

กลไกเยียวยาที่ขับเคลื่อนด้วยความสิ้นหวังเพื่อให้เกิดความรับผิดชอบข้ามพรมแดน

Remedy Mechanism from Hopelessness for Transboundary Responsibility

กรกนก วัฒนภูมิ

มูลนิธิเพื่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม 179 หมู่ 1 ตำบลสันผีเสื้อ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50180

Kornkanok Wathanabhoorn

Foundation for Environmental and Natural Resources-FENR, 179 Moo 1, Tambon San Phi Suea,
Muang District, Chiang Mai, Thailand, 50180

e-mail: kornkanok.wath@gmail.com

Received: July 19, 2018; Revised: November 27, 2018; Accepted: November 30, 2018

บทคัดย่อ

การข้ามพรมแดนของโครงการพัฒนาต่างๆ จากดินแดนแห่งรัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลผู้ลงทุนไปยังดินแดนของรัฐอื่น ณ ดินแดนปลายทางอาจไม่ได้รับรองเพียงการเคลื่อนย้ายของทุน สินค้า บริการ และแรงงาน แต่รวมถึงการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้วย ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นคือประชาชนผู้ได้รับผลกระทบแทบจะสิ้นหวังกับกลไกภายในประเทศตน ความหวังหนึ่งของการเยียวยา คือความพยายามที่จะใช้กลไกของประเทศต้นทางของการลงทุน ภายใต้แนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อนุสัญญาระหว่างประเทศมุ่งสร้างพันธกรณีต่อรัฐภาคีต่อการเคารพคุ้มครอง รวมถึงการประกันว่าสิทธิดังกล่าวจะเป็นจริงได้ แต่พบว่ารัฐภาคีจำนวนไม่น้อยไม่สามารถดำเนินการตามพันธกรณีได้จริง ผลกระทบที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขตรัฐ ถูกทำให้เป็นเรื่องไกลตัวและถูกกล่าวอ้างเพื่อตวงวนการปฏิบัติตามพันธกรณี แต่การเกิดขึ้นของแนวคิดพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนนอกอาณาเขตของรัฐ (Extraterritorial Obligations : ETOs) และ “หลักการแห่งสหประชาชาติด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชน” (UN Guiding Principle on Business and Human Rights : UNGP) ถือเป็นเอกสารระหว่างประเทศฉบับแรกที่กำหนดความสัมพันธ์ หน้าที่ ความรับผิดชอบของรัฐและเอกชนในการคุ้มครองและเคารพสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้สหประชาชาติสนับสนุนให้แต่ละประเทศจัดทำ “แผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน” (National Action Plan on Business and Human Rights หรือ NAP on BHR) เพื่อนำหลักการฯ ไปสู่การ

ปฏิบัติให้เหมาะสมกับบริบทของแต่ละประเทศแม้จะมีใช้ตราสารที่มีผลผูกพันทางกฎหมายและถูกนำมาใช้โดยระบบ “สมัครใจ” กลับปรากฏว่ามี 22 ประเทศได้ดำเนินการจัดทำรวมถึงประเทศไทย บทความนี้มุ่งที่ศึกษาทบทวนถึงกลไกในการเยียวยาสิทธิซึ่งผู้ได้รับผลกระทบหรือผู้อาจได้รับผลกระทบจากการละเมิดข้ามพรมแดน โดยพยายามศึกษาทำความเข้าใจและใช้กลไกดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นกลไกในทางฟ้องร้องคดี (Judicial Mechanisms) และกลไกอื่นๆ (Non-Judicial Mechanisms) โดยมีข้อสังเกตเบื้องต้นว่าการดำเนินการใดๆ เพื่อให้เกิดความรับผิดชอบข้ามพรมแดน ต่อสิทธิในสุขภาพ สิ่งแวดล้อมที่ดีของชีวิตและชุมชนในดินแดนของรัฐอื่นที่ถูกละเมิดโดยนักลงทุนสัญชาติไทยนั้น ก็ด้วยเพราะการทำงานของกลไกเพื่อเยียวยารูปแบบใหม่ๆ ถูกขับเคลื่อนด้วยความสิ้นหวัง

คำสำคัญ: ธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน, ความรับผิดชอบอาณาเขตรัฐ, หลักการแห่งสหประชาชาติด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชน, แผนปฏิบัติระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน, ความรับผิดชอบข้ามแดน

Abstract

Transboundary project from a country of origin of investor to other states where the movement does not receive only funding, commodities, services, and workers, but also human rights violation. In fact, the affected people hardly expect from their domestic mechanism. A tiny hope to compensate comes from the investor's state mechanism. According to international human rights principles, international treaty aims to oblige the party state to protect and guarantee the rights. On the contrary, there are many state parties that cannot comply with their obligations. The effect in the foreign countries seems too remote from oneself and becomes an excuse for infringement their own international obligations. Arising of Extra-Territorial Obligation (ETOS), especially “UN Guiding Principle on Business and Human Rights (UNGPR)” is the first international document to formulate the relationship of duty, obligation of state and business entities in terms of protecting and respecting human rights. Moreover, the United Nations encourages the member states to draft “National Action Plan on Business and Human Rights” (NAP on BHR) to

implement UNGP in practice to properly suit each country's contexts. Even though, it is not legally binding and implemented voluntarily, there are 19 states already have launched national action plan on business and human rights and Thailand is drafting one now. This paper aims to review human rights mechanisms for providing remedy to people or communities who are inevitably aggrieved or injured, or who may inevitably be aggrieved or injured from transboundary impacts; to learn and apply all judicial and non-judicial mechanisms. Primary principle governs this responsibility of Thai state for transboundary responsibility over people's rights on healthy environment for individual and communities in other state from the Thai investors comes from hopeless domestic mechanism on their own countries

Key words: Business and Human Rights (BHR), Extraterritorial Obligations (ETOs), UN Guiding Principle on Business and Human Rights (UNGPs), National Action Plan on Business and Human Rights (NAP on BHR), Transboundary Responsibility

1. บทนำ

แม้การลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ (Thai Direct Investment : TDI) จะได้เริ่มต้นขึ้นนานแล้ว (ช่วงประมาณปีพ.ศ. 2528-2532¹) แต่ในแง่ของการค้นหาข้อเท็จจริงหรือศึกษาว่ามีโครงการพัฒนาของนักลงทุนสัญชาติไทยใดบ้างที่เมื่อข้ามพรมแดนไปลงทุนแล้วก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพ สิ่งแวดล้อมของชุมชน รวมถึงเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนเพิ่งเริ่มต้นนับจาก พ.ศ. 2553 ด้วยข้อร้องเรียนจากชุมชนต่างๆ ในประเทศเพื่อนบ้านของไทยได้ส่งคำร้องถึงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.)

¹ คณะทำงานติดตามการลงทุนข้ามพรมแดน, รายงานการติดตามการลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ ผลกระทบต่อชุมชน สิ่งแวดล้อม และการละเมิดสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพฯ: โค-ชยัน มีเดีย ทีม, 2561), 10-13.



แผนภาพที่ 1 แสดงแผนที่การลงทุนในต่างประเทศของไทย 12 โครงการ, The Mekong Butterfly, “บทสรุปผู้บริหาร: การลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ: ผลกระทบต่อชุมชนและสิ่งแวดล้อม และการละเมิดสิทธิมนุษยชน” ²

อาจเป็นคำถามของหลายคนว่ากรณีที่โครงการพัฒนาขนาดใหญ่ซึ่งดำเนินการโดยนักลงทุนสัญชาติไทยไปก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพ สิ่งแวดล้อม รวมถึงทรัพย์สิน ฯลฯ แก่ชุมชนต่างๆ ในประเทศปลายทางการลงทุนถือว่าเป็นความรับผิดชอบที่รัฐไทยจะต้องตามไปกำกับดูแล การดำเนินการของนักลงทุนสัญชาติไทยด้วยหรือไม่โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากกฎหมายในประเทศปลายทางการลงทุนนั้น ไม่ได้มุ่งหมายที่จะคุ้มครองหรืออ่อนแอเกินกว่าจะคุ้มครองสิทธิของประชาชนและชุมชนให้เทียบเท่าหรือยิ่งกว่าสิทธิ (ประโยชน์) ของนักลงทุน หากรัฐไทยเข้าไปกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของนักลงทุนสัญชาติตนเท่ากับเป็นการขยายเขตอำนาจของรัฐ (Jurisdiction) เข้าไปในรัฐอื่นซึ่งกระทบต่อหลักการเคารพในอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) แห่งรัฐ คำถามดังกล่าวนี้เองเป็นส่วนหนึ่งของที่มาของบทความชิ้นนี้ นอกจากนี้ก็คือคำถามในทาง

² The Mekong Butterfly, “บทสรุปผู้บริหาร: การลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ: ผลกระทบต่อชุมชนและสิ่งแวดล้อม และการละเมิดสิทธิมนุษยชน”, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2561, <https://themekongbutterfly.com/2018/03/11/บทสรุปผู้บริหาร-การลงทุน/>

กลับกันและสำคัญยิ่งกว่าก็คือผู้ได้รับผลกระทบจากโครงการพัฒนาข้ามแดนนี้สามารถใช้ช่องทางใดได้บ้างเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นรวมถึงที่จักอาจเกิดขึ้นแก่เขาและเธอ รวมถึงทั้งชุมชน

บทความนี้มุ่งที่ศึกษาทบทวนถึงกลไกในการเยียวยาสิทธิที่ถูกละเมิดที่ผู้ได้รับผลกระทบหรือผู้อาจได้รับผลกระทบจากการละเมิดข้ามพรมแดนพยายามศึกษาทำความเข้าใจและใช้กลไกดังกล่าว โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตเบื้องต้นว่าการดำเนินการใดๆ เพื่อรับผิดชอบต่อสิทธิในสุขภาพสิ่งแวดล้อมที่ดีของชีวิตและชุมชนในดินแดนของรัฐอื่นที่ถูกละเมิดโดยนักลงทุนสัญชาติไทยนั้นก็ด้วยเพราะการทำงานของกลไกเพื่อเยียวยารูปแบบใหม่ๆ ถูกขับเคลื่อนด้วยความสิ้นหวัง

2. สิทธิและพันธกรณีของรัฐในการคุ้มครอง “ตามตัวบท”

สิทธิที่จะมีสุขภาพและสิ่งแวดล้อมที่ดีเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคนเป็นสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ อาทิ ข้อ 25 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights : UDHR), ข้อ 12 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : ICESCR) ซึ่งผูกพันรัฐภาคีเช่นประเทศไทยในการปฏิบัติตามพันธกรณี (Obligations) ในการเคารพ (Respect) คุ้มครอง (Protect) สิทธิเสรีภาพของบุคคล และจะต้องดำเนินการเพื่อให้บุคคลสามารถเข้าถึง ใช้สิทธิเสรีภาพนั้นได้จริง (Fulfil) รวมถึงต้องดำเนินการให้เกิดการเยียวยาหากมีการละเมิด โดยมีกลไกด้านสิทธิมนุษยชน (Human Rights Mechanisms) ในระดับต่างๆ คอยสอดส่อง กำกับ รวมถึงให้คำแนะนำ ข้อเสนอแนะต่อการตีความการปฏิบัติตามพันธกรณีของรัฐภาคี ได้แก่ กลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นไปตามกลไกที่มีพื้นฐานมาจากอนุสัญญา (Treaty-based Bodies) โดยรัฐภาคีจะต้องจัดทำรายงานประเทศ (Country report) เพื่อแสดงถึงความก้าวหน้า ข้อจำกัด อุปสรรคในการปฏิบัติตามพันธกรณีผูกพันรัฐภาคีเสนอต่อคณะกรรมการประจำสนธิสัญญา (Treaty Committees) รวมถึงการจัดทำข้อวินิจฉัย (General Comment) เพื่อเป็นแนวทางให้รัฐภาคีในการนำอนุสัญญาไปปรับใช้ และกลไกที่มีพื้นฐานมาจากกฎบัตรสหประชาชาติ (UN Charter-based Bodies)³ โดยใช้กลไกสิทธิมนุษยชนภายในประเทศไปพร้อมๆ กัน ได้แก่ กลไกอื่นนอกจาก

