

# Business & Human Rights: Optimism and Concern from the U.S. Perspective

Christiana Ochoa\*

---

- I. Introduction
- II. Accountability through Litigation
- III. The Guiding Principles and Two Paths Forward
- IV. Conclusion: The More Things Change...

## Abstract

The forty–five years from the release of the first report on the subject to the release of the Zero Draft have been accompanied by vibrant scholarly work and debate, as well as a significant jurisprudence, corporate engagement, and civil society discourse. The work is largely recognized as completed, and this moment has been aptly called “the end of the beginning” in the field of business and human rights. It is in this context that this Essay will discuss both the casualties and laments of the past forty–five years, as well as the grounding for optimism at this moment. Though we should not lose sight of the intrinsically global and transnational nature of all issues evoked by discussions on business and human rights, this Essay will focus my reflections on the role of, and perspectives from, the United States. In addition, the multiple approaches to governance that have

---

\* Associate Dean for Research and Faculty Affairs, Professor of Law and Class of 1950 Herman B Wells Endowed Professor, Indiana University Maurer School of Law, Bloomington, Indiana. Many thanks to Sang Soo Lee and Jungsik Kim for their generous invitation and coordination of my participation in the conference on Corporate Accountability for Human Rights Abuses and the Law, hosted by the Sogang University Institute for Legal Studies, for which this Essay was prepared.

germinated in this field require that the Essay provide only a cursory overview of the current state of play.

During the early years of the United Nations' exploration into large-scale tortious acts committed in far-off places, transnational businesses operated under fairly generalized legal impunity. This reality was made possible by the combination of the 'corporate veil', together with a historically strict application of extraterritoriality, and an absence of international human rights law directly governing businesses. Since the *Kiobel* decision, and again since *Jesner*, a number of authors in the United States have also asked where the claims making up corporate ATS(the Alien Tort Statue) litigation might land, if not in U.S. federal courts. They have looked downward, upward, and sideways and found potential venues in each of those locations. Given the difficulty present in each of the litigation paths currently available, I.e., in US state and federal courts and in the courts of other countries, and in international tribunals, scholars and advocates in the field of business & human rights have turned to the task of entrenching new binding legal obligations on corporations, primarily the duty of corporations to engage in human rights due diligence suggested by the Guiding Principles. They argue for the legalization of a requirement to engage in human rights due diligence mandatory for all businesses, including parent companies.

The United States produced its first NAP(National Action Plan) in December 2016. The White House National Security Council led and coordinated a multi-stakeholder process that included more than a dozen federal agencies as well as consultations with civil society organizations, businesses, academics, labor unions, indigenous peoples representatives and foreign governments. In addition, the U.S. government maintained an email address for submissions related to the NAP from the public at large, which were collected but never made public. The NAP lists a number of new actions that various agencies within the government will undertake in order to effectuate the goals of the NAP. Despite these positive attributes, the U.S. NAP is not considered best practices and falls short of many other NAPs.

Even as the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights was drafted, the

International Chamber of Commerce stood in clear opposition to the effort. Indeed, the United States' and ICC's opposition was among the reasons the Norms failed to gain the support of a sufficient number of states, and failed to be adopted.

Still, to conclude that the field of business and human rights has failed to change would be to overlook the tremendous data and understanding collected through the innovations of the Global Compact and the work leading to the Guiding Principles, not to mention the B-Corp Movement, the Equator Principles, the proliferate voluntary codes governing nearly every large industry, the creation of NAPs in an ever-larger number of States, the domestic legislation and press-garnering litigation in most of the world's most important home-state jurisdictions, the advancement of the language of human rights inside of the world's economic order, and, most importantly, the popular awareness that has come to surround the activities of business actors. These phenomena, viewed cumulatively, significantly bear on the evolving legal landscape for business actors. Indeed, transnational corporations and other business actors now find themselves enmeshed in a fabric of social and economic responsibility that has emerged throughout the past half century. This is the stuff of emerging social norms and, over time, the formation of legitimate law.

- Key Words Business and Human rights, the Zero Draft (the Zero Draft of a Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises), Jurisdiction, Due diligence, National Actions Plans on business and human rights (NAPs)
- 

## I . Introduction

In 1973, the United Nations released its first major report on multinational corporations.<sup>1)</sup> This report referenced, for the first time, the need to regulate transnational corporations. Nearly 10 years later, the Economic and Social Council of

---

1) See, United Nations, *Multinational Corporations in World Development* (United Nations, 1973). For a full account of the negotiations surrounding the UN Code of Conduct, see Karl Sauvant, *The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, 16 *Journal of World Investment & Trade* 11–87 (2015).

the United Nations requested that an Intergovernmental Working Group on a Code of Conduct on Transnational Corporations convene with the purpose of drafting such a code.<sup>2)</sup> The Code of Conduct was never adopted and remains abandoned as a draft in the archival history of Business & Human Rights. In 2004, it was joined there by the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights,<sup>3)</sup> when the Norms failed to garner the state support necessary to progress further down the path from soft norms to harder law. Finally, in 2005, the Sub-Commission of the then UN Secretary-General Kofi Annan (and later, Ban Ki-moon), appointed John Ruggie to the post of Special Representative of the Secretary General on human rights and transnational corporations and other business enterprises. His appointment ultimately resulted in the June 2011 endorsement of the Guiding Principles on Business and Human Rights by the UN Human Rights Council and the creation of a working group on business and human rights that same year. In 2014, another Intergovernmental Working Group was charged by the Human Rights Council with elaborating a draft treaty on business and human rights.<sup>4)</sup> In the four years since, a vibrant debate has ensued on the value of the Guiding Principles, their successes and failings, and the necessity and contents of a binding treaty. On July 16 of this year (2018), the Intergovernmental Working Group on the articulation of a business and human rights treaty (IGWG) produced the so-called Zero Draft of a Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises (the “Zero Draft”).<sup>5)</sup>

The forty-five years from the release of the first report on the subject to the release of the Zero Draft have, of course, been accompanied by vibrant scholarly work and debate, as well as a significant jurisprudence, corporate engagement, and civil society

---

2) U.N. Code of Conduct on Transnational Corporations, 23 I.L.M. 626 (1984).

3) Approved August 13, 2003, by U.N. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights resolution 2003/16, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.11 at 52 (2003).

4) Resolution 26/9 (available in multiple languages at [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9)).

5) Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Zero Draft, (2018).

discourse and activism that, cumulatively, has resulted in a much better understanding of how the once very distinct ideas of “business” and “human rights” are now merged by an ampersand that signifies the introduction of polycentric governance and law binding businesses, sometimes softly and sometimes concretely, to take cognizance of international human rights. The work of the intrepid scholars, judges, activists and individuals who have charted the course through the vexing problems impeding the course from the 1970s and 80s to the current day is largely recognized as completed, and this moment has been aptly called “the end of the beginning” in the field of business and human rights.<sup>6)</sup>

It is in this context that this Essay will discuss both the casualties and laments of the past forty–five years, as well as the grounding for optimism at this moment. This Essay was prepared as a contribution to a conference on Corporate Accountability for Human Rights Abuses and the Law held in Seoul, South Korea in October, 2018. Because I was invited to focus my reflections on the role of, and perspectives from, the United States, this Essay will rarely drift afield of these boundaries, though readers should not lose sight of the intrinsically global and transnational nature of all issues evoked by discussions on business and human rights. In addition, the multiple approaches to governance that have germinated in this field require that the Essay provide only a cursory overview of the current state of play, rather than a thorough exposition and theorization, of these innovations. This Essay will proceed by way of an exposition of the most important governance tools currently under discussion in the United States aimed at the prevention of and responsibility for human rights harms by business enterprises. It will conclude by reflecting on the plurality of governance tools that have arisen to address this complex and global area of scholarly and practical interest.

During the early years of the United Nations’ exploration into the conduct of transnational business activity, a transnational business engaged in a large–scale tort in far–off places operated under fairly generalized legal impunity. This reality was made

---

6) Cesar A Rodriguez Garavito, *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Cambridge University Press, 2017.

possible by the combination of the ‘corporate veil’, together with a historically strict application of extraterritoriality principles (prohibiting the laws and courts of one state to reach into conduct occurring in another), and an absence of international human rights law directly governing businesses. This environment of impunity resulted in an assessment by business actors that the risk of participating in conversations about conduct that violated modern notions of human and environmental rights was much higher than the potential risks of abstaining from or denouncing these discussions. Even as the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights was drafted, the International Chamber of Commerce stood in clear opposition to the effort. Indeed, the United States’ and ICC’s opposition was among the reasons the Norms failed to gain the support of a sufficient number of states, and failed to be adopted.

## II. Accountability through Litigation

The absence of an international treaty was resonant with the absence of concrete legal mechanisms for holding business actors accountable for violations of human rights. Only in extraordinary circumstances were the home state courts of parent companies willing to find that the acts of company subsidiaries, located in a different state, could be scrutinized. The obstacles to such determinations – extraterritoriality principles, doctrines maintaining the separate legal personality of the parents and subsidiaries of corporations, and *forum non conveniens* – were significant.

### 1. United States Federal Courts

Starting in 1996, however, the Alien Tort Statute became the focal point for the effort to use litigation to impose responsibilities for human rights harms on business actors into a set of concrete legal claims, rather than merely a set of efforts to make hortatory declarations through international institutions. In December 2004, just months

before the UN Special Representative of the Secretary General on human rights and transnational corporations and other business enterprises (SRSG) was appointed, the parties to *Doe v. Unocal* agreed to settle their case. The undisclosed settlement amount was sufficient to “compensate plaintiffs and provide funds enabling plaintiffs and their representatives to develop programs to improve living conditions, health care and education and protect the rights of people from the pipeline region...[and to] provide substantial assistance to people who may have suffered hardships in the region.”<sup>7)</sup> This settlement was reached at a time when foreign defendants viewed the ATS with optimism and were using the statute to bring a record number of claims against the foreign subsidiaries of U.S. corporations.<sup>8)</sup> In retrospect, it represented the high water mark for ATS litigation.

As of April 2013, when the Supreme Court issued its decision in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*,<sup>9)</sup> not a single ATS claim had yielded a decision on the merits in favor of the plaintiffs against a U.S. or foreign corporate defendant. Still today, after decades of efforts by foreign plaintiffs, these cases have garnered little to no success in the doctrinal jurisprudence of U.S. federal courts. The legal mechanisms of the corporate veil,<sup>10)</sup> historical presumptions against extraterritorial application of U.S. law, and the doctrine of *forum non conveniens*<sup>11)</sup> have held strong, such that the plaintiffs in the corporate ATS cases continue to find no viable mechanism for redress in U.S. federal courts. Indeed, there were four outstanding questions after *Kiobel*: questions

---

7) Archived copy of Earth Rights International’s announcement of the settlement. Available at [https://web.archive.org/web/20090212032048/http://www.earthrights.org:80/legalfeature/final\\_settlement\\_reached\\_in\\_doe\\_v\\_unocal.html](https://web.archive.org/web/20090212032048/http://www.earthrights.org:80/legalfeature/final_settlement_reached_in_doe_v_unocal.html) (last visited October 9, 2018).

8) See B. Stephens, *The Curious History of the Alien Tort Statute* (2014) 89 *Notre Dame Law Review* 1467, 1518.

9) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

10) See, *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014) in which the court suggested that U.S. courts may have personal jurisdiction only over corporations incorporated or having their principle place of business in the U.S.

11) See e.g., Memorandum in *Acuna-Atalaya v. Newmont Mining Corp.*, in which the Delaware district court judge dismissed a case in which Peruvian farmers were seeking relief from alleged evictions by Newmont Mining in the Yanachoca region of Peru. The dismissal was based on *forum non conveniens*. *Acuna-Atalaya v. Newmont Mining Corp.*, No. 17-cv-01315-GAM in the U.S. District Court for the District of Delaware. The memorandum of dismissal is available at <https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/delaware/dedce/1:2017cv01315/63230/92> (last visited, October 10, 2018).

related to the court's general and personal jurisdiction over defendants, questions relating to the issue of "touch and concern" (i.e., how much conduct and of what character is required for a US corporation to be subject to the jurisdiction of US federal courts), questions about whether aiding and abetting was sufficient involvement for liability under the ATS, and questions about whether the ATS applied to corporations (or only to individuals).<sup>12)</sup>

There continue to be cases in US federal courts alleging human rights harms by corporate actors. In *Jesner v. Arab Bank, PLC.*, the Supreme Court decided this final question in April, 2018 and insulated foreign corporations (and, depending on one's reading of the opinion, perhaps insulated US corporations as well) from liability under the ATS.<sup>13)</sup> In the time since the original corporate ATS cases in 1996, there have been no final holdings in favor of plaintiffs in cases alleging human rights harms committed by corporate actors and in the months since the *Jesner* decision, academic discussion of the ATS bears the qualities of a funerary obituary. The funeral may be premature, however. In October 2018, a three judge panel of the United States Ninth Circuit Court of Appeals ruled that a suit brought on behalf of former child slaves can proceed against Nestle and Cargill under the Alien Tort Statute for using former child slaves in cocoa harvesting. The ruling allows for the possibility that a U.S. corporation may be held liable under the ATS for aiding and abetting, and that the acts of Nestle and Cargill in the United States may amount to aiding and abetting of child slavery in Ivory Coast.<sup>14)</sup> The panel remanded the case "to allow plaintiffs to amend their complaint [in light of *Jesner v. Arab Bank*] to specify whether aiding and abetting conduct that took place in the United States is attributable to the domestic corporations

---

12) Dodge, William S., Business and Human Rights Litigation in U.S. Courts Before and after Kiobel (April 1, 2015). Business and Human Rights: From Principles to Practice. Available at SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=2625691> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2625691>

13) *Jesner v. Arab Bank, PLC.*, 584 S. Ct. \_\_\_\_ (2018). See also First Mondays Podcast, *OT2017 #3: "Nowheresville" (ft. Nina Totenberg)*, SCOTUSblog (Oct. 16, 2017, 9:19 AM), <http://www.scotusblog.com/2017/10/ot2017-3-nowheresville-ft-nina-totenberg/> (discussing, at some length, the oral arguments before the Supreme Court).

14) *Doe v. Nestle, S.A.*, No. 17-55435 (9th Cir. 2018) - available <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/10/23/17-55435.pdf>



in this case.”<sup>15)</sup> The case may determine whether the ATS still has any life at all.

Since the *Kiobel* decision, and again since *Jesner*, a number of authors in the United States have also asked where the claims making up corporate ATS litigation might land, if not in U.S. federal courts. They have looked downward, upward, and sideways and found potential venues in each of those locations.

