



วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: ข้อพิจารณาการจำกัดสิทธิของประชาชน: ร่างพระราชบัญญัติการดำเนินกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไร พ.ศ.

ชื่อผู้แต่ง: อริย์ธัช บุญถึง

การอ้างอิงที่แนะนำ: อริย์ธัช บุญถึง, 'ข้อพิจารณาการจำกัดสิทธิของประชาชน: ร่างพระราชบัญญัติการดำเนินกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไร พ.ศ.' (2565) 3 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 737.

ผู้สนับสนุนหลัก

CHANDLER MHM

SATYAPON
& PARTNERS

THAILAND Intellectual Property Law Firm



Tax and Legal Counsellors

Seri Manop & Doyle

ผู้สนับสนุนร่วม



SAIJO DENKI

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHENNAI & PARTNERS LTD.

CSBC
LAW OFFICES
www.csbc-lw.com

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง
เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

ข้อพิจารณาการจำกัดสิทธิของประชาชน:
ร่างพระราชบัญญัติการดำเนินกิจกรรมของ
องค์กรไม่แสวงหากำไร พ.ศ.

Considerations for the Restriction of People's
Rights: The Draft Act on the Operation of
Non-Profit Organizations B.E.

อริย์รัช บัญถึง

นักวิชาการ สำนักวิจัยและพัฒนา สถาบันพระปกเกล้า

Arithat Bunthueng

Academic, Research and Development Office, King Prajadhipok's Institute

วันที่รับบทความ 6 มิถุนายน 2565; วันแก้ไขบทความ 1 สิงหาคม 2565; วันตอบรับบทความ 2 สิงหาคม 2565

บทคัดย่อ

ขณะนี้ปรากฏร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรซึ่งคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบและให้ดำเนินการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบของร่างกฎหมายตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จำนวน 2 ฉบับ ฉบับแรกเป็นร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินงานขององค์กรที่ไม่แสวงหารายได้ หรือกำไรมาแบ่งปันกัน พ.ศ. ซึ่งเสนอโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2564 เห็นชอบหลักการตามร่างกฎหมายดังกล่าว ต่อมา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ปรับร่างกฎหมาย จึงได้เสนอฉบับร่างพระราชบัญญัติการดำเนินกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไร พ.ศ. เป็นร่างฉบับที่สอง ซึ่งคณะรัฐมนตรีตามมติเห็นชอบแนวทางการยกร่างดังกล่าวแล้วเมื่อวันที่ 4 มกราคม 2565

ร่างกฎหมายทั้งสองฉบับได้รับการวิพากษ์วิจารณ์และแสดงความคิดเห็นถึงความไม่จำเป็นและความไม่เหมาะสมในการจำกัดสิทธิของประชาชน ทั้งจากประชาชน ภาคประชาสังคม หรือแม้กระทั่งภายในหน่วยงานภาครัฐเอง รวมถึงกระแสการแสดงความคิดเห็นจากต่างประเทศ ทั้งจาก

เครือข่ายองค์กรพัฒนาภาคเอกชนระหว่างประเทศ และผู้เสนอรายงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติ การดำเนินกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไร เป็นส่วนหนึ่งของภาคประชาสังคมและตั้งอยู่บนรากฐานของเสรีภาพในการรวมกลุ่ม การสมาคม และการแสดงความคิดเห็น มีความสำคัญต่อการรักษาและส่งเสริมระบอบประชาธิปไตย งานชิ้นนี้เป็นการศึกษาเชิงเอกสารและมุ่งวิเคราะห์ร่างกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว ทั้งจากหลักการและเหตุผลของร่างกฎหมายและเนื้อหาของกฎหมายในรายละเอียด ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตย ทั้งจากกฎหมายระหว่างประเทศและบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน และเห็นว่าร่างกฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาสำคัญในการมุ่งละเมิดสิทธิเสรีภาพขององค์กรไม่แสวงหากำไรและประชาชน และอาจนำไปสู่ความเสื่อมถอยของระบอบประชาธิปไตยและนิติรัฐ

คำสำคัญ: เสรีภาพในการสมาคม องค์กรไม่แสวงหากำไร ภาคประชาสังคม การจำกัดสิทธิ

Abstract

The Cabinet has approved two drafts of the law on non-profit organizations to conduct a hearing and analyze the impact of the draft law under Section 77 of the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017). The first one is the Draft Act on the Operation of Non-Revenue Organizations or profits to share which the cabinet passed a resolution on February 23, 2021, which was proposed by the Office of the Council of State. Subsequently, the Office of the Council of State revised the draft law. A draft law on non-profit organizations was proposed as a second one. The Cabinet approved the drafting guidelines in accordance with a resolution on January 4, 2022.

Both bills have been criticized and commented on the necessity and inappropriateness of restricting people's rights either from the people's civil society or even within the government agency itself including the international perspectives from a network of international NGOs and the United Nations Special Rapporteur. Conducting activities of non-profit organizations is part of civil society and is based on freedom of association, association, and expression. It is important to maintain and promote democracy. This work is a documentary study and aims at analyzing those two bills. Both from the principles and reasons of the draft law and the content of the law in detail, which is inconsistent with the law of a liberal democratic state, both from international law and the provisions under the current constitution. The draft laws have important content in aiming to infringe on the rights and freedoms of non-

profit organizations and people and may lead to the decay of democracy and the rule of law.

Keywords: freedom of association, non-profit organization, civil society, the restriction of rights

1. บทนำ

รัฐเสรีประชาธิปไตยซึ่งได้ชื่อว่าเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดและปกครองในระบอบประชาธิปไตย รัฐมีหน้าที่ต้องรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชน มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ประกันสิทธิดังกล่าว และการจำกัดสิทธิดังกล่าวนั้น ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามที่ รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ อีกทั้งจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิดังกล่าวมิได้ การจำกัดสิทธิเหล่านั้น ต้องกระทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่มีที่มาจากกาเลือกตั้งทั่วไปของประชาชน และโดยการออกกฎหมาย ในรูปแบบไม่ต่ำกว่าระดับพระราชบัญญัติ และมีกลไกทางศาล และ/หรือกลไกอื่นในการคุ้มครองและ รับรองหลักการดังกล่าว ที่เรียกโดยรวมว่าหลัก “นิติรัฐ” หรือ “นิติธรรม” หากรัฐใดในปัจจุบันไม่อาจ ปฏิบัติตามหลักการดังกล่าวได้ โดยมีการออกกฎหมาย หรือมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ไม่ได้ รับรองสิทธิของประชาชนอย่างแท้จริง หรือมีเนื้อหาของกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เกินสมควร ในเวทีระหว่างประเทศและในแวดวงวิชาการถือว่ารัฐดังกล่าวไม่ได้มีลักษณะเป็น รัฐเสรีประชาธิปไตย แต่อยู่ในขอบข่ายที่เรียกว่า “รัฐอำนาจนิยม” (authoritarian states)

ปรากฏการณ์รัฐอำนาจนิยมกับความเสื่อมถอยของทั้งระบบประชาธิปไตย (Democratic decay)¹ และระบบนิติธรรม (rule of law backsliding) มีความสอดคล้องและเป็นปรากฏการณ์ร่วมสมัย ในปัจจุบัน กฎหมายของรัฐ ทั้งกฎหมายอาญาและโดยเฉพาะกฎหมายปกครองได้ถูกใช้เป็นเครื่องมือ และเป็นกลไกของรัฐบาลอำนาจนิยมในการสร้างกลไกรัฐซ้อนรัฐ (dual state)² โดยถูกใช้เป็นเครื่องมือ ในการควบคุม ตรวจสอบ ตรวจจับ สอดส่อง (surveillance) ประชาชน³ โดยเฉพาะภาคประชาสังคม⁴ การกระทำดังกล่าวมีข้อพิจารณาว่าขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศตามหลักสิทธิมนุษยชน และ หลักการตามรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนหลายประการ

¹ ดู Tom Daly, ‘Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field’ (2019) 11 Hague Journal on the Rule of Law 9, 9-36; ดูประกอบ Natasha Lindstaedt, *Democratic decay and authoritarian resurgence* (Bristol University Press 2021).

² รัฐซ้อนรัฐ (dual state) หมายถึง รัฐที่ปกครองโดยกฎหมายแบบอำนาจนิยม (authoritarian rule of law) โดยมีการผสมผสานระหว่างรัฐเชิงบรรทัดฐาน (normative state) (รัฐที่มีอำนาจจำกัดและปกครองภายใต้กฎหมาย) และรัฐแห่ง อภิสิทธิ์ (prerogative state) (รัฐที่ใช้ดุลพินิจและความรุนแรงอย่างไม่จำกัด โดยไม่ได้รับการตรวจสอบจากหลักประกันทาง กฎหมายใด ๆ); ดู Bas Schotel, ‘Administrative Law as a Dual State. Authoritarian Elements of Administrative law’ (2021) 13 Hague Journal on the Rule of Law 195, 195; ดูประกอบ Ernst Fraenkel and Jens Meierhenrich, *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship* (Oxford University Press 2017).

³ UN Human Rights Council, ‘Commentary to the Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms’ (UN Human Rights Office, 2011) <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Defenders/CommentarytoDeclarationondefendersJuly2011.pdf>> สืบค้นเมื่อ 28 เมษายน 2565, 15; ดูประกอบ UN Human Rights Committee, ‘Concluding observations on the sixth periodic report of Italy’ (2017) UN doc CCPR/C/ITA/CO/6, para 36.

⁴ ดู International Center for Not-for-Profit Law (ICNL) and World Movement for Democracy Secretariat at the National Endowment for Democracy (NED), *Defending civil society Report* (2012).

ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการรวมกลุ่มอย่างสงบ สิทธิในการสมาคม สิทธิในการแสดงความคิดเห็นอย่างอิสระ สิทธิในการมีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะ เป็นต้น การมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมในกิจการภาครัฐ ถือเป็นกลไกสำคัญในการเสริมสร้างประชาธิปไตยและเป็นรากฐานของประชาธิปไตยที่เข้มแข็ง⁵ และการเปิดพื้นที่ให้ภาคประชาชน (civic space) ยังเป็นส่วนหนึ่งของวาระการพัฒนาที่ยั่งยืน ค.ศ. 2030 (2030 Agenda for Sustainable Development) ตาม ข้อ 16.7 ในการสร้างหลักประกันว่าจะมีกระบวนการตัดสินใจที่มีความรับผิดชอบ ครอบคลุม มีส่วนร่วม และมีความเป็นตัวแทนที่ดีในทุกระดับ การตัดสินใจ รวมถึงข้อ 17.17 ว่าด้วยการสนับสนุนและส่งเสริมหุ้นส่วนความร่วมมือระหว่าง ภาครัฐ-ภาคเอกชน และประชาสังคม อีกทั้งวาระ ค.ศ. 2030 (The 2030 agenda) เองก็ได้ยืนยันให้รับรองหลักสิทธิมนุษยชนตามหลักการของสหประชาชาติอย่างชัดเจนซึ่งปรากฏในคำปรารภของวาระดังกล่าว ในหลายส่วน⁶ การมีส่วนร่วมของประชาชนในกิจการภาครัฐ รวมถึงเสรีภาพในการแสดงออก การรวมกลุ่ม และการสมาคม ถือเป็นส่วนหนึ่งของประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมซึ่งเป็นรากฐานในการเสริมสร้างประชาธิปไตย

บทความนี้จะพิจารณาและวิเคราะห์ถึงหลักการและเหตุผล และเนื้อหาของร่างกฎหมายองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรที่ผ่านมติคณะรัฐมนตรีแล้ว 2 ฉบับ โดยนำแนวคิดทางกฎหมายของต่างประเทศมาเทียบเคียง โดยเฉพาะหลักสิทธิและเสรีภาพ หลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐ อันเป็นหลักการสำคัญต่อการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน

2. ที่มาและหลักการของร่างพระราชบัญญัติ

ร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรที่เปิดให้รับฟังความคิดเห็นแล้ว ตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ปรากฏ 2 ฉบับ ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินงานขององค์กรที่ไม่แสวงหารายได้ หรือกำไรมาแบ่งปันกัน พ.ศ. ซึ่งเปิดให้รับฟังความคิดเห็น เมื่อวันที่ 12- 31 มีนาคม 2564 (ร่างกฎหมายฉบับ 2564)⁷ และร่างพระราชบัญญัติการดำเนินกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไร พ.ศ. ที่เปิดให้รับฟังความคิดเห็น เมื่อวันที่ 18 มกราคม ถึง 25 มีนาคม 2565 และขยายระยะเวลาออกไปถึงวันที่ 30 เมษายน 2565 (ร่างกฎหมายฉบับ 2565)⁸

ร่างกฎหมายฉบับ 2564 เป็นร่างที่ริเริ่มเสนอโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบหลักการตามร่างกฎหมายดังกล่าว เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2564 และให้

⁵ ดู David Mathews, *Politics for People* (University of Illinois Press 1999).

⁶ The United Nations Development Programme (UNDP) and International Center for Not-for-Profit Law (ICNL), *Legal Frameworks for Civic Space: A PRACTICAL TOOLKIT* (UNDP 2021) 18.

