

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการเกี่ยวกับกรณีการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม

การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามนั้นเป็นพฤติกรรมมีลักษณะเป็นการเฝ้าติดตามอย่างต่อเนื่อง ก่อความ สร้างความรำคาญ ความหวาดกลัว ทำให้ผู้ถูกระทำไม่อาจใช้ชีวิตส่วนตัวได้อย่างปกติสุข ก่อให้เกิดอันตรายต่อจิตใจ ชีวิต ร่างกาย สิทธิ หรือเสรีภาพได้ ซึ่งถือว่าเป็นปัญหาทางสังคมที่สำคัญที่ส่งผลกระทบต่อตัวบุคคลผู้ถูกระทำและสังคมโดยรวม จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงความหมาย รูปแบบ ลักษณะพฤติกรรมที่เป็นการการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม รวมถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรณีการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม เพื่อนำมาใช้ในการกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดและกำหนดอัตราโทษให้มีความเหมาะสมในการคุ้มครองผู้ถูกระทำและยับยั้งผู้กระทำความผิดมิให้ก่อเหตุต่อไป ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม

ผู้กระทำการเฝ้าติดตามหรือสตอล์กเกอร์ (Stalker) คือ คนที่มีพฤติกรรม “สะกดรอยตาม” หรือตามติดชีวิตคนอื่นมากเกินไป โดยที่ผู้ถูกระทำไม่ต้องการหรือไม่ยินยอมจนถึงขั้นรุกรานความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นจนทำให้เกิดความเสียหายไม่ว่าจะทางจิตใจหรือกายภาพ รวมถึงไม่อาจใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุข และเป็นการกระทำซ้ำ ๆ อย่างต่อเนื่องในช่วงระยะเวลาหนึ่ง

2.1.1 ความหมายของการคุกคาม (Harassment)

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 คุกคาม หมายถึง แสดงอำนาจด้วยกิริยาหรือวาจาให้หวาดกลัว ทำให้หวาดกลัว

กฎหมายอาญามลรัฐแคลิฟอร์เนีย มาตรา 646.9 (e)¹ กล่าวว่าไว้ว่า “การคุกคาม (Harassment) หมายถึง การกระทำที่ได้กระทำในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยรู้และตั้งใจต่อบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง

¹ California Penal Code. § 646.9. Stalking. 1990. Amended 2002. (e) For the purposes of this section, “harasses” means engages in a knowing and willful course of conduct directed at a specific person that seriously alarms, annoys, torments, or terrorizes the person, and that serves no legitimate purpose.

จนทำให้บุคคลนั้นตื่นตกใจ รำคาญ ทุกข์ทรมาน หรือทำให้เกิดความกลัวอย่างรุนแรง และการกระทำนั้นได้กระทำการโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

รัฐบัญญัติว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (General Equal Treatment Act 2006) มาตรา 2,1(c)² คุกคาม (Harassment) หมายถึง การกระทำอันไม่พึงปรารถนาซึ่งเกี่ยวกับเพศของบุคคลหนึ่งบุคคลใด อันกระทำขึ้นเพื่อละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือทำให้ผู้ถูกระทำรู้สึกถูกรังแก ไม่เป็นมิตร ค้อยค่าเสื่อมเสียเกียรติ หรือถูกรังแก

2.1.2 ความหมายของการเฝ้าติดตาม (Stalking)

ในต่างประเทศเรียกการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเช่นนี้ว่า “Stalking” โดยทั่วไปแล้ว หมายถึง การสะกดรอย ติดตาม ไล่ล่าสัตว์ แต่คำดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในการให้คำนิยามพฤติกรรมของบุคคลที่มีการกระทำทางกายภาพที่สื่อให้เห็นถึงการกระทำที่เป็นความผิดในลักษณะแทรกแซงหรือรบกวนต่อสิทธิของบุคคลอื่นจนก่อให้เกิดความกลัว และพบว่ามีรูปแบบการกระทำซ้ำ ๆ โดยลักษณะการกระทำที่พบมากที่สุด ได้แก่ การโทรศัพท์ที่ไม่พึงประสงค์ การเดินเตร่ในบริเวณใกล้เคียง การส่งจดหมายหรืออีเมลที่ไม่พึงประสงค์ การเฝ้าติดตามหรือการเข้าหาผ่านบุคคลที่สาม³

ตามพจนานุกรมของ Cambridge อธิบายไว้ว่า “Stalk” หมายถึง การติดตามหรือเฝ้าดูบุคคลอื่นในช่วงเวลาหนึ่งอันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในทางอาญาก่อให้เกิดผลกระทบทั้งทางร่างกายหรือจิตใจ รวมถึงกระทบต่อสิทธิเสรีภาพและความเป็นอยู่ส่วนตัวของผู้ถูกเฝ้าติดตาม

ตามพจนานุกรม Black’s Law Dictionary ให้ความหมายของคำว่า Stalking หมายถึง การเฝ้าติดตามผู้อื่นอย่างลับ ๆ การกระทำความผิดโดยการติดตามหรืออยู่ใกล้ผู้อื่น โดยส่วนใหญ่ มักไม่ให้ผู้นั้นรู้ตัว โดยมีจุดประสงค์เพื่อรบกวนหรือคุกคามผู้นั้น หรือเพื่อกระทำความผิดอย่างอื่นต่อไป เช่น ทำร้ายหรือขู่ตี ซึ่งนิยามตามกฎหมายบางฉบับรวมถึงองค์ประกอบที่ว่า ผู้ที่ถูกติดตามต้องรู้สึกอึดอัด รำคาญใจ หวาดกลัว หรือเป็นทุกข์กังวลถึงความปลอดภัยของตนหรือของผู้อื่น

² General Equal Treatment Act (AGG). Article 2 Definitions 1. For the purposes of this Directive, the following definitions shall apply:

(c) ‘harassment’: where unwanted conduct related to the sex of a person occurs with the purpose or effect of violating the dignity of a person, and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment;

³ ฌักทรีว์รัฐัญญ์ แสงจันทร์. (2562). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเฝ้าติดตามกับความรับผิดชอบทางละเมิด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 8.

ที่ตนต้องรับผิดชอบโดยมีเหตุอันควร บางนิยามกำหนดว่า การกระทำเช่นการโทรศัพท์ไปหาผู้อื่นแล้วไม่ยอมพูดถือเป็นการคุกคามด้วยเช่นกัน⁴

ความหมายในหนังสือ “The Psychology of Stalking Clinical and Forensic Perspectives” ได้อธิบายการกระทำความผิดฐาน Stalking Offense ว่า “the willful, malicious, and repeated following and harassing of another person that threatens his or her safety” การคุกคามโดยการเฝ้าติดตามและข่มขู่คือการติดตามและการคุกคามบุคคลอื่นอย่างซ้ำ ๆ โดยมีเจตนาร้ายและเป็นการคุกคามต่อความปลอดภัยของบุคคล⁵ และอธิบายถึงรูปแบบของการกระทำที่เป็นการเฝ้าติดตามว่าจะมีพฤติกรรม คือ การที่ผู้กระทำได้เฝ้าติดตามผู้ถูกระทำอย่างต่อเนื่อง อาจจะทำแบบลับ ๆ หรือเปิดเผยโดยเจตนา ผู้กระทำอาจใช้วิธีการเฝ้าติดตามโดยการติดต่อไปหาผู้ถูกระทำ รวมถึงครอบครัว เพื่อน หรือบุคคลใกล้ชิดของผู้ถูกระทำเรื่อย ๆ โดยไม่มีความจำเป็น โดยไม่มีเหตุผลในลักษณะที่เป็นการรบกวน หรือผู้กระทำอาจจะเฝ้าติดตามดูพฤติกรรมกระทำต่าง ๆ ของผู้ถูกระทำอย่างใกล้ชิดเป็นระยะเวลานาน ๆ หรืออาจเป็นการเฝ้าติดตามโดยใช้เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ร่วมด้วย⁶

จากความหมายดังที่ได้กล่าวข้างต้นนั้นจะเห็นได้ว่ามีความหลากหลาย แต่โดยทั่วไปแล้วจะประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ คือ⁷

- 1) รูปแบบ (การกระทำในช่วงระยะเวลาหนึ่ง) ของการล่วงล้ำทางพฤติกรรม ซึ่งจะขึ้นอยู่กับความไม่พอใจของบุคคลอื่น
- 2) การคุกคามที่ไม่ชัดเจนหรือชัดเจน ซึ่งจะถูกนำมาพิสูจน์ให้เห็นในทางรูปแบบของการแทรกแซงทางพฤติกรรม
- 3) เป็นผลของการแทรกแซงทางพฤติกรรม คือ บุคคลผู้ถูกระทำนั้นรู้สึกว่าจะถูกเฝ้าติดตามจนเกิดความกลัวอย่างมีเหตุผล

⁴ Bryan A. Garner. (2004). *Black's Law Dictionary* (8th ed). St. Paul: Minn Wes. p. 1440.

⁵ ทิพวัลย์ ศรีรักษา. (2561). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับกรณีการคุกคามทางเพศโดยการเฝ้าติดตาม ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ และข่มขู่*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 19.

⁶ อรณิชา สวัสดิ์ชัย. (2550). *มาตรการเพื่อคุ้มครองผู้ถูกคุกคามจากการเฝ้าติดตามอย่างต่อเนื่อง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 13.

⁷ J.Reid Meloy. (1998). *The psychology of stalking: Clinical and Forensic Perspectives*. Harcourt Brace & Company. p. 2.

ฉะนั้น การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามตามนิยามความหมายดังกล่าว ที่จะเป็นความผิดทางอาญาจะต้องเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบสำคัญ 6 ประการ คือ⁸

1) ผู้กระทำได้รู้ (Knowing) ว่าพฤติกรรมการกระทำที่ตนได้กระทำนั้นส่งผลกระทบต่อ ทำให้ผู้ถูกระทำเกิดความกลัวว่าจะเกิดอันตราย โดยพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชน (Reasonable Person) เป็นสำคัญ ว่าการกระทำนั้นเป็นการทำให้ผู้อื่นตกอยู่ในความกลัวก็ เพียงพอแล้ว

2) โดยมีประสงค์ (Purposeful) คือ ต้องกระทำโดยมีเจตนาที่จะเฝ้าติดตาม ผู้ถูกระทำโดยมีจุดประสงค์เพื่อให้เหยื่อตกอยู่ในความหวาดกลัว

3) กระทำในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (Course of Conduct) คือ ต้องเป็นการกระทำ อย่างต่อเนื่องกันในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งต้องมากกว่าหนึ่งครั้ง ไม่ใช่กระทำเพียงครั้งเดียว ฉะนั้น การเฝ้าดูหรือติดตามผู้อื่นเพียงครั้งเดียวจึงไม่อาจถือเป็นความผิด

4) ความรู้สึกกลัวของผู้ถูกระทำที่เกิดขึ้นจากการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม โดย ต้องพิจารณาตามความรู้สึกของวิญญูชนทั่วไปเป็นสำคัญ มิใช่พิจารณาตามความรู้สึกของผู้ถูกระทำเท่านั้น

5) การกระทำต้องก่อให้เกิดผลกระทบอย่างใดอย่างหนึ่งกับผู้ถูกระทำซึ่งผลกระทบ นั้นจะต้องไม่ใช่เพียงการก่อให้เกิดความรำคาญ โดยผู้ถูกระทำจะต้องเกิดความรู้สึกกลัวว่าจะเกิด อันตรายแก่กายหรือชีวิตจากการกระทำนั้นด้วย (Fear of Injury or Death)

6) พฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามนั้นอาจจะเป็นการกระทำ ต่อผู้ถูกระทำโดยตรงหรือกระทำต่อบุคคลในครอบครัวของผู้ถูกระทำก็ได้ (Herself or Immediate Family)

จากนิยามความหมายและองค์ประกอบที่สำคัญ 6 ประการ สามารถสรุปได้ว่าการกระทำ ที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม คือ การกระทำต่าง ๆ ที่ผู้กระทำประสงค์หรือมีเจตนา ที่จะติดตาม ครอบงำ หรือติดต่อ ไม่ว่าจะด้วยการเฝ้าดู ติดตาม จ้องดู สะกดรอยตามความเคลื่อนไหว โดยกระทำอย่างต่อเนื่องเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่งเพื่อครอบงำหรือคุกคามผู้อื่น โดยผู้ถูกระทำ ไม่ต้องการหรือยินยอมให้เกิดขึ้น จนทำให้ผู้นั้นอึดอัด รำคาญใจ หรือเกิดความหวาดกลัวว่าจะเกิด อันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย หรือส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตในสังคมของผู้ถูกระทำ ไม่ปกติสุข

⁸ วิจิตรา เลิศหิรัญกิจ. (2550). *ความผิดฐานเฝ้าติดตามและข่มขู่*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8-9.

