

เสรีภาพในการเดินทางภายใต้สถานการณ์โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019
กับการควบคุมการใช้อำนาจอรัฐ
Freedom of Travel under the Coronavirus Disease 2019 Situation
and the Control of State Powers

เขตต์ไท ปรีชาฤทธิรงค์
Khetthai Preecharitthirong

ฐิติพร วรวัฒนากุล
Thitiporn Worawatanakul

ณัชชา วนวนานกร
Natcha Wanawanakorn

ธัญภิชญา หनुห้อง
Thanphichaya Nuhong

หนึ่งฤทัย กิจการศุภกฤษฎ
Nueng Ruthai Supakrit Affairs

นิสิตคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ชอย จุฬาฯ ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
Student of Faculty of Law, Chulalongkorn University
Soi Chula 42 Phayathai Road Pathumwan, Bangkok 10330

บทคัดย่อ

เสรีภาพในการเดินทางเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ จึงได้ถูกบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ อย่างไรก็ตาม มาตรการที่ประเทศไทยใช้เพื่อรับมือกับสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรค Covid-19 โดยเฉพาะการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นั้นขัดต่อหลักการพื้นฐานดังกล่าว บทความนี้มุ่งเสนอแนะมาตรการเพื่อปรับปรุงการบังคับใช้พระราชกำหนดข้างต้น

คำสำคัญ : ไวรัสโคโรนา 2019, การควบคุมการใช้อำนาจอรัฐ

Abstract

The right to free movement is one of fundamental human rights guaranteed by international treaties and national constitutions of many countries. However, measures employed by the Thai government to cope with the spread of Covid-19, in particular, those authorized under the 2005 Emergency Decree on Government Administration in States of Emergencies appear to contravene this transnational principle. This article thereby aims to propose recommended modifications for their uses.

Keyword : Coronavirus Disease 2019, Control of State Powers

บทนำ

เสรีภาพในการเดินทางเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ จึงได้ถูกบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ โดยในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนก็บัญญัติรับรองไว้ว่าทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งการเคลื่อนย้ายและการอยู่อาศัยในพรมแดนของแต่ละรัฐ มีสิทธิที่จะออกนอกประเทศใดรวมทั้งประเทศของตนเอง และมีสิทธิที่จะกลับสู่ประเทศตน ส่วนในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ที่ประเทศไทยเองก็เป็นภาคีมีการบัญญัติรับรองอยู่ในภาค 3 ข้อ 12 ไว้ดังนี้

- “1. บุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของรัฐใดโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้ายและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้น
2. บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพที่จะออกจากประเทศใด ๆ รวมทั้งประเทศของตนได้
3. สิทธิดังกล่าวข้างต้นไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใด ๆ เว้นแต่เป็นข้อจำกัดตามกฎหมาย และที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชนหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นและข้อจำกัดนั้นสอดคล้องกับสิทธิอื่น ๆ ที่รับรองไว้ในกติกานี้
4. บุคคลจะถูกกีดกันสิทธิในการเดินทางเข้าประเทศของตนโดยอำเภอใจมิได้”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า ICCPR ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการเดินทางไว้ โดยต้องให้ความคุ้มครองเป็นหลักตามที่ได้ปรากฏในข้อ 12(1) และ (2) และการจำกัดเสรีภาพเป็นข้อยกเว้นตามข้อ 12(3) ทำให้เสรีภาพในการเดินทางมิใช่เสรีภาพที่ถูกรับรองไว้อย่างเด็ดขาด อย่างไรก็ตามในข้อ 12(4) ได้รับรองสิทธิและเสรีภาพของคนชาติในการเดินทางกลับประเทศของตนไว้โดยมิได้มีการกำหนดข้อยกเว้น ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 38 และมาตรา 39 ก็มีการบัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันคือรับรองสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางไว้เป็นหลักและสามารถจำกัดได้ในบางกรณีตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติยกเว้น และรับรองสิทธิของคนชาติในการเดินทางกลับประเทศของตนไว้อย่างเด็ดขาด

ทั้งนี้ประเทศไทยปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย สิทธิและเสรีภาพในการเดินทางเป็นสิทธิมนุษยชนและถูกบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงจำเป็นต้องสอดคล้องกับหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ดังนั้นการตราและการใช้กฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางจึงต้องเป็นไปตามหลักการดังนี้

1.การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางต้องมีรัฐธรรมนูญให้อำนาจ

การจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพจึงทำได้เฉพาะในกรณีที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ ซึ่งในกรณีของเสรีภาพในการเดินทางตามรัฐธรรมนูญมาตรา 38 นั้นเป็นการจำกัดแบบมีเงื่อนไข โดยการออกกฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพในการเดินทางสามารถทำได้เฉพาะในกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง เพื่อรักษาสถานภาพของครอบครัว หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์

ปัจจุบัน ในสถานการณ์โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (Covid-19) ประเทศไทยได้ประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ซึ่งต่อจากนี้จะเรียกว่า **พรก.ฉุกเฉิน** ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 218 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 เพื่อจัดการสถานการณ์การแพร่ระบาดของดังกล่าว จึงสามารถมีบทบัญญัติเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางของประชาชน และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนี้ก็ไปในแนวทางเดียวกันกับข้อ 4 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่กำหนดว่า รัฐสามารถเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี (derogation) ในกรณีที่เกิดภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งเป็นอันตรายต่อชีวิตและประเทศได้ ในขณะที่สิทธิของชนชาติในการเดินทางกลับประเทศของตนนั้นรัฐธรรมนูญมิได้เปิดช่องให้ถูกจำกัดได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญก็ได้มีวางหลักไว้อีกครั้งว่าสิทธินี้เป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้มีสัญชาติไทยในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2563*

2.การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด

การออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติจะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดเพื่อให้เกิดความชอบธรรม ซึ่งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อประโยชน์สาธารณะก็เป็นเหตุหนึ่งที่สามารถทำได้ เป็นไปในทำนองเดียวกับในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองข้อ 12(3) ซึ่งกล่าวว่าเสรีภาพในการเดินทางถูกจำกัดด้วยเหตุผลเกี่ยวกับการสาธารณสุขได้ ดังนั้นในสถานการณ์โรคระบาดโควิด19 การออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ควรตอบโจทย์วัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะในด้านสาธารณสุขคือการควบคุมโรคระบาด

3.การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางต้องเป็นการทั่วไปกับทุกคน ซึ่งก็เป็นไปตามหลักความเสมอภาค การออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนที่มีความเหมือนกันในสาระสำคัญเดียวกัน จะต้องได้รับการปฏิบัติจากกฎหมายอย่างเสมอภาคกัน ในขณะที่บุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญก็จะต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน

4.การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางต้องเป็นไปตามหลักแห่งความจำเป็นอันเป็นส่วนหนึ่งของหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือรัฐจะต้องเลือกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพประชาชนน้อยที่สุดและบรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายมากที่สุด ดังนั้นในสถานการณ์โรคระบาดโควิด 19 เมื่อรัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางก็จำเป็นต้องพิจารณาว่าในบรรดามาตรการทั้งหมดที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องไว้ให้นั้น รัฐก็ต้องเลือกมาตรการนำไปสู่การบรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายในการควบคุมโรคสูงที่สุด แต่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดด้วย

ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

ทฤษฎีอำนาจฉุกเฉิน ประเทศไทยประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (state of emergency) เพื่อจัดการกับปัญหาการแพร่ระบาดของ Covid-19 ซึ่งเป็นโรคติดต่อร้ายแรง เนื่องจากสถานการณ์ฉุกเฉินจะใช้ในกรณีที่มีเหตุร้ายแรงบางประการเกิดขึ้นในรัฐและไม่ได้เกิดขึ้นเป็นการทั่วไป และหากรัฐยังคงอยู่ในสถานการณ์เช่นว่านี้ เหตุดังกล่าวก็อาจเพิ่มความรุนแรงขึ้นได้ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะกระทำโดยฝ่ายบริหารและปราศจากการตรวจสอบจากฝ่ายนิติบัญญัติในเบื้องต้น ดังนั้นการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจึงเป็นการล่งล้ำการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจรัฐธรรมนูญที่มีไว้เพื่อป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ไม่ชอบ (abuse of power) และแม้ว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะเป็นการล่งล้ำการตรวจสอบอำนาจ หรือกระทบสิทธิมนุษยชนและหลักนิติธรรม แต่ตาม ICCPR, รัฐธรรมนูญและกฎหมายระดับพระราชบัญญัติก็ยังคงกล่าวถึงเรื่องสถานการณ์ฉุกเฉินไว้ เนื่องจากว่า รัฐยังมีความจำเป็น (necessity) ที่ต้องประกาศใช้สถานการณ์ฉุกเฉินเป็นเครื่องมือมาจัดการเหตุร้ายแรงบางอย่างที่เกิดขึ้นในรัฐด้วยวิธีที่รัฐไม่สามารถบังคับใช้ในสถานการณ์ปกติได้ (a state of normalcy)¹

ปัญหากฎหมายไทยเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง

กฎหมายไทยได้มีการออกกฎหมายมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางช่วงสถานการณ์โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (โควิด-19) อยู่หลายฉบับ ในช่วงเริ่มต้นมาตรการแรกที่ออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพนี้คือประกาศสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยแห่งประเทศไทย เรื่อง มาตรการเฝ้าระวังป้องกันโรคปอดอักเสบจากเชื้อไวรัสโคโรนาสายพันธุ์ใหม่ 2019 ฉบับที่ 3 ซึ่งให้อำนาจเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการเดินอากาศงดออกบัตรขึ้นเครื่อง (Boarding Pass) แก่ผู้โดยสารหากพบว่าผู้โดยสารมีอาการระบบทางเดินหายใจ และต่อมาในประกาศสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย เรื่อง แนวปฏิบัติสำหรับผู้ดำเนินการเดินอากาศที่ทำการบินมายังประเทศไทยก็ได้มีการวางแนวทางปฏิบัติในการเดินทางเข้าประเทศโดยกำหนดให้ผู้โดยสารที่มีสัญชาติไทยต้องมีใบรับรองแพทย์ที่ยืนยันว่าสุขภาพเหมาะสมต่อการเดินทาง และหนังสือรับรองการเดินทางกลับประเทศไทยที่ออกโดยสถานเอกอัครราชทูตไทย สถานกงสุลใหญ่ หรือกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งประกาศออกมาในวันที่ 19 มีนาคม พ.ศ.2563 และมีผลบังคับใช้ 22 มีนาคม พ.ศ.2563 เป็นมาตรการที่ออกมาอย่างกะทันหันและยากที่จะปฏิบัติตามได้ทัน จึงเกิดข้อพิพาทในเรื่องนี้ขึ้นสู่ศาลปกครองและศาลยุติธรรม อีกทั้งยังมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าประกาศฉบับนี้มีผลเป็นการห้ามคนสัญชาติไทยเข้าราชอาณาจักรไทยซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 39 และต่อมาก็มีการบังคับใช้ข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2563 (ฉบับ 1) ในวันที่ 26 มีนาคม 2563 โดยข้อ 3 วรรคหนึ่ง(6) และวรรคสองได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการทำงานเดียวกันกับประกาศนี้

คดีพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลปกครอง ผู้ฟ้องคดีคือประชาชนไทยที่พำนักอยู่ที่ประเทศไอร์แลนด์และต้องการที่จะเดินทางกลับประเทศไทย ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าประกาศสำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทยแห่งประเทศไทย เรื่อง แนวปฏิบัติสำหรับผู้ดำเนินการเดินอากาศที่ทำการบินมายังประเทศไทย ข้อ 4 และข้อ 5 กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมาย สร้างภาระให้กับประชาชนเกินสมควร และเป็นการใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบเนื่องจากขัดต่อหลัก

¹ Oren Gross and Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis Emergency Powers in Theory and Practice* (Cambridge University Press 2006), ch 5.

ความได้สัดส่วน จึงขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนและขอให้ศาลกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาโดยทุเลาการบังคับตามประกาศนี้ และต่อมาผู้ฟ้องคดียื่นคำแถลงให้การเพิกถอนครอบคลุมไปถึงข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2563(ฉบับ 1) ในวันที่ 26 มีนาคม 2563 โดยข้อ 3 วรรคหนึ่ง(6) และวรรคสองที่ออกมาในภายหลังด้วย

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลก็ได้เห็นว่าแม้ผู้ฟ้องคดีจะอ้างว่าได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากประกาศพิพากษาในฐานะพลเมืองไทยที่เดิมสามารถเดินทางกลับประเทศไทยโดยไม่ต้องจัดหาเอกสารตามที่กำหนดไว้เป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ฟ้องคดีเกินสมควร ขัดต่อหลักการพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองในหลายกรณี ผู้ฟ้องคดีก็มีสิทธิที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศดังกล่าวซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ข้อความในประกาศดังกล่าวมีลักษณะเดียวกับข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ดังนั้นหากศาลรับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาก็จะเป็นการเพิกถอนทั้งประกาศและข้อกำหนดดังกล่าว แต่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน มาตรา 16 ได้บัญญัติยกเว้นว่าข้อกำหนดที่ออกตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวยังได้รับการได้รับการคุ้มครองโดยมีสิทธิในการนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรม ศาลปกครองจึงไม่อาจรับฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณา²

คดีพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรม ผู้ฟ้องคดีนำคดีฟ้องต่อศาลแพ่งโดยยื่นฟ้องพล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรีเป็นจำเลยในข้อหาละเมิด และมีคำขอให้ศาลแพ่งพิพากษาเพิกถอนข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2563(ฉบับ 1) ข้อ 3 วรรคหนึ่ง(6) และวรรคสอง และขอให้สั่งคุ้มครองเป็นกรณีฉุกเฉินให้ข้อกำหนดดังกล่าวไม่ใช่บังคับเป็นการชั่วคราว

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลก็ได้เห็นว่าข้อกำหนดที่ออกตามมาตรา 9(4) แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินให้อำนาจจำเลยในฐานะนายกรัฐมนตรีออกข้อกำหนดจำกัดเสรีภาพในการเดินทาง ดังนั้นศาลจึงเห็นว่าข้อกำหนดข้อที่ 3(6) และวรรคสอง เป็นการออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชกำหนดดังกล่าว จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องคดีนี้พิพากษายกฟ้อง³

จะเห็นได้ว่าเนื่องจากผลของพรก.ฉุกเฉินมาตรา 16 ทำให้ศาลปกครองไม่อาจเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจปกครองของฝ่ายปกครองได้ และต้องนำคดีสู่ศาลยุติธรรมซึ่งไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญคดีมหาชน ทำให้เกิดปัญหามาพิจารณาว่าในเรื่องการตรวจสอบอำนาจรัฐภายใต้การใช้พระราชกำหนดฉุกเฉินในการจัดการสถานการณ์โรคระบาดโควิด 19 มีประสิทธิภาพและเป็นไปตามหลักการของกฎหมายมหาชนหรือไม่

ปัญหาอีกประการหนึ่งคือการที่ประเทศไทยจะออกกฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดเสรีภาพในการเดินทาง นอกจากจะต้องตราและบังคับใช้ให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ยังจำเป็นต้องพิจารณาถึง

² คดีแดงที่ 446/ 2563.

³ คำสั่งศาลในคดีดำที่ 1864/ 2563.

กฎหมายระหว่างประเทศอย่างกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ที่ประเทศไทยก็เข้าร่วมลงนามเป็นภาคีด้วยเพื่อให้กฎหมายไทยมีความเป็นสากล

นอกจากนี้ประเทศไทยนั้นยังมีปัญหาในเรื่องของโทษและมาตรการที่นำมาใช้ในการควบคุมโรค กล่าวคือ ประเทศไทยนั้น ในช่วงแรกได้ประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 หรือ พรก.ฉุกเฉิน เพื่อควบคุมสถานการณ์การโรคระบาด ซึ่งให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 26 มีนาคม 2563 เป็นต้นไป เจตนารมณ์ที่สำคัญของพรก.ฉุกเฉิน นั้นมีไว้เพื่อมุ่งแก้ปัญหาความมั่นคงทางทหารที่เกิดขึ้นจากการก่อความไม่สงบ มิได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อรับมือกับโรคระบาดโดยตรง⁴

กฎหมายอีกฉบับที่นำมาใช้ในการควบคุมโรคดังกล่าว คือ พระราชบัญญัติควบคุมโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 ซึ่งมีเจตนารมณ์มาใช้จัดการกับการระบาดของโรคติดต่อโดยเฉพาะ

กรณีนี้ ผู้เขียนได้ศึกษามาตรการที่ประเทศอื่นนำมาใช้จัดการกับการระบาด เมื่อเปรียบเทียบการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางและผลกระทบต่อประชาชน กรณีศึกษาของไทยและประเทศนิวซีแลนด์นั้น ผู้เขียนเห็นว่ามิใช่วิธีการในเรื่องมาตรการและโทษที่นำมาบังคับใช้