⁷ คำว่า “ร่างกฎหมายฉบับ 2564” ในบทความนี้หมายถึง ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินงานขององค์กรที่ไม่แสวงหารายได้ หรือกำไรมาแบ่งปันกัน พ.ศ. ซึ่งเปิดให้รับฟังความคิดเห็น เมื่อวันที่ 12- 31 มีนาคม 2564 โดยไม่รวมถึงการรับฟังความคิดเห็นต่อหลักการเพิ่มเติมดังกล่าวโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผ่านระบบกลางทางกฎหมาย (www.law.go.th) ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม - 1 สิงหาคม 2564.

⁸ คำว่า “ร่างกฎหมายฉบับ 2565” ในบทความนี้หมายถึง ร่างพระราชบัญญัติการดำเนินกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไร พ.ศ. ฉบับเปิดให้รับฟังความคิดเห็นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2565 - 30 เมษายน 2565.



สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาปรับปรุงพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาองค์กรภาคประชาสังคม พ.ศ. ของกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ รวมทั้งความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไปประกอบการร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรก่อนเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป

ร่างกฎหมายส่งเสริมและพัฒนาองค์กรภาคประชาสังคม ของกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ซึ่งคณะรัฐมนตรีมีมติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาปรับปรุงประกอบนั้น มีที่มาจาก การขับเคลื่อนเพื่อให้เกิดกองทุนเพื่อใช้ในการดำเนินงานขององค์กรภาคประชาสังคม⁹ ที่ผ่านมาก็มีร่างกฎหมายส่งเสริมและพัฒนาองค์กรภาคประชาสังคมหลายฉบับของกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ที่ภาคประชาชนหลายฝ่ายไปร่วมกันร่าง มีการรับฟังความคิดเห็นอย่างกว้างขวาง และผ่านการถกเถียงกันมาหลายปี¹⁰ มีการจัดเวทีรับฟังความคิดเห็นต่อร่างกฎหมายดังกล่าว เมื่อวันที่ 6 มีนาคม 2563 ณ ทำเนียบรัฐบาล รวมถึง เปิดให้มีการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวผ่านเว็บไซต์ของกรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ เป็นระยะเวลา 20 วัน ตั้งแต่วันที่ 14 เมษายน ถึงวันที่ 3 พฤษภาคม 2563 โดยในการรับฟังความคิดเห็นดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีข้อคัดค้านหรือมีความเห็นในแต่ละประเด็น¹¹

ต่อมา ได้มีการเปิดให้รับฟังความคิดเห็นต่อร่างกฎหมายฉบับ 2564 เมื่อวันที่ 12 - 31 มีนาคม 2564 อย่างไรก็ตาม หลักการของร่างกฎหมายดังกล่าวที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอไม่ได้มีลักษณะเป็นร่างกฎหมายเพื่อส่งเสริมและพัฒนาองค์กรภาคประชาสังคม หรือส่งเสริมสิทธิเสรีภาพ และการมีส่วนร่วมจากภาคประชาชนแต่อย่างใด แม้จะมีการกล่าวถึงสิทธิขององค์กรไม่แสวงหากำไรในการรับการส่งเสริมและสนับสนุนการดำเนินการจากรัฐในมาตรา 5 วรรคหนึ่งของร่างกฎหมายดังกล่าวก็ตาม แต่พิจารณาได้ว่าร่างกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นร่างกฎหมายที่มุ่งควบคุมการดำเนินงานขององค์กรที่ไม่แสวงหากำไร และจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและภาคประชาสังคม ทั้งการกำหนดให้มีการจัดแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาและจำนวนของเงินหรือทรัพย์สินในแต่ละปี ต้องรายงานผลการรับและใช้จ่ายเงินหรือทรัพย์สินในแต่ละปี ต้องเสนอรายงานการสอบบัญชีโดยผู้สอบบัญชีรับอนุญาตในแต่ละปี กำหนดโทษแก่ผู้ดำเนินกิจการโดยมิได้จัดแจ้งต่อผู้รับแจ้ง¹² ลักษณะความต้องการในการจำกัดสิทธิดังกล่าวปรากฏชัดในเหตุผลของร่างกฎหมายฉบับ 2564 ที่ระบุถึงปัญหาต่าง ๆ อันเกิดจากการดำเนินการขององค์กรไม่แสวงหากำไรไม่ว่าจะเป็น “การหารายได้มาแบ่งปันกันในระหว่างผู้ร่วมดำเนินการโดยหลีกเลี่ยงการเสียภาษี” “การหลอกลวงประชาชน” “การดำเนินกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่าง

⁹ สถาบันส่งเสริมภาคประชาสังคม, ‘ความเป็นมาของกองทุน’ (thaicivilsociety) <<http://www.thaicivilsociety.com/?p=about>> สืบค้นเมื่อ 28 เมษายน 2565.

¹⁰ Amnesty International Thailand, ‘ร่างกฎหมายควบคุมภาคประชาสังคม เมื่อรัฐหวัง ‘ล้มกระดาน’ องค์กรไม่แสวงผลกำไร’ (Amnesty, 11 กุมภาพันธ์ 2565) <<https://www.amnesty.or.th/latest/news/983/>> สืบค้นเมื่อ 28 เมษายน 2565.

¹¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 1621/2564 เรื่อง บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติการดำเนินกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไร พ.ศ., 11.

¹² เฟิ่งอ่าง 3.

ราชอาณาจักรไทยกับประเทศเพื่อนบ้าน” “ส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยในราชอาณาจักร” จึงจำเป็นต้องมีการร่างกฎหมายเพื่อ “กำกับกำกับการดำเนินงานขององค์กรที่ไม่แสวงหารายได้หรือกำไร ... เป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติและประชาชนอย่างแท้จริง ปราศจากไถยจิตแอบแฝง”

ผู้เสนอรายงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติ (UN special rapporteur) ได้มีความเห็นต่อการใช้ถ้อยคำดังกล่าว ตามหนังสือลงวันที่ 26 มีนาคม 2564 ไว้ว่า ถ้อยคำที่ปรากฏในหลักการและเหตุผลดังกล่าวแสดงถึงความไม่รู้และการขาดความเข้าใจอย่างเพียงพอของเจ้าหน้าที่ในการสนับสนุนการดำเนินงานขององค์กรภาคประชาสังคม และเป็นการตีตราองค์กรภาคประชาสังคมว่ามีแนวโน้มเป็นภัยคุกคามต่อสังคม การตีตราดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐในการสร้างและรักษาบรรยากาศและสิ่งแวดล้อมอันเป็นมิตรต่อภาคประชาสังคมและนักปกป้องสิทธิมนุษยชน (human rights defenders) เพื่อให้สามารถดำเนินการได้โดยปราศจากอุปสรรคและความไม่มั่นคง ตามมติของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนที่ 27/31 และถ้อยคำที่ว่า “ตลอดจนการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” ถูกใช้อย่างบิดเบือนเพื่อจำกัดกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไรและนักปกป้องสิทธิมนุษยชนในการส่งเสริมหลักนิติธรรมและเคลื่อนไหวต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน¹³

ต่อมา สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ได้มีหนังสือ ที่ นร 0503/2223 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2564 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้รับหลักการในข้อกำหนดตามมาตรฐานสากลด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน และต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายและการแพร่ขยายอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง (Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism: AML/CFT) โดยนำหลักการที่สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินเสนอจำนวน 8 ประเด็น¹⁴ เข้ามาปรับกับร่างกฎหมายฉบับเดิมที่มีอยู่ก่อน โดยอ้างว่า AML/CFT ถือเป็น

¹³ UN Human Rights Council, ‘Mandates of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association; the Special Rapporteur on the promotion and the protection of the right to freedom of opinion and expression; and the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders’ (2021) UN doc OL THA 2/2021, 2.

¹⁴ “หลักการที่สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินเสนอ 8 ประเด็น ได้แก่

(1) การจดทะเบียนและการเปิดเผยข้อมูลการจดทะเบียน เนื่องจากปัจจุบันยังมีองค์กรไม่แสวงหากำไรจำนวนมากที่ไม่ได้จดทะเบียน และการลงทะเบียนไม่เพียงพอ เหมาะสม

(2) การเก็บรักษาข้อมูลวัตถุประสงค์ของกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไรและชื่อบุคคลที่เป็นเจ้าของหรือมีอำนาจควบคุม และการเปิดเผยข้อมูล เนื่องจากไม่ชัดเจนว่ามีข้อมูลดังกล่าวและสาธารณชนเข้าถึงได้

(3) การจัดทางการเงินประจำปีที่ย่อยรายละเอียดย่อยรายรับและรายจ่ายเนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ยังไม่ครอบคลุมองค์กรไม่แสวงหากำไรต่างประเทศ

(4) การควบคุมการใช้เงินให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ เนื่องจากยังไม่มีความชัดเจนว่าอำนาจการตรวจสอบของนายทะเบียนรวมถึงการตรวจสอบบัญชีอย่างครบถ้วน และการใช้จ่ายเงินไปตามวัตถุประสงค์หรือไม่

(5) มาตรการยืนยันตัวตนผู้รับประโยชน์และการจัดเก็บเอกสารแสดงตนผู้บริจาค เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำกับดูแลเรื่องดังกล่าว และไม่มีกระบวนการที่ชัดเจนในการรับบริจาคจากต่างประเทศ

(6) การเก็บรักษาการธุรกรรมอย่างน้อย 5 ปี และการเปิดเผยข้อมูล เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำกับดูแลเรื่องดังกล่าว

มาตรฐานที่ไทยในฐานะสมาชิกกลุ่มต่อต้านการฟอกเงินเอเชียแปซิฟิก (Asia-Pacific Group on Money Laundering: APG) ซึ่งเป็นองค์กรระดับภูมิภาคของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรฐานทางการเงิน (Financial action Task Force: FATF) ต้องปฏิบัติตามและรับการประเมิน

3. แนวคิดและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับภาคประชาสังคม

หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของภาคประชาสังคมไม่ได้ถูกจัดหมวดหมู่ไว้อย่างเป็นระบบมากนัก แต่มาจากการอนุมานจากบทบัญญัติที่ปรากฏในพันธกรณีระหว่างประเทศ ในที่นี้จะนำเสนอเป็น 3 หัวข้อย่อย ได้แก่ การจำแนกสิทธิของภาคประชาสังคม อุปสรรคขัดขวางต่อการปฏิบัติตามสิทธิของภาคประชาสังคม และหลักการพื้นฐานในการจำกัดสิทธิของภาคประชาสังคม

3.1 การจำแนกสิทธิของภาคประชาสังคม

กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการคุ้มครองและส่งเสริมภาคประชาสังคม (civic space or civil society) ไม่ว่าจะเป็นกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (ICCPR) ซึ่งประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีตั้งแต่วันที่ 29 ตุลาคม 2539 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) ซึ่งรับรองสิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและแสดงออก ในการรวมกลุ่มและสมาคมอย่างสงบ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังรวมถึงเอกสารกฎหมายระหว่างประเทศในประเด็นเฉพาะอื่น ๆ ที่สำคัญ ซึ่งรับรองสิทธิในการรวมกลุ่มและการมีส่วนร่วมในประเด็นนั้น ๆ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) มาตรา 3 และมาตรา 7 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (CRPD) มาตรา 21 และมาตรา 29 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มาตรา 13 และมาตรา 15 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกในครอบครัว ค.ศ. 1990 (ICRMW) มาตรา 13 มาตรา 14 และมาตรา 26 เป็นต้น ซึ่งเอกสารกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ต่างอยู่บนหลักการพื้นฐานของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (UDHR) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีทางกฎหมายระหว่างประเทศและบังคับใช้อย่างสากล และเป็นรากฐานของปฏิญญาสหประชาชาติฉบับอื่น ๆ ในเวลาต่อมา เช่น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา (1986) ปฏิญญาว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิมนุษยชน (1999) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิชนเผ่าพื้นเมือง (2007) ซึ่งต่างก็บัญญัติรับรองถึงสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร สิทธิในการมี

(7) บทลงโทษที่มีประสิทธิผล ได้สัดส่วน และมีผลยับยั้งการกระทำผิด เนื่องจากการลงโทษยังขาดความเพียงพอในด้านประสิทธิผล ความเหมาะสม และมีผลยับยั้งการกระทำผิดขององค์กรไม่แสวงหากำไร

(8) การให้ข้อมูลองค์กรไม่แสวงหากำไรกับหน่วยงานต่างประเทศ เนื่องจากไม่มีกฎหมายให้อำนาจเปิดเผยข้อมูลองค์กรไม่แสวงหากำไรกับหน่วยงานต่างประเทศ และไม่มีแนวทางที่ชัดเจนในการแบ่งปันข้อมูลเกี่ยวกับองค์กรไม่แสวงหากำไรกับต่างประเทศ”

ส่วนร่วมทางการเมืองและชีวิตสาธารณะ (public life) รวมถึงสิทธิในการรวมกลุ่มและสมาคม เช่นกัน¹⁵

