保人權傷害之行為者負擔法律責任。 3. 國家必須提供被害人賠償。
	四、企業之政策及程序： 1. 企業應訂立符合其大小及情況之政策及程序，包括滿足其尊重人權責任之政策。 2. 規劃善盡人權責任程序，以辨識、避免、彌補並監督企業如何處理其對人權之影響。 3. 規劃對於企業造成或與其有關聯之負面人權影響之彌補措施。 4. 企業應以政策宣言表達其對於滿足此責任之努力。		四、締約國應對企業要求： 1. 依據符合其規模、嚴重人權衝擊風險之程度及本質、運作內容等，而善盡人權責任，包括發現及評估企業因其活動或企業關係而實際或可能發生之人權傷害。 2. 採取適當措施以有效防止或減輕實際或可能發生之人權傷害。 3. 監測防止或減輕人權傷害措施之有效性。 4. 與相關人特別是已受或可能受影響之人做定期且可親近之溝通，以闡述其政策及措施。 5. 如果企業未善盡人權責任應負擔相稱之處罰，而且不影響其刑事、民事、行政責任。

《商業與人權指導原則》	《商業與人權條約》草案（第二修正草案）
<p>五、應有作為：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 企業善盡人權責任之程序應包括估量實際及潛在人權影響。</li> <li>2. 其次，為評量人權侵害之風險，企業應辨識並評估任何可能經由其行為或其企業關係實際或可能造成之負面人權影響。</li> <li>3. 為防止及彌補負面人權影響，企業應將人權影響評估整合入相關之內部執行及程序面，並採取適當措施。</li> <li>4. 為確保負面人權影響之確實處理，企業應追蹤其反應之有效程度，同時追蹤應基於適當之質化及量化指標，並聽取內部及外部之回饋。</li> <li>5. 為追蹤企業如何處理其負面人權影響，尤其相關疑問是由風險承擔人本人自行或由他人代為提出時，企業應準備對外回應。</li> </ol>	<p>五、應有作為：</p> <p>締約國應確保企業善盡人權責任之措施，包括：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 定期的環境及人權影響評估。</li> <li>2. 在善盡人權之所有階段都加入性平角度之評估。</li> <li>3. 與個人或社群進行有意義之諮商。</li> <li>4. 與原住民族進行自由、事前、告知同意之諮商。</li> <li>5. 定期公開非財務報告。</li> <li>6. 將善盡人權責任納入企業契約中，並於適切時納入能力建構或財務貢獻條款。</li> <li>7. 在佔領地或衝突區域採取及實踐更嚴謹之善盡人權措施。</li> </ol> <p>國家亦得採用鼓勵措施：</p> <p>締約國亦得對於中小型企业採取鼓勵或其他措施，以協助實踐企業善盡人權。</p>
<p>六、救濟：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 當企業發現其已造成人權負面影響時，企業應提供或透過合作，以正當程序提供補償。</li> <li>2. 企業應不論其經營地點，均遵守所有相關法律並尊重國際承認之人權。</li> <li>3. 企業應首先防止及彌補最嚴重之受害者及若過於緩慢反應則將無法彌補者。</li> </ol>	<p>無規定</p>

《商業與人權指導原則》		《商業與人權條約》草案（第二修正草案）	
參、 近用 賠償 權	<p>一、基本原則：</p> <p>1. 當相關人權侵害發生於其領土或管轄權內時，國家應透過司法、行政、立法或其他適當之手段採取適當措施，確保受影響之人有近用賠償之權利，以保護人民免於企業之人權侵害。</p> <p>2. 近用賠償權應有程序及實體兩個層面之意義：</p> <p>a. 實體之賠償應包括道歉、回復原狀、受害者之康復、財產及非財產上的賠償、對加害者之懲罰性措施及預防性措施。</p> <p>b. 程序面向則要求賠償之程序應公正、不腐敗及免於政治干預。</p>	參、 近用 賠償 權	<p>一、基本原則：</p> <p>國家應建立救濟制度：</p> <p>締約國應該使其法院及國家之非司法機制，依據本條約之管轄權，使得被害人得以得到適當、即時、有效之救濟。</p>
	<p>二、非司法救濟途徑：</p> <p>國家應提供有效且適當之非司法救濟途徑。國家應在行政、立法及其他非司法機構設立救濟機制，而國家人權委員會在此方面尤其重要。</p> <p>非司法救濟途徑有效性的準則：正當性、可接近、可預期、平等的、透明的、符合權利的、持續學習之來源、程序方面則應是基於參與及對話。</p>		<p>如上「一、基本原則」之規定</p>
	<p>三、非國家層級的救濟機制：</p> <p>非國家層級之救濟途徑有可能由企業主持，而此救濟途徑雖不具司法性質，仍可能具有促進溝通、調解或適合該國家文化特質。</p>		<p>無規定</p>
	<p>無規定</p>		<p>二、法律協助：</p> <p>締約國應提供被害人：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 充分及有效之法律協助，包括被害人之權利及訴求資格。</li> <li>2. 在所有階段之程序中被害人權利得以確保。</li> <li>3. 避免不必要之費用及延遲。</li> <li>4. 對跨國企業活動之人權傷害提供在另一締約國提出法律程序之協助。</li> <li>5. 確保法律程序費用不至於對被害人形成不公平及不合理之負擔。</li> </ol>

