



วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Law Journal)

ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2564)

ISSN 2730-1931



วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Law Journal)

ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (มกราคม – มิถุนายน 2564)



วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Law Journal)

ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (มกราคม – มิถุนายน 2564)

ISSN : 2730-1931

จำนวนพิมพ์ : 600 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 : lbooklet 88 8 ถนนฉลองกรุง แขวงลำปลาทิว เขตลาดกระบัง
กรุงเทพมหานคร 10520 โทร 092 – 276 4177

วัตถุประสงค์

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

รายชื่อคณะจัดทำวารสาร

ที่ปรึกษากิตติมศักดิ์

ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ที่ปรึกษากองบรรณาธิการ

เลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ผู้อำนวยการสำนักกฎหมาย

ผู้อำนวยการกลุ่มงานเสนอแนะการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย 1

ผู้อำนวยการกลุ่มงานเสนอแนะการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย 2

ผู้อำนวยการกลุ่มงานนิติการ

บรรณาธิการ

ดร. โกเมศ

สุบงกช

กองบรรณาธิการ

นางสาวกุลภัสสรณ์	คัมภีร์ญานนท์	นายกันตพัฒน์	วงศ์สินอุดม
นางภัทรพร	ฉิมพิมาย	นายพงศธร	รักษาการ
นางสาวปวีณา	จันทร์เอียด	นายณัฐพงศ์	พรหมหอม
นางสาวเกษดาว	เพิ่มพูล	นางสาวมณีจันทร์	พึงรักดี
นายพลัฏฐ์	ศุภาพาร	นางสาวนิญภัช	แก้วกัน
นายเอกลักษณ์	ภูมิศาสตร์า	นางสาวรุ่งทิวา	น้อยหา
นางสาวอิชิรา	ธนรัช	นายสรธัญ	มณีพรหม
นายภาณุพงศ์	คงสมบูรณ์		

บทบรรณาธิการ

วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ เป็นวารสารกฎหมายปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (มกราคม – มิถุนายน 2564) ซึ่งได้รวบรวมบทความวิชาการและบทความวิจัยจากผู้ทรงคุณวุฒิด้านสิทธิมนุษยชน โดยเป็นเรื่องที่อยู่ในความสนใจของประชาชนและทันต่อสถานการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบัน เช่น การประเมินความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนของมาตรการรัฐในการป้องกันโรคติดเชื้อโควิด 19 ความไม่สมดุลระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์ และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ ภายใต้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 เป็นต้น นอกจากนี้ ยังได้นำผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้วินิจฉัยวางบรรทัดฐานไว้เป็นอุทธรณ์ และข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่น่าสนใจ ทั้งยังมีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนที่จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาสังคมไทยให้เคารพในสิทธิมนุษยชนซึ่งกันและกัน

กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนฉบับนี้จะมีคุณค่าและประโยชน์ในการสร้างเสริมสังคมแห่งการเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมทั้งสร้างความเข้าใจในสิทธิมนุษยชนและหลักการของสิทธิมนุษยชนต่อภาครัฐและเอกชน ในการนี้ กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่ให้ความกรุณาเขียนบทความที่เป็นประโยชน์ต่อวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนฉบับนี้

บรรณาธิการ
กรกฎาคม 2564

สารบัญ

คอลัมน์พิเศษ

นโยบายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

- พรประไพ กาญจนรินทร์
ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

7

บทความวิชาการ

สิทธิของผู้ต้องขังในกระบวนการยุติธรรม

- รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท

11

การประเมินความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน

ของมาตรการรัฐในการป้องกันโรคติดเชื้อโควิด 19

ในกรณีมาตรการให้ติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะ

- รองศาสตราจารย์ศณานิป ทองรวีวงศ์

25

ความไม่สมดุลระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์

และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์

ภายใต้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564

- ญัฐดนัย นาจันทร์

51

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2560

- นคร วัลลิภากร

73

สารบัญ (ต่อ)

บทความวิชาการ

ผู้ลี้ภัยทางการเมืองกับยุทธศาสตร์การเอาตัวรอด
กรณีศึกษา คนไทยผู้ลี้ภัยการเมืองในประเทศฝรั่งเศส

91

- พร้อมพงษ์ วงศ์ราษฎร์
รองศาสตราจารย์ ดร. ธนพันธ์ ไส้ประกอบทรัพย์

คอลัมน์ประจำ

อุทธรณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชน

107

การประกอบกิจการโรงงานโดยปล่อยน้ำทิ้ง
ไม่ผ่านเกณฑ์มาตรฐานทำให้ประชาชนไม่สามารถใช้ประโยชน์
จากลำน้ำในการอุปโภคบริโภคได้เป็นการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริม
และคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่น่าสนใจ

111

กรณีการสนับสนุนและผลักดันร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.

สรุปงานวิจัยที่น่าสนใจ

125

สรุปงานวิจัย เรื่อง บทบาทของสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการคุ้มครองการละเมิด
สิทธิมนุษยชนของภาคเอกชน

สรุปการประชุม/สัมมนาทางวิชาการ

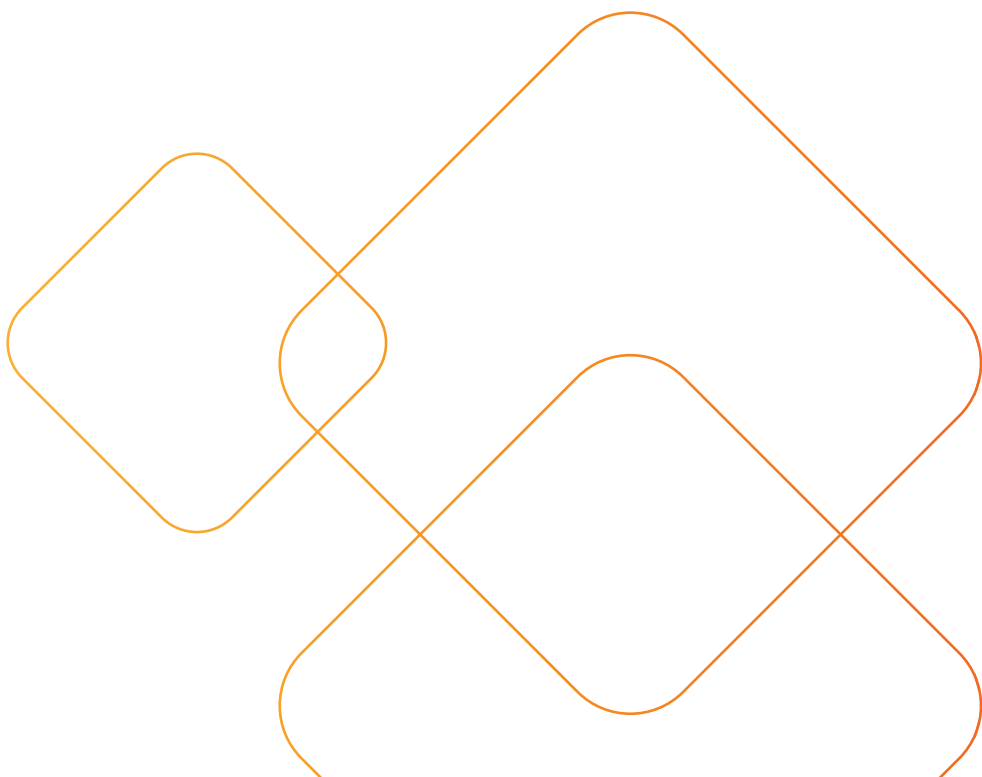
141

การส่งเสริมและให้ความคุ้มครองชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์
ตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ.



พรประไพ กาญจนรินทร์
ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

นโยบายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ



นโยบายคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ตามที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (ชุดที่ 4) ได้เริ่มปฏิบัติหน้าที่ภายหลังจากมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งประธานกรรมการและกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2564 นั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตระหนักถึงความท้าทายในการเข้ามาทำหน้าที่ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ในสภาวะที่เกิดวิกฤติการแพร่ระบาดของโรคไวรัสโควิด 19 ซึ่งมีผลกระทบกับชีวิตและ สิทธิของผู้คนในทุกด้าน ไม่ว่าจะเป็นด้านสุขภาพ เศรษฐกิจ สังคม ทำให้ประชาชนบางกลุ่มได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงอย่างไม่เคยมีมาก่อน รวมถึงความท้าทายจากการเปลี่ยนแปลงที่รวดเร็วของสังคมและโลกปัจจุบันจากความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ผลกระทบของระบบนิเวศ และความซับซ้อนของปัญหาความเหลื่อมล้ำทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคม

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตระหนักดีว่า สิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องของทุกคนในสังคมที่จะต้องร่วมมือกันในการส่งเสริมป้องกันและแก้ไขปัญหา เพื่อนำพาสังคมไทยไปสู่การเคารพในสิทธิมนุษยชนและการอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขด้วยความเชื่อมั่นและการมีส่วนร่วมเป็นสำคัญ ขณะเดียวกันการทำงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะต้องมีความโปร่งใส กล้าหาญ เที่ยงธรรม ปราศจากอคติ เป็นกลาง และสร้างสรรค์ เป็นที่พึงของประชาชนได้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงได้กำหนดแนวนโยบายพื้นฐานสำหรับการดำเนินงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ชุดที่ 4 ไว้ ดังนี้

1. มุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนด้วยความรวดเร็วและเป็นธรรม โดยการนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาสนับสนุนการปฏิบัติงานเพื่อให้ประชาชนได้รับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และการแก้ไขปัญหาอย่างทันท่วงที รวมทั้งการแก้ปัญหาคาละละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดจากปัญหาเชิงโครงสร้างอย่างเป็นระบบโดยจะร่วมมือกับทุกภาคส่วนไม่ว่าจะเป็นภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคประชาสังคมในการแก้ไขปรับปรุงนโยบายระเบียบกฎหมาย แนวทางการปฏิบัติงานให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี

2. ส่งเสริมวัฒนธรรมการเคารพสิทธิมนุษยชน การเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การเคารพความแตกต่างในความคิดเห็น ความเชื่อ เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ภาษา หรือสถานะอื่นใด รวมทั้งการเคารพสิทธิและเสรีภาพภายใต้กรอบของกฎหมายอันจะนำไปสู่ความปรองดองในสังคมการไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ใช่ถ้อยคำที่แสดงถึงการดูถูก ดูหมิ่น หรือสร้างความเกลียดชัง หรือลดทอนศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่นเพื่อให้ทุกคนทุกกลุ่มในสังคมอยู่ร่วมกันได้โดยสันติ

3. สร้างและสนับสนุนกระบวนการความร่วมมือขององค์กรเครือข่ายทั้งในและต่างประเทศให้มีความเข้มแข็งในการขับเคลื่อนงานด้านสิทธิมนุษยชนโดยร่วมกับทุกภาคส่วนทั้งภาคประชาชนภาคประชาสังคมภาคเอกชน ภาครัฐ รวมถึงสถาบันวิชาการ สื่อมวลชน และคนรุ่นใหม่

4. สร้างความเชื่อมั่นต่อบทบาทของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในระดับสากลโดยผลักดันให้มีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่ยังอาจไม่สอดคล้องกับหลักการปารีส ในประเด็นหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ทั้งนี้ เพื่อให้มีศักยภาพเพิ่มมากขึ้นในบทบาทหน้าที่เพื่อความผาสุกของประชาชนก่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่ประชาชนและประชาคมระหว่างประเทศ อันจะส่งผลให้

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้รับการปรับสถานะจากระดับ B กลับคืนสู่สถานะ A ซึ่งจะช่วยให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติทำหน้าที่เพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้ประชาชนได้ดียิ่งขึ้น และเป็นการเรียกศักดิ์ศรีของประเทศไทยในเวทีสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศคืนมาด้วย

5. เร่งพัฒนาสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้มุ่งสู่การเป็นองค์กรที่มีสมรรถนะสูงบนฐานคิดในการนำระบบเทคโนโลยีดิจิทัลและการบริหารจัดการสารสนเทศระบบคลังข้อมูล (Big Data) มาใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการและพัฒนาองค์ความรู้ขององค์กร (KM) รวมทั้งเสริมสร้างวัฒนธรรมองค์กรและคุณภาพชีวิตของบุคลากรในองค์กรให้ดีและมีความสุขในการทำงาน

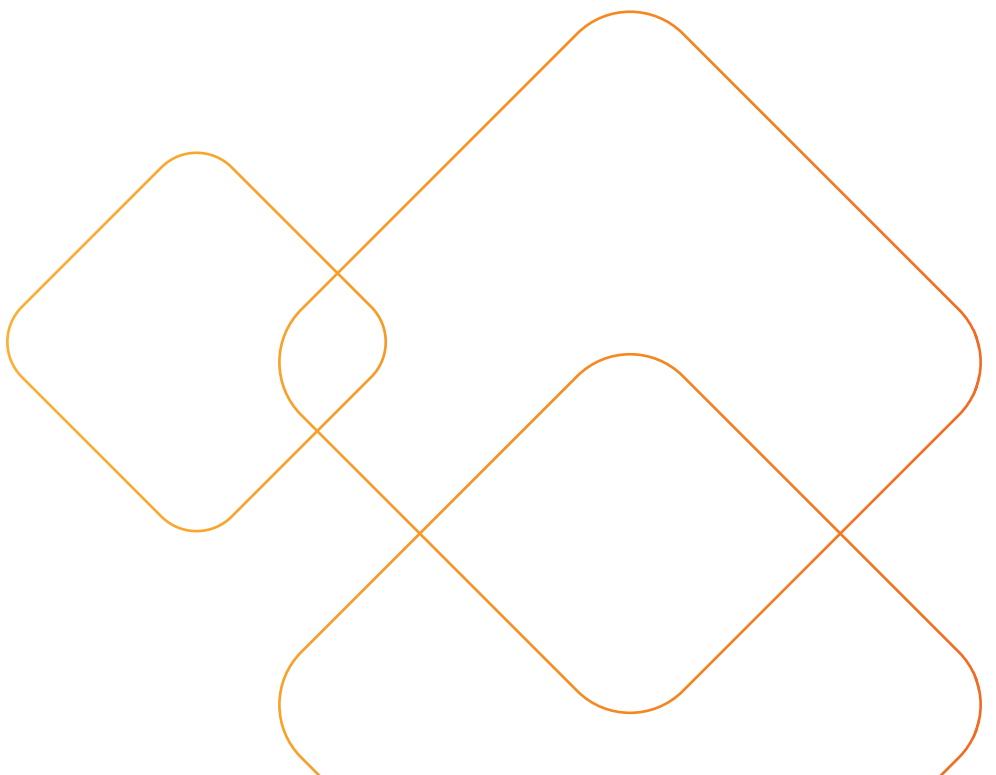
การจัดทำวารสารกฎหมายสิทธิมนุษยชนเป็นการดำเนินการที่สอดคล้องกับนโยบายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดังกล่าวข้างต้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นอีกช่องทางหนึ่งในการเผยแพร่องค์ความรู้ด้านสิทธิมนุษยชน รวมถึงการดำเนินงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เพื่อสร้างเสริมทุกภาคส่วนให้ตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิมนุษยชน อันเป็นภารกิจหลักประการหนึ่งของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560

พรประไพ กาญจนรินทร์
ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ



รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสันท

สิทธิของผู้ต้องขังในกระบวนการยุติธรรม





สิทธิของผู้ต้องขังในกระบวนการยุติธรรม

รองศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท¹

บทคัดย่อ

ผู้ต้องขังไม่ว่าจะเป็นการคุมขังเพื่อดำเนินคดีอาญา หรือเป็นการคุมขังทางปกครอง หรือการขังเพื่อความปลอดภัยของสังคม ล้วนมีสิทธิมนุษยชนพื้นฐานที่รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง 5 ประการ คือ สิทธิที่จะไม่ถูกคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือตามอำเภอใจ สิทธิที่จะได้รับทราบเหตุแห่งการจับกุมและทราบข้อกล่าวหาสิทธิที่จะได้รับการตรวจสอบการจับกุมหรือคุมขังโดยองค์กรตุลาการ สิทธิร้องขอให้มีการปล่อยตัวจากการถูกคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือตามอำเภอใจ และสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากการถูกจับกุมหรือคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือตามอำเภอใจ โดยภาพรวมกฎหมายไทยมีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิทั้ง 5 ประการ มีเพียงรายละเอียดบางเรื่องที่น่าจะนำมาพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนสากล

คำสำคัญ

สิทธิของผู้ต้องขัง, การคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย, การคุมขังตามอำเภอใจ, กระบวนการยุติธรรม

¹รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

Rights of the Detainee in the Justice System

Associate Professor Dr. Pokpong Srisanit

Abstract

The detainee, regardless of the form of detention (detention in connection with criminal proceedings, administrative detention or security detention), shall have the human rights guaranteed by The Universal Declaration of Human Rights and The International Covenant on Civil and Political Rights. The rights of the detainee include 1) Right to be free from arbitrary or unlawful detention, 2) Right to be informed reasons for arrest and any criminal charges, 3) Right to have a judicial control of detention in connection with criminal charges, 4) Right to take proceedings for release from unlawful or arbitrary detention, and 5) Right to compensation for unlawful or arbitrary arrest or detention. Generally, Thai laws are conformed to the guarantee of human rights of the detainee but some provisions, in detail, should be taken into consideration to be amended to comply with the international standard of human rights.

Keyword

Rights of the detainee, Unlawful detention, Arbitrary detention, Justice system



แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะรับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคล แต่สิทธิเสรีภาพดังกล่าวก็ไม่ใช่สิทธิสมบูรณ์ (absolute right) ข้อยกเว้นของสิทธิดังกล่าวคือ การอนุญาตให้รัฐดำเนินการคุมขังบุคคลได้โดยชอบด้วยกฎหมายในกรณีจำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การคุมขังจะทำได้เพื่อป้องกันมิให้หลบหนี⁵

ในกรณีที่รัฐอ้างเรื่องความสงบเรียบร้อยของสังคมและดำเนินการคุมขังบุคคลใดบุคคลผู้ถูกคุมขังยังคงมีสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ผลของการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขังอาจนำไปสู่การปล่อยตัวผู้ถูกคุมขังและการเยียวยาผู้ถูกคุมขังที่มีชอบด้วยกฎหมาย

บทความนี้จะกล่าวถึงประเด็นเรื่องสิทธิของผู้ต้องขังในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งแบ่งเป็น 5 เรื่อง คือ สิทธิที่จะไม่ถูกคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือตามอำเภอใจ สิทธิที่จะได้รับทราบเหตุแห่งการจับกุม และทราบข้อกล่าวหาสิทธิที่จะได้รับการตรวจสอบการจับกุมหรือคุมขังโดยองค์กรตุลาการสิทธิร้องขอให้มีการปล่อยตัวจากการถูกคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือตามอำเภอใจ และสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากการถูกจับกุมหรือคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือตามอำเภอใจ

1. สิทธิที่จะไม่ถูกคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือตามอำเภอใจ

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 9 บัญญัติว่า “ไม่มีบุคคลใดจะถูกจับกุม คุมขัง หรือเนรเทศตามอำเภอใจ”⁶ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 9.1 บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคล บุคคลจะถูกจับกุมหรือควบคุมตามอำเภอใจมิได้ ไม่มีบุคคลใดจะถูกกีดกันเสรีภาพ เว้นแต่มีเหตุและวิธีการที่สอดคล้องกับกฎหมาย”⁷ แม้ในตัวบทสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศทั้งสองจะกล่าวถึงเพียงการห้าม “การคุมขังตามอำเภอใจ” (arbitrary detention) แต่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ได้แยกพิจารณาเรื่อง “การคุมขังตามอำเภอใจ” (arbitrary detention) และ “การคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย” (unlawful detention)⁸ โดยการคุมขังทั้งสองรูปแบบเป็นการคุมขังที่ต้องห้ามทั้งสิ้น ในส่วนนี้ขอแยกพิจารณาการคุมขังที่ต้องห้ามออกเป็นการคุมขังในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กับการคุมขังทางปกครองหรือการคุมขังเพื่อความปลอดภัยของสังคม

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ การค้นตัวบุคคลหรือ การกระทำได้อันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ”.

⁶ หากมองว่าการจำคุกเพียงเพราะไม่มีเงินชำระหนี้ทางแพ่งเป็นการคุมขังรูปแบบหนึ่ง สิทธิที่จะไม่ถูกจำคุกเพียงเพราะไม่มีเงินชำระหนี้ทางแพ่งก็ถือว่าเป็นสิทธิสมบูรณ์ (absolute right) เพียงเรื่องเดียวในสิทธิข้อนี้ ที่ไม่มีข้อยกเว้นไม่ว่าสถานการณ์ใด ดู ICCPR, Article 11 “No one shall be imprisoned merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation”. และ ICCPR, Article 4(2) “No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision..”.

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 วรรคสอง “การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”.

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรคสาม “การควบคุมหรือคุมขังผู้ต้องหาหรือจำเลยให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้มีการหลบหนี”.

⁹ Universal Declaration of Human Rights, Article 9 “No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile.”

⁷ 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”.

⁸ Human Rights Committee, General comment No.35, Article 9, CCPR/C/GC/35, paras. 10-23.

1.1 การคุมขังในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

การคุมขังให้เริ่มนับเวลาตั้งแต่เวลาที่ถูกจับจนกระทั่งเวลาปล่อยตัว⁹ ดังนั้น การคุมขังใดหากเป็นการคุมขังโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นการคุมขังที่มีเหตุผล (ไม่ใช่ตามอำเภอใจ) ย่อมเป็นการคุมขังที่รัฐสามารถทำได้และไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ถูกคุมขัง ในทางตรงกันข้าม การคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือการคุมขังตามอำเภอใจอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่าง จึงเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน การคุมขังตามอำเภอใจและการคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายมีความสัมพันธ์แบบทับซ้อนกันบางส่วน (overlap) ดังแผนภาพ



การไม่ปล่อยตัวนักโทษที่พ้นโทษแล้วโดยไม่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายและเป็นการคุมขังตามอำเภอใจ¹⁰ การคุมขังตามกฎหมายแต่กระทำตามอำเภอใจ เช่น การที่ศาลจำคุกผู้ละเมิดอำนาจศาลโดยไม่อธิบายเหตุผลอย่างเพียงพอและไม่มีหลักประกันสิทธิในการพิจารณาคดีที่ให้อิสระผู้กระทำความผิด แม้กฎหมายให้อำนาจลงโทษจำคุกผู้ที่ละเมิดอำนาจศาลได้ แต่ก็เป็นการคุมขังตามอำเภอใจ¹¹ นอกจากนี้ การจับกุมหรือคุมขัง เพื่อเป็นการลงโทษผู้ที่ใช้สิทธิเสรีภาพตามที่รับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)¹² ก็เป็นการคุมขังตามอำเภอใจ¹³

การคุมขังที่มีชอบด้วยกฎหมายแม้ไม่ได้มีเหตุจากการอำเภอใจก็อาจเกิดขึ้นได้ เช่น การที่เจ้าหน้าที่จับและขังผู้ที่มีหลักฐานว่ากระทำความผิดโดยไม่มีหมายจับหรืออำนาจตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือการคุมขังตามอำเภอใจ หรือทั้งสองอย่าง ก็ล้วนแต่เป็นการคุมขังที่ต้องห้าม (prohibition)¹⁴ ที่เป็นการละเมิดสิทธิของประชาชนที่จะต้องปล่อยตัวและเยียวยาผู้ถูกคุมขัง

⁹ Human Rights Committee, General comment No.35, Article 9, CCPR/C/GC/35, para. 13.

¹⁰ Concluding observations: Brazil, CCPR/C/BRA/CO/2, 2005, para. 16.

¹¹ Communication 1189/2003, Fernando v. Sri Lanka, CCPR/C/OP/8, para. 9.2; 1373/2005, Dissanayake v. Sri Lanka, CCPR/C/93/D/1373/2005, para.

¹² สิทธิและเสรีภาพดังกล่าว รวมถึงเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งความคิด (freedom of opinion and expression, article 19) เสรีภาพในการรวมตัว (freedom of assembly, article 21) เสรีภาพในการสมาคม (freedom of association article 22) เสรีภาพในการนับถือศาสนา (freedom of religion, article 18) และสิทธิในความเป็นส่วนตัว (right to privacy, article 17).

¹³ Human Rights Committee, General comment No.35, Article 9, CCPR/C/GC/35, para. 17.

¹⁴ Ibid. para. 11



นอกจากนี้ การจับกุมหรือคุมขัง เพื่อเป็นการลงโทษผู้ที่ใช้สิทธิเสรีภาพตามที่รับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)¹² ก็เป็นการคุมขังตามอำเภอใจ¹³

การคุมขังที่มีขอบด้วยกฎหมายแม้ไม่ได้มีเหตุจากการอำเภอใจก็อาจเกิดขึ้นได้ เช่น การที่เจ้าหน้าที่จับและขังผู้ที่มีหลักฐานว่ากระทำความผิดโดยไม่มีหมายจับหรืออำนาจตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการคุมขังโดยมีขอบด้วยกฎหมายหรือการคุมขังตามอำเภอใจ หรือทั้งสองอย่าง ก็ล้วนแต่เป็นการคุมขังที่ต้องห้าม (prohibition)¹⁴ ที่เป็นการละเมิดสิทธิของรัฐบาลที่จะต้องปล่อยตัวและเยียวยาผู้ถูกคุมขัง

1.2 การคุมขังทางปกครอง (administrative detention) หรือการคุมขังเพื่อความปลอดภัยของสังคม (security detention)

การคุมขังทางปกครอง (administrative detention) หรือการคุมขังเพื่อความปลอดภัยของสังคม (security detention) เป็นการคุมขังที่ไม่ใช่การคุมขังเพื่อการดำเนินคดีอาญา โดยทั่วไปแล้วไม่ถือว่าเป็นการคุมขังโดยมีขอบหรือโดยอำเภอใจ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ได้กำหนดเงื่อนไขการคุมขังดังกล่าวไว้ 6 ประการ¹⁵ คือ

1) การคุมขังทางปกครองหรือการคุมขังเพื่อความปลอดภัยของสังคมควรนำมาใช้เป็นกรณีสุดท้าย (last resort) โดยการคุมขังในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคควรนำมาใช้เป็นอันดับแรก (prioritized) เพราะการคุมขังในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีกระบวนการคุ้มครองสิทธิที่ดีกว่า

2) ระยะเวลาการคุมขังจะต้องไม่เกินความจำเป็นอย่างยิ่ง (absolutely necessary)

3) ต้องมีการให้หลักประกันกับผู้ถูกคุมขังอย่างเต็มที่ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 9 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)¹⁶

4) การคุมขังต้องได้รับการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือองค์กรอื่นที่เป็นอิสระและเที่ยงธรรม ดังองค์กรตุลาการ (other tribunal possessing the same attributes of independence and impartiality as the judiciary)

5) ผู้ถูกคุมขังมีสิทธิได้รับคำปรึกษาจากที่ปรึกษากฎหมายที่อิสระ โดยผู้ถูกคุมขังมีสิทธิเลือกเอง

6) ต้องเปิดเผยพยานหลักฐานอย่างน้อยให้ผู้ถูกคุมขังทราบ

การคุมขังตามกฎหมายคนเข้าเมือง (Immigration detention) เป็นการคุมขังที่ไม่ใช่การคุมขังเพื่อดำเนินคดีอาญาอีกรูปแบบหนึ่ง โดยทั่วไปก็ไม่ถือว่าเป็นการคุมขังตามอำเภอใจ โดยการคุมขังดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายเมื่อมีเหตุผล มีความจำเป็น และได้สัดส่วนเมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์ต่าง ๆ¹⁷ อย่างไรก็ดี การคุมขังตามกฎหมายคนเข้าเมืองไม่ควรจะอยู่ในเรือนจำ โดยเฉพาะเด็กไม่ควรถูกคุมขัง การคุมขังเด็กตามกฎหมายคนเข้าเมืองควรนำมาใช้เป็นมาตรการสุดท้ายและใช้ระยะเวลาคุมขังที่สั้นที่สุด โดยคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก¹⁸ การคุมขังผู้ลี้ภัย (Asylum seekers) ที่เข้าเมืองมาโดยมีขอบด้วยกฎหมายอาจกระทำได้ภายในระยะเวลาสั้นเพื่อการบันทึกการเข้าเมือง บันทึกข้อเรียกร้องและยืนยันตัวบุคคลในกรณีที่มีข้อสงสัย การคุมขังผู้ลี้ภัยโดยไม่มีเหตุแห่งการรักษาความมั่นคงของชาติหรือเหตุผลสมควรอื่นถือว่าเป็นการคุมขังตามอำเภอใจ¹⁹ แม้จะมีอำนาจตามกฎหมายให้คุมขังได้ก็ตาม การที่รัฐไม่สามารถผลักดันผู้หลบหนี

¹⁵ Ibid. para. 15.

¹⁶ หลักประกันดังกล่าว ประกอบด้วย สิทธิที่จะได้รับทราบเหตุแห่งการจับกุมและทราบข้อกล่าวหา สิทธิที่จะได้รับการตรวจสอบการจับกุมคุมขังโดยองค์กรตุลาการ สิทธิที่จะร้องขอให้ปล่อยตัวจากการคุมขังโดยมีขอบหรือการคุมขังตามอำเภอใจ และสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากการคุมขังโดยมีขอบหรือการคุมขังตามอำเภอใจ.

¹⁷ Human Rights Committee, General comment No.35, Article 9, CCPR/C/GC/35, para. 18.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Communication 1069/2002, Bakhtiyari v. Australia, CCPR/C/79/D/1069/2002 (2003), paras. 9.2–9.3.

เข้าเมืองกลับประเทศได้ เพราะเหตุผู้หลบหนีเข้าเมืองนั้นเป็นบุคคลไร้รัฐ (stateless person) หรือเหตุผลอื่นใด ไม่ได้ทำให้รัฐมีอำนาจคุมขังบุคคลดังกล่าวอย่างไม่มีกำหนดระยะเวลา (indefinite detention)²⁰

การคุมขังผู้ป่วยจิตเวชแม้ไม่ใช้การคุมขังเพื่อการดำเนินคดีอาญาแต่รัฐสามารถดำเนินการได้โดยต้องกระทำเป็นมาตรการสุดท้ายด้วยความจำเป็นและได้สัดส่วนเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลผู้ป่วยจิตเวชจากอันตรายอย่างร้ายแรงหรือป้องกันความเสียหายกับบุคคลอื่น นอกจากนี้ มาตรการทางเลือก (alternative measures) เช่น การใช้ชุมชนบำบัด ควรจะนำมาใช้กับผู้ป่วยจิตเวช²¹

การคุมขังเพื่อความปลอดภัยของสังคม (public security detention)²² ในบางประเทศผู้กระทำความผิดร้ายแรงที่ได้รับโทษจำคุกครบถ้วนแล้วยังต้องถูกคุมขังต่อเพื่อความปลอดภัยของสังคม เช่น ผู้กระทำความผิดที่ถูกพิพากษาจำคุก 10 ปี เมื่อพ้นโทษแล้วจะถูกกักกันต่อไปอีก 5 ปี เป็นต้นการคุมขังเพื่อความปลอดภัยของสังคม (public security detention) หรือการกักกัน จะกระทำได้และไม่ถือว่าเป็นการคุมขังที่อำเภอลี้ถ้าได้กระทำตามเงื่อนไขดังนี้²³

- 1) เป็นมาตรการสุดท้าย (last resort)
- 2) เป็นกรณีที่ผู้กระทำได้อาชญากรรมรุนแรงและความเป็นไปได้ของผู้กระทำที่จะกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคต
- 3) เหตุที่อ้างมาใช้กักกันต้องเป็นคนละเหตุที่ใช้ลงโทษจำคุก
- 4) ต้องมีกระบวนการตรวจสอบตามกำหนดระยะเวลาโดยองค์กรอิสระ (independent body) สิทธิที่ไม่ถูกคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ถูกคุมขังตามอำเภอใจล้วนนำไปสู่กับการคุมขังในทุกกระบวนการไม่ว่าจะเป็นการคุมขังเพื่อดำเนินคดีอาญาหรือการคุมขังโดยรัฐเพื่อวัตถุประสงค์อื่นใด

2. สิทธิที่จะได้รับทราบเหตุแห่งการจับกุมและทราบข้อกล่าวหา

เมื่อรัฐคุมขังบุคคลใดโดยชอบด้วยกฎหมายและไม่ได้กระทำโดยอำเภอใจแล้ว รัฐยังมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้ถูกคุมขังในเรื่องการแจ้งสิทธิให้ทราบถึงเหตุแห่งการจับกุมและการแจ้งข้อกล่าวหาหากพิจารณาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 9.2 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกจับกุมมีสิทธิได้รับการแจ้งถึงเหตุแห่งการจับกุม ในเวลาที่ถูกจับกุม และข้อกล่าวหาในทันที”²⁴ นอกจากนี้หากเป็นการจับกุมเพื่อดำเนินคดีอาญา ICCPR ข้อ 14.3 (a)²⁵ ได้รับรองสิทธิที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงและข้อกล่าวหาอีกชั้นหนึ่งโดยบัญญัติว่า “บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญามีสิทธิที่จะได้รับทราบด้วยภาษาที่เข้าใจถึงลักษณะและสาเหตุแห่งข้อหาคดีอาญา”

²⁰ Communication 2094/2011, F.K.A.G. v. Australia, CCPR/C/108/D/2094/2011, para. 9.3.

²¹ Ibid. para. 19.

²² เทียบได้กับการกักกัน ตามประมวลกฎหมายอาญาไทย มาตรา 40 ซึ่งบัญญัติว่า “กักกัน คือ การควบคุมผู้กระทำความผิดติดนัยไว้ในเขตกำหนด เพื่อป้องกันกระทำความผิด เพื่อตักเตือน และเพื่อฝึกหัดอาชีพ”.

²³ Human Rights Committee, General comment No.35, Article 9, CCPR/C/GC/35, para. 21.

²⁴ ICCPR, Article 9.2 “Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.”.

²⁵ ICCPR, Article 14.3(a) “In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (a) To be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;...”.



เจ้าพนักงานของรัฐที่จับกุมบุคคลใดจะต้องแจ้งให้ทราบถึงข้อเท็จจริง (fact) ที่เป็นสาเหตุแห่งการดำเนินคดี (cause of the charge against him) และข้อกฎหมาย (law) ที่ใช้ดำเนินคดีกับผู้ต้องหา (nature of the charge against him) การแจ้งข้อเท็จจริง เช่น การกระทำต่าง ๆ ที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิด และ การแจ้งข้อกฎหมาย เช่น ฐานความผิดต่าง ๆ ที่ผู้กระทำได้ละเมิดกฎหมาย²⁶

ในกรณีผู้ถูกจับเป็นเด็กหรือคนบอบบาง (vulnerable person) เจ้าพนักงานของรัฐผู้จับกุมต้องแจ้งให้ผู้ปกครองผู้ถูกจับทราบโดยตรง²⁷

การจับกุมคุมขังบุคคลแม้จะมีอำนาจกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ได้แจ้งเหตุแห่งการจับกุมและข้อหาดังกล่าว และตามมาด้วยการปกปิดชะตากรรมผู้ถูกคุมขังหรือปฏิเสธว่าไม่ได้เอาตัวไปอาจำนำไปสู่การบังคับบุคคลให้สูญหาย (enforced disappearance) ซึ่งเป็นอาชญากรรมระหว่างประเทศที่กำหนดขึ้นโดยอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลจากการสูญหายโดยถูกบังคับ (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)²⁸

3. สิทธิที่จะได้รับการตรวจสอบการจับกุมหรือคุมขังโดยองค์กรตุลาการ

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ข้อ 9.3²⁹ บัญญัติว่า “บุคคลผู้ถูกจับกุมหรือคุมขังในคดีอาญาจะถูกนำตัวไปปรากฏต่อหน้าศาลหรือเจ้าหน้าที่อื่นที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจตุลาการโดยไม่ชักช้า และจะได้รับสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีภายในเวลาที่สมเหตุสมผลหรือได้รับการปล่อยตัว ไม่ใช่กฎเกณฑ์ทั่วไปว่าบุคคลที่รอการพิจารณาคดีจะต้องถูกขัง แต่การปล่อยอาจอยู่ภายใต้หลักประกันเพื่อให้ผู้ถูกดำเนินคดีมาปรากฏตัวในการพิจารณาหรือเพื่อการบังคับการตามคำพิพากษา”

การให้นำตัวผู้ถูกจับกุมไปยังศาลโดยไม่ชักช้ามีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่มีชอบกับผู้ถูกจับกุม³⁰ โดยศาลหรืออำนาจตุลาการเป็นองค์กรที่อิสระ (independent) และเที่ยงธรรม (impartial)³¹ จึงเหมาะสมที่จะตรวจสอบการจับกุมและคุมขังโดยเจ้าพนักงานของรัฐที่เป็นองค์กรฝ่ายบริหาร ดังนั้น หากกฎหมายประเทศใดกำหนดให้นำตัวผู้ถูกจับไปหาพนักงานอัยการในทันที ยังไม่ถือว่าสอดคล้องกับ ICCPR ข้อ 9.2³²

การนำผู้ถูกคุมขังไปศาลต้องนำไปแบบปรากฏตัวทางกายภาพ (The physical presence of detainees at the hearing) เพื่อให้ศาลสามารถตรวจสอบได้ว่าการปฏิบัติที่ไม่ชอบกับผู้ถูกคุมขังหรือไม่³³

²⁶ จาก สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (น. 107-108), โดย ปกป้อง ศรีสนิท, 2563, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁷ Human Rights Committee, General comment No.35, Article 9, CCPR/C/GC/35, para. 28.

²⁸ ประเทศไทยลงนามแล้วเมื่อ 9 มกราคม 2012 แต่ยังไม่ให้สัตยาบัน.

²⁹ ICCPR, Article 9.3 “Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to guarantees to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgement”.

³⁰ Communication 1787/2008, Kovsh v. Belarus, CCPR/C/107/D/1787/2008, para. 7.3.

³¹ ICCPR, Article 14.1 “All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law”.

³² Communication 1547/2007, Torobekov v. Kyrgyzstan, para. 6.2; 1278/2004, Reshetnikov v. Russian Federation, para. 8.2; concluding observations: Tajikistan (CCPR/CO/84/TJK, 2005), para. 12., in Human Rights Committee, General comment No.35, Article 9, CCPR/C/GC/35, para. 32.

³³ Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, approved by the General Assembly in its resolution 43/173, Principle 37.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติตีความคำว่า “โดยไม่ชักช้า”³⁴ (promptly) อาจหมายถึงระยะเวลา 48 ชั่วโมงนับแต่เวลาจับกุม³⁵ ในประเด็นนี้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 87 แม้จะได้บัญญัติให้นำตัวผู้ถูกจับไปฝากขังต่อศาลภายในระยะเวลา 48 ชั่วโมง ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวดูเหมือนจะสอดคล้องกับหลักสากลแต่หากพิจารณาจากจุดเริ่มต้นระยะเวลาแล้วจะพบว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติให้เริ่มนับ 48 ชั่วโมงนับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับกุม (at the time of arrest) ไม่ใช่เริ่มนับตั้งแต่เวลาที่ผู้ถูกจับมาถึงสถานที่คุมขัง (not at the time when the person arrives in a place of detention)³⁶ แต่กฎหมายไทยให้เริ่มนับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับมาถึงที่ทำการของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ดังนั้น ระยะเวลาตั้งแต่ถูกจับกุมไปจนถึงเวลาที่ผู้ถูกจับมาถึงที่ทำการของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ จะไม่นำมานับเป็น 48 ชั่วโมงในกฎหมายไทย แต่ถูกนำมานับเป็น 48 ชั่วโมงตามมาตรฐานสากล ซึ่งประเด็นเรื่องจุดเริ่มต้นระยะเวลายังไม่สอดคล้องกับแนวทางการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ

ในกรณีเด็กเป็นผู้ถูกจับ เด็กควรถูกนำตัวไปพบศาลภายในระยะเวลา 24 ชั่วโมงนับตั้งแต่ถูกจับ³⁷ ซึ่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 72³⁸ ได้กำหนดระยะเวลา 24 ชั่วโมงสอดคล้องกับความเห็นคณะกรรมการสิทธิเด็ก (Committee on the Rights of the Child) แต่ระยะเวลาก่อนถึงที่ทำการพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบกับระยะเวลาที่เดินทางไปยังศาลก็ไม่นับรวมเป็น 24 ชั่วโมงตามกฎหมายไทยด้วยเช่นกัน

แม้จะมีการตรวจสอบการคุมขังในระหว่างสอบสวนและระหว่างพิจารณาโดยศาลแล้วก็ตาม แต่ถ้าหากการคุมขังระหว่างสอบสวนมีระยะเวลายาวนานเกินสมควร เช่น ผู้ต้องหาถูกคุมขังอยู่ 4 ปี โดยยังไม่ได้รับการพิจารณาคดีที่ศาล หรือจำเลยถูกคุมขังมาแล้ว 9 ปี ตั้งแต่ถูกจับกุมโดยยังไม่มีคำพิพากษา ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิในการได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ (presumption of innocence) และสิทธิที่จะได้รับการดำเนินคดีในระยะเวลาที่ไม่ล่าช้าเกินสมควร (undue delay)³⁹

หากระยะเวลาคุมขังระหว่างสอบสวนหรือระหว่างพิจารณายาวนานกว่าระยะเวลาจำคุกตามคำพิพากษาจำเลยแม้จะถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดก็ควรได้รับการปล่อยตัว⁴⁰

³⁴ คำว่า “promptly” น่าจะแปลว่า “โดยไม่ชักช้า” ซึ่งจะสอดคล้องกับความหมายใน dictionary ที่แปลว่า with little or no delay และสอดคล้องกับการตีความของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่ว่า 48 ชั่วโมงนับแต่เวลาที่จับกุมไปถึงศาลถือว่าเป็นระยะเวลาที่ promptly และสอดคล้องกับ ICCPR แล้ว การใช้คำว่า “โดยทันที” น่าจะหมายถึงลักษณะของคำว่า “immediately” มากกว่า.

³⁵ Communication 1787/2008, Kovsh v. Belarus, CCPR/C/107/D/1787/2008, paras. 7.3–7.5.

³⁶ Communication No. 613/1995, Leehong v. Jamaica, Views adopted on 13 July 1999, para. 9.5, in Communication No. 1787/2008, Kovsh v. Belarus, CCPR/C/107/D/1787/2008, para. 7.3.

³⁷ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 10, para. 83.

³⁸ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง “ในกรณีที่พนักงานสอบสวนได้รับตัวเด็กหรือเยาวชนซึ่งถูกจับ ให้พนักงานสอบสวนนำตัวเด็กหรือเยาวชนไปศาลเพื่อตรวจสอบการจับกุมทันที ทั้งนี้ ภายในเวลาสี่สิบสี่ชั่วโมงนับแต่เวลาที่เด็กหรือเยาวชนไปถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ แต่มีให้นับเวลาเดินทางตามปกติที่นำตัวเด็กหรือเยาวชน ผู้ถูกจับจากที่ทำการของพนักงานสอบสวนมาศาลเข้าในกำหนดเวลาสี่สิบสี่ชั่วโมงนั้นด้วย”.

³⁹ Communication 788/1997, Cagas v. Philippines, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVolTen.pdf>, para. 7.3.

⁴⁰ Human Rights Committee, General comment No.35, Article 9, CCPR/C/GC/35, para. 38.



4. สิทธิร้องขอให้มีการปล่อยตัวจากการถูกคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือตามอำเภอใจ

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 9.4⁴¹ บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกไล่ออกจากเสรีภาพโดยการจับกุมหรือการคุมขังจะมีสิทธิที่จะดำเนินการในชั้นศาล เพื่อให้ศาลตัดสินโดยไม่ชักช้าถึงเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการคุมขังและสั่งให้มีการปล่อยตัวหากการคุมขังไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

สิทธิดังกล่าวสอดคล้องกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90⁴² ที่ให้สิทธิผู้ถูกคุมขัง เจ้าหน้าที่ของรัฐ ญาติ หรือบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกคุมขังร้องขอให้ศาลไต่สวนความชอบด้วยกฎหมายของการคุมขัง และสั่งให้ปล่อยตัวหากมีการคุมขังที่มิชอบด้วยกฎหมาย

สิทธิร้องขอให้ปล่อยตัวจากการคุมขังที่มิชอบใช้กับการคุมขังในคดีอาญา (detention in connection with criminal proceedings) นอกจากนี้ สิทธิดังกล่าวยังสามารถใช้กับผู้ถูกคุมขังที่มีขอบรูปแบบอื่นทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นการคุมขังทางการทหาร (military detention) การคุมขังเพื่อความปลอดภัยของสังคม (security detention) การคุมขังเพื่อป้องกันการก่อการร้าย (counter-terrorism detention) การบังคับบำบัดในสถานพยาบาล (involuntary hospitalization) การคุมขังตามกฎหมายคนเข้าเมือง (immigration detention) การคุมขังเพื่อการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (detention for extradition) การคุมขังคนไร้บ้านหรือผู้ติดยาเสพติด (detention for vagrancy or drug addiction) การคุมขังเด็กเพื่อการศึกษาในกรณีเด็กกระทำการละเมิดกฎหมาย (detention for educational purposes of children in conflict with the law) รวมทั้งการคุมขังทางปกครองรูปแบบอื่น (other forms of administrative detention) การคุมขังในบ้าน (house arrest) และการแยกขังเดี่ยว (solitary confinement)⁴³

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ปล่อยตัวเพราะเหตุแห่งการคุมขังมิชอบด้วยกฎหมายแล้ว หากยังมีการขังบุคคลดังกล่าวต่อไปจะถือว่าเป็นการคุมขังตามอำเภอใจที่ขัดกับ ICCPR ข้อ 9.1⁴⁴

5. สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากการถูกจับกุมหรือคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือตามอำเภอใจ

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 9.5⁴⁵ บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งเป็นผู้เสียหายจากการจับกุมหรือคุมขังที่มิชอบด้วยกฎหมายจะมีสิทธิได้รับการเยียวยา”

สืบเนื่องจากสิทธิร้องขอให้มีการปล่อยตัวจากการถูกคุมขังโดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือการถูกคุมขังตามอำเภอใจ ผู้ถูกคุมขังที่มิชอบหรือตามอำเภอใจมีสิทธิได้รับการเยียวยา

⁴¹ ICCPR, Article 9.4 “Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful”.

⁴² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 “เมื่อมีการอ้างว่าบุคคลใดต้องถูกคุมขังในคดีอาญาหรือในกรณีอื่นใดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย บุคคลเหล่านี้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลท้องที่ที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาขอให้ปล่อย คือ

- (1) ผู้ถูกคุมขังเอง
- (2) พนักงานอัยการ
- (3) พนักงานสอบสวน
- (4) ผู้บัญชาการเรือนจำหรือพัศดี

⁴³ Human Rights Committee, General comment No.35, Article 9, CCPR/C/GC/35, para. 40.

⁴⁴ Communication 856/1999, *Chambala v. Zambia*, para. 7.2. in Human Rights Committee, General comment No.35, Article 9, CCPR/C/GC/35, para. 41.

⁴⁵ ICCPR, Article 9.5 “Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation”.

การได้รับการเยียวยาต้องไม่เพียงแต่ทฤษฎีหรือในตัวอักษร แต่การเยียวยาจะต้องให้เกิดผลจริงและการจ่ายเงินจะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล⁴⁶

การเยียวยานี้ อาจเป็นการเยียวยาจากรัฐ (remedies against the State) หรือ การเยียวยาจากเจ้าพนักงานของรัฐที่กระทำการจับกุมหรือคุมขังโดยมิชอบ (remedies against State officials responsible for the violation) ก็ได้ แต่ต้องเป็นการเยียวยาที่มีประสิทธิผล (effective)⁴⁷

สิทธิของผู้ต้องขังได้รับการรับรองไว้ทั้งในระดับกฎหมายระหว่างประเทศ โดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และระดับกฎหมายภายในประเทศ ทั้งในรัฐธรรมนูญและในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่สิทธิของผู้ต้องขังจะเป็นเพียงแค่ตัวอักษร หากเจ้าพนักงานของรัฐไม่ดำเนินการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังให้เป็นรูปธรรม การลงโทษผู้กระทำความผิดเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายที่สังคมปรารถนา เช่นเดียวกันกับการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขัง ก็น่าจะเป็นวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายที่สังคมปรารถนาด้วยเช่นเดียวกัน แม้ในอนาคตเขาเหล่านั้นจะเป็นผู้ที่ถูกศาลตัดสินว่าเป็นผู้กระทำความผิดก็ตาม



⁴⁶ Human Rights Committee, General comment No.35, Article 9, CCPR/C/GC/35, para. 50.

⁴⁷ Concluding observations: Cameroon (CCPR/C/CMR/CO/4, 2010), para. 19; Guyana (CCPR/C/79/Add.121, 2000), para. 15; United States of America (A/50/40, 1995), para. 299, etc. in Human Rights Committee, General comment No.35, Article 9, CCPR/C/GC/35, para. 50.



เอกสารอ้างอิง

ภาษาไทย

ปกป้อง ศรีสนิท. (2563). *สิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ภาษาต่างประเทศ

Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, approved by the General Assembly in its resolution 43/173, Principle 37.

Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 10, para. 83.

Communication 613/1995. Leehong v. Jamaica, Views adopted on 13 July 1999, para. 9.5, in Communication No. 1787/2008. Kovsh v. Belarus, CCPR/C/107/D/1787/2008, para. 7.3.

Communication 788/1997. Cagas v. Philippines. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol7en.pdf>, para. 7.3.

Communication 856/1999. Chambala v. Zambia, para. 7.2, in Human Rights Committee. General comment No.35. Article 9. CCPR/C/GC/35, para. 41.

Communication 1069/2002. Bakhtiyari v. Australia. CCPR/C/79/D/1069/2002 (2003), paras. 9.2–9.3.

Communication 1189/2003. Fernando v. Sri Lanka. CCPR/C/OP/8, para. 9.2; 1373/2005, Dissanakye v. Sri Lanka. CCPR/C/93/D/1373/2005, para. 8.3.

Communication 1547/2007. Torobekov v. Kyrgyzstan. para. 6.2; 1278/2004, Reshetnikov v. Russian Federation. para. 8.2; concluding observations: Tajikistan (CCPR/CO/84/TJK, 2005), para. 12., in Human Rights Committee. General comment No.35. Article 9. CCPR/C/GC/35, para. 32.

Communication 1787/2008. Kovsh v. Belarus. CCPR/C/107/D/1787/2008, para. 7.3.

Communication 1787/2008. Kovsh v. Belarus. CCPR/C/107/D/1787/2008, paras. 7.3–7.5.

Communication 2094/2011. F.K.A.G. v. Australia. CCPR/C/108/D/2094/2011, para. 9.3.

Concluding observations: Brazil. CCPR/C/BRA/CO/2, 2005, para. 16.

Concluding observations: Cameroon (CCPR/C/CMR/CO/4, 2010). para. 19, Guyana (CCPR/C/79/Add.121, 2000), para. 15, United States of America (A/50/40, 1995), para. 299, etc. in Human Rights Committee. General comment No.35. Article 9. CCPR/C/GC/35, para. 50.

Human Rights Committee. General comment No.35. Article 9. CCPR/C/GC/35, paras. 10–23.

Human Rights Committee. General comment No.35. Article 9. CCPR/C/GC/35, para. 13.

Human Rights Committee. General comment No.35. Article 9. CCPR/C/GC/35, para. 17.

Human Rights Committee. General comment No.35. Article 9. CCPR/C/GC/35, para. 18.

Human Rights Committee. General comment No.35. Article 9. CCPR/C/GC/35, para. 21.

Human Rights Committee. General comment No.35. Article 9. CCPR/C/GC/35, para. 28.

Human Rights Committee. General comment No.35. Article 9. CCPR/C/GC/35, para. 38.

Human Rights Committee. General comment No.35. Article 9. CCPR/C/GC/35, para. 40.

Human Rights Committee. General comment No.35. Article 9. CCPR/C/GC/35, para. 50.

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”.

ICCPR. Article 9.2 “Anyone who is arrested shall be informed, at the time of arrest, of the reasons for his arrest and shall be promptly informed of any charges against him.”.

ICCPR. Article 9.3 “Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. It shall not be the general rule that persons awaiting trial shall be detained in custody, but release may be subject to to appear for trial, at any other stage of the judicial proceedings, and, should occasion arise, for execution of the judgement”.

ICCPR. Article 9.4 “Anyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings before a court, in order that that court may decide without delay on the lawfulness of his detention and order his release if the detention is not lawful”.

ICCPR. Article 9.5 “Anyone who has been the victim of unlawful arrest or detention shall have an enforceable right to compensation”.

ICCPR. Article 14.1 “All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law”.

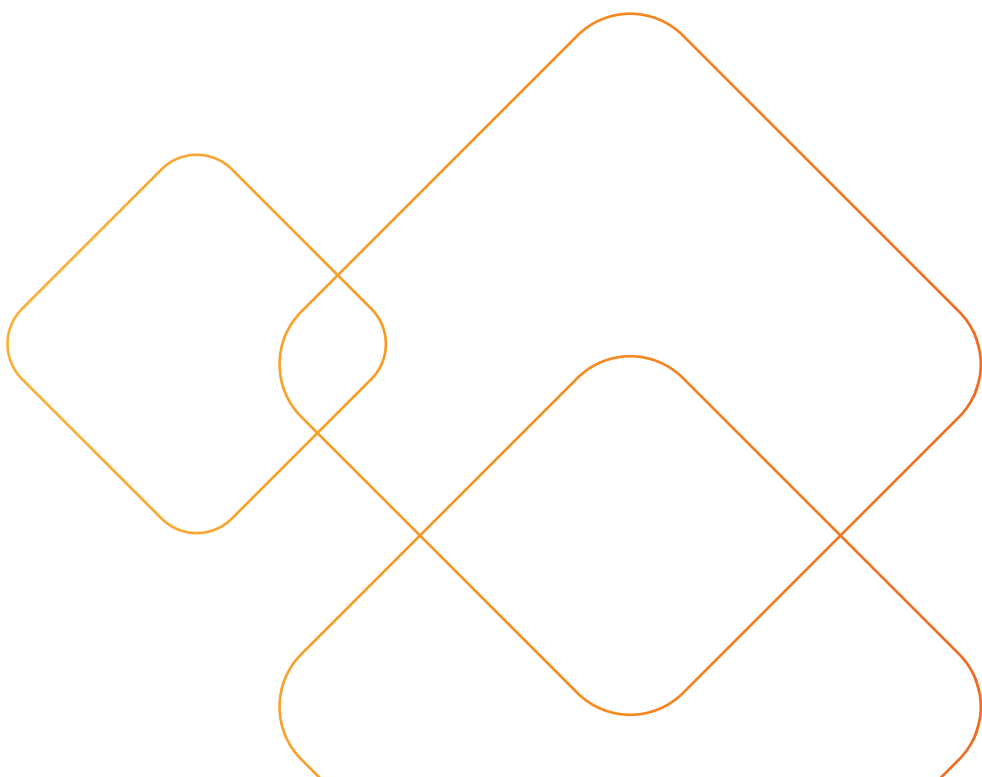
ICCPR. Article 14.3(a) “In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (a) To be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;...”.

Universal Declaration of Human Rights, Article 9 “No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile.”.



รองศาสตราจารย์คณาธิป ทองรวีวงศ์

การประเมินความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน
ของมาตรการรัฐในการป้องกันโรคติดเชื้อโควิด 19
ในกรณีมีมาตรการให้ติดตั้งและใช้งาน
แอปพลิเคชัน “ไทยชนะ” และ “หมอชนะ”





การประเมินความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนของมาตรการรัฐในการป้องกันโรคติดเชื้อโควิด 19 ในกรณีมาตรการให้ติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชัน “ไทยชนะ” และ “หมอชนะ”

รองศาสตราจารย์คณาธิป ทองรวีวงศ์¹

บทคัดย่อ

มาตรการป้องกันโรคติดเชื้อโควิด 19 ในกรณีแอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น ข้อกำหนดตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 ส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนในหลายด้าน เช่น สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในการประกอบอาชีพ สิทธิในการเดินทาง แม้ว่ามาตรการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public interest) ซึ่งเป็นเหตุผลของการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ แต่กฎหมายหรือมาตรการของรัฐดังกล่าวก็ต้องสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนด้วย โดยบทความนี้ จะนำหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) มาเป็นเกณฑ์ประเมินซึ่งนำหน้ามาตรการแอปพลิเคชันของไทยโดยเปรียบเทียบกับมาตรการของต่างประเทศ ผลการวิเคราะห์ชี้ให้เห็นว่า มาตรการของไทยมีลักษณะกว้างกว่ามาตรการของต่างประเทศทั้งในแง่ขอบเขต วัตถุประสงค์ เทคโนโลยีหรือวิธีการเก็บรวบรวมข้อมูลและข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในขอบเขต อันเป็นการให้น้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะด้านการสาธารณสุขที่ไม่ได้สัดส่วนกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล

คำสำคัญ

แอปพลิเคชันไทยชนะ, แอปพลิเคชันหมอชนะ, สิทธิมนุษยชน, ข้อมูลส่วนบุคคล, หลักความได้สัดส่วน

¹ ผู้อำนวยการสถาบันกฎหมายสื่อดิจิทัล และรองศาสตราจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, ผู้ทรงคุณวุฒิด้านสิทธิพลเมือง สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

The Human Rights Law's Principles for Analyzing Laws and Government Measures to Control Covid-19 Infectious Disease in Case of Measure on Installing and Using Application “Thaichana” and “MorChana”

Associate Professor Kanathip Thongraweewong

Abstract

Measures to control infectious disease COVID 19 in the case application “Thaichana” and “MorChana” are based on relevant laws such as the Emergency Decree and the Communicable Disease Act. The measure affects human rights in many areas including the right to privacy and personal data, right to occupation, right to travel, etc. Although the measure is intended for public interest which is the reason for enacting a law to restrict rights and freedoms, such state laws or measures should also be consistent with human rights principles. This paper will apply “Proportionality doctrine” to assess the measures which indicated that Thai measures are broader than foreign measures in terms of scope, purpose, technology or method of collecting data and scope of personal data affected. This demonstrates the measure is not proportionate as weighing the public interest in protecting public health over human rights.

Keyword

Application Thaichana, Application MorChana, Human Rights, Personal Data, Proportionality Doctrine



1. บทนำ : ภาพรวมทางกฎหมายของมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนดในกรณีให้ติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชัน

ประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแอปพลิเคชันในการป้องกันควบคุมโรคติดเชื้อโควิด 19 ได้แก่ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งแม้ว่าเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นจากสภาพแวดล้อมในการใช้มาตรการเพื่อควบคุมสถานการณ์ทางการเมืองแต่มีขอบเขตกว้างทำให้ในกรณีโรคติดเชื้อโควิด 19 นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจตามมาตรา 5 ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักรตั้งแต่วันที่ 26 มีนาคม พ.ศ. 2563 และมีการขยายระยะเวลาอย่างต่อเนื่อง จนถึงปัจจุบัน (กุมภาพันธ์ 2564) โดยนายกรัฐมนตรีใช้อำนาจตามมาตรา 9 ออก “ข้อกำหนด” ที่มีลักษณะเป็นข้อห้าม ข้อจำกัด หรือเงื่อนไขในการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนหลายประการรวมถึงการปิดสถานที่หรือสถานประกอบการต่าง ๆ โดยเงื่อนไขของการอนุญาตให้เปิดหรือผ่อนปรนก็คือ ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตาม “มาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด” ซึ่งประกอบด้วยมาตรการย่อยหลายประการ เช่น การรักษาความสะอาดของสถานที่ การคัดกรองบุคคลผู้ใช้บริการ โดยในที่นี้จะศึกษาเฉพาะมาตรการให้ติดตั้งและใช้งาน “แอปพลิเคชันที่กำหนด” ซึ่งนอกจากพระราชกำหนด ดังกล่าวแล้ว ในระดับของพื้นที่จังหวัดต่าง ๆ ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจมีอำนาจตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อฯ กำหนดปิดสถานที่และวางเงื่อนไข “มาตรการฯ” ไปในแนวทางเดียวกับข้อกำหนดดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะได้รับการอนุญาตหรือผ่อนผันให้เปิดกิจการหรือประกอบการ จึงเข้าร่วมหรือปฏิบัติตามมาตรการดังกล่าว เพื่อให้เข้าเงื่อนไขของการดำเนินการตามมาตรการฯ เช่น ลงทะเบียนเข้าร่วมมาตรการไทยชนะและจัดให้มีคิวอาร์โค้ดเพื่อให้ประชาชนผู้ใช้งานแอปพลิเคชันดังกล่าวทำการเช็คอิน

ในระยะแรกมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดโดยใช้แอปพลิเคชันไม่ได้กำหนดโทษหรือบังคับประชาชนโดยตรง อีกทั้งไม่ได้กำหนดชื่อของแอปพลิเคชัน สำหรับผู้ประกอบการก็ใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นทางเลือก เช่น ข้อกำหนดฯ ฉบับแรก² ระบุว่า “เจ้าหน้าที่อาจเพิ่มมาตรการใช้แอปพลิเคชันติดตามตัว...” ในระยะต่อมา ข้อกำหนดฯ เริ่มมีการระบุชื่อแอปพลิเคชันและมีแนวโน้มใช้ถ้อยคำในเชิงบังคับ เช่น “...ปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดตลอดจนเข้าระบบแอปพลิเคชันที่กำหนด”³ โดยเฉพาะหลังการระบาด “ระลอกใหม่” ข้อกำหนดที่ประกาศในเดือนมกราคม 2564⁴ ระบุว่า “รัฐบาลสนับสนุนให้ประชาชนติดตั้งและใช้ระบบแอปพลิเคชันหมอชนะ...ควบคู่กับแอปพลิเคชันไทยชนะ” และข้อ 2 ระบุมาตรการสำหรับพื้นที่ควบคุมสูงสุด จังหวัดจันทบุรี จังหวัดชลบุรี จังหวัดตราด จังหวัดระยอง และจังหวัดสมุทรสาครว่า “...ให้ผู้ที่อยู่ในเขตพื้นที่ดังกล่าวติดตั้งและใช้ระบบแอปพลิเคชัน “หมอชนะ” นอกจากนี้ คำสั่งศูนย์ปฏิบัติการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินด้านความมั่นคงกำหนดว่า⁵ “...เพิ่มความเข้มงวดในการตรวจกิจการและกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อให้ผู้ประกอบการ ผู้ให้บริการ ผู้เดินทาง และประชาชนทั่วไป ปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคอย่างเคร่งครัดด้วยการการติดตั้งและใช้ระบบแอปพลิเคชันหมอชนะควบคู่กับการใช้แอปพลิเคชันไทยชนะ...” เนื่องจากข้อกำหนดเหล่านี้เป็นการออกตามมาตรา 9 จึงเชื่อมโยงกับโทษมาตรา 18 ของพระราชกำหนดดังกล่าวที่กำหนดว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนข้อกำหนด ประกาศ หรือคำสั่งที่ออกตามมาตรา 9 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” สำหรับประกาศของผู้ว่าราชการจังหวัดต่าง ๆ

² ข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 1) (25 มีนาคม 2563), ข้อ 11.

³ ข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 14).

⁴ ข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 17).

⁵ คำสั่งศูนย์ปฏิบัติการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินด้านความมั่นคง ที่ 2/2564 (ฉบับที่ 12) ข้อ 1.

ที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 ก็มีการอ้างอิงมาตรการควบคุมโรคที่ทางราชการกำหนด จากข้อกำหนดตามมาตรา 9 เช่น ประกาศกรุงเทพมหานครกำหนด “ให้มีการลงทะเบียนก่อนเข้าและออกจากสถานที่และเพิ่มมาตรการใช้แอปพลิเคชันที่ทางราชการกำหนดเช่น หมอชนะ ไทยชนะ...”⁶

การกำหนดให้ใช้แอปพลิเคชันจัดเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 ซึ่งให้อำนาจเจ้าพนักงาน “เรียกบุคคลใด ๆ ให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานใด” หากฝ่าฝืน เช่น ไม่แจ้งหรือปกปิดข้อมูลจะมีโทษตามมาตรา 49 ฐานฝ่าฝืนคำสั่งเจ้าพนักงาน จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อำนาจนี้นำไปสู่ การสอบสวนโรคหรือการให้แจ้ง “ไทม์ไลน์” เมื่อพิจารณาถ้อยคำในข้อกำหนดฯ ฉบับที่ 17 จะพบการเน้นย้ำความเชื่อมโยงกับพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 โดยระบุว่า “การปกปิดข้อมูลการเดินทางหรือการแจ้งเท็จต่อเจ้าพนักงานอาจเป็นความผิดพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 อีกฉบับหนึ่งด้วย” ดังนั้น แม้มาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนดในกรณีการให้ติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชัน (ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะเรียกว่า “มาตรการแอปพลิเคชัน”) ไม่ได้กำหนดบังคับหรือบทลงโทษโดยตรง แต่อาจส่งผลให้เกิดการบังคับใช้หรือดำเนินคดีแก่ประชาชนรวมทั้งส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนในหลายมิติ ซึ่งจะชี้ให้เห็นในหัวข้อต่อไป

2. ผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนของมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนดในกรณีการให้ติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชัน

มาตรการแอปพลิเคชันส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนในหลายมิติ ดังนี้

(1) สิทธิในความเป็นส่วนตัวและข้อมูลส่วนบุคคล ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32 แอปพลิเคชันที่กำหนด เช่น ไทยชนะและหมอชนะ มีลักษณะการทำงานเก็บรวบรวม ใช้เปิดเผยข้อมูลที่สามารถระบุตัวบุคคล

(2) เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 36 แม้แอปพลิเคชันดังกล่าว เก็บข้อมูลระบุตัวบุคคล เช่น หมายเลขโทรศัพท์ สถานที่หรือที่อยู่ของบุคคลในแต่ละช่วงเวลา ฯลฯ แต่ไม่ได้เก็บข้อมูล “เนื้อหาการสื่อสาร” (content) จึงไม่ใช่ “การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน และกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน”

(3) สิทธิในความเท่าเทียมและการไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (Equality and non-discrimination) ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 27 กฎหมายที่กล่าวข้างต้น กำหนดหน้าที่แก่ผู้ประกอบการหรือหน่วยงานต่าง ๆ จัดให้มีมาตรการแอปพลิเคชัน ส่งผลกระทบต่อประชาชนในแง่ที่อาจถูกปฏิเสธสิทธิหรือบริการต่าง ๆ หากไม่ติดตั้งหรือใช้งานแอปพลิเคชัน เช่น ไม่สามารถเข้าถึงบริการของหน่วยงานรัฐหรือเอกชน จึงอาจพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดย “เหตุอื่นใด” เนื่องจากการไม่ติดตั้งหรือใช้แอปพลิเคชันเกิดจากเหตุผลส่วนบุคคลที่หลากหลาย ไม่จำเป็นต้องเกิดจากกรณีรายได้หรือสถานะทางเศรษฐกิจเท่านั้น

(4) เสรีภาพในการเดินทาง ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 38 ผู้ให้บริการขนส่งสาธารณะที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขการปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด อาจกำหนดให้ผู้ใช้บริการต้องติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชันดังกล่าว มิฉะนั้นจะไม่สามารถเดินทางได้

⁶ มาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด - 19 แบบท้ายประกาศกรุงเทพมหานคร เรื่อง สั่งปิดสถานที่เป็นการชั่วคราว (ฉบับที่ 18) ลงวันที่ 30 มกราคม 2564.