ประเทศไทยนั้นเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทั่วราชอาณาจักร นายกรัฐมนตรีจึงสามารถที่จะออกประกาศเพื่อมาใช้ในสถานการณ์ฉุกเฉินอันกระทบต่อความมั่นคงและความปลอดภัยของรัฐโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 9 พรก.ฉุกเฉิน นอกจากนี้คำสั่งนายกรัฐมนตรีที่ 4/2563 ที่ให้มีการแต่งตั้งผู้กำกับการปฏิบัติการ หัวหน้าผู้รับผิดชอบและพนักงานเจ้าหน้าที่ในการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน ให้อำนาจแก่ทหารซึ่งเป็นผู้ดูแลในเรื่องความมั่นคง ที่มีอำนาจออกประกาศเพื่อมาใช้บังคับในสถานการณ์ฉุกเฉินได้โดยได้มีประกาศหัวหน้าผู้รับผิดชอบ สถานการณ์ฉุกเฉินเรื่องความมั่นคง เรื่องการห้ามชุมนุม การทำกิจกรรม การมั่วสุม (ฉบับที่6) ที่มีโทษตามม.18 พรก.ฉุกเฉิน คือ ระวังโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท ซึ่งเป็นโทษที่มีความรุนแรงและกระทบต่อความสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินควร อีกทั้งยังใช้กฎหมายในสถานการณ์ฉุกเฉินอันไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของการควบคุมโรค

จากที่กล่าวข้างต้น จึงแสดงให้เห็นได้ว่า กฎหมายไทยมีปัญหาดังนี้

1. กฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางเป็นไปตามบทบัญญัติในICCPRและรัฐธรรมนูญหรือไม่
2. การให้ความสำคัญขององค์กรตุลาการต่อเรื่องเสรีภาพในการเดินทาง
3. ความไม่ได้สัดส่วนของโทษและความบกพร่องในการบังคับใช้มาตรการในการควบคุมโรค

ตัวอย่างการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางของประเทศอื่น ๆ

เสรีภาพในการเดินทางของสหภาพยุโรป

เสรีภาพในการเดินทางในยุโรปได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 21 แห่งสนธิสัญญาเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของสหภาพยุโรป และมีบังคับใช้ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดแห่งกฎหมายสหภาพยุโรป มาตรา 21 ซึ่งวางหลักไว้ว่า ประชาชนในสหภาพยุโรปสามารถเดินทางไปยังและพำนักอยู่ในอาณาเขตของรัฐสมาชิกได้ใน

⁴ Rawin Leelapatana* and Chompunoot Tangthavorn, 'Thailand: Emergency Responses or More Social Turbulence?' in Victor Ramraj (ed), *Covid-19 in Asia: Law and Policy Contexts* (Oxford University Press 2021), pp 163-169.

ระยะเวลาไม่เกินสามเดือนโดยไม่จำเป็นต้องแสดงหนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวประชาชน หากผู้ที่ประสงค์จะพำนักเกินสามเดือนจะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด โดยในสถานการณ์แพร่ระบาดของโควิด-19 ทางสหภาพยุโรปก็ได้ออกนโยบายชั่วคราวมาเพื่อลดการระบาดอีกทั้งออกมาตรการมาเพื่อฟื้นคืนเสรีภาพในการเดินทางที่ประชาชนและผู้อยู่อาศัยในสหภาพยุโรปได้ทุกสิทธิรอนไปในช่วงต้นของการแพร่ระบาด ที่ทำให้หลายประเทศในยุโรปต้องทำการล็อกดาวน์และห้ามประชาชนและผู้อยู่อาศัยเดินทางไปยังสถานที่ต่าง ๆ หรือทำกิจกรรมได้อย่างปกติ นอกจากนี้การเดินทางเข้าและออกจากสหภาพยุโรปตรงถูกระงับไปชั่วคราว มาตรการที่จะกล่าวต่อไปนี้จะป็นมาตรการที่จะมาแก้ไขสถานการณ์ข้างต้น

มาตรการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อจำกัดของเสรีภาพการเดินทางในสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปภายใต้โครงการ Green Pass Pilot Program ได้มีการออกใบอนุญาตดิจิทัลสำหรับโควิด-19 (the EU Digital COVID Certificate) เพื่อใช้เป็นใบผ่านทางสำหรับการเดินทางสำหรับประชาชนและผู้ที่อยู่อาศัยในสหภาพยุโรป โดยมีเป้าหมายเพื่อที่จะสร้างความคล่องตัวในการใช้ชีวิตร่วมกันในสหภาพยุโรปท่ามกลางช่วงเวลาที่มีการระบาดของโรค แนวคิดของการทำ EUDCC หรือ the EU Digital COVID Certificate ได้ถูกตั้งคำถามมากมายจากสมาชิกในสหภาพ แต่อย่างไรก็ตาม คณะผู้นำของสหภาพยุโรปยืนยันว่าการฟื้นคืนความคล่องตัวและการฟื้นคืนเสรีภาพในการเดินทางนั้น จะเป็นไปอย่างมีความน่าเชื่อถือปลอดภัย และมีวิธีการที่สามารถปฏิบัติร่วมกันได้

The EU Digital COVID Certificate (EUDCC)

มาตรการการใช้ EUDCC นี้เริ่มขึ้นเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2021 และจะสิ้นสุดลงในวันที่ 30 มิถุนายน 2022 โดยกว่าร้อยละ 75 ของประชากรที่ไม่ใช่เยาวชนได้รับการฉีดวัคซีนครบแล้วในช่วงเดือนตุลาคมของปี 2021 และได้มีการออกใบอนุญาต EUDCC หกร้อยล้านฉบับโดยประมาณเพื่อใช้บังคับใน 43 รัฐที่เข้าร่วม จากสี่ภาคพื้นทวีป ประกอบไปด้วยสมาชิกของสหภาพยุโรป 27 ประเทศ, จากเขตเศรษฐกิจยุโรป 3 ประเทศ, ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และอีก 12 ประเทศอื่น ๆ รวมทั้งประเทศในอาณาเขตของประเทศในสหภาพ อย่างไรก็ตาม EUDCC ไม่สามารถใช้แทนบัตรประจำตัวประชาชนหรือหนังสือเดินทางได้ โดยมีเป้าหมายเพื่อป้องกันมิให้ผู้ถือ EUDCC มีข้อจำกัดใด ๆ ในการเดินทาง เช่นการถูกบังคับให้กักตัว 14 วัน นอกจากนี้ EUDCC นั้นยังสามารถใช้แทนใบอนุญาตหรือใบรับรองโควิด-19 ประเภทอื่น ๆ ได้ เช่น Pass Sanitaire ของประเทศฝรั่งเศส ใบอนุญาตดังกล่าวนี้จะใช้เป็นหลักฐานในการยืนยันว่าผู้ถือนั้นได้รับการฉีดวัคซีนครบตามเกณฑ์ที่กำหนดแล้วหรือได้รับการรักษาหายจากโควิด-19 และอยู่ในระยะที่ปลอดภัยแล้ว

EUDCC นั้นประกอบไปด้วยข้อมูลที่จำเป็นอันได้แก่ ชื่อผู้เดินทาง, วัน/เดือน/ปีเกิดของผู้เดินทาง, ชื่อรัฐสมาชิกที่ออกใบอนุญาต และรหัสเฉพาะที่ใช้ยืนยัน รูปแบบของใบอนุญาตจะมีทั้งแบบอิเล็กทรอนิกส์และแบบที่เป็นกระดาษ ภาษาที่ถูกนำมาใช้ในเอกสารนั้นจะเป็นได้ทั้งภาษาของรัฐสมาชิกที่เข้าร่วมหรือภาษาอังกฤษก็ได้เพื่อหลีกเลี่ยงการแบ่งแยก(Discrimination)ระหว่างกัน นอกจากนี้ยังมีการยืนยันว่า EUDCC จะไม่ถูกทำให้เป็นใบอนุญาตถาวรในการท่องเที่ยว และใบอนุญาตนี้จะไม่เป็นกำแพงที่ขัดขวางการเดินทางระหว่างประเทศ เพราะสมาชิกแห่งสหภาพยุโรปมีจุดมุ่งหมายในการทำให้เสรีภาพในการเดินทางเป็นเรื่องที่สะดวกมากขึ้น โดยการขออนุญาตสามารถทำได้ทั้งหน่วยงานท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องในรัฐสมาชิกที่เข้าร่วม ประชาชนในสหภาพสามารถร้องขอใบอนุญาตกับสถาบันที่ฉีดวัคซีนหรือทดสอบโควิด-19 ประชาชนที่มาจากรัฐที่ไม่ได้เข้าร่วมสามารถขออนุญาตกับรัฐบาลทางได้ โดยเกณฑ์เกี่ยวกับประเภทของวัคซีนหรือ

