

บทที่ 2

ความหมาย ความเป็นมา และแนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปราม การทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย

ในบทนี้ ผู้วิจัยจะทำการศึกษาความหมาย ความเป็นมาและแนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย ได้แก่แนวคิดในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายในพันธกรณีระหว่างประเทศ และแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน เพื่อเป็นพื้นฐานอันนำไปสู่การศึกษบทกฎหมายต่อไป โดยมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 ความหมาย และความเป็นมาของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย

การศึกษาเกี่ยวกับความหมายของการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย ผู้วิจัยจะทำการศึกษาความหมายที่บัญญัติอยู่ในพันธกรณีระหว่างประเทศ ตลอดจนกฎหมายต่างๆ รวมถึงความเห็นของนักวิชาการ และพจนานุกรมที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

2.1.1 ความหมายของการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย

การทรมานเป็นการกระทำที่โหดร้าย และส่งผลกระทบอย่างรุนแรงระยะยาวต่อผู้ถูกระทำทั้งทางด้านร่างกาย และจิตใจซึ่งส่งผลต่อผู้ที่ถูกระทำหลังการถูกทรมานอย่างมาก แต่ในบทกฎหมายไทย กลับมิได้มีการบัญญัติความหมายของการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเอาไว้ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงทำการศึกษาความหมายของถ้อยคำดังกล่าวจากพันธกรณีระหว่างประเทศ บทกฎหมายต่างประเทศ และตามความเห็นที่นักวิชาการได้อธิบายเอาไว้ดังต่อไปนี้

2.1.1.1 ความหมายของการทรมาน

อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: CAT) ให้ความหมายของคำว่า “การทรมาน” หมายถึงการกระทำใดก็ตามโดย เจตนาที่ทำให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานอย่างสาหัส ไม่ว่าจะทางกายหรือทางจิตใจต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งข้อสนเทศหรือคำ

สารภาพจากบุคคลนั้นหรือจากบุคคลที่สาม การลงโทษบุคคลนั้นสำหรับการกระทำซึ่งบุคคลนั้น หรือบุคคลที่สามกระทำหรือถูกสงสัยว่าได้กระทำ หรือเป็นการข่มขู่ให้กลัวหรือเป็นการบังคับขู่ เชิญบุคคลนั้นหรือบุคคลที่สาม หรือเพราะเหตุผลใดโดยบนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นในรูปใด เมื่อความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานนั้นกระทำโดย หรือด้วยการขู่ข่มขู่ หรือโดย ความยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของบุคคลอื่นซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่ง ทางการ ทั้งนี้ไม่รวมถึงความเจ็บปวดหรือความทุกข์ทรมานที่เกิดจากหรืออันเป็นผลมาจาก หรืออัน สืบเนื่องมาจากการลงโทษที่สงบด้วยกฎหมาย¹

ธรรมนูญกรุงโรมซึ่งจัดตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) กำหนดให้ดำเนินคดีทาง อาญาต่อบุคคลที่รับผิดชอบต่อการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ อาชญากรรมสงครามและอาชญากรรมต่อ มนุษยชาติ ทั้งนี้ กฎหมายให้นิยามการทรมานว่า "การจงใจให้เกิดความเจ็บปวดหรือความทุกข์ ทรมานอย่างรุนแรงไม่ว่าทางร่างกายหรือจิตใจ ต่อบุคคลที่ถูกควบคุมตัวหรืออยู่ภายใต้การควบคุม ของผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับการทรมานเว้นแต่การทรมานนั้นจะไม่รวมถึงความเจ็บปวด หรือความทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นเฉพาะ โดยธรรมชาติหรือโดยบังเอิญ หรือการลงโทษตาม กฎหมาย" ภายใต้มาตรา 7 ของธรรมนูญกรุงโรม การทรมานอาจถูกพิจารณาว่าเป็นอาชญากรรมต่อ มนุษยชาติ "เมื่อการกระทำนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการโจมตีอย่างกว้างขวาง หรืออย่างเป็นระบบโดย มีเป้าหมายไปที่พลเรือนใดๆ"

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า การห้ามการ ทรมานตามอนุสัญญาข้างต้น เป็นการห้ามการทรมานทั้งร่างกายและจิตใจ อันเป็นสาเหตุให้เกิด ความเจ็บปวด การกระทำที่ถือว่าเป็นการทรมานได้แก่ การตี การดึงถอดเล็บ การเผาไหม้ การใช้ การจี้กระแสไฟฟ้า การแขวนร่างกาย การทำให้ขาดอากาศหายใจ การบังคับให้อยู่ในแสงสว่าง ใน ภาวะเสียงดัง ในที่ที่มีความร้อนหรือความหนาว การละเมิดทางเพศ เช่น การข่มขืน หรือการละเมิด ทางเพศอื่นๆ การบังคับให้ใช้ยาในระหว่างการถูกคุมขังหรือสถานบำบัดโรคทางจิตเวช การบังคับ ไม่ให้พัก ให้อดนอน หรือให้อดอาหาร การขาดสุขอนามัยที่ดีพอ การไม่ได้รับการรักษาพยาบาล การขังเดี่ยว หรือการทำให้ไม่มีความรู้สึก การควบคุมตัวในสถานที่ที่ไม่สามารถระบุได้ ถึงสถานที่ หรือเวลา การข่มขู่ว่าจะทรมานหรือฆ่าญาติให้ตาย การปล่อยทิ้งหรือการขู่ด้วยการจำลองการถูกฆ่า

¹ Australian Government. *Prohibition on torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* (Online). Available: <https://www.ag.gov.au/rights-and-protections/human-rights-and-anti-discrimination/human-rights-scrutiny/public-sector-guidance-sheets/prohibition-torture-and-cruel-inhuman-or-degrading-treatment-or-punishment#which-domestic-laws-relate-to-the-prohibition-on-torture-or-cruel-inhuman-or-degrading-treatment-or-punishment>. [2023, June 5]

ส่วนการกระทำที่ไม่ถึงกับการเป็นการทรมานก็ห้ามมิให้กระทำเช่นเดียวกัน เช่น การปฏิบัติในลักษณะโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม และเป็นการละเมิดหรือการลงโทษที่ลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์²

ความแตกต่างกันในระหว่างการทรมานกับการปฏิบัติที่โหดร้ายคือ ถ้าเจ้าพนักงานของรัฐปฏิบัติบางอย่างที่ยังไม่ถึงว่าเป็นการทรมานคือยังไม่เป็นสาเหตุให้มีความเจ็บปวด ทางด้านร่างกายหรือจิตใจในระดับที่ถือว่าเป็นการทรมาน การปฏิบัติเช่นนั้นไม่ใช่การทรมาน แต่เป็นการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี เช่น การบังคับให้มีการนอนล่ำมโซ่ในห้องขัง หรือการใส่กุญแจมือ ถ้าการกระทำนั้นไม่ใช่การทรมาน เพื่อให้ได้รับคำสารภาพหรือข้อมูล หรือเพื่อเป็นการลงโทษเพื่อสิ่งใดสิ่งหนึ่ง หรือการสงสัยหรือการข่มขู่ เป็นเพียงการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีเท่านั้น³

2.1.1.2 ความหมายของการบังคับบุคคลสูญหาย

การบังคับบุคคลให้สูญหาย (Enforced Disappearance) เป็นหนึ่งในการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ถูกปฏิบัติต่อมนุษย์ผ่านการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐหรือผู้ใช้อำนาจแห่งรัฐ โดยมีกรณีให้นิยามไว้ในอนุสัญญาาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย พ.ศ. 2010 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced disappearance 2010) ข้อ 2 ที่ได้กำหนดนิยามของการบังคับบุคคลให้สูญหายเอาไว้หมายถึง การจับกุม กักขัง ลักพาตัว หรือการกระทำในรูปแบบใดๆ ก็ตาม ที่เป็นการลิดรอนเสรีภาพโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งดำเนินการโดยได้รับการอนุญาต การสนับสนุนหรือการยอมรับโดยปริยายของรัฐ ตามมาด้วยการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการลิดรอนเสรีภาพ หรือการปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลที่หายสาบสูญ ซึ่งส่งผลให้บุคคลดังกล่าวตกอยู่ภายนอกการคุ้มครองของกฎหมาย⁴

นิยามของการบังคับให้สูญหาย (Enforced Disappearance) ตามอนุสัญญาาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองมิให้บุคคลถูกบังคับให้สูญหาย พ.ศ. 2010 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance 2010) สามารถแบ่งได้ออกเป็น 3 องค์ประกอบคือ (1) มีการจับกุม การคุมขัง การลักพาตัว หรือ ลิดรอนเสรีภาพในรูปแบบอื่นๆ (2) เกิดจากกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเป็นบุคคลอื่นแต่อยู่ภายใต้อำนาจหรือการสนับสนุนหรือการยอมรับจากรัฐ (3) มีการปฏิเสธไม่รับรู้การลิดรอนเสรีภาพ หรือปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ทำ

² สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2551). *ยุติการทรมาน : คู่มือสำหรับเจ้าพนักงานของรัฐ*. กรุงเทพฯ: ดอกเบญจ. หน้า 9.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

⁴ แปลโดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

ให้ผู้สูญหายอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมาย เมื่อมีการกระทำครบ 3 องค์ประกอบข้างต้นจะถือว่าเป็นการบังคับให้ผู้สูญหายตามอนุสัญญาฯ ทันทีโดยไม่ต้องพิจารณาว่าการจับกุมคุมขังนั้นเริ่มต้นด้วยการจับกุมที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ และไม่มีกำหนดเวลาที่จะต้องถูกจับกุมคุมขังนานเพียงใด หากการคุมขังนั้นเป็นการกระทำนอกกฎหมาย ทำให้ผู้ถูกคุมขังอยู่นอกการคุ้มครองของกฎหมาย ก็เป็นการบังคับบุคคลให้สูญหายได้⁵

แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนลได้บันทึกการสูญหายที่ดำเนินการโดยประเทศที่กระทำผิดร้ายแรงที่สุดบางประเทศ ได้แก่ซีเรีย พบว่าประชาชนราว 82,000 คน ต้องตกเป็นเหยื่อของการถูกบังคับสูญหายนับตั้งแต่ปี 2001 เป็นต้นมา ผู้คนส่วนใหญ่ที่หายตัวไป มักหายตัวไประหว่างอยู่ในศูนย์กักกันของรัฐบาล และบุคคลมากกว่า 2,000 คน หายไปหลังจากถูกจับกุมโดยกลุ่มต่อต้านติดอาวุธและกลุ่มติดอาวุธที่เรียกตนเองว่าเป็นรัฐอิสลาม ทั้งนี้รัฐบาลซีเรียได้ยืนยันว่ามีผู้เสียชีวิตอย่างน้อย 161 ราย หลังจากการสูญหายไป ศรีลังกา เป็นหนึ่งในประเทศที่มีผู้สูญหายมากที่สุดในโลก โดยมีผู้สูญหายระหว่าง 60,000 ถึง 100,000 คนตั้งแต่ช่วงปลายทศวรรษ 1980 อาร์เจนตินาเป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีการบังคับให้บุคคลสูญหายในศตวรรษที่ 20 ในช่วงการปกครองโดยทหาร โดยกองกำลังรักษาความมั่นคงได้ลักพาตัวประชาชนราว 30,000 คน และหลายคนไม่ทราบชะตากรรม การละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นอย่างกว้างขวางและเป็นระบบ มีการทรมานและวิสามัญฆาตกรรมครั้งใหญ่ โดยการถูกทิ้งลงมาจากเครื่องบินของทหารหรือเฮลิคอปเตอร์ ขณะที่ในประเทศซิมบับเว พบว่ามีผู้สื่อข่าวและนักเคลื่อนไหวเพื่อประชาธิปไตยได้หายตัวไปเมื่อวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 2015 ในกรุงฮาราเร โดยก่อนหน้านี้ ผู้สื่อข่าวดังกล่าวตกเป็นเป้าหมายของเจ้าหน้าที่ความมั่นคงของรัฐ ถูกทุบตี ลักพาตัวและควบคุมตัวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย นับตั้งแต่การหายตัวไปของเขาก็ไม่มีการสืบสวนอย่างเป็นทางการและไม่ทราบที่อยู่แท้จริงของเขา ทั้งนี้ การบังคับบุคคลให้หายสาบสูญเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหลายประการ ได้แก่สิทธิในความปลอดภัยและศักดิ์ศรีของบุคคล สิทธิที่จะไม่ถูกทรมานหรือการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี สิทธิในการควบคุมตัวอย่างมีมนุษยธรรม สิทธิที่จะมีตัวตนทางกฎหมาย สิทธิในการได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม สิทธิในการมีชีวิตครอบครัว สิทธิในการมีชีวิต (กรณีที่ถูกผู้สูญหายถูกฆาตกรรมหรือทำให้ไม่ทราบชะตากรรม)⁶