2.1.3 ประเภทการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม

การกระทำที่เป็นการคุกคาม โดยการเฝ้าติดตามนั้น หากแบ่งแยกจากสถานะของผู้กระทำ อาจแบ่งแยกได้ 2 ประเภท คือการเฝ้าติดตามโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและการเฝ้าติดตามโดยบุคคลธรรมดา

2.1.3.1 การคุกคามโดยการเฝ้าติดตามจากบุคคลธรรมดา

ลักษณะของบุคคลที่อาจเป็นผู้กระทำความผิดฐานคุกคาม โดยการเฝ้าติดตาม หากจำแนกตามประเภทของ ศาสตราจารย์พอล มัลเลน (Paul Mullen) นักจิตวิทยาด้านนิติศาสตร์ ได้แบ่งลักษณะของบุคคลที่มีพฤติกรรมเฝ้าติดตามไว้ 5 ประเภท⁹ คือ

1) ผู้เฝ้าติดตามที่ถูกปฏิเสธ (The rejected stalker) เป็นกลุ่มคนที่เคยสนิทหรือมีความสัมพันธ์กันมาก่อน เช่น อดีตคนรักซึ่งแรงจูงใจของคนกลุ่มนี้ มักจะเกิดจากการถูกปฏิเสธ ความสัมพันธ์หรือถูกบอกเลิก โดยคนที่แอบรักหรืออดีตคนรัก ดังนั้น การเฝ้าติดตามจึงถือเป็นการ ‘ซัดเซยความสัมพันธ์’ ที่ขาดหายไป ผู้กระทำจะรู้สึกพึงพอใจที่ได้ใกล้ชิดกับผู้ตกเป็นเหยื่อมากขึ้น หรืออีกในนัยหนึ่งก็คือการแก้แค้นเหยื่อที่ปฏิเสธ โดยใช้วิธีการรุกรานชีวิตส่วนตัว ผู้กระทำประเภทนี้อาจทำให้เกิดอันตรายแก่ผู้ถูกกระทำได้

2) ผู้เฝ้าติดตามที่ต้องการแก้แค้น (The resentful stalker) คนกลุ่มนี้มีสาเหตุมาจากความรู้สึกโกรธแค้นหรือเจ็บใจที่ถูกเหยื่อปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมหรือถูกกลั่นแกล้ง ดังนั้น การเฝ้าติดตามจึงทำไปเพื่อการแก้แค้นและเอาคืน ซึ่งส่วนใหญ่ผู้กระทำเหล่านี้เหล่านี้ จะใช้ “ความชอบธรรม” มาเป็นข้ออ้างในเฝ้าติดตามเหยื่อ ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อจึงอาจเป็นคนที่รู้จักกับผู้กระทำมาก่อนหรือไม่เคยรู้จักกันมาก่อนก็ได้ และ ในเวลาต่อมาความรู้สึกโกรธต่าง ๆ เปลี่ยนไปเป็นความพอใจ ความรู้สึกสะใจ ความรู้สึกว่าตัวเองมีอำนาจ รู้สึกว่าเหนือกว่าอีกฝ่าย จากที่ตัวเองเคยเป็นผู้ถูกกดขี่ กลั่นแกล้ง พฤติกรรมนี้มักจะไม่นรุนแรงถึงขนาดเป็นอันตรายต่อเหยื่อ เช่น การใช้วิธีการพุดจาข่มขู่ ถากถาง โทรศัพท์หรือส่งข้อความให้เหยื่อ หรือนำจดหมายไปไว้ตามสถานที่ต่าง ๆ ที่เหยื่อใช้ชีวิต หรือเป็นการเฝ้าติดตามความเคลื่อนไหวของเหยื่อตลอดเวลา

3) ผู้เฝ้าติดตามที่หลงผิด (The intimacy seeking) ความโดดเดี่ยวทำให้ผู้เฝ้าติดตามกลุ่มนี้ต้องการสะกดรอยตามเพื่อสร้างความสัมพันธ์แบบใกล้ชิด โดยเชื่อว่าการติดตามชีวิตเหยื่อบ่อย ๆ จะช่วยให้สนิทกับเหยื่อเพิ่มมากขึ้น พฤติกรรมนี้อาจเกิดขึ้นได้กับคนทั่วไปที่เจอใน

⁹ Stalking Risk Profile. (2023). *types of Stalking*. (Online). Available: <https://www.stalking.riskprofile.com/what-is-stalking/types-of-stalking>. [2023, July 22].

ชีวิตประจำวัน เช่น คนรู้จัก คนที่ทำงาน คนที่บังเอิญเดินสวนกันบ่อย ๆ หรือคนที่มีความเสี่ยงอย่าง ดารา นักร้อง นักแสดง ผู้เฝ้าติดตามกลุ่มนี้ส่วนใหญ่เป็นพวกแฟนคลับวัยรุ่นที่คลั่งไคล้ศิลปินที่ชื่นชอบจนอยากใกล้ชิดสนิทสนม และนำไปสู่พฤติกรรมตามติดชีวิตส่วนตัว ส่วนอีกกลุ่มหนึ่งเกิดจากอาการหลงผิด (Erotomanic) คิดว่ามีความสัมพันธ์กันอยู่ทั้งที่ไม่เป็นความจริง หรือคิดไปเองว่าเหยื่อกำลังตกหลุมรักตัวเองอยู่ แม้ว่าการตอบสนองของเหยื่อจะเป็นไปในทางลบก็ตาม ซึ่งหากผู้กระทำถูกปฏิเสธจากเหยื่อ ท่าทีของผู้กระทำจะเปลี่ยน ไปเป็นการข่มขู่ หรือทำอันตรายเหยื่อแทน

4) ผู้เฝ้าติดตามที่ปฏิเสธความเป็นจริง (The incompetent stalker) ผู้เฝ้าติดตามกลุ่มนี้ไม่มีพฤติกรรมที่รุนแรง เพียงแต่พวกเขาต้องการที่จะสร้างความสัมพันธ์กับผู้อื่น อาจจะเป็นความสัมพันธ์แบบคนรักหรือเพื่อนก็ได้ ผู้กระทำประเภทนี้เป็นพวกหลงตัวเองและไม่สนใจถึงความรู้สึกของเหยื่อเลยโดยเชื่อว่าใคร ๆ ต่างหลงใหลตน อาจจะเป็นเพราะผู้กระทำส่วนมากจะเป็นพวกที่ขาดทักษะในการเข้าสังคม ขี้อาย เก้ ๆ กัง ๆ พุดไม่เก่ง หรือมีปัญหาทางจิตเวช เช่น โรคออทิสติก (Autistic) หรือแอสเพอร์เกอร์ (Asperger) เป็นต้น

5) ผู้เฝ้าติดตามในลักษณะของผู้ล่า (The predatory stalker) กลุ่มนี้มีแนวโน้มจะผิดปกติทางจิตรุนแรง หรือเป็นโรคซาดิสต์ (Sadistic) เพราะมักจะทำไปเพื่อตอบสนอง “ความต้องการทางเพศ” ของตัวเองเป็นหลัก และต้องการที่จะมีอำนาจเหนือเหยื่อ โดยมีการวางแผนมาอย่างดีและลงมือกระทำอย่างรุนแรง ซึ่งผู้ถูกกระทำอาจเป็นบุคคลที่รู้จักหรือไม่รู้จักกันมาก่อนก็ได้

การแบ่งประเภทของกลุ่มผู้เฝ้าติดตามดังกล่าวนี้ เป็นการจัดแบ่งตามพฤติกรรมที่เกิดขึ้นและแรงจูงใจในการกระทำ ความสำคัญในการจัดแบ่งประเภทของกลุ่มผู้เฝ้าติดตาม ทำให้เข้าใจถึงพฤติกรรม มูลเหตุชกจูงใจในการก่อให้เกิดพฤติกรรมการคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาถึงการกระทำของบุคคลนั้น ๆ ว่าเป็นไปตามองค์ประกอบความคิดที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้พฤติกรรมนั้นเป็นความผิดเพื่อจะลงโทษผู้กระทำผิดได้ และจะเห็นได้ว่าพฤติกรรมทั้งหลายในแต่ละประเภทของผู้เฝ้าติดตามนั้นอาจเกิดขึ้นกับบุคคลใดก็ได้ในสังคม โดยอาจจะเกิดกับบุคคลธรรมดาทั่วไป หรืออาจจะเป็นบุคคลที่มีความเสี่ยงหรือเป็นที่รู้จักในสังคม เช่น นักร้อง นักร้อง เน็ตไอดอล หรือบุคคลที่เป็นที่รู้จักของสาธารณะ ซึ่งอาจแบ่งลักษณะของบุคคลที่จะตกเป็นเหยื่อได้ คือ

1) บุคคลผู้มีชื่อเสียง เนื่องจากบุคคลดังกล่าวตกเป็นเป้าหมายผู้เฝ้าติดตามได้โดยง่ายเนื่องจากชีวิตความเป็นส่วนตัวของบุคคลเหล่านั้นมักถูกเปิดเผยโดยสื่อจึงทำให้ผู้เฝ้าติดตามสามารถรู้การเคลื่อนไหวในชีวิตประจำวันของผู้มีชื่อเสียงได้ง่ายจึงทำให้พบเห็นข่าวที่นักแสดง

นักร้อง หรือบุคคลที่เป็นที่รู้จักสาธารณะมักจะถูกผู้ใดผู้หนึ่งเฝ้าติดตามในหน้าสื่ออยู่บ่อยครั้ง ไม่ว่าจะเป็นข่าวในประเทศไทยหรือต่างประเทศ ยกตัวอย่างข่าวในต่างประเทศ เช่น ในญี่ปุ่น เมื่อเดือน ตุลาคม ค.ศ. 2019 มีสถานการณ์ที่พอจะเทียบเคียงกับกรณีการเฝ้าติดตามได้ คือ Ena Matsuoka สมาชิกวง Tenshitsukeniyomi ถูกคนร้ายดักทำร้าย โดยคนร้ายนั้นรู้สถานที่อยู่ได้จากการขยายภาพเซลฟี่ของเธอที่โพสต์ในสื่อโซเชียล และดูว่าภาพสะท้อนในดวงตาของเธอคือสถานที่ใด จากนั้นก็ทำการเทียบภาพสะท้อนกับภาพใน Google Maps แล้วจึงเสาะหาสถานที่ดังกล่าว เพื่อตามไปทำร้าย หรือในสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 1989 กรณีนักแสดงชื่อ Rebecca Schaeffer ถูกแฟนคลับที่เฝ้าติดตามมาเป็นเวลานาน สืบหาที่อยู่และตามไปถึงบ้านดาราสาว แต่ถูกปฏิเสธไม่ให้สนทนาด้วยจึงใช้ปืนพกยิงดาราสาวเสียชีวิตลง

2) บุคคลธรรมดาทั่วไป ทุกคนที่อยู่ในสังคมอาจถูกบุคคลใดบุคคลหนึ่งเฝ้าติดตามได้ ซึ่งอาจจะเป็นคนที่ใกล้ชิดกันหรือรู้จักกัน หรือไม่เคยมีความสัมพันธ์ใดกันมาก่อนเป็นแต่คนแปลกหน้ากัน หากผู้กระทำความผิดกรรมเข้าข่ายประเภทบุคคลทั้ง 5 ประเภทตามที่กล่าวมาข้างต้นผู้ที่ถูกเฝ้าติดตามก็จะกลายเป็นเหยื่อจากการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามได้ ตัวอย่างที่เป็นคดีดังในประเทศญี่ปุ่น เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 1999 ฮิโอรุ อิโนะ นักศึกษาหญิงชาวญี่ปุ่น ถูกผู้ชายคนหนึ่งใช้มีดแทงจนเสียชีวิต โดยชายคนนั้นถูกจ้างโดยคาซุฮิโตะ โคมัตสึ ผู้เป็นแฟนเก่าของเธอนั่นเอง ซึ่งก่อนเกิดเหตุการณ์นี้ขึ้น โคมัตสึคุกคามอิโนะในหลายรูปแบบ ทั้งสะกดรอยตาม และข่มขู่ครอบครองของเธอเป็นเวลาหลายเดือน หลังจากเธอขอยุติความสัมพันธ์กับเขา

2.1.3.2 การคุกคามโดยการเฝ้าติดตามจากเจ้าหน้าที่รัฐ

การเฝ้าติดตาม โดยเจ้าหน้าที่รัฐถือเป็นวิธีการหนึ่งในการสะกดรอยติดตาม (Surveillance) หรือการเฝ้าตรวจ ถือเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการสืบสวนสอบสวนพาหุพยานหลักฐาน หรือการรักษาความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของประชาชน สำหรับในประเทศไทยนั้น การเฝ้าติดตามมีทั้งส่วนที่มีกฎหมายรองรับและที่ไม่มีกฎหมายรองรับ กรณีที่มีกฎหมายรองรับ เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นกฎหมายที่นำมาใช้กับการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญหรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรมหรือความผิดอาญาที่มีความซับซ้อน ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการดักฟัง (Wiretapping) ไว้ในมาตรา 17¹⁰ โดยกำหนดให้พนักงานสอบสวนต้อง

¹⁰ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556. มาตรา 17 ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่า เอกสารหรือข้อมูลข่าวสารซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้ เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พนักงานสอบสวนซึ่ง