ประเภทของการตรวจหาเชื้อโควิด-19 จะแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ นอกจากนี้ทางสหภาพยังให้เงินสนับสนุนจำนวน 100 ล้านยูโร เพื่อเป็นส่วนหนึ่งของการสนับสนุนในภาวะฉุกเฉิน อย่างไรก็ตาม ยังคงมีประเด็นปัญหาที่ประชาชนยังไม่สามารถเข้าถึงใบอนุญาตที่ออกโดยรัฐสมาชิกที่เข้าร่วมได้ครบทุกคน มาตรการออก EUDCC นี้เป็นเพียงมาตรการชั่วคราวเท่านั้น โดยจะมีผลบังคับใช้เพียงแค่ 12 เดือนโดยเริ่มต้นในวันที่ 1 กรกฎาคม 2021 และสิ้นสุดลง ณ วันที่ 30 มิถุนายน 2022 และเหล่าตัวแทนสมาชิกของสหภาพยุโรปก็ได้เน้นย้ำว่าใบอนุญาตสุขภาพเพื่อการเดินทางนี้จะถูกยกเลิกการใช้งานเมื่อการระบาดของโควิด-19 สิ้นสุดลง

ตัวอย่างประเทศที่เข้าร่วม อาทิ

ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีได้กำหนดข้อจำกัดต่อผู้ที่ไม่ได้ฉีดวัคซีนด้วยความหวังที่จะลดผลกระทบด้านเศรษฐกิจจากโควิด-19 เยอรมนีเป็นหนึ่งในประเทศแรกๆ ที่เข้าร่วมโครงการ EUDCC อันมีเป้าหมายเพื่อฟื้นคืนเสรีภาพในการเดินทางต่อยุโรปและพื้นที่ของเชงเกน รัฐมนตรีกระทรวงการท่องเที่ยวจากประเทศในกลุ่มยี่สิบได้เข้าร่วมหารือในเรื่องของความสำเร็จที่จะให้การท่องเที่ยวกลับมาเป็นปกติดังเดิมโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะสามารถทำได้ รองนายกรัฐมนตรีกระทรวงเศรษฐกิจของประเทศเยอรมนีมีความเห็นชอบการเรื่องดังกล่าวด้วยความต้องการที่จะทำให้ภาคการท่องเที่ยวกลับมาฟื้นฟู ยั่งยืนและมีความเป็นหนึ่งเดียวมากขึ้นในอนาคต ปัจจุบันเยอรมนีได้อนุญาตให้ประชาชนจากรัฐในสหภาพยุโรปและรัฐที่เข้าร่วมเชงเกนสามารถเดินทางเข้ามาในประเทศได้โดยนักท่องเที่ยวสามารถใช้ EUDCC เพื่อเป็นหลักฐานว่าตนได้รับการฉีดวัคซีนครบตามเกณฑ์ที่กำหนด, ได้รับการรักษาหายจากโควิด-19 หรือได้รับผลเป็นลบจากการตรวจแบบทดสอบ PCR นอกจากนี้ยังได้มีการทำ travel bubbles หรือการท่องเที่ยวแบบจับคู่กับประเทศที่มีการควบคุมโควิด-19 ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยประเทศที่ร่วมมือกับประเทศเยอรมนี อาทิ ออสเตรีย แคนาดา ฮังการี ไรวันดา และชิลี เป็นต้น อนึ่งยังคงพบข้อกังวลเกี่ยวกับเรื่องข้อมูลส่วนตัวของผู้เดินทาง อย่างไรก็ตามทางสหภาพยุโรปได้ยืนยันว่าสิทธิส่วนบุคคลของผู้ถือ EUDCC จะได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายการคุ้มครองข้อมูลของสหภาพยุโรป ข้อที่น่ากังวลอีกประการก็คือการที่อนุญาตให้การใช้ชีวิตปกติกลับมาโดยแอฟพลีเคชันอาจนำมาซึ่งการแบ่งแยก (discrimination) และการละเมิดเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อผู้ที่ไม่สามารถฉีดวัคซีนได้เนื่องจากปัญหาสุขภาพหรือสถานะทางเศรษฐกิจ

นอกจากนี้ประเทศเยอรมนียังได้มีการใช้ระบบ 2G/3G โดยเป็นการแบ่งแยกประเทศของผู้ที่ได้รับการตรวจหาเชื้อ (3G) และผู้ที่ฉีดวัคซีนหรือผู้ที่หายจากโควิด-19 แล้ว (2G) โดยในแต่ละเมืองของประเทศเยอรมนีมีมาตรการหรือการอนุญาตแตกต่างกันไป เช่น ผู้ที่ถือ 2G สามารถที่จะไม่สวมหน้ากากอนามัยได้ในเมืองเบอร์ลิน โดยเยอรมนีมีจุดมุ่งหมายไปที่ผลกระทบทางเศรษฐกิจเป็นหลัก มีการค้นพบว่าการกีดกันผู้ที่ไม่ได้รับวัคซีนจากบางพื้นที่นั้นส่งผลกระทบทางเศรษฐกิจน้อยกว่ามาตรการล็อกดาวน์เต็มรูปแบบ ภาคธุรกิจยังคงมีการจ่ายเงินเดือนให้กับพนักงานที่ต้องกักตัวเนื่องจากโควิด-19 แต่หลังจากมีมาตรการใหม่ออกมาทำให้พนักงานที่ไม่ฉีดวัคซีนจะไม่ได้รับเงินเดือนหากจะต้องกักตัว

ประเทศฝรั่งเศส

ใบอนุญาตโควิด-19 ของประเทศฝรั่งเศสหรือ Pass Sanitaire เริ่มใช้งานเมื่อเปิดประเทศอีกครั้งและมีแผนจะใช้งานไปจนถึงปี 2022 ใบอนุญาตนี้ถูกนำมาใช้ทั้งในระดับท้องถิ่นและเริ่มใช้งานกับเยาวชนอายุ 12 ถึง 17 ปี เพื่อใช้ในการเข้าถึงสถานที่ในการทำสันทนาการต่าง ๆ นอกจากนี้ฝรั่งเศสยังมีแอฟพลีเคชัน

TousAntiCovid ที่ผู้ใช้สามารถลงทะเบียนโดยเพิ่มข้อมูลผลการตรวจ Covid-19 และสถานะการฉีดวัคซีน เมื่อประชาชนได้รับการฉีดวัคซีนจะได้รับกระดาษที่มีรหัสเพื่อสแกนไปยังแอปพลิเคชันได้ Pass Sanitaire ถูกใช้เพื่อการเข้าร้านอาหาร เครื่องบิน รถไฟในประเทศและสถานที่อื่น ๆ ที่มีบุคคลอย่างน้อย 50 คนเข้าร่วม นอกจากนี้นักท่องเที่ยวยังจำเป็นต้องแสดง Pass Sanitaire หรือใบอนุญาตอื่นที่ใกล้เคียงเพื่อผ่านเข้าไปยังสถานที่ท่องเที่ยวหรือพิพิธภัณฑ์ มาตรการนี้มีผลบังคับใช้กับทั้งเยาวชนอายุ 12 ปีขึ้นไปและผู้สูงอายุที่มีอายุตั้งแต่ 65 ปีขึ้นไปจะต้องได้รับวัคซีนเข็มกระตุ้นก่อนจึงสามารถใช้ Pass Sanitaire ต่อไปได้ เริ่มมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ 15 ธันวาคม 2021 เป็นต้นไป Pass Sanitaire นี้มีผลบังคับใช้กับที่ทำงานต่าง ๆ โดยเป็นสถานที่ที่ให้บริการลูกค้าจึงมีความจำเป็นต้องให้พนักงานแสดงใบอนุญาตด้วย สถานที่ดังกล่าวได้แก่ สถานบันเทิงหรือสันทนาการ สถานที่ที่มีการสังสรรค์ คมนาคมสาธารณะระหว่างภูมิภาค และร้านสะดวกซื้อหรือห้างสรรพสินค้าต่าง ๆ มาตรการนี้ไม่ใช่บังคับการบริการที่ต้องใช้ความรวดเร็วเช่นการเข้าช่วยเหลือหรือซ่อมแซมต่าง ๆ ทั้งนี้ลูกค้าที่ไม่ปฏิบัติตามอาจถูกพนักงานจนกว่าจะได้รับความเห็นชอบจากนายจ้าง อย่างไรก็ตามนโยบายนี้ก็ยังมีความเสี่ยงต่อการกีดกันและการชุมนุมประท้วงเพื่อต่อต้านนโยบายที่ส่งผลให้บุคคลจะต้องชำระเงินเพื่อการตรวจโควิด-19 หากบุคคลเหล่านั้นไม่ได้รับวัคซีน ถึงแม้หลังจากเปิดประเทศและมีการระบาดอีกครั้งจากเชื้อสายพันธุ์ใหม่ส่งผลให้มีจำนวนผู้ติดเชื้อพุ่งสูงขึ้นแต่เนื่องจากผู้ติดเชื้อส่วนใหญ่ต่างก็ได้รับวัคซีนแล้ว จำนวนผู้เสียชีวิตจึงลดลงอย่างมีนัยยะสำคัญ