⁵ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. *General Comment on the definition of enforced disappearance*. (Online). Available: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/disappearance_gc.pdf. [2023, June 5]

⁶ Amnesty International. *Enforced Disappearances*. (Online). Available: <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/enforced-disappearances/> [2023, June 5]

2.1.2 ความเป็นมาของการทรมานและการกระทำที่บุคคลสูญหายในต่างประเทศ

การบังคับบุคคลให้สูญหาย (Enforced Disappearance) หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “การอุ้มหาย” เป็นหนึ่งในวิธีการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐ หรือผู้ใช้อำนาจรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์หลายประการ ซึ่งวิธีการนี้ถูกนำมาใช้ตั้งแต่อดีต แต่เพิ่งเริ่มถูกนำมาใช้ “อย่างเป็นระบบ” ในลักษณะของการใช้อำนาจรัฐเพื่อออกคำสั่งเชิงนโยบายกดขี่ประชาชน (A Systematic Policy of State Repression) เป็นครั้งแรกโดยกองทัพนาซีในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง โดยงานเขียนของคริสเตน แอนเดอร์สัน (Kristen Anderson) ในวารสาร Melbourne Journal of International Law ได้กล่าวถึงเหตุการณ์ดังกล่าวสรุปได้ว่า การบันทึกอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกเกี่ยวกับการการบังคับให้บุคคลสูญหายถูกค้นพบจากเอกสารของกองทัพนาซี จากคำสั่ง “Nacht und Nebel” (Night and Fog) อันเป็นคำสั่งพิเศษโดยอดอล์ฟ ฮิตเลอร์ (Adolf Hitler) ผู้นำเผด็จการของพรรคนาซีในเยอรมนี มีรายละเอียดว่า ในปี ค.ศ. 1941 พรรคนาซีมีคำสั่งให้ลักพาตัวบุคคลในขบวนการต่อต้านกองทัพนาซีที่อาศัยอยู่ตามตะเข็บชายแดนของเยอรมนีในช่วงเวลากลางคืน เมื่อจับตัวบุคคลเป้าหมายได้แล้วก็ลักลอบพากลับเข้ามาในเยอรมนีแล้วกระทำการทรมานก่อนที่จะสังหาร ทั้งนี้ กองทัพนาซีได้ปฏิเสธการกระทำดังกล่าว ขณะที่ครอบครัวของผู้ถูกบังคับให้สูญหายไม่ทราบชะตากรรมของผู้สูญหาย อย่างไรก็ตาม การสูญหายของบุคคลดังกล่าว ส่งผลทำให้กลุ่มผู้ต่อต้านพรรคนาซีเกิดความหวาดกลัวและส่งผลกระทบต่อกิจกรรมของขบวนการต่อต้านโดยตรง ทั้งนี้มีการประมาณการว่ามีผู้ถูกบังคับให้หายสาบสูญ ภายใต้คำสั่งนี้ถึง 7,000 คน⁷

นับแต่นั้นเป็นต้นมา การบังคับบุคคลให้สูญหายได้ถูกนำมาใช้อย่างเป็นระบบ โดยเริ่มจากประเทศกัวเตมาลา ซึ่งพบว่ามีประชาชนเผ่ามายา จำนวน 6 คน ได้ถูกบังคับสูญหาย ซึ่งสันนิษฐานว่าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในช่วงกลางศตวรรษที่ 1980⁸ และ บราซิล เป็นประเทศที่พบว่ามีบุคคลจำนวนมากหายตัวไปหลังการถูกจับกุมโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ โดยเหยื่อส่วนใหญ่มักเป็นคนผิวสี หรือลูกครึ่ง⁹ จากนั้นแพร่กระจายไปทั่ว แอลลาตินอเมริกา ทั้งประเทศอาร์เจนตินา ชิลี เปรู เอลซัลวาดอร์ โคลัมเบีย อุรุกวัย และฮอนดูรัส และนอกจากในพื้นที่ลาตินอเมริกาแล้ว มีการรายงานว่าตัวเลขที่มีการบังคับให้บุคคลสูญหาย เกิดขึ้นอย่างมากในอิรัก ศรีลังกา

⁷ โทมัส สุขปรีชา. (2562). *ถูกบังคับให้สาบสูญ: อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติที่ถูกละเลย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://thematter.co/thinkers/enforced-disappearance/69382>. [2566, 3 มิถุนายน]

⁸ สถาบันอิสรา. (2553). *6 ปี ทนายสมชาย (1) กับบทเรียนคดีอุ้มหายที่กัวเตมาลา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.isranews.org/content-page/item/1646-6-1.html>. [2566, 3 มิถุนายน]

⁹ The Guardian. *Rise in forced disappearance preys on Brazil's young men of colour*. (Online). Available: <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/22/brazil-forced-disappearance-young-black-men>. [2023, June 7]

และอดีตยูโกสลาเวีย ส่งผลให้มีผู้ได้รับผลกระทบจากกระบวนการดังกล่าวหลายแสนคน โดยวิธีการปฏิบัติการณ์นั้นเหมือนกันทุกแห่ง กล่าวคือจะเริ่มต้นจากการลักพาตัวบุคคลที่ตกเป็นเป้าหมาย จากนั้นจับไปกักขังหน่วงเหนี่ยวเอาไว้ในสถานที่ลับ แล้วดำเนินการทรมานด้วยวิธีการต่าง ๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และหลายครั้งที่ต่อมาผู้ถูกกักขัง หน่วงเหนี่ยวถูกสังหารโดยไม่มีโอกาสสวน ซึ่งนับตั้งแต่ทศวรรษที่ 80 เป็นต้นมา สถิติการอุ้มหายเพิ่มขึ้นเป็นทวีคูณ และแพร่กระจายไปทั่วทุกภูมิภาคของโลก โดยมีทั้งความขัดแย้งภายในและภายนอก อาทิ สงครามระหว่างประเทศ หรือความขัดแย้งทางการเมืองภายในประเทศ เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดการบังคับบุคคลให้สูญหายขึ้น¹⁰

2.1.3 ความเป็นมาของการตรากฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายของประเทศไทย

นับตั้งแต่ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีของอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติ หรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี ค.ศ. 1984 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: CAT) เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2550 รวมถึงได้ลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ค.ศ. 2006 (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: CFD) เมื่อวันที่ 9 มกราคม พ.ศ. 2555 วัตถุประสงค์หลักของทั้ง 2 อนุสัญญาคือ การป้องกันไม่ให้บุคคลถูกกระทำอย่างทรมานและทำให้หายสาบสูญโดยถูกบังคับ และนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษอย่างเหมาะสม พร้อมทั้งเยียวยาเหยื่อให้ได้รับความยุติธรรม การลงนามในอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ ถือเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของรัฐบาลไทยที่มีความตั้งใจจริงในการส่งเสริม ปกป้องและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมทั้งเห็นความสำคัญของการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการบังคับใช้กฎหมายที่คุ้มครองสิทธิที่เกี่ยวข้อง แต่ในขณะนั้น ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ป้องกันและกำหนดโทษ การรับผิดชอบต่อการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐทรมานหรือบังคับให้บุคคลสูญหายอย่างเป็นทางการ กล่าวอีกนัยหนึ่ง รวมถึงขาดกลไกและผู้รับผิดชอบโดยตรง ซึ่งเป็นปัญหาเดียวกันกับคดีซ้อมทรมานผู้ต้องหาที่ขาดกฎหมายที่สามารถบังคับใช้ได้เป็นการเฉพาะ¹¹

ประกอบกับสถานการณ์ การทรมานและการบังคับให้บุคคลสูญหายที่เกิดขึ้นภายในประเทศไทย คณะทำงานสหประชาชาติว่าด้วยการหายสาบสูญโดยการถูกบังคับหรือไม่สมัครใจ (UN Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances: UNWGEID) ได้บันทึก

¹⁰ Tomorn Sookprecha. *Ibid.*

¹¹ สำนักงานเลขาธิการ สภาผู้แทนราษฎร. ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ., อ.พ. 15/2564 สมัยประชุมสามัญประจำปี ครั้งที่ 1. หน้า 130.

ข้อมูลบุคคลที่หายสาบสูญในประเทศไทยว่ายังไม่ได้รับการคลี่คลาย จำนวนทั้งสิ้น 82 กรณี โดยอ้างว่าสูญหายไปในช่วงปี พ.ศ. 2534 ถึง พ.ศ. 2561 จากเหตุการณ์ความไม่สงบทางการเมือง พื้นที่ชายแดนภาคใต้ สงครามยาเสพติด และการต่อสู้เพื่อสิทธิมนุษยชน แต่มีหลักฐานที่สามารถยืนยันได้ว่า จำนวน 17 ราย มิใช่เป็นบุคคลที่ถูกบังคับให้สูญหายตามบันทึกข้อมูลบุคคลที่หายสาบสูญของสหประชาชาติ¹² โดยมีกรณีตัวอย่างของบุคคลที่ถูกบังคับหายสาบสูญในประเทศไทย ได้แก่ กรณีของนายสมชาย นีละไพจิตร ทนายความที่มีบทบาทในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในคดีละเมิดสิทธิมนุษยชนที่หายตัวไปในปี พ.ศ. 2547 กรณีของนายพอละจี รักจงเจริญ (บิลลี่) แกนนำชุมชนชาวกะเหรี่ยงบ้านบางกลอย สมาชิกองค์การบริหารส่วนตำบลห้วยแม่เพรียง จังหวัดเพชรบุรี นายสุรชัย คำนวณนานุสรณ์ ในปี พ.ศ. 2561 เป็นต้น ทำให้เกิดกระแสเรียกร้องให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศสองฉบับดังที่กล่าวไปข้างต้น และเรียกร้องให้ประเทศไทยตรากฎหมายเพื่อป้องกัน ปรามปรามและลงโทษผู้ที่กระทำความผิดหรือการบังคับบุคคลสูญหายขึ้นใช้บังคับ ด้วยเหตุนี้ คณะรัฐมนตรีจึงได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในปี พ.ศ. 2561 โดยในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 86/2561 ที่ประชุมได้มีมติรับหลักการ “ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปรามปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ.” อย่างไรก็ตาม ขณะที่อยู่ระหว่างพิจารณาในวาระที่สองของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้หามติวาระลงเสียก่อนที่ร่างพระราชบัญญัตินี้จะได้รับความเห็นชอบประกาศใช้เป็นกฎหมาย¹³

ต่อมา เมื่อมีคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ ได้มีการเสนอร่างกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปรามปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหายเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี รวม 4 ฉบับได้แก่ ฉบับที่หนึ่ง คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ ฉบับที่สอง นายวันมูหะมัดนอร์ มะทา กับคณะ เป็นผู้เสนอ ฉบับที่สาม นายสุทัศน์ เงินหมื่น กับคณะ เป็นผู้เสนอ และฉบับที่สี่ นายสิระ เจนจาคะ กับคณะ เป็นผู้เสนอ¹⁴

ในคราวประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 25 ปีที่ 3 ครั้งที่ 31 (สมัยสามัญประจำปี ครั้งที่ 1) เมื่อวันที่ 16 กันยายน 2564 ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ได้ลงมติในวาระที่หนึ่งรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปรามปรามการทรมานและการกระทำให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติป้องกันและปรามปรามการทรมานและการบังคับให้บุคคลสูญหาย พ.ศ. ทั้ง

¹² กระทรวงยุติธรรม กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ. (2561). *สรุปผลการดำเนินงานสิทธิมนุษยชนที่สำคัญของประเทศไทย ระหว่างปี พ.ศ. 2557–2561*. กรุงเทพฯ: กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ. หน้า 38.

¹³ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11. หน้า 133.

¹⁴ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11. หน้า 133.