(5) สิทธิในการได้รับบริการจากรัฐ เช่น การได้รับบริการสาธารณสุขตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 47 หากผู้ให้บริการสาธารณสุขอาศัยเงื่อนไขการกำหนดให้ติดตั้งแอปพลิเคชันเป็นเงื่อนไขการเข้ารับบริการ ประชาชนที่ไม่ติดตั้งและใช้งานก็ไม่สามารถเข้าถึงบริการได้

(6) เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 40 เนื่องจากผู้ประกอบการหลายประเภท อยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อกำหนดของมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด หากไม่ดำเนินการในส่วนของแอปพลิเคชัน เช่น ไม่จัดให้มีคิวอาร์โค้ดในการสแกนเข้าใช้บริการอาจไม่ได้รับอนุญาตให้เปิดดำเนินการ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า มาตรการป้องกันโรคในกรณีแอปพลิเคชันกระทบสิทธิเสรีภาพหลายประการ โดยเฉพาะสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในแง่ข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งนอกจากรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 32 แล้วยังปรากฏในข้อ 17 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) อย่างไรก็ดีตาม สิทธิเสรีภาพดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดได้ ดังจะเห็นได้จากอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Convention on Human Rights) มาตรา 8 ที่กำหนดคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล แต่ยกเว้นการแทรกแซงของหน่วยงานรัฐ บนพื้นฐานของกฎหมายที่มีความจำเป็นตามระบอบประชาธิปไตยที่เกี่ยวข้องกับ “ความปลอดภัยสาธารณะ หรือปกป้องสุขภาพ...” สำหรับรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 32 ก็มีข้อจำกัดว่า “...เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ” นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาโดยรวมของ สิทธิเสรีภาพประการต่าง ๆ รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 26 เปิดทางให้รัฐตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข เช่น “...กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระ หรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล มิได้...” ด้วยเหตุนี้ จึงมีประเด็นว่า กฎหมายเกี่ยวกับมาตรการแอปพลิเคชันซึ่งจำกัดสิทธิเสรีภาพหลายประการ สอดคล้องกับเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญและหลักสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะจำแนกเกณฑ์วิเคราะห์ใน หัวข้อที่ 4

3. มาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนดในกรณีการให้ติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชันกับ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

เนื่องจากมาตรการแอปพลิเคชัน มีลักษณะการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล จึงมีประเด็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสามารถให้ความคุ้มครองสิทธิเจ้าของข้อมูลได้เพียงใด แยกพิจารณา ดังนี้

3.1 ขอบเขตที่จำกัดของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ในการคุ้มครอง สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

พระราชบัญญัตินี้ อยู่บนพื้นฐานแนวคิดหลายประการ โดยแบ่งลักษณะการคุ้มครองได้สองกลุ่มหลักคือ⁷ กลุ่มที่หนึ่ง ฐานหรือเหตุในการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผย (Lawful basis) หลักการส่วนนี้เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในแง่ของสิทธิในการควบคุมข้อมูลของตน (Right to control personal data)

⁷ จาก หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, โดย คณาธิป ทองวีรวงศ์, 2564, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.

เนื่องจากกำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลและแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยให้เจ้าของข้อมูลทราบ (มาตรา 19, มาตรา 23, และมาตรา 24) อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นที่ไม่ต้องขอความยินยอมไว้หลายประการ โดยเฉพาะการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้น หากมีกฎหมายให้อำนาจหรือกำหนดภารกิจให้หน่วยงานรัฐหรือเอกชน ทำการเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ก็ไม่ต้องขอความยินยอมหรืออีกนัยหนึ่ง สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลจะถูกจำกัด

กลุ่มที่สอง หน้าที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล จัดให้มีมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคล หลักการนี้อยู่บนพื้นฐานแนวคิดความปลอดภัยทางสารสนเทศ (Information or data security) มิได้เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพ กล่าวคือ ไม่ว่าเจ้าของข้อมูลจะมีสิทธิในการควบคุมข้อมูลของตนโดยให้ความยินยอมหรือไม่ พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลยังคงมีหน้าที่รักษาความปลอดภัยข้อมูลนั้น⁸ เช่น กระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานในสังกัดเก็บข้อมูลบุคคลโดยอาศัยอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 ต้องมีมาตรการป้องกันมิให้ข้อมูลสูญหาย ถูกเข้าถึงโดยมิชอบ ฯลฯ แม้จะไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลตามหลักการกลุ่มที่หนึ่ง

สำหรับมาตรการแอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะ ต่างมีการดำเนินการกับ “ข้อมูลส่วนบุคคล” ตามนิยามในมาตรา 6 ของพระราชบัญญัตินี้ (ซึ่งจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกับต่างประเทศในหัวข้อ 5.2.2) ดังนั้น กระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานในสังกัด ซึ่งเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีแอปพลิเคชันไทยชนะ⁹ และแอปพลิเคชันหมอชนะ (แอปพลิเคชันนี้มีสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) เป็นผู้ประมวลผลข้อมูล (แอปพลิเคชันนี้มีสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน)¹⁰ เป็นผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลด้วย) จึงมีหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ แต่หากพิจารณาว่าการดำเนินการตามมาตรการแอปพลิเคชันดังกล่าวเข้ากรณี “เป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล”¹¹ หรือปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐที่ได้มอบให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” กล่าวคือ ดำเนินมาตรการเพื่อรักษาระบบสาธารณสุขหรือ “เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล”¹² เช่น ข้อกำหนดที่ออกตามความในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และ พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 จะเข้าเหตุที่สามารถเก็บรวบรวมใช้เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ต้องขอความยินยอม จึงเห็นได้ว่า เมื่อรัฐตรากฎหมายที่กำหนดให้มีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล โดยอ้างประโยชน์สาธารณะในแง่ต่างๆ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ก็ไม่สามารถให้การคุ้มครองเจ้าของข้อมูลในมิติสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ ไม่มีสิทธิตัดสินใจควบคุมข้อมูลของตนว่าจะยินยอมหรือไม่ แม้ว่าเจ้าของข้อมูลจะยังคงได้รับการคุ้มครองในอีกมิติหนึ่งคือในส่วนของการรักษาความปลอดภัยของข้อมูล (Data security) กล่าวคือ ผู้ควบคุมข้อมูลต้องดูแลมิให้ข้อมูลที่เก็บรวบรวมจากการใช้แอปพลิเคชันรั่วไหล

⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 37.

⁹ จาก ไทยชนะ, ข้อตกลงและความยินยอม, www.thaichana.com (ออนไลน์) สืบค้นจาก <https://applied2020.thaichana.com/register/terms-conditions>.

¹⁰ จาก นโยบายความเป็นส่วนตัวของแอปพลิเคชันหมอชนะ ระบุว่า “สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ จะเป็นผู้รวบรวม จัดเก็บ และดูแลการบริหารจัดการข้อมูลที่เกิดจากแอปพลิเคชัน ภายใต้คณะกรรมการธรรมาภิบาลข้อมูลให้สอดคล้องและเป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562” เมื่อพิจารณาพฤติกรรมการดำเนินการตามนโยบายของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล จึงอาจเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลร่วม (Co or joint controller) กับกระทรวงสาธารณสุข อย่างไรก็ตาม จากการแจ้งรายละเอียดในเว็บไซต์ของสำนักงานฯ ระบุว่า เป็นผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งหมายถึง ผู้เก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผย ตามคำสั่งของกรมควบคุมโรคซึ่งเป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล สืบค้นจาก <https://www.dga.or.th/th/profile/2176/>.

¹¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 24 (4).

¹² พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 24 (6).

3.2 ความยินยอมในการใช้งานแอปพลิเคชันเพื่อควบคุมโรคติดต่อที่ไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ดังกล่าวในหัวข้อ 3.1 แม้ว่ามาตรการแอปพลิเคชันอาจเข้าเหตุที่ไม่ต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล แต่แอปพลิเคชันทั้งสองชนิดที่ราชการกำหนด ต่างอาศัยฐานความยินยอม โดยให้ผู้ใช้งานกดปุ่มตกลงยอมรับให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเก็บรวบรวม ใช้ เผยแพร่ข้อมูลเพื่อการควบคุมโรคติดต่อได้ ในแง่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จึงมีประเด็นว่า ความยินยอมดังกล่าวสอดคล้องกับเงื่อนไขของความยินยอมที่ขอบด้วยกฎหมาย เช่น หลักความอิสระ (Freely given) หรือไม่ ซึ่งไม่ใช่ประเด็นที่อยู่ในขอบเขตวิเคราะห์โดยตรงของบทความนี้¹³ อย่างไรก็ตาม ความไม่อิสระของความยินยอมอาจนำมาประกอบการประเมินหลักความได้สัดส่วนจึงสรุปการวิเคราะห์ประเด็นความยินยอมของแอปพลิเคชันดังกล่าวที่ผู้เขียนเห็นว่าไม่สอดคล้องกับหลักความอิสระและความเฉพาะเจาะจง ดังนี้¹⁴

- ความไม่สมดุลเชิงอำนาจต่อรอง (Imbalance of power)¹⁵ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของแอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะเป็นหน่วยงานรัฐ และเจ้าของข้อมูลคือประชาชนจึงเป็นการให้ความยินยอมบนพื้นฐานอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน

- การสร้างเงื่อนไขของความยินยอม (Conditionality) และการให้ความยินยอมโดยแยกส่วน (Specific)¹⁶ ข้อตกลงของมาตรการไทยชนะขอความยินยอมเพื่อนำไปใช้ในวัตถุประสงค์หลายอย่าง นอกเหนือจากโรคติดเชื้อโควิด 19 เช่น “เพื่อกำหนดนโยบาย” “...โรคติดต่ออื่น” “เพื่อประโยชน์สาธารณะ...” สำหรับข้อตกลงของแอปพลิเคชันหมอชนะ ประกอบด้วยวัตถุประสงค์หลายประการ ทั้งแจ้งเตือนความเสี่ยงและเจ้าหน้าที่ใช้ข้อมูลเพื่อบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ ในการควบคุมโรคโดยแอปพลิเคชันทั้งสองออกแบบในลักษณะ การกำหนดวัตถุประสงค์หลายประการและนำมาผูกรวม (Bundling) เป็นเงื่อนไขโดยไม่แยกตามวัตถุประสงค์ และผู้ใช้งานไม่สามารถเลือกให้ความยินยอมแยกตามวัตถุประสงค์ได้ จึงไม่สอดคล้องกับหลักความยินยอมโดยอิสระและแยกส่วน

- ผลกระทบทางลบ (Negative consequence) จากการไม่ยินยอม¹⁷ แม้การใช้แอปพลิเคชันไทยชนะไม่มีโทษทางกฎหมายโดยตรงต่อผู้ประกอบการ แต่เมื่อพิจารณาเชื่อมโยงกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องพบว่า หากผู้ประกอบการไม่เข้าร่วมมาตรการอาจไม่สามารถดำเนินการให้สอดคล้องกับมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนด ซึ่งเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการผ่อนปรนหรืออนุญาตให้ประกอบการ ส่งผลให้ไม่สามารถประกอบการได้ การปฏิเสธไม่ยินยอมเข้าร่วมมาตรการที่ต้องยอมให้เก็บและใช้ข้อมูลดังกล่าวจึงส่งผลกระทบทางลบทำให้ความยินยอมไม่อิสระ ในส่วนของประชาชนผู้ใช้งานแอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะแม้กฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ได้กำหนดโทษ แต่มีขอบเขตกว้างและอาจถูกดำเนินคดีได้ดังจะกล่าวในหัวข้อ 4.1 หากเปรียบเทียบกับมาตรการหลายประเทศ เช่น มลรัฐในสหรัฐอเมริกา ประเทศในสหภาพยุโรป

¹³ ผู้เขียนได้วิเคราะห์ประเด็นความยินยอมของเจ้าของข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับแอปพลิเคชันไทยชนะในงานชิ้นอื่น (คณาธิป ทองรวิวงศ์, 2564, การคุ้มครองเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจากมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อโควิด 19 ศึกษากรณีความยินยอมของเจ้าของข้อมูลที่เกี่ยวข้องในการใช้แอปพลิเคชันไทยชนะตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562).

¹⁴ หลักความเป็นอิสระของความยินยอม (Freely given consent) ปรากฏในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งมีที่มาจากกฎหมายสหภาพยุโรป (GDPR) แต่กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเกณฑ์ตีความไว้อย่างละเอียด ผู้เขียนจึงนำเกณฑ์ของสหภาพยุโรปมาประกอบการวิเคราะห์ ปรากฏจากแนวทางการตีความการให้ความยินยอมโดยอิสระของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป.

¹⁵ เกณฑ์พิจารณา “Imbalance of power” ปรากฏในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป (GDPR, recital 43; Article 29 Working party of The European Union, 2011, p.12) แม้ว่ามาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ไม่ได้กำหนดเกณฑ์นี้ไว้อย่างชัดแจ้งแต่ก็เห็นว่าการนำเกณฑ์นี้มาประกอบการตีความเพราะเป็นต้นแบบของการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว.

¹⁶ (GDPR, recital 43) Article 29 Working Party of European Union, 2018.

¹⁷ Article 29 Working party of The European Union (2011). Opinion 15/2011 on the definition of consent, <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/>.

ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ จะเห็นได้ว่า เป็นมาตรการสมัครใจโดยไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องระบอบองค์ประกอบอย่างกว้างที่อาจถูกนำมาตั้งข้อหาผู้ไม่ติดตั้งหรือใช้งานแอปพลิเคชัน ผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพอีกประการหนึ่งคือ ประชาชนที่ไม่ใช้แอปพลิเคชันอาจถูกผู้ประกอบการปฏิเสธการเข้าถึงบริการต่าง ๆ โดยอ้างมาตรการป้องกันโรคที่ตนเองต้องปฏิบัติ จึงเห็นว่าความยินยอมให้เก็บข้อมูลตามแอปพลิเคชันดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานว่าอาจมีผลกระทบทางลบหากปฏิเสธ จึงไม่ใช่ทางเลือกสมัครใจโดยแท้จริง (Real choice)

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การขอความยินยอมตามแอปพลิเคชันดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล แต่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลยังคงอาศัยเหตุหรือฐานอื่นในการเก็บรวบรวมและใช้ข้อมูลได้ เช่น มาตรา 24 (4) เทียบกับความเห็นคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฝรั่งเศส ที่ว่าแอปพลิเคชันที่รัฐบาลนำมาให้ประชาชนติดตั้งเพื่อป้องกันโรคติดเชื้อโควิด 19 สามารถอ้างฐานการปฏิบัติการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ¹⁸ จึงเห็นว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มีขอบเขตจำกัดไม่สามารถคุ้มครองสิทธิในการตัดสินใจเลือกยินยอมให้บุคคลอื่นเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของตนหรือไม่ และนำไปสู่ประเด็นอีกระดับหนึ่งว่า กฎหมายอื่นที่กำหนดให้เก็บข้อมูลส่วนบุคคลหรือการที่หน่วยงานรัฐกำหนดมาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะในลักษณะนี้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนจะวิเคราะห์ในบทความนี้โดยนำหลักเกณฑ์ด้านสิทธิมนุษยชนมาซึ่งน้ำหนักและประเมินกฎหมายและมาตรการของรัฐในกรณีแอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะ

4. การนำเกณฑ์สิทธิมนุษยชนมาประเมินมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนดในกรณีการให้ติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชัน

หัวข้อนี้ชี้ให้เห็นเกณฑ์ในการประเมินความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนโดยเริ่มจากเกณฑ์เบื้องต้นและหลักความได้สัดส่วน

4.1 เกณฑ์เบื้องต้นในการประเมินความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน

โดยทั่วไป การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องเป็นไปโดยกฎหมายกำหนด (prescribed by law) หลักการนี้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เช่น มาตรา 32 กำหนดว่า “...เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย...” อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวต้องสอดคล้องกับเกณฑ์ด้านคุณภาพ (Quality of the law)¹⁹ ซึ่งพิจารณาจากเกณฑ์ต่าง ๆ ที่จะกล่าวต่อไป

กฎหมายที่จำกัดสิทธิจะต้องตรารขึ้นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นประโยชน์อันสำคัญ (Compelling interest) เกณฑ์นี้เห็นได้จากอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Convention on Human Rights) มาตรา 8 ที่มีข้อยกเว้นการคุ้มครองสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวในกรณีรัฐตรากฎหมายเพื่อ “ความปลอดภัยสาธารณะหรือปกป้องสุขภาพ...” เกณฑ์นี้ปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 32 ซึ่งกำหนดว่า “...เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตรารขึ้น...เพื่อประโยชน์สาธารณะ” สำหรับในกรณีมาตรการป้องกันโรคติดเชื้อโควิด 19 มีวัตถุประสงค์ปกป้องระบบสาธารณสุข (Public health) ซึ่งเป็นประโยชน์อันเป็นเหตุผลที่ประเทศต่าง ๆ กำหนดมาตรการจำกัดสิทธิเสรีภาพ แต่ก็ต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักกับเกณฑ์ข้อต่อไปด้วย

¹⁸ The French data protection authority (CNIL), Deliberation N. 2020-046 of April 24, 2020 delivering an opinion on a proposed mobile application called “StopCovid”. (request for opinion N° 20006919).

¹⁹ จาก “เกณฑ์การปกป้องสิทธิมนุษยชนสำหรับการประเมินความสอดคล้องของกฎหมายที่ให้อำนาจเข้าถึงหรือได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของบุคคลในระบบคอมพิวเตอร์ตามพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่แก้ไขฉบับที่ 2 พ.ศ. 2560”, โดย คณาธิป ทองรวีวงศ์, 2561, วารสารวิชาการสิทธิมนุษยชน, 3(1), น. 7-40.



- กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพต้องอยู่ภายใต้หลักความคาดหมายได้ (Foreseeability) เกณฑ์นี้อยู่บนพื้นฐานแนวคิดเพื่อป้องกันฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Arbitrary)²⁰ กฎหมายที่จำกัดสิทธิจึงต้องระบุรายละเอียดที่ชัดเจนเพียงพอ เพื่อให้ประชาชนทราบถึงสถานการณ์และเงื่อนไขของการใช้อำนาจนั้น²¹ เช่น ระบุ ลักษณะหรือเหตุที่จะนำไปสู่การใช้อำนาจจำกัดสิทธิ²² นอกจากนี้ กฎหมายที่จำกัดสิทธิเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะจะต้องมีขอบเขตที่แคบและจำกัด (Narrow and precise) ในแง่ต่าง ๆ เช่น ขอบเขตการบังคับ เป้าหมาย ระยะเวลา ฯลฯ

จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องของไทยจะเห็นได้ว่า แม้มาตรการแอปพลิเคชันไม่ได้กำหนดบังคับหรือมีบทลงโทษประชาชนโดยตรง แต่จากตัวบทมีขอบเขตกว้าง อาจส่งผลให้เกิดการบังคับใช้ในกรณีดังนี้

- ประชาชนนอกเขตพื้นที่ 5 จังหวัดตามข้อกำหนดฯ ฉบับที่ 17 หากไม่โหลดและใช้แอปพลิเคชัน ไม่มีความผิด เนื่องจากข้อ 1 วรรคสอง กำหนดว่า “รัฐบาลสนับสนุนให้ประชาชนติดตั้งและใช้...”

- ประชาชนในเขตพื้นที่ 5 จังหวัดตามข้อกำหนดฯ ฉบับที่ 17 ข้อ 2 ระบุว่า “ โดยให้ตั้งจุดตรวจหรือจุดสกัดเพื่อคัดกรองการเดินทางเข้าออกพื้นที่อย่างเข้มข้น และให้ผู้ที่อยู่ในเขตพื้นที่ดังกล่าวติดตั้งและใช้ระบบแอปพลิเคชัน “หมอชนะ” ส่งผลว่า หากไม่ติดตั้งเจ้าหน้าที่มีอำนาจไม่ให้เข้าหรือออก และเจ้าหน้าที่อาจดำเนินคดีฐานฝ่าฝืนข้อ 2 ซึ่งนำไปสู่โทษอาญาตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 18 นอกจากนี้ ข้อกำหนดเขียนว่า “ติดตั้งและใช้” ความเสี่ยงจึงอาจเกิดขึ้นได้ ในกรณีดาวน์โหลดหรือติดตั้งไว้แล้วแต่ใช้วิธีใด ๆ ไม่ให้เปิดใช้งานหรือไม่ให้ทำงานในการติดตามตัว

- ประชาชนไม่ว่าในพื้นที่ใด หากตกเป็นผู้ต้องสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อหรือผู้สัมผัสโรค ซึ่งเจ้าพนักงานอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 สอบสวนโรคแล้ว ไม่ปรากฏว่าติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชัน อาจถูกดำเนินคดีฐาน “ไม่แจ้งหรือปกปิดข้อมูล” ซึ่งขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและดุลพินิจเจ้าพนักงานเป็นกรณีไป

จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องจะพบตัวบทและถ้อยคำที่กว้างเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจที่ไม่มีเกณฑ์ชัดเจน และประชาชนไม่อาจคาดหมายได้ถึงลักษณะการกระทำที่อาจเข้าข่ายความผิด จึงมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ข้างต้น นอกจากนี้ มาตรการแอปพลิเคชันยังมีลักษณะกว้างในแง่ขอบเขตระยะเวลา ซึ่งจะวิเคราะห์ในหัวข้อ 5.3

4.2 หลักความได้สัดส่วนในฐานะเครื่องมือการประเมินหรือชั่งน้ำหนักกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ

หลักความได้สัดส่วนปรากฏในฐานะของเครื่องมือที่ศาลใช้ประเมินหรือทบทวนกฎหมาย (Judicial review) ในหลายบริบท เช่น ในบริบทของรัฐธรรมนูญ ศาลหลายประเทศนำหลักการนี้มาประเมินกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นโดยจำกัดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ว่าได้สัดส่วนกับประโยชน์สาธารณะอันเป็นเหตุผลของ กฎหมายนั้นหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลในสหรัฐอเมริกานำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้อย่างต่อเนื่อง²³ รวมทั้ง มีการกำหนดเกณฑ์ (Criteria) หรือองค์ประกอบหรือขั้นตอน (phase) ในการประเมินความได้สัดส่วน²⁴

²⁰ Rotaru v Romania, No 28341/95, ECtHR, 2000.

²¹ Kopp v Switzerland, no. 23224/94, ECtHR, 1998.

²² Weber and Saravia v Germany, no.54934/00, ECtHR, 1173, 29 Jun 2006.

²³ From *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law* (p.376), by Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, 2009, 46 San Diego L. Rev.

²⁴ From *The Myth and Reality of American Constitutional Exceptionalism* (p.391), by Steven Gardbaum, 2008, 107 Mich. L. Rev.

เช่น หลักความแคบและจำกัดของกฎหมาย (Narrow tailoring) หลักทางเลือกอื่นที่จำกัดสิทธิน้อยกว่า (Less restrictive alternatives) เกณฑ์ที่ศาลสหรัฐอเมริกานำมาประเมินความได้สัดส่วนของกฎหมายนั้นมีความละเอียดและเคร่งครัด โดยในทางวิชาการเรียกว่าหลักการตรวจสอบอย่างเคร่งครัด (Strict scrutiny)²⁵ หลักความได้สัดส่วนจัดเป็นเกณฑ์สำคัญในการประเมินหลักนิติธรรม (Rule of Law) ในบริบทสิทธิเสรีภาพในรัฐธรรมนูญด้วย²⁶ แม้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายกับสิทธิเสรีภาพจะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ศาลสูงสุดแคนาดา ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา แต่ปรากฏว่ามีการนำหลักความได้สัดส่วนและเกณฑ์ย่อยมาพิจารณาในแนวทางคล้ายคลึงกันกับสหรัฐอเมริกา²⁷ อย่างไรก็ตาม เกณฑ์หรือองค์ประกอบหรือขั้นตอนในการพิจารณาความได้สัดส่วนมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ²⁸ เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะพบถ้อยคำที่สะท้อนหลักความได้สัดส่วน เช่น มาตรา 26 กำหนดว่ากฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข “ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม” และ “ไม่จำกัดสิทธิเสรีภาพเกินสมควรแก่เหตุ”

สำหรับในบริบทของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปนำหลักความได้สัดส่วนมาซึ่งนำหลักกฎหมายประเทศสมาชิกที่ตราขึ้นในลักษณะจำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมืองตามอนุสัญญาลิทธิมนุษยชนสหภาพยุโรปอย่างต่อเนื่อง²⁹ โดยมีเกณฑ์หรือองค์ประกอบหรือขั้นตอนการพิจารณาคลายคลึงกับบริบทของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่น ๆ จากคำพิพากษาศาลสามารถสรุปเกณฑ์หรือองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ เช่น ความเหมาะสมหรือเพียงพอ (Suitability) ความจำเป็น (Necessary) ความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Proportionality in the strict sense)³⁰ หัวข้อต่อไปจะจำแนกเกณฑ์หรือองค์ประกอบของหลักการนี้

4.3 เกณฑ์หรือองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วน

ในการประเมินหรือซึ่งนำหลักกฎหมายหรือมาตรการรัฐที่จำกัดสิทธิเสรีภาพในกรณีแอปพลิเคชันโดยอาศัยหลักความได้สัดส่วน (Proportionality test, review) ประกอบด้วยเกณฑ์ (Criteria) หรือ องค์ประกอบ (Component) หรือ การตั้งคำถาม (Inquiry) หลายประการ ซึ่งแต่ละประเทศมีแนวทางต่างกัน โดยในที่นี้จะสรุปจำแนกเป็น 3 เกณฑ์ ดังนี้

- เกณฑ์ความมีเหตุผลหรือความเหมาะสม (Rationality, suitability, appropriate)³¹ กล่าวคือกฎหมายหรือมาตรการรัฐที่จำกัดสิทธิต้องมีเหตุผลหรือความเหมาะสม โดยพิจารณาความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลระหว่าง เป้าหมาย (Goal) และ วิธีการ (means) กล่าวคือ กฎหมายที่จำกัดสิทธิในฐานะ “วิธีการ” มีความเหมาะสมหรือเพียงพอ (Reasonable connection) ในการบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็น “เป้าหมาย” หรือไม่

²⁵ From, *Strict Judicial Scrutiny*, by Richard H. Fallon, 2007, 54 UCLA Law Review.

²⁶ From *The Ultimate Rule of Law* Oxford University Press (pp.159-163), by David M. Beatty, 2004.

²⁷ From *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence* (p.383), by Dieter Grimm, 2007, 57 U. Toronto L.J.

²⁸ From *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (pp.179-181), by Aharon Barak, 2012, Cambridge University Press; 1st edition.

²⁹ From *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law* (p.113), by Gráinne de Búrca, 1993, 13 Y.B. Eur. L. 105.

³⁰ From “Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of European Courts” (p.6), by Di Gino Scaccia, 2019, 4. Federalismi.it.

³¹ From *Congruence and Proportionality for Congressional Enforcement Powers: Cosmetic Change or Velvet Revolution?* (p.567, 582), by Elisabeth Zoller, 2003, 78 Ind. L.J.



- เกณฑ์ความจำเป็น (Necessity test)³² แม้ว่ากฎหมายหรือมาตรการที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ จะเป็นวิธีการที่สมเหตุสมผลในการบรรลุเป้าหมาย แต่ต้องพิจารณาต่อไปว่า กฎหมายหรือมาตรการนั้นเป็นวิธีการที่กระทบสิทธิขั้นสุดท้ายที่เป็นไปได้หรือไม่ (Minimally impair, less restrictive)³³ กล่าวคือ หากเป้าหมายสามารถบรรลุได้โดยวิธีการที่จำกัดสิทธิหรือสร้างภาระแก่ประชาชนน้อยกว่า (Less burdensome means)³⁴ ก็จัดว่ากฎหมายนั้นเป็นวิธีการที่เกินจำเป็น (Excessive action) เกณฑ์ข้อนี้พบได้จากถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เช่น มาตรา 32 กำหนดว่า “...กฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ” และมาตรา 26 กำหนดว่า “...กฎหมายดังกล่าวต้องไม่...ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ...”

- เกณฑ์ความได้สัดส่วนอย่างแคบหรือเคร่งครัด (Proportionality in a narrow sense)³⁵ เกณฑ์นี้พิจารณาว่า กฎหมายหรือมาตรการจำกัดสิทธิเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะมากที่สุดและกระทบต่อสิทธิของบุคคลน้อยที่สุด กล่าวคือ เป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ (Benefit) กับอันตราย (Harm)³⁶ ต่อสิทธิเสรีภาพ หรือต้นทุน (Cost) ที่บุคคลต้องรับภาระจากการจำกัดสิทธินั้น³⁷ ซึ่งพิจารณาเป็นกรณีไป โดยอาจเรียกว่าหลักการหาจุดดุลยภาพ (Balancing)³⁸ ตัวอย่าง ศาลในแคนาดา³⁹ วางหลักว่า แม้กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สำคัญและมีความจำเป็นแล้ว แต่ยังอาจไม่ได้สัดส่วนเมื่อประโยชน์ที่จะได้รับจากมาตรการนั้นมีน้ำหนักน้อยกว่าผลกระทบทางลบต่อสิทธิของบุคคล เกณฑ์นี้สะท้อนให้เห็นจากรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 26 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขของกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพว่า “...กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ...”

5. การนำเกณฑ์สิทธิมนุษยชนมาวิเคราะห์ประเมินความได้สัดส่วนของมาตรการป้องกันโรคที่ทางราชการกำหนดในกรณีการให้ติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชันหมอชนะและไทยชนะ

หัวข้อนี้ จะนำเกณฑ์ 3 ประการในหัวข้อ 4.3 มาใช้วิเคราะห์ประเมินความได้สัดส่วนของมาตรการแอปพลิเคชัน โดยแยกตามลักษณะของมาตรการและผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล คือ วัตถุประสงค์ของการใช้แอปพลิเคชัน ลักษณะการทำงานหรือเทคโนโลยีที่นำมาใช้ และข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับผลกระทบ โดยเปรียบเทียบมาตรการของไทยและต่างประเทศ

5.1 การประเมินความได้สัดส่วนของวัตถุประสงค์และลักษณะการทำงานของแอปพลิเคชัน

หัวข้อนี้จะนำวัตถุประสงค์ของแอปพลิเคชันที่เชื่อมโยงกับลักษณะการทำงานหรือเทคโนโลยีมาประเมินความได้สัดส่วนโดยเปรียบเทียบกับมาตรการของต่างประเทศ โดยแบ่งเป็นหัวข้อย่อย ดังนี้

³² From *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism* (pp.77-78), by Alec Stone Sweet and Jud Mathews, 2008, 47 Colum. J. Transnat'l L.72.

³³ From *Congruence and Proportionality for Congressional Enforcement Powers: Cosmetic Change or Velvet Revolution?*. Loc.cit.

³⁴ Ibid. (p.567).

³⁵ From *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality* (p. 131, 135), by Robert Alexy, 2003, 16 Ratio Juris.

³⁶ From *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Op.cit. (p.132).

³⁷ From *Congruence and Proportionality for Congressional Enforcement Powers: Cosmetic Change or Velvet Revolution?*. Loc.cit.

³⁸ From *The Global Model of Constitutional Rights* (pp193-94), by Kai Möller, 2012, Oxford University Press.

³⁹ R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 139-40.

5.1.1 วัตถุประสงค์และลักษณะการทำงานของแอปพลิเคชันในต่างประเทศ

มาตรการป้องกันโรคในกรณีแอปพลิเคชันของแต่ละประเทศ มีวัตถุประสงค์แตกต่างกัน ซึ่งเชื่อมโยงถึงลักษณะการทำงานอันส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพแตกต่างกันไป ด้วย กล่าวคือ หากวัตถุประสงค์ของการใช้แอปพลิเคชันนั้นกว้าง จะส่งผลให้ลักษณะการทำงานกระทบสิทธิเสรีภาพมากขึ้นด้วย ผู้เขียนจำแนกมาตรการของประเทศต่าง ๆ เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง แอปพลิเคชันมีวัตถุประสงค์จำกัดเฉพาะแจ้งเตือนความเสี่ยงการสัมผัสโรค (Contact tracing)

แอปพลิเคชันที่ภาครัฐของหลายประเทศมีวัตถุประสงค์อย่างจำกัดเฉพาะติดตามร่องรอยการสัมผัส (Contact tracing) หรือแจ้งเตือนความเสี่ยง (Exposure notification app) กล่าวคือ ให้ผู้ใช้งานที่สมัครใจติดตั้ง ได้ทราบถึงความเสี่ยงของตนในการสัมผัสโรคกับบุคคลอื่น เพื่อบรรลุมติประสงค์นี้ เทคโนโลยีที่นำมาใช้จึงจำกัดเฉพาะการใช้บลูทูธ (Bluetooth) เพื่อเก็บข้อมูลการเข้าใกล้กันระหว่างเครื่องของผู้ใช้งาน โดยคำนวณจากระยะห่างระหว่างผู้ใช้แอปพลิเคชัน (Digital proximity tracking technologies) สำหรับข้อมูลที่เก็บรวบรวมก็มีขอบเขตจำกัดเฉพาะเพื่อบรรลุมติประสงค์ในการให้ผู้ใช้งานรู้ถึงความเสี่ยง โดยมีการเก็บคำนวณและส่งข้อมูลในลักษณะรหัสหรือข้อมูลไม่ระบุตัวบุคคล

ตัวอย่างผู้ให้บริการ Apple และ Google ร่วมกันกำหนดเงื่อนไขหรือโปรโตคอลสำหรับแอปพลิเคชัน เกี่ยวกับการป้องกันโรคติดเชื้อโควิด 19 ซึ่งจะพัฒนามาใช้สำหรับระบบปฏิบัติการ iOS และ Android⁴⁰ ว่าจะต้องออกแบบให้เก็บและใช้ข้อมูลไม่ระบุตัวบุคคล และจำกัดเฉพาะวัตถุประสงค์ในการแจ้งเตือนความเสี่ยงเท่านั้น ดังนั้น แอปพลิเคชันที่พัฒนาขึ้นตามเงื่อนไขหรือแนวโปรโตคอลนี้ เช่น หลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกาจะมีวัตถุประสงค์เฉพาะแจ้งเตือนความเสี่ยงแบบไม่ระบุตัวบุคคล ซึ่งสรุปลักษณะการทำงานที่สำคัญได้ดังนี้

- ใช้สัญญาณบลูทูธของเครื่องในการคำนวณระยะการอยู่ใกล้และการติดต่อสัมผัสกับผู้ใช้งานแอปพลิเคชันรายอื่นในระยะและเวลาที่กำหนด (เช่น 6 ฟุตภายใน 15 นาที หรือนานกว่านั้น ภายในระยะเวลา 24 ชั่วโมง) เมื่อแอปพลิเคชันคำนวณว่าผู้ใช้งานเข้าเงื่อนไขดังกล่าว จะดำเนินการให้อุปกรณ์โทรศัพท์แลกเปลี่ยนสัญญาณรหัสกับผู้ใช้งานอีกราย โดยไม่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อยู่ (Location) และข้อมูลระบุตัวตนของผู้ใช้งานทั้งสองราย

- เพื่อป้องกันมิให้แอปพลิเคชันเก็บข้อมูลส่วนบุคคล ระบบจะสร้างรหัสผู้ใช้แบบสุ่มสำหรับโทรศัพท์เครื่องนั้น และเพื่อมิให้รหัสดังกล่าวสามารถนำไปเชื่อมโยงหรือระบุตัวบุคคลหรือที่อยู่ได้ จะมีการเปลี่ยนแปลงรหัส เช่น แอปพลิเคชันของมลรัฐ North Dakota ระบุว่าเปลี่ยนทุก 10 - 20 นาที

- หากผู้ใช้งานรายใดตรวจพบการติดเชื้อ เจ้าหน้าที่จะติดต่อและแจ้งถึงความเสี่ยงที่จะให้ข้อมูลอัตโนมัติในแอปหรือไม่ หากยินยอม แอปพลิเคชันจะอัปโหลดข้อมูลรหัสติดต่อของผู้ใช้งานที่อยู่ในระยะใกล้เพื่อนำไปสู่การแจ้งเตือนผู้ใช้งานเหล่านั้น ทั้งนี้ จะเป็นการอัปโหลดข้อมูลลักษณะรหัสที่ไม่ระบุตัวบุคคล

⁴⁰ Google (2020) Exposure Notifications, Frequently Asked Questions, September 2020, <https://static.googleusercontent.com/media/www.google.com/en/covid19/exposurenotifications/pdfs/Exposure-Notification-FAQ-v1.2.pdf>.



- ในแต่ละวันแอปพลิเคชันจะทำการคำนวณเปรียบเทียบรายการผู้ใช้งานที่อยู่ในระยะใกล้ชิด โดยเป็นการเปรียบเทียบจากข้อมูลรหัส (List of contact code หรือ Random ID) ที่ไม่ใช่ข้อมูลระบุตัวบุคคล หากมีการจับคู่และผลว่าเข้าเงื่อนไขความเสี่ยงระยะอยู่ใกล้ หรือจับคู่กับ ID ที่มีการแจ้งว่าเป็นผู้ติดเชื้อ จะส่งการแจ้งเตือนความเสี่ยง

- ไม่ได้เก็บข้อมูลแบบรวมศูนย์หรือเซิร์ฟเวอร์กลาง ข้อตกลงการใช้งานแอปพลิเคชันบางมลรัฐระบุชัดเจนว่า การแลกเปลี่ยนข้อมูลทั้งหมดเกิดขึ้นจากอุปกรณ์ของผู้ใช้งาน

จะเห็นได้ว่า แอปพลิเคชันที่รัฐบาลมลรัฐส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกานำมาใช้ มีวัตถุประสงค์ที่จำกัดเฉพาะประเมินระยะห่าง (Proximity) และแจ้งเตือนความเสี่ยง (Exposure notification หรือ Contact tracing) โดยแลกเปลี่ยนข้อมูลรหัสที่ไม่ระบุตัว (Exchange anonymous identifier beacon keys) แอปพลิเคชันในกลุ่มนี้ ไม่มีวัตถุประสงค์อื่นในกรอบที่กว้างขึ้นของการป้องกันหรือควบคุมโรคติดเชื้อโควิด 19 เช่น วัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ใช้งานเช็คอิน ลงทะเบียนก่อนเข้าออกสถานที่หรือวัตถุประสงค์เพื่อติดตามระบุตัวบุคคลที่ติดเชื้อเพื่อนำมากักตัว ฯลฯ จึงส่งผลในลักษณะการทำงานหรือเทคโนโลยี ซึ่งไม่มีการใช้ GPS ติดตามร่องรอยความเคลื่อนไหวบุคคลในสถานที่ต่าง ๆ (Location) และไม่มีการเก็บข้อมูล หมายเลขโทรศัพท์ อีเมล นอกจากสหรัฐอเมริกาแล้ว ประเทศอื่นที่ใช้แนวทางนี้ เช่น มลรัฐอัลเบอร์ตา ประเทศแคนาดา วัตถุประสงค์จำกัดเฉพาะแจ้งเตือนความเสี่ยงการสัมผัส ไม่ได้นำแอปพลิเคชันมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นที่กว้างขึ้น เช่น วัตถุประสงค์เช็คอิน ลงทะเบียนก่อนเข้าออกสถานที่หรือเพื่อติดตามระบุตัวบุคคลที่ติดเชื้อ ประเทศในสหภาพยุโรปที่ใช้แอปพลิเคชันแนวทางนี้ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน

กลุ่มที่สอง วัตถุประสงค์อย่างกว้างเพื่อการควบคุมโรคติดเชื้อโควิด 19

แอปพลิเคชันที่อยู่บนพื้นฐานวัตถุประสงค์นี้เป็นไปเพื่อการควบคุมโรคติดเชื้อโควิด 19 แตกต่างกว่าการแจ้งเตือนการสัมผัสหรือระยะห่าง โดยจำแนกได้หลายวัตถุประสงค์ เช่น

- วัตถุประสงค์เพื่อติดตามสอบสวนโรค กล่าวคือ ติดตามตัวบุคคลเพื่อบังคับใช้กฎหมายสาธารณสุข เช่น กักกัน หรือติดตามพฤติกรรมระหว่างการกักกัน เป็นต้น ตัวอย่างแอปพลิเคชันของออสเตรเลีย (the COVIDSafe App) มีการเก็บรวบรวมหมายเลขโทรศัพท์และชื่อบุคคล เพื่อให้เจ้าหน้าที่ยืนยันเมื่อทำการติดตามสอบสวนโรค แอปพลิเคชันของอินโดนีเซียมีวัตถุประสงค์และการทำงานหลายอย่าง นอกจากการแจ้งเตือนความเสี่ยงโดยใช้เทคโนโลยีบลูทูธแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์ในการติดตามควบคุมโรคโดยเจ้าหน้าที่สามารถเข้าถึงข้อมูลและติดต่อผู้ติดเชื้อ และเก็บข้อมูลโดยใช้ GPS จากโทรศัพท์ผู้ใช้งานด้วย

- วัตถุประสงค์เพื่อเจ้าหน้าที่สาธารณสุขวิเคราะห์วางแผนการจัดการโรคติดต่อ ตัวอย่างแอปพลิเคชันของออสเตรเลีย (the COVIDSafe App) มีการเก็บรวบรวมข้อมูล ช่วงอายุ รหัสไปรษณีย์ (ที่สามารถเชื่อมโยงกับข้อมูลชื่อและหมายเลขโทรศัพท์) เชื่อมโยงกับการที่เจ้าหน้าที่นำไปวิเคราะห์วางแผนจัดลำดับความสำคัญของกรณี (Prioritizing cases) อย่างไรก็ตาม ผู้ใช้สามารถเลือกยินยอมหรือไม่ยินยอมในกิจกรรมส่วนนี้ได้

- วัตถุประสงค์ในการบ่งระบุตัวและแยกกักกันบุคคลที่สัมผัสโรค (Identification and isolation) ตัวอย่างเช่น แอปพลิเคชันของนิวซีแลนด์ หากผู้ใช้งานถูกวินิจฉัยว่าติดเชื้อหรืออยู่ใกล้ชิดกับผู้ติดเชื้อ เจ้าหน้าที่สาธารณสุขจะติดต่อเพื่อดำเนินการ

เช่น ส่งให้กักตัว รวมทั้งมีการเก็บข้อมูลวงจรการติดต่อทางสังคม (Social circle) เพื่อบ่งบอกว่าบุคคลที่มีความเสี่ยงในการสัมผัสโรค⁴¹

- วัตถุประสงค์เพื่อสร้างประวัติหรือบันทึกกิจกรรมประจำวันของบุคคล กล่าวคือ ติดตามการเดินทาง การเข้าออกสถานที่ และเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์อื่น เช่น ติดตามผู้ที่มีความเสี่ยงสัมผัสหรือการติดตามตัวบุคคล วัตถุประสงค์นี้อาจเรียกว่าการสร้างดิจิทัลไดอารี่ (Digital diary) โดยนำไปสู่วิธีการสแกนคิวอาร์โค้ดสถานที่ที่บุคคลไปในแต่ละวัน ตัวอย่าง แอปพลิเคชันที่หน่วยงานสาธารณสุขของสหราชอาณาจักร (NHS Covid-19) และ นิวซีแลนด์ (NZ COVID Tracer) นำมาให้ประชาชนติดตั้งนั้น จะมีการให้สแกนคิวอาร์โค้ดเช็คอินสถานที่

จะเห็นได้ว่า เมื่อการใช้แอปพลิเคชันมีวัตถุประสงค์ที่กว้างจะส่งผลต่อปัจจัยด้านลักษณะการทำงานและข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับผลกระทบที่มากกว่าวัตถุประสงค์กลุ่มที่หนึ่ง กล่าวคือ นอกจากการใช้บลูทูธเพื่อระบุระยะห่างแล้ว ยังมีการใช้ GPS บ่งระบุที่อยู่ของผู้ใช้อุปกรณ์โทรศัพท์ในแต่ละช่วงเวลาซึ่งแสดงความเคลื่อนไหวของบุคคล การใช้คิวอาร์โค้ดเพื่อระบุสถานที่ เมื่อพิจารณาในเกณฑ์สิทธิมนุษยชนจะเห็นได้ว่ามาตรการที่มีวัตถุประสงค์เหล่านี้อาจเป็นการให้น้ำหนักกับการควบคุมโรคโดยไม่ได้สัดส่วนหรือเกินจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

5.1.2 การนำเกณฑ์ความได้สัดส่วนมาประเมินวัตถุประสงค์และลักษณะการทำงานของแอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะโดยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

(1) แอปพลิเคชันไทยชนะ เนื่องจากมีการเก็บข้อมูลบุคคลสองฝ่าย คือ ผู้ประกอบการที่เข้าร่วมมาตรการโดยกรอกข้อมูลเข้าระบบและผู้ใช้งานที่ติดตั้งแอปพลิเคชัน ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อตกลงคนละฉบับจึงแยกพิจารณา ดังนี้

- ในส่วนวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ เผยแพร่ข้อมูลของผู้ประกอบการ เช่น ร้านค้าโดยมีการเก็บข้อมูล เช่น เลขบัตรประจำตัวประชาชนของเจ้าของหรือผู้ติดต่อของร้านค้าอันเป็นข้อมูลส่วนบุคคล จากข้อตกลงการใช้งาน แจ้งวัตถุประสงค์ไว้หลายประการ เช่น⁴² “เพื่อติดต่อในการดำเนินการตามมาตรการฯ และประโยชน์ในการดำเนินการตามมาตรการ” “เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ กำหนดนโยบาย” “ดำเนินการอื่นใดเพื่อป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อโควิด 19 และโรคติดต่ออื่น ๆ” “ยอมให้ผู้ให้บริการและบุคคลทั่วไปประเมินการปฏิบัติตามมาตรการฯ และแสดงผลให้ผู้ให้บริการและบุคคลทั่วไปทราบเพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อโควิด 19 และโรคติดต่ออื่น ๆ ...” “เพื่อประโยชน์สาธารณะ ทั้งในระหว่างและภายหลังที่มาตรการฯ มีผลใช้บังคับ”

- ในส่วนวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ เผยแพร่ข้อมูลของผู้ใช้งาน เมื่อพิจารณาข้อตกลงการใช้งานซึ่งปรากฏขึ้นในขั้นตอนหลังจากดาวน์โหลดและติดตั้งครั้งแรก พบระบุว่า “ข้าพเจ้ายินยอมให้กระทรวงสาธารณสุขและหน่วยงานภายใต้สังกัดกระทรวงสาธารณสุข เก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผย หมายเลขโทรศัพท์ของข้าพเจ้า สถานที่และเวลาที่ข้าพเจ้าให้ความยินยอมนี้ เพื่อประโยชน์ในการป้องกัน และควบคุมการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อโควิด 19 และโรคติดต่ออื่น ๆ โดยยินยอมให้มีการเปิดเผยข้อมูลเฉพาะหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายจากกระทรวงสาธารณสุขให้เป็นผู้ประมวลผลและจัดทำระบบข้อมูลดังกล่าวเท่านั้น...”

⁴¹ Ministry of public health, New Zealand (2020), NZ COVID Tracer app.2020., Retrieved from health.govt.nz/our-work/diseases-and-conditions/covid-19-novel-coronavirus/covid-19-novel-coronavirus-resources-and-tools/nz-covid-tracer-app.

⁴² ไทยชนะ, ข้อตกลงและความยินยอม www.thaichana.com (ออนไลน์), สืบค้นจาก <https://applied2020.thaichana.com/register/terms-conditions>.

วิเคราะห์เปรียบเทียบกับต่างประเทศ แอปพลิเคชันไทยชนะ มีวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่ามาตรการของประเทศในกลุ่มที่ 1 ส่งผลให้มีลักษณะการทำงานและเทคโนโลยีที่กว้าง โดยมีการเก็บข้อมูลระบุตัวบุคคลผู้ใช้งานเช่น หมายเลขโทรศัพท์ สถานที่และการเดินทาง แม้กระนั้นก็ตาม เปรียบเทียบกับมาตรการของประเทศในกลุ่มที่ 2 ก็ยังพบว่ามีความขอบเขตจำกัดกว่า เช่น แอปพลิเคชันสหราชอาณาจักรที่ใช้คิวอาร์โค้ด แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อผู้ใช้งานประเมินความเสี่ยงว่าสถานที่นั้นเสี่ยงระดับใด (เช่น Hotspot) ไม่ใช่วัตถุประสงค์ติดตามตัวบุคคล สำหรับแอปพลิเคชันของนิวซีแลนด์ แม้ว่าจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับไทย เนื่องจากเป็นมาตรการบังคับในส่วนของผู้ประกอบการที่ต้องแสดงคิวอาร์โค้ดที่กระทรวงสาธารณสุขกำหนด⁴³ แต่ก็ไม่ได้กำหนดวัตถุประสงค์ในการประเมินสถานประกอบการ

มาตรการไทยชนะยังมีวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่ามาตรการของต่างประเทศในกลุ่มที่ 2 โดยข้อตกลงในส่วนผู้ประกอบการพบวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่าต่างประเทศ 4 ด้าน คือ (1) เพื่อป้องกันและควบคุมโรคติดต่ออื่น ๆ ซึ่งไม่ระบุชัดเจนให้ขยายขอบเขตได้กว้าง (2) เพื่อใช้กำหนดนโยบายของหน่วยงานรัฐที่ไม่ระบุชัดเจนและอาจเชื่อมโยงหรือส่งต่อให้หน่วยงานรัฐอื่นนอกจากหน่วยงานสาธารณสุข (3) เพื่อการประเมินผู้ประกอบการว่าปฏิบัติตามมาตรฐานสาธารณสุขหรือไม่ (4) เพื่อประโยชน์สาธารณะอื่นที่กว้างกว่าการสาธารณสุข โดยอาจรวมถึงการนำข้อมูลไปใช้เพื่อความมั่นคงในแง่อื่นของรัฐ การระบุวัตถุประสงค์เปิดกว้างเช่นนี้ นำไปสู่ความเสี่ยงของการนำมาตรการนี้มาใช้ในการบริหารจัดการภาครัฐที่กว้างกว่าการควบคุมโรคติดต่อโควิด 19 จึงเห็นว่า วัตถุประสงค์และวิธีการของมาตรการไทยชนะในส่วนของผู้ประกอบการไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ความมีเหตุผลและความจำเป็น เนื่องจากเป็นมาตรการเพื่อวัตถุประสงค์ที่กว้างและหลากหลาย รวมถึงการใช้ข้อมูลผู้ประกอบการเพื่อป้องกันโรคติดต่ออื่นที่อาจไม่ร้ายแรงดังเช่นโรคติดต่อโควิด 19 อันเป็นประโยชน์สำคัญของมาตรการนี้ และอาจรวมถึงการใช้ข้อมูลเพื่อความมั่นคงของรัฐในแง่อื่นได้อีกด้วย โดยมาตรการแอปพลิเคชันของต่างประเทศแสดงถึงการมีทางเลือกอื่นในการป้องกันโรคติดต่อ นอกเหนือจากมาตรการของไทยชนะ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาการกำหนดให้ผู้ประกอบการยอมรับข้อตกลงหรือให้ความยินยอมสำหรับวัตถุประสงค์อันหลากหลายรวมกันและมีผลกระทบทางลบ (Negative consequence) จากการไม่ยินยอม ดังที่วิเคราะห์ในข้อ 3.2 จึงแสดงถึงมาตรการที่ให้น้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะมากเกินไปจนความจำเป็น

สำหรับข้อตกลงในส่วนของผู้ใช้งาน แม้จะระบุไว้แคบกว่าการใช้ข้อมูลผู้ประกอบการ โดยไม่รวมถึงวัตถุประสงค์ในการประเมินการปฏิบัติตามมาตรฐาน แต่ก็ครอบคลุมการเก็บข้อมูลที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันควบคุมโรคติดต่อโควิด 19 ที่กว้างกว่าการแจ้งเตือนความเสี่ยงดังเช่นกลุ่มที่ 1 นอกจากนี้ ยังรวมถึงการป้องกันหรือควบคุม “โรคติดต่ออื่น ๆ” ที่ไม่มีขอบเขตชัดเจนและอาจไม่ใช่โรคที่มีความจำเป็นอันจะต้องมีมาตรการจำกัดสิทธิเช่นนี้ด้วย จากเกณฑ์ประเมินความได้สัดส่วนจึงเห็นว่า วัตถุประสงค์และวิธีการ ของมาตรการไทยชนะในส่วนของผู้ใช้งานไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ความมีเหตุผลและความจำเป็น โดยมาตรการแอปพลิเคชันของต่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์แคบกว่าแสดงถึงการมีทางเลือกอื่นที่กระทบสิทธิน้อยกว่า สำหรับความยินยอมใช้งานที่เชื่อมโยงกับผลกระทบทางลบยังแสดงถึงการให้น้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะเกินความจำเป็น

⁴³ Ministry of public health, New Zealand (2020), Public Health Guidelines for businesses and services, Retrieved from <https://www.health.govt.nz/our-work/diseases-and-conditions/covid-19-novel-coronavirus/covid-19-information-specific-audiences/guidelines-businesses-and-services>.

(2) แอปพลิเคชันหมอชนะ จากนโยบายความเป็นส่วนตัว⁴⁴ พบว่ามีการระบุวัตถุประสงค์ในข้อ 4 “...เราจะใช้ข้อมูลของท่าน เพื่อให้ นักพัฒนาตามโครงการฯ นำไปวิเคราะห์ ประมวลผล และแสดงข้อมูลเกี่ยวกับพฤติกรรมของท่านเอง ว่ามีกิจกรรมที่มีความเสี่ยงหรือมีโอกาสในการสัมผัสโรค COVID-19 หรือไม่ เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงได้ทัน เช่น ไม่เข้าไปพื้นที่เสี่ยงที่เพิ่งพบผู้ป่วย เป็นต้น” ส่วนเกริ่นนำของนโยบายระบุว่า “แอปพลิเคชันหมอชนะ... เป็นระบบที่ช่วยให้ผู้ใช้งานสามารถตรวจสอบและประเมินระดับความเสี่ยงในการติดเชื้อโควิด-19 จากสถานที่ต่าง ๆ ได้ด้วยตัวเอง...” จากข้อความนี้แสดงถึงวัตถุประสงค์แจ้งเตือนความเสี่ยงคล้ายคลึงกับแอปพลิเคชันของประเทศในกลุ่มที่ 1 แต่จากเนื้อหาส่วนอื่นของนโยบายแสดงว่ามีวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่านั้น เช่น ข้อ 1 ระบุว่า “...ช่วยแพทย์ พยาบาล บุคลากรทางการแพทย์ ในการสอบประวัติผู้ป่วย ช่วยให้สอบประวัติรวดเร็วขึ้น และรักษาพยาบาลได้รวดเร็วขึ้น...เมื่อพบผู้ป่วย สามารถแจ้งเตือนผู้ที่มีความเสี่ยงจะติดเชื้อจากผู้ป่วยได้ทันที โดยไม่เสียเวลาค้นหา และให้คำแนะนำที่เหมาะสมได้ทันทีทั้งที่ เช่น ให้รีบมาพบแพทย์...” สำหรับข้อ 4 นอกจากอ้างอิงความยินยอมแล้ว ยังอ้างอิงตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 24 ที่เป็นข้อยกเว้นไม่ต้องขอความยินยอม เช่น “...เพื่อปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งรวมถึงการส่งข้อมูลเพื่อให้หน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง ให้คำแนะนำ หรือกำหนดมาตรการป้องกันและดูแลตนเอง เช่น การให้ไปพบแพทย์ การกักตัว หรือเฝ้าระวังและสังเกตพฤติกรรมตนเอง...เพื่อให้ข้อมูลแก่แพทย์ พยาบาล หรือบุคลากรทางการแพทย์ เกี่ยวกับประวัติการเข้าไปยังสถานที่หรือพื้นที่ที่มีความเสี่ยงหรือมีโอกาสในการสัมผัสโรค COVID-19...” นอกจากนี้ ในส่วนอธิบายเพิ่มเติมแก่ผู้ใช้งาน⁴⁵ พบถ้อยคำแสดงวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่าแจ้งเตือน เช่น “ระบบไม่ได้มีการแจ้งเตือนเมื่อเข้าใกล้หรืออยู่ใน สถานที่เสี่ยงแบบทันที เพราะกรมควบคุมโรคจะพิจารณาจากข้อมูล Anonymous ID หากพบว่าท่านเป็นผู้อยู่ในข่ายที่มีความเสี่ยงจึงจะส่งการแจ้งเตือนผ่านแอป และให้คำแนะนำ กักตัวหรือพบแพทย์แล้วแต่กรณี”⁴⁶

จากเนื้อหาในนโยบายและข้อมูลที่เผยแพร่ต่อผู้ใช้งานแสดงวัตถุประสงค์ ดังนี้

- วัตถุประสงค์เพื่อแจ้งเตือนภาวะความเสี่ยงการสัมผัสโรค เช่น แจ้งว่าอยู่ในสถานที่เสี่ยงในช่วงวันและเวลาเดียวกับผู้ติดเชื้อที่ติดตั้งแอปหมอชนะ เพื่อวัตถุประสงค์นี้จึงมีการเก็บข้อมูลรหัสซึ่งคล้ายคลึงกับแอปพลิเคชันกลุ่มที่ 1 อย่างไรก็ตาม แอปพลิเคชันของต่างประเทศแจ้งเตือนแก่ผู้ใช้งานโดยไม่ได้ส่งข้อมูลไปให้เจ้าหน้าที่พิจารณาแจ้งเตือนหรือใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นดังจะกล่าวต่อไป
- วัตถุประสงค์เพื่อการสอบสวนโรค แอปพลิเคชันหมอชนะจึงมีการเข้าถึง GPS เพื่อบันทึกข้อมูลการเดินทาง ความเคลื่อนไหว โดยเจ้าหน้าที่สามารถใช้ข้อมูลเหล่านี้เพื่อบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับโรคติดต่อ ในขณะที่แอปพลิเคชันต่างประเทศในกลุ่มที่ 1 มีวัตถุประสงค์จำกัดเฉพาะแจ้งเตือนความเสี่ยงโดยแลกเปลี่ยนข้อมูลทาง บลูทูธ ไม่มีวัตถุประสงค์เชิงบูรณาการเพื่อเป็นเครื่องมือสอบสวนโรคของเจ้าหน้าที่ จึงไม่เข้าถึง GPS นอกจากนี้ แอปพลิเคชันของบางประเทศให้สิทธิผู้ใช้งานที่ติดเชื้อเลือกว่าจะส่งข้อมูลในระบบหรือไม่

⁴⁴ สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน), นโยบายความเป็นส่วนตัว แอปพลิเคชันหมอชนะ, https://www.dga.or.th/upload/download/file_276fe3b23a68d76d7fa6e727d6c224ba.pdf.

⁴⁵ สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน), FAQ หมอชนะ, สืบค้นจาก <https://www.dga.or.th/th/profile/2176/>.

⁴⁶ สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน), FAQ หมอชนะ, สืบค้นจาก <https://www.dga.or.th/th/profile/2176/>.

- วัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการอื่นตามมาตรการควบคุมโรค นอกจากแอปพลิเคชันหมอชนะ ให้เจ้าหน้าที่สามารถเข้าถึงข้อมูลเพื่อแจ้งเตือนและสอบสวนโรคแล้ว ยังอาจใช้ข้อมูลเพื่อดำเนินการอื่นตามกฎหมายโรคติดต่อ เช่น แนะนำให้กักตัว แม้ว่าเจ้าหน้าที่จะเข้าถึงข้อมูลไม่ระบุตัวในขั้นตอนนี้ก็ตาม สำหรับแอปพลิเคชันต่างประเทศในกลุ่มที่ 1 มีวัตถุประสงค์จำกัดเฉพาะแจ้งเตือนผู้ใช้งานโดยอัตโนมัติเมื่อเข้าระยะใกล้ที่กำหนด ไม่ใช่มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการควบคุมโรคแบบบูรณาการ

เมื่อนำเกณฑ์ประเมินความได้สัดส่วนมาวิเคราะห์จะเห็นว่าแอปพลิเคชันหมอชนะ มีวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่าแจ้งเตือนภาวะเสี่ยง เช่น สถานที่จุดระบาด หรือระยะใกล้ผู้ติดเชื้อ โดยรวมถึงเป็นข้อมูลให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการสอบสวนโรคจากบันทึกข้อมูล ติดต่อให้พบแพทย์ ให้กักตัว ซึ่งเป็นการบังคับใช้กฎหมายโรคติดต่อ แม้วัตถุประสงค์ของแอปพลิเคชันนี้มีความสัมพันธ์เชิงเหตุผล (Rationality) กับการควบคุมโรคติดเชื้อโควิด 19 แต่มีขอบเขตกว้าง นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาการกำหนดให้ผู้ใช้งานยอมรับข้อตกลงหรือให้ความยินยอมสำหรับวัตถุประสงค์อันหลากหลายโดยมีผลกระทบทางลบ (Negative consequence) จากการไม่ยินยอม ดังที่วิเคราะห์ในข้อ 3.2 ก็แสดงถึงการกำหนดมาตรการที่ให้น้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะเกินความจำเป็นเมื่อเทียบกับมาตรการของต่างประเทศที่กำหนดเป็นทางเลือกด้วยความสมัครใจโดยไม่มีกฎหมายอื่นที่ส่งผลกระทบทางลบ ยิ่งไปกว่านั้น วัตถุประสงค์ที่กว้าง นำไปสู่ลักษณะการทำงานโดยการใช้เทคโนโลยีที่กว้าง เช่น การเข้าถึง GPS ในขณะที่มาตรการของต่างประเทศมีทางเลือกอื่นที่จำกัดการใช้แอปพลิเคชันเฉพาะเพื่อแจ้งเตือนความเสี่ยงและไม่เข้าถึง GPS อันเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิน้อยกว่า

5.1.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ในแง่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มีหลักการจำกัดวัตถุประสงค์และการเก็บข้อมูลเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์⁴⁷ คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฝรั่งเศสให้ความเห็นต่อประเด็นการใช้แอปพลิเคชันในกรอบกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของฝรั่งเศสและสหภาพยุโรป (GDPR)⁴⁸ อ้างถึงหลักการเก็บรวบรวมข้อมูลโดยจำกัดวัตถุประสงค์ว่า หลักการของแอปพลิเคชันที่รัฐนำมาใช้คือ ติดตามร่องรอยการสัมผัส (Contact tracing) เพื่อแจ้งผู้ใช้งานให้ทราบถึงความเสี่ยงจากความเสี่ยงใกล้ชิดระหว่างผู้ใช้งาน โดยไม่มีวัตถุประสงค์ในการ สอดส่องหรือตรวจสอบพฤติกรรมบุคคล จึงไม่ใช่ GPS ในการบ่งระบุสถานที่ที่ผู้ใช้งานอยู่หรือเดินทางไปในเวลาหนึ่ง ๆ รวมทั้งไม่มีวัตถุประสงค์ตรวจสอบว่าบุคคลนั้นปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรคอื่น เช่น การกักตัว ฯลฯ หากมีวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากนี้ จะต้องพิจารณาความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนเป็นกรณีไป หากเปรียบเทียบกับมาตรการไทยชนะ จะพบวัตถุประสงค์ที่ครอบคลุมถึงการนำไปใช้ในเชิงบริหารจัดการนโยบายสาธารณสุขได้อย่างกว้าง สำหรับมาตรการหมอชนะ มีวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่าการแจ้งเตือนความเสี่ยง รวมถึงการนำข้อมูลไปใช้เพื่อดำเนินมาตรการควบคุมโรคตามกฎหมายโรคติดต่อ จึงอาจเกินจำเป็นเมื่อชั่งน้ำหนักกับประโยชน์เฉพาะในการควบคุมโรคติดเชื้อโควิด 19 โดยเทียบกับต่างประเทศที่จำกัดแอปพลิเคชันเฉพาะวัตถุประสงค์ของการแจ้งเตือนความเสี่ยง และใช้วิธีการทางเทคนิคเฉพาะบลูทูธโดยไม่เข้าถึง GPS

⁴⁷ หลักการนี้ ปรากฏในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป (Article 5 (1) (b), GDPR) และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มาตรา 22 และมาตรา 23 เป็นต้น.

⁴⁸ The French data protection authority (CNIL), Deliberation N. 2020-046 of April 24, 2020 delivering an opinion on a proposed mobile application called "StopCovid". (request for opinion N° 20006919).

5.2 การประเมินความได้สัดส่วนของ ข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในขอบเขตแอปพลิเคชัน

ผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนที่สำคัญของมาตรการแอปพลิเคชัน คือ การเก็บรวบรวม ใช้ เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล หัวข้อนี้จึงแบ่งการวิเคราะห์เป็น 2 หัวข้อย่อย ดังต่อไปนี้

5.2.1 วิเคราะห์ขอบเขตและความหมายของ “ข้อมูลส่วนบุคคล” ที่เกี่ยวข้องกับแอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะ

“ข้อมูลส่วนบุคคล” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 6 หมายถึง ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลธรรมดาที่สามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม จากนิยามสามารถแยกวิเคราะห์ได้ ดังนี้

(1) แอปพลิเคชันไทยชนะ แยกพิจารณาได้สองส่วนคือ (ก) ส่วนของผู้ประกอบการ เช่น ร้านค้า แม้ว่าข้อมูลนิติบุคคลจะไม่ใช่ในความหมายของข้อมูลส่วนบุคคล แต่เงื่อนไขการใช้งานของระบบกำหนดให้กรอกข้อมูลผู้ติดต่อ⁴⁹ ได้แก่ หมายเลขโทรศัพท์ที่ใช้ลงทะเบียน เลขประจำตัวประชาชน 13 หลัก ซึ่งเป็นข้อมูลส่วนบุคคล โดยอาจเป็นเจ้าของร้านหรือลูกค้าที่เป็นผู้ติดต่อ (ข) ส่วนของผู้ใช้งาน ข้อตกลงการใช้งาน ซึ่งต้องยอมรับก่อนใช้งาน ระบุว่า “ข้าพเจ้ายินยอมให้กระทรวงสาธารณสุข...เก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผย หมายเลขโทรศัพท์ของข้าพเจ้า สถานที่และเวลาที่ข้าพเจ้าให้ความยินยอมนี้...” จะเห็นได้ว่า ในขั้นตอนการสมัครใช้งาน มีการเก็บข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะหมายเลขโทรศัพท์ ซึ่งการเปิดใช้หมายเลขโทรศัพท์ในประเทศไทยยังต้องเชื่อมโยงกับบัตรประจำตัวประชาชนอีกด้วย

(2) แอปพลิเคชันหมอชนะ จากนโยบายความเป็นส่วนตัว ระบุถึงข้อมูลที่เก็บรวบรวมว่า⁵⁰ “...เบอร์โทรศัพท์ของท่านที่ใช้ลงทะเบียนผ่านแอปพลิเคชัน ภาพถ่ายของท่าน ด้วยการเซลฟี่ โดยไม่มีการส่งออกจากโทรศัพท์ของท่าน... ข้อมูลการ check in หรือตำแหน่งที่อยู่ (location) ของท่าน...ข้อมูลการเข้าใกล้ผู้อื่นที่เก็บและคำนวณโดยแอปพลิเคชัน ข้อมูลเกี่ยวกับโอกาสในการสัมผัสโรค COVID-19 ตามแบบประเมินของโรงพยาบาล เช่น การเดินทางไปยังพื้นที่เสี่ยง หรือการสัมผัสหรือใกล้ชิดกับผู้ป่วย เป็นต้น ข้อมูลเกี่ยวกับอาการของโรค COVID-19 ตามแบบประเมินของโรงพยาบาล เช่น อาการไข้...” นอกจากนี้ ในส่วนของการเก็บและส่งข้อมูลยังระบุว่า “ในกรณีอุปกรณ์โทรศัพท์ที่ไม่เชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต แอปจะเก็บข้อมูลเส้นทางการเดินทางไว้ในมือถือก่อน เมื่อเชื่อมต่อได้แล้ว แอปจะส่งข้อมูลไปจัดเก็บที่ระบบส่วนกลาง”⁵¹ สำหรับแอปพลิเคชันหมอชนะ มีประเด็นทางกฎหมายที่จะแยกพิจารณาดังนี้

- ประเด็นข้อมูลรหัสหรือไอดี แอปพลิเคชันทั้งของต่างประเทศและแอปพลิเคชันหมอชนะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์แจ้งเตือนความเสี่ยงจากระยะของผู้ใช้งาน (Proximity) มีลักษณะคล้ายกันในเรื่องการใช้บลูทูธเก็บข้อมูล โดยแลกเปลี่ยนข้อมูลรหัสที่ไม่ระบุตัว (Exchange anonymous identifier beacon keys) หรือที่นโยบายของแอปพลิเคชันหมอชนะเรียกว่า “Anonymous ID” ซึ่งเป็นข้อมูลที่แอปพลิเคชันหรือระบบสร้างขึ้น จึงมีประเด็นว่า ข้อมูลนี้อยู่ในความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ ซึ่งฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ข้อมูลรหัสที่สร้างชั่วคราวหรือนิรนาม (Temp ID, Anonymous ID) ไม่สามารถระบุตัวได้ แต่เมื่อพิจารณาจากนิยามของข้อมูลส่วนบุคคล ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พบว่า คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของฝรั่งเศส พิจารณาจากนิยามของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสหภาพยุโรป (GDPR) และตีความประเด็นนี้ว่า⁵² “ในการแจ้งเตือน

⁴⁹ ไทยชนะ, ข้อตกลงและความเป็นส่วนตัว www.thaichana.com (ออนไลน์), สืบค้นจาก <https://applied2020.thaichana.com/register/terms-conditions>.