ประเทศเบลเยียม

ประเทศเบลเยียมได้ออกใบอนุญาตของประเทศตัวเองดังเช่น Pass Sanitaire ของประเทศฝรั่งเศส โดยใช้ชื่อว่า Covid Safe Ticket (CST) ออกมาเพื่อให้ประชาชนที่ฉีดวัคซีนแล้วหรือได้รับการตรวจแล้วสามารถเดินทางไปยังสถานที่ต่าง ๆ ได้อย่างปลอดภัย โดย CST จะปรากฏในแอปพลิเคชัน CovidSafeBe และถูกใช้ดังเช่น EUDCC และยังคงมีมาตรการที่เข้มงวดเป็นพิเศษในหลายพื้นที่ทั่วประเทศ มีเสียงคัดค้านจากประชาชนบางกลุ่มต่อระเบียบใหม่นี้ มีการชุมนุมโดยกลุ่มผู้ต่อต้านการฉีดวัคซีนในบรัสเซลส์เกี่ยวกับกฎระเบียบใหม่ อย่างไรก็ตาม CST ถูกบังคับใช้ในบรัสเซลส์สำหรับผู้ที่จะประสงค์จะเดินทางไปยังสถานบันเทิงหรือร้านอาหาร สถานเล่นกีฬาในร่ม งานเทศกาลหรือรัฐสภา การเข้าร่วมกิจกรรมทางวัฒนธรรมหรือสันทนาการ และไปยังสถานพยาบาลต่าง ๆ อนึ่ง มาตรการยังมีผลบังคับให้ประชาชนมีความจำเป็นต้องใส่หน้ากากอนามัยอยู่เสมอ และแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ประเทศเบลเยียมได้กำหนดโทษปรับสำหรับผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามนโยบายข้างต้นเป็นเงินจำนวน 50 ถึง 500 ยูโร และสำหรับสถานประกอบการหรือผู้จัดการกิจกรรมที่ไม่ปฏิบัติตามอาจถูกระงับการประกอบกิจการถึงสามเดือน และถูกปรับ 50 ถึง 2,500 ยูโร ทั้งนี้ใบอนุญาตนี้จะไม่ถูกบังคับใช้ในบริการที่สำคัญอันได้แก่ คมนาคมสาธารณะ สถานบริการสาธารณะ โรงเรียน ร้านค้าและห้างสรรพสินค้า สถานที่ทำงานและงานกิจกรรมที่จัดโดยหน่วยงานท้องถิ่น

ประเทศเบลเยียมยังคงเปิดสำหรับประชาชนในสหภาพยุโรป สำหรับผู้ที่มาจากประเทศอื่น ๆ นอกสหภาพยุโรปและเชงเกนสามารถเดินทางไปได้โดยทำตามเกณฑ์ที่กำหนด นอกจากนี้ประเทศเบลเยียมยังนำมาตรการไฟจอร์ หรือการแบ่งแต่ละรัฐออกเป็นกลุ่มและจัดเป็นสีต่าง ๆ ได้แก่ เขียว ส้ม และแดง โดยผู้ที่มาจากประเทศสีแดงจะต้องได้รับการกักตัว หากผู้ที่เดินทางมาจากประเทศสีแดงได้รับวัคซีนแล้วก็สามารถรับการตรวจเชื้อในวันที่สองและออกจากกักตัวได้หากผลเป็นลบ นักท่องเที่ยวจากประเทศสีแดงที่ยังไม่ฉีดวัคซีนก็มีความจำเป็นจะต้องกักตัวเป็นเวลาสิบวันและตรวจผลเป็นลบในวันที่ 1 และ 7 ของการกักตัว อย่างไรก็ตามหลังจากการระบาดเป็นครั้งที่ 4 จำนวนผู้ติดเชื้อในเบลเยียมยังคงเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก

ดังนั้นเมื่อพิจารณามาตรการของสหภาพยุโรปข้างต้นประกอบกับเสรีภาพในการเดินทาง จากมาตรา 21 แห่งสนธิสัญญาเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของสหภาพยุโรป และข้อ 12 แห่งร่างกฎหมายสิทธิมนุษยชน จะสังเกตได้ว่านโยบายของสหภาพยุโรปนั้นมีแนวทางที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายดังกล่าวในความพยายามที่จะให้มีใบอนุญาตเพื่อฟื้นคืนเสรีภาพในการเดินทางของประชาชนและผู้อยู่อาศัยในสหภาพยุโรป ถึงแม้ว่านโยบายดังกล่าวจะพยายามลดการแบ่งแยกหรือกีดกันระหว่างกันในเรื่องของภาษาและในบางรัฐเช่น ประเทศเบลเยียมที่ลดความจำเป็นในการแสดงใบอนุญาตในสถานที่ที่สำคัญ แต่ในบางประเทศในสหภาพยุโรป อย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศสที่ยังคงมีมาตรการที่รัดกุมต่อสถานที่สำคัญต่าง ๆ อันเป็นการกีดกันหรือแบ่งแยกให้ประชาชนที่ไม่สามารถปฏิบัติตามนโยบายในการรับวัคซีนหรือไม่กำลังในการชำระเงินค่าตรวจหาเชื้อโควิด-19 ออกจากการได้รับเสรีภาพดังกล่าวแต่อย่างไรก็ตาม หากมีความจำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติความสงบเรียบร้อยของการสาธารณสุขดังเช่นที่กฎหมายได้วางหลักไว้ในบทยกเว้นของร่างกฎหมายสิทธิมนุษยชาติ ก็เป็นความจำเป็นของรัฐที่จะต้องปฏิบัติตามและกำหนดนโยบายไปให้เหมาะสมกับกับในแต่ละท้องถิ่นหรือพื้นที่ที่รัฐนั้นมีอำนาจอธิปไตยเหนืออยู่

เสรีภาพในการเดินทางของประเทศออสเตรเลีย

ตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ. 2564 ประชาชนสัญชาติออสเตรเลีย บุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลีย ซึ่งฉีดวัคซีนครบแล้ว รวมถึงบุคคลที่ไม่สามารถฉีดวัคซีนได้ด้วยเพราะเหตุผลทางการแพทย์และเด็กที่อายุต่ำกว่า 12 ปี สามารถเดินทางเข้าประเทศได้โดยไม่ต้องมีผลตรวจ PCR เป็นลบภายใน 72 ชั่วโมงก่อนมาถึง อย่างไรก็ตาม บุคคลที่ต้องการเดินทางเข้าประเทศจำเป็นต้องดูข้อกำหนดของแต่ละรัฐที่ต้องการเดินทางไป ซึ่งแต่ละรัฐจะออกข้อกำหนดแตกต่างกันไป โดยบางรัฐใช้การแบ่งเขตพื้นที่เสี่ยง และกำหนดมาตรการสำหรับบุคคลที่เดินทางมาจากเขตพื้นที่เสี่ยงในแต่ละระดับที่แตกต่างกัน ซึ่งรัฐที่ใช้วิธีการดังกล่าวนี้ได้แก่ รัฐวิกตอเรีย รัฐแทสเมเนีย รัฐควีนส์แลนด์ และเขตเมืองหลวงของออสเตรเลีย อย่างไรก็ตาม หากบุคคลใดได้รับวัคซีนครบและเดินทางจากพื้นที่ซึ่งไม่มีความเสี่ยงมาก ก็ไม่ต้องกักตัวตามมาตรการของรัฐ บางรัฐก็ใช้แค่เพียงเกณฑ์ในการฉีดวัคซีนครบหรือเข้าข่ายกเว้นที่ไม่ต้องรับวัคซีนด้วยเหตุผลทางการแพทย์ และหากเดินทางมาจากต่างประเทศก็ต้องปฏิบัติตามมาตรการที่กำหนดเพิ่มไว้ ซึ่งรัฐที่ใช้วิธีการดังกล่าวได้แก่ รัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย รัฐนิวเซาท์เวลส์ และรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ในส่วนของเขตการปกครองนอร์ทเทิร์นเทอริทอรีต้องแสดงว่าไม่ได้ติดเชื้อไวรัสภายใน 14 วันที่ผ่านมา

ในช่วงไวรัสโคโรนาที่กำลังระบาดตอนแรกนั้น แต่ละรัฐต่างได้ออกมาตรการมาจำกัดเสรีภาพในการเดินทางอย่างแตกต่างกันออกไป ในส่วนรัฐวิกตอเรียก็ได้ออกมาตรการเพื่อควบคุมการระบาดของโรคซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ทำให้นำไปสู่คดี Gerner V Victoria ซึ่งโจทก์อ้างว่า ด้วยมาตรการล็อกดาวน์ของรัฐวิกตอเรียทำให้ตนไม่สามารถประกอบอาชีพเจ้าของกิจการร้านอาหารภายในรัฐได้ ทำให้มาตรการนี้ละเมิดหลักเสรีภาพในการเดินทางที่มีอยู่โดยนัย (implied freedom of movement) ตามรัฐธรรมนูญ โดยผู้ฟ้องคดีได้ยกคำพิพากษาในคดีก่อน และมาตรา 92 ซึ่งเป็นการวางหลักเรื่องการเดินทางไปมาหาสู่กันระหว่างรัฐต้องเป็นไปอย่างอิสระ ขึ้นอ้างเพื่อแสดงให้เห็นว่า ตนมีเสรีภาพในการเดินทางโดยนัยตามรัฐธรรมนูญ