4 ฉบับพร้อมกันด้วยคะแนนเสียง 363 เสียง ไม่รับหลักการ ไม่มีงดออกเสียง 1 เสียง และไม่ลงคะแนนเสียง 1 เสียง และมีมติให้ตั้งคณะกรรมการวิสามัญจำนวน 25 คน เพื่อพิจารณาในวาระที่สอง ชั้นคณะกรรมการ จากนั้น กฎหมายฉบับนี้ได้ผ่านการพิจารณาในวาระที่สองและสามตามลำดับ¹⁵

จนกระทั่งในวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2566 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหาย พ.ศ. 2565 มีผลบังคับใช้ ยกเว้นเพียงมาตรา 22 ถึงมาตรา 25 จะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2566 เป็นต้นไป ทั้งนี้ พระราชบัญญัติฯ ประกอบด้วย 5 หมวด 1 บทเฉพาะกาล รวม 43 มาตรา ซึ่งครอบคลุมฐานความผิดที่สำคัญ 3 ฐาน ได้แก่ การกระทำความทารุณ การกระทำความที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการกระทำให้นुकคตสูญหาย รวมถึงบทกำหนดโทษ มาตรการดำเนินคดี มาตรการป้องกัน มาตรการช่วยเหลือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดดังกล่าว¹⁶

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหาย

การศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหาย ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาค้นคว้าด้านสิทธิมนุษยชน แนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางอาญา โดยมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.2.1 แนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชนถือกำเนิดมาพร้อมหลักประกันเพื่อความมั่นคงปลอดภัยให้กับมวลมนุษยชาติ ถือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่มนุษย์ควรมีสติหรือที่ได้มาโดยธรรมชาติพร้อมการเกิด เรียกว่าสิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) ด้วยความเชื่อที่ว่ามนุษย์เกิดมาพร้อมกับความมีคุณค่า มีวิถีทางแห่งการดำเนินชีวิตเป็นของตนเอง มีความสามารถในการดำรงตนอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ดีที่เหมาะสมอย่างสมศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์¹⁷

¹⁵ บีบีซีนิวส์. พ.ร.บ.อุ้มหาย : สภาผู้แทนฯ ผ่านวาระ 3 กฎหมายป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหาย. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.bbc.com/thai/thailand-58567063>. [2566, 7 มิถุนายน]

¹⁶ กระทรวงยุติธรรม. ฉบับที่ 432/2566 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकคตสูญหาย พ.ศ. 2565 มีผลใช้บังคับอย่างเป็นทางการแล้ว. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.moj.go.th/view/81365>. [2566, 7 มิถุนายน]

¹⁷ สุภรา ศรีปวิธาทิน. แนวคิดและหลักการสิทธิมนุษยชน. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://policetraining9.com/index.php?option=com_attachments&task=download&id=279. [2566, 5 กรกฎาคม]

2.2.1.1 ความหมายของสิทธิมนุษยชน

คำว่าสิทธิมนุษยชน (Human Rights) เป็นที่รู้จักและถูกใช้อย่างแพร่หลายนับตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลงเมื่อปี พ.ศ. 2488 และได้มีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น นอกจากนี้คำว่า สิทธิมนุษยชนแล้ว ยังมีคำอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกันปรากฏแพร่หลายอยู่ด้วย เช่น สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) และสิทธิของความเป็นมนุษย์ (Rights of Man) เป็นต้น ถึงแม้ในกฎบัตรสหประชาชาติ จะได้กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนไว้ในที่ต่างๆ หลายแห่ง แต่ก็มีได้ให้คำจำกัดความของคำว่าสิทธิมนุษยชนไว้แต่อย่างใด ถ้าจะแปลความหมายตามตัวอักษร สิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิของความเป็นมนุษย์ ผู้ที่เป็นมนุษย์ย่อมมีสิทธิดังกล่าวตั้งแต่เกิดจนตายโดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดของกฎหมาย¹⁸

แอมเนสตี้ ประเทศไทย ให้ความหมายของสิทธิมนุษยชน หมายถึง สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของทุกคน ไม่ว่าจะเป็นคนใด อยู่ ณ แห่งหนใด มีความเชื่ออย่างไรหรือใช้ชีวิตในรูปแบบใด สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลได้ แต่อาจถูกจำกัดหากบุคคลผู้นั้นกระทำความผิดกฎหมายหรือกระทำการที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อความมั่นคงของชาติ สิทธิมนุษยชนตั้งอยู่บนพื้นฐานของคุณค่าความเป็นมนุษย์ เช่น ความมีศักดิ์ศรี ความยุติธรรม ความเท่าเทียม ความเคารพและความเป็นอิสระ นอกจากนี้สิทธิมนุษยชนนั้นไม่ได้เป็นเพียงแนวคิดที่เป็นนามธรรมเท่านั้น เพราะสิทธิมนุษยชนคือแนวคิดที่ได้รับการ นิยามและ ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย¹⁹

กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม อธิบายว่าในทางวิชาการมักไม่มีการให้คำนิยามความหมายของสิทธิมนุษยชน นอกจากมีการพยายามอธิบายคำปรารภของปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่ว่า “โดยที่การยอมรับนับถือเกียรติศักดิ์ประจำตัว และสิทธิเท่าเทียมกันและโอนมิได้ของบรรดาสมาชิกทั้งหลายแห่งครอบครัวมนุษยชนเป็นหลักการพื้นฐานแห่งอิสรภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพโลก” นั้น หมายถึง สิทธิมนุษยชน เป็นสิทธิประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เพราะมนุษย์ทุกคนมีศักดิ์ศรีมีเกียรติศักดิ์ประจำตัวสิทธิมนุษยชน ไม่สามารถ โอนให้แกกันได้ แต่นักปฏิบัติการสิทธิมนุษยชนให้คำอธิบายว่า เราเรียกสิ่งจำเป็นสำหรับคนทุกคนที่ต้องได้รับในฐานะที่เป็นคน ซึ่งทำให้คน ๆ นั้นมีชีวิตอยู่รอด ได้อย่างมีความเหมาะสมแก่ความเป็นคนและสามารถมีการพัฒนาตนเองได้ว่า คือ “สิทธิมนุษยชน” เมื่อนำคำอธิบายทั้ง 2 ประการมา

¹⁸ สุกรา ศรีปริวาทีน. *แนวคิดและหลักการสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://policetraining9.com/index.php?option=com_attachments&task=download&id=279. [2566, 5 กรกฎาคม]

¹⁹ แอมเนสตี้ ประเทศไทย. (2561). *สิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.amnesty.or.th/latest/blog/62/> [2566, 5 กรกฎาคม]

ประกอบกันก็สามารถเข้าใจได้ว่า สิทธิมนุษยชน คือ สิ่งจำเป็นสำหรับคนทุกคนที่ต้องได้รับ ในฐานะที่เป็นคน เพื่อให้คน ๆ นั้นมีชีวิตอยู่รอดได้และมีการพัฒนา สิทธิมนุษยชนจึงมี 2 ระดับ ดังนี้²⁰

1) ระดับแรก คือ สิทธิที่ติดตัวคนทุกคนมาแต่เกิด ไม่สามารถถ่ายโอนให้แก่อันใด อยู่เหนือกฎหมายและอำนาจใด ๆ ของรัฐทุกรัฐ สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต ห้ามฆ่าหรือ ทำร้ายต่อชีวิต ห้ามการค้ามนุษย์ ห้ามทรมานอย่างโหดร้าย คนทุกคนมีสิทธิในความเชื่อ โศภนธรรมหรือ ลัทธิทางศาสนา ทางการเมือง มีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และแสดงออกหรือการสื่อ ความหมายโดยวิธีอื่น สิทธิมนุษยชนเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายมารองรับ สิทธิเหล่านี้ก็ดำรงอยู่ ซึ่งอย่างน้อยอยู่ในมโนธรรมสำนึกถึงบาปบุญคุณโทษที่อยู่ในตัวของแต่ละคน เช่น แม้ไม่มีกฎหมาย บัญญัติว่าการฆ่าคนเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่คนทุกคนมีสำนึกรู้ได้เองว่าการฆ่าคนนั้นเป็น สิ่งต้องห้าม เป็นบาปในทางศาสนา

2) ระดับที่สองคือ เป็นสิทธิที่ต้องได้รับการรับรองในรูปของกฎหมายหรือ ต้อง ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐบาล ได้แก่ การได้รับสัญชาติ การมีงานทำ การได้รับความคุ้มครอง แรงงาน ความเสมอภาคของหญิงชาย สิทธิของเด็ก เยาวชน ผู้สูงอายุ และคนพิการ การได้รับการ ศึกษาขั้นพื้นฐาน การประกันการว่างงาน การได้รับบริการทางด้านสาธารณสุข การสามารถ แสดงออกทางด้านวัฒนธรรมอย่างอิสระ สามารถได้รับความเพลิดเพลินจากศิลปะ วัฒนธรรมใน กลุ่มของตน เป็นต้น ทั้งนี้สิทธิมนุษยชนระดับที่สองนี้ต้องเขียนรับรองไว้ในกฎหมายหรือ รัฐธรรมนูญหรือแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐของแต่ละประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันว่าคนทุกคนที่ อยู่ในรัฐนั้นจะได้รับความคุ้มครองชีวิตความเป็นอยู่ให้มีความเหมาะสมแก่ความเป็นมนุษย์

2.2.1.2 ความเป็นมาของแนวคิดสิทธิมนุษยชน

เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองยุติลงในปี ค.ศ. 1945 โดยชัยชนะของฝ่ายสัมพันธมิตร ที่มี สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส รัสเซีย เป็นผู้นำนั้น สงครามโลกครั้งที่สองได้นำความหายนะมาสู่ ชีวิตและทรัพย์สินของหลายประเทศทั่วโลก ชาวโลกได้ประจักษ์ถึงความทารุณโหดร้ายของพรรคนาซีเยอรมันที่ได้ฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวหลายล้านคน และกระทำการยับยั้งประชาชนทุกประเทศที่ เยอรมันเข้ายึดครอง การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ การยับยั้งสิทธิสตรีและเด็ก ถือเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของ มนุษย์อย่างชัดเจน หัวหน้ารัฐบาลประเทศสัมพันธมิตรต่างเห็นพ้องต้องกันว่าจะต้องแสวงหา มาตรการที่เป็นรูปธรรมป้องกันมิให้มีการทำลายศักดิ์ศรีของมนุษย์เกิดขึ้นอีก จึงได้มีการสถาปนา

²⁰ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม. *ความรู้พื้นฐานเรื่องสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://deac.drr.go.th/wp-content/uploads/2019/12/drr-2019-12-25_02-50-04_686788.pdf. [2566, 5 กรกฎาคม]

องค์การสหประชาชาติขึ้นเมื่อวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1945 และมีผลอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1945²¹

วันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1945 มีการรับรองกฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) โดยมติที่ประชุมใหญ่ ในกฎบัตรนี้กล่าวถึงความมุ่งหมายของสหประชาชาติ ได้แก่ การสร้างไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ เพื่อพัฒนาสัมพันธไมตรีระหว่างชาติทั้งปวง โดยยึดหลักการแห่งสิทธิที่เท่าเทียมกัน เพื่อทำการร่วมมือระหว่างประเทศ ในอันที่จะแก้ไขปัญหาระหว่างประเทศในทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมและมนุษยธรรม และส่งเสริมการเคารพสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกคน โดยปราศจากความแตกต่างในทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา และเป็นศูนย์กลางสำหรับประสานการดำเนินงานของประชาชาติทั้งปวงในอันที่จะบรรลุจุดหมายปลายทางร่วมกัน²²

เดือนตุลาคม ค.ศ. 1946 สหประชาชาติได้ตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (The Commission on Human Rights) ให้อยู่ใต้คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Council หรือ ECOSOC) เดือนมกราคม ค.ศ. 1947 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้เรียกประชุมเป็นครั้งแรก และได้แต่งตั้งคณะกรรมการร่างเอกสารสหประชาชาติ เพื่อการคุ้มครองและส่งเสริม สิทธิมนุษยชนโดยแบ่งออกเป็น 3 ชุด ชุดแรกจัดทำร่างปฏิญญา (Declaration) ชุดที่สองจัดทำอนุสัญญา (Convention) และชุดที่สามศึกษาปัญหาทางการเมืองระหว่างประเทศ คณะกรรมการร่างปฏิญญาได้มีการประชุมหลายครั้งและได้นำเสนอร่างปฏิญญาให้สมัชชาสหประชาชาติลงมติยอมรับและประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ด้วยคะแนนเสียง 48 เสียง ไม่มีเสียงคัดค้าน ส่วนประเทศกลุ่มคอมมิวนิสต์ทั้งหมดรวมทั้งประเทศซาอุดีอาระเบียและแอฟริกาใต้งดออกเสียง สำหรับ ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่ได้ให้การรับรอง²³

2.2.1.3 หลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชน

²¹ องค์การสหประชาชาติ. *60 ปี ความสำเร็จขององค์การสหประชาชาติ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://unic.un.org/aroundworld/unics/common/documents/publications/60 ways/bangkok_60 ways_thai.pdf](https://unic.un.org/aroundworld/unics/common/documents/publications/60%20ways/bangkok_60%20ways_thai.pdf). [25 66, 5 กรกฎาคม]

²² กฎบัตรแห่งสหประชาชาติ. มาตรา 1.

