

รายงานวิจัย

เรื่อง

การศึกษากลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียม

ตามเป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนของสหประชาชาติ

(Goal 16 of the United Nations' Sustainable Development Goals)

โดย

หัวหน้าโครงการ: ศาสตราจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ วชิรขจร

ผู้วิจัย: อาจารย์ธนรัตน์ มังคุด

สำนักวิชารัฐศาสตร์และนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์

เสนอ

สถาบันพระปกเกล้า

ธันวาคม 2563



## บทสรุปผู้บริหาร

งานวิจัยฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการทบทวนและวิเคราะห์หลักการพื้นฐานที่สำคัญของการดำเนินการของภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับเป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ (United Nations' Sustainable Development Goals: SDGs) ตามหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยศึกษาจากกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องเป็นสิ่งสำคัญ และทบทวนและวิเคราะห์การดำเนินการของกลไกต่างๆ ของภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการบรรลุเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs รวมถึงเสนอกลไกเพิ่มเติมเพื่อส่งเสริมกลไกที่มีอยู่แล้ว ทั้งในแง่กลไกที่มีผลต่อภาพรวมของเป้าหมายที่ 16 และที่มีผลในรายเป้าประสงค์ของเป้าหมายที่ 16

เป้าหมายที่ 16 ของ SDGs กำหนดเนื้อหาและเป้าประสงค์ไว้ 10 ข้อ (เป้าประสงค์ที่ 16.1-16.10) และการนำไปปฏิบัติอีก 2 ข้อ (ข้อ 16.a และ 16.b) ดังนี้

เป้าหมายที่ 16 ส่งเสริมสังคมสงบสุขและครอบคลุมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนให้ทุกคนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและสร้างสถาบันที่มีประสิทธิภาพ รับผิดชอบและครอบคลุมในทุกระดับ

16.1 ลดความรุนแรงทุกรูปแบบและอัตราการตายที่เกี่ยวข้องในทุกแห่งให้ลดลงอย่างมีนัยสำคัญ

16.2 ยุติการข่มเหงการแสวงหาผลประโยชน์อย่างไม่ถูกต้อง การค้ามนุษย์ และความรุนแรงและการทรมานทุกรูปแบบที่มีต่อเด็ก

16.3 ส่งเสริมหลักนิติธรรมทั้งในระดับชาติและระหว่างประเทศและสร้างหลักประกันว่าทุกคนสามารถเข้าถึงความยุติธรรมอย่างเท่าเทียม

16.4 ลดการลักลอบเคลื่อนย้ายอาวุธและเงินเสริมความแข็งแกร่งของกระบวนการติดตามและการส่งคืนสินทรัพย์ที่ถูกขโมยไปและต่อสู้กับอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรทุกรูปแบบ ภายในปี พ.ศ. 2573

16.5 ลดการทุจริตในตำแหน่งหน้าที่และการรับสินบนทุกรูปแบบ

16.6 พัฒนาสถาบันที่มีประสิทธิภาพมีความรับผิดชอบและโปร่งใสในทุกระดับ

16.7 สร้างหลักประกันว่าจะมีกระบวนการตัดสินใจที่มีความรับผิดชอบครอบคลุมมีส่วนร่วมและมีความเป็นตัวแทนที่ดีในทุกระดับการตัดสินใจ

16.8 ขยายและเสริมความแข็งแกร่งของการมีส่วนร่วมของประเทศกำลังพัฒนาในสถาบันธรรมาภิบาลระดับโลก

16.9 จัดให้มีเอกลักษณ์ทางกฎหมายสำหรับทุกคนโดยรวมถึงการให้มีการจดทะเบียนเกิด (มีสูติบัตร) ภายในปี 2573

16.10 สร้างหลักประกันว่าสาธารณชนสามารถเข้าถึงข้อมูลและมีการปกป้องเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามกฎหมายภายในประเทศและข้อตกลงระหว่างประเทศ

16.a เสริมความแข็งแกร่งของสถาบันระดับชาติที่เกี่ยวข้อง โดยรวมถึงการกระทำผ่านทางความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อสร้างขีดความสามารถในทุกระดับโดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาเพื่อจะป้องกันความรุนแรงและต่อสู้กับการก่อการร้ายและอาชญากรรม

16.b ส่งเสริมและบังคับใช้กฎหมายและนโยบายที่ไม่เลือกปฏิบัติเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน

งานวิจัยฉบับนี้นำกรอบคิดด้วยหลักนิติธรรมมาใช้เพื่อแสวงหากลไกที่นำไปสู่ความเท่าเทียมภายใต้หลักการมีส่วนร่วมและความครอบคลุมทางสังคม ตามเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ทั้งนี้ หลักนิติธรรมตาม

ความหมายของงานวิจัยฉบับนี้ คือ หลักนิติธรรมในความหมายของหลักนิติรัฐซึ่งสอดคล้องกับลักษณะการปกครองของประเทศไทย และเป็นหลักนิติธรรมแบบ “กว้างและลึก (Thick)” ซึ่งเนื้อหาไม่จำกัดเฉพาะหลักการเชิงทางการและกระบวนการ (Formal and Procedural) เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจและการจำกัดอำนาจรัฐ เท่านั้น แต่รวมไปถึงหลักการเชิงเนื้อหา (Substantive) เช่น การเคารพสิทธิมนุษยชน ด้วย ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่เป้าหมายที่ 16 ของ SDGs มีเนื้อหาที่กว้างขวางและครอบคลุมประเด็นจำนวนมาก งานวิจัยจึงแสวงหาเพียงตัวอย่างของกลไกที่เป็นพื้นฐานและมีแนวโน้มจะเป็นจุดเริ่มต้นที่จะนำไปสู่ความเท่าเทียมทางสังคมที่แท้จริงเท่านั้น โดยไม่ได้มุ่งหมายให้กลไกเหล่านี้เป็นกลไกเพียงกลุ่มเดียวที่จะนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายดังกล่าว

กลไกที่เสนอในงานวิจัยฉบับนี้มีจำนวนสามกลไก ซึ่งเป็นการปรับปรุงกลไกที่มีอยู่แล้วสองกลไกและเสนอเพิ่มเติมกลไกใหม่อีกหนึ่งกลไก ได้แก่

(1) งานวิจัยเห็นว่า ระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในภาพรวมจะต้องมีประสิทธิภาพเสียก่อน งานวิจัยจึงเสนอให้มีการปรับปรุงกลไกคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้มีประสิทธิภาพและความเป็นอิสระสอดคล้องกับ “หลักการปารีส” (หลักการระหว่างประเทศเกี่ยวกับสถานะของสถาบันระดับชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน - International Principles Relating to the Status of National Institutions on Human Rights: The Paris Principles)

(2) งานวิจัยเห็นว่า ความไม่เท่าเทียมทางสังคมเกิดจากความเหลื่อมล้ำด้านสังคมและเศรษฐกิจ ดังนั้น เพื่อที่จะทำให้ทุกกลุ่มคนมีความเท่าเทียมอย่างครอบคลุม รวมถึงสามารถใช้สิทธิในกลุ่มสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และมีส่วนร่วมในทางการเมืองได้อย่างแท้จริง งานวิจัยจึงเสนอให้มีการใช้กลไกศาลรัฐธรรมนูญให้ดำเนินการไปในทางคุ้มครองสิทธิในเชิงสังคมและเศรษฐกิจมากขึ้น โดยเปรียบเทียบกับโมเดล “รัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง (Transformative Constitutionalism)” ของประเทศแอฟริกาใต้

(3) งานวิจัยเห็นว่า กฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในทุกๆ ด้าน แต่ประชาชนกลับมีส่วนร่วมในการจัดทำน้อยมาก แม้จะมีการกำหนดหลักการในเชิงทางการไว้ในรัฐธรรมนูญและกำหนดเป็นเงื่อนไขให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการแล้วก็ตาม งานวิจัยจึงเสนอให้มีกลไกใหม่ที่มีวัตถุประสงค์ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย ทั้งนี้ ในแต่ละบท มีการศึกษาโดยสรุป ดังนี้

ในบทที่ 2 หลังจากทบทวนวรรณกรรมและพบว่ยังไม่ม้งงานวิจัยที่มุ่งศึกษาประเด็นกลไกทั้งหมดที่สอดคล้องกับเป้าประสงค์ทั้งหมดและจะทำให้บรรลุเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ได้ งานวิจัยได้ทบทวนกรอบคิดว่าด้วยหลักนิติธรรม และได้ให้ความหมายเพื่อที่จะนำไปเป็นกรอบกว้างๆ ในการดำเนินการวิจัยในบทต่อไป คือ (1) หลักนิติธรรมในงานวิจัยฉบับนี้อยู่ในความหมายของหลักนิติรัฐ เนื่องจากเนื้อหาของหลักนิติรัฐสอดคล้องกับหลักการปกครองของประเทศไทยที่รัฐจำกัดตนเองภายใต้กฎหมายโดยยึดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy of Constitution) และถ่วงดุลอำนาจโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ไม่ใช่หลักนิติธรรมที่ก่อกำเนิดจากประเทศอังกฤษ ซึ่งยึดหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) เป็นสำคัญ และ (2) หลักนิติธรรมตามความมุ่งหมายของงานวิจัยฉบับนี้เน้นไปทั้งในเชิงทางการ เชิงกระบวนการ และเชิงเนื้อหาประกอบกัน เพื่อให้หลักนิติธรรมมีลักษณะ “กว้างและลึก (Thick)” ซึ่งไม่เน้นไปที่การจำกัดอำนาจรัฐเท่านั้น แต่ยังมุ่งเน้นไปที่หลักการในเชิงเนื้อหา เช่น การเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ด้วย เพื่อที่สิทธิเสรีภาพ

ของประชาชนจะได้รับการประกันและคามยุติธรรมจะถูกทำให้เข้าถึงและครอบคลุมอย่างบริบูรณ์สำหรับทุกคนในสังคมอย่างแท้จริง นอกจากนี้ งานวิจัยยังได้ทบทวนปัจจัยต่างๆ ที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมในประเทศไทยด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัจจัยทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม งานวิจัยมีความเห็นว่า ปัจจัยจำนวนหนึ่ง (เช่น ปัจจัยทางเศรษฐกิจ) เป็นปัจจัยที่รัฐให้ความสำคัญอยู่แล้ว ความสำเร็จของการดำเนินการต่างๆ ของการจัดปัญหาที่เกิดจากปัจจัยเหล่านี้จึงอยู่ที่การสร้างนโยบายและโครงการต่างๆ เพื่อขจัดความเหลื่อมล้ำ อย่างไรก็ตาม มีบางปัจจัย เช่น ปัจจัยที่เกี่ยวกับเพศสถานะ ที่มีความสำคัญ แต่ยังไม่เป็นกระแสหลักในการดำเนินการของรัฐ งานวิจัยจึงเสนอในบทที่ 3 ให้มีการนำประเด็นเหล่านี้ไปอยู่ในกระแสหลักของการดำเนินการทุกส่วนของภาครัฐ

ในบทที่ 3 งานวิจัยได้เสนอให้รัฐพิจารณากำหนดให้ “การทำให้หลักการทางเพศเข้าไปสู่กระแสหลัก (Gender Mainstreaming)” และ “หลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality)” เป็นหลักการพื้นฐานของรัฐและการดำเนินการของกลไกต่างๆ ทั้งนี้ งานวิจัยได้เริ่มจากการทบทวนให้เห็นลักษณะของการที่เพศไม่ใช่หลักการพื้นฐานที่สำคัญของกลไกต่างๆ ในประเทศไทย โดยประกอบด้วย (1) ในแง่ภาพรวมของกฎหมายที่แม้จะมีการพัฒนาและสอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับเพศแต่ก็ยังไม่ก้าวหน้าเพียงพอ รวมถึงเกิดภาวะการขาดหายไปของข้ออภิปรายในประเด็นเกี่ยวกับเพศในเชิงลึกในการจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่างๆ (2) ในแง่ลักษณะที่ปรากฏในการดำเนินการหรือในคำพิพากษาและการดำเนินการขององค์กรอื่น ที่แม้จะมีได้เป็นไปในทางตรงข้ามกับหลักการเกี่ยวกับเพศสถานะ แต่ก็ยังไม่สอดคล้องหรือขาดการอภิปรายเชิงลึก และ (3) ในแง่ลักษณะที่ปรากฏในการดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารจัดการองค์กร ที่ปรากฏเพียงการมุ่งป้องกันและปราบปรามการล่วงละเมิดและคุกคามทางเพศ โดยมีใช้การทำให้หลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่การดำเนินการทุกส่วน จากนั้นงานวิจัยได้วางกรอบคิดทฤษฎีและคำสำคัญเกี่ยวกับเพศ เพศสถานะ และเพศวิถีพอสังเขป ก่อนที่จะแสดงตัวอย่างของการประยุกต์ใช้การทำให้หลักการทางเพศเข้าไปสู่กระแสหลักในองค์กรระหว่างประเทศ ซึ่งแนวปฏิบัติที่ดี คือแนวทางขององค์กรสหประชาชาติที่มุ่งเน้นไปที่การสร้างทัศนคติที่สอดคล้องกับหลักการทางเพศสถานะและนำหลักการดังกล่าวไปสู่การดำเนินการทุกส่วนของทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรที่มีภารกิจใด ทั้งนี้ การดำเนินการดังกล่าวจะสมบูรณ์ได้ถ้าไม่มีมุมมองที่เรียกว่า หลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality)

ในบทที่ 4 งานวิจัยเสนอให้มีการปรับปรุงระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในภาพรวมให้มีประสิทธิภาพ โดยเสนอให้มีการปรับปรุงกลไกคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้มีประสิทธิภาพและความเป็นอิสระสอดคล้องกับหลักการปารีส ทั้งนี้ งานวิจัยเริ่มจากการทบทวนหลักการทั่วไปและรายละเอียดเกี่ยวกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อพิจารณารายละเอียดเหล่านี้ซึ่งประกอบด้วยรากฐานความคิดประวัติการจัดตั้งโดยสังเขป และอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550 ประกอบสาระสำคัญของหลักการปารีสแล้ว งานวิจัยพบว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ถูกตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ให้เป็นองค์กรอิสระไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐบาล และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติก็เป็นสถาบันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระดับชาติที่สถานะและการดำเนินการต้องสอดคล้องกับหลักการปารีสด้วย เมื่องานวิจัยพิจารณารายละเอียดที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงพบข้อวิพากษ์และข้อสังเกตเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกับหลักการปารีสและข้อจำกัดในการดำเนินการเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนได้อย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งรากฐานความคิดที่ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่เน้นหนักไปในทางส่งเสริมสิทธิมนุษยชนแทนที่จะเป็น

คุ้มครองสิทธิมนุษยชน การกำหนดหน้าที่ในการชี้แจงการรายงานข่าวที่ “ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม” แทนรัฐบาล และการลดอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการดำเนินการทางศาล รวมถึงประเด็นคุณสมบัติและที่มาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติด้วย

ในบทที่ 5 งานวิจัยเสนอให้มีการสร้างความเข้มแข็งของระบบการคุ้มครองสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจของประชาชนเพื่อลดความเหลื่อมล้ำและสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริง ด้วยการปรับปรุงกลไกศาลรัฐธรรมนูญให้ดำเนินการไปในทางคุ้มครองสิทธิในเชิงสังคมและเศรษฐกิจมากขึ้น โดยเปรียบเทียบกับโมเดล “รัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง (Transformative Constitutionalism)” ของประเทศแอฟริกาใต้ งานวิจัยเริ่มต้นด้วยการอธิบายกรอบคิดว่าด้วยสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งแท้จริงแล้วมีส่วนสำคัญในการสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริงและใกล้ชิด-พิงพิงกับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มิใช่แยกกลุ่มกันอย่างเด็ดขาด จากนั้นอธิบายและทบทวนบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย รวมถึงประเด็นอภิปรายว่าด้วยการทำให้ประเด็นทางการเมืองอยู่ในอำนาจตุลาการซึ่งอาจเป็นข้อวิพากษ์ต่อข้อเสนอในการปรับปรุงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยคุณค่าบางประการในทางการเมืองและกระทบกับงบประมาณของรัฐบาล ทั้งนี้ งานวิจัยได้แสดงให้เห็นว่าแนวทางดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมและยังช่วยส่งเสริมหลักนิติธรรมแบบกว้าง และลึกด้วยด้วยการยกตัวอย่างโมเดลและแนวปฏิบัติในประเทศแอฟริกาใต้ที่ รัฐธรรมนูญและหลักนิติธรรมถูกออกแบบให้อยู่นอกกรอบคิดแบบเสรีนิยมดั้งเดิม และมุ่งเน้นให้เป็นเครื่องมือในการสร้างความเปลี่ยนแปลง จากสังคมที่ไม่ยุติธรรมภายใต้ระบบการแบ่งแยกชาติพันธุ์สีผิว ไปเป็นสังคมที่เคารพสิทธิมนุษยชนและประชาธิปไตย ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทในเชิงบวกมากกว่าศาลรัฐธรรมนูญในประเทศแบบเสรีนิยมดั้งเดิม อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ก็ยังต้องจำกัดตนเองภายใต้หลักการพื้นฐานของหลักนิติธรรมและหลักการแบ่งแยกอำนาจไปในเวลาเดียวกัน

ในบทที่ 6 งานวิจัยเสนอให้มีกลไกใหม่ที่มีภารกิจเฉพาะในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย เนื่องจากกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในทุกๆ ด้าน แต่ประชาชนกลับมีส่วนร่วมในการจัดทำน้อยมาก แม้จะมีการกำหนดหลักการไว้แล้วก็ตาม งานวิจัยเริ่มจากการทบทวนหลักการจัดทำกฎหมายในประเทศไทยปัจจุบัน ซึ่งมีการบัญญัติหลักการให้ประชาชนมีส่วนร่วมไว้ในรัฐธรรมนูญ และกำหนดเป็นแนวปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐตามมติคณะรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม การมีส่วนร่วมที่กำหนดไว้ในเชิงทางการกลับทำให้ไม่บรรลุผลสำเร็จอย่างแท้จริง ในทางปฏิบัติ อาทิ หน่วยงานที่จัดการรับฟังความคิดเห็นไม่มีภารกิจเฉพาะในการดำเนินการ เกณฑ์ขั้นต่ำของจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นต่ำเกินไป คือ การเปิดรับฟังความคิดเห็นทางเว็บไซต์ในระยะเวลาไม่ต่ำกว่า 15 วัน การไม่มีระบบหรือพื้นที่ส่วนกลางในการแจ้งเตือนและเปิดรับฟังความคิดเห็น เป็นต้น จากนั้นงานวิจัยย้อนกลับไปทบทวนรายละเอียดของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายซึ่งเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยมีแนวคิดของการสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายและถูกยกเลิกไปแล้ว นอกจากนี้ งานวิจัยได้ยกตัวอย่างหลักการและกลไกที่สนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายในระดับสากลและในต่างประเทศเพื่อสนับสนุนข้อเสนอด้วย

## งานวิจัยมีข้อเสนอแนะดังนี้

**แนวทางการปรับปรุงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้อย่างแท้จริง**

### 1. รากฐานความคิดของการทำงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ควรปรับปรุงรากฐานความคิดของรัฐธรรมนูญต่อการทำงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้เปลี่ยนจากการเป็นองค์กรที่เน้นการทำหน้าที่ด้านการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนหรือหน้าที่ทางวิชาการ ให้เป็นองค์กรที่เน้นทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนในเชิงรุก ได้แก่ การกำหนดให้การตั้งคณะกรรมการเพื่อทำงานในด้านต่างๆ เป็นอำนาจหลักเช่นเดิม มิใช่สามารถทำได้เฉพาะเมื่อมีข้อยกเว้น และต้องมีการปรับปรุงอำนาจหน้าที่ให้อยู่ในสถานะที่เป็นอิสระอย่างแท้จริงจากรัฐบาลด้วย

### 2. การได้มาซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ในกรณีคุณสมบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ควรมีการปรับปรุงให้เน้นไปที่ความเชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชน รวมถึงเน้นย้ำความหลากหลายขององค์ประกอบ และลดหรือยกเลิกการกำหนดคุณสมบัติหรือประสบการณ์เฉพาะของผู้ที่จะเป็นกรรมการที่อาจไม่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนออกไป นอกจากนี้ ควรมีการพิจารณาทบทวนปรับปรุงการตั้งข้อร้องเรียน-อคติต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเมือง โดยควรพิจารณาผู้ที่จะเป็นกรรมการสิทธิมนุษยชนเป็นรายบุคคลโดยอยู่บนพื้นฐานว่าบุคคลนั้นจะปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางในฐานะตนเอง และเมื่อเป็นกรรมการสิทธิมนุษยชนแล้ว ก็ควรอยู่ภายใต้การควบคุมในเชิงกฎระเบียบหรือจริยธรรม มากกว่าการตั้งข้อร้องเรียน-อคติในชั้นคุณสมบัติ

ในกรณีการได้มาซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ควรมีการปรับปรุงคณะกรรมการสรรหาให้เป็นไปในแนวทางเดียวกับพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 กล่าวคือ กำหนดให้สัดส่วนของผู้ที่ปฏิบัติงานด้านสิทธิมนุษยชนมีสูงที่สุดเมื่อเทียบกับองค์กรอื่น และจำนวนของผู้ที่ปฏิบัติงานด้านสิทธิมนุษยชนก็ต้องมีมากด้วย อีกทั้ง ควรมีการพิจารณานำองค์กรตุลาการออกจากการเป็นองค์ประกอบ และยกเลิกการกำหนดประธานคณะกรรมการสรรหาโดยรัฐธรรมนูญ แต่ให้ใช้หลักการเลือกกันเองในระหว่างกรรมการสรรหาเพื่อลดนัยยะของการชี้นำโดยบางองค์กรจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ควรพิจารณาความเป็นอิสระของวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาเห็นชอบกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติขั้นสุดท้าย

### 3. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในรายละเอียด

ในกรณีหน้าที่ในการชี้แจงการรายงานข่าวที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม ควรมีการพิจารณานำหน้าที่นี้ออกจากหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เนื่องจากขัดต่อความเป็นอิสระของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอย่างชัดเจน

ในกรณีอำนาจในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรณีเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรอื่น ควรปรับปรุงกฎหมายให้ชัดเจนในกรณีอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในคดีที่อยู่ในพิจารณาขององค์กรอื่นแต่เป็นคนละประเด็น

ในกรณีอำนาจในการดำเนินการทางศาล ควรปรับปรุงให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจในการดำเนินการทางศาล ดังนี้

(1) ควรปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้สามารถดำเนินการทางศาลได้ ทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

(2) ควรปรับปรุงให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจในการดำเนินการทางศาลในเชิงรุกซึ่งสอดคล้องกับภารกิจในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน คือ เมื่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ “เห็นเอง” ว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชน

(3) ในกรณีอำนาจในการดำเนินการทางศาลในคดีอาญา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติควรมีอำนาจในการดำเนินการทางคดีอาญาในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนในนามของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเอง โดยไม่ต้องอิงกับสถานะ “ผู้เสียหาย” ทางอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(4) ควรปรับปรุงให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจดำเนินการบางประการเมื่อมีคดีอยู่ในศาลแล้ว โดยต้องมีการอภิปรายกำหนดรายละเอียดของหน้าที่นี้ในกระบวนการปรับปรุงต่อไป อาทิ อำนาจนี้จะอยู่ในลักษณะใด (เช่น การร้องสอดเข้าไปในคดีหรือการดำเนินการในฐานะที่ปรึกษาของศาล หรือการบัญญัติให้มีเงื่อนไขทางกฎหมายว่า ในคดีที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ศาลจะต้องได้รับความเห็นจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติก่อน) มีขอบเขตเช่นใด (เช่น เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนทั่วไป หรือต้องเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่มีความร้ายแรงหรือมีลักษณะเฉพาะ) และมีเงื่อนไขและหลักเกณฑ์อย่างไร (เช่น ศาลต้องอนุญาตหรือไม่ ผู้เสียหายหรือผู้ร้องต้องยินยอมหรือไม่) เป็นต้น

**แนวทางการทำให้สิทธิเชิงสังคมเศรษฐกิจได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริงโดยบริบูรณ์ผ่านกลไกทางตุลาการในประเทศไทย**

### 1. กรอบคิดในรัฐธรรมนูญและวัฒนธรรมทางการเมืองและกฎหมาย

ในกรณีกรอบคิดในรัฐธรรมนูญ อาจมีการพิจารณาปรับปรุงเนื้อหาในสองส่วนใหญ่ๆ ดังนี้  
ประการแรก วัตถุประสงค์และคุณค่าอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญ ควรถูกปรับปรุงไปในทางที่ทำให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งรวมถึงสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ มีความสำคัญในระดับสูง และศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนดังกล่าว

ประการที่สอง การปรับปรุงหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ในขั้นแรก ควรปรับปรุงรัฐธรรมนูญให้รับรองสิทธิและเสรีภาพในลักษณะของ “สิทธิมนุษยชน” ซึ่งอิงกับกฎหมาย หลักการ มาตรฐานทางสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรองรับในทางระหว่างประเทศ แทนที่จะเป็น “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” และในขั้นที่สอง ควรพิจารณาปรับปรุงเนื้อหาของสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจให้ชัดเจนยิ่งขึ้น รวมถึงการนำสิทธิกลุ่มนี้จำนวนหนึ่งที่ถูกทำให้เป็น “หน้าที่ของรัฐ” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ในกรณีวัฒนธรรมทางการเมืองและกฎหมาย เมื่อมีการปรับหลักการพื้นฐาน คุณค่า และวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญที่จะเน้นไปที่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริงแล้ว ควรพิจารณาปรับปรุงวัฒนธรรมทางกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวทางดังกล่าว เช่น ในแง่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจะต้องวางศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวางตนเองให้เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน โดยขณะเดียวกันศาลก็ต้องจำกัดตนเองตามหลักนิติธรรมและวินิจัยคดีตามอำนาจและขอบเนื้อหา

ตามรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด และในแง่วัฒนธรรมทางกฎหมายทั่วไป การศึกษาวิชานิติศาสตร์ควรถูกปรับปรุงให้เชื่อมโยงกับสาขาวิชาอื่นมากขึ้น

## 2. หลักการเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ไม่มีข้อเสนอให้ปรับปรุง เนื่องจากอำนาจหน้าที่ในเชิงทางการในรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการเกี่ยวกับองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม แนวทางการพิจารณาวินิจฉัยและการใช้ดุลพินิจสมควรที่จะเป็นไปในทางสนับสนุนสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นตามที่กล่าวไปด้านบน ทั้งนี้ โดยอยู่ภายใต้อำนาจที่กำหนดตามรัฐธรรมนูญและหลักนิติธรรมด้วย

ในกรณีการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ควรปรับปรุงหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความยึดโยงกับประชาชนมากขึ้น และควรประกอบด้วยผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอาชีพ และผู้ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์รัฐศาสตร์ และสาขาวิชาอื่นนอกเหนือจากนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์

ในกรณีของการสรรหาและการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีใช้สัดส่วนของผู้พิพากษาตุลาการ (ได้แก่ ผู้ทรงคุณวุฒิ) ควรปรับปรุงให้คณะกรรมการสรรหามีความหลากหลายและมาจากทุกภาคส่วนในสังคม ในทำนองเดียวกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ประกอบด้วยกรรมการถึง 13 คน ประกอบการประยุกต์ใช้แนวทางจากประสบการณ์ของต่างประเทศ เพื่อสร้างสมดุลระหว่างการมีศาลรัฐธรรมนูญที่มีความยึดโยงกับประชาชน มีความเชี่ยวชาญที่หลากหลาย และมีความเป็นกลางทางการเมือง ปราศจากการครอบงำจากองค์กรอื่น นอกจากนี้ ควรพิจารณาความเป็นอิสระของวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทบทวนและลงมติเห็นชอบเป็นองค์กรสุดท้าย

## ข้อเสนอในการเพิ่มกลไกที่สนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายในประเทศไทย

### 1. รากฐานความคิดของกลไก

ควรปรับปรุงให้การมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติในกรณีการเสนอร่างกฎหมายโดยคณะรัฐมนตรีเริ่มตั้งแต่ในขั้นการรวบรวมความคิดเห็นและการยกร่าง มิใช่บังคับเฉพาะในขั้นที่มีการร่างกฎหมายมาแล้ว และต้องบังคับให้ทุกหน่วยงานดำเนินการดังกล่าว มิใช่เปิดให้เป็นดุลพินิจของหน่วยงานว่าจะเปิดรับฟังความคิดเห็นหรือไม่

ควรปรับปรุงวิธีการเข้าถึงการมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายให้เข้าถึงได้ง่ายและมีช่องทางหลักเพียงช่องทางเดียว โดยอาจใช้ระบบออนไลน์เป็นหลัก แต่ในระยะแรก ต้องตระหนักถึงข้อเท็จจริงของความไม่เท่าเทียมในการเข้าถึงอุปกรณ์และอินเทอร์เน็ต จึงควรใช้ช่องทางที่แตกต่างหลากหลายมากกว่าช่องทางออนไลน์ประกอบกัน

ควรมีการจัดตั้งกลไกที่เป็นอิสระแยกต่างหากออกมาจากหน่วยงานของรัฐแต่ละหน่วยงานเพื่อทำให้การมีส่วนร่วมในเชิงเนื้อหาของประชาชนในการจัดทำกฎหมายเป็นไปอย่างบริบูรณ์และมีความหมาย

ควรมีนโยบายให้หน่วยงานของรัฐจัดกลุ่มงานที่ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นการเฉพาะในทุกหน่วยงานในระดับกรม

## 2. ลักษณะและที่มาของกลไก

ควรให้กลไกอิสระที่ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายเป็นหน่วยงานของรัฐหรืออยู่ในรูปคณะกรรมการก็ได้ เนื่องจากมีภารกิจหลักในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมโดยไม่มีภารกิจในการทบทวนและปฏิรูปกฎหมาย แต่ผู้ปฏิบัติงานในกลไกจะต้องมีความเข้าใจความสำคัญของการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย และเข้าใจสภาพสังคมและบริบทที่แตกต่างของประชาชนแต่ละคน/กลุ่ม

## 3. อำนาจหน้าที่ของกลไก

ควรกำหนดอำนาจหน้าที่ที่กว้างๆ ของกลไกนี้ ดังนี้

(1) การสนับสนุนการมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมาย ซึ่งหมายรวมทั้งการจัดทำกฎหมายเป็นการทั่วไป (เช่น การเป็นช่องทางหลักในการเปิดรับฟังความคิดเห็นทางออนไลน์ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่เสนอโดยผู้มีสิทธิเสนอกฎหมาย) และการสนับสนุนการจัดทำกฎหมายโดยหน่วยงานของรัฐ (เป็นส่วนสนับสนุนหน่วยงานของรัฐในการจัดเวทีรับฟังความคิดเห็นและให้ความรู้เชิงเทคนิค)

(2) การสนับสนุนการจัดทำกฎหมายโดยประชาชน ในทำนองเดียวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

(3) การทำให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายและการจัดทำกฎหมายกลายเป็นประเด็นหลักในสังคม (Mainstreaming) อาทิ การสร้างหลักปฏิบัติที่ดีในการให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายและการจัดทำกฎหมายที่ถูกต้องแก่หน่วยงานต่างๆ การให้ความรู้เกี่ยวกับกระบวนการร่างกฎหมายในชุมชน การสนับสนุนให้มีการนำความรู้เกี่ยวกับกฎหมายและการจัดทำกฎหมายที่ถูกต้องบรรจุในหลักสูตรระดับก่อนอุดมศึกษาและระดับอุดมศึกษา การให้การสนับสนุนเชิงเทคนิคแก่ผู้สอน เป็นต้น

## Executive Summary

This research has the objective of reviewing and analysing fundamental principles of state operation relating to Goal 16 of the United Nations' Sustainable Development Goals (SDGs) in accordance with the rule of law under the constitution. The research mainly conducts the study based on laws and legal measures, and reviews and analyses the operation relating to achieving the Goal 16 of the SDGs, as well as proposing mechanisms in addition to existing ones, both for achieving the overall goals of Goal 16 and each Target of Goal 16.

Goal 16 of the SDGs consists of 10 Targets (Targets 16.1-16.10) and the two Targets for Implementation (Targets 16.a and 16.b) as follows:

Goal 16. Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels

16.1 Significantly reduce all forms of violence and related death rates everywhere

16.2 End abuse, exploitation, trafficking and all forms of violence against and torture of children

16.3 Promote the rule of law at the national and international levels and ensure equal access to justice for all

16.4 By 2030, significantly reduce illicit financial and arms flows, strengthen the recovery and return of stolen assets and combat all forms of organized crime

16.5 Substantially reduce corruption and bribery in all their forms

16.6 Develop effective, accountable and transparent institutions at all levels

16.7 Ensure responsive, inclusive, participatory and representative decision-making at all levels

16.8 Broaden and strengthen the participation of developing countries in the institutions of global governance

16.9 By 2030, provide legal identity for all, including birth registration

16.10 Ensure public access to information and protect fundamental freedoms, in accordance with national legislation and international agreements

16.a Strengthen relevant national institutions, including through international cooperation, for building capacity at all levels, in particular in developing countries, to prevent violence and combat terrorism and crime

16.b Promote and enforce non-discriminatory laws and policies for sustainable development

This research brings the concept of the rule of law for searching for mechanisms toward equality under the principles of participation and social inclusion in accordance with Goal 16 of the SDGs. The research defines the rule of law as a thick conception which means it does not only follow the formal and procedural conception such as the separation of powers and the constraint of the government but also the substantive counterpart such as respect for human rights. Due to the breadth of the content of Goal 16 which covers a wide range of issues, the research proposes only three mechanisms considered to be fundamental and likely to be a starting point of the achievement of substantive social equality with no intention of suggesting that these mechanisms are all and only ways to achieve such a goal.

There are three mechanisms proposed by the research consisting of two existing mechanisms that the research proposes to be revised and one additional mechanism as follows:

(1) The research is of the opinion that the human rights protection system must be efficient. Therefore, the research proposes that the mechanism of the National Human Rights Commission of Thailand (NHRCT) should be revised in order to be efficient and enjoy full independent in accordance with the Paris Principles (International Principles Relating to the Status of National Institutions on Human Rights)

(2) The research is of the opinion that social inequality is a result of social and economic disparity. Therefore, in order for all people entitled to equality in an inclusive manner, as well as capable of exercising their civil and political rights and having meaningful political participation, the research proposes to apply the mechanism of the Constitutional Court to operate in a way in which socio-economic rights would be better protected by studying the concept of South Africa's "Transformative Constitutionalism".

(3) The research is of the opinion that legislation, particularly the acts which are in force in a great number, has effects on people's rights and liberties in all aspects. Even though principles on civil participation in the law-making process is guaranteed by the Constitution, the people still have limited participation in it. The research, therefore, proposes an additional mechanism which has an objective of enhancing civil participation in the law-making process.

The summary of each Chapter is as follows:

In Chapter 2, after having conducted a literature review and found that there was no research having an objective of studying all Targets of Goal 16 or mechanisms to achieve Goal 16 as a whole, the research reviews the concept of the rule of law and defines its meaning in order to apply it in the following Chapters. The research concludes that (1) the rule of law in this research is the rule of law in the meaning of “Rechtsstaat” as the content of Rechtsstaat is consistent with the administration of Thailand where the state constraints itself under the law with the principle of supremacy of constitution and separation of powers unlike “the rule of law” which has the origin in England and the supremacy of parliament is its principle, and (2) the rule of law defined by this research is emphasised by its formal, procedural, and substantive characteristics altogether. The rule of law is, therefore, in a thick conception which means it does not only follow the formal and procedural conception such as the separation of powers and the constraint of the government, but also the substantive counterpart such as respect for human rights. This definition would bring a guarantee of people’s rights and liberties, and access to justice in a socially inclusive and substantive manner. Moreover, the research also reviews factors causing disparity in Thailand, particularly the economic factor. However, the research is of the opinion that some factors (including the economic one) are already focussed by the state; success of operation to eradicate problems arising from such factors hence depends on detail of policy and project making. However, there are some factors such as gender-related factors which are important but not already mainstreamed in the state operation. The research then proposes in Chapter 3 that this issue should be mainstreamed to all areas and procedures of state operation.

In Chapter 3, the research proposes that the state should consider bringing the principles of “gender mainstreaming” and “intersectionality” as fundamental principles of the state and operation of all mechanisms. The research first reviews the current situation where gender-related principles are not fundamental principles of mechanisms in Thailand. The review consists of (1) the overview of the laws that have, to a certain extent, developed in accordance with gender-related principles but continued not to be as progressive as it should with absence of profound debates on gender-related matters in the law-making and amending process; (2) the way in which courts and other mechanisms operate or adjudicate is not in a total contrary to gender-related principles, but not as progressive as they should; and (3) the state organisation management which has some practices that prevents and suppresses sexual harassment, but are not considered to be gender mainstreaming. The research then initially explores theories and terms relating to sex, gender, and sexuality before looking through the concept of gender mainstreaming and giving some examples on ways in which gender mainstreaming is applied in operation of

international organisations which is the United Nations. In short, Gender mainstreaming is the process of assessing the implications for women and men of any planned action, including legislation, policies or programmes, in all areas and at all levels. Nevertheless, gender mainstreaming cannot be achieved if another concept called “intersectionality” is not understood and implemented, which is also explored in this Chapter.

In Chapter 4, the research proposes that the human rights protection system must be efficient and a revision of the NHRCT to be efficient and enjoy full independence of the government in accordance with the Paris Principles is recommended. The research begins by reviewing general principles and details of the NHRCT which consists of the idea of foundation, brief history of the foundation, and powers and duties under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2540 (1997) and 2550 (2007). The research has found that the NHRCT was founded to be an independent organ, independence of the government; and that the NHRCT is considered to be a national human rights institution under the Paris Principles where its status and operation must be in line with the Paris Principles. After having considered the detail of the NHRCT under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017), the research has found critiques and observations on the issues of its inconsistency with the Paris Principles and the limitation on its performance of fulfilling its duty of human rights protection and promotion, particularly the idea that puts a greater emphasis on the NHRCT’s function of human rights promotion rather than protection, the prescription of its duty to explain the correct facts of the report on human rights situation in Thailand which is incorrect or unfair for the government, and the removal of its ability to participate in the judicial process, as well as qualification and installation of the NHRCT.

In Chapter 5, the research proposes to strengthen the protection of socio-economic rights of people in order to lessen social disparity and build real equality by revising the mechanism of the Constitutional Court to operate in a way which better protects socio-economic rights. In so doing, the research comparatively studies the concept of South Africa’s “Transformative Constitutionalism”. The research begins by explaining the concept of socio-economic rights which in fact have a crucial role in providing real equality and are closely-related and interdependent with civil and political rights rather than being completely separate. The research then reviews the role of the Constitution Court of Thailand and the discussion of the judicialisation of politics which is likely to be a critique of the proposal to adjust the role of the Constitution Court to have a power to consider and adjudicate matters that have political values and have a tendency to affect the government’s budget. In this regards, the research demonstrates that the proposed direction does not contradict the rule of law but rather advance the rule of law in its thick conception, by referring to examples of the concept and practices in South Africa whose constitution and the rule of law were created departing from the traditional liberal conception of the rule of law and designed to be a tool to achieve social

transformation from a society with injustice under the “Apartheid” system to a society with respect for human rights democracy. The role of the South African Constitutional Court is hence more active comparing to constitutional courts in the countries with the traditional liberal conception of the rule of law. However, it must also be noted that the South African Constitutional Court must be subject to self-restraint in accordance with a fundamental principle of the rule of law and the separation of powers.

In Chapter 6, the research proposes a new mechanism with a mandate of advancing civil participation in the law-making process as the legislation, particularly the acts which are in force in a great number, have effects on people’ rights and liberties in all aspects. Even though principles on civil participation in the law-making process is guaranteed by the Constitution, the people still have limited participation in it. The research first reviews the laws and regulations relating to law-making process which have the principle of civil participation resulting in the prescription of the measures on this matter required for government agencies to operate under a Resolution of the Council of Ministers. However, the formally prescribed regulation on civil participation is not achieved in reality on several grounds, such as agencies responsible for conducting such participation do not have this specific mandate, the minimum requirement of opinion reception process, not less than 15 days on related websites, is low, an absence of a common system of notification and comment reception. The research then reviews detail of the Law Reform Commission which was an abolished state body having an objective of enhancing civil participation in law-making. The research also gives examples of international principles and mechanisms enhancing civil participation in the law-making process for supporting the proposal of the research.

**The research has recommendations as follows:**

**On the Revision of the NHRCT to Be Able to Fulfil Its Duty of Human Rights Protection**

### **1. The Concept of Operation of the NHRCT**

It is recommended that the current basis of the operation of the NHRCT be revised from the idea that its main mandate is human rights promotion or academic function to the idea that its main mandate is human rights protection. The ability of the NHRCT to appoint sub-commission for working on various different issues must be the main power, not the power that can be exercised in some exceptional circumstances. Its status of independence of the government must also be considered and revised.

### **2. The Installation of the NHRCT**

On the issue of qualification of the NHRCT candidates, it is recommended that expertise in human rights of candidates, as well as diversity of the composition of the

NHRCT, be emphasised. The qualification or experience that does not involve expertise in human rights should be reduced or eliminated. Moreover, it is recommended that a review to eliminate the prohibition relating to holding of political positions be considered. The Selection Committee should consider each candidate on an individual basis, and, instead, the Commission should be subject to regulations or ethical standards rather than prescribing it as a prohibition of candidacy.

On the issue of installation of the NHRCT, it is recommended that the composition of the Selection Committee be revised to be in the direction of the composition under the National Human Rights Commission Act B.E. 2542 (1999). The 1999 Act prescribed that the ratio of those who worked in the fields of human rights was the highest comparing to other backgrounds/institutions, and the actual number of them was also high. It is recommended that a removal of the Committees from judicial institutions be considered. It is also recommended that prescription of the Chairperson of the Selection Committee by the Constitution be eliminated and applied the method of election by and among the Selection Committee for reducing the possibility that some institutions have a power to guide the Selection Committee implied by the Constitution. Moreover, a review of the independence of the Senate as the body having the power to approve the NHRCT candidates should also be taken into account.

### **3. Powers and Duties of the NHRCT in Detail**

On the issue of the NHRCT's duty on explanation of the human rights situation in Thailand which is incorrect or unfair for the government, it is recommended that this duty be eliminated from the duties of the NHRCT as it is an explicit contrary to the principle of independence of the NHRCT.

On the issue of the power to examine human rights violation being under consideration of other institutions, it is recommended that the power of the NHRCT to examine such matters but in different issues be prescribed.

On the issue of the power to participate in the judicial process, it is recommended that the NHRCT have powers as follows:

(1) a power to participate in the judicial process, in the Constitutional Court, the Administrative Court and the Court of Justice as prescribed by the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 (2007);

(2) a power to actively participate in the judicial process to be in accordance with its mandate to protect human rights, i.e., when the NHRCT "by itself is of the opinion" that there is an occurrence of human rights violation;

(3) on the issue of the power to participate in the judicial process in criminal matters, the NHRCT should have a power to act as itself, rather than adhering to the status of “injured person” under the Criminal Procedure Code;

(4) for some powers when a case being considered before the courts, there should be further discussions on what powers the NHRCT should have, for example, the type of power (such as interpleading or the power to act as a consultant of the court, or prescribing a requirement that courts must obtain an opinion from the NHRCT if a particular case concerns a human rights issue), the scope of human rights issue concerned (such as human rights violation in general or gross human rights violation) and under what conditions and rules (whether or not a permission must be received from the court, and/or the injured person or the petitioner), etc.

### **On the Way in Which Socio-economic Rights Are to Be Fully Protected by the Mechanism of the Constitutional Court of Thailand**

#### **1. The Concept of the Constitution and the Legal and Political Cultures**

On the issue of the concept on the constitutional level, there are two recommendations:

First, it is recommended that the objectives and fundamental values of the Constitution be revised to be in the direction that prioritises protection of rights and liberties of people, including those in socio-economic areas, and the assignment of the Constitutional Court to be the guardian of those human rights be done.

Second, on the issue of revision of the Chapter on rights and liberties of people under the Constitution: first, it is recommended that the Constitution guarantee the rights and liberties as “Human Rights” according to the international-accepted laws, principles, and standards, rather than as “Rights and Liberties of the Thai People”, and secondly, it is recommended that the content of socio-economic rights under the Constitution be clearly defined, including bringing some socio-economic rights that are currently guaranteed as the “Duties of the State” under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017) to the Chapter on rights and liberties.

On the issue of political and legal cultures, after the fundamental principles, values, and objectives of the Constitution have been revised to a way in which protection of rights and liberties of people is emphasised for building real equality, it is recommended that the political and legal cultures be adjusted to be in accordance with that direction. For example: (1) on the constitutional level, the Constitution and the Constitutional Court must be positioned / position itself as the guardian of the constitution as well as the guardian of human rights, while the Court also commits to self-restraint under the rule of law and strictly adjudicates under the powers and duties

prescribed by the Constitution, and (2) on the general level, the legal studies should be adjusted to have more connection with other disciplines.

## **2. Principles relating to the Constitutional Court**

On the issue of the powers and duties of the Constitutional Court, the research has no recommendation to revise its powers and duties on a formal level prescribed by the Constitution as they are already consistent with the principle of separation of powers and principles relating to the organ responsible for guarding the constitution. However, the practice of adjudication and exercising its discretion should be in line with enhancing rights and liberties of people under the powers and duties prescribed by the Constitution.

On the issue of the installation of the judges of the Constitutional Court, it is recommended that the Constitution Court have a greater relationship with the people, and the composition include both professional judges and qualified persons on laws and political sciences and other disciplines other than laws and political sciences.

On the issue of selection and approval of persons to be judges of the Constitutional Court other than professional judges (qualified persons), it is recommended that the Selection Committee be more diverse and are from all relevant sectors in the direction under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2540 (1997) where the Selection Committee consisted of 13 persons. An additional application of experience from other jurisdictions may also be applied for striking a balance between having the Court with a greater connection with the people, with diverse expertises of the panel, and with a neutral political position. Moreover, a review of the independence of the Senate as the body that has the power to review and approve the candidates should also be taken into account.

## **A Recommendation that a Mechanism Advancing Civil Participation in the Law-making Process in Thailand Be Supplemented**

### **1. The Concept of the Mechanism**

It is recommended that civil participation in the law-making process (the acts) in the case of bills introduced by the Council of Ministers in the stage of opinion collection for drafting the bill as a requirement be initiated, instead of being required only in the stage where the bill has finally been drafted. It is also recommended that all agencies be required to do so instead of having the right to exercise its discretion.

It is recommended that the procedure of civil participation in the law-making process be revised to be more accessible with only one common channel for any bill. In the initial stage, the situation of disparity of access to device and the internet must be realised. Therefore, various ways other than the online one should be applied.

It is recommended that a mechanism independent of government agencies be established in order to enhance full and meaningful civil participation in the law-making process.

It is recommended that a policy that each government agency at the level of Department is required to assign a specific working body enhancing civil participation be made.

## **2. Detail and Installation of the Mechanism**

It is recommended that this independent mechanism enhancing civil participation in the law-making process be a government agency or committee as the mechanism does not have a mandate to review and reform legislation. However, it must be emphasised that personnel of the mechanism must have understanding of the importance of civil participation in the law-making process and different social conditions and contexts of different people and groups of people.

## **3. Mandates of the Mechanism**

It is recommended that general mandates of the mechanism be:

(1) Enhancing civil participation in the law-making process, including law-making in general (such as being the main responsible body of online public opinion collection for bills introduced by any person/agency) and supporting the law-making process of the government agency (supporting the government agency in organising public forum and providing them technical support);

(2) Enhancing law-making by people, in a similar direction of the mandate of the Law Reform Commission

(3) Mainstreaming in the society knowledge on law and law-making. For example, creating best practices on providing knowledge on law and law-making for government agencies, providing knowledge on law-making process to the communities, encouraging and supporting putting knowledge on law and law-making in the curricula in schools and universities, providing technical support for instructors and teachers, etc.

## บทคัดย่อ

งานวิจัยฉบับนี้นำกรอบคิดว่าด้วยหลักนิติธรรมมาใช้เพื่อแสวงหากลไกที่นำไปสู่ความเท่าเทียมภายใต้หลักการมีส่วนร่วมและความครอบคลุมทางสังคม ตามเป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ โดยกำหนดให้หลักนิติธรรมอยู่ในความหมายแบบ “กว้างและลึก (Thick)” ซึ่งเนื้อหาไม่จำกัดเฉพาะหลักการเชิงทางการและกระบวนการ (Formal and Procedural) เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจและการจำกัดอำนาจรัฐ เท่านั้น แต่รวมถึงหลักการเชิงเนื้อหา (Substantive) เช่น การเคารพสิทธิมนุษยชน ด้วย ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่เป้าหมายที่ 16 ของ SDGs มีเนื้อหาที่กว้างขวางและครอบคลุมประเด็นจำนวนมาก งานวิจัยจึงแสวงหาเพียงตัวอย่างของกลไกที่เป็นพื้นฐานและมีแนวโน้มจะเป็นจุดเริ่มต้นที่จะนำไปสู่ความเท่าเทียมทางสังคมที่แท้จริงเท่านั้น ได้แก่ (1) การปรับปรุงกลไกคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้มีประสิทธิภาพและความเป็นอิสระสอดคล้องกับ “หลักการปารีส” (2) การใช้กลไกศาลรัฐธรรมนูญให้ดำเนินการไปในทางคุ้มครองสิทธิในเชิงสังคมและเศรษฐกิจมากขึ้น โดยเปรียบเทียบกับมโนทัศน์ “รัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง (Transformative Constitutionalism)” ของประเทศแอฟริกาใต้ และ (3) กลไกใหม่ที่มีวัตถุประสงค์ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย



## Abstract

This research brings the concept of the rule of law for searching for mechanisms toward equality under the principles of participation and social inclusion in accordance with Goal 16 of the United Nations' Sustainable Development Goals (SDGs). The research defines the rule of law as a thick conception which means it does not only follow the formal and procedural conception such as the separation of powers and the constraint of the government but also the substantive counterpart such as respect for human rights. Due to the breadth of the content of Goal 16 which covers a wide range of issues, the research proposes only three mechanisms considered to be fundamental and likely to be a starting point of the achievement of substantive social equality. The mechanisms are (1) the revision of the mechanism of the National Human Rights Commission of Thailand to be efficient and in accordance with the Paris Principles (2) the application of the mechanism of the Constitutional Court to operate in a way in which socio-economic rights would be better protected by studying the concept of South Africa's "Transformative Constitutionalism" and (3) a new mechanism which has an objective of enhancing civil participation in the law-making process.





## สารบัญ

บทที่ 1 หลักการ เหตุผล ความสำคัญ และข้อมูลทั่วไปเกี่ยวกับงานวิจัย.....	29
1.1 หลักการและเหตุผล.....	29
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	31
1.3 ขอบเขตการศึกษา.....	32
1.4 วิธีการศึกษา.....	32
1.4.1 กรอบแนวคิดในการศึกษา.....	32
1.4.2 แหล่งและที่มาของข้อมูล.....	33
1.5 ผลที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา.....	33
บทที่ 2 บททบทวนวรรณกรรม และการทบทวนกรอบคิดด้วยหลักนิติธรรม.....	35
2.1 การศึกษาว่าด้วยหลักนิติธรรมและกลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียม.....	38
2.2 หลักนิติธรรม.....	43
2.2.1 หลักนิติธรรมกับความหมายทางกฎหมายมหาชน.....	43
2.2.2 หลักนิติธรรมกับความหมายในทางระหว่างประเทศ.....	56
2.2.3 หลักนิติธรรมกับความหมายที่กำหนดโดยองค์การอื่นๆ.....	61
2.2.4 หลักนิติธรรมในงานวิจัยฉบับนี้.....	63
2.3 ปัจจัยที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมในประเทศไทย.....	64
บทที่ 3 การแสวงหาหลักการพื้นฐานเพิ่มเติมของกลไก เพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมเพื่อบรรลุเป้าหมายที่ 16.....	69
3.1 บทนำ.....	70
3.2 ปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมในประเทศไทย.....	71
3.3 การทบทวนลักษณะที่เพศไม่ใช่หลักการพื้นฐานที่สำคัญของกลไกต่างๆ ในประเทศไทย.....	73
3.3.1 ภาพรวมของกฎหมาย.....	73
3.3.2 ลักษณะที่ปรากฏในการดำเนินการหรือในคำพิพากษา.....	80
3.3.3 ลักษณะที่ปรากฏในการดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารองค์กร.....	83
3.4 กรอบคิดด้วยเพศ เพศสถานะ และเพศวิถี.....	87
3.5 การนำการทำให้หลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลักไปใช้ในองค์การระหว่างประเทศ.....	91
3.6 หลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality).....	95
3.7 ข้อเสนอแนะในการประยุกต์ใช้หลักการทำให้หลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลักและหลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆในประเทศไทย.....	96

บทที่ 4 กลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมที่มีอยู่แล้วในประเทศไทย: การปรับปรุงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เพื่อให้มีประสิทธิภาพภายใต้ความเป็นอิสระอย่างแท้จริง.....	100
4.1 บทนำ.....	101
4.2 สถาบันที่มีภารกิจเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน .....	102
4.3 สถานะและอำนาจหน้าที่ของสถาบันที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย.....	108
4.4 หลักการระหว่างประเทศเกี่ยวกับสถานะของสถาบันระดับชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (International Principles Relating to the Status of National Institutions on Human Rights) (หลักการปารีส) .....	113
4.5 ความไม่เป็นอิสระและข้อจำกัดของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ .....	116
4.6 แนวทางการปรับปรุงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้อย่างแท้จริง.....	124
บทที่ 5 กลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมที่มีอยู่แล้วในประเทศไทย: มโนทัศน์ “รัฐธรรมนูญที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง” และการปรับปรุงศาลรัฐธรรมนูญ .....	131
5.1 บทนำ.....	132
5.2 สิทธิเชิงสังคม-เศรษฐกิจและการทำให้เป็นจริงโดยบริบูรณ์ผ่านกลไกทางตุลาการ.....	133
5.2.1 ข้อความเบื้องต้นว่าด้วยสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ (Socio-economic Rights).....	133
5.2.2 แนวทางการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยองค์การสหประชาชาติ .....	135
5.3 อำนาจตุลาการและข้ออภิปรายว่าด้วยการทำให้ประเด็นทางการเมืองเข้าไปอยู่ในอำนาจตุลาการ (Judicialisation of Politics).....	139
5.3.1 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน .....	139
5.3.2 กรอบคิดว่าด้วยองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญ.....	145
5.3.3 ข้ออภิปรายเกี่ยวกับการทำให้ประเด็นทางการเมืองเข้าไปอยู่ในอำนาจตุลาการ (Judicialisation of Politics).....	146
5.4 มโนทัศน์ว่าด้วยรัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง (Transformative Constitutionalism)..	148
5.5 แนวทางการทำให้สิทธิเชิงสังคมเศรษฐกิจได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริงโดยบริบูรณ์ผ่านกลไกทางตุลาการในประเทศแอฟริกาใต้ .....	156
5.6 แนวทางการทำให้สิทธิเชิงสังคมเศรษฐกิจได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริงโดยบริบูรณ์ผ่านกลไกทางตุลาการในประเทศไทย .....	161
บทที่ 6 กลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมเพิ่มเติม: การแสวงหากฎเพิ่มเติมเพื่อนำไปสู่การมีส่วนร่วมอย่างแท้จริง ของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย.....	168
6.1 บทนำ .....	169
6.2 การจัดทำกฎหมาย การมีส่วนร่วมของประชาชน และข้อจำกัดในปัจจุบัน .....	171

6.2.1 การมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการจัดทำกฎหมายที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	172
6.2.2 ลักษณะและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกา.....	174
6.2.3 ข้อจำกัดและข้อสังเกตกรณีการส่งเสริมหลักการมีส่วนร่วมในเชิงเนื้อหาของประชาชนอย่าง แท้จริงและมีความหมาย ตามกลไกมาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	177
6.3 กลไกคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย: แนวคิด หลักการ และอำนาจหน้าที่.....	180
6.4 การสำรวจกลไกที่ประกันการมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายในระดับสากลและในต่างประเทศ....	183
6.5 ข้อเสนอในการเพิ่มกลไกที่สนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายใน ประเทศไทย.....	187
บทที่ 7 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	192
7.1 บทสรุป.....	192
7.2 ข้อเสนอแนะ.....	195
7.2.1 แนวทางการปรับปรุงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของการ คุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้อย่างแท้จริง.....	195
7.2.2 แนวทางการทำให้สิทธิเชิงสังคมเศรษฐกิจได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริงโดยบริบูรณ์ผ่าน กลไกทางตุลาการในประเทศไทย.....	196
7.2.3 ข้อเสนอในการเพิ่มกลไกที่สนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายใน ประเทศไทย.....	197
บรรณานุกรม.....	200



## บทที่ 1

### หลักการ เหตุผล ความสำคัญ และข้อมูลทั่วไปเกี่ยวกับงานวิจัย

#### 1.1 หลักการและเหตุผล

เป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ (United Nations' Sustainable Development Goals: SDGs) ว่าด้วยสังคมสงบสุข ยุติธรรม ไม่แบ่งแยก และความมีประสิทธิภาพของสถาบันในทุกระดับ<sup>1</sup> กำหนดเป้าประสงค์ (Target) เพื่อไปสู่เป้าหมายไว้หลายข้อ โดยครอบคลุมหลายภาคส่วนในสังคม และเกี่ยวข้องกับกฎหมายและมาตรการทั้งภายในและระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก อาทิ การยุติความรุนแรงในทุกรูปแบบ (เป้าประสงค์ที่ 16.1) การส่งเสริมหลักการปกครองภายใต้กฎหมายหรือหลักนิติธรรม (เป้าประสงค์ที่ 16.3) การประกันการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในทุกระดับ (เป้าประสงค์ที่ 16.7) การจัดให้ทุกคนมีอัตลักษณ์ทางกฎหมาย (เป้าประสงค์ที่ 16.9) และการส่งเสริมให้มีและบังคับใช้กฎหมายและนโยบายที่วางอยู่บนฐานการไม่เลือกปฏิบัติ (เป้าประสงค์ที่ 16.b) เป็นต้น เป้าหมายที่ 16 นี้มีส่วนต่อขยายของเป้าหมายใดเป้าหมายหนึ่งในเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษขององค์การสหประชาชาติ (United Nations' Millennium Development Goals: MDGs) ซึ่งวางกำหนดเวลาของการบรรลุผลสำเร็จไว้ที่ปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) เป้าประสงค์ที่ครอบคลุมอาณาบริเวณกว้างขวางนี้เป็นผลมาจากการที่เป้าหมายที่ 16 เป็นการรวบรวมหลักการพื้นฐานที่สำคัญต่างๆ ใน MDGs และจากการที่ SDGs มุ่งหมายให้การพัฒนาเป็นไปในลักษณะองค์รวมมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้<sup>2</sup> อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษารายละเอียดทุกข้อแล้ว พบว่า สาระสำคัญของการบรรลุผลสำเร็จตามเป้าหมายที่ 16 คือ การสร้างสังคมที่ทุกคนได้รับการได้รับการยอมรับต่อหน้ากฎหมาย (Recognition before the Law) สามารถเข้าถึงการบริการสาธารณะและความยุติธรรม (Access to Public Services and Justice) ได้ ภายใต้หลักการมีส่วนร่วม (Participation) และความครอบคลุมทางสังคม (Social Inclusion) และรัฐจำกัดตนภายใต้กฎหมายตามหลักการปกครองโดยกฎหมายหรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law)

ในปัจจุบัน ประเทศไทยมีกฎหมายและนโยบายที่ดำเนินไปในทิศทางนี้อยู่แล้ว ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ในหมวดที่ 3 ซึ่งเนื้อหาส่วนใหญ่สอดคล้องกับสนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคีรวมถึงมาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยควรปฏิบัติตาม อีกทั้ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นับแต่ฉบับปี พ.ศ. 2540 เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ยังได้กำหนดหลักการและกลไกเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ซึ่งรวมไปถึงการส่งเสริมการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและการสร้างเสริมประสิทธิภาพของสถาบันของรัฐไว้ โดยเฉพาะ

<sup>1</sup> “Goal 16. Promote Peaceful and Inclusive Societies for Sustainable Development, Provide Access to Justice for All and Build Effective, Accountable and Inclusive Institutions at All Levels”. United Nations General Assembly Res 70/1, “Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015” (A/RES/70/1) (21 October 2015) 25.

<sup>2</sup> Open Development Mekong, “SDG 16 Peace, Justice and Strong Institutions,” Open Development Mekong, accessed May 3, 2020, <https://opendevlopmentmekong.net/topics/sdg-16-peace-justice-and-strong-institutions>.

อย่างยิ่งหลักความเป็นอิสระของศาล หลักสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (ซึ่งส่งผลให้เกิดการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องครั้งสำคัญหลังการมีผลใช้บังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540) กลไกการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ รวมถึงศาลปกครอง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่รัฐมีขนาดใหญ่และประกอบไปด้วยหลายองค์กร อีกทั้ง ประชาชนมีจำนวนมากและเต็มไปด้วยความหลากหลาย ด้วยเหตุนี้ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมอย่างเท่าเทียมและมุ่งไปสู่สังคมที่มีความสงบสุขจึงยังไม่สามารถดำเนินการได้ตามเป้าประสงค์<sup>3</sup> ดังนั้น การศึกษาเพื่อปรับปรุงกลไกเหล่านี้หรือแสวงหากฎอื่น ๆ เพิ่มเติม ประกอบการพิจารณาองค์ความรู้และประสบการณ์ในนานาประเทศ จึงมีความจำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมายที่ 16

เพื่อที่จะได้คำตอบเป็นกลไกที่เป็นรูปธรรมซึ่งครอบคลุมเป้าประสงค์ทั้งหมดที่กำหนดไว้ในเป้าหมายที่ 16 งานวิจัยเห็นว่าจะต้องมีการศึกษาทั้งในเชิงหลักการและเชิงกลไกที่เป็นรูปธรรม ได้แก่ (1) การศึกษาในเชิงหลักการพื้นฐานของการดำเนินการของกลไกต่างๆ เพื่อที่จะได้ทราบหลักการที่เป็นพื้นฐานของการดำเนินการของรัฐตามกลไกที่มีอยู่แล้ว และประเมินความจำเป็นในการตีความใหม่ซึ่งหลักการเดิม หรือเพิ่มหลักการใหม่เข้าไปเพื่อเสริมหลักการเดิม และ (2) การศึกษาในเชิงกลไกที่เป็นรูปธรรม ซึ่งประกอบไปด้วยการศึกษาลักษณะของกลไกที่มีอยู่แล้วในปัจจุบัน เพื่อที่จะได้ประเมินและแสวงหากฎเพิ่มเติม อันจะเป็นการเสริมสร้างความเข้มแข็งและประสิทธิภาพของกลไกที่มีอยู่แล้วต่อไป ทั้งนี้ โดยประกอบการศึกษาองค์ความรู้และประสบการณ์ของนานาประเทศ นอกจากนี้ เฉพาะในส่วนที่ (2) งานวิจัยจะศึกษาทั้งกรณีกลไกที่มีบทบาทในภาพรวมที่จะนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายที่ 16 และกรณีกลไกที่มีบทบาทเฉพาะสำหรับเป้าประสงค์แต่ละเป้าประสงค์

ในเชิงหลักการพื้นฐานของการดำเนินการของกลไก ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยซึ่งยึดหลักนิติธรรมเป็นสำคัญ โดยหลักแล้ว รัฐได้ยึดถือการปฏิบัติตามหลักกฎหมายภายในและสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีซึ่งเป็นการดำเนินการที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม (อย่างน้อยในทางรูปแบบ) มาโดยตลอด หลักการที่เป็นพื้นฐานนี้ ยกตัวอย่างเช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ หลักการประกันการคุ้มครองสิทธิในทางศาล เป็นต้น<sup>4</sup> รวมถึงหลักการอื่นๆ ที่ส่งเสริมการดำเนินการตามหลักนิติธรรม เช่น การดำเนินการของรัฐในทางสิทธิมนุษยชนตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี อย่างไรก็ตาม การจะบรรลุเป้าหมายที่ 16 ให้ได้โดยบริบูรณ์นั้น รัฐจะต้องดำเนินการตามองค์ประกอบของหลักนิติธรรมในทางเนื้อหาด้วย ดังนั้น จึงสมควรที่จะต้องมีการทบทวนรวมถึงการประเมินค่าใหม่ซึ่งความเข้าใจและการนำมาใช้ซึ่งหลักการเหล่านี้ เพื่อให้การปรับใช้ในสถานการณ์ต่างๆ สอดคล้องกับบริบทของเวลาที่เปลี่ยนไป อีกทั้ง เนื่องจากบทบาทของการพัฒนามิได้จำกัดอยู่เฉพาะภาครัฐเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการแลกเปลี่ยนเรียนรู้และการประสานความร่วมมือกับภาคประชาสังคม (Civil Society) และองค์การระหว่างประเทศ (International Organisation)

<sup>3</sup> อีระ สินเดชาวิรักษ์ และคณะ, “การศึกษาแนวทางที่เหมาะสมต่อการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ ด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญา,” (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, 2562).

<sup>4</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), 165-179.

ดังนั้น รัฐควรพิจารณานำหลักการบางประการที่ภาคส่วนอื่นที่มีใช้แล้วหันมาใช้บ้าง แต่ไม่มีในภาครัฐ หรือมีแต่รัฐไม่เน้นให้ความสำคัญ มาประยุกต์ใช้ในการดำเนินการของภาครัฐด้วย ยกตัวอย่างเช่น การทำให้หลักการเกี่ยวกับเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลัก (Gender Mainstreaming) และการดำเนินการโดยคำนึงถึงความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality) เป็นต้น

ในเชิงกลไกที่เป็นรูปธรรม งานวิจัยเห็นว่า ต้องเริ่มจากการทบทวนกลไกที่มีอยู่แล้วในประเทศไทย โดยจำกัดไปที่กลไกที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ รวมถึงศาลปกครอง และในกรณีที่น่าจะยังมีช่องว่างสำหรับการพัฒนา งานวิจัยจะเสนอแนวทางการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับเป้าหมายที่ 16 ต่อไป นอกจากนี้ ในกรณีของการพิจารณากลไกสำหรับแต่ละเป้าประสงค์ งานวิจัยจะศึกษาประกอบองค์ความรู้และประสบการณ์ของนานาประเทศ เป็นแนวทางประกอบการศึกษา กลไกการสร้างความเท่าเทียมเชิงเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมภายใต้มนทัศน์ว่าด้วยรัฐธรรมนูญนิยามที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง (Transformative Constitutionalism) ของประเทศแอฟริกาใต้<sup>5</sup> เป็นต้น<sup>6</sup>

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อทบทวนและวิเคราะห์หลักการพื้นฐานที่สำคัญของการดำเนินการของภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับเป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ (SDGs) ตามหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยศึกษาจากกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องเป็นสำคัญ

1.2.2 เพื่อทบทวนและวิเคราะห์การดำเนินการของกลไกต่างๆ ของภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการบรรลุเป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ (SDGs) รวมถึงเสนอกลไกเพิ่มเติมเพื่อส่งเสริมกลไกที่มีอยู่แล้ว ทั้งในแง่กลไกที่มีผลต่อภาพรวมของเป้าหมายที่ 16 และที่มีผลในรายเป้าประสงค์ของเป้าหมายที่ 16 ทั้งนี้ ในแง่หลักการพื้นฐานของการดำเนินการของกลไกต่างๆ มุ่งศึกษาเฉพาะแนวทางที่รัฐยังไม่ให้ความสำคัญหรือไม่ให้ความสำคัญมากนัก เพื่อที่จะนำไปสู่ความเท่าเทียมทางสังคมที่แท้จริงได้ โดยไม่เน้นไปที่หลักการพื้นฐานและแนวทางที่รัฐให้ตระหนักและให้ความสำคัญอยู่แล้วเพียงแต่ยังมีรายละเอียดที่ไม่เหมาะสม

<sup>5</sup> หมายถึง รัฐธรรมนูญที่มีได้วางอยู่บนฐานเสรีนิยมที่ยึดมั่นในสิทธิในเชิงลบ (Negative Rights) เพียงอย่างเดียว แต่มองว่ารัฐธรรมนูญมีพันธกิจในการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางสังคมที่ไม่เท่าเทียมด้วย ซึ่งได้แก่ การคุ้มครองและทำให้เป็นจริงโดยบริบูรณ์ซึ่งสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ ทั้งนี้ การยกร่างรัฐธรรมนูญในประเทศไทยเคยอ้างอิงรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้มาแล้ว ตัวอย่างเช่น มาตรา 56 ว่าด้วยสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. ดู มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, *เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ: รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542).

<sup>6</sup> ใน Rule of Law Index สำหรับปี พ.ศ. 2563 (ค.ศ. 2020) จัดทำโดย World Justice Project (โปรดดูเพิ่มเติมในส่วนวิธีการศึกษา) ประเทศไทยอยู่ในลำดับที่ 61 โดยขึ้นมา 6 ลำดับจากปีก่อนหน้า ประเทศกลุ่มนอร์ดิก ได้แก่ เดนมาร์ก นอร์เวย์ ฟินแลนด์ สวีเดน อยู่ในลำดับที่ 1-4 ตามลำดับ ประเทศสิงคโปร์อยู่ในลำดับที่ 12 และประเทศแอฟริกาใต้อยู่ในลำดับที่ 45. See World Justice Project, “Rule of Law Index 2020,” (2020).

### 1.3 ขอบเขตการศึกษา

1.3.1 **ด้านเนื้อหา:** งานวิจัยมุ่งศึกษาทั่วโลกเพื่อให้สามารถบรรลุผลของเป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ (SDGs) โดยศึกษาทั้งในเชิงหลักการพื้นฐานที่สำคัญของการดำเนินการของภาครัฐและในเชิงกลไกที่เป็นรูปธรรม ตามหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ที่เกี่ยวข้องกับการบรรลุเป้าหมายที่ 16 ดังกล่าว ทั้งนี้ โดยรวมถึงการศึกษาองค์ความรู้จากนานาชาติด้วย

ทั้งนี้ งานวิจัยเริ่มต้นด้วยการศึกษาหลักการพื้นฐานที่สำคัญของการดำเนินการต่างๆ ของรัฐ ได้แก่ ข้อความคิดว่าด้วยหลักนิติธรรม และศึกษาปัจจัยที่ทำให้เกิดขึ้นและคงไว้ซึ่งความเหลื่อมล้ำ ได้แก่ ปัจจัยทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม งานวิจัยเห็นว่าปัจจัยทางเศรษฐกิจเป็นปัจจัยที่รัฐตระหนักรู้และให้ความสำคัญอยู่แล้ว แต่ความไม่เท่าเทียมทางสังคมที่เกิดจากปัจจัยดังกล่าวเป็นผลมาจากรายละเอียดของการดำเนินการต่างๆ เท่านั้น งานวิจัยจึงมุ่งศึกษาและเสนอหลักการพื้นฐานที่รัฐยังไม่ให้ความสนใจหรือให้ความสนใจไม่มากนัก ทั้งนี้ ในส่วนถัดมาที่งานวิจัยศึกษาและเสนอการปรับปรุงกลไกที่มีอยู่แล้วหรือเสนอกฎอื่น ๆ เพิ่มเติมจากกลไกที่มีในปัจจุบัน งานวิจัยจะศึกษาจากกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยเป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลไกศาลรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ รวมถึงศาลปกครอง ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และฉบับอื่นๆ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 รวมถึงกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองอื่นๆ และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม อาทิ กฎหมายว่าด้วยการพิจารณาความอาญา กฎหมายว่าด้วยการจัดทำกฎหมาย สนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี เป็นต้น

1.3.2 **ด้านระยะเวลา:** 210 วัน นับจากวันถัดจากวันที่ลงนามในสัญญาจ้าง

### 1.4 วิธีการศึกษา

#### 1.4.1 กรอบแนวคิดในการศึกษา

งานวิจัยอาศัยมโนทัศน์ว่าด้วยหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในความหมายของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐในประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ยึดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy of Constitution) และถ่วงดุลอำนาจโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) เป็นหลักสำหรับการศึกษาเพื่อแสวงหาโลกที่จะนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ทั้งนี้ หลักนิติธรรมในปัจจุบันได้ถูกนำไปใช้ในระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะใน SDGs และมีการให้ความหมายโดยองค์การอื่นที่มีใช้รัฐด้วย ดังนั้น การผนวกรวมมโนทัศน์ว่าด้วยหลักนิติธรรมในความหมายเหล่านี้ หรือที่เรียกว่า “มโนทัศน์แบบกว้างและลึก (Thick Conception)” จึงสมควรนำมาพิจารณา เพื่อให้สังคมมีการพัฒนาที่ยั่งยืนภายใต้ความครอบคลุมทางสังคมให้มากที่สุด มโนทัศน์เหล่านี้จะได้รับการทบทวนในบทที่ 2 ต่อไป

ด้วยเหตุนี้ การเพิ่มกลไกของรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs จึงต้องทำทั้งในระดับหลักการพื้นฐานและในระดับกลไกที่เป็นรูปธรรม หลักการเหล่านี้เป็นไปได้หลายแนวทาง อาทิ การให้ความสำคัญยิ่งขึ้นกับสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ (Socio-economic Rights) ซึ่งนอกจากจะมีความสำคัญในแง่เนื้อหาแห่งสิทธิแล้ว สิทธิมนุษยชนกลุ่มนี้ยังมีบทบาทในการทำให้มนุษย์สามารถใช้สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้อย่างแท้จริงด้วยความเสมอภาค และมีบทบาทในการขจัดความไม่เท่าเทียมในสังคมที่มีพื้นฐานมาจากโครงสร้างทางสังคมและประวัติศาสตร์ด้วย<sup>7</sup> การเพิ่มหลักคิดและความอ่อนไหวมากขึ้นที่สอดคล้องกับการนำไปสู่ความครอบคลุมทางสังคม เช่น การทำให้หลักการเกี่ยวกับเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลัก (Gender Mainstreaming) และการดำเนินการโดยคำนึงถึงความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality) เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อที่จะพิจารณาประกอบองค์ความรู้เกี่ยวกับกลไกด้านสิทธิเสรีภาพที่นำไปสู่ความเท่าเทียมของนานาประเทศต่อไป

งานวิจัยจะศึกษาจากกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยเป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลไกศาลรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ รวมถึงศาลปกครอง ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และฉบับอื่นๆ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 รวมถึงกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองอื่นๆ และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม อาทิ กฎหมายว่าด้วยการพิจารณาความทางอาญา กฎหมายว่าด้วยการจัดทำกฎหมาย สนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี เป็นต้น

#### 1.4.2 แหล่งและที่มาของข้อมูล

เนื่องจากการศึกษานี้เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) แหล่งข้อมูลหลักจึงได้แก่กฎหมาย นโยบาย มาตรการ เอกสารวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความวิชาการ หนังสือพิมพ์ และเอกสารอื่นๆ ในทำนองเดียวกัน ทั้งนี้ โดยมีแหล่งที่มาจากทั้งในและต่างประเทศ

### 1.5 ผลที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1.5.1 ได้รับทราบหลักการพื้นฐานที่สำคัญของการดำเนินการของภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับเป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ (SDGs) ตามหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ และมีข้อเสนอเพื่อปรับปรุงหลักการพื้นฐานดังกล่าว

1.5.2 ได้รับทราบการดำเนินการของกลไกต่างๆ ของภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับการบรรลุเป้าหมายที่ 16 ของเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืนขององค์การสหประชาชาติ (SDGs) และมีข้อเสนอเพื่อปรับปรุงกลไกที่มีอยู่แล้ว

<sup>7</sup> เช่น กรอบคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง (Transformative Constitutionalism) ของประเทศแอฟริกาใต้. Sandra Liebenberg, “Beyond Civil and Political Rights: Protecting Social, Economic and Cultural Rights under Bills of Rights - The South African Experience,” in the Conference: Protecting Human Rights, Centre for Comparative Constitutional Studies, organised by Melbourne Law School, Australia, 2007.

หรือเพิ่มเติมกลไกใหม่ ทั้งในแง่กลไกที่มีผลต่อภาพรวมของเป้าหมายที่ 16 และที่มีผลในรายเป้าประสงค์ของเป้าหมายที่ 16

1.5.3 ได้รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เพื่อเสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า

## บทที่ 2

### บทบทวนวรรณกรรม และการทบทวนกรอบคิดว่าด้วยหลักนิติธรรม

กลไกที่จะนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ได้นั้นจะต้องสอดคล้องกับเป้าหมายที่ 16 ซึ่งมีเนื้อหาและเป้าประสงค์ (Target) หลายข้อ ในหลากหลายมิติ ครอบคลุมหลายภาคส่วนในสังคม และเกี่ยวข้องกับกฎหมายและมาตรการทั้งภายในและระหว่างประเทศเป็นจำนวนมาก เป้าประสงค์เหล่านี้จึงอยู่ในลักษณะที่มีความกระจัดกระจายเป็นอย่างสูง ดังนั้น การที่จะแสวงหากฎเพื่อให้สอดคล้องกับเป้าประสงค์ที่กระจัดกระจายนี้ จึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจข้ออภิปรายว่าด้วยหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ซึ่งส่งผลให้การกำหนดเป้าหมายที่ 16 โดยองค์การสหประชาชาติอยู่ในลักษณะนี้เสียก่อน บทนี้จึงว่าด้วยการทบทวนการศึกษาวิจัยที่ผ่านมาในประเทศไทย การทบทวนข้ออภิปรายว่าด้วยหลักนิติธรรม และการทบทวนปัจจัยที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมทางสังคมในประเทศไทย

กล่าวในเบื้องต้น เป้าหมายที่ 16 ของ SDGs กำหนดเนื้อหาและเป้าประสงค์ไว้ 10 ข้อ (เป้าประสงค์ที่ 16.1-16.10) และการนำไปปฏิบัติอีก 2 ข้อ (ข้อ 16.a และ 16.b) ดังนี้<sup>8</sup>

Goal 16. Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels

เป้าหมายที่ 16 ส่งเสริมสังคมสงบสุขและครอบคลุมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนให้ทุกคนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและสร้างสถาบันที่มีประสิทธิภาพ รับผิดชอบและครอบคลุมในทุกระดับ

16.1 Significantly reduce all forms of violence and related death rates everywhere

16.1 ลดความรุนแรงทุกรูปแบบและอัตราการตายที่เกี่ยวข้องในทุกแห่งให้ลดลงอย่างมีนัยสำคัญ

16.2 End abuse, exploitation, trafficking and all forms of violence against and torture of children

16.2 ยุติการข่มเหงการแสวงหาผลประโยชน์อย่างไม่ถูกต้อง การค้ามนุษย์ และความรุนแรงและการทรมานทุกรูปแบบที่มีต่อเด็ก

16.3 Promote the rule of law at the national and international levels and ensure equal access to justice for all

16.3 ส่งเสริมหลักนิติธรรมทั้งในระดับชาติและระหว่างประเทศและสร้างหลักประกันว่าทุกคนสามารถเข้าถึงความยุติธรรมอย่างเท่าเทียม

<sup>8</sup> United Nations, “Goal 16. Promote Peaceful and Inclusive Societies for Sustainable Development,” 25. ฉบับภาษาไทยเป็นสำนวนแปลของสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม. สำนักงานกิจการยุติธรรม, “รายงานผลการดำเนินงานตามเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน เป้าหมายที่ 16 สังคมสงบสุข ยุติธรรม ไม่แบ่งแยก ประจำปี 2562,” สำนักงานกิจการยุติธรรม, สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2563, <http://www.oja.go.th/TH/sdgs16-re2562/>.

16.4 By 2030, significantly reduce illicit financial and arms flows, strengthen the recovery and return of stolen assets and combat all forms of organized crime

16.4 ลดการลักลอบเคลื่อนย้ายอาวุธและเงินเสริมความแข็งแกร่งของกระบวนการติดตามและการส่งคืนสินทรัพย์ที่ถูกขโมยไปและต่อสู้กับอาชญากรรมที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรทุกรูปแบบ ภายในปี พ.ศ. 2573

16.5 Substantially reduce corruption and bribery in all their forms

16.5 ลดการทุจริตในตำแหน่งหน้าที่และการรับสินบนทุกรูปแบบ

16.6 Develop effective, accountable and transparent institutions at all levels

16.6 พัฒนาสถาบันที่มีประสิทธิผลมีความรับผิดชอบและโปร่งใสในทุกระดับ

16.7 Ensure responsive, inclusive, participatory and representative decision-making at all levels

16.7 สร้างหลักประกันว่าจะมีกระบวนการตัดสินใจที่มีความรับผิดชอบต่อครอบคลุมมีส่วนร่วมและมีความเป็นตัวแทนที่ดีในทุกระดับการตัดสินใจ

16.8 Broaden and strengthen the participation of developing countries in the institutions of global governance

16.8 ขยายและเสริมความแข็งแกร่งของการมีส่วนร่วมของประเทศกำลังพัฒนาในสถาบันธรรมาภิบาลระดับโลก

16.9 By 2030, provide legal identity for all, including birth registration

16.9 จัดให้มีเอกลักษณ์ทางกฎหมายสำหรับทุกคนโดยรวมถึงการให้มีการจดทะเบียนเกิด (มีสูติบัตร) ภายในปี พ.ศ. 2573

16.10 Ensure public access to information and protect fundamental freedoms, in accordance with national legislation and international agreements

16.10 สร้างหลักประกันว่าสาธารณชนสามารถเข้าถึงข้อมูลและมีการปกป้องเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามกฎหมายภายในประเทศและข้อตกลงระหว่างประเทศ

16.a Strengthen relevant national institutions, including through international cooperation, for building capacity at all levels, in particular in developing countries, to prevent violence and combat terrorism and crime

16.a เสริมความแข็งแกร่งของสถาบันระดับชาติที่เกี่ยวข้อง โดยรวมถึงการกระทำผ่านทางความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อสร้างขีดความสามารถในทุกระดับโดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาเพื่อจะป้องกันความรุนแรงและต่อสู้กับการก่อการร้ายและอาชญากรรม

16.b Promote and enforce non-discriminatory laws and policies for sustainable development

16.b ส่งเสริมและบังคับใช้กฎหมายและนโยบายที่ไม่เลือกปฏิบัติเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน

ภาวะกระจัดกระจายและกว้างขวางของเป้าประสงค์ตามที่กล่าวไป พอเห็นภาพได้ตามตัวอย่างดังนี้

เป้าประสงค์ที่เห็นชัดเจนว่าเกี่ยวข้องกับทุกองคาพยพของรัฐ ได้แก่ เป้าประสงค์ที่ 16.3 16.5 16.6 16.7 และ 16.10 และข้อ 16.b

เป้าประสงค์ที่ 16.1 เกี่ยวข้องโดยตรง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กับสิทธิในชีวิต (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง) รัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา องค์กรในกระบวนการยุติธรรม (โดยเฉพาะตำรวจ อัยการ ศาล และหน่วยงานในกระทรวงยุติธรรม) รวมถึงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

เป้าประสงค์ที่ 16.2 นอกจากหลักการ กฎหมาย และสถาบันเดียวกับเป้าประสงค์ที่ 16.1 แล้ว ยังเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศจำนวนมาก (อาทิ หลักการห้ามทรมานที่ปรากฏในสนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child: CRC) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: CEDAW) เป็นต้น) และสถาบันอื่นๆ ของรัฐ (เช่น หน่วยงานด้านเด็กและสตรี กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ฯลฯ)

เป้าประสงค์ที่ 16.5 ว่าด้วยการต่อต้านการคอร์รัปชัน นอกจากจะเกี่ยวข้องกับสถาบันทุกแห่งแล้ว ยังเกี่ยวข้องอย่างเฉพาะกับคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ เป็นต้น

เพื่อที่จะทำความเข้าใจเป้าหมายที่ 16 และเป้าประสงค์ทั้งหมดนี้ งานวิจัยแบ่งเนื้อหาในบทที่ 2 ออกเป็นสองส่วน ดังนี้

ส่วนที่ 2.1 งานวิจัยทบทวนการศึกษาที่สำคัญเกี่ยวกับเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs และการบรรลุผลสำเร็จ โดยกำหนดระยะเวลาไว้ในช่วงปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ. 2015) หลังจาก SDGs ได้รับการลงนามยอมรับในสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ จนถึงปัจจุบัน (เดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2563 - ค.ศ. 2020) เท่านั้น ทั้งนี้ งานวิจัยพบว่า ในประเทศไทย ยังไม่มีงานวิจัยที่มุ่งแสวงหากลไกเพื่อบรรลุเป้าหมายที่ 16 โดยตรง แต่มีงานวิจัยในมิติอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับ SDGs และเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ทั้งในภาพรวมและประเด็นเฉพาะ อาทิ งานวิจัยที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างดัชนีชี้วัดการดำเนินการของรัฐตามเป้าหมายที่ 16 และงานวิจัยที่มุ่งศึกษาเฉพาะประเด็นการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น

ส่วนที่ 2.2 งานวิจัยได้ทบทวนข้ออภิปรายว่าด้วยหลักนิติธรรม โดยแบ่งเป็นส่วนได้แก่ ส่วนที่ 2.2.1 หลักนิติธรรมกับความหมายทางกฎหมายมหาชน ส่วนที่ 2.2.2 หลักนิติธรรมกับความหมายในทางระหว่างประเทศ ส่วนที่ 2.2.3 หลักนิติธรรมกับความหมายที่กำหนดโดยองค์การอื่นๆ (เช่น องค์กรเอกชนที่สร้างดัชนีชี้วัดการดำเนินการของรัฐตามหลักนิติธรรม) และส่วนที่ 2.2.4 หลักนิติธรรมในงานวิจัยฉบับนี้ การทบทวนข้ออภิปรายเหล่านี้จะนำมาสู่การทำความเข้าใจหลักนิติธรรมในเป้าหมายที่ 16 ของงานวิจัยฉบับนี้ และเป็นฐานในการแสวงหากลไกพื้นฐานเพิ่มเติมในการดำเนินการของกลไกและกลไกเพิ่มเติมที่จะนำไปสู่ความเท่าเทียมอย่างแท้จริง

ส่วนที่ 2.3 งานวิจัยได้ทบทวนพอสังเขปเกี่ยวกับปัจจัยที่เป็นอุปสรรคต่อการเกิดขึ้นของสังคมที่มีความเท่าเทียมในประเทศไทย โดยมีความเห็นว่า แม้ปัจจัยเหล่านี้มีความซ้อนทับกันและการขจัดความไม่เท่าเทียมให้หมดไปจะต้องพิจารณาปัจจัยเหล่านี้ประกอบกันทุกปัจจัย อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่งานวิจัยฉบับนี้มุ่งสนใจกลไก

ใหม่หรือการปรับปรุงกลไกเดิมให้มีประสิทธิภาพในแนวทางอื่น จึงมิได้วิเคราะห์ปัจจัยเหล่านี้ทุกประเด็นโดยเลือกเพียงบางประเด็นไปศึกษาในบทที่ 3 ต่อไปเท่านั้น

## 2.1 การศึกษาว่าด้วยหลักนิติธรรมและกลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียม

เนื่องจากเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ประกอบไปด้วยเป้าประสงค์ที่ครอบคลุมหลายประเด็นอย่างกว้างขวาง ทั้งการสร้างสังคมที่สงบสุข การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมโดยไม่แบ่งแยก และการสร้างเสริมความเข้มแข็งและประสิทธิภาพของภาครัฐ ในประเทศไทย จึงยังไม่มีงานวิจัยที่มุ่งศึกษาประเด็นกลไกทั้งหมดที่สอดคล้องกับเป้าประสงค์ทั้งหมดและทำให้บรรลุเป้าหมายที่ 16 ได้ อย่างไรก็ตาม การวิจัยพบว่า ในเชิงภาพรวมของเป้าหมายที่ 16 มีงานวิจัยเกี่ยวกับการสร้างตัวชี้วัดเพื่อนำไปสู่ผลสำเร็จของการไปถึงเป้าหมายที่ 16 ส่วนในเชิงหลักการพื้นฐานของกลไกหลักและเป้าประสงค์รายประเด็น งานวิจัยพบว่ามีการทำกรวิจัยอย่างกว้างขวาง โดยงานวิจัยเหล่านี้หลายฉบับมีคุณค่าในฐานะรากฐานที่สำคัญสำหรับการต่อยอดในงานวิจัยฉบับนี้ งานวิจัยจึงทบทวนวรรณกรรมไว้ ดังนี้<sup>9</sup>

### งานวิจัยในเชิงภาพรวมของเป้าหมายที่ 16

งานวิจัยในกลุ่มนี้เป็นงานวิจัยที่มุ่งสร้างตัวชี้วัดเพื่อตรวจสอบว่ารัฐได้ดำเนินการเพื่อมุ่งไปสู่การบรรลุเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs หรือไม่ อย่างไร ยกตัวอย่างเช่น

งานวิจัยในปี พ.ศ. 2559 เสนอต่อสถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (องค์การมหาชน) (Thailand Institute of Justice: TIJ) จัดทำโดยสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) เรื่อง *กรอบแนวคิดและกรอบยุทธศาสตร์ในการพัฒนาดัชนีชี้วัดด้านหลักนิติธรรม/นิติรัฐ (Rule of Law Index/Indicators) ในประเทศไทย*<sup>10</sup> งานวิจัยนี้ทำขึ้นก่อนที่สมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติจะลงมติยอมรับตัวชี้วัดของ SDGs อย่างเป็นทางการในปี พ.ศ. 2559 โดยเห็นว่าตัวชี้วัดของ WJP มีความครอบคลุมละเอียด และยืดหยุ่นเพียงพอที่จะเป็นฐานในการพัฒนาตัวชี้วัดที่จะใช้ประเมินการดำเนินการตามหลักนิติธรรมในประเทศไทยได้<sup>11</sup> อย่างไรก็ตาม TDRI มีข้อสังเกตในบางประเด็นต่อวิธีการประเมินผล เช่น การกำหนดวิธีการเก็บข้อมูลไว้ที่เมืองใหญ่สามเมืองในแต่ละประเทศ<sup>12</sup> ทำให้ข้อมูลถูกจำกัดเพียงประชากรในเขตเมือง<sup>13</sup> และเห็นว่าการจัดทำตัวชี้วัดในประเทศไทยอาจพิจารณาเพิ่มเติมปัจจัยอื่นๆ เข้าไปด้วย โดยรวมถึงปัจจัยที่มีความเกี่ยวข้องอย่างสำคัญกับงานวิจัยชิ้นนี้ อาทิ กลไกกำกับดูแลภายหลังกระบวนการออกกฎหมาย โดย “กลไกดังกล่าวนี้รวมไปถึงการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย (ex post evaluation of legislation) และการประเมินผลกระทบที่อาจ

<sup>9</sup> เฉพาะงานวิจัยนับแต่ปี พ.ศ. 2555 (ช่วงใกล้รอยต่อระหว่าง MDGs และ SDGs) จนถึงเดือนกรกฎาคม 2563.

<sup>10</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), “กรอบแนวคิดและกรอบยุทธศาสตร์ในการพัฒนาดัชนีชี้วัดด้านหลักนิติธรรม/นิติรัฐ (Rule of Law Index/Indicators),” (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (องค์การมหาชน) (TIJ), 2559).

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, บทที่ 6 น.5.

<sup>12</sup> ในการศึกษาประจำปี ค.ศ. 2020 WJP ระบุว่า มีเป้าหมายจะเก็บข้อมูลแบบทั่วประเทศ โดยเริ่มเก็บข้อมูลแบบทั่วประเทศแล้ว 63 ประเทศ และจะปรับปรุงให้อยู่รูปแบบนี้สำหรับทุกประเทศต่อไป. World Justice Project, “Rule of Law Index 2020,” 163.

<sup>13</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), “กรอบแนวคิดและกรอบยุทธศาสตร์ในการพัฒนาดัชนีชี้วัดด้านหลักนิติธรรม/นิติรัฐ (Rule of Law Index/Indicators),” บทที่ 6 น.1.

เกิดขึ้นก่อนการมีกฎหมาย (ex ante assessment of impact of legislation) สำหรับกฎหมายที่จะถูกแก้ไขปรับปรุงในอนาคต”<sup>14</sup> และการมีส่วนร่วมของประชาชนในการร่างกฎหมาย<sup>15</sup> เป็นต้น อีกทั้ง TDRI ได้ทบทวนตัวชี้วัดที่เกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรมในประเทศไทยด้วย โดยในเวลาที่ทำการศึกษา ได้แก่ *มาตรฐานและดัชนีชี้วัดความมั่นคงของมนุษย์* โดยกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ *ดัชนีชี้วัดด้านสังคม* โดยสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ *ดัชนีชี้วัดคอร์รัปชัน* โดยมหาวิทยาลัยหอการค้าไทย และ *ดัชนีความเป็นธรรมทางสังคม* โดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์<sup>16</sup> ภาวะไร้อำนาจซึ่งตัวชี้วัดที่ครอบคลุมประเด็นทั้งหมดในเป้าหมายที่ 16 และการมีอยู่ของตัวชี้วัดในหลายประเด็นตามแต่ความรับผิดชอบ/ความสนใจของหน่วยงานเป็นการย้ำเตือนถึงความกว้างขวางของเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ แม้จะมีได้เป็นวัตถุประสงค์หลักของการศึกษา แต่การแสวงหาวิธีการจัดทำตัวชี้วัดข้างต้น TDRI ก็ต้องเริ่มทำการศึกษาในแนวทางเดียวกับงานวิจัยชิ้นนี้ คือ การทบทวนการให้ความหมายหลักนิติธรรมที่มีความแตกต่างหลากหลายและเลือกใช้ความหมายที่กว้างและลึก (Thick Conception) เพื่อที่หลักนิติธรรมจะได้สอดคล้องกับเป้าหมายของ SDGs (โดยเฉพาะเป้าหมายที่ 16) มากที่สุด

งานวิจัยในปี พ.ศ. 2560 จัดทำโดย จิรวัดน์ สุริยะโชติชยางกุล ภายใต้การให้คำปรึกษาของณณริฎ พิศลยบุตร (คณะผู้วิจัยสังกัดสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI)) เรื่อง *การสำรวจสถานะของเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนในบริบทประเทศไทย และทางเลือกมาตรการทางเศรษฐศาสตร์ สังคม และกฎหมายสำหรับเป้าหมายที่ 16: การส่งเสริมสังคมที่สงบสุขและครอบคลุมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนให้ทุกคนเข้าถึง ความยุติธรรม และสร้างสถาบันที่มีประสิทธิภาพ รับผิดชอบและครอบคลุมในทุกระดับ*<sup>17</sup> งานวิจัยฉบับนี้จำกัดขอบเขตแคบลงโดยจำกัดเพียงเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs และจัดทำขึ้นหลังจากที่องค์การสหประชาชาติลงมติยอมรับตัวชี้วัดของแต่ละเป้าหมายใน SDGs แล้ว งานวิจัยนี้เห็นว่า ในขณะที่ทำการศึกษา ประเทศไทยยังไม่พร้อมสำหรับการวัดผลตามตัวชี้วัดขององค์การสหประชาชาติ ทั้งในแง่สภาพปัญหา การวัดผล และหน่วยงานที่มีหน้าที่เก็บข้อมูลเพื่อวัดผล ในขณะที่เดียวกัน ตัวชี้วัดที่กำหนดโดยองค์การสหประชาชาติก็ไม่สามารถใช้ประเมินการดำเนินการหลักนิติธรรมในประเทศไทยได้ทั้งหมด<sup>18</sup> ประเด็นสำคัญที่หนุนเสริมงานวิจัยฉบับนี้ คือ งานวิจัยนี้ได้จัดกลุ่มเป้าประสงค์เป็นสามกลุ่มตามลำดับความสำคัญของการปรับปรุงหลักการ กฎหมาย หรือแสวงหากฎ เพื่อที่จะทำให้บรรลุผลดังกล่าว โดยประเมินจากสถานการณ์ช่วงครึ่งหลังของทศวรรษ พ.ศ. 2550 ซึ่งอยู่ในภาวะลดน้อยถอยลงของความสงบสุขในสังคม การเข้าถึงความยุติธรรม และความมีประสิทธิภาพและความรับผิดชอบของสถาบันต่างๆ รวมถึงการมีกฎหมายที่ส่งเสริมเป้าหมายที่ 16 ในระดับปานกลาง และภาคส่วนต่างๆ ที่มีใช้รัฐให้ความสำคัญกับเป้าหมายที่ 16 ในระดับที่

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, บทที่ 6 น.7.

