



วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน (HUMAN RIGHTS LAW JOURNAL)

ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 (มกราคม - เมษายน 2563)



ISSN 2730-1931



วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Law Journal)

ปีที่ 1 ฉบับที่ 1
(มกราคม – เมษายน 2563)

วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Law Journal)
ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 (มกราคม – เมษายน 2563)

ISSN : 2730-1931

จำนวนพิมพ์ : 500 เล่ม

จัดพิมพ์โดย : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ ๘๐ พรรษา ๕ ธันวาคม ๒๕๕๐
อาคารรัฐประศาสนภักดี (อาคารบี) ชั้น 6-7
เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210
โทรศัพท์ 0 2141 3800 , 0 2141 3900 สายด่วนร้องเรียน 1377
เว็บไซต์ www.nhrc.or.th

พิมพ์ที่ : บริษัท วีรณาเพรส จำกัด
919 ซอยอ่อนนุช 39 ถนนสุขุมวิท 77
เขตสวนหลวง กรุงเทพมหานคร 10250

วัตถุประสงค์

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จัดพิมพ์ “วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน” โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อเป็นแหล่งรวบรวมผลงานทางวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนในประเด็นต่าง ๆ และข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ รวมทั้งรับฟังความเห็นทางด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนจากผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชน ตลอดจนเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนให้แก่หน่วยงานภาครัฐ หน่วยงานเอกชน ภาคประชาสังคม และประชาชน

รายชื่อคณะจัดทำวารสาร

ที่ปรึกษากิตติมศักดิ์

นายวัส ติงสมิตร ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ที่ปรึกษากองบรรณาธิการ

เลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ผู้ช่วยเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ผู้อำนวยการสำนักกฎหมาย

ผู้อำนวยการกลุ่มงานเสนอแนะการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย 1

ผู้อำนวยการกลุ่มงานเสนอแนะการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย 2

ผู้อำนวยการกลุ่มงานนิติการ

บรรณาธิการ

นายโกเมศ สุบงกช

กองบรรณาธิการ

นางบุษบง ฉิมพิมาย

นางสาวปวีณา จันทรเอียด

นางสาวเกษดาว เพิ่มพูล

นายพลัฏฐ์ ศุภภาพร

นายเอกลักษณ์ ภูมิศาสตร์

นางสาวอิชิรา ธนรัช

นายกัณตพัฒน์ วงศ์สินอุดม

นายพงศธร รักษาการ

นางสาวนิญภัช แก้วกัน

นายปรัชญา ศรีจันทร์

นางสาวรุ่งทิwa น้อยหา

สารจากประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการเผยแพร่หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนโดยฉบับนี้เป็นฉบับแรก ได้อัดแน่นไปด้วยเนื้อหาสาระที่น่าสนใจมากมายเกี่ยวกับแง่มุมต่าง ๆ ของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ไม่ว่าจะเป็นบทความทางวิชาการ ได้แก่ 1) หลักสิทธิมนุษยชนกับการลงโทษทางอาญา 2) ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน 3) สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 : การเก็บ รวบรวม ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ และ 4) สิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งบทความต่าง ๆ นั้น ได้รับเกียรติจากนักวิชาการที่มีชื่อเสียงในด้านสิทธิมนุษยชนให้ความกรุณาเขียนเพื่อลงพิมพ์ในวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ ยังมีคอลัมน์พิเศษ คอลัมน์ประจำวารสาร งานวิจัยที่น่าสนใจ การประชุมและการสัมมนาทางวิชาการ เป็นต้น จึงนับได้ว่าวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ เป็นจุดเริ่มต้นที่ดีในการส่งเสริมให้ประชาชนและสังคมตระหนักถึงหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนต่อไป

สุดท้ายนี้หวังเป็นอย่างยิ่งว่าวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะสามารถสร้างคุณประโยชน์และเป็นบทบาทที่สำคัญในการขับเคลื่อนความรู้และความตระหนักรู้ทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนต่อประชาชนและสังคมตลอดไป

วัส ติงสมิตร

ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ เป็นวารสารกฎหมายฉบับแรกของสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำเพื่อเป็นแหล่งรวบรวมบทความวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนในประเด็นต่าง ๆ บทความเกี่ยวกับข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน รวมทั้งเพื่อรับฟังความเห็นทางด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนจากผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชน และเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชนต่อหน่วยงานภาครัฐ หน่วยงานเอกชน ภาคประชาสังคม และประชาชน เนื้อหาสาระของวารสารโดยทั่วไป ประกอบด้วย บทความวิชาการ ข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่น่าสนใจ สรุปรงานวิจัย และการประชุม/สัมมนาทางวิชาการ อย่างไรก็ตาม ในภายหน้ากองบรรณาธิการอาจปรับเปลี่ยนรูปแบบการนำเสนอที่เหมาะสมกับสถานการณ์ โดยคำนึงถึงความสอดคล้องของเนื้อหาสาระต่อไป

กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่า เนื้อหาสาระในวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะเป็นประโยชน์ต่อทุกภาคส่วน และสร้างความตระหนักรู้ในการเคารพสิทธิและไม่ละเมิดสิทธิมนุษยชนของประชาชน รวมทั้งสนับสนุนและส่งเสริมให้หน่วยงานทั้งภาครัฐและเอกชนดำเนินการเกี่ยวกับการบัญญัติหรือกำหนดกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใด ๆ ให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน

ทั้งนี้ หากท่านมีความประสงค์ที่จะส่งบทความมาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน หรือมีข้อเสนอแนะประการใด สามารถส่งมาได้ทั้งที่กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน สำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือ E-mail: law_journal@nhrc.or.th โดยกองบรรณาธิการจะพิจารณาบทความของท่านตามขั้นตอนต่อไป โดยท่านสามารถดาวน์โหลดวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนทุกฉบับที่ได้รับการตีพิมพ์แล้ว ได้ที่ <http://www.nhrc.or.th>

สารบัญ

คอลัมน์พิเศษ

บทบาทคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019

นายบุญเกิด สมนึก

เลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

7

บทความวิชาการ

ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

รองศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์

11

หลักสิทธิมนุษยชนกับการลงโทษทางอาญา

รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท

33

สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 :

การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ

รองศาสตราจารย์คณาธิป ทองรวีวงศ์

45

สิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ฐนันต์ศักดิ์ บวรนนท์กุล

73

คอลัมน์ประจำ

บทสัมภาษณ์พิเศษ : นางสาวจันทิมา ธนาสว่างกุล

การลงโทษทางอาญากับหลักสิทธิมนุษยชน

95

อุทธรณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชน

การบังคับให้นักเรียนตรวจเลือดเพื่อหาการติดเชื้อเอชไอวี

และใช้เป็นเงื่อนไขในการเข้าศึกษาต่อถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

105

ข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่น่าสนใจ

ปัญหาพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐไม่ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติงาน

109

สรุปงานวิจัยที่น่าสนใจ

สรุปงานวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอแนะนโยบายหรือมาตรการ

เพื่อคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิของผู้สูงอายุ : กรณีการเลือกปฏิบัติในผู้สูงอายุ

117

สรุปการประชุม/สัมมนาทางวิชาการ

ข้อพิจารณาว่าด้วยหลักสิทธิมนุษยชนกับร่างระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ

ว่าด้วยการไว้ทรงผมของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ.

139

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

145

แบบฟอร์มการส่งบทความวารสาร

146

บทบา

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
ในสถานการณ์การแพร่ระบาดของ
โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019

นายบุญแก้ว สมนึก เลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ





บทบาทคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019

นายบุญเกื้อ สมนึก*

จากสถานการณ์การระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ในประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทย ได้แพร่ระบาดอย่างรวดเร็ว ซึ่งส่งผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่และสุขภาพของประชาชนโดยทั่วไป อีกทั้ง ยังกระทบต่อสถานะเศรษฐกิจและสังคมของประเทศด้วย จึงเป็นสถานการณ์ที่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งจำเป็นต้องมีมาตรการหรือข้อกำหนดเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติลงโดยเร็วหรือป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ที่ร้ายแรงมากยิ่งขึ้น

นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ลงวันที่ 25 มีนาคม 2563 สรุปสาระสำคัญได้ว่า การระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 เป็นสถานการณ์อันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งต้องใช้มาตรการเข้มงวดและเร่งด่วนเพื่อควบคุมมิให้โรคแพร่ระบาดออกไปในวงกว้าง ประกอบกับมีการกักตุนสินค้าที่จำเป็นต่อการดำรงชีพและควบคุมติดตามการระบาด ป้องกันและรักษาโรค ตลอดจนการกักตุนเครื่องอุปโภค บริโภคและสิ่งจำเป็นต่อการดำรงชีวิตประจำวันของประชาชน จึงจำเป็นต้องใช้มาตรการเร่งด่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัยและการดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน โดยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ตั้งแต่วันที่ 26 มีนาคม 2563 จนถึงวันที่ 30 เมษายน 2563 และออกข้อกำหนดซึ่งออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 1) ลงวันที่ 25 มีนาคม 2563 เพื่อกำหนดรายละเอียดข้อปฏิบัติต่าง ๆ ให้สามารถแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติลงได้โดยเร็วและป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 26 มีนาคม 2563 เป็นต้นไป นอกจากนี้ เพื่อให้มีมาตรการต่าง ๆ ตามความจำเป็น นายกรัฐมนตรีจึงได้ออกข้อกำหนดเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 2 เมษายน 2563 และ (ฉบับที่ 3) ลงวันที่ 10 เมษายน 2563 โดยห้ามบุคคลใดที่ราชอาณาจักรออกนอกเคสสถานระหว่างเวลา 22.00 นาฬิกา ถึง 04.00 นาฬิกาของวันรุ่งขึ้น เว้นแต่มีความจำเป็น และต่อมา นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ได้มีประกาศ ลงวันที่ 28 เมษายน 2563 เรื่อง การขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร (คราวที่ 1) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 พฤษภาคม 2563 จนถึงวันที่ 31 พฤษภาคม 2563 และประกาศ ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 2563 เรื่อง การขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร (คราวที่ 2) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มิถุนายน 2563 จนถึงวันที่ 30 มิถุนายน 2563

*เลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

ทั้งนี้ การใช้อำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ในสถานการณ์ไม่ปกติที่มีลักษณะเป็นการรวมศูนย์อำนาจอยู่ที่ฝ่ายบริหาร อันเป็นกฎหมายพิเศษ รัฐจะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบระหว่างประสิทธิภาพของการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยการใช้อำนาสดังกล่าวของฝ่ายบริหารย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐไม่อาจละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในการมีชีวิตของประชาชนได้แม้ในสถานการณ์ฉุกเฉิน ตามที่กำหนดไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966 - ICCPR) ข้อบทที่ 4 (1) และ (2) ประกอบข้อบทที่ 6 ซึ่งรัฐต้องคำนึงถึงพันธกรณีดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ ฝ่ายบริหารควรระมัดระวังและคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนในการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ให้สมดุลกับการดูแลสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลบรรดาที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย หรือตามหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตระหนักถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ความเป็นอยู่ และสุขภาพของประชาชน รวมทั้งสภาวะเศรษฐกิจ สังคม และผลกระทบในด้านอื่น ๆ ของประเทศจากสถานการณ์ดังกล่าว จึงได้ออกแถลงการณ์จำนวน 2 ฉบับ ดังนี้

1. แถลงการณ์คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เรื่อง สถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 เมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2563 โดยแสดงความห่วงใยต่อสถานการณ์การระบาดของโรคดังกล่าวที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการมีสุขภาพที่ดีของประชาชน ซึ่งพึงได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม ที่ประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม กับทั้งมีข้อห่วงใยและข้อเสนอต่อทุกภาคส่วนเพื่อประโยชน์ในการเฝ้าระวัง ป้องกัน และควบคุมโรคอันตราย รวมทั้งการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น

2. แถลงการณ์คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เรื่อง สถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (ฉบับที่ 2) เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2563 โดยเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาของประเทศในสถานการณ์ปัจจุบันเพิ่มเติม นอกจากนี้ ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้มีข้อเสนอแนะต่อสถานการณ์ ดังนี้

1. ขอให้ประชาชนเว้นระยะห่างทางสังคมเพื่อรยารักษาหรือวัคซีนป้องกันโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019
2. ขอให้รัฐพึงคัดกรองผู้ติดเชื้อโรคเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ด้วยชุดตรวจแบบรวดเร็ว และรับการรักษาโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายนอกเหนือจากการเว้นระยะห่างระหว่างกัน พร้อมทั้งขอให้ประชาชนให้ความร่วมมือ ทั้งนี้ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ส่งแถลงการณ์ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและข้อเสนอแนะของประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้ Asia Pacific Forum (APF) และ Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI) เพื่อเผยแพร่ในเว็บไซต์ขององค์กรดังกล่าวด้วย



ในส่วนของสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ให้ความสำคัญต่อการเฝ้าระวังและการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 จึงออกประกาศเกี่ยวกับมาตรการในการเฝ้าระวังและป้องกันการแพร่ระบาดของโรคดังกล่าว สำหรับเจ้าหน้าที่ของสำนักงานฯ รวมถึงมาตรการรองรับการบริการประชาชนในระหว่างการเฝ้าระวังฯ ประกอบด้วย

1. ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เรื่อง มาตรการเร่งด่วนในการเฝ้าระวังและป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ลงวันที่ 20 มีนาคม 2563 ฉบับที่ 2 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2563 ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 29 เมษายน 2563 และฉบับที่ 4 ลงวันที่ 27 พฤษภาคม 2563 ให้ข้าราชการ พนักงานราชการ ลูกจ้าง และเจ้าหน้าที่อื่นของสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติปฏิบัติงานที่บ้านพักตั้งแต่วันที่ 23 มีนาคม ถึง 30 มิถุนายน 2563 ตามเงื่อนไขที่ผู้อำนวยการสำนักหรือผู้อำนวยการหน่วยกำหนด

2. ประกาศสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เรื่อง มาตรการรองรับการบริการประชาชนในระหว่างการเฝ้าระวังและป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ลงวันที่ 20 มีนาคม 2563 ฉบับที่ 2 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2563 ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 29 เมษายน 2563 และฉบับที่ 4 ลงวันที่ 27 พฤษภาคม 2563 โดยแจ้งให้ประชาชนทราบเกี่ยวกับการติดต่อราชการกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ในระหว่างเวลาที่ให้ข้าราชการ พนักงานราชการ ลูกจ้าง และเจ้าหน้าที่อื่นของสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติปฏิบัติงานที่บ้านพัก เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ราชการและไม่กระทบต่อการให้บริการแก่ประชาชน

อย่างไรก็ตาม การทำหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในช่วงเวลาดังกล่าว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติยังสามารถดำเนินการกิจตามหน้าที่และอำนาจได้ตามปกติ โดยการแจ้งเรื่องร้องเรียนทางหมายเลขโทรศัพท์สายด่วน 1337 หรือร้องเรียนทางโทรศัพท์กับผู้อำนวยการกลุ่มงานกลั่นกรองเรื่องร้องเรียนและประสานการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้หยิบยกประเด็นผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ซึ่งนอกจากจะมีผลกระทบต่อสิทธิในสุขภาพของประชาชนแล้ว ยังมีผลกระทบด้านอื่น ๆ ทั้งด้านสิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิแรงงาน มาตรฐานขั้นต่ำในการดำรงชีพอย่างสมศักดิ์ศรี (minimum standards of living) ตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม และยังส่งผลกระทบต่อกลุ่มผู้เปราะบางในสังคมหรือกลุ่มคนชายขอบที่บุคคลเหล่านี้อาจเข้าถึงหรือได้รับประโยชน์จากมาตรการของรัฐในการป้องกันและเยียวยาได้ไม่เต็มที่ เช่น ผู้ยากไร้ ผู้สูงอายุที่อยู่ลำพัง คนพิการ คนไร้บ้าน ทั้งที่เป็นเด็กและผู้ใหญ่ แรงงานข้ามชาติและแรงงานนอกระบบ ซึ่งปัจจุบันอยู่ในระหว่างการประมวลข้อมูลจากเครือข่ายและหากมีความจำเป็นก็อาจมีการจัดตั้งกลไกเฉพาะเพื่อการติดตามประเมินสถานการณ์อย่างเป็นระบบต่อไป

ข้อความคิดเบื้องต้น

เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

รองศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์





ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

รองศาสตราจารย์ ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์¹

บทคัดย่อ

สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ คือ “ระบบแห่งเหตุผล” หรือ “ระบบแห่งคุณค่า” ที่คอยกำกับการใช้ชีวิตของมนุษย์ในสังคม และถูกใช้เป็นหลักในการกำหนดความสัมพันธ์ในรูปแบบต่าง ๆ ระหว่างรัฐกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน การศึกษาข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “ผลที่ควรต้องเป็น” ของระบบแห่งเหตุผลและระบบแห่งคุณค่าเช่นว่านั้นในระบบกฎหมาย ทั้งนี้ เมื่อทำการศึกษาหลักการเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานแล้วจะพบว่า กลไกในทางรัฐธรรมนูญ รวมถึงกลไกในทางกฎหมายทั้งหลายต่างถูกกำหนดขึ้นเพื่อพิทักษ์คุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสิ้น ทั้งนี้ เพื่อให้สิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มีผลในทางกฎหมายและในความเป็นจริงมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้นั่นเอง และผู้ที่มีภารกิจในการทำให้คุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานมีผลได้อย่างแท้จริง ย่อมได้แก่ องค์กรของรัฐทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ และรวมถึงประชาชนทั้งหลายที่เป็นองค์ประกอบของสังคมนั้น ๆ ด้วย

คำสำคัญ:

สิทธิขั้นพื้นฐาน, ระบบแห่งเหตุผล, ระบบแห่งคุณค่า, ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐาน, กฎแห่งการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน, หลักความพอสมควรแก่เหตุ

¹ รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับสอง (ธรรมศาสตร์), Legum Magister (LL.M) Universität Konstanz ประเทศเยอรมนี, Dr. iur. Friedrich-Schiller-Universität Jena ประเทศเยอรมนี.

Basic Concept of Fundamental Rights

Associate Professor Dr. Torpong Kittiyapunong

Abstract

The fundamental rights that is specifically recognised by the provisions of the Constitution are “the order of reason”, in other words, “the order of values”. This concept is used to regulated the conduct of human life in society and it is also deemed as the concept to stipulate any forms of relationship, whether between the state and individuals or even among individuals themselves. Therefore, a study of preliminary ideas of the fundamental rights shall be in connection with “the effect that ought to be” of the order of reason or the order of values in the legal system as such. Subsequently, when the research of introductory principle of fundamental rights has been conducted, it is demonstrated that the constitutional mechanisms and any legal mechanisms are designated to preserves all value of fundamental rights so that these rights could be legally and practically effective as much as possible. Substantively, to make a success of such matters, it must be taken into account by any state organisations, whether it is the legislature, the executive, or the judiciary as well as the citizens which it recognised as part of the society.

Keywords :

Fundamental rights, the order of reason, the order of values, human dignity, binding force of fundamental rights, rule of weighing, principle of proportionality.



ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

1

บทนำ

ในการศึกษาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลนั้น เราอาจแบ่งขอบเขตการศึกษาออกได้เป็น 2 มิติใหญ่ ๆ ด้วยกัน ได้แก่ มิติในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ประการหนึ่ง และมิติในทางกฎหมายมหาชนภายใน อีกประการหนึ่ง ในมิติทางกฎหมายระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์แห่งการศึกษาที่สำคัญเรียกว่า “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) ซึ่งเป็นแนวคิด (Concept) ในการคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติอันติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ใดมอบให้² สิทธิตามธรรมชาติอันติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดในความหมายเช่นว่านี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในการไม่ถูกระงับหรือการทำให้การที่ไร้มนุษยธรรม สิทธิที่จะไม่ถูกนำตนลงเป็นทาสและบังคับแรงงาน ไม่ถูกล่วงโทษประหารชีวิต สิทธิในการมีเสรีภาพและความปลอดภัยในชีวิต การไม่ถูกล่วงโทษซ้ำในการกระทำความผิดเดียวกัน (ne bis in idem) สิทธิในการได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลที่เป็นอิสระและเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหามีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐาน การไม่ถูกล่วงโทษย้อนหลัง นอกจากนี้ สิทธิมนุษยชนยังหมายถึงความรวมถึงเสรีภาพในการดำเนินชีวิตส่วนตัวและการดำเนินชีวิตครอบครัวบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในทางความคิด เสรีภาพในมโนสำนึกและการนับถือศาสนา การแสดงความคิดเห็นอย่างเสรี เสรีภาพในการชุมนุม การก่อตั้งครอบครัว การศึกษา สิทธิในทางทรัพย์สิน และการไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม³ ทั้งนี้ กลไกสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ กลไกในการสร้างพันธกรณีระหว่างประเทศเพื่อให้รัฐสมาชิกทั้งหลายมีพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เช่น การตรากฎบัตรสหประชาชาติที่กำหนดหน้าที่ให้รัฐส่งเสริมและสนับสนุนการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายในประเทศสมาชิก หรือการตราปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นต้น⁴ รวมถึงกลไกการจัดให้มีสถาบันทางกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อทำหน้าที่เป็นองค์กรพิทักษ์สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น ศาลสิทธิมนุษยชน เป็นต้น

ในทางกฎหมายมหาชนภายในนั้น การศึกษาในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะมีน้ำหนักอยู่ที่เรื่องของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น อาจเป็นสิทธิ

² จาก สิทธิมนุษยชน : แนวคิดและการคุ้มครอง (น. 14), โดย นพนิติ สุริยะ, 2559, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³ From Völkerrecht (p. 300), by Seidl-Hohenveldern, Ignaz, 1997, Köln/Berlin/Bonn/München: 9. Aufl.

⁴ จาก สิทธิมนุษยชน (น. 59, 93), โดย อุดมศักดิ์ สินธิวัชร, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 5.

ขั้นพื้นฐานที่มีเนื้อหาลักษณะเดียวกันกับสิทธิมนุษยชน เช่น สิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในทางความคิดหรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในทรัพย์สิน รวมถึงสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติอันเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดแล้ว นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยังได้ให้การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานที่เรียกว่า “สิทธิของพลเมือง” (Citizen Rights) ด้วย ยกตัวอย่างเช่น สิทธิทางการเมืองอย่างสิทธิเลือกตั้งและสิทธิลงสมัครรับเลือกตั้ง หรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น แต่ไม่ว่าจะพิจารณาในมิติประการใดก็ตาม สิทธิเสรีภาพของบุคคลไม่ว่าจะเรียกว่าสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญต่างมีคุณค่าร่วมกันประการหนึ่ง ได้แก่ การนับถือในความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลทั้งหลาย ในฐานะผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายที่มีเสรีภาพและมีอิสระในการกำหนดวิถีชีวิตของตนเอง และรัฐทั้งหลายรวมถึงประชาคมระหว่างประเทศมีหน้าที่ในการปกป้องรักษาให้คุณค่าเช่นนั้นดำรงอยู่ด้วยเครื่องมือหรือกลไกทั้งหลายที่ระบบกฎหมายได้รังสรรค์ขึ้นมา ในบทความฉบับนี้จะมุ่งเน้นไปที่การอธิบายข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ ซึ่งการศึกษาในแนวทางนี้ ได้แก่ การศึกษาถึงรูปแบบการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคลทั้งหลาย โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกติกาที่กำหนดรูปแบบความสัมพันธ์ดังกล่าว การศึกษาในแนวทางนี้จะมีประโยชน์ในทางปฏิบัติที่เป็นรูปธรรมประการหนึ่ง ได้แก่ การชี้ขาดว่าการกระทำทั้งหลายของรัฐที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือสามารถทำได้ในขอบเขตเพียงใด

2

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะแกนกลาง ของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน

ปรัชญาเมธีทั้งหลายที่อธิบายถึงสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็น Kant, Hegel, Rawls หรือ Taylor ต่างกล่าวไว้ตรงกันว่า ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานถูกสร้างขึ้นจากความเชื่อในคุณค่าที่ว่า มนุษย์ย่อมมีความสามารถในการกำหนดใจตนเอง และมีอิสระที่จะเป็นในสิ่งที่ตนเองต้องการเป็น รวมถึงมีอิสระจากการถูกบังคับโดยเจตจำนงของรัฐหรือบุคคลอื่น⁵ กล่าวเฉพาะถึง Immanuel Kant ได้อธิบายว่า “มนุษย์ทุกผู้ทุกคนต่างมีเจตจำนงที่จะแสวงหาสภาวะ

⁵ From “Menschenrechte als Grundlage für Selbstbestimmungsrechte,” by Schnebel, Karin B., (2010), Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 96(1), p. 78.



ที่เป็นอิสระเสรี ดังนั้น เมื่อมนุษย์ต่างแสวงหาสภาวะที่เป็นอิสระเสรีจากการถูกจำกัดโดยเจตจำนงของบุคคลอื่น “เสรีภาพ” จึงถูกถือว่าเป็นเรื่องของความมีเหตุผลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคม⁶ ทั้งนี้ มนุษย์ประกอบไปด้วยลักษณะ 2 ด้านหรือ 2 ขั้วอยู่ในตัวเอง ซึ่งได้แก่ ด้านที่เป็นความปรารถนาหรือความอยาก (desire) และด้านที่มีเหตุผล (reason)⁷ กล่าวอีกนัยหนึ่ง จิตวิญญาณของมนุษย์ประกอบไปด้วยทั้งส่วนที่มีเหตุผลและส่วนที่ไม่มีเหตุผล⁸ ทั้งนี้ ความมีเหตุผลในตัวมนุษย์จะทำให้มนุษย์ตัดสินใจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไปตามทัศนคติและความเข้าใจต่อโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะตัดสินใจไปตามหลักแห่งศีลธรรมอันดีงาม และความมีเหตุผลนั่นเองที่ทำให้มนุษย์สามารถเอาชนะความปรารถนาและความอยากในตัวเองได้ หน้าที่ของรัฐก็คือ จะต้องรับรองและคุ้มครองให้มนุษย์ทั้งหลายในสังคมมีความสามารถในการใช้เหตุและผล และดำเนินชีวิตอยู่ร่วมกันไปตามหลักของเหตุและผลดังกล่าว Kant กล่าวต่อไปว่า มนุษย์มีอยู่ด้วยกัน 2 ประเภท ได้แก่ สัตว์มนุษย์ (Tiermenschen) และมนุษย์ที่มีเหตุผล (Vernunftmenschen) ซึ่งมีลักษณะตรงข้ามกันโดยสิ้นเชิง⁹ สำหรับสัตว์มนุษย์ (Tiermenschen) นั้น ภาวการณ์ตัดสินใจจะเป็นไปตามสัญชาตญาณของสัตว์ การตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ จึงเป็นไปตามความปรารถนาและความต้องการที่ไม่มีขอบเขตจำกัด แต่สำหรับมนุษย์ที่มีเหตุผล (Vernunftmenschen) จะใช้เหตุผลเป็นเครื่องกำกับการตัดสินใจกระทำการต่าง ๆ ของตนเอง โดยเหตุและผลเช่นนี้จะทำหน้าที่ตั้งเป็น “กฎหมายทั่วไป” (Allgemeine Gesetze) ที่ควบคุมการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ของมนุษย์ คำถามสำคัญมีอยู่ว่า ในภาคใดของจิตใจหรือจิตวิญญาณของมนุษย์ที่มนุษย์อาจมีเสรีภาพได้อย่างแท้จริง ในเรื่องดังกล่าว Kant ให้คำตอบว่า ในภาวะที่มนุษย์ตกอยู่ภายใต้ความอยากมีอยากได้ของสัญชาตญาณสัตว์นั้น มนุษย์ย่อมไม่มีเสรีภาพ กล่าวคือ ไม่มีเสรีภาพจากความปรารถนาหรือความอยากของตนเอง แต่สำหรับมนุษย์ผู้มีเหตุผลนั้น ย่อมไม่ปล่อยให้ตนเองตกอยู่ภายใต้อารมณ์ความรู้สึกปรารถนาอันไม่มีที่สิ้นสุด และยอมตนอยู่ภายใต้ “ระบบแห่งเหตุผล” หรือ “กฎหมายทั่วไป” ดังที่กล่าวไปแล้ว และในภาวะเช่นนี้เองที่มนุษย์กลับมีเสรีภาพที่แท้จริง¹⁰ คำอธิบายว่ามนุษย์มีเสรีภาพภายใต้ระบบแห่งเหตุผลหรือหลักกฎหมายทั่วไปนี้เองที่ถูกพัฒนามาเป็นหลักเรื่อง “เสรีภาพภายใต้กฎหมาย” ในความหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน และคำว่าเสรีภาพภายใต้กฎหมายนี้เองที่ชี้ให้เห็นถึงระบบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคลทั้งหลายได้อย่างชัดเจนที่สุด

⁶ Ibid.

⁷ From Über Freiheit, Moral und Recht (p. 15), by Schapp, Jan, 1995, JZ 50.

⁸ จาก ประวัติศาสตร์ความคิด นิติปรัชญา (น. 85), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2561, กรุงเทพฯ: พิมพ์ครั้งที่ 1.

⁹ จาก ทฤษฎีสติขั้นพื้นฐาน (น. 262), โดย ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, 2562, กรุงเทพฯ: วิทยุชน, พิมพ์ครั้งที่ 2.

¹⁰ From Über Freiheit, Moral und Recht. Loc.cit., “Kant und Problem der Zurechenbarkeit,” by Bojanowski, Jochen, Zeitschrift für philosophische Forschung, 61(2), p. 207.

เราได้ทราบแล้วว่าข้อความคิดว่าด้วยเสรีภาพนั้นไม่มีความหมายอื่นใดไกลไปกว่าการที่รัฐรับรองให้ปัจเจกบุคคลทั้งหลายดำรงชีวิตอยู่ในสังคมการเมืองได้อย่างมีเหตุผล ผล ดังนั้น เมื่อเรากล่าวว่ามนุษย์มีเสรีภาพ ย่อมหมายความว่า “มีเสรีภาพที่จะกระทำการอย่างมีเหตุผล” เท่านั้น¹¹ อย่างไรก็ตาม เมื่อเราตั้งคำถามว่า อะไรคือสิ่งที่กฎหมายซึ่งเป็นระบบแห่งเหตุผลมุ่งที่จะคุ้มครองให้แก่ปัจเจกบุคคลทั้งหลายมากที่สุด เราอาจให้คำตอบว่า ได้แก่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั่นเอง ทั้งนี้ ในการสถาปนารัฐธรรมนูญในรัฐใดรัฐหนึ่งมักจะมีการกำหนดให้ “คุณค่าพื้นฐานบางประการ” เป็นเป้าหมายในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญและเป้าหมายในการสถาปนาอำนาจปกครอง และคุณค่าพื้นฐานเช่นว่านี้จะกลายมาเป็นหลักการพื้นฐานที่มีความสำคัญมากที่สุดของรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ ที่รัฐธรรมนูญจะต้องปกป้องรักษาเอาไว้ให้ได้ คุณค่าพื้นฐานในรัฐธรรมนูญของรัฐต่าง ๆ จึงอาจมีเนื้อหาที่แตกต่างกันได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความสำนึกร่วมกันของคนในชาติ วัฒนธรรม หรือประสบการณ์ทางการเมืองของสังคมการเมืองนั้น ๆ ยกตัวอย่างเช่น การร่างกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Basic Law) ภายหลังการสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ย่อมเกิดขึ้นจากการพิจารณาและให้ความสำคัญกับประสบการณ์อันเลวร้ายของเยอรมนีที่ส่งผลให้เกิดความล่มสลายทางการเมืองและทางศีลธรรมและการนับถือคุณค่าความเป็นมนุษย์ รัฐธรรมนูญที่ถูกสถาปนาขึ้นมาใหม่จึงต้องวางรากฐานทางสังคมไม่ให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวซ้ำอีก อย่างไรก็ตาม คุณค่าสูงสุดที่ถูกสถาปนาขึ้นในรัฐธรรมนูญของรัฐหนึ่ง อาจไม่ใช่สิ่งที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญในอีกรัฐหนึ่งก็เป็นได้ ทั้งนี้ เพราะในรัฐอื่น ๆ อาจนับถือคุณค่าประการอื่นให้เป็นคุณค่าพื้นฐานในสังคมการเมืองนั้น ๆ¹² ยกตัวอย่างเช่น การรักษাজারีวัฒนธรรมของสังคมเมืองแบบดั้งเดิมหรือการยกย่องเทิดทูนบุคคลใดหรือสถาบันใดให้มีคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจเป็นเรื่องที่ขัดแย้งโดยตรงกับอุดมคติเรื่องการนับถือคุณค่าสูงสุดในความเป็นมนุษย์ก็เป็นได้¹³

อย่างไรก็ตาม หากเรากล่าวถึงเฉพาะรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ถือประโยชน์ของประชาชนเป็นใหญ่ ต้องนับว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าสูงสุดที่ถูกรับรองโดยรัฐธรรมนูญ¹⁴ และเมื่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าสูงสุดที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครอง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นแกนกลางหรือเป็นจุดเริ่มต้นในการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในประการอื่น ๆ ทั้งปวงด้วย¹⁵ คุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ย่อมส่งผลโดยตรงในการออกแบบโครงสร้างความสัมพันธ์ทั้งหลายในสังคมการเมืองนั้น ๆ และทำให้สังคมการเมืองนั้น ๆ เป็นสังคมการเมืองที่ประชาชนดำรงตนหรือใช้

¹¹ From Grundrechte als Wertordnung (p. 913), by Schapp, Jan, 1998, JZ 53.

¹² จาก ทฤษฎีสหัชฐานพื้นฐาน. เล่มเดิม. (น. 115).

¹³ จาก “การปะทะกันแห่งคุณค่าในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย,” โดย ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์, 2562, วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 48(3), น. 457.

¹⁴ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอาจพบร่องรอยที่ชี้ให้เห็นว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคุณค่าสูงสุดในทางรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างเช่น การที่มาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมันบัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม้อาจถูกล่วงละเมิดได้” ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง กำหนดไว้แต่เพียงว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” เป็นต้น.

¹⁵ จาก ทฤษฎีสหัชฐานพื้นฐาน. เล่มเดิม. (น. 116).



ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างมีเหตุมีผล โดยปัจเจกบุคคลทั้งหลายย่อมมีความสามารถที่จะใช้ชีวิตโดยปราศจากความกลัวจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ มีอิสระเสรีที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดก็ได้ อย่างมีเหตุมีผล ย่อมกล่าวอ้างได้ว่าตนเองสมควรได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคและไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากรัฐและบุคคลอื่น ๆ ที่เป็นองค์ประกอบของสังคม มีความชอบธรรมที่จะดำเนินชีวิตไปตามมโนสำนึกแห่งตน รวมถึงมีเสรีภาพที่จะแสดงความคิดเห็นหรือผลแห่งการใช้ความคิดแห่งตนได้โดยไม่มีอุปสรรคขัดขวางด้วย¹⁶ แม้ในปัจจุบันนี้จะยังไม่มีผู้ใดให้คำจำกัดความของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้โดยชัดเจนแน่นอนก็ตาม¹⁷ ก็ยังคงต้องนับว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนุญ และการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หรือเสรีภาพในทางมโนธรรม ต่างมีที่มาจากการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งสิ้น

3

ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐาน

คำอธิบายในทางทฤษฎีที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่เป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจเหตุผลของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน ได้แก่ คำอธิบายในเรื่อง “ผลผูกพันของสิทธิขั้นพื้นฐาน” ทฤษฎีดังกล่าวนี้มีคำถามที่สำคัญอยู่ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายที่ได้รับการรับรองไว้โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนุญนั้นมีผลผูกพันผู้ใดให้ต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานบ้าง ทั้งนี้ ในความเข้าใจโดยทั่วไป รวมถึงคำสอนในทางดำรานั้น สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนุญย่อมก่อให้เกิดผลผูกพันในแนวตั้งระหว่างรัฐและเอกชน (Vertical effect of constitutional rights)¹⁸ กล่าวคือ รัฐและบรรดาองค์กรของรัฐทั้งหลายที่มีอำนาจมหาชนหรืออำนาจเหนือหรือที่เรียกว่าอำนาจบังคับฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ จะต้องผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน กล่าวให้แคบเข้า การใช้อำนาจเหนือหรืออำนาจบังคับฝ่ายเดียวดังกล่าวของรัฐและองค์กรของรัฐที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนทั้งหลายนั้นจะชอบด้วยรัฐธรรมนุญก็ต่อเมื่อ

¹⁶ แหล่งเดิม. (น. 117).

¹⁷ จาก หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (น. 86), โดย บรรเจิด สิงคนิต, 2562, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 6.

¹⁸ จาก ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน. แหล่งเดิม. (น. 116).

ได้กระทำไปโดยเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น¹⁹ ดังนั้น โดยพื้นฐานแล้วรัฐธรรมนูญย่อมมุ่งหมายให้สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้นผูกพันองค์กรของรัฐทั้งหลายไม่ว่าจะใช้อำนาจในลักษณะใดก็ตาม ให้ต้องเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานและละเว้นจากการใช้อำนาจเข้าไปกระทบสิทธิเสรีภาพของเอกชนทั้งหลาย ดังนั้น เอกชนทั้งหลายจึงมีสิทธิเรียกร้องโดยตรงต่อองค์กรของรัฐให้งดเว้นจากการใช้อำนาจหรือการกระทำทั้งหลายที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของตน สิทธิเรียกร้องของเอกชนในลักษณะดังกล่าวเรียกในทางตำราว่า “สิทธิป้องกัน” (Defensive Right; Abwehrrecht)²⁰

แม้ว่าโดยพื้นฐานแล้ว รัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญผูกพันต่อองค์กรของรัฐทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ และไม่ได้ผูกพันโดยตรงให้เอกชนทั้งหลายต้องให้ความเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนด้วยกัน อย่างไรก็ตาม เป็นที่ทราบกันดีว่าในปัจจุบันนี้ไม่เพียงแต่องค์กรของรัฐต่าง ๆ เท่านั้นที่อาจใช้อำนาจย่ำยีสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้ตามอำเภอใจ แต่เอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่อยู่ในฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมที่เหนือกว่าอาจ

¹⁹ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญอาจรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่แตกต่างกันออกไป โดยการกำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานให้มีความยากง่ายแตกต่างกันออกไป ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทต่าง ๆ แตกต่างกันออกไปดังต่อไปนี้

1) สิทธิขั้นพื้นฐานประเภทที่รัฐอาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้โดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น โดยในกรณีดังกล่าวแม้รัฐธรรมนูญจะคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นเป็นหลัก แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็อาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้ตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นสมควร ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 37 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสมาคม” และวรรคสอง บัญญัติว่า “ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

2) สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐอาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ก็แต่โดยการปฏิบัติตามเงื่อนไขพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น การกำหนดวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อเป็นเงื่อนไขในการตรากฎหมายนั้น ยกตัวอย่างเช่น การที่มาตรา 40 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ” และวรรคสอง ของมาตราเดียวกัน บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพื่งเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น”

3) สิทธิขั้นพื้นฐานประเภทที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยไม่อนุญาตให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ในทุกกรณี แต่การใช้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับคุณค่าบางประการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน”.

²⁰ From Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes (p. 101), by Badura, Peter, 2003, München: 3. Aufl.



กระทำการที่เป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองได้เช่นเดียวกัน²¹ ยกตัวอย่างเช่น นายจ้างซึ่งมีอำนาจในทางความเป็นจริงทั้งในด้านเศรษฐกิจและสังคมที่กล่าวข้างต้น ย่อมมีอำนาจฝ่ายเดียวในการกำหนดเงื่อนไขการจ้างหรือการทำงานซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของลูกจ้างได้ คำถามสำคัญมีอยู่ว่า ลูกจ้างซึ่งเป็นเอกชนจะอ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานขึ้นยืนต่อ นายจ้างโดยตรงได้หรือไม่ ว่าการใช้อำนาจในพรมแดนกฎหมายเอกชนของนายจ้างกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของตน คำถามในประการดังกล่าวนี้เป็นคำถามสำคัญถึง “ผลที่ควรต้องเป็นของสิทธิขั้นพื้นฐานในระบบกฎหมาย” เลยทีเดียว ในเรื่องดังกล่าวนี้มีคำอธิบายในทางทฤษฎีอยู่ว่า จริงอยู่แม้เอกชนคนหนึ่งจะมีอาจอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญขึ้นใช้ยื่นเอกชนอีกคนหนึ่งได้โดยตรงก็ตาม เพราะการยอมรับหลักดังกล่าวจะกระทบแดนอิสระของปัจเจกบุคคล (Private Autonomy) อย่างมาก แต่การถือหลักการดังกล่าวโดยเคร่งครัดมากเกินไป ย่อมทำให้คุณค่าหรือระบบแห่งเหตุผลที่รัฐธรรมนูญมุ่งหมายให้ใช้ในการกำหนดกฎเกณฑ์การดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นไม่อาจบรรลุจุดมุ่งหมายได้อย่างแท้จริง ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากเป้าหมายของการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยรัฐธรรมนูญเราจึงอาจสรุปได้ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งโดยปกติใช้ในการกำหนดความสัมพันธ์ในแนวดิ่งระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น “ควร” ที่จะมิผลเข้ามากำหนดความสัมพันธ์ในแนวนอนระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันด้วย (Horizontal effect of constitutional rights) คำถามจึงมีอยู่เพียงว่า ทำอย่างไรสิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงจะสามารถมีผลเข้ามาใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันได้

ในทางทฤษฎีนั้นสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญอาจถูกนำเข้ามาใช้ในการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันได้ผ่านการทำหน้าที่ขององค์กรของรัฐ 2 องค์กร ซึ่งได้แก่ ศาลยุติธรรมองค์กรหนึ่ง และฝ่ายนิติบัญญัติอีกองค์กรหนึ่ง ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรของรัฐองค์กรแรกที่สามารถนำหลักการของสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญเข้ามาใช้ในการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ทั้งนี้ เพราะศาลยุติธรรมเป็นศาลที่ทำหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันที่เกิดขึ้นในพรมแดนกฎหมายเอกชน²² โดยวิธีการที่ศาลยุติธรรมจะนำสิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามาปรับใช้กำหนดนิติสัมพันธ์ในพรมแดนกฎหมายเอกชน ได้แก่ การใช้การตีความกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะเป็นหลักการทั่วไปหรือเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง (Unbestimmte Rechtsbegriffe) โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน²³ บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวเปิดช่องให้ศาลยุติธรรมได้ตีความถ้อยคำในบทบัญญัตินั้นเพื่อเชื่อมโยงคุณค่าในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามากำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชน

²¹ จาก สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 54), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2543, กรุงเทพฯ: วิญญูชน. เปรียบเทียบ ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน. เล่มเดิม. (น. 167).

²² ในขณะที่ศาลในทางกฎหมายมหาชนอย่างศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองย่อมมีหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐกับเอกชนที่เกิดขึ้นในพรมแดนกฎหมายมหาชน และเป็นหน้าที่ตามปกติของศาลทั้งสองอยู่แล้วที่จะต้องนำหลักในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญเข้ามาใช้ในการชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น.

²³ ตามระบบกฎหมายไทยนั้น หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนได้รับการบัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 150

กับเอกชนด้วยกันด้วย ยกตัวอย่างเช่น นายจ้างอาจกำหนดไว้ในสัญญาจ้างห้ามลูกจ้างหญิงและชาย สมรสโดยเด็ดขาดระหว่างอายุของสัญญา หรือการกำหนดในสัญญาจ้างแรงงานห้ามลูกจ้างทำการค้า หรือทำกิจการที่มีลักษณะเดียวกับนายจ้างตลอดอายุของลูกจ้าง ข้อสัญญาในลักษณะดังกล่าวเป็นการ จำกัดเสรีภาพในการสร้างครอบครัว และเสรีภาพในการประกอบอาชีพของลูกจ้างเกินสมควรแก่เหตุ ศาลแรงงานหรือศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจในการชี้ขาดว่าข้อสัญญาดังกล่าวขัดกับกฎหมายคุ้มครอง แรงงานซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และให้ข้อสัญญา ดังกล่าวตกเป็นโมฆะ แต่เมื่อพิจารณาในแง่เหตุผลอย่างถ่องแท้แล้วจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า การชี้ขาด ของศาลยุติธรรมในลักษณะดังกล่าวมีผลเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของลูกจ้างด้วยนั่นเอง ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวการรักษาหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเป็นหลักใน ทางแพ่งอาจเป็นเรื่องเดียวกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นหลักการในทางกฎหมายมหาชนได้ ด้วยนั่นเอง โดยมีศาลยุติธรรมเป็นผู้ทำหน้าที่เชื่อมโยงคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามาในพรมแดนของ กฎหมายเอกชน

นอกเหนือจากศาลยุติธรรมแล้ว องค์การของรัฐอีกองค์กรหนึ่งที่มีหน้าที่เชื่อมโยงคุณค่าของ สิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามาใช้ในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้ ถือว่าหน้าที่ในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติถือเป็นหน้าที่ของรัฐที่เรียกว่า “หน้าที่ในการ ปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐาน” (Staatliche Schutzpflicht)²⁴ ซึ่งเป็นการกักในการรักษาและคุ้มครองสิทธิ ขั้นพื้นฐานในฐานะคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเฉพาะการตรากฎหมายเอกชนนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อนำมา ใช้ในการกำหนดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างเอกชนทั้งหลายด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งถือเป็นการกัก หน้าที่ในเชิงคุณค่าของฝ่ายนิติบัญญัติ ที่จะต้องปกป้องเอกชนฝ่ายที่มีสถานะทางเศรษฐกิจและ สังคมต่ำกว่าเอกชนอีกฝ่ายหนึ่งจากการถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ยกตัวอย่างเช่น ในการตรากฎหมาย คุ้มครองแรงงานนั้นจะพบว่าฝ่ายนิติบัญญัติที่ตรากฎหมายได้พยายามกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการ จ้างแรงงานไว้เป็นการขัดแย้งเพื่อป้องกันมิให้ลูกจ้างถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานจากนายจ้าง การทำ หน้าที่ดังกล่าวของฝ่ายนิติบัญญัติที่ตรากฎหมายคุ้มครองแรงงานจึงถือเป็นการทำหน้าที่เชื่อมโยงการ คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเอกชนด้วย ตัวอย่างของการคุ้มครองสิทธิ ขั้นพื้นฐานของลูกจ้างในกฎหมายแรงงานไทย ได้แก่ การคุ้มครองหลักความเสมอภาคระหว่างชาย และหญิงในการจ้างแรงงาน เช่น มาตรา 15 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติว่า “ให้นายจ้างปฏิบัติต่อลูกจ้างชายและหญิงโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงาน เว้นแต่ลักษณะ หรือสภาพของงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้” หรือมาตรา 53 ของพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่งานมีลักษณะและคุณภาพอย่างเดียวกันและปริมาณเท่ากัน ให้นายจ้างกำหนดค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด และค่าล่วงเวลาในวันหยุดให้แก่ลูกจ้างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าลูกจ้างนั้น

²⁴ from “Staat Duty of Protection and Constitutional Rights,” by Stark, Christian, (2000), PER/PELJ, (3)1, pp. 21-91.



จะเป็นชายหรือหญิง” เป็นกรณีที่แสดงให้เห็นได้ชัดว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้พยายามเชื่อมโยงคุณค่าของ “หลักความเสมอภาค” ซึ่งเป็นคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเอกชนด้วย นอกจากนี้ ในปัจจุบันหลักความเสมอภาคในเรื่องที่เกี่ยวกับเพศยังได้รับการนำมากำหนดให้มีความชัดเจนและเป็นระบบมากยิ่งขึ้นในกฎหมายฉบับหนึ่ง ได้แก่ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558²⁵ โดยมีหลักการสำคัญที่สุดประการหนึ่งอยู่ในมาตรา 17 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “การกำหนดนโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใดในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศจะกระทำมิได้” ซึ่งโดยผลของบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า หลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักการตามรัฐธรรมนูญนั้นถูกนำเข้ามาใช้ในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันภายใต้การทำหน้าที่ในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ นอกเหนือจากนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติที่ตรากฎหมายดังกล่าวยังได้กำหนดสภาพบังคับของหลักความเสมอภาคไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 18 วรรคหนึ่งและวรรคสองด้วย โดยมาตรา 18 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลใดเห็นว่าตนได้รับหรือจะได้รับความเสียหายจากการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และมีใช้เรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว ให้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการ วลพ.²⁶ เพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศหรือไม่ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ วลพ. ให้เป็นที่สุด ...” และได้กำหนดให้การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติเป็นความผิดฐานละเมิดด้วย ตามมาตรา 18 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “การร้องขอตามวรรคหนึ่งไม่เป็นการตัดสิทธิผู้ร้องในอันที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดต่อศาลที่มีเขตอำนาจ โดยให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินให้แก่บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศได้ และหากการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศนั้นเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ศาลจะกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษให้แก่บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไม่เกินสี่เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงด้วยก็ได้” ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติของไทยก็ได้ทำหน้าที่บางส่วนในการนำหลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามาใช้อย่างเป็นรูปธรรมในการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันแล้ว

²⁵ ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติความเท่าเทียมทางเพศ พ.ศ. 2558 ระบุเหตุผลในการตราพระราชบัญญัตินี้ว่า “โดยที่ปัจจุบันไม่มีมาตรการป้องกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศที่ชัดเจน ส่งผลให้บุคคลซึ่งถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศไม่ได้รับความคุ้มครองและไม่ได้รับความเป็นธรรมเท่าที่ควร สมควรมีกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ และป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชนสากลตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”.

²⁶ “คณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” (คณะกรรมการ วลพ.) ตามมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ประกอบด้วย “ประธานกรรมการคนหนึ่งและกรรมการอื่นอีกจำนวนไม่น้อยกว่าแปดคน แต่ไม่เกินสิบคน ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยการสรรหาจากผู้ซึ่งมิใช่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการ สทพ. ที่มีความรู้และประสบการณ์ด้านการคุ้มครองผู้ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศจำนวนสามคน และผู้ทรงคุณวุฒิด้านสิทธิมนุษยชน ด้านนิติศาสตร์ ด้านสังคมศาสตร์ ด้านจิตวิทยา และด้านแรงงานอย่างน้อยด้านละหนึ่งคน”.

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ในโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น มีลักษณะเป็น “คุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญ” ที่นอกจากจะผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรแล้วยังมีลักษณะเป็นระบบแห่งเหตุผลสำหรับการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมของปัจเจกบุคคลทั้งหลายด้วย ดังนั้น เอกชนทั้งหลายจะต้องผูกพันตนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย ทั้งนี้ องค์กรของรัฐที่มีหน้าที่เชื่อมโยงคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามาใช้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ได้แก่ ศาลยุติธรรมกับฝ่ายนิติบัญญัตินั่นเอง

4

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน :
กฎแห่งการชั่งน้ำหนัก (rule of weighing)
และหลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of proportionality)

ดังที่ได้อธิบายไปแล้วในตอนต้นว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น มีลักษณะเป็นคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญและเป็นระบบแห่งเหตุผลที่กำกับการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันของประชาชนที่อาศัยอยู่ในสังคม ดังนั้น รัฐ หน่วยงานของรัฐ รวมถึงปัจเจกบุคคลทั้งหลายในฐานะองค์ประกอบของสังคมจึงมีหน้าที่ร่วมกันในการปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐาน ทั้งนี้ เพราะความตกลงร่วมกันในการพิทักษ์สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีผลเท่ากับว่าประชาชนทั้งหลายได้ร่วมกันพิทักษ์คุณค่าพื้นฐานของสังคมการเมืองด้วยนั่นเอง อย่างไรก็ตาม สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นหาได้มีลักษณะเป็นคุณค่าสูงสุดเด็ดขาดอันมิอาจถูกจำกัดลงได้เลยแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพราะในสังคมการเมืองนั้นยังมีคุณค่าประการอื่น ๆ ที่ดำรงอยู่และจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองโดยรัฐเช่นเดียวกัน ในทางวิชาการสิทธิขั้นพื้นฐานมองว่า สิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญไม่ได้มีลักษณะเป็น “กฎเกณฑ์” (Rule) ที่มีผลบังคับเด็ดขาดตายตัว (definitive) ที่มิอาจถูกจำกัดลงได้เลย หากแต่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นกลับมีลักษณะเป็น “หลักการ” (Principle) ที่กำหนด “ความควรต้องเป็น” (ought) ในลักษณะที่ไม่เด็ดขาดตายตัว (Prima facie)²⁷ คำถามต่อมาเมื่อว่า เมื่อเราสรุปว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีสถานะเป็นหลักการที่มีผลบังคับไม่เด็ดขาดตายตัวแล้ว ปัจเจกบุคคลทั้งหลายจะเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของตนได้จนถึงขอบเขตเพียงใด คำตอบในเรื่องนี้มีอยู่ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองจะมีผลบังคับเพียงใดขึ้นอยู่กับความเป็นไปได้ในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอื่น ๆ ที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบด้วยเสมอเพื่อชี้ขาดว่าในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะรานั้น ปัจเจกบุคคลแต่ละคนควรได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของตนในขอบเขตเพียงใด²⁸

²⁷ From Theorie der Grundrechte (p. 87), by Alexy, Robert, 1994, Baden-Baden.

²⁸ Ibid.