เมื่อพิจารณาเอกสารทางกฎหมายระหว่างประเทศในประเด็นสิทธิมนุษยชน อาจพิจารณา จำแนกสิทธิที่เกี่ยวข้องกับภาคประชาสังคมได้ 3 ด้าน ได้แก่ สิทธิในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการ สาธารณะ (ถูกรับรองไว้ในมาตรา 21 ของ UDHR และมาตรา 25 ของ ICCPR) สิทธิเสรีภาพในการสมาคม และการชุมนุมโดยสงบ (ถูกรับรองโดย มาตรา 20 ของ UDHR และมาตรา 22 ของ ICCPR) และ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก (ถูกรับรองโดยมาตรา 19 ของทั้ง UDHR และ ICCPR) นอกจากนี้ยังมีสิทธิอื่น ๆ ที่เชื่อมโยงกับภาคประชาสังคม เช่น สิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงของบุคคล (ถูกรับรองไว้ในมาตรา 3 ของ UDHR และมาตรา 6 และมาตรา 9.1 ของ ICCPR) สิทธิในความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ (ถูกรับรองไว้ในมาตรา 7 ของ UDHR และมาตรา 26 ของ ICCPR) สิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและศาสนา (ถูกรับรองไว้ในมาตรา 18 ของทั้ง UDHR และ ICCPR) สิทธิในความเป็นส่วนตัว การไม่เปิดเผยตัวตน และการปกป้องข้อมูลส่วนบุคคล (ถูกรับรองไว้ในมาตรา 12 ของ UDHR และมาตรา 17 ของ ICCPR) เป็นต้น¹⁶

นอกจากนี้ เราอาจจำแนกหลักการระหว่างประเทศในการคุ้มครองภาคประชาสังคม (International Principles Protecting Civil Society) โดยตรง เป็น 7 หลักการ แบ่งออกเป็น 6 สิทธิ และ 1 หน้าที่ของรัฐ¹⁷ ได้แก่ สิทธิในการเข้าร่วม สิทธิในการดำเนินการอย่างอิสระโดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐที่ไม่มีเหตุผล สิทธิในการสื่อสารและความร่วมมือ สิทธิในการแสดงความคิดเห็น อย่างอิสระ สิทธิเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ สิทธิในการแสวงหาและมีทรัพยากรอย่างมั่นคง และหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครอง ส่งเสริม และเคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชน เสรีภาพขั้นพื้นฐาน และภาวะผูกพัน ต่อการคุ้มครองสิทธิขององค์กรประชาสังคม (civil society organizations: CSOs)

3.2 อุปสรรคขัดขวางต่อการปฏิบัติตามสิทธิของภาคประชาสังคม

อุปสรรคการขัดขวางต่อการปฏิบัติตามสิทธิของภาคประชาสังคม มีลักษณะตรงข้ามกับสิทธิ ในการคุ้มครองภาคประชาสังคม ได้แก่ อุปสรรคในการเข้าร่วม อุปสรรคต่อกิจกรรมการดำเนินงาน อุปสรรคต่อการพูดและการสนับสนุน อุปสรรคต่อการติดต่อและสื่อสาร อุปสรรคต่อการชุมชน และ อุปสรรคต่อทรัพยากร

- อุปสรรคในการเข้าร่วม หมายถึง บทบัญญัติของกฎหมายที่มักถูกใช้เพื่อจำกัดสิทธิของ ประชาชนในการสมาคม เช่น ในเกาหลีเหนือ ซึ่งรัฐธรรมนูญไม่อนุญาตให้มีการก่อตั้งสมาคม เว้นแต่ จะจัดตั้งโดยรัฐ รวมถึงการจำกัดผู้ก่อตั้ง เช่น ในไทยและมาเลเซีย กฎหมายอนุญาตเฉพาะผู้เป็นพลเมือง หรือมีสัญชาติในการเป็นผู้ก่อตั้งสมาคม โดยไม่อนุญาตให้ผู้ลี้ภัย แรงงานข้ามชาติ และคนไร้สัญชาติ ในการก่อตั้งสมาคมได้

¹⁵ UNDP & ICNL (เชิงอรรถ 6) 9-10.

¹⁶ เพิ่งอ้าง 10-17.

¹⁷ ICNL & NED (เชิงอรรถ 4) 5-7.

รวมถึงข้อจำกัดในลักษณะอื่น เช่น การห้ามไม่ให้สมาคมในกรณีกลุ่มที่ไม่ได้จดทะเบียนประเทศที่ใช้หลักการนี้ ได้แก่ คิวบา แซมเบีย อุซเบกิสถาน เป็นต้น การเพิ่มภาระในการจดทะเบียน/ขั้นตอนในการจัดตั้ง การปฏิเสธสิทธิในการก่อตั้งของคนบางกลุ่ม เช่น การปฏิเสธสิทธิในการก่อตั้งสมาคมสิทธิเกย์ในรัสเซีย บางประเทศตั้งกำแพงต่อองค์กรระหว่างประเทศ เช่น ออกกฎหมายเฉพาะเพื่อเป็นอุปสรรคต่อองค์กรระหว่างประเทศต่าง ๆ เพื่อป้องกันไม่ให้องค์กรเหล่านั้นดำเนินกิจการภายในประเทศ¹⁸

เมื่อพิจารณาจากอุปสรรคในส่วนนี้ มีแนวโน้มของร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรของไทยในปัจจุบัน พยายามจะจำกัดสิทธิในการเข้าร่วม อันเป็นการจำกัดสิทธิโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือเพื่อเพิ่มอุปสรรคต่อองค์กรภาคประชาสังคม โดยสร้างขั้นตอนและเงื่อนไขที่ซับซ้อนยุ่งยากประยุกต์เข้าด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการให้จดทะเบียน การให้เปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ รวมถึงแหล่งที่มาของเงินทุน การจัดทำบัญชี เป็นต้น

- อุปสรรคต่อกิจกรรมการดำเนินงาน เป็นกรณีที่รัฐออกกฎหมายไม่ให้องค์กรภาคประชาสังคมดำเนินกิจกรรมบางประเภท เช่น ในอิเควทอเรียลกินี (Equatorial Guinea) ห้ามมิให้องค์กรไม่แสวงหากำไรดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ในหลายประเทศใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจนกำกวม เพื่อประโยชน์ในการตีความตามอำเภอใจของฝ่ายรัฐ เช่น ในอียิปต์และรัสเซีย สั่งห้ามดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับ “การเมือง” “หัวรุนแรง” หรือ “ก่อการร้าย” มีข้อสังเกตว่าร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรของไทยก็ใช้เทคนิคดังกล่าวเช่นเดียวกัน

รวมถึงการเพิ่มขอบเขตการควบคุมตรวจสอบ เป็นการออกกฎหมายเพิ่มอำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบควบคุมการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร โดยการเพิ่มเงื่อนไขภาระหน้าที่ในการรายงานเอกสาร การแทรกแซงการควบคุมกิจการภายใน การมีเงื่อนไขล่วงหน้าในการขออนุมัติ เช่น ในรัสเซีย กฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการร้องขอเอกสารทางการเงินใด ๆ รวมถึงเอกสารภายในได้ตลอดเวลาโดยไม่จำกัด เป็นต้น¹⁹ มีข้อสังเกตว่าร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรของไทยก็มีเนื้อหาในแนวทางสร้างอุปสรรคต่อกิจกรรมการดำเนินงานเช่นกัน ตัวอย่างเช่น การเพิ่มภาระให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร การต้องใช้จ่ายดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่แจ้ง และการปฏิบัติตามเงื่อนไขอื่น ในมาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 และมาตรา 22 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 เป็นต้น

- อุปสรรคต่อการพูดและการสนับสนุน เป็นการออกกฎหมายในการจำกัดสิทธิมนุษยชนและการส่งเสริมประชาธิปไตย นั่นก็คือ ความสามารถในการพูดและการแสดงออกอย่างอิสระ เช่น การมีเงื่อนไขก่อนและเซ็นเซอร์ก่อน การใช้กฎหมายหมิ่นประมาทเพื่อขัดขวางเสรีภาพในการพูดและปกป้องผู้มีอำนาจจากการตรวจสอบ เช่น ในกัมพูชาและไทย การใช้ถ้อยคำที่คลุมเครือไม่ชัดเจนเพื่อจำกัดการแสดงความคิดเห็น การทำให้ความเห็นต่างเป็นความผิดทางอาญา เช่น ในมาเลเซีย เพื่อป้องกัน

¹⁸ เฟ็งอ้าง 15-17.

¹⁹ เฟ็งอ้าง 17-20.

การวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลในฐานความคิด “เผยแพร่ข้อมูลอันเป็นเท็จ” ในเวียดนาม ในฐานความผิด “สายลับ (spying)” หรือ “การโฆษณาชวนเชื่อ (conducting propaganda)” เป็นต้น²⁰

- อุปสรรคต่อการติดต่อและสื่อสาร เป็นอุปสรรคที่เชื่อมโยงกับความสามารถในการแสดงออกอย่างอิสระขององค์กรไม่แสวงหากำไร เช่น กฎหมายห้ามสร้างเครือข่ายสมาคม มูลนิธิ สหภาพการค้า หรือนิติบุคคลภาคเอกชนอื่น กฎหมายห้ามติดต่อกับองค์กรระหว่างประเทศ เช่น ในสหรัฐอเมริกาทรัมป์มีกฎหมายห้ามไม่ให้องค์กรไม่แสวงหากำไรร่วมกิจกรรมกับต่างชาติก่อนที่จะได้รับอนุญาต เป็นต้น หรืออุปสรรคต่อการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารหรือเทคโนโลยีการสื่อสาร เป็นการสร้างอุปสรรคโดยใช้วิธีการทางเทคโนโลยี เช่น การปิดกั้น (blocking) หรือการกรอง (filtering) โดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการจำกัดการแสดงความคิดเห็นผ่านทางอินเทอร์เน็ต เป็นต้น²¹

- อุปสรรคต่อการชุมนุม กฎหมายถูกใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างอุปสรรคต่อเสรีภาพในการชุมนุมในหลายรูปแบบ เช่น การห้ามไม่ให้ชุมนุมสาธารณะ เช่น ในเมียนมาร์ กฎหมายอาญา มาตรา 144 ห้ามไม่ให้ชุมนุมสาธารณะเกินกว่า 5 คน หรือคำสั่งที่ 2/2010 เมื่อวันที่ 23 มิถุนายน 2010 ห้ามการรวมกลุ่มที่มีการถือธงหรือเดินขบวนประท้วง และพูดสโลแกนในการเดินขบวน รวมถึงการออกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ตามกฎหมายการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินของไทย ในเดือนเมษายน 2010 เป็นต้น การกำหนดเงื่อนไขให้แจ้งการชุมนุมล่วงหน้า การจำกัดเนื้อหาหรือประเด็นในการชุมนุม การห้ามบุคคลบางกลุ่มร่วมชุมนุม เป็นต้น²²

- อุปสรรคต่อทรัพยากร เป็นการใช้อุปสรรคจำกัดการเข้าถึงทรัพยากรหรือแหล่งเงินทุนขององค์กรไม่แสวงหากำไร โดยเฉพาะแหล่งเงินจากต่างชาติ เช่น ห้ามไม่ให้องค์กรสหประชาชาติ หรือองค์กรต่างชาติสนับสนุนเงินทุนแก่องค์กรไม่แสวงหากำไร ห้ามไม่ให้องค์กรไม่แสวงหากำไรรับเงินสนับสนุนจากแหล่งทุนภายนอกประเทศ โดยใช้ถ้อยคำอันไม่เฉพาะเจาะจง เช่น “ขัดต่อสิทธิทางการเมือง” “มีวัตถุประสงค์ทางการเมือง” “องค์กรที่มีลักษณะทางการเมืองโดยธรรมชาติ” ปรากฏในเวเนซุเอลา เอกวาดอร์ อินเดีย เป็นต้น

การกำหนดให้กรณีรับเงินทุนจากต่างประเทศต้องขออนุญาตล่วงหน้า เช่น ในอียิปต์ จอร์แดน เบลารุส เป็นต้น กำหนดเงื่อนไขวิธีการอันเป็นภาระ โดยแจ้งรายละเอียดการรับเงินทุนและการจ่ายวัตถุประสงค์ของการบริจาค รวมถึงกำหนดเงื่อนไขการใช้จ่าย เช่น ในจีน อินเดีย ฟิลิปปินส์ และอินเดีย เป็นต้น²³ มีข้อพิจารณาว่าร่างกฎหมายขององค์กรไม่แสวงหากำไรของไทยก็พยายามจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยใช้เทคนิควิธีนี้เช่นกัน

²⁰ เฟิ่งอ่าง 20-21.

²¹ เฟิ่งอ่าง 22-23.

²² เฟิ่งอ่าง 23-25.

²³ เฟิ่งอ่าง 26-28.