⁵⁰ สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน), นโยบายความเป็นส่วนตัว แอปพลิเคชันหมอชนะ, https://www.dga.or.th/upload/download/file_276fe3b23a68d76d7fa6e727d6c224ba.pdf.

⁵¹ สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล, หมอชนะ, สืบค้นจาก <https://www.dga.or.th/th/profile/2176/>.

⁵² Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), Deliberation N. 2020-046 of April 24, 2020 delivering an opinion on a proposed mobile application called “StopCovid”.(request for opinion N° 20006919).

ผู้ใช้งานแอปพลิเคชันว่ามีความเสี่ยงหรือไม่นั้น ระบบจะมีการตรวจสอบจับคู่ระหว่าง ข้อมูลรหัส (ซึ่งเป็นข้อมูลไม่ระบุตัวโดยตรง) ของผู้ใช้งานกับข้อมูลรหัสของผู้ใช้งานอื่นที่ติดเชื่อ การประมวลผลข้อมูล เช่นนี้ทำให้ เกิดความเชื่อมโยงระหว่างข้อมูลรหัสที่ไม่ระบุตัวกับการดาวน์โหลดหรือติดตั้งแอปพลิเคชัน ซึ่งเชื่อมโยงไปยังข้อมูลอื่นอันทำให้ระบุตัวผู้ใช้งานได้ เช่น เชื่อมโยงไปยังหมายเลขโทรศัพท์ของเครื่อง ที่ติดตั้งแอปพลิเคชัน ดังนั้น การใช้แอปพลิเคชันดังกล่าวเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลยุโรป (GDPR)” เนื่องจากนิยามของข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมายไทยนำต้นแบบ มาจากกฎหมายสหภาพยุโรป จึงตีความได้ว่า ข้อมูลในรูปแบบรหัสที่สร้างขึ้นจากแอปพลิเคชันหมอชนะ จัดเป็นข้อมูลที่ระบุตัวโดยอ้อม

- ประเด็นการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลไว้ที่อุปกรณ์ของผู้ใช้งาน ตามนโยบายความเป็นส่วนตัวของแอปพลิเคชันหมอชนะระบุว่า “ภาพถ่ายของท่าน ด้วยการเซลฟี่ โดยไม่มีการส่งออกจากโทรศัพท์ของท่าน”⁵³ แสดงว่า ข้อมูลส่วนบุคคลบางชนิดที่จัดเก็บ เช่น ภาพถ่าย ไม่ได้เก็บที่เซิร์ฟเวอร์หรือระบบแต่เก็บ ในอุปกรณ์โทรศัพท์ของผู้ใช้งาน แต่ในแง่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล มีประเด็นว่ากรณีนี้เป็นการเก็บ รวบรวม (Processing) ข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฝรั่งเศสเห็นว่า⁵⁴ การใช้แอปพลิเคชันแจ้งเตือนความเสี่ยงสัมผัสโรคที่มีการเก็บรักษาข้อมูลไว้ในอุปกรณ์ปลายทาง (Terminal equipment) หรือโทรศัพท์ของผู้ใช้งาน (Mobile device) เป็นการเก็บรวบรวมหรือประมวลผลข้อมูล ส่วนบุคคลตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลยุโรป (GDPR) เนื่องจากนิยามของข้อมูลส่วนบุคคลตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 คล้ายคลึงกับกฎหมายสหภาพยุโรป จึงสรุปได้ว่า ข้อมูล ในรูปแบบรหัสที่ไม่สามารถระบุตัวโดยตรง จัดเป็นข้อมูลที่ระบุตัวโดยอ้อมได้

ดังนั้น แม้ข้อมูลที่เผยแพร่ต่อสาธารณะระบุว่า “ไม่มีการเก็บข้อมูลส่วนบุคคล อาทิ ชื่อ นามสกุล เบอร์โทรศัพท์ อีเมล ที่อยู่ และอื่น ๆ ในแอปพลิเคชันและระบบส่วนกลางทุกกรณี”⁵⁵ แต่จากการ วิเคราะห์นิยามตามกฎหมายเปรียบเทียบกับแนวทางต่างประเทศข้างต้น เห็นได้ว่า แอปพลิเคชันหมอชนะ เก็บรวบรวมข้อมูล 3 ลักษณะ คือ (1) ข้อมูลที่เจ้าของข้อมูลเป็นผู้นำส่ง เช่น หมายเลขโทรศัพท์ ภาพถ่าย (2) ข้อมูลจากการเฝ้าติดตามพฤติกรรม เช่น ข้อมูลการเดินทางหรือเคลื่อนไหวโดยใช้ GPS (3) ข้อมูลรหัสที่ระบบ สร้างขึ้นหรือวิเคราะห์ขึ้น เช่น ข้อมูลรหัส (Anonymous ID) ซึ่งมีการนำไปเชื่อมโยงกับข้อมูลอื่นได้ ข้อมูล การคำนวณระยะห่างของผู้ใช้งาน ฯลฯ

⁵³ สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน), นโยบายความเป็นส่วนตัว แอปพลิเคชันหมอชนะ, https://www.dga.or.th/upload/download/file_276fe3b23a68d76d7fa6e727d6c224ba.pdf.

⁵⁴ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), Deliberation N. 2020-046 of April 24, 2020 delivering an opinion on a proposed mobile application called “StopCovid”. (request for opinion N° 20006919).

⁵⁵ สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน), FAQ หมอชนะ, สืบค้นจาก <https://www.dga.or.th/th/profile/2176/>: อย่างไรก็ตาม หากพิจารณานโยบายความเป็นส่วนตัวของแอปพลิเคชันหมอชนะที่ทำโดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลรายนี้ ระบุว่า มีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลประกอบด้วย หมายเลขโทรศัพท์ ตำแหน่งที่อยู่ (Location) ฯลฯ นอกจากนี้ หากแอปพลิเคชันดังกล่าวไม่มีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว ก็ไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและไม่จำเป็นต้องเป็นที่ยุติว่าหน่วยงานดังกล่าวต้อง จัดทำการแจ้งรายละเอียดนโยบายความเป็นส่วนตัว (ซึ่งเป็นหน้าที่ตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562).

จึงสรุปได้ว่า แอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะ เก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งข้อมูลระบุตัวโดยตรงและโดยอ้อม แม้แอปพลิเคชันดังกล่าวขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูล ก็เห็นว่าไม่ สอดคล้องกับหลักความอิสระ (Freely given) ดังกล่าวในหัวข้อที่ 3.2 แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มีข้อจำกัดในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในแง่สิทธิควบคุมข้อมูลของตน โดยเฉพาะกรณีที่อยู่พื้นฐานทางกฎหมายอื่นตามมาตรา 24 ในการเก็บและใช้ข้อมูลโดยไม่ต้องขอความยินยอม เช่น ปฏิบัติภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ปฏิบัติตามกฎหมายอื่น ส่งผลให้เจ้าของข้อมูลไม่มีสิทธิเลือกหรือตัดสินใจยินยอมเกี่ยวกับข้อมูลของตน บทความนี้จึงวิเคราะห์ประเด็นในมิติความสอดคล้องของกฎหมายอื่นหรือภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะว่าสอดคล้องกับเกณฑ์ความได้สัดส่วนหรือไม่

5.2.2 การนำเกณฑ์ความได้สัดส่วนมาประเมินการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของแอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะโดยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

มาตรการแอปพลิเคชันเกี่ยวกับโรคติดเชื้อโควิด 19 ที่เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลแบ่งได้สองกลุ่ม คือ **กลุ่มที่หนึ่ง** แอปพลิเคชันที่มีลักษณะไม่เก็บข้อมูลส่วนบุคคล เช่น สหรัฐอเมริกา จากรูปแบบการทำงานของแอปพลิเคชันตามโปรโตคอลของผู้ให้บริการ Apple และ Google ที่หลายมลรัฐในสหรัฐอเมริกา นำมาใช้พัฒนาแอปพลิเคชัน⁵⁶ พบว่า เป็นการใช้สัญญาณบลูทูธของเครื่องในการคำนวณระยะและเวลาการอยู่ใกล้ระหว่างผู้ใช้งาน (Proximity) โดยอุปกรณ์โทรศัพท์เคลื่อนที่จะแลกเปลี่ยนข้อมูลรหัสที่ไม่ระบุตัว (Exchange anonymous identifier beacon keys) ไม่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่อยู่ (Location) และข้อมูลระบุตัว รวมทั้งไม่มีการใช้ GPS ติดตามการเดินทางของผู้ใช้งาน การใช้เฉพาะข้อมูลที่ไม่ระบุตัวสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่จำกัดเฉพาะการแจ้งความเสี่ยง นอกจากลักษณะการทำงานแล้ว เมื่อพิจารณาจากนโยบายหรือข้อตกลงการใช้งานของแอปพลิเคชันมลรัฐต่าง ๆ พบว่า หลายมลรัฐระบุชัดเจนว่าไม่เก็บรวบรวมข้อมูลระบุตัวบุคคล เช่น แคลิฟอร์เนีย (CA Covid Notify)⁵⁷ ระบุว่าใช้เทคโนโลยีบลูทูธในการคำนวณระยะห่างและความเสี่ยง ไม่เก็บข้อมูลติดต่อ ชื่อผู้ใช้งาน หมายเลขโทรศัพท์ สถานที่ใช้งานอุปกรณ์ (Location) สำหรับ นิวยอร์ก (Covid Alert NY)⁵⁸ ระบุว่า ข้อมูลที่เก็บหรือให้อยู่ในรูปแบบข้อมูลนิรนาม (Anonymous) จากบลูทูธเพื่อบ่งชี้ว่าผู้ใช้งานอยู่ใกล้กันภายในระยะ 6 ฟุตหรือไม่ โดยแลกเปลี่ยนรหัสที่ไม่ระบุตัวของผู้ใช้งาน และไม่เข้าถึงหรือใช้ GPS ของผู้ใช้งาน อย่างไรก็ตาม บางมลรัฐพัฒนาแอปพลิเคชัน ซึ่งขอเข้าถึง GPS ระบุที่อยู่ของผู้ใช้งานด้วย เช่น North Dakota, Rhode Island, Wyoming เนื่องจากมลรัฐเหล่านี้ใช้แอปพลิเคชัน “Care 19 dairy”⁵⁹

กลุ่มที่สอง แอปพลิเคชันที่มีการเก็บข้อมูลส่วนบุคคล เช่น แอปพลิเคชันของออสเตรเลีย ตามนโยบายความเป็นส่วนตัวแจ้งว่ามีการเก็บรวบรวม ข้อมูล เลขหมายโทรศัพท์ รหัสไปรษณีย์ แอปพลิเคชันของนิวซีแลนด์ ในขั้นตอนการลงทะเบียนใช้งาน กำหนดให้กรอกข้อมูล เช่น ชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ ที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์

⁵⁶ Google, Exposure Notifications, Frequently Asked Questions, September 2020, <https://static.googleusercontent.com/media/www.google.com/en/covid19/exposurenotifications/pdfs/Exposure-Notification-FAQ-v1.2.pdf>.

⁵⁷ CA Covid Notify, Term of Use, Retrieved from <https://canotify.uchealth.edu/ucberkeley>.

⁵⁸ Covid Alert NY, Term of Use, Retrieved from <https://coronavirus.health.ny.gov/covid-alert-ny>.

⁵⁹ Bobbie Johnson, 2020, The Covid Tracing Tracker: What's happening in coronavirus apps around the world, The Pandemic Project, MIT technology review, Retrieved from <https://www.technologyreview.com/author/bobbie-johnson>.

เมื่อนำเกณฑ์ความได้สัดส่วนมาพิจารณาข้อมูลส่วนบุคคลที่แอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะเก็บรวบรวม จะเห็นได้ว่า แอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะมีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลในหลายลักษณะ ซึ่งแม้ว่าการเก็บข้อมูลและเทคโนโลยีที่นำมาใช้นั้นมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่กว้าง แต่เมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้วพบว่ามีความเลือกอื่นที่แคบหรือจำกัดกว่า ทั้งในแง่วัตถุประสงค์และข้อมูลที่เกี่ยวข้อง เช่น แอปพลิเคชันที่ไม่จำเป็นต้องเก็บข้อมูลส่วนบุคคล

แม้ว่าแอปพลิเคชันของต่างประเทศในกลุ่มที่มีการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลตั้งแต่ขั้นตอนสมัครใช้งานก็มีขอบเขตจำกัดและให้ทางเลือกมากกว่าแอปพลิเคชันของไทย เช่น แอปพลิเคชันของนิวซีแลนด์ระบุข้อมูลที่เก็บเมื่อลงทะเบียนใช้งาน คือ ชื่อ ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ ที่อยู่จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ แต่ไม่ได้บังคับจึงสามารถเลือกไม่ระบุโดยยังสามารถใช้งานแอปพลิเคชันได้ สำหรับแอปพลิเคชันหมอชนะมีการเก็บภาพถ่ายเพื่อยืนยันตัวตนในขั้นตอนเริ่มใช้งาน เป็นการให้น้ำหนักกับการยืนยันตัวตนที่ไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ความจำเป็นหรือการใช้มาตรการที่กระทบสิทธิน้อยกว่า ดังจะเห็นได้จากทางเลือกอื่นที่ไม่เก็บข้อมูลนี้ ตามมาตรการของต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และเยอรมัน ซึ่งไม่มีการกำหนดให้ลงทะเบียนก่อนใช้งานด้วยภาพถ่าย สำหรับแอปพลิเคชันที่มีวัตถุประสงค์กว้างกว่าการแจ้งเตือน เช่น ออสตรเลีย และนิวซีแลนด์ ก็ได้กำหนดให้ลงทะเบียนด้วยภาพถ่าย สำหรับประเด็นว่าการเก็บข้อมูลภาพถ่ายในอุปกรณ์โดยไม่ส่งออกไปหรือการเก็บข้อมูลไว้ที่ส่วนกลาง (Centralized) หรือไม่นั้น อยู่ภายใต้แนวคิดการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูล (Data Security) ซึ่งเป็นอีกประเด็นหนึ่งนอกเหนือจากประเด็นสิทธิมนุษยชนจึงไม่ได้กล่าวถึงในที่นี้ นอกจากนั้น เมื่อนำปัจจัยด้านข้อมูลส่วนบุคคลที่แอปพลิเคชันเก็บรวบรวมมาพิจารณาประกอบกับการขอความยินยอมผู้ใช้งานที่อาจมีผลกระทบทางลบอื่นหากไม่ยินยอมดังกล่าวในหัวข้อ 3.2 จะเห็นถึงการให้น้ำหนักกับประโยชน์ด้านสาธารณสุขและประโยชน์สาธารณะที่เกินจำเป็นเมื่อเทียบกับหลายประเทศที่กำหนดให้เป็นมาตรการสมัครใจและไม่มีความหมายที่ส่งผลกระทบทางลบอื่น

5.3 การประเมินความได้สัดส่วนของขอบเขตระยะเวลาสำหรับมาตรการ

มาตรการแอปพลิเคชันเกิดขึ้นจากเหตุผลความจำเป็นในการป้องกันโรคติดเชื้อโควิด 19 ดังนั้น ตามหลักความได้สัดส่วนจึงต้องมีขอบเขตจำกัดในแง่ระยะเวลาและไม่อาจนำมาใช้เป็นเหตุผลในการดำเนินมาตรการสาธารณสุขหรือมาตรการอื่นของรัฐที่ไม่จำเป็นและฉุกเฉินดังเช่นโรคติดเชื้อโควิด 19 จะเห็นได้จากมาตรการของหลายประเทศที่ให้ประชาชนติดตั้งแอปพลิเคชันเพื่อป้องกันโรคติดเชื้อโควิด 19 อยู่ในเงื่อนไข “ชั่วคราว” (Temporary) และสมัครใจ (Voluntary) เช่น คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฝรั่งเศสเห็นว่าแม้ฝรั่งเศส ออกกฎหมายเพื่อรองรับแอปพลิเคชันตัวใหม่ (TousAntiCovid) ก็ไม่ได้กำหนดเชิงบังคับหรือโทษสำหรับผู้ไม่ติดตั้งและใช้งาน อีกทั้งมาตรการนี้มีขอบเขตเป็นการชั่วคราว⁶⁰ อย่างไรก็ตาม มาตรการให้ติดตั้งและใช้งานแอปพลิเคชันตามกฎหมายไทย สะท้อนลักษณะของขอบเขตระยะยาว เช่น ข้อตกลงในส่วนข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ประกอบการที่เข้าร่วมมาตรการไทยชนะระบุว่า “เพื่อประโยชน์สาธารณะทั้งในระหว่างและภายหลังที่มาตรการฯ มีผลใช้บังคับ”⁶¹ นโยบายความเป็นส่วนตัวของแอปพลิเคชันหมอชนะ ข้อ 7 “...ภายใน 30 วันนับจากวันที่สถานการณ์การแพร่ระบาดของโรค COVID-19 สิ้นสุดลง โดยได้มีการยกเลิกการบังคับใช้

⁶⁰ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), Deliberation N°. 2020-046 of April 24, 2020 delivering an opinion on a proposed mobile application called “StopCovid”. (request for opinion N° 20006919).

⁶¹ GDPR, recital 43 ; Article 29 Working party of The European Union (2011). Opinion 15/2011 on the definition of consent. Retrieved from <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/>.

ของกฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉิน และจะมีการลบ ทำลายหรือทำให้ข้อมูลของท่าน...” จะเห็นได้ว่าการเก็บรวบรวมและใช้ข้อมูลสามารถดำเนินการต่อเนื่องจนกว่าสถานการณ์โรคติดเชื้อโควิด 19 สิ้นสุด ซึ่งไม่ชัดเจนว่าใช้ปัจจัยหรือเกณฑ์ใดในการระบุนานที่สุด อีกทั้งยังต้องเข้าเงื่อนไขยกเลิกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินด้วยยิ่งไปกว่านั้น ในการแก้ไขพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 โดยเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลโดยใช้แอปพลิเคชัน ส่งผลให้แม้ว่ายกเลิกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและข้อบังคับที่ออกตามความในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 แล้ว มาตรการใช้แอปพลิเคชันยังคงถูกนำไปปฏิบัติไว้เป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558⁶² ซึ่งไม่มีขอบเขตจำกัดด้านระยะเวลาและอาจนำไปใช้กับโรคติดต่ออื่นได้ด้วย เมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศพบว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาและประเทศในสหภาพยุโรป ไม่มีการกำหนดให้มาตรการนี้มีผลต่อเนื่องหรือนำไปบูรณาการกับการดำเนินการด้านสาธารณสุขอื่นนอกเหนือจากการป้องกันโรคติดเชื้อโควิด 19 ดังนั้น การกำหนดมาตรการแอปพลิเคชันที่เริ่มต้นจากเหตุผลควบคุมโรคติดเชื้อโควิด 19 แต่มีการนำไปขยายผลเป็นมาตรการสำหรับบรรเทาปัญหาควบคุมโรคติดต่อหรือโรคระบาดอื่นในสถานการณ์ที่มีใช้ภาวะฉุกเฉิน จึงเป็นกรณีที่น่าจะมีวิธีการอื่น (mean) ในการบรรเทาปัญหาดังกล่าว อันเป็นการเกินจำเป็นและไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

มาตรการป้องกันโรคติดเชื้อโควิด 19 ในกรณีแอปพลิเคชันไทยชนะและหมอชนะอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น ข้อกำหนดตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 ซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนในหลายด้าน แม้ว่ามาตรการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public interest) และเป็นประโยชน์สำคัญ (Compelling interest) ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพ แต่เมื่อนำหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) มาประเมินมาตรการแอปพลิเคชันโดยเปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ พบว่า มาตรการของไทยมีลักษณะกว้างกว่ามาตรการของต่างประเทศทั้งในแง่ขอบเขต วัตถุประสงค์ เทคโนโลยีหรือวิธีการเก็บรวบรวมข้อมูล และข้อมูลส่วนบุคคลที่อยู่ในขอบเขต อันเป็นการให้น้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะที่ไม่ได้สัดส่วนกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล นอกจากนี้ การออกแบบขอความยินยอมเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้งานที่รวมหลายวัตถุประสงค์เข้าด้วยกัน โดยไม่สามารถแยกได้ อีกทั้งการปฏิเสธอาจนำไปสู่ผลกระทบทางลบหลายประการ ทั้งในแง่กฎหมายอื่นที่กว้างและผู้ประกอบการที่อาจปฏิเสธการให้บริการต่าง ๆ จึงแสดงถึงมาตรการที่ให้น้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะเกินจำเป็น จึงเสนอให้นำแนวทางของต่างประเทศในฐานะมาตรการที่จำกัดหรือกระทบสิทธิน้อยกว่า (Less restrictive measure) มาปรับปรุงกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้อง เช่น

- การจำกัดวัตถุประสงค์ของมาตรการแอปพลิเคชันเฉพาะการแจ้งเตือนความเสี่ยง ไม่รวมไปถึงการนำข้อมูลไปใช้เพื่อบังคับใช้กฎหมายโรคติดต่อ และไม่รวมถึงการนำไปใช้เพื่อป้องกันโรคติดต่ออื่น เพื่อความมั่นคงอื่น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่น หรือนำไปใช้กำหนดนโยบายของรัฐต่าง ๆ ซึ่งแม้เป็นประโยชน์สาธารณะแต่ควร

⁶² จากร่างพระราชบัญญัติโรคติดต่อ (ฉบับที่ ...) พ.ศ. มีการเพิ่มเติมหลักการเกี่ยวกับ “...การให้ติดตั้งแอปพลิเคชันหรือการใช้ระบบติดตามอาการของผู้ที่เป็นหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคติดต่ออันตรายหรือโรคระบาด...” กรมควบคุมโรค, รายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นต่อประเด็นของร่างพระราชบัญญัติโรคติดต่อ (ฉบับที่ ...) พ.ศ., ตุลาคม 2563. ซึ่งคณะรัฐมนตรีเห็นชอบร่างแก้ไขพระราชบัญญัตินี้ในเดือนธันวาคม 2563.

ดำเนินการตามแนวทางของกฎหมายในสภาวะปกตินอกเหนือจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อโควิด 19

- จำกัดขอบเขตระยะเวลาการใช้มาตรการแอปพลิเคชันให้ชัดเจน ทั้งในแง่การดำเนินการและการเก็บรวบรวมข้อมูล โดยไม่มีการใช้มาตรการนี้ต่อเนื่องสำหรับการสาธารณสุขอื่นใดหลังจากการสิ้นสุดสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อโควิด 19

- การจำกัดวัตถุประสงค์ที่แคบลงจะส่งผลให้เทคโนโลยีและข้อมูลที่ได้รับผลกระทบจำกัดลงด้วย เช่น ใช้เฉพาะบลูทูธโดยไม่ใช้ GPS การไม่เก็บข้อมูลที่ไม่จำเป็นหรือมีทางเลือกอื่นที่ทดแทนได้ เช่น การไม่กำหนดให้เก็บภาพถ่ายบุคคลหรือหมายเลขโทรศัพท์ ดังเช่นแนวทางของต่างประเทศ

- การกำหนดมาตรการแอปพลิเคชันโดยสมัครใจดังเช่นมาตรการของต่างประเทศบนพื้นฐานทางเลือกที่แท้จริง (real choice) กล่าวคือ แก้อไขกฎหมายที่อาจส่งผลกระทบทางลบหากประชาชนไม่เลือกใช้แอปพลิเคชัน รวมทั้ง การกำหนดหลักการควบคุมมิให้ผู้ประกอบการปฏิเสธบริการใด ๆ เพียงเพราะประชาชนไม่มีหรือไม่ใช้แอปพลิเคชัน



เอกสารอ้างอิง

ภาษาไทย

- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2564). *หลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2561, มกราคม - มิถุนายน). เกณฑ์การปกป้องสิทธิมนุษยชนสำหรับการประเมินความสอดคล้องของหลักกฎหมายที่ให้อำนาจเข้าถึงหรือได้มาซึ่งข้อมูลการสื่อสารของบุคคลในระบบ คอมพิวเตอร์ ตามพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่แก้ไขฉบับที่ 2 พ.ศ. 2560. *วารสารวิชาการสิทธิมนุษยชน*, 3(1), 7-40.
- คณาธิป ทองรวีวงศ์. (2564). *การคุ้มครองเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจากมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนดเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ศึกษากรณีความยินยอมของเจ้าของข้อมูลที่เกี่ยวข้องในการใช้แอปพลิเคชันไทยชนะตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต.
- ไทยชนะ. *ข้อตกลงและความเป็นส่วนตัว* www.ไทยชนะ.com (ออนไลน์). สืบค้นจาก <https://applied2020.thaichana.com/register/terms-conditions>
- สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์กรมหาชน). *FAQ หมอชนะ*. สืบค้นจาก <https://www.dga.or.th/th/profile/2176/>.
- สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์กรมหาชน). *นโยบายความเป็นส่วนตัว แอปพลิเคชันหมอชนะ*. สืบค้นจาก https://www.dga.or.th/upload/download/file_276fe3b23a68d76d7fa6e727d6c224ba.pdf.

ภาษาต่างประเทศ

- Aharon Barak. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge University Press: 1st edition.
- Alec Stone Sweet and Jud Mathews. (2008). *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*. 47 Colum. J. Transnat'l L. 72. pp77-78.
- Article 29 Working party of The European Union (2011). *Opinion 15/2011 on the definition of consent*. Retrieved from <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/>.
- Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL). Deliberation N°. 2020-046 of April 24, 2020 delivering an opinion on a proposed mobile application called "StopCovid". (request for opinion N° 20006919).
- CA Covid Notify (2020). *Term of Use*. Retrieved from <https://canotify.uhealth.edu/ucberkeley/>.
- Covid Alert NY (2020). *Term of Use*. Retrieved from <https://coronavirus.health.ny.gov/covid-alert-ny>.
- David M. Beatty. (2004). *The Ultimate Rule of Law*. 159-88.
- Di Gino Scaccia. (2019). *Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of European Courts* 4. Federalismi.it. p 6.
- Dieter Grimm. (2007). *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*. 57 U. Toronto L.J. 383.



- Elisabeth Zoller. (2003). *Congruence and Proportionality for Congressional Enforcement Powers: Cosmetic Change or Velvet Revolution?*. 78 Ind. L.J. 567,582.
- Google. (2020). Exposure Notifications. *Frequently Asked Questions*. September 2020. Retrieved from <https://static.googleusercontent.com/media/www.google.com/en//covid19/enotifications/pdfs/Exposure-Notification-FAQ-v1.2.pdf>.
- Gráinne de Búrca. (1993). *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*. 13 Y.B. Eur. L. 105,113.
- Johnson Bobbie. (2020). The Covid Tracing Tracker: What’s happening in coronavirus apps around the world. *The Pandemic Project, MIT technology review*. Retrieved from <https://www.technologyreview.com/author/bobbie-johnson/>.
- Kai Möller. (2012). *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford University Press.
- Ministry of Public Health. (2020). *Public Health Guidelines for businesses and services*. Retrieved from <https://www.health.govt.nz/our-work/diseases-and-conditions/covid-19-novel-coronavirus/covid-19-information-specific-audiences/guidelines-businesses-and-services>.
- Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat. (2009). *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 *San Diego L. Rev.* 367.
- Richard H. Fallon. (2007). *Strict Judicial Scrutiny*. 54 *UCLA Law Review*. 1267.
- Robert Alexy. (2003). *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*. 16 *Ratio Juris*. 131,135.
- Steven Gardbaum. (2008). *The Myth and Reality of American Constitutional Exceptionalism*. 107 *Mich. L. Rev.* 391.
- The European parliament and the council of the European union. (2016). *Regulation (EU) 2016 /679 (GDPR)*. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.
- The French data protection authority (CNIL). (2020). Deliberation N°. 2020-046 of April 24, 2020 delivering an opinion on a proposed mobile application called “StopCovid”. (request for opinion).



ณัฐดนัย นาจันทร์

ความไม่สมดุลระหว่างสิทธิในการมีชีวิต
ของตัวอ่อนของทารกในครรภ์
และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์
ภายใต้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม
ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564





ความไม่สมดุลระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์ และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ ภายใต้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564

ณัฐดนัย นาจันทร์¹

บทคัดย่อ

หลังจากการศึกษาสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ควบคู่ไปกับแนวคิดที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งสิทธิมนุษยชน บทความนี้พบว่าบทบัญญัติมาตรา 301 และ 305 (4) ของประมวลกฎหมายอาญา ที่กำหนดให้หญิงซึ่งอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างอิสระนั้น ก่อให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ เนื่องจากอนุญาตให้หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่ผ่านระบบการป้องกันสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดา จึงสมควรที่จะได้รับการแก้ไขเพื่อก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิทั้งสอง ข้อเสนอนี้สอดคล้องกับกรณีของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งตามกฎหมายอาญากำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หญิงซึ่งตั้งครรภ์และอายุครรภ์ยังไม่เกินสิบสองสัปดาห์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่ต้องรับโทษ หากการยุติการตั้งครรภ์เป็นกรณีที่แพทย์ได้ทำการยุติการตั้งครรภ์ให้กับหญิงซึ่งผ่านกระบวนการให้คำปรึกษาจากแพทย์มาแล้ว ทั้งนี้ ภายใต้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา การให้คำปรึกษานั้นต้องมุ่งคุ้มครองสิทธิในชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดา

คำสำคัญ

การยุติการตั้งครรภ์, สิทธิในชีวิต, สิทธิในการกำหนดตนเอง

¹ อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายมหาชน สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง.

On the Asymmetrical Between the Right to Life of a Fetus and the Right to Self Determination of a Pregnant Woman Under the 28th Penal Code (B.E. 2564)

Natdanai Nachan

Abstract

After a careful study of the literature on the right to life of the fetus, the right to self-determination of a pregnant woman, and the conflict of human rights, this article found that provisions 301 and 305 (4) of the Thai Criminal Code, which allow a pregnant woman whose conception has not been longer than 12 weeks to freely determine to terminate her pregnancy, create a conflict between the right to life of the fetus and a pregnant woman's right to self-determination. This inequitable situation is related to the fact that the pregnant woman can freely terminate her pregnancy without the consultation procedure created by the state that aims to protect the right to life of the fetus. Therefore, these provisions should be amended to provide the equilibrium between the fetal's right to life and the woman's right to self-determination. This suggestion is consistent with the German system wherein abortion is still illegal under the criminal code but a pregnant woman whose conception has not been longer than 12 weeks can freely determine to terminate her pregnancy with exemption from punishment. This exemption is granted to a pregnant woman if she has first consulted with a physician about the abortion before undergoing the procedure to terminate her pregnancy. Under the criminal code, such a consultation process must be conducted to protect the fetus's right to life.

Keyword

Abortion, Right to Life, Right to Self-Determination

1. ความนำ

หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2563 กำหนดให้ บทบัญญัติตามมาตรา 301 ของประมวลกฎหมายอาญาซึ่งห้ามมิให้หญิงมีครรภ์ทำแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำแท้งลูกมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อความในมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เนื่องจากถือว่าเป็นบทบัญญัติที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น อีกทั้งยังไม่เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน พร้อมทั้งยังทำคำวินิจฉัยเพิ่มเติมไว้ด้วยว่า หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรทำการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน ซึ่งหญิงควรได้รับสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของตนเองในการที่จะตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ภายในระยะเวลาอันเหมาะสม เป็นเหตุให้ต่อมา รัฐสภาได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาตามคำวินิจฉัยดังกล่าว และประกาศใช้เป็นพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564

การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในครั้งนี้ ได้ทำลายกรอบจำกัดทางจารีตทั้งในเชิงกฎหมายและเชิงศีลธรรมที่เกี่ยวข้องกับการยุติการตั้งครรภ์ให้หลุดพ้นไปจากประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย ขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดการยกระดับคุณภาพชีวิตรวมถึงยกระดับแห่งสิทธิของหญิงผู้ตั้งครรภ์ขึ้นมาในลักษณะที่ไม่เคยมีมาก่อน กล่าวคือ ยอมรับให้หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด บทบัญญัติเช่นนี้นอกจากจะเป็นการยืนยันว่าหญิงผู้ตั้งครรภ์นั้นมีสิทธิในการกำหนดตนเอง (right to self-determination) แล้ว ยังเป็นการป้องกันหญิงผู้ตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์จากความเสี่ยงในการยุติการตั้งครรภ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย เนื่องจากการเปิดช่องให้การยุติการตั้งครรภ์นั้นสามารถกระทำลงได้โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้การดำเนินการของแพทย์

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญารั้งนี้ไม่เพียงแต่จะเป็นการขยายความคุ้มครองในสิทธิและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของหญิงผู้ตั้งครรภ์ให้มากยิ่งขึ้น แต่ในขณะเดียวกันก็เปิดเวทีสำหรับข้อถกเถียงทางวิชาการว่าการกำหนดกฎหมายอันว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์มีความถูกต้องและเหมาะสมเพียงใด รวมทั้งเปิดโอกาสให้บรรดาข้อถกเถียงถึงความบกพร่องเกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขในการยุติการตั้งครรภ์ภายใต้กฎหมายสามารถมีที่ทางอย่างชัดเจนภายใต้ปริมณฑลของระบบกฎหมายไทย หลังจากที่มีข้อเขียนเหล่านี้ปรากฏอยู่ในงานเขียนทางวิชาการต่าง ๆ เป็นระยะเวลานาน โดยไม่มีข้อบทกฎหมายภายในประเทศให้เปรียบเทียบมากนัก

บทความชิ้นนี้อาศัยโอกาสที่การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญานี้เปิดให้ เพื่อกลับไปทบทวนข้อถกเถียงเกี่ยวกับการขัดกันแห่งสิทธิระหว่างสิทธิในการดำรงชีวิตอยู่ของทารกในครรภ์มารดา และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ ซึ่งไม่ใช่สิ่งใหม่ กล่าวคือ เคยมีการกล่าวถึงไว้อยู่บ้างแล้ว แต่สมควรที่จะได้รับการนำกลับมาพิจารณาซ้ำอีกครั้งภายใต้บริบททางกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปเพื่อชี้ให้เห็นว่าแม้ข้อบทในประมวลกฎหมายอาญาที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะมีลักษณะที่เป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของมารดาค่อนข้างมาก แต่ในขณะเดียวกันก็มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนกับสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดาซึ่งควรจะได้รับ การรับรองและคุ้มครองเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ความไม่ได้สัดส่วนหรือความไม่สมดุลที่จะถูกเรียกต่อไปในบทความนี้มุ่งไปที่บทบัญญัติในมาตรา 301 และ 305 (4) เป็นหลัก

² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2563.

โดยผู้เขียนมีความตั้งใจที่จะจำกัดปริณิชนบทแห่งการถกเถียงในทางวิชาการไว้แต่เพียงเฉพาะในบทความเหล่านี้ และหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะมีความเห็นทางวิชาการจากผู้เชี่ยวชาญท่านอื่น ๆ มาช่วยส่งเสริมเติมแต่งให้สิทธิของหญิงผู้ตั้งครรภ์และสิทธิของตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดาได้รับการรับรองและคุ้มครองขึ้นมาภายใต้การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในครั้งนี้อาจมีความสมบูรณ์และเหมาะสมยิ่ง ๆ ขึ้นไป

บทความนี้ประกอบด้วยสามส่วนหลัก ๆ ได้แก่ ส่วนแรก คือคำอธิบายที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดพื้นฐานของสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ โดยผูกโยงสิทธิดังกล่าวเข้ากับศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ เพื่อแสดงให้เห็นว่าสิทธิทั้งสองนั้นมีคุณค่าในระดับที่เท่าเทียมกัน และสมควรที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอกันเมื่อเกิดการขัดแย้งแห่งสิทธิ ส่วนที่สอง จะเป็นการอธิบายเกี่ยวกับหลักว่าด้วยการขัดกันของสิทธิมนุษยชน และวิธีการแก้ไขปัญหามือเบรดาสิทธิทั้งหลายของบุคคลหรือผู้ที่สมควรได้รับความคุ้มครองเสมอเหมือนกับบุคคลที่มีความขัดแย้งกัน ท้ายที่สุดในส่วนที่สาม จะเป็นการวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ว่าเหตุใดความในมาตรา 301 และ 305 (4) แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 มีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์มารดาและสิทธิของมารดาในการกำหนดตนเอง และตามด้วยบทสรุปและข้อเสนอแนะ

2. ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดา และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์

หนึ่งในประเด็นที่ไม่สามารถปฏิเสธได้บ่อยครั้งเมื่อปัญหาเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ปรากฏขึ้นในวงสนทนา โดยเฉพาะเมื่อประเด็นทางศีลธรรมและจารีตทั้งหลายถูกวางไว้ให้พ้นจากข้อขัดแย้ง นั่นคือคำถามพื้นฐานเกี่ยวกับการทวงถามถึงความเหมาะสมในการที่จะพรากชีวิตของผู้ที่กำลังจะได้ใช้ชีวิตและพัฒนาตัวเองต่อไปในฐานะมนุษย์ โดยบุคคลซึ่งประสงค์ที่จะกำหนดหนทางชีวิตของตัวเองในฐานะมนุษย์เช่นกัน

แน่นอนว่าคำปรารภข้างต้นมีลักษณะที่แสดงให้เห็นถึงประเด็นทางศีลธรรมอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ แม้จะพยายามยกไว้ให้พ้นจากข้อถกเถียงเพียงใดก็ตาม แต่สิ่งหนึ่งที่เป็นแก่นสารของข้อถกเถียงนั้นคือ “ความเป็นมนุษย์ของผู้ที่แม้ตามกฎหมายจะยังไม่มีสภาพบุคคล จะสมควรถูกละเมิดด้วยการอ้างถึงสิทธิของบุคคลหนึ่งเหนือเนื้อตัวร่างกายของตนเองได้หรือไม่” กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเป็นมนุษย์และศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์คือจุดศูนย์กลางของข้อถกเถียงเหล่านี้ ดังนั้น การนำเอาศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์มาเป็นแก่นในการสำรวจถึงสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดา และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์จึงเป็นสิ่งที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ทั้งนี้ ข้อพิจารณาในส่วนนี้ของบทความจะเริ่มต้นด้วยการอธิบายความเบื้องต้นว่าด้วยศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ จากนั้น จะกล่าวถึงสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดา และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ โดยมีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์เป็นรากฐาน

2.1 ความคิดพื้นฐานว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคำที่มีรากฐานความเป็นมาที่ยาวนานและการทำความเข้าใจความหมายของคำนี้ค่อนข้างมีความสลับซับซ้อน เพราะในหลาย ๆ ครั้ง การให้ความหมายของคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมักถูกผูกโยงกับประวัติศาสตร์ ศาสนา ความเชื่อ หรือจารีตประเพณีประเภทใดประเภทหนึ่ง³

³โปรดดูแนวทางการให้ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีความแตกต่างหลากหลายได้ใน แนวความคิด ทฤษฎี ความรู้พื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการกำหนดสถานะของบุคคล จาก “การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : ศึกษาถึงการกำหนดสถานะของสภาพบุคคล” (น. 5-14), โดย นิติยา จงแสง, (นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์), จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.



ในบริบททางศาสนา ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ปรากฏขึ้นในฐานะเป็นสิ่งที่ยืนยันว่ามนุษย์ทั้งหลายเท่าเทียมกันเนื่องจากถูกสร้างมาภายใต้พระฉายาลักษณ์ของพระเจ้า ในขณะที่หากพิจารณาภายใต้แง่มุมทางปรัชญา ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์คือสิ่งที่ทำให้มนุษย์ทั้งหลายมีความเท่าเทียมกัน เพราะมนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีเหตุผลในตัวเองที่สามารถกำหนดเป้าหมายและแนวทางแห่งการใช้ชีวิตให้กับตนเองได้ ซึ่งเรียกร้องให้มนุษย์ทั้งหลายปฏิบัติต่อกันอย่างเท่าเทียมโดยไม่ปฏิบัติต่อผู้อื่นเสมือนเป็นเครื่องมือที่จะนำไปสู่ความสำเร็จของตนเอง⁴ อย่างไรก็ตาม ท่ามกลางการให้ความหมายที่หลากหลาย สิ่งหนึ่งที่ถูกระงับออกมาให้เห็นอย่างชัดเจนนั้นคือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่ต้นและเป็นสิ่งที่ทำให้มนุษย์ทั้งหลายนั้นมีคุณค่าเท่าเทียมกัน

เมื่อศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ดำรงอยู่ได้บนพื้นฐานแห่งความเป็นมนุษย์ และเรียกร้องให้มนุษย์ทั้งหลายปฏิบัติต่อกันอย่างเสมอเหมือนกัน อย่างไรก็ตาม ภายใต้โลกแห่งความเป็นจริง ความเป็นมนุษย์และศักดิ์ศรีทั้งหลายนั้นไม่สามารถจับต้องได้ รวมทั้งมนุษย์ทั้งหลายต่างขัดหรือแย้งกันอยู่ตลอดเวลาบนพื้นฐานของความพยายามในการแสวงหาหรือทำให้ได้มาซึ่งสิ่งที่ตัวเองต้องการมากที่สุด ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์จึงไม่สามารถดำรงอยู่ได้หากปราศจากคุณค่าพื้นฐานบางประการเป็นรากฐานในการโอบอุ้มแนวคิดดังกล่าวไว้ได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย ซึ่งเรียกร้องให้รัฐและปัจเจกทั้งหลายยอมรับว่าชีวิตและเนื้อตัวร่างกายของมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจถูกละเมิดได้ เนื่องจากเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่มาก่อนสิ่งใดและเป็นรากฐานแห่งความเป็นมนุษย์⁵ และในขณะเดียวกัน เนื่องจากมนุษย์ทั้งหลายมีคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน การเลือกปฏิบัติระหว่างมนุษย์ทั้งหลายบนพื้นฐานของความแตกต่างกันในเชิงคุณค่าไม่ว่าจะอาศัยเหตุใด ๆ ย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้⁶

ภายใต้คุณลักษณะดังกล่าว การคงอยู่ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก่อให้เกิดข้อเรียกร้องสามประการต่อชุมชนของมนุษย์ทั้งหลายและต่อรัฐ ประการแรก ไม่ว่ามนุษย์หรือรัฐต่างต้องตระหนักว่ามนุษย์ทั้งหลายนั้นมีคุณค่า ที่ติดตัวมาแต่กำเนิดซึ่งไม่สามารถถูกละเมิดหรือถูกทดแทนได้ ประการที่สอง การเลือกปฏิบัติต่อมนุษย์ภายใต้ความแตกต่างอันเกี่ยวข้องกับเชื้อชาติ ศาสนา หรือสิ่งอื่นใดซึ่งแสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีคุณค่าไม่เท่าเทียมกันนั้นไม่สามารถกระทำได้ และประการที่สาม รัฐจะต้องถูกก่อตั้งขึ้นและดำรงอยู่เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ รัฐมีพันธะที่จะต้องรับรองและคุ้มครองเงื่อนไขพื้นฐานบางประการที่ทำให้มนุษย์นั้นดำรงอยู่ได้อย่างมีศักดิ์ศรี และในขณะเดียวกันรัฐไม่สามารถใช้อำนาจที่มีเหนือเนื้อตัวร่างกายของมนุษย์เพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้⁷

ข้อเรียกร้องทั้งสามประการนี้นำไปสู่ข้อเสนอของ Beyleveld และ Brownsword ที่ว่า โดยเนื้อแท้แล้ว ธรรมชาติของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นปรากฏขึ้นในแง่มุมที่หลากหลายและซ้อนทับกันไปมา ในบางแง่มุม ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์คือต้นตอและที่มาแห่งสิทธิมนุษยชนทั้งปวง ในอีกแง่มุมหนึ่ง ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์สามารถถูกตีความว่าเป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชนได้ ในขณะเดียวกัน ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์คือสิ่งที่ทำให้บุคคลสามารถที่จะครอบครองและใช้สิทธิมนุษยชน แต่ในขณะเดียวกันก็แสดงให้เห็นว่าสิทธิมนุษยชนนั้นมีอยู่เพื่อคุ้มครองสิ่งใด และในท้ายที่สุดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ช่วยเสริมกำลังให้กับข้อเรียกร้องในการ

⁴ From "The Core Meaning of Human Dignity," by Rinie Steinmann, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 19(2016), p. 4-5.

⁵ From "Politics and Power," in *Political Science and Changing Politics*, ed. Philip van Praag (p. 13), by Wouter van der Brug and Eelke Heemskerk, 2017, Amsterdam: Amsterdam University Press.

⁶ จาก การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : ศึกษากรณีการกำหนดสถานะของสภาพบุคคล (น. 42), โดย นิติยา จงแสง.

⁷ จาก หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 141-152), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2563, กรุงเทพฯ: วิทยุชน, พิมพ์ครั้งที่ 6.

⁸ From "The Core Meaning of Human Dignity," by Rinie Steinmann, *Potchefstroom Electronic Law Journal*, p. 6-7.

ที่จะแสดงออกและใช้ซึ่งอำนาจเหนือเนื้อตัวร่างกายของบุคคล แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นข้อจำกัดในการใช้อำนาจเช่นว่านั้นอยู่ในที่

อย่างไรก็ตาม แม้ธรรมชาติของศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์จะซับซ้อน และมีหลายแง่มุมที่ซ้อนทับกันไปมา แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์นั้นดำรงอยู่เพื่อยืนยันถึงคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์อันเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ คุณลักษณะแห่งการดำรงอยู่ซึ่งคุณค่าดังกล่าวปรากฏขึ้นแม้ในห้วงเวลาที่บุคคลยังไม่มีสภาพบุคคลในทางกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือเป็นเพียงทารกในครรภ์มารดา¹⁰ ครอบคลุมไปถึงช่วงเวลาที่คุณคนนั้นมีชีวิต และไม่ได้สิ้นสุดลงไปพร้อมกับสภาพบุคคลเมื่อบุคคลนั้นตายลง¹¹ คุณลักษณะพิเศษเช่นนี้เองที่เป็นแกนกลางของข้อถกเถียงว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์ ดังที่จะได้กล่าวถึงในส่วนต่อไป

2.2 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดา

สิทธิในการมีชีวิตนั้นได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศและเอกสารทางการเมืองระหว่างประเทศหลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคี โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 และมีผลใช้เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540¹² ได้กำหนดไว้ในข้อ 6.1 ว่า “มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตมาแต่กำเนิด และสิทธินี้ต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยกฎหมาย...” ในขณะที่เอกสารทางการเมืองระหว่างประเทศที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งคือปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ได้รับรองสิทธิในการมีชีวิตไว้เช่นเดียวกัน ความปรากฏตามมาตรา 3 ว่า “บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในการมีชีวิต (Right to Life) เสรีภาพ (Liberty) และความมั่นคงแห่งตัวบุคคล (Security of Person)”

สิทธิในการมีชีวิตนั้น เป็นสิทธิที่มีความสำคัญยิ่งโดยจะเห็นได้จากการที่คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ให้ความเห็นไว้ในข้อสังเกตลำดับที่ 36 เกี่ยวกับสิทธิในชีวิตที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองว่า สิทธิในชีวิตนั้นเป็นสิทธิขั้นสูงสุดซึ่งไม่สามารถถูกละเมิดได้¹³ และในส่วนของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนั้น หากพิจารณาเฉพาะในเชิงลำดับของการบัญญัติ จะพบว่านอกจากบทบัญญัติลำดับสูงกว่าซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับคุณค่าและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์แล้ว สิทธิในการมีชีวิตคือสิทธิลำดับแรกที่ได้รับการบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จากนั้นจึงตามมาด้วยสิทธิในประการอื่น ๆ

ในอีกนัยหนึ่ง สิทธิในการมีชีวิตคือสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) อย่างแท้จริง กล่าวคือเป็นสิทธิขั้นสูงสุดอันเป็นรากฐานของบรรดาสิทธิทั้งหลาย เพราะหากปัจเจกบุคคลไม่ได้รับสิทธิในการมีชีวิตอยู่แล้ว ย่อมเป็นไม่ได้เลยที่ปัจเจกบุคคลนั้น ๆ จะดำรงชีวิตและใช้สิทธิประการอื่น ๆ เพื่อยืนยัน สนับสนุน และส่งเสริมคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ของตนเอง¹⁴ ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่า เพื่อดำรงไว้ซึ่งศักดิ์ศรีและคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในการมีชีวิตนั้นสำคัญเพียงใด

⁹ From “Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics,” by Deryck Beyleveld and Roger Brownsword, *The Modern Law Review* 61, 5(1998), p. 665.

¹⁰ From “Protecting Human Dignity: The Dignity of Choice and Life,” by Samantha Halliday, *Contemporary Issues in Law* 13, 4(2016), p. 298-299.

¹¹ จาก รายงานการวิจัย การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคล ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญไทย พ.ศ. 2540 (น. 99-100), โดย อุดม รัฐอมฤต นพธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ, 2544, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

¹² DeepSouthWatch, “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)”, Retrived from <https://deepsouthwatch.org/th/node/10365>

¹³ UN Human Rights Committee (HRC), “General Comment No. 36, Article 6 (Right to Life)”, 3 September 2019, Ccpr/C/Gc/35,” Retrived from <https://www.refworld.org/docid/5e5e75e04.html>.

¹⁴ From “The Right to Life – a Fundamental Human Right,” by Luminita Dragne, *Social Economic Debates* 2, 2(2013), p.1.



อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่ยากที่สุดเกี่ยวกับการอธิบายถึงสิทธิในการมีชีวิตเกิดขึ้นเมื่อสิทธิดังกล่าว ถูกดึงเข้ามาสู่ปริณทลของการถกเถียงเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ โดยทั่วไปแล้ว ข้อถกเถียงว่าด้วยสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์นั้นสามารถแบ่งกลุ่มผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องออกได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ กลุ่มที่คัดค้านการยุติการตั้งครรภ์ (anti-abortion หรือ pro-life) โดยกลุ่มดังกล่าว จะถือว่าตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดา (fetus) รวมถึงตัวทารกซึ่งพัฒนาขึ้นมาหลังจากนั้น มีสิทธิได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตในฐานะบุคคล ทั้งนี้ ภายใต้ชุดความคิดที่ว่าความเป็นมนุษย์นั้นไม่สามารถถูกแยกหรือตัดขาดจากพัฒนาการที่เกิดขึ้นในครรภ์มารดาได้ หากปราศจากการพัฒนาของตัวอ่อนในครรภ์มารดาแล้ว มนุษย์ย่อมไม่สามารถกำเนิดขึ้นมาและดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีได้ ดังนั้น ตัวอ่อนของทารกและทารกในครรภ์มารดาอย่างมีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ที่เพียบพร้อมและสมบูรณ์ และภายใต้เงื่อนไขเช่นนี้เอง สิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนและทารกในครรภ์มารดาจึงต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองเทียบเท่าปัจเจกบุคคลโดยทั่วไป¹⁵

ในทางกลับกัน กลุ่มของผู้ที่สนับสนุนการยุติการตั้งครรภ์ (pro-choice) มีมุมมองที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนในครรภ์มารดาแตกต่างออกไป กล่าวคือ ภายใต้ข้อเท็จจริงและการพิจารณาทางวิทยาศาสตร์ ตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดาจะยังไม่พัฒนาเต็มที่จนกว่าอายุครรภ์จะครบยี่สิบสามหรือยี่สิบสี่สัปดาห์ นั่นทำให้ในแง่มุมหนึ่ง สิ่งที่อยู่ในร่างกายของหญิงผู้ตั้งครรภ์ในช่วงก่อนยี่สิบสี่สัปดาห์นั้นมักจะเป็นเพียงเซลล์ที่กำลังพัฒนาตนเองเข้าสู่การเป็นตัวอ่อนของทารกเท่านั้น ดังนั้น การจะให้การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์รวมทั้งสิทธิในชีวิตแก่กลุ่มเซลล์ที่อยู่ในระยะของการแบ่งตัว (blastocyst) นั้นเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม¹⁶ หมายความว่า ในแง่หนึ่ง การยุติการตั้งครรภ์ก่อนยี่สิบสี่สัปดาห์ ควรสามารถทำได้โดยไม่มีเงื่อนไข อย่างไรก็ตาม การยุติการตั้งครรภ์ภายหลังจากที่ตัวอ่อนพัฒนาแล้วยังสามารถถกเถียงได้ต่อไปว่าเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ หรือทำได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการซึ่งได้รับการรับรองโดยแพทย์ หรือควรเป็นสิ่งซึ่งหญิงผู้ตั้งครรภ์นั้นต้องตัดสินใจร่วมกับแพทย์¹⁷

ข้อถกเถียงทั้งสองประการนั้นตั้งอยู่บนความแตกต่างของอายุครรภ์และการพัฒนาของตัวอ่อนในครรภ์มารดาเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนคงไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าผู้เขียนมีแนวโน้มที่จะสนับสนุนให้มีการคำนึงถึงศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์มารดาภายใต้เหตุผลประการสำคัญ นั่นคือ การปฏิเสธไม่รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทารกในครรภ์มารดาเพราะเหตุที่ยังไม่พัฒนาการเป็นตัวอ่อนนั้นผูกตัวเองเข้ากับข้อเท็จจริงมากเกินไป จนถึงขนาดที่ทำให้ละทิ้งประเด็นทางศีลธรรมของต้นกำเนิดแห่งชีวิตมนุษย์ที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ หากต้องการจะถกเถียงเกี่ยวกับประเด็นเรื่องการยุติการตั้งครรภ์อย่างสมบูรณ์ ไม่มีใครสามารถปฏิเสธได้ว่าพัฒนาการก่อนที่จะกลายมาเป็นตัวอ่อนของทารกนั้นไม่สามารถแยกออกจากจากกระบวนการที่จะให้กำเนิดมนุษย์คนหนึ่งขึ้นมาได้

การปฏิเสธไม่รับรู้ถึงสิทธิที่จะมีชีวิตของเซลล์ที่กำลังแบ่งตัวและตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดา จึงไม่สมเหตุผล หากเซลล์ดังกล่าวไม่ได้รับการพัฒนาเป็นตัวอ่อน และตัวอ่อนไม่ได้คลอดและอยู่รอดจนถือกำเนิดขึ้นมาเป็นมนุษย์ ความเป็นมนุษย์ย่อมไม่เกิดขึ้น บรรดาสิทธิทั้งหลายที่มนุษย์จะเป็นผู้ใช้ภายหลัง

¹⁵ From "The Fetus and the "Right to Life", by Glanville Williams, *The Cambridge Law Journal* 53, 1(1994): p. 75076.

¹⁶ Ibid. (p. 77).

¹⁷ Ibid. (pp. 77-80).

จากนั้นย่อมไม่มีความหมายหากปฏิเสธสิทธิในการดำรงชีวิตของของทารกเสียตั้งแต่ก่อนที่การแบ่งเซลล์จะเสร็จสมบูรณ์ในอีกแง่หนึ่ง การปฏิเสธสิทธิในการมีชีวิตและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของช่วงเวลาก่อนที่ตัวอ่อนจะพัฒนาโดยสมบูรณ์นั้นทำให้หลักเกณฑ์ในด้านสิทธิมนุษยชนทั้งหลายสูญเสียความสำคัญไปตั้งแต่ต้น

อย่างไรก็ตาม การรับรองและสิทธิในการมีชีวิตของเซลล์ซึ่งอยู่ในช่วงพัฒนาเป็นตัวอ่อน ตัวอ่อน และทารกในครรภ์มารดานั้นมีลักษณะที่ไม่ตายตัว โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาจากกฎหมายในหลายประเทศที่ยินยอมให้มีการยุติการตั้งครรภ์ในระยะเวลาใดก็ได้หากมีเหตุผลที่เหมาะสม เช่น สภาวะทางจิตใจของมารดา พัฒนาการของตัวอ่อน ความบกพร่องของตัวอ่อน หรือการตั้งครรภ์เพราะเหตุแห่งอาชญากรรม¹⁸ นอกจากนี้ การยึดมั่นในสิทธิดังกล่าว รวมทั้งศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของเซลล์ซึ่งอยู่ในช่วงพัฒนาเป็นตัวอ่อน ตัวอ่อน และทารกในครรภ์มารดานั้น ยังเปราะบางอย่างยิ่งเมื่อต้องพบเจอกับข้อโต้แย้งทางวิทยาศาสตร์โดยไม่อาศัยข้ออ้างทางศีลธรรมมาเป็นเกราะกำบัง ถึงกระนั้น ผู้เขียนพึงเห็นคล้อยตามศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีในคำวินิจฉัยที่ BVerfGE 88, 203 ซึ่งกล่าวถึงประเด็นเกี่ยวกับสิทธิในการมีชีวิตของเซลล์ซึ่งอยู่ในช่วงพัฒนาเป็นตัวอ่อน ตัวอ่อน และทารกในครรภ์มารดา ไว้ว่า พึงได้รับการคุ้มครอง แม้ในแง่หนึ่งการคุ้มครองนั้นอาจไม่เบ็ดเสร็จเด็ดขาด (absolute)¹⁹ อย่างไรก็ตาม เมื่อสภาวะก่อนตัวอ่อนหรือตัวอ่อนของมนุษย์นั้นในภายหลังจะเติบโตขึ้นมาเป็นบุคคลที่มีคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์และมีบุคลิกภาพเป็นของตนเอง ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของทั้งสิ่งที่เป็นสภาวะก่อนตัวอ่อนหรือแม้กระทั่งตัวอ่อนนั้นเองย่อมต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์อย่างไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้²⁰ ทั้งนี้ เมื่อศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และสิทธิในการมีชีวิตของเซลล์ซึ่งอยู่ในช่วงพัฒนาเป็นตัวอ่อน ตัวอ่อน และทารกในครรภ์มารดา เกิดความขัดแย้งกับศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ สิ่งที่รัฐพึงกระทำไม่ใช่การชี้ขาดว่าสิทธิใดมีลักษณะที่เหนือกว่า แต่เป็นการสร้างกระบวนการที่จะก่อให้เกิดสมดุลเชิงกระบวนการในกรณีที่ต้องตัดสินชี้ขาดลงไปว่า ระหว่างสิทธิในการมีชีวิตกับสิทธิในการกำหนดตนเองนั้น สิทธิใดมีคุณค่ามากกว่ากัน ดังที่จะได้อธิบายต่อไป

2.3 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์

แนวคิดดั้งเดิมว่าด้วยสิทธิในการกำหนดตนเองนั้นผูกพันต่อนัยอย่างแน่นแฟ้นเข้ากับความคิดว่าด้วยสิทธิทางสังคมการเมืองของปัจเจกบุคคล ภายใต้ข้อ 1 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ได้กำหนดไว้ว่า “ประชาชนทั้งปวงมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง โดยอาศัยสิทธินั้น ประชาชนจะกำหนดสถานะทางการเมืองของตนอย่างเสรี รวมทั้งดำเนินการอย่างเสรีในการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของตน” กล่าวอีกนัยหนึ่ง คำว่าสิทธิในการกำหนดตนเอง (right to self-determination) นั้น เติบโตขึ้นมาในบริบทของสังคมการเมืองระหว่างประเทศในฐานะเครื่องมือที่จะทำให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลมีอิสระจากการถูกครอบงำโดยรัฐอื่น และมีความสามารถในการกำหนดอนาคตทางการเมืองของตนเอง²¹

อย่างไรก็ตาม ภายใต้บริบทของข้อถกเถียงว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์สิทธิในการกำหนดตนเองมีส่วนสำคัญในการสนับสนุนให้มีการยุติการตั้งครรภ์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้แง่มุมที่เกี่ยวข้องกับการยุติการ

¹⁸ Ibid.

¹⁹ BVerfGE 88, 203, at 153.

²⁰ Ibid. (at 145-146).

²¹ From “The Right of Self-Determination in the Twentyfirst Century,” by Hurst Hannum, Washington and Lee Law Review 55, 3(1998), p. 777.

ตั้งครานั้น สิทธิในการกำหนดตนเองถูกตีความว่าเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลในการที่จะไม่ถูกจำกัดด้วยข้อห้ามที่สร้างขึ้นโดยบุคคลอื่น กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นสิทธิที่รับรองและคุ้มครองให้บุคคลสามารถกำหนดและเลือกเส้นทางต่าง ๆ ในชีวิตของตนเองได้²² นอกจากนี้ แนวคิดที่ว่าด้วยการกำหนดตนเองในแง่ของการแพทย์และจิตวิทยายัง หมายความว่าสิ่งที่ปัจเจกบุคคลสามารถเลือกที่จะกระทำการต่าง ๆ ด้วยตัวของตัวเองได้ภายใต้เงื่อนไขทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับปัจเจกบุคคลนั้น ๆ²³

ภายใต้การปรับเปลี่ยนมุมมองและจุดสนใจของแนวคิดด้วยสิทธิในการกำหนดตนเองจากปริณทล
ทางการเมืองและสังคมเข้ามาสู่ปริณทลที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของปัจเจกบุคคลนั้น สิทธิดังกล่าวนำไปสู่
ข้อถกเถียงที่สนับสนุนให้หญิงซึ่งตั้งครรถ์นั้นสามารถกำหนดอนาคตในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรถ์ของตนเอง
ได้ โดยเฉพาะเมื่อการตัดสินใจในประเด็นดังกล่าวนั้นเกี่ยวข้องกับความสบายและความปลอดภัยของผู้ตั้งครรถ์
โดยตรง²⁴

สิทธิในการกำหนดตนเองนั้นเป็นหนึ่งในสิทธิที่มนุษย์พึงมีมาตั้งแต่กำเนิด และในแง่หนึ่ง เป็นสิทธิที่เชื่อมโยงโดยตรงกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ ภายใต้แง่มุมที่หลากหลายของนิยามความหมายและคุณลักษณะของศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นนั้น คุณค่าประการหนึ่งที่ทำให้มนุษย์เป็นมนุษย์นั้นคือ การที่มนุษย์สามารถใช้เหตุผลในการกำหนดอนาคตและการดำเนินตามวิถีชีวิตของตนเองได้²⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่ง สิ่งที่ทำให้มนุษย์ดำรงคุณค่าความเป็นมนุษย์ไว้ได้คือ เสรีภาพในการที่จะใช้เหตุผลเพื่อกำหนดเส้นทางการดำเนินชีวิตของตนเอง ซึ่งการใช้เหตุผลในการอธิบายสิทธิในการกำหนดตนเองในลักษณะนี้เป็นส่วนหนึ่งของการตีความถึงเสรีภาพของมนุษย์ อันเป็นหนึ่งในสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์พึงมีตามมาตรา 3 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ดังนั้น หากจะพิจารณาเฉพาะน้ำหนักแห่งสิทธิของหญิงในการกำหนดตนเองแล้ว จะพบว่า สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงดังกล่าวย่อมมีน้ำหนักที่ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นใดอันอยู่ในลำดับที่เท่าเทียมกันเลย ทั้งนี้ รวมถึงสิทธิในชีวิตด้วย²⁶

กล่าวโดยสรุปแล้ว ทั้งสิทธิในชีวิตของสิ่งที่อยู่ในช่วงเวลาแห่งการพัฒนาเป็นตัวอ่อน ตัวอ่อน รวมถึงทารกในครรภ์มารดา และสิทธิในการกำหนดตนเองเหนือเนื้อตัวและร่างกายของหญิงผู้ตั้งครรถ์นั้น หากมองในแง่มุมที่ยึดโยงกับศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ ย่อมเห็นได้ว่ามีน้ำหนักและมีคุณค่าที่เท่าเทียมกัน เมื่อสิทธิทั้งสองต้องมาปะทะกันภายใต้ข้อถกเถียงว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์แล้ว การนำเอาแนวคิดที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งสิทธิมนุษยชนมาใช้เพื่อเป็นฐานในการพิจารณาว่าควรดำเนินการเช่นใดเมื่อสิทธิที่มีคุณค่าเท่าเทียมกันเกิดการขัดหรือแย้งต่อกันขึ้น ดังที่จะได้อธิบายไว้ในหัวข้อถัดไป

²² From "On the Concept of Self-Determination in Abortion," by Naommi Nemura, *Japan Association for Bioethics* 8, 1(1998), pp. 117-118.

²³ From “How Could Self-Determination Theory Be Useful for Facing Health Innovation Challenges?,” by Laura Migliorini Paola Cardinali and Nadia Rania, *Frontiers in psychology*, 10(2019), p.2.

²⁴From "My Body, My Choice...My Responsibility: The Pregnant Woman as Caretaker of the Fetal Person," by Anna Wetterberg, *Berkeley Journal of Sociology*, 48(2004), p. 26.

²⁵From "The Core Meaning of Human Dignity," by Steinmann, R., *Potchefstroom Electronic Law Journal*, pp. 9-17.

²⁶ ผู้เขียนทราบว่าการกล่าวเช่นนี้เป็นกรกล่าวในลักษณะที่นำไปสู่ข้อสรุปอย่างรวดเร็วเกินไป และควรจะแสดงให้เห็นว่าลัทธิที่ถูกนำมาเทียบเคียงกันมีน้ำหนักเท่าเทียมกันหรือไม่ยังต้องคำนึงถึงปัจจัยทางสังคมและเงื่อนไขอื่น ๆ เช่น เงื่อนไขทางวัฒนธรรม ความเชื่อ และศาสนาประกอบด้วย อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์แก่งานเขียนนี้ ผู้เขียนมีความประสงค์ที่จะใช้การซึ่งน้ำหนักโดยอาศัยการเทียบเคียงความสำคัญในแง่ของการจัดเรียงลำดับแห่งตัวบทที่ได้ให้การรับรองและคุ้มครองไว้ ควบคู่ไปกับความเชื่อมโยงโดยตรงไปยังศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ เพื่อแสดงให้เห็นว่า ลัทธิในชีวิตและลัทธิในการกำหนดตนเองนั้นในแง่หนึ่ง มีความสำคัญและมีน้ำหนักที่เท่าเทียมกัน

3. แนวคิดว่าด้วยการขัดกันของสิทธิมนุษยชน

ในฐานะของสิ่งมีชีวิตที่ดำรงอยู่อย่างเป็นปัจเจก และมีความต้องการในการดำรงชีวิตเป็นของตนเอง มนุษย์ทั้งหลายย่อมมีความขัดแย้งระหว่างกันและกันอยู่ตลอดเวลา การก่อตั้งองค์กรทางการเมือง การรับรองและคุ้มครองสิทธิทั้งหลายของมนุษย์โดยรัฐ ในแง่มุมหนึ่งย่อมสะท้อนให้เห็นถึงการเจรจาเพื่อต่อรองผลประโยชน์ระหว่างมนุษย์ทั้งหลายเพื่อวางแนวทางในการใช้ชีวิตร่วมกันในลักษณะที่ไม่ทำให้เขตแดนแห่งสิทธิ เสรีภาพ และความเป็นมนุษย์ของบุคคลแต่ละคนต้องก้าวล่วงเขตของกันและกัน อันจะนำไปสู่การทำลายประโยชน์ที่มนุษย์ทั้งหลายพึงจะได้และพึงจะมี²⁷ ข้อถกเถียงและการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการยุติการตั้งครุภังนั้น คือหนึ่งในสิ่งที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า สิทธิทั้งหลายของมนุษย์หรือผู้ที่พัฒนาขึ้นมาเป็นมนุษย์ย่อมสามารถเกิดขึ้นได้เสมอ และในขณะเดียวกัน จำเป็นที่จะต้องมีการสร้างระเบียบและแนวคิดบางประการขึ้นมาเพื่อจัดการกับการขัดกันแห่งสิทธิมนุษยชน (Conflict of Human Rights - CHR) โดยเฉพาะ ซึ่งความในส่วนต่อจากนี้ไป จะเป็นการกล่าวถึงแนวคิดว่าด้วยการขัดกันแห่งสิทธิมนุษยชนและการดำเนินการเกี่ยวกับการขัดกันแห่งสิทธิดังกล่าว

สำหรับนิยามความหมายของการขัดกันแห่งสิทธิมนุษยชนนั้น Xiaobin Xu และ George Wilson ได้ให้นิยามความหมายพื้นฐานไว้ว่า “การขัดกันแห่งสิทธิมนุษยชนนั้น หมายความว่า การที่สิทธิมนุษยชนชนิดเดียวกันหรือต่างชนิดกันที่กล่าวอ้างโดยผู้กล่าวอ้างสิทธิเพียงคนเดียวหรือหลายคนเกิดการปะทะกัน”²⁸ ทั้งนี้ การปะทะกันเช่นว่านี้เกิดขึ้นได้ในหลายสถานการณ์ เช่น ในกรณีที่แพทย์จำเป็นต้องเลือกว่าจะต้องช่วยชีวิตของผู้ป่วยคนใด หากอุปกรณ์ที่สามารถช่วยเหลือผู้ป่วยได้เพียงคนเดียว สิทธิในการมีชีวิตอยู่ของผู้ป่วยทั้งสองย่อมขัดแย้งกันและทำให้แพทย์ต้องประสบความยากลำบากในการเลือกว่าควรจะช่วยชีวิตผู้ป่วยรายใด หรือในกรณีของการยุติการตั้งครุภังดังกล่าวไปแล้วว่า สิทธิในชีวิตของผู้ที่อยู่ในครรภ์มารดานั้นย่อมขัดแย้งโดยตรงกับสิทธิในการกำหนดตนเองของมารดา

เมื่อการขัดกันแห่งสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น สิ่งตามมา (ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายใต้เหตุผลในการกำหนดแนวทางปฏิบัติหรือการหาข้อลอบประโลมทางศีลธรรม) นั่นคือ การกำหนดแนวทางเพื่อแก้ไขและจัดการกับความขัดแย้งดังกล่าว ทั้งนี้ แนวทางในการจัดการความขัดแย้งแห่งสิทธิมนุษยชนสามารถกำหนดได้เป็นสองแนวทางใหญ่ ๆ นั่นคือ แนวทางแรกการยอมให้สิทธิหนึ่งมีอำนาจหรือมีชัยเหนือกว่าอีกสิทธิหนึ่ง (conflicting rights overrides the other) และ ความพยายามในการสร้างสมดุลหรือการประนีประนอมระหว่างสิทธิที่ขัดแย้งกัน (compromising between the conflicting rights)²⁹

สำหรับการจัดการความขัดแย้งในกรณีแรกนั้น เป็นสิ่งที่สามารถพบได้โดยทั่วไปในเอกสารทางการเมืองหรือในสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งมักกำหนดไว้ในบางกรณี เมื่อความขัดแย้งแห่งสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น ในบรรดาสิทธิซึ่งเป็นคู่ขัดแย้งกันย่อมมีสิทธิหนึ่งที่จะต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองมากกว่าสิทธิอื่น ในขณะที่บรรดาสิทธิที่เหลือนั้นอาจถูกละเว้นการบังคับใช้ (derogation) ได้ในบางกรณี ในกรณีเช่นนี้ ย่อมทำให้สิทธิที่มีคุณค่าหรือมีความสำคัญมากกว่ามีชัยเหนือกว่าสิทธิอื่นโดยสภาพ

²⁷ แนวคิดในลักษณะนี้สอดคล้องกับแนวคิดของนักคิดในกลุ่ม Contractarian ซึ่งเชื่อว่าระบบการเมืองทั้งหลายนั้นเกิดขึ้นภายหลังจากที่มนุษย์ได้สร้างความตกลงร่วมกันเพื่อดำเนินการจำกัดขอบเขตแห่งสิทธิของตนในบางประการ ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดประโยชน์ด้านอื่นในการอยู่ร่วมกันมากขึ้น เป็นสัญญาในลักษณะของการแลกเปลี่ยนที่ต่างฝ่ายต่างยอมจำกัดตนเองเพื่อประโยชน์ร่วมกันในอนาคต From “The Quest for the Legitimacy of the People: A Contractarian Approach,” by Marco Verschuur, *Politics, Philosophy & Economics* 14, 4(2015), p. 394.