《商業與人權指導原則》		《商業與人權條約》草案（第二修正草案）	
	無規定		三、資訊取得： 締約國應確保其國內法提供管道以得知本條約之資訊，而所稱之管道包括國際合作。同時包括在法院的適切案件中亦適用此程序。
	無規定		四、舉證責任轉換： 締約國得於符合法治要件之情況下，制訂或修改法律於適當案件中轉換舉證責任，以實踐被害人親近救濟之權利。
	無規定		五、判決執行： 締約國應依據本條約、國內法及國際法義務，提供執行人權傷害救濟之有效機制，包括儘速執行本國或外國判決或名義。
	無規定	肆、 配 套 措 施	一、時效問題： 1. 國際所認為最嚴重之犯罪不應受時效限制：締約國必須採取法律或其他措施，以確保對於所有國際所認為最嚴重之犯罪之追訴及處罰，不受時效或其他限制。 2. 其他時效規定要有合理性：國內法對於民事訴訟及非國際所認為最嚴重犯罪之刑事追訴之時效規定，應包含一定合理期間得以調查及起訴，特別是對於在其他國家發生或是傷害在很久之後才會發現之案件。
	無規定		二、法律互助： 締約國應該提供司法互助及國際司法合作，司法互助包括證詞、執行搜索扣押、證物、協助保護被害人、執行判決等。國際司法合作包括提供有效司法文件及司法協助。
	無規定		三、國際合作： 包括金融、技術協助、能力建構等合作。
			四、與其他國際法文件之關係： 1. 權利標準：被害人之權利不得因為其他國際法或國內法有較高之保障而減損之。

《商業與人權指導原則》	《商業與人權條約》草案（第二修正草案）
無規定	<p>2. 過去已簽訂之條約：締約國必須確保已經簽訂之雙邊或多邊條約，包括區域及次區域協議，也包括貿易及投資協議，如與本條約及其議定書之事項有關，應以不減損或限縮締約國實踐本條約及相關人權公約及文件之能力的方式而解釋及實踐之。</p> <p>3. 未來可能簽訂之條約：任何新簽訂之雙邊或多邊貿易及投資協議應符合締約國於本條約及其議定書與其他相關人權公約及文件之人權義務。</p>
無規定	<p><b>伍、實踐及監督機制</b></p> <p>一、國際實踐機制</p> <p>1. 設立締約國大會，以討論本條約之實踐及因應實現本條約目的之進一步發展。</p> <p>2. 設立被害人國際基金，以提供被害人法律及經濟協助。</p> <p>3. 爭端解決機制：</p> <p>a. 如果兩個以上締約國對於本條約之解釋或適用有爭議時，應透過協商或是爭議國可接受之方式解決之。</p> <p>b. 兩種爭端解決機制，一者是國際法院，另一者是雙方可接受之仲裁程序及組織，如果締約國同時接受兩種爭端解決機制時，除非當事國同意另做安排，否則必須將爭端提交至國際法院。</p>
無規定	<p>二、國際監督機制：</p> <p>設立一個委員會（Committee）作為國際監督機制，不過沒有標示委員會名稱，如果依據國際人權條約之前例，或許會稱為商業與人權委員會（Business and Human Rights Committee）。</p>
無規定	<p>三、國內實踐作為：</p> <p>1. 締約國應採取所有必要之立法或其他措施，以確保有效實踐本條約。</p> <p>2. 締約國應該特別關注受衝突影響區域之商業人權傷害，特別是性別暴力及性暴力。</p> <p>3. 締約國應該特別重視企業行為對於婦女、兒童、身心障礙者、移民、難民、國內流離人士之人權衝擊。</p>