3.3 หลักการพื้นฐานในการจำกัดสิทธิของภาคประชาสังคม

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 22 ของ ICCPR ซึ่งรับรองหลักสิทธิมนุษยชนพื้นฐานว่าด้วยสิทธิในการรวมกลุ่ม ซึ่งประเทศไทยได้ภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 1996 อาจพิจารณาหลักการพื้นฐานในการจำกัดสิทธิดังกล่าว ได้ 3 ประการ ได้แก่ หลักบัญญัติไว้โดยกฎหมาย (Prescribed by law) หลักวัตถุประสงค์อันชอบธรรม (Legitimate government concerns) และหลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย (Necessary in a democratic society)²⁴

3.3.1 หลักบัญญัติไว้โดยกฎหมาย

หลักบัญญัติไว้โดยกฎหมาย (Prescribed by law) หมายถึง การจำกัดสิทธิของประชาชน จะกระทำได้อีกแต่ในรูปแบบของกฎหมาย (a formal basis in law) โดยบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่บุคคลหรือองค์กรไม่แสวงหากำไรจะทราบได้ว่าการกระทำของตน ไม่ว่าจะด้วยเจตนาหรือไม่ เป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายและทราบถึงผลที่จะตามมาจากการกระทำนั้น และมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในระดับที่เพียงพอต่อการควบคุมดุลพินิจของเจ้าหน้าที่²⁵ กฎหมายต้องสามารถเข้าถึงได้ ชัดเจนและเฉพาะเจาะจงอย่างเพียงพอให้ประชาชนคาดคะเนล่วงหน้า ได้ว่าการกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นการขัดต่อกฎหมาย²⁶ และไม่อาจจะถ่ายโอนอำนาจในการจำกัดสิทธิดังกล่าวให้แก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิของประชาชนในรูปแบบอื่น ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลำดับรองหรือคำสั่งทางปกครอง รวมถึงมติหรือคำสั่งอื่น²⁷

รวมถึง การใช้เทคนิควิธีบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำคลุมเครือหรือกำกวมอันนำไปสู่การใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการออกกฎหรือออกคำสั่งอย่างเป็นอัตวิสัยหรือตามอำเภอใจ กล่าวคือ เป็นการบัญญัติกฎหมายในลักษณะไม่อาจคาดหมายได้โดยวิญญูชน (not reasonably foreseeable) บทบัญญัติของกฎหมายลักษณะดังกล่าวไม่ถือเป็น “การบัญญัติไว้โดยกฎหมาย” การบัญญัติกฎหมายลักษณะดังกล่าวเป็นการขัดต่อหลักนิติรัฐ และหลักความชอบด้วยกฎหมาย (legality principle) อาจเรียกเทคนิคการบัญญัติกฎหมายของรัฐอำนาจนิยมในลักษณะดังกล่าวว่า เทคนิค “การใช้ภาษาที่ไม่ชัดเจน (overbroad language)” เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการออกกฎหรือคำสั่งอย่างไม่จำกัด (unfettered discretion) ในการจำกัดสิทธิของบุคคล²⁸

²⁴ UN Human Rights Council, ‘Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism’ (2014) UN doc A/69/397, para 30.

²⁵ OSCE and ODIHR, ‘Key Guiding Principles of Freedom of Association with an Emphasis on Non-Governmental Organizations’ (Australian Human Rights Commission) <https://humanrights.gov.au/sites/default/files/document/page/OSCE_Guidelines_freedom_of_association.pdf> สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2565, 4.

²⁶ The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Principle 1.1(a). <www.article19.org> สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2565.

²⁷ UN General Assembly, ‘Human rights defenders: note / by the Secretary-General’ (2009) UN doc A/64/226, para 27.

²⁸ UN Human Rights Committee, ‘General Comment 34: Article 19 – Freedoms of opinion and expression’ (2011) U.N. Doc. CCPR/C/GC/34, para 25.

3.3.2 หลักวัตถุประสงค์อันชอบธรรม

หลักวัตถุประสงค์อันชอบธรรม (Legitimate government concerns) หรือหลักเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิ (Limitation clause) นั้นหมายถึง การออกกฎหมายในการจำกัดสิทธิประชาชนของรัฐต้องอยู่บนพื้นฐานของวัตถุประสงค์อันชอบธรรม (Legitimate Aim)

ICCPR มาตรา 22 (2) กำหนดว่าเสรีภาพในการสมาคมและการชุมนุมโดยสงบจะถูกจำกัดได้เมื่อมีความจำเป็นด้วยเหตุ “ความมั่นคงของชาติ” “ความปลอดภัยสาธารณะ” “ความสงบเรียบร้อย” “การสาธารณสุข” “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” หรือ “สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น” และมาตรา 42 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้รับรองเสรีภาพในการรวมกลุ่มตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อ “คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ” “เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี” หรือ “เพื่อป้องกันหรือขจัดการผูกขาด” การใช้กฎหมายซึ่งจำกัดสิทธิของประชาชนเป็นเครื่องมือของรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อันชอบธรรมนั้น ต้องปรากฏความเชื่อมโยงอย่างเพียงพอว่าการจำกัดสิทธิของประชาชนสนับสนุนหรือช่วยให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นบรรลุผล โดยกลไกและวิธีการที่เฉพาะเจาะจง ไม่ใช่การกล่าวอ้างหรือยก “วัตถุประสงค์อันชอบธรรม” หรือ “เงื่อนไขในการจำกัดสิทธิ” ซึ่งโดยทั่วไปปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายตรง ๆ เพื่อจำกัดสิทธิของประชาชนโดยปราศจากเงื่อนไขหรือมาตรการเฉพาะ เช่น “ความสงบเรียบร้อย” ซึ่งเป็นคำที่มีความคลุมเครือ ได้ถูกใช้เพื่อสร้างความชอบธรรมให้การจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวาง²⁹

วัตถุประสงค์อันชอบธรรมข้างต้นต้องไม่เป็นเครื่องมือของรัฐในการอ้างเพื่อสร้างความชอบธรรมในการสร้างข้อจำกัดอันเป็นปฏิปักษ์ต่อองค์กรไม่แสวงกำไร องค์กรพัฒนาภาคเอกชนหรือภาคประชาสังคม ในการแสดงออกและรวมกลุ่มซึ่งเป็นรากฐานของประชาธิปไตย และเคลื่อนไหวเพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชนซึ่งได้รับเงินทุนจากต่างประเทศ³⁰ และรัฐไม่ควรใช้วัตถุประสงค์อันชอบธรรมเช่นการอ้างถึง “ความมั่นคงของชาติ” เพื่อเป็นเครื่องมือในการกดขี่หรือเป็นปฏิปักษ์ต่อประชาชน³¹ บางรัฐได้ใช้มาตรฐาน FATF เป็นเครื่องมือในการลดพื้นที่เคลื่อนไหวของภาคประชาสังคมและปราบปรามการต่อต้านทางการเมือง³² โดย FATF เองก็ได้ทราบปัญหาการบิดเบือนวัตถุประสงค์

²⁹ UN Human Rights Committee, ‘General comment no. 37 (2020) on the right of peaceful assembly (article 21)’ (2020) UN doc CCPR/C/GC/37, para 44.

³⁰ National Endowment for Democracy (NED), ‘The Backlash against Democracy Assistance’ (National Endowment for Democracy, 8 June 2006) <<https://www.ned.org/docs/backlash06.pdf>> สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2565, 12.

³¹ UN General Assembly, ‘Report of the Special Rapporteur on the Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin’ (2006) UN doc A/61/267, para 20.

³² UN Human Rights Council, ‘Impact of measures to address terrorism and violent extremism on civic space and the rights of civil society actors and human rights defenders, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of Human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Fionnuala Ni Aoláin’ (2019) UN doc A/HRC/40/52, para 6.

อันชอบธรรมในการออกกฎหมายลักษณะดังกล่าว และมีการริเริ่มโครงการในปี 2021 เพื่อแก้ไขและบรรเทาปัญหาการควบคุมที่มากเกินไปและข้อจำกัดขององค์กรไม่แสวงหากำไรภายใต้มาตรฐาน FATF³³

3.3.3 หลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย

การจำกัดสิทธิของประชาชนในรัฐเสรีประชาธิปไตย นอกจากจะต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายและมีเหตุผลหรือวัตถุประสงค์อันชอบธรรมแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวต้องมี “ความจำเป็น” สำหรับสังคมประชาธิปไตย³⁴ ความจำเป็นในที่นี้หมายความว่า “มาตรการใด ๆ ในการจำกัดสิทธิจะต้องได้สัดส่วนกับการบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบธรรม และกำหนดเท่าที่ไม่เกินขอบเขตความจำเป็นจากความต้องการทางสังคม”³⁵ บทบัญญัติของกฎหมายในการจำกัดสิทธิของประชาชนจะต้อง “ใช้เครื่องมือหรือวิธีการที่กระทบสิทธิของประชาชนอย่างน้อยที่สุด (less intrusive means) เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ” อาจกล่าวได้ว่า หลักการดังกล่าวไม่แตกต่างไปจาก “หลักความจำเป็นและความได้สัดส่วน” (Necessity and proportionality) ที่วางหลักเกณฑ์ว่า บทบัญญัติของกฎหมายในการจำกัดสิทธิของประชาชนต้องมีความจำเป็นและได้สัดส่วน โดยรัฐจะต้องเลือกใช้วิธีที่กระทบต่อสิทธิน้อยที่สุดในการบรรลุวัตถุประสงค์ที่มีความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิ นั้นเอง³⁶ เช่น ในการพิจารณาออกกฎหมายซึ่งจะจำกัดสิทธิขององค์กรไม่แสวงหากำไร องค์กรพัฒนาภาคเอกชน และภาคประชาสังคม ไม่ว่าจะอยู่ภายใต้กฎหมายขององค์กรไม่แสวงหากำไร หรือกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินก็ตาม รัฐจะต้องพิจารณาบทบัญญัติในการจำกัดสิทธิ “ให้ได้สัดส่วนกับความเสี่ยง” (proportional to the risks) ตามหลักการของ AML/CFT

รัฐไม่ควรกำหนดนิยามองค์กรไม่แสวงหากำไรอย่างกว้างขวาง และไม่เฉพาะเจาะจงและไม่ได้สัดส่วน (focused and proportionate) และการกำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรต้องจัดทำรายงานและเปิดเผยข้อมูล โดยปราศจากหลักเกณฑ์เฉพาะเจาะจงในการจำแนกระดับความเสี่ยงและการตรวจพบเชิงประจักษ์เกี่ยวกับความเสี่ยงที่เกิดขึ้น³⁷ อันมีลักษณะเป็นการสร้างภาระเกินจำเป็นแก่องค์กรไม่แสวงหากำไร

³³ FATF, ‘Mitigating the Unintended Consequences of the FATF Standards’ (The Financial Action Task Force) <<https://www.fatf-gafi.org/publications/financialinclusionandnpoissues/documents/unintended-consequences-project.html>> สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2565; ดูประกอบ ICNL, *International Legal Analysis of the Eight Principles Underlying the Draft NPO Law* (เชิงอรรถ 78) 2.

³⁴ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 74) para 17.

³⁵ OSCE and ODIHR (เชิงอรรถ 25) 4.

³⁶ UN Human Rights Committee, ‘CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement)’ (1999) UN doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, para 14.

³⁷ UN Human Rights Council, ‘Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism; the special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression; the special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association and the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders’ (2021) UN doc THA 5/2021, 6.

นอกจากนี้ การจดทะเบียน การจัดทำรายงาน หรือการเปิดเผยข้อมูลใด ๆ ควรให้องค์กรนั้น ๆ มีอิสระในการตัดสินใจเลือก ไม่ใช่การบังคับให้ต้องปฏิบัติโดยผลของกฎหมาย แต่เป็นการจูงใจให้ปฏิบัติโดยผ่านกระบวนการอื่นเช่น การให้เงินสนับสนุน

ในส่วนกรณีรับเงินทุนต่างประเทศนั้น การกำหนดเงื่อนไขให้องค์กรไม่แสวงหากำไรมีภาระต้องกระทำการใดมากกว่ากรณีทั่วไป โดยไม่มีมูลเหตุหรือองค์ประกอบอย่างชัดเจนในการกระทำผิดกฎหมายอาญานั้น ถือเป็นการขัดขวางและแทรกแซงความเป็นอิสระในการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร ซึ่งรัฐควรหลีกเลี่ยงการกระทำเช่นว่า³⁸

4. ข้อพิจารณาต่อร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หัวข้อนี้จะมุ่งเน้นวิเคราะห์เนื้อหาของร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรฉบับ 2564 และฉบับ 2565 โดยเปรียบเทียบและโดยรวมว่าสอดคล้องกับหลักพื้นฐานการจำกัดสิทธิของภาคประชาสังคมหรือไม่ อย่างไร ในส่วนแรกจึงเป็นการอธิบายโครงสร้างและเนื้อหาเบื้องต้นของร่างกฎหมายทั้งสองฉบับถัดไปจึงเป็นการวิเคราะห์ปัญหาการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากร่างกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว และในส่วนสุดท้ายเป็นข้อพิจารณาการจำกัดสิทธิจากร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

4.1 โครงสร้างและเนื้อหาเบื้องต้นของร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไร

ร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรฉบับ 2564 และฉบับ 2565 แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงหลักการและเหตุผล และมีสาระสำคัญบางประการเปลี่ยนแปลงไป โดยร่างกฎหมายฉบับ 2564 มีเนื้อหาเพียง 12 มาตราและไม่มีการจำแนกหมวด แต่ร่างกฎหมายฉบับ 2565 มีเนื้อหาถึง 28 มาตรา และมีการจำแนกเป็น 2 หมวด (หมวด 1 การส่งเสริมและพัฒนาองค์กรไม่แสวงหากำไร และหมวด 2 การดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร) แต่อาจกล่าวได้ว่าโครงสร้างของร่างกฎหมายทั้งสองฉบับไม่แตกต่างกัน โดยจำแนกเป็น บทนิยาม รัฐมนตรีรักษาการ ขอบเขตการใช้บังคับ การส่งเสริมและพัฒนาองค์กรไม่แสวงหากำไร การกำกับควบคุมองค์กรไม่แสวงหากำไร และมาตรการบังคับและโทษ

ร่างกฎหมายฉบับ 2564 มีสาระสำคัญให้เป็นกฎหมายกลางเพื่อกำกับการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายนี้ให้อธิบดีกรมการปกครองเป็นผู้รับผิดชอบจัดแจ้ง ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนด องค์กรไม่แสวงหากำไรมีหน้าที่ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาและจำนวนของเงินหรือทรัพย์สินที่จะใช้ในการดำเนินกิจกรรมในแต่ละปีต่อผู้รับจัดแจ้ง ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีกำหนด ต้องรายงานผลการรับและใช้จ่ายเงินหรือทรัพย์สินดังกล่าวรวมทั้งกิจกรรมที่ดำเนินการในแต่ละปีต่อผู้รับจัดแจ้งตาม

³⁸ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 74) para 64; ดูประกอบ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 62) para 38.