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, บทที่ 6 น.7-8.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, บทสรุปผู้บริหาร 5.

<sup>17</sup> จิรวัดน์ สุริยะโชติชยางกุล และณณริฎ พิศลยบุตร, “การสำรวจสถานะของเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนในบริบทประเทศไทย และทางเลือกมาตรการทางเศรษฐศาสตร์ สังคม และกฎหมายสำหรับ เป้าหมายที่ 16: การส่งเสริมสังคมที่สงบสุขและครอบคลุมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนให้ทุกคนเข้าถึง ความยุติธรรม และสร้างสถาบันที่มีประสิทธิภาพ รับผิดชอบและครอบคลุมในทุกระดับ,” (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2560).

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, xxiv-xxvii.

แตกต่างกันไป<sup>19</sup> ตัวอย่างเช่น ในกรณีของ กลุ่มที่ 1 “เป้าประสงค์ที่อยู่ในมิติด้านการให้ผลลัพธ์ที่รวดเร็วโดยสามารถดำเนินการได้ทันที กับ มิติด้านความสำคัญและการเป็นพื้นฐานสำหรับต่อยอดในการพัฒนา และ/หรือบรรลุเป้าประสงค์อื่นๆ ทั้งนี้เฉพาะเป้าประสงค์ที่มีความเป็นพื้นฐานในระดับต้น”<sup>20</sup> ข้อเสนอที่เกี่ยวข้อง อาทิ การเปลี่ยนโมทัศน์ของกฎหมายว่าด้วยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารและการบังคับ/จูงใจให้รัฐเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมากกว่าที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารแก่สาธารณะ การสนับสนุนความเป็นอิสระขององค์กรอิสระ รวมถึงการเสนอให้มีการร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่เป็นอิสระตาม “หลักการปารีส (Principles relating to the Status of National Institutions: The Paris Principles)” ซึ่งขณะนั้นยังไม่ตรารัฐธรรมนูญ ข้อเสนอให้การส่งคายนาร่างกฎหมายกระทำโดยหน่วยงานกลางมิใช่หน่วยงานที่สังกัดกระทรวงหนึ่งกระทรวงใดที่รับผิดชอบเนื้อหาของกฎหมายนั้น และการสนับสนุนให้มีการเข้าถึงการยุติธรรมทั้งในระดับทางการและไม่เป็นทางการ เป็นต้น

### งานวิจัยในเชิงหลักการพื้นฐานของกลไกรายหลักการ

งานวิจัยในกลุ่มนี้ศึกษาในเชิงกรอบคิดทฤษฎีของหลักการต่างๆ ที่เป็นพื้นฐานสำคัญของการดำเนินการของรัฐ งานวิจัยในกลุ่มนี้ เช่น งานวิจัยในปี พ.ศ. 2560 เสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจัดทำโดย คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ เรื่อง *กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ*<sup>21</sup> เมื่อ พ.ศ. 2560 งานวิจัยชิ้นนี้ทบทวนและวิเคราะห์หลักการไม่เลือกปฏิบัติตามความหมายของกฎหมายสิทธิมนุษยชนในบริบทของกฎหมายภายในประเทศ ผลการทบทวนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยฉบับนี้พบว่า นอกจากประเด็นเนื้อหาของหลักการไม่เลือกปฏิบัติที่มีบางส่วนไม่สอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชน (ซึ่งมีความเป็นไปได้ทั้งในเชิงหลักการและจากการพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอื่น) แล้ว หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการย่อยที่เป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม) ได้รับการรับรองและใช้บังคับภายในประเทศแตกต่างกันไปตามเนื้อหาของกฎหมายและประเภทกฎหมาย รวมถึงได้รับการตีความที่แตกต่างไปตามหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น การเลือกปฏิบัติตามการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญต้องวางอยู่บนเหตุ/ฐาน (Ground) แห่งการเลือกปฏิบัติที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่การเลือกปฏิบัติภายใต้การพิจารณาของศาลปกครองมีแนวโน้มมีความหมายกว้างกว่า เนื่องจากการพิจารณา “การปฏิบัติที่แตกต่างกัน” ซึ่งมักเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยมิชอบ และการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจไม่อยู่บนฐานการเลือกปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนก็ได้<sup>22</sup> นอกจากนี้ยังมีข้อวิพากษ์ต่อกรณีรูปแบบการเลือกปฏิบัติที่กฎหมายไทยยังไม่ครอบคลุมถึง รวมถึงประเด็นที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายกลางว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติโดยมิใช่กรณีกฎหมายเฉพาะที่จำกัดเป็นรายเหตุ (เช่น พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558) หรือรายมิติ (เช่น ประเด็นแรงงาน) ด้วย ทั้งนี้ งานวิจัยนี้มีข้อเสนอแนะในภาพรวมให้มีกฎหมายกลางว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติ และมีข้อเสนอแนะต่อ

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, xxviii.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, xxviii-xxxviii.

<sup>21</sup> คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ, “กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ,” (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2560).

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, 10-11.

รัฐธรรมนูญสี่ประการ คือ หนึ่ง การบัญญัติหลักการไม่เลือกปฏิบัติทั้งภาครัฐและภาคเอกชน สอง การบัญญัติการไม่ปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) อย่างชัดเจน สาม การปรับปรุงถ้อยคำที่ใช้เกี่ยวกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ (เนื่องจากกฎหมายไทยใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)” ตามมโนทัศน์ที่ไม่ผูกติดอยู่กับศีลธรรม จึงทำให้การเลือกปฏิบัติอยู่ในรูปของคำว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (Unjust Discrimination)” แต่กฎหมายระหว่างประเทศใช้คำว่า “การเลือกปฏิบัติ (Discrimination)” โดยมีนัยทางศีลธรรมอยู่ในตัว) และสี่ การปรับปรุงฐานของการเลือกปฏิบัติให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศและครอบคลุมเหตุสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น<sup>23</sup>

### งานวิจัยในเชิงเป้าประสงค์รายประเด็น

ในประเด็นการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม มีงานวิจัย เช่น งานวิจัยใน พ.ศ. 2562 เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า จัดทำโดย อีระ สินเดชารักษ์ และคณะ ภายใต้การให้คำปรึกษาของ ปกป้อง ศรีสนิท เรื่อง *การศึกษาแนวทางที่เหมาะสมต่อการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้วยกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*<sup>24</sup> งานวิจัยชิ้นนี้มุ่งทบทวนการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญาทั้งระบบ ประกอบไปด้วยระบบงานสืบสวนสอบสวน ระบบงานสังคม ระบบงานพิชิตคดี และระบบงานบังคับโทษ โดยใช้ทั้งการวิจัยเอกสารและการสัมภาษณ์เชิงลึกและสนทนากลุ่มย่อยกับผู้ปฏิบัติงานและนักวิชาการที่เกี่ยวข้องกับระบบดังกล่าว งานวิจัยได้พบปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม และสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมจำนวนหนึ่ง และเสนอให้มีการปรับปรุงระบบตั้งแต่ในเชิงโครงสร้าง ได้แก่ การเพิ่มการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ (ซึ่งจะช่วยทำให้การดำเนินการต่างๆ เป็นไปด้วยความรวดเร็วยิ่งขึ้นและเพิ่มประสิทธิภาพของการทำงานด้วย) การเน้นการมีส่วนร่วมกับภาคประชาสังคม (โดยระบุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในแนวทางเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540) การปฏิรูปโครงสร้างองค์กรในกระบวนการยุติธรรม (ให้ผ่อนคลายระบบอำนาจรวมศูนย์และลดการกำกับดูแลจากฝ่ายการเมือง) การปฏิรูประบบงานสืบสวนสอบสวน (ทั้งในแง่ปริมาณงาน ความเฉพาะของเนื้อหา และการถ่วงดุลอำนาจกับองค์กรอื่น) การปรับโครงสร้างเงินเดือนและกำลังคน และการใช้กระบวนการยุติธรรมทางเลือกและปรับปรุงนโยบายทางอาญา (ซึ่งจะทำให้ดำเนินการในทางยุติธรรมได้เร็วขึ้นและเป็นการลดปริมาณผู้กระทำความผิดที่จะต้องเข้าไปสู่ระบบเรือนจำ)

### ในประเด็นหลักการมีส่วนร่วม (Participation) และการนับรวมทุกกลุ่มคน (Inclusiveness)

การศึกษาในประเด็นการยุติธรรมชุมชน งานวิจัยในเชิงกรอบคิดทฤษฎีภายใต้บริบทของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ใน พ.ศ. 2560 เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า จัดทำโดย ทวีตรา เจริญ เรื่อง *การเสริมสร้างแนวความคิดกระบวนการยุติธรรมชุมชนภายใต้บริบทของกฎหมายรัฐธรรมนูญ*<sup>25</sup> การศึกษาฉบับนี้มุ่งทบทวน

<sup>23</sup> เรื่องเดียวกัน, น.15-17.

<sup>24</sup> อีระ สินเดชารักษ์ และคณะ, “การศึกษาแนวทางที่เหมาะสมต่อการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านกระบวนการยุติธรรมทางอาญา,” 3.

<sup>25</sup> ทวีตรา เจริญ, “การเสริมสร้างแนวความคิดกระบวนการยุติธรรมชุมชนภายใต้บริบทของกฎหมายรัฐธรรมนูญ,” (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, 2560).

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการยุติธรรมชุมชน ซึ่งมุ่งปรับเปลี่ยนแนวคิดของกระบวนการยุติธรรมเชิงแก้แค้นทดแทน (Retributive Justice) แบบกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก มาเป็นกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice) และกระบวนการยุติธรรมชุมชน (Community Justice) ซึ่งมุ่งเน้นไปที่การทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับมาสู่สังคมได้ และเพิ่มบทบาทของชุมชนและสังคม เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวข้องกับและมีผลกระทบต่อชุมชนในหลายมิติ อีกทั้งยังเป็นการสอดคล้องกับแนวคิดประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือ (Deliberative Democracy) ด้วย และเสนอว่าการยุติธรรมชุมชนควรได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและสนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามามีบทบาทในการยุติธรรมชุมชน

งานวิจัยที่ศึกษาการใช้การยุติธรรมชุมชนในบริบทของพื้นที่เฉพาะ ในปี พ.ศ. 2559 เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า จัดทำโดยสุรัชย์ (พูฮาด) ไวยวรรณจิตร และคณะ การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมชุมชนในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้<sup>26</sup> งานวิจัยฉบับนี้ศึกษาประเด็นทั่วไปว่าด้วยการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมชุมชนในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ซึ่งประกอบไปด้วยพื้นที่จังหวัดปัตตานี ยะลา และนราธิวาส ทั้งนี้ สารสำคัญของผลการศึกษา คือ การยุติธรรมชุมชนซึ่งเป็นกระบวนการยุติธรรมในระดับที่ไม่เป็นทางการและยึดโยงอยู่กับรากฐานจารีตประเพณีของชุมชน (ในบริบทของงานวิจัยนี้โดยหลักคือศาสนาอิสลาม) มีความเหมาะสมในการสร้างความยุติธรรมและสันติสุขภายในชุมชน อย่างไรก็ตาม การยุติธรรมชุมชนในช่วงเวลาที่ศึกษาในงานวิจัยก็ไม่ได้ดำเนินไปอย่างราบรื่นไร้ปัญหา แต่จำเป็นต้องมีการปรับปรุงให้ดียิ่งขึ้น ซึ่งในบางมิติรวมถึงการนำหลักการของการยุติธรรมกระแสหลักของรัฐมาใช้และการประสานความร่วมมือกับรัฐด้วย อาทิ การเสนอให้ชุมชนจัดให้มีคณะกรรมการวางนโยบายและมาตรฐานของการยุติธรรมชุมชนของแต่ละชุมชน การประกันว่าการอำนวยความสะดวกของผู้ที่เกี่ยวข้องจะเป็นไปตามมาตรฐาน ปราศจากความลำเอียง ไม่เลือกปฏิบัติ ข้อเสนอให้รัฐสนับสนุนการยุติธรรมชุมชนมากขึ้นและจัดอบรมผู้เกี่ยวข้องกับการยุติธรรมชุมชนในเรื่องจรรยาบรรณของการให้บริการผู้อยู่ใต้ความดูแล เป็นต้น

ตามการทบทวนข้างต้น งานวิจัยเห็นว่า มีข้อสังเกตสำคัญสองประการ ที่จะหนุนเสริมให้งานวิจัยฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง ในกรณีของการศึกษาเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ในภาพรวม แม้งานเหล่านี้จะไม่ได้มุ่งแสวงหากลไกเพื่อบรรลุเป้าหมายโดยตรง แต่ก็เป็นกรพยายามแสวงหาตัวชี้วัด เพื่อประเมินการดำเนินการตามหลักนิติธรรมในประเทศไทย ผลการศึกษาแสดงให้เห็นว่า องค์ความรู้ในแง่การหากลไกเพิ่มเติมเพื่อบรรลุเป้าหมายที่ 16 ยังมีช่องว่าง แต่ในอีกแง่หนึ่ง รายละเอียดของตัวชี้วัดที่เป็นไปได้จากผลการศึกษาที่ผ่านมาจะเป็นแนวทางที่มีคุณค่าให้งานวิจัยฉบับนี้นำไปใช้เพื่อแสวงหากลไกที่เกี่ยวข้องต่อไป

ประการที่สอง แม้ว่าการศึกษาในเชิงหลักการพื้นฐานของกลไกรายหลักการและในเชิงเป้าประสงค์รายประเด็นจะแสดงให้เห็นความท้าทายของการแสวงหากลไกเพื่อนำไปสู่ผลสำเร็จของการไปสู่เป้าหมายที่ 16 ของ SDGs เนื่องจากมีหลักการพื้นฐาน กลไก และกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก จนแต่ละประเด็นสามารถแยกศึกษาเป็นงานวิจัยฉบับย่อยที่มีเนื้อหากว้างขวางและลุ่มลึกได้ แต่ขณะเดียวกัน ผลการค้นคว้าและข้อเสนอแนะจากงานวิจัยที่ผ่านมาเป็นฐานความรู้ที่สำคัญสำหรับการต่อยอดของงานวิจัยนี้

<sup>26</sup> สุรัชย์ (พูฮาด) ไวยวรรณจิตร และคณะ, “การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมชุมชนในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้,” (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, 2559).

## 2.2 หลักนิติธรรม

หลักนิติธรรมหรือหลักการปกครองแห่งกฎหมาย (The Rule of Law) และหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ต่างก็เป็นหลักการปกครองที่มีสาระสำคัญ คือ การปกครองที่รัฐต้องจำกัดตนอยู่ภายใต้กฎหมาย อย่างไรก็ตาม หลักการทั้งสองมีเนื้อหาในรายละเอียดที่ไม่เหมือนกันเนื่องจากมีประวัติศาสตร์การพัฒนาที่แตกต่างกัน โดยการศึกษาหลักนิติธรรมต้องย้อนไปทบทวนประวัติศาสตร์การปกครองของประเทศอังกฤษ ส่วนหลักนิติรัฐต้องย้อนไปพิจารณาประวัติศาสตร์การปกครองของประเทศในภาคพื้นยุโรปโดยเฉพาะประเทศเยอรมนี นอกจากนี้ สาระสำคัญของหลักการทั้งสอง ไม่ว่าจะเป็นตัวหลักการเองหรือการนำหลักการเหล่านี้มาใช้ในปัจจุบันภายใต้บริบทที่แตกต่างหลากหลาย เช่น บริบทของกฎหมายและนโยบายระหว่างประเทศบนฐานความร่วมมือองค์การสหประชาชาติ ก็ไม่เป็นที่เห็นพ้องต้องกันด้วย<sup>27</sup> ด้วยเหตุนี้ จึงมีความสำคัญที่งานวิจัยจะต้องทบทวนและวางหลักของหลักนิติธรรม/นิติรัฐให้ชัดเจนสำหรับงานวิจัยนี้เสียก่อนเพื่อเป็นฐานในการแสวงหากลไกที่จะนำไปสู่ความเท่าเทียมภายใต้หลักนิติธรรมในเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ต่อไป

ทั้งนี้ กล่าวอย่างรวบรัดในเบื้องต้น การศึกษานี้จะใช้นิยามของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในความหมายที่เน้นหนักไปในทางหลักนิติรัฐ เนื่องจากสาระสำคัญของหลักนิติธรรมในบริบทของประเทศไทยสอดคล้องกับหลักนิติรัฐในภาคพื้นยุโรปมากกว่าหลักนิติธรรมที่มีต้นกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษ นอกจากนี้ งานวิจัยยังผนวกรายละเอียดของหลักนิติธรรมตามความเห็นอื่นๆ เช่นในบริบทระหว่างประเทศ และในการจัดทำตัวชี้วัดโดยองค์การอิสระ เพื่อให้ผลการศึกษารอบคลุมความมุ่งหมายของเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ให้ได้มากที่สุด

ในกรณีของการใช้หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในความหมายของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) การศึกษานี้ให้ความหมายไปในทิศทางนี้ เนื่องจากความหมายดั้งเดิมของหลักนิติธรรมยึดหลัก “รัฐสภาเป็นใหญ่ (Supremacy of Parliament)” แต่หลักนิติรัฐยึดหลักการปกครองโดยรัฐธรรมนูญและหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นสำคัญ ซึ่งสอดคล้องกับลักษณะของประเทศไทยมากกว่า ทั้งนี้ แม้งานหลายชิ้นใช้คำว่า “นิติธรรม/นิติรัฐ” ควบคู่กันไป แต่ในงานวิจัยฉบับนี้จะใช้เฉพาะคำว่า “นิติธรรม” เท่านั้น<sup>28</sup>

### 2.2.1 หลักนิติธรรมกับความหมายทางกฎหมายมหาชน

หลักนิติธรรมเป็นอุดมคติหนึ่งในศีลธรรมทางการเมือง (Political Morality) ที่มีบทบาทสำคัญในศีลธรรมทางการเมืองแบบเสรีนิยม ท่ามกลางอุดมคติอื่นๆ เช่น ประชาธิปไตย สังคมนิยม สิทธิมนุษยชน และ

<sup>27</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน: หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), 35.

<sup>28</sup> ตำราทางกฎหมายมหาชนและงานวิจัยของไทยจำนวนหนึ่งใช้คำว่า หลักนิติรัฐแทนคำว่าหลักนิติธรรมซึ่งเป็นคำที่ใช้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือใช้คำว่าหลักนิติธรรมควบคู่ไปกับหลักนิติรัฐ ในทำนองเดียวกัน ตัวอย่างเช่น เรื่องเดียวกัน; สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), “กรอบแนวคิดและกรอบยุทธศาสตร์ในการพัฒนาดัชนีชี้วัดด้านหลักนิติธรรม/นิติรัฐ (Rule of Law Index/Indicators),”; จิรวัดน์ สุริยะโชติชยางกุล และนณริฎ พิศลยบุตร, “การสำรวจสถานะของเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนในบริบทประเทศไทย,”.

ความยุติธรรมทางสังคม<sup>29</sup> เมื่อกล่าวถึงหลักนิติธรรมทางกฎหมายมหาชนในบริบทของประเทศไทย ข้อพิจารณาเบื้องต้น ได้แก่ หนึ่ง ความสัมพันธ์/ความเหมือน-ความแตกต่างระหว่างหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ ซึ่งแม้จะมีหลักการในภาพรวมเป็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่มีประวัติศาสตร์ความเป็นมาจากต่างพื้นที่และต่างวัฒนธรรม การเมืองจึงทำให้เนื้อหาในรายละเอียดแตกต่างกัน สอง องค์ประกอบของหลักนิติธรรมทางกฎหมายมหาชน และสาม ความสัมพันธ์ระหว่างหลักนิติธรรมและหลักประชาธิปไตย เนื่องจากหลักประชาธิปไตยเอื้อให้เกิดกรอบคิดว่าด้วยหลักนิติธรรม ในขณะเดียวกัน รัฐเสรีประชาธิปไตยที่แท้จริงก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้หากไม่มีการใช้หลักนิติธรรมในรัฐ<sup>30</sup> ก่อนที่สุดท้าย งานวิจัยจะรวบรวมความคิดและวางแนวทางลักษณะของหลักนิติธรรมที่จะใช้ในงานวิจัยฉบับนี้

การทำความเข้าใจความหมายโดยทั่วไปในเบื้องต้นและความหมายในบริบทของประเทศไทย รวมถึงขอบเขตและข้อจำกัดของหลักนิติธรรม จะทำให้การแสวงหากฎเพื่อบรรลุเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs เป็นไปได้ เนื่องจากหลักนิติธรรมที่มุ่งสนใจอยู่นี้ถูกใช้ในบริบทระหว่างประเทศและโดยเฉพาะอย่างยิ่งใน SDGs ที่จะต้องนำมาประยุกต์ใช้เพื่อแสวงหากฎในระดับภายในประเทศในบริบทของประเทศไทยซึ่งเป็นบริบทเฉพาะ

### 2.2.1.1 หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ

หลักนิติธรรม (The Rule of Law) เป็นหลักการที่มีพัฒนาการมาจากปรากฏการณ์ในทางการเมืองการปกครองในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีลักษณะสำคัญคือเป็นการต่อรองระหว่างชนชั้นปกครองและชนชั้นที่อยู่ใต้ปกครอง และระบบรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ได้รวบรวมประมวลไว้ ส่วนหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) มีต้นกำเนิดมาจากประเทศเยอรมนีในภาคพื้นยุโรป ซึ่งมีลักษณะเด่นคือเป็นการปกครองที่ถือรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุด กล่าวรวบยอดในเบื้องต้น เนื่องจากประวัติศาสตร์ในทางการเมืองการปกครองและกฎหมายมหาชนของประเทศไทยคล้ายคลึงกับประเทศที่ยึดหลักนิติรัฐมากกว่าประเทศที่ยึดหลักนิติธรรม หลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงมีความหมายเน้นหนักไปในทางหลักนิติรัฐ

เมื่อกล่าวถึงหลักนิติธรรม ลักษณะของการต่อสู้ในทางการเมืองซึ่งส่งผลให้ระบอบการปกครองของประเทศอังกฤษอยู่ในลักษณะที่ยึดถืออำนาจสูงสุดของรัฐสภา มองย้อนกลับไปได้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1215 (พ.ศ. 1758) ที่อำนาจกษัตริย์ถูกลดทอนลงผ่านการต่อรองกับชนชั้นสูงผ่านเอกสารทางประวัติศาสตร์ที่เรียกว่า “มหากฎบัตร” หรือ “Magna Carta” ทำให้การเก็บภาษีและการครอบครองที่ดินต้องผ่านสภาสูงเสียก่อน มิใช่อำนาจเด็ดขาดสมบูรณ์ของกษัตริย์อีกต่อไป อย่างไรก็ตาม เหตุการณ์ดังกล่าวเป็นเพียงการต่อรองกันเฉพาะในกลุ่มชนชั้นปกครองเท่านั้น การต่อสู้ต่อรองเหล่านี้ดำเนินเรื่อยมาตามเวลา จนกระทั่งเกิดเหตุการณ์สำคัญที่มีผลให้เกิดหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและนำไปสู่หลักนิติธรรมแบบอังกฤษ ได้แก่ การตราเอกสารสำคัญที่เป็นการรับรองสิทธิ

<sup>29</sup> Jeremy Waldron, “The Rule of Law,” in The Stanford Encyclopedia of Philosophy, edited by Edward N. Zalta, (Summer 2020 Edition), accessed June 22, 2020, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>.

<sup>30</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน: หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ*, 9.

เสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะการตรา “คำร้องว่าด้วยสิทธิ (Petition of Rights)” โดยรัฐสภา ค.ศ. 1628 (พ.ศ. 2171) ที่มีเนื้อหาปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินและเสรีภาพส่วนบุคคล และการตรา “Habeas Corpus Act” ในปี ค.ศ. 1679 (พ.ศ. 2222) เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมคำร้องว่าด้วยสิทธิ และการขึ้นมาเป็นรัฐอธิปไตยเพียงองค์กรเดียวของรัฐสภาและการที่สิทธิเสรีภาพของประชาชนในอังกฤษได้รับการตระหนักรู้อย่างแท้จริงด้วยผลของ “การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution)” ใน ค.ศ. 1687-1688 (พ.ศ. 2230-2231) จากสงครามกลางเมืองก่อนหน้านั้น และส่งผลให้มีการตรา “บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ (The Bill of Rights)” ใน ค.ศ. 1689 (พ.ศ. 2232) ซึ่งเป็นหนึ่งในเอกสารที่ถือว่ามีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ และทำให้รัฐสภาเป็นรัฐอธิปไตยคู่ไปกับกษัตริย์<sup>31</sup> และเหตุการณ์ทางการเมืองต่อมาทำให้ขึ้นมาเป็นรัฐอธิปไตยสูงสุดองค์กรเดียวเหนือสถาบันการเมืองอื่นของประเทศอังกฤษ นอกจากนี้ คำพิพากษาของ เซอร์ เอ็ดเวิร์ด โค้ก (Sir Edward Coke) ก็ย้ำเตือนว่า กษัตริย์และรัฐสภาต้องอยู่ภายใต้กฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยศาลมีอำนาจพิจารณาการกระทำของฝ่ายบริหาร และกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภา (Statutory Law) ที่ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายคอมมอนลอว์ด้วย ในขณะเดียวกัน ศาลก็ต้องผูกพันตนกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา คำตัดสินนี้ของโค้กทำให้เนื้อหาสาระของหลักนิติธรรมและสถานะความเป็นรัฐอธิปไตยของรัฐสภาชัดเจนและลงหลักปักฐานอย่างมั่นคงในประเทศอังกฤษ<sup>32</sup>

ในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 19 อัลเบิร์ต เวนน์ ไตซี (Albert Venn Dicey) ได้กล่าวถึงลักษณะพิเศษของหลักนิติธรรมในประเทศอังกฤษที่แตกต่างจากระบบการปกครองที่ให้อำนาจมากแก่ฝ่ายบริหาร (แบบฝรั่งเศสในสมัยนั้น) และระบอบการปกครองที่มีรัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษร ในตำรา *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (พิมพ์ครั้งแรก ค.ศ. 1885 - พ.ศ. 2428) ซึ่งเป็นตำราเล่มสำคัญในการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศอังกฤษ ว่า “ไม่เพียงแต่ภาวะที่ไม่มีผู้ใดอยู่เหนือกฎหมายเท่านั้น แต่ (ซึ่งแตกต่างจากที่อื่น) ในที่นี้ บุคคลทุกคนไม่ว่าจะมีตำแหน่งหรืออยู่ในภาวะใดต้องอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมดาทั่วไปของดินแดนนั้นและยอมอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลธรรมดาทั่วไป”<sup>33</sup> หลักนิติธรรมตามความเห็นของไตซีจึงไม่ได้จำกัดอยู่ที่การปกครองที่ดำเนินไปตามกฎหมายที่ตราขึ้นอย่างถูกต้อง แต่บุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นบุคคลทั่วไปหรือเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและอำนาจทางตุลาการแบบเดียวกัน มิฉะนั้นบรรดาเจ้าหน้าที่รัฐอาจได้รับสิทธิพิเศษเหนือกว่าประชาชนธรรมดาหากมีการแบ่งแยกกฎหมายและศาลออกไปต่างหากเช่นในประเทศฝรั่งเศสในสมัยนั้น<sup>34</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า คือ “ความเสมอภาคทางกฎหมาย (Legal Equality)”<sup>35</sup> หลักนิติธรรมแบบอังกฤษนี้สะท้อนให้เห็นในรูปของระบบศาลเดี่ยวที่ไม่แบ่งแยกศาลยุติธรรมและศาลปกครองออกจากกัน ซึ่งมีผลไปยังประเทศอื่นๆ ที่ได้รับอิทธิพลจากระบบทางการเมืองของประเทศอังกฤษด้วย นอกจากนี้ ไตซียัง

<sup>31</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 195.

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน, 196.

<sup>33</sup> Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (Indianapolis: LibertyClassics, 1915 - Reprinted 1982), 114.

<sup>34</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 197.

<sup>35</sup> Waldron, “The Rule of Law,”.

มีความเห็นไปในทำนองที่ว่าอำนาจบริหารต้องถูกจำกัดอย่างเคร่งครัด จนนำไปสู่การตั้งคำถามถึงความเป็นไปได้ในการจัดดุลพินิจของฝ่ายบริหารออกไปอย่างสิ้นเชิงในการปกครองประเทศ<sup>36</sup>

การที่หลักหลักนิติธรรมแบบอังกฤษยึดหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและไม่ได้มีกรอบคิดว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ ทำให้ในทางทฤษฎีแล้วรัฐสภาจะตรากฎหมายอย่างไรก็ได้แม้กระทั่งกฎหมายที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตาม ด้วยประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองที่กล่าวไปข้างต้น ระบบในทางการเมืองของอังกฤษที่มีความเข้มแข็งส่งผลให้ผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายและกำหนดทิศทางในทางการเมืองของประเทศในความเป็นจริงคือประชาชน เนื่องจากหากฝ่ายที่เป็นรัฐบาลตรากฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน (โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่ออังกฤษได้ผูกพันตนเองเข้ากับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights: ECHR) อย่างเป็นทางการด้วยผลของพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 (Human Rights Act 1998)) หรือละเมิดหลักนิติธรรม ก็ย่อมเป็นที่คาดหมายได้ว่าพรรคนั้นจะไม่ได้รับเลือกเป็นรัฐบาลอีกในการเลือกตั้งครั้งถัดไป<sup>37</sup>

สำหรับหลักนิติรัฐ กล่าวได้ว่า จุดเริ่มต้นอาจย้อนกลับไปได้ตั้งแต่ในคริสต์ศตวรรษที่ 17 ที่หลักนิติรัฐเป็นปฏิกิริยาของการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งมุ่งปกป้องบุคคลจากอำนาจตามอำเภอใจของรัฐ<sup>38</sup> นักวิชาการสามคนที่มีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักการ ได้แก่ โรเบิร์ต ฟอน โมห์ล (Robert von Mohl) คาร์ล เวลเคอร์ (Carl Welcker) และโยฮันน์ คริสตอฟ (Johann Christoph) ในช่วงก่อน ค.ศ. 1848 (พ.ศ. 2391)<sup>39</sup> โดยมีรากฐานความคิดเบื้องต้นคือการเป็นรัฐแห่งเหตุผลและมุ่งดำเนินการภายใต้วัตถุประสงค์ที่ดีที่สุดเพื่อประโยชน์เป็นการทั่วไปของรัฐ ทั้งนี้ ความคิดว่าด้วยรัฐที่มีเหตุผลพัฒนาอย่างค่อยเป็นค่อยไปหลังยุคกลาง ในช่วงศตวรรษที่ 18 ที่มีการฟื้นฟูปรัชญาแบบธรรมชาติและสำนักกฎหมายธรรมชาติที่เชื่อในเหตุผลและสิทธิตามธรรมชาติ จนนำไปสู่การเรียกร้องให้รัฐที่ปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์กลายเป็นรัฐที่ปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ผู้ปกครองมีเหตุผลมากขึ้น ซึ่งหนุนเสริมด้วยภาวะที่ราษฎรมีความมั่งคั่งมากขึ้นจึงแสวงหาความปลอดภัยจากรัฐมากขึ้น<sup>40</sup> ต่อมา การให้ความหมายของหลักนิติรัฐมีทั้งถูกทำให้แคบลงเหลือเป็นเพียงหลักการเฉพาะในทางรูปแบบ และขยายขอบเขตจนรวมหลักการบางประการ (เช่น ความยุติธรรม) ไปในองค์ประกอบเชิงเนื้อหา<sup>41</sup> แต่ท้ายที่สุด สรุปได้ว่า หลักนิติรัฐยึดหลักความมีสถานะสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และมุ่งจำกัดการใช้อำนาจรัฐ (วางแผนท์การใช้อำนาจรัฐ) คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และหลักนิติรัฐมีหลักเกณฑ์ย่อยๆ ที่ทำให้สามารถตรวจสอบได้ว่ารัฐดำเนินการไปตามหลักนิติรัฐหรือไม่<sup>42</sup>

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, 198-199.

<sup>38</sup> เรื่องเดียวกัน, 161.

<sup>39</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน: หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, 25.

<sup>40</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, 161-163.

<sup>41</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน: หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, 13-14.

<sup>42</sup> เรื่องเดียวกัน, 15.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้เปรียบเทียบสาระสำคัญของหลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรมว่า<sup>43</sup> (1) ในแง่บ่อเกิดของกฎหมาย โดยอังกฤษใช้กฎหมายคอมมอนลอว์ที่พัฒนาโดยศาลเป็นบ่อเกิดหลัก ส่วนประเทศในภาคพื้นยุโรปมีธรรมเนียมการถือกฎหมายที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติเป็นบ่อเกิดหลักและ ผู้พิพากษามีหน้าที่ปรับใช้เท่านั้น (2) ในแง่การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในอังกฤษไม่มีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายอื่นแต่สิทธิเหล่านี้ได้รับการคุ้มครองในทางปฏิบัติโดยองค์กรตุลาการ แตกต่างจากประเทศในภาคพื้นยุโรปที่มีกรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญซึ่งอยู่ในสถานะกฎหมายที่มีค่า บังคับสูงสุดของรัฐ (3) ในแง่การตรวจสอบการตรากฎหมาย โดยในประเทศอังกฤษตามทฤษฎีแล้ว เมื่อรัฐสภาเป็น รัฐสภาธิปไตยสูงสุด จึงไม่มีองค์กรใดตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ การควบคุมจึงเป็นการ ควบคุมทางการเมืองเท่านั้น ส่วนในประเทศภาคพื้นยุโรปมีองค์กรแยกออกมาต่างหาก เช่น คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ โดยเป็นการตรวจสอบที่ต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ คือ ตรวจสอบได้เฉพาะเกณฑ์ ในการตรากฎหมายเท่านั้น ไม่อาจก้าวล่วงไปใช้เจตจำนงแทนฝ่ายนิติบัญญัติได้ (4) ในแง่ศาลปกครองและระบบ พิจารณาคดี ในประเทศอังกฤษฝ่ายปกครองถูกตรวจสอบโดยศาลยุติธรรมภายใต้หลักที่ทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย และกระบวนการเดียวกัน ส่วนในประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศเยอรมนี มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกต่างหาก ทศนคติเหล่านี้ส่งผลต่อระบบพิจารณาคดีด้วย โดยทำให้ศาลยุติธรรมที่พิจารณาคดีปกครองในประเทศ อังกฤษอยู่ในฐานะคนกลาง แต่ศาลปกครองในประเทศเยอรมนีอยู่ในฐานะที่มีบทบาทมากกว่าในลักษณะส่วน ต่อขยายของกฎหมาย และ (5) ในแง่การแบ่งแยกอำนาจ โดยในกรณีของการปกครองในประเทศอังกฤษยังเป็น ข้อถกเถียงว่ามีการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจนหรือไม่ หรืออย่างน้อยที่สุด มีการแบ่งแยกอำนาจในลักษณะเดียว ประเทศในภาคพื้นยุโรปหรือไม่ ซึ่งแตกต่างจากประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็น หลักการพื้นฐานที่สำคัญในการปกครอง

ด้วยเหตุนี้ นักวิชาการทางกฎหมายมหาชน เช่น บรรเจิด สิงคะเนติ และวรเจตน์ ภาคีรัตน์ ให้ความเห็นว่าหลักนิติธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีความหมายค่อนข้างไปในทางหลักนิติรัฐที่มีต้น กำเนิดมาจากประเทศเยอรมนี มากกว่าหลักนิติธรรมที่มีต้นกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษ<sup>44</sup> เนื่องจากเหตุผล ในทางประวัติศาสตร์พัฒนาการของหลักการทั้งสองตามที่กล่าวไปข้างต้น โดยเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ทั้ง หลักการของหลักนิติรัฐและระบอบการปกครองในประเทศไทยมีสาระสำคัญ คือ การที่รัฐจำกัดตนเองภายใต้ กฎหมายโดยยึดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy of Constitution) และถ่วงดุลอำนาจโดย หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ดังนั้น ภายใต้หลักนิติรัฐ ศาลจึงมีอำนาจในการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ การกระทำของฝ่ายบริหาร แต่ศาลก็ไม่อาจก้าวล่วงอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือครอบงำ อำนาจการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายบริหาร ในทำนองเดียวกัน ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารก็ต้องจำกัดตน ภายใต้อำนาจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ในขณะที่หลักนิติธรรมซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษนั้น แม้กรอบคิด

<sup>43</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, 200-205.

<sup>44</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน: หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, 38; เรื่องเดียวกัน, บทที่ 15.

สำคัญจะเป็นการจำกัดอำนาจรัฐไว้ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกับหลักนิติรัฐ แต่หลักนิติธรรมยึดหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) เป็นสำคัญ

การตีความความหมายของ “หลักนิติธรรม” ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปรากฏในตำราวิชาการทางกฎหมายปกครองหลายฉบับ โดยถ้อยคำทั้งสองได้รับการเสนอเพื่อให้นำไปยกร่างรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น แต่สุดท้ายแล้ว ถ้อยคำที่ได้รับการเลือกด้วยเสียงข้างมากคือคำว่าหลักนิติธรรมโดยไม่พบเหตุผลของการใช้และการอภิปรายการที่ชัดเจนทั้งในชั้นยกร่างรัฐธรรมนูญหรือในเอกสารอื่น<sup>45</sup> อีกทั้ง เนื้อหาที่ค่อนข้างไปในทางหลักนิติรัฐของคำว่า “นิติธรรม” ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยยังปรากฏให้เห็นจากการพยายามกำหนดเนื้อหาของหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญให้ชัดเจน ซึ่งมีเนื้อหาขัดหลักความสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามหลักนิติรัฐ ในร่างรัฐธรรมนูญหลังการรัฐประหารเมื่อปี พ.ศ. 2557 ฉบับแรก ที่มีบรรดาศักดิ์ อูวรณนโณ เป็นประธานกรรมาธิการ ที่ตกไปด้วย<sup>46</sup>

นอกจากนี้ ภาวะความใกล้เคียง/คล้ายคลึงกันของหลักการทั้งสองโดยทั่วไปยังเห็นได้จากการใช้คำในประเทศที่พูดภาษาอังกฤษ ในหลายกรณีหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมเป็นกรอบคิดที่ใช้ควบคู่กัน ยกตัวอย่างเช่น ในภาษาอังกฤษ หลักนิติรัฐ ซึ่งมาจากคำภาษาเยอรมัน คือ Rechts (กฎหมาย) และ Staat (รัฐ) ถูกแปลด้วยการใช้คำว่า The Rule of Law (การปกครองแห่งกฎหมาย) หรือ Legal State (รัฐแห่งกฎหมาย) หรือเขียนด้วยการทับศัพท์ และในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการแปลด้วยการใช้คำว่า State-under-the Law (รัฐภายใต้กฎหมาย) หรือแทนที่ด้วยหลักการที่ใกล้เคียงกัน เช่น Due Process of Law (หลักความพอเหมาะพอควรแห่งกฎหมาย) เป็นต้น<sup>47</sup>

ด้วยเหตุผลต่างๆ เหล่านี้ การมุ่งสู่รัฐที่ดำเนินการตามหลักนิติธรรมที่ปรากฏในเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs เพื่อบรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้ จึงต้องพิจารณาควบคู่ไปกับหลักการพื้นฐานในระบอบการปกครองของประเทศไทย ได้แก่ “หลักนิติธรรมในความหมายของหลักนิติรัฐ” ตามที่กล่าวไป

### 2.2.1.2 องค์ประกอบของหลักนิติธรรมตามกฎหมายมหาชน

ในปัจจุบัน มโนทัศน์ว่าด้วยหลักนิติธรรมมีแนวโน้มไม่จำกัดเฉพาะหลักการเชิงทางการ/เชิงกระบวนการ (Formal/Procedural Aspects) แต่คำถามที่ว่าหลักนิติธรรมควรเป็นหลักการเฉพาะในเชิงทางการหรือทางกระบวนการ หรือควรมีลักษณะในทางเนื้อหา (Substantive Aspect) ด้วยยังคงเป็นที่ถกเถียง ผู้คัดค้านหลักนิติธรรมที่มีลักษณะเชิงเนื้อหา (เช่น โจเซฟ ราซ (Joseph Raz)) มองว่าหลักนิติธรรมควรเป็นอุดมคติทางการเมืองเฉพาะในเชิงทางการ/ทางกระบวนการ เคียงข้างไปกับอุดมคติอื่นๆ (เช่น ประชาธิปไตย สิทธิมนุษยชน ความยุติธรรมทางสังคม การมีส่วนร่วมทางการเมือง สิทธิในทรัพย์สิน) และการกำหนดให้หลักนิติธรรมมีเนื้อหาเชิงกระบวนการมีความเสี่ยงที่จะทำให้เกิดภาวะแข่งขันเพื่อเสนอเพิ่มเติม

<sup>45</sup> ดู เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550; ตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ซึ่งต่อมาเป็นฉบับ พ.ศ. 2560); วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เรื่องเดียวกัน, 191-192.

<sup>46</sup> ตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เล่ม 3 โดยคณะอนุกรรมาธิการบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญและการจัดทำจดหมายเหตุการณ์ยกร่างรัฐธรรมนูญในคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ (2558) น.2-3; บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน: หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ*, 34-35.

<sup>47</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 160-61.

อุดมคติทางการเมืองที่ผู้เสนอแต่ละคนเห็นด้วยเข้าไปในหลักนิติธรรม<sup>48</sup> อย่างไรก็ตาม เนื่องจากงานวิจัยเห็นว่า การเรียกร้องให้รัฐดำเนินตามหลักนิติธรรมตามเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs จำเป็นต้องประกอบด้วยมิติในเชิงเนื้อหา งานวิจัยจึงจะทบทวนองค์ประกอบของหลักนิติธรรมด้านล่างโดยมีมิติในเชิงเนื้อหา และทบทวนภาวะหนุนเสริมซึ่งกันและกันระหว่างหลักนิติธรรมและประชาธิปไตยในส่วนย่อยถัดไปด้วย

ตามเหตุผลที่กล่าวไป ลำพังการปกครองที่มีรูปแบบสอดคล้องกับหลักนิติธรรม เช่น มีการประกาศใช้กฎหมายที่ชัดเจนก่อนหรือขณะที่มีผลใช้บังคับ หรือการมีสถาบันต่างๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ จึงไม่เพียงพอที่จะทำให้การปกครองในรัฐดังกล่าวอยู่ภายใต้หลักนิติธรรมที่แท้จริง และเป็นเหตุผลที่ทำให้เป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ประกอบไปด้วยเป้าประสงค์จำนวนมากที่ดูเหมือนจะดำรงอยู่อย่างกระจัดกระจาย หลักนิติธรรม (ในความหมายของหลักนิติรัฐ) จึงอาจแบ่งได้เป็นสององค์ประกอบ<sup>49</sup> คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ ประกอบด้วย (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (2) หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ (3) หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ (3) หลักการประกันการคุ้มครองสิทธิในทางศาล และ (4) หลักความเป็นอิสระของตุลาการ<sup>50</sup> และองค์ประกอบในทางเนื้อหา ประกอบด้วย (1) หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน (ซึ่งรวมถึงหลักการย่อย อาทิ หลักการประกันสิทธิในเชิงเนื้อหา หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และหลักการความพอสมควรแก่เหตุของการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เป็นต้น) และ (2) หลักการคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (อาทิ การบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนและสามารถเข้าใจได้ การห้ามตรากฎหมายหรือมีคำสั่งที่เป็นผลร้ายย้อนหลัง)<sup>51</sup>

สำหรับองค์ประกอบในทางรูปแบบ พิจารณาได้ดังนี้

(1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นหนึ่งในหลักการที่สำคัญที่สุดและความจริงแล้ว เก่าแก่กว่ากรอบคิดที่ด้วยหลักนิติรัฐ/นิติธรรม<sup>52</sup> หลักการแบ่งแยกอำนาจแสดงให้เห็นว่าหลักนิติธรรมและหลักประชาธิปไตย แม้จะไม่ใช่หลักการเดียวกัน แต่ก็หนุนเสริมซึ่งกันและกัน และรัฐที่กล่าวอ้างว่ายึดหลักนิติธรรมอาจมีการดำเนินการที่ไม่สมบูรณ์หากไม่ดำเนินตามหลักประชาธิปไตยพร้อมกันไป คำร่างของหลักการแบ่งแยกอำนาจในรัฐสมัยใหม่เริ่มขึ้นจากข้อความคิดของ จอห์น ล็อก (John Locke) ในศตวรรษที่ 17 ว่าด้วยการเมืองการปกครอง ที่มองว่ามนุษย์มีสิทธิตามธรรมชาติ และแม้โดยธรรมชาติจะอยู่ร่วมกันในภาวะสันติ แต่ก็มี

<sup>48</sup> Waldron, “The Rule of Law.”

<sup>49</sup> สรุปลและเรียบเรียงเนื้อหาตามแนวทางใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 165-190. ทั้งนี้ บรรเจิดได้ทบทวนความหมายและขอบเขตของหลักนิติธรรมที่กำหนดโดยนักทฤษฎีและคณะบุคคลจำนวนหนึ่งทั้งชาวไทยและต่างประเทศซึ่งแม้จะมีรายละเอียดที่แตกต่างไปตามแต่ละแนวคิดแต่ก็อยู่ในแนวทางเดียวกับองค์ประกอบของหลักนิติธรรมที่นำเสนอในงานวิจัยฉบับนี้ และบรรเจิดได้จำแนกสาระสำคัญตามความเห็นของตนเองด้วยว่า หลักนิติธรรม (ในความหมายของหลักนิติรัฐ) ประกอบด้วย (1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (2) ความเป็นเกณฑ์ในการจัดองค์กรของรัฐ (3) ความเป็นเกณฑ์ในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน (4) ความเป็นเกณฑ์ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐ (5) ความเป็นเกณฑ์ในการตรากฎหมาย และ (6) ความเป็นเกณฑ์เกี่ยวกับโทษและความรับผิดชอบทางอาญา. ดู บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน: หลักนิติธรรม/นิติรัฐในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ*, 29-37.

<sup>50</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เรื่องเดียวกัน*, 165-179.

<sup>51</sup> *เรื่องเดียวกัน*, 179-190.

<sup>52</sup> *เรื่องเดียวกัน*, 167.

จำเป็นต้องก่อตั้งรัฐขึ้นเนื่องจากสภาวะตามธรรมชาติไม่เอื้อให้มนุษย์ใช้สิทธิได้อย่างเต็มที่ รัฐจึงมีหน้าที่คุ้มครองความปลอดภัยของมนุษย์และทำให้มนุษย์สามารถใช้สิทธิตามธรรมชาติเหล่านั้นได้อย่างแท้จริง โดยมนุษย์ยังคงเป็นผู้ทรงสิทธิตามธรรมชาติอยู่เสมอ ดังนั้น หากรัฐบาลทำผิดสัญญาประชาคม (Social Contract) มนุษย์จึงมีสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงรัฐบาลได้ โดยข้อความคิดพื้นฐานของลัทธิถูกนำไปให้ความชอบธรรมแก่การประกาศอิสรภาพอเมริกา (The United States Declaration of Independence) ในปี ค.ศ. 1776 (พ.ศ. 2319)<sup>53</sup> และการปฏิวัติฝรั่งเศส (The French Revolution) ในปี ค.ศ. 1789 (พ.ศ. 2332)<sup>54</sup> ในเวลาต่อมา แม้ลัทธิจะเริ่มก่อร่างความคิดว่าด้วยรัฐที่เกิดขึ้นจากมนุษย์ผู้ทรงสิทธิและมีอำนาจจำกัด แต่ก็ยังไม่ได้เสนอแนวคิดว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจหรือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยอำนาจตุลาการ<sup>55</sup> หลักการแบ่งแยกอำนาจได้รับการวางรากฐานด้วยการต่อยอดความคิดของลัทธิโดยชาร์ล เดอ มงเตสกีเอร์ (Charles de Montesquieu) ในศตวรรษที่ 18 ซึ่งเสนอว่า รัฐที่จะรักษาสีเสริภาพของมนุษย์ได้อย่างแท้จริงนั้น อำนาจอธิปไตยต้องไม่ตกไปที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งอย่างสำคัญ แต่ต้องมีการแบ่งแยกและคานอำนาจอย่างสมดุลโดยวางอยู่บนฐานแกนของกฎหมาย<sup>56</sup> ข้อความคิดของมงเตสกีเอร์ได้รับการยอมรับในฝรั่งเศสหลังการปฏิวัติเมื่อปี ค.ศ. 1789 ถูกบรรจุไว้ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) และมีผลในการกำหนดโครงสร้างของรัฐทันทีหลังการปฏิวัติดังกล่าว<sup>57</sup> ในปัจจุบัน ฐานที่ประเทศไทยมีการปกครองในระบบรัฐสภา เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติธรรมสมควรถูกแบ่งออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power - ใช้โดยรัฐสภา) อำนาจบริหาร (Administrative Power - ใช้โดยรัฐบาลและฝ่ายปกครอง) และอำนาจตุลาการ (Judicial Power - ใช้โดยศาล) ทั้งนี้ ในเชิงหลักการ รัฐสภาและรัฐบาลคานอำนาจซึ่งกันและกันโดยนายกรัฐมนตรีมาจากพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในรัฐสภาผ่านการเลือกตั้งโดยประชาชน และรัฐสภามีสิทธิเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีและอาจทำให้นายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งได้ ขณะเดียวกัน นายกรัฐมนตรีก็มีสิทธิเสนอแนะพระมหากษัตริย์ให้ออกพระราชกฤษฎีกามายุบสภาได้<sup>58</sup>

(2) หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ ภายใต้หลักนิติรัฐซึ่งยึดถือกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่วางโครงสร้างของรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพ เมื่อพิจารณาประกอบหลักประชาธิปไตย แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจอันชอบธรรมสูงสุดอย่างไรก็ตาม การตรากฎหมายต้องผูกพันต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญตามแนวทางของหลักนิติรัฐในภาคพื้นยุโรปด้วย หลักการนี้เป็นหลักการที่พัฒนาในยุโรปและสหรัฐอเมริกาในศตวรรษที่ 17-18 โดยมีรายละเอียดแตกต่างกันในแต่ละประเทศ โดยจุดร่วมประการหนึ่งคือการเรียกร้องให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งเป็นได้ทั้งองค์กรฝ่ายการเมือง องค์กรตุลาการ หรือองค์กรกึ่งตุลาการตามแต่ละ

<sup>53</sup> The United States Declaration of Independence 1776.

<sup>54</sup> Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (The Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789).

<sup>55</sup> Colin Harvey, "Talking about Human Rights," *European Human Rights Law Review* 5 (2004): 503.

<sup>56</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*, (กรุงเทพฯ: อาน, 2561), 301-303.

<sup>57</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 170.

<sup>58</sup> เรื่องเดียวกัน, 171.

ประเทศ และการตรวจสอบเป็นได้ทั้งการตรวจสอบในเชิงนามธรรม (ร่างกฎหมาย) และรูปธรรม (กฎหมายที่ได้รับการตราแล้ว)<sup>59</sup>

(3) หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ แม้การมีและใช้อำนาจของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการจะเป็นอิสระแยกต่างหากจากฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้เกิดการถ่วงดุลอำนาจที่แท้จริง แต่เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย (ที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ) ฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการจึงมีอำนาจเพียงที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาหลักการที่กล่าวไปด้านบน การต้องผูกพันกับกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นก็หมายถึงการจำกัดตนเองภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญด้วย

(4) หลักการประกันการคุ้มครองสิทธิในทางศาล แม้โดยหลักแล้วกฎหมายควรที่จะไม่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินกว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และกฎหมายบริหารบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารและการกระทำทางปกครองก็ต้องไม่กระทบสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา แต่ในทางข้อเท็จจริง มีโอกาสที่รัฐจะใช้อำนาจจนเกินขอบเขตและเกิดภาวะที่กระทบสิทธิและเสรีภาพเกินขอบเขตของรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น องค์กรที่มีความเป็นอิสระทางการเมืองในเชิงหลักการจึงสมควร มีบทบาทในการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ การประกันสิทธิในทางศาลมีความหมายอย่างกว้าง เนื่องจากกฎหมายในโลกสมัยใหม่เข้ามามีบทบาทแทบจะทุกขั้นตอนของการดำเนินชีวิต เนื้อหาตามหลักการนี้จึงหมายถึง การที่องค์กรตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและ/หรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา การที่องค์กรตุลาการมีบทบาทในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายบริหารบัญญัติและการกระทำทางปกครอง และการที่ประชาชนมีสิทธิในการได้รับการนำคดีแพ่งและคดีอาญารวมถึงคดีอื่นๆ ขึ้นพิจารณาในศาลได้ ทั้งนี้ องค์กรตุลาการต้องทำให้การนำคดีมาสู่การพิจารณานั้นเป็นจริงโดยบริบูรณ์ มิใช่เพียงในทางรูปแบบเท่านั้น (เช่น การมีศาลที่เป็นอิสระจากอำนาจบริหาร/นิติบัญญัติที่แท้จริง การมีกฎหมายว่าด้วยการพิจารณาคดีที่ชัดเจนและเป็นธรรม การที่ประชาชนเข้าถึงศาลได้อย่างแท้จริง)

(5) หลักความเป็นอิสระของตุลาการ ตามที่กล่าวไปในทุกข้อที่กล่าวมา ภารกิจของอำนาจตุลาการจึงเรียกร้องให้องค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระ<sup>60</sup> อำนาจตุลาการจึงต้องแยกออกเป็นอำนาจย่อยหนึ่งในสามของอำนาจอภิปไตย และอำนาจตุลาการต้องมีอำนาจในการบริหารจัดการภารกิจของตนเองได้อย่างเป็นอิสระ อาทิ การมีสำนักงานประจำเป็นของตนเอง การมีระบบบริหารจัดการเงินเดือนและสวัสดิการเป็นของตนเอง รวมถึงการมีระบบค่าตอบแทนที่สูงพอสมควรและมีการควบคุมในเชิงจริยธรรมที่เข้มงวดทำให้มีความเสี่ยงต่ำลงที่ข้าราชการตุลาการจะแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>61</sup> เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการก็ต้องมีขอบเขตที่จำกัด เนื่องจากองค์กรตุลาการมีความยึดโยงกับประชาชนน้อยที่สุด ดังนั้น การวางระบบและกลไกเพื่อสร้างความสมดุลระหว่างความเป็นอิสระและความชอบธรรมในเชิงสถาบันจึงมีความสำคัญ

<sup>59</sup> เรื่องเดียวกัน, 171-172.

<sup>60</sup> มาตรา 188 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>61</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), 30-32. ดูการทบทวนโดยสังเขปในเชิงประวัติศาสตร์ใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, *การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป*, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556) 95-114.

ประเด็นนี้ถูกยกขึ้นมาเป็นข้อวิพากษ์อย่างต่อเนื่อง เช่น ระบบการคัดเลือกและการสรรหาข้าราชการตุลาการ และการขึ้นสู่ตำแหน่งสำคัญในองค์กรตุลาการ<sup>62</sup> การเปิดเผยข้อมูลที่สาธารณชนควรทราบและการตรวจสอบองค์กรตุลาการ<sup>63</sup> รวมถึงกรณีประเด็นเฉพาะเช่นอำนาจของประธานศาลฎีกาในการออกข้อกำหนดเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การปล่อยตัวชั่วคราวซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนและขัดต่อหลักอำนาจนิติบัญญัติมอบอำนาจไม่ได้ (Non-degability)<sup>64</sup> และการได้มาซึ่งศาลรัฐธรรมนูญและการยึดโยงกับประชาชนของศาลรัฐธรรมนูญ<sup>65</sup>

สำหรับองค์ประกอบในทางเนื้อหา พิจารณาได้ดังนี้

3.1 หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน (ซึ่งรวมถึงหลักการย่อย อาทิ หลักการประกันสิทธิในเชิงเนื้อหา หลักการไม่เลือกปฏิบัติ และหลักการความพอสมควรแก่เหตุของการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ เป็นต้น)

ตามทฤษฎีสัญญาประชาคมที่เป็นสัญญาสภาพไม่ว่าจะเป็นแบบลือหรือรัฐโซ่ ประชาชนเป็นผู้ทรงสิทธิและเป็นรัฐอธิปไตยของรัฐ ดังนั้น รัฐจึงก่อกำเนิดขึ้นเพื่อตอบสนองผู้ทรงสิทธิเหล่านี้ โดยหลักแล้วผู้ทรงสิทธิที่มาทำสัญญากันมิได้ออนสิทธิให้แก่อำนาจรัฐโดยสิ้นเชิง (หรือในกรณีของรัฐโซ่ ไม่เคยมีการโอนสิทธิให้รัฐเลย) แต่ยังคงไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพอย่างเต็มที่ และรัฐมีหน้าที่เพียงสร้างความปลอดภัย ทำให้ผู้ทรงสิทธิสามารถใช้สิทธิได้อย่างแท้จริง รวมถึงการดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้องเท่านั้น

เนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) หรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Rights) อาจกว้างหรือแคบกว่าสิทธิมนุษยชน (Human Rights) (ในความหมายของสิทธิที่ได้รับ การรับรองในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ) ก็ได้<sup>66</sup> (อย่างไรก็ตาม หากเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐาน/สิทธิตามรัฐธรรมนูญแคบกว่าหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งถือกำเนิดอย่างเป็นทางการหลังการสิ้นสุดสงครามโลก ครั้งที่ 2 นับแต่มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติด้วยผลของกฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations: UN Charter) และต่อมามีมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR)<sup>67</sup> รัฐนั้นก็อาจถูกวิพากษ์โดยกลไกทางระหว่างประเทศต่อไป) ดังนั้น หลักสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักนิติธรรมจึงหมายถึงการที่รัฐต้องผูกพันกับรัฐธรรมนูญและประกันสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดย

<sup>62</sup> ดูข้อวิพากษ์เบื้องต้นในหลากหลายประเด็น เช่น สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, *เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ในแผ่นดิน: รวมบทความว่าด้วยตุลาการวิวัฒน์ ตุลาการพันลึก และตุลาการธิปไตย*, (กรุงเทพฯ: Bookscape, 2562).

<sup>63</sup> เช่น คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมายที่ สค 102/2563 เรื่อง อุทธรณ์คำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของสำนักงานศาลยุติธรรมเกี่ยวกับจำนวนเรื่องร้องเรียนและจำนวนผู้พิพากษาที่ถูกลงโทษทางวินัย ลงวันที่ 24 มีนาคม 2563.

<sup>64</sup> น้ำแท้ มีบุญสร้าง, “หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา,” *วารสารธรรมศาสตร์* 33, ฉ.3, (2557): 69-70. ดูตัวอย่างในบริบทอื่นใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, 238-239.

<sup>65</sup> สมชาย ปรีชาศิลป์กุล และคณะ, “โครงการ การเมืองเชิงตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญไทย,” (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2561), 296-297. ดูเพิ่มเติมใน มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, *เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ: รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*, 391-393.

<sup>66</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 226.

<sup>67</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559) 282-283.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีหมวดที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญฉบับที่สอง<sup>68</sup> คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (หมวด 2 สิทธิและหน้าที่ของชนชาวสยาม)<sup>69</sup> จนถึงใน ฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2560 (หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย)<sup>70</sup>

ในทางกฎหมายมหาชน สิทธิขั้นพื้นฐานมีแนวโน้มถูกตีความไปในทางสิทธิป้องกัน (*status negativus*)<sup>71</sup> ซึ่งหมายถึงสิทธิที่ปัจเจกจะไม่ถูกล่วงละเมิดจากรัฐ<sup>72</sup> และยังรวมถึงการที่รัฐมีพันธะหน้าที่ (ในขอบเขตหนึ่ง) ในการปกป้องคุ้มครองปัจเจกจากการกระทำที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างปัจเจกด้วยกันด้วย โดยหากใช้เกณฑ์หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) อาจจำแนกได้เป็นสิทธิในเสรีภาพ (*Freiheitsrecht*; Right to Freedom) และสิทธิในความเสมอภาค (*Gleichheitsrecht*; Right to Equality) สิทธิในเสรีภาพเป็นสิทธิที่ผู้ทรงสิทธิเรียกร้องให้รัฐเคารพดินแดนของเอกชน รวมถึงเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยา ผลจากการละเมิดดังกล่าว<sup>73</sup> อาทิ สิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการที่จะได้ทราบชาติกำเนิดของตน สิทธิในเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิในเสรีภาพในการเดินทาง เป็นต้น ส่วนสิทธิในความเสมอภาค คือ สิทธิที่จะไม่ถูกรัฐเลือกปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นในกรณีทั่วไป (การจำกัดการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ) หรือการเลือกปฏิบัติ เฉพาะเรื่องบนฐานต่างๆ เช่น เพศ อายุ ชาติกำเนิด ลักษณะทางร่างกาย ฯลฯ<sup>74</sup> ปัจจุบัน นักนิติศาสตร์จำนวนหนึ่ง เห็นว่าสิทธิเรียกร้องเอาจากรัฐ (*status positivus*) เริ่มมีความสำคัญมากกว่าสิทธิปกป้อง เพื่อที่รัฐจะบรรลุ วัตถุประสงค์ของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายอีกจำนวนหนึ่งเห็นว่าสิทธิปกป้องยังคงสำคัญ ที่สุด อีกทั้ง ขอบเขตของสิทธิเรียกร้องเอาจากรัฐยังคงไม่ชัดเจน เนื่องจากการดำเนินการต้องอยู่ภายใต้ หลักความเสมอภาค (รวมถึงควรจำกัดเพียงสิทธิขั้นพื้นฐานที่จำเป็นสำหรับการดำรงชีวิต) และรัฐก็อาจมีข้อจำกัด ทางงบประมาณในการจัดหาสิ่งที่เรียกร้องดังกล่าว<sup>75</sup>

การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานอาจแยกได้เป็นหลักการย่อยๆ<sup>76</sup> ได้แก่

หนึ่ง หลักการประกันสิทธิในเชิงเนื้อหา คือ เนื้อหาแห่งสิทธิที่ได้รับการประกันจะต้อง สอดคล้องกับสาระสำคัญของสิทธินั้นๆ และต้องมีการประกันที่แท้จริง เช่น การตรวจสอบความชอบโดยศาล อีกทั้ง การจำกัดสิทธิจะจำกัดจนกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธินั้นๆ ไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

<sup>68</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 229.

<sup>69</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม (10 ธันวาคม 2475).

<sup>70</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>71</sup> การแบ่งสิทธิทางมหาชนในลักษณะนี้เป็นการแบ่งตามแนวคิดคลาสสิกของเยอรมนีเสนอโดยเกออร์ก เยลลิเนค (Georg Jellinek) ซึ่งประกอบไปด้วยสิทธิป้องกัน (*status negativus*) สิทธิเรียกร้องเอาจากรัฐ (*status positivus*) และสิทธิในการ แสดงเจตจำนงและมีส่วนร่วมทางการเมือง (*status activus*). ดู บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, 54-55.

<sup>72</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 226.

<sup>73</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, 54.

<sup>74</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 237-238.

<sup>75</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, 58-60.

<sup>76</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, 181-189.

จะต้องทำการชั่งน้ำหนักเสมอ และการชั่งน้ำหนักต้องเป็นไปเพื่อให้สิทธิที่อยู่ในการพิจารณาได้รับความคุ้มครองไปด้วยกันให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้<sup>77</sup>

สอง หลักการไม่เลือกปฏิบัติ เพื่อประกันว่าบุคคลทุกคนจะได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคอย่างแท้จริง โดยหลักการว่าด้วยความเสมอภาคได้ถูกรับรองตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475<sup>78</sup> ส่วนหลักการไม่เลือกปฏิบัติที่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยใช้คำว่า การไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ได้รับการบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นครั้งแรก<sup>79</sup> และมีการปรับปรุงเรื่อยมาเพื่อให้สอดคล้องกับกรอบคิดว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติที่เปลี่ยนไป

สาม หลักการความพอสมควรแก่เหตุของการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ซึ่งแตกต่างจากหลักนิติธรรมแบบอังกฤษ (ในทางทฤษฎี) โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้โดยไม่มีขอบเขตซึ่งอาจส่งผลให้เกิดการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเกินสมควรกว่าเหตุ ทั้งนี้ หลักความพอสมควรแก่เหตุเรียกร้องให้การตรากฎหมายจำกัดสิทธิต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ (หลักความเหมาะสม) ด้วยการใช้วิธีการที่กระทบต่อเนื้อหาแห่งสิทธิน้อยที่สุด (หลักความจำเป็น) และต้องมีการชั่งน้ำหนักสิทธิขั้นพื้นฐานเสมอ (หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ)<sup>80</sup>

3.2 หลักการคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ เช่น การบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนและสามารถเข้าใจได้ การห้ามตรากฎหมายหรือมีคำสั่งที่เป็นผลร้ายย้อนหลัง (เช่น หลักไม่มีความผิดไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (nullum crimen poena sine lege) อันเป็นหลักประกันในกฎหมายอาญา ตามมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 และมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา)

เมื่อกลับไปพิจารณาเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs งานวิจัยเห็นว่าการทบทวนข้อความคิดว่าด้วยหลักนิติธรรมในทางกฎหมายมหาชนข้างต้นทำให้เข้าใจลักษณะที่กระจัดกระจายและกินความกว้างขวางของเป้าประสงค์ที่บรรจุอยู่ในเป้าหมายที่ 16 มากยิ่งขึ้น อาทิ การลดความรุนแรงในเป้าประสงค์ที่ 16.1 และ 16.2 คือ การประกันสิทธิในชีวิตและสิทธิที่จะไม่ถูกรังแก กระทำด้วยความโหดร้าย การลดทอนความเป็นมนุษย์หรือการย้ายศักดิ์ศรีของบุคคล การจัดหาอัตลักษณ์ทางกฎหมายให้แก่บุคคลทุกคนในเป้าประสงค์ที่ 16.9 คือ การประกันความเป็นประธานแห่งสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายให้แก่บุคคล และการพัฒนาสถาบันของรัฐในด้านต่างๆ ตามหลักนิติธรรม รวมถึงการลดการทุจริตคอร์รัปชัน ในเป้าประสงค์ที่ 16.3, 16.5, 16.6, 16.7, และ 16.8 และข้อ 16.a และ 16.b คือ การรับรองว่ารัฐจะสามารถประกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ทรงสิทธิได้อย่างแท้จริง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้หลักนิติธรรมตามความหมายในทางกฎหมายมหาชนข้างต้นจะมีองค์ประกอบที่ว่าด้วยการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานและการไม่เลือกปฏิบัติ แต่ก็มีแนวโน้มวางอยู่บน

<sup>77</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน*, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), 231-233.

<sup>78</sup> มาตรา 12 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475.

<sup>79</sup> มาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

<sup>80</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน*, 235-240.

อุดมการณ์แบบเสรีนิยม ซึ่งให้ความสำคัญเน้นหนักไปที่การจำกัดอำนาจรัฐและประกันสิทธิในลักษณะสิทธิปกป้อง หรือสิทธิในเชิงลบ หรือในบริบทของสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อาจเรียกว่า “สิทธิในยุคที่ 1” ซึ่งเน้นไปที่ “สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง” ของบุคคล บนฐานอุดมคติว่าด้วยอิสระเสรีภาพแบบเสรีนิยม<sup>81</sup> แต่มีได้เน้นย้ำ มากนักให้การดำเนินการของรัฐครอบคลุมทุกภาคส่วนของสังคมซึ่งเป็นเจตนารมณ์สำคัญของเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs (หรืออาจเรียกว่า “สิทธิในยุคที่ 2” ที่เน้นไปที่ “สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม” บนฐาน อุดมคติว่าด้วยความเสมอภาค รวมถึงสิทธิในยุคที่ 3 ว่าด้วย “สิทธิในการพัฒนา” และความสมานฉันท์ ระหว่างมนุษย์)<sup>82</sup> ด้วยเหตุนี้ การวิจัยจึงจำเป็นต้องทบทวนกรอบคิดที่ว่าด้วยหลักนิติธรรมในทางระหว่างประเทศ และในความเห็นของสถาบันอื่นที่มีใช้รัฐต่อไป

### 2.2.1.3 หลักนิติธรรมและหลักประชาธิปไตย

หลักนิติธรรมและหลักประชาธิปไตยมิใช่หลักการเดียวกันแต่มีความเกี่ยวข้องและ หนุนเสริมซึ่งกันและกัน ด้วยเหตุที่ประเทศไทยมีระบอบการปกครองแบบรัฐเสรีประชาธิปไตย จึงมีความสำคัญที่ รัฐจะต้องดำเนินการภายใต้หลักนิติธรรมที่หนุนเสริมเกื้อกูลโดยระบอบประชาธิปไตย โดย “หากมีแต่หลักประชาธิปไตยโดย ปราศจากหลักนิติรัฐอาจนำไปสู่ประชาธิปไตยแบบเผด็จการได้ ในขณะที่เดียวกันหากมีแต่หลักนิติรัฐโดย ปราศจากหลักประชาธิปไตยก็อาจทำให้ระบอบการปกครองนั้นปกครองโดยคนจำนวนน้อย”<sup>83</sup> อีกทั้ง เมื่อ พิจารณาเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs พบว่า มีเป้าประสงค์จำนวนหนึ่งที่จะบรรลุผลไม่ได้เลยหากรัฐนั้นไม่ ดำเนินการตามหลักประชาธิปไตยควบคู่ไปด้วย เช่น เป้าประสงค์ที่ 16.7 ว่าด้วยการประกันการมีส่วนร่วมใน การตัดสินใจในทุกระดับ รวมถึงเป้าประสงค์ที่ 16.10 ในส่วนที่ว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลสาธารณะ

กล่าวโดยสังเขป บรรเจิดสรุปความสัมพันธ์และข้อควรพิจารณาของหลักการทั้งสองไว้ว่า แม้หลักประชาธิปไตยและหลักนิติธรรมต่างมุ่งตอบโต้ต่อการปกครองที่ผู้ปกครองมีอำนาจเบ็ดเสร็จแต่ก็มีความแตกต่างกัน ดังนี้<sup>84</sup>

หลักประชาธิปไตยเน้นไปที่ความเชื่อมโยงกับประชาชน ด้วยเหตุนี้ หลักประชาธิปไตยจึง มุ่งให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐมีความเชื่อมโยงกับประชาชน องค์กรเหล่านี้จึงจะมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย จากทัศนคติดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีอำนาจสูงสุด เนื่องจากเป็นอำนาจที่เป็นตัวแทนของประชาชน และเป็น อำนาจที่มอบให้แก่ฝ่ายอื่นไม่ได้ โดยเฉพาะการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ทรงสิทธิ (ตัวอย่างที่ ชัดเจนคือรูปแบบการปกครองของประเทศอังกฤษ) ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร/ที่รวบรวม ประมวลไว้ หลักประชาธิปไตยจะได้รับการรับรองอย่างกระจ่างชัดกระจัดกระจายในรัฐธรรมนูญ โดยมุ่งเน้นไปที่การเข้า สู่อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร องค์กรที่มีพื้นฐานมาจากหลักประชาธิปไตยอย่างฝ่ายนิติบัญญัติและ

<sup>81</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน*, 79.

<sup>82</sup> เรื่องเดียวกัน, 79.

<sup>83</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน: หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ*, 15.

<sup>84</sup> เรื่องเดียวกัน, 16-22. ทั้งนี้ บรรเจิดใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” แต่งานวิจัยฉบับนี้ใช้คำว่า “หลักนิติธรรม”

ในความหมายของหลักนิติรัฐตามที่ได้อธิบายไปแล้ว

ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจในเชิงกระทำการ ดังนั้น ลักษณะโดยทั่วไปขององค์กรจึงเป็นไปในเชิงกระบวนการ (Procedural) ว่าด้วยการได้มาและใช้อำนาจ และมุ่งจัดภาวะรวมศูนย์

ส่วนหลักนิติธรรมเน้นไปที่การจำกัดอำนาจรัฐ จึงมองประชาชนเป็น “เป้าหมาย” ที่รัฐจะต้องปกป้องคุ้มครอง การแบ่งแยกอำนาจไม่ให้เบ็ดเสร็จเด็ดขาดจึงมีความสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแบ่งแยกอำนาจตุลาการที่ต้องถูกแยกออกมาอย่างเด็ดขาด ส่วนอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารจะแบ่งแยกเด็ดขาดหรือไม่เป็นไปตามรูปแบบของรัฐบาลของรัฐนั้นๆ หลักนิติธรรมยึดความมีสถานะสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงเป็นการสร้างความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายและอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เช่นเดียวกับหลักประชาธิปไตย หลักนิติธรรมได้รับการรับรองไว้ในหลายส่วนของรัฐธรรมนูญ โดยเห็นได้จากเนื้อหาที่มุ่งจำกัดอำนาจรัฐ เช่น ส่วนที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชน ส่วนที่ว่าด้วยองค์การที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย องค์กรที่มีอำนาจมาจากหลักนิติธรรมจะมีอำนาจในเชิงตรวจสอบ ดังนั้น ลักษณะโดยทั่วไปขององค์กรจึงเป็นไปในเชิงเนื้อหา (Substantive) ว่าด้วยการจำกัดอำนาจ และมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล

### 2.2.2 หลักนิติธรรมกับความหมายในทางระหว่างประเทศ

งานวิจัยทบทวนมนทัศน์ว่าด้วยหลักนิติธรรมในทางระหว่างประเทศโดยจำกัดขอบเขตเพียงเท่าที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยฉบับนี้ ได้แก่ หนึ่ง ตัวอย่างของการให้ความหมายต่อหลักนิติธรรมในเอกสารบนฐานความร่วมมือสหประชาชาติ และสอง ข้อความทั่วไปว่าด้วยเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs

ในระยะประมาณ 20 ปีที่ผ่านมา มโนทัศน์ว่าด้วยหลักนิติธรรมถูกนำไปใช้ในบริบทขององค์การสหประชาชาติ โดยส่วนใหญ่ยึดโยงกับกฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations: UN Charter) และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในบริบทของการสร้างสันติภาพในภาวะที่มีความขัดแย้ง<sup>85</sup> ตัวอย่างเช่น ในปฏิญญาของการประชุมระดับสูงแห่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติว่าด้วยหลักนิติธรรมในระดับชาติและระดับระหว่างประเทศ (Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels) วัตถุประสงค์และหลักการของกฎบัตรสหประชาชาติถูกเชื่อมโยงเข้ากับการถูกสร้างขึ้นบนฐานของหลักนิติธรรม<sup>86</sup> และเอกสารดังกล่าวมีการเน้นย้ำว่าหลักนิติธรรมเป็นหนึ่งในหลักการสำคัญที่จะช่วยขจัดความขัดแย้งและฟื้นฟูสังคมหลังความขัดแย้ง<sup>87</sup> อีกทั้ง ปฏิญญาฉบับเดียวกันยังตระหนักด้วยว่าหลักนิติธรรมผูกมัดทั้งรัฐในความหมายในระดับชาติและรัฐในความหมายในทางระหว่างประเทศ องค์กรระหว่างประเทศ และทุกภาคส่วนในสังคม<sup>88</sup>

<sup>85</sup> Bardo Fassbender, “What’s in a Name? The International Rule of Law and the United Nations Charter,” *Chinese Journal of International Law* 17, (2018): 762 (<https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmy017>).

<sup>86</sup> United Nations General Assembly Res 67/1, “Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels” (A/RES/67/1) (30 November 2012) clause 1.

<sup>87</sup> *Ibid*, clause 18-19.

<sup>88</sup> *Ibid*, clause 2.

อันที่จริง หลักนิติธรรมที่ถูกหยิบยกขึ้นมาในความร่วมมือนี้อาจมีหลายประการ รวมถึงในแง่ที่ว่าความร่วมมือสหประชาชาติเป็นเวทีที่วางอยู่บนฐานของการต่อรองในทางการเมืองระหว่างประเทศ<sup>89</sup> บาร์โด ฟาสส์เบนเดอร์ (Bardo Fassbender) ได้ทบทวนภาวะดังกล่าวและชี้ว่า แม้หลักนิติธรรมในทางระหว่างประเทศมักถูกอ้างโดยโยงกับกฎบัตรสหประชาชาติ แต่ความจริงแล้วกฎบัตรสหประชาชาติกล่าวถึงหลักนิติธรรมน้อยมาก โดยจำกัดเฉพาะการเรียกร้องให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากการมีหลักนิติธรรม (และกฎหมาย) ที่ดี ไม่เคยเป็นเป้าหมายลำดับต้นของกฎบัตรเลย โดยเป้าหมายลำดับแรกสุดของกฎบัตร คือ การสร้างสันติสุขโดยการหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดสงคราม (โดยการหลีกเลี่ยงดังกล่าวอาจเกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรมหรือไม่ก็ได้) อย่างไรก็ตาม ความเชื่อมโยงกับหลักนิติธรรมอยู่ที่การเน้นย้ำการเคารพสิทธิเสรีภาพของปัจเจกในกฎบัตรต่างหาก<sup>90</sup> ในแง่ของการประชุมต่างๆ หลักนิติธรรมถูกหยิบยกขึ้นมา นับแต่เวทีการประชุมแห่งสหประชาชาติ (Millennium Declaration)<sup>91</sup> ใน ค.ศ. 2000 (พ.ศ. 2543) เอกสารรายงานผลการประชุมสุดยอดของโลก (World Summit Outcome) ใน ค.ศ. 2005 (พ.ศ. 2548)<sup>92</sup> และได้รับการนำมาใช้อย่างมีนัยสำคัญในเวทีของสมัชชาความมั่นคง (Security Council) ขององค์การสหประชาชาติ<sup>93</sup>

ฟาสส์เบนเดอร์ได้ตั้งข้อสังเกตของพลวัตของหลักนิติธรรมในความหมายเชิงระหว่างประเทศบนฐานขององค์การสหประชาชาติว่า มีการขยายขอบเขตของคำจำกัดความในทางก้าวหน้า (Progressive Expansion) แต่ยังคงไว้ซึ่งความคลุมเครือ (Persistent Vagueness) ได้แก่<sup>94</sup>

(1) หลักนิติธรรมในทางระหว่างประเทศซึ่งเคยหมายถึงการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยรัฐ ได้รับการขยายเนื้อหาให้กว้างขวางยิ่งขึ้น นับแต่การประชุมสุดยอดของโลก (World Summit Outcome) ใน ค.ศ. 2005 (พ.ศ. 2548)

(2) ผู้อยู่ภายใต้หลักนิติธรรมจากเดิมบนฐานกฎบัตรสหประชาชาติคือรัฐเท่านั้น แต่นับจากปฏิญญาใน ค.ศ. 2012 (พ.ศ. 2555) ขยายให้รวมถึงองค์การระหว่างประเทศด้วย (โดยรวมองค์การสหประชาชาติและหน่วยงานย่อย ทั้งนี้ เป็นเรื่องย่อนแย้งที่ในทางปฏิบัติ หลักนิติธรรมแทบไม่ถูกนำมาใช้กับองค์การสหประชาชาติเองเลย)

(3) หลักนิติธรรมในระดับภายในประเทศถูกจำกัดไว้เป็นเรื่องภายในประเทศตามความในกฎบัตรสหประชาชาติ อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าหลักนิติธรรมถูกสนับสนุนและผลักดันในรูปของการ

<sup>89</sup> Fassbender, “What’s in a Name? The International Rule of Law and the United Nations Charter,” 788.

<sup>90</sup> Ibid., 763-772.

<sup>91</sup> United Nations General Assembly Res 55/2, “United Nations Millennium Declaration” (A/RES/55/2) (18 September 2000).

<sup>92</sup> United Nations General Assembly Res 60/1, “2005 World Summit Outcome” (A/RES/60/1) (24 October 2005).

<sup>93</sup> Fassbender, “What’s in a Name? The International Rule of Law and the United Nations Charter,” 779-784.

<sup>94</sup> Ibid., 784-791.

ส่งเสริมให้รัฐเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน อย่างไรก็ตาม หลักนิติธรรมในทางระหว่างประเทศในปัจจุบันกล่าวถึงหลักนิติธรรมระดับภายในประเทศโดยตรงโดยยังคงไว้ซึ่งการเน้นย้ำประเด็นทางสิทธิมนุษยชน

(4) อย่างไรก็ตาม แม้จะมีทิศทางเชิงบวกในแง่การยับยั้งขยายขอบเขตและการใช้หลักนิติธรรม แต่หลักนิติธรรมในเชิงเนื้อหา ยังคงมีความไม่ชัดเจนเป็นอย่างยิ่ง โดยมีการวิพากษ์ว่าหลักนิติธรรมกลายเป็นคำพูดที่ใช้อย่างแพร่หลาย (Catchphrase) ซึ่งองค์การสหประชาชาติพยายามใช้เพื่อให้ครอบคลุมประเด็นจำนวนมากและนำมาใช้ผสมผสานกับโมทัศน์อื่นๆ (เช่น ประชาธิปไตยและธรรมาภิบาล) จึงทำให้คำจำกัดความเชิงเนื้อหาของหลักนิติธรรมในความหมายขององค์การสหประชาชาติไม่มีความชัดเจนตามที่ควรจะเป็น

ด้วยเหตุผลต่างๆ เหล่านี้ การทบทวนเพื่อหาข้อสรุปเนื้อหาของหลักนิติธรรมในทางระหว่างประเทศจึงเป็นไปได้ยาก งานวิจัยจึงแสดงตัวอย่างจำนวนหนึ่งของการให้ความหมายของหลักนิติธรรมในทางระหว่างประเทศ (หรือกล่าวได้ว่า คือ การให้ความหมายโดยองค์การสหประชาชาติ) ดังต่อไปนี้

ในบริบทขององค์การสหประชาชาติ หลักนิติธรรมคือ<sup>95</sup>

หลักการปกครองที่บุคคล สถาบัน และภาคส่วนทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็ทางมหาชนหรือเอกชน รวมถึงรัฐ ต้องมีความรับผิดชอบต่อกฎหมายซึ่งได้ประกาศใช้เป็นการทั่วไป ถูกบังคับใช้อย่างเสมอภาคและถูกใช้เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเป็นอิสระ และสอดคล้องกับบรรทัดฐานและมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีมาตรการที่จะประกันการยึดหลักการอยู่ในสถานะสูงสุดของกฎหมาย ความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ความรับผิดชอบต่อกฎหมาย ความยุติธรรมในการใช้กฎหมาย การแบ่งแยกอำนาจ การมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ความชัดเจนแน่นอนแห่งกฎหมาย การหลีกเลี่ยงการกระทำตามอำเภอใจ และความโปร่งใสในเชิงกระบวนการและกฎหมาย

ในการประชุมสมัยที่ 8 ของการประชุมสามัญแห่งคณะทำงานว่าด้วยเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน: การป้องกันความขัดแย้ง การสร้างสันติภาพในภาวะหลังความขัดแย้ง และการส่งเสริมสันติภาพที่ยั่งยืน หลักนิติธรรม และการปกครอง (Eighth Session of the General Assembly Open Working Group on Sustainable Development Goals: Conflict Prevention, Post-Conflict Peace Building and Promotion of Durable Peace, Rule of Law and Governance) แมรี โรบินสัน (Mary Robinson) ผู้แทนพิเศษแห่งสหประชาชาติสำหรับภูมิภาคเกรตเลกส์แห่งแอฟริกา (UN Special Envoy for the Great Lakes Region of Africa) ยืนยันคำกล่าวของคณะกรรมการว่าด้วยการสร้างพลังอำนาจทางกฎหมายของผู้ยากไร้

<sup>95</sup> United Nations Security Council, “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies” (S/2004/616) (23 August 2004) para 6; United Nations, “What Is the Rule of Law,” United Nations, accessed 25 June 2020, <https://www.un.org/ruleoflaw/what-is-the-rule-of-law>.

(The Commission on Legal Empowerment of the Poor) ซึ่งตนเคยเป็นสมาชิกว่า หลักนิติธรรมวางอยู่บนหลักการสำคัญสามประการ คือ<sup>96</sup>

ประการที่หนึ่ง กฎหมายอยู่ในระดับสูงกว่า, ดังนั้นจึงผูกมัด, รัฐบาล และเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมด ประการที่สอง กฎหมายต้องเคารพและปกป้องศักดิ์ศรี ความเสมอภาค และสิทธิมนุษยชน เพื่อที่จะไปถึงเป้าหมายดังกล่าว กฎหมายจะต้องสร้างและปกป้องโครงสร้างทางรัฐธรรมนูญที่จำเป็นสำหรับการสร้างสังคมที่ประชาชนทุกคนมีเสียงที่มีความหมายในการกำหนดรูปร่างและบัญญัติกฎหมายที่มาปกครองพวกเขา ประการสุดท้าย กฎหมายต้องสร้างและทะนุบำรุงระบบที่ชี้ว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิ และกฎหมายต้องสร้างเสริมพลังอำนาจแก่พวกเขาให้บรรลุความคาดหวังที่เหมาะสมและแสวงหาการปลดปล่อยความเดือดร้อนโดยปราศจากความกลัวที่จะถูกตอบโต้ ดังนั้น เราสรุปได้ว่า เมื่อยึดหลักการที่สำคัญเป็นลำดับแรกห้าประการ - การเข้าถึงข้อมูล อัตลักษณ์ทางกฎหมาย สิทธิในที่ดินและทรัพย์สิน การมีส่วนร่วมทางกฎหมาย และบริการทางกฎหมาย - กรอบแผนงานใหม่จึงจะประกันได้ว่าไม่มีใครถูกทิ้งไว้ข้างหลัง

ในปฏิญญาของการประชุมระดับสูงแห่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติว่าด้วยหลักนิติธรรมในระดับชาติและระดับระหว่างประเทศ สมัชชาใหญ่เชื่อว่า<sup>97</sup>

หลักนิติธรรมและการพัฒนา มีความเกี่ยวพันกันอย่างแนบแน่นและหนุนเสริมซึ่งกันและกัน ความก้าวหน้าของหลักนิติธรรมในระดับชาติและระดับระหว่างประเทศเป็นสาระสำคัญสำหรับการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจที่ยั่งยืนและนับรวมทุกกลุ่มคน การพัฒนาอย่างยั่งยืน การขจัดความยากจนและความหิวโหย และการตระหนักรู้อย่างบริบูรณ์ซึ่งสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน รวมถึงสิทธิในการพัฒนาในทางตรงกันข้าม สิ่งเหล่านี้ก็หนุนเสริมหลักนิติธรรม ด้วยเหตุนี้ เราจึงเชื่อว่าภาวะพึ่งพิงซึ่งกันและกันนี้ควรถูกนำมาพิจารณาในวาระการพัฒนาระหว่างประเทศหลัง ค.ศ. 2015

ตามตัวอย่างที่ยกมานี้ ในทางระหว่างประเทศ หลักนิติธรรมจึงได้รับการขยายความหมายออกไปอย่างน้อยในสองประเด็น ได้แก่ ความเห็นที่ว่าองค์กรที่มีใช้รัฐต้องดำเนินการภายใต้หลักนิติธรรมด้วย และหลักนิติธรรมมีมิติในทางระหว่างประเทศโดยเฉพาะในการประกันสิทธิเสรีภาพที่ได้รับรองในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อีกทั้ง การสร้างความเสมอภาคที่เกินกว่าในระดับทางการ (Formal Equality)

<sup>96</sup> Remarks by Mary Robinson in the Eight Session of the General Assembly Open Working Group on Sustainable Development Goals: Conflict Prevention, Post-Conflict Peace building and Promotion of Durable Peace, Rule of Law and Governance on 6 February 2014.

<sup>97</sup> United Nations General Assembly Res 67/1, “Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels” (A/RES/67/1), clause 7.

คือ การประกันว่าความยุติธรรมและการเข้าถึงสิทธิเสรีภาพจะอยู่ภายใต้หลักความครอบคลุมทางสังคมด้วย ก็มีความจำเป็น

หลักนิติธรรมถูกบรรจุไว้เป็นหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการบรรลุทุกเป้าหมายของ SDGs ตามรายละเอียดโดยสังเขป ดังนี้

ใน ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535) การประชุมสุดยอดของโลก (The Earth Summit) ซึ่งมีประเทศเข้าร่วมกว่า 178 ประเทศ ได้รับรองแผนปฏิบัติการ 21 (Agenda 21) ที่มุ่งประสานความร่วมมือในการสร้างโลกที่มีการพัฒนาอย่างยั่งยืนโดยคงไว้ซึ่งคุณค่าในชีวิตมนุษย์และสิ่งแวดล้อม จากนั้น ค.ศ. 2000 (พ.ศ. 2543) มีการรับรองเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษขององค์การสหประชาชาติ (MDGs) ซึ่งประกอบไปด้วยเป้าหมายจำนวนแปดประการ โดยมุ่งขจัดความยากจนให้หมดไปจากโลกภายใน ค.ศ. 2015 (พ.ศ. 2557) ก่อนครบกำหนดของ MDGs ในปีดังกล่าว ได้มีการหารือและต่อรองในประชาคมระหว่างประเทศเพื่อต่อยอดความร่วมมือ<sup>98</sup> และในท้ายที่สุด มีการรับรอง SDGs ใน ค.ศ. 2015 (พ.ศ. 2558) ซึ่งประกอบด้วยเป้าหมาย 17 ประการ และเป้าประสงค์ 167 ข้อ มุ่งให้บรรลุผลตามที่กำหนดภายใน ค.ศ. 2030 (พ.ศ. 2573)<sup>99</sup> ทั้งนี้ SDGs มีความมุ่งหมายให้ประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติดำเนินการ รวมถึงภายใต้ความร่วมมือระหว่างสมาชิก ให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน มุ่งขจัดความยากจนและความหิวโหิว สร้างเสริมความเท่าเทียม ภายใต้สังคมที่มีสันติภาพ มีความยุติธรรม และมีความครอบคลุม เคารพสิทธิมนุษยชน และยึดหลักนิติธรรม โดยอยู่บนหลักสำคัญบนฐานเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม และเน้นย้ำเจตนารมณ์ที่ “จะไม่มีใครถูกทิ้งไว้ข้างหลัง (No One Will Be Left Behind.)”<sup>100</sup> SDGs มีวัตถุประสงค์ที่ดำเนินตามแนวทางของตราสารระหว่างประเทศหลายฉบับ อาทิ กฎบัตรสหประชาชาติ (UN Charter) และสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (International Human Rights Treaties)<sup>101</sup> และยืนยันผลของการประชุมในการประชุมสำคัญในระดับสหประชาชาติที่ได้วางรากฐานการพัฒนาอย่างยั่งยืนไว้ อาทิ ปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development) และการประชุมสุดยอดระดับโลกว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืน (World Summit on Sustainable Development)<sup>102</sup>

เป้าหมายที่ 16 ของ SDGs มิได้เป็นการต่อยอดจากเป้าหมายใดใน MDGs โดยเฉพาะ แต่เป็นการรวบรวมหลักการพื้นฐานที่สำคัญต่างๆ ใน MDGs เพื่อที่การพัฒนาตามเจตนารมณ์ของ SDGs จะเป็นไปได้ในลักษณะองค์รวมมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งนี้ แม้เป้าประสงค์ของเป้าหมายที่ 16 จะครอบคลุมอาณาบริเวณกว้างขวาง แต่เมื่อศึกษารายละเอียดทุกข้อแล้ว พบว่า สาระสำคัญของการบรรลุผลสำเร็จตามเป้าหมายที่ 16 คือ การสร้าง

<sup>98</sup> ดูเอกสารสำคัญ *The Future We Want* ที่เป็นข้อมติให้มีการพัฒนา SDGs รวมถึงก่อตั้งคณะทำงานเพื่อพัฒนา SDGs. United Nations General Assembly Res 66/288, “Resolution adopted by the General Assembly on 27 July 2012 (66/288. The Future We Want)” (A/RES/66/288) (11 September 2012).

<sup>99</sup> See also United Nations, “History of the 2030 Agenda for Sustainable Development,” Department of Economic and Social Affairs of the United Nations, accessed June 24, 2020, <https://sustainabledevelopment.un.org/?menu=1300>.

<sup>100</sup> United Nations, “Goal 16. Promote Peaceful and Inclusive Societies for Sustainable Development,” 1.

<sup>101</sup> Ibid, clause 10.

<sup>102</sup> Ibid, clause 11.

สังคมที่ทุกคนได้รับการได้รับการยอมรับต่อหน้ากฎหมาย (Recognition before the Law) สามารถเข้าถึงการบริการสาธารณะและความยุติธรรม (Access to Public Services and Justice) ได้ ภายใต้หลักการมีส่วนร่วม (Participation) และความครอบคลุมทางสังคม (Social Inclusion) และรัฐจำกัดตนภายใต้กฎหมายตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law)

ใน ค.ศ. 2017 (พ.ศ. 2560) สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้ลงมติยอมรับตัวชี้วัดระดับโลก (Global Indicators) ของ SDGs โดยรวมถึงตัวชี้วัดของเป้าหมายที่ 16 ด้วย<sup>103</sup> ทั้งนี้ งานวิจัยจะกล่าวถึงและนำมาประกอบการวิเคราะห์ในบทถัดๆ ไป เฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องเท่านั้น

### 2.2.3 หลักนิติธรรมกับความหมายที่กำหนดโดยองค์การอื่นๆ

นอกจากหลักการเชิงทฤษฎีกฎหมายมหาชนและในทางระหว่างประเทศ หลักนิติธรรมถูกให้ความหมายที่แตกต่างไปในรายละเอียด และองค์ประกอบเพื่อวัดระดับการดำเนินการตามหลักนิติธรรมถูกกำหนดแตกต่างกันไปสำหรับแต่ละองค์การที่จัดทำการศึกษา<sup>104</sup> ซึ่งขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของการศึกษาดังนี้ งานวิจัยยกตัวอย่างดัชนีชี้วัดขององค์การความยุติธรรมโลก (World Justice Project: WJP) เพื่อให้เห็นภาพโดยสังเขปเท่านั้น

WJP เป็นหนึ่งในสถาบันที่ประเมินการดำเนินการตามหลักนิติธรรมของประเทศต่างๆ โดยงานของ WJP เป็นต้นแบบสำคัญของการศึกษาโดยสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) เพื่อสร้างตัวชี้วัดการดำเนินการตามหลักนิติธรรมของประเทศไทย<sup>105</sup> WJP เป็นองค์การอิสระและทำงานข้ามสาขาวิชา (Independent and Multidisciplinary) มีวัตถุประสงค์เพื่อ “สร้างองค์ความรู้ สร้างความตระหนักรู้ และกระตุ้นการปฏิบัติเพื่อขับเคลื่อนหลักนิติธรรมทั่วโลก (... to create knowledge, build awareness, and stimulate action to advance the rule of law worldwide)”<sup>106</sup> WJP ประเมินการดำเนินการตามหลักนิติธรรมใน 128 ประเทศ โดยเห็นว่า ในปัจจุบัน หลักนิติธรรมที่แต่เดิมถูกมองว่าเป็นพื้นที่เฉพาะของนักกฎหมายและตุลาการกลายเป็นหลักการที่เกี่ยวข้องอย่างมีอาจแยกได้จากชีวิตของคนธรรมดาทั่วไป<sup>107</sup> การศึกษาจึงมุ่งตรวจสอบการดำเนินการตามหลักนิติธรรมผ่านการรับรู้ของคนธรรมดาทั่วไปและความเห็นเชิงวิชาการจากผู้เชี่ยวชาญ ข้อมูลที่นำไปวิเคราะห์จึงประกอบไปด้วยแบบสำรวจที่แจกจ่ายให้ประชาชน (General Population Poll) โดยหลัก 1,000

<sup>103</sup> United Nations General Assembly Res 71/313, “Resolution adopted by the General Assembly on 6 July 2017 (71/313. Work of the Statistical Commission pertaining to the 2030 Agenda for Sustainable Development)” (A/RES/71/313) (10 July 2017).