³ ประกอบไปด้วยกลไกย่อย (Human Rights Council Subsidiary Bodies) ต่างๆ การที่รัฐสมาชิกองค์การสหประชาชาติจะต้องจัดทำรายงานทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชน (Universal Periodic Review : UPR) เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Council : HRC) HRC อาจกำหนดให้มีการดำเนินกระบวนการพิเศษ

การฟ้องคดี (Non-Judicial Mechanisms) และอาจต้องใช้กลไกศาล (Judicial Mechanisms) ให้ถึงที่สุดเสียก่อน⁴

ประเทศไทย กัมพูชา ลาว และเมียนมา ล้วนเป็นรัฐภาคีของ ICESCR⁵ และผูกพันต่อพันธกรณีภายใต้ UDHR ภายใต้หลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law)⁶ แต่หลายชุมชนที่ได้รับผลกระทบต่างไม่กล้าที่จะใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อให้เกิดการปกป้องคุ้มครองสิทธิหรือแม้แต่การบอกเล่าผ่านสื่อเพื่อสะท้อนถึงความรู้สึกของตนเอง ขณะเดียวกันก็ไม่อาจฝากความหวังได้ว่าการละเมิดสิทธิที่เกิดขึ้นจะไปปรากฏในรายงานประเทศ กล่าวได้ว่าประชาชนและชุมชนผู้ได้รับผลกระทบรวมถึงอาจได้รับความเดือดร้อนเสียหายรู้สึกสิ้นหวังไปแล้วกับกลไกภายในประเทศตน ความหวังที่จะนำไปสู่การได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นก็คือความพยายามที่จะเอื้อมมือมาใช้กลไกของประเทศต้นทางของนักลงทุน

3. ความพยายามที่จะใช้กลไกในรัฐเจ้าของสัญชาตินักลงทุนเพื่อไปถึงจุดเริ่มต้นของมาตรฐานความรับผิดชอบพรมแดน

ในหัวข้อนี้จะแบ่งออกเป็นสองส่วนคือส่วนแรกจะเป็นเรื่องของกรณีศึกษาของผลกระทบข้ามแดนและการละเมิดในต่างแดน ส่วนที่สองจะเป็นการกล่าวถึงความพยายามของชุมชนผู้ได้รับผลกระทบหรืออาจได้รับผลกระทบที่ต้องการให้สิทธิมนุษยชนที่ถูกละเมิดของพวกเขาและเธอถูก

(Special Procedure) เพื่อให้เกิดการไต่สวนแสวงหาข้อเท็จจริงต่อสถานการณ์สิทธิมนุษยชน ตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนรายประเด็น (thematic issues) หรือรายประเทศ (country specific issue) อาทิ ผู้รายงานพิเศษ (UN Special Rapporteur) ผู้เชี่ยวชาญอิสระ (UN Independent Expert) คณะทำงาน (UN Working Group) รวมถึงผู้ถูกละเมิดสิทธิอาจใช้กลไกร้องเรียน ต่อ HRC (Human Rights Council Complaint Procedure) , สืบค้นเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2562 , จาก <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>

⁴ ดูหัวข้อ กลไกสิทธิมนุษยชน ใน ดร.ณิ ไชยกุล, เอกสารประกอบการสอน วิชากฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ปีการศึกษา 2560.

⁵ Status of Ratification Interactive Dashboard, “Cambodia: Signature: 1980, Ratification/Accession: 1992, Thailand: Signature: NA, Ratification/Accession: 1999 ; Lao People’s Democratic: Signature: 2000, Ratification/Accession: 2007, Myanmar: Signature: 2015, Ratification/Accession: 2017”, accessed February 14, 2018, <http://indicators.ohchr.org/>

⁶ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ มีองค์ประกอบคือ การถือปฏิบัติกันโดยทั่วไป (general practice) และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (acceptance as law) หรือมีความเชื่อว่าการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องอันควรได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (opinion juris sive necessitates) ดู ข้อ 38 วรรค 1 (b) ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ได้อินเพื่อการเข้าถึงความยุติธรรมโดยอาศัยกลไกต่างๆ ทั้งที่เป็นกลไกในการฟ้องคดีต่อศาล และกลไกอื่นๆ

3.1 กรณีศึกษา

3.1.1 กรณีผลกระทบข้ามพรมแดน: กรณีเขื่อนไชยะบุรี (Xayaburi Dam)

เขื่อนไชยะบุรีเป็นเขื่อนผลิตไฟฟ้าที่มีกำลังการผลิต 1,285 เมกะวัตต์ เริ่มต้นจากการร่วมทุนของนิติบุคคลไทยคือ บจก.ไชยะบุรี พาวเวอร์ (จัดตั้งโดย บมจ. ช.การช่าง) เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ 95%⁷ จดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายของ สปป.ลาว ในเดือนมิถุนายน 2553 สำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่นครหลวงเวียงจันทน์และมีสำนักงานผู้แทนในประเทศไทย⁸ ก่อนหน้าการจดทะเบียนตั้งบริษัทฯ ทางโครงการได้ยื่นรายงานการประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม ให้แก่รัฐบาลลาวในเดือนกุมภาพันธ์ 2553 และได้รับการอนุมัติรวมถึงได้รับใบรับรองความชอบด้านสิ่งแวดล้อม (Environment Compliance Certificate) จากคณะกรรมการแม่น้ำโขงแห่งชาติลาวในเดือนกันยายน 2553 และได้เสนอโครงการต่อคณะกรรมการแม่น้ำโขง (Mekong River Commission – MRC) เพื่อเข้าสู่กระบวนการแจ้ง ปรีกษาหารือล่วงหน้า และข้อตกลง (Procedures for Notification, Prior Consultation and Agreement : PNPCA) ตามข้อตกลงการใช้แม่น้ำโขง 2538 และได้มีการจัดทำร่างบันทึกความเข้าใจการรับซื้อไฟฟ้าโครงการไชยะบุรี (Tariff MoU) ระหว่างการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) กับ บริษัท ช. การช่างฯ ซึ่งต่อมากลางปี 2553 ได้มีมติรับทราบ และนำไปสู่การทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้า (Power Purchase Agreement : PPA) จากเขื่อนไชยะบุรีในเดือนกันยายน 2553 โดย กฟผ. จะต้องดำเนินการก่อสร้างระบบสายส่งเพื่อ

⁷ ต่อมา มีการขายหุ้นต่อ জনเหลือสัดส่วนผู้ถือหุ้นชาวไทย คือ บมจ.ซีเค พาวเวอร์ (บริษัทย่อยของ บมจ. ช.การช่าง) ถือ 30% , บมจ.ผลิตไฟฟ้า 12.5% , บจก.นที ชินเนอร์ยี (บริษัทย่อยของ บจก. ทีทีที อินเทอร์เน็ตชั่นแนล ซึ่งมี บมจ. ปตท. เป็นผู้ถือหุ้น 100%) 25% , บมจ.ทางด่วนกรุงเทพ 7.5% และการไฟฟ้าลาว 20% , สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2561, <http://www.ckpower.co.th/th/about/company-background.php> และดูเพิ่มเติมคณะทำงานติดตามการลงทุนข้ามพรมแดน, “รายงานการติดตามการลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ ผลกระทบต่อชุมชน สิ่งแวดล้อม และการละเมิดสิทธิมนุษยชน”, หน้า 29-32

⁸ Xayaburi Hydroelectric Power, “การบริหารโครงการ”, สืบค้นเมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2561, http://www.xayaburi.com/Project_MNG_tha.aspx และดูเพิ่มเติม CK Power Public Company Limited, Xayaburi Dam project shareholders information, accessed February 14, 2018, <http://www.ckpower.co.th/th/about/company-background.php>

เชื่อมต่อสายส่งไฟฟ้าที่ชายแดนลาวซึ่งได้รับการอนุมัติงบประมาณจากคณะรัฐมนตรีโดยมีกำหนดจ่ายไฟฟ้าให้กับ กพผ. ในปี 2562⁹

ตัวเขื่อนไซยะบุรีตั้งอยู่ในลักษณะขวางกั้นแม่น้ำโขงตอนล่างซึ่งอยู่ในอาณาเขตของ ส.ป.ป.ลาว เหนืออำเภอเชียงคาน จังหวัดเลย ประมาณ 200 กิโลเมตร คิดเป็นพื้นที่อ่างเก็บน้ำ 30,625 ไร่ ซึ่งพื้นที่ดั้งเดิมบริเวณดังกล่าว คือที่ดินทำการเกษตร (ไร่นา ข้าวโพด งามา) ครอบคลุมพื้นที่ 10 หมู่บ้าน 391 ครอบครัว 2,130 คน¹⁰ และอีก 58 หมู่บ้านที่อยู่เหนือเขื่อนไซยะบุรีขึ้นไปจนถึงเมืองหลวงพระบางซึ่งมีประชากรมากกว่า 25,676 คนจะได้รับผลกระทบจากการสร้างเขื่อนตลอดลำน้ำโขง อีกทั้งการเปลี่ยนแปลงระดับน้ำจากการสร้างเขื่อนจะส่งผลกระทบต่อของฤดูกาลตามระบบนิเวศจะสูญเสียไปอย่างสิ้นเชิงและยังไม่มีการศึกษาผลกระทบข้ามพรมแดนทั้งด้านเหนือเขื่อนและด้านท้ายเขื่อนไซยะบุรีในเขตประเทศไทย กัมพูชาและเวียดนาม¹¹ นอกจากนี้ทรัพยากรธรรมชาติและระบบนิเวศที่จะได้รับผลกระทบจากโครงการฯ แล้ว ยังส่งผลกระทบต่ออาชีพวิถีชีวิตของชาวบ้านในลาวรวมถึงชุมชนในฝั่งประเทศไทยด้วย ก่อนหน้าการเกิดโครงการฯ นับแต่ปี 2550 ประชาชนและองค์กรพัฒนาเอกชนจากประเทศไทย จีน กัมพูชา เมียนมา และลาวได้ยื่นจดหมายถึงกรมการแม่น้ำโขงเพื่อเรียกร้องการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจโครงการบนแม่น้ำโขงและติดตามการเคลื่อนไหวของโครงการฯ อย่างใกล้ชิด โดยในฝั่งประเทศไทยประชาชนในพื้นที่ 8 จังหวัดริมแม่น้ำโขง (จังหวัดเชียงราย เลย หนองคาย บึงกาฬ นครพนม มุกดาหาร อำนาจเจริญ และอุบลราชธานี) ได้รวมตัวตั้ง “เครือข่ายประชาชน 8 จังหวัดลุ่มแม่น้ำโขง”

⁹ คำฟ้องคดีปกครอง คดีหมายเลขดำที่ ส.493/2555 ระหว่างนายนิวัฒน์ ร้อยแก้ว ที่ 1 และพวกรวม 37 คน ผู้ฟ้องคดี กับ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 , คณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ ที่ 2 กระทรวงพลังงาน ที่ 3 กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ 5 และคณะรัฐมนตรี ที่ 6

¹⁰ International Centre for Environmental Management, Inception Report: MRC SEA for HYDROPOWER ON THE MEKONG MAINSTREAM as of 23 October 2009, อ้างถึงใน คณะทำงานติดตามการลงทุนข้ามพรมแดน, “รายงานการติดตามการลงทุนโดยตรงของไทยในต่างประเทศ ผลกระทบต่อชุมชน สิ่งแวดล้อม และการละเมิดสิทธิมนุษยชน”, หน้า 34-35

