

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ของประเทศไทย*

Human Rights Protection Under the Government Procurement of Thailand

ปวีณวัช ฐปหอม

นักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Paweenwat Toophom

Master Student in International Trade Law,
Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 21 กรกฎาคม 2563

วันที่แก้ไขบทความ 21 สิงหาคม 2563

วันที่ตอบรับบทความ 4 กันยายน 2563

บทคัดย่อ

รัฐมีพันธกรณีที่ต้องเคารพ คุ้มครอง และทำให้บรรลุผลซึ่งสิทธิมนุษยชนของแต่ละบุคคลหรือกลุ่มบุคคล แต่สิ่งที่เกิดขึ้นคือยังคงมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ประกอบการในภาคธุรกิจต่าง ๆ ทำให้มีความคิดที่จะใช้ประโยชน์จากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในการส่งเสริมคุณค่าบางอย่างที่รัฐเห็นว่ามีความสำคัญรวมถึงสิทธิมนุษยชน ผ่านการบัญญัติกฎเกณฑ์หรือผ่านข้อกำหนดในสัญญาการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับรัฐต้องปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับคุณค่าที่ภาครัฐต้องการส่งเสริม เนื่องจากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีมูลค่าสูงจึงมีความดึงดูดผู้ประกอบการจำนวนมาก มีโอกาสสูงที่จะทำให้การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการประกอบธุรกิจประสบความสำเร็จ แต่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือ

* บทความนี้สรุปจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย” โดยมีศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน บทความนี้จึงมุ่งศึกษาถึงความสำคัญของการกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งในเชิงความสำคัญเนื่องจากรัฐมีพันธกรณีตามกฎหมาย และความสำคัญในด้านการค้าระหว่างประเทศ รวมถึงศึกษาปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในการบัญญัติกฎหมาย โดยศึกษาจากหลักการ กฎหมาย และความตกลงการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะทำให้พันธกรณีของภาครัฐในการเคารพ คุ้มครอง และทำให้บรรลุผลซึ่งหลักสิทธิมนุษยชน ต่อทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศสำเร็จได้ ส่วนในเชิงการค้าระหว่างประเทศพบว่า ประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจ เช่น สหรัฐอเมริกาได้นำประเด็นสิทธิมนุษยชนมาเป็นเครื่องมือในการกดดันประเทศคู่ค้าของตนมากขึ้น หากประเทศไทยมีกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่ใช้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจะช่วยลดแรงกดดันที่เกิดขึ้นในการค้าระหว่างประเทศได้ บทความนี้จะเสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เพื่อให้สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยกฎหมายควรมีขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิที่เหมาะสม ครอบคลุมผู้ประกอบการที่ได้รับประโยชน์จากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐทุกรายไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นคู่สัญญาหรือไม่ และกฎหมายควรคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นในการค้าระหว่างประเทศหากในอนาคตประเทศไทยประสงค์จะทำความตกลงการค้าเพื่อเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วย

คำสำคัญ: การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ, สิทธิมนุษยชน

Abstract

It is the state's obligation to protect, respect and fulfill the human rights of individuals and groups, however, the human rights violation by enterprises still occurs in the corporate sector. There is an idea to use a government procurement to fulfill any values which state deems important including Human Rights by regulating the government procurement criteria or addressing any clause in the contract for the enterprise to comply with. Since the government procurement is a significant economic activity which attracts many enterprises, therefore, using the government procurement may lead to the successful protection and promotion of human rights. In Thailand, there is no regulation related to government procurement that can be applied to promote and protect the human rights. This article shall study the important of government procurement

as a tool to protect and promote the human rights, in the mean of state's obligation and international trade, and the problem which may be occurred during the legislation. The study in the mean of state obligation found that government procurement is the significant tool to respect, protect and fulfill the human rights. The study in the mean of international trade found that many developed countries such as the United States uses the human right issue to pressure other countries. Using the government procurement shall reduce the pressure which occurs in the international trade. Therefore, this article proposed that Government Procurement and Supplies Management Act B.E. 2560 should be amended as the tool to promote and protect the human right and the law should be amended to cover all the enterprises which receive the benefit from the government procurement and consider the impact for the international trade in the future if Thailand desires to do the trade agreement for the government procurement market.

Keywords: government procurement, human rights

1. บทนำ

สิทธิมนุษยชนมีลักษณะเป็นพันธกรณีที่ให้รัฐบาลประเทศต่าง ๆ ปฏิบัติไปในทางเดียวกัน เพื่อให้มีผลเป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานของแต่ละบุคคลหรือกลุ่มบุคคล แต่สิ่งที่เกิดขึ้นคือมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ประกอบการในภาคธุรกิจต่าง ๆ รวมถึงผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐผ่านห่วงโซ่อุปทาน (supply chain) ซึ่งได้แก่กระบวนการต่าง ๆ ที่ทำให้เกิดสินค้าขึ้นมา ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการจัดซื้อ การผลิต การจัดเก็บ การจัดจำหน่าย และการขนส่งตั้งแต่ก่อนและหลังการผลิตสินค้าจนไปถึงมือผู้บริโภค และภาครัฐไม่มีกลไกในการกำกับดูแลการละเมิดสิทธิมนุษยชนในผู้ประกอบการที่มีประสิทธิภาพเพียงพอ

องค์การสหประชาชาติมีความพยายามในการสร้างบรรทัดฐานสากลเพื่อกำกับดูแลการประกอบธุรกิจ โดยในปี ค.ศ. 2011 สำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (OHCHR) ได้ออกหลักการหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (UN Guiding Principles on Business and Human Rights: UNGPs) ได้กำหนดหลักการให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนให้พ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบจากบุคคลใด ๆ รวมถึงผู้ประกอบการด้วย และควรส่งเสริมให้ผู้ประกอบการที่รัฐร่วมทำธุรกรรมทางพาณิชย์เคารพหลักสิทธิมนุษยชน เนื่องจากรัฐทำธุรกรรมทางพาณิชย์หลายอย่างกับผู้ประกอบการรวมถึงผ่านการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ ทำให้รัฐมีโอกาสมากในการส่งเสริมให้เกิดความตระหนักและการเคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนผ่านการวางข้อกำหนดในสัญญา

หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนทำให้เกิดความตื่นตัวของประเทศต่าง ๆ ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยปรากฏในรูปของการจัดทำแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (National Action Plans on Business and Human Rights: NAPs) ของหลายประเทศที่ระบุเป้าหมายในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างเอาไว้ ขณะเดียวกันมีความพยายามในการผลักดันให้การค้าระหว่างประเทศเชื่อมโยงประเด็นด้านสิทธิมนุษยชน ทั้งภายใต้โครงการการค้าโลก และการเจรจาการค้าของบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ที่เริ่มนำเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมาบรรจุไว้ในความตกลงหัวข้อการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐแล้ว รวมถึงมีการนำประเด็นสิทธิมนุษยชนเป็นข้ออ้างในการกีดกันทางการค้ามากขึ้น

เมื่อพิจารณากฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยคือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พบว่าประเทศไทยยังไม่มีกลไกที่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านกลไกของการจัดซื้อจัดจ้าง

ภาครัฐ และยังคงมีปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการอย่างต่อเนื่อง

การที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่สามารถส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจึงเป็นที่มาของปัญหาในการศึกษา โดยในบทความนี้จะกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนและมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกับสิทธิมนุษยชน รวมถึงความจำเป็นและขอบเขตที่เหมาะสมในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย ดังนี้

2. สิทธิมนุษยชนและมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ

2.1 สิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (human rights) คือสิทธิตามธรรมชาติที่มนุษย์ทุกคนมีมาแต่กำเนิดและเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นเผ่าพันธุ์ เพศ สัญชาติ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา หรือสถานภาพอื่นใด สิทธิมนุษยชนนั้นรวมถึงสิทธิที่จะมีชีวิตและเสรีภาพ มีอิสระจากการเป็นทาสและการถูกทรมาน มีอิสระที่จะแสดงความคิดเห็นและแสดงออกซึ่งความรู้สึก และสิทธิที่จะทำงานและได้รับการศึกษา ซึ่งสิทธิเหล่านี้ไม่อาจเพิกถอนได้และทุกคนได้รับโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ¹

สิทธิมนุษยชนปรากฏอยู่ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดพันธกรณีให้รัฐบาลประเทศต่าง ๆ ปฏิบัติไปในทางเดียวกัน หรือดเว้นการปฏิบัติใด ๆ เพื่อให้มีผลเป็นการส่งเสริมและปกป้องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานของแต่ละบุคคลหรือกลุ่มบุคคล² โดยมีตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Bill of Human Rights) เป็นตราสารหลักด้านสิทธิมนุษยชน ประกอบไปด้วย ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR)

ตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้รวมหลักการสิทธิมนุษยชนที่รัฐมีพันธกรณีในการส่งเสริมและคุ้มครอง ซึ่งรวมถึงสิทธิในชีวิต ความเสมอภาค ความปลอดภัยของบุคคล เสรีภาพจากการเป็นทาส เสรีภาพจากการจับกุมหรือกักขังโดยพลการ เสรีภาพในการย้ายถิ่นฐาน และการพักอาศัย กระบวนการทางกฎหมายที่เหมาะสม เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก เสรีภาพในการสมาคมและการชุมนุม สิทธิในสภาพการทำงานที่ปลอดภัยและมี

¹ HUMAN RIGHTS: A Basic Handbook for UN Staff, (Office of the High Commissioner for Human Rights, United Nations, 2016), p. 2.

² Ibid., p. 3.

สุขอนามัย สิทธิในการจัดตั้งสหภาพแรงงานและการนัดหยุดงาน สิทธิในอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และที่พักอาศัยที่เพียงพอ สิทธิในการศึกษา และสิทธิด้านสุขภาพ³

นอกจากตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแล้ว องค์การสหประชาชาติได้จัดทำ ความตกลงระหว่างประเทศขึ้นเพื่อกำหนดพันธกรณีสิทธิมนุษยชนในด้านต่าง ๆ อีก 7 ฉบับ ซึ่ง ถือเป็นสนธิสัญญาหลักในด้านสิทธิมนุษยชน โดยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดพันธหน้าที่ของรัฐในด้านสิทธิมนุษยชน 3 ด้านคือ พันธกรณีในการเคารพ (obligation to respect) พันธกรณีในการปกป้องคุ้มครอง (obligation to protect) พันธกรณี ในการทำให้บรรลุผล (obligation to fulfill) ซึ่งครอบคลุมสิทธิพลเมือง สิทธิในทางการเมือง สิทธิในเศรษฐกิจ สิทธิในสังคม และสิทธิในวัฒนธรรมทุกประเภท นอกจากนี้ รัฐยังมีพันธกรณี ในการเยียวยาหากมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น⁴

2.2 มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ

มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศคือมาตรฐานหลักด้านแรงงานที่อยู่ภายใต้องค์การ แรงงานระหว่างประเทศ (international labour organization) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีเป้าประสงค์ ในการจัดตั้งเพื่อส่งเสริมความยุติธรรมในสังคมด้านแรงงาน โดยมาตรฐานหลักด้านแรงงานที่ สำคัญ ได้แก่ มาตรฐานแรงงานตามปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการ และสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน และตามอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับ ต่าง ๆ

ปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการ ทำงาน (The ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work) เป็น ปฏิญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อย้ำเตือนถึงความเป็นสากลและพันธกรณีที่ประเทศสมาชิกต้องเคารพ หลักการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานทั้งสี่ประการ ได้แก่⁵

- 1) เสรีภาพในการมีส่วนร่วมและการยอมรับการต่อรองร่วม
- 2) การขจัดแรงงานบังคับหรือแรงงานเกณฑ์ทุกรูปแบบ
- 3) การขจัดการใช้แรงงานเด็ก
- 4) การขจัดการเลือกปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงานและอาชีพ

³ The Advocates for Human Rights and US Human Rights Network. “A Practitioner’s Guide to Human Rights Monitoring, Documentation, and Advocacy.” (The Advocates for Human Rights, 2011), p. 6.