《商業與人權指導原則》	《商業與人權條約》草案（第二修正草案）
<p>無規定</p>	<p>四、國家實踐機制：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 締約國必須在議定書對其生效兩年內設立國家實踐機制，以促進及監督締約國履行《商業與人權條約》。</li> <li>2. 國家在設立國家實踐機制時應考量《有關促進和保護人權的國家機構的地位的原則》。</li> <li>3. 在獨立性部分，締約國必須確保國家實踐機制之職權獨立及人員獨立，並提供國家實踐機制實踐職權之必要資源。</li> <li>4. 在專業性部分，締約國必須確保國家實踐機制成員之性別均衡，及各類型商業人權被害人有適當的法律代表參與。另外，國家實踐機制之成員及職員亦應具備必要之專業及知識，以實踐其職權。</li> <li>5. 國家實踐機制應有之職權包括：               <ol style="list-style-type: none"> <li>a. 以所有適切之方式及語言使得一般大眾、被害人、企業得以瞭解《商業與人權條約》，並確保他們的權利。</li> <li>b. 與其他國家實踐機制、國家人權機構、民間團體合作，以提高實踐《商業與人權條約》之意識。</li> <li>c. 對有關機關提出建議，而這些機關應審視國家實踐機制所提之建議，並找出可能之實踐方式。</li> </ol> </li> <li>6. 有關資訊取得：               <ol style="list-style-type: none"> <li>a. 在國內，為了防止跨國企業行為之人權傷害，國家實踐機制應得以要求締約國提出所有相關資訊，包括締約國管轄權內之企業之非金融報告及內部政策或人權及環境評估之指標及結果。</li> <li>b. 對國外，國家實踐機制得請求跨國企業行為活動相關的其他國家之國家實踐機制提供資訊，而被請求之國家實踐機制應提供充分考量此請求，並提供相關公開非機密之資訊。</li> </ol> </li> </ol>

## 參考文獻

- 王自雄。2011。〈人權於公平與公正待遇中的規範向度與效度：全球行政法方法論的建構〉。《政治與社會哲學評論》38：144-200。
- 行政院。2020。〈台灣企業與人權國家行動計畫落實「聯合國工商企業與人權指導原則」〉。
- 黃世席。2018。〈國際投資爭端中投資規則與人權規則適用的衝突與挑戰〉。《當代法學》4：119-133。
- 雷敦蘇。〈殘傷者的權利：紐西蘭對國際人權的貢獻〉。施正鋒、謝若蘭編，《當代紐西蘭民主政治》：225-267。台灣國際研究學會。
- 廖福特。2020。〈商業與人權國家行動計畫：國際標準、比較分析與臺灣實踐〉。《台灣國際法學刊》17（1）：1-66。
- 廖福特。2018a。〈設立身心障礙權利機制 — 國際規範、比較經驗、台灣展望〉。《社區發展季刊》162：107-124。
- 廖福特。2018b。〈設立國家防範酷刑機制 — 國際準則、比較經驗、台灣展望〉。城仲模教授八秩華誕祝壽論文集編輯委員會（主編）。《台灣公法學的墊基與前瞻—城仲模教授八秩華誕祝壽論文集（上冊）》：155-194。
- 廖福特。2018c。《國家人權機構之國際比較分析》。台灣新世紀文教基金會、台灣聯合國研究中心。
- 廖福特。2011。《國家人權委員會》。台北：五南圖書。
- 鄧衍森。2014。〈企業與人權的連結理論與發展趨勢〉。《證券服務》631：22-25。
- Actionaid. 2019. Citizens Demand the EU Stops Stalling on a Treaty to Ensure that Business Respect Human Rights. in <https://actionaid.org/stories/2019/citizens-demand-eu-stops-stalling-treaty-ensure-businesses-respect-human-rights>. Latest update 2 December 2020.
- Ali, Shaheen Sardar. 2000. Gender and Human Rights in Islam and International Law Equal before Allah, Unequal before Man? Boston: Kluwer Law International.
- Ambast, Sanhita. 2017. “Human Rights Protections in India’s Model BIT: a BIT Left to Go.” Indian Journal of International Law 57(1-2): 121-145.
- Bassiouni, M Cherif. 1996. “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes.” Law and Contemporary Problem 59(4): 63-74.
- Bernaz, Nadia. 2019. “Clearer, Stronger, Better? - Unpacking the 2019 Draft Business and Human Rights Treaty.” in <https://rightsasusual.com/?p=1339>. Latest update 1 December 2020.
- Bilchitz, David. 2016. “The Necessity for a Business and Human Rights Treaty.” Business and Human Rights Journal 1: 203-227.
- Bilchitz, David. 2017. “Introduction-Putting Flesh on the Bone: What Should a Business and Human Rights Treaty Like?” in Surya Deva and David Bilchitz eds. Building A Treaty