ดังนั้น ความควรต้องเป็นในแง่ผลบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่น ๆ ด้วย กล่าวคือ เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตรงกับองค์ประกอบส่วนเหตุของบทบัญญัติที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน ผลทางกฎหมายอาจไม่ได้เป็นไปตามที่บทบัญญัตินั้นเรียกร้องหรือต้องการให้เกิดขึ้นเสมอไป ทั้งนี้ เราอาจกล่าวได้ว่า ลักษณะความเป็นหลักการ (Principle) ของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นเป็นเรื่องของ “การให้เหตุผล” และการให้เหตุผลเช่นนั้นอาจถูกหักล้างโดย “เหตุผลอื่น ๆ” ทั้งของรัฐและปัจเจกบุคคลอื่นที่อาจมีน้ำหนักหรือมีคุณค่ามากกว่าได้ ดังนั้น สิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่เป็นหลักการนั้นจึงไม่มีผลบังคับที่แน่นอนหรือเด็ดขาดตายตัวแต่กลับมีผลไปจนกว่าหรือมีผลเท่าที่ไม่มีเหตุผลหรือหลักการอื่น ๆ มาหักล้างได้²⁹

คำถามต่อมา อะไรคือหลักการหรือเหตุผลอื่น ๆ ที่รัฐสามารถอ้างขึ้นเพื่อมาจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองเอาไว้ได้ คำตอบในเรื่องดังกล่าวมักปรากฏด้วยอยู่แล้วในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เราอาจแบ่งวิธีการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน รวมถึงเงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 3 กลุ่มด้วยกัน ได้แก่ 1) สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยกำหนดเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ซึ่งหมายถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ แต่การตรากฎหมายเช่นนั้นจะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญ³⁰ อาจถูกจำกัดลงได้โดยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และกฎหมายนั้นจะต้องตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน 2) สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยกำหนดเงื่อนไขธรรมดาในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ซึ่งหมายถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ และการจำกัดสิทธิตามกฎหมายนั้นจะเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใด ให้เป็นดุลพินิจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเอง ยกตัวอย่างเช่น การที่รัฐธรรมนูญ³¹ บัญญัติแต่เพียงว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอดก ครอบครองสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” ย่อมมีความหมายว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีดุลพินิจว่าจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอดกเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใด 3) สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปราศจากเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ซึ่งหมายถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยไม่อนุญาตให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ แต่การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทนี้จะเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเองโดยตรง ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญรับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนา³² โดยบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชน

²⁹ จาก ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน. เล่มเดิม. (น. 87).

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 34 วรรคหนึ่ง.

³¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 37 วรรคหนึ่งและวรรคสอง.

³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 31.

ชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ดังนั้น ผู้ทรงเสรีภาพในการนับถือศาสนาจึงใช้เสรีภาพได้อย่างจำกัดภายใต้ขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น เมื่อพิจารณาจากการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยรัฐธรรมนูญ และการกำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิแล้ว เราจะพบข้อสังเกตสำคัญอย่างหนึ่งว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองไว้นั้น ไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐานใดที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเด็ดขาด (Absolute) หรือจำกัดไม่ได้เลย ทั้งนี้ เพราะสิทธิขั้นพื้นฐานในบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ นั้นอาจถูกจำกัดได้เสมอ เพียงแต่รัฐธรรมนูญแต่ละมาตราอาจรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในระดับที่แตกต่างกันและกำหนดให้การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานทำได้ยากง่ายแตกต่างกันออกไปด้วย ดังนั้น ข้อสรุปดังกล่าวจึงตรงกับหลักการที่เราได้วางเอาไว้ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีลักษณะเป็น “หลักการ” (Principle) ที่กำหนด “ความควรต้องเป็น” (ought) ในลักษณะที่ไม่เด็ดขาดตายตัว (Prima facie)³³ และอาจถูกจำกัดลงได้เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นมีลักษณะที่ขัดกับ “หลักการ” หรือ “คุณค่าอื่น ๆ” ที่อยู่ในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกัน “หลักการ” หรือ “คุณค่า” ในระดับรัฐธรรมนูญนั้นย่อมได้แก่ การรักษาความมั่นคงของรัฐ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น

คำถามที่ยังยากในทางทฤษฎีมีอยู่ต่อไปว่า เมื่อสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นหลักการ (Principle) และเป็นเรื่องของ “การให้เหตุผล” และหลักการรวมถึงการให้เหตุผลเช่นว่านั้นอาจถูกหักล้างโดย “เหตุผลอื่น ๆ” ทั้งของรัฐและปัจเจกบุคคลอื่นที่อาจมีน้ำหนักหรือมีคุณค่ามากกว่าได้นั้น ในกรณีที่สิทธิขั้นพื้นฐานขัดหรือแย้งกับหลักการหรือเหตุผลอื่น ๆ ของรัฐ เราจะมิกฎเกณฑ์ในทางทฤษฎีประการใดในการชั่งน้ำหนัก (weighing) ว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ หรือคุณค่าใดสมควรได้รับการคุ้มครองมากกว่ากัน และจะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ หรือคุณค่าทั้งหลายเหล่านั้นลงได้ในขอบเขตเพียงใดในเรื่องดังกล่าวนี้มีกฎแห่งการชั่งน้ำหนัก (rule of weighing) ที่สำคัญที่สุดอยู่ประการหนึ่งว่า เมื่อมีกรณีที่สิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ หรือคุณค่าทั้งหลายที่คุ้มครองปัจเจกบุคคลทั้งหลายหรือที่รัฐยึดถือเกิดขัดหรือแย้งกัน หรือกำหนดความควรต้องเป็นไว้แตกต่างกัน เช่นกรณีที่การใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนคนหนึ่งไปกระทบหรือขัดกับสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนอีกคนหนึ่ง หรือการใช้สิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนอาจมีลักษณะที่ขัดกับประโยชน์สาธารณะหรือการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เป็นต้น ในกรณีทั้งหลายดังกล่าวนี้เมื่อพิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะระบบแห่งคุณค่าหรือระบบแห่งเหตุผลที่มีความเป็นเอกภาพแล้ว เราไม่อาจถือได้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ หรือคุณค่าอย่างใดอย่างหนึ่งมีน้ำหนักหรือมีความหมายมากกว่า อันจะทำให้สิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ หรือคุณค่าอื่น ๆ ต้องลื่นผลบังคับไปในทุกกรณี³⁴ หากแต่จะต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไปเสมอว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ หรือคุณค่าใดที่มาขัดหรือแย้งกันนั้นควรมีผลบังคับมากกว่า หรือผู้ทรงสิทธิรายใดหรือประโยชน์ของรัฐสมควรได้รับ

³³ From Theorie der Grundrechte. Loc.cit.

³⁴ Ibid. (p. 80).



การคุ้มครองมากกว่าสำหรับกรณีนั้น ๆ³⁵ และนอกเหนือจากนั้น ยังมีกฎแห่งการชั่งน้ำหนัก (rule of weighing) อยู่ว่า ในการแก้ปัญหาการปะทะกันหรือขัดแย้งกันระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ หรือคุณค่าทั้งหลายที่ได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ และคุณค่าพื้นฐานทั้งหลายเหล่านั้นมีผลบังคับไปพร้อมกัน โดยที่ไม่มีสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ หรือคุณค่าใดที่จะต้องสิ้นผลไปหรือไม่ได้รับการคุ้มครองเลยในทุกกรณี การแก้ปัญหาในทางทฤษฎีดังกล่าวอาจเรียกได้ว่าเป็น “การประนีประนอมสิทธิขั้นพื้นฐาน” หรือการทำให้เกิดความสมดุล (balancing) ระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ หรือคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญทั้งหลายนั่นเอง ทั้งนี้ ผู้มีหน้าที่ตรากฎหมาย รวมถึงผู้มีหน้าที่ในการใช้และตีความกฎหมายจะต้องพยายามให้สิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ และคุณค่าทั้งหลายมีผลบังคับในทางความเป็นจริงไปด้วยกันทั้งหมดเสมอ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เมื่อเกิดกรณีที่สิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ และคุณค่าหลายประการขัดหรือแย้งกัน ฝ่ายนิติบัญญัติและผู้มีหน้าที่ใช้และตีความกฎหมายทั้งหลายจะเลือกให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ หรือคุณค่าอย่างใดอย่างหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียว แล้วปล่อยให้สิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ หรือคุณค่าในประการอื่นไม่ได้รับการคุ้มครองเลยสำหรับกรณีนั้น ๆ ไม่ได้ แต่ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติและผู้มีหน้าที่ใช้และตีความกฎหมายจะต้องทำให้สิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ และคุณค่าทั้งหลายที่อาจขัดหรือแย้งกันนั้นได้รับการปรับใช้ให้มีผลมากที่สุดหรือมีประสิทธิภาพมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (Optimisation Requirement)³⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ทั้งผู้มีหน้าที่ตรากฎหมายและผู้มีหน้าที่ใช้และตีความกฎหมายจะต้องพยายามให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับหรือมีผลในทางความเป็นจริงมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ แม้อาจมีความจำเป็นที่ต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่นก็ตาม ทั้งนี้ กฎแห่งการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ และคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญทั้งหลายดังกล่าวนี้เองที่เป็นที่มาสำคัญของ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” (Verhältnismäßigkeitsprinzip; Principle of Proportionality) ที่นักกฎหมายมหาชนทั้งหลายรู้จักกันเป็นอย่างดีแล้วนั่นเอง

5

การคุ้มครองสิทธิทางศาลและสิทธิร้องทุกข์ในทางรัฐธรรมนูญ ในฐานะหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานที่เป็นรูปธรรม

หลักการประกันสิทธิทางศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกันสิทธิทางศาลให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานจากการใช้อำนาจของรัฐและองค์กรของรัฐทั้งหลายนั้น ถือเป็นเสาหลักที่สำคัญ

³⁵ From Grundrecht versus Grundrecht – Die Problematik der Grundrechtskollision anhand von Fällen (p. 420), by Fehn, Karsten, (1994), VR 40.

³⁶ From Theorie der Grundrechte. Op.cit. (p. 75).

ประการหนึ่งของการปกครองโดยกฎหมายหรือนิติรัฐ โดยหลักการดังกล่าวมีสาระสำคัญว่า ศาลมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยการพิจารณาพิพากษาคดีของตน ทั้งนี้ ต้องมีการเปิดโอกาสให้ประชาชนที่ได้รับผลกระทบหรือความเดือดร้อนเสียหายจากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในการฟ้องร้องเพื่อโต้แย้งว่า การกระทำขององค์กรของรัฐไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้ศาลเพิกถอนหรือทำลายผลของการใช้อำนาจดังกล่าว นอกจากนี้ ประชาชนย่อมมีสิทธิฟ้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย³⁷ นอกเหนือจากการประกันสิทธิทางศาลไว้เป็นการทั่วไป รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่เป็นรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ก็ได้กำหนดกลไกบางประการเพื่อรับรองให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิทางศาลได้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการรับรองเสรีภาพที่เรียกว่า “เสรีภาพทั่วไป” ให้กับประชาชน รวมถึงการกำหนดให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิในการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ (Verfassungsbeschwerde; Constitutional Complaint)³⁸ เอาไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ในกรณีของการรับรองเสรีภาพทั่วไปนี้มาตรา 25 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิและเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” เสรีภาพทั่วไปในความหมายดังกล่าวมีความหมายอยู่ว่า ปัจเจกบุคคลทั้งหลายย่อมมีอิสระในการที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใดก็ได้ตามที่ใจปรารถนา³⁹ ตราบใดที่ใช้เสรีภาพนั้นไม่ขัดกับคุณค่าที่ถูกกำหนดเอาไว้ในมาตรา 25 วรรคหนึ่ง เสรีภาพทั่วไปในลักษณะดังกล่าวจึงทำหน้าที่เป็น “บทกวาดทอง” กล่าวคือ ในกรณีที่บุคคลไม่อาจอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เป็นการเฉพาะได้ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น⁴⁰ เสรีภาพทางวิชาการ⁴¹ หรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพ⁴² เพราะไม่เข้าองค์ประกอบของบทบัญญัติมาตราดังกล่าว แต่บุคคลยังอาจอ้างเสรีภาพทั่วไปได้ว่า ตนเองมีเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดก็ได้ทั้งสิ้นตามที่ใจปรารถนาตราบเท่าที่ใช้เสรีภาพนั้นไม่ถูกห้ามไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายและไม่ขัดต่อสิ่งที่มาตรา 25 วรรคหนึ่ง มุ่งให้ความคุ้มครอง บทบัญญัติในทำนองดังกล่าวจึงทำหน้าที่ขยายพรมแดนความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลทั้งหลายให้กว้างขวางยิ่งขึ้นไป นอกเหนือจากการรับรองเสรีภาพทั่วไปแล้ว รัฐธรรมนูญ

³⁷ จาก หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 122), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2561, กรุงเทพฯ: วิทยุชน, พิมพ์ครั้งที่ 4.

³⁸ From Grundrechte, Staatsrecht II (p. 85), by Pieroth, Bode / Schlink, Bernhard, 2001, Heidelberg.

³⁹ จาก ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน. เล่มเดิม. (น. 285).

⁴⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 34 วรรคหนึ่ง.

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 34 วรรคสอง.

⁴² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 40.



สมัยใหม่⁴³ หลายฉบับก็ได้พยายามขยายความคุ้มครองสิทธิทางศาลออกไปโดยใช้กลไกเรื่อง “สิทธิร้องทุกข์ในทางรัฐธรรมนูญ” เพราะกลไกดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการตรากฎหมาย การใช้อำนาจบริหาร หรือการใช้อำนาจตุลาการก็ตาม ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงหลักการประกันสิทธิทางศาลซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของนิติรัฐ ประกอบเข้ากับการรับรอง “เสรีภาพทั่วไป” และ “สิทธิร้องทุกข์ในทางรัฐธรรมนูญ” แล้ว จะเห็นได้ชัดว่า รัฐธรรมนูญฉบับใดที่มีกลไกทั้งสามประการดังกล่าว น่าจะเป็นรัฐธรรมนูญที่มีระบบการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีประสิทธิภาพและประชาชนได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

คำถามสำคัญในประการต่อมา คือ ศาลทั้งหลายจะทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้อย่างไร ในขั้นต้นนี้เราอาจอธิบายเป็นเบื้องต้นได้ว่า ศาลที่มีพันธกิจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง รวมถึงศาลยุติธรรมด้วย โดยในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะทำหน้าที่หลักในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยตรวจสอบว่ากฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้ตราขึ้นโดยเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้หรือไม่ โดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นอาจมีขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ 3 ประการ⁴⁴ คือ 1) การตรวจสอบว่ากฎหมายเช่นนั้น มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญมาตราใด

⁴³ ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 93 I Nr. 4a ของกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) หรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน กับมาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อบังคับให้การกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”.

⁴⁴ From Grundrechte, Staatsrecht II (p. 80 ff), by Kingreen, Thorsten / Poscher, Ralf, 2019, Heidelberg.

ทั้งนี้ เพื่อตรวจสอบว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทนั้นไว้อย่างไร⁴⁵ 2) ตรวจสอบว่าการใช้อำนาจในการตรากฎหมายเช่นนั้น มีลักษณะที่จำกัดหรือกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ฟ้องคดีอย่างแท้จริงหรือไม่ และ 3) ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ซึ่งหมายถึงการตรวจสอบว่า การตราภาษะนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ และแม้ศาลรัฐธรรมนูญจะเห็นว่ากฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้วก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญยังมีหน้าที่ตรวจสอบต่อไปว่า กฎหมายดังกล่าวนั้นจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุหรือไม่ ดังที่เคยอธิบายไว้แล้วว่า ในกรณีนี้เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญเรียกร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นผู้ชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ และคุณค่าทั้งหลายที่มาปะทะกันอยู่นั่นเอง และหน้าที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญก็คือ การพยายามสร้างภาวะที่สมดุล (balancing) เพื่อให้สิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ และคุณค่าทั้งหลายเหล่านั้นมีผลบังคับทั้งในทางกฎหมายและมีผลในทางปฏิบัติมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (Optimisation Requirement) นั่นเอง

นอกเหนือจากศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลปกครองก็เป็นศาลที่มีหน้าที่โดยตรงในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลทั้งหลาย โดยศาลปกครองมีหน้าที่และอำนาจหลักในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ทั้งนี้ ศาลปกครองมีอำนาจในการตรวจสอบว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองขัดกับรัฐธรรมนูญโดยตรงหรือไม่ เช่น ขัดกับหลักความเสมอภาคหรือไม่ นอกเหนือจากนั้น

⁴⁵ ทั้งนี้ ต้องไม่ลืมว่า รัฐธรรมนูญอาจรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในระดับที่แตกต่างกันออกไป โดยการกำหนดเงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานให้มีความยากง่ายแตกต่างกันออกไป ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานประเภทต่าง ๆ แตกต่างกันไป ดังต่อไปนี้

1) สิทธิขั้นพื้นฐานประเภทที่รัฐอาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้โดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเงื่อนไขพิเศษในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น โดยในกรณีดังกล่าว แม้รัฐธรรมนูญจะมุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นเป็นหลัก แต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็อาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นได้ตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นสมควร ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 37 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก” และวรรคสองบัญญัติว่า “ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนั้น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

2) สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐอาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ก็แต่โดยการปฏิบัติตามเงื่อนไขพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น การกำหนดวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเป็นเงื่อนไขในการตราภาษานั้น ยกตัวอย่างเช่น การที่มาตรา 40 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ” และวรรคสองบัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น”

3) สิทธิขั้นพื้นฐานประเภทที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยไม่อนุญาติให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ในทุกกรณี แต่การใช้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับคุณค่าบางประการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน”.



แม้ฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายให้มีอำนาจกระทำการที่อาจกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนได้ก็ตาม แต่ศาลปกครองก็ยังมีอำนาจตรวจสอบว่าการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองนั้นขัดกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ หรือมีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยไม่ได้สัดส่วนหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลปกครองย่อมต้องทำหน้าที่เป็นผู้ชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎเกณฑ์ และหลักการทั้งหลายที่มาปะทะกันให้มีผลทางกฎหมายหรือมีผลในทางความเป็นจริงมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (Optimisation Requirement) ด้วยนั่นเอง

นอกเหนือจากศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองซึ่งเป็นศาลในระบบกฎหมายมหาชนที่มีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนโดยตรงแล้ว ศาลยุติธรรมซึ่งมีหน้าที่ในการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันก็เป็นศาลที่มีหน้าที่ในการพิทักษ์สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนด้วยเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ดังที่ได้อธิบายไปแล้วว่า สิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นคุณค่าพื้นฐานในทางรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับในทุกพรมแดนทางกฎหมาย และมีผลผูกพันโดยตรงต่อองค์กรของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งมีผลโดยอ้อมเข้ามากำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันในพรมแดนกฎหมายเอกชนด้วย ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรสำคัญที่มีหน้าที่ในการเชื่อมโยงคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานเข้ามาใช้ในพรมแดนกฎหมายเอกชนผ่านการใช้และการตีความบทบัญญัติในกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะเป็นหลักการทั่วไปหรือเป็นบทบัญญัติที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ดังนั้น ศาลยุติธรรมจึงมีอำนาจในการชี้ขาดว่าการดำเนินการในพรมแดนกฎหมายเอกชนของเอกชนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ด้วยกล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรของรัฐอีกองค์กรหนึ่งที่มีหน้าที่โดยตรงในการชั่งน้ำหนักระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ หรือคุณค่าที่ขัดหรือแย้งกัน และในการใช้และตีความกฎหมายของศาลยุติธรรมนั้น จะต้องพยายามชั่งน้ำหนักให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ และคุณค่าทั้งหลายเหล่านั้นด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลบังคับหรือมีผลในทางความเป็นจริงมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (Optimisation Requirement)

8

ความสรุป

การศึกษาเรื่องสิทธิและเสรีภาพในประเทศไทยนั้น มีการพัฒนาอย่างค่อยเป็นค่อยไปมาเป็นเวลานานพอสมควรแล้ว รวมถึงมีการศึกษาค้นคว้าเพื่อตอบคำถามเชิงลึกในประเด็นต่าง ๆ อย่างมากมายด้วยเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อเรากลับมาตั้งคำถามว่าหลักการที่เป็นพื้นฐานที่สุดเกี่ยวกับการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานคืออะไร ในการตอบคำถามดังกล่าวย่อมต้องกลับมาพิจารณาสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญในฐานะ “คุณค่า” หรือ “สิ่งที่ควรต้องเป็น” ในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน และความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ดังนั้น ในการตรากฎหมาย การใช้และตีความกฎหมาย รวมถึงการดำเนินการต่าง ๆ ในพรมแดนกฎหมายเอกชน เช่น ในการทำสัญญา จะต้องมີคุณค่าในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นแกนกลางในการพัฒนาหรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์เหล่านั้นเสมอ เราอาจกล่าวได้ว่า ไม่มีการใช้อำนาจอรัฐขององค์กรใด รวมถึงไม่มีการดำเนินการของเอกชนในเรื่องใดที่หลุดลอยไปจากข้อพิจารณาเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานได้เลย เราจะพบว่ากลไกทางกฎหมายทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นกลไกในทางรัฐธรรมนูญหรือกลไกในทางกฎหมายทั้งในพรมแดนกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนก็ตาม ต่างถูกกำหนดขึ้นเพื่อธำรงรักษาคุณค่าในเรื่อง “สิทธิขั้นพื้นฐาน” หรือ “เสรีภาพ” ของมนุษย์ในสังคมทั้งสิ้น นอกเหนือจากนั้น เรื่องที่มีความสำคัญมากที่สุดที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ได้แก่ การชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐาน เพราะในทุกกรณีที่สิทธิเสรีภาพ คุณค่า หรือหลักการในทางรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกัน ย่อมมีการเรียกร้องว่าจะต้องทำการชั่งน้ำหนักให้สิทธิขั้นพื้นฐาน หลักการ และคุณค่าเหล่านั้นมีผลบังคับหรือมีผลในทางปฏิบัติมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ หน้าที่ดังกล่าวในการพิทักษ์สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นจึงเป็นหน้าที่ร่วมกันระหว่างรัฐ หน่วยงานของรัฐ รวมถึงประชาชนทั้งหลายที่อยู่ร่วมกันในสังคมการเมืองด้วย ทั้งนี้ เพื่อสร้างสังคมการเมืองที่มีเหตุผลและสามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างปกติสุขอย่างแท้จริง



เอกสารอ้างอิง

ภาษาไทย

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2561). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 4.
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. (2562). การปะทะกันแห่งคุณค่าในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 48(3), 457.
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. (2562). *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 2.
- นพนิธิ สุริยะ. (2559). *สิทธิมนุษยชน : แนวคิดและการคุ้มครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคนดี. (2562). *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 6.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2561). *ประวัติศาสตร์ความคิด นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: พิมพ์ครั้งที่ 1.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- อุดมศักดิ์ สันธิพงษ์. (2555). *สิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 5.

ภาษาต่างประเทศ

- Alexy, Robert. (1994). *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden.
- Badura, Peter. (2003). *Staatsrecht: Systematische Erläuterung des Grundgesetzes*. München: 3 Aufl.
- Bojanowski, Jochen. Kant und Problem der Zurechenbarkeit. *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 61(2), 207.
- Fehn, Karsten. (1994). *Grundrecht versus Grundrecht – Die Problematik der Grundrechtskollision anhand von Fällen*. VR 40.
- Kingreen, Thorsten / Poscher, Ralf. (2019). *Grundrechte, Staatsrecht II*. Heidelberg.
- Pieroth, Bode / Schlink, Bernhard. (2001). *Grundrechte, Staatsrecht II*. Heidelberg.
- Schapp, Jan. (1995). *Über Freiheit, Moral und Recht*. JZ 50.
- Schapp, Jan. (1998). *Grundrechte als Wertordnung*. JZ 53.
- Schnebel, Karin B. (2010). Menschenrechte als Grundlage für Selbstbestimmungsrechte. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 96(1), 78.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz. (1997). *Völkerrecht*. Köln/Berlin/Bonn/München: 9.Aufl.
- Stark, Christian. (2000). Staat Duty of Protection and Constitutinal Rights. *PER/PELJ*, (3)1, 21-91.

หลักสิทธิมนุษยชน

กับการลงโทษทางอาญา

รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสันทิต





หลักสิทธิมนุษยชนกับการลงโทษทางอาญา

รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท¹

บทคัดย่อ

โทษทางอาญาเป็นหนึ่งในมาตรการสำคัญที่รัฐใช้รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม เนื่องด้วยความเป็นมาตรการของรัฐที่ใช้กับประชาชน การลงโทษทางอาญาต้องสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ด้วยหลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) รัฐต้องใช้โทษทางอาญาอย่างได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด นอกจากนี้ ด้วยหลักการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (rehabilitation) รัฐต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและนำกลับเข้าสู่สังคมอย่างปกติ

คำสำคัญ:

หลักสิทธิมนุษยชน, โทษทางอาญา, การลงโทษทางอาญา, การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด, หลักความได้สัดส่วน

¹ รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

Human Rights principles and criminal punishment

Associate Professor Dr. Pokpong Srisanit

Abstract

The criminal sanction is one of the important state's measures to maintain public order. Due to state measures applied to individual, criminal sanction has to conform to the Human Rights principles. In virtue of the principle of proportionality, the state has to apply criminal sanction proportionally to the offence. Furthermore, in light of the principle of rehabilitation, the state should consider the rehabilitation and resocialization of the offender as an objective of punishment.

Keywords :

Human Rights principles, criminal sanction, criminal punishment, rehabilitation, principle of proportionality



วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาแต่เดิมเน้นหลักการแก้แค้นทดแทน (retribution) หรือ ช่มชู้ยั้ง (deterrence) ไม่ให้เกิดการกระทำความผิด² เมื่อแนวคิดสิทธิมนุษยชนเข้ามามีบทบาทในการใช้อำนาจรัฐในหลาย ๆ เรื่อง รวมทั้งการลงโทษทางอาญา วัตถุประสงค์ในการลงโทษจึงเปลี่ยนไป เป็นการลงโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วน และการลงโทษทางอาญาต้องเป็นเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับเข้าสู่สังคม จึงกล่าวได้ว่าหลักสิทธิมนุษยชนส่งผลให้การลงโทษทางอาญาในปัจจุบันเปลี่ยนแนวคิดไปเป็นการคำนึงถึงความได้สัดส่วนในการลงโทษ และการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

1

การลงโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

Cesare Beccaria ได้นำหลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) มาใช้ในการลงโทษทางอาญา โดย Beccaria กล่าวว่า “เพื่อไม่ให้โทษทางอาญาใดก็ตามเป็นการกระทำที่รุนแรงโดยคนหนึ่งหรือหลายคนต่อประชาชน โทษทางอาญาจึงต้องเปิดเผย จำเป็น และรุนแรงน้อยที่สุดตามสถานการณ์ที่ปรากฏ และได้สัดส่วนกับความผิด และต้องเป็นโทษที่กำหนดโดยกฎหมาย”³

แนวคิดของ Beccaria ส่งอิทธิพลถึงการคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษทางอาญาในปัจจุบัน หากผู้กระทำได้สร้างความเสียหายมาก โทษอาญาอาจจะรุนแรงได้ตามระดับความเสียหายในทางตรงข้าม หากผู้กระทำได้สร้างความเสียหายน้อย โทษอาญาจะต้องไม่รุนแรงมากเกินไปจนสมควร ในส่วนนี้จะกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษทางอาญาปรากฏทั้งในหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งวิธีการเทียบสัดส่วนการลงโทษหนักเบาสมควรคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดประกอบกับความชั่วร้ายของผู้กระทำแต่ละคน และท้ายสุดโทษประหารชีวิตถือว่าเป็นการลงโทษที่ได้สัดส่วนหรือไม่

1.1 หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษในฐานะที่เป็นหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยเรื่องสิทธิมนุษยชน หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนปรากฏอยู่ในเอกสาร 3 ฉบับ⁴ คือ

² จาก กฎหมายอาญาชั้นสูง (น. 231-232), โดย ปกป้อง ศรีสนิท, 2561, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 2.

³ From Droit Pénal Général (pp.697), by Frédéric Desportes et Francis Le Guehec, 2003, paris: economica, 10^{ème} edition.

⁴ จาก โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ : หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วน กรณีศึกษาเสพติดให้โทษ (น. 12-15), โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท, 2558, สำนักกิจการในพระตำราพระเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภาสำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม.

1) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)

ข้อ 29 (2) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคล บุคคลทุกคนอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้โดยกฎหมาย เพียงวัตถุประสงค์เพื่อการยอมรับและการเคารพสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นและเพื่อบรรล่วัตถุประสงค์แห่งความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดี และสวัสดิการสังคมทั่วไป ในสังคมประชาธิปไตย”⁵

จากหลักการดังกล่าวอธิบายได้ว่า รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้เพียงเท่าที่เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นและเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี และสวัสดิการสังคมในสังคมประชาธิปไตย การลงโทษผู้กระทำความผิดก็เช่นเดียวกันเป็นสิ่งที่รัฐดำเนินการได้ แต่รัฐต้องกระทำโดยได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์เรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ⁶

2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR)

ICCPR ได้รับรองสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษในคดีอาญาไว้หลายเรื่อง เช่น สิทธิในการมีชีวิต (right to life)⁷ สิทธิในการมีเสรีภาพและความปลอดภัย (right to liberty, security of the person)⁸ อย่างไรก็ตาม แม้ประชาชนทุกคนมีสิทธิที่ได้รับการรับรองไว้ตาม ICCPR รัฐภาคีสามารถจำกัดสิทธิดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน การจำกัดสิทธิโดยรัฐภาคารูปแบบหนึ่ง คือ การที่รัฐใช้อำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดในทางอาญา ไม่ว่าการลงโทษประหารชีวิต หรือการลงโทษจำคุก แต่การจำกัดสิทธิดังกล่าวต้องเป็นไปด้วยความจำเป็น (necessity) และได้สัดส่วน (proportionality)⁹

⁵ Universal Declaration of Human Rights Article 29 (2) “In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society”.

⁶ จาก โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ : หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วน กรณีคดียาเสพติดให้โทษ. งานเดิม. (น. 13).

⁷ ICCPR Article 6 “1. Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.”

⁸ ICCPR Article 9 “1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.”

⁹ จาก โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ : หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วน กรณีคดียาเสพติดให้โทษ. งานเดิม. (น. 14).



คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ตีความว่า “เมื่อรัฐภาคีของ ICCPR จะดำเนินการจำกัดสิทธิที่รับรองไว้ใน ICCPR รัฐภาคีจะต้องแสดงความจำเป็น (necessity) และต้องดำเนินการที่ได้สัดส่วน (proportionality) กับการติดตามวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อที่จะยืนยันการคุ้มครองสิทธิตามกติกาอย่างต่อเนื่องและได้ผล”¹⁰ นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังได้อธิบายว่า “มาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพจะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ซึ่งหมายถึง มาตรการดังกล่าวต้องเหมาะสมที่จะบรรลุภารกิจแห่งการคุ้มครองกัน มาตรการดังกล่าวต้องเป็นสิ่งที่สร้างความเสียหายน้อยที่สุดในบรรดามาตรการต่าง ๆ ที่บรรลุเป้าหมายเดียวกัน และมาตรการดังกล่าวต้องได้สัดส่วนกับผลประโยชน์ที่คุ้มครอง”¹¹

จากหลักการของ ICCPR หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ (principle of proportionality) มีสถานะเป็นหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ปรากฏในกฎหมายระหว่างประเทศ และสิทธิเสรีภาพของบุคคลอาจถูกจำกัดได้เฉพาะกรณีจำเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น คือ การรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งสวัสดิการสังคมโดยทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย และหลักความได้สัดส่วนได้เรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการใด ๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ต้องสร้างความเสียหายที่น้อยที่สุดในบรรดาหลาย ๆ มาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์แบบเดียวกัน¹²

3) ข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องโทษหญิง และมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดหญิง (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders, the Bangkok Rules)

ข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องโทษหญิง และมาตรการที่มีใช้การคุมขังสำหรับผู้กระทำความผิดหญิง หรือข้อกำหนดกรุงเทพฯ (United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders, the Bangkok Rules) ซึ่งที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยที่ 65 (65th United Nations General Assembly, UNGA) ได้ให้ความเห็นชอบเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 2553 มีสาระสำคัญ 2 ประการ¹³ คือ

1. ทำอย่างไรจึงจะส่งผู้ต้องโทษหญิงที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดซึ่งมิได้มีลักษณะของอาชญากรไปสู่เรือนจำหรือทัณฑสถานให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น

¹⁰ General Comment No 31 on the nature of the general legal obligation imposed on state parties to the Covenant, by Human Right Committee, 2004, U.N.doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

¹¹ General Comment No 27 on freedom of movement (Article 12), by Human Right Committee, 1999, U.N.Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

¹² จาก โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ : หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วน กรมศัปปาเสพติดให้โทษ. งานเดิม. หน้าเดิม.

¹³ แหล่งเดิม. (น. 14-15).

2. เมื่อผู้ต้องโทษหญิงดังกล่าวต้องใช้ชีวิตอยู่ในเรือนจำหรือทัณฑสถานแล้ว ทำอย่างไรชีวิตของผู้ต้องโทษหญิงคนนั้นจะไม่เปลี่ยนแปลงหรือแตกต่างไปจากสภาพที่ใช้ชีวิตอยู่ภายนอกเรือนจำหรือทัณฑสถาน นอกเหนือจากอิสรภาพที่ต้องถูกจำกัดลงในระหว่างนั้น หลักการสำคัญของ Bangkok Rules ที่สมเด็จพระเจ้าลูกเธอ เจ้าฟ้าพัชรกิติยาภา นเรนทิราเทพยวดี กรมหลวงราชสาริณีสิริพัชร มหาวัชรราชธิดา ทรงนำเสนอ และสมัชชาสหประชาชาติได้ยอมรับและกำหนดให้เป็นมาตรฐานในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่เป็นหญิงสอดคล้องกับหลักการลงโทษที่ได้สัดส่วน (proportionality) และหลักการลงโทษที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคน (individualization) โดยเฉพาะกับผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้หญิง¹⁴

1.2 หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ได้กล่าวถึงการลงโทษทางอาญาที่ได้สัดส่วนไว้โดยตรง แต่หลักความได้สัดส่วนในการลงโทษทางอาญาก็แทรกอยู่ในหลักการทั่วไปของการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”

จากหลักการของรัฐธรรมนูญสะท้อนให้เห็นหลักการลงโทษที่ได้สัดส่วนปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นเดียวกัน เนื่องจากการลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพอย่างหนึ่งที่รัฐจะต้องกระทำภายใต้กรอบแห่งความจำเป็นและได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญ¹⁵

เป็นเรื่องที่น่าสนใจว่า หากประชาชนหรือศาลเห็นว่าโทษทางอาญาในกฎหมายใดไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนแห่งรัฐธรรมนูญตามที่รับรองไว้ในมาตรา 26 ศาลรัฐธรรมนูญน่าจะมีความที่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่กำหนดโทษทางอาญาที่ไม่ได้สัดส่วนนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญอันมีผลให้กฎหมายตกไป

1.3 การเทียบสัดส่วนการลงโทษหนักหรือเบาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นและความชั่วร้ายของผู้กระทำ

เมื่อหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษปรากฏอยู่ในหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและมีค่าเป็นหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปัญหาที่ว่าเราจะเทียบได้อย่างไรว่าโทษทางอาญานั้นได้สัดส่วนกับการกระทำของผู้กระทำความผิด

ในเรื่องดังกล่าวศาลมีดุลพินิจที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดหนักเบาอย่างได้สัดส่วนโดยคำนึงถึงปัจจัยสองประการ คือ ความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดก่อขึ้น (harm) ประกอบกับความชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดแต่ละคน (culpability)

¹⁴ แหล่งเดิม. (น. 15).

¹⁵ แหล่งเดิม. (น. 16).



ในประเทศฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสบัญญัติให้ศาลใช้ดุลพินิจในการลงโทษผู้กระทำความผิดแต่ละรายโดยคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสังคมประกอบกับความชั่วร้ายของผู้กระทำความผิด โดยในมาตรา 132-1 วรรคสาม บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับของกฎหมาย ศาลพิจารณาถึง **ความรุนแรง และรูปแบบการลงโทษโดยพิจารณาจากพฤติการณ์ของความผิด และลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด** เช่นเดียวกันกับสถานะทางกายภาพ ทางครอบครัว ทางสังคมของผู้กระทำความผิด เพื่อให้การลงโทษผู้กระทำความผิดนั้นสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่กำหนดไว้ในมาตรา 130-1”¹⁶ โดยคำว่า “**พฤติการณ์แห่งความผิด**” (des circonstances de l’infraction) สอดคล้องกับคำว่า “ความเสียหาย” (harm) ที่เกิดขึ้นกับสังคม ส่วนคำว่า “**ลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด**” (de la personnalité de son auteur) สอดคล้องกับคำว่า “ความชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดแต่ละคน” (culpability) นั้นเอง

ในประเทศอังกฤษ คณะกรรมการการลงโทษ (The Sentencing Council) ได้จัดทำแนวทางการลงโทษ (sentencing guideline) หรือ “ยี่ต็อก” สำหรับให้ศาลอังกฤษและเวลส์ใช้ในการกำหนดโทษให้จำเลยแต่ละคน โดยในแต่ละฐานความผิดจะคำนึงถึงความชั่วร้ายของผู้กระทำแต่ละคน (culpability) ประกอบกับ พฤติการณ์ความเสียหายที่เกิดขึ้น (harm)¹⁷

ในประเทศไทย ประมวลกฎหมายอาญาให้ดุลพินิจแก่ศาลเช่นเดียวกันในการกำหนดโทษให้สอดคล้องกับ “ความเสียหายที่เกิดขึ้น” และ “ความชั่วร้ายของผู้กระทำความผิด” แต่ข้อจำกัดของศาลไทย คือ “ยี่ต็อก” หรือแนวทางการลงโทษที่ส่วนมากคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่เพียงอย่างเดียว การจัดทำ “ยี่ต็อก” โดยมีการคำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดประกอบกับ ลักษณะความชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดด้วยน่าจะสอดคล้องกับหลักการกำหนดโทษทางอาญา

1.4 โทษประหารชีวิตกับหลักความได้สัดส่วนในการลงโทษ

คำถาม คือ โทษประหารชีวิตขัดหรือแย้งกับหลักสิทธิมนุษยชนหรือไม่ คำตอบ คือ ICCPR ไม่ได้ห้ามการประหารชีวิตโดยเด็ดขาดในรัฐภาคี ICCPR ข้อ 6 ได้กำหนดเป็นกลาง ๆ ว่า ในรัฐภาคีที่ยังไม่ยกเลิกโทษประหารชีวิต การประหารชีวิตจะใช้ได้¹⁸ในกรณีพิเศษเท่านั้น คือ ห้ามประหารเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี ห้ามประหารคนตั้งครภ์ นอกจากนี้ รัฐภาคีต้องให้ผู้ต้องโทษประหารมีสิทธิต่อสู้คดีอย่างเป็นธรรม (fair trial) และมีสิทธิขอภัยโทษหรือขอเปลี่ยนโทษ กับทั้งห้ามนำ ICCPR มาอ้างเพื่อการชะลอ

¹⁶ จาก กฎหมายอาญาชั้นสูง. เล่มเดิม. (น. 250).

¹⁷ จาก “การมีส่วนร่วมของประชาชนในระบบศาล : การจัดทำและการเปิดเผยยี่ต็อกในคดีอาญา”, โดย ปกป้อง ศรีสันทิต, Nov 20, 2019, The 101 world, <https://www.the101.world/sentencing-guideline-in-criminal-case/>, สืบค้นเมื่อ 22 มกราคม 2563.

การยกเลิกโทษประหาร¹⁸ ทั้งนี้ การประหารชีวิตจะใช้ได้ในความผิดร้ายแรงสูงสุด (most serious crimes) เท่านั้น¹⁹

ICCPR ได้วางแนวทางการประหารชีวิตที่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด คือ การประหารชีวิตผู้กระทำ “ความผิดร้ายแรงสูงสุด” (most serious crimes) เท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันการตีความ “ความผิดร้ายแรงสูงสุด” ที่อาจลงโทษประหารชีวิตได้จำกัดเหลืออยู่เพียงความผิดเดียวคือฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาให้ถึงแก่ความตาย²⁰ เมื่อพิจารณากฎหมายไทยในปัจจุบัน เรายังมีความผิดที่กฎหมายกำหนดโทษประหารชีวิตที่เกินขอบเขตของความผิดร้ายแรงสูงสุด เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคง ความผิดฐานปล้นทรัพย์เป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย เป็นต้น ซึ่งควรถูกแก้ไขให้สอดคล้องกับ ICCPR

2

การลงโทษทางอาญาต้องเป็นไปเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation)

การลงโทษทางอาญาเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดถือว่าเป็นหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยที่ประสบปัญหานักโทษล้นเรือนจำจึงมีข้อจำกัดบางอย่าง

¹⁸ ICCPR, Article 6 para 6 “Nothing in this article shall be invoked to delay or to prevent the abolition of capital punishment by any State Party to the present Covenant.”

¹⁹ ICCPR, Article 6.

“1. Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

2. In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgement rendered by a competent court.

3. When deprivation of life constitutes the crime of genocide, it is understood that nothing in this article shall authorize any State Party to the present Covenant to derogate in any way from any obligation assumed under the provisions of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

4. Anyone sentenced to death shall have the right to seek pardon or commutation of the sentence. Amnesty, pardon or commutation of the sentence of death may be granted in all cases.

5. Sentence of death shall not be imposed for crimes committed by persons below eighteen years of age and shall not be carried out on pregnant women.

6. Nothing in this article shall be invoked to delay or to prevent the abolition of capital punishment by any State Party to the present Covenant.”

²⁰ UN Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, 2006 “most serious crimes” are cases where it can be shown that there was an intention to kill, which resulted in the loss of life”. (อ้างถึงในกฎหมายอาญาชั้นสูง. เล่มเดิม. (น. 256)).



ที่ไม่สามารถแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสม นอกจากนี้ ระบบทะเบียนประวัติอาชญากรของไทยก็ยังไม่เปิดโอกาสให้ผู้พ้นโทษมีโอกาสกลับเข้าสู่สังคม

2.1 หลักการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดในฐานะที่เป็นหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

ICCPR ข้อ 10 (3) บัญญัติว่า “ระบบเรือนจำจะต้องประกอบด้วย การปฏิบัติต่อนักโทษที่มีวัตถุประสงค์สำคัญในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและสังคม”²¹ จากหลักการของ ICCPR มาตรการการคุมขังผู้กระทำความผิดในเรือนจำต้องเป็นไปเพื่อการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเพื่อกลับคืนสู่สังคม การจำคุกตลอดชีวิต หรือแก่ฆาตจนถึงแก่ความตายในเรือนจำจึงเป็นเรื่องที่ไม่ค่อยจะเกิดขึ้น หากผ่านระยะเวลาเพื่อความปลอดภัย (period of safety)²² และนักโทษได้รับการแก้ไขฟื้นฟูจนไม่เป็นอันตรายต่อสังคมแล้ว ระบบเรือนจำก็อาจลดวันต้องโทษหรือปล่อยตัวด้วยรูปแบบของการพักการลงโทษ (parole)

2.2 ข้อจำกัดของประเทศไทยในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

แม้ว่ากรมราชทัณฑ์ไทยจะมีงานสำคัญในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและคืนคนดีสู่สังคม²³ แต่สภาพนักโทษล้นเรือนจำ ประกอบกับเจ้าหน้าที่และงบประมาณที่จำกัด ทำให้การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นไปได้ค่อนข้างยากลำบาก ข้อมูลเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ. 2562 ประเทศไทยมีผู้ต้องขังทั้งสิ้น 365,384 คน ในขณะที่มีเรือนจำทั่วประเทศ 144 แห่ง ที่ออกแบบให้รองรับผู้ต้องขังได้เพียง 217,000 คน ผู้ต้องขังจึงล้นคุกไป 168.37% ทำให้ประเทศไทยมีผู้ต้องขังมากเป็นอันดับ 6 ของโลก และเป็นอันดับ 5 ของโลกเมื่อเทียบจำนวนผู้ต้องขังต่อประชากร 100,000 คน²⁴

การลดปริมาณนักโทษในเรือนจำด้วยมาตรการต่าง ๆ เช่น การยกเลิกกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น การแปรรูปอาญาไปเป็นความรับผิดทางปกครอง การใช้โทษอื่นแทนการจำคุก การแก้ปัญหายาเสพติด การชะลอการฟ้องคดีอาญา การปรับปรุงระบบการปล่อยชั่วคราวโดยไม่ใช้หลักประกันเป็นทรัพย์สิน²⁵ ควรจะนำมาศึกษาวิจัยและนำมาใช้กับประเทศไทยอย่างเหมาะสม เพื่อให้ให้นักโทษในเรือนจำอยู่ในจำนวนที่พอเหมาะแก่การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้ นอกจากนี้ มาตรการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดนอกเรือนจำ เช่น การคุมประพฤติอย่างเข้มข้น การใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์จำกัดการเดินทาง (EM) การใช้

²¹ ICCPR, Article 10 (3) “The penitentiary system shall comprise treatment of prisoners the essential aim of which shall be their reformation and social rehabilitation...”

²² “จำคุกตลอดชีวิต ติดคุกจริงกี่ปี?”, โดย ปกป้อง ศรีสนิท, Dec 27, 2019, The 101 world, <https://www.the101.world/blind-spot-of-thai-penitentiary-system/>, สืบค้นเมื่อ 22 มกราคม 2563.

²³ <https://www.moj.go.th/thainiyom/detail?id=8>, สืบค้นเมื่อ 22 มกราคม 63.

²⁴ “จำคุกตลอดชีวิต ติดคุกจริงกี่ปี?” แหล่งเดิม. สืบค้นเมื่อ 22 มกราคม 2563.

²⁵ แหล่งเดิม.

มาตรการอื่นแทนการจำคุก ควรนำมาใช้อย่างจริงจังเช่นเดียวกัน ท้ายสุดกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูในเรือนจำ ควรจะดำเนินการแบบเฉพาะราย (individualization)²⁶ โดยการค้นหาสาเหตุแห่งการกระทำความผิด ของผู้กระทำความผิดแต่ละรายและแก้ไขฟื้นฟูที่ต้นเหตุแห่งการกระทำความผิด เพราะผู้กระทำความผิดแบบเดียวกันอาจมีสาเหตุแห่งการกระทำความผิดที่แตกต่างกันได้ โปรแกรมการฟื้นฟูและฝึกอาชีพนักโทษในเรือนจำจึงไม่ควรใช้โปรแกรมเดียวกับนักโทษทุกคน

2.3 ระบบทะเบียนประวัติอาชญากร (criminal record) ที่ไม่เปิดโอกาสให้มีการนำผู้ที่กลับตัวได้เข้าสู่สังคม

ในปัจจุบันระบบทะเบียนประวัติอาชญากรของไทยอยู่ในความดูแลของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เมื่อนักโทษคนใดที่พ้นโทษแล้ว แม้จะได้รับการแก้ไขฟื้นฟูเป็นคนดีของสังคม ก็ยังถูกตีตรา (stigma) ไว้ในทะเบียนประวัติอาชญากรจนถึงแก่ความตาย โดยไม่อาจขอลบปิดหรือขอลบออกได้ ระบบดังกล่าว ไม่เปิดโอกาสให้นำนั้ตัวผู้กระทำความผิดสู่สังคม แม้จะฟื้นฟูดีอย่างไรหลังการกระทำความผิด ผู้ที่เคยพลัดพลั้งก็ไม่มีทางได้รับโอกาสในการกลับเข้าทำงานหรือใช้ชีวิตแบบคนปกติ ทำให้การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดไม่บรรลุเป้าหมายสุดท้ายอย่างสมบูรณ์ การแก้ไขกฎหมายให้นักโทษที่พ้นโทษที่ผ่านระยะเวลาพอสมควรแล้วไม่กระทำความผิดอีก (crime free period) เช่น 10-15 ปี นับจากพ้นโทษ²⁷ สามารถขอลบปิดทะเบียนประวัติอาชญากรจากสาธารณสุขได้ จะช่วยให้การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดบรรลุวัตถุประสงค์สุดท้ายอย่างสมบูรณ์โดยการนำผู้กระทำความผิดที่กลับตัวกลับใจได้แล้วกลับเข้าสู่สังคมอย่างคนปกติอย่างแท้จริง²⁸

หลักสิทธิมนุษยชนมีส่วนสำคัญกับการกำหนดโทษทางอาญา ด้านหนึ่ง คือ หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) เพื่อใช้เป็นหลักในการกำหนดโทษทางอาญาไม่ให้รุนแรงเกินสมควร อีกด้านหนึ่ง คือ หลักการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Rehabilitation) เพื่อใช้เป็นหลักการในการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อให้ได้รับโอกาสในการแก้ไขฟื้นฟูและกลับเข้าสู่สังคมอย่างปกติ ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) มีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินการเกี่ยวกับการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิมนุษยชน ดังกล่าว การลงโทษทางอาญาให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ไม่ใช่แค่เพียงให้ประเทศไทยเป็นที่ยอมรับกับประชาคมโลกในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน แต่ยังเป็นผลดีกับกระบวนการยุติธรรมของไทยในภาพรวมอีกด้วย

²⁶ จาก “การกำหนดโทษให้เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดเป็นราย ๆ (individualization)” ใน “หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ”, โดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, 2557, รพ 2557, น. 24. ; “การปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับนักโทษแต่ละคน”, โดย ปกป้อง ศรีสนิท, 2550, วารสารบทบัญญัติ (เนติบัณฑิตยสภา), เล่มที่ 63.

²⁷ ระยะเวลาปลอดอาชญากรรม (crime free period) 10-15 ปี ขึ้นอยู่กับความรุนแรงของการกระทำความผิด.

²⁸ จาก “การปฏิรูปทะเบียนประวัติอาชญากรกับแนวคิดการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization),” โดย ปกป้อง ศรีสนิท, 2561, นิติธรรมประจักษ์ สุรศักดิ์ 60 ปี, น. 179-181.



เอกสารอ้างอิง

ภาษาไทย

- กระทรวงยุติธรรม. *การคืนคนดีสู่สังคม*. สืบค้นจาก <https://www.moj.go.th/thainiyom/detail?id=8>
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2561). *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 2.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2550). การปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับนักโทษแต่ละคน. *วารสารบทบัญญัติ (เนติบัณฑิตยสภา)*, เล่มที่ 63.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2561). การปฏิรูปทะเบียนประวัติอาชญากรกับแนวความคิดกำหนดโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization). *นิติธรรมประกาศ สรุศักดิ์ 60 ปี*, 179-181.
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2019). *การมีส่วนร่วมของประชาชนในระบบศาล : การจัดทำและการเปิดเผยข้อมูลในคดีอาญา*. สืบค้นจาก <https://www.the101.world/sentencing-guideline-in-criminal-case/>
- ปกป้อง ศรีสนิท. (2019). *จำคุกตลอดชีวิต ติดคุกจริงกี่ปี?*. สืบค้นจาก <https://www.the101.world/blind-spot-of-thai-penitentiary-system/>
- สรุศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2557). การกำหนดโทษให้เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดเป็นราย ๆ (individualization) ใน “หลักสัดส่วนในการกำหนดโทษ”. *รพี* 2557, 24.
- สรุศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และปกป้อง ศรีสนิท. (2558). *โครงการศึกษาวิจัย เรื่อง การศึกษาเพื่อพัฒนาแนวทางการลงโทษ : หลักการลงโทษที่ได้สัดส่วน กรณีคดียาเสพติดให้โทษ*. สำนักกิจการในพระตำหนักเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม.

ภาษาต่างประเทศ

- Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec. (2003). *Droit Pénal Général*. Paris: economica. 10^{ème} edition.

สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล

ที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ
คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 :
การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล
ตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ

รองศาสตราจารย์คนาริป ทองรวีวงศ์





สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 : การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ

รองศาสตราจารย์คณาธิป ทองรวิวงศ์¹

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มีหลักการรับรองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลในการควบคุมข้อมูลของตน โดยการวางเงื่อนไขสำคัญว่าการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องอาศัยความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลก่อน อย่างไรก็ตาม กฎหมายนี้มีข้อยกเว้นในกรณีการดำเนินการของหน่วยงานรัฐซึ่งใช้อำนาจตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ แม้ข้อยกเว้นนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป (GDPR) และสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอาจถูกจำกัดโดยกฎหมายอื่นก็ตาม แต่เมื่อนำเกณฑ์ด้านสิทธิมนุษยชนมาวิเคราะห์และประเมินกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ 3 ฉบับซึ่งตราขึ้นในช่วงเวลาเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้แก่ พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นสิทธิของเจ้าของข้อมูล จะพบว่ากฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐเหล่านี้ มีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ด้านสิทธิมนุษยชนหลายประการ เช่น ความเฉพาะเจาะจงในมิติต่าง ๆ ความจำเป็นและได้สัดส่วน บทความนี้สะท้อนให้เห็นว่า การบัญญัติกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยโดยนำต้นแบบ (Model) มาจากกฎหมายสหภาพยุโรป ในขณะที่สภาพแวดล้อมทางกฎหมายและกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของไทยแตกต่างจากยุโรปนั้น ส่งผลให้ “สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล” ของพลเมืองไทยยังไม่ได้รับการคุ้มครองที่เพียงพอ โดยเฉพาะกรณีการเก็บ รวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยหน่วยงานของรัฐที่อาศัยอำนาจอย่างกว้างตามกฎหมายเกี่ยวกับ “ความมั่นคงของรัฐ”

คำสำคัญ:

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562, พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2558, พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2562, พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562, ข้อมูลส่วนบุคคล, สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล

¹ผู้อำนวยการสถาบันกฎหมายสื่อดิจิทัล และรองศาสตราจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, ผู้ทรงคุณวุฒิด้านสิทธิพลเมือง สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

**Right to personal data which is not protected
under Personal Data Protection Act B.E. 2562:
The collection, use, disclose of personal data
according to laws relating to national security.**

Associate Professor Kanathip Thongraweewong

Abstract

Personal data protection Act B.E. 2562 endorses right of data subject to control personal data by stipulating lawful basis for processing personal data which the consent is required in general case. However, this Act does not apply to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of protection national security. This exception reflects the model of European Personal data protection law (GDPR). In addition, the right of data subject, according to Thai constitution, can be restricted by provision of laws. However, the quality of law or safeguard principles have to be applied to evaluate such law in order to make a balance between national security and human right. Thus, this article analyzed the safeguard principles from international human right laws and court cases and synthesized into criteria for applying to evaluate three laws relating to national security which is enacted in the same era of Personal Data Protection Act. B.E. 2562, i.e., National security council Act of B.E. 2558, National Intelligence Act of B.E. 2562 and Cyber Security Act of B.E. 2562. The results of analysis indicate the tendency of inconsistent to several safeguard principles including principle of necessity and proportionality, principle of specificity in relation to measure, target and duration, principle of third-party protection. Hence, This article reflect that mere enactment of Personal Data Protection Act B.E.2562 which is modeled from GDPR is not enough for protect personal data's right especially in the case of collection, use and disclose personal data by laws relating to national security, due to the fact that environment and human right protection system of Thai and Europe are basically different.

Keywords :

Personal data protection Act B.E. 2562, National security council Act of B.E. 2558, National Intelligence Act of B.E. 2562, Cyber Security Act of B.E. 2562, Personal data, Right of data subject



สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ได้รับการคุ้มครอง ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 : การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ

1

บทนำ

ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. 2018 กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฉบับใหม่ของสหภาพยุโรป (General Data Protection Regulation หรือ GDPR) มีผลใช้บังคับแทนที่กฎหมายเดิม (Directive 95/46/EC) ส่งผลกระทบต่อหลายภาคส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลระบุตัวตนของบุคคล (Personal data) โดยกฎหมายนี้มีหลักการสำคัญสองประการ คือ กำหนดหน้าที่ให้ผู้ควบคุมข้อมูล (Data controller) จัดให้มีมาตรการรักษาความปลอดภัยของข้อมูล (Data security) และกำหนดหลักการรับรองสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (Right to control personal data) ซึ่งสะท้อนให้เห็นจากเงื่อนไขการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลของบุคคล จะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับความยินยอม (Consent) จากเจ้าของข้อมูลก่อน สำหรับประเทศไทย เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562 สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ก่อนการเลือกตั้งทั่วไปในเดือนมีนาคมเพียงไม่ถึงหนึ่งเดือนและประกาศเป็นกฎหมายในราชกิจจานุเบกษาเมื่อเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2562 เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 พบว่ามีองค์ประกอบและหลักการในลักษณะเดียวกับกฎหมายสหภาพยุโรปหรือเป็นการนำกฎหมายสหภาพยุโรปดังกล่าวมาเป็นต้นแบบ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนชี้ให้เห็นว่าการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายไทยฉบับนี้มีปัญหาที่สำคัญสองระดับ คือ

(1) ข้อจำกัด (Limitation) ในการคุ้มครองสิทธิของเจ้าของข้อมูลอันเนื่องมาจากกลไกของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เช่น ข้อยกเว้นในแง่ขอบเขตของพระราชบัญญัติตามมาตรา 4 และข้อยกเว้นจากหลักความยินยอมตามมาตรา 24 เป็นต้น

(2) ผลกระทบทางลบ (Negative impact) ในมิติต่าง ๆ อันเกิดจากหลักการ เงื่อนไข และองค์ประกอบของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล² เช่น การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการรายใหญ่และรายย่อย อุปสรรคทางการค้าและการสร้างผู้ประกอบการรายใหม่ การเปิดช่องให้มีผู้นำไปใช้โดยมิชอบ (Abuse) เช่น อาชญากรรมประเภทการกรรโชกทรัพย์ไซเบอร์ (Cyber extortion)

² จาก รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ผลกระทบทางลบอันเกิดจากกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562, โดย คณาธิป ทองรวีวงศ์, 2563, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต.

การสร้างโอกาสของการโจรกรรมข้อมูลส่วนบุคคล ความเสี่ยงที่เพิ่มขึ้นในหลายมิติของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล สำหรับบทความนี้จะกล่าวถึงปัญหาในระดับที่หนึ่ง โดยมีขอบเขตเฉพาะกรณีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ไม่ครอบคลุมถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ

2

สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง เพราะถูกจำกัดสิทธิโดย “กฎหมายอื่น”

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 19 สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะสิทธิในการควบคุมข้อมูลโดยการให้ความยินยอมก่อนที่ผู้อื่นจะเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลของตน นั้น มีข้อจำกัดหลายประการ ดังจะเห็นได้จากข้อยกเว้นในมาตรา 24 อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้จะชี้ให้เห็นเฉพาะสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่ถูกจำกัดโดย “กฎหมายอื่น” ซึ่งจำแนกได้สองกรณี คือ

กรณีที่หนึ่ง หน่วยงานรัฐเป็นผู้เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชน โดยมีกฎหมายให้อำนาจ กรณีนี้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 4 กำหนดว่า “พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่... (2) การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ซึ่งรวมถึงความมั่นคงทางการคลังของรัฐ หรือการรักษาความปลอดภัยของประชาชน รวมทั้งหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน นิติวิทยาศาสตร์ หรือการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์” จะเห็นได้ว่า การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับความมั่นคงไม่อยู่ภายใต้หลักการและเงื่อนไขการคุ้มครองต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ทั้งในส่วนของหน้าที่รักษา ความปลอดภัยของข้อมูลตามมาตรา 37 และในส่วนของการคุ้มครองสิทธิเจ้าของข้อมูลในการควบคุมข้อมูลของตน (Right to control personal data) ตามมาตรา 19 กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐสามารถเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยไม่ต้องอาศัยเหตุแห่งความยินยอม

กรณีที่สอง ผู้ประกอบการเอกชน เป็นผู้เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของประชาชน โดยมีกฎหมายกำหนดหน้าที่ กรณีนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 24 กำหนดว่า “ห้ามมิให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลทำการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่... (6) เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” แม้ว่ามาตรา 24 ไม่ได้ยกเว้นว่ากรณีนี้ไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ดังเช่นมาตรา 4 (2) กล่าวคือ ผู้ควบคุมข้อมูลที่ถูกเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลตามหน้าที่ซึ่งกฎหมายอื่นกำหนด ยังคงต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของพระราชบัญญัติคุ้มครอง



ข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เช่น การรักษาความปลอดภัยของข้อมูลตามมาตรา 37 แต่ในแง่สิทธิและเสรีภาพ หากมีกฎหมายอื่นกำหนดหน้าที่ให้ผู้ควบคุมข้อมูลซึ่งเป็นผู้ประกอบการภาคเอกชน เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลบุคคลอื่น จะเข้าข้อยกเว้นมาตรา 24 (6) ส่งผลให้สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้รับการคุ้มครองเพราะไม่ต้องอาศัยความยินยอม

จะเห็นได้ว่า ทั้งกรณีมาตรา 4 (2) และมาตรา 24 (6) ต่างเป็นกรณีที่สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้รับการคุ้มครอง เนื่องจากการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลโดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล หรืออีกนัยหนึ่งเจ้าของข้อมูลไม่อาจมีสิทธิควบคุมข้อมูลของตนได้ สำหรับในที่นี่จะพิจารณาเฉพาะกรณีมาตรา 4 (2) ซึ่งจะกล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ (National security) อย่างไรก็ตาม จากมาตรา 4 (2) จะเห็นได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐดำเนินการอันส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล จำแนกได้เป็นสองกลุ่ม คือ³ กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ และกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงทางการคลังของรัฐ สำหรับบทความนี้มีขอบเขตเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ (National security) ซึ่งมีขอบเขตวิเคราะห์เฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ 3 ฉบับ ที่ตราขึ้นโดยสภาพแวดล้อมเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กล่าวคือ กฎหมายที่เกิดจากคณะรัฐบาลและสภานิติบัญญัติแห่งชาติในระหว่างปี พ.ศ. 2558 - 2562 (ก่อนการเลือกตั้งทั่วไปในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2562) ซึ่งมีบทบัญญัติให้อำนาจหน่วยงานรัฐหลายประการรวมถึงการดำเนินการในลักษณะของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

3

กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐที่ตราขึ้นโดย สภาพแวดล้อมเดียวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

3.1 พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2559 พระราชบัญญัติฉบับนี้ยกเลิกพระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2502 และพระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2507

มาตรา 4 กำหนดนิยามของคำสำคัญอันเป็นเหตุแห่งการใช้อำนาจ ดังนี้

“ความมั่นคงแห่งชาติ” หมายความว่า ภาวะที่ประเทศปลอดภัยจากภัยคุกคามต่อเอกราช อธิปไตย บูรณภาพแห่งอาณาเขต สถาบันศาสนา สถาบันพระมหากษัตริย์ ความปลอดภัยของประชาชน การดำรงชีวิตโดยปกติสุขของประชาชน หรือที่กระทบต่อผลประโยชน์แห่งชาติหรือการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมทั้งความพร้อมของประเทศที่จะเผชิญสถานการณ์ต่าง ๆ อันเกิดจากภัยคุกคามทุกรูปแบบ

³ แหล่งเดิม.

“ภัยคุกคาม” หมายความว่า ภาวะหรือสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดความไม่มั่นคง ซึ่งเป็นปัญหาที่มีความรุนแรง สลับซับซ้อน หากไม่ดำเนินการแก้ไขจะเกิดผลกระทบในวงกว้างต่อความมั่นคงแห่งชาติ สำหรับหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง มาตรา 7 ให้อำนาจ “สภาความมั่นคงแห่งชาติ” ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานสภาไว้หลายประการ เช่น จัดทำนโยบายและแผนระดับชาติว่าด้วยความมั่นคงแห่งชาติเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา เสนอแนะและให้ความเห็นในการกำหนดยุทธศาสตร์ชาติในมิติด้านความมั่นคง กำหนดแนวทางหรือมาตรการในการป้องกันหรือแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติ เพื่อเสนอนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีพิจารณา ประเมินและวิเคราะห์สถานการณ์ภาพรวมในเชิงยุทธศาสตร์อันเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงแห่งชาติ กำกับและติดตามการดำเนินการตามนโยบายและแผนระดับชาติว่าด้วยความมั่นคงแห่งชาติ

ในส่วนของการดำเนินการและมาตรการรักษาความมั่นคงแห่งชาติ มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของสภาความมั่นคงแห่งชาติ และ “สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ” ดังต่อไปนี้

(1) การป้องกัน โดยกำหนดมาตรการสำหรับภัยคุกคามที่อาจจะเกิดหรือมีความเสี่ยง ทั้งนี้ มาตรา 18 กำหนดให้สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติติดตาม ประเมิน และวิเคราะห์สถานการณ์ที่อาจก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อความมั่นคงแห่งชาติ และจัดทำฐานข้อมูลที่เกี่ยวข้อง เพื่อป้องกันหรือแก้ไขสถานการณ์อันเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงแห่งชาติ

ในกรณีที่มีสถานการณ์ซึ่งมีความเสี่ยงอันจะนำไปสู่ภัยคุกคามต่อความมั่นคงแห่งชาติ มาตรา 18 กำหนดให้สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติแจ้งเตือนสถานการณ์ดังกล่าวพร้อมเสนอความเห็น แนวทาง มาตรการ หรือการดำเนินการอื่นที่จำเป็นในการป้องกันหรือแก้ไขสถานการณ์นั้น ต่อนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี หรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ต่อไป

(2) การตอบสนองหรือรับมือภัยคุกคามที่เกิดขึ้นแล้ว มาตรา 19 กำหนดให้สภาความมั่นคงแห่งชาติ ประเมินระดับความร้ายแรงของภัยคุกคามดังกล่าว พร้อมทั้งเสนอความเห็น แนวทาง มาตรการ หรือการดำเนินการอื่นที่จำเป็น ต่อนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือสั่งการให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อป้องกัน แก้ไข หรือระงับยับยั้งภัยคุกคามดังกล่าว ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรียังไม่พิจารณาดำเนินการให้สภาความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้ใช้อำนาจสั่งให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการได้เท่าที่จำเป็นและเหมาะสม สำหรับหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกาศให้สถานการณ์ใดเป็นภัยคุกคาม การยกเลิกการประกาศและการกำหนดระดับความร้ายแรงของภัยคุกคามเป็นไปตามที่สภากำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

นอกจากนี้ มาตรา 20 กำหนดว่า ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีเห็นว่าการพิจารณาเรื่องใดเป็นเรื่องสำคัญที่จะกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติ ให้นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีส่งเรื่องให้สภาความมั่นคงแห่งชาติให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณา หรือในกรณีที่สภาความมั่นคงแห่งชาติเห็นว่าการดำเนินการในเรื่องใดเป็นเรื่องสำคัญเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติ ให้เสนอความเห็นต่อนายกรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรี



3.2 พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2562 พระราชบัญญัติฉบับนี้ยกเลิกพระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2528

มาตรา 4 กำหนดนิยามสำคัญดังต่อไปนี้ “การข่าวกรอง” หมายความว่า การดำเนินการเพื่อให้ทราบถึงความมุ่งหมาย กำลังความสามารถและความเคลื่อนไหว รวมทั้งวิถีทางของบุคคล กลุ่มบุคคล หรือองค์กรใด ทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ ที่อาจกระทำการอันเป็นพฤติกรรมเป็นภัยคุกคาม ทั้งนี้ เพื่อรักษาความมั่นคงหรือประโยชน์แห่งรัฐและให้รัฐบาลนำมาประกอบการพิจารณาในการกำหนดนโยบายแห่งชาติ

“การต่อต้านข่าวกรอง” หมายความว่า การดำเนินการเพื่อต่อต้านการกระทำของต่างชาติ บุคคล กลุ่มบุคคล หรือองค์กรใด ที่มุ่งหมายจะให้ได้ไปซึ่งความลับของชาติหรือทำลายความมั่นคงแห่งชาติ โดยการจารกรรม การบ่อนทำลาย การก่อวินาศกรรม และการก่อการร้าย หรือการอื่นใด อันเป็นภัยคุกคามเพื่อรักษาความมั่นคงหรือประโยชน์แห่งรัฐ

“การข่าวกรองทางการสื่อสาร” หมายความว่า การใช้เทคนิคและการดำเนินการวิธีทางเทคโนโลยีและเครื่องมือสื่อสาร เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับความเคลื่อนไหวในการข่าวกรอง และการต่อต้านข่าวกรอง

สำหรับบทบัญญัติที่ให้อำนาจดำเนินมาตรการด้านการข่าวกรอง เช่น

มาตรา 5 ให้สำนักข่าวกรองแห่งชาติมีหน้าที่และอำนาจหลายประการ เช่น ปฏิบัติงานเกี่ยวกับกิจการการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร และการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน ติดตามสถานการณ์ภายในประเทศและต่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติ และรายงานต่อนายกรัฐมนตรีและสภาความมั่นคงแห่งชาติ กระจายข่าวกรองที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติ ให้หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องใช้ประโยชน์ตามความเหมาะสม

มาตรา 6 เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 5 สำนักข่าวกรองแห่งชาติอาจสั่งให้หน่วยงานของรัฐหรือบุคคลใดส่งข้อมูลหรือเอกสารที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติภายในระยะเวลาที่ผู้อำนวยการสำนักข่าวกรองแห่งชาติกำหนด หากหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลดังกล่าวไม่ส่งข้อมูลหรือเอกสารภายในกำหนดเวลาโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้สำนักข่าวกรองแห่งชาติรายงานต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งการตามที่เห็นสมควรต่อไป

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสารอันเกี่ยวกับการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร หรือการรักษาความปลอดภัยฝ่ายพลเรือน สำนักข่าวกรองแห่งชาติอาจดำเนินการด้วยวิธีการใด ๆ รวมทั้งอาจใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เครื่องมือทางวิทยาศาสตร์ เครื่องโทรคมนาคม หรือเทคโนโลยีอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสารดังกล่าวได้

นอกจากนี้ ยังกำหนดให้จัดตั้งศูนย์ประสานงานข่าวกรองแห่งชาติ เรียกโดยย่อว่า “ศป.ข.” ซึ่งมีหน้าที่และอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการข่าวกรอง เช่น อำนาจตามมาตรา 13 ในการติดตาม ประเมิน และวิเคราะห์สถานการณ์ปัจจุบันทั้งภายในประเทศและต่างประเทศตลอดยี่สิบสี่ชั่วโมง... ตลอดจนกระจายข่าวไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เผื่อระงับภัยคุกคามความมั่นคงปลอดภัย ทั้งในภาวะปกติและ

ช่วงที่มีสถานการณ์ ช่วงเทศกาลที่สำคัญ... เพื่อสนับสนุนการป้องกันหรือแก้ไขสถานการณ์ในกรณีที่มีเหตุการณ์ฉุกเฉินรุนแรงเกิดขึ้น และปฏิบัติต่อเนื่องจนสิ้นสุดสถานการณ์นั้น รวมถึงปฏิบัติงานอื่นตามที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมาย สภาความมั่นคงแห่งชาติ หรือผู้อำนวยการสำนักข่าวกรองแห่งชาติมอบหมาย

3.3 พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีหลักการหลายส่วน แต่ในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับมือกับภัยคุกคามทางไซเบอร์ (หมวดที่ 3 ส่วนที่ 4 ว่าด้วยการรับมือกับภัยคุกคามทางไซเบอร์ มาตรา 58 – มาตรา 69) ซึ่งส่งผลกระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคล ดังนี้

(1) อำนาจกำหนดระดับภัยคุกคามทางไซเบอร์ ตามมาตรา 60 ซึ่งแม้ว่าไม่ใช่บทบัญญัติที่ให้อำนาจเข้าถึงหรือได้มาซึ่งข้อมูลโดยตรง แต่เป็นการกำหนดเหตุอันเป็นที่มาของการใช้อำนาจดังกล่าว

(2) อำนาจการรวบรวมข้อมูล พยานหลักฐาน เพื่อวิเคราะห์สถานการณ์และประเมินผลกระทบ ในกรณีเกิดหรือคาดว่าจะเกิดภัยคุกคามทางไซเบอร์ระดับร้ายแรง คณะกรรมการกำกับดูแลด้านความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ (กกม.) มีอำนาจออกคำสั่งให้สำนักงานคณะกรรมการรักษาความมั่นคงปลอดภัย ไซเบอร์แห่งชาติ ดำเนินการรวบรวมข้อมูล หรือพยานเอกสาร พยานวัตถุ พยานบุคคล เพื่อวิเคราะห์สถานการณ์และประเมินผลกระทบ (มาตรา 61) ในกรณีนี้ มาตรา 62 ให้อำนาจเลขาธิการคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติสั่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการหลายประการ เช่น มีหนังสือขอความร่วมมือจากบุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อมาให้ข้อมูล (มาตรา 62 (1)) มีหนังสือขอข้อมูล เอกสาร หรือสำเนาข้อมูลหรือเอกสารซึ่งอยู่ในความครอบครองของผู้อื่นอันเป็นประโยชน์แก่การดำเนินการ (มาตรา 62 (2)) อำนาจนี้ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับข้อมูลของบุคคลและนำไปสู่การได้มาซึ่งข้อมูลที่อาจเป็นข้อมูลส่วนบุคคล

(3) อำนาจป้องกัน รับมือ และลดความเสี่ยงจากภัยคุกคามไซเบอร์ระดับร้ายแรง โดยบูรณาการร่วมกับหน่วยงานของรัฐอื่น ตามมาตรา 64 คณะกรรมการกำกับดูแลด้านความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ (กกม.) มีอำนาจดำเนินการป้องกัน รับมือ และลดความเสี่ยงจากภัยคุกคามไซเบอร์และดำเนินการมาตรการที่จำเป็น โดยมีหนังสือถึงหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องให้กระทำการหรือระงับการดำเนินการใด ๆ เพื่อป้องกัน รับมือ และลดความเสี่ยงจากภัยคุกคามไซเบอร์ อำนาจนี้เป็นการสั่งการและบูรณาการโดยใช้ถ้อยคำที่กว้าง ต้องพิจารณาลักษณะการดำเนินการเป็นกรณี เช่น หากเป็นการเข้าถึง หรือได้มาซึ่งข้อมูล ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขมาตรา 66 ดังนั้น อำนาจนี้จึงอาจจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคล

(4) อำนาจออกคำสั่งให้บุคคลกระทำการเพื่อป้องกันภัยคุกคามไซเบอร์ ในกรณีภัยคุกคามไซเบอร์ระดับร้ายแรง คณะกรรมการกำกับดูแลด้านความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ (กกม.) มีอำนาจตามมาตรา 65 ในการออกคำสั่งให้ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ผู้ครอบครอง ผู้ใช้คอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ หรือผู้ดูแลระบบคอมพิวเตอร์ ซึ่งมีเหตุอันควรเชื่อว่าเป็นผู้เกี่ยวข้องกับภัยคุกคามไซเบอร์หรือได้รับผลกระทบจากภัยคุกคามไซเบอร์ให้กระทำการ เช่น ฝักระวังคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์



ตรวจสอบคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์เพื่อหาข้อบกพร่องต่อการรักษาความมั่นคงไซเบอร์ ดำเนินมาตรการแก้ไขภัยคุกคามทางไซเบอร์เพื่อจัดการข้อบกพร่องหรือกำจัดชุดคำสั่งไม่พึงประสงค์ หรือระบบบรรเทาภัยคุกคามไซเบอร์ที่ดำเนินการอยู่ เข้าถึงข้อมูลหรือระบบคอมพิวเตอร์เพื่อป้องกันภัยคุกคามไซเบอร์ สำหรับกรณีสั่งให้เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ต้องขอคำสั่งศาล แต่การสั่งให้กระทำอย่างอื่นไม่ต้องขอคำสั่งศาล (มาตรา 65) อำนาจดังกล่าวเป็นการสั่งให้ผู้เกี่ยวข้ององค์การหลายอย่างที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ เช่น การเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ ซึ่งกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคล

(5) อำนาจในการปฏิบัติการเพื่อป้องกันภัยคุกคามไซเบอร์ ตามมาตรา 66 ซึ่ง คณะกรรมการกำกับดูแลด้านความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ (กกม.) มีอำนาจปฏิบัติการหรือสั่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการ เช่น เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ ทำสำเนา หรือสกัดคัดกรองข้อมูลที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าเกี่ยวข้องหรือได้รับผลกระทบจากภัยคุกคามไซเบอร์ ทดสอบการทำงานของคอมพิวเตอร์หรือระบบ ยึดหรืออายัดคอมพิวเตอร์ ระบบ หรืออุปกรณ์ ไม่เกินสามสิบวัน จะเห็นได้ว่าเป็นการได้มาและล่วงรู้ข้อมูลซึ่งอาจรวมถึงข้อมูลเนื้อหาการสื่อสารหรือข้อมูลที่ระบุตัวตนของผู้อื่น จึงจัดอยู่ในกลุ่มของการสอดแนม (Surveillance) อันส่งผลกระทบต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล

(6) อำนาจในกรณีภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับวิกฤติ ซึ่งมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

มาตรา 67 กำหนดให้เป็นหน้าที่และอำนาจของสภาความมั่นคงแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2559 ซึ่งให้อำนาจนายกรัฐมนตรีสั่งการให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการได้อย่างกว้าง จึงอาจรวมถึงการเข้าถึง ตรวจสอบ หรือได้มาซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ฯลฯ ซึ่งกระทบต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล

มาตรา 68 กำหนดให้คณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ (กมช.) มีอำนาจสั่งให้เลขาธิการคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติป้องกันภัยคุกคามโดยไม่ต้องขอคำสั่งศาล โดยกฎหมายกำหนดว่า “อำนาจดำเนินการได้ทันทีเท่าที่จำเป็น” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่กว้าง อาจรวมถึงการดำเนินการในลักษณะต่าง ๆ ที่กระทบต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล เช่น การได้มา เข้าถึง หรือตรวจสอบข้อมูลของผู้อื่น นอกจากนี้ มาตรา 68 วรรคสอง ให้อำนาจเลขาธิการคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ (กมช.) หรือคณะกรรมการกำกับดูแลด้านความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ (กกม.) ในการขอข้อมูล “ที่เป็นปัจจุบันและต่อเนื่อง” จากผู้เกี่ยวข้อง ส่งผลให้ได้มาซึ่งข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์ (Traffic data) ซึ่งอาจบ่งชี้พฤติกรรมการใช้งานและแสดงให้เห็นวิถีชีวิตมิติต่าง ๆ ของบุคคล โดยสามารถนำมาประมวลรวมกันกับข้อมูลผู้ใช้บริการเพื่อระบุตัวตน จึงจัดเป็นการสอดแนม (Surveillance) ซึ่งกระทบต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล

4

ผลกระทบของกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลและความชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐทั้ง 3 ฉบับที่ตราขึ้นในสภาพแวดล้อมเดียวกันกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ดังกล่าวข้างต้น มีบทบัญญัติที่ให้หน่วยงานของรัฐใช้อำนาจในลักษณะหรือรายละเอียดที่แตกต่างกัน แต่จากถ้อยคำของบทบัญญัติเปิดทางให้อำนาจในลักษณะ “เข้าถึงหรือได้มา” ซึ่งข้อมูลของผู้อื่น หรืออาจเรียกโดยรวมว่า “ดักจับหรือสอดแนม” (Interception or surveillance) ซึ่งกระทบต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล

ในกรอบสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แม้ว่ากฎหมายอื่นให้อำนาจหน่วยงานของรัฐหรือกำหนดหน้าที่ให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลภาคเอกชน ทำการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ในลักษณะจำกัดหรือกระทบสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหลายประการ แต่รัฐธรรมนูญกำหนดข้อยกเว้นกรณี “กฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจ” และมาตรา 26 กำหนดว่า กฎหมายที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ และต้องระบุเหตุผลความจำเป็นไว้ด้วย เช่น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคลตาม มาตรา 32 กำหนดว่า “เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงพอเพื่อประโยชน์สาธารณะ” เมื่อพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐดังกล่าวข้างต้น จะพบว่ามีภาระบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น กฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์มีบทบัญญัติหลายมาตราที่จำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลแต่ระบุถ้อยคำตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญว่า “... ที่เกี่ยวข้องเฉพาะเท่าที่จำเป็น..” (มาตรา 65 (5))

ในกรอบพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 การใช้อำนาจดังกล่าวรวมถึงการ “เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผย” ข้อมูลส่วนบุคคล แต่เป็นกรณีที่หน่วยงานรัฐเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายอื่นกำหนด จึงเป็นข้อยกเว้นของการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 4 (2) เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป (GDPR) จะเห็นได้ว่ามีหลักการทำนองเดียวกัน กล่าวคือ มาตรา 2 กำหนดว่า กฎหมายนี้ไม่ใช้บังคับกับการประมวลข้อมูลส่วนบุคคลโดยหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม รวมถึงการป้องกันภัยคุกคามต่อความปลอดภัยสาธารณะ (Public security) (Article 2 Material scope, GDPR) นอกจากนี้ อาร์มบท ข้อ 16 ยังกล่าวด้วยว่า กฎหมายนี้ไม่ใช้บังคับกับกิจกรรมเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ (National security) (Recital 16, GDPR)



เกณฑ์การประเมินความสอดคล้องของกฎหมาย เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐที่จำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล

แม้ว่าการใช้อำนาจตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงดังกล่าว จะเป็นการจำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลในฐานะของข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญและข้อยกเว้นของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เนื่องจากเป็นกรณีการใช้อำนาจที่มีกฎหมายรองรับ และเป็นการยกเว้นในลักษณะเดียวกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลสหภาพยุโรป แต่มีประเด็นความชอบด้วยกฎหมายในอีกระดับหนึ่งว่า บทบัญญัติตามกฎหมายเหล่านั้น สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหรือไม่ จากการศึกษาคำพิพากษาศาลในต่างประเทศโดยเฉพาะในสหภาพยุโรปพบว่า เมื่อมีประเด็นว่ากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ศาลนำหลักสิทธิมนุษยชนหลายประการมาซึ่งน้ำหนักกฎหมายดังกล่าว หรือเรียกว่าหลักเกณฑ์ปกป้องสิทธิ (Safeguard principle)⁴ ซึ่งผู้เขียนจำแนกเป็นเกณฑ์ย่อยหลายเกณฑ์⁵ และนำมาใช้วิเคราะห์และประเมินบทบัญญัติตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงดังกล่าวที่ให้อำนาจอันอาจกระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อชี้ให้เห็นแนวโน้มความสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องของกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงดังกล่าวในกรอบสิทธิมนุษยชน

5.1 เกณฑ์ความเฉพาะเจาะจงในแง่เหตุแห่งการใช้อำนาจ

เกณฑ์นี้ปรากฏในคำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปที่วางหลักว่ากฎหมายต้องระบุปัจจัยสำคัญอันเป็นเหตุแห่งการใช้อำนาจ⁶ นอกจากนี้ ตามอนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ ประเทศภาคีที่ตรากฎหมาย ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ดักจับข้อมูลต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข “... ความจำเป็นที่เกี่ยวข้องกับความผิดร้ายแรงที่ระบุในกฎหมาย...”⁷ เกณฑ์ข้อนี้มีวัตถุประสงค์ป้องกันไม่ให้รัฐตรากฎหมายสอดแนมวงกว้างหรือโดยลับ (Mass or secret surveillance)⁸ เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐอันเป็นข้อยกเว้นของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะพบว่า

⁴ หลักการ “Safeguard” ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ เช่น American Convention on Human Rights, Article 25 ; European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 13 ; International Covenant on Civil and Political Rights, Article 2.

⁵ ผู้เขียนได้นำกรอบแนวคิดและเกณฑ์นี้มาใช้วิเคราะห์และประเมินพระราชบัญญัติฉบับอื่นที่มีหลักการทำนองเดียวกัน เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ : จาก “เกณฑ์การปกป้องสิทธิมนุษยชนสำหรับการประเมินความสอดคล้องของหลักกฎหมายที่ให้อำนาจเข้าถึงหรือได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของบุคคลในระบบคอมพิวเตอร์ ตามพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่แก้ไขฉบับที่ 2 พ.ศ. 2560,” โดย คณาธิป ทองรวีวงศ์, มกราคม – มิถุนายน 2561, วารสารวิชาการสิทธิมนุษยชน, 3(1), น.7-40. ลิขสิทธิ์ 2561 โดย สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

⁶ Roman Zakharov v Russia, No. 47143/06, ECtHR, 4 December 2015.

⁷ Convention on Cybercrime, Article 21 Interception of content data.

⁸ Lorna Woods, Zakharov v Russia: Mass Surveillance and the European Court of Human Rights.

1) พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2559 เหตุแห่งการใช้อำนาจคือ “ภัยคุกคาม” ซึ่งมีขอบเขตกว้าง เพราะไม่ได้กำหนดลักษณะเชิงรูปธรรม การกระทำหรือตัวอย่างของ ภัยคุกคาม แต่กำหนดในลักษณะ ภาวะ สถานการณ์ หรือปัญหา (State or situation or problem) ซึ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้ (1) ภาวะ สถานการณ์ หรือปัญหาที่อาจกระทบต่อความมั่นคงนั้น ไม่จำกัดรูปแบบ พฤติกรรม จึงรวมทั้งการกระทำทางกายภาพและการกระทำทางคอมพิวเตอร์ โดยมีคำขยายที่กว้าง เช่น “ซับซ้อน” ซึ่งคล้ายคลึงกับ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 51/2560 ที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ดังนั้น ภัยคุกคามตามกฎหมายนี้จึงมีขอบเขตกว้างและไม่เจาะจง (2) ภาวะหรือสถานการณ์ หรือปัญหา ไม่จำกัดเฉพาะ การกระทำทางกายภาพ อาจรวมถึงการกระทำโดยใช้คอมพิวเตอร์ ระบบ หรือโปรแกรม (3) เมื่อพิจารณา นิยามของ “ภัยคุกคาม” ประกอบกับนิยามของ “ความมั่นคงแห่งชาติ” ก็จะได้ถึงความกว้างของ ภัยคุกคาม นอกจากนี้ ยังมีคำว่า “ภัยคุกคามทุกรูปแบบ” ซึ่งไม่มีขอบเขตจำกัดในแง่ลักษณะ รูปแบบ หรือวิธีการ

2) พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2562 เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายฉบับก่อนหน้า คือ พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2528 จะพบว่ากฎหมายฉบับ พ.ศ. 2562 ขยายขอบเขต ในส่วนของเหตุแห่งการใช้อำนาจ กล่าวคือ ตามกฎหมายฉบับ พ.ศ. 2528 มีขอบเขตต่อการกระทำ ของต่างชาติหรือองค์การก่อการร้าย (Foreign intelligence) ซึ่งเป็นหลักการที่คล้ายคลึงกับกฎหมาย ของหลายประเทศ แต่จากนิยามของการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง ตามกฎหมายฉบับ พ.ศ. 2562 จะเห็นถึงขอบเขตที่กว้างขึ้น เช่น “... กลุ่มบุคคลหรือองค์การใดทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ...” หรือ “...กระทำการอื่นใดอันเป็นภัยคุกคามเพื่อรักษาความมั่นคงหรือประโยชน์แห่งรัฐ...” ถ้อยคำ ดังกล่าวสะท้อนถึงขอบเขตที่กว้างกว่าการข่าวกรองเกี่ยวกับภัยคุกคามจากต่างชาติและการก่อการร้าย อันเป็นวัตถุประสงค์หลักแต่เดิมของกฎหมายนี้ หรืออีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายใหม่ครอบคลุมทั้ง การข่าวกรองสำหรับภัยคุกคามต่างชาติ (Foreign intelligence) และภัยคุกคามภายใน (Domestic intelligence) เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจะพบว่า หลายประเทศในยุโรป⁹ มีกฎหมายที่ ให้อำนาจหน่วยงานข่าวกรอง (Intelligence agency) โดยจำแนกระหว่างกฎหมายเกี่ยวกับการข่าวกรองที่มีเป้าหมายป้องกันภัยคุกคามจากต่างชาติ (Foreign intelligence) และการข่าวกรองที่มี ขอบเขตสำหรับภัยคุกคามภายใน (Domestic intelligence) จึงมีขอบเขตในแง่เหตุแห่งการใช้อำนาจ ที่จำกัดกว่ากฎหมายไทย

นอกจากนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังระบุถึงผลกระทบหรือความเสียหายของภัยคุกคาม อันเป็นเหตุแห่งการใช้อำนาจด้วยถ้อยคำที่กว้าง เช่น “ทำลายความมั่นคงแห่งชาติ โดยการจารกรรม การบ่อนทำลาย การก่อวินาศกรรม และการก่อการร้าย หรือการอื่นใด...” จะเห็นได้ว่า ภัยคุกคาม ดังกล่าวอาจส่งผลกระทบเชิงรูปธรรมต่อชีวิตและทรัพย์สิน เช่น การก่อวินาศกรรมโดยวางระเบิด และ รวมถึงผลกระทบที่ไม่สามารถชี้วัดชัดเจน เช่น “การอื่นใดที่เป็นการทำลายความมั่นคงของชาติ” ถ้อยคำ

⁹ From Foreign Intelligence Gathering Laws (pp. 1-5), by The Law Library of Congress, 2016.



ดังกล่าวอาจส่งผลให้มีการใช้อำนาจตอบสนองต่อการกระทำอันเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพอื่น เช่น การสื่อสารข้อมูลเนื้อหา (Content) ซึ่งเป็นสิทธิในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น

3) พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 เหตุแห่งการใช้ อำนาจ คือ “ภัยคุกคามทางไซเบอร์” แม้ว่านิยามของภัยคุกคามทางไซเบอร์มีขอบเขตที่จำกัดเฉพาะ การประทุษร้ายต่อระบบคอมพิวเตอร์ หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ จึงไม่รวมถึงการกระทำทางไซเบอร์อื่น เช่น การเผยแพร่เนื้อหาข้อมูลผิดกฎหมาย แต่การใช้อำนาจยังต้องพิจารณาถึงระดับของภัยคุกคาม สามระดับตามมาตรา 60 ซึ่งใช้ถ้อยคำที่กว้าง เช่น “ภัยคุกคามทางไซเบอร์ที่มีความเสี่ยงอย่างมี นัยสำคัญ...” (มาตรา 60 (1)) “ภัยคุกคามที่มีลักษณะการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญของการโจมตีระบบ คอมพิวเตอร์...” (มาตรา 60 (2)) “ภัยคุกคามทางไซเบอร์อันกระทบหรืออาจกระทบต่อความสงบ เรียบร้อยของประชาชนหรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ...” (มาตรา 60 (3) (ก) (ข)) จึงพบว่าตัวบทไม่ได้ ระบุเกณฑ์ชี้วัดที่ชัดเจนในเชิงปริมาณ จากมุมมองของบุคคลทั่วไปไม่อาจทราบได้แน่นอนว่ากรณีใด จะเป็นเหตุแห่งการใช้อำนาจ นอกจากนี้ การใช้อำนาจในหลายมาตรากำหนดเหตุในลักษณะกว้าง เช่น “เมื่อปรากฏแก่คณะกรรมการกำกับดูแลด้านความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ (กกม.) ว่าเกิดหรือคาดว่าจะ เกิดภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับร้ายแรง...” (มาตรา 61) “ในกรณีที่เกิดหรือคาดว่าจะเกิด ภัยคุกคามทางไซเบอร์ระดับร้ายแรง...” (มาตรา 64) “ในกรณีที่เหตุจำเป็นเร่งด่วน” (มาตรา 68)

จะเห็นได้ว่า “ความมั่นคง” อันเป็นเหตุผลสำคัญของการใช้อำนาจตามกฎหมายข้างต้น กฎหมายบางฉบับกำหนดไว้อย่างเจาะจง เช่น “ภัยคุกคามทางไซเบอร์” ครอบคลุมเฉพาะการกระทำ ต่อความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ (Computer security) จึงไม่รวมถึง การกระทำในแง่อื่น เช่น การสื่อสารเนื้อหาข้อมูล (Content) ที่กระทบความมั่นคงของรัฐ แต่กฎหมาย บางฉบับกำหนดในลักษณะกว้าง เช่น พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ระบุถึงความมั่นคง หรือผลประโยชน์แห่งรัฐ ความมั่นคงแห่งชาติ (National security) ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับ ลักษณะของภัยคุกคาม เช่น การได้ไปซึ่งความลับของชาติ การจารกรรม การบ่อนทำลาย การก่อวินาศกรรม และการก่อการร้าย ฯลฯ แล้วจะเห็นได้ว่า แม้ว่ากฎหมายนี้ไม่ได้ระบุเจาะจงถึงความมั่นคงทางคอมพิวเตอร์ (Computer security) แต่ภัยคุกคามต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่กระทบ หรือเชื่อมโยงกับความมั่นคงของชาติ เช่น การโจรกรรมข้อมูลของรัฐด้วยวิธีการทางคอมพิวเตอร์ การก่อการร้ายไซเบอร์ ก็อยู่ในความหมายของภัยคุกคามตามนัยกฎหมายนี้ด้วย

จากกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐทั้ง 3 ฉบับ จะเห็นได้ว่าเหตุอันนำไปสู่การใช้อำนาจ คือภัยคุกคามตามกฎหมายแต่ละฉบับนั้นมีขอบเขตกว้าง โดยตัวบทไม่ได้ระบุตัวชี้วัดหรือเกณฑ์ พิจารณาเงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจที่ชัดเจน จึงมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับหลักความเฉพาะเจาะจง นอกจากนี้ ยังมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับหลักความคาดหมายได้

5.2 เกณฑ์ความเฉพาะเจาะจงในแง่มาตรการ (Measures)

กฎหมายที่ให้อำนาจเข้าถึงหรือได้ข้อมูล ต้องมีลักษณะเฉพาะเจาะจงในแง่มาตรการ (Measures) แม้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยอมรับว่าการใช้มาตรการทางเทคโนโลยีสมัยใหม่มีความจำเป็นเพื่อต่อต้าน

การก่อการร้าย แต่มาตรการดังกล่าวก็จะต้องมีความชัดเจนประกอบกับมีมาตรการป้องกันการนำไปใช้โดยมิชอบด้วย¹⁰ เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐอันเป็นข้อยกเว้นของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจะพบว่า

1) พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2559 มาตรการสำหรับการป้องกันและรับมือ ภัยคุกคามความมั่นคงแห่งชาติตามพระราชบัญญัตินี้มีลักษณะกว้าง กล่าวคือ ให้อำนาจในส่วนของมาตรการด้วยถ้อยคำที่ไม่ได้ระบุเจาะจงถึงลักษณะมาตรการ เช่น “ดำเนินการ” จึงเปิดช่องให้ดำเนินมาตรการอันอาจกระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคล เช่น การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้ นอกจากนี้ ยังได้กำหนดเชื่อมโยงกับกฎหมายอื่น เช่น “สั่งการให้หน่วยงานรัฐดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติในกฎหมาย” ดังจะเห็นได้จากมาตรา 18 และมาตรา 19 ส่งผลให้ครอบคลุมถึงอำนาจตามกฎหมายอื่นได้อย่างกว้างโดยไม่ได้รับกฎหมายใดไว้โดยเฉพาะ

2) พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2562 มาตรการหรือวิธีการตามกฎหมายฉบับ พ.ศ. 2528 กำหนดว่าการข่าวกรองทางการสื่อสารหมายถึงการใช้เทคนิคและการดำเนินการวิธีทางเครื่องมือสื่อสาร ด้วยการดักจับการติดต่อสื่อสารทางสัญญาณวิทยุ แต่ตามกฎหมายฉบับ พ.ศ. 2562 กำหนดมาตรการหรือวิธีการทางเทคโนโลยีไว้อย่างกว้าง ดังจะเห็นได้จากนิยามของการข่าวกรองทางการสื่อสาร หมายถึง “การใช้เทคนิคและการดำเนินการวิธีทางเทคโนโลยีและเครื่องมือสื่อสาร เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร...” นอกจากนี้ ในส่วนของอำนาจสำนักข่าวกรองแห่งชาติ ยังได้กำหนดไว้อย่างกว้างว่า “...อาจดำเนินการด้วยวิธีการใด ๆ รวมทั้งอาจใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เครื่องมือทางวิทยาศาสตร์ เครื่องโทรคมนาคม หรือเทคโนโลยีอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลหรือเอกสาร...” เปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจะพบว่าหลายประเทศในยุโรป¹¹ มีกฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานข่าวกรอง (Intelligence agency) โดยจำแนกขอบเขตและหน้าที่ของหน่วยงานข่าวกรองออกจากหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย เช่น การสืบสวนสอบสวนความผิดอาญา (Criminal investigation) รวมทั้งมีการจำแนกกฎหมายตามช่องทางหรือวิธีการสำหรับการข่าวกรอง เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการข่าวกรองทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic intelligence) ซึ่งมีขอบเขตแคบกว่ากฎหมายข่าวกรองแห่งชาติของไทยที่ให้อำนาจโดยไม่จำกัดช่องทาง วิธีการ หรือเทคโนโลยี จึงเปิดช่องให้ดำเนินมาตรการอันอาจกระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคล เช่น การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

3) พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 อำนาจในการออกคำสั่งให้บุคคลกระทำการเพื่อป้องกันภัยคุกคามไซเบอร์ ตามมาตรา 65 กำหนดถ้อยคำเกี่ยวกับการดำเนินการที่ไม่เจาะจงวิธีการอย่างชัดเจน เช่น “เฝ้าระวัง ตรวจสอบคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์เพื่อหาข้อบกพร่อง...” อำนาจตามมาตรา 66 กำหนดว่า “เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ ทำสำเนา หรือสกัดคัดกรองข้อมูล...” จะเห็นได้ว่า กฎหมายไม่ระบุวิธีการหรือมาตรการโดยเจาะจง

¹⁰ Szabó and Vissy v Hungary, no. 37138/14, ECtHR 579, 2016.

¹¹ From Foreign Intelligence Gathering Laws. Op.cit.



เปิดทางให้สามารถใช้อำนาจด้วยวิธีการที่หลากหลายและอาจกระทบสิทธิ เช่น การทำสำเนาข้อมูลทั้งหมดจากฮาร์ดดิสก์ ทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกัภัยคุกคามไซเบอร์¹² นอกจากนี้สำหรับอำนาจในกรณีภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับวิกฤติ ตามมาตรา 67 วรรคหนึ่ง ต้องพิจารณาพระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2559 ซึ่งให้อำนาจนายกรัฐมนตรีสั่งการให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการได้อย่างกว้างและไม่ระบุนาตรการที่เจาะจง¹³ สำหรับกรณีเหตุจำเป็นเร่งด่วน ตามมาตรา 68 คณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ (กมช.) อาจมอบให้เลขาธิการคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติมี “อำนาจดำเนินการได้ทันทีเท่าที่จำเป็น” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่กว้าง ไม่จำกัดวิธีการหรือนาตรการที่เจาะจง กฎหมายนี้จึงเปิดช่องให้ดำเนินมาตรการอันอาจกระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคล เช่น การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

จากกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐทั้ง 3 ฉบับ จะเห็นได้ว่า เปิดทางให้หน่วยงานของรัฐใช้อำนาจดำเนินมาตรการป้องกันหรือตอบสนองภัยคุกคามความมั่นคงตามกฎหมายนั้น ๆ ได้อย่างกว้างและไม่เจาะจง จึงมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับหลักความเฉพาะเจาะจงในเชิงมาตรการ และเปิดทางให้ใช้มาตรการที่มีลักษณะได้มาหรือเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล นอกจากนี้ ยังมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับหลักความคาดหมายได้

5.3 เกณฑ์ความเฉพาะเจาะจงในแง่เป้าหมาย (Target)

เกณฑ์นี้พบในประมวลแนวปฏิบัติที่ดีสำหรับหน่วยงานข่าวกรองของสหประชาชาติ ซึ่งมีหลักว่ากฎหมายที่ให้อำนาจสอดแนมต้องมีขอบเขตแคบและชัดเจน (Narrow and precise)¹⁴ ศาลยุโรปเคยตัดสินว่า กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ดักจับข้อมูลโดยระบุเป้าหมายว่า “บุคคลอื่นใดที่อาจเกี่ยวข้อง...”¹⁵ นั้นกว้างเกินไปและขัดกับอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป¹⁶ เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐอันเป็นข้อยกเว้นของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะพบว่า

¹² United States v Ganius, 755 F.3d 125 (2d Cir. 2014).

¹³ พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2559 มาตรา 19 ในกรณีที่มีสถานการณ์อันเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงแห่งชาติ ให้สภาประกาศระดับความร้ายแรงของภัยคุกคามดังกล่าว พร้อมทั้งเสนอความเห็น แนวทาง มาตรการ หรือการดำเนินการอื่นที่จำเป็นต่อนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณานุมัติหรือสั่งการให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ตามบัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อป้องกัน แก่ไข หรือระงับยับยั้งภัยคุกคามดังกล่าว.

¹⁴ From “Controlling the Intelligence Agencies,” by Morton Halperin, October, 1975, First Principles I(2).

¹⁵ The Criminal Code, Article 156 § 1.

¹⁶ Lordachi and Others v Moldova, no.25198/02, ECtHR, 2009.

1) พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2559 กำหนดมาตรการไว้ในลักษณะกว้าง กล่าวคือ ไม่ได้ระบุลักษณะของมาตรการหรือการดำเนินการที่เจาะจง รวมทั้งให้อำนาจสั่งการที่เชื่อมโยงถึงกฎหมายอื่น ทำให้ไม่อาจระบุขอบเขตเป้าหมายของบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบได้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ ยังกำหนดให้การใช้อำนาจเชื่อมโยงไปยังกฎหมายอื่นที่ไม่ได้ระบุเจาะจงกฎหมายไว้ โดยเฉพาะดังกล่าวมาแล้วในเกณฑ์ความเจาะจงในแง่มาตรการ จึงเปิดทางให้ใช้มาตรการที่กระทบถึงเป้าหมายในแง่บุคคลหรือข้อมูลส่วนบุคคลในวงกว้างหรือไม่เจาะจง ขึ้นอยู่กับว่าจะใช้อำนาจสั่งให้ดำเนินการตามกฎหมายใด เช่น สั่งให้บุคคลปฏิบัติหรืองดเว้นปฏิบัติเกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร หรือสั่งให้ใช้เครื่องมือสื่อสารของหน่วยงานรัฐหรือเอกชนตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย หรือสั่งให้ใช้อำนาจเข้าถึงระบบหรือข้อมูลตามกฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์

2) พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ให้อำนาจปฏิบัติงานเกี่ยวกับกิจการการข่าวกรอง การต่อต้านข่าวกรอง การข่าวกรองทางการสื่อสาร ฯลฯ ซึ่งเมื่อพิจารณานิยามของถ้อยคำดังกล่าวจะเห็นได้ว่า อำนาจตามพระราชบัญญัตินี้คือการดำเนินการใด ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสาร อันเป็นการกระทำในลักษณะสอดแนม (Surveillance) เช่น การดักจับข้อมูล (Interception) โดยกฎหมายกำหนดมาตรการหรือวิธีการไว้กว้าง ไม่จำกัดเทคโนโลยีหรือรูปแบบข้อมูลเป้าหมาย จึงรวมถึงการสอดแนมทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic surveillance) การใช้อำนาจลักษณะนี้จึงอาจครอบคลุมเป้าหมายที่เป็นข้อมูลของบุคคล อันอาจได้รับผลกระทบอย่างกว้างหรือไม่เจาะจง

3) พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 ในแง่ขอบเขตเป้าหมายในแง่ตัวบุคคลนั้น พระราชบัญญัตินี้ไม่มีวัตถุประสงค์สืบสวนและนำตัวผู้ก่อให้เกิดภัยคุกคามทางไซเบอร์มาลงโทษ แต่ให้อำนาจเพื่อป้องกันและรับมือภัยคุกคามทางไซเบอร์ บุคคลที่เป็นเป้าหมายของการใช้อำนาจจึงกว้าง ซึ่งแบ่งได้สองกลุ่มคือ กลุ่มที่หนึ่ง อำนาจสั่งให้บุคคลกระทำการ ตามมาตรา 65 ครอบคลุมบุคคลหลายฝ่าย ไม่จำกัดเฉพาะผู้ดูแลระบบแต่รวมไปถึงผู้ใช้งานและบุคคลอื่นใดที่อาจได้รับผลกระทบจากภัยคุกคามทางไซเบอร์ กลุ่มที่สอง อำนาจเข้าถึงหรือได้มาซึ่งข้อมูลของบุคคล ตามมาตรา 61 (2) อำนาจเข้าถึงข้อมูล ตามมาตรา 66 มีขอบเขตกว้างไม่จำกัดเฉพาะข้อมูลของผู้ก่อภัยคุกคาม รวมถึงข้อมูลของผู้ใช้งาน ผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ใช่หน่วยงานโครงสร้างพื้นฐานสำคัญหรือประชาชนทั่วไปที่ได้รับผลกระทบจากภัยคุกคามทางไซเบอร์ จะเห็นได้ว่า แม้ว่าโดยทั่วไปอำนาจป้องกันและรับมือภัยคุกคามทางไซเบอร์จะเกี่ยวข้องกับภัยที่เกิดกับหน่วยงานโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศ (Critical information infrastructure) แต่บทบัญญัติที่ให้อำนาจ เช่น มาตรา 65 และมาตรา 66 ครอบคลุมถึงบุคคล องค์กร หรือทรัพยากร คอมพิวเตอร์อื่นด้วย จึงมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับความเจาะจงด้านเป้าหมาย

จากกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐทั้ง 3 ฉบับ จะเห็นได้ว่าเปิดทางให้หน่วยงานรัฐใช้อำนาจดำเนินการมาตรการป้องกันหรือตอบสนองภัยคุกคามความมั่นคงตามกฎหมายนั้น ๆ ได้อย่างกว้าง มีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับหลักความเจาะจงในแง่เป้าหมาย นอกจากนี้ ยังมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับหลักความคาดหมายได้



5.4 เกณฑ์ความเฉพาะเจาะจงในแง่ของระยะเวลา (Duration)

กฎหมายที่ให้อำนาจเข้าถึงหรือได้มาซึ่งข้อมูลจะต้องมีขอบเขตในแง่ระยะเวลาที่ชัดเจน เพื่อป้องกันการสอดแนมต่อเนื่องหรือตลอดเวลา กฎหมายประเทศต่าง ๆ อาจกำหนดข้อจำกัดด้านเวลาแตกต่างกัน เช่น สามเดือน¹⁷ สองเดือน¹⁸ ศาลยุโรปวางหลักว่า กฎหมายที่กำหนดระยะเวลาเก็บข้อมูลไว้เป็นช่วงโดยไม่ปรากฏว่ามีเกณฑ์เชิงภาวะวิสัย (Objective criteria) ที่ชัดเจน ไม่สอดคล้องกับหลักข้อจำกัดด้านระยะเวลา แม้ว่าจะมีการกำหนดระยะเวลา¹⁹ ก็ต้องพิจารณาความชัดเจนของเกณฑ์การขยายระยะเวลาด้วย สำหรับกฎหมายไทยฉบับอื่นที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ “ได้มาซึ่งข้อมูล” มีการกำหนดระยะเวลาไว้ในเงื่อนไขที่ศาลจะสั่งอนุญาตตามคำขอของเจ้าหน้าที่ โดยส่วนใหญ่จะกำหนดเวลาเก้าสิบวัน²⁰ กฎหมายบางฉบับกำหนดว่า เมื่อศาลสั่งอนุญาตไปแล้ว หากมีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ศาลอาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตหรือขยายเวลาอนุญาตได้²¹ เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐอันเป็นข้อยกเว้นของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะพบว่า

1) พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2559 มาตรา 19 กำหนดให้สภาประกาศระดับความร้ายแรงและเสนอความเห็น มาตรการ ฯลฯ ให้นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีเพื่อสั่งการ หากยังไม่มี การดำเนินการดังกล่าว ให้สภาใช้อำนาจสั่งการหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่รัฐให้ดำเนินการได้เท่าที่จำเป็นและเหมาะสม จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดรายละเอียดของมาตรการที่เจาะจงหรือชัดเจนดังกล่าวมาแล้วในเกณฑ์ข้างต้น และไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาของการดำเนินการ อันเกี่ยวกับการใช้อำนาจนั้น

2) พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2562 มาตรา 13 ให้อำนาจศูนย์ประสานข่าวกรองแห่งชาติ (ศป.ข) ที่อาจกระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคลหลายประการ เช่น ติดตาม ประเมิน และวิเคราะห์สถานการณ์ เฝ้าระวังภัยคุกคามความมั่นคงปลอดภัย ปฏิบัติงานอื่นตามที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่นายกรัฐมนตรีมอบหมาย สภาความมั่นคงแห่งชาติ หรือผู้อำนวยการสำนักข่าวกรองแห่งชาติมอบหมาย จะเห็นได้ว่านอกจากการใช้อำนาจดังกล่าวมีลักษณะมาตรการที่กว้างดังกล่าวมาแล้ว ยังไม่ได้กำหนดขอบเขตระยะเวลาที่ชัดเจน จึงอาจทำให้มีการใช้อำนาจเข้าถึงหรือได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะต่อเนื่อง

¹⁷ Three months with the possibility of renewal (Weber and Saravia v Germany, no.54934/00, ECtHR, 29 Jun 2006).

¹⁸ Two months with the possibility of renewal (Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v Bulgaria no. 62540/00, ECtHR, 28 June 2007).

¹⁹ Joined Cases C-293/12 and C-594/12.

²⁰ เช่น พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 มาตรา 25 กำหนดว่า การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาสั่งอนุญาตได้คราวละไม่เกินเก้าสิบวัน พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 46 กำหนดว่า ศาลอาญาอนุญาตได้คราวละไม่เกินเก้าสิบวัน.

²¹ เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 17 วรรคสามกำหนดว่า “... ภายหลังที่มีคำสั่งอนุญาต หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเหตุผลความจำเป็นไม่เป็นไปตามที่ระบุหรือพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตหรือขยายระยะเวลาอนุญาตได้ตามที่เห็นสมควร...”.

3) พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 ขอบเขตด้านระยะเวลาของการใช้อำนาจรับมือภัยคุกคามทางไซเบอร์ จำแนกได้ ดังนี้ 1) อำนาจที่เสร็จสิ้นเป็นรายครั้ง ไม่มีลักษณะต่อเนื่อง เช่น อำนาจมีหนังสือขอข้อมูล ตามมาตรา 62 (2) 2) อำนาจที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาชัดเจน เช่น อำนาจยึดหรืออายัดคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 66 (4) ซึ่งกำหนดระยะเวลาไว้ไม่เกินสามสิบวัน 3) อำนาจที่กฎหมายไม่กำหนดเวลาชัดเจนและเปิดช่องให้เกิดการกระทำที่ต่อเนื่อง เช่น อำนาจในการสั่งให้ผู้เกี่ยวข้องเฝ้าระวัง หรือตรวจสอบระบบคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 65 สำหรับ อำนาจในการเฝ้าระวังภัยคุกคามระดับวิกฤติตามมาตรา 67 ให้เป็นอำนาจของสภาความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งไม่ได้กำหนดขอบเขตระยะเวลา นอกจากนี้ กรณีที่เป็นเหตุจำเป็นเร่งด่วนตามมาตรา 68 เลขาธิการคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ มีอำนาจ “...ขอข้อมูลที่เป็นปัจจุบันและต่อเนื่องจากผู้ที่เกี่ยวข้อง...” กรณีนี้ เป็นอำนาจขอข้อมูลตามเวลาจริง (Real time) ซึ่งโดยสภาพแล้ว มีลักษณะต่อเนื่องและไม่กำหนดขอบเขตด้านเวลา 4) อำนาจที่ต้องขอคำสั่งศาล เช่น มาตรา 65 (5) มาตรา 66 (2) (3) และ (4) ในบางมาตราไม่ได้กำหนดกรอบเวลาที่ศาลจะสั่งอนุญาต เช่น อำนาจเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทำสำเนา หรือสกัดคัดกรองข้อมูล ตามมาตรา 66 (2) แม้อำนาจการรับมือภัยคุกคามทางไซเบอร์ในหลายมาตราระบุว่า “เฉพาะเท่าที่จำเป็น” แต่เงื่อนไขและเหตุดังกล่าวมีลักษณะกว้าง จึงมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ข้อนี้ เนื่องจากเปิดทางให้มีการใช้อำนาจโดยไม่มีขอบเขตจำกัดด้านระยะเวลาแน่นอน

จากกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐทั้ง 3 ฉบับ จะเห็นได้ว่าเปิดทางให้หน่วยงานรัฐใช้อำนาจดำเนินมาตรการป้องกันหรือตอบสนองภัยคุกคามความมั่นคงตามกฎหมายนั้น ๆ ได้อย่างกว้างและไม่ระบุถึงขอบเขตในแง่ระยะเวลาใช้อำนาจที่เจาะจง จึงมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับหลักความเจาะจงในแง่ระยะเวลา

5.5 เกณฑ์ความเจาะจงกับการใช้อำนาจที่เชื่อมโยงระหว่างกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงหลายฉบับ

นอกจากการพิจารณาขอบเขตของกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงแต่ละฉบับที่มีลักษณะกว้างดังกล่าวมาแล้ว ผู้เขียนยังมีข้อสังเกตถึงความสัมพันธ์หรือความเชื่อมโยงของกฎหมายดังกล่าว เช่น พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2559 ซึ่งตราขึ้นตั้งแต่ช่วงระยะแรกของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) โดยยังไม่ได้ระบุถึงกฎหมายว่าด้วยการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ไว้โดยตรง แต่ต่อมาในช่วงระยะสุดท้ายของสภาดังกล่าวได้มีการเห็นชอบพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 ซึ่งระบุความเชื่อมโยงของกฎหมายทั้งสองฉบับในมาตรา 67 ว่า “ในกรณีที่เกิดภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับวิกฤติ ให้เป็นหน้าที่และอำนาจของสภาความมั่นคงแห่งชาติในการดำเนินการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ตามกฎหมายว่าด้วยสภาความมั่นคงแห่งชาติและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง” ดังนั้น เมื่อเกิดภัยคุกคามทางไซเบอร์ระดับวิกฤติ สภาความมั่นคงแห่งชาติจึงมีอำนาจเสนอแนวทางหรือการดำเนินการเพื่อให้นายกรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรีพิจารณาสั่งการหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายฉบับอื่นได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งรวมถึงการสั่งการตามกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงฉบับอื่น



ที่กล่าวข้างต้นด้วย สำหรับพระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ซึ่งตราขึ้นในเวลาใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 นั้น แม้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับไม่ได้ระบุถึงความเชื่อมโยงกันไว้โดยตรง แต่สำนักงานข่าวกรองแห่งชาติและศูนย์ประสานงานข่าวกรองแห่งชาติมีหน้าที่และอำนาจปฏิบัติงานตามที่นายกรัฐมนตรีหรือสภาความมั่นคงแห่งชาติมอบหมาย จึงสามารถมีการใช้อำนาจเกี่ยวกับภัยคุกคามไซเบอร์ผ่านทางกฎหมายสภาความมั่นคงแห่งชาติและเชื่อมโยงไปยังการสั่งการหน่วยงานตามกฎหมายข่าวกรองแห่งชาติด้วย ดังนั้น การกำหนดความเชื่อมโยงของการใช้อำนาจของกฎหมาย 3 ฉบับ ที่มีขอบเขตกว้างทั้งในแง่เหตุแห่งการใช้อำนาจ มาตรการ และเป้าหมาย จึงส่งผลให้กฎหมายเหล่านี้มีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับเกณฑ์สิทธิมนุษยชนดังกล่าว

5.6 หลักการตรวจสอบถ่วงดุล

กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ได้มาหรือเข้าถึงข้อมูลจะต้องอยู่ภายใต้กระบวนการตรวจสอบ (Oversight mechanism) โดยองค์กรอิสระ (Independent) ที่แยกต่างหากจากหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายนั้น เช่น ต้องมีการขออนุญาตก่อนการใช้อำนาจ หลักการนี้เห็นได้จากอนุสัญญาอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ มาตรา 15 เมื่อนำเกณฑ์นี้มาวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ อันเป็นข้อยกเว้นของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะพบว่า

1) พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2558 ในกรณีการตอบสนองหรือรับมือภัยคุกคามที่เกิดขึ้นแล้ว มาตรา 19 ให้สภาความมั่นคงแห่งชาติประกาศระดับความร้ายแรงของภัยคุกคามดังกล่าว พร้อมทั้งเสนอความเห็น แนวทาง มาตรการ หรือการดำเนินการอื่นที่จำเป็น ต่อนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือสั่งการให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อป้องกัน แก่ไข หรือระงับยับยั้งภัยคุกคามดังกล่าว ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรียังไม่พิจารณาดำเนินการ ให้สภาความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้ใช้อำนาจสั่งให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการได้เท่าที่จำเป็นและเหมาะสม สำหรับหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกาศให้สถานการณ์ใดเป็นภัยคุกคาม การยกเลิกการประกาศและการกำหนดระดับความร้ายแรงของภัยคุกคามเป็นไปตามที่สภากำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการตรวจสอบถ่วงดุลโดยฝ่ายตุลาการ และเป็นการให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองที่อาจกระทบต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล

2) พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2562 มาตรา 6 กำหนดว่า “...หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบที่ผู้อำนวยการกำหนดโดยความเห็นชอบของนายกรัฐมนตรี โดยระเบียบดังกล่าวอย่างน้อยต้องกำหนดให้มีการบันทึกรายละเอียดขั้นตอนการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ เหตุผล ความจำเป็น วิธีการ บุคคลที่ได้รับผลกระทบหรืออาจได้รับผลกระทบ และระยะเวลาในการดำเนินการ รวมทั้งวิธีการป้องกัน แก่ไข และเยียวยาผลกระทบต่อบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้อง” จะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการตรวจสอบถ่วงดุลโดยฝ่ายตุลาการ และเป็นการให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองที่อาจกระทบต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล

3) พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 อำนาจการรับมือภัยคุกคามทางไซเบอร์ จำแนกเป็นสองกรณี คือ

กรณีที่ 1 การใช้อำนาจที่ไม่ต้องขอคำสั่งศาล เช่น มาตรา 62 ให้อำนาจเลขาธิการคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติสั่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการหลายประการ เช่น ขอข้อมูล เอกสาร หรือสำเนาข้อมูลหรือเอกสาร ซึ่งอยู่ในความครอบครองของผู้อื่น (มาตรา 62 (2)) อำนาจคณะกรรมการกำกับดูแลด้านความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ (กกม.) ตามมาตรา 65 (1) (2) (3) และ (4) ออกคำสั่งต่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ ผู้ดูแลระบบคอมพิวเตอร์ ผู้ใช้งาน ฯลฯ ให้กระทำการต่าง ๆ เช่น ฝักระวังคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ ดำเนินมาตรการแก้ไขภัยคุกคามทางไซเบอร์ และอำนาจในกรณีภัยคุกคามทางไซเบอร์ระดับวิกฤติ ซึ่งแยกเป็นสองกรณี คือ กรณีมาตรา 67 วรรคหนึ่ง อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2559 ซึ่งให้อำนาจนายกรัฐมนตรีสั่งการดำเนินการโดยไม่มีเงื่อนไขขอคำสั่งศาล²² และกรณีมาตรา 68 วรรคหนึ่ง คณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ (กมช.) มีอำนาจมอบหมายให้เลขาธิการคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติมี “อำนาจดำเนินการได้ทันทีเท่าที่จำเป็น” ซึ่งเป็นถ้อยคำกว้าง อาจรวมถึงการดำเนินการต่าง ๆ เช่น การได้มา เข้าถึง หรือตรวจสอบข้อมูลของผู้อื่น โดยไม่ต้องขอคำสั่งศาล แต่หลังจากการดำเนินการแล้วต้องแจ้งรายละเอียดให้ศาลทราบ นอกจากนี้ มาตรา 68 วรรคสองให้อำนาจเลขาธิการขอข้อมูล “ที่เป็นปัจจุบันและต่อเนื่อง” โดยไม่กำหนดเงื่อนไขว่าต้องขอคำสั่งศาล

กรณีที่ 2 การใช้อำนาจที่ต้องขอคำสั่งศาล ได้แก่ อำนาจสั่งให้บุคคลทำการเข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ ตามมาตรา 65 (5) อำนาจปฏิบัติการ เข้าถึงข้อมูลคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลอื่นที่เกี่ยวข้อง ทำสำเนา หรือสกัดคัดกรองข้อมูล (มาตรา 66 (2)) อำนาจทดสอบการทำงานของคอมพิวเตอร์หรือระบบคอมพิวเตอร์ (มาตรา 66 (3)) อำนาจยึดหรืออายัดคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรืออุปกรณ์ใด ๆ ตามมาตรา 66 (4)

แม้ว่าการใช้อำนาจบางกรณีต้องขอคำสั่งศาล แต่ในกรอบสิทธิมนุษยชนมีเกณฑ์หรือเงื่อนไขการปกป้องสิทธิที่ต้องนำมาพิจารณาอีก เช่น กฎหมายนำหลักปกป้องสิทธิต่าง ๆ เช่น หลักความจำเป็น และได้สัดส่วน หลักทางเลือกอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า ฯลฯ มากำหนดเป็นเงื่อนไขในการที่ศาลจะพิจารณาคำร้องของเจ้าหน้าที่เพื่อให้อำนาจเข้าถึงหรือได้มาซึ่งข้อมูล อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 มาตรา 65 วรรคท้าย และมาตรา 66 วรรคท้าย

²² พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2559 มาตรา 19 ในกรณีที่มีสถานการณ์อันเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงแห่งชาติ ให้สภาประกาศระดับความร้ายแรงของภัยคุกคามดังกล่าว พร้อมทั้งเสนอความเห็น แนวทาง มาตรการ หรือการดำเนินการอื่นที่จำเป็นต่อนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือสั่งการให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ตามบัญญัติไว้ในกฎหมายเพื่อป้องกัน แก้ไข หรือระงับภัยคุกคามดังกล่าว.



ไม่ได้ระบุถึงเกณฑ์เหล่านี้ในการที่ศาลจะพิจารณาคำร้อง นอกจากนี้ พระราชบัญญัตินี้กำหนดกลไกหลายประการในการให้อำนาจฝ่ายบริหาร ทั้งในแง่ของการออกกฎ การดำเนินการต่อผู้ประกอบการและประชาชน จึงไม่สะท้อนถึงการตรวจสอบถ่วงดุล เช่น การให้อำนาจคณะกรรมการและเจ้าหน้าที่ดำเนินการเพื่อป้องกันและรับมือภัยคุกคามทางไซเบอร์ระดับร้ายแรงตามมาตรา 65 ซึ่งมีขอบเขตกว้างและอาจรวมถึงการสั่งผู้ใช้งานทั่วไปให้กระทำการทางเทคนิคนั้น กฎหมายวางหลักห้ามโต้แย้งหรืออุทธรณ์คำสั่ง²³ บทบัญญัติดังกล่าวจึงมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ข้อนี้

5.7 หลักความจำเป็นและได้สัดส่วน (Necessary and Proportionate)

ความจำเป็น (Necessary) พิจารณาจากเหตุผลของกฎหมายที่ให้อำนาจ ซึ่งเชื่อมโยงกับประโยชน์สำคัญที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง เช่น ความมั่นคงของรัฐ การต่อต้านการก่อการร้าย ฯลฯ นอกจากนี้ ยังต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์สำคัญดังกล่าวว่าได้สัดส่วน (Proportionate) กับการจำกัดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ เกณฑ์นี้ปรากฏในประมวลแนวปฏิบัติที่ดีสำหรับหน่วยงานข่าวกรองของสหประชาชาติ²⁴ และมาตรา 15 อนุสัญญาอาชญากรรมไซเบอร์ของยุโรป ตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลใช้เกณฑ์นี้ เช่น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตัดสินว่า กฎหมายที่ให้อำนาจรัฐใช้เทคโนโลยีสอดแนมเพื่อต่อต้านการก่อการร้ายนั้นมีความจำเป็น แต่มาตรการมีลักษณะเป็นการดักจับข้อมูลในวงกว้างและเป็นการออกคำสั่งโดยฝ่ายบริหาร จึงไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน²⁵ สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับการข่าวกรอง (Intelligence) ที่ปรากฏในหลายประเทศ โดยมีบทบัญญัติให้อำนาจหน่วยงานของรัฐเข้าถึงข้อมูลนั้น แม้จะมีเหตุผลความจำเป็นด้านการป้องกันประเทศจากภัยคุกคามในหลายด้าน แต่ต้องชั่งน้ำหนักกับหลักการปกป้องสิทธิด้วย ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคดีในสหราชอาณาจักร²⁶ หน่วยงานด้านความมั่นคงและข่าวกรองของสหราชอาณาจักร (เช่น GCHQ, MI5 และ MI6) ใช้อำนาจตามกฎหมาย²⁷ ที่มีเหตุผลเพื่อป้องกันความมั่นคงของชาติ ดำเนินการเก็บชุดข้อมูลส่วนบุคคลจำนวนมาก (Bulk Personal Datasets) เช่น ข้อมูลชีวภาพ ข้อมูลการเดินทาง ข้อมูลการสื่อสาร ข้อมูลการเงิน ฯลฯ อย่างไรก็ตาม ศาลพิเศษในสหราชอาณาจักร (The Investigatory Power Tribunal) ตัดสินว่า แม้การดำเนินการดังกล่าวอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์ด้านความมั่นคง แต่ขาดกระบวนการที่เพียงพอในการปกป้องสิทธิ (Lack of adequate safeguard) เช่น ไม่ปรากฏว่า มีเงื่อนไขข้อจำกัดการใช้อำนาจ

²³ มาตรา 69 กำหนดว่าผู้ที่ได้รับคำสั่งเกี่ยวกับการรับมือภัยคุกคามทางไซเบอร์อาจอุทธรณ์คำสั่งได้เฉพาะที่เป็นภัยคุกคามทางไซเบอร์ในระดับไม่ร้ายแรงเท่านั้น.

²⁴ หลักการนี้ยังปรากฏในกฎหมายภายในของต่างประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น (Act Regarding the Control of Organizations having Committed Indiscriminate Mass Murder, Article 3 (1) and (2)).

²⁵ Szabó and Vissy v Hungary, 37138/14, ECtHR 579, 2016.

²⁶ Privacy International, Claimant v (1) Secretary of state for foreign and commonwealth affairs (2) Secretary of state for the home department (3) Government Communications headquarters (4) Security service (5) Secret intelligence service, Respondents, The Investigatory Power Tribunal, [2016].

²⁷ The Intelligence Services Act 1994, the Security Service Act 1989.

ในรายละเอียด เป็นการให้น้ำหนักกับความมั่นคงมากไปจนไม่ได้สัดส่วนกับการปกป้องสิทธิบุคคล จึงขัดต่อ มาตรา 8 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป

จะเห็นได้ว่า การพิจารณาโดยเกณฑ์นี้ต้องนำเกณฑ์ปกป้องสิทธิประการอื่นดังกล่าวข้างต้น มาพิจารณาประกอบด้วย ผู้เขียนจึงนำมาวิเคราะห์เป็นเกณฑ์สุดท้ายในบทความนี้ เนื่องจาก เป็นการพิจารณาในเชิงบูรณาการของเกณฑ์ต่าง ๆ เมื่อนำเกณฑ์ความจำเป็นและได้สัดส่วนมาวิเคราะห์ กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐทั้งสามฉบับอันเป็นข้อยกเว้นของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูล ส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะพบว่า

1) พระราชบัญญัติสภาความมั่นคงแห่งชาติ พ.ศ. 2559 พระราชบัญญัตินี้ระบุถ้อยคำตาม เงื่อนไขของกฎหมายที่สามารถจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญอันสะท้อนถึงหลักความจำเป็นและได้สัดส่วน เช่น มาตรา 19 กำหนดว่า “...ให้สภาเป็นผู้ใช้อำนาจสั่งให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการ ตามวรรคหนึ่งได้เท่าที่จำเป็นและเหมาะสม...”

2) พระราชบัญญัติข่าวกรองแห่งชาติ พ.ศ. 2562 พระราชบัญญัตินี้ระบุถ้อยคำตามเงื่อนไข ของกฎหมายที่สามารถจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญอันสะท้อนถึงหลักความจำเป็นและได้สัดส่วน เช่น “ความจำเป็น” อาทิ มาตรา 6 วรรคสอง กำหนดว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งข้อมูลหรือ เอกสารอันเกี่ยวกับการข่าวกรอง...” และวรรคสาม กำหนดว่า “การดำเนินการตามมาตรานี้ หากได้ กระทำตามหน้าที่และอำนาจโดยสุจริตตามสมควรแก่เหตุแล้ว ... ให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบ ด้วยกฎหมาย”

3) พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์ พ.ศ. 2562 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการ รับมือภัยคุกคามทางไซเบอร์โดยนำหลักความจำเป็นและได้สัดส่วนมากำหนดไว้ในลักษณะเงื่อนไข ของการใช้อำนาจในหลายมาตรา เช่น อำนาจตามมาตรา 64 อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่ามาตรการที่นำมาใช้ ต้องเป็น “มาตรการที่จำเป็น” อำนาจออกคำสั่งให้บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากภัยคุกคามทางไซเบอร์ กระทำการต่าง ๆ ตามมาตรา 65 อยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า “ออกคำสั่งเฉพาะเท่าที่จำเป็น” อำนาจปฏิบัติการ หรือสั่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการตามมาตรา 66 อยู่ภายใต้เงื่อนไข “...เฉพาะเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันภัยคุกคามทางไซเบอร์...” อำนาจเลขาธิการคณะกรรมการการรักษาความมั่นคงปลอดภัย ไซเบอร์แห่งชาติดำเนินการป้องกันภัยคุกคามทางไซเบอร์ระดับวิกฤติโดยตามมาตรา 68 อยู่ภายใต้เงื่อนไข “เป็นเหตุจำเป็นเร่งด่วน” และ “ดำเนินการได้ทันทีเท่าที่จำเป็น”

4) วิเคราะห์ความได้สัดส่วน (Proportionality) ของความจำเป็นในการรักษาความมั่นคงของรัฐ กับการจำกัดสิทธิ ในแง่หนึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงทั้งสามฉบับ มีการระบุเหตุผล ความจำเป็นไว้ในอารัมภบทและในส่วนขอบทบัญญัติที่ให้อำนาจกระทบสิทธิมนุษยชน อันเป็นไปตาม เงื่อนไขที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ แต่ในอีกแง่หนึ่งมีประเด็นว่า ลำพังการระบุถ้อยคำ “เฉพาะที่จำเป็น” อาจไม่เพียงพอที่จะสอดคล้องกับเกณฑ์ข้อนี้ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลในสหราชอาณาจักร



ที่ตัดสินว่า²⁸ แม้ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการเก็บรักษาข้อมูลและอำนาจการสืบสวน (Data Retention and Investigatory Powers Act 2014) จะระบุหลักความจำเป็นและได้สัดส่วนไว้ อย่างชัดเจน²⁹ แต่เป็นเพียงหลักการกว้าง ๆ ไม่กำหนดรายละเอียดที่จำกัดขอบเขตในการเข้าถึงข้อมูล และไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการเข้าถึงและการใช้ข้อมูล จึงไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นและได้สัดส่วน

ดังนั้น แม้กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐให้อำนาจเข้าถึงข้อมูล ระบุหลักความจำเป็นและได้สัดส่วนไว้ในบทบัญญัติ แต่ก็ยังเป็นเพียงถ้อยคำที่กว้าง ต้องพิจารณารายละเอียดของกฎหมายด้วยว่ามีหลักจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจอย่างได้สัดส่วนหรือไม่ โดยต้องนำเกณฑ์ปกป้องสิทธิประการอื่นดังกล่าวข้างต้นมาประกอบการชั่งน้ำหนัก ซึ่งเมื่อพิจารณาในแง่นี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงดังกล่าวกำหนดเหตุแห่งการใช้อำนาจไว้กว้าง เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรการที่นำมาใช้เพื่อรักษาความมั่นคงที่กว้างดังกล่าวในเกณฑ์ความเฉพาะเจาะจงด้านต่าง ๆ ข้างต้นแล้ว จะเห็นถึงแนวโน้มการให้น้ำหนักกับความมั่นคงของรัฐมากกว่าสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล

6

ความแตกต่างในสภาพแวดล้อมทางกฎหมาย ของการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 และกฎหมายสหภาพยุโรป

แม้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะมีหลักการสำคัญส่วนใหญ่ สอดคล้องกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป (GDPR) ทำให้โดยผิวเผินสามารถกล่าวได้ว่ากฎหมายนี้ทำให้ไทยมีระดับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่คล้ายคลึงกับมาตรฐานระหว่างประเทศ แต่จากการวิเคราะห์ข้างต้นชี้ให้เห็นว่า สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลของพลเมืองไทยยังคงได้รับความคุ้มครองในระดับที่แตกต่างจากกฎหมายยุโรป ทั้งนี้ เนื่องจากความแตกต่างเชิงรากฐานของสภาพแวดล้อมทางกฎหมายของไทยและยุโรป กล่าวคือ การคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลตาม

²⁸ David Davis and others v Secretary of State for the Home Department [2015] Case No: CO/3665/2014, CO/3667/2014, CO/3794/2014.

²⁹ กฎหมายระบุให้อำนาจฝ่ายบริหารในการสั่งให้เก็บข้อมูลการสื่อสารโทรคมนาคมเฉพาะกรณีเหตุที่กฎหมายกำหนดภายใต้เงื่อนไขความจำเป็นและได้สัดส่วน (the requirement is necessary and proportionate) Section 1, Data Retention and Investigatory Powers Act 2014”

กฎหมายสหภาพยุโรป มิใช่พิจารณาเฉพาะกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเท่านั้น แต่ต้องพิจารณากฎในสภาพแวดล้อมของระบบกฎหมายสิทธิมนุษยชนยุโรป ซึ่งมีอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights, ECHR) เป็นหลักสำคัญของการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งมีศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights, ECHR) ซึ่งพลเมืองยุโรปสามารถนำคดีไปสู่ศาลได้ โดยคำพิพากษาศาลมีผลผูกพันรัฐสมาชิก ดังนั้น แม้ว่ากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลยุโรปจะมีข้อยกเว้นสำหรับการดำเนินการของรัฐตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ แต่หากปรากฏว่า รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปตรากฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงโดยให้อำนาจหน่วยงานรัฐ เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล พลเมืองยุโรปมีสิทธินำคดีเพื่อให้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวขัดแย้งกับสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลตามอนุสัญญาดังกล่าวหรือไม่ โดยศาลได้สร้างเกณฑ์การชั่งน้ำหนักต่าง ๆ ดังที่ผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นในบทความนี้ เช่น หลักความเฉพาะเจาะจง ความได้สัดส่วน ฯลฯ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยไม่มีพันธกรณีตามอนุสัญญาดังกล่าวและพลเมืองไทยไม่มีสิทธินำคดีฟ้องร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเพื่อให้พิจารณาว่ากฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐสอดคล้องกับเกณฑ์ดังกล่าวหรือไม่ นอกจากนี้ จากหลักการตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของยุโรปที่วางข้อจำกัดการโอนข้อมูลออกนอกประเทศนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมิได้พิจารณาเฉพาะว่าประเทศผู้รับโอนมีการตรากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแล้วหรือไม่เท่านั้น แต่จะพิจารณาจากสภาพแวดล้อมทางกฎหมายว่ามีกฎหมายอื่นที่ให้อำนาจหน่วยงานของรัฐเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่สอดคล้องกับเกณฑ์สิทธิมนุษยชนดังกล่าวหรือไม่ด้วย³⁰ ดังนั้น แม้ว่าประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แต่การมีกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงฉบับอื่นที่ให้น้ำหนักกับความมั่นคงของรัฐมากกว่าสิทธิมนุษยชน ก็อาจส่งผลให้สภาพแวดล้อมโดยรวมของกฎหมายไทยไม่มีมาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เทียบเท่าหรือเหมาะสมตามแนวทางของกฎหมายสหภาพยุโรปอยู่นั่นเอง

³⁰ จาก รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน. โดย คณาธิป ทองรวีวงศ์, 2559, กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.



บทสรุป

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งร่างขึ้นตามแบบของกฎหมายสหภาพยุโรป (GDPR) มีหลักการรับรองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลโดยการวางหลักสำคัญว่า การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องอาศัยความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลก่อน แต่มีข้อยกเว้นในกรณีการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐซึ่งอาศัยกฎหมายอื่นที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ แม้ข้อยกเว้นนี้จะเป็นหลักการเดียวกันกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป และสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอาจถูกจำกัดโดยกฎหมายอื่นก็ตาม แต่เมื่อพิจารณากฎหมายยุโรปจะพบว่า สิทธิ ในข้อมูลส่วนบุคคลมีได้อยู่ภายใต้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฉบับเดียว โดยต้องพิจารณาในเชิงระบบควบคู่กับอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปและกลไกคุ้มครองสิทธิดังกล่าวของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปด้วย ซึ่งศาลวางเกณฑ์หลายประการ (Safeguard criteria) ในการชี้ว่าหากกฎหมายภายในของรัฐเกี่ยวกับความมั่นคงและการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้น ผู้เขียนจึงนำเกณฑ์ดังกล่าวมาวิเคราะห์และประเมินกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ 3 ฉบับ ซึ่งตราขึ้นในช่วงเวลาเดียวกันกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ภายใต้กระบวนการที่เร่งด่วนของฝ่ายบริหาร และไม่มีการตรวจสอบทางนิติบัญญัติจากฝ่ายค้านที่มาจากการเลือกตั้งตามระบอบประชาธิปไตย และพบว่ากฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงซึ่งให้อำนาจหน่วยงานของรัฐหลายประการรวมถึงการเก็บและใช้ข้อมูลส่วนบุคคลเหล่านี้ มีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับเกณฑ์หลายประการ เช่น ความเฉพาะเจาะจงในหลายมิติ ความจำเป็นและได้สัดส่วน บทความนี้จะสะท้อนให้เห็นว่าการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยโดยนำต้นแบบ (Model) จากกฎหมายสหภาพยุโรป ในขณะที่สภาพแวดล้อมทางกฎหมายอื่นและกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของไทยแตกต่างจากยุโรป โดยรากฐานนั้นส่งผลให้ “สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล” ของพลเมืองไทยยังไม่ได้รับการคุ้มครองที่เพียงพอ โดยเฉพาะกรณีการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยหน่วยงานของรัฐที่อาศัยอำนาจอย่างกว้างตามกฎหมายเกี่ยวกับ “ความมั่นคงของรัฐ”

เอกสารอ้างอิง

ภาษาไทย

- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2556, มกราคม-เมษายน). มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้ถูกดักฟังการสื่อสารข้อมูล. *วารสารกระบวนการยุติธรรม*, 6(1).
- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2561, มกราคม - มิถุนายน). เกณฑ์การปกป้องสิทธิมนุษยชนสำหรับการประเมินความสอดคล้องของหลักกฎหมายที่ให้อำนาจเข้าถึงหรือได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของบุคคลในระบบคอมพิวเตอร์ ตามพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่แก้ไขฉบับที่ 2 พ.ศ. 2560. *วารสารวิชาการสิทธิมนุษยชน*, 3(1), 7-40.
- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2559). รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.
- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2562). รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ผลกระทบทางลบอันเกิดจากกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรปและพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต.
- คณาธิป ทองรวีวงศ์ (2562). รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การประเมินความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนของกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ที่เป็นข้อยกเว้นของ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต.

ภาษาต่างประเทศ

- Alderman, E., & Kennedy, C. (1995). *The Right to Privacy*. New York: Alfred A. Knoph.
- Anita, A. L. (1988). *Uneasy Access: Privacy for Women in a Free Society*. New Jersey: Rowman & Littlefield.
- Birkinshaw, P. (1993). *Citizenship and Privacy: Right of Citizenship*. New York: Mansell Publishing.
- Boehm, F., & De Hert, P. (2012). Notification, an important safeguard against the improper use of surveillance – finally recognized in case law and EU law. *European Journal of Law and Technology*, 3(3).
- Bos-Ollermann, H. (2017). Mass surveillance and Oversight, Surveillance. In D. Cole, F. Fabbrini, & S. Schulhofer (Eds.), *Privacy and Trans-Atlantic Relations*. Hart Publishing.
- Brems, E., & Lavrysen, L. (2015, March). Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 15(1), 144-145.
- Caudill, E. (1992, December). E.L.Godkin and his view of 19th century journalism. *Journalism & Mass Communication Quarterly*, 1039-1049.
- Council of Europe. (2016). Mass surveillance - *Who is watching the watchers?*. Council of Europe.
- Crocker, A. (2016, June). Appeals Court Avoids Hard Questions About the "Collect It All" Approach to Computer Searches. *Electronic Frontier Foundation*. Retrieved from <https://www EFF.org/deeplinks/2016/06/appeals-court-avoids-hard-questions-about-collect-it-all-approach-computer>



- Donnelly, J. (1972). Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western, Conceptions of Human Rights. *American Political Science Review*, 76, 303-316.
- Electronic Frontier Foundation. (2017, May). Hearing Wednesday: EFF Argues Against Massive Government Hacking in 'Playpen' Case. *Electronic Frontier Foundation*. Retrieved from <https://www.eff.org/press/releases/hearing-wednesday-eff-argues-against-massive-government-hacking-playpen-case>
- Electronic Frontier Foundation. (2016, May). Security Win: Burr-Feinstein Proposal Declared "Dead" for This Year. *Electronic Frontier Foundation*. Retrieved from <https://www.eff.org/deeplinks/2016/05/win-one-security-burr-feinstein-proposal-declared-dead-year>
- Gavison, R. (1980). Privacy and the Limits of Law. *The Yale Law Journal*, 89(3), 421-471.
- Halboob, W, Alghathbar, K. S., Mahmod, R., Udzir, N. I., Abdullah, M. D., & Deghantanha, A. (2014). An Efficient Computer Forensics Selective Imaging Model. In J. J. Park, I. Stojmenovic, M. Choi, & F. Xhafa (Eds.), *Future Information Technology, Lecture Notes in Electrical Engineering*, Springer.
- Halperin, M. (1975, October). Controlling the Intelligence Agencies. *First Principles*, 1(2).
- Hendricks, E., Hayden, T., & Novik, J. D. (1990). Your right to Privacy: A Basic Guide to Legal Rights in an information Society. US: Southern Illinois University Press.
- Kerr, O. (2005). Searches and Seizures in a Digital World. *Harvard Law Review*, 119, 531:585.
- Mensah, B. (2002). *European Human Rights Case Summaries*. Routledge-Cavendish.
- Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). (2008). Development of Policies for Protection of Critical Information Infrastructures, Ministerial Background Report. In *OECD Ministerial Meeting on the Future of the Internet Economy*, Seoul, South Korea.
- Posner, R. (1998). *Economic analysis of law* (5th ed.). U.S.: Aspen Law & Business.
- Rowland, D., Kohl, U., & Charlesworth, A. (2012). *Information Technology Law* (4th ed.). Routledge.
- Salgado, R.P. (2005). Fourth Amendment Search and the Power of the Hash. *Harvard Law Review*, 119(38), 38-40
- Samuel W. D., & Louis, B. D. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, 4(15).
- Thongraweewong, K. (2014, May). *State Telecommunication Surveillance : A Comparative Study of the US and Thai Telecommunication Privacy Laws*. Paper presented at the Society of Digital Information and Wireless Communication (SDIWC), IEEE (Thailand section), University of the Thai Chamber of Commerce.
- Van Den Haag, E. (1971). On Privacy. In R. J. Pennock, & J. W. Chapman (Eds.), *Privacy*, New York: Atherton.
- Wacks, R. (1989). *Personal Information : Privacy and the Law*. Oxford: Clarendon Press.

สิทธิมนุษยชน

ด้านสิ่งแวดล้อมและ
กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ฐนันดรศักดิ์ บวรนนทกุล





สิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ฐนันต์ศักดิ์ บวรนนท์กุล¹

บทคัดย่อ

บทความนี้มีความมุ่งหมายที่จะทบทวนความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมในด้านประวัติและพัฒนาการ สิทธิมนุษยชนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ความเคลื่อนไหวการดำเนินการในประเทศไทย รวมทั้งการพัฒนาทั้งในแง่สิทธิมนุษยชนและกฎหมาย ข้อท้าทายและมิติต่าง ๆ ที่ยังเป็นประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมกับสิทธิมนุษยชนในปัจจุบันและในอนาคต พบว่า การเชื่อมโยงระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมได้มีการรับรู้และความเคลื่อนไหวจากประชาชน ชุมชน และการพยายามพัฒนาและบัญญัติมาตรการและกลไกกฎหมายที่เกี่ยวข้องในมิติด้านกฎหมาย ตั้งแต่กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ รวมถึงการพยายามสร้างระบบกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมมาสนับสนุนสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมให้มีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อม (Right to Access to Information) สิทธิในการมีส่วนร่วมของสาธารณะในกระบวนการตัดสินใจด้านสิ่งแวดล้อม (Right to Public Participation in Decision - making) และสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อม (Right to Environmental Justice) นอกจากนี้จะมีการพัฒนาแนวคิดแล้วยังมีคำพิพากษาในศาลสิทธิมนุษยชนรองรับในมิติด้านสิ่งแวดล้อมทำให้มีการเคลื่อนไหวต่อเนื่องมาตลอด

อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นท้าทายในสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมในด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เทคโนโลยีทางทหาร มลพิษข้ามพรมแดน สิทธิชุมชน เป็นต้น การขยายความในมิติด้านการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) นั้น มีความรวมถึงการคุ้มครองปกป้องสิ่งแวดล้อมให้ถึงมือคนรุ่นใหม่ (Next generations) เพื่อให้สามารถใช้สิทธิมนุษยชนได้อย่างสมบูรณ์เช่นกัน ในส่วนประเทศไทยปัจจุบันยังประสบปัญหาการควบคุมและจำกัดสิทธิมนุษยชนที่มีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนสิ่งแวดล้อม

คำสำคัญ:

สิทธิมนุษยชน, สิ่งแวดล้อม, กฎหมายสิ่งแวดล้อม, ประเทศไทย

¹ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ฐนันต์ศักดิ์ บวรนนท์กุล/ อาจารย์ประจำ ภาควิชาสังคมศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดลและสมาชิก International Union for Conservation of Nature (IUCN) ประจำประเทศไทย.

Environmental human rights and related laws

Associate Professor Dr. Tanansak Borwornnuntakul

Abstract

This paper aims to review the relationship between human rights and environment in historical and developmental approaches as well as human rights provisions in International Environmental Law and any movements including the operation swells both human rights and constitution law in Thailand, as well as challenges and dimensions that are also environmental issues with current and future human rights. Generally speaking, the link between human rights and the environment had recognized and launched any movement to the public till now. Not only human rights community but also environment society encourage the development and legislative efforts involved in the legal dimensions ranging from international law and domestic law, as well as trying to create an environmental justice system to support the so called "Environmental rights," in term of formerly entitled the right to access to information, right to public participation in decision-making and right to environmental justice rights. In addition to the development of the concept, there is a judgment in the Human Rights Court to support the environmental dimensions, making the movement continue discrete. However, there are challenges in human rights and the environment in terms of climate change, military technology, cross-border pollution, community rights, etc. As while pushing the sustainable development as of to be interpreted as a protection against the environment to reach the next generation so as to able to exercise human rights completely as well. Thailand is currently experiencing control and restricting human rights affecting human rights.

Keywords :

Human rights, Environment, Environmental law, Thailand



สิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

1

บทนำ

มนุษย์ทุกคนขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมที่เราอาศัยอยู่ มีสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะมีหรือได้รับสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัย สะอาด มีสุขภาพดีและมีความยั่งยืน สิ่งเหล่านี้เป็นส่วนสำคัญในการที่คนเราจะต้องมีและได้รับสิทธิมนุษยชนที่หลากหลายรูปแบบ รวมถึงสิทธิในชีวิต สุขภาพอาหาร น้ำและการสุขาภิบาล หากไม่มีสภาพแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพเราจะไม่สามารถบรรลุแรงบันดาลใจได้ หรือแม้กระทั่งการใช้ชีวิตอยู่ในระดับที่เหมาะสมกับมาตรฐานขั้นต่ำที่จะคงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ได้ ในขณะเดียวกัน การปกป้องสิทธิมนุษยชนก็จะช่วยปกป้องสิ่งแวดล้อมเช่นกัน เมื่อผู้คนมีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูล เรียนรู้และมีส่วนร่วมในการตัดสินใจที่มีผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมต่อพวกเขา พวกเขาก็ย่อมมั่นใจได้ว่าการตัดสินใจดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐ หรือองค์กร หน่วยงานเหล่านั้น จะเคารพสิทธิความเป็นมนุษย์ขั้นพื้นฐานและความต้องการของพวกเขาสำหรับการมีสภาพแวดล้อมที่ยั่งยืน

ในหลายปีที่ผ่านมา การรับรู้ของการเชื่อมโยงระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมได้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว มีการรับรู้และความเคลื่อนไหวจำนวนมากจากประชาชน ชุมชน และการพยายามพัฒนาและบัญญัติมาตรการและกลไกกฎหมายที่เกี่ยวข้องในมิติด้านกฎหมาย ตั้งแต่กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ รวมถึงการพยายามสร้างระบบกระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม การพิจารณาคดีที่คำนึงถึงสิทธิของประชาชน สิทธิของชุมชนในการรักษาสิ่งแวดล้อม การตัดสินใจดำเนินโครงการต่าง ๆ ของรัฐ และการศึกษาทางวิชาการในสถาบันการศึกษาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมได้เติบโตขึ้นอย่างรวดเร็วในต่างประเทศและประเทศไทย หลายประเทศในขณะนี้ได้บรรจุสิทธิในการรักษาสิ่งแวดล้อมในรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม ยังมีประเด็นข้อท้าทายและคำถามที่หลากหลายมากมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมที่ยังต้องอธิบายขยายความและทบทวน ตรวจสอบเพิ่มเติม บทความนี้จึงมีความมุ่งหมายที่จะทบทวนความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมในด้านประวัติและพัฒนาการสิทธิมนุษยชนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ความเคลื่อนไหว การดำเนินการในประเทศไทย รวมทั้งการพัฒนาในแง่สิทธิมนุษยชนและกฎหมาย ข้อท้าทายและมิติต่าง ๆ ที่ยังเป็นประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมกับสิทธิมนุษยชนในปัจจุบันและในอนาคต

2

สิทธิมนุษยชนกับมิติด้านสิ่งแวดล้อม

การยอมรับสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมเป็นเนื้อหาที่มักพูดกันเป็นอันดับแรกถึงความสัมพันธ์ว่าสิทธิมนุษยชนเกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมอย่างไร ในด้านใด และเหตุใดจึงนำไปเกี่ยวพันกัน

การนำประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนเข้ามาในกรอบด้านสิ่งแวดล้อม รากฐานเดิมเป็นประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นหัวข้อของการสนทนาทางกฎหมาย ปรัชญาและจริยธรรมหนึ่งเท่านั้น แต่ก็ยังเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันอย่างเข้มข้นตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1970 ประเด็นถกเถียงหลัก คือ สิทธิในสิ่งแวดล้อมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีอยู่ในตัวมนุษย์ทุกคนแล้ว หรือเป็นสิ่งที่กำหนดและบัญญัติขึ้นมาใหม่เพื่อรองรับให้มีผลทางกฎหมาย กล่าวคือ เป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนมีมาตั้งแต่เกิดโดยธรรมชาติ หรือเป็นสิ่งที่มาบัญญัติขึ้นมาใหม่ในสังคม ความแตกต่าง คือ หากเราถือว่าสิทธิในสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่มนุษย์มีมาตั้งแต่เกิด การได้รับผลจากการได้อยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีเป็นสิทธิของมนุษย์เป็นสิทธิมนุษยชนพื้นฐานแล้ว เมื่อมีการทำลายสิ่งแวดล้อมย่อมเท่ากับละเมิดสิ่งที่เรามีหรือควรจะได้รับอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยตรง แต่ถ้าเราระบุว่าสิทธิในการได้รับหรือมีชีวิตในสิ่งแวดล้อมที่ดีเป็นเรื่องที่ต้องให้การรับรองคุ้มครองโดยกฎหมายหรือเป็นสิทธิมนุษยชนที่ต้องมีกฎหมายมารองรับ (ตามหลักที่ว่า สิทธิคือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองให้) แล้ว เมื่อผู้ใดหรือประชาชนได้รับความเสียหายจากการที่สิ่งแวดล้อมถูกทำลายหรือถูกทำให้เสื่อมโทรมลง เขาต้องอ้างว่าการทำลายสิ่งแวดล้อมนั้น กระทบต่อสิทธิหรือละเมิดหรือทำลายสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมที่กฎหมายบัญญัติรับรองว่าเป็นสิทธิมนุษยชน การละเมิดสิทธิในสิ่งแวดล้อมเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

รากฐานความคิดที่มาจากการที่คนเรามีสิทธิที่จะอาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดีและเหมาะสมเพียงพอ เรียกว่าสิทธิพื้นฐานที่สำคัญในชีวิตรุน เป็นหลักการที่สามารถพบได้ในตำรา บทความ และเอกสารระหว่างประเทศทั้งลักษณะคำประกาศและข้อผูกมัดหรือข้อผูกพันอย่างเป็นทางการที่เรียกว่าพันธกรณี (Obligation) ที่รัฐต้องให้การรับรองและคุ้มครองเช่นเดียวกับการคุ้มครองด้านอื่น ๆ เช่น ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชน ในกฎหมายภายในประเทศและการกระทำอื่น ๆ ของหลายประเทศ รวมถึงรัฐธรรมนูญบางส่วนใช้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น กฎบัตรแอฟริกาประกาศว่า “ประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับสภาพแวดล้อมที่น่าพอใจโดยทั่วไปซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาของพวกเขา”



ในประกาศของการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมมนุษย์ ระบุว่า “มนุษย์มีสิทธิขั้นพื้นฐาน เสรีภาพ ความเสมอภาค และสภาพชีวิตที่ดีเพียงพอในสภาพแวดล้อมที่มีคุณภาพ การดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีและความเป็นอยู่ที่ดี และมีความรับผิดชอบอย่างจริงจังในการปกป้องและปรับปรุงสภาพแวดล้อมสำหรับคนรุ่นปัจจุบันและอนาคต”

คำตอบของข้อสงสัยว่า สิทธิในการอยู่อาศัยในสภาพแวดล้อมที่มีคุณภาพเป็นสิทธิส่วนบุคคลที่บุคคลทุกคนพึงมีหรือไม่ ปรากฏในรายงานของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาโลกซึ่งเสนอให้เป็นหนึ่งในหลักการทางกฎหมายเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาที่ยั่งยืนว่า

“มนุษย์ทุกคนมีสิทธิขั้นพื้นฐานในสภาพแวดล้อมที่เพียงพอสำหรับสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดี”

ในที่สุดแล้วหลักการและแนวทางนี้ได้รับการยอมรับว่าองค์ประกอบของสิทธินี้สามารถพบได้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมทั้งในกติกาทั้งสองฉบับหลักในด้านสิทธิมนุษยชน และยังคงเพิ่มทั้งสิทธิส่วนบุคคลและสิทธิของการที่คนเรารวมตัวเป็นกลุ่มด้วยว่า บุคคลรวมกลุ่มกันไม่เพียงแต่มีสิทธิในสภาพแวดล้อมที่เพียงพอ แต่ยังมีหน้าที่ในการปกป้องและปรับปรุงสภาพแวดล้อม มีความรับผิดชอบต่อบุคคลอื่นหรือชุมชนที่พวกเขาอาศัยอยู่ รวมทั้งมนุษยชาติโดยรวมและแม้แต่ “คนรุ่นต่อไปในอนาคต”

จากปรัชญาและแนวคิดดังกล่าวนำมาสู่ประเด็นข้อสงสัยว่า สภาพแวดล้อมเป็นปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ทำให้การปกป้องสิ่งแวดล้อมจึงถือเป็นประเด็นสิทธิมนุษยชน Alan Boyle (1998) ระบุว่า มีหลายคำตอบที่เป็นไปได้ เห็นได้ชัดที่สุดคือ สิทธิมนุษยชนส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมโดยตรง ต่อชีวิต สุขภาพ ชีวิตส่วนตัว และทรัพย์สินของมนุษย์แต่ละคนมากกว่าเรื่องอื่น ๆ โดยทั่วไปแม้ว่ารัฐอาจทำหน้าที่รักษามาตรฐานคุณภาพสิ่งแวดล้อมที่สูงขึ้นตามภาระหน้าที่ของรัฐ ใช้มาตรการกลไกในการควบคุมมลพิษที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพและชีวิตประชาชน นอกเหนือสิ่งอื่นใด รัฐต้องรับผิดชอบต่อความล้มเหลวในการบริหารจัดการและการควบคุมการคุกคามสิ่งแวดล้อมและควบคุมปัญหามลพิษและสิ่งแวดล้อม รวมถึงสิ่งที่เกิดขึ้นจากการสร้างความเสื่อมโทรมให้กับสิ่งแวดล้อมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และยังรวมไปถึงการอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงความยุติธรรม การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม การตัดสินใจของศาล และกระบวนการยุติธรรม

อีกประเด็นหนึ่งของสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมที่ถูกกล่าวถึงกันมาก คือ เรื่องสิทธิในสภาพแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพ หรือ the Right to a Healthy Environment (RHE) อันเป็นสิทธิด้านสุขภาพทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ตามมาตรฐานสุขภาพขั้นต่ำสากลที่บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับ แนวคิดของสิทธิในสภาพแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพได้ถูกแจกแจงในข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งรวมถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ โดยมีการถกเถียงกันถึงการตีความและการใช้สิทธิดังกล่าว เนื่องจากสิทธิในสภาพแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพต้องพิจารณาปัจจัยทางสังคมและเศรษฐกิจที่หลากหลาย รวมถึงปัจจัยพื้นฐานด้านสุขภาพ เช่น อาหารและโภชนาการ ที่พัก การเข้าถึงน้ำที่สะอาดปลอดภัยและดื่มได้ การมีแหล่งน้ำและการสุขาภิบาลที่เพียงพอ สภาพการทำงานที่ปลอดภัย และสภาพแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพ ที่สำคัญในข้อ 25 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระบุว่า “ทุกคนมีสิทธิที่จะมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอสำหรับสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของตัวเอง

และครอบครัวของเขา รวมถึงอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย การรักษาพยาบาล และบริการสังคม ที่จำเป็น รวมทั้งสิทธิในความมั่นคงในกรณีว่างงาน เจ็บป่วยหรือทุพพลภาพ เป็นหม้าย ว่างงาน หรือ การขาดปัจจัยในการเลี้ยงชีพอื่นใดในเหตุการณ์อันเกิดจากที่ตนจะควบคุมได้” และรวมถึงการดูแล เป็นพิเศษแก่ผู้ที่อยู่ในครรภ์มารดาหรือวัยเด็ก ซึ่งองค์การอนามัยโลกได้ใช้แนวทางดังกล่าว สำหรับการส่งเสริมด้านสุขภาพและโยงโยในด้านสิ่งแวดล้อมด้วย จึงทำให้ความเกี่ยวพันระหว่างสิทธิมนุษยชน กับสิ่งแวดล้อมขยายวงกว้างออกไปบนพื้นฐานของตรรกะที่เหมาะสม

นอกจากนี้ ความเคลื่อนไหวที่น่าสนใจเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อม ยังสะท้อนได้จากรายงานที่ผู้รายงานพิเศษของสหประชาชาติ ระบุถึงการเคลื่อนไหวที่ผิดกฎหมาย และการทิ้งขยะพิษ ที่เริ่มปรากฏเป็นปัญหานั้น ได้ถูกพาดพิงถึงและมีประเด็นที่มีความสำคัญมากขึ้นเรื่อย ๆ ทำให้สังคมโลก เริ่มรับรู้เพิ่มขึ้นว่า มีการขนส่งของเสียอันตรายที่ผิดกฎหมาย และการทิ้งของเสีย ผลิตภัณฑ์ที่เป็นพิษ และเป็นอันตรายและของเสียที่เป็นภัยคุกคามร้ายแรง ที่ไม่เพียงแต่ต่อสิ่งแวดล้อมเท่านั้น แต่กระทบ ต่อชีวิตและความเป็นอยู่ของมนุษยชาติ ท่ามกลางความนิยมและยอมรับในสิทธิมนุษยชนที่หลายส่วน เกี่ยวพันเรื่องสิ่งแวดล้อมอย่างแยกไม่ออก เช่น สิทธิในชีวิตที่จะได้ใช้ชีวิตอย่างรื่นรมย์ตามมาตรฐาน สูงสุดที่เป็นไปได้ ด้านสุขภาพกายและสุขภาพจิต สิทธิในการดื่มน้ำสะอาด มีอาหาร ที่อยู่อาศัยที่เพียงพอ และเหมาะสม สภาพการทำงานที่ปลอดภัยและมีสุขภาพดี สิทธิในการได้รับข้อมูล เพื่อการมีส่วนร่วม และเสรีภาพในการสมาคม รวมทั้งสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ ที่รับรอง

3

ประวัติและพัฒนากฎสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อม

อาจกล่าวได้ว่า ประวัติและพัฒนากฎด้านสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกใน วาระการประชุมระหว่างประเทศ ในปี ค.ศ. 1972 ที่ประชุมสหประชาชาติด้านสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ โดยในการประชุมครั้งนั้นนำมาซึ่งหลักการที่ 1 ของ “ปฏิญญาสตอกโฮล์มต่อสิ่งแวดล้อมมนุษย์” ที่นำไปสู่การสร้างรากฐานสำหรับการเชื่อมโยงสิทธิมนุษยชนและการปกป้องสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ โดยประกาศรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานว่า

“มนุษย์มีสิทธิขั้นพื้นฐาน เสรีภาพ ความเสมอภาค และสภาพชีวิตที่ดีเพียงพอในสภาพแวดล้อมที่มีคุณภาพ การดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีและความเป็นอยู่ที่ดี และมีความรับผิดชอบอย่างจริงจังในการปกป้องและปรับปรุงสภาพแวดล้อมสำหรับคนรุ่นปัจจุบันและอนาคต”

ผลจากการประชุมปี ค.ศ. 1972 ทำให้โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (UNEP) ได้ถูกจัดตั้งขึ้น ในปี ค.ศ. 1992 ช่วง 20 ปีหลังจากการประชุมสิ่งแวดล้อมระดับโลกครั้งแรก การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการพัฒนาสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (UNCED) หรือที่เรียกว่าการประชุมสุดยอดโลกที่เกิดขึ้นระหว่างวันที่ 3 -14 มิถุนายน 1992 ในนคร ริโอ เดอ จาเนโร การประชุมครั้งนั้น



มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือรัฐบาลประเทศต่าง ๆ ในการพิจารณาการพัฒนาทางเศรษฐกิจ และหาหนทางที่จะหยุดยั้งการทำลายทรัพยากรธรรมชาติและควมมลพิษของโลก แม้ในขณะที่มีความพยายามระดับนานาชาติ คณะผู้แทนจาก 178 ประเทศ ผู้นำของรัฐ 108 ประเทศ และผู้แทนองค์กรเอกชนกว่า 1,000 คน เข้าร่วมการประชุม ในนคร ริโอ เดอ จาเนโร มีข้อตกลงที่สำคัญสามข้อ ซึ่งปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนามีความเกี่ยวข้องมากที่สุดในบริบทของสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อม โดยหลักการที่ 1 กำหนดว่า

“มนุษย์เป็นศูนย์กลางของความกังวลสำหรับการพัฒนาที่ยั่งยืน พวกเขามีสิทธิที่จะมีชีวิตที่มีสุขภาพดีและมีประสิทธิภาพโดยสอดคล้องกับธรรมชาติ” และหลักการที่ 4 กำหนดว่า

“เพื่อให้บรรลุการพัฒนาที่ยั่งยืนการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมจะเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพัฒนาและไม่สามารถแยกออกจากกันได้”

นอกจากนี้ หลักการที่ 10 ของปฏิญญาริโอ ค.ศ. 1992 มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมที่ชัดเจนมากขึ้นที่นำไปสู่อนุสัญญาว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตัดสินใจ และการเข้าถึงความยุติธรรมในเรื่องสิ่งแวดล้อม (อนุสัญญา Aarhus) ซึ่งมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 2001 อนุสัญญาออร์ฮูสครอบคลุมเนื้อหาสามหัวข้อที่ระบุโดยชื่อเรื่องแทนที่จะใช้ภาษาที่เน้นเรื่องสิทธิ อนุสัญญากำหนดให้รัฐภาคี “รับรอง” ว่า สมาชิกของสาธารณชนสามารถเข้าถึงข้อมูล ได้รับอนุญาตให้เข้าร่วม และสามารถเข้าถึงการพิจารณาคดีของศาลได้ แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วจะหลีกเลี่ยงคำว่า “สิทธิ” แต่มีวัตถุประสงค์ โครงสร้าง และบริบทของอนุสัญญาออร์ฮูสที่เน้นเรื่องสิทธิพื้นฐานที่เป็นสิทธิมนุษยชนโดยมีแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเป็นฐาน ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าสิทธิมนุษยชนในอนุสัญญาดังกล่าวนี้ได้ประกันไว้ ได้แก่ สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อม (Right to Access to Information) สิทธิในการมีส่วนร่วมของสาธารณะในกระบวนการตัดสินใจด้านสิ่งแวดล้อม (Right to Public Participation in Decision - making) และสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อม (Right to Environmental Justice) อนุสัญญาดังกล่าวนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประชาชนมีสิทธิการเข้าถึงข้อมูลและมีส่วนร่วมให้ข้อมูลและขั้นตอนในเรื่องสิ่งแวดล้อม รวมถึงการฟ้องร้องดำเนินคดีนั่นเอง

ในเดือนกันยายน ค.ศ. 2002 มีการประชุมสุดยอดโลกด้านการพัฒนาที่ยั่งยืน หรือ World Summit on Sustainable Development (WSSD) จัดขึ้นที่กรุงโจฮันเนสเบิร์ก แผนการดำเนินงานของ WSSD แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า การเคารพสิทธิมนุษยชนและเสริมภาพขั้นพื้นฐานเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการบรรลุการพัฒนาที่ยั่งยืน แผนการดำเนินการดังกล่าวยังเน้นความสำคัญของการดำเนินการในระดับชาติเพื่อการพัฒนาที่ประสบความสำเร็จ โดยองค์ประกอบที่สำคัญของแผนประกอบด้วย ธรรมชาติ หลักนิติธรรม ความเสมอภาคทางเพศ และความมุ่งมั่นโดยรวมต่อสังคมที่ยุติธรรมและเป็นประชาธิปไตย ความโปร่งใส ความรับผิดชอบ และการบริหารงานยุติธรรม สถาบันตุลาการถือเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับนโยบายระดับชาติที่จะต้องดำเนินการ แผนยังเน้นถึงความสำคัญของการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน (Public participation) ในการตัดสินใจด้านสิ่งแวดล้อม รวมถึงมาตรการที่ให้การเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ กิจกรรม นโยบายและโครงการต่าง ๆ ที่สำคัญ

แผนดังกล่าวระบุว่าผู้หญิงต้องมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่และเท่าเทียมกันในทุกระดับของกระบวนการด้านสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา รวมถึงการกำหนดนโยบายและการตัดสินใจ

นอกจากนี้ ในมิติสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมนั้น แม้ว่าไม่ได้มีการริเริ่มจากมุมมองของฐานด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชน เนื่องจากในเนื้อหาด้านสิทธิมนุษยชนเดิมนั้น แทบจะไม่มีกล่าวถึงหรือถกเถียงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมเลย ดังนั้น วรรณกรรมส่วนใหญ่จะถูกเขียนขึ้นโดยนักสิ่งแวดล้อมหรือนักกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศทั่วไป ต่อมาประเด็นเรื่องสิ่งแวดล้อมได้ถูกนำเข้ามาเป็นหัวข้อในกฎหมายสิทธิมนุษยชนกระแสหลัก มิติด้านสิ่งแวดล้อมของสิทธิมนุษยชนที่พบในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนจึงปรากฏในกติการะหว่างประเทศและอนุสัญญาต่าง ๆ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR) อนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (AMCHR) และอนุสัญญาแอฟริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน (AfCHPR)

ในส่วนของการพิจารณาคดีของศาลสิทธิมนุษยชนที่กล่าวถึงว่านำมาซึ่งการรับรองสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมนั้น การนำคดีสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมมาสู่ศาล ที่นอกจากฟ้องร้องไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน หน่วยงานกำกับดูแลระดับสากลและระดับภูมิภาคแล้ว เช่น คดี *Bordes and Temeharo v. France* มีข้อกล่าวหาว่า การทดสอบอาวุธนิวเคลียร์ล่วงหน้าจะเป็นการละเมิดสิทธิของชีวิตและครอบครัวหรือไม่ หรือ คดี *HP et al. v. Canada* ระบุการกล่าวหาว่าละเมิดการมีสิทธิในการดำรงชีวิตเนื่องจากผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของคลังสินค้านิวเคลียร์ที่ตั้งอยู่ใกล้กับที่อยู่อาศัย คดี *López Ostra v. Spain* ที่ศาลถือได้ว่า มาตรา 8 ECHR ถูกละเมิดเนื่องจากผู้สมัครไม่ได้ได้รับการชดเชยโดยรัฐสำหรับความเสียหายที่เกิดจากมลภาวะต่อสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้ ปัญหาที่คล้ายกันคือ ความเสียหายที่เกิดจากการจัดการขยะมูลฝอยในเมืองผิดพลาดถูกยกขึ้นในคดี *Oneryildiz v. Turkey* ในแผนเดอร์โวลด์สวีเดน พบว่า การปนเปื้อนในน้ำเป็นภัยคุกคามต่อความปลอดภัยของบุคคล ซึ่งเป็นขั้นตอนสำคัญในการขยายความคิดของมาตรา 6 (1) ECHR เพื่อรวมถึงสิทธิด้านสิ่งแวดล้อม ในคดี *Tătar V Romania* ศาลพบว่ามีการละเมิดสิทธิในการเคารพชีวิตส่วนตัวและครอบครัวเนื่องจากความล้มเหลวของเจ้าหน้าที่โรมาเนียในการปกป้องสิทธิของผู้อยู่อาศัยอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับเหมืองทองคำ คดีเหล่านี้จะพบว่าศาลตั้งข้อสังเกตว่า “มลภาวะอาจส่งผลกระทบต่อชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัวของบุคคลโดยทำอันตรายต่อความผาสุกของคน” และ “รัฐมีหน้าที่รับผิดชอบในการคุ้มครองพลเมืองของตนโดยการกำหนดอำนาจการจัดตั้งการ ดำเนินงาน ความปลอดภัย และการตรวจสอบกิจกรรมอุตสาหกรรม โดยเฉพาะกิจกรรมที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของมนุษย์” โดยนัยเป็นเสมือนการรับรองถึงการคุกคามสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จะได้รับสิ่งแวดล้อมที่ควรจะได้และศาลรับรองให้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์สำคัญ

ในคดี *Hatton and colleges v. United Kingdom* ประเด็นนี้เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวและครอบครัวอันเป็นผลมาจากมลพิษทางเสียงจากการจราจรทางอากาศในเวลากลางคืน (ดู *Moreno Gomez v. Spain*) ในคดี *Guerra et al. v. Italy* รัฐพบว่ามีละเมิดสิทธิ



ความเป็นส่วนตัวและครอบครัว โดยไม่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับมลพิษทางสิ่งแวดล้อมที่จะช่วยให้สามารถประเมินความเสี่ยงต่อสุขภาพที่พวกเขาต้องเผชิญในการใช้ชีวิตในบางพื้นที่ ในคดี Hamer v. Belgium ศาลพบว่าสิทธิในทรัพย์สินนั้นถูกจำกัดสิทธิได้ ภายใต้เจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

นอกจากคดีต่าง ๆ แล้ว สิ่งที่จะช่วยเสริมความแข็งแกร่งในการพยายามผนวกสิทธิมนุษยชนเข้ากับสิ่งแวดล้อมก็คือ รายงานจากผู้เชี่ยวชาญที่หน่วยงานด้านสหประชาชาติตั้งขึ้นเพื่อตรวจสอบและรายงาน ซึ่งจากรายงานด้านสิทธิมนุษยชนด้านปัญหาสิ่งแวดล้อม พบว่ามี 3 ประเด็น ที่เข้าข่าย คือ

ประการแรก ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนที่เหยื่อหรือผู้เสียหายประสบ โดยเน้นที่พบในแอฟริกาและประเทศกำลังพัฒนาอื่น ๆ เป็นปัญหาการคุกคามและทำลายสิ่งแวดล้อม

ประการที่สอง เพื่อระบุตรวจสอบและติดตามสถานการณ์จริง เหตุการณ์เฉพาะ และแต่ละกรณี รวมถึงข้อกล่าวหาที่ได้รับ พบว่าเป็นการกล่าวหาว่าละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมแทบทั้งสิ้น และ

ประการที่สาม พบว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชนมีประเทศและบริษัทข้ามชาติที่มีส่วนร่วมในการขนส่งผลิตภัณฑ์และของเสียที่เป็นพิษ และเป็นอันตรายที่ผิดกฎหมายไปยังประเทศกำลังพัฒนา

4

สิทธิมนุษยชนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

ความสำคัญของสภาพแวดล้อมต่อการปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในกฎหมายระหว่างประเทศ สิ่งที่เป็นที่ยอมรับกันน้อย คือ ข้อเสนอในฐานะมนุษย์ที่มีสิทธิต่อสิ่งแวดล้อมเกินกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่อความต้องการขั้นพื้นฐานของมนุษย์ สิทธิในสภาพแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพนั้น อาจต้องมีการบัญญัติและรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศ แนวคิดและแนวทางดำเนินการดังกล่าวทำให้เกิดความท้าทายทั้งทางแนวคิดทฤษฎีและการปฏิบัติสำหรับกฎหมายสิทธิมนุษยชน การพิจารณาถึงวิธีการที่แตกต่างกันของสภาพแวดล้อมที่มีแนวคิดในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและวิเคราะห์ข้อเสนอที่ว่า สิทธิในสภาพแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพนั้นกำลังเกิดขึ้น อันระบุถึงความท้าทายบางอย่างที่จะต้องเอาชนะก่อนที่จะได้รับการยอมรับสิทธิดังกล่าว รวมถึงสิ่งที่ตั้งมาจากสาขาวิชานิติศาสตร์เชิงลึกและนิติศาสตร์โลก

การประชุมของสหประชาชาติที่กรุงสตอกโฮล์ม นครรีโอ เดอ จาเนโร และกรุงโจฮันเนสเบิร์ก แสดงให้เห็นว่า ประชาคมระหว่างประเทศเห็นว่า การปกป้องสิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องที่ทั่วโลกให้ความสนใจเป็นเวลานานแล้วที่ผู้คนต่างสงสัยว่า ในสนธิสัญญาทวิภาคีและพหุภาคีที่สำคัญด้านสิ่งแวดล้อมที่มีมากมาย กลไกและมาตรการที่มีอยู่สามารถที่จะแก้ไขปัญหานี้ได้จากมุมมองด้านสิทธิมนุษยชนหรือไม่ การรวมสิทธิมนุษยชนเข้ากับมิติด้านสิ่งแวดล้อมในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอาจเป็นหนึ่งในเป้าหมายต่อไปของนโยบายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ

หากวิเคราะห์กันโดยทั่วไปจะพบว่า กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศนั้นมีลักษณะเด่นที่เกินกว่าลักษณะกฎหมายทั่วไป โดยมีการพยายามนำเอาหลักกฎหมาย มาตรการทางกฎหมาย รวมทั้งกลไกต่าง ๆ ทั้งทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครอง มาบัญญัติไว้ มีสนธิสัญญาพหุภาคีประมาณ 300 ฉบับ และสนธิสัญญาทวิภาคี 900 ฉบับ เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมรวมถึงด้านอื่น ๆ อีก 200 กว่าเล่ม ที่จัดทำโดยองค์กรระหว่างประเทศต่าง ๆ โดยหลักการที่อภิปรายกัน คือ สิทธิในสิ่งแวดล้อมหมายถึงสาระสำคัญในสิทธิที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่บุคคลทุกคนพึงมีและได้รับโดยสิทธินี้แบ่งแยกไม่ได้และติดตัวทุกคนมาตั้งแต่เกิด ในภาษากฎหมายเรียกสิทธิที่เป็นแก่นนี้ว่าเป็น “สิทธิเชิงเนื้อหา” (Substantive Rights) ซึ่งสิทธิกลุ่มนี้แตกต่างหากจากสิทธิในเชิงกระบวนการ (Procedural Rights) ซึ่งเป็นเสมือนเส้นทางหรือวิถีทาง (Means) ที่นำไปสู่สิทธิในสิ่งแวดล้อมเชิงเนื้อหา กล่าวโดยสรุปคือสิทธิในสิ่งแวดล้อมแบ่งเป็นสิทธิในสิ่งแวดล้อมเชิงเนื้อหาและสิทธิในสิ่งแวดล้อมในเชิงกระบวนการที่เปรียบเสมือนกฎหมายด้านสารบัญญัติและวิธีบัญญัตินั่นเอง

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมในบริบทของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อม จะพบว่าอนุสัญญาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมส่วนใหญ่² จะรับเอาหลักการในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์และสิ่งแวดล้อมมาจากปฏิญญาสตอกโฮล์มและปฏิญญาเรโอ โดยยังไม่มี การรับรองสิทธิในสิ่งแวดล้อมอันเป็นสิทธิเชิงเนื้อหาไว้โดยตรง และแม้อนุสัญญาต่าง ๆ จะมีฐานะเป็น Hard Law ซึ่งมีผลกำหนดพันธกรณีให้แก่อำนาจอธิปไตย แต่ประเด็นในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์หรือสิทธิของมนุษย์และสิ่งแวดล้อมจะถูกบัญญัติไว้เพียงในลักษณะของหลักการ และมักปรากฏอยู่ในส่วนอารัมภบทหรือ Preamble มากกว่าที่จะมีการกำหนดเป็นพันธกรณีให้แก่อำนาจอธิปไตยที่จะต้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เนื่องจากมีความสำคัญหรือมีความเชื่อมโยงกับสิทธิของมนุษย์ นอกจากนี้จากการพิจารณาตัวอย่างอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ ข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาว่าด้วยสิ่งแวดล้อมในด้านธรรมาภิบาล อากาศภาค ชีวภาค และอุทกภาค ต่างก็มีการกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์และสิ่งแวดล้อม แต่จะเป็นการกล่าวถึงในลักษณะเป็นหลักการหรือกรอบแนวคิดที่เป็นข้อตระหนักหรือแนวทางในการปฏิบัติของรัฐบาล ไม่ได้มีสถานะเป็นพันธกรณีแต่อย่างใดเว้นแต่ในเรื่องสิทธิของชนพื้นเมืองและชุมชนท้องถิ่นที่ได้มีการกล่าวถึงไว้อย่างชัดเจนใน Convention on Biological Diversity แต่ก็ยังคงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณากันต่อไปว่าการกล่าวถึงสิทธิของชนพื้นเมืองและ ชุมชนท้องถิ่นเช่นนี้เพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงการเชื่อมโยงระหว่างการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสิทธิมนุษยชนแล้วหรือไม่ อนึ่ง ถึงแม้สิทธิในสิ่งแวดล้อมอันเป็นสิทธิเชิงเนื้อหาจะยังไม่มี การรับรองอย่างชัดเจนในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ แต่ในทางกลับกัน

² อนุสัญญาด้านสิ่งแวดล้อมเหล่านี้ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยชนิดพันธุ์ที่มีการเคลื่อนย้ายถิ่น อนุสัญญาแรมซาร์ หรืออนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ อนุสัญญาบาเซล (Basel Convention) อนุสัญญาวอชิงตัน (Washington Convention) อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชที่ใกล้สูญพันธุ์ อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ ฯลฯ.



สิทธิเชิงกระบวนการกลับได้รับการรับรองไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อมจำนวนมาก

นอกจากนี้ ข้อบกพร่องในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ คือ บทบัญญัติจำนวนมากจะถูกนำมาใช้เฉพาะเมื่อมีอันตรายมหันต์ ทั้งที่อันตรายเหล่านั้นถูกคาดการณ์เอาไว้ล่วงหน้าจากนักวิทยาศาสตร์มาเป็นเวลานานแล้ว รวมทั้งได้เตือนให้ตระหนักถึงความหายนะ (เช่น กรณีโรงไฟฟ้าเชอร์โนบีล ฯลฯ) แต่การบังคับใช้กฎหมายก็ยังล่าช้าและเชื่องช้า ทั้ง ๆ ที่บทบัญญัติทางกฎหมายสิ่งแวดล้อมเหล่านั้น มีบทบาทสำคัญในการปกป้องสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเพราะรัฐส่วนมากไม่ค่อยสร้างความตระหนักในหายนะด้านสิ่งแวดล้อม แต่เน้นไปที่การปกป้องสิ่งแวดล้อมเป็นปัญหาย่อยมากกว่า

ในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมนั้น ประชาชนควรได้รับการเข้าถึงข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อมได้ง่ายขึ้นและควรขยายบทบาทการดูแลไปให้ถึงศาล เพราะจะเกิดบรรทัดฐานที่ดีต่อการดำเนินการ ปัญหาที่สำคัญ คือ เมื่อบุคคลเผชิญกับปัญหาการคุกคามและทำลายสิ่งแวดล้อม การพยายามยืนยันสิทธิของตนต่อหน้าหน่วยงาน และดำเนินการฟ้องร้องต่อศาล อันเป็นความพยายามที่จะปกป้องตนเองจากการถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมมักล้มเหลว เพราะต้องดำเนินการอย่างมากมายและดำเนินการด้วยความยากลำบาก นอกจากสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อม (Right to Access to Information) ยังมีสิทธิในการมีส่วนร่วมเชิงสาธารณะในกระบวนการตัดสินใจด้านสิ่งแวดล้อม (Right to Public Participation in Decision - making) และสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อม (Right to Environmental Justice) สิทธิเหล่านี้เป็นรากฐานในด้านสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมที่ประชาชนควรรับรู้และมีกลไกของรัฐให้การสนับสนุนคุ้มครอง

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาด้านสิทธิมนุษยชนในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้กลายเป็นปัญหาความกังวลของโลก แต่กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาและมีการยืนยันหลักการสำคัญบางประการที่น่าสนใจ คือ การพยายามจะไปคุ้มครองถึงสิทธิมนุษยชนในอนาคต โดยนำเอาแนวคิดเรื่องความยั่งยืน หลักการป้องกันไว้ก่อน หลักการความรับผิดชอบเชิงสาเหตุ และความต้องการปกป้องสิ่งแวดล้อมสำหรับคนรุ่นอนาคตผ่านหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน เสมือนว่าหลักความยั่งยืนเป็นการวางแนวทางสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมให้กับคนรุ่นใหม่ (Next generations) ได้รับรู้ว่าเขามีสิทธิได้ด้วย

ปัจจุบัน สหประชาชาติได้ออกกรอบแนวคิดสิทธิมนุษยชนกับสิ่งแวดล้อม (Framework Principles on Human Rights and Environment) ออกมาโดยมีหลักการที่น่าสนใจ 3 ประการ คือ

ข้อ 1 มนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติและสิทธิมนุษยชนเชื่อมโยงกับสภาพแวดล้อมที่มนุษย์อยู่อาศัย การทำลายสิ่งแวดล้อมเท่ากับเป็นการแทรกแซงสิทธิมนุษยชนในการที่จะได้รับความร่มเย็นในชีวิตของมนุษย์ และการดำเนินการด้านสิทธิมนุษยชนจะช่วยปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและส่งเสริมการพัฒนาที่ยั่งยืน

ข้อ 2 หลักการที่เป็นกรอบการดำเนินการในด้านสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมนำไปสู่ข้อสรุปหลักในพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบในการมีสภาพแวดล้อมที่สะอาดปลอดภัย มีสุขอนามัยที่ยั่งยืน การบูรณาการและชี้แนะสำหรับการนำเอาพันธกรณีต่าง ๆ ไปปฏิบัติ รวมถึงพื้นฐานในการพัฒนาในอนาคตเพื่อสร้างความเข้าใจในความสัมพันธ์ของสิทธิมนุษยชนกับสิ่งแวดล้อมให้พัฒนาการต่อเนื่องไป

ข้อ 3 หลักการที่เป็นกรอบการดำเนินการนี้จะไม่มีข้อยุติมาตรฐานระดับชาติและระดับนานาชาติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและหลักการที่เป็นกรอบดังกล่าวนี้จะไม่ถูกขัดขวางหรือถูกจำกัดยกเว้นหรือปฏิบัติการที่ต่ำกว่ามาตรฐานนี้ภายใต้หลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศและระดับประเทศ

กรอบการดำเนินการต่าง ๆ เหล่านี้ มีรายละเอียดและข้อปฏิบัติที่น่าสนใจที่ผู้สนใจสามารถติดตามได้ นอกจากนี้ มีแนวโน้มที่เป็นที่รู้จักในการพัฒนาระบบกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม โดยการยอมรับสิทธิมนุษยชนใน “กฎหมาย Soft law” ตัวอย่างเช่น หลักการแรกของปฏิญญาสตอกโฮล์ม ปฏิญญาริโอ และปฏิญญา Bizkaia เมื่อเร็ว ๆ นี้ มีกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเพียงไม่กี่ฉบับเท่านั้นที่รับประกันสิทธิดังกล่าวอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ มีบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมไม่ว่าจะเป็นสิทธิส่วนบุคคลหรือภาระผูกพันของรัฐหรือทั้งสองอย่างไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแม่บทที่อย่างน้อยก็เป็นการรับรองในระดับต้น

5

มิติการเคลื่อนไหวด้านสิทธิมนุษยชนในสิ่งแวดล้อม

มีข้อสังเกตว่าตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศกลายเป็นปัญหาของการศึกษาทางวิทยาศาสตร์เป็นเวลาเกือบสี่สิบปี เพราะมุ่งนำเอาหรือการพยายามสร้างความเข้าใจในฐานทางวิทยาศาสตร์มาก่อนพฤติกรรมศาสตร์ รวมทั้งการพัฒนากฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศต่อไป ก็พยายามเชื่อมโยงปัญหาสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศกับระบบความยุติธรรมตามแนวทางของโครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (UNEP)

การบรรจบกันของสิ่งแวดล้อมกับสิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่งเพราะเป็นการเพิ่มกลไกและเครื่องมือทั้งระดับนานาชาติและระดับชาติ ความจำเป็นในการผลักดันและสร้างกลไกสำหรับสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมมิใช่เกิดจากกฎหมายหรือมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมไม่เพียงพอหรือไร้ประสิทธิภาพ แต่เกิดจากลักษณะสิ่งแวดล้อมนั่นเองที่มีลักษณะเชิงสถานะและความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมนั้นจะเป็นความเสียหายที่ค่อย ๆ เกิด และสะสมโดยที่เราไม่สามารถมองเห็นได้ในระยะสั้น ๆ ซึ่งกว่าจะรู้ถึงความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมก็ต่อเมื่อความเสียหายนั้นมีวงกว้างและกระทบ



ต่อชีวิตความเป็นอยู่ของมนุษย์ อันทำลายสิทธิมนุษยชนพื้นฐานในการที่อยู่ในสภาพสิ่งแวดล้อมที่ดี หรือคุณภาพสิ่งแวดล้อมที่สมควรจะได้รับ ซึ่งสิทธิในการดำรงชีวิตในสภาพแวดล้อมที่ดีมีคุณค่าต่อการ ใช้ชีวิตมนุษย์นั้นย่อมเป็นสิทธิมนุษยชน

การขยายความในมิติด้านการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) นั้น ครอบคลุมถึงการคุ้มครองปกป้องสิ่งแวดล้อมให้ถึงมือคนรุ่นใหม่ (Next Generation) เพื่อให้เขาสามารถที่จะใช้ สิทธิมนุษยชนได้อย่างสมบูรณ์ แม้จะแตกต่างกันในระดับต่าง ๆ ก็ตาม สิทธิของคนรุ่นปัจจุบัน ในการเข้าถึงทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นธรรม และความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม จะต้องพิจารณาภายใต้ ข้อผูกพันในการรักษาสภาพแวดล้อมของโลกและฐานทรัพยากรสำหรับคนรุ่นอนาคตด้วย เพื่อรักษา สภาพแวดล้อมของโลกและฐานทรัพยากรสำหรับคนรุ่นอนาคต ซึ่งอาจมีการประเมินกฎหมายควบคุม มลพิษและการจัดการทรัพยากรกับความยุติธรรมระหว่างประเทศ แนวคิดนี้ถูกนำเสนอโดย UNEP ว่า ต้องการการปกป้องที่มีประสิทธิภาพของสิทธิมนุษยชนในการเก็บและการแสวงหาสิทธิในการเข้าถึง เพื่อให้เกี่ยวกับการใช้ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน ปัญหาด้านภูมิอากาศ มลพิษทาง อากาศ การป้องกันความเสื่อมโทรมของแหล่งน้ำและการจัดการ การจัดการของเสีย ดิน การป้องกัน การชะล้าง การคุ้มครองธรรมชาติ ชนิด และความหลากหลายทางชีวภาพ มลภาวะทางเสียง ความร่วมมือ เพื่อสิ่งแวดล้อมกับประเทศที่สาม เหล่านี้ยังเป็นปัญหาท้าทายมิติด้านสิทธิมนุษยชนอย่างต่อเนื่อง

6

สิทธิมนุษยชนกับสิ่งแวดล้อมในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติถึง “สิทธิชุมชน” โดยเป็นการให้สิทธิแก่ชุมชน ในการมีส่วนร่วมกับรัฐในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างสมดุล และยั่งยืน แต่จะถูกกล่าวหาว่าเป็นการรับรองเพียงในฐานะ “สิทธิเชิงกลุ่ม (Collective Rights)” ivo อย่างชัดเจน ในระดับหลักการ และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับยังไม่ได้บัญญัติเรื่อง “สิทธิ ในสิ่งแวดล้อม (Right to Environment)” ในฐานะ “สิทธิส่วนบุคคลหรือปัจเจกชน (Individual Rights)” แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม การสนับสนุนให้ประชาชนสามารถดำรงชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีได้ บรรลุอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมาย แต่อยู่ในฐานะที่เป็นเป้าประสงค์หรือเงื่อนไขของประเด็นสิทธิอื่น

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติเรื่องสิทธิชุมชนไว้ใน มาตรา 56 ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ระบุว่า

“บุคคลมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชน ในการบำรุงรักษา และได้ประโยชน์จาก ทรัพยากร ธรรมชาติ รักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีวิอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องใน สิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน

ตามที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้ บุคคลสามารถฟ้องร้องรัฐได้เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามสิทธิและการมีส่วนร่วมดังกล่าว”

ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิชุมชนไว้ใน มาตรา 67 ในหมวดสิทธิชุมชนในทำนองเดียวกันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่เมื่อมาเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ปรากฏว่า เนื้อหาส่วนที่ว่าด้วยสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วม “ในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีวิอยู่อย่างปกติ และต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของคน” ซึ่งมีในรัฐธรรมนูญสองฉบับก่อนหน้านี้ หายไป ทั้งนี้เนื่องจาก ตั้งแต่ พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา มีการเรียกร้องให้เกิดการแก้ไขปัญหาผลกระทบจากโครงการพัฒนาต่าง ๆ ในพื้นที่ชุมชน และคัดค้านนโยบายที่มีผลกระทบด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม จนทำให้เกิดการเคลื่อนไหวภาคประชาชนหลากหลายพื้นที่ในประเทศอย่างต่อเนื่อง ขณะเดียวกันก็เกิดความขัดแย้งทางการเมืองอย่างรุนแรงและเกิดการชุมนุมเรียกร้องให้มีการปฏิรูประบบการเมืองจนนำไปสู่การรัฐประหารในเวลาต่อมา ในช่วงรัฐประหารปี พ.ศ. 2557 ที่ผ่านมามาจนถึงช่วงก่อนการเลือกตั้งในปี พ.ศ. 2562 ได้มีปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ทหาร ตำรวจ ฝ่ายปกครอง ฝ่ายความมั่นคง รวมถึงหน่วยงานรัฐต่าง ๆ ทั้งมีการออกประกาศ คุ้มครองรักษาความสงบแห่งชาติ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และการเสนอกฎหมายที่มีผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติอย่างต่อเนื่อง เพื่อควบคุมชาวบ้านที่ใช้สิทธิชุมชนหรือสร้างมาตรการที่เป็นการบังคับหรือยกเว้นบางเรื่อง ทำให้ประกาศและคำสั่งที่ออกโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติและหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ รวมทั้งกฎหมายต่าง ๆ เป็นเครื่องมือในการลิดรอนและเพิ่มระดับของความขัดแย้งในพื้นที่ของชุมชนหลายชุมชน ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ที่สำคัญและเป็นเงื่อนไขทางการเมืองที่มีผลต่อการต่อสู้เรียกร้องสิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมของชุมชนอย่างต่อเนื่อง

มูลนิธินิติธรรมสิ่งแวดล้อม (2562) ระบุว่า หลังการรัฐประหารและก่อนที่จะมีการเลือกตั้งพบว่า ตลอดระยะเวลาการปกครองภายใต้รัฐบาลที่ผ่านมา มีการผลักดันนโยบายที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติอย่างรวดเร็ว อาทิเช่น การจัดการปัญหาขยะ โดยการส่งเสริมให้มีโครงการโรงไฟฟ้าขยะ ซึ่งได้รับการยกเว้นการทำรายงาน EIA หรือการผลักดันให้ภาคตะวันออกกลายเป็นพื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ รวมถึงนโยบายทวงคืนผืนป่า ซึ่งมีการปราบปรามผู้กระทำความผิดโดยเพิ่มกำลังเจ้าหน้าที่และใช้มาตรการที่รุนแรงเข้าดำเนินการ ทำให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนผู้อาศัยอยู่ในเขตป่าและกำลังอยู่ในกระบวนการแก้ไขปัญหาภัยแล้งอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากนโยบายต่าง ๆ ทำให้ประชาชนและชุมชนต่างคัดค้านและใช้สิทธิเรียกร้องให้หยุดหรือชะลอ เนื่องจากนโยบายต่าง ๆ นั้น ขาดการมีส่วนร่วมสาธารณะ ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาถูกปิดกั้นและถูกคุกคามจนกลุ่มชาวบ้าน/ชุมชน ไม่สามารถดำเนินกิจกรรมได้ โดยทหารใช้วิธีการเข้าเยี่ยมบ้านเพื่อพูดคุยและปรับทัศนคติ ซึ่งไม่ได้อ้างอำนาจตามกฎหมาย รวมถึงการเรียกตัวแกนนำชุมชนเข้าไปพูดคุยกับทหารเพื่อห้ามปรามการเคลื่อนไหวคัดค้านโครงการพัฒนาต่าง ๆ และดำเนินคดีในข้อหาที่



เกี่ยวกับการชุมนุม เช่น ข้อหาฝ่าฝืนคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 3/2558 ข้อ 12 หรือ การดำเนินคดีตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เป็นต้น

ขณะเดียวกันรัฐบาลยังเสนอกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเข้าสู่การพิจารณาของ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ และเร่งพิจารณาเห็นชอบร่างกฎหมายโดยไม่ได้รับฟังความคิดเห็นจากประชาชน หลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติโรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพ สิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 หรือพระราชบัญญัติ การชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 เป็นต้น ท่ามกลางข้อถกเถียงในเรื่องปัญหาหลายประการ ทั้งเนื้อหา สารของกฎหมายและการตีความบังคับใช้ของเจ้าหน้าที่รัฐ รวมถึงการออกคำสั่งคณะรักษา ความสงบแห่งชาติ และคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ในเรื่องต่าง ๆ นั้น ก็มีผลกระทบต่อ ทั้งกับประชาชนโดยทั่วไป ในชุมชนเฉพาะพื้นที่ที่กำหนด หรือเฉพาะประเด็นที่รัฐบาลต้องการยกเว้น ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย โดยปราศจากการตรวจสอบเนื้อหาและกระบวนการออกคำสั่ง

ในปัจจุบันหลังการใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังพบว่า สิทธิเสรีภาพด้านสิ่งแวดล้อมที่สำคัญได้หายไป อาทิ สิทธิในการดำรงชีวิตอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี และสิทธิ ในการมีส่วนร่วมด้านสิ่งแวดล้อม เป็นต้น ทำให้รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีจุดอ่อนในเรื่องการรับรองสิทธิของ ประชาชนและลดทอนกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนซึ่งเป็นสิ่งสำคัญของการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตย ดังนั้น ปรากฏการณ์ดังรายละเอียดข้างต้นเป็นสถานการณ์สิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อม และทรัพยากรธรรมชาติภายใต้รัฐบาลที่ผ่านมา นอกจากเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อประชาชนหรือ กลุ่มชุมชนอย่างแพร่หลายจากทหาร ฝ่ายความมั่นคง หรือเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายต่าง ๆ แล้ว ยังไม่สามารถ ตรวจสอบการใช้อำนาจหรือการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐบาลในทางที่กระทบสิทธิของประชาชนได้

7

ข้อท้าทายสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมปัจจุบัน

ประเด็นข้อท้าทายด้านสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมในปัจจุบันมีหลากหลายมิติ ตั้งแต่

7.1 การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศกับสิทธิมนุษยชน (Climate change) ในรายงาน การประเมินครั้งที่ 5 (ค.ศ. 2014) คณะกรรมการระหว่างรัฐบาลว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (IPCC) ได้ยืนยันอย่างชัดเจนว่า การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็นเรื่องจริงและการปล่อย ก๊าซเรือนกระจกที่มนุษย์สร้างขึ้นเป็นสาเหตุหลักของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ในรายงานดังกล่าว ยังระบุความถี่ที่เพิ่มขึ้นของเหตุการณ์สภาพอากาศที่รุนแรงและภัยพิบัติทางธรรมชาติ ระดับน้ำทะเล ที่เพิ่มขึ้น น้ำท่วม คลื่นความร้อน ความแห้งแล้ง ภาวะการกลายเป็นทะเลทราย การขาดแคลนน้ำ และการแพร่กระจายของโรคเขตร้อน เป็นต้น ปรากฏการณ์เหล่านี้คุกคามสิทธิมนุษยชนหลากหลาย รูปแบบทั้งทางตรงและทางอ้อมจากผู้คนทั่วโลก รวมถึงสิทธิในชีวิต น้ำและสุขภาพ อาหาร สุขภาพ อาคารที่อยู่อาศัย รวมถึงวัฒนธรรมและการพัฒนา

ผลกระทบด้านลบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเกิดขึ้นอย่างรุนแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อบุคคลและชุมชนที่ต้องพึ่งพาพื้นที่ชายฝั่งทะเลเป็นพื้นที่เสี่ยงภัยสำหรับที่อยู่อาศัยและการดำรงชีวิต ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศจึงจำเป็นต้องได้รับการตอบสนองระดับโลก สภาสิทธิมนุษยชน (HRC) ได้เห็นปัญหาดังกล่าวและพยายามแสวงหากลไก ขั้นตอนพิเศษ รวมทั้งสำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนได้พยายามที่จะนำประเด็นข้อท้าทายนี้มาสู่สาระสำคัญของสิทธิมนุษยชน โดยเรียกร้องให้มีการใช้แนวทางสิทธิมนุษยชนเพื่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ จากการนำข้อตกลงปารีสในกรอบอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศทำให้ชัดเจนว่า ทุกรัฐ “ควรดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เศรษฐกิจ สังคม และพิจารณาภาระหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน” เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าการลดการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศนั้นสอดคล้องกับพันธกรณีด้านสิทธิมนุษยชน

7.2 เทคโนโลยีทางทหาร (Military technology) ไม่ต้องสงสัยเลยว่าความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางทหารเป็นหนึ่งในอันตรายที่ยิ่งใหญ่ที่สุดต่อสิทธิมนุษยชนทั้งหมด รวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่สุดในชีวิต การพัฒนาอาวุธนิวเคลียร์และอาวุธอื่น ๆ เพื่อการทำลายล้างสูงเช่นเดียวกับเทคโนโลยีทางทหารโดยทั่วไปก่อให้เกิดภัยคุกคามร้ายแรงต่อสภาพแวดล้อมและคุกคามต่อสิทธิมนุษยชน แม้ว่าจะไม่ได้ใช้ในสงคราม เช่น รัสเซียที่เกิดจากการทดสอบนิวเคลียร์ นอกจากนี้ ผลภาวะที่เกิดจากความซับซ้อนของอุตสาหกรรมทหารจะนำมาซึ่งความเสี่ยงของสภาพแวดล้อมที่เกิดจากการซ่อมบำรุงทางทหาร ฯลฯ ในกรณีที่มีการใช้อาวุธขนาดใหญ่ สิ่งตามมา คือ การสูญพันธุ์ของมนุษย์และการทำลายสิ่งแวดล้อม รวมถึงสิ่งมีชีวิตเกือบทั้งหมด การผลิตอาวุธยุทโธปกรณ์ชนิดต่าง ๆ สำหรับใช้ในประเทศไม่ว่าจะเป็นอาวุธใหม่หรืออุปกรณ์ที่ใช้กับอาชญากร ซึ่งการกระทำเหล่านี้กำลังลดทอนสิทธิมนุษยชนของสังคม แน่นอนว่ากระบวนการทางกฎหมายและกระบวนการทางประชาธิปไตยจะใช้ได้ไม่ว่าจะในมิติของกฎหมายสิทธิมนุษยชนหรือกฎหมายสิ่งแวดล้อม

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสนใจที่จะกล่าวถึงว่า การพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสามารถช่วยลดโอกาสของการเกิดสงครามโดยไม่ตั้งใจได้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้เทคโนโลยีอวกาศสำหรับการสำรวจระยะไกลของโลกที่ช่วยให้มหาอำนาจสามารถควบคุมซึ่งกันและกันได้นั้น จะสามารถตรวจสอบและกำหนดวิธีการในการควบคุมแผนลดอาวุธในอนาคต การปรับปรุงเทคโนโลยี และสามารถป้องกันการสูญเสียและความทุกข์ทรมานของมนุษย์โดยไม่จำเป็นได้หรือไม่

7.3 การคุ้มครองสิทธิของสัตว์ (Animal Rights) เนื่องจากในระบบนิเวศด้านสิ่งแวดล้อมในปัจจุบัน ราว 2 ทศวรรษที่ผ่านมา มีการคุกคามทำลายระบบนิเวศอย่างต่อเนื่อง เท่านั้นยังไม่พอยังมีการคุกคามทางตรง (การล่าสัตว์เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้ากำไรและอื่น ๆ) และทางอ้อม คือ การทำลายระบบนิเวศที่อยู่อาศัยของสัตว์ จากการคุกคามและรุกล้ำธรรมชาติทั้งสัตว์บก สัตว์ทะเล รวมทั้งสัตว์ปีก ในการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนั้น การให้ความเคารพต่อสิทธิของสัตว์และมนุษย์เป็นสิ่งจำเป็น เพราะมนุษย์และสัตว์ต่างพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันและอาจจะรวมถึงการคุกคาม



ความหลากหลายทางชีวภาพ (Biodiversity) ด้วย การคุกคามต่อสัตว์เป็นการทำลายสิทธิมนุษยชนในด้านอาหารและสุนทรียศาสตร์ รวมถึงการรักษาระบบสมดุลนิเวศที่กระทบต่อชีวิตและความเป็นอยู่ของมนุษย์โดยทางอ้อม การคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตอยู่ในธรรมชาติของสัตว์แม้ไม่ใช่สิทธิมนุษยชน แต่เพื่อรักษาระบบและความสมดุลทางนิเวศให้กับมนุษย์ที่จะได้อยู่อาศัยในธรรมชาติที่สมบูรณ์ มีผลกับการคุกคามสิทธิมนุษยชนในมิติต่อชีวิตและความเป็นอยู่และสิทธิด้านสุนทรียศาสตร์ของมนุษย์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

7.4 การเคลื่อนย้ายมลพิษข้ามแดน (Transboundary of waste) โดยข้อเท็จจริงแล้วทิศทางในด้านมลพิษข้ามพรมแดนนั้น อาจจะแตกต่างจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่จะส่งผลกระทบต่อคนทั้งโลก และมลพิษข้ามพรมแดนนั้นเป็นปัญหาคุกคามด้านสิ่งแวดล้อมที่มีมาตั้งแต่เดิม ตั้งแต่การมีฝนกรด (Acid rain) มลพิษจากคราบน้ำมัน หรือหมอกควันข้ามพรมแดน ไปจนถึงการขนส่งของเสียอันตรายข้ามพรมแดน (Hazardous waste ซึ่งรวมเอาขยะ e-waste ด้วย) และขยะจากของเสีย secondhand หรือ Recycle Waste เหล่านี้ การเคลื่อนย้ายของเสียข้ามพรมแดนกำลังถูกหยิบยกมาเป็นประเด็นกันว่าเป็นการคุกคามสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง (Abuse of environmental rights) เนื่องจากผู้รับผลร้ายจากมลพิษหรือผู้เสียหายนั้นไม่ใช่ผู้ก่อมลพิษ (Polluters) แต่ได้รับผลกระทบหรือผลร้ายหรือถูกคุกคามในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในการที่เขาจะอยู่และก็มีสภาพแวดล้อมที่มีคุณภาพ แต่กลับได้รับผลร้ายจากสิ่งที่ตัวเองไม่ได้ก่อขึ้น

7.5 สิทธิของชุมชน (Community rights) ในอารัมภบทความตกลงระหว่างประเทศจำนวนไม่น้อยที่ได้พยายามเรียกร้องให้รัฐภาคีต้องตระหนักถึงความสำคัญและบทบาทของ “ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและท้องถิ่น” และกำหนดให้รัฐภาคีจะต้องเคารพ สงวนรักษา และดำรงไว้ซึ่งความรู้ ประดิษฐ์กรรม และการถือปฏิบัติของ “ชุมชนพื้นเมืองดั้งเดิมและท้องถิ่น” ที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้รับรอง “สิทธิชุมชน” โดยตรง ดังนั้น สิ่งท้าทายต่อไปคือการบัญญัติและรองรับสิทธิชุมชนให้เกิดขึ้นและวางแนวทางการดำเนินการให้ชัดเจน สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม (Constitutional Environmental Right) ซึ่งรัฐธรรมนูญของหลายประเทศได้ให้การรับรองสิทธิของประชาชนที่จะอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดี (Right to Clean and Healthy Environment) และแนวคิดเรื่องประชาธิปไตยด้านสิ่งแวดล้อม (Environment Democracy) เช่น สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร (Right to Know) โดยเฉพาะการรับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับโครงการที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม (EIA) และสุขภาพของประชาชน (HIA) สิทธิในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจของรัฐ การใช้สิทธิทางศาล และความยุติธรรมในเชิงการมีส่วนร่วม (Participative Justice) กระบวนการยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อมเป็นองค์ความรู้ใหม่ที่กำลังได้รับความสนใจจากทั่วโลก สิ่งเหล่านั้นยังขาดกระบวนการในเรื่องสิทธิชุมชน ในประเทศไทยเองได้มีการพยายามกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ความชัดเจนยังเป็นประเด็นค้างอยู่ไม่น้อย

จากงานศึกษาสิทธิของชุมชน เรื่อง “รัฐได้ประโยชน์อะไรของหลักสิทธิมนุษยชนจากการส่งเสริมสิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วมอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมประเทศไทย” ระบุว่าแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนนั้นนอกจากเป็นส่วนหนึ่งที่มีพัฒนาการมาจากหลักสิทธิมนุษยชนแล้วยังเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย นั่นคือหลักของการมีส่วนร่วมของประชาชน “สิทธิชุมชน” เป็น “สิทธิเชิงกลุ่ม” ซึ่งเป็นเรื่องใหม่ของระบบกฎหมายไทย การใช้สิทธิชุมชนเป็นการใช้สิทธิในนามกลุ่ม ไม่ใช่ใช้สิทธิในนามบุคคล ก่อนจะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติเรื่องสิทธิชุมชนเป็นครั้งแรก ระบบกฎหมายไทยรับรองแต่ระบบการจัดการทรัพยากรธรรมชาติโดยรัฐ และระบบการจัดการทรัพยากรธรรมชาติโดยเอกชนเท่านั้น ต่อมา เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รวมทั้ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการบัญญัติรองรับ “สิทธิของชุมชน” ในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติด้วย จึงมีผลเป็นการสถาปนาระบบการจัดการเพิ่มขึ้นมาอีกประเภทหนึ่ง คือระบบการจัดการทรัพยากรธรรมชาติโดยชุมชน ที่ต้องรอดูกันต่อไปในทางปฏิบัติ

8

บทสรุป

สิทธิมนุษยชนเป็นส่วนหนึ่งของความพยายามของเราในการปกป้องสิทธิที่จะนำไปสู่สังคมโลกที่มีสิ่งแวดล้อมที่ดี หลักการและกลยุทธ์ด้านสิทธิมนุษยชนจะส่งผลต่อการทำงานของเราทุกระดับ ตั้งแต่ระดับโลกไปจนถึงระดับท้องถิ่น รวมทั้งการทำให้มั่นใจว่า มีการรับรู้และดำเนินการที่แข็งแกร่งในการเชื่อมโยงระหว่างสิทธิมนุษยชนและการปกป้องสิ่งแวดล้อม ในขณะที่งานด้านความยุติธรรมสิ่งแวดล้อม (Environmental justice) ยังคงพัฒนาอย่างต่อเนื่อง เรากำลังพัฒนากลยุทธ์และเครื่องมือใหม่ ๆ เพื่อให้มั่นใจในการเคารพสิทธิของบุคคลและชุมชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่ต้องพึ่งพาทรัพยากรธรรมชาติในการดำรงชีวิตหรือได้รับผลกระทบจากความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม

ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1990 เป็นต้นมา เราจะเห็นได้ว่า ประชาคมโลกได้ยอมรับการเชื่อมโยงระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมมากขึ้นเรื่อย ๆ เช่น ยอมรับว่าสิทธิในการชุมนุมต่อต้านทางด้านสิ่งแวดล้อม การแสดงออกถึงความต้องการในการรับรู้ข้อมูลและข้อเท็จจริงที่มีความสำคัญต่อการปกป้องสิ่งแวดล้อม ปัญหาสิ่งแวดล้อมหลายประการรวมถึงมลพิษและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศได้รับการยอมรับว่า มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้คนในหลากหลายพื้นที่ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญหลายฉบับและกรอบสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคได้รับเอาสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมเข้าไปผนวก เพื่อขับเคลื่อนการเชื่อมโยงระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมให้เป็นมรรคผลที่ชัดเจน หัวใจสำคัญของการทำงานด้านสิทธิมนุษยชนสากลในช่วงทศวรรษที่ผ่านมาสะท้อนให้เห็นว่า เรากำลังเดินมาถูกทาง และกำลังร่วมมือกันจัดการกับปัญหาต่าง ๆ ที่หมักหมมมานาน สิทธิและสิ่งแวดล้อมในมิติที่เชื่อมโยง อาทิ



ความยุติธรรมด้านสิ่งแวดล้อม ผลกระทบสิทธิของชุมชนพื้นเมืองในหลายพื้นที่ รัฐธรรมนูญและกฎเกณฑ์ด้านสิทธิในสิ่งแวดล้อมสำหรับคนรุ่นอนาคต รวมถึงวิธีการวิเคราะห์แบบจำลอง เพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ขับเคลื่อนและริเริ่มเพื่อพัฒนาโครงการระหว่างประเทศในด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและสิทธิมนุษยชนที่กำลังเดินไปอย่างต่อเนื่อง

คำถามที่มีอยู่เสมอว่าเพราะเหตุใดคนยากจนจึงต้องตกตันทนอยู่กับความชั่วร้ายที่เกิดขึ้นกับพวกเขาจากน้ำมือคนอื่น ทำไมต้องยอมรับชะตากรรมกับสภาพแวดล้อมที่เขาไม่ได้ก่อปัญหามลพิษและมลภาวะที่ตามมาโดยที่พวกเขาเหล่านั้นไม่ได้มีปากเสียงการรับรู้ความจริงหรือมีสิทธิขั้นพื้นฐานในการต่อต้านเลย สิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมจะช่วยให้คำตอบที่ดีและจะช่วยหยุดยั้งการคุกคามสร้างความเสื่อมโทรม อันถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อม ดังนั้น สิทธิมนุษยชนกับสิ่งแวดล้อมจึงเป็นเหรียญสองด้านที่ช่วยให้มนุษย์ได้มีชีวิตที่ดี

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- คณิศร ศรีบัวเอี่ยม และคณะ. (2559). *ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน*. คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.
- คณิศร ศรีบัวเอี่ยม และคณะ. (2560). *ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม*. กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายศึกษา ภายใต้มูลนิธิส่งเสริมนโยบายศึกษา.
- นพดล พลเสน. (2559). รัฐได้ประโยชน์อะไรของหลักสิทธิมนุษยชนจากการส่งเสริมสิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วมอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมประเทศไทย. เอกสารวิชาการนี้หลักสูตร “หลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย”. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- นิตยา โพธิ์นอก. (2557). *ชุมชนกับสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.
- มูลนิธินิติธรรมสิ่งแวดล้อม (2562) สืบค้น 2 เม.ย 2563 <https://enlawfoundation.org/newweb/?p=4494>

ภาษาต่างประเทศ

- A.E. Boyle and M.R. Anderson (eds). (1996). *Human Rights Approaches to Environmental Protection*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Algan, B. (2004). Re-thinking-Third Generation Human rights. *Ankara Law Review*, 1(1), 121-155.
- D. Anton and D. Shelton. (2011). *Environmental Protection and Human Rights*. Cambridge University Press.
- D. Bodansky, J. Brunnée, and E. Hey (eds). (2007). *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. at chs 28 and 29.
- Boyle. (2007). Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment. 18 *Fordham Environmental L Rev*, 471.
- Christopher Miller. (1998). *Environmental Rights: Critical Perspectives*. Oxford University Press.
- Caroline Moser & Andy Norton. (2001). *To Claim Our Rights: Livelihood Security, Human Rights and Sustainable Development*. available at <http://www.odi.org.uk/re-sources/docs/1816.pdf>.



- C. Streck et al. (2010). *Climate Change and Forests, Emerging Policy and Market Opportunities*.
Donald K Anton and Dinah L Shelton. (2011). *Environmental Protection and Human Right*.
New York: Cambridge University Press.
- D. Bodansky, J. Brunnee, E. Hey. (2007). *The Oxford Handbook of International
Environmental Law*, Oxford/New York: Oxford University Press.
- Lewis, Bridget. (2012). Environmental rights or a right to the environment? Exploring the
nexus between human rights and environmental protection. *Macquarie Journal of
International and Comparative Environmental Law*, 8(1), 36-47.
- Rodrick F. Nash. (1989). *The Rights of Nature A History of Environmental Ethics*. University
of Wisconsin Press. 4th ptg. Edition.
- Stephen J. Tuner. (2009). *A Substantive Environmental Right: An Examination of the Legal
Obligations of Decision-makers towards the Environment*. Kluwer Law International.
-

การลงโทษทางอาญา

กับหลักสิทธิมนุษยชน

บทสัมภาษณ์: นางสาวจันทิมา รัตนสว่างกุล

รองอธิบดีอัยการ

สำนักงานคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชน

สำนักงานอัยการสูงสุด

ผู้สัมภาษณ์: นางสาวเกชดาว เพิ่มพูล และนายพลภัฏฐ์ ศุภาหาร



การลงโทษทางอาญากับหลักสิทธิมนุษยชน

เมื่อเดือนมีนาคม 2563 ที่ผ่านมา ทางวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนได้รับเกียรติจาก ท่านจันทิมา ธนาสว่างกุล รองอธิบดีอัยการ สำนักงานคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชน สำนักงานอัยการสูงสุด ผู้ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมมาอย่างยาวนาน และได้นำความรู้ และประสบการณ์มาใช้ในการทำงานเพื่อสังคมโดยเฉพาะเรื่องกฎหมายกับสิทธิมนุษยชน อาทิ อนุกรรมการในคณะอนุกรรมการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และปัจจุบันท่านเป็นอนุกรรมการ ในคณะอนุกรรมการที่ปรึกษากฎหมายของแพทยสภา อนุกรรมการในคณะอนุกรรมการศึกษาและผลักดัน ความเสมอภาคในการรักษาพยาบาลของผู้มีความผิดปกติทางจิต กรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุข และอนุกรรมการในคณะกรรมการวินิจฉัยการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ กรมกิจการ สตรีและสถาบันครอบครัว กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ นอกจากนี้ ท่านได้รับ รางวัลสตรีดีเด่นด้านกระบวนการยุติธรรม ประเภทกระบวนการยุติธรรมทั่วไป เนื่องในวันสตรีสากล ประจำปี 2559 จากกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ โดยท่านได้สละเวลามาให้ สัมภาษณ์ในมุมมองเรื่องการลงโทษทางอาญากับหลักสิทธิมนุษยชน เพื่อสะท้อนให้เห็นแง่มุมความคิด การมองปัญหา และการให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน อย่างเหมาะสมได้อย่างไร

ผู้สัมภาษณ์ : ท่านมีความคิดเห็นอย่างไรต่อการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการลงโทษทางอาญา และเห็นด้วยหรือไม่ว่าควรพิจารณาความได้สัดส่วนของการลงโทษจากความเสียหายที่ผู้กระทำ ความผิดก่อขึ้นและลักษณะส่วนตัวของผู้กระทำความผิด



ผู้ให้สัมภาษณ์ : เบื้องต้นจะขอพูดเรื่องหลักความ ได้สัดส่วนก่อน หลักความได้สัดส่วนเป็นหลัก ที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองป้องกันในการที่รัฐจะใช้อำนาจ เข้าไปแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพของบุคคล หลักความ ได้สัดส่วนมาจากความพยายามที่ต้องการคุ้มครอง บุคคลไม่ให้รัฐใช้อำนาจกระทบสิทธิของบุคคล แต่ละคนมากจนเกินไป หลักความได้สัดส่วนจึงเป็น หลักพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน หลักนี้ค่อนข้าง แพร่หลายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เกิดขึ้นจาก การที่ก่อนหน้านี้รัฐและผู้ที่มีอำนาจใช้อำนาจ มากเกินไป เข้าไปทำลายชีวิต ทรัพย์สิน แทรกแซง ชีวิตส่วนตัวของปัจเจกบุคคล เมื่อเกิดเรื่องนี้ขึ้น ก็เกิดเป็นข้อคำถามเรื่องหลักความได้สัดส่วนซึ่ง

สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน เพราะว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ใครจะมาลดทอนหรือลดทอนไม่ได้ เป็นหลักที่เข้าไปคุ้มครองบุคคล รัฐจะทำอะไรจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความจำเป็น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลต้องมีเหตุอันจำเป็นเพื่อจำกัดอำนาจรัฐที่เข้าไปกระทำการกระทบหรือลดทอนสิทธิของปัจเจกบุคคล เช่น การบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิต่าง ๆ ต้องออกโดยมีเหตุอันจำเป็นเท่านั้น รวมถึงเรื่องโทษที่จะกำหนดขึ้นด้วย

‘หลักความได้สัดส่วนนอกจากจะเป็นเรื่องของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิมนุษยชนแล้ว ต้องยอมรับว่าหลักนี้เป็นหลักนิติธรรมหรือ The rule of law เพราะหลักนิติธรรมคือหลักที่กำหนดขึ้นเพื่อความเป็นธรรมในการออกกฎหมาย การออกมาตรการต่าง ๆ ของรัฐ การออกคำสั่งทางปกครองที่จะต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ขณะเดียวกัน หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักกฎหมายทั่วไป คำว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักที่แทรกซ้อนเข้าไปในระบบกฎหมายทุก ๆ ระบบ ไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายแพ่ง ระบบกฎหมายอาญา ระบบกฎหมายปกครอง ระบบกฎหมายมหาชน นั่นคือเป็นหลักทั่วไปของระบบกฎหมายหรือ general rule และเป็นหลักแห่งความยุติธรรมด้วย หลักความยุติธรรมเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะก่อให้เกิดการตีความในการจะเข้าไปเยียวยา การที่จะก่อให้เกิดความเป็นธรรมในการใช้ดุลพินิจพิจารณาเรื่องต่าง ๆ ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเช่นเดียวกับหลักสุจริต หลักกฎหมายปิดปาก เรื่องเหตุสุดวิสัย หรือพ้นวิสัย ซึ่งเรื่องเหล่านี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เราสามารถนำมาใช้ได้ หลักกฎหมายทั่วไปจึงแทรกซ้อนอยู่ในการใช้ดุลพินิจหรือการตีความกฎหมายในกฎหมายทุกระบบ เป็นจิตวิญญาณของกฎหมายรวมทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เราจะนำหลักความได้สัดส่วนมาตีความเรื่องต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ถ้าเราได้ติดตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 4/2563 วินิจฉัยเกี่ยวกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 และมาตรา 305 เรื่องการทำแท้ง ศาลใช้หลักความได้สัดส่วนมาวินิจฉัยในเรื่องสิทธิเสรีภาพ ศาลให้เหตุผลว่ามาตรา 301 กระบอบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 เพราะมีสิทธิอยู่สองสิทธิ สิทธิหนึ่ง คือ สิทธิของทารกในครรภ์ที่จะมีชีวิตหรือ right to life ส่วนอีกสิทธิหนึ่ง คือสิทธิของหญิงที่จะมีเจตจำนงต่อชีวิตและร่างกายของตนเองในการที่จะตั้งครรรภ์ต่อหรือจะยุติการตั้งครรรภ์ เจตจำนงหรือ self-determination อันนี้เป็นสิทธิพื้นฐานว่าชีวิตและร่างกายของเราจะดำรงอยู่อย่างไร แต่เมื่อเรามาดูประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 แล้ว ปรากฏว่าไม่มีเจตจำนงหรือ self-determination ไม่สามารถตัดสินใจที่จะตั้งครรรภ์หรือยุติการตั้งครรรภ์ได้ เพราะไปกำหนดว่าหญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ต้องระวางโทษ จึงเป็นเรื่องของการจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เท่ากับหญิงนั้นถูกจำกัดสิทธิ เมื่อหญิงที่ทำแท้งจะต้องถูกลงโทษอย่างไม่มีเงื่อนไขในการที่ให้หญิงสามารถใช้เจตจำนงได้ สิทธินี้เป็นสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ที่มีสิทธิเสรีภาพจะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดต่อชีวิตและร่างกายของตนเองได้ หลักความได้สัดส่วนนำมาใช้กับการตีความรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องจิตวิญญาณที่ซ่อนอยู่ในรัฐธรรมนูญ จึงต้องเข้าใจความ



สำคัญของหลักความได้สัดส่วน คือเป็นทั้งหลักความยุติธรรมและหลักที่จะรักษาความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นสิ่งที่คุ้มครองสิทธิของบุคคล เป็นหลักที่อยู่ในกฎหมายทั่วไป

ถ้าเราเข้าใจตรงนี้ เมื่อมีการถามเรื่องโทษกับหลักความได้สัดส่วน เราจะเข้าใจว่าการใช้หลักความได้สัดส่วนก็เพื่อที่จะคุ้มครองมนุษย์ให้มีความเป็นมนุษย์ มีศักดิ์ศรี เพราะฉะนั้นเรื่องโทษที่นำมาใช้ จะไม่มีปัญหาเพราะหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักความยุติธรรม หลักกฎหมายทั่วไป หลักที่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ หลักเพื่อความเป็นมนุษย์ จึงเป็นหลักที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสามารถนำมาใช้ตีความ จึงเห็นด้วยกับการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในเรื่องโทษทางอาญาด้วย

การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการลงโทษมีอยู่สองส่วน ส่วนหนึ่งคือเรื่องนิติบัญญัติ จะต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการวินิจฉัยเป็นต้องจำกัดสิทธิ บทบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตราออกมาต้องมีเหตุจำเป็น การกำหนดโทษก็ต้องจำเป็น ดังนั้น เราจะต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นมานั้น มีสัดส่วนของการกระทำที่ควรจะต้องถูกจำกัดหรือไม่ เพียงใด และโทษที่กำหนดมานั้นใช้หรือไม่ จะมีเงื่อนไขอื่น ๆ อีกหรือไม่ที่จะนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณา การที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดว่าอะไรเป็นความผิด อะไรเป็นโทษ จะต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพและหลักความได้สัดส่วนด้วย ซึ่งจะเป็นขั้นตอนของการกำหนดความผิดและโทษ แล้วจึงมาเรื่องการกระทำของผู้กระทำความผิดกับโทษที่ผลจากการกระทำความผิดและโทษต้องได้สัดส่วนกัน อย่างกรณีตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กล่าวมาข้างต้น หญิงทำแท้งจะต้องถูกจำคุก ไม่มีอิสระ ไม่มีเจตจำนงในตัวเองที่จะกำหนดสิทธิในชีวิตร่างกายที่จะตั้งครรภ์หรือยุติการตั้งครรภ์ ดังนั้น แม้ว่าการกระทำความผิดนั้น จะเป็นการกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนด แต่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพขัดกับหลักความได้สัดส่วน โทษที่กำหนดมานั้นจึงไม่ได้อยู่บนพื้นฐานของหลักความได้สัดส่วน

เรื่องการกระทำกับผลหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำ ถ้าการกระทำนั้นเป็นเงื่อนไขของการกระทำความผิดและลักษณะของโทษที่จะได้รับ จะเห็นว่าในกฎหมายอาญามีเรื่องเหตุการณ์ การกระทำบางอย่างจะมีโทษหนัก เช่น การฆ่าโดยไตร่ตรองไว้ก่อน การฆ่าเจ้าพนักงาน เรื่องเหล่านี้จะมีผลกระทบต่องสังคมสูง การกระทำอะไรที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือมีผลกระทบ (Impact) ต่องสังคมสูงจะมีโทษสูง แต่โทษนั้นยังต้องอยู่บนพื้นฐานที่ว่าไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนและเป็นเรื่องจำเป็น หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักความยุติธรรม เป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามที่กล่าวมา การนำมาใช้กับเรื่องโทษ เรื่องการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่จะต้องคุ้มครองดูแลบุคคลคนหนึ่งแม้ว่าเขาจะเป็นผู้กระทำความผิดหรือต้องตกเป็นจำเลยก็ตาม

เราจะเห็นว่าบางคดีเป็นความผิดอาญาแผ่นดิน บางคดีเป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือความผิดอันยอมความได้ ซึ่งเป็นการนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาว่า ความผิดอาญาแผ่นดินคือคดีที่มีผลกระทบต่องสังคมมาก ยอมความกันไม่ได้ โทษจะหนักกว่า แต่คดีที่ยอมความกันได้ เช่น ความผิดฐานลักขโมย ความผิดในลักษณะนี้ไม่กระทบต่องสังคมมาก เป็นสิ่งที่สามารถเจรจากันได้ยอมความกันได้ โทษจะเบากว่า เรานำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาเกี่ยวกับประเภทของความผิด ชนิดของความผิด ถ้าผิดข้อหาเสพยาเสพติด เขาเป็นผู้ป่วยจะกำหนดโทษเบา แต่ถ้าครอบครองและจำหน่ายหรือเป็นผู้ค้ายาเสพติดจะกำหนดโทษหนัก

ถ้าความผิดกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทลงโทษบทหนักไม่เอาโทษมาบวกกัน หรือกรณีเป็นความผิดต่างกรรมต่างวาระต้องรับผิดในแต่ละกรรม เพราะกระทำด้วยเจตนาที่แตกต่างกัน กระทำหลาย ๆ กรรมต่างกัน มุ่งกระทำผิดซ้ำแล้วซ้ำอีก หรือการเพิ่มโทษหรือบวกโทษต้องรับโทษมากขึ้นเพราะกระทำผิดซ้ำแล้วซ้ำอีก หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักหนึ่งที่น่ามาพิจารณาความเป็นธรรมจากการกระทำสู่ผล แต่ในสังคมไทยอาจต้องพิจารณาการจะกลับมาเป็นคนดีได้ด้วยหรือไม่ ซึ่งต้องดูเรื่องเจตนาของบุคคล หรือเรื่องอัตวิสัย เช่น อายุ เพศ วุฒิภาวะ สุขภาพจิต คนวิกลจริต หรือเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ จะทำให้เขาได้รับโทษน้อยลงหรือหนักขึ้นหรือไม่ แม้ว่าจะมีผลของความเสียหายจากการกระทำซึ่งเป็นภาวะวิสัย เช่น ผู้เยาว์กระทำความผิดอาจได้รับโทษน้อยลง แพทย์กระทำความผิดด้วยเจตนาในข้อหาเกี่ยวกับวิชาชีพที่รับผิดชอบ เช่น เปิดเผยความลับผู้ป่วย อาจจะต้องรับโทษหนักกว่าคนปกติทั่วไป หรือนักตรวจสอบบัญชีลงชื่อรับรองทำเอกสารปลอมในฐานะที่เป็นผู้ประกอบวิชาชีพในเรื่องนั้น ๆ จึงต้องรับโทษหนักกว่าคนปกติทั่วไป หรือเจ้าพนักงานกระทำความผิดในฐานะผู้ปฏิบัติการหรือในฐานะที่เป็นผู้รับผิดชอบจึงต้องรับโทษหนักกว่าคนปกติทั่วไป เช่น เจ้าพนักงานยกยอกทรัพย์สิน น้ำหนักความรับผิดชอบในโทษที่กำหนดนั้นจะแตกต่างไป นั่นก็เป็นเรื่องอัตวิสัย จึงเห็นด้วยกับการใช้หลักความได้สัดส่วนและลักษณะของผู้กระทำความผิดแต่ละคนมาพิจารณาในการลงโทษ

ประเด็นการแก้ไขให้คนเป็นคนดีกลับคืนสู่สังคม ตรงนี้หลักความได้สัดส่วนเข้ามาช่วยได้ ถ้าเรามองว่าเป็นเรื่องการให้ความเป็นธรรมกับผู้กระทำความผิด สามารถทำให้เขากลับคืนสู่สังคมได้ ไม่ใช่อยู่บนพื้นฐานของต่อตาฟันต่อฟัน จะเอากันให้ถึงตายเพราะว่าเขาฆ่าคนตาย เด็กน้อยที่ยังคนตายสมควรที่จะต้องตายตามไปด้วยหรือไม่ ถ้าเราไปยึดตามหลักตาต่อตาฟันต่อฟัน เด็กน้อยซึ่งอายุประมาณ 12-13 ปี ไปฆ่าคนตาย ต้องใช้หลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาว่าเขาเป็นผู้เยาว์ มองเรื่องวุฒิภาวะและจิตใจของเขา หรือหญิงที่ถูกสามีตีตราร้าย วันหนึ่งหญิงต่อสู้ทำร้ายสามีทำให้สามีได้รับบาดเจ็บหรืออันตราย ในภาวะแบบนั้นจะมีทั้งเหตุอัตวิสัยและเหตุภาวะวิสัย คือ เหตุการณ์หรือสถานการณ์นั้นหญิงถูกกดดันมาตลอดและด้วยความที่เป็นหญิงที่อยู่ในภาวะเป็นเพศที่ร่างกายอ่อนแอ เรื่องเหล่านี้ต้องนำมาคำนึงถึงบทที่จะลงโทษหญิงนั้นด้วยว่าแค่ไหน อย่างไร มีความเหมาะสมมีความกดดันจากการกระทำอย่างไรบ้าง เหตุอัตวิสัยคือเป็นผู้ที่มีกำลังอ่อนแอกว่า ขณะเดียวกันภาวะวิสัยคือหญิงถูกสามีทำร้ายร่างกายมาอย่างต่อเนื่อง การลงโทษจึงไม่ใช่เป็นการลงโทษตามปกติ ต้องมองว่าเรื่องนี้จะต้องลงโทษน้อยกว่าหรือไม่แค่ไหน อย่างไร ต้องใช้วิธีการชั่งน้ำหนัก หลักความได้สัดส่วนต้องเข้ามา ทั้งเรื่องของเหตุการณ์และการเป็นเพศที่อ่อนแอกว่า หรือเป็นเด็กหรือผู้เยาว์ เพื่อให้โอกาสคนได้กลับสู่สังคม

กลับไปที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเรื่องทำแท้ง จะได้ข้อคิดในเรื่องการใช้กฎหมายให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงและใช้อย่างเป็นระบบ โดยส่วนตัวเห็นว่าการมีเจตจำนงของตนเองที่เป็นหญิงนั้นก็ต้องอยู่บนพื้นฐานของศีลธรรมด้วย การโต้แย้งกันเรื่องท้องไม่พึงประสงค์เป็นปัญหาสังคมที่เกิดขึ้นเมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไป ความก้าวหน้าของเทคโนโลยี การเดินทางไปมาหาสู่กันง่ายขึ้น วัฒนธรรมวิถีชีวิตเปลี่ยน ทำให้เกิดปัญหาสังคมตามมาได้เหมือนกัน เมื่อหญิงเกิดท้องไม่พึงประสงค์ ด้วยวัยของเขาจึงตัดสินใจไปทำแท้งที่ไม่ปลอดภัย ส่วนใหญ่แล้วหญิงจะตาย แล้วถ้าเขาประสงค์จะทำแท้ง รัฐต้องมีนโยบายที่จะต้องคุ้มครอง รัฐต้องทำให้เขาสามารถทำแท้งได้อย่างปลอดภัย ถ้ารัฐดำเนินการดังนี้



ได้เรื่องนี้จะไม่ใช้การแท้งเสรี เพราะการทำแท้งต้องผ่านระบบเรื่องการทำแท้งโดยปลอดภัย แล้วอะไรปลอดภัยหรือไม่ปลอดภัยจะถูกกำหนดโดยเงื่อนไขของรัฐ และเมื่อมีผลกระทบต่อศีลธรรมหรือสังคม จึงต้องเกิดกระบวนการมาจัดการในเรื่องเหล่านี้ ดังนั้น ในการบัญญัติกฎหมายจึงต้องมีเงื่อนไข ถ้าศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ศาลเห็นว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องที่หญิงมีเจตจำนงก็จริง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ที่เข้ามารองรับด้วยการเปิดช่องให้ทำแท้งได้ แต่มีเงื่อนไขว่าต้องกระทำด้วยแพทย์ ถ้าเขาประสงค์จะทำแท้งจะต้องมาปรึกษากับแพทย์ว่า มีผลกระทบต่อสภาพจิตใจ มีความเสี่ยงหรือเป็นอันตรายหรือไม่ จากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ต้องโยงไปที่มาตรา 305 ซึ่งจะต้องสอดคล้องกันเป็นระบบ บางทีเราตีความกฎหมายมาตราเดียวไม่ได้ จะต้องมีเรื่องของกระบวนการเข้ามาด้วย ซึ่งมาตรา 305 มาหลังมาตรา 301 การที่จะดำเนินการตามมาตรา 305 ได้ นั้น มาตรา 301 ต้องเปิดช่องให้สามารถดำเนินการตามมาตรา 305 ได้ ดังนั้น เราต้องคิดและใช้กฎหมายให้เป็นระบบ ก็จะเป็นธรรม

การใช้กฎหมายอย่างเป็นระบบ ดูโครงสร้างของกฎหมาย อะไรมาก่อนอะไรมาหลัง สัมพันธ์กันหรือไม่ ดูความสอดคล้องของกฎหมาย ถ้าไม่สอดคล้องแล้วต้องนำไปสู่การแก้ไขกฎหมาย การบัญญัติกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ต้องมี self-determination ที่จะให้โยงไปสู่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ด้วย ดังนั้น มาตรา 301 ต้องเปิดช่องให้หญิงมีเงื่อนไข เช่น หญิงมีสิทธิเสรีภาพที่จะตัดสินใจแต่การตัดสินใจนั้นต้องมีเงื่อนไขว่าต้องทำอะไร มีกระบวนการอย่างไร ต้องดูความจำเป็น ปัญหาทางเศรษฐกิจ เมื่อเด็กคลอดมาแล้วต้องเลี้ยงดูอย่างไร ต้องมองปัญหาในสังคมด้วย อย่าลืมว่าที่ใดมีสังคมที่นั่นมีกฎหมาย สังคมมาก่อนกฎหมาย การมีกฎหมายก็เพื่อสังคม การใช้กฎหมายต้องเพื่อแก้ปัญหาของสังคมให้สังคมเดินต่อไปได้ แต่บางครั้งเราไปเคร่งครัดกับตัวบทกฎหมายมากเกินไป ไม่ได้มองเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือคุณธรรมทางกฎหมายว่ามีอยู่อย่างไร การออกกฎหมายจึงให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถคาดคะเนบางอย่างได้ เปิดช่องได้ ดังนั้น เราต้องดูก่อนว่า คุณธรรมทางกฎหมายของเรื่องนี้คืออะไร เมื่อเราไม่ได้มองเรื่องคุณธรรมทางกฎหมายทำให้เราไปไม่ถึงหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักความเป็นธรรม ทำให้มนุษย์เป็นมนุษย์ ทำให้เขากลับคืนสู่สังคมได้ ไม่ใช่เขากระทำลงไปแล้วต้องตกเป็นผู้ต้องหา ไม่สามารถกลับคืนสู่สังคมได้ ตรงนี้เห็นว่าหลักความได้สัดส่วนนำมาใช้กับการลงโทษได้ และช่วยได้มาก เราไม่ค่อยได้คิดถึงเรื่องหลักความได้สัดส่วน แต่เราไปคิดถึงแต่ตัวบทกฎหมายที่นำมาใช้ลงโทษ อย่างเช่นยี่ตอกจะทำให้ดุลพินิจถูกจำกัด จริง ๆ แล้วในแต่ละคดีจะแตกต่างกัน จึงอาจต้องมีข้อยกเว้นหรือไม่ ระบบกฎหมายของไทยเป็นระบบซีวิลลอว์ ไม่ใช่ระบบคอมมอนลอว์ที่ยึดตามแนวคำพิพากษาของศาลในการลงโทษ แต่ละคดีจะแตกต่างกันจึงต้องเอาหลักความได้สัดส่วนมาปรับกับการใช้ดุลพินิจว่าแต่ละคดีเป็นอย่างไร เราไม่ค่อยใช้หลักความได้สัดส่วน แต่ไปใช้ยี่ตอก ไปใช้คำพิพากษา เราไม่ค่อยนำเรื่องความได้สัดส่วนมาพูดเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในการลงโทษ เรื่องเหตุผลของเรื่องหรือ nature of things ต้องรู้ว่าเป็นอะไร nature of things จะซ่อนอยู่ในข้อเท็จจริงนั้นทั้งหมด ถ้าเราหา nature of things ได้ เราสามารถนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ได้โดยไม่ต้องไปใช้ยี่ตอก

ผู้สัมภาษณ์ : ท่านมีความคิดเห็นอย่างไรต่อการใช้มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษทางอาญา เพื่อลดจำนวนนักโทษในเรือนจำอันเนื่องมาจากปัญหานักโทษล้นเรือนจำ โดยการนำมาตรการทางเลือกมาใช้ทดแทนโทษจำคุก เช่น การยกเลิกกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น การใช้โทษอื่นแทนโทษจำคุก การใช้มาตรการทางปกครอง การคุมประพฤติ หรือการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตามตัว (กำไล EM) เป็นต้น

ผู้ให้สัมภาษณ์ : ในเรื่องมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษทางอาญาเห็นด้วยอย่างยิ่ง ตรงนี้เราไปมองเรื่องการลงโทษ แต่จริง ๆ อาจจะเสนอเรื่องกระบวนการยุติธรรมทางเลือก เราไปมองว่ายกเลิกโทษแล้วใช้มาตรการอื่นแทน เช่น การทำงานบริการสาธารณะ การใช้ความรับผิดชอบทางปกครอง การคุมประพฤติ การใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต้องใช้งบประมาณสูง แต่ถ้าเราใช้กระบวนการยุติธรรมทางเลือกมาจัดการกับปัญหาของสังคม เช่น การใกล้เคียง การเจรจา การประนอมข้อพิพาท การคุยกันเชิงสมานฉันท์ เรื่องเหล่านี้จะเป็นทางออกที่ดีมากกว่าที่เราจะไปเน้นเรื่องการลงโทษ การใช้มาตรการการบังคับทางสังคมน่าจะดีกว่าหรือไม่ แต่สิ่งที่เสนอมากเป็นสิ่งที่ดีก็เห็นด้วย การใกล้เคียงในชั้นพนักงานสอบสวนแทนการนำคดีเข้าสู่ระบบเพียงเพื่อลงโทษก็เป็นสิ่งที่ดี แต่ต้องทำกระบวนการให้น่าเชื่อถือ โปร่งใส และชัดเจน เพราะตอนนี้อะไรก็เป็นความผิดไปหมดกลายเป็นเรื่องอาญาเพื่อ การชะลอฟ้องเป็นมาตรการทางเลือกหนึ่งได้ เป็นอีกวิธีหนึ่งที่ต้องนำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่ระบบการพิจารณาของศาลเพื่อตัดสินถูกผิด แต่ถ้าจะใช้การชะลอฟ้องต้องมาคิดกลไกต่อเนื่องว่าจะนำผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการคุมประพฤติหรือไม่ อย่างไร การชะลอฟ้องเป็นกระบวนการที่จะต้องดำเนินการก่อนการฟ้องคดีซึ่งต้องมีกระบวนการตรงนี้ การชะลอฟ้องเป็นการผ่อนระยะเวลาออกไปก่อนฟ้องคดีสู่ศาลซึ่งเป็นแนวทางที่ดีอย่างหนึ่ง แต่ยังมีอุปสรรคในเรื่องวิธีคิดของคนในกระบวนการยุติธรรม ที่ผ่านมามีการร่างกฎหมายแต่ยังไม่ประสบผลสำเร็จ เพราะมีข้อโต้แย้งเรื่องกระบวนการสั่งชะลอฟ้องการยอมรับไม่ยอมรับในการใช้อำนาจของพนักงานอัยการ นอกจากนี้ในส่วนขององค์กรอัยการขณะนี้จะมีกระบวนการใกล้เคียงหรือการประนอมข้อพิพาทคดีอาญาตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุด ว่าด้วยการใกล้เคียงและประนอมข้อพิพาทคดีอาญา ในชั้นพนักงานอัยการ พ.ศ. 2555 โดยมีสำนักงานคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชนเข้ามาทำหน้าที่ใกล้เคียงส่วนใหญ่จะเป็นคดีที่ยอมความได้เพื่อไม่ให้ผู้กระทำความผิดต้องเผชิญกับการถูกลงโทษ จะช่วยให้คนไม่ต้องถูกลงโทษจำคุกโดยไม่จำเป็น ทำให้ยุติข้อพิพาทได้ก่อนมีการฟ้องคดี ซึ่งเป็นมาตรการทางเลือกแทนการลงโทษทางอาญาที่ดี

ผู้สัมภาษณ์ : ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่า หากมีการแก้ไขกฎหมายกำหนดให้นักโทษที่พ้นโทษมาเป็นระยะเวลาพอสมควรแล้วและไม่ได้กระทำความผิดซ้ำอีก สามารถขอเปิดหรือลบทะเบียนประวัติอาชญากรของตนเองได้ จะมีส่วนช่วยในการลดการตีตราและช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคมได้อย่างคนปกติทั่วไป



ผู้ให้สัมภาษณ์ : ประเด็นนี้เป็นเรื่องสิทธิมนุษยชน เป็นเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะเป็นการพูดเรื่องดีตรา ไม่ให้เขาถูกตีตราบาปจากสังคมอยู่ตลอดเวลา ตรงนี้เห็นด้วยเพราะเป็นเรื่องหลักสิทธิมนุษยชน ประเด็นตรงนี้เรื่องปกปิดกับเรื่องลบประวัติอาชญากรจะเป็นคนละประเด็นกัน ถ้าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลหลักต้องถูกปกปิดไว้ก่อน เว้นแต่มีกฎหมายให้อำนาจให้เปิดได้ หรือเขาให้ความยินยอม หรือมีเหตุอันจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งต้องดูพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ประกอบด้วย เรื่องนี้อาจจะต้องดูระดับของข้อมูลที่จะต้องได้รับความคุ้มครอง การนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาแล้วเราจะใช้เกณฑ์อะไรมาพิจารณาว่าข้อมูลนี้ลบบอกได้หรือไม่ อาจจะดูความร้ายแรงของเหตุการณ์หรือการกระทำ โทษที่ผู้กระทำจะได้รับซึ่งจะไปสัมพันธ์กับข้อหาที่เขากระทำความผิด ถ้าเป็นความผิดเล็กน้อย ไม่ได้ส่งผลกระทบร้ายแรงต่อสังคมหรือส่วนรวม ควรจะให้ลบประวัติอาชญากรได้ เช่น ความผิดฐานข่มขืนต่อสู้อย่างน้อย หรือเด็กกระทำความผิด การมีประวัติอาชญากรจะกลายเป็นตราบาปของเด็กซึ่งจะมีผลต่อการทำงานของเข แต่การลบออกไปเลยต้องมีเหตุผลมารองรับ ต้องดูระดับความร้ายแรงของแต่ละข้อหาการกระทำแต่ละการกระทำ แต่ถามว่าส่วนนี้สามารถทำให้เขากลับคืนสู่สังคมได้หรือไม่ ก็สามารถทำได้ แต่ต้องดูที่ข้อหาต้องขังน้ำหนักรจากการกระทำของผู้กระทำความผิด เช่น ถ้าเป็นคดีความมั่นคง อย่างนี้อาจจะลบไม่ได้ แต่ถ้าเคยรับโทษหรือรอลงอาญาในความผิดฐานยกยอกทรัพย์อาจจะลบออกไปได้ แต่ในทางกฎหมายแล้วต้องมีเงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาว่าข้อหาประเภทใดต้องเก็บข้อมูลไว้นานเพียงใดหลังจากที่เขาพ้นโทษแล้ว และเงื่อนไขอีกส่วนหนึ่งคือประเด็นการรอกำหนดโทษและการรอลงโทษจะนำมาเป็นเกณฑ์ส่วนหนึ่งหรือไม่ คือดูข้อหาประกอบกับหลักเกณฑ์การลงโทษ เรื่องนี้ถ้าจะนำมาใช้ควรจะใช้กับการกระทำความผิดของเยาวชน การกระทำความผิดโดยประมาท ข้อหาไม่ร้ายแรง น่าจะสมเหตุสมผล ความได้สัดส่วนถ้าพิจารณาจากอัตรวิสัย เช่น ความเป็นเยาวชนซึ่งจะมีเรื่องวุฒิภาวะในการตัดสินใจ หรือมีปัญหาเกี่ยวกับสภาพจิต มองอีกด้านหนึ่งการเก็บข้อมูลไว้ก็เป็นเรื่องสำคัญ วัตถุประสงค์ของการบันทึกข้อมูลเก็บไว้เพื่ออะไรเป็นสิ่งที่น่าคิด อย่างบางคนกระทำความผิดบ่อย หรือบางคนจะต้องนำเขาไปรักษา ต้องนำเขาไปประเมินสุขภาพจิต กรมราชทัณฑ์ต้องนำมาพิจารณา ไม่เช่นนั้นจะเกิดคำถามว่าประวัตินี้จะเก็บไว้เพื่ออะไร อาจคิดว่าเอาไว้เพื่อตีตราเขา หรือจะนำไปใช้เพื่อการรักษาหรือการฟื้นฟูให้เขากลับสู่สังคมได้ด้วยหรือไม่ ไม่ใช่เพื่อจับกุมอย่างเดียว ต้องดูวัตถุประสงค์ด้วย ต้องชัดเจนในส่วนนี้ว่าเก็บไว้เพื่ออะไร เมื่อชัดเจนแล้วการออกกฎหมายในส่วนนี้ต้องนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เพื่อเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเขาซึ่งเป็นเรื่องสิทธิมนุษยชน ดังนั้น การเก็บข้อมูลไว้อาจไม่ใช่เพื่อไว้จับกุมเป็นผู้ต้องหาอย่างเดียว แต่เพื่อความเป็นธรรมและการดูแลรักษาเขาด้วย การเก็บไว้เพราะเหตุจำเป็นจะเกิดประโยชน์ได้อย่างแท้จริง และถ้าจะลบออกก็เพื่อลดการตีตราและช่วยให้บรรล่วัตถุประสงค์ของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคม จึงต้องมองทั้งสองด้านจะช่วยให้เกิดประโยชน์ได้มาก

ผู้สัมภาษณ์ : ท่านคิดว่าการลงโทษทางอาญาให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนจะส่งผลดีต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างไร



ผู้ให้สัมภาษณ์ : การลงโทษทางอาญาให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนย่อมส่งผลดีต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะผู้กระทำความผิดยังคงดำรงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ต้องให้เขามีพื้นที่ยืนในสังคม ได้รับการฟื้นฟูเพื่อให้กลับคืนสู่สังคม ถ้าเขายังไม่ได้เข้าสู่กระบวนการดำเนินคดี ควรต้องมีวิธีการอื่นเป็นทางเลือก เช่น โกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท เขาจะได้ไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีที่ตัดสินว่าเขาผิดหรือถูก แต่ถ้าตัดสินความผิดเขาไปแล้วลงโทษเขาไปแล้ว ควรต้องหาวิธีที่จะทำให้เขากลับคืนสู่สังคมได้ และดำรงตนในความเป็นมนุษย์ได้ต่อไป ถ้าเรามองในเรื่องหลักสิทธิมนุษยชนเราต้องนำ

หลักความได้สัดส่วนเข้ามาใช้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา เพราะเป็นหลักความเป็นธรรม ถ้าการกระทำของเขาส่งผลกระทบต่อสังคมมากก็ต้องรับโทษหนักขึ้น ถ้าเขากระทำความผิดหลายกรรมก็ต้องรับโทษหลายกระทง ส่วนการที่รัฐจะไปแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุอันจำเป็น ดังนั้นการจะลงโทษได้ต้องมีเหตุจำเป็น จึงจะเกิดความเป็นธรรม คำนึงถึงความเป็นมนุษย์ที่จะได้รับการฟื้นฟูให้เขากลับคืนสู่สังคมได้อย่างปกติสุขซึ่งไม่เฉพาะแต่ตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่หมายรวมถึงสังคมด้วย อย่างคดีเชอร์แอน มีการจับผู้กระทำความผิดผิดตัวหรือลงโทษผู้กระทำผิดผิดคน ผู้บริสุทธิ์ต้องถูกลงโทษจำคุก ครอบครัวเขาได้รับผลกระทบเดือดร้อน เพราะกระบวนการยุติธรรมและเจ้าหน้าที่ไม่เป็นธรรม เกิดสิ่งที่ไม่ปกติสุข สะท้อนถึงความไม่เป็นธรรมในสังคม และยังทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเขา รัฐจึงต้องเยียวยาความเสียหายให้กับจำเลยและครอบครัวจำเลย จึงเป็นเหตุให้เกิดพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทน และค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 และเกิดกองทุนยุติธรรมตามพระราชบัญญัติกองทุนยุติธรรม พ.ศ. 2548 ตามมา

ผู้สัมภาษณ์ : สุดท้ายแล้ว ท่านมีข้อเสนอแนะอย่างไรต่อการลงโทษทางอาญาให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน

ผู้ให้สัมภาษณ์ : ในข้อนี้อยากจะเสนอแนะว่า ในการกระทำความผิดอย่าไปใช้การลงโทษทางอาญามากเกินไป รวมถึงการออกกฎหมายควรจะหลีกเลี่ยงการใช้โทษทางอาญาให้มากขึ้น สังคมควรหากระบวนการทางเลือกใหม่ให้มากขึ้น เช่น การไกล่เกลี่ย การประนอมข้อพิพาท เพราะการที่เราไปเน้นเรื่องโทษจะทำให้เกิดกฎหมายอาญาเพื่อ เมื่อทุกอย่างนำไปสู่การลงโทษเสียหมดจะทำให้กฎหมายไม่ศักดิ์สิทธิ์ สิ่งสำคัญคือการบังคับใช้กฎหมาย คนที่บังคับใช้กฎหมายต้องใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนซึ่งถือเป็นหลักสิทธิมนุษยชน หลักกฎหมายทั่วไป หลักแห่งความเป็นธรรม หรือ



หลักนิติธรรมนั่นเอง ไม่ควรไปตีกรอบการใช้ดุลพินิจโดยการไปกำหนดตายตัวว่าต้องลงโทษอย่างนั้นอย่างนี้ ถ้าเป็นข้อหานี้แล้วต้องลงโทษเท่านั้นเท่านี้ อย่างนี้ไม่ควร เพราะกฎหมายเขียนไว้อยู่แล้ว จึงไม่ควรไปยึดติดต่อก แต่ควรพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป เพราะว่าแต่ละคดีจะมี nature of things ของเรื่องนั้น ๆ แล้วใช้หลักความได้สัดส่วนเข้ามาพิจารณา จะทำให้การพิจารณาคดีต่าง ๆ มีความเป็นธรรมและเห็นคนเป็นมนุษย์มากขึ้น เพราะในแต่ละคนจะมีเหตุการณ์ที่แตกต่าง มี nature of things ที่แตกต่างกัน มีวุฒิภาวะที่แตกต่าง มีอาชีพที่แตกต่าง หรือมีอัตวิสัยในแต่ละคนที่แตกต่างกัน นั่นคือ มีสิ่งที่ยืดหยุ่นของแต่ละคนในการลงโทษ ถ้าเราพิจารณาอย่างนี้จะทำให้เกิดความเป็นธรรมในแต่ละเรื่อง คนที่บังคับใช้กฎหมายต้องมีความรอบรู้ทั้งทางภาวะวิสัยและอัตวิสัย รู้ nature of things ของเรื่องนั้น ๆ เพื่อกำหนดสัดส่วนในการลงโทษ ซึ่งจริง ๆ แล้วหลักความได้สัดส่วนมีอยู่ในทุกกฎหมาย เป็น spirit of law ในกฎหมายทุกกฎหมาย



สุดท้ายนี้ อยากจะฝากไว้ว่า ในการทำงานด้านสิทธิมนุษยชนไม่ว่าจะเกิดปัญหาอุปสรรคอะไรก็ตาม การที่จะทำให้เกิดช่องทางที่จะช่วยเหลือประชาชนได้ เราต้องทำ เราต้องช่วยในความเป็นมนุษย์ของเขา ไม่ใช่เมื่อพบข้อจำกัดแล้วจะไม่รับเรื่องในการช่วยเหลือ แต่เมื่อเป็นเรื่องสิทธิมนุษยชนแล้ว เราต้องพยายามช่วยซึ่งเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ต้องรับเรื่องเข้ามาสู่กระบวนการแล้วดำเนินการช่วยเหลือให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ กฎหมายเรื่องใดที่พอจะสามารถนำมาใช้ได้ ต้องพยายามหาช่องและจิตวิญญาณของกฎหมายเพื่อนำมาช่วยเหลือหรือคุ้มครองสิทธิของเขาให้

ได้ดำรงอยู่อย่างเป็นมนุษย์ให้ได้ ไม่ใช่ตีความกันอย่างไรจนกฎหมายไม่ได้ใช้เลย บางครั้งพบว่ากฎหมายบางเรื่องไม่ได้ใช้เลย ทำให้กฎหมายเป็นหมัน เราต้องหาคุณธรรมทางกฎหมาย เจตนารมณ์ของกฎหมายหรือ spirit of law ให้ได้ บางทีเราอาจพบว่ากฎหมายไม่ค่อยเหมาะสมกับยุคสมัยหนึ่ง แต่ถ้ายังพอตีความไปได้ ซึ่งต้องดูทั้งตัวอักษรและเจตนารมณ์ของกฎหมาย จะทำให้เราช่วยประชาชนที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมได้มากขึ้นในฐานะที่เราทำงานด้านคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งต้องมีความพยายามอย่างดีที่สุดในการช่วยเหลือเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน

การบังคับ

ให้นักเรียนตรวจสอบเพื่อหาการติดเชื่อ
เอชไอวีและใช้เป็นเงื่อนไขในการเข้าศึกษาต่อ
ถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ผู้สรุปและเรียบเรียง: ดร. รานศม สุนวกช





การบังคับให้นักเรียนตรวจเลือดเพื่อหาการติดเชื้อเอชไอวี และใช้เป็นเงื่อนไขในการเข้าศึกษาต่อถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน¹

ดร. รจนศม สุปงกช²

ประเทศไทยมีพันธผูกพันตามคำประกาศเจตจำนงเกี่ยวกับ HIV/AIDS (Declaration of Commitment on HIV/AIDS) ซึ่งกำหนดว่า “สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับทุกคน เป็นสิ่งจำเป็นในการลดภาวะเสี่ยงต่อเอชไอวี/เอดส์ และเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบ เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ติดเชื้อและผู้ที่มีภาวะเสี่ยงทุกคนต้องได้รับความเคารพในสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ในอันที่จะเข้าถึงการศึกษา การจ้างงาน บริการด้านสุขภาพและสังคม การป้องกันโรค การช่วยเหลือและการรักษา ข้อมูลข่าวสารและการปกป้องคุ้มครองตามกฎหมาย โดยความเคารพต่อความเป็นส่วนตัวและความลับส่วนบุคคล ตลอดจนเพื่อขจัดความรู้สึกล้ออายและการแยกตัวออกจากสังคมของผู้ติดเชื้อเอชไอวี” ดังนั้น ในการปฏิบัติงานของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจึงจำต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าว มิเช่นนั้นอาจเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ ดังกรณีอุทธรณ์ที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาเห็นว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

1

ความเป็นมา

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้รับเรื่องร้องเรียนขอให้ตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนกรณีผู้บริหารและครูโรงเรียน บ. จังหวัดนครพนม ทราบว่าผู้ปกครองของเด็กที่กำลังจะสมัครเข้าศึกษาต่อในระดับชั้นอนุบาล 1 เป็นผู้ติดเชื้อเอชไอวี จึงต้องการให้เด็กตรวจเลือดเพื่อหาการติดเชื้อเอชไอวีก่อนที่จะรับเข้าเรียน โดยอ้างว่าเพื่อความสะดวกในการจัดกิจกรรมการสอน

2

ความเห็นและมาตรการการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

¹ รายงานผลการตรวจสอบที่ 112/2559 เรื่อง การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม กรณีกล่าวอ้างว่าโรงเรียนบังคับให้นักเรียนตรวจเลือดเพื่อหาการติดเชื้อเอชไอวีและใช้เป็นเงื่อนไขในการเข้าศึกษาต่อ.

² นักวิชาการสิทธิมนุษยชนชำนาญการ สำนักคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ผู้สรุปและเรียบเรียง.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่ผู้ถูกร้องได้มีหนังสือถึงผู้อำนวยการโรงพยาบาล ป. เพื่อขอให้ตรวจหาเชื้อเอชไอวีของผู้เสียหาย โดยอ้างว่าเพื่อใช้เป็นหลักฐานในการเข้าศึกษาต่อและความสะดวกในการจัดกิจกรรมการเรียนการสอนในชั้นเรียนกับนักเรียนร่วมชั้นเรียน และได้กำหนดมาตรการในการดูแลเด็กนักเรียนดังกล่าวได้อย่างถูกวิธี แม้ผู้ถูกร้องได้ชี้แจงว่าได้บังคับผู้ปกครองของเด็กให้นำเด็กไปตรวจหาเชื้อเอชไอวี และปัจจุบันได้รับเด็กเข้าเรียนตามปกติแล้ว แต่การที่ผู้ถูกร้องได้ทำหนังสือถึงผู้อำนวยการโรงพยาบาล ป. เพื่อขอความอนุเคราะห์ในการตรวจเลือดบุตรของผู้เสียหายถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุตรของผู้เสียหาย ทั้งที่การสมัครเข้ารับการศึกษาคือของเด็กคนอื่น ๆ ไม่ได้กระทำเช่นเดียวกับบุตรของผู้เสียหาย การกระทำดังกล่าวจึงเป็น การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ติดเชื้อเอดส์โดยเฉพาะประเด็นด้านการศึกษาตามแผนสิทธิมนุษยชน แห่งชาติฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2557-2561) จึงเห็นควรมีมาตรการการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน เสนอต่อคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาเอดส์ กระทรวงศึกษาธิการ ศูนย์พัฒนาเด็กเล็กขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นกระทรวงมหาดไทย กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ และกระทรวงแรงงาน เพื่อพิจารณาดำเนินการ ดังนี้

มาตรการการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน

- (1) ส่งเสริมและสร้างความเข้าใจด้านผู้ติดเชื้อเอดส์/เอชไอวี เพื่อลดการตีตราและการเลือกปฏิบัติ พร้อมทั้งมีการประชาสัมพันธ์และให้ความเข้าใจเรื่องการอยู่ร่วมกันอย่างมีความสุขและถูกวิธีกับการไม่แบ่งแยกการปฏิบัติต่อผู้ป่วยเพื่อสร้างความเข้าใจและปรับทัศนคติกับประชาชนทั่วไป
- (2) ใช้มาตรการจูงใจหรือพิจารณากำหนดกฎหมาย อนุบัญญัติ ระเบียบ ข้อบังคับลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อกลุ่มผู้ติดเชื้อเอดส์/เอชไอวีจากนายจ้าง สถานประกอบการ และสถานศึกษา
- (3) เฝ้าระวัง สอดส่อง ดูแล และแลกเปลี่ยนข้อมูลปัญหาอุปสรรคในการดำเนินการระหว่างหน่วยงานเป็นระยะ ๆ

3

หน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้ดำเนินการตามมาตรการ การแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน ดังนี้

- (1) สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการแจ้งผลดำเนินการว่า ได้แจ้งให้ส่วนราชการในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการทราบและถือปฏิบัติตามมาตรการการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน
- (2) กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานแจ้งผลดำเนินการว่า กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานได้ดำเนินการโครงการจัดกิจกรรมการป้องกันและแก้ไขปัญหาด้านเอดส์และวัณโรคในสถานประกอบกิจการโดยมอบหมายให้สำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจังหวัด และสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครอง



แรงงานกรุงเทพมหานคร สร้างความรู้ ความเข้าใจให้แก่ายจ้าง ลูกจ้าง แรงงานข้ามชาติ และ คณะกรรมการทวิภาคีในสถานประกอบกิจการ ตระหนักถึงความสำคัญของสถานการณ์การแพร่ระบาดของของเอดส์และวัณโรค การคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างที่ติดเชื้อเอชไอวี การปฏิบัติตามข้อเสนอแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ฉบับที่ 200 ว่าด้วยเรื่อง HIV/AIDS ในโลกแห่งการทำงาน โดยอบรมให้ความรู้และเน้นการสร้างเจตคติที่ดีการป้องกันและแก้ไขปัญหาเอดส์ การคุ้มครองสิทธิผู้ติดเชื้อ การป้องกันการละเมิดสิทธิของผู้ติดเชื้อ ไม่ตีตราทางสังคม และไม่เลือกปฏิบัติด้านการจ้างงานการประกอบอาชีพ และ ส่งเสริมการจัดทำระบบการบริหารจัดการด้านเอดส์และวัณโรคในสถานประกอบกิจการ ซึ่งสอดคล้องกับมาตรการการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน

(3) กรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่นแจ้งผลดำเนินการว่า กรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่น มีหนังสือถึงผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัด ให้แจ้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีศูนย์พัฒนาเด็กเล็ก และโรงเรียนในสังกัดกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในการเข้ารับการการศึกษาของผู้ติดเชื้อเอชไอวี หรือบุตรของผู้ติดเชื้อเอชไอวี เพื่อไม่ให้เกิดกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชน ตามคำร้องเรียนอีกและให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นส่งเสริมและสร้างความเข้าใจด้านผู้ติดเชื้อเอดส์/เอชไอวี เพื่อลดการตีตราและการเลือกปฏิบัติพร้อมทั้งประชาสัมพันธ์และให้ความเข้าใจเรื่องการอยู่ร่วมกันอย่างมีความสุขและถูกวิธีไม่แบ่งแยกการปฏิบัติต่อผู้ป่วยเพื่อสร้างความเข้าใจและปรับทัศนคติกับประชาชนทั่วไป

(4) กรมกิจการเด็กและเยาวชนแจ้งผลดำเนินการว่า ได้แจ้งมาตรการการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนของ กสม. ไปยังบ้านพักเด็กและครอบครัวทุกแห่งแล้ว เพื่อเป็นข้อมูลในการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

(5) กรมควบคุมโรคแจ้งผลดำเนินการว่า คณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาเอดส์ ได้มีประกาศลงวันที่ 27 มกราคม 2560 เรื่อง นโยบายการไม่เลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี ในการสมัคร การคัดเลือก และการเรียนหรือศึกษาต่อในสถานศึกษา โดยประกาศฉบับดังกล่าวได้กำหนดแนวปฏิบัติให้สถานศึกษาไม่เลือกปฏิบัติในการรับผู้ติดเชื้อเอชไอวีเข้าศึกษาต่อ และห้ามเปิดเผยข้อมูลผู้ติดเชื้อให้แก่บุคคลอื่น อีกทั้ง ให้สถานศึกษาจัดกิจกรรมเพื่อสร้างความรู้ความเข้าใจเรื่องเอดส์ที่ถูกต้อง ปลุกฝังเจตคติเชิงบวกต่อผู้ติดเชื้อเอชไอวี และจัดให้มีกลไกการคุ้มครองสิทธิแก่เด็กนักเรียนที่มีเชื้อเอชไอวี อีกทั้งให้สถานศึกษามีระบบรายงานเมื่อเกิดกรณีการรังเกียจหรือเลือกปฏิบัติต่อผู้ติดเชื้อ เพื่อให้สามารถติดตามสถานการณ์และการดำเนินงานแก้ไขปัญหา

จากอุทธรณ์ดังกล่าว ถือว่าเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาดำเนินการขององค์กรหรือหน่วยงานต่าง ๆ ที่จะต้องคำนึงเสมอว่า ผู้ติดเชื้อเอดส์มีสิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่เสมอภาคกับบุคคลอื่น ๆ ในสังคม การเป็นผู้ป่วย ไม่ได้ทำให้ลดคุณค่าของศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์ลง ดังนั้น รัฐและสังคมควรต้องยึดถือหลักการนี้เป็นสำคัญ เพื่อกำหนดแนวทางในการรักษา การปฏิบัติต่อกลุ่มผู้ติดเชื้อ และส่งเสริมทำความเข้าใจที่ถูกต้องของคนในสังคมต่อผู้ติดเชื้อเอดส์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนและปัญหาในการเลือกปฏิบัติอีกต่อไป

ปัญหา

พนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ
ไม่ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติงาน

ผู้สรุปและเรียบเรียง: นางสาวเกชดาว เพิ่มพูล





ปัญหานักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ ไม่ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติงาน¹

นางสาวเกศดาว เพิ่มพูล²

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีหน้าที่และอำนาจที่สำคัญหลายประการ โดยเฉพาะหน้าที่และอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 247 (3) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 26 (3) ในการเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ด้วยการศึกษา ค้นคว้า รับฟังความคิดเห็น วิเคราะห์ปัญหา และจัดทำข้อเสนอแนะ ซึ่งนับว่าเป็นภารกิจสำคัญประการหนึ่งที่จะนำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงทั้งในเชิงนโยบายและกฎหมาย อันจะเกิดประโยชน์ต่อการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนในภาพรวมอย่างเป็นระบบและทั่วถึง

การจัดทำรายงานข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ กรณีพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐไม่ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติงาน เป็นผลจากการที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้รับเรื่องร้องเรียนในลักษณะดังกล่าวมาอย่างต่อเนื่อง จึงได้มีข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการแก้ไขปัญหาไปยังคณะรัฐมนตรีและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง แต่ยังไม่มีความคืบหน้าอย่างเป็นรูปธรรมและยังได้รับการร้องเรียนเข้ามาอีก จึงได้หยิบยกเรื่องนี้ขึ้นพิจารณาและจัดทำรายงานข้อเสนอแนะอีกครั้ง

1

ความเป็นมา

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้รับเรื่องร้องเรียน กรณีพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐไม่ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติงานตามสัญญาจ้างกับหน่วยงานของรัฐ จึงได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงและมีรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พร้อมมีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อคณะรัฐมนตรีและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ตามรายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ 362/2552 และ ที่ 435-438/2553 ปัจจุบันยังไม่มีมีความคืบหน้าในการแก้ไขปัญหาตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอย่างเป็นรูปธรรม และยังมีเรื่องร้องเรียนในลักษณะเดียวกันเข้ามาอีก โดยกล่าวอ้างว่าหน่วยงานของรัฐมอบหมายให้พนักงานจ้างเหมาบริการทำงานลักษณะเดียวกับ

¹ รายงานข้อเสนอแนะ ที่ 2/2562 เรื่อง ข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กรณีปัญหานักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐไม่ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติงาน.

² นิติกรปฏิบัติการ สำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ผู้สรุปและเรียบเรียง.

ข้าราชการและพนักงานราชการ หรือมอบหมายงานเกินหน้าที่ความรับผิดชอบ แต่กลับไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ที่ลูกจ้างทั่วไปพึงมีสิทธิได้รับ เช่น สิทธิในการลาประเภทต่าง ๆ การได้รับค่าตอบแทนระหว่างลา การปรับเปลี่ยนเดือน การเบิกค่ารักษาพยาบาล การนำเงินสมทบในส่วนของผู้ว่าจ้างเข้ากองทุนประกันสังคม เป็นต้น

2

ความเห็นและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติพิจารณาจากคำร้อง ศึกษาข้อเท็จจริง บทบัญญัติของกฎหมาย หลักสิทธิมนุษยชน การรับฟังความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิ การรับฟังข้อเท็จจริงเพิ่มเติมจากผู้แทนหน่วยงาน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด และเอกสารที่เกี่ยวข้อง แล้วเห็นว่า ปัญหาการปฏิบัติต่อพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐเป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิแรงงานและการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” มาตรา 53 กำหนดให้รัฐต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามและบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด และมาตรา 74 กำหนดให้รัฐพึงคุ้มครองผู้ใช้แรงงานให้ได้รับความปลอดภัยและมีสุขอนามัยดีในการทำงาน ได้รับรายได้ สวัสดิการ ประกันสังคม และสิทธิประโยชน์อื่นที่เหมาะสมแก่การดำรงชีพ ประกอบกับกติการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ข้อ 7 ได้รับรองสิทธิของทุกคนที่จะมีสภาพการทำงานที่ยุติธรรมและน่าพึงพอใจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องค่าตอบแทนที่เป็นธรรมและค่าตอบแทนที่เท่าเทียมสำหรับงานที่มีคุณค่าเท่ากันโดยปราศจากความแตกต่างในเรื่องใด โอกาสเท่าเทียมกันสำหรับทุกคนที่จะได้รับการส่งเสริมให้มีความก้าวหน้าในการทำงานของตนในระดับที่สูงขึ้นตามความเหมาะสม การพักผ่อนและวันหยุดเป็นครั้งคราวโดยได้รับค่าตอบแทน และค่าตอบแทนสำหรับวันหยุดทางการด้วย

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.349/2556 และคดีหมายเลขแดงที่ อ.531/2557 มติคณะรัฐมนตรี และหนังสือเวียนของกระทรวงการคลังที่ กค 0406.4/ว 67 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553 แล้ว แสดงให้เห็นถึงลักษณะของการจ้างเหมาบริการในหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐว่า นิยมจัดทำในรูปแบบสัญญาจ้างทำของ ซึ่งในทางกฎหมายจะต้องมุ่งผลสำเร็จของงานเป็นสำคัญ และจะต้องไม่มีลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน ตามมาตรา 575 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเหตุให้หน่วยงานราชการใช้อ้างเป็นเหตุผลที่จะไม่ต้องผูกพันกับพนักงานจ้างเหมาบริการในฐานะนายจ้างกับลูกจ้าง จึงไม่มีการจัดสวัสดิการต่าง ๆ ให้แก่พนักงานจ้างเหมาบริการ เช่น สิทธิลาป่วย ลาภิจรุษ ลาคลอด สิทธิในการได้รับค่าตอบแทนระหว่างลา และหน่วยงานราชการไม่ผูกพันในการนำส่งเงินสมทบในส่วนของผู้ว่าจ้างเข้ากองทุนประกันสังคม



สัญญาจ้างระหว่างหน่วยงานของรัฐกับพนักงานจ้างเหมาบริการมีการกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดสัญญา และมีการต่อสัญญาอย่างต่อเนื่อง การเลิกจ้างเป็นเพียงการบอกเลิกสัญญาหรือไม่ต่อสัญญาเท่านั้น ไม่มีการจ่ายค่าชดเชยการเลิกจ้าง ไม่มีอัตราค่าจ้างที่ชัดเจนและอาจต่ำกว่าอัตราค่าจ้างแรงงานขั้นต่ำซึ่งไม่เพียงพอต่อการดำรงชีพ ไม่มีสวัสดิการ ไม่อาจลาโดยได้รับค่าตอบแทน ไม่ได้รับการจ่ายเงินสทบเข้ากองทุนประกันสังคมในส่วนของนายจ้าง พนักงานจ้างเหมาบริการจะต้องมาทำงานตามวันเวลาราชการ ต้องลงลายมือชื่อพร้อมลงเวลาในการมาปฏิบัติงานและในเวลาเลิกงาน จะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาและรับผิดชอบงานตามที่ผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าหน่วยงานมอบหมาย รวมทั้งต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับงานราชการเช่นเดียวกับข้าราชการและพนักงานราชการ ซึ่งตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นการปฏิบัติในลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ตามมาตรา 575 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่พนักงานจ้างเหมาบริการกลับไม่มีสิทธิหรือสวัสดิการใด ๆ ตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในกฎหมายแรงงานและกฎหมายประกันสังคม ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการลาป่วย ลาพักร้อน ลากิจธุระโดยได้รับค่าตอบแทนระหว่างลา การได้รับการเลื่อนเงินเดือนหรือค่าตอบแทนการทำงานที่คุ้มค่า สิทธิในการรักษาพยาบาลที่เหมาะสม หรือการได้รับการคุ้มครองในลักษณะของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ตลอดจนสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายประกันสังคม ประกอบกับมีข้อมูลและความเห็นจากรองศาสตราจารย์ยุทธ แฉล้มวงษ์ ผู้อำนวยการวิจัย ด้านการพัฒนาแรงงานฝ่ายการวิจัยทรัพยากรมนุษย์ และพัฒนาสังคม สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศ และเป็นผู้ทรงคุณวุฒิด้านสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ของสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ว่า พนักงานจ้างเหมาบริการในภาครัฐเป็นแรงงานกลุ่มสุดท้ายของการจ้างงานในระบบราชการ ไม่มีอัตราค่าจ้างและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่ชัดเจน พนักงานจ้างเหมาบริการของส่วนราชการบางแห่งเมื่อหยุดงานก็จะถูกหักเงินเดือน ถือเป็นปัญหาสำคัญและแก้ไขได้ยาก ประกอบกับหน่วยงานของรัฐยังไม่มีการจัดทำฐานข้อมูลจำนวนบุคลากรที่เป็นพนักงานจ้างเหมาบริการในภาครัฐ ทำให้ไม่มีสถิติที่ชัดเจนที่จะนำมาวิเคราะห์แก้ไขปัญหา และยังไม่มีความชัดเจนว่าแรงงานกลุ่มนี้จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายใด

จากข้อเท็จจริงดังกล่าว เห็นได้ว่า รัฐโดยส่วนราชการต่าง ๆ ได้มีการจัดจ้างพนักงานจ้างเหมาบริการในรูปแบบของสัญญาจ้างทำของเพื่ออำพรางสัญญาจ้างแรงงานอันเป็นนิติสัมพันธ์ที่แท้จริง ส่งผลให้พนักงานจ้างเหมาบริการไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะลูกจ้าง ทั้งที่ในทางปฏิบัติมีลักษณะการทำงานที่ไม่ได้แตกต่างจากข้าราชการหรือพนักงานราชการ ปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากนโยบายการปรับลดอัตรากำลังคนภาครัฐที่ต้องการลดภาระงบประมาณด้านบุคลากร แต่กลับผลกระทบไปยังเอกชนที่เป็นบุคลากรธรรมดาซึ่งมีสถานะไม่เท่าเทียมกับส่วนราชการ นอกจากนี้ ยังไม่สอดคล้องกับความพยายามในการแก้ไขปัญหาด้านงบประมาณ แม้การปรับลดอัตรากำลังคนภาครัฐจะทำให้งบประมาณด้านบุคลากรลดลง แต่ส่วนราชการยังสามารถนำงบประมาณในการดำเนินงานไปจัดจ้างพนักงานจ้างเหมาบริการมาทดแทน โดยไม่ได้มีข้อจำกัดในเรื่องกรอบอัตรากำลังเนื่องจากการใช้งบประมาณดังกล่าวขึ้นกับดุลพินิจของส่วนราชการนั้น ๆ อีกทั้งในปัจจุบันยังไม่มีมาตรการในการแก้ไขปัญหาอย่างจริงจัง แม้ว่า

หน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้รับทราบสภาพปัญหาแล้วก็ตาม กรณีการจ้างพนักงานจ้างเหมาบริการทั้ง ๆ ที่การจ้างนั้นเป็นการจ้างแรงงาน อาจเป็นเหตุให้รัฐโดยส่วนราชการต่าง ๆ มีการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่ทำงานในลักษณะอย่างเดียวกัน ด้วยเหตุแห่งสถานะของการจ้างแรงงาน งานที่มีคุณค่าเท่ากัน กลับไม่ได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกัน ซึ่งอาจเป็นการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อกลุ่มพนักงานจ้างเหมาบริการ อีกทั้งเวลาล่วงเลยมานานหลังจากที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้มีข้อเสนอแนะเชิงนโยบายเมื่อปี พ.ศ. 2553 สมควรที่จะได้มีการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นอย่างจริงจังโดยรัฐเพื่อเป็นการส่งเสริมผู้ใช้แรงงานให้ได้รับความปลอดภัยและมีสุขอนามัยที่ดีในการทำงาน ได้รับรายได้ สวัสดิการ ประกันสังคม และสิทธิประโยชน์อื่นที่เหมาะสมแก่การดำรงชีพ ตามแนวนโยบายแห่งรัฐ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 74 และเพื่อให้สอดคล้องกับแนวคิดเรื่อง “งานที่มีคุณค่า” (Decent Work) ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization : ILO) ซึ่งหมายถึงงานที่สามารถตอบสนองความต้องการของบุคคลในชีวิตการทำงาน และแนวคิดเรื่อง “งานที่มีคุณค่า” ยังเป็นหนึ่งในเป้าหมายของการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals : SDGs) ขององค์การสหประชาชาติที่ประเทศไทยได้ให้การรับรองและสนับสนุน การขับเคลื่อนเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนไว้แล้ว

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงเห็นควรมีข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมทั้งข้อเสนอแนะในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือ คำสั่งใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 247 (3) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 26 (3) และมาตรา 42 ดังนี้

1. เพื่อเป็นการแก้ไขและเยียวยาพนักงานจ้างเหมาบริการอย่างเร่งด่วน คณะรัฐมนตรีควรมอบหมายให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องกับการจ้างเหมาบริการพิจารณาหาแนวทางหรือมาตรการในการคุ้มครองสิทธิแรงงานขั้นพื้นฐานของพนักงานจ้างเหมาบริการ โดยอาจพิจารณาการใช้ระบบพนักงานของรัฐในการแก้ไขปัญหาด้านบุคลากรของกระทรวงสาธารณสุข หรืออาจพิจารณาให้สิทธิประโยชน์ที่ไม่ต่ำกว่ามาตรฐานของสิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เช่น การให้ความคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงให้ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ จนกว่าจะมีแนวทางการแก้ไขปัญหาอย่างเป็นรูปธรรม เป็นต้น

2. สำนักงาน ก.พ. และสำนักงาน ก.พ.ร. ควรเร่งทำการศึกษาและพิจารณาทบทวนกรอบอัตรากำลังคนภาครัฐในปัจจุบันให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับภาระหน้าที่ของส่วนราชการต่าง ๆ และแก้ไขปัญหาการขาดแคลนบุคลากรของส่วนราชการในระยะยาว

3. คณะรัฐมนตรีควรพิจารณาแต่งตั้งคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงมาพิจารณาแก้ไขปัญหาการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อพนักงานจ้างเหมาบริการของส่วนราชการทั้งหมดให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานหรือมาตรฐานขั้นต่ำที่ลูกจ้างทั่วไปพึงมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานและกฎหมายประกันสังคม



**คณะรัฐมนตรีและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้ดำเนินการ
ตามข้อเสนอมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริม
และคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ดังนี้**

เมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2563 คณะรัฐมนตรีมีมติรับทราบรายงานสรุปผลการพิจารณาต่อข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กรณีปัญหาพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐไม่ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติงาน ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามที่สำนักงาน ก.พ. รายงานว่า ได้ประชุมหารือร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กระทรวงการคลัง กระทรวงแรงงาน สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี สำนักงาน ก.พ.ร. กรมบัญชีกลาง และสำนักงานประกันสังคม เมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2563 สรุปได้ ดังนี้³

ข้อเสนอแนะของ กสม.	สรุปผลการพิจารณา
1. คณะรัฐมนตรีควรมอบหมายให้ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องกับการจ้างเหมาบริการพิจารณาหาแนวทางหรือมาตรการในการคุ้มครองสิทธิแรงงานขั้นพื้นฐานของพนักงานจ้างเหมาบริการ	กำหนดแนวทางการแก้ปัญหา โดยแบ่งเป็น 2 ระยะ ดังนี้ 1. ระยะสั้น (เร่งด่วนเฉพาะหน้า) กระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลาง) จะจัดทำหนังสือชักชวนเพื่อสร้างความเข้าใจให้กับส่วนราชการ ให้ดำเนินการจ้างให้ถูกต้องตามประเภทการจ้างงาน หากเป็นการจ้างเหมาบริการ (จ้างทำของ) ต้องไม่ดำเนินการในลักษณะการจ้างแรงงาน โดยต้องไม่มีลักษณะการควบคุมบังคับบัญชา หรือการลงชื่อปฏิบัติงาน โดยให้พิจารณาตามวัตถุประสงค์ของการจ้างงานเป็นสำคัญ สำหรับการจ่ายอัตราค่าจ้าง ควรพิจารณาในอัตราที่เหมาะสมและเป็นธรรม ต้องไม่จ่ายในอัตราที่ต่ำเกินไป โดยคำนึงถึงสภาพการทำงาน ลักษณะงาน และอัตราตลาด เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับผู้รับจ้าง และเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

³ สืบค้นจาก <https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/27050> เมื่อวันที่ 4 เมษายน 2563.

ข้อเสนอแนะของ กสม.	สรุปผลการพิจารณา
	2. ระยะยาว (เชิงระบบ) ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กระทรวงแรงงานและกรมบัญชีกลางเป็นผู้รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับพนักงานจ้างเหมาบริการรายบุคคล โดยสำนักงาน ก.พ. จะเป็นผู้ประสานและสนับสนุนการรวบรวมข้อมูลดังกล่าว เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาหาทางแก้ไขปัญหให้เป็นรูปธรรมต่อไป
2. คณะรัฐมนตรีควรพิจารณาแต่งตั้งคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงมาพิจารณาแก้ไขปัญหาการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อพนักงานจ้างเหมาบริการของส่วนราชการทั้งหมด ให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานหรือมาตรฐานขั้นต่ำที่ลูกจ้างโดยทั่วไปพึงมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานและกฎหมายประกันสังคม	1. กรมบัญชีกลางแจ้งว่า การจ้างเหมาบริการ (จ้างทำของ) ไม่สามารถใช้สิทธิประกันสังคม และไม่มีสิทธิการลา เนื่องจากขัดกับหลักกฎหมาย ต้องป้องกันไม่ให้ส่วนราชการจ้างงานในลักษณะนี้เพิ่มขึ้นอีก 2. กรมบัญชีกลางมีหนังสือชักชวนส่วนราชการให้บริหารสัญญาจ้างให้ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของการจ้าง คือ สัญญาการจ้างเหมาบริการ (จ้างทำของ) มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการผลผลิตหรือผลสำเร็จของงานเท่านั้นดังนั้นส่วนราชการต้องไม่ปฏิบัติต่อพนักงานจ้างเหมาบริการในฐานะผู้บังคับบัญชา 3. กรมบัญชีกลางจะชักชวนส่วนราชการให้มีการกำหนดอัตราค่าจ้างที่เป็นธรรม โดยคำนึงถึงราคากลางและความเหมาะสม สอดคล้องกับลักษณะงานเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับพนักงานจ้างเหมาบริการรายบุคคล



ข้อเสนอแนะของ กสม.	สรุปผลการพิจารณา
3. สำนักงาน ก.พ. และสำนักงาน ก.พ.ร. ควรเร่งศึกษาและพิจารณาทบทวนกรอบอัตราค่าจ้างคนภาคีรัฐในปัจจุบันให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับภาระหน้าที่ของส่วนราชการต่าง ๆ และแก้ไขปัญหาการขาดแคลนบุคลากรของส่วนราชการในระยะยาว	การใช้ตำแหน่งลูกจ้างชั่วคราวทดแทนการจ้างเหมาบริการอาจไม่ใช่ทางแก้ไขปัญหาที่ถูกต้อง เนื่องจากเป็นภาระงบประมาณของภาครัฐในระยะยาว และการจ้างลูกจ้างชั่วคราวในปัจจุบันดำเนินการได้เฉพาะ 4 ประเภท คือ 1. ลูกจ้างชาวต่างประเทศที่มีสัญญาจ้าง 2. ลูกจ้างชั่วคราวของส่วนราชการที่มีสำนักงานในต่างประเทศ 3. ลูกจ้างชั่วคราวตามระเบียบของสถาบันอุดมศึกษาว่าด้วยการจ้างผู้มีความรู้ความสามารถพิเศษเป็นอาจารย์ในสถาบันอุดมศึกษา 4. ลูกจ้างชั่วคราวอื่นที่มีข้อตกลงพิเศษกับกระทรวงการคลัง ซึ่งเป็นไปตามมาตรการบริหารจัดการกำลังคนภาครัฐ (พ.ศ. 2562 – 2565)

จากข้อมูลข้างต้นพบว่า หน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้นำข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ให้มีแนวทางหรือมาตรการในการคุ้มครองสิทธิแรงงานขั้นพื้นฐานของพนักงานจ้างเหมาบริการมาดำเนินการ โดยการกำหนดแนวทางการแก้ไขปัญหาทั้งในระยะสั้นและระยะยาว เช่น การดำเนินการจ้างให้ถูกต้องตามประเภทการจ้างงาน การจ่ายอัตราค่าจ้างที่เหมาะสมและเป็นธรรม และการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับพนักงานจ้างเหมาบริการรายบุคคลเพื่อประกอบการพิจารณาแก้ไขปัญหาให้เป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตาม การแก้ไขปัญหาการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อพนักงานจ้างเหมาบริการให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานหรือมาตรฐานขั้นต่ำที่ลูกจ้างโดยทั่วไปพึงมีสิทธิได้รับตามกฎหมายนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเห็นว่าพนักงานจ้างเหมาบริการไม่สามารถใช้สิทธิประกันสังคมและไม่มีสิทธิการลาเนื่องจากขัดกับหลักกฎหมาย แต่ได้มีหนังสือชักชวนส่วนราชการให้บริหารสัญญาจ้างให้ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของการจ้างและกำหนดอัตราค่าจ้างที่เป็นธรรม นอกจากนี้ การแก้ไขปัญหากรอบอัตราค่าจ้างและการขาดแคลนบุคลากรของส่วนราชการในระยะยาวนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเห็นว่า การจ้างลูกจ้างชั่วคราวทดแทนการจ้างเหมาบริการอาจไม่ใช่ทางแก้ไขปัญหาที่ถูกต้อง เนื่องจากเป็นภาระงบประมาณของภาครัฐในระยะยาว และการจ้างลูกจ้างชั่วคราวในปัจจุบันดำเนินการได้เฉพาะงานบางประเภทเท่านั้น

สรุปงานวิจัย

เพื่อจัดทำข้อเสนอแนะนโยบายหรือมาตรการ
เพื่อคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิของผู้สูงอายุ :
กรณีการเลือกปฏิบัติในผู้สูงอายุ

ผู้สรุปและเรียบเรียง: นายกันตพัฒน์ วงศ์สินอุดม





สรุปงานวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอแนะนโยบายหรือมาตรการ เพื่อคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิของผู้สูงอายุ : กรณีการเลือกปฏิบัติในผู้สูงอายุ

นายกัณฑ์พัฒน์ วงศ์สินอุดม¹

การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของประชากรในรอบ 2 ทศวรรษที่ผ่านมา ทำให้ประเทศไทยได้ก้าวเข้าสู่สังคมสูงอายุ (Aging society) ในปัจจุบัน และเป็นที่น่าคาดการณ์ว่าประเทศไทยจะกลายเป็นสังคมสูงอายุสมบูรณ์ (Aged society) ในปี พ.ศ. 2564 และกลายเป็นสังคมสูงอายุระดับสุดยอด (Super-aged society) ในอีกไม่ถึง 20 ปีข้างหน้า ซึ่งหมายถึงสัดส่วนประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไปจะเพิ่มขึ้นถึงร้อยละ 28 ของประชาชนทั้งหมด รัฐบาลได้ตระหนักถึงการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างดังกล่าว และได้มีการกำหนดนโยบายและมาตรการต่าง ๆ มารองรับการสูงอายุของประชากร แต่จากการศึกษาวิจัยต่าง ๆ พบว่า นโยบายและมาตรการเหล่านี้ยังไม่เพียงพอและครอบคลุมประชากรผู้สูงอายุที่มีจำนวนเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะในมิติของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุจากการเลือกปฏิบัติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้เล็งเห็นความสำคัญในการศึกษาเกี่ยวกับมิติด้านสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุไทย รวมทั้งการเตรียมความพร้อมในการรองรับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุของสหประชาชาติในอนาคต จึงได้พิจารณาคัดเลือกให้คณะผู้วิจัยจากสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์² ดำเนินโครงการศึกษาวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอแนะนโยบายหรือมาตรการเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิของผู้สูงอายุ : กรณีการเลือกปฏิบัติในผู้สูงอายุ โดยมีเนื้อหาสรุปได้ ดังนี้

1

การเปลี่ยนผ่านเข้าสู่สังคมสูงอายุของประเทศไทย

องค์การสหประชาชาติได้ให้คำนิยามผู้สูงอายุ หมายถึงผู้ที่มีอายุตั้งแต่ 60 ปี ขึ้นไป และแบ่งผู้สูงอายุออกเป็น 3 กลุ่มตามสภาพร่างกาย การรับรู้ ความคิด ความจำ และความสามารถในการทำกิจวัตรประจำวัน ดังนี้ 1) ผู้สูงอายุวัยต้น (The young-old) คือ ผู้สูงอายุที่มีอายุระหว่าง 60 – 69 ปี

¹ นิติกร สำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ผู้สรุปและเรียบเรียง.

² คณะผู้วิจัยจากสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ประกอบด้วย

1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ดารารัตน์ อานันท์หนองสูงค์
2. ดร. พัชรวรรณ นุชประยูร
3. ดร. ฌานินท์ สันตะพันธุ์

เป็นช่วงที่ยังมีพลังช่วยเหลือตนเองได้ 2) ผู้สูงอายุวัยกลาง (The-old-old) คือ ผู้สูงอายุที่มีอายุระหว่าง 70 – 79 ปี เป็นวัยที่เริ่มขึ้นสู่วัยเสื่อม กล่าวคือ เริ่มมีอาการเจ็บป่วย ร่างกายเริ่มอ่อนแอ มีโรคประจำตัวหรือโรคเรื้อรัง และ 3) ผู้สูงอายุวัยปลาย (The-oldest-old) คือ ผู้สูงอายุที่มีอายุตั้งแต่ 80 ปีขึ้นไป เป็นวัยที่เข้าสู่วัยเสื่อมเจ็บป่วยบ่อยขึ้น อวัยวะเสื่อมสภาพ อาจมีภาวะทุพพลภาพ นอกจากนั้น ยังได้แบ่งระดับการเข้าสู่สังคมสูงอายุเป็น 3 ระดับ ได้แก่ 1) ระดับการก้าวเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ (Aging society) สำหรับประเทศที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไปมากกว่าร้อยละ 10 ของจำนวนประชากรทั้งหมด 2) ระดับสังคมผู้สูงอายุโดยสมบูรณ์ (Aged Society) สำหรับประเทศที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 20 ของจำนวนประชากรทั้งหมด และ 3) ระดับสังคมสูงอายุอย่างเต็มที่ (Super-aged society) สำหรับประเทศที่มีประชากรอายุ 65 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 20 ของจำนวนประชากรทั้งหมด ในกรณีของประเทศไทย ได้ก้าวเข้าสู่การเป็น “สังคมสูงอายุ” (Aging society) ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548 และกำลังจะกลายเป็น “สังคมสูงอายุอย่างสมบูรณ์” (ประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไปมีมากถึงร้อยละ 20) ในปี 2564 และคาดว่าจะจะเป็น “สังคมสูงอายุระดับสุดยอด” ในอีกไม่ถึง 20 ปีข้างหน้า (ประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไปมีสัดส่วนร้อยละ 28 ของประชากรทั้งหมด)

2

การถูกเลือกปฏิบัติของผู้สูงอายุในประเทศไทย

ในการเปลี่ยนผ่านเข้าสู่สังคมสูงอายุของประเทศไทย ที่ส่งผลให้ประชากรสูงอายุมีจำนวนเพิ่มขึ้น โครงสร้างครอบครัวและความสัมพันธ์ในครอบครัวเปลี่ยนไป รวมทั้งสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมและเทคโนโลยี เปลี่ยนไปในทิศทางที่ทำให้การดำรงชีวิตของผู้สูงอายุมีความซับซ้อนและต้องพึ่งพาสมาชิกในครอบครัวหรือบุคคลอื่นมากขึ้น รวมทั้งสมาชิกในครอบครัวและบุคคลในสังคมรอบตัวของผู้สูงอายุ ก็ต้องมีการปรับตัวในการให้การดูแล ภายใต้นโยบายที่มีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีและอิสระมากขึ้น ในบางกรณีบุตรหลานอาจจะต้องออกจากงาน ขาดรายได้เพื่อมาดูแลบุพการี ทำให้เกิดความเครียดและอาจเกิดการเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุอย่างไม่เป็นธรรม (Unfair discrimination) ทั้งการเลือกปฏิบัติทางตรง (Direct discrimination) ในลักษณะของการละเลย ทอดทิ้ง หรือทำร้ายได้ เนื่องจากเป็นผู้ที่มีอายุสูงขึ้น สมรรถนะทางร่างกาย จิตใจ และการรับรู้ความทรงจำลดลง และการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect discrimination) จากลักษณะในการจ้างงานที่มีการกำหนดอายุเกษียณที่อายุ 55 ปี หรือ 60 ปี ทำให้ผู้สูงอายุที่มีศักยภาพและความต้องการทำงาน ไม่สามารถทำงานต่อได้ การเลือกปฏิบัติต่ออายุจึงได้กลายเป็นประเด็นสำคัญประเด็นหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุในสังคมไทย ข้อมูลจากรายงานการวิจัยเรื่อง การเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ เด็ก ผู้หญิง และผู้สูงอายุ ระบุว่า การรับรู้เรื่องการเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุยังเป็นอยู่อย่างจำกัด เป็นที่เข้าใจในวงวิชาการหรือนักกฎหมายเท่านั้น



ในขณะที่ประชาชนทั่วไปยังคงมองการเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุในชีวิตประจำวันว่า เป็นเรื่องปกติและผู้สูงอายุเหล่านั้นไม่ได้ถูกละเมิดสิทธิใด ๆ แม้ปรากฏการณ์การเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุในสังคมไทย โดยเฉพาะการเลือกปฏิบัติในชีวิตประจำวันในระดับปัจเจกบุคคลยังไม่ชัดเจน แต่ในระดับนโยบายจะเห็นได้ชัดเจนกว่าในการเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุในลักษณะของการใช้มาตรการเชิงบวก อาทิ ประเด็นการจัดสวัสดิการให้กับผู้สูงอายุ และการเลือกปฏิบัติในการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ สาเหตุหลักที่นำไปสู่การเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุในสังคมไทย ได้แก่ 1) อคติทางอายุเชิงลบที่มีต่อผู้สูงอายุ 2) ผู้สูงอายุไม่รับรู้หรือไม่ตระหนักถึงสิทธิของตนเอง และ 3) ข้อจำกัดด้านกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย

ในช่วงระหว่างปี พ.ศ. 2544 – 2560 มีเรื่องราวเรียนกรณีผู้สูงอายุมายังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) คณะกรรมการสิทธิฯ จึงได้ทำการศึกษาข้อมูลจากแหล่งต่าง ๆ และลงพื้นที่เพื่อรับทราบข้อมูลและข้อคิดเห็นภายใต้โครงการจัดทำข้อเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุของ กสม. ในปี พ.ศ. 2560 ใน 4 ภาค และพบว่าประเด็นปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุ ได้แก่ 1) สิทธิในที่อยู่อาศัย 2) สิทธิด้านสุขภาพ 3) หลักประกันด้านรายได้ 4) สิทธิในการมีงานทำ 5) สิทธิในการศึกษาตลอดชีวิต 6) การได้รับความคุ้มครองจากการถูกทอดทิ้ง ถูกกระทำรุนแรง และถูกแสวงหาประโยชน์ 7) การได้รับความคุ้มครองในสถานะภัยพิบัติ 8) ปัญหาอื่น ๆ ได้แก่ การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของผู้สูงอายุ และการดูแลผู้สูงอายุเฉพาะกลุ่ม และ 9) ปัญหาเกี่ยวกับการบริหารงานด้านผู้สูงอายุ

3

ประเทศไทยกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

การเข้าเป็นภาคีสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ทำให้ประเทศไทยเกิดพันธผูกพันต้องดำเนินการตามพันธกิจของสนธิสัญญา ดังนี้

3.1 การพัฒนากรอบภายในประเทศ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เพื่อรับรองสิทธิของหญิงให้เท่าเทียมชาย, การประกาศใช้พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542, การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหา จำเลย หรือนักโทษให้มีสถานะดีขึ้น, การยกเลิกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ที่ห้ามสตรีดำรงตำแหน่งข้าราชการบางตำแหน่ง, การประกาศใช้พระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526

3.2 การร่วมมือระหว่างประเทศ ปัจจุบันประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ดังนี้ 1) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี 2) อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุก

รูปแบบ 3) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก 4) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง
5) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม 6) อนุสัญญาว่าด้วยการจัด
การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ 7) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ

4

หลักการสำหรับผู้สูงอายุขององค์การสหประชาชาติ (United Nations Principles for Older Persons)

4.1 องค์การสหประชาชาติได้รับรองหลักการสำหรับผู้สูงอายุ 5 หลักการ คือ 1) การมี
อิสรภาพในการพึ่งตนเอง 2) การมีส่วนร่วม 3) การอุปการะเลี้ยงดู 4) การบรรลุความต้องการ และ
5) ความมีศักดิ์ศรี

4.2 หลักการเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุ มีข้อท้าทายว่า การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งอายุมักจะถูก
รวมเข้ากับรูปแบบของการเลือกปฏิบัติอื่น ๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ศาสนา ความพิการ สุขภาพหรือ
เงื่อนไขด้านเศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนผลกระทบด้านลบอื่น ๆ

4.3 ประเด็นความท้าทายในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุ ได้แก่ 1) ปัญหาความ
รุนแรงและการถูกละเมิด 2) การคุ้มครองทางสังคม 3) อาหารและที่อยู่อาศัย 4) การจ้างงาน 5) ความสามารถ
ในทางกฎหมาย 6) การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม 7) การสนับสนุนด้านสุขภาพ และ 8) การดูแลผู้สูงอายุ
ระยะยาวและระยะสุดท้าย

5

มาตรฐานสากลในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุ

5.1 แผนปฏิบัติการระหว่างประเทศมาดริดว่าด้วยเรื่องผู้สูงอายุประเทศไทยมีการดำเนินงาน
ที่สอดคล้องและตอบสนองต่อกรอบพันธกิจดังกล่าว โดยมีเป้าหมายหลักของการพัฒนาผู้สูงอายุ
3 ประเด็น ประกอบด้วย 1) ผู้สูงอายุกับการพัฒนา กล่าวคือ สร้างความร่วมมือเชิงบูรณาการ
จัดบริการต่าง ๆ ต่อผู้สูงอายุอย่างเป็นรูปธรรม ตามพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 และแผนพัฒนา
ผู้สูงอายุแห่งชาติ(ฉบับที่2)2)ส่งเสริมสุขภาพดีและมีสภาวะในเรื่องหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าโดย
สามารถเข้ารับบริการสุขภาพได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย รวมไปถึงการส่งเสริมสุขภาพจิตด้วยกิจกรรมต่าง ๆ
และ 3) การสร้างความมั่นใจว่าจะมีสภาพแวดล้อมที่เกื้อหนุนและเหมาะสม แสดงให้เห็นจากการที่
สังคมร่วมกันจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้สูงอายุเพื่อให้โอกาสแก่ผู้สูงอายุในการเข้ามามี
ส่วนร่วมกิจกรรมต่าง ๆ ในสังคมมากยิ่งขึ้น



5.2 ข้อตกลงความร่วมมือด้านผู้สูงอายุในกรอบอาเซียน มีด้วยกัน 2 ฉบับ ได้แก่ ปฏิญญา กัวลาลัมเปอร์ว่าด้วยผู้สูงอายุ โดยมีสาระสำคัญในการปรับการดูแลสุขภาพและระบบสนับสนุนทางสังคม เพื่อสร้างเสริมสุขภาพของผู้สูงอายุ และปฏิญญาบรูไนดารุสซาลามว่าด้วยการเสริมสร้างความเข้มแข็งของสถาบันครอบครัวซึ่งมีเนื้อหาสำคัญในการสร้างเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศในการให้การดูแลสนับสนุนผู้สูงอายุในรูปแบบที่เหมาะสมโดยเน้นบทบาทของครอบครัวและชุมชน

6

ความพยายามในการร่างสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุ

6.1 ข้อคิดเห็นจากคณะกรรมการประจำสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งมีสาระสำคัญ กล่าวว่า สิทธิของผู้สูงอายุนั้นมักแฝงอยู่ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน โดยเป็นการกำหนดแนวทางอย่างกว้างเท่านั้น นอกจากนี้ คณะกรรมการประจำกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และคณะกรรมการประจำกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ได้ให้ข้อคิดเห็นว่า ความแตกต่างทางอายุที่ไม่สมเหตุสมผลและไม่มีเกณฑ์ที่วัดได้เป็นการเลือกปฏิบัติ รวมถึงเน้นย้ำในความจำเป็นที่จะต้องระบุเรื่องการเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุที่ไม่มีงานทำและผู้สูงอายุที่ยากจนในการเข้าถึงบำนาญ

6.2 การดำเนินงานของคณะทำงานเปิดว่าด้วยผู้สูงอายุ มีหน้าที่พิจารณากรอบสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุ และดูแลความเป็นไปได้ในการเกิดช่องว่างจากกรอบ รวมถึงการหาแนวทางแก้ไขที่ดีที่สุด นอกจากนั้น ยังพิจารณาความเหมาะสมในการกำหนดเครื่องมือและมาตรการในการแก้ไขปัญหาอีกด้วย โดยในการประชุมคณะทำงานแต่ละครั้งจะมีการคัดเลือกพื้นที่ร่วม 3 ประเด็นจากทั้งหมด 14 ประเด็น เพื่อเป็นหัวข้อในการถกเถียงหารือในชุมชนระหว่างประเทศของคณะทำงาน โดยการประชุมครั้งที่ 8 ในปี พ.ศ. 2561 ที่ผ่านมามีการกำหนดพื้นที่ร่วมในการถกเถียงหารือ คือ 1) ความเท่าเทียมกันและการไม่เลือกปฏิบัติ และ 2) ความรุนแรง การละเลย และการทารุณ

6.3 การผลักดันเพื่อสิทธิของผู้สูงอายุในภูมิภาคอาเซียน โดยมีการระบุสิทธิของผู้สูงอายุไว้ในปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและปฏิญญาบรูไนดารุสซาลามว่าด้วยการเสริมสร้างความเข้มแข็งของสถาบันครอบครัว การดูแลผู้สูงอายุ โดยเป็นเพียงแนวทางกว้าง ๆ ไม่มีผลบังคับผูกพันต่อประเทศสมาชิก และไม่มีการกำหนดเงื่อนไขเวลาในการปฏิบัติตามรวมถึงกลไกการติดตามประเมินผล

6.4 ข้อเสนอขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ประกอบด้วย 1) ข้อเสนอว่าด้วยคนงานสูงอายุ ซึ่งมีมาตรการที่เกี่ยวข้องกับสมรรถนะของคนทำงาน 2) ข้อเสนอว่าด้วยฐานความคุ้มครองทาง

สังคมด้วยการสร้างหลักประกันที่เป็นความมั่นคงทางรายได้ และ 3) อนุสัญญาว่าด้วยความมั่นคงทางสังคม (มาตรฐานขั้นต่ำ) โดยระบุถึงประโยชน์ทดแทนการชราภาพ เพื่อให้ผู้สูงอายุทุกคนสามารถดำรงชีวิตในมาตรฐานขั้นต่ำที่สังคมยอมรับ

7

มาตรการและกลไกในการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุในต่างประเทศ

7.1 ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์มีแนวโน้มประชากรสูงอายุมากกว่า 65 ปี เพิ่มขึ้นถึง 1 ใน 6 ของจำนวนประชากรทั้งหมดในปี พ.ศ. 2520 และจะเป็น 1 ใน 4 ในปี พ.ศ. 2530 จากสถานการณ์สังคมสูงอายุดังกล่าวรัฐบาลจึงได้เริ่มใช้มาตรการและนโยบายต่าง ๆ เกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองผู้สูงอายุซึ่งมีรากฐานบนหลักการของระบบประกันสังคมของสิงคโปร์ 3 ประการ ได้แก่ การพึ่งตนเองและมีความรับผิดชอบต่อสังคม การพึ่งพาครอบครัว และการอาศัยความร่วมมือจากทุกภาคส่วน ทั้งชุมชนและองค์กรต่าง ๆ โดยสร้างระบบที่เน้นให้สมาชิกในครอบครัวเป็นผู้ที่มีหน้าที่ดูแลเลี้ยงดูพ่อแม่ในยามชราและให้ความสำคัญกับองค์กรชุมชนท้องถิ่นเพื่อเป็นกลไกในการดูแลประชาชน

สำหรับมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุกับทางเศรษฐกิจนั้น ได้มีการเตรียมความพร้อมในด้านกฎหมายได้มีการตราพระราชบัญญัติเกษียณอายุและการจ้างงานใหม่ โดยได้กำหนดอายุขั้นต่ำในการเกษียณอายุไว้ว่าต้องไม่ต่ำกว่า 62 ปี และอาจขยายอายุเกินกว่า 67 ปี ได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด นอกจากการวางระบบเกษียณอายุใหม่แล้วยังได้กำหนดให้มีการพัฒนาศักยภาพของผู้สูงอายุในการทำงาน และการให้ความช่วยเหลือต่าง ๆ เช่น เงินสวัสดิการตามโครงการ Workfare เงินทุนสนับสนุนการเพิ่มเงินกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ นอกจากนี้ รัฐยังได้วางระบบเพื่อเป็นมาตรการส่งเสริมให้นายจ้างเพื่อจ้างงานผู้สูงอายุโดยกำหนดให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ เช่น เงินอุดหนุนพิเศษเพื่อการจ้างงานเงินสนับสนุนในการปรับปรุงสถานที่ทำงานอีกด้วย

สำหรับการคุ้มครองสิทธิด้านสุขภาพและคุณภาพชีวิตนั้น นอกเหนือจากระบบประกันสุขภาพในระบบปกติซึ่งถือเป็นการประกันสุขภาพแบบระบบคู่ขนาน (Dual System) กล่าวคือ กำหนดให้ภาระการชำระค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลส่วนหนึ่งจะได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาล ในขณะที่ผู้ใช้สิทธิประกันสุขภาพต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในส่วนที่เหลือ นอกจากนี้ รัฐยังจัดให้มีการให้ความช่วยเหลือในการดูแลผู้สูงอายุระยะยาวและระยะสุดท้าย การดูแลผู้สูงอายุที่บ้าน และการดูแลในระยะสั้น โดยมุ่งเน้นให้ครอบครัวเป็นผู้มีส่วนสำคัญในการดูแลผู้สูงอายุโดยได้รับการช่วยเหลือต่าง ๆ จากรัฐ จึงถือเป็นจุดเด่น



ของประเทศสิงคโปร์ที่วางมาตรการและกลไกในการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุโดยรัฐคู่ขนานไปกับการพัฒนาสถาบันครอบครัวให้มีบทบาทในการดูแลผู้สูงอายุ ซึ่งทำให้สถาบันครอบครัวมีความมั่นคงและทำให้ลดการใช้งบประมาณของรัฐได้ส่วนหนึ่ง

การคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรมนั้น ประเทศสิงคโปร์ได้ดำเนินการให้ความรู้ทางกฎหมายแก่ประชาชนผ่านการใช้การบริการของศาลต่อสาธารณะโดยใช้เทคโนโลยีเพื่อจุดประสงค์ในการให้ข้อมูลความรู้แก่ประชาชน เพื่อนำเสนอข้อมูลด้านบริการความช่วยเหลือทางกฎหมาย และการให้บริการฟรีโดยศาลและอาสาสมัคร นอกจากนี้ กระทรวงพัฒนาสังคมและครอบครัวได้จัดให้มีศูนย์ความรู้แรงในการรับเรื่องร้องทุกข์และให้ความช่วยเหลือ รวมถึงการประชาสัมพันธ์ในเรื่องความรู้แรงในครอบครัวของสิงคโปร์ด้วย

7.2 ประเทศญี่ปุ่น

สถานการณ์สูงอายุของประชากรในประเทศญี่ปุ่นเป็นผลจากอัตราการเกิดลดลงเนื่องจากภาวะการเจริญพันธุ์ที่ต่ำลง นอกจากนี้ อายุคาดเฉลี่ยและอายุคาดหวังทางสุขภาพของประชากรมีแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางที่มีชีวิตยืนยาวขึ้น ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของผู้สูงอายุในวัยเกษียณและความมั่นคงทางสังคมโดยเฉพาะทางด้านสุขภาพผู้สูงอายุ

การคุ้มครองสิทธิด้านเศรษฐกิจ รัฐบาลญี่ปุ่นกำหนดกฎหมายการจ้างงานผู้สูงอายุ ภายใต้ระบบการจ้างงานตลอดชีวิต โดยได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายสำคัญ 2 ฉบับคือ กฎหมายมาตรการการจ้างงานเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการจ้างงานให้ผู้สูงอายุสามารถทำงานต่อไปได้อย่างต่อเนื่องหลังจากการเกษียณตามภาคบังคับ นอกจากนั้น ยังมีกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงด้านการจ้างงานผู้สูงอายุ ปี พ.ศ. 2529 ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการกำกับดูแลการจ้างงานของกลุ่มลูกจ้างที่มีอายุตั้งแต่ 45 ปีขึ้นไป โดยการกำหนดเป้าหมายการจ้างงานที่เป็นสัดส่วนตามประเภทงานของสถานประกอบการ ในขณะเดียวกันได้มีการจัดตั้งสำนักงานเพื่อความมั่นคงทางอาชีพ เพื่อบำบัดการเลิกจ้างและความช่วยเหลือจากนายจ้างต่อลูกจ้าง ในการให้ข้อมูลหรือออกหนังสือรับรองสำหรับการหางานใหม่อีกด้วย

การคุ้มครองสิทธิด้านสุขภาพและคุณภาพชีวิต มีรัฐธรรมนูญกำหนดหลักพื้นฐานของการพัฒนาระบบประกันสังคม แหล่งเงินสนับสนุนและหน่วยงานรับผิดชอบ มีกฎหมายการบำนาญซึ่งประกอบด้วย บำนาญ 2 ส่วนคือ ระบบเงินบำนาญแห่งชาติ และระบบบำนาญสำหรับลูกจ้าง นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายพื้นฐานด้านมาตรการสำหรับสังคมผู้สูงอายุ เป็นการปรับปรุงแก้ไขความสัมพันธ์ในการปฏิบัติมาตรการสำหรับสังคมสูงอายุ ระหว่างหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องและส่งเสริมการปฏิบัติงานตามมาตรการโดยในการดำเนินงานให้บรรลุผลนั้นรัฐบาลญี่ปุ่นใช้กลไกที่สำคัญคือ การปรับปรุงกฎหมายให้ทันต่อสถานการณ์ของสังคม จัดตั้งคณะกรรมการ นโยบายผู้สูงอายุ คณะกรรมการแห่งชาติเพื่อการมีส่วนร่วมระยะยาวสำหรับประชาชน ทุกภาคส่วน มีการจัดทำแผนปฏิบัติการเพื่อให้เกิดการนำนโยบายหรือมาตรการไปปฏิบัติได้จริง

การคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรม มีการใช้หลักการประนีประนอมยอมความเพื่อความสัมพันธ์ของบุคคลเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจและสังคม ในส่วนของแรงงานที่ถูกเลือกปฏิบัติสามารถร้องขอความช่วยเหลือจากสำนักงานแรงงานจังหวัดเพื่อแก้ไขปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับแรงงานได้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นได้ให้หลักประกันในเรื่องความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย โดยห้ามเลือกปฏิบัติแต่ไม่ได้ครอบคลุมกรณีความแตกต่างทางอายุ ทำให้ผู้สูงอายุไม่สามารถนำมากล่าวอ้างเพื่อเรียกร้องความเท่าเทียมได้

จากที่กล่าวมามาตรการการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุในกรณีการเลือกปฏิบัติต่ออายุของญี่ปุ่นอาจนำไปสู่ข้อเสนอแนะนโยบายและมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุของประเทศไทยได้ เช่น การออกกฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติต่ออายุและกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงในการจ้างงานผู้สูงอายุ จัดตั้งหน่วยงานในระดับท้องถิ่นเพื่อรองรับข้อร้องเรียนจากผู้สูงอายุเมื่อมีปัญหาเลิกจ้างหรือต้องการหางานทำ นอกจากนั้น ควรให้มีการพัฒนาระบบการประกันสังคมที่ครอบคลุม มีระบบบำนาญและระบบประกันสุขภาพที่ประกอบไปด้วยบำนาญพื้นฐานที่เป็น universal coverage ทั้งต่อผู้ประกัน ผู้อยู่ข้างหลังและผู้พิการ

7.3 สหรัฐอเมริกา

สังคมสูงอายุในสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้น เนื่องจากสาเหตุสำคัญจากภาวะการเจริญพันธุ์ของผู้หญิงลดลงและการอพยพเข้าประเทศเพิ่มขึ้นจากภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ ทำให้สัดส่วนของประชากรอายุตั้งแต่ 65 ปีขึ้นไปเพิ่มมากขึ้น ซึ่งเป็นกลุ่มประชากรประวัติศาสตร์ กลุ่ม Baby Boomers และแม้ว่าผู้กำหนดนโยบายของสหรัฐอเมริกา ได้วางแผนรองรับกลุ่มประชากรดังกล่าวแต่ก็ยังไม่ชัดเจนว่าได้มีการเตรียมการที่เพียงพอต่อการตอบสนองความต้องการของประชากรสูงอายุหรือไม่

การคุ้มครองสิทธิด้านเศรษฐกิจ มีกฎหมายฉบับสำคัญคือ กฎหมายการเลือกปฏิบัติต่ออายุในการจ้างงาน (Age Discrimination in Employment Act : ADEA) เป็นกฎหมายที่คุ้มครองและป้องกันสิทธิของประชากรอเมริกันจากการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานเนื่องจากอายุ เพื่อสร้างความเท่าเทียมกันในโอกาสการทำงาน ในแง่ของการรับเข้าทำงาน การปลดออกจางาน และเงื่อนไขอื่น ๆ ในการจ้างงาน อันนำไปสู่ศูนย์สำคัญต่อการเสนอแนะการคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุไทยด้านการจ้างงาน กล่าวคือ การมีกฎหมายคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุผ่านกฎหมายสิทธิพลเมืองและกฎหมายการเลือกปฏิบัติต่ออายุ ซึ่งคุ้มครองผู้สูงอายุโดยเฉพาะในการจ้างงาน มีกระบวนการเปลี่ยนแปลงอายุเกษียณที่เป็นระบบ ทั้งนี้ ยังมีข้อยกเว้นให้นายจ้างสามารถเลือกปฏิบัติต่ออายุได้ในกรณีการกำหนดคุณสมบัติทางอาชีพด้วยความสุจริตใจ รวมไปถึงการให้มีกระบวนการฟ้องร้องที่สามารถดำเนินการได้ในระดับท้องถิ่นระดับรัฐบาลกลางหรือสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเองในการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมขอพิพาทที่เกิดขึ้น



การคุ้มครองสิทธิด้านสุขภาพและคุณภาพชีวิต มีกฎหมายความมั่นคงทางสังคมเพื่อช่วยให้คนวัยทำงานสามารถวางแผนในการเกษียณได้รวมทั้งเป็นการป้องกันและการประกันความเสี่ยงแก่คนทำงานที่กลายเป็นคนพิการและไม่สามารถหารายได้ให้แก่ครอบครัว ในขณะเดียวกันได้มีโครงการความมั่นคงทางสังคม ที่ประกอบไปด้วยโครงการย่อยคือ โครงการประกันสังคม ซึ่งเป็นโครงการที่ผู้ได้รับผลประโยชน์ของโครงการจะมีส่วนร่วมในการจ่ายเงิน และโครงการสวัสดิการสังคม ที่เป็นโครงการของรัฐที่จะให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนหรืออุดหนุนทางการเงินให้ผู้ได้รับประโยชน์โดยไม่ต้องมีส่วนร่วมในการจ่ายเงิน และยังมีกฎหมายคุ้มครองคุณภาพชีวิตของผู้สูงอายุและโครงการสวัสดิการสังคม ที่มีสาระสำคัญในการคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุในด้านคุณภาพชีวิต ช่วยให้ประชากรอเมริกันพ้นจากความยากจนในแต่ละด้าน เช่นอาหารหรือค่าเช่าบ้าน

การคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรม กฎหมาย ADEA ยังมุ่งคุ้มครองผู้สูงอายุให้ได้รับความยุติธรรมอันเนื่องมาจากการจ้างงาน โดยให้สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าทดแทนในการเลือกปฏิบัติต่ออายุในการจ้างงาน ในการดำเนินการให้ผู้สูงอายุแจ้งต่อคณะกรรมการโอกาสในการจ้างงานอย่างเสมอภาค (The Equal Employment Opportunity Commission : EEOC) ภายใน 180 วัน หลังเกิดเหตุการณ์ ถ้ามีหลักฐานการเลือกปฏิบัติต่ออายุของตนเอง ADEA กำหนดให้ผู้ร้องเรียนแจ้งต่อสำนักงานการปฏิบัติการจ้างงานอย่างยุติธรรมประจำรัฐ (The State Fair Employment Practices :FEP) ภายใน 300 วันหลังเกิดเหตุการณ์ ซึ่งการพิจารณาความในศาลก็จะต้องแสดงหลักฐานสาเหตุจูงใจที่นำไปสู่การเลือกปฏิบัติเนื่องจากอายุ อาจเป็นคำพูด ข้อความ หรือหลักฐานการถูกปฏิบัติภายใต้ช่วงอายุที่ได้รับความคุ้มครองอย่างไม่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม ADEA ช่วยลดปัญหาการเลือกปฏิบัติต่ออายุจำนวนหนึ่งเท่านั้น ยังมีหลายกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติต่ออายุโดยไม่ได้เข้าสู่กระบวนการทางกฎหมาย

จากการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในสหรัฐอเมริกาอาจนำไปสู่ข้อเสนอแนะนโยบายและมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุของประเทศไทยได้โดยเฉพาะด้านความมั่นคงทางสังคมและด้านสวัสดิการสังคม กล่าวคือ สหรัฐฯ มีกฎหมายคุ้มครองผู้สูงอายุสำหรับการดำเนินชีวิตหลังเกษียณและโครงการประกันการชราภาพ มีการตั้งโครงการประกันสังคม ประกันสุขภาพสำหรับผู้สูงอายุและผู้พิการซึ่งเป็นโครงการร่วมในการจ่ายเงินในรูปของภาษีจากสัดส่วนของรายได้ที่มาจากค่าจ้างเงินเดือน ในขณะที่ยังทำงาน รวมทั้งการกำหนดกฎหมายคุ้มครองผู้สูงอายุโดยเฉพาะในด้านสุขภาพและความเป็นอยู่ พร้อมทั้งให้ผู้สูงอายุมีความเป็นอิสระในการดำเนินชีวิต และส่งเสริมให้มีพัฒนาโครงการต่อต้านความยากจน มีการให้สวัสดิการความช่วยเหลือต่าง ๆ แก่ผู้สูงอายุและครอบครัวที่มีรายได้ต่ำ ตลอดจนการอำนวยความสะดวกในการฟ้องร้องคดีทั้งจากสำนักงานรับผิดชอบระดับท้องถิ่นหรือระดับรัฐบาลกลางภายในระยะเวลาที่กำหนด

8

มาตรการและกลไกการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุในประเทศไทย

การศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องพบว่า ประเทศไทยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุภายใต้กรอบในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (United Nations General Assembly) ทั้ง 8 ด้าน ได้แก่ 1) การจ้างงาน 2) การคุ้มครองทางสังคม 3) อาหารและที่อยู่อาศัย 4) การสนับสนุนด้านสุขภาพ 5) การดูแลผู้สูงอายุระยะยาวและระยะสุดท้าย 6) ความรุนแรงและการถูกละเมิด 7) ความสามารถในการกฎหมาย และ 8) การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ซึ่งครอบคลุมทั้งในระดับรัฐธรรมนูญ ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี (พ.ศ. 2560 – 2579) แผนยุทธศาสตร์ กฎหมายลำดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรอง นโยบายและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ตลอดจนกลไกในการขับเคลื่อนเพื่อพัฒนาขีดความสามารถของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและเพื่อการพัฒนาคุณภาพชีวิตของผู้สูงอายุ โดยแบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 ด้าน ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุทางเศรษฐกิจ การคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุด้านสุขภาพและคุณภาพชีวิต และการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุในกระบวนการยุติธรรม โดยสรุป ดังนี้

8.1 การคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุทางเศรษฐกิจ

8.1.1 การจ้างงาน

ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรการ ตลอดจนการคุ้มครองและเยียวยาแรงงานสูงอายุ โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน ดังนี้

ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี : ยุทธศาสตร์ชาติด้านการสร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม มีเป้าหมายรองรับสังคมสูงอายุอย่างมีคุณภาพ โดยมีการเตรียมความพร้อมในทุกมิติ ทั้งมิติเศรษฐกิจ สังคม และสภาพแวดล้อม โดยเฉพาะการออมและการลงทุนระยะยาวตั้งแต่ก่อนเกษียณอายุ พัฒนาระบบและกลไกเพื่อสนับสนุนการปรับตัวของประชากรให้สามารถปรับเปลี่ยนอาชีพให้เหมาะสมตามแต่ละช่วงอายุ เพื่อยืดช่วงเวลาและเพิ่มโอกาสในการทำงานในยามสูงอายุและสร้างหลักประกันทางรายได้ให้แก่ตนเองได้นานขึ้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 74 บัญญัติว่า “รัฐพึงส่งเสริมให้ประชาชนมีความสามารถในการทำงานอย่างเหมาะสมกับศักยภาพและวัย และให้มีงานทำ และพึงคุ้มครองผู้ใช้แรงงานให้ได้รับความปลอดภัยและมีสุขอนามัยที่ดีในการทำงาน ได้รับรายได้สวัสดิการ การประกันสังคม และสิทธิประโยชน์ที่เหมาะสมแก่การดำรงชีพ และพึงจัดให้มีหรือส่งเสริมการออมเพื่อการดำรงชีพเมื่อพ้นวัยทำงาน”



พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่มีผลบังคับใช้เพื่อเป็นหลักประกัน และให้ความช่วยเหลือแก่ลูกจ้างสูงอายุที่ทำงาน โดยกฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์ในการสร้างความมั่นคงและหลักประกันให้กับประชาชนที่ทำงานและมีรายได้ประจำ โดยให้ความคุ้มครองลูกจ้างใน 7 กรณี ทั้งนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับลูกจ้างสูงอายุได้ให้ความคุ้มครองในกรณีประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพ ได้แก่ เงินเลี้ยงชีพรายเดือนหรือที่เรียกว่า “เงินบำนาญชราภาพ” และเงินบำเหน็จที่จ่ายให้แก่ครั้งเดียวหรือที่เรียกว่า “เงินบำเหน็จชราภาพ”

นอกจากนี้ มีหน่วยงานที่กำกับดูแลด้านการจ้างงานผู้สูงอายุ โดยเฉพาะสำนักงานปลัดกระทรวงแรงงานมีบทบาทในการประสานหน่วยงานในสังกัดที่รับผิดชอบดำเนินการ เช่น กรมการจัดหางาน มีหน้าที่ให้คำแนะนำ ปกป้องเกี่ยวกับข้อมูลข่าวสาร จัดอบรมเพิ่มทักษะหรือฝึกอาชีพให้แก่ผู้สูงอายุ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานมีหน้าที่ในการส่งเสริมนายจ้าง ลูกจ้าง ให้มีการจัดสวัสดิการแรงงานเพื่อสร้างหลักประกันความมั่นคงทางการเงินของลูกจ้าง เช่น การดำเนินชีวิตตามหลักเศรษฐกิจพอเพียงรู้จักการออมผ่านสหกรณ์ออมทรัพย์ กองทุนสำรองเลี้ยงชีพ เป็นต้น

8.1.2 การคุ้มครองทางสังคม

การคุ้มครองทางสังคมเป็นการดำเนินงานเพื่อให้ความคุ้มครองหรือให้หลักประกันทางสังคมในด้านต่าง ๆ อาทิ กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ และบริการสังคม โดยให้ความสำคัญแก่ประชาชน โดยเฉพาะกลุ่มผู้สูงอายุที่ต้องได้รับการปฏิบัติและการดูแลเป็นพิเศษในฐานะกลุ่มที่มีความเปราะบางทั้งทางร่างกายและจิตใจ ดังนั้น เพื่อให้ผู้สูงอายุมีคุณภาพชีวิตที่ดีและใช้ชีวิตอย่างสมศักดิ์ศรี ประเทศไทยจึงมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรการ ตลอดจนการคุ้มครองและเยียวยาผู้สูงอายุ โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทางสังคม ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา 45 วรรคสอง บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีและไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพ และบุคคลผู้ยากไร้ย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 เป็นกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องกับผู้สูงอายุโดยตรง โดยมีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมสนับสนุนให้ผู้สูงอายุได้รับสิทธิโดยได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 11 ซึ่งครอบคลุมทั้งด้านการจ้างงานที่อยู่อาศัย สุขภาพ ความปลอดภัย ตลอดจนการช่วยเหลือทางกฎหมาย

8.1.3 อาหารและที่อยู่อาศัย

ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรการ ตลอดจนการคุ้มครองและเยียวยาผู้สูงอายุ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาหารและที่อยู่อาศัย คือ

ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 238) พ.ศ. 2544 เรื่อง อาหารมีวัตถุประสงค์พิเศษ เป็น

กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาหารที่ผลิตขึ้นเป็นพิเศษ โดยกำหนดวิธีการควบคุมทั้งขั้นตอนการผลิต เครื่องมือในการผลิต การเก็บรักษาอาหาร ซึ่งอาหารมีวัตถุประสงค์พิเศษนี้แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ อาหารที่ใช้สำหรับผู้ป่วยเฉพาะโรค และอาหารที่ใช้สำหรับบุคคลผู้มีวัตถุประสงค์ในการบริโภคอาหารเป็นพิเศษ เช่น อาหารสำหรับผู้ที่ต้องการควบคุมน้ำหนักตัว อาหารสำหรับผู้สูงอายุ อาหารสำหรับผู้สตรีมีครรภ์

8.2 การคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุด้านสุขภาพและคุณภาพชีวิต

8.2.1 การสนับสนุนด้านสุขภาพ

ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรการ ตลอดจนการคุ้มครองและเยียวยาผู้สูงอายุ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนด้านสุขภาพ ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 5 หน้าที่ของรัฐ มาตรา 55 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึงเสริมสร้างให้ประชาชนมีความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการส่งเสริมสุขภาพและการป้องกันโรค และส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการพัฒนาภูมิปัญญาด้านแพทย์แผนไทยให้เกิดประโยชน์สูงสุด”

พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 เป็นกฎหมายว่าด้วยการรับรองสิทธิของบุคคลให้มีสิทธิเสมอกันในการรับบริการสาธารณสุขที่ได้มาตรฐานโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตามที่กฎหมายบัญญัติ การสนับสนุนกองทุนสุขภาพ ตลอดจนให้รัฐจัดและส่งเสริมการสาธารณสุขให้ประชาชนได้รับบริการที่ได้มาตรฐานและมีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง

แผนผู้สูงอายุแห่งชาติ ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2545 – 2564) มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความตระหนักของผู้สูงอายุและบุคคลในช่วงวัยอื่นให้เห็นความสำคัญในการดูแลผู้สูงอายุ เพื่อเตรียมความพร้อมให้ผู้สูงอายุมีคุณภาพชีวิต สามารถอยู่ร่วมในสังคมได้อย่างมีศักดิ์ศรี

8.2.2 การดูแลผู้สูงอายุระยะยาวและระยะสุดท้าย

ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรการ ตลอดจนการคุ้มครองและเยียวยาผู้สูงอายุ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดูแลผู้สูงอายุระยะยาวและระยะสุดท้าย ดังนี้

(1) ประกาศสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ เรื่อง หลักสูตรและคุณสมบัติของผู้ช่วยเหลือดูแลผู้สูงอายุที่มีภาวะพึ่งพิง พ.ศ. 2559 เป็นกฎหมายว่าด้วยการกำหนดคุณสมบัติของผู้ดูแลผู้สูงอายุด้วยเหตุผลด้านความปลอดภัย บุคคลที่จะทำหน้าที่ดูแลผู้สูงอายุควรมีมาตรฐานวิชาชีพ เพราะการดูแลผู้สูงอายุนั้นไม่ใช่เรื่องง่าย ต้องมีความอ่อนโยน เข้าใจในสภาพหรืออารมณ์ของผู้สูงอายุเป็นอย่างดี อีกทั้งเพื่อป้องกันปัญหาความรุนแรงและการถูกละเมิด จึงต้องมีการกำหนดรายละเอียดเฉพาะสำหรับบุคคลที่จะดูแลผู้สูงอายุ เช่น ผ่านการอบรมตามหลักสูตรการดูแลผู้สูงอายุไม่น้อยกว่า 70 ชั่วโมง



(2) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการไทย ผู้สูงอายุที่เป็นผู้พิการย่อมได้รับสิทธิในการดูแลสุขภาพ โดยเฉพาะเรื่องการฟื้นฟู เพราะนอกจากเป็นผู้สูงอายุที่ต้องดูแลเป็นพิเศษแล้ว หากเป็นผู้พิการย่อมได้รับการดูแลเป็นพิเศษมากขึ้น

(3) Personal Health Record: PHR เป็นระบบที่จะช่วยบูรณาการข้อมูลผู้ป่วยเพื่อสนับสนุนการรักษาและการจ่ายยาของแพทย์ เพื่อป้องกันผู้ป่วยได้รับยาซ้ำซ้อนโดยไม่จำเป็น โดยเฉพาะผู้สูงอายุที่ต้องรับประทานยาประจำตัวจำนวนมาก

8.3 การคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุในกระบวนการยุติธรรม

8.3.1 ความรุนแรงและการถูกละเมิด

ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรการ ตลอดจนการคุ้มครองและเยียวยาผู้สูงอายุ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรุนแรงและการถูกละเมิด ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 71 วรรคสาม บัญญัติว่า “รัฐพึงให้ความช่วยเหลือเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ ผู้ยากไร้ และผู้ด้อยโอกาส ให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างมีคุณภาพ และคุ้มครองป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวถูกใช้ความรุนแรง หรือปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม รวมตลอดทั้งให้การบำบัด ฟื้นฟูและเยียวยาผู้ถูกกระทำดังกล่าว”

(2) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 307 บัญญัติว่า “ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญา ต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความเจ็บป่วย ภัยพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสีย โดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

(3) ประกาศกระทรวงยุติธรรม เรื่อง การให้คำแนะนำ ปรีกษาและดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องในทางคดีสำหรับผู้สูงอายุ เป็นการกำหนดหน่วยงานที่รับผิดชอบในการดำเนินการให้คำปรึกษา ให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย รวมถึงการประสานงานกับหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง

8.3.2 ความสามารถในทางกฎหมาย

ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรการ ตลอดจนการคุ้มครองและเยียวยาผู้สูงอายุ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสามารถในทางกฎหมาย ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา 34 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะ...”

(2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 531 บัญญัติว่า “อันผู้ให้จะเรียกถอนคืนการให้เพราะเหตุผู้รับประพฤตินั้น ท่านว่าอาจจะเรียกได้แต่เพียงในกรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ถ้าผู้รับได้ประทุษร้ายต่อผู้ให้เป็นความผิดฐานอาชญาอย่างร้ายแรงตามประมวลกฎหมายลักษณะอาชญา หรือ (2) ถ้าผู้รับได้ทำให้ผู้ให้เสียชื่อเสียง หรือหมิ่นประมาทผู้ให้อย่างร้ายแรง หรือ (3) ถ้าผู้รับ

ได้บอกปิดไม่ยอมให้สิ่งของจำเป็นเลี้ยงชีวิตแก่ผู้ให้ ในเวลาที่ผู้ให้ยากไร้และผู้รับยังสามารถจะให้ได้” มาตรการดังกล่าวเป็นกลไกหนึ่งในการคุ้มครองให้ผู้สูงอายุเรียกคืนหรือถอนคืนทรัพย์สินที่ได้ เมื่อผู้รับประพฤติเนรคุณ

8.3.3 การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรการตลอดจนการคุ้มครองและเยียวยาผู้สูงอายุ โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “รัฐพึงจัดระบบการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรมทุกด้านให้มีประสิทธิภาพ เป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ และให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยสะดวก รวดเร็ว และไม่เสียค่าใช้จ่ายสูงเกินสมควร”

(2) พระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 ในคดีอาญากรณีที่ผู้เสียหายที่เป็นผู้สูงอายุ อ้างตนเองเป็นพยานในชั้นสืบพยาน กฎหมายไทยไม่มีมาตรการคุ้มครองผู้สูงอายุที่เป็นพยานไว้เป็นกรณี พิเศษ เพียงแต่คุ้มครองผู้สูงอายุเช่นเดียวกับพยานในกรณีทั่วไป

(3) ระเบียบคณะกรรมการกองทุนยุติธรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการช่วยเหลือประชาชนในการดำเนินคดี พ.ศ. 2559 อาศัยอำนาจแห่งพระราชบัญญัติกองทุนยุติธรรม พ.ศ. 2558 เป็นกำหนดวิธีการยื่นขอรับความช่วยเหลือซึ่งผู้สูงอายุสามารถยื่นคำขอรับการช่วยเหลือได้ด้วยตัวเอง หรือมอบหมายให้ผู้อื่นยื่นแทนได้ รวมถึงการอนุมัติค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง

9

บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ ต่อผู้สูงอายุในประเทศไทย

9.1 การเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุด้านเศรษฐกิจและสังคม

9.1.1 ปัญหาและอุปสรรคในการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุจากการเลือกปฏิบัติทางด้านเศรษฐกิจและสังคม ดังนี้

(1) การขาดกฎหมายคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานซึ่งประเทศไทยมีการรับรองสิทธิในการประกอบอาชีพของบุคคลไว้อย่างกว้างขวาง โดยมีได้มีกฎหมายระบุเป็นการเฉพาะถึงสิทธิของผู้สูงอายุ

(2) การขาดระบบความมั่นคงทางสังคมของผู้สูงอายุที่ครอบคลุม

(3) การขาดหลักเกณฑ์ด้านรายได้เพื่อรับสวัสดิการสังคม

(4) การไม่มีหน่วยปฏิบัติงานในระดับท้องถิ่นของกระทรวงที่รับผิดชอบงานด้านคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุ



(5) การขาดระบบการดูแลระยะยาวและระยะสุดท้ายสำหรับผู้สูงอายุ เพื่อเป็นระบบสำหรับผู้สูงอายุที่ไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ โดยเฉพาะการบริหารจัดการกิจการในส่วนผู้ให้บริการ การพัฒนาบุคลากรในการเป็นผู้ดูแล (Care givers) ให้มีมาตรฐานและมีคุณภาพ การควบคุมค่าใช้จ่าย การช่วยเหลือหรือสนับสนุนสมาชิกในครอบครัวที่ต้องออกจากงานมาทำหน้าที่ดูแล เป็นต้น กล่าวคือระบบประกันสังคมและระบบการประกันสุขภาพในปัจจุบันของประเทศไทย ยังไม่ได้ครอบคลุมการดูแลระยะยาวสำหรับผู้สูงอายุ

(6) การขาดการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วนของทุกภาคส่วนในการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุ ทั้งในภาคประชาสังคมและภาคเอกชน

(7) การขาดนโยบายและมาตรการ ตลอดจนกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการสภาพแวดล้อมที่เป็นมิตรต่อผู้สูงอายุ

(8) ทักษะคดีต่อผู้สูงอายุที่มองว่าผู้สูงอายุเป็น “ภาระ” มากกว่า “ทรัพย์”

9.1.2 ข้อเสนอแนะในการแก้ปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุด้านเศรษฐกิจและสังคม ดังนี้

ข้อเสนอแนะด้านกฎหมาย

(1) ควรออกกฎหมายเพื่อวางหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 ให้รองรับการเข้าถึงสิทธิของผู้สูงอายุในการจ้างงาน และการสร้างความมั่นคงทางสังคมที่แบ่งเป็นระบบประกันสังคม ระบบประกันสุขภาพให้ครอบคลุมผู้สูงอายุที่ทำงานในระบบการจ้างงานและนอกระบบการจ้างงาน รวมทั้งการประกอบกิจการของตนเอง นอกเหนือจากการให้สวัสดิการของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุให้ได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกัน

(2) ควรออกกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างงานผู้สูงอายุโดยเฉพาะ ในลักษณะของกฎหมายการจ้างงานของผู้สูงอายุในประเทศญี่ปุ่นและกฎหมายการต่อต้านการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานของสหรัฐอเมริกา

(3) ควรออกกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงทางสังคม ที่ครอบคลุมการประกันสังคม การประกันสุขภาพ

(4) ควรปรับปรุงกฎหมายหรือระเบียบการวางผังเมืองเฉพาะที่เป็นมิตรต่อผู้สูงอายุ ในระดับเมือง หรือท้องถิ่น

(5) ควรปรับปรุงกฎหมายหรือระเบียบการบูรณาการโครงการการจ้างงานผู้สูงอายุและระบบประกันสังคม ระบบประกันสุขภาพ

ข้อเสนอแนะด้านนโยบาย

(1) ควรมีการกำหนดนโยบายการจ้างงานผู้สูงอายุที่ชัดเจน

(2) ควรมีนโยบายการประกันความมั่นคงทางสังคมแก่ผู้สูงอายุ นอกเหนือจากการให้สวัสดิการในระยะสั้น โดยการจัดให้มีระบบประกันสังคมที่เป็นระบบบำนาญแห่งชาติครอบคลุมผู้สูงอายุทั้งที่ทำงานในระบบการจ้างงานและนอกระบบการจ้างงานหรือการประกอบกิจการเอง และระบบประกันสุขภาพครอบคลุมผู้ประกันและผู้อยู่ข้างหลัง และผู้พิการ/ผู้ไร้ความสามารถ

- (3) ควรมีนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมที่เป็นมิตรต่อผู้สูงอายุทั้งภายในและภายนอกที่อยู่อาศัย
- (4) ควรมีนโยบายการกระจายอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมการจ้างงาน ความมั่นคงทางสังคม และการจัดการสิ่งแวดล้อมที่เป็นมิตรต่อผู้สูงอายุไปในระดับท้องถิ่น
- (5) ควรมีนโยบายประชาสัมพันธ์ให้ข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิของผู้สูงอายุและคุ้มครองการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน และสร้างโอกาสในการมีงานทำของหน่วยงานภาครัฐที่เข้าใจง่ายและเป็นภาษาท้องถิ่น
- (6) ควรมีนโยบายในการติดตามผลโครงการและรายงานผลการดำเนินงานเกี่ยวกับการจ้างงาน การประกันสังคม การประกันสุขภาพ และสวัสดิการสังคม การพัฒนาสิ่งแวดล้อมที่เป็นมิตรกับผู้สูงอายุ ในด้านประสิทธิภาพของการคุ้มครองสิทธิด้วยข้อมูลเชิงประจักษ์ การคาดการณ์สถานการณ์ของนโยบาย และมาตรการและการเสนอทิศทางการกำหนดนโยบายและมาตรการในอนาคต นอกเหนือจากการรายงานผลงานประจำปี แบบปัจจุบันของหน่วยงานรัฐที่เป็นรายงานการใช้จ่ายงบประมาณ ทุกหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องควรมีรายงานสรุปภาพรวม เพื่อรายงานต่อสาธารณะในการดำเนินงานตามนโยบาย
- (7) ควรมีนโยบายการมีส่วนร่วมทุกภาคส่วน โดยเฉพาะภาคเอกชนในลักษณะการดำเนินธุรกิจ เพื่อการสร้าง ความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคมแก่ผู้สูงอายุโดยไม่แสวงหากำไร ในขณะเดียวกันองค์กรไม่แสวงหากำไรควรปรับการให้บริการหรือกิจกรรมที่เป็นเชิงรุกมากขึ้น และนายจ้างในภาคเอกชนควรปรับระบบการจ้างงานที่เอื้อต่อการทำงานของลูกจ้างผู้หญิงในลักษณะของเวลาทำงานที่ยืดหยุ่นหรือมีสถานดูแลเด็ก หรือผู้สูงอายุใกล้บ้านหรือใกล้ที่ทำงาน เพื่อสร้างความสมดุลในชีวิตการทำงานและชีวิตครอบครัว
- (8) ควรมีนโยบายการกำหนดเส้นขีดรายได้ขั้นต่ำ เพื่อเป็นเกณฑ์กำหนดอัตราเบี้ยประกันสังคม และการให้สวัสดิการสังคมแก่ผู้สูงอายุและครอบครัว

ข้อเสนอแนะแนวทางปฏิบัติ

- (1) ควรมีการประเมินสถานการณ์การจ้างงานและการประกันสังคม หรือสิ่งแวดล้อมที่เป็นมิตรกับผู้สูงอายุด้วยข้อมูลเชิงประจักษ์ของแต่ละหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง
- (2) ควรมีความร่วมมือในการทำงานระหว่างหน่วยงานที่มีเป้าหมายเดียวกัน อาจเป็นข้อตกลงระหว่างหน่วยงาน
- (3) ควรมีการใช้ประโยชน์จากเส้นความยากจน มาพัฒนาเป็นเกณฑ์ในการคัดเลือกผู้ยากจน หรือผู้มีรายได้น้อยที่เป็นเส้นขีดรายได้ต่ำ
- (4) ควรมีการจัดโครงการชุมชนชีวิตชุมชน เมือง หรือนคร ที่เน้นการสร้างงานในชุมชนหรือในท้องถิ่นแก่ผู้สูงอายุ อำนวยความสะดวกในการเดินทางและการอยู่อาศัยของผู้สูงอายุ

9.2 การเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุด้านสุขภาพและคุณภาพชีวิต

9.2.1 สภาพปัญหาซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการดูแลสุขภาพและคุณภาพของผู้สูงอายุอันจะนำไปสู่การเลือกปฏิบัติในผู้สูงอายุ สามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้



กลุ่มที่ 1 การสนับสนุนด้านสุขภาพ ได้แก่

(1) ปัญหาความชัดเจนของบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้สูงอายุในการได้รับการสนับสนุนด้านสุขภาพ

(2) ปัญหาความทั่วถึงและครอบคลุมการเข้าถึงสิทธิด้านบริการสุขภาพแก่ผู้สูงอายุ

(3) ปัญหาหลักประกันสุขภาพที่ไม่เท่าเทียมกัน

(4) ปัญหาความเชื่อมโยงของข้อมูลในการดูแลผู้สูงอายุ

(5) ปัญหาการถูกเลือกปฏิบัติของผู้สูงอายุที่เข้ารับบริการด้านสาธารณสุข

กลุ่มที่ 2 การดูแลผู้สูงอายุระยะยาวและระยะสุดท้าย ได้แก่

(1) ปัญหาการขาดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการวางระบบการดูแลระยะยาว

(2) ปัญหาการขาดเกณฑ์และกลไกการกำกับดูแลมาตรฐานของสถานดูแลผู้สูงอายุระยะยาว

(3) ปัญหาการขาดมาตรการส่งเสริมให้ครอบครัวเข้ามามีบทบาทในการดูแลผู้สูงอายุระยะยาว

9.2.2 ข้อเสนอแนะในการแก้ปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุด้านสุขภาพและคุณภาพชีวิต ดังนี้

ข้อเสนอแนะด้านกฎหมาย

(1) ควรออกระเบียบเพื่อวางหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 ให้รองรับการเข้าถึงสิทธิของผู้สูงอายุในการได้รับการบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข

(2) ควรออกกฎหมายเพื่อวางระบบรองรับการดูแลระยะยาว เช่น หลักเกณฑ์การจ่ายค่าตอบแทนให้ Care givers ที่ยังไม่มีระเบียบรองรับการเบิกจ่ายเงินในส่วนนี้

(3) ควรออกระเบียบเพื่อวางเกณฑ์มาตรฐานและกลไกการกำกับดูแลมาตรฐานในการดูแลผู้สูงอายุระยะยาว

(4) ควรออกกฎหมายเพื่อส่งเสริมให้ครอบครัวสามารถดูแลผู้สูงอายุได้เอง ตลอดจนชุมชน และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้เข้ามามีส่วนร่วม

ข้อเสนอแนะด้านนโยบาย

(1) ควรปฏิรูประบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า เพื่อสร้างความชัดเจนเรื่องความเหลื่อมล้ำของสวัสดิการสุขภาพ 3 ระบบ รวมถึงความเหลื่อมล้ำในระดับโครงสร้างทางสังคมเมืองและต่างจังหวัด ขยายการให้บริการทางการแพทย์ให้ทั่วถึงเพื่อลดความแตกต่างระหว่างผู้สูงอายุในชุมชนเมืองและชุมชนชนบท

(2) ควรวางระบบความเชื่อมโยงของข้อมูลการดูแลรักษาผู้สูงอายุรายบุคคล เพื่อลดปัญหาผู้สูงอายุได้รับยาซ้ำซ้อน ตลอดจนสามารถวางแผนการดูแลสุขภาพของผู้สูงอายุได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

(3) ภาครัฐควรส่งเสริมให้ภาคเอกชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามาจัดทำบริการด้านการดูแลผู้สูงอายุระยะยาว โดยรัฐเป็นผู้วางเกณฑ์มาตรฐานและกลไกการกำกับดูแลมาตรฐาน

(4) ควรขับเคลื่อนระบบการดูแลตนเองของผู้สูงอายุให้ประชาชนสามารถดูแลตัวเองได้ โดยมีพื้นที่หรือท้องถิ่นเป็นหน่วยงานสนับสนุน

ข้อเสนอแนะแนวทางปฏิบัติ

(1) หน่วยบริการด้านสาธารณสุขควรมีรูปแบบการให้บริการเชิงรุกและทั่วถึงยิ่งขึ้น

(2) ควรปรับปรุงพฤติกรรมของบุคลากรให้มีจิตเจริงงานบริการและความเห็นอกเห็นใจต่อผู้มารับบริการซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้สูงอายุ

(3) ควรส่งเสริมให้ครอบครัวเป็นผู้ดูแลผู้สูงอายุเอง โดยหน่วยบริการต้องเป็นผู้ให้ความรู้แก่ประชาชน

9.3 การเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุในการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรม

9.3.1 ปัญหาการเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุในการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรม แบ่งการวิเคราะห์เป็น 3 ประเด็นหลัก ดังนี้

ประเด็นที่ 1 ปัญหาความรุนแรงและการถูกละเมิด พบสภาพปัญหาที่เกี่ยวข้องหลายประการ ได้แก่ การทราบถึงสิทธิตามพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 การคุ้มครองผู้ถูกระทำความรุนแรงโดยครอบครัว การปฏิบัติของหน่วยงานในการคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุ

ประเด็นที่ 2 ปัญหาความสามารถในทางกฎหมายของผู้สูงอายุพบว่าปัจจุบันกฎหมายไทยไม่ได้กำหนดความสามารถตามกฎหมายของผู้สูงอายุเป็นการเฉพาะ อันเป็นเหตุให้ผู้สูงอายุอาจถูกเอารัดเอาเปรียบหรือถูกหลอกลวงในทรัพย์สินได้

ประเด็นที่ 3 ปัญหาการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม พบว่า ปัจจุบันไม่มีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุในกระบวนการยุติธรรมเป็นพิเศษแม้ว่าในความจริงผู้สูงอายุเป็นกลุ่มบุคคลที่มีลักษณะเปราะบางและควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษเช่นเดียวกับเด็ก สำหรับมาตรการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองและช่วยเหลือผู้สูงอายุในกระบวนการยุติธรรมยังไม่มี การให้ความสำคัญกับการนำกระบวนการยุติธรรมทางเลือกมาใช้ อีกทั้ง การให้ความคุ้มครองและช่วยเหลือผู้สูงอายุในกระบวนการยุติธรรมยังขาดการบูรณาการอย่างทั่วถึง

9.3.2 ข้อเสนอแนะในการแก้ปัญหาการคุ้มครองสิทธิในกระบวนการยุติธรรม



ข้อเสนอแนะด้านกฎหมาย

(1) ควรปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายคุ้มครองผู้ถูกระทำความรุนแรงในครอบครัวให้มีเจตนารมณ์คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุมากขึ้น และกำหนดให้มีมาตรการในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางเลือกอย่างเป็นรูปธรรม

(2) ควรกำหนดขั้นตอนในกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นต่างๆ ให้คำนึงถึงความเปราะบางของสภาพจิตใจของผู้สูงอายุที่ถูกกระทำละเมิด โดยอาจใช้วิธีเกี่ยวกับการสอบสวนและการดำเนินคดีกับเด็กและเยาวชน

(3) ควรตรากฎหมายเพื่อกำกับการดูแลและตรวจสอบผู้ดูแลและให้ความยินยอมในการจัดการทรัพย์สินของผู้สูงอายุที่บกพร่องด้านความสามารถในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเสียหรือเสื่อมสิทธิ

ข้อเสนอแนะด้านนโยบาย

(1) ภาครัฐควรส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามาจัดทำบริการให้ความช่วยเหลือและการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุจากการกระทำความรุนแรงในครอบครัว

(2) ควรวางระบบการทำงานของหน่วยราชการให้มีความเชื่อมโยงและบูรณาการกัน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

(3) ควรพัฒนาระบบกระบวนการยุติธรรมทางเลือกให้เหมาะสมและเข้าถึงกลุ่มผู้สูงอายุมากยิ่งขึ้น

ข้อเสนอแนะแนวทางปฏิบัติ

(1) ควรส่งเสริมการประชาสัมพันธ์ให้ผู้สูงอายุเข้าใจและรับทราบเกี่ยวกับสิทธิของคนอย่างทั่วถึงถูกต้อง และเพิ่มช่องทางที่สะดวกในการให้คำปรึกษาเรื่องต่าง ๆ โดยเฉพาะข้อกฎหมาย

(2) ควรปรับปรุง ส่งเสริม ให้หน่วยงานราชการและบุคลากรของรัฐมีทัศนคติและพฤติกรรมที่ดีเหมาะสม ในการให้บริการช่วยเหลือและคุ้มครองผู้สูงอายุ

(3) ควรส่งเสริมให้ผู้สูงอายุเชื่อมั่น ขจัดอคติต่าง ๆ เกี่ยวกับการให้บริการของหน่วยงานรัฐ

10

ข้อเสนอแนะเพื่อรองรับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วย สิทธิผู้สูงอายุของประเทศไทยในอนาคต มีดังนี้

10.1 การแก้ไขกฎหมายตั้งแต่ระดับรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 ให้เพิ่มสิทธิในการพึ่งตนเอง การมีส่วนร่วม การอุปการะเลี้ยงดู การบรรลุความต้องการ และความมีศักดิ์ศรี

10.2 การขยายบทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการผู้สูงอายุแห่งชาติและกองทุนผู้สูงอายุให้ครอบคลุมถึงสิทธิผู้สูงอายุตามหลักการผู้สูงอายุขององค์การสหประชาชาติ นอกเหนือจากการให้เป็นสวัสดิการรัฐอย่างเดียว

10.3 การจัดระเบียบความมั่นคงของประเทศในรูปแบบสากล คือ ระบบที่ประกอบไปด้วย ระบบประกันสังคมที่เป็นระบบบำนาญและระบบประกันสุขภาพและสวัสดิการสังคมที่เป็นการคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุเมื่อเกษียณ และเมื่อพิการหรือไร้ความสามารถที่มั่นคงและไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุ

10.4 การจัดระบบสวัสดิการสังคมให้หน่วยงานรัฐที่รับผิดชอบในแต่ละด้าน กำหนดโครงการทั้งในรูปของบริการที่ไม่เสียเงิน และผู้ได้รับสวัสดิการร่วมเสียค่าใช้จ่าย และมีการกำหนดเกณฑ์ในการรับสวัสดิการอย่างเป็นรูปธรรม เพื่อลดการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ที่ให้บริการ

10.5 การจัดระบบการดูแลระยะยาวและระยะสุดท้าย สำหรับการรองรับสิทธิของผู้สูงอายุในการดำรงชีวิตอยู่อย่างมีศักดิ์ศรี และมีความมั่นคงปลอดภัยปราศจากการถูกแสวงหาประโยชน์ ตลอดจนการปฏิบัติอย่างทารุณทั้งทางร่างกายและจิตใจ ได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างทางวัย เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ภูมิหลัง ศาสนา ความพิการ ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสถานภาพอื่นใด

10.6 การจัดองค์กรหรือหน่วยงานปฏิบัติการในท้องถิ่น และ/หรือจัดช่องทางการเข้าถึงให้หลากหลายเพื่อให้ผู้สูงอายุสามารถเข้าถึงระบบประกันและระบบสวัสดิการได้สะดวก

10.7 การส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนในรูปแบบขององค์กรไม่แสวงหากำไร เช่น social enterprise มาให้บริการในชุมชนหรือท้องถิ่น

10.8 การประชาสัมพันธ์ การให้ความรู้เกี่ยวกับสังคมผู้สูงอายุ การชราภาพ แก่ประชาชนทุกวัย เพื่อส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุ

11

ข้อเสนอจากงานวิจัย

จากข้อเสนอแนะที่กล่าวไว้ในมิติต่าง ๆ ข้างต้น ในประเด็นที่เกี่ยวกับการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิผู้สูงอายุ จะเห็นได้ว่ามีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายหน่วยงาน ซึ่งหน่วยงานเหล่านั้นจำเป็นต้องอาศัยการขับเคลื่อนแบบบูรณาการระหว่างหน่วยงาน แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการจัดทำรายงานผลการประเมินสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนของประเทศเสนอต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี และเผยแพร่ต่อประชาชน รวมทั้งการส่งเสริม



และสนับสนุนให้หน่วยงานมีการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ มีการเฝ้าระวังสถานการณ์ต่าง ๆ ที่อาจก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติในผู้สูงอายุได้ ทั้งนี้ สิ่งสำคัญที่สุดคือการจัดทำข้อเสนอแนะที่เกี่ยวข้องเพื่อให้หน่วยงานนำไปกำหนดนโยบายในการปฏิบัติหน้าที่ให้สามารถคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิผู้สูงอายุที่ครอบคลุมและมีประสิทธิภาพต่อไป และเพื่อให้ข้อเสนอแนะเฉพาะต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติชัดเจนมากยิ่งขึ้น จึงอาจสรุปได้ ดังนี้

11.1 ควรจัดทำรายงานประเมินสถานการณ์ประจำปีด้านสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุไทย ในรูปแบบของ White Paper on Human Rights of the Older Persons in Thailand โดยพิจารณาจากหลักการผู้สูงอายุขององค์การสหประชาชาติ และจากฐานข้อมูลที่ได้รวบรวมจากโครงการศึกษานี้

11.2 ควรจัดทำสถิติการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุในด้านต่าง ๆ อาจจะพิจารณาจากการคุ้มครองสิทธิภายใต้พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 หรือหลักการสำหรับผู้สูงอายุขององค์การสหประชาชาติ โดยวิธีการสำรวจรวบรวมข้อมูลเชิงประจักษ์ หรือรวบรวมจากสถิติข้อมูลจากแหล่งต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น สำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือกระทรวงยุติธรรม องค์กร/มูลนิธิเอกชน เพื่อใช้เป็นฐานข้อมูลของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการประกอบรายงานในการวิเคราะห์สถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุต่อไป เพื่อการเป็นศูนย์กลางข้อมูลองค์ความรู้เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุ

11.3 ควรจัดทำเอกสารเกี่ยวกับสิทธิของผู้สูงอายุเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ต่อสาธารณะ รวมทั้งการประชาสัมพันธ์ใน Social Media

11.4 จัดทำข้อเสนอแนะต่อหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจที่เกี่ยวข้องในการป้องกันการเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุ เพื่อนำแนวทางไปกำหนดนโยบาย กฎหมาย และระเบียบที่เกี่ยวข้องต่อไป

ข้อพิจารณา ว่าด้วยหลักสิทธิมนุษยชน

กับรางวัลเหรียญทองการศึกษาวิชาการ
ว่าด้วยการไว้ทรงผมของนักเรียน
และนักศึกษา พ.ศ.

ผู้สรุปและเรียบเรียง: นางสาวปวีณา จันทรเิียด





ข้อพิจารณาว่าด้วยหลักสิทธิมนุษยชนกับร่างระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการไว้ทรงผมของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ.

นางสาวปิรญา จันทร์เอียด¹

1

ความเป็นมา

สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการมีหนังสือ ที่ ศธ 0209/1030 ลงวันที่ 16 มกราคม 2563 เชิญเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเข้าร่วมประชุมพิจารณาร่างระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการไว้ทรงผมของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. เมื่อวันที่ 24 มกราคม 2563 ณ ห้องประชุมจันทน์เกษม อาคารราชวัลลภ กระทรวงศึกษาธิการ

2

สรุปสาระสำคัญ

นายประเสริฐ บุญเรือง ปลัดกระทรวงศึกษาธิการ ประธานในการประชุม กล่าวถึงการพิจารณา ร่างระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการไว้ทรงผมของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. ซึ่งผ่านการรับฟังความคิดเห็นจากนักเรียนและนักศึกษาแล้ว ตามพระราชกฤษฎีกาการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ. 2558 ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2562 การประชุมในครั้งนี้จึงเป็นขั้นตอนการรับฟังความเห็นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง สรุปได้ดังนี้

2.1 ความเป็นมาของกฎหมายเกี่ยวกับการไว้ทรงผมของนักเรียนและนักศึกษา

เดิมมีประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน 2515 อันเป็นกฎหมายในระดับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ โดยข้อ 4 และ ข้อ 11 ให้อำนาจกระทรวงศึกษาธิการในการออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษาให้อยู่ในระเบียบวินัยของโรงเรียนหรือสถานศึกษาที่สังกัดอยู่ และต้องแต่งกายหรือเครื่องแบบตามระเบียบข้อบังคับของโรงเรียนและสถานศึกษาหรือตามที่กฎหมายกำหนด โดยกระทรวงศึกษาธิการได้กำหนดการแต่งกายและความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษาไว้ใน กฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2515) ลงวันที่ 28 มิถุนายน 2515 ออกตามความใน

¹ นิติกรชำนาญการ สำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ผู้สรุปและเรียบเรียง.

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน 2515 ซึ่งในข้อ 1 กำหนดว่า “การแต่งกายและความประพฤติดังต่อไปนี้ ถือว่าไม่เหมาะสมแก่สภาพของนักเรียน

(1) กรณีนักเรียนชายไว้ผมยาว โดยไว้ผมข้างหน้าและกลางศีรษะยาวเกิน 5 เซนติเมตร และชายผมรอบศีรษะไม่ตัดเกรียนชิดผิวน้ำ หรือไว้หนวดไว้เครา

(2) นักเรียนหญิงตัดผมหรือไว้ผมยาวเลยต้นคอ หากโรงเรียนหรือสถานศึกษาได้อนุญาตให้ไว้ยาวเกินกว่านั้นแล้วไม่รวบให้เรียบร้อย ตลอดจนใช้เครื่องสำอางหรือสิ่งแปลกปลอมเพื่อการเสริมสวย ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม”

ต่อมา ข้อ 1 (1) แห่งกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2518) ลงวันที่ 6 มกราคม 2518 ที่ออกตามความในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน 2515 กำหนดว่า กรณีนักเรียนชายตัดผมหรือไว้ผมยาวจนด้านข้างและด้านหลังยาวเลยต้นผมหรือไว้หนวดไว้เครา และกรณีนักเรียนหญิงที่ตัดผมหรือไว้ผมยาวเลยต้นคอ แต่หากโรงเรียนอนุญาตให้ไว้ยาวเกินกว่านั้นแล้วไม่รวบให้เรียบร้อย ตลอดจนใช้เครื่องสำอางหรือสิ่งแปลกปลอมเพื่อการเสริมสวย ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสม

จากนั้นภายหลังได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 โดยมาตรา 3 (1) ได้กำหนดให้ยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน 2515 แต่ในบทเฉพาะกาล มาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ได้บัญญัติให้บรรดากฎกระทรวง ข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งในเรื่องเกี่ยวกับความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษา กระทรวงศึกษาธิการได้ออกกฎกระทรวงกำหนดความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. 2548 ที่ออกตามความในมาตรา 6 และมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ส่วนเรื่องเกี่ยวกับการลงโทษนักเรียนและนักศึกษา กระทรวงศึกษาธิการได้ออกระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการลงโทษนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. 2548 ซึ่งออกตามความในมาตรา 6 และมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ

2.2 การดำเนินการของกระทรวงศึกษาธิการที่ผ่านมา

ช่วงเดือน มกราคม 2562 สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษาธิการได้ดำเนินการทบทวนความเหมาะสมของกฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2515) ออกตามความประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน 2515 และกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2518) ออกตามความประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน 2515 ต่อมาในเดือนสิงหาคม 2562 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการได้อนุมัติหลักการร่างระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยทรงผมของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. โดยกระทรวงศึกษาธิการได้นำเอาร่างระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการไว้ทรงผมของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. ไปรับฟังความเห็นจากนักเรียนและนักศึกษาผ่านทางแบบฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างวันที่ 22 สิงหาคม 2562 – วันที่ 15 กันยายน 2562



การพิจารณาร่างระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการไว้ทรงผมของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ.

ผู้เข้าร่วมการประชุมประกอบด้วยผู้แทนโรงเรียนในสังกัดภาครัฐและเอกชน อีกทั้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้ร่วมกันอภิปรายและพิจารณา โดยมีประเด็น ดังนี้

3.1 ฐานอำนาจที่ใช้ในการออกร่างระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการไว้ทรงผมของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. นั้น แต่เดิมการออกกฎกระทรวงที่กำหนดหลักเกณฑ์และกรอบการควบคุมความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษา คือ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน 2515 แต่เมื่อประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวถูกยกเลิกไปโดยความในมาตรา 3 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546⁴ บรรดากฎกระทรวง ข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งที่ออกโดยอาศัยอำนาจของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวต่างใช้บังคับมาได้โดยผลของบทเฉพาะกาลในมาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ซึ่งในเรื่องเกี่ยวกับความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษานั้น กระทรวงศึกษาธิการได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 และมาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ออกกฎกระทรวงกำหนดความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. 2548 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ในส่วนของการกำหนดโทษของนักเรียนและนักศึกษา ตลอดจนการลงโทษได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 และมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ออกระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการลงโทษนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. 2548 แล้ว แต่ในเรื่องทรงผมของนักเรียนนั้น ผู้ร่างกฎหมายเห็นว่า การอาศัยอำนาจตามมาตรา 6 และ มาตรา 64² แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ อาจจะส่งผลกระทบต่อผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย ตามมาตรา 88³ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ กระทรวงศึกษาธิการ จึงได้พิจารณาอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวง ศึกษาธิการ พ.ศ. 2546⁴ แทน แต่อย่างไรก็ตาม การอาศัยอำนาจตาม

² พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 64 นักเรียนและนักศึกษาต้องประพฤติตนตามระเบียบของโรงเรียนหรือสถานศึกษาและตามที่กำหนดในกฎกระทรวง.

³ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 88 ผู้ใดกระทำการอันเป็นการยุยง ส่งเสริม ช่วยเหลือ หรือสนับสนุนให้นักเรียนหรือนักศึกษาฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 64 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือนหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.

⁴ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 มาตรา 12 กระทรวงศึกษาธิการมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและกำหนดนโยบาย เป้าหมาย และผลสัมฤทธิ์ของงานในกระทรวงศึกษาธิการให้สอดคล้องกับนโยบายที่คณะรัฐมนตรีแถลงไว้ต่อรัฐสภา หรือที่คณะรัฐมนตรีกำหนดหรือนุมัติ โดยจะให้มีรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงศึกษาธิการเป็นผู้ช่วยสั่งและปฏิบัติราชการก็ได้

ในกรณีที่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงศึกษาธิการ การสั่งหรือการปฏิบัติราชการของรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงศึกษาธิการให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการมอบหมาย.

มาตรา 12 ดังกล่าวข้างต้น อาจมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของร่างระเบียบฯ เนื่องจากบทบัญญัติในกฎหมายแม่บทตีความไม่ครอบคลุมถึงอำนาจในเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องทรงผมของนักเรียนและนักศึกษา หรือความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษาไว้โดยตรง

3.2 นิยามในร่างระเบียบกระทรวงศึกษาธิการฯ ข้อ 3 ที่กำหนดว่า “สถานศึกษา” หมายความว่า สถานศึกษาในสังกัดหรือกำกับดูแลของกระทรวงศึกษาธิการที่จัดการศึกษาขั้นพื้นฐาน เว้นแต่การศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย นั้น ไม่ครอบคลุมถึงกรณีของการศึกษาในระดับประกาศนียบัตรวิชาชีพชั้นสูง (ปวส.) ซึ่งยังอยู่ภายใต้สังกัดกระทรวงศึกษาธิการ **จึงเห็นควรให้เพิ่มเติมการศึกษาระดับอนุปริญาตดังกล่าวลงใน นิยามคำว่า “สถานศึกษา” ด้วย**

3.3 ประเด็นกรณีเพศชาย การตีความถ้อยคำในร่างข้อ 4 (1) ที่กำหนดว่า “นักเรียนและนักศึกษาชายจะไว้ผมสั้นหรือผมยาวก็ได้ กรณีไว้ผมยาว ด้านข้าง ด้านหลัง ด้านหน้าและกลางศีรษะให้เป็นไปตามความเหมาะสมและความเรียบร้อย” มีปัญหาว่า ผมยาว หรือผมสั้นที่เหมาะสมและมีความเรียบร้อยของนักเรียนนั้น ควรจะมีความยาวเท่าใด เนื่องจากทรงผมสั้น ทรงผมยาวในแต่ละรูปแบบย่อมมีความสั้นยาวที่แตกต่างกันอันอาจนำมาซึ่งปัญหาว่าทรงผมสั้นหรือยาวแบบใดจึงจะมีความเหมาะสมและเรียบร้อย ด้วยเหตุนี้ ที่ประชุมจึงมีความเห็นให้แก้ไขเพิ่มเติมเป็นว่า **“....กรณีไว้ผมยาวด้านข้าง ด้านหลัง ด้านหน้า ยาวไม่เกินดินผม....”**

3.4 ประเด็นเกี่ยวกับการห้ามไว้หนวดเคราของนักเรียนและนักศึกษาชายที่เคยปรากฏในข้อ 1 (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2518) ลงวันที่ 6 มกราคม 2518 แต่กลับไม่พบข้อห้ามดังกล่าวทั้งในกฎกระทรวงกำหนดความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. 2548 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และในร่างระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการไว้ทรงผมของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. ซึ่งอาจมีผลให้การไว้หนวดเคราอาจไม่อยู่ภายใต้ข้อห้ามของกฎหรือระเบียบใดๆ ของกระทรวงศึกษาธิการ ที่ประชุมจึงกำหนดให้แก้ไขโดยเพิ่มเติม (3) ในร่างข้อ 5 ว่า “นักเรียนและนักศึกษาต้องห้ามปฏิบัติตนเกี่ยวกับการไว้ทรงผม ดังต่อไปนี้ (3) ไว้หนวดเครา....” และให้เปลี่ยนข้อความใน (3) เดิม เป็น (4) โดยที่ประชุมเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติม (4) จาก “การกระทำอื่นใดซึ่งไม่เหมาะสมกับสภาพการเป็นนักเรียน นักศึกษา เช่น การตัดแต่งทรงผมเป็นรูปทรงสัญลักษณ์หรือมีลักษณะคล้ายคลึงภาพบุคคลหรือสถานที่ เป็นต้น” เป็น **“เช่น การตัดแต่งทรงผมเป็นรูปทรงสัญลักษณ์หรือมีลักษณะเป็นลวดลาย เป็นต้น”** เพื่อให้ครอบคลุมทุกลักษณะการตัดแต่งทรงผมที่อาจเกิดขึ้นตามยุคสมัยในอนาคต



4

ข้อสังเกต

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้เคยมีรายงานผลการพิจารณาคำร้องที่ขอให้เสนอแนะนโยบายหรือข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายที่ 416/2555 เรื่องสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลและสิทธิเด็ก กรณีเห็นว่าการกำหนดแบบทรงผมของนักเรียนกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยเห็นว่า การกำหนดแบบทรงผมของนักเรียนที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2515) แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2518) ซึ่งยังมีผลบังคับใช้ตามบทเฉพาะกาล มาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 แม้ว่าจะไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน แต่กระทรวงศึกษาธิการมิได้กำหนดแนวทางการปฏิบัติให้เกิดความชัดเจนและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน จึงมีมติให้มิข้อเสนอแนะเชิงนโยบายเสนอต่อคณะรัฐมนตรี โดยให้กระทรวงศึกษาธิการปรับปรุงและแก้ไขกฎกระทรวงที่ใช้บังคับอยู่ให้สอดคล้องกับมิติด้านสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และพันธกรณีระหว่างประเทศที่ให้การคุ้มครองและรับรองไว้

สำหรับร่างระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการไว้ทรงผมของนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. ซึ่งได้ผ่านการรับฟังความคิดเห็นจากผู้เกี่ยวข้องดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ต่อมาได้ออกเป็นระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการไว้ทรงผมของนักเรียน พ.ศ. 2563 โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2563 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 2 พฤษภาคม 2563 ที่ผ่านมา ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อ 7 ของระเบียบดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่ามีความสอดคล้องกับแนวทางที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้เคยมีข้อเสนอแนะไปยังกระทรวงศึกษาธิการเมื่อปี พ.ศ. 2555 โดยข้อ 7 ของระเบียบฯ ได้กำหนดให้สถานศึกษาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสถานศึกษาวางระเบียบเกี่ยวกับการไว้ทรงผมของนักเรียนที่มีความเฉพาะเจาะจงได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับระเบียบนี้ โดยให้ยึดถือหลักความเหมาะสมในการพัฒนาบุคลิกภาพที่ดีของนักเรียนและการมีส่วนร่วมของนักเรียนสถานศึกษา ผู้ปกครอง และชุมชนท้องถิ่น ดังนั้น จึงเห็นว่าระเบียบฯ นี้ มีความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้หลักการมีส่วนร่วมโดยยึดถือประโยชน์สูงสุดของเด็กนักเรียน ทั้งนี้ โรงเรียนสามารถที่จะออกระเบียบที่มีความเหมาะสม ยืดหยุ่นและสอดคล้องกับยุคสมัยภายใต้กรอบที่กระทรวงศึกษาธิการกำหนดได้

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน (Instruction for Author)

รูปแบบ (Format)	พิมพ์ด้วยตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 พอยต์ ระยะบรรทัด 1 ใช้ระบบอ้างอิง APA Style (ศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมที่ http://library.nhrc.or.th/Document/Manual/apa.pdf)
บทความ (Article)	ความยาวขนาด 15 – 20 หน้ากระดาษเอ 4 รวมการอ้างอิงและหรือบรรณานุกรม (พร้อมบทคัดย่อ ความยาวไม่เกิน ¼ หน้ากระดาษเอ 4 และคำสำคัญจำนวน 3 – 5 คำ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ)
การส่งบทความ (Submission)	กองบรรณาธิการเปิดรับบทความเพื่อพิจารณาตลอดปี โดยผู้เขียนต้องส่งต้นฉบับ บทความ จำนวน 1 ชุด พร้อมไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (Word) ส่งมาพร้อมกับแบบฟอร์ม การส่งบทความ บทความหรือผลงานที่จะตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนจะต้อง ไม่เคยตีพิมพ์และเผยแพร่ที่ไหนมาก่อน ทั้งนี้ ผู้เขียนสามารถส่งบทความมาที่ 1. กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน สำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ ๘๐ พรรษา ๕ ธันวาคม ๒๕๕๐ อาคารรัฐประศาสนภักดี (อาคารบี) ชั้น 6 - 7 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210 โทรศัพท์ 02-141-1928 , 02-141-3989 โทรสาร 02-143-8720 2. E-mail: law_journal@nhrc.or.th
หมายเหตุ (Note)	1. การพิจารณาบทความหรือผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิ์ของกองบรรณาธิการ และกองบรรณาธิการไม่รับผิดชอบใน เนื้อหาหรือความถูกต้องของบทความหรือผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์ 2. บทความหรือข้อความใดๆที่ปรากฏในวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนเป็น วรรณกรรมและความคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย 3. กองบรรณาธิการขอสงวนสิทธิ์ในการตรวจแก้ไขรูปแบบ (Format) บทความ หรือผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์ และอาจจะส่งบทความหรือผลงานคืนไปยังผู้เขียนเพื่อให้ แก้ไขเพิ่มเติมหรือพิมพ์ต้นฉบับใหม่ แล้วแต่กรณี



แบบฟอร์มการส่งบทความเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

วันที่ เดือน พ.ศ.

เรียน บรรณาธิการวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน

ข้าพเจ้า : ☐ นาย ☐ นาง ☐ นางสาว ☐ อื่น ๆ (โปรดระบุ)

ชื่อ-สกุล (ภาษาไทย) :

ชื่อ-สกุล (ภาษาอังกฤษ) :

ตำแหน่ง : หน่วยงาน :

มีความประสงค์ขอส่ง : ☐ บทความวิจัย ☐ บทความวิชาการ

ชื่อเรื่อง (ภาษาไทย) :

ชื่อเรื่อง (ภาษาอังกฤษ) :

คำสำคัญ (ภาษาไทย) :

คำสำคัญ (ภาษาอังกฤษ) :

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาไทย) :

.....

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาอังกฤษ) :

.....

ที่อยู่ปัจจุบันที่ติดต่อได้เพื่อจัดส่งวารสาร :

.....

โทรศัพท์ : โทรสาร :

โทรศัพท์มือถือ : E-mail :

ข้าพเจ้าขอรับรองว่าบทความนี้ :

- ☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าจริงโดยมิได้คัดลอกหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
- ☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าแต่เพียงผู้เดียว
- ☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าและผู้ร่วมงานตามที่ระบุไว้ในบทความจริง
- ☐ เป็นบทความที่ไม่เคยตีพิมพ์และเผยแพร่ในวารสารใดมาก่อน
- ☐ ยินยอมให้กองบรรณาธิการปรับเปลี่ยนรูปแบบของบทความให้เป็นไปตามที่กองบรรณาธิการกำหนด

หมายเหตุ : 1. บทความที่ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ เป็นข้อคิดเห็นส่วนบุคคลของผู้เขียนบทความและเจ้าของผลงาน ไม่มีข้อผูกพันกับกองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน

2. ข้าพเจ้านุญาตให้นำบทความที่ตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนมาแปลงเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (PDF) เพื่อเผยแพร่ในเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติสำหรับการศึกษาและอ้างอิง

(ลงชื่อ) ผู้ส่งบทความ
(.....)



สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

อุณาโลม	หมายถึง ความยิ่งใหญ่
รัศมี	หมายถึง การแผ่ไพศาลหรือการให้ความช่วยเหลือประชาชนไปทั่วทุกทิศ
รูปทรงดอกบัว	หมายถึง ความมีคุณธรรม ความเอื้ออาทรระหว่างเพื่อนมนุษย์อันเป็นจริยวัตรอันดีงามของคนไทย
รูปคนล้อมเป็นวงกลม	หมายถึง การสร้างพลังความร่วมมือกับทุกภาคส่วนของสังคม เพื่อเสริมสร้างวัฒนธรรมสิทธิมนุษยชนให้เป็นส่วนสำคัญในกระบวนการพัฒนาประเทศ
รูปมือ	หมายถึง การร่วมมือกับทุกภาคส่วนของสังคมทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ ในการโอบอุ้มคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพ ด้วยหลักแห่งความเสมอภาค และภราดรภาพ
สีน้ำเงิน	หมายถึง สีของความเชื่อมั่นของประชาชนและทุกภาคส่วนของสังคม หมายถึง ความมุ่งมั่น อดทนในการทำงานเพื่อประชาชน หมายถึง ความสามัคคี และการประสานพลังอย่างหนักแน่นจากทุกภาคส่วนของสังคม เพื่อเสริมสร้างวัฒนธรรมสิทธิมนุษยชนในสังคมไทย



เชิญชวนส่งบทความ



วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน

“ขอเชิญชวนส่งบทความวิจัย
บทความวิชาการ ที่มีเนื้อหา
นิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ กระบวนการยุติธรรม
ที่สอดคล้องกับหลักการด้านสิทธิมนุษยชน”

เพื่อลงตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน
สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ



สามารถดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่



กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน
สำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
โทรศัพท์ 02-141-1928 , 02-141-3989 โทรสาร 02-143-8720
E-mail: law_journal@nhrc.or.th
Facebook Page: วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน



สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ ๘๐ พรรษา ๕ ธันวาคม ๒๕๕๐

อาคารรัฐประศาสนภักดี (อาคารบี) ชั้น 6-7

120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210

โทรศัพท์ 0 2141 3800, 0 2141 3900 สายด่วนร้องเรียน 1377

เว็บไซต์ www.nhrc.or.th