⁴ Human Rights Handbook for Parliamentarians N° 26, Inter-Parliamentary Union and the United Nations (Office of the High Commissioner for Human Rights), 2016, p. 31.

⁵ ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, para. 2.

หลักการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานทั้งสี่ประการถือเป็นมาตรฐานแรงงานหลัก (core labour standard) และมีความสัมพันธ์กับหลักสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างมาก จนอาจกล่าวได้ว่ามาตรฐานแรงงานหลักเป็นเครื่องมือระหว่างประเทศที่กำหนดสิทธิมนุษยชนในที่ทำงาน⁶

สำหรับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศในปัจจุบันมีทั้งหมด 190 ฉบับ มีข้อเสนอแนะ 206 ฉบับ โดยมีอนุสัญญาหลักด้านแรงงาน (ILO Core Conventions) ทั้งหมด 8 ฉบับ ซึ่งทำหน้าที่ขยายความและกำหนดกรอบโครงสร้างทางกฎหมายในการปฏิบัติตามองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน

3. ความสัมพันธ์ระหว่างการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกับสิทธิมนุษยชน

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐคือกิจกรรมของหน่วยงานของรัฐในการใช้เงินงบประมาณจัดหาสินค้าหรือบริการ เพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นภารกิจของรัฐ เช่น การจัดทำสิ่งสาธารณูปโภค การจัดทำโครงสร้างพื้นฐาน การจัดการศึกษา การสาธารณสุข และการป้องกันประเทศ เป็นต้น โดยอ้างอิงจากองค์การการค้าโลกได้ประมาณมูลค่าการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในประเทศต่าง ๆ คิดเป็นสัดส่วนประมาณ ร้อยละ 10-15 ของ GDP⁷ การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐจึงมีความสำคัญต่อการพัฒนาประเทศเป็นอย่างมาก

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นกิจกรรมที่มีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้บริโภคสินค้าหรือบริการ ซึ่งสินค้าหรือบริการที่จัดหาแล้วมีที่มาผ่านห่วงโซ่อุปทาน (supply chain) ซึ่งรวมกระบวนการต่าง ๆ ที่ทำให้เกิดสินค้าขึ้นมา ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการจัดซื้อ การผลิต การจัดเก็บ การนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการสนับสนุนกระบวนการต่าง ๆ การจัดจำหน่าย และการขนส่งตั้งแต่ก่อนและหลังการผลิตสินค้าจนถึงมือผู้บริโภค โดยภายในกิจกรรมเหล่านี้มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นการใช้แรงงานบังคับ การใช้แรงงานเด็ก การทำงานเกินเวลา สภาพการทำงานที่ไม่ปลอดภัย และการจำกัดเสรีภาพในการรวมกลุ่มและการเจรจาต่อรอง

ตัวอย่างการละเมิดสิทธิมนุษยชนในห่วงโซ่อุปทานของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เช่น กรณีการจัดหาคอมพิวเตอร์ของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 2013 มีโรงงานในประเทศจีนซึ่งผลิตชิ้นส่วนประกอบให้บริษัทผลิตคอมพิวเตอร์ที่จ่ายค่าจ้างต่ำไม่เพียงพอต่อการดำรงชีวิต

⁶ James Howard, Winston Gereluk. "Core Labour Standards and Human Rights in the Workplace." (International Institute for Environment and Development, 2001), p. 1.

⁷ WTO and government procurement [Online], 10 July 2019. Source: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm

ของแรงงาน โดยมีสองโรงงานที่จ่ายค่าจ้างไม่ถึงอัตราค่าแรงขั้นต่ำต่อเดือน⁸ กรณีการใช้แรงงานเด็กของโรงงานประเทศบังคลาเทศซึ่งผลิตเครื่องนุ่งห่มกองทัพสหรัฐอเมริกา⁹ กรณีผู้รับจ้างช่วงในประเทศเม็กซิโกผลิตชิ้นส่วนให้บริษัทซึ่งเป็นคู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างเกี่ยวกับการป้องกันประเทศกับรัฐบาลสหรัฐอเมริกาทำการลงโทษแรงงานที่ร่วมการจัดตั้งกลุ่มแรงงานไล่ผู้นำการประท้วงเพื่อให้มีการจัดตั้งสหภาพแรงงานออกจากงาน และขึ้นรายชื่อแรงงานซึ่งเข้าร่วมกว่า 400 คน ไม่ให้เข้าทำงานกับโรงงานอีก¹⁰ เป็นต้น

จากสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ประกอบการ ประกอบกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีมูลค่าสูง จึงมีความดึงดูดผู้ประกอบการจำนวนมาก ทำให้มีความคิดที่จะใช้ประโยชน์จากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในการส่งเสริมคุณค่าบางอย่างที่รัฐเห็นว่ามีค่าสำคัญรวมถึงสิทธิมนุษยชน ผ่านการบัญญัติกฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างหรือผ่านข้อกำหนดในสัญญา เพื่อให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับรัฐต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับคุณค่าที่ภาครัฐต้องการส่งเสริมด้วย

ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐปรากฏในหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (UN Guiding Principles on Business and Human Rights: UNGPs) ซึ่งเป็นหลักการที่เกิดจากสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นในภาคธุรกิจอย่างต่อเนื่องหลายทศวรรษ ทำให้มีความพยายามขององค์การสหประชาชาติในการสร้างบรรทัดฐานสากลเพื่อกำกับดูแลการประกอบธุรกิจ โดยในปี ค.ศ. 2011 สำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (OHCHR) ได้ออกหลักการฉบับนี้ ซึ่งนำเสนอหลักการและวิธีการสำหรับผู้ประกอบการนำไปใช้เพื่อรับผิดชอบทางสิทธิมนุษยชน ประกอบไปด้วยหลักการ 3 ประการคือ การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (protect) การเคารพสิทธิมนุษยชน (respect) และการเยียวยา (remedy)¹¹

หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ข้อ 6 ได้ระบุให้รัฐควรส่งเสริมให้ผู้ประกอบการที่รัฐร่วมทำธุรกรรมทางพาณิชย์เคารพหลักสิทธิมนุษยชน เนื่องจากรัฐทำธุรกรรมทางพาณิชย์หลายอย่างกับผู้ประกอบการรวมถึงผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ทำให้

⁸ Robert Stumberg, Anita Ramasastry and Meg Roggensack, “Turning a Blind Eye? Respecting Human Rights in Government Purchasing.” (The International Corporate Accountability Roundtable, 2014), p. 8.

⁹ Ibid., p. 14.

¹⁰ Ibid.

¹¹ สฤณี อาชวานันทกุล และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัยมาตรฐานสากลในการดำเนินธุรกิจเพื่อการเคารพสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2559), หน้า 12.

รัฐมีโอกาสมากในการส่งเสริมให้เกิดความตระหนักและการเคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนผ่านการวางข้อกำหนดในสัญญา¹²

หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนทำให้หลายประเทศเกิดความตื่นตัวในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เช่น สหราชอาณาจักร ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเกาหลีใต้ เป็นต้น โดยปรากฏในแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (National Action Plans on Business and Human Rights: NAPs) ซึ่งเป็นการกำหนดแผนดำเนินการตามหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน

นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนยังปรากฏในกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาคือ กฎหมายการจัดหาของหน่วยงานของรัฐบาลกลาง (Federal Acquisition Regulation: FAR) ซึ่งมุ่งเน้นสิทธิมนุษยชนเฉพาะเรื่อง ได้แก่ การค้ามนุษย์ และการใช้แรงงานเด็ก โดยได้บัญญัติให้สัญญาของรัฐต้องระบุนำไม่ให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับรัฐ ลูกจ้างของผู้ประกอบการ ผู้รับจ้างช่วง ลูกจ้างของผู้รับจ้างช่วง และตัวแทนของบุคคลเหล่านี้ มีส่วนร่วมกับการค้ามนุษย์ หรือเป็นธุระจัดหาเพื่อค้าประเวณีในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา ห้ามใช้แรงงานบังคับในการปฏิบัติงาน ซึ่งรวมถึงพฤติกรรมที่ทำให้ลูกจ้างต้องทำงานให้โดยไม่เต็มใจด้วย เช่น ทำลาย ปกปิด ยึด หรือปฏิเสธไม่ให้ลูกจ้างเข้าถึงข้อมูลประจำตัวหรือเอกสารการเข้าเมืองของลูกจ้าง หลอกลวงหรือฉ้อฉลในระหว่างการสรรหาลูกจ้าง เป็นต้น¹³ นอกจากนี้ หน่วยงานต้องดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อบังคับใช้กฎหมายที่ห้ามการผลิตหรือการนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่มีการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนโดยการใช้แรงงานเด็กที่ถูกบังคับด้วย¹⁴

4. ความสัมพันธ์ระหว่างการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกับสิทธิมนุษยชนในความตกลงการค้าระหว่างประเทศ

สิทธิมนุษยชนหรือมาตรฐานแรงงานไม่อยู่ภายใต้การบังคับขององค์การการค้าโลกเนื่องจากในการประชุมคณะมนตรีองค์การการค้าโลกเมื่อปี ค.ศ. 1996 ที่ประเทศสิงคโปร์ กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาไม่เห็นด้วยกับการบัญญัติมาตรฐานแรงงานไว้ในกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก แม้สมาชิกขององค์การการค้าโลกได้ยืนยันพันธกรณีของตนตามมาตรฐานแรงงานหลักก็ตาม¹⁵ ด้วยเหตุนี้เอง ความตกลงที่เกิดขึ้นภายใต้องค์การการค้าโลกไม่ว่าจะเป็นความตกลง

¹² Principle 6 of UNGPs

¹³ Order 22.1703 of Federal Acquisition Regulation

¹⁴ Order 22.1502 of Federal Acquisition Regulation

¹⁵ TRADE AND LABOUR STANDARDS [Online], 26 October 2019. Source: https://www.wto.org/english/thewto_e/ minist_e/min99_e/english/about_e/18lab_e.htm

ทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) รวมถึงความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO Government Procurement Agreement: GPA) ซึ่งเป็นความตกลงหลายฝ่าย (plurilateral agreement) ภายใต้องค์การการค้าโลกที่เกี่ยวข้องกับการเปิดตลาดจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐระหว่างประเทศที่เป็นสมาชิกของความตกลง¹⁶ จึงไม่มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนโดยตรง

หลักการสำคัญของความตกลง GATT และความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลกมีหลักการที่สำคัญคือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งประกอบไปด้วย 2 หลักคือ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) โดยมีหลักว่า ประเทศภาคีจะต้องให้การปฏิบัติต่อสินค้าของประเทศภาคีอื่นเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อสินค้าชนิดเดียวกันที่ผลิตภายในประเทศ และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (most favoured nation: MFN) มีหลักการว่าประเทศภาคีจะต้องให้การปฏิบัติต่อสินค้าของประเทศภาคีหนึ่งเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อสินค้าชนิดเดียวกันของประเทศภาคีอื่นด้วย ดังนั้น การใช้มาตรการจำกัดการค้าหรือการปฏิบัติต่อประเทศคู่ค้าหนึ่งแตกต่างจากประเทศผู้ค้าอื่นหรือแตกต่างจากผู้ประกอบการภายในประเทศ ด้วยเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอาจถูกกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักไม่เลือกปฏิบัติซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของ GATT และความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลก

ประเด็นนี้เคยมีกรณีศึกษาหมายพม่าของรัฐแมสซาชูเซตส์ (Massachusetts Burma Law: MBL) ที่รัฐแมสซาชูเซตส์ สหรัฐอเมริกา ได้ออกพระราชบัญญัติควบคุมสัญญาของรัฐกับบริษัทที่ทำธุรกิจกับหรืออยู่ในประเทศพม่า (An Act Regulating State Contracts with Companies Doing Business with or in Burma) ในปี ค.ศ. 1996 เนื่องจากต้องการตอบโต้รัฐบาลทหารพม่าที่ปฏิเสธผลการเลือกตั้งในปี ค.ศ. 1990 และมีรูปแบบการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างต่อเนื่อง โดยได้บัญญัติว่าในกรณีการประกวดราคาโดยวิธีการคัดเลือก ห้ามหน่วยงานของรัฐจัดซื้อจัดจ้างสินค้าหรือบริการจากบุคคลที่ดำเนินธุรกิจกับหรือในประเทศพม่า¹⁷ และจำกัดการจัดซื้อจัดจ้างกับบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศพม่า โดยการกำหนดรายชื่อของบุคคลเหล่านั้นในรายการจำกัดการซื้อ (restricted purchase list) ซึ่งในการพิจารณาผลการประกวดราคาจะต้องมีการเพิ่มราคาร้อยละ 10 ในการเสนอราคาของบุคคล