- on Business and Human Rights Context and Contours, pp.1-24. Cambridge: Cambridge University Press.
- Boerefijn, Ineke. 1999. *The Reporting Procedure under the Covenant on Civil and Political Rights Practice and Procedures of the Human Rights Committee*. Intersentia: Hart.
- Brady, Mike. 2015. "Intervention at the UN Business Forum Side Event on Binding Treaty." in <http://www.babymilkaction.org/archives/7677>. Latest update 25 November 2020.
- Bukspan, Eli and Asa Kasher. 2019. "Human Rights in the Private Sphere: Corporations First." *University of Pennsylvania Journal of International Law* 40: 419-464.
- Business & Human Rights Centre Website. in <https://www.business-humanrights.org/en/binding-treaty>. Latest update 20 August 2020.
- Business & Human Rights Centre Website. in <https://www.business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/implementation-tools-examples/implementation-by-governments/by-type-of-initiative/national-action-plans>. Latest update 4 June 2020.
- Cassel, Doug. 2018. "The Third Session of the UN Intergovernmental Working Group on a Business and Human Rights Treaty." *Business and Human Rights Journal* 3: 277-283.
- Cassel, Douglass and Anita Ramasastry. 2015. *White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights Prepared for the American Bar Association*. Center for Human Rights, and The Law Society of England and Wales.
- Center for International Legal Cooperation. 2019. "Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration." Center for International Legal Cooperation.
- Centre for Human Rights. 2000. "Discrimination against Women: The Convention and the Committee."
- Centre for Human Rights. 2003. "The Rights of Migrant Workers."
- CIDSE. 2016. "Options for Shaping the UN Treaty on Business and Human Rights." in <https://www.cidse.org/2016/07/06/options-for-shaping-the-un-treaty-on-businesses-and-human-rights/>. Latest update 2 December 2020.
- CIDSE. 2019. "Are the EU Going to Miss the Boat on the UN Binding Treaty?" in <https://www.cidse.org/2019/10/18/are-the-eu-going-to-miss-the-boat-on-the-un-binding-treaty/>. Latest update 2 December 2020.
- Committee of Ministers. "Recommendation CM/Rec. 2016. 3 of the Committee of Ministers to Member States."
- Craven, Matthew. 2001. "The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights." in Asbjørn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas (eds.). *Economic, Social and Cultural Rights* (2nd ed.), pp. 455-472. Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Cronstedt, Claes and Robert C. Thompson. 2016. "A Proposal for an International Arbitration Tribunal on Business and Human Rights." *Harvard International Law Journal* 57. in <https://>