## 2. State courts

Soon after *Kiobel*, Professors Stevens and Hoffman contributed an excellent synopsis of the potential for state courts in the US to hear claims by ATS-type plaintiffs.<sup>16)</sup> In the years since, others have made important contributions to this discussion.<sup>17)</sup> Two primary observations drive the view that state courts in the US can serve as appropriate venues for these cases.

First, “courts, commentators, and litigators have long recognized that the ATS affords federal jurisdiction over common law claims that also fall within the jurisdiction of state courts.”<sup>18)</sup> Second, every human rights violation can also be characterized as a tort or set of torts. “Torture is assault and battery. Terrorism is wrongful death. Slavery is false imprisonment.”<sup>19)</sup> Importantly, state courts have jurisdiction over “transitory torts” (claims arising outside of their territory), if the court has jurisdiction over the defendant. State courts enjoy grants of general jurisdiction such that, as long as they

---

15) *Id.*

16) Hoffman, Paul and Stephens, Beth, International Human Rights Cases under State Law and in State Courts (November 1, 2012). 3 U.C. IRVINE L. REV. 9 (2013). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2226559>

17) See Skinner, Gwynne, Beyond *Kiobel*: Providing Access to Judicial Remedies for Violations of International Human Rights Norms by Transnational Business in a New (Post-*Kiobel*) World (December 30, 2014). Columbia Human Rights Law Review, Vol. 46, No. 158, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2544131> and Davis, Seth and Whytock, Christopher A., State Remedies for Human Rights (March 13, 2018). 98 B.U. L. Rev. 397 (2018), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3140089>

18) Hoffman, Paul and Stephens, Beth, International Human Rights Cases under State Law and in State Courts (November 1, 2012). 3 U.C. IRVINE L. REV. 9, at 10. (2013). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2226559>

19) Alford, Roger Paul, Human Rights after *Kiobel*: Choice of Law and the Rise of Transnational Tort Litigation (August 27, 2014). 63 Emory Law Journal 1089, 1091 (2014); Notre Dame Legal Studies Paper No. 1428. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2487919>

have jurisdiction over the particular defendant, state courts will have jurisdiction over certain human rights claims for actions committed in a foreign location.<sup>20)</sup>

Authors writing in the area argue persuasively that the Supreme Court's restrictive decisions in the ATS cases will push these cases into other courts and believe that US state courts are not foreclosed, and indeed have long been open, to human rights claims that can be characterized as transitory torts. The states' independent interests in redressing tortious wrongs, these authors contend, has and does extend to human rights violations. In the event that states are hearing claims characterized as violations of international law, there remains a possibility that states' interests in providing remedies for these harms are outweighed by foreign relations concerns.<sup>21)</sup> Importantly, cases before state courts would not impose limitations on liability for corporate actors, nor for claims based on aiding and abetting, as both are firmly established in the tort doctrines of every state in the United States.<sup>22)</sup>

Roger Alford has made a similar observation, and argues that both state and federal courts could continue to hear human rights claims framed as torts: in cases in which the United States has a strong interest in addressing the violation, domestic tort law will apply, while in other cases, foreign tort law would apply.<sup>23)</sup>

Not all scholars, and not all state courts, agree that this turn to state courts is a good idea. Austen Parrish, for example, has argued persuasively that state law is not appropriate for addressing human rights claims.<sup>24)</sup> Similarly, state courts will certainly take a variety of views on this issue, and not all of them will be welcoming to such claims.<sup>25)</sup>

---

20) *id* at 11 and Davis, Seth and Whytock, Christopher A., *State Remedies for Human Rights* (March 13, 2018). 98 B.U. L. Rev. 397 at 430 (2018), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3140089>

21) Davis and Whytock, at 481. Davis, Seth and Whytock, Christopher A., *State Remedies for Human Rights* (March 13, 2018). 98 B.U. L. Rev. 397 at 430 (2018), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3140089>

22) Hoffman and Stephens, at 18–19. Hoffman, Paul and Stephens, Beth, *International Human Rights Cases under State Law and in State Courts* (November 1, 2012). 3 U.C. IRVINE L. REV. 9, at 10. (2013). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2226559>.

23) Alford, Roger Paul, *Human Rights after Kiobel: Choice of Law and the Rise of Transnational Tort Litigation* (August 27, 2014). 63 Emory Law Journal 1089, 1092 (2014); Notre Dame Legal Studies Paper No. 1428. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2487919>

24) But see, e.g. Austen L. Parrish, *State Court International Human Rights Litigation: A Concerning Trend*, 3 U.C. Irvine L. Rev. 25, 40 (2013).

25) See *Al Shimari v. CACI Int'l, Inc.*, 679 F.3d 205, 230–31 (4th Cir. 2012) (en banc) (Wilkinson, J.,

### 3. International Tribunals

Another potential avenue for redress for plaintiffs of at least a small set of human rights harms may be the International Criminal Court. However, as readers will be aware, the ICC's own rules will restrict jurisdiction over all but the most egregious claims, such as mass atrocities.<sup>26)</sup> The great majority of claims originally brought under the corporate ATS litigation would fall outside of the ICC's purview.

### 4. Horizontal Solutions

Plaintiffs looking for legal accountability and redress have experimented with cases in legal systems outside of the United States, with mixed success.<sup>27)</sup> In a small number of cases in Canada and the European Union, plaintiffs have overcome the barriers of *forum non conveniens* and corporate form. The Supreme Court of Canada, for example, has cleared the way for a case against Tahoe Resources Inc. to be heard in Canadian courts, despite defendant's arguments that Guatemalan courts were the more appropriate forum for the case.<sup>28)</sup> Similarly, in December 2015, a Dutch appeals court held that Shell's Dutch based parent company could be held liable for the harms resulting from an oil spill by its subsidiary in Nigeria, and that case is still proceeding.<sup>29)</sup>

---

dissenting) (asserting that "there is no indication whatsoever that the Commonwealth of Virginia has any interest in having its tort law applied abroad" in torture claim against private U.S. military contractor and emphasizing that "federal government has exclusive power over foreign affairs").

26) Travis, Hannibal, Reparations for Mass Atrocities as a Path to Peace: After *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, Can Victims Seek Relief at the International Criminal Court? (September 29, 2014). Brooklyn Journal of International Law, Vol. 40, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2496089>

27) Skinner, Gwynne, Beyond Kiobel: Providing Access to Judicial Remedies for Violations of International Human Rights Norms by Transnational Business in a New (Post-Kiobel) World (December 30, 2014). Columbia Human Rights Law Review, Vol. 46, No. 158, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2544131>

28) *Supreme Court Clears Way for Lawsuit by Mine Protesters in Guatemala*, CTV, June 8, 2017. Available at <https://www.ctvnews.ca/politics/supreme-court-clears-way-for-lawsuit-by-mine-protesters-in-guatemala-1.3449292> (last visited October 10, 2018).

29) <https://www.theguardian.com/global-development/2015/dec/18/dutch-appeals-court-shell-oil-spills-nigeria>

## 5. Creating New Causes of Action

Given the difficulty present in each of the litigation paths currently available, in US state and federal courts, in the courts of other countries, and in international tribunals, scholars and advocates in the field of business & human rights have turned to the task of entrenching new binding legal obligations on corporations, primarily the duty of corporations to engage in human rights due diligence suggested by the Guiding Principles. They argue for the legalization of a requirement to engage in human rights due diligence which would be statutorily created and mandatory for all businesses, including parent companies.

Douglass Cassel in the United States, for example, argues persuasively, in the context of the Guiding Principles, for a “business duty of care to exercise human rights due diligence, judicially enforceable in common law countries by tort suits for negligence brought by persons whose potential injuries were reasonably foreseeable.”<sup>30)</sup> Gwynne Skinner made similar arguments.<sup>31)</sup> This liability would extend to parents as well as to subsidiaries of corporations. Under this proposal, in the event that a corporation did not exercise due diligence with respect to its human rights impacts, this would create a rebuttable presumption of causation such that “a company could then avoid liability only by carrying its burden to prove that the risk of the human rights violations was not reasonably foreseeable, or that the damages would have resulted even if the company had exercised due diligence.”<sup>32)</sup>

This would be a significant benefit to future plaintiffs in US courts, who currently must demonstrate that the corporate form itself is being used in a fraudulent or improper manner in order to cause a parent company to be liable for the acts of its

---

30) Douglass Cassell, Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence, 1 Bus. & Hum.Rts. J. 179 (2016). Available at: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/1263](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1263)

31) See Skinner, Gwynne, Beyond Kiobel: Providing Access to Judicial Remedies for Violations of International Human Rights Norms by Transnational Business in a New (Post-Kiobel) World (December 30, 2014). Columbia Human Rights Law Review, Vol. 46, No. 158, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2544131> at p. 261.

32) Id.

subsidiaries. It would also serve as a legal mechanism for the implementation of the Guidelines, and perhaps for implementation of a future treaty.

### III. The Guiding Principles and Two Paths Forward

Well before the Guiding Principles were unanimously endorsed by the Human Rights Council in 2011, there was widespread anticipation of what would follow that endorsement. During the second phase of the SRSG's work, many human rights activists and some academic human rights lawyers criticized the emerging Guiding Principles for not pointing toward international legalization. For this sector, a binding international treaty would represent, at the very least, an expressive victory on the issue of business and human rights. For them, the pluralistic, soft law structure of the Guiding Principles was never going to fulfill their expectations.

On the other hand, many of the countries and companies that participated in the workshops and advisory sessions that resulted in the Guiding Principles did so precisely because the methodology of the SRSG's work and because the goal of the Guiding Principles was that the responsibilities arising from them would be based on the formation of global social norms,<sup>33)</sup> rather than a set of legal duties.<sup>34)</sup> This division, which was largely smoothed over by the work of the SRSG and the Guiding Principles, continues today, seven years after the Guiding Principles' endorsement, and

---

33) Ruggie, John Gerard, *Regulating Multinationals: The UN Guiding Principles, Civil Society, and International Legalization* (July 30, 2014) at fn. 20. *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, César Rodríguez-Garavito, ed., Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2474236>

34) The settlement reached in *Doe v Unocal* (discussed at fn 8, *infra*.) altered the risk assessments of United States-based corporations. The increased risk of litigation, together with John Ruggie's inclusive methodology, caused the ICC and many of the world's largest corporations to accept, rather than resist, the SRSG's overtures to participate in the multi-stakeholder process that would result in the Guiding Principles. See, Ruggie, John Gerard, *Regulating Multinationals: The UN Guiding Principles, Civil Society, and International Legalization* (July 30, 2014) at p. 12. *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, César Rodríguez-Garavito, ed., Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2474236>

See also John Ruggie, *Global Governance and 'New Governance Theory': Lessons from Business and Human Rights*, 20 *Global Governance*, 20 (Jan.–Mar. 2014).

reverberates through the international efforts regarding business responsibility for human rights harms and it is characterized most concretely by the current efforts of two distinct working groups charged by the Human Rights Council to make advances in the area of business and human rights.

On June 26, 2014, the day after the Human Rights Council adopted a proposal put forth by Ecuador to establish a working group charged with elaborating a treaty on business and human rights (the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights “OEIGWG”). The OEIGWG has met annually since the Ecuadoran proposal was adopted and, in July 2018, released a draft text for discussion on a treaty on business and human rights.<sup>35)</sup>

The very next day, the Council adopted a resolution co-sponsored by forty-four countries, extending the mandate of the expert working group established by the Council in 2011 to build on and promote the General Principles (the Working Group). This second resolution also requests the Commissioner for Human Rights to facilitate a consultative process with states, experts, and other stakeholders exploring the “full range of legal options and practical measures to improve access to remedy for victims of business-related human rights abuses,” and asks Working Group to report on implementation of the Guiding Principles.<sup>36)</sup> The Working Group, made up of five independent experts, has a broad mandate that includes promoting the effective and comprehensive dissemination and implementation of the Guiding Principles. Since it was established in 2011, the Working Group has submitted ten issue-based reports to the Council, as well as seven reports emerging from country visits. It has also submitted numerous reports to the General Assembly and continues to study and promote the implementation of the Guiding Principles.<sup>37)</sup> The methodology of the

---

35) [cite to Zero Draft]

36) Id. Ruggie, *Regulating Multinationals* at p. 10, citing UN Document A/HRC/26/L.1, Rev.1. Because the resolution was adopted by consensus, no vote was necessary. The Working Group’s mandate was again renewed by consensus in 2017. UN Document A/HRC/RES/35/7.

37) A full catalogue of the Working Group’s charge and submissions is available at <https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/wghrandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>

Working Group has, to date, been consistent with the methodology that led to the development of the Guiding Principles. It is based on multi-stakeholder participation, informed by field work and stakeholder consultation, as well as submissions and reports on discrete human rights violations, and it aims to improve access to remedies for victims of such harms.

The Working Group is also charged with facilitating and providing support for all states to develop a national action plan on business and human rights. This is one of the chief strategies for domestic implementation of states' responsibility to operationalize the Guiding Principles.

## 1. National Action Plans

Starting in 2013, the Working Group has consulted with governments, companies, civil society, human rights institutions, and academics on the process and contents of national actions plans on business and human rights (NAPs). NAPs are described by the Working Group as an “evolving policy strategy developed by a State to protect against adverse human rights impacts by business enterprises in conformity with the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (Guiding Principles).”<sup>38)</sup> As of October 2018, twenty-one countries have produced a NAP, twenty-three others are in the process of developing a NAP or have committed to doing so, and governments or civil society in nine additional countries have begun steps toward developing a NAP.<sup>39)</sup>

The Working Group has produced guidance on NAPs,<sup>40)</sup> as have other organizations such as the Danish Institute for Human Rights,<sup>41)</sup> and academics.<sup>42)</sup> While each of the

---

38) UN Working Group on Business and Human Rights, Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights, at i., (2014).

39) For a list of the countries under each stage of NAP development, see <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>

40) Id.

41) Danish Institute for Human Rights, National Action Plans on Business and Human Rights Toolkit – 2017 edition, available at <https://www.humanrights.dk/publications/national-action-plans-business-human-rights-toolkit-2017-edition>

42) de Felice, Damiano and Graf, Andreas, The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and

sources of guidance is different from the others in some form, they all have common features including 1) recommendations for multi-stakeholder participation, 2) recommendations for baseline assessments and analyses of the existing gaps between the national baseline and the Guiding Principles, 3) calls for transparency both in the formulation and monitoring of the NAPs, 4) the involvement of all relevant state agencies, and 5) recommendations for ongoing monitoring and modification of the NAPs. With respect to content, the sources of guidance also recommend that NAPs 1) express the State's commitment to the principles and content of the Guiding Principles, 2) contain as much of the form and content of the Guiding Principles as possible, 3) offer time lines, commitments and metrics for measuring success and 4) contemplate capacity-building requirements of the state, civil society and private sectors.