²³ กระทรวงการต่างประเทศ. *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>. [2566, 11 มิถุนายน]

สิ่งที่จะเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะส่งผลให้มนุษย์อยู่ในสังคมได้อย่างสงบสุข มีเกียรติมีคุณค่า จะต้องยึดถือปฏิบัติที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ดังต่อไปนี้²⁴

1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

จุดกำเนิดของแนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ล้วนมีที่มาจาก การที่มนุษย์ปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันในลักษณะของการลดทอนศักดิ์ศรี ดังเช่น รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้บัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เอาไว้ โดยมีผลสืบเนื่องมาจากเหตุการณ์ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง ออดอล์ฟ ไอชมาน (Adolf Eichmann) สมาชิกของพรรคนาซีคนสำคัญและเป็นข้าราชการระดับสูงของเยอรมันในช่วงที่พรรคนาซีปกครองประเทศ ซึ่งได้ดำเนินวิธีการต่างๆ ที่มนุษย์ไม่พึงปฏิบัติกันแก่ชนชาวยิว ได้แก่ การโกนหัวสตรีแล้วนำเอาผมไปทอเป็นเครื่องนุ่งห่มเพื่อให้ความอบอุ่นแก่ร่างกาย โดยไม่คำนึงว่าผู้เป็นเจ้าของผมเหล่านั้นจะหนาวเหน็บเพียงใดในฤดูหนาว การใช้มนุษย์เป็นเครื่องทดลองยาโดยนิตินัยต่างๆ เข้าร่างกายการนำเอามนุษย์ผ่าแผลมาใช้ทดลองโดยความเชื่อว่าจะมีคุณสมบัติเหมือนกันมากกว่ามนุษย์อื่นๆ และปรากฏการณ์ที่ได้จากการทดลองจะแสดงผลได้ใกล้ความจริงที่สุด โดยไม่คำนึงถึงผลร้ายที่เกิดแก่มนุษย์เหล่านั้นไม่ว่าความพิการหรือความตาย การกระทำดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นมนุษย์ และประมาณการว่าการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ที่พรรคนาซีได้กระทำต่อชาวยิว ส่งผลทำให้ชาวยิวเสียชีวิตในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองประมาณ 6 ล้านคน²⁵

ด้วยความสำคัญที่มีต่อมนุษย์ชาติที่พรรคนาซีได้กระทำต่อชาวยิวนี้เอง เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญเยอรมัน ฉบับ ค.ศ. 1949 ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติเกี่ยวกับการเคารพซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 1(1) ความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ไม้อาจล่วงละเมิดได้ เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทั้งนี้ เป็นการแสดงเจตนาในนามของรัฐเยอรมันว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะให้ความเคารพและจะคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยจะไม่ปฏิบัติดังเช่นที่บรรพชนของตนได้กระทำต่อชาวยิวอีกต่อไป²⁶

²⁴ สุภรา ศรีปริวาทีน. *แนวคิดและหลักการสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://policetraining9.com/index.php?option=com_attachments&task=download&id=279 [2566, 11 มิถุนายน]

²⁵ พัชรินทร์ วิทยาเอนกนันท์. (2560). *การลงโทษประหารชีวิตในประเทศไทยกับหลักความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 49.

²⁶ อุดม รัฐอมฤต และคณะ. (2544). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 125.

สำหรับในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้²⁷ ในช่วงราวต้นทศวรรษที่ 1990 ใช้รูปแบบการปกครองบนพื้นฐานของการแบ่งแยกชนชั้นจากสีผิวเรียกว่าอะพาไทด์ (Apartheid) เป็นการแบ่งแยกผู้ปกครองเป็นคนผิวขาวและใช้อำนาจปกครองแบบเผด็จการบนพื้นฐานแนวคิดว่าคนผิวขาวแม้จะเป็นเพียงคนส่วนน้อยก็ต้องเป็นใหญ่ในประเทศแอฟริกาใต้ทั้งในทางการเมือง เศรษฐกิจ และวสังคมเหนือคนท้องถิ่นผิวดำที่มีอยู่เดิม และคนผิวสีที่มาจากชนเผ่าต่างๆในแอฟริกา รวมถึงคนอินเดียที่มาตั้งรกรากตั้งแต่สมัยอาณานิคมอังกฤษหรือคนจีน

การปกครองแบบอะพาไทด์ (Apartheid) ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติมากมาย และเป็น การเลือกปฏิบัติที่ได้รับการรับรองหรือดำเนินการโดยรัฐผ่านการตรากฎหมายและกฎระเบียบที่มีผลบังคับใช้ในสังคม อาทิ คนผิวดำจะไม่ได้รับอนุญาตให้เดินเข้ามาในถิ่นที่อยู่อาศัยหรือศูนย์กลางธุรกิจของคนผิวขาว และคนผิวดำไม่สามารถดำเนินธุรกิจหรือเปิดกิจการใดๆในถิ่นที่คนผิวขาวอาศัยอยู่ได้ หากคนผิวสีดำจะต้องเข้าไปทำงานในถิ่นของคนผิวขาว ต้องมีบัตรแสดงตัวที่ออกให้กับเฉพาะคนผิวสีดำและจะทำงานได้เฉพาะงานรับใช้เท่านั้น คนผิวดำไม่สามารถเข้าโรงภาพยนตร์ที่อยู่ในเขตของคนผิวขาวได้ ขณะที่ในเขตคนผิวดำก็ไม่มีโรงภาพยนตร์ให้บริการ การขึ้นรถประจำทางคนผิวขาวเท่านั้นที่มีสิทธิขึ้นประตูด้านหน้า คนผิวดำจะต้องขึ้นประตูด้านหลัง และจะเดินไปนั่งข้างหน้าไม่ได้ เป็นต้น ผู้ใดฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษที่รุนแรง²⁷ การเลือกปฏิบัติและการถูกกดขี่ภายใต้ระบบการปกครองที่ไม่เป็นธรรม นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงสังคมโดยมีการบันทึกยืนยันในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ค.ศ. 1993 ในหมวด 1 ข้อ 1 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่จะต้องยึดถือ”²⁸

เห็นได้ว่าที่มาของการบัญญัติยืนยันถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นมีที่มาจาก การปฏิบัติที่มนุษย์กระทำต่อมนุษย์ด้วยกันอย่างโหดร้ายทารุณ หรือไม่เหมาะสม จึงเป็นการยืนยันถึงความเป็นมนุษย์ที่ควรได้รับการเคารพในความเท่าเทียมกัน

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ถือว่าคุณค่าสูงสุด ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็น สิ่งที่มี อาจ ล่วงละเมิดได้ เป็นสิ่งซึ่งต้องให้ความเคารพและต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐ มนุษย์นั้น มี คุณลักษณะส่วนบุคคลที่มีความสามารถในการสร้างชีวิตบนความรับผิดชอบของตนเอง ดังนั้น เพื่อ เห็นแก่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลจะต้องทำให้เกิดความมั่นคงแก่ปัจเจกบุคคลในการ พัฒนาลักษณะส่วนบุคคลให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้²⁹

²⁷ เดอะ คลาวด์. *แอฟริกา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://readthecloud.co/charles-sekano/> [2566, 11 มิถุนายน]

²⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 129.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 130.

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในปัจจุบันนี้ยังไม่มีคำนิยามที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป แต่อย่างไรก็ตามพอสรุปได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าอันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มีอยู่ในมนุษย์ทุกคน โดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใดๆ ทั้งนี้เพื่อให้มนุษย์มีอิสระในการพัฒนาและรับผิดชอบตนเอง ส่วนสาระตะอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นพื้นฐานมาจากสิทธิในชีวิตร่างกายมนุษย์และสิทธิที่ได้รับความเสมอภาค ถือเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ขอบเขตความคุ้มครองของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถกำหนด เป็น “คุณค่า” ได้ โดยเป็นคุณค่าที่เป็นอิสระมีลักษณะเป็นของตนเอง อันเป็นคุณค่าที่เป็นธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ โดยไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาในทางข้อเท็จจริงว่าบุคคลมีความสามารถที่จะแสดงเจตจำนงของตนเองได้หรือไม่ การใช้อำนาจของรัฐกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีหลักพื้นฐานที่ต้องคำนึงถึงการใช้อำนาจของรัฐ ไม่ว่าจะโดยอำนาจใดหรือวิธีการใด จะต้องถือว่ามนุษย์นั้นมิใช่เป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐ หากการใช้อำนาจของรัฐใด ได้กระทำไปในลักษณะที่ทำให้มนุษย์ถูกลดคุณค่าเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำแล้ว การกระทำของรัฐนั้นๆ ย่อมขัดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งต้องถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง หากมีการกระทำอันเป็นการกระทบหรือละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว บุคคลนั้นย่อมสามารถที่จะใช้สิทธิเรียกร้องต่อศาลได้เพื่อให้รัฐดำเนินการปกป้องคุ้มครองหรือให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น

2) สิทธิ

รองศาสตราจารย์มานิต จุมปา ให้ความหมายของคำว่า สิทธิ (Right) หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นต้น สิ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นสิทธิหมายความว่า รัฐให้สิทธิแก่ประชาชนโดยรัฐมีพันธกรณี (หน้าที่) ที่จะต้องทำให้ประชาชนได้รับสิทธินั้น เปรียบประดุจดังรัฐเป็นลูกหนี้ประชาชนเป็นเจ้าหนี้³⁰

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติให้ความหมายของสิทธิ ตามรัฐธรรมนูญ และสิทธิตามความหมายทั่วไปหมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย³¹

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” เอาไว้ซึ่งเป็นความหมายของคำว่าสิทธิในหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งสามารถปรับใช้ได้ทั้งกฎหมายเอกชนและ

³⁰ มานิตย์ จุมปา. *สิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ*. การบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 สมัยที่ 75. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 32.

³¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28*. หน้า 42.

กฎหมายมหาชนไว้ว่ามีสองความหมาย 'ได้แก่' การมองจากอำนาจของผู้ทรงสิทธิ คือ "อำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตจำนง" และการมองจากวัตถุประสงค์ของสิทธิ คือ "ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้"³²

ความหมายของสิทธิที่กล่าวมาข้างต้นเป็นสิทธิตามความหมายทั่วไป แต่สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายรวมถึง การให้หลักประกันในทางหลักการ ดังนั้นสิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ

กล่าวโดยสรุป สิทธิ (Rights) คือ ประโยชน์ของประชาชนที่รัฐต้องรับรองและคุ้มครองให้ กล่าวคือรัฐต้องจัดให้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชน โดยมนุษย์ทุกคนต้องมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนเอง รวมทั้งสิทธิในการพัฒนาศักยภาพของตนเอง เช่น สิทธิในการศึกษา สิทธิในการรักษาพยาบาล สิทธิในการไม่ถูกทำร้าย เบียดเบียนทั้งทางร่างกายและจิตใจ เป็นต้น ทั้งนี้สิทธิเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นซึ่งจะเป็นคนหนึ่งหรือหลายคนต้องกระทำหรือละเว้นต้องกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้เกิดประโยชน์กับผู้เป็นเจ้าของสิทธิ³³

3) เสรีภาพ

รองศาสตราจารย์มานิต จุมปา ให้ความหมายของคำว่า เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น มีสิทธิที่จะกระทำการหรือละเว้นกระทำการ เช่น เสรีภาพในการเดินทาง เป็นต้น สิ่งใดรัฐธรรมนูญกำหนดเสรีภาพ หมายความว่า ประชาชนมีเสรีภาพเช่นนั้น โดยรัฐมีหน้าที่ทั่วไปที่จะงดเว้นไม่ขัดขวางการใช้เสรีภาพนั้นของประชาชน แต่รัฐ

³² หยุด แสงอุทัย. (2542). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ประกายพริ้ง, หน้า 12.