- harvardilj.org/2016/07/a-proposal-for-an-international-arbitration-tribunal-on-business-and-human-rights/. Latest update 16 December 2020.
- Cronstedt, Claes, Jan Eijbouts and Robert C. Thompson. 2017. "International Business and Human Rights Arbitration." in <http://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2018/03/INTERNATIONAL-ARBITRATION-TO-RESOLVE-HUMAN-RIGHTS-DISPUTES-INVOLVING-BUSINESS-PROPOSAL-MAY-2017.pdf>. Latest update 16 December 2020.
- Deva, Surya. 2014. "The Human Rights Obligations of Business: Reimagining the Treaty." in [http://business-humanrights.org/media/documents/reimagine\\_int\\_law\\_for\\_bhr.pdf](http://business-humanrights.org/media/documents/reimagine_int_law_for_bhr.pdf). Latest update 25 November 2020.
- Detrick, Sharon. 1999. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- Dhir, Aaron A. 2005. "Human Rights Treaty Drafting Through the Lens of Mental Disability: The Proposed International Convention on the Protection and Promotion of the Dignity of Persons with Disabilities." *Stanford Journal of International Law* 41: 181-216.
- Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, 16 July 2018.
- Dunkelberg, Alonso G. 2020. "Soft Law in jus in bello and jus ad bellum: What Lessons for Business and Human Rights?" *AJIL Unbound* 114: 174-178.
- Dumbuya, Rashid. 2014. "Corporate Responsibility to Respect Human Rights: Is the UN Guiding Principles on Business and Human Rights Up to the Task or is There a Need for a Treaty on Business and Human Rights?" in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2541420> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2541420>.
- Economic and Social Council Resolution. 1985. 1985/17 Review of the Composition, Organization and Administrative Arrangements of the Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.
- Gazzini, Tarcisio. 2017. "The 2016 Morocco-Nigeria BIT: An Important Contribution to the Reform of Investment Treaties." in <https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/the-2016-morocco-nigeria-bit-an-important-contribution-to-the-reform-of-investment-treaties-tarcisio-gazzini/>. Latest update 16 December 2020.
- Global Campaign to Reclaim Peoples Sovereignty, Dismantle Corporate Power and Stop Impunity. 2020. "Comments and Amendments on the Revised Draft Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights." in [https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2020/10/Position-paper-Global-Campaign\\_2nd-revised-draft-TNCs\\_FINAL-2.pdf](https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2020/10/Position-paper-Global-Campaign_2nd-revised-draft-TNCs_FINAL-2.pdf). Latest update 1 December 2020.
- Hathaway, Oona A. 2002. "Do Human Rights Treaties Make a Difference?" *The Yale Law Journal*

- 111(8): 1935-2042.
- Human Rights Council. 2011. 17/4 Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises.
- Human Rights Council. 2014. 26/9 Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights.
- Human Rights Council. 2014. 26/22 Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises.
- International Commission of Jurists. 2014. Needs and Options for a New International Instrument in the Field of Business and Human Rights. Geneva: International Commission of Jurists.
- Johnston, Dana. 2020. "Human Rights Incorporated, Not Everyone Agrees." *Journal of Business, Entrepreneurship and the Law* 13(1): 95-128.
- International Organisation of Employers, International Chamber of Commerce. Business and Industry Advisory Committee to the OECD and Business Europe. 2018. Business Response to the Zero Draft Legally Binding Instrument to Regulate in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises ("Zero Draft Treaty") and the Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument ("Draft Optional Protocol").
- Kanter, Arlene S. 2003. "The Globalization of Disability Rights Law." *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 30: 241-269.
- Kirkebo, Tori Loven and Malcolm Langford. "Ground-Breaking? An Empirical Assessment of the Draft Business and Human Rights Treaty." *AJIL Unbound* 114: 179-186.
- Koike, Natsumi. 2015. "UDAPT Calls for a 'Global Minga' to Campaign for an International Treaty to Hold Corporate Criminals Accountable." in <https://www.tni.org/en/article/udapt-calls-for-a-global-minga-to-campaign-for-an-international-treaty-to-hold-corporate>. Latest update 25 November 2020.
- Kolieb, Jonathan. 2020. "Advancing the Business and Human Rights Treaty Project Through International Criminal Law: Assessing the Options for Legally-Binding Corporate Human Rights Obligations." *Georgetown Journal of International Law* 50: 789-838.
- Krajewski, Markus. 2020. "A Nightmare or a Nobel Dream? Establishing Investor Obligations Through Treaty-Making and Treaty-Application." *Business and Human Rights Journal* 5: 105-129.
- Latorre, Andrés F. López. 2020. "In Defence of Direct Obligations for Business Under International Human Rights Law." *Business and Human Rights Journal* 5: 56-83.
- La Vega, Connie D. 2017. "International Standards on Business and Human Rights: Is Drafting A New Treaty Worth It?" *University of San Francisco Law Review* 51(3): 431-468.
- Legal Resources Centre. 2016. "South Africa Debates the Merits of the Proposed Treaty." in