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 36-37

3.1.2 กรณีนักลงทุนข้ามพรมแดนไปละเมิดหรือการละเมิดที่ดินแดนของรัฐอื่น

(1) กรณีน้ำตาลที่จังหวัดเกาะกง ประเทศกัมพูชา

นักลงทุนสัญชาติไทยได้ร่วมทุนกับนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนชาวกัมพูชาตั้งบริษัทลูกสองบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายกัมพูชาที่สัมปทานที่ดินจากรัฐบาลกัมพูชาในพื้นที่ 3 หมู่บ้าน คือ หมู่บ้าน Chhouk, Chikhor, Trapheng Kandal ในอำเภอสรอัมเบล (Sre Amble) จังหวัดเกาะกง (Koh Kong) ประเทศกัมพูชาโดยมีข้อมูลระบุว่าที่ดินสัมปทานเป็นที่ดินเพาะปลูกและเลี้ยงสัตว์ที่ชาวบ้านครอบครองมาโดยสงบและไม่มีการทักทวงมากกว่า 5 ปี ซึ่งตามกฎหมายของกัมพูชาแล้วถือว่าชาวบ้านมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยชอบ (Land Law of Cambodia, Article 30) แต่เจ้าหน้าที่รัฐกลับใช้กำลังบังคับไล่รื้อที่รุนแรงขาดกระบวนการจัดให้รับฟังความคิดเห็นไม่มีการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมไม่มีการจัดทำแผนอพยพตามที่กฎหมายกำหนด (Sub-decree No.146 on Economic Land Concessions 2005 Article 4 (3)-(5)) นอกจากนี้ยังมีการทำลายทรัพย์สินและทำร้ายชาวบ้าน ชาวบ้านขาดโอกาสในการหาเลี้ยงชีพการจ้างงานส่งผลกระทบต่อชาวบ้านกว่า 456 ครอบครัวจาก 3 หมู่บ้านต้องสูญเสียที่ดินของตนเองครอบคลุมบริเวณกว่า 5,000 เฮกตาร์¹²

(2) กรณีน้ำตาลที่จังหวัดโอดดาร์เมียนเจย ประเทศกัมพูชา

นักลงทุนสัญชาติไทยได้เข้ารับสัมปทานที่ดินทางเศรษฐกิจเพื่อดำเนินธุรกิจอุตสาหกรรมน้ำตาลในพื้นที่อำเภอสำโรง (Samrong) และอำเภอจังกัล (Chongkal) จังหวัดโอดดาร์เมียนเจย (Oddar Meanchey) ในภาคตะวันออกเฉียงเหนือของกัมพูชาโดยจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทตามกฎหมายกัมพูชา ในการเข้าดำเนินการในพื้นที่สัมปทานดังกล่าวได้มีการยึดครองที่ดินของคนในท้องถิ่นอย่างผิดกฎหมายมีการพังทลายบ้านเรือนและฆ่าสัตว์เลี้ยงของชาวบ้านมีการลอบวางเพลิงในหมู่บ้านทำลายพืชพันธุ์ธัญญาหารข่มขู่คุกคามและจับกุมชาวบ้านนำมาซึ่งการขาดความมั่นคงทางอาหารและเกิดภาวะยากจนอย่างรุนแรงต่อประชาชนกัมพูชาที่ได้รับผลกระทบ¹³

¹² คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “รายงานการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ 115/2558 เรื่อง กรณีผู้ถูกร้องได้รับสัมปทานที่ดินเพื่อการปลูกอ้อยและจัดตั้งโรงงานน้ำตาลในประเทศกัมพูชาก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อประชาชนชาวกัมพูชา (คำร้องที่ 58/2553) ลงวันที่ 10 มีนาคม 2558”, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2561, <http://www.nhrc.or.th/getattachment/d6c18b91-3ca3-46dd-937d-6d703a76d2cf/.aspx>

¹³ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, รายงานการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ 1003/2558 เรื่อง สิทธิชุมชน กรณีการดำเนินงานของบริษัท น.จำกัด ส่งผลกระทบต่อประชาชนในพื้นที่อำเภอสำโรง (Samrong) และจังกัล

3.2 กลไกเพื่อไปถึงความรับผิดชอบ

3.2.1 กลไกอื่นๆ นอกจากการฟ้องคดี (Non-Judicial Mechanisms)

(1) การร้องเรียนต่อ OECD

องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development : OECD) มีบทบาทสำคัญในการเสริมสร้างความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจให้แก่ประเทศสมาชิกโดยการปรับปรุงประสิทธิภาพการบริหารจัดการส่งเสริมการค้าเสรีและให้ความช่วยเหลือเพื่อการพัฒนาทั้งในประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนาและเพื่อการอยู่ร่วมกันในสังคมที่ดีของประชาชนทั่วโลกดีขึ้น¹⁴ โดย OECD ได้จัดทำคู่มือสำหรับบริษัทข้ามชาติ¹⁵ ซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมถึงการเปิดเผยข้อมูลการปกป้องรักษาสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ดังนั้นหากมีกรณีบริษัทใดซึ่งจดทะเบียนหรือมีสำนักงานใหญ่อยู่ในประเทศสมาชิก OECD ก่อให้เกิดเหตุละเมิด ผู้ได้รับผลกระทบหรือบุคคลอื่นใดที่เกี่ยวข้องก็สามารถร้องเรียนต่อ National Contact Point (NPC) ของประเทศนั้นๆ ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลให้เป็นไปตามคู่มือ OECD

- กรณีผลกระทบข้ามพรมแดน : เชื้อนไฮยะบุรี

วันที่ 9 เมษายน 2557 องค์การพัฒนาเอกชนหลายองค์การจากหลายประเทศ รวมถึงเครือข่ายประชาชน 8 จังหวัดลุ่มน้ำโขง ได้รวมตัวกันยื่นคำร้องต่อ NPC ประเทศออสเตรีย โดยระบุว่า บริษัท Andritz Hydro GMBH มีสำนักงานใหญ่อยู่ที่กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ได้มีส่วนในการละเมิดซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบข้ามพรมแดน เนื่องจากบริษัท Andritz เป็นเจ้าของเทคโนโลยีหลักที่ใช้ในการดำเนินงานเชื้อนไฮยะบุรี หลังจากกระบวนการพูดคุย ได้มีการออกแถลงการณ์ร่วมเมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2560 โดยมีข้อสรุปและข้อเสนอแนะที่บริษัท Andritz ใช้เครือข่ายที่มีทำให้ลดหรือป้องกันผลกระทบทางลบซึ่งเกี่ยวข้องกับโครงการเขื่อนพลังงานน้ำไฮยะ

(Chongkal) ในจังหวัดโอดอร์ เมียนเจย (Oddar Meanchey) ในภาคตะวันออกเฉียงเหนือของกัมพูชา , สืบค้นเมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2561, <http://www.nhrc.or.th/getattachment/09a71635-9ae6-46f7-a3f8-76f0dca041d6/.aspx>

¹⁴ The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), Together, we create better policies for better lives, accessed 18 February, 2019, <http://www.oecd.org/about/> และกระทรวงการต่างประเทศ, ศูนย์บริการข้อมูลเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, “ประวัติและพัฒนากการ OECD”, สืบค้นเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2561 , www.mfa.go.th/business/th/customize/16520-ประวัติและพัฒนากการ-OECD.html

¹⁵ The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), “OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, accessed 18 February 2019, <https://www.oecd.org/corporate/mne/1922428.pdf>

บุรี และแนะนำให้บริษัทพุดคุย และพัฒนากระบวนการการดำเนินธุรกิจอย่างรอบด้าน โดยยึดถือมาตรฐานสากลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อม รวมถึงคู่มือ OECD สำหรับบริษัทข้ามชาติ

16

- กรณีละเมิดในดินแดนรัฐอื่น : สัมปทานที่ดินและธุรกิจน้ำตาลที่เกาะกง ประเทศกัมพูชา

เมื่อ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2555 ทาง Community Legal Education Center of Cambodia (CLEC) และ Earth Rights International (ERI) ได้ร้องเรียนต่อ NPC ในประเทศสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักรว่ามีความกังวลต่อการดำเนินการปลูกอ้อยเพื่อทำน้ำตาลที่เกาะกง ประเทศกัมพูชา ด้วยเพราะมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยชาวบ้านถูกขับไล่ออกจากที่ดินไม่มีการปรึกษาหารือกับประชาชนไม่มีการทำประเมินผลกระทบทางสังคมและสิ่งแวดล้อมไม่มีแผนสำหรับการตั้งถิ่นฐานใหม่ซึ่งบริษัท American Sugar Refiners Inc. (ASR) และ บริษัท T&L Sugars, Ltd. (ตามลำดับ) มีความเกี่ยวข้องกับทางโซ่อุปทานการผลิต NPC ของทั้งสองได้ตกลงเห็นชอบว่าควรให้ NPC ในสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ดำเนินการเพราะ ASR และ T&L มีบริษัทแม่เดียวกันและมีถิ่นที่อยู่อยู่ที่สหรัฐอเมริกาแต่ต่อมา CLEC ได้ฟ้องคดีต่อ T&L Sugars ที่ศาลที่สหราชอาณาจักรเมื่อเดือนมีนาคม 2556 ทำให้ ASR ไม่ยอมเข้าร่วมการเจรจาไกล่เกลี่ยหาก CLEC ไม่ถอนฟ้อง NPC จึงต้องยุติการเจรจาแต่ได้มีข้อเสนอให้ ASR ประเมินประเด็นที่ภาคประชาสังคมยกขึ้นมาและเสนอให้บริษัททบทวนนโยบายด้านสิทธิมนุษยชน¹⁷

- ข้อสังเกต : พื้นที่การเจรจาต่อรอง ที่ไม่มีสภาพบังคับ

แม้กระบวนการของ NPC ตาม OECD จะเป็นกลไกร้องเรียนอีกช่องทางหนึ่งที่ได้รับผลกระทบสามารถเจรจาต่อรองต่อบริษัทผู้ประกอบการได้แต่การบังคับใช้ที่ไม่มีสภาพบังคับต่อนัก

¹⁶ ECD Watch, “Agreement on Andritz’ contribution to severe impacts of dam in Laos”, accessed February 20, 2018, https://www.oecdwatch.org/cases/Case_326

¹⁷ Annual Report on the OECD Guideline for Multinational Enterprises 2013, “Final statement from the US NCP on a specific instance raised by Community Legal Education Center of Cambodia (CLEC)/Earth Rights International (ERI) against American Refining Inc. (ASR) regarding human rights due diligence in supply chain relationship in Cambodia”, accessed February 18, 2017, https://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/annual-report-on-the-oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-2013/the-activities-of-national-contact-points_mne-2013-5-en#page85

ลงทุนนั้นก็เป็จุดอ่อนสำคัญที่ทำให้ประเด็นความรับผิดชอบอาณาเขตแดนของรัฐหรือความรับผิดชอบพรมแดนยังคงไม่ถูกบังคับใช้ให้เกิดผลจริง

2) กลไกรับเรื่องร้องเรียนและตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติประเทศไทย (กสม.)