ได้รับอนุมัติอัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณีก่อน จากนั้นจึงมายื่นคำขอต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาพิจารณาอนุญาต ซึ่งศาลจะมีคำสั่งอนุญาตหรือไม่นั้น อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาจะใช้ดุลพินิจพิจารณาจากพยานหลักฐาน เหตุผลและความจำเป็นถือเป็นการตรวจสอบโดยอำนาจศาล หรือกรณีการสะกดรอยด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ (Electronics Surveillance) หรือการเฝ้าติดตามโดยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ เป็นมาตรการในการตรวจสอบพฤติกรรม กิจกรรม ข้อมูล แผนการสมคบในการกระทำความผิดร้ายแรงและอื่น ๆ ขององค์กรอาชญากรรมและรวบรวมพยานหลักฐานในความผิดอาญาที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญไว้ในมาตรา 21¹¹

ได้รับอนุมัติจากอัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย แล้วแต่กรณี อาจยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้ได้มาซึ่งเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารดังกล่าวก็ได้

การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้พิจารณาผลกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิอื่นใดประกอบเหตุผลและความจำเป็นดังต่อไปนี้

(1) มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะมีการกระทำความผิดหรือจะมีการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

(2) มีเหตุอันควรเชื่อว่าจะได้ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติจากการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารดังกล่าว

(3) ไม่อาจใช้วิธีการอื่นใดที่เหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพมากกว่าได้

การอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาสั่งอนุญาตได้คราวละไม่เกินเก้าสิบวัน โดยกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้ และให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารในสิ่งที่สื่อสารตามคำสั่งดังกล่าวจะต้องให้ความร่วมมือให้เป็นไปตามความในมาตรานี้ ภายหลังจากที่มีคำสั่งอนุญาต หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าเหตุผลความจำเป็นไม่เป็นไปตามที่ระบุหรือพฤติกรรมเปลี่ยนแปลงไป อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาอาจเปลี่ยนแปลงคำสั่งอนุญาตหรือขยายระยะเวลาอนุญาตได้ตามที่เห็นสมควร

เมื่อพนักงานสอบสวนได้ดำเนินการตามที่ได้รับอนุญาตแล้ว ให้รายงานการดำเนินการให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาทราบ

บรรดาข้อมูลที่ได้มาตามวรรคหนึ่ง ให้เก็บรักษาเฉพาะข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำความผิดซึ่งได้รับอนุญาตตามวรรคหนึ่งและให้ใช้ประโยชน์ในการสืบสวน หรือใช้เป็นพยานหลักฐานเฉพาะในการดำเนินคดีดังกล่าวเท่านั้น ส่วนข้อมูลข่าวสารอื่นให้ทำลายเสียทั้งสิ้น ทั้งนี้ ตามข้อบังคับที่อัยการสูงสุดกำหนด.

¹¹ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556. มาตรา 21 พนักงานสอบสวนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่อาจใช้เครื่องมือสื่อสาร โทรคมนาคม เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ หรือด้วยวิธีการอื่นใด เฉพาะในการสะกดรอยผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดหรือจะกระทำความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ เพื่อสืบสวน จับกุม แสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐาน ทั้งนี้ ตามข้อบังคับที่อัยการสูงสุดกำหนด.

2.2 แนวคิดและหลักการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว

สิทธิความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy) มีความใกล้เคียงกับสิทธิส่วนบุคคล (Personal Right) ต่างก็มุ่งเน้นถึงความสำคัญของความเป็นส่วนตัวในฐานะที่เป็นสาระสำคัญของความเป็นตัวตนของมนุษย์¹² ในสมัยโรมันมีแนวคิดที่ยอมรับว่าบุคคลแต่ละคนมีเขตแดนดังกล่าวนี้ถือเป็นเขตเฉพาะตัวเองปัจเจกชนแต่ละคนซึ่งปราศจากการสอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น ๆ ในสังคม แนวคิดของสิทธิในความเป็นส่วนตัวจัดเป็นแนวคิดแบบปัจเจกนิยม (Individualism) มาจากสำนักความคิดสโตอิก (Stoic) ที่เชื่อว่ามนุษย์ในสภาวะธรรมชาติสมบูรณ์จะดำรงชีวิตอย่างมีเหตุผลซึ่งไม่ถูกจำกัดด้วยเชื้อชาติหรือเผ่าพันธุ์จึงก่อให้เกิดระบบที่เป็นสากลอันเป็นพื้นฐานของกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายธรรม ดั้งนั้น ปัจเจกชนจึงมีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right) ในฐานะที่เกิดเป็นมนุษย์ หลักกฎหมายธรรมชาติ (Jus Naturale) เป็นกฎเกณฑ์ที่มีเหตุผลสอดคล้องกับธรรมชาติ มีผลบังคับทั่วไป ครอบคลุมทุกชาติทุกภาษา แนวคิดทางกฎหมายโรมันจึงเป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลและการคลี่คลายตัวของกฎหมายธรรมชาติ¹³ แนวคิดดังกล่าวจึงส่งผลให้เกิดหลักการว่ากฎหมายที่ผู้ปกครองบัญญัติขึ้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ ดังนั้น จึงเกิดแนวคิดที่จะคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน เพื่อมิให้รัฐละเมิดสิทธิธรรมชาติของบุคคลโดยการอ้างว่าปัจเจกชนมีสิทธิที่สามารถป้องกันมิให้รัฐหรือบุคคลใดล่วงล้ำขอบเขตความเป็นส่วนตัวของปัจเจกชน ฉะนั้นเมื่อสิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิมนุษยชนอันสิทธิที่มีอยู่ในทุกคนอันเนื่องมาจากเขาเป็นมนุษย์ และมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังจะเห็นได้จากการรับรองถึงสิทธิดังกล่าวในระดับสากล เช่น ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ขององค์การสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Right 1948) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Right 1966: ICCPR) และอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms)

2.2.1 ขอบเขตและนิยามของสิทธิในความเป็นส่วนตัว

สิทธิในความเป็นส่วนตัว หรือ สิทธิส่วนบุคคล (Right to Privacy) ที่ประชุม ICJ (International Commission of Jurists) ได้ให้ความหมายไว้ในการประชุมเมื่อปี 1976 ที่กรุงสต็อกโฮล์ม

¹² Ellen Alderman and Carolline Kennedy. (1995). *The Right to privacy*. New York: Alfred A. Knoph. p.xiv.

¹³ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2531). *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์. หน้า 110-118.

ราชอาณาจักรสวีเดน ว่าเป็น “สิทธิที่จะอยู่โดยลำพังโดยมีการรบกวนการแทรกแซงในระดับที่น้อยที่สุด” ซึ่งมีการขยายความว่า หมายถึงสิทธิของปัจเจกชนที่จะดำเนินชีวิตโดยได้รับการคุ้มครองจากสิ่งเหล่านี้¹⁴ คือ

- 1) การแทรกแซงในชีวิตความเป็นส่วนตัว ครอบครัว และเคหสถาน
- 2) การแทรกแซงในทางกายภาพ หรือในทางจิตใจ หรือศีลธรรมและเสรีภาพ ในทางความคิด
- 3) การกระทำต่อเกียรติยศและชื่อเสียง
- 4) การไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนความจริง ซึ่งทำให้เป็นที่เสื่อมเสีย

ในสายตาของสาธารณชน

- 5) การเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องอันเป็นที่น่าอับอายเกี่ยวกับชีวิตความเป็นส่วนตัว
- 6) การใช้ชื่อหรือเครื่องหมายชี้เฉพาะหรือภาพโดยไม่มีอำนาจ
- 7) การสืบความลับ การสอดรู้สอดเห็น การติดตามเฝ้าดู และการรบกวน
- 8) การแทรกแซงการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน
- 9) การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เป็นความลับ ซึ่งผู้กระทำได้รับมาอันเนื่องมาจาก

การประกอบวิชาชีพนั้น

- 10) การใช้งานในทางที่มีขอบซึ่งการติดต่อสื่อสารส่วนบุคคล

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าขอบเขตที่บุคคลควรได้รับการคุ้มครองและการเคารพ ในสิทธิความเป็นส่วนตัวก็คือการดำรงชีวิตอย่างเป็นอิสระ มีสิทธิที่จะแสวงหาความสุขในชีวิตตามวิถีทางที่อาจเป็นไปได้และเป็นความพอใจตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น

2.2.2 ประเภทของสิทธิความเป็นส่วนตัว

สิทธิความเป็นส่วนตัว สามารถจำแนกออกได้เป็น 4 ด้าน¹⁵ ดังนี้

- 1) ความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลหรือข้อมูลส่วนตัว (Information Privacy) เป็นการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลโดยการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเก็บรวบรวมและการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคล

¹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์ และเรวดี ขวัญทองยิ้ม. (2554). *ปัญหาและมาตรการทางกฎหมายในการรองรับและคุ้มครองสิทธิ ในความเป็นอยู่ส่วนตัว*. รายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. หน้า 5.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

2) ความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับเนื้อตัวและร่างกาย (Bodily Privacy) ความเป็นส่วนตัวในชีวิตร่างกาย (Bodily Privacy) เป็นการให้ความคุ้มครองในชีวิตร่างกายของบุคคลในทางกายภาพที่จะไม่ถูกดำเนินการใด ๆ อันละเมิดความเป็นส่วนตัว เช่น การทดลองทางพันธุกรรม การทดลองยา เป็นต้น

3) ความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร (Privacy of Communication) เป็นการให้ความคุ้มครองในความปลอดภัย และความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารทางจดหมาย โทรศัพท์ ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีการติดต่อสื่อสารอื่นใดที่ผู้อื่นจะล่วงรู้มิได้

4) ความเป็นส่วนตัวในการอยู่หรือพักอาศัย (Territorial Privacy) เป็นการกำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดที่บุคคลอื่นจะรุกล้ำเข้าไปในอาณาเขต แห่งสถานที่ส่วนตัวมิได้ ทั้งนี้ รวมทั้งการติดกล้องวงจรปิด และการตรวจสอบหมายเลขประจำตัวประชาชนของบุคคลเพื่อการเข้าที่พักอาศัย (ID checks)

2.2.3 หลักการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวตามหลักสากล

1) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ขององค์การสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Right 1948)

เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ สมัยสามัญ สมัยที่ 3 ได้มีข้อมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนทั่วโลกอย่างแท้จริง ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนดังกล่าวจึงถือว่าเป็นเอกสารที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อันเป็นมาตรฐานสากลที่ประเทศสมาชิกสหประชาชาติได้ร่วมกันจัดทำขึ้น ซึ่งสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลได้รับการรับรองและคุ้มครองในฐานะ เป็นสิทธิมนุษยชนประการหนึ่งเป็นครั้งแรกในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 โดยรับรองและคุ้มครองไว้ในข้อ 12 ความว่า “บุคคลใดจะถูกแทรกแซงตามอำเภอใจในความเป็น ส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัย หรือการสื่อสาร หรือจะถูกกลบเกลื่อนเกียรติยศและชื่อเสียงมิได้ ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายต่อการแทรกแซงสิทธิหรือการกลบเกลื่อนดังกล่าว”¹⁶

2) อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms)

อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานลงนามเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1950 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1953 เป็นข้อตกลง

¹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์ และเรวดี ขวัญทองยิ้ม. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 14. หน้า 1.

ที่คณะกรรมการแห่งยุโรปได้จัดทำขึ้นเพื่อใช้บังคับในระหว่างประเทศต่าง ๆ ในสหภาพยุโรป โดยรับแนวความคิดมาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งอนุสัญญาแห่งยุโรปฉบับนี้มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองและพัฒนาสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในระหว่างประเทศภาคีสมาชิก โดยกำหนดหลักการเบื้องต้นที่มุ่งหมายเพื่อสร้างหลักประกันสิทธิบางประการที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นการเฉพาะ โดยได้รับรองและคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลไว้อย่างชัดเจนในข้อ 8 ของอนุสัญญาดังกล่าว ความว่า

“1. บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับการเคารพในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว ที่อยู่อาศัย และการสื่อสาร

2. การแทรกแซงการใช้สิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลโดยองค์การของรัฐจะกระทำได้อีกเฉพาะแต่เมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ และการแทรกแซงดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตยต่อความปลอดภัยแห่งชาติ ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยและการป้องกันการกระทำ ความผิดทางอาญา การคุ้มครองสุขภาพหรือจิตใจ หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น”¹⁷

3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR)

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติซึ่งประกอบด้วยสมาชิกประเทศต่าง ๆ ได้ลงมติรับรองและประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพื่อเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาคมโลกเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ณ กรุงปารีส สาธารณรัฐฝรั่งเศส และถึงแม้ว่าปฏิญญาฉบับนี้จะไม่ใช่สนธิสัญญาระหว่างประเทศแต่ก็จัดเป็นกฎหมายจารีตระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญที่สุด ซึ่งประเทศต่าง ๆ จำต้องเคารพต่อหลักการสิทธิมนุษยชนที่ได้ตราไว้ในปฏิญญาฉบับนี้ โดยที่ปฏิญญาฉบับนี้ยังเป็นพื้นฐานสำคัญของสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ อีกหลายฉบับ รวมทั้งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของกติการะหว่างประเทศนี้เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 และมีผลบังคับใช้กับประเทศไทย เมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540 ซึ่งข้อ 17 ได้กล่าวถึงสิทธิส่วนบุคคลไว้ว่า

¹⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์ และเรวดี ขวัญทองยิ้ม. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14. หน้า II-III.