- <https://realisingrights.wordpress.com/2016/03/31/south-africa-debates-the-merits-of-the-proposed-treaty/>. Latest update 25 November 2020.
- Legally Binding Instrument to Regulate, in *International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, Zero Draft, 16 July 2018.
- Legally Binding Instrument to Regulate, in *International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, Revised Draft, 16 July 2019.
- Legally Binding Instrument to Regulate, in *International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, Second Revised Draft, 6 August 2020.
- Lopez, Carlos and Ben Shea. 2015. "Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: A Review of the First Intergovernmental Session." *Business and Human Rights Journal* 1: 111-116.
- Lopez, Carlos. 2017. "Struggling to Take Off?: The Second Session of Intergovernmental Negotiation on a Treaty on Business and Human Rights." *Business and Human Rights Journal* 2: 365-370.
- Lopez, Carlos. 2019. "The Revised Draft of a Treaty on Business and Human Rights: Ground-breaking Improvements and Brighter Prospects." in <https://www.iisd.org/itn/en/2019/10/02/the-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-ground-breaking-improvements-and-brighter-prospects-carlos-lopez/>. Latest update 1 December 2020.
- Mann, Howard. 2008. *Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*. International Institute for Sustainable Development. in [https://www.iisd.org/system/files/publications/iaa\\_business\\_human\\_rights.pdf](https://www.iisd.org/system/files/publications/iaa_business_human_rights.pdf). Latest update 20 December 2020.
- Mares, Radu. 2018. "Human Rights Due Diligence and Root Causes of Harm in Business Operation: A Textual Analysis of the Guiding Principles on Business and Human Rights." *Northeastern University Law Review* 10 (1): 1-71.
- Martens, Jens. 2014. *Corporate Influence on the Business and Human Rights Agenda of the United Nations*. Aachen: Bischöfliches Hilfswerk MISEREOR e.V., Berlin: Brot für die Welt and Bonn: Global Policy Forum.
- Martens, Jens and Karolin Seitz. 2016. *The Struggle for a UN Treaty Towards Global Regulation on Human Rights and Business*. N.Y.: Global Policy Forum and Rosa Luxemburg Stiftung.
- Meeran, Richard. 2019. "The Revised Draft: Access to Judicial Remedy for Victims of Multinationals' Abuse." in <https://www.business-humanrights.org/en/blog/the-revised-draft-access-to-judicial-remedy-for-victims-of-multinationals-abuse/>. Latest update 27 November 2020.
- Netherlands Model Investment Agreement. 2018.
- Nwapi, Chilenye. 2014. "Jurisdiction by Necessity and the Regulation of the Transnational Corporate Actor." *Utrecht Journal of International and European Law* 30(78): 24-43.

- O'Brien, Claire M. 2015. "Confronting the Constraints of the Medium: The Fifth Session of the UN Intergovernmental Working Group on a Business and Human Rights Treaty." *Business and Human Rights Journal* 5: 150-155.
- OEIGWG Chairmanship Second Revised Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises Explanatory Notes.
- Office of the High Commissioner for Human Rights. 2011. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*.
- Office of the High Commissioner for Human Rights Website. in <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>. Latest update 4 June 2020.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. 2005. *Human Rights and World Trade Agreements Using General Exception Causes to Protect Human Rights*.
- Oribhabor, Isedua. 2019. "Revised Draft UN Treaty on Business and Human Rights: A Few Steps Forward, a Few Unanswered Questions." in <https://www.accessnow.org/revised-draft-u-n-treaty-on-business-and-human-rights-a-few-steps-forward-a-few-unanswered-questions/>. Latest update 1 December 2020.
- Pachauri, S. K. 1999. *Children and Human Rights*. New Delhi: A. P. H. Publishing Corporation.
- PBI Mexico. 2018. "Why We Need a Binding Treaty for Business and Human Rights?" in <https://pbi-mexico.org/news/2018-09/why-do-we-need-binding-treaty-business-and-human-rights#:~:text=PBI%20believes%20that%20a%20Binding,rights%20cases%20throughout%20the%20world>. Latest update 1 December 2020.
- Ruggie, John Gerard. 2013. *Just Business Multinational Corporations and Human Rights*. N.Y.: W. W. Norton & Company.
- Ruggie, John Gerard. 2014. "A UN Business and Human Rights Treaty? An Issue Brief by John G. Ruggie." in <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/pdf-a-un-business-and-human-rights-treaty-an-issues-brief-by-john-g-ruggie/>. Latest update 1 December 2020.
- Schaik, Anne Van and Lucia Ortiz. 2016. "5 Years of Failure - Why UN Voluntary Measures Aren't Stopping Bad Business Behavior." in <https://www.commondreams.org/views/2016/06/15/5-years-failure-why-un-voluntary-measures-arent-stopping-bad-business-behavior>. Latest update 25 November 2020.
- Schutter, Oliver De. 2015. "Towards a New Treaty on Business and Human Rights." *Business and Human Rights Journal* 1: 41-67.
- Sensi, Stefano. 2003. "Global Trends in Disability Law Setting a Context for Irish Law Reform." Statement to the Public Conference Sponsored by the Human Rights Commission, the National Disability Authority and the Law Society Held at Black Place, Dublin.
- Smart, Sebastian. 2019. "Draft Treaty on Business and Human Rights: A Digital Environment