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นว่าทางคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (นพ.นิรันดร์ พิทักษ์วัชระ, เตือนใจ ดีเทศน์) ได้รับเรื่องร้องเรียนทั้งจากประชาชนไทยและประชาชนในประเทศเพื่อนบ้านต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการลงทุนของนักลงทุนไทยจนนำไปสู่การดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงจำนวน 9 กรณี ได้แก่ กรณีในประเทศเมียนมา ได้แก่ โครงการไฟฟ้าพลังน้ำเขื่อนฮัตจี (ตรวจสอบเสร็จแล้ว)¹⁸, กรณีการดำเนินโครงการทำเรื่อน้ำลิกและเขตเศรษฐกิจทวายในเมียนมาของบริษัท... ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลงในการพัฒนาโครงการดังกล่าวที่มีการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อชาวทวาย (ตรวจสอบเสร็จแล้ว)¹⁹, โครงการเหมืองแร่ดีบุกเฮงดา เมืองทวาย, โครงการเหมืองแร่ถ่านหินบานซอง (Ban Chaung) กรณีในประเทศลาว ได้แก่ โครงการไฟฟ้าพลังน้ำไชยะบุรี (เขื่อนแรก), โครงการโรงไฟฟ้าหงสาลีกไนต์, โครงการไฟฟ้าพลังน้ำเขื่อนปากแบง, กรณีโครงการก่อสร้างสายส่งไฟฟ้าแรงสูงในพื้นที่จังหวัดน่านเพื่อรับซื้อไฟฟ้าจากโครงการเหมืองและโรงไฟฟ้าพลังงานความร้อนหงสาลีกไนต์ ประเทศลาว (ตรวจสอบเสร็จแล้ว)²⁰

¹⁸ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (นพ.นิรันดร์ พิทักษ์วัชระ, คำร้องเรียนเข้ามามีสมช.ชุดแรก กสม.ที่รับผิดชอบคือ นายวสันต์ พานิช), รายงานการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ 526/2550 กสม. มีมติเสนอให้มีการระงับการสร้างเขื่อนฮัตจีของ กฟผ. เมื่อวันที่ 9 สิงหาคม 2550 (การประชุมครั้งที่ 24/2550) และแจ้งมติไปยังรัฐบาลเมื่อวันที่ 22 เมษายน 2552, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561, <https://themekongbutterfly.com/2017/09/18/รายงานสรุปการประชุมการ/>

¹⁹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “รายงานการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ 1220/2558 เรื่อง สิทธิชุมชน กรณีการดำเนินโครงการทำเรื่อน้ำลิกและเขตเศรษฐกิจทวายในสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมา ของบริษัท ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลงในการพัฒนาโครงการดังกล่าว ที่มีการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อชาวทวาย”, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561, <http://www.nhrc.or.th/getattachment/a77afa81-2efe-468e-91bd-77286489ae0c/.aspx>.

²⁰ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เตือนใจ ดีเทศน์), รายงานการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ 1100/2558 เรื่อง สิทธิชุมชนกรณีการดำเนินโครงการทำเรื่อน้ำลิกและเขตเศรษฐกิจทวายในสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาของบริษัท ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลงในการพัฒนาโครงการดังกล่าว ที่มีการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อชาวทวาย”, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561, <http://www.nhrc.or.th/getattachment/a77afa81-2efe-468e-91bd-77286489ae0c/.aspx>.

กรณีในประเทศกัมพูชา ได้แก่ โครงการปลูกอ้อยและตั้งโรงงานน้ำตาลเกาะกง (ตรวจสอบเสร็จแล้ว)²¹, กรณีการดำเนินงานของบริษัท น. จำกัด ส่งผลกระทบต่อประชาชนในพื้นที่อำเภอสำโรง (Samrong) และจงกล (Chongkal) ในจังหวัดโอดอร์เมียนเจย (Oddar Meanchey) ในภาคตะวันออกเฉียงเหนือของกัมพูชา (ตรวจสอบเสร็จแล้ว)²²

- ข้อสังเกต : จุดเริ่มต้นของการตรวจสอบการ “ผลกระทบข้ามพรมแดน” และ “การละเมิดในดินแดนอื่น” ของทุนสัญชาติไทย

แม้ กสม. จะมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและรายงานการกระทำการละเลยอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรืออันไม่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยเป็นภาคี²³ แต่บทบาทของ กสม. ต่อประเด็นผลกระทบข้ามพรมแดนและการละเมิดในดินแดนมีความน่าสนใจ ด้วยคำถามต่อ “ที่เกิดเหตุละเมิด” นั้นเกิดขึ้นนอกดินแดนรัฐไทย กรณีที่ผลกระทบข้ามแดนมายังประเทศไทยเป็นกรณีที่สามารถเชื่อมโยงไปกับสิทธิของบุคคล ชุมชนที่ได้รับผลกระทบหรืออาจได้รับผลกระทบจากเหตุละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเด็นต่างๆ ได้ อาทิ การยึดโยงกับสิทธิชุมชน มาตรา 66 และมาตรา 67 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีหน่วยงานรัฐเข้าไปเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของนักลงทุนสัญชาติไทย เช่น กรณีเขื่อนฮั๊ตจี เขื่อนไชยะบุรี หรือกรณีโครงการก่อสร้างสายส่งไฟฟ้าแรงสูง ฯลฯ ทว่ากับกรณีที่เหตุละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยนักลงทุนสัญชาติไทย ไม่มีหน่วยงานรัฐไทยหน่วยใดเข้าไปเกี่ยวข้อง สถานที่เกิดเหตุละเมิดคือดินแดนของรัฐอื่น ผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นก็เกิดแก่บุคคลหรือชุมชนในประเทศที่มีการประกอบการลงทุนนั่นเอง การยืนยันที่จะดำเนินการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในลักษณะนี้ย่อมต้องกล่าวถึงด้วยความชื่นชมต่อบทบาทของกรรมการสิทธิมนุษยชนในเวลานั้น ด้วยเพราะมันได้กลายเป็นจุดเริ่มต้นของการตรวจสอบความรับผิดชอบข้ามพรมแดน ก็คือกรณีคำร้องที่ 115/2558 (กรณีการละเมิดที่จังหวัดเกาะกง ประเทศกัมพูชา) โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเสียงข้างมาก 5 เสียง²⁴ มีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นที่เสนอโดยคณะอนุกรรมการด้านสิทธิชุมชนว่า

²¹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “รายงานการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ 115/2558”.

²² คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “รายงานการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ 1220/2558”.

²³ มาตรา 15 พ.ร.บ.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ.2542.

²⁴ ศาสตราจารย์อมรา พงศาพิชญ์, นายแท้จริง ศิริพานิช, นายนิรันดร์ พิทักษ์วัชระ, นายไพฑูริย์ วราหะไพฑูริย์ และนางวิสา เบ็ญจมนโน การประชุมครั้งที่ 2/2558 เมื่อวันที่ 12 มกราคม 2558.

“.. ผลกระทบที่เกิดจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนดังกล่าวถือเป็นความรับผิดชอบโดยตรงของผู้ถูกร้องเพราะบริษัทฯ ได้เข้ารับช่วงการสัมปทานต่อมาและถือเอาประโยชน์จากการสัมปทานที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นไว้เสียเองแม้บริษัทฯ จะไม่ได้เป็นผู้ลงมือกระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นก็ตามและแม้ว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรณีร้องเรียนนี้จะเกิดขึ้นที่ประเทศกัมพูชาแต่เมื่อพิจารณาในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม ปณิญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และหลักการชี้แนะแห่งสหประชาชาติด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชน : การปฏิบัติตามกรอบการคุ้มครอง เคารพ เยียวยา (United Nations Guiding Principle on Business and Human Rights : Implementing the Protect, Respect, Remedy Framework) ส่วนที่ 1 หน้าที่ของรัฐไทยในการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (The State duty to protect human rights) ส่วนที่ 2 ความรับผิดชอบของภาคธุรกิจในการเคารพหลักการสิทธิมนุษยชน (The Corporate responsibility to respect human rights) โดยเฉพาะข้อ 16 ข้อ 17 และข้อ 18 ต่างยืนยันว่าเป็นพันธกรณีอย่างชัดเจนสำหรับรัฐภาคีอย่างเช่นประเทศไทยที่จะต้องประกันให้มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญาเหล่านี้ ซึ่งรวมถึงเป็นพันธกรณีที่จะต้องป้องกันไม่ให้บริษัทที่ตั้งอยู่ในดินแดนของตนหรือจดทะเบียนอยู่ได้เขตลาด่านไปกระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนในต่างประเทศ...”²⁵

นับจากนั้นคำร้องกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนในดินแดนของรัฐอื่นเพื่อให้เกิดการรับผิดชอบพรมแดนก็เดินตามรอยแนวทางดังกล่าวนี้

3.2.1 กลไกทางศาล (Judicial Mechanism)

(1) กรณีเชื่อมโยงระบบบรรทัดฐานใหม่ในประเด็น “ผลกระทบข้ามพรมแดน” โดยศาลปกครอง

พ.ศ. 2558 ตัวแทนประชาชนใน 8 จังหวัดริมแม่น้ำโขงจำนวน 37 คน ซึ่งเป็นเกษตรกรทำนา ทำสวน ค้าขาย ทำประมงในแม่น้ำโขง พร้อมรายชื่อผู้สนับสนุนอีก 1,019 คน ยื่นคำฟ้อง กพ. ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และพวก ในสามประเด็น²⁶ ต่อมาศาลปกครองกลาง ได้มีคำสั่ง (คดีหมายเลขคำ

²⁵ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “รายงานการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ 115/2558”.

²⁶ ศาลปกครองสรุปประเด็นฟ้องว่า หนึ่ง มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และที่ 5 อนุญาตให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้าไม่ชอบด้วยกฎหมาย สอง สัญญาซื้อขายไฟฟ้าไม่ชอบด้วยกฎหมาย และสาม ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งห้า

ที่ ส.493/2555 คดีหมายเลขแดงที่ ส.59/2556 เมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2556) “ไม่รับฟ้อง” โดยให้เหตุผลว่า “ผู้ฟ้องคดีไม่มีอำนาจฟ้อง”

ต่อมาผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องและศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งไม่รับฟ้อง 2 ประเด็นเพราะผู้ฟ้องคดีไม่มีอำนาจฟ้อง²⁷ และให้รับฟ้องเฉพาะประเด็นที่สามโดยเห็นว่า “โครงการเขื่อนไซยะบุรีเป็นโครงการเขื่อนแห่งแรกของโครงการเขื่อนพลังน้ำขนาดใหญ่จากจำนวนทั้งหมด 12 โครงการที่วางแผนจะสร้างขึ้นในลุ่มแม่น้ำโขงตอนล่าง จึงเป็นที่ประจักษ์โดยทั่วไปว่า อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ปริมาณน้ำ คุณภาพน้ำ ปริมาณการไหลของแม่น้ำโขง ความสมดุลของระบบนิเวศของลุ่มแม่น้ำโขงและเป็นผลกระทบข้ามแดนต่อประเทศที่แม่น้ำโขงไหลผ่าน โดยเฉพาะชุมชนท้องถิ่นในพื้นที่แปดจังหวัดริมฝั่งแม่น้ำโขงของราชอาณาจักรไทยที่อาจได้รับผลกระทบอย่างกว้างขวางต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย วิถีชีวิต หรือส่วนได้เสียกับชุมชนท้องถิ่นในพื้นที่ดังกล่าว...”²⁸ “ผู้ฟ้องคดีทั้งสามสืบเจตนาข่มขู่เป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือได้รับผลกระทบโดยตรงและมากเป็นพิเศษกว่าบุคคลทั่วไปที่มีได้อาศัยหรือประกอบอาชีพในพื้นที่แปดจังหวัดริมฝั่งแม่น้ำโขง”²⁹

กล่าวได้ว่าความพยายามของชุมชนผู้ได้รับผลกระทบและอาจได้รับผลกระทบผ่านการฟ้องคดีปกครองในประเทศไทยได้นำไปสู่การวางบรรทัดฐานในการยอมรับถึง “ผลกระทบข้ามแดน” จากกิจกรรมโครงการพัฒนาขนาดใหญ่นอกดินแดนของประเทศไทย อันเชื่อมโยงถึงฐานแห่งการเป็นผู้ทรงสิทธิในการฟ้องคดีปกครอง อย่างไรก็ตามในข้อพิพาทประเด็นนี้ศาลปกครองมีคำพิพากษายกฟ้อง³⁰

ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย มติกรม. รวมถึงให้แจ้งข้อมูล รับฟังความคิดเห็นอย่างเพียงพอและจริงจังจากประชาชน รวมถึงจัดให้มีการประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม สุขภาพ สังคมทั้งในฝั่งประเทศไทยและประเทศเพื่อนบ้านที่จะได้รับผลกระทบข้ามแดนก่อนการจัดซื้อไฟฟ้า, ดูคำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องที่ คส.11/2556 คำสั่งที่ คส.8/2557 หน้า 16.

²⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องที่ คส.11/2556 คำสั่งที่ คส.8/2557, หน้า 16-20.

²⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำร้องที่ คส.11/2556 คำสั่งที่ คส.8/2557, หน้า 24.

²⁹ คำร้องที่ คส.11/2556 คำสั่งที่ คส.8/2557, หน้า 26-27.

³⁰ คดีหมายเลขดำที่ ส.493/2555 คดีหมายเลขแดง ที่ ส.59/2556 เมื่อวันที่ 25 ธ.ค.2558.

(2) ธุรกิจน้ำตาลที่จังหวัดอุดรธานีเมียนเจย ประเทศกัมพูชากับการเริ่มต้นของ Class Action คดีสิทธิมนุษยชนผ่าน “กฎหมายขัดกัน” ในประเทศไทย ?

กรณีนี้นิติบุคคลสัญชาติกัมพูชาเป็นผู้ก่อเหตุละเมิดแก่บุคคลและชุมชนในจังหวัดอุดรธานีเมียนเจย แน่นอนว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เนื้อตัวร่างกาย ชีวิต ทรัพย์สิน รวมถึงโอกาสในการมีคุณภาพชีวิตที่ดีย่อมเข้าเหตุมูลละเมิดอย่างไม่ต้องสงสัยและสามารถฟ้องเป็นคดีละเมิดได้ตามกฎหมายของประเทศไทย³¹ แต่ด้วยความอ่อนแรงของผู้เสียหายภายใต้บริบทหน่วยงานองค์กรที่เกี่ยวข้องในกัมพูชา การมองหาความเป็นไปได้อื่นจึงเป็นเรื่องต้องทำ

ช่วงต้นเดือนมกราคม พ.ศ. 2560 องค์กรทนายความด้านคดีสิ่งแวดล้อมที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในประเทศไทย 4 องค์กร ทนายความชาวต่างประเทศ เจ้าหน้าที่องค์กรพัฒนาเอกชนระหว่างประเทศ นักวิชาการจากสองมหาวิทยาลัยของไทย ฯลฯ นั่งประชุมกันถึงความเป็นไปได้ในการฟ้องคดีความรับผิดชอบพรมแดน แน่นอนว่าการเตรียมข้อมูลการเข้าถึงผู้เสียหายได้ดำเนินการมาล่วงหน้าการประชุมมาหลายปี

28 มีนาคม 2561 นายสมชาย อาสิน นายกสมาคมนักกฎหมายคุ้มครองสิทธิและสิ่งแวดล้อมและมูลนิธิศูนย์ข้อมูลชุมชนในฐานะทนายให้โจทก์ (ชาวกัมพูชาและเป็นตัวแทนชาวบ้าน จำนวน 3,000 คน) ได้ยื่นฟ้องคดีแบบกลุ่มต่อ บจก. น. (นามสมมติ) เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการถูกแย่งยึดที่ดินเพื่อปลูกอ้อยและสร้างโรงงานน้ำตาลต่อศาลแพ่งของไทย โดยดำเนินการฟ้องคดีแบบ

³¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกัมพูชา มาตรา 743 “บุคคลใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อละเมิดสิทธิหรือผลประโยชน์ของผู้อื่นโดยการกระทำความผิดกฎหมายต้องระวางโทษปรับสี่ปี สำหรับอันตรายใดๆที่เกิดขึ้นเป็นผลจากการนั้น” และตามประมวลกฎหมายอาญากัมพูชา มาตรา 52 ซึ่งเกี่ยวกับความเสียหายทางละเมิดต่อทรัพย์สิน

กลุ่ม (Class action)³² ในหัวข้อนี้จะเป็นการพยายามอธิบายถึงแนวทางในการดำเนินคดีละเมิดสิทธิมนุษยชนข้ามพรมแดนนี้³³

- การละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign elements) โดย “ตัวแทน” (Agency by estoppel) ของตัวการ

หากเชื่อมโยงได้ว่านิติบุคคลสัญชาติกัมพูชา³⁴ ถูกกล่าวหาว่าก่อเหตุละเมิดชุมชนจังหวัดโอตดาร์เมียนเจย มีนิติบุคคลสัญชาติไทยในประเทศไทยเป็นบริษัทแม่ (ตัวการ) การละเมิดนี้จะมีจุดเกาะเกี่ยว (Connecting point) มากกว่าหนึ่งรัฐซึ่งภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเรียกนิติสัมพันธ์ลักษณะนี้ว่าเป็นนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (ต่างตัว) หรือมีลักษณะต่างประเทศ (ต่างตัว) (Foreign elements) ซึ่งทำให้การตั้งประเด็นว่าเป็นการละเมิดข้ามพรมแดนของทุนสัญชาติไทยผ่านนิติบุคคลสัญชาติกัมพูชา หรือเป็นเรื่องของ “ตัวการตัวแทน”³⁵ ซึ่งตัวการจะต้องรับผิดชอบตัวแทนของตน³⁶ โดยในการยืนยันเรื่องความเป็นตัวการ

³² กลุ่มหรือกลุ่มบุคคล หมายถึงบุคคลหลายคนที่มีสิทธิอย่างเดียวกัน อันเนื่องมาจากการกระทำที่มีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดียวกัน และมีลักษณะเฉพาะกลุ่มเหมือนกัน แม้ว่าจะมีความเสียหายที่แตกต่างกันก็ตามในการดำเนินคดีแบบกลุ่มโจทก์จะเป็นผู้ดำเนินการแทน ผู้เสียหายคนอื่นๆ (ไม่ต้องมอบอำนาจให้โจทก์ดำเนินคดีแทน) การดำเนินคดีแบบกลุ่มมีประโยชน์เนื่องจากเป็นวิธีที่คุ้มครองผู้เสียหายได้หลายคนจากการดำเนินคดีเพียงครั้งเดียว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้เสียหายจำนวนมากไม่สามารถฟ้องคดีได้เองได้เพราะมีทุนทรัพย์ไม่เพียงพอ หรือผู้ที่ได้รับความเสียหายเพียงเล็กน้อยจนไม่คุ้มค่ากับการฟ้องคดีเอง ดูเพิ่มเติม พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2558, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 28 ก (8 เมษายน 2558), สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2561, <https://law.or.th/node/3414>

³³ ดูเพิ่มเติม ดร.ณิ ไพศาลพานิชย์กุล, เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2560, หน้า 87-89

³⁴ มีสัญญาติกัมพูชาตามกฎหมายที่จดทะเบียนก่อตั้งและมีสัญชาติกัมพูชาโดยพิจารณาจากถิ่นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ตามกฎหมายขัดกัน มาตรา 7 ในกรณีที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลสัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานใหญ่หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่

³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประเทศไทย มาตรา 797 อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่งเรียกว่าตัวแทนมีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าตัวการและตกลงจะทำการดังนั้นอันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยตั้งแต่งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้

³⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 820 ตัวการย่อมมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลายอันตัวแทนหรือตัวแทนช่วงได้ทำไปภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน

ตัวแทน ผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า หนึ่ง-เป็นตัวการ ตัวแทนกันจริง สอง-ตัวแทนได้กระทำการภายในขอบอำนาจของตัวแทนโดยสามารถยื่นฟ้องเป็นมูลละเมิด³⁷ ต่อศาลไทยที่มีเขตอำนาจซึ่งได้แก่ศาลที่ตัวการ (บริษัทแม่) มีภูมิลำเนา (ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 (1))³⁸

อีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญคือผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ด้วยว่าความรับผิดชอบของผู้ก่อละเมิดตามกฎหมายกัมพูชานั้นเป็นความรับผิดชอบละเมิดที่ปรากฏในกฎหมายไทยคือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ตามหลัก Double Action-ability (กฎหมายขัดกัน มาตรา 15 วรรคสอง)³⁹

- “การเลือกกฎหมาย” ในคดีละเมิดข้ามพรมแดนผ่านกฎหมายขัดกัน

หากศาลไทยมีคำสั่งรับฟ้องแล้วมีประเด็นอยู่ที่ว่าศาลไทยจะเลือกใช้กฎหมายกฎหมายแพ่งของประเทศไทย (Domestic law) ในฐานะกฎหมายแห่งถิ่นที่ศาลพิจารณาคดี (*lex fori*) หรือใช้กฎหมายต่างประเทศ (Foreign law) ประเด็นนี้จำเป็นต้องพิจารณาผ่านพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 (กฎหมายขัดกัน) ซึ่งเป็น “กฎเกณฑ์ว่าด้วยการเลือกกฎหมาย” (Rule of choice of laws)

โดยหลักแล้วการเลือกใช้กฎหมายเพื่อปรับใช้แก่คดีนั้นมีหลักอยู่ว่าศาลจะต้องเลือกใช้กฎหมายของประเทศที่มีความใกล้ชิดกับนิติสัมพันธ์นั้นมากที่สุดหรือพิจารณาจากจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดที่สุดซึ่งในกรณีมูลละเมิดนั้นโดยหลักแล้ว ได้แก่ กฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็น

มาตรา 821 บุคคลผู้ใดเชิดบุคคลอีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี รู้แล้วยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเชิดตัวเองออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน, สืบค้นเมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2561

³⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

³⁸ ศาลชั้นต้นใดจะมีอำนาจรับคดีไว้พิจารณา ก็ต้องพิจารณาตามมาตรา 16 วรรคหนึ่งแห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรม นอกจากนั้นยังสามารถยื่นฟ้องต่อศาลแพ่งได้ตาม มาตรา 16 วรรค 3 โดยเป็นดุลพินิจของศาลในการรับไว้พิจารณาพิพากษา หรือมีคำสั่งโอนคดีไปยังศาลยุติธรรมอื่นที่มีเขตอำนาจ

³⁹ พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 มาตรา 15 หนึ่งซึ่งเกิดจากการละเมิดให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น

ความในวรรคก่อนไม่ใช้แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายไทย กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ต้องเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือทางแก้แค้นใดไม่ได้ นอกจากที่กฎหมายไทยยอมให้เรียกร้องได้

การละเมิดได้เกิดขึ้น (*lex loci delicti*) ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายขัดกันของไทย (มาตรา 15 วรรคแรก) ดังนั้นศาลไทยจะต้องนำกฎหมายแพ่ง (ละเมิด) ของกัมพูชามาปรับใช้ในคดีนี้ อย่างไรก็ตามก็ตีคู่กรณีจะต้องยกกฎหมายต่างประเทศ (กัมพูชา) ขึ้นกล่าวอ้างต่อศาลอย่างชัดเจน (มาตรา 8)⁴⁰ และจะใช้กฎหมายกัมพูชาได้เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไทย (มาตรา 5)⁴¹ มิฉะนั้นศาลจะใช้กฎหมายไทยในการพิจารณาคดีละเมิดนี้และประการสำคัญว่า สันไหมทดแทนใดๆ ผู้เสียหายจะเรียกร้องได้เท่าที่กฎหมายไทยกำหนดไว้เท่านั้น (มาตรา 15 วรรคสาม)

- ข้อสังเกต : กลไกนี้ยังไม่เริ่มต้น

ก่อนจะไปถึงข้อสังเกตมีประเด็นที่ต้องกล่าวเพิ่มเติมด้วยว่าคำฟ้องกรณีธุรกิจน้ำตาลที่จังหวัดโอดดาร์เมียนเจย ประเทศกัมพูชา มีการอ้างถึงพันธกรณีในทางระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทยไม่ว่าจะเป็นปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR), กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR), กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม (ICESCR), ปฎิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration) และ หลักการชี้แนะแห่งสหประชาชาติด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (UN Guiding Principle on Business and Human Rights : UNGPs)⁴² ส่วนกรณีคดีเขื่อนไซยะบุรีก็มีการอ้างถึงหลักการที่ 19 ของปฎิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development), หลักการที่ 21, หลักการที่ 17 ของปฎิญญาสต็อกโฮล์ม พ.ศ. 2515 (1972 Stockholm Declaration), หลักการป้องกันไว้ก่อน (Precautionary Principle) ซึ่งนับว่าเป็นมาตรฐานพื้นฐานของคำฟ้องคดีด้านสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย⁴³

อย่างไรก็ดีแม้จะมีกรณีศึกษาที่ได้เริ่มต้นขึ้นโดยการฟ้องเป็นคดีแพ่งแต่ในเมื่อยังไม่มีคำพิพากษาหรือแม้แต่มีคำสั่งรับฟ้อง ก็ไม่สามารถยืนยันได้ว่ากลไกนี้จักสามารถนำไปสู่การเยียวยา

⁴⁰ กฎหมายขัดกัน มาตรา 8 ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่น่าพอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศไทย.