“1. บุคคลจะถูกแทรกแซงในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว เคหะสถาน หรือ การติดต่อสื่อสารโดยพลการหรือมิชอบด้วยกฎหมายมิได้ และจะถูกลบล้างเกียรติ และชื่อเสียงโดยมิชอบมิได้

2. บุคคลทุกคนมีสิทธิจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไม่ให้ถูกแทรกแซงหรือลบล้างเช่นว่านั้น”

2.2.4 หลักการคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ ซึ่งปรากฏเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิตั้งแต่ปีพุทธศักราช 2475 และพัฒนาการของรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา ก็เริ่มให้ความสำคัญกับสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว และได้ปรากฏคำว่าสิทธิส่วนบุคคลหรือสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวขึ้นอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรก ในรัฐธรรมนูญปีพุทธศักราช 2540 ในมาตรา 34 เพื่อต้องการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคล และในรัฐธรรมนูญปีพุทธศักราช 2560 ในมาตรา 32 ยังคงหลักการเดิม ที่กำหนดว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว” โดยคำว่า “สิทธิส่วนบุคคล” หรือ “สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว” ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีความหมายว่า สิทธิของบุคคลที่จะอยู่โดยลำพังปราศจากการแทรกแซงของบุคคลอื่น และรัฐให้ความรับรองคุ้มครองถึงสิทธิดังกล่าวผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ เว้นแต่เพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น ทุกคนในสังคมไทยมีสิทธิที่จะได้รับการเคารพสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวของตน และสามารถใช้อิทธิพลนั้นได้ทราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และต้องไม่กระทบต่อสิทธิของผู้อื่น ในขณะที่เดียวกันสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวก็ได้ก่อให้เกิดหน้าที่หรือความผูกพันต่อบุคคลทั้งหลาย ในอันที่จะต้องไม่กระทำการอย่างใด ๆ ที่จะเป็นการแทรกแซงหรือรุกรานสิทธิดังกล่าวไม่ว่าจากองค์กรของรัฐ หรือบุคคลอื่น รวมทั้งการใช้อิทธิพลนั้นจะต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีงามของประชาชนด้วย

2.2.5 สิทธิในการเฝ้าติดตามผู้อื่น

แม้ว่าสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน บุคคลทุกคนจึงมีสิทธิและเสรีภาพในความเป็นอยู่ส่วนตัวสามารถกระทำการใด ๆ ก็ได้เท่าที่ไม่กระทบสิทธิของบุคคลอื่น และไม่ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่บางกรณีกฎหมายให้อำนาจรัฐเข้ามาแทรกแซงสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลได้หากมีเงื่อนไขเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของส่วนรวมหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 32 และเมื่อพิจารณาถึงหลักสากลที่ให้การคุ้มครองดังที่กล่าวไว้ข้างต้นนั้นองค์กรของรัฐจะดำเนินมาตรการอันมีผลเป็นการแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลหนึ่งได้โดยชอบด้วยกฎหมายจะต้อง

เป็นไปตามเงื่อนไขต่าง ๆ ดังที่บัญญัติไว้ในวรรคสองของข้อ 8 ของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งประกอบด้วยเงื่อนไขสำคัญสองประการ ได้แก่ (1) เงื่อนไขเกี่ยวกับบุคคลผู้กระทำการอันเป็นการแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคล และ (2) เงื่อนไขเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคล¹⁸

1) เงื่อนไขเกี่ยวกับบุคคลผู้กระทำการอันเป็นการแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคล

เมื่อได้พิจารณาความในข้อ 8 วรรคสอง ของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งกำหนดว่า “การแทรกแซงการใช้สิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลโดยองค์การของรัฐจะกระทำได้อีกเฉพาะแต่เมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ และการแทรกแซงดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตยต่อความปลอดภัยแห่งชาติ ความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อยและการป้องกันการกระทำความผิดทางอาญา การคุ้มครองสุขภาพหรือจิตใจ หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น” จะเห็นได้ว่าบุคคลผู้อาจกระทำการอันเป็นการแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลอื่น โดยมีเหตุอันชอบธรรมที่จะกระทำเช่นนั้น ได้จำกัดเฉพาะแต่ “องค์การของรัฐ” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” เท่านั้น อันเป็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์การของรัฐกับเอกชนเท่านั้น แต่การกระทำอันเป็นการแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลเกิดขึ้นใน “ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชน” ด้วยกันเองแล้ว ผู้กระทำการเช่นนั้นจะสามารถกระทำได้หรือไม่มีความรับผิดชอบใด ๆ และสามารถยกข้อยกเว้นตามความวรรคสองของมาตรา 8 ของอนุสัญญาแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นข้อกล่าวอ้างได้ และตามข้อ 13 ของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลทุกคนซึ่งสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของตนได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาฉบับนี้ถูกล่วงละเมิด มีสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลแห่งรัฐของตน แม้ว่าการล่วงละเมิดนั้นจะกระทำขึ้น โดยบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่ของตนก็ตาม” จึงต้องตีความว่าการแทรกแซงหรือล่วงละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพพื้นฐานของเอกชนคนหนึ่งโดยเอกชนอีกคนหนึ่งย่อมจะกระทำมิได้ ดังนั้น นอกจากรัฐภาคีของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานจะมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพสิทธิต่าง ๆ ที่ได้รับการคุ้มครองไว้ในอนุสัญญาแล้วจะต้องไม่กระทำการใดอันเป็นการแทรกแซงหรือละเมิดสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคล

¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธ์ และเรวดี ขวัญทองยิ้ม. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14. หน้า 16-21.

และรัฐภาคียังมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการให้ปัจเจกชนทุกคนที่อยู่ภายใต้อำนาจแห่งรัฐของตนเคารพสิทธิดังกล่าวด้วยเช่นกัน

2) เงื่อนไขเกี่ยวกับการกระทำอันเป็นการแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคล

การดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐหรือองค์กรของรัฐที่เป็นการแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลจะถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายอันจะเข้าข้อยกเว้นแห่งข้อ 8 วรรคสองของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานได้นั้น การดำเนินมาตรการนั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขสำคัญ 3 ประการ ได้แก่

(1) การดำเนินมาตรการอันเป็นการแทรกแซงนั้นมีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ การดำเนินมาตรการโดยองค์กรของรัฐอันเป็นการแทรกแซงการใช้สิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้กระทำเช่นนั้นได้ และดำเนินการได้ในขอบเขตและโดยวิธีการเพียงพอที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 วรรคสองของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานความว่า “การแทรกแซงขององค์กรของรัฐในการใช้สิทธิ ในชีวิตส่วนตัวของบุคคลจะกระทำได้อีกเฉพาะต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น” จากบทบัญญัติดังกล่าว การดำเนินมาตรการอันมีผลเป็นการแทรกแซงการใช้สิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลจะกระทำได้อีกเฉพาะแต่โดยองค์กรของรัฐ และกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้กระทำเช่นนั้น

(2) การดำเนินมาตรการนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อันเป็นประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กำหนดไว้ มาตรการตามมาตรา 8 วรรคสองของอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพดังกล่าวยังจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย ซึ่งวัตถุประสงค์อันเป็นสาธารณะที่มุ่งหมายนั้นได้แก่ ความมั่นคงแห่งรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และการป้องกันการกระทำ ความผิดทางอาญา การคุ้มครองสุขภาพหรือจิตใจ หรือการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ดังนั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์อันเป็นประโยชน์สาธารณะประการหนึ่งประการใดดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นเท่านั้น จึงจะถือว่าการดำเนินมาตรการนั้นมีวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายและเป็นการกระทำอันชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ที่ดำเนินมาตรการที่มีชอบโดยไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะดังกล่าวย่อมต้องมีความรับผิดชอบต่อนุคคลผู้ทรงสิทธิในชีวิตส่วนตัวเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ ที่เกิดขึ้น แต่การดำเนินมาตรการเช่นนั้น

(3) การดำเนินมาตรการนั้นเป็นสิ่งจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยและได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์อันเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่มุ่งหมายนั้น การดำเนินมาตรการขององค์กร

ของรัฐอันเป็นการแทรกแซงการใช้สิทธิในชีวิต ส่วนตัวของบุคคลจะต้องเป็น “สิ่งจำเป็น” ในสังคมประชาธิปไตย และ “ได้สัดส่วน” กับวัตถุประสงค์อันเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่มาตรการนั้นมุ่งหมายด้วย กล่าวคือ เหตุผลของการดำเนินมาตรการอันมีผลเป็นการแทรกแซงสิทธิในชีวิตส่วนตัวของบุคคลจะต้องมีความจำเป็นและความเหมาะสมในอันที่จะบรรลุวัตถุประสงค์อันเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะที่มุ่งหมายนั้น เพื่อให้การดำเนินมาตรการขององค์กรของรัฐก่อให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องน้อยที่สุด

2.3 แนวคิดและทฤษฎีการคุ้มครองผู้ถูกคุกคามโดยการเฝ้าติดตาม

2.3.1 ทฤษฎีความเป็นอันตรายของบุคคล

การคุกคาม โดยการเฝ้าติดตามนั้น ไม่ได้เป็นพฤติกรรมใหม่ที่เพิ่งเกิดขึ้น แต่หากมีมานานแล้วซึ่งพฤติกรรมหลาย ๆ อย่างของผู้กระทำนั้นถ้ามองกันโดยทั่วไปก็เป็นการกระทำโดยปกติของคนธรรมดาทั่วไป เช่น การเดินร่วมกันบนถนน การไปเจอที่บ้านหรือที่ทำงาน การส่งข้อความหรือโทรศัพท์ไปหา การส่งจดหมายหรือดอกไม้ให้ เป็นต้น จะเห็นได้ว่าการกระทำทั้งหลายนี้ถ้าได้กระทำด้วยความยินยอมของทั้งสองฝ่ายก็จะเป็นการกระทำที่ปกติธรรมดา แต่ถ้าการกระทำเหล่านี้ไม่ได้เกิดจากความยินยอมทั้งสองฝ่ายก็จะเป็นการรบกวน ก่อความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ผู้ถูกกระทำได้ เช่น การรับดอกไม้หรือสิ่งของที่ไม่มีใครขอร้องของผู้ส่งมาวางที่บ้านทุกวัน ส่งข้อความหาซ้ำ ๆ บ่อย ๆ โดยผู้ส่งไม่ได้ขอร้องด้วย หรือโทรศัพท์มาหาหลาย ๆ ครั้ง วันละหลาย ๆ รอบโดยบางครั้งอาจจะพูดบ้างหรือไม่พูดอะไรเลย มีคนแปลกหน้าคนเดียวกันปรากฏตัวให้เห็นบ่อย ๆ ในทุกสถานที่ที่เราไป จะเห็นได้ว่าแม้ผู้ถูกกระทำยังไม่ได้รับอันตรายทางกายแต่อย่างไร แต่ในด้านจิตใจและอารมณ์ถือว่าได้รับผลกระทบแล้ว รวมถึงการใช้ชีวิตประจำวันของเหยื่อก็ไม่มีความสุข และการกระทำของผู้กระทำอาจจะเพิ่มความรุนแรงขึ้นเรื่อย ๆ จนอาจจะมีการข่มขู่ว่าจะทำร้ายร่างกายหรือฆ่าเหยื่อได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในหลาย ๆ กรณีที่ผู้กระทำมีพฤติกรรมเฝ้าติดตามนั้นเหยื่อจะถูกทำร้ายร่างกายหรือถูกฆ่า เช่น กรณีของจิตรลดาที่เข้าไปทำร้ายเด็กนักเรียนในโรงเรียน ซึ่งมีพยานยืนยันว่าเห็นจิตรลดาซึ่งเป็นหญิงวิกลจริตเฝ้าติดตามคูเด็ก ๆ อย่างต่อเนื่องเป็นระยะหนึ่งแล้ว แต่ไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ที่จะช่วยป้องกันเด็กนักเรียนได้จนทำให้เกิดเหตุการณ์ร้ายขึ้น

แม้โดยสภาพของการกระทำยังไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย แต่เมื่อดูจากพฤติกรรมของผู้กระทำแล้วจะเห็นว่าสภาพความเป็นอันตรายของผู้กระทำอาจแสดงออกมาแล้ว ซึ่งสมควรที่จะหามาตรการใด ๆ มาใช้เพื่อป้องกันพฤติกรรมหรือเหตุการณ์อันใดอันหนึ่งซึ่งอาจเกิดจากพฤติกรรมเฝ้าติดตามของบุคคลดังกล่าวได้ในอนาคต รัฐต้องพิจารณาโดยดูว่าสังคมสามารถ

ทนต่อความเป็นอันตรายที่จะเกิดขึ้นนั้นได้เพียงใด จำเป็นต้องป้องกันความเป็นอันตรายนั้นหรือไม่ ซึ่งสภาพอันตรายของบุคคลจะเป็นอย่างไรนั้น มีวิธีการพิสูจน์ดังต่อไปนี้

แนวคิดด้านกฎหมายในการพิสูจน์ความเป็นอันตรายของบุคคล¹⁹

การพิสูจน์ความเป็นอันตรายของบุคคลโดยแนวคิดด้านกฎหมายนี้ จะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผู้กระทำในสิ่งต่าง ๆ ดังนี้

1) พิจารณาด้านพฤติกรรมทางอาญา พฤติกรรมทางอาญานี้ แบ่งความเป็นอันตรายออกเป็น 2 ประการคือ ความเป็นอันตรายตามภาวะวิสัย (Objective Dangerous) คือความเป็นอันตรายในตัวของมันเอง และความเป็นอันตรายตามอัตวิสัย (Subjective Dangerous) คือความเป็นอันตรายในความรู้สึกของบุคคล ซึ่งวัดจากความรู้สึกกลัวของบุคคลอื่นที่มีต่อพฤติกรรมนั้นนั่นเอง

สำหรับความเป็นอันตรายตามภาวะวิสัยนั้น เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ามีความเป็นอันตรายที่สมควรจะหามาตรการป้องกัน แต่ไม่ใช่เพียงประเด็นเดียวความเป็นอันตรายตามอัตวิสัย หรือความรู้สึกกลัวของบุคคลต้องถูกนำมาพิจารณาด้วยเนื่องจากความกลัวนั้นสามารถส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตและร่างกายของบุคคลได้ จึงเป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาร่วมด้วยว่าความกลัวนั้นถึงขนาดที่จะต้องมีการคุ้มครองป้องกันบุคคลจากพฤติกรรมดังกล่าว

2) พิจารณาลักษณะความร้ายแรงของพฤติกรรมทางอาญา ลักษณะและความร้ายแรงของการกระทำเป็นเครื่องชี้ความเป็นอันตรายของบุคคลได้เช่นกัน การพิจารณาในประเด็นนี้ใช้วิธีการสังเกตการณ์กระทำของบุคคล เช่นผู้ที่กระทำผิดซ้ำ ๆ มีความเป็นอันตราย มีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดขึ้นอีก หรือกระทำความผิดที่มีความรุนแรงมากยิ่งขึ้นสมควรที่จะมีมาตรการเพื่อหยุดยั้งการกระทำ การพิจารณาถึงความร้ายแรงของการกระทำเป็นสิ่งที่ช่วยกำหนดระดับของความเป็นอันตรายและขอบเขตในการนำมาตราการต่าง ๆ มาใช้เพื่อคุ้มครองบุคคลจากการกระทำ

3) พิจารณาองค์ประกอบด้านจิตใจของผู้กระทำ ซึ่งเป็นเครื่องบ่งชี้ความเป็นอันตรายได้อย่างหนึ่ง เช่น กรณีการกระทำเกิดจากผู้มีสภาพจิตไม่ปกติ เป็นผู้มีจิตฟั่นเฟือน ไม่รู้ผิดชอบยอมเป็นอันตรายเนื่องจากบุคคลดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดเนื่องจากไม่สามารถควบคุมตนเองได้ จำเป็นที่จะต้องมีการป้องกันการกระทำที่เหมาะสม

¹⁹ คมกฤต พรหมพิทยายุทธ. (2553). *ความคิดฐานแสดงความอาฆาตโดยการคุกคามหรือการเฝ้าติดตามและข่มขู่: ศึกษารณณ์ผู้ถูกกระทำเป็นบุคคลสำคัญ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอีสเทิร์นเอเซีย. หน้า 21-22.

4) การประเมินบุคลิกภาพ เป็นการพิจารณาโดยดูจากบุคลิกภาพภายนอกของผู้กระทำ เช่นผู้กระทำมีบุคลิกภาพแบบอันธพาล หรือผู้ที่มีบุคลิกภาพผิดปกติในลักษณะที่เป็นคนเก็บกด แยกตัวจากสังคม สามารถแสดงความเป็นอันตรายได้มากกว่าบุคคลทั่วไป

2.3.2 ทฤษฎีป้องกันสังคม

ทฤษฎีป้องกันสังคม อธิบายว่า กฎหมายอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองป้องกันสังคม จากอาชญากรรม²⁰ ต้นกำเนิดของแนวคิดนี้เริ่มจากปลายยุค Positive Criminology ซึ่งเป็นยุคที่ต่อต้านกระแสความคิดของสำนักคลาสสิก (Classic) โดยเริ่มจากสำนักคลาสสิกมีความเชื่อว่า บุคคลมีเจตจำนงเสรีในการกระทำของตนเองและมีวัตถุประสงค์ของการลงโทษก็เพื่อเป็นการแก้แค้น ให้สาสมกับความผิดที่ได้ก่อขึ้น ซึ่งการศึกษากฎหมายยังใช้แนวความคิดเดิมคือ เป็นการศึกษาถึงสาเหตุแห่งอาชญากรรมเฉพาะในแง่กฎหมายเท่านั้น ไม่คำนึงถึงปัจจัยอย่างอื่นมาประกอบ เช่น ทางด้านกายภาพ จิตใจหรือสังคม จนกระทั่งถึงปลายยุคสำนักอาชญาวิทยาปฏิฐานนิยม (Positive School of Criminology) จึงได้เริ่มหันมาศึกษาถึงสาเหตุของอาชญากรรมจากตัวของผู้กระทำความคิดทั้งทางด้านกายภาพ (Biologica) และทางสังคม (Social) มาประกอบ ซึ่งเป็นการศึกษาที่เป็นศาสตร์มากขึ้น (Scientific) อย่างไรก็ตามแนวความคิดของสำนักนี้ก็เป็นการเริ่มต้นยอมรับความหมายของคำว่า “คุ้มครองป้องกันสังคม” เท่านั้น

ในปี ค.ศ. 1889 ออดอล์ฟ พรินส์ (Adolphe Prins) ซึ่งเป็นผู้ก่อตั้ง International Union of Criminal Law โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดแนวทางที่ควรจะเป็นของกฎหมายอาญาและโน้มน้าวความสนใจของบุคคลมาสู่แนวความคิดในการป้องกันสังคม เขียนหนังสือในเรื่องการป้องกันสังคม และการแปลงรูปกฎหมายอาญา (La Defense Social et les Transformations du Pena) ซึ่งถือเป็นบุคคลแรกที่ยึดถือแนวความคิดในเรื่องการป้องกันสังคมในลักษณะเป็นทฤษฎีโดยได้กล่าวโต้แย้งความคิดเดิมของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิม (Classical School) ที่ยึดถือในเรื่องความรับผิดชอบของบุคคลอันเป็นเจตจำนงเสรีของผู้กระทำผิดและได้ขยายไปสู่ความรับผิดชอบที่จำกัดทำให้บุคคลบางประเภท เช่น บุคคลวิกลจริตหรือบุคคลที่ผิดปกติทางจิตไม่ต้องรับโทษในทางอาญา ด้วยเหตุนี้ทำให้สังคมไม่อาจป้องกันอันตรายจากบุคคลดังกล่าวได้เนื่องจากแนวคิดดั้งเดิมมองว่าการลงโทษต้องมีการแสดงเจตนาและโทษที่จะลงมีความเหมาะสมกับความรับผิดชอบในการกระทำของผู้กระทำ แต่ตามแนวคิดทฤษฎีป้องกันสังคมมีจุดมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความปลอดภัย

²⁰ แคมป์เบล วิเศษรัตน์. (2551). *การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ในคดีอาญา: ศึกษาการแสวงหาข้อเท็จจริงประกอบการดำเนินคดี*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหาวชิราวุฒยาลัยราชภัฏวชิรเวศน์. หน้า 7-11.

ในชีวิตทรัพย์สิน และชื่อเสียง จึงพัฒนามาสู่ระบบความเป็นอันตรายของผู้กระทำผิด (Dangerous of Offenders) ซึ่งออกมาในรูปแบบของมาตรการป้องกัน (Preventive Measure) ที่มีความแตกต่างจากมาตรการลงโทษ

ต่อมาในการประชุมสหประชาชาติ ในปี ค.ศ. 1948 ได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องการป้องกันสังคมว่า เป็นการป้องกันอาชญากรรมและแก้ไขตัวผู้กระทำผิด เป็นการเพิ่มเติมความคิดเดิมที่มุ่งเฉพาะการป้องกันสังคมจากอาชญากรรมเท่านั้น จากนั้นจึงเริ่มเข้าสู่แนวความคิดป้องกันสังคมยุคใหม่ ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้²¹

1) ทฤษฎีป้องกันสังคมถือเอาไว้ก่อนว่า การจัดการกับอาชญากรรมก็เพื่อป้องกันสังคมมากกว่าที่จะลงโทษผู้กระทำผิด

2) จุดประสงค์ของทฤษฎีป้องกันสังคมก็เพื่อคุ้มครองป้องกันสังคมโดยใช้มาตรการที่เป็นกลางนอกเหนือจากการลงโทษ คือการกักตัวออกมาจากสังคม การเยียวยา หรือการรักษา

3) นโยบายอาญา เป็นการป้องกันส่วนบุคคลมากกว่าที่จะป้องกันอาชญากรรมมุ่งที่จะให้ผู้กระทำผิดกลับเข้าสู่สังคมได้

4) วิธีการนำบุคคลกลับเข้าสู่สังคมใหม่ จะต้องประกอบด้วยความคิดเรื่องมนุษยนิยมของกฎหมายอาญาด้วย กล่าวคือ การนำความมั่นใจในตนเองและความรับผิดชอบของบุคคลคืนมารวมถึงการพัฒนาความรู้สึกในคุณค่าของความเป็นมนุษย์ด้วย

5) วิธีการนำบุคคลกลับเข้าสู่สังคมนอกจากมีแนวคิดเรื่องมนุษยนิยมแล้ว ขั้นตอนที่เกี่ยวข้องจะต้องปฏิบัติโดยมีความเข้าใจศาสตร์ของปรากฏการณ์ของอาชญากรรมและบุคลิกภาพของผู้กระทำผิดด้วย

เมื่อพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามในต่างประเทศ จะเห็นว่าการกำหนดหลักการตามทฤษฎีนี้ไว้โดยการกำหนดให้การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเป็นความผิดฐานหนึ่ง เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ แคนาดา เยอรมนี และญี่ปุ่น โดยการกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองและป้องกันภัยอันตรายก่อนจะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น เช่น การร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามผู้กระทำเข้าใกล้ มีคำสั่งห้ามติดต่อผู้ถูกระทำ ในช่วงเวลาที่กำหนด รวมถึงการนำมาใช้เป็นเงื่อนไขในการคุมประพฤติภายหลังมีการปล่อยตัวผู้กระทำผิด เป็นต้น

²¹ ทิพวัลย์ ศรีรักษา. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 5. หน้า 39.

2.4 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา

2.4.1 แนวคิดในการกำหนดความผิดทางอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีโทษหรือสภาพบังคับทางอาญาที่การบังคับใช้จะมีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยตรง²² การกำหนดให้การกระทำใดหรือไม่กระทำอย่างใดเป็นความผิดและมีโทษทางอาญาจึงเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบจึงจำเป็นต้องศึกษาแนวคิดในการกำหนดโทษทางอาญาเพื่อใช้ในการกำหนดให้พฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการฝ่าฝืนตามเป็นความผิดฐานใดฐานหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา

1) การกำหนดความผิดทางอาญาของ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer)

อธิบายไว้ในหนังสือชื่อ *The Limits of Criminal Sanction* (1968) ถึงหลักการพิจารณาว่าการกระทำใดควรเป็นความผิดอาญาไว้ทั้งหมด 6 ประการ ดังต่อไปนี้²³

(1) การกระทำที่คนหมู่มากเห็นว่ากระทบกระเทือนต่อสังคมและคนหมู่มากไม่ให้อภัยในการกระทำนั้น

(2) ถ้าการกระทำนั้นบัญญัติให้เป็นความผิดอาญาแล้วจะไม่ขัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษคือ ทำให้การกระทำผิดลดลง

(3) ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้วจะไม่ทำให้สังคมลดความเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง

(4) ถ้าการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาแล้ว จะมีการใช้กฎหมายอย่างเสมอภาคและเป็นธรรม

(5) การใช้กระบวนยุติธรรมทางอาญาจะไม่ก่อภาระแก่การดำเนินการจนเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

(6) ไม่มีมาตรการควบคุมอย่างอื่นที่เหมาะสมแล้วนอกจากการใช้กฎหมายอาญากับการกระทำที่เกิดขึ้น

²² เพลินตา ตันรังสรรค์. (2561). หลักเกณฑ์การกำหนดโทษอาญาในการตรากฎหมาย. *จุลนิติ*, 15 (1) (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2561), หน้า 75.

²³ Herbert L. Packer. (1968). *The Limits of the Criminal Sanction*. California: Stanford University Press. p. 296.

2) การกำหนดโทษทางอาญาของไนเจล วอล์กเกอร์ (Nigel Walker)

ไนเจล วอล์กเกอร์ (Nigel Walker) ศาสตราจารย์ชาวอังกฤษที่มีชื่อเสียงในด้านอาชญาวิทยา ได้อธิบายว่า การทำหน้าที่ของกฎหมายอาญาต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักที่อย่างน้อย 6 ประการ ดังต่อไปนี้²⁴

(1) คຸ້ມครองบุคคลจากการใช้กำลังทำร้ายโดยเจตนา และปฏิบัติทางเพศอย่างหยาบคาย รวมถึงสัตว์ร้ายและคຸ້ມครองจากการก่อให้เกิดอันตรายทุกรูปแบบที่ไม่ได้เจตนา เช่น จากการจราจร ยาพิษ การติดเชื้อ การแผ่รังสี รวมถึงคຸ້ມครองบุคคลที่สามารถถูกชักจูงได้ง่าย ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากอายุยังน้อยหรือมีความอ่อนแอทางจิตใจ จากการถูกข่มเหงว่าจะทำอันตรายแก่ร่างกายหรือทรัพย์สินเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์อย่างใด ๆ เช่น การร่วมประเวณี การหลอกลวงให้จำหน่ายทรัพย์สิน

(2) คຸ້ມครองป้องกันสภาวะจิตใจของบุคคลให้พ้นการกระทบกระเทือนจากการกระทำที่เป็นเรื่องส่วนตัวแม้ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ใหญ่และให้ความยินยอมต่อการกระทำนั้น แต่ถือเป็นสิ่งผิดธรรมชาติ เช่น การร่วมประเวณีที่เป็นการผิดปกติ และคຸ້ມครองมิให้บุคคลใดมากระทำการอันไม่เหมาะสมในที่สาธารณะซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นตกใจ เช่น การทำอนาจารในที่สาธารณะ รวมถึงป้องกันมิให้บุคคลใดมากระทำการชั่วร้ายให้เกิดความไม่สงบสุขขึ้นในสังคม เช่น คุกคามผู้อื่นในที่สาธารณะ

(3) คຸ້ມครองป้องกันทรัพย์สินของบุคคลจากการถูกขโมย น้อ โกง ทำให้ทรัพย์สินเสียหาย

(4) คຸ້ມครองป้องกันบุคคลจากพฤติกรรมของบุคคลที่ก่อความเดือดร้อนรำคาญ เช่น การปิดกั้นทางสาธารณะ รวมถึงการใช้สภาพบังคับทางอาญาเพื่อเก็บรวบรวมภาษี

(5) คຸ້ມครองสถาบันทางสังคมและบังคับให้มีความเมตตาที่จำเป็น เช่น การไม่ช่วยเหลือผู้อื่นที่ตกอยู่ในอันตราย

(6) เพื่อบังคับให้ผู้อื่นกระทำการหรือไม่กระทำการที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทั้งหลายที่กล่าวมา เช่น การช่วยเหลือผู้หลบหนีจากที่คุมขัง การขจัดคำสั่งเจ้าพนักงาน

3) หลัก Harm Principal

หลัก Harm Principle นี้ถือว่าสังคมควรเข้าไปแทรกแซงเสรีภาพการกระทำของปัจเจกบุคคลเฉพาะในกรณีเพื่อป้องกันอันตรายของผู้อื่นเท่านั้น โดยจอห์น สจิวต์ มิลล์ (John Stuart Mill) ผู้ซึ่งคิดค้นหลักการนี้ โดยกล่าวว่า การจำกัดอิสรภาพของผู้คนนั้นเป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำแต่ก็

²⁴ อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. (2562). *ทฤษฎีอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 49-50 .

ไม่ใช่จะทำให้อิสรภาพแก่มนุษย์ทุกคนอย่างไม่จำกัด อิสรภาพบางเรื่องอาจถูกจำกัดได้หากเป็นไปได้หากเป็นไปได้ เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่บุคคลอื่น²⁵

4) หลัก Offense Principle

การนำหลัก Harm Principle เพียงอย่างเดียวมาใช้จะส่งผลให้ขอบเขตในการกำหนดโทษอาญานั้นแคบเกินไปทำให้ โจเอล ฟายน์เบิร์ก (Joel Feinberg) ให้เหตุผลว่าในการจะกำหนดให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญานั้นควรจะเป็นวิธีที่จำเป็นและมีประสิทธิภาพที่จะป้องกันความผิดที่ร้ายแรงกับผู้อื่น ซึ่งสอดคล้องกับหลัก Offence Principle ซึ่งเป็นหลักการที่สนับสนุนการใช้กฎหมายจำกัดเสรีภาพของการกระทำ โดยมีหลักการว่าการกระทำบางอย่างแม้โดยสภาพแล้วจะไม่ได้ก่อให้เกิดผลร้ายแก่ผู้อื่นแต่ถ้าหากการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการล่วงเกินต่อความรู้สึกของบุคคลทั่วไปก็ย่อมที่จะมีเหตุผลอย่างเพียงพอที่จะสามารถนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้ได้ หลักการนี้ถูกนำมาใช้มากที่สุดในการใช้กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำลามกอนาจาร²⁶

พฤติกรรมที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามผู้อื่นนั้นถือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อชีวิตของผู้อื่น ส่งผลให้ผู้อื่นไม่สามารถใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุข เกิดความเดือดร้อนรำคาญ ความหวาดกลัวในความปลอดภัยของตนเองและบุคคลรอบข้างรวมถึงเป็นอันตรายต่อสุขภาพจิต และต่อไปในภายหน้าอาจจะนำมาสู่การเป็นอันตรายต่อชีวิตที่ร้ายแรงของผู้ถูกกระทำได้ และยังนำไปสู่ความไม่สงบสุขของสังคมได้ ฉะนั้นเมื่อการกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามผู้อื่นถือเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้ถูกกระทำไม่สามารถดำรงชีวิตได้อย่างปกติสุข รัฐจึงควรรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคมและตระหนักถึงความสำคัญของพฤติกรรมที่เป็นปัญหาดังกล่าวและควบคุมพฤติกรรมที่เป็นการละเมิดชีวิตผู้อื่น โดยการใช้อำนาจอาญาเป็นเครื่องมือคุ้มครองผู้ถูกกระทำและเพื่อไม่ให้เกิดการละเมิดกันในสังคมตามหลักแนวคิดในการกำหนดโทษทางอาญาที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงควรบัญญัติกฎหมายให้การกระทำที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามนั้นเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

2.4.2 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา

เมื่อเป้าหมายของรัฐคือความเป็นอยู่อย่างผาสุกของประชาชนและพลเมือง (The end of the state is the welfare of the people)²⁷ ซึ่งหมายถึงการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย และ

²⁵ John Stuart Mill. (1863). *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields. p. 23.

²⁶ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. (2564). *หลักเกณฑ์กำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกวุฒิสภา* พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 27.

²⁷ ประสงค์ สุวรรณบุปผา. (2541). *รัฐปรัชญา แนวคิดตะวันออกตะวันตก*. กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์. หน้า 95.

ความสงบเรียบร้อยนั้นจะเกิดขึ้นไม่ได้หากปล่อยให้มิพหุติกรรมการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเกิดขึ้นเพราะเป็นการละเมิดการใช้ชีวิตผู้อื่นจนไม่สามารถดำรงชีวิตได้อย่างปกติสุข รัฐจึงต้องเข้ามาควบคุมพฤติกรรมดังกล่าวโดยใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการรักษาความสงบเรียบร้อย โดยการกำหนดให้ชัดเจนว่าการกระทำใดเป็นความผิดและกฎหมายได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษทางอาญาตามหลัก “Nullum Crimen Nulla Poena Lage” หรือที่เรียกว่า ไม่มีกฎหมายไม่มีความผิด ไม่มีโทษ²⁸ การลงโทษทางอาญาจึงเป็นไปเพื่อปราบปรามอาชญากรรมมิให้เกิดขึ้นจึงเกิดทฤษฎีการลงโทษในทางอาญาขึ้นซึ่งแต่ละทฤษฎีมีรูปแบบและสนองตอบวัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาแตกต่างกัน²⁹ ดังต่อไปนี้

1) ทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน (Retributive Theory)

เป็นทฤษฎีที่สืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ว่า มนุษย์มีเจตจำนงเสรีที่เรียกว่า Free Will ที่มนุษย์มีเหตุผล (Rational) และมีอิสระที่จะกระทำการใด ๆ ภายใต้อำนาจเชื่อและการตัดสินใจของตนเองและเมื่อมนุษย์กระทำการใดแล้วย่อมต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนเอง ดังนั้นเมื่อมนุษย์กระทำผิดต่อหลักเกณฑ์ของสังคม มนุษย์สมควรได้รับการดำเนินหรือการลงโทษในลักษณะตาต่อตาฟันต่อฟัน (An eye for an eye, A tooth for a tooth) คือ การปฏิบัติต่อผู้อื่นอย่างไรก็ควรได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกันเป็นการตอบแทน ดังนั้น วัตถุประสงค์ของทฤษฎีการลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนจึงเป็นไปเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดโดยจะเป็นการมองย้อนไปในอดีตถึงการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดแล้วจึงพิจารณาโทษโดยไม่ได้มองถึงอนาคต กล่าวคือ การลงโทษนั้นไม่ได้พิจารณาว่าจะมีการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นอีกหรือไม่ รวมถึงไม่ได้มองถึงประโยชน์ที่สังคมจะได้รับจากการลงโทษ วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามทฤษฎีจึงมีลักษณะที่สำคัญ 3 ประการ คือ

(1) การลงโทษเป็นการทดแทนความเสียหาย (Vindication) เป็นการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนให้กับเหยื่อจากการที่ผู้กระทำความผิดได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น มีผลทำให้เหยื่อพอใจกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

(2) การลงโทษต้องก่อให้เกิดความเป็นธรรม (Fairness) คือ กฎหมายคุ้มครองบุคคลทุกคน หรือที่เรียกว่าบุคคลย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย ดังนั้น หากมีผู้ใดฝ่าฝืนกฎหมายผู้นั้นย่อมรับโทษตามกฎหมายอาญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ส่วนรวม

²⁸ เกียรติจักร วัจนะสวัสดิ์. (2558). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยามพริ้นติ้ง. หน้า 16-17.

²⁹ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26. หน้า 14-17.

(3) การลงโทษต้องได้สัดส่วนกับความผิด (Proportionality of Punishment) จำนวนโทษที่ผู้กระทำผิดควรจะได้รับจะต้องเท่ากับความเสียหายที่ได้กระทำลงจากการกระทำ ความผิดนั้น

2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory)

ทฤษฎีที่เห็นว่าการลงโทษเป็นสิ่งเลวร้าย แต่ก็มีคามจำเป็นที่ต้องป้องกันสังคม จึงต้องมีการลงโทษเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ จึงเป็นทฤษฎีที่มุ่งเน้นวิธีการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นในอนาคต ซึ่งทฤษฎีนี้มองว่าลักษณะของมนุษย์คือการแสวงหา ความพอใจและหลีกเลี่ยงความเจ็บปวด ดังนั้น สังคมจึงควรมีการดำเนินการตามหลักประโยชน์ สูงสุดเพื่อมนุษย์ทุกคน โดยการกำหนดโทษอาญาให้สอดคล้องกับความร้ายแรงของความผิดอาญา แต่ละฐานตามความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสังคม ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลัก 3 ประการ คือ

(1) เพื่อข่มขู่หรือยับยั้ง (Deterrence) เป็นการลงโทษเพื่อเป็นการข่มขู่หรือยับยั้ง เฉพาะตัวไม่ให้ผู้กระทำผิดลงมือกระทำความผิดฐานเดียวกันอีกและเกิดความเกรงกลัวโทษนั้น จนไม่กล้ากระทำความผิดอีกและขณะเดียวกันก็มีผลเป็นการยับยั้งไม่ให้ผู้อื่นกระทำความผิดด้วย เช่นกัน โดย Cesare Beccaria ได้อธิบายไว้ว่า การลงโทษที่จะข่มขู่หรือยับยั้งผู้กระทำความผิดได้ ต้องมี ลักษณะ 3 ประการ คือ (1) การลงโทษต้องทำด้วยความรวดเร็ว (Swiftness of punishment) (2) การลงโทษต้องมีความแน่นอน (Certainty of punishment) (3) การลงโทษต้องมีความเคร่งครัด และรุนแรง (Severity of punishment) เช่น โทษจำคุก

(2) เพื่อแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิด (Reformation and Rehabilitation) มีวัตถุประสงค์ ในการลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิดให้กลับตัวเป็นคนดีมีความรู้สึก ผิดชอบชั่วดี ไม่ให้บุคคลที่ได้กระทำความผิดมาแล้วกลับมาก่อทำความผิดซ้ำอีก รวมทั้งพยายาม ที่จะช่วยให้ผู้กระทำผิดกลับคืนสู่สังคมได้ตามปกติ ซึ่งมีลักษณะสำคัญ 5 ประการ (1) หลีกเลี่ยง ไม่ให้ผู้กระทำความผิดต้องประสบกับสิ่งที่ทำลายคุณลักษณะประจำตัวของเขา (2) ให้ใช้วิธีการ อย่างอื่นแทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น (3) การลงโทษต้องเหมาะสมกับการกระทำความผิด เป็นรายบุคคล (4) เมื่อผู้กระทำผิดแก้ไขให้ดีขึ้นแล้ว ให้หยุดลงโทษ (5) ให้มีการปรับปรุงโทษระหว่าง คุมขังจึงทำให้เกิดวิธีปฏิบัติต่าง ๆ แก่ผู้กระทำผิด เช่น การอบรมและการฝึกอาชีพ การบำบัด ทางกายภาพ เป็นต้น

(3) เพื่อตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิด (Incapacitation) เป็นการลงโทษ เพื่อที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดหมดความสามารถที่จะกระทำความผิดอีกและทำให้สังคมปลอดภัย จากการกระทำความผิดนั้น การลงโทษจึงต้องมีประสิทธิภาพในการตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำความผิดอีก เช่น โทษประหารชีวิต โทษจำคุกตลอดชีวิต

การบังคับใช้กฎหมายให้บรรล่วัตถุประสงค์ทางอาญานั้น ต้องบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับทฤษฎีทางอาญาด้วย มิฉะนั้นแล้วอาจทำให้สังคมไม่ปลอดภัย ระเบียบกฎหมายไม่มีประสิทธิภาพยับยั้งอาชญากรรมได้ แนวความคิดและทฤษฎีทางอาญาจึงเป็นสิ่งสำคัญ ทั้งการบัญญัติกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายจะต้องยึดถือเป็นหลัก โดยเฉพาะวัตถุประสงค์ การลงโทษอันเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรกซึ่งเมื่อนำมาพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำ ที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามนั้น ในกฎหมายไทยยังมีได้มีการบัญญัติให้เป็นความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญาจึงทำให้ไม่อาจนำกฎหมายหรือการลงโทษมาบังคับใช้กับการกระทำ ดังกล่าวได้อย่างครอบคลุมและเหมาะสมในทุกกรณี ซึ่งจะส่งผลให้ไม่อาจยับยั้งการกระทำ ที่เป็นการเฝ้าติดตามมิให้เกิดขึ้นได้และป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมร้ายแรงอย่างอื่นต่อไปได้

2.4.3 หลักการลงโทษอย่างได้สัดส่วน

การลงโทษคือการประณามของสังคมต่อผู้กระทำผิด ยิ่งเป็นความผิดที่ส่งผลกระทบ ร้ายแรงต่อสังคมมากสังคมยิ่งต้องประณามมาก โดยระดับของการแสดงออกซึ่งการประณาม คือ ระดับความรุนแรงของโทษต้องสอดคล้องกับความร้ายแรงของความผิด ทั้งนี้ ความร้ายแรง ของความผิดจะพิจารณาจากอันตรายของการกระทำผิด (Harm) ความน่าตำหนิได้ของผู้กระทำ ความผิด (Culpability)

อันตรายจากการกระทำความผิด จะพิจารณาว่าการกระทำนั้นส่งผลกระทบต่อบุคคลอื่น และสังคมมากน้อยขนาดไหน ทฤษฎี ที่เป็นที่ยอมรับในการนำมาใช้เพื่อจัดลำดับ อันตรายของ ความผิดคือทฤษฎีมาตรฐานชีวิต มีหลักการว่าในการมีชีวิตที่มีมาตรฐานของมนุษย์นั้น ต้องการปัจจัยหรือองค์ประกอบอะไรบ้าง การกระทำที่ส่งผลกระทบต่อหรือเป็นอันตรายต่อปัจจัย ที่มีความสำคัญต่อการดำรงชีวิตมากกว่าก็ย่อมเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดอันตรายมากกว่า โดยเรียงลำดับปัจจัยที่มนุษย์ต้องการสำหรับมีชีวิตที่ดี จากความต้องการมากที่สุดไปสู่ความต้องการ ที่น้อยที่สุดคือ ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ชื่อเสียง ดังนั้น การกระทำที่เป็นอันตรายต่อชีวิต ย่อมร้ายแรง มากกว่าการกระทำที่เป็นอันตรายต่อร่างกายและทรัพย์สินและสมควรได้รับโทษที่รุนแรงกว่า

สำหรับความน่าตำหนิได้ของผู้กระทำ จะพิจารณาว่าผู้กระทำต้องรับผิดชอบต่อผล ของการกระทำนั้นมากน้อยขนาดไหนและผู้กระทำมีความชั่วร้ายทางจิตใจมากเพียงใด ซึ่งการ กระทำความผิดที่ผู้กระทำกระทำโดยเจตนาย่อมแสดงให้เห็นความรับผิดชอบของผู้กระทำ ที่มากกว่าการกระทำโดยประมาท ผู้กระทำผิดโดยเจตนาจึงต้องรับโทษหนักกว่าโทษของผู้กระทำ ผิดโดยประมาท นอกจากองค์ประกอบทางด้านจิตใจของ และอาจพิจารณาได้จากพฤติการณ์อื่น ๆ ประกอบด้วย เช่น การกระทำผิดซ้ำ การกระทำผิดในระหว่างได้รับการปล่อยชั่วคราว หรือพัก

การลงโทษ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการไม่สำนึกในความผิดที่ที่ได้รับโอกาสจากกระบวนการยุติธรรมแล้ว³⁰

ดังนั้น ในการกระทำผิดที่เป็นการคุกคามโดยการเฝ้าติดตามเมื่อยังไม่มีกฎหมายอาญาเอาผิดโดยเฉพาะกับการกระทำดังกล่าวจึงไม่อาจลงโทษให้เหมาะสมได้ ถึงแม้ว่าในการกระทำบางอย่างถือว่าการกระทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนรำคาญหรือเป็นการกระทำที่เป็นการคุกคามอาจจะเข้าองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 397 ก็ตาม แต่โทษตามมาตรานี้เป็นเพียงลงโทษจึงไม่อาจถือได้ว่าโทษที่จะลงดังกล่าวเหมาะสมและได้สัดส่วนกับพฤติกรรมที่เป็นการเฝ้าติดตามผู้อื่นที่ทำให้ผู้ถูกระทำไม่สามารถใช้ชีวิตอย่างปกติสุขได้

2.5 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กและเยาวชน

แนวคิดในการคุ้มครองเด็กและเยาวชนมาจากการมองว่าเด็กและเยาวชนเป็นทรัพยากรที่มีคุณค่า แต่เพราะความอ่อนวัย การด้อยประสบการณ์ รวมถึงความอ่อนแอทางกายภาพ จึงอาจทำให้เด็กและเยาวชนอาจถูกล่วงละเมิดได้ง่าย กฎหมายจึงต้องเข้ามาเป็นตัวช่วยในการปกป้องคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชนเพื่อไม่ให้ถูกล่วงละเมิด ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้ในหลาย ๆ ประเทศให้การยอมรับ โดยการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ รวมถึงประเทศไทยก็ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้ด้วยเช่นกัน ฉะนั้น สิทธิของเด็กและเยาวชนที่ได้รับการรับรองตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน จึงแบ่งได้ 2 ลักษณะ คือ สิทธิมนุษยชนพื้นฐานทั่วไปที่จะได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับผู้ใหญ่ และสิทธิมนุษยชนพิเศษที่จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองระหว่างที่เป็นเด็ก

2.5.1 หลักสิทธิมนุษยชน

การยอมรับหลักสิทธิมนุษยชนอย่างจริงจังเริ่มขึ้นในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สาเหตุจากการสูญเสียมนุษยชนเป็นจำนวนมากจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ของกองทัพฮิตเลอร์ อันถือเป็นการสูญเสียครั้งใหญ่ที่สุดในประวัติศาสตร์โลก ทั้งยังเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นอย่างมาก ดังนั้นจึงกลายเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนอย่างจริงจัง โดยการให้ความสำคัญซึ่งสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ศักดิ์ศรีและค่าของมนุษย์ สิทธิที่เท่าเทียมกันของบรรดาชายและหญิงอันได้รับการยืนยันไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2491

³⁰ ศุภกิจ เข้มประชา. (2564). การลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด. *นิตยสารสำนักงานศาลยุติธรรม*, กันยายน - ธันวาคม 2564, หน้า 4-8.

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง สิทธิที่มนุษย์ทุกคนมีอย่างเท่าเทียมกัน ได้แก่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคโดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนชาติใด อาชีพ เชื้อชาติ ศิพ พศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่น เป็นต้น อีกทั้งทุกคนมีความเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติและได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งสิทธิมนุษยชนได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย³¹ ทั้งนี้สาระสำคัญในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สามารถจำแนกออกเป็น 2 ส่วนที่สำคัญ คือ

1) สิทธิของพลเมืองและการเมือง (Civil and Political Rights)

2) สิทธิด้านเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (Economic, Social and Cultural Rights)

ดังนั้น สิทธิมนุษยชนจึงถือเป็นสิทธิพื้นฐานที่มีอยู่ในตัวมนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะมีเชื้อชาติ ศาสนา ฐานะ สีผิว เพศสภาพหรือข้อแตกต่างใด ๆ ฉะนั้นการใช้สิทธิใด ๆ ของบุคคลจะกระทำได้ จะต้องไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้อื่น

สิทธิเด็ก ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชน ภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2491 แม้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่า “เด็ก” ไว้ก็ตาม แต่ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (The convention on the rights of the child 1989) ให้ความหมายของเด็กไว้ว่า “เด็ก” หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น ซึ่งเด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้อง คุ้มครองในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง จึงมีหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ 1. สิทธิของเด็กเป็นสิทธิติดตัว (Inherent Right) ซึ่งสิทธินี้ไม่ใช่เรื่องของรัฐหรือใครให้กับเด็ก แต่เป็นสิทธิที่เด็กมีติดตัวมาตั้งแต่เกิด ฉะนั้นเด็กจึงถือว่าเป็นผู้มีสิทธิที่ไม่มีผู้ใดสามารถมาจำกัดการใช้สิทธิอันชอบธรรมหรือละเมิดได้ 2. ในการดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับเด็ก จะต้องคำนึงถึงถึงสิทธิของเด็ก และยึดถือประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interest of the child) และอนุสัญญาดังกล่าว ยังได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องคุ้มครองสิทธิของเด็กโดยแบ่งออก ได้ 4 ประการ ดังนี้³²

³¹ คาริกา ศรีพงษ์พันธุ์กุล. (2558). *แนวคิดใหม่ในการลงโทษผู้ให้เด็กกระทำความผิดทางอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8.

³² Amnesty International Thailand. (2561). *สิทธิมนุษยชนของเด็ก*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.amnesty.or.th/our-work/childrights>. [2566, 18 ตุลาคม].

1) สิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอด (Right of Survival) รัฐภาคีต้องรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิคิดตัวมาตั้งแต่กำเนิดที่จะมีชีวิตและต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ ให้เด็กสามารถอยู่รอด ปลอดภัยและมีการพัฒนาของเด็ก และเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดู ไม่ว่าโดยบิดา มารดา ญาติพี่น้องหรือรัฐ เพื่อให้อยู่รอดและเจริญเติบโต มีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีเพียงพอ ซึ่งหากครอบครัวไม่สามารถจะดำเนินการได้ตามมาตรฐานขั้นต่ำ รัฐต้องเข้าไปให้ความช่วยเหลือ เช่น อาหาร ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรค เป็นต้น

2) สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Right of Protection) รัฐภาคีต้องปกป้องคุ้มครองเด็กจากการกระทำที่อาจเป็นอันตรายต่อเด็กในทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทางร่างกาย จิตใจและทางเพศ ซึ่งรวมถึงการล่วงละเมิดทางเพศหรือการแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ จากเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการชักชวน ช่มชู้ในเรื่องเกี่ยวกับเพศ การทารุณกรรมทางร่างกายหรือจิตใจ การล่วงละเมิดทางเพศ การใช้แรงงานเด็ก การค้าประเวณี การลักพาตัว รวมถึงการส่งเสริม สนับสนุนและช่วยเหลือเด็กทุกคนอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันโดยไม่เลือกปฏิบัติ

3) สิทธิในการพัฒนา (Right of Development) สิทธิในการพัฒนาของเด็กเน้นทั้งทางด้านพัฒนาทางร่างกายและสติปัญญาจากบิดามารดาหรือบางกรณีจากรัฐ โดยเด็กมีสิทธิที่จะมีความเป็นอยู่ที่ดีและมีมาตรฐานเพียงพอต่อการพัฒนาการของเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา ศิลธรรมและทางสังคม และยังเน้นว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการศึกษาเพื่อให้เด็กได้พัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถด้านต่าง ๆ ให้เต็มศักยภาพของเด็กแต่ละคน โดยสิทธิในการศึกษานั้นอยู่บนพื้นฐานที่เด็กทุกคนต้องมีโอกาสที่เท่าเทียมกันซึ่งรัฐจะต้องจัดการศึกษาภาคบังคับในระดับชั้นประถมให้ทั่วถึง

4) สิทธิในการมีส่วนร่วม (Right of Participation) จะเน้นถึงสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็กโดยเสรีในทุกเรื่องที่มีผลกระทบต่อเด็ก โดยรัฐภาคีต้องดำเนินการให้เด็กได้แสดงความคิดเห็นและต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นนั้นตามควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็กด้วย รวมถึงอิสระในการแสวงหาได้รับหรือส่งต่อข้อมูลและความคิดในทุกรูปแบบและในสื่อทุกประเภท ซึ่งเด็กมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนา รวมถึงสิทธิของเด็กในการชุมนุม การสมาคมโดยสงบ

2.5.2 หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

หลักว่าด้วยผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) มีการรับรองหลักการนี้ไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 3 (1) มีหลักการว่า การกระทำทั้งปวงที่เกี่ยวกับเด็กไม่ว่าจะกระทำโดยรัฐหรือเอกชน จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรก

(Primary Consideration) ซึ่งการคุ้มครองสิทธิเด็กโดยการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นจะต้องมีปัจจัยต่าง ๆ เข้ามาใช้ในการประกอบการพิจารณาด้วย เช่น กรณีเกิดความขัดแย้งระหว่างสิทธิของบิดามารดาและสิทธิเด็ก หรือกรณีเกิดความขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ของรัฐกับผลประโยชน์ของเด็ก เป็นต้น³³ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้จะต้องนำมาพิจารณาในทุกการกระทำที่เกี่ยวกับเด็กไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม

ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมิได้ให้คำจำกัดความคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้ เนื่องจากต้องการให้สามารถนำไปปรับใช้ได้กับทุกกรณีเป็นการทั่วไปที่เกิดขึ้นกับเด็กซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีและปรับใช้ได้กับทุกความแตกต่างของปัจจัยต่าง ๆ ของสังคมจึงไม่สามารถให้ความหมายที่ชัดเจนแน่นอนได้ โดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนี้ได้มีการวางหลักไว้ครั้งแรก โดยศาลประเทศอังกฤษเมื่อปี ค.ศ. 1765 ในคดี Blissets Case อันเป็นคดีการใช้อำนาจปกครองบุตรโดยคำพิพากษาของศาลตอนหนึ่งได้ตัดสินว่า “ถ้าผู้กรณีทั้งสองฝ่ายไม่เห็นด้วยศาลจะกระทำสิ่งที่ปรากฏว่าเป็นสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก” แต่ในคดีดังกล่าวศาลเองก็มิได้ให้คำจำกัดความของคำว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้แต่อย่างใด

การพิจารณาว่าสิ่งใดถือเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก มีขั้นตอนสำคัญสองประการ คือ การประเมินสถานการณ์และการตัดสินใจเลือกสิ่งที่เป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยจะต้องนำปัจจัยหรือข้อเท็จจริงที่จำเป็นทุกประการที่มีความเฉพาะเจาะจงสำหรับเด็กแต่ละรายหรือเด็กแต่ละกลุ่มมาพิจารณา เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับบุคคลในครอบครัว พัฒนาการทางร่างกาย จิตใจและ อารมณ์ของเด็ก วัฒนธรรมของสังคม สิ่งแวดล้อมรอบตัวเด็ก รวมทั้งความต้องการหรือความปรารถนาของเด็ก เป็นต้น เนื่องจากข้อเท็จจริงแห่งคดีและปัจจัยในการพิจารณาถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในแต่ละกรณีย่อมแตกต่างกันไป และนำข้อมูลดังกล่าวมาประเมินและชั่งน้ำหนักของสิ่งที่จะเป็นประโยชน์ที่ดีที่สุดสำหรับเด็กและเหมาะสมกับสถานการณ์ในกรณีนั้นมากที่สุด โดยจะต้องพิจารณาในแง่มุมต่าง ๆ อย่างรอบคอบ ทั้งจากสถานการณ์ในอดีตถึงปัจจุบัน และอนาคตอันเป็นประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก³⁴ ส่วนกระบวนการตัดสินใจนั้น จะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองและรับรองสิทธิของเด็กในการมีชีวิตรอดในความปลอดภัย และสิทธิในการได้รับการพัฒนาอย่างสมบูรณ์ ซึ่งในการตัดสินใจทุกครั้งผู้มีอำนาจหน้าที่จะต้องชั่งน้ำหนักความเหมาะสมของการกระทำต่าง ๆ อันเกี่ยวข้องกับเด็ก

³³ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร. (2551). *การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตาม มาตรา 3(1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 30.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 46.

โดยพิจารณาจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องทุกประการ โดยจะต้อง พิจารณาถึงสิทธิของเด็ก และหน้าที่ของบุคคลทั้งหลายที่มีต่อเด็กไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือเอกชนประกอบด้วย

2.5.3 กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก

ประชาคมระหว่างประเทศต่างตระหนักถึงความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นพิเศษ แม้ว่าสิทธิเด็กจะถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนอื่น ได้รับความคุ้มครองตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็ตาม แต่ขณะนั้นยังไม่มีตราสารให้ความคุ้มครองแก่เด็กเป็นการเฉพาะ ในระหว่างประเทศจึงมีการจัดทำตราสารที่มีเนื้อหาเฉพาะในการคุ้มครองสิทธิเด็กขึ้น ดังนี้

1) ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 (The Geneva Declaration of the Rights of the Child 1924)

ในวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1924 องค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศ “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวา” เป็นตราสารระหว่างประเทศฉบับแรกที่ทำให้การรับรองเด็กไว้โดยตรงและรับรองว่าเด็กต้องได้รับการดูแลเอาใจใส่และการช่วยเหลือเป็นพิเศษ โดยจะเห็นได้จากคำปรารภในปฏิญญาฉบับนี้ซึ่งกำหนดว่า “มนุษยชาติจะต้องให้สิ่งที่ดีที่สุดกับเด็ก” ทั้งนี้ ในเนื้อหาของปฏิญญาดังกล่าวได้กำหนดหลักการพื้นฐานสำหรับการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก 5 ประการ คือ 1. เด็กจะต้องได้รับการพัฒนาด้านร่างกายและจิตใจ อาหาร การรักษา 2. เด็กที่ด้อยโอกาสจะต้องได้รับการช่วยเหลือ กรณีที่เด็กกระทำผิดจะต้องได้รับการปรับปรุง รวมถึงกรณีที่เด็กถูกทอดทิ้งต้องได้รับความคุ้มครองและการสงเคราะห์ 3. เด็กจะต้องได้รับการช่วยเหลือเป็นกลุ่มแรกเมื่ออยู่ในภาวะยากลำบาก 4. เด็กจะต้องได้รับการเลี้ยงดูโดยตระหนักว่าพรสวรรค์ของเด็กจะต้องได้รับการช่วยเหลือจากมนุษยชาติ 5. เด็กจะต้องได้รับการปกป้องจากการแสวงหาผลประโยชน์ในทุกรูปแบบ³⁵

จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองเด็กตามปฏิญญาดังกล่าวนี้ยังมีขอบเขตที่จำกัด โดยเห็นว่าเด็กยังเป็นเพียงบุคคลผู้ได้รับการคุ้มครอง (Object) ไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิในตัวเอง (Subject) รวมถึงยังไม่มีกรกล่าวถึงหน้าที่ของรัฐที่จะต้องกระทำเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก

2) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1948 (The United Nations Declaration of the Rights of the Child 1948)

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้นในปลายปี ค.ศ. 1940 ซึ่งได้มีการประชุมและมีมติยอมรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก

³⁵ อิงอร จินตนาเลิศ. (2541). *กลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 15.

และประกาศใช้ในวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 โดยอนุสัญญาฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ไม่สามารถสละหรือโอนกันได้ โดยมีกำหนดหลักเกณฑ์สำคัญหลายประการ³⁶ เช่น หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ หลักสิทธิเสรีภาพความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิทางสังคม เศรษฐกิจ การเมืองและวัฒนธรรมที่จะต้องได้รับการคุ้มครองมิให้ถูกล่วงละเมิด การคุ้มครองสิทธิในสถาบันครอบครัวและสิทธิเด็ก จะเห็นได้ว่าปฏิญญาฉบับนี้ได้มีการปรับปรุงการคุ้มครองสิทธิเด็กมากขึ้นกว่าปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็กแต่ก็ยังมีได้ให้ความสำคัญต่อความต้องการของเด็กอย่างเพียงพอ แต่ก็แสดงให้เห็นว่าประชาคมโลกยังคงให้ความสำคัญต่อสิทธิเด็กอย่างต่อเนื่อง

3) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 (The United Nations Declaration of the Rights of the Child 1959)

ปฏิญญาฉบับนี้ถูกยกร่างขึ้นเนื่องจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1948 ยังไม่ครอบคลุมเพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิเด็ก ที่ประชุมแห่งสหประชาชาติจึงทำการยกร่างและฟังความคิดเห็นจากประเทศต่าง ๆ และได้มีมติรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 ในวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1959 ประกอบด้วยเนื้อหา 2 ส่วน คือ ส่วนแรกเป็นส่วน ใต้กล่าวรับรองสิทธิของเด็กทั้งก่อนและหลังกำเนิด และส่วนที่สองเป็นหลักการที่ให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กทั้งสิ้น 10 ประการอันเป็นหลักการสำคัญของหลักสิทธิมนุษยชนที่นำมาจาก ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 นอกจากนี้ยังได้ปรากฏหลักการที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กอีกสองประการ คือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็ก (Non-Discrimination) และ หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะต้องได้รับการพิจารณาว่ามีความสำคัญสูงสุด (The best interests of the child shall be the paramount consideration) รวมถึงได้กำหนดการคุ้มครองสิทธิเด็กที่สำคัญหลายประการ เช่น สิทธิที่เด็กจะได้รับการพัฒนาในทุก ๆ ด้านอย่างเต็มที่ เด็กจะได้รับการปกป้องให้พ้นจากการถูกรังแก ความโหดร้ายทารุณ การถูกข่มเหงรังแกทุกชนิด เป็นต้น และถือว่าเป็นปฏิญญาฉบับแรกที่ยอมรับสิทธิเด็กให้มีสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นฉบับแรก³⁷ แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าปฏิญญาฉบับนี้ไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศเป็นแต่เพียงแนวปฏิบัติแก่รัฐสมาชิก เพื่อให้รัฐสมาชิกได้กำหนดแนวทางกฎหมายหรือมาตรการให้สอดคล้องกับหลักประกันในการคุ้มครองเด็กตามปฏิญญาฉบับนี้

³⁶ มาตราลักษณะ เสริมชากุล. (2562). *หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก* พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. หน้า 48.

³⁷ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 33. หน้า 10.

4) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (The Convention on the Rights of the Child 1989)

เนื่องจากตราสารระหว่างประเทศทั้งสามฉบับที่กล่าวมามีสถานะเป็นเพียงถ้อยแถลงทั่วไปยังไม่มีความบังคับทางกฎหมาย จึงทำให้รัฐสมาชิกแห่งสหประชาชาติมีความเห็นให้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นอันถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกที่มีผลบังคับให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามในการคุ้มครองเด็ก ซึ่งมีจำนวนสมาชิกที่ลงนามให้สัตยาบันทั้งหมด 196 ประเทศ ซึ่งประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศที่ได้ลงนามเป็นภาคีสมาชิก เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 และมีผลบังคับใช้ในประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 26 เมษายน 2535³⁸

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 เป็นการยกระดับการให้ความคุ้มครองเด็กในฐานะเป็น “สิทธิเด็ดขาด” ไม่สามารถกระทำการใดเป็นการละเมิดสิทธิของเด็กได้ และต้องพิจารณาถึง “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” เพื่อเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานให้แก่เด็ก ซึ่งมีหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ 1. สิทธิของเด็กเป็นสิทธิติดตัว (Inherent right) ซึ่งสิทธินี้ไม่ใช่เรื่องที่รัฐหรือใครให้กับเด็กแต่เป็นสิทธิที่เด็กมีติดตัวมาตั้งแต่เกิด ฉะนั้นเด็กจึงถือว่าเป็นผู้มีสิทธิที่ไม่มีผู้ใดสามารถมาจำกัดการใช้สิทธิอันชอบธรรมหรือละเมิดได้ 2. ในการดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับเด็กจะต้องคำนึงถึงถึงสิทธิของเด็กและยึดถือประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interest of the child) เป็นข้อพิจารณาในการดำเนินการ และยิ่งไปกว่านั้น ยังได้กำหนดพันธกรณีให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตามในการดำเนินการคุ้มครองสิทธิเด็กออกเป็น 4 ประการดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

³⁸ มาตราลักษ์ณ์ เสรมชากุล. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 36. หน้า 51.