มาตรการล็อกดาวน์ที่ถูกนำมาพิจารณานี้ เป็นการใช้อำนาจเพื่อจำกัดเสรีภาพในการเดินทางตามมาตรา 200(1)(b) และ (d) แห่งพระราชบัญญัติสาธารณสุขและสุขภาวะ 2008 (Public Health and

Wellbeing Act 2008) ซึ่งตามมาตรานี้ได้กำหนดนิยามของคำว่าอำนาจฉุกเฉินไว้ว่า เป็นการจำกัดการเดินทางของบุคคลภายในพื้นที่ฉุกเฉิน (emergency area) และเป็นการกำหนดทิศทางโดยเจ้าหน้าที่รัฐที่มีอำนาจอย่างจำเป็นอันสมเหตุสมผลเพื่อที่จะปกป้องสาธารณสุข โดยการใช้อำนาจฉุกเฉินตามพระราชบัญญัตินี้ จะสามารถใช้ได้เมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน (state of emergency) ซึ่งถูกกำหนดไว้ในมาตรา 198(1) ว่า ในกรณีที่เกิดเหตุเสี่ยงต่อสาธารณสุข การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะต้องทำโดยรัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขโดยได้รับคำแนะนำจากปลัดกระทรวงสาธารณสุข (Chief Health Officer) และผ่านการหารือกับกรรมาธิการการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉิน (the emergency management commissioner) ถึงจะสามารถประกาศสถานการณ์นี้ได้ และการใช้อำนาจรัฐต่อสถานการณ์ดังกล่าวนี้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 199(1) ว่า จะต้องเป็นการใช้อำนาจต่อสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 198 และปลัดกระทรวงสาธารณสุขเชื่อว่า มีเหตุจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจรัฐเพื่อที่จะลดเหตุเสี่ยงต่อสาธารณสุข และเพื่อที่จะลดเหตุดังกล่าว ปลัดกระทรวงสาธารณสุขสามารถสั่งการให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถใช้อำนาจต่อความเสี่ยงด้านสุขภาพ (health risk power) และอำนาจฉุกเฉิน (emergency power) ได้ตามมาตรา 199(2)(a)

ศาลสูง (high court) ของออสเตรเลียได้ปฏิเสธเสรีภาพที่มีอยู่โดยนัยตามคำพิพากษาในคดีก่อนและมาตรา 92 โดยให้เหตุผลว่า แม้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ปังเจกชนจะมีเสรีภาพในการเดินทาง แต่เสรีภาพนี้สามารถถูกจำกัดได้ ทำให้การรับรองเสรีภาพในการเดินทางสามารถถูกจำกัดได้โดยอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และมาตรา 92 ของรัฐธรรมนูญเป็นการรับรองเสรีภาพในการเดินทางระหว่างรัฐ ไม่ใช่การเดินทางภายในรัฐ ทำให้การอ้างเสรีภาพโดยนัยตามมาตรานี้ไม่อาจใช้ได้เนื่องจากการตีความโดยนัยที่กว้างเกินกว่านิยามของมาตรานี้ (wider in its operation than the express terms) และกล่าวว่ามาตรา 200(1)(b) และ (d) เป็นอำนาจที่มีอยู่อย่างไม่จำกัดของฝ่ายบริหารในการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งรวมถึงมาตรการล็อกดาวน์ของรัฐ ทำให้การออกมาตรการซึ่งทำโดยฝ่ายบริหารสามารถกระทำได้ ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

เสรีภาพในการเดินทางของประเทศนิวซีแลนด์

เรื่องโทษและมาตรการที่นำมาบังคับใช้นั้น ได้ยกตัวอย่างมาตรการของประเทศนิวซีแลนด์ กล่าวคือ ประเทศนิวซีแลนด์ ผู้เขียนได้เปรียบเทียบช่วงเวลาของการระบาดโรค Covid-19 ทั้งของไทยและประเทศนิวซีแลนด์นั้นมีความคล้ายกัน โดยประเทศนิวซีแลนด์ มีการรายงานผู้ป่วยรายแรกในประเทศ วันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2563 และประเทศไทยนั้นมีการรายงานพบผู้ป่วยรายแรก วันที่ 12 มกราคม 2563 โดยหลังจากที่ประเทศนิวซีแลนด์พบผู้ติดเชื้อ ก็ได้มีการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อมาใช้ตอบโต้แก่การระบาดภายในประเทศโดยเฉพาะ คือ **COVID-19 Public Health Response Act 2020** ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 13 พฤษภาคม 2563 นำมาใช้เป็นกฎหมายหลักในการจัดการกับการระบาด โดยให้อำนาจแก่รัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขในการออกประกาศหรือคำสั่งตามมาตรา 11 พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เนื้อหาทั่วไปของพระราชบัญญัตินี้มีความคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติควบคุมโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 หากแต่ในเรื่องของกรณีที่มีผู้ฝ่าฝืนประกาศหรือคำสั่งที่ออกตามพระราชบัญญัติหรือขัดขึ้นต่อคำสั่งของเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติหน้าที่ ตามมาตรา 26 (1) Covid-19 Public Health Response Act 2020 ได้กำหนดระวางโทษให้จำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกิน 4000\$ (เห็นว่าแม้จะมีการนำโทษจำคุกมาใช้ แต่ก็กำหนดระวางโทษไว้ไม่เกิน 6 เดือน)

เมื่อพิจารณาถึงปัญหาของกฎหมายไทยประกอบกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ และหลักการทางกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องในข้างต้นแล้ว จึงสามารถวิเคราะห์ได้เป็นสามประการ ดังนี้

1.ความสอดคล้องของกฎหมายไทยกับกติการะหว่างประเทศ

จากสถานการณ์การแพร่ระบาดของไวรัสโควิด-19 ในระยะแรกที่สร้างอันตรายให้แก่ทั่วโลกเป็นอย่างมาก นานาประเทศจึงได้ออกมาตรการต่าง ๆ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการแพร่ระบาดภายในประเทศ และเพื่อยับยั้งไม่ให้เกิดการแพร่ระบาดกระจ่ายเป็นวงกว้างมากที่สุด โดยประเทศไทยก็เป็นประเทศหนึ่งที่ได้ออกมาตรการเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดเช่นกัน โดยเจ้าหน้าที่รัฐได้ใช้อำนาจฉุกเฉินออกมาตรการที่จำกัดเสรีภาพบางประการ เช่น การยับยั้งเสรีภาพในการเดินทางผ่านการออกมาตรการการเดินทางเข้าในราชอาณาจักรไทย ซึ่งออกโดยสำนักงานการบินพลเรือน โดยมาตรการนี้กำหนดให้คนไทยในต่างประเทศหรือชาวต่างชาติที่ต้องการเดินทางเข้าประเทศไทย ต้องแสดงเอกสาร 2 อย่างต่อสายการบิน คือ หากเป็นคนไทยในต่างแดนต้องแสดงใบรับรองแพทย์ (fit to fly) ที่ยืนยันว่ามีสุขภาพดีพอที่จะเดินทาง และหนังสือรับรองการเดินทางที่ออกโดยสถานเอกอัครราชทูตไทย สถานกงสุลใหญ่ไทย หรือกระทรวงการต่างประเทศออกให้ โดยการออกหนังสือต้องมีระยะเวลาไม่เกิน 72 ชั่วโมงก่อนการเดินทาง และหากเป็นชาวต่างชาติที่มีความประสงค์ที่จะเข้ามาในราชอาณาจักรไทยจะต้องแสดงใบรับรองแพทย์ที่ออกให้ระยะเวลาไม่เกิน 72 ชั่วโมงก่อนการเดินทาง และประกันที่คุ้มครองรักษาในประเทศไทยครอบคลุมโควิด-19 เป็นจำนวน 100,000 เหรียญสหรัฐ หากมีเอกสารไม่ครบถ้วน สายการบินสามารถปฏิเสธการออก boarding pass ได้

จากที่กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ามาตรการนี้เป็นมาตรการที่ออกมาเพื่อควบคุมและจำกัดการเดินทางของประชาชนไทยและชาวต่างชาติที่ต้องการเข้ามาในประเทศในช่วงสถานการณ์โรคระบาด การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ถือว่าการจำกัดเสรีภาพในการเดินทาง ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองในข้อ 12