²⁸ From “On Conflict of Human Rights,” by Xiaobing Xu and George Wilson, *PIERCE LAW REVIEW* 5, 1(2006), p. 34.

²⁹ Ibid. (p. 40).



ตัวอย่างของเอกสารทางการเมือง สนธิสัญญา และอนุสัญญาที่กำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าว ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) ข้อที่ 4 ได้กำหนดไว้ว่า

(1) ในภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ และได้มีการประกาศภาวะนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐภาคีแห่งกติกานี้อาจใช้มาตรการที่เป็นการละเมิดพันธกรณีของตนภายใต้กติกานี้ ได้เพียงเท่าที่จำเป็นตามความฉุกเฉินของสถานการณ์...

(2) การละเมิดพันธกรณีตามข้อ 6 ข้อ 7 ข้อ 8 (วรรคหนึ่งและวรรคสอง) ข้อ 11 ข้อ 15 ข้อ 16 และข้อ 10 ไม่อาจทำได้ภายใต้บทบัญญัติของข้อนี้..."

ความในข้อที่ 4 โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน (2) ของ ICCPR นั้น ได้ยกระดับคุณค่าของสิทธิที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังต่อไปนี้ ให้มีคุณค่าเหนือกว่าสิทธิในลักษณะอื่น กล่าวคือ ไม่ว่ารัฐภาคีแห่งกติกานี้จะประสบอยู่ภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินซึ่งจำเป็นต้องละเว้นการปฏิบัติในการรับรองและคุ้มครองสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองของบุคคลในกำกับของรัฐเพื่อรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงแห่งรัฐเพียงใด บรรดาสิทธิดังต่อไปนี้ ได้แก่ สิทธิในการมีชีวิต การห้ามไม่ให้ทรมานหรือปฏิบัติต่อบุคคลอย่างไร้มนุษยธรรม การห้ามนำบุคคลลงโทษเป็นทาส การห้ามลงโทษบุคคล เว้นเสียแต่ว่าจะมีกฎหมายกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิด สิทธิที่จะได้รับการยอมรับในฐานะมนุษย์เบื้องต้นกฎหมาย สิทธิในการใช้เสรีภาพทางความคิด ความเชื่อ และศาสนา ย่อมไม่สามารถถูกละเมิดได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้ในสถานการณ์ฉุกเฉิน รัฐไม่สามารถละเว้นที่จะไม่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเหล่านี้ได้ (underogatable)

นอกจากนี้ กติกานับเดียวกันยังได้กำหนดไว้ในข้อที่ 14 (1) ว่า “บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันในการพิจารณาของศาลและคณะตุลาการ ในการพิจารณาคดีอาญาซึ่งตนต้องหาว่ากระทำความผิด หรือการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของตน บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาอย่างเปิดเผย และเป็นธรรม... สื่อมวลชนและสาธารณชนอาจถูกห้ามเข้าฟังการพิจารณาคดี... ด้วยเหตุผลทางศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือความมั่นคงของชาติในสังคมประชาธิปไตย...” โดยบทบัญญัติในข้อนี้ แสดงให้เห็นว่า สิทธิบางประการ เช่น สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยนั้นสามารถถูกละเว้นการปฏิบัติตามได้ในบางสถานการณ์

บทบัญญัติทั้งสองของ ICCPR นั้น แสดงให้เห็นว่าภายใต้ระบบกฎหมายระหว่างประเทศ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นถูกจัดลำดับชั้นความสำคัญ สิทธิบางประเภทเป็นสิทธิที่ไม่สามารถถูกละเลยได้ ในขณะที่สิทธิอีกประเภทหนึ่ง ดังเช่นที่ Aharon Barak เรียกว่า สิทธิในทางสังคม เช่น สิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้นแม้จะได้รับการรับรองและคุ้มครองแต่ก็ไม่ใช่สิทธิที่มีสถานะสูงสุดและละเมิดไม่ได้³⁰ การกำหนดลำดับชั้นแห่งสิทธิเช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่าในสถานการณ์แห่งการขัดกันของสิทธิบางสถานการณ์ สิทธิหนึ่งย่อมสามารถถูกยกเว้น หรือถูกจำกัดลงได้เพื่อคุ้มครองอีกสิทธิหนึ่งซึ่งมีสถานะสูงกว่า³¹

ในกรณีของการจัดการความขัดแย้งแห่งสิทธิในกรณีที่สองนั้น เป็นกรณีที่ตรงกันข้ามกับระบบของการจัดลำดับสิทธิโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ภายใต้การจัดการความขัดแย้งในกรณีที่สองนี้ บรรดาสิทธิทั้งหลายย่อมถือว่ามีคุณค่าเท่าเทียมกันการจัดการความขัดแย้งระหว่างสิทธิทั้งหลายย่อมเกิดขึ้นภายใต้พื้นฐานของความพยายาม

³⁰ From “Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy,” by Aharon Barak, *Harvard Law Review* 116, 16 (2002), p. 95.

³¹ From “On Conflict of Human Rights,” by Wilson, X. X. a. G., *PIERCE LAW REVIEW*, p. 45.

ในการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิที่ขัดแย้งกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การหาจุดที่จะทำให้ความขัดแย้งระหว่างสิทธินั้นเกิดการประนีประนอมกันได้นั่นเอง

ข้อถกเถียงประการสำคัญที่สุดเกี่ยวกับช่องทางการแก้ไขความขัดแย้งในลักษณะดังกล่าวปรากฏอยู่ในงานเขียนของ J.L. Mackie และ R.M. Hare เป็นที่น่าเสียดายที่ ณ ห้วงเวลาปัจจุบัน ผู้เขียนอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถเข้าถึงงานเขียนดังกล่าวได้โดยตรง จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องอ้างถึงงานเขียนทั้งสองผ่านงานเขียนของ Xu และ Wilson อีกต่อหนึ่ง ทั้งนี้ หากจะให้กล่าวโดยสรุปแล้ว การแก้ไขความขัดแย้งแห่งสิทธิบนหนทางของการสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิที่ขัดแย้งกันนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดที่ว่า “ไม่มีปัจเจกคนใดที่ควรจะต้องเสียสละให้สิทธิของตนถูกละเมิดมากกว่าสิทธิของบุคคลอื่น หากสิทธิของบุคคลทั้งหลายขัดหรือแย้งกัน บุคคลเหล่านั้นควรที่จะถูกลิตรอนสิทธิในระดับที่เท่าเทียมกัน³² ทั้งนี้ ข้อความคิดในลักษณะนี้วางอยู่บนพื้นฐานที่ว่ามนุษย์ทั้งหลายนั้นมีคุณค่าที่เท่าเทียมกัน และในแง่หนึ่ง ไม่มีใครสมควรที่จะต้องสละประโยชน์ในการใช้สอยสิทธิของตนเพื่อสนองตอบต่อประโยชน์ของผู้อื่น

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขการขัดแย้งกันแห่งสิทธิในแนวทางที่สองนี้มีลักษณะที่ขัดแย้งต่อข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติและข้อกำหนดในเอกสารทางการเมืองระหว่างประเทศอย่างชัดเจน ทำให้การพัฒนาการจัดการความขัดแย้งแห่งสิทธินั้นเป็นไปในลักษณะของความพยายามในการชั่งน้ำหนักแห่งสิทธิมากกว่าที่จะหาความสมดุลระหว่างสิทธิที่ขัดหรือแย้งกัน นำไปสู่ความพยายามในการพัฒนาวิธีการชั่งน้ำหนักสิทธิต่าง ๆ เพื่อให้ทราบว่าในกรณีที่สิทธิมนุษยชนขัดหรือแย้งกันนั้น ควรทำเช่นไรจึงจะสามารถชั่งน้ำหนักได้อย่างเที่ยงตรงว่าสิทธิหนึ่งสิทธิใดควรได้รับการปกป้องมากกว่าสิทธิประเภทอื่น ทั้งนี้ หากกล่าวโดยย่อแล้ว การชั่งน้ำหนักว่าสิทธิหนึ่งสิทธิใดควรได้รับการคุ้มครองมากกว่าสิทธิอื่นหรือไม่ อยู่ที่การพิจารณาสิทธิแต่ละชนิดว่ามีลักษณะเป็นเช่นใด หากท่ามกลางสิทธิที่ขัดหรือแย้งกันนั้นมีสิทธิในลักษณะใดที่สามารถถูกละเว้นจากการป้องกันไปได้ สิทธินั้นย่อมมีคุณค่าต่ำกว่าอย่างใดก็ตาม หากท่ามกลางบรรดาสิทธิทั้งหลายที่ขัดแย้งกันนั้น ล้วนเป็นสิทธิที่ไม่สามารถถูกละเมิดได้เลยทั้งสิ้น สิ่งต่อมาที่พึงกระทำคือ การนำเอาปัจจัยภายนอกมาพิจารณาประกอบ เช่น ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าทางศีลธรรมหรือประโยชน์ที่อาจจะได้รับ หากสิทธิหนึ่งสิทธิใดถูกละเมิดและอีกสิทธิหนึ่งได้รับความคุ้มครอง³³

แม้การแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งสิทธิมนุษยชนจะมีแนวโน้มไปในแนวทางของการแก้ไขในลักษณะแรก คือ การชั่งน้ำหนักแห่งสิทธิและกะเกณฑ์ว่าสิทธิหนึ่งสิทธิใดมีคุณค่ามากกว่าสิทธิอื่น แต่การชั่งน้ำหนักสิทธิดังกล่าวแทบจะเป็นไปไม่ได้เลยหากสิทธิที่ขัดแย้งกันนั้นเกี่ยวพันโดยตรงต่อความเป็นมนุษย์ของคู่ขัดแย้ง ดังเช่นกรณีของสิทธิในชีวิตและสิทธิในการกำหนดตนเองภายใต้บริบทของการยุติการตั้งครรภ์ ดังนั้น ภายใต้ทัศนะของผู้เขียน ในบางแง่มุมเมื่อสิทธิที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อความเป็นมนุษย์ขัดหรือแย้งกัน แม้มีความจำเป็นที่จะต้องตัดสินใจในท้ายที่สุดว่าสิทธิใดมีคุณค่ามากกว่า แต่การสร้างสมดุลให้กับบรรดาสิทธิทั้งหลายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดการรับรองว่า แม้สิทธิหนึ่งอาจถูกละเมิดได้แต่ไม่สามารถถูกละเมิดได้โดยง่ายย่อมก่อให้เกิดความสมดุลและความประนีประนอมระหว่างสิทธิที่ขัดแย้งกันนั้นได้ในระดับหนึ่ง ทั้งนี้ ทัศนคติที่มีต่อการจัดการความขัดแย้งระหว่าง บรรดาสิทธิทั้งหลายเช่นนี้เองเป็นสิ่งที่ผู้เขียนจะนำไปใช้เพื่ออธิบายถึงความไม่สมดุลระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ ภายใต้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 ดังที่จะกล่าวในหัวข้อถัดไป

³² Ibid. (p. 44).

³³ Ibid. (pp. 46-49).



4. ความไม่สมดุลระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ ภายใต้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564

ก่อนที่จะได้ทำการวิเคราะห์และชี้แจงให้เห็นถึงความไม่สมดุลกันระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดาและสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ ภายใต้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 นั้น ผู้เขียนประสงค์ที่จะขออธิบายเพิ่มเติมเสียก่อนว่า ภายหลังจากที่รัฐสภาได้แก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในบทมาตรากที่เกี่ยวข้องกับการยุติการตั้งครรภ์ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าแทบจะถือเป็นการเปิดศักราชใหม่แห่งการคุ้มครองสิทธิของสตรีซึ่งถูกจำกัดภายใต้ขนบธรรมเนียมของประเทศไทย และในขณะเดียวกัน ก็ได้เปิดช่องให้มีการวิเคราะห์และถกเถียงกันเกี่ยวกับข้อบกพร่องและข้อพึงปรับปรุงของกฎหมายที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อทำให้การยุติการตั้งครรภ์โดยสมัครใจนั้นมีความสมบูรณ์และเหมาะสม ทั้งในแง่กระบวนการและในแง่ความรู้สึกผิดชอบหรือแม้กระทั่งศีลธรรมภายในจิตใจของมนุษย์

ปัญหาที่ผู้เขียนจะนำเสนอต่อไปนี้เป็นแง่มุมเล็ก ๆ ของปัญหาที่ผู้เขียนพบเจอภายใต้การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าว แม้จะไม่ถึงขนาดที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นข้อความคิดชุดใหม่ แต่ก็ยังเป็นข้อความคิดที่ควรถูกยกขึ้นมาพิจารณาอีกครั้งเมื่อโอกาสแห่งสถานการณ์ทางกฎหมายได้เปิดขึ้น ทั้งนี้ ผู้เขียนเชื่อเหลือเกินว่าสำหรับแง่มุมอื่นที่มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากันนั้น จะได้รับการนำเสนอและแนะแนวทางการปรับปรุงต่อไปในอนาคต

สำหรับประเด็นความไม่สมดุลกันระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์และสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์นั้น ปรากฏขึ้นมาจากพื้นฐานแนวคิดสำคัญหลังจากที่ผู้เขียนได้พิจารณาถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในการมีชีวิต สิทธิในการกำหนดตนเอง และการขัดแย้งกันระหว่างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้น โดยหากพิจารณาการวิเคราะห์สิทธิทั้งสองประการภายใต้ทัศนะของผู้เขียนจะพบว่า สิทธิทั้งสองประการมีคุณค่าและมีน้ำหนักที่ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน กล่าวคือรากฐานทั้งของสิทธิในชีวิตและสิทธิในการกำหนดตนเองล้วนผูกพันอยู่กับศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์สำหรับสิทธิในการมีชีวิตนั้นเป็นที่มาที่จะทำให้มนุษย์สามารถดำรงชีวิตและสามารถเข้าถึงและใช้บรรดาสิทธิทั้งหลายที่รับรองและคุ้มครองเพื่อพัฒนาและส่งเสริมความเป็นมนุษย์ของตนได้ และในขณะเดียวกัน การดำรงชีวิตอยู่โดยถูกจำกัดสิทธิในการกำหนดตนเองเท่ากับเป็นการพรากเอาอิสรภาพไปจากปัจเจกบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการห้ามมิให้ปัจเจกบุคคลกำหนดและตัดสินใจในเรื่องใด ๆ ที่อยู่ภายในขอบเขตเนื้อตัวร่างกายของตนเองนั้น ในแง่มุมหนึ่งแทบที่จะไม่ต่างจากการพรากเอาความเป็นมนุษย์ออกไปจากปัจเจก โดยเฉพาะในแง่มุมของการยุติการตั้งครรภ์ดังที่ Anna Watterberg ได้นำเสนอไว้ในงานเขียนของเธอว่า การตั้งครรภ์แทบจะพรากอิสรภาพทั้งหลายออกไปจากเนื้อตัวร่างกายของหญิงผู้ตั้งครรภ์นั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการถูกจับตามองจากเจ้าหน้าที่ของรัฐตลอดเวลาเพื่อควบคุมให้หญิงนั้นประพฤติตนอย่างเหมาะสมโดยมีเป้าหมายเดียวนั้นคือพัฒนาการที่ดีของทารกในครรภ์โดยไม่เคารพความเป็นส่วนตัวหรือเสรีภาพใด ๆ ของหญิงผู้ตั้งครรภ์เลย³⁴

³⁴ From "My Body, My Choice...My Responsibility: The Pregnant Woman as Caretaker of the Fetal Person," by Wetterberg, A., *Berkeley Journal of Sociology*, pp. 26-27.

ความสำคัญทั้งของสิทธิในการมีชีวิตและสิทธิในการกำหนดตนเองตามที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้สามารถเห็นได้อย่างชัดเจนว่า แม้โดยเนื้อแท้แล้วการยุติการตั้งครรภ์จะก่อให้เกิดการขัดกันแห่งสิทธิระหว่างสิทธิในการมีชีวิตอยู่ของสิ่งที่จะพัฒนาไปเป็นตัวอ่อน ตัวอ่อน รวมถึงทารกในครรภ์มารดา กับสิทธิในการกำหนดตนเองเหนือเนื้อตัวร่างกายของหญิงผู้ตั้งครรภ์ แต่โดยเนื้อแท้แล้วคือการปะทะกันของข้อถกเถียงที่ผูกโยงกับศีลธรรมเกี่ยวกับการตัดสินใจเหนือความเป็นมนุษย์ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้อถกเถียงว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์คือการถกเถียงว่าความเป็นมนุษย์ของตัวคนที่กำลังจะเกิดขึ้นมานั้นสามารถถูกกลืนไปโดยหญิงผู้ตั้งครรภ์ได้หรือไม่³⁵

เมื่อการถกเถียงดังกล่าวมีขึ้นบนพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ของหนึ่งตัวตนที่กำลังจะลืมตาขึ้นมาดูโลก กับอีกหนึ่งตัวตนที่ต้องแบกรับความหนักหน่วงของการตั้งครรภ์ และต้องเสียสละเนื้อตัวและร่างกายของตนเองรวมทั้งเสรีภาพในหลาย ๆ ด้านเพื่อให้กำเนิดบุคคลขึ้นมา ในทัศนะของผู้เขียนจึงไม่สามารถกำหนดลงไปได้อย่างชัดเจนว่าสิทธิของใครมีน้ำหนักมากกว่ากัน

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากความในมาตรา 301 และมาตรา 305 (4) ของประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 จะพบว่า การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในครั้งนี้ซึ่งน้ำหนักและให้ความสำคัญกับสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์มากกว่าตัวของทารกหรือตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดา เนื่องจากการแก้ไขเพื่ออนุญาตให้หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยอิสระและไม่มีการกำหนดเงื่อนไขใดเพิ่มเติม โดยหากพิจารณาความตามตัวบทมาตรา 301 จะพบว่าบทกฎหมายนั้นมุ่งลงโทษหญิงที่ยุติการตั้งครรภ์ด้วยตนเองหรือให้ผู้อื่นดำเนินการให้ในขณะที่อายุครรภ์เกินกว่าสิบสองสัปดาห์ ซึ่งหากพิจารณาในอีกแง่หนึ่งเท่ากับว่า ความในมาตรานี้อนุญาตให้หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างเสรีไม่ว่าจะด้วยตนเองหรือให้ผู้อื่นดำเนินการให้หากมีอายุครรภ์ไม่เกินเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด³⁶ ในขณะที่ความตามมาตรา 305 (4) ที่ได้รับการแก้ไขใหม่นั้น มุ่งคุ้มครองบุคลากรทางการแพทย์ให้ไม่ต้องรับผิดชอบในทางอาญาหากดำเนินการยุติการตั้งครรภ์ให้กับหญิงผู้มีครรภ์ ทั้งนี้ ภายใต้ความยินยอมของหญิงนั้นโดยอายุครรภ์ต้องไม่เกินสิบสองสัปดาห์³⁷ โดยบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้แตกต่างกับกรณีของหญิงที่อายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์แต่ไม่เกินยี่สิบสัปดาห์และมีความประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์อย่างชัดเจน ซึ่งความในมาตรา 305 (5) บัญญัติว่า “หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ แต่ไม่เกินยี่สิบสัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ภายหลังการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทยสภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น” คำถามประการสำคัญที่พึงต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนที่จะนำเสนอการวิเคราะห์ต่อไปนั้นคือ อะไรคือความแตกต่างสำคัญของระยะเวลาก่อนสิบสองสัปดาห์และหลังจากสิบสองสัปดาห์ของการตั้งครรภ์ ที่มีความสำคัญถึงขนาดที่ทำให้เงื่อนไขในทางกฎหมายแตกต่างกันมาถึงเพียงนี้

³⁵ เฉพาะประเด็นที่กล่าวมานำไปสู่ข้อถกเถียงที่กว้างขวางตั้งแต่การรับรองสภาพของความเป็นมนุษย์ของสิ่งที่อยู่ในครรภ์มารดาว่าเริ่มขึ้นตั้งแต่เมื่อใด ไปจนถึงข้อโต้แย้งเชิงศีลธรรมที่จะเถียงดื้อ เช่น โดยเนื้อแท้แล้วหญิงผู้มีการต้องแบกรับและเสี่ยงตัวอ่อนควรมีสิทธิยุติการตั้งครรภ์หากเห็นว่าตนเองนั้นไม่สามารถดำเนินการตั้งครรภ์ต่อไปได้.

³⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

³⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (4) บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

(4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์”.

แม้จะยังไม่สามารถเข้าถึงเอกสารรายงานของการประชุมเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาได้อย่างละเอียด แต่หากพิจารณาเนื้อความตามรายงานของคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่..) พ.ศ. ของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งรับผิดชอบในการพิจารณาประเด็นใน การยุติการตั้งครุฑโดยตรงจะพบว่า การกำหนดระยะเวลาที่เกี่ยวข้องกับการยุติการตั้งครุฑตามความในบทมาตราที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมนี้เกี่ยวข้องกับการสร้าง “สมดุล” ระหว่างสิทธิของทหารในครุฑและสิทธิของหญิงผู้ตั้งครุฑโดยตรง³⁸ ทั้งนี้ เมื่อสืบค้นต่อไปยังเอกสารเรื่อง “เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่..) พ.ศ.” ของสถาบันพระปกเกล้าที่นำเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญชุดเดียวกันจะพบว่า ระยะเวลาสิบสองสัปดาห์นั้นมีความสำคัญในแง่ของการยุติการตั้งครุฑอยู่สองประการ ประการแรก ก่อนระยะเวลาสิบสองสัปดาห์จะล่วงพ้นไป สิ่งที่อยู่ในครุฑมารดานั้นอาจยังไม่สามารถถูกนับได้ว่าเป็นตัวอ่อนที่สมบูรณ์ เนื่องจากสิ่งที่อยู่ในครุฑมารดาจะอยู่ในช่วงของการแบ่งเซลล์ไปจนถึงการพัฒนาอวัยวะต่าง ๆ ทั้งนี้ นับแต่สัปดาห์ที่สิบสองเป็นต้นไปตัวอวัยวะและระบบต่าง ๆ ของร่างกายจะเริ่มทำงาน ส่งผลให้ตัวอ่อนสามารถกลับ ตื่น และขับอวัยวะได้ในบางส่วน และประการต่อมา การยุติการตั้งครุฑในช่วงอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ถือเป็นช่วงที่ปลอดภัยที่สุด ทั้งนี้ เอกสารดังกล่าวยังได้ระบุต่อไปด้วยว่าหากระยะเวลาการตั้งครุฑเกินกว่าสิบสองสัปดาห์ไปแล้ว สิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์ควรได้รับความคุ้มครอง³⁹

ภายใต้ความตามที่ปรากฏในเอกสารทั้งสองประการผู้เขียนสามารถสรุปได้ว่า ก่อนระยะเวลาสิบสองสัปดาห์นั้น ระบุร่างกายและการทำงานของอวัยวะต่าง ๆ ของตัวอ่อนในครุฑมารดา ยังไม่สามารถทำงานได้ หรือยังไม่สามารถทำงานได้อย่างเต็มที่ เป็นเหตุให้การยุติการตั้งครุฑนั้นปลอดภัยในประการหนึ่ง และในอีกประการหนึ่ง ย่อมก่อให้เกิดความปลอดภัยทางศีลธรรมหากตีความว่าชีวิตของปัจเจกนั้นยังไม่พัฒนามาจนถึงขนาดที่จะสามารถดำรงชีวิตอยู่ในครุฑมารดาได้อย่างสมบูรณ์ก่อนสัปดาห์ที่สิบสองของการตั้งครุฑ และด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้ประมวลกฎหมายอาญาที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นให้อิสระแก่หญิงผู้ตั้งครุฑอย่างเต็มที่ ในการกำหนดร่างกายตนเอง โดยสามารถยุติการตั้งครุฑได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ภายใต้กรอบความคิดจากการอนุมานในลักษณะนี้เองที่ทำให้ผู้เขียนเห็นว่า ความในมาตรา 301 และมาตรา 305 (4) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 ก่อให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์ มารดาและสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครุฑ กล่าวคือ การกำหนดให้หญิงซึ่งมีครรภ์สามารถยุติการตั้งครุฑได้อย่างอิสระโดยไม่ต้องผ่านการปรึกษากับแพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ก่อนหน้านี้เป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า สิทธิของสิ่งซึ่งอยู่ในครุฑของมารดาและยังไม่พัฒนาเป็นตัวอ่อนที่สมบูรณ์ไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองจากรัฐแม้การไม่คุ้มครองดังกล่าวอาจจะชอบธรรมในแง่ของเหตุผล

³⁸ คณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ., สืบค้นจาก [http://edoc.parliament.go.th/getfile.aspx?id=735284&file=%E0%B8%9B.%E0%B8%AD.\(%E0%B8%89%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%69A%E0%B8%AA%E0%B8%A1%E0%B8%9A%E0%B8%B9%E0%B8%A3%E0%B8%93%E0%B9%8C\).pdf&download=1](http://edoc.parliament.go.th/getfile.aspx?id=735284&file=%E0%B8%9B.%E0%B8%AD.(%E0%B8%89%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%69A%E0%B8%AA%E0%B8%A1%E0%B8%9A%E0%B8%B9%E0%B8%A3%E0%B8%93%E0%B9%8C).pdf&download=1).

³⁹ สถาบันพระปกเกล้า, “เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการสิทธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่..) พ.ศ.”, สืบค้นจาก http://www.kpi.ac.th/knowledge/research/data/1119?fbclid=IwAR2gUeak0QFqDyVZZIQ_LyW7az4jLRVaGwbm7FrCdqZAY-yhXvhsyDMd-2fn8&page=25.

ทางการแพทย์และวิทยาศาสตร์ แต่สิ่งที่ไม่สามารถละเลยได้เลยคือความสำคัญของสิ่งที่อยู่ในครรภ์มารดาในระยะเวลาดังกล่าวในฐานะของสิ่งที่จะพัฒนาไปเป็นตัวอ่อนต่อไป กล่าวคือ ความเป็นตัวอ่อนที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนั้นจะไม่สามารถพัฒนาหรือ เกิดมีขึ้นได้หากปราศจากความต่อเนื่องในห่วงโซ่ของการพัฒนาการตั้งแต่ระยะแบ่งเซลล์และการพัฒนาของอวัยวะและระบบต่าง ๆ ในช่วงสิบสองสัปดาห์แรก ในแง่มุมหนึ่งแม้ตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์มารดาในช่วงสิบสองสัปดาห์แรกจะยังไม่พัฒนาเป็นตัวอ่อนที่สมบูรณ์ แต่ก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของรากฐานที่จะทำให้เกิดความเป็นมนุษย์และส่งผลต่อการรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ในภายภาคหน้าโดยตรง ดังนั้น การกำหนดให้หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ภายในระยะเวลาดังกล่าวได้อย่างอิสระนั้นในทัศนะของผู้เขียนจึงเป็นการให้น้ำหนักแก่สิทธิของหญิงผู้ตั้งครรภ์มากจนเกินไป ในลักษณะที่แทบจะไม่ให้น้ำหนักแก่สิทธิแห่งความมีชีวิตของตัวอ่อนที่อยู่ในช่วงกำลังพัฒนาเลย ทั้ง ๆ ที่ตัวอ่อนดังกล่าวคือรากฐานที่จะนำไปสู่ความเป็นมนุษย์ อันเป็นสิ่งที่คอยรองรับและหล่อเลี้ยง ทั้งสิทธิในการมีชีวิตและสิทธิในการกำหนดตนเองซึ่งเป็นแกนของข้อถกเถียงในเรื่องการยุติการตั้งครรภ์มาโดยตลอด

คำถามประการต่อมาคือ แล้วแบบใดจึงจะเรียกว่าสมดุล โดยเฉพาะในเมื่อแก่นของกฎหมายว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์อีกประการหนึ่งคือการทำให้แน่ใจว่าหญิงนั้นจะมีสิทธิในการกำหนดเนื้อตัวร่างกายของตนเองและสามารถเข้าถึงบริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างเหมาะสม

สิ่งที่ผู้เขียนจะขอยกมากล่าวถึงในที่นี้ คือระบบที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกำหนดขึ้นภายใต้คำวินิจฉัยที่ BVerfGE 88, 203 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ให้คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ไว้ว่าในการพิจารณาเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์นั้น สิ่งสำคัญที่ควรจะต้องได้รับการปกป้องคือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งของตัวอ่อนในครรภ์มารดาและหญิงผู้ตั้งครรภ์ ภายใต้แนวคิดดังกล่าว สิทธิในชีวิตของตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์มารดาจะต้องได้รับการคุ้มครอง และไม่มีการยุติการตั้งครรภ์ใดจะสามารถขบด้วยกฎหมายได้ อย่างไรก็ตาม สิทธิในเนื้อตัวร่างกายและพันธะในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไม่ได้ทำให้สิทธินั้นถูกบังคับใช้โดยปราศจากข้อยกเว้นเหนือคุณค่าทางกฎหมายอื่นใด ในบรรดาคุณค่าที่ได้รับผลกระทบจากการคุ้มครองตัวอ่อนและทารกในครรภ์มารดานั้นคือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงผู้ตั้งครรภ์ สิทธิในการมีชีวิตรวมทั้งสิทธิในการที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับการพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้อย่างเสรี⁴⁰ ภายใต้แนวคำวินิจฉัยในลักษณะนี้ เป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญทำคำวินิจฉัยต่อไปว่า โดยหลักแล้ว หญิงนั้นไม่สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ อย่างไรก็ตาม หากหญิงประสงค์ที่จะยุติการตั้งครรภ์ระบบการให้คำปรึกษาจากรัฐที่จะต้องชี้แจงให้หญิงทราบถึงข้อดีและข้อเสียของการตั้งครรภ์และการยุติการตั้งครรภ์อย่างรอบด้านควรถูกนำมาบังคับใช้⁴¹

ทั้งนี้ คำวินิจฉัยดังกล่าวนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยความในมาตรา 218 กำหนดไว้ว่า ผู้ซึ่งยุติการตั้งครรภ์นั้นจะต้องได้รับโทษจำคุกหรือโทษปรับตามกฎหมาย⁴²

⁴⁰ BVerfGE 88, 203., at 153.

⁴¹ Ibid. (at 1-17).

⁴² Strafgesetzbuch, article 218.



อย่างไรก็ตาม ความในมาตรา 218a ได้กำหนดไว้ต่อไปด้วยว่า หญิงซึ่งยุติการตั้งครรภ์ด้วยความสมัครใจของตนเองนั้นไม่ต้องรับผิดชอบตามความในมาตรา 218 หากว่าการยุติการตั้งครรภ์นั้นทำโดยแพทย์และหญิงซึ่งอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์นั้นได้ดำเนินการปรึกษาแพทย์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายและได้รับหนังสือรับรองว่าได้เข้ารับการปรึกษาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามวันก่อนการยุติการตั้งครรภ์⁴³ ในขณะที่ความในมาตรา 219 กำหนดว่า การให้คำปรึกษาแก่หญิงซึ่งประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์นั้นจะต้องดำเนินการไปในทิศทางที่ทำให้หญิงสามารถตัดสินใจได้บนพื้นฐานของความตระหนักรู้และความรับผิดชอบ โดยมีใจความสำคัญคือการแจ้งให้หญิงทราบว่า ไม่ว่าในสถานะใดของการตั้งครรภ์ ตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดาย่อมมีสิทธิที่จะมีชีวิต และการยุติการตั้งครรภ์นั้นสามารถทำได้เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นยิ่งยวดจนถึงขนาดที่จะต้องมีการเสียสละตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ทั้งนี้ ผู้ที่ให้คำปรึกษาแก่หญิงนั้นไม่จำเป็นที่จะต้องให้ความเห็นชอบกับการยุติการตั้งครรภ์ เพียงแต่มีหน้าที่ออกเอกสารรับรองว่าหญิงซึ่งมีชื่อในเอกสารนั้นได้เดินทางมารับคำปรึกษาพร้อมทั้งลงวันที่ของการให้คำปรึกษาครั้งสุดท้ายกำกับไว้ และแพทย์ผู้ยุติการตั้งครรภ์อาจไม่ใช่ผู้ที่ให้คำปรึกษาได้⁴⁴

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและบทมาตราแห่งประมวลกฎหมายอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ได้ก่อให้เกิดระบบการชดเชย (quid pro quo) ให้แก่หญิงผู้ตั้งครรภ์ขึ้น⁴⁵ ในลักษณะที่กล่าวโดยสรุปได้ว่า แม้การยุติการตั้งครรภ์นั้นจะไม่ถูกรับรองให้ชอบด้วยกฎหมาย แต่หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ตามที่กฎหมายกำหนดสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างอิสระและไม่ได้รับการลงโทษหากปฏิบัติตามขั้นตอนของการเข้ารับคำปรึกษากับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่รัฐกำหนดแล้ว ซึ่งเป้าหมายของการเข้ารับคำปรึกษาคือการให้ข้อมูลที่มุ่งเน้นให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไปเพื่อคุ้มครองชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดา และในขณะเดียวกันกฎหมายก็ไม่ได้กำหนดเช่นกันว่าภายหลังจากที่เข้ารับการให้คำปรึกษาแล้วผู้ให้คำปรึกษาจำต้องให้คำยินยอมหากหญิงประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ กล่าวอีกนัยหนึ่งหญิงยังคงไว้ซึ่งเสรีภาพในเนื้อตัวร่างกายของตนเองอย่างเต็มที่หากประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ภายในช่วงเวลาสิบสองสัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์

แม้ระบบกฎหมายที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสร้างขึ้น จะได้รับคำวิจารณ์เกี่ยวกับการกำหนดระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่ต้องรับโทษที่สั้น และในขณะเดียวกันก็ไม่ยินยอมที่จะกำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์โดยอิสระนั้นชอบด้วยกฎหมาย⁴⁶ แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าสมดุลระหว่างสิทธิในชีวิตของตัวอ่อนหรือสิ่งที่อยู่ในสภาวะก่อนพัฒนาเป็นตัวอ่อนกับสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ถูกสร้างขึ้นผ่านระบบการให้คำปรึกษาจากรัฐที่มุ่งคุ้มครองตัวอ่อน ในขณะที่ไม่ปฏิเสธสิทธิของหญิงที่จะกำหนดเนื้อตัวร่างกายของตนเองผ่านการยุติการตั้งครรภ์ โดยทุกสิ่งวางอยู่บนฐานของความพยายามในการปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งแตกต่างจากความในมาตรา 301 และมาตรา 305 (4) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 ที่อนุญาตให้หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยอิสระหากอายุครรภ์ไม่ถึงสิบสองสัปดาห์ ซึ่งนอกจากจะแสดงให้เห็นถึงการให้น้ำหนักที่ไม่เท่ากันระหว่างสิทธิของหญิงกับตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดาแล้ว ยังปราศจากระบบการให้คำปรึกษาอย่างมีแบบแผนซึ่งทำให้สิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในช่วงสิบสองสัปดาห์แรกของการตั้งครรภ์นั้นสูญหายไปจากความรู้ของประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้ระบบการให้คำปรึกษาเช่นนี้เป็นสิ่งที่ผู้เขียนหวังว่า

⁴³ Straßengesetzbuch, article 218 a.

⁴⁴ Straßengesetzbuch, article 219.

⁴⁵ From "Protecting Human Dignity: The Dignity of Choice and Life," by Halliday, S., *Contemporary Issues in Law*, p. 300.

⁴⁶ ตัวอย่างของความท้าทายในประเด็นดังกล่าวโดยตรงนั้น From "Current Changes in German Abortion Law," by Daniela Reitz and Gred Richter, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 19, 3 (2010).

จะเกิดขึ้นในอนาคตสำหรับการปฏิบัติตามความในมาตรา 301 และ 305 (4) เพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่าแม้จะยัง
ไม่มีความสามารถในการดำรงอยู่ในฐานะตัวอ่อนของทารก แต่ตัวอ่อนที่อยู่ในระยะกำลังพัฒนานั้นก็ได้รับการ
รับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์รวมถึงสิทธิในชีวิตเช่นเดียวกัน

5. บทสรุป

ภายใต้พื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ไม่ว่าจะเป็นตัวอ่อนที่อยู่ในห้วงของการพัฒนา
รวมทั้งตัวทารกในครรภ์มารดาย่อมมีคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์อย่างสมบูรณ์และสมควรที่จะได้รับการคุ้มครอง
สิทธิในการมีชีวิต ในขณะเดียวกัน หญิงผู้ตั้งครรภ์เองก็มีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์อย่างสมบูรณ์และมีสิทธิ
ในการกำหนดร่างกายตนเองอันแสดงออกถึงเสรีภาพซึ่งเป็นคุณค่าพื้นฐานแห่งความเป็นมนุษย์ และเป็นสิทธิมนุษยชน
ขั้นพื้นฐานเช่นเดียวกับสิทธิในการมีชีวิต

ภายใต้การขัดกันระหว่างสิทธิในการมีชีวิตและสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์ในปริมนทล
ของการยุติการตั้งครรภ์นั้น จริยอยู่ว่าโดยหลักแล้วการชั่งน้ำหนักแห่งสิทธิเพื่อกำหนดว่าสิทธิใดควรเป็นสิทธิที่
ถูกจำกัด และให้สิทธิอื่นมีอำนาจเหนือกว่าภายใต้ข้อขัดแย้ง แต่ในขณะเดียวกัน เนื่องจากสิทธิทั้งสองประการที่
ขัดแย้งกันอยู่นี้วางอยู่บนพื้นฐานแห่งความเป็นมนุษย์ ดังนั้น การสร้างสมดุลให้กับระบบการจำกัดหรือลดทอน
สิทธิจึงควรเกิดขึ้น

การตีบทบัญญัติในมาตรา 301 และมาตรา 305 (4) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม
โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 กำหนดให้หญิงซึ่งมีอายุครรภ์
ไม่เกินสิบสองสัปดาห์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างอิสระนั้น ในทัศนะของผู้เขียนก่อให้เกิดความไม่สมดุลกัน
ระหว่างสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อนของทารกในครรภ์มารดาและสิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงมีครรภ์
ในลักษณะที่ไม่ให้คุณค่ากับตัวอ่อนในระยะพัฒนาในฐานะของสิ่งที่จะพัฒนาขึ้นมาเป็นมนุษย์ในห้วงระยะเวลาต่อ
ไปเลย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าอย่างน้อยที่สุดแล้ว การนำเอาระบบการให้คำปรึกษาโดยบุคลากรที่จัดไว้โดยรัฐซึ่งมี
ความมุ่งหมายเพื่อที่จะคุ้มครองตัวอ่อนของทารกในครรภ์มาใช้ดังที่เป็นอยู่ในสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนีนั้น ดูจะ
มีความเหมาะสม และสามารถสร้างสมดุลให้กับสิทธิทั้งสองประการได้ กล่าวคือ ในแง่มุมหนึ่ง การสร้างระบบให้
คำปรึกษาขึ้นมาจะเป็นการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในการมีชีวิตของตัวอ่อน และในขณะเดียวกัน
การอนุญาตให้หญิงผู้ตั้งครรภ์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ภายหลังจากรับคำปรึกษาแล้ว โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดว่า
จะต้องได้รับคำยินยอมจากผู้ให้คำปรึกษาหรือไม่ ก็เป็นการให้การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และ
สิทธิในการกำหนดตนเองของหญิงผู้ตั้งครรภ์อยู่ในที่ อันจะทำให้เกิดความสมดุลขึ้นระหว่างสิทธิที่ขัดแย้งกันนั่นเอง





เอกสารอ้างอิง

ภาษาไทย

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2563). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. พิมพ์ครั้งที่ 6.
- คณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (2564). สืบค้นจาก [http://edoc.parliament.go.th/getfile.aspx?id=735284&file=%E0%B8%9B.%E0%B8%AD.\(%E0%B8%89%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%AA%E0%B8%A1%E0%B8%9A%E0%B8%B9%E0%B8%A3%E0%B8%93%E0%B9%8C\).pdf&download=1](http://edoc.parliament.go.th/getfile.aspx?id=735284&file=%E0%B8%9B.%E0%B8%AD.(%E0%B8%89%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%AA%E0%B8%A1%E0%B8%9A%E0%B8%B9%E0%B8%A3%E0%B8%93%E0%B9%8C).pdf&download=1).
- นิตยา จงแสง. (2559). *การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์: ศึกษากรณีการกำหนดสถานะของสภาพบุคคล*. (นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สถาบันพระปกเกล้า. *เอกสารเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (2564)*. สืบค้นจาก <http://www.kpi.ac.th/knowledge/research/data/1119?fbclid=IwAR2gUeak0QFqDyVZZIQLyW7az4jLRVaGwbm7FrCdqZAY-yNxVhsyDMd2fn8&page=25>.
- อุดม รัฐอมฤต นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. (2544). *รายงานการวิจัย การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคล ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญไทย พ.ศ. 2540*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

ภาษาต่างประเทศ

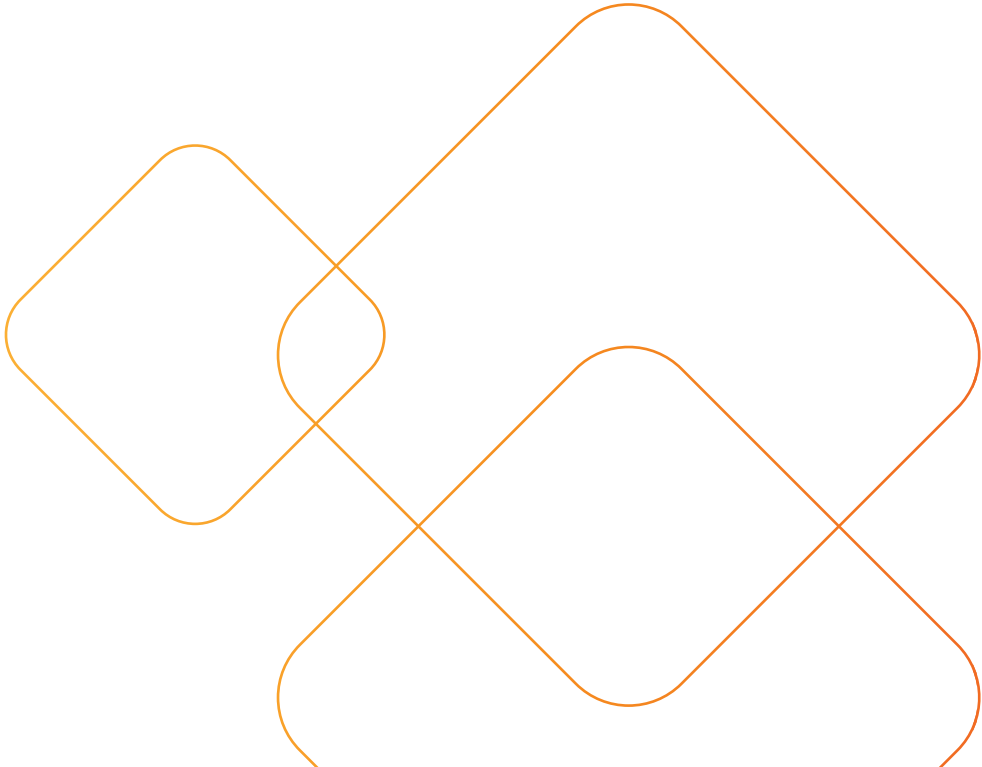
- Anna Wetterberg. My Body, My Choice...My Responsibility: The Pregnant Woman as Caretaker of the Fetal Person. *Berkeley Journal of Sociology*, 48(2004).
- Aharon Barak. Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. *Harvard Law Review* 116, 16(2002).
- Daniela Reitz and Gred Richter. Current Changes in German Abortion Law. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 19, 3(2010).
- DeepSouthWatch. *กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR)*. (2017). Retrived from <https://deepsouthwatch.org/th/node/10365>.
- Deryck Beylerveld and Roger Brownsword. Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics. *The Modern Law Review* 61, 5(1998).
- Glanville Williams. The Fetus and the "Right to Life". *The Cambridge Law Journal* 53, 1(1994).
- Hurst Hannum. The Right of Self-Determination in the Twentyfirst Century. *Washington and Lee Law Review* 55, 3(1998).
- Laura Migliorini Paola Cardinali and Nadia Rania. How Could Self-Determination Theory Be Useful for Facing Health Innovation Challenges?. *Frontiers in Psychology*, 10(2019).
- Luminita Dragne. The Right to Life – a Fundamental Human Right. *Social Economic Debates* 2, 2(2013).

- Marco Verschoor. The Quest for the Legitimacy of the People: A Contractarian Approach. *Politics, Philosophy & Economics* 14, 4(2015).
- Naomi Nemura. On the Concept of Self-Determination in Abortion. *Japan Association for Bioethics* 8, 1(1998).
- Rinie Steinmann. The Core Meaning of Human Dignity. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 19(2016).
- Samantha Halliday. Protecting Human Dignity: The Dignity of Choice and Life. *Contemporary Issues in Law* 13, 4(2016).
- UN Human Rights Committee (HRC). (2019). *General Comment No. 36, Article 6(Right to Life)*, 3 September 2019, Ccpr/C/Gc/35. Retrived from <https://www.refworld.org/docid/5e5e75e04.html>
- Wouter van der Brug and Eelke Heemskerk. (2017). *Politics and Power. in Political Science and Changing Politics*, ed. Philip van Praag. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Xiaobing Xu and George Wilson. On Conflict of Human Rights. *PIERCE LAW REVIEW* 5, 1(2006).



นคร วัลลิภากร

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2560



ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

นคร วัลลิภากร¹

บทคัดย่อ

หลักการเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการสำคัญอันจะนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของปวงชนชาวไทย โดยรัฐธรรมนูญได้นำหลักการนี้มาบัญญัติไว้ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อันเป็นหลักประกันในความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่มุ่งคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ได้ให้ความสำคัญโดยบัญญัติและรับรองหลักการดังกล่าวไว้เช่นเดียวกัน จึงเป็นที่แน่ชัดว่ารัฐธรรมนูญจะเป็นหลักประกันให้ประชาชนได้รับการรับรองและคุ้มครองอย่างชัดเจน ทั้งยังให้ภาครัฐและผู้ใช้อำนาจตระหนักถึงหลักการนี้ด้วยเช่นกัน

คำสำคัญ

รัฐธรรมนูญ, ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, สิทธิและเสรีภาพ

¹ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

Human Dignity, Rights and Liberties according to the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560

Nakorn Wallipakorn

Abstract

The human dignity principle is an important principle that leads to the protection of rights and liberties as well as the equality of the Thai people. The Constitution of the Kingdom of Thailand has adopted this principle since the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2540 as a guarantee of the supreme law of the Constitution. Especially in the democratic state, which seeks to protect the principles of human dignity and the rights and liberties for all. The current Constitution has consistently emphasized this principle when it was enacted and adopted in the Constitution. It is clear that human dignity will be a guarantee for the public's recognition and protection clearly. This principle will also be made to the public sector or the power user.

Keyword

Constitution, Human Dignity, Rights and Liberties



1. หลักว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

Article 1

(Human dignity > Human rights > legally binding force of basic rights)

(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.

ข้อความข้างต้นเป็นบทบัญญัติในมาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่แสดงให้เห็นถึงการรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ตามแนวความคิดของสำนักปรัชญากฎหมายธรรมชาติ อันมีแนวความคิดมุ่งเน้นความสอดคล้องกับวิถีธรรมชาติในความเป็นมนุษย์ และเชื่อว่านอกเหนือจากกฎหมายที่สำนักกฎหมายบ้านเมืองกำหนดขึ้น มีกฎหมายอีกประเภทหนึ่งเกิดขึ้นตามธรรมชาติ มนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้น เป็นกฎหมายที่ใช้ได้ไม่จำกัดเวลาและไม่จำกัดสถานที่และความคิดในเรื่องกฎหมายธรรมชาติเชื่อว่าการบัญญัติกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ เป็นการแสดงออกซึ่งเกิดจากแรงบันดาลใจของมนุษย์ ที่มุ่งเน้นหลักการอันสูงส่งสำหรับกฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้น²

อีกประการที่เป็นปัจจัยในการกำหนดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น คือ เหตุการณ์ในช่วงสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่กองทัพของนาซีกระทำต่อเชลยชาวยิวที่จับมาได้โดยวิธีการที่ไม่น่ากระทำต่อมนุษย์ด้วยกัน คาดว่ามีชาวยิวตายในสงครามโลกครั้งที่ 2 ประมาณ 6 ล้านคน ด้วยความสำนึกที่มีต่อมนุษยชาติที่บรรดาเหล่านาซีได้กระทำต่อชาวยิว เยอรมนีจึงได้บัญญัติไว้ในมาตราแรกของกฎหมายพื้นฐานฉบับนี้ ซึ่งกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี³ เปรียบได้กับรัฐธรรมนูญนั่นเอง

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เป็นการกำหนดสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดและปกป้องรัฐธรรมนูญไว้เป็นสำคัญ และการที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สำคัญ ฉะนั้น การบัญญัติเรื่องใด ๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมถือว่าให้ความสำคัญและคาดว่าจะไม่ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยง่ายตามหลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังเป็นหลักประกันที่สำคัญที่ให้องค์กรทั้งหลายของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ หรือหน่วยงานใดของรัฐ จะต้องคำนึงถึงหลักการที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยเป็นอย่างยิ่ง การบัญญัติหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในประเทศไทยนั้น มีการบัญญัติไว้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁴ ในขณะนั้น การบัญญัติเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญถือเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย อันทำให้เกิดคำถามขึ้นมาในหลายประการ อาทิ ความหมาย การนำหลักการมาปรับใช้ การบังคับใช้ รวมไปถึงการไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่มีอยู่เดิมอีกด้วย

² Basic Law for the Federal Republic of Germany. From Natural Law (p. 110), by A.P.d'Entrevue, 1970.

³ จาก หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 (น. 109), โดย บรรเจิด สิงคนดี, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 2.

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใด ของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”.

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพที่ดีฉบับหนึ่งของโลก กระทั่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เมื่อวันที่ 6 เมษายน 2560 หลักการศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังคงบัญญัติไว้เป็นหลักสำคัญเคียงคู่รัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน

2. นิยามและขอบเขตของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในทางประวัติศาสตร์ ความคิดในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาจากความคิดเสรีนิยมของประชาชนในอดีตที่รัฐไม่เคยให้ความเคารพในสิทธิหรือเกียรติของประชาชนเลย กลับกลายเปลี่ยนความคิดมาเป็นว่า รัฐไม่มีอำนาจที่จะกระทำการใดอันเป็นการละเมิดต่อความมีเกียรติของประชาชนในการดำเนินชีวิตส่วนตัว ในสังคมรากเหง้าของข้อบัญญัติที่กำหนดให้ต้องเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เริ่มจากศตวรรษที่ 17 สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเริ่มแรกคือเรื่องศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ที่คุ้มครองประชาชนในเหตุการณ์ประวัติศาสตร์ครั้งสำคัญของอังกฤษจาก Art. 39 ของ Magna Carta 1215 “No Man can be taken arrested, attached, or imprisoned but by due process of Law and according to the law of the land”⁵ และค้นหากจากศตวรรษที่ 18 ในประเทศฝรั่งเศสโดยเฉพาะปรัชญาของ Rousseau ที่มีอิทธิพลอย่างมากในการปฏิวัติฝรั่งเศส ในคำประกาศสิทธิมนุษยชน ปี 1789 ถือเป็นสิทธิของมนุษย์ที่มีอยู่ก่อนการกำเนิดรัฐหรือก่อนจะเกิดสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ

ในทางตำรากฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะของเยอรมันได้พยายามที่จะให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” แต่อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีความหมายใดที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป ดังนั้น การที่จะทำความเข้าใจเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงจำเป็นต้องกลับไปศึกษาความเป็นมาในประวัติศาสตร์ คำว่า “ศักดิ์ศรี” ซึ่งในทางประวัติศาสตร์ได้มีคำนิยามของ “ศักดิ์ศรี” แตกต่างกันไป⁶

“ศักดิ์ศรี” (dignitas) ในความหมายของชาวโรมัน หมายถึง เกียรติในทางส่วนบุคคลที่ปรากฏต่อสาธารณะ ดังนั้น ศักดิ์ศรีในความหมายของชาวโรมันจึงไม่ใช่เรื่องของบุคคลทุกคนหากแต่หมายถึงบุคคลที่ได้รับการเกียรติสาธารณะ⁷ แต่ “ศักดิ์ศรี” ในความเข้าใจของศาสนาคริสต์ หมายถึง ความเมตตาของพระผู้เป็นเจ้า ซึ่งเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในทางศาสนาคริสต์ว่า มนุษย์ถูกสร้างขึ้นตามประสงค์ของพระผู้เป็นเจ้า ดังนั้น ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์มีอาจถูกทำลายลงโดยบาปของตนเอง ศักดิ์ศรีในความหมายของคริสตศาสนาจึงเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์กับพระผู้เป็นเจ้า คำสอนว่ามนุษย์ทุกคนเสมอเหมือนกันในทางสายตาของพระผู้เป็นเจ้าเพราะเป็นบุตรของพระผู้เป็นเจ้าทุกคน คำสอนในเรื่องศักดิ์ศรีหรือคุณค่าของความเป็นมนุษย์คือสัทธิ์โลกที่พระผู้เป็นเจ้าสร้างขึ้นตามรูปแบบฉายาของพระองค์ (Image of God) มนุษย์จึงไม่อาจยอมให้อำนาจรัฐอยู่เหนือมนุษย์ชนิดที่ปราศจากเงื่อนไขโดยนัยดังกล่าว เมื่อมนุษย์คือฉายาของพระผู้เป็นเจ้า มีศักดิ์ศรีอัน ศักดิ์สิทธิ์ที่ได้รับมาจากพระผู้เป็นเจ้า ความเป็นมนุษย์จึงไม่อาจปฏิบัติต่อมนุษย์เหมือนไม่ใช่มนุษย์หรือไม่มองมนุษย์ด้วยกันเหมือนเป็นสัตว์ตรงกันข้ามมนุษย์จึงต้องเคารพซึ่งกันและกันและรู้จักใช้กันและกัน⁸

⁵ จาก พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน (น. 109), โดย กมลชัย รัตนสากวรงค์, 2537, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

⁶ จาก หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (น. 104-105), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁷ From Dir Grundrechte, by Alberts Bleckmann, staatsrecht II, 4.Aufl.1997m s.542 FF อ้างถึงใน หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม. (น. 104)

⁸ จาก สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญากฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม (น. 99), โดย จรัญ โสษณานันท์, 2545, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.



ในศตวรรษที่ 18 ปรัชญาของ คานท์ ซึ่งได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย ตามความเข้าใจของปรัชญา คานท์ นั้น เข้าใจว่า คำว่า “ศักดิ์ศรี” หมายถึง ความอิสระของมนุษย์ แต่ความเป็นอิสระอันเป็นพื้นฐานของมนุษย์มิได้มีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่ตัวมนุษย์ แต่ความเป็นอิสระอันเป็นพื้นฐานของมนุษย์จะสามารถบรรลุสู่คุณค่าอันดีงามได้ คานท์ มีความเชื่อมั่นต่อศักดิ์ศรีอันมีมาแต่กำเนิดของบุคคล ไม่มีมนุษย์คนใดมีสิทธิที่จะใช้มนุษย์ด้วยกันเองให้เป็นดังเครื่องมือชิ้นหนึ่งเท่านั้น หากแท้จริงมนุษย์แต่ละคนจะต้องปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันในฐานะที่เป็นจุดหมายภายนอก จึงเป็นอาชญากรต่อศักดิ์ศรีที่มีอยู่ของเขาในฐานะที่เป็นมนุษย์⁹

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์น่าจะเป็นมาตรฐานบ่งบอกถึงสถานภาพบางอย่างให้กับมนุษย์อื่น ๆ เพื่อปกป้องศักดิ์ศรี อาทิ กรณีการย่ำยีหรือการเข่นฆ่า หรือเชิดชูในศักดิ์ศรี เช่น การต้องรักษาเกียรติของชายชาติทหาร หรือการต้องรักษาชื่อเสียงของวงศ์ตระกูล การพัฒนาองค์ความรู้ได้เริ่มต้นขึ้นก่อนทางซีกโลกตะวันตก ในการศึกษาจึงขอแบ่งเป็นแนวความคิดวิวัฒนาการและภาวะการณ์ในตะวันตก จะแบ่งการพิจารณาแนวความคิดเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในส่วนนี้เป็น 3 ประการ คือ

1) ศักดิ์ศรีของชนิดพันธุ์มนุษย์ทั้งปวง¹⁰ เป็นการแยกชนิดของมนุษย์ออกจากชนิดอื่น ๆ เช่น ลิง และโดยที่ “มนุษย์” เป็นสัตว์ประเสริฐมีลักษณะต่างจากสัตว์อื่น ๆ จึงจำเป็นต้องรักษาบุรณภาพของชนิดพันธุ์เอาไว้มิให้กลายพันธุ์หรือสูญเสียลักษณะของชนิดพันธุ์ ในสหราชอาณาจักรมีเจ้าหน้าที่ดูแลเรื่องนี้โดยเฉพาะภายใต้กฎหมายที่เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการเจริญพันธุ์และตัวอ่อนของมนุษย์”¹¹ เพื่อควบคุมดูแลการสอดแทรกของวิทยาการต่อการเจริญพันธุ์และการสร้างพันธุ์กรรมของมนุษย์ที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติ ดังนั้น การ Cloning มนุษย์จึงมีปัญหาและถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้แย่งอย่างหนัก ในเรื่องความปลอดภัยของมนุษย์จึงเกิดขึ้นใหม่ด้วยวิธีนี้ และปัญหาในชีวิตจริยธรรมจึงเชื่อมโยงโดยตรงต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

2) ศักดิ์ศรีภายในชนิดพันธุ์มนุษย์¹² มนุษย์อยู่รวมกันเป็นกลุ่มชน มีบางอย่างหรือหลายอย่างเหมือนกันและสมาชิกเห็นว่าเป็นลักษณะพิเศษเฉพาะของกลุ่มที่ต้องบำรุงรักษา หวงแหวน หรือเชิดชูไว้ เช่น กลุ่มที่นับถือศาสนาเดียวกัน มีปรัชญาให้มนุษย์พึ่งตนเองและทำความดี จึงต้องการรักษาและเชิดชูแนวทางนี้ไว้ ถ้ามีบุคคลภายนอกกลุ่มได้แย่งหรือเสียดสีก็จะทำให้สมาชิกในกลุ่มนั้นเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าถูกลดคุณค่าหรือถูกย่ำยี เช่น การปฏิบัติที่เลวร้ายต่อชนชาวยิวในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง และการแบ่งแยกผิวอย่างกว้างขวางโดยใช้ความรุนแรงในแอฟริกา

3) ศักดิ์ศรีของปัจเจกชน ศักดิ์ศรีของปัจเจกชนอาจเป็นเรื่องของภาวะวิสัยก็ได้ต่อทำที่หรือทัศนคติของประชาชนทั่วไปที่มีต่อปัจเจกชน ภายใต้กรอบของความหมายหรือบรรทัดฐานของสังคม การที่ต้องใช้เกณฑ์ของสังคมก็เพราะปัจเจกชนไม่อาจใช้ดุลพินิจของตนเองได้ เช่น เด็ก ทารก หรือผู้ป่วย ที่ยังมีลมหายใจอยู่แต่ตัดสินใจอะไรเองไม่ได้ก็ชอบที่จะมีศักดิ์ศรี คือ การยอมรับนับถือว่าเป็นมนุษย์คนหนึ่ง เพราะฉะนั้นก็ไม่ใช่ว่าคนอื่น ๆ จะทำอะไรต่อเขาได้ตามใจชอบ ตรงกันข้ามผู้ที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์และสิทธิต่าง ๆ เมื่อจะต้องตัดสินใจทำอะไรที่กระทบต่อสวัสดิภาพของเด็กทารกหรือผู้ป่วยดังกล่าว ปรัชญาการณทางนิติศาสตร์ซึ่งแสดงโดยนัยว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของปัจเจกชนที่มองเห็นได้ คือ ในสมัยโรมันได้มีการดำเนินการทางกฎหมายกับผู้ทาสที่ถูกละเมิด

⁹ จาก หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. เล่มเดิม. (น. 105).

¹⁰ From Human Dignity as a Legal Value, by David Fekdman, 1999, P.L winter: Sweet & Maxwell and Contributors. อ้างถึงใน การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 62), โดย อุดม รัฐอมฤต และคณะ, 2544, กรุงเทพฯ: นานาสังพิมพ์.

¹¹ Human Fertilisation and Embryology Act. 1990.

¹² จาก การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. เล่มเดิม. (น. 65).

ในกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อ 3 ของอนุบัญญัติยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 ได้บัญญัติห้ามการลงโทษประหารชีวิต¹³ ปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ในยุโรปได้ยกเลิกโทษประหารชีวิตกันไปมากแล้ว เพราะถือว่ามนุษย์ไม่ควรปฏิบัติต่อกันเช่นนั้น ซึ่งมีมติถือการยอมรับนับถือศักดิ์ศรีของมนุษย์ด้วยกันนั่นเอง เช่น ฟินแลนด์ อิตาลี โปแลนด์ เยอรมัน เป็นต้น ในคณะกรรมการฯ แห่งยูเนสโก เน้นย้ำรากฐานทฤษฎีสิทธิมนุษยชนที่มีความศรัทธาเชื่อมั่นในมนุษย์ในศักดิ์ศรีอันติดมาแต่กำเนิดของชายและหญิง พร้อมกับศรัทธาในความเป็นมนุษย์นี้เองที่เป็นรากฐานแห่งศรัทธาร่วมของประชาชาติที่มีต่อเสรีภาพและประชาธิปไตย ความมีศรัทธาต่อศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ย่อมหมายถึงความเชื่อในคุณค่าของมนุษย์ การที่ยินยอมว่ามนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีไม่อาจถูกใช้เพื่อเป็นเครื่องมือเพื่อสิ่งใด ๆ มีใช้เพราะเราเชื่อมั่นมนุษย์เป็นสิ่งสมบูรณ์ แต่เพราะเชื่อมั่นว่ามนุษย์สามารถเปลี่ยนแปลงได้ต่างหากที่ทำให้เราต้องเคารพต่อ “ความเป็นมนุษย์” ของเขา¹⁴

มนุษย์ถูกสร้างมาให้ประกอบด้วยกลไกทางจิตที่ทำงานอย่างเป็นระบบ พฤติกรรมของมนุษย์ถูกผลักดันด้วยสภาพจิตใจของเขาเอง และมนุษย์ยังมีความหมายว่า “สัตว์ที่ภายในใจของเขามีธรรมชาติที่ขัดแย้งกันสองส่วนอยู่ภายในคือกิเลสกับความยุติธรรม ส่วนในแง่มนุษย์นิยมเน้นที่คนละใด ๆ ที่ถือนมนุษย์กับประโยชน์สุขของมนุษย์เป็นเรื่องสำคัญที่สุด¹⁵ เป็นต้น นอกจากนั้น นิยามความเป็นมนุษย์ยังมีมุมมองที่หลากหลายออกไป ได้แก่¹⁶

ก. ความเป็นมนุษย์กับจารีตประเพณี ซึ่งเชื่อกันว่าสมัยหนึ่งมนุษย์ไม่ต่างอะไรจากสัตว์ แต่ต่อมามนุษย์ก็ได้อาศัยสติปัญญาสร้างสรรค์สิ่งต่าง ๆ ที่เป็นอารยธรรม ในบรรดาสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นนั้นมีสิ่งหนึ่งที่สำคัญก็คือจารีตประเพณีที่เกิดขึ้นเพราะมนุษย์ไม่ได้เกิดลอย ๆ อย่างไร้จุดหมาย ซึ่งจารีตประเพณีจะหลอมคนที่แตกต่างกันในด้านพื้นเพ ชาติกำเนิด ความคิด ความเชื่อ การศึกษา เป็นต้น ในความเป็นเอกภาพที่เกิดขึ้นนี้จะช่วยให้มนุษย์มีชีวิตร่วมกันอย่างเป็นสุข

ข. ความเป็นมนุษย์กับสภาวะความรู้และการพัฒนา จากทัศนะนี้มนุษย์ย่อมมีอยู่เคียงคู่กับความรู้หรือองค์ความรู้ เพราะถือว่ารากฐานของปัญหาทั้งมวลอันเกิดขึ้นต่อมนุษย์สังคมและธรรมชาติที่เรากำลังเผชิญกันอยู่นี้ ล้วนมีสมมติฐานของปัญหาทั้งมวลอันเกิดขึ้นต่อมนุษย์เราแทบทั้งสิ้น กระบวนการความคิดเปลี่ยนแปลงสังคมจากยุคเก่าสู่ยุคใหม่ การพัฒนาที่เข้าถึงความจริงของธรรมชาติ อันเป็นไปตามระบบความสัมพันธ์แห่งเหตุปัจจัยทั้งหลาย ซึ่งการดำรงอยู่ด้วยความดีของมนุษย์นั้นจะต้องอาศัยความเป็นไปอย่างประสานและเกื้อกูลกันของระบบความสัมพันธ์ทางด้านการดำเนินชีวิต ได้แก่ พฤติกรรม จิตใจ และปัญหา ซึ่งมีความสัมพันธ์อาศัยกันส่งผลต่อกันเป็นปัจจัยแก่กันต่อการพัฒนามนุษย์ จึงจะเป็นการพัฒนาความเป็นมนุษย์ได้อย่างมีศักดิ์ศรีให้เป็นไปในทางเดียวกันและเกื้อกูลกัน โดยทางเลือกที่เห็นได้ชัดและจำเป็นเพื่อความอยู่รอดหนึ่งของมวลมนุษยชาติต้องมาจากการพัฒนาที่เป็นธรรมและยั่งยืน ซึ่งก็รวมถึงเรื่องของสังคมไทยเราด้วย นั่นคือวิถีทางแห่งความรู้ อันเป็นอิสระเพื่อการพัฒนาตนเอง “จากภายในจิตสำนึกเรียนรู้” ของมนุษย์ เพื่อรับผิดชอบต่อตนเองและสังคมให้สมศักดิ์ศรีที่ตนจะได้รับจากคนอื่นในสังคมด้วย

¹³ No one shall be subjected to inhuman or degrading treatment or punishment.