¹⁶ ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นสมาชิกความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลก และไม่มีความตกลงในการเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกับประเทศใด

¹⁷ ประเทศพม่าเปลี่ยนชื่อเป็น “เมียนมา (Myanmar)” ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1989 แต่ผู้เขียนใช้คำว่า “พม่า (Burma)” เพื่อไม่ให้เกิดความสับสน เนื่องจากการใช้คำดังกล่าวในกฎหมาย คำร้องของคู่กรณี และคำพิพากษาของศาล

ที่อยู่ในรายการ กฎหมายฉบับนี้บังคับกับผู้ประกอบการทุกรายไม่ว่าจะมีถิ่นฐานอยู่ในรัฐ
เมสซาชูเซตส์หรือไม่ กรณีที่ฝ่าฝืนกฎหมายฉบับนี้จะส่งผลให้สัญญาที่ทำกับรัฐเป็นโมฆะ¹⁸

สหภาพยุโรปไม่เห็นด้วยกับพระราชบัญญัติควบคุมสัญญาของรัฐกับบริษัทที่ทำธุรกิจกับ
หรืออยู่ในประเทศพม่าเนื่องจากขัดต่อหลักไม่เลือกปฏิบัติ และขอใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท
ระหว่างรัฐ ตามความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลกปี ค.ศ. 1994¹⁹
แต่เป็นที่น่าเสียดายว่าไม่ทันได้มีคำตัดสินขององค์การการค้าโลก กฎหมายฉบับนี้ก็ถูกยกเลิกไป
เสียก่อน เนื่องจากศาลสูงของสหรัฐอเมริกาตัดสินว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ
จึงไม่มีคำวินิจฉัยขององค์การการค้าโลกถึงเนื้อหาเกี่ยวกับประเด็นสิทธิมนุษยชนว่าสามารถใช้
เพื่อการกีดกันได้หรือไม่

เมื่อการผลักดันประเด็นสิทธิมนุษยชนผ่านความตกลงแบบพหุภาคี โดยเฉพาะการ
เจรจาภายใต้องค์การการค้าโลกที่ไม่ประสบความสำเร็จ บางประเทศจึงใช้วิธีการเจรจาความ
ตกลงการค้าในแบบทวิภาคี โดยนำเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิ
แรงงานมาเป็นหัวข้อในการเจรจา โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่มีขนาด
เศรษฐกิจขนาดใหญ่และมีนโยบายการต่างประเทศที่ชัดเจนในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิ
มนุษยชนผ่านความตกลงกับประเทศต่าง ๆ

ความตกลงการค้าของอเมริกามีการกล่าวถึงประเด็นสิทธิมนุษยชนโดยมุ่งเน้นเฉพาะ
สิทธิแรงงาน ปรากฏในรูปแบบของการบัญญัติเป็นหัวข้อแรงงานโดยเฉพาะ ในลักษณะ
กำหนดให้ภาคีจะต้องยอมรับและรักษาไว้ซึ่งกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ และการปฏิบัติตามสิทธิที่
ปรากฏตามปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการ
ทำงาน และจะต้องไม่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายแรงงานไร้ประสิทธิภาพ ซึ่งรวมถึงกฎหมายที่
รับรองหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน ในลักษณะที่จะส่งผลต่อการค้าการลงทุน
และความตกลงการค้าของสหรัฐอเมริกาบางฉบับ ได้แก่ ความตกลงส่งเสริมการค้าสหรัฐ
อเมริกา-โคลัมเบีย (The United States-Colombia Trade Promotion Agreement) ความ
ตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-เกาหลีใต้ (U.S.-Korea FTA) ความตกลงส่งเสริมการค้า
สหรัฐอเมริกา-เปรู (The United States-Peru TPA) และความตกลงส่งเสริมการค้าสหรัฐ
อเมริกา-ปานามา (The United States-Panama TPA) นอกจากนี้จะมีหัวข้อแรงงานโดยเฉพาะ
แล้ว ยังมีบทบัญญัติในหัวข้อการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่มีลักษณะเป็นการอนุญาตให้ภาคี

¹⁸ Fitzgerald, Peter L., "Massachusetts, Burma and the World Trade Organization: A
Commentary on Blacklisting, Federalism, and Internet Advocacy in the Global Trading Era,"
(Cornell International Law Journal: Vol. 34: Iss. 1, Article 1, 2001), pp. 4-5.

¹⁹ สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปเป็นสมาชิกของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้
องค์การการค้าโลกปี ค.ศ. 1994

สามารถกำหนดเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อบังคับให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามข้อกำหนดด้านแรงงาน โดยในบทความนี้จะยกตัวอย่างความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-เกาหลีใต้ มาตรา 17.7(b) ที่บัญญัติว่า²⁰

“คุณลักษณะเฉพาะ

เพื่อความมั่นใจที่มากขึ้น คู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างอาจปฏิบัติตามมาตรา 6 ของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐขององค์การการค้าโลก เพื่อเตรียม ยอมรับ หรือนำมาใช้ซึ่งข้อกำหนดคุณลักษณะเฉพาะ:

(b) เพื่อกำหนดให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามกฎหมายที่บังคับใช้ โดยทั่วไปเกี่ยวกับ

(i) หลักการและสิทธิพื้นฐานในที่ทำงาน และ

(ii) เงื่อนไขการทำงานที่ยอมรับได้เกี่ยวกับค่าแรงขั้นต่ำ ชั่วโมงทำงาน และความปลอดภัยและสุขอนามัยในการทำงาน,

ในดินแดนที่มีการผลิตสินค้าหรือมีการให้บริการ”

ตามข้อกำหนดนี้เป็นการเปิดโอกาสให้ภาคีสามารถกำหนดคุณลักษณะเฉพาะโดยปฏิบัติตามวิธีการของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อบังคับผู้ประกอบการให้ปฏิบัติตามข้อกำหนดด้านแรงงาน ได้แก่ สิทธิขั้นพื้นฐานของแรงงาน ค่าแรงขั้นต่ำ ชั่วโมงการทำงาน และความปลอดภัยและสุขอนามัยในการทำงานในสถานที่ที่มีการผลิตสินค้าหรือให้บริการ ซึ่งหากมีข้อกำหนดเหล่านี้ในการจัดซื้อจัดจ้างครั้งหนึ่งแล้ว ถือเป็นคุณสมบัติที่ผู้เสนอราคาต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อกำหนดจึงจะมีสิทธิเสนอราคา

5. การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย

ตามที่ได้ยกตัวอย่างหลักการ กฎหมาย ความตกลงการค้าระหว่างประเทศในหัวข้อ ก่อนหน้าถึงความสัมพันธ์ระหว่างการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกับสิทธิมนุษยชน ทำให้เห็นว่า การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและสิทธิมนุษยชนมีความสัมพันธ์กัน ในฐานะที่การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ และมีบางประเทศเห็นโอกาสในการบัญญัติกฎหมายหรือทำความตกลงการค้าระหว่างประเทศจากความสัมพันธ์ดังกล่าวแล้ว

แต่เมื่อพิจารณาถึงหนทางในการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยจะพบว่า พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีเจตนารมณ์ให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีกรอบการปฏิบัติในทางเดียวกัน มุ่งเน้นการเปิดเผยข้อมูลเพื่อความโปร่งใสและมีการแข่งขันที่เป็นธรรม เกิดความ

²⁰ U.S.-Korea FTA, Article 17.7(b)

คัมค่าในการใช้จ่ายเงิน การมีส่วนร่วมภาคประชาชนในการตรวจสอบการทำงานของภาครัฐ เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริต ขณะที่ประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนไม่ใช่สิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายให้ความสำคัญ และไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้มีการนำประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนมาพิจารณาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

ถึงแม้จะไม่ปรากฏหลักฐานว่าในห่วงโซ่อุปทานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยมีการละเมิดสิทธิมนุษยชน แต่ประเทศไทยก็ยังมีปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ประกอบการอย่างต่อเนื่อง ยกตัวอย่างเช่น การใช้แรงงานบังคับในห่วงโซ่อุปทานของอุตสาหกรรมการเลี้ยงกุ้ง การลวงแรงงานข้ามชาติชาวพม่าและกัมพูชาเพื่อขายให้เป็นแรงงานเรือประมง และมีการซ้อมทรมาน และขาดกรรมแรงงานบนเรือ²¹ กรณีการดำเนินคดีกับผู้นำสหภาพแรงงานเพราะทำกิจกรรมรณรงค์ด้านความปลอดภัยและการพูดคุยให้มีการขึ้นค่าจ้างให้สมเหตุสมผลกับผลประกอบการและค่าครองชีพที่สูงขึ้น²² กรณีการกดดันให้พนักงานหญิงลาออกเพราะตั้งครรภ์²³ เป็นต้น

การที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่สามารถส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เช่นนี้จึงเป็นที่มาของปัญหาของการศึกษาประการแรกคือ ปัญหาความสำคัญในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และหากประเทศไทยจะบัญญัติกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่สามารถส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ เช่นนี้ก็นำมาสู่ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบัญญัติกฎหมายอีกสามประการคือ ปัญหาการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยไม่ขัดต่อความตกลงการค้าระหว่างประเทศ ปัญหาขอบเขตการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และปัญหาการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านห่วงโซ่อุปทานการจัดซื้อจัดจ้าง

²¹ Kate Hodal, Chris Kelly and Felicity Lawrence, Revealed: Asian slave labour producing prawns for supermarkets in US, UK [Online], 10 October 2019. Source: <https://www.theguardian.com/global-development/2014/jun/10/supermarket-prawns-thailand-produced-slave-labour>

²² องค์การสากล จวกไทยยังละเมิดสิทธิแรงงาน ร้องให้แก้กฎหมายแรงงาน [ออนไลน์], 29 ธันวาคม 2562 แหล่งที่มา <https://voicelabour.org/องค์การสากล-จวก-ไทยยังมีก/>

²³ คสรท.ยื่นกระทรวงแรงงาน-ILO แก้ปัญหาละเมิดสิทธิแรงงาน [ออนไลน์], 29 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา <https://voicelabour.org/คสรท-ยื่นกระทรวงแรงงาน-ilo/>

5.1 ปัญหาความสำคัญในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

ความสำคัญของการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าสามารถแบ่งได้ 2 ประการคือ ความสำคัญเนื่องจากรัฐมีพันธกรณีตามกฎหมาย และความสำคัญในด้านการค้าระหว่างประเทศ

5.1.1 ความสำคัญเนื่องจากรัฐมีพันธกรณีตามกฎหมาย

ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องเคารพ ส่งเสริม และคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ในฐานะที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติและได้รับรองหลักการของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมทั้งได้ให้สัตยาบันสนธิสัญญาหลักสิทธิมนุษยชนจำนวน 7 ฉบับ ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ

ประเทศไทยยังเป็นสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีในการที่จะส่งเสริม คุ้มครอง และพัฒนามาตรฐานแรงงานให้สอดคล้องตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ โดยในปัจจุบันประเทศไทยให้สัตยาบันรับรองอนุสัญญาด้านแรงงานไปแล้วทั้งสิ้นจำนวน 17 ฉบับ โดยเป็นอนุสัญญาที่เป็นมาตรฐานแรงงานหลักจำนวน 6 ฉบับ ได้แก่ ฉบับที่ 29 อนุสัญญาว่าด้วยการเกณฑ์แรงงาน หรือแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 ฉบับที่ 100 อนุสัญญาว่าด้วยค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกัน ค.ศ. 1951 ฉบับที่ 105 อนุสัญญาว่าด้วยการยกเลิกแรงงานบังคับ ค.ศ. 1957 ฉบับที่ 111 อนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ ค.ศ. 1958 ฉบับที่ 138 อนุสัญญาว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่ให้งานได้ ค.ศ. 1973 ฉบับที่ 182 อนุสัญญาว่าด้วยรูปแบบที่เลวร้ายของการใช้แรงงานเด็ก ค.ศ. 1999

การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยยังปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายภายใน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติรับรองหลักการไว้ตามมาตรา 4 ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง และในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ได้ระบุสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับการทำงานไว้เฉพาะเจาะจง ได้แก่ ความเสมอภาคตามมาตรา 27 ห้ามการเกณฑ์แรงงานตามมาตรา 30 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 34 เสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 40 และเสรีภาพในการสมาคมตามมาตรา

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังมีการบังคับใช้กฎหมายแรงงานที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิแรงงานคือ พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ซึ่งบัญญัติถึงสิทธิของแรงงานในการจัดตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงาน สิทธิในการรวมตัวเพื่อเจรจาต่อรองกับนายจ้าง สิทธิในการนัดหยุดงาน และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติถึงมาตรฐานการทำงานของแรงงานไม่ว่าจะเป็นค่าแรงที่เหมาะสม ชั่วโมงการทำงาน เวลาพักผ่อน วันหยุด อายุขั้นต่ำในการจ้างงาน เงื่อนไขในการจ้างแรงงานเด็ก รวมถึงสภาพการทำงานที่ปลอดภัยและถูกสุขอนามัย

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 ได้บัญญัติรับรองให้สิทธิมนุษยชนหมายถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย หรือตามหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น ถึงแม้ว่าสิทธิมนุษยชนบางเรื่องจะไม่ปรากฏตามกฎหมายภายในของประเทศไทย แต่หากสิทธิมนุษยชนเรื่องนั้นประเทศไทยได้ให้สัตยาบันรับรองสนธิสัญญาระหว่างประเทศแล้ว ย่อมอยู่ในความหมายของสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องเคารพ คุ้มครอง และทำให้บรรลุผลด้วย

ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าสิทธิมนุษยชนจะปรากฏอยู่ในกฎหมายและความตกลงหลายฉบับ และมีกลไกการบังคับผู้ประกอบการให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติกฎหมายเหล่านั้นอยู่แล้ว แต่กฎหมายส่วนใหญ่บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐเข้ามามีบทบาทเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการต่อเมื่อต้องมีการร้องเรียนว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นก่อนจึงจะมีการตรวจสอบและบังคับใช้กฎหมาย หากไม่มีการร้องเรียนผู้ประกอบการเองก็ไม่ได้มีแรงจูงใจในการปฏิบัติตามเนื่องจากไม่มีสิ่งแลกเปลี่ยนหรือผลประโยชน์จากการกระทำ และอาจส่งผลให้นำไปสู่การละเมิดสิทธิมนุษยชนในวงกว้างยิ่งขึ้น เนื่องจากการที่ผู้ประกอบการหนึ่งไม่ปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชน หรือปฏิเสธสิทธิขั้นพื้นฐานของแรงงานย่อมทำให้เกิดความได้เปรียบในการแข่งขันกับผู้ประกอบการอื่นที่ปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนเพราะมีต้นทุนที่ถูกกว่า หากผู้ประกอบการอื่นต้องการจะได้งานจากภาครัฐจำเป็นจะต้องลดต้นทุนเพื่อแข่งขัน โดยเฉพาะต้นทุนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน การตัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับการทำงาน และสวัสดิการต่าง ๆ ซึ่งถ้าปล่อยให้เป็นอย่างนี้มากขึ้น ผลกระทบย่อมตกแก่แรงงานที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ย่ำแย่ลง เป็นการแข่งขันไปสู่จุดเสื่อม (race to the bottom)

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยเป็นตลาดขนาดใหญ่ มีการพึ่งพางบประมาณของภาครัฐในการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ สิ่งสาธารณูปโภค โครงสร้างพื้นฐาน และการกระตุ้นเศรษฐกิจเป็นจำนวนมาก มีผู้ประกอบการจำนวนมากที่

ต้องการทำสัญญากับภาครัฐ ทำให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ ผ่านการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดซื้อจัดจ้างและการวางข้อกำหนดในสัญญา เพื่อบังคับผู้ประกอบการที่ต้องการจะเป็นคู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐต้องปฏิบัติตาม รัฐเข้ามามีบทบาทในเชิงรุกในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมากขึ้น โดยต้องเข้ามาตรวจสอบผู้ประกอบการที่เข้าเสนอราคากับภาครัฐและปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนเข้าร่วมการเสนอราคา รวมถึงเข้าตรวจสอบการปฏิบัติงานของผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาเพื่อป้องกันมิให้มีพฤติกรรมละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นระหว่างทำงานตามสัญญา ซึ่งกระบวนการเหล่านี้ล้วนเป็นการริเริ่มของภาครัฐเองทั้งสิ้น ไม่จำเป็นต้องมีการร้องเรียน และผู้ประกอบการเองก็มีแรงจูงใจในการปฏิบัติตาม เนื่องจากได้รับผลประโยชน์จากการมีสิทธิเป็นผู้เสนอราคากับภาครัฐ

นอกจากนี้ ยังมีความเคลื่อนไหวที่ทำให้เห็นว่ามีหลายฝ่ายไม่ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐและภาคประชาชน เริ่มเห็นถึงความสำคัญของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ ได้แก่ ในการร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีแนวความคิดที่จะให้มีบทบัญญัติที่ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังที่ปรากฏตาม “รายงานผลการพิจารณาเพื่อเสนอแนะนโยบายหรือข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย เรื่อง พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ...” ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ อ้างถึงแนวทางตามหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนและแนวคิดการจัดซื้อจัดจ้างอย่างยั่งยืน ได้เสนอให้หลักการทั่วไปของการจัดซื้อจัดจ้างมีหลักการที่สร้างความเป็นธรรมและความเท่าเทียมในสังคม และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 8 ซึ่งเป็นหลักการจัดซื้อจัดจ้างให้คำนึงถึงหลักการจัดซื้อจัดจ้างอย่างยั่งยืนด้วย²⁴

ในการจัดทำแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนระยะที่ 1 (พ.ศ. 2562-2565) ซึ่งจัดทำโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกระทรวงยุติธรรม เป็นแผนในการปฏิบัติตามหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน เพื่อยืนยันเจตนารมณ์และแสดงถึงความตั้งใจจริงของรัฐบาลในการขับเคลื่อนงานด้านธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ครอบคลุม 4 ประเด็นสำคัญที่ต้องเร่งแก้ไขคือ 1) แรงงาน 2) ชุมชน ที่ดิน

²⁴ รายงานผลการพิจารณาเพื่อเสนอแนะนโยบายหรือข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย เรื่อง พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ... [ออนไลน์], 26 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา <http://www.nhrc.or.th/getattachment/edf81800-5375-4907-9d96-efc1c9bf3c49/11214.aspx>

ทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม 3) นักปกป้องสิทธิมนุษยชน 4) การลงทุนระหว่างประเทศ และบริษัทข้ามชาติ ที่ถึงแม้จะยังไม่มีแผนปฏิบัติการที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยตรง แต่ได้ปรากฏข้อความคิดที่ต้องการให้ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ในข้อท้าทายที่ประชาชนคาดหวังให้รัฐบาลเร่งรัดในการแก้ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแรงงาน ได้เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการตรวจสอบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อผู้ประกอบการและรัฐวิสาหกิจที่ได้ประโยชน์จากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ รวมทั้งเสนอให้เพิ่มเงื่อนไขการเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้กับภาคธุรกิจคู่สัญญาของรัฐและรัฐวิสาหกิจในกฎหมายและสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ²⁵

ผู้เขียนเห็นด้วยกับข้อเสนอข้างต้น เนื่องจากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการและแรงงานจำนวนมาก การใช้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจะทำให้รัฐมีเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในแรงงานเพิ่มมากขึ้น รัฐเป็นผู้ริเริ่มในการบังคับใช้กฎหมายด้วยตนเอง ไม่ใช่การขอความร่วมมือเพียงอย่างเดียวที่ผู้ประกอบการอาจจะไม่มีแรงจูงใจเพียงพอในการให้ความร่วมมือ เป็นกระบวนการที่รัฐสามารถเข้าไปควบคุมผู้ประกอบการให้ปฏิบัติตามได้ในทุกขั้นตอน ทำให้พันธกรณีของภาครัฐในการเคารพ คุ้มครอง และทำให้บรรลุผลซึ่งหลักสิทธิมนุษยชน ต่อทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะประสบความสำเร็จ

5.1.2 ความสำคัญในด้านการค้าระหว่างประเทศ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในทางการค้าระหว่างประเทศ ประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างสหรัฐอเมริกามีการทำความตกลงที่มีหัวข้อแรงงานโดยเฉพาะ และเริ่มมีการเชื่อมโยงการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและสิทธิมนุษยชนเข้าด้วยกัน ดังที่ปรากฏในหัวข้อการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของความตกลงบางฉบับ ได้แก่ ความตกลงส่งเสริมการค้าสหรัฐอเมริกา-โคลัมเบีย (The United States-Colombia Trade Promotion Agreement) ความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-เกาหลีใต้ (U.S.-Korea FTA) ความตกลงส่งเสริมการค้าสหรัฐอเมริกา-เปรู (The United States-Peru TPA) และความตกลงส่งเสริมการค้าสหรัฐอเมริกา-ปานามา (The United States-Panama TPA) แสดงให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาเห็นโอกาสของการนำประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนมาเป็นเงื่อนไขในการทำความตกลงการค้าระหว่างประเทศ และทำให้ชัดเจนมากขึ้นว่ารวมถึงเงื่อนไขของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วย

²⁵ แผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนระยะที่ 1 (พ.ศ. 2562-2565) [ออนไลน์], 26 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_17/2562/NAP-th-final.pdf

ซึ่งกรณีการเจรจาการค้ากับประเทศสหรัฐอเมริกาของประเทศไทย เริ่มปรากฏหัวข้อการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและหัวข้อแรงงานในการเจรจาเขตการค้าเสรี โดยประเด็นด้านแรงงานที่สหรัฐอเมริกาผลักดันภายใต้กรอบการเจรจาเขตการค้าเสรีกับประเทศไทย ได้แก่²⁶ ให้ประเทศไทยปรับกฎหมายแรงงานไทยให้สอดคล้องกับหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ บังคับใช้กฎหมายแรงงานอย่างมีประสิทธิภาพ ปรับปรุงกฎหมายแรงงานไทยให้สอดคล้องกับสิทธิแรงงานที่ยอมรับในระดับสากล จัดตั้งองค์กรทั้งภายในประเทศและองค์กรระหว่างสองฝ่ายเพื่อให้เข้ามาดูแลและคุ้มครองผู้เสียหาย กรณีมีการละเมิดกฎหมายแรงงาน มีกระบวนการปรึกษาหารือ ระบุข้อพิพาท และบทลงโทษ ซึ่งรวมถึงการปรับเงินกรณีมีการละเมิดข้อตกลง และมีกลไกความร่วมมือด้านแรงงาน

นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังแนวนโยบายที่นำประเด็นด้านแรงงานมาเป็นเครื่องมือในการกดดันคู่ค้าของตนมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากกรณีโครงการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกา (General of System of Preferences: GSP) ซึ่งเป็นสิทธิทางภาษีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาให้กับประเทศที่กำลังพัฒนาทั้งหลาย รวมถึงประเทศไทยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2519 เป็นต้นมา โดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติทางการค้าปี ค.ศ. 1974 (Trade Act of 1974) และสหรัฐอเมริกาประกาศในวันที่ 25 ตุลาคม พ.ศ. 2562 ที่จะเพิกถอนสิทธิดังกล่าวที่ให้กับไทย โดยยกประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนเป็นข้อพิจารณาในการเพิกถอนสิทธิ เนื่องจากประเทศไทยไม่ได้ดำเนินการเพื่อให้มีสิทธิแรงงานที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับในระดับสากลหลายด้าน ตามที่ระบุไว้ในคำร้องของสหพันธ์แรงงานและสภาอุตสาหกรรมแห่งสหรัฐอเมริกา (American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations: AFL-CIO) ปี พ.ศ. 2558 เช่น การให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการสมาคมและสิทธิในการต่อรองร่วมกับแรงงานต่างด้าว อีกทั้งประเทศไทยยังมีปัญหาการละเมิดสิทธิแรงงานในอุตสาหกรรมการส่งออกอาหารทะเลมาอย่างยาวนาน²⁷

จากสถานการณ์ข้างต้นผู้เขียนเห็นว่า ความสำคัญในด้านการค้าระหว่างประเทศอาจวิเคราะห์ได้เป็น 2 กรณี

²⁶ บัณฑิตย์ ธนชัยเศรษฐวุฒิ, สิทธิแรงงานในกระแสโลกาภิวัตน์พัฒนา การสัมมนาวิชาการประจำปี 2558 เรื่อง สู่สังคมสมานฉันท์, จัดโดยมูลนิธิชัยพัฒนา สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กระทรวงแรงงาน และมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, วันที่ 26-27 พฤศจิกายน 2548, หน้า 27.