The United States produced its first NAP in December 2016,<sup>43)</sup> after much of the guidance cited herein was already available. The United States NAP conforms with some of the recommendations discussed above, and is out of step with others, as will now be discussed.

The United States' NAP is commendable in some respects. The White House National Security Council led and coordinated a multi-stakeholder process that included more than a dozen federal agencies as well as consultations with civil society organizations, businesses and academics, labor unions, indigenous peoples representatives and foreign governments.<sup>44)</sup> In addition, the U.S. government maintained an email address for submissions related to the NAP from the public at large, which were collected but never made public.<sup>45)</sup> The NAP lists a number of new actions which various agencies within the government will undertake in order to effectuate the goals of the NAP.<sup>46)</sup> Unfortunately, the praise for the US NAP should

---

Human Rights (2015). *Journal of Human Rights Practice* (2015) 7 (1): 40–71 (DOI: 10.1093/jhuman/huu023). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2543447>

43) John Kerry, *Responsible Business Conduct: First National Action Plan for the United States of America*, December 16, 2016. Available at <https://www.state.gov/e/eb/eppd/csr/naprbc/index.htm>

44) *Id.*, Annex I.

45) *Id.*

46) The NAP has a number of "New Actions" that can be found within each "Outcome" under the NAP. See, *id.*



probably stop there.

With respect to the process for the development and monitoring of the NAP, the US model falls short. Although the NAP states that the development of the NAP “included a stocktaking of laws and policies implemented to date that support [responsible business conduct],”<sup>47)</sup> the United States did not carry out a baseline assessment, nor did it assess the gaps between the US baseline and the Guiding Principles. And, while the drafting process was arguably inclusive, it was not transparent. In addition, the NAP was finalized during the last days of the Obama administration. Information on the implementation of the NAP, and information on the monitoring of the NAP in the United States, is scarce to non-existent. Indeed, the NAP does not include any framework for monitoring or assessment of the commitments made in the NAP, nor any timelines for assessments. Further, under the new administration, it is unclear that either the Labor Department or the State Department (the two Departments charged with the largest share of responsibilities under the NAP) have taken any action in connection with the NAP since the new administration took office, and there have been no reports to date on the United States’ progress or compliance with its NAP.

With respect to the substance of the NAP, the United States NAP again bears some positive and some disappointing features. While it does directly address particular behaviors, such as human trafficking, child labor, corruption, transparency and the role of the government in the supply chains implicated in public procurement, the NAP is framed as part of the U.S. effort to promote “responsible business conduct.” Human rights figure as just one of a set of issues addressed under the NAP, and the Guiding Principles do not figure more prominently in the document than other instruments, such as the OECD Guidelines for Multinational Enterprises.<sup>48)</sup> Still, the NAP does address the Guiding Principles in stating that they “apply to all States and business enterprises”<sup>49)</sup> and that the “U.S. government, through [the Department of] State, will continue to disseminate the UN Guiding Principles through our bilateral, multilateral,

---

47) *Id.*, Annex I.

48) *Id.* at 6.

49) *Id.* at 5, fn 2.

and public diplomacy efforts. State will continue to participate in and host discussion s...on these Guiding Principles, including through its on-going UN Guiding Principles Workshop Series.”<sup>50)</sup>

The U.S. NAP introduces very few new obligatory, regulatory actions and is, instead, oriented heavily toward voluntary measures. Indeed, the new actions to be taken by the government under the NAP are almost entirely voluntary, and the mandatory regulatory actions included in the NAP are almost all on-going, rather than new. The one exception is arguably the 2016 enactment of the Trade Facilitation Act of 2015, which has “removed an exception...that allowed for the importation of certain forced labor-produced goods.”<sup>51)</sup>

With respect to focusing on the most egregious human rights harms, the NAP focuses specifically on child labor, human trafficking and forced labor but no other human rights harms specifically. And, other than addressing child labor, the NAP does not address the specific vulnerability of any other groups, such as women, indigenous communities, LGBT people, or groups that are otherwise targeted because of their political, religious, racial or cultural identities.

As stated previously, the NAPs contain no timelines or measurable outcomes or metrics, largely because of the vagueness with which they were written. And, other than stating new commitments under each section, the NAP does not discuss whether the U.S. requires additional capacity building in order to promote and implement the Guiding Principles, nor what steps might be taken toward such capacity building.

With respect to victims’ access to remedies for human rights harms, the U.S. NAP is particularly disappointing. This is the shortest section of the NAP and includes no ongoing commitments or initiatives. It makes no commitments for creating new avenues for addressing harms, instead stating that it will “host stakeholder outreach and explore with one or more advisory committee(s) as to how the U.S. government can work with U.S. companies to help address concerns about the perceived lack of accessible and effective remedy available to those who feel they have been negatively

---

50) Id. at 8.

51) Id. at 9.

impacted by U.S. business conduct abroad.”<sup>52)</sup> The only additional commitment under the NAP relates to the U.S. National Contact Point created under the OECD Guidelines. The U.S. commits to 1) undergo a peer review of its National Contact Point, 2) create an outreach plan which will include stakeholders outside of the United States, and 3) implement procedures for individuals who would like to file a complaint through the USNCP process and do not speak English.<sup>53)</sup>

The U.S. NAP falls short of best practice and it falls short of even the better existing NAPs.<sup>54)</sup> For example, Germany and Scotland have both included baseline assessments as part of their NAP drafting process,<sup>55)</sup> the U.K. and Finland include information on implementation and monitoring,<sup>56)</sup> and the U.K., Dutch, Danish and Finnish NAPs all contain an explicit commitment to the full text of the Guiding Principles, including the full range of human rights, as they apply domestically and extraterritorially.<sup>57)</sup>

The content of the U.S. NAP is most disappointing, however, in light of its posture toward the possibility of a treaty. As readers will recall, on June 26, 2014, the day before the Human Rights Council adopted the resolution extending the mandate of the Working Group, which has led to the further development of NAPs, the Council adopted the Ecuadoran proposal to establish a working group charged with elaborating a treaty on business and human rights.<sup>58)</sup> The vote on the resolution exposed the deep divisions

---

52) Id. at 23.

53) Id. The USNCP has considered 55 “Specific Instances” since June 2000. See, <https://www.state.gov/e/eb/oecd/usncp/specificinstance/finalstatements/index.htm>. “Specific Instances” are complaints of conduct by a business actor that are alleged by the complainant to be inconsistent with the OECD Guidelines.

54) For an excellent synopsis and analysis of NAPs existing as of August 2017, see International Corporate Accountability Roundtable, Assessment of Existing National Action Plans (NAPS) on Business and Human Rights, August 2017 update. Available at <https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/599c543ae9bdf40b5b6f055/1503417406364/NAP+Assessment+Aug+2017+FINAL.pdf>

55) Methven O'Brien, Claire and Mehra, Amol and Blackwell, Sara and Hansen, Cathrine, National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool (August 7, 2015). *Business and Human Rights Journal* 1(1) 2015, pp.117–126 [on p.10–11 of the document viewable through SSRN] Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2627568> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2627568>

56) Id. [at p.13 of the SSRN link]

57) Id. [at 9 of the SSRN link].

58) UN Document A/HRC/26/L.22/Rev. 1 (24 June 2014).

among the voting countries regarding work toward a legally binding instrument.<sup>59)</sup>

## 2. Treaty

The United States has stood in opposition to the elaboration of a treaty since the time of Ecuador's resolution. In addition to voting against the resolution, it also issued a statement explaining its vote. The United States' primary arguments against the elaboration of a treaty were that: 1) the treaty effort is unduly polarizing, contradicting the methods that led to the elaboration of the Guiding Principles; 2) the Guiding Principles, while contributing to improvements in the field of business and human rights, have not been given sufficient time to be fully implemented; 3) the treaty process will be a threat to the Guiding Principles, creating confusion and competition with their voluntary implementation; 4) a treaty is unlikely to handle the complexity of regulating business activity; 5) a treaty will only be binding on the states that become party to it; 6) the treaty elaboration process will not include key stakeholders, including the private sector, and 7) practical concerns, such as how the treaty will apply to private actors, and how states will implement such a treaty.

The United States clearly stated that it would vote no to the resolution, that it would not participate in a treaty elaboration process, and that it would encourage others to do the same.<sup>60)</sup> The United States' position has not changed. At the most recent session of the IGWG, the United States did not participate, stating that it "remains opposed to the treaty process and the manner in which it has been pursued."<sup>61)</sup>

---

59) The voted was 20 in favor (Algeria, Benin, Burkina Faso, China, Congo, Côte d'Ivoire, Cuba, Ethiopia, India, Indonesia, Kazakhstan, Kenya, Morocco, Namibia, Pakistan, Philippines, Russia, South Africa, Venezuela, Vietnam), 14 against (Austria, Czech Republic, Estonia, France, Germany, Ireland, Italy, Japan, Montenegro, South Korea, Romania, Macedonia, UK, USA) and 13 abstentions (Argentina, Botswana, Brazil, Chile, Costa Rica, Gabon, Kuwait, Maldives, Mexico, Peru, Saudi Arabia, Sierra Leone, UAE). See, <https://www.business-humanrights.org/en/binding-treaty/un-human-rights-council-sessions> (last visited, October 27, 2018).

60) See U.S. Mission Geneva, Statement by the Delegation of the United States of America, June 26, 2014. Available at: <https://geneva.usmission.gov/2014/06/26/proposed-working-group-would-undermine-efforts-to-implement-guiding-principles-on-business-and-human-rights/>

Importantly, the United States is not alone in its opposition to the treaty process. In addition to the other countries that have opposed the treaty process since its start, the International Organisation of Employers, Business at OECD, Business Europe, and the International Chamber of Commerce, which together represent millions of companies globally and which have (unlike the United States) participated in the treaty process, also currently stand united in their opposition to the treaty process.<sup>62)</sup>

On July 16, 2018, the Chair of the OEIGWG released the Zero Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in international Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises (the Zero Draft Treaty)<sup>63)</sup> and the Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument (the Draft Optional Protocol),<sup>64)</sup> which are to be the focus of future negotiations on the treaty. The business organizations cited above published a response to the Zero Draft that declares their belief that the Zero Draft Treaty and Optional Protocol “do not provide a sound basis for a possible future standard on business and human rights.”<sup>65)</sup> The response includes concerns about both the process and the substance of the Zero Draft Treaty and states, ominously, that the draft “takes the business and human rights agenda backwards by undermining the Guiding Principles and exacerbating the failure of States to meet their existing obligations.”<sup>66)</sup> This resonates strongly with the United States’ current view.

While the United States’ and ICC’s opposition to the Zero Draft Treaty may primarily

---

61) U.S. Mission Geneva, The United States Opposition to the Business and Human Rights Treaty Process, October 15, 2018. Available at: <https://genevausmission.gov/2018/10/15/the-united-states-opposition-to-the-business-and-human-rights-treaty-process/>

62) International Chamber of Commerce, et al., 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”) Annex, October 2018. Available at <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/10/icc-joint-business-response-zero-draft-2018.pdf> (hereafter “ICC Response”)

63) Available at <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>

64) Available at <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ZeroDraftOPLegally.PDF>

65) ICC Response, at 2.

66) Id at 5.

rest in the US and ICC resistance to useful hard-law mechanisms that could potentially lead to legal liability for businesses engaging in human rights violations, the Zero Draft Treaty is characterized by some significant design flaws that have drawn criticism from a wider variety of stakeholders.

For example, Greenpeace International has critiqued the Zero Draft Treaty for addressing only states' obligations under human rights law, rather than extending direct responsibility for human rights harms to business enterprises, thus retrenching the idea that private actors cannot be subjects under international law in the business and human rights context. It further criticizes the Zero Draft Treaty for focusing solely on transnational activities of corporations, and not the domestic harms caused by corporations. Finally, the Zero Draft Treaty is critiqued for not creating either new domestic or international tribunals or mechanism for addressing human rights harms.<sup>67)</sup> Other advocacy organizations have critiqued the Zero Draft Treaty and Draft Optional Protocol for not adequately addressing the problems of *forum non conveniens* and piercing the corporate veil discussed earlier in this essay, and for not establishing sufficiently strong institutions to receive and address complaints of human rights harms.<sup>68)</sup>

John Ruggie, the author of the Guiding Principles, has repeatedly made clear his view that "legalization is a necessary and inevitable component of future developments."<sup>69)</sup> However, he has also repeatedly expressed his skepticism that the current treaty process will produce the most benefit to the communities and individuals most affected by human rights harms. He reminds us that calls for a treaty to regulate transnational corporations date back to the 1970s, with each effort resulting in failure after being met with vigorous opposition from the business sector.<sup>70)</sup> Given the strong

67) Greenpeace, Analysis of the Zero Draft, October 11, 2018. Available at: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/GPI%20Analysis%20of%20Draft%20Treaty%20on%20Corporate%20Human%20Rights%20Obligations.pdf>

68) Gabriela Kletzel et al., Legally Binding Instrument regulating the activities of transnational corporation and other business enterprises, Due Process of Law Foundation, available at <https://www.escri-net.org/news/2018/blog-first-impressions-draft-optional-protocol>.

69) Ruggie, John Gerard, Regulating Multinationals: The UN Guiding Principles, Civil Society, and International Legalization (July 30, 2014). Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning, César Rodríguez-Garavito, ed., Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2474236> [at p. 7 of the document available through SSRN].

70) Ruggie, Id. at 1.

opposition from the business sector and the deep divisions from states regarding the process described above, one must wonder what the future of this treaty effort might be. But, Ruggie's concerns lie beyond just the likelihood of failure. He is also concerned that, even if the treaty process ultimately results in a vote on the treaty, the process leading to that result could take a decade or longer (it has already been four years, after all). What, he asks, do treaty supporters "propose to do between now and then – whenever then may be? The obvious answer should be to implement and build on the UN Guiding Principles on Business and Human Rights."<sup>71)</sup>

Further, Ruggie has expressed the view that the field of business and human rights "encompasses too many complex areas of national and international law for a single treaty instrument to" address the full range of human rights, even if international law remained static, which it does not.<sup>72)</sup> Even in his most recent, and most optimistic analysis of the Zero Draft Treaty, Ruggie continues to cite to structural design failures in the Zero Draft Treaty, such as its failures to recognize the sheer scale of transnational business activity, the problem of how to monitor this activity, and how to determine who should be liable for human rights harms under the treaty.<sup>73)</sup>

Despite the criticism the Zero Draft Treaty has attracted, it also has garnered support from a large number of experts, even if that support is cautious. During October, 2018, a group of [over 160] scholars and experts signed an "open letter to states concerning an international legally binding instrument on business and human rights."<sup>74)</sup> While this letter recognizes the divisions that exist between states regarding the treaty effort, it also urges states to fill the regulatory gaps left by existing efforts through the creation of a legally binding instrument.<sup>75)</sup> The open letter, and the available commentary to

---

71) Ruggie, *Id.* at 10. He notes that, unfortunately, many of the countries and NGOs supporting the treaty process have done very little to implement and promote the UN General Principles.