⁴¹ กฎหมายขัดกัน มาตรา 5 ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย.

⁴² คติหมายเลขคำที่ พ.718/2561 ศาลแพ่งกรุงเทพใต้, หน้า 3.

⁴³ คำฟ้องระหว่างนายนิวัฒน์ ร้อยแก้ว ผู้ฟ้องคดีที่ 1 กับ พวก 37 คนกับภพผ. ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1, หน้า 41-43.

ความเสียหายจากการละเมิดข้ามพรมแดนหรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบข้ามพรมแดนได้จริงใกล้เคียงกับคดีน้ำตาลและกรณีคดีเขื่อนไซยะบุรีที่คงต้องรอคำพิพากษาต่อไป

มีข้อสังเกตต่อไปด้วยว่าจะมีความเป็นไปได้หรือไม่ที่ศาลจะนำหลักการ A Duty of Care ซึ่งศาลที่ประเทศอังกฤษนำมาปรับใช้ในคดี *Lungowe v Vedanta*⁴⁴ ที่สามารถฟ้องร้อง บริษัทแม่ในประเทศต้นทางเพื่อให้รับผิดชอบในการกระทำละเมิดต่อบุคคลที่สามของบริษัทลูกในต่างประเทศมาใช้ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือต่อไปจะเกิดการปรับปรุงพัฒนากฎหมายให้อำนาจศาลชัดเจนในการพิจารณาคดี ดังเช่นรูปแบบของกฎหมาย Alien Tort Statue ของสหรัฐอเมริกาซึ่งเคยถูกใช้มานานก่อนที่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาก็จะไม่นำมาใช้

4. ความเคลื่อนไหวอย่างต่อเนื่องของหลักการ UNGPs ถึง ETOs ในประเทศไทย

4.1 จุดเริ่มต้นและคลื่นของความเคลื่อนไหว

UNGPs หรือหลักการชี้แนะแห่งสหประชาชาติด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชนที่ถูกอ้างอิงถึงโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (Non-Judicial Mechanism) ในปีพ.ศ. 2558 เป็นครั้งแรก (ปรากฏในรายงานผลการตรวจสอบที่ 115/2558) และกลายเป็นแนวทางการทำงานของ กสม. นับจากนั้นมา

UNGPs มีจุดเริ่มต้นในปี พ.ศ.2548 โดยเลขาธิการสหประชาชาติ Kofi Annan ได้แต่งตั้ง Prof. John Ruggie จากมหาวิทยาลัย Harvard เป็นผู้แทนพิเศษของเลขาธิการสหประชาชาติเพื่อศึกษาเรื่องสิทธิมนุษยชนและธุรกิจข้ามชาติหลังจากได้รับคำร้องเรียนเรื่องผลกระทบทางลบของธุรกิจข้ามชาติสภาพแวดล้อมและประชากรรอบข้างโดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนของธุรกิจข้ามชาติ⁴⁵ เมื่อ Prof. John Ruggie จัดทำเอกสารเสร็จ สหประชาชาติได้รับรองในการประชุมใหญ่สามัญของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชน ครั้งที่ 17 และเผยแพร่เป็นเอกสาร (A/HRC/17/31 เมื่อวันที่ 21 มีนาคม พ.ศ. 2554) ซึ่งมีหลักการสำคัญคือ “การมีบทบาทหน้าที่แตกต่างกันแต่มีภาระความรับผิดชอบที่ต้องกระทำเสริมกัน (Differentiated but Complimentary Responsibilities) 3

⁴⁴ UKSC, *Judgement Vedanta Resources PLC and another v. Lungowe and others* [2019] UKSC 20, accessed March 5, 2018, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>.

⁴⁵ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, *หลักการชี้แนะเรื่องสิทธิมนุษยชนสำหรับธุรกิจ ตามกรอบงานขององค์การสหประชาชาติในการคุ้มครอง เคารพ และเยียวยา*, (นนทบุรี: บริษัทสมิตรพรินต์แอนด์พับลิชชิงจำกัด, 2557), หน้า 5.

ด้าน คือ ด้านที่หนึ่งคือหน้าที่ของรัฐในการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (The state Duty to Protect Human Rights) โดยการคุ้มครองต้องกำหนดให้ใช้ขั้นตอนที่เหมาะสมในการป้องกัน สืบสวน ลงโทษ และเยียวยาผลของการกระทำที่ไม่ชอบ โดยใช้นโยบาย กฎหมาย ข้อบังคับและ การพิจารณาตัดสินคดีที่มีประสิทธิภาพ ด้านที่สองคือความรับผิดชอบของภาคธุรกิจในการเคารพ หลักสิทธิมนุษยชน (The Corporate Responsibility to Respect Human Rights) โดยส่วนนี้ เป็นบทบาทของภาคธุรกิจที่จะเคารพสิทธิมนุษยชนโดยมีหัวใจอยู่ที่ประเด็นการเฝ้าระวังในเรื่อง สิทธิมนุษยชน (Human Rights Due Diligence) อย่างจริงจัง (ข้อ 17) และด้านที่สามคือการ เข้าถึงการเยียวยา (Access to Remedy) (ข้อ 25) ซึ่งในส่วนของการเข้าถึงการเยียวยานี้มี ข้อเสนอแนะว่าโดยจะต้องมีการค้นหาแนวทางในการเข้าถึงการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพและมี รูปธรรมของการปฏิบัติที่ดีโดยภาคธุรกิจจะต้องพยายามสร้างโครงการ/กิจกรรมดูแลกลุ่มเสี่ยงหรือ ผู้ที่มีความอ่อนไหวต่อการกระทำละเมิดการจัดทำกลไกดูแลการร้องเรียน การยกระดับนโยบาย จากการไม่สร้างความเสียหายหรือความรุนแรงใดๆ (No Harm) มาเป็นการสร้างสรรค์สิ่งที่ดีต่างๆ (Do Good) การสร้างการเปลี่ยนแปลงโดยนำกระบวนการสร้างความโปร่งใสและการมีส่วนร่วม ของชุมชนมาร่วมดำเนินการ การนำระบบการสอบทานย้อนกลับ (Traceability) มาใช้เพื่อสร้าง ความโปร่งใสของห่วงโซ่อุปทาน (Supply Chain) แหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์ วิธีการผลิต ผู้ผลิต การ กระจายรายได้ และการนำระบบการสอบทานธุรกิจ (Due Diligence) และการสอบทานด้านสิทธิ มนุษยชน (Human Rights Due Diligence) มาใช้ตลอดห่วงโซ่อุปทาน (Supply Chain) ของ กระบวนการทางธุรกิจ

UNGPs ไม่มีสถานะทางกฎหมาย (non-legal binding) และถูกนำมาใช้โดยระบบ “สมัครใจ” โดยประเทศต่างๆ 22 ประเทศรวมถึงประเทศไทยที่เห็นได้ชัดเจนที่สุดคือภายใต้การ ปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของ กสม. (นิรันดร์ พิทักษ์วัชระ เตือนใจ ดีเทศน์) ได้นำหลักการ UNGPs มาเป็นกรอบในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนรวมถึงได้มีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อ คณะรัฐมนตรีว่า

“(ประเทศไทย) ...ควรมีการจัดตั้งกลไกหรือกำหนดภารกิจการกำกับดูแลการลงทุน ในต่างประเทศของผู้ลงทุนสัญชาติไทย ให้เคารพต่อหลักการพื้นฐานด้านสิทธิ มนุษยชน โดยนำหลักการชี้แนะแห่งสหประชาชาติด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชน : การปฏิบัติตามกรอบการคุ้มครอง เคารพ เยียวยา (United Nations Guiding

Principles on Business and Human Rights: Implementing the Protect, Respect, Remedy Framework (2554) มาเป็นกรอบในการดำเนินงาน”

รวมถึง กสม. ยังได้มีข้อเสนอแนะต่อภาคธุรกิจในการแก้ปัญหา เยียวยาการละเมิดสิทธิมนุษยชนกรณีต่างๆ ด้วย อาทิ กรณีการดำเนินโครงการทำเรื่อน้ำลึกและเขตเศรษฐกิจทวายในสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาที่ กสม. มีข้อเสนอแนะว่า “บริษัท ... สมควรพิจารณาดำเนินการชดเชยและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชาวบ้านที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินโครงการฯ โดยให้ชาวบ้านมีส่วนร่วมในการพิจารณาดำเนินการชดเชยเยียวยาของบริษัทในทุกขั้นตอนจนกระทั่งผู้ได้รับผลกระทบได้รับการชดเชยเยียวยาแล้วเสร็จอย่างเป็นธรรม”⁴⁶

ต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีท่าทีตอบสนองต่อข้อเสนอเชิงนโยบายของกสม. ดังปรากฏในมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 16 พฤษภาคม 2559 เรื่องสรุปผลการพิจารณาดำเนินการตามรายงานผลการพิจารณาคำร้องที่มีข้อเสนอแนะนโยบาย เรื่อง สิทธิชุมชน กรณีการดำเนินโครงการทำเรื่อน้ำลึกและเขตเศรษฐกิจทวาย ในสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาของบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลอปเม้นต์ จำกัด (มหาชน) ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลงในการพัฒนา โครงการดังกล่าวที่มีการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อชาวทวาย⁴⁷ โดยระบุว่า

“บทบาทของรัฐบาลไทยต่อการมีกลไก หรือการเข้ามาควบคุมนักลงทุนสัญชาติไทย ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนในประเทศหรือต่างประเทศ นักลงทุนสัญชาติไทยต้องมีความรับผิดชอบต่อสังคม และเคารพหลักการพื้นฐานด้านสิทธิมนุษยชน โดยให้สอดคล้องกับหลักการชี้แนะแห่งสหประชาชาติฯ”⁴⁸

⁴⁶ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “รายงานการตรวจสอบที่ 1220/2558”.

⁴⁷ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม 2559 เรื่องสรุปผลการพิจารณาดำเนินการตามรายงานผลการพิจารณาคำร้องที่มีข้อเสนอแนะนโยบาย เรื่อง สิทธิชุมชนกรณีการดำเนินโครงการทำเรื่อน้ำลึกและเขตเศรษฐกิจทวายในสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาของบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวลอปเม้นต์ จำกัด (มหาชน) ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลงในการพัฒนาโครงการดังกล่าวที่มีการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อชาวทวาย, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561, http://www.cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99319369&key_word=&owner_dep=&meet_date_dd=16&meet_date_mm=05&meet_date_yyyy=2559&doc_id1=&doc_id2=&meet_date_dd2=&meet_date_mm2=&meet_date_yyyy2=

⁴⁸ กระทรวงต่างประเทศ, หนังสือด่วนที่สุด กต 1002/345 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2559, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561, http://www.cabinet.soc.go.th/doc_image/2559/9931936911.pdf.

แต่ผลของมติคณะรัฐมนตรีนี้ก็ดูไม่มีผลในทางปฏิบัติหากเทียบกับผลจากการที่รัฐไทยยอมรับข้อเสนอแนะจากประเทศสมาชิกสหประชาชาติที่เสนอให้ประเทศไทยพัฒนาการจัดทำและดำเนินการตามแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (National Action Plan on Business and Human rights – NAP on BHR) เพื่ออนุวัติการหลักการ UNGPs ในเวทีการประชุมทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชนภายใต้กระบวนการ Universal Periodic Review (UPR) รอบที่ 2 ณ นครเจนีวา สมาพันธรัฐสวิส เมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2559 นอกจากนั้น เมื่อวันที่ 16 พฤษภาคม 2559 คณะรัฐมนตรียังได้มีมติเห็นชอบให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการใน 4 ด้านคือ เผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการ UNGPs, ผลักดันให้ภาคเอกชนมีมาตรการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน, มอบหมายหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจัดทำแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนและแสดงบทบาทนำในกลไกระดับภูมิภาคโดยเฉพาะอาเซียนให้มีการรับรองหลักการ UNGPs⁴⁹ ยิ่งไปกว่านั้นหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ในฐานะนายกรัฐมนตรียังได้เป็นสักขีพยานในการลงนามปฏิญญาความร่วมมือเพื่อขับเคลื่อน UNGPs ระหว่างหน่วยงานภาครัฐ องค์กรภาคธุรกิจ และ กสม. ในการสัมมนาทางวิชาการ เมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2560 อีกด้วย⁵⁰ และมีมติ ครม. เมื่อวันที่ 31 มกราคม 2560 มอบหมายให้กระทรวงยุติธรรมโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ เป็นหน่วยงานหลักรับผิดชอบการจัดทำและขับเคลื่อนแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนเพื่อเป็นแนวทางให้ภาคธุรกิจ ภาครัฐวิสาหกิจ ภาคเอกชน ในทุกระดับดำเนินงานโดยไม่ให้เกิดผลกระทบเชิงลบด้านสิทธิมนุษยชนต่อประชาชน ชุมชน และสังคม และเพื่อเป็นการนำหลักการ UNGPs มาปรับใช้ภายในประเทศอย่างเป็นระบบและเกิดผลอย่างเป็นรูปธรรม

อย่างไรก็ดีแม้ตัวกระบวนการจัดทำแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนจะเป็นเครื่องมือเชิงกระบวนการที่จะมุ่งไปสู่การพัฒนากิจกรรม นโยบายหรือกฎหมายซึ่ง

⁴⁹ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, “ขับเคลื่อนการดำเนินการ ตามหลักสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน”, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2561, <http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/2012-06-20-06-21-44/rlpd-pr/7788-2017-09-26-03-45-29>

⁵⁰ กระทรวงการต่างประเทศ, “พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรี กล่าวปาฐกถาพิเศษ ที่ศูนย์ประชุมสหประชาชาติ (เอสแคป) กรุงเทพฯ เมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2560”, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2561, www.mfa.go.th/main/th/news/3/6885/78240-พลเอก-ประยุทธ์-จันทร์โอชา-นายกรัฐมนตรี-กล่าวปาฐกถา.html

เป็นตามบริบทและลักษณะจำเพาะของประเทศต่างๆ เพื่อให้ภาคธุรกิจเคารพ ค้ำครองสิทธิมนุษยชนและดำเนินการฟื้นฟูเยียวยาเมื่อเกิดเหตุละเมิด ทว่าแนวคิดที่ว่า รัฐภาคีมีพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนในการเคารพ ค้ำครอง ทำให้เป็นจริง รวมถึงเยียวยาการละเมิดพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนนอกอาณาเขตรัฐ (Extraterritorial Obligations : ETOs) หรือความรับผิดชอบของรัฐและเอกชนนอกอาณาเขตรัฐหรือความรับผิดชอบข้ามพรมแดนนั้น ยังไม่ได้ถูกกล่าวถึงอย่างชัดเจนภายใต้กรอบ UNGPs ทำให้ไม่แน่ชัดว่าแผนปฏิบัติการระดับชาติฯ ของประเทศไทย จะครอบคลุมถึงพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนนอกอาณาเขตด้วยหรือไม่

4.2 ความเคลื่อนไหวในประเทศไทยของแนวคิดพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนนอกอาณาเขตของรัฐ (Extraterritorial Obligations: ETOs) อันนำไปสู่ความรับผิดชอบข้ามพรมแดน

พันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนนอกอาณาเขตรัฐ (Extraterritorial Obligations: ETOs) หรือความรับผิดชอบของรัฐเป็นแนวคิดที่พยายามวางกฎเกณฑ์เพื่อเชื่อมโยงความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนด้านต่างๆ เข้าด้วยกันภายใต้ช่องว่างของความรับผิดชอบของการลงทุนข้ามแดนของธุรกิจข้ามชาติ (Transnational Corporations : TNCs) ตามหลักการมาสทริชท์ว่าด้วยพันธกรณีนอกอาณาเขตกรณีสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in The Area of Economic, Social and Cultural Rights., 2011: ETOP, ETOs, ETO Principle or Maastricht Principle)⁵¹ ที่กล่าวถึงพันธกรณีของรัฐที่จะต้องเคารพ ค้ำครองและประกันสิทธิมนุษยชนนอกดินแดนรัฐตน (Obligations to respect/protect and fulfil human right abroad) รวมถึงจะต้องดำเนินการให้มีการดำเนินการเพื่อรับผิดชอบและเยียวยาความเสียหายต่อการละเมิดต่อสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขตรัฐ⁵² และหลักการนี้เป็นเพียงแนวคิดกรอบคิดสำหรับการปรับใช้หลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศให้กับรัฐต่างๆ แต่ไม่มีสถานะบังคับทางกฎหมาย

เฉกเช่นเดียวกับความเห็นทั่วไป (General Comment) ของคณะกรรมการประจำกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR Committee) ที่ได้

⁵¹ ETOs for Human Rights Beyond Borders, “Maastricht Principle”, accessed February 5, 2018, <https://www.etoconsortium.org/en/main-navigation/library/maastricht-principles/>

⁵² The ETO Consortium, “Handbook: How to hold States accountable for Extraterritorial Violation”, accessed February 5, 2018, https://www.etoconsortium.org/hc/en/main-navigation/library/documents/detail/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=204 , 10-14.

จัดทำความเห็นทั่วไปลำดับที่ 24 (เมื่อวันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2560) ว่าด้วยพันธกรณีของรัฐภาคีตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ในบริบทของกิจกรรมทางธุรกิจ (General comment No.24 (2017) on State Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities)⁵³ โดยคณะกรรมการมีความเห็นว่าพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐภาคีมิได้ถูกจำกัดหรือยุติลง ณ เส้นเขตแดนแห่งรัฐภาคีเท่านั้นทว่ายังขยายไปในดินแดนของรัฐอื่นด้วย หากว่าภาคีรัฐภาคีธุรกิจของรัฐภาคีได้ไปดำเนินการใดๆ ที่ก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิ ณ ดินแดนของรัฐนั้น⁵⁴

อย่างไรก็ดี ในช่วงสิบกว่าปีที่ผ่านมาภาคประชาสังคมหลากหลายกลุ่มทั้งภายในประเทศไทยรวมถึงเครือข่ายระหว่างประเทศที่พยายามติดตามข้อมูลการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศต่างๆ โดยโครงการพัฒนาขนาดใหญ่ของหน่วยงานรัฐไทย ภาคธุรกิจของไทยหรือการร่วมลงทุนในลักษณะต่างๆ ได้พยายามสะท้อนถึงความสูญเสีย ความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ไปจนถึงทรัพย์สินหรือชีวิตของบุคคลในชุมชนที่ได้รับผลกระทบจนนำไปสู่ความพยายามใช้กลไกต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการทางศาลหรือกลไกอื่นๆ ที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น หลักการหรือกรอบที่ไม่ได้มีสถานะทางกฎหมายทว่าชัดเจนสอดคล้องกับสภาพข้อความจริงของการลงทุนข้ามชาติจึงเป็นยิ่งกว่าหลักการที่ไร้สถานะทางกฎหมายแต่มีแนวโน้มคือแนวทางที่นำไปสู่ความรับผิดชอบต่อการละเมิดข้ามพรมแดนและพยายามผลักดันในหลากหลายช่องทางเพื่อให้หลักการนี้ถูกบรรจุเข้าเป็น 1 ใน 4

⁵³ United Nation, “General comment No.24 10) August (2017) on State Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities”, accessed February 5, 2018, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4sIQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQcIMOUuG4TpS9jwHhCJcXiuZ1yrkMD%2FSj8YF%2BSXo4mYx7Y%2F3L3zvM2zSUbW6ujlnCawQrJx3hIk8Odk6DUwG3Y>

⁵⁴ III. Obligations of States parties under the Covenant

C.26. In its 2011 statement on the obligations of States parties regarding the corporate sector and economic, social and cultural rights, the Committee reiterated that States parties’ obligations under the Covenant did not stop at their territorial borders. States parties were required to take the steps necessary to prevent human rights violations abroad by corporations domiciled in their territory and/or jurisdiction (whether they were incorporated under their laws, or had their statutory seat, central administration or principal place of business on the national territory), without infringing the sovereignty or diminishing the obligations of the host States under the Covenant..... ดูเพิ่มเติม E/C.12/2011/1, paras. 5 and 6.

ประเด็นเร่งด่วน (สิทธิของแรงงาน, นักปกป้องสิทธิมนุษยชน, ที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และการลงทุนข้ามชาติและบริษัทข้ามชาติ) ของประเทศไทยในแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนของไทย⁵⁵ ด้วยหวังว่าแผนปฏิบัติการระดับชาติฯ จะไม่ได้เป็นเพียงกระบวนการเขียนแผนเพื่อสร้างกลไกที่มีผลผูกพันทางกฎหมายแต่ยังสามารถสร้างกลไกชักชวนให้ภาคธุรกิจเกิดการเฝ้าระวังเคารพสิทธิมนุษยชนโดยความสมัครใจและแสดงความรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนของตน

5. บทส่งท้าย

การละเมิดข้ามพรมแดน ผลกระทบข้ามพรมแดนจากโครงการขนาดใหญ่ที่ดำเนินการโดยนักลงทุนสัญชาติไทยนอกเขตแดนรัฐไทยจนถึงปัจจุบัน ยังขาดกลไกที่ชัดเจนในการแก้ไขเยียวยาผลกระทบจากการละเมิดสิทธิมนุษยชน แม้หลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นชุมชนผู้เสียหาย ภาคประชาสังคม หรือแม้แต่ กสม. เอง ก็พยายามที่จะใช้กลไกต่างๆ ทั้งที่เป็นการฟ้องคดีและกลไกอื่นๆ เพื่อยืนยันถึงการเคารพ คำนึงและทำให้สิทธิในการมีชีวิตและสิ่งแวดล้อมที่ดีเกิดขึ้นจริงแต่บนหนทางที่เริ่มต้นและทอดยาวมาถึงปัจจุบัน ความรับผิดชอบข้ามพรมแดนยังไม่สามารถเกิดขึ้นได้อย่างเป็นรูปธรรมเนื่องจากกฎหมายนโยบายได้เปิดช่องว่างต่อการไม่ต้องรับผิดชอบหมายถึงช่องว่างสำคัญที่เอื้อต่อการละเมิดซ้ำ