- Perspective.” in <https://www.cambridge.org/core/blog/2019/08/14/draft-treaty-on-business-and-human-rights-a-digital-environment-perspective/>. Latest update 27 November 2020.
- Statement of US Delegate Leonard Leo at the Commission on Human Rights on Item 17, “Transnational Corporations”, 20 April 2005.
- The Economist Intelligence Unit. 2015. *The Road from Principles to Practice: Today’s Challenges for Business in Respecting Human Rights*, pp. 1-34. The Economist Intelligence Unit Limited.
- Treaty Alliance. 2013. *Joint Statement: Call for an International Legally Binding Instrument on Human Rights, Transnational Corporations and Other Business Enterprises*.
- Updated Non-exhaustive List of Instruments and Documents Used by the Chairmanship of the OEIGWG. in <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx>. Latest update 13 January 2021.
- U.S. Mission to International Organizations in Geneva. 2018. “The United States’ Opposition to the Business and Human Rights Treaty Process.” in <https://geneva.usmission.gov/2018/10/15/the-united-states-opposition-to-the-business-and-human-rights-treaty-process/>. Latest update 26 September 2020.
- U.S. Mission to International Organizations in Geneva. 2019. “The United States Government’s Continued Opposition to the Business and Human Rights Treaty Process Geneva.” in <https://geneva.usmission.gov/2019/10/16/the-united-states-governments-continued-opposition-to-the-business-human-rights-treaty-process/>. Latest update 26 September 2020.
- Woods, Cindy S. 2015. “‘It Isn’t a State Problem’: The Minas Conga Mine Controversy and the Need for Binding International Obligations on Corporate Actors.” *Georgetown Journal of International Law* 46: 629-683.
- Zugliani, Niccolo. 2019. “Human Rights in International Investment Law: The 2016 Morocco-Nigeria Bilateral Investment Treaty.” *International & Comparative Law Quarterly* 68(3): 761-770.

# **Business and Human Rights: Moving from Guiding Principles toward Draft Treaty**

Fort Fu-Te Liao

Research Professor, Institute of Law, Academia Sinica, Taiwan

## **Abstract**

This article focuses its discussion on the historical development of business and human rights moving from guiding principles toward a draft treaty. It also analyses the drafts from three angles, namely: protection of rights, duties of the state, implementing mechanisms.

Moving from guiding principles toward a draft treaty in the field of business and human rights is not unique. A difficult problem is, however, how many years are needed to pass a treaty. Drafts have included thorough rules that can be regarded as forming a comprehensive instrument. Although some transnational investment states have not supported treaty-drafting, they may support the treaty after more careful consideration.

The drafts have covered all business enterprises, including transnational corporations. One question in doubt is whether the state itself is included. The drafts protect the rights of victims. However, there is a difference between rights in business and the rights of victims because of business activities. Drafts require the state to construct a good environment, protect victims, and investigate human rights abuses. It is argued that the definition of a victim may be limited, while the ambit of people to be protected may be broad.

Rules of measures that states should adopt in the drafts follow those of the Guiding Principles. The state has to build up remedial systems to secure justice for victims. But the drafts ignore remedial mechanisms inside corporations. The drafts also rule that existing agreements shall be implemented in a manner that will not undermine the state's capacity to fulfill

its obligations, and that new agreements shall be compatible with the state's human rights obligations.

The drafts set up a Conference of States Parties, and recommend the International Court of Justice as the best dispute-settlement organ. An international monitoring committee is also established, the rules of which are based on the experience of other core international human rights treaties. Unfortunately, the drafts limit appeals to individual communications only, thus failing to allow for full investigation. Comprehensive rules of National Implementation Mechanisms are included in the more advanced drafts.

### **Keywords**

Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises, Second Revised Draft; Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises; Guiding Principles on Business and Human Rights; Protection of Rights; State Obligation; Access to Remedy; Implementation and Monitor Mechanism; National Implementation Mechanism

---