72) Ruggie, *Id.* at 11.

73) John Ruggie, Comments on the "Zero Draft" Treaty on Business & Human Rights" available at <https://www.business-humanrights.org/en/comments-on-the-%E2%80%9Czero-draft%E2%80%9D-treaty-on-business-human-rights>. For resonant commentary, see also Carlos Lopez, Towards an International Convention on Business and Human Rights, Parts I and II, available at <http://opiniojuris.org/author/carlos-lopez/>.

74) Available at <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Open%20Letter%20to%20States%20%281%20Oct%202018%29.pdf>

date, provide a sense that many commentators have come to the view that the Zero Draft Treaty “is on the right track,”<sup>76)</sup> even if just for the purpose of keeping the dialogue about an internationally binding instrument alive.

In October, 2018, the Fourth Session of the Intergovernmental Working Group resolved to continue work on the Zero Draft. To that end, comments on the Zero Draft Treaty will be received until the end of February, 2019, and a new draft will be released by the end of June, 2019.<sup>77)</sup>

#### IV. Conclusion: The More Things Change...

Such a rapid tour of the current state of play of court-based, agency based, and international law based efforts toward the prevention of and remediation for human rights harms may understandably leave a reader with a sense that, despite the forty five years of work on the global, national and local scale, business actors still enjoy the same level of impunity they as when the United Nations issued its first reports on the topic. To date, there is no reliable, transparent path to litigation against business actors alleged to have committed human rights harms, there is instrument in international law binding states (much less private actors) to protect, respect, or remedy human rights harms committed by business actors, and, while the business community and the United States may have shifted slightly, they continue hold a very similar posture regarding such a legally binding instrument as they have since the Code

---

75) Letter in support of continued work on the zero draft (approx. 160 signers):

<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Open%20Letter%20to%20States%20%281%20Oct%202018%29.pdf>

76) Doug Cassel, At Last: A Draft UN Treaty on Business and Human Rights, in Letters Blogatory (August 2, 2018). Available at

<https://lettersblogatory.com/2018/08/02/at-last-a-draft-un-treaty-on-business-and-human-rights/#more-27105>. For Cassel, one of the most promising aspects of the Zero Draft, in article 9.2, hones in on the requirement that companies exercise human rights due diligence and, in article 9.4, provides that companies that fail to comply with their due diligence duties will face “commensurate liability and compensation” obligations.

77) <https://www.business-humanrights.org/en/binding-treaty/intergovernmental-working-group-sessions/fourthun-intergovt-working-group-session-on-proposed-business-human-rights-treaty-15-19-oct-2018>



of Conduct and the Norms were drafted. In these respects – as it pertains to legally binding reliable access to viable remedies – indeed, nothing has changed.

Still, to conclude that the field of business and human rights has failed to change would be to overlook the tremendous data and understanding collected through the innovations of the Global Compact and the work leading to the Guiding Principles, not to mention the B-Corp Movement, the Equator Principles, the proliferate voluntary codes governing nearly every large industry, the creation of NAPs in an ever-larger number of States, the domestic legislation and press-garnering litigation in most of the world's most important home-state jurisdictions, the advancement of the language of human rights inside of the world's economic order, and, most importantly, the popular awareness that has come to surround the activities of business actors. These phenomena, viewed cumulatively, significantly bear on the evolving legal landscape for business actors. Indeed, transnational corporations and other business actors now find themselves enmeshed in a fabric of social and economic responsibility that has emerged throughout the past half century. This is the stuff of emerging social norms and, over time, the formation of legitimate law.<sup>78)</sup>

▶ 논문투고일 : 2018. 11. 09, 게재확정일 : 2018. 12. 17.

78) See Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract* (G.D.H. Cole trans., 1792).

## ■ References

- Alford, Roger Paul, Human Rights after Kiobel: Choice of Law and the Rise of Transnational Tort Litigation (August 27, 2014). 63 Emory Law Journal 1089 (2014).
- Austen L. Parrish, State Court International Human Rights Litigation: A Concerning Trend, 3 U.C. Irvine L. Rev. 25, 40 (2013).
- B. Stephens, The Curious History of the Alien Tort Statute (2014) 89 Notre Dame Law Review 1467.
- Cesar A Rodriguez Garavito, Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning, Cambridge University Press, 2017.
- Davis, Seth and Whytock, Christopher A., State Remedies for Human Rights (March 13, 2018). 98 B.U. L. Rev. 397 (2018),
- Dodge, William S., Business and Human Rights Litigation in U.S. Courts Before and after Kiobel (April 1, 2015).
- Doug Cassel, At Last: A Draft UN Treaty on Business and Human Rights, in Letters Blogatory (August 2, 2018).
- Hoffman, Paul and Stephens, Beth, International Human Rights Cases under State Law and in State Courts (November 1, 2012). 3 U.C. IRVINE L. REV. 9, at 10. (2013).
- Karl Sauvant, *The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, 16 Journal of World Investment & Trade 11–87 (2015).
- Jean-Jacques Rousseau, The Social Contract (G.D.H. Cole trans., 1792).
- John Ruggie, Global Governance and ‘New Governance Theory’: Lessons from Business and Human Rights,” Global Governance, 20 (Jan.–Mar. 2014).
- Ruggie, John Gerard, Regulating Multinationals: The UN Guiding Principles, Civil Society, and International Legalization (July 30, 2014).
- Skinner, Gwynne, Beyond Kiobel: Providing Access to Judicial Remedies for Violations of International Human Rights Norms by Transnational Business in a New (Post-Kiobel) World (December 30, 2014). Columbia Human Rights Law Review, Vol. 46, No. 158, 2014.
- Travis, Hannibal, Reparations for Mass Atrocities as a Path to Peace: After *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, Can Victims Seek Relief at the International Criminal Court? (September 29, 2014). Brooklyn Journal of International Law, Vol. 40, 2014.
- United Nations, Multinational Corporations in World Development (United Nations, 1973).

## ■ 국문초록

# 미국에서의 기업과 인권에 대한 법적 대응: 낙관과 우려

크리스티아나 오쵸아\*

1973년 처음 기업과 인권과 관련된 보고서가 나온 이후 45년이 흐르면서 규제초안(Zero Draft)에 도달하기까지는 주요 법이론과 학자들의 논의, 기업의 참여, 그리고 시민 사회의 노력이 있었다. 이러한 작업은 이제 폭넓게 완료된 것으로 보이는 바, 지금 이 순간이 바로 기업과 인권 분야에 있어 “시작의 끝(the end of the beginning)”이라 볼 수 있다. 이런 맥락에서, 본 발표문은 지난 45년의 흐름 속에서의 부족했던 부분을 살펴봄은 물론, 지금 이 순간 우리가 긍정적 기대를 가질 수 있는 근거에 대해서도 논하고자 한다. 기업과 인권 논의에 의해 제기되는 문제들이 가진 범 지구적 및 국제적인 본질적 성격에 대한 관점을 놓치지 않아야겠지만, 본 발표문은 미국의 관점과 그 역할에 대한 본 저자의 견해를 소개하는 것에 초점을 맞추고 있다. 또한, 이 논의에서 시작된 거버넌스에 관한 다양한 접근들이 있는 바, 본 발표문은 이러한 변화에 대한 철저한 설명이나 이론보다는 개괄적인 개요를 제시하고자 한다.

유엔이 다국적 기업 활동의 활동에 대해 관심을 가진 초기 수년 동안, 다국적 기업들은 일반화된 법적 면책을 누릴 수 있는 국가에서 광범위한 불법행위에 연루되어 왔다. 이러한 현실은 회사 법인격을 통한 책임 회피, 역외적용의 엄격한 제한, 그리고 기업에 적용되는 국제 인권법의 부재가 혼합적으로 작용하여 발생한 것이라 볼 수 있다. Kiobel 결정과 Jesner 결정 이래로, 미국의 많은 연구자들은 기업에 대한 Alien Tort Statute 소 제기가 미국 연방 법원이 아니라면, 어디서 이루어질 수 있는지에 대해서도 질문을 던지고 있다. 이를 위해 연구자들은 연방 법원 외부의 여러 관할권을 살펴보았으며, 곳곳에서 가능한 방법을 찾아냈다. 미국 및 다른 나라, 그리고 국제 재판소에서의 소 제기에 대한 어려움을 감안하여, 기업과 인권 영역 학자들과 인권운동가들은 기업에 새로운 법적 의무, 특히 이행

\* Associate Dean for Research and Faculty Affairs, Professor of Law and Class of 1950 Herman B Wells Endowed Professor, Indiana University Maurer School of Law, Bloomington, Indiana. Many thanks to Sang Soo Lee and Jungsik Kim for their generous invitation and coordination of my participation in the conference on Corporate Accountability for Human Rights Abuses and the Law, hosted by the Sogang University Institute for Legal Studies, for which this Essay was prepared.

지침에 제시된 인권 실사를 이행할 의무를 부여하는 작업으로 방향을 틀고 있다. 이들은 모회사를 포함한 모든 기업에 대해 규범에 근거한 강제적인 인권 실사 의무 이행의 요구를 법제화할 것을 주장한다.

미국은 2016년 12월에 첫 번째 NAP(National Action Plan)을 제출하였다. 백악관 안보회의는 다양한 이해관계자 참여과정을 이끌고 협력하였으며, 여기에 10곳 이상의 연방 기관이 참여하였고, 시민단체, 기업, 학회, 노동조합, 원주민 대표, 그리고 외국 정부 대표들과의 협지도 이 과정에 포함시켰다. 또한 미국 정부는 일반 대중으로부터 광범위하게 NAP에 관련된 제안을 위한 이메일 계정을 만들어서 유지한 바 있다. 그리고 미국의 NAP는 정부 내 다양한 기관이 NAP의 목적을 달성하기 위해 담당해야 하는 새로운 여러 조치들을 열거하고 있다. 하지만 안타깝게도 미국 NAP의 긍정적인 부분은 이제 전부이다. 미국의 NAP는 다른 나라의 모범 사례에 한참 모자라는 수준이며, 심지어 기존에 존재하는 더 나은 NAP수준에도 미치지 못한다.

유엔 인권 규범이라는 시도가 있었지만, 국제 상공회의소는 이에 대한 반대의 입장을 분명히 한 바 있다. 인권 규범에 관한 미국과 국제 상공회의소의 반대는 규범이 국가들의 충분한 지지를 받지 못한 것이 주된 이유였고, 결국 실패로 이어지게 된다.

그럼에도 불구하고, 기업과 인권 영역에서의 노력이 실패해왔다고 함부로 결론짓는 것은 글로벌 콤팩트의 혁신과 이행 지침을 이끌어 낸 노력을 통해 축적된 방대한 자료와 합의를 등한시 하는 것이나 다름없으며, B-Corp 운동이나 적도 원칙, 대규모 산업에서 이뤄지고 있는 자발적 행동 강령의 확산, 많은 국가에서의 NAP 수립, 세계 주요국에서 이뤄지고 있는 국내 입법과 소송들, 세계 경제 질서 내에서의 인권 담론 진전, 그리고 가장 중요하다고 할 수 있는 기업의 행동을 둘러싼 대중의 인식 변화 등은 더 언급할 필요도 없이 그 동안 기업과 인권 문제에 있어서 얼마나 많은 진전을 이뤄왔는지를 보여주고 있다. 이러한 일련의 현상들은 기업에 대한 법적 환경의 발전과 관련이 있다. 다국적 기업 및 기타 기업 주체들은 참으로 지난 반 세기 동안 제기되었던 사회적 경제적 책임에 얽혀 있는 자신들의 상황을 인식하고 있다. 이것이 바로 사회적 규범 등장의 문제이며, 더 나아가서 합법적인 법 확립의 문제이다.

## ■ 번역문

# 미국에서의 기업과 인권에 대한 법적 대응: 낙관과 우려

크리스티아나 오쵸아

## I. Introduction

1973년, 유엔은 다국적 기업에 관한 중요한 첫 번째 보고서를 제출했다.<sup>1)</sup> 이 보고서는 사상 처음으로 다국적 기업을 규제해야 할 필요성에 대해서 언급한 보고서였다. 약 10년 뒤, 유엔 경제사회이사회는 다국적 기업에 관한 행동강령(code of conduct) 초안 작성을 위한 정부간 실무 그룹 창설을 요청하였다.<sup>2)</sup> 그러나 이 행동강령은 끝내 채택되지 않았고, 기업과 인권 문제의 역사 기록 속에만 남아 있게 되었다. 2004년, 기업인권 규범(the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights)을 수립하려는 시도는 연성법(soft law)에서 경성법(hard law)으로 나아가는 데 있어 필요한 국가들의 지지를 얻지 못하고,<sup>3)</sup> 앞서 다국적 기업에 관한 행동강령과 동일한 실패를 맞이하게 된다. 결국 2005년, 코피 아난 유엔 사무총장은 존 러기 교수를 기업과 인권 유엔 특별 대표(Special Representative of the Secretary General on human rights and transnational corporations and other business enterprises)로 임명하였다. 그의 임명은 마침내 2011년 6월 기업과 인권에 관한 이행지침(the Guiding Principles on Business and Human Rights)에 대한 유엔 인권 이사회의 만장일치 채택으로 이어졌으며 또한 같은 해 기업과 인권에 관한 실무 그룹의 창설로 이어졌다. 2014년, 인권이사회는 또 다른 정부간 실무 그룹을 창설하여 기업과 인권에 관한 조약 초안 작성의 업무를 부여한다.<sup>4)</sup>

1) See, United Nations, *Multinational Corporations in World Development* (United Nations, 1973). For a full account of the negotiations surrounding the UN Code of Conduct, see Karl Sauvant, *The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, 16 *Journal of World Investment & Trade* 11-87 (2015).

2) U.N. Code of Conduct on Transnational Corporations, 23 I.L.M. 626 (1984)

3) Approved August 13, 2003, by U.N. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights resolution 2003/16, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.11 at 52 (2003).