<sup>104</sup> TDRI ทบทวนแล้วพบว่า ตัวชี้วัดที่มีการประเมินที่เกี่ยวข้องกับด้านหนึ่งด้านใดของหลักนิติธรรม ในต่างประเทศมีอยู่อย่างน้อย 10 องค์การ และในประเทศไทยมีอยู่อย่างน้อย 4 องค์การ. ดู สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), “กรอบแนวคิดและกรอบยุทธศาสตร์ในการพัฒนาดัชนีชี้วัดด้านหลักนิติธรรม/นิติรัฐ (Rule of Law Index/Indicators),”

<sup>105</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>106</sup> World Justice Project, “Rule of Law Index 2020,” 6.

<sup>107</sup> Ibid., 9.

ครัวเรือนต่อหนึ่งประเทศ และแบบสอบถามที่ให้ความเห็นโดยผู้เชี่ยวชาญ (Qualified Respondents' Questionnaires) โดยเฉลี่ย 32 คน ต่อหนึ่งประเทศ<sup>108</sup>

WJP ยอมรับว่าการนิยามหลักนิติธรรมและวัดการดำเนินการตามหลักนิติธรรมเป็นไปได้ยาก WJP จึงประเมินจากผลที่สมควรเกิดขึ้นเมื่อสังคมสังคมหนึ่งดำเนินการตามหลักนิติธรรม<sup>109</sup> ภายใต้หลักการ (Principle) สี่ประการ ได้แก่ ความรับผิดชอบ (Accountability) กฎหมายที่เป็นธรรม (Just Laws) รัฐบาลที่เปิดกว้าง (Open Government) และการจัดการความขัดแย้งที่เข้าถึงได้และเป็นอิสระ (Accessibility and Impartial Dispute Resolution) WJP แบ่งตัวชี้วัดเป็นปัจจัยหลัก (Factor) แปดประการ โดยกลุ่มที่หนึ่ง (ปัจจัยที่ 1-4) มุ่งตรวจสอบศักยภาพของกฎหมายในการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐรวมถึงปกเกล้าและเอกชนที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ (1) การจำกัดอำนาจของรัฐบาล (Constraints on Government Powers) (2) การปลอดจากคอร์รัปชัน (Absence of Corruption) (3) รัฐบาลที่เปิดกว้าง (Open Government) และ (4) สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) และกลุ่มที่สอง (ปัจจัยที่ 5-8) มุ่งตรวจสอบผลสำเร็จของการใช้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการของสมาชิกของสังคมเพื่อปฏิบัติตามหน้าที่ที่รัฐมีในการคุ้มครองประชาชนและประโยชน์สาธารณะ ได้แก่ (5) ความสงบเรียบร้อยและความมั่นคง (Order and Security) (6) การบังคับใช้กฎหมายและกฎ (Regulatory Enforcement) (7) กระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง (Civil Justice) และ (8) กระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Criminal Justice) นอกจากนี้ WJP ยังกำหนดปัจจัยเสริมอีกหนึ่งประการที่มีได้นำไปประเมินเป็นข้อมูลเชิงตัวเลข เนื่องจากการเก็บข้อมูลมีความซับซ้อน คือ กระบวนการยุติธรรมที่ไม่เป็นทางการ (Informal Justice)<sup>110</sup>

การวางกรอบคิดทฤษฎีและการสร้างตัวชี้วัดดังกล่าวอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ในการแสวงหาความสมดุลระหว่างกรอบคิดว่าด้วยหลักนิติธรรมแบบ “แคบ/จำกัด (Thin/Minimalist)” ซึ่งเน้นไปที่หลักนิติธรรมเชิงทางการและกระบวนการ (Formal and Procedural) และแบบ “กว้างและลึก (Thick)” ซึ่งเพิ่มเติมหลักการเชิงเนื้อหา (Substantive) เช่น การเคารพสิทธิมนุษยชน เข้าไปด้วย เพื่อให้สามารถนำตัวชี้วัดที่มีความสมดุลนี้ไปใช้ได้กับรูปแบบการเมืองการปกครองที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ WJP เน้นย้ำว่า ประเทศที่อ้างว่าดำเนินการตามหลักนิติธรรมโดยไม่ให้ความสำคัญกับการเคารพสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นลักษณะเชิงเนื้อหานั้น เป็นได้เพียงประเทศที่ยึดหลัก “การปกครองโดยกฎหมาย (The Rule by Law)” เท่านั้น<sup>111</sup>

<sup>108</sup> Ibid., 163. สำหรับรายชื่อของผู้เชี่ยวชาญที่มีส่วนร่วมในการศึกษาฉบับปี ค.ศ. 2020 (พ.ศ. 2563) ดูรายชื่อได้ที่ Ibid., 169-200.

<sup>109</sup> รายละเอียดในย่อหน้านี้ ดูเพิ่มเติมได้ใน Ibid., 9.

<sup>110</sup> ทั้งนี้ ดัชนีดังกล่าวได้รับการศึกษาเพื่อประเมินการสร้างตัวชี้วัดด้านหลักนิติธรรมในประเทศไทยด้วย. ดูสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), “กรอบแนวคิดและกรอบยุทธศาสตร์ในการพัฒนาดัชนีชี้วัดด้านหลักนิติธรรม/นิติรัฐ (Rule of Law Index/Indicators),”

<sup>111</sup> World Justice Project, “Rule of Law Index 2020,” 9.

ปัจจัยหลักแปดประการเพื่อวัดการดำเนินการตามหลักนิติธรรมเหล่านี้ประกอบไปด้วยปัจจัยย่อย (Sub-factor) รวมทั้งสิ้น 44 ประการ<sup>112</sup> ยกตัวอย่างเช่น ปัจจัยหลักที่ 1 การจำกัดอำนาจของรัฐบาล (Constraints on Government Powers) มีปัจจัยย่อยหกประการ ได้แก่ (1) อำนาจของรัฐบาลถูกจำกัดอย่างมีประสิทธิภาพโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (2) อำนาจของรัฐบาลถูกจำกัดอย่างมีประสิทธิภาพโดยฝ่ายตุลาการ (3) อำนาจของรัฐบาลถูกจำกัดอย่างมีประสิทธิภาพโดยสถาบันตรวจสอบที่เป็นอิสระ (4) เจ้าหน้าที่รัฐถูกลงโทษจากการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ (5) อำนาจของรัฐบาลอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรที่มีใช้รัฐบาล และ (6) การถ่ายโอนอำนาจอยู่ภายใต้กฎหมาย หรือในกรณีของปัจจัยหลักที่มุ่งตรวจสอบลักษณะของหลักนิติธรรมเชิงเนื้อหา ปัจจัยหลักที่ 7 กระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง (Civil Justice) ประกอบด้วยปัจจัยย่อยเจ็ดประการ ได้แก่ (1) ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้ในราคาจ่ายได้ (2) กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งปราศจากการเลือกปฏิบัติ (3) กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งปราศจากการคอร์รัปชัน (4) กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งปราศจากอิทธิพลที่ไม่สมควรของรัฐ (5) กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งไม่อยู่ภายใต้ความล่าช้าที่ไร้เหตุผล (6) กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งถูกบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ และ (7) กลไกการระงับข้อพิพาททางเลือกสามารถเข้าถึงได้ ปราศจากความล่าเอียง และมีประสิทธิภาพ

#### 2.2.4 หลักนิติธรรมในงานวิจัยฉบับนี้

ตามที่ได้ทบทวนกรอบคิดทฤษฎีว่าด้วยหลักนิติธรรม (ในความหมายของหลักนิติรัฐ) และเจตนารมณ์ของเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ข้างต้น งานวิจัยมีความเห็นว่า หลักนิติธรรมที่จะเป็นฐานในการบรรลุวัตถุประสงค์ของการสร้างสังคมที่เท่าเทียมภายใต้หลักการมีส่วนร่วมและความครอบคลุมทางสังคมไม่ควรมีความหมายจำกัดอยู่เพียงแบบ “แคบ/จำกัด (Thin/Minimalist)” ซึ่งเน้นไปที่หลักนิติธรรมเชิงทางการและกระบวนการ (Formal and Procedural) แต่ควรอยู่ในลักษณะ “กว้างและลึก (Thick)” ซึ่งเพิ่มเติมหลักการเชิงเนื้อหา (Substantive) เช่น การเคารพสิทธิมนุษยชน เข้าไปด้วย ดังนั้น สารสำคัญของหลักนิติธรรมในงานวิจัยฉบับนี้จึงเป็นดังนี้

1. หลักนิติธรรมในงานวิจัยฉบับนี้อยู่ในความหมายของหลักนิติรัฐ เนื่องจากเนื้อหาของหลักนิติรัฐสอดคล้องกับหลักการปกครองของประเทศไทยที่รัฐจำกัดตนเองภายใต้กฎหมายโดยยึดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy of Constitution) และถ่วงดุลอำนาจโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ไม่ใช่หลักนิติธรรม ที่ก่อกำเนิดจากประเทศอังกฤษ ซึ่งยึดหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) เป็นสำคัญ

2. แม้หลักนิติธรรมตามความหมายในทางกฎหมายมหาชนจะแตกต่างกันไปตามความคิดเห็นที่หลากหลาย ทั้งการจำกัดไว้เพียงลักษณะเชิงทางการและกระบวนการ (Formal and Procedural) (เน้นไปที่องค์ประกอบในทางรูปแบบ) และการเน้นองค์ประกอบทางเนื้อหา (Substantive) ด้วย ซึ่งแต่ละความเห็นก็มีระดับการเน้นองค์ประกอบทางเนื้อหาที่แตกต่างกัน แต่หลักนิติธรรมตามความมุ่งหมายของงานวิจัยฉบับนี้เน้นไปทั้งในเชิงทางการ เชิงกระบวนการ และเชิงเนื้อหาประกอบกัน ทั้งนี้ เพื่อให้หลักนิติธรรมมีลักษณะ “กว้าง

<sup>112</sup> Ibid, 11. งานวิจัยจะพิจารณาตัวชี้วัดเหล่านี้ในรายละเอียดหากมีความเกี่ยวข้องกับกลไกเพื่อบรรลุเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ที่จะเสนอในบทความต่อไป.

และลึกลับ (Thick)” ซึ่งไม่เน้นไปที่การจำกัดอำนาจรัฐเท่านั้น แต่ยังมีแนวโน้มไปที่หลักการในเชิงเนื้อหา เช่น การเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ด้วย

3. ทั้งนี้ หากยึดหลักนิติธรรมเฉพาะที่เน้นไปในเชิงทางการและกระบวนการ งานวิจัยเห็นว่า การที่สิทธิเสรีภาพจะได้รับการประกันและความยุติธรรมจะถูกทำให้เข้าถึงและครอบคลุมอย่างบริบูรณ์สำหรับทุกคนในสังคม ย่อมเป็นไปตามแนวนโยบายของรัฐนั้นๆ (เช่น ในกรณีของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่มีแนวนโยบายแบบรัฐสวัสดิการ (Welfare State) บุคคลในรัฐนั้นอาจได้รับสวัสดิการถ้วนหน้ากว่าในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ไม่มีแนวนโยบายแบบรัฐสวัสดิการ) ดังนั้น การผนวกมโนทัศน์ว่าด้วยหลักนิติธรรมในทางระหว่างประเทศและในความหมายของสถาบันอื่นที่มีใช้รัฐ หรือมโนทัศน์แบบกว้างและลึกลับ (Thick Conception) จะทำให้สังคมมีการพัฒนาอย่างยั่งยืนภายใต้ความครอบคลุมทางสังคมได้ดียิ่งขึ้น ด้วยเหตุนี้ การเพิ่มกลไกของรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs จึงต้องทำทั้งในระดับหลักการพื้นฐานและในระดับกลไกที่เป็นรูปธรรม หลักการเหล่านี้เป็นไปได้หลายแนวทาง เช่น การให้ความสำคัญยิ่งขึ้นกับสิทธิเชิงเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (Economic, Social, and Cultural Rights) และการเพิ่มหลักคิดและความอ่อนไหวมากขึ้นที่สอดคล้องกับการนำไปสู่ความครอบคลุมทางสังคม เช่น การทำให้หลักการเกี่ยวกับเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลัก (Gender Mainstreaming) และการดำเนินการโดยคำนึงถึงความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality) ทั้งนี้ เพื่อที่จะพิจารณาประกอบองค์ความรู้เกี่ยวกับกลไกด้านสิทธิเสรีภาพที่นำไปสู่ความเท่าเทียมของ นานาประเทศต่อไป

### 2.3 ปัจจัยที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมในประเทศไทย

ในส่วนนี้ งานวิจัยทบทวนพอสังเขปเกี่ยวกับปัจจัยที่เป็นอุปสรรคต่อการเกิดขึ้นของสังคมที่มีความเท่าเทียมในประเทศไทย ทั้งนี้ งานวิจัยมีความเห็นว่า ปัจจัยเหล่านี้มีความซ้อนทับกันและการขจัดความไม่เท่าเทียมให้หมดไปจะต้องพิจารณาปัจจัยเหล่านี้ประกอบกันทุกปัจจัย อย่างไรก็ตาม ปัจจัยบางประการ (ซึ่งมีความสำคัญและอาจเป็นปัจจัยหลัก) เช่น ปัจจัยทางเศรษฐกิจ ได้รับการตระหนักรู้โดยรัฐอยู่แล้ว (ไม่ว่ารัฐจะมุ่งสร้างกฎหมายและนโยบายโดยคำนึงถึงปัจจัยเหล่านี้หรือไม่) ดังนั้น ด้วยเหตุที่งานวิจัยฉบับนี้มุ่งสนใจกลไกใหม่หรือการปรับปรุงกลไกเดิมให้มีประสิทธิภาพในแนวทางอื่น จึงมิได้วิเคราะห์และมีข้อเสนอแนะให้รัฐคำนึงถึงปัจจัยเหล่านี้มากขึ้น (เนื่องจากความสำเร็จของการขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นจากปัจจัยเหล่านี้อยู่ที่การเลือกให้ความสำคัญและรายละเอียดของการดำเนินการต่างๆ ของรัฐ)

ในเบื้องต้นในระดับรัฐธรรมนูญ อาจเห็นความเป็นไปได้ของปัจจัยที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมจากหลักการว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (Unfair Discrimination) เนื่องจากฐาน/เหตุของการที่จะเป็นการเลือกปฏิบัติของแต่ละประเทศอาจได้รับการกำหนดไว้ในลักษณะที่แตกต่างกันไปตามปริมาณและความเป็นไปได้ รวมถึงปัจจัยทางประวัติศาสตร์ ที่การเลือกปฏิบัติจะเกิดขึ้น มาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดฐานของความแตกต่างที่จะทำให้การกระทำหนึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติไว้ ได้แก่ “ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด”<sup>113</sup>

<sup>113</sup> มาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

สำหรับประเทศไทย กล่าวได้ว่า ปัจจัยหลักที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมทางสังคม คือ ปัจจัยทางเศรษฐกิจ (หรือความเหลื่อมล้ำทางรายได้) นอกจากนี้ ความเหลื่อมล้ำอาจเกิดได้จากปัจจัยอื่นๆ อาทิ การเข้าถึงการศึกษา การเข้าถึงสวัสดิการทางสุขภาพ ความแตกต่างทางร่างกาย และเพศ เป็นต้น ทั้งนี้ ความเหลื่อมล้ำอาจแบ่งได้เป็นสามประเภท<sup>114</sup> คือ ความเหลื่อมล้ำด้านความมั่งคั่งและรายได้ (Wealth & Income Inequality) ซึ่งเกิดจากการพัฒนาที่กระจุกตัวอยู่เฉพาะกลุ่มคนบางกลุ่มหรือบางพื้นที่ เป็นต้น ความเหลื่อมล้ำด้านการกระจายโอกาส (Opportunity Inequality) โดยเฉพาะในเชิงสังคมและเศรษฐกิจ เช่น การเข้าถึงการศึกษา การเข้าถึงสวัสดิการทางสุขภาพ และการเข้าถึงแหล่งเงินทุน และความเหลื่อมล้ำด้านอำนาจ (Power Inequality) ซึ่งรวมถึงในเชิงการเมือง การต่อรองในการเข้าถึงทรัพยากร และการมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายและกำหนดนโยบายต่างๆ ที่จะมีผลกระทบกับตน อันอาจนำไปสู่การเลือกปฏิบัติได้

ในกรณีของประเทศไทย พอจะสรุปได้ว่า ลักษณะของความเหลื่อมล้ำอันเกิดจากปัจจัยทางเศรษฐกิจเป็นหลัก หรือ “ช่องว่างทางรายได้ (Quintile by Income)” ระหว่างกลุ่มคนที่อยู่ในชนชั้นต่างๆ เป็นต้น<sup>115</sup> (1) ความเหลื่อมล้ำด้านรายได้หรือการกระจายรายได้ (2) ความเหลื่อมล้ำด้านรายจ่ายเพื่อการอุปโภคบริโภค (3) ความเหลื่อมล้ำด้านสินทรัพย์ทางการเงิน (4) ความเหลื่อมล้ำด้านการถือครองที่ดิน (5) ความเหลื่อมล้ำด้านการศึกษา และ (6) ความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เสมอภาคทางเพศ โดยลักษณะของความเหลื่อมล้ำในประเด็นที่ (1) - (4) มักอยู่ในลักษณะที่การมี/เข้าถึง/ถือครอง รายได้ การอุปโภคบริโภค สินทรัพย์ทางการเงิน และที่ดินกระจุกอยู่ในกลุ่มคนจำนวนน้อยมาก และประเด็นที่ (5) และ (6) ก็มีความสำคัญ เช่น ในประเด็นเกี่ยวกับเพศ แม้ว่าผู้หญิงจะมีอัตราการเข้าถึงการศึกษาในระดับมัธยมศึกษาตอนปลายสูงกว่าชาย แต่กลับมีส่วนร่วมในแรงงานและได้รับค่าจ้างในอัตราที่ต่ำกว่า

สภาวะการณ์ดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่า มาจากสาเหตุ คือ<sup>116</sup> (1) โครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศไทย ซึ่งเอื้อต่อกลุ่มเจ้าของทุนมากกว่ากลุ่มที่เป็นเจ้าของแรงงาน นอกจากนี้ ยังมีแรงงานที่อยู่นอกระบบในสัดส่วนสูง ซึ่งแรงงานกลุ่มนี้มีข้อจำกัดในการเข้าถึงสวัสดิการทางสังคมต่างๆ (2) การบริการจัดการภาครัฐอยู่ในลักษณะรวมศูนย์ และการบริการพื้นฐานกระจุกอยู่ที่กรุงเทพมหานคร ปริมณฑล และหัวเมืองใหญ่ในภูมิภาคต่างๆ ซึ่งทำให้การเข้าถึงบริการสาธารณะมีความแตกต่างกันในเชิงพื้นที่ (3) ปัญหาระบบกรรมสิทธิ์ที่ดิน ทั้งนี้ ที่ดินเป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญในการประกอบอาชีพและสร้างความมั่นคงแก่ชีวิต แต่การถือครองก็ยิ่งเชื่อมโยงกับปัญหาความยากจนและความเหลื่อมล้ำ นอกจากนี้ ระบบที่ดินของประเทศไทยยังมีปัญหาในหลายประเด็น เช่น ระบบที่ดินขาดความเป็นเอกภาพ ไม่มีความชัดเจนในเรื่องการถือครองที่ดิน รวมถึงปัญหาในเชิงเทคนิคของการประสานข้อมูลและระบบฐานข้อมูล การประกาศเขตป่าสงวนหรืออุทยานแห่งชาติทับที่ดินที่ประชาชนอาศัยอยู่เดิม การขาดการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนในการจัดทำกฎหมายและนโยบายที่เกี่ยวข้องกับที่ดิน เป็นต้น (4) ข้อจำกัดของผู้มีรายได้น้อยในเชิงกระบวนการยุติธรรม อาทิ ค่าใช้จ่ายที่สูงในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ความซับซ้อนและระยะเวลาที่ยาวนานของการเข้าร่วมกระบวนการยุติธรรม การใช้ภาษาที่ยากแก่การทำความเข้าใจ การมีระบบที่ไม่ยืดหยุ่นและต้องการ

<sup>114</sup> สรุปและเรียบเรียงจาก อติวิชญ์ แสงสุวรรณ, “ความเหลื่อมล้ำ,” สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2563, <https://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2558/hi2558-052.pdf>.

<sup>115</sup> เรื่องเดิม.

<sup>116</sup> เรื่องเดิม.

เอกสารหลักฐานจำนวนมาก ฯลฯ และ (5) การบริการราชการแผ่นดินที่ขาดประสิทธิภาพและความโปร่งใส รวมถึงปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน

นอกจากความเหลื่อมล้ำจะเกิดจาก “ปัจจัยในแนวราบ” คือ ความแตกต่างในด้านต่างๆ ที่ก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำแล้ว ความเหลื่อมล้ำอาจเกิดจากมิติอื่น เช่น ในเชิงพื้นที่ได้ด้วย วัชรพล ว่องนิมเกษตร ได้วิเคราะห์ความเหลื่อมล้ำเชิงพื้นที่ของประเทศไทยในช่วง พ.ศ. 2545 - 2554 ไว้ โดยใช้ “การพัฒนา” เป็นปรากฏการณ์ที่นำมาวิเคราะห์ความเหลื่อมล้ำ โดยใช้ตัวชี้วัดหกประการ มิใช่เพียงสามประการตามที่ใช้ในการวิเคราะห์ของโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Programme: UNDP) ที่มีเพียงสุขภาพ การศึกษา และรายได้ โดยเพิ่มเติมไปอีกสามประการ ได้แก่ ชีวิตการทำงาน ชีวิตครอบครัวและชุมชน และความยั่งยืน วัชรพล เห็นว่าความเหลื่อมล้ำในเชิงพื้นที่ของประเทศไทยที่มองจากกรอบการพัฒนาอาจพิจารณาได้จากสามปัจจัย ได้แก่<sup>117</sup>

หนึ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างการพัฒนารายจังหวัดและผลิตภัณฑ์มวลรวมในระดับจังหวัด โดยจังหวัดที่มีการพัฒนาสูงเป็นจังหวัดที่มีผลิตภัณฑ์มวลรวมมากและมักมีเศรษฐกิจที่พึ่งพิงกับภาคอุตสาหกรรม ส่วนจังหวัดที่มีการพัฒนาน้อยกว่าเป็นจังหวัดที่มีผลิตภัณฑ์มวลรวมน้อยและเศรษฐกิจไม่ได้พึ่งพิงและถูกชี้นำโดยกิจการประเภทใดเป็นพิเศษ นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตด้วยว่า การขยายตัวของผลิตภัณฑ์มวลรวมของแต่ละจังหวัดขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะที่แตกต่างไปของพื้นที่ที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบและเสียเปรียบต่อการพัฒนาด้วย

สอง ความสัมพันธ์ระหว่างการพัฒนารายจังหวัดและการปล่อยสินเชื่อบริษัท ซึ่งหมายถึงการพิจารณาการเข้าถึงแหล่งเงินทุนของประชาชนในแต่ละจังหวัด โดยลักษณะของความเหลื่อมล้ำก็เป็นไปในทำนองเดียวกันกับกรณีของผลิตภัณฑ์มวลรวม เมื่อพิจารณากรุงเทพมหานครกับจังหวัดอื่น ใน พ.ศ. 2554 สินเชื่อของธนาคารกระจุกอยู่ในกรุงเทพมหานครถึงร้อยละ 72.49 โดยจังหวัดอื่นทุกจังหวัดรวมกันมีน้ำหนักเพียง ร้อยละ 27.51 ซึ่งจังหวัดที่มีปริมาณต่ำที่สุดมีน้ำหนักเพียงร้อยละ 0.5 ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเฉพาะจังหวัดอื่นที่มีใช้กรุงเทพมหานคร ระดับของการปล่อยสินเชื่อแบ่งได้เป็นสามระดับ คือ มากกว่าร้อยละ 1.50 ระหว่าง 1-1.50 และต่ำกว่า 1 โดยจังหวัดจำนวนมากในประเทศไทยอยู่ในกลุ่มหลัง

สาม ความสัมพันธ์ระหว่างการพัฒนารายจังหวัดและการได้รับการจัดสรรงบประมาณจากรัฐ โดยการจัดสรรงบประมาณอยู่ในลักษณะสัมพันธ์ คือ หากจังหวัดหนึ่งได้รับงบประมาณมาก ก็จะมีจังหวัดอื่นที่ได้รับงบประมาณน้อย โดยปรากฏว่ากรุงเทพมหานครได้รับงบประมาณในสัดส่วนสูงสุดที่ร้อยละ 16.38 และจังหวัดที่ได้รับน้อยที่สุดมีสัดส่วน ร้อยละ 4.33 และ 0.33 ตามลำดับ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความเหลื่อมล้ำและความลำเอียงของรัฐ อย่างไรก็ตามความลำเอียงที่เกิดขึ้นเห็นชัดเจนเมื่อเปรียบเทียบกับกรุงเทพมหานครกับจังหวัดอื่น แต่ไม่ชัดเจนมากนักเมื่อพิจารณาเฉพาะจังหวัดอื่นที่มีใช้กรุงเทพมหานคร เนื่องจากบางจังหวัดที่มีการพัฒนาในอัตราสูงก็อาจได้รับการจัดสรรงบประมาณที่ต่ำกว่าจังหวัดอื่นก็ได้ อย่างไรก็ตาม การศึกษานี้ก็ทำให้มองเห็นภาวะของปัจจัยทางสภาพพื้นที่ที่ส่งผลต่อลักษณะกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกันในแต่ละพื้นที่ และมีความสัมพันธ์กับการเข้าถึงแหล่งเงินทุนและการจัดสรรงบประมาณโดยรัฐ และก่อให้เกิดขึ้นและคงไว้ซึ่งความเหลื่อมล้ำได้

<sup>117</sup> วัชรพล ว่องนิมเกษตร, “การกำหนดนโยบายการพัฒนาเพื่อลดความเหลื่อมล้ำเชิงพื้นที่ของประเทศไทย,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า 12, ฉ.2, (พฤษภาคม-สิงหาคม 2557): 31-41.

เมื่อต้นปี พ.ศ. 2563 ใน*ความเหลื่อมล้ำ 2020 (1): เรารู้อะไร เราควรรู้อะไร*<sup>118</sup> สมชัย จิตสุชน (TDRI) ได้ทบทวนภาวะของความเหลื่อมล้ำในประเทศไทยไว้ว่า นอกจากสิ่งที่รัฐและสังคมตระหนักอยู่แล้ว (เช่น ความแตกต่างทางเศรษฐกิจ การดำรงอยู่ของภาวะชายขอบ ฯลฯ) มีข้อสังเกตหกประการที่สังคมไทยควรตระหนัก รู้เพิ่มเติมเพื่อที่จะขจัดความเหลื่อมล้ำให้ได้ โดยข้อสังเกตเหล่านี้ ได้แก่ (1) ประเทศไทยติดอันดับโลก 10 ประเทศแรกที่มีความเหลื่อมล้ำสูง คือ มีช่องว่างระหว่างคนจนกับคนรวยสูง อำนาจทางเศรษฐกิจกระจุกอยู่ที่คนบางกลุ่ม และผู้มีต้นทุนทางสังคมมักมีโอกาสด้านสังคม รวมถึงในทางที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การทุจริตคอร์รัปชัน ด้วย (2) แม้ช่องว่างในประเด็นการศึกษาและสาธารณสุขจะลดลง แต่ก็เป็นการลดลงในระดับพื้นฐาน กล่าวคือ แม้ผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจต่ำจะเข้าถึงบริการเหล่านี้ได้ แต่ก็ไม่ใช่บริการที่มีคุณภาพดีเทียบเท่ากับที่ผู้มีอำนาจทางเศรษฐกิจสูงเข้าถึงได้ (3) เทคโนโลยีที่ก้าวหน้าอย่างฉับพลันจะทำให้ความเหลื่อมล้ำมีสูงขึ้น (4) ประเทศไทยมีแนวโน้มที่จะมีคนจนที่ไม่สามารถยับยั้งสถานะของตนเองได้เกินกว่าร้อยละ 10 ของประชากรทั้งหมดเป็นครั้งแรก แม้ว่าเศรษฐกิจในภาพรวมจะดีขึ้น (5) คนส่วนใหญ่ไม่ทราบว่ารัฐในประเทศที่มีความเหลื่อมล้ำต่ำให้การสนับสนุนเชิงสังคมและเศรษฐกิจอย่างถ่วงหน้า คือ การบริการต่างๆ มีคุณภาพไม่แตกต่างกันนัก และอยู่ในลักษณะของสิทธิ-หน้าที่มิใช่การสงเคราะห์ ประชาชนจึงรับความเสี่ยงเฉพาะในการดำเนินธุรกิจเท่านั้น ไม่ต้องห่วงกังวลในเรื่องปัจจัยพื้นฐาน และ (6) การขาดเงินของผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจต่ำส่งผลให้เมื่อมีเงินก็ต้องนำเงินนั้นไปลดข้อจำกัดต่างๆ ที่เกิดจากความเหลื่อมล้ำเหล่านี้ (เช่น การนำไปใช้เพื่อเพิ่มการศึกษาหรือทักษะต่างๆ)

ในบทความตอนที่ 2<sup>119</sup> สมชัยจึงวิเคราะห์ถึงสิ่งที่ควรดำเนินการเพื่อขจัดความเหลื่อมล้ำ ในแง่การดำเนินการในส่วนของภาครัฐ ในภาพรวม รัฐต้องดำเนินการทางนโยบายโดยคำนึงถึงความเหลื่อมล้ำและต้องมีการศึกษาวิเคราะห์อย่างลึกซึ้งรอบด้านเพื่อประเมินนโยบายต่างๆ (อาทิ การมุ่งพัฒนาเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก (ทางเศรษฐกิจ) (Eastern Economic Corridor) โดยไม่วิเคราะห์ให้รอบด้านโดยเฉพาะข้อจำกัดของประชาชนโดยรอบและในเชิงข้ามพื้นที่ กรณีของบัตรสวัสดิการแห่งรัฐที่กลุ่มเป้าหมายไม่ได้รับบัตรดังกล่าวอย่างแท้จริง) ในกรณีของการจัดสรรบริการสาธารณะและการพัฒนาเศรษฐกิจ รัฐควรมุ่งเน้นไปที่การให้เอกชนเข้ามาร่วมจัดสรรบริการต่างๆ ลดหรือยกเลิกกฎระเบียบที่เป็นข้อจำกัดในการดำเนินไปในแนวทางนี้ รวมถึงเน้นการกระจายอำนาจทางเศรษฐกิจ ในแง่การดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวกับมิติทางสังคมและเศรษฐกิจของประชาชน รัฐจะต้องลดความเหลื่อมล้ำในการเข้าถึงและคุณภาพของบริการด้านต่างๆ ให้ได้มากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การศึกษา สุขภาพ และเทคโนโลยีที่กำลังเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว และในแง่ของการดำเนินการด้าน “วัฒนธรรม” รัฐและสังคมจะต้องเปลี่ยนแปลงทัศนคติต่อผู้ด้อยโอกาสและคนยากจนไม่ให้อยู่ในลักษณะของผู้เกียจคร้านไม่ทำงาน แต่เป็นข้อจำกัดในเชิงโครงสร้าง และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่มุ่งเน้นไปที่การเคารพสิทธิเสรีภาพและความเท่าเทียมของประชาชน และปราศจากการครอบงำจากผู้มีอำนาจ จะทำให้ไปสู่ความเท่าเทียมที่แท้จริงได้

ตามการทบทวนโดยสังเขปนี้ งานวิจัยเห็นว่า หลักนิติธรรมในความหมายในลักษณะ “กว้างและลึก” ซึ่งมีได้เน้นเฉพาะการจำกัดอำนาจรัฐ แต่รวมไปถึงการส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและ

<sup>118</sup> สมชัย จิตสุชน, “ความเหลื่อมล้ำ 2020 (1): เรารู้อะไร เราควรรู้อะไร,” สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2563, <https://tdri.or.th/2020/01/what-we-dont-know-about-thai-disparity/>.

<sup>119</sup> สมชัย จิตสุชน, “ความเหลื่อมล้ำ 2020 (2): เราควรทำอะไรรู้,” สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2563, <https://tdri.or.th/2020/01/what-we-dont-know-about-thai-disparity/>.

“การปรับพื้นฐาน” ในทางสังคมและเศรษฐกิจของประชาชนให้มีคุณภาพโดยไม่แตกต่างกัน ที่ทบทวนไปในส่วนที่ 2.2 อันเป็นกรอบคิดในการแสวงหาและได้มาซึ่งกลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมนั้น มีความเหมาะสมที่จะนำไปจัดข้อจำกัดและข้อท้าทายอันเกิดจากปัจจัยต่างๆ ที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมทางสังคมที่ทบทวนในส่วนที่ 2.3 นี้ ทั้งนี้ กรอบคิดในบทที่ 2 จะทำให้งานวิจัยศึกษาและสร้างข้อเสนอต่างๆ ในบทต่อไปได้ และจะทำให้สังคมมีการพัฒนาอย่างยั่งยืนภายใต้ความครอบคลุมทางสังคมได้ดียิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการทำให้ประเด็นทางเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลักในการดำเนินการทุกส่วนและทุกขั้นตอนของรัฐรวมถึงให้การดำเนินการของภาครัฐคำนึงถึงปัจจัยที่ซ้อนทับต่างๆ ในการจัดทำกฎหมาย นโยบาย หรือโครงการต่างๆ การปรับปรุงกลไกที่ทำหน้าที่คุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนให้มีประสิทธิภาพ การปรับปรุงกลไกทางตุลาการในระดับรัฐธรรมนูญให้เน้นดำเนินการไปในเชิงคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจมากขึ้น และการสร้างกลไกที่ส่งเสริมสนับสนุนการจัดทำกฎหมายโดยเน้นการมีส่วนร่วมของประชาชน

### บทที่ 3

## การแสวงหาหลักการพื้นฐานเพิ่มเติมของกลไก เพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมเพื่อบรรลุเป้าหมายที่ 16

ตามที่ได้ทบทวนไปในบทที่ 2 แม้ประเทศไทยจะยึดหลักนิติธรรมอย่างเคร่งครัด แต่ก็มีแนวโน้มเป็นการดำเนินการตามหลักนิติธรรมในเชิงทางการ (ได้แก่ การบัญญัติไว้ในตัวบทกฎหมาย) และอยู่ในรูปแบบที่ค่อนข้างไปในแบบเสรีนิยมดั้งเดิม อีกทั้ง หลักการพื้นฐานบางประการ เช่น การเลือกปฏิบัติ (โดยไม่เป็นธรรม) ก็ยังเป็นมโนทัศน์ที่กำลังพัฒนาไปตามบริบทของกฎหมาย การเมือง และสังคม เพื่อจะทำให้หลักนิติธรรมเป็นแบบกว้างและลึก งานวิจัยเห็นว่าสมควรมีการเพิ่มเติมหลักการบางประการไปในการดำเนินการของรัฐ โดยเพิ่มทั้งในระดับทางการ คือ ในกฎหมาย และในระดับการดำเนินการเป็นการทั่วไป ได้แก่ การวางนโยบายและการฝึกฝนบุคลากร หลักการสองหลักที่งานวิจัยเสนอ คือ การทำให้หลักการทางเพศเข้าไปสู่กระแสหลัก (Gender Mainstreaming) และหลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality) ซึ่งเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกันอย่างยิ่ง

ทั้งนี้ แม้ประเด็นเกี่ยวกับเพศและความซ้อนทับของปัจจัยไม่ได้ถูกกำหนดเป็นเป้าประสงค์ใดเป็นการเฉพาะในเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs แต่ประเด็นเหล่านี้ก็สอดแทรกอยู่แทบจะทุกเป้าประสงค์และการนำไปปฏิบัติโดยพอเห็นภาพได้ ดังนี้

หนึ่งในตัวชี้วัดของ เป้าหมายที่ 16.2 ว่าด้วยยุติการข่มเหง การแสวงหาผลประโยชน์อย่างไม่ถูกต้อง การค้ามนุษย์ และความรุนแรงและการทรมานทุกรูปแบบที่มีต่อเด็ก คือ สัดส่วนของชายและหญิงอายุน้อยระหว่าง 18-29 ปี ที่เคยประสบกับความรุนแรงทางเพศตั้งแต่อายุ 18 ปี<sup>120</sup> ทั้งนี้ กองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (United Nations Children's Fund: UNICEF) ได้ให้คำแนะนำว่า ต้องเข้าใจคำจำกัดความของ “ความรุนแรงทางเพศ” ตามข้อคิดเห็นทั่วไปลำดับที่ 13 ว่าด้วยสิทธิของเด็กในการเป็นอิสระจากความรุนแรงทุกรูปแบบ (General comment No. 13 (2011) The Right of the Child to Freedom from All Forms of Violence)<sup>121</sup>

เป้าประสงค์ที่ 16.7 ว่าด้วยการสร้างหลักประกันว่าจะมีกระบวนการตัดสินใจที่มีความรับผิดชอบ ครอบคลุมมีส่วนร่วมและมีความเป็นตัวแทนที่ดีในทุกกระตติการตัดสินใจ ก็มีตัวชี้วัดที่เกี่ยวกับเพศ รวมถึงความทับซ้อนของปัจจัยต่างๆ เช่นกัน คือ ตัวชี้วัดที่ 16.7.1 สัดส่วนของตำแหน่งในระดับชาติและสถาบันท้องถิ่น รวมถึงในฝ่ายนิติบัญญัติ การบริการสาธารณะ และฝ่ายตุลาการ เปรียบเทียบกับการกระจายตัวในระดับชาติ บนฐานเพศ อายุ

<sup>120</sup> United Nations General Assembly Res 71/313, “Resolution adopted by the General Assembly on 6 July 2017 (71/313. Work of the Statistical Commission pertaining to the 2030 Agenda for Sustainable Development)” (A/RES/71/313) (10 July 2017).

<sup>121</sup> United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 13 (2011) The Right of the Child to Freedom from All Forms of Violence (CRC/C/GC/13) (18 April 2011).

ความพิการ และกลุ่มประชากร และตัวชี้วัดที่ 16.7.2 สัดส่วนของประชากรที่เชื่อว่าการตัดสินใจมีความครอบคลุม และตอบสนองอย่างรวดเร็ว บนฐานของเพศ อายุ ความพิการ และกลุ่มประชากร<sup>122</sup>

นอกจากนี้ ในการวิเคราะห์เพื่อแสวงหาตัวชี้วัดของเป้าประสงค์ต่างๆ องค์การสหประชาชาติได้ กำหนดให้ “ประเด็นความเสมอภาคระหว่างเพศ (Gender Equality Issues)” เป็นหนึ่งในหัวข้อหลัก (ในระดับเดียวกับหัวข้ออื่นๆ อย่าง “คำนิยามและวิธีการคำนวณ (Definition and Method of Computation)” “เหตุผลและการตีความ (Rationale and interpretation)” เป็นต้น) ด้วย<sup>123</sup>

ในบทนี้ หลังจากวางข้อมูลทั่วไปในส่วนที่ 3.1 และบททวนปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมในประเทศไทยที่แม้จะมีความสำคัญแต่ก็อยู่ในความรับรู้และเป็นส่วนหนึ่งของการตัดสินใจเชิงกฎหมายและนโยบายของภาครัฐซึ่งไม่ใช่ประเด็นที่งานวิจัยฉบับนี้มุ่งสนใจในส่วนที่ 3.2 แล้ว ในส่วนที่ 3.3 งานวิจัยจะทบทวนลักษณะที่เพศไม่ใช่หลักการพื้นฐานที่สำคัญของโลกต่างๆ ในประเทศไทย โดยประกอบด้วยในแง่ภาพรวมของกฎหมาย ในแง่ลักษณะที่ปรากฏในการดำเนินการหรือในคำพิพากษา รวมถึงการดำเนินการขององค์กรอื่น และในแง่ลักษณะที่ปรากฏในการบริหารจัดการองค์กร จากนั้นในส่วนที่ 3.4 งานวิจัยวางกรอบคิดทฤษฎีและคำสำคัญเกี่ยวกับเพศ เพศสถานะ และเพศวิถีพอสั่งเซป ในส่วนที่ 3.5 งานวิจัยแสดงตัวอย่างของการประยุกต์ใช้หลักการทำให้หลักการทางเพศเข้าไปสู่กระแสหลักในองค์การระหว่างประเทศและองค์การเอกชนด้านสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศ และในส่วนที่ 3.6 ทบทวนหลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality) ก่อนที่ในส่วนสุดท้ายของบท คือ ส่วนที่ 3.7 งานวิจัยจะมีข้อเสนอแนะให้มีการประยุกต์ใช้หลักการทำให้หลักการทางเพศเข้าไปสู่กระแสหลักและหลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ ในประเทศไทย

### 3.1 บทนำ

แม้กระแสความคิดว่าด้วยกรอบคิดเกี่ยวกับเพศ เพศสถานะ และเพศวิถี (Sex, Gender, and Sexuality) จะเข้ามาสู่สังคมไทยรวมถึงในการดำเนินการต่างๆ ของรัฐในระยะเวลาหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งนับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา แต่กล่าวได้ว่าการดำเนินการต่างๆ ของภาครัฐยังไม่มี ความเข้าใจและความอ่อนไหวทางด้านเพศสถานะ (Gender Sensitivity) อย่างเพียงพอ งานวิจัยเห็นว่าการจะปรับปรุงโลกที่นำไปสู่ความเท่าเทียมที่มีอยู่แล้วให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น จำเป็นต้องมีการเพิ่มหลักการพื้นฐานในเรื่องเพศเข้าไปสู่ทุกส่วนของการดำเนินงาน หรือที่เรียกว่า “การนำหลักการทางเพศเข้าไปสู่กระแสหลัก (Gender Mainstreaming)” ทั้งนี้ การเพิ่มเติมหลักการเกี่ยวกับเพศไม่ได้หมายความว่าความเพียงความเท่าเทียมอย่างแคบบนฐานทวิเพศ (Sexual Dualism) (เช่น ความเท่าเทียมระหว่างหญิงชาย) หรือมิได้สรุปว่าเพศเป็นปัจจัย

<sup>122</sup> United Nations General Assembly Res 71/313, “Resolution adopted by the General Assembly on 6 July 2017 (71/313. Work of the Statistical Commission pertaining to the 2030 Agenda for Sustainable Development)” (A/RES/71/313) (10 July 2017).

<sup>123</sup> United Nations Statistics Division, “Goal 16 Promote Peaceful and Inclusive Societies for Sustainable Development, Provide Access to Justice for All and Build Effective, Accountable and Inclusive Institutions at All Levels (Updated on 3 March 2016),” United Nations Statistics Division, accessed October 29, 2020, <https://unstats.un.org/sdgs/files/metadata-compilation/Metadata-Goal-16.pdf>.

สำคัญเพียงปัจจัยเดียวที่นำไปสู่ความไม่เท่าเทียม แต่งานวิจัยมีความเห็นว่า เพศเป็นแก่นแกนสำคัญที่ก่อให้เกิดอคติ (ไม่ว่าจะรู้ตัวหรือไม่) ในระดับรากฐานความคิดและการดำเนินงานต่างๆ หากสามารถปรับฐานคิดเกี่ยวกับเพศได้ ก็จะทำให้การทำความเข้าใจประเด็นความไม่เท่าเทียมต่างๆ เป็นไปได้ง่ายขึ้น (เช่น การปรับใช้กรอบคิดความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality))

### 3.2 ปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมในประเทศไทย

ในบทที่ 2 (ส่วนที่ 2.3) งานวิจัยได้ทบทวนปัจจัยต่างๆ ที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมในสังคม งานวิจัยจึงจะสรุปปัจจัยเหล่านี้อีกครั้ง ยกตัวอย่างการศึกษาหรือข้อเสนอแนะที่มุ่งสนใจไปที่ประเด็นเหล่านี้ และชี้ให้เห็นว่ารัฐตระหนักรู้ปัจจัยเหล่านี้อยู่แล้ว เพียงแต่การมุ่งสนใจหรือไม่ หรือการดำเนินการต่างๆ คำนึงถึงประเด็นเหล่านี้ อย่างรอบด้านหรือลึกซึ้งหรือไม่ เป็นประเด็นที่อยู่นอกเหนือจากงานวิจัยฉบับนี้

ตามที่กล่าวไปในบทนำ บทนี้เน้นไปที่การเสนอให้นำหลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลักของการดำเนินการของภาครัฐในลักษณะ “หลักการพื้นฐาน” อย่างไรก็ตาม งานวิจัยไม่ได้สรุปว่า ประเด็นเกี่ยวกับเพศเป็นประเด็น/ปัจจัยที่มีความสำคัญที่สุดในการทำให้ความเหลื่อมล้ำหมดสิ้นไป เป็นประเด็น/ปัจจัยที่มีความสำคัญเหนือกว่าปัจจัยอื่นๆ หรือการจัดทัศนคติเชิงลบเกี่ยวเพศและเพิ่มมุมมองเกี่ยวกับเพศจะทำให้ความเหลื่อมล้ำหมดสิ้นไป งานวิจัยมุ่งเสนอประเด็นเหล่านี้เนื่องจากประเด็นเหล่านี้เป็นประเด็นที่มีความสำคัญแต่รัฐไม่ให้ความสนใจมากนัก

กล่าวได้ว่า ความไม่เท่าเทียม/ความเหลื่อมล้ำเกิดได้จากหลากหลายปัจจัย โดยลักษณะของความเหลื่อมล้ำที่สำคัญที่สุด คือ ความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจ โดยอยู่ในลักษณะที่ความมั่งคั่ง การเข้าถึงโอกาสทางสังคมและเศรษฐกิจ และการถือครองที่ดิน อยู่กับประชากรเพียงบางส่วนซึ่งเป็นประชากรจำนวนน้อยมากในประเทศ นอกจากนี้ ภาวะดังกล่าวยังเป็นทั้งเหตุและผลของปัจจัยอื่นๆ ที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมด้วย เช่น การเข้าถึงการศึกษาและการเข้าถึงบริการทางสุขภาพ นอกจากนี้ เมื่อภาวะความเป็นชายขอบยังคงดำรงอยู่ในประเทศไทย ความเป็นชายขอบในลักษณะต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นในแง่สถานะทางเศรษฐกิจ ความเป็นกลุ่มชาติพันธุ์ และความเป็นชนกลุ่มน้อย ก็เป็นปัจจัยอีกจำนวนหนึ่งที่ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียม ยิ่งกว่านั้น นอกจากความแตกต่างเหล่านี้แล้ว ความแตกต่างเชิงพื้นที่ก็เป็นอีกมิติหนึ่งที่ทำให้ก่อและคงไว้ซึ่งความไม่เท่าเทียม เช่น ลักษณะแปรผันตรงของการพัฒนากับความเหลื่อมล้ำ โดยจังหวัดที่มีปริมาณผลิตภัณฑ์มวลรวมสูง (ซึ่งมักเป็นผลิตภัณฑ์ในภาคอุตสาหกรรม) และมีปริมาณอัตราการให้สินเชื่อของธนาคารพาณิชย์สูง มักมีอัตราการพัฒนาสูงตามไปด้วย อีกทั้ง การเติบโตทางเศรษฐกิจและการพัฒนาก็เกี่ยวโยงกับการได้รับการจัดสรรงบประมาณจากรัฐ อันเป็นการคงไว้ซึ่งความไม่เท่าเทียมในระหว่างแต่ละพื้นที่ด้วย<sup>124</sup>

การศึกษาของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร เสนอว่า การขจัดความเหลื่อมล้ำ (โดยเฉพาะที่เกิดขึ้นจากปัจจัยทางเศรษฐกิจ) อาจทำได้ด้วยการจัดทำนโยบายที่เป็นการสร้างโอกาสแก่ประชาชน (Equality of Opportunity) แทนที่จะเป็นการมุ่งจัดทำนโยบายที่เป็นการเพิ่มรายได้โดยตรง กล่าวคือ การสร้างเสริมศักยภาพด้านต่างๆ แก่ประชาชน โดยเสนอไว้ห้าประเด็น คือ การปฏิรูประบบภาษี การปฏิรูปที่ดิน การปฏิรูประบบ

<sup>124</sup> วัชรพล ว่องนิยมเกษตร, “การกำหนดนโยบายการพัฒนาเพื่อลดความเหลื่อมล้ำเชิงพื้นที่ของประเทศไทย,”

สวัสดิการ การปฏิรูประบบการศึกษา และการปฏิรูประบบการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่น<sup>125</sup> ในการศึกษาความเหลื่อมล้ำเชิงพื้นที่ วัชรพลได้เสนอให้มีการเพิ่มผลิตภัณฑ์มวลรวมในระดับจังหวัดของจังหวัดที่มีผลิตภัณฑ์มวลรวมต่ำโดยต้องคำนึงถึงปัจจัยเชิงพื้นที่ที่แตกต่างกันประกอบด้วย การใช้หลักการระบบการเงินระดับฐานราก (Microfinance) อันเป็นหลักการที่มุ่งสร้างโครงการให้ผู้มีรายได้น้อยสามารถเข้าถึงแหล่งทุนได้ เนื่องจากธนาคารพาณิชย์มักพิจารณาหลักประกันในการตัดสินใจว่าจะปล่อยสินเชื่อหรือไม่ ทั้งนี้ ประเทศไทยเคยมีโครงการในลักษณะนี้แล้ว แต่ต้องปรับปรุงในเรื่องการทำให้ผู้กู้สามารถชำระหนี้ได้ และการจัดสรรงบประมาณจากภาครัฐต้องคำนึงถึงความเหลื่อมล้ำเป็นสำคัญและพิจารณาจัดสรรงบประมาณให้จังหวัดที่มีความเหลื่อมล้ำสูงมากกว่าจังหวัดที่มีความเหลื่อมล้ำต่ำเพื่อวัตถุประสงค์ในการขจัดความเหลื่อมล้ำให้ได้

ในกรณีของการเข้าถึงบริการของรัฐ ในประเด็นหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า ก่อนการบัญญัติพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ในปี พ.ศ. 2545 ประเทศไทยมีระบบสุขภาพที่แตกต่างกันถึงสี่ระบบ และหากนับรวมระบบการทำประกันสุขภาพของภาคเอกชนก็จะเป็นห้าระบบ ซึ่งแต่ละระบบมีสิทธิประโยชน์แตกต่างกัน และกรณีนั้น ประชาชนจำนวนถึงประมาณร้อยละ 30 ก็ยังไม่มีสิทธิใดๆ ในการรับบริการทางสุขภาพ การใช้บังคับของ พ.ร.บ.หลักประกันสุขภาพแห่งชาติทำให้กลุ่มบุคคลเหล่านี้เข้าถึงบริการทางสุขภาพได้ ในประเด็นของการศึกษา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังคงกำหนดให้ประชาชนได้รับการศึกษาโดยไม่มีค่าใช้จ่ายในระยะเวลาเท่าเดิม คือ 12 ปี เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ แต่ได้เปลี่ยนกำหนดเวลาเริ่มต้น จากเดิมเริ่มต้นในชั้นประถมศึกษา (อายุประมาณ 7 ปี) ไปเป็นในชั้นอนุบาล (อายุประมาณ 4 ปี) ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่าการศึกษาขณะยังเป็นเด็กเล็กมีความสำคัญมากและเป็นหนึ่งในปัจจัยที่กำหนดสภาพชีวิตในอนาคตของประชาชน โดยประชาชนผู้มีรายได้น้อยหรือมีข้อจำกัดบางประการมักมีโอกาสน้อยอย่างจำกัดและทำให้มีแนวโน้มไม่สามารถแข่งขันได้เมื่อขึ้นไปสู่ระดับที่สูงขึ้นไป<sup>126</sup> นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญก็ได้เพิ่มเติมหน้าที่ของปวงชนชาวไทยให้ต้องรับการศึกษาภาคบังคับด้วย เพื่อที่จะได้เป็นหน้าที่ของบุคคลนั่นเองและหน้าที่ของบิดามารดาหรือผู้ปกครองในการจัดให้เด็กเข้ารับการศึกษา<sup>127</sup>

จากการทบทวนข้างต้น ในกรณีของระบบสุขภาพ แม้ในปัจจุบันจะยังคงมีระบบที่แตกต่างกันในเชิงสิทธิประโยชน์อยู่สามระบบ และแม้จะมีการวิพากษ์ว่าการลดความเหลื่อมล้ำในลักษณะนี้เป็นเพียงการทำให้ประชาชนผู้มีรายได้น้อยเข้าถึงบริการในระดับพื้นฐานได้ แต่ยังไม่ใช่บริการที่มีคุณภาพเท่ากับที่ผู้มีรายได้น้อยสูงมีความสามารถในการเข้าถึง<sup>128</sup> และในกรณีของการศึกษา แม้การปรับปรุงหลักการในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 อาจถูกวิพากษ์ได้ทั้งในประเด็นที่การศึกษาถูกปรับเปลี่ยนจากการเป็นสิทธิของประชาชนไปเป็นหน้าที่ของรัฐ หรือในประเด็นของการเปลี่ยนแปลงฐานคิดของกำหนดเวลาการเริ่มจัดการศึกษาโดยไม่มีค่าใช้จ่ายโดยรัฐ อย่างไรก็ตาม

<sup>125</sup> อติวิทย์ แสงสุวรรณ, “ความเหลื่อมล้ำ,” 4-6.

<sup>126</sup> มาตรา 50 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบประมวลร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562), 79-80.

<sup>127</sup> มาตรา 50 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560; เรื่องเดิม, 72-73.

<sup>128</sup> สมชัย จิตสุชน, “ความเหลื่อมล้ำ 2020 (1): เราสู้อะไร เราควรสู้อะไร,”.

อย่างน้อยที่สุด ลักษณะดังกล่าวก็แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญปัจจุบันอยู่แล้ว ผลสำเร็จของการขจัดความเหลื่อมล้ำจึงอยู่ที่การให้ความสำคัญและการออกแบบนโยบายหรือโครงการต่างๆ ในรายละเอียด

ด้วยเหตุนี้ ภายใต้วัตถุประสงค์ของการเสนอให้รัฐให้ความสำคัญแก่หลักการบางประการที่ยังไม่ให้ความสำคัญมากนัก ได้แก่ หลักการทางเพศสถานะและหลักความซื่อสัตย์ของปัจจัยต่างๆ ดังนั้น ปัจจัยที่กระทบทวนไปซึ่งมีความสำคัญในการก่อและคงไว้ซึ่งความไม่เท่าเทียมจึงอยู่นอกเหนือวัตถุประสงค์ และศักยภาพของงานวิจัยฉบับนี้ ทั้งนี้ งานวิจัยคาดหวังว่า การศึกษาในงานวิจัยฉบับนี้จะสามารถนำไปบูรณาการกับการศึกษาของงานวิจัยฉบับอื่นๆ ที่มุ่งสนใจไปที่ปัจจัยที่สำคัญ เช่น ปัจจัยทางเศรษฐกิจ ปัจจัยในการเข้าถึงบริการสาธารณะ หรือปัจจัยเชิงพื้นที่ เหล่านี้ได้ นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่ปัจจัยเหล่านี้มีความสำคัญ ปัจจัยเหล่านี้จึงเป็นส่วนหนึ่งที่น่าไปสู่ข้อเสนอแนะในบทที่ 5 ซึ่งว่าด้วยการปรับปรุงกลไกศาลรัฐธรรมนูญให้มุ่งคุ้มครองสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจมากขึ้น เพื่อปรับพื้นฐานสภาพความเป็นอยู่ของประชาชนให้อยู่ในลักษณะที่เท่าเทียมกันและสามารถใช้สิทธิเสรีภาพในด้านอื่นๆ อย่างบริบูรณ์ได้ต่อไป

### 3.3 การทบทวนลักษณะที่เพิกเฉยหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกลไกต่างๆ ในประเทศไทย

ในส่วนนี้ งานวิจัยทบทวนลักษณะที่แสดงให้เห็นว่าเพิกเฉยหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการดำเนินการต่างๆ ของกลไกในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เพื่อจะเสนอว่าหากนำไปประเด็นเกี่ยวกับเพศไปอยู่ในกระแสหลักของทุกส่วนของการดำเนินงาน การดำเนินการต่างๆ จะทำให้เกิดความเท่าเทียมที่แท้จริงได้ ตีขึ้น โดยแบ่งเป็นสามส่วนย่อย ได้แก่ ภาพรวมของกฎหมาย ลักษณะที่ปรากฏในการดำเนินการหรือในการวินิจฉัยของศาลหรือกลไกอื่นๆ และลักษณะที่ปรากฏในการดำเนินการเกี่ยวกับบุคลากรของรัฐ

#### 3.3.1 ภาพรวมของกฎหมาย

การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญเกี่ยวกับประเด็นว่าด้วยเพศในระดับรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นสองครั้ง ได้แก่ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาคระหว่างหญิงชายเป็นครั้งแรก และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่มีบทบัญญัติว่าด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติ รวมถึงบนฐานเพศ เป็นครั้งแรก

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้บัญญัติรับรองความเท่าเทียมระหว่างเพศ คือ ชายและหญิง เป็นครั้งแรก การรับรองดังกล่าวทำให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ กฎหมายครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ทำให้ชายและหญิงอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวทำให้เกิดประเด็นอภิปรายในระดับรัฐสภาเกี่ยวกับประเด็นทางเพศ โดยเฉพาะบทบาทระหว่างเพศของชายและหญิง อย่างกว้างขวาง ซึ่งแสดงให้เห็นถึงทัศนคติต่างๆ ไปของบุคคลและรัฐต่อประเด็นว่าด้วยเพศในสมัยนั้น<sup>129</sup>

<sup>129</sup> ดูเพิ่มเติมได้ใน ชลิตาภรณ์ ส่งสัมพันธ์, *เมื่อผู้หญิงคิดจะมีหมวด: การต่อสู้ “ความจริง” ของเรื่องเพศในสภาผู้แทนราษฎร*, (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2549), 146-147. ทั้งนี้ ในงานชิ้นเดียวกัน ชลิตาภรณ์ได้วิเคราะห์ว่าททรมในข้ออภิปรายว่าด้วยการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการค้าบริการทางเพศ คือ การบัญญัติพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติปราบปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 ด้วย

การรับรองหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก่อให้เกิดผลกว้างขวางยิ่งกว่านั้น เมื่อประกอบกับภูมิทัศน์ทางการเมืองที่เปิดกว้างขึ้นและ กระแสความเข้าใจในเรื่องเพศที่มีมากขึ้นในสังคม ส่งผลให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวกับความ เสมอภาคระหว่างเพศที่สำคัญหลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ได้แก่

กรณีของสิทธิในการใช้ชื่อ มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ใน พ.ศ. 2548<sup>130</sup> ส่งผลให้หญิงไม่ต้องเปลี่ยนชื่อสกุลตามสามีอีกต่อไปและฝ่ายหนึ่งจะใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายก็ได้<sup>131</sup> การบัญญัติพระราชบัญญัติค่านำนามหญิง พ.ศ. 2551 ทำให้หญิงไม่ต้องเปลี่ยนค่านำนามจาก “นางสาว” เป็น “นาง” เมื่อสมรสแล้ว ปราบปรามการแก้ไขกฎหมายนี้ นอกจากจะส่งผลในเชิงสิทธิเสรีภาพแล้ว ยัง เปลี่ยนแปลงกรอบคิดเกี่ยวกับบทบาทในครอบครัวอีกด้วย กล่าวคือ ผู้ชายไม่ได้รับการรับรองทางกฎหมายอย่าง เป็นทางการให้เป็นหัวหน้าครอบครัวอีกต่อไป

กรณีของความรุนแรงทางเพศ มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาใน พ.ศ. 2550<sup>132</sup> แต่เดิมการข่มขืนกระทำชำเราเป็นความผิดที่กระทำโดยชายต่อหญิงที่ไม่ใช่ภรรยาของตนเท่านั้น<sup>133</sup> การแก้ไข เพิ่มเติมกฎหมายครั้งนี้ทำให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในกรณีของการข่มขืนกระทำชำเราอยู่ในลักษณะเป็น กลางทางเพศ (Gender Neutrality) ซึ่งหมายความว่าทั้งชายและหญิงเป็นได้ทั้งผู้กระทำและผู้ถูกกระทำ อีกทั้ง นิยาม ของการกระทำชำเราก็ไม่ถูกจำกัดเพียงการที่อวัยวะเพศชายล่วงล้ำไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการ กระอื่นๆ เช่น การที่ผู้กระทำใช้อวัยวะอื่นหรือสิ่งอื่นใดกระทำต่ออวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นด้วย ทั้งนี้ แม้จะมี การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับเพศใน พ.ศ. 2562 ซึ่งทำให้รายละเอียดของความผิดฐาน ข่มขืนกระทำชำเราและกระทำอนาจารเปลี่ยนแปลงไป แต่กรอบคิดบนฐานความเป็นกลางทางเพศซึ่งมีได้มุ่งเน้น เฉพาะ “อวัยวะ” ที่กระทำความผิด แต่มุ่งเน้นไปที่ “โครงสร้างเชิงเพศสถานะที่เกี่ยวกับความรุนแรงทางเพศ” ก็ยังเป็นรากฐานสำคัญของความผิดเกี่ยวกับเพศ ยิ่งกว่านั้น กฎหมายยังตระหนักรู้การข่มขืนกระทำชำเราระหว่าง คู่สมรส (Marital Rape) ด้วย นอกจากนี้ การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) ที่ไม่เคยเป็นความผิดอาญา ก็ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาในส่วนของความผิดหลุโทษใน พ.ศ. 2558 โดยการแก้ไข เพิ่มเติมมาตรา 397 ว่าด้วยการกระทำที่เป็น “การรังแก ข่มเหง คุกคาม หรือกระทำให้ได้รับความอับอายหรือ เดือดร้อนรำคาญ” ให้วรรคสองเป็นข้อความ “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำในที่

<sup>130</sup> พระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548.

<sup>131</sup> เป็นผลมาจากการที่ภาคประชาชนร้องไปยังผู้ตรวจการแผ่นดินว่า มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ที่บัญญัติว่า “หญิงมีสามีให้ใช้ชื่อสกุลของสามี” ขัดหรือแย้งต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตาม รัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่ามาตราดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ลงวันที่ 5 มิถุนายน 2546.

<sup>132</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

<sup>133</sup> มาตรา 276 ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของ ตน . . .” แม้ถ้อยคำทางกฎหมายจะใช้คำว่า “ผู้ใด” กระทำความผิดต่อ “หญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน” แต่ “ผู้ใด” ก็ได้รับการตีความ ว่าหมายถึงชายเท่านั้น และการกระทำชำเราจึงหมายถึงเฉพาะการใช้อวัยวะเพศชายล่วงล้ำไปในอวัยวะเพศหญิงเท่านั้น ดู คำ พิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518.

สาธารณสุขสถานหรือต่อหน้าธารกำนัลหรือเป็นการกระทำอันมีลักษณะส่อไปในทางที่จะล่วงเกินทางเพศ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”<sup>134</sup>

กระแสความคิดว่าด้วยความเท่าเทียมทางเพศ ยังทำให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอีกหลายฉบับในหลายเนื้อหา เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว พ.ศ. 2550<sup>135</sup> ซึ่งกฎหมายเริ่มเข้าใจอำนาจเชิงเพศสถานะที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างผู้อยู่ร่วมกันในครอบครัว รวมถึงมีการปรับปรุงกฎหมายแรงงานให้อยู่ในลักษณะเป็นกลางทางเพศ<sup>136</sup> และมีการห้ามมิให้มีการล่วงละเมิดหรือการคุกคามทางเพศโดยอยู่ในลักษณะเป็นกลางทางเพศในกฎหมายเกี่ยวกับระเบียบข้าราชการพลเรือนด้วย<sup>137</sup>

ในบริบทของกฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์ทหาร แต่เดิมกระทรวงกลาโหมใช้เหตุผล “โรคจิตถาวร” มาเป็นฐานยกเว้นหน้าที่เข้ารับการเกณฑ์ทหารให้แก่บุคคลข้ามเพศจากชายเป็นหญิง จึงส่งผลให้เกิดการเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงเหตุแห่งการยกเว้นดังกล่าวและนำไปสู่การยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง กระทั่งในปี พ.ศ. 2555 กระทรวงกลาโหมจึงได้แก้ไขกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้อง โดยเปลี่ยนเหตุของการยกเว้นให้สอดคล้องกับบัญชีโรคขององค์การอนามัยโลก (World Health Organization: WHO) เป็น “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด (Gender Identity Disorder)”<sup>138</sup> อีกทั้ง ในทางปฏิบัติกระทรวงกลาโหมก็ได้ยึดถือเอาการแปลงเพศทางกายภาพเป็นสำคัญเท่านั้น แต่ยึดการตรวจทางจิตที่ดำเนินการโดยแพทย์เป็นสำคัญ

ใน พ.ศ. 2558 รัฐได้บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติทางเพศโดยเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 โดย “เพศ” ในพระราชบัญญัตินี้ นอกจากเพศชายและหญิงแล้ว ยังรวมถึงการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด (หมายถึง เพศสถานะ - Gender) ด้วย<sup>139</sup> และการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมที่ห้ามมิให้กระทำ ใช้บังคับกับ “นโยบาย กฎ ระเบียบ ประกาศ มาตรการ โครงการ หรือวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐ องค์กรเอกชน หรือบุคคลใด”<sup>140</sup>

นอกจากนี้ ในทศวรรษ พ.ศ. 2550 ต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2563) มีความพยายามในการบัญญัติหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอีกหลายฉบับในหลายเนื้อหา เช่น กฎหมายว่าด้วยการเป็นคู่ชีวิตหรือการสมรสของบุคคลเพศสรีระเดียวกัน

<sup>134</sup> มาตรา 397 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558.

<sup>135</sup> ต่อมาถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาและคุ้มครองสถาบันครอบครัว พ.ศ. 2562.

<sup>136</sup> มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551. โดยแต่เดิมกำหนดให้ห้ามกระทำการล่วงเกินทางเพศเฉพาะลูกจ้างที่เป็นหญิงและเด็ก

<sup>137</sup> มาตรา 84 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และกฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553.

<sup>138</sup> กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497.

<sup>139</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.

<sup>140</sup> มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.

ตามที่กล่าวไป ลักษณะในเชิงทางการของกฎหมายถูกปรับปรุงให้สอดคล้องกับหลักการว่าด้วยเพศ เพศสถานะ และเพศวิถียิ่งขึ้น ซึ่งเป็นแนวโน้มในทางบวก อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในเชิงเนื้อหา รวมถึง กระบวนการต่างๆ กรอบคิดในเรื่องเพศมักจะถูกนำมาใช้ในลักษณะ “ความเสมอภาค (Equality)” หรือในมุมมอง สตรีนิยม อาจเรียกว่า “รูปแบบทำให้เหมือนกัน (Assimilation Model)” หรือ “สตรีนิยมแนวเสรีนิยม (Liberal Feminism)”<sup>141</sup> และในแง่ของความหลากหลายทางเพศ แม้กฎหมายไทยจะไม่ห้ามการแสดงออกทางเพศ ที่นอกเหนือไปจากหญิงและชาย แต่กฎหมายไทยก็มิได้ยอมรับเพศเหล่านี้อย่างเป็นทางการ จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายไทยอยู่ในลักษณะ “ทนได้แต่ยอมรับไม่ได้” ในประเด็นนี้<sup>142</sup> ลักษณะเหล่านี้ พอเห็นได้จากปรากฏการณ์ ทางกฎหมาย ดังนี้

ในแง่ของรัฐธรรมนูญ นับแต่รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญทุกฉบับได้ บัญญัติหลักการไม่เลือกปฏิบัติไว้ และเพศก็เป็นหนึ่งในฐานของการเลือกปฏิบัติที่รัฐไม่อาจกระทำได้ อย่างไรก็ตาม คำว่า “เพศ” นั้นไม่เคยถูกขยายความในระดับทางการด้วยถ้อยคำที่กว้างกว่า “เพศ” ซึ่งมีนัยยะสื่อเฉพาะเพศทาง สรีระโดยกำเนิด (ได้แก่หญิงและชาย) เท่านั้น เมื่อพิจารณากระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญ พบว่า มีการต่อรอง เพื่อที่จะขยายถ้อยคำของคำว่า “เพศ” ในรัฐธรรมนูญให้กว้างกว่าเพศสรีระใน กระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 อย่างไรก็ตาม สภาร่างรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วย โดยเห็นว่าคำว่า “เพศ” ครอบคลุมทุกความหมาย แล้ว จึงให้คงเฉพาะคำว่า “เพศ” ไว้ ด้วยเหตุนี้ คำว่า “เพศ” ที่มีความหมายกว้างกว่าความหมายทั่วไป จึงปรากฏ เฉพาะในเจตนารมณ์ประกอบการยกร่างรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ปรากฏในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในระดับทางการ ดังนี้

ความแตกต่างเรื่อง “เพศ” นอกจากหมายถึงความแตกต่างระหว่างชายหรือหญิงแล้ว ยังหมายรวมถึงความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) หรือเพศสภาพ (Gender) หรือความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) แตกต่างจากเพศที่ผู้นั้นถือกำเนิดอยู่ด้วย จึงไม่ได้บัญญัติคำดังกล่าวข้างต้นไว้ใน มาตรา 30 เนื่องจากคำว่า “เพศ” ได้ หมายรวมถึงคำดังกล่าวอยู่แล้ว และ จะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลนั้นๆ<sup>143</sup>

นอกจากนี้ แม้ว่าใน พ.ศ. 2558 จะมีการตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ตามที่กล่าวไป แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ถูกวิพากษ์ในหลายประเด็น ประเด็นที่สำคัญที่สุด คือ กรณีช้อยกเว้นที่ จะถือว่าไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมบนฐานเพศ การไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่ง ความแตกต่างระหว่างเพศได้รับการยกเว้นไว้ ด้วยเหตุต่างๆ ได้แก่ “การจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัย หรือการปฏิบัติตาม หลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ” ทั้งนี้ ในประเด็นการจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคล

<sup>141</sup> Vanessa Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, (Oxford: Hart Publishing, 2007).

<sup>142</sup> วราภรณ์ แซ่มสนิท, *วิธีคิดเรื่องเพศวิถีของรัฐไทย*, (กรุงเทพฯ: มูลนิธิสร้างความเข้าใจเรื่องสุขภาพผู้หญิง (สคส.), 2551).

<sup>143</sup> เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, 22-23.

สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ซึ่งอาจเรียกว่า “การเลือกปฏิบัติเชิงบวก (Positive Discrimination)” หรือ “มาตรการชั่วคราวเพื่อส่งเสริมสิทธิเสรีภาพ (Affirmative Action)” ได้รับการบัญญัติไว้ในหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมในรัฐธรรมนูญ (ทั้งฉบับ พ.ศ. 2550 ที่เป็นฐานการตราพระราชบัญญัติดังกล่าว และฉบับ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน) และการคุ้มครองสวัสดิภาพและความปลอดภัยของประชาชนก็เป็นหน้าที่ของรัฐ แต่กรณี “การปฏิบัติตามหลักการทางศาสนา หรือเพื่อความมั่นคงของประเทศ” มีแนวโน้มจะขัดต่อหลักการเกี่ยวกับเพศ เนื่องจากข้อยกเว้นเหล่านี้ไม่มีความชัดเจนและตีความได้อย่างกว้างขวาง รวมถึงข้อยกเว้นเหล่านี้มักเป็นเหตุให้เกิดการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศด้วย<sup>144</sup>

ในกรณีของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ ใน พ.ศ. 2562 มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในส่วนของความผิดเกี่ยวกับเพศอีกครั้ง โดยครั้งนี้เป็นการแก้ไขปัญหาความคลุมเครือของถ้อยคำและการจัดระบบของความผิดเกี่ยวกับเพศ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของคำนิยามของการกระทำชำเรา ในการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ พ.ศ. 2550 การกระทำชำเราถูกนิยามว่า “การใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”<sup>145</sup> จุดที่คลุมเครือในมุมมองทางกฎหมายอาญา คือ อวัยวะต่างๆ ที่ระบุและถ้อยคำ “การกระทำกับ” ซึ่งทำให้การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำหรือการสอดใส่ ดังนั้น หากตีความตามถ้อยคำดังกล่าว การใช้อวัยวะเพศหญิงสัมผัสอวัยวะเพศหญิงหรือทวารหนักของผู้อื่นก็อยู่ในนิยามของคำว่าการกระทำชำเราและอาจส่งผลให้ผู้กระทำมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้ ลักษณะแบบนี้ทำให้เกิดปัญหาว่าด้วยการพิจารณาการข่มขืนกระทำชำเราที่เป็นความผิดสำเร็จ การพยายามข่มขืนกระทำชำเรา และการกระทำอนาจาร<sup>146</sup> ในกรณีนี้ ต่อมา ศาลได้มีคำพิพากษาเป็นแนวทางว่าการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2550 เป็นเพียงการเพิ่มอวัยวะในการกระทำ-การถูกกระทำเท่านั้น โดยมีได้เปลี่ยนแปลงลักษณะของการกระทำ การกระทำทางเพศที่จะเป็นการกระทำชำเราจึงหมายถึงเฉพาะการล่วงล้ำโดยอวัยวะเพศชาย (ไปสู่อวัยวะเพศหญิง หรือทวารหนัก-ช่องปากของบุคคลเพศใดก็ได้) เท่านั้น<sup>147</sup>

<sup>144</sup> United Nations Development Programme and Ministry of Social Development and Human Security of Thailand, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, (Bangkok, United Nations Development Programme Thailand, 2018), 29.

<sup>145</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

<sup>146</sup> รณกรณ์ บุญมี, “พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ปี 2553,” ใน *ครอบครัว งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ รวมข้อเขียนที่ระลึกในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ*, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556).

<sup>147</sup> ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555 และ 5448/2557. การตีความทางวิชาการบางความเห็น รวมถึงการที่หญิงบังคับให้ขายนอวัยวะเพศล่วงล้ำไปในอวัยวะเพศของตนด้วย ทั้งนี้ เกียรติขจรเขียนคำอธิบายในบริบทของกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมใน พ.ศ. 2562 อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการแก้ไขครั้งดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาหลังมีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ พ.ศ. 2550 จึงพอจะสรุปได้ว่าเกียรติขจรมีความเห็นในลักษณะนี้ทั้งต่อการแก้ไขเพิ่มเติมใน พ.ศ. 2550 และพ.ศ. 2562. ดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพฯ: กรุงเทพฯ พิมพ์, 2557).

การแก้ไขเพิ่มเติมใน พ.ศ. 2562 จึงกำหนดนิยามเสียใหม่ให้การกระทำชำเราหมายถึงเฉพาะ “การใช้วัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”<sup>148</sup> โดยนอกจากจะทำให้ชัดเจนแล้ว ยังเป็นการทำให้ความหมายของการกระทำชำเรา “สอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ” ด้วย<sup>149</sup> ในกรณีของการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศด้วยการใช้อวัยวะอื่นที่มีใช้อวัยวะเพศหรือวัตถุอื่นๆ การแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2550 บัญญัติให้เป็นการกระทำชำเรา<sup>150</sup> ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมใน พ.ศ. 2562 บัญญัติให้เป็นการกระทำอนาจารที่มีเหตุฉกรรจ์ซึ่งมีโทษเทียบเท่ากับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา<sup>151</sup> เป็นต้น

ทั้งนี้ อาจกล่าวได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวสามารถจัดความคลุมเครือในทางกฎหมายอาญาออกไปได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในมุมมองทางเพศและพิจารณากระบวนการร่างกฎหมายจากเอกสารที่เกี่ยวข้อง งานวิจัยพบว่า การอภิปรายยังขาดการวิเคราะห์เชิงลึกในทางกฎหมายอาญาและเชิงเพศสถานะบางประเด็น<sup>152</sup> อาทิ ในการจัดระบบความผิดเกี่ยวกับเพศ สมควรมีการอภิปรายอย่างลึกซึ้งเกี่ยวกับ “ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครอง/คุณธรรมทางกฎหมาย (Legal Interest)” ของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและการกระทำอนาจาร ซึ่งจะจัดระบบได้ แต่ในเอกสารประกอบการพิจารณากลับไม่ปรากฏการอภิปรายเช่นว่า เอกสารประกอบการพิจารณาทบทวนแนวทางของกฎหมายต่างประเทศสามประเทศ (เยอรมนี ฝรั่งเศส และอังกฤษ) แต่ไม่ระบุว่าควรเดินตามแนวทางของประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษด้วยเหตุผลใด เอกสารประกอบการพิจารณาเน้นย้ำ “ความเป็นธรรมชาติ” ของการกระทำชำเราที่จำเป็นต้องมีการล่วงล้ำตลอดทั้งเอกสาร แต่ก็ไม่ระบุว่าความเป็นธรรมชาติเป็นอย่างไร โดยเสนอเพียงว่าการกระทำชำเราควรสอดคล้องกับความหมายตามธรรมชาติและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเท่านั้น เป็นต้น ทั้งนี้ การขาดหายไปของการอภิปรายอย่างลุ่มลึกแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงการขาดไปซึ่งทัศนคติเกี่ยวกับเพศและการขาดการประกันว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่างๆ จะสอดคล้องกับหลักการทางเพศสถานะที่พัฒนาไปตามเวลาและความเข้าใจที่เปลี่ยนแปลงไป

ในกรณีของการคุกคามทางเพศ แม้จะมีการบัญญัติความผิดว่าด้วยการคุกคามทางเพศไว้เมื่อ พ.ศ. 2558 แต่ก็ถูกวิพากษ์ว่ามีการบัญญัติไว้ไม่ชัดเจนนัก อีกทั้งยังมีข้อวิพากษ์ต่อคำพิพากษาที่วินิจฉัยไปในแนวทางที่นำการคุกคามทางเพศกับการกระทำอนาจารมารวมกันจนขยายความหมายของการกระทำอนาจารออกไปเกินตัวบทด้วย<sup>153</sup>

<sup>148</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

<sup>149</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

<sup>150</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

<sup>151</sup> มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

<sup>152</sup> ดู บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ) จัดทำโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เอกสารแนบท้ายหนังสือนายกรัฐมนตรีที่ นร 0503/42994 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ) ถึงประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2561.

<sup>153</sup> เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558 (กรณีการพิพากษาว่าการใช้กล้องแอบถ่ายได้กระปองโดยไม่สัมผัสเนื้อตัวร่างกายเป็นการกระทำอนาจาร). ดูเพิ่มเติมใน วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, “ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ,” *วารสารนิติศาสตร์* 48, ฉ.1, (มีนาคม 2562).

ในประเด็นการเกณฑ์ทหาร แม้ว่าหลายความเห็น จะมองว่า “Gender Identity Disorder” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ใช้ในบัญชีโรคของ WHO เป็นคำที่ยังคงตีตราบุคคลข้ามเพศ เนื่องจากยังแสดงให้เห็นถึงการเป็นโรคชนิดหนึ่ง แต่ท้ายที่สุดแล้ว กระทรวงกลาโหมก็เลือกใช้คำในภาษาไทยและภาษาอังกฤษที่แตกต่างกัน อย่าง “Gender Identity Disorder” ในภาษาอังกฤษ ซึ่งควรแปลตรงตัวได้ว่า “โรคอัตลักษณ์ทางเพศสถานะ” และใช้คำว่า “ภาวะเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิด” ในภาษาไทย ปรากฏการณ์นี้จึงแสดงให้เห็นถึงการตัดสินใจของภาครัฐในเรื่องเพศที่มีได้ยึดหลักการเกี่ยวกับเพศสถานะเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ แต่ยังคงยึดวาทกรรมทางการแพทย์ (Medical Discourse) เป็นอย่างมากด้วย<sup>154</sup>

นอกจากนี้ ในแง่การตระหนักรู้เพศที่มากกว่าชายหรือหญิงในเชิงบวก (การเปลี่ยนเพศ) นั้น รัฐไทยก็ไม่มีกฎหมายออกมาแต่อย่างใด แม้ว่าจะเคยมีร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการยอมรับเพศเมื่อต้นทศวรรษ พ.ศ. 2550 แต่ก็มีกรณียกเลิกและข้อเสนอตกไป ด้วยเหตุผลต่างๆ ที่ไม่สอดคล้องกับความเข้าใจเชิงเพศสถานะ อาทิ การทำให้ไม่ทราบว่าเป็นฝ่ายเป็นเพศใดและทำให้สำคัญผิดว่าเป็นเพศที่ตนประสงค์จะมีความสัมพันธ์ทางครอบครัวด้วย การทำให้เกิดผลเสียต่อสถาบันครอบครัว ความเป็นไปได้ที่ผู้กระทำความผิดจะหลบหนีการดำเนินการทางกฎหมายด้วยการเปลี่ยนเพศ เป็นต้น ความเห็นต่างๆ เหล่านี้สะท้อนให้เห็นอย่างชัดเจนถึงวิธีการคิดในระบบสองเพศคือชายกับหญิง<sup>155</sup> ต่อมา ใน พ.ศ. 2560 มีการเผยแพร่ร่างพระราชบัญญัติการรับรองเพศ พ.ศ. .... ของกรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ อย่างไรก็ตามเป็นทางการ โดยมีข้อห่วงกังวลจากภาคประชาสังคมต่อกรณีนี้ร่างกฎหมายยังคงบัญญัติหลักเกณฑ์การรับรองเพศไว้อย่างจำกัด เช่น ต้องมีการผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศก่อน รวมถึงเรียกร้องให้กลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายมากขึ้น ต่อมาการศึกษาและการดำเนินการเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติจึงถูกพักไว้ก่อน<sup>156</sup>

อีกทั้ง ในกรณีของกฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล (ไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือทะเบียนสมรส) กระบวนการตรากฎหมายเหล่านี้เป็นไปอย่างเชื่องช้าและกินเวลายาวนานโดยย้อนไปได้ตั้งแต่ พ.ศ. 2556 และเนื้อหาของร่างกฎหมายแต่ละร่างก็แตกต่างกัน โดยร่างที่ดำเนินการโดยรัฐมักจำกัดอยู่ในกรอบคิดแบบทวิเพศ ยกตัวอย่างเช่น การที่ร่างกฎหมายที่เป็นทางการทั้งหมดอยู่ในลักษณะของการจดทะเบียนสองระบบ คือ ระบบทะเบียนสมรส (คู่ต่างเพศ) และระบบทะเบียนคู่ชีวิต (คู่เพศเดียวกัน) โดยแม้แต่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งเป็นร่างที่จัดทำโดยรัฐที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นครั้งที่ 3 เปิดให้ประชาชนแสดงความคิดเห็นโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในเดือนมกราคม พ.ศ. 2562 (“ร่างที่ 3”) และโดยกระทรวงยุติธรรมในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2562 และต่อมาถูกนำไปปรับปรุงและได้รับความเห็นชอบโดยคณะรัฐมนตรีให้เสนอต่อรัฐสภาเมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2563 (“ร่างที่ 4”) ก็อยู่ในลักษณะดังกล่าว การที่ร่างที่ 1 เมื่อ พ.ศ. 2556

<sup>154</sup> บางความเห็นมองว่าเป็นการแปลความที่ทันสมัยและก้าวหน้ากว่าองค์การอนามัยโลก. ดู อารยา สุขสม, “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย,” (คดียุติพันธ์ปรัชญาคุณวิวัฒน์, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559) 419.

<sup>155</sup> วราภรณ์ แซ่มสนิท, *วิธีคิดเรื่องเพศวิถีของรัฐไทย*.

<sup>156</sup> United Nations Development Programme and Ministry of Social Development and Human Security of Thailand, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 32.

ที่เสนอโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (“ร่างที่ 1”) และร่างที่ 3 ไม่รับรองสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมแก่ผู้ที่ยึดทะเบียนคู่วิวิต<sup>157</sup> การที่ร่างที่ 3 กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยครอบครัวและมรดกในบรรพ 5 และบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการรับรองสิทธิส่วนใหญ่ของผู้ที่อยู่ในความสัมพันธ์แบบคู่วิวิตโดยอนุโลม ซึ่งถูกวิพากษ์ว่ามีความเสี่ยงที่จะเปิดช่องให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นไปในเชิงสนับสนุนสิทธิของคู่เพศเดียวกันเท่าที่ควร เนื่องจากการใช้โดยอนุโลมหมายถึงการนำมาปรับใช้เท่าที่จะพอใช้ได้<sup>158</sup> ส่วนร่างกฎหมายที่เสนอโดยภาคประชาชนมักอยู่ในลักษณะที่สนับสนุนสิทธิเสรีภาพและเข้าใจกรอบคิดว่าด้วยเพศมากกว่า เช่น ร่างที่เสนอในปี พ.ศ. 2556 ที่เสนอโดยภาคประชาชนที่รับรองสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของคู่วิวิตเพศเดียวกัน และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของพรรคก้าวไกลที่ร่วมมือกับภาคประชาสังคมที่เสนอในเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2563 ที่มุ่งทำให้การรับรองความสัมพันธ์ของทุกเพศมาอยู่ในระบบเพศเดียวคือการจดทะเบียนสมรส<sup>159</sup>

### 3.3.2 ลักษณะที่ปรากฏในการดำเนินการหรือในคำพิพากษา

งานวิจัยนำเสนอตัวอย่างเนื้อหาของการดำเนินการหรือการวินิจฉัยที่แสดงให้เห็นถึงการขาดไปซึ่งหลักการเกี่ยวกับเพศและมิแนวนำไปสู่ความเท่าเทียมที่ไม่สมบูรณ์ ดังนี้

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2546 ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2546 เกี่ยวกับปัญหาว่าด้วยการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ที่บัญญัติว่า “หญิงซึ่งเป็นคนต่างด้าวและได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทย ถ้าประสงค์จะได้สัญชาติไทย ให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง” โดยไม่ได้กำหนดวิธีการเดียวกันสำหรับชายต่างด้าวที่สมรสกับผู้มีสัญชาติไทย<sup>160</sup> ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย (9 ต่อ 4 เสียง) ว่ามาตราดังกล่าวไม่มีปัญหาว่าด้วยความชอบของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้เรียกกระทรวงมหาดไทยมาให้ข้อมูลเกี่ยวกับบทบัญญัติดังกล่าว และกระทรวงการต่างประเทศมาให้ข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายและแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ ศาลจึงได้มีคำวินิจฉัยตามแนวทางของข้อมูลประกอบ คือ (1) การพิจารณาให้หรือไม่ให้สัญชาติด้วยแนวทางใดเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นๆ และรัฐอื่นจะแทรกแซงไม่ได้ หากแนวทางที่รัฐนั้นยึดถือไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ (2) เมื่อไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศห้ามการดำเนินการตามแนวทางตามมาตรา 9 กฎเกณฑ์ที่รัฐไทยกำหนดจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (3) พ.ร.บ.ว่าด้วยสัญชาติ มีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองความมั่นคงของชาติ จึงตราขึ้นในลักษณะดังกล่าว และ (4) ชายต่างด้าวก็สามารถได้สัญชาติเช่นกันด้วยวิธีการทั่วไป เช่น การแปลงสัญชาติ ตามมาตรา 10 ตลอดคำวินิจฉัยจำนวน 10 หน้า ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวถึงหลักความเท่าเทียมระหว่างเพศเพียงในเชิงหลักการ

<sup>157</sup> ต่อมา เมื่อร่างที่ 3 ถูกนำไปปรับปรุงเป็นร่างที่ 4 หลังจากรับฟังความคิดเห็นจากประชาชน ก็เพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมไป. ดู Thaipublica, “กรม.เสนอ ร่าง พ.ร.บ.คู่วิวิตต่อสภา ครั้งแรกของไทยมีกรม.รองรับคู่สมรสเพศเดียวกัน,” Thaipublica, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2563, <https://thaipublica.org/2020/07/lgbtq-law/>.

<sup>158</sup> ดู ประชาไท, “ร่าง พ.ร.บ.คู่วิวิต ฉบับกรมคุ้มครองสิทธิ เมื่อรักเรา (ศักดิ์ศรี) ไม่เท่ากัน,” ประชาไท, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2563, <https://prachatai.com/journal/2017/06/71823>.

<sup>159</sup> iLaw, “Pride Month: สํารวจ ร่าง พ.ร.บ.คู่วิวิต-กฎหมายแพ่งว่าด้วยการสมรส,” iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2563, <https://ilaw.or.th/node/5695>.

<sup>160</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2546 ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2546.

กว้างๆ โดยไม่ลงลึกในรายละเอียดเกี่ยวกับนโยบายของรัฐ ซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศอย่างชัดเจน โดยในคำวินิจฉัยเน้นย้ำเรื่องอำนาจอธิปไตยและเจตนารมณ์เกี่ยวกับความมั่นคง แต่ไม่ได้วินิจฉัยว่าเหตุผลและเจตนารมณ์ดังกล่าวเกี่ยวข้องกับเพศอย่างไร<sup>161</sup>

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563<sup>162</sup> เกี่ยวกับปัญหาว่าด้วยการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของความผิดเกี่ยวกับการแต่งลูกตามประมวลกฎหมายอาญา (มาตรา 301 ฐานหญิงทำให้ตนเองแต่งลูก มาตรา 302 ฐานทำให้หญิงแต่งลูกโดยหญิงยินยอม และมาตรา 305 อำนาจกระทำให้ในความผิดฐานหญิงทำให้ตนเองแต่งลูกหรือทำให้หญิงแต่งลูกโดยหญิงยินยอม) มีประเด็นในเชิงเนื้อหาว่า (1) มาตรา 301 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (ฉบับ พ.ศ. 2560) มาตรา 27 (หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม) และมาตรา 28 (สิทธิในชีวิตและร่างกาย) หรือไม่ (2) มาตรา 305 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และมาตรา 77 (รัฐควรยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์) หรือไม่ และ (3) ไม่ว่าจะมีการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ สมควรมีการปรับปรุงกฎหมายหรือไม่ อย่างไร<sup>163</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้มาตรา 301 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 28 (สิทธิในชีวิตและร่างกาย) แต่มาตรา 305 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะมาตราใด

ประเด็นที่สมควรวิเคราะห์จากมุมมองเพศสถานะ คือประเด็นเกี่ยวกับการพิจารณาวินิจฉัยการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของมาตรา 301 ในกรณีของการขัดหรือแย้งต่อมาตรา 28 (สิทธิในชีวิตและร่างกาย) ศาลพิจารณาโดยการกล่าวถึงเจตนารมณ์และคุณธรรมทางกฎหมายของมาตรา 301 ได้แก่ การคุ้มครองคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่กำลังจะเกิดมา และนำสิทธิในชีวิตและร่างกายตนเองของมารดาและทารกในครรภ์มารดา มาเปรียบเทียบกันโดยการใช้เวลาเป็นตัวเปรียบเทียบ คือ สิทธิเหนือร่างกายตนเองของหญิงเป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อนสิทธิในชีวิตของทารกในครรภ์มารดา<sup>164</sup> นอกจากนี้ หญิงยังมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองในเรื่องการตั้งครรภ์ด้วย ศาลจึงมีความเห็นว่าการสร้างความสมดุลใน “การแข่งขัน” ของสิทธิดังกล่าวอาจใช้ระยะเวลาการตั้งครรภ์เป็นข้อพิจารณา การจำกัดสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์ตามมาตรา 301 จึงเป็นการจำกัดที่เกินความจำเป็นและไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน<sup>165</sup> ในกรณีของประเด็นว่าด้วยการขัดหรือแย้งต่อมาตรา 27 (หลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม) ที่ผู้ร้องรื้อว่า การกำหนดความผิดเฉพาะแก่หญิงที่ตั้งครรภ์โดยไม่กำหนดความผิดแก่ชายที่อาจเป็นต้นเหตุทำให้เกิดการยุติการตั้งครรภ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลวินิจฉัยว่าหลักความ

<sup>161</sup> ต่อมา ได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมการได้สัญชาติของคู่สมรสต่างด้าวที่เป็นชายของบุคคลสัญชาติไทย โดยเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 11 ให้มีข้อยกเว้นเพิ่มเติมมาอีก 1 ข้อ ให้สามีของบุคคลสัญชาติไทยสามารถแปลงสัญชาติ (ตามมาตรา 10) ได้ ภายใต้ง่อนไขที่น้อยกว่าการแปลงสัญชาติในกรณีทั่วไป. ดู มาตรา 9 และหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551.

<sup>162</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563.

<sup>163</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 หน้า 4.

<sup>164</sup> อันที่จริง ประเด็นว่าทารกในครรภ์มารดาซึ่งยังไม่เป็นมนุษย์มีสิทธิหรือไม่ก็เป็นประเด็นที่สมควรเป็นข้ออภิปราย แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงแต่อย่างใด

<sup>165</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 หน้า 5-6.

เสมอภาคความอยู่บนหลักการที่ว่าต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันด้วยวิธีการเดียวกันและปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันด้วยวิธีการที่แตกต่างกัน ดังนั้น เมื่อโดยธรรมชาติแล้ว หญิงเป็นผู้ที่สามารถตั้งครมได้ ในขณะที่ชายไม่สามารถทำได้ การกำหนดให้ชายมีความผิดด้วยก็จะเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันด้วยวิธีการเดียวกัน ซึ่งเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาค<sup>166</sup> ดังนั้น มาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญ

ในประเด็นการขัดหรือแย้งต่อมาตรา 28 (สิทธิในชีวิตและร่างกาย) ศาลมุ่งใช้กรอบคิดว่าด้วยสิทธิอย่างเคร่งครัด โดยพิจารณาบนฐานลักษณะของสิทธิที่เป็นการแข่งขันกัน (Competing Feature of Rights) (ซึ่งกรอบคิดสตรีนิยมวิพากษ์ว่าเป็นหนึ่งในวิธีการคิดแบบสิทธิในเชิงเสรีนิยมที่ไม่สอดคล้องกับการคิดแบบสตรีนิยม)<sup>167</sup> โดยให้คุณค่าแก่สิทธิของหญิงเหนือเนื้อตัวร่างกายตนเองมากกว่าสิทธิของทารกในครรภ์มารดา เนื่องจากเป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อน รวมถึงขัดต่อสิทธิในร่างกายในเนื้อหาว่าด้วยการกำหนดเจตจำนงของตนเอง ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า ศาลจำกัดตนอยู่บนหลักการในเชิงเสรีนิยมโดยไม่ก้าวเข้าไปพิจารณาเนื้อหาเชิงเพศสถานะปรากฏการณ์นี้อาจทำความเข้าใจได้มากขึ้นเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับคดีสำคัญ (Landmark Case) *Roe v Wade* (1973)<sup>168</sup> ของสหรัฐอเมริกาที่มีคำพิพากษาไปแล้วเป็นระยะเวลาเกือบห้าทศวรรษ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (US Supreme Court) เห็นว่าการยุติการตั้งครมเป็นสิทธิในการตัดสินใจในเรื่องส่วนตัวของผู้หญิง อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักเสรีภาพส่วนบุคคล (Personal Liberty) แต่รัฐก็มีประโยชน์บางประการที่ทำให้ต้องเข้ามาจำกัดการใช้สิทธิ ได้แก่ เพื่อประโยชน์ของผู้หญิงเอง (ในช่วงแรกของการตั้งครมรัฐจะไม่เข้าไปแทรกแซงกระบวนการตัดสินใจของผู้หญิงและแพทย์ เว้นแต่จะเป็นเหตุที่ผู้หญิงน่าจะได้รับผลกระทบทางสุขภาพอย่างร้ายแรง) และเพื่อประโยชน์ของชีวิตในครรภ์ (รัฐกำหนดระยะเวลาที่อาจยุติการตั้งครมได้ โดยให้ช่วงเวลาสุดท้ายคือจุดเวลาที่ทารกอาจมีชีวิตรอดได้นอกครรภ์มารดา) โดยแม้จะมีข้อวิพากษ์เรื่องการก้าวเข้าไปพิจารณาประเด็นที่เป็นการเมือง แต่ก็มีกรณียกย่องอย่างลุ่มลึกมากกว่า

ในประเด็นการขัดหรือแย้งต่อมาตรา 27 (หลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม) ศาลใช้หลักความเสมอภาคเพื่อพิจารณาว่าไปในทำนองที่ว่า ความผิดตามมาตรา 301 ฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกสมควรบัญญัติให้ชายมีความผิดด้วยหรือไม่ การวินิจฉัยตามประเด็นที่กำหนดในแนวทางนี้ อาจกล่าวได้ว่า เป็นการวินิจฉัยที่ถูกต้อง เนื่องจากหากกำหนดให้ชายมีความผิดด้วยก็มีความเสี่ยงที่จะเป็น การเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่น่าสนใจ คือ ประเด็นที่ผู้ร้องตั้งมานั้นสามารถตีความไปอีกทางหนึ่งได้ คือ การดำรงอยู่ของบทบัญญัติมาตรา 301 โดยไม่มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันต่อชาย (ซึ่งในหลายกรณีอาจเป็นต้นเหตุที่ทำให้เกิดการตั้งครมที่ไม่พึงประสงค์) เป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาค

<sup>166</sup> กฎหมายไทยและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไร แต่พอจะสรุปได้ว่า คือ การเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Discrimination) ซึ่งหมายถึงการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันด้วยวิธีการเดียวกันโดยไม่สามารถให้เหตุผลสำหรับการปฏิบัติด้วยวิธีการเดียวกันได้

<sup>167</sup> Carol Smart, *Feminism and the Power of Law*, (London: Routledge, 1989),: 145; Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 76-77.