เมื่อนำมาวิเคราะห์ตามกฎหมายแล้วสามารถแบ่งได้สองกรณีคือ กรณีของชาวต่างชาติที่ต้องการเดินทางเข้ามาในประเทศ และประชาชนชาวไทยที่ต้องการเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทย โดยแม้ว่าการออกมาตรการจำกัดการเดินทางเข้าในราชอาณาจักรไทยของชาวต่างชาติจะถือเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางของบุคคล แต่การออกมาตรการนี้ก็สอดคล้องกับข้อ 12(3) ของ ICCPR เพราะถือว่าการกระทำเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติความสงบเรียบร้อยและการสาธารณสุข การออกมาตรการดังกล่าวจึงไม่เป็นการไปยับยั้งเสรีภาพการเดินทาง และถือว่าการกระทำที่สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง แต่อย่างไรก็ตามในกรณีประชาชนชาวไทยที่ต้องการเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทย เมื่อดูในส่วนข้อ 12(4) จะเห็นว่า หากมีมาตรการรัฐมาจำกัดสิทธิไม่ให้ประชาชนชาวไทยเดินทางเข้าประเทศตนเอง มาตรการเช่นนี้ก็ขัดต่อ ICCPR

นอกจากนี้ นานาประเทศก็ได้ออกมาตรการเพื่อยับยั้งการแพร่ระบาดเช่นกัน เช่นทางสหภาพยุโรปได้ออก the EU Digital COVID Certificate ซึ่งเป็นการออกใบอนุญาตดิจิทัลโควิด-19 สำหรับการเดินทางของประชาชนและผู้ที่อยู่อาศัยในสหภาพยุโรป โดยใช้ประกอบกับหนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวประชาชนในการผ่านเข้าไปในดินแดนของแต่ละรัฐในสหภาพ ออกมาโดยมีเป้าหมายเพื่อป้องกันมิให้ผู้ถือ EUDCC มี

ข้อจำกัดใด ๆ ในการเดินทาง เช่นการถูกบังคับให้กักตัว 14 วัน นอกจากนี้ EUDCC นั้นยังสามารถใช้แทน ใบอนุญาตหรือใบรับรองโควิด-19 ประเภทอื่น ๆ ได้ เช่น Pass Sanitaire ของประเทศฝรั่งเศส Covid Safe Ticket ของประเทศเบลเยียม หรือในทางประเทศออสเตรเลียก็ได้มีการออกมาตรการเพื่อยับยั้งการแพร่ระบาดของไวรัสโควิด-19 เช่นกัน กล่าวคือให้มีการกักตัว 14 หากเดินทางในพื้นที่เสี่ยง หรือหากเดินทางมาจากต่างประเทศก็ให้ดูตามข้อกำหนดของรัฐนั้น ๆ

ถึงแม้ว่าในทางสหภาพยุโรปและประเทศออสเตรเลียนั้นได้มีการออกมาตรการมาเพื่อยับยั้งการเดินทางเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของไวรัสโควิด-19 แต่เมื่อมาวิเคราะห์ดูแล้วจะพบว่ามาตรการการเดินทางเข้าในราชอาณาจักรไทยนั้นมีความแตกต่างจากสหภาพยุโรปและประเทศออสเตรเลียนอย่างมาก เนื่องจากการเดินทางเข้าในราชอาณาจักรไทย หากไม่มีใบรับรองแพทย์ (fit to fly) และหนังสือรับรองของสถานทูต สายการบินจะไม่สามารถออก boarding pass ให้ได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า บุคคลผู้นั้นจะไม่สามารถเดินทางเข้ามาในประเทศไทยได้ ในขณะที่ของสหภาพยุโรป แม้บุคคลผู้นั้นจะไม่มี the EU Digital COVID Certificate แต่บุคคลผู้นั้นก็สามารถเดินทางเข้าสหภาพยุโรปได้เพียงแค่แค่ต้องกักตัว และในทางประเทศออสเตรเลียนก็กำหนดมาตรการเพียงแค่กักตัว 14 วัน ไม่ได้ห้ามเข้าประเทศแบบราชอาณาจักรไทย

2. การคุ้มครองเสรีภาพการเดินทางโดยฝ่ายตุลาการ

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรียได้ตัดสินว่า มาตรการล็อกดาวน์เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนาไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากการออกมาตรการดังกล่าวนี้ เป็นการที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจฉุกเฉินออกมาตรการผ่านการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสาธารณสุขและสุขภาพ 2008

ในขณะเดียวกันเมื่อพิจารณากรณีที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาเดียวกัน ศาลปกครองของไทยก็ได้ตัดสินว่า ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิในการฟ้องเนื่องจากเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากแนวปฏิบัติสำหรับผู้ดำเนินการเดินทางอากาศที่ทำการบินมายังประเทศไทย ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง แต่เมื่อความตามประกาศนี้สอดคล้องกับความตามมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งพระราชกำหนดฉบับนี้ได้กำหนดบทบัญญัติจำกัดอำนาจการพิจารณาของศาลปกครองไว้ตามมาตรา 16 ทำให้ศาลปกครองไม่ตัดสินคดีที่มีความเกี่ยวเนื่องกับเสรีภาพในการเดินทางของประชาชนที่ถูกกระทบโดยการใช้อำนาจของรัฐ อย่างไรก็ตาม ผู้ฟ้องคดียังคงสามารถนำคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมได้

จากสองคดีสามารถสะท้อนให้เห็นว่า ทั้งสองประเทศต่างประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อที่จะใช้อำนาจฉุกเฉินในการควบคุมโรคระบาด โดยรัฐวิโตเรียได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติสาธารณสุขและสุขภาพ 2008 และไทยได้อาศัยอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 โดยที่กฎหมายของทั้งสองฉบับนี้ต่างมีบทบัญญัติจำกัดอำนาจศาล (ouster clause) เพื่อให้การทำงานของฝ่ายบริหารภายใต้สถานการณ์ฉุกเฉินมีความรวดเร็วมากขึ้น โดยในส่วนของรัฐวิโตเรียได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 240 แห่งพ.ร.บ.ฉบับเดียวกัน และของไทยได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 16 ตามพ.ร.ก.ที่ได้กล่าวไว้เบื้องต้น

แม้ว่าทั้ง 2 ประเทศจะมีบทบัญญัติจำกัดอำนาจศาล และใช้อำนาจฉุกเฉินออกมาตรการที่จำกัดเสรีภาพประชาชนเพื่อควบคุมการแพร่ระบาดของโรคที่ต่างพิจารณาเหมือนกันว่าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉิน แต่ศาลของออสเตรียได้ชี้ให้เห็นว่า สิทธิในการเดินทางของประชาชนยังมีอยู่ แต่ถูกจำกัดโดยการประกาศ

สถานการณ์ฉุกเฉินจากฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นการที่ศาลยังคงเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐที่กระทบต่อเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาคำสั่งของศาลปกครองของไทยศาลบอกเพียงแต่ว่า ไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีเนื่องจากถูกจำกัดอำนาจไว้ตามมาตรา 16 โดยที่ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องเสรีภาพในการเดินทางของประชาชนว่าได้รับรองตามรัฐธรรมนูญ หรือการใช้อำนาจรัฐไม่มีอำนาจตามกฎหมาย สร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือภาระแก่ประชาชนเกินสมควร และใช้ดุลพินิจโดยมิชอบตามที่ผู้ฟ้องคดีได้บรรยายฟ้องมา ซึ่งหากศาลได้กล่าวถึงเสรีภาพของประชาชนในคำพิพากษาของศาล รวมถึงข้ออ้างที่ได้บรรยายฟ้องไว้ในคำวินิจฉัย ก็จะเป็นการรองรับว่า เสรีภาพของปัจเจกชนยังคงมีอยู่ เพียงแต่ถูกจำกัดเพราะอำนาจฉุกเฉิน ทำให้คำพิพากษาของศาลปกครองไม่ได้แสดงให้เห็นถึงการตรวจสอบการใช้อำนาจฉุกเฉินของรัฐที่อาจกระทบต่อเสรีภาพของปัจเจกชนเหมือนอย่างคำพิพากษาของศาลสูงออสเตรเลียที่ได้ตัดสินไว้