³³ เจษฎา นาคะรัมย์กะ. *สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://web.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/b8%20jun_1_3.pdf หน้า 34. [2566, 16มิถุนายน]

ไม่มีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงที่จะต้องจัดหาสิ่งที่เป็นเสรีภาพจึงต่างจากสิทธิที่สิ่งใดเป็นสิทธิ ถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะเจาะจงในการทำให้ประชาชนได้รับสิทธินั้น³⁴

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติให้ความหมายของเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพจึงหมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง ความแตกต่างระหว่าง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” จึงอยู่ที่ว่า “สิทธิ” เป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอันใดอันหนึ่ง แต่ในขณะที่ “เสรีภาพ” นั้นเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด³⁵

เสรีภาพ (Freedom) คือ ความมีอิสระของประชาชนที่จะกระทำหรืองดเว้น การกระทำในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยที่รัฐจะเข้าไปขัดขวางไม่ได้และจะต้องเอื้อให้เกิดบรรยากาศที่คนสามารถใช้เสรีภาพของตนได้โดยมนุษย์ทุกคนต้องมีเสรีภาพในการดำเนินชีวิต เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการชุมนุมโดยมีเสรีภาพของทุกๆ คนหนึ่งจะมีขอบเขตอยู่ที่สิทธิของคนอีกคนหนึ่ง เพื่อก่อให้เกิดความรับผิดชอบและการเคารพสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น

4) ความเสมอภาค

ความเสมอภาค (Equality) คือ การได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ถูกเลือกปฏิบัติในเรื่องที่มีสาระสำคัญเหมือนกัน และได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันในเรื่องที่มี สาระสำคัญต่างกัน เช่น งานในหน้าที่เดียวกันผู้ปฏิบัติงานก็ควรจะได้รับค่าตอบแทนเท่ากัน แต่หากทำงานต่างหน้าที่กันก็อาจจะได้รับค่าตอบแทนที่ไม่เท่ากันได้เพราะสาระสำคัญของงาน แตกต่างกัน เป็นต้น

การตระหนักถึงคุณค่าที่แท้จริงของ “ความเสมอภาค” มีความสำคัญยิ่งกว่าความหมายของถ้อยคำดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ข้อ 5 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ “รัฐภาคียอมรับว่าทุกคนมีความเท่าเทียมกันเบื้องหน้าและภายใต้กฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองและสิทธิประโยชน์ที่เท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ” ความเท่าเทียมกันทั้งเบื้องหน้าและภายใต้กฎหมายนั้นสามารถแยกได้เป็นสองส่วนกล่าวคือ “ความเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมาย” และ “ความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย” ซึ่งความเท่าเทียมกันทั้งสองคำดังกล่าวมีความแตกต่างกัน โดยคณะกรรมการอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ได้อธิบายไว้ว่า

³⁴ มานิตย์ จุมปา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30. หน้า 35.

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28. หน้า 50-51.

“ความเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมาย” หมายถึง สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ส่วน “ความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย” หมายถึง สิทธิในการใช้กฎหมาย เพื่อผลประโยชน์ส่วนบุคคล

ทั้งนี้ ความหมายของ “ความเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมาย” นั้น สามารถอธิบาย ขยายความได้ว่าหมายถึง “ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน โดยที่ กฎหมายดังกล่าวมีความเป็นกลางและไม่เลือกปฏิบัติ” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง สันนิษฐานว่า ทุกคน เหมือนกัน ไม่มีใครอยู่เหนือใคร และต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ดังนั้น “ความเสมอภาคเบื้อง หน้ากฎหมาย” จึงสันนิษฐานถึง “ความคล้ายคลึงกันของผู้ที่ถูกตัดสินโดย กฎหมาย” ในทางตรงกันข้าม “ความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย” จะอยู่บนการสันนิษฐานของ “ความคล้ายคลึงกันของ มาตรฐานที่ใช้ในการตัดสิน”³⁶

สำหรับแนวคิดของความเสมอภาคสามารถแบ่งได้ดังต่อไปนี้³⁷

1) ความเสมอภาคเชิงรูปแบบ (Formal Equality) การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และไม่เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เป็นอีกความหมายหนึ่งของ “ความเสมอภาค” ซึ่งตรงกับคำว่า “การปฏิบัติเหมือนกันต่อกรณีที่เหมือนกัน” (treat like cases alike)^๗ ตัวอย่างเช่น เมื่อนาย ก และ นาย ข ซึ่งมีสภาพร่างกายและจิตใจเหมือนกัน ได้เข้าแถวเพื่อติดต่อธุระกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ แม้นาย ข จะมาในภายหลังนาย ก แต่นาย ข กลับได้รับคิวเพื่อพบกับเจ้าหน้าที่ก่อนนาย ก ดังนั้น นาย ก จึงอาจโต้แย้งว่ารัฐบาลปฏิบัติต่อคนต่างกันและไม่ยุติธรรม โดยข้อโต้แย้งนี้ฟังขึ้น เพราะคนใน สังคมที่มีศีลธรรมอันดีย่อมคาดเห็นได้ว่าทุกคนควรได้รับการปฏิบัติบนพื้นฐานเดียวกัน เนื่องจาก มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกัน จุดอ่อนของความเสมอภาคในเชิงรูปแบบเกิดขึ้นในบาง สถานการณ์ที่มีการปฏิบัติต่อผู้คนอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นและมีเหตุผลอันสมควรดัง ตัวอย่างในเหตุการณ์จริงที่สามารถสังเกตได้คือ จะมีการจัดที่นั่งพิเศษที่สงวนไว้ให้แก่สตรีมีครรภ์ หรือผู้พิการที่ใช้บริการระบบขนส่งสาธารณะ เนื่องจากเป็นบุคคลที่มีความแตกต่างทางชีวภาพจาก คนปกติทั่วไป ดังนั้น การปฏิบัติต่อพวกเขาในลักษณะที่แตกต่างจากคนปกติทั่วไป จึงมีความสำคัญ และจำเป็นที่จะต้องกระทำเพื่อสร้างความเป็นธรรมและความเสมอภาค

จากกรณีตัวอย่างข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการตีความ “ความเสมอภาค” อย่าง เกรงครัดไม่ใช่วิธีที่ดีที่สุดในการบรรลุจุดประสงค์ของความเสมอภาคกันในความเป็นจริงเนื่องจาก เกณฑ์ในการประเมินความชอบธรรมดังกล่าวยังต้องมีการวิเคราะห์ รวมไปถึงความสมเหตุสมผล

³⁶ ชญาพัฒน์ อัมพะวัตต์. (2563). คำนิยามของคำว่า “เสมอภาค (Equality) ผ่านมุมมองของกฎหมายสิทธิมนุษยชน ระหว่างประเทศ, *สารวุฒิสภา*. หน้า 22.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

และวัตถุประสงค์ ดังนั้น จึงควรใช้หลักการอื่น ๆ เช่น หลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตรวจสอบ หรือวางนโยบายร่วมด้วย เพื่อให้เกิดความเสมอภาคตามความเป็นจริงในสังคม

จุดอ่อนอีกประการหนึ่งของความเสมอภาคในเชิงรูปแบบ อาจนำไปสู่ “การปรับลดระดับมาตรฐานลงเพื่อรักษาความเสมอภาคไว้” ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในคดี *Palmer v Thompson* ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่าเมืองแจ็กสัน (Jackson) มลรัฐมิสซิสซิปปี (Mississippi) สหรัฐอเมริกา มีสระว่ายน้ำอยู่ทั้งหมด 5 สระ แบ่งการให้บริการออกเป็นสระว่ายน้ำของคนผิวขาว 4 สระกับสระว่ายน้ำของคนผิวสี 1 สระ ในเวลาต่อมา เจ้าหน้าที่ของเมืองได้มีคำสั่งให้ปิดสระว่ายน้ำคนผิวขาวทั้ง 4 สระ จึงเหลือสระว่ายน้ำที่เปิดให้บริการในเมืองเพียงสระเดียว ซึ่งเป็นสระของคนผิวสี แต่ด้วยเหตุที่เจ้าหน้าที่ของเมืองไม่ประสงค์ที่จะให้คนผิวขาวจะไปใช้สระว่ายน้ำร่วมกับคนผิวสี จึงมีคำสั่งให้ปิดสระว่ายน้ำที่เหลืออีก 1 สระด้วย คนผิวสีจึงได้ยื่นฟ้องเรื่องดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา โดยศาลฯ มีคำพิพากษาว่าคำสั่งของเจ้าหน้าที่เมือง Jackson ไม่เป็นการฝ่าฝืนการคุ้มครองในเรื่องความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่สิบสี่แต่ประการใด เพราะทั้งคนผิวขาวและคนผิวสีต่างก็ได้รับผลจากคำสั่งให้ปิดสระน้ำอย่างเท่าเทียมกัน

2) ความเสมอภาคเชิงเนื้อหา (Substantive Equality) การพิจารณาความเสมอภาคในเชิงรูปแบบ เป็นการพิจารณาแต่เพียงผิวเผินว่าทุกคนเหมือนกันนั้น ไม่เพียงพอที่จะให้เกิดความเสมอภาคได้ เพราะแม้แต่ฝาแฝดที่เกิดจากพ่อแม่เดียวกันก็ยังมี ความแตกต่างกัน ทั้งในแง่ของสภาพหรือสมรรถภาพทางร่างกาย ความสนใจส่วนตัว ความคิดเห็น ทางการเมือง ดังนั้น ความเสมอภาคเชิงเนื้อหาจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง เพราะเป็นสิ่งที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศพยายามจะทำให้เกิดผลสำเร็จ และทำให้เกิดความเสมอภาคที่แท้จริงในสังคมปัจจุบันคำแนะนำทั่วไปของคณะกรรมการอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ฉบับที่ 25 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ได้กล่าวไว้ว่า “วิธีการทางกฎหมายที่เขียนไว้อย่างเป็นทางการนั้นไม่เพียงพอที่จะบรรลุความเสมอภาคของผู้หญิงกับผู้ชายตามความเป็นจริง” ซึ่งหมายความว่าคณะกรรมการฯ ตีความความเสมอภาคว่าเป็น “ความเสมอภาคเชิงเนื้อหา” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คณะกรรมการฯ ให้การยอมรับว่าโดยเนื้อแท้แล้วหญิงและชายมีความแตกต่างกัน ดังนั้น กฎหมายจึงควรที่จะตีความคำว่า “ความเสมอภาค” ให้ หมายความว่าถึง “ความเสมอภาคเชิงเนื้อหา” มากกว่าที่จะเป็นเพียงความเสมอภาคเชิงรูปแบบเท่านั้น โดยความเสมอภาคเชิงเนื้อหาที่มีการนำมาวิเคราะห์โดยนักวิชาการหลายท่าน ได้แก่ ความเสมอภาคของผลลัพธ์และความเสมอภาคของโอกาส

(1) ความเสมอภาคของผลลัพธ์ ในความเป็นจริงของสังคมย่อมมีบุคคลที่เคยถูกเลือกปฏิบัติมาก่อน หรือกำลังประสบกับการถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งทำให้นัก

เหล่านั้นตกอยู่ในฐานะผู้เสียเปรียบมาตั้งแต่แรก ดังนั้น ในการพิจารณาเรื่องความเสมอภาคจึงไม่สามารถพิจารณาแต่เฉพาะการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน อันเป็นมุมมองเรื่องความเสมอภาคในเชิงรูปแบบเท่านั้น หากแต่จะต้องพิจารณาถึงความเสมอภาคของผลลัพธ์ด้วยว่า ผลลัพธ์สุดท้ายจะทำให้เกิดความเท่าเทียมกันหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุถึง “การกระจายผลประโยชน์ที่ยุติธรรม”

สำหรับตัวอย่างของความเสมอภาคของผลลัพธ์นั้น จะเห็นได้จากโครงการที่ให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนบุคคลที่ขาดโอกาสในการได้รับจัดสรรทรัพยากร ระบบโควตาสำหรับคนพิการ รวมถึงความช่วยเหลือสนับสนุนด้านเทคโนโลยี เป็นต้น

(2) ความเสมอภาคของโอกาส มนุษย์ไม่อาจมีความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงได้ หากในการแข่งขันนั้นมีบุคคลที่ลงแข่งเริ่มจากจุดเริ่มต้นที่แตกต่างกัน “ความเสมอภาคของโอกาส” หมายถึง การมีจุดเริ่มต้นจุดเดียวกันสำหรับทุกคน เพื่อเข้าถึงสิทธิประโยชน์เดียวกันโดยไม่มีอุปสรรคมาขวางกั้น เช่น อคติ ความยากลำบากทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ความเท่าเทียมกันของโอกาสเหมือนจะเป็นการแก้ไขการเลือกปฏิบัติที่ผ่านมาในอดีตและความเสมอภาคของโอกาสยังจำเป็นที่จะต้องมีการยืนยัน (affirmative measures) หรือมาตรการเชิงบวก (positive measures) เช่น ข้อ 1 (4) ประกอบกับข้อ 2 (2) ของอนุสัญญา ระหว่างประเทศว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination: CERD) “ข้อ 1 (4) มาตรการพิเศษที่จัดให้มีขึ้นตามความจำเป็น โดยมีเจตนาเพื่อประกันให้มีความก้าวหน้าอย่างเพียงพอ ในหมู่ชนบางเชื้อชาติหรือบางเผ่าพันธุ์ หรือบุคคลบางกลุ่มที่ต้องการความคุ้มครองเพื่อให้กลุ่มหรือบุคคลเหล่านั้นได้มีสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างเสมอภาคจะไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวต้องไม่ก่อให้เกิดการรังแกไว้ซึ่งสิทธิที่แตกต่างกันระหว่างกลุ่มชนเชื้อชาติต่าง ๆ และจะไม่คงอยู่ต่อไปภายหลังจากที่ได้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้แล้ว”