<sup>168</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

หรือไม่ และหากศาลวินิจฉัยว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค ฝ่ายนิติบัญญัติก็สมควรพิจารณายกเลิกความผิดตามมาตรา 301 และเมื่อมาตรา 301 ขัดต่อหลักความเสมอภาค ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีทางเลือกกว่าจะบัญญัติเพิ่มฐานความผิดแก่ชายหรือยกเลิกบทบัญญัตินี้เสีย อย่างไรก็ตาม เมื่อบทบัญญัติมาตรา 301 ขัดหรือแย้งต่อสิทธิในร่างกาย (ซึ่งศาลวินิจฉัยเป็นไปในส่วนแรก) ฝ่ายนิติบัญญัติจึงสมควรยกเลิกบทบัญญัติมาตรานี้เสีย

โดยทั่วไป คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) ค่อนข้างมีมุมมองเกี่ยวกับเพศสถานะที่เปิดกว้างและได้ปฏิบัติงานไปในทางส่งเสริมสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับเพศพอสมควร<sup>169</sup> อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่มีประเด็นที่เปิดช่องให้ชี้มุมมองเกี่ยวกับเพศตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนเพื่อให้ผลการตรวจสอบมีความลุ่มลึกมากขึ้นได้ แต่มุมมองเหล่านี้ก็ไม่ถูกนำไปใช้ เช่น ในรายงานผลการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 545/2557 เกี่ยวกับการร้องเรียนจากภาคประชาสังคมกรณีกลุ่มชายซึ่งไม่ได้แต่งกายเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่เรียกตรวจค้นร่างกายของประชาชนเพศชาย พร้อมให้ตรวจปัสสาวะในที่โล่งแจ้ง บริเวณโคนต้นไม้ในตลาดชนสงฆ์<sup>170</sup> กสม. ได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้ว พบว่า เจ้าหน้าที่ได้กระทำตามกระบวนการค้นที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พร้อมแสดงบัตรประจำตัวเจ้าหน้าที่แล้ว และโดยหลักให้ทำการตรวจปัสสาวะในห้องน้ำ แต่มีผู้ถูกตรวจค้นจำนวนหนึ่งประสงค์จะปัสสาวะในที่โล่งแจ้ง ทั้งนี้ กสม. ให้คำแนะนำว่า การตรวจในกรณีช้อยกเว้นนี้จะต้องกระทำห่างจากประชาชนคนอื่นพอสมควร เนื่องจากเป็นภาพที่ไม่เหมาะสมและมีประเด็นเกี่ยวกับความสะอาด และเห็นควรให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติพิจารณาปรับปรุงแนวปฏิบัตินี้ เนื่องจากผู้ถูกตรวจค้นอาจได้รับความอับอายและเพื่อเคารพสิทธิของประชาชนทั่วไปด้วย ประเด็นนี้เกี่ยวข้องกับประเด็นเกี่ยวกับเพศด้วย เช่น ความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างความเป็นชาย และลักษณะที่แตกต่างกันระหว่างหญิงและชายในการใช้ห้องน้ำ (ซึ่งส่งผลให้ชายจะปัสสาวะที่ใดก็ได้) ซึ่งการกระทำโดยเจ้าพนักงานรัฐและแนวปฏิบัติสมควรที่จะพิจารณามุมมองเกี่ยวกับเพศสถานะและนำมาปรับใช้กับการดำเนินการทุกส่วนด้วย แต่ กสม. ก็ได้กล่าวถึงประเด็นเหล่านี้แต่อย่างใด

ตามที่วิเคราะห์โดยสังเขปนี้ จึงเห็นได้ว่า หากหลักการว่าด้วยเพศสถานะถูกทำให้อยู่ในกระแสหลักทั้งในแง่ของการเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญตามรัฐธรรมนูญและการดำเนินงานต่างๆ การวินิจฉัยของศาลหรือองค์กรอื่นก็จะมีคล่องตัวและอ่อนไหวในประเด็นเชิงเพศสถานะมากขึ้น

### 3.3.3 ลักษณะที่ปรากฏในการดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารองค์กร

การพิจารณาว่าหลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลักในการดำเนินงานของภาครัฐและกลไกต่างๆ ของรัฐอาจพิจารณาได้จากสองมิติ คือ การมีกฎหมายและแนวปฏิบัติในเชิงรับ (เช่น การห้ามหรือไม่ห้ามการปฏิบัติบางประการ) และการมีแนวปฏิบัติในเชิงรุก (เช่น การสร้างเสริมความตระหนักรู้และศักยภาพใน

<sup>169</sup> United Nations Development Programme and Ministry of Social Development and Human Security of Thailand, *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*, 27.

<sup>170</sup> รายงานผลการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 545/2557 เรื่อง กรณีกลุ่มชายซึ่งไม่ได้แต่งกายเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่เรียกตรวจค้นร่างกายของประชาชนเพศชาย พร้อมให้ตรวจปัสสาวะในที่โล่งแจ้ง บริเวณโคนต้นไม้ในตลาดชนสงฆ์

เชิงรุก) ทั้งนี้ พบว่า การดำเนินงานของภาครัฐในประเทศไทยมีกฎเกณฑ์และแนวปฏิบัติในเชิงรับพอสมควร แต่มีแนวปฏิบัติในเชิงรุกอย่างจำกัด

ในกรณีของกฎหรือแนวปฏิบัติในเชิงรับ งานวิจัยยกตัวอย่างสองกรณี คือ กรณีข้าราชการพลเรือนและกรณีศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระ<sup>171</sup>

ในกรณีข้าราชการพลเรือน มาตรา 83 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ว่าด้วยการห้ามกระทำการอันเป็นข้อห้ามที่เป็นการผิดวินัยไม่ร้ายแรง<sup>172</sup> กำหนดว่า ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องไม่กระทำการอันเป็นการล้วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามรายละเอียดที่กำหนดในกฎหมายลำดับรอง ต่อมาในปี พ.ศ. 2553 มีการออกกฎสำนักงานข้าราชการพลเรือน (ก.พ.)<sup>173</sup> เพื่อกำหนดรายละเอียดของข้อห้ามดังกล่าว โดยกำหนดให้การล้วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศที่เป็นข้อห้าม คือ การล้วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศที่กระทำต่อข้าราชการหรือผู้ร่วมปฏิบัติราชการด้วยกัน โดยอีกฝ่ายไม่ยินยอมหรือทำให้อีกฝ่ายเดือดร้อนรำคาญ ซึ่งรวมทั้งการกระทำทางกาย (เช่น การจูบ การโอบกอด) การกระทำทางวาจา (เช่น การวิพากษ์วิจารณ์ร่างกาย การพูดหยาบคาย) การกระทำด้วยอาภักิริยา (เช่น การใช้สายตาลวนลาม) การแสดงหรือสื่อสารด้วยวิธีการใดๆ (เช่น การแสดงรูปลามกอนาจาร) และการแสดงพฤติกรรมอื่นใดที่สื่อไปในทางเพศ ทั้งนี้ กรณีเหล่านี้คือการกระทำระหว่างข้าราชการหรือผู้ร่วมปฏิบัติราชการด้วยกัน (เช่น พนักงานราชการ ลูกจ้าง) เท่านั้น แต่หากเป็นการปฏิบัติต่อประชาชนทั่วไปที่มารับบริการ อาจเป็นการกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรง กรณี “ต้องรักษาชื่อเสียงของตน และรักษาเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ราชการของตนมิให้เสื่อมเสีย”<sup>174</sup> หรือการกระทำผิดวินัยร้ายแรง กรณี “กระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง”<sup>175</sup> หรือ “ละเว้นการกระทำหรือกระทำการใดๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 82 หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง”<sup>176</sup>

ข้อสังเกตที่น่าสนใจ คือ โดยหลักแล้วการล้วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศระหว่างผู้ปฏิบัติราชการด้วยกันเป็นการกระทำความผิดวินัยที่ไม่ร้ายแรง และการที่จะเป็นการกระทำผิดวินัยที่ร้ายแรง (ไม่ว่าจะเป็นกรณีการกระทำต่อผู้ปฏิบัติราชการด้วยกันหรือต่อบุคคลอื่น) มิได้อยู่บนฐานของ “การล้วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ” เอง แต่อยู่บนฐานอื่นๆ ได้แก่ การอิงอยู่กับมาตรฐานทางศีลธรรมว่าการล้วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศแบบใดจึงจะถือว่าประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงหรือฐานความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทางราชการ นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติ คำอธิบายจากสำนักงาน ก.พ. ก็ยอมรับว่า การควบคุมมาตรฐานทางวินัยในเรื่องเพศทำได้ยากและต้องอาศัยการกำหนดมาตรการโดยสถานที่ทำงาน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎเกี่ยวกับการล้วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศบังคับใช้ได้ยากนั่นเอง

<sup>171</sup> แนวทางตามคำชี้แจงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 2/2561 กรณีการรายงานการดำเนินการด้านสิทธิมนุษยชนของกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2561.

<sup>172</sup> มาตรา 84 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551. อย่างไรก็ตาม หากการกระทำอันเป็นการล้วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศอยู่ในลักษณะที่เกินกว่ากำหนดในกฎ ก.พ. ก็อาจเป็นการผิดวินัยร้ายแรงได้

<sup>173</sup> กฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล้วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553.

<sup>174</sup> มาตรา 82 (10) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551.

<sup>175</sup> มาตรา 85 (4) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551.

<sup>176</sup> มาตรา 85 (7) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551.

ต่อมาใน พ.ศ. 2558 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบร่างมาตรการในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการล่องละเมิดหรือคุกคามทางเพศในการทำงาน ที่จัดทำโดยกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์<sup>177</sup> มาตรการนี้มีสาระสำคัญให้หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานสร้างบรรยากาศการทำงานที่สอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมระหว่างเพศและปลอดจากการคุกคามทางเพศ (ไม่ว่าจะเป็นเพศใด) ประกอบด้วยมาตรการ 7 ข้อ ได้แก่

(1) แต่ละหน่วยงานต้องมีการจัดทำแนวปฏิบัติเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาการล่องละเมิดและคุกคามทางเพศ บุคลากรทุกคนต้องมีส่วนร่วมและยอมรับ และหน่วยงานต้องจัดให้มีการประชาสัมพันธ์เพื่อสร้างความตระหนักรู้แก่ทุกคน

(2) หน่วยงานต้องแสดงเจตนาอย่างจริงจังในการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างบุคคล

(3) หน่วยงานต้องสร้างความตระหนักรู้เกี่ยวกับการล่องละเมิดหรือคุกคามทางเพศ บรรจุประเด็นนี้ในหลักสูตรการพัฒนาบุคลากร และจัดสถานที่ทำงานให้เหมาะสมเพื่อลดความเสี่ยงจากเหตุการณ์การล่องละเมิดและคุกคามทางเพศ

(4) การจัดการปัญหาอาจเริ่มจากกระบวนการไม่เป็นทางการ (เช่น การพูดคุยอย่างเป็นมิตร) ไปจนถึงกระบวนการที่เป็นทางการ (กระบวนการทางวินัย)

(5) การแก้ไขปัญหาต้องจริงจังและทันที รวมถึงเก็บเป็นความลับ

(6) มาตรการกำหนดองค์ประกอบกว้างๆ ของคณะทำงานสอบข้อเท็จจริง รวมถึงหลักการที่อาจให้มีคนเพศเดียวกับผู้เสียหายอยู่ในคณะทำงานและให้ผู้เสียหายมีคนที่ไว้วางใจเข้าร่วมการสอบข้อเท็จจริงได้ และ

(7) หน่วยงานต้องติดตามการดำเนินการตามแนวปฏิบัติฯ อย่างใกล้ชิด และรายงานต่อคณะกรรมการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศ (สพท.) อย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

ในกรณีศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระ มาตรา 219 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระร่วมกันกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ซึ่งรวมทั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน หัวหน้าหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระ และสมาชิกรัฐสภา จึงได้มีการตรามาตรฐานทางจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ รวมทั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและหัวหน้าหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระ พ.ศ. 2561 โดยได้กำหนดให้การล่องละเมิดหรือการคุกคามทางเพศเป็นการกระทำผิดจริยธรรมในทำนองเดียวกับข้าราชการพลเรือน<sup>178</sup> กล่าวคือ เป็นมาตรฐานทางจริยธรรมอันเป็นค่านิยมหลัก (ซึ่งมีความสำคัญรองลงมาจาก “มาตรฐานทางจริยธรรมอันเป็นอุดมการณ์”) ซึ่งโดยหลักแล้ว

<sup>177</sup> หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0505/ว 160 เรื่อง ร่างมาตรการในการป้องกันและแก้ไขปัญหาการล่องละเมิดหรือคุกคามทางเพศในการทำงาน ลงวันที่ 17 มิถุนายน 2558.

<sup>178</sup> ข้อ 20 แห่งมาตรฐานทางจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ รวมทั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและหัวหน้าหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระ พ.ศ. 2561 กำหนดว่า

ไม่กระทำการอันมีลักษณะเป็นการล่องละเมิดหรือคุกคามทางเพศ จนเป็นเหตุทำให้ผู้ถูกกระทำได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรือกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ โดยผู้ถูกกระทำอยู่ในภาวะจำต้องยอมรับในการกระทำนั้น

ไม่นำความสัมพันธ์ทางเพศที่ตนมีต่อบุคคลใดมาเป็นเหตุหรือมีอิทธิพลครอบงำให้ใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่บุคคลใด

ไม่เป็นการฝ่าฝืนที่มีลักษณะร้ายแรง เว้นแต่ว่าเมื่อพิจารณาพฤติกรรมการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติ เจตนา และความร้ายแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้น จะทำให้ลักษณะของการฝ่าฝืนจะอยู่ในระดับร้ายแรง<sup>179</sup>

เมื่อพิจารณาแนวปฏิบัติในเชิงรุก งานวิจัยได้สำรวจหลักสูตรการอบรมข้าราชการใหม่ต่างๆ และพบว่า มักไม่มีการบรรจุเนื้อหาว่าด้วยความเข้าใจและความอ่อนไหวทางเพศเป็นการเฉพาะ ตัวอย่างเช่น ในการอบรมสำหรับผู้พิทักษ์บรรจู้เข้ารับราชการ “หลักสูตรข้าราชการที่ดี” ในเอกสารที่เข้าถึงได้ทางเว็บไซต์ ซึ่งปรับปรุงล่าสุดในเดือนธันวาคม 2560 หลักสูตรฯ เน้นไปที่การปฏิบัติงานในฐานะข้าราชการและการไม่ทุจริตคอร์รัปชัน โดยมีวัตถุประสงค์ คือ<sup>180</sup>

1. มีความรู้ ความเข้าใจในกฎหมาย บทบาทหน้าที่ และแนวคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมข้าราชการ
2. สามารถอธิบายคุณลักษณะที่ดีของข้าราชการยุคใหม่ และน้อมนำพระบรมราโชวาทเนื่องในวันข้าราชการพลเรือนมาใช้ในการปฏิบัติงาน
3. มีความเข้าใจเกี่ยวกับการคิดแยกแยะผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวม และนำมาใช้ได้อย่างถูกต้อง

หลักสูตรฯ มีรายละเอียดเนื้อหาหลักๆ ประกอบด้วย (1) ความหมายและหน้าที่ของข้าราชการ (2) กรอบกฎหมาย/แนวคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมข้าราชการ (3) คุณลักษณะที่ดีของข้าราชการยุคใหม่ (4) แนวคิดของปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง และ (5) การคิดแยกแยะระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์ส่วนรวม (Conflict of Interest: COI) ในเอกสารประกอบการสอน ในประเด็น “กรอบกฎหมาย/แนวคิดเกี่ยวกับพฤติกรรมข้าราชการ” ปรากฏข้อห้ามตามมาตรา 83 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ว่าด้วยการห้ามกระทำการการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศ (โดยไม่แสดงกฏ ก.พ. ฉบับ พ.ศ. 2553) โดยปรากฏหลักการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น ในประเด็น “คุณลักษณะที่ดีของข้าราชการยุคใหม่” การเคารพในความแตกต่างหลากหลาย (ส่วน “ข้าราชการที่มีจริยธรรม”) และการให้ความสำคัญแก่ผู้เสียเปรียบด้อยโอกาสในสังคม (ส่วน “ข้าราชการที่มีจิตสาธารณะ”)<sup>181</sup>

ลักษณะที่ทบทวนดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า การส่งเสริมให้มีการนำกรอบคิดและหลักการทางเพศสถานะเข้าไปอยู่ในกระแสหลักของการดำเนินงานในประเทศไทยเป็นไปในเชิงรับและอยู่ในประเด็นอันจำกัด คือ ห้ามการกระทำในลักษณะของการล่วงละเมิดทางเพศหรือคุกคามทางเพศในที่ทำงาน แต่ขาดการส่งเสริมและสนับสนุนทัศนคติและองค์ความรู้ที่จะนำไปใช้ในทุกระดับของการทำงาน (เช่น การติดต่อกับประชาชน การจัดสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน การจัดสถานที่ การจัดทำเอกสารต่างๆ การจัดทำบริการสาธารณะ การจัด

<sup>179</sup> ข้อ 27 แห่งมาตรฐานทางจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ รวมทั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและหัวหน้าหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระ พ.ศ. 2561.

<sup>180</sup> ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรม สำนักงาน ก.พ., “กรอบชุดการฝึกอบรมหลักสูตรการเป็นข้าราชการที่ดี,” สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, สืบค้นเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2560, [https://www.ocsc.go.th/sites/default/files/document/1krbchudfuekbrm\\_kaarepnkhrkthiidii\\_withyaakr1-1.pdf](https://www.ocsc.go.th/sites/default/files/document/1krbchudfuekbrm_kaarepnkhrkthiidii_withyaakr1-1.pdf).

<sup>181</sup> ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรม สำนักงาน ก.พ., “เอกสารนำเสนอ: การเป็นข้าราชการที่ดี,” สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน, สืบค้นเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2560, [https://www.ocsc.go.th/sites/default/files/document/ppt\\_kaarepnkhaaraachka\\_arthiidliiphiiaemw.pdf](https://www.ocsc.go.th/sites/default/files/document/ppt_kaarepnkhaaraachka_arthiidliiphiiaemw.pdf).

สวัสดิการสำหรับผู้ปฏิบัติงาน ฯลฯ) งานวิจัยเห็นว่า การทำให้ทัศนคติและหลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่ กระแสหลักของการทำงานจะทำให้การดำเนินการของหน่วยงานต่างๆ ของภาครัฐ (รวมถึงองค์กรในฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ รวมถึงองค์กรอิสระต่างๆ) จะทำให้เกิดความเท่าเทียมมากขึ้น ทั้งในระดับการใช้ดุลพินิจที่สอดคล้อง กับหลักการเกี่ยวกับเพศสถานะ และการดำเนินการทั่วไปในทุกส่วนของกระบวนการ

### 3.4 กรอบคิดว่าด้วยเพศ เพศสถานะ และเพศวิถี

ในส่วนนี้ งานวิจัยแสดงโดยสังเขปซึ่งกรอบคิดว่าด้วยเพศ เพศสถานะ และเพศวิถี รวมถึงสตรีนิยม ซึ่งจะนำไปสู่ความเข้าใจว่าประเด็นว่าด้วยเพศเป็นประเด็นใหญ่และเป็นแก่นแกนสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการสร้างความเท่าเทียม ซึ่งมีได้จำกัดเฉพาะความเท่าเทียมระหว่างเพศเท่านั้น แต่รวมไปถึงความเท่าเทียมในเชิงสังคมและเศรษฐกิจด้วย และการดำเนินการต่างๆ ของกลไกของประเทศไทยยังขาดหลักการพื้นฐานในประเด็นนี้ ทั้งนี้ เมื่อนำไปผนวกรวมกับหลักการพื้นฐานว่าด้วยหลักความซื่อสัตย์ของปัจจัยต่างๆ ในส่วนที่ 3.6 ก็จะทำให้เห็นภาพของการบรรลุผลของการเท่าเทียมได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

เพื่อให้ไม่เกิดความคลาดเคลื่อน ในส่วนของคำสำคัญเกี่ยวกับเพศ งานวิจัยนำการให้ความหมาย ใน *การทบทวนกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับการรับรองเพศสถานะในประเทศไทย* จัดทำโดยโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Programme: UNDP) และกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ มาแสดงเป็นหลัก โดยมีการปรับปรุงโดยงานวิจัยเล็กน้อยตามความเหมาะสม<sup>182</sup>

เพศ (Sex) (เพศสรีระหรือเพศทางชีวภาพ) หมายถึง คำที่อ้างถึงลักษณะทางชีววิทยาที่ใช้แบ่งแยกคนว่าเป็นเพศชาย หรือเพศหญิง

เพศที่กำหนดเมื่อแรกเกิด (Sex Assigned at Birth) หมายถึง เพศสรีระที่บุคคลถูกกำหนดให้เมื่อแรกเกิดหรือหลังจากเกิดได้ไม่นาน การกำหนดนี้อาจไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศเมื่อบุคคลนั้นเติบโต คนส่วนมากมักมีอัตลักษณ์ทางเพศที่สอดคล้องกับเพศที่ถูกกำหนดเมื่อแรกเกิด แต่สำหรับบุคคลบางกลุ่ม เช่น บุคคลข้ามเพศ ไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกันเสมอไป

เพศกำกวม/ลักษณะของเพศสรีระ (Intersex / Sex Characteristics) หมายถึง บุคคลที่มีเพศกำกวมเกิดมามีลักษณะของเพศสรีระ เช่น อวัยวะเพศ ต่อมบ่งเพศ และรูปแบบโครโมโซม ซึ่งไม่สอดคล้องกับระบบเพศแบบชั่วคราวข้าม คือ เพศชายและเพศหญิง คำว่าเพศกำกวมจึงหมายถึงความผันแปรของร่างกายในลักษณะต่างๆ ในบางกรณีลักษณะของเพศกำกวมจะมองเห็นได้เมื่อแรกเกิด หรืออาจไม่เห็นจนกว่าจะเข้าสู่วัยรุ่น หรือบางส่วนก็ไม่แสดงให้เห็นทางกายภาพมีเพียงโครโมโซมที่ผันแปรการเป็นเพศกำกวมจึงเกี่ยวเนื่องกับลักษณะของเพศสรีระซึ่งอาจต่างไปจากวิถีทางเพศ หรืออัตลักษณ์ทางเพศสถานะก็ได้ บางคนอาจเป็นผู้ชาย ผู้หญิง เกย์ เลสเบียน คนรักสองเพศหรือคนไม่มีเพศก็ได้เช่นกัน

เพศสถานะ เพศภาวะ หรือเพศสภาวะ (Gender) หมายถึง ลักษณะของเพศที่ถูกประกอบสร้าง (Socially-constructed) และคาดหวังโดยสังคม ที่ผูกติดอยู่กับการเป็นหญิงหรือชาย และความสัมพันธ์ระหว่าง

<sup>182</sup> โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติและกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, *การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย: การทบทวนกฎหมายและนโยบาย*, (กรุงเทพฯ, โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ, 2561) 9-10.

หญิงและชาย รวมถึงความสัมพันธ์ในระหว่างหญิงและชายเองด้วย ลักษณะและความคาดหวังที่แตกต่างกันจะตามมาด้วยโอกาสที่แตกต่างกัน ลักษณะและโอกาสเหล่านี้ถูกประกอบสร้างโดยสังคมผ่านการขัดเกลาทางสังคม (Socialisation Process) ซึ่งแตกต่างกันไปตามพื้นที่และเวลา ตัวอย่างของความคาดหวังของสังคม เช่น สังคมอาจกำหนดบทบาทระหว่างเพศ (Gender Role) ของหญิงชายไว้แตกต่างกัน<sup>183</sup>

การแสดงออกทางเพศ (Gender Expression) หมายถึง วิธีการที่บุคคลสื่อสารเพศสถานะของตนเอง เช่น การไม่ระบุความเป็นเพศ ความเป็นชาย ความเป็นหญิง ซึ่งกระทำการลักษณะทางกายภาพ ได้แก่ เสื้อผ้า ทรงผม การใช้เครื่องสำอาง จริตมารยาทวิธีการพูด และรูปแบบพฤติกรรมเมื่อมีปฏิสัมพันธ์กับผู้อื่น

อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) หมายถึง ความรู้สึกภายในของบุคคลในการเป็นผู้ชาย ผู้หญิง เพศสถานะอื่นๆ หรือการมีหรือไม่มีเพศสถานะ ทั้งนี้ บุคคลทุกคนล้วนมีอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งอาจสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องกับเพศที่ถูกกำหนดเมื่อแรกเกิดก็ได้

เพศวิถี (Sexuality) หมายถึง ความรู้สึก ความคิด การดึงดูด และพฤติกรรมต่างๆ ของบุคคลในเรื่องทางเพศ อาทิ มีรสนิยมทางเพศอย่างไร ถูกดึงดูดจากคนเพศใด เป็นต้น

วิถีทางเพศหรือรสนิยมทางเพศ (Sexual Orientation) หมายถึง คำที่อ้างถึงอารมณ์ความรู้สึกของแต่ละบุคคลที่เกี่ยวข้องกับความดึงดูดทางเพศซึ่งใกล้ชิดรวมทั้งความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่น ทั้งนี้ บุคคลอาจดึงดูดทางเพศกับคนที่มีเพศสถานะเดียวกัน (คนรักเพศเดียวกัน/เกย์/เลสเบี้ยน) หรือคนต่างเพศสถานะกัน (คนรักต่างเพศ) หรืออาจมากกว่าหนึ่งเพศสถานะ (คนรักสองเพศหรือมากกว่า) ก็ได้

เพศสถานะไม่สอดคล้องกับเพศที่ถูกกำหนดเมื่อแรกเกิด (Gender Non-conforming) หมายถึง การที่บุคคลมีการแสดงออกที่ไม่สอดคล้องกับเพศสถานะตามที่สังคมและวัฒนธรรมคาดหวัง

ไม่อยู่ในระบบเพศชั่วคราวข้าม/ระบบสองเพศ/ระบบทวิเพศ (Non-Binary) คำที่ใช้บ่งบอกถึงอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งไม่ใช่เพียงความเป็นชายหรือความเป็นหญิงเท่านั้น หรือกล่าวได้ว่า คือ อยู่นอกระบบสองเพศ

นอกจากนี้ เพียงเพื่อให้พอเห็นภาพความแตกต่างหลากหลายของกรอบคิดที่ว่าด้วยเพศ (เนื่องจากงานวิจัยนี้มีได้มุ่งพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับเพศในเชิงเนื้อหา แต่มุ่งเสนอให้มีการนำหลักการว่าด้วยเพศไปอยู่ในกระแสหลักของการดำเนินการของภาครัฐและกลไกต่างๆ เท่านั้น) งานวิจัยจึงทบทวนมุมมองที่แตกต่างของกรอบคิดสตรีนิยม (Feminism) ในเบื้องต้น โดยมีได้ทบทวนข้อวิพากษ์ต่อสตรีนิยมรูปแบบเหล่านี้ ทั้งนี้ พึงตระหนักว่า (1) กรอบคิดที่ยกมาเป็นเพียงตัวอย่างเท่านั้น แต่ในความเป็นจริงหลักการในการแบ่งรูปแบบของสตรีนิยมรูปอาจมิได้เป็นไปตามที่ยกตัวอย่างก็ได้ (2) อันที่จริง กรอบคิดสตรีนิยมไม่มีการแบ่งเป็นสำนักหรือรูปแบบอย่างเป็นทางการจะลักษณะ แต่การแบ่งรูปแบบต่างๆ ต่อไปนี้ เป็นไปเพื่อการทำความเข้าใจเท่านั้น (3) กรอบคิดสตรีนิยมแต่ละรูปแบบที่ทบทวนไม่สามารถแบ่งแยกได้อย่างชัดเจนและเนื้อหาของแต่ละกรอบคิดอาจซ้อนทับกันก็ได้ รวมถึงผู้ที่ระบุว่าตนเองเป็นนักสตรีนิยม (Feminist) ก็อาจไม่จัดตัวเองอยู่ในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง หรือมีวิธีการคิดในแต่ละเรื่องกระจายกระจายไปต่างรูปแบบกันก็ได้ และ (4) งานวิจัยไม่ได้นำเสนอกรอบคิดทฤษฎีอื่นๆ ที่ดำรงอยู่

<sup>183</sup> United Nations Office of the Special Advisor on Gender Issues and Advancement of Women (OSAGI), "Gender Mainstreaming: Strategy for Promoting Gender Equality," United Nations, accessed November 8, 2020, <https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/factsheet1.pdf>.

และมีความสำคัญทางวิชาการและการเคลื่อนไหวทางสังคม เช่น กรอบคิดว่าด้วยภาวะข้ามเพศ (Transgenderism) กรอบคิดว่าด้วยควีร์ (Queer Theory) ฯลฯ

ในบริบทของการศึกษาวิชานิติศาสตร์ นิติศาสตร์สตรีนิยม (Feminist Legal Theory / Feminist Jurisprudence) มักแบ่งสตรีนิยมออกเป็นรูปแบบ โดยมีวิธีการคิดพอสองแบบ ดังนี้<sup>184</sup>

1. สตรีนิยมรูปแบบทำให้เหมือนกัน (Assimilation Model) มีวิธีคิดแบบเสรีนิยมเป็นหลักการพื้นฐาน โดยมองว่าผู้หญิงและผู้ชายมีศักยภาพที่เท่าเทียมกันและมีคุณลักษณะของความมีเหตุมีผลเหมือนกัน แต่ภาวะที่ผู้หญิงด้อยกว่าผู้ชายเกิดจากการที่ผู้หญิงขาดโอกาสในพื้นที่สาธารณะ จึงมุ่งเรียกร้องให้เกิดความเท่าเทียมในโอกาส (Equality of Opportunity) โดยเรียกร้องให้ผู้หญิงมีโอกาสในการเข้าถึงการศึกษาและการมีส่วนร่วมทางการเมือง เพื่อจะได้มีโอกาสในการพัฒนาตนเองเท่าเทียมกับผู้ชาย ภายใต้สมมติฐานที่ว่าผู้ชายและผู้หญิงเหมือนกัน การเปิดพื้นที่สาธารณะให้ผู้หญิงได้มีส่วนร่วมจึงเป็นทั้งการสร้างเสริมศักยภาพภายใต้โอกาสที่เท่าเทียมกับผู้ชาย และเป็นการทำลายการจัดประเภทผู้หญิง (Categorisation) โดยผู้ชายที่กำหนดให้ผู้หญิงอยู่แต่ในพื้นที่ส่วนตัว การเปิดให้ผู้หญิงได้มีส่วนร่วมในพื้นที่สาธารณะนี้จะทำให้ประสบการณ์และมุมมองแบบผู้หญิงได้มีส่วนร่วมในการสร้างความเท่าเทียมในสังคม<sup>185</sup> ทั้งนี้ สตรีนิยมรูปแบบนี้ไม่ได้มุ่งท้าทายบรรทัดฐานและโครงสร้างที่ถูกสร้างไว้แล้ว (Pre-existing Norm and Structure) โดยความคิดแบบผู้ชาย วิธีการเคลื่อนไหวในการทำงานนี้ ประสบความสำเร็จเป็นอย่างดีในยุคแรกเริ่มที่ความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศเห็นได้ชัดเจน เช่น การเรียกร้องสิทธิเลือกตั้งให้แก่ผู้หญิงเพื่อให้เท่าเทียมกับผู้ชาย การเรียกร้องสิทธิในการทำงานและการศึกษา ฯลฯ<sup>186</sup>

2. สตรีนิยมรูปแบบที่เน้นความแตกต่าง (Difference Model) เป็นรูปแบบสตรีนิยมที่เริ่มต้นความคิดบนฐานที่ว่าผู้หญิงและผู้ชายมีความแตกต่างกัน (โดยธรรมชาติและ/หรือจากการถูกประกอบสร้าง) โดยผู้หญิงมีคุณลักษณะของความเอาใจใส่ (Care) ให้ค่าความสัมพันธ์ (Relationship) และคิดเชิงสัมพันธ์ (Relational Approach) โดยคำนึงถึงบริบท (Context) ในขณะที่ผู้ชายมีคุณสมบัติตรงข้าม คือ มีความเป็นอิสระเหนือตัวเอง (Autonomy) มีความเป็นปัจเจก (Individuation) และใช้วิธีคิดเชิงสิทธิ (Right) และเป็นนามธรรม (Abstraction)<sup>187</sup> บรรทัดฐานต่างๆ ถูกสร้างโดยยึดโยงกับคุณลักษณะของผู้ชายซึ่งมีอำนาจทางสังคมสูงกว่า และผลักดันให้คุณลักษณะแบบผู้หญิงเป็นคุณลักษณะที่ด้อยกว่าและไม่เหมาะสมในพื้นที่สาธารณะ การทำให้ผู้หญิงเหมือนกับผู้ชายตามบรรทัดฐานดังกล่าวซึ่งถูกสร้างภายใต้กรอบคิดแบบปิตาธิปไตยจึงไม่ก่อให้เกิดความเท่าเทียม

<sup>184</sup> งานวิจัยอ้างอิงเนื้อหาจากงานของแพทริเซีย เคน (Patricia Cain) และวาเนสซา มุนโร (Vanessa Munro) เป็นสำคัญ. ดู Patricia Cain, "Feminism and the Limits of Equality," *Georgia Law Review*, no. 24 (1990): 829-841; Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*.

<sup>185</sup> Cain, *Ibid.*, 831.

<sup>186</sup> Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 16.

<sup>187</sup> ศึกษาเพิ่มเติมได้จากงานของการวิจัยเชิงประจักษ์ด้านจิตวิทยาของคาร์ล กิลลิแกน (Carol Gilligan) ในยุคทศวรรษ ค.ศ. 1970 ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่วิธีการคิดของผู้ชายและผู้หญิงจะแตกต่างกัน ทั้งนี้ ต้องตระหนักด้วยว่าการวิจัยนี้มีข้อวิพากษ์ตามมาจำนวนหนึ่ง อาทิ กลุ่มตัวอย่างที่ใช้มีจำนวนน้อยเกินไปทำให้ไม่สามารถเป็นตัวแทนประชากรได้ ซึ่งทำให้เกิดข้อสงสัยในข้อเสนอของกิลลิแกน. ดู Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, (London, United Kingdom: Harvard University Press, 1982).

อย่างแท้จริง สตรีนิยมรูปแบบนี้ตระหนักรู้ความไม่เท่าเทียมเชิงโครงสร้างและความแตกต่างระหว่างเพศดังกล่าว จึงเรียกร้องให้มีการยกระดับคุณค่าของคุณลักษณะแบบผู้หญิง ทั้งนี้ ไม่เพียงเพื่อให้ผู้หญิงมีส่วนร่วมในพื้นที่สาธารณะ (เช่น มีผู้ดำรงตำแหน่งการเมืองเป็นหญิงมากขึ้น) เท่านั้น แต่เพื่อให้บรรทัดฐานได้รับการสร้างขึ้นใหม่ภายใต้จุดมุ่งหมายเพื่อยกระดับคุณค่าคุณลักษณะแบบผู้หญิงให้เป็นไปตามข้อเท็จจริงที่ควรเป็น และเพื่อให้ประสบการณ์ของผู้หญิงได้รับการตีความตามความหมายที่ควรเป็น<sup>188</sup>

3. สตรีนิยมรูปแบบที่วิพากษ์การครอบงำ (Dominance Model) ตั้งต้นการวิพากษ์ว่าผู้ชายกับผู้หญิงมีความแตกต่างกันเช่นเดียวกับสตรีนิยมรูปแบบที่เน้นความแตกต่าง อย่างไรก็ตาม ด้วยอิทธิพลของการวิเคราะห์ว่าด้วยอำนาจโดยทฤษฎีมาร์กซิสต์ (Marxism) การครอบงำ (Dominance) และการถือครองอำนาจนำ (Hegemony)<sup>189</sup> สตรีนิยมรูปแบบนี้ให้ค่านิยมของผู้หญิง (รวมถึงผู้ชาย) และลักษณะของความแตกต่างไม่เหมือนกับสตรีนิยมรูปแบบที่เน้นความแตกต่าง กล่าวโดยย่อ สตรีนิยมรูปแบบที่วิพากษ์การครอบงำมองผู้หญิงและผู้ชายในฐานะชนชั้น (Class) มิใช่ผู้หญิงหรือผู้ชายในฐานะปัจเจก โดยชนชั้นผู้ชายมีสถานะเหนือกว่าชนชั้นผู้หญิง และครอบงำชนชั้นผู้หญิงอยู่เพื่อรักษาสถานะดั้งเดิม (status quo) และอำนาจเอาไว้ ภาวะที่ผู้ชายเหนือกว่าผู้หญิงจึงมิใช่ความอยุติธรรมที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ (ตามการตีความข้อเสนอของสตรีนิยมสองรูปแบบแรก) แต่เป็นการครอบงำที่มีรูปแบบแบบแผน ดังนั้น บรรทัดฐานต่างๆ จึงถูกสร้างโดยชนชั้นผู้ชาย และผู้หญิงก็ถูกประกอบสร้างโดยชนชั้นผู้ชายด้วย ในแง่นี้ การครอบงำระหว่างชนชั้นจึงเกิดขึ้นก่อนและความแตกต่างระหว่างเพศถูกประกอบสร้างขึ้นภายหลังเพื่อรักษาอำนาจไว้ ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดของสตรีนิยมสองแบบแรกที่เห็นว่าความแตกต่างระหว่างเพศเกิดขึ้นก่อนแล้วปิตาธิปไตยจึงนำความแตกต่างนี้ไปใช้เป็นส่วนหนึ่งของการครอบงำภายหลัง<sup>190</sup> สตรีนิยมรูปแบบนี้เห็นว่า วิธีการที่จะทำให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างเพศได้จริง คือ การปฏิวัติบรรทัดฐานและโครงสร้างทางสังคมที่ถูกประกอบสร้างโดยปิตาธิปไตย อย่างถึงรากถึงโคน

สตรีนิยมรูปแบบหลังสมัยใหม่ (Postmodern Model) เกิดขึ้นจากอิทธิพลของสฤลความคิดหลังสมัยใหม่-หลังโครงสร้างนิยม (Postmodernism - Poststructuralism) และเป็นผลมาจากข้อวิพากษ์ต่อสตรีนิยมรูปแบบที่ 2 และ 3 ข้างต้นที่มีแนวโน้มเหมารวมผู้หญิงทั้งหมดว่ามีปัญหาเหมือนกันหรือคล้ายคลึงกัน หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกรอบคิดแบบ “สารัตถนิยม (Essentialism)” ที่เชื่อว่าสิ่งหนึ่งมีแก่นแกนที่ต้องเป็น โดยรูปแบบที่เน้นความแตกต่างกำหนดคุณค่าของผู้หญิงตามมาตรฐานหรือการประกอบสร้างของผู้ชาย และรูปแบบที่วิพากษ์การครอบงำได้สร้างความเป็นเอกภาพของความจริงของอัตลักษณ์ของความเป็นหญิง (Femininity) และในเรื่องภาวะของการถูกครอบงำของผู้หญิงทุกคน และละเลยไม่พิจารณาการกดทับที่เกิดขึ้นภายในกลุ่มผู้หญิงเอง สตรีนิยมหลังสมัยใหม่เชื่อในการไม่มีอยู่ตั้งแต่แรก (Pre-given entity) ของผู้หญิง แต่อัตลักษณ์ของผู้หญิงเป็นอัตบุคคลที่ถูกปะทะประสานโดยความสัมพันธ์ของอำนาจต่างๆ และมีความเลื่อนไหลแปลงเปลี่ยนได้เสมอ จึงทำให้ “ผู้หญิง” ไม่สามารถถูกให้คำจำกัดความหรือพิจารณาว่ามีปัญหาเหมือนกันได้อย่างสิ้นเชิง และความจริงแล้วปัญหาของผู้หญิงแต่ละคนในแต่ละบริบท เวลา และสังคม มีความแตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับปัจจัยหลากหลาย

<sup>188</sup> Munro, *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, 24-25.

<sup>189</sup> Ibid., 28.

<sup>190</sup> Ibid.,.

อาทิ อายุ สีผิวชาติพันธุ์ สัญชาติ ถิ่นกำเนิด ลักษณะทางกายภาพ เพศวิถี เป็นต้น หรือที่เรียกว่าปัญหาของ “ความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality)”<sup>191</sup> ตัวอย่างเช่น ปัญหาที่ผู้หญิงผิวขาวกับผู้หญิงผิวดำ ซึ่งในโลกตะวันตกสมัยก่อนถือว่ามักมีสถานะทางสังคมคนละระดับชั้น ต้องเผชิญมิได้เหมือนกันเสียทีเดียว โดยผู้หญิงผิวขาวอาจไม่มีความเสมอภาคกับผู้ชาย แต่ผู้หญิงผิวดำนอกจากจะต้องเผชิญกับความไม่เสมอภาคนั้นแล้ว ยังต้องเผชิญกับการครอบงำเชิงชาติพันธุ์ซึ่งด้วย ซึ่งในแง่นี้ก็กลับไปมีจุดร่วมบางประการกับผู้ชายผิวดำ (ในขณะที่ในแง่ความสัมพันธ์เชิงเพศสถานะก็ยังคงอยู่ในตำแหน่งต่ำกว่าผู้ชายผิวดำ)

### 3.5 การนำการทำให้หลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลักไปใช้ในองค์การระหว่างประเทศ

ภาวะไม่อ่อนไหวต่อประเด็นเพศสถานะหรืออ่อนไหวแต่ไม่มากพอมิใช่ปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเท่านั้น ในต่างประเทศที่ระบบกฎหมายและการเมืองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตยวางรากฐานอย่างมั่นคงแล้วก็อาจเกิดปรากฏการณ์นี้ได้เช่นกันในอดีตที่ย้อนไปไม่กี่ทศวรรษ ตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Court of Justice of the European Union) คดี *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v Wirtschaftskammer Österreich* (2004) (“*Österreichischer Gewerkschaftsbund*”)<sup>192</sup> ในประเทศออสเตรีย เมื่อลูกจ้างออกจากงาน จะมีการคำนวณเงินจำนวนหนึ่งเพื่อจ่ายให้แก่ลูกจ้าง การคำนวณเงินจำนวนนี้รวมถึงการคำนวณอายุงานด้วย โดยช่วงเวลาที่ผู้ชายต้องไปรับราชการทหารแบบบังคับหรือทำหน้าที่ให้บริการของพลเรือนซึ่งเป็นทางเลือกนับเป็นระยะเวลาการทำงานแต่การลาเพื่อเลี้ยงดูบุตร (Parental Leave) ซึ่งผู้ที่ใช้เป็นผู้หญิงถึงร้อยละ 98 ไม่ถูกนับเป็นระยะเวลาการทำงาน สหภาพแรงงานจึงนำเรื่องนี้มาฟ้องเป็นคดี ศาลพิพากษาว่าการเข้ารับราชการทหารแบบบังคับกับการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรโดยสมัครใจไม่สามารถนำมาเทียบเคียงกันได้ และประโยชน์ส่วนรวมของการรับราชการทหารและประโยชน์ของครอบครัวอันเป็นประโยชน์ส่วนตัวก็แตกต่างกันโดยสภาพเช่นกัน ตัวเปรียบเทียบ (Comparator) ที่เหมาะสม จึงสมควรเป็นกรณีการลาโดยสมัครใจกรณีอื่นๆ คดีนี้จึงไม่มีการเลือกปฏิบัติ<sup>193</sup> คดีนี้มีความน่าสนใจที่หลักการไม่เลือกปฏิบัติเป็นหลักการที่วางรากฐานอย่างมั่นคงในประเทศออสเตรียและในยุโรปอยู่แล้ว แต่หลักการไม่เลือกปฏิบัติแบบ “ปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันแบบเดียวกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันแบบต่างกัน” มีพื้นฐานการคิดที่ต้องการทดสอบการปฏิบัติต่อผู้หญิงและผู้ชายในสถานการณ์เดียวกัน (อาจเรียกว่า “ความเท่าเทียมเชิงทางการ (Formal Equality)”) ทั้งที่ความจริงแล้วเรื่องเดียวกันอาจเกิดขึ้นกับคนต่างเพศแบบต่างกัน<sup>194</sup> และเรียกร้องให้เกิดการแสวงหาตัวเปรียบเทียบ และหากมีความเข้าใจหรือความอ่อนไหวเชิงเพศสถานะไม่เพียงพอ ก็มีโอกาสที่จะทำให้หาตัวเปรียบเทียบที่เหมาะสมไม่ได้ หรือกระทั่ง

<sup>191</sup> Ibid., 33-36.

<sup>192</sup> Case C-220/02 *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v Wirtschaftskammer Österreich*, judgment of 8 June 2004 (Court of Justice of the European Union).

<sup>193</sup> Mark Bell, “The Constitutionalisation of the Principle of Gender Equality,” Paper completed during a Jean Monnet Fellowship at the Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Florence (2005): 3.

<sup>194</sup> Ibid., 6-7.

ไม่ได้คิดว่าวิธีการหาตัวเปรียบเทียบเองนั้นเป็นปัญหา เนื่องจากคดียกกำลังพิจารณามีความแตกต่างระหว่างเพศแฝงอยู่ และการหาตัวเปรียบเทียบจะทำให้เกิดผลที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมระหว่างเพศตามมา

เมื่อกระแสหลักการเกี่ยวกับเพศและความเท่าเทียมระหว่างเพศเป็นเรื่องสำคัญ จึงมีความพยายามที่จะบรรลุเป้าหมายของความเท่าเทียมดังกล่าว ในระดับกฎหมายในบางประเทศ มีการกำหนดให้หลักการเกี่ยวกับเพศเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญ ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้วางหลักการไม่เหยียดเพศ (Non-sexism) เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในระดับรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับการไม่เหยียดชาติพันธุ์สีผิว (Non-racism)<sup>195</sup> การกำหนดให้หลักการไม่เลือกปฏิบัติรวมถึงบนฐาน “เพศสถานะ (Gender) เพศ (Sex) การตั้งครรภ์ (Pregnancy) สถานะของการสมรส (Marital Status)”<sup>196</sup> และมีการตั้งองค์กรอิสระที่มีภารกิจเกี่ยวกับเพศในระดับรัฐธรรมนูญด้วย คือ คณะกรรมการว่าด้วยความเสมอภาคระหว่างเพศ (The Commission for Gender Equality)<sup>197</sup> รัฐธรรมนูญของประเทศเอกวาดอร์กำหนดให้หลักการไม่เลือกปฏิบัติรวมถึงบนฐาน “เพศ (Sex) อัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) วิถีทางเพศ (Sexual Orientation)” และยังรวมถึงฐานอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น “การเป็นผู้ติดเชื้อเอชไอวี (HIV Carrier)” ด้วย ยิ่งกว่านั้น ในมาตราเดียวกันที่ว่าด้วยความเสมอภาค รัฐธรรมนูญก็บัญญัติว่า สิทธิที่ได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญและตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนต้องถูกบังคับใช้ทันทีและโดยทุกภาคส่วนของรัฐ<sup>198</sup> รัฐธรรมนูญของประเทศเอธิโอเปีย โมร็อกโก และตูนิเซีย ตั้งใจใช้คำที่ครอบคลุมทุกเพศสรีระ (เช่น “He and She” และ “Man and Woman”) เพื่อให้เป็นส่วนหนึ่งของการจัดระเบียบใหม่ของสังคม เป็นต้น<sup>199</sup>

ในระดับองค์การสหประชาชาติ ซึ่งมีแนวปฏิบัติที่ดีที่งานวิจัยนี้มุ่งสนใจ มีหลักการที่เรียกว่า “การทำให้หลักการทางเพศเข้าไปสู่กระแสหลัก (Gender Mainstreaming)”<sup>200</sup> ซึ่งใช้กับทุกส่วนของการดำเนินการขององค์การสหประชาชาติมาตั้งแต่ ค.ศ. 1997 (พ.ศ. 2540) โดยมีรายละเอียดของแนวปฏิบัติที่ดี ดังนี้

ภายใต้ข้อมติของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Economic and Social Council: ECOSOC) Gender Mainstreaming หมายความว่า<sup>201</sup>

Mainstreaming a gender perspective is the process of assessing the implications for women and men of any planned action, including legislation, policies or programmes, in all areas and at all levels. It is a strategy for making women's as well as men's concerns and experiences an integral dimension of the design, implementation, monitoring and evaluation of policies and

<sup>195</sup> Section 1 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

<sup>196</sup> Section 9 (3) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

<sup>197</sup> Section 187 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

<sup>198</sup> Article 11 of the Constitution of the Republic Of Ecuador (2008) as amended in 2011.

<sup>199</sup> ดูเพิ่มเติมใน Beatrice Duncan, “Policy Brief no.8 Why and How Constitutions Matter for Advancing Gender Equality: Gains, Gaps and Policy Implications,” United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (UN Women) (2017).

<sup>200</sup> งานวิจัยจะใช้คำแปลในภาษาไทยกับคำในภาษาอังกฤษสลับกันไปตามความเหมาะสม

<sup>201</sup> United Nations Economic and Social Council Resolution 1997/2 (13 October 1997).

programmes in all political, economic and societal spheres so that women and men benefit equally and inequality is not perpetuated. The ultimate goal is to achieve gender equality.

การทำให้มุมมองทางเพศเข้าไปอยู่ในกระแสหลัก คือ กระบวนการประเมินความหมายสำหรับหญิงและชาย สำหรับการปฏิบัติที่วางแผนไว้ ซึ่งรวมถึงกฎระเบียบ นโยบาย และโครงการต่างๆ ในทุกพื้นที่และทุกระดับ กระบวนการนี้เป็นยุทธศาสตร์สำหรับการทำให้เรื่องที่เป็นลักษณะสำคัญของผู้หญิง เช่นเดียวกับของผู้ชาย และประสบการณ์ เป็นขอบเขตที่เป็นสาระสำคัญของการออกแบบ การนำไปปฏิบัติ การติดตาม และการประเมิน ซึ่งนโยบายและโครงการ ในพื้นที่ทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม เพื่อให้ผู้หญิงและผู้ชายจะได้รับประโยชน์อย่างเท่าเทียมกัน และความไม่เท่าเทียมจะไม่ดำเนินไปอย่างถาวร เป้าหมายขั้นสูงสุดคือการบรรลุความเท่าเทียมระหว่างเพศ

การทำให้หลักการทางเพศสถานะเข้าไปอยู่ในกระแสหลักขององค์การสหประชาชาติถูกวางให้อยู่ในความสำคัญระดับสูงสุดและกว้างขวางครอบคลุมภารกิจในทุกเนื้อหา การ Mainstreaming มิได้จำกัดเพียงองค์กรที่มีภารกิจเฉพาะเกี่ยวกับเพศเท่านั้น แต่ Mainstreaming คือ การทำให้มุมมองและหลักการทางเพศสถานะเป็นกระแสหลักในองค์กรหรือโครงการที่มีเป้าหมายเป็นภารกิจอื่นๆ อาทิ การจัดความยากจน การสร้างการพัฒนาอย่างยั่งยืนด้านสิ่งแวดล้อม การสร้างสันติภาพ เป็นต้น ทั้งนี้ ผู้ที่มีหน้าที่ในการทำให้อยู่ในกระแสหลัก คือ ทุกองคาพยพขององค์การสหประชาชาติ อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญด้านเพศโดยเฉพาะจะไม่มี ความสำคัญ แต่องค์กรเหล่านี้ถูกปรับบทบาทจากผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้สนับสนุนในการสร้างศักยภาพและให้คำแนะนำเชิงเทคนิคแก่องค์กรต่างๆ ขององค์การสหประชาชาติ อีกทั้ง การทำให้อยู่ในกระแสหลักนั้น หมายความว่า อยู่ในทุกระบวนการของการดำเนินการจริงๆ ไม่ว่าจะเป็นการวิเคราะห์ การเก็บรวบรวมข้อมูล การค้นคว้าวิจัย และงานด้านการสนับสนุน ฯลฯ<sup>202</sup>

นอกจากนี้ ข้อมติยังสนับสนุนให้องค์กรเชิงรัฐบาลระหว่างประเทศ (Intergovernmental Bodies) นำหลักการนี้ไปใช้ด้วย โดยรวมถึงการติดตามและประกันว่าหน่วยงานที่ได้รับทุนไปจะดำเนินการตามหลัก Gender Mainstreaming องค์กรเหล่านี้ เช่น โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Programme: UNDP) การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา (Conference on Trade and Development: UNCTAD) โครงการอาหารโลก (World Food Programme: WFP) องค์กรทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (United Nations Children's Fund: UNICEF) สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (United Nations High Commissioner for Refugees: UNHCR)<sup>203</sup>

<sup>202</sup> Ibid.; United Nations Office of the Special Advisor on Gender Issues and Advancement of Women (OSAGI), "Important Concepts Underlying Gender Mainstreaming," United Nations, accessed November 8, 2020, <https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/factsheet2.pdf>.

<sup>203</sup> United Nations, Ibid..

ทั้งนี้ นับจากมีข้อมติดังกล่าว การประเมินการจัดทำโครงการต่างๆ จะต้องมีการประเมินด้านเพศสถานะเสมอ โดยประกอบไปด้วยขั้นตอนต่างๆ คือ<sup>204</sup>

1. การประเมินความสัมพันธ์ระหว่างความเท่าเทียมระหว่างเพศกับภารกิจหรือประเด็นที่องค์กรนั้นมีหน้าที่รับผิดชอบ ซึ่งได้แก่การแสวงหานโยบายด้านเพศสถานะที่อยู่ในประเด็นนั้นๆ ไม่ว่าจะเป็น ความยากจน สิ่งแวดล้อม การส่งเสริมสุขภาพ ทั้งนี้ การประเมินเกี่ยวข้องกับการทำความเข้าใจความสำคัญของประเด็นทางเพศกับสิทธิมนุษยชนและความยุติธรรมทางสังคม และการส่งเสริมความเท่าเทียมระหว่างเพศมีความสำคัญกับภารกิจขององค์กรนั้นๆ อย่างไร

2. การดำเนินภารกิจต่างๆ องค์กรต้องมีโอกาสให้ทำงาน ทั้งในระดับการออกแบบและการปฏิบัติ ทำความเข้าใจมุมมองทางเพศสถานะ ซึ่งมีวิธีการที่แตกต่างหลากหลาย เช่น จากงานวิจัย การพัฒนานโยบาย สถิติต่างๆ หรือการจัดอบรมสร้างเสริมศักยภาพ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นก่อนการเริ่มโครงการและในระหว่างที่มีการวางแผนและนำโครงการไปปฏิบัติ

3. องค์กรจะต้องมีการระบุวิธีการของดำเนินการภารกิจในการนำมุมมองทางเพศสถานะเข้าไปเป็นส่วนหนึ่งในลักษณะที่จะช่วยหนุนเสริมให้บรรลุเป้าหมาย ยุทธศาสตร์ การจัดสรรทรัพยากร และผลการปฏิบัติ ยกตัวอย่างเช่น การให้ความสำคัญและความสนใจกับทัศนคติด้านเพศสถานะอยู่เสมอ การให้ความสำคัญกับประเด็นเพศสถานะในคำอธิบายลักษณะงาน (Job Description) การจัดทำแนวปฏิบัติที่สอดคล้องกับหลักการทางเพศสถานะ และการจัดการอบรมสร้างเสริมศักยภาพแก่บุคลากร ฯลฯ

โครงการที่มีการปรับปรุงตามแนวทางการทำให้หลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลักและทำให้เกิดผลดีตามหลักการทางเพศสถานะ ยกตัวอย่างเช่น ในประเทศเปรู แผนโครงการควบคุมยาเสพติดแห่งสหประชาชาติ (United Nations International Drug Control Programme: UNDCP)<sup>205</sup> ได้ดำเนินโครงการเปลี่ยนให้เกษตรกรเพาะปลูกพืชผลอื่น (ปาล์ม น้ำมันหรือกาแฟ แล้วแต่พื้นที่) แทนต้นโคคา (Coca) ซึ่งเป็นพืชที่เป็นสารตั้งต้นสำหรับการผลิตโคเคน ตั้งแต่เริ่มโครงการในช่วงทศวรรษ ค.ศ. 1980 จนถึงประมาณ ค.ศ. 1993 (พ.ศ. 2536) UNDCP ได้สนับสนุนในเชิงยุทธศาสตร์และการสร้างเสริมศักยภาพให้แก่เกษตรกรจนมีพื้นที่ในตลาดและมีการจัดตั้งสหกรณ์ขึ้น อย่างไรก็ตาม UNDCP จัดให้ผู้เข้าร่วมโครงการหลักเป็นผู้ชาย ส่วนผู้หญิง UNDCP จัดให้ทำกิจกรรมเฉพาะที่โยงกับตลาดท้องถิ่น โดยไม่ได้เกี่ยวข้องกับโครงการการเกษตรดังกล่าว เช่น การเลี้ยงไก่และปศุสัตว์ขนาดเล็ก การทำขนมปัง การบรรจุผลผลิตชาและกาแฟในบรรจุภัณฑ์ ฯลฯ ทั้งนี้ แนวทางการดำเนินการดังกล่าวปรากฏว่า กิจกรรมของผู้หญิงไม่สามารถทำให้เกิดผลเชิงเศรษฐกิจอย่างแท้จริงได้และทำให้เกิด การแบ่งพื้นที่ทางเศรษฐกิจระหว่างชายและหญิง และ UNDCP ก็ตระหนักว่าองค์กรประเมินอัตราการมีส่วนร่วมของผู้หญิงในภาคการเกษตรในเปรูต่ำไปด้วย โดยความจริงแล้ว การทำการเกษตรเป็นการทำร่วมกันในครอบครัวโดยแบ่งหน้าที่ตามความเหมาะสม UNDCP จึงทบทวนโครงการและปรับปรุงให้สอดคล้องกับหลัก Gender Mainstreaming

<sup>204</sup> United Nations Office of the Special Advisor on Gender Issues and Advancement of Women (OSAGI), “Important Concepts Underlying Gender Mainstreaming,” .

<sup>205</sup> ต่อมา รวมกับองค์กรอื่นเป็น สำนักงานว่าด้วยยาเสพติดและอาชญากรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Office on Drugs and Crime: UNODC) ในปัจจุบัน.

โดยนับรวมให้ผู้หญิงเป็นผู้ได้รับประโยชน์ในโครงการหลักด้วย ในระหว่าง ค.ศ. 1996-1999 (พ.ศ. 2539-2542) ปรากฏว่า มีผู้หญิงเข้าไปเป็นสมาชิกของสมาคมเกษตรกรต่างๆ ถึง 6,500 คน ซึ่งมีแนวโน้มจะทำให้เกิดความเท่าเทียมที่แท้จริงได้ตามมา<sup>206</sup>

### 3.6 หลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality)

การมีทัศนคติและค่านึงถึงหลักการทางเพศสถานะเพียงอย่างเดียวไม่สามารถสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริงให้เกิดขึ้นได้ ตามที่ได้พบทวนกรอบคิดทฤษฎีไปพอสังเขป (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรอบคิดสตรีนิยมรูปแบบหลังสมัยใหม่) บริบทของบุคคลแต่ละคนนั้นแตกต่างกัน และการจะตัดสินใจสร้างกฎหมาย นโยบาย หรือ การดำเนินการแบบใด ย่อมต้องคำนึงปัจจัยต่างๆ ที่ซ้อนทับกัน (Intersectionality) ด้วย ทั้งนี้ Intersectionality มีใช้หลักการที่ผูกติดกับหลักการทางเพศสถานะโดยเฉพาะ แต่เป็นหลักการที่เกี่ยวข้องกับปัจจัยอื่นๆ อีกมากมาย อาทิ ความแตกต่างทางสภาพร่างกาย กลุ่มเปราะบางทางสังคมและเศรษฐกิจ กลุ่มชาติพันธุ์ เป็นต้น

คิมเบอร์ลีน เครนชอว์ (Kimberlé Crenshaw) นักนิติศาสตร์ชาวอเมริกาผู้เริ่มใช้คำนี้ใน พ.ศ. 2532 (ค.ศ. 1989) ให้ความหมายอย่างกระชับในการสัมภาษณ์ใน พ.ศ. 2563 ว่า หลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ<sup>207</sup>

เป็นเลนส์ เป็นแก้วปริซึม สำหรับการมองลักษณะของความไม่เท่าเทียมหลากหลายรูปแบบที่มักจะปฏิบัติกรไปด้วยกันและทำให้ผลจากแต่ละปัจจัยรุนแรงขึ้น เรามักจะพูดถึงความไม่เท่าเทียมเชิงชาติพันธุ์สีผิวแยกออกจากความไม่เท่าเทียมบนฐานของเพศ ชนชั้น เพศวิถี หรือสถานะผู้ลี้ภัย สิ่งที่มีักขาดหายไปคือ ลักษณะของการที่คนบางคนอยู่ภายใต้รูปแบบทั้งหมดนี้ และ ประสบการณ์ต่างๆ มิใช่เพียงผลรวมของบทบาทของแต่ละปัจจัยเท่านั้น

พาร์ลอเมริกาส์ (ParlAmericas) องค์กรเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมประชาธิปไตยระดับชาติและภูมิภาคอเมริกา (ทั้งอเมริกาเหนือและอเมริกาใต้) ให้ความหมายของ Intersectionality ว่า<sup>208</sup>

Intersectionality is an analytical tool which recognizes that the experience of systemic inequalities is shaped by overlapping social factors such as gender, race, and class. An individual's disadvantages and privileges in a given time and place therefore

<sup>206</sup> United Nations Office of the Special Advisor on Gender Issues and Advancement of Women (OSAGI), "Good Practice in Gender Mainstreaming Example UNDCP - United Nations International Drug Control Programme: Alternative Development Work in Peru," United Nations, accessed November 8, 2020, <https://www.un.org/womenwatch/osagi/gmgoodpracexpl.htm>.

<sup>207</sup> "It's basically a lens, a prism, for seeing the way in which various forms of inequality often operate together and exacerbate each other. We tend to talk about race inequality as separate from inequality based on gender, class, sexuality or immigrant status. What's often missing is how some people are subject to all of these, and the experience is not just the sum of its parts". Katy Steinmetz, "She Coined the Term 'Intersectionality' Over 30 Years Ago. Here's What It Means to Her Today," The Time, accessed November 8, 2020, <https://time.com/5786710/kimberle-crenshaw-intersectionality/>.

<sup>208</sup> ParlAmericas, "Intersectionality," ParlAmericas, accessed November 8, 2020, [http://parlAmericas.org/uploads/documents/Intersectionality\\_en.pdf](http://parlAmericas.org/uploads/documents/Intersectionality_en.pdf).

cannot be understood by examining elements of their identity in isolation. Rather, attention must be paid to the full set of power relations that impact them, including macro forces such as histories of colonization and poverty, and micro forces such as an individual's health status and the structure of their family or community.

Intersectionality can be applied to legal and policy analysis, advocacy and research methodologies. Its analytical value lies in visibilizing differences among women, men or any other group of individuals, while also taking into account the effects of systems of discrimination like sexism, racism and classism.

“หลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality)” เป็นเครื่องมือวิเคราะห์ซึ่งตระหนักรู้ว่า ประสบการณ์ของความไม่เท่าเทียมที่เป็นระบบถูกสร้างขึ้นจากปัจจัยทางสังคมต่างๆ ที่ทับซ้อนกัน เช่น เพศชาติพันธุ์สีผิว และชนชั้น ความเสียเปรียบและความได้เปรียบของปัจเจกบุคคลในเวลาและสถานที่หนึ่งจึงไม่สามารถทำความเข้าใจโดยการตรวจสอบองค์ประกอบของอัตลักษณ์ของบุคคลเหล่านั้นเพียงลำพัง แต่กลับกัน จะต้องมีการให้ความสนใจอย่างเต็มที่กับความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่มีผลต่อพวกเขา ซึ่งรวมถึงอำนาจในระดับมหภาค เช่น ประวัติศาสตร์ของการอยู่ภายใต้อาณานิคมและความยากไร้ และอำนาจระดับจุลภาค เช่น สภาพทางสุขภาพและโครงสร้างของครอบครัวหรือชุมชนของบุคคลนั้น

หลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ สามารถถูกประยุกต์ใช้กับการวิเคราะห์ทางกฎหมายและนโยบาย งานส่งเสริมสนับสนุน และระเบียบวิธีวิจัย คุณค่าของการนำไปวิเคราะห์ที่อยู่ที่ทำให้เห็นความแตกต่างระหว่างผู้หญิง ผู้ชาย หรือกลุ่มของปัจเจกใดๆ ในขณะที่เดียวกันก็ตระหนักถึงผลกระทบของระบบของการเลือกปฏิบัติ เช่น การเหยียดเพศ (Sexism) การเหยียดชาติพันธุ์สีผิว (Racism) และการเหยียดชนชั้น (Classism)

ตัวอย่างเช่น ในบริบทของการจัดทำกฎหมายซึ่งการมีส่วนร่วมของประชาชนมีความสำคัญมาก หากผู้ดำเนินโครงการมีทัศนคติที่สอดคล้องกับหลักการทางเพศสถานะ ผู้นั้นก็อาจพยายามทำให้ทุกเพศมีส่วนร่วมกับการจัดทำกฎหมายนั้นให้มากที่สุด อย่างไรก็ตาม ผู้หญิง (หรือแม้แต่ผู้ชาย) ในแต่ละสังคมอาจมีสภาพชีวิตที่แตกต่างกัน เช่น ผู้หญิงชนชั้นกลางที่อาศัยอยู่ในเมืองอาจมีความพร้อมในการแสดงความคิดเห็นทางอินเทอร์เน็ต แต่ผู้หญิงชนชั้นน้อยที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ห่างไกลอาจไม่สามารถเข้าถึงอุปกรณ์หรือสัญญาณอินเทอร์เน็ตได้ง่าย อีกทั้ง การแบ่งบทบาทระหว่างเพศแบบดั้งเดิมก็อาจทำให้มีภาระหน้าที่ในการดูแลจัดการบ้าน จนมีเวลาจำกัดในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารหรือความพยายามที่จะเข้าถึงอินเทอร์เน็ตและมีส่วนร่วมทางออนไลน์ดังกล่าว เป็นต้น

### 3.7 ข้อเสนอแนะในการประยุกต์ใช้หลักการทำให้หลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลักและหลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ ในประเทศไทย

จากข้อจำกัดของกฎหมายและนโยบายต่างๆ ของประเทศไทยที่ยังไม่สอดคล้องกับหลักการว่าด้วยเพศสถานะเท่าที่ควร และการทบทวนหลักการ แนวทาง และตัวอย่างของหลักการทำให้หลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลักขององค์การสหประชาชาติและหลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ ข้างต้น งานวิจัยเห็นวามุมมองและหลักการทางเพศสถานะมีความสำคัญ และเป็นส่วนหนึ่งที่ต้องหายไปในการดำเนินการของกลไกต่างๆ ของรัฐ

ในปัจจุบันในการสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริง เนื่องจากการออกแบบและวางแผนบริการและโครงการต่างๆ ผู้ปฏิบัติงานอาจมองไม่เห็นประเด็นเหล่านี้ ตัวอย่างของกรณีให้เห็นอย่างชัดเจนและใกล้เคียงกับตัวอย่างที่กล่าวไปในประเทศเปรู เช่น ในการจัดโครงการฝึกอบรมวิชาชีพสำหรับผู้ต้องขัง กรมราชทัณฑ์มักจัดการฝึกอบรมตามบทบาทระหว่างเพศของชายหญิงแบบดั้งเดิม<sup>209</sup> หรือในกรณีที่ไม่ชัดเจนนัก เช่น ในกรณีการต่อต้านการคุกคามทางเพศในหน่วยงานราชการ หากผู้ปฏิบัติงานทุกคนเข้าใจว่าพฤติกรรมเหล่านี้เป็นผลมาจากความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างเพศที่ไม่เท่าเทียมกันในสังคม ไม่ใช่เพียงการกระทำที่ไม่สมควรเป็นครั้งคราวหรือตามอารมณ์ ก็จะสามารถลดหรือขจัดไปซึ่งเหตุการณ์เหล่านี้ได้อย่างแท้จริง มิใช่เพียงกดขี่มิให้เหตุการณ์เหล่านี้เกิดขึ้นโดยการบังคับตามกฎหมายเปรียบเทียบเท่านั้น

การทำให้หลักการทางเพศเข้าไปอยู่ในกระแสหลักไม่ใช่เพียงการกำหนดกฎหมายหรือนโยบายในเชิงทางการเท่านั้น เช่น การกำหนดให้มีสัดส่วนของผู้ชายกับผู้หญิงเท่าๆ กันในองค์กร และมีใช้การกำหนดแนวทางหลักแนวทางเดียวให้ผู้ปฏิบัติใช้ เช่น การกำหนดให้ผู้หญิงอยู่ภายใต้มาตรการพิเศษบางประการที่จะทำให้ใช้สิทธิเสรีภาพได้เท่าเทียมกับผู้ชายทุกกรณี แต่การทำให้หลักการทางเพศเข้าไปอยู่ในกระแสหลัก ทั้งในแง่การจัดการองค์การบริหารทรัพยากรบุคคล และการดำเนินการเชิงเนื้อหาของภาครัฐและกลไกอื่นๆ มีความสลับซับซ้อน และการกำหนดให้แต่ละเพศอยู่ภายใต้มาตรฐานที่เหมือนหรือต่างกันแตกต่างกันไปตามบริบทของเรื่องเฉพาะนั้นๆ ทักษะคติเชิงเพศสถานะจึงจำเป็นต้องถูกยกระดับให้มีความสำคัญในฐานะหลักการพื้นฐานของการดำเนินการทุกส่วนของภาครัฐ เพื่อที่จะทำให้เกิดความเท่าเทียมได้อย่างแท้จริง

งานวิจัยมีข้อเสนอ ดังนี้

1. รัฐสมควรยกระดับหลักการทางเพศสถานะให้มีคุณค่าในระดับที่สำคัญ หากเป็นไปได้ สมควรกำหนดให้มีคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญ และอยู่ในลักษณะที่ก้าวหน้ามากกว่าเพียงการกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของหลักความเสมอภาคและในฐานะฐานหนึ่งของการเลือกปฏิบัติ รวมถึงพิจารณาปรับปรุงหลักการไม่เลือกปฏิบัติให้กว้างขวางและชัดเจนขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับเพศสถานะ (เช่น แนวทางของประเทศแอฟริกาใต้ และประเทศเอกวาดอร์)

2. รัฐสมควรพิจารณานำการทำให้หลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลัก (Gender Mainstreaming) มาใช้ มิใช่เพียงมาตรการในเชิงรับดังปัจจุบัน คือ การป้องกันและปรามปรามการล่วงละเมิดหรือการคุกคามทางเพศ และสมควรนำมาใช้ในทุกส่วนของการดำเนินการ ทั้งนี้ Gender Mainstreaming ไม่เพียงแต่จะทำให้เกิดความปลอดภัยในที่ทำงานและนำไปสู่ความเท่าเทียมระหว่างเพศได้เท่านั้น แต่จะทำให้ทุกส่วนของการดำเนินการของภาครัฐและกลไกต่างๆ สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับเพศสถานะและมีความเท่าเทียมในสังคมที่แท้จริงเกิดขึ้น

---

<sup>209</sup> เช่น โครงการฝึกอบรมส่งเสริมทักษะทางอาชีพของศูนย์ฝึกอบรมอาชีพ (Academy) ของกรมราชทัณฑ์ กำหนดให้จัดตั้งศูนย์ฝึกอบรมในเรือนจำที่มีแต่ผู้ต้องขังหญิง ได้แก่ ศูนย์ฝึกอบรมอาชีพด้านการประกอบอาหาร ด้านการนวดแผนไทย และด้านการเสริมสวย. ดู หนังสือกองพัฒนาพฤตินิสัย กรมราชทัณฑ์ ด่วนมาก ที่ ยธ 0708.2/448 เรื่อง โครงการฝึกอบรมส่งเสริมทักษะทางอาชีพของศูนย์ฝึกอบรมอาชีพ (Academy) ลงวันที่ 4 มกราคม 2562.

3. รัฐควรจัดให้มีหน่วยงานเฉพาะในการดำเนินภารกิจด้านนี้โดยตรง โดยมีภารกิจคือการสนับสนุนและช่วยเหลือในเชิงเทคนิคเกี่ยวกับการทำให้หลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่กระแสหลักของการดำเนินงานทุกส่วน ติดตามและประเมินผล และประกันว่าหลักสูตรของการอบรมสัมมนาทั้งหมดของภาครัฐจะต้องมีเนื้อหาและการดำเนินการที่สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับเพศสถานะ นอกจากนี้ ในแต่ละหน่วยงาน ควรมีผู้รับผิดชอบประสานเกี่ยวกับ Gender Mainstreaming ที่มีความรู้และเข้าใจประเด็นนี้อย่างถ่องแท้พอสมควรด้วย
4. รัฐต้องประกันว่าการฝึกอบรมบุคลากร โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคลากรที่บรรจุใหม่ จะต้องมีการสร้างความเข้าใจเรื่องนี้อย่างถ่องแท้ และมีการฝึกอบรมเพื่อพัฒนาความเข้าใจและศักยภาพตามองค์ความรู้ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างต่อเนื่อง



## บทที่ 4

### กลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมที่มีอยู่แล้วในประเทศไทย: การปรับปรุงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เพื่อให้มีประสิทธิภาพภายใต้ความเป็นอิสระอย่างแท้จริง

ด้วยผลของการเปลี่ยนแปลงทางภูมิทัศน์ของการจัดองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งนับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา ประเทศไทยมีองค์กรที่ดำเนินการภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและองค์กรอิสระ/องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญหลายองค์กร ครอบคลุมการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญในเนื้อหาที่แตกต่าออกไปตามลักษณะขององค์กร ในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน สิทธิเสรีภาพของประชาชน และความเท่าเทียม นอกจากองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง) และหน่วยงานต่างๆ (เช่น กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม) องค์กรที่เกี่ยวข้องโดยตรง ได้แก่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและผู้ตรวจการแผ่นดิน ด้วยเหตุนี้ ก่อนที่จะแสวงหากลไกเพิ่มเติมที่จะทำให้เกิดความเท่าเทียมที่แท้จริงและบรรลุวัตถุประสงค์ของเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ได้ จึงต้องพิจารณากลไกที่มีอยู่แล้วเสียก่อน

ในบทนี้ งานวิจัยเสนอว่า การที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอย่างแท้จริงภายใต้หลักนิติธรรมให้ประสบความสำเร็จ ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องปรับปรุงสถาบันที่ทำหน้าที่คุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนระดับชาติ ได้แก่ กลไกคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ให้เป็นกลไกที่ทำหน้าที่ดังกล่าวได้อย่างแท้จริง ซึ่งปัจจุบันนี้เป็นข้อท้าทายอันเป็นผลมาจากการปรับโครงสร้างกลไกหลายครั้งท่ามกลางการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง และการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเก่าและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่หลายฉบับในห้วงเวลาประมาณสองทศวรรษเศษที่ผ่านมา

งานวิจัยเห็นว่า เมื่อพิจารณาหน้าที่ อำนาจ และโครงสร้างองค์กร สถานะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในปัจจุบันไม่เป็นอิสระอย่างแท้จริง ส่งผลให้ไม่มีศักยภาพในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างบริบูรณ์และมีความเสี่ยงที่จะถูกครอบงำจากอำนาจในทางการเมือง ยิ่งกว่านั้น ในเชิงหลักการปรากฏการณ์นี้ทำให้สถานะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไม่สอดคล้องกับรากฐานความคิดของการจัดตั้งองค์กรอิสระตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ (ฉบับ พ.ศ. 2540) และไม่สอดคล้องกับ “หลักการปารีส” ว่าด้วยสถาบันแห่งชาติที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน (หลักการระหว่างประเทศเกี่ยวกับสถานะของสถาบันระดับชาติ ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน - International Principles Relating to the Status of National Institutions on Human Rights: The Paris Principles) กลไกคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงสมควรได้รับการปรับปรุงเพื่อให้เป็นช่องทางคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและสร้างสมดุลกับอำนาจรัฐได้อย่างแท้จริง

เหตุผลอีกประการที่สำคัญ คือ การนำไปปฏิบัติข้อ 16.a ในเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ว่าด้วย “การเสริมความแข็งแกร่งของสถาบันระดับชาติที่เกี่ยวข้อง...เพื่อจะป้องกันความรุนแรง และต่อสู้กับการก่อการร้ายและอาชญากรรม” มีตัวชี้วัดที่เห็นชอบโดยข้อมติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ ได้แก่ “การมีอยู่ของ

สถาบันระดับชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่มีความเป็นอิสระที่สอดคล้องกับหลักการปารีส”<sup>210</sup> ดังนั้น การปรับปรุงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงสอดคล้องกับตัวชี้วัดนี้โดยตรง

ในบทนี้ หลังกล่าวนำในส่วนที่ 4.1 งานวิจัยเริ่มในส่วนที่ 4.2 ด้วยการทบทวนสถาบันของรัฐที่มีภารกิจเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน จากนั้น ในส่วนที่ 4.3 จึงทบทวนการหลักการทั่วไปว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งประกอบไปด้วยรากฐานความคิดและประวัติการจัดตั้งโดยสังเขปและอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญสามฉบับ ได้แก่ ฉบับ พ.ศ. 2540 พ.ศ. 2550 และพ.ศ. 2560 ในส่วนที่ 4.4 งานวิจัยอธิบายสาระสำคัญของหลักการปารีส ก่อนที่ในส่วนที่ 4.5 จะตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกับหลักการปารีสของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและข้อจำกัดในการดำเนินการเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และสุดท้าย ในส่วนที่ 4.6 งานวิจัยจะเสนอให้มีการปรับปรุงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

#### 4.1 บทนำ

ประเทศไทยมีองค์กรอิสระที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะ ได้แก่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.)<sup>211</sup> ใน พ.ศ. 2544<sup>212</sup> ในช่วงประมาณสองทศวรรษที่ผ่านมา สถาบันดังกล่าวถูกปรับเปลี่ยนสถานะ (ในความเป็นจริง) และอำนาจหน้าที่ไปตามรัฐธรรมนูญฉบับถาวรสามฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (ซึ่งมีผลให้มีการจัดตั้งกสม.ขึ้นเป็นครั้งแรก) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ท่ามกลางบริบทของสังคมและการเมืองที่แตกต่างกัน

ในปัจจุบัน กสม.ถูกวิพากษ์ว่า มีความเป็นอิสระน้อยลงและส่งผลให้ไม่สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างแท้จริงตามเจตนารมณ์ของการจัดตั้งองค์กร<sup>213</sup> ด้วยผลของการลดและเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่บางประการให้แก่ กสม.โดยรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 อำนาจที่ถูกลดและทำให้ศักยภาพในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนลดลง เช่น อำนาจในการมีส่วนร่วมในการดำเนินคดีทางศาล ส่วนหน้าที่ที่ถูกเพิ่มเติมเข้ามาซึ่งทำให้ถูกวิพากษ์ว่าไม่สอดคล้องกับหลักการของสถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติ เช่น หน้าที่ในการ “ชี้แจงและรายงาน

<sup>210</sup> “Existence of Independent National Human Rights Institutions in Compliance with the Paris Principles”. United Nations General Assembly Res 71/313, “Resolution adopted by the General Assembly on 6 July 2017 (71/313. Work of the Statistical Commission pertaining to the 2030 Agenda for Sustainable Development)” (A/RES/71/313) (10 July 2017).

<sup>211</sup> ในส่วนที่เหลือในส่วนบทนี้จะใช้คำเต็มและคำว่า “กสม.” สลับกันไปตามความเหมาะสม

<sup>212</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติถูกจัดตั้งขึ้นด้วยอำนาจของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยมีการประกาศใช้กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ (พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542) ใน พ.ศ. 2542 และกสม.ชุดแรกเริ่มปฏิบัติหน้าที่ใน พ.ศ. 2544

<sup>213</sup> เช่น สำนักข่าวชายขอบ, “บทวิพากษ์ต่อร่าง พรป.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติโดยสุณี ไชยรส,” สำนักข่าวชายขอบ, สืบค้นเมื่อ 19 มิถุนายน 2563, <https://transbordernews.in.th/home/?p=16960>; รจนคม สุขภกช, “ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย,” *วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน* 11, ฉ.1, (2561).

ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องโดยไม่ชักช้าในกรณีที่มีการรายงานสถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยโดยไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 247 (4) แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560

งานวิจัยเห็นว่า การจะบรรลุผลในการสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริงได้ตามเป้าหมายลำดับที่ 16 ของ SDGs รัฐต้องจัดวางสถาบันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระดับชาติในตำแหน่งที่สอดคล้องกับภารกิจในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังนั้น โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของกสม. จึงสมควรได้รับการปรับปรุงเพื่อเสริมสร้างความมั่นคงและมีประสิทธิภาพ ก่อนที่จะไปแสวงหากกลไกอื่นๆ เพิ่มเติมต่อไป

#### 4.2 สถาบันที่มีภารกิจเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ในส่วนนี้ งานวิจัยทบทวนกลไกของรัฐที่มีภารกิจเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยสังเขป เฉพาะองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ที่โดดเด่นด้านสิทธิมนุษยชนบางองค์กรเท่านั้น ได้แก่ องค์กรตุลาการ (ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง) กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เห็นภาพรวมของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และนำไปสู่ข้อเสนอของการปรับปรุงกลไกคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับรากฐานความคิดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเท่านั้น นอกจากนี้ กลไกศาลรัฐธรรมนูญซึ่งจะกล่าวถึงอย่างละเอียดในบทถัดไปก็จะกล่าวถึงพอสังเขปเช่นเดียวกัน

ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองถูกจัดตั้งขึ้นพร้อมกันด้วยอำนาจของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยแต่เดิมภารกิจของแต่ละองค์กรอยู่ภายใต้การดำเนินการขององค์กรอื่น (ได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลยุติธรรม ตามลำดับ) ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชน เนื่องจากสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งใช้บังคับหลังมีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนใน พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน<sup>214</sup> ในกรณีของศาลปกครอง ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางปกครอง หรือหากกล่าวในกรณีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการประกันว่าการดำเนินการต่างๆ ขององค์กรทางปกครองเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งรวมถึงการดำเนินการตามหลักสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ด้วย

กล่าวกว้างๆ ได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในสองช่องทางหลัก ได้แก่ (1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและร่างกฎหมาย ซึ่งรวมถึงในกรณีของบัญญัติว่าด้วยสิทธิตามหมวด 3 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ด้วย และ (2) การมีคำวินิจฉัยเมื่อบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

อำนาจเหล่านี้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 210, 212 และ 213 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560  
มาตรา 210 วรรคหนึ่ง

<sup>214</sup> นพนิติ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน: แนวคิดและการคุ้มครอง, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), 38-39.

ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย

(2) พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ

(3) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

มาตรา 212 ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา 5 และยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่ในคดีอาญาให้ถือว่าผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยมาตรา 5 นั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าว หรือถ้าผู้นั้นยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป แต่ทั้งนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใดๆ

มาตรา 213 บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีของศาลปกครอง ศาลปกครองมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ดังนี้<sup>215</sup>

มาตรา 197 วรรคหนึ่ง ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

แม้มิได้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีด้านสิทธิมนุษยชนโดยตรง อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบในทางตุลาการซึ่งการดำเนินการของหน่วยงานทางปกครองเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายก็เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันที่จริง ศาลปกครองอาจมีบทบาทมากกว่าศาลอื่นๆ เนื่องจากศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการตรวจสอบการดำเนินการทางปกครองที่ดำเนินไปในแต่ละวัน อีกทั้งยังเป็นการเปิดพื้นที่สนทนาให้แก่หน่วยงานของรัฐ เอกชน และบุคคลที่เกี่ยวข้อง อันเป็นการหนุนเสริมการส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพด้วย<sup>216</sup>

<sup>215</sup> มาตรา 197 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560; นอกจากนี้ สามารถศึกษาอำนาจหน้าที่ในรายละเอียดได้จากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.

<sup>216</sup> See, for example, Frank W. Munger, "An Alternative Path to Rule of Law: Thailand's Twenty-First Century Administrative Courts." *Indiana Journal of Global Legal Studies* 26, no. 1 (2019): 133-172.

เมื่อพิจารณาการทำงานของรัฐบาล หน่วยงานราชการที่มีภารกิจเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยตรง ได้แก่ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ทั้งนี้ กรมคุ้มครองสิทธิฯ มีอำนาจหน้าที่ดังนี้<sup>217</sup>

- (1) จัดระบบการบริหารจัดการด้านการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
- (2) ส่งเสริมและพัฒนาการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
- (3) ส่งเสริมและพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทในสังคม
- (4) ส่งเสริมและดำเนินการตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้รับมอบหมาย รวมทั้งประสานงานด้านคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกับภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาสังคม ทั้งภายในประเทศและต่างประเทศ
- (5) พัฒนาระบบ มาตรการ และดำเนินการช่วยเหลือประชาชนที่ตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม รวมทั้งจำเลยที่ถูกดำเนินคดีอาญาโดยมิได้เป็นผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา
- (6) ดำเนินการคุ้มครองพยานตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพยานในคดีอาญา
- (7) ติดตามและประเมินผลการดำเนินการด้านการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ
- (8) ปฏิบัติการอื่นใดตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่และอำนาจของกรม หรือตามที่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

ประเด็นที่น่าสนใจ คือ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพมีบทบาทในการเป็นกำลังสำคัญของรัฐบาลในการดำเนินการด้านสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศโดยกองสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดทำรายงานตามระบบการติดตามตรวจสอบของสนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี และการดำเนินการเกี่ยวกับกลไกการทบทวนสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนเป็นรายรอบ (Universal Periodic Review: UPR) ร่วมกับกระทรวงการต่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม กรมคุ้มครองสิทธิฯ เป็นองค์การหนึ่งของหน่วยงานราชการ/รัฐบาล ดังนั้น จึงเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ดำเนินการด้านสิทธิมนุษยชนให้แก่รัฐบาล ซึ่งไม่มีรากฐานรากฐานความคิดขององค์กรในการทำงานเหมือนกับผู้ตรวจการแผ่นดินหรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่เป็นกลไกที่ตั้งขึ้นเพื่อตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล

ในกรณีของผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ งานวิจัยทบทวนข้อสังเกตในประเด็นอำนาจหน้าที่และปัญหาความซ้ำซ้อนของอำนาจหน้าที่ที่เคยมีก่อนรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับ ดังนี้

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (ฉบับ พ.ศ. 2560) ผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจตามมาตรา 230 และ 231 ดังนี้

มาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

<sup>217</sup> คำสั่งกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่ 175/2562 เรื่อง การปรับปรุงบทบาท ภารกิจ อำนาจหน้าที่ โครงสร้าง การแบ่งงานภายในของกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2562.

(1) เสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ หรือคำสั่ง หรือขั้นตอนการปฏิบัติงานใดๆ บรรดาที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน หรือเป็นภาระแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็นหรือเกินสมควรแก่เหตุ

(2) แสวงหาข้อเท็จจริงเมื่อเห็นว่ามีผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องให้จัดหรือระงับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมนั้น

(3) เสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้ทราบถึงการที่หน่วยงานของรัฐยังมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วน ตามหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่ดำเนินการตามข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดิน ตาม (1) หรือ (2) โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งให้คณะรัฐมนตรีทราบเพื่อพิจารณาสั่งการตามที่เห็นสมควรต่อไป

ในการดำเนินการตาม (1) หรือ (2) หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนให้ผู้ตรวจการแผ่นดินส่งเรื่องให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดำเนินการต่อไป

มาตรา 231 ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีกรณี ดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองและให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ส่วนคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีหน้าที่และอำนาจตามมาตรา 247 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ดังนี้

มาตรา 247 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) ตรวจสอบและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนทุกกรณีโดยไม่ล่าช้า และเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมทั้ง การเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่เกี่ยวข้อง

(2) จัดทำรายงานผลการประเมินสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนของประเทศเสนอต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี และเผยแพร่ต่อประชาชน

(3) เสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมตลอดทั้งการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใดๆ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน

(4) ชี้แจงและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องโดยไม่ชักช้าในกรณีที่มีการรายงานสถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยโดยไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม

(5) สร้างเสริมทุกภาคส่วนของสังคมให้ตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิมนุษยชน

(6) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

เมื่อรับทราบรายงานตาม (1) และ (2) หรือข้อเสนอแนะตาม (3) ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนดำเนินการปรับปรุงแก้ไขตามความเหมาะสมโดยเร็ว กรณีใดไม่อาจดำเนินการได้หรือต้องใช้เวลาในการดำเนินการ ให้แจ้งเหตุผลให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติทราบโดยไม่ชักช้า

ในการปฏิบัติหน้าที่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติต้องคำนึงถึงความผาสุกของประชาชนชาวไทย และผลประโยชน์ส่วนรวมของชาติเป็นสำคัญด้วย

ก่อนรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับ ผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติถูกตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่บางส่วนซ้ำซ้อนกัน ทั้งนี้ การอภิปรายความซ้ำซ้อนของอำนาจหน้าที่มีขึ้นตั้งแต่ในเชิงรากฐานความคิด ตั้งแต่เมื่อมีการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่เริ่มจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติขึ้น มีการอภิปรายในประเด็นการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยในชั้นคณะกรรมการการยกร่าง มีการเห็นชอบในหลักการของการก่อตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และมีประเด็นอภิปรายในแง่รูปแบบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ทั้งนี้ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าควรมีสถาบันที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างเป็นอิสระ (เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ มาเลเซีย และแอฟริกาใต้) และอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ควรมีการพิจารณาว่าจะใช้ระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเช่นประเทศในยุโรป และอีกระบบคือระบบที่มีสถาบันอิสระตามความเห็นในฝ่ายแรก ท้ายที่สุดคณะกรรมการการยกร่างมีมติให้มีระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนแยกต่างหากออกจากผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เนื่องจากมีเนื้อหาของภารกิจที่แตกต่างกัน โดยรูปแบบที่ใช้คือรูปแบบของประเทศแอฟริกาใต้ที่มีผู้ตรวจการแผ่นดิน (ใช้ภาษาอังกฤษว่า Public Protector) ตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Commission) ตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ต่อมาในชั้นคณะกรรมการพิจารณาร่างและสภาร่างรัฐธรรมนูญ แม้จะมีสมาชิกบางส่วนขอให้ตัดคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติออก แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญมีมติให้คงไว้<sup>218</sup>

ทั้งนี้ ปรากฏว่าอำนาจหน้าที่และการดำเนินการขององค์กรอิสระทั้งสององค์กรดังกล่าวมีความซ้ำซ้อนกันและส่งผลกระทบต่อความรับรู้ของประชาชน ด้วยเหตุนี้ จึงมีข้ออภิปรายเพื่อให้เกิดการปรับปรุงอำนาจหน้าที่ขององค์กรทั้งสองตัวอย่างเช่น ภาคภูมิ ถุกะเมธ เสนอแนวทางในการปรับปรุงองค์กรอิสระในเชิงโครงสร้างเป็นสามทางเลือก (ใน พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550) ได้แก่ หนึ่ง การกำหนดให้มีองค์กรเดียวคือผู้ตรวจการแผ่นดินโดยรวมภารกิจในลักษณะของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเข้าไปด้วย (มีหน้าที่ที่กว้างขวางซึ่งอาจรวมถึงการตรวจสอบเอกชนซึ่งทำให้ต้องปรับปรุงองค์กรให้มีความยึดโยงกับประชาชนมากยิ่งขึ้น) สอง การกำหนดให้มีเพียงองค์กรด้านสิทธิมนุษยชนที่ทำหน้าที่เฉพาะ (ได้แก่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ) โดยมีบทบาทในกระบวนการทางคดีแต่ไม่ซ้ำซ้อนกับองค์กรตุลาการ หรือเป็นองค์กรในลักษณะ “องค์กรด้าน

<sup>218</sup> มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ: รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, 309-310.

อนุญาโตตุลาการด้านสิทธิมนุษยชน” และสาม การกำหนดให้มีองค์กรทั้งสองเช่นเดิม แต่ต้องพัฒนาระบบการประสานงานร่วมกันและกำหนดให้ชัดเจนถึงบทบาทหน้าที่ของแต่ละองค์กร<sup>219</sup>

ทั้งนี้ ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ปรากฏว่า รัฐยังคงกำหนดให้มีองค์กรทั้งสองเช่นเดิม โดยมีการปรับปรุงหน้าที่และอำนาจพอสมควร

งานวิจัยเห็นว่า ไม่ว่าจะอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ฉบับ พ.ศ. 2550 และฉบับ พ.ศ. 2560 ของผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะใกล้เคียงหรือซ้ำซ้อนกันเพียงใด แต่ลักษณะดังกล่าวก็เป็นปัญหาในเชิงรายละเอียด โดยในเชิงรากฐานความคิด แม้จะทับซ้อนกันบ้างในบางประเด็น องค์กรทั้งสองก็ไม่ได้ทำหน้าที่เหมือนกัน เนื่องจากผู้ตรวจการแผ่นดินในประเทศไทยมิได้ถูกจัดตั้งขึ้นตามแนวทางของผู้ตรวจการแผ่นดินในประเทศแถบทวีปยุโรป<sup>220</sup> แต่เป็นการจัดตั้งขึ้นตามแนวทางของประเทศแอฟริกาได้ตามที่กล่าวไป นอกจากนี้ แม้ประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนประเด็นหนึ่งจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบหน่วยงานของรัฐของผู้ตรวจการแผ่นดิน (หรือการช่วยเหลือประชาชนและภาครัฐให้ดำเนินการในกรอบกฎหมายอย่างถ้อยที่ถ้อยอาศัยกัน ไม่ใช่การตรวจสอบจับผิดหน่วยงานของรัฐ ตามเหตุผลประกอบการยกวางรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560)<sup>221</sup> และการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในเวลาเดียวกัน แต่ลักษณะการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติซึ่งวางอยู่บนฐาน “สิทธิมนุษยชน” ก็มีเนื้อหาที่กว้างขวางกว่าและเป็นเนื้อหาที่พัฒนาอย่างต่อเนื่องตามเวลา<sup>222</sup> รวมถึงมิได้จำกัดเฉพาะการตรวจสอบการละเมิดที่กล่าวอ้างว่าเกิดขึ้นจากหน่วยงานของรัฐแต่รวมถึงเอกชนด้วย<sup>223</sup> อีกทั้งการมีองค์กรติดตามตรวจสอบและช่วยเหลือประชาชนหลายองค์กรก็เป็นประโยชน์กับประชาชนมากกว่า งานวิจัยจึงเห็นว่าองค์กรอิสระทั้งสององค์กรนี้สมควรมีอยู่ต่อไป

<sup>219</sup> ภาคภูมิ ฤกษ์เมธ, “ปัญหาความซ้ำซ้อนในอำนาจหน้าที่ และที่มาของผู้บริหารในองค์กรอิสระภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปีพุทธศักราช 2550: กรณีศึกษาผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ,” *วารสารสถาบันพระปกเกล้า* 11, ฉ.1, (มกราคม-เมษายน 2556).