นอกจากนี้ แม้บทบัญญัติจำกัดอำนาจศาลปกครองจะไม่ได้ตัดสิทธิของผู้ฟ้องคดี เนื่องจากศาลยุติธรรมยังคงมีเขตอำนาจในการตัดสินคดีอยู่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 194 วรรคหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งศาลปกครองมีเจตนาเพื่อพิจารณาคดีที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ โดยเฉพาะ โดยเป็นข้อพิพาทที่เกิดระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาระหว่างประโยชน์สาธารณะ กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน และเมื่อคดีปกครองเป็นคดีระหว่างรัฐกับเอกชน รัฐโดยสภาพแล้วย่อมมีความสามารถในการเข้าถึงพยานหลักฐานได้มากกว่าปัจเจกชน ดังนั้นกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครองจึงใช้ “ระบบไต่สวน” ซึ่งเป็นระบบที่ศาลต้องเป็นผู้แสวงหาหลักฐานพยานเพื่อสร้างความเป็นท่าระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่ายด้วย ทำให้มีความแตกต่างจากคดีแพ่ง ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนทั้ง 2 ฝ่าย ที่ศาลพิจารณาเพียงแค่ประโยชน์ของบุคคลที่เข้ามาเป็นคู่ความในคดี และการตัดสินของศาลยุติธรรมเป็นการใช้ “ระบบกล่าวหา” ซึ่งผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นต้องมีภาระในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง ทำให้การที่ศาลปกครองกล่าวว่า ผู้ฟ้องคดียังคงมีสิทธิที่จะนำคดีเข้าสู่ศาลยุติธรรมได้อยู่ นั่นก็จะเป็นการสร้างภาระในการพิสูจน์แก่ผู้ฟ้องคดีมากยิ่งขึ้น อีกทั้งการฟ้องคดีกับศาลยุติธรรมก็สามารถตัดสินได้เพียงแค่ในเรื่องเหตุผลเมื่อดูจากความเสียหายที่กระทำโดยภาครัฐ ไม่สามารถแก้ปัญหาที่ต้นเหตุซึ่งคือการเพิกถอนแนวปฏิบัติสำหรับผู้ดำเนินการเดินอากาศที่ทำการบินมายังประเทศไทย อันการกระทำทางปกครองที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ นอกจากนี้แล้ว การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ได้บัญญัติให้ตั้งศาลปกครองแยกออกมาโดยเฉพาะ ก็เพื่อให้การตัดสินคดีทางปกครองกระทำโดยผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในคดีทางปกครองที่มีหลักการแตกต่างจากคดีแพ่ง ดังนั้นแล้ว การที่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการคุ้มครองจากศาลปกครองจากการได้รับผลกระทบของการกระทำทางปกครอง แต่ให้ศาลยุติธรรมที่มีความชำนาญทางกฎหมายปกครองหรือกฎหมายมหาชนน้อยกว่า ก็อาจทำให้เสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ก็ได้

3. โทษและมาตรการเพื่อควบคุมการระบาด

เมื่อเปรียบเทียบกับตัวอย่างการบังคับใช้มาตรการในการควบคุมโรคของต่างประเทศ ผู้เขียนมีข้อสังเกต 3 ประการ **ประการแรก** การที่ประเทศไทยนั้นได้นำเอา พรก.ฉุกเฉิน มาใช้ในการควบคุมโรคระบาดที่กำหนดบทลงโทษระวางโทษไว้ค่อนข้างสูงเมื่อเทียบกับกฎหมายที่ใช้ควบคุมการระบาดของประเทศนิวซีแลนด์ กล่าวคือ ประเทศไทยได้กำหนดระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หากแต่ประเทศนิวซีแลนด์นั้นกำหนดระวางโทษสูงสุดเพียงไม่เกิน 6 เดือน อันเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน อันเป็นหนึ่งในหลักการที่สำคัญของหลักนิติรัฐของรัฐที่เป็นประชาธิปไตย

ประการที่สอง พระราชบัญญัติควบคุมโรคติดต่อ พ.ศ.2558 ที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานควบคุมโรคไม่ว่าจะเป็นอำนาจสั่งห้ามออกนอกเคสสถาน ตามมาตรา 34, อำนาจสั่งห้ามการรวมกลุ่ม ตามมาตรา 34, อำนาจควบคุมหรือปิดสถานที่ ตามมาตรา 35 และอำนาจควบคุมการเดินทาง ตามมาตรา 39 ถึงมาตรา 43 ซึ่งอำนาจเหล่านี้เป็นอำนาจตามกฎหมายที่สามารถนำมาใช้ทดแทน พรก.ฉุกเฉิน ในการควบคุมการระบาดของโรคได้

ประการที่สาม พรก.ฉุกเฉิน ได้ถูกนำมาใช้โดยการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทั่วราชอาณาจักรตั้งแต่วันที่ 26 มีนาคม 2563 จนถึงปัจจุบันก็ยังมีผลบังคับใช้อยู่ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมิได้มีการกำหนดข้อจำกัดระยะเวลาในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินและมิได้กำหนดการตรวจสอบการขยายระยะบังคับของสถานการณ์ฉุกเฉินเวลาออกไป โดยให้เป็นดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีเพียงผู้เดียว เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของการบังคับใช้ พรก.ฉุกเฉิน ก็มีไว้เพื่อรวมอำนาจในการบริหารราชการไปไว้ที่นายกรัฐมนตรี ก็เพื่อให้เกิดความสะดวกและรวดเร็วในการจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินในขั้นต้น หากแต่ปัจจุบัน ประชาชนและหลายประเทศทั่วโลกได้เรียนรู้ที่จะรักษาและป้องกันโรคระบาดนี้ ทั้งได้มีการฉีดวัคซีนสร้างภูมิคุ้มกันให้แก่ประชากรไปเป็นจำนวนมากแล้ว ถือได้ว่าการระบาดมีใช้สถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว สมควรที่จะยกเลิกการบังคับใช้ พรก.ฉุกเฉิน ต่อไป

บทสรุป

จากการศึกษาและเปรียบเทียบมาตรการของประเทศไทยกับมาตรการของแต่ละประเทศที่ทางรัฐได้ออกมาเพื่อลดข้อจำกัดของสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางของประชาชนในชาติ หากเปรียบเทียบกับสหภาพยุโรปการออกนโยบายของประเทศไทยและสหภาพยุโรปนั้นต่างก็มีความสอดคล้องกับหลักของ ICCPR แต่ขณะเดียวกัน การให้ความสำคัญของเสรีภาพในการเดินทางของประชาชนในฐานะที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้นอาจจะไม่ได้มีการให้ความสำคัญเท่ากับสหภาพยุโรปเนื่องจากระยะเวลาของพรก.ฉุกเฉินที่มีระยะเวลานานและยังไม่มีนโยบายใด ๆ มาฟื้นฟูปัญหานี้ ในขณะเดียวกันในแง่ของการคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกชนที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญ แม้ทั้งศาลของออสเตรเลียและศาลไทยต่างไม่ได้คุ้มครองเสรีภาพในการเดินทางในช่วงสถานการณ์โรคระบาดของปัจเจกชน แต่ศาลสูงของออสเตรเลียได้รับรองว่าเสรีภาพของปัจเจกชนมีอยู่ตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลไทยกลับอ้างแค่เรื่องบทบัญญัติจำกัดอำนาจศาล ซึ่งทำให้ประชาชนต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมแทนที่จะเป็นศาลปกครองที่มีความเชี่ยวชาญในคดีที่มีการใช้อำนาจทางปกครองมากกว่า ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการคุ้มครองเสรีภาพของตนอย่างเต็มที่ อีกทั้งในเรื่องของการกำหนดโทษของผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรการของรัฐ ประเทศไทยนั้นได้กำหนดโทษที่ทั้งจำคุกและปรับ อันเป็นโทษที่ไม่ได้สัดส่วนและไม่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ ระยะเวลาของพรก.ฉุกเฉินนั้นก็มีความยาวนานและมีต่อเวลาออกไปเรื่อย ๆ ทำให้เกิดข้อสงสัยพิจารณาว่า การใช้พระราชกำหนดฉุกเฉินเพื่อควบคุมสถานการณ์โรคระบาดยังมีความจำเป็นอยู่หรือไม่ เพราะการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทำให้ต้องเป็นเหตุยกเว้น มีความจำเป็น และต้องเป็นเหตุชั่วคราว ไมเช่นนั้นจะทำให้ประชาชนเคยชินกับการใช้อำนาจฉุกเฉินที่กระทบเสรีภาพของประชาชน และนำไปสู่การทำให้ข้อยกเว้นเป็นสภาวะปกติ (The normalisation of the exception)⁵ อีกทั้งเนื้อหาที่ออกมาในพรก.ฉุกเฉินก็เป็นเนื้อหาที่สามารถจำกัดโดยฐานอำนาจจากพรบ.

⁵ See Khemthong Tonsakulrungruang and Rawin Leelapatana, 'Thailand's response to Covid-19: Human Rights in decline and more social turbulence' in Joelle Grogan and Alice Donald (eds), *Routledge Handbook of Law and the COVID-19 Pandemic* (Routledge 2022).

ควบคุมโรคติดต่อ พ.ศ.2558 จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีเนื้อหาเหล่านี้ในพรก.ฉุกเฉิน อันจะเป็นการไปจำกัดการใช้ดุลพินิจให้อยู่แต่กับเพียงนายกรัฐมนตรีแต่เพียงผู้เดียว