นอกจากนี้ข้อ 4 ของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบซึ่งกล่าวว่า “การยอมรับโดยรัฐภาคีของมาตรการพิเศษชั่วคราวที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเร่งความเท่าเทียมกันโดยพลตินัยระหว่างชายและหญิงจะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ...” เป็นต้น

การตระหนักถึงความแตกต่างของคนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอย่างแท้จริง ต้องมีการกำจัดการกำหนดลักษณะตายตัว (stereotyping) และอคติในบริบททางสังคม ยกกรณีตัวอย่าง ในคดี L.C. v. Peru มีข้อเท็จจริงว่า เด็กหญิง L.C. ถูกข่มขืนกระทำชำเราและตั้งครภ์เมื่อเธออายุเพียง 13 ปี เธอได้พยายามฆ่าตัวตายด้วยการกระโดดลงมาจากอาคารสูง แต่ไม่เป็นผลสำเร็จ และปรากฏว่าเธอมีความเสี่ยงที่จะพิการตลอดชีวิต เธอจึงจำเป็นต้องได้รับการผ่าตัดกระดูกสันหลังโดยด่วน แต่การผ่าตัดดังกล่าวกลับถูกเลื่อนออกไปโดยแพทย์เพราะเหตุแห่งการ

ตั้งครรภ์ทำให้เกิดอคติต่อบทบาทที่กำหนดไว้ล่วงหน้าของสตรีในการเป็นแม่ คณะกรรมการอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ได้วินิจฉัยว่า การกระทำดังกล่าวละเมิดข้อ 5 ของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ซึ่งกำหนดว่า “...(ก) เพื่อปรับปรุง แบบแผนความประพฤติกทางสังคมและวัฒนธรรมของบุรุษและสตรีโดยมุ่งที่จะให้ได้ขจัดความตึงเครียดและวิธีปฏิบัติอันเป็นประเพณีและอื่น ๆ ทั้งปวงซึ่งอยู่บนพื้นฐานของความคิดเกี่ยวกับความต่ำต้อยหรือความสูงส่งของอีกเพศหนึ่ง หรือที่อยู่บนพื้นฐานของบทบาทแบบเก่าสำหรับบุรุษและสตรี...” เนื่องจากการตัดสินใจเลื่อนการผ่าตัดกระดูกสันหลังให้แก่สตรีซึ่งตั้งครรภ์ได้รับอิทธิพลจากอคติที่ว่า การคุมครองทารกในครรภ์ต้องมาก่อนการคุมครองสุขภาพของผู้เป็นแม่

(3) ความเสมอภาคที่ครอบคลุม (Inclusive Equality) แนวความคิดใหม่ที่เรียกว่า “ความเสมอภาคที่ครอบคลุม” ได้รับการยืนยันโดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการตามความคิดเห็นทั่วไปเกี่ยวกับความเสมอภาค และการไม่เลือกปฏิบัติ แม้ว่าแนวความคิดนี้จะไม่สามารถพบเจอได้ในตราสารด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ แต่ขอบเขตของ “ความเสมอภาคที่ครอบคลุม” นั้น มีความหมายความกว้างขวาง ทั้งในเรื่องของการแก้ไขปัญหาความเสมอภาคสำหรับคนพิการ ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ และยังมีพัฒนาเนื้อหาเชิงบรรทัดฐานของแนวความคิดเช่นความเสมอภาคเชิงเนื้อหา กล่าวคือ องค์ประกอบที่สำคัญของความเสมอภาค ในเชิงเนื้อหาจะต้องประกอบไปด้วยความสามารถในการตอบสนองต่อผู้ที่ด้อยโอกาส หรือผู้ที่ถูกกีดกันออกจาก สังคม รวมถึงจนถึงผู้ที่ไม่ได้รับความใส่ใจ

ที่มาของแนวความคิดเรื่องความเสมอภาคนี้มีพื้นฐานมาจากความเชื่อที่ว่า “การคัดเลือกแนวความคิดต่าง ๆ ของความเสมอภาคนั้น ไม่ใช่เรื่องของตรรกศาสตร์หรือความสมเหตุสมผล แต่เป็นเรื่องคุณค่าหรือนโยบายของแนวความคิดนั้น ๆ” ดังนั้น ความเสมอภาคที่ครอบคลุมจึงไม่ใช่แนวคิดใหม่เสียทีเดียว แต่เป็นวิธีการคิดแบบใหม่ที่จะคิดอย่าง ละเอียครอบรอบ และครอบคลุมถึงแนวความคิดในเรื่องความเสมอภาคทั้งหมดที่เคยมีมาก่อน ความเสมอภาคที่ครอบคลุม ถือเป็นแกนกลางในการรวบรวมแนวคิดเรื่องความเสมอภาคในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในปัจจุบัน ซึ่งเป็น “การให้คำนิยามโดยทั่วไปอย่างปลายเปิด” เช่น ข้อ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ คำว่า “การเลือกปฏิบัติต่อ สตรี” จะหมายถึงการแบ่งแยก การกีดกัน หรือการจำกัดใด ๆ เพราะเหตุแห่งเพศ... ” ความเสมอภาคที่ครอบคลุมมีความน่าสนใจในแง่ที่ว่า เป็นวิธีการใหม่ในการตรวจสอบความเท่าเทียมกัน เนื้อหา มีการผสมผสานแนวคิดความคิดหลายความคิดเข้าด้วยกัน เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาคของโอกาสความเสมอภาคของผลลัพธ์ เป็นต้น และความเสมอภาคที่ครอบคลุมให้ความสนใจ

และมีการผสมผสานกับมุมมองทั้งสี่ประการนี้ด้วยกัน ได้แก่ “(1) มิติการกระจายอย่างยุติธรรมเพื่อแก้ไขข้อเสียทางเศรษฐกิจและสังคม (Socio-Economic Disadvantages)(2) มิติการตระหนักถึงการต่อสู้กับความอับยาศัยของการกำหนดแบบแผนลวงหน้าของคน (Stereotyping) ความมีอคติและความรุนแรง และเพื่อตระหนักถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และปฏิภาณภาวะหรือสภาวะทับซ้อน (Intersectionality) ของบุคคล สภาวะทับซ้อน คือแนวความคิดเรื่องการเลือกปฏิบัติที่ไม่ได้คำนึงถึงเหตุเพียงเหตุเดียว เช่น การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศ เป็นต้น แต่เป็นการถูกเลือกปฏิบัติรูปแบบเฉพาะของปัจเจกบุคคลซึ่งอาจจะเกิดจากหลายสาเหตุที่มีความทับซ้อนกัน ตัวอย่างเช่น ผู้หญิงผิวสีไม่ถูกเลือกปฏิบัติแต่เพียงเรื่องเชื้อชาติประการเดียว แต่ถูกเลือกปฏิบัติเพราะทั้งสองสภาวะ คือ เรื่องเพศ และเรื่องเชื้อชาติ (3) มิติการมีส่วนร่วมเพื่อยืนยันธรรมชาติทางสังคมของผู้คนในฐานะสมาชิกของกลุ่มทางสังคมและการ รับรู้ของความเป็นมนุษย์อย่างเต็มรูปแบบผ่านการรวมกัน ในสังคม และ (4) มิติในการสร้างพื้นที่รองรับสำหรับความแตกต่างซึ่งเป็นเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

5) ความยุติธรรม

ความยุติธรรม (Justice) คือ ความเที่ยงธรรม ความชอบธรรม ความชอบด้วยเหตุผล การใช้อำนาจใดๆ ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรม (Justice) และมนุษยธรรม (Hummanity) โดยการเคารพสิทธิมนุษยชนไม่ใช่คำนึงถึงแก่เหตุผลทางกฎหมาย แต่ต้อง คำนึงถึงเหตุผลทางกฎหมายและคุณธรรมด้วย การใช้อำนาจดังกล่าวจึงจะเป็นการใช้อำนาจที่ เป็นธรรมประกอบไปด้วยทั้งพระเดชและพระคุณ ผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดก็ควรได้รับการ คุ้มครองสิทธิมนุษยชน เพราะอย่างน้อยที่สุดก็ถือว่าเป็นมนุษย์เหมือนกัน จึงพึงมีสิทธิ เหมือนกับที่มนุษย์พึงมีได้ ซึ่งอาจจะมีการจำกัดสิทธิบางประการ โดยเป็นไปตามกฎหมายกำหนดไว้

6) การเลือกปฏิบัติ

การเลือกปฏิบัติ (Discrimination) Black's law Dictionary ได้ให้ความหมายกล่าวโดยสรุป หมายความว่า การปฏิบัติใดๆต่อบุคคลหรือกลุ่มคนโดยไม่เท่าเทียมกันและไร้เหตุผล หรือการปฏิบัติที่ไม่เป็น ธรรมหรือพิเศษ ที่จะปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติ อายุ สัญชาติ หรือศาสนา หรือการปฏิบัติที่ แตกต่างเนื่องจากความชอบหรือไม่ชอบที่ปราศจากเหตุผลที่สามารถรับฟังได้

คำว่า “การเลือกปฏิบัติ” หมายความว่า การกีดกันหรือการให้สิทธิพิเศษ อันเนื่องมาจากความแตกต่างของเชื้อชาติ เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง การแบ่งแยก เชื้อชาติหรือสังคมอันนำมาซึ่งความเสื่อมเสียต่อความเสมอภาคในโอกาส

คำว่า “Discrimination” หมายถึง การกีดกัน เลือกปฏิบัติต่อคนบางกลุ่ม ในทางที่ ให้สิทธิน้อยกว่าคนอื่นๆ ไม่ว่าจะ เป็นกลุ่มทางเผ่าพันธุ์ ภาษา หรือศาสนา การกีดกัน เป็นเรื่องที่ถูกปฏิบัติในสังคมต่างๆมาช้านาน ในศตวรรษที่ 20 ภายหลังจากการเลือกปฏิบัติต่อ พวกยิว อย่างหฤโหด

ของพวคนาซีเยอรมัน ประเทศประชาธิปไตยทั้งหลายได้ใช้ความพยายาม ที่จะจัดปัญหานี้โดยกระบวนการปฏิรูปทางกฎหมายและศาล รูปแบบการเลือกปฏิบัติบ่อยครั้งมักจะเป็นผลมาจากการตั้งข้อรังเกียจ การมีอคติ การมีทัศนคติในแง่ลบและการกระทำที่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ การกระทำที่ถือว่าเป็น การเลือกปฏิบัตินั้นจะต้องไม่มีเหตุผลประกอบถึงการเลือกปฏิบัติที่เหมาะสมและเพียงพอ

การเลือกปฏิบัติหมายถึง การกระทำหรือคว่นกระทำการใดๆ ที่มีลักษณะของการกีดกัน การแบ่งแยกการหน่วงเหนี่ยว หรือการจำกัดซึ่งสิทธิแก่บุคคลใดอันมีผลทำให้ บุคคลนั้นไม่ได้รับโอกาสแห่งความเท่าเทียมกันอย่างทีบุคคลนั้นพึงจะได้รับและในการตีความหมายของคำว่าการเลือกปฏิบัติตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ควรจัดต้อง ตีความตามความมุ่งหมายที่ต้องการให้มีการเคารพต่อมนุษย์อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน ดังนั้น การเลือกปฏิบัติควรมีความหมายที่ครอบคลุมในประเด็นการปฏิบัติที่แตกต่างกัน การกีดกัน การหน่วงเหนี่ยว หรือการล่าเหยียดและมีอคติซึ่งมีพื้นฐานมาจากเรื่อง เพศ ศิว เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นๆ สัญชาติหรือที่มาในสังคม ความยากดิมิจน สถานะของแหล่งกำเนิดหรือสถานะอื่นๆ ดังนั้นหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชน จะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติ (Non Discrimination) ระหว่างมนุษย์เพราะความแตกต่างในเรื่อง เพศ ศิว เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา สถานะทางสังคม ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นๆ เป็นต้น

2.2.1.4 หลักการที่เกี่ยวข้องกับการทรมานและการบังคับบุคคลสูญหาย

สิทธิมนุษยชนส่วนใหญ่สามารถถูกจำกัดเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ เช่น ความปลอดภัยสาธารณะหรือการปกป้องสิทธิของบุคคลอื่น อย่างไรก็ตาม สิทธิบางอย่างไม่สามารถถูกจำกัดได้ไม่ว่ากรณีใดๆหรือเหตุผลใดๆก็ตาม สิทธิเหล่านี้ เป็นสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้หรือเรียกว่าสิทธิสมบูรณ์ (Absolute Rights) หมายความว่า สิทธิเหล่านี้ไม่อาจจำกัดได้แม้ในยามสงครามหรือในยามฉุกเฉินอื่นๆ ขณะเดียวกันสิทธิบางอย่างเรียกว่า สิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ (Non derogable Rights) สิทธิเหล่านี้รวมถึงสิทธิสมบูรณ์ทั้งหมด³⁸

องค์การสหภาพยุโรปเพื่อการลี้ภัย (European Union Agency for Asylum (EUAA) ได้กล่าวถึงสิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ (Non Derogable Rights) หมายถึง สิทธิที่สมบูรณ์และไม่อาจทำให้ถูกลดทอนได้ แม้ในยามสงครามหรือมีเหตุฉุกเฉินใดๆ³⁹ ทั้งนี้ สิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้ 'ได้แก่'

³⁸ Human Rights Guide. *Absolute Rights*. (Online). Available: <https://www.cilvektiesibugids.lv/en/themes/human-rights-restrictions/absolute-rights>.