<sup>220</sup> ดูกระแสดังกล่าวจัดตั้งสถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติซึ่งรวมถึงประเด็นการจัดตั้งในลักษณะคณะกรรมการและผู้ตรวจการแผ่นดินเพิ่มเติมใน Katerina Linos and Tom Pegram, “Architects of Their Own Making: National Human Rights Institutions and the United Nations,” *Human Rights Quarterly* 38, no. 4, (November 2016).

<sup>221</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบประมวลราชธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*, 395.

<sup>222</sup> มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 กำหนดนิยามสิทธิมนุษยชนว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล บรรดาที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย หรือตามหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”.

<sup>223</sup> มาตรา 247 (1) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ยังได้เพิ่มหลักการใหม่ เพื่อมุ่งประสานความร่วมมือระหว่างองค์กรอิสระและลดความซ้ำซ้อนของการดำเนินการด้วย ดังนี้<sup>224</sup>

มาตรา 221 ในการปฏิบัติหน้าที่ให้องค์กรอิสระร่วมมือและช่วยเหลือกันเพื่อให้บรรลุเป้าหมายในการปฏิบัติหน้าที่ของแต่ละองค์กร และถ้าองค์กรอิสระใดเห็นว่าผู้กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อยู่ในหน้าที่และอำนาจขององค์กรอิสระอื่น ให้แจ้งองค์กรอิสระนั้นทราบเพื่อดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจต่อไป

นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติ องค์กรอิสระต่างๆ ก็ได้บูรณาการการดำเนินการร่วมกันอย่างต่อเนื่อง<sup>225</sup>

ในกรณีความรับรู้และความเชื่อมั่นของประชาชน จากการสำรวจสำหรับ พ.ศ. 2561 โดยกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมโดยสำนักงานสถิติแห่งชาติกับสถาบันพระปกเกล้า ปรากฏว่า ความเชื่อมั่นของประชาชนต่อการทำงานขององค์กรอิสระและองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ ทบพวนในส่วนนี้เป็นดังนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ ร้อยละ 80.40 (อันดับที่ 2 รองจากศาลยุติธรรม) ศาลปกครอง ร้อยละ 79.90 (อันดับที่ 3) ผู้ตรวจการแผ่นดิน ร้อยละ 69.60 (อันดับที่ 4) และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ร้อยละ 60.60 (อันดับที่ 9)<sup>226</sup>

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาผลสำรวจความเชื่อมั่นต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตั้งแต่ พ.ศ. 2552-2561 พบว่า แม้ว่าจะมีความผันผวนบ้าง แต่ความเชื่อมั่นก็มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง จากร้อยละ 48 ใน พ.ศ. 2552 เป็นร้อยละ 59.30 ในปี พ.ศ. 2558 และสูงสูดร้อยละ 62.60 ใน พ.ศ. 2560 ก่อนจะตกลงมาเล็กน้อยที่ร้อยละ 60.60 ใน พ.ศ. 2561<sup>227</sup>

#### 4.3 สถานะและอำนาจหน้าที่ของสถาบันที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย

ตามที่กล่าวไปในส่วนที่ 4.2 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นครั้งแรก และยังเป็นกลไกที่มีเรื้อยมาจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ ชื่อเรียกประเภทองค์กรของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแตกต่างไปตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ โดยในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ไม่มีชื่อเรียกเป็นการเฉพาะ บัญญัติไว้ในหมวด 6 รัฐสภา ส่วนที่ 8 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (มาตรา 199 และ 200) ในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 ถูกเรียกว่า “องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ” บัญญัติไว้ในหมวด 11 องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ส่วนที่ 2 องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ 2. คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

<sup>224</sup> มาตรา 221 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560; สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*, 380.

<sup>225</sup> เช่น ในปีงบประมาณ พ.ศ. 2562 ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้ประชุมเพื่อกำหนดกรอบนโยบายความร่วมมือและความช่วยเหลือร่วมกันทั้งหมดจำนวน 4 ครั้ง. ดู สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน, “รายงานผู้ตรวจการแผ่นดิน ประจำปี 2562,” สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน: 242-243, สืบค้นเมื่อวันที่ 7 มีนาคม 2564. [http://164.115.24.229/download/annual\\_report/Annual%20Report\\_62.pdf](http://164.115.24.229/download/annual_report/Annual%20Report_62.pdf).

<sup>226</sup> สถาบันพระปกเกล้า, *ความเชื่อมั่นต่อสถาบันต่างๆ และความพึงพอใจต่อการบริการสาธารณะ พ.ศ. 2561 และสรุปผลการสำรวจ พ.ศ. 2545-2561*, (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2562), 8-9.

<sup>227</sup> เรื่องเดียวกัน, 200.

(มาตรา 256 และ 257) และในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 เรียกว่า “องค์กรอิสระ” บัญญัติไว้ในหมวด 12 องค์กรอิสระ ส่วนที่ 6 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (มาตรา 246 และ 247) ทั้งนี้ ไม่ว่าจะถูกระบุด้วยชื่อใดแต่กสม.และองค์กรอื่นๆ ในทำนองเดียวกันก็ถูกเรียกโดยทั่วไปว่าองค์กรอิสระ<sup>228</sup> และถือเป็นองค์กรอิสระที่ได้ถูกบังคับบัญชาโดยฝ่ายบริหารโดยตรงและดำเนินการตามภารกิจบางประการที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบอำนาจรัฐทั้งสิ้น

เพื่อที่จะทำความเข้าใจอำนาจหน้าที่ของกสม. และพลวัตของสถานะ โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของกสม. จึงสมควรทบทวนเรียงเป็นลำดับ ตั้งแต่การจัดตั้งในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 จนถึงฉบับ พ.ศ. 2560 รวมถึงกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 พร้อมการตั้งข้อสังเกต ดังนี้

อำนาจหน้าที่ของกสม.ที่กำหนดในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 อยู่ในมาตรา 199 และ 200

มาตรา 200 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรืออันไม่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคีและเสนอมาตรการการแก้ไขที่เหมาะสมต่อบุคคล หรือหน่วยงานที่กระทำหรือละเลยการกระทำดังกล่าวเพื่อดำเนินการ ในกรณีที่น่าจะปรากฏว่าไม่มีการดำเนินการตามที่เสนอ ให้รายงานต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินต่อไป

(2) เสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

(3) ส่งเสริมการศึกษา การวิจัย และการเผยแพร่ความรู้ด้านสิทธิมนุษยชน

(4) ส่งเสริมความร่วมมือและการประสานงานระหว่างหน่วยราชการองค์กรเอกชน และองค์กรอื่นในด้านสิทธิมนุษยชน

(5) จัดทำรายงานประจำปี เพื่อประเมินสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชน ภายในประเทศและเสนอต่อรัฐสภา

(6) อำนาจหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในการปฏิบัติหน้าที่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวมของชาติและประชาชนประกอบด้วย

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจเรียกเอกสาร หรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องจากบุคคลใดหรือเรียกบุคคลใดมาให้ถ้อยคำ รวมทั้งมีอำนาจอื่นเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ต่อมา มีการรัฐประหารใน พ.ศ. 2549 และมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับใหม่ใน พ.ศ. 2550 รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 ยังคงกำหนดให้กสม. โดยมีอำนาจหน้าที่ในทำนองเดียวกับที่ได้ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 แต่ได้มีการเพิ่มอำนาจหน้าที่บางประการขึ้น โดยอำนาจหน้าที่ที่เพิ่มเติมเข้ามานี้เป็นอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางศาล พิจารณาได้จากมาตรา 257 ดังนี้

มาตรา 257 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

<sup>228</sup> เรื่องเดียวกัน, 47.

(2) เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(3) เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง ในกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

(4) ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหาย เมื่อได้รับการร้องขอจากผู้เสียหายและเป็นกรณีที่เห็นสมควรเพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ต่อมา มีการรัฐประหารใน พ.ศ. 2557 และมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใน พ.ศ. 2560 รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ได้นำอำนาจของกสม. ในการดำเนินการทางศาลอันเป็นอำนาจหน้าที่ทั่วไปออก โดยเปลี่ยนให้กสม. มีอำนาจเกี่ยวกับคดีเมื่อมีข้อยกเว้นบางประการตามที่ระบุไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 เท่านั้น คือ ในกรณีที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและผู้เสียหายไม่สามารถดำเนินการทางคดีได้ด้วยตนเอง ตามมาตรา 37<sup>229</sup>

มาตรา 37 ในกรณีที่การละเมิดสิทธิมนุษยชนเรื่องใดเป็นความผิดอาญาและผู้เสียหายไม่อยู่ในฐานะที่จะร้องทุกข์หรือกล่าวโทษด้วยตนเองได้ ให้คณะกรรมการหรือผู้ซึ่งคณะกรรมการมอบหมายมีอำนาจร้องทุกข์หรือกล่าวโทษได้โดยให้ถือว่าเป็นผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เป็นที่สังเกตว่า มาตรา 37 ดังกล่าวมิได้กำหนดให้กสม. มีอำนาจในการดำเนินการใดเมื่อมีการยื่นฟ้องต่อศาลแล้ว ทั้งนี้ บันทึกความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 แสดงให้เห็นว่า คณะผู้จัดทำรัฐธรรมนูญตระหนักดีถึงการตัดอำนาจในการดำเนินการทางศาลออกไป และมีได้มีคำอธิบายใด<sup>230</sup>

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ยังกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมให้แก่กสม. คือ<sup>231</sup>

มาตรา 247 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(4) ชี้แจงและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องโดยไม่ชักช้าในกรณีที่มีการรายงานสถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยโดยไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม

ทั้งนี้ หน้าที่ที่เพิ่มเติมเข้าไปนี้ได้รับการกล่าวซ้ำในมาตรา 26 (4) ใน พ.ร.ป. ฉบับ พ.ศ. 2560 และขยายความในมาตรา 44 แห่งกฎหมายฉบับเดียวกัน ดังนี้<sup>232</sup>

มาตรา 44 เมื่อความปรากฏต่อคณะกรรมการไม่ว่าโดยทางใดว่ามีการรายงานสถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยโดยไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม คณะกรรมการต้องตรวจสอบและชี้แจงหรือจัดทำ

<sup>229</sup> มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

<sup>230</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*, 439-440.

<sup>231</sup> มาตรา 247 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560; มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

<sup>232</sup> มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

รายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องของสถานการณ์นั้นโดยไม่ชักช้า เพื่อเผยแพร่ให้ประชาชนทราบเป็นการทั่วไป และให้สรุปไว้ในรายงานตามมาตรา 40 วรรคหนึ่ง ด้วย ทั้งนี้ ให้นำความในมาตรา 35 (1) มาใช้บังคับแก่การตรวจสอบโดยอนุโลม

นอกจากประเด็นอำนาจหน้าที่ของกสม.แล้ว ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการปรับปรุงกสม.ให้หนุนเสริมการบรรลุวัตถุประสงค์ของเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs มากขึ้น คือ ประเด็นว่าด้วยการได้มาซึ่งกสม. และการจัดวางตำแหน่งแห่งที่และโครงสร้างของกสม.

ในประเด็นที่หนึ่ง (การได้มาซึ่งกสม.) รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 กำหนดให้กสม.ประกอบด้วยคณะกรรมการ 10 คน มีระยะเวลาดำรงตำแหน่ง 6 ปี รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 ประกอบด้วยคณะกรรมการ 7 คน มีระยะเวลาดำรงตำแหน่ง 6 ปี และรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ประกอบด้วยคณะกรรมการ 7 คน มีระยะเวลาดำรงตำแหน่ง 7 ปี

รัฐธรรมนูญทุกฉบับต่างมอบอำนาจให้กฎหมายระดับพระราชบัญญัติกำหนดรายละเอียดของการได้มาซึ่งกสม. โดยก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 รายละเอียดดังกล่าวบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ส่วนในปัจจุบัน อยู่ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 ในแง่คุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นกรรมการสิทธิฯ กฎหมายทั้งสองฉบับต่างกำหนดไว้ในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ แม้ใน พ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2542 จะไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าต้องเป็นกลางทางการเมืองหรือไม่มีผลประโยชน์ได้เสียที่เกี่ยวข้อง<sup>233</sup> แต่ก็กำหนดคุณสมบัติไปในทิศทางดังกล่าว คือ ต้องไม่ใช่ข้าราชการประจำ ทำงานอยู่ในหน่วยงานของรัฐ หรือมีงานประจำอื่นในองค์กรของเอกชน<sup>234</sup> ไม่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น และไม่เป็นผู้ดำรงตำแหน่งของพรรคการเมือง<sup>235</sup> อย่างไรก็ตาม พ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 เน้นย้ำความเป็นกลางทางการเมืองมากขึ้น โดยระบุว่ากรรมการต้องมีความเป็นกลางทางการเมือง<sup>236</sup> และกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามเพิ่มเข้ามาอีกจำนวนมาก จากเดิมที่ระบุไว้เพียง 14 อนุมาตราในพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2542<sup>237</sup> เป็น 25 อนุมาตราในพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560<sup>238</sup> โดยคุณสมบัติต้องห้ามที่มีการเปลี่ยนไปอย่างมีนัยสำคัญ คือ การเพิ่มระยะเวลาของผู้ที่เคยมีความเกี่ยวข้องกับการเมือง ตามมาตรา 10 (18) “เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง หรือสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นในระยะสิบปีก่อนเข้ารับการสรรหา”<sup>239</sup> และมาตรา 10 (19) “เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกหรือผู้ดำรงตำแหน่งอื่นของพรรคการเมืองในระยะสิบปีก่อนเข้ารับ

<sup>233</sup> มีเพียงการระบุว่ากรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลาง (ไม่ได้อยู่ในชั้นคุณสมบัติต้องห้าม) ตามมาตรา 9 เท่านั้น

<sup>234</sup> มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542.

<sup>235</sup> มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542.

<sup>236</sup> มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

<sup>237</sup> พ.ร.บ.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 กำหนดคุณสมบัติต้องห้ามไว้ปะปนกับมาตราที่ว่าด้วยคุณสมบัติจำเป็น โดยอยู่ในมาตรา 6 จำนวน 11 อนุมาตรา และมาตรา 7 จำนวน 3 อนุมาตรา

<sup>238</sup> มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

<sup>239</sup> มาตรา 10 (18) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

การสรรหา”<sup>240</sup> โดยที่คุณสมบัติต้องห้ามเกี่ยวกับสถานะของความเป็นข้าราชการ การทำงานในหน่วยงานของรัฐ และการประกอบอาชีพในองค์กรเอกชนไม่มีการระบุเวลาของการมีคุณสมบัติที่จะเป็นกรรมการได้เช่นเดิม

การสรรหาผู้ที่จะมาเป็นกสม.ต้องดำเนินการโดยคณะกรรมการสรรหาชุดหนึ่งเช่นเดียวกัน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 กำหนดให้องค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา จำนวน 27 คน เป็นดังนี้<sup>241</sup>

- (1) ประธานศาลฎีกา
- (2) ประธานศาลปกครองสูงสุด
- (3) อัยการสูงสุด
- (4) นายกสภานายความ
- (5) อธิการบดีหรือผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่เป็นนิติบุคคลแห่งหนึ่งคนซึ่งเลือกกันเองให้เหลือห้า

คน

- (6) ผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิทธิมนุษยชนตามมาตรา 24<sup>242</sup> แห่งหนึ่งคนซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ

สิบคน

(7) ผู้แทนพรรคการเมืองทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคละหนึ่งคนซึ่งเลือกกันเองให้เหลือห้าคน

(8) ผู้แทนสื่อมวลชนในกิจการหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ ซึ่งเลือกกันเองกิจการละหนึ่งคนรวมเป็นสามคน

ทั้งนี้ โดยมีเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นเลขานุการ

พ.ร.บ.ว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 กำหนดให้องค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา จำนวน 11 คน เป็นดังนี้<sup>243</sup>

- (1) ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ
- (2) ประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร เป็นกรรมการ
- (3) ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นกรรมการ
- (4) ผู้แทนองค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชน องค์กรละหนึ่งคน ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือสามคนเป็น

กรรมการ

<sup>240</sup> มาตรา 10 (19) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

<sup>241</sup> มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542.

<sup>242</sup> มาตรา 24 กำหนดให้องค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชนมีสิทธิในการยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการสิทธิฯ ได้ในกรณีที่มีผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนร้องเรียนไปยังองค์กรดังกล่าวหรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนปรากฏแก่องค์กรดังกล่าวเอง และองค์กรดังกล่าวเห็นว่าพิจารณาเบื้องต้นแล้วว่ามีมูล. มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542.

<sup>243</sup> มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

(5) ผู้แทนสภาทนายความหนึ่งคน ผู้แทนสภาวิชาชีพทางการแพทย์และสาธารณสุขเลือกกันเองให้เหลือหนึ่งคน และผู้แทนสภาวิชาชีพสื่อมวลชนเลือกกันเองให้เหลือหนึ่งคน เป็นกรรมการ

(6) อาจารย์ประจำหรือผู้เคยเป็นอาจารย์ประจำในสถาบันอุดมศึกษาซึ่งสอนหรือทำงานวิจัยหรือทำงานด้านสิทธิมนุษยชนมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสิบปี ซึ่งกรรมการตาม (1) (2) (3) (4) และ (5) มีมติเลือกด้วยคะแนนเสียงสองในสาม หนึ่งคน เป็นกรรมการให้เลขาธิการวุฒิสภาเป็นเลขานุการของคณะกรรมการสรรหา และให้สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาปฏิบัติหน้าที่เป็นหน่วยธุรการของคณะกรรมการสรรหา

ประเด็นที่สอง (การจัดวางตำแหน่งแห่งที่และโครงสร้างของกสม.) เกี่ยวข้องกับทั้งอำนาจหน้าที่ที่ได้กล่าวไปแล้วและรายละเอียดอื่นๆ ที่ได้กำหนดไว้ในพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 ด้วย กล่าวโดยสรุป กสม.มีแนวโน้มถูกปรับเปลี่ยนบทบาทจากการเป็นองค์กรที่เป็นอิสระจากรัฐบาลและทำหน้าที่ถ่วงดุลกับอำนาจรัฐในด้านสิทธิมนุษยชน กลายเป็นองค์กรที่มีความอิสระลดลงและมีความใกล้ชิดกับรัฐบาลมากยิ่งขึ้น โดยพอเปรียบเทียบได้ในสองด้าน ดังนี้

ในแง่ของการจัดวางตำแหน่งแห่งที่ขององค์กร รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 และพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2542 กำหนดให้กสม.มีหน้าที่ในเชิงรุก อีกทั้งยังเพิ่มบทบาทให้สามารถดำเนินการทางศาลแทนผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ด้วย ด้วยผลของรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 อย่างไรก็ดีตาม อำนาจในการดำเนินการ “เกี่ยวกับคดี” ถูกทำให้เป็น “ข้อยกเว้น” ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 อีกทั้ง ยังมีการเพิ่มบทบาทให้ทำหน้าที่แทนรัฐบาลในการชี้แจงให้เห็น “ข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง” ในกรณีที่มีการรายงานสถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย “โดยไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม” ตามมาตรา 247 (4) แห่ง พ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 ด้วย

ในแง่ของการวางบทบาทขององค์กร กสม.ถูกวางบทบาทให้เป็นองค์กรเชิงรุกที่ทำหน้าที่ติดตามและตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน แต่ในพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 อำนาจในเชิงรุกได้ถูกทำให้ลดลง ทั้งจากประเด็นการดำเนินการทางศาลที่กล่าวไปแล้ว และการปรับรูปแบบองค์กรให้มีความโน้มเอียงไปในเชิงหน่วยงานทางวิชาการมากขึ้น เช่น การตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาสิทธิมนุษยชนประเด็นเฉพาะต่างๆ ที่ต้องการความเชี่ยวชาญ แต่เดิมเป็นอำนาจหน้าที่หลักที่กสม.ทำได้ แต่ในพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 กลายเป็นข้อยกเว้นที่จะทำได้เมื่อมีเหตุที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น<sup>244</sup> อีกทั้ง ในกรณีของการปฏิบัติงานโดยรวมที่กสม.สมควรยึดถือหลักสิทธิมนุษยชนที่ไม่จำกัดเพียงสิทธิที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่พ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 กลับให้กสม.คำนึงถึง “วัฒนธรรมและประเพณีอันดีงามและบริบทของสังคมไทยเป็นสำคัญ” ด้วย<sup>245</sup>

#### 4.4 หลักการระหว่างประเทศเกี่ยวกับสถานะของสถาบันระดับชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (International Principles Relating to the Status of National Institutions on Human Rights) (หลักการปารีส)

ใน พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1993) สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในข้อมติที่ 48/134 ได้รับ “หลักการระหว่างประเทศเกี่ยวกับสถานะของสถาบันระดับชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (International Principles Relating

<sup>244</sup> มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

<sup>245</sup> มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

to the Status of National Institutions on Human Rights)” หรือที่เรียกว่า “หลักการปารีส (The Paris Principles)”<sup>246</sup> เพื่อเป็นมาตรฐานในการสนับสนุนให้มีการดำเนินงานสถาบันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระดับชาติ

หลักการปารีสให้คำแนะนำการจัดตั้งสถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติโดยแบ่งเป็นสามส่วน คือ อำนาจและความรับผิดชอบ (Competence and Responsibilities) องค์ประกอบและการประกันความเป็นอิสระและความเป็นพหุนิยม (Composition and Guarantees of Independence and Pluralism) และวิธีการดำเนินการ (Methods of Operation) อีกทั้งยังวางหลักการเพิ่มเติมในกรณีของรัฐอื่นๆ ประสงค์ให้อำนาจหน้าที่ของสถาบันมีมากขึ้นด้วย คือ ประเด็นว่าด้วยสถานะของคณะกรรมการที่มีอำนาจแบบกึ่งตุลาการ (Additional Principles Concerning the Status of Commissions with Quasi-judicial Competence) กล่าวโดยสรุปเงื่อนไขหลักหกประการที่จะทำให้สถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติสอดคล้องกับหลักการปารีส<sup>247</sup> คือ

**ประการที่หนึ่ง ความกว้างขวางของอำนาจที่ได้รับมอบหมาย (Mandate and Competence) เพื่อคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน**

สถาบันสิทธิมนุษยชนจะต้องดำเนินการเกี่ยวกับการคุ้มครอง (Protect) และการส่งเสริม (Promote) และต้องได้รับอำนาจอย่างกว้างที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยวางอยู่บนฐานของบรรทัดฐานและตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยอำนาจหน้าที่จะต้องได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญ

อำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ได้แก่ (1) อำนาจหน้าที่ในเชิงการให้ข้อเสนอแนะ (Submission on an Advisory Basis) แก่รัฐบาล รัฐสภา หรือองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะโดยมีการร้องขอหรือสถาบันเห็นเอง ในเนื้อหาต่างๆ ในรูปแบบต่างๆ เช่น ข้อคิดเห็น คำแนะนำ ข้อเสนอ รายงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นว่าด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน ประเด็นว่าด้วยสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชน ประเด็นว่าด้วยภาพรวมของสถานการณ์สิทธิมนุษยชนทั้งหมดหรือรายประเด็น ประเด็นว่าด้วยการละเมิดสิทธิมนุษยชนภายใต้วัตถุประสงค์ให้รัฐบาลดำเนินการเกี่ยวกับการละเมิดดังกล่าวรวมถึงการวิเคราะห์จุดยืนและปฏิบัติการของรัฐบาลต่อสถานการณ์ดังกล่าวด้วย เป็นต้น (2) อำนาจหน้าที่ในการทำให้กฎหมาย กฎ และแนวปฏิบัติของรัฐสอดคล้องกับตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่รัฐนั้นๆ เป็นภาคี (3) อำนาจหน้าที่ในการผลักดันให้รัฐนั้นๆ เป็นภาคีของสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (4) อำนาจหน้าที่ในการจัดทำรายงานเกี่ยวกับสถานการณ์สิทธิ

<sup>246</sup> United Nations General Assembly Res 48/134, “Resolution adopted by the General Assembly [on the Report of the Third Committee (A/48/632/Add.2)] 48/134 National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights” (A/RES/48/134) (4 March 1994).

<sup>247</sup> สรุปเงื่อนไขหลักหกประการตามแนวทางของสำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: OHCHR) และเสริมรายละเอียดจากเนื้อหาของหลักการปารีส. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “Paris Principles,” Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, accessed November 1, 2020, <https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/ParisPrinciples.aspx>.

มนุษยชนที่ต้องใช้ในกระบวนการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้ความร่วมมือขององค์การสหประชาชาติ และ (5) อำนาจหน้าที่ในการประสานความร่วมมือกับองค์กรขององค์การสหประชาชาติ

อำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน ได้แก่ (1) อำนาจหน้าที่ในการเผยแพร่และทำให้เป็นกระแสหลักในสถาบันต่างๆ (เช่น โรงเรียน มหาวิทยาลัย และองค์กรวิชาชีพ) รวมถึงการวิจัย ในเรื่องสิทธิมนุษยชน และ (2) อำนาจหน้าที่ในการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและหลักการไม่เลือกปฏิบัติ โดยการสร้างความตระหนักรู้ให้แก่สังคม

### **ประการที่สอง ความเป็นอิสระจากรัฐบาล (Autonomy from Government)**

ผู้ปฏิบัติงานในสถาบันสิทธิมนุษยชนจะต้องมีความหลากหลาย (ดังจะอธิบายในประการที่สี่) และสถาบันจะต้องมีความเป็นอิสระซึ่งจะทำให้ปฏิบัติงานต่างๆ ได้อย่างราบรื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อิสรภาพทางด้านงบประมาณ โดยสถาบันจะต้องมีบุคลากรและสถานที่ดำเนินงานอย่างเป็นเอกเทศ เพื่อให้เป็นอิสระจากรัฐบาลมากที่สุด

**ประการที่สาม การรับรองความเป็นอิสระโดยกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญ (Independence Guaranteed by Statute or Constitution)** ตามรายละเอียดที่กล่าวไปในเงื่อนไขประการที่หนึ่งที่สถานะและอำนาจหน้าที่ของสถาบันสิทธิมนุษยชนต้องได้รับการบัญญัติอย่างชัดเจนไว้ในกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญ รวมถึงการเข้าสู่ตำแหน่งของสมาชิกของสถาบันจะต้องมีคำสั่งอย่างเป็นทางการ

### **ประการที่สี่ พหุนิยม (Pluralism)**

องค์ประกอบของสมาชิกของสถาบันสิทธิมนุษยชนจะต้องประกันความมีส่วนร่วมของพลังทางสังคมจากภาคประชาสังคมอย่างครอบคลุม โดยควรมีผู้แทนจากภาคส่วนต่างๆ อาทิ องค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชน สหภาพด้านการค้า องค์กรทางสังคมและวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง (เช่น สมาคมนักกฎหมาย สื่อมวลชน แพทย์ และนักวิทยาศาสตร์) ผู้มีความรู้ด้านปรัชญาหรือศาสนา มหาวิทยาลัยและผู้เชี่ยวชาญต่างๆ รัฐสภา และหน่วยงานของรัฐ (หากรวมหน่วยงานของรัฐด้วย สมาชิกกลุ่มนี้สมควรจะมีอำนาจเพียงในเชิงให้ข้อเสนอแนะเท่านั้น)

**ประการที่ห้า ระดับที่เหมาะสมของทรัพยากร (Adequate Resources)** โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อิสรภาพทางด้านงบประมาณ โดยจะต้องมีบุคลากรและสถานที่ดำเนินงานอย่างเป็นเอกเทศ เพื่อให้เป็นอิสระจากรัฐบาลมากที่สุด ตามที่กล่าวไปในเงื่อนไขประการที่สอง

**ประการที่หก ระดับที่เหมาะสมของอำนาจในการสืบสวน (Adequate Powers of Investigation)**

สถาบันสิทธิมนุษยชนจะต้องมีอำนาจและความเป็นอิสระในการพิจารณากรณีที่เกิดขึ้นมีอำนาจพิจารณา และต้องสามารถเข้าถึงบุคคล ข้อมูล หรือเอกสารที่จำเป็นได้ นอกจากนี้ เพื่อหนุนเสริมอำนาจในการสอบสวนดังกล่าว สมาชิกของสถาบันจะต้องสามารถพบปะและปรึกษาหารือได้อย่างอิสระตลอดเวลาของการเป็นสมาชิก สถาบันต้องมีอำนาจในการตั้งคณะทำงานเฉพาะรวมถึงตั้งสำนักงานสาขาในสถานที่อื่นได้ตามที่จำเป็น สถาบันต้องมีอำนาจในการสร้าง-รักษาความสัมพันธ์ และประสานความร่วมมือกับองค์กรอื่นๆ ของรัฐ (เช่น ศาลและผู้ตรวจการ

แผ่นดิน) รวมถึงองค์การเอกชน โดยเฉพาะองค์การที่ทำงานด้านสิทธิมนุษยชน เศรษฐกิจและสังคม และการสร้างความเท่าเทียมและต่อต้านการเลือกปฏิบัติด้วย

จากหลักการดังกล่าว เห็นได้ว่า รากฐานความคิดของการจัดตั้งสถาบันสิทธิมนุษยชนนั้นคือการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน ซึ่งกรอบคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนถูกสร้างขึ้นมาจากความเสี่ยงที่ผู้มีอำนาจในทางบริหาร (รัฐบาล) จะกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน การดำเนินงานดังกล่าวจึงมีความจำเป็นต้องตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ ดังนั้น หลักการสำคัญที่สุดของสถาบันสิทธิมนุษยชน คือ การเป็นอิสระจากรัฐบาลเพื่อที่จะคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนได้อย่างแท้จริง

นอกจากนี้ รากฐานความคิดของสถานะความเป็นอิสระเห็นได้ชัดเจนนยิ่งขึ้น เมื่อพิจารณาประกอบกลไกการทบทวนสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนเป็นรายรอบ (Universal Periodic Review: UPR)<sup>248</sup> UPR กำหนดให้การทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชนพิจารณาจากรายงานสามฉบับจากสามฝ่าย ได้แก่ รายงานของรัฐบาลของรัฐนั้นๆ (สำหรับประเทศไทย ดำเนินการโดยกระทรวงการต่างประเทศและกรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม) รายงานจากสำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติ (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights: OHCHR) และรายงานจากภาคส่วนอื่นๆ ซึ่งรวมทั้งสถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติ (สำหรับประเทศไทย ได้แก่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ) และองค์การอื่นๆ อาทิ องค์การเอกชนที่ทำงานด้านสิทธิมนุษยชน เป็นต้น

#### 4.5 ความไม่เป็นอิสระและข้อจำกัดของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

สุณี ไชยรส อธิการบดีในคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติรุ่นที่ 1 ดำรงตำแหน่งระหว่างปี พ.ศ. 2544-2552 ได้วิพากษ์สถานะและโครงสร้างของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ไว้ เกี่ยวกับความไม่ถูกต้องของรากฐานความคิดของการจัดตั้งกสม.และความไม่เป็นอิสระของกสม. ตั้งแต่เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญยังเป็นร่างกฎหมาย<sup>249</sup> อีกทั้ง สถาบันที่ประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชนได้เคยให้ความเห็นไปในทางเดียวกันด้วย อาทิ องค์การฮิวแมนไรท์วอตช์ (Human Rights Watch: HRW) องค์การแอมเน

<sup>248</sup> UPR เป็นกลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติกลไกหนึ่ง ทั้งนี้ กลไกการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้ความร่วมมือสหประชาชาติแบ่งได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ ได้แก่ หนึ่ง กลไกบนฐานสนธิสัญญา (Treaty-based Mechanisms) คือ กลไกต่างๆ ที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนที่รัฐแต่ละรัฐเป็นภาคีและสอง กลไกบนฐานกฎบัตร (Charter-based Mechanisms) คือ กลไกที่สร้างขึ้นโดยกฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) โดยตรง กลไกประเภทหลังนี้ ประกอบไปด้วยกลไกพิเศษ (Special Mechanisms) (ได้แก่ ผู้รายงานพิเศษ (Special Rapporteur) - ผู้รายงานอิสระ (Special Expert) และคณะทำงาน (Working Group)) และ UPR ซึ่งเพิ่งเริ่มดำเนินการในปี พ.ศ. 2549 (ค.ศ. 2006) ภายหลังจากมีการตั้งคณะมนตรีสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ขึ้น กลไก UPR เป็นกลไกที่มุ่งให้รัฐภาคีเข้าร่วมการทบทวนสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนโดยสมัครใจและมุ่งให้เกิดการหารือเชิงสร้างสรรค์ (Constructive Dialogue) โดยมีการทบทวนสถานการณ์สิทธิมนุษยชนทุกด้าน อันมีฐานมาจากกฎบัตรสหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่รัฐนั้นๆ เป็นภาคี คำมั่นโดยความสมัครใจที่รัฐนั้นๆ ใ้ไว้ และกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ (International Humanitarian Law)

<sup>249</sup> สำนักข่าวชายขอบ, “บทวิพากษ์ต่อร่าง พรป.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติโดยสุณี ไชยรส”.

สตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล (Amnesty International: AI) และกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ เครือข่ายพันธมิตรระดับโลกว่าด้วยสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (Global Alliance of National Human Rights Institutions: GANHRI) ได้ประเมินสถานะของกสม.<sup>250</sup> อยู่ในระดับ A ในปี ค.ศ. 2004 (พ.ศ. 2547) และ ค.ศ. 2008 (พ.ศ. 2551) แต่ได้รับคำแนะนำให้ลดสถานะลงเป็นระดับ B ในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2014 (พ.ศ. 2557)<sup>251</sup> และปัจจุบัน (พฤศจิกายน พ.ศ. 2563) ยังคงอยู่ในระดับ B เช่นเดิม<sup>252</sup> งานวิจัยเห็นด้วยกับข้อวิพากษ์ของสุนี จึงวิเคราะห์ความไม่เป็นอิสระและข้อจำกัดของกสม. ตามแนวทางของสุนี โดยมีการจัดกลุ่มข้อวิพากษ์และรายละเอียดตามความเห็นของงานวิจัยฉบับนี้<sup>253</sup>

### ประการที่หนึ่ง รากฐานความคิดของการทำงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

กสม.สมควรมีทั้งหน้าที่ในการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน โดยการทำงานเชิงการคุ้มครอง (ซึ่งได้แก่การทำงานเชิงรุกในการตรวจสอบและสืบสวนการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐ) สมควรเป็นอำนาจหน้าที่นำของกสม. อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่และรายละเอียดของกสม.ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 พบว่า กสม.ถูกปฏิรูปให้เป็นองค์กรอิสระที่เน้นการทำงานเชิงส่งเสริมสิทธิมนุษยชนหรือ “สถาบันทางวิชาการ”<sup>254</sup> ประเด็นเชิงรากฐานความคิดนี้ เห็นได้ชัดจากกรณีของหลักเกณฑ์การตั้งคณะกรรมการที่มีความเชี่ยวชาญในประเด็นเฉพาะต่างๆ ซึ่งแต่เดิมเป็นอำนาจหลักของกสม.<sup>255</sup> แต่ปัจจุบันกลายเป็นข้อยกเว้น กล่าวคือ กสม.จะต้องจ้างบุคคลหรือสถาบันซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญก่อน และเฉพาะกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น จึงจะตั้ง

<sup>250</sup> GANHRI ประเมินสถานะของสถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติบนเกณฑ์สองข้อ คือ การดำเนินการตามหลักการปารีส โดยระดับ A หมายถึง การดำเนินการตามหลักการปารีสอย่างสมบูรณ์ ระดับ B หมายถึง การดำเนินการตามหลักการปารีสบางส่วน และระดับ C หมายถึง การไม่ดำเนินการตามหลักการปารีส ทั้งนี้ ปัจจุบัน GANHRI ไม่ระบุผลการประเมินในระดับ C อีกต่อไป แต่ระดับ C ยังคงอยู่กับสถาบันที่ได้รับการประเมินก่อนเดือนตุลาคม ค.ศ. 2007 (พ.ศ. 2550) เท่านั้น. Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI), “Accreditation status as of 27 November 2019,” Global Alliance of National Human Rights Institutions, accessed October 15, 2020, <https://nhri.ohchr.org/EN/Documents/Status%20Accreditation%20-%20Chart%20%28%2027%20November%202019%29.pdf>.

<sup>251</sup> Ibid.

<sup>252</sup> Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI), “Membership,” Global Alliance of National Human Rights Institutions, accessed October 15, 2020, <https://ganhri.org/membership/>.

<sup>253</sup> ทั้งนี้ งานวิจัยได้รวมข้อวิพากษ์ในกรณีของการกำหนดให้สำนักงานกสม.เป็น “หน่วยงานราชการ” ไปด้วย เนื่องจากสำนักงานกสม.เป็นหน่วยงานราชการมาตั้งแต่ต้น และกสม.ก็มีงบประมาณของตนเองโดยอยู่ภายใต้การรายงานต่อรัฐสภา มิใช่รัฐบาล ตั้งแต่ต้นจนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ กสม.ก็มีปัญหาในเรื่องงบประมาณที่ได้รับการจัดสรรเพื่อดำเนินการกิจบางส่วนอย่างจำกัด เช่น กรณีการดำเนินการส่งเสริมความตระหนักรู้เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการจัดสรรงบประมาณรวมอยู่ในรายการของการอบรมและประชาสัมพันธ์ทั้งที่เป็นภารกิจที่แตกต่างกัน. ดูรายงานกสม. 2019, 163.

<sup>254</sup> สำนักข่าวชายขอบ, “บทวิพากษ์ต่อร่าง พรบ.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติโดยสุนี ไชยรส”.

<sup>255</sup> มาตรา 15 (9) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542.

คณะกรรมการเพื่อปฏิบัติหน้าที่แทนได้ ภายใต้เงื่อนไขของการคำนึงถึงความคุ้มค่าและประสิทธิภาพที่จะเกิดขึ้น<sup>256</sup>

นอกจากนี้ ในแง่ของอำนาจหน้าที่ซึ่งจะกล่าวอย่างละเอียดต่อไป แม้กสม.จะมีอำนาจการทำงานในเชิงรุก บางประการเพิ่มขึ้น (อาทิ อำนาจในการขอข้อมูลจากภาคส่วนหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยอาจออกคำสั่งให้ส่งข้อมูล นั้นได้ด้วย หากผู้ที่ไม่ทำตามที่กสม.ร้องขอ และมีบทกำหนดโทษในกรณีที่ผู้ที่ไม่ทำตามคำสั่งของกสม. อำนาจในการเข้าไปในเคหสถานเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐาน (โดยหากเป็นสถานที่ที่ไม่ได้อยู่ในการครอบครองของรัฐและเจ้าของไม่ยินยอม ต้องมีหมายศาล) เป็นต้น) แต่อำนาจหน้าที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (ซึ่งผู้ที่ถูกละเมิดมักจะเป็นผู้เปราะบางหรืออยู่ในสถานะทางพลังอำนาจที่ต่ำกว่าผู้ถูกกล่าวหาว่าละเมิด) ในการดำเนินการทางศาลได้ถูกนำออกไป อีกทั้ง ยังเพิ่มหน้าที่ในการชี้แจงแทนรัฐบาลในกรณีของการมีรายงานข้อเท็จจริง “ที่ไม่ถูกต้องหรือเป็นธรรม” ให้แก่กสม.ด้วย

### ประการที่สอง การได้มาซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

การได้มาซึ่งกสม.เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ได้เห็นได้เด่นชัดถึงสถานะความเป็นอิสระและความเชื่อมโยงกับภาคประชาสังคมที่ลดลง ทั้งนี้ โดยแบ่งการพิจารณาเป็นสองประเด็น คือ ประเด็นกระบวนการสรรหากรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และประเด็นคุณสมบัติของกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ในกรณีของกระบวนการสรรหากรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ร.บ.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2542 กำหนดให้ คณะกรรมการสรรหาผู้ที่จะมาเป็นกสม.ประกอบไปด้วยผู้แทนจากหลายภาคส่วน รวม 9 ภาคส่วน จำนวน 27 คน เมื่อจำแนกเป็นประเภทใหญ่ๆ แล้ว ปรากฏว่าเป็นฝ่ายตุลาการ 2 คน (ศาลฎีกาและศาลปกครอง) ฝ่ายนิติบัญญัติ 5 คน (สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร) องค์กร/สมาคมทางกฎหมาย 2 คน (องค์กรอัยการและสหภาพนายความ) ฝ่ายวิชาการ 5 คน (สถาบันอุดมศึกษา) และภาคประชาสังคม 13 คน (องค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชน 10 คน และสื่อสารมวลชน 3 คน) ข้อสังเกตที่เห็นได้อย่างชัดแจ้ง คือ ไม่มีผู้แทนจากฝ่ายบริหาร (เช่นเดียวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560) และเน้นย้ำความสำคัญของภาคประชาสังคมโดยกำหนดให้มีกรรมการถึง 13 คน และใน 13 คนนี้ เป็นผู้แทนจากองค์กรด้านสิทธิมนุษยชน จำนวน 10 คน ซึ่งสอดคล้องกับข้อเท็จจริงของการทำงานด้านสิทธิมนุษยชนที่มีเนื้อหาของประเด็นหลากหลายและครอบคลุมทุกมิติชีวิตของมนุษย์ อีกทั้ง ยังปรากฏการไม่ให้ความสำคัญกับกฎหมายหรืออำนาจเชิงตุลาการอย่างสิ้นเชิงด้วย เนื่องจากมีผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายเพียง 4 คน สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่และภารกิจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 พบว่า ความหลากหลายและกว้างขวางของคณะกรรมการสรรหาถูกปรับลดจำนวนเหลือเพียง 6 ภาคส่วน จำนวน 11 คน โดยจำแนกเป็นประเภทใหญ่ๆ คือ ฝ่ายตุลาการ 2 คน (ศาลฎีกาและศาลปกครอง โดยประธานศาลฎีกาเป็นประธานคณะกรรมการสรรหา) ฝ่ายนิติบัญญัติ 2 คน (สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจาก 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้าน) สมาคมทางกฎหมาย 1 คน (สหภาพนายความ) ภาคประชาสังคม 4 คน (องค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชน 3 คน และสื่อสารมวลชน 1 คน) ฝ่ายวิชาการ 1 คน และสภานิติบัญญัติทางการแพทย์และสาธารณสุข 1 คน

<sup>256</sup> มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

ทั้งนี้ ข้อสังเกตบางประการต่อการปรับปรุงองค์ประกอบของคณะกรรมการ มีดังนี้

(1) มีการนำบางภาคส่วนออกไปและนำบางภาคส่วนเข้ามาเป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา ซึ่งมีแนวโน้มไม่สอดคล้องกับการสรรหาผู้ที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่น สภาวิชาชีพ แพทย์และสาธารณสุข ซึ่งในบางกรณีเป็นคู่แข่งกับผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน<sup>257</sup>

(2) การปรับลดจำนวนคณะกรรมการทั้งคณะและปรับลดจำนวนกรรมการบางประเภทส่งผลให้เกิดภาวะลดน้อยถอยลงของความเห็นที่หลากหลาย เนื่องจากในความเป็นจริงกรรมการแต่ละคนย่อมมีความคิดเห็นของตนเองแม้จะถูกจัดอยู่ในประเภทเดียวกัน อาทิ องค์การเอกชนด้านสิทธิมนุษยชนมีการทำงานในหลายประเด็นตั้งแต่การทำงานเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในเชิงภาพรวมและการทำงานในประเด็นเฉพาะ ผู้แทนจากฝ่ายวิชาการเหลือเพียงหนึ่งคนซึ่งไม่ได้หมายความว่าจะเป็นผู้แทนของนักวิชาการด้านสิทธิมนุษยชนทั้งหมดได้ เป็นต้น

(3) แม้องค์ประกอบส่วนภาคประชาสังคมยังคงมีสัดส่วนมากที่สุด แต่สัดส่วนได้ลดลงไป (เหลือประมาณร้อยละ 36 ของคณะกรรมการสรรหาทั้งหมด เทียบกับประมาณร้อยละ 48 ของคณะกรรมการสรรหาทั้งหมด ตามพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2542) จึงแสดงให้เห็นถึงอำนาจต่อรองที่น้อยลงของภาคประชาสังคม

(4) การคงจำนวนกรรมการฝ่ายตุลาการไว้เท่าเดิมและกำหนดให้ประธานกรรมการเป็นประธานศาลฎีกาแสดงนัยยะของการไว้เนื้อเชื่อใจอำนาจตุลาการในการสรรหาผู้มาปฏิบัติภารกิจคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ยิ่งกว่านั้น ในทางปฏิบัติ ปฏิเสธไม่ได้ว่า เมื่อมีผู้เป็นประธานกรรมการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อเป็นผู้ที่สังคมถือว่าเป็นตำแหน่งระดับสูง (อย่างน้อยที่สุดก็มีการระบุตำแหน่งเชิงทางการในรัฐธรรมนูญ) ก็มีแนวโน้มว่าการปรึกษาหารือและการตัดสินใจต่างๆ จะเป็นไปในแนวทางที่ประธานกรรมการแสดงความคิดเห็น

หลังจากคณะกรรมการได้สรรหาผู้ที่จะเป็นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนครบแล้ว (ตามพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2542 คือ 22 คน ส่วนพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 ให้การกำหนดจำนวนเป็นอำนาจของคณะกรรมการสรรหา) ขั้นตอนถัดไปคือการดำเนินการในชั้นวุฒิสภาเช่นเดียวกัน ในประเด็นนี้ สิ่งหนึ่งที่ต้องคำนึงถึงเสมอ คือ สมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 มาจากการเลือกตั้งโดยประชาชน<sup>258</sup> ในขณะที่สมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 เป็นการแต่งตั้งซึ่งได้มาจากการเลือกกันเองของกลุ่มความเชี่ยวชาญหรือกลุ่มอาชีพตามที่ระบุไว้<sup>259</sup> ยิ่งกว่านั้น บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ยังอาจก่อให้เกิดข้อวิพากษ์เชิงลบต่อการได้มาซึ่งกสม.ยิ่งขึ้น กล่าวคือ การที่รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 กำหนดว่า ในห้วงระยะเวลาห้าปีนับแต่รัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์ตามคำแนะนำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.)<sup>260</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่า ไม่มากนักน้อย กสม.ในช่วงระยะเวลาห้าปีแรกนับแต่รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 มีผลใช้บังคับเป็นผลพวงมาจากการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2557

<sup>257</sup> สำนักข่าวชายขอบ, “บทวิพากษ์ต่อร่าง พรบ.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติโดยสุณี ไชยรส”.

<sup>258</sup> มาตรา 121 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

<sup>259</sup> มาตรา 107 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

<sup>260</sup> มาตรา 269 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. ทั้งนี้ คสช. คือ คณะทหารที่ทำการรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองในวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 และปกครองประเทศจนกระทั่งมีการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อต้นปี พ.ศ. 2562

ในกรณีของคุณสมบัติของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ งานวิจัยเห็นด้วยกับความเห็นของสุณีที่ว่า การกำหนดจำนวนคณะกรรมการตามความเชี่ยวชาญอย่างตายตัวในพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560<sup>261</sup> มีแนวโน้มจะทำให้กสม. มีความเชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนน้อยลง ในขณะที่พ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2542 กำหนดคุณสมบัติเชิงเนื้อหาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเพียง (1) มีความรู้หรือประสบการณ์ด้านการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นที่ประจักษ์ และ (2) คำนึงถึงส่วนร่วมของผู้แทนจากองค์การเอกชนด้านสิทธิมนุษยชน<sup>262</sup> รวมถึง (3) การมีส่วนร่วมของหญิงชาย<sup>263</sup>

รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 กำหนดให้มีกรรมการแต่ละด้านอย่างน้อย 1 คน แต่ไม่เกิน 2 คน ดังนั้น จึงมีกรรมการที่เชี่ยวชาญด้านการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในเชิงรุกไม่เกิน 2 คน จากคณะกรรมการทั้งหมด 7 คน<sup>264</sup> ทั้งนี้ กรรมการที่มีความเชี่ยวชาญด้านอื่นที่กำหนดไว้ คือ ด้านการสอนหรือทำงานวิจัยเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในระดับอุดมศึกษา ด้านกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ด้านการบริหารงานภาครัฐที่เกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และด้านปรัชญา วัฒนธรรม ประเพณี และวิถีชีวิตของไทยที่มีประโยชน์ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

นอกจากนี้ การกำหนดคุณสมบัติยังแสดงถึงการตั้งข้อรังเกียจ-การมีอคติต่อผู้เกี่ยวข้องกับการเมือง” อย่างเห็นได้ชัด (แม้การเมืองจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคคลทุกคนและแม้ไม่มีหลักประกันได้ว่าผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับการเมือง” อย่างเป็นทางการจะไม่มีแนวโน้มเชิงทางการเมืองอย่างไม่พึงประสงค์) โดยกำหนดให้ผู้ที่จะมีคุณสมบัติเป็นกรรมการสิทธิมนุษยชนต้องยุติความเกี่ยวข้องกับการเมืองเชิงทางการเมืองเป็นเวลาสิบปี ในขณะที่ผู้ที่ดำรงตำแหน่งอื่นๆ ของรัฐ เช่น ข้าราชการประจำ สามารถลาออกจากตำแหน่งเพื่อเป็นกรรมการสิทธิมนุษยชนได้ทันที

เมื่อพิจารณาประกอบหลักการปารีส แม้ถ้อยคำต่างๆ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะยังสอดคล้องกับหลักการที่วางหลักให้สถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติมีความหลากหลายและองค์ประกอบของคณะกรรมการไม่มีฝ่ายบริหาร หรือหากมี ก็มีอำนาจเพียงการให้คำแนะนำ อย่างไรก็ตาม ลักษณะความมีอคติต่อฝ่ายการเมือง โดยไม่กำหนดข้อจำกัดในลักษณะเดียวกันกับผู้เคยปฏิบัติงานในฝ่ายบริหารซึ่งระยะเวลาระหว่างการเปลี่ยนสถานะไปเป็นกรรมการสิทธิมนุษยชนอาจเป็นเพียงระดับวันหรือเดือน ก็อาจทำให้ความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารที่แท้จริงของกสม. ถูกตั้งคำถามได้

### ประการที่สาม อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในรายละเอียด

หนึ่งในข้อวิพากษ์สำคัญที่สุดต่อสถานะของกสม. คือ หน้าที่ในการชี้แจงการรายงานข่าวที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 247 (4) แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 เมื่อพิจารณารากฐานความคิดของการจัดตั้งกสม. พบว่าหน้าที่นี้ขัดต่อความเป็นอิสระของคณะกรรมการสิทธิอย่างรุนแรง เนื่องจากหน้าที่โดยหลักของกสม. คือ การตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ซึ่งการเกิดขึ้นของสิทธิมนุษยชนแม้แต่ในความหมายดั้งเดิม ก็คือ

<sup>261</sup> มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

<sup>262</sup> มาตรา 199 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

<sup>263</sup> มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542.

<sup>264</sup> สำนักข่าวชายขอบ, “บทวิพากษ์ต่อร่าง พรป.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติโดยสุณี ไชยรส”.

การปกป้องคุ้มครองปัจเจกจากการละเมิดโดยรัฐ ดังนั้น แทนที่กสม.จะเป็นอิสระจากรัฐบาล กสม.กลับต้องมา “แก้ต่าง” แทนรัฐบาล ทั้งที่หน้าที่นี้สมควรเป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ เช่น กระทรวงการต่างประเทศหรือกรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

เมื่อพิจารณารายงานผลการปฏิบัติงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ<sup>265</sup> งานวิจัยพบว่า กสม.ตระหนักข้อเท็จจริงนี้เป็นอย่างดี โดยในรายงานฯ ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2562 กสม.ได้ระบุปัญหาและอุปสรรคของการดำเนินการไว้ หนึ่งในปัญหาและอุปสรรค คือ การที่กสม.มีหน้าที่ตามมาตรา 247 (4) แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 โดยกสม.ใช้เหตุผลตามมุมมองของเครือข่ายอื่นและมีเนื้อหาในเชิงทางการในการเสนอปัญหาอุปสรรคดังกล่าว ได้แก่ ข้อวิพากษ์จากเครือข่ายทั้งในและต่างประเทศในประเด็นความสอดคล้องกับหน้าที่และหลักความเป็นอิสระตามหลักการปารีส แม้กสม.จะยกปัญหาและอุปสรรคดังกล่าวขึ้นมา อย่างไรก็ตาม กสม.ได้ชี้แจงว่าได้กำหนดเกณฑ์ลักษณะของการรายงานข่าวที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม อันอาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดตามหน้าที่และอำนาจที่บัญญัติไว้ โดยแสดงนัยยะว่าการปฏิบัติดังกล่าวทำให้หน้าที่และอำนาจนี้สอดคล้องกับหลักการปารีสแล้ว ดังนี้<sup>266</sup>

- (1) เป็นรายงานที่กล่าวถึงสถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในภาพรวมหรือมีผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนในวงกว้าง มิใช่การรายงานข่าวทั่วไปหรือรายงานอื่นใดที่มีลักษณะคล้ายกัน
- (2) ไม่เป็นรายงานที่มีลักษณะเป็นการเสนอความเห็นของผู้เขียน
- (3) ไม่เป็นรายงานที่จัดทำโดยหน่วยงานของสหประชาชาติซึ่งมีกระบวนการปรึกษาหารือกับรัฐบาลก่อนการเผยแพร่รายงานแล้ว
- (4) เป็นรายงานที่มีเนื้อหาข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม อันอาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในประเทศไทย
- (5) ไม่เป็นกรณีที่อยู่ระหว่างการดำเนินการขององค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือหน่วยงานของรัฐหรือเป็นเรื่องที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว
- (6) การชี้แจงหรือจัดทำรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติควรเป็นการนำเสนอข้อเท็จจริงที่ได้จากการตรวจสอบการจัดทำรายงาน และข้อเสนอแนะต่างๆ หรือข้อเท็จจริงอื่นที่เป็นที่รับทราบกันโดยทั่วไป
- (7) ในการชี้แจงหรือจัดทำรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอาจพิจารณาให้ข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเกี่ยวกับพัฒนาการสำคัญที่เกิดขึ้นหลังจากช่วงเวลาที่มีการรายงานสถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แก่การสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในประเทศไทยของสาธารณชน
- (8) ในการชี้แจงหรือจัดทำรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องพึงดำเนินการให้ทันต่อสถานการณ์

<sup>265</sup> เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, รายงานผลการปฏิบัติงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2562, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2562).

<sup>266</sup> เรื่องเดียวกัน, 165-166.

เป็นที่น่าสังเกตว่า กสม.เสนอปัญหาและอุปสรรคเหล่านี้ประกอบข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหาในส่วนถัดไปไว้โดยเฉพะ อย่างไรก็ตาม ในกรณีประเด็นว่าด้วยอำนาจและหน้าที่ กสม.เน้นย้ำให้รัฐสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องการเพิ่มหน้าที่และอำนาจในการไกล่เกลี่ยปัญหาบุคคลหรือหน่วยงาน โดยมีได้กล่าวถึงประเด็นหน้าที่ในการชี้แจงและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องต่อรายงานที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด

หน้าที่นี้ของกสม.ถูกนำไปเป็นหนึ่งในข้อห่วงกังวลขององค์การฮิวแมนไรท์วอตช์ (Human Rights Watch: HRW) ซึ่งจัดทำรายงานสรุปสถานการณ์สิทธิมนุษยชนทั่วโลก ประจำปี ค.ศ. 2018 (พ.ศ. 2561) ซึ่งเป็นการประมวลเหตุการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในรอบปี ค.ศ. 2017 (พ.ศ. 2560) และเอกสารรายงาน “โซ่ที่ซ่อนไว้: การปฏิบัติมิชอบด้านสิทธิและแรงงานบังคับในอุตสาหกรรมประมงไทย (Hidden Chains: Forced Labor and Rights Abuses in Thailand’s Fishing Industry)” โดยหนึ่งในประเด็นวิพากษ์ของ HRW คือ ความเป็นอิสระของกสม. และสถานะของการเป็นกระบอกเสียงให้แก่รัฐบาล ในกรณีนี้ กสม.ได้เผยแพร่คำชี้แจงต่อรายงานที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม อันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 247 (4) แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 เป็นครั้งแรก<sup>267</sup> โดยในประเด็นที่ 1 ของคำชี้แจง คือ การชี้แจงในเรื่องความไม่เป็นอิสระดังกล่าว ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาคำชี้แจงของกสม. พบว่า กสม.อ้างอิงเฉพาะเหตุผลในเชิงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น รัฐธรรมนูญบัญญัติให้กสม.มีสถานะเป็นองค์กรอิสระ มีความเป็นกลาง และการปฏิบัติงานต้องดำเนินไปด้วยความเป็นกลาง รวมถึงในการชี้แจงรายงานฯ ที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม มีการบัญญัติอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมให้แก่กสม.ในมาตรา 44 แห่งพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 ว่า กสม.จะ “ต้องตรวจสอบ” เสียก่อน จึงจะ “ชี้แจงหรือจัดทำรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องของสถานการณ์นั้น”<sup>268</sup> โดยไม่ได้ชี้แจงในเชิงเหตุผลและเจตนารมณ์ของความจำเป็นในการกำหนดหน้าที่นี้ไว้ให้แก่กสม.ตั้งแต่แรกแต่อย่างใด

จนถึงปัจจุบัน (พฤศจิกายน พ.ศ. 2563) กสม.เผยแพร่คำชี้แจงในลักษณะดังกล่าวรวมทั้งสิ้น 8 ฉบับ โดยเป็นคำชี้แจงต่อรายงานของ HRW 3 ครั้ง (รายงานประจำปี ค.ศ. 2018, 2019, และ 2020) คำชี้แจงต่อรายงานของกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา 3 ครั้ง (รายงานประจำปี ค.ศ. 2018 และ 2019) และคำชี้แจงต่อรายงานขององค์การแอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล (Amnesty International: AI) 2 ครั้ง ทั้งนี้ ในเนื้อหาของข้อห่วงกังวลแทบทุกครั้ง มีการตั้งข้อสังเกตต่อสถานะของกสม.อยู่ด้วย

ในกรณีอำนาจในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรณีเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรอื่น ใน พ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2542 แม้จะมีการระบุในมาตรา 22 ว่า “ในกรณีที่มีการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและมีใช่เป็นเรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือที่ศาลพิพากษา หรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว ให้คณะกรรมการมีอำนาจตรวจสอบและเสนอมาตรการการแก้ไขตามพระราชบัญญัตินี้”<sup>269</sup> อย่างไรก็ตาม กสม.ได้มีการตีความในประเด็นนี้อย่างชัดเจนแล้วว่า กสม.ไม่มีอำนาจเฉพาะ

<sup>267</sup> คำชี้แจงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 1/2561 กรณี การรายงานสรุปสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในประเทศไทยขององค์กรฮิวแมนไรท์วอตช์.

<sup>268</sup> คำชี้แจงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 1/2561 กรณี การรายงานสรุปสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในประเทศไทยขององค์กรฮิวแมนไรท์วอตช์ หน้า 1-2.

<sup>269</sup> มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542.

ในประเด็นที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลพิจารณานั้น มิใช่หมายถึงทั้งคดี<sup>270</sup> เมื่อพิจารณา พ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 ในกรณีเดียวกันนี้ พบว่ามีการบัญญัติไว้ในมาตรา 39 (1) และ (3) ดังนี้

มาตรา 39 ภายใต้บังคับมาตรา 6 ห้ามมิให้คณะกรรมการรับเรื่องที่คณะกรรมการพิจารณาแล้วเห็นว่ามีลักษณะดังต่อไปนี้ ไว้พิจารณา

(1) เรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือเรื่องที่ศาลมีคำพิพากษา คำสั่ง หรือคำวินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดแล้ว เว้นแต่เป็นการศึกษาเพื่อประโยชน์ในการเสนอแนะให้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือคำสั่ง ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน

...

(3) เรื่องที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจขององค์กรอิสระอื่น หรือที่องค์กรอิสระอื่นรับไว้ดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจขององค์กรอิสระนั้นแล้ว แต่ไม่ตัดอำนาจในการที่จะขอรับทราบผลการพิจารณาขององค์กรอิสระที่รับเรื่องไว้ดำเนินการ

ตามถ้อยคำข้างต้น สันนิษฐานว่า จากความคลุมเครือในระหว่างที่พ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับตามที่กล่าวไป พ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 สมควรบัญญัติข้อยกเว้นให้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่า พ.ร.บ. หมายเหตุเฉพาะ “ประเด็น” ที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลเท่านั้น รวมถึงกรณีของมาตรา 39 (3) ก็อาจเป็นการพยายามลดบทบาทของกสม. ที่มีผู้วิพากษ์ว่ามีอำนาจหน้าที่ซ้ำซ้อนกับองค์กรอื่นโดยเฉพาะผู้ตรวจการแผ่นดิน<sup>271</sup> ลักษณะของบทบัญญัติในการทำงานนี้ตามพ.ร.บ. จึงอาจนำไปสู่ภาวะที่กสม. ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งเรื่องในกรณีที่เรื่องนั้นอยู่ในการพิจารณาของศาลหรือองค์กร ซึ่งแสดงให้เห็นการถูกลดบทบาทของกสม. และทำให้กสม. มีแนวโน้มไม่สามารถคุ้มครองการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้อย่างแท้จริง

ในกรณีอำนาจในการดำเนินการทางศาล เห็นได้ชัดเจนว่า กสม. ถูกลดบทบาทลงจากอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 เนื่องจากอำนาจในการดำเนินคดีทางศาลที่แต่เดิมเป็นอำนาจทั่วไปกลับกลายเป็นข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 และ พ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 นอกจากนี้ เป็นที่สังเกตว่า มาตรา 37 แห่งพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดข้อยกเว้นที่ให้กสม. ดำเนินการทางคดีได้ก็เป็นการกำหนดให้กสม. มีอำนาจในการร้องทุกข์เท่านั้น โดยมีได้กำหนดให้กสม. มีอำนาจในการดำเนินการเมื่อมีการยื่นฟ้องต่อศาลแล้ว<sup>272</sup> จึงกล่าวได้ว่า กสม. ไม่มีอำนาจใดๆ ในการดำเนินการทางศาล ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในภาพกว้างกว่านั้นนับแต่เมื่อมีบทบัญญัติว่าด้วยกสม. ในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ในระหว่างที่กสม. มีอำนาจในการดำเนินการทางศาล กสม. จะมีอำนาจเฉพาะเมื่อเป็นกรณีที่กสม. รับเรื่องไว้ดำเนินการตั้งแต่แรกโดยยังไม่เป็นคดีในศาลเท่านั้น เนื่องจากกสม. จะต้องตรวจสอบก่อนว่าเรื่องที่รับพิจารณามีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ดังนั้น หากเป็นกรณีที่เรื่องเหล่านั้นอยู่ในการพิจารณาของศาลแล้ว กสม. ก็จะไม่

<sup>270</sup> สำนักข่าวชายขอบ, “บทวิพากษ์ต่อร่าง พรบ.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติโดยสุณี ไชยรส”; รจนศม สุบงกช, “ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย,” 77.

<sup>271</sup> สำนักข่าวชายขอบ, เรื่องเดียวกัน.

<sup>272</sup> รจนศม สุบงกช, “ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย,” 79.

อำนาจในการเข้าไปดำเนินคดี หรือกระทั่งเป็นที่ปรึกษาในคดี เนื่องจากกสม.ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนในเรื่องนั้นหรือไม่<sup>273</sup> เมื่อการดำเนินการทางศาลเป็นกระบวนการที่ยุ่ยากซับซ้อน และผู้ถูกละเมิดสิทธิมักจะเป็นกลุ่มเปราะบางและมีพลังอำนาจต่ำในสังคม การบัญญัติให้กสม.ไม่มีอำนาจในการดำเนินการทางศาลหรือมีอำนาจในการดำเนินการทางศาลอย่างจำกัด จึงไม่สอดคล้องกับการบรรลุผลของภารกิจในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและไม่สอดคล้องกับหลักการปารีส

#### 4.6 แนวทางการปรับปรุงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้อย่างแท้จริง

ตามเจตนารมณ์ที่เป็นการจัดตั้งกสม.ตามที่ทบทวนไปในส่วนต้นของบทนี้ งานวิจัยมีข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกลไกคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ดังนี้

##### 1. รากฐานความคิดของการทำงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

รากฐานความคิดของรัฐธรรมนูญต่อการทำงานของกสม.ต้องเปลี่ยนไปจากการเป็นองค์กรที่เน้นการทำหน้าที่ด้านการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนหรือหน้าที่ทางวิชาการ ให้เป็นองค์กรที่เน้นทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนในเชิงรุก ในกรณีนี้ รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องสมควรปรับปรุงรายละเอียดการสนับสนุนการทำงานของกสม.เพื่อให้อำนาจการทำงานในเชิงรุกที่ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นไปได้อย่างแท้จริง ได้แก่ การกำหนดให้การตั้งคณะกรรมการเพื่อทำงานในด้านต่างๆ เป็นอำนาจหลักเช่นเดิม มิใช่สามารถทำได้เฉพาะเมื่อมีข้อยกเว้นเนื่องจากกสม.มีข้อจำกัดที่ทำหน้าที่ค้นคว้าวิจัยเพื่อให้ได้มาซึ่งองค์ความรู้ทางวิชาการ แต่เป็นองค์กรที่จำเป็นต้องได้รับการสนับสนุนการทำงานจากผู้มีความเชี่ยวชาญในประเด็นสิทธิมนุษยชนที่เนื้อหาในแต่ละเรื่องมีความลึกและกว้างเพื่อที่จะคุ้มครองและชี้ขาดการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ นอกจากนี้ กรรมการสิทธิมนุษยชนก็สมควรมีโอกาสในการเข้ารับการอบรมที่เกี่ยวข้องในเนื้อหาที่ไม่จำกัดด้วย ตามเหตุผลเกี่ยวกับความหลากหลายของเนื้อหาด้านสิทธิมนุษยชนที่กล่าวไป

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ยังมุ่งหมายให้กสม. “มีบทบาทสำคัญในการรักษาผลประโยชน์ของประเทศโดยเพิ่มหน้าที่และอำนาจในการชี้แจงและแถลงข้อเท็จจริงที่ถูกต้องให้ต่างประเทศทราบในกรณีที่มีการรายงานสถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยที่บิดเบือน ไม่ถูกต้อง หรือไม่เป็นธรรม” เข้าไปด้วย<sup>274</sup> เจตนารมณ์ดังกล่าวยืนยันอย่างชัดเจนว่า กสม.ถูกจัดวางอย่างจงใจให้เป็นกลไกที่เคลื่อนห่างออกจากการเป็นสถาบันที่ทำหน้าที่คุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนซึ่งมักมีคู่ขัดแย้งเป็นรัฐมากยิ่งขึ้น จึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงกรอบคิดนี้เพื่อให้กสม.ทำหน้าที่ที่สอดคล้องกับเหตุผลของการดำรงอยู่ได้อย่างแท้จริง

##### 2. การได้มาซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

องค์ประกอบและที่มาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสมควรได้รับการปรับปรุงเพื่อขจัดปัญหาจากข้อสังเกตในส่วนที่แล้ว ดังนี้

<sup>273</sup> เรื่องเดิม, 76-77.

<sup>274</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*, 439.

ในกรณีคุณสมบัติของกสม. เพื่อที่จะให้กสม.มีความเชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริงและบรรลุผลสำเร็จในการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน งานวิจัยเห็นว่า ควรมีการปรับปรุงให้เน้นไปที่ความเชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชน รวมถึงเน้นย้ำความหลากหลายขององค์ประกอบ ซึ่งหมายความว่าความเชี่ยวชาญของกสม.แต่ละคนอาจเป็นในเนื้อหาใดก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในกระบวนการยุติธรรม เสรีภาพทางการแสดงออก สิทธิของชนกลุ่มน้อย สิทธิในวัฒนธรรม ฯลฯ ในทำนองเดียวกับที่กำหนดไว้ในพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2542 และลดหรือยกเลิกการกำหนดคุณสมบัติหรือประสบการณ์เฉพาะที่อาจไม่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของผู้ที่จะเป็นกรรมการออกไป ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่าผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่ถูกต้องออกไปจะไม่มีสิทธิสมัครหรือถูกสรรหา แต่หมายความว่า การตัดสินใจจะต้องวางอยู่บนพื้นฐานของความเชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชน

นอกจากนี้ สมควรมีการพิจารณาถึงการตั้งข้อรังเกียจ-อคติต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเมืองด้วย โดยยกเลิกหรือปรับลดเงื่อนไขเรื่องเวลาที่จะทำให้ดำรงตำแหน่งกรรมการสิทธิมนุษยชนได้ เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้ที่ประกอบอาชีพอื่น อาทิ ข้าราชการและการทำงานเอกชน ย่อมมีทัศนคติทางการเมืองของตนเองและอาจปฏิบัติหน้าที่อย่างไม่เป็นกลางก็ได้ การตั้งคุณสมบัติในพ.ร.บ.ฉบับ พ.ศ. 2560 กำหนดคุณสมบัติที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงและไม่มีเกณฑ์วัดที่แน่นอน ในกรณีนี้ คณะกรรมการสรรหาสมควรมีอำนาจพิจารณาผู้ที่จะเป็นกรรมการสิทธิมนุษยชนเป็นรายบุคคลโดยอยู่บนพื้นฐานว่าบุคคลนั้นจะปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางในฐานะตนเอง และเมื่อเป็นกรรมการสิทธิมนุษยชนแล้ว ก็สมควรอยู่ภายใต้การควบคุมในเชิงกฎระเบียบหรือจริยธรรม มากกว่าการตั้งข้อรังเกียจ-อคติในชั้นคุณสมบัติ

ในกรณีการได้มาซึ่งกสม. สำหรับพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 ที่ให้นำหนักเพิ่มขึ้นแก่ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายในองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา ได้แก่ ฝ่ายตุลาการ 2 คน และสภานายความ 1 คน รวมเป็น 3 จาก 11 คน มีกรรมการเป็นผู้แทนจากองค์กรวิชาชีพทางการแพทย์ ซึ่งถูกตั้งคำถามว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียกับประเด็นสิทธิมนุษยชนในปัจจุบันหรือไม่ และลดจำนวนผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิทธิมนุษยชนเหลือเพียง 3 คน งานวิจัยเห็นว่า เพื่อที่จะให้กสม.มีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงและสอดคล้องกับหลักการปารีส สมควรมีการปรับปรุงคณะกรรมการสรรหาให้เป็นไปในแนวทางเดียวกับพ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2542 กล่าวคือ กำหนดให้สัดส่วนของผู้ที่ปฏิบัติงานด้านสิทธิมนุษยชนมีสูงที่สุดเมื่อเทียบกับองค์กรอื่น และจำนวนของผู้ที่ปฏิบัติงานด้านสิทธิมนุษยชนก็ต้องมีมากด้วย (ซึ่งส่งผลให้คณะกรรมการมีจำนวนกรรมการมากขึ้น) เนื่องจากประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนมีความหลากหลาย อีกทั้ง สมควรมีการพิจารณานำองค์กรตุลาการออกจากการเป็นองค์ประกอบ และสมควรยกเลิกการกำหนดประธานคณะกรรมการสรรหาโดยรัฐธรรมนูญ แต่ให้ใช้หลักการเลือกกันเองในระหว่างกรรมการสรรหาเพื่อลดนัยยะของการชี้นำโดยบางองค์กรด้วยผลของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ รัฐสมควรพิจารณาความเป็นอิสระของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาเห็นชอบขั้นสุดท้าย เนื่องจากสมาชิกวุฒิสภาชุดแรกซึ่งแต่งตั้งโดยอำนาจที่ยึดโยงอย่างยิ่งกับคสช. มีวาระการดำรงตำแหน่งถึง 5 ปีหลังได้รับการแต่งตั้ง และสมาชิกวุฒิสภาหลังพ้นห้วงเวลา 5 ปี ดังกล่าว ก็มาจากการเลือกกันเองและการแต่งตั้งเช่นกัน

### 3. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในรายละเอียด

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสมควรได้รับการปรับปรุงดังนี้

ในกรณีหน้าที่ในการชี้แจงการรายงานข่าวที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 กำหนดหน้าที่นี้ให้แก่กสม. แทนที่จะเป็นหน่วยงานของรัฐตามที่เคยเป็น โดยมีวัตถุประสงค์ คือ<sup>275</sup>

เพื่อให้ได้รับการยอมรับและมีความน่าเชื่อถือมากกว่าหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ชี้แจงเอง เนื่องจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรอิสระ จึงมีความน่าเชื่อถือและเป็นกลางมากกว่าหน่วยงานของรัฐ โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีหน้าที่ในการชี้แจงข้อเท็จจริงเรื่องสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยที่ถูกต้องให้กับต่างประเทศทราบด้วย

หน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ใหม่ของกสม. ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์มากที่สุด เนื่องจากขัดต่อรากฐานความคิดของความเป็นอิสระขององค์กรอิสระและขัดต่อหลักการปารีสอย่างชัดเจน เจตนารมณ์ประกอบการร่างข้างต้นแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ตระหนักดีว่าหน้าที่นี้สมควรเป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ เช่น กระทรวงการต่างประเทศหรือกรมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ แต่ก็ยังเพิ่มให้เป็นหน้าที่ของ กสม. ด้วยเหตุผลของการรักษาประโยชน์ของรัฐบาล การกำหนดหน้าที่ดังกล่าวให้แก่กสม. จึงทำให้ กสม. ไม่เป็นอิสระอย่างแท้จริงและต้องคอยแก้ต่างเกี่ยวกับสถานการณ์สิทธิมนุษยชนแทนรัฐบาลอีกทั้ง เมื่อพิจารณาคำชี้แจงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่ได้ยกตัวอย่างไป พบว่า กสม. ชี้แจงตาม “สิทธิทางกฎหมาย” ในเชิงทางการมากกว่า “สิทธิมนุษยชน” เช่น รัฐมีกฎหมายใดที่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน แต่ไม่ได้กล่าวถึงหรือตรวจสอบประเด็นในเชิงเนื้อหาในรายละเอียดมากนัก ด้วยเหตุนี้ งานวิจัยจึงเห็นว่าหน้าที่ดังกล่าวจำเป็นต้องถูกนำออกไปจากบรรดาหน้าที่ของกสม.

อำนาจในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรณีเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรอื่นตามที่กล่าวไปในส่วนที่แล้ว กสม. สมควรมีอำนาจในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในคดีที่อยู่ในการพิจารณาขององค์กรอื่น (เช่น การพิจารณาคดีของศาล) แต่มิใช่ประเด็นที่อยู่ในการพิจารณาด้วยโดยอำนาจนี้ (ซึ่งไม่ชัดเจนมาตั้งแต่ พ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2542) สมควรได้รับการปรับปรุงและบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ในกรณีที่คดีอยู่ในศาลแล้ว กสม. ก็ควรมีอำนาจหน้าที่บางประการตามข้อเสนอด้านล่างด้วย

ในกรณีอำนาจในการดำเนินการทางศาล รจนศม สุงงกช เสนอให้ กสม. มีอำนาจในการดำเนินการทางศาล โดยได้สำรวจรากฐานความคิดแนวคิดทฤษฎี และเปรียบเทียบหลักเกณฑ์วิธีการในประเทศที่มีสถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติซึ่งมีอำนาจในการดำเนินการทางศาล ได้แก่ ประเทศอินโดนีเซีย ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศศรีลังกา ประเทศแอฟริกาใต้ ซึ่งสถาบันสิทธิมนุษยชนมีอำนาจบางประการในการดำเนินคดีทางศาล<sup>276</sup> และประเทศออสเตรเลียและประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งสถาบันสิทธิมนุษยชนมีอำนาจเชิงการให้คำแนะนำหรือเป็นที่

<sup>275</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบประมวลร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, 439.440.

<sup>276</sup> รจนศม สุงงกช, “ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย,” 70-73.

ปรึกษาแก่ศาล<sup>277</sup> งานวิจัยเห็นด้วยกับข้อเสนอเหล่านี้ จึงนำข้อเสนอของรจนสมมาประกอบข้อเสนอของงานวิจัยในการปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของ กสม. ให้มีอำนาจในการดำเนินการทางศาล ดังนี้<sup>278</sup>

(1) ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ได้นำอำนาจในการดำเนินการทางศาลออกไป และ พ.ร.บ. ฉบับ พ.ศ. 2560 ก็ได้กำหนดอำนาจในการดำเนินการทางศาลไว้ โดยข้อยกเว้นที่ให้ กสม. มีอำนาจในการเข้าไปเกี่ยวข้องกับการดำเนินคดี คือ อำนาจในการร้องทุกข์แทนผู้เสียหาย โดยไม่ปรากฏชัดเจนว่าหากมีการยื่นฟ้องต่อศาลแล้ว กสม. จะมีอำนาจหน้าที่ต่อไปหรือไม่ อย่างไร ดังนั้น สมควรมีการปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของ กสม. ให้สามารถดำเนินการทางศาลได้ ทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม

(2) นอกจากนี้ อำนาจในการดำเนินการทางศาลทั้งหมดของ กสม. ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 เป็นอำนาจในเชิงรับ กล่าวคือ ต้องมีการร้องเรียนไปยัง กสม. ก่อน กสม. จึงจะมีอำนาจพิจารณาว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ในลักษณะใด อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่รากฐานความคิดของการมีกสม. ที่ได้เสนอไปแล้วคือการที่กสม. ต้องทำงานในเชิงรุกและเป็นองค์กรที่มาคานกับอำนาจของรัฐ กสม. จึงควรมีอำนาจในเชิงรุก เช่นเดียวกับผู้ตรวจการแผ่นดิน ดังนั้น นอกจากจะมีอำนาจในการดำเนินการทางศาลแล้ว บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่าด้วย กสม. จึงสมควรถูกปรับปรุงให้ กสม. มีอำนาจในการดำเนินการทางศาล เมื่อ กสม. “เห็นเอง” ว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้วย

ทั้งนี้ สำหรับข้อเสนอ (1) - (2) ข้างต้น เนื่องจากงานวิจัยฉบับนี้มุ่งเสนอการเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ของ กสม. เท่านั้น โดยมีได้มุ่งวิเคราะห์ไปถึงรายละเอียดอื่นๆ หากมีการปรับปรุงอำนาจหน้าที่แล้ว ดังนั้น แม้จะเห็นด้วยกับประเด็นอื่นๆ เช่น ปัญหาความชัดเจนของการบัญญัติกฎหมาย แต่ก็มีข้อเสนอในงานวิจัยฉบับนี้ เช่น คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย”<sup>279</sup> และ “กฎ คำสั่ง และการกระทำอื่นใดของฝ่ายปกครอง”<sup>280</sup> มีขอบเขตเพียงใด เหมือนหรือต่างจากค่านิยมในกฎหมายอื่นหรือไม่ อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของสำนักงาน กสม. จะมีมากน้อยเพียงใดและจะทำการแทนในลักษณะทนายความได้หรือไม่ในการดำเนินการทางศาล ค่านิยมของการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวมควรมีการบัญญัติไว้หรือไม่ อย่างไร ฯลฯ<sup>281</sup>

อย่างไรก็ตาม มีหนึ่งประเด็นที่จำเป็นต้องเสนอไปพร้อมกับการปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของ กสม. ในเชิงหลักการ ในกรณีอำนาจในการดำเนินการทางศาลในคดีอาญา งานวิจัยเห็นด้วยกับรจนสมว่า กสม. ควรมีอำนาจในการดำเนินการทางคดีอาญาในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนในนามของ กสม. เอง โดยไม่ต้องอิงกับสถานะ “ผู้เสียหาย” ในทางอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550<sup>282</sup> ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายดังกล่าว ผู้เสียหาย “หมายรวมถึงบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจาก

<sup>277</sup> เรื่องเดิม, 74-76.

<sup>278</sup> งานวิจัยเสนอโดยมีฐานมาจากข้อเสนอของรจนสม โดยในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญ (85-86) ศาลปกครอง (90-91) ศาลยุติธรรม (92-93).

<sup>279</sup> มาตรา 257 (2) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

<sup>280</sup> มาตรา 257 (3) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

<sup>281</sup> ดู รจนสม สุภงกช, “ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย,”.

<sup>282</sup> มาตรา 257 (4) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

การกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6”<sup>283</sup> และผู้มีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายที่สำคัญ คือ ผู้มีอำนาจจัดการแทนฯ ตามมาตรา 5<sup>284</sup> ได้แก่

(ก) ผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้อนุบาล เฉพาะแต่ในความผิดซึ่งได้กระทำต่อผู้เยาว์ หรือผู้ไร้ความสามารถซึ่งอยู่ในความดูแล

(ข) ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน สามีหรือภริยาเฉพาะแต่ในความผิดอาญา ซึ่งผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตาย หรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้

(ค) ผู้จัดการหรือผู้แทนอื่นๆ ของนิติบุคคล เฉพาะความผิดซึ่งกระทำลงแก่นิติบุคคลนั้น

ทั้งนี้ ตัวอย่างสำคัญที่แม้จะมีได้เกี่ยวข้องกับการดำเนินการของกสม. แต่ก็ไม่เกี่ยวข้องกับความเป็นผู้เสียหาย คือ กรณีของการหายตัวไปของ สมชาย นีละไพจิตร เมื่อ พ.ศ. 2547 คดีนี้เป็นคดีที่ขึ้นสู่ศาล และมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางอาญา อันที่จริง คดีนี้มีประเด็นเกี่ยวกับการทำให้สูญหายโดยการบังคับ (Enforced Disappearance) ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญ โดยถูกบังคับ (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: ICCED) ซึ่งประเทศไทยลงนามแล้วแต่ยังมีไม่ได้ให้สัตยาบัน แม้จะยังไม่ได้ให้สัตยาบัน แต่ประเทศไทยก็อยู่ระหว่างดำเนินการตรากฎหมายภายใน (โดยยกร่างรวมไปกับประเด็นว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน)<sup>285</sup> อย่างไรก็ตาม ในเมื่อกฎหมายภายในยังไม่ถูกบัญญัติ จึงไม่มีฐานความผิดดังกล่าวซึ่งอาจอยู่ในลักษณะข้อยกเว้นของหลักการตามกฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้น ในคดีนี้ จำเลยจึงถูกฟ้องในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์และความผิดฐานข่มขืนใจผู้อื่น (ตามคำฟ้อง สมชายถูกรยนต์ชนและบังคับให้ขึ้นรถยนต์ของตำรวจ) ศาลฎีกาจึงยกฟ้องโดยให้เหตุผลว่า ผู้ฟ้องมิใช่ผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เนื่องจากไม่ปรากฏว่าสมชายตายตามธรรมชาติ ซึ่งมีไฉ่กรณี “ผู้เสียหายถูกทำร้ายถึงตายหรือบาดเจ็บจนไม่สามารถจะจัดการเองได้” อันจะทำให้ภริยาหรือผู้สืบสันดานเป็นผู้เสียหายได้<sup>286</sup>

นอกจากนี้ รจนคมเห็นว่า ในบางกรณี ผู้ที่เห็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในวงกว้างก็อาจยื่นเรื่องไปยัง กสม. ได้ด้วย ซึ่งผู้เห็นเหตุการณ์เหล่านี้ก็มีไม่ใช่ผู้เสียหายในทางอาญาเช่นกัน<sup>287</sup> ด้วยเหตุผลตามหลักการและตัวอย่างที่ยกไป งานวิจัยจึงเห็นว่า ในการปรับปรุงกฎหมายให้ กสม. มีอำนาจในการดำเนินการทางศาลในคดีอาญา ในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน กสม.สมควรมีอำนาจดำเนินการในนามของ กสม. เอง โดยไม่ต้องอิงกับสถานะผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

<sup>283</sup> มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

<sup>284</sup> มาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

<sup>285</sup> ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. .... โดยล่าสุดเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน 2563 คณะรัฐมนตรีมีมติรับหลักการของร่างฯ ที่เสนอโดยกระทรวงยุติธรรมแล้ว และส่งให้คณะกรรมการกฤษฎีกาดำเนินการปรับปรุงต่อไป

<sup>286</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10915/2558.

<sup>287</sup> รจนคม สุปงกช, “ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย,” 92-93.

(3) ตามที่ได้ทบทวนไป กสม. ไม่เคยมีอำนาจในการดำเนินการทางศาลในกรณีของคดีที่อยู่ใน การพิจารณาของศาลเลย งานวิจัยเสนอว่า กสม. สมควรมีอำนาจดังกล่าว โดยต้องมีการอภิปรายกำหนด รายละเอียดของหน้าที่นี้ในการปรับปรุงรัฐธรรมนูญและกฎหมาย อาทิ อำนาจนี้จะอยู่ในลักษณะใด (เช่น การร้องสอดเข้าไปในคดีหรือการดำเนินการในฐานะที่ปรึกษาของศาล หรือการบัญญัติให้มีเงื่อนไขทางกฎหมายว่า ในคดีที่เกี่ยวกับ สิทธิมนุษยชน ศาลจะต้องได้รับความเห็นจาก กสม. ก่อน) มีขอบเขตเช่นใด (เช่น เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ทั่วๆ ไป หรือต้องเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่มีความร้ายแรงหรือมีลักษณะเฉพาะ) และมีเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ อย่างไร (เช่น ศาลต้องอนุญาตหรือไม่ ผู้เสียหายหรือผู้ร้องต้องยินยอมหรือไม่) เป็นต้น<sup>288</sup>

---

<sup>288</sup> รจนศม สุบงกช, “ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อคุ้มครองสิทธิ มนุษยชนในประเทศไทย,” 100-103.



## บทที่ 5

### กลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมที่มีอยู่แล้วในประเทศไทย: มโนทัศน์ “รัฐธรรมนูญที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง” และการปรับปรุงศาลรัฐธรรมนูญ

ในบทนี้ งานวิจัยเสนอว่า การที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอย่างแท้จริงและความยุติธรรมเชิงเนื้อหา (Substantive Justice) ภายใต้อิทธิพลของค่านิยมแบบกว้างและลึกซึ่งมีความหมายกว้างกว่าหลักนิติธรรมตามกรอบคิดเสรีนิยมดั้งเดิม (Traditional Liberalism) รัฐควรสร้างเสริมความเข้มแข็งให้แก่การคุ้มครองสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ (Socio-economic Rights) ซึ่งเกี่ยวข้องกับพื้นฐานชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนที่จะทำให้สามารถมีส่วนร่วมในสังคมการเมืองได้อย่างแท้จริงและเป็นสิทธิกลุ่มที่มีมิติของพันธกรณีในเชิงบวก (Positive Obligation) ที่รัฐจะต้องวางตัวในเชิงรุกยิ่งกว่าการดำเนินการตามพันธกรณีในเชิงลบ (Negative Obligation) ในกรณีของการคุ้มครองสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights)

งานวิจัยเสนอว่า องค์การตุลาการ หรือกล่าวโดยเฉพาะคือศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่มีความเหมาะสมในการทำหน้าที่ ดังกล่าว ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญถูกวางบทบาทให้เป็น “ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Guardian of Constitution)” อยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม เพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่ 16 ศาลรัฐธรรมนูญสมควรเป็น “ผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน (Guardian of Human Rights)” ซึ่งเป็นหลักการที่มีคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญด้วย โดยงานวิจัยสำรวจ ทบทวน และใช้แนวทางการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพผ่านกลไกทางตุลาการตามกรอบคิด “รัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง (Transformative Constitutionalism)” ที่ยึดถือและทำให้เป็นที่รู้จักโดยสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ภายใต้รัฐธรรมนูญหลังภาวะการแบ่งแยกชาติพันธุ์สีผิว (Post-apartheid Constitution) ที่ประกาศใช้ใน พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) ซึ่งยึดหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิมนุษยชน และการไม่แบ่งแยกเชื้อชาติสีผิว-เพศ (Human Dignity, Human Rights, and Non-racism and Non-sexism) เป็นรากฐานสำคัญ โดยถูกสถาปนาขึ้นด้วยความมุ่งหมายให้เป็นเครื่องมือในการพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชาชนและประสานรอยร้าวในสังคม

หลังจากส่วนที่ 5.1 ซึ่งเป็นบทนำ งานวิจัยเริ่มต้นในส่วนที่ 5.2 ด้วยการอธิบายกรอบคิดว่าด้วยสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจซึ่งแท้จริงแล้วมีส่วนสำคัญในการสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริงและใกล้ชิด-พิงพิงกับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง จากนั้นในส่วนที่ 5.3 จึงอธิบายและทบทวนบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย รวมถึงประเด็นอภิปรายว่าด้วยการทำให้ประเด็นทางการเมืองอยู่ในอำนาจตุลาการ ในส่วนที่ 5.4 งานวิจัยทบทวนรากฐานความคิดของแนวทางการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพผ่านกรอบคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงของประเทศแอฟริกาใต้ผ่านกลไกทางตุลาการ ที่แม้ศาลจะล่องไปในพรมแดนของเนื้อหา (ของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน) ที่แต่เดิมยึดถือว่าอยู่ในอำนาจนิติบัญญัติ แต่อำนาจตุลาการก็ยังจำกัดตนเองภายใต้หลักนิติธรรม รวมถึงในส่วนที่ 5.5 ยกตัวอย่างคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ดำเนินไปในแนวทางนี้ และปิดท้ายในส่วนที่ 5.6 ด้วยการวิเคราะห์และประเมินการนำแนวทางนี้มาใช้ในประเทศไทยผ่านกลไกศาลรัฐธรรมนูญ

## 5.1 บทนำ

ประเทศไทยไม่มีกลไกทางตุลาการที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะ (เช่น กลไกในทำนองเดียวกับศาลสิทธิมนุษยชนในอินโดนีเซีย)<sup>289</sup> กลไกทางตุลาการที่มีอำนาจและทำหน้าที่นี้ในความเป็นจริง คือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง โดยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทว่าด้วยความชอบของรัฐธรรมนูญ รวมถึงประเด็นการละเมิดสิทธิที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย และศาลปกครองมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางปกครอง

ทั้งนี้ เมื่อมุ่งสนใจไปเฉพาะที่ศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวพอสังเขปในเบื้องต้นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยทำหน้าที่ “ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Guardian of Constitution)” ตามหลักรัฐธรรมนูญนิยมและหลักนิติธรรม อย่างไรก็ตาม หลักนิติธรรมในบริบทของประเทศไทยเป็นหลักนิติธรรมตามความหมายดั้งเดิม คือ การที่ศาลจะต้องใช้อำนาจในเชิงรับและจำกัดตัวเองให้มากที่สุด แม้การวางตัวในแนวทางนี้จะสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย เนื่องจากศาลไม่ได้มีที่มาจากกาเลือกตั้งทำให้เป็นอำนาจที่เชื่อมโยงกับประชาชนน้อย ด้วยเหตุนี้ การคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงมีแนวโน้มมุ่งไปในทางการคุ้มครองสิทธิในเชิงลบหรือการคุ้มครองสิทธิในกลุ่มที่เรียกว่า “สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง” เป็นสำคัญ

เพื่อให้ความเท่าเทียมเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง คำถามสำคัญคือ ในบริบทของสังคมที่มีความแตกต่างทางสังคมและเศรษฐกิจสูง สิทธิในกลุ่มที่จะทำให้คนในประเทศมีพื้นฐานเท่าๆ กันซึ่งจะนำไปสู่ความเท่าเทียมที่แท้จริงได้ เป็นต้นว่า สิทธิในการศึกษา สิทธิในการเข้าถึงการบริการทางการแพทย์ สิทธิในที่อยู่อาศัย ที่เรียกว่า “สิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ (Socio-economic Rights)” จะได้รับการคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นได้อย่างไร งานวิจัยจึงแสวงหากฎที่นำไปสู่ภาวะดังกล่าว โดยมุ่งศึกษาและเปรียบเทียบกับข้อความคิดว่าด้วย “รัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง (Transformative Constitutionalism)” ซึ่งเป็นกรอบคิดที่ว่าด้วยการปรับเปลี่ยนโครงสร้างของสังคมจากเดิมที่เป็นสังคมที่มีการแบ่งแยกชาติพันธุ์และสีผิว (Apartheid) และเต็มไปด้วยความเหลื่อมล้ำ ไปเป็นสังคมที่มุ่งเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชน โดยกำหนดให้อำนาจตุลาการมีบทบาทในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญและคุณค่าพื้นฐานดังกล่าว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า นอกจากอำนาจตุลาการจะเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญแล้ว อำนาจตุลาการยังเป็น “ผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน (Guardian of Human Rights)” ด้วย

อีกทั้ง การศึกษาและเสนอว่าประเทศไทยสมควรพิจารณานำแนวคิดดังกล่าวมาประยุกต์ใช้ นอกจากจะต้องศึกษาข้อความคิดว่าด้วยสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ และรากฐานความคิดของแนวทางการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพผ่านกรอบคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงของแอฟริกาใต้แล้ว ข้ออภิปรายว่าด้วยอำนาจตุลาการและการก้าวล่วงไปในพรมแดนการเมือง (Judicialisation of Politics) เป็นประเด็นสำคัญอีกหนึ่งประเด็นที่จำเป็นต้องนำเสนอประกอบ

<sup>289</sup> จัดตั้งขึ้นด้วยอำนาจของ Law No. 26 Year 2000 - Establishing the Ad Hoc Human Rights Court. ดูข้อมูลเบื้องต้นเพิ่มเติมใน Council of ASEAN Chief Justices, “Human Rights Court,” Council of ASEAN Chief Justices, accessed November 5, 2020, <https://cacj-ajp.org/web/indonesia/human-rights-court>.

## 5.2 สิทธิเชิงสังคม-เศรษฐกิจและการทำให้เป็นจริงโดยบริบูรณ์ผ่านกลไกทางตุลาการ

### 5.2.1 ข้อความเบื้องต้นว่าด้วยสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ (Socio-economic Rights)

สิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ (Socio-economic Rights) เป็นสิทธิที่มีความสำคัญเคียงคู่ไปกับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights) โดยสถานะของความสำคัญในทางกฎหมายระหว่างประเทศปรากฏในรูปของการที่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: ICESCR) เป็นสนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนหนึ่งในเก้าฉบับ อีกทั้ง เฉพาะตราสารฉบับนี้และตราสารอีกสองฉบับ ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) เท่านั้น ที่ถูกถือว่าเป็น

“บัญญัติระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ (The International Bill of Rights)”<sup>290</sup>

ทั้งนี้ เพื่อให้เห็นภาพชัดเจนขึ้น ตัวอย่างของสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองใน ICCPR รวมถึงสิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพทางศาสนา สิทธิในการเลือกตั้ง สิทธิในการรวมกลุ่ม เป็นต้น ส่วนตัวอย่างของสิทธิที่ได้รับการรับรองใน ICESCR รวมถึงสิทธิในการศึกษา สิทธิในการประกอบอาชีพ สิทธิในที่อยู่อาศัย สิทธิในสุขภาพ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ทั้ง ICCPR และ ICESCR ต่างรับรองสิทธิบางสิทธิไว้ในทำนองเดียวกัน เช่น สิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง (Right to Self-determination) และสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและไม่ถูกเลือกปฏิบัติ เป็นอาทิ ในระดับภายในประเทศ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รับรองสิทธิทั้งสองประเภทไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยไม่จำกัดประเภทไว้ อาทิสหิติที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและไม่ถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (มาตรา 27) สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย รวมถึงสิทธิที่จะไม่ถูกทรมาน (มาตรา 28) สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (มาตรา 29) เสรีภาพทางศาสนา (มาตรา 31) เสรีภาพในการแสดงออก (มาตรา 34) เสรีภาพในการประกอบอาชีพ (มาตรา 40) สิทธิได้รับการสาธารณสุขของรัฐ (มาตรา 47) เป็นต้น

แม้สถานะของสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจตาม ICESCR จะมีความสำคัญในระดับสูงตามที่กล่าวไปข้างต้น และแม้การแบ่งแยกไม่ได้และพึ่งพิงซึ่งกันและกัน (Indivisible and Interdependent) จะเป็นหลักการอันเป็นรากฐานของหลักสิทธิมนุษยชน<sup>291</sup> แต่ความเห็นจำนวนหนึ่ง โดยเฉพาะผู้ที่ยึดถือกรอบคิดแบบเสรีนิยมดั้งเดิม และ/หรือสนับสนุนนโยบายเศรษฐกิจแบบทุนนิยมและตลาดเสรี เห็นว่า สิทธิกลุ่มนี้เป็นสิทธิที่มี

<sup>290</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน*, 282-283; ดูเพิ่มเติมใน Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “Fact Sheet No.2 (Rev.1), The International Bill of Human Rights,” Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, accessed November 5, 2020, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf>.