¹⁴ จาก สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม (น. 99), โดย จรัญ โสธะณรัตน์, 2544, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

¹⁵ จาก มนุษย์กับการแสวงหา ความจริงและความหมายของชีวิต (น. 74), โดย สมภาร พรมทา, 2538, กรุงเทพฯ: พุทธชาด.

¹⁶ จาก ปรัชญาการเมืองเบื้องต้น (น. 135), โดย สิทธิ บุตรอินทร์, 2523, กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา.

¹⁷ จาก ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (น. 27), โดย ยศศักดิ์ โกศัยยานนท์, 2544, กรุงเทพฯ: สภานายความ.

¹⁸ จาก มนุษย์กับการแสวงหา ความจริงและความหมายของชีวิต. เล่มเดิม. (น. 99).

¹⁹ จาก ฐานความคิดสู่ทางเลือกใหม่ของสังคมไทย (น. 124), โดย เสน่ห์ จามริก, 2542, กรุงเทพฯ: โกลด์คิมทอง.

²⁰ จาก การพัฒนาที่ยั่งยืน (น. 234, 243-244), โดย พระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตโต), 2542, กรุงเทพฯ: มูลนิธิโกลด์คิมทอง.

ค) ความเป็นมนุษย์กับสังคมการเมือง เป็นแนวคิดที่มองว่าความเป็นมนุษย์นั้นรวมความลงตัว เกี่ยวเนื่องกับกฎว่าด้วยเหตุกับผล ผสมกับแนวความคิดของฝ่ายสัมพันธมิตรนั้น มนุษยธรรมจึงเป็นรากฐาน ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยสอนว่ามนุษย์ต้องเริ่มต้นและเสริมความสัมพันธ์กันทางสังคมด้วยการประพฤติ แบบเอาใจเขามาใส่ใจเรา และเอาใจเราไปใส่ใจเขา ก็จะอยู่ร่วมกันได้อย่างสันติสุขนั่นเอง

ง) ความเป็นมนุษย์กับสัตว์ จากคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (human dignity) ของตัวมนุษย์ เอง มนุษย์ถือว่าพวกเขาเป็นประเภทหรือชนิดของสิ่งมีชีวิตที่แตกต่างจากสัตว์อื่น ๆ และเห็นได้ชัดว่ามนุษย์ ทำให้ตัวพวกเขาเองแตกต่างจากสัตว์อื่น ๆ ด้วยการที่พวกเขาใส่คำว่า “human” ข้างหน้าคำว่า “species” ในฐานะเป็นคำคุณศัพท์เพื่อขยายให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะของคำว่า “species” ความเป็นมนุษย์ไม่ว่าจะเป็น คำคุณศัพท์อย่าง “human” หรือคำนามอย่าง “humanity” นั้น มีความสำคัญยิ่งที่ช่วยให้สิ่งมีชีวิตอย่างเรา แตกต่างจากสัตว์อื่น ๆ²³ และสิ่งสำคัญคือมนุษย์สร้างคำเหล่านี้มาเพื่อแบ่งแยก ในอดีตกาลที่ผ่านมาเรามีตัวอย่าง ที่แสดงว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของกลุ่มชนถูกย่ำยีอยู่สองเหตุการณ์ ที่เห็นชัดก็คือ

เหตุการณ์แรก เกิดขึ้นระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง เหล่านาซีภายใต้การนำของ ฮิตเลอร์ ไอซ์มาน ได้ดำเนินวิธีการต่าง ๆ ที่มนุษย์ไม่พึงปฏิบัติต่อกันแก่ชนชาวยิว เช่น โกงหัวสตรี แล้วเอาผมไปทอเป็น เครื่องนุ่งห่ม ใช้มนุษย์เป็นเครื่องทดลองยาโดยฉีดยาพิษเข้าร่างกาย นำมนุษย์ผ่าแผลมาใช้ทดลองโดยเชื่อว่า น่าจะมีคุณสมบัติเหมือนกันมากกว่ามนุษย์อื่น ๆ ส่วนผลร้ายที่เกิดแก่มนุษย์เหล่านั้นไม่ว่าความพิการ เหล่านาซีไม่เคยสนใจ การหลอกใช้เชลยชาวยิวในสวนพฤกษศาสตร์ที่ออนแอให้เดินเข้าไปในห้องโถงใหญ่ โดยหลอก ว่าจะมีน้ำผักทำความสะอาดร่างกาย แต่ความจริงปล่อยก๊าซพิษออกมาทำลายชีวิต ซึ่งคาดว่ามียุโรปประมาณ วันละหลายร้อยคนที่ถูกทำลายโดยวิธีนี้ ศพก็จะถูกจัดเปิดปากศพเพื่อเอาฟันปลอมซึ่งส่วนมากเป็นทองคำ ออกมา

เหตุการณ์ที่สอง เกิดขึ้นในทวีปแอฟริกา ราวศตวรรษที่ 20 ชนชาวมิซวาที่อาศัยอยู่ในแอฟริกาได้ จะปฏิบัติต่อชนผิวดำซึ่งอยู่ในสังคมเดียวกันเสมือนว่าชนผิวดำเหล่านั้นมิใช่คน เช่น การแบ่งแยกที่อยู่อาศัย จากกันโดยเด็ดขาดห้ามปะปนกัน การขึ้นรถประจำทาง ชนผิวดำเท่านั้นที่ขึ้นทางด้านประตูหน้า ชนผิวดำอื่น ต้องขึ้นประตูหลังและจะมานั่งข้างหน้าไม่ได้ ห้องน้ำสาธารณะก็ต้องแยกกันระหว่างชนผิวดำกับผิวดำ การศึกษาชนผิวดำแทบไม่มีโอกาสเลย เหล่านี้หากผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษอย่างหนัก²⁴

3. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560²⁵

สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีบัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 25 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะใน รัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มีได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพ

²¹ จาก ฐานความคิดสู่ทางเลือกใหม่ของสังคมไทย. เล่มเดิม. (น. 190).

²² จาก ประชากรการเมืองเบื้องต้น. เล่มเดิม. (น. 151).

²³ จาก “ชีวิตและความหมายของปรัชญาการเมืองในยุควิทยาศาสตร์,” โดย ไชยยันต์ ไชยพร, 2541, วารสารรัฐศาสตร์สาร, ตอนที่ 1, น. 20.

²⁴ จาก การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. เล่มเดิม. (น. 66-66).

²⁵ หมวด 3 สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 6 เมษายน 2560.

ที่จะทำได้นั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ トラบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกทบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุดูผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือ ผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กร ของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม

มาตรา 28 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้

มาตรา 29 บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติ



เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

การควบคุมหรือคุมขังผู้ต้องหาหรือจำเลยให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้มีการหลบหนี ในคดีอาญา จะบังคับให้บุคคลให้การเป็นปฏิกักษ์ต่อตนเองมิได้

คำขอประกันผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องได้รับการพิจารณาและจะเรียกหลักประกันจนเกินควรแก่กรณีมิได้ การไม่ให้ประกันต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 30 การเกณฑ์แรงงานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือในขณะที่มี การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือการรบ

มาตรา 31 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาและย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติหรือประกอบพิธีกรรมตามหลักศาสนาของตน แต่ต้องไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทย ไม่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของรัฐ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 32 บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว

การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

มาตรา 33 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน

การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการค้นเคหสถานหรือที่โรฐานจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 34 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน

เสรีภาพทางวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การใช้เสรีภาพนั้นต้องไม่ขัดต่อหน้าที่ของปวงชนชาวไทยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และต้องเคารพและไม่ปิดกั้นความเห็นต่างของบุคคลอื่น

มาตรา 35 บุคคลซึ่งประกอบวิชาชีพสื่อมวลชนย่อมมีเสรีภาพในการเสนอข่าวสาร หรือการแสดงความคิดเห็นตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ

การสั่งปิดกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นเพื่อลิดรอนเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้

การให้นำข่าวสารหรือข้อความใด ๆ ที่ผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชนจัดทำขึ้นไปให้เจ้าหน้าที่ตรวจก่อนนำไปโฆษณาในหนังสือพิมพ์หรือสื่อใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะกระทำในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม

เจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทย

การให้เงินหรือทรัพย์สินอื่นเพื่ออุดหนุนกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนอื่นของเอกชน รัฐจะกระทำมิได้ หน่วยงานของรัฐที่ใช้จ่ายเงินหรือทรัพย์สินให้สื่อมวลชนไม่ว่าเพื่อประโยชน์ในการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์หรือเพื่อการอื่นใดในทำนองเดียวกันต้องเปิดเผยรายละเอียดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

ทราบตามระยะเวลาที่กำหนดและประกาศให้ประชาชนทราบด้วย

เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชนย่อมมีเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง แต่ให้คำนึงถึงวัตถุประสงค์และภารกิจของหน่วยงานที่ตนสังกัดอยู่ด้วย

มาตรา 36 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันไม่ว่าในทางใด ๆ

การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อให้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่บุคคลสื่อสารถึงกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 37 บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบทอด

ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ

หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือ เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของ ตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับความเสียหายจากการเวนคืน โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ผลกระทบต่อผู้ถูกเวนคืน รวมทั้งประโยชน์ที่ผู้ถูกเวนคืนอาจได้รับการเวนคืนนั้น

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ให้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นต้องใช้เพื่อการที่บัญญัติไว้ในวรรคสาม เว้นแต่เป็นการเวนคืนเพื่อนำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปชดเชยให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามที่กฎหมายบัญญัติ

กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนและกำหนดระยะเวลาการเข้าใช้อสังหาริมทรัพย์ให้ชัดเจน ถ้ามิได้ใช้ประโยชน์เพื่อการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือเมื่ออสังหาริมทรัพย์เหลือจากการใช้ประโยชน์ และเจ้าของเดิมหรือทายาทประสงค์จะได้คืน ให้คืนแก่เจ้าของเดิมหรือทายาท

ระยะเวลาการขอคืนและการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนที่มีได้ใช้ประโยชน์ หรือที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท และการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดเชยไป ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การตรากฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยระบุเจาะจงอสังหาริมทรัพย์หรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามความจำเป็น มิให้ถือว่าเป็นการขัดต่อมาตรา 26 วรรคสอง

มาตรา 38 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง หรือเพื่อรักษาสุขภาพของครอบครัว หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์

มาตรา 39 การเนรเทศบุคคลสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้ผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้

การถอนสัญชาติของบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยโดยการเกิด จะกระทำมิได้

มาตรา 40 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกัน หรือขจัดการกีดกัน หรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น



การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา

มาตรา 41 บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ

(1) ได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

(2) เสนอเรื่องราวร้องทุกข์ต่อหน่วยงานของรัฐและได้รับแจ้งผลการพิจารณาโดยรวดเร็ว

(3) ฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ

มาตรา 42 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหกรณ์ สหภาพ องค์กร ชุมชน หรือหมู่คณะอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อการป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด

มาตรา 43 บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ

(1) อนุรักษ์ ปั่นฟู หรือส่งเสริมภูมิปัญญา ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีตประเพณี อันดีงามทั้งของท้องถิ่นและของชาติ

(2) จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ

(3) เข้าชื้อกันเพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐให้ดำเนินการใดอันจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนหรือชุมชน หรือดเนินการดำเนินการใดอันจะกระทบต่อความเป็นอยู่อย่างสงบสุขของประชาชนหรือชุมชน และได้รับแจ้งผลการพิจารณาโดยรวดเร็ว ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาข้อเสนอแนะนั้นโดยให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการพิจารณาด้วยตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ

(4) จัดให้มีระบบสวัสดิการของชุมชน สิทธิของบุคคลและชุมชนตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ารวมถึงสิทธิที่จะร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐในการดำเนินการดังกล่าวด้วย

มาตรา 44 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

มาตรา 45 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามที่กฎหมายบัญญัติ

กฎหมายตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการบริหารพรรคการเมือง ซึ่งต้องกำหนดให้เป็นไปโดยเปิดเผยและตรวจสอบได้ เปิดโอกาสให้สมาชิกมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางในการกำหนดนโยบาย และการส่งผู้สมัครรับเลือกตั้ง และกำหนดมาตรการให้สามารถดำเนินการโดยอิสระไม่ถูกครอบงำหรือชี้นำโดยบุคคลซึ่งมิได้เป็นสมาชิกของพรรคการเมืองนั้น รวมทั้งมาตรการกำกับดูแลมิให้สมาชิกของพรรคการเมืองกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง

มาตรา 46 สิทธิของผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครอง
 บุคคลย่อมมีสิทธิรวมกันจัดตั้งองค์กรของผู้บริโภคเพื่อคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค
 องค์กรของผู้บริโภคตามวรรคสองมีสิทธิรวมกันจัดตั้งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระเพื่อให้เกิดพลัง
 ในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภคโดยได้รับการสนับสนุนจากรัฐ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และวิธีการจัดตั้ง อำนาจ
 ในการเป็นตัวแทนของผู้บริโภค และการสนับสนุนด้านการเงินจากรัฐ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 47 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐ

บุคคลผู้ยากไร้ย่อมมีสิทธิได้รับบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตรายจากรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

มาตรา 48 สิทธิของมารดาในช่วงระหว่าง ก่อน และหลังการคลอดบุตร ย่อมได้รับความคุ้มครองและ
 ช่วยเหลือตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีและไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพ และบุคคลผู้ยากไร้ ย่อมมีสิทธิได้รับ
 ความช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 49 บุคคลจะใช้สิทธิหรือเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์
 ทรงเป็นประมุขมิได้

ผู้ใดทราบว่ามีกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ย่อมมีสิทธิร้องต่ออัยการสูงสุดเพื่อร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ
 วินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้

ในกรณีที่อัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่รับดำเนินการตามที่ร้องขอ หรือไม่ดำเนินการภายในสิบห้าวันนับแต่
 วันที่ได้รับคำร้องขอ ผู้ร้องขอจะยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญก็ได้

การดำเนินการตามมาตรานี้ไม่กระทบต่อการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการตามวรรคหนึ่ง

4. กลไกของรัฐธรรมนูญกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ

การกำหนดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ หรือความเสมอภาค รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย
 สูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ
 บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

บทบัญญัตินี้กำหนดไว้เมื่อมีกฎหมายใด ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด
 หรือการกระทำใด ที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ก็จะมีขั้นตอนและกระบวนการที่จะนำไปสู่การ
 พิจารณาและวินิจฉัยกฎหมาย ข้อบังคับ หรือการกระทำที่ขัดหรือแย้งนั้น คือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง
 โดยศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการวินิจฉัยว่า กฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามที่
 บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 (1) ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่
 และอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย ทั้งนี้ มาตรา 211
 ได้กำหนดองค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการนั่งพิจารณาและในการทำคำวินิจฉัยต้อง โดยต้องประกอบด้วย
 ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าเจ็ดคน คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเสียงข้างมาก และที่สำคัญ
 รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา
 คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กฤษฎีกา และหน่วยงานของรัฐ



สำหรับมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ไว้เป็นประการสำคัญ ดังนี้

มาตรา 25 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่ได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นนั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มีกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ บุคคลหรือชุมชนย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 213 ยังเปิดโอกาสให้บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้อีกด้วย

ที่ผ่านมาศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค อันเป็นหลักการสำคัญของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ยกตัวอย่าง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 (ซึ่งเป็นกรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550)²⁶

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555²⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (10) กำหนดให้ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือ ผู้สมัครเข้ารับการศึกษาเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ต้องไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต. บทบัญญัติดังกล่าวเฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “...มีกายหรือจิตไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” เป็นการกำหนดลักษณะทางกายและจิตที่ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการไว้อย่างกว้างขวางไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน จึงเป็นการเปิดโอกาสให้มีการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางเกินความจำเป็น อันส่งผลให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการได้และเป็นการตัดสิทธิคนพิการตั้งแต่ต้นโดยไม่เปิดโอกาสให้คนพิการสามารถสอบคัดเลือกได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปและไม่มีโอกาสแสดงความรู้ความสามารถอย่างแท้จริงเกี่ยวกับตำแหน่งงานนั้นเสียก่อน อีกทั้งความพิการก็มีได้เป็นอุปสรรคต่อการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีอันเป็นภารกิจหลัก

²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” มาตรา 30 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้ มาตราการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”.

²⁷ จาก คู่มือสอกฎหมายรัฐธรรมนูญ, โดย สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์, 2557, กรุงเทพฯ: วิทยุชน, พิมพ์ครั้งที่ 7.

ข้าราชการตุลาการที่จะมีผลต่อการให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความหรือผู้เกี่ยวข้อง ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าว เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” จึงขัดต่อสิทธิของ คนพิการในการเข้าทำงานบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของ สหประชาชาติ และเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 วรรคสาม และเป็นอันใช้บังคับ มิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 เป็นคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550²⁸

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546²⁹ พ.ร.บ. ชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ที่บัญญัติว่า “หญิงมีสามีให้ใช้ชื่อสกุลของสามี” มีลักษณะเป็นบทบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีเท่านั้น อันเป็นการ ลิดรอนสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน ย่อมเกิดความไม่เสมอภาค กันทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล เนื่องจากสิทธิในการใช้ชื่อสกุลเป็น สิทธิของบุคคลที่จะแสดงของตนและเป็นสิทธิที่ทุกคนพึงมีอย่างเท่าเทียมกัน โดยมิได้มีการแบ่งแยกว่าเป็นสิทธิของ ชายหรือหญิง อันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ข้ออ้างที่ว่า การเลือกปฏิบัติดังกล่าวมีเหตุผลเพื่อความเป็น เอกภาพและความสงบสุขของครอบครัว อีกทั้งสอดคล้องกับวัฒนธรรมและวิถีชีวิตของชนชาวไทยนั้นรับฟังไม่ได้ เนื่องจากความเป็นเอกภาพและความสงบสุขของครอบครัวเกิดขึ้นจากความเข้าใจ การยอมรับ และการให้เกียรติ ซึ่งกันและกันระหว่างสามีและภรรยา ประกอบกับกฎหมายว่าด้วยการใช้ชื่อสกุลฉบับแรกของประเทศไทยเพิ่งตราขึ้น เมื่อปี พ.ศ. 2456 โดยก่อนหน้านั้นประเทศไทยไม่มีระบบการใช้ชื่อสกุล จึงไม่น่าจะเป็นเรื่องของวัฒนธรรมและ วิถีชีวิตที่มีมาช้านาน อีกทั้งการให้หญิงมีสามีมีสิทธิใช้ชื่อสกุลเดิมของตนได้นั้นเป็นเพียงการส่งเสริมให้ชายและ หญิงมีสิทธิเสมอกันทางกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น พ.ร.บ. ชื่อบุคคลฯ มาตรา 12 จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

สำหรับในปัจจุบันมีกรณีที่ต้องพิจารณาและศึกษาว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ในประเทศไทย มีพัฒนาการในความเข้าใจและการบังคับใช้ หรือการตระหนักถึงการคุ้มครองในหลักการสำคัญ ปัญหาในปัจจุบันมีกรณีขอยกตัวอย่างที่เกิดขึ้นกับกลุ่มที่ถูกเรียกว่า กลุ่มชาติพันธุ์ เป็นชาวดังเกิดขึ้นที่อุทยาน แห่งชาติแก่งกระเจาน จังหวัดเพชรบุรี เกิดข้อพิพาทอันยาวนานระหว่างเจ้าหน้าที่ปฏิบัติตามหน้าที่ในเขตอุทยาน แห่งชาติแก่งกระเจานและชาวกะเหรี่ยงบ้านบางกลอย ย้อนไปเมื่อหลายปีก่อน ประมาณปี พ.ศ. 2539 มียุทธการ ภาครัฐที่เรียกว่า ยุทธการตะนาวศรี มีบ้านเรือนของชาวกะเหรี่ยงบ้านบางกลอยถูกเผาทำลายหลายหลังคาเรือน จนนำไปสู่การฟ้องร้องคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง โดยผู้นำทางจิตวิญญาณของชาวบ้านชื่อ ปุคออี้ ซึ่งขณะนั้นคุณปุคออี้ มีอายุกว่า 100 ปี เหตุการณ์การจับกุมชาวบ้านและการเข้าเผาทำลายบ้านเรือนและทรัพย์สิน ชาวกะเหรี่ยงบ้าน บางกลอยที่อยู่อาศัยมาก่อนการประกาศเขตอุทยานแห่งชาติแก่งกระเจานในปี พ.ศ. 2524 ถือเป็นการละเมิดต่อ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่อย่างไร เป็นกรณีที่ต้อง พิจารณาและศึกษาในรายละเอียดให้เกิดความชัดเจน ประเด็นสำคัญคือกลุ่มชาติพันธุ์ที่อาศัยอยู่ร่วมผืนแผ่นดินไทย มาอย่างช้านานได้รับความคุ้มครองตามหลักการนี้หรือไม่ อย่างไร โดยกรณีดังกล่าว ศาลปกครองได้เคยมีการ พิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายไว้ใน

²⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 18 ซึ่งจัดร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในระหว่างปี 2549-2550 และเริ่มใช้ ในวันที่ 24 สิงหาคม 2550 โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้สิ้นสุดลงเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557.

²⁹ จาก คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ. เล่มเดิม.

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ ส.58/2555 คดีหมายเลขแดงที่ ส.660/2559 ซึ่งต่อมา ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาเป็นคดีหมายเลขดำที่ อส.77/2559 คดีหมายเลขแดงที่ อส.4/256 เมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2561

กรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ย่อมถือว่าเป็นหลักการที่ให้ความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน อันแสดงออกถึงความเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยและการรับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน อันเป็นหลักประกันที่มีให้รัฐกระทำการละเมิดและแทรกแซงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคต่อประชาชนตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ



เอกสารอ้างอิง

ภาษาไทย

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2537). *พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2544). *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2545). *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน: ปรัชญากฎหมายและความเป็นจริงทางสังคม*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- ไชยยันต์ ไชยพร. (2541). ชีวิตและความหมายของปรัชญาการเมืองในยุควิทยาศาสตร์. *วารสารรัฐศาสตร์สาร*, ตอนที่ 1, 20.
- บรรเจิด สิงคนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- พระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตโต). (2542). *การพัฒนาที่ยั่งยืน*. กรุงเทพฯ: มูลนิธิโกมลคีมทอง.
- ยศศักดิ์ โกศัยกานนท์. (2544). *ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: สภานายความ.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.
- สมภาร พรหมทา. (2538). *มนุษย์กับการแสวงหา ความจริงและความหมายของชีวิต*. กรุงเทพฯ: พุทธชาด.
- สิทธิ์ บุตรอินทร์. (2523). *ปรัชญาการเมืองเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา.
- สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. (2557). *คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เสน่ห์ จามริก. (2542). *ฐานความคิดสู่ทางเลือกใหม่ของสังคมไทย*. กรุงเทพฯ: โกมลคีมทอง.
- อุดม รัฐอมฤต และคณะ. (2544). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: นานาสังพิมพ์.

ภาษาต่างประเทศ

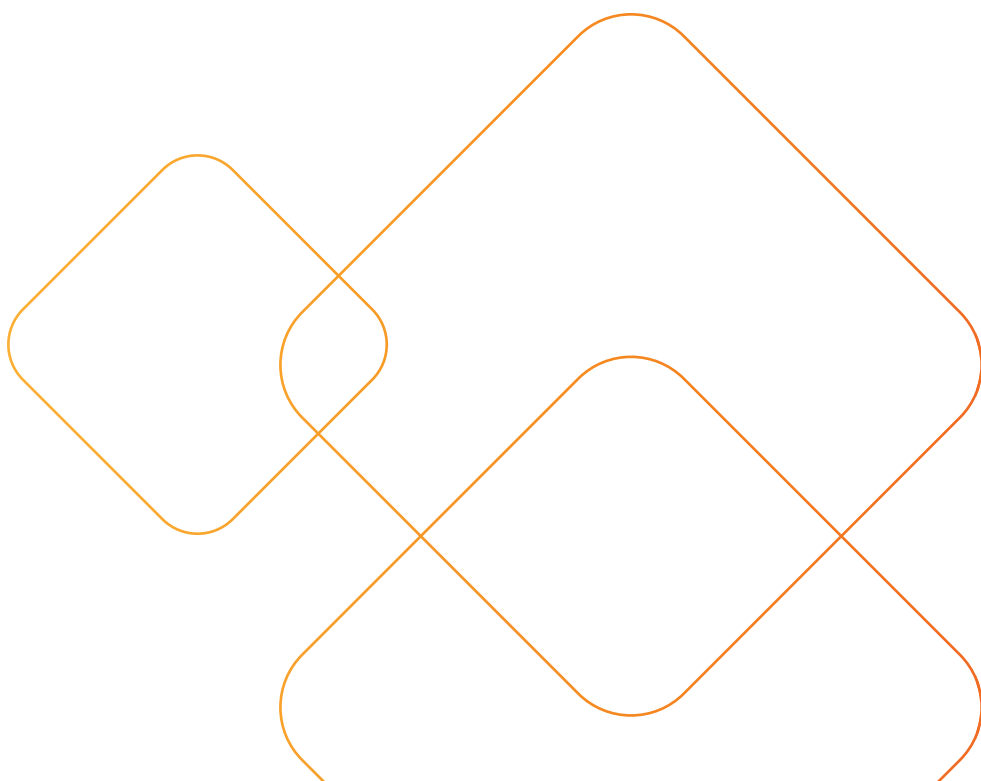
- A.P. d' Entreved. (1970). *Natural Law*. Hutchinon University Library London.
- Basic Law for the Federal Republic of Germany.
- Human Feotilisation and Embryology Act. 1990.



พร้อมพงษ์ วงศ์ราษฎร์

รองศาสตราจารย์ ดร. ธนพันธ์ ไส่ประกอบทรัพย์

ผู้ลี้ภัยทางการเมืองกับยุทธศาสตร์การเอาตัวรอด
กรณีศึกษา คนไทยผู้ลี้ภัยทางการเมืองในประเทศ



ผู้ลี้ภัยทางการเมืองกับยุทธศาสตร์การเอาตัวรอด กรณีศึกษา คนไทยผู้ลี้ภัยการเมืองในประเทศฝรั่งเศส¹

พร้อมพงษ์ วงศ์ราษฎร์²

รองศาสตราจารย์ ดร. ธนพันธ์ ไล่ประกอบทรัพย์³

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการศึกษา 1) เพื่ออธิบายที่มาของการกลายเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมือง แนวคิดอุดมการณ์ และ 2) เพื่อวิเคราะห์ยุทธศาสตร์การเอาตัวรอดของการเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมือง รวมทั้งวิธีการเข้าถึงที่อยู่อาศัย การได้รับความช่วยเหลือ รวมทั้งอุปสรรคต่าง ๆ ในการใช้ชีวิตของการเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมือง โดยผู้วิจัยได้ใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ ผ่านการสัมภาษณ์เชิงลึกแบบกึ่งโครงสร้าง (Semi structure in-depth interview) โดยมีกลุ่มตัวอย่างเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมืองคนไทยที่อาศัยอยู่ในประเทศฝรั่งเศส และองค์กรพัฒนาเอกชนที่ให้การสนับสนุนและช่วยเหลือกลุ่มผู้ลี้ภัยดังกล่าว

ผลการศึกษาพบว่า กลุ่มตัวอย่างมีจุดเริ่มต้นของการเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมืองมาจากการรัฐประหารยึดอำนาจ โดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เมื่อปี พ.ศ. 2557 ซึ่งกลุ่มผู้ลี้ภัยเหล่านี้ถูกออกหมายจับในข้อหาฝ่าฝืนคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) และหมายจับข้อหาหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112) การดำเนินนโยบายของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) มีลักษณะทิศทางแบบแนวตั้งจากชนชั้นปกครองมาสู่ประชาชน ประชาชนที่มีความเห็นต่างจึงมีความกังวลถึงความปลอดภัยจึงต้องลี้ภัยเพื่อเอาตัวรอด กลุ่มตัวอย่างได้ใช้กระบวนการลี้ภัยหรือช่องทางหลบหนีในลักษณะแบบไม่เป็นทางการจากประเทศต้นทาง โดยใช้เส้นทางธรรมชาติเพื่อเข้าสู่ประเทศปลายทาง และมีบางกลุ่มตัวอย่างใช้การเดินทางโดยเครื่องบินเพื่อเข้าสู่ประเทศปลายทางในฐานะนักท่องเที่ยว การดำรงชีวิตเมื่อเป็นผู้ลี้ภัยมีการใช้ชีวิตที่ยากลำบากตามสภาพของประเทศที่ได้เดินทางไป กลุ่มตัวอย่างได้รับการช่วยเหลือจากองค์กรเอกชนในการดำเนินการประสานงานกับประเทศปลายทางและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อดำเนินการออกเอกสารสำคัญ สนับสนุนตัวเครื่องบินสำหรับการเดินทาง รวมทั้งดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสถานะของการขอลี้ภัย สำหรับอุปสรรคและสิ่งที่ต้องกังวลในการเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมืองนั้น กลุ่มตัวอย่างมีอุปสรรคในเรื่องของภาษาและวัฒนธรรมที่ต้องมีการปรับตัว และการลี้ภัยในประเทศฝรั่งเศสกลุ่มตัวอย่างผู้ลี้ภัยทั้งหมดสามารถทำกิจกรรมทางการเมืองได้อย่างเปิดเผย

คำสำคัญ

ผู้ลี้ภัยทางการเมือง, สิทธิมนุษยชน, ยุทธศาสตร์การเอาตัวรอด, การน่านโยบายไปปฏิบัติ

¹ บทความนี้ สรุปลจาก “ผู้ลี้ภัยทางการเมืองกับยุทธศาสตร์การเอาตัวรอด กรณีศึกษา คนไทยผู้ลี้ภัยการเมืองในประเทศฝรั่งเศส” สารนิพนธ์หลักสูตรรัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2562.

² นิสิต หลักสูตรรัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชารัฐประศาสนศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³ อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์, อาจารย์ประจำคณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

Political Refugees and Survival Strategies: Case Study of Thai Political Refugees in France

Prompong Wongrat

Associate Professor Dr. Thanapan Laiprakobsup

Abstract

This research aims to 1) explain the causes of becoming political, conceptual, and ideological refugees 2) analyze survival strategies of political refugees in seeking shelter, acquiring aid, and coping with obstacles of living as a political refugee.

The study qualitative research by using a semi-quantitative and in-depth interview with a sample group of Thai political refugees living in France and non-governmental organizations (NGOs) that provided support and assistance to them. The Findings demonstrated that the cause of becoming political refugees of the sample group originated from the coup of the national council for peace and order (NCPO) in 2557 B.E. (2014) These refugees were issued arrest warrants for violating NCPO's order and lèse-majesté law (article 112 of the Thai Criminal Code). NCPO's policies had a top-down characteristic from the ruling class to the people making dissident citizens felt insecure and unsafe, so they had to flee for their safety. These refugees used an unofficial asylum process or escape paths through natural passages for crossing the border to the destinations, some of them arrived by plane as tourists. Living as political refugees had difficulties and challenges according to the nature of the destination countries. They received assistance from the NGOs in coordination with destination countries and concerning organizations to acquire crucial documents, provide airline tickets for traveling, and aid in other affairs concerning affirmation of refugee status. Obstacles and concerns of becoming political refugees of the sample group were language and cultural adaptation. All of the refugees stated that they can openly perform political activities while taking asylum in France.

Keyword

Political refugees, Human rights, Survival strategies, Policy implementation



1. บทนำ

ปัญหาผู้ลี้ภัยยังคงเป็นปัญหาที่มีความยืดเยื้อและยาวนานมาตั้งแต่อดีต ไม่ว่ายุคสมัยของโลกจะเปลี่ยนไปสักเพียงใด ปัญหาผู้ลี้ภัยก็ยังคงไม่หมดไปและยังคงมีอยู่ทั่วทุกมุมโลก การจัดการกับปัญหาดังกล่าวล้วนต้องอาศัยปัจจัยหลายประการเพื่อหาทางออก สิ่งสำคัญที่สุดนั่นคือ สำนักของรัฐที่มีต่อปัญหาในเรื่องดังกล่าวรวมไปถึงความรับผิดชอบและแนวทางปฏิบัติในการจัดการเกี่ยวกับปัญหาผู้ลี้ภัยที่ถูกจัดทำโดยรัฐ รัฐควรจะต้องคำนึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องเคารพหลักการไม่ผลักดันบุคคลสู่อันตราย (Non-Refoulement) ซึ่งบัญญัติไว้ในข้อที่ 33 ของอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย เพราะบทบัญญัตินี้มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ⁵ นอกจากนี้ ประเทศไทยยังเป็นภาคีในอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (CAT) ซึ่งในบทที่ 3 ข้อ 3 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “รัฐภาคีต้องไม่ขับไล่ ส่งกลับ (ผลักดันกลับออกไป) หรือส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังอีกรัฐหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ภายใต้อันตรายที่จะถูกทรมาน”

ตั้งแต่การรัฐประหารเมื่อปี พ.ศ. 2557 เป็นต้นมา มีคนไทยไปลี้ภัยในต่างประเทศไม่ต่ำกว่า 100 คน⁶ และหนึ่งในเป้าหมายของกลุ่มผู้ลี้ภัยเหล่านั้น คือ ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ต้อนรับกลุ่มผู้ลี้ภัยดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ชีวิตและความเป็นอยู่ของผู้ลี้ภัยในต่างแดนไม่ใช่เรื่องพึงปรารถนามากนัก เพราะต้องเผชิญความแตกต่างทางภาษา สังคม วัฒนธรรม และการเลี้ยงชีพ ซึ่งเป็นสิ่งที่น่าศึกษาเรียนรู้ และบทเรียนของบุคคลเหล่านี้สามารถนำมาเป็นตัวอย่างให้กับคนที่อาจจะต้องเผชิญปัญหาเหล่านี้ในอนาคตได้ อีกทั้งเพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างถ่องแท้และเกิดองค์ความรู้ที่มีประโยชน์ต่อการเปลี่ยนแปลงนโยบายของประเทศไทยและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นบนพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชน ในการกำหนดทิศทางของนโยบายหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบุคคลเหล่านี้ เพื่อให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

2. ความหมายของผู้ลี้ภัยตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อ 1 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย (Convention Relating to the Status of Refugees) ประกอบกับข้อ 1 แห่งพิธีสารเลือกรับว่าด้วยสถานภาพของผู้ลี้ภัย (Optional Protocol Relating to the Status of Refugees) ซึ่งเป็นตราสารระหว่างประเทศหลักที่วางรากฐานด้านกฎหมายผู้ลี้ภัยในสังคมระหว่างประเทศ ได้ให้นิยามคำว่า “ผู้ลี้ภัย” (refugee) หมายถึง บุคคลที่อยู่นอกอาณาเขตประเทศแห่งสัญชาติของตน ซึ่งมีความหวาดกลัวอันมีมูลว่าจะต้องถูกประหัตประหารด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มทางสังคม หรือความคิดเห็นทางการเมือง และไม่สามารถหรือไม่ยินยอมจะรับการคุ้มครองจากประเทศแห่งสัญชาติของตนด้วยเหตุแห่งความหวาดกลัวนั้น และยังหมายความรวมถึง บุคคลไร้สัญชาติซึ่งอยู่นอกอาณาเขตประเทศแห่งถิ่นที่อยู่ประจำเดิมของตน และไม่สามารถหรือไม่ยินยอมจะรับการคุ้มครองจากประเทศดังกล่าวด้วยเหตุแห่งความหวาดกลัวในลักษณะเดียวกัน ทั้งนี้ คำว่า “ประหัตประหาร” (persecution) แม้มีนิยามชัดเจน ว่าหมายถึงอะไร แต่อาจสามารถตีความประกอบกับข้อ 33 ของอนุสัญญาฯ ซึ่งวางหลักเกี่ยวกับหลักการ ห้ามผลักดันกลับ (non-refoulement) หมายถึง อันตรายต่อชีวิตและเสรีภาพ (threat to life or freedom) และยังหมายรวมถึงการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้⁷

⁵ กระทรวงยุติธรรม, (2561), *สาระสำคัญของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (CAT)*, สืบค้นจาก http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_HR/2557/CAT.pdf.

⁶ ปีซีไทย, (2562), *ผู้ลี้ภัยทางการเมือง : คนเห็นต่างหรือพวกหมกมุ่นดิน*, สืบค้นจาก https://www.bbc.com/thai/extra/Y0IB3TQXys/thai_exiles.

⁷ From *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva: Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, by Moussalli, M, 1992.

2.1 กระบวนการให้สถานภาพผู้ลี้ภัยของรัฐภาคีอนุสัญญาฯ

“บุคคลที่จำเป็นต้องทิ้งประเทศบ้านเกิดของตนเอง เนื่องจากความหวาดกลัวการถูกประหัตประหาร หรือได้รับการคุกคามต่อชีวิตเนื่องจากสาเหตุข้อหนึ่งข้อใด เช่น เชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติ สมาชิกภาพในกลุ่มทางสังคม สมาชิกภาพในกลุ่มความคิดทางการเมือง”⁷ ประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาฯ มักจัดตั้งระบบและกระบวนการในการให้สถานภาพผู้ลี้ภัย (refugee) แก่ผู้แสวงหาที่ลี้ภัย (asylum seeker) เมื่อผู้แสวงหาที่ลี้ภัยรายหนึ่งรายใดมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กำหนดในกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ แม้แต่ละประเทศจะมีกระบวนการที่แตกต่างกันไปในรายละเอียด แต่อาจสามารถสรุปได้ว่า ผู้ลี้ภัยจะเริ่มขึ้นเมื่อผู้แสวงหาที่ลี้ภัยยื่นคำร้องเพื่อขอสถานภาพผู้ลี้ภัยต่อหน่วยงานด้านผู้ลี้ภัยของประเทศที่ตนมาถึง ในกระบวนการนี้ผู้แสวงหาที่ลี้ภัยมีหน้าที่ต้องแสดงหลักฐานเพื่อแสดงข้อเท็จจริงและสนับสนุนคำร้องขอสถานภาพความเป็นผู้ลี้ภัยหรือข้อกล่าวอ้างของตนแก่เจ้าหน้าที่ อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ลี้ภัยจำนวนมากหลบหนีมาเนื่องด้วยภัยต่าง ๆ ทำให้หลายกรณีไม่อาจมีเอกสารที่แสดงข้อเท็จจริงได้อย่างครบถ้วน ในกรณีเช่นนี้ รัฐภาคีของอนุสัญญาฯ มักสร้างกระบวนการสืบหาข้อเท็จจริงจากผู้แสวงหาที่ลี้ภัยด้วยการสัมภาษณ์หรือทำแบบสอบถาม เพื่อประเมินความน่าเชื่อถือของคำร้องหรือข้อกล่าวอ้าง หลังจากนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับจะต้องประเมินข้อเท็จจริงว่าบุคคลดังกล่าวมีสถานภาพเป็นผู้ลี้ภัยหรือไม่ ในการนี้ หากประเมินแล้วเห็นว่า มีข้อเท็จจริงบางประการที่ไม่สามารถพิสูจน์ได้ รัฐผู้รับจำนวนหนึ่งจะให้ประโยชน์ แห่งความสงสัยแก่ผู้แสวงหาที่ลี้ภัยหากเห็นว่าบุคคลดังกล่าวมีความน่าเชื่อถือโดยทั่วไป ในกรณีที่รัฐผู้รับประเมินว่า ผู้แสวงหาที่ลี้ภัยรายใดไม่มีสถานภาพเป็นผู้ลี้ภัย รัฐภาคีจำนวนหนึ่งได้จัดตั้งระบบการอุทธรณ์คำวินิจฉัยดังกล่าว เพื่อให้ผู้แสวงหาที่ลี้ภัยสามารถอุทธรณ์คำวินิจฉัยที่เป็นโทษนั้นต่อหน่วยงานในระดับที่สูงขึ้นไปได้ หากหน่วยงานผู้รับอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยเช่นเดิมก็สามารถดำเนินการเพื่อส่งบุคคลดังกล่าวออกนอกประเทศได้ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของประเทศนั้น ๆ ในกรณีที่รัฐผู้รับประเมินว่าผู้แสวงหาที่ลี้ภัยรายใดมีสถานภาพเป็นผู้ลี้ภัย บุคคลดังกล่าวย่อมได้รับประกันสิทธิต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯ และกฎหมายภายในของประเทศผู้รับนั้น

2.2 บทบาทขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัย

สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR) เป็นองค์การระหว่างประเทศที่มีบทบาทในการช่วยเหลือผู้ลี้ภัยในประเทศต่าง ๆ จัดตั้งขึ้นโดยธรรมนูญสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees) โดยในกรณีประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญาฯ นั้น UNHCR อาจเข้าไปมีบทบาทในกระบวนการรับรองสถานภาพผู้ลี้ภัยภายในประเทศต่าง ๆ ตามข้อ 35 ของอนุสัญญาฯ เพื่อให้ความช่วยเหลือและตรวจสอบกระบวนการรับรองสถานภาพผู้ลี้ภัยให้เป็นไปอย่างมีมาตรฐาน⁹

⁸ From Immigrants and refugees: Their similarities, differences, and needs, *International Migration*, 14(4), p. 267-280

⁹ From *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol: A commentary*, by A. Zimmermann, J. Dörschner, & F. Machts, 2011, Oxford University Press.



ส่วนกรณีของประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีสัญญาฯ บทบาทของ UNHCR จะจำกัดอยู่เท่าที่รัฐบาลของประเทศนั้น ๆ ยินยอม และตามพันธกรณีขั้นต่ำที่แต่ละประเทศมีภายใต้ธรรมนูญ UNHCR ซึ่งโดยมาก UNHCR จะดำเนินการช่วยเหลือผู้ลี้ภัยในสถานกักกันคนเข้าเมืองผ่านกิจการต่าง ๆ ซึ่งอาจรวมถึงการรับรองสถานภาพผู้ลี้ภัยเพื่อให้ความคุ้มครองระหว่างประเทศ (international protection) อย่างเป็นทางการจากกฎหมายภายในประเทศ และช่วยเหลือให้ผู้ลี้ภัยที่ได้รับรองสถานภาพได้กลับคืนถิ่น ได้รับอนุญาตให้มถิ่นที่อยู่ในประเทศผู้รับนั้น หรือส่งไปตั้งรกรากในประเทศที่สามต่อไป

2.3 แนวคิดสิทธิมนุษยชน (Human Rights)

การศึกษาพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับหลักสิทธิมนุษยชนและภาคีสัญญาระหว่างประเทศ โดยริชาร์ด รอตต์ ได้กล่าวว่า สิทธิมนุษยชนนั้นประกอบไปด้วยหลัก 6 ประการ ได้แก่

1. ทุกคนมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) เป็นสิทธิติดตัวทุกคนตามธรรมชาติตั้งแต่เกิด (Natural Rights)
2. คนทุกคนมีความเสมอภาคและห้ามการเลือกปฏิบัติ (Equality and non-discrimination)
3. สิทธิมนุษยชนเป็นของคนทุกคนโดยไม่เลือกเชื้อชาติ ศาสนา เพศ อายุ อาชีพ สถานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม สุขภาพ และความคิดเห็นต่าง ๆ (Universality)
4. สิทธิมนุษยชนเป็นองค์รวม ไม่อาจแยกเป็นส่วน ๆ ได้ และสัมพันธ์กัน (Indivisibility & Interdependently)
5. การมีส่วนร่วมและการเป็นส่วนหนึ่งของสิทธินั้น (Participation & Inclusion) หมายความว่า ประชาชนแต่ละคนหรือกลุ่มประชาชนหรือประชาสังคมย่อมมีส่วนร่วมอย่างแข็งขันในการเข้าถึงและได้รับประโยชน์จากสิทธิพลเมืองและการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม
6. ตรวจสอบได้และใช้หลักนิติธรรม (Accountability & the Rule of Law)

การจะเข้าใจความหมายของสิทธิมนุษยชนนั้น จำเป็นต้องเข้าใจหลักการต่าง ๆ ที่ถือเป็นองค์รวมของสิทธิมนุษยชนด้วย คือ สิทธิ (Rights) ซึ่งเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนตามธรรมชาติที่ได้เกิดมาเป็นมนุษย์ ซึ่งไม่มี¹⁰ ใครล่วงละเมิดได้ ทุกคนมีสิทธิมีชีวิตที่จะอยู่รอดอย่างมีเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ แม้กฎหมายยังไม่รองรับแต่สิทธิก็ยังมีอยู่ เสรีภาพ (Freedom) คือ การที่มนุษย์สามารถทำอะไรก็ได้ภายใต้ขอบเขตของศีลธรรมอันดีงามโดยไม่เบียดเบียนสังคม หรือไม่ล่วงล้ำสิทธิของบุคคลอื่นหรือส่วนรวม ซึ่งคำว่า สิทธิและเสรีภาพมักจะอยู่รวมกันดังปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ เพื่อแสดงออกทางความคิดและการปฏิบัติ

ผู้วิจัยมีแนวคิดว่าการยอมรับผู้ใดเป็น “ผู้ลี้ภัย” ไม่ว่าจะมีภัยทางการเมืองหรือการสู้รบมีความหมายต่อการเคารพสิทธิของมนุษย์ขั้นพื้นฐานเพิ่มขึ้นมากกว่าการช่วยเหลือทางมนุษยธรรมของผู้อพยพ ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในการปฏิบัติต่อผู้ลี้ภัย การให้ความช่วยเหลือผู้ลี้ภัยในฐานะเพื่อนมนุษย์ร่วมโลก และที่สำคัญเป็นผู้ที่หมดหนทางไป เราควรให้พวกเขาอาศัยอยู่ ไม่ผลักดันกลับไปเผชิญอันตรายให้ที่พักพิง และปัจจัยสี่ ซึ่งเป็นสิ่งที่เราหลีกเลี่ยงไม่ได้ รวมถึงสิทธิความเป็นมนุษย์ เช่น การศึกษาของบุตรหลาน การฝึกอาชีพ เป็นต้น

¹⁰ From Richard Rorty: *Philosophical Papers*, Set. 59-66, by R. Rorty, 2007.

สำหรับ “ผู้ลี้ภัย” มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัย ค.ศ. 1951 ในการปฏิบัติตามกฎหมาย ข้อบังคับ และมาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศที่ตนอาศัยอยู่ ซึ่งสถานภาพของผู้ลี้ภัยยังคงอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่ตนได้พำนักอาศัยด้วย แสดงให้เห็นว่าเป็นการยอมรับซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐที่มีอยู่เหนือบุคคลในดินแดนของตน ซึ่งรัฐที่ให้ที่พำนักจำเป็นต้องสงวนไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยในดินแดนของตนไว้ แต่ปัจจุบันก็มีผู้ลี้ภัยอีกจำนวนมากที่ไม่ได้มีสถานะทางกฎหมาย บุคคลกลุ่มเหล่านี้ต้องเผชิญกับการเลือกปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง มีความเสี่ยงต่อการถูกจับกุมและกักกัน การผลักดันสู่ภัยอันตราย (refoulement) และการแสวงหาประโยชน์ อีกทั้งยังประสบปัญหาการเข้าถึงความยุติธรรม และอาจมีผลกระทบต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน

อย่างไรก็ตาม การให้สถานะผู้ลี้ภัย รัฐจำเป็นต้องมีการกำหนดนโยบายหรือกฎหมายต่าง ๆ ที่ต้องยึดหลักแนวเขตแดนและความมั่นคง ดังนั้น การกำหนดแนวทางนโยบายของรัฐจึงต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ประกอบ การจัดทำนโยบายของรัฐด้วย ซึ่งหากเป็นการลี้ภัยจากการต่อสู้หรือการสู้รบ รัฐส่วนมากอาจมองถึงผลกระทบต่อเรื่องความมั่นคงของรัฐในการพิจารณา โดยการเสนอแนะนโยบายของรัฐที่เกี่ยวข้องกับผู้ลี้ภัยต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รัฐบาลและรัฐสภาจำเป็นต้องเน้นในมิติสิทธิมนุษยชนเป็นสำคัญและไม่อาจจะเลยแถมของ ความมั่นคงได้

กล่าวโดยสรุป หลักการจัดการเกี่ยวกับผู้ลี้ภัยสามารถแบ่งแยกได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่หนึ่ง การให้สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่ผู้ลี้ภัย และส่วนที่สอง การห้ามส่งบุคคลที่มีลักษณะเป็นผู้ลี้ภัยกลับสู่อันตรายหรือที่เรียกว่า หลักห้ามผลักดันกลับ (Non-refoulement Principle) การรองรับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้ลี้ภัยเป็นประเด็นสำคัญที่ทำให้หลายประเทศไม่ยอมรับหรือเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยหรืออนุสัญญาที่ใกล้เคียง เนื่องจากเกรงว่าการยอมรับสิทธิและเสรีภาพจะทำให้เกิดภาระแก่รัฐที่จะต้องให้การสนับสนุนและเลี้ยงดูผู้ลี้ภัย อีกทั้งสิทธิเสรีภาพบางประการที่กำหนดในตราสารระหว่างประเทศอาจมีระดับที่สูงกว่าสิทธิเสรีภาพที่กฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ รับรองให้แก่คนชาติของตน เช่น สิทธิในการให้การศึกษาหรือสิทธิในการให้การรักษาพยาบาล เป็นต้น นอกจากนี้ การให้สิทธิเสรีภาพแก่ผู้ลี้ภัยยังอาจนำมาซึ่งปัญหาที่ทำให้การควบคุมคนต่างด้าวเป็นไปด้วยความยากลำบากยิ่งขึ้น ในกรณีของประเทศไทยนั้นเป็นที่ชัดเจนว่าการยอมรับผู้ลี้ภัยยังเป็นไปในระดับที่ค่อนข้างต่ำเนื่องจากประเทศไทยมีปัญหาการอพยพเข้าเมืองของคนต่างด้าวเป็นจำนวนมากทั้งที่เข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และที่เข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายแต่พำนักในประเทศไทยเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในความรู้สึกของบุคคลทั่วไปอาจเหมารวมผู้หลบหนีเข้าเมืองประเภทต่าง ๆ เข้าด้วยกันโดยไม่แยกแยะเหตุแห่งการเข้าเมือง อีกทั้งการยอมรับให้สิทธิเสรีภาพยังอาจเป็นปัจจัยดึงดูด (pull factor) ให้คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยมากขึ้นเกินกว่าจำนวนที่สามารถจะรับได้ ในส่วนที่สองที่ว่าด้วยการห้ามผลักดันกลับนั้น หากยอมรับว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ประเทศไทยก็พึงปฏิบัติในฐานะที่เป็นหลักการที่ผูกพันทางกฎหมายกับทุกประเทศ

2.4 แนวความคิดเกี่ยวกับการนำนโยบายไปปฏิบัติ

การศึกษานโยบายสาธารณะ (Public Policy) นั้น อาจมีมุมมองได้หลากหลายตามแนวคิดของนักวิชาการต่าง ๆ เช่น รองศาสตราจารย์ ดร. มยุรี อนุมานราชชน ได้อธิบายว่า นโยบายสาธารณะเป็นกลไกสำคัญในการดำเนินงานของรัฐบาลและหน่วยงานภาครัฐ หรืออีกนัยคือ เป็นกิจกรรม แผนงาน โครงการต่าง ๆ ที่รัฐบาลจัดทำขึ้นเพื่อการแก้ไขปัญหาทั้งในระยะสั้นและระยะยาว สอดคล้องกับ ศาสตราจารย์ ดร. วรเดช จันทรรต ที่ได้อธิบายว่า นโยบายสาธารณะ หมายถึง แนวทางดำเนินงานของรัฐบาลที่รัฐบาลได้ตัดสินใจเลือกและกำหนดไว้



เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ โดยมีกระบวนการดำเนินงานที่ถูกต้อง เหมาะสม สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงและความต้องการของประชาชนหรือผู้ใช้บริการ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า นโยบายสาธารณะเป็นแนวทางหรือโครงการที่ภาครัฐกำหนดขึ้น เพื่อให้การดำเนินงานแก้ปัญหาของส่วนรวมบรรลุวัตถุประสงค์ตามเป้าหมาย และในส่วนของการนำนโยบายไปปฏิบัตินั้น ศาสตราจารย์ ดร. วรเดช จันทรรักษ์ อธิบายว่าการนำนโยบายไปปฏิบัติ หมายถึง การศึกษาเรื่องขององค์การที่รับผิดชอบสามารถนำและกระตุ้นให้ทรัพยากรทางการบริหารตลอดจนกลไกที่สำคัญทั้งหมด ปฏิบัติงานให้บรรลุตามนโยบายที่ระบุไว้หรือไม่ เพียงใด

ตัวแบบการนำนโยบายสาธารณะไปปฏิบัติ

ศาสตราจารย์ ดร. วรเดช จันทรรักษ์ เสนอตัวแบบเกี่ยวกับการนำนโยบายไปปฏิบัติ ไว้ 6 ตัวแบบ ได้แก่ ตัวแบบที่ยึดหลักเหตุผล (Rational Model) ตัวแบบทางด้านการจัดการ (Management Model) ตัวแบบทางด้านการพัฒนาองค์การ (Organization Development Model) ตัวแบบทางด้านการกระบวนการของระบบราชการ (Bureaucratic Processes Model) ตัวแบบทางการเมือง (Political Model) และตัวแบบเชิงบูรณาการ (Integrative Model) โดยตัวแบบการนำนโยบายสาธารณะของประเทศไทยไปปฏิบัติสามารถอธิบายด้วยตัวแบบ ดังนี้

1. ตัวแบบที่ยึดหลักเหตุผล (Rational Model)

ตัวแบบนี้มีข้อสมมติ (Assumption) ว่านโยบายที่ประสบความสำเร็จ จะต้องมีการกำหนดวัตถุประสงค์ และภารกิจที่ชัดเจน มีการมอบหมายงาน และกำหนดมาตรฐานการทำงานให้แก่หน่วยย่อยต่าง ๆ ขององค์การมีระบบวัดผลการปฏิบัติงาน ตลอดจนระบบการให้คืนให้โทษ เนื่องจากการนำนโยบายไปปฏิบัติต้องเริ่มต้นมาจากการกำหนดวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน เพื่อให้ผู้ปฏิบัติงานเข้าใจตรงกันว่าอะไรคือเป้าหมายหรือผลลัพธ์ที่ผู้กำหนดนโยบายต้องการ เมื่อผู้ปฏิบัติงานเข้าใจเป้าหมายและผลลัพธ์ที่ผู้กำหนดนโยบายต้องการได้อย่างชัดเจนแล้ว จะช่วยให้ผู้ปฏิบัติงานสามารถปฏิบัติงานตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายได้ตามหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับนโยบาย ช่วยให้การประสานงานเป็นไปอย่างราบรื่น อีกทั้งการกำหนดมาตรฐานการทำงานที่ชัดเจนยังช่วยให้เกิดระบบการประเมินผลการปฏิบัติงานที่ชัดเจน และการสร้างความเป็นธรรมในระบบจะช่วยเสริมให้มาตรฐานการปฏิบัติงานสูงขึ้นด้วย

2. ตัวแบบทางการเมือง (Political Model)

ตัวแบบนี้เชื่อว่าความสำเร็จของการนำนโยบายไปปฏิบัติเกิดจากความสามารถของผู้เล่น (Players) หรือบุคคลที่เป็นตัวแทนขององค์การ กลุ่ม หรือสถาบัน และความสัมพันธ์กับปัจจัยภายนอกองค์การ การนำนโยบายไปปฏิบัติเป็นเรื่องการเผชิญหน้า การจัดการความขัดแย้ง การแสวงหาผู้สนับสนุนหรือการยอมรับ การโฆษณาชวนเชื่อ การรู้จักสร้างเงื่อนไข การหาข้อต่อรองในการจัดสรรทรัพยากรระหว่างบุคคล กลุ่มบุคคล หน่วยงาน ตลอดจนองค์การต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ความเป็นไปได้ของความสำเร็จของนโยบายจึงขึ้นอยู่กับความสามารถในการเจรจา สถานะของอำนาจ และทรัพยากรที่มีอยู่ของหน่วยงานในฐานะที่จะใช้เป็นเครื่องมือต่อรองของบุคคลที่เป็นตัวแทนขององค์การ จำนวนหน่วยงานที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับนโยบาย การสนับสนุนจากนักการเมือง สื่อมวลชน กลุ่มอิทธิพล และกลุ่มผลประโยชน์ บุคคลสำคัญต่าง ๆ รวมถึงสภาพความแตกต่างทางด้านบุคลิกภาพ ความรู้ความสามารถ ความชำนาญในการต่อรองของผู้เล่นแต่ละคน

2.5 แนวคิดการเปลี่ยนแปลงความขัดแย้ง

John Paul Lederach เป็นผู้สนใจพัฒนาแนวความคิดทางทฤษฎีและปฏิบัติ เรื่อง การเปลี่ยนแปลงความขัดแย้งตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 1980 โดยเป็นผู้ริเริ่มใช้คำว่า “การเปลี่ยนแปลงความขัดแย้ง” (Conflict Transformation) กับความขัดแย้งทุกรูปแบบ มีจุดเน้นที่การสร้างเสริมความแข็งแกร่งให้แก่ความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคมทั้งในระดับความสัมพันธ์ซึ่งหน้าและระดับโครงสร้างทางสังคม อันเนื่องจากรากฐานความเชื่อที่ว่าความสัมพันธ์ของมนุษย์เป็นส่วนที่ลึกที่สุดของความขัดแย้ง ความสัมพันธ์ของมนุษย์เป็นสิ่งที่ให้กำเนิดความขัดแย้งและยังเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้ความสัมพันธ์ทางสังคมมีพลวัตอีกด้วย

อย่างไรก็ดี Lederach ยังพบว่า สาเหตุรากฐานของความขัดแย้งทางสังคมชนิดต่าง ๆ โดยเฉพาะความขัดแย้งทางสังคมที่มีลักษณะยืดเยื้อ (Protracted conflict) มักมาจากภาวะที่ความสัมพันธ์ของมนุษย์ทั้งในระดับความสัมพันธ์ซึ่งหน้าและระดับโครงสร้างที่เป็นผืนดินที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งนั้นมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ทางอำนาจที่ไม่สมดุลกันและไม่เท่าเทียมอย่างลึกซึ้ง ซึ่งแนวทางการแปลงเปลี่ยนความขัดแย้งมีลักษณะหรือองค์ประกอบ 6 ด้าน ได้แก่

1. การมองเห็นและตอบสนอง (To Envision and Respond) แนวทางการเปลี่ยนแปลง (transformational - approach) มีจุดเริ่มต้นจากการยอมรับอคติที่เชื่อว่าความขัดแย้งอาจเป็นปัจจัยกระตุ้นให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทางสร้างสรรค์และการกระทำที่เป็นการตอบสนองต่อความขัดแย้งโดยไม่ใช้ความรุนแรง

2. การลดและทำให้ความขัดแย้งเลื่อนไหล (Ebb and Flow) การยอมรับว่าความขัดแย้งไม่ได้แยกออกจากความสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงความขัดแย้งในทางสร้างสรรค์จะต้องเกิดจากความเข้าใจความขัดแย้ง ทั้งนี้ แนวการศึกษาการเปลี่ยนแปลงความขัดแย้งจะทำให้เราเข้าใจว่าความขัดแย้งไม่ได้ดำรงอยู่ลำพัง แต่ดำรงอยู่อย่างมีแบบแผน ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะถูกเข้าใจได้ทั้งในระดับการนำเสนอประเด็นและแบบแผนในระดับกว้าง เพื่อให้สามารถมองเห็นแนวทางในการเปลี่ยนแปลงความขัดแย้งได้

3. เป็นโอกาสเพื่อชีวิต (Life - Giving Opportunities) ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นอาจเป็นปัจจัยที่ขับเคลื่อนให้เกิดการปรับเปลี่ยนความสัมพันธ์ทางสังคมความขัดแย้งจึงมีความสำคัญต่อสังคมมนุษย์ในแง่ที่ความขัดแย้งอาจกำหนดการดำเนินความสัมพันธ์และพลวัตแก่โครงสร้างความสัมพันธ์ทางสังคม

4. กระบวนการเปลี่ยนแปลงเชิงสร้างสรรค์ (Constructive Change Process) แนวทางเปลี่ยนแปลงความขัดแย้งเป็นการแทรกแซงกระบวนการทำลายล้างที่ก่อให้เกิดความสร้างสรรค์และเป็นประโยชน์

5. การลดความรุนแรงและเพิ่มพูนความยุติธรรม (Reduce Violence and Increase Justice) แนวทางเปลี่ยนแปลงความขัดแย้งมีจุดมุ่งเน้นที่การพิจารณาความสัมพันธ์รูปแบบต่าง ๆ เพื่อที่จะลดความขัดแย้งและความรุนแรงลง ซึ่งจำต้องพิจารณาทั้งประเด็นความขัดแย้งเฉพาะหน้าและสาเหตุเชิงลึกที่โดยมากเป็นสาเหตุจากความสัมพันธ์ทางอำนาจที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยในกระบวนการเพิ่มพูนความยุติธรรม ประชาชนจะต้องเข้าถึงและมีสิทธิ์มีเสียงในการตัดสินใจสิ่งที่จะมากระทบกับวิถีการดำเนินชีวิต ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงในทางสร้างสรรค์และยั่งยืน

6. ปฏิสัมพันธ์ทางตรงและโครงสร้างทางสังคม (Direct Interaction and Social Structures) การเปลี่ยนแปลงความขัดแย้งมองสันติภาพในฐานะศูนย์กลางและรากฐานในคุณภาพของความสัมพันธ์ ซึ่งความสัมพันธ์เหล่านี้มีสองมิติ คือ ปฏิสัมพันธ์แบบซึ่งหน้า (face to face) และโครงสร้างความสัมพันธ์ทางสังคม อันหมายถึง วิถีทางที่เราสร้างสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม ซึ่งภายในความสัมพันธ์ทุกรูปแบบย่อมเกิดการปรับเปลี่ยนไปอยู่ตลอดเวลา ดังนั้น การลดความรุนแรงและเพิ่มพูนความยุติธรรมที่กล่าวถึงข้างต้นจำต้องพิจารณา

กระบวนการเปลี่ยนแปลงความขัดแย้งในทุกระดับ ทั้งการเผชิญหน้าระหว่างบุคคล ระหว่างกลุ่ม และในระดับโครงสร้างทางสังคมตั้งแต่ระดับครอบครัวจนถึงระบบโครงสร้างที่ซับซ้อนขึ้น

แนวคิดเปลี่ยนแปลงความขัดแย้งมักถูกวิจารณ์ถึงลักษณะที่เป็นนามธรรมอยู่มาก ซึ่งหากการเปลี่ยนแปลงจะเกิดขึ้นนั้น อาจจะต้องพิจารณาเงื่อนไขสนับสนุนหรือข้อจำกัด การเปลี่ยนแปลง เช่น ปัจจัยภายใน (ฝ่ายต่าง ๆ ในความขัดแย้ง) ปัจจัยด้านความสัมพันธ์ในระดับโครงสร้างพฤติกรรมระหว่างคู่กรณีของฝ่ายต่าง ๆ ปัจจัยภายนอก และปัจจัยสภาพแวดล้อมด้วย

3. ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษานี้ได้เลือกใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพมาวิเคราะห์ข้อมูล โดยการเก็บข้อมูลปฐมภูมิจากผู้ให้ข้อมูลสำคัญต่าง ๆ (key informants) ผ่านการสัมภาษณ์เชิงลึกแบบกึ่งโครงสร้าง (Semi structure in-depth interview) ซึ่งผู้วิจัยได้คัดเลือกเก็บข้อมูลผู้ลี้ภัยทางการเมืองคนไทยที่อาศัยในประเทศฝรั่งเศส จำนวน 7 ราย และนอกจากกลุ่มตัวอย่างผู้ให้ข้อมูลที่เป็นผู้ลี้ภัยแล้ว ผู้วิจัยได้ทำการสัมภาษณ์เก็บข้อมูลจากผู้แทนองค์กรพัฒนาเอกชน 2 แห่ง ที่ได้ดำเนินกิจกรรมให้ความช่วยเหลือผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศด้วย เพราะการช่วยเหลือในระยะเริ่มต้นนั้น กลุ่มผู้ลี้ภัยเหล่านี้ไม่ได้มีสถานะบุคคลตามกฎหมาย หรือมีหมายจับ หรือไม่มีเอกสารสำคัญในการเดินทางไปยังประเทศปลายทาง แต่เหตุใดองค์กรเอกชนเหล่านี้จึงเข้ามาช่วยเหลือ ซึ่งคงหนีไม่พ้นในเรื่องของการช่วยเหลือโดยคำนึงถึงด้านสิทธิมนุษยชนเป็นหลัก

ผู้วิจัยได้นัดหมายผู้ให้สัมภาษณ์ ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส ในช่วงระหว่างวันที่ 24 ธันวาคม 2562 ถึง วันที่ 3 มกราคม 2563 โดยได้จัดเตรียมคำถามหลักของการสัมภาษณ์ไว้เป็นมาตรฐานซึ่งใช้ในการถามกลุ่มตัวอย่างผู้ลี้ภัยที่ถูกสัมภาษณ์ทุกราย และมีคำถามเพิ่มเติมที่มีการปรับเปลี่ยนไปตามเนื้อหาของการสัมภาษณ์ของแต่ละกลุ่มตัวอย่างผู้ลี้ภัย เช่น (1) ที่มาของการเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมืองเริ่มต้นจากอะไร มีจุดประสงค์เพื่อหาคำตอบถึงความเป็นมาของการเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมือง แนวความคิดและสิ่งที่ทำให้กลายมาเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมือง เพื่อดูให้เห็นภาพรวมของที่มาที่ไปในการกลายเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมือง (2) การให้ความช่วยเหลือในการเริ่มต้นของการลี้ภัย มีหน่วยงานใดบ้างที่ให้ความช่วยเหลือ มีจุดเริ่มต้นอย่างไรบ้าง และมีการวางแผนการลี้ภัยอย่างไรบ้าง มีจุดประสงค์เพื่อหาคำตอบถึงการช่วยเหลือของบุคคลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ลี้ภัยทางการเมือง รวมทั้งหาคำตอบถึงจุดเริ่มต้น วิธีการและการวางแผนในการเลือกหนทางหนีเอาตัวรอดจากประเทศต้นทาง และยุทธศาสตร์ในการวางแผนการลี้ภัย (3) ผู้ลี้ภัยที่มีสถานะทางสังคมแตกต่างกันมีผลต่อการขอลี้ภัยหรือไม่ อย่างไร มีจุดประสงค์เพื่อหาคำตอบในการอธิบายปัจจัยอะไรบ้างที่มีผลต่อการขอลี้ภัยทางการเมือง ซึ่งจากคำถามหมายรวมถึงสถานะทางสังคม ความแตกต่างของผู้ลี้ภัยที่เป็นบุคคลสาธารณะกับผู้ลี้ภัยที่ไม่ได้เป็นบุคคลสาธารณะมีความแตกต่างกันหรือไม่อย่างไร (4) ประเทศไทยที่อยากเห็นในมุมมองของผู้ลี้ภัยทางการเมืองคืออะไร และความต้องการต่อการกำหนดนโยบายของรัฐบาลไทยเป็นอย่างไรบ้าง มีจุดประสงค์เพื่อหาคำตอบถึงความต้องการที่แท้จริงของผู้ลี้ภัยทางการเมืองต่อการกำหนดแนวนโยบายของรัฐ ซึ่งนโยบายรัฐของประเทศต้นทางมีผลเป็นการผลักดันให้พวกเขาเหล่านี้เกิดการลี้ภัย ทั้งนี้ การรับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่ได้รับผลกระทบและการแสวงหาข้อเท็จจริงจะนำไปสู่การกำหนดนโยบายต่อผู้ลี้ภัยทางการเมืองได้อย่างเหมาะสมตามของบริบทสังคม เป็นต้น โดยได้นำข้อมูลจากการสัมภาษณ์มาศึกษาวิเคราะห์ เปรียบเทียบและเชื่อมโยงประเด็นต่าง ๆ เพื่อให้เห็นถึงความเหมือน

และความต่างของข้อมูลที่ได้รับจากการค้นคว้าทางเอกสาร การสังเกตการณ์ และการสัมภาษณ์ผู้ให้ข้อมูลสำคัญ

4. ที่มาของการกลายเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมืองและยุทธศาสตร์การเอาตัวรอด

จากการเก็บข้อมูลกลุ่มตัวอย่างพบว่า กลุ่มตัวอย่างมีจุดเริ่มต้นของการเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมืองมาจากการรัฐประหารยึดอำนาจโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 และกลุ่มผู้ลี้ภัยเหล่านั้นถูกออกหมายจับในข้อหาฝ่าฝืนคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) และหมายจับข้อหาหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ ซึ่งเป็นนักกิจกรรมที่เคลื่อนไหวทางการเมือง ผู้นำทางการเมือง และศิลปิน โดยลักษณะการนำนโยบายมาปฏิบัติของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) มีลักษณะการดำเนินนโยบายที่มีการใช้คำสั่งชัดเจนโดยตรง สามารถอธิบายได้ในลักษณะของตัวแบบหลักทฤษฎีเชิงเหตุผล (Rational Model) โดยกระบวนการการทำงานของนโยบายซึ่งสามารถอธิบายได้ใน 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีชนชั้นผู้นำ (Elite theory) และทฤษฎีตัวแบบเชิงเหตุผล (Rational Model)¹¹ กล่าวคือ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ในฐานะชนชั้นผู้นำจะเป็นคนกำหนดนโยบายจากความปรารถนาและความต้องการของชนชั้นผู้นำประเทศ เนื่องจากประเทศถูกปกครองด้วยระบอบอำนาจนิยมของผู้ปกครองประเทศเพียงคนเดียว ดังนั้น จะเห็นได้ว่าประชาชนที่มีความเห็นต่างจะมีทางเลือกไม่มากนัก ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความไม่ปลอดภัยหรือความกังวลที่เกิดขึ้น จึงทำให้เกิดการลี้ภัยเพื่อการเอาตัวรอด

กลุ่มตัวอย่างผู้ลี้ภัยได้เลือกหนทางในการหนีเอาตัวรอด โดยใช้กระบวนการลี้ภัยหรือช่องทางหลบหนีในลักษณะแบบไม่เป็นทางการ เพื่อเป็นการเอาตัวรอดจากประเทศต้นทางโดยใช้เส้นทางธรรมชาติเข้าสู่ประเทศปลายทาง และมีบางกลุ่มตัวอย่างมีการวางแผนเตรียมการลี้ภัยไว้ล่วงหน้า กลุ่มตัวอย่างกลุ่มนี้จะไม่ได้เดินทางผ่านช่องทางธรรมชาติ เนื่องจากมีวีซ่าที่สามารถเดินทางโดยเครื่องบินเพื่อเข้าสู่ประเทศปลายทางในฐานะนักท่องเที่ยวแล้วดำเนินการยื่นขอสถานะผู้ลี้ภัยหลังจากได้มาถึงประเทศปลายทางแล้ว (ปกปิดข้อมูลกลุ่มตัวอย่างผู้ให้สัมภาษณ์)

การดำรงชีวิตเมื่อเป็นผู้ลี้ภัย มีการใช้ชีวิตที่ลำบากตามสภาพของประเทศที่ได้เดินทางไป แม้จะได้รับการช่วยเหลือจากกลุ่มบุคคลที่กลุ่มผู้ลี้ภัยมีเครือข่ายอยู่บ้าง สำหรับกลุ่มตัวอย่างผู้ลี้ภัยที่มีความรู้ในด้านต่าง ๆ ก็จะใช้วิชาชีพที่ติดตัวไปเป็นอาชีพในการประกอบครองชีวิตให้เดินต่อไปได้ เช่น การรับจ้างสอนหนังสือ การรับจ้างเล่นดนตรี การดำรงชีวิตด้วยการทำเกษตรกรรม การหาเงินผ่านช่องทาง Social media เป็นต้น การอยู่อาศัยจะมีลักษณะอยู่รวมกันในบ้าน ซึ่งไม่มีความช่วยเหลืออย่างเป็นทางการหรือประจำจากหน่วยงานหรือองค์กรใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งสะท้อนความเป็นชายขอบ (Marginalized Persons) ของกลุ่มผู้ลี้ภัยในกระบวนการนโยบาย

“การต้องจากบ้านเมืองไปอาศัยอยู่อย่างหลบ ๆ ซ่อน ยอมรับว่าไม่ค่อยมีความสุข และเคยตกอยู่ในภาวะซึมเศร้า โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังเกิดเหตุเพื่อนผู้ลี้ภัยสูญหายและเสียชีวิต”

“ตอนที่พวกเราลี้ภัยไปยังประเทศเพื่อนบ้าน พวกเราต้องอยู่รวมกันในบ้านแบบรวมกัน ทุกคนต้องจ่ายเงินเข้ากองกลางวันละ 40 บาท เพื่อมาเป็นรายจ่ายในบ้านและค่าอาหาร นอกเหนือจากทุนที่ผู้มีอุปการคุณช่วยจนเจือสนับสนุนมาบ้าง”

¹¹ จาก ทฤษฎีการนำนโยบายไปปฏิบัติ An Integrated Theory of Public Policy Implementation, โดย วรเดช จันทรร, 2548, กรุงเทพฯ: หจก. สหายบล็อกและการพิมพ์ จำกัด.