³⁹ European Union Agency for Asylum. *Non-derogable human rights*. (Online). Available: <https://euaa.europa.eu/easo-practical-guide-qualification-international-protection/2-act-violation-non-derogable-human>.

สิทธิในการมีชีวิต สิทธิที่จะเป็นอิสระจากการทรมานและการประตักตีหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี สิทธิที่จะเป็นอิสระจากการเป็นทาส และสิทธิที่จะเป็นอิสระจากการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง ซึ่งหมายถึงการใช้กฎหมายเพื่อดำเนินคดีกับอาชญากรรมที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการตรากฎหมาย⁴⁰

การทรมาน(Torture)และการกระทำที่บุกรุกสิทธิมนุษยชน (Enforced Disappearance) โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ที่กระทำความผิด ในมุมมองของสิทธิมนุษยชน บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะไม่ถูกทรมานและไม่ถูกบังคับให้สูญหาย สิทธิดังกล่าวถือว่าเป็น ‘สิทธิที่ไม่อาจถูกพักใช้ได้’ (Non derogable Rights) ของมนุษย์ทุกคน หมายถึง ไม่ว่าในสภาวะสงคราม สภาวะความไม่สงบ หรือความไม่มั่นคงใดๆ เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่อาจนำมาอ้างเพื่อกระทำทรมานหรือทำการบังคับบุคคลให้สูญหายได้⁴¹

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางอาญา

การศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางอาญาผู้วิจัย จะทำการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา และแนวคิดเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของรัฐ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา

ซีซาร์ เบ็คคาร์เรีย (Cesare Beccaria) นักปรัชญาด้านกฎหมายอาญาในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ได้เสนอแนวคิดที่เป็นการวางรากฐานกฎหมายอาญาไว้ว่า การที่รัฐสามารถออกกฎหมายกำหนดการกระทำใดที่รัฐห้ามมิให้กระทำ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมได้นั้น เนื่องจาก “ทฤษฎีสัญญาประชาคม” (Social Contract) ที่ประชาชนยินยอมพร้อมใจกันยกอำนาจของตนให้กับรัฐ เพื่อให้รัฐเป็นตัวแทนของตนในการทำหน้าที่ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อย ประชาชนจึงต้องยินยอมที่จะจำกัดเสรีภาพของตนเองบางประการ โดยให้สัญญาว่าจะไม่กระทำการบางอย่าง หรืออาจต้องกระทำการบางอย่าง ที่จำเป็นต่อการรักษาความสงบของสังคมส่วนรวม

⁴⁰ HelpAge International. *Human Rights*. (Online). Available: <https://www.helpage.org/silo/files/human-rights-definitions.doc>.

⁴¹ ปกป้อง ศรีสนิท. (2566). *มีอะไรในกฎหมาย : กฎหมายป้องกันและปราบปรามการทรมานและการทำให้บุคคลสูญหาย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.the101.world/prevention-and-suppression-of-torture-and-enforced-disappearance-act/>.

เสรีภาพที่ประชาชนยอมเสียสละนี้ รัฐได้บัญญัติออกมาเป็นสิ่งที่เรียกว่า “กฎหมาย” เพื่อกำหนดสิ่ง
ที่ห้ามกระทำ และสิ่งที่บังคับให้กระทำ หากฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษ รัฐจึงมีอำนาจที่จะออกกฎหมาย
เพื่อกำหนดข้อห้าม เพื่อควบคุมความประพฤติของมนุษย์ในสังคมไว้ หากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษ

ความผิดอาญาเกิดจากทฤษฎีสัญญาประชาคมที่ประชาชนมอบอำนาจให้รัฐออกกฎหมาย
เพื่อควบคุมและป้องกันสังคมให้พ้นจากการกระทำที่เป็น “ภัยอันตรายต่อผู้อื่น” (harm to others) โดย
การออกกฎหมายเพื่อควบคุมความประพฤติของบุคคล ในสังคมและมีการกำหนดข้อห้ามมิให้
ปฏิบัติ หากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกลงโทษทางอาญา⁴²

ความผิดทางอาญาคือ การกระทำหรือการละเว้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีโทษตาม
กฎหมายเฉพาะของรัฐหรือประเทศใด ๆ คำจำกัดความหนึ่งของความผิดทางอาญาคือ การกระทำที่
ต้องห้ามเนื่องจากเป็นอันตรายต่อบุคคล กลุ่มบุคคล ชุมชน สังคม หรือรัฐ ดังนั้นการกระทำนั้นจึงมี
โทษตามกฎหมาย ความผิดทางอาญาบางอย่างเป็นสิ่งต้องห้ามทั่วโลก ถือเป็นความผิดสากล เช่น
การลักขโมย การข่มขืน และการฆาตกรรม ขณะที่ความผิดอื่นๆ ขึ้นอยู่กับกฎหมายอาญาของรัฐ
หรือประเทศที่กระทำการนั้น ตัวอย่างเช่น การใช้กัญชาเป็นความผิดทางอาญาเฉพาะในบาง
ประเทศ สำหรับการกระทำที่จะถือว่าเป็นอาชญากรรม มักจะต้องพิจารณาว่ามีเจตนาที่จะกระทำ
ความผิดหรือไม่ โดยบทลงโทษสำหรับความผิดทางอาญานั้นระหว่างการกระทำโดยเจตนาและไม่
เจตนาที่มีความแตกต่างกันอย่างมาก⁴³

การกระทำใดควรจะเป็นความผิดอาญาศาสตราจารย์เฮอ์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert
L. Packer) วางหลักการไว้ 6 ประการ ได้แก่

- 1) การกระทำนั้นเป็นที่เห็นได้ชัดในหมู่ชนส่วนมากว่าเป็นการกระทำที่
กระทบกระเทือนต่อสังคม และหมู่ชนส่วนมากมิได้ให้อภัยแก่การกระทำเช่นนั้น
- 2) ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาแล้ว จะไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของการ
ลงโทษประการต่างๆ
- 3) การปราบปรามการกระทำเช่นนั้น กล่าวคือ การถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด
ทางอาญา จะไม่มีผลเป็นการลดการกระทำที่สังคมเห็นว่าถูกต้องให้น้อยลงไป
- 4) หากเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน
- 5) การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญากับการกระทำดังกล่าวจะไม่มีผลทำให้เกิด
การใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งทางด้านคุณภาพและปริมาณ และ

⁴² ธีรรัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. *ทฤษฎีความรับผิดชอบทางอาญา*. เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 3.

⁴³ Helixlaw. *Criminal Offence*. (Online). Available: <https://helix-law.co.uk/vocabulary/criminal-offence/>

6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างสมเหตุสมผลอื่น ๆ แล้ว นอกจากการใช้กฎหมายอาญากับกรณีที่เกิดขึ้น

แม้ว่ารัฐจะมีอำนาจในการกำหนดกฎหมายที่จะใช้เพื่อความปลอดภัย สังคมอันตรายต่าง ๆ เพื่อให้สังคมมีความสงบเรียบร้อย แต่ก็มีใช้ว่ารัฐจะสามารถกำหนดกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายอาญาได้ตามใจชอบ การที่รัฐจะกำหนดว่าการกระทำความใดเป็นความผิดอาญามีความเกี่ยวข้องกับหลักศีลธรรม จารีตประเพณี และความคิดเห็นของสังคมโดยรวมที่นำเสนอผ่านทางตัวแทนของประชาชนที่ไปทำหน้าที่ออกกฎหมาย และแม้ว่าจะอาศัยหลักศีลธรรมและจารีตประเพณีมาเป็นแนวทางในการกำหนดกฎหมาย แต่การกระทำบางอย่างที่ถึงแม้ว่าจะผิดศีลธรรมหรือจารีตประเพณีมากมายเพียงใด แต่ไม่จำเป็นว่าจะต้องผิดกฎหมายอาญาเสมอไป เช่น การพูดเท็จถือว่าผิดศีลธรรม แต่ถือว่าผิดกฎหมายอาญาจนกว่าจะมีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด⁴⁴

2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา

ไนเกล วอล์กเกอร์ (Nigel Walker) ศาสตราจารย์ชาวอังกฤษด้านอาชญาวิทยา ได้อธิบายว่าเนื้อหาของกฎหมายอาญาในปัจจุบัน ได้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมจนแทบแยกไม่ออกจากกฎหมายอาญาในปัจจุบันทำหน้าที่อะไร แต่อย่างน้อยที่สุด นักนิติบัญญัติที่ดีต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักที่ว่า กฎหมายอาญานั้นต้องการที่จะทำให้บรรลุถึงซึ่งวัตถุประสงค์อย่างน้อยหกประการ ดังต่อไปนี้⁴⁵

1) ค้ำครองป้องกันซึ่งตัวบุคคลจากการใช้กำลังทำร้ายโดยเจตนา และปฏิบัติทางเพศอย่างหยาบคาย ซึ่งบางกรณีขอบเขตความคุ้มครองรวมถึงสัตว์ด้วย และคุ้มครองป้องกันซึ่งตัวบุคคลจากการก่อให้เกิดอันตรายทุกรูปแบบที่ไม่ได้เจตนา เช่น จากการจรรยาพิษ การติดเชื้อ การแพร่รังสี รวมถึงคุ้มครองป้องกันซึ่งตัวบุคคลที่สามารถถูกชักจูงใจได้ง่ายซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากอายุยังน้อยหรือมีความอ่อนแอทางจิตใจจากการถูกข่มเหงว่า จะทำอันตรายแก่ร่างกายหรือทรัพย์สิน เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์อย่างใด ๆ เช่น การร่วมประเวณี การหลอกลวง ให้จำหน่ายทรัพย์สิน

2) ค้ำครองป้องกันสภาวะจิตใจของบุคคลให้รอดพ้นจากความกระทบกระเทือนจากการกระทำ ที่ถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่แล้วและยินยอมต่อการกระทำนั้นแล้ว แต่ถือว่าเป็นเรื่องผิดธรรมชาติ เช่น การร่วมประเวณีระหว่างบุคคลในครอบครัว การร่วมประเวณีกับสัตว์ การร่วมประเวณีด้วยความรุนแรง และคุ้มครองป้องกันมิให้บุคคลกระทำการอันไม่เหมาะสมหรือผิดธรรมชาติในที่สาธารณะ ซึ่งสร้างความตกใจให้แก่บุคคลอื่น เช่น การทำ

⁴⁴ ด้รัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 6-7.

⁴⁵ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2562). *ทฤษฎีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 49-50.