4) Resolution 26/9 (available in multiple languages at [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/26/9))

그 이후로 4년 동안, 이행지침의 가치, 그 성과와 한계점, 그리고 법적 구속력을 가진 조약의 필요성과 그 내용에 대한 활발한 논의가 이어졌다. 그리고 올해, 2018년 7월 16일, 기업과 인권 조약을 위한 실무 그룹은 다국적 기업 등 기업의 활동을 국제법에서 규율하기 위한 법적 구속력을 가진 규제 초안(the Zero Draft of a Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises), 소위 Zero Draft를 작성했다.<sup>5)</sup>

1973년 처음 기업과 인권과 관련된 보고서가 나온 이후 45년이 흐르면서 Zero Draft에 도달하기까지는 주요 법이론과 학자들의 논의, 기업의 참여, 그리고 시민 사회의 노력이 있었다. 특히 이와 같은 노력을 통해 연관성 없어 보였던 “기업”과 “인권”이라는 두 단어가 기업으로 하여금 국제 인권을 인지하도록 만든 다면적 접근과 법의 도입을 의미하는 “&” 부호에 의해서 어떻게 결합될 수 있는지에 대한 더 나은 이해에 도달할 수 있었다. 70년대와 80년대를 거쳐 오늘날에 이르기까지 여러 어려운 문제들을 통해 이 담론의 새 장을 열었던 과감한 학자들과 법관, 운동가 및 여러 개인들의 작업은 이제 폭넓게 완료된 것으로 보이는 바, 지금 이 순간이 바로 기업과 인권 분야에 있어 “시작의 끝(the end of the beginning)”이라 볼 수 있다.<sup>6)</sup>

이런 맥락에서, 본 발표문은 지난 45년의 흐름 속에서의 부족했던 부분을 살펴봄은 물론, 지금 이 순간 우리가 긍정적 기대를 가질 수 있는 근거에 대해서도 논하고자 한다. 본 발표문은 2018년 서울에서 열리는 기업의 인권 책임과 법 컨퍼런스의 발표용으로 작성되었다. 이 글의 독자들은 기업과 인권 논의에 의해 제기되는 문제들이 가진 범 지구적 및 국제적인 본질적 성격에 대한 관점을 놓치지 않아야겠지만, 본 발표문은 미국의 관점과 그 역할에 대한 본 저자의 견해를 소개하는 것에 초점을 맞추고 있기 때문에, 이러한 범위 내에서만 논의를 전개하고자 한다. 또한, 이 논의에서 시작된 거버넌스에 관한 다양한 접근들이 있는 바, 본 발표문은 이러한 변화에 대한 철저한 설명이나 이론보다는 개괄적인 개요를 제시하고자 한다. 본 발표문은 기업에 의한 인권 문제 방지 및 책임 이행을 목적으로 하는 미국에서의 논의 하에 현재 가장 중요한 거버넌스 도구들을 설명할 것이다. 그리고 이렇게 학문적이면서도 실제 이해관계의 복잡하고 국제적인 분야를 다루기 위해 제시된 많은 거버넌스 도구들을 검토하면서 본 발표문을 마무리 짓고자 한다.

5) Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Zero Draft, (2018).

6) Cesar A Rodriguez Garavito, Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning, Cambridge University Press, 2017.

유엔이 다국적 기업 활동의 활동에 대해 관심을 가진 초기 수년 동안, 다국적 기업들은 일반화된 법적 면책을 누릴 수 있는 국가에서 광범위한 불법행위에 연루되어 왔다. 이러한 현실은 회사 법인격을 통한 책임 회피, 역외적용의 엄격한 제한, 그리고 기업에 적용되는 국제 인권법의 부재가 혼합적으로 작용하여 발생한 것이라 볼 수 있다. 이렇듯 법적 책임이 면제되는 환경으로 인해, 기업들은 인권과 환경 문제를 초래하는 활동에 관한 논의에 대해서 회피하거나 비난해서 발생하는 위험보다, 그런 논의에 참여하는 위험이 더 크다고 판단하게 되었다. 유엔 인권 규범이라는 시도가 있었지만, 국제 상공회의소는 이에 대한 반대의 입장을 분명히 한 바 있다. 인권 규범에 관한 미국과 국제 상공회의소의 반대는 규범이 국가들의 충분한 지지를 받지 못한 것이 주된 이유였고, 결국 실패로 이어지게 된다.

## II. Accountability through Litigation

국제조약의 부재는 기업이 인권 침해에 대해 책임을 지게 하기 위한 구체적인 법정 장치의 부재와 그 맥락을 같이 한다. 어느 기업의 자회사가 해외의 인권 침해에 연루된 경우, 이주 예외적인 상황에서만 모회사가 소재하고 있는 국가의 법원이 이에 대한 관할권을 갖는다. 역외적용의 문제, 모회사와 자회사의 법인격 분리의 문제, 그리고 불편한 법정 이론 등 이러한 법적 장애물은 심각한 문제로 자리 잡고 있다.

### 1. United States Federal Courts

그런데 1996년부터 Alien Tort Statute는 단순히 국제적인 권고적 선언을 이끌어내고자 하는 시도를 넘어서서, 기업들에 대해 구체적 법적 주장에 대하여 인권 침해에 대한 책임을 추궁하고자 하는 노력의 한 구심점으로 주목을 받기 시작했다. 2004년 12월, 존 러기 교수가 특별대표로 임명되기 한 달 전, Doe v. Unocal 사건의 양 당사자들이 서로 문제 해결을 위한 합의에 도달하는 일이 있었다. 합의 내용이 공개되지는 않았지만, 그 내용은 “원고에게 보상을 제공하고 원고와 그 대리인들이 생활 조건이나 보건, 교육을 개선하며, 해당 지역 주민들의 권리를 보호하기에 충분했고, 또한 해당 지역에서 어려움을 겪었을 주민들에게 실질적인 지원을 제공할 수 있는 보상”을 담고 있었다.<sup>7)</sup> 이 합의는 외국의 당사

7) Archived copy of Earth Rights International's announcement of the settlement. Available at

자들이 Alien Tort Statute를 긍정적인 관점에서 보는 동시에 또한 이 법이 미국 소재 회사의 해외 자회사들에 대한 수많은 소재기의 근거로 활용되고 있는 시점에서 이루어진 것이었다.<sup>8)</sup> 돌이켜보면, 이 합의는 Alien Tort Statute에 근거한 일련의 소송들 사이에서 절정의 지점이었다고 할 수 있다.

2013년 4월을 기점으로 연방대법원이 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*<sup>9)</sup> 사건에서 결정을 내린 이후, Alien Tort Statute에 근거한 그 어떤 소송에서도 피고인 기업에 대해서 원고에게 유리한 판결이 나온 적이 없다. 오늘날까지도 외국 원고들이 수십 년간 노력해 왔지만, Alien Tort Statute에 근거한 사건들은 미국 연방 법원 제도하에선 거의 성공을 거두지 못하였다. 회사 법인격 분리 이론,<sup>10)</sup> 미국 국내법의 역외적용에 대한 역사적 반감, 그리고 불편한 법정이론<sup>11)</sup> 등은 여전히 강력한 위력을 발휘했고, Alien Tort Statute에 근거한 소송의 원고들은 연방 법원 하에서는 보상 받을 수 있는 법적 장치를 여전히 찾지 못하고 있다. 사실 *Kiobel* 사건에서는 4 가지 주된 의문점이 남아 있었다. 바로 피고에 대한 일반적 및 인적 재판 관할권에 관한 문제, “touch and concern”에 관한 문제, Alien Tort Statute하에서 기업의 인권 침해에 대한 조력 행위가 법적 책임을 물을 정도로 충분한 연루로 볼 수 있는지에 관한 문제, 그리고 Alien Tort Statute가 개인뿐만 아니라 기업에도 적용되는지에 관한 문제가 바로 그것이다.<sup>12)</sup>

이후에도 기업에 의한 인권 침해 주장이 미국의 연방 법원에 계속 제기되었다. 2018년 4월 *Jesner v. Arab Bank, PLC.* 사건에서 연방 대법원은 이 문제를 다루었으며, 해외의 기

[https://web.archive.org/web/20090212032048/http://www.earthrights.org/80/legalfeature/final\\_settlement\\_reached\\_in\\_doe\\_v.\\_unocal.html](https://web.archive.org/web/20090212032048/http://www.earthrights.org/80/legalfeature/final_settlement_reached_in_doe_v._unocal.html) (last visited October 9, 2018)

8) See B. Stephens, *The Curious History of the Alien Tort Statute* (2014) 89 *Notre Dame Law Review* 1467, 1518.

9) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

10) See, *Daimler AG v. Bauman*, 134 S. Ct. 746 (2014) in which the court suggested that U.S. courts may have personal jurisdiction only over corporations incorporated or having their principle place of business in the U.S.

11) See e.g., *Memorandum in Acuna-Atalaya v. Newmont Mining Corp.*, in which the Delaware district court judge dismissed a case in which Peruvian farmers were seeking relief from alleged evictions by Newmont Mining in the Yanachoca region of Peru. The dismissal was based on *forum non conveniens*. *Acuna-Atalaya v. Newmont Mining Corp.*, No. 17-cv-01315-GAM in the U.S. District Court for the District of Delaware. The memorandum of dismissal is available at <https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/delaware/dedce/1:2017cv01315/63230/92> (last visited, October 10, 2018).

12) Dodge, William S., *Business and Human Rights Litigation in U.S. Courts Before and after Kiobel* (April 1, 2015). *Business and Human Rights: From Principles to Practice*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2625691> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2625691>



업을 Alien Tort Statute에 의한 불법행위책임에서 벗어나게 하는 판결을 내렸다(그리고 판결문의 해석 상 미국 기업들도 이러한 책임에서 자유롭게 될 것이라 예상된다).<sup>13)</sup> 1996년 기업에 대해 Alien Tort Statute에 따른 불법행위 책임을 묻고자 했던 Unocal 사건 이래로, 기업에 의한 인권 침해를 주장한 모든 사건에서 원고에게 우호적인 판결은 결국 내려지지 않았으며, Jesner 판결 이후 몇 달간 Alien Tort Statute에 관한 학계의 논의는 장례식 소식을 들은 분위기와도 같았다. 하지만 이 장례식은 좀 이른 감이 있을 지도 모른다. 2018년 10월, 미국 9차 순회 항소법원 재판부가 과거 코코아 농장에서 아동 노예였던 피해자를 위해 네슬레와(Nestle) 카길(Cargill)을 상대로 제기된 소송에서 Alien Tort Statute에 따른 소제기가 가능하다고 판결을 내린 것이다. 이 판결은 미국 기업들이 방조행위에 대해서도 Alien Tort Statute에 따라서 책임질 수도 있다는 가능성을 열어주었으며, 또한 미국에 소재한 네슬레와 카길의 행위가 코트디부아르에서의 아동 노예에 대한 방조행위를 구성할 수도 있다는 가능성 역시 열어주었다.<sup>14)</sup> 재판부는 “원고들로 하여금 미국에서 발생한 방조행위가 이 사건의 국내 기업들로부터 유발된 것인지 여부를 특정하기 위하여 원고들의 주장을 Jesner v. Arab Bank 판결에 비추어 변경할 수 있도록 허락하기 위해” 판단을 보류하고 있다.<sup>15)</sup> 이 사건 판결이 아마도 Alien Tort Statute를 통한 불법행위 책임 추궁의 가능성이 있을지 없을지 여부를 결정짓게 될 것이다.

Kiobel 결정과 Jesner 결정 이래로, 미국의 많은 연구자들은 기업에 대한 Alien Tort Statute 소 제기가 미국 연방 법원이 아니라면, 어디서 이루어질 수 있는지에 대해서도 질문을 던지고 있다. 이를 위해 연구자들은 연방 법원 외부의 여러 관할권을 살펴보았으며, 곳곳에서 가능한 방법을 찾아냈다.

## 2. State courts

Kiobel 판결 이후 얼마 지나지 않아서, Stevens 교수와 Hoffman 교수는 Alien Tort Statute에 의한 소송을 미국 주(state) 법원이 받아들일 가능성에 대한 개요를 제시하였

13) Jesner v. Arab Bank, PLC., 584 S. Ct.\_\_\_\_ (2018). See also First Mondays Podcast, *OT2017 #3: “Nowheresville” (ft. Nina Totenberg)*, SCOTUSblog (Oct. 16, 2017, 9:19 AM), <http://www.scotusblog.com/2017/10/ot2017-3-nowheresville-ft-nina-totenberg/> (discussing, at some length, the oral arguments before the Supreme Court).

14) Doe v. Nestle, S.A., No. 17-55435 (9th Cir. 2018) – available <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/10/23/17-55435.pdf>

15) Id.

다.<sup>16)</sup> 이후 몇 년 간, 여러 사람들이 이러한 논의에 중요한 기여를 해왔다.<sup>17)</sup> 그 중 두 가지 의미 있는 통찰이 Alien Tort Statute 사례를 다룰 수 있게 하는 적절한 방식으로써 미국 내 주 법원이 기능할 수 있는 관점을 제시하고 있다.

첫째, “법원, 연구자, 그리고 소송전문가들은 Alien Tort Statute가 주 법원의 관할권에 해당하는 커먼로 소송에 대해서 연방 법원이 관할권을 행사할 수 있도록 해준다는 사실을 인지해왔다.”<sup>18)</sup> 둘째, 모든 인권 위반은 하나의 불법행위, 또는 복수의 불법행위로 특징 지을 수 있다. “고문은 공갈 및 폭행으로 볼 수 있다. 테러는 불법행위에 의한 사망에 해당한다. 노예제는 불법 감금에 해당한다.”<sup>19)</sup> 중요한 것은, 피고인에 대해 주 법원이 관할권을 갖는 경우, 해당 법원은 그 “관할권 밖에서 발생한 전환 불법행위(transitory torts)”에 대해서 관할권을 갖는다는 점이다. 주 법원은 피고인에 대해 관할권을 갖는 한 이와 같은 일반적 관할권을 행사할 수 있으며, 주 법원은 외국에서 발생한 인권 침해 주장에 대해서도 피고인에 대해 관할권을 갖는 한 전환 불법행위에 대하여 관할권을 가지게 된다.<sup>20)</sup>

이 분야의 연구자들은 연방대법원이 Alien Tort Statute 소송에 대해 내렸던 제한적인 판단으로 인해 이러한 소송이 다른 법원들로 밀려날 것이고, 따라서 미국의 주 법원들의 관할권은 아직 이러한 인권 소송에 대해 전환 불법행위(transitory torts)를 근거로 관할권이 배제되어 있지 않다는 점을 설득력 있게 주장하고 있다. 이러한 주장에 따르면 불법행위에 대한 보상에 있어 주는 독립된 이익을 가지며, 이는 인권 침해에도 적용된다고 본다. 주 법원이 국제법 위반에 해당하는 주장에 대해 소제기를 인정하게 되면, 이러한 침해에 대한 보상을 제공하는 것에 대해 주 정부가 가진 소의 이익보다 국제관계에 대한 우려가

16) Hoffman, Paul and Stephens, Beth, International Human Rights Cases under State Law and in State Courts (November 1, 2012). 3 U.C. IRVINE L. REV. 9 (2013). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2226559>

17) See Skinner, Gwynne, Beyond Kiobel: Providing Access to Judicial Remedies for Violations of International Human Rights Norms by Transnational Business in a New (Post-Kiobel) World (December 30, 2014). Columbia Human Rights Law Review, Vol. 46, No. 158, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2544131> and Davis, Seth and Whytock, Christopher A., State Remedies for Human Rights (March 13, 2018). 98 B.U. L. Rev. 397 (2018), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3140089>

18) Hoffman, Paul and Stephens, Beth, International Human Rights Cases under State Law and in State Courts (November 1, 2012). 3 U.C. IRVINE L. REV. 9, at 10. (2013). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2226559>.