²⁷ USTR Announces GSP Enforcement Actions and Successes for Seven Countries [Online], 22 October 2019. Source: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/october/ustr-announces-gsp-enforcement>

กรณีแรก หากในอนาคตประเทศไทยจำเป็นต้องทำความตกลงในการเปิดตลาดจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังเช่นความตกลงการค้าของสหรัฐอเมริกาที่มีหัวข้อแรงงาน เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าหัวข้อเหล่านี้ของความตกลงมีผลต่อการปฏิบัติตามความตกลงที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์ทั้งฉบับ จึงสามารถตีความได้ว่ารัฐควรต้องเคารพ ส่งเสริม และตระหนักถึงหลักการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในที่ทำงานในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐซึ่งเป็นการพาณิชย์รูปแบบหนึ่งด้วย ผ่านการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองหลักการดังกล่าว ทั้งนี้ การตีความเช่นนี้อาจถูกมองว่าเป็นการตีความที่กว้างจนเกินไป แต่เมื่อพิจารณาจากความตกลงของสหรัฐอเมริกาแล้วจะเห็นว่าสิทธิมนุษยชนและการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีแนวโน้มที่จะถูกนำมาเชื่อมโยงกันมากขึ้น ตามที่ปรากฏการบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐภาคีสามารถกำหนดคุณลักษณะเฉพาะที่มีข้อกำหนดเพื่อคุ้มครองแรงงานได้ การตีความในลักษณะที่ใช้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นเครื่องมือเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจึงมีความเป็นไปได้มาก

กรณีที่สอง ถึงแม้ประเทศไทยจะไม่มี ความตกลงเปิดตลาดจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่มีเงื่อนไขในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ก็ไม่ได้หมายความว่า การใช้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจะไม่มี ความสำคัญ เนื่องจากประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างสหรัฐอเมริกา มีแนวโน้มที่จะใช้ประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนในการกดดันประเทศคู่ค้าของตนมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากกรอบการเจรจาเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาที่มีประเด็นด้านแรงงาน และที่เห็นได้เป็นรูปธรรมที่สุดคือกรณีการเพิกถอนสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกา ที่ประเทศไทยต้องเสียประโยชน์ทางการค้าอันเนื่องมาจากการกล่าวอ้างประเด็นสิทธิมนุษยชน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากประเทศไทยมีเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการมากขึ้น จะช่วยลดแรงกดดันที่เกิดขึ้นในทางการค้าระหว่างประเทศได้ ซึ่งการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐก็เป็นเครื่องมือที่ดีในการกระทำได้ดังกล่าว อันเนื่องมาจากการจัดซื้อจัดจ้างเป็นตลาดขนาดใหญ่และมีผู้ประกอบการจำนวนมากที่อยากมีส่วนร่วม รัฐสามารถใช้มาตรการที่เป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับผู้ประกอบการได้เป็นวงกว้าง

5.2 ปัญหาการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยไม่ขัดต่อความตกลงการค้าระหว่างประเทศ

ถึงแม้หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนแนะนำว่ารัฐควรส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และในการบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับผู้ประกอบการภายในประเทศเป็นอำนาจของรัฐที่สามารถทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาตผู้ใด แต่ในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) และความตกลงการค้าต่าง ๆ ที่ยึดหลักการ

ขององค์การการค้าโลก รวมถึงความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้ต้องการการค้าโลก และความตกลงอื่น ๆ ที่มีข้อตกลงเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้างบนพื้นฐานของหลักไม่เลือกปฏิบัติ ยังมีข้อขัดแย้งอยู่ว่าการนำข้อกำหนดด้านสิทธิมนุษยชนมาใช้เพื่อเป็นข้อพิจารณาในการกีดกันการค้า หรือยกเว้นหลักไม่เลือกปฏิบัติจะสามารถทำได้เพียงใด ซึ่งประเทศไทยที่แม้ว่าจะยังไม่ได้เป็นภาคีของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้ต้องการการค้าโลกหรือความตกลงเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้างกับประเทศใด แต่ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก ผู้เขียนเห็นว่าควรจะศึกษาเพื่อให้ทราบถึงข้อจำกัดในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อที่ในอนาคตหากประเทศไทยมีความประสงค์จะเข้าร่วมความตกลงเพื่อเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ การบัญญัติกฎหมายจะได้ไม่มีปัญหาเรื่องความสอดคล้องกับหลักการขององค์การการค้าโลก หรือความตกลงค้าอื่น ๆ ซึ่งมีข้อตกลงในการเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้าง

เมื่อศึกษาจากกรณีที่เกิดขึ้นภายใต้ต้องการการค้าโลกอย่างคดีกฎหมายพม่าของ รัฐแมสซาชูเซตส์ (Massachusetts Burma Law: MBL) ที่แม้จะไม่มีคำวินิจฉัยจากองค์การการค้าโลกว่าการยกข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนเพื่อกีดกันการเข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐสามารถทำได้หรือไม่ แต่สิ่งที่น่าสนใจในคดีนี้ก็คือ กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้เลือกปฏิบัติจากคุณสมบัติของผลิตภัณฑ์หรือผู้ประกอบการที่เข้าร่วมเสนอราคา แต่เป็นการเลือกปฏิบัติจากประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์หรือผู้ประกอบการ ซึ่งตรงกับคดีตัวอย่างที่กำหนดหลักเอาไว้คือ คดี Belgian Family Allowances

คดี Belgian Family Allowances คือคดีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายประเทศเบลเยียมปี ค.ศ. 1939 จัดเก็บภาษีตามมูลค่า (ad valorem tax) กับการนำเข้าสินค้าที่ซื้อโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อขยายฐานรายได้สำหรับโครงการเงินช่วยเหลือครอบครัวของเบลเยียม ซึ่งผลิตภัณฑ์นำเข้าจากประเทศใดประเทศหนึ่งอาจได้รับการยกเว้นภาษี หากประเทศนั้นมีโครงการเงินช่วยเหลือครอบครัวคล้ายคลึงกับประเทศเบลเยียม โดยเกิดข้อพิพาทขึ้นเมื่อประเทศสวีเดนได้รับการยกเว้นภาษี แต่ประเทศเดนมาร์กและประเทศนอร์เวย์ไม่ได้รับการยกเว้นภาษี ทั้งที่ประเทศเดนมาร์กและประเทศนอร์เวย์มีโครงการเงินช่วยเหลือครอบครัวเหมือนกับประเทศสวีเดน ประเทศเดนมาร์กและประเทศนอร์เวย์จึงนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยของ GATT ว่าการกระทำของประเทศเบลเยียมขัดต่อหลักไม่เลือกปฏิบัติของ GATT²⁸

องค์กรวินิจฉัยของ GATT ได้มีคำตัดสินคดี Belgian Family Allowances เป็นหลักการว่าการปฏิบัติต่อประเทศภาคีอาจแตกต่างกันหากลักษณะของสินค้ามีความแตกต่างกัน แต่ความ

²⁸ Steve Charnovitz, “Belgian Family Allowances and the Challenge of Origin-Based Discrimination”, (4 World Trade Rev. 7 2005), p. 8.

แตกต่างของลักษณะของประเทศผู้ส่งออกที่ไม่ส่งผลถึงความแตกต่างของสินค้า ไม่สามารถถูกนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิบัติต่อภาคีที่แตกต่างได้²⁹ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคติกฎหมายพม่าของรัฐเมสซาซูเซตส์มีการเลือกปฏิบัติจากลักษณะของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับสินค้าที่ไม่ส่งผลถึงความแตกต่างของสินค้า จึงไม่สามารถกระทำได้

ทั้งนี้ ความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลกไม่ได้บัญญัติห้ามรัฐภาคีที่จะบัญญัติกฎหมายภายในของตนหรือทำความตกลงการค้าที่มีข้อกำหนดแตกต่างจากความตกลง ครอบคลุมที่กฎหมายหรือความตกลงนั้นไม่ขัดต่อหลักการของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลก การกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยการจัดซื้อจัดจ้างโดยไม่ขัดต่อหลักการขององค์การการค้าโลกจึงสามารถกระทำได้ ดังเช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติในลักษณะมุ่งเน้นไปที่คุณสมบัติสินค้าหรือผู้ประกอบการว่าจะต้องไม่มีความเกี่ยวข้องการละเมิดสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐสามารถกำหนดคุณลักษณะเฉพาะเพื่อให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามกฎหมายที่บังคับใช้โดยทั่วไปเกี่ยวกับหลักการและสิทธิพื้นฐานในที่ทำงาน และเงื่อนไขการทำงานที่ยอมรับได้เกี่ยวกับค่าแรงขั้นต่ำ ชั่วโมงทำงาน และความปลอดภัยและสุขอนามัยในการทำงานในดินแดนที่มีการผลิตสินค้าหรือมีการให้บริการ

โดยเมื่อพิจารณาความหมายของคุณลักษณะเฉพาะคือ รายละเอียดความต้องการในการประกวดราคาซึ่งระบุลักษณะของสินค้าหรือบริการที่จะจัดซื้อจัดจ้างรวมถึงคุณภาพ ประสิทธิภาพ ความปลอดภัย ขนาดมิติของพัสดุ ขั้นตอนและการทำงานในการผลิตสินค้า หรือกำหนดความต้องการของที่ตั้ง สัญลักษณ์ หีบห่อ เครื่องหมาย หรือฉลากที่ใช้กับสินค้าหรือบริการ จะเห็นได้ว่ารายละเอียดของคุณลักษณะเฉพาะสามารถกำหนดได้กระทั่งความต้องการเกี่ยวกับขั้นตอนและการทำงานในการผลิตสินค้า และถือว่าเป็นสิ่งที่มีผลต่อคุณสมบัติของสินค้า เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายอย่างความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกาสามารถกระทำได้เพราะเป็นการกีดกันผู้ประกอบการโดยพิจารณาถึงความแตกต่างของคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง มิได้อยู่บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติจากแหล่งกำเนิดของสินค้า

กรณีข้างต้นเป็นกรณีของการบัญญัติกฎหมายโดยพยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ขัดต่อหลักไม่เลือกปฏิบัติ แต่หากเป็นการกีดกันไม่ให้สินค้าหรือผู้ประกอบการของประเทศใดประเทศหนึ่งมีส่วนร่วมกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เช่นนี้อาจต้องพิจารณาถึงการตีความ GATT มาตรา 20(a) ซึ่งบัญญัติว่า³⁰

²⁹ Ibid., pp. 9-10.