อนาจารในที่สาธารณะ รวมถึงการป้องกันมิให้บุคคลกระทำการใดอันเป็นการช่วยอุทธรณ์บุคคลอื่น ให้ไคร้หรือก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคม เช่น ดูหมิ่นบุคคลอื่นท่ามกลางสาธารณชน

3) คຸ່ມครองป้องกันซึ่งทรัพย์สินส่วนบุคคลจากการถูกขโมย หลอกหลวง หรือทำให้เสียหาย

4) คຸ່ມครองป้องกันสาธารณชนจากพฤติกรรมของบุคคลที่ก่อให้เกิดความไม่สะดวกสบาย เช่น กีดขวาง ทางสัญจร ปิดกั้นทางสาธารณะ รวมทั้งใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษีอากร

5) คຸ່ມครองป้องกันสถาบันทางสังคม รวมทั้งเพื่อบังคับให้มีความเมตตากรุณาที่จำเป็นต่อกระทำเช่น ไม่ช่วยเหลือผู้อื่นที่ตกอยู่ในอันตราย

6) เพื่อบังคับให้บุคคลกระทำการหรือมิให้กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นเพื่อบรรลู่วัตถุประสงค์อื่น ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น เช่น ความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน การให้การเท็จ การช่วยเหลือผู้หลบหนีจากที่คุมขัง

เห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ข้างต้นนั้นกว้างขวางมากพอที่จะรวมเอาพฤติกรรมเกือบทุกชนิดเอาไว้ ทำให้นามซึ่งความพยายามพัฒนาหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการกระทำที่สมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญาเพื่อกำหนดขอบเขตปริมาณของกฎหมายอาญาให้ชัดเจนขึ้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวเรียกว่า “หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัดปริมาณของกฎหมายอาญา” (Limiting Principles) ซึ่งเป็นแนวคิดที่บรรดาปราชญ์และนักทฤษฎีทั้งหลายได้ค้นคิดขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ที่รัฐควรคำนึงถึงในการบัญญัติกฎหมายอาญา โดยกำหนดข้อจำกัดของรัฐในการใช้กฎหมายอาญาในบางกรณีดังต่อไปนี้⁴⁶

1) รัฐไม่ควรบัญญัติกฎหมายอาญา โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนแต่เพียงอย่างเดียว เนื่องจากการลงโทษที่ปราศจากอรรถประโยชน์ ซึ่งหลักนี้มีความสอดคล้องกับทฤษฎีของซีซาร์ เบคคาเรีย (Cesare Beccaria) ซึ่งเป็นผู้เสนอแนวความคิดในเรื่อง อรรถประโยชน์ในการลงโทษเป็นบุคคลแรกว่า “การป้องกันอาชญากรรมดีกว่าการลงโทษอาชญากร ซึ่งเป็นเป้าหมายที่สูงสุดสำหรับการบัญญัติกฎหมายที่ดีทั้งหมด”

2) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อลงโทษบุคคลที่ความประพฤติของเขามีได้มีความชั่วร้าย ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ของเจเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) โดยอธิบายว่าการลงโทษบุคคลที่การกระทำของเขาไม่มีความชั่วร้ายนั้นไม่มีประโยชน์และไร้เหตุผล ดังนั้น จึงไม่ควรลงโทษต่อ

⁴⁶ ประธาน วัฒนาวณิชช์. (2541). การปฏิรูประบบการลงโทษ แนวทางสหวิทยาการ โดยเน้นทางอาชญาวิทยา. *บทบัณฑิตย์*, 54(4). หน้า9-34.

การกระทำที่เป็นเพียงมารยาทที่ไม่ดี แต่อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มีข้อบกพร่องที่สำคัญกล่าวคือ ไม่มีหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์อย่างชัดเจนว่า จะพิจารณาได้อย่างไรว่าพฤติกรรม เช่นนั้นมีความชั่วร้ายแล้วหรือไม่

3) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อเป็นวิธีการที่นำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ที่สามารถทำให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์นั้นได้เช่นเดียวกันด้วยวิธีการอื่น ๆ ที่มีประสิทธิภาพ และก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานน้อยกว่า ดัชชีย์ หากมีมาตรการอื่นที่สามารถลดจำนวนของผู้กระทำความผิดลงมาได้เท่าเทียมกันกับการใช้กฎหมายอาญาก็ให้ใช้มาตรการอื่นนั้นแทน

4) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญา หากผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้นน้อยกว่าผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการลงโทษผู้กระทำความผิด การลงโทษจะก่อให้เกิดประโยชน์หรือไม่ ต้องพิจารณาซึ่งนำน้ำหนักระหว่างผลดีและผลเสีย กล่าวคือ กฎหมายอาญาไม่ควรบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดซึ่งก่อให้เกิดผลพลอยได้อันเป็นผลร้ายมากกว่าพฤติกรรมที่กฎหมายอาญาต้องการจะจำกัด แต่อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มีข้อบกพร่องที่ไม่สามารถวัดได้ว่าผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดและผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการลงโทษนั้นประการใดมากกว่ากัน และผลร้ายที่นำมาวัดนั้น ยังเกิดผลต่อบุคคลที่แตกต่างกันออกไปอีกด้วย เช่น ความผิดฐานเสพกัญชา ในด้านหนึ่งก็จะให้เหตุผลว่า การเสพกัญชาเป็นอันตรายต่อสุขภาพ แต่ในอีกด้านหนึ่งก็จะให้เหตุผลว่าการเสพกัญชามิได้มีอันตรายต่อร่างกาย และจิตใจของผู้เสพมากกว่าการสูบบุหรี่และการที่กำหนดให้การเสพกัญชาเป็นความผิดจะส่งผลให้เกิดตลาดมืด และเป็นประโยชน์แก่ผู้ค้ายาเสพติดซึ่งรัฐไม่อาจปราบปรามได้ ดังนั้น ผลร้ายของการเสพกัญชาถ้าพิจารณาแล้ว ย่อมน้อยกว่าผลพลอยได้ที่เกิดจากการห้ามเสพกัญชา เป็นต้น

5) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้บุคคลประพฤติปฏิบัติตามแนวทางที่จะเกิดประโยชน์ที่ดีที่สุดต่อบุคคลนั่นเอง เสรีภาพของบุคคลย่อมอยู่เหนือสิ่งใด แม้การกระทำของบุคคลจะผิดศีลธรรมหรือไม่ก็ตาม แต่หากการกระทำของบุคคลนั้นมิได้เป็นอันตรายหรือก่อความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่นเว้นแต่ตัวผู้กระทำเองแล้ว รัฐก็ไม่สมควรที่เข้ามายุ่งเกี่ยวโดยการกำหนดบทลงโทษบุคคลดังกล่าว เช่น การดื่มเหล้า เสพยาเสพติด เล่นการพนัน อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวก็อาจถูกโต้แย้งได้ว่าจริงอยู่แม้การกระทำดังกล่าวข้างต้นอาจจะไม่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่ตัวผู้กระทำผิดเองแต่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเพราะการกระทำนั้นย่อมมีอยู่เสมออย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้เช่น บุตร สามีหรือภริยา หรือบุคคลที่พึ่งพาอาศัยบุคคลนั้นอยู่

6) รัฐไม่ควรใช้กฎหมายอาญาเพื่อที่จะห้ามบุคคลกระทำการใดๆ ที่ไม่ได้รับการสนับสนุนหรือส่งเสริมจากสาธารณชนอย่างจริงจัง หลักการดังกล่าวเรียกว่าหลักว่าด้วยความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ (The Pragmatic Approach) กล่าวคือ การที่รัฐออกกฎหมายอาญาเพื่อ

กำหนดควบคุมพฤติกรรมใด ๆ ที่สาธารณชนเห็นว่าเป็นเรื่องธรรมดา มิได้ เห็นว่าเป็นสิ่งที่สมควร ถูกลงโทษ กฎหมายดังกล่าวนอกจากจะไม่ได้รับการสนับสนุนจากประชาชนส่วนใหญ่แล้ว อาจก่อให้เกิดการโต้ตอบอย่างรุนแรงได้

7) รัฐไม่ควรบัญญัติกฎหมายอาญาซึ่งไม่สามารถบังคับใช้ได้ กล่าวคือ เป็นกรณีที่เกิดกระทำความผิดนั้น พิสูจน์ได้ยากหรือหากพิสูจน์ได้จะมีผู้ถูกลงโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งในกรณีดังกล่าวจะทำให้ผู้คนในสังคมมองว่ากฎหมายนั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้จริง ซึ่งผลเสียที่ตามมาจะทำให้กฎหมายอาญาขาดความศักดิ์สิทธิ์ ส่งผลระยะยาวต่อการบังคับใช้กฎหมายที่ประชาชนอาจขาดความเคารพกฎหมายได้

อย่างไรก็ตาม หลักการในข้อนี้ยังมีข้อบกพร่องตรงที่จำนวนผู้ถูกลงโทษเท่าใดที่จะถือว่าเป็นจำนวนผู้ถูกลงโทษเล็กน้อย นอกจากนั้น การที่จะอ้างว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาบางบทที่ไม่สามารถบังคับได้จะทำให้ประมวลกฎหมายอาญาทั้งประมวลเสื่อมความนิยมไปทั้งหมด อาจจะไม่เป็นจริงตามนั้น ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา บางบทแทบจะไม่มีประโยชน์ในด้านการบังคับใช้เลยแต่ก็ยังไม่พบหลักฐานว่าบทบัญญัติที่บังคับใช้ไม่ได้นั้นทำให้บุคคลไม่เคารพบทบัญญัติอื่น ๆ ที่ยังคงใช้บังคับได้อยู่⁴⁷

2.3.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

การดำเนินคดีอาญาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นเป็นบทบาทหน้าที่ของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจะนำตัว ผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษตามกฎหมายควบคุมไปกับการคุ้มครอง ผู้บริสุทธิ์และโดยเหตุที่ถือว่ามนุษย์ทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่า ผู้นั้นกระทำความผิดทั้งนี้ ในการศึกษาเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มีทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังนี้⁴⁸

1) ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) เป็นทฤษฎีที่เน้นหนักทางด้านประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรม โดยมุ่งควบคุมและระงับปราบปรามอาชญากรรมเป็นหลัก ทฤษฎีนี้สันนิษฐานว่า หากมีการจับกุมผู้กระทำความผิด ผู้นั้นจะต้องเป็นผู้กระทำความผิดจริง คือ ผู้ถูกจับจะหลุดพ้นจากการลงโทษได้น้อยมาก จะมีการดำเนินการต่อไปตามขั้นตอนจนถึงการพิจารณาคดีในชั้นศาล แต่การค้นหาข้อเท็จจริงในศาลมีน้อย วิธีการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ ของกระบวนการยุติธรรมในชั้นตำรวจหรืออัยการ ตามทฤษฎีนี้จะทำให้ผู้ต้องสงสัยหรือผู้บริสุทธิ์

⁴⁷ ปกป้อง ศรีสนิท. (2559). *กฎหมายอาญาชั้นสูง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 15.

⁴⁸ คมสัน สุขมาก. *หลักนิติธรรม การอำนวยความสะดวกยุติธรรมทางอาญาของพนักงานสอบสวน. วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย*, 8(1). หน้า 12.

ถูกปลดปล่อยไปโดยเร็วแต่ขณะเดียวกันก็อาจทำให้การดำเนินคดีกับผู้ต้องหาที่กระทำผิดจริง มีพยานหลักฐานอย่างแน่นแฟ้น ซึ่งเป็นการค้นหาหลักฐานอย่างไม่เป็นทางการ

2) ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม (Legal Process) เป็นทฤษฎีที่ยึดกฎหมายเป็นหลักการดำเนินคดีอาญา จะต้องมีความเป็นธรรมและเป็นไปตามขั้นตอนต่างๆของกฎหมาย ทฤษฎีนี้ไม่เห็นด้วยกับการแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างไม่เป็นทางการของทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมในชั้นตำรวจกับอัยการ แต่จะต้องจัดให้มีการพิจารณาคดีหรือไต่สวนผู้ถูกกล่าวหาอย่างเป็นทางการและเปิดเผยต่อประชาชนในศาลยุติธรรม ผู้ต้องหาที่มีความผิดต่อเมื่อผู้มีอำนาจตามกฎหมายพิจารณาชี้ขาดแล้วว่าผู้นั้นมีความผิด

ภายใต้แนวคิดและทฤษฎีดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่า ในทางปฏิบัติประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ก็ได้ปฏิบัติตามทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งเฉพาะเจาะจงไป แต่มักเป็นการผสมผสานระหว่างสองทฤษฎีนี้ ระบบงานยุติธรรมทางอาญามักจะคำนึงถึงทฤษฎีทั้งสองนี้ควบคู่กันไป เป็นแต่เพียงว่าในแต่ละประเทศอาจจะมีการเน้นหนักทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่ง สำหรับในเรื่องการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकลดสูญหายของไทย กฎหมายฉบับนี้ตราขึ้นโดยมีลักษณะที่สอดคล้องกับทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ ถึงแม้การควบคุมอาชญากรรมจะเป็นหน้าที่ของรัฐ แต่หากเน้นหนักการควบคุมอาชญากรรมมากเกินไป โดยไม่คำนึงถึงวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานเพื่อเอาผิดกับผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหา อาจส่งผลทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการที่ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องหาหรือผู้ต้องสงสัยได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำผู้ต้องหามาสอบสวนด้วยวิธีการทรมานเพื่อให้ได้ข้อมูลที่สำคัญอันจะเป็นประโยชน์ต่อการควบคุมอาชญากรรมหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพ ดังนั้น การมีมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการทรมานและการกระทำให้นुकลดสูญหายขึ้นใช้บังคับนั้นก็จะเป็นไปตามทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม เพื่อให้รัฐซึ่งมีหน้าที่ในการควบคุมอาชญากรรม ต้องดำเนินการให้ได้สมดุลกันระหว่างสองทฤษฎีนี้ กล่าวคือการสอบสวนในคดีอาญาหรือดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม โดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดประกอบด้วย