หลักเกณฑ์ วิธีการ และระยะเวลาที่ผู้รับจดทะเบียนกำหนด ต้องเสนอรายงานการสอบบัญชีโดยผู้สอบบัญชีรับอนุญาตต่อผู้รับจดทะเบียนภายในหกสิบวันนับแต่วันสิ้นปี กำหนดบทลงโทษอาญาแก่ผู้ดำเนินการองค์กรไม่แสวงหากำไรโดยมิได้จดทะเบียนต่อผู้รับจดทะเบียน

ร่างกฎหมายฉบับ 2565 มีสาระสำคัญเป็นกฎหมายกลางว่าด้วยองค์กรไม่แสวงหากำไร กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาศักยภาพและความมั่นคงของมนุษย์รักษาการตามกฎหมายนี้ ปลัดกระทรวงการพัฒนาศักยภาพและความมั่นคงของมนุษย์ รวมถึงข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งมีหน้าที่เป็นนายทะเบียน มีหมวดว่าด้วยการส่งเสริมและพัฒนาองค์กรไม่แสวงหากำไร และมีการจัดตั้งคณะกรรมการส่งเสริมและพัฒนาองค์กรไม่แสวงหากำไรมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องดังกล่าว

องค์กรไม่แสวงหากำไรมีสิทธิและเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมตามวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง องค์กรไม่แสวงหากำไรมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลขององค์กรไม่แสวงหากำไร โดยต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับชื่อองค์กร วัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง วิธีดำเนินงาน แหล่งที่มาของเงินทุน รายชื่อผู้รับผิดชอบดำเนินงาน ให้หน่วยงานของรัฐและบุคคลทั่วไปเข้าถึงข้อมูลนั้นโดยง่าย องค์กรไม่แสวงหากำไรต้องไม่ดำเนินงานในลักษณะที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ รวมถึงความมั่นคงของรัฐด้านเศรษฐกิจหรือด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือก่อให้เกิดความแตกแยกในสังคม กระทบต่อประโยชน์สาธารณะรวมทั้งความปลอดภัยสาธารณะ เป็นการกระทำความผิดต่อกฎหมาย และเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือกระทบต่อความเป็นอยู่โดยปกติสุขของบุคคลอื่น

องค์กรไม่แสวงหากำไรที่รับเงินอุดหนุนหรือเงินบริจาคจากแหล่งเงินทุนต่างประเทศต้องแจ้งชื่อแหล่งเงินทุนต่างประเทศ บัญชีธนาคารที่จะได้รับ และวัตถุประสงค์ของการนำเงินไปใช้จ่ายต่อนายทะเบียน ต้องรับเงินผ่านบัญชีของธนาคารตามที่องค์กรไม่แสวงหากำไรแจ้งไว้ต่อนายทะเบียน ต้องใช้เงินที่ได้รับจากแหล่งเงินทุนต่างประเทศเฉพาะตามวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งต่อนายทะเบียน และต้องไม่ใช้เงินที่ได้รับจากแหล่งเงินทุนต่างประเทศเพื่อดำเนินกิจกรรมในลักษณะการแสวงหาอำนาจรัฐหรือเป็นประโยชน์ต่อพรรคการเมือง

องค์กรไม่แสวงหากำไรที่มีรายได้จากการรับเงินบริจาคจากบุคคลทั่วไปหรือจากแหล่งเงินทุนต่างประเทศ จะต้องจัดทำบัญชีรายรับรายจ่ายในแต่ละรอบปี และเปิดเผยบัญชีรายรับรายจ่ายนั้นให้บุคคลทั่วไปเข้าถึงข้อมูลนั้นโดยง่าย

ร่างกฎหมายฉบับ 2565 กำหนดมาตรการบังคับในกรณีที่องค์กรไม่แสวงหากำไรไม่ปฏิบัติตามหน้าที่เปิดเผยข้อมูล ให้นายทะเบียนแจ้งเตือนให้ดำเนินการเปิดเผยข้อมูลภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือภายในเวลาที่องค์กรไม่แสวงหากำไรขอผ่อนผันการดำเนินการ หากพ้นกำหนดเวลาแล้วยังมิได้ดำเนินการเปิดเผย ให้นายทะเบียนมีอำนาจออกคำสั่งให้องค์กรไม่แสวงหากำไรแห่งนั้นหยุดการดำเนินกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไร จนกว่าจะดำเนินการเปิดเผยข้อมูล กรณีที่องค์กรไม่แสวงหากำไรดำเนินการฝ่าฝืนลักษณะต้องห้าม ให้นายทะเบียนแจ้งเตือนให้หยุดการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือให้แก้ไขการกระทำเสียให้ถูกต้อง หากองค์กรไม่แสวงหากำไรแห่งนั้นยังฝ่าฝืนการแจ้งเตือน ให้นายทะเบียนมีอำนาจออกคำสั่งให้ยุติการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไรนั้นได้ กำหนดสิทธิ

อุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียนไว้ กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจมีหนังสือคำสั่งเรียกให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงข้อเท็จจริง รวมทั้งให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานใดเพื่อประกอบการพิจารณาได้ในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าองค์กรไม่แสวงกำไรแห่งใดอาจจะกระทำความผิดตามกฎหมายนี้ กำหนดโทษปรับทางอาญาสำหรับกรณีที่องค์กรไม่แสวงกำไรไม่หยุดการดำเนินกิจกรรมตามคำสั่งของนายทะเบียน และกรณีที่องค์กรไม่แสวงกำไรไม่ยุติการดำเนินงานตามคำสั่งของนายทะเบียน และกำหนดให้ผู้รับผิดชอบดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงกำไรที่กระทำความผิดตามกฎหมายนี้ต้องรับโทษเช่นเดียวกับองค์กรไม่แสวงหากำไร

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบความแตกต่างของร่างกฎหมายทั้งสองฉบับ อาจจำแนกการเปลี่ยนแปลงออกเป็น 6 ประเด็นหลัก ได้แก่ บทนิยาม ผู้รักษาการตามกฎหมาย การส่งเสริมและพัฒนาองค์กรไม่แสวงหากำไร การควบคุมการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร การอุทธรณ์คำสั่งและมาตรการบังคับและโทษ

- บทนิยาม

เดิมฉบับปี 2564 มาตรา 4 กำหนดให้ “องค์กรที่ไม่แสวงหารายได้หรือกำไรมาแบ่งปันกัน” หมายความว่า ความรวมถึง คณะบุคคล ที่มีได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะแต่ดำเนินกิจกรรมโดยไม่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหารายได้หรือ กำไรมาแบ่งปันกันด้วย ต่อมาฉบับปี 2565 มาตรา 3 เปลี่ยนเป็น “องค์กรไม่แสวงหากำไร” หมายความว่า คณะบุคคลภาคเอกชนซึ่งรวมกลุ่มกัน จัดตั้งในรูปแบบใด ๆ ที่มีบุคคลร่วมดำเนินงานเพื่อจัดทำกิจกรรมต่าง ๆ ในสังคม โดยไม่มุ่งแสวงหากำไรมาแบ่งปันกัน แต่ไม่รวมถึงการรวมกลุ่มของคณะบุคคลเพื่อดำเนินกิจกรรมเป็นการเฉพาะคราวหรือดำเนินกิจกรรมเฉพาะเพื่อประโยชน์ของคณะบุคคลนั้น หรือพรรคการเมือง

นิยามตามร่างกฎหมายฉบับเดิมมีขอบเขตกว้างขวางและอาจถูกตีความให้ครอบคลุมถึงการรวมกลุ่มแบบไม่เป็นทางการแทบทุกกรณี เช่น การรวมกลุ่มเพื่อเล่นหมากรุก หรือเพื่อสังสรรค์มือเย็นในครอบครัว³⁹ กลุ่มชุมชน กรรมการประชาชน คลับกีฬา การรวมกลุ่มทางวัฒนธรรม องค์กรทางศาสนา แม้กระทั่งการรวมกลุ่มทางออนไลน์⁴⁰ เนื่องจากมีการกำหนดให้ต้องมีการขึ้นทะเบียนรวมถึงการดำเนินการอันเป็นการสร้างภาระหน้าที่อันเกินจำเป็นอื่น ซึ่งไม่เหมาะสมกับการกำกับดูแลองค์กรไม่แสวงหากำไรตามสภาพความเป็นจริงอย่างมีประสิทธิภาพ และนำไปสู่การใช้อำนาจรัฐเกินส่วนและไม่สอดคล้องกับค่านิยมตามมาตรฐานสากล⁴¹

อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายฉบับปี 2565 ได้ปรับปรุงนิยามความหมายดังกล่าวให้สอดคล้องกับการนิยามความหมายของ “สมาคม” ซึ่งมีลักษณะเป็นกลุ่มซึ่งมุ่งหมายไปยังวัตถุประสงค์ที่ได้ระบุไว้มิได้ดำรงอยู่เพียงชั่วคราว มีระยะเวลาดำเนินการที่มั่นคง และมีลักษณะของความเป็นองค์กรไม่ว่าอย่างทางการหรือไม่⁴² เพื่อให้ขอบเขตการบังคับใช้แคบลง

³⁹ ICNL, *Law on the Operation of Not-for-Profit Organizations 2021* (24 March 2021) 6-7.

⁴⁰ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 13) 3.

⁴¹ ICNL, *Law on the Operation of Not-for-Profit Organizations 2021* (เชิงอรรถ 39) 1-2.

⁴² เฟิ่งอ้อ 6.



- ผู้รักษาการตามกฎหมาย

เดิมฉบับ 2564 มาตรา 12 กำหนดให้ “รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้” ต่อมาฉบับ 2565 มาตรา 4 กำหนดให้ “รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้”

อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาว่าการกำกับดูแลองค์กรไม่แสวงหากำไรควรอยู่ภายใต้กลไกที่เป็นกลาง มิใช่หน่วยงานผู้รับผิดชอบด้านความมั่นคง และควรมีความเป็นอิสระจากการครอบงำทางการเมืองและมีความรู้มากพอเกี่ยวกับการดำเนินงานของภาคประชาสังคม เช่น คณะกรรมการว่าด้วยกิจกรรมการกุศล ศาล หรือหน่วยงานด้านสังคม⁴³ นอกจากนี้ หน่วยงานที่รับผิดชอบในการกำกับดูแลองค์กรไม่แสวงหากำไร ควรเข้าถึงและเข้าใจภาคประชาสังคม มีความสามารถประสานงานตามคำแนะนำที่ 8 ของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการทางการเงินเกี่ยวกับการฟอกเงิน (FATF)⁴⁴

- การส่งเสริมและพัฒนาองค์กรไม่แสวงหากำไร

เดิมร่างกฎหมายฉบับ 2564 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง กำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรเมื่อได้รับจัดแจ้งแล้ว มีสิทธิได้รับการส่งเสริมและสนับสนุนการดำเนินการจากรัฐตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ต่อมาร่างกฎหมายฉบับ 2565 ในหมวดที่ 1 มาตรา 6 ถึงมาตรา 16 มีเนื้อหาจัดตั้งคณะกรรมการส่งเสริมและพัฒนาองค์กรไม่แสวงหากำไรและกำหนดอำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าว

- การควบคุมการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร

การควบคุมการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไรจำแนกได้ 6 ด้าน ได้แก่ การขึ้นทะเบียน การปฏิเสธการขึ้นทะเบียน/การปฏิบัติตามเงื่อนไขภาระหน้าที่ ความเสี่ยงในการแทรกแซงองค์กรไม่แสวงหากำไร ภาระในการจัดทำรายงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร หลักเกณฑ์ว่าด้วยการสนับสนุนเงินทุนจากต่างประเทศ และการตรวจสอบการดำเนินงาน

ในส่วนการขึ้นทะเบียนนั้น เดิมมาตรา 5 ของร่างกฎหมายฉบับ 2564 กำหนดให้ องค์กรไม่แสวงหากำไรจะดำเนินกิจกรรมได้ต่อเมื่อจัดแจ้งต่อผู้รับจัดแจ้ง (อธิบดีกรมการปกครอง) ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศ ส่วนร่างกฎหมายฉบับ 2565 นั้น ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขการขึ้นทะเบียน แต่ได้กำหนดตำแหน่งนายทะเบียน (ปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์) และกำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรต้องเปิดเผยข้อมูลต่อนายทะเบียน (มาตรา 19 วรรคหนึ่ง มาตรา 21 และมาตรา 22) อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาว่าการบังคับให้การรวมกลุ่มใด ๆ ของประชาชนต้องขึ้นทะเบียน ตลอดจนการกำหนดห้ามมิให้องค์กรที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียนดำเนินกิจกรรมใด ๆ เป็นการจำกัดเสรีภาพในการรวมกลุ่มซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 22 ของ ICCPR ซึ่งรับรองว่า “เสรีภาพในการรวมกลุ่มเป็นสิทธิและไม่ใช้สิ่งซึ่งประชาชนต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ” และการจัดแจ้งหรือขึ้นทะเบียนนั้น ควรอยู่บนพื้นฐานอำนาจการตัดสินใจอย่างอิสระ มิได้เกิดจากภาระผูกพันภายใต้กฎหมายหรือดุลพินิจของฝ่ายปกครอง⁴⁵

⁴³ เฟ็งอ้าง 2.