การดำรงชีวิตมีลักษณะที่ไม่แน่นอนและต้องย้ายที่อยู่ต่อเนื่องเพื่อความปลอดภัย

“แรก ๆ ชีวิตความเป็นอยู่ค่อนข้างลำบาก เราต้องยืนอยู่บนลำแข้งของตัวเอง เพราะเราไม่ได้ติดต่อกับครอบครัวเลย เพราะเป็นห่วงความปลอดภัยของพวกเขา เมื่อมาถึงฝรั่งเศสแรก ๆ ก็มีกลุ่มคนเสื้อแดงที่เมตตาให้ที่พักอยู่ฟรี ๆ และบางครั้งต้องย้ายจากที่หนึ่งไปอีกที่หนึ่งเรื่อย ๆ โดยอยู่ที่ละเดือนสองเดือนบ้าง อีกทั้งยังต้องทำงานเพื่อหาเงินในการเลี้ยงชีพให้ตัวเอง”

ผู้ลี้ภัยทางการเมืองเหล่านี้ไม่มีทางเลือกมากนัก ดังนั้น หลังจากพิจารณาข้อดีข้อเสียของประเทศที่จะไปลี้ภัยแล้ว ผู้ลี้ภัยมักจะเลือกการลี้ภัยในประเทศที่ตนเองคุ้นเคย เช่น การเดินทางไปลี้ภัยในประเทศเพื่อนบ้าน เพราะใกล้กับประเทศไทย มีความคุ้นเคยกับพื้นที่ สภาพสังคม และวัฒนธรรม ซึ่งสามารถใช้ชีวิตและปรับตัวในการใช้ชีวิตได้อย่างไม่ลำบาก

“เราต้องมีการเตรียมความคิดว่า ถ้าเราไปอยู่ประเทศอื่นจะอยู่ได้หรือไม่ จะไปยุโรปได้ไหม ไปอเมริกาจะอยู่ได้ไหม หรือเอาง่าย ๆ อยู่ใกล้ ๆ อย่างประเทศเพื่อนบ้านจะอยู่ได้ไหม เพราะคนไทยปรับตัวเข้ากับอาหารประเทศอื่นยาก ปรับตัวเข้ากับวัฒนธรรมประเทศอื่นยาก คนไทยส่วนใหญ่จึงไม่หนีไปไกลจากประเทศไทยมากนัก” ผู้ลี้ภัยทางการเมืองที่เคยเป็นอดีตแกนนำนักกิจกรรมทางการเมืองได้ให้ข้อมูลเพิ่มเติมในการสัมภาษณ์

องค์กรเอกชนได้ให้ความช่วยเหลือแก่พวกเขาในกระบวนการยืนยันสถานภาพผู้ลี้ภัย และเดินทางไปยังประเทศปลายทางได้อย่างปลอดภัย โดยให้ความสำคัญไม่เพียงแต่เรื่องกฎหมาย แต่ยังรวมถึงความเร่งด่วนในเรื่องความปลอดภัยในชีวิตของแต่ละกรณี ผู้ลี้ภัยที่เป็นนักร่อนนำของวอนดนตรีเล่าให้ฟังว่า

“เราทั้งสี่คนไม่มีหนังสือเดินทาง เรามาที่นี่ (ฝรั่งเศส) โดย *laisse-passer* (เอกสารที่อนุญาตให้เข้าประเทศเป็นพิเศษ) ที่ออกโดยสถานทูตฝรั่งเศสในประเทศต้นทาง โครงการความช่วยเหลือผู้ลี้ภัยระหว่างประเทศ (International Refugee Assistance Project หรือ IRAP) ได้ประสานงานกับสถานทูตเพื่อรับมาช่วยเหลือพวกเรา”

สอดคล้องกับการให้ข้อมูลของเจ้าหน้าที่องค์กรเอกชนที่มองว่าเป็นการช่วยเหลือโดยใช้หลักสิทธิมนุษยชนเป็นหลัก

“เราจะช่วยเหลือใคร เรามีกระบวนการทั้งหมด 3 อย่างหลัก ๆ อย่างแรก คุณจะเป็นผู้ลี้ภัยได้ ต้องมีเหตุผลในการถูกกีดกันจากประเทศต้นกำเนิดในการเข้าถึงสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่อย่างปกติ อย่างที่สอง คือรัฐบาลเจ้าของที่ลี้ภัยอนุญาตให้หนีมาได้ และอย่างทีสาม มีการกระทำที่เป็นอันตรายอย่างย่งที่กระทบต่อชีวิต”

“บางทีพวกเขาอาจคิดว่าผู้ลี้ภัยเป็นตัวก่อปัญหา ทำไมเราจะต้อนรับพวกเขาด้วย ความคิดแบบนี้ยังคงมีอยู่ในผู้กำหนดนโยบายของประเทศและองค์กรที่เกี่ยวข้อง เราก็พยายามอธิบายเหตุผลและความจำเป็นในการช่วยเหลือผู้ลี้ภัย” เจ้าหน้าที่คนดังกล่าว กล่าวย้ำอีกครั้ง

การช่วยเหลือขององค์กรเอกชนจะรวมถึงการช่วยเหลือในการดำเนินการเรื่องอื่น ๆ ด้วย หนึ่งในผู้ลี้ภัยที่เป็นผู้หญิงข้ามเพศได้ให้ข้อมูลในการช่วยเหลือขององค์กรเอกชนที่เธอได้รับว่า

“องค์กรนี้ ช่วยทำเอกสาร จนมีสิทธิเข้าถึงฮอโม¹² และเข้าถึงสิทธิด้านอื่น ๆ จนกระทั่งได้เริ่มเรียนภาษาฝรั่งเศส การไม่รู้ภาษาฝรั่งเศสเป็นอุปสรรคหลักของการเข้าถึงสิทธิและข้อมูล”

ผู้ลี้ภัยทั้งหมดมีความกังวลในเรื่องภาษาและวัฒนธรรมที่ต้องมีการปรับตัว

“อุปสรรคใหญ่ ๆ ของการลี้ภัยในฝรั่งเศส คือ ภาษาฝรั่งเศส ถ้าคุณพูดฝรั่งเศสไม่ได้ คุณจะอยู่ที่นั่นอย่างลำบากมาก เพราะคนฝรั่งเศสไม่สนใจที่จะพูดภาษาอังกฤษ ป้ายตามถนนหนทาง รถไฟฟ้า ก็ล้วนเป็นภาษาฝรั่งเศส การติดต่อราชการฝรั่งเศสเพื่อดำเนินเรื่องการลี้ภัย ก็ต้องใช้ภาษาฝรั่งเศส”

ส่วนการเคลื่อนไหวทางการเมืองการลี้ภัยในประเทศฝรั่งเศส กลุ่มตัวอย่างผู้ลี้ภัยทั้งหมดสามารถทำกิจกรรมทางการเมืองได้อย่างเปิดเผย

“โดยหลักการแล้วการเป็นผู้ลี้ภัยมีข้อห้ามเคลื่อนไหวทางการเมือง ซึ่งขัดกับธรรมชาติของผู้ลี้ภัย ผู้ลี้ภัยส่วนใหญ่หนีมาเพื่อการต่อสู้ แต่ประเทศต่าง ๆ ก็ไม่ได้เข้มงวดอะไรมาก เคลื่อนไหวทางการเมืองหรือทำกิจกรรมทางการเมืองได้ แต่อย่าผิดกฎหมายประเทศเขา”

“เรื่องความปลอดภัยในการติดตามจากรัฐไทย ไม่ค่อยมีความกังวลเท่าการอยู่ในประเทศที่ 2 ที่ต้องหลบ ๆ ซ่อน ๆ เหมือนเราไร้ตัวตน อยู่ที่นี่ก็ระมัดระวังตัวตามปกติ ในประเทศพัฒนาแล้วอย่างประเทศฝรั่งเศส ความผิดเกี่ยวกับการทำร้ายชีวิตร่างกายเป็นเรื่องใหญ่มาก จึงไม่ค่อยเป็นห่วงเท่าไร”

ตารางสรุปยุทธศาสตร์การเอาตัวรอดของผู้ลี้ภัยทางการเมืองฯ

ยุทธศาสตร์ การเอาตัวรอด	กลุ่มผู้ลี้ภัย ที่ไม่ได้วางแผนล่วงหน้า	กลุ่มผู้ลี้ภัย ที่ได้วางแผนไว้ล่วงหน้า
การดำรงชีวิต ในฐานะผู้ลี้ภัย	ใช้กระบวนการลี้ภัยหรือช่องทาง หลบหนีในลักษณะที่ไม่เป็นทางการ เช่น ช่องทางธรรมชาติ	เดินทางโดยเครื่องบิน โดยใช้วีซ่านักท่องเที่ยว ที่มีอยู่แล้ว
เอกสารสำคัญใน การเดินทาง	ไม่มีเอกสารสำคัญในการเดินทางติดตัวมา แต่มีองค์กรเอกชน ช่วยดำเนินการ ประสานงานกับประเทศปลายทาง และ หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อออกเอกสาร รับรองการเดินทางชั่วคราว	มีการจัดเตรียมเอกสาร สำคัญ ในการเดินทางไว้
ค่าใช้จ่าย การเดินทาง	มีการสนับสนุน จากองค์กรเอกชนและกลุ่มคนในเครือข่าย	รับผิดชอบเอง
การดำรงชีวิต ในฐานะผู้ลี้ภัย	ใช้ชีวิตที่ติดตัวไปเป็นอาชีพ ในการประกอบประกอบชีวิต ให้เดินต่อไปได้ เช่น การดำรงชีวิตด้วยการทำ เกษตรกรรม การหาเงินผ่านช่องทาง Social media เป็นต้น	ใช้ชีวิตที่ติดตัวไปเป็นอาชีพ

¹² โปรดศึกษาเพิ่มเติม “บุคคลข้ามเพศต้องมีการยอมรับการรับฮอร์โมนเพื่อเปลี่ยนผ่านเพื่อการแปลงเพศหรือปรับเปลี่ยนรูปลักษณ์ให้ตรงกับเพศภาวะ (Gender-Affirming Health Services)”, สืบค้นจาก <https://weareaptn.org/wp-content/uploads/2018/11/rbap-hhd-2018-trans-health-blueprint-thai.pdf>.



5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การที่คนไทยต้องลี้ภัยไปต่างประเทศ เนื่องจากความขัดแย้งทางการเมือง ศาสนา และวัฒนธรรม อีกทั้งกฎหมายไทยยังมีบทบัญญัติหลายมาตราที่ผูกโยงกับความมั่นคงของรัฐ ซึ่งปิดกั้นการแสดงความคิดเห็นอย่างเสรีเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 ซึ่งพวกเขาเหล่านั้นเชื่อว่ากระบวนการยุติธรรมในประเทศไทยไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้ จึงเป็นปัญหาหลักของประเทศไทย คือ รัฐไทยมีกฎหมายจัดการผู้เห็นต่างจากรัฐ การลี้ภัยส่วนใหญ่จะเกิดขึ้นหลังจากการรัฐประหาร และมีการใช้กฎหมายพิเศษเป็นกลไกในการรักษาอำนาจของผู้มีอำนาจในสังคม โดยให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปราบปรามหรือกระทำการใด ๆ ที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รากเหง้าของปัญหาผู้ลี้ภัยทางการเมืองจึงเกิดจากความขัดแย้งทางความคิดของผู้คนในสังคมที่กลายเป็นข้ออ้างและถูกจัดการด้วยการใช้อำนาจรัฐในการจัดการกับคนที่เห็นต่าง

จากการศึกษาพบว่า ที่มาของการเป็นผู้ลี้ภัยทางการเมืองมาจากการรัฐประหารยึดอำนาจโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) และหมายจับข้อหาหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ ซึ่งกลุ่มตัวอย่างผู้ลี้ภัย เป็นนักกิจกรรมที่เคลื่อนไหวทางการเมือง ผู้นำทางการเมือง และศิลปินที่มีความเห็นต่างจากรัฐ โดยรากเหง้าของปัญหาของผู้ลี้ภัยทางการเมืองเกิดจากความไม่เท่าเทียมของระบบสังคมไทย จึงเกิดความรู้สึกของฝ่ายที่เสียเปรียบต้องออกมาเรียกร้องซึ่งนำไปสู่ความขัดแย้ง โดยเห็นว่าการออกนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาลี้ภัยทางการเมืองเพื่อนำไปสู่การปฏิบัติ นั้น สามารถใช้ตัวแบบทางการเมือง (Political Model) ซึ่งตัวแบบนี้เชื่อว่าความสำเร็จของการนำนโยบายไปปฏิบัติเกิดจากความสามารถของผู้เล่น (Players) หรือบุคคลที่เป็นตัวแทนของ องค์กร กลุ่ม หรือสถาบัน และความสัมพันธ์กับปัจจัยภายนอกองค์การ ในกรณีนี้ก็คืออุดมการณ์ ความคิดของผู้ลี้ภัย ซึ่งถือเป็นความต้องการในการกำหนดปัญหาและผู้มีอำนาจในการกำหนดนโยบาย เพื่อสนับสนุนต่อแนวคิดและอุดมการณ์ข้างต้น ซึ่งต้องใช้ความสามารถของผู้มีหน้าที่ในการกำหนดแนวนโยบายที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์กับทุกฝ่าย การนำนโยบายไปปฏิบัติเป็นเรื่องการเผชิญหน้า การจัดการความขัดแย้ง การแสวงหาผู้สนับสนุนหรือการยอมรับ การหาข้อต่อรองในการจัดสรรทรัพยากรระหว่างบุคคล กลุ่มบุคคล หน่วยงาน ตลอดจนองค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ความเป็นไปได้ของความสำเร็จของนโยบายจึงขึ้นอยู่กับความสามารถในการเจรจา สถานะของอำนาจและทรัพยากรที่มีอยู่ของหน่วยงานในฐานะที่จะใช้เป็นเครื่องมือต่อรองของบุคคลที่เป็นตัวแทนขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับนโยบาย การสนับสนุนจากนักการเมือง สื่อมวลชน กลุ่มอิทธิพลและกลุ่มผลประโยชน์ บุคคลสำคัญต่าง ๆ รวมถึงสภาพความแตกต่างทางด้านบุคลิกภาพ ความรู้ความสามารถ ความชำนาญในการต่อรองของผู้เล่นแต่ละคน โดยอาจใช้แนวคิดเปลี่ยนแปลงความขัดแย้งตามแนวทางของ John Paul Lederach¹³ ซึ่งมีจุดเด่นที่สำคัญคือเป็นแนวคิดที่พัฒนาขึ้นเพื่อใช้ได้ดีกับความขัดแย้งที่มีลักษณะเหมาะสมและความขัดแย้งรุนแรงที่ยืดเยื้อและมีจุดมุ่งเน้นที่ตัวความขัดแย้งในแง่มุมต่าง ๆ ทั้งลักษณะและบริบทที่ความขัดแย้งฝังตัวอยู่ แนวคิดเปลี่ยนแปลงความขัดแย้งดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงระดับบุคคลที่อาจถูกเหนี่ยวรั้ง (constrained) โดยบริบทเชิงโครงสร้าง ในขณะที่เดียวกันการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในระดับพฤติกรรมทางสังคม (social action) ก็เป็นเงื่อนไขของการผลิตซ้ำ เงื่อนไขทั้งสองระดับจึงมีความสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงความขัดแย้ง หากความขัดแย้งเกิดขึ้นจากโครงสร้างทางสังคมอันเอื้อโอกาสเฉพาะกลุ่มคนบางกลุ่ม จะหลีกเลี่ยงการเข้าไปเปลี่ยนแปลงโครงสร้างเหล่านั้นไม่ได้ แม้ว่าจะเป็นเพียงการตั้งคำถามและท้าทายความชอบธรรมของโครงสร้างเหล่านั้นด้วยการ

¹³ From *Preparing for peace: Conflict transformation across cultures*, by J. P. Lederach, 1996, Syracuse University Press

สร้างความตระหนักและการแสดงออกของตัวแสดงที่เป็นปัจเจกและชุมชน จึงต้องเปลี่ยนแปลงปัจจัยที่เกี่ยวข้อง 2 อย่าง ดังนี้

(1) ปัจจัยภายใน (ฝ่ายต่าง ๆ ในความขัดแย้ง) เป็นปัจจัยที่จะต้องศึกษาระบบการตัดสินใจของกลุ่มต่าง ๆ ในความขัดแย้ง รวมทั้งความต้องการแปลงเปลี่ยนความขัดแย้งที่พวกเขาเกี่ยวข้องอยู่ เช่น ปัจจัยเชิงยุทธศาสตร์ เป้าหมาย (ends) และวิธีการ (means) หรือวิธีในการบรรลุเป้าหมาย ปัจจัยเชิงองค์กรและการเปลี่ยนแปลงภายในองค์กร เป็นการพิจารณาการจัดองค์กร โดยเฉพาะการสร้างสมดุลทางอำนาจภายในกลุ่มของฝ่ายต่าง ๆ ที่ขัดแย้งซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญที่จะส่งผลที่ดีต่อการเปลี่ยนผ่าน และประการสุดท้าย ปัจจัยโครงสร้างภายในสังคม ได้แก่ โครงสร้างด้านเศรษฐกิจ ภูมิศาสตร์ และลักษณะทางสังคมวัฒนธรรม

อีกทั้งการกำหนดนโยบายรัฐเพื่อส่งเสริมสังคมพหุวัฒนธรรม เคารพในความแตกต่างหลากหลายทางชาติพันธุ์ ศาสนา ภาษา อัตลักษณ์ วัฒนธรรม ถิ่นกำเนิด ความเชื่อ และอุดมการณ์ เพื่อให้เกิดการจัดความเหลื่อมล้ำทั้งด้านสิทธิ โอกาส อำนาจ และศักดิ์ศรี ตลอดจนลดปัจจัยเสี่ยงต่อชีวิตและทรัพย์สิน รวมทั้งเสริมสร้างระบบสวัสดิการทางสังคมแก่ประชาชน เพราะเชื่อว่าการแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมต้องใช้กระบวนการประชาธิปไตยและความยุติธรรมบนฐานการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วนตามแนวทางสันติวิธี และรัฐต้องมีหน้าที่อำนวยความสะดวกอย่างเท่าเทียม ต้องไม่ใช่วิธีการแก้ไขโดยใช้กำลังหรืออำนาจเผด็จการที่ไม่เป็นไปตามครรลองประชาธิปไตย หรือกระทำการใด ๆ ให้ประชาชนหวาดกลัวและจำยอม และประการสำคัญ รัฐต้องไม่สร้างเงื่อนไขที่ฝ่ายผู้มีอำนาจสร้างขึ้นมา แต่ควรดำเนินการใช้วิธีพูดคุย ซึ่งจะต้องก้าวข้ามมายาคติว่าอีกฝ่ายจะฆ่าล้างเรา ทำลายเรา ไม่รักชาติ ซึ่งบทบาทของรัฐควรมุ่งจัดการเรื่องงบประมาณ และเน้นการกระจายอำนาจไปยังประชาชน เมื่อประชาชนมีอำนาจ สามารถจัดการกับชีวิตตัวเองได้เต็มตามศักยภาพ รัฐมองประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน และเคารพศักดิ์ศรีและสิทธิเสรีภาพของทุกคน ความหวาดระแวงและความขัดแย้งก็จะลดลง และสามารถอยู่ร่วมกันได้

(2) ปัจจัยภายนอก/ปัจจัยสภาพแวดล้อม ประกอบด้วย ปัจจัยโครงสร้างภายนอกที่ส่งผลต่อกระบวนการสร้างนโยบายที่เป็นธรรมสำหรับทุกฝ่าย มีกระบวนการตรวจสอบที่สามารถส่งผลเปลี่ยนแปลงความขัดแย้งภายในประเทศ ซึ่งอาจจะต้องมีความสอดคล้องกับสนธิสัญญา อนุสัญญา และความตกลงว่าด้วยเรื่องต่าง ๆ ที่ประเทศไทยเป็นภาคี

อย่างไรก็ตาม ความขัดแย้งและความเห็นต่างทางการเมืองในทุกสังคม ถือเป็นเรื่องปกติธรรมดา ไม่มีสังคมใดที่ปราศจากความขัดแย้งทาง การเมือง การสร้างความปรองดองให้เกิดขึ้นภายในสังคมไทยจำเป็นต้องอาศัยทั้งเวลาและการดำเนินการที่มี หลักการ แบบแผน กระบวนการ และกลไกในการขับเคลื่อน ที่จะช่วยให้เกิดการมองอย่างเป็นระบบ แยกแยะ การทำความเข้าใจถึงสาเหตุของปัญหา การแสวงหาแนวทางแก้ไข รวมทั้งการป้องกันไม่ให้ความขัดแย้งขยายตัวและเกิดขึ้นซ้ำได้ด้วยมาตรการทางกฎหมายและนโยบายสาธารณะ นอกจากนี้ ยังต้องอาศัยการสร้างสภาวะแวดล้อมที่เอื้อต่อการสร้างความปรองดอง ซึ่งจะเกิดขึ้นได้จากการปฏิรูปปรับเปลี่ยนในเชิงกรอบแนวคิดและเชิงโครงสร้างที่มีเป้าหมายเพื่อให้เกิดสมดุลในมิติของการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม สร้างวิสัยทัศน์ ในการพัฒนาประเทศที่ตั้งอยู่บนฐานของความมั่นคงของมนุษย์และหลักของนิติรัฐ นิติธรรม ส่งเสริมคุณค่าของพหุวัฒนธรรม ที่คนในสังคมเคารพและอยู่ร่วมกันได้ แม้มีความคิดเห็นและการให้คุณค่าในการดำเนินชีวิตที่แตกต่างกัน แต่ก็ยังอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกันของสังคม



เอกสารอ้างอิง

ภาษาไทย

- กระทรวงยุติธรรม. (2561). *สาระสำคัญอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (CAT)*. สืบค้นจาก http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_HR/2557/CAT.pdf.
- บีบีซีไทย. (2562). *ผู้ลี้ภัยทางการเมือง : คนเห็นต่างหรือพวกหนักแผ่นดิน*. สืบค้นจาก https://www.bbc.com/thai/extra/Y0IB3TQXys/thai_exiles.
- มยุรี อนุมานราชธน. (2556). *นโยบายสาธารณะ Public Policy*. กรุงเทพฯ: เอ็กซ์เปอร์เน็ท.
- วรเดช จันทรศร. (2548). *ทฤษฎีการนำนโยบายไปปฏิบัติ An Integrated Theory of Public Policy Implementation*. กรุงเทพฯ: หจก. สหยาบบล็อกและการพิมพ์ จำกัด.

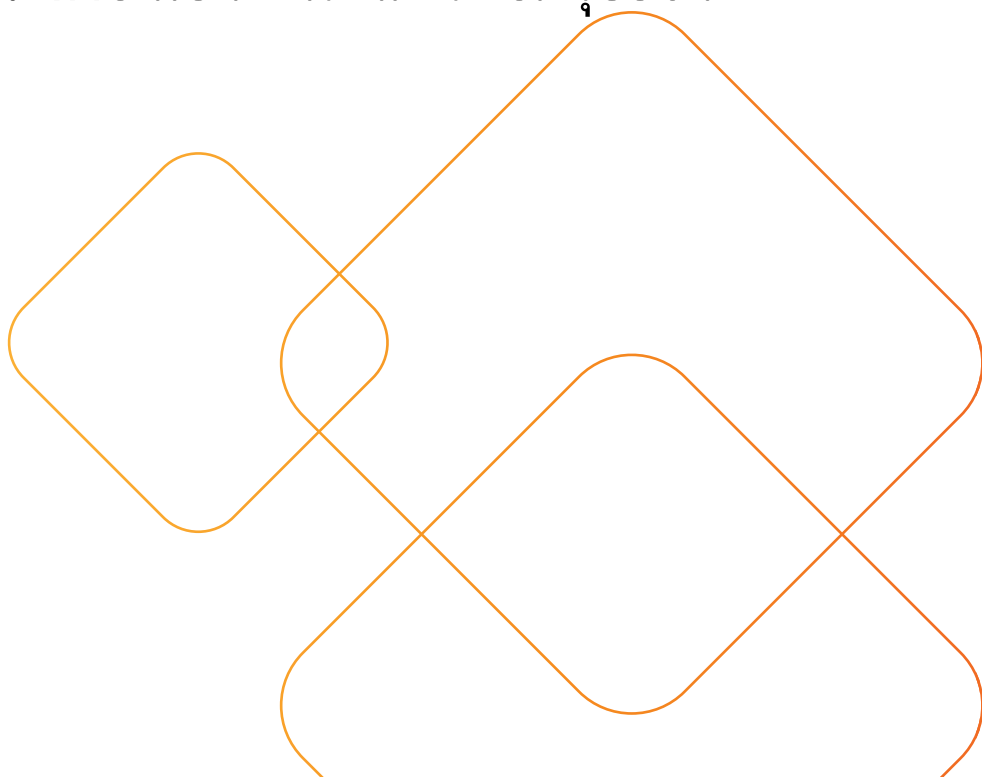
ภาษาต่างประเทศ

- Bernard, W. S. (1976). Immigrants and refugees: Their similarities, differences, and needs. *International Migration*, 14(4), 267-280.
- Lederach, J. P. (1996). *Preparing for peace: Conflict transformation across cultures*: Syracuse University Press.
- Moussalli, M. (1992). *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva: Office of the United Nations High Commissioner for Refugees.
- Rorty, R. (2007). *Richard Rorty: Philosophical Papers*. Set. 59-66.
- Zimmermann, A., Dörschner, J., & Machts, F. (2011). *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol: A commentary*: Oxford University Press.



ผู้สรุปและเรียบเรียง: ดร. รจนคม สุ่มงกช

การประกอบกิจการโรงงานโดยปล่อยน้ำทิ้ง
ไม่ผ่านเกณฑ์มาตรฐาน
ทำให้ประชาชนไม่สามารถใช้ประโยชน์จากลำน้ำ
ในการอุปโภคบริโภคได้
เป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน



การประกอบกิจการโรงงานโดยปล่อยน้ำทิ้งไม่ผ่านเกณฑ์มาตรฐาน ทำให้ประชาชนไม่สามารถใช้ประโยชน์จากลำน้ำในการ อุปโภคบริโภคได้ เป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน¹

ดร. รจนศม สุบงกช²

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 43 และมาตรา 57 ได้ให้การรับรองและคุ้มครองบุคคลและชุมชนให้มีสิทธิในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน ส่วนรัฐมีหน้าที่ในการอนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุงรักษา ปันฟู บริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืน เพื่อให้บุคคลทั้งที่เป็นปัจเจกชนและรวมกลุ่มกันเป็นชุมชนได้อยู่อาศัยในสิ่งแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพ อนามัย สวัสดิภาพ และความเป็นอยู่ที่ดีโดยไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย ดังนั้น การประกอบกิจการโรงงานที่ไม่ได้มาตรฐานส่งผลให้น้ำเน่าเสียและส่งกลิ่นเหม็น ทำให้ประชาชนไม่สามารถใช้ประโยชน์จากลำน้ำในการอุปโภคบริโภคได้เป็นการกระทำอันกระทบต่อสิทธิในการดำรงชีวิตในสิ่งแวดล้อมและสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อสุขภาพของประชาชน จึงเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

1. ความเป็นมา

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้รับเรื่องร้องเรียนขอให้ตรวจสอบกรณีกล่าวอ้างว่า ผู้ร้องกับพวกในพื้นที่ตำบลแห่งหนึ่งในจังหวัดพะเยา ได้รับความเดือดร้อนจากการประกอบกิจการโรงงานอบแห้งผลผลิตทางการเกษตรของโรงงานของเอกชนแห่งหนึ่งก่อให้เกิดมลพิษทางอากาศ มีเขม่าควันและกลิ่นเหม็น รวมทั้งมลพิษทางน้ำมีกลิ่นเหม็น และน้ำเสียจากการประกอบกิจการไหลลงสู่แหล่งน้ำสาธารณะ จึงขอให้ตรวจสอบ

2. ความเห็นและมาตรการการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองและคุ้มครองบุคคลและชุมชนให้มีสิทธิในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน โดยรัฐมีหน้าที่ในการอนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุงรักษา ปันฟู บริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืน เพื่อให้บุคคลทั้งที่เป็นปัจเจกชนและรวมกลุ่มกันเป็นชุมชนได้อยู่อาศัยในสิ่งแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพ อนามัย สวัสดิภาพ และความเป็นอยู่ที่ดีโดยไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย ซึ่งจากการตรวจสอบผู้ร้องและประชาชนซึ่งอาศัยและประกอบอาชีพเกษตรกรรม

¹ รายงานผลการตรวจสอบที่ 75/2562 เรื่อง สิทธิชุมชนอันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิในที่อยู่อาศัย กรณีกล่าวอ้างว่าได้รับผลกระทบจากการประกอบกิจการโรงงานอบแห้งผลผลิตทางการเกษตร.

² นักวิชาการสิทธิมนุษยชนชำนาญการพิเศษ สำนักคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ผู้สรุปและเรียบเรียง.

ในบริเวณใกล้เคียงกับโรงงานอบแห้งผลผลิตทางการเกษตรของผู้ถูกร้อง ได้รับความเดือดร้อนรำคาญจากการประกอบกิจการโรงงานซึ่งไม่ได้จัดทำระบบบำบัดน้ำเสียให้เป็นไปตามมาตรฐาน และปล่อยน้ำทิ้งที่ไม่ผ่านเกณฑ์มาตรฐานออกสู่สิ่งแวดล้อมภายนอก ส่งผลให้น้ำเน่าเสียและส่งกลิ่นเหม็น ประชาชนไม่สามารถใช้ประโยชน์จากลำน้ำดังกล่าวในการอุปโภคบริโภคได้ตามปกติ อีกทั้งยังพบปัญหาเสียงดังรบกวนประชาชนที่อยู่บริเวณใกล้เคียงโรงงาน อันจะส่งผลกระทบต่อสิทธิในการดำรงชีวิตในสิ่งแวดล้อมและสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อสุขภาพของประชาชน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงเห็นว่า การประกอบกิจการโรงงานของผู้ถูกร้องทำให้ประชาชนในพื้นที่ใกล้เคียงไม่อาจใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองไว้ จึงเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยได้เสนอแนะมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน ต่อองค์การบริหารส่วนตำบลที่ดูแลพื้นที่ดังกล่าว จังหวัดพะเยา และกรมควบคุมมลพิษ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 247 (1) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 26 (1) ประกอบมาตรา 36 โดยให้ดำเนินการภายใน 60 วัน

ข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชน

(1) องค์การบริหารส่วนตำบลที่ดูแลพื้นที่ดังกล่าว ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่น ควรพิจารณาอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 สั่งการให้โรงงานของเอกชนแห่งนั้นปรับปรุงแก้ไขโรงงานอบแห้งผลผลิตทางการเกษตรมิให้สร้างความเดือดร้อนรำคาญแก่ประชาชนที่พักอาศัยอยู่ใกล้เคียงและตรวจสอบว่าโรงงานของเอกชนแห่งนั้นได้ประกอบกิจการโดยถูกต้องตามชนิดหรือประเภทที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตให้ประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือไม่ รวมทั้งสั่งให้ระงับเหตุรำคาญทันทีหากพบว่าการประกอบกิจการที่จะส่งผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยของประชาชน

(2) จังหวัดพะเยา ในฐานะพนักงานเจ้าหน้าที่ ควรอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 ออกคำสั่งให้โรงงานอบแห้งผลผลิตทางการเกษตรของโรงงานของเอกชนแห่งนั้นปรับปรุงแก้ไขปัญหาจากฝุ่นละอองและเสียงรบกวน รวมทั้งให้มีระบบบำบัดน้ำเสียของโรงงานให้เป็นไปตามมาตรฐาน ในกรณีที่ตรวจพบว่าอาจจะก่อให้เกิดอันตราย ความเสียหาย หรือความเดือดร้อนรำคาญอย่างร้ายแรงแก่บุคคลที่อยู่ใกล้เคียงกับโรงงาน ควรพิจารณาให้หยุดประกอบกิจการโรงงานทั้งหมดหรือบางส่วนในทันทีโดยให้ปรับปรุงให้แล้วเสร็จก่อนที่จะอนุญาตให้ดำเนินการประกอบกิจการต่อไป

(3) กรมควบคุมมลพิษ ในฐานะเจ้าพนักงานควบคุมมลพิษ ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ควรตรวจสอบโรงงานอบแห้งผลผลิตทางการเกษตรของโรงงานของเอกชนแห่งนั้น ซึ่งจัดเป็นแหล่งกำเนิดมลพิษที่ต้องถูกควบคุมการปล่อยทิ้งอากาศเสียออกสู่บรรยากาศ และระบายน้ำทิ้งออกสู่สิ่งแวดล้อมให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดต่อไป

3. หน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้ดำเนินการตามมาตรการการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน ดังนี้

(1) องค์การบริหารส่วนตำบลที่ดูแลพื้นที่ดังกล่าวได้แจ้งผลการดำเนินการว่า ได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ตรวจสอบข้อเท็จจริงและมีคำสั่งให้โรงงานปรับปรุงแก้ไขระบบบำบัดน้ำเสียให้มีประสิทธิภาพเพียงพอ และจัดทำแผนปฏิบัติการในการแก้ไขปัญหากลิ่นเหม็นและน้ำเสียไม่ให้ส่งผลกระทบต่อหรืออาจก่อให้เกิดอันตรายความเสียหายหรือความเดือดร้อนแก่บุคคล หรือทรัพย์สินที่อยู่ในโรงงานหรือที่อยู่ใกล้เคียงกับโรงงาน โดยจะลงพื้นที่เพื่อตรวจสอบการแก้ไขปรับปรุงโรงงาน รวมทั้งได้ออกใบอนุญาตการประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ ประเภท การผลิตสะสม หรือแบ่งบรรจุ อาหารหมักดอง แห้วม จากผัก ผลไม้ หรือพืชอย่างอื่น ให้แก่โรงงานของเอกชนแห่งนั้น

(2) จังหวัดพะเยาได้แจ้งผลการดำเนินการว่า สำนักงานอุตสาหกรรมจังหวัดพะเยาได้ตรวจสอบและดำเนินการตามพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 สรุปได้ว่า มีการระบายน้ำทิ้งออกนอกบริเวณโรงงานโดยไม่ผ่านการบำบัด มีกลิ่นเหม็นคล้ายกลิ่นของระบบบำบัด อุตสาหกรรมจังหวัดพะเยาจึงได้สั่งให้โรงงานของเอกชนแห่งนั้นหยุดประกอบกิจการโรงงานในส่วนของการผลิตมะม่วงอบแห้ง และให้ปรับปรุงแก้ไขโรงงานต่อมาได้ตรวจติดตามการปฏิบัติตามคำสั่ง พบว่าบริเวณบ่อบำบัดน้ำเสียยังคงมีกลิ่นแต่ไม่รุนแรงและอยู่ระหว่างจัดทำแผนการปฏิบัติการแก้ไขปัญหาคความเดือดร้อนเรื่องกลิ่นเหม็นจากโรงงาน และจะตรวจติดตามการปฏิบัติตามคำสั่งอย่างใกล้ชิด

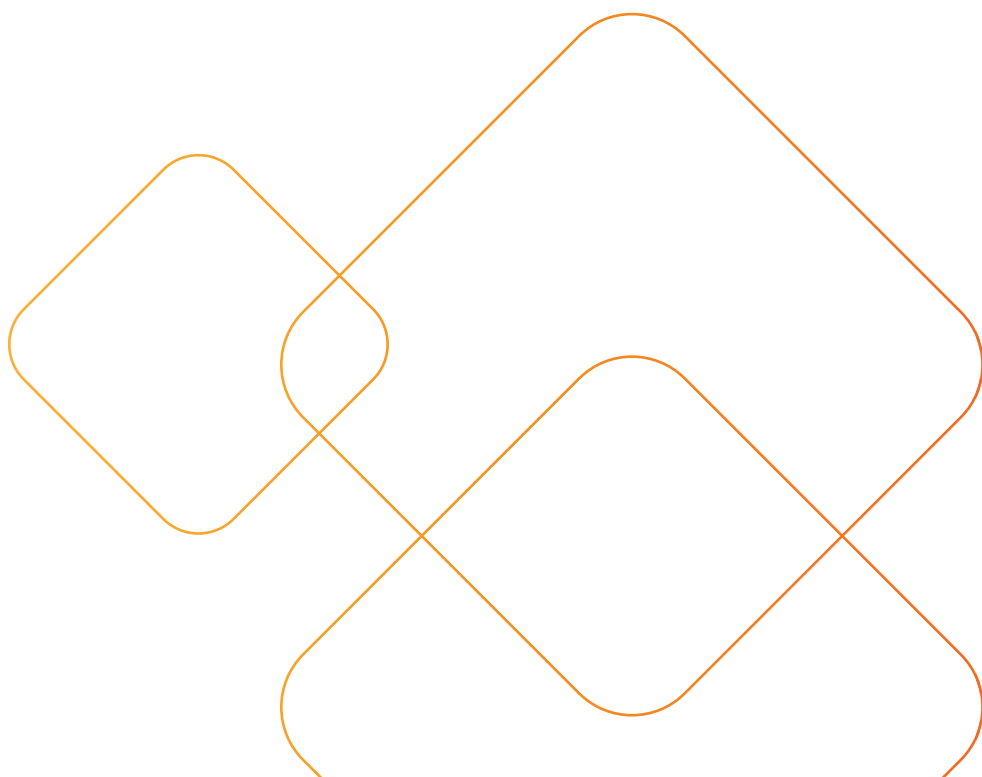
(3) กรมควบคุมมลพิษได้แจ้งผลการดำเนินการว่า ได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ตรวจสอบข้อเท็จจริงร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในพื้นที่และตัวแทนผู้ร้องเรียน และมีหนังสือแจ้งผลการตรวจสอบไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดพะเยา ในฐานะพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน นายองค์การบริหารส่วนตำบลที่ดูแลพื้นที่ดังกล่าว ในฐานะเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข กำกับดูแลการประกอบกิจการโรงงานของเอกชนแห่งนั้น ให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

จากอุทหาพณ์ดังกล่าว ถือว่าเป็นบรรทัดฐานสำหรับผู้ประกอบกิจการโรงงานที่ต้องดำเนินธุรกิจโดยใช้ความระมัดระวังในการควบคุมการดำเนินกิจการให้เป็นไปตามมาตรฐานตามที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างเคร่งครัด เพื่อให้ประชาชนที่อาศัยอยู่ในบริเวณใกล้เคียง ทั้งที่เป็นปัจเจกชนและรวมกลุ่มกันเป็นชุมชนได้อยู่อาศัยในสิ่งแวดล้อมที่ดีต่อสุขภาพ อนามัย สวัสดิภาพ และความเป็นอยู่ที่ดีโดยไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย อันเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองไว้ และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากผู้ประกอบกิจการในลักษณะดังกล่าวต่อไป



ผู้สรุปและเรียบเรียง: อธิรา ธนรัช

ข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทาง
ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
กรณีการสนับสนุนและผลักดัน
ร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.



ข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กรณีการสนับสนุนและผลักดันร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

พ.ศ.¹

อิชิรา ธนรัช²

1. ความเป็นมา

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ที่กระทรวงยุติธรรมได้เสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในหลักการเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2561 และอยู่ระหว่างดำเนินการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยได้ดำเนินการศึกษาและวิเคราะห์ว่า มีเหตุสมควรสนับสนุนและผลักดันร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ตามขั้นตอนและกระบวนการทางนิติบัญญัติให้มีการประกาศใช้เป็นกฎหมาย เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อไปหรือไม่ เนื่องจากร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเป็นกฎหมายกลางว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งและทางอาญา อันอาจมีผลกระทบต่อสิทธิในกระบวนการยุติธรรมบางประการ

ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. มีสาระสำคัญที่สอดคล้องกับหลักการและแนวคิดสากล กล่าวคือ มุ่งเน้นให้หน่วยงานของรัฐจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีโดยอาศัยความสมัครใจของคู่กรณี กำหนดให้บุคคลที่จะจดทะเบียนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องยื่นคำขอเป็นหนังสือต่อหน่วยงานของรัฐ การไกล่เกลี่ยต้องกระทำโดยผู้ไกล่เกลี่ยที่มีความรู้ความสามารถหรือประสบการณ์ที่เป็นประโยชน์ต่อการไกล่เกลี่ย โดยจะต้องผ่านการอบรมและอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ และกำหนดให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยจะต้องปกปิดข้อมูลของคู่กรณีไว้เป็นความลับและห้ามไม่ให้นำข้อมูลใด ๆ จากกระบวนการไกล่เกลี่ยไปใช้ในกระบวนการพิจารณาคดี กำหนดประเภทของความผิดที่สามารถไกล่เกลี่ยได้ โดยการไกล่เกลี่ยในคดีอาญาสามารถกระทำได้ไม่ว่าคดีจะอยู่ในชั้นการดำเนินการของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือการพิจารณาของศาล สำหรับข้อพิพาททางแพ่ง หากคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลง อีกฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอออกคำบังคับต่อศาลได้โดยมีต้องนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลก่อน แต่อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อควรพิจารณาปรับปรุงเนื้อหาสาระในบางประเด็นเพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลให้เข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยสะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานภายใต้หลักการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) ซึ่งเป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือกที่มุ่งนำมาใช้เสริมกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักให้คล่องตัวยิ่งขึ้น โดยพิจารณาถึงผู้เสียหายที่แท้จริงและยังคงรักษาสัมพันธ์ที่ดีระหว่างบุคคลและเสริมสร้างความสมานฉันท์ในสังคมด้วย

¹ จาก ข้อเสนอแนะที่ 5/2561 เรื่อง ข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กรณีการสนับสนุนและผลักดันร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.

² นิติกรปฏิบัติการ สำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ผู้สรุปและเรียบเรียง.

2. ความเห็นและข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. บทบัญญัติของกฎหมาย หนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม รายงาน การศึกษาวิจัยที่เกี่ยวกับกฎหมายต่างประเทศ และข้อมูลจากการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติฯ ของกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม แล้ว เห็นควรมีข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการ ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ต่อคณะรัฐมนตรีและ รัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 247 (3) และพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 26 (3) และมาตรา 42 ดังนี้

2.1 เหตุผลในการยกร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.

ร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. มีวัตถุประสงค์ให้เป็นกฎหมายกลางว่าด้วยการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อให้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งซึ่งมีทุนทรัพย์ไม่มากนักและข้อพิพาททาง อาญา บางประเภทที่ไม่กระทบต่อส่วนรวม มีระบบและมาตรฐานเดียวกัน โดยกำหนดคุณสมบัติและลักษณะ ต้องห้ามของผู้ไกล่เกลี่ยและการขึ้นทะเบียนบุคคลเป็นผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพผู้ไกล่เกลี่ย และคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีและผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อันจะทำให้การไกล่เกลี่ยมี หลักการที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรม จึงสมควรผลักดันร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้มีการประกาศใช้เป็นกฎหมาย

2.2 เนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีความเห็นและข้อเสนอแนะต่อเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติ เป็นรายมาตรา³ ดังนี้

(1) นิยามศัพท์

ร่างมาตรา 3 ไม่ได้กำหนดนิยามคำว่า “คู่กรณี” ไว้ว่าหมายความว่าผู้ใดบ้าง ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาการ ตีความและปัญหาในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จึงเห็นควรกำหนดนิยามคำว่า “คู่กรณี” ไว้ให้ชัดเจน เช่น คู่กรณีตามข้อพิพาททางอาญา คู่กรณีตามข้อพิพาททางแพ่ง เป็นต้น เพื่อป้องกันความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้นใน กระบวนการไกล่เกลี่ย รวมทั้งเพื่อความถูกต้องสมบูรณ์ของการตกลงระงับข้อพิพาทและยุติการดำเนินคดี

(2) หน่วยงานของรัฐที่จะต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ร่างมาตรา 3 กำหนดนิยามคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ร่างมาตรา 4 กำหนดให้ พระราชบัญญัตินี้ ไม่กระทบต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของหน่วยงานของรัฐที่ดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจของตน และ ร่างมาตรา 5 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์จะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องแจ้งให้กระทรวงยุติธรรมทราบก่อนดำเนินการ อาจทำให้เข้าใจได้ว่า หน่วยงานใด ประสงค์จะปฏิบัติตาม พระราชบัญญัตินี้หรือไม่ก็ได้ และหากมีการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามหน้าที่และอำนาจของตน จะไม่อยู่ ในบังคับที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ จึงเห็นควรแก้ไขร่างมาตรา 4 ให้ครอบคลุมหน่วยงานของรัฐที่จะต้อง ปฏิบัติตามร่างพระราชบัญญัตินี้ให้มีความชัดเจน เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการและสถานะของการเป็นกฎหมาย กลางว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในลักษณะเดียวกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

³ อ้างอิงมาตามร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ฉบับที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในหลักการเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2561.



(3) การขยายอายุความ

ร่างมาตรา 5 กำหนดให้การฟ้องร้องข้อพิพาทสิ้นสุดลงโดยไม่เป็นผล หากปรากฏว่าอายุความครบกำหนดไปแล้วในระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือจะครบกำหนดภายใน 60 วันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลง ให้อายุความขยายออกไปอีก 60 วันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลง การกำหนดในลักษณะดังกล่าวเป็นผลเสียหายแก่สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของคู่กรณีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย อาจทำให้คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้เปรียบหรือเสียเปรียบในการฟ้องร้องดำเนินคดีได้ แม้ว่าจะกำหนดให้ขยายระยะเวลาตามกำหนดอายุความเดิมออกไปอีก 60 วัน แต่ระยะเวลาดังกล่าวอาจไม่เพียงพอแก่การเตรียมการเพื่อฟ้องคดี โดยเฉพาะข้อพิพาททางอาญาที่เป็นความผิดอันยอมความได้ ซึ่งมีกำหนดอายุความร้องทุกข์ภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด หากผู้เสียหายไม่ได้ร้องทุกข์ภายในระยะเวลา 3 เดือน โดยเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยเสียก่อน ย่อมหมดสิทธิที่จะร้องทุกข์เพื่อดำเนินคดี นอกจากนี้ การกำหนดในลักษณะดังกล่าวยังอาจเป็นช่องทางให้เกิดการประวิงคดี แม้คู่กรณีจะมีสิทธิขอยกเลิกการไกล่เกลี่ยได้ตลอดเวลา แต่การใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีก็จะถูกจำกัดด้วยอายุความที่ดำเนินไปแล้วในระหว่างการไกล่เกลี่ย จึงเห็นควรนำหลักอายุความสะดุดหยุดอยู่มาใช้แทน โดยกำหนดให้อายุความสะดุดหยุดอยู่ตั้งแต่เวลาที่เริ่มการไกล่เกลี่ยจนถึงเวลาที่การไกล่เกลี่ยนั้นสิ้นสุดลง สำหรับข้อพิพาททางอาญาเห็นควรเพิ่มเติมข้อความว่า “สำหรับข้อพิพาททางอาญา ในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ถูกกล่าวหาไม่ยินยอมตามที่ไกล่เกลี่ย ให้จำหน่ายข้อพิพาทนั้น แต่เพื่อประโยชน์ในการที่ผู้เสียหายจะไปดำเนินคดีต่อไป อายุความร้องทุกข์ตามประมวลกฎหมายอาญาให้เริ่มนับแต่วันที่จำหน่ายข้อพิพาทหรือนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งถึงที่สุดไม่บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท” อันจะทำให้คู่กรณีไม่ต้องเร่งฟ้องคดีเพื่อรักษาสิทธิของตน และสามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้อย่างเต็มที่โดยไม่ต้องไปดำเนินการอื่นใดที่จะก่อให้เกิดภาระและค่าใช้จ่ายแก่ทุกฝ่าย และโอกาสที่การไกล่เกลี่ยจะประสบความสำเร็จย่อมมีมากขึ้น การกำหนดในลักษณะดังกล่าวนี้ หากคู่กรณีเห็นว่าอีกฝ่ายหนึ่งประวิงคดี ก็สามารถขอยกเลิกการไกล่เกลี่ยได้ตลอดเวลาและสามารถไปฟ้องร้องดำเนินคดีได้ทันทีเช่นกัน

(4) การกำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ย

ร่างมาตรา 8 (2) กำหนดให้ผู้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยต้องเป็นผู้มีประสบการณ์ในด้านต่าง ๆ ที่จะเป็นประโยชน์ต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่ไม่ได้ระบุให้ชัดเจนว่าประสบการณ์ในด้านใดบ้างที่ถือว่าเป็นประโยชน์ต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และผู้ใดจะเป็นผู้รับรองประสบการณ์ของบุคคลที่ยื่นคำขอขึ้นทะเบียน แม้ว่าร่างพระราชบัญญัติกำหนดให้อำนาจอัยการขึ้นทะเบียนและการออกหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียน แต่ร่างพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดหลักประกันขั้นต่ำของคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ย ทำให้การขึ้นทะเบียนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยอาจได้ผู้ที่มีประสบการณ์เฉพาะด้านไม่เพียงพอหรือขาดประสบการณ์ที่สำคัญและจำเป็นต่อการช่วยเหลือแนะแนวทางที่เหมาะสมแก่คู่กรณีในการระงับข้อพิพาทให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชน ทำให้ไม่อาจให้ความเป็นธรรมกับทุกฝ่ายอย่างแท้จริง ดังนั้น จึงเห็นควรกำหนดในร่างมาตรา 8 (2) ว่า ผู้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยควรประกอบด้วยผู้มีประสบการณ์หลากหลาย อย่างน้อยควรประกอบด้วยผู้มีประสบการณ์ด้านกฎหมายเฉพาะ ด้านการประนีประนอมข้อพิพาททางแพ่งหรือทางอาญา

ด้านวิชาชีพต่าง ๆ ด้านสิทธิมนุษยชน ด้านการสังคมสงเคราะห์ ด้านจิตวิทยา ด้านการพัฒนาชุมชน ด้านอาชีวศึกษา หรือด้านอื่น ๆ ที่จำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยให้หน่วยงานที่บุคคลนั้นเคยทำงานหรือมีประสบการณ์ที่เกี่ยวข้อง หรือผู้ที่เกี่ยวเนื่องใกล้ชิดกับบุคคลนั้นเป็นผู้รับรอง

(5) การตั้งข้อรังเกียจผู้ไกล่เกลี่ยในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหลายคน

ร่างมาตรา 12 วรรคสอง กำหนดให้กรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหลายคน การตั้งข้อรังเกียจผู้ไกล่เกลี่ยเนื่องจากมีเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การปฏิบัติหน้าที่ไม่เป็นกลางหรือไม่เป็นอิสระ ต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่กรณีทุกคนในฝ่ายนั้น การกำหนดในลักษณะดังกล่าวอาจไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีคนที่ตั้งข้อรังเกียจ เนื่องจากการตั้งข้อรังเกียจเป็นเหตุส่วนตัวระหว่างบุคคล ซึ่งไม่จำเป็นต้องให้คู่กรณีคนอื่นที่ไม่ได้ตั้งข้อรังเกียจให้ความเห็นชอบ และอาจทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งถูกตั้งข้อรังเกียจไม่ได้รับการพิจารณาถอดถอน ซึ่งจะส่งผลให้การไกล่เกลี่ยเกิดความไม่เป็นธรรมกับผู้ที่ตั้งข้อรังเกียจได้ จึงเห็นควรแก้ไขร่างมาตรา 12 วรรคสอง ให้ใช้การพิจารณาข้อรังเกียจร่วมกันแทนการขอความเห็นชอบจากคู่กรณีทุกคนในฝ่ายเดียวกัน เพื่อพิจารณาถอดถอนผู้ไกล่เกลี่ย แล้วตั้งผู้ไกล่เกลี่ยคนใหม่เพื่อปฏิบัติหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นต่อไป

นอกจากนี้ เห็นควรบัญญัติผลของการถอดถอนผู้ไกล่เกลี่ยตามร่างมาตรา 13 ให้ชัดเจนว่าจะมีผลทำให้สภาพความเป็นผู้ไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงและมีลักษณะต้องห้ามเช่นเดียวกับผลของการเพิกถอนผู้ไกล่เกลี่ยหรือไม่ หรือการถอดถอนเป็นเหตุให้ผู้ไกล่เกลี่ยต้องยุติการทำหน้าที่เฉพาะในเรื่องนั้นเท่านั้นหรือไม่

(6) ข้อพิพาททางอาญาที่สามารถไกล่เกลี่ยได้ตามร่างพระราชบัญญัติ

ร่างมาตรา 33 กำหนดให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญากระทำได้ในกรณีที่เป็นการความผิดอันยอมความได้ และความผิดลหุโทษตามมาตรา 390 ถึงมาตรา 395 และมาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และความผิดลหุโทษอื่นที่ไม่กระทบต่อส่วนรวมตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา แต่ความผิดอันยอมความได้บางกรณีเป็นเรื่องละเอียดอ่อนทางสังคมและกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนหรือเกี่ยวข้องกับโครงสร้างทางสังคม เช่น การใช้ความรุนแรงในครอบครัว การทารุณกรรมต่อเด็กและสตรี การล่วงละเมิดทางเพศ ซึ่งจำเป็นต้องคุ้มครองสวัสดิภาพของผู้เสียหายเป็นพิเศษ รวมทั้งแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมของผู้กระทำผิดเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม ดังนั้น จึงเห็นควรแก้ไขร่างมาตรา 33 โดยกำหนดให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับการทารุณกรรมต่อเด็ก สตรี และบุคคลในครอบครัว เป็นข้อพิพาททางอาญาที่ไม่สามารถไกล่เกลี่ยได้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากผู้เสียหายมีสิทธิที่จะร้องขอคุ้มครองสวัสดิภาพ หรือใช้กลไกการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความในศาล รวมถึงมาตรการพิเศษและการดำเนินการอื่นที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีความเหมาะสมกว่า การใช้กระบวนการทางอาญาและช่วยปกป้องผู้เสียหายและแก้ไขปัญหาการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมได้เป็นอย่างดี

(7) ผลของการที่คู่กรณีทำข้อตกลงระงับข้อพิพาททางอาญา

ร่างมาตรา 33 กำหนดว่า “เมื่อคู่กรณีทำข้อตกลงระงับข้อพิพาททางอาญากันแล้ว ให้ถือว่าสิทธิในคดีอาญามาฟ้องระงับ...” กล่าวคือ หากคู่กรณียอมความกันตามบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทถูกต้องตามกฎหมายแล้ว สิทธิในการดำเนินคดีอาญาก็ย่อมระงับไปตั้งแต่วันที่มีการทำบันทึกข้อตกลงดังกล่าว ทั้งที่คู่กรณีฝ่ายผู้เสียหายอาจกำหนดเงื่อนไขในบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทให้คู่กรณีฝ่ายผู้กระทำผิดทางอาญาต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในเชิงเยียวยาความเสียหายก่อนได้ ดังนั้น หากปรากฏว่าภายหลังการทำบันทึกข้อตกลง คู่กรณีฝ่ายผู้กระทำผิดไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในบันทึกข้อตกลงดังกล่าว ย่อมสร้างความเสียหายซ้ำแก่คู่กรณีฝ่ายผู้เสียหายและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการไกล่เกลี่ย แม้ว่าร่างมาตรา 35 จะแก้ไขปัญหาคดีข้อพิพาททางอาญาเกี่ยวเนื่องกับ

สิทธิทางแพ่ง โดยให้สิทธิภาคีอาญามาฟ้องระงับเมื่อคู่กรณีได้ปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทในส่วนแพ่ง แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมถึงการเยียวยาอย่างอื่นที่ไม่ใช่ตัวเงิน การกำหนดให้ถือว่าสิทธิภาคีอาญามาฟ้องระงับทันทีเมื่อมีการทำบันทึกข้อตกลงแล้วทั้งที่ยังไม่มีการปฏิบัติตามข้อตกลง จึงอาจเป็นช่องว่างของกฎหมาย ให้มีการเบี่ยงเบนคดีโดยไม่สุจริตและก่อให้เกิดปัญหาการเยียวยาความยุติธรรมไม่เต็มขั้นขึ้นในอนาคต ดังนั้น จึงเห็นควรกำหนดให้สิทธิภาคีอาญามาฟ้องระงับเมื่อคู่กรณีได้ปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาททางอาญาครบถ้วนสมบูรณ์ เพื่อเป็นหลักประกันการเยียวยาแก่ผู้เสียหาย ทั้งนี้ ควรกำหนดให้หน่วยงานที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือสำนักงานอัยการในท้องที่ ตรวจสอบบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทและมีอำนาจกำหนดให้ใช้วิธีการแก้ไขพฤติกรรมของคู่กรณีฝ่ายที่กระทำให้เกิดความเสียหาย หรือให้กระทำการที่เป็นการแสดงความสำนึกหรือความรับผิดชอบต่อผู้เสียหาย หรือให้ทำกิจกรรมที่ส่งเสริมความปรองดองสมานฉันท์ระหว่างคู่กรณีโดยให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วม เช่น การชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย การทำกิจกรรมบริการสังคม การเข้ารับการอบรมปรับปรุงพฤติกรรมหรือพัฒนาพฤตินิสัย เป็นต้น และควรกำหนดให้นิ่ววิธีการดังกล่าวมาเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลง โดยอาจรับฟังความคิดเห็นของผู้เสียหายหรือบุคคลในครอบครัวประกอบด้วย หากคู่กรณีได้ปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงและเงื่อนไขดังกล่าวครบถ้วนแล้ว จึงจะให้ถือว่าสิทธิภาคีอาญามาฟ้องเป็นอันระงับ แต่หากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ให้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาลมีอำนาจดำเนินการตามกฎหมายต่อไป

นอกจากนี้ ควรมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการดำเนินการภายหลังการจัดทำบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาท ให้มีการบังคับให้เป็นไปตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าว และมีมาตรการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดทางอาญาเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ โดยการประสานความร่วมมือกับหน่วยงานด้านการบริการสังคมหรือการมีส่วนร่วมของชุมชน เพื่อให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นคนดีและอยู่ร่วมกับผู้อื่นในสังคมได้อย่างปกติสุข

(8) การดำเนินการไกล่เกลี่ยในกรณีที่ข้อพิพาททางอาญาอยู่ระหว่างการสอบสวนหรือการพิจารณาของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาล

ร่างมาตรา 34 กำหนดการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาที่อยู่ระหว่างการสอบสวนหรือการพิจารณาคดี ในส่วนของการแจ้งการดำเนินการและผลการดำเนินการไกล่เกลี่ยให้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาลทราบ แล้วแต่กรณี แต่ไม่ได้กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการตกลงยอมความระหว่างคู่กรณี จึงเห็นควรกำหนดให้มีการตรวจสอบบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาททางอาญาว่าเป็นการยอมความโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบหรือการฉ้อฉลเอาเปรียบผู้เสียหายเพื่อให้สิทธิภาคีอาญามาฟ้องระงับเท่านั้น โดยอาจกำหนดให้หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยส่งบันทึกข้อตกลงให้สำนักงานอัยการในท้องที่เพื่อตรวจสอบ หากเป็นการยอมความโดยชอบด้วยกฎหมายและคู่กรณีได้ปฏิบัติตามข้อตกลงนั้นแล้ว ให้สิทธิภาคีอาญามาฟ้องเป็นอันระงับ แต่หากบันทึกข้อตกลงไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือคู่กรณีไม่ได้ปฏิบัติตามข้อตกลง ให้บันทึกข้อตกลงดังกล่าวสิ้นผลไปเฉพาะข้อตกลงในส่วนอาญา แต่ไม่กระทบต่อการระงับข้อพิพาทในส่วนแพ่งหรือการเยียวยาอื่น ๆ แก่ผู้เสียหาย อีกทั้งควรกำหนดว่า “เพื่อประโยชน์ในการที่ผู้เสียหายจะไปดำเนินคดีต่อไป อายุความการร้องทุกข์ตามประมวลกฎหมายอาญา ให้เริ่มนับแต่วันที่บันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นสิ้นผล”

(9) การกำหนดให้มีศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชน

ร่างมาตรา 37 กำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชนจะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามร่างมาตรา 8 เช่นเดียวกับผู้ไกล่เกลี่ยของหน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยทั่วไปตามร่างพระราชบัญญัติ⁴ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อผู้ไกล่เกลี่ยในระดับท้องถิ่นที่เคยดำเนินการไกล่เกลี่ยตามประเพณีที่ปฏิบัติกันมาโดยตลอดในสังคมไทยและประสบผลสำเร็จด้วยดี เช่น การให้ผู้นำชุมชน ผู้ใหญ่ที่เคารพนับถือ หรือผู้นำศาสนาในท้องถิ่น เป็นคนกลางเจรจาไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาท การกำหนดคุณสมบัติขั้นต่ำในกฎหมาย ได้แก่ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องผ่านการอบรมการไกล่เกลี่ยตามหลักสูตรที่ได้รับการรับรองและตามจำนวนชั่วโมงที่กำหนด และจะต้องเป็นผู้มีประสบการณ์ในด้านต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการไกล่เกลี่ยซึ่งจำเป็นต้องมีการรับรองประสบการณ์ดังกล่าวด้วยนั้น ย่อมสร้างความยุ่งยากและความลำบากแก่ผู้ไกล่เกลี่ยในระดับท้องถิ่นและอาจเป็นการกีดกันบุคคลที่มีความเหมาะสมไม่ให้ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยด้วยการนำแนวคิดตามระบอบราชการมาใช้โดยไม่สอดคล้องกับขนบธรรมเนียม ประเพณี และวัฒนธรรมของชุมชนท้องถิ่นและความเป็นจริงของสังคม ดังนั้น จึงเห็นว่าไม่ควรนำคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยทั่วไปมาใช้บังคับแก่ผู้ไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชน โดยให้เป็นกลไกของภาคประชาชนที่จะพิจารณาคัดเลือกผู้ไกล่เกลี่ยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยอมรับและไว้วางใจมาทำหน้าที่ เนื่องจากการไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้คู่พิพาทได้มีบทบาทและมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงในการหาหนทางแก้ไขปัญหากับตนเอง โดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่ได้เป็นผู้ที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท แต่คู่กรณีจะเป็นผู้ประเมินและกำกับควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งสอดคล้องหลักการพื้นฐานขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในคดีอาญา ค.ศ. 2002⁴

(10) บทกำหนดโทษ

ร่างมาตรา 40 กำหนดบทลงโทษทางอาญาแก่ผู้ไกล่เกลี่ยรับสินบนว่า “ผู้ไกล่เกลี่ยผู้ใดเรียกรับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดสำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เห็นว่า เป็นเรื่องที่ควรพิจารณาทบทวนความจำเป็นในการกำหนดโทษ เนื่องจากการไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการตกลงแก้ไขปัญหโดยผู้ไกล่เกลี่ยทำหน้าที่เป็นเพียงคนกลางที่คอยช่วยเหลืออำนวยความสะดวกและเสนอแนะแก่คู่กรณีในการหาแนวทางยุติข้อพิพาท อีกทั้งโทษที่กำหนดไว้เป็นการกำหนดโทษที่ค่อนข้างรุนแรง และเป็นการกำหนดความผิดในลักษณะเดียวกันกับผู้ปฏิบัติหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งใช้อำนาจตามกฎหมายให้คุณและโทษแก่ประชาชนหรือต้องปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญ อันแตกต่างจากผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งเป็นเพียงคนกลางในการเจรจาให้คู่กรณีตกลงยอมความกันตามความสมัครใจโดยคู่กรณีเป็นผู้กำหนดข้อตกลงและเงื่อนไขต่าง ๆ ร่วมกันเท่านั้น

ส่วนร่างมาตรา 41 กำหนดบทลงโทษแก่ผู้ที่ติดสินบนหรือให้สินบนแก่ผู้ไกล่เกลี่ยว่า “ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้ไกล่เกลี่ย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทหรือสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เห็นว่า ผู้ไกล่เกลี่ยมิใช่ผู้ที่จะให้คุณหรือโทษในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและทางอาญาแก่คู่กรณีโดยตรง การกำหนดบทลงโทษทางอาญาในอัตราโทษเดียวกันกับความผิดฐานให้สินบนเจ้าพนักงาน

⁴ หลักการพื้นฐานขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการดำเนินโครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ในคดีอาญา ค.ศ. 2002 กำหนดว่า ผู้ไกล่เกลี่ยควรเน้นที่มาจากคนในชุมชน มีการฝึกอบรมและประเมินผล ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเที่ยงธรรม โดยเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคู่กรณีและเข้าใจวัฒนธรรมท้องถิ่นของชุมชนเป็นอย่างดี.

ตามประมวลกฎหมายอาญา จึงอาจเป็นการกำหนดโทษทางอาญาโดยไม่จำเป็นและสูงเกินไป ทั้งที่การ 'ไกล่เกลี่ยประนอม ข้อพิพาทตามกฎหมายฉบับอื่นไม่ได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาในกรณีดังกล่าว แต่มีเพียงการถอดถอนหรือการเพิกถอนผู้ไกล่เกลี่ยในกรณีที่มีการกระทำผิดจริยธรรม ซึ่งร่างพระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนผู้ไกล่เกลี่ยและข้อกำหนดจริยธรรมของผู้ไกล่เกลี่ยเป็นมาตรการกำกับดูแล การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นควรยกเลิกบทกำหนดโทษทางอาญา ในหมวด 5 ร่างมาตรา 40 และร่างมาตรา 41 โดยอาจพิจารณาใช้มาตรการอื่นที่เหมาะสมแทนการลงโทษทางอาญา

3. ความคืบหน้าของการดำเนินการตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

เลขาธิการวุฒิสภาได้แจ้งให้สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติทราบว่า ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้พิจารณาข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กรณีการสนับสนุนและผลักดันร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแล้ว และส่งเรื่องดังกล่าวให้คณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ เพื่อประกอบการพิจารณาดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจ โดยต่อมาสภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งทำหน้าที่รัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ... และเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2562 จึงมีการประกาศพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ในราชกิจจานุเบกษา โดยสามารถเปรียบเทียบข้อเสนอแนะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติกับพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ได้ดังนี้

ข้อ	ข้อเสนอแนะของ กสม.	พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562
1	นิยามศัพท์	
	ควรกำหนดนิยามคำว่า “คู่กรณี” ไว้ในร่างมาตรา 3 ให้ชัดเจน เช่น คู่กรณีตามข้อพิพาททางอาญา คู่กรณีตามข้อพิพาททางแพ่ง เป็นต้น	ไม่มีการกำหนดนิยามคำว่า “คู่กรณี” ไว้ในมาตรา 3 แต่ได้กำหนดนิยามคำว่า “คู่กรณี” ไว้ในหมวด 4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาในชั้นสอบสวน มาตรา 39 ว่า “คู่กรณี” หมายความว่า ผู้ต้องหาและผู้เสียหายในคดีอาญา แต่ไม่หมายความรวมถึงคดีอาญาที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเป็นผู้เสียหาย
2	หน่วยงานของรัฐที่จะต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท	
	ควรแก้ไขร่างมาตรา 4 ให้ครอบคลุมหน่วยงานของรัฐที่จะต้องปฏิบัติตามร่างพระราชบัญญัตินี้ให้มีความชัดเจน เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการและสถานะของการเป็นกฎหมายกลางว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท	ไม่มีการปรับปรุงแก้ไขที่สอดคล้องกับข้อเสนอแนะของ กสม. ในส่วนนี้

ข้อ	ข้อเสนอแนะของ กสม.	พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562
3	กายขยายอายุความ	
	ควรนำหลักอายุความสะดุดหยุดอยู่มาใช้แทนการขยายอายุความ และควรเพิ่มเติมข้อความว่า “สำหรับข้อพิพาททางอาญา ในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ถูกกล่าวหาไม่ยินยอมตามที่ไกล่เกลี่ย ให้จำหน่ายข้อพิพาทนั้น แต่เพื่อประโยชน์ในการที่ผู้เสียหายจะไปดำเนินคดีต่อไป อายุความร้องทุกข์ตามประมวลกฎหมายอาญาให้เริ่มนับแต่วันที่จำหน่ายข้อพิพาทหรือนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งถึงที่สุดไม่บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท”	ในบททั่วไป มาตรา 6 ซึ่งใช้บังคับกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งหรือทางอาญา ยังคงกำหนดให้ใช้การขยายอายุความออกไปอีก 60 วัน ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่เป็นผลสำเร็จและปรากฏว่าอายุความครบกำหนดไปแล้วหรือจะครบกำหนดภายใน 60 วันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง ส่วนในหมวด 4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญา ในชั้นการสอบสวน มาตรา 40 วรรคหนึ่ง ได้นำหลักอายุความสะดุดหยุดอยู่มาใช้ในระหว่างการไกล่เกลี่ย ซึ่งสอดคล้องกับข้อเสนอแนะของ กสม. ดังนี้ “มาตรา 40 วรรคหนึ่ง เมื่อพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจออกคำสั่งมีคำสั่งให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาตาม มาตรา 44 แล้ว ให้หยุดนับอายุความในการดำเนินคดีอาญา และเมื่อพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจออกคำสั่งมีคำสั่งให้ดำเนินคดีต่อไปตาม มาตรา 61 ให้นับอายุความในการดำเนินคดีต่อจากเวลานั้น”
4	การกำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ย	
	ควรกำหนดในร่างมาตรา 8 (2) ว่า ผู้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยควรประกอบด้วยผู้มีประสบการณ์หลากหลาย อย่างน้อยควรประกอบด้วยผู้มีประสบการณ์ด้านกฎหมายเฉพาะ ด้านการประนีประนอม ข้อพิพาททางแพ่งหรือทางอาญา ด้านวิชาชีพต่าง ๆ ด้านสิทธิมนุษยชน ด้านการสังคมสงเคราะห์ ด้านจิตวิทยา ด้านการพัฒนาชุมชน ด้านอาชีววิทยา หรือด้านอื่น ๆ ที่จำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยให้หน่วยงานที่บุคคลนั้นเคยทำงานหรือมีประสบการณ์ที่เกี่ยวข้อง หรือผู้ที่เกี่ยวข้องใกล้ชิดกับบุคคลนั้นเป็นผู้รับรอง	ไม่มีการปรับปรุงแก้ไขที่สอดคล้องกับข้อเสนอแนะของ กสม. ในส่วนนี้



ข้อ	ข้อเสนอแนะของ กสม.	พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562
5	การตั้งข้อรังเกียจผู้ไกล่เกลี่ยในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหลายคน	
	ควรแก้ไขร่างมาตรา 12 วรรคสอง ให้ใช้การพิจารณาข้อรังเกียจร่วมกันแทนการขอความเห็นชอบจากคู่กรณีทุกคนในฝ่ายเดียวกัน เพื่อพิจารณาถอดถอนผู้ไกล่เกลี่ย แล้วตั้งผู้ไกล่เกลี่ยคนใหม่เพื่อปฏิบัติหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นต่อไป และควรบัญญัติผลของการถอดถอนผู้ไกล่เกลี่ยให้ชัดเจน	มาตรา 14 วรรคสอง ยังคงกำหนดให้การตั้งข้อรังเกียจผู้ไกล่เกลี่ยในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหลายคนจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคู่กรณีทุกคนในฝ่ายเดียวกัน ส่วนมาตรา 18 ได้กำหนดผลของการถอดถอนผู้ไกล่เกลี่ยไว้โดยชัดเจน ซึ่งสอดคล้องกับข้อเสนอแนะของ กสม. ดังนี้ “มาตรา 18 ในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยถูกถอดถอนหรือความเป็นผู้ไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงในระหว่างการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่กรณีอาจตั้งผู้ไกล่เกลี่ยคนใหม่เพื่อปฏิบัติหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นั้นต่อไปโดยอาจใช้เอกสารของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ดำเนินการมาแล้วได้ตามที่คู่กรณีและผู้ไกล่เกลี่ยคนใหม่เห็นสมควร”
6	การกำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ย	
	ควรแก้ไขร่างมาตรา 33 โดยกำหนดให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับการทารุณกรรมต่อเด็ก สตรี และบุคคลในครอบครัว เป็นข้อพิพาททางอาญาที่สามารถไกล่เกลี่ยได้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากผู้เสียหายมีสิทธิที่จะร้องขอคุ้มครองสวัสดิภาพ หรือใช้กลไกการไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความในศาล รวมถึงมาตรการพิเศษและการดำเนินการอื่นที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้อง	มาตรา 8 กำหนดให้ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำความผิดต่อเด็ก สตรี และบุคคลในครอบครัว เป็นข้อพิพาททางอาญาที่ไม่สามารถไกล่เกลี่ยได้ตามพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากผู้เสียหายมีสิทธิที่จะร้องขอคุ้มครองสวัสดิภาพตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งสอดคล้องกับข้อเสนอแนะของ กสม. บางส่วน ดังนี้ “มาตรา 8 พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่คดีอาญาที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ตามกฎหมายว่าด้วยศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว”
7	การตั้งข้อรังเกียจผู้ไกล่เกลี่ยในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหลายคน	
	ควรกำหนดให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องรับเมื่อคู่กรณีได้ปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาททางอาญาครบถ้วนสมบูรณ์ เพื่อเป็นหลักประกันการเยียวยาแก่ผู้เสียหาย ทั้งนี้ ควรกำหนดให้หน่วยงานที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือสำนักงานอัยการในท้องที่ตรวจสอบบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทและมีอำนาจกำหนดให้ใช้วิธีการแก้ไขพฤติกรรมของคู่กรณีฝ่ายที่กระทำให้เกิดความเสียหาย หรือให้กระทำการที่เป็นการแสดงความสำนึกหรือความรับผิดชอบต่อผู้เสียหายหรือให้ทำ	ในกรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาที่ไม่ใช่ข้อพิพาททางอาญาในชั้นการสอบสวน มาตรา 35 วรรคสอง ยังคงกำหนดให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องรับทันทีที่คู่กรณีทำข้อตกลงระงับข้อพิพาททางอาญา ส่วนในหมวด 4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญา ในชั้นการสอบสวน มาตรา 64 - มาตรา 66 ได้กำหนดผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาในชั้นการสอบสวน ให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องรับต่อเมื่อคู่กรณีได้ปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทและพนักงานอัยการมีคำสั่งยุติคดี

ข้อ	ข้อเสนอแนะของ กสม.	พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562
	กิจกรรมที่ส่งเสริมความปรองดองสมานฉันท์ ระหว่าง คู่กรณีโดยให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วม และควรกำหนดให้ นำวิธีการดังกล่าวมาเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติตามบันทึก ข้อตกลง หากคู่กรณีได้ปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลง และเงื่อนไขดังกล่าวครบถ้วนแล้ว จึงจะให้ถือว่าสิทธิ นาคติอาญามาฟ้องเป็นอันระงับ แต่หากฝ่าฝืนหรือ ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ให้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาลมีอำนาจดำเนินการตาม กฎหมายต่อไป นอกจากนี้ ควรมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการ ดำเนินการภายหลังการจัดทำบันทึกข้อตกลงระงับ ข้อพิพาทให้มีการบังคับให้เป็นไปตามบันทึกข้อตกลงดังกล่าว และมีมาตรการฟื้นฟูผู้กระทำความผิดทางอาญา เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ	“มาตรา 64 เมื่อคู่กรณีได้ปฏิบัติตามบันทึกข้อ ตกลงตามมาตรา 57 แล้ว ให้แจ้งพนักงานสอบสวนทราบ เพื่อ จัดทำบันทึกการปฏิบัติตามข้อตกลง ส่งไปยังพนักงานอัยการ พร้อมด้วยสำนวนการสอบสวนและเอกสารที่เกี่ยวข้อง เพื่อ พิจารณาสั่งยุติคดี ในกรณีที่มีการปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลงไม่ ครบถ้วน ให้คู่กรณีแจ้งให้พนักงานสอบสวนทราบเพื่อเสนอ พนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจออกคำสั่งพิจารณาบังคับดำเนิน คดีต่อไป เว้นแต่ผู้เสียหายพอใจในการปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ กระทำไปแล้ว ให้คู่กรณีแจ้งพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินการ ตามวรรคหนึ่ง” “มาตรา 65 ถ้าความปรากฏแก่พนักงานสอบสวน ว่าคู่กรณีที่เป็นผู้ต้องหาลังใจไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงโดยไม่มี เหตุอันควร ให้พนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจออกคำสั่งบังคับ ดำเนินคดีต่อไป” “มาตรา 66 เมื่อพนักงานอัยการมีคำสั่งยุติคดี สิทธินาคติอาญามาฟ้องเป็นอันระงับ”
8	การดำเนินการไกล่เกลี่ยในกรณีที่ข้อพิพาททางอาญายู่ระหว่าง การสอบสวนหรือการพิจารณาของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาล	
	ควรกำหนดให้มีการตรวจสอบบันทึกข้อ ตกลงระงับข้อพิพาททางอาญาว่าเป็นการยอมความโดย ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยง ความรับผิดชอบหรือการฉ้อฉลเอาเปรียบผู้เสียหายเพื่อให้ สิทธินาคติอาญามาฟ้องระงับเท่านั้น หากเป็นการยอม ความโดยชอบด้วยกฎหมายและคู่กรณีได้ปฏิบัติตามข้อ ตกลงนั้นแล้ว ให้สิทธิ นาคติอาญามาฟ้องเป็นอันระงับ แต่หากบันทึกข้อตกลงไม่ชอบด้วย กฎหมายหรือคู่กรณี ไม่ได้ปฏิบัติตามข้อตกลง ให้บันทึกข้อตกลงดังกล่าว สิ้นผลไปเฉพาะข้อตกลงในส่วนอาญา แต่ไม่กระทบต่อ การระงับข้อพิพาทในส่วนแพ่งหรือการเยียวยาอื่น ๆ แก่ผู้เสียหาย นอกจากนี้ ควรกำหนดว่า “เพื่อประโยชน์ ในการที่ผู้เสียหายจะไปดำเนินคดีต่อไป อายุความการ ร้องทุกข์ตามประมวลกฎหมายอาญา ให้เริ่มนับแต่วันที่ บันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นสิ้นผล”	ในส่วนของการตรวจสอบบันทึกข้อตกลงระงับข้อ พิพาททางอาญา ไม่มีการปรับปรุงแก้ไขตามข้อเสนอแนะของ กสม. แต่ในหมวด 4 ข้อพิพาททางอาญาในขั้นการสอบสวน มาตรา 64 - มาตรา 66 ได้กำหนดผลของการไกล่เกลี่ยข้อ พิพาททางอาญาในขั้นการสอบสวน ให้สิทธิ นาคติอาญา มาฟ้องระงับต่อเมื่อคู่กรณีได้ปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท และพนักงานอัยการมีคำสั่งยุติคดี ซึ่งสอดคล้องกับข้อเสนอ เน้นของ กสม. (ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 7) สำหรับการเริ่มนับอายุความร้องทุกข์ ไม่มีการ ปรับปรุงแก้ไขตามข้อเสนอแนะของ กสม. ในส่วนของการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาทั่วไปที่มีใช้อยู่ในระหว่างขั้นการ สอบสวน แต่สำหรับข้อพิพาททางอาญาในขั้นการสอบสวน มาตรา 40 ได้กำหนดเรื่องการนับอายุความร้องทุกข์ไว้ สอดคล้องกับข้อเสนอแนะของ กสม. ดังนี้ “มาตรา 40 เมื่อพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจ ออกคำสั่งมีคำสั่งให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาตามมาตรา 44 แล้ว ให้หยุดนับอายุความในการดำเนินคดีอาญา และ เมื่อพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจออกคำสั่งมีคำสั่งให้ดำเนินคดี ต่อไปตามมาตรา 61 ให้นับอายุความในการดำเนินคดีต่อจาก เวลานั้น”



ข้อ	ข้อเสนอแนะของ กสม.	พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562
9	การกำหนดให้มีศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชน	
	ไม่ควรนำคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยทั่วไปมาใช้บังคับแก่ผู้ไกล่เกลี่ยของศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชน แต่ควรให้เป็นกลไกของภาคประชาชนที่จะพิจารณาคัดเลือกผู้ไกล่เกลี่ยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายยอมรับและไว้วางใจมาทำหน้าที่ดังกล่าว	ไม่มีการปรับปรุงแก้ไขตามข้อเสนอแนะของ กสม. ในส่วนนี้
10	บทกำหนดโทษ	
	เห็นควรยกเลิกบทกำหนดโทษทางอาญา เนื่องจากเป็นการกำหนดโทษทางอาญาโดยไม่จำเป็น และสูงเกินไป โดยอาจพิจารณาใช้มาตรการอื่นที่เหมาะสมแทนการลงโทษทางอาญา	มาตรา 71 และมาตรา 72 ยังคงกำหนดบทลงโทษทางอาญาแก่ผู้ไกล่เกลี่ยที่เรียกรับสินบนและผู้ให้สินบน แต่ได้ยกเลิกการกำหนดระวางโทษขั้นต่ำ ดังนี้ “มาตรา 71 ผู้ไกล่เกลี่ยผู้ใดเรียกรับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ เพื่อกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดในหน้าที่ ไม่ว่าการนั้นจะชอบ หรือมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” “มาตรา 72 ผู้ใดให้ ขอให้ หรือรับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อจงใจให้กระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการกระทำโดยมิชอบด้วยหน้าที่ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

4. บทสรุป

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution : ADR) วิธีการหนึ่งที่สามารถนำมาใช้ในการยุติความขัดแย้งแทนการดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก เนื่องจากมีความสะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม สามารถยุติปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะเปิดโอกาสให้คู่กรณีตกลงกันด้วยความสมัครใจ โดยผลของการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยทำให้คู่พิพาทได้รับความพึงพอใจทั้งสองฝ่าย การประกาศใช้พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 จึงถือเป็นเครื่องมือสำคัญที่ทำให้ภาครัฐและภาคประชาชนสามารถให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนรวมทั้งเยียวยาผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนได้อย่างรวดเร็ว ทันท่วงทีต่อสถานการณ์ ทำให้ปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลลดน้อยลง ลดปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่กรณี เกิดความสมานฉันท์ขึ้นในสังคม ประหยัด งบประมาณของรัฐและลดภาระค่าใช้จ่ายของประชาชนในการดำเนินคดี และเสริมสร้างสังคมให้อยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข



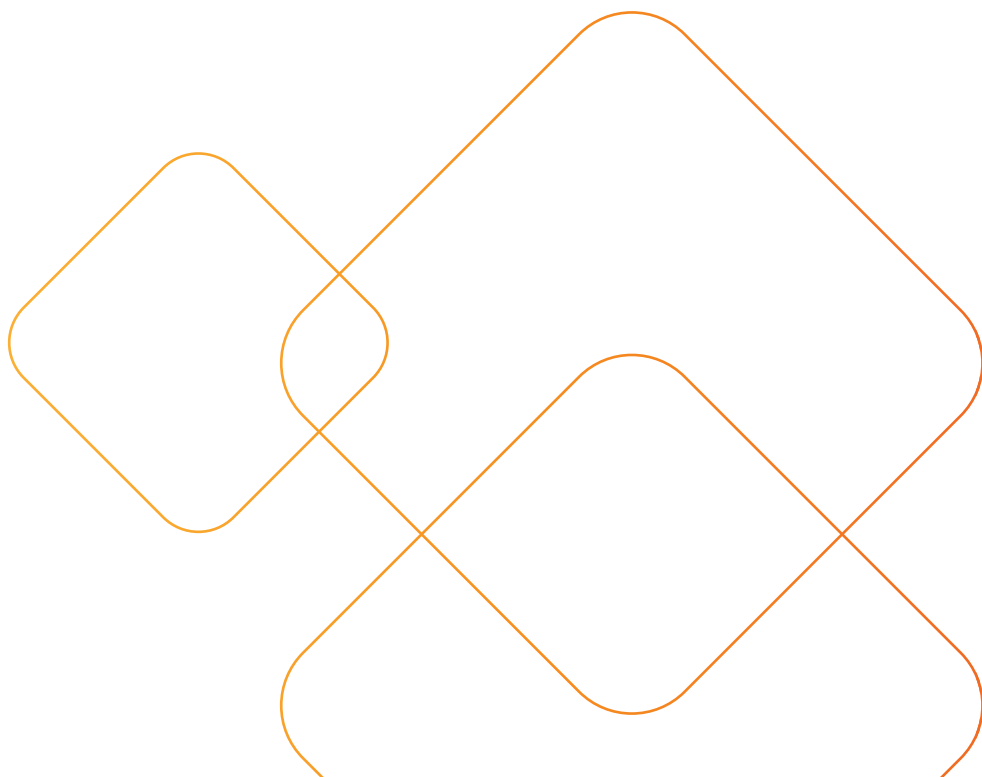


ผู้สรุปและเรียบเรียง: กันตพัฒน์ วงศ์สินอุดม

สรุปงานวิจัย

เรื่อง บทบาทของสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ในการคุ้มครองการละเมิดสิทธิมนุษยชนของภาคเอกชน



สรุปงานวิจัย เรื่อง บทบาทของสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ในการคุ้มครองการละเมิดสิทธิมนุษยชนของภาคเอกชน¹

กันตพัฒน์ วงศ์สินอุดม²

จากสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วในปัจจุบัน ส่งผลให้การดำเนินการของภาคธุรกิจมีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนสูงขึ้น และมีความซับซ้อนมากขึ้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในฐานะที่เป็นหน่วยงานด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งมีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายในการส่งเสริมให้มีการเคารพสิทธิมนุษยชนและได้รับการคาดหวังจากองค์กรระหว่างประเทศหลายองค์กรให้มีบทบาทในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว อาทิ บทบาทด้านการส่งเสริม การศึกษา และการวิจัยที่เกี่ยวกับธุรกิจและสิทธิมนุษยชน การรับเรื่องร้องเรียน บทบาทในการให้คำปรึกษาหารือแก่ภาคธุรกิจ บทบาทในฐานะที่เป็นกลไกร้องทุกข์ที่อยู่นอกกระบวนการยุติธรรม ตามที่ปรากฏอยู่ในเอกสารระหว่างประเทศหลายฉบับ อาทิ “ปฏิญญาเอดินบะระ” โดยคณะกรรมการประสานงานระหว่างประเทศว่าด้วยสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (International Coordinating Committee of National Institutes for the Promotion and Protection of Human Rights – ICC) หรือหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights – UNGP) โดยสำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (OHCHR)

เพื่อให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีเครื่องมือในการป้องกันและแก้ไขปัญหาเมื่อเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยองค์กรภาคเอกชน รวมทั้งเพื่อสนับสนุนบทบาทเชิงรุกของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนและการเฝ้าระวังการละเมิดสิทธิมนุษยชนขององค์กรภาคเอกชน สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงร่วมกับสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (สว.มธ.) ดำเนินการศึกษาวิจัยเรื่องนี้เพื่อรวบรวม ศึกษา และวิเคราะห์บทบาทของสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชนจากมาตรฐานและตัวอย่างการปฏิบัติที่ดีทั้งภายในและระหว่างประเทศ โดยมีเนื้อหาโดยสรุป ดังนี้

1. ความสำคัญของปัญหา

ประเด็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและสิทธิมนุษยชนเป็นประเด็นสำคัญทั้งในระดับระหว่างประเทศและภายในประเทศ การดำเนินธุรกิจนั้นมีส่วนที่สร้างสรรค์และสร้างผลกระทบต่อชุมชนโดยรอบและสังคมโดยรวม เพื่อรับมือต่อการคุ้มครองการละเมิดสิทธิมนุษยชนขององค์กรภาคเอกชนในระดับระหว่างประเทศ องค์กรสหประชาชาติจึงได้ให้ความเห็นชอบกับหลักการชี้แนะว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights – UNGP)

¹ คณะผู้วิจัยประกอบด้วย นางสาวสฤณี อาชวานันทกุล นางสาวอติมา อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ.

² นิตกร สำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, ผู้สรุปและเรียบเรียง.

เมื่อวันที่ 16 มิถุนายน พ.ศ. 2554 โดยสาระสำคัญของหลักปฏิบัตินี้เพื่อเป็นแนวทางให้รัฐและองค์กรภาคเอกชน มีหน้าที่บนฐานของความสมัครใจ (voluntary soft – law approach) ตามกรอบ ดังนี้

- (1) รัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
- (2) องค์กรภาคเอกชนมีหน้าที่เคารพสิทธิมนุษยชน และ
- (3) ภาครัฐ ภาคเอกชน และกลุ่มธุรกิจควรจัดให้มีช่องทางการเยียวยาเหยื่อที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน จากองค์กรภาคเอกชน

หลักการนี้ได้รับการสนับสนุนจากรัฐ ภาคประชาสังคม และภาคเอกชน เมื่อแรกประกาศใช้ ดังเห็นได้จากองค์กรภาคเอกชนข้ามชาติและองค์กรภาคเอกชนขนาดใหญ่ต่างมีประกาศรับรองหลักการสิทธิมนุษยชน ตามแนวทางของหลักปฏิบัตินี้ อย่างไรก็ตาม หลักปฏิบัตินี้จะเกิดผลได้จริงก็ต่อเมื่อทั้งภาครัฐและภาคเอกชน นำไปวางแนวทางปฏิบัติร่วมกัน (Implementation) ซึ่งภายหลังการประกาศใช้บังคับก็พบว่า แนวปฏิบัติที่อยู่บน ฐานของความสมัครใจอาจไม่เพียงพอที่จะทำให้องค์กรภาคเอกชนนำแนวทางตามหลักปฏิบัตินี้เข้าไปเป็นแนวทาง หรือเงื่อนไขในการประกอบกิจการและกำกับกิจการอย่างจริงจัง ทั้งนี้ เพราะสำหรับภาคเอกชน เงื่อนไขการปฏิบัติ ที่เพิ่มมากขึ้นหมายถึงต้นทุนที่เพิ่มสูงขึ้น ดังนั้น จึงเริ่มมีข้อเสนอโดยผู้แทนของรัฐบาลอย่างน้อย 84 ประเทศ สนับสนุนให้นำแนวทางตามหลักปฏิบัตินี้ด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนมาจัดทำเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ที่มีผลผูกพัน (legally binding instrument)

ต่อมาแนวคิดดังกล่าวนำไปสู่การจัดตั้งคณะทำงานแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและบริษัท ข้ามชาติและองค์กรธุรกิจอื่น (UN Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises) ขึ้นในปี พ.ศ. 2554 โดยมีเป้าหมายเพื่อส่งเสริมการนำหลัก ปฏิบัติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนไปปฏิบัติให้เกิดผลสำเร็จ การแสวงหาความร่วมมือกับรัฐบาลของแต่ละ ประเทศและภาคธุรกิจเพื่อนำไปสู่แนวทางการจัดทำกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลผูกพัน และการจัดทำข้อเสนอ เนอะเพื่อจัดทำแผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (National Action Plan on Business and Human Rights - NAP)

ในส่วนของบทบาทของสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ภายหลังการประชุมของคณะกรรมการประสาน งานระหว่างประเทศว่าด้วยสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (International Coordinating Committee of National Institutes for the Promotion and Protection of Human Rights – ICC) ครั้งที่ 10 ระหว่างวันที่ 8 – 10 พฤศจิกายน พ.ศ. 2553 ณ กรุงเอดินเบอร์ระ สก็อตแลนด์ สหราชอาณาจักร ที่ประชุมได้เห็นชอบ ในหลักการร่วมกันให้สถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดการ (address) ประเด็นปัญหา ด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชน โดยได้มีการจัดทำปฏิญญาร่วมกัน เรียกว่า “ปฏิญญาเอดินเบอร์ระ” (Edinburgh Declaration)

สาระสำคัญของปฏิญญานี้ประกอบด้วย 2 ส่วน ส่วนแรก กล่าวถึงบทบาทของสถาบันสิทธิมนุษยชน แห่งชาติในประเด็นด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชน ประกอบด้วย บทบาทด้านการส่งเสริมการศึกษาและการวิจัย ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจและสิทธิมนุษยชน การติดตามสถานการณ์ การรับข้อร้องเรียน และการเจรจาไกล่เกลี่ยการ ละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับภาคธุรกิจ ส่วนที่สอง กล่าวถึงการสนับสนุนให้สถาบันสิทธิมนุษยชนแห่ง ชาติ จัดตั้งเครือข่ายความร่วมมือด้านความรับผิดชอบต่อสังคมร่วมกับสหประชาชาติ สื่อมวลชน สถาบันวิชาการ องค์กรธุรกิจ สหภาพแรงงาน และองค์กรระดับชาติ ระดับภูมิภาค และองค์กรระหว่างประเทศ การส่งเสริมให้มี การจัดประชุมที่ริเริ่มโดยสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติการจัดตั้งศูนย์ประสานงาน (Focal Point) ด้านธุรกิจ



และสิทธิมนุษยชนในแต่ละสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และการให้ประธานของแต่ละภูมิภาคของ ICC รายงานต่อที่ประชุมประจำปีของ ICC ครั้งที่ 22 ในปี พ.ศ. 2555 เกี่ยวกับความก้าวหน้าของแผนปฏิบัติการแห่งชาติ

2. สถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ

2.1 สถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนจากภาคเอกชนในประเทศ

แม้ประเทศไทยจะยังไม่มีกรเก็บข้อมูลเกี่ยวกับประเด็นสิทธิมนุษยชนกับธุรกิจโดยตรงและเป็นระบบ แต่สามารถทำความเข้าใจสถานการณ์ของการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นในภาคธุรกิจได้จากรายงานขององค์กรด้านสิทธิมนุษยชนต่าง ๆ และจากรายงานที่เผยแพร่ผ่านสื่อ รวมถึงการเก็บข้อมูลด้วยการสัมภาษณ์เชิงลึกกับผู้เชี่ยวชาญที่ทำงานด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ทั้งนักวิชาการ ทนายความ และตัวแทนองค์กรพัฒนาเอกชน ทั้งนี้ ถ้าวัดจากสถิติการร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ระหว่างปี พ.ศ. 2554 – 2557 สามารถสรุปภาพรวมสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนในภาคธุรกิจไทยได้เป็น 3 ประเภทสำคัญ ได้แก่ สิทธิแรงงาน สิทธิแรงงานข้ามชาติ และสิทธิชุมชน

2.2 สถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนจากภาคเอกชนต่างประเทศ

ภาพรวมสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนจากภาคเอกชนในต่างประเทศในระยะเวลา 2 – 3 ปีที่ผ่านมา ส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับ 3 ประเด็นสำคัญ คือ ผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพต่อชุมชน การละเมิดสิทธิแรงงานในห่วงโซ่อุปทาน และการละเมิดสิทธิเสรีภาพในการสื่อสาร

3. บทบาทของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

3.1 บทบาทตามพันธกรณีระหว่างประเทศ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ จัดตั้งองค์กรซึ่งเป็นกฎหมายภายในประเทศ เพื่อให้สอดคล้องกับข้อตกลงระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามทั้งในระดับสากลและระดับภูมิภาค

รัฐบาลไทยเป็น 1 ใน 48 รัฐแรกของโลกที่ลงคะแนนเสียงร่วมรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยสามัญ สมัยที่ 3 เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 อันเป็นจุดเริ่มต้นของรัฐบาลไทยที่รับหลักการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และรัฐบาลไทยได้รับรองหลักการระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนต่อเนื่องเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน เป็นไปตามพัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน ซึ่งรัฐสมาชิกของสหประชาชาติได้ให้การยอมรับในหลักการและรับรองตราสารระหว่างประเทศดังกล่าว

ปัจจุบันรัฐบาลไทย เป็นภาคีสมาชิกสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนหลักด้วยกันทั้งสิ้น 7 ฉบับ คือ

1. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child – CRC)
2. อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Woman – CEDAW)
3. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR)
4. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR)

5. อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – CERD)

6. อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – CAT)

7. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities – CRPD)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ในฐานะองค์กรของรัฐ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่หลักในการตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคีนั้น จำต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อเสนอมาตรการการแก้ไขที่เหมาะสมต่อบุคคลหรือหน่วยงานที่กระทำหรือละเลยการกระทำดังกล่าวเพื่อให้ดำเนินการแก้ไข นอกจากอำนาจในการตรวจสอบและรายงานการกระทำดังกล่าวแล้ว คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติยังมีหน้าที่และอำนาจในการเสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

โดยพลวัตด้านสิทธิมนุษยชนในระดับสากลและระดับภูมิภาค ซึ่งนอกจากสหประชาชาติแล้ว ยังมีองค์การระหว่างประเทศอีกหลายองค์กร ซึ่งทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเด็นเฉพาะด้านที่มีรากฐานจากหลักการระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน เช่น องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization – ILO) ซึ่งส่งเสริมมาตรฐานแรงงานผ่านข้อกำหนดหรือหลักการ ที่เป็นมาตรฐานสากลในการคุ้มครองสิทธิแรงงาน อันเป็นสิทธิมนุษยชนในประเด็นย่อยด้านสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

เมื่อพิจารณาภารกิจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามที่กฎหมายบัญญัติ พบว่า แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติไว้โดยตรงแต่หากเกิดกรณีละเมิดสิทธิมนุษยชนขึ้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจำเป็นต้องตอบสนองปัญหาดังกล่าว เพื่อให้มีการดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาและสร้างหลักประกันขั้นต่อด้านสิทธิมนุษยชน อันเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐมีหน้าที่คุ้มครองโดยสภาพ

3.2 บทบาทคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเฉพาะประเด็นการประกอบธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน

ภารกิจหลักของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คือ การเข้าไปตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ที่เป็นผลกระทบจากการกระทำของ “รัฐ” เป็นสำคัญ แต่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า ปัจจุบันปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้น ไม่ได้เกิดเฉพาะแต่กรณีการใช้อำนาจรัฐเท่านั้นแต่ยังเกิดขึ้นภายในภาคธุรกิจด้วย

ในการดำเนินการกับภาคเอกชนที่ผ่านมา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเคยขอความร่วมมือจากภาคเอกชนเพื่อให้ชี้แจงข้อเท็จจริง หรือเชิญบุคคลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมาเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้เคยตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกรณีบริษัทไทยถูกร้องเรียนว่า กระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน จากกรณีบริษัทธุรกิจของไทยเข้าไปดำเนินธุรกิจในประเทศเพื่อนบ้าน ซึ่งถือเป็นกรณีแรกที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติรับเรื่องร้องเรียน กรณีที่ผู้เสียหายและพื้นที่เกิดเหตุมีได้อยู่ในประเทศไทย โดยที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้มีการอ้างอิงหลักปฏิบัติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติเพื่อประกอบการพิจารณาดังกล่าวด้วย

4. บทบาทของสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติต่างประเทศที่เกี่ยวกับภาคธุรกิจ

4.1 ประเภทองค์กรหรือหน่วยงานด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐในต่างประเทศแบ่งเป็น 4 รูปแบบ ดังนี้

(1) รูปแบบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

รูปแบบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นรูปแบบที่พบได้ส่วนใหญ่ในประเทศเครือจักรภพ (Commonwealth of Nations หมายถึง กลุ่มประเทศที่เดิมเป็นประเทศอาณานิคมของจักรวรรดิอังกฤษ) อาทิ ออสเตรเลีย แคนาดา นิวซีแลนด์ และอังกฤษ เป็นต้น รูปแบบนี้เป็นรูปแบบที่เก่าแก่ที่สุดและใกล้เคียงที่สุดกับรูปแบบในชุดหลักการปารีส (Paris Principles) เนื่องจากเป็นรูปแบบที่เป็นรากฐานของการร่าง “ชุดหลักการปารีส” ที่ส่งอิทธิพลให้รัฐบาลต่าง ๆ ขยายขอบเขตหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ตั้งมาแล้ว จากเดิมที่เน้นการเลือกปฏิบัติหรือการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมขยายไปสู่การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในภาคธุรกิจและสาธารณะ และบทบาทในการให้คำปรึกษาต่อหน่วยงานของรัฐในประเด็นสิทธิมนุษยชน เฝ้าระวังการบังคับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชน ตลอดจนเสริมสร้างความตระหนัก และจัดการอบรมเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน รูปแบบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมักได้รับอำนาจกึ่งตุลาการ (quasi – judicial) ในการสืบสวนสอบสวน ตัวอย่างของหน่วยงานด้านสิทธิมนุษยชนที่ใช้รูปแบบดังกล่าว เช่น ไทย อินโดนีเซีย อินเดีย แอฟริกาใต้ แคนาดา เกาหลีใต้ เป็นต้น

(2) รูปแบบคณะกรรมการที่ปรึกษา

ประเทศที่ใช้รูปแบบ “คณะกรรมการที่ปรึกษาด้านสิทธิมนุษยชน” ให้ความสำคัญกับบทบาทของสถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติในฐานะ “ข้อต่อ” สำคัญ บทบาทหลักของคณะกรรมการในรูปแบบนี้ คือ การเป็น “สะพาน” เชื่อมระหว่างภาคประชาสังคมกับภาครัฐ ประเทศแรก ๆ ที่ใช้รูปแบบนี้ คือ ฝรั่งเศส ซึ่งแต่งตั้งคณะกรรมการปรึกษาหารือด้านสิทธิมนุษยชนแห่งฝรั่งเศส (National Consultative Commission of Human Rights of France) ขึ้นในปี ค.ศ. 1984

ปกติประเทศที่ใช้รูปแบบนี้จะเน้นงานให้คำปรึกษาหารือเป็นหลัก มิได้มีอำนาจกึ่งตุลาการและการเฝ้าระวังดังเช่นในรูปแบบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการที่ปรึกษานำการให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานของรัฐ และจัดทำรายงานการศึกษาในประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน จุดเน้นของรูปแบบนี้จึงอยู่ที่การ “สนับสนุน” ภารกิจของรัฐในการศึกษาวิจัยและสร้างความตระหนักแทนที่การใช้อำนาจกึ่งตุลาการ ตัวอย่างของประเทศที่ใช้รูปแบบดังกล่าว เช่น ฝรั่งเศส และโมร็อกโก เป็นต้น

(3) รูปแบบผู้ตรวจการ

“ผู้ตรวจการด้านสิทธิมนุษยชน” (Human Rights Ombudsman) หมายถึง หน่วยงานผู้ตรวจการที่ผสมผสานองค์ประกอบระหว่างงานของผู้ตรวจการแผ่นดินทั่วไปกับรูปแบบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยผู้ตรวจการแผ่นดินปกติมีหน้าที่เฝ้าระวังการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานภาครัฐ เพื่อสร้างหลักประกันว่า รัฐจะใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม ปกติผู้ตรวจการจะเป็นคนที่ไม่ได้รับแต่งตั้งจากสภานิติบัญญัติ มีอำนาจในการสืบสวนสอบสวนกิจกรรมของฝ่ายบริหารและหน่วยงานราชการ ไม่มีอำนาจสอบสวนการทำงานของฝ่ายนิติบัญญัติและตุลาการ

การใช้รูปแบบผู้ตรวจการกับประเด็นสิทธิมนุษยชนเริ่มแพร่หลายในทศวรรษ 1980 และ 1990 ในทวีปอเมริกาใต้ ยุโรปกลาง และยุโรปตะวันออก หลายประเทศนำรูปแบบนี้มาปรับใช้แบบ “ลูกผสม”

กล่าวคือ มอบอำนาจให้ผู้ตรวจการไม่เพียงแต่เฝ้าระวังความชอบทางกฎหมายและความชอบธรรมของหน่วยงานรัฐอย่างเดียว แต่ยังมีหน้าที่ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยมีอำนาจสืบสวนสอบสวนและเฝ้าติดตามการทำตามกฎระเบียบและสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน ในบางประเทศ ผู้ตรวจการด้านสิทธิมนุษยชนยังมีอำนาจส่งข้อเสนอแนะและคำแนะนำเชิงนโยบายไปยังรัฐบาลในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน โดยมากประเทศที่ใช้รูปแบบนี้มักกำหนดภารกิจ (mandate) ที่ชัดเจนสำหรับผู้ตรวจการ อาทิ การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ การเลือกปฏิบัติทางเพศ เป็นต้น ตัวอย่างประเทศที่ใช้รูปแบบดังกล่าว เช่น นอร์เวย์ สวีเดน เป็นต้น

(4) รูปแบบสถาบันสิทธิมนุษยชน

รูปแบบสถาบันสิทธิมนุษยชน (Human Rights Institute) ส่วนใหญ่ใช้ในประเทศซึ่งมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่เฝ้าระวังที่มีประสิทธิภาพอยู่แล้ว อย่างเช่น ผู้ตรวจการเฉพาะด้าน และมีวัฒนธรรมการเคารพสิทธิมนุษยชนที่ค่อนข้างดี สถาบันเหล่านี้เน้นการให้การศึกษาและข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ตลอดจนทำการค้นคว้าวิจัยและเก็บบันทึกสถิติอย่างเป็นระบบ แทนที่การสืบสวนสอบสวนหรือเฝ้าติดตามการทำตามกฎกติกาของภาครัฐ โครงสร้างของสถาบันสิทธิมนุษยชนสะท้อนหน้าที่หลักขององค์กร กล่าวคือ ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญจากสาขาต่างๆ ทำงานภายใต้คณะกรรมการ ตัวอย่างประเทศที่ใช้รูปแบบดังกล่าว เช่น เดนมาร์ก และเยอรมนี เป็นต้น

4.2 การดำเนินการในประเด็นธุรกิจและสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ 3 ประเทศหลัก ได้แก่

(1) เดนมาร์ก

สถาบันสิทธิมนุษยชนเดนมาร์ก (Denmark Institute of Human Rights - DIHR) ทำงานอย่างใกล้ชิดกับภาคธุรกิจและเครือข่ายนักสิทธิมนุษยชน เพื่อพัฒนามาตรฐานและเครื่องมือ เพื่อส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในภาคธุรกิจ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 เป็นต้นมา มีฝ่ายสิทธิมนุษยชนและธุรกิจ (Human Rights and Business Department) เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นเฉพาะเพื่อมุ่งทำงานไปที่บทบาทของภาคเอกชนในการเคารพสิทธิมนุษยชน การทำงานด้านธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนของ DIHR จำแนกออกเป็น 3 ด้าน คือ การจัดทำมาตรฐานด้านสิทธิมนุษยชน การทำงานร่วมกับสถาบันสิทธิมนุษยชนในประเทศต่าง ๆ และการทำงานร่วมกับบริษัทเอกชน

สถาบันสิทธิมนุษยชนเดนมาร์กมีคณะทำงานซึ่งมีผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนขนาดใหญ่ที่สุดขององค์กรเพื่อทำงานด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชน โดยทำงานภายใต้ยุทธศาสตร์ 4 ด้าน ได้แก่

1. สถาบันสิทธิมนุษยชนเดนมาร์กทำงานร่วมกับคณะกรรมการประสานงานระหว่างประเทศว่าด้วยสถาบันสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติในด้านสิทธิมนุษยชนและธุรกิจ
2. การทำงานร่วมกับภาคเอกชนด้วยการจัดทำนโยบายด้านสิทธิมนุษยชนที่ดีและการปฏิบัติให้กับบริษัทข้ามชาติโดยตรง
3. ทำงานร่วมกับรัฐในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในด้านธุรกิจ
4. ทำงานร่วมกับองค์กรพัฒนาเอกชนต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมสิทธิมนุษยชนให้ครอบคลุมในประเด็นที่องค์กรพัฒนาเอกชนต่าง ๆ เกี่ยวข้อง รวมทั้งทำให้บริษัทพิจารณาถึงประเด็นสิทธิมนุษยชนในโครงการลงทุนทางสังคมต่าง ๆ

ทุกปีสถาบันจะจัดทำรายงานสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในเดนมาร์ก รวมถึงข้อเสนอแนะในการปรับปรุงสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในเดนมาร์ก ปัจจุบันได้เพิ่มเติมบทหนึ่งของรายงานที่มีเนื้อหาว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนลงไปด้วย



นอกจากนี้ ยังมีการจัดทำแผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (National Action Plan : NAP) แล้วเสร็จตั้งแต่ปี พ.ศ. 2555 โดยเป็นความร่วมมือกันระหว่างรัฐบาลเดนมาร์ก สภาธุรกิจเพื่อความรับผิดชอบต่อสังคมเดนมาร์ก (The Danish Council for CSR) สถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติสภาและองค์กรภาคประชาสังคม

การจัดทำแผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (NAP) ของเดนมาร์กได้หยิบยกหลักปฏิบัติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งประกอบด้วย หลักการที่สำคัญ 3 ด้าน คือ คำนึงถึง เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม มาใช้เป็นแนวทาง เจตนารมณ์ของแผนปฏิบัติการแห่งชาติ คือนำเสนอภาพรวมเกี่ยวกับการนำเอาหลักปฏิบัติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ มาใช้ในประเทศเดนมาร์ก ซึ่งมุ่งไปที่การคุ้มครองและลดทอนผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนจากการดำเนินการของบริษัทเอกชนสัญชาติเดนมาร์กทั้งในและนอกประเทศ

โครงสร้างของแผนปฏิบัติการครอบคลุมหลักการสำคัญ 3 ประการของหลักปฏิบัติขององค์การสหประชาชาติ โดยแบ่งออกเป็น 4 ส่วน ได้แก่ สรุปหลักปฏิบัติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ ข้อเสนอแนะของสภาธุรกิจเพื่อความรับผิดชอบต่อสังคมเดนมาร์ก สิ่งที่รัฐบาลเดนมาร์กได้ดำเนินการไปแล้ว และแผนการในอนาคต

นอกจากนี้ สถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งเดนมาร์กยังทำหน้าที่ประสานระหว่างธุรกิจและองค์กรด้านสิทธิมนุษยชนในเดนมาร์ก ซึ่งรวมถึงการให้คำปรึกษาแก่รัฐบาลเดนมาร์กด้านนโยบายทำงานร่วมกับภาคธุรกิจในประเทศเดนมาร์ก รวมถึงพัฒนาเครื่องมือต่าง ๆ มีการออกเอกสารการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน เช่น การประเมินผลกระทบรายภาคธุรกิจ (Sector – Wide Impact Assessment) คู่มือการประเมินผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชน (Human Rights Impact Assessment Toolbox) สิทธิมนุษยชนและการประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมสังคม และสุขภาพ (Human Rights and ESHIA) สิทธิมนุษยชนและสัญญาการลงทุนภาครัฐ (Human Rights and State – Investor Contract) การประเมินการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนของภาคธุรกิจ (Human Rights Compliance Assessment)

สถาบันสิทธิมนุษยชนเดนมาร์กยังมีการศึกษาและจัดทำเอกสารและแนวปฏิบัติสำหรับให้สถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติของต่างประเทศไปใช้ เช่น แนวทางติดตามสถานการณ์ด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (Guideline for Monitoring Business and Human Rights) แนวทางจัดทำแผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (Toolkit on National Action Plans for Business and Human Rights) ข้อเสนอแนะรายประเทศสำหรับภาคธุรกิจว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Human Rights and Assessment Tool) การประเมินผลกระทบของข้อตกลงโลก (UN Global Compact Self – Assessment Tool)

อำนาจหน้าที่และบทบาทตามกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์กรหรือหน่วยงาน ด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐในต่างประเทศ เฉพาะกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของเอกชน

ประเทศเดนมาร์กมีการจัดตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ยและจัดการกับข้อพิพาทว่าด้วยความรับผิดชอบของธุรกิจ ซึ่งรับเรื่องร้องเรียนจากการดำเนินงานของธุรกิจ (The Mediation and Complaints Handling Institution for Responsible Business Conduct) ซึ่งรับเรื่องร้องเรียนจากการดำเนินงานของธุรกิจ โดยวางอยู่บนฐานของแนวปฏิบัติสำหรับบริษัทข้ามชาติของ Organization for Economic Co-operation and Development หรือ OECD และหลักปฏิบัติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติซึ่งการก่อตั้งองค์กรนี้เป็นไปตามหลักการข้อที่ 31

ในขั้นแรก ศูนย์ไกล่เกลี่ยฯ จะกำหนดเวลาให้บริษัทแก้ไขปัญหภายในสองเดือนโดยไม่เข้าไปเกี่ยวข้องเพื่อสร้างแรงจูงใจให้แก่บริษัท หากตกลงกันได้ศูนย์ไกล่เกลี่ยฯ จะถือว่าสิ้นสุด แต่จะเข้าไปตรวจสอบว่าข้อตกลงระหว่างสองฝ่ายเป็นไปตามหลักปฏิบัติของ OECD และหลักปฏิบัติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติและมีการเผยแพร่ผลต่อสาธารณะหรือไม่ โดยไม่ระบุชื่อ หากทั้งสองฝ่ายตกลงกันไม่ได้ ศูนย์ไกล่เกลี่ยฯ จึงจะเสนอตัวเป็นตัวกลางไกล่เกลี่ยและตรวจสอบข้อเท็จจริง สถาบันสิทธิมนุษยชนเดนมาร์กจะทำหน้าที่ให้คำปรึกษาทางกฎหมายและข้อบังคับต่าง ๆ ที่ว่าด้วยหลักการความเสมอภาค ในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย การจัดตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณา

ข้อตกลงโดยสมัครใจระหว่างองค์กรหรือหน่วยงานด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐกับเอกชน เฉพาะกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของเอกชน

สถาบันสิทธิมนุษยชนเดนมาร์กได้จัดทำ “ตัวชี้วัดด้านสิทธิมนุษยชนสำหรับภาคธุรกิจ” (Human Rights Indicators for Business) ซึ่งเป็นดัชนีด้านสิทธิมนุษยชนกับธุรกิจในฐานข้อมูลกว่า 1,000 ตัวชี้วัด เพื่อให้บริษัทต่าง ๆ และผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ สามารถประเมินนโยบายของบริษัท กระบวนการ และการปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนได้ โดยแบ่งเป็น 8 ด้านหลัก ได้แก่ การบริหารจัดการ ทรัพยากรบุคคล ความปลอดภัยและสุขภาพในที่ทำงาน คุณภาพของผลิตภัณฑ์และการตลาด ผลกระทบต่อชุมชน การจัดการด้านความปลอดภัย กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายและรัฐบาล และผู้รับเหมาและห่วงโซ่อุปทาน

(2) มาเลเซีย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมาเลเซียให้ความสนใจต่อประเด็นธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนมากขึ้น หลังจากการประกาศหลักปฏิบัติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ เมื่อปี พ.ศ. 2555 สถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนจากภาคธุรกิจระหว่างปี พ.ศ. 2550 - 2555 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมาเลเซียได้รับเรื่องร้องเรียนที่เกิดจากการละเมิดสิทธิของบริษัทเอกชน 39 เรื่อง ส่วนใหญ่แล้วเป็นเรื่องการรื้อถอนที่ดินของชุมชนที่อาศัยอยู่เดิมของบริษัทป่าไม้ การไม่อนุญาตให้แรงงานลาหยุด หรือการปฏิบัติต่อแรงงานอย่างไม่เป็นธรรมในการแก้ไขปัญหา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมาเลเซียมีหนังสือและจัดประชุมกับหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อจัดการกับปัญหา โดยทั่วไปแล้วคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมาเลเซียจะไม่เผยแพร่ผลการตรวจสอบต่อสาธารณะ ทั้งนี้ นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2553 เป็นต้นมา มีการอภิปรายแลกเปลี่ยนเรื่องธุรกิจและสิทธิมนุษยชนกับผู้มีส่วนได้เสียต่าง ๆ ทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาสังคม และต่อมาในปี พ.ศ. 2555 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมาเลเซียเริ่มศึกษาและเตรียมความพร้อมในด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชน



โดยเริ่มศึกษาวิจัยร่วมกับสถาบัน Raoul Wallenberg Institute ในหัวข้อ บทบาทของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมาเลเซียในการจัดการกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนของภาคธุรกิจ : กรณีศึกษาอุตสาหกรรมป่าไม้และเกษตรกรรมในมาเลเซีย (Raoul of SUHAKAM in Addressing Corporate Human Rights Violation: A Study on Logging and Plantation Industries in Malaysia) จากนั้น มีการไต่สวนระดับชาติที่จัดขึ้นโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมาเลเซีย ว่าด้วย “สิทธิที่ดินของชนพื้นเมืองที่อยู่ในประเทศมาเลเซีย” ซึ่งทำให้ตระหนักถึงผลกระทบของภาคธุรกิจต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนมากขึ้น

ต่อมาในปี พ.ศ. 2557 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมาเลเซียได้ทำงานร่วมกับคณะทำงานขององค์การสหประชาชาติ จัดทำโครงการ “ส่งเสริมธุรกิจและสิทธิมนุษยชนในมาเลเซียเพื่อความสำเร็จและการเติบโตอย่างมีส่วนร่วมของบริษัท” เพื่อให้มีการจัดทำแผนปฏิบัติการด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชนของมาเลเซีย ด้วยการนำเอา UN Global Compact มาใช้ และในปี พ.ศ. 2558 ได้จัดทำและเผยแพร่กรอบยุทธศาสตร์ว่าด้วยแผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (National Action Plan on Business and Human Rights)

นอกจากนี้ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมาเลเซียยังได้ทำงานร่วมกับรัฐบาลในการนำหลักสิทธิมนุษยชนเข้าไปอยู่ในการส่งเสริมธรรมาภิบาลของบริษัทต่าง ๆ และการทำงานร่วมกับตลาดหลักทรัพย์แห่งมาเลเซีย (Bursa Malaysia) ในการจัดทำดัชนี FTSE4Good ซึ่งกำหนดให้บริษัทต้องผ่านการประเมินจากตัวชี้วัดต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงเกณฑ์ด้านสิทธิมนุษยชนด้วย รวมทั้งยังมีข้อเสนอแนะต่อการจัดทำรายงานความยั่งยืนของบริษัทในตลาดหลักทรัพย์ซึ่งกำหนดให้มีการรายงานด้านสิทธิมนุษยชนด้วย เช่น กรณีการละเมิดสิทธิที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานของบริษัท การละเมิดสิทธิแรงงานและสิ่งแวดล้อม

อำนาจหน้าที่และบทบาทตามกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์กรหรือหน่วยงานด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐในต่างประเทศ เฉพาะกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของเอกชน

กฎหมายของประเทศมาเลเซียไม่มีหน่วยงานรัฐที่ทำงานด้านธุรกิจและสิทธิมนุษยชนโดยตรง อย่างไรก็ตาม มีหน่วยงานรัฐที่ทำงานในประเทศอื่น ๆ เช่น การต่อต้านคอร์รัปชัน สิทธิแรงงาน สามารถทำงานในประเทศในการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากภาคธุรกิจได้ โดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งมาเลเซีย ค.ศ. 1999 ให้อำนาจแก่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการเข้าไปยังพื้นที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับธุรกิจที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ นอกจากนี้ ไม่มีหน่วยงานของรัฐดำเนินการในกรณีที่บริษัทของมาเลเซียละเมิดสิทธิมนุษยชนในต่างประเทศ นอกจากนี้ในกรณีที่เป็นการร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทข้ามชาติที่เข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศ จะมีการส่งเรื่องร้องเรียนไปยังศูนย์รับเรื่องร้องเรียนระดับชาติขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ หรือ OECD (OECD National Contact Points)

(3) เกาหลีใต้

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสาธารณรัฐเกาหลีมีหน้าที่ในการเฝ้าระวังการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อพลเมืองที่เกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่รัฐ เฝ้าระวังเจ้าหน้าที่รัฐและภาคเอกชนไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน ตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน และจัดทำข้อเสนอเชิงนโยบายต่อรัฐบาลเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ สร้างความเข้าใจด้านสิทธิมนุษยชนต่อสาธารณะ โดยการดำเนินการในประเทศธุรกิจและสิทธิมนุษยชนคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเป็นองค์กรอิสระ มีการนำเอาหลักปฏิบัติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติมาใช้โดยวางอยู่บนแนวทาง 3 ประการ คือ กฎหมาย ระบบ และนโยบายระดับชาติ การสร้างฉันทามติร่วม และการส่งเสริมความร่วมมือระดับนานาชาติ

การจัดทำแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิ

ในปี พ.ศ. 2555 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสาธารณรัฐเกาหลีได้ให้ส่งรายงานข้อเสนอแนะต่อรัฐบาล ในการจัดทำแผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน โดยมีหลักปฏิบัติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติเป็นแนวทาง กระนั้นก็ตาม รัฐบาลไม่ตอบสนองต่อข้อเสนอแนะดังกล่าว ต่อมาในปี พ.ศ. 2557 คณะทำงานว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติได้จัดทำแนวทางสำหรับการจัดทำแผนปฏิบัติการว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนขึ้น และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสาธารณรัฐเกาหลีได้ว่าจ้างบุคคลภายนอกเพื่อศึกษาประเด็นดังกล่าว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำร่างข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลเพื่อให้มีการจัดทำแผนปฏิบัติการได้ในปี พ.ศ. 2559

อำนาจหน้าที่และบทบาทตามกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์กรหรือหน่วยงาน ด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐในต่างประเทศ เฉพาะกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของเอกชน

สาธารณรัฐเกาหลีไม่มีแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับบทบาทและหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่เกี่ยวข้องกับภาคเอกชนโดยเฉพาะ ในพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติกำหนดให้คณะกรรมการฯ มีหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวนในกรณีที่เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน การจัดทำข้อเสนอแนะ และความคิดเห็นในประเด็นสิทธิมนุษยชนทั้งทางกฎหมาย นโยบาย และการปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยคณะกรรมการฯ สามารถขอความร่วมมือจากหน่วยงานรัฐ หน่วยงานราชการท้องถิ่น และองค์กรเอกชนต่าง ๆ เพื่อรับฟังและรวบรวมความคิดเห็น ก่อนที่จะส่งให้กับศาล นอกจากนี้ คณะกรรมการฯ มีหน้าที่จัดทำรายงานประจำปีว่าด้วยสถานการณ์สิทธิมนุษยชนเพื่อเสนอต่อประธานาธิบดีและรัฐสภา

ข้อตกลงโดยสมัครใจระหว่างองค์กรหรือหน่วยงานด้านสิทธิมนุษยชนของรัฐกับเอกชน เฉพาะกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของเอกชน

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสาธารณรัฐเกาหลีจัดทำแนวปฏิบัติสำหรับการจัดการด้านสิทธิมนุษยชน และรายการตรวจสอบ (Human Rights Management and Check List) ซึ่งเป็นข้อตกลงโดยสมัครใจระหว่างกันขึ้น เพื่อเป็นแนวปฏิบัติแก่ภาคเอกชนในการดำเนินงานโดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนได้ง่าย ใช้เป็นเครื่องมือประเมินตัวเองของบริษัทเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมทั้งเข้าใจความคาดหวังของสังคมต่อธุรกิจ เครื่องมือนี้พัฒนามาจากรายงานผลการศึกษาว่าด้วยกรณีศึกษาต้นแบบการจัดการด้านสิทธิมนุษยชนของธุรกิจ และการพัฒนาแบบประเมินตนเอง ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสาธารณรัฐเกาหลีเมื่อ พ.ศ. 2552 ซึ่งมีหลักการระหว่างประเทศต่าง ๆ เป็นแนวทาง แบบประเมินนี้ประกอบด้วยหลักการใหญ่ 10 ประการ ซึ่งเป็นไปตามแนวทางกฎหมายเกาหลีใต้และกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้แก่ ระบบจัดการด้านสิทธิมนุษยชน การไม่เลือกปฏิบัติในการจ้างงาน เสรีภาพในการรวมกลุ่มต่อรองและจัดตั้งสหภาพแรงงาน แรงงานบังคับ แรงงานเด็ก ความปลอดภัยของอุตสาหกรรม การจัดการห่วงโซ่อุปทาน สิทธิชุมชน สิทธิสิ่งแวดล้อม และสิทธิผู้บริโภค

4.3 การดำเนินการในประเด็นธุรกิจและสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ 7 ประเศรอง ได้แก่

(1) เยอรมนี

สถาบันสิทธิมนุษยชนเยอรมนี (Germany Institute for Human Rights) เป็นองค์กรอิสระที่มีบทบาทหลักในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในเยอรมนี ภายใต้ระบบกฎหมายเยอรมันในกรณีที่เชื่อว่าสิทธิของตนถูกละเมิดย่อมมีสิทธิในการร้องเรียนต่อศาล ตามมาตรา 19 (4) ของกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) โดยสถาบันสิทธิมนุษยชนเยอรมนีเป็นองค์กรเจ้าภาพหลักองค์กรหนึ่งที่ผลักดันกระบวนการจัดทำแผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (National Action Plan on Business and Human Rights - NAP) ของเยอรมนีและเป็นผู้จัดทำรายงานการประเมินข้อมูลพื้นฐาน (baseline assessment) สำหรับกระบวนการ NAP ซึ่งตีพิมพ์เผยแพร่ในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2558 ในกระบวนการประเมินดังกล่าว สถาบันสิทธิมนุษยชนเยอรมนีมีส่วนร่วมโดยตรงกับภาคธุรกิจ ภาครัฐ และภาคประชาสังคม

(2) อินโดนีเซีย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติของอินโดนีเซีย (National Commission on Human Rights - Komnas HAM) มีอำนาจในการสืบสวนสอบสวน รวมถึงอำนาจในการเรียกพยานเข้าให้ปากคำและกระบวนการรับเรื่องร้องเรียน โดยรายงาน Komnas HAM ระบุว่า ระหว่างเดือนกันยายน พ.ศ. 2550 ถึงเดือนกันยายน พ.ศ. 2551 ภาคธุรกิจอินโดนีเซียเป็นภาคส่วนที่มีส่วนละเมิดสิทธิมนุษยชนมากเป็นอันดับสอง รองจากตำรวจ ในช่วงเวลาดังกล่าวมีเรื่องร้องเรียนเข้ามายัง Komnas HAM มากถึง 1,009 กรณีที่เกี่ยวข้องกับภาคธุรกิจ ส่วนใหญ่เป็นประเด็นที่ดิน พื้นที่ทำกินเหมืองแร่ สิ่งแวดล้อม แรงงาน และอาชญากรรม

กรณีร้องเรียนเกี่ยวกับธุรกิจที่ Komnas HAM จัดการมากที่สุด คือ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้ที่ดิน หลังจากที่ดินอินโดนีเซียได้รับเอกราช ผู้ครอบครองที่ดินจะต้องไปออกโฉนดเพื่อยืนยันความเป็นเจ้าของอย่างเป็นทางการ แต่หลายคนไม่ทราบว่าจะต้องทำเช่นนี้ หรือไม่อาจพิสูจน์ความเป็นเจ้าของได้ ผลลัพธ์ที่เกิดขึ้น คือ บริษัทขนาดใหญ่หลายแห่งได้พื้นที่ของชาวนาไปจำนวนมาก ในปีแรก ๆ Komnas HAM สนับสนุนให้ชาวนาฟ้องร้องคดีเหล่านี้ต่อศาล แต่พบว่า ส่วนใหญ่ชาวนาจะแพ้คดีเนื่องจากไม่มีโฉนด ในขณะที่บริษัทที่ถูกฟ้องมีโฉนด Komnas HAM จึงได้ข้อสรุปว่า ประเด็นที่ดินจะต้องคลี่คลายในระดับการเมือง ต่อมาในปี พ.ศ. 2557 Komnas HAM ได้เริ่มกระบวนการไต่สวนระดับชาติว่าด้วยสิทธิในที่ดินของชนพื้นเมือง (National Inquiry on Indigenous People's Land Rights) โดยคณะกรรมการจะเดินทางไปยังเกาะต่าง ๆ ในอินโดนีเซีย เพื่อรับฟังความคิดเห็นจากผู้ถูกละเมิดสิทธิและภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง ก่อนจะประมวลผลการไต่สวนเป็นรายงานเสนอประธานาธิบดีในลำดับต่อไป

(3) อินเดีย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติของอินเดีย (National Human Rights Commission) มีสถานะเป็นองค์กรของรัฐภายใต้กฎหมายเฉพาะ โดยในอินเดียสถาบันตุลาการมีบทบาทนำในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการละเมิดของภาคเอกชน เยียวยาผู้ถูกละเมิดสิทธิและผลักดันการเปลี่ยนแปลงในด้านนี้ โดยเฉพาะ ผ่านกลไกการดำเนินคดีเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest Litigation) และการบังคับติดตามคำพิพากษาในคดีเหล่านี้ แม้ในขณะที่รัฐบาลอินเดียยังมิได้ลงนามหรือให้สัตยาบันในข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับใดฉบับหนึ่งที่เกี่ยวข้อง (Asian Centre for Human Rights, 2013) อีกทั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอินเดีย ก็ยังมิได้มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะรับมือโดยตรงกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยภาคเอกชน

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติของอินเดียได้เข้ามาับบทบาทในประเด็นสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับภาคธุรกิจหลายครั้ง ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีบริษัทแห่งหนึ่งของอินเดียซึ่งเป็นบริษัทลูกของบริษัทอังกฤษ (National Human Rights Commission of India, 2011) ได้ร่วมทุนกับรัฐบาลรัฐโอริสสา (joint venture) ดำเนินโครงการก่อสร้างโรงผลิตอะลูมินาและเหมืองแร่บอกไซต์ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2547 ต่อมาชาวบ้านร้องเรียนขอให้รัฐเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างเหมืองแร่บอกไซต์เนื่องจากบริษัทมาบังคับใช้และก่อความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อมอย่างใหญ่หลวง โดยในปี พ.ศ. 2552 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติของอินเดียส่งรายงานต่อรัฐบาลของมลรัฐโอริสสายืนยันข้อค้นพบว่า การประกอบธุรกิจเหมืองแร่ของบริษัทมีส่วนก่อมลพิษทางอากาศและน้ำ คุณภาพสิทธิมนุษยชนของชนพื้นเมืองในพื้นที่ และเรียกร้องให้รัฐโอริสสาจัดทำรายงานฉบับสมบูรณ์แจกแจงรายละเอียดการร่วมทุนกับบริษัทดังกล่าว จากนั้น ในเดือนเมษายน พ.ศ. 2556 ศาลฎีกาอินเดียพิพากษายืนคำสั่งห้ามทำเหมืองในพื้นที่ และระบุว่าสิทธิของชุมชนจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาของรัฐ

(4) เนเธอร์แลนด์

สถาบันสิทธิมนุษยชนเนเธอร์แลนด์ (Netherlands Human Rights Institute) มีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายในการรับเรื่องร้องเรียนที่มีต่อบริษัท เฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติด้านการจ้างงาน การให้บริการ หรือการขายสินค้าบนพื้นฐานของความพิการ โรคเรื้อรัง อายุ เชื้อชาติ เพศ ฯลฯ ในกรณีเหล่านี้ สถาบันสามารถเรียกผู้เกี่ยวข้อง พยานหลักฐาน และพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าให้ปากคำและเป็นเจ้าภาพในการเจรจาไกล่เกลี่ย สามารถส่งข้อเสนอแนะไปยังบริษัท แต่ไม่มีอำนาจสั่งให้บริษัทจ่ายค่าชดเชยแก่ผู้ร้อง

ปลายปี พ.ศ. 2556 เนเธอร์แลนด์เป็นประเทศที่สองในโลกรองจากสหราชอาณาจักรที่จัดทำและเผยแพร่แผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (National Action Plan on Business and Human Rights - NAP) โดยมีกระทรวงการต่างประเทศเป็นเจ้าภาพ

(5) นอร์เวย์

หน่วยงานสิทธิมนุษยชนระดับชาติของนอร์เวย์ใช้รูปแบบ “ผู้ตรวจการ” โดยไม่มีอำนาจรับเรื่องร้องเรียนที่เกี่ยวกับธุรกิจแต่อย่างใด บทบาทการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับภาคธุรกิจกระจายอยู่ตามหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลภาคธุรกิจ

รัฐบาลนอร์เวย์จัดทำและเผยแพร่แผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (NAP) ในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2558 โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. รัฐบาลจะปรับปรุงหลักเกณฑ์เรื่องความรับผิดชอบของธุรกิจต่อสังคม (CSR) ที่ใช้กับการบริหารรัฐกิจให้มีความสอดคล้องกันมากขึ้น
2. รัฐบาลจะพิจารณาหลอมรวมทรัพยากรจากผู้เกี่ยวข้องทั้งหลายที่ให้คำปรึกษาต่อภาคธุรกิจในประเด็นความรับผิดชอบต่อสังคม ด้วยการจัดตั้งศูนย์ให้คำปรึกษากลาง
3. จะรวมหลักสิทธิมนุษยชนสากลไว้ในสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาต่าง ๆ ที่เป็นสาธารณะ
4. รัฐบาลจะสร้างหลักประกันว่าการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมถึงสิทธิแรงงาน และสภาพการทำงานจะถูกระบุเป็นเงื่อนไขในข้อตกลงการค้าเสรีทวิภาคีและสนธิสัญญาด้านการลงทุนทุกฉบับ



5. รัฐบาลจะให้ความสำคัญกับการสร้างกรอบกติกา การสร้างสถาบัน และการพัฒนากลไกกฎหมายที่เพียงพอเพื่อสร้างหลักประกันว่ารัฐบาลของประเทศที่ได้รับเงินช่วยเหลือเพื่อการพัฒนาจากนอร์เวย์จะเคารพสิทธิมนุษยชน

6. รัฐบาลจะแสวงความร่วมมือจากนานาชาติในการสร้างหลักประกันว่าผู้ตกเป็นเหยื่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เลวร้ายและเป็นระบบจะได้เข้าถึงกระบวนการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพ และ

7. รัฐบาลจะสนับสนุนงานของสำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights – OHCHR) ในการปรับปรุงระบบกฎหมายในประเทศต่าง ๆ

(6) สวีเดน

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในสวีเดนใช้รูปแบบ “ผู้ตรวจการ” มีอำนาจรับเรื่องร้องเรียน ตรวจสอบเรื่องร้องเรียน เสร็จจากไกล่เกลี่ย และฟ้องศาล กรณีที่ภาคธุรกิจถูกร้องว่าเป็นผู้ละเมิดได้แต่เฉพาะในประเด็นการเลือกปฏิบัติด้านชาติพันธุ์หรือศาสนาเท่านั้น (ethnic or religious discrimination) เช่น บุคคลถูกปฏิเสธงานเพราะถูกเหยียดผิว หรือลูกค้าร้านอาหารร้องเรียนว่าถูกเลือกปฏิบัติเพราะชาติพันธุ์ของตน โดยตำแหน่งนี้มีชื่อว่า ผู้ตรวจการด้านการเลือกปฏิบัติด้านชาติพันธุ์ (Ombudsman Against Ethnic Discrimination)

รัฐบาลสวีเดนจัดทำและเผยแพร่แผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (NAP) ในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2558 โดยมีกระทรวงธุรกิจและนวัตกรรมเป็นเจ้าภาพ เน้นหาเน้นการทำงานร่วมกับภาคส่วนต่าง ๆ ในการปฏิบัติตาม UNGP และรัฐกำลังพิจารณาว่าอาจหยิบยกภาคธุรกิจที่กำลังเผชิญความท้าทายด้านสิทธิมนุษยชนในต่างประเทศที่บริษัทสวีเดนเข้าไปลงทุนมาตรวจสอบเป็นกรณีพิเศษ (special due diligence)

(7) นิวซีแลนด์

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติของนิวซีแลนด์มีหน้าที่หลัก ได้แก่ การสนับสนุนส่งเสริมการเคารพสิทธิมนุษยชน ส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีระหว่างปัจเจกและกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ ในนิวซีแลนด์ ประเมินและเสนอข้อชี้แนะเกี่ยวกับโอกาสการทำงานที่เท่าเทียม (equal employment opportunities) และรับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติ โดยสามารถรับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับทุกบริษัทที่ประกอบกิจการในนิวซีแลนด์และสามารถเจรจาไกล่เกลี่ยได้แต่เฉพาะประเด็นการเลือกปฏิบัติบนฐานของ เพศ เพศสภาพ สถานภาพ ความเชื่อทางศาสนา ชาติพันธุ์ สีผิว อายุ ความพิการ หรือความเห็นทางการเมืองเท่านั้น

5. ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

5.1 การส่งเสริมและประยุกต์ใช้องค์ความรู้เกี่ยวกับธุรกิจและสิทธิมนุษยชน

ควรส่งเสริมองค์ความรู้เกี่ยวกับชุดหลักการและมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการแสดงความรับผิดชอบของธุรกิจต่อสังคม (CSR) ที่ล้วนมีสาระสำคัญในการเคารพสิทธิมนุษยชน หรือมาตรฐานที่เกี่ยวกับความยั่งยืนของธุรกิจแก่เจ้าหน้าที่สำหรับใช้ในการปฏิบัติงาน

5.2 การจัดทำฐานข้อมูลการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยภาคเอกชน

เพื่อเป็นเครื่องมือของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในกระบวนการใกล้เคียง เยียวยา และเสนอแนะต่อภาคเอกชน ตามระดับตามเหมาะสมของสถานการณ์แต่ละกรณี รวบรวมและบันทึกข้อมูลข้อเท็จจริงกรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยภาคเอกชน

5.3 การเผยแพร่บทสรุปผลการตรวจสอบและจัดทำข้อเสนอแนะต่อบริษัท

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติควรเผยแพร่บทสรุปผลการตรวจสอบกรณีที่ชัดเจนว่า บริษัทมีส่วนในการละเมิดสิทธิมนุษยชน เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้าถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน อีกทั้งยังเป็นการสร้างแรงจูงใจให้ภาคเอกชนโดยรวมเห็นความสำคัญกับประเด็นสิทธิมนุษยชนมากขึ้น ทั้งนี้ เพื่อลดความเสี่ยงด้านชื่อเสียง (reputation risk) ตลอดจนเพิ่มแรงกดดันจากคู่แข่งในธุรกิจเดียวกัน (peer pressure) ทางอ้อม ให้แข่งขันหันมาให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างจริงจัง เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกเปิดเผยเมื่อมีการตรวจสอบจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

5.4 สร้างกลไกความร่วมมือกับหน่วยงานกำกับดูแลเอกชนในไทย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติควรหารือกับหน่วยงานที่มีบทบาทกำกับดูแลภาคเอกชน เช่น สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย สมาคมส่งเสริมสถาบันกรรมการบริษัทไทย (IOD) สมาคมบริษัทจดทะเบียนไทย สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย และสมาคมธนาคารไทย เป็นต้น เพื่อขับเคลื่อนประเด็นธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนให้เป็นที่ตระหนักในวงกว้างมากขึ้น อาทิ การส่งเสริมการจัดการด้านสิทธิมนุษยชนในภาคเอกชน โดยอาจใช้แนวปฏิบัติสำหรับการจัดการด้านสิทธิมนุษยชนและรายการตรวจสอบ (Human Rights Management and Check List) ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเกาหลีใต้เป็นแม่แบบในการประยุกต์ใช้สำหรับบริษัทไทย

5.5 ความร่วมมือกับองค์กรภาคเอกชนระหว่างประเทศ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติควรพิจารณาหารือกับองค์กรภาคเอกชนระหว่างประเทศที่มีบทบาทในการสร้างความตื่นตัวและตระหนักในประเด็นสิทธิมนุษยชนของภาคธุรกิจ และร่วมมือกันยกระดับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในไทย

5.6 การจัดทำแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (NAP)

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติควรพิจารณาเริ่มให้เกิดกระบวนการจัดทำแผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (National Action Plan on Business and Human Rights - NAP) เพื่อใช้เป็น “เครื่องมือ” ในการเริ่มสร้างความตระหนักและการมีส่วนร่วมจากภาคส่วนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งภาคธุรกิจ ภาครัฐ และภาคประชาสังคม ทั้งนี้ ปัจจุบันมีประเทศไม่ต่ำกว่า 35 ประเทศทั่วโลกที่จัดทำและเผยแพร่แผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (NAP) แล้ว หรืออยู่ระหว่างกระบวนการจัดทำ

โดยขั้นตอนแรก ๆ ที่สำคัญในการจัดทำแผนปฏิบัติการแห่งชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชน (NAP) ในความเห็นของ European Network of National Human Rights Institutions คือ การจัดทำการศึกษาข้อมูลฐานและการวิเคราะห์ช่องว่าง (national baseline study and gap analysis) ระหว่างกลไกคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศที่มีอยู่ กับข้อกำหนดใน UNGP เพื่อสร้างฐานที่น่าเชื่อถือและโปร่งใส วางหมุดหมาย (milestones) เชิงกลยุทธ์ที่ชัดเจนการศึกษาข้อมูลฐานฯ นี้ควรระบุอย่างชัดเจนว่า กลไกคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศเพียงพอต่อข้อกำหนดใน UNGP หรือไม่ อย่างไร มีช่องว่างในประเด็นใดบ้าง มีมาตรการใดที่ยังไม่มีหรือมีไม่เพียงพอ

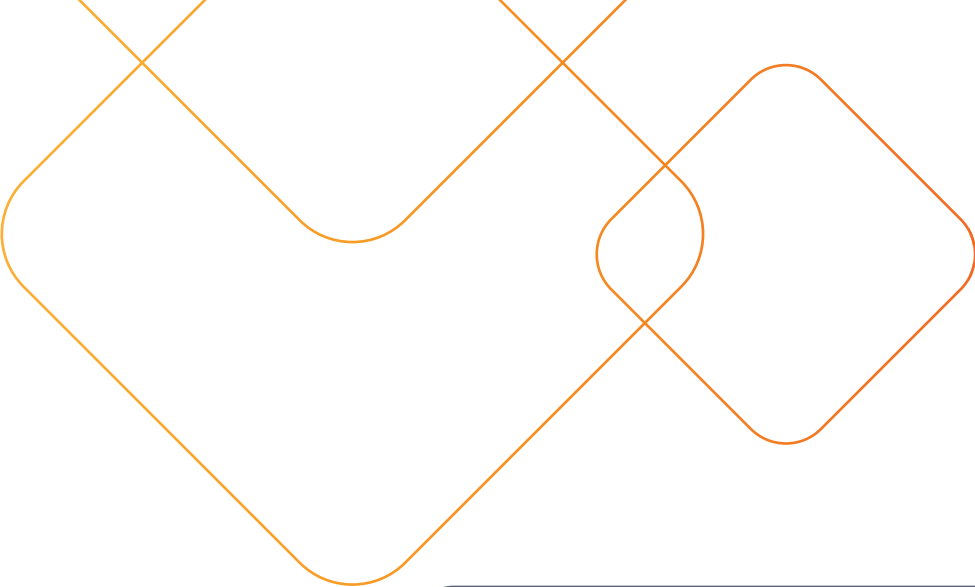
นอกจากนี้ ยังควรเน้นไปที่กลุ่มประชากรที่เปราะบางและถูกกีดกันมากที่สุด ตระหนักในปัจเจกบุคคลและชุมชนที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินธุรกิจว่า เป็นผู้มีสิทธิและเป็นผลลัพธ์จากการพิจารณาหรือกับผู้มีสิทธิและผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ อย่างทั่วถึงรอบด้าน

สภาสิทธิมนุษยชนและนโยบายระหว่างประเทศ (International Council on Human Rights and Policy) เสนอว่า ประสิทธิภาพของสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ควรวัดจากตัวชี้วัด 12 ตัว ซึ่งแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจและสิทธิมนุษยชนควรมีองค์ประกอบที่ช่วยปรับปรุงประสิทธิภาพของสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามตัวชี้วัดดังกล่าวด้วย ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- (1) การได้รับการยอมรับจากสังคม
- (2) เข้าถึงโดยประชาชนทุกกลุ่ม
- (3) มีวัฒนธรรมองค์กรที่เปิดกว้าง
- (4) สมาชิกซื้อสัตย์และมีคุณภาพ
- (5) ปรีกษาหารือกับภาคประชาสังคม
- (6) มีพันธกิจที่กว้าง
- (7) มีขอบเขตการใช้อำนาจที่ครอบคลุม
- (8) มีอำนาจในการติดตามว่าหน่วยงานต่าง ๆ ทำตามข้อเสนอแนะหรือไม่
- (9) รับมือกับประเด็นสิทธิมนุษยชนอย่างเป็นระบบ
- (10) มีงบประมาณเพียงพอ
- (11) พัฒนาเครือข่ายระหว่างประเทศที่เปี่ยมประสิทธิภาพ
- (12) จัดการกับเรื่องร้องเรียนอย่างทันท่วงทีและมีประสิทธิภาพ

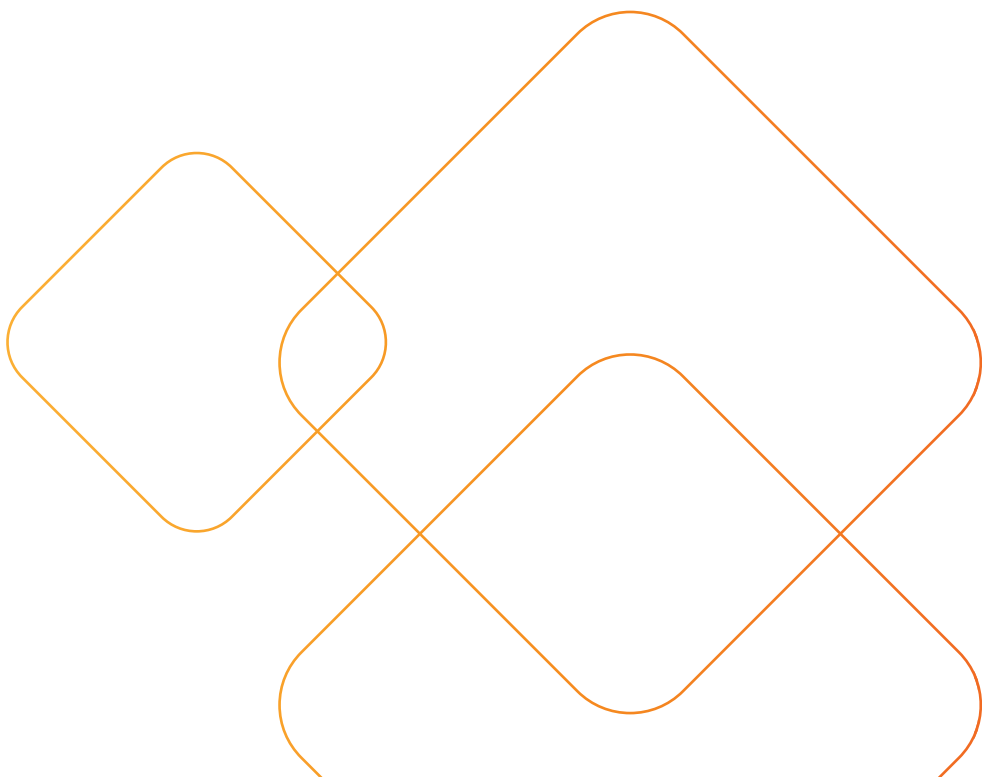
จากการศึกษารายงานวิจัยฉบับดังกล่าว พบว่า ภารกิจหลักของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คือการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เป็นผลกระทบจากการกระทำของรัฐ แต่ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า ปัจจุบันปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้น ไม่ได้เกิดเฉพาะแต่กรณีการใช้อำนาจรัฐเท่านั้น แต่ยังเกิดขึ้นภายในภาคธุรกิจของเอกชนอีกด้วย โดยในปัจจุบันพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งที่เกิดจากหน่วยงานของรัฐและเอกชน ซึ่งหากตรวจสอบแล้วเห็นว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชนกรณีใดเป็นเรื่องเฉพาะตัวเป็นรายกรณี คณะกรรมการจะแจ้งให้หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่เกี่ยวข้องเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนดังกล่าวตามหน้าที่และอำนาจภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการกำหนด โดยหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่เกี่ยวข้องต้องดำเนินการให้เป็นไปตามที่ได้รับแจ้งภายในกำหนดเวลาแล้วแจ้งผลการดำเนินการให้คณะกรรมการทราบ และหากไม่สามารถดำเนินการได้ จะต้องแจ้งให้คณะกรรมการทราบก่อนพ้นกำหนดเวลา โดยกรณีที่หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่เกี่ยวข้องมิได้ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนดโดยไม่มีเหตุอันสมควร คณะกรรมการจะจัดทำรายงานเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป





ผู้สรุปและเรียบเรียง: ภาณุพงศ์ คงสมบูรณ์

การส่งเสริมและให้ความคุ้มครองชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์
ตามร่างพระราชบัญญัติ
คุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ.





การส่งเสริมและให้ความคุ้มครองชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ ตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ.

ภาณุพงศ์ คงสมบูรณ์¹

1. ความเป็นมา

ประเทศไทยมีกลุ่มชาติพันธุ์² มากถึง 63 กลุ่ม ประมาณ 6 ล้านคน คิดเป็นร้อยละ 9.68 ของประชากรทั้งประเทศ ซึ่งเป็นกลุ่มที่มีอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมและมรดกความรู้ ภูมิปัญญาที่เป็นทุนทางวัฒนธรรมอันเป็นอัตลักษณ์ของกลุ่มชาติพันธุ์ที่แตกต่างไปจากวิถีชีวิตของคนส่วนใหญ่ในสังคม อย่างไรก็ตามคนส่วนใหญ่ในสังคมมีความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนต่อกลุ่มชาติพันธุ์ในหลายกรณี เช่น กลุ่มชาติพันธุ์เป็นคนต่างด้าวไม่ใช่คนไทยเป็นผู้ค้ายาเสพติดและเป็นผู้ทำลายป่าไม้และทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น โดยความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนดังกล่าวส่งผลให้กลุ่มชาติพันธุ์มีอุปสรรคในการเข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะพลเมือง การเสียสิทธิทางวัฒนธรรมที่จะดำรงรักษาอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมของตนเอง เสี่ยงต่อการสูญเสียอัตลักษณ์และภูมิปัญญาทางวัฒนธรรมอันเป็นต้นทุนสำคัญในการพึ่งพาตนเองอย่างมีศักดิ์ศรี และการขาดความมั่นคงในที่อยู่อาศัยและที่ทำกินทำให้ขาดศักยภาพในการพึ่งพาตนเองอย่างมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์³

ตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง การประกาศแผนการปฏิรูปประเทศ ลงวันที่ 6 เมษายน 2561 การปฏิรูปประเทศด้านสังคม เรื่องและประเด็นปฏิรูปที่ 4 ระบบสร้างเสริมชุมชนเข้มแข็ง กิจกรรมที่ 4 ส่งเสริมและให้ความคุ้มครองชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ ได้ถูกดำเนินการให้เป็นรูปธรรมโดยการจัดทำร่างกฎหมาย เพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 70 โดยมีขอบหมายให้กระทรวงวัฒนธรรมโดยศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) (ศมส.) เป็นหน่วยงานรับผิดชอบหลักในการดำเนินการศึกษาต่อมาศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) ได้ดำเนินการจัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและอนุรักษ์วิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์แล้วเสร็จ โดยใช้ชื่อว่า “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ.” และได้เรียนเชิญหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง อาทิ หน่วยงานด้านความมั่นคง ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม การต่างประเทศ การสาธารณสุข รวมทั้งสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นต้น เข้าร่วมการประชุมเพื่อให้ความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2564 ณ โรงแรมเดอะ เบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ กรุงเทพมหานคร

¹ นักวิชาการสิทธิมนุษยชนปฏิบัติการ ช่วยราชการในสำนักกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

² นักมานุษยวิทยาได้พยายามตั้งชื่อเสนอให้ใช้คำว่า กลุ่มชาติพันธุ์ (Ethnic Group) แทนคำว่า เชื้อชาติ ทำให้เริ่มมีการใช้คำว่าชาติพันธุ์อธิบายกลุ่มสังคมอย่างกว้างขวางขึ้นนับตั้งแต่ทศวรรษที่ 1950 เป็นต้นมา (ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน), กลุ่มชาติพันธุ์ในประเทศไทย (Ethnic Groups in Thailand), <https://www.sac.or.th/databases/ethnic-groups/page/1>).

“กลุ่มชาติพันธุ์” หมายถึง กลุ่มชนที่มีความเชื่อมโยงทางประวัติศาสตร์กับสังคมไทยมาตั้งแต่อดีต มีความแตกต่างด้านต่าง ๆ และมีวัฒนธรรมประเพณีของตนเอง โดยเป็นกลุ่มชนที่ประชากรมีพันธะเกี่ยวข้องกัน มีลักษณะทางเชื้อชาติ วัฒนธรรมประเพณีและภาษาพูดเดียวกัน รวมตัวเป็นพหุวัฒนธรรม มุ่งมั่นในการอนุรักษ์พัฒนาและสืบทอดฐานดินแดนของบรรพบุรุษและอัตลักษณ์ทางชาติพันธุ์ของคนรุ่นเก่าสู่คนรุ่นอนาคต (สุจิตต์ วงษ์เทศ, (2564), กลุ่มชาติพันธุ์คือบรรพชนคนไทย ความเป็นไทยเปิดรับทุกกลุ่มชาติพันธุ์, มติชนออนไลน์ ฉบับวันที่ 5 พฤษภาคม 2564, สืบค้นจาก https://www.matichon.co.th/prachachuen/news_2528858).

³ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 1 ว่า “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระและเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิ ทุกคนได้รับการประสิทธิประสาทเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันอย่างอันพึงชอบ” ซึ่งเป็นการเชื่อมโยงสิทธิมนุษยชนกับกฎหมายรัฐธรรมนูญของรัฐไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” อันทำให้การละเมิดสิทธิมนุษยชนอาจเป็นเรื่องที่ผิดกฎหมายรัฐธรรมนูญ (จาก ตำรากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล: เรื่องจริงของชีวิตระหว่างประเทศของเอกชนที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทย (น. 18), โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2557 ปรับปรุงเมื่อ 16 กันยายน 2562, โรงพิมพ์เดือนตุลา).

2. สรุปสาระสำคัญ

2.1 เจตนารมณ์ของร่างพระราชบัญญัติ

การจัดทำร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ. มีเจตนารมณ์ให้เป็นกฎหมายที่ “ส่งเสริม” โดยมุ่งคุ้มครองกลุ่มชาติพันธุ์ให้มีสิทธิเสมอภาคอย่างไม่เลือกปฏิบัติอันเป็นพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชนเพื่อวางหลักการคุ้มครองกลุ่มชาติพันธุ์ที่มีลักษณะด้อยสิทธิ วางกลไกในการสร้างการมีส่วนร่วมในการคุ้มครองกลุ่มชาติพันธุ์อย่างเป็นระบบ ชัดเจน มีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับวิถีชีวิตและความต้องการของกลุ่มชาติพันธุ์ โดยไม่มีเจตนารมณ์ที่จะให้สิทธิพิเศษแก่กลุ่มชาติพันธุ์แต่อย่างใด

2.2 หลักการของร่างพระราชบัญญัติ

2.2.1 หลักการคุ้มครองสิทธิทางวัฒนธรรม⁴ โดยให้กลุ่มชาติพันธุ์เลือกดำรงชีวิตตามวิถีวัฒนธรรมของตน โดยไม่ถูกคุกคามหรือถูกเลือกปฏิบัติด้วยอคติทางวัฒนธรรมที่มาจากความไม่เข้าใจวิถีวัฒนธรรมของกลุ่มชาติพันธุ์ ซึ่งอาจทำให้ถูกละเมิดสิทธิในด้านต่าง ๆ เป็นผลให้เกิดปัญหาความขัดแย้งทางวัฒนธรรมที่เป็นรากฐานความรุนแรงในสังคมไทย

2.2.2 หลักการส่งเสริมศักยภาพกลุ่มชาติพันธุ์ โดยปรับกระบวนการทัศน์จากเดิมที่พิจารณา กลุ่มชาติพันธุ์ในฐานะผู้ด้อยโอกาสหรือล้าหลัง มาเป็นการเห็นและเข้าใจถึงศักยภาพของกลุ่มชาติพันธุ์และปรับแนวทางในการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์จากแนวทางการสงเคราะห์ มาเป็นแนวทางเสริมศักยภาพให้กลุ่มชาติพันธุ์เข้ามามีส่วนร่วม โดยวางกลไกให้กลุ่มชาติพันธุ์มีส่วนร่วมในการวางแผนและกำหนดแนวทางในการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ให้สอดคล้องและเหมาะสมกับสถานการณ์ทางสังคมและสภาพปัญหาของกลุ่มชาติพันธุ์ สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี ด้านความมั่นคงในประเด็นการสร้างกลไกภาคประชาชนในการเสริมความมั่นคงของชาติ

2.2.3 หลักการสร้างความสะดวกสบายบนความหลากหลายทางวัฒนธรรม มุ่งลดความเหลื่อมล้ำในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเหลื่อมล้ำที่เกิดจากปัญหาอคติทางวัฒนธรรมต่อกลุ่มชาติพันธุ์ สอดคล้องกับเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติในเป้าหมายที่ 10 การลดความเหลื่อมล้ำภายใต้หลักการของความเสมอภาคในการจัดสรรทรัพยากรให้สอดคล้องกับศักยภาพของคนที่มีความหลากหลาย

⁴สิทธิทางวัฒนธรรม (Cultural Rights) หมายถึง สิทธิในการได้รับโอกาสอย่างเท่าเทียมให้ประเพณีทางวัฒนธรรมได้มีการรับรู้ ดำรงอยู่ สานต่อ และพัฒนา และสิทธิทางวัฒนธรรมยังรวมถึงสิทธิของทุกคน หรือกลุ่มที่ควรได้รับการรับรองและยืนยันว่า ทุกคนหรือทุกกลุ่มชนจะได้เข้าร่วมมีส่วนร่วม และได้รับความสุขจากการใช้ทรัพยากรวัฒนธรรม หรือสามารถดำเนินชีวิตทางวัฒนธรรมได้อย่างมีความสุข ปราศจากการเหยียดหยามและอคติ (จากสิทธิ ทางวัฒนธรรมในยุคโลกาภิวัตน์, บทความปริทรรศน์หนังสือ, โดย ดร. ธนิช เลิศชาญฤทธ์).

2.3 เป้าหมายของการจัดทำร่างพระราชบัญญัติ

2.3.1 เพื่อให้มีนโยบายและแนวปฏิบัติที่ชัดเจนในการคุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 70⁵ มาตรา 43⁶ และมาตรา 57⁷

2.3.2 เพื่อให้สอดคล้องกับข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐบาลไทยได้รับรองไว้ เช่น อนุสัญญา ระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ⁸ และปฏิญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง⁹

2.3.3 เพื่อให้เป็นกฎหมายที่มีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนในการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่ม ชาติพันธุ์ และให้เจ้าหน้าที่รัฐทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งมีความเข้าใจเรื่องกลุ่มชาติพันธุ์ว่าเป็น องค์ประกอบสำคัญในสังคมพหุวัฒนธรรมของไทย

2.3.4 เพื่อให้มีกฎหมายคุ้มครองกลุ่มชาติพันธุ์ โดยมุ่งคุ้มครองวัฒนธรรมพร้อมกับการ ส่งเสริมการพัฒนาคุณภาพชีวิต และให้กลุ่มชาติพันธุ์มีส่วนร่วมในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ร่วมกับรัฐ โดยอาศัยหลักการและภูมิปัญญาดั้งเดิมที่เคยอยู่อาศัยและทำกินอย่างสอดคล้องกับธรรมชาติ

2.3.5 เพื่อสนับสนุนหลักการเรื่องความหลากหลายทางวัฒนธรรมและการอยู่ร่วมกัน อย่างสงบสุขและเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติ โดยเฉพาะเรื่อง “สังคมสงบสุข ยุติธรรม ไม่แบ่งแยก เพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน”

⁵ มาตรา 70 บัญญัติว่า “รัฐพึงส่งเสริมและให้ความคุ้มครองชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ ให้มีสิทธิดำรงชีวิตในสังคมตามวัฒนธรรม ประเพณี และวิถีชีวิตดั้งเดิมตาม ความสมัครใจได้อย่างสงบสุข ไม่ถูกรบกวน ทั้งนี้ เท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ หรือสุขภาพ อำนวย”.

⁶ มาตรา 43 บัญญัติว่า “บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ

(1) อนุรักษ์ พื้นฟู หรือส่งเสริมภูมิปัญญา ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีตประเพณีอันดีงามทั้งของท้องถิ่นและของชาติ

(2) จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ

(3) เข้าชื้อกันเพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐให้ดำเนินการใดอันจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนหรือชุมชน หรือถ่วงดุลการดำเนินการใดอันจะกระทบต่อความเป็น อยู่อย่างสงบสุขของประชาชนหรือชุมชนและได้รับแจ้งผลการพิจารณาโดยรวดเร็ว ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาข้อเสนอแนะนั้นโดยให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการ พิจารณาด้วยตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ

(4) จัดให้มีระบบสวัสดิการของชุมชน

สิทธิของบุคคลและชุมชนตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ารวมถึงสิทธิที่จะร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐในการดำเนินการดังกล่าวด้วย”.

⁷ มาตรา 57 บัญญัติว่า “รัฐต้อง

(1) อนุรักษ์ พื้นฟู และส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีอันดีงามของท้องถิ่นและของชาติ และจัดให้มีพื้นที่สาธารณะ สำหรับกิจกรรมที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชน ชุมชน และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้ใช้สิทธิและมีส่วนร่วมในการดำเนินการด้วย

(2) อนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุงรักษา พื้นฟู บริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืน โดยต้องให้ประชาชนและชุมชนในท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมดำเนินการและได้รับประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าวด้วยตามวิธีการที่กฎหมาย บัญญัติ”.

⁸ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: CERD.

⁹ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: UNDRIP.

2.4 ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง (ประชาชาติท้องถิ่นดั้งเดิม) (United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: UNDRIP)

เมื่อวันที่ 13 กันยายน 2550 เป็นวันที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติรับรองปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมืองฉบับนี้ โดยเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง ซึ่งประสบปัญหาอย่างยาวนาน ทั้งการสูญเสียที่ดิน ทรัพยากร และการละเมิดสิทธิมนุษยชน บางพื้นที่ถึงขั้นต้องสูญเสียชีวิตจากการถูกขับมาต่อสู้ เพื่อปกป้องผืนแผ่นดิน ป่า และวิถีชีวิตของตนเอง ปฏิญญาฉบับนี้ยังมุ่งส่งเสริมการพัฒนาสถาบันทางการศึกษา การเมือง เศรษฐกิจและสังคม เพื่อให้ชนเผ่าพื้นเมือง (ประชาชาติท้องถิ่นดั้งเดิม) สามารถดำรงอยู่และรักษาอัตลักษณ์ วัฒนธรรมของตนเองไว้ได้ ทั้งนี้ ในการรับรองดังกล่าวมีผู้แทนรัฐที่ลงนาม¹⁰ (Signing) เห็นชอบ 143 ประเทศ ไม่เห็นชอบ 4 ประเทศ (ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา) งดออกเสียง 11 ประเทศ และขาดการประชุม 34 ประเทศ โดยประเทศไทยเป็นประเทศ 1 ใน 143 ประเทศที่ลงนามเห็นชอบด้วย เหตุการณ์ดังกล่าวนี้เป็นความสำเร็จอันยิ่งใหญ่ของชนเผ่าพื้นเมืองทั่วโลก¹¹ แต่อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศไทยยังไม่ได้แสดงเจตนาเป็นภาคีสมาชิกของปฏิญญาฉบับนี้ ดังนั้น เมื่อไม่ได้แสดงเจตนาผูกพัน จึงไม่มีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด

2.5 สรุปผลการประชุม

2.5.1 ความเห็นต่อหลักการและเหตุผล

หน่วยงานต่าง ๆ ได้ให้ความเห็นและมีข้อสังเกตในบางประเด็น ดังนี้

(1) ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวสามารถช่วยแก้ไขปัญหาให้ประเทศไทยเกี่ยวกับกลุ่มชาติพันธุ์ได้ ซึ่งการประชุมในระดับเวทีโลกมักมีการยกประเด็นเรื่องกลุ่มชาติพันธุ์ขึ้นพิจารณาร่วมด้วย ดังนั้น ประเทศไทยจะสามารถนำเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาได้อย่างชัดเจนและแสดงให้เห็นว่าภาครัฐได้ดำเนินการอย่างต่อเนื่องเกี่ยวกับสิทธิของกลุ่มชาติพันธุ์ อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 70 ตอนต้น มีการสนับสนุนส่งเสริมและให้ความคุ้มครองชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ ให้มีสิทธิดำรงชีวิตในสังคมตามวัฒนธรรม ประเพณี และวิถีชีวิตดั้งเดิมตามความสมัครใจได้อย่างสงบสุขโดยไม่ถูกรบกวน แต่ในตอนท้ายของมาตราเดียวกันมีข้อยกเว้นในเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคงอยู่ด้วย ดังนั้น จึงมีข้อห่วงกังวลในกรณีวิถีชีวิตและวัฒนธรรมประเพณีของกลุ่มชาติพันธุ์อาจขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนได้

(2) ควรนำกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องมาประกอบการพิจารณากว่า เนื่องจากร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติในเขตป่าหรืออุทยานแห่งชาติได้ โดยเห็นว่า พระราชบัญญัติ

¹⁰ การลงนาม (Signing) หมายถึง การที่รัฐแสดงเจตนารับรองกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ยังไม่แสดงเจตนาต้องการผูกพันหรือต้องการให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งหากต้องการผูกพันหรือต้องการให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศ จะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเสียก่อน กล่าวคือ มีการให้สัตยาบัน (Ratification) ซึ่งหมายถึง การที่รัฐเข้าผูกพันหลังลงนามหรือมีการภาคยานุวัติ (Accession) ซึ่งหมายถึง การที่รัฐเข้าผูกพันโดยไม่มีการลงนาม.

¹¹ มูลนิธิชนเผ่าพื้นเมืองเพื่อการศึกษาและสิ่งแวดล้อม, ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิชนเผ่าพื้นเมือง, สำนักพิมพ์เอไอพีที จำกัด, 2559



อุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 มาตรา 64¹² มีบทบัญญัติเพื่อช่วยเหลือประชาชนที่อยู่อาศัยหรือทำกินในเขตพื้นที่อุทยานแห่งชาติอยู่แล้ว ดังนั้น การยกร่างกฎหมายใหม่จึงควรพิจารณากฎหมายอื่น ๆ ประกอบด้วย อีกทั้งร่างพระราชบัญญัติฯ จะมีผลกระทบกับพื้นที่ป่าอนุรักษ์ของกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช รวมทั้ง การตรากฎหมายขอให้พิจารณาถึงความสมดุลและความยั่งยืน เพราะกฎหมายแต่ละฉบับมีเจตนารมณ์ ความมุ่งหมาย ขั้นตอนและวิธีการในการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม การใช้ประโยชน์ในเขตพื้นที่ป่าไม้ กรมป่าไม้มีระบบการอนุญาต เพื่อให้ประชาชนได้มีการขออนุญาตเข้าไปทำประโยชน์ในเขตป่าเพื่อประโยชน์ในการจัดการและควบคุมดูแลอยู่ในกฎหมายของกรมป่าไม้ด้วยแล้ว

(3) กลุ่มชาติพันธุ์จะได้รับประโยชน์ในด้านสาธารณสุขจากร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งมีหลักการและเหตุผลสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน โดยร่างพระราชบัญญัติฯ มุ่งเน้นการส่งเสริมการเข้าถึงสิทธิของกลุ่มชาติพันธุ์โดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการสงเคราะห์ อย่างไรก็ตาม กลไกต่าง ๆ ที่ได้ออกแบบและจัดตั้งขึ้นตามร่างพระราชบัญญัติฯ มีค่อนข้างมาก ซึ่งกลุ่มชาติพันธุ์มีความยากลำบากในการเข้าถึงสิทธิต่าง ๆ ทั้งในด้านภาษา ล่าม การเดินทาง และการไม่มีความรู้ความเข้าใจเรื่องกฎหมาย

2.5.2 ความเห็นต่อบทบัญญัติ

(1) ร่างมาตรา 3 บทนิยาม ที่ประชุมมีความเห็นต่อนิยามคำว่า “กลุ่มชาติพันธุ์” ซึ่งหมายความว่า “กลุ่มคนที่อาศัยอยู่เป็นกลุ่มเดียวกันหรือหลายกลุ่มหรือเป็นชนเผ่าพื้นเมือง ซึ่งมีอัตลักษณ์และการสั่งสมทางวัฒนธรรม ภาษา วิถีชีวิต ภูมิปัญญา ความเชื่อ และวิถีชีวิตตามจารีตประเพณีร่วมกัน” โดยที่ประชุมมีประเด็นพิจารณาคำว่า “ชนเผ่าพื้นเมือง” ว่าหมายความว่า “ชนเผ่าพื้นเมืองดั้งเดิมหรือประชากรที่ท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous Peoples)”¹³ หรือประสงค์หมายความว่า “ชนเผ่าพื้นเมือง (Tribe)” หรือ “กลุ่มชาติพันธุ์ (Ethnic Group)” อย่างไรก็ตาม เป้าหมายข้อ 2 ของการจัดทำร่างพระราชบัญญัติได้กล่าวอ้างถึง ปณิญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง¹⁴ ไว้ด้วย โดยหน่วยงานต่าง ๆ มีความเห็นและข้อสังเกต ดังนี้

ก. การใช้คำว่า “ชนเผ่าพื้นเมือง” อาจมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะแม้ประเทศไทยได้รับรองปณิญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง แต่ประเทศไทยได้มีจุดยืนมาโดยตลอดว่าประเทศไทยไม่มีชนเผ่าพื้นเมือง การตรากฎหมายโดยมีถ้อยคำดังกล่าวอาจจะขัดกับจุดยืนในช่วงเวลาที่ผ่านมา อย่างไรก็ตาม ได้มีการตั้งข้อสังเกตต่อความเป็นกลุ่มชาติพันธุ์ของชาวมุสลิมในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ของไทย และชาวมานีหรือซาไก ตามนิยามของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย

¹² มาตรา 64 บัญญัติว่า “ให้กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช สำรวจการถือครองที่ดินของประชาชนที่อยู่อาศัยหรือทำกินในอุทยานแห่งชาติแต่ละแห่งให้แล้วเสร็จภายในสองร้อยสี่สิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

เมื่อพ้นระยะเวลาตามวรรคหนึ่ง และรัฐบาลมีแผนงานหรือนโยบายในการช่วยเหลือประชาชนที่ไม่มีที่ดินทำกินและได้อาศัยหรือทำกินในอุทยานแห่งชาติที่มีการประกาศกำหนดมาก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการจัดทำโครงการเกี่ยวกับการอนุรักษ์และดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติภายในอุทยานแห่งชาติโดยมิได้สิทธิในที่ดินนั้น เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบ โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

ฯลฯ

ฯลฯ

ในการนิบุคคลที่อยู่อาศัยหรือทำกินได้ครอบครองที่ดิน ก่อสร้าง แล้วยกร หรือกระทำด้วยประการใด ๆ ให้เสื่อมสภาพหรือเปลี่ยนแปลงสภาพพื้นที่ไปจากเดิม เก็บหานำออกไป กระทำด้วยประการใด ๆ ให้เป็นอันตราย หรือทำให้เสื่อมสภาพ ซึ่งไม้ ดิน หิน กรวด หวาย แร่ ปิโตรเลียม หรือทรัพยากรธรรมชาติอื่น หรือกระทำการอื่นใดอันส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศ ความหลากหลายทางชีวภาพ หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หรือนำหรือปล่อยสัตว์ ในเขตพื้นที่โครงการตามพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามมาตรานี้ หากการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อการดำรงชีพอย่างเป็นปกติสุข และได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”.

¹³ คำว่า “Indigenous Peoples” นี้มีปัญหาในการแปล กล่าวคือ นักวิชาการฝ่ายหนึ่ง แปลว่า “ชนเผ่าพื้นเมือง” ในขณะที่นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่ง แปลว่า “ชนเผ่าพื้นเมืองดั้งเดิมหรือประชากรที่ท้องถิ่นดั้งเดิม” โดยมีคำสำคัญคือคำว่า “ดั้งเดิม”.

¹⁴ คำแปลบางฉบับ เช่น ฉบับของสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ใช้คำว่า “ปณิญาว่าด้วยสิทธิของประชากรที่ท้องถิ่นดั้งเดิมแห่งสหประชาชาติ”.

ข. นิยามและการบังคับใช้คำว่า “กลุ่มชาติพันธุ์” สามารถตีความได้กว้างขวาง และส่งผลให้มีกลุ่มบุคคลหลายกลุ่มที่ต้องการเข้ามาใช้ประโยชน์จากพระราชบัญญัติฉบับนี้

(2) หมวด 1 ว่าด้วยเรื่องหลักการคุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์

ร่างมาตรา 5 การคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการคุ้มครองและรับรองสิทธิของกลุ่มชาติพันธุ์ ซึ่งบัญญัติถึงการได้รับการดูแลและไม่ถูกเกลียดชัง เหยียดหยาม หรือเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม การอนุรักษ์ภูมิปัญญาหรือความหลากหลายทางวัฒนธรรม ภาษา วิถีชีวิต และความเชื่อตามจารีตประเพณีซึ่งเสี่ยงต่อการสูญหายและเสียหาย การจัดการชุมชนและพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ การจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพตามวิถีชีวิตและวัฒนธรรมอย่างยั่งยืนของชุมชน การมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพในโครงการ กิจกรรมหรือกิจการของรัฐหรือเอกชน ที่อาจกระทบต่อวิถีชีวิตหรือชุมชน รวมทั้งการเข้าถึงสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานและการบริการสาธารณะของรัฐ

หน่วยงานต่าง ๆ มีความเห็นสอดคล้องกับหลักการตามมาตรานี้ อย่างไรก็ตาม ควรมีการเพิ่มเติมประเด็นการพัฒนาคุณภาพชีวิตมากกว่าการใช้ทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่ นอกจากนี้ในร่างมาตรา 5 (1) ยังไม่สามารถอธิบายให้เห็นถึงวิธีการบรรลุเป้าหมายของคำว่า “ไม่ถูกเกลียดชัง” หรือ “ไม่ถูกเหยียดหยาม” ได้อย่างชัดเจน

(3) หมวด 2 ว่าด้วยเรื่องกลไกการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ และหมวด 3 ว่าด้วยเรื่องกลไกการสร้างกระบวนการมีส่วนร่วมของกลุ่มชาติพันธุ์

ร่างมาตรา 7 ให้มีคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ ร่างมาตรา 13 ให้คณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์แต่งตั้งคณะอนุกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ระดับจังหวัด ร่างมาตรา 15 ให้คณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์แต่งตั้งคณะอนุกรรมการเฉพาะเรื่องขึ้นคณะหนึ่งหรือหลายคณะ ร่างมาตรา 19 เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครอง ส่งเสริม และมีส่วนร่วมในการกำหนดวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ ให้มีการจัดตั้งสมัชชา ประกอบด้วยสมาชิกจากผู้แทนกลุ่มชาติพันธุ์ ซึ่งเลือกกันเองภายในกลุ่มที่ขึ้นทะเบียนไว้กับศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) จำนวนกลุ่มละไม่เกินห้าคน และร่างมาตรา 30 ให้สมัชชาแต่งตั้งคณะผู้อาวุโส จำนวนไม่เกินยี่สิบห้าคน เพื่อทำหน้าที่ให้คำปรึกษาและทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยปัญหา ซึ่งจากกลไกทั้ง 5 มาตราดังกล่าว หน่วยงานต่าง ๆ เห็นสอดคล้องกันว่า ขั้นตอนกลไก และจำนวนคณะกรรมการชุดต่าง ๆ ในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีค่อนข้างมาก ได้แก่ คณะกรรมการคณะอนุกรรมการ สมัชชา และคณะผู้อาวุโส ประกอบกับจำนวนกรรมการในแต่ละคณะซึ่งมีที่มาจากภาคประชาชนหรือกลุ่มชาติพันธุ์มีจำนวนมากกว่าภาครัฐ อีกทั้งปัญหาเกี่ยวกับที่มาของกรรมการอาจทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายได้ ทั้งนี้ หน่วยงานต่าง ๆ ให้ความเห็น ดังนี้

ก. กลไกต่าง ๆ ตามกฎหมายควรออกแบบและจัดตั้งเท่าที่จำเป็น โดยในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีสัดส่วนของจำนวนกรรมการจากภาคเอกชนมากกว่าหน่วยงานของรัฐ อีกทั้งมีข้อสังเกตต่อความจำเป็นของคณะอนุกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ระดับจังหวัด

ข. การกำหนดจำนวน สัดส่วนและที่มาของกรรมการ ควรให้มีสัดส่วนที่สมดุลระหว่างหน่วยงานของรัฐและภาคเอกชน อีกทั้งควรมีผู้ทรงคุณวุฒิด้านทรัพยากรธรรมชาติรวมอยู่ในองค์ประกอบคณะกรรมการด้วย สำหรับหน่วยงานอื่น ๆ เห็นว่ายังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับจำนวนและที่มาของคณะกรรมการ

และเห็นว่าควรให้ผู้แทนจากกระทรวงการคลังเป็นกรรมการด้วยเนื่องจากมีความเกี่ยวข้องในกรณีอนุญาตให้ประชาชนเข้าใช้พื้นที่ราชพัสดุเป็นพื้นที่ทำกิน นอกจากนี้ควรเพิ่มสัดส่วนกรรมการที่เป็นผู้ทำงานด้านสิทธิมนุษยชนในคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ด้วย

(4) หมวด 4 ว่าด้วยเรื่องการจัดทำข้อมูลวิถีชีวิตและประวัติศาสตร์กลุ่มชาติพันธุ์

ร่างมาตรา 32 การจัดทำข้อมูลวิถีชีวิตและประวัติศาสตร์กลุ่มชาติพันธุ์เพื่อการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ วัตถุประสงค์เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามกฎหมายในการรับรองสถานะบุคคล และเป็นข้อมูลในการประกาศพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ รวมทั้งเพื่อการประกาศและเพิกถอนเขตพื้นที่มีกฎหมายกำหนดเพื่อการอนุรักษ์หรือการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม การผังเมือง และการดำเนินกิจการอื่นของรัฐที่กระทบต่อวิถีชีวิตของกลุ่มชาติพันธุ์ ซึ่งเรื่องนี้หน่วยงานต่าง ๆ เห็นชอบด้วยพร้อมทั้งเสนอให้เพิ่มกรรมการจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอื่น อย่างไรก็ตาม การจัดทำข้อมูลวิถีชีวิตและประวัติศาสตร์กลุ่มชาติพันธุ์อาจดำเนินการแล้วเสร็จได้ภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่ง โดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการตลอดไป จึงอาจไม่จำเป็นต้องบัญญัติอยู่ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ โดยสามารถดำเนินการในรูปแบบนโยบาย ทั้งนี้ ในที่ประชุมมีหน่วยงานที่ให้ความสนใจในเรื่องการจัดทำข้อมูลวิถีชีวิตและประวัติศาสตร์กลุ่มชาติพันธุ์ เนื่องจากมีนโยบายจัดทำเอกสารด้านสุขภาพของกลุ่มชาติพันธุ์เผยแพร่ออกสู่สากล ซึ่งข้อมูลเหล่านี้จะเป็นประโยชน์อย่างมากต่อการจัดทำเอกสารดังกล่าว โดยหน่วยงานต่าง ๆ มีความเห็นสอดคล้องกับการจัดทำข้อมูลวิถีชีวิตและประวัติศาสตร์ กลุ่มชาติพันธุ์ แต่เห็นว่าควรเพิ่มกรรมการในคณะกรรมการจัดทำข้อมูลวิถีชีวิตและประวัติศาสตร์กลุ่มชาติพันธุ์จากสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน) (GISTDA) ด้วย เนื่องจากอาจมีการทับซ้อนของการกำหนดพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์กับพื้นที่การดำเนินการของหน่วยงานอื่นจึงอาจต้องมีการทำแผนที่ดาวเทียม รวมทั้งควรเพิ่มกรรมการในคณะกรรมการจัดทำข้อมูลวิถีชีวิตและประวัติศาสตร์กลุ่มชาติพันธุ์จากกรมสอบสวนคดีพิเศษ (DSI) และกรมที่ดินเพื่อประโยชน์ในการประสานงาน อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตในเรื่องความเหมาะสมที่จะบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เนื่องจากการจัดทำข้อมูลวิถีชีวิตและประวัติศาสตร์กลุ่มชาติพันธุ์ อาจใช้ระยะเวลาดำเนินการได้แล้วเสร็จภายใน 5 – 10 ปี 5) หมวด 5 ว่าด้วยเรื่องการกำหนดเขตพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์

ร่างมาตรา 35¹⁵ คณะกรรมการมีอำนาจกำหนดพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ และร่าง มาตรา 37¹⁶ ให้ประชาชนที่อยู่ภายในพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์มีสิทธิใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ ตามธรรมนูญของพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ และในกรณีที่กฎหมายใดบัญญัติให้การกระทำหรืองดเว้นการกระทำเป็นความผิดหรือต้องรับผิดตามกฎหมายนั้น หากผู้มีสิทธิอยู่อาศัยและใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติตามที่กำหนดในธรรมนูญของพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์

¹⁵ ร่างมาตรา 35 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองวิถีชีวิตและวัฒนธรรม การรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน การส่งเสริมคุณภาพชีวิตที่ตื้นฐานเศรษฐกิจเชิงวัฒนธรรม และการส่งเสริมความเข้มแข็งของชุมชนตามภูมิปัญญาและวัฒนธรรมของกลุ่มชาติพันธุ์ คณะกรรมการมีอำนาจกำหนดพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์”

¹⁶ ร่างมาตรา 37 บัญญัติว่า “ให้ประชาชนในชุมชนที่อยู่ภายในพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ มีสิทธิใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ ตามธรรมนูญของพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ ดังต่อไปนี้”

๑. การใช้ประโยชน์ตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นไปอย่างสมดุลและยั่งยืน ไม่ทำลายความหลากหลายทางชีวภาพ หรือส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไข ตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด

ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดหรือต้องรับผิดตามกฎหมายนั้น หากผู้มีสิทธิอยู่อาศัยและใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติตามที่กำหนดในธรรมนูญของพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ เป็นผู้กระทำหรืองดเว้นการกระทำนั้น ให้ถือว่าไม่มีเจตนาในการทำความผิดและไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายนั้น”.

เป็นผู้กระทำหรือดเว้นการกระทำนั้น ให้ถือว่าไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดและไม่ต้องรับผิดตามกฎหมายนั้น โดยในหมวดนี้ ที่ประชุมได้มีการอธิบายอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับร่างมาตรา 35 และร่างมาตรา 37 ดังกล่าว ซึ่งสามารถใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติต่าง ๆ ภายในพื้นที่พิเศษดังกล่าวได้ อีกทั้งหากมีการกระทำความผิดอาญาตามกฎหมายฉบับอื่นนั้น ร่างมาตรา 37 กำหนดยกเว้นความผิดอาญาเหล่านั้น โดยให้ถือว่าไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดและไม่ต้องรับผิดตามกฎหมาย ซึ่งการใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติภายในพื้นที่พิเศษดังกล่าว หลายหน่วยงานเห็นว่าอาจส่งผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างมาก รวมทั้งกรณีการยกเว้นความรับผิดอาญาในเรื่องเจตนา ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในของโครงสร้างความรับผิดอาญา¹⁷ อย่างเด็ดขาด ทั้งนี้ หน่วยงานต่าง ๆ ให้ความเห็น ดังนี้

ก. ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้อำนาจคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์มีอำนาจกำหนดพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์โดยผู้ที่อยู่ในพื้นที่ดังกล่าวไม่ต้องมีความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายฉบับอื่น เช่น กฎหมายว่าด้วยป่าไม้ เป็นต้น จึงเห็นควรให้มีการหารือกับหน่วยงานอื่น ๆ ที่บังคับใช้กฎหมายในลักษณะนี้ด้วย รวมทั้งกรณีร่างมาตรา 37 บัญญัติยกเว้นความรับผิดทางอาญาโดยไม่ต้องรับผิดทางอาญาตามกฎหมายฉบับอื่น ขอให้คณะผู้ร่างรับประเด็นนี้ไว้เป็นข้อสังเกตด้วย เนื่องจากอาจมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะเป็นการยกเว้นองค์ประกอบความรับผิดทางอาญาในเรื่องเจตนา

ข. หากประกาศพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์แล้วทับซ้อนอยู่ในพื้นที่ป่าอนุรักษ์ของอุทยานแห่งชาติอาจจะเป็นการขัดต่อข้อยกเว้นของมาตรา 70 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บัญญัติว่า ทั้งนี้ เท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ อีกทั้งก่อนการประกาศพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ควรต้องมีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนด้วย รวมทั้งการกำหนดพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ ไม่ควรกำหนดให้อยู่ในพื้นที่ที่มีหน่วยงานอื่นของรัฐดำเนินการอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งหากหลีกเลี่ยงไม่ได้ควรต้องมีการขอความเห็นชอบหรือยินยอมจากหน่วยงานนั้นก่อน นอกจากนี้ กรณีที่ร่างมาตรา 37 บัญญัติยกเว้นความรับผิดทางอาญาไม่ต้องรับผิดทางอาญาตามกฎหมายฉบับอื่นนั้น อาจไม่สอดคล้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 70 เนื่องจากรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้ความคุ้มครองแก่กลุ่มชาติพันธุ์โดยไม่ได้เป็นการให้สิทธิพิเศษแก่กลุ่มชาติพันธุ์

ค. กรณีการประกาศกำหนดพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ซึ่งอาจมีการทับซ้อนกับพื้นที่การดำเนินการของหน่วยงานอื่นตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ เห็นว่า หากประกาศพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์แล้วอาจมีการทับซ้อนกับพื้นที่การดำเนินการของหน่วยงานอื่น ควรให้มีการทบทวนหลักการใหม่ รวมทั้งควรพิจารณาถึงพันธกรณีด้านสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติด้วย เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้จะสูญพันธุ์¹⁸ ซึ่งมีผลกระทบต่อประเทศไทย

¹⁷ จาก คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (น. 12, 20), โดย ศ. ดร. ทวีเกียรติ มินะนิษฐ, 2556, พิมพ์ครั้งที่ 15, วิญญูชน.

¹⁸ The Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora: CITES.

3. ข้อสังเกต

ด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีหน้าที่และอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 247 (3) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 26 (3) ในการเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมตลอดทั้งการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ประกอบกับ มาตรา 33 และมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดำเนินการโดยมุ่งหมายที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างเป็นระบบ โดยการประสานหรือแสวงหาความร่วมมือจากหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน และภาคประชาสังคม ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นว่า การแก้ไขปัญหาหรือการป้องกันเพื่อมิให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนในเรื่องใดหรือลักษณะใดขึ้นอีก จำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมตลอดทั้ง การแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใด ๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ให้คณะกรรมการจัดทำข้อเสนอแนะเสนอต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจต่อไป

3.1 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ในการประชุมด้านการคุ้มครองและมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ครั้งที่ 15/2564 เมื่อวันที่ 22 มีนาคม 2564 ได้รับทราบผลการประชุมเพื่อรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2564 ณ โรงแรมเดอะ เบอร์เคลีย์ ประตูน้ำ กรุงเทพมหานคร แล้ว โดยมีความเห็นสอดคล้องกับเจตนารมณ์และหลักการของร่างพระราชบัญญัติฯ เนื่องจากเป็นการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ ให้มีสิทธิดำรงชีวิตในสังคมตามวัฒนธรรม ประเพณี และวิถีชีวิตดั้งเดิมตามความสมัครใจได้อย่างสงบสุข ไม่ถูกรบกวน ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 70 ได้ให้การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้

3.2 สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้เสนอความเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ. ไปยังศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) สรุปได้ ดังนี้

3.2.1 บทนิยาม ร่างมาตรา 3 “กลุ่มชาติพันธุ์” หมายความว่า กลุ่มคนที่อาศัยอยู่เป็นกลุ่มเดียวกันหรือหลายกลุ่มหรือเป็นชนเผ่าพื้นเมือง ซึ่งมีอัตลักษณ์และการส่งสมทางวัฒนธรรม ภาษา วิถีชีวิต ภูมิปัญญา ความเชื่อ และวิถีชีวิตตามจารีตประเพณีร่วมกัน ซึ่งการใช้คำว่า “ชนเผ่าพื้นเมือง” อาจมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายดังที่หลายหน่วยงานมีข้อสังเกต เนื่องจากประเทศไทยได้รับรองปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิของชนเผ่าพื้นเมือง แต่ได้ยืนยันว่าประเทศไทยไม่มีชนเผ่าพื้นเมืองในลักษณะที่เป็น “ชนเผ่าพื้นเมืองดั้งเดิมหรือประชากรชาติท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous Peoples)” ดังนั้น ควรระบุนิยามคำว่า “ชนเผ่าพื้นเมือง” ในร่างพระราชบัญญัตินี้ให้ชัดเจนว่าหมายถึง “ชนเผ่าพื้นเมืองดั้งเดิมหรือประชากรชาติท้องถิ่นดั้งเดิม (Indigenous Peoples)” หรือหมายความถึง “ชนเผ่าพื้นเมือง (Tribe)” หรือ “กลุ่มชาติพันธุ์ (Ethnic Group)” อย่างไรก็ตาม ในอนาคตประเทศไทยอาจมีการค้นพบชนเผ่าพื้นเมืองดั้งเดิมหรือประชากรชาติท้องถิ่นดั้งเดิมก็เป็นได้

3.2.2 หมวด 2 ว่าด้วยเรื่องกลไกการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ ร่างมาตรา 7 บัญญัติให้มีคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ให้น้ำหนักสัดส่วนของคณะกรรมการจากภาคเอกชนมากกว่าหน่วยงานของรัฐ จึงเห็นควรกำหนดสัดส่วนกรรมการในคณะกรรมการและคณะอนุกรรมการต่าง ๆ ของร่างพระราชบัญญัติฯ ให้มีความสมดุลระหว่างผู้แทนจากหน่วยงานของรัฐและภาคเอกชนเพื่อให้เกิดความสมดุลจากหน่วยงานของรัฐและภาคเอกชนในการคุ้มครอง

และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในเขตพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ อีกทั้งควรเพิ่มสัดส่วนกรรมการที่เป็นผู้ทรงคุณวุฒิด้านสิทธิมนุษยชนในคณะกรรมการคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ด้วย เพื่อให้คณะกรรมการได้พิจารณาประเด็นต่าง ๆ ครอบคลุมถึงด้านสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ในคณะกรรมการและคณะอนุกรรมการควรกำหนดให้มีกรรมการเพศหญิง เพื่อเป็นการประกันในการส่งเสริมและคุ้มครองให้เพศหญิงได้รับการดูแลให้มีสิทธิดำรงชีวิตในสังคมตามวัฒนธรรม ประเพณี และวิถีชีวิตดั้งเดิมได้

3.2.3 หมวด 5 ว่าด้วยเรื่องกำหนดเขตพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ ร่างมาตรา 37 บัญญัติให้ประชาชนที่อยู่ภายในพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์มีสิทธิใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติตามธรรมนุญของพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ โดยไม่ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาตามกฎหมายอื่น ซึ่งตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้ถือว่าไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดและไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอื่นนั้น เห็นว่า นอกจากอาจมีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะเป็นการยกเว้นองค์ประกอบความรับผิดชอบทางอาญาในเรื่องเจตนาแล้ว ยังอาจมีปัญหาในเรื่องความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ ดังนี้

(1) การให้สิทธิพิเศษโดยกำหนดเขตพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ ควรคำนึงถึงสิทธิของประชาชนซึ่งเป็นผู้ที่อาศัยอยู่ในชุมชนบริเวณรอบพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ซึ่งอาจได้รับผลกระทบด้วย

(2) การกำหนดเขตพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ในบริเวณใดบริเวณหนึ่งเป็นที่แน่นอน อาจไม่สอดคล้องกับวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์บางกลุ่มที่ต้องมีการโยกย้ายถิ่นฐานตามช่วงเวลา ส่งผลให้ไม่สามารถดำเนินชีวิตตามวัฒนธรรมประเพณีดั้งเดิม ซึ่งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 70 ที่มุ่งประสงค์คุ้มครองชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ ให้มีสิทธิดำรงชีวิตในสังคมตามวัฒนธรรม ประเพณี และวิถีชีวิตดั้งเดิมตามความสมัครใจได้อย่างสงบสุขไม่ถูกรบกวน

ทั้งนี้ ก่อนการประกาศพื้นที่คุ้มครองวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ ควรต้องมีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนด้วย

3.3 ต่อมาเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2564 คณะรัฐมนตรีรับทราบผลการพิจารณารายงานความก้าวหน้าการติดตามการปฏิรูปประเทศด้านสังคม เรื่อง การคุ้มครองกลุ่มชาติพันธุ์ และการจัดทำร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและอนุรักษ์กลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ. ของคณะกรรมการการพัฒนาสังคม และกิจการเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ และผู้ด้อยโอกาส วุฒิสภา ตามที่กระทรวงวัฒนธรรมเสนอ โดยคณะกรรมการฯ ได้มีข้อเสนอแนะ ดังนี้

3.3.1 การจัดทำร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและอนุรักษ์วิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี รัฐบาลควรเร่งรัดเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อฝ่ายนิติบัญญัติโดยเร็ว

3.3.2 กรอบความคิด ประเด็นสำคัญ หลักการและเหตุผล และร่างกรอบการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและอนุรักษ์กลุ่มชาติพันธุ์ที่ได้จัดทำไว้สำหรับยกร่างกฎหมายนั้นเหมาะสมแล้ว

3.3.3 กระทรวงวัฒนธรรมโดยศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) ควรเป็นเจ้าภาพหลักในการจัดทำและเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว

3.3.4 ควรปรับชื่อร่างพระราชบัญญัติเป็น ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริม คุ่มครอง และอนุรักษ์วิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ. เพื่อให้ครอบคลุมสาระสำคัญทั้ง 3 ด้าน คือการส่งเสริม การคุ้มครอง และการอนุรักษ์วิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์

รองนายกรัฐมนตรี (นายวิษณุ เครืองาม) สั่งและปฏิบัติราชการแทนนายกรัฐมนตรี พิจารณาแล้วมีคำสั่งให้กระทรวงวัฒนธรรมเป็นหน่วยงานหลักรับรายงานพร้อมทั้งข้อเสนอแนะของคณะกรรมการฯ ไปพิจารณาร่วมกับกระทรวงมหาดไทย กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ กระทรวงยุติธรรม และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาศึกษาแนวทางและความเหมาะสม สรุปได้ ดังนี้

ข้อเสนอแนะ	ผลการพิจารณา
1. การจัดทำร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและอนุรักษ์วิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยุทธศาสตร์ชาติ 20 ปี รัฐบาลควรเร่งรัดเสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวต่อฝ่ายนิติบัญญัติโดยเร็ว	เห็นด้วยกับข้อเสนอแนะของคณะกรรมการฯ ในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและอนุรักษ์กลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ. โดยศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) ได้ยกร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเสร็จเรียบร้อยแล้ว ขณะนี้อยู่ระหว่างการรับฟังความคิดเห็นเพื่อจัดทำรายงานศึกษาผลกระทบของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 โดยจะเสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาภายในเดือนมิถุนายน 2564
2. กรอบความคิด ประเด็นสำคัญ หลักการและเหตุผล และร่างกรอบการจัดทำกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและอนุรักษ์กลุ่มชาติพันธุ์ที่ได้จัดทำไว้สำหรับยกร่างกฎหมายนั้นเหมาะสมแล้ว	เห็นด้วยกับข้อเสนอแนะของคณะกรรมการฯ การจัดทำร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและอนุรักษ์กลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ. มีเจตนารมณ์ให้เป็นกฎหมาย “ส่งเสริม” ตามหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 70 มุ่งให้ความคุ้มครองชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ให้มีสิทธิเสมอภาคกันอย่างไม่เลือกปฏิบัติ และวางแนวทางในการคุ้มครองกลุ่มชาติพันธุ์ที่สอดคล้องกับวิถีชีวิต ความต้องการและศักยภาพของกลุ่มชาติพันธุ์
3. กระทรวงวัฒนธรรมโดยศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) ควรเป็นเจ้าภาพหลักในการจัดทำและเสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว	เห็นด้วยกับข้อเสนอแนะของคณะกรรมการฯ โดยกระทรวงวัฒนธรรมเป็นผู้เสนอแนวนโยบายฟื้นฟูวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ชาวเลและกะเหรี่ยงตั้งแต่ปี 2553 และมีศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) ทำหน้าที่เป็นเลขานุการในคณะกรรมการอำนวยการฟื้นฟูวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ชาวเลและชาวกะเหรี่ยง จึงมีประสบการณ์ในการขับเคลื่อนแนวนโยบายในการแก้ปัญหาของกลุ่มชาติพันธุ์ และศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน) มีฐานะเป็นหน่วยงานวิชาการ ที่ทำงานด้านชาติพันธุ์โดยตรง มีข้อมูลและความรู้เกี่ยวกับสถานการณ์ปัญหาและความต้องการของกลุ่มชาติพันธุ์ รวมทั้งประสบการณ์การทำงานกับเครือข่ายชาติพันธุ์ได้มอบหมายให้เป็นหน่วยงานหลักในการดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติ

ข้อเสนอแนะ	ผลการพิจารณา
4. ควรปรับชื่อร่างพระราชบัญญัติเป็นร่างพระราชบัญญัติส่งเสริม คุ่มครอง และอนุรักษ์วิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ. เพื่อครอบคลุมสาระสำคัญทั้ง 3 ด้าน	เห็นด้วยกับข้อเสนอแนะของคณะกรรมการการฯ โดยกระทรวงวัฒนธรรมได้ปรับชื่อร่างเป็นร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ. เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการและเป้าหมาย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ทราบมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวและให้ความสำคัญต่อร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองและส่งเสริมวิถีชีวิตกลุ่มชาติพันธุ์ พ.ศ. เนื่องจากเจตนารมณ์และหลักการของร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นเจตนารมณ์และหลักการที่ดี เป็นประโยชน์แก่ชาวไทยกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ โดยเป็นการส่งเสริมและให้ความคุ้มครองให้มีสิทธิต่าง ๆ ที่สามารถดำรงชีวิตในสังคมตามวัฒนธรรม ประเพณี และวิถีชีวิตดั้งเดิมของตนได้ ไม่ด้อยสิทธิหรือถูกละเลยสิทธิจนดำรงชีวิตได้อย่างยากลำบาก ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 70 ได้ให้การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้ โดยอาจต้องมีการปรับปรุง หลักการและรายละเอียดในบางมาตรา ตามที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้พิจารณาให้ความเห็นไว้ ซึ่งต้องคำนึงถึงหลักการที่ต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือทำให้กลุ่มชาติพันธุ์ถูกด้อยสิทธิหรือมีการเลือกปฏิบัติ โดยมีเป้าหมายให้สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติติดตามการดำเนินการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้อย่างต่อเนื่องต่อไป





สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

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



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

www.nhrc.or.th