³⁰ GATT Article XX(a)

“ข้อยกเว้นทั่วไป

ภายใต้ข้อกำหนดที่ว่ามาตรการดังกล่าวจะไม่ถูกนำไปใช้เลือกปฏิบัติโดยพลการหรือโดยไม่ยุติธรรมระหว่างประเทศที่มีสภาพเช่นเดียวกัน หรือเพื่อจำกัดการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง ไม่มีบทบัญญัติใดในความตกลงฉบับนี้ที่จะตีความเพื่อห้ามไม่ให้ภาคนำไปใช้หรือบังคับใช้มาตรการใด ๆ:

(a) ที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน;

GATT มาตรา 20(a) เป็นข้อยกเว้นการปฏิบัติตามความตกลง GATT โดยอาจหำนำเข้าสินค้าหรือใช้มาตรการจำกัดการค้าอื่นนอกจากมาตรการด้านภาษี หรือกำหนดมาตรการใดที่ขัดต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติ โดยใช้เหตุผลเพื่อ “การคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน” ซึ่งอาจอาศัยการตีความว่าสิทธิมนุษยชนก็คือศีลธรรมของประชาชนรูปแบบหนึ่ง และอาจนำการตีความเช่นนี้มาใช้กับกรณีตามความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลกได้ เนื่องจากมีบทบัญญัติซึ่งเป็นข้อยกเว้นทั่วไปในการปฏิบัติตามความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับ GATT มาตรา 20(a) คือมาตรา 23 ของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลกปี ค.ศ. 1994 และมาตรา 3 ความตกลงฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2012 ที่บัญญัติว่ารัฐภาคีอาจใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยการใช้อนุสัญญาจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยพลการหรือโดยไม่เป็นธรรมระหว่างภาคี หรือเพื่อกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง³¹

การที่ภาคีจะกำหนดมาตรการเพื่อจำกัดการค้าตาม GATT มาตรา 20(a) จะต้องมีการพิสูจน์ว่ามาตรการนั้นเข้าองค์ประกอบของกฎหมายสองชั้น กล่าวคือ ในขั้นแรกจะต้องพิสูจน์ว่ามาตรการนั้นจำเป็นต่อการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน และขั้นที่สองจะต้องพิสูจน์ว่ามาตรการนั้นเป็นไปตามข้อกำหนดที่อยู่ในข้อความขึ้นต้น (chapeau) ของมาตรา 20 คือมาตรการนั้นจะต้องไม่ถูกนำไปใช้เลือกปฏิบัติโดยพลการหรือโดยไม่ยุติธรรมระหว่างประเทศที่มีสภาพเช่นเดียวกัน หรือใช้เพื่อจำกัดการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง³²

ปัญหาสำคัญของการใช้ข้อยกเว้นตาม GATT มาตรา 20(a) กับกรณีด้านสิทธิมนุษยชน คือ ความตกลง GATT และองค์การการค้าโลก ไม่ได้ให้ความหมายหรือตีความคำว่า “ศีลธรรมของประชาชน (public moral)” เอาไว้ ทำให้ไม่ชัดเจนว่าสิทธิมนุษยชนถือเป็นศีลธรรมของประชาชนหรือไม่ จึงต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติผ่านข้อพิพาทซึ่งเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลกว่ามีความหมายและขอบเขตเช่นใด อย่างไรก็ตาม มีกรณีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการอ้างศีลธรรมของประชาชนตามมาตรา 20(a) เข้าสู่การพิจารณา

³¹ Article 23: 2 of GPA 1994 and Article 3: 2 of GPA 2012

³² Tatjana Eres, The Limits of GATT Article XX: A Back Door for Human Rights, (35 Geo. J. Int'l L. 597, 2004), pp. 614-615.

ขององค์การการค้าโลกเพียง 3 กรณีคือ คดีมาตรการของสหรัฐอเมริกาที่มีผลกระทบต่อการให้บริการการพนันและการพนันข้ามพรมแดน (US-Gambling) คดีมาตรการของประเทศจีนที่มีผลกระทบต่อนิติสิทธิ์ในการซื้อขายและบริการจัดจำหน่ายสำหรับสิ่งพิมพ์และผลิตภัณฑ์ภาพและเสียง (China-Publications and Audiovisual Products) และคดีมาตรการของประชาคมยุโรปที่ห้ามการนำเข้าและทำการตลาดของผลิตภัณฑ์ที่ทำจากแมวน้ำ (EC-Seal Products)

คดีมาตรการของสหรัฐอเมริกาที่มีผลกระทบต่อการให้บริการการพนันข้ามพรมแดน (US-Gambling) เป็นกรณีที่อยู่ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) มาตรา 14(a) ซึ่งกำหนดข้อยกเว้นการปฏิบัติตามข้อตกลงด้วยเหตุผลเพื่อคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนเช่นเดียวกับ GATT มาตรา 20(a) โดยสหรัฐอเมริกาได้มีมาตรการห้ามการให้บริการการพนันออนไลน์ (remote gambling or online gambling) จากต่างประเทศมายังสหรัฐอเมริกา ประเทศแอนติกาและบาร์บูดาจึงได้ยื่นคำร้องว่าการกำหนดมาตรการดังกล่าวขัดต่อพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาที่ได้ให้คำมั่นในการเข้าถึงตลาดบริการด้าน “นันทนาการอื่น ๆ ยกเว้นกีฬา” โดยไม่มีเงื่อนไข สหรัฐอเมริกาแก้ต่างว่า มาตรการดังกล่าวเข้าข้อยกเว้นตาม GATS มาตรา 14(a) เนื่องจากมาตรการดังกล่าวมีความจำเป็นเพื่อการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน และเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชาชน เนื่องจากการพนันออนไลน์มีความเสี่ยงที่จะถูกเข้าถึงโดยผู้เยาว์ซึ่งต้องห้ามไม่ให้เล่นการพนัน หรืออาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการฟอกเงินขององค์กรอาชญากรรม³³

ในคดีนี้คณะผู้พิจารณาได้ให้คำนิยามคำว่า “ศีลธรรมของประชาชน” ว่าหมายถึง มาตรฐานของสังคมหรือประเทศที่บ่งชี้ว่าความประพฤติใดเป็นสิ่งที่ถูกหรือผิด และยังเสริมว่า ศีลธรรมของประชาชนนั้นมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับสถานที่และเวลา รวมถึงปัจจัยอื่น ๆ ด้วย เช่น สังคม วัฒนธรรม หลักจริยธรรม และศาสนา เป็นต้น ซึ่งกรณีนี้คณะผู้พิจารณามีความเห็นว่าการพนันอยู่ในความหมายของศีลธรรมของประชาชนด้วย และองค์กรอุทธรณ์มีความเห็นว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกามีความจำเป็นต่อการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน แต่ในการพิจารณาขั้นที่สองพบว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาขัดต่อ chapeau ของ GATS มาตรา 14(a) เนื่องจากในสหรัฐอเมริกามีพระราชบัญญัติการแข่งม้าระหว่างรัฐ (Interstate Horse Racing Act) ที่อนุญาตให้มีการพนันการแข่งขันม้าทางไกลผ่านโทรศัพท์หรือทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่นทั้งภายในรัฐและระหว่างรัฐได้ มาตรการห้ามการให้บริการการพนันออนไลน์ของสหรัฐอเมริกาจึงปฏิบัติต่อผู้ให้บริการต่างประเทศแตกต่างจากผู้ให้บริการในประเทศ³⁴

³³ Tamara S. Nachmani, “To Each His Own: The Case for Unilateral Determination of Public Morality under Article XX(A) of the GATT,” (71 U. Toronto Fac. L. Rev. 31, 2013), pp. 39-43.

³⁴ Ibid.

คดีมาตรการของประเทศจีนที่มีผลกระทบต่อสิทธิในการซื้อขายและบริการจัดจำหน่ายสำหรับผลิตภัณฑ์ประเภทสิ่งพิมพ์และโสตทัศน (China-Publications and Audiovisual Products) เป็นกรณีที่ประเทศจีนกำหนดมาตรการให้การนำเข้าสินค้าประเภทสิ่งพิมพ์และโสตทัศน ต้องอาศัยช่องทางนำเข้าผ่านบริษัทที่รัฐบาลจีนเป็นเจ้าของเท่านั้น ซึ่งจะมีการตรวจสอบสื่อ (censor) ว่ามีเนื้อหาที่เป็นอันตรายต่อศีลธรรมของประชาชนชาวจีนหรือไม่ สหรัฐอเมริกาจึงได้มีคำร้องกล่าวหาว่าการกระทำของประเทศจีนเป็นการกำหนดข้อจำกัดในการนำเข้าสินค้า เนื่องจากเป็นการกำหนดให้มีเพียงบริษัทที่รัฐบาลจีนเป็นเจ้าของเท่านั้น มีสิทธิในการนำเข้าสินค้าประเภทสิ่งพิมพ์และโสตทัศน ขณะที่บริษัทต่างชาติไม่มีสิทธิหรือช่องทางในการเป็นผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ดังกล่าว ซึ่งขัดต่อความตกลง GATT ที่ประเทศจีนได้ให้คำมั่นในการเข้าถึงตลาดไว้ โดยประเทศจีนอ้างว่ามาตรการดังกล่าวมีข้อยกเว้นตามมาตรา 20(a) ของ GATT เนื่องจากมาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน³⁵

คณะผู้พิจารณาในคดีนี้เห็นว่า “ศีลธรรมของประชาชน” ของ GATT มาตรา 20(a) มีหลักการเช่นเดียวกับ GATS มาตรา 14(a) ในคดี US-Gambling คณะผู้พิจารณาจึงใช้ความหมายจากคดีดังกล่าวในการพิจารณา โดยในคดีนี้พบว่าประเทศจีนไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่ามาตรการการนำเข้าสินค้าประเภทสิ่งพิมพ์และโสตทัศนมีความจำเป็นต่อการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนอย่างไร³⁶

คดีมาตรการของประชาคมยุโรปที่ห้ามการนำเข้าและทำการตลาดของผลิตภัณฑ์ที่ทำจากแมวน้ำ (EC-Seal Products) เป็นกรณีที่สหภาพยุโรปกำหนดมาตรการห้ามการนำเข้าและการทำการตลาดของผลิตภัณฑ์ที่ทำจากแมวน้ำ เช่น เนื้อ ไขมัน หนังสัตว์ และเครื่องนุ่งห่ม เป็นต้น ยกเว้นเป็นผลิตภัณฑ์จากแมวน้ำที่ล่าโดยชาวอินูอิต (Inuit) หรือชนพื้นเมืองอื่น หรือโดยการล่าที่มีวัตถุประสงค์ในการบริหารทรัพยากรทางทะเล หรือนำเข้าโดยนักท่องเที่ยวภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด โดยประเทศแคนาดาและประเทศนอร์เวย์ได้มีคำร้องว่ามาตรการดังกล่าวเลือกปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์จากแมวน้ำที่มาจากผู้ผลิตในประเทศของตน เพราะข้อยกเว้นผลิตภัณฑ์จากแมวน้ำที่ล่าโดยชาวอินูอิต ทำให้เฉพาะผลิตภัณฑ์ที่ทำจากแมวน้ำจากประเทศกรีนแลนด์ได้รับประโยชน์ในการเข้าถึงตลาดจากข้อยกเว้นดังกล่าว สหภาพยุโรปโต้แย้งว่าจำเป็นต้องมีมาตรการเช่นนี้เนื่องจากมีความจำเป็นต่อการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนในสหภาพยุโรป

³⁵ Ibid., pp. 43-45.

³⁶ Ibid.