ดังนั้น นอกจากแผนปฏิบัติการระดับชาติฯ ผู้เขียนมีความเห็นว่าประเทศไทยควรต้องดำเนินการให้มีกฎหมายเพื่อจูงใจให้ภาคธุรกิจปฏิบัติตามหรือมีการเฝ้าระวังในเรื่องสิทธิมนุษยชนอย่างจริงจัง (Human Rights Due Diligence) เพื่อให้มีความมั่นใจว่าประเทศไทยจะมุ่งมั่นจริงจังต่อความรับผิดชอบนอกอาณาเขต ผู้ได้รับผลกระทบสามารถเข้าถึงกลไกต่างๆ เพื่อการเยียวยาความเสียหายไม่ว่าจะเป็นกลไกทางศาลหรือกลไกการร้องเรียนต่างๆ รวมถึงการแสวงหากฎใหม่ๆ ผ่านการสร้างความตื่นตัวต่อการดำเนินธุรกิจที่เคารพต่อสิทธิมนุษยชน อาทิ การกำกับดูแลผ่านบทบาทของคณะกรรมการกำกับตลาดหลักทรัพย์หรือธนาคารในประเทศไทยซึ่งเป็นแหล่งเงินทุนสำคัญให้กับโครงการลงทุนต่างๆ นอกจากนี้รัฐไทยควรมีกฎหมายหรือนโยบายที่เป็นรูปธรรมในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนนอกอาณาเขต ความรับผิดชอบต้องก้าวข้ามไปจากอาณาเขต

⁵⁵ กระทรวงยุติธรรม กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, “ร่างแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน”, สืบค้นเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 2561, <http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/2017-06-14-08-39-27/8810-2018-06-21-08-59-56>

ของรัฐ (beyond border) โดยพิจารณาถึงประเด็นเขตอำนาจศาลยุติธรรมที่ครอบคลุมถึงการพิจารณาคดีการละเมิดนอกราชอาณาจักรโดยนักลงทุนหรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจไทยหากสามารถพิสูจน์ได้ว่าเกี่ยวข้องกับนักลงทุนหรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจไทยโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาประเด็นตัวการตัวแทน ซึ่งสามารถเทียบเคียงหลัก A Duty of Care ในฐานะหลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งรวมถึงการกำหนดอำนาจหน้าที่ที่ชัดเจนของ กสม. ในการรับเรื่องร้องเรียน สอบสวน มีข้อเสนอแนะต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนของโครงการพัฒนาในดินแดนของรัฐอื่นโดยหน่วยงานรัฐหรือภาครัฐกิจไทย

References

Administrative Court Complaint No (Sor).493/2555 (in Thai)

Annual Report on the OECD Guideline for Multinational Enterprises 2013, “Final statement from the US NCP on a specific instance raised by Community Legal Education Center of Cambodia (CLEC)/Earth Rights International (ERI) against American Refining Inc. (ASR) regarding human rights due diligence in supply chain relationship in Cambodia”, accessed February 18, 2017, https://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/annual-report-on-the-oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-2013/the-activities-of-national-contact-points_mne-2013-5-en#page85

Cabinet Resolution as of March 11, 2016, “กระทรวงต่างประเทศ, หนังสือด่วนที่สุด กต 1002/345 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2559” [the most urgent ministry of foreign affair No 1002/345], accessed February 20, 2018, http://www.cabinet.soc.go.th/doc_image/2559/9931936911.pdf (in Thai)

Cabinet resolution as of May 16, 2016, “เรื่องสรุปผลการพิจารณาดำเนินการตามรายงานผลการพิจารณาคำร้องที่มีข้อเสนอแนะนโยบาย เรื่อง สิทธิชุมชน กรณีการดำเนินโครงการทำเรื่อน้ำลึกและเขตเศรษฐกิจทวาย ในสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาของบริษัท อิตาเลียนไทย ดีเวล๊อปเมนต์ จำกัด (มหาชน) ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลงในการพัฒนาโครงการดังกล่าว ที่มีการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อชาวทวาย” [The summary of the consideration from a result complaint report for policy recommendation on the community right in case of deep seaport and economic zone in Dawei, Myanmar of Italian-Thai Development public company which Thailand sign the memorandum of understanding to develop the project which violated human right to people in Dawei], accessed February 20, 2018, http://www.cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99319369&key_word=&owner_dep=&meet_date_dd=16&meet

_date_mm=05&meet_date_yyyy=2559&doc_id1=&doc_id2=&meet_date_dd2
=&meet_date_mm2=&meet_date_yyyy2= (in Thai)

CK Power Public Company Limited, Xayaburi Dam project shareholders information,
accessed February 14, 2018, [http://www.ckpower.co.th/th/about/company-
background.php](http://www.ckpower.co.th/th/about/company-background.php)

Darunee Paisanpanichkul, “Teaching Material: Human Rights”, Faculty of Law, Chiang
Mai University, 2017. (in Thai)

ECD Watch, “Agreement on Andritz’ contribution to severe impacts of dam in Laos”,
accessed February 20, 2018, https://www.oecdwatch.org/cases/Case_326

ETO Consortium, “Handbook: How to hold States accountable for Extraterritorial
Violation”, accessed February 5, 2018,
[https://www.etoconsortium.org/nc/en/main-navigation /library/documents
/detail/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=204](https://www.etoconsortium.org/nc/en/main-navigation /library/documents /detail/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=204)

ETOs for Human Rights Beyond Borders, “Maastricht Principle”, accessed February 5,
2018, [https://www.etoconsortium.org/en/main-navigation/library/maastricht-
principles/](https://www.etoconsortium.org/en/main-navigation/library/maastricht-principles/)

ETOs Watch, “Report on Thailand Direct Investment: Community, Environment Impact
and Human Rights Violation]”, Co-Kayan Team, June 2018”. Accessed June 4,
2018, [http://www.nhrc.or.th/getattachment/eeb6c10c-8870-4593-98c6-
fd670a63ad1e/.aspx](http://www.nhrc.or.th/getattachment/eeb6c10c-8870-4593-98c6-fd670a63ad1e/.aspx) (in Thai)

International Centre for Environmental Management, “Inception Report: MRC SEA for
Hydropower on The Mekong Mainstream (October 23, 2009)”, accessed
February 15, 2018,
[http://www.mrcmekong.org/assets/Publications/Consultations/SEA-
Hydropower/IRVOL2final.pdf](http://www.mrcmekong.org/assets/Publications/Consultations/SEA-Hydropower/IRVOL2final.pdf)

Ministry of Justice, Rights and Liberties Protection Department “กรมคุ้มครองสิทธิฯ
ขับเคลื่อนการดำเนินการ ตามหลักสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน” [Rights
and Liberties Protection Department push forwards implementation of UN
Guiding Principle on Business and Human Rights], accessed March 10, 2018.

<http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/2012-06-20-06-21-44/rlpd-pr/7788-2017-09-26-03-45-29>. (in Thai)

Ministry of Justice, Rights and Liberties Protection Department “ร่างแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (Zero Draft)” [Draft of National Action Plan on Business and Human Rights], accessed June 20, 2018.

<http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/2017-06-14-08-39-27/8810-2018-06-21-08-59-56> (in Thai)

National Human Rights Commission of Thailand, Pichaisak Horrayangku, (translator).

“หลักการชี้แนะเรื่องสิทธิมนุษยชนสำหรับธุรกิจ ตามกรอบงานขององค์การสหประชาชาติในการคุ้มครอง เคารพ และเยียวยา” [UN Guiding Principle on Business and Human Rights], (Nonthaburi: Sahamitr printingandpublishing co,ltd, 2014).

National Human Rights Commission of Thailand “รายงานการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ 115/2558 เรื่อง กรณีผู้ถูกร้องได้รับสัมปทานที่ดินเพื่อการปลูกอ้อยและจัดตั้งโรงงานน้ำตาลในประเทศกัมพูชาก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อประชาชนชาวกัมพูชาคำร้องที่ 58/2553) ลงวันที่ 10 มีนาคม 2558” [Report of the investigation of human rights violation No.115/ 2015 on the case of respondent got land concession for sugar plantation and set up sugar plant in Cambodia which violated human rights to Cambodian people, Case No. 58/2010], accessed February 17, 2018, <http://www.nhrc.or.th/getattachment/d6c18b91-3ca3-46dd-937d-6d703a76d2cf/.aspx> (in Thai)

National Human Rights Commission of Thailand รายงานที่ “ 1003/2558 เรื่องสิทธิชุมชนเรื่อง การดำเนินงานของบริษัทน จำกัด ส่งผลกระทบต่อประชาชนในพื้นที่อำเภอสำโรง (Samrong) และจงกล (Chongkal) ในจังหวัดโอดอร์เมียนเจย (OddarMeanchey) ในภาคตะวันออกเฉียงเหนือของกัมพูชา ” [Report No 1003/2015 on the community right in case of the operation of Company Nor limited which violated to people in Samrong and Chongkal district in OddarMeanchey province]”, accessed February 17, 2018 ,<http://www.nhrc.or.th/getattachment/09a71635-9ae6-46f7-a3f8-76f0dca041d6/.aspx> (in Thai)

National Human Rights Commission of Thailand “รายงานที่ 1100/2558 เรื่องสิทธิชุมชน กรณีโครงการการก่อสร้างสายส่งไฟฟ้าแรงสูง ในพื้นที่จังหวัดน่านเพื่อรับซื้อไฟฟ้าจาก โครงการเหมืองและโรงไฟฟ้าพลังงานความร้อนหงสาลีกไนต์ ประเทศสาธารณรัฐ ประชาธิปไตยประชาชนลาว” [Report No 1100/ 2015 on the community right in case of the transmission high voltage project in the area of Nan province for buying electricity from Hong Sa lignite coal mining and coal mine power plant in Laos.], accessed February 20, 2018, [http://www.nhrc.or.th/getattachment/09a71635-9ae6-46f7-a3f8-76f0dca041d6/.aspx_\(in Thai\)](http://www.nhrc.or.th/getattachment/09a71635-9ae6-46f7-a3f8-76f0dca041d6/.aspx_(in Thai))

National Human Rights Commission of Thailand “รายงานการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ 1220/2558 เรื่อง สิทธิชุมชน กรณีการดำเนินโครงการทำเรื่อน้ำลึกและเขตเศรษฐกิจทวายในสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมา ของบริษัท ซึ่งประเทศไทยได้ร่วมลงนามในบันทึกข้อตกลงในการพัฒนาโครงการดังกล่าว ที่มีการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อชาวทวาย” [Report No 1220/ 2015 on the community right in case of deep seaport and economic zone in Dawei, Myanmar of Company...which Thailand sign the memorandum of understanding to develop the project which violated human right to people in Dawei], accessed March 20, 2018, [http://www.nhrc.or.th/getattachment/0564e1b7-0374-4b7d-9622-75b7383e1361/.aspx_\(in Thai\)](http://www.nhrc.or.th/getattachment/0564e1b7-0374-4b7d-9622-75b7383e1361/.aspx_(in Thai))

Supreme Administrative Court Order, Cor Sor 11/2556 Order No. Cor Sor 8/2557 (in Thai)

The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), “OECD guidelines for multinational for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises”, accessed February 20, <http://www.oecd.org/investment/mne/ncps.htm>

The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), “About”, accessed February 18, 2018, <http://www.oecd.org/about/>

UKSC, *Judgement Vedanta Resources PLC and another v. Lungowe and others* [2019]

UKSC 20, accessed March 5, 2018,

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>

United Nation, “General comment No.24 (10 August 2017) on State Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities UN Doc E/C.12/GC/24.”, accessed February, 5, 2018.

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdlmnsJZZVQclMOuuG4TpS9jwlhCJcXiuZ1yrkMD%2FSj8YF%2BSXo4mYx7Y%2F3L3zvM2zSUBw6ujlnCawQrJx3hLK8Odk6DUwG3Y>

Xayaburi Hydroelectric Power, “Project Management”, accessed February 14, 2018,

http://www.xayaburi.com/Project_MNG_tha.aspx