<sup>291</sup> Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “What Are Human Rights,” Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, accessed November 5, 2020, <https://www.ohchr.org/en/issues/pages/whatarehumanrights.aspx>.

ความสำคัญต่ำกว่าสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ทั้งนี้ ความขัดแย้งเชิงอุดมการณ์ เห็นได้ตั้งแต่การยกร่างกติการะหว่างประเทศทั้งสองฉบับในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 แต่เดิมสิทธิทั้งสองกลุ่มนี้ได้รับการรับรองรวมกันไว้ใน UDHR โดยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอยู่ในข้อ 3-21 และสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจอยู่ในข้อ 22-26 ต่อมา เนื่องจาก UDHR เป็นตราสารระหว่างประเทศที่ไม่มีพันธผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>292</sup> จึงมีการหารือและจัดทำตราสารระหว่างประเทศที่มีข้อผูกมัดทางกฎหมายในรูปกติการะหว่างประเทศขึ้น โดยทั้งสิทธิพลเมือง-สิทธิทางการเมืองและสิทธิเชิงสังคม-เศรษฐกิจได้รับการบรรจุไว้ในร่างฉบับเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ด้วยอุดมการณ์ทางการเมืองที่แตกต่างกันของประเทศกลุ่มเสรีนิยมและสังคมนิยมในภาวะสงครามเย็น (Cold War) ในขณะนั้น รวมถึงข้อสังเกตว่าการบังคับการสิทธิทั้งสองกลุ่มนี้แตกต่างกัน จึงมีการแยกสิทธิเป็นสองประเภทและได้รับการรับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศสองฉบับในลักษณะดังเช่นในปัจจุบัน<sup>293</sup>

ภาวะการถูกลดทอนความสำคัญของสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจดังกล่าวสะท้อนให้เห็นจากปรากฏการณ์จำนวนหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชนสามยุคของคาเรล วาสัก (Karel Vasak)<sup>294</sup> ข้อความคิดนี้กำหนดให้สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นสิทธิยุคที่ 1 (สอดคล้องกับ “อิสระเสรีภาพ” - ซึ่งรัฐสามารถบังคับการได้ทันที) สิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจเป็นสิทธิยุคที่ 2 (สอดคล้องกับ “ความเสมอภาค” - ซึ่งรัฐแต่ละรัฐต้องจัดสรรทรัพยากรและงบประมาณที่แตกต่างกันไปในแต่ละรัฐเพื่อที่จะรับรองและคุ้มครองสิทธิกลุ่มนี้ได้อย่างแท้จริง) และสิทธิในเชิงความสมานฉันท์ของเพื่อนมนุษย์ (เช่น สิทธิในการพัฒนา สิทธิของชนกลุ่มน้อย สิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี) เป็นสิทธิในยุคที่ 3 (สอดคล้องกับ “ภราดรภาพ”)<sup>295</sup> ในบริบทของการรับรองสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคยุโรปผ่านอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: ECHR) ซึ่งเป็นระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในระดับภูมิภาคที่เก่าแก่และถือว่ามีประสิทธิภาพสูงสุดในปัจจุบัน<sup>296</sup> เป็นที่น่าสังเกตว่าสิทธิที่ได้รับการรับรองทั้งหมดเป็นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจที่สำคัญบางส่วน เช่น สิทธิในการศึกษา<sup>297</sup> ได้รับการรับรองเป็นตราสารแยกต่างหาก ทั้งนี้ ลักษณะดังกล่าวของ ECHR ก็เป็นผลมาจากอุดมการณ์ของรัฐเสรีนิยมในช่วงสงครามเย็นเช่นกัน<sup>298</sup>

<sup>292</sup> ปัจจุบันนี้ ยังเป็นข้ออภิปรายอยู่ว่า UDHR มีพันธผูกพันในทางกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ โดยบางความเห็นมองว่า UDHR มีสถานะเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) และ/หรือกฎหมายเด็คชาต (Jus Cogens) แล้ว. ดู จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน*, 309-318.

<sup>293</sup> ดู เรื่องเดียวกัน, 322-324.

<sup>294</sup> อดีตผู้อำนวยการฝ่ายสิทธิมนุษยชนและสันติภาพขององค์การการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization: UNESCO)

<sup>295</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน*, 79.

<sup>296</sup> เรื่องเดียวกัน, 497.

<sup>297</sup> Article 2 of the Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights.

<sup>298</sup> จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน*, 496.

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาภาวะการแบ่งแยกไม่ได้และการพึ่งพิงซึ่งกันและกันของสิทธิมนุษยชนแต่ละสิทธิ การลดความสำคัญดังกล่าวเป็นประเด็นที่ถูกตั้งข้อสงสัย รวมถึงมีแนวโน้มทำให้การบรรลุวัตถุประสงค์ของการสร้างความเท่าเทียมไม่สามารถเป็นไปได้อย่างแท้จริง โดยอาจสรุปข้อโต้แย้งเบื้องต้นได้ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง การรับรองและคุ้มครองสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอย่างโดดเด่น แยกขาดจากสิทธิในกลุ่มอื่นๆ เป็นไปไม่ได้ เนื่องจากการทำให้สิทธิต่างๆ เหล่านี้บรรลุผลได้อย่างแท้จริง อย่างน้อย มนุษย์จะต้องอยู่ในสภาพเชิงสังคมและเศรษฐกิจขั้นพื้นฐานก่อน<sup>299</sup> ตัวอย่างเช่น การรับรองและคุ้มครองสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองได้อย่างบริบูรณ์ ประชาชนจะต้องเข้าถึงการศึกษาได้อย่างถ้วนหน้าโดยคุณภาพของการศึกษาไม่แตกต่างกันเพื่อที่จะเป็นฐานสำหรับประชาชนแต่ละคนในการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับการเมืองและชีวิตของตนได้

ประการที่สอง ข้อโต้แย้งที่ว่าสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจเรียกร้องให้รัฐต้องจัดสรรทรัพยากรและงบประมาณเพิ่มเติมซึ่งแตกต่างจากลักษณะของการรับรองและคุ้มครองสิทธิพลเมืองและการเมือง แม้จะเป็นความจริง แต่ก็ยังเป็นความจริงเพียงบางส่วน เนื่องจากการรับรองและคุ้มครองสิทธิพลเมืองและการเมืองมิใช่การรับรองในเชิงรับเท่านั้น แต่ยังต้องการมีการกระทำในเชิงบวกของรัฐด้วย<sup>300</sup> ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของสิทธิในชีวิตและร่างกาย รัฐมีพันธกรณีเชิงลบ คือ การไม่ไปพรากชีวิตของประชาชนตามอำเภอใจ อย่างไรก็ตาม รัฐก็มีพันธกรณีในเชิงบวกด้วย คือ การวางระบบการคุ้มครองชีวิตและร่างกายที่มีประสิทธิภาพให้มีการพรากชีวิตที่คาดหมายได้เกิดขึ้น ซึ่งรัฐจำเป็นต้องจัดสรรทรัพยากรและงบประมาณมหาศาลในการจัดระบบกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ การรับรองและคุ้มครองสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจจึงมีความสำคัญในระดับสูงและหนุนเสริม เกื้อกูล และพึ่งพิงกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเสมอ ดังนั้น การปรับปรุงระบบและกระบวนการรับรองและคุ้มครองสิทธิกลุ่มนี้จึงจำเป็นต้องได้รับการดำเนินการเพื่อที่จะสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริงตามหลักนิติธรรมอันเป็นเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ได้

### 5.2.2 แนวทางการรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยองค์การสหประชาชาติ

สำหรับแนวทางการรับรองและคุ้มครองสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ สามารถศึกษาได้จากพันธกรณีที่กำหนดไว้ใน ICESCR ประกอบการตีความพันธกรณีของคณะกรรมการสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม (Committee on Economic, Social and Cultural Rights: CESCR) ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่ดูแลรับผิดชอบ ICESCR ตามข้อคิดเห็นทั่วไป ลำดับที่ 3 ของคณะกรรมการสิทธิว่าด้วยเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)<sup>301</sup> ทั้งนี้ กล่าวในเบื้องต้น หากพิจารณาอย่างผิวเผิน

<sup>299</sup> Sandra Liebenberg, "Beyond Civil and Political Rights," 3-4.

<sup>300</sup> Ibid., 5.

<sup>301</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the ICESCR), adopted at the Fifth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990 (Contained in Document E/1991/23).

พันธกรณีที่กำหนดใน ICESCR ดูราวกับว่าแทบมิได้เรียกร้องให้รัฐทำสิ่งใด โดยผู้วิพากษ์จำนวนหนึ่งเห็นว่า สิทธิตาม ICESCR เป็นเพียง “ถ้อยแถลงแห่งความหวัง (Statement of Aspiration)” หรือ “เป้าหมาย (Goal)” เท่านั้น<sup>302</sup> อย่างไรก็ตาม การตีความพันธกรณีของ CESCR ข้างต้นทำให้เกิดหลักการ “พันธกรณีขั้นต่ำสุด (Minimum Core Obligations)” ขึ้น และได้ข้อสรุปว่า แม้พันธกรณีตาม ICESCR จะแตกต่างและมีลักษณะของการบังคับต่ำกว่าพันธกรณีตาม ICCPR แต่ก็เชื่อว่าจะไม่มียุ่เลย ลักษณะของพันธกรณีตามที่กล่าวโดยสังเขปมาแล้วนี้ เป็นดังนี้

ข้อ 2 (1) แห่ง ICESCR

Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.

รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะดำเนินการ โดยเอกเทศและโดยความร่วมมือและความช่วยเหลือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางเศรษฐกิจและวิชาการ โดยใช้ประโยชน์สูงสุดจากทรัพยากรที่มีอยู่ เพื่อให้สัมฤทธิ์ผลในการทำให้สิทธิซึ่งรับรองไว้ในกติกานี้กลายเป็นความจริงอย่างบริบูรณ์โดยลำดับด้วยวิธีที่สมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รวมทั้งการกำหนดมาตรการทางกฎหมายด้วย

ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของการเปรียบเทียบ จึงแสดงพันธกรณีตาม ICCPR ด้านล่าง

ข้อ 2 (1) แห่ง ICCPR

Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใดๆ อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ

พันธกรณีตาม ICESCR ถูกเรียกว่า “การทำให้เป็นความจริงโดยลำดับ (Progressive Realisation)” ซึ่งระยะเวลาและวิธีการในการดำเนินการตามพันธกรณีแตกต่างกันไปตามบริบทของรัฐภาคีแต่ละรัฐ และมีความเข้มข้นแตกต่างจากพันธกรณีตาม ICCPR ซึ่งรัฐภาคีจะต้อง “เคารพและประกัน (Respect and Ensure)” อันเป็นพันธกรณีที่รัฐภาคีสามารถดำเนินการได้ทันทีไม่ว่ารัฐนั้นๆ จะมีสภาพสังคมและเศรษฐกิจเป็นอย่างไร และนำไปสู่ข้อสรุปที่โต้แย้งได้ว่า แท้จริงแล้วรัฐภาคีของ ICESCR มีพันธกรณีใดหรือไม่

ตามการตีความของ CESCR สามารถทำความเข้าใจพันธกรณีตามข้อ 2 (1) แห่ง ICESCR ซึ่งทำให้เห็นว่า แม้พันธกรณีจะอยู่ในรูปแบบที่แตกต่างไปจากพันธกรณีตาม ICCPR แต่ก็เชื่อว่าจะไม่มียุ่เลย

<sup>302</sup> จรัญ โฆษณานันท์, สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน, 324.

และมีใช้ว่ารัฐภาคีจะใช้เวลาในการทำให้เป็นจริงนานแค่ไหนก็ได้ โดยลำดับของการดำเนินการบางส่วนสามารถทำให้เป็นจริงได้ในเวลาอันสั้น<sup>303</sup> โดยแบ่งข้อความตามข้อ 2 (1) เป็นสามส่วน ดังนี้

ส่วนที่ 1 เมื่อพิจารณาข้อความ “ด้วยวิธีที่สมควรโดยเฉพะอย่างยิ่ง รวมทั้งการกำหนดมาตรการทางกฎหมายด้วย (all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures)” ในประเด็นแรก อย่างน้อยที่สุด ตามที่เน้นย้ำในข้อ 2 (1) การมีกฎหมาย (เช่น การวางหลักการ ไม่เลือกปฏิบัติหรือการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้ที่จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองสูงสุด) มีความสำคัญและเป็นขั้นตอนแรกสุดที่รัฐภาคีต้องดำเนินการ สำหรับมาตรการต่างๆ การที่จะถือว่ารัฐภาคีได้ปฏิบัติตามพันธกรณีแล้วนั้น ไม่ได้หมายความว่ารัฐภาคีต้องมีมาตรการทางกฎหมาย (Legislative Measures) เท่านั้น แต่รัฐต้องแสดงให้เห็นถึงการดำเนินการด้วย “วิธีที่สมควร (All Appropriate Means)” อื่นๆ ด้วย โดยวิธีการที่เหมาะสมอื่นๆ เหล่านี้ รัฐมีดุลพินิจในการพิจารณาให้เหมาะสมกับรัฐนั้นๆ แต่รัฐต้องแสดงฐานของวิธีการที่เหมาะสมเหล่านั้น และบรรทัดฐานของวิธีการที่เหมาะสมอยู่ในอำนาจพิจารณาของ CESCR<sup>304</sup>

“วิธีการที่เหมาะสม” วิธีการหนึ่งที่ CESCR แนะนำคือ “การเยียวยาทางศาล (Judicial Remedies)” และสิทธิที่น่าจะใช้วิธีการคุ้มครองโดยการดำเนินการทางศาลได้ อาทิ ข้อ 3 (สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิง) ข้อ 7 (a) (i) (การได้รับค่าจ้างอย่างเป็นธรรม) ข้อ 8 (สิทธิในการก่อตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงาน) ข้อ 10 (3) (การคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบทางเศรษฐกิจและสังคม) ข้อ 13 (2) (a) (สิทธิในการศึกษาภาคบังคับ) ข้อ 13 (3) (เสรีภาพของบิดามารดา/ผู้ปกครองในการเลือกสถานศึกษาให้บุตรโดยไม่ถูกบังคับจากรัฐ) และข้อ 13 (4) (เสรีภาพของเอกชนในการก่อตั้งสถานศึกษาที่ได้มาตรฐาน) เป็นต้น<sup>305</sup>

ในกรณีที่มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมาย มาตรการเหล่านั้นนั้นควรจะสร้างสิทธิให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบ และเป็นสิทธิที่ผู้ทรงสิทธิสามารถนำมาเป็นเหตุให้เกิดการเรียกร้องทางศาลได้ด้วย<sup>306</sup>

สำหรับ “วิธีที่เหมาะสม” อื่นๆ เช่น วิธีการทางการบริหาร (Administrative) วิธีการทางการเงิน (Financial) วิธีการทางการศึกษา (Educational) และวิธีการทางสังคม (Social) นอกจากนี้ CESCR ได้เน้นย้ำว่า “การดำเนินการด้วยวิธีที่สมควร” ไม่เกี่ยวข้องกับรูปแบบของรัฐ ไม่ว่ารัฐภาคีจะเป็นรัฐแบบเสรีนิยมหรือสังคมนิยมก็สามารถ “ดำเนินการโดยลำดับ... (take steps ...)” ได้<sup>307</sup>

ส่วนที่ 2 ในกรณีของข้อความ “เพื่อให้สัมฤทธิ์ผลในการทำให้สิทธิซึ่งรับรองไว้ในกติกา นี้ กลายเป็นความจริงอย่างบริบูรณ์ (with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized)” ซึ่งถูกเรียกว่า “การทำให้เป็นความจริงโดยลำดับ (Progressive Realisation)” แม้ข้อความนี้

<sup>303</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 3 (E/1991/23), clause 2.

<sup>304</sup> Ibid., clause 3-4.

<sup>305</sup> Ibid., clause 5.

<sup>306</sup> Ibid., clause 6.

<sup>307</sup> Ibid., clause 7-8.

จะยอมรับว่า “ความจริงอย่างบริบูรณ์” ของการรับรองและคุ้มครองสิทธิตาม ICESCR ไม่สามารถสำเร็จได้ในเวลาอันสั้น ซึ่งแตกต่างอย่างชัดเจนจากพันธกรณีตาม แต่รัฐภาคีไม่ควรตีความว่า พันธกรณีตาม ICESCR ไม่มีอยู่เลยในแง่หนึ่ง พันธกรณีที่อยู่ในลักษณะนี้ แสดงถึงการตระหนักรู้ความเป็นจริงของโลก จึงเป็นเครื่องมือยืดหยุ่นที่นำไปใช้ได้หลายบริบท แต่อีกแง่หนึ่ง การตีความต้องกระทำโดยอาศัยบทบัญญัติอื่นๆ ใน ICESCR ประกอบโดยสอดคล้องกับเหตุผลของการมีอยู่ (raison d'être) ของ ICESCR ซึ่งประสงค์ให้เกิดพันธกรณีสำหรับรัฐภาคีที่ชัดเจนสำหรับการปฏิบัติตาม ดังนั้น “การดำเนินการโดยลำดับ (Take Steps)” จึงต้องเป็นไปอย่าง “รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ (Expediently and Effectively)” เพื่อมุ่งไปสู่เป้าหมาย และการดำเนินการในทางตรงกันข้ามจะต้องได้รับการพิจารณาโดยรัฐภาคีอย่างระมัดระวังและต้องมีเหตุผลมาให้ความชอบธรรมเพียงพอ<sup>308</sup>

ในการนี้ CESCR สร้างหลัก “พันธกรณีขั้นต่ำที่สำคัญ (Minimum Core Obligation)” ขึ้นมา โดยรัฐภาคีต้องประกันการสัมฤทธิ์ผลขั้นต่ำที่สุดของสิทธิทั้งหมดตาม ICESCR ให้ได้ จึงจะไม่ถือว่าละเมิดพันธกรณี ยกตัวอย่างเช่น ข้อความ “การคุ้มครองจากความหิวโดย การศึกษาขั้นประถม การบริการสุขภาพในกรณีฉุกเฉิน และที่อยู่อาศัยขั้นพื้นฐาน (Protection from starvation, primary education, emergency healthcare, and basic housing)” จึงหมายความว่า รัฐภาคีที่ปล่อยให้คนจำนวนมากไม่มีที่อยู่อาศัย น้ำ-อาหาร และ/หรือ การบริการทางสุขภาพ ละเมิดพันธกรณีตาม ICESCR ด้วยเหตุนี้ การไม่ตีความ ICESCR ให้มีหลักพันธกรณีขั้นต่ำที่สำคัญ จึงไม่สอดคล้องกับเหตุผลของการมีอยู่ของตราสารฉบับนี้<sup>309</sup>

นอกจากนี้ การตีความพันธกรณีจะต้องพิจารณาหลัก “โดยใช้ประโยชน์สูงสุดจากทรัพยากรที่มีอยู่ (to the maximum of its available resources)” ประกอบด้วย ดังนั้น รัฐภาคีจึงต้องแสดงให้เห็นว่าได้พยายามใช้ความพยายามทุกวิถีทางในการทำตามหลักพันธกรณีขั้นต่ำที่สำคัญแล้ว ตัวอย่างเช่น ในรัฐที่มีทรัพยากรไม่พอเพียง รัฐภาคีนั้นต้องจัดสรรทรัพยากรอย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ส่วนในรัฐที่มีทรัพยากรจำกัดมากอย่างน้อยที่สุด รัฐภาคีนั้นต้องสามารถจัดสรรทรัพยากรให้แก่ผู้ที่เปราะบางที่สุดได้ องค์กรก็ตีความว่าในสถานการณ์ใดหรือบริบทที่แตกต่างกันอย่างไร พันธกรณีของรัฐภาคีในการ “เฝ้าติดตาม (Monitoring)” การกระทำหรือไม่กระทำตาม ICESCR โดยองค์การของรัฐ เป็นพันธกรณีที่รัฐภาคียอมทำได้เสมอ<sup>310</sup>

ส่วนสุดท้าย ข้อความ “ดำเนินการโดยลำดับ โดยเอกเทศและโดยความร่วมมือและความช่วยเหลือระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางเศรษฐกิจและวิชาการ (to take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical ...)” หมายความว่า การดำเนินการเป็นลำดับนั้น หมายรวมทั้งการดำเนินการของรัฐนั้นเองและการดำเนินการภายใต้ความร่วมมือระหว่างประเทศ ดังนั้น รัฐภาคีที่ไม่สามารถประกันสิทธิตาม ICESCR ได้โดยอ้างว่ามีทรัพยากรไม่เพียงพอ แต่ยังไม่ได้พยายามแสวงหาจากความร่วมมือระหว่างประเทศ จึงเป็นรัฐภาคีที่ละเมิดพันธกรณีตาม ICESCR ทั้งนี้ หลักการนี้ได้รับการรับรองอย่างชัดเจนในข้อ 11, 15, 22 และ 23<sup>311</sup>

<sup>308</sup> Ibid., clause 9.

<sup>309</sup> Ibid., clause 10.

<sup>310</sup> Ibid., clause 11-12.

<sup>311</sup> Ibid., clause 13.

หลังจากได้กล่าวถึงลักษณะ ความสำคัญ และพันธกรณีของรัฐที่มีต่อ ICESCR แล้ว คำถามที่น่าสนใจประการถัดมา คือ การคุ้มครองสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจให้เป็นจริงโดยบริบูรณ์ควรอยู่ในรูปแบบใดและมีกลไกใดที่จะทำหน้าที่ดังกล่าว งานวิจัยได้นำกรอบคิดว่าด้วยรัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงซึ่งรวมถึงการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวผ่านกลไกทางตุลาการที่เริ่มใช้ในประเทศแอฟริกาใต้ในช่วงคริสต์ศตวรรษ 1990 มาเป็นแนวทาง อย่างไรก็ตาม ก่อนจะสำรวจแนวทางดังกล่าว ในส่วนถัดไป งานวิจัยได้วางข้อความเบื้องต้นว่าด้วยอำนาจตุลาการและการทำให้ประเด็นทางการเมืองเข้าไปอยู่ในอำนาจตุลาการ ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับการที่ศาลก้าวล่วงเข้าไปในพรมแดนทางการเมืองของการจัดสรรทรัพยากรและงบประมาณที่เกี่ยวข้องกับการทำให้สิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจเป็นไปได้โดยบริบูรณ์อย่างแท้จริง เสียก่อน

### 5.3 อำนาจตุลาการและข้ออภิปรายว่าด้วยการทำให้ประเด็นทางการเมืองเข้าไปอยู่ในอำนาจตุลาการ (Judicialisation of Politics)

ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญในระบอบเสรีนิยมประชาธิปไตยในปัจจุบัน หนึ่งในภารกิจของอำนาจตุลาการคือการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ และการพิทักษ์รัฐธรรมนูญนี้มักปรากฏเป็นอำนาจในเชิงรับเนื่องจากอำนาจตุลาการมีความยึดโยงกับประชาชนน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร การปรับบทบาทของอำนาจตุลาการให้มุ่งพิทักษ์สิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจซึ่งทำให้อำนาจตุลาการต้องก้าวพ้นจากดินแดนของอำนาจในเชิงรับจึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ ในส่วนนี้ ในขั้นแรก งานวิจัยทบทวนอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ จากนั้น จึงวางกรอบคิดว่าด้วยองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ก่อนที่จะสำรวจข้ออภิปรายเกี่ยวกับการทำให้ประเด็นทางการเมืองเข้าไปอยู่ในอำนาจตุลาการ และสรุปในเบื้องต้นว่า ด้วยเหตุที่การเข้าไปเกี่ยวข้องกับประเด็นทางการเมืองของอำนาจตุลาการเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในหลายประเทศและเนื้อหาของ การเข้าไปเกี่ยวข้องมีหลากหลายมิติ การเข้าไปเกี่ยวข้องดังกล่าวจึงมีทั้งผลในเชิงบวกซึ่งสนับสนุนคุณค่าของประชาธิปไตยและสิทธิเสรีภาพของประชาชนและผลในเชิงลบ ในกรณีการเข้าไปมีบทบาทกับอภิมการเมือง (Mega-politics) และสนับสนุนกลุ่มอำนาจนำในทางการเมือง ด้วยเหตุนี้ การก้าวเข้าไปในพรมแดนทางการเมืองเพื่อพิทักษ์สิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจจึงไม่ชัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมในความหมายแบบกว้างและลึกอันเป็นความหมายที่ใช้ในงานวิจัยฉบับนี้

#### 5.3.1 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือหลักนิติธรรม อำนาจมักถูกแบ่งออกเป็นสามอำนาจ ซึ่งแต่ละอำนาจต่างถ่วงดุลซึ่งกันและกัน กล่าวได้ว่า อำนาจตุลาการที่มีได้เป็นผู้แทนของคนจำนวนมากมีบทบาทในการถ่วงดุลกับเสียงส่วนใหญ่ ซึ่งในแง่หนึ่งก็สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยที่ยึดเสียงส่วนมากแต่เคารพเสียงส่วนน้อย อำนาจตุลาการจึงมาถ่วงดุลในเชิงเนื้อหา คือ การใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดประกอบเหตุผลและหลักตรรกวิทยาในการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งรวมถึงคดีที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับกฎหมายสูงสุดของประเทศอันมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 สามารถสรุปได้เป็น 8 กลุ่ม ดังนี้<sup>312</sup>

1. การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและกฎหมาย
2. การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด
3. การพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์การอิสระ
4. การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน
5. การพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ระบอบการปกครอง และความมั่นคงแห่งรัฐ
6. การพิจารณาวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อนหรือไม่
7. การพิจารณาวินิจฉัยคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง
8. การพิจารณาวินิจฉัยกรณีอื่นที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ แม้อำนาจทุกกลุ่มจะเกี่ยวข้องกับสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจไม่ทางหนึ่งก็ทางใด แต่พอสรุปได้ว่าอำนาจที่เกี่ยวข้องโดยตรง ได้แก่

อำนาจในกลุ่มที่ 1 การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและกฎหมาย โดยเฉพาะในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 132 ประกอบมาตรา 148) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 148) การพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีใด ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 212) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เสนอโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน (รัฐธรรมนูญ มาตรา 231 (1))

อำนาจในกลุ่มที่ 4 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยประชาชนมีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยได้ในสองกรณี คือ หนึ่ง การพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่ประชาชนหรือชุมชนฟ้องหน่วยงานของรัฐเพื่อให้ได้รับประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญ หมวด 5 หน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 51 แห่งรัฐธรรมนูญ โดยบุคคลหรือชุมชนต้องร้องขอให้หน่วยงานดำเนินการก่อนและผ่านหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่กำหนดแล้ว รวมถึงการดำเนินการผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินด้วย (มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561) และการพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่ผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ร้องขอว่าการกระทำนั้นชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยต้องดำเนินการผ่านผู้ตรวจการแผ่นดิน (รัฐธรรมนูญ มาตรา 213)

<sup>312</sup> สรุปโดยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, “หน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ,” สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2560, [http://www.constitutionalcourt.or.th/occ\\_web/download/article/article\\_20191112153204.pdf](http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/article_20191112153204.pdf).

ในส่วนของการได้มาซึ่งผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี หรือ “ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ” รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 กำหนดให้องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีจำนวน 9 คน มีวาระดำรงตำแหน่ง 7 ปี<sup>313</sup> ประกอบด้วย<sup>314</sup>

(1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้ว ไม่น้อยกว่าสามปี ซึ่งได้รับคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวน 3 คน

(2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้ว ไม่น้อยกว่าห้าปี ซึ่งได้รับคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่ง ศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี และยังมีผลงานทางวิชาการ เป็นที่ประจักษ์ จำนวน 1 คน

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสถาปัตยกรรมศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรง ตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี และ ยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวน 1 คน

(5) ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดี หรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่า หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี จำนวน 2 คน

ในกรณีของผู้ทรงคุณวุฒิตาม (5) ข้างต้น เป็นคุณสมบัติที่กำหนดขึ้นใหม่ในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 โดยมีเหตุผลว่า ผู้นั้นจะเป็น “ผู้บริหารที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ รวมทั้งเชื่อ ได้ว่า ในเวลาใช้อำนาจในฐานะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือกรรมการขององค์กรอิสระแล้ว จะทำให้ค่านึงถึงปัจจัยต่างๆ รอบด้านอันเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตน”<sup>315</sup>

นอกจากนี้ มีการกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามไว้จำนวนหนึ่งด้วย คุณสมบัติต้องห้ามที่น่าสนใจและ เกี่ยวข้องกับงานวิจัยนี้ คือ “เป็นหรือเคยเป็น...ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระใด”<sup>316</sup> โดยคุณสมบัติอื่นๆ ที่ทำให้ดำรง ตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ อาทิ คุณสมบัติที่เกี่ยวกับการเมือง (ต้องพ้นจากการทำงานหรือตำแหน่งนั้น ไม่น้อยกว่า 10 ปี ก่อนเข้ารับการคัดเลือกหรือสรรหา)<sup>317</sup> และคุณสมบัติที่เกี่ยวกับการทำงานราชการ เอกชน หรือ การประกอบวิชาชีพอิสระ (ต้องไม่มีคุณสมบัติดังกล่าวอย่างซ้ำที่สุดในเวลาก่อนที่ประธานวุฒิสภานำความกราบ บังคมทูลพระมหากษัตริย์เพื่อทรงแต่งตั้ง)<sup>318</sup> ทั้งนี้ ปรากฏในบันทึกเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญว่า<sup>319</sup>

<sup>313</sup> มาตรา 207 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>314</sup> มาตรา 200 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>315</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบบรายมาตราของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*, 344.

<sup>316</sup> มาตรา 202 (1) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>317</sup> มาตรา 202 (4) และ (5) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>318</sup> มาตรา (6) (7) (8) และ (9) และมาตรา 205 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>319</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบบรายมาตราของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*, 247-348.

บทบัญญัติมาตรานี้ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้น และสูงกว่าที่เคยได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ... การเป็นหรือเคยเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระใดมาก่อน จะไม่สามารถดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้อีก เพื่อป้องกันมิให้บุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ในศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอิสระอาศัยความได้เปรียบและเพื่อจัดการมีส่วนได้ส่วนเสีย และการขัดกันแห่งผลประโยชน์จากการปฏิบัติหน้าที่ภายในองค์กรดังกล่าวมาเป็นประโยชน์ในการได้รับการคัดเลือกหรือสรรหาเพื่อให้ได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสามารถทำหน้าที่ได้อย่างสมบูรณ์

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 กำหนดคุณสมบัติต่างๆ ให้สูงขึ้น “เพื่อให้เป็นหลักประกันว่าจะได้บุคคลที่มีคุณธรรม ความกล้าหาญ อุทิศเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเต็มที่ และมีความรู้ความสามารถอย่างแท้จริง”<sup>320</sup>

บุคคลที่จะเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในสัดส่วนของ “ผู้ทรงคุณวุฒิ” ต้องผ่านการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหา ได้แก่<sup>321</sup>

- (1) ประธานศาลฎีกา เป็นประธานกรรมการ
- (2) ประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร เป็นกรรมการ
- (3) ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นกรรมการ
- (4) บุคคลซึ่งองค์กรอิสระแต่งตั้งจากผู้มีคุณสมบัติตามมาตรา 201 และไม่มีลักษณะต้องห้าม

ตามมาตรา 202 และไม่เคยปฏิบัติหน้าที่ใดๆ ในศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอิสระ องค์กรละหนึ่งคนเป็นกรรมการสุดท้ายแล้ว บุคคลที่ได้รับการสรรหาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภามาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด ก่อนจะได้รับการกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต่อไป<sup>322</sup>

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา พบว่า ในกรณีของประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ประเด็นที่อยู่ในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญมักเป็นประเด็นเกี่ยวกับคุณค่าพื้นฐานของสิทธิตามรัฐธรรมนูญ และสิทธิในกลุ่มสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (เช่น สิทธิในชีวิตและร่างกาย ในประเด็นว่าด้วยความผิดอาญารฐานทำให้ตนเองแท้งลูกขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ)<sup>323</sup> แต่มีประเด็นที่คาบเกี่ยวกับสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจไม่มากนัก นอกจากนี้ หากมีประเด็นเชิงเนื้อหาที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพิ่มมากขึ้น ก็เคยมีเหตุการณ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

<sup>320</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบประมวลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, 341.

<sup>321</sup> มาตรา 203 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>322</sup> มาตรา 204 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>323</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563.

หนึ่งในตัวอย่างที่แสดงให้เห็นลักษณะข้างต้น เช่น กรณีประเด็นที่ร้องให้ศาลวินิจฉัยว่า มาตรา 26 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ขัดหรือแย้งต่อหลักการ ไม่เลือกปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวเกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามของการดำรง ตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรม โดยผู้ร้องเป็นบุคคลที่มีร่างกายพิการและได้ถูกตัดสิทธิในการเข้ารับการสอบ คัดเลือก ทั้งนี้ ผู้ร้องได้ร้องไปยังกลไกที่เกี่ยวข้องและประเด็นได้ถูกวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญในสองช่วงเวลา คือ ในช่วงที่ประเทศไทยใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550

ฐานของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ได้แก่ ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อ ทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ฐานของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 ได้แก่ ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

มาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของพระราชบัญญัติดังกล่าวในขณะนั้น บัญญัติไว้ว่า

ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษ เพื่อบรรจุ เป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(10) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือน ไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการหรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต.

ในคำวินิจฉัยช่วงแรก (ภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540)<sup>324</sup> ศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมาก 8 ต่อ 3 วินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 โดยมีเหตุผลโดยหลัก คือ

การรับสมัครสอบคัดเลือก นอกจากจะพิจารณาถึงความรู้ ความสามารถแล้ว ยังต้องพิจารณาสุขภาพของร่างกายและจิตใจว่ามีความสมบูรณ์ สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และมีบุคลิกลักษณะที่ดีพอที่จะเป็นผู้พิพากษาซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติ โดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ... บางครั้งต้องเดินทางไปนอกศาล ปฏิบัติหน้าที่ เช่น เพื่อเดินเผชิญสึบ เพื่อสืบพยานที่มาศาลไม่ได้ การพิจารณาเพื่อรับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการ และแต่งตั้งให้ดำรง ตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา จึงมีมาตรการที่แตกต่าง และเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง

ในคำวินิจฉัยช่วงที่สอง (ภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550)<sup>325</sup> ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวในส่วนที่เป็นประเด็นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผล ได้แก่ (1) รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550

<sup>324</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 ลงวันที่ 30 เมษายน 2545.

<sup>325</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 ลงวันที่ 13 มิถุนายน 2555.

ได้เพิ่ม “ความพิการ” เป็นหนึ่งในฐานของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (2) การที่ประเทศไทยต้องปรับปรุงกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับการไม่เลือกปฏิบัติบนฐานความพิการนั้น เนื่องจากประเทศไทยได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities: CRPD) จึงต้องอนุวัติการกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาดังกล่าว และ (3) เมื่อภารกิจของผู้พิพากษาคือการพิจารณาคดีและนั่งพิจารณาครองคดี ความพิการจึงไม่ได้เป็นอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ด้วยเหตุต่างๆ เหล่านี้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อ CPRD และมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550

จากตัวอย่างข้างต้น เห็นได้ชัดว่า ศาลรัฐธรรมนูญมุ่งวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพตามตัวอักษรของรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัดโดยไม่พร้อมที่จะใช้ดุลพินิจเพื่อวินิจฉัยว่าการกีดกันผู้มีความแตกต่างทางร่างกายไม่ให้อำนาจตำแหน่งผู้พิพากษาเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทั้งที่ศาลในทศวรรษ พ.ศ. 2540 สามารถแสวงหาหลักการเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอย่างกว้างขวางกว่านี้ได้ เนื่องจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิเสรีภาพเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว และมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ก็ได้วางหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติไว้ ยิ่งกว่านั้น มาตรา 30 ดังกล่าวก็กำหนดฐาน “ความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกายหรือสุขภาพ” ไว้แล้วด้วย แต่ศาลรัฐธรรมนูญกลับเปิดช่องให้องค์กรศาลยุติธรรมใช้ดุลพินิจอย่างกว้างและกลับนำเหตุผลเรื่อง “ความทรงเกียรติ” ของตำแหน่งผู้พิพากษามาสนับสนุน นอกจากนี้เป็นที่สังเกตว่าในคำวินิจฉัยฉบับหลัง ศาลรัฐธรรมนูญได้ “แก้ต่าง” ให้แก่คำวินิจฉัยก่อนหน้า ด้วยการให้เหตุผลว่าการที่ศาลไม่วินิจฉัยให้เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เนื่องจากหากศาลวินิจฉัยว่า “ความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกายหรือสุขภาพ” เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จะทำให้ศาลมีทัศนคติ “เป็นการมองคนพิการว่าเป็นผู้ป่วยที่ผิดปกติและต้องได้รับการดูแล”<sup>326</sup> ทั้งที่ มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ใช้คำว่า “ความแตกต่าง” ในเรื่องสภาพทางกายหรือสุขภาพ ไม่มีถ้อยคำใดที่ทำให้ตีความได้ว่า การวินิจฉัยให้การไม่รับสอบคัดเลือกเนื่องจากความพิการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นการวินิจฉัยเพราะ “ความสงสาร” คำวินิจฉัยที่ยกมานี้จึงทำให้เห็นลักษณะของการจำกัดตนเองของศาลและการไม่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญและศาลก็สามารถทำได้ภายใต้อำนาจที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญ

หากยึดถือบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญตามหลักนิติธรรมที่ถูกสร้างขึ้นบนฐานคิดแบบเสรีนิยมดั้งเดิม ถือว่าศาลรัฐธรรมนูญจำกัดบทบาทตนเอง (อย่างน้อยในประเด็นเชิงเนื้อหาว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน) ได้สอดคล้องกับหลักการข้างต้น อย่างไรก็ตาม หากมุ่งให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทเป็นผู้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น กล่าวได้ว่าการดำเนินการในแนวทางนี้ยังไม่เพียงพอต่อการบรรลุผลดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ (หรือองค์กรอื่นที่ทำหน้าที่ในทำนองเดียวกัน) จะต้องอยู่ภายใต้การวิพากษ์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เนื่องจากการปรับปรุงบทบาทของอำนาจตุลาการไปในแนวทางดังกล่าวเป็นการทำให้ประเด็นทางการเมือง ซึ่งสมควรอยู่ในอำนาจของรัฐสภา ไปอยู่ภายใต้อำนาจตุลาการซึ่งมีความยึดโยงกับประชาชนอย่างเบาบาง (แม้กระทั่งในประเทศที่พยายามยึดโยงอำนาจตุลาการกับ

<sup>326</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 ลงวันที่ 13 มิถุนายน 2555 (หน้า 97 ของราชกิจจานุเบกษา เล่ม 129 ตอนที่ 100 ก ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2555).

ประชาชนก็ตาม) ด้วยเหตุนี้ ข้อความคิดเบื้องต้นว่าด้วยองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญ<sup>327</sup> และประเด็นอภิปรายว่าด้วยตำแหน่งแห่งที่ขององค์กรตุลาการในประเด็นการเมือง (ซึ่งรวมถึงสิทธิและเสรีภาพในเชิงเนื้อหา) จึงสมควรนำมาพิจารณา

### 5.3.2 กรอบคิดว่าด้วยองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญ

ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบ่งได้เป็นสองระบบหลัก คือ ระบบที่กำหนดให้มีองค์กรที่มีอำนาจเฉพาะทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยอาจเรียกว่ารูปแบบยุโรป (European Model) หรือรูปแบบออสเตรีย (Austrian Model) เนื่องจากถือกำเนิดขึ้นในประเทศออสเตรียเป็นที่แรก และระบบที่มีการกระจายอำนาจให้แก่ศาลทุกศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรืออาจเรียกว่า รูปแบบสหรัฐอเมริกา (American Model) ทั้งนี้ ประเทศไทยใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบแรก

หลักการสำคัญที่มักใช้ในระบอบที่มีองค์กรเฉพาะ<sup>328</sup> คือ (1) องค์กรเฉพาะทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยอาจอยู่ในรูปของศาล (เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศไทย) หรือคณะบุคคล (เช่น ประเทศฝรั่งเศส)<sup>329</sup> ก็ได้ โดยองค์ประกอบและการได้มาซึ่งผู้ปฏิบัติหน้าที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ ตั้งแต่มีความเชื่อมโยงกับประชาชนน้อยไปจนถึงมีการเชื่อมโยงกับประชาชนมากขึ้น เช่น การให้บทบาทสำคัญแก่รัฐสภาในการสรรหาบุคคลที่จะมาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ แม้ ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ผู้ริเริ่มข้อความคิดว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญจะมองว่าอำนาจรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจนิติบัญญัติในเชิงรับ (Negative Legislative Power) แต่เมื่อพิจารณาจากการวางโครงสร้างอำนาจ (ในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญ) และลักษณะของการใช้อำนาจตามความเป็นจริง (เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส) องค์กรลักษณะนี้ถือว่ามีอำนาจทางตุลาการ<sup>330</sup> (2) มีทั้งการตรวจสอบในเชิงรูปธรรม (Concrete Control) (เมื่อมีประเด็นพิพาทว่าบทบัญญัตินั้นๆ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่) และการตรวจสอบในเชิงนามธรรม (Abstract Control) (มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แม้ยังไม่มีประเด็นข้อพิพาท เช่น ในกรณีองค์กรที่มีอำนาจได้ส่งประเด็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ) (3) มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งในชั้นก่อนประกาศใช้ (a priori control) และกฎหมายที่มีการประกาศใช้แล้ว (a posteriori control) (4) มีการตรวจสอบผ่านประเด็นหลักและประเด็นรองแห่งคดี ในกรณีของการตรวจสอบในเชิงรูปธรรม กล่าวคือ ประเด็นแห่งคดีนั้นๆ เป็นประเด็นหลัก ส่วนประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับเป็นประเด็นรองแห่งคดี ส่วนการตรวจสอบในเชิงนามธรรม การวินิจฉัย

<sup>327</sup> ด้วยเหตุของความจำกัดในแง่ขนาดของงานวิจัยและความเกี่ยวข้องกับเนื้อหา งานวิจัยจึงมิได้ทบทวนข้ออภิปรายว่าด้วยความเหมาะสมของอำนาจหรือองค์กรที่สมควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการอภิปรายระหว่าง ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ที่สนับสนุนให้เป็นอำนาจของศาล (ซึ่งในบริบทนี้เป็นอำนาจนิติบัญญัติในเชิงปฏิเสธ) และ คาร์ล ชมิตต์ (Carl Schmitt) ที่สนับสนุนให้เป็นอำนาจของตำแหน่งประธานาธิบดีแห่งอาณาจักร (Reichspräsident) ซึ่งเป็นอำนาจที่เพิ่มเติมออกมาจากอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เพื่อให้เป็นผู้หาจุดดุลยภาพระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและบริหาร. ดูเพิ่มเติม ปิยบุตร แสงกนกกุล, *ศาลรัฐประหาร*, (เนทบุรี: ฟาเดียวัน, 2560) 227-234.

<sup>328</sup> Ibid., 234-238.

<sup>329</sup> คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel - Constitutional Council).

<sup>330</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, *ศาลรัฐประหาร*, 234-235.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นหลักอยู่แล้ว และ (5) การวินิจฉัยของศาลมีลักษณะสัมบูรณ์ (Absolue) คือ คำวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติใดๆ มีผลผูกพันทุกองค์กร

ในทางตรงกันข้าม ระบบการกระจายอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีหลักการสำคัญ คือ (1) ศาลทุกศาลมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (2) มีเฉพาะการตรวจสอบในเชิงรูปธรรมเท่านั้น เนื่องจากต้องมีประเด็นพิพาทในคดีเสียก่อนว่าบทบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (3) มีเฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังประกาศใช้กฎหมาย (4) มีเฉพาะการตรวจสอบประเด็นหลัก และประเด็นรองแห่งคดี โดยองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญคือศาลนั้นๆ ไม่ต้องมีการส่งประเด็นไปยังองค์กรเฉพาะ และ (5) ผลของคำวินิจฉัยเป็นแบบสัมพัทธ์ (Relative) กล่าวคือ คำวินิจฉัยผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีนั้นและไม่ผูกพันองค์กรอื่น แต่ประเทศที่ใช้ระบบนี้อาจมีหลักการอื่นมาบรรเทาภาวะความไม่สอดคล้องกันของคำวินิจฉัย เช่น ระบบการพิจารณาพิพากษาคดีตามคำพิพากษาบรรทัดฐาน (stare decisis) ที่ศาลในคดีหลังต้องพิพากษาตามแนวทางของคำพิพากษาในคดีก่อนหน้า และศาลล่างต้องพิพากษาตามแนวทางของศาลสูง

### 5.3.3 ข้ออภิปรายเกี่ยวกับการทำให้ประเด็นทางการเมืองเข้าไปอยู่ในอำนาจตุลาการ (Judicialisation of Politics)

ภายหลังการสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่ 2 มีการตั้งองค์กรทางตุลาการที่ทำหน้าที่แบบศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในหลายประเทศ หลักการดำเนินงานขององค์กรเหล่านี้มีอำนาจหน้าที่โดยหลักตามที่กล่าวมา ภายใต้การจำกัดตนเองขององค์กรตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติธรรม อย่างไรก็ตาม การดำเนินงานที่แท้จริงแตกต่างออกไปตามบริบทของแต่ละประเทศ ในประเทศไทย กล่าวได้ว่า ปรากฏการณ์ “การทำให้ประเด็นการเมืองเข้าไปอยู่ในอำนาจของตุลาการ”<sup>331</sup> หรือ “การเมืองเชิงตุลาการ”<sup>332</sup> (Judicialisation of Politics) หรือกล่าวโดยทั่วไปในภาษาไทย (ซึ่งความจริงแล้วเป็นเพียงประเภทหนึ่งของการทำให้ประเด็นทางการเมืองเข้าไปอยู่ในอำนาจตุลาการเท่านั้น และยังเป็นการใช้ที่สร้างความหมายบางประการที่ไม่สอดคล้องกับลักษณะการใช้อำนาจของศาลไทยที่แท้จริงด้วย) ว่า “ตุลาการภิวัตน์ (Judicial Activism)” เกิดขึ้นจากการที่ ธีรยุทธ บุญมี นำพระราชดำรัสของรัชกาลที่ 9 ที่พระราชทานให้แก่ผู้พิพากษา-ตุลาการก่อนดำรงตำแหน่งที่รับการโปรดเกล้า แต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาในปี พ.ศ. 2549 ไปใช้ เพื่อให้ตุลาการเข้าไปมีบทบาทในทางการเมืองมากขึ้น นับแต่นั้นมา ศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญ ก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์ในหลายๆ กรณีว่าเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมืองในประเด็นสำคัญอย่างมีนัยสำคัญซึ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ตั้งแต่ พ.ศ. 2549 จนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2563)<sup>333</sup> หรือกระทั่งกล่าวในทำนองรับรองการทำรัฐประหารในคำพิพากษาต่างๆ ผ่านการให้รับรองสถานะความเป็นรัฐอธิปไตยของคณะรัฐประหารเมื่อมีประเด็นเกี่ยวกับสถานะของความเป็นกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งที่ออกโดยคณะ

<sup>331</sup> คำในภาษาไทยนี้ใช้ใน ปิยะบุตร แสงกนกกุล, *ศาลรัฐประหาร*.

<sup>332</sup> คำในภาษาไทยนี้ใช้ใน สมชาย ปรีชาศิลปกุล, “การเมืองเชิงตุลาการ,” *วารสารนิติสังคมศาสตร์* 9, ฉ.1, (มกราคม-มิถุนายน 2559).

<sup>333</sup> ปิยะบุตร แสงกนกกุล, *ศาลรัฐประหาร*, 9-12. ดูเพิ่มเติมใน ปิยะบุตร (2561) (โดยเฉพาะ “บทนำ” ที่กล่าวภาพรวมของปรากฏการณ์ดังกล่าว) และ สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ, “โครงการ การเมืองเชิงตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญไทย.”

รัฐประหาร<sup>334</sup> กล่าวได้ว่า บทบาทของอำนาจตุลาการในประเทศไทยเปลี่ยนแปลงจากศาลที่จำกัดตนเองกลายเป็นศาลที่มีความเป็นการเมืองสูงอย่างทันทีทันใดใน พ.ศ. 2549<sup>335</sup>

ปรากฏการณ์ในทำนองเดียวกันเกิดขึ้นเช่นกันในประเทศอื่น นักวิชาการ เช่น บีเยอร์น เดรสเซล (Björn Dressel) ได้ทบทวนการทำให้ประเด็นทางการเมืองไปอยู่ในอำนาจของตุลาการของประเทศต่างๆ ในภูมิภาคเอเชีย โดยมีเกณฑ์กำกับ คือ ระดับความเป็นอิสระของศาลกับระดับความมีส่วนร่วมในทางการเมือง และแบ่งทิศทางออกเป็นสี่กลุ่ม คือ<sup>336</sup>

อำนาจตุลาการที่มีส่วนร่วมในทางการเมืองมากและมีความเป็นอิสระมาก เรียกว่า “ตุลาการภิวัตน์ (Judicial Activism)” ซึ่งเป็นภาวะที่อำนาจตุลาการมีบทบาทในการส่งเสริมสิทธิเสรีภาพและความมั่นคงของระบอบประชาธิปไตย เช่น ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศอินโดนีเซีย

อำนาจตุลาการที่มีส่วนร่วมในทางการเมืองมากแต่มีความเป็นอิสระน้อย เรียกว่า “ตุลาการการเมือง (Politicisation of the Judiciary)” ซึ่งเป็นภาวะที่อำนาจตุลาการมีแนวโน้มอยู่ภายใต้การครอบงำของฝ่ายการเมืองและก้าวเข้าไปในพรมแดนของการเมืองในเชิงรุก เช่น ประเทศไทย (ในงานของเดรสเซล คือ ระหว่าง พ.ศ. 2549-2553)

อำนาจตุลาการที่มีส่วนร่วมในทางการเมืองน้อยและมีความเป็นอิสระมาก เรียกว่า “ตุลาการจำกัดตนเอง (Judicial Restraint)” ซึ่งเป็นภาวะที่ตุลาการจำกัดตนเองอยู่ในพื้นที่เชิงรับอย่างเคร่งครัดและมีบทบาทในทางการเมืองน้อย เช่น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศมาเลเซีย ระหว่าง พ.ศ. 2500-2533

อำนาจตุลาการที่มีส่วนร่วมในทางการเมืองน้อยและมีความเป็นอิสระน้อย เรียกว่า “ตุลาการเงียบเสียง (Judicial Muteness)” ซึ่งเป็นภาวะที่อำนาจตุลาการถูกรองรับโดยการเมืองและมีบทบาทน้อยในการส่งเสริมสิทธิเสรีภาพหรือถ่วงดุลกับอำนาจอื่น เช่น ประเทศกัมพูชา

ตามการจำแนกของเดรสเซล ปรากฏการณ์ “ตุลาการภิวัตน์” แบบในประเทศไทยจึงมีความหมายในเชิงลบและถูกจัดอยู่ในประเภท “ตุลาการการเมือง” ในขณะเดียวกัน บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศแอฟริกาใต้ แม้จะมีส่วนร่วมในทางการเมืองมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเชิงสังคมและเศรษฐกิจ แต่บทบาทก็เป็นที่ไปเพื่อคุ้มครองและพัฒนากรอบคิดด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงนับได้ว่าอยู่ในประเภท “ตุลาการภิวัตน์” ตามการจำแนกของเดรสเซล เช่น องค์กรตุลาการในประเทศเกาหลีใต้และอินโดนีเซีย ด้วยเหตุนี้ ข้อเสนอของงานวิจัยที่ให้นำแนวทางของประเทศแอฟริกาใต้ในการคุ้มครองและพัฒนาสิทธิเชิงเศรษฐกิจและสังคมจะไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมตามที่ศาลรัฐธรรมนูญวิพากษ์อยู่ในปัจจุบัน ในทางกลับกัน การวางตัวของอำนาจตุลาการในลักษณะนี้ยิ่งเป็นการหนุนเสริมหลักนิติธรรมอีกด้วย

<sup>334</sup> เช่น คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ คดีหมายเลขดำที่ 559/2560 คดีหมายเลขแดงที่ 2247/2561 ระหว่างพนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด และ จำสับเอกอภิชาติ พงษ์สวัสดิ์ ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561; คำพิพากษาศาลจังหวัดระยอง คดีหมายเลขดำที่ อ 807/2562 คดีหมายเลขแดงที่ อ 265/2563 ระหว่างพนักงานอัยการจังหวัดระยองและนายพลวัฒน์ วิโรตมพุดกุล ลงวันที่ 26 มีนาคม 2563.

<sup>335</sup> Björn Dressel, *The Judicialization of Politics in Asia*, (Oxon: Routledge, 2012), 7.

<sup>336</sup> *Ibid.*, 6-7; แปลและปรับปรุงเป็นภาษาไทยโดย สมชาย ปรีชาศิลปกุล, “การเมืองเชิงตุลาการ,” 120-121.

## 5.4 มโนทัศน์ว่าด้วยรัฐธรรมนูญนิยามที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง (Transformative Constitutionalism)

ในอดีต ประเทศแอฟริกาใต้ได้อยู่ภายใต้การปกครองของชาติตะวันตกสองกลุ่มหลักๆ คือ ชาวดัตช์และอังกฤษ โดยได้รับเอกราชจากอังกฤษอย่างสมบูรณ์ใน ค.ศ. 1931 (พ.ศ. 2474) มีรัฐธรรมนูญภายหลังได้รับเอกราชฉบับแรก คือ รัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ 1961 (The Republic of South Africa Constitution Act, 1961) และต่อมา คือ รัฐบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ 1983 (The Republic of South Africa Constitution Act, 1983) การแบ่งแยกบนฐานชาติพันธุ์สีผิวซึ่งแต่เดิมภายใต้การปกครองไม่ว่าจะเป็นดัตช์หรืออังกฤษที่เป็นไปอย่างไม่เป็นทางการหรือเพียงถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับใดฉบับหนึ่ง ได้รับการทำให้เป็นนโยบายของชาติอย่างเป็นทางการใน ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) เมื่อคนผิวขาวคนกลุ่มน้อยพรรค National Party (NP) เป็นรัฐบาล โดย NP เสนอว่า นโยบายนี้จะทำให้ให้เศรษฐกิจดีขึ้น และเรียกว่า อะพาไทด์ (Apartheid)<sup>337</sup> Apartheid ส่งผลให้เกิดการแบ่งแยกคนผิวขาวและคนที่ไม่ใช่ผิวขาวออกจากกัน โดยมีคนที่ถูกแบ่งเป็นสี่กลุ่ม คือ คนผิวขาว คนผิวดำ คนผิวสีอื่นๆ และคนเอเชีย (กลุ่มหลังถูกเพิ่มเติมเข้ามาภายหลัง ซึ่งหมายถึงคนเชื้อชาติอินเดียและปากีสถาน) ทั้งนี้ คนกลุ่มต่างๆ ต้องอยู่ต่างระบบกัน โดยได้รับบริการจากรัฐแยกจากกันภายใต้มาตรฐานเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ มาตรฐานของบริการไม่ได้เป็นไปตามนั้น โดยคนผิวขาวเป็นผู้ที่ได้ประโยชน์สูงสุด นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญก่อน ค.ศ. 1993 (พ.ศ. 2536) (ซึ่งเป็นปีที่มีรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวใช้ระหว่างยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน) เหล่านี้ ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและจำกัดอำนาจของศาลเป็นอย่างมาก รวมถึงส่งผ่านวัฒนธรรมทางกฎหมายที่องค์กรทางกฎหมายจำกัดตนอยู่เฉพาะในปริมนทลกฎหมายอย่างเคร่งครัดซึ่งในอีกทางหนึ่งก็เป็นการสนับสนุน Apartheid ด้วย<sup>338</sup>

กล่าวอีกนัยหนึ่ง ในประเทศแอฟริกาใต้ ภายใต้นโยบาย Apartheid การมีรัฐธรรมนูญ (Constitution) จึงไม่ได้หมายถึงการมีวัฒนธรรมแบบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)<sup>339</sup> หากเทียบกับในประเทศสหรัฐอเมริกา ระบบและวัฒนธรรมทางกฎหมายของประเทศแอฟริกาใต้ในยุค Apartheid คล้ายคลึงกับหลัก “แบ่งแยกแต่เท่าเทียม (Separate but Equal)” ที่เกิดขึ้นในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ถึงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 ในสหรัฐอเมริกาที่ศาลสูงสุดวางหลักว่า การกระทำและการจัดบริการสาธารณะของรัฐ หรือของเอกชน สามารถแบ่งแยกระหว่างคนต่างสีผิวได้ แต่มาตรฐานและคุณภาพของบริการต้องเท่าเทียมกัน<sup>340</sup> แม้ประเทศจะอยู่ในภาวะ

<sup>337</sup> Apartheid เป็นภาษาแอฟริกันส์ (Afrikaans) มีความหมายว่า การแบ่งแยก (Apartness) โดยจากนี้จะใช้คำว่า Apartheid ตลอดทั้งงานวิจัย

<sup>338</sup> Eric Kibet and Charles Fombad, “Transformative Constitutionalism and the Adjudication of Constitutional Rights in Africa,” *African Human Rights Law Journal* no. 17 (2017): 347; ในประเด็นวัฒนธรรมทางกฎหมายดูเพิ่มเติมใน Karl E. Klare, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism,” *South African Journal on Human Rights* 14, no. 1 (1998).

<sup>339</sup> Kibet, *Ibid.*, 342-343.

<sup>340</sup> คดีสำคัญ คือ คดี *Plessy v Ferguson*, (163 U.S. 537), 1896 ที่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาวางหลักแบ่งแยกแต่เท่าเทียมดังกล่าว ทั้งนี้ ต่อมา ศาลสูงสุดได้กลับหลักดังกล่าวในคดี *Brown v Board of Education of Topeka* (347

ภายหลังสงครามกลางเมืองของสหรัฐอเมริกา (American Civil War) ที่ส่งผลให้เกิดการเลิกทาสและการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 14 (The Fourteenth Amendment) ที่บัญญัติหลักการคุ้มครองอย่างเสมอภาค (The Equal Protection Clause) ภายใต้กฎหมายสำหรับทุกคนก็ตาม

หลังมีนโยบาย Apartheid กลุ่มเคลื่อนไหวการเมืองของคนผิวดำ African National Congress (ANC) ได้เคลื่อนไหวเพื่อต่อต้านนโยบายดังกล่าวและเรียกร้องสิทธิเสรีภาพของคนผิวดำและกลุ่มชาติพันธุ์ผสม โดยเริ่มจากการต่อร้องในทางกฎหมายและในเชิงทางการเมืองไปจนถึงเปลี่ยนกลยุทธ์ไปสู่การต่อสู้ในแบบอื่นๆ หนึ่งในบุคคลสำคัญที่เคลื่อนไหวและถูกจำคุกด้วยเหตุผลทางการเมือง คือ เนลสัน แมนเดลา (Nelson Mandela) ใน ค.ศ. 1963 (พ.ศ. 2506) การเรียกร้องขจัดขึ้นต่อต้านมีความรุนแรงมากขึ้นจนเกิดการปะทะกัน แม้กระทั่งองค์กรทางศาสนาที่ต่อต้านการกระทำของรัฐบาล<sup>341</sup> และนำไปสู่การต่อร้องกับรัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาวซึ่งเริ่มมีนโยบายเลิก Apartheid อย่างค่อยเป็นค่อยไปและให้สิทธิในการเลือกตั้งแก่คนผิวดำ รวมถึงปล่อยนักโทษการเมือง เพื่อให้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ที่วางอยู่บนฐานของการไม่เลือกปฏิบัติทางชาติพันธุ์และสีผิว

การเจรจาต่อรองเริ่มขึ้นใน ค.ศ.1991 (พ.ศ. 2534) ในกระบวนการเจรจาต่อรอง ANC เห็นว่าควรมีการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญด้วยรูปแบบของการเลือกตั้งทั่วไปแบบหนึ่งคนหนึ่งเสียง ในขณะที่รัฐบาลชนกลุ่มน้อยผิวขาวเกรงจะทำให้สภาร่างรัฐธรรมนูญมีแต่คนผิวดำและตนจะเสียประโยชน์ จึงคัดค้านการได้มาซึ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวและเสนอให้มาจากความตกลงร่วมกันระหว่างคู่ขัดแย้ง (ได้แก่ ANC และ NP) ความเห็นที่ไม่ลงรอยดำเนินต่อไปจนกระทั่งได้ข้อสรุปใน ค.ศ. 1993 (พ.ศ. 2536) ว่า ANC และ NP จะวางหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Principles) ไว้ร่วมกัน โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่มาจากเลือกตั้งจะต้องร่างรัฐธรรมนูญที่ไม่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อหลักการเหล่านี้ (อันเป็นการเจรจาของฝ่ายที่ขัดแย้ง สอดคล้องกับความเห็นของ NP) สภาร่างรัฐธรรมนูญจะมาจากเลือกตั้งแบบหนึ่งคนหนึ่งเสียง จำนวน 400 คน และมาจากผู้แทนของจังหวัดโดยการเลือกตั้งของสภาเมือง จำนวน 80 คน (สอดคล้องกับความเห็นของ ANC) นอกจากนี้ การเจรจายังได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทพิจารณาเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญว่าขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานจำนวน 34 ข้อ ที่ได้ตกลงร่วมกันหรือไม่<sup>342</sup>

ท้ายที่สุดท้าย กระบวนการยกร่างรัฐธรรมนูญที่วางอยู่บนหลักการพื้นฐานที่วางไว้เริ่มขึ้นใน ค.ศ. 1994 (พ.ศ. 2537) เสร็จสมบูรณ์เป็นรัฐธรรมนูญแห่งแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1996 (Constitution of the Republic of South Africa, 1996) ใน ค.ศ. 1996 (พ.ศ. 2539) และมีผลใช้บังคับในปีถัดมา (ค.ศ. 1997 (พ.ศ. 2540))

รากฐานความคิดและหลักการทั่วไปที่สำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งแอฟริกาใต้เห็นได้จากอารัมภบทในรัฐธรรมนูญว่า กรอบคิดของการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญคือการเยียวยาบาดแผลจากอดีต โดยการ<sup>343</sup>

---

*U.S. 483, 1954* ว่าการแบ่งแยกแต่เท่ากันขัดต่อหลักการคุ้มครองอย่างเสมอภาค (Equal Protection Clause) ที่รับรองในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 (The Fourteenth Amendment) ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

<sup>341</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร, *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : ประสบการณ์ต่างประเทศและประเทศไทย*, (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2555), 65.

<sup>342</sup> สรุปรจาก เรื่องเดียวกัน, 65-69.

<sup>343</sup> Preamble of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, which reads

เยียวยาการแบ่งแยกในอดีตและสร้างสังคมที่วางอยู่บนฐานคุณค่าของประชาธิปไตย  
ความยุติธรรมทางสังคม และสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน

วางรากฐานของสังคมที่เป็นประชาธิปไตยและเปิดกว้าง โดยรัฐบาลมาจากความประสงค์  
ของประชาชน และพลเมืองทุกคนได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอภาคโดยกฎหมาย

พัฒนาคุณภาพชีวิตของประชากรทุกคนและปลดปล่อยศักยภาพของแต่ละคน และสร้าง  
แอฟริกาใต้ที่เป็นปึกแผ่นและเป็นประชาธิปไตยที่จะได้รับตำแหน่งแห่งที่ที่ถูกต้องใน  
ฐานะรัฐเอกราชในหมู่ครอบครัวแห่งประชาชาติ

อีกทั้ง ในมาตรา 1 ที่อยู่ในบทที่ 1 บทบัญญัติรากฐาน (Chapter 1 Founding Provisions) ได้วาง  
คุณค่าอันเป็นรากฐานและหลักพื้นฐานของสาธารณรัฐไว้ดังนี้<sup>344</sup>

(a) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความสำเร็จของการสร้างความเสมอภาคและการทำให้ก้าวหน้าซึ่งสิทธิ  
มนุษยชนและเสรีภาพ

(b) การไม่เหยียดชาติพันธุ์สีผิวและการไม่เหยียดเพศ

(c) สถานะสูงสุดของรัฐธรรมนุญและหลักนิติธรรม

(d) สิทธิในการเลือกตั้งของผู้ใหญ่โดยถ้วนหน้า การมีบัญชีผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั่วไปในระดับชาติบัญชีเดียว  
การมีการเลือกตั้งอย่างสม่ำเสมอและการมีระบบหลายพรรคแห่งรัฐบาลที่เป็นประชาธิปไตย เพื่อประกัน  
ความรับผิดชอบ การตอบสนอง และความเปิดกว้าง

รัฐธรรมนูญยังให้คุณค่าแก่สิทธิมนุษยชนในระดับสูงด้วย โดยวางเป็นหลักการทั่วไปในบทที่ 2  
บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ

---

Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice  
and fundamental human rights;

Lay the foundations for a democratic and open society in which government is based on the  
will of the people and every citizen is equally protected by law;

Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person; and Build a  
united and democratic South Africa able to take its rightful place as a sovereign state in the family of nations

<sup>344</sup> Section 1 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996

The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following  
values:

(a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and  
freedoms.

(b) Non-racialism and non-sexism.

(c) Supremacy of the constitution and the rule of law.

(d) Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a multi-party  
system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness.

(1) บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเป็นรากฐานสำคัญของประชาธิปไตยในแอฟริกาใต้ บทบัญญัติปกป้องสิทธิของคนในประเทศแห่งนี้ และยืนยันคุณค่าแห่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค และเสรีภาพ

(2) รัฐต้องเคารพ ค้ำครอง ส่งเสริม และเติมเต็มซึ่งสิทธิตามบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ<sup>345</sup>

นอกจากนี้ สถาบันและกลไกที่สำคัญในการประกอบสร้างรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งแอฟริกาใต้ โดยเป็นผู้มีอำนาจในการชี้ขาดประเด็นสำคัญบางประการในกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญและการวินิจฉัยชี้ขาดร่างรัฐธรรมนูญว่าเป็นไปตามหลักการที่ได้รับการตกลงร่วมกันของทุกฝ่ายที่ขัดแย้งหรือไม่ หรืออาจเรียกว่าเป็น “ผู้พิทักษ์การเปลี่ยนแปลง (Guardian of Transformation)”<sup>346</sup> อีกทั้ง เมื่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้รับบทบาทสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาบทที่ 2 บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ (Chalter 2 Bill of Rights) และบทที่ 9 สถาบันของรัฐที่สนับสนุนความเป็นประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ (State Institutions Supporting Constitutional Democracy)

ทั้งนี้ นอกจากปัจจัยของบาดแผลทางประวัติศาสตร์ดังกล่าว รัฐธรรมนูญที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงแบบแอฟริกาใต้เป็นผลมาจากกระแสประชาธิปไตยที่หลั่งไหลไปในทวีปแอฟริกาหลังการล่มสลายของสหภาพโซเวียต และกระแสความเสื่อมถอยของรัฐธรรมนูญแบบเสรีนิยมดั้งเดิม (แบบตะวันตก) และการหันไปสู่อำนาจที่ค่อนข้างไปทางประชาธิปไตยสังคมนิยมหรือความเสมอภาคแบบเสรีนิยม (Social Democracy or Liberal Egalitarian)<sup>347</sup>

อย่างไรก็ตาม มโนทัศน์รัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่ความเปลี่ยนแปลงมิได้ดำรงอยู่โดยไร้ข้อวิพากษ์ ข้อวิพากษ์สำคัญที่สุด คือ การวางบทบาทให้ศาลทำหน้าที่เกินกว่าพื้นที่ทางนิติศาสตร์โดยให้มีบทบาทในการเมืองเชิงสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งมักจะเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจทางนโยบายสังคมและเชิงงบประมาณของรัฐบาล และนำไปสู่การละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งที่องค์กรตุลาการไม่มีความชอบธรรมเชิงประชาธิปไตยและไม่มีทักษะในการตัดสินใจเหล่านี้<sup>348</sup> อีกทั้ง มุมมองของฝ่ายซ้ายจำนวนหนึ่งก็กลางแคลงในภูมิหลังและชนชั้นของตุลาการที่ทำหน้าที่พิพากษาในประเด็นเชิงสังคมเศรษฐกิจ และเสนอว่าศาลควรมีบทบาทเพียงการให้คำแนะนำเชิงนโยบายที่ไม่มีข้อผูกมัดทางกฎหมายเท่านั้น<sup>349</sup> นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงที่ว่าความไม่เท่าเทียมเชิงสังคมและเศรษฐกิจยังมีอยู่ทั่วไปในประเทศแอฟริกาใต้แม้ว่าจะใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมาแล้วประมาณสองทศวรรษก็ยังคงเป็นข้อท้าทายในทางปฏิบัติ<sup>350</sup> อย่างไรก็ตาม สภาร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่ารัฐธรรมนูญในลักษณะที่ส่งเสริมความยุติธรรมเชิงเนื้อหา

<sup>345</sup> Section 7 (1) and (2) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, which read

(1) This Bill of Rights is a cornerstone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom.

(2) The state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights.

<sup>346</sup> Kibet and Charles Fombad, “Transformative Constitutionalism and the Adjudication of Constitutional Rights in Africa,” 348.

<sup>347</sup> Ibid., 349.

<sup>348</sup> Liebenberg, “Beyond Civil and Political Rights,” 3.

<sup>349</sup> Ibid., 3.

<sup>350</sup> Kibet and Charles Fombad, “Transformative Constitutionalism and the Adjudication of Constitutional Rights in Africa,” 354.

และทางสังคม และวางบทบาทให้ศาลทำหน้าที่พิทักษ์อุดมคติดังกล่าว เหมาะสมที่จะทำให้ประเทศแอฟริกาได้เปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยเป็นฐานความเสมอภาคได้

ในเบื้องต้น กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาได้มีได้ยกร่างขึ้นด้วยกรอบคิดแบบเสรีนิยมดั้งเดิม (แบบตะวันตก) เพียงอย่างเดียว แต่ยกร่างขึ้นเพื่อสร้างความเท่าเทียมในสังคมและเน้นไปที่การสร้างคามยุติธรรมในเชิงเนื้อหา รวมถึงบรรจุหลักการสำคัญ เช่น การต่อต้านการเหยียดชาติพันธุ์สีผิวและการเหยียดเพศไว้เพื่อที่จะสร้างการเปลี่ยนแปลงบางประการตั้งแต่ในระดับฐานรากของสังคม อย่างไรก็ตาม การเดินไปในทางดังกล่าวของประเทศแอฟริกาได้มิได้หมายถึงการทำลายหลักนิติธรรมโดยการให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจจนล้นเกินจนเกิดความเสี่ยงที่จะทำให้เป็นการปกครองแบบเผด็จการและออกห่างจากการสร้างความเท่าเทียมในสังคม จากการที่รัฐธรรมนูญมิได้เน้นเฉพาะความยุติธรรมเชิงเนื้อหาเท่านั้น แต่ยังเน้นหลักความสูงสุดของหลักประชาธิปไตยและหลักนิติธรรมด้วย กรอบคิดนี้จึงถูกเรียกว่า “รัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง (Transformative Constitutionalism)”

การทำความเข้าใจรากฐานของรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาได้ซึ่งทำให้การคุ้มครองสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจอย่างบริบูรณ์เป็นไปได้จะต้องทำความเข้าใจตั้งแต่ขั้นกรอบคิดและอุดมคติของรัฐธรรมนูญ โครงสร้างของรัฐธรรมนูญ ไปจนถึงสถาบันและกลไกที่จะนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายดังกล่าว โดยพอจะแบ่งเป็นประเด็นได้ดังนี้

### รากฐานความคิดและการเปลี่ยนแปลงของวัฒนธรรมทางกฎหมาย (Legal Culture) ที่เป็นฐานรากที่สำคัญของรัฐธรรมนูญ

ตามที่กล่าวไปแล้ว รัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาได้ยกร่างขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันไปจากรัฐธรรมนูญบนฐานคิดเสรีนิยมแบบดั้งเดิมที่มุ่งเน้นการจำกัดอำนาจรัฐจากการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>351</sup> แต่มุ่งเปลี่ยนแปลงความยุติธรรมที่เกิดขึ้นในอดีตจากระบบ Apartheid ซึ่งนอกจากความไม่เท่าเทียมในเชิงสิทธิพลเมืองและการเมือง (ที่ขจัดไปได้ในระดับทางการไม่ยากนักด้วยการบัญญัติหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย) แต่ส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมในเชิงสังคมและเศรษฐกิจอย่างรุนแรงด้วย รัฐธรรมนูญจึงเน้นไปที่การทำให้ความยุติธรรมเชิงเนื้อหาบริบูรณ์ได้อย่างแท้จริง ในมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญ จึงประกอบไปด้วยหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ การไม่เหยียดชาติพันธุ์สีผิว การไม่เหยียดเพศ และตามมาด้วยหลักการแบบเสรีนิยมดั้งเดิม คือ ความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรม และหลักการว่าด้วยการเลือกตั้งที่อยู่มีส่วนร่วมและเสมอภาค เพื่อนำไปสู่การจัดตั้งรัฐบาลที่สอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตย

ความเป็นรัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงไม่สามารถเกิดขึ้นได้เพียงเพราะการบัญญัติกฎหมาย ในบริบทของประเทศแอฟริกาได้ที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทสำคัญในการเป็นผู้ปกป้องรักษาไว้ซึ่งอุดมคติและคุณค่าในรัฐธรรมนูญ ปัจจัยสำคัญอีกประการจึงได้แก่การเปลี่ยนแปลง “วัฒนธรรมทางกฎหมาย (Legal Culture)” ด้วย ตัวอย่างเช่น คาร์ล แคลร์ (Karl Klare) ได้วิเคราะห์การเปลี่ยนแปลงนี้ไว้ โดยเป็นการอ่านรัฐธรรมนูญแอฟริกาได้แบบ “หลังเสรีนิยม (Postliberal Reading)”<sup>352</sup> กล่าวโดยสังเขป แคลร์เห็นว่า การวางบทบาท

<sup>351</sup> Klare, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism,” 152.

<sup>352</sup> แคลร์ยอมรับว่า “รัฐธรรมนูญหลังเสรีนิยม” เป็นคำกล่าวที่ไม่ชัดเจน แต่ก็ไม่มีกรอบคิดใดในทางการเมืองแบบดั้งเดิม แม้แต่ “ประชาธิปไตยแบบสังคมนิยม (Social Democratic)” ที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาได้ที่เน้นคุณค่า

ให้ตุลาการเป็นผู้สร้างสังคมที่มีความเท่าเทียมและความยุติธรรมในเชิงเนื้อหา ย่อมถูกวิพากษ์ว่าเป็นการทำให้อำนาจตุลาการไปอยู่ในพื้นที่การเมือง อย่างไรก็ตาม แคลร์เห็นว่า ที่เป็นเช่นนี้ เนื่องจากกรอบคิดเสรีนิยมแบบดั้งเดิมพยายามขีดเส้นแบ่งระหว่างกฎหมายกับการเมืองออกจากกันอย่างเด็ดขาด ทั้งที่ความจริงแล้วการใช้และการพิจารณาพิพากษาคดีย่อมมีการตีความถ้อยคำทางกฎหมายซึ่งไม่มีความหมายในตัวเองรวมอยู่ด้วย กฎหมายกับการเมืองจึงแบ่งแยกขาดจากกันอย่างเด็ดขาดไม่ได้ และการ (จงใจ) มองไม่เห็นประเด็นทางการเมือง (ในการตีความหรือการใช้ดุลพินิจ) ย่อมหมายถึง “การเลือก” ไม่ใช่ประสบการณ์หรือการตีความชุดใดชุดหนึ่ง<sup>353</sup> แคลร์ยกตัวอย่างในกรณีทั่วไปว่า ความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาส่วนใหญ่ของนักกฎหมายในประเทศแอฟริกาใต้ช่วงก่อนและช่วงต้นๆ ของการมีรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะมีแต่หลักการเชิงกฎหมายและพยายามป้องกันการวินิจฉัยนอกเหนือจากนั้น เมื่อนักกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่มักได้รับอิทธิพลจากกรอบคิดสังคมนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism)<sup>354</sup> ตั้งแต่ในช่วงยุคทศวรรษ ค.ศ. 1930 มาอ่านการวินิจฉัยเหล่านั้น จะรู้สึกแปลกใจกับลักษณะดังกล่าว เนื่องจากคำพิพากษาในสหรัฐอเมริกา มักเต็มไปด้วยรายละเอียดและข้อความคิดอื่นๆ นอกปริมณฑลกฎหมาย เช่น ข้ออภิปรายหรือข้อความทางปรัชญา<sup>355</sup>

จากนั้น แคลร์ได้สำรวจและวิเคราะห์ในเบื้องต้นซึ่งคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ (รวมถึงความเห็นส่วนบุคคลและความเห็นแย้งของตุลาการ) ที่ค่อยๆ เปลี่ยนแปลงจากการจำกัดตนเองอย่างเคร่งครัดในปริมณฑลกฎหมายไปสู่การวินิจฉัยที่นำประเด็นอื่นๆ เข้ามาอภิปราย (แต่ยังคงอยู่ในหลักการจำกัดตนเองของตุลาการตามหลักนิติธรรม) ยิ่งขึ้น เช่น ในคดี *State v Nakwanyane* (1995) ที่ศาลวินิจฉัยว่าการลงโทษประหารชีวิตขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลจำกัดตนเองอย่างเคร่งครัดในประเด็นทางกฎหมายและไม่มีกรอภิปรายเชิงปรัชญาว่าการลงโทษประหารชีวิตขัดหรือแย้งกับสิทธิในชีวิตอย่างไร<sup>356</sup> ส่วนในคดีต่อมา เช่น ในคดี *Ferreira v Levin NO* (1996) ที่เกี่ยวกับสิทธิในการไม่ให้การเป็นพยานต่อตนเอง (Right against Self-incrimination) ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการล้มละลาย ศาลได้เขียนคำพิพากษาที่ลุ่มลึกและมีความเห็นเชิงแนวคิดทฤษฎีมากขึ้น<sup>357</sup>

---

บางประการเป็นพิเศษ เช่น ความเป็นพหุวัฒนธรรม เพศสถานะและเพศวิถี การมีส่วนร่วมในทางการเมืองและความโปร่งใสของรัฐบาล การให้ความสำคัญกับสิ่งแวดล้อม รวมถึงการยึดขยายอุดมคติของประชาธิปไตยไปสู่พื้นที่ส่วนตัว. Ibid., 151.

<sup>353</sup> Ibid., 159-160.

<sup>354</sup> กระแสการศึกษานิติศาสตร์แบบสังคมนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism) เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 มีความเห็นว่า กฎหมายมิใช่สิ่งหยุดนิ่งตายตัว แต่เป็นผลผลิตของอำนาจหลายประการที่มีบทบาทอยู่ในสังคมการเมือง ดังนั้น ลำพังการศึกษาตรรกะ วิธีการคิด และเจตนารมณ์ของกฎหมายจากคำพิพากษาจึงไม่เพียงพอ แต่จำเป็นต้องเข้าใจบทบาทของอำนาจเหล่านั้น รวมถึงบทบาทของผู้พิพากษาในการประกอบสร้างคำพิพากษาและกฎหมายต่างๆ. จรัญโฆษณานนท์, *นิติปรัชญาแนววิพากษ์*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555) 7-8.

<sup>355</sup> Klare, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism,” 168.

<sup>356</sup> Ibid., 175-176.

<sup>357</sup> Ibid.

นอกจากนี้ อุดมคติและรากฐานความคิดในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการสร้างความยุติธรรมเชิงเนื้อหา ยังปรากฏในระดับรัฐธรรมนูญเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลด้วย<sup>358</sup> ในการที่ศาลจะตีความบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ ศาล “ต้องส่งเสริมคุณค่าอันเป็นรากฐานของสังคมที่เปิดกว้างและเป็นประชาธิปไตย บนฐานศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เสรีภาพ และความเสมอภาค”<sup>359</sup> และในกรณีที่ศาลตีความกฎหมายและพัฒนากฎหมายอื่นที่มีไขกฎหมายลายลักษณ์อักษร (ได้แก่ คอมมอนลอว์และกฎหมายประเพณี) ศาลต้อง “ส่งเสริมจิตวิญญาณ ความหมาย และวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ”<sup>360</sup>

### ลักษณะเชิงรัฐธรรมนูญ (Constitutional Aspect) และเชิงการเปลี่ยนแปลง (Transformative Aspect) ของรัฐธรรมนูญ

ตามที่กล่าวไปว่า รัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้มีได้มุ่งสร้างความเท่าเทียมและความยุติธรรมเชิงเนื้อหา โดยไม่เห็นความสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือหลักนิติธรรม โดยพิจารณาได้จากสององค์ประกอบ ดังนี้<sup>361</sup>

ลักษณะเชิงรัฐธรรมนูญ เป็นลักษณะที่สำคัญ เนื่องจากมีการเปลี่ยนแปลงกรอบคิดจากความสูงสุดของรัฐสภาเป็นความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยหลักการสำคัญ ได้แก่

(1) ความเป็นอิสระของรัฐสภาและความสูงสุดเชิงรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ เปลี่ยนจากหลักการยึดถือความสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ที่เป็นมรดกมาจากการปกครองของอังกฤษและส่งผลให้เกิดการบัญญัติกฎหมายที่ไม่ยุติธรรม เนื่องจากไม่มีองค์กรใดมีอำนาจเหนือกว่ารัฐสภาและประกาศความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ มาเป็นระบบที่ยึดความสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยที่รัฐสภาก็ยังอยู่ในสถานะสูงสุดในการตรากฎหมายอยู่ อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาอาจถูกประกาศว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญได้

(2) หลักการทางประชาธิปไตย ได้แก่ หลักนิติธรรม ความเป็นประชาธิปไตยและความรับผิดชอบของรัฐบาล หลักการแบ่งแยกอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ

ลักษณะเชิงการเปลี่ยนแปลง อันเป็นลักษณะเฉพาะของรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ ได้แก่

(1) การมีคณะกรรมการว่าด้วยความจริงและการปรองดอง (The Truth and Reconciliation Commission: TRC) โดยเป็นคณะกรรมการที่นำไปสู่การลดความขัดแย้งและสร้างความปรองดองจากเหตุการณ์ก่อนการเจรจายุติลงปี ค.ศ. 1994 (พ.ศ. 2537) ด้วยกลไกการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ (Restorative Justice)

<sup>358</sup> Eric C. Christiansen, “Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative Uses of Constitutional Court Authority to Advance Substantive Justice,” *The Journal of Gender, Race & Justice*, no. 13: 591.

<sup>359</sup> Section 39 (1) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

<sup>360</sup> Section 39 (2) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

<sup>361</sup> สรุปตามแนวทางของ Mashele Rapatsa, “Transformative Constitutionalism in South Africa: 20 Years of Democracy,” *Mediterranean Journal of Social Sciences* 5, no. 27 (December 2014): 890-894.

(2) บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมิได้เป็นเพียงผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่เป็นผู้พิทักษ์การเปลี่ยนแปลงจากอดีตที่ไม่ยุติธรรมไปสู่อนาคตที่ก้าวหน้า หน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญนี้รวมไปถึงหน้าที่พิทักษ์บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิในรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญถูกวางบาทเชิงรุกในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งรวมถึงการสร้างวัฒนธรรมเชิงสิทธิมนุษยชน (Culture of Human Rights) ในสังคมด้วย (อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ก็มีข้ออภิปรายในเชิงความอิสระอยู่อย่างน้อยสองประเด็น คือ การบริหารสำนักงานศาลที่อยู่ภายใต้ฝ่ายบริหารและการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นอำนาจของประธานาธิบดี)<sup>362</sup>

(3) การมีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ (Bill of Rights) การเปลี่ยนผ่านไปสู่ประชาธิปไตยภายใต้ความเป็นพหุชาติพันธุ์ รวมถึงการรับรองสิทธิมนุษยชนในตราสารระหว่างประเทศ ทำให้มีความจำเป็นที่ต้องมีบทที่ 2 ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ส่วนสำคัญที่จะสร้างความยุติธรรมเชิงเนื้อหาและสวัสดิการสังคม คือ การรับรองสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจไว้อย่างชัดเจน โดยมีบทบัญญัติที่สำคัญ เช่น มาตรา 26 สิทธิในการมีที่อยู่อาศัย (Housing) มาตรา 27 สิทธิในการบริการสุขภาพ อาหาร น้ำ และการประกันสังคม (Health care, Food, Water and Social Security) มาตรา 28 (1) (c) สิทธิของเด็กในการบริการสุขภาพ อาหาร น้ำ และการบริการทางสังคม (Health Care, Food, Water and Social Service) มาตรา 29 สิทธิในการศึกษา (Education) มาตรา 35 (2) (e) สิทธิของผู้ต้องขังที่จะได้อยู่ในสภาพการคุมขัง (Detention Condition) ที่เหมาะสม ซึ่งรวมถึงการมีที่อยู่อาศัยอันเหมาะสม อาหาร วัสดุสำหรับอ่าน และการรักษาโรค (Adequate Accommodation, Nutrition, Reading Material and Medical Treatment)

(4) การมีสถาบันที่ได้รับการรับรองไว้ในบทที่ 9 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่องค์กรอิสระต่างๆ ได้แก่ ผู้ตรวจการสาธารณะ (The Public Protector)<sup>363</sup> คณะกรรมการว่าด้วยสิทธิแห่งแอฟริกาใต้ (The South African Human Rights Commission) คณะกรรมการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของชุมชนในด้านวัฒนธรรม ศาสนา และภาษา (The Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities) คณะกรรมการว่าด้วยความเสมอภาคระหว่างเพศ (The Commission for Gender Equality) ผู้ตรวจเงิน (The Auditor-General) และคณะกรรมการการเลือกตั้ง (The Electoral Commission)

#### สถาบันและกลไกตามรัฐธรรมนูญที่สนับสนุนอุดมคติและการนำไปสู่การบรรลุเป้าหมาย

ในที่นี่มุ่งสนใจเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นองค์กรหลักในการดำเนินการที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงและสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริง ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ องค์ประกอบ และการได้มาซึ่งตุลาการ ดังนี้

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลสูงสุดของสาธารณรัฐ โดยมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องใดๆ ทางรัฐธรรมนูญ เรื่องอื่นใดที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญสาธารณะที่ศาลควรพิจารณาโดยมีดุลพินิจพิจารณาอนุญาตอุทธรณ์เหล่านั้น และการพิจารณาอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเอง นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยัง

<sup>362</sup> Section 174 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996; Ibid., 893.

<sup>363</sup> องค์กรในทำนองเดียวกับผู้ตรวจการแผ่นดิน มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหาร. ดู มนต์รี รูปสุวรรณ และคณะ, *เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ: รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*, 310.

กำหนดให้กฎหมายของรัฐหรือกฎของศาลรัฐธรรมนูญต้องเปิดช่องให้บุคคลยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขออนุญาตนำเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาโดยตรงหรืออุทธรณ์ต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงได้ด้วย<sup>364</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญประกอบไปด้วยตุลาการ จำนวน 11 คน โดยมีตุลาการโดยตำแหน่ง จำนวน 2 คน คือ ประธานผู้พิพากษาแห่งแอฟริกาใต้และรองประธานผู้พิพากษาแห่งแอฟริกาใต้ (The Chief Justice and the Deputy Chief Justice of South Africa)<sup>365</sup> ทั้งนี้ ในองค์คณะ ต้องมีผู้ที่เคยเป็นผู้พิพากษาอาชีพขณะที่แต่งตั้งเป็นตุลาการ จำนวน 4 คน อยู่ตลอดเวลา<sup>366</sup> นอกจากนี้ ในการพิจารณาคดี จะต้องมียุติบัตรอย่างน้อย 8 คน ทุกครั้ง<sup>367</sup>

ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคือประธานาธิบดีแห่งแอฟริกาใต้ โดยต้องแต่งตั้งตามรายละเอียดที่กำหนดไว้ โดยพอสรุปได้ดังนี้<sup>368</sup>

1. องค์ประกอบด้านชาติพันธุ์และเพศสถานะต้องเป็นข้อพิจารณาเมื่อจะแต่งตั้งตุลาการเสมอ
2. สำหรับตำแหน่งประธานและรองประธานผู้พิพากษาแห่งแอฟริกาใต้ ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง โดยต้องปรึกษากับคณะกรรมการการตุลาการ (Judicial Service Commission) และหัวหน้าพรรคในสมัชชาแห่งชาติ (National Assembly)<sup>369</sup>

3. สำหรับตุลาการตำแหน่งอื่นๆ ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง โดยต้องปรึกษากับคณะกรรมการการตุลาการและหัวหน้าพรรคในสมัชชาแห่งชาติเช่นกัน โดยอยู่ภายใต้วิธีการคือ (1) คณะกรรมการการตุลาการต้องเตรียมบัญชีรายชื่อผู้อาจได้รับเลือกจำนวนเกินกว่าที่จะแต่งตั้ง 3 คน และส่งไปยังประธานาธิบดี (2) ประธานาธิบดีอาจแต่งตั้งตุลาการจากบัญชีดังกล่าว และประธานาธิบดีจะต้องให้คำแนะนำแก่คณะกรรมการการตุลาการ พร้อมระบุเหตุผล หากบุคคลในบัญชีไม่สามารถยอมรับได้ รวมถึงระบุจำนวนการแต่งตั้งที่ยังต้องทำต่อไป และ (3) คณะกรรมการการตุลาการต้องเพิ่มเติมบัญชีที่มีรายชื่อผู้อาจได้รับเลือก และประธานาธิบดีจะต้องแต่งตั้งตุลาการที่เหลือตามบัญชีเพิ่มเติมนี้

## 5.5 แนวทางการทำให้สิทธิเชิงสังคมเศรษฐกิจได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริงโดยบริบูรณ์ผ่านกลไกทางตุลาการในประเทศแอฟริกาใต้

การคุ้มครองสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ รวมถึงความเสมอภาคอันเป็นคุณค่ารากฐานของรัฐธรรมนูญและเกี่ยวข้องอย่างสำคัญกับสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ ผ่านกลไกทางตุลาการ โดยศาลยังคงรักษา

<sup>364</sup> Section 167 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

<sup>365</sup> Section 167 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

<sup>366</sup> Section 174 (5) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

<sup>367</sup> Section 167 (2) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

<sup>368</sup> Section 174 of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

<sup>369</sup> รัฐสภา (Parliament) ของประเทศแอฟริกาใต้ ประกอบด้วยสมัชชาแห่งชาติ (National Assembly) ซึ่งมาจากการเลือกตั้งทั่วไปของประชาชน และสภาจังหวัดแห่งชาติ (National Council of Provinces).

สมดุลภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติธรรม ในประเทศแอฟริกาใต้<sup>370</sup> พอจะเห็นได้จากคำพิพากษาดังต่อไปนี้

ใน ค.ศ. 1994 (พ.ศ. 2537) ประเทศแอฟริกาใต้เป็นประเทศแรกที่ยอมรับหลักการความเสมอภาคและการได้รับประโยชน์ทางกฎหมายสำหรับทุกคนอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายถึงการรับรองความเสมอภาคของผู้มีความหลากหลายทางเพศด้วย อีกทั้ง ศาลได้ตัดสินว่าการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกันตามกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญใน พ.ศ. 2541 (ค.ศ. 1998) และตัดสินไปในทางรับรองสิทธิเสรีภาพว่าด้วยเพศต่อมาในคดีอื่น ๆ<sup>371</sup> ลักษณะเช่นนี้กรุยทางไปสู่การรับรองความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลทุกเพศในคดี *Fourie*<sup>372</sup> เมื่อ พ.ศ. 2548 (ค.ศ. 2005) แม้ผลการวินิจฉัยเชิงเนื้อหา (ว่าการปฏิเสธการสมรสแบบคู่เพศเดียวกันเป็นการเลือกปฏิบัติ) มิได้เกินความคาดหมาย อย่างไรก็ตาม ศาลตัดสินใจชะลอการมีผลใช้บังคับของคำสั่งว่ากฎหมายว่าด้วยการสมรสไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นเวลา 12 เดือนและส่งประเด็นกลับไปให้รัฐสภาดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย โดยเตือนรัฐสภาว่าการปกป้องคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นหน้าที่ของรัฐสภาและเป็นการไม่เหมาะสมที่จะยึดหลัก “แบ่งแยกแต่เท่าเทียม” ซึ่งเป็นผลพวงจากยุคแบ่งแยกชาติพันธุ์สีผิว อีกทั้ง การคุ้มครองความเสมอภาคและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต้องทำทั้งในเชิงจับต้องได้ (Tangible) และจับต้องไม่ได้ (Intangible) จึงเป็นการที่ศาลเน้นย้ำว่าการสร้างความเท่าเทียมหมายถึงรวมถึงความเท่าเทียมเชิงเนื้อหา (Substantive Equality) ด้วยมิใช่ความเท่าเทียมเชิงทางการ (Formal Equality) หรือทางกฎหมาย (Legal Equality) เท่านั้น<sup>373</sup>

ในปริบทของสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ ศาลได้พัฒนาหลักการวินิจฉัยคดีที่เรียกว่า “การตรวจสอบความมีเหตุผล (The Reasonableness Review)” ของการกระทำของรัฐ โดยวางอยู่บนฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์<sup>374</sup> ทั้งนี้ สารสำคัญของหลักการตรวจสอบความมีเหตุผล คือ การกระทำของรัฐที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจจะต้องผ่านเกณฑ์ความมีเหตุผลที่พัฒนาขึ้นโดยศาล กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลจะไม่ก้าวล่วงไปตัดสินให้ผู้ร้องได้รับประโยชน์เชิงสังคมเศรษฐกิจจากรัฐโดยตรง แต่จะพิจารณาว่าการกระทำนั้นๆ ของรัฐผ่านเกณฑ์ความมีเหตุผลที่กำหนดไว้หรือไม่ ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้จะให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค และสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นคุณค่าอันเป็นรากฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ แต่ศาลก็ยังสงวนท่าทีไม่ก้าวล่วงไปในพรมแดนการเมืองมากเกินไป และมีได้วางบทบาทให้ตนเองเป็นผู้พิทักษ์ “พันธกรณีขั้นต่ำที่สำคัญ” ตามความเห็นของ CESCR เนื่องจากศาลเห็นว่าความจำเป็นของบุคคลแต่ละคนที่มีภูมิหลังที่แตกต่างหลากหลายต่างกันและเป็นการขัดต่ออำนาจหน้าที่ของศาล<sup>375</sup>

<sup>370</sup> Christiansen, “Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative Uses of Constitutional Court Authority to Advance Substantive Justice,” 589-590.

<sup>371</sup> Ibid., 595-5976.

<sup>372</sup> *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04)* [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005).

<sup>373</sup> Christiansen, “Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative Uses of Constitutional Court Authority to Advance Substantive Justice,” 598-600.

<sup>374</sup> Liebenberg, “Beyond Civil and Political Rights,” 11.

<sup>375</sup> Ibid., 8.

ข้อสังเกตเบื้องต้นก่อนไปพิจารณาตัวอย่างคดี คือ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ในทำนองเดียวกับความเห็นของ CESCR เช่น

มาตรา 26 ที่อยู่อาศัย

(2) รัฐต้องใช้วิธีการทางกฎหมายและวิธีการอื่นที่มีเหตุผล ภายใต้ทรัพยากรที่มี เพื่อให้สัมฤทธิ์ผลในการทำให้สิทธิตามมาตรานี้เป็นความจริงโดยลำดับ<sup>376</sup>

คดีสำคัญคดีแรก คือ คดี *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal (1997)*<sup>377</sup> (“*Soobramoney*”) ในคดีนี้ ผู้ร้องที่เป็นคนว่างงานและอยู่ในภาวะไตวายเรื้อรัง (Chronic Renal Failure) ได้มีคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ตนได้รับการบริการทางการแพทย์ในโรงพยาบาลจังหวัด อย่างไรก็ตาม ศาลยกคำร้องโดยให้เหตุผลว่าแนวทางการบริการเกี่ยวกับการฟอกไตของโรงพยาบาลมีความยุติธรรมและมีเหตุมีผล (Fair and Reasonable) อยู่แล้ว โดยข้อจำกัดของการไม่สามารถให้บริการแก่ผู้ร้องได้ต้องพิจารณาในบริบทของการให้บริการทางการแพทย์ในภาพกว้าง หากศาลมีคำสั่งตามคำร้อง งบประมาณเกี่ยวกับสุขภาพก็จะต้องเพิ่มขึ้นอย่างสูงในเวลาอันจำกัดเนื่องจากรัฐต้องให้บริการแบบเดียวกันกับผู้ป่วยคนอื่นด้วย ทั้งนี้ ในกรณีที่อาจส่งผลกระทบต่อศาลจะพิจารณาอย่างถี่ถ้วนและไม่เข้าไปแทรกแซงรัฐหากรัฐได้แสดงให้เห็นว่าได้ดำเนินการโดยสุจริตอยู่แล้วในบริบทนั้นๆ<sup>378</sup>

อย่างไรก็ตาม ในคดีหลังจาก *Soobramoney* ศาลได้สร้างการตรวจสอบความมีเหตุผลในเชิงเนื้อหาขึ้นมา โดยมีคดีสำคัญ คือ *Government of the RSA and Others v Grootboom and Others (2002)*<sup>379</sup> (“*Grootboom*”) *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (2002)*<sup>380</sup> (*Treatment Action Campaign: “TAC”*) และ *Olivia Road v City of Johannesburg (2008)*<sup>381</sup> (“*Olivia Road*”) ในสามคดีนี้ ศาลได้พิจารณาในเชิงเนื้อหามากขึ้นทั้งบริบททางสังคม เศรษฐกิจ และประวัติศาสตร์

<sup>376</sup> Section 26 Housing

(2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.

<sup>377</sup> *Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal) (CCT32/97) [1997] ZACC 17; 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (27 November 1997).*

<sup>378</sup> Liebenberg, “Beyond Civil and Political Rights,” 9.

<sup>379</sup> *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000).*

<sup>380</sup> *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033 (5 July 2002).*

<sup>381</sup> *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others (24/07) [2008] ZACC 1; 2008 (3) SA 208 (CC) ; 2008 (5) BCLR 475 (CC) (19 February 2008).*

ประกอบกับศักยภาพของสถาบันนั้นๆ มิใช่เพียง “การดำเนินการโดยสุจริต” ประการเดียว และศาลได้วางหลักเกณฑ์ของความมีเหตุผลที่สถาบันต่างๆ จะถูกตรวจสอบ คือ<sup>382</sup>

1. โครงการจะต้องมีความเข้าใจง่าย สอดคล้อง และสอดคล้องประสานกัน  
(The programme must be comprehensive, coherent, coordinated.)
2. ปริมาณงบประมาณและทรัพยากรบุคคลสำหรับโครงการนั้นๆ ต้องมีความเหมาะสม  
(Appropriate financial and human resources must be made available.)
3. โครงการต้องมีความสมดุล ยืดหยุ่น และมีบทบัญญัติที่เหมาะสมสำหรับความต้องการระยะสั้น

กลาง และยาว

(It must be balanced and flexible and make appropriate provision for short, medium and long-term needs.)

4. วัตถุประสงค์ต้องมีเหตุผลและมีการใช้อย่างมีเหตุผล  
(It must be reasonably conceived and implemented.)
5. โครงการต้องมีความโปร่งใสและประชาชนต้องรับรู้ได้เป็นการทั่วไป  
(It must be transparent, and its contents must be made know effectively to the public.)

อีกทั้ง ศาลยังวางหลักว่า ขั้นตอนของการดำเนินการที่มีเหตุผล (ที่จะทำให้การกระทำของรัฐไม่หลุดพ้นไปจากเกณฑ์) คือ การที่โครงการต้องตอบสนองผู้มีความจำเป็นเร่งด่วนให้ได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง โครงการที่ตอบสนองบุคคลกลุ่มดังกล่าวไม่ได้มีแนวโน้มที่จะเป็นโครงการที่ไม่ผ่านเกณฑ์ความมีเหตุผล

ใน *Grootboom* ศาลรับรองความเห็นของ CESCR ในส่วนที่ว่า การดำเนินการในทางตรงกันข้าม (กับการทำให้เป็นความจริงโดยลำดับ) จะต้องได้รับการพิจารณาโดยรัฐภาคีอย่างระมัดระวังและต้องมีเหตุผลสนับสนุนอย่างเพียงพอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อรัฐมีทรัพยากรที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ<sup>383</sup> เมื่อพิจารณาประกอบมาตรา 26 (2) ที่ยกตัวอย่างมาก่อนหน้านี้ ศาลจึงวินิจฉัยว่า การกระทำของรัฐที่สอดคล้องกับกฎหมายนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐล้มเหลวที่จะ “บรรเทาทุกข์แก่ประชาชนที่ไม่สามารถเข้าถึงที่ดินได้ ไม่มีหลังคาคลุมเหนือศีรษะ และที่มีชีวิตอยู่ในสภาพที่ลำบากเหลือทนหรือในภาวะวิกฤติ”<sup>384</sup>

TAC เป็นคดีที่ผู้ร้อง (องค์กร TAC ซึ่งเป็นองค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชนที่รณรงค์เกี่ยวกับประเด็นของคดีนี้) มีคำร้องต่อศาลให้สั่งให้โรงพยาบาลรัฐดำเนินโครงการป้องกันการถ่ายทอดเชื้อเอชไอวีจากแม่สู่ทารกมาใช้เป็นการทั่วไป เนื่องจากโรงพยาบาลได้มีโครงการนำร่องทดลองดำเนินการในโรงพยาบาลสองแห่งในแต่ละจังหวัดมาระยะหนึ่งแล้ว แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขไม่สามารถกำหนดเวลาที่แน่นอนในการนำมาใช้เป็นการทั่วไปได้ ภายใต้เหตุผลหลายประการ รวมถึงในแง่ประสิทธิภาพ ความปลอดภัย และข้อจำกัดของทรัพยากรและศักยภาพในการดำเนินโครงการดังกล่าวเป็นการทั่วไป ศาลพิจารณาอย่างละเอียดและวินิจฉัยว่า

<sup>382</sup> สรุปรโดย Liebenberg, “Beyond Civil and Political Rights,” 10. ทั้งนี้ ส่วนใหญ่เป็นหลักการที่ศาลวางไว้ใน *Grootboom* แต่ก็มีหลักการใน TAC รวมอยู่ด้วย.

<sup>383</sup> Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 3 (E/1991/23), clause 9.

<sup>384</sup> *Grootboom* [2000] para 99; Liebenberg, “Beyond Civil and Political Rights,” 11.

ข้ออ้างทั้งหมดของรัฐมนตรีฟังไม่ขึ้น เนื่องจากการที่รัฐได้ดำเนินการโครงการนำร่องมาระยะหนึ่งประกอบกับลักษณะของการจัดสรรยาที่ไม่จำเป็นต้องใช้ในปริมาณมาก มีราคาถูก และมีแนวโน้มที่จะมีประสิทธิภาพในการบรรลุผลของการต่อต้านการถ่ายทอดเชื้อจากแม่สู่ลูกได้ ศาลจึงมีคำสั่งให้ดำเนินการโครงการนี้เป็นการทั่วไปในโรงพยาบาลของรัฐ แต่ก็เน้นย้ำว่ารัฐบาลสามารถประยุกต์ลักษณะของโครงการให้สอดคล้องกับการดำเนินงานของรัฐและกับคุณค่าที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญได้<sup>385</sup>

*Olivia Road* เกี่ยวข้องกับคดีการขับไล่ที่อยู่อาศัยโดยรัฐ มาตรา 26 (3) ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้การขับไล่ผู้อยู่อาศัยแม้จะไม่ใช่การครอบครองที่อยู่อาศัยโดยชอบด้วยกฎหมายต้องมีคำสั่งศาลภายหลังจากที่ได้พิจารณาทุกประเด็นที่เกี่ยวข้องแล้ว<sup>386</sup> อันเป็นลักษณะของการบัญญัติที่ผลมาจากประวัติศาสตร์ยุค Apartheid ในคดีนี้ ประชาชนประมาณ 400 คน ที่อาศัยอยู่ในอาคารของรัฐถูกขับไล่เนื่องมาจากภาวะไม่ปลอดภัยและไม่สะอาดของพื้นที่ โดยรัฐได้กระทำตามขั้นตอนที่ถูกต้องตามกฎหมายในเชิงทางการทุกประการแล้วรวมถึงการได้รับคำสั่งจากศาลด้วย อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคดีนี้และมีคำวินิจฉัยว่าการดำเนินการของรัฐยังขาดกระบวนการ “ในเชิงเนื้อหา” กล่าวคือ การจัดการรับฟังความคิดเห็นและเจรจาระหว่างรัฐกับประชาชนที่เกี่ยวข้องยังไม่เป็นไปอย่างมีความหมาย (Meaningful Engagement) ซึ่งหมายถึงการพูดคุยโดยทั้งสองฝั่งและประกอบไปด้วยประเด็นสำคัญต่างๆ อาทิ ผลกระทบของการกระทำของรัฐและกำหนดเวลาที่รัฐจะกระทำตามพันธกรณีตามสิทธิในที่อยู่อาศัยของประชาชนที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยศาลมีคำสั่งให้รัฐต้องไปดำเนินการจัดการกระบวนการดังกล่าวอีกครั้งโดยผู้ที่ได้รับผลกระทบต้องมีส่วนร่วมในการตัดสินใจอย่างแท้จริง *Olivia Road* จึงเป็นการขยายความของศาลในประเด็นสิทธิในที่อยู่อาศัยจากการสร้างหลักการตรวจสอบอย่างมีเหตุมีผลใน *Grootboom* ว่า “ความมีเหตุมีผล” (ตามมาตรา 26 (2)) ของการกระทำของรัฐรวมถึงการจัดการกระบวนการมีส่วนร่วมอย่างมีความหมายระหว่างทุกส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย<sup>387</sup>

จากกรณีตัวอย่างเหล่านี้ เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาได้รับรองสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจไว้ในลักษณะที่จะทำให้สามารถบรรลุผลได้ เมื่อประกอบกับวัฒนธรรมทางกฎหมายในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญอันเป็นผลมาจากการกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นรัฐธรรมนูญที่นำไปสู่ความเปลี่ยนแปลง ศาลจึงมีแนวทางการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจไปในทางที่จะทำให้บรรลุผลที่แท้จริงได้ อย่างไรก็ตาม ศาลก็จำเป็นต้องยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติธรรมด้วย ศาลจึงระมัดระวังตัวเองไม่ก้าวล่วงไปในพื้นที่ที่สมควรเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารมากจนเกินไป ทั้งนี้ แม้ศาลจะถูกวิพากษ์ในกรณีสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจอยู่บ้างว่ามีได้รับหลัก “พันธกรณีขั้นต่ำสุด” ของ CESCR ซึ่งมีแนวโน้มจะทำให้การทำให้บรรลุผลอย่างแท้จริงซึ่งสิทธิกลุ่มนี้ล้มเหลว แต่ศาลก็ได้พัฒนาหลักบางประการ (หลักตรวจสอบความมีเหตุมีผล) ขึ้นมา ประกอบกับการใช้ดุลพินิจอย่างเข้มงวดในการพิจารณาข้ออ้างของรัฐบาลในการตรวจสอบความมีเหตุผลของการกระทำและโครงการของรัฐ เพื่อดำเนินการคุ้มครองสิทธิกลุ่มนี้พร้อมทั้งพิทักษ์หลักการอื่นๆ ให้ไปด้วยกันได้<sup>388</sup>

<sup>385</sup> Liebenberg, *Ibid.*, 12-13.

<sup>386</sup> Section 26 (3) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

<sup>387</sup> Christiansen, “Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative Uses of Constitutional Court Authority to Advance Substantive Justice,” 601-602.

<sup>388</sup> Liebenberg, “Beyond Civil and Political Rights,” 17-18.

## 5.6 แนวทางการทำให้สิทธิเชิงสังคมเศรษฐกิจได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริงโดยบริบูรณ์ผ่านกลไกทางตุลาการในประเทศไทย

จากกรอบคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ บทบาทของศาลในการพิจารณาวินิจฉัยประเด็นทางการเมือง มโนทัศน์ว่าด้วยรัฐธรรมนูญที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง และแนวทางคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งแอฟริกาใต้ข้างต้น งานวิจัยเห็นว่า แม้ประเทศไทยจะมีได้มีประวัติศาสตร์เหมือนกับประเทศแอฟริกาใต้และความยุติธรรมบางประการก็ได้อยู่ในลักษณะเดียวกัน (เช่น ความขัดแย้งทางชาติพันธุ์สีผิวและการแบ่งชนชั้นอย่างเป็นระบบยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2) แต่ประเทศไทยสมควรที่จะนำแนวทางนี้มาประยุกต์ใช้ เพื่อสร้างความเท่าเทียมเชิงสังคมและเศรษฐกิจที่แท้จริง ซึ่งยังคงเป็นข้อท้าทายของประเทศไทยมาอย่างยาวนานและจะทำให้บรรลุเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ด้วย ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญและวัฒนธรรมทางการเมืองและกฎหมาย และหลักการเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ สมควรมีแนวทางการปรับปรุงและจะทำให้สอดคล้องกับเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ดังนี้

### 1. กรอบคิดในรัฐธรรมนูญและวัฒนธรรมทางการเมืองและกฎหมาย

หากประเทศไทยจะปรับปรุงกลไกศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน ซึ่งรวมถึงสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ ประเทศไทยสมควรปรับเปลี่ยนกรอบคิดในรัฐธรรมนูญและวัฒนธรรมทางการเมืองและกฎหมายในภาพกว้าง เพื่อที่จะประกันว่าศาลจะมีคำวินิจฉัยไปในทางที่สนับสนุนสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญและที่รัฐมีพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะเดียวกัน ศาลที่เป็นองค์กรที่ยึดโยงกับประชาชนอย่างเบาบางก็ยังคงจำกัดตนเองภายใต้หลักการที่เป็นแก่นของหลักนิติธรรม

**ในกรณีกรอบคิดในรัฐธรรมนูญ** อาจมีการพิจารณาปรับปรุงเนื้อหาในสองส่วนใหญ่ๆ ดังนี้

ประการแรก วัตถุประสงค์และคุณค่าอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณากรณีของประเทศแอฟริกาใต้ รัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้กำหนดวัตถุประสงค์ของการมีรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน ได้แก่ การทำให้ประเทศที่สภาพสังคมและการเมืองล้มเหลวจากการเลือกปฏิบัติ และการเหยียดชาติพันธุ์สีผิวและเพศในอดีต กลายเป็นประเทศที่มีความเท่าเทียมเชิงพลังอำนาจทางการเมือง ดำเนินตามหลักประชาธิปไตย มีความยุติธรรมเชิงเนื้อหา และส่งเสริมการมีส่วนร่วม<sup>389</sup> ในขณะที่ประเทศไทยนั้น โดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญสองฉบับหลัง (ฉบับ พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2560) รัฐธรรมนูญเน้นย้ำหลักการประชาธิปไตยซึ่งยึดหลักนิติธรรมแบบเสรีนิยมดั้งเดิม และเน้น “ความโปร่งใส” ของการบริหารจัดการภาครัฐ จริยอยู่ที่ความโปร่งใสในการดำเนินการของภาครัฐมีความสำคัญในระดับสูง แต่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็มีความสำคัญในระดับเดียวกัน หรืออาจจะสูงกว่า ดังนั้น เพื่อที่จะขจัดความเหลื่อมล้ำและสร้างความเท่าเทียมทางสังคมที่แท้จริง จึงควรปรับปรุงรัฐธรรมนูญให้เน้นหนักไปในทางการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ซึ่งรวมทั้งสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจด้วย

ประการที่สอง การปรับปรุงหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ในขั้นแรก รัฐธรรมนูญอาจรับรองสิทธิและเสรีภาพในลักษณะของ “สิทธิมนุษยชน” ซึ่งอิงกับกฎหมาย หลักการ มาตรฐานทางสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรองรับในทางระหว่างประเทศ แทนที่จะเป็น “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” ซึ่งทำให้กลายเป็น

<sup>389</sup> Klare, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism,” 150.

ว่าเฉพาะผู้มีสัญชาติไทยเท่านั้นที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ทั้งที่ความจริงแล้ว ในกรณีของสิทธิเสรีภาพจำนวนมาก รัฐสามารถดำเนินการรับรองและคุ้มครองได้และมีพันธกรณีในการดำเนินการดังกล่าว อาทิ สิทธิที่จะไม่ถูกรังแก หรือปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า สิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในความคิด เป็นต้น หากพิจารณาแนวทางของประเทศแอฟริกาใต้ เห็นว่ามีการรับรองสิทธิไปในทำนอง “สิทธิมนุษยชน” ที่เป็นสากลเช่นกัน

ในขั้นที่สอง ในกรณีของสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ รัฐต้องพิจารณาปรับปรุงเนื้อหาของสิทธิในกลุ่มนี้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น เช่น ในกรณีของสิทธิในการศึกษา และสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน ซึ่งในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 รัฐได้นำเนื้อหาเหล่านี้ออกไปจากการเป็นสิทธิ และนำไปไว้ในหมวดที่ 5 หน้าที่ของรัฐ

**ในกรณีวัฒนธรรมทางการเมืองและกฎหมาย** เมื่อพิจารณากรณีตัวอย่างของประเทศแอฟริกาใต้ ที่กล่าวไป กล่าวได้ว่า ในเชิงหลักการ หากมองในมุมมองแบบเสรีนิยมดั้งเดิม ศาลรัฐธรรมนูญของแอฟริกาใต้ ได้ก้าวไปสู่ปริณทลทางการเมืองซึ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาการวิเคราะห์ของ แคลร์ ความไม่เหมาะสมของการล่วงไปในพรมแดนการเมืองของศาลเป็นผลมาจากการทำความเข้าใจการแบ่งแยกระหว่าง กฎหมาย-การเมืองตามหลักนิติธรรมแบบเสรีนิยมดั้งเดิม ทั้งที่ความจริงแล้ว การปฏิเสธการจ้องใจละเอียดประณีตทางการเมืองที่อยู่ในการพิจารณาพิพากษาคดีก็เป็นการเมืองเช่นกัน การที่ศาลเข้าไปอยู่ในพรมแดนการเมืองจึงเป็นความจริง ยิ่งกว่าการที่ศาลไม่อยู่ในพรมแดนการเมือง อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยประเด็นทางรัฐธรรมนูญที่อยู่ในพรมแดนการเมือง ศาลก็ต้องอยู่ภายใต้หลักการอันเป็นหัวใจสำคัญของหลักนิติธรรมด้วย คือ การที่ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ยึดโยงกับประชาชนอย่างเบาบางต้องจำกัดตนเองให้มากที่สุด ดังนั้น เมื่อการดำรงอยู่ของศาลคือการดำรงอยู่ในพื้นที่การเมืองและศาลต้องจำกัดตนเองภายใต้หลักนิติธรรม การเข้าไปสู่พื้นที่การเมืองของศาล จึงต้องเป็นการดำเนินการภายใต้รัฐธรรมนูญ ได้แก่ การวินิจฉัยประเด็นทางการเมืองให้สอดคล้องกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน (หรือ “สิทธิมนุษยชน” หากมีการปรับปรุงกรอบคิดของรัฐธรรมนูญตามข้อเสนอด้านบน) ให้มากที่สุด และต้องหลีกเลี่ยงไม่วินิจฉัยไปในทางตรงข้ามคือการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ยิ่งกว่านั้น หากวัตถุประสงค์และคุณค่าต่างๆ ของรัฐธรรมนูญได้ถูกปรับปรุงให้อยู่ในแนวทางของการสร้างความเท่าเทียมเชิงเนื้อหาที่แท้จริงแล้ว ศาลก็ต้องใช้ดุลพินิจไปในทางนั้น

เมื่อพิจารณาตัวอย่างของประเทศแอฟริกาใต้อย่างละเอียด พบว่า หากมีการปรับปรุงวัฒนธรรมทางการเมืองและกฎหมายไปในแนวทางของการสร้างความเท่าเทียมเชิงเนื้อหาที่แท้จริง ศาลจะจำกัดตนเองในระดับหนึ่งและพัฒนารูปแบบของการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเหมาะสม<sup>390</sup> เช่น ศาลจะไม่ก้าวล่วงไปพิจารณาในเชิงเนื้อหา (โดยเฉพาะในประเด็นที่ตนไม่มีความสามารถในการตัดสินใจ) แต่จะโยนประเด็นกลับไปยังฝ่ายนิติบัญญัติ และ “เตือน” ให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินกิจการต่างๆ ตามวัตถุประสงค์และคุณค่าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (ความจริงแล้ว การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยว่าความผิดอาญาเกี่ยวกับการทำแท้งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่ ยกตัวอย่างไปในบทที่ 3 ก็อยู่ในลักษณะนี้)<sup>391</sup> อีกทั้ง ยังเป็นการสนับสนุนหลักนิติธรรมยิ่งขึ้นอีกด้วย เช่น ในคดี

<sup>390</sup> Liebenberg, “Beyond Civil and Political Rights,” 20.

<sup>391</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563.

*Olivia Road* แม้ศาลจะมีความเห็นว่าการขับไล่ของรัฐบาล (ที่ทำถูกกฎหมายในเชิงทางการทุกประการ) จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ศาลก็ส่งประเด็นกลับไปฝ่ายบริหารว่าต้องมีการจัดการเจรจาที่มีการมีส่วนร่วมอย่างมีความหมายของผู้ได้รับผลกระทบทุกคนอย่างแท้จริง อันเป็นการสนับสนุนหลักนิติธรรมโดยเฉพาะในส่วนของหลักการมีส่วนร่วมและการมีรัฐบาลที่โปร่งใส

ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการปรับหลักการพื้นฐาน คุณค่า และวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญที่จะเน้นไปที่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริงแล้ว รัฐสมควรพิจารณาปรับปรุง วัฒนธรรมทางกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวทางดังกล่าว เช่น ในแง่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจะต้องวางศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวางตนเองให้เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นประเด็นทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าและงบประมาณเพียงพื้นที่เดียวที่ศาลสามารถก้าวเข้าไปได้ และการก้าวเข้าไปนี้ ศาลก็ต้องจำกัดตนเองตามหลักนิติธรรมและวินัยคดีตามอำนาจและขอบเนื้อหาตามรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด และในแง่วัฒนธรรมทางกฎหมายทั่วไป การศึกษาวิชานิติศาสตร์สมควรมีการปรับปรุงให้เชื่อมโยงกับสาขาวิชาอื่นมากขึ้น เพื่อที่ทัศนคติที่ว่าความยุติธรรมตามที่กฎหมายกำหนด (โดยการจำกัดตามถ้อยคำทางกฎหมายอย่างเคร่งครัด) เพียงพอแล้ว และความยุติธรรมเชิงเนื้อหาเป็นเรื่องนอกพื้นที่ของกฎหมาย จะถูกขจัดไป

## 2. หลักการเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ งานวิจัยไม่มีข้อเสนอให้ปรับปรุง เนื่องจากอำนาจหน้าที่ในเชิงการในรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการเกี่ยวกับองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม แนวทางการพิจารณาวินิจฉัยและการใช้ดุลพินิจสมควรที่จะเป็นไปในทางสนับสนุนสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นตามที่กล่าวไปด้านบน ทั้งนี้ โดยอยู่ภายใต้อำนาจที่กำหนดตามรัฐธรรมนูญและหลักนิติธรรมด้วย

ในการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ งานวิจัยเห็นว่า ในทางเนื้อหาแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่วินิจฉัยเนื้อหาตามรัฐธรรมนูญ (ที่เกี่ยวข้องกับการเมือง) ศาลรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีความยึดโยงกับประชาชนและมีความเชี่ยวชาญในประเด็นเชิงสังคมและเศรษฐกิจมากกว่าศาลยุติธรรมที่เน้นพิจารณาคดีตามกฎหมายหรือใกล้เคียงข้อพิพาท (เช่น ในคดีแพ่ง) ดังนั้น การได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงสมควรถูกปรับปรุงไปในแนวทางนี้โดยประกอบไปด้วยผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอาชีพ และผู้ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นนอกเหนือจากนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์

ในแง่ของความยึดโยงกับประชาชน ตัวอย่างเช่น ในประเทศฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel - Constitutional Council) ประกอบด้วยตุลาการ จำนวน 9 คน มีที่มาจากสามแหล่งในสัดส่วนเท่าๆ กัน คือ การแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานสภาแห่งชาติ (สภาผู้แทนราษฎร) และประธานวุฒิสภา โดยสมาชิกจำนวนหนึ่งในสามจะได้รับการแต่งตั้งใหม่ทุกๆ สามปีเสมอ<sup>392</sup> อีกทั้ง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 2008 (พ.ศ. 2551) ได้กำหนดให้การแต่งตั้งต้องถูกตรวจสอบจากรัฐสภา (ประกอบด้วยสภาแห่งชาติและวุฒิสภา) โดยแต่ละสภาได้แต่งตั้งคณะกรรมการถาวรขึ้นมาสักชุด และหากผู้ได้รับการเสนอชื่อถูกลงคะแนนไม่เห็นชอบถึงหนึ่งในสามของจำนวนคณะกรรมการของทั้งสองสภา ผู้นั้นก็จะ

<sup>392</sup> Article 56 Paragraph 1 of the French Constitution of October 4, 1958.

ไม่ได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของสาธารณรัฐมีสิทธิในการดำรงตำแหน่งตุลาการตลอดชีวิตด้วย<sup>393</sup> ดังนั้น ในบางครั้งจึงมีจำนวนตุลาการ 10 คน (ทั้งนี้ หลักการนี้เป็นผลมาจากประวัติศาสตร์การเมืองของประเทศฝรั่งเศส รวมถึงการที่ประธานาธิบดีถูกวางให้เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ<sup>394</sup> โดยในปัจจุบันหลักการนี้ถูกวิพากษ์พอสมควร)<sup>395</sup>

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย พบว่า รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นฉบับที่จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก และรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 รัฐธรรมนูญสองฉบับดังกล่าว มิได้ให้น้ำหนักไปที่ผู้มีความรู้ด้านนิติศาสตร์ (หรือรัฐศาสตร์/รัฐประศาสนศาสตร์) ในเชิงทางการ เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ดังนี้

ในแง่ขององค์ประกอบ รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 กำหนดไว้ให้ประกอบด้วย ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน 5 คน ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันรัฐศาสตร์ ซึ่งได้รับเลือกตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด จำนวน 5 คน และ 3 คน ตามลำดับ<sup>396</sup> ส่วนในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 กำหนดไว้ในทำนองเดียวกันแต่มีการกำหนดเพิ่มเติมว่า (1) ผู้ทรงคุณวุฒิต้องมีความเชี่ยวชาญในสาขาวิชานั้นๆ อย่างแท้จริง และ (2) ผู้เชี่ยวชาญสาขารัฐศาสตร์ขยายไปยังสาขา “รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่นด้วย”<sup>397</sup> โดยมีจำนวน 3 คน 2 คน 2 คน และ 2 คน ตามลำดับ<sup>398</sup>

แม้องค์ประกอบของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญสองฉบับข้างต้นจะใกล้เคียงกับองค์ประกอบที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 แต่สัดส่วนของผู้พิพากษาอาชีพและผู้ที่มีวิชาชีพพิพากษาอาชีพก็แตกต่างกันอย่างสำคัญ (โดยเฉพาะกรณีของรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540) นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม ปรากฏว่า รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 และ พ.ศ. 2550 กลับกำหนดให้การเคยเป็นผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระเป็นคุณสมบัติจำเป็นสำหรับผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์แล้วแต่กรณี ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดให้การเคยดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระเป็นลักษณะต้องห้าม และเน้นย้ำให้ผู้พิพากษาอาชีพและผู้ได้รับการยอมรับในทางวิชาการหรือการทำงานในภาครัฐเป็นผู้มีความเหมาะสม

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในเชิงความเปลี่ยนแปลง ผู้พิพากษาอาชีพมีสัดส่วนไม่ถึงครึ่งขององค์ประกอบในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 (7 จาก 15 คน) กลายเป็นเกินครึ่งเล็กน้อยในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550

<sup>393</sup> Article 56 Paragraph 2 of the French Constitution of October 4, 1958.

<sup>394</sup> Article 5 of the French Constitution of October 4, 1958.

<sup>395</sup> Ruth Levush, “The Constitutional Council and Judicial Review in France,” Library of Congress, accessed November 7, 2020, <https://blogs.loc.gov/law/2020/11/the-constitutional-council-and-judicial-review-in-france/>.

<sup>396</sup> มาตรา 255 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

<sup>397</sup> “หมายความว่ารวมถึงเศรษฐศาสตร์ สังคมวิทยา แต่ต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงด้วย”. ดู เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

<sup>398</sup> มาตรา 204 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

(5 จาก 9 คน) และยังคงเป็นส่วนเท่าเดิม แต่เปลี่ยนแปลงลักษณะของตุลาการที่ไม่เคยเป็นผู้พิพากษาอาชีพให้มีความหลากหลายลดลงในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 และในแง่ของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งที่แท้จริง ก็แสดงให้เห็นทัศนคติของการเน้นย้ำความสำคัญของผู้พิพากษาอาชีพด้วย<sup>399</sup>

นอกจากนี้ ในกรณีของการสรรหาและการคัดเลือก คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีใช้สัดส่วนของผู้พิพากษาตุลาการ (ได้แก่ ผู้ทรงคุณวุฒิ) ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ประกอบด้วยประธานศาลฎีกา คณบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่า จำนวน 4 คน คณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่า จำนวน 4 คน พรรคการเมืองทุกพรรคที่มีสมาชิกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคละหนึ่งคน และเลือกกันเองให้เหลือ 4 คน รวม 13 คน<sup>400</sup> รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 ประกอบด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และประธานองค์กรอิสระตาม รัฐธรรมนูญ ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน รวม 5 คน<sup>401</sup> รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 ประกอบด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และบุคคลที่องค์กรอิสระแต่งตั้งตามคุณสมบัติที่รัฐธรรมนูญกำหนด องค์กรละหนึ่งคน (รวม 5 คน) รวม 9 คน<sup>402</sup>

ลักษณะที่พบทวนมานี้ แม้จะไม่เน้นย้ำความสำคัญขององค์หนึ่งองค์ใดอย่างชัดแจ้งเป็นลำดับ เนื่องจากสัดส่วนของแต่ละองค์มีความผันผวนพอสมควรตลอดช่วงที่รัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับมีผลใช้บังคับ แต่ก็พอทำให้เห็นภาพรวมของการเน้นย้ำบทบาทขององค์กรตุลาการในการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีสัดส่วนของกรรมการสรรหาที่มาจากองค์กรตุลาการ 1 จาก 13 คน ไปเป็น 2 จาก 5 คน และ 2 จาก 9 คน ในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 พ.ศ. 2550 และพ.ศ. 2560 ตามลำดับ ในขณะที่ความยึดโยงกับประชาชนลดลง โดยมีกรรมการสรรหาที่มาจาก การเลือกตั้งในสัดส่วน 4 จาก 13 คน เป็น 2 จาก 5 คน และ 2 จาก 9 คน ในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 พ.ศ. 2550 และพ.ศ. 2560 ตามลำดับ

ข้อสังเกตอีกประการที่ต้องกล่าวถึง คือ แม้ผู้ที่พบทวนและลงมติเห็นชอบเป็นองค์กรสุดท้ายจะถูกกำหนดให้เป็นวุฒิสภาเช่นเดียวกันในรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ แต่ที่มาของสมาชิกวุฒิสภาก็แตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด โดยสมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งทั้งหมดในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งและการแต่งตั้งในรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 ในขณะที่รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการแต่งตั้ง (โดยการเลือกกันเองโดยกลุ่มอาชีพหรือผู้ที่มีความเชี่ยวชาญประเภทเดียวกัน)<sup>403</sup>

<sup>399</sup> อาทิ การที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญสามคนแรก ภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 ซึ่งมีสัดส่วนของผู้มีประสบการณ์ที่มีใช้ผู้พิพากษาอาชีพมากกว่า มิได้ปฏิบัติในองค์กรตุลาการก่อนดำรงตำแหน่ง ได้แก่ เขาวิน สายเชื้อ (พ.ศ. 2541-2542) (เอกอัครราชทูต) ประเสริฐ นาสกุล (พ.ศ. 2543-2544) (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) อิสสระ นิตินันท์ประภาส (พ.ศ. 2545) (สำนักงบประมาณ) นอกจากนี้ ประธานคนถัดมา (กระมล ทองธรรมชาติ) แม้จะดำรงตำแหน่งในศาลปกครองมาก่อน แต่ก็เพียงระยะเวลาสั้นๆ เท่านั้น โดยก่อนหน้านั้นเป็นอาจารย์มหาวิทยาลัย. ดู สมชาย ปรีชาศิลปกุล และคณะ, “โครงการ การเมืองเชิงตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญไทย,” 283-285.

<sup>400</sup> มาตรา 257 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

<sup>401</sup> มาตรา 206 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

<sup>402</sup> มาตรา 203 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>403</sup> มาตรา 107 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

ยิ่งกว่านั้น ในบทเฉพาะกาลยังกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการแต่งตั้งโดยคณะกรรมการสรรหาที่แต่งตั้งโดยคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติในระยะห้าปีแรกนับแต่วันที่ที่มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งด้วย<sup>404</sup> ภาวะนี้จึงแสดงให้เห็นถึงตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ยึดโยงกับประชาชนน้อยลงเรื่อยๆ ซึ่งเป็นความเสี่ยงในเชิงโครงสร้างที่ทำให้อาจไม่สามารถวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพไปในทางคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ดี

งานวิจัยเห็นด้วยกับรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 และ พ.ศ. 2550 และหากมีการปรับปรุงให้ศาลรัฐธรรมนูญมุ่งเน้นสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะประเด็นสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจมากขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญสมควรมีความเชี่ยวชาญที่มากกว่านิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ หรือรัฐประศาสนศาสตร์ และการเคียด่างตำแหน่งในองค์กรอิสระซึ่งมีรูปแบบภารกิจที่แตกต่างจากองค์กรตุลาการ โดยเฉพาะผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จะทำให้การดำเนินการตามแนวทางนี้บรรลุวัตถุประสงค์

ทั้งนี้ ข้อเสนอแนะของงานวิจัยในการให้นำหลักการการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามแนวทางของรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 และฉบับ พ.ศ. 2550 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในส่วนของผู้ทรงคุณวุฒิ อาจถูกวิพากษ์ว่า จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีแนวโน้มไม่มีความเป็นกลางทางการเมือง<sup>405</sup> ต่อประเด็นนี้ ในเบื้องต้น งานวิจัยมีความเห็นว่า ข้อเสนอแนะในส่วนนี้หมายถึงการดำเนินการตามแนวทางของรัฐธรรมนูญสองฉบับดังกล่าวในแง่ของการยึดโยงกับประชาชนมากขึ้นและให้น้ำหนักแก่ความเชี่ยวชาญของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นที่กว้างขวางและหลากหลายมากขึ้น เพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยเฉพาะสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ เท่านั้น โดยไม่ได้หมายถึงการดำเนินการตามรูปแบบของรัฐธรรมนูญสองฉบับข้างต้นในทุกรายละเอียดอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้ เนื่องจากการวางระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางในทางการเมืองและเป็นอิสระสูงสุดมีความสำคัญอย่างยิ่ง นอกจากนี้ งานวิจัยมีความเห็นเพิ่มเติมโดยแบ่งเป็นสองประเด็น ดังนี้

ประเด็นแรก แม้การได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นกลางจะมีความสำคัญ อย่างไรก็ตามหนึ่งในประเด็นสำคัญในลำดับต้นที่ต้องมีการวางรากฐานเสียใหม่ก่อนและเน้นย้ำไปพร้อมกันตามที่เสนอแนะไปในส่วนต้น คือ การปรับ “วัฒนธรรมทางการเมืองและกฎหมาย” ของการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญ (ไม่เฉพาะในกลุ่มบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเท่านั้น แต่หมายถึงทัศนคติโดยทั่วไปด้วย) โดยศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ยึดโยงกับประชาชนอย่างเบาบางต้องจำกัดตนเองให้มากที่สุด และการเข้าไปสู่พื้นที่การเมืองของศาลต้องเป็นไปอย่างระมัดระวังภายใต้หลักการตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ การวินิจฉัยประเด็นทางการเมืองให้สอดคล้องกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้มากที่สุด และต้องหลีกเลี่ยงไม่วินิจฉัยไปในทางตรงข้ามคือการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ไม่ว่าที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นเช่นไร วัฒนธรรมทางการเมืองและกฎหมายในลักษณะนี้จะทำให้กลไกศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปในทางที่สนับสนุนสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นและขณะเดียวกันก็จำกัดตนเองภายใต้หลักนิติธรรม เช่นเดียวกับประสบการณ์ของประเทศแอฟริกาใต้

<sup>404</sup> มาตรา 269 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>405</sup> ธนินทร พูนศรีสวัสดิ์, “ตุลาการรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญ),” สถาบันพระปกเกล้า, สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2563, [http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ตุลาการรัฐธรรมนูญ\\_\(ศาลรัฐธรรมนูญ\)#cite\\_note-8](http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ตุลาการรัฐธรรมนูญ_(ศาลรัฐธรรมนูญ)#cite_note-8).

ประเด็นที่สอง ในแง่รายละเอียดของการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ งานวิจัยเสนอให้มีการดำเนินการตามหลักการที่เน้นความยึดโยงกับประชาชนและเพิ่มความเชี่ยวชาญที่หลากหลายของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนวิธีการได้มาในรายละเอียด อาจประยุกต์แนวทางในประเทศอื่นๆ ที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นในลักษณะเดียวกันอยู่ในลักษณะที่งานวิจัยเสนอ แต่ก็ยังเป็นระบบที่เน้นความเป็นกลางทางเมืองไปพร้อมกัน ยกตัวอย่างเช่น กรณีของประเทศฝรั่งเศสที่ยกตัวอย่างไปข้างต้นที่ตุลาการรัฐธรรมนูญมีที่มาจากสามองค์กร (โดยหนึ่งในนั้นคือสมัชชาแห่งชาติที่มีที่มาจากประชาชน) อยู่ภายใต้การเห็นชอบของคณะกรรมการถาวรหนึ่งชุดที่ได้รับเลือกจากสองสภา และคุณสมบัติเกี่ยวกับประสบการณ์อาชีพของตุลาการไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ กรณีของประเทศเยอรมนีที่องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญถูกออกแบบมาให้เป็นกลางทางการเมืองและถ่วงดุลกับองค์กรในทางการเมืองจากประสบการณ์ของการขึ้นมาใช้อำนาจของพรรคนาซีในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยอยู่ในระบบสององค์กรขณะที่แต่ละองค์กรมีอำนาจหน้าที่ต่างกัน โดยองค์หนึ่ง จำนวนแปดคน มาจากการคัดเลือกของสภาผู้แทนรัฐอันเป็นตัวแทนของรัฐ 16 รัฐทั่วประเทศ มีอำนาจพิจารณาปัญหาว่าด้วยการตีความรัฐธรรมนูญ และองค์คณะหนึ่ง จำนวนแปดคน มาจากการคัดเลือกของสภาผู้แทนราษฎร พิจารณาคดีต่างๆ ไป เช่น การฟ้องคดีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือทางตุลาการ กรณีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ขององค์กรต่างๆ และคำร้องจากประชาชนที่เกี่ยวกับการละเมิดรัฐธรรมนูญ (อย่างไรก็ตาม ความเชี่ยวชาญของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีเน้นหนักไปที่ผู้มีคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ กล่าวคือ องค์ประกอบของแต่ละองค์คณะประกอบด้วยตุลาการสามคนที่เคยดำรงตำแหน่งในศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์มาแล้วอย่างน้อยสามปี และห้าคนเป็นผู้ที่มีคุณวุฒิทางนิติศาสตร์โดยไม่จำกัดอาชีพ)<sup>406</sup> เป็นต้น

<sup>406</sup> iLaw, “เปรียบเทียบที่มาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหลายประเทศ ไทยยัง ‘พิเศษ’ ที่ให้โควตาข้าราชการ,” iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2563, <https://ilaw.or.th/node/5667>; มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, *เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ: รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*, 393.

## บทที่ 6

### กลไกเพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมเพิ่มเติม: การแสวงหากฎเพิ่มเติมเพื่อนำไปสู่การมีส่วนร่วมอย่างแท้จริง ของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย

ในบทที่ 3 งานวิจัยได้เสนอหลักการพื้นฐานเพิ่มเติมสำหรับกลไกของประเทศไทย ส่วนในบทที่ 4 และบทที่ 5 งานวิจัยได้เสนอการปรับปรุงกลไกที่มีอยู่แล้วในประเทศไทย เพื่อนำไปสู่ความเท่าเทียมที่แท้จริง ภายใต้หลักนิติธรรม ตามเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ในบทที่ 6 นี้ งานวิจัยจะแสวงหากฎเพิ่มเติมที่จะหนุนเสริมการบรรลุผลตามเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs โดยเสนอกลไกอันเป็นรากฐานสำคัญในการสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริง ได้แก่ กลไกที่ทำให้ประชาชนมีส่วนร่วมในเชิงเนื้อหาในการจัดทำกฎหมายอย่างแท้จริงและมีความหมาย (Meaningful Participation) ทั้งนี้ มิได้หมายความว่า ลำพังเพียงการจัดตั้งกลไกที่เสนอจะทำให้เกิดความเท่าเทียมในสังคมมากขึ้น แต่กลไกที่เสนอจะเป็นจุดเริ่มต้นสำคัญในการดำเนินการอื่นๆ ในอนาคตต่อไป

การมีส่วนร่วมของประชาชนในการดำเนินกิจการต่างๆ ของรัฐมีความสำคัญในแง่ของการดำเนินการตามหลักนิติธรรม ยกตัวอย่างเช่น ในการจัดอันดับการดำเนินการตามหลักนิติธรรมขององค์การความยุติธรรมโลก (World Justice Project: WJP) ประจำปี ค.ศ. 2020 (พ.ศ. 2563) ซึ่งได้ทบทวนไปในบทที่ 2 สำหรับตัวชี้วัดปัจจัยหลัก “รัฐบาลที่เปิดกว้าง (Open Government)” ในปัจจัยย่อย “การมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคม (Civic Participation)” ประเทศไทยได้คะแนน 0.53/1 เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นๆ ในประชาคมโลก พอจะให้เห็นภาพว่าประเทศไทยอยู่ในจุดใด อาทิ ประเทศที่หลักการประชาธิปไตยได้รับการวางรากฐานอย่างมั่นคง ยึดถือการเคารพและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และสนับสนุนการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคม อย่าง ฝรั่งเศส (0.74/1) สหราชอาณาจักร (0.83/1) เยอรมนี (0.86/1) สหรัฐอเมริกา (0.79/1) ออสเตรเลีย (0.78/1) และนิวซีแลนด์ (0.83/1) ประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวียที่มีชื่อเสียงด้านความเป็นรัฐสวัสดิการ (ประชาธิปไตยที่เน้นมิติทางสังคม) อย่างเดนมาร์ก (0.94/1) นอร์เวย์ (0.92/1) และสวีเดน (0.85/1) ประเทศที่มุ่งเปลี่ยนแปลงรากฐานของสังคมจากประวัติศาสตร์ของความอยุติธรรมอย่างแอฟริกาใต้ (0.70/1) และบางประเทศในเอเชีย อย่างญี่ปุ่น (0.67/1) และเกาหลีใต้ (0.66/1) ในขณะที่ลักษณะการสนับสนุนการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมในประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้มีความแตกต่างกันไปตามรูปแบบการปกครองและนโยบายของแต่ละประเทศ ได้แก่ กัมพูชา (0.34/1) เวียดนาม (0.42/1) เมียนมาร์ (0.44/1) มาเลเซีย (0.51/1) ฟิลิปปินส์ (0.51/1) สิงคโปร์ (0.51/1) และอินโดนีเซีย (0.65/1)<sup>407</sup>

ถัดจากส่วนที่ 6.1 ซึ่งเป็นบทนำ ในส่วนที่ 6.2 งานวิจัยทบทวนหลักการจัดทำกฎหมายในประเทศไทย ปัจจุบันและข้อจำกัดของการมีส่วนร่วมของประชาชนอย่างแท้จริง จากนั้นในส่วนที่ 6.3 งานวิจัยย้อนกลับไปทบทวนรายละเอียดของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (คปก.) ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยมีแนวคิดของการ

<sup>407</sup> World Justice Project, “Rule of Law Index 2020,”. ทั้งนี้ รายงานของ WJP ไม่ได้สำรวจประเทศลาว บรูไน และติมอร์-เลสเต

สนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย ก่อนที่ในส่วนที่ 6.4 จะยกตัวอย่างหลักการและกลไกที่สนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายในระดับสากลและในต่างประเทศ และในส่วนที่ 6.5 ซึ่งเป็นส่วนสุดท้ายของบท งานวิจัยเสนอกฎใหม่ที่จะสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายในประเทศไทยต่อไป

## 6.1 บทนำ

การมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายเป็นประเด็นย่อยประเด็นหนึ่งในการปฏิรูปกฎหมาย (ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญของประเทศไทยในช่วงประมาณสองทศวรรษที่ผ่านมา) และการวิเคราะห์ผลกระทบในการตรากฎหมาย (Regulatory Impact Analysis: RIA) ซึ่งเริ่มมีการใช้บังคับอย่างจริงจังในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 การแสวงหากฎที่ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายจึงเกี่ยวข้องกับหลักการ กฎหมาย กระบวนการ และกลไก จำนวนมาก กล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

องค์กรที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการตราและจัดทำกฎหมาย ได้แก่ รัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (หน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ทางวิชาการกฎหมาย การยกร่างกฎหมาย และให้ความเห็นทางกฎหมาย โดยดำเนินการทางธุรการให้แก่คณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเป็นคณะบุคคลที่มีองค์ประกอบยึดโยงกับภาครัฐเป็นส่วนใหญ่)

ในแง่การปฏิรูปกฎหมาย ในปัจจุบัน ประเทศไทยมีกลไกในการปฏิรูป-พัฒนากฎหมายอยู่สองกลไกสำคัญ ได้แก่ คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย (ภายใต้พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522) และคณะกรรมการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย (จัดตั้งขึ้นด้วยอำนาจของรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560)<sup>408</sup> ทั้งนี้ การมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายเป็นเรื่องสำคัญเกี่ยวกับการทบทวน พัฒนา และปฏิรูปกฎหมาย การมีส่วนร่วมของประชาชนจึงเป็นประเด็นที่ต้องนำมาอภิปรายเสมอในกระบวนการเหล่านี้ของกลไกต่างๆ

ในแง่การทำ RIA แม้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 จะเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดเงื่อนไขของการทำ RIA ในการจัดทำกฎหมายไว้ในระดับรัฐธรรมนูญ แต่การทำ RIA ในลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรองหรือแนวทางภายในระหว่างหน่วยงานรัฐได้มีมาแล้วสักระยะหนึ่ง เช่น ใน พ.ศ. 2531 มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2531 โดยส่วนหนึ่งกำหนดว่า ในการเสนอร่างกฎหมาย หน่วยงานของรัฐต้องบรรยายละเอียดต่างๆ อันเป็นการรวบรวมข้อมูล วิเคราะห์ปัญหา และแสดงเหตุผลความจำเป็น ใน พ.ศ. 2544 คณะรัฐมนตรีได้ตั้ง “คณะกรรมการปรับกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศ” โดยหนึ่งในผลงานสำคัญคือการจัดทำ “หลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย” โดยใช้หลักเกณฑ์ขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (The OECD Reference Checklist for Regulatory Decision-Making : OECD) เป็นแนวทาง และได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีให้หน่วยงานของรัฐนำไปใช้ใน พ.ศ. 2546 และต่อมาหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ถูกนำไปเป็นส่วนหนึ่งของระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่อง ต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ที่ตราขึ้นโดยอำนาจของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุม คณะรัฐมนตรี

<sup>408</sup> เพลินตา ตันรังสรรค์, “กลไกในการปฏิรูปกฎหมายและพัฒนาคุณภาพของกฎหมายไทยในปัจจุบัน,” *จุลนิติ* 14, ฉ.5, (กันยายน-ตุลาคม 2560): 45-47.

พ.ศ. 2548<sup>409</sup> และแนวทางนี้ได้ถูกปรับปรุงและใช้ในปัจจุบัน (พ.ศ. 2563) ด้วย<sup>410</sup> ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560 กำหนดหลักการทำ RIA ไว้ในมาตรา 77 โดยต่อมาใน พ.ศ. 2560 ได้มีมติคณะรัฐมนตรีวางแนวทางไว้ ซึ่งประกอบไปด้วยสองส่วน คือ ส่วนที่ 1 หลักเกณฑ์การร่างกฎหมายและการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ และส่วนที่ 2 แนวทางการรับฟังความคิดเห็นประกอบการจัดทำร่างกฎหมายและการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย<sup>411</sup>

งานวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาและเสนอเฉพาะการแสวงหากลไกที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย ดังนั้น เนื้อหาของบทนี้จึงจะไม่ได้กล่าวถึงหลักการ กฎหมาย กระบวนการ และกลไกที่มีอยู่แล้วดังกล่าวทั้งหมดอย่างละเอียด แต่จะเลือกบททวนและวิเคราะห์เฉพาะกลไกที่เกี่ยวข้องกับข้อเสนอของงานวิจัยฉบับนี้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้กลไกที่เสนอนี้จะภารกิจเกี่ยวกับการจัดทำกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติโดยเฉพาะ แต่ก็สามารถนำไปประยุกต์ใช้ได้กับภารกิจอื่นๆ ในทำนองเดียวกัน อาทิ การจัดทำกฎหมายลำดับรองและการจัดทำนโยบายต่างๆ เป็นต้น นอกจากนี้ นอกจากการทบทวนกลไกที่มีอยู่ในปัจจุบันแล้ว งานวิจัยก็จะทบทวนกลไกที่ถูกยกเลิกไปแล้วอย่างคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (คปก.) ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยมีแนวความคิดของการสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายด้วย

กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้ตราขึ้นโดยสามารถมีเนื้อหาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ซึ่งโดยหลักแล้วต้องตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น ด้วยเหตุที่อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน<sup>412</sup> การตรากฎหมายที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงต้องประกันการมีส่วนร่วมของประชาชน เพื่อที่จะทำให้รัฐดำเนินการตามหลักนิติธรรมและเป็นรากฐานของการดำเนินการทั้งหมดของกลไกต่างๆ ในประเทศไทย อีกทั้ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็บัญญัติหลักการมีส่วนร่วมในการตรากฎหมายไว้อย่างชัดเจน ตามมาตรา 77 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า<sup>413</sup>

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของ

<sup>409</sup> สรุปรจาก สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), “โครงการศึกษาวิจัยเรื่อง การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis),” (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2557) บทที่ 4 หน้า 1 - บทที่ 4- หน้า 3.

<sup>410</sup> หลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ทำระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548.

<sup>411</sup> เอกสารแนบท้าย “แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” ของหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ส่วนที่สุด ที่ นร 0503/ว 261 เรื่อง แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ลงวันที่ 5 เมษายน 2560.

<sup>412</sup> มาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>413</sup> มาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

ผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่างๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

ทั้งนี้ หมวด 16 ว่าด้วยการปฏิรูปประเทศ รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้มีการจัดตั้งกลไกช่วยเหลือประชาชนในการจัดทำและเสนอร่างกฎหมายด้วย<sup>414</sup>

ในปัจจุบัน การเสนอร่างกฎหมายโดยรัฐ (ผ่านคณะรัฐมนตรี) ของประเทศไทยดำเนินการโดยหน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่รับผิดชอบกฎหมายนั้นในเนื้อหานั้นๆ ในอดีต แม้จะมีการจัดการรับฟังความคิดเห็น แต่ก็มีข้อจำกัดในแง่ของการประกันการมีส่วนร่วม สำหรับงานวิจัยฉบับนี้ หนึ่งในกลไกที่จะนำไปสู่การบรรลุผลเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป้าประสงค์ที่ 16.3 (การส่งเสริมหลักนิติธรรมทั้งในระดับชาติและระหว่างประเทศและสร้างหลักประกันว่าทุกคนสามารถเข้าถึงความยุติธรรมอย่างเท่าเทียม)<sup>415</sup> และเป้าประสงค์ที่ 16.7 (การสร้างหลักประกันว่าจะมีกระบวนการตัดสินใจที่มีความรับผิดชอบครอบคลุมมีส่วนร่วมและมีความเป็นตัวแทนที่ดีในทุกระดับการตัดสินใจ) จึงรวมถึงข้อเสนอในการจัดตั้งกลไกใหม่ที่ทำให้กระบวนการตรา แก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกกฎหมาย มีส่วนร่วมจากประชาชนอย่างแท้จริง ทั้งนี้ ประเทศไทยเคยมีกลไกในทำนองนี้มาแล้ว ได้แก่ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย แต่ถูกยกเลิกไปโดยคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ในระหว่างกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560<sup>416</sup>

## 6.2 การจัดทำกฎหมาย การมีส่วนร่วมของประชาชน และข้อจำกัดในปัจจุบัน

ประเทศไทยแบ่งอำนาจอธิปไตยเป็นสามอำนาจ ได้แก่ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ โดยฝ่ายที่มีอำนาจในการตรากฎหมายคือฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 500 คน มีที่มาจากการเลือกตั้ง<sup>417</sup> และสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 200 คน มีที่มาจากการแต่งตั้ง (การเลือกกันเองโดยกลุ่มอาชีพหรือผู้ที่มีความเชี่ยวชาญประเภทเดียวกัน)<sup>418</sup> โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นตำแหน่งหลักที่มีความชอบธรรมในการตรากฎหมาย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผู้มีสิทธิเสนอร่างกฎหมาย (ระดับพระราชบัญญัติ) ต่อสภาผู้แทนราษฎร ได้แก่ บุคคลตามมาตรา 133 แห่งรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติว่า<sup>419</sup>

<sup>414</sup> มาตรา 258 ค. ด้านกฎหมาย (4) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>415</sup> จีรวัดน์ สุริยะโชติขยางกุล และณณริฎ พิศลยบุตร, “การสำรวจสถานะของเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนในบริบทประเทศไทย,” 7-18.

<sup>416</sup> คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 71/2559 เรื่อง การยกเลิกกฎหมายว่าด้วยสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติกฎหมายว่าด้วยสภาพัฒนาการเมือง และกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2559.

<sup>417</sup> มาตรา 83 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>418</sup> มาตรา 107 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

<sup>419</sup> มาตรา 133 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. ทั้งนี้ เมื่อมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติไปยังรัฐสภาแล้ว ร่างพระราชบัญญัติจะต้องผ่านกระบวนการในสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยประกอบไปด้วยสามวาระ ทั้งสองสภา ได้แก่ วาระที่หนึ่ง การรับหลักการ วาระที่สอง การพิจารณาโดยคณะกรรมการ และวาระที่สาม การลงมติให้ความเห็นชอบ. สำหรับสภาผู้แทนราษฎร ดู หมวด 6 การเสนอและพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ แห่งข้อบังคับการประชุมสภา

ร่างพระราชบัญญัติให้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน และจะเสนอได้ก็แต่โดย

(1) คณะรัฐมนตรี

(2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน

(3) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นคนเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย หรือหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

ในกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติซึ่งมีผู้เสนอตาม (2) หรือ (3) เป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน จะเสนอได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี

ทั้งนี้ ในกรณีของคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิเสนอร่างกฎหมายตามมาตรา 133 (1) ส่วนใหญ่แล้ว หน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่รับผิดชอบดำเนินการในประเด็นนั้นๆ จะเป็นผู้จัดทำร่างกฎหมายและเสนอไปยังคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ การจัดทำโดยหน่วยงานเหล่านี้ แม้ส่วนใหญ่มีการประชุมปรึกษาหารือ และเปิดรับความคิดเห็นจากประชาชนนอกเหนือไปจากแนวทางขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดตามดุลพินิจของหน่วยงานนั้นๆ อย่างไรก็ตาม คำถามสำคัญ คือ การเปิดให้มีการรับฟังความคิดเห็นเหล่านี้เป็นไปอย่างมีความหมาย (Meaningful) จริงหรือไม่ หรือเพียงแต่ทำให้ครบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น

### 6.2.1 การมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการจัดทำกฎหมายที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

การมีส่วนร่วมทางตรงของประชาชน (ที่นอกเหนือไปจากส่วนร่วมตามหลักประชาธิปไตยทางอ้อมผ่านการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร) ในกระบวนการตรากฎหมายได้รับการรับรองอย่างน้อยในเชิงหลักการและพิธีการ ในมาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังนี้<sup>420</sup>

รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการก่อกวนประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่างๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่างๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

ผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2562; สำหรับวุฒิสภา ดู หมวด 7 การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติและพระราชกำหนด ส่วนที่ 1 การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ แห่งข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2562.

<sup>420</sup> มาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่กำหนด หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าว มาตรา 77 จึงเป็นการกำหนดหลักการในการมีและการตรากฎหมายไว้เป็นสามประเด็นใหญ่ๆ คือ (1) มาตรการทั่วไป (มาตรา 77 วรรคหนึ่ง) ได้แก่ หลักการให้มีหรือยกเลิกกฎหมาย และการเข้าถึงกฎหมายโดยประชาชน (2) มาตรการก่อนการตรากฎหมาย (มาตรา 77 วรรคสอง ตอนต้น) ได้แก่ หลักการมีส่วนร่วมของประชาชนและการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดจากการตรากฎหมาย และ (3) มาตรการหลังกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว (มาตรา 77 วรรคสอง ตอนท้าย) ได้แก่ หลักการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย<sup>421</sup> ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมในแง่ของการเลือกใช้ถ้อยคำว่าการวางหลักการของการเข้าถึงกฎหมายเป็นไปเพื่อให้ประชาชนใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องมิใช่เป็นไปตามหลักการเคารพสิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมของประชาชน

ต่อมาใน พ.ศ. 2560 คณะรัฐมนตรีได้มีเห็นชอบแนวทางการดำเนินการตามมาตรา 77 ดังกล่าว ที่จัดทำโดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มติคณะรัฐมนตรี ว่าด้วย “แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” เมื่อวันที่ 4 เมษายน 2560<sup>422</sup> แบ่งเนื้อหาเป็นสองส่วน คือ ส่วนที่ 1 หลักเกณฑ์การร่างกฎหมายและการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ และส่วนที่ 2 แนวทางการรับฟังความคิดเห็นประกอบการจัดทำร่างกฎหมายและการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย

กล่าวเฉพาะในประเด็นการมีส่วนร่วมของประชาชนซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของส่วนนี้ ในกรณีของส่วนที่ 2 ในการจัดทำร่างกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ คณะรัฐมนตรีกำหนดให้หน่วยงานของรัฐในชั้นต่ำที่สุด ต้องเปิดให้มีการรับฟังความคิดเห็นผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของหน่วยงานนั้น หรือผ่านเว็บไซต์ [www.lawamendment.go.th](http://www.lawamendment.go.th) โดยต้องมีระยะเวลารับฟังความคิดเห็นไม่น้อยกว่า 15 วัน ส่วนการรับฟังความคิดเห็นด้วยวิธีการอื่นเป็นดุลพินิจของหน่วยงานนั้น

ในการรับฟังความคิดเห็น หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการตามรายละเอียดที่มติคณะรัฐมนตรีวางแนวทางไว้ คือ

ให้หน่วยงานของรัฐประกาศวิธีการรับฟังความคิดเห็น ระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุด ในการรับฟังความคิดเห็น รวมทั้งเปิดเผยข้อมูลประกอบการรับฟังความคิดเห็น ซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วย (1) สภาพปัญหาและสาเหตุของปัญหา (2) ความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหา (3) หลักการอันเป็นสาระสำคัญของ

<sup>421</sup> เพลินตา ตันรังสรรค์, “กลไกในการปฏิรูปกฎหมายและพัฒนาคุณภาพของกฎหมายไทยในปัจจุบัน,” 56-57.

<sup>422</sup> เอกสารแนบท้าย “แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” ของหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0503/ว 261 เรื่อง แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ลงวันที่ 5 เมษายน 2560.

กฎหมายที่จะตราขึ้น และ (4) ประเด็นที่จะรับฟังความคิดเห็นหรือร่างพระราชบัญญัติที่จะรับฟังความคิดเห็น

เมื่อสิ้นสุดการรับฟังความคิดเห็นแล้ว หน่วยงานของรัฐจะต้องสรุปผลและส่งผลการสรุปประกอบการวิเคราะห์ที่เกี่ยวข้อง ไปให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีวิเคราะห์ โดยการสรุป มีรายละเอียดดังนี้

เมื่อสิ้นสุดระยะเวลารับฟังความคิดเห็น ให้หน่วยงานของรัฐจัดทำรายงานสรุปผลการรับฟังความคิดเห็น โดยในรายงานสรุปผลรับฟังความคิดเห็นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย (1) วิธีการในการรับฟังความคิดเห็น (2) จำนวนครั้งและระยะเวลาในการรับฟังความคิดเห็นแต่ละครั้ง (3) พื้นที่หรือกลุ่มเป้าหมายในการรับฟังความคิดเห็น (4) ประเด็นที่มีการแสดงความคิดเห็น (5) ข้อคัดค้านหรือความเห็นของหน่วยงานและผู้เกี่ยวข้องในแต่ละประเด็น และ (6) คำชี้แจงเหตุผลรายประเด็น และ (7) การนำผลการรับฟังความคิดเห็นมาประกอบการพิจารณาจัดทำร่างกฎหมาย

ทั้งนี้ การสรุปดังกล่าวจะถูกนำไปประกอบการชี้แจงคณะรัฐมนตรีตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ท้ายระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ที่ได้ปรับปรุงและคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2560

จากนั้น ในกรณีของผลการรับฟังความคิดเห็น สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีมีดุลพินิจในการพิจารณาว่าหน่วยงานของรัฐจะต้องรับฟังความคิดเห็นเพิ่มเติมหรือไม่ และหากเห็นว่ามี ความจำเป็น ต้องส่งเรื่องคืนไปยังหน่วยงานเจ้าของเรื่องพร้อมระบุแนวทางการดำเนินการให้ชัดเจน

นอกจากนี้ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเห็นว่าเห็นสมควรส่งร่างกฎหมายไปให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาต้องนำผลการรับฟังความคิดเห็นมาประกอบการพิจารณาตรวจร่าง และมีดุลพินิจว่าร่างกฎหมายดังกล่าวสมควรเปิดให้รับฟังความคิดเห็นเพิ่มเติมหรือไม่ โดยอาจดำเนินการเองหรือส่งเรื่องไปให้หน่วยงานรัฐที่เป็นเจ้าของเรื่องดำเนินการก็ได้

### 6.2.2 ลักษณะและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกา

ในกรณีการเสนอร่างพระราชบัญญัติไปยังรัฐสภาโดยคณะรัฐมนตรี องค์กรหลักในการดำเนินการในขั้นต้นคือหน่วยงานของรัฐที่ดำเนินการเรื่องนั้นๆ ส่วนหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องในกระบวนการตรากฎหมายอย่างใกล้ชิดโดยถือเป็น “ศูนย์กลาง” ในการให้ความเห็นและตรวจพิจารณาโดยไม่จำกัดเนื้อหา คือ คณะกรรมการกฤษฎีกา ด้วยเหตุนี้ กลไกคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงสมควรได้รับการทบทวน ก่อนที่จะแสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดของการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการจัดทำกฎหมายต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานของรัฐที่พัฒนามาจากที่ปรึกษาราชการแผ่นดินในสมัยรัชกาลที่ 5 โดยในสมัยนั้นจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติเคาน์ซิลออฟสเตตคือที่ปลุการาชการแผ่นดินใน พ.ศ. 2417 ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาในการบริการราชการแผ่นดิน การร่างกฎหมาย และการให้ความช่วยเหลือราษฎรที่เดือดร้อน อำนาจหน้าที่ขององค์กรได้เปลี่ยนไปตามยุคสมัย จากสมัยรัชกาลที่ 6 จนถึงหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 จนกระทั่ง ได้จัดตั้งเป็น “คณะกรรมการกฤษฎีกา” ซึ่งเน้นทำงานด้านการร่างกฎหมายและวิชาการกฎหมายของรัฐ รวมถึงการพิจารณาเรื่องที่ประชาชนได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐและคดีปกครอง (ก่อนที่อำนาจหน้าที่หลังจะยกเลิกไปเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครอง) ด้วยอำนาจของ

พระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476 และท้ายที่สุด ได้มีการปรับปรุงอำนาจหน้าที่ และตราเป็นพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 โดยยังคงใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันภายใต้การแก้ไขเพิ่มเติมเป็นระยะเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป<sup>423</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกามีการดำเนินการ ภายใต้ปรัชญาดังนี้<sup>424</sup>

คณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นสถาบันที่ปรึกษา กฎหมายของ รัฐ เป็นสถาบันทางวิชาการ และเป็นกลไกสำคัญประการหนึ่งของการ ปกครองประเทศโดยกฎหมาย (Rule of Law)<sup>425</sup> ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่ต้องยึดถือ ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย คณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกามีความมุ่งมั่นในการปฏิบัติงานเพื่อให้เป็นหลักประกันว่า การใช้อำนาจทางปกครองจะเป็นไปตามกฎหมายซึ่งรัฐสภาได้ตราขึ้นตามความ ประสงค์ของประชาชนในสังคม และเพื่อให้เป็นหลักประกันว่าอำนาจทางปกครอง จะไม่ตกเป็นของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ

คณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีใช้ที่ปรึกษาของ รัฐบาลใด รัฐบาลหนึ่งเท่านั้น และมีได้ปฏิบัติงานตามทิศทางที่รัฐบาลประสงค์เพียง ประการเดียว แต่ปฏิบัติงานเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองเป็นไปตาม กฎหมายและเพื่อประโยชน์ ของประชาชนส่วนรวม

ในการจัดทำกฎหมายและให้ความเห็นทางกฎหมาย คณะกรรมการกฤษฎีกา และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาคำนึงถึงความถูกต้องตามหลักนิติศาสตร์และความ สอดคล้องกับศาสตร์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งมุ่งหมายให้ฝ่ายปกครองสามารถนำไป ปัญหาที่แท้จริงของสังคมได้

คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ ดังนี้<sup>426</sup>

- (1) จัดทำร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี หรือมติของคณะรัฐมนตรี
- (2) รับผิดชอบให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐหรือตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี หรือมติของคณะรัฐมนตรี
- (3) เสนอความเห็นและข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้มีกฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุง หรือยกเลิกกฎหมาย

<sup>423</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “ประวัติความเป็นมา,” สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, <https://www.krisdika.go.th/web/guest/background>.

<sup>424</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “วิสัยทัศน์ พันธกิจ,” สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563, <https://www.krisdika.go.th/web/guest/organization-chart>.

<sup>425</sup> ทำให้ตัวอักษรขึ้นต้นเป็นตัวใหญ่โดยงานวิจัย

<sup>426</sup> มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522.

นอกจากนี้ ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน มีการตั้งตั้งคณะกรรมการเรียกว่า “คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย” ด้วย ซึ่งมีหน้าที่โดยหลัก คือ จัดทำแผนงานและค้นคว้าวิจัยเกี่ยวกับกฎหมายที่เสนอโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ในกรณีที่สำนักงานฯ

ศึกษาพิจารณาตรวจสอบบรรดากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ถ้าเห็นว่ากฎหมายฉบับใด หรือเรื่องใดมีบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในร่างกาย ทรัพย์สิน หรือการประกอบอาชีพของประชาชนโดยไม่สมควรหรือก่อให้เกิดภาระแก่การประกอบอาชีพหรือธุรกิจของบุคคลโดยไม่จำเป็น หรือไม่สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาล หรือการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม การเมือง หรือการบริหารราชการ หรือเห็นว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น หรือเพื่อประโยชน์แก่การพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม การเมือง หรือการบริหารราชการ<sup>427</sup>

คณะกรรมการกฤษฎีกามีสำนักงานรับผิดชอบงานด้านการตุลาการคือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว โดยมีอำนาจหน้าที่<sup>428</sup>

- (1) รับผิดชอบในงานตุลาการของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย และศึกษาและรวบรวมข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวกับงานของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย
- (2) พิจารณาและจัดทำร่างกฎหมายตามที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีมอบหมาย และเสนอความเห็นเกี่ยวกับการให้มีหรือแก้ไขปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย
- (3) ช่วยเหลือและให้คำแนะนำเกี่ยวกับการร่างกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ
- (4) ให้ความเห็นหรือปฏิบัติงานอื่นอันเกี่ยวกับกฎหมายให้แก่หน่วยงานของรัฐ หรือตามที่รัฐบาลต่างประเทศหรือสถาบันระหว่างประเทศร้องขอ
- (5) ฝึกอบรมและพัฒนาข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในด้านกฎหมายและการร่างกฎหมาย รวมทั้งการเผยแพร่ทำความเข้าใจในด้านกฎหมายแก่บุคคลทั่วไป
- (6) ประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อพัฒนาหลักกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน
- (7) จัดพิมพ์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อเผยแพร่ เว้นแต่เรื่องที่เป็นความลับ
- (8) จัดทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับผลงานและอุปสรรคในการดำเนินงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเสนอต่อคณะรัฐมนตรี
- (9) ศึกษาและรวบรวมข้อมูล รวมทั้งจัดให้ได้มาซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ และงานวิจัยกฎหมายหรือวิชาอื่นที่เกี่ยวกับกฎหมายทั้งของไทยและต่างประเทศ เพื่อประโยชน์แก่การปฏิบัติงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย

<sup>427</sup> มาตรา 17 ตรี แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522.

<sup>428</sup> มาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522.

### 6.2.3 ข้อจำกัดและข้อสังเกตกรณีการส่งเสริมหลักการมีส่วนร่วมในเชิงเนื้อหาของประชาชนอย่างแท้จริงและมีความหมาย ตามกลไกมาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

แม้รัฐธรรมนูญได้วางหลักการที่เป็นการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย (โดยเฉพาะที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน) ไว้ แต่แนวทางตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว และการดำเนินการในทางปฏิบัติก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์จากภาคประชาสังคมว่า เป็นเพียงการดำเนินการในเชิงทางการและพิธีการ และมีความเสี่ยงที่จะล้มเหลวในการทำให้การมีส่วนร่วมเชิงเนื้อหาเป็นไปอย่างแท้จริงและมีความหมาย อย่างน้อยในสามประเด็นใหญ่ ได้แก่ รากฐานความคิดของการมีส่วนร่วมของประชาชน ระยะเวลา และวิธีการขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด และการดำเนินการในทางปฏิบัติ

ประเด็นที่หนึ่ง รากฐานความคิดของการมีส่วนร่วมของประชาชน มีข้อวิพากษ์ว่าหลักการมีส่วนร่วมควรเป็นหลักการพื้นฐานที่ต้องมีตั้งแต่ในขั้นการยกร่างครั้งแรก และมีใช้กำหนดให้การมีหรือไม่มีเป็นดุลพินิจของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เห็นได้จากมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องเปิดให้มีการรับฟังความคิดเห็นเฉพาะเมื่อมีร่างกฎหมายแล้ว แต่ไม่มีการกำหนดให้รับฟังความคิดเห็นในขั้นยกร่างกฎหมาย<sup>429</sup> อีกทั้งหากไม่นับการเปิดรับฟังความคิดเห็นครั้งแรกที่เป็นเงื่อนไขให้หน่วยงานรัฐดำเนินการ การดำเนินการเปิดให้รับฟังความคิดเห็นเพิ่มเติมในขั้นตอนหลังจากนั้น ไม่ว่าจะเป็ในขั้นสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และไม่ว่าจะเป็นกรณีมีความคิดเห็นไม่เพียงพอหรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติ (ซึ่งอาจทำให้แตกต่างไปจากร่างกฎหมายฉบับแรกที่มีการเปิดให้รับฟังความคิดเห็น) ล้วนอยู่ภายใต้ดุลพินิจของหน่วยงานนั้นๆ ทั้งสิ้น

ทั้งนี้ เมื่อมองย้อนกลับไปในช่วงที่มีแนวทางการจัดทำ RIA แล้ว แต่ยังไม่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) พบว่า รายงานการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายที่จัดทำขึ้นใน พ.ศ. 2555-2556 จำนวน 46 ฉบับ แม้จะทำโดยเรียงตามลำดับหัวข้อครบถ้วนในเชิงทางการตามที่กำหนดไว้ในคู่มือ แต่ในเชิงเนื้อหา รายงานเหล่านี้ขาดการวิเคราะห์เชิงลึกโดยมักเป็นเพียงการทำให้ครบขั้นตอนเท่านั้น ในกรณีของการรับฟังความคิดเห็น รายงานทุกฉบับไม่ได้อธิบายวิธีการและขั้นตอนอย่างละเอียด โดยประมาณร้อยละ 13 มีการสรุปข้อคิดเห็นที่ได้จากการประชุมอยู่ในรายงาน ร้อยละ 4 ระบุว่าไม่มีการจัดการรับฟังความคิดเห็นเนื่องจากเนื้อหาของกฎหมายไม่มีผลกระทบต่อประชาชน และร้อยละ 4 ไม่ได้กล่าวถึงการรับฟังความคิดเห็นแต่อย่างใด<sup>430</sup>

ประเด็นที่สอง ระยะเวลาและวิธีการขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด มติคณะรัฐมนตรีได้กำหนดแนวทางไว้ต่ำมาก คือ หน่วยงานของรัฐจำเป็นต้องเปิดรับฟังความคิดเห็นเพียง 15 วัน เท่านั้น ซึ่งมีแนวโน้มไม่เพียงพอสำหรับการแสดงความคิดเห็น อีกทั้ง วิธีการขั้นต่ำที่กำหนดให้เผยแพร่โดยระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ

<sup>429</sup> iLaw, “ภาคประชาชน เสนอรัฐเปิดฟังความเห็นร่างกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ชูฟ้องศาลเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรี,” iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2563, <https://ilaw.or.th/node/4547>; iLaw, “เมื่อการรับฟังความคิดเห็นเป็นเพียงพิธีกรรมของรัฐ,” iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2563, <https://ilaw.or.th/node/4569>.

<sup>430</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), “โครงการศึกษาวิจัยเรื่อง การวิเคราะห์ผลกระทบต่อในการออกกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis),” บทที่ 4 หน้า 17-18).

ก็ไม่ได้ประกันว่าประชาชนทุกคนจะสามารถเข้าถึงช่องทางดังกล่าวได้ นอกจากนี้ การกำหนดให้เผยแพร่ใน เว็บไซต์อย่างเป็นทางการโดยที่จะเป็นเว็บไซต์ของหน่วยงานเจ้าของเรื่องหรือเว็บไซต์กลางก็ได้ ก็ยิ่งทำให้ ประชาชนคาดหมายไม่ได้ว่ากฎหมายเรื่องนั้นๆ อยู่ระหว่างการจัดทำหรือไม่ และไม่รู้ว่าจะไปให้ความเห็นต่อ ร่างกฎหมายอย่างไร นอกจากผู้ที่ติดตามเรื่องนั้นๆ อย่างต่อเนื่องพอสมควรแล้วเท่านั้น

ในกรณีการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต แม้ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา การเข้าถึงเทคโนโลยีสารสนเทศ ของประชากรไทยจะดีขึ้นมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยการเข้ามาของโทรศัพท์มือถือและ/หรืออุปกรณ์พกพาขนาดเล็ก ในรูปแบบอื่นๆ ที่ทำให้เข้าถึงข้อมูลออนไลน์ได้โดยไม่ต้องใช้คอมพิวเตอร์ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าความ การเข้าถึง อินเทอร์เน็ตจะเกิดขึ้นอย่างครอบคลุมทุกคน ในการเก็บสถิติระหว่าง พ.ศ. 2558-2561 โดยสำนักงานสถิติ แห่งชาติ<sup>431</sup> การใช้อินเทอร์เน็ต (จากอุปกรณ์ทุกประเภท) เพิ่มขึ้นจากร้อยละ 39.30 ใน พ.ศ. 2558 เป็นร้อยละ 60.80 ใน พ.ศ. 2561 และการมีอินเทอร์เน็ตในครัวเรือน เพิ่มขึ้นจากร้อยละ 52.20 ใน พ.ศ. 2558 เป็นร้อยละ 71.30 ใน พ.ศ. 2561 แต่เมื่อพิจารณาในรายละเอียด การเข้าถึงเทคโนโลยีสารสนเทศก็ยังไม่ได้ครอบคลุมทุกคน เช่น เมื่อ พิจารณาแต่ละภูมิภาค กรุงเทพมหานครมีผู้ใช้อินเทอร์เน็ตมากที่สุด ร้อยละ 81.20 รองลงมาคือภาคกลางที่ร้อยละ 66.70 และต่ำสุดที่ภาคตะวันออกเฉียงเหนือที่ร้อยละ 50 เมื่อพิจารณาในจังหวัดเดียวกันแต่ต่างพื้นที่ พบว่า ใน พ.ศ. 2561 ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตในเขตเทศบาล มีสัดส่วนร้อยละ 69.90 (จากร้อยละ 49.90 ใน พ.ศ. 2558) และนอกเขตเทศบาลมีเพียง ประมาณครึ่งเดียว คือ ร้อยละ 53.30 (จากร้อยละ 31.20 ใน พ.ศ. 2558)

ยิ่งกว่านั้น เมื่อพิจารณากิจกรรมที่ประชาชนทำผ่านอินเทอร์เน็ตจากการรวบรวมสถิติข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า “การเข้าถึงเทคโนโลยีสารสนเทศ” กับ “การเข้าถึงเทคโนโลยีสารสนเทศที่เป็นไปในทางหนุนเสริมการ มีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมาย” อาจไม่ได้มีพัฒนาการไปในทิศทางเดียวกัน เนื่องจากการศึกษาร่างกฎหมายจน สามารถจะให้ความคิดเห็นได้นั้น (หากไม่ใช่กรณีที่ประชาชนคนนั้นติดตามประเด็นนั้นๆ อยู่แล้ว) จำเป็นต้องมีเวลา พอสมควรทั้งเพื่อทำความเข้าใจเนื้อหาของร่างกฎหมายและภาษากฎหมาย และต้องมีอุปกรณ์ที่เหมาะสมในการ ค้นคว้าเพิ่มเติมและในการพิมพ์/ส่งความคิดเห็นด้วย จากสถิติระหว่าง พ.ศ. 2558-2561 ดังกล่าว กิจกรรมหลัก ของการใช้อินเทอร์เน็ตที่สำรวจ คือ การใช้สื่อสังคมออนไลน์ (Social Media) ที่ร้อยละ 95.10 รองลงมาคือกิจกรรม ในการสนทนาการต่างๆ เช่น การดาวน์โหลดรูปภาพ วิดีโอ และเพลง การเล่นเกม และการชมภาพยนตร์ ที่ร้อยละ 85.90 และลำดับที่สาม คือ การอัปโหลดรูปภาพ ภาพถ่าย หรือเพลงเพื่อการแบ่งปัน ที่ร้อยละ 57 ทั้งนี้ แม้พฤติกรรมการใช้ อินเทอร์เน็ตดังกล่าวจะมีได้เป็นตัวบ่งชี้ว่าประชาชนไม่สนใจร่างกฎหมายใหม่ (และอาจกล่าวได้ในทางตรงกันข้าม ว่าทำให้การเผยแพร่ข้อมูลของการจัดทำกฎหมายเป็นไปได้ดียิ่งขึ้น เช่น ในกรณีของการใช้สื่อสังคมออนไลน์) อย่งไร ก็ตาม วัตถุประสงค์หลักของการใช้สื่อสังคมออนไลน์ก็ยังเป็นไปเพื่อการสื่อสาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาประกอบ สถิติเกี่ยวกับอุปกรณ์ในการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตส่วนใหญ่ที่เป็นสมาร์ทโฟน (ที่ร้อยละ 96.90 เทียบกับคอมพิวเตอร์ ส่วนบุคคลที่ร้อยละ 35.40 และคอมพิวเตอร์โน้ตบุ๊กที่ร้อยละ 13.50) จึงไม่อาจสรุปได้ว่า การเผยแพร่การจัดทำ กฎหมายและใช้ช่องทางออนไลน์เป็นหลักจะเพียงพอสำหรับการทำให้เกิดการมีส่วนร่วมของประชาชนในการ จัดทำกฎหมายอย่างแท้จริงและมีความหมาย

<sup>431</sup> สำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, การสำรวจการมี การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสารในครัวเรือน พ.ศ. 2561 (ไตรมาส 4).

ในกรณีวิธีการขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด (15 วัน) ที่ถูกวิพากษ์ว่าไม่เพียงพอสำหรับการได้รับความคิดเห็น พอเห็นภาพได้จากเหตุการณ์ต่อไปนี้

ในการเปิดรับฟังความคิดเห็นกรณีร่างพระราชบัญญัติเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ) มีการเปิดรับฟังความคิดเห็นทางเว็บไซต์ เพียง 19 วัน ระหว่างวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2561 ถึง 23 กุมภาพันธ์ 2561 และต่อมาได้ตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้มีประเด็นสำคัญที่เปลี่ยนไปในระดับรากฐานความคิด เมื่อเทียบกับความผิดเกี่ยวกับเพศที่ใช้อยู่ในขณะนั้นที่แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ พ.ศ. 2550 ด้วยผลของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 เช่น การเปลี่ยนนิยามของการกระทำชำเราที่จะนำไปสู่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา การจัดระบบของความผิดเกี่ยวกับเพศ (ความผิดหนึ่งควรเป็นการข่มขืนกระทำชำเราหรือการกระทำอนาจาร) และหลักการการเป็นความผิดอันยอมความได้ของการข่มขืนกระทำชำเรา-การกระทำอนาจาร

ในการเปิดรับฟังความคิดเห็นกรณีร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติความผิดฐานทำแท้ง) ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมที่เป็นผลมาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563<sup>432</sup> ที่ได้ยกตัวอย่างมาแล้วครั้งหนึ่งในบทที่ 3 โดยศาลวินิจฉัยว่ามาตรา 301 (ฐานความผิดฐานหญิงทำแท้งตนเองแท้งลูก) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 28 (สิทธิในร่างกาย) โดยกำหนดให้คำบังคับของศาลมีผลเมื่อพ้น 360 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัย และแม้มาตราอื่นจะไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>433</sup> แต่ศาลก็ให้ข้อเสนอแนะว่าสมควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความผิดอาญาว่าด้วยการทำแท้ง หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับมอบหมายจากคณะรัฐมนตรีให้ยกร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยได้มีการเชิญภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง (รวมถึงองค์การเอกชนที่ทำงานในประเด็นการยุติการตั้งครรภ์) มาให้ความเห็นด้วย

อย่างไรก็ตาม กรณีการเปิดให้ประชาชนรับฟังความคิดเห็น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเปิดให้แสดงความเห็นร่างพระราชบัญญัติฯ เฉพาะทางเว็บไซต์ และภายในระยะเวลาเพียง 15 วัน คือ วันที่ 13-28 สิงหาคม 2563 เท่านั้น ทั้งที่ประเด็นนี้เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพและเนื้อตัวร่างกาย รวมถึงความเชื่อทางศาสนาของประชาชนโดยตรง และมีความจำเป็นอย่างมากที่จะต้องได้รับการอภิปรายจากสาธารณชนอย่างกว้างขวาง ทั้งในเชิงรากฐานความคิดทางปรัชญา (เช่น การแข่งขันกันระหว่างสิทธิในร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์และสิทธิของทารกในครรภ์) ความเชื่อทางศาสนา ความเชื่อโดยทั่วไปในสังคม ตัวร่างกฎหมายที่แก้ไข (เช่น ไม่สมควรให้หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกมีความผิดอาญาเลย หรือสมควรมีความผิดอาญาเฉพาะการทำแท้งตนเอง แท้งลูกเมื่อพ้นระยะเวลาหนึ่งที่ทารกในครรภ์ใกล้จะมีชีวิตแล้ว) ระยะเวลาที่ทำการยุติการตั้งครรภ์ได้อย่างปลอดภัย หลักการรูปแบบ และวิธีการในการขอรับบริการเพื่อยุติการตั้งครรภ์ เป็นอาทิ ในท้ายที่สุด สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>432</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563.

<sup>433</sup> ในคำวินิจฉัยนี้ อีกมาตราที่เป็นประเด็น คือ มาตรา 305 (อำนาจกระทำในความผิดฐานทำแท้ง กรณีการกระทำของหญิงที่เป็นแพทย์กระทำต่อตนเองหรือการกระทำต่อหญิงที่ยินยอมโดยแพทย์ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด) แต่ศาลวินิจฉัยว่าไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

จึงต้องขยายเวลาการรับฟังความคิดเห็นหลังจากมีผู้วิจารณ์ว่าระยะเวลาในการแสดงความคิดเห็นสั้นเกินไปและไม่มีการประชุมสัมพัทธ์ที่ดีพอจนประชาชนไม่ทราบและมีผู้มาแสดงความคิดเห็นเพียง 6 คน<sup>434</sup>

ประเด็นที่สาม การดำเนินการในทางปฏิบัติ กรณีที่หน่วยงานของรัฐจัดประชุมเพื่อรับฟังความคิดเห็นเวทีรับฟังความคิดเห็นเหล่านี้มักจัดในกรุงเทพมหานครหรือในเมืองใหญ่ประจำภูมิภาค อีกทั้ง การจัดการประชุมหลายครั้งขาดการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับกฎหมายนั้นๆ ยกตัวอย่างเช่น การจัดประชุมสัมมนาชี้แจงและรับฟังความคิดเห็นเพื่อประกอบร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. .... ในวันที่ 17 กรกฎาคม 2560 (เวลา 13:00-16:30 น.) ผู้เข้าอภิปรายเป็นบุคคลจากภาครัฐหรือเกี่ยวข้องกับรัฐโดยไม่มีภาคประชาสังคมร่วมอภิปรายและไม่มีเวลาที่จัดไว้สำหรับการรับฟังความคิดเห็นและการประชุมรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ผู้จัดได้สร้างขั้นตอนให้ประชาชนผู้ร่วมงานในการลงทะเบียนล่วงหน้าและสแกนบัตรประชาชน โดยจัดเวลาให้ประชาชนแสดงความคิดเห็นคนละสามนาที<sup>435</sup>

ใน พ.ศ. 2561 กรมกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ จัดการประชุมรับฟังความคิดเห็นเพื่อทบทวนกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี จำนวน 2 ครั้ง คือ วันที่ 24 เมษายน 2561 และวันที่ 28 พฤษภาคม 2561 ในการประชุมครั้งแรก มีผู้ร่วมงานจำนวนประมาณ 200 คน โดยส่วนใหญ่เป็นคนจากภาครัฐและมีภาคประชาสังคมเพียง 5 คน จาก 5 องค์กร ซึ่งน้อยมากเมื่อพิจารณาประกอบจำนวนพนักงานบริการทั้งประเทศที่มีประมาณ 300,000 คน และในการประชุมครั้งที่ 2 มูลนิธิเอ็มพาวเวอร์ (Empower) ซึ่งทำงานในประเด็นดังกล่าวและเป็นผู้แทนของชุมชนพนักงานบริการไม่ได้รับเชิญให้ไปร่วมงานและการจัดประชุมไม่ปรากฏเป็นข้อมูลสาธารณะทางเว็บไซต์<sup>436</sup>

### 6.3 กลไกคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย: แนวคิด หลักการ และอำนาจหน้าที่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้คณะรัฐมนตรีตั้งคณะกรรมการที่เป็นอิสระขึ้นมาหนึ่งคณะ เรียกว่า คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (คปก.) โดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการศึกษาและให้ข้อเสนอแนะในการจัดทำกฎหมายที่จำเป็นเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและมีเงื่อนไขให้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการรวมถึงการสนับสนุนการร่างกฎหมายของประชาชนด้วย<sup>437</sup> ต่อมา จึงได้มีการแต่งตั้ง

<sup>434</sup> ประชาไท, “ยื่น จม.เปิดผนึกคณะกรรมการกฤษฎีกา เสนอยกเลิกกฎหมายเอาผิดทำแท้ง,” ประชาไท, สืบค้นเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน 2563, <https://prachatai.com/journal/2020/09/89488>.

<sup>435</sup> iLaw, “เมื่อการรับฟังความคิดเห็นเป็นเพียงพิธีกรรมของรัฐ,” iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2563, <https://ilaw.or.th/node/4569>.

<sup>436</sup> iLaw, “จดหมายเปิดผนึก เรื่อง การไม่มีส่วนร่วมของพนักงานบริการซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการทบทวนกฎหมาย,” iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2563, <https://ilaw.or.th/node/4923>. ทั้งนี้ ต่อมา มีการจัดประชุมครั้งอื่นๆ และมีพนักงานบริการมีส่วนร่วม เช่น Thailand Plus, “สค.จัดประชุมรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียต่อการทบทวนกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี (ภาคเหนือ),” Thailand Plus, สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2563, <https://www.thailandplus.tv/archives/46649>.

<sup>437</sup> มาตรา 308 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

คณะกรรมการชุดแรก<sup>438</sup> มีทั้งอำนาจหน้าที่หลักและอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ปฏิรูปกฎหมาย<sup>439</sup> ซึ่งต่อมาถูกตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย พ.ศ. 2553

ตาม พ.ร.บ. คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายฯ การปฏิรูปกฎหมาย หมายถึง การดำเนินการใดๆ เพื่อปรับปรุงและพัฒนากฎหมายให้เกิดความเหมาะสม และเกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศชาติและประชาชน รวมทั้งการปรับปรุงกฎหมายให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นในด้าน การปฏิบัติการตามกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย การวินิจฉัยกฎหมาย การร่างกฎหมายหรือการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายทั้งระบบ ภายใต้คุณค่า ได้แก่ (1) หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (2) หลักความเป็นอิสระ (3) หลักนิติธรรมและหลักธรรมาภิบาล (4) หลักการดำเนินการบนพื้นฐานขององค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาและการวิจัย (5) หลักการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วน (6) หลักความคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน และ (7) หลักความสอดคล้องและทันต่อสถานการณ์ รวมทั้งความเปลี่ยนแปลงของประเทศและอารยประเทศ<sup>440</sup>

คปก.มีอำนาจหน้าที่ดังนี้<sup>441</sup>

(1) สำรวจ ศึกษา และวิเคราะห์ทางวิชาการ รวมตลอดทั้งวิจัยและสนับสนุนการวิจัย เพื่อประโยชน์ในการวางเป้าหมาย นโยบาย และจัดทำแผนโครงการและมาตรการต่างๆ ในการดำเนินการตาม (2)

(2) ปรับปรุงและพัฒนากฎหมายของประเทศ รวมทั้งการปรับปรุงกฎหมายให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยให้คำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนด้วย

(3) เสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับแผนการให้มีกฎหมาย หรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย โดยพิจารณาภาพรวมของกฎหมายในเรื่องนั้นหรือกลุ่มกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่มีความสัมพันธ์กันในเรื่องนั้น

(4) เสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับแผนการตรากฎหมายที่จำเป็นต่อการดำเนินการตามนโยบายและแผนการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อประกอบการพิจารณา

(5) เสนอความเห็นและข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาเกี่ยวกับร่างกฎหมายฉบับหนึ่งฉบับใดที่เสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ศาล องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ อาจจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของหน่วยงานและประชาชนที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณาด้วย

(6) ให้คำปรึกษาและสนับสนุนการดำเนินการในการร่างกฎหมายของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(7) ออกระเบียบหรือประกาศเกี่ยวกับการบริหารงานทั่วไป การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ การเงินและทรัพย์สิน การรักษาการแทนและการปฏิบัติการแทน การกำหนดอัตราเงินเดือนและค่าตอบแทน สวัสดิการหรือการสงเคราะห์อื่นแก่พนักงานและลูกจ้างของสำนักงานและการดำเนินการอื่นของสำนักงาน

<sup>438</sup> ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ลงวันที่ 13 พฤศจิกายน 2550.

<sup>439</sup> มาตรา 81 (3) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

<sup>440</sup> มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย พ.ศ. 2553.

<sup>441</sup> มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย พ.ศ. 2553.

(8) จัดทำรายงานผลการปฏิบัติหน้าที่ประจำปีเสนอต่อคณะรัฐมนตรี รัฐสภา และเผยแพร่ต่อสาธารณชนโดยให้คำนึงถึงประสิทธิภาพในการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าว

(9) ปฏิบัติการอื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นหรือตามที่คณะรัฐมนตรีมอบหมาย

ในขณะที่คณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งมีภารกิจหลักในการให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่รัฐบาล ได้มาจากการกระบวนคัดเลือกและเสนอชื่อโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและคัดเลือกในขั้นสุดท้ายโดยคณะกรรมการที่ประกอบด้วยกรรมการกฤษฎีกาและเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา<sup>442</sup> แต่การได้มาซึ่งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายแตกต่างจากการได้มาซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาตามอำนาจหน้าที่ที่กล่าวไปข้างต้น โดยมีความเชื่อมโยงกับภาคประชาสังคมอย่างใกล้ชิด เห็นได้จากองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา จำนวน 12 คน ได้แก่

(1) ปลัดกระทรวงยุติธรรม เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

(2) ผู้แทนคณาจารย์ประจำซึ่งสอนในสาขาวิชานิติศาสตร์

(ก) ในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ และมีการสอนระดับปริญญาในสาขาวิชานิติศาสตร์คัดเลือกกันเองให้เหลือสองคน และ

(ข) ในสถาบันอุดมศึกษาของเอกชนที่เป็นนิติบุคคล และมีการสอนระดับปริญญาในสาขาวิชานิติศาสตร์ คัดเลือกกันเองให้เหลือสองคน

(3) ผู้แทนองค์กรเอกชนที่ดำเนินการโดยมิใช่เป็นการหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักด้านแรงงาน ด้านสิทธิมนุษยชน ด้านการคุ้มครองผู้บริโภค และด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ โดยคัดเลือกกันเองให้เหลือด้านละหนึ่งคนรวมเป็นสี่คน

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการยึดอำนาจการปกครองโดยคสช.และเมื่อคปก.ในขณะนั้นหมดวาระ หัวหน้าคสช.ได้มีคำสั่งให้ระงับการสรรหา คปก.ชุดใหม่ ให้ คปก.ชุดเดิมที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในระหว่างสรรหาคณะกรรมการชุดใหม่พ้นจากตำแหน่ง และให้สำนักงาน คปก.ปฏิบัติหน้าที่สนับสนุนการทำงานของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือหน้าที่ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมาย โดยให้เหตุผลว่าขณะนั้นอยู่ระหว่างการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งอาจมีรายละเอียดของการปฏิรูปกฎหมายที่แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 ที่ถูกยกเลิกไปแล้ว และเพื่อป้องกันไม่ให้มีองค์กรที่มึการทำงานซ้ำซ้อนกับองค์กรที่ทำหน้าที่ปฏิรูปกฎหมายที่ตั้งขึ้นโดย คสช.<sup>443</sup> และในท้ายที่สุดได้มีการยกเลิก คปก.โดยคงไว้เฉพาะสำนักงาน คปก.เท่านั้น (ในคำสั่งฉบับเดียวกับที่ให้ยกเลิกกฎหมายว่าด้วยสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและกฎหมายว่าด้วยสภาพัฒนาการเมือง) โดยให้เหตุผลว่า<sup>444</sup>

<sup>442</sup> มาตรา 13/1 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522.

<sup>443</sup> คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 20/2558 เรื่อง ระงับการสรรหาและคัดเลือกบุคคลเพื่อเสนอชื่อเป็นกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2558.

<sup>444</sup> คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 71/2559 เรื่อง การยกเลิกกฎหมายว่าด้วยสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ กฎหมายว่าด้วยสภาพัฒนาการเมือง และกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2559.

โดยที่องค์กรดังกล่าวได้ชะลอการดำเนินการมาแล้วระยะหนึ่ง บัดนี้สมควรกำหนดทิศทางการดำเนินการต่อไปให้ชัดเจนตามข้อเท็จจริงที่ว่าขณะนี้อยู่ในช่วงการดำเนินการเรื่องยุทธศาสตร์ชาติ การปฏิรูปประเทศ และการประกาศใช้บังคับของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งต่อไปจะต้องดำเนินการจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับองค์กรดังกล่าวเพื่อรับผิดชอบดำเนินการตามแผนยุทธศาสตร์ชาติและการปฏิรูปประเทศ ซึ่งรวมถึงงานด้านการพัฒนาการเมือง การปฏิรูปกฎหมาย การให้คำปรึกษาทางเศรษฐกิจและสังคม ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินการเกี่ยวกับยุทธศาสตร์ชาติและการปฏิรูปประเทศด้านต่างๆ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ซ้ำซ้อนกัน และผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถทำงานตลอดจนบริหารจัดการด้านบุคลากร งบประมาณ ทรัพย์สิน อาคาร สถานที่ อำนาจหน้าที่ และด้านอื่นๆ ได้อย่างประหยัดและสอดคล้องกัน เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปและการบริหารราชการแผ่นดิน

ทั้งนี้ ตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการ คปก.ได้ช่วยให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายพอสมควร อย่างไรก็ตาม แม้ภารกิจของ คปก.จะดำเนินไปในทางบวก แต่ในแง่ของผลในเชิงรูปธรรม อาจกล่าวได้ว่าไม่ประสบความสำเร็จนัก เนื่องจากรัฐบาลมักปฏิเสธร่างกฎหมายที่เสนอโดยประชาชนโดยการร่างกฎหมายที่มีเนื้อหาเดียวกันจากหน่วยงานของรัฐมาทับกัน ร่างกฎหมายของประชาชนจึงมักไม่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาล ยิ่งกว่านั้นขณะนี้ ยังไม่เคยมีร่างกฎหมายที่เสนอโดยประชาชนได้รับการตราเป็นพระราชบัญญัติแม้แต่ฉบับเดียว<sup>445</sup>

#### 6.4 การสำรวจกลไกที่ประกันการมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายในระดับสากลและในต่างประเทศ

หลักสากลของการวิเคราะห์ผลกระทบกฎหมาย (RIA) สามารถศึกษาได้จากหลักการที่ออกโดย OECD ซึ่งประเทศไทยได้นำมาประยุกต์และออกเป็นหลักเกณฑ์ฯ (Checklist) ตามที่กล่าวไปในช่วงต้น เมื่อมุ่งสนใจไปเฉพาะประเด็นการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน พบว่า OECD ให้ความสำคัญต่อหลักการนี้ในระดับสูง ร่วมกับความจำเป็น (Necessity) ความมีประสิทธิภาพ (Effectiveness) ความได้สัดส่วน (Proportionality) การคาดหมายได้ (Predictability) ความโปร่งใส (Transparency) ความรับผิดชอบ (Accountability) และความไม่ซับซ้อน (Simplicity)<sup>446</sup>

ในบริบทของการทำ RIA ในภาพกว้าง (ซึ่งรวมถึงกระบวนการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนด้วย) OECD เห็นว่า หน่วยงานของรัฐที่เสนอร่างกฎหมายจะต้องเป็นหน่วยงานที่ทำ RIA เอง โดยบางประเทศอาจใช้ที่ปรึกษาภายนอกในการดำเนินการบางส่วนโดยเฉพาะช่วงต้นของกระบวนการ (เช่น การทำโครงการนำร่อง) ก็ได้ตามที่ เป็นแนวปฏิบัติของบางประเทศ อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะดำเนินการแบบใด ข้อสำคัญ คือ ประเทศนั้นจะต้องสร้าง

<sup>445</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), “โครงการศึกษาวิจัยเรื่อง การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis),” บทที่ 4 หน้า 8.

<sup>446</sup> Organisation for Economic Co-operation and (OECD), "Best Practice Principles for Regulatory Policy Regulatory Impact Assessment," (2020) 17.

คณะทำงานหลักขึ้นมาหนึ่งคณะ โดยในคณะทำงานมีบทบาทหน้าที่ที่แตกต่างหลากหลายและตัดข้ามกันไปมาและประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านต่างๆ เนื่องจากการทำ RIA จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการหลายประเด็น หลักการนี้เป็นหลักการที่งานวิจัยเห็นว่า ในภาวะที่การเปิดโอกาสให้ภาคประชาสังคมมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายในประเทศไทยยังไม่เป็นระบบและกระจัดกระจายอยู่ในหลายหน่วยงานจนประชาชนไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าจะมีส่วนร่วมได้อย่างไร การสร้างคณะทำงานหลักขึ้นมาจะสามารถจัดปัญหานี้ได้<sup>447</sup>

ใน *คู่มือว่าด้วยการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการจัดทำกฎหมาย* พาร์ลอเมริกาส์ (ParlAmericas) (องค์การเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมประชาธิปไตยระดับชาติและภูมิภาคอเมริกา (ทั้งอเมริกาเหนือและอเมริกาใต้)) ได้ตั้งข้อสังเกตว่า แม้ช่องทางออนไลน์จะมีความสำคัญและเข้าถึงง่ายในปัจจุบัน แต่การส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนต้องคำนึงถึงผู้ที่ไม่สามารถเข้าถึงอุปกรณ์และอินเทอร์เน็ตด้วยเพื่อให้การมีส่วนร่วมครอบคลุมทางสังคมมากที่สุด<sup>448</sup> นอกจากนี้ พาร์ลอเมริกาส์เห็นว่าการมีส่วนร่วมสามารถทำได้หลายรูปแบบและในทุกกระบวนการของการจัดทำกฎหมาย จากการสำรวจแนวปฏิบัติที่ดีในภูมิภาคอเมริกา องค์การพบตัวอย่าง ดังนี้<sup>449</sup>

1. ในกรณีช่องทางทางกายภาพ (In-person Activities) รวมถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนในสำนักงานของรัฐ การจัดการประชุมหรือการอบรมกับองค์การภาคประชาสังคมเป็นการเฉพาะ การจัดส่วนรับผิดชอบเชิงสถาบัน (โดยเฉพาะในรัฐสภา) การเดินทางสู่ชุมชน การประชุมที่ศาลากลาง การจัดการประชุมกลุ่มย่อย การจัดการรับฟังโดยคณะกรรมการ (โดยมีผู้เข้าร่วมและส่งคำร้อง เช่น พยาน ผู้เชี่ยวชาญ หรือผู้มีส่วนได้เสีย) การพบกับหน่วยงานของรัฐหรือการส่งความคิดเห็น การจัดตั้งสมัชชาประชาชนหรือลูกขุนประชาชน การจัดสำนักงานสำหรับผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือช่วงเวลาสำหรับผู้มีสิทธิเลือกตั้ง การประชุมระหว่างพรรคการเมือง การประชุมเชิงนโยบาย และการจัดตั้งสมาคมของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง เป็นต้น

แนวปฏิบัติที่น่าสนใจและอาจไม่คุ้นเคยในประเทศไทย เช่น การจัดตั้งสมัชชาประชาชนหรือลูกขุนประชาชน โดยเป็นการดำเนินการในทำนองเดียวกับหลักการของลูกขุนในคดีอาญา คือ การสุ่มเลือกประชาชนให้ศึกษาประเด็นที่กำหนดในเชิงลึกและให้ความเห็นต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบ วิธีการนี้มีให้นำไปใช้ในจังหวัดออนตาริโอ ประเทศแคนาดา ในการตรวจสอบกฎหมายว่าด้วยระบบการเลือกตั้ง และต่อมานำไปใช้ในการทำประชามติทั่วจังหวัด<sup>450</sup> การจัดสำนักงานสำหรับผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือช่วงเวลาสำหรับผู้มีสิทธิเลือกตั้ง คือ การจัดสำนักงานในรัฐสภาและช่วงเวลาให้สมาชิกรัฐสภารับฟังความคิดเห็นจากประชาชน โดยอาจมีการจัดระบบช่วยเหลือค่าเดินทางด้วย หรือในกรณีที่ประชาชนไม่สามารถเดินทางได้ อาจตั้งสำนักงานชั่วคราวในพื้นที่นั้นๆ ในลักษณะของ “การสัญจร” (เช่น การตั้งสำนักงานชั่วคราวในลักษณะสัญจรของรัฐสภาแคนาดา) หรืออาจมีการกำหนดช่วงเวลาสำหรับการ

<sup>447</sup> Ibid., 19.

<sup>448</sup> ParlAmericas, *Citizen Participation in the Legislative Process* (Ontario: International Secretariat of ParlAmericas, 2016), 24, accessed November 1, 2020, [https://parlamericas.org/uploads/documents/Toolkit\\_Citizen%20Participation%20in%20the%20Legislative%20Process.pdf](https://parlamericas.org/uploads/documents/Toolkit_Citizen%20Participation%20in%20the%20Legislative%20Process.pdf).

<sup>449</sup> ดูเพิ่มเติมใน Ibid., 24-35.

<sup>450</sup> Ibid., 24.

รับฟังความคิดเห็นในพื้นที่ต่างๆ ก็ได้ (เช่น สภาผู้แทนราษฎรของประเทศชิลีและสมาชิกรัฐสภาของประเทศเปรู กำหนดช่วงเวลาหนึ่งของทุกเดือนให้สมาชิกสภากลับไปรับฟังความคิดเห็นในพื้นที่ของตนเอง) ทั้งนี้ ข้อสำคัญที่ต้องระวังคือการดำเนินการเหล่านี้ต้องมีใช่เป็นไปเพื่อการรวบรวมพรรคพวกของพรรคการเมืองหรือการกระทำในนามพรรคหนึ่งพรรคใด<sup>451</sup>

2. ในกรณีช่องทางออนไลน์ (Digital Tools) รวมถึงการทำข้อเสนอและการยื่นคำร้องออนไลน์ การใช้ระบบออนไลน์ (Online Portal) และแอปพลิเคชันมือถือ การติดต่อกับสมาชิกรัฐสภาผ่านช่องทางออนไลน์ การให้ข้อมูลกับคณะกรรมการทางออนไลน์ การปรึกษาทางออนไลน์ เป็นต้น

3. ในกรณีช่องทางสื่อสารแบบดั้งเดิมและสังคมออนไลน์ รวมถึงการใช้สื่อสังคมออนไลน์ การใช้ช่องทางวิทยุและโทรทัศน์ เป็นต้น

ในกรณีของการออกกฎ (Rule) ซึ่งหน่วยงานต่างๆ มีอำนาจหน้าที่ในการตรา ประเทศสหรัฐอเมริกา ใช้นโยบาย “การตรากฎหมายภายใต้ระบบการแจ้งข้อมูลและรับความคิดเห็นจากสาธารณะ (Public-Notice-and-Comment Rulemaking: NPRM)” โดยระบบการรับฟังความคิดเห็นได้รับการรับรองในรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1946 (พ.ศ. 2489) (Administrative Procedure Act 1946 (“APA”)) โดยกำหนดให้หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานต้องเปิดให้มีการรับฟังความคิดเห็นในการออกกฎต่างๆ โดยมีช่องทางส่วนกลางได้แก่ “หนังสือทะเบียนของสหพันธรัฐ (Federal Register)”<sup>452</sup> ซึ่งในปัจจุบันกำหนดให้อยู่ในระบบออนไลน์ในเว็บไซต์ของรัฐบาลด้วยอำนาจของรัฐบัญญัติรัฐบาลอิเล็กทรอนิกส์ (E-government Act 2002) (พ.ศ. 2546) APA กำหนดเงื่อนไขให้หน่วยงานของรัฐต้องเปิดรับฟังความคิดเห็นโดยสังเขปดังนี้<sup>453</sup>

1. การแจ้ง (Notice) การแจ้งต้องทำผ่าน Federal Register (เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎระบุถึงบุคคลเป็นการเฉพาะและบุคคลนั้นปฏิบัติงานในหน่วยงานนั้นหรือได้รับการแจ้งตามกฎหมายแล้ว) และต้องประกอบด้วย (1) รายละเอียดของเวลา สถานที่ และลักษณะของการดำเนินการจัดทำกฎ (2) อำนาจในการตรากฎ (3) รายละเอียดของกฎที่มีการเสนอ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ของการแจ้งมีข้อยกเว้นไว้จำนวนหนึ่ง

2. กระบวนการ (Procedure) เมื่อมีการแจ้งแล้ว หน่วยงานของรัฐต้องเปิดโอกาสให้มีการแสดงความคิดเห็น โดยอาจมีการให้มาแสดงความคิดเห็นด้วยวาจาก็ได้

<sup>451</sup> Ibid., 29.

<sup>452</sup> ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐ (Agency) หมายถึง หน่วยงานของรัฐบาลทุกหน่วยงาน โดยไม่รวมถึงรัฐสภา (Congress) พื้นที่ว่างเปล่าที่ไม่มีผู้อยู่อาศัย (Governments of the Possessions) อาณาเขต (Territories) หรือเขตการปกครองพิเศษ โคโลัมเบีย (District of Columbia) และกฎที่อยู่ที่ไม่อยู่ภายใต้นโยบายดังกล่าว คือ กฎหมายที่จัดการกับเรื่องการทหารหรือการต่างประเทศ และกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดองค์กร หรือบุคลากร หรือทรัพย์สิน เงินกู้ เงินสนับสนุน ประโยชน์ หรือสัญญาสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ หน่วยงานของรัฐมักจะไม่เลือกใช้ข้อยกเว้นนี้ ภายใต้อำนาจที่ยังคงข้อยกเว้นได้อยู่หากอยู่ภายใต้เหตุอันสมควร. ดู Section 4 of the Administrative Procedure Act 1946; United States Center for Effective Government, “Notice-and-Comment-Rulemaking,” United States Center for Effective Government, accessed November 3, 2020, <https://www.foreffectivegov.org/node/2578>.

<sup>453</sup> Section 1 and 4 of the Administrative Procedure Act 1946.

3. การมีผลใช้บังคับ (Effective Date) หากไม่มีการยกเว้นไว้ตามกฎหมาย หลังจากมีการประกาศแล้ว กฎจะต้องมีระยะเวลาก่อนมีผลใช้บังคับไม่น้อยกว่า 30 วัน

4. การยื่นคำร้อง (Petitions) หน่วยงานของรัฐจะต้องยอมให้มีผู้มีส่วนได้เสียได้ใช้สิทธิในการยื่นคำร้องเกี่ยวกับการตรา แก้ไขเพิ่มเติม หรือเพิกถอนกฎ

กระบวนการในทางปฏิบัติแบ่งได้ ดังนี้<sup>454</sup>

1. การเผยแพร่ข้อมูลต่อสาธารณะ ตามหลักการ NPRM ข้างต้น หน่วยงานของรัฐต้องเผยแพร่ร่างกฎหมายที่จัดทำในขั้นแรกสุด โดยต้องประกอบด้วยรายละเอียดที่กฎหมายกำหนดซึ่งเป็นข้อมูลที่มีความเฉพาะเจาะจงซึ่งจะทำให้ประชาชนไปค้นคว้าเพิ่มเติมได้ และต้องมีการอ้างอิงหลักฐานและงานสำคัญในการจัดทำร่างกฎหมายด้วย ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงการเข้าถึงที่แท้จริง กล่าวคือ ต้องใช้ภาษาที่ไม่ใช่ภาษากฎหมายและเข้าใจได้ง่าย และมีการแจ้งเตือนประชาชนทางอีเมลด้วย

2. การเปิดรับฟังความคิดเห็นสาธารณะ การเปิดรับฟังความคิดเห็นผ่านเว็บไซต์กลางของรัฐบาล เช่น เดิม โดยมักกำหนดระยะเวลาเปิดรับฟังความคิดเห็นประมาณ 30-60 วัน อีกทั้ง ยังรับฟังความคิดเห็นผ่านทางไปรษณีย์และทางอีเมลด้วย นอกจากนี้ หน่วยงานของรัฐมักจัดเวทีรับฟังความคิดเห็น โดยเฉพาะในเรื่องที่กระทบต่อสังคมและชุมชน เช่น กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

3. การเผยแพร่ร่างกฎหมายฉบับสุดท้าย กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นจะมีการเปิดให้ประชาชนเข้าถึงประกอบการสรุปความคิดเห็นที่ได้รับและการนำความเห็นไปปรับใช้ ผ่านเว็บไซต์เช่น เดิม และโดยมากกฎหมายจะมีผลใช้บังคับหลังจากเผยแพร่ประมาณ 30-60 วัน ทั้งนี้ ในส่วนอารัมภบทของกฎหมาย จะต้องมีกรกล่าวถึงการรับฟังความคิดเห็นและการนำความเห็นไปปรับใช้ด้วย

ทั้งนี้ แม้กรณีศึกษาของสหรัฐอเมริกาจะเป็นกรณีของการออกกฎของฝ่ายบริหาร แต่ก็แสดงให้เห็นว่า แม้แต่กฎที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่ต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายที่สูงกว่าในการตราซึ่งโดยทั่วไปแล้ว จะกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ รัฐก็ยังคงกำหนดให้หน่วยงานของรัฐผูกพันกับหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนตั้งแต่ พ.ศ. 2489

ในแง่แนวทางปฏิบัติ อาจเห็นแนวปฏิบัติที่ดีได้ดังนี้ ทั้งนี้ งานวิจัยยกตัวอย่างเหล่านี้ขึ้นมาเพื่อให้เห็นความครอบคลุมทางสังคม (Social Inclusion) ไม่ได้เน้นวิธีการใดโดยเฉพาะ เช่น ในตัวอย่างของประเทศเอสโตเนีย (Estonia) ที่เน้นระบบการเข้าถึงบริการของรัฐผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศด้านล่าง งานวิจัยเน้นไปที่ความเข้าถึงง่ายของข้อมูลและการสื่อสารกับรัฐบาล โดยมีได้หมายความว่าวิธีการทางเทคโนโลยีสารสนเทศจะดีที่สุดในประเทศที่ความเสมอภาคในโอกาสการเข้าถึงเทคโนโลยีและอินเทอร์เน็ตยังเป็นข้อท้าทายดังเช่นประเทศไทยในปัจจุบัน

ประเทศเอสโตเนียมีชื่อเสียงในการใช้ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการดำเนินกิจการต่างๆ ของภาครัฐในลักษณะที่เป็นช่องทางหลักช่องทางเดียว (ต่างจากกรณีของประเทศไทยที่ข้อมูลแต่ละเรื่องจะปรากฏในเว็บไซต์ของหน่วยงานนั้นๆ) ซึ่งเรียกในภาษาอังกฤษว่า Estonian Sate Portal (“ระบบ e-Estonia”) ทั้งนี้

<sup>454</sup> เรียบเรียงจาก iLaw, “ความรู้เบื้องต้นเรื่องการทำ RIA: คู่มืออย่างการจัดรับฟังความคิดเห็นจากอเมริกา,” iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน 2563, <https://ilaw.or.th/node/4557>.

หลักการสำคัญสามประการของความสำเร็จของระบบ e-Estonia คือ (1) การมีระบบบัตรประชาชน (เช่นเดียวกับประเทศไทย แต่ต่างจากประเทศในยุโรปบางประเทศ เช่น สหราชอาณาจักร) (2) การมีระบบรักษาความปลอดภัยของการเชื่อมต่อระหว่างสำนักทะเบียนงานของรัฐและฐานข้อมูล เรียกว่า X-road ซึ่งถือเป็น “กระดูกสันหลังของระบบ e-Estonia” และ (3) การตัดสินใจให้ไม่มีการรวบรวมข้อมูลไว้ที่เดียวเพื่อความปลอดภัย โดยหน่วยงานของรัฐแต่ละหน่วยงานมีหน้าที่ปรับปรุงฐานข้อมูลอย่างต่อเนื่อง แต่ฝั่งประชาชนรับและสื่อสารผ่านช่องทางเดียว ทั้งนี้เนื่องจากเอสโตเนียเห็นว่าวิธีการที่ดีที่สุดในการดำเนินการตามรัฐบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลคือการให้เจ้าของข้อมูลตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูลและติดตามการกระทำต่อข้อมูลของตนเองได้ นอกจากนี้ รัฐบาลก็พัฒนาระบบอย่างต่อเนื่องเพื่อการเข้าถึงที่เป็นมิตรและครอบคลุมสำหรับทุกคนและอุปกรณ์ทุกรูปแบบด้วย นอกจากนี้ระบบ e-Estonia ยังวางอยู่บนหลักของความโปร่งใส นอกจากประชาชนจะตรวจสอบข้อมูลของตนเองได้แล้วประชาชนยังควรตรวจสอบได้ด้วยว่าข้อมูลต่างๆ ของตนมีการเข้าถึงและถูกนำไปใช้งานอย่างไรบ้าง<sup>455</sup>

ในทางปฏิบัติของการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมในการจัดทำกฎหมาย ประเทศเอสโตเนียใช้ช่องทางดังกล่าวเป็นช่องทางหลักไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเนื้อหาใด (พร้อมไปกับการเข้าถึงบริการสาธารณะออนไลน์อื่นๆ) โดยร่างกฎหมาย การแก้ไข และแผนดำเนินการ จะถูกเผยแพร่ในขั้นต้น และประชาชนสามารถให้ความเห็นทางระบบ e-Estonia แม้หน่วยงานของรัฐจะไม่ตอบทุกความคิดเห็น แต่ผู้ที่รับผิดชอบจะพิจารณาและวิเคราะห์ความคิดเห็นทั้งหมด และนำข้อมูลเข้าสู่ระบบออนไลน์ให้เห็นเป็นการสาธารณะ พร้อมระบุว่าแต่ละความเห็นมีผลการพิจารณาอย่างไร ได้แก่ นำความคิดเห็นไปใช้ในขั้นตอนต่อไป คือ ในขั้นการประชุมระหว่างรัฐมนตรี (เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมาย) หรือไม่นำความคิดเห็นไปใช้ โดยประกอบเหตุผลของการไม่นำไปใช้ด้วย ทั้งนี้ ประชาชนสามารถติดตามความเคลื่อนไหวของร่างกฎหมายได้ตลอดผ่านช่องทางนี้เช่นกัน นอกจากนี้ ระบบ e-Estonia ยังเป็นช่องทางสำหรับการดำเนินกิจกรรมอื่นๆ ของผู้มีส่วนได้เสียด้วย อาทิ การให้ความเห็นเป็นรายกลุ่ม การรวบรวมรายชื่อ และการยื่นคำร้อง<sup>456</sup>

## 6.5 ข้อเสนอในการเพิ่มกลไกที่ สนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายในประเทศไทย

ตามที่ได้ทบทวนข้อจำกัดของการมีส่วนร่วมในการร่างกฎหมายในปัจจุบัน ทบทวนกลไกที่สนับสนุนการมีส่วนร่วมในการร่างกฎหมายในประเทศไทย และทบทวนกลไกที่มีประสิทธิภาพในต่างประเทศ งานวิจัยมีความเห็นว่า การที่จะทำให้เกิดความเท่าเทียมที่แท้จริงที่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมอันเป็นเป้าหมายสูงสุดของเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs รัฐจำเป็นต้องจัดตั้งกลไกที่เป็นอิสระซึ่งมีหน้าที่ในการสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนอย่างแท้จริงและมีความหมาย มิใช่เฉพาะในเชิงกระบวนการเท่านั้น แต่เป็นในเชิงเนื้อหาด้วย

<sup>455</sup> e-Estonia, “Estonia’s Digital Link between The Citizen, the Entrepreneur and the State,” e-Estonia, accessed November 4, 2020, <https://e-estonia.com/estonias-digital-link-between-the-citizen-the-entrepreneur-and-the-state/>.

<sup>456</sup> European Center for Non-for Profit Law and Council of Europe, “Civil Participation in Decision-Making Processes: An Overview of Standards and Practices in Council of Europe Member States,” (2016) 36.

ในทำนองเดียวกับการมีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่มีหน้าที่ตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในเชิงรุกที่เป็นอิสระอย่างแท้จริงตามที่ได้เสนอไปในบทที่ 4

นอกจากนี้ การศึกษาตัวอย่างบทเรียนของการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมในการจัดทำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลไกสุขภาพ ไม่ว่าจะเป็นร่างกฎหมายที่จัดทำโดยหน่วยงานของรัฐหรือโดยภาคประชาชน จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ข้อเสนอแนะของงานวิจัยฉบับนี้ แม้ว่าบทนี้จะเน้นไปที่การมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายที่เสนอโดยหน่วยงานต่างๆ ของรัฐ และมุ่งศึกษาการมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นและการติดตามการดำเนินการจัดทำกฎหมายก็ตาม กรณีศึกษาที่กล่าวถึงได้แก่กรณีของพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพ พ.ศ. 2545 กล่าวโดยสรุป ในระหว่างการจัดทำกฎหมาย ร่างกฎหมายดังกล่าวมีทั้งหมดหกฉบับ ได้แก่ ฉบับที่เสนอโดยรัฐบาล (หน่วยงานของรัฐ) ฉบับที่เสนอโดยภาคประชาชน และฉบับที่เสนอโดยพรรคการเมือง จำนวน 4 ฉบับ ในท้ายที่สุด แม้ร่างของภาคประชาชนจะไม่ได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายโดยตรง แต่ภาคประชาชนก็ได้มีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติด้วย ในแง่หนึ่ง เหตุการณ์นี้แสดงให้เห็นถึงความสำคัญและความสำเร็จในระดับหนึ่งของการที่ภาคประชาชนมีส่วนร่วมในการบัญญัติกฎหมายในชั้นกระบวนการนิติบัญญัติ (ในระดับรัฐสภา) แต่ในอีกแง่หนึ่ง เหตุการณ์นี้ก็แสดงให้เห็นถึงข้อท้าทายของการจัดทำกฎหมายจากร่างที่เสนอโดยประชาชน ซึ่งจนถึงบัดนี้ยังไม่มีกฎหมายฉบับใดเลยที่บัญญัติขึ้นจากร่างกฎหมายฉบับที่เสนอด้วยวิธีการนี้

ในประเด็นแรก เหตุหนึ่งที่ภาคประชาชนได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายที่ต่อมาได้รับการบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติเป็นผลมาจากการที่ร่างกฎหมายฉบับประชาชนต้องผ่านการพิจารณาในรัฐสภาผ่านคณะกรรมการการสาธารณสุข สภาผู้แทนราษฎร โดยการสนับสนุนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหนึ่ง ทั้งนี้ ภาคประชาชนได้เข้าไปเป็นคณะกรรมการวิสามัญ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติในชั้นสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 5 คน เป็นโควตาของรัฐบาล 2 คน พรรคไทยรักไทย 2 คน และพรรคประชาธิปัตย์ 1 คน และได้มีส่วนร่วมในการจัดเวทีรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนที่จัดขึ้นในสี่ภาคจำนวนรวมสี่ครั้งด้วย และในชั้นวุฒิสภา ภาคประชาชนได้เป็นคณะกรรมการวิสามัญ วุฒิสภา จำนวน 3 คน

ในประเด็นหลัง มูลนิธิคุ้มครองผู้บริโภคได้สรุปบทเรียน ปัญหา และอุปสรรคของการจัดทำร่างกฎหมายนี้ด้วยวิธีการเสนอชื่อของประชาชนไว้<sup>457</sup> กล่าวโดยสรุป การยกร่างกฎหมายต้องการความเชี่ยวชาญ ในประเด็นเฉพาะ ภาคประชาชนมีข้อจำกัดบางประการในการรณรงค์และรวบรวมรายชื่อ เนื่องจากต้องมีการจัดเวทีทำความเข้าใจและรณรงค์ซึ่งต้องใช้ระยะเวลา กำลังคน และค่าใช้จ่าย การต้องรวบรวมเอกสารบางประการซึ่งประชาชนจำนวนหนึ่งไม่ได้นำติดตัวไว้ เป็นต้น รวมถึงการที่รายชื่อบางส่วนใช้ไม่ได้จนทำให้ต้องมีการยื่นรายชื่อเพิ่มเติมจนถึงจำนวนขั้นต่ำของการเสนอร่างกฎหมายโดยประชาชน ปัญหาจากหน่วยงานรัฐที่มีความล่าช้าในการดำเนินการต่างๆ โดยเฉพาะการตรวจสอบรายชื่อและปัญหาเชิงเทคนิคของการประสานข้อมูลระหว่างหน่วยงานรัฐเอง (การตรวจสอบรายชื่อทั้งกระบวนการ จำนวนประมาณเกือบ 70,000 รายชื่อ ซึ่งดำเนินการโดยหลายหน่วยงาน ใช้เวลาเกือบ 90 วัน) ฯลฯ รวมถึงปัญหาจากฝ่ายการเมือง (สมาชิกวุฒิสภา) ที่ไม่ให้ความสำคัญกับ

<sup>457</sup> สารี อ่องสมหวัง และรุจรี แสงแกลง (มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค), “บทเรียน: การรวบรวมรายชื่อประชาชนเพื่อเสนอร่างกฎหมาย กรณีการเข้าชื่อประชาชน 50,000 รายชื่อ ในการเสนอพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545,” iLaw, สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2563, <https://www.ilaw.or.th/node/289>.

ร่างกฎหมายของประชาชนโดยมุ่งให้รับร่างของรัฐบาลหรือร่างที่เสนอโดยพรรคการเมือง นอกจากนี้ การตรวจสอบรายชื่อที่มีปัญหาอุปสรรคตามที่กล่าวไปทำให้ร่างกฎหมายของภาคประชาชนเข้าสู่รัฐสภาไม่ทัน จึงต้องมีการเจรจาต่อรองกับพรรคการเมือง เพื่อให้ร่างกฎหมายได้รับการสนับสนุนโดยพรรคการเมือง และท้ายที่สุดจึงได้รับการพิจารณาในรัฐสภา

แม้ตัวอย่างความสำเร็จและบทเรียนเหล่านี้จะอยู่นอกเหนือประเด็นที่มุ่งอภิปรายและเสนอแนะในบทนี้ แต่ก็มีความเกี่ยวข้องอย่างยิ่ง และเป็นการเน้นย้ำว่า การมีกลไกที่ทำหน้าที่เฉพาะในการสนับสนุนการจัดทำกฎหมาย รวมถึงในเชิงวิชาการ มีความสำคัญเป็นอย่างมาก ซึ่งจะทำให้การมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายเป็นไปได้อย่างแท้จริงและมีความหมาย และจะเป็นแนวทางสำหรับกลไกที่เสนอแนะ

ข้อเสนอแนะในเชิงหลักการของกลไกนี้ ประกอบไปด้วยสามส่วน ได้แก่ (1) รากฐานความคิดของกลไก (2) ลักษณะและที่มาของกลไก และ (3) อำนาจหน้าที่ของกลไก ดังนี้

### รากฐานความคิดของกลไก

จากการทบทวนข้อจำกัดของกลไกในปัจจุบัน หลักการและแนวทางในระดับสากลและในต่างประเทศ และความเห็นของภาคส่วนต่างๆ ชำงตัน งานวิจัยเห็นว่า การมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ในกรณีการเสนอร่างกฎหมายโดยคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายกฎหมายที่ถูกตราขึ้นในความเป็นจริงสมควรเริ่มตั้งแต่ในขั้นการรวบรวมความคิดเห็นและการยกร่าง มิใช่บังคับเฉพาะในขั้นที่มีการร่างกฎหมายมาแล้ว และต้องบังคับให้ทุกหน่วยงานดำเนินการดังกล่าว มิใช่เปิดให้เป็นดุลพินิจของหน่วยงานว่าจะเปิดรับฟังความคิดเห็นหรือไม่ ตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาข้างต้น

การจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นต้องทำให้ง่ายที่สุด ส่งเสริมการมีส่วนร่วมอย่างแท้จริงและครอบคลุมทุกกลุ่มคน และสอดคล้องกับบริบทของประเทศไทยด้วย ดังนั้น ในแง่ความง่ายของการเข้าถึงและครอบคลุมทุกกลุ่มคน ประเทศไทยอาจดำเนินการตามประเทศเอสโตเนีย แต่ในระยะแรก ต้องตระหนักถึงข้อเท็จจริงของความไม่เท่าเทียมในการเข้าถึงอุปกรณ์และอินเทอร์เน็ต จึงสมควรใช้ช่องทางที่แตกต่างหลากหลายมากกว่าช่องทางออนไลน์ เช่น การพิจารณาแนวปฏิบัติที่ดีและสอดคล้องกับแต่ละบริบทในภูมิภาคอเมริกา

แม้หน่วยงานของรัฐแต่ละหน่วยงานจะเป็นผู้เชี่ยวชาญที่สุดในเนื้อหาของร่างกฎหมายนั้นๆ และหากมีการตรากฎหมายขึ้น ก็จะเป็นองค์กรหลักในการนำกฎหมายไปใช้เพื่อจัดบริการสาธารณะ อย่างไรก็ตาม หน่วยงานของรัฐก็มีการกิจหลักอยู่แล้วและไม่มีความเชี่ยวชาญในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน ซึ่งมีแนวโน้มที่จะทำให้การมีส่วนร่วมของประชาชนไม่เป็นระบบและไม่รวมไว้เป็นที่เดียวดังเช่นในปัจจุบัน ดังนั้น ในภารกิจส่งเสริมการมีส่วนร่วม สมควรมีกลไกกลางที่ทำหน้าที่โดยเฉพาะ รัฐจึงควรจัดตั้งกลไกที่เป็นอิสระแยกต่างหากออกมาจากหน่วยงานของรัฐแต่ละหน่วยงานเพื่อทำให้การมีส่วนร่วมในเชิงเนื้อหาของประชาชนในการจัดทำกฎหมายเป็นไปอย่างบริบูรณ์และมีความหมาย ทั้งนี้ การกำหนดองค์กรที่เป็นอิสระแยกต่างหาก จะทำให้เกิดผลหลายประการ คือ

1. องค์กรมีภารกิจเฉพาะ แตกต่างจากการกำหนดให้เป็นภารกิจเสริมของหน่วยงาน ไม่ว่าจะป็นหน่วยงานเจ้าของเรื่องหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งจะทำให้การดำเนินการกิจเป็นไปอย่างเต็มที่และบรรลุผลสำเร็จได้อย่างแท้จริง

2. องค์กรมีความเชี่ยวชาญในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน แตกต่างจากกรณีที่หน่วยงานเจ้าของเรื่องที่มีภารกิจหลักในการจัดสรรบริการสาธารณะและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีภารกิจหลักในการทำงานวิชาการทางกฎหมายให้แก่รัฐบาล

3. ประชาชนสามารถคาดหมายได้ว่าการให้ความเห็นต่อร่างกฎหมายจะต้องทำผ่านช่องทางใดเป็นช่องทางหลัก

ทั้งนี้ นอกจากกลไกใหม่ที่จะกำหนดให้มีขึ้น รัฐควรมีนโยบายให้หน่วยงานของรัฐจัดกลุ่มงานที่ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นการเฉพาะในทุกหน่วยงานในระดับกรม ตามแนวทางที่ปฏิบัติในประเทศสมาชิกสภายุโรป เช่น ประเทศออสเตรีย บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา โครเอเชีย และสหราชอาณาจักร<sup>458</sup>

### ลักษณะและที่มาของกลไก

จากการทบทวนอำนาจหน้าที่ของ คปก. แม้ คปก. จะมีภารกิจหลักในการปฏิรูปกฎหมาย (ซึ่งปัจจุบันดำเนินการโดยคณะกรรมการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2560) แต่ คปก. ก็เป็นผลมาจากความคิดในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายด้วย ด้วยเหตุนี้ งานวิจัยจึงเสนอว่ากลไกใหม่จะเป็นหน่วยงานของรัฐหรืออยู่ในรูปคณะกรรมการก็ได้ เนื่องจากมีภารกิจหลักในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมโดยไม่มีภารกิจในการทบทวนและปฏิรูปกฎหมาย แต่ผู้ปฏิบัติงานในกลไกจะต้องมีความเข้าใจความสำคัญของการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย และเข้าใจสภาพสังคมและบริบทที่แตกต่างของประชาชนแต่ละคน/กลุ่มด้วย ทั้งนี้ กลไกไม่ได้ทำหน้าที่ซ้ำซ้อนกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน และมีอำนาจในการอภิปรายและลงมติในการตรากฎหมาย แต่กลไกใหม่จะมีหน้าที่หลักในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมในทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการเปิดให้มีการรับฟังความคิดเห็นในช่องทางออนไลน์ การสนับสนุนหน่วยงานของรัฐหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในกรณีที่ต้องมีการจัดเวทีรับฟังความคิดเห็น รวมถึงการสร้างความตระหนักรู้ในเรื่องกฎหมายและกระบวนการจัดทำกฎหมายของสังคมในวงกว้างด้วย

### อำนาจหน้าที่ของกลไก

กลไกนี้ควรมีอำนาจหน้าที่ในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตรากฎหมายเป็นการเฉพาะโดยไม่จำกัดเพียงการสนับสนุนการมีส่วนร่วมกับหน่วยงานของรัฐในการจัดทำกฎหมายเท่านั้น แต่รวมถึงการสนับสนุนการเสนอร่างกฎหมายโดยประชาชนด้วย และควรมีภารกิจในการส่งเสริมการเสริมสร้างการมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายของสังคมในวงกว้าง (เช่น ผ่านการศึกษาและหลักสูตรต่างๆ ในโรงเรียนและมหาวิทยาลัย) ด้วย อำนาจหน้าที่ของกลไก จึงสมควรแบ่งเป็นสามส่วนหลักๆ ดังนี้

1. การสนับสนุนการมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมาย ซึ่งหมายรวมทั้งการจัดทำกฎหมายเป็นการทั่วไป (เช่น การเป็นช่องทางหลักในการเปิดรับฟังความคิดเห็นทางออนไลน์ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่เสนอโดยผู้มีสิทธิเสนอกลุ่มใด) และการสนับสนุนการจัดทำกฎหมายโดยหน่วยงานของรัฐ (เป็นส่วนสนับสนุนหน่วยงานของรัฐในการจัดเวทีรับฟังความคิดเห็นและให้ความรู้เชิงเทคนิค)

2. การสนับสนุนการจัดทำกฎหมายโดยประชาชน ในทำนองเดียวกับอำนาจหน้าที่ของ คปก.

<sup>458</sup> Ibid., 32.

3. การทำให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายและการจัดทำกฎหมายกลายเป็นประเด็นหลักในสังคม (Mainstreaming) อาทิ การสร้างหลักปฏิบัติที่ดีในการให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายและการจัดทำกฎหมายที่ถูกต้อง แก่หน่วยงานต่างๆ การให้ความรู้เกี่ยวกับกระบวนการร่างกฎหมายในชุมชน การสนับสนุนให้มีการนำความรู้เกี่ยวกับกฎหมายและการจัดทำกฎหมายที่ถูกต้องบรรจุในหลักสูตรระดับก่อนอุดมศึกษาและระดับอุดมศึกษา การให้การสนับสนุนเชิงเทคนิคแก่ผู้สอน เป็นต้น

## บทที่ 7

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 7.1 บทสรุป

งานวิจัยฉบับนี้นำกรอบคิดว่าด้วยหลักนิติธรรมมาใช้เพื่อแสวงหากลไกที่นำไปสู่ความเท่าเทียมภายใต้หลักการมีส่วนร่วมและความครอบคลุมทางสังคม ตามเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ทั้งนี้ หลักนิติธรรมตามความหมายของงานวิจัยฉบับนี้ คือ หลักนิติธรรมในความหมายของหลักนิติรัฐซึ่งสอดคล้องกับลักษณะการปกครองของประเทศไทย และเป็นหลักนิติธรรมแบบ “กว้างและลึก (Thick)” ซึ่งเนื้อหาไม่จำกัดเฉพาะหลักการเชิงทางการและกระบวนการ (Formal and Procedural) เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจและการจำกัดอำนาจรัฐ เท่านั้น แต่รวมถึงหลักการเชิงเนื้อหา (Substantive) เช่น การเคารพสิทธิมนุษยชน ด้วย ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่เป้าหมายที่ 16 ของ SDGs มีเนื้อหาที่กว้างขวางและครอบคลุมประเด็นจำนวนมาก งานวิจัยจึงแสวงหาเพียงตัวอย่างของกลไกที่เป็นพื้นฐานและมีแนวโน้มจะเป็นจุดเริ่มต้นที่จะนำไปสู่ความเท่าเทียมทางสังคมที่แท้จริงเท่านั้น โดยไม่ได้มุ่งหมายให้กลไกเหล่านี้เป็นกลไกเพียงกลุ่มเดียวที่จะนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายดังกล่าว

กลไกที่เสนอในงานวิจัยฉบับนี้มีจำนวนสามกลไก ซึ่งเป็นการปรับปรุงกลไกที่มีอยู่แล้วสองกลไกและเสนอเพิ่มเติมกลไกใหม่อีกหนึ่งกลไก ได้แก่

(1) งานวิจัยเห็นว่า ระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในภาพรวมจะต้องมีประสิทธิภาพเสียก่อน งานวิจัยจึงเสนอให้มีการปรับปรุงกลไกคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้มีประสิทธิภาพและความเป็นอิสระ สอดคล้องกับ “หลักการปารีส” (หลักการระหว่างประเทศเกี่ยวกับสถานะของสถาบันระดับชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน - International Principles Relating to the Status of National Institutions on Human Rights: The Paris Principles)

(2) งานวิจัยเห็นว่า ความไม่เท่าเทียมทางสังคมเกิดจากความเหลื่อมล้ำด้านสังคมและเศรษฐกิจ ดังนั้น เพื่อที่จะทำให้ทุกกลุ่มคนมีความเท่าเทียมอย่างครอบคลุม รวมถึงสามารถใช้สิทธิในกลุ่มสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และมีส่วนร่วมในทางการเมืองได้อย่างแท้จริง งานวิจัยจึงเสนอให้มีการใช้กลไกศาลรัฐธรรมนูญให้ดำเนินการไปในทางคุ้มครองสิทธิในเชิงสังคมและเศรษฐกิจมากขึ้น โดยเปรียบเทียบกับมโนทัศน์ “รัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง (Transformative Constitutionalism)” ของประเทศแอฟริกาใต้

(3) งานวิจัยเห็นว่า กฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในทุกๆ ด้าน แต่ประชาชนกลับมีส่วนร่วมในการจัดทำน้อยมาก แม้จะมีการกำหนดหลักการในเชิงทางการไว้ในรัฐธรรมนูญและกำหนดเป็นเงื่อนไขให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการแล้วก็ตาม งานวิจัยจึงเสนอให้มีกลไกใหม่ที่มีวัตถุประสงค์ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย

ทั้งนี้ ในแต่ละบท มีการศึกษาโดยสรุป ดังนี้

ในบทที่ 2 หลังจากทบทวนวรรณกรรมและพบว่ายังไม่มีงานวิจัยที่มุ่งศึกษาประเด็นกลไกทั้งหมดที่สอดคล้องกับเป้าประสงค์ทั้งหมดและจะทำให้บรรลุเป้าหมายที่ 16 ของ SDGs ได้ งานวิจัยได้ทบทวนกรอบคิดว่าด้วยหลักนิติธรรม และได้ให้ความหมายเพื่อที่จะนำไปเป็นกรอบกว้างๆ ในการดำเนินการวิจัยในบทต่อไป คือ (1) หลักนิติธรรมในงานวิจัยฉบับนี้อยู่ในความหมายของหลักนิติรัฐ เนื่องจากเนื้อหาของหลักนิติรัฐสอดคล้องกับ

หลักการปกครองของประเทศไทยที่รัฐจำกัดตนเองภายใต้กฎหมายโดยยึดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy of Constitution) และถ่วงดุลอำนาจโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ไม่ใช่หลักนิติธรรมที่ก่อกำเนิดจากประเทศอังกฤษ ซึ่งยึดหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) เป็นสำคัญ และ (2) หลักนิติธรรมตามความมุ่งหมายของงานวิจัยฉบับนี้เน้นไปทั้งในเชิงทางการ เชิงกระบวนการ และเชิงเนื้อหาประกอบกัน เพื่อให้หลักนิติธรรมมีลักษณะ “กว้างและลึก (Thick)” ซึ่งไม่เน้นไปที่การจำกัดอำนาจรัฐเท่านั้น แต่ยังมีมุ่งเน้นไปที่หลักการในเชิงเนื้อหา เช่น การเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ด้วย เพื่อที่สิทธิเสรีภาพของประชาชนจะได้รับการประกันและความยุติธรรมจะถูกทำให้เข้าถึงและครอบคลุมอย่างบริบูรณ์สำหรับทุกคนในสังคมอย่างแท้จริง นอกจากนี้ งานวิจัยยังได้ทบทวนปัจจัยต่างๆ ที่ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมในประเทศไทยด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัจจัยทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม งานวิจัยมีความเห็นว่า ปัจจัยจำนวนหนึ่ง (เช่น ปัจจัยทางเศรษฐกิจ) เป็นปัจจัยที่รัฐให้ความสำคัญอยู่แล้ว ความสำเร็จของการดำเนินการต่างๆ ของการจัดปัญหาที่เกิดจากปัจจัยเหล่านี้จึงอยู่ที่การสร้างนโยบายและโครงการต่างๆ เพื่อขจัดความเหลื่อมล้ำ อย่างไรก็ตาม มีบางปัจจัย เช่น ปัจจัยที่เกี่ยวกับเพศสถานะ ที่มีความสำคัญ แต่ยังไม่เป็นกระแสหลักในการดำเนินการของรัฐ งานวิจัยจึงเสนอในบทที่ 3 ให้มีการนำประเด็นเหล่านี้ไปอยู่ในกระแสหลักของการดำเนินการทุกส่วนของภาครัฐ

ในบทที่ 3 งานวิจัยได้เสนอให้รัฐพิจารณากำหนดให้ “การทำให้หลักการทางเพศเข้าไปสู่กระแสหลัก (Gender Mainstreaming)” และ “หลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality)” เป็นหลักการพื้นฐานของรัฐและการดำเนินการของกลไกต่างๆ ทั้งนี้ งานวิจัยได้เริ่มจากการทบทวนให้เห็นลักษณะของการที่เพศไม่ใช่หลักการพื้นฐานที่สำคัญของกลไกต่างๆ ในประเทศไทย โดยประกอบด้วย (1) ในแง่ภาพรวมของกฎหมายที่แม้จะมีการพัฒนาและสอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับเพศแต่ก็ยังไม่ก้าวหน้าเพียงพอ รวมถึงเกิดภาวะการขาดหายไปของข้ออภิปรายในประเด็นเกี่ยวกับเพศในเชิงลึกในการจัดทำหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่างๆ (2) ในแง่ลักษณะที่ปรากฏในการดำเนินการหรือในคำพิพากษาและการดำเนินการขององค์กรอื่น ที่แม้จะมีได้เป็นไปในทางตรงข้ามกับหลักการเกี่ยวกับเพศสถานะ แต่ก็ยังไม่สอดคล้องหรือขาดการอภิปรายเชิงลึก และ (3) ในแง่ลักษณะที่ปรากฏในการดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารจัดการองค์กร ที่ปรากฏเพียงการมุ่งป้องกันและปราบปราม การล่วงละเมิดและคุกคามทางเพศ โดยมีใช้การทำให้หลักการทางเพศสถานะเข้าไปสู่การดำเนินการทุกส่วน จากนั้นงานวิจัยได้วางกรอบคิดทฤษฎีและคำสำคัญเกี่ยวกับเพศ เพศสถานะ และเพศวิถีพอสังเขป ก่อนที่จะแสดงตัวอย่างของการประยุกต์ใช้การทำให้หลักการทางเพศเข้าไปสู่กระแสหลักในองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งแนวปฏิบัติที่ดีคือแนวทางขององค์การสหประชาชาติที่มุ่งเน้นไปที่การสร้างทัศนคติที่สอดคล้องกับหลักการทางเพศสถานะและนำหลักการดังกล่าวไปสู่การดำเนินการทุกส่วนของทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรที่มีภารกิจใด ทั้งนี้ การดำเนินการดังกล่าวจะสมบูรณ์ได้ถ้าไม่มีมุมมองที่เรียกว่า หลักความซ้อนทับของปัจจัยต่างๆ (Intersectionality)

ในบทที่ 4 งานวิจัยเสนอให้มีการปรับปรุงระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในภาพรวมให้มีประสิทธิภาพ โดยเสนอให้มีการปรับปรุงกลไกคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้มีประสิทธิภาพและความเป็นอิสระสอดคล้องกับหลักการปารีส ทั้งนี้ งานวิจัยเริ่มจากการทบทวนหลักการทั่วไปและรายละเอียดเกี่ยวกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อพิจารณารายละเอียดเหล่านี้ซึ่งประกอบด้วยรากฐานความคิดประวัติการจัดตั้งโดยสังเขป และอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ 2550 ประกอบสาระสำคัญของหลักการปารีสแล้ว งานวิจัยพบว่า คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติถูกตั้งขึ้นโดยมี

วัตถุประสงค์ให้เป็นองค์การอิสระไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐบาล และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ก็เป็นสถาบันว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระดับชาติที่สถานะและการดำเนินการต้องสอดคล้องกับหลักการปารีสด้วย เมื่องานวิจัยพิจารณารายละเอียดที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงพบข้อวิพากษ์และข้อสังเกตเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องกับหลักการปารีสและข้อจำกัดในการดำเนินการเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนได้อย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งรากฐานความคิดที่ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์ที่ทำหน้าที่เน้นหนักไปในทางส่งเสริมสิทธิมนุษยชนแทนที่จะเป็นคุ้มครองสิทธิมนุษยชน การกำหนดหน้าที่ในการชี้แจงการรายงานข่าวที่ “ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม” แทนรัฐบาล และการลดอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการดำเนินการทางศาล รวมถึงประเด็นคุณสมบัติ และที่มาของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติด้วย

ในบทที่ 5 งานวิจัยเสนอให้มีการสร้างความเข้มแข็งของระบบการคุ้มครองสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจของประชาชนเพื่อลดความเหลื่อมล้ำและสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริง ด้วยการปรับปรุงกลไกศาลรัฐธรรมนูญให้ดำเนินการไปในทางคุ้มครองสิทธิในเชิงสังคมและเศรษฐกิจมากขึ้น โดยเปรียบเทียบกับโมเดล “รัฐธรรมนูญนิยมที่นำไปสู่การเปลี่ยนแปลง (Transformative Constitutionalism)” ของประเทศแอฟริกาใต้ งานวิจัยเริ่มต้นด้วยการอธิบายกรอบคิดว่าด้วยสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งแท้จริงแล้วมีส่วนสำคัญในการสร้างความเท่าเทียมที่แท้จริงและใกล้ชิด-พึ่งพิงกับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มิใช่แยกกลุ่มกันอย่างเด็ดขาด จากนั้นอธิบายและทบทวนบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย รวมถึงประเด็นอภิปรายว่าด้วยการทำให้ประเด็นทางการเมืองอยู่ในอำนาจตุลาการซึ่งอาจเป็นข้อวิพากษ์ต่อข้อเสนอในการปรับปรุงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยคุณค่าบางประการในทางการเมืองและกระทบกับงบประมาณของรัฐบาล ทั้งนี้ งานวิจัยได้แสดงให้เห็นว่าแนวทางดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมและยังช่วยส่งเสริมหลักนิติธรรมแบบกว้าง และลึกด้วยด้วยการยกตัวอย่างโมเดลและแนวปฏิบัติในประเทศแอฟริกาใต้ที่ รัฐธรรมนูญและหลักนิติธรรมถูกออกแบบให้อยู่นอกกรอบคิดแบบเสรีนิยมดั้งเดิม และมุ่งเน้นให้เป็นเครื่องมือในการสร้างความเปลี่ยนแปลง จากสังคมที่ไม่ยุติธรรมภายใต้ระบบการแบ่งแยกชาติพันธุ์สีผิว ไปเป็นสังคมที่เคารพสิทธิมนุษยชนและประชาธิปไตย ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทในเชิงบวกมากกว่าศาลรัฐธรรมนูญในประเทศแบบเสรีนิยมดั้งเดิม อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกาใต้ก็ยังคงจำกัดตนเองภายใต้หลักการพื้นฐานของหลักนิติธรรมและหลักการแบ่งแยกอำนาจไปในเวลาเดียวกัน

ในบทที่ 6 งานวิจัยเสนอให้มีกลไกใหม่ที่มีภารกิจเฉพาะในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย เนื่องจากกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในทุกๆ ด้าน แต่ประชาชนกลับมีส่วนร่วมในการจัดทำน้อยมาก แม้จะมีการกำหนดหลักการไว้แล้วก็ตาม งานวิจัยเริ่มจากการทบทวนหลักการจัดทำกฎหมายในประเทศไทยปัจจุบัน ซึ่งมีการบัญญัติหลักการให้ประชาชนมีส่วนร่วมไว้ในรัฐธรรมนูญ และกำหนดเป็นแนวปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐตามมติคณะรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม การมีส่วนร่วมที่กำหนดไว้ในเชิงทางการกลับทำให้ไม่บรรลุผลสำเร็จอย่างแท้จริง ในทางปฏิบัติ อาทิ หน่วยงานที่จัดการรับฟังความคิดเห็นไม่มีภารกิจเฉพาะในการดำเนินการ เกณฑ์ขั้นต่ำของจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นต่ำเกินไป คือ การเปิดรับฟังความคิดเห็นทางเว็บไซต์ในระยะเวลาไม่ต่ำกว่า 15 วัน การไม่มีระบบหรือพื้นที่ส่วนกลางในการแจ้งเตือนและเปิดรับฟังความคิดเห็น เป็นต้น จากนั้นงานวิจัยย้อนกลับไปทบทวน

รายละเอียดของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายซึ่งเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยมีแนวคิดของการสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายและถูกยกเลิกไปแล้ว นอกจากนี้ งานวิจัยได้ยกตัวอย่างหลักการและกลไกที่สนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายในระดับสากลและในต่างประเทศเพื่อสนับสนุนข้อเสนอด้วย

## 7.2 ข้อเสนอแนะ

### 7.2.1 แนวทางการปรับปรุงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้อย่างแท้จริง

#### 1. รากฐานความคิดของการทำงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ควรปรับปรุงรากฐานความคิดของรัฐธรรมนูญต่อการทำงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้เปลี่ยนจากการเป็นองค์กรที่เน้นการทำหน้าที่ด้านการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนหรือหน้าที่ทางวิชาการ ให้เป็นองค์กรที่เน้นทำหน้าที่ คุ้มครองสิทธิมนุษยชนในเชิงรุก ได้แก่ การกำหนดให้การตั้งคณะกรรมการเพื่อทำงานในด้านต่างๆ เป็นอำนาจหลักเช่นเดิม มิใช่สามารถทำได้เฉพาะเมื่อมีข้อยกเว้น และต้องมีการปรับปรุงอำนาจหน้าที่ให้อยู่ในสถานะที่เป็นอิสระอย่างแท้จริงจากรัฐบาลด้วย

#### 2. การได้มาซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ในกรณีคุณสมบัติของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ควรมีการปรับปรุงให้เน้นไปที่ความเชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชน รวมถึงเน้นย้ำความหลากหลายขององค์ประกอบ และลดหรือยกเลิกการกำหนดคุณสมบัติหรือประสบการณ์เฉพาะของผู้ที่จะเป็นกรรมการที่อาจไม่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนออกไป นอกจากนี้ ควรมีการพิจารณาทบทวนปรับปรุงการตั้งข้อรังเกียจ-อคติต่อผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเมือง โดยควรพิจารณาผู้ที่จะเป็นกรรมการสิทธิมนุษยชนเป็นรายบุคคลโดยอยู่บนพื้นฐานว่าบุคคลนั้นจะปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางในฐานะตนเอง และเมื่อเป็นกรรมการสิทธิมนุษยชนแล้ว ก็ควรอยู่ภายใต้การควบคุมในเชิงกฎระเบียบหรือจริยธรรม มากกว่าการตั้งข้อรังเกียจ-อคติในชั้นคุณสมบัติ

ในกรณีการได้มาซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ควรมีการปรับปรุงคณะกรรมการสรรหาให้เป็นไปในแนวทางเดียวกับพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 กล่าวคือ กำหนดให้สัดส่วนของผู้ที่ปฏิบัติงานด้านสิทธิมนุษยชนมีสูงที่สุดเมื่อเทียบกับองค์กรอื่น และจำนวนของผู้ที่ปฏิบัติงานด้านสิทธิมนุษยชนก็ต้องมีมากด้วย อีกทั้ง ควรมีการพิจารณานำองค์กรตุลาการออกจากการเป็นองค์ประกอบ และยกเลิกการกำหนดประธานคณะกรรมการสรรหาโดยรัฐธรรมนูญ แต่ให้ใช้หลักการเลือกกันเองในระหว่างกรรมการสรรหาเพื่อลดนัยยะของการชี้นำโดยบางองค์กรจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ควรพิจารณาความเป็นอิสระของวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาเห็นชอบกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติขั้นสุดท้าย

#### 3. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในรายละเอียด

ในกรณีหน้าที่ในการชี้แจงการรายงานข่าวที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม ควรมีการพิจารณานำหน้าที่นี้ออกจากหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เนื่องจากขัดต่อความเป็นอิสระของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอย่างชัดเจน

ในกรณีอำนาจในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรณีเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรอื่น ควรปรับปรุงกฎหมายให้ชัดเจนในกรณีอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในคดีที่อยู่ในการพิจารณาขององค์กรอื่นแต่เป็นคนละประเด็น

ในกรณีอำนาจในการดำเนินการทางศาล ควรปรับปรุงให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจในการดำเนินการทางศาล ดังนี้

(1) ควรปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้สามารถดำเนินการทางศาลได้ ทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม เช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

(2) ควรปรับปรุงให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจในการดำเนินการทางศาลในเชิงรุกซึ่งสอดคล้องกับภารกิจในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน คือ เมื่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ “เห็นเอง” ว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชน

(3) ในกรณีอำนาจในการดำเนินการทางศาลในคดีอาญา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติควรมีอำนาจในการดำเนินการทางคดีอาญาในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนในนามของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเอง โดยไม่ต้องอิงกับสถานะ “ผู้เสียหาย” ทางอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(4) ควรปรับปรุงให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจดำเนินการบางประการเมื่อมีคดีอยู่ในศาลแล้ว โดยต้องมีการอภิปรายกำหนดรายละเอียดของหน้าที่นี้ในกระบวนการปรับปรุงต่อไป อาทิ อำนาจนี้จะอยู่ในลักษณะใด (เช่น การร้องสอดเข้าไปในคดีหรือการดำเนินการในฐานะที่ปรึกษาของศาล หรือการบัญญัติให้มีเงื่อนไขทางกฎหมายว่า ในคดีที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ศาลจะต้องได้รับความเห็นจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติก่อน) มีขอบเขตเช่นใด (เช่น เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนทั่วไป หรือต้องเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่มีความร้ายแรงหรือมีลักษณะเฉพาะ) และมีเงื่อนไขและหลักเกณฑ์อย่างไร (เช่น ศาลต้องอนุญาตหรือไม่ ผู้เสียหายหรือผู้ร้องต้องยินยอมหรือไม่) เป็นต้น

## 7.2.2 แนวทางการทำให้สิทธิเชิงสังคมเศรษฐกิจได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริงโดยปริบูรณ์ผ่านกลไกทางตุลาการในประเทศไทย

### 1. กรอบคิดในรัฐธรรมนูญและวัฒนธรรมทางการเมืองและกฎหมาย

ในกรณีกรอบคิดในรัฐธรรมนูญ อาจมีการพิจารณาปรับปรุงเนื้อหาในสองส่วนใหญ่ๆ ดังนี้  
ประการแรก วัตถุประสงค์และคุณค่าอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญ ควรถูกปรับปรุงไปในทางที่ทำให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งรวมถึงสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจ มีความสำคัญในระดับสูง และศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนดังกล่าว

ประการที่สอง การปรับปรุงหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ในชั้นแรก ควรปรับปรุงรัฐธรรมนูญให้รับรองสิทธิและเสรีภาพในลักษณะของ “สิทธิมนุษยชน” ซึ่งอิงกับกฎหมาย หลักการ มาตรฐานทางสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรองรับในทางระหว่างประเทศ แทนที่จะเป็น “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” และในขั้นที่สอง ควรพิจารณาปรับปรุงเนื้อหาของสิทธิเชิงสังคมและเศรษฐกิจให้ชัดเจนยิ่งขึ้น รวมถึงการนำสิทธิกลุ่มนี้จำนวนหนึ่งที่ถูกทำให้เป็น “หน้าที่ของรัฐ” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ในกรณีวัฒนธรรมทางการเมืองและกฎหมาย เมื่อมีการปรับหลักการพื้นฐาน คุณค่า และวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญที่จะเน้นไปที่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อสร้างความเท่าเทียมที่

แท้จริงแล้ว ควรพิจารณาปรับปรุงวัฒนธรรมทางกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวทางดังกล่าว เช่น ในแง่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจะต้องวางศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวางตนเองให้เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญและผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน โดยขณะเดียวกันศาลก็ต้องจำกัดตนเองตามหลักนิติธรรมและวินัยคดีตามอำนาจและขอบเนื้อหาตามรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด และในแง่วัฒนธรรมทางกฎหมายทั่วไป การศึกษาวิชานิติศาสตร์ควรถูกปรับปรุงให้เชื่อมโยงกับสาขาวิชาอื่นมากขึ้น

## 2. หลักการเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ไม่มีข้อเสนอให้ปรับปรุง เนื่องจากอำนาจหน้าที่ในเชิงการในรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการเกี่ยวกับองค์กรที่ทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม แนวทางการพิจารณาวินิจฉัยและการใช้ดุลพินิจสมควรที่จะเป็นไปในทางสนับสนุนสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นตามที่กล่าวไปด้านบน ทั้งนี้ โดยอยู่ภายใต้อำนาจที่กำหนดตามรัฐธรรมนูญและหลักนิติธรรมด้วย

ในกรณีการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ควรปรับปรุงหลักการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความยึดโยงกับประชาชนมากขึ้น และควรประกอบด้วยผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอาชีพ และผู้ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ และสาขาวิชาอื่นนอกเหนือจากนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์

ในกรณีของการสรรหาและการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีใช้สัดส่วนของผู้พิพากษาศาลการ (ได้แก่ ผู้ทรงคุณวุฒิ) ควรปรับปรุงให้คณะกรรมการสรรหาที่มีความหลากหลายและมาจากทุกภาคส่วนในสังคมในทำนองเดียวกับที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ประกอบด้วยกรรมการถึง 13 คน ประกอบการประยุกต์ใช้แนวทางจากประสบการณ์ของต่างประเทศ เพื่อสร้างสมดุลระหว่างการมีศาลรัฐธรรมนูญที่มีความยึดโยงกับประชาชน มีความเชี่ยวชาญที่หลากหลาย และมีความเป็นกลางทางการเมืองปราศจากการครอบงำจากองค์กรอื่น นอกจากนี้ ควรพิจารณาความเป็นอิสระของวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทบทวนและลงมติเห็นชอบเป็นองค์กรสุดท้าย

### 7.2.3 ข้อเสนอในการเพิ่มกลไกที่สนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายในประเทศไทย

#### 1. รากฐานความคิดของกลไก

ควรปรับปรุงให้การมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติในกรณีการเสนอร่างกฎหมายโดยคณะรัฐมนตรีเริ่มตั้งแต่ในขั้นการรวบรวมความคิดเห็นและการยกร่าง มิใช่บังคับเฉพาะในขั้นที่มีการร่างกฎหมายมาแล้ว และต้องบังคับให้ทุกหน่วยงานดำเนินการดังกล่าว มิใช่เปิดให้เป็นดุลพินิจของหน่วยงานว่าจะเปิดรับฟังความคิดเห็นหรือไม่

ควรปรับปรุงวิธีการเข้าถึงการมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมายให้เข้าถึงได้ง่ายและมีช่องทางหลักเพียงช่องทางเดียว โดยอาจใช้ระบบออนไลน์เป็นหลัก แต่ในระยะแรก ต้องตระหนักถึงข้อเท็จจริงของความไม่เท่าเทียมในการเข้าถึงอุปกรณ์และอินเทอร์เน็ต จึงควรใช้ช่องทางที่แตกต่างหลากหลายมากกว่าช่องทางออนไลน์ประกอบกัน

ควรมีการจัดตั้งกลไกที่เป็นอิสระแยกต่างหากออกมาจากหน่วยงานของรัฐแต่ละหน่วยงาน เพื่อให้การมีส่วนร่วมในเชิงเนื้อหาของประชาชนในการจัดทำกฎหมายเป็นไปอย่างบริบูรณ์และมีความหมาย

ควรมีนโยบายให้หน่วยงานของรัฐจัดกลุ่มงานที่ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นการเฉพาะในทุกหน่วยงานในระดับกรม

## 2. ลักษณะและที่มาของกลไก

ควรให้กลไกอิสระที่ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมายเป็นหน่วยงานของรัฐหรืออยู่ในรูปคณะกรรมการก็ได้ เนื่องจากมีภารกิจหลักในการส่งเสริมการมีส่วนร่วมโดยไม่มีภารกิจในการทบทวนและปฏิรูปกฎหมาย แต่ผู้ปฏิบัติงานในกลไกจะต้องมีความเข้าใจความสำคัญของการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำกฎหมาย และเข้าใจสภาพสังคมและบริบทที่แตกต่างของประชาชนแต่ละคน/กลุ่ม

## 3. อำนาจหน้าที่ของกลไก

ควรกำหนดอำนาจหน้าที่กว้างๆ ของกลไกนี้ ดังนี้

(1) การสนับสนุนการมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมาย ซึ่งหมายรวมทั้งการจัดทำกฎหมายเป็นการทั่วไป (เช่น การเป็นช่องทางหลักในการเปิดรับฟังความคิดเห็นทางออนไลน์ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่เสนอโดยผู้มีสิทธิเสนอกลุ่มใด) และการสนับสนุนการจัดทำกฎหมายโดยหน่วยงานของรัฐ (เป็นส่วนสนับสนุนหน่วยงานของรัฐในการจัดเวทีรับฟังความคิดเห็นและให้ความรู้เชิงเทคนิค)

(2) การสนับสนุนการจัดทำกฎหมายโดยประชาชน ในทำนองเดียวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย

(3) การทำให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายและการจัดทำกฎหมายกลายเป็นประเด็นหลักในสังคม (Mainstreaming) อาทิ การสร้างหลักปฏิบัติที่ดีในการให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายและการจัดทำกฎหมายที่ถูกต้องแก่หน่วยงานต่างๆ การให้ความรู้เกี่ยวกับกระบวนการร่างกฎหมายในชุมชน การสนับสนุนให้มีการนำความรู้เกี่ยวกับกฎหมายและการจัดทำกฎหมายที่ถูกต้องบรรจุในหลักสูตรระดับก่อนอุดมศึกษาและระดับอุดมศึกษา การให้การสนับสนุนเชิงเทคนิคแก่ผู้สอน เป็นต้น



## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### กฎหมาย ร่างกฎหมาย และเจตนารมณ์ประกอบกฎหมายและร่างกฎหมาย

กฎ ก.พ. ว่าด้วยการกระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศ พ.ศ. 2553.

กฎกระทรวง ฉบับที่ 37 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 แก้ไขเพิ่มเติม  
โดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 75 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497.

ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2562.

ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2562.

คำสั่งกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่ 175/2562 เรื่อง การปรับปรุงบทบาท ภารกิจ อำนาจหน้าที่ โครงสร้าง  
การแบ่งงานภายในของกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2562.

คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 20/2558 เรื่อง ระเบียบการสรรหาและคัดเลือกบุคคลเพื่อเสนอชื่อเป็น  
กรรมการปฏิรูปกฎหมาย ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2558.

คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 71/2559 เรื่อง การยกเลิกกฎหมายว่าด้วยสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจ  
และสังคมแห่งชาติกฎหมายว่าด้วยสภาพพัฒนาการเมือง และกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการปฏิรูป  
กฎหมาย ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2559.

เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

ตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เล่ม 3 โดยคณะอนุกรรมการบันทึก  
เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญและการจัดทำจดหมายเหตุการณ์ร่างรัฐธรรมนูญในคณะกรรมการยกร่าง  
รัฐธรรมนูญ (2558).

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ลงวันที่ 13 พฤศจิกายน 2550.

ประมวลกฎหมายอาญา.

บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....  
(ความผิดเกี่ยวกับเพศ) จัดทำโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เอกสารแนบท้ายหนังสือ  
นายกรัฐมนตรีที่ นร 0503/42994 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา  
(ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ) ถึงประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2561.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

พระราชบัญญัติคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย พ.ศ. 2553.

พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558.

พระราชบัญญัติชื้อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548.

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาและคุ้มครองสถาบันครอบครัว พ.ศ. 2562.

พระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

มนตรี รุปรุวรรณ และคณะ, *เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ: รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542).

มาตรฐานทางจริยธรรมของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ รวมทั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและหัวหน้าหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระ พ.ศ. 2561.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม (10 ธันวาคม 2475).

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562), 439-440.

หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0505/ว 160 เรื่อง ร่างมาตรการในการป้องกันและแก้ไข ปัญหาการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศในการทำงาน ลงวันที่ 17 มิถุนายน 2558.

หลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ทำยระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์ และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548.

เอกสารแนบท้าย “แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” ของหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0503/ว 261 เรื่อง แนวทางการจัดทำและการเสนอร่างกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ลงวันที่ 5 เมษายน 2560.

#### **คำพิพากษาและคำวินิจฉัยของศาลและหน่วยงานต่างๆ**

คำชี้แจงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 1/2561 กรณี การรายงานสรุปสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในประเทศไทยขององค์กรฮิวแมนไรท์วอตช์.

คำชี้แจงคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 2/2561 กรณีการรายงานการดำเนินการด้านสิทธิมนุษยชนของกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2561.

คำพิพากษาศาลจังหวัดระยอง คดีหมายเลขดำที่ อ 807/2562 คดีหมายเลขแดงที่ อ 265/2563 ระหว่างพนักงานอัยการจังหวัดระยองและนายพลวัฒน์ วัโรตมพุทธิกุล ลงวันที่ 26 มีนาคม 2563.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4164/2555.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5448/2557.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10915/2558.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12983/2558.

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ คดีหมายเลขดำที่ 559/2560 คดีหมายเลขแดงที่ 2247/2561 ระหว่างพนักงานอัยการ  
สำนักงานอัยการสูงสุด และ จำเริญเอกภิกขาท พงษ์สวัสดิ์ ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561.

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้  
กฎหมายที่ สค 102/2563 เรื่อง อุทธรณ์คำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของสำนักงานศาลยุติธรรม  
เกี่ยวกับจำนวนเรื่องร้องเรียนและจำนวนผู้พิพากษาที่ถูกลงโทษทางวินัย ลงวันที่ 24 มีนาคม  
2563.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 ลงวันที่ 30 เมษายน 2545.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ลงวันที่ 5 มิถุนายน 2546.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2546 ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2546.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 ลงวันที่ 13 มิถุนายน 2555.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563.

รายงานผลการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ 545/2557 เรื่อง กรณีกลุ่มชายซึ่งไม่ได้แต่งกาย  
เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่เรียกตรวจค้นร่างกายของประชาชนเพศชาย พร้อมให้ตรวจปัสสาวะในที่โล่งแจ้ง  
บริเวณโคนต้นไม้ในตลาดชนสงฆ์หมอชิต.

### หนังสือ บทความ และงานวิจัย

กิตติศักดิ์ ปรกติ. *การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป*. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2*. พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพฯ:  
กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2557.

คณาธิป ทองรวีวงศ์ และคณะ. “กฎหมายว่าด้วยความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ.” รายงานผลการวิจัย  
เสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2560.

จรัญ โฆษณานันท์. *นิติปรัชญาแนววิพากษ์*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2555.

จรัญ โฆษณานันท์. *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน*. พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559.

จิรวัดน์ สุริยะโชติชยางกุล และนณริฎ พิศลยบุตร. “การสำรวจสถานะของเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนในบริบท  
ประเทศไทย และทางเลือกมาตรการทางเศรษฐศาสตร์ สังคม และกฎหมายสำหรับ เป้าหมายที่ 16:  
การส่งเสริมสังคมที่สงบสุขและครอบคลุมเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนให้ทุกคนเข้าถึง ความยุติธรรม และ  
สร้างสถาบันที่มีประสิทธิภาพ รับผิดชอบและครอบคลุมในทุกกระดับ.” รายงานผลการวิจัยเสนอต่อ  
สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2560.

ชลิตาภรณ์ ส่งสัมพันธ์. *เมื่อผู้หญิงคิดจะมีหนวด: การต่อสู้ “ความจริง” ของเรื่องเพศในสภาผู้แทนราษฎร*.  
กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2549.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. *องค์กรอิสระ: ข้อพิจารณาทางกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.

- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. *ทฤษฎีสติขั้นพื้นฐาน*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- ทวิตรา เจริญ. “การเสริมสร้างแนวความคิดกระบวนการยุติธรรมชุมชนภายใต้บริบทของกฎหมายรัฐธรรมนูญ.”  
รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, 2560.
- ธีระ สินเดชารักษ์ และคณะ. “การศึกษาแนวทางที่เหมาะสมต่อการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้าน  
กระบวนการยุติธรรมทางอาญา.” รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, 2562.
- นพนิต สุริยะ. *สิทธิมนุษยชน: แนวคิดและการคุ้มครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- น้ำแท้ มีบุญสร้าง. “หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.” *วารสารธรรมศาสตร์* 33, ฉ.3 (2557): 49-72.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. *หลักกฎหมายมหาชน: หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ*. กรุงเทพฯ:  
วิญญูชน, 2561.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: วิญญูชน,  
2558. บรรศักดิ์ อูวรรณโณ และชมพูนุท ตั้งถาวร. *สภาร่างรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: ประสบการณ์  
ต่างประเทศและประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2555.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. *ศาลรัฐประหาร*. นนทบุรี: ฟ้ายเดียวกัน, 2560.
- เพลินตา ตันรังสรรค์. “กลไกในการปฏิรูปกฎหมายและพัฒนาคุณภาพของกฎหมายไทยในปัจจุบัน.” *จุลนิติ* 14, ฉ.5  
(กันยายน-ตุลาคม 2560): 42-72.
- ภาคภูมิ ฤกษ์เมธ. “ปัญหาความซ้ำซ้อนในอำนาจหน้าที่ และที่มาของผู้บริหารในองค์กรอิสระภายใต้รัฐธรรมนูญแห่ง  
ราชอาณาจักรไทย ปีพุทธศักราช 2550: กรณีศึกษาผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิ  
มนุษยชนแห่งชาติ.” *วารสารสถาบันพระปกเกล้า* 11, ฉ.1 (มกราคม-เมษายน 2556): 92-115.
- รจนคม สุปงกช. “ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อคุ้มครองสิทธิ  
มนุษยชนในประเทศไทย.” *วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน* 11, ฉ.1 (2561): 57-107.
- รณกรณ์ บุญมี. “พยายามข่มขืนกระทำชำเรา ปี 2553.” ใน *ครอบครัว งานบริหาร อาจารย์ไพโรจน์ รวมข้อเขียน  
ที่ระลึกในโอกาสอายุครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556: 151-189.
- วรภรณ์ แซ่มสนิท. *วิธีคิดเรื่องเพศวิถีของรัฐไทย*. กรุงเทพฯ: มูลนิธิสร้างความเข้าใจเรื่องสุขภาพผู้หญิง (สคส.), 2551.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โครงการตำรา  
และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: อาน, 2561. 301-303.
- วัชรพล ว่องนิยมเกษตร. “การกำหนดนโยบายการพัฒนาเพื่อลดความเหลื่อมล้ำเชิงพื้นที่ของประเทศไทย.”  
*วารสารสถาบันพระปกเกล้า* 12, ฉ.2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2557): 31-51.
- วิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์. “ขอบเขตของการกระทำชำเรา การกระทำอนาจาร และการคุกคามทางเพศ.” *วารสาร  
นิติศาสตร์* 48, ฉ.1 (มีนาคม 2562): 107-137.
- สถาบันพระปกเกล้า. *ความเชื่อมั่นต่อสถาบันต่างๆ และความพึงพอใจต่อการบริการสาธารณะ พ.ศ. 2561 และ  
สรุปผลการสำรวจ พ.ศ. 2545-2561*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2562.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI). “กรอบแนวคิดและกรอบยุทธศาสตร์ในการพัฒนาดัชนีชี้วัดด้านหลักนิติธรรม/นิติรัฐ (Rule of Law Index/Indicators).” รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (องค์การมหาชน) (TIJ), 2559.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI). “โครงการศึกษาวิจัยเรื่อง การวิเคราะห์ผลกระทบในการออกกฎหมาย (Regulatory Impact Analysis).” รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2557.

สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. “การเมืองเชิงตุลาการ.” *วารสารนิติสังคมศาสตร์* 9, น.1 (มกราคม-มิถุนายน 2559): 82-125.

สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. *เมื่อตุลาการเป็นใหญ่ในแผ่นดิน: รวมบทความว่าด้วยตุลาการวิวัฒน์ ตุลาการพันลึก และตุลาการธิปไตย*. กรุงเทพฯ: Bookscape, 2562.

สมชาย ปรีชาศิลป์กุล และคณะ. “โครงการ การเมืองเชิงตุลาการและศาลรัฐธรรมนูญไทย.” รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2561.

สุรัชย์ (ฟูอาด) ไวยวรรณจิตร และคณะ. “การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมชุมชนในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้.” รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, 2559.

อารยา สุขสม. “สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย.” *ดุชนิพนธ์ปริญญาดุชนิพนธ์*, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

## เอกสารอื่นๆ

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. *รายงานผลการปฏิบัติงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2562*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2562.

โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติและกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์. *การรับรองเพศสถานะตามกฎหมายในประเทศไทย: การทบทวนกฎหมายและนโยบาย*. กรุงเทพฯ: โครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ. 2561.

ธนิทร พูนศรีสวัสดิ์, “ตุลาการรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญ),” สถาบันพระปกเกล้า, สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2563, [http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ตุลาการรัฐธรรมนูญ\\_\(ศาลรัฐธรรมนูญ\)#cite\\_note-8](http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=ตุลาการรัฐธรรมนูญ_(ศาลรัฐธรรมนูญ)#cite_note-8).

ประชาไท. “ยื่น จม.เปิดผนึกคณะกรรมการกฤษฎีกา เสนอยกเลิกกฎหมายเอาผิดทำแท้ง.” ประชาไท. สืบค้นเมื่อวันที่ 6 พฤศจิกายน 2563. <https://prachatai.com/journal/2020/09/89488>.

ประชาไท. “ร่าง พ.ร.บ.คูชีวิต ฉบับกรมคุ้มครองสิทธิ เมื่อรักเรา (ศักดิ์ศรี) ไม่เท่ากัน.” ประชาไท. สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2563. <https://prachatai.com/journal/2017/06/71823>.

สำนักข่าวชายขอบ. “บทวิพากษ์ต่อร่าง พรบ.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติโดยสุนิ ไชยรส.” สำนักข่าวชายขอบ. สืบค้นเมื่อ 19 มิถุนายน 2563. <https://transbordernews.in.th/home/?p=16960>.

สำนักงานกิจการยุติธรรม. “รายงานผลการดำเนินงานตามเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน เป้าหมายที่ 16 สังคมสงบสุข ยุติธรรม ไม่แบ่งแยก ประจำปี 2562.” สำนักงานกิจการยุติธรรม. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2563. <http://www.oja.go.th/TH/sdgs16-re2562/>.

- สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน. “รายงานผู้ตรวจการแผ่นดิน ประจำปี 2562.” สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน. สืบค้นเมื่อวันที่ 7 มีนาคม 2564. [http://164.115.24.229/download/annual\\_report/Annual%20Report\\_62.pdf](http://164.115.24.229/download/annual_report/Annual%20Report_62.pdf).
- สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. “หน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ.” สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม 2560. [http://www.constitutionalcourt.or.th/occ\\_web/download/article/article\\_20191112153204.pdf](http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/download/article/article_20191112153204.pdf).
- ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรม สำนักงาน ก.พ.. “กรอบชุดการฝึกอบรมหลักสูตรการเป็นข้าราชการที่ดี.” สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน. สืบค้นเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2560. [https://www.ocsc.go.th/sites/default/files/document/1krbchudfuekbrm\\_kaarepnkhrkthiidii\\_withyaakr1-1.pdf](https://www.ocsc.go.th/sites/default/files/document/1krbchudfuekbrm_kaarepnkhrkthiidii_withyaakr1-1.pdf).
- ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรม สำนักงาน ก.พ.. “เอกสารนำเสนอ: การเป็นข้าราชการที่ดี.” สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน. สืบค้นเมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2560. [https://www.ocsc.go.th/sites/default/files/document/ppt\\_kaarepnkhaaraachka\\_arthiidiiiphiaemw.pdf](https://www.ocsc.go.th/sites/default/files/document/ppt_kaarepnkhaaraachka_arthiidiiiphiaemw.pdf).
- สมชัย จิตสุชน. “ความเหลื่อมล้ำ 2020 (1): เรารู้อะไร เราควรรู้อะไร.” สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI). สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2563. <https://tdri.or.th/2020/01/what-we-dont-know-about-thai-disparity/>.
- สมชัย จิตสุชน. “ความเหลื่อมล้ำ 2020 (2): เราควรทำอะไร.” สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI). สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2563, <https://tdri.or.th/2020/01/what-we-dont-know-about-thai-disparity/>.
- สารี อ๋องสมหวัง และรุจรี แสงแกลง (มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค). “บทเรียน: การรวบรวมรายชื่อประชาชนเพื่อเสนอร่างกฎหมาย กรณีการเข้าชื่อประชาชน 50,000 รายชื่อ ในการเสนอพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545.” iLaw. สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2563. <https://www.ilaw.or.th/node/289>.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. “ประวัติความเป็นมา.” สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563. <https://www.krisdika.go.th/web/guest/background>.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. “วิสัยทัศน์ พันธกิจ.” สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563. <https://www.krisdika.go.th/web/guest/organization-chart>.
- สำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, *การสำรวจการมี การใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในครัวเรือน พ.ศ. 2561* (ไตรมาส 4).
- หนังสือกองพัฒนาพฤตินิสัย กรมราชทัณฑ์ ด่วนมาก ที่ ยช 0708.2/448 เรื่อง โครงการฝึกอบรมส่งเสริมทักษะทางอาชีพของศูนย์ฝึกอบรมอาชีพ (Academy) ลงวันที่ 4 มกราคม 2562.
- อติวิชญ์ แสงสุวรรณ. “ความเหลื่อมล้ำ.” สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. สืบค้นเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม 2563. <https://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2558/hi2558-052.pdf>.
- iLaw. “ความรู้เบื้องต้นเรื่องการทำ RIA: ดูแบบอย่างการจัดรับฟังความคิดเห็นจากอเมริกา.” iLaw. สืบค้นเมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน 2563. <https://ilaw.or.th/node/4557>.

- iLaw. “จดหมายเปิดผนึก เรื่อง การไม่มีส่วนร่วมของพนักงานบริการซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการทบทวนกฎหมาย.” iLaw. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2563. <https://ilaw.or.th/node/4923>.
- iLaw. “เปรียบเทียบที่มาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหลายประเทศ ไทยยัง ‘พิเศษ’ ที่ให้โควต้าข้าราชการ.” iLaw. สืบค้นเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2563. <https://ilaw.or.th/node/5667>.
- iLaw. “ภาคประชาชน เหยื่อรัฐเปิดฟังความเห็นร่างกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ชูฟ้องศาลเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรี.” iLaw. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2563. <https://ilaw.or.th/node/4547>.
- iLaw. “เมื่อการรับฟังความคิดเห็นเป็นเพียงพิธีกรรมของรัฐ.” iLaw. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2563. <https://ilaw.or.th/node/4569>.
- iLaw. “Pride Month: สืบค้น ร้าง พ.ร.บ.คู่ชีวิต-กฎหมายแพ่งว่าด้วยการสมรส.” iLaw. สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2563. <https://ilaw.or.th/node/5695>.
- Thailand Plus. “สค.จัดประชุมรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียต่อการทบทวนกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี (ภาคเหนือ).” Thailand Plus. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2563. <https://www.thailandplus.tv/archives/46649>.
- Thaipublica. “กรม.เสนอ ร่างพ.ร.บ.คู่ชีวิตต่อสภา ครั้งแรกของไทยมีกม.รองรับคู่สมรสเพศเดียวกัน.” Thaipublica. สืบค้นเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2563. <https://thaipublica.org/2020/07/lgbtq-law/>.

## ภาษาต่างประเทศ

### Law, Law Draft, Intention of Law and Law Draft

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (The Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789).

Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights.

The Administrative Procedure Act 1946 of the United States.

The Constitution of the Republic of Ecuador (2008) as amended in 2011.

The Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

The French Constitution of October 4, 1958.

The United States Declaration of Independence 1776.

### Case Law and Decision of Court and Government Agency

*Brown v Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483), 1954.

Case C-220/02 *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten v Wirtschaftskammer Österreich*, judgment of 8 June 2004 (Court of Justice of the European Union).

*Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (4 October 2000).

*Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2)* (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033 (5 July 2002).

*Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005).

*Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others* (24/07) [2008] ZACC 1; 2008 (3) SA 208 (CC) ; 2008 (5) BCLR 475 (CC) (19 February 2008).

*Plessy v Ferguson*, (163 U.S. 537), 1896.

*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

*Soobramoney v Minister of Health (Kwazulu-Natal)* (CCT32/97) [1997] ZACC 17; 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (27 November 1997).

### Book, Article, and Research Paper

Cain, Patricia Cain. "Feminism and the Limits of Equality." *Georgia Law Review*, no. 24 (1990): 803-847.

- Christiansen, Eric C. "Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative Uses of Constitutional Court Authority to Advance Substantive Justice." *The Journal of Gender, Race & Justice*, no. 13: 575-614.
- Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: LibertyClassics, 1915 - Reprinted 1982, 114.
- Dressel, Björn. *The Judicialization of Politics in Asia*. Oxon: Routledge, 2012.
- Fassbender, Bardo. "What's in a Name? The International Rule of Law and the United Nations Charter." *Chinese Journal of International Law* 17, (2018): 761-797 (<https://doi:10.1093/chinesejil/jmy017>).
- Gilligan, Carol. *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. London, United Kingdom: Harvard University Press, 1982.
- Harvey, Colin. "Talking about Human Rights." *European Human Rights Law Review* 5 (2004): 500-516.
- Kibet, Eric, and Charles Fombad. "Transformative Constitutionalism and the Adjudication of Constitutional Rights in Africa." *African Human Rights Law Journal*, no. 17 (2017): 340-366.
- Klare, Karl E. "Legal Culture and Transformative Constitutionalism." *South African Journal on Human Rights* 14, no. 1 (1998): 146-188.
- Liebenberg, Sandra. "Beyond Civil and Political Rights: Protecting Social, Economic and Cultural Rights under Bills of Rights - The South African Experience." in the Conference: Protecting Human Rights, Centre for Comparative Constitutional Studies, organised by Melbourne Law School, Australia, 2007.
- Linos, Katerina and Tom Pegram. "Architects of Their Own Making: National Human Rights Institutions and the United Nations." *Human Rights Quarterly* 38, no. 4 (November 2016): 1109-1134.
- Munger, Frank W. "An Alternative Path to Rule of Law: Thailand's Twenty-First Century Administrative Courts." *Indiana Journal of Global Legal Studies* 26, no. 1 (2019): 133-172.
- Munro, Vanessa. *Law and Politics at the Perimeter: Re-evaluating Key Debates in Feminist Theory*, Oxford: Hart Publishing, 2007.
- Rapatsa, Mashele. "Transformative Constitutionalism in South Africa: 20 Years of Democracy." *Mediterranean Journal of Social Sciences* 5, no. 27 (December 2014): 887-895.
- Smart, Carol. *Feminism and the Power of Law*. London: Routledge, 1989.

Waldron, Jeremy. "The Rule of Law." In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edited by Edward N. Zalta. (Summer 2020 Edition). Accessed June 22, 2020. <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>.

### **Document of Agency and Institution and Electronic Source**

Bell, Mark. "The Constitutionalisation of the Principle of Gender Equality," Paper completed during a Jean Monnet Fellowship at the Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Florence (2005).

Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the ICESCR), adopted at the Fifth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990 (Contained in Document E/1991/23).

Council of ASEAN Chief Justices. "Human Rights Court." Council of ASEAN Chief Justices. Accessed November 5, 2020. <https://cacj-ajp.org/web/indonesia/human-rights-court>.

Duncan, Beatrice. "Policy Brief no.8 Why and How Constitutions Matter for Advancing Gender Equality: Gains, Gaps and Policy Implications." United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (UN Women) (2017).

e-Estonia. "Estonia's Digital Link between The Citizen, the Entrepreneur and the State," e-Estonia. Accessed November 4, 2020, <https://e-estonia.com/estonias-digital-link-between-the-citizen-the-entrepreneur-and-the-state/>.

European Center for Non-for Profit Law and Council of Europe. "Civil Participation in Decision-Making Processes: An Overview of Standards and Practices in Council of Europe Member States." (2016).

Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI). "Accreditation status as of 27 November 2019." Global Alliance of National Human Rights Institutions. Accessed October 15, 2020. <https://nhri.ohchr.org/EN/Documents/Status%20Accreditation%20-%20Chart%20%28%2027%20November%202019%29.pdf>.

Global Alliance of National Human Rights Institutions (GANHRI). "Membership." Global Alliance of National Human Rights Institutions. Accessed October 15, 2020. <https://ganhri.org/membership/>.

Levush, Ruth. "The Constitutional Council and Judicial Review in France." Library of Congress. Accessed November 7, 2020. <https://blogs.loc.gov/law/2020/11/the-constitutional-council-and-judicial-review-in-france/>.

- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. "Fact Sheet No.2 (Rev.1), The International Bill of Human Rights." Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Accessed November 5, 2020. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf>.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. "Paris Principles," Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Accessed November 1, 2020. <https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/ParisPrinciples.aspx>.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, "What Are Human Rights," Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Accessed November 5, 2020, <https://www.ohchr.org/en/issues/pages/whatarehumanrights.aspx>.
- Open Development Mekong. "SDG 16 Peace, Justice and Strong Institutions." Open Development Mekong. Accessed May 3, 2020. <https://opendevelopmentmekong.net/topics/sdg-16-peace-justice-and-strong-institutions>.
- Organisation for Economic Co-operation and (OECD). "Best Practice Principles for Regulatory Policy Regulatory Impact Assessment." (2020).
- ParlAmericas. *Citizen Participation in the Legislative Process*. Ontario: International Secretariat of ParlAmericas, 2016. Accessed November 1, 2020. [https://parlAmericas.org/uploads/documents/Toolkit\\_Citizen%20Participation%20in%20the%20Legislative%20Process.pdf](https://parlAmericas.org/uploads/documents/Toolkit_Citizen%20Participation%20in%20the%20Legislative%20Process.pdf).
- ParlAmericas. "Intersectionality." ParlAmericas. Accessed November 8, 2020. [http://parlAmericas.org/uploads/documents/Intersectionality\\_en.pdf](http://parlAmericas.org/uploads/documents/Intersectionality_en.pdf).
- Steinmetz, Katy. "She Coined the Term 'Intersectionality' Over 30 Years Ago. Here's What It Means to Her Today." *The Time*. Accessed November 8, 2020. <https://time.com/5786710/kimberle-crenshaw-intersectionality/>.
- United Nations. "History of the 2030 Agenda for Sustainable Development." Department of Economic and Social Affairs of the United Nations. Accessed June 24, 2020, <https://sustainabledevelopment.un.org/?menu=1300>.
- United Nations. "What Is the Rule of Law." United Nations. Accessed 25 June 2020. <https://www.un.org/ruleoflaw/what-is-the-rule-of-law>.
- United Nations Development Programme and Ministry of Social Development and Human Security of Thailand. *Legal Gender Recognition in Thailand: A Legal and Policy Review*. Bangkok, United Nations Development Programme Thailand, 2018.
- United Nations Economic and Social Council Resolution 1997/2 (13 October 1997).

United Nations General Assembly Res 48/134, “Resolution adopted by the General Assembly [on the Report of the Third Committee (A/48/632/Add.2)] 48/134 National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights” (A/RES/48/134) (4 March 1994).

United Nations General Assembly Res 55/2, “United Nations Millennium Declaration” (A/RES/55/2) (18 September 2000).

United Nations General Assembly Res 60/1, “2005 World Summit Outcome” (A/RES/60/1) (24 October 2005).

United Nations General Assembly Res 66/288, “Resolution adopted by the General Assembly on 27 July 2012 (66/288. The Future We Want)” (A/RES/66/288) (11 September 2012).

United Nations General Assembly Res 67/1, “Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels” (A/RES/67/1) (30 November 2012).

United Nations General Assembly Res 70/1. “Goal 16. Promote Peaceful and Inclusive Societies for Sustainable Development, Provide Access to Justice for All and Build Effective, Accountable and Inclusive Institutions at All Levels”, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015 (A/RES/70/1) (21 October 2015).

United Nations General Assembly Res 71/313. “Existence of Independent National Human Rights Institutions in Compliance with the Paris Principles.” Resolution adopted by the General Assembly on 6 July 2017 (71/313). Work of the Statistical Commission pertaining to the 2030 Agenda for Sustainable Development) (A/RES/71/313) (10 July 2017).

United Nations General Assembly Res 71/313, “Resolution adopted by the General Assembly on 6 July 2017 (71/313). Work of the Statistical Commission pertaining to the 2030 Agenda for Sustainable Development)” (A/RES/71/313) (10 July 2017).

United Nations Office of the Special Advisor on Gender Issues and Advancement of Women (OSAGI). “Gender Mainstreaming: Strategy for Promoting Gender Equality.” United Nations. Accessed November 8, 2020. <https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/factsheet1.pdf>.

United Nations Office of the Special Advisor on Gender Issues and Advancement of Women (OSAGI). “Good Practice in Gender Mainstreaming Example UNDCP - United Nations International Drug Control Programme: Alternative Development Work in Peru.” United Nations. Accessed November 8, 2020. <https://www.un.org/womenwatch/osagi/gmgoodpracexpl.htm>.

United Nations Office of the Special Advisor on Gender Issues and Advancement of Women (OSAGI). “Important Concepts Underlying Gender Mainstreaming.” United Nations. Accessed November 8, 2020. <https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/factsheet2.pdf>.

- United Nations Statistics Division. “Goal 16 Promote Peaceful and Inclusive Societies for Sustainable Development, Provide Access to Justice for All and Build Effective, Accountable and Inclusive Institutions at All Levels (Updated on 3 March 2016).” United Nations Statistics Division. Accessed October 29, 2020, <https://unstats.un.org/sdgs/files/metadata-compilation/Metadata-Goal-16.pdf>.
- United Nations Security Council. “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies” (S/2004/616) (23 August 2004).
- United States Center for Effective Government. “Notice-and-Comment-Rulemaking.” United States Center for Effective Government. Accessed November 3, 2020. <https://www.foreffectivegov.org/node/2578>.