จากพฤติกรรมการล่าแมวน้ำอย่างทารุณ และหลีกเลี่ยงการมีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมดังกล่าวโดยไม่ซื้อสินค้าที่ทำจากแมวน้ำ³⁷

ในการพิจารณาของคณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ ยังคงใช้ความหมายของคำว่า ศีลธรรมของประชาชนเช่นเดียวกับคดี US-Gambling และ คดี China-Publications and Audiovisual Products และเห็นว่าการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนโดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของแมวน้ำ อยู่ในความหมายของศีลธรรมของประชาชน และมาตรการที่กำหนดมีความจำเป็นในการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน แต่ว่ามาตรการดังกล่าวขัดต่อ chapeau ของ GATT มาตรา 20(a) เนื่องจากสหภาพยุโรปไม่สามารถอธิบายได้ว่าผลิตภัณฑ์จากแมวน้ำที่ล่าโดยชาวอินูอิตมีกระทบต่อศีลธรรมของประชาชนในเรื่องสวัสดิภาพของแมวน้ำ แตกต่างจากการล่าเพื่อการพาณิชย์อย่างไร มาตรการของสหภาพยุโรปจึงเป็นการเลือกปฏิบัติ³⁸

จากตัวอย่างคดีที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ทำให้เห็นว่าศีลธรรมของประชาชนมีความหมายที่กว้างอย่างมาก ขึ้นกับสังคม วัฒนธรรม ความเชื่อ ของประชาชนในประเทศที่จะถือว่าสิ่งใดเป็นมาตรฐานของความถูกต้อง โดยคดี EC-Seal Products ทำให้เกิดคำถามขึ้นว่า ในเมื่อศีลธรรมของประชาชนครอบคลุมถึงสิทธิหรือสวัสดิภาพของสัตว์ได้ ศีลธรรมของประชาชนก็ควรจะครอบคลุมถึงสิทธิมนุษยชนด้วยหรือไม่ ในฐานะที่สิทธิมนุษยชนเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองมนุษย์จากการกระทำที่ไร้มนุษยธรรม เช่น การเอาคนลงเป็นทาส การใช้แรงงานบังคับ และการใช้แรงงานเด็ก³⁹ ซึ่งมีนักวิชาการบางท่านที่สนับสนุนให้การตีความศีลธรรมของประชาชนหมายถึงสิทธิมนุษยชนได้ เช่น

Robert Howse มีความเห็นว่าหลักคิดเรื่องศีลธรรมเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแยกออกจากความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรี และสิทธิขั้นพื้นฐาน⁴⁰

Stephen J. Powell เห็นว่าศีลธรรมของประชาชนเป็นเครื่องมือที่มีศักยภาพที่จะใช้เพื่อคุ้มครองการใช้มาตรการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนโดยไม่ขัดต่อหลักของ GATT⁴¹

³⁷ Paola Conconi and Tania Voon, “EC-Seal Products: The Tension between Public Morals and International Trade Agreements,” (Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2015/70, 2015), p. 1.

³⁸ Ibid., p. 10.

³⁹ Manisuli Ssenyonjo, “Economic, Social and Cultural Rights in International Law,” (Hart Publishing/ Bloomsbury, 2016), p. 206.

⁴⁰ Robert Howse, “The World Trade Organization and the Protection of Workers’ Rights,” (3 Journal of Small and Emerging Business Law 131, 1999), p. 1368.

⁴¹ Stephen J. Powell, “The Place of Human Rights Law in the World Trade Organisation Rules” (16 Florida Journal of International Law 219, 2004), p. 223.

Salman Bal แสดงความเห็นด้วยกับความเห็นของประเทศออสเตรเลียในคดีมาตรการของสหรัฐอเมริกาในการจำกัดการนำเข้าปลาทูน่า (Tuna-Dolphin case) โดยกล่าวว่า GATT มาตรา 20(a) ควรถูกนำมาใช้กับการพิจารณาปฏิบัติต่อสัตว์อย่างมีมนุษยธรรม และ Bal ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่าการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมควรจะครอบคลุมกรณีตามมาตรฐานแรงงานด้วย⁴²

นอกจากนี้ คดี EC-Seal Products ยังสะท้อนว่า สิ่งที่เป็นอันตรายต่อศีลธรรมของประชาชน ไม่จำเป็นต้องกระทำต่อประชาชนหรือเกิดจากการใช้งานของประชาชนในประเทศโดยตรง แต่อาจเป็นการกระทำในกระบวนการผลิต หรือเป็นการกระทำต่อสิ่งอื่นนอกจากมนุษย์ ซึ่งอาจเกิดภายในประเทศหรือภายนอกประเทศก็ได้ โดยในคดีนี้ประชาชนของสหภาพยุโรปไม่จำเป็นต้องฆ่าแมวน้ำอย่างทารุณโหดร้ายด้วยตนเอง ตัวผลิตภัณฑ์เองก็ไม่ใช้ผลิตภัณฑ์ที่อันตรายต่อศีลธรรมของประชาชน แต่เป็นเพราะการที่ประชาชนซื้อผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยกรรมวิธีที่ขัดต่อศีลธรรมของประชาชนถือเป็นการสนับสนุนพฤติกรรมดังกล่าว

จากเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า อาจอาศัยการตีความคำว่า “ศีลธรรมของประชาชน” ตาม GATT มาตรา 20(a) หรือตามบทบัญญัติของความตกลงอื่นที่มีข้อยกเว้นในลักษณะเดียวกัน ว่าเป็นการรวมถึงสิทธิมนุษยชนได้ และสามารถยกเว้นหลักไม่เลือกปฏิบัติโดยกล่าวอ้างการละเมิดสิทธิมนุษยชนเพื่อกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการที่มีความเกี่ยวข้องกับแหล่งที่มาที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐได้

5.3 ปัญหาขอบเขตการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

เมื่อพิจารณาถึงหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนจะพบว่า ข้อ 11 ของหลักการ ได้แนะนำว่าผู้ประกอบการควรเคารพหลักสิทธิมนุษยชน โดยหลีกเลี่ยงที่จะละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้อื่น และควรดูแลผลกระทบทางลบจากการที่ผู้ประกอบการได้เข้าไปเกี่ยวข้อง⁴³ และข้อ 12 ยังแนะนำว่าความรับผิดชอบของผู้ประกอบการที่เคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนหมายถึง การยอมรับสิทธิมนุษยชนอันเป็นที่ยอมรับในระดับระหว่างประเทศ โดยอย่างน้อยได้แก่ ตามที่ปรากฏในตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และหลักการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปรากฏตามปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน⁴⁴

⁴² Salman Bal, “International Free Trade Agreements and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GAT,” (10 MINN. J. GLOBAL TRADE 62, 2001), p. 77.

⁴³ Principle 11 of UNGPs

⁴⁴ Principle 12 of UNGPs

ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดดังเช่นหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนมีเจตนาเพื่อให้การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมีความหมายกว้างที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยขั้นต่ำของการคุ้มครองที่หลักการแนะนำคือตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศซึ่งประกอบไปด้วย หลักการตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งครอบคลุมสิทธิมนุษยชนในทุกด้าน นอกจากนี้ ยังรวมถึงสิทธิแรงงานตามปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานด้วย อาจกล่าวได้ว่าหากการดำเนินงานของผู้ประกอบการมีการละเมิดสิทธิมนุษยชน แม้สิทธิมนุษยชนเรื่องนั้นจะไม่ใช่สิทธิมนุษยชนด้านแรงงาน แต่ถ้ามการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของผู้ประกอบการ ก็อยู่ในความหมายของสิทธิมนุษยชนตามหลักการฉบับนี้

หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนเป็นเพียงข้อแนะนำ การจะนำหลักการดังกล่าวมาใช้ควรปรับให้เกิดความเหมาะสมกับกรณี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าขอบเขตการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐควรจำกัดเพียงสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับแรงงานเท่านั้น เนื่องจากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นเรื่องของพาณิชย์กรรมที่มีบุคคลที่เกี่ยวข้องสองฝ่ายคือ ภาครัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่สัญญากับรัฐ ซึ่งการดำเนินงานของฝ่ายผู้ประกอบการจำเป็นจะต้องมีการจ้างแรงงาน มีความสัมพันธ์จากการจ้างแรงงานในฐานะนายจ้างกับลูกจ้าง โอกาสที่จะเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนจึงมาจากความสัมพันธ์ในการจ้างแรงงานเป็นหลัก ได้แก่ การละเมิดเสรีภาพในการสมาคมและสิทธิการเจรจาต่อรองร่วม การใช้แรงงานบังคับ การใช้แรงงานเด็ก และการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน รวมถึงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแรงงาน เช่น การจ่ายค่าจ้างไม่ถึงค่าแรงขั้นต่ำ มีชั่วโมงทำงานเกินกว่ากฎหมายกำหนด และสถานที่ทำงานมีความเสี่ยงที่จะเกิดอุบัติเหตุ ไม่ปลอดภัยหรือไม่ถูกสุขอนามัย เป็นต้น

การกำหนดข้อกำหนดจัดซื้อจัดจ้างให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนในทุกด้าน จึงเป็นการสร้างภาระแก่ผู้ประกอบการเกินจากกรอบของการดำเนินงานหรือขอบเขตที่ผู้ประกอบการจะสามารถควบคุมหรือดูแลได้ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิร่างกายและสุขภาพ เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการย้ายถิ่นฐาน สิทธิในอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และที่พักอาศัยที่เพียงพอ สิทธิในการศึกษา และสิทธิด้านสุขภาพ เป็นต้น เหล่านี้ล้วนเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับชีวิตส่วนตัวของบุคคล ซึ่งผู้ประกอบการไม่ได้มีความรับผิดชอบต่อชีวิตส่วนตัวของแรงงานแต่อย่างใด การหาความสัมพันธ์ระหว่างการดำเนินงานของผู้ประกอบการและการละเมิดสิทธิเหล่านี้ทำได้ยาก เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องพิจารณาถึงถึงชีวิตส่วนตัวของแรงงานว่าผู้ประกอบการเข้าไปขัดขวางการใช้สิทธิเหล่านี้หรือไม่ เป็นการเพิ่มต้นทุนของการจัดซื้อจัดจ้าง

เกินความจำเป็น ทั้งในแง่ของงบประมาณและเวลา เนื่องจากเจ้าหน้าที่รัฐต้องเข้าไปตรวจสอบการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนในทุกเรื่องของทุกกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ทั้งที่ควรพิจารณาเพียงแต่สิทธิที่มีความชัดเจนว่าสัมพันธ์กับการดำเนินงานของผู้ประกอบการแน่นอน อีกทั้งสิทธิมนุษยชนทั่วไปไม่มีตัวชี้วัดที่ชัดเจน เกิดความไม่แน่นอนของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ ทำให้ปฏิบัติต่อผู้ประกอบการไม่เท่าเทียมกันทุกราย เกิดการแข่งที่ไม่เป็นธรรมเป็นช่องทางในการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐจากความไม่แน่นอนของกฎหมาย และความไม่แน่นอนของกฎหมายนี้เองอาจส่งผลต่อผู้ประกอบการ ทำให้เกิดความสับสนในการปฏิบัติตามผู้ประกอบการอาจเห็นว่าความไม่มั่นคงเป็นความเสี่ยงที่ต้องคิดเป็นต้นทุนเพิ่มหรืออาจไม่สนใจที่จะยื่นข้อเสนอกับรัฐ ทำให้รัฐไม่ได้พัสดุที่มีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งานของหน่วยงานของรัฐ หรือไม่ได้พัสดุในราคาที่เหมาะสม ซึ่งข้อเสียเหล่านี้ขัดต่อหลักการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ทั้งหลักความคุ้มค่า หลักความโปร่งใส และหลักความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

นอกจากนี้ การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการค้าของประเทศมหาอำนาจอย่างเช่นสหรัฐอเมริกาที่มุ่งเน้นไปที่สิทธิแรงงานตามปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน และตามกรอบการเจรจาเขตการค้าเสรีที่ประเทศไทยเจรจากับสหรัฐอเมริกา ปรากฏว่ามีหัวข้อที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนคือ หัวข้อแรงงานในกรอบการเจรจา อีกทั้งประเด็นที่สหรัฐอเมริกาใช้เพื่อกดดันประเทศไทยในทางการค้าคือสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับแรงงานทั้งสิ้น ดังที่ปรากฏตามกรณีของการเพิกถอนสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร ซึ่งสหรัฐอเมริกากล่าวหาว่าประเทศไทยไม่ได้ดำเนินการเพื่อให้มีสิทธิแรงงานที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับในระดับสากลหลายด้าน เช่น การให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการสมาคมและสิทธิในการต่อรองร่วมกับแรงงานต่างด้าว และประเทศไทยยังมีปัญหาการละเมิดสิทธิแรงงานในอุตสาหกรรมการส่งออกอาหารทะเลมาอย่างยาวนาน เป็นต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยมุ่งเน้นเฉพาะสิทธิมนุษยชนด้านแรงงาน จะทำให้ภาครัฐสามารถทุ่มเททรัพยากรเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในการค้าได้ตรงจุดและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะลดแรงกดดันที่เกิดขึ้นจากการค้าระหว่างประเทศได้