⁴⁴ เฟ็งอ้าง 7.

⁴⁵ เฟ็งอ้าง 8-9.

ในส่วนการปฏิเสศการขึ้นทะเบียน/การปฏิบัติตามเงื่อนไขภาระหน้าที่นั้น เดิมมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของร่างกฎหมายฉบับ 2564 กำหนดให้ องค์กรไม่แสวงหากำไรจะดำเนินกิจกรรม ในราชอาณาจักรได้ต่อเมื่อได้จัดแจ้งต่อผู้รับจัดแจ้งตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรี ประกาศกำหนด ส่วนร่างกฎหมายฉบับ 2565 มาตรา 18 กำหนดว่า หากคณะกรรมการพิจารณา เห็นสมควรให้มีการผ่อนผันหรือยกเว้นการปฏิบัติหน้าที่ ในเรื่องใดให้แก่องค์กรไม่แสวงหากำไร ในลักษณะใดที่มีวัตถุประสงค์ดำเนินกิจกรรมด้านประชาสังคมโดยเฉพาะและไม่มี การปฏิบัติที่ฝ่าฝืน มาตรา 20 อาจเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติผ่อนผันหรือยกเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามความในหมวดนี้ ในเรื่องใดให้แก่องค์กรไม่แสวงหากำไรลักษณะนั้นได้

ในส่วนความเสี่ยงในการแทรกแซงขององค์กรไม่แสวงหากำไรนั้น เดิมมาตรา 5 วรรคสาม ของร่าง กฎหมายฉบับ 2564 กำหนดให้ องค์กรไม่แสวงหากำไรต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไข ที่รัฐมนตรีกำหนด ต่อมา มาตรา 20 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 วรรคหนึ่งกำหนดให้ องค์กร ไม่แสวงหากำไรต้องไม่ดำเนินงานในลักษณะ (1) กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ รวมถึงความมั่นคง ของรัฐด้านเศรษฐกิจ หรือด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (2) กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือก่อให้เกิดความแตกแยกในสังคม (3) กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งความปลอดภัยสาธารณะ (4) เป็นการกระทำความผิดต่อกฎหมาย (5) เป็นการกระทำที่เป็น การละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือกระทบต่อความเป็นอยู่โดยปกติสุขของบุคคลอื่น วรรคสองกำหนดให้กรณีที่องค์กรไม่แสวงหากำไรแห่งใดดำเนินงานอันเป็นการฝ่าฝืนลักษณะดังกล่าว ให้นายทะเบียนแจ้งเตือน หากองค์กรไม่แสวงหากำไรแห่งนั้นยังฝ่าฝืนการแจ้งเตือนของนายทะเบียน ให้นายทะเบียนมีอำนาจออกคำสั่งให้องค์กรไม่แสวงหากำไรดังกล่าว ยุติการดำเนินงานขององค์กร ไม่แสวงหากำไร

ในส่วนภาระในการจัดทำรายงานขององค์กรไม่แสวงหากำไรนั้น มาตรา 6 ของร่างกฎหมาย ฉบับ 2564 กำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรต้องเปิดเผยแหล่งที่มาและจำนวนเงินหรือทรัพย์สินที่จะ ใช้ในการดำเนินกิจกรรมแต่ละปีและต้องยื่นแบบรายการภาษี ต่อมา มาตรา 19 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 กำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับชื่อขององค์กร วัตถุประสงค์ ในการจัดตั้ง วิธีดำเนินงาน แหล่งที่มาของเงินทุน รายชื่อผู้รับผิดชอบดำเนินงาน โดยให้หน่วยงานของ รัฐและบุคคลทั่วไปเข้าถึงข้อมูลนั้นโดยง่าย

ในส่วนหลักเกณฑ์ว่าด้วยการสนับสนุนเงินทุนจากต่างประเทศนั้น มาตรา 6 ของร่างกฎหมาย ฉบับ 2564 วรรคสอง กำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการอนุญาตหรือจำกัด การสนับสนุนเงินทุนจากต่างประเทศแก่องค์กรไม่แสวงหากำไร โดยกำหนดในลักษณะว่า “เฉพาะ กิจกรรม” ที่กำหนดเท่านั้นจึงอนุญาตให้ได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากต่างประเทศ ต่อมา มาตรา 21 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 กำหนดให้ องค์กรไม่แสวงหากำไรที่ได้รับเงินทุนจากต่างประเทศมีหน้าที่ต้อง (1) แจ้งชื่อแหล่งเงินทุนต่างประเทศ บัญชีธนาคารที่จะรับเงิน จำนวนเงินที่จะได้รับ และวัตถุประสงค์ ของการนำเงินไปใช้จ่าย (2) ต้องรับเงินผ่านบัญชีของธนาคารตามที่องค์กรไม่แสวงหากำไรแจ้งไว้ต่อ

นายทะเบียน (3) ต้องใช้เงินที่ได้รับจากแหล่งเงินทุนต่างประเทศเฉพาะตามวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้ง
(4) ต้องใช้เงินที่ได้รับจากแหล่งเงินทุนต่างประเทศเฉพาะตามวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้ง

ในส่วนการตรวจสอบการดำเนินงานนั้น เดิมมาตรา 6 วรรคสาม ของร่างกฎหมายฉบับ 2564 กำหนดให้ผู้รับจดทะเบียนมีอำนาจเข้าไปในสถานประกอบการขององค์กรที่ไม่แสวงหากำไรมาเพื่อตรวจสอบการดำเนินการใช้จ่ายเงิน หรือทรัพย์สิน หรือการดำเนินกิจกรรม รวมทั้งมีอำนาจตรวจสอบและทำสำเนาข้อมูลจรรยาบรรณอิเล็กทรอนิกส์ขององค์กรที่ไม่แสวงหารายได้หรือกำไรมาแบ่งปันกัน เพื่อนำมาตรวจสอบ ต่อมา มาตรา 24 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 กำหนดให้ กรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าองค์กรไม่แสวงหากำไรแห่งใดอาจจะกระทำความผิดตามกฎหมายนี้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจมีหนังสือคำสั่งเรียกให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงข้อเท็จจริง รวมทั้งให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาได้

- การอุทธรณ์คำสั่ง

เดิมร่างกฎหมายฉบับ 2564 มาตรา 9 วรรคสอง กำหนดให้สามารถอุทธรณ์คำสั่งการเพิกถอนการจดทะเบียนตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ได้ อย่างไรก็ตาม การเพิกถอนการจดทะเบียนดังกล่าวไม่มีผลเป็นการทุเลาการเพิกถอนการจดทะเบียน ต่อมา มาตรา 23 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 กำหนดในทำนองเดียวกัน โดยองค์กรไม่แสวงหากำไรอาจอุทธรณ์คำสั่งให้หยุดการดำเนินกิจกรรมของนายทะเบียนได้ ทั้งนี้ การอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวไม่เป็นเหตุทุเลาการปฏิบัติตามคำสั่งของนายทะเบียน

- มาตรการบังคับและโทษ

เดิมมาตรา 10 ของร่างกฎหมายฉบับ 2564 กำหนดให้ผู้ใดดำเนินการขององค์กรไม่แสวงหากำไรโดยมิได้จดทะเบียนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ต่อมา ร่างกฎหมายฉบับ 2565 มาตรา 25 กำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรไม่ดำเนินการตามหลักเกณฑ์การเปิดเผยข้อมูล ตามมาตรา 19 และหลักเกณฑ์การจัดทำและเปิดเผยบัญชีขององค์กรไม่แสวงหากำไรที่ได้รับเงินทุนจากต่างประเทศตามมาตรา 22 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท และปรับอีกวันละหนึ่งหมื่นบาท และมาตรา 26 กำหนดให้ องค์กรซึ่งมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 20 ที่ไม่ยุติการดำเนินการตามคำสั่งของนายทะเบียน และองค์กรที่ได้รับเงินทุนจากต่างประเทศที่ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์มาตรา 21 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท และปรับอีกวันละหนึ่งหมื่นบาท ทั้งมาตรา 27 ได้กำหนดให้ผู้รับผิดชอบดำเนินงานขององค์กรต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกับองค์กรด้วย

การเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไร ทั้งฉบับเปิดให้รับฟังความคิดเห็นเมื่อวันที่ 12 มีนาคม 2564 และฉบับเปิดให้รับฟังความคิดเห็นเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2565 นั้น อาจพิจารณาได้ทั้งจากหลักการและเหตุผลของร่างกฎหมายทั้งสองฉบับที่เปลี่ยนแปลงไป โดยร่างกฎหมายฉบับ 2564 มุ่งจำกัดสิทธิเสรีภาพและควบคุมการดำเนินการขององค์กรไม่แสวงหากำไร ส่วนร่างกฎหมายฉบับ 2565 นอกจากความมุ่งหมายในการจำกัดสิทธิเสรีภาพและควบคุมการดำเนินการขององค์กรไม่แสวงหากำไร ยังมีเนื้อหาเพิ่มเติมในส่วนการส่งเสริมการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร ซึ่งเพิ่มเติมเนื้อหาไว้ในหมวดที่ 1 “การส่งเสริมและพัฒนาองค์กรไม่แสวงหากำไร” มาตรา 6 ถึง มาตรา 16 โดยมีการจัดตั้งคณะกรรมการ กำหนดอำนาจและหน้าที่ รวมถึงหลักเกณฑ์

ในการสนับสนุนเงินองค์กรไม่แสวงหากำไร ซึ่งเป็นส่วนที่พัฒนามาจากร่างกฎหมายส่งเสริมและพัฒนาองค์กรภาคประชาสังคม อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของร่างกฎหมายฉบับ 2565 ในหมวดที่ 2 ว่าด้วย “การดำเนินการขององค์กรไม่แสวงหากำไร” มีหลักการและเนื้อหาที่มีแนวโน้มขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน หลักนิติรัฐ และบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้ร่างกฎหมายฉบับนี้มีหลักการและเหตุผลขัดแย้งกันเอง และอาจนำไปสู่การปฏิบัติใช้ที่อิหลักอิเหลือและลักลั่น กล่าวคือ เนื้อหาของร่างกฎหมายดังกล่าวเมื่อบังคับใช้อาจถูกใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองของฝ่ายบริหาร โดยใช้ส่งเสริมองค์กรไม่แสวงหากำไรที่สนับสนุนความคิดเห็นทางการเมืองหรือนโยบายของตน ขณะเดียวกันก็ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การสมาคม และการรวมกลุ่มของฝ่ายที่มีความคิดเห็นแตกต่างหรือขัดแย้งกับรัฐบาล

ในภาพรวมกล่าวได้ว่าร่างกฎหมายฉบับ 2565 มีความเปลี่ยนแปลงจากร่างกฎหมายฉบับ 2564 สำคัญหลายประการ เช่น การเปลี่ยนองค์กรกำกับดูแลจากกระทรวงมหาดไทยเป็นกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ นิยามขององค์กรไม่แสวงหากำไรที่เฉพาะเจาะจงมากขึ้น ไม่ปรากฏเงื่อนไขพื้นฐานให้ต้องจดทะเบียนก่อน หรือรอบกิจกรรมตามที่รัฐมนตรีกำหนดกรณีรับเงินสนับสนุนจากต่างประเทศ รวมถึงอำนาจในการเข้าไปในสถานประกอบการ อำนาจตรวจสอบและสำเนาข้อมูลจราจรทางอิเล็กทรอนิกส์ โฆษทางอาญาและการกุ่มขังที่ไม่ปรากฏอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าร่างกฎหมายฉบับ 2565 มีเนื้อหาอำนาจนิยมหรือจำกัดสิทธิของประชาชนน้อยลง แต่กล่าวได้ว่าการปรับแก้โดยออกแบบกลไกให้ซับซ้อนขึ้น ไม่โจ่งแจ้ง เห็นได้จากการเพิ่มเติมบทบัญญัติเนื้อหาสาระที่ต้องห้ามไม่ให้องค์กรไม่แสวงหากำไรดำเนินการอย่างกว้างขวางในมาตรา 20 วรรคหนึ่ง โดยไม่อาจหาสาระที่แท้จริงได้ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำที่กฎหมายห้ามมิให้องค์กรไม่แสวงหากำไรกระทำ เป็นผลให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจอย่างอำเภอใจใด ๆ ก็ได้ในการตีความเพื่อกล่าวหาว่า การกระทำหรือการเคลื่อนไหวโดยชอบขององค์กรไม่แสวงหากำไรเป็นการกระทำผิด ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

4.2 ปัญหาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประชาชนจากร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไร

ปัญหาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไร ทั้งฉบับ 2564 และฉบับ 2565 ปรากฏในหลายส่วน ในที่นี้จะจำแนกการพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 22 ของ ICCPR โดยพิจารณาว่าร่างกฎหมายทั้งสองฉบับมีเนื้อหาสอดคล้องกับหลักบัญญัติไว้โดยกฎหมาย หลักวัตถุประสงค์อันชอบธรรม และหลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตยหรือไม่ ประการใด อย่างไรก็ตาม การจำแนกออกเป็นสามหลักการนี้ มิได้หมายความว่าหลักการทั้งสามประการแยกออกจากกันโดยสิ้นเชิง เนื่องจากหลักการทั้งสามประการดังกล่าวเป็นแนวคิดในทางนามธรรม เมื่อนำมาปรับใช้และพิจารณากับตัวบทกฎหมายใดเป็นการเฉพาะแล้ว จะเห็นได้บ่อยครั้งว่าบทบัญญัติหนึ่ง ๆ อาจไม่สอดคล้องกับหลายหลักการ

ในเวลาเดียวกัน ดังนั้น การจำแนกในที่นี้จึงมิได้หมายความว่าเมื่อบทบัญญัติหนึ่งพิจารณาแล้ว ไม่สอดคล้องกับหลักการใด จะเป็นการตัดประเด็นการพิจารณาความไม่สอดคล้องกับอีกหลักการหนึ่งออกไป

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่ได้มุ่งเสนอแนะให้มีการปรับแก้ร่างกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว เนื่องจากความเห็นของผู้เขียนอยู่บนพื้นฐานการไม่เห็นด้วยและไม่เห็นความจำเป็นที่จะมีกฎหมาย กำจัดสิทธิเสรีภาพและควบคุมการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไรเป็นการเฉพาะ การป้องกันการ สนับสนุนทางการเงินแก่กลุ่มก่อการร้ายและการบรรเทาความเสี่ยงจากการฟอกเงินและการก่อการร้าย โดยใช้กฎหมายและหลักเกณฑ์ควบคุมการดำเนินงานของธนาคารและกฎหมายอาญารวมถึงกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่กำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการก่อการร้ายอย่างเหมาะสม ถือเป็นมาตรการที่เพียงพอแล้ว ในทางกลับกัน ผู้เขียน เห็นด้วยกับการมีกฎหมายส่งเสริมและพัฒนาการดำเนินการขององค์กรไม่แสวงหากำไร ในลักษณะ การสร้างกลไกและงบประมาณในการสนับสนุนช่วยเหลือองค์กรดังกล่าว โดยไม่มีเนื้อหาในเชิงควบคุม การดำเนินการหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพขององค์กรไม่แสวงหากำไรและประชาชน มีการจัดองค์กรและ กลไกอย่างมีส่วนร่วมและรับฟังความคิดเห็นจากภาคประชาชนและภาคส่วนอื่นตามหลักธรรมาภิบาล และมีการจัดสรรงบประมาณและทรัพยากรเพื่อสนับสนุนองค์กรไม่แสวงหากำไรอย่างกระจายทั่วถึง เป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ

4.2.1 ข้อพิจารณาร่างกฎหมายขององค์กรไม่แสวงหากำไรที่ไม่สอดคล้องกับหลักบัญญัติไว้โดยกฎหมาย

การพิจารณาร่างกฎหมายขององค์กรไม่แสวงหากำไรทั้งฉบับ 2564 และฉบับ 2565 ว่ามี เนื้อหาสอดคล้องกับหลักบัญญัติไว้โดยกฎหมายหรือไม่ อย่างไร ในที่นี้จะอภิปรายโดยจำแนกเป็น 2 ประเด็นใหญ่ได้แก่ การปฏิเสธการขึ้นทะเบียน/การปฏิบัติตามเงื่อนไขภาระหน้าที่ และความเสี่ยง ในการแทรกแซงขององค์กรไม่แสวงหากำไร

ในส่วนการปฏิเสธการขึ้นทะเบียน/การปฏิบัติตามเงื่อนไขภาระหน้าที่นั้น บทบัญญัติ มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ของร่างกฎหมายฉบับ 2564 ที่กำหนดให้ องค์กรไม่แสวงหากำไรจะดำเนิน กิจกรรมในราชอาณาจักรได้ต่อเมื่อได้จัดแจ้งต่อผู้รับจดทะเบียนตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ รัฐมนตรีประกาศกำหนด บทบัญญัติดังกล่าวทำให้รัฐมนตรีมีอำนาจปฏิเสธการขึ้นทะเบียน โดยใช้ เทคนิคการร่างกฎหมายที่กำหนดองค์ประกอบของกฎหมายที่ไม่ชัดเจน ซึ่งเป็นการให้อำนาจรัฐมนตรี ออกมาตรการซึ่งเป็นการจำกัดและแทรกแซงเสรีภาพในการรวมกลุ่ม โดยไม่ใช้กรณี “บัญญัติไว้โดย กฎหมาย” ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 22 ของ ICCPR⁴⁶ พิจารณาได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาขัดต่อ หลักการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะเสรีภาพในการรวมกลุ่มตามมาตรา 42 แห่ง รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ที่บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่จะอาศัย อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เนื่องจากการใช้เทคนิคออกกฎหมายโดยไม่มีกรอบอำนาจ

⁴⁶ เฟ็งอ่าง 9.

การนิยาม หรือกำหนดขอบเขตที่ชัดเจน (clearly defined provisions)⁴⁷ และเป็นการให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกกฎหมายลำดับรองโดยมีเนื้อหาภายในเงื่อนไขการจำกัดสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญไว้ในกฎหมายลำดับรองอีกทอดหนึ่ง อันมีลักษณะเป็นทั้งการขัดต่อหลักนิติรัฐ หลักการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย (legality) ซึ่งอาจเรียกเทคนิคการออกกฎหมายของรัฐอำนาจนิยมในรูปแบบนี้ว่า “การถ่ายโอนดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร” หรือ “การไม่ใช่ดุลพินิจอย่างแท้จริงของฝ่ายนิติบัญญัติ” อันเป็นการฝ่าฝืนหลักการที่ว่า การจำกัดหรือแทรกแซงสิทธิเสรีภาพต้องกระทำในรูปแบบกฎหมายเท่านั้น (a exigé l'intervention de la loi)⁴⁸

การกำหนดเงื่อนไขการปฏิเสธร่างกฎหมายฉบับ 2564 จึงมีลักษณะเป็นถ้อยคำและภาษาที่ไม่ชัดเจน อาจทำให้รัฐมนตรีประกาศใช้กฎหมายลำดับรองที่มีเนื้อหาที่กำหนดเงื่อนไขการขึ้นทะเบียนที่จำกัดสิทธิของประชาชน และเป็นไปตามอำเภอใจ ซึ่งไม่สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁹ การกำหนดหลักเกณฑ์อันจะเป็นการปฏิเสธรสิทธิเสรีภาพในการรวมกลุ่มต้องบัญญัติการจำกัดหรือเงื่อนไขนั้นในลักษณะเฉพาะไว้ในกฎหมาย ตามหลักที่ว่า การจำกัดสิทธิของประชาชนต้องกระทำในรูปแบบกฎหมายเท่านั้น ซึ่งต่างไปจากเทคนิคการเขียนกฎหมายของรัฐอำนาจนิยมในลักษณะเขียนกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนอกเหนือและขยายขอบเขตไปกว่าที่กำหนดไว้ในที่พระราชบัญญัติ (prescribed by law)

ต่อมา ร่างกฎหมายฉบับ 2565 มาตรา 18 กำหนดว่า หากคณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควรให้มีการผ่อนผันหรือยกเว้นการปฏิบัติหน้าที่ ในเรื่องใดให้แก่องค์กรไม่แสวงหากำไร ในลักษณะใดที่มีวัตถุประสงค์ดำเนินกิจกรรมด้านประชาสังคมโดยเฉพาะและไม่มีปฏิบัติที่ฝ่าฝืน มาตรา 20 อาจเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติผ่อนผันหรือยกเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามความในหมวดนี้ ในเรื่องใดให้แก่องค์กรไม่แสวงหากำไรลักษณะนั้นได้ พิจารณาได้ว่า แม้ร่างกฎหมายฉบับ 2565 จะมีได้กำหนดบังคับให้องค์กรไม่แสวงหากำไรต้องจัดแจ้งต่อผู้รับแจ้งตามมาตรา 5 วรรคหนึ่งของร่างกฎหมายฉบับ 2564 อีกต่อไป แต่ก็ได้บัญญัติให้องค์กรไม่แสวงหากำไรมีภาระเงื่อนไขทั้งห้ามกระทำการและให้กระทำการต่าง ๆ หลายประการ และได้บัญญัติบทยกเว้นผ่อนผันการปฏิบัติตามขององค์กรไม่แสวงหากำไรตามที่คณะรัฐมนตรีจะมีมติเห็นชอบตามมาตรา 18 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวก็มีเนื้อหาที่ขัดต่อหลักการตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน

การเขียนบทกฎหมายจำกัดสิทธิตามมาตรา 18 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 มีลักษณะการใช้เทคนิคที่เหนือไปกว่า บทบัญญัติตามมาตรา 5 ของร่างกฎหมายฉบับ 2564 เนื่องจากไม่ได้เป็น

⁴⁷ UN General Assembly, ‘Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders’ (2012) UN Doc. A/67/292, para 86; ดู ประกอบ International Commission of Jurist (ICJ), *Recommendations concerning the Draft Act on the Operation of Not-for-Profit Organizations B.E....* (31 March 2021) 3.

⁴⁸ อริย์ช บัญถึง, ‘ปัญหาความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น: ศึกษากรณีการตรวจเงินองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) 65-67.

⁴⁹ ICNL, *Law on the Operation of Not-for-Profit Organizations 2021* (เชิงอรธ 39) 9-10.

การใช้เทคนิคโยกอำนาจของการจำกัดสิทธิของประชาชนผ่านการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ไปให้ฝ่ายปกครองจำกัดสิทธิของประชาชน โดยผ่านการออกกฎหมายลำดับรอง แต่เป็นการโยกอำนาจ การจำกัดสิทธิ ให้แก่ “คณะบุคคล” ในการออก “คำสั่ง” เพื่อยกเว้นบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ อันมี ลักษณะเป็นการฝ่าฝืนหลักการที่ว่า “การจำกัดสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญจะกระทำได้ก็แต่ อาศัยบทบัญญัติตามกฎหมายเท่านั้น” ซึ่งเป็นการ “กลับตาลปัตร” หลักการตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมาตรา 42 ได้รับรองเสรีภาพของประชาชนในการรวมกลุ่ม แต่บทบัญญัติมาตรา 18 ของร่าง กฎหมายฉบับ 2565 กลับกำหนดสลักกันว่า “คณะรัฐมนตรี” เท่านั้น จึงจะมีอำนาจกำหนดให้ใครมี เสรีภาพดังกล่าว อย่างไม่มีกรอบดุลพินิจที่ชัดเจนตามกฎหมาย บทบัญญัติมาตรา 18 นี้ จึงมีลักษณะ ไม่ต่างไปจากให้ “คณะรัฐมนตรี” มีอำนาจในการออกคำสั่งยกเว้นบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ จากเดิม ที่ประชาชนมีเสรีภาพเป็นหลัก ไปสู่การไม่มีเสรีภาพเป็นหลัก และคณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้รับรอง เสรีภาพในการรวมกลุ่มดังกล่าวแล้วแก่ประชาชนเฉพาะกลุ่มเฉพาะรายเอง แล้วแต่กรณี โดยมีดุลพินิจ อย่างอิสระ ไม่จำกัด และตามที่จะเห็นสมควร โดยขัดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และหลักการจำกัดสิทธิของประชาชนโดยกฎหมายซึ่งมาจากตัวแทนของประชาชน ไปสู่การจำกัดสิทธิ ของบุคคลโดยปราศจากหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนตามกฎหมาย และขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะบุคคล ซึ่งไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติและไม่ได้อยู่ในรูปแบบกฎหมาย แต่อยู่ในรูปแบบคำสั่งเฉพาะกรณีเฉพาะราย อย่างอำเภोज

ในส่วนความเสี่ยงในการแทรกแซงขององค์กรไม่แสวงหากำไรนั้น มาตรา 5 วรรคสาม ของ ร่างกฎหมายฉบับ 2564 ที่กำหนดให้ องค์กรไม่แสวงหากำไรต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและ เงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนด พิจารณาได้ว่า เป็นการให้อำนาจรัฐมนตรีในการออกกฎหมายลำดับรอง โดยมีได้มีการนิยามบรรดาเงื่อนไข วิธีการและคุณสมบัติดังกล่าวไว้ จึงมีลักษณะเป็นการเปิดช่องให้มี การตีความกำหนดเนื้อหาจำกัดสิทธิเพิ่มเติมและการบังคับใช้ตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ได้ แต่การกำกับ ดูแลองค์กรไม่แสวงหากำไรบนพื้นฐานของเสรีภาพในการรวมกลุ่ม การสมาคม และการแสดงความคิดเห็น ภายใต้รัฐธรรมนูญและกฎหมายในสังคมประชาธิปไตยตามมาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ต้องเป็นการกำกับดูแลบนพื้นฐานหลักการการแทรกแซงอย่างน้อยที่สุดของรัฐ ต้องมีฐานข้อจำกัดสิทธิ ตามกฎหมายที่ชัดเจนและได้สัดส่วนกับผลประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายที่มุ่งประสงค์อันสอดคล้อง กับกฎหมายระหว่างประเทศ การใช้ถ้อยคำอันไม่ชัดเจนเป็นการเปิดช่องให้รัฐบาลสามารถแทรกแซง การดำเนินกิจกรรมที่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรไม่แสวงหากำไร เช่น การวิจารณ์นโยบายรัฐบาล โดยกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระในการดำเนินงานขององค์กรเหล่านั้น เช่น กำหนดให้ต้องมีสมาชิกอย่างน้อยหนึ่งพันคน ต้องมีสำนักงานใหญ่ที่กรุงเทพฯ เป็นต้น⁵⁰

ต่อมา มาตรา 20 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ องค์กรไม่แสวงหากำไร ต้องไม่ดำเนินงานในลักษณะ (1) กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ รวมถึงความมั่นคงของรัฐด้านเศรษฐกิจ หรือด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (2) กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน หรือก่อให้เกิดความแตกแยกในสังคม (3) กระทบต่อประโยชน์สาธารณะรวมทั้ง

⁵⁰ เพิ่งอ้าง 11.

ความปลอดภัยสาธารณะ (4) เป็นการกระทำความผิดต่อกฎหมาย (5) เป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือกระทบต่อความเป็นอยู่โดยปกติสุขของบุคคลอื่น วรรคสอง กำหนดให้กรณีที่ยังคงไม่แสวงหากำไรแห่งใดดำเนินงานอันเป็นการฝ่าฝืนลักษณะดังกล่าว ให้นายทะเบียนแจ้งเตือน หากองค์กรไม่แสวงหากำไรแห่งนั้นยังฝ่าฝืนการแจ้งเตือนของนายทะเบียน ให้นายทะเบียนมีอำนาจออกคำสั่งให้องค์กรไม่แสวงหากำไรดังกล่าว ยุติการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร

พิจารณาได้ว่า มาตรา 20 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 วรรคหนึ่ง ได้ใช้เทคนิควิธีการเขียนกฎหมายของรัฐอำนาจนิยมที่เลวร้ายยิ่งกว่าที่ปรากฏในร่างกฎหมายฉบับ 2564 เนื่องจากใช้เทคนิคที่ซับซ้อนกว่าและบิดเบือนอำนาจมากกว่า (ในลักษณะเดียวกับ มาตรา 18 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 ที่ได้อธิบายแล้วข้างต้น) กล่าวคือ เดิมเนื้อหาของมาตรา 5 ของร่างกฎหมาย 2564 มีลักษณะเป็นการบัญญัติกฎหมายที่โยกย้ายดุลพินิจในการจำกัดสิทธิของประชาชนโดยการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ไปสู่การจำกัดสิทธิของประชาชนโดยกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร ในลักษณะกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองโดยไม่มีกรอบการจำกัดสิทธิและขอบเขตเนื้อหา เพื่อเป็นกลไกในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมุ่งหมายเพื่อให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริงในการจำกัดสิทธิประชาชน และเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการจำกัดสิทธิของประชาชนโดยไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญในสังคมประชาธิปไตย

การร่างกฎหมายลักษณะดังกล่าวไม่เป็นไปตาม “หลักตามบทบัญญัติตามกฎหมาย” กล่าวคือ เป็นการบัญญัติกฎหมายโดยไม่ได้บัญญัติกรอบอย่างชัดเจนเพียงพอว่า ให้กระทำหรือไม่ให้กระทำการอย่างใด มีองค์ประกอบเงื่อนไขเบื้องต้นอย่างไร ปราศจากความหมายและขอบเขตที่ชัดเจนของ “หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข” (criteria, method, and conditions) แล้วจึงให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้รับผิดชอบออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎเกณฑ์ในรายละเอียด ซึ่งตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย ไม่อาจมีการกำหนดการจำกัดสิทธิใด ๆ เพิ่มเติมได้อีก เนื่องจากการจำกัดสิทธิของประชาชนจะทำได้ก็แต่ในรูปแบบกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น และเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ว่ากฎหมายลำดับรองไม่อาจจะออกหลักเกณฑ์ที่ชัดหรือเกินไปกว่าขอบเขตตามที่กฎหมายกำหนดได้

สรุปได้ว่า มาตรา 5 วรรคสาม และมาตรา 6 วรรคสอง ของร่างกฎหมายฉบับ 2564 ที่ถ่ายโอนอำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้หลัก “การบัญญัติไว้โดยกฎหมาย” ของฝ่ายนิติบัญญัติไปสู่ “ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไข” ที่รัฐมนตรีประกาศ หรือ “ตามที่รัฐมนตรีกำหนด” โดยปราศจากความชัดเจนของนิยามและขอบเขตของ “หลักเกณฑ์และเงื่อนไข” (criteria and conditions) ซึ่งเป็นกรอบอำนาจหรือเกณฑ์การพิจารณาในการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวถือเป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับมาตรฐานระหว่างประเทศ⁵¹”

⁵¹ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 74) para 59.

ในส่วนมาตรา 18 มาตรา 20 และมาตรา 24 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 ซึ่งเป็น การร่างกฎหมายโดยใช้เทคนิค “การใช้ภาษาที่ไม่ชัดเจน (overbroad language)”⁵² เพื่อถ่ายโอน อำนาจในการจำกัดสิทธิของประชาชน “โดยบัญญัติของกฎหมาย” ไปสู่อำนาจของ “บุคคล” หรือ “คณะบุคคล” ในการออกคำสั่ง โดยปราศจากกรอบดุลพินิจและความชัดเจนในการจำกัดสิทธิ ถือเป็น การฝ่าฝืนต่อหลักบัญญัติไว้โดยกฎหมายเช่นกัน โดยอาจเรียกเทคนิคการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ของรัฐอำนาจนิยมว่าเป็นการถ่ายโอนดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิของประชาชน สู່ฝ่ายบริหาร

4.2.2 ข้อพิจารณาร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรที่ไม่สอดคล้องกับหลัก วัตถุประสงค์อันชอบธรรม

การพิจารณาร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรที่มีเนื้อหาไม่สอดคล้องกับหลัก วัตถุประสงค์อันชอบธรรมนั้น เมื่อพิจารณามาตรา 20 วรรคหนึ่ง ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 แล้ว บทบัญญัติดังกล่าวนอกจากจะไม่สอดคล้องกับหลักบัญญัติไว้โดยกฎหมายแล้ว ยังไม่สอดคล้องกับหลัก วัตถุประสงค์อันชอบธรรมอีกด้วย เนื่องจากบัญญัติดังกล่าวที่อ้างถึง “ความมั่นคงของรัฐด้าน เศรษฐกิจ” “ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” “ความแตกแยกในสังคม” “กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ” “ความเป็นอยู่โดยปกติสุขของบุคคลอื่น” และ “การกระทำความผิดต่อกฎหมาย” เป็นการจำกัด สิทธิมนุษยชนที่มีได้อยู่บนพื้นฐานของวัตถุประสงค์อันชอบธรรมในการจำกัดสิทธิตาม ICCPR รวมถึง ตามมาตรา 42 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁵³

นอกจากนี้ มาตรา 20 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 ยังเป็นการใช้เทคนิคนำถ้อยคำ หลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิ (limitation clause) (รวมถึงถ้อยคำในลักษณะเดียวกัน) อันเป็นฐานอำนาจ อันชอบธรรมในการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้ในกฎหมายโดยตรง มีลักษณะเป็นการใช้ ถ้อยคำซึ่งแต่เดิมเป็นหลักเกณฑ์หรือมาตรฐาน “ในการจำกัดสิทธิ” เพื่อเป็นกรอบมาตรฐานในการออก กฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิของประชาชน ไปสู่การใช้ถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวเพื่อเป็นฐานอำนาจ ในการจำกัดสิทธิของประชาชนอย่างไม่จำกัดและไม่มีการรอบคอบดุลพินิจ

ปรากฏตัวอย่างตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน กำหนดให้บุคคล มีเสรีภาพของบุคคลในการสมาคม สหกรณ์ สหภาพ องค์กร ชุมชน หรือหมู่คณะอื่น และวรรคสอง กำหนดให้การจำกัดเสรีภาพดังกล่าว จะกระทำได้โดยจะอาศัย “อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ที่ตราขึ้นเพื่อ “เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ” “เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชน” หรือ “เพื่อป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือผูกขาด” เท่านั้น ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรา กฎหมายโดยกำหนดรายละเอียดองค์ประกอบอย่างเป็นนามธรรมเพื่อปรับใช้แก่เหตุการณ์เฉพาะเรื่อง เฉพาะกรณี ในลักษณะมีองค์ประกอบอย่างชัดเจนและเพียงพอว่าประชาชนต้องกระทำ หรือห้าม

⁵² กรณีคำว่า “เห็นสมควรให้มีการผ่อนผันหรือยกเว้น” ตามมาตรา 18 กรณีคำว่า “กระทบต่อความมั่นคงของรัฐ” เป็นต้น ตามมาตรา 20 วรรคหนึ่ง และกรณีคำว่า “เหตุอันควรสงสัย” ตามมาตรา 24.

⁵³ ICJ, *Recommendations concerning the Draft Act on the Operation of Not-for-Profit Organizations B. E...* (เชิงอรรถ 69).

กระทำอย่างใด แต่บทบัญญัติมาตรา 20 กลับเป็นการใช้ถ้อยคำกว้างขวางและคลุมเครือ โดยอ้างว่า องค์การไม่แสวงหากำไรต้องไม่ดำเนินงานในลักษณะกระทบ “ต่อความมั่นคงของรัฐ” “ความมั่นคงของรัฐ ด้านเศรษฐกิจ” “ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” “ความสงบเรียบร้อย” “ศีลธรรมอันดีของประชาชน” “ต่อประโยชน์สาธารณะ” “ความปลอดภัยสาธารณะ” “ความเป็นอยู่โดยปกติสุขของบุคคลอื่น” รวมถึง “ก่อให้เกิดความแตกแยกในสังคม” “การละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น” และ “การกระทำความผิดต่อกฎหมาย” และกรณีที่ต้องไม่แสวงหากำไรแห่งใดดำเนินงานอันเป็นการฝ่าฝืน ลักษณะดังกล่าว ให้นายทะเบียนมีอำนาจแจ้งเตือน รวมถึงสั่งยุติการดำเนินงานขององค์การไม่แสวงหากำไรต่อไป

การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการโยกอำนาจในการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำในรูปแบบ “กฎหมาย” โดย “ฝ่ายนิติบัญญัติ” ไปสู่นรูปแบบ “คำสั่ง” โดย “นายทะเบียน” ซึ่งมีลักษณะเป็นการกลับตาลปัตรเหนือหากการจำกัดสิทธิตามกฎหมายของรัฐธรรมนูญ ไปสู่การจำกัดสิทธิตามดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เนื่องจากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าการกระทำใดหรือไม่กระทำการใดของประชาชนเป็นการขัดต่อกฎหมาย และประชาชนจะรู้ว่าตนกระทำความผิดกฎหมายก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจของตนในการออกคำสั่งแล้ว

จากบทบัญญัติมาตรา 20 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 พิจารณาได้ว่า เทคนิคการบัญญัติหลักเกณฑ์ การจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยปกติแล้วเป็นบทบัญญัติที่ปรากฏเฉพาะในรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นฐานที่มาของการจำกัดสิทธิของประชาชนตามหลักวัตถุประสงค์อันชอบธรรม อันมีลักษณะเป็นการประกันสิทธิของประชาชนตามหลักนิติรัฐและหลักรัฐธรรมนูญนิยม โดยมีเจตนาวางกรอบการจำกัดสิทธิของประชาชนเพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายในลักษณะเฉพาะเจาะจงมากขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์การจำกัดสิทธิตามหลักการดังกล่าว ได้ถูกดัดแปลงและโยกย้ายให้ถ้อยคำในลักษณะดังกล่าว (กว้างขวาง คลุมเครือ และมีลักษณะ “ชอบธรรม”) ให้เป็นเพียง “บทบัญญัติของกฎหมาย” โดยนำเทคนิคการใช้ถ้อยคำที่กว้างขวางและคลุมเครือ และมีลักษณะอัน “ชอบธรรม” มาไว้ในตัวกฎหมายเอง เพื่อเป็นฐานที่มาทางกฎหมายและสร้างความชอบธรรมกับรัฐอำนาจนิยมในการละเมิดสิทธิมนุษยชน ในลักษณะรัฐซ้อนรัฐ (dual state) อันเป็นความพยายามของรัฐอำนาจนิยมที่จะรับระบบกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตย และดัดแปลงให้เป็นรัฐที่การปกครองภายใต้กฎหมาย หรือรัฐที่มีอำนาจจำกัด แต่แท้จริงแล้วมีการใช้เทคนิคการออกกฎหมายและการใช้การตีความกฎหมายของตนในลักษณะเป็นรัฐอำนาจนิยม กล่าวคือ แม้ภายใต้รัฐธรรมนูญที่ดูทันสมัยและสอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) แต่แท้จริงแล้วกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ออกมา (รวมถึงการใช้การตีความขององค์การฝ่ายบริหารและศาล) ในทางปฏิบัติกลับไม่สอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาจากมาตรา 20 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 ซึ่งไม่สอดคล้องต่อทั้งหลักบัญญัติไว้โดยกฎหมายและหลักวัตถุประสงค์อันชอบธรรม โดยมาตรา 20 มีเนื้อหาฝ่าฝืนหลักวัตถุประสงค์อันชอบธรรม เนื่องจากเป็นการนำถ้อยคำ “เกณฑ์การจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ” (limitation clause) มาบัญญัติไว้ในกฎหมายโดยตรง ในขณะที่เดียวกันเป็นการใช้ถ้อยคำอัน “คลุมเครือ

และกว้างