

Corporate Accountability for Human Rights Abuses in Asia: Critical Reflections on Lessons from Europe

Surya Deva*

- I. Backdrop
- II. Regulatory Developments in Europe
- III. Another Attempt to Negotiate an International Binding Instrument
- IV. The BHR Landscape in Asia
- V. The Lessons for Asia

Abstract

In this article I will develop two arguments. First, I will try to show that regulatory developments in Europe as well as at the international level in the last decade tend to show that no single regulatory initiative – soft or hard, domestic, regional or international – alone would be effective in preventing and redressing human rights abuses by businesses. Second, I will suggest that binding regulation at both national and international levels is critical to enhance the efficacy of non-binding regulatory initiatives and also control a ‘race to the bottom’ prevalent in the business and human rights (BHR) field. States in Asia, which compose a vital but complex region of the world, should keep these two lessons in mind while developing their regulatory regimes of corporate accountability for human rights abuses.

Part I will offer critical reflections on selected legislative, judicial and non-judicial

* Associate Professor, School of Law, City University of Hong Kong. This article, which is based on a paper presented at the conference on ‘Corporate Accountability for Human Rights Abuses and the Law’ organised by Sogang University’s School of Law on 9 November 2018, is a work in progress with several aspects to be developed fully.

developments within Europe in relation to corporate accountability for human rights abuses. The principle of separate legal personality operates as one of the major barriers in victims' quest to hold parent companies accountable for human rights abuses linked to their subsidiaries. In view of difficulties in piercing the corporate veil, the evolution of a direct duty of care principle in the UK has offered some hope for affected individuals and communities. The most clear articulation of this principle was made by the Court of Appeals in *Chandler v Cape plc*. This approach was affirmed in the *Veclanta* case. A noteworthy case against a German company, KfK, could prove significant because the alleged negligence relates to the activity of an independent supplier and not a subsidiary. The direct duty of care principle definitely offers hope for victims in holding parent companies accountable. However, the usefulness of this principle should not be over-estimated. Two such initiatives are worth analysing: the European Union's Non-financial Reporting Directive of 2014 and the UK's Modern Slavery Act of 2015. However the effectiveness of non-financial disclosure and reporting laws in changing corporate behaviour is also suspect. The 2017, France adopted a landmark Duty of Vigilance Law to impose a duty of vigilance on companies incorporated or registered in France. The efficacy of the French law in changing corporate behaviour is yet to be seen. However, this cannot be regarded as the 'end game' in terms of mandatory human rights due diligence legislation.

The current process to negotiate a legally binding international instrument – which began in 2014 – is the third attempt at the UN level to impose binding human rights obligations on (transnational) corporations. On the other hand, even if the best-case scenario materializes and a treaty is adopted, its effectiveness would depend on the political will shown by the ratifying states, as most of the treaty implementation would take place at the national level. In other words, multiple regulatory tools offering both incentives and disincentives would be needed to overcome corporate impunity.

With a few exceptions, Asia has been predominately a continent receiving investment from Western companies. However, in recent years many Asian companies have begun to invest all over the world. This raises concerns about

regulation of both inward and outward business-related human rights impacts. Certain countries in Asia have already started taking regulatory measures to promote business respect for human rights, though some continue to frame the discourse in terms of CSR.

The progress on implementing the UNGPs has been very slow in Asia, with not a single country has yet adopted a stand-alone National Action Plan (NAP) more than seven years after the unanimous endorsement of the UNGPs by the Human Rights Council in June 2011. About 60 per cent of the world's population lives in Asia, many of whom live in poverty with a low level of awareness about their rights or mechanisms available to seek access to justice. Protecting the rights of such a large population becomes more challenging in view of the facts that many Asian countries are tempted to achieve fast economic growth but suffer from a range of governance gaps (e.g., corruption, weak rule of law, lack of independent courts and/or media, and limited civic space). Unlike Europe, Africa and Australia, there is no Asia-wide BHR network of civil society engaging both states and businesses to strengthen corporate accountability. Finally, unlike other world regions, Asia has no regional human rights instrument or mechanism which can be used to deal with some of the BHR challenges.

Based on regulatory experiences in Europe and at the UN level, the governments in Asia could draw a number of lessons. First, as the BHR discourse is here to stay, the approach of 'wait and watch' alone might not work. Nor should Asian countries – many of which aspire to achieve fast economic development – see human rights as an unnecessary obstacle to development. Rather, human rights should be used to achieve an inclusive, equitable and sustainable growth for all members of society. Second, as no single regulatory initiative could be effective, states should use the full range of legal and policy measures – in a cumulative but cohesive manner – to provide both incentives and disincentives to promote business respect for human rights. If violating human rights is made a costly business for all companies operating everywhere, rational corporate actors are likely to start taking their human rights responsibilities more seriously. Third, states should revise company laws to change the current corporate culture which focuses exclusively or predominantly on

profit maximisation. Respecting human rights should be regarded as a non-negotiable pre-condition of doing business. Humanizing profit-making is paramount. Fourth, as voluntary measures in the form of carrots are more effective when they operate in tandem with binding regulations as sticks, the binding rules at both national and international levels are indispensable. Binding rules, if agreed collectively, could also help in creating a level playing field and curtailing a race to the bottom. However, when it comes to the monitoring and implementation of rules, states could use modern technology, innovative regulatory tools and market forces. Fifth, collective actions on the part of states would be vital in overcoming barriers to access to effective remedy, especially in transnational cases. A legally binding international instrument could be particularly useful in encouraging mutual assistance and international cooperation. Sixth, national human rights institutions, civil society organisations and human rights defenders have a key role in pushing states in discharging their human rights obligations as well as filling in gaps in state-based regulation. Considering Asia's diversity and vastness, these actors should develop sub-regional networks to facilitate sharing of information, peer learning and collective action.

• **Key Words** Multiple regulatory, principle of separate legal personality, direct duty of care principle, non-financial disclosure and reporting, due diligence, National Action Plan (NAP), National Contacts Points (NCP)

I . Backdrop

What should states in Asia do to protect individuals and communities from business-related human rights abuses? This article offers some initial guidance to Asian states based on regulatory experiences gained in Europe and at the international level. The overall context to the analysis in this article is provided by three propositions presented below sequentially.

First, in a monograph, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing*

Business, published in 2012, I argued that corporations – especially those which operate at a transnational level – are difficult regulatory targets and that no single initiative could regulate effectively corporate human rights abuses.¹⁾ What is needed, therefore, that multiple regulatory tools at national, regional and international levels are employed in tandem. I proposed an ‘integrated theory of regulation’ as a mechanism to assemble multiple regulatory initiatives in a cohesive manner.²⁾

Second, the UN Working Group on Business and Human Rights in its October 2018 report to the UN General Assembly concluded, among others, the following: Corporate human rights due diligence has become a norm of expected conduct for all business enterprises. ... [However] the majority of business enterprises around the world remain unaware, unable or unwilling to implement human rights due diligence as required of them in order to meet their responsibility to respect human rights.³⁾

The Working Group recommends that ‘States use all available levers to address market failures and governance gaps to advance corporate human rights due diligence as part of standard business practice,’ including by using ‘legislation to create incentives to exercise due diligence, including through mandatory requirements’.⁴⁾

Third, during the 4th session of the Open-ended Intergovernmental Working Group (OEIGWG) held during 15-19 October 2018,⁵⁾ the International Organization of Employers (IOE) released an analysis paper.⁶⁾ By drawing on the impact of Section 1502 of the Dodd-Frank Act on the Democratic Republic of Congo’s economy, this paper cautioned states supporting the current treaty process that the ‘the Proposed Treaty ... will likely dissuade most MNCs from sourcing from countries that ratify it’⁷⁾ and that ‘the Proposed Treaty, if finalized and put into effect, may result in adverse

1) Surya Deva, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business* (Routledge, 2012).

2) Ibid.

3) ‘The report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises’, A/73/163, para 93.

4) Ibid, para 93.

5) See <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session4/Pages/Session4.aspx>

6) IOE, ‘The United Nations’ proposed Treaty imposing corporate liability for human rights violations and the potential economic implications associated with its ratification’ (October 2018), <https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=134721&token=48cd232e01eb951b60284a7f7c390164526e151d>

7) Ibid, 33.

socioeconomic impacts on the ratifying countries'.⁸⁾ This IOE paper, which received significant criticism from civil society during the session, seems to be an explicit attempt by a business association to trigger a race to the bottom by exploiting states' fear of strong human rights regulation having a negative impact on attracting foreign investment.

Against this backdrop, in this article I will develop two arguments. First, I will try to show that regulatory developments in Europe as well as at the international level in the last one decade tend to show that no single regulatory initiative – soft or hard, domestic or regional/international – alone would be effective in preventing and redressing human rights abuses by businesses. Second, I will suggest that binding regulation at both national and international levels is critical to enhance the efficacy of non-binding regulatory initiatives and also control a 'race to the bottom' prevalent in the business and human rights (BHR) field. States in Asia, which is a vital but complex region of the world, should keep these two lessons in mind while developing their regulatory regimes of corporate accountability for human rights abuses.

In Part II of the article, I review selected regulatory developments in Europe. This is followed in Part III with a quick tour of the process to negotiate an international legally binding instrument. Before drawing some lessons for Asian state from these regulatory experiences, Part IV highlights some unique characteristics of Asia as well as flags a few illustrative examples of the emerging BHR landscape.

II. Regulatory Developments in Europe

This part will offer critical reflections on selected legislative, judicial and non-judicial developments within Europe in relation to corporate accountability for human rights abuses. While some of these developments are national, others are regional in scope.

8) Ibid, 38.

1. Parent company's direct duty of care

The principle of separate legal personality operates as one of the major barriers in victims' quest to hold parent companies accountable for human rights abuses linked to their subsidiaries. In view of difficulties in piercing the corporate veil, the evolution of a direct duty of care principle in the UK has offered some hope for affected individuals and communities. Although courts in the UK in the past had hinted about a parent company owing a direct duty of care to its subsidiary's employees in certain circumstances,⁹⁾ the most clear articulation of this principle was made by the Court of Appeal in *Chandler v Cape plc*.¹⁰⁾ In the *Chandler* case, the Court laid down as follows the circumstances in which such a duty could arise: 'Those circumstances include a situation where, as in the present case, (1) the businesses of the parent and subsidiary are in a relevant respect the same; (2) the parent has, or ought to have, superior knowledge on some relevant aspect of health and safety in the particular industry; (3) the subsidiary's system of work is unsafe as the parent company knew, or ought to have known; and (4) the parent knew or ought to have foreseen that the subsidiary or its employees would rely on its using that superior knowledge for the employees' protection.'