5.4 ปัญหาการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านห่วงโซ่อุปทานการจัดซื้อจัดจ้าง

นอกจากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐจะมีความเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับภาครัฐแล้ว ยังมีบุคคลอื่นในห่วงโซ่อุปทานที่ได้รับประโยชน์จากการจัดซื้อจัดจ้าง ที่แม้จะไม่ได้เป็นคู่สัญญากับรัฐ แต่เป็นผู้จัดหาสินค้าให้หรือเป็นผู้รับงานต่อจากผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับภาครัฐ เช่น ผู้จัดหาสินค้า (supplier) ผู้รับจ้างช่วง (subcontractor) เป็นต้น ซึ่ง

บุคคลเหล่านี้ล้วนแต่มีความเกี่ยวข้องกับการจ้างงานและมีความเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่นเดียวกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับภาครัฐ จึงมีปัญหาว່ว่าควรบัญญัติกฎหมายให้บังคับครอบคลุมบุคคลเหล่านี้หรือไม่

ปัญหานี้ผู้เขียนอาศัยการพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน กฎหมายการจัดหาของหน่วยงานของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา และความตกลงการค้าของสหรัฐอเมริกาที่มีบทบัญญัติที่ใช้การจัดซื้อจัดจ้างเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

เมื่อพิจารณาหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน พบว่าข้อ 13 ได้แนะนำว่าความรับผิดชอบของผู้ประกอบการที่เคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนอาจทำได้โดยหลีกเลี่ยงการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนผ่านการดำเนินงานของตนเอง และดำเนินการแก้ไขเมื่อผลกระทบดังกล่าวเกิดขึ้น และพยายามป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนที่เชื่อมโยงโดยตรงกับการดำเนินงาน ผลิตภัณฑ์ หรือบริการ โดยความสัมพันธ์ทางธุรกิจแม้ว่าจะไม่ได้มีส่วนร่วมในผลกระทบเหล่านั้นก็ตาม⁴⁵

ตามหลักการข้างต้นที่แนะนำให้ผู้ประกอบการพยายามป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนเชื่อมโยงโดยตรงกับการดำเนินงาน ผลิตภัณฑ์ หรือบริการ โดยอาศัยความสัมพันธ์ทางธุรกิจแม้ว่าจะไม่ได้มีส่วนร่วมในผลกระทบเหล่านั้น เป็นการเปิดโอกาสให้มีการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านห่วงโซ่อุปทานได้ โดยให้ผู้ประกอบการใช้ความระมัดระวังไม่สนับสนุนการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยการทำธุรกิจกับองค์กรที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน

ส่วนกฎหมายการจัดหาของหน่วยงานของรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกา (FAR) ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าให้สัญญาของรัฐต้องระบุนำไม่ให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับรัฐ ลูกจ้างของผู้ประกอบการ ผู้รับจ้างช่วง ลูกจ้างของผู้รับจ้างช่วง และตัวแทนของบุคคลเหล่านี้มีส่วนร่วมกับการค้ำฉุข หรือเป็นธุระจัดหาเพื่อค่าประเวณีในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และห้ามใช้แรงงานบังคับในการปฏิบัติงาน⁴⁶ นอกจากนี้ ยังบัญญัติห้ามการผลิตหรือการนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่มีการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนโดยการใช้แรงงานเด็กที่ถูกบังคับ โดยไม่สนใจว่าผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับรัฐจะมีส่วนร่วมหรือไม่⁴⁷

สำหรับความตกลงการค้าของสหรัฐอเมริกาได้ใช้ถ้อยคำที่ทำให้เข้าใจได้ว่ารัฐภาคีสามารถส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในห่วงโซ่อุปทานการจัดซื้อจัดจ้างได้ ดังตัวอย่างความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-เกาหลีใต้ ที่กำหนดว่า รัฐภาคีสามารถใช้ข้อกำหนดคุณลักษณะเฉพาะเพื่อกำหนดให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามกฎหมายที่บังคับใช้โดยทั่วไป

⁴⁵ Principle 13 of UNGPs

⁴⁶ Order 22.1703 of Federal Acquisition Regulation

⁴⁷ Order 22.1502 of Federal Acquisition Regulation

เกี่ยวกับหลักการและสิทธิพื้นฐานในที่ทำงาน และเงื่อนไขการทำงานที่ยอมรับได้เกี่ยวกับค่าแรงขั้นต่ำ ชั่วโมงทำงาน และความปลอดภัยและสุขอนามัยในการทำงาน “ในดินแดนที่มีการผลิตสินค้าหรือมีการให้บริการ” ถ้อยคำนี้เป็นที่น่าสังเกตว่า ถ้าผู้ประกอบการไม่ได้เป็นผู้ผลิตสินค้าหรือให้บริการด้วยตนเอง แต่อาศัยการจัดหาจากผู้ผลิตหรือรับจ้างช่วงในต่างประเทศ ผลของข้อกำหนดคุณลักษณะเฉพาะจะเป็นอย่างไร ซึ่งการตีความให้ข้อกำหนดคุณลักษณะเฉพาะนี้มีผลกับผู้ประกอบการทุกรายอย่างเท่าเทียม ระหว่างผู้ประกอบการที่ผลิตสินค้าเองและผู้ประกอบการที่จัดหาจากผู้ผลิตอื่นหรือผู้รับจ้างช่วงในต่างประเทศ มีเพียงว่าข้อกำหนดนี้มีผลถึงห่วงโซ่อุปทานด้วย

จากหลักการทั้งหมดข้างต้น ทำให้เห็นว่าการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไม่ได้จำกัดอยู่เพียงกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับรัฐโดยตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงผู้ประกอบการอื่นในห่วงโซ่อุปทานที่ได้ผลประโยชน์จากการจัดซื้อจัดจ้างด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในห่วงโซ่อุปทานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นสิ่งที่ควรทำอย่างยิ่งเนื่องจากหลายกรณีที่ผู้ประกอบการของรัฐไม่ได้เป็นผู้ผลิตสินค้า หรือให้บริการด้วยตนเอง แต่อาศัยการจัดหาสินค้าจากผู้จัดหา หรือผู้ผลิตอื่น รวมทั้งในงานจ้าง รัฐอาจอนุญาตให้มีการรับจ้างช่วงได้ หากไม่มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในห่วงโซ่อุปทานเหล่านี้ ย่อมทำให้เป้าหมายในการใช้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไม่บรรลุผล ภาครัฐไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบองค์กรที่ผู้ประกอบการเข้าไปทำธุรกิจด้วยได้ ผู้ประกอบการที่มีเจตนาที่ไม่ดีอาจใช้วิธีการหลบเลี่ยงไม่ทำงานด้วยตนเองแต่จัดหาสินค้าหรือบริการจากแหล่งอื่นเพื่อส่งมอบ หรือผู้ประกอบการอาจไม่มีเจตนาหลบเลี่ยง แต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการทำธุรกิจกับองค์กรอื่นที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน ทำให้สภาพความเป็นอยู่ของแรงงานในห่วงโซ่อุปทานการจัดซื้อจัดจ้างยังอยู่ในความเลวร้ายเช่นเดิม

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ศึกษาถึงหลักการที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ปรากฏว่า การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีความสำคัญในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยได้ ไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ของการมุ่งให้เป็นไปตามพันธกรณีของรัฐในการเคารพ คุ้มครอง และทำให้บรรลุผลซึ่งหลักสิทธิมนุษยชนต่อทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ และในแง่ของการค้าระหว่างประเทศที่มีการนำประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนมาใช้เป็นเครื่องมือในการกีดกันการค้ามากขึ้น ซึ่งหากรัฐมีเครื่องมือที่แสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมากขึ้นจะสามารถลดแรงกดดันที่เกิดขึ้นได้

การที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐทำให้รัฐเสียโอกาสที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐซึ่งมีผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานจำนวนมาก ทั้งที่การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐควรจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญของภาครัฐในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่าควรมีการกำหนดเป้าหมายที่ชัดเจนในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐไว้ในแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน เพื่อที่ภาครัฐจะได้ใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เพื่อให้สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ดังนี้

1) ควรมีการแก้ไขหลักการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตามความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ให้หลักการทั่วไปของการจัดซื้อจัดจ้างมีหลักการที่คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 8 ซึ่งเป็นหลักการจัดซื้อจัดจ้างให้คำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชน เพื่อให้การออกกฎหมาย กฎ ระเบียบ คำสั่ง และการปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐในการจัดซื้อจัดจ้างมีความสอดคล้องกับหลักการจัดซื้อจัดจ้างที่มุ่งส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมถึงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคัดเลือกผู้ประกอบการที่จะเข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างและบัญญัติให้การทำสัญญาต้องมีข้อกำหนดด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามด้วย

2) การบัญญัติกฎหมายควรคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตกรณีที่ประเทศไทยทำความตกลงการค้าระหว่างประเทศเพื่อเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ กล่าวคือ บัญญัติกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานในการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหลักไม่เลือกปฏิบัติ การกีดกันผู้ประกอบการไม่ให้เข้าร่วมกับการจัดซื้อจัดจ้างควรคำนึงถึงคุณสมบัติของสินค้าว่ามีกระบวนการที่ได้มาที่มีความเกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่เป็นหลัก และถึงแม้การกีดกันจากแหล่งกำเนิดสินค้าที่มีการกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอาจทำได้โดยอาศัยการตีความ GATT มาตรา 20(a) ผู้เขียนก็ไม่สนับสนุนให้มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะกีดกันเช่นนี้ เนื่องจากจะเกิดความไม่ยุติธรรมกับผู้ประกอบการที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ต้องได้รับผลกระทบเพราะมาจากแหล่งกำเนิดเดียวกัน และการที่ยังไม่มีคำตัดสินจากองค์การการค้าโลกทำให้ยังมีความไม่แน่นอนในการกล่าวอ้าง

3) การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐควรมุ่งเน้นไปที่สิทธิที่เกี่ยวข้องกับแรงงาน โดยเฉพาะมาตรฐานแรงงานตามปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย สามารถส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่มีความเสี่ยง

จะเกิดการละเมิดจากการดำเนินงานของผู้ประกอบการที่ส่วนใหญ่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในการจ้างงานได้ตรงจุดมากกว่า และทำให้ภาครัฐสามารถทุ่มทรัพยากรเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพียงพอที่จะลดแรงกดดันที่เกิดขึ้นจากการค้าระหว่างประเทศที่มุ่งเน้นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับแรงงาน

4) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนควรครอบคลุมไปถึงห่วงโซ่อุปทานของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐอันประกอบไปด้วยผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ผู้จัดหา ผู้ผลิต และผู้รับจ้างช่วง โดยกำหนดระบบการตรวจสอบจากภาครัฐ เช่น กำหนดให้หน่วยงานของรัฐสามารถเรียกผู้ประกอบการเข้ามาให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานในการปฏิบัติงานผู้ประกอบการต้องยอมให้หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรตรวจสอบสามารถเข้าไปตรวจสอบการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างช่วงได้ กำหนดให้ผู้ประกอบการที่สนใจเข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างต้องมีชื่ออยู่ในบัญชีผู้ประกอบการ โดยบุคคลที่จะอยู่ในรายชื่อได้ต้องผ่านตรวจสอบว่าไม่มีพฤติกรรมละเมิดสิทธิมนุษยชน และจัดให้มีการตรวจสอบบุคคลที่อยู่ในบัญชีเป็นประจำเพื่อติดตามพฤติกรรมอย่างต่อเนื่อง และคัดกรองผู้ประกอบการที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนไม่ให้มีส่วนร่วมกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ไม่ว่าจะเป็นคู่สัญญากับรัฐโดยตรงหรือไม่ เป็นต้น และอาศัยความร่วมมือของผู้ประกอบการ เช่น กำหนดให้ผู้ประกอบการสอบทานธุรกิจในการปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชน (human rights due diligence) และจัดส่งรายงานการตรวจสอบให้หน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้าง