19) Alford, Roger Paul, Human Rights after Kiobel: Choice of Law and the Rise of Transnational Tort Litigation (August 27, 2014). 63 Emory Law Journal 1089, 1091 (2014); Notre Dame Legal Studies Paper No. 1428. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2487919>

20) id at 11 and Davis, Seth and Whytock, Christopher A., State Remedies for Human Rights (March 13, 2018). 98 B.U. L. Rev. 397 at 430 (2018), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3140089>

우선시될 가능성이 여전히 남아 있긴 하다.<sup>21)</sup> 중요한 것은 주 법원에 제기된 사건에 대해서는 기업의 직접 불법행위 책임에 대한 주장이든, 방조행위에 대한 주장이든 어떤 제한을 가하고 있지 않으며, 두 유형의 주장 모두 미국의 모든 주에서 불법행위 이론에 따라 확고하게 인정되고 있다는 점이다.<sup>22)</sup>

Roger Alford 또한 비슷한 의견을 제시하는데, 그는 연방 법원과 주 법원 둘 다 불법행위에 관한 인권 침해 주장에 대해 앞으로도 소 제기를 인정할 가능성이 있다고 주장한다. 미국이 그 위반을 다루는 데 있어 강한 이익을 갖는 경우 국내 불법행위법이 적용되지만, 그 외의 경우에는 외국의 불법행위법이 적용된다고 한다.<sup>23)</sup>

물론 이렇게 주 법원 관할권으로 돌리는 것에 대해 모든 학자들이, 그리고 모든 주에서 동의하는 것은 아니다. 예컨대 Austen Parrish는 인권침해를 다루는 데 있어 주법은 적절한 도구가 아니라는 점을 설득력 있게 주장해왔다.<sup>24)</sup> 이와 마찬가지로 주 법원들도 이 문제에 대해서 분명 다양한 입장을 취할 것이고, 모든 법원이 이런 소제기를 환영하지는 않을 것이다.<sup>25)</sup>

### 3. International Tribunals

인권 침해 소송에 대해서 제한적으로나마 보상 받을 가능성이 있는 또 다른 방안으로 국제 형사 재판소를 생각해볼 수 있다. 하지만 많은 이들이 알고 있듯이, 국제 형사 재판소의 관할권은 대량 학살과 같은 지독히 반인륜적인 범죄에만 국한되어 있다.<sup>26)</sup> 따라서

21) Davis and Whytock, at 481. Davis, Seth and Whytock, Christopher A., State Remedies for Human Rights (March 13, 2018). 98 B.U. L. Rev. 397 at 430 (2018), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3140089>

22) Hoffman and Stephens, at 18–19. Hoffman, Paul and Stephens, Beth, International Human Rights Cases under State Law and in State Courts (November 1, 2012). 3 U.C. IRVINE L. REV. 9, at 10. (2013). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2226559>.

23) Alford, Roger Paul, Human Rights after Kiobel: Choice of Law and the Rise of Transnational Tort Litigation (August 27, 2014). 63 Emory Law Journal 1089, 1092 (2014); Notre Dame Legal Studies Paper No. 1428. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2487919>.

24) But see, e.g. Austen L. Parrish, State Court International Human Rights Litigation: A Concerning Trend, 3 U.C. Irvine L. Rev. 25, 40 (2013).

25) See *Al Shimari v. CACI Int'l, Inc.*, 679 F.3d 205, 230–31 (4th Cir. 2012) (en banc) (Wilkinson, J., dissenting) (asserting that “there is no indication whatsoever that the Commonwealth of Virginia has any interest in having its tort law applied abroad” in torture claim against private U.S. military contractor and emphasizing that “federal government has exclusive power over foreign affairs”).

26) Travis, Hannibal, Reparations for Mass Atrocities as a Path to Peace: After *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, Can Victims Seek Relief at the International Criminal Court? (September 29, 2014).

Alien Tort Statute에 따라 기업에게 책임을 묻는 대부분의 주장은 국제 형사 재판소에서 다루지 못한다.

#### 4. Horizontal Solutions

기업에 법적 책임을 묻고 보상을 받고자 하는 이들은 미국 밖의 법 제도 하에서 다양한 시도를 해보았고 이는 일부 성공을 거두기도 하였다.<sup>27)</sup> 캐나다와 유럽 연합 내 법원에 제기된 소송에서 일부 원고들은 불편한 법정이론과 기업 법인 형태로 인한 장벽을 넘은 경우도 있었다. 예를 들어 캐나다 연방 대법원은 Tahoe Resources Inc.를 상대로 제기된 소송에서, 과테말라 법원에서 소송이 이뤄지는 것이 더 적절하다는 피고의 주장을 인정하지 않고 캐나다에서의 소제기를 받아준 바 있다.<sup>28)</sup> 2015년에는 이와 유사하게 네덜란드 항소 법원이 나이지리아에서 Shell의 자회사에 의해 발생한 기름 유출 사고와 관련하여 네덜란드에 위치한 Shell 본사가 책임을 질 수 있다는 취지의 판결을 내린 바 있고, 현재 이 사건은 소송이 계속 진행 중에 있다.<sup>29)</sup>

#### 5. Creating New Causes of Action

미국 및 다른 나라, 그리고 국제 재판소에서의 소 제기에 대한 어려움을 감안하여, 기업과 인권 영역 학자들과 인권운동가들은 기업에 새로운 법적 의무, 특히 이행 지침에 제시된 인권 실사를 이행할 의무를 부여하는 작업으로 방향을 틀고 있다. 이들은 모회사를 포함한 모든 기업에 대해 규범에 근거한 강제적인 인권 실사 의무 이행의 요구를 법제화할 것을 주장한다.

예컨대 미국의 Douglass Cassel은 이행지침의 맥락에서 “커먼로(common law) 국가에서

---

Brooklyn Journal of International Law, Vol. 40, 2014. Available at SSRN:  
<https://ssrn.com/abstract=2496089>

27) Skinner, Gwynne, Beyond Kiobel: Providing Access to Judicial Remedies for Violations of International Human Rights Norms by Transnational Business in a New (Post-Kiobel) World (December 30, 2014). Columbia Human Rights Law Review, Vol. 46, No. 158, 2014. Available at SSRN:  
<https://ssrn.com/abstract=2544131>

28) *Supreme Court Clears Way for Lawsuit by Mine Protesters in Guatemala*, CTV, June 8, 2017. Available at <https://www.ctvnews.ca/politics/supreme-court-clears-way-for-lawsuit-by-mine-protesters-in-guatemala-1.3449292> (last visited October 10, 2018).

29) <https://www.theguardian.com/global-development/2015/dec/18/dutch-appeals-court-shell-oil-spills-nigeria>.

는 인권 침해가 있었음을 합리적으로 예상할 수 있는 상황에서 그 피해자가 제기한 불법 행위 소송에 의해 사법적으로 강제 가능한 인권 실사를 이행할 의무를 기업에 부과해야 한다”고 설득력 있게 주장하고 있다.<sup>30)</sup> Gwynne Skinner 역시 유사한 주장을 펼치고 있다.<sup>31)</sup> 이러한 책임은 기업의 자회사는 물론, 모회사에도 적용될 수 있다. 이러한 주장에 따르면, 기업이 인권 영향에 대한 실사를 진행하지 않는 경우, 기업이 “인권 침해의 위험이 합리적으로 예상 가능하지 않았거나, 아니면 기업이 인권 실사를 이행했어도 이러한 인권침해를 피할 수 없었다는 것을 입증하는 경우에만 불법행위 책임을 피할 수 있다”라는 일종의 인과관계 추정을 이끌어낼 수 있다고 한다.<sup>32)</sup>

이러한 주장은 미국 법원에서 향후 원고로서 기업을 상대로 소를 제기할 이들에게는 중대한 이익이 될 수 있는데, 왜냐하면 현재 법제 하에서 자회사의 행위에 대해서 모회사에게 책임을 묻기 위해서는 기업이 부정행위나 부적절한 방식으로 기업 형태를 이용했다는 점을 원고가 입증해야 하기 때문이다. 이와 같은 주장은 이행 지침에 규정된 기업의 책임 이행을 위한 법적 도구로써 활용될 수도 있고 더 나아가서 이후 채택될 조약의 이행 도구로써 활용될 수도 있다.

### III. The Guiding Principles and Two Paths Forward

2011년 인권이사회에서 이행지침이 만장일치로 채택되기 전, 그 채택 이후에 과연 어떤 조치들이 뒤따를 것인지에 대한 기대가 널리 퍼져 있었다. 존 러기 특별대표가 두 번째 임기를 수행하는 동안, 여러 인권 운동가들과 학계의 인권법 전문가들은 이행지침이 국제법 제화를 지향하지 않는다는 점을 비판했었다. 이러한 입장에서 보기에는 최소한 법적 구속력이 있는 국제 조약 정도는 되어야 기업과 인권 문제에 있어서 의미 있는 성과라 할 수 있었다. 그런 관점에서 보면, 이행지침이 가진 다원적이고 연성법적 구조는 절대로 그들의 기대를 충족할 수 없을 것으로 보였다.

30) Douglass Cassell, Outlining the Case for a Common Law Duty of Care of Business to Exercise Human Rights Due Diligence, 1 Bus. & Hum.Rts. J. 179 (2016). Available at: [https://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/1263](https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/1263)

31) See Skinner, Gwynne, Beyond Kiobel: Providing Access to Judicial Remedies for Violations of International Human Rights Norms by Transnational Business in a New (Post-Kiobel) World (December 30, 2014). Columbia Human Rights Law Review, Vol. 46, No. 158, 2014. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2544131> at p. 261.

32) Id.

한편, 이행 지침 수립 과정에 참여했던 많은 국가와 기업들은 다른 방향에서 우려를 표했는데, 이는 러기 특별대표가 취한 방법론과 이행 지침의 목표가 그 인권 책임을 국제적 사회 규범의 형성에 기초하도록 하는 것이었지,<sup>33)</sup> 법적인 규범 마련에 기초한 것이 아니었기 때문이다.<sup>34)</sup> 이러한 양측 입장의 대립은 존 러기의 후속 작업 및 이행 지침에 의해서 상당히 완화되기는 하였으나, 이행지침의 채택 이후 7년이 지난 지금도 이러한 대립은 지속되고 있으며, 인권 문제에 대한 기업의 책임에 관한 국제적인 노력을 통해서 계속 방향을 일으키고 있는 가운데, 인권 이사회가 기업과 인권 분야의 진전을 만들기 위하여 임명한 두 실무 그룹을 통해 보다 이러한 차이가 구체적으로 두드러지고 있다.

2014년 6월 26일, 인권이사회는 에콰도르가 제안한 기업과 인권 조약 마련을 위한 실무 그룹(the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights “OEIGWG”) 설립 안을 받아들였다. 이 실무 그룹은 에콰도르의 제안이 채택된 이후 매년 회의를 갖고 있으며, 2018년 7월 기업과 인권 조약 논의를 위한 초안 문서를 공개하였다.<sup>35)</sup>

바로 그 다음 날, 인권 이사회는 44개 국가의 공동 서명과 함께 2011년 일반적 원칙을 수립하고 증진하기 위해 설립된 전문가 그룹(the expert working group established by the Council in 2011 to build on and promote the General Principles, 이하 전문가 그룹)의 임기를 연장하는 결의안을 채택했다. 이 두 번째 결의안은 유엔 인권 사무소가 국가, 전문가, 기타 이해관계자들과 함께 협의과정을 촉진해 나가면서 “기업이 관계된 인권 침해의 피해자들에게 적절한 보상으로서의 접근을 가능케 하는 법적 방식과 실질적 조치들의 모든 영역”을 검토해줄 것을 요청하고 있으며, 또한 기업과 인권 이행 지침에 대한 이행 수

33) Ruggie, John Gerard, *Regulating Multinationals: The UN Guiding Principles, Civil Society, and International Legalization* (July 30, 2014) at fn. 20. *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, César Rodríguez-Garavito, ed., Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2474236>

34) The settlement reached in *Doe v Unocal* (discussed at fn 8, *infra.*) altered the risk assessments of United States-based corporations. The increased risk of litigation, together with John Ruggie’s inclusive methodology, caused the ICC and many of the world’s largest corporations to accept, rather than resist, the SRSG’s overtures to participate in the multi-stakeholder process that would result in the Guiding Principles. See, Ruggie, John Gerard, *Regulating Multinationals: The UN Guiding Principles, Civil Society, and International Legalization* (July 30, 2014) at p. 12. *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, César Rodríguez-Garavito, ed., Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2474236>

See also John Ruggie, *Global Governance and ‘New Governance Theory’: Lessons from Business and Human Rights*, *Global Governance*, 20 (Jan.–Mar. 2014).

35) [cite to Zero Draft]

준을 보고해줄 것을 실무 그룹에 요청하고 있다.<sup>36)</sup> 5명의 독립된 전문가로 구성된 이 전문가 그룹은 이행 지침의 효과적이고 종합적인 확산과 이행의 촉진까지 포함하는 넓은 임무를 맡고 있다. 2011년에 구성된 이후, 이 전문가 그룹은 문제 중심의 보고서 10개와 나라별 답사를 통해 만든 보고서 7개를 인권이사회에 제출하였다.<sup>37)</sup> 이 전문가 그룹의 접근 방식은 이행 지침에서 요구하는 방식과 맞닿아 있다. 즉 다양한 이해관계자들의 참여에 기초하고 있으며, 현지 업무와 이해관계자들과의 협조, 그리고 개별적 인권 침해에 대한 의견과 보고서를 통해 그 작업을 공개하고 있고, 마지막으로 인권 침해 피해자들을 위한 보상 접근 방식을 개선하는 것을 목표로 두고 있다.

이와 더불어 이 전문가 그룹은 모든 국가들이 기업과 인권에 관한 국가 행동 계획(National Action Plans)을 수립할 수 있도록 장려하고 지원하는 임무를 맡고 있다. 이는 이행지침을 실질적으로 운용할 국가의 책임을 국내적으로 이행할 수 있게 하기 위한 주요 전략 중 하나이다.

## 1. National Action Plans

2013년부터 전문가 그룹은 정부, 기업, 시민단체, 인권단체, 그리고 학계와 더불어 기업과 인권을 위한 국가 행동계획(national actions plans on business and human rights, NAP) 수립에 관한 논의를 진행해왔다. 전문가 그룹은 NAP를 “유엔 이행지침에 따라서 기업의 부정적 인권 영향으로부터의 보호를 위해 정부가 개발하는 발전적 정책 전략(evolving policy strategy developed by a State to protect against adverse human rights impacts by business enterprises in conformity with the UN Guiding Principles on Business and Human Rights)”이라고 부른다.<sup>38)</sup> 2018년 10월을 기준으로, 21개 국가가 NAP를 마련하고 있으며, 다른 23개 국가들은 NAP를 개발하는 과정 중에 있고, 그리고 다른 9개 국가에서는 정부나 시민단체 차원에서 NAP 개발을 위한 착수에 돌입하고 있다.<sup>39)</sup>

36) Id. Ruggie, *Regulating Multinationals* at p. 10, citing UN Document A/HRC/26/L.1, Rev.1. Because the resolution was adopted by consensus, no vote was necessary. The Working Group's mandate was again renewed by consensus in 2017. UN Document A/HRC/RES/35/7.

37) A full catalogue of the Working Group's charge and submissions is available at <https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/wghrandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>

38) UN Working Group on Business and Human Rights, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, at i., (2014).

39) For a list of the countries under each stage of NAP development, see

전문가 그룹은 NAP 작성에 관한 안내서를 발간했으며,<sup>40)</sup> 덴마크 인권위원회<sup>41)</sup> 및 다른 학계 단체들도 이와 같은 작업을 해왔다.<sup>42)</sup> 이 각각의 자료들은 서로 다른 점이 있지만 공통적으로 다음과 같은 특징을 가지고 있다. 1) 다양한 이해관계자의 참여 독려, 2) 현재 국가의 이행 수준과 이행지침 사이의 간극에 대한 평가 및 분석에 대한 권고, 3) NAP 작성과 감시에 대한 투명성 요구, 4) 관련 국가기관의 참여, 5) NAP에 대한 지속적 감시와 수정 권고 등이다. 내용에 관하여는 안내서들 모두 1) 이행지침의 내용과 원칙에 대한 이행을 표명하고, 2) 가능한 한 이행지침의 내용을 최대한 많이 수용하며, 3) 성취 여부를 측정하기 위한 일정과 이행 및 계량적 분석 체계를 제시하며, 4) 국가와 시민단체, 그리고 민간 주체들의 역량 강화 요건을 고려할 것을 권고하고 있다.

미국은 2016년 12월에 첫 번째 NAP를 제출하였다.<sup>43)</sup> 미국의 NAP는 앞에서 언급한 권고 내용의 일부를 따르고 있긴 하나, 한편 이하에서 논의되는 바와 같이 일부 내용은 따르고 있지 못하다.

미국의 NAP는 어떤 부분에서는 긍정적으로 평가할만한 부분이 있다. 백악관 안보회의는 다양한 이해관계자 참여과정을 이끌고 협력하였으며, 여기에 10곳 이상의 연방 기관이 참여하였고, 시민단체, 기업, 학회, 노동조합, 원주민 대표, 그리고 외국 정부 대표들과의 협의도 이 과정에 포함시켰다.<sup>44)</sup> 또한 미국 정부는 일반 대중으로부터 광범위하게 NAP에 관련된 제안을 위한 이메일 계정을 만들어서 유지한 바 있다. 물론 그렇다고 그 내용이 대중에게 공개된 것은 아니다.<sup>45)</sup> 그리고 미국의 NAP는 정부 내 다양한 기관이 NAP의 목적을 달성하기 위해 담당해야 하는 새로운 여러 조치들을 열거하고 있다.<sup>46)</sup> 하지만 안타깝게도 미국 NAP의 긍정적인 부분은 이게 전부이다.

<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>

40) Id.

41) Danish Institute for Human Rights, National Action Plans on Business and Human Rights Toolkit - 2017 edition, available at <https://www.humanrights.dk/publications/national-action-plans-business-human-rights-toolkit-2017-edition>

42) de Felice, Damiano and Graf, Andreas, The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (2015). Journal of Human Rights Practice (2015) 7 (1): 40-71 (DOI: 10.1093/jhuman/huu023). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2543447>

43) John Kerry, Responsible Business Conduct: First National Action Plan for the United States of America, December 16, 2016. Available at <https://www.state.gov/e/eb/eppd/csr/naprbc/index.htm>

44) Id, Annex I.

45) Id.

46) The NAP has a number of "New Actions" that can be found within each "Outcome" under the NAP. See, id.



NAP의 개발과 감시 절차에 관하여, 미국의 모델은 미흡한 부분을 많이 보이고 있다. 미국의 NAP는 NAP 개발 과정에 대하여 “책임 있는 기업 행동을 지원하기 위해 실행된 법과 정책의 현황을 포함하였다”고 기술하고 있긴 하지만,<sup>47)</sup> 미국은 기초 평가(baseline assessment)를 수행하지도 않았으며, 미국의 기초와 이행지침 사이의 간극에 대한 평가도 수행하지 않았다. 또한 미국의 NAP는 오바마 행정부의 임기가 끝날 무렵 완성되었다. 미국 내의 NAP 이행에 대한 정보나 감시에 대한 정보는 거의 담겨있지도 않다. 정말로 미국의 NAP는 NAP 내에서 만들어진 이행 약속을 감시하거나 평가할만한 어떤 도구도 제시하고 있지 않다. 더 나아가서, 지금의 새로운 행정부 내에서는 새 정부 출범 이후에 노동부나 국무부가 NAP와 관련하여 어떠한 조치를 취하고 있는지조차도 불분명한 상황이며, NAP의 진전이나 이행에 대한 어떠한 보고서도 나온 바 없다.

NAP의 내용과 관련하여 보면, 미국의 NAP는 일부 긍정적인 부분과 실망스러운 부분을 다 담고 있다. 미국의 NAP는 인신매매, 아동 노동, 부패, 투명성, 그리고 공공조달에서의 공급망에 대한 정부의 역할 등 구체적인 행동들을 직접적으로 다루고 있는 한편, 이 NAP는 구조적으로 “책임 있는 기업 행동(responsible business conduct)을 장려하기 위한 미국 정부의 노력의 일부분으로써 구성되어 있다. NAP 하에서 인권의 문제는 단지 그러한 이슈 중 하나로서 중요한 의미를 갖는 것이고, 유엔 이행 지침은 OECD 가이드라인과 같은 다른 도구들에 비해 중요하게 취급되고 있지 않다.<sup>48)</sup> NAP는 이행 지침에 대하여 “미국의 모든 주와 기업들에 적용된다”는 점을 언급하고 있으며,<sup>49)</sup> “미국 정부는 국무부를 중심으로 양자 미 다자간 외교 노력을 통해 유엔 이행 지침을 지속적으로 확산할 것이다. 정부는 이행 지침 워크숍 시리즈를 포함한 이행지침에 관한 논의에 지속적으로 참여하고 유지해 나갈 것이다”라고 기술하고 있다.<sup>50)</sup>

미국의 NAP는 새로운 의무나 규제적 조치에 대해서는 거의 소개하고 있지 않고, 대신에 자발적인 조치들에 비중을 두고 있다. 실제로 NAP에 따라 정부가 취할 새로운 조치들은 거의 대부분 자발적인 것들 뿐이며, 강제적이고 규제적인 조치들은 거의 대부분 기존에 수행하던 것들을 언급하는 것에 그치고 있다. 예외가 하나 있다면, 2015년의 교역촉진법(Trade Facilitation Act of 2015)을 2016년에 입법화하는 것에 대한 내용이 있는데, 이 입법으로 인해 “강제노동으로 제작된 제품 수입을 허용하는 예외 규정을 삭제”하게 되었다.<sup>51)</sup>

47) Id., Annex I.

48) Id. at 6.

49) Id. at 5, fn 2.

50) Id. at 8.

심각한 인권 침해에 초점을 둔다는 측면에서 살펴보면, 미국의 NAP는 특별히 아동 노동과 인신매매, 그리고 강제노동에 대해서는 관심을 두고 있으나, 다른 인권 침해에 대해서는 특별히 언급하지 않고 있다. 또한, 여기서도 아동 노동을 제외하고는, 여성이나 원주민 공동체, 성소수자, 또는 정치적이거나 종교적, 인종적, 또는 문화적 정체성으로 인해 차별 받는 다른 집단들이 가진 취약성에 대해서는 전혀 다루고 있지 않다.

앞에서 언급한 바와 같이 미국의 NAP는 일정이나 측정 가능한 결과 또는 계량적 분석 체계를 담고 있지 않는데, 이는 주로 그 내용이 막연한 방식으로 작성되었기 때문이다. 각각의 표제 하에서 새로운 정책 선언을 언급하는 것 외에는, 미국이 이행지침을 수행하기 위해 어떠한 역량이 필요한지 또는 역량을 쌓기 위해 어떤 단계를 추진해 나갈 것인지에 대해 논의하고 있지 않다.

인권침해 피해자의 구제 접근성에 대해서 살펴보면, 미국의 NAP는 더욱 실망스럽다고 할 수 있다. 이것은 미국 NAP에 있어서 가장 모자란 부분이며, 어떠한 정책 약속이나 계획도 담고 있지 않다. 미국의 NAP는 인권 침해의 피해를 다루기 위한 새로운 방안을 강구하기 위한 어떠한 약속도 제시하지 않고 있으며, 대신에 “이해관계자 지원활동을 유지하며, 해외의 미국 기업 활동으로 인해서 부정적인 영향을 받았다고 느끼는 사람들에게 제공 가능한 효과적인 구제책에 대한 인식 부족과 관련한 우려를 기업들이 다룰 수 있도록 정부가 어떻게 지원할지에 대해 하나 이상의 자문 그룹과 함께 조사해보도록 하겠다”라고 언급하고 있을 뿐이다.<sup>52)</sup> NAP상에서 이에 대한 추가적인 유일한 언급은 OECD 가이드 라인에 따라 설치된 연락사무소(National Contact Point)에 관련된 내용이다. 이에 따르면, 미국은 1) 연락사무소에 대한 수평적 평가를 진행하고, 미국 밖의 이해관계자를 포함하는 지원 계획을 수립하며, 마지막으로 3) 미국 연락사무소 절차를 통해 문제를 제기하고자 하나 영어를 말하지 못하는 사람들을 위한 절차를 이행한다고 되어 있다.<sup>53)</sup>

미국의 NAP는 다른 나라의 모범 사례에 한참 모자라는 수준이며, 심지어 기준에 존재하는 더 나은 NAP수준에도 미치지 못한다.<sup>54)</sup> 예를 들면, 독일과 스코틀랜드는 모두 NAP 작성

51) Id. at 9.

52) Id. at 23.

53) Id. The USNCP has considered 55 “Specific Instances” since June 2000. See, <https://www.state.gov/e/eb/oecd/usncp/specificinstance/finalstatements/index.htm>. “Specific Instances” are complaints of conduct by a business actor that are alleged by the complainant to be inconsistent with the OECD Guidelines

54) For an excellent synopsis and analysis of NAPs existing as of August 2017, see International Corporate Accountability Roundtable, Assessment of Existing National Action Plans (NAPS) on Business and Human Rights, August 2017 update. Available at

과정에 대한 기초 평가를 포함하고 있고,<sup>55)</sup> 영국과 핀란드는 NAP 이행과 감시에 대한 정보를 포함하고 있으며,<sup>56)</sup> 특히 영국과 네덜란드, 덴마크의 NAP는 모두 그들이 국내 및 역외적으로 적용하는 인권을 포함한 이행 지침의 전 내용에 대한 이행 선언을 담고 있다.<sup>57)</sup>

무엇보다도 미국 NAP의 내용은 조약의 가능성에 대한 태도에서 비추어볼 때 매우 실망스럽다고 할 수 있다. 이 글에서 언급된 바와 같이, 2014년 6월 26일, 인권 이사회가 전문가 실무 그룹의 임무를 NAP의 개발까지로 확장하기 전날, 인권 이사회는 기업과 인권에 관한 조약 마련의 임무 가진 실무 그룹을 창설하는 결의안을 채택하였다.<sup>58)</sup> 이 결의안의 채택을 위한 투표 과정은 법적 구속력 있는 규제 장치에 대한 국가간의 깊은 입장 차이를 노출시키는 결과를 가져왔다.<sup>59)</sup>

## 2. Treaty

미국은 에콰도르 결의안 채택 이래로 계속해서 조약에 대해 반대하는 입장을 밝혀왔다. 결의안에 대한 반대 투표를 한 것은 물론, 왜 반대표를 던졌는지에 대한 성명도 발표했다. 미국의 주된 주장은 다음과 같다. 1) 조약을 만들고자 하는 노력이 지나치게 양극화되어 있어, 이행 지침을 구체화하는 데 있어서 방법론상의 갈등이 야기된다. 2) 이행 지침이 기업과 인권 분야에서 많은 개선에 기여하고 있기는 하나, 완전히 이행되기에 충분한 시간이 아직 주어지지 않았다. 3) 조약 형성 과정은 이행 지침에 위협이 될 수 있으며, 그 자발적

---

<https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/599c543ae9bdf40b5b6f055/1503417406364/NAP+Assessment+Aug+2017+FINAL.pdf>

55) Methven O'Brien, Claire and Mehra, Amol and Blackwell, Sara and Hansen, Cathrine, National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool (August 7, 2015). *Business and Human Rights Journal* 1(1) 2015, pp.117-126 [on p.10-11 of the document viewable through SSRN] Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2627568> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2627568>

56) Id. [at p.13 of the SSRN link]

57) Id. [at 9 of the SSRN link].

58) UN Document A/HRC/26/L.22/Rev. 1 (24 June 2014)

59) The voted was 20 in favor (Algeria, Benin, Burkina Faso, China, Congo, Côte d'Ivoire, Cuba, Ethiopia, India, Indonesia, Kazakhstan, Kenya, Morocco, Namibia, Pakistan, Philippines, Russia, South Africa, Venezuela, Vietnam), 14 against (Austria, Czech Republic, Estonia, France, Germany, Ireland, Italy, Japan, Montenegro, South Korea, Romania, Macedonia, UK, USA) and 13 abstentions (Argentina, Botswana, Brazil, Chile, Costa Rica, Gabon, Kuwait, Maldives, Mexico, Peru, Saudi Arabia, Sierra Leone, UAE). See, <https://www.business-humanrights.org/en/binding-treaty/un-human-rights-council-sessions> (last visited, October 27, 2018).

이행 원칙과 충돌하여 혼란이나 경합을 야기할 수 있다. 4) 조약이라는 법 형식은 기업 활동 규제의 복잡성을 다루기 어렵다. 5) 조약은 오로지 그 당사자가 되는 국가에 대해서만 구속력을 갖는다. 6) 조약 수립 과정에서 기업과 같은 핵심 이해관계자들이 참여하지 않을 것이다. 7) 실질적인 문제로, 민간 주체들에게 이 조약이 어떻게 적용되며 국가가 이런 조약을 어떻게 이행할지에 대한 우려가 있다.

미국은 그 결의안에 찬성하지 않을 것이라는 점을 분명히 언급하면서 조약 형성 과정에도 참여하지 않을 것이고, 또한 다른 국가들도 여기에 동참하지 않도록 할 것이라고 밝혔다.<sup>60)</sup> 미국의 입장은 여전히 변화가 없다. 가장 최근에 열린 실무 그룹 회의에도 미국은 참석하지 않았으며, 이에 대해 미국은 “여전히 조약 형성 과정과 그 추진 방식에 대해 반대한다”는 입장을 밝힌 바 있다.<sup>61)</sup>

중요한 것은 이 조약 마련에 반대하는 국가가 미국 혼자가 아니라는 점이다. 시작부터 이런 조약 형성에 반대해온 다른 나라들은 물론, 국제 사용자 기구(the International Organisation of Employers), Business at OECD, Business Europe, 국제 상공회의소 등 세계적으로 수백만 개의 기업을 대표하는 단체들은 조약 형성 과정에는 참여했지만 현재는 조약 형성에 한 목소리로 반대하고 있다.<sup>62)</sup>

2018년 7월 16일, 기업과 인권 조약 마련을 위한 실무 그룹의 의장은 다국적 기업 및 기타 기업들의 활동을 국제인권법으로 규율하기 위한 구속력 있는 제도 장치에 관한 Zero Draft(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)를 발표하였으며,<sup>63)</sup> 이 법적 장치에 관한 선택 의정서 초안(the Draft

60) See U.S. Mission Geneva, Statement by the Delegation of the United States of America, June 26, 2014. Available at:

<https://geneva.usmission.gov/2014/06/26/proposed-working-group-would-undermine-efforts-to-implement-guiding-principles-on-business-and-human-rights/>

61) U.S. Mission Geneva, The United States Opposition to the Business and Human Rights Treaty Process, October 15, 2018. Available at:

<https://geneva.usmission.gov/2018/10/15/the-united-states-opposition-to-the-business-and-human-rights-treaty-process/>

62) International Chamber of Commerce, et al., 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”) Annex, October 2018. Available at <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/10/icc-joint-business-response-zero-draft-2018.pdf> (hereafter “ICC Response”)

63) Available at

<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>

Optional Protocol to the Legally Binding Instrument, the Draft Optional Protocol)을 발표하였는데,<sup>64)</sup> 이 두 가지 모두 본 조약의 장래 협상에 초점을 맞추고 있다. 앞에서 언급했던 기업 단체들은 Zero Draft에 대해서 “Zero Draft 조약과 선택 의정서 초안 모두 기업과 인권에 대하여 장래의 가능한 기준을 위한 합리적 기초를 제시하지 못하고 있다”는 성명을 냈다.<sup>65)</sup> 이 성명에는 그 Zero Draft 마련의 절차와 내용에 관한 우려가 모두 담겨 있었으며, 이 초안은 “이행 지침을 약화시키고 국가에 의한 기존 의무 이행의 실패를 가중시킬 것으로써 기업과 인권 의제를 후퇴시킬 것”이라고 밝혔다.<sup>66)</sup> 이것은 미국의 입장과 그 기초를 강하게 맞추고 있는 것이다.

미국과 국제 상공회의소가 Zero Draft 조약에 대해서 반대하는 이유는 인권침해에 연루된 기업들에 대한 법적 책임을 지을 수 있는 효과적인 경성법 체계에 대한 반발 때문인 반면에, 다른 다양한 이해관계자들은 Zero Draft 조약의 일부 심각한 구조적 결함에 대해 비판하고 있다.

예컨대 그린피스는 Zero Draft 조약에 대해서 오로지 인권법에 따른 국가의 의무만을 다루고 있을 뿐, 기업에 대해서 직접적인 책임을 확장하지 않는다고 비판하면서, 기업과 인권의 맥락에서 기업은 국제법에 따른 적용 대상이 될 수 없다는 사고를 벗어나지 못했다는 점을 지적한다. 더 나아가서, Zero Draft 조약은 오로지 기업의 다국적 활동에 대해서만 초점을 맞추고 있을 뿐, 기업에 의한 국가 내적인 인권 침해 문제는 다루지 못한다는 비판을 더하고 있다.<sup>67)</sup> 다른 인권 단체들은 Zero Draft 조약과 그 선택 의정서 초안에 대해서 이 글 앞부분에서 논의된 법정의 편의 이론의 문제를 다루지 못하고 법인격 분리의 한계를 넘지 못했으며, 또한 인권 침해 신고를 접수하고 다룰 수 있는 충분한 역량을 가진 기관을 마련하지 못했다는 점을 비판한다.<sup>68)</sup>

이행 지침을 작성한 존 러기 교수는 이미 여러 차례 “장래에 법제화가 필요하며 필연적”이라는 입장을 분명히 해왔다.<sup>69)</sup> 그러나 동시에 현재 국제 조약을 수립하려는 움직임에 대

64) Available at <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ZeroDraftOPLEgally.PDF>

65) ICC Response, at 2.

66) Id at 5.

67) Greenpeace, Analysis of the Zero Draft, October 11, 2018. Available at: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/GPI%20Analysis%20of%20Draft%20Treaty%20on%20Corporate%20Human%20Rights%20Obligations.pdf>

68) Gabriela Kletzel et al., Legally Binding Instrument regulating the activities of transnational corporation and other business enterprises, Due Process of Law Foundation, available at <https://www.escri-net.org/news/2018/blog-first-impressions-draft-optional-protocol>.

해서 인권 침해에 가장 영향을 많이 받는 개인과 집단이 이로 인해 가장 큰 이익을 받을 것이라는 점에 대해서는 회의적이라는 입장 또한 여러 차례 밝혀왔다. 그는 다국적 기업을 규제하는 조약은 기업들의 격한 반대에 부딪혀 실패를 유발했던 1970년대로 돌려놓는 것이라는 점을 상기하고 있다.<sup>70)</sup> 기업들의 강한 반대와 앞서 언급한 바와 같이 국가들 사이의 확연한 입장 차이를 감안해보면, 누구나 이 조약을 만들고자 하는 노력의 결과가 어찌 될 것인지에 대해 의문을 갖게 되기 마련이다. 하지만 러기 교수의 염려는 단순히 실패 가능성에 대한 것에 그치지 않는다. 그는 이 조약이 결국 투표에 부쳐지게 된다 하더라도 10년 또는 그 이상의 시간이 걸릴 것이라 염려하고 있다(그리고 이미 4년이나 흘렀다). 그는 “조약 지지자들은 지금과 조약이 체결되기 전 사이에는 무엇을 하자는 것인가? 분명한 답은 기업과 인권에 관한 이행 지침을 이행하고 이를 토대로 삼는 것이다”라고 말한다.<sup>71)</sup>

더 나아가서, 러기 교수는 “단일 조약으로 기업과 인권의 넓은 범위를 다 다루기에는 이 분야가 너무도 많고 복잡한 국제법 및 국내법의 영역을 포괄하고 있다”는 견해를 피력해왔으며, 이는 정태적이지 않은 국제법이 정태적인 형식을 취하게 된다 하더라도 마찬가지라고 말한다.<sup>72)</sup> 심지어 최근 Zero Draft 조약에 대해서는 비교적 긍정적이긴 해도 계속해서 Zero Draft 조약의 구조적 설계 실패인 점을 언급하면서, 이 조약이 다국적 기업 활동의 규모를 제대로 인식하지 못하고 있다는 점, 이런 기업 활동을 감시하는 문제, 그리고 이 조약 하에서 인권 침해에 대해 책임지는 주체를 결정하는 문제 등을 지적하고 있다.<sup>73)</sup>

Zero Draft 조약에 대해서는 비판이 있는 한편, 동시에 많은 전문가들로부터 다소 우려가 섞이긴 했으나 많은 지지 또한 받았다. 2018년 10월 중에는, 160명이 넘는 학자와 전문가들이 “기업과 인권에 대해 국제적으로 법적 구속력이 있는 제도 장치에 관하여 국가들에 보내는 공개서한(open letter to states concerning an international legally binding

69) Ruggie, John Gerard, *Regulating Multinationals: The UN Guiding Principles, Civil Society, and International Legalization* (July 30, 2014). *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, César Rodríguez-Garavito, ed., Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2474236> [at p. 7 of the document available through SSRN].

70) Ruggie, Id. at 1.

71) Ruggie, Id. at 10. He notes that, unfortunately, many of the countries and NGOs supporting the treaty process have done very little to implement and promote the UN General Principles.

72) Ruggies, Id. at 11.

73) John Ruggie, *Comments on the “Zero Draft” Treaty on Business & Human Rights* available at <https://www.business-humanrights.org/en/comments-on-the-%E2%80%9Czero-draft%E2%80%9D-treaty-on-business-human-rights>. For resonant commentary, see also Carlos Lopez, *Towards an International Convention on Business and Human Rights*, Parts I and II, available at <http://opiniojuris.org/author/carlos-lopez/>.

instrument on business and human rights)”에 서명한 바 있다.<sup>74)</sup> 이 서한은 이와 같은 조약에 대한 국가별로 상이한 입장에 대해서 인정하는 한편, 국가들이 법적 구속력 있는 장치를 마련하여 규제의 간극을 메워줄 것을 요청하고 있다.<sup>75)</sup> 이 공개 서한은 단순히 국제적으로 구속력 있는 규제 장치에 대한 대화를 유지하기 위한 목적으로 쓰여진 것이라 볼 수도 있지만, 많은 연구자들이 Zero Draft 조약이 “올바른 길로 가고 있다”고 평가한다는 사실을 확인시켜주는 의미가 있다.<sup>76)</sup>

2018년 10월, 정부간 실무그룹은 Zero Draft에 대한 작업을 지속해 나가기로 결의하였다. 그 목적 달성을 위해서, Zero Draft에 대한 의견을 2019년 2월말까지 수렴할 예정이며, 새로운 초안이 같은 해 6월 말까지 발표될 예정이다.<sup>77)</sup>

#### IV. Conclusion: The More Things Change...

인권 침해의 방지와 보상을 향한 법원의 판결이나 기관, 그리고 국제법에 기반한 활동 현황에 대해서 이렇게 간략하게 살펴본 바, 45년에 걸친 국제적, 국가적 그리고 지역적 수준의 노력에도 불구하고, 어찌면 사람들은 기업들이 여전히 유엔이 이 주제에 관하여 첫 보고서를 냈던 45년전과 크게 다르지 않은 수준의 법적 책임 회피를 누리고 있다고 인상을 받을 수도 있다. 현재까지도 기업을 상대로 하여 인권 침해를 주장하며 소송을 제기할 수 있는 믿을 만하고 투명한 방식은 존재하지 않으며, 국제법의 영역에서도 기업에 의한 인권 침해에 대하여 국가로 하여금 이를 보호하고 존중하고 보상할 수 있도록 하는 법적

74) Available at

<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Open%20Letter%20to%20States%20%281%20Oct%202018%29.pdf>

75) Letter in support of continued work on the zero draft (approx. 160 signers):

<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Open%20Letter%20to%20States%20%281%20Oct%202018%29.pdf>

76) Doug Cassel, At Last: A Draft UN Treaty on Business and Human Rights, in Letters Blogatory (August 2, 2018). Available at

<https://lettersblogatory.com/2018/08/02/at-last-a-draft-un-treaty-on-business-and-human-rights/#more-27105>. For Cassel, one of the most promising aspects of the Zero Draft, in article 9.2, hones in on the requirement that companies exercise human rights due diligence and, in article 9.4, provides that companies that fail to comply with their due diligence duties will face “commensurate liability and compensation” obligations.

77) <https://www.business-humanrights.org/en/binding-treaty/intergovernmental-working-group-sessions/fourth-un-intergovt-working-group-session-on-proposed-business-human-rights-treaty-15-19-oct-2018>

장치도 존재하지 않으며, 한편으로는 기업 공동체와 미국이 거의 입장 변화를 보이지 않고 있고, 그들은 구속력 있는 법적 장치 마련에 대하여 과거에 유엔의 기업에 관한 행동 강령이나 인권 규범에 취했던 태도와 마찬가지로의 태도를 유지하고 있다. 이런 점에서 봤을 때, 실행 가능한 보상에 이를 수 있도록 법적으로 보장하는 문제에 있어서는 아무 것도 바뀌지 않았다고 할 수도 있다.

그럼에도 불구하고, 기업과 인권 영역에서의 노력이 실패해왔다고 함부로 결론짓는 것은 글로벌 콤플렉스의 혁신과 이행 지침을 이끌어 낸 노력을 통해 축적된 방대한 자료와 합의를 등한시 하는 것이나 다름 없으며, B-Corp 운동(B-Corp Movement)이나 적도 원칙(the Equator Principles), 대규모 산업에서 이뤄지고 있는 자발적 행동 강령의 확산, 많은 국가에서의 NAP 수립, 세계 주요국에서 이뤄지고 있는 국내 입법과 소송들, 세계 경제 질서 내에서의 인권 담론 진전, 그리고 가장 중요하다고 할 수 있는 기업의 행동을 둘러싼 대중의 인식 변화 등은 더 언급할 필요도 없이 그 동안 기업과 인권 문제에 있어서 얼마나 많은 진전을 이뤄왔는지를 보여주고 있다. 이러한 일련의 현상들은 기업에 대한 법적 환경의 발전과 관련이 있다. 다국적 기업 및 기타 기업 주체들은 참으로 지난 반 세기 동안 제기되었던 사회적 경제적 책임에 얽혀 있는 자신들의 상황을 인식하고 있다. 이것이 바로 사회적 규범 등장의 문제이며, 더 나아가서 합법적인 법 확립의 문제이다.<sup>78)</sup>

번역: 김정식 (웨이크-포리스트 로스쿨 에너지, 환경 및 지속가능성 센터 협력연구원)

본 번역문은 서강대학교 법학연구소 주관으로 2018년 11월 9일 국회도서관에서 개최된 ‘기업의 인권책임과 법적 대응’ 자료집에 수록되었던 것으로, 이후에 저자가 수정한 앞의 원문과는 불일치할 수 있습니다.

78) See Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract* (G.D.H. Cole trans., 1792).