This approach was affirmed in the *Vedanta* case, where the Court of Appeal ruled that the *Chandler* circumstances are only illustrative, rather than exhaustive of situations in which a direct duty of care might arise.¹¹⁾ The Court concluded that such 'a duty may be owed in analogous situations, not only to employees of the subsidiary but to those affected by the operations of the subsidiary.'¹²⁾ The Court of Appeal, however, did not find sufficient evidence to imply such a duty in two other cases (*Shell*)¹³⁾ and

9) *Connelly v Rio Tinto Zinc Corporation* (1999) CLC 533. For a similar approach adopted by courts in Australia and Canada, see *CSR v Wren* [1997] 44 NSWLR 463 and *Choc v Hudbay Minerals Inc* 2013 ONSC 1414 (Ontario, 2014).

10) [2012] EWCA Civ 525. See also Richard Meeran, 'Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States' (2011) 3 *City University of Hong Kong Law Review* 1, 7-10.

11) *Dominic Liswaniso Lungowe v Vedanta Resources Plc* [2017] EWCA Civ 1528.

12) *Ibid*, para 83.

13) *Okpabi v Royal Dutch Shell Plc* [2018] EWCA Civ 191.

*Unilever*¹⁴⁾). Considering the far-reaching implications of the direct duty of care principle,¹⁵⁾ an appeal against the *Vedanta* decision has been admitted by the UK Supreme Court. This will be the first time that the UK Supreme Court would be dealing with this issue. It is to be seen whether the Supreme Court would approve the *Chandler* innovation – which creatively bypasses the need to pierce the corporate veil – or take a more conservative approach, similar to the one taken by the US Supreme Court in *Kiobel* and *Jesner*. Whatever is the Court decision, human rights due diligence done (or not done) by a company under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs) or other applicable laws should have bearing on construing the company's duty of care of its neighbours under tort law.

It may be worth noting here another case that is being pursued in Germany against a German company, KiK, for fire in one of its supplier's factories in Pakistan which killed 260 people. Although KiK already paid USD5.15 million in compensation to the affected families and survivors,¹⁶⁾ the outcome of this case should be significant, because unlike the cases pursued against Vedanta, Shell and Unilever in the UK, the alleged negligence in this case relates to the activity of an independent supplier and not a subsidiary company.

The direct duty of care principle definitely offers a hope for victims in holding parent companies accountable. However, the usefulness of this principle should not be over-estimated. For example, such a duty does not arise automatically or as a matter of presumption: rather, this must be proved by victims in every case, which is a time-consuming and expensive process. Moreover, whatever triggering criteria courts stipulate, companies would try to organise their business operations in future in such a way that those criteria do not apply to them. In other words, even if the *Chandler* principle survives the UK Supreme Court, it does not offer any panacea to victims of corporate human rights abuses.

14) *AAA v Unilever Plc* [2018] EWCA Civ 1532.

15) The application of the direct duty of care principle is not limited to subsidiaries' employees: rather its protection could also be availed – in appropriate circumstances – by any person affected by the conduct of subsidiaries.

16) See 'KiK lawsuit (re Pakistan)', <https://www.business-humanrights.org/en/kik-lawsuit-re-pakistan>.

2. Non-financial disclosure and reporting

Two such initiatives are worth analysing: the European Union's Non-financial Reporting Directive of 2014 and the UK's Modern Slavery Act of 2015.¹⁷⁾

The 2014 Directive seeks to 'establish a certain minimum legal requirement as regards the extent of the information that should be made available to the public and authorities' by certain large companies.¹⁸⁾ It requires large public-interest companies with more than 500 employees¹⁹⁾ to disclose – in their management reports – 'a non-financial statement containing information to the extent necessary for an understanding of the undertaking's development, performance, position and impact of its activity, relating to, as a minimum, environmental, social and employee matters, respect for human rights, anti-corruption and bribery matters'.²⁰⁾ This disclosure by the covered companies should include 'due diligence processes implemented' and 'non-financial key performance indicators relevant to the particular business'. The 2014 Directive also requires 'a description of the diversity policy applied in relation to the undertaking's administrative, management and supervisory bodies with regard to aspects such as, for instance, age, gender, or educational and professional backgrounds'.²¹⁾ Consolidated non-financial statements are required from parent companies of corporate groups.²²⁾

The Directive, which came into force in 2018, gives companies flexibility on how to report. However, in June 2017, the European Commission issued some guidelines to enhance business transparency on social and environmental matters.²³⁾ The Directive adopts a 'comply or explain' model: if a company does not pursue any of the required

17) EU has other regulations too, e.g., EU Timber Regulation (exclusion of the imports of illegally harvested timber) and the Conflict Minerals Regulation (requiring EU companies to ensure responsible sourcing of minerals and metal).

18) Preamble para 5: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>

19) About 6,000 companies are covered by this Directive.

20) Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups, Art 19a.

21) Art 20(1)(g).

22) Art 29a.

23) See https://ec.europa.eu/anti-trafficking/eu-policy/guidelines-non-financial-reporting_en.

policies, it should provide reasoned explanations for not doing so.²⁴⁾

Section 54(1) of the Modern Slavery Act requires a commercial organisation which supplies goods or services and has a minimum turnover of £36million to 'prepare a slavery and human trafficking statement for each financial year of the organisation'. Section 54(4) further provides that such a statement should list 'the steps the organisation has taken during the financial year to ensure that slavery and human trafficking is not taking place (i) in any of its supply chains, and (ii) in any part of its own business'. Otherwise, the organisation should declare in the statement that 'the organisation has taken no such steps'. If a covered company does not act in accordance with the 'comply or explain' model under the Act, there is at least a theoretical possibility of certain legal consequences.²⁵⁾

The effectiveness of non-financial disclosure and reporting laws – such as those noted above – in changing corporate behaviour is also suspect.²⁶⁾ Companies, for example, may not disclose adequate information and simply treat this as a tick-box exercise.²⁷⁾ Alternatively, even if there is quality disclosure on the part of companies, market actors such as investors and consumers might not use such information to create (dis)incentives for the relevant companies. In other words, there is no absolute, clear or universal business case for disclosing non-financial information.

24) CCJ, 'Assessment of the EU Directive on the disclosure of non-financial information by certain large companies',

<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/eccj-assessment-eu-non-financial-reporting-may-2104.pdf>

25) If a company fails to produce a slavery and human trafficking statement for a particular financial year, the Secretary of State may seek an injunction through the High Court requiring the company to comply. Failure to comply with the injunction will amount to contempt of a court order, which is punishable by an unlimited fine. UK government, *Transparency in Supply Chains etc.: A Practical Guide*, 6,

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/471996/Transparency_in_Supply_Chains_etc_A_practical_guide_final_.pdf. In practice, however, the UK government has indicated its intent of not invoking this power.

26) See Radu Mares, 'Corporate Transparency Laws: A Hollow Victory?' (2018) 36 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 189.

27) An analysis of the quality of reporting under the UK's Modern Slavery Act illustrates this problem. Moreover, only 19 per cent of the covered companies have met all the minimum requirements set out by the Act: <https://www.modernslaveryregistry.org/>.

3. Mandatory human rights due diligence

The 2017, France adopted a landmark Duty of Vigilance Law to impose a duty of vigilance on companies incorporated or registered in France that employ at least (i) 5,000 people themselves and through their French subsidiaries, or (ii) 10,000 people themselves and through their subsidiaries located in France and abroad.²⁸⁾ This duty entails elaboration, disclosure and effective implementation of a ‘vigilance plan’.²⁹⁾ It covers risks and serious harms that derive from a parent and its subcontracting companies’ activities, the activities of companies it controls directly or indirectly, and the activities of its subcontractors and suppliers ‘with which the company maintains an established commercial relationship’.³⁰⁾

A unique aspect of the French law is that it creates the potential of civil sanctions against companies ‘in case of actual harm to fundamental freedoms, health and safety or the environment’.³¹⁾ Every person with locus standi may get an order for a company to establish the vigilance plan, ensure its publication and account for its effective implementation.³²⁾ Moreover, the affected individuals and communities can sue a company for negligence if it failed to comply with its vigilance plan or put in place an inadequate vigilance plan.³³⁾

The efficacy of the French law in changing corporate behaviour is yet to be seen. However, this cannot be regarded as the ‘end game’ in terms of mandatory human rights due diligence legislation.³⁴⁾ For example, the law does not apply to all French companies. It might also not be easy for victims to seek (adequate) compensation in

28) In a similar vein, the Responsible Business Initiative in Switzerland seeks to impose mandatory due diligence obligations on Swiss companies in relation to human rights and the environment. See <https://corporatejustice.ch/about-the-initiative/>

29) Sandra Cossart et al, ‘The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All’ (2017) 2 *Business and Human Rights Journal* 317, 320.

30) Ibid.

31) Ibid 321.

32) Ibid.

33) Ibid.

34) See, for example, the ten recommendations for an effective mandatory human rights due diligence law made in the ECCJ Position Paper, ECCJ, ‘Key Features of Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation’ (June 2018).

view of barriers posed by procedural rules related to causation and evidence.

4. Complaints to NCPs under the OECD Guidelines

After the 2011 update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, a momentum is building to reply on the Guidelines to file complaints with the National Action Points (NCPs) against companies for a full range of human rights abuses. The NCPs have no powers to compel companies to engage with them or enforce their orders, and their overall ineffectiveness is widely documented.³⁵⁾ Nevertheless, in recent years, some of these complaints have resulted in positive outcomes for victims,³⁶⁾ and more attention is being given to enhance transparency, accessibility and responsiveness of the NCPs to deal with complaints (including through a peer review process).³⁷⁾

Despite some ray of hope raised by the functioning of selected NCPs, the potential of NCPs to provide (or even facilitate) effective remedies to the victims of business-related human rights abuses remain patchy. While in some cases the NCPs are provided a ‘caged autonomy’ by their own governments, in other instances the NCPs are not willing to make full use of their potential.

III. Another Attempt to Negotiate an International Binding Instrument

The current process to negotiate a legally binding international instrument – which began in 2014³⁸⁾ – is the third attempt at the UN level to impose binding human rights obligations on (transnational) corporations. The OEIGWG released draft elements of the

35) OECD Watch, *Assessing the Contribution of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises to Responsible Business Conduct* (2010); OECD Watch, *Remedy Remains Rare* (2015).

36) See <https://www.somo.nl/historic-agreement-heineken-former-congolese-workers-seeking-remedy-labour-rights-dispute/>

37) See <http://mneguidelines.oecd.org/ncps/>

38) See <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>

proposed instrument in September 2017, the zero draft of the proposed instrument in July 2018 and a draft optional protocol to the proposed instrument in September 2018. During the 4th session of the OEIGWG held in October 2018, the zero draft of the proposed instrument was debated by states, experts, CSOs, business associations and trade unions.

Like the previous two attempts (i.e., the 1990 Code and the 2003 Draft Norms), the current process continues to be highly politicised and divisive, with most of the developed countries and business associations against a treaty (or binding rules generally). In terms of political considerations related to the current treaty process, states can be divided into four broad camps.³⁹⁾

In the first camp are states – mostly developed countries from the Global North – which are supportive of the UNGPs but are against the treaty project. Their opposition to the treaty process embodies several stands: that the ‘footnote’ of Resolution 26/9 arbitrarily excludes local/domestic companies from purview of the treaty, that a discussion about treaty will break the consensus built around the adoption of the UNGPs, that the treaty discussion will divert the attention from implementing the UNGPs, and that it will take many years before a treaty could be negotiated.

The second camp belongs to developing states from the Global South which are supportive of the current treaty process, but they do not see much value in implementing soft international norms like the UNGPs. Their scepticism about soft human rights norms stems from the failure of such past initiatives in holding powerful (transnational) corporations accountable.

In the third camp are those states which have no deep engagement with either of the two processes (the UNGPs as well as the treaty). Over a period of time, the number of disengaged states in this camp is coming down and it is inevitable that such states will either join one of the first two camps or migrate to the fourth camp described below. This may, therefore, be regarded as a transitory camp.

39) See Surya Deva, ‘Scope of the Proposed Business and Human Rights Treaty: Navigating through Normativity, Law and Politics’ in Surya Deva and David Bilchitz (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017) 154.

The fourth camp comprises states which are supportive of both regulatory initiatives. Rather than finding any conflict between the UNGPs and the proposed treaty, they see them as complementary to each other. There is some evidence that more states and experts are migrating to the fourth camp for valid reasons, as the divide between the first two camps is artificial and misinformed. If one supports the UNGPs and the ideas underpinning them (i.e., that corporations have human rights responsibilities independent of states, and that victims should have access to effective remedies), then one can hardly oppose binding regulations at the domestic or international level. Conversely, it would be almost indefensible for a treaty-supporting state to reject the UNGPs altogether.

Although the fate of this ‘third high tide’ remains uncertain at this stage, the chances of the tide brining a binding instrument are better this time as compared to the previous two attempts.⁴⁰⁾ For example, the unlike the attempts in the form of the 1990 Code and the 2003 Draft Norms, this current process has a springboard of the UNGPs and an unprecedented level of civil society support.

The current treaty process has highlighted the need for further legalisation at the international level (especially to strengthen access to remedy in transnational cases) and exposed the lack of adequate bite offered by the UNGPs in preventing and addressing business-related human rights abuses. The treaty process may also be indirectly pushing both states and businesses to take their commitment to the UNGPs more seriously.

On the other hand, even if the best-case scenario materialises and a treaty is adopted, its effectiveness would depend on the political will shown by the ratifying states, as most of the treaty implementation would take place at the national level. Considering the inconsistent and insincere track record of states in implementing international human rights treaties at the domestic level, one could not be very optimistic. The prospect of establishing an effective international enforcement or monitoring mechanism is also not very high. In other words, while a treaty is required,

40) Ibid.

this might not be able to fill all current regulatory gaps: multiple regulatory tools offering both incentives and disincentives would be needed to overcome corporate impunity.

IV. The BHR Landscape in Asia

This part offers some thoughts on political, social, economic, cultural and legal considerations in Asia which would have a bearing on the BHR regulatory landscape. It also outlines a few emerging regulatory initiatives in selected Asian countries.

1. Is Asia special?

Asia offers an interesting regulatory landscape for BHR. Let us consider the following non-exhaustive list of facts and circumstances:

- Many countries in Asia experienced corporate human rights abuses as part of colonisation. For example, an institutionalised corporate involvement in what is known as human rights abuses today could be traced to the operations of the British East India Company in India and other parts of Asia from the 16th century onwards.
- One of the deadliest cases of continued corporate impunity of modern times unfolded in Asia: the gas leak from Union Carbide's plant in the city of Bhopal on the night of 2nd December 1984 killed several thousand people.⁴¹⁾ The Bhopal and other case studies⁴²⁾ show the inability of victims to obtain effective remedies – on their own or with the help of their governments – in both home and host countries of corporations.

41) See Surya Deva, 'From 3/12 to 9/11: Future of Human Rights?' (2004) 39:49 *Economic & Political Weekly* 5198.

42) The Rana Plaza disaster in Bangladesh is a more recent instance of how profit-driven businesses can operate in complete disregard of health and safety of workers.

- With a few exceptions, Asia has been predominately a continent receiving investment from Western companies. However, in recent years many Asian companies have begun to invest all over the world. This raises concerns about regulation of both inward and outward business-related human rights impacts.
- The Chinese government's Belt and Road Initiative (BRI) poses another unique challenge to the BHR landscape in that managing adverse human rights impacts of development activities is not an integral part of the BRI blueprint. Moreover, the current politico-legal system of China makes it harder to seek remedies against BRI-related adverse human rights abuses – from forced displacement to environmental pollution and destruction of traditional means of livelihood.
- The progress on implementing the UNGPs has been very slow in Asia, with not a single country has yet adopted a stand-alone National Action Plan (NAP) more than seven years after the unanimous endorsement of the UNGPs by the Human Rights Council in June 2011.⁴³⁾ On the other hand, several Asian countries voted in favour of a 2014 Human Rights Council resolution establishing an open-ended intergovernmental working group to negotiate an international legally binding instrument to regulate transnational corporations and other business enterprises. This might indicate a weak practice of 'walking the talk' on promoting business respect for human rights as well as strengthening corporate accountability.
- About 60 per cent of the world's population lives in Asia, many of whom live in poverty with a low level of awareness about their rights or mechanisms available to seek access to justice. Protecting the rights of such a large population becomes more challenging in view of the facts that many Asian countries are tempted to achieve fast economic growth but suffer from a range of governance gaps (e.g., corruption, weak rule of law, lack of independent courts and/or media, and limited civic space).
- Unlike Europe, Africa and Australia, there is no Asia-wide BHR network of civil

43) Thailand has perhaps made most progress in developing a NAP. A few other countries such as South Korea, Japan, Malaysia and Indonesia have either declared a policy commitment to develop a NAP or made some progress in developing a NAP.

society engaging both states and businesses to strengthen corporate accountability.

- Finally, unlike other world regions, Asia has no regional human rights instrument or mechanism which can be used to deal with some of the BHR challenges.

2. BHR developments in Asia

Certain countries in Asia have already started taking regulatory measures to promote business respect for human rights, though some continue to frame the discourse in terms of CSR. The following examples are worth considering:

- It is encouraging to note that several Asian countries have made a public commitment to develop a NAP to implement the UNGPs and/or started the process of developing a NAP. Although the jury is out about the positive impacts of these NAPs on the ground, the process itself is useful in that it raises awareness about BHR issues, facilitates dialogue not only amongst different government ministries but also with other stakeholders, and provides affected individuals and communities a platform to raise concerns about non-consultative development processes.
- The Indian Companies Act of 2013 introduces several far-reaching provisions that seek to change the sole corporate focus on profit maximisation.⁴⁴⁾ Section 166(2) of the Act imposes a duty on directors to ‘act in good faith in order to promote the objects of the company for the benefit of its members as a whole, and in the best interests of the company, its employees, the shareholders, the community and for the protection of environment’. Sections 135, on the other hand, requires certain large companies to establish a Corporate Social Responsibility Committee and spend, in every financial year, at least 2% of the average net profits made during the three immediately preceding financial years in pursuance of their CSR Policy. The Indian government is currently revising the 2011 National

44) For a critical analysis, see Surya Deva, ‘Socially Responsible Business in India: Has the Elephant Finally Woken Up to the Tunes of International Trends?’ (2012) 41:4 *Common Law World Review* 299.

Voluntary Guidelines on Social, Environmental and Economic Responsibilities of Business to align them with the UNGPs.⁴⁵⁾ It would be critical that the revision of these Guidelines moves the discourse in India from CSR to BHR (or more broadly to responsible business conduct).

- In China, a few chambers of commerce have issued due diligence guidance for their members' overseas operations. For example, the China Chamber of Commerce of Metals, Minerals & Chemicals Importers & Exporters (CCCME) has issued Guidelines for Social Responsibility in Outbound Mining Investments,⁴⁶⁾ which apply to all mineral exploration, extraction, processing and investment cooperation projects in foreign countries in which Chinese companies have invested. The covered companies should, among others, 'respect human rights and comply with the eight fundamental Conventions of the International Labor Organization and the host country's labor laws, regulations, and standards'.⁴⁷⁾ These Guidelines have been supplemented by the Chinese Due Diligence Guidelines for Responsible Mineral Supply Chains.
- Indonesia's Ministerial Regulation No. 2/2017 established a certification mechanism to ensure that the fishing companies identify, assess, prevent, mitigate and resolve adverse human rights impacts occurring from their activities, operations and business relations.⁴⁸⁾
- Similar to innovative attempts made by the lawyers in the UK and other European countries, in April 2018, a case on behalf of more than 3,000 Cambodian farmers was filed in a Thai civil court against a Thai sugar company (Mitr Phol) for forced displacement of farmers for sugarcane plantation in Cambodia.⁴⁹⁾ The court has admitted this case and ordered mediation.⁵⁰⁾ If successful, this case will set an

45) See http://www.mca.gov.in/Ministry/pdf/DraftNationalGuidelines2018_20062018.pdf

46) See https://www.globalwitness.org/sites/default/files/library/CCCME%20Guidelines%20for%20Social%20Responsibility%20in%20Outbound%20Mining%20Investments%20Oct%202014%20CH-EN_1.pdf

47) Ibid, Principle 1.3.

48) See <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ins165180.pdf>

49) 'Cambodian farmers sue Thai sugar group Mitr Phol over alleged land grab' (2 April 2018), <https://www.reuters.com/article/us-cambodia-thailand-sugar/cambodian-farmers-sue-thai-sugar-group-mitr-phol-over-alleged-land-grab-idUSKCN1H90P6>

50) 'Thai court accepts Cambodian land grabbing case, orders mediation' (5 September 2018),

important precedent in Asia for holding parent companies accountable for human rights abuses committed overseas by their subsidiaries.

V. The Lessons for Asia

Despite the progress made by the UNGPs and other regulatory initiatives at the national or regional level in Europe, many more measures would be needed in coming years to ensure that corporations are able to inject human rights into their DNA. States have a non-delegable obligation to ensure that companies respect all human rights wherever they operate. Based on regulatory experiences in Europe and at the UN level, the governments in Asia could draw a number of lessons.

First, as the BHR discourse is here to stay, the approach of ‘wait and watch’ alone might not work. Nor should Asian countries – many of which aspire to achieve fast economic development – see human rights as an unnecessary obstacle to development. Rather, human rights should be used to achieve an inclusive, equitable and sustainable growth for all members of society.

Second, as no single regulatory initiative could be effective, states should use the full range of legal and policy measures – in a cumulative but cohesive manner – to provide both incentives and disincentives to promote business respect for human rights. If violating human rights is made a costly business for all companies operating everywhere, rational corporate actors are likely to start taking their human rights responsibilities more seriously.

Third, states should revise company laws to change the current corporate culture which focuses exclusively or predominantly on profit maximisation. Respecting human rights should be regarded as a non-negotiable pre-condition of doing business. Humanizing profit-making is the need of the hour.

Fourth, as voluntary measures in the form of carrots are more effective when they operate in tandem with binding regulations as sticks, the binding rules at both national

<https://www.inclusivedevelopment.net/thai-court-accepts-cambodian-land-grabbing-case-orders-mediation/>

and international levels are indispensable. Binding rules, if agreed collectively, could also help in creating a level playing field and curtailing a race to the bottom. However, when it comes to the monitoring and implementation of rules, states could use modern technology, innovative regulatory tools and market forces.

Fifth, collective actions on the part of states would be vital in overcoming barriers to access to effective remedy, especially in transnational cases. A legally binding international instrument could be particularly useful in encouraging mutual assistance and international cooperation.

Sixth, national human rights institutions, civil society organisations and human rights defenders have a key role in pushing states in discharging their human rights obligations as well as filling in gaps in state-based regulation. Considering Asia's diversity and vastness, these actors should develop sub-regional networks to facilitate sharing of information, peer learning and collective action, and, over time, the formation of legitimate law.⁵¹⁾

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

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

■ References

- ECCJ, 'Assessment of the EU Directive on the disclosure of non-financial information by certain large companies' (May 2014).
- ECCJ, 'Key Features of Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation' (June 2018).
- IOE, 'The United Nations' proposed Treaty imposing corporate liability for human rights violations and the potential economic implications associated with its ratification' (October 2018)
- OECD Watch, *Assessing the Contribution of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises to Responsible Business Conduct* (2010); OECD Watch, *Remedy Remains Rare* (2015).
- Radu Mares, 'Corporate Transparency Laws: A Hollow Victory?' (2018) 36 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 189.
- Richard Meeran, 'Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States' (2011) 3 *City University of Hong Kong Law Review* 1.
- Sandra Cossart et al, 'The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All' (2017) 2 *Business and Human Rights Journal* 317.
- Surya Deva, 'From 3/12 to 9/11: Future of Human Rights?' (2004) 39:49 *Economic & Political Weekly* 5198.
- Surya Deva, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business* (Routledge, 2012).
- Surya Deva, 'Scope of the Proposed Business and Human Rights Treaty: Navigating through Normativity, Law and Politics' in Surya Deva and David Bilchitz (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).
- Surya Deva, 'Socially Responsible Business in India: Has the Elephant Finally Woken Up to the Tunes of International Trends?' (2012) 41:4 *Common Law World Review* 299.
- 'The report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises', A/73/163.
- UK government, *Transparency in Supply Chains etc.: A Practical Guide* (April 2018).

■ 국문초록

아시아 지역에서 발생한 기업에 의한 인권침해와 이에 대한 유럽 국가의 법적 대응

수리아 데바*

나는 두 가지 주장을 제시하고자 한다. 첫째, 지난 10년간 국제적인 수준은 물론, 유럽에서 이뤄진 규범적 발전은 그것이 경성법(hard law)의 형식이든 연성법(soft law)의 형식이든, 그리고 국제적이든 국내적이든 상관없이, 단일한 규범적 방식 하나만으로는 기업에 의한 인권 침해를 방지하고 시정함에 있어 효과적이지 못하다는 사실을 확인해주었다는 사실을 밝히고자 한다. 둘째, 법적 구속력이 없는 규제적 조치들의 효용성을 향상시키고 기업과 인권 분야에 만연한 “바닥치기 경쟁”을 통제하기 위해서는 국내 및 국제적 수준 모두에서 구속력 있는 규제가 핵심적이라는 점을 지적하고자 한다.

제1장에서는 인권 침해에 대한 기업의 책임과 관련하여 유럽에서 선별한 핵심적 통찰 몇 가지를 소개했다. 법인격 분리의 원칙은 모기업이 그 자회사가 연계된 인권 침해에 대해 책임을 지우고자 하는 피해자의 요청에 대한 주요 장벽으로 기능한다. 이 법인격 분리의 장벽을 뚫기 어려운 점을 감안하여, 영국에서는 직접적 주의의무 원칙이 인권 침해의 영향을 받은 개인 및 공동체를 위한 하나의 희망을 제시해주었다. 영국 항소법원이 *Chandler v Cape plc* 사건 판결에서 원칙에 대해서 가장 명확하게 설명한 바 있다. 이러한 접근은 *Vedanta* 사건에서도 다시 한 번 확인되었다. 독일 회사 KiK에 대해 제기된 예서는, 자회사가 아닌 독립적인 하청회사의 활동에 대한 과실이 주장되었다는 점에서 이 재판의 결과에 주목할 필요가 있다. 직접적 주의의무 원칙은 분명히 인권 피해자가 모기업에게 책임을 지울 수 있다는 희망을 제공해준다. 하지만 그렇다고 이 원칙의 효용성이 과장되어서도 안 된다. 유럽에서는 비재무적 정보 공개와 보고 의무와 관련하여 두 가지가 분석할 가치를 갖는다. 바로 2014년 유럽연합의 Non-financial Reporting Directive와 2015년 영국의 Modern Slavery Act이다. 그러나 비재무적 정보 공개 및 보고 규제가 기업행동

* Associate Professor, School of Law, City University of Hong Kong; Member, UN Working Group on Business and Human Rights; Editor-in-Chief, Business and Human Rights Journal.

을 바꾸는 데 있어 갖는 효율성은 미심쩍은 부분이 있다. 2017년, 프랑스는 기념비적인 인권 실사의무에 관한 법(Duty of Vigilance Law)을 제정하였는데, 이 법은 프랑스에 등록되어 있는 주식회사 중 회사에게 인권 실사의무를 부여하고 있다. 이와 같은 프랑스 법이 기업의 행동을 바꾸는 데 있어 얼마나 효과적인지는 아직 확인되지 않았다.

2014년에 시작된 법적 구속력 있는 국제적 법률문서에 대한 협상의 현재 과정은 유엔차원에서 기업에 대해 구속력 있는 인권의무를 부과하려는 세 번째 시도이다. 최상의 시나리오가 현실이 되고 조약이 채택된다 하더라도, 조약의 효용성은 비준국가들이 보여주는 정치적 의지에 달려있는바, 이는 조약의 이행 대부분이 국내적 수준에서 이뤄지기 때문이다. 그래서 기업의 면책을 극복하기 위해서는 유인과 반대유인을 모두 제공하는 다양한 규범적 도구가 필요하다고 할 수 있다.

전통적으로 아시아는 서방 기업으로부터 압도적으로 많은 투자를 받는 대륙이지만, 최근에는 많은 아시아 기업들이 전세계에 걸쳐 투자하기 시작했다. 이로 인해 내적 및 외적으로 기업과 관련한 인권 영향에 관한 규제에 대해 관심이 높아지기 시작했다. 아시아의 일부 국가는 기업의 인권 존중을 증진시키기 위한 규범적 조치들을 취하기 시작했다.

그러나 UN 이행지침의 진행상황은 아시아에서 매우 느리다고 할 수 있으며, 국가 행동 계획을 독립적으로 채택한 나라도 아시아에서는 한 곳도 없다. 세계 인구의 60퍼센트 가량이 아시아에서 살고 있으며, 그들 중 많은 이들이 사법적 보호를 받을 권리나 체계에 대해 잘 알지 못한 채 빈곤 속에서 살아가고 있다. 아시아 국가들이 빠른 경제성장 달성의 유혹에 빠지는 한편 부패, 법의 지배, 사법권이나 언론의 독립, 제한된 시민 활동 등의 구조적 문제로 고통 받고 있다는 점에서 이 많은 수의 인구가 가진 권리를 보호하는 것은 더욱 어려워지고 있는 것이 현실이다. 유럽이나 아프리카, 그리고 호주와는 달리, 기업의 책임을 강화하기 위해 국가와 기업 양쪽에 연결된 아시아 전역에 걸친 기업과 인권 시민 사회가 존재하지 않는다. 마지막으로 언급하지만 역시 중요한 사항 중 하나로, 다른 지역과 달리, 아시아에서는 기업과 인권 문제를 다루기 위해 활용될 수 있는 지역적 제도장치나 체계가 마련되어 있지 않다.

UN 이행원칙이 이론 진전과 유럽에서의 국가적 및 지역적 규범화의 시도들이 이론 진전이 있지만, 그래도 아직 기업들이 그들의 DNA에 인권을 주입하게 만들기 위해서는 앞으로 다가올 몇 년간 많은 작업들이 더 이뤄져야 한다. 아시아의 정부들은 유럽과 UN의 규범적 경험에서 도출되는 다음의 교훈을 주지하고 진전을 이루어 나가야 할 것이다.

첫째, 하나의 단일한 계획은 효과적일 수 없기 때문에, 국가는 기업들의 인권 존중을 증

진하기 위한 유인과 반대유인을 모두 제공할 수 있는 축적되고 결합된 방식의 법적 및 정책적 조치들을 최대한의 범위로 활용해야 한다. 둘째, 국가는 주로 이익 극대화에만 초점이 맞춰진 현재의 기업 문화를 바꾸기 위해 회사법을 개정해야 한다. 인권을 존중하는 것이 사업 영위에 있어서 타협할 수 없는 전제조건으로 여겨져야 한다. 셋째, 당근과 같은 형식의 자발적 조치는 채찍과 같은 강제적 규제와 동시에 활용될 때 보다 효과적이기 때문에, 국내 및 국제적 수준 모두에서 구속력 있는 규제들은 필수적이다. 한편 국가는 이런 규정의 이행과 준수 감시에 있어서 현대 기술, 혁신적 규제 도구, 그리고 시장의 영향력을 이용할 수 있다. 넷째, 국가들의 차원에서 이뤄지는 집단적인 조치들이 효과적인 구제책에 대한 접근을 막는 장벽을 극복함에 있어서 핵심적일 수 있으며, 이는 특히 초국가적 사건에서 더욱 그러하다. 법적 구속력 있는 국제적 도구가 특히 상호적인 지원과 국제적 협력을 증진하는 데 있어 유용할 수 있다. 다섯째, 국가 인권 기구, 시민사회단체, 그리고 인권운동가들은 국가의 노력을 보완하는 것뿐만 아니라 국가가 고유의 인권 의무를 수행하도록 압력을 가하는 데 있어 핵심적인 역할을 하고 있다. 아시아의 다양성과 방대함을 고려할 때, 이들은 정보의 공유와 공동의 학습, 그리고 집단 행동을 촉진하기 위해 준 지역적 연대를 구성해야 할 것이다.

- **핵심어** 다면적 접근, 직접적 주의의무 원칙, 비재무적 정보 공개와 보고, 인권 실사의무, 국가 행동 계획(NAP), 국내연락사무소(NCP)

■ 번역문

아시아 지역에서 발생한 기업에 의한 인권침해와 이에 대한 유럽 국가의 법적 대응

수리아 데바

I. Backdrop

본 발표문의 전반적 논의의 맥락은 이하의 3가지 전제를 기반으로 한다.

첫째, 2012년에 출간한 단행본 논문 *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*에서 나는 기업들, 특히 다국적 경영을 영위하는 기업들은 규제하기 어려운 대상이고 단일한 방식의 접근은 기업의 인권 침해를 효과적으로 다루지 못한다고 주장한 바 있으며,¹⁾ 이에 따라서 국가적, 지역적, 그리고 국제적인 수준의 다양한 규제 도구들이 서로 협력함과 동시에 화합하는 방식으로 채택되고 있다. 나는 화합적인 방식에서 다양한 규제 계획을 결합시키기 위한 체계로서 “통합된 규제 이론”(integrated theory of regulation)을 제안한 바 있다.²⁾

둘째, 기업과 인권에 관한 유엔 실무 그룹(the UN Working Group on Business and Human Rights)은 2018년 유엔 총회에 제출한 보고서에서 다음과 같은 결론을 제시한 바 있다.

기업의 인권 실사는 모든 기업에 대해 기대되는 하나의 규범이 되어 왔다. 그러나 전세계 대다수의 기업들은 인권 실사 의무에 대해 인지하지 못하고 있고, 또한 인권 존중 책임을 다하기 위해 요구되는 수준의 인권 실사를 이행할 능력이나 의지도 갖고 있지 못하다.³⁾

실무 그룹은 인권 실사를 수행하게 만드는 유인을 제공하기 위한 입법 등 “강제적 요건”을 포함하여, 기업의 표준 관행의 한 부분으로서 기업 인권 실사를 증진하기 위해, 국가는

1) Surya Deva, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business* (Routledge, 2012).

2) Ibid.

3) ‘The report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises’, A/73/163, para 93.

시장의 실패와 거버넌스의 격차를 다룰 수 있는 모든 사용 가능한 조치들을 사용할 것”을 권고한 바 있다.⁴⁾

셋째, 개방형 정부간 작업 그룹(Open-ended Intergovernmental Working Group, OEIGWG)이 개최한 2018년 10월 15-19일간 열린 제4차 세션에서⁵⁾ 세계 사용자 협회(the International Organization of Employers, IOE)는 분석 보고서를 발표하였다.⁶⁾ 이 보고서는 미국의 Dodd-Frank Act의 Section 1502가 콩고 공화국의 경제에 미치는 영향에 대해 기술하면서, 현재 기업과 인권 조약 수립 과정을 지지하는 국가들에게 “해당 조약은 대부분의 다국적 기업들이 이를 비준한 국가에서 자원 수급 활동을 하지 못하도록 단념시킬 개연성이 크며,⁷⁾ 이 조약이 채택되고 발효된다면 이를 비준한 국가들에게 사회 경제적으로 부정적인 영향을 초래하게 될 것”이라고 경고했다.⁸⁾ 해당 세션 내내 시민사회로부터 심각한 비판을 받았던 이 보고서는 외국 투자를 유치하는 데 부정적인 영향을 끼칠 수 있는 강력한 인권 규제에 대해서 정부가 가진 두려움을 활용하여 바닥치기 경쟁(a race to the bottom)을 촉발시키고자 하는 기업 단체의 명백한 시도라고 할 수 있다.

이러한 배경을 바탕으로, 나는 두 가지 주장을 제시하고자 한다. 첫째, 지난 10년간 국제적인 수준은 물론, 유럽 내에서 이뤄진 규범적 발전은 그것이 경성법(hard law)의 형식이든 연성법(soft law)의 형식이든, 그리고 국제적이든 국내적이든 상관없이, 단일한 규범적 방식 하나만으로는 기업에 의한 인권 침해를 방지하고 시정함에 있어 효과적이지 못하다는 사실을 확인해주었다는 사실을 밝히고자 한다. 둘째, 법적 구속력이 없는 규제적 조치들의 효용성을 향상시키고 기업과 인권 분야에 만연한 “바닥치기 경쟁”을 통제하기 위해서는 국내 및 국제적 수준 모두에서 구속력 있는 규제가 핵심적이라는 점을 지적하고자 한다.

4) Ibid, para 93.

5) See <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session4/Pages/Session4.aspx>

6) IOE, ‘The United Nations’ proposed Treaty imposing corporate liability for human rights violations and the potential economic implications associated with its ratification’ (October 2018), <https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=134721&token=48cd232e01eb951b60284a7f7c390164526e151d>

7) Ibid, 33.

8) Ibid, 38.

II. Regulatory Developments in Europe

이하에서는 인권 침해에 대한 기업의 책임과 관련하여 유럽에서 선별한 핵심적 통찰 몇 가지를 소개하고자 한다.

1. 모기업의 직접적인 주의의무

법인격 분리의 원칙은 모기업이 그 자회사가 연계된 인권 침해에 대해 책임을 지우고자 하는 피해자의 요청에 대한 주요 장벽으로 기능한다. 이 법인격 분리의 장벽을 뚫기 어려운 점을 감안하여, 영국에서는 직접적 주의의무 원칙(a direct duty of care principle)이 인권 침해의 영향을 받은 개인 및 공동체를 위한 하나의 희망을 제시해주었다. 비록 영국 법원이 과거에 특정 상황에서 자회사의 직원들에 대해서 모회사가 직접적 주의의무를 가진다는 암시를 남긴 적이 있긴 하지만,⁹⁾ 영국 항소법원이 *Chandler v Cape plc* 사건 판결에서 원칙에 대해서 가장 명확하게 설명한 바 있다.¹⁰⁾ Chandler 사건에서, 법원은 모기업에서 이러한 의무가 발생하는 상황에 대해 다음과 같이 판시하였다. 1) 모기업과 자회사의 사업이 관련한 부분에 있어서 동일해야 한다. 2) 모기업이 그 특정 산업에서의 건강과 안전에 관한 측면에서 더 우월한 정보를 갖고 있거나 있어야 하는 상황이어야 한다. 3) 자회사의 작업 체계가 안전하지 않고, 모기업이 이에 대해 알았거나 알고 있었어야 한다. 4) 마지막으로 자회사나 그 직원들이 직원 보호에 대하여 모기업의 정보 활용에 의존해야 하는 상황임을 모기업이 알았거나 알아야 했어야 한다.

이러한 접근은 *Vedanta* 사건에서도 다시 한 번 확인되었는 바, 이 사건에서 영국 항소법원은 Chandler 사건에서 제시된 상황 요건은 직접적 주의 의무가 발생하는 상황을 빠짐없이 완벽하게 설명한 것이 아니라, 예시적인 것이라 보았다.¹¹⁾ 이에 따라 법원은 “그러한 주의 의무는 유사한 상황에서 자회사의 직원들뿐만 아니라, 자회사의 사업 영위로 인해 영향 받는 일반 사람들에게도 적용되는 것”이라 판결하였다.¹²⁾ 그러나 항소법원은 이러한

9) *Connelly v Rio Tinto Zinc Corporation* (1999) CLC 533. For a similar approach adopted by courts in Australia and Canada, see *CSR v Wren* [1997] 44 NSWLR 463 and *Choc v Hudbay Minerals Inc* 2013 ONSC 1414 (Ontario, 2014).

10) [2012] EWCA Civ 525. See also Richard Meeran, ‘Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States’ (2011) 3 City University of Hong Kong Law Review 1, 7-10.

11) *Dominic Liswaniso Lungowe v Vedanta Resources Plc* [2017] EWCA Civ 1528.

법리를 구성하면서도, 다른 두 사건(Shell 사건¹³⁾ 및 Unilever 사건¹⁴⁾)에 대해서는 이러한 의무가 발생한다고 보기엔 충분한 증거를 확인할 수 없다고 판시한 바 있다. 영국 대법원은 직접적 주의의무 원칙의 광범위한 시사점을 감안하여,¹⁵⁾ Vedanta 판결에 대한 항소를 받아들였다. 영국 대법원이 과연 법인격 분리의 장벽 돌파의 필요성을 창의적으로 우회해서 해결한 Chandler 사건 판결의 혁신을 인정할 것인지, 아니면 미국 법원이 Kiobel 사건 및 Jesner 사건에서 취한 것과 유사하게 보다 보수적인 접근을 취할 것인지 여부가 여기서 결정될 것으로 예상된다.

또 다른 주목할만한 사건으로는 파키스탄의 한 공장에서의 화재로 인하여 260명이 사망한 화재사건에서 그 공장을 하청회사로 두고 있는 독일 회사 KiK에 대해 제기된 소송이 있다. 이미 KiK가 희생자 가족 및 생존자를 위해 미화 5,150,000 달러를 보상금으로 지급하기는 했지만,¹⁶⁾ 영국에서의 Vedanta, Shell 그리고 Unilever 사건과 달리, 이 사건에서 주장하고 있는 과실은 자회사가 아닌 독립적인 하청회사의 활동에 대한 것이라는 점에서 이 재판의 결과에 주목할 필요가 있다.

직접적 주의의무 원칙은 분명히 인권 피해자가 모기업에게 책임을 지울 수 있다는 희망을 제공해준다. 하지만 그렇다고 이 원칙의 효용성이 과장되어서도 안 된다. 예컨대, 이러한 주의의무는 자동으로 발생하거나 또는 추정되는 대상이 아니다. 오히려 이는 모든 사례에서 피해자가 입증해야 주장할 수 있기에 시간과 비용이 많이 필요한 과정이다. 게다가 법원이 어떤 조건을 명시하던 간에, 기업은 그들이 장래에 그러한 기준에 적용 받지 않는 식으로 사업 운영 방식을 구성하게 될 것이다. 다시 말하면, Chandler 사건에서 세워진 직접적 주의의무의 법리가 영국 대법원에서 인정받는다 하더라도, 그것이 기업에 의한 인권 침해의 피해자들에게 만병통치약을 제공하지는 못한다.

12) Ibid, para 83.

13) Okpabi v Royal Dutch Shell Plc [2018] EWCA Civ 191.

14) AAA v Unilever Plc [2018] EWCA Civ 1532.

15) The application of the direct duty of care principle is not limited to subsidiaries' employees: rather its protection could also be availed - in appropriate circumstances - by any person affected by the conduct of subsidiaries.

16) See 'KiK lawsuit (re Pakistan)', <https://www.business-humanrights.org/en/kik-lawsuit-re-pakistan>.

2. 비재무적 정보 공개와 보고

유럽에서는 비재무적 정보 공개와 보고 의무와 관련하여 분석할 가치가 있는 것으로 두 가지를 들 수 있다. 바로 2014년 유럽연합의 Non-financial Reporting Directive와 2015년 영국의 Modern Slavery Act이다.¹⁷⁾

유럽연합의 2014년 Directive는 특정 대기업들에 대해서 “일반 대중과 국가 기관들이 접근할 수 있어야 하는 정보의 범위에 관한 법적 요건을 수립”하는 것을 목적으로 한다.¹⁸⁾ 이 Directive는 500명 이상의 직원을 가진 공익 기업(public-interest company)에 대해¹⁹⁾ 그 경영 보고서에서 “환경적, 사회적 및 임직원에 관한 사항, 그리고 인권 존중, 반부패, 뇌물 관련 사항과 연관된 해당 사업 활동의 전개, 이행, 입장, 그리고 영향을 이해하기 위해 필요한 정보를 포함한 비재무적 내용”을 공개할 것을 요구하고 있다.²⁰⁾ 적용 대상 기업에 의한 공개에는 “인권 실사 절차 이행”이 포함되어야 하고, 또한 “그 특정 사업과 관련한 비재무적 핵심 이행 지표”들도 포함되어야 한다. 또한 2014년 Directive는 “연령, 성별 또는 교육이나 업무적 배경과 같은 부분에 관련하여 해당 사업의 행정, 관리, 감독기구에 대해 적용되는 다양성 정책을 기술”할 것을 요구하고 있다.²¹⁾ 이렇게 통합된 비재무적 보고는 기업 집단의 모기업에게도 요구되고 있다.²²⁾

이 Directive는 2018년부터 효력을 갖게 되었는데, 보고 방식에 대해서는 기업들에게 일정한 재량을 주고 있다. 한편 2017년 유럽 연합 집행 기관(the European Commission)에서는 사회적 및 환경적 문제에 대한 기업 투명성을 강화하기 위한 일련의 안내서를 발간하였다.²³⁾ 2014년 Directive는 “이행하거나 설명하기(comply or explain) 모델을 채택하고 있다. 구체적으로 말해서, 만일 기업이 요구되는 정책을 따르지 않는다면, 그렇게 하지 않은 것에 대한 합리적인 설명을 제공해야 한다는 것이다.”²⁴⁾

17) EU has other regulations too, e.g., EU Timber Regulation (exclusion of the imports of illegally harvested timber) and the Conflict Minerals Regulation (requiring EU companies to ensure responsible sourcing of minerals and metal).

18) Preamble para 5: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>

19) About 6,000 companies are covered by this Directive.

20) Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups, Art 19a.

21) Art 20(1)(g).

22) Art 29a.

23) See https://ec.europa.eu/anti-trafficking/eu-policy/guidelines-non-financial-reporting_en.

24) ECCJ, ‘Assessment of the EU Directive on the disclosure of non-financial information by certain large

영국의 Modern Slavery Act의 Section 54(1)은 재화나 서비스를 제공하고 기업 최저회전율의 규모가 3,600만 유로를 넘는 영리단체에 대해서 “해당 단체의 매 회계연도마다 노예와 인신매매에 관한 성명을 준비할 것”을 요구하고 있다. 같은 법 Section 54(4)는 더 나아가서 그러한 성명 안에 “노예나 인신매매가 1) 해당 단체의 공급망, 그리고 2) 그 사업의 어느 부분에서도 발생하고 있지 않다는 점을 보장하기 위해 해당 단체가 그 회계연도에 취해온 조치”에 대해서 열거해야 한다고 규정하고 있다. 이 법이 적용되는 영리단체가 이 법 하에서 “이행하거나 설명하기” 모델을 이행하지 않으면, 적어도 이론적으로는 특정 법적 효과가 발생할 수 있다.²⁵⁾

앞에서 확인한 바와 같이, 비재무적 정보 공개 및 보고 규제가 기업행동을 바꾸는 데 있어 갖는 효율성은 미심쩍은 부분이 있다.²⁶⁾ 예컨대 기업은 적절한 정보를 제공하지 않을 수 있고, 단순히 이런 공개 및 보고 요건을 요식행위(tick-box exercise)로 취급할 수도 있다.²⁷⁾ 또한 일부 기업이 적절한 공시를 한다 하더라도, 투자자나 소비자 같은 시장 주체들이 관련 기업에 대한 유인 또는 반대 유인을 만들어 내기 위해 그런 정보를 사용하지 않을 수도 있다. 다른 말로 하면, 비재무적 정보 공개와 관련하여 어떤 절대적이거나 명쾌한, 또는 보편적인 사례는 없다는 것이다.

3. 강제적 인권 실사

2017년, 프랑스는 기념비적인 인권 실사의무에 관한 법(Duty of Vigilance Law)을 제정하였는데, 이 법은 프랑스에 등록되어 있는 주식회사 중 1) 본사와 그 계열사를 포함하여

companies’,

<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/eccj-assessment-eu-non-financial-reporting-may-2104.pdf>

- 25) If a company fails to produce a slavery and human trafficking statement for a particular financial year, the Secretary of State may seek an injunction through the High Court requiring the company to comply. Failure to comply with the injunction will amount to contempt of a court order, which is punishable by an unlimited fine. UK government, Transparency in Supply Chains etc.: A Practical Guide, 6,

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/471996/Transparency_in_Supply_Chains_etc_A_practical_guide_final_.pdf. In practice, however, the UK government has indicated its intent of not invoking this power.

- 26) See Radu Mares, ‘Corporate Transparency Laws: A Hollow Victory?’ (2018) 36 Netherlands Quarterly of Human Rights 189.

- 27) An analysis of the quality of reporting under the UK’s Modern Slavery Act illustrates this problem. Moreover, only 19 per cent of the covered companies have met all the minimum requirements set out by the Act: <https://www.modernslaveryregistry.org/>.

5,000명 이상의 직원을 고용하고 있거나, 2) 프랑스 및 해외에서 본사와 그 계열사를 포함하여 10,000명 이상의 직원을 고용하고 있는 회사에게 인권 실사의무를 부여하고 있다.²⁸⁾ 이 실사의무는 “인권실사 계획(vigilance plan)”의 수립과 공개 및 효과적인 이행을 포함하고 있다.²⁹⁾ 여기에는 모기업 및 그 하청업체들의 활동, 직접 및 간접적으로 해당 회사의 통제를 받는 기업들의 활동, “그리고 해당 기업과 확실한 상업적 관계를 유지하는” 모든 하청업체 및 공급자들의 활동에서 발생하는 위험과 심각한 침해에 대한 실사 의무를 포함하고 있다.³⁰⁾

이 프랑스 법의 특이한 요소는 바로 “기본적인 자유와 보건 및 안전, 또는 환경에 실제 위해가 발생한 경우” 기업에 대해서 시민적 제재가 가능하도록 했다는 점이다.³¹⁾ 청구인 적격(locus standi)을 가진 모든 사람은 기업에 대해 인권실사 계획을 수립하고 이를 공개하며, 그 효과적인 이행에 대하여 설명할 것을 요구하는 명령을 얻어낼 수 있다.³²⁾ 또한 기업에 의해 영향을 받은 개인과 공동체는 해당 기업이 인권실사 계획을 이행하지 않거나 부적절한 계획을 수립한 경우, 과실을 이유로 그 기업에 대해 소송을 제기할 수 있다.³³⁾

이와 같은 프랑스 법이 기업의 행동을 바꾸는 데 있어 얼마나 효과적인지는 아직 확인되지 않았다. 하지만 이게 강제적인 인권 실사의 입법이라는 측면에서 “게임의 마지막 단계(the end game)”로 여겨질 수는 없다.³⁴⁾ 예컨대 이 법은 모든 인권을 보호하지 않는다. 심지어 모든 프랑스 기업에 적용되는 것도 아니다. 또한 인과관계와 증거에 관한 절차법적인 장벽의 관점에서 보면, 피해자가 적절한 보상을 쉽게 받을 수 있는 것도 아니다.

28) In a similar vein, the Responsible Business Initiative in Switzerland seeks to impose mandatory due diligence obligations on Swiss companies in relation to human rights and the environment. See <https://corporatejustice.ch/about-the-initiative/>

29) Sandra Cossart et al, ‘The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All’ (2017) 2 Business and Human Rights Journal 317, 320.

30) Ibid.

31) Ibid 321.

32) Ibid.

33) Ibid.

34) See, for example, the ten recommendations for an effective mandatory human rights due diligence law made in the ECCJ Position Paper, ECCJ, ‘Key Features of Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation’ (June 2018).

4. OECD 가이드라인에 따른 NCP에 대한 이의제기

2011년 다국적 기업에 관한 OECD 가이드라인(the OECD Guidelines for Multinational Enterprises)이 개정된 이후, 모든 인권 침해를 이유로 기업에 대해 각국의 연락사무소(National Action Points, NCPs)에 이의를 제기하기 위하여 OECD 가이드라인에 의존하는 계기가 축적되어 왔다. NCP는 관련된 기업에 대해 명령을 강제할 권한도 갖고 있지 못하며, 그 비효율성 역시 널리 문서화되어 알려진 바 있다.³⁵⁾ 그럼에도 불구하고 최근 몇 년 간, 일부 이의제기는 피해자를 위한 긍정적인 결과를 가져오는 데 성공했으며,³⁶⁾ NCP가 수평적 평가 과정을 포함하여, 이의제기 사건들을 다루기 위한 투명성, 접근성 및 대응성을 향상시키기 위한 더 많은 관심이 생겨나고 있다.³⁷⁾

III. 법적 구속력 있는 국제적 법률문서를 성사시키는 또 다른 시도

2014년에 시작된 법적 구속력 있는 국제적 법률문서에 대한 협상의 현재 과정은³⁸⁾ 유엔 차원에서 기업에 대해 구속력 있는 인권 의무를 부과하려는 세번째 시도이다. 유엔 실무그룹은 2017년 9월 이러한 법률 문서의 초안을 제시한 바 있으며, 2018년 7월에는 해당 법률문서의 zero draft를 공개하였고, 뒤이어 같은 해 9월 이 제안된 법률문서에 대한 선택 의정서를 공개하였다. 유엔 실무그룹에 2018년 10월에 개최한 4차 세션에서 제안된 zero draft에 대한 국가, 전문가, 시민단체, 기업단체, 그리고 노동조합에 의한 토론이 있었다.

앞선 두 번의 시도(1990년의 행동강령 및 2003년의 인권규범)와 마찬가지로, 현재의 과정은 매우 정치화되고 분열되는 과정에 놓인 가운데, 대부분의 선진국과 기업단체는 이 조약(또는 보통의 구속력 있는 규범)에 대해 반대하고 있다. 현재 조약의 진행과정에 관한 정치적 고려를 감안해보면, 국가들은 크게 4개의 진영으로 나누어 볼 수 있다.³⁹⁾

35) OECD Watch, Assessing the Contribution of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises to Responsible Business Conduct (2010); OECD Watch, Remedy Remains Rare (2015).

36) See <https://www.somo.nl/historic-agreement-heineken-former-congolese-workers-seeking-remedy-labour-rights-dispute/>

37) See <http://mneguidelines.oecd.org/ncps/>

38) See <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntNC.aspx>

39) See Surya Deva, 'Scope of the Proposed Business and Human Rights Treaty: Navigating through Normativity, Law and Politics' in Surya Deva and David Bilchitz (eds.), Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours (Cambridge: Cambridge University Press, 2017) 154.

첫번째 진영은 지구 북반구의 선진국들이 취하고 있는 입장으로 UN 이행지침은 지지하지만 조약에는 반대하는 입장이다. 조약에 대한 반대는 다양한 주장으로 이루어져 있다. 26/9 결의안의 “각주”가 자의적으로 그 조약의 범위에서 지방 및 국내적 기업은 범위에서 배제하고 있다는 주장도 있고, 조약의 관한 논의가 UN 이행지침 채택을 통해 형성된 합의 를 깨뜨릴 것이라는 주장도 있으며, 조약이 이행지침의 실행에서 관심을 돌려놓을 것이라는 주장, 그리고 협상이 이루어지기까지 너무 많은 시간이 흐를 것이라는 주장 등 다양한 태도를 취하고 있다.

두번째 진영은 지구 남반부에 속한 개발도상국들이 취하는 입장으로 조약에 대해 우호적이나, UN 이행지침과 같은 국제 연성법 규범의 이행에는 큰 가치를 두지 않는 입장이다. 인권에 관한 연성법에 대한 이와 같은 회의론은 과거 다국적기업에게 책임을 지우려는 많은 시도들의 실패에서 비롯된다.

세번째 진영은 UN 이행지침이나 조약 모두에 깊이 관여하지 않는 국가들이다. 시간이 지나면서 이 진영에 속하는 소위 부동층 국가들은 점차 줄어들고 있고, 나중에는 어쩔 수 없이 이 국가들도 첫번째 또는 두번째 진영을 택하거나, 아니면 밑에 설명하게 될 네번째 진영으로 옮겨가게 된다. 따라서 이는 전환 가능성이 있는 진영이라고 할 수 있다.

네번째 진영은 두 규범적 계획을 모두 지지하는 국가들이 해당된다. 이들은 UN 이행지침과 조약 사이의 어떤 갈등을 찾기보다, 이 둘이 서로 상호 보완적인 관계에 있다고 본다. 첫번째와 두번째 진영 사이의 갈등이 작위적이고 오도된 측면이 있기에, 점차 더 많은 기업들과 전문가들이 타당한 근거를 바탕으로 네번째 진영으로 모이고 있다. 만일 어느 한 사람이 이행원칙과 이를 뒷받침하는 이념(예컨대 기업이 국가와 독립된 인권 책임을 갖고 있으며 피해자는 보상을 받아야 한다는 것 등)을 지지한다면, 그 국내 및 국제적 수준에서의 구속력 있는 규제를 반대하기는 어렵다. 반대로, 조약을 지지하는 국가들이 이행 원칙을 거부하는 것은 거의 옹호의 여지가 없다고 할 수 있다.

이 “세번째 높은 파도”의 운명은 아직 현단계에서는 불확실하지만, 그 파도가 구속력 있는 제도적 장치를 가져올 가능성은 과거 두 사례와 비교하면 훨씬 높다고 볼 수 있다.⁴⁰⁾ 예를 들면 1990년의 행동강령이나 2003년 인권 규범을 만들려는 시도와 달리, 이번에는 UN 이행지침과 시민사회의 유례없는 지원이라는 도약판을 가지고 있다.

현재 조약 형성 과정은 국제적 수준에서의(특히 국제적 사건에서 보상에 대한 접근을

40) Ibid.

강화하기 위한) 입법의 필요성을 강조해왔으며, 기업이 관련된 인권 침해를 방지하고 적절하기 다루는 데에 있어서 이행지침에 대해 제시된 적절한 이행이 부족하다는 점을 드러내왔다. 이 조약 형성 과정은 아마도 국가와 기업들 모두 UN 이행지침에 대한 이행 약속에 대한 간접적인 압박이 될 수도 있다.

다른 한편, 최상의 시나리오가 현실이 되고 조약이 채택된다 하더라도, 조약의 효용성은 비준 국가들이 보여주는 정치적 의지에 달려 있는 바, 이는 조약의 이행 대부분이 국내적 수준에서 이뤄지기 때문이다. 과거 국내 수준의 국제적 인권 조약 이행에 있어 여러 국가들이 보여준 일관되지 못하고 성실하지 못한 기록들을 감안하면, 낙관적인 기대가 어려울 수도 있다. 국제적 수준의 효과적인 강제와 감시 체계의 확립 역시 그 전망이 좋지 않다. 다르게 표현하자면, 조약이 필요하긴 하지만, 이것이 현재의 규범적 간극을 모두 메꾸지 못할 수도 있다는 것이다. 그래서 기업의 면책을 극복하기 위해서는 유인과 반대유인을 모두 제공하는 다양한 규범적 도구가 필요하다고 할 수 있다.

IV. The BHR Landscape in Asia

이하에서는 기업과 인권의 규범적 지평에 대한 영향력을 가질 수 있는 정치적, 사회적, 경제적, 문화적 및 법적 고려사항들에 대한 고찰을 나누고자 한다. 더불어 일부 아시아 국가에서 나타나고 있는 규범적 시도를 소개한다.

1. 아시아는 특별한 지역인가?

아시아는 기업과 인권에 대한 흥미로운 규범적 지평을 제공한다. 다소 불완전하긴 하지만 이하의 목록에서 나타난 사실과 상황을 살펴보도록 하자.

- 아시아의 많은 국가들은 식민화의 일부로 기업 인권 침해를 경험하였다. 예컨대 오늘날 인권 침해로 볼 수 있는 행위에 제도화된 기업들이 연루되는 상황은 16세기부터 시작된 인도 및 아시아에서의 영국 동인도회사의 경영에서도 찾아볼 수 있다.
- 우리 시대에서 지속되어 온 기업의 면책에 관한 최악의 사건이 아시아에서 발생하였다. 바로 1984년 12월 2일 밤 보팔시의 Union Carbide의 공장에서의 가스 유출로 수

천명의 사람들이 죽은 사건이다.⁴¹⁾ 보팔 사례와 다른 사례 연구들은⁴²⁾ 피해자들이 정부의 지원 유무와 상관없이 자국이나 그 기업이 속한 모국에서도 적절한 보상을 받을 능력이 없었다는 것을 보여주었다.

- 전통적으로 아시아는 서방 기업으로부터 압도적으로 많은 투자를 받는 대륙이지만, 최근에는 많은 아시아 기업들이 전세계에 걸쳐 투자하기 시작했다. 이로 인해 내적 및 외적으로 기업과 관련한 인권 영향에 관한 규제에 대해 관심이 높아지기 시작했다.
- 중국의 일대일로 정책(Belt and Road Initiative, BRI)은 개발활동으로 인한 부정적 인권 영향을 관리하는 것을 정책의 필수적 부분으로 삼지 못했다는 점에서, 기업과 인권 지평에 대한 또 다른 특이한 문제점을 노출시켰다. 또한 현재 중국의 정치 사법 체계는 일대일로 정책과 관련한 인권 침해에 대한 보상을 더욱 어렵게 만들고 있는 바, 이러한 인권침해는 강제이주에서부터 환경파괴와 전통적 생계수단의 파괴에 이르기까지 광범위하게 이루어지고 있다.
- UN 이행지침의 진행상황은 아시아에서 매우 느리다고 할 수 있으며, 국가 행동 계획을 독립적으로 채택한 나라도 아시아에서는 한 곳도 없다.⁴³⁾ 한편, 많은 아시아 국가들은 2014년 다국적 기업 및 기타 기업을 규제하기 위한 국제적 법적 도구를 협의하기 위한 개방된 정부간 실무 그룹 창설에는 찬성표를 던졌다. 이것은 기업의 책임을 강화하는 것은 물론 기업의 인권 책임을 증진하는 데 있어서 “말한 것을 실천(walking the talk)”하는 면에서 약하다는 것을 보여주고 있는지도 모른다.
- 세계 인구의 60퍼센트 가량이 아시아에서 살고 있으며, 그들 중 많은 이들이 사법적 보호를 받을 권리나 체계에 대해 잘 알지 못한 채 빈곤 속에서 살아가고 있다. 아시아 국가들이 빠른 경제성장 달성의 유혹에 빠지는 한편 부패, 법의 지배, 사법권이나 언론의 독립, 제한된 시민 활동 등의 구조적 문제로 고통받고 있다는 점에서 이 많은 수의 인구가 가진 권리를 보호하는 것은 더욱 어려워지고 있는 것이 현실이다.
- 유럽이나 아프리카, 그리고 호주와는 달리, 기업의 책임을 강화하기 위해 국가와 기업 양쪽에 연결된 아시아 전역에 걸친 기업과 인권 시민사회가 존재하지 않는다.

41) See Surya Deva, 'From 3/12 to 9/11: Future of Human Rights?' (2004) 39:49 Economic & Political Weekly 5198.

42) The Rana Plaza disaster in Bangladesh is a more recent instance of how profit-driven businesses can operate in complete disregard of health and safety of workers.

43) Thailand has perhaps made most progress in developing a NAP. A few other countries such as South Korea, Japan, Malaysia and Indonesia have either declared a policy commitment to develop a NAP or made some progress in developing a NAP.

- 마지막으로 언급하지만 역시 중요한 사항 중 하나로, 다른 지역과 달리, 아시아에서는 기업과 인권 문제를 다루기 위해 활용될 수 있는 지역적 제도장치나 체계가 마련되어 있지 않다.

2. 아시아에서의 기업과 인권의 발전

아시아의 일부 국가는 기업의 인권 존중을 증진시키기 위한 규범적 조치들을 취하기 시작했다. 이하에서 제시할 4개의 사례는 고려할 가치가 있는 사례라고 할 수 있다.

- 인도의 2013년 회사법은 영리 극대화에 맞춰진 기업의 초점을 변화시키는 넓은 범위의 규정을 도입하였다.⁴⁴⁾ 인도 회사법 Section 166(2)은 회사의 이사들에게 “회사 구성원 전체의 이익을 위한 회사의 목적을 증진하기 위해 선의로 활동해야 하며, 회사와 직원, 주주, 공동체의 최선의 이익과 환경보호를 위해” 활동할 의무를 부여하고 있다. 한편 Sections 135는 특정 대기업에게 기업의 사회적 책임 위원회(Corporate Social Responsibility Committee)를 설립하고 매 회계연도마다 과거 3년의 평균 수익의 최소 2%를 기업의 사회적 책임 증진에 사용하도록 규정하고 있다. 또한 인도 정부는 2011년에 발간된 기업의 사회, 환경, 경제적 책임에 관한 국가의 자발적 지침서를 최근에 UN 이행지침에 따라 개정하는 작업 중에 있다.⁴⁵⁾
- 중국에서는 일부 상공회의소가 그 회원사들의 해외 사업을 위한 인권 실사 안내서를 발간하였다. 예컨대, 중금속, 광물 및 화학물 수출입 상공회의소(the China Chamber of Commerce of Metals, Minerals & Chemicals Importers & Exporters, CCCMC)는 해외 광산 투자에 대한 사회적 책임 안내서를 발간하기도 했는데,⁴⁶⁾ 이 안내서는 중국 기업이 투자한 외국에서 진행되는 모든 탐사, 채굴, 처리 및 투자 협력 사업에 적용된다. 적용 대상 기업들은 “인권을 존중하고 ILO 핵심 8개 협약을 준수하며, 현지 국가의 노동법 및 규제와 기준을 따라야” 한다.⁴⁷⁾ 이 안내서는 책임 있는 광물 공급망

44) For a critical analysis, see Surya Deva, ‘Socially Responsible Business in India: Has the Elephant Finally Woken Up to the Tunes of International Trends?’ (2012) 41:4 Common Law World Review 299.

45) See http://www.mca.gov.in/Ministry/pdf/DraftNationalGuidelines2018_20062018.pdf

46) See https://www.globalwitness.org/sites/default/files/library/CCCMC%20Guidelines%20for%20Social%20Responsibility%20in%20Outbound%20Mining%20Investments%20Oct%202014%20CH-EN_1.pdf

47) Ibid, Principle 1.3.

을 위한 인권 실사 안내서(the Chinese Due Diligence Guidelines for Responsible Mineral Supply Chains)가 보충해오고 있다.

- 인도네시아의 광산 규제 No. 2/2017은 어업 기업에 대해 기업의 활동이나 운영 및 사업 관계로부터 발생하는 부정적 인권 영향을 규명 및 평가하고 이를 방지 및 최소화, 그리고 해결하도록 보장하기 위한 인증 제도를 확립하였다.⁴⁸⁾
- 2018년 4월, 태국에서는 3,000명 이상의 캄보디아 농부들을 대표하여 태국 설탕 회사 Mitr Phol에 대해 캄보디아에서의 대규모 사탕수수 농장을 위해 농부들을 강제로 이주 시켰다는 이유로 민사소송이 제기되었다.⁴⁹⁾ 태국 법원은 이 사건을 받아들이고 조정을 명령한 상태이다.⁵⁰⁾ 만일 이것이 성공한다면, 이 사례는 모기업에 대해 그 자회사가 해외에서 저지른 인권침해에 대한 책임을 인정한 중요한 선례가 될 것이다.

V. The Lessons for Asia

UN 이행원칙이 이론 진전과 유럽에서의 국가적 및 지역적 규범화의 시도들이 이론 진전이 있지만, 그래도 아직 기업들이 그들의 DNA에 인권을 주입하게 만들기 위해서는 앞으로 다가올 몇 년간 많은 작업들이 더 이뤄져야 한다. 국가는 기업들이 어디서 사업을 영위하든 상관없이 모든 인권을 존중하도록 해야 할 이전 불가능한 의무를 가지고 있다. 아시아의 정부들은 유럽과 UN의 규범적 경험에서 도출되는 다음의 교훈을 주지하고 진전을 이루어 나가야 할 것이다.

첫째, 하나의 단일한 계획은 효과적인 수 없기 때문에, 국가는 기업들의 인권 존중을 증진하기 위한 유인과 반대유인을 모두 제공할 수 있는 축적되고 결합된 방식의 법적 및 정책적 조치들을 최대한의 범위로 활용해야 한다.

둘째, 국가는 주로 이익 극대화에만 초점이 맞춰진 현재의 기업 문화를 바꾸기 위해 회사를 개정해야 한다. 인권을 존중하는 것이 사업 영위에 있어서 타협할 수 없는 전제조건으로 여겨져야 한다.

48) See <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ins165180.pdf>

49) 'Cambodian farmers sue Thai sugar group Mitr Phol over alleged land grab' (2 April 2018), <https://www.reuters.com/article/us-cambodia-thailand-sugar/cambodian-farmers-sue-thai-sugar-group-mitr-phol-over-alleged-land-grab-idUSKCN1H90P6>

50) Thai court accepts Cambodian land grabbing case, orders mediation (5 September 2018), <https://www.inclusivedevelopment.net/thai-court-accepts-cambodian-land-grabbing-case-orders-mediation/>

셋째, 당근과 같은 형식의 자발적 조치는 채찍과 같은 강제적 규제와 동시에 활용될 때 보다 효과적이기 때문에, 국내 및 국제적 수준 모두에서 구속력 있는 규제들은 필수적이다. 한편 국가는 이런 규정의 이행과 준수 감시에 있어서 현대 기술, 혁신적 규제 도구, 그리고 시장의 영향력을 이용할 수 있다.

넷째, 국가들의 차원에서 이뤄지는 집단적인 조치들이 효과적인 구제책에 대한 접근을 막는 장벽을 극복함에 있어서 핵심적일 수 있으며, 이는 특히 초국가적 사건에서 더욱 그러하다. 법적 구속력 있는 국제적 도구가 특히 상호적인 지원과 국제적 협력을 증진하는데 있어 유용할 수 있다.

다섯째, 국가 인권 기구, 시민사회단체, 그리고 인권 운동가들은 국가의 노력을 보완하는 것뿐만 아니라 국가가 고유의 인권 의무를 수행하도록 압력을 가하는 데 있어 핵심적인 역할을 하고 있다. 아시아의 다양성과 방대함을 고려할 때, 이들은 정보의 공유와 공동의 학습, 그리고 집단 행동을 촉진하기 위해 준 지역적 연대를 구성해야 할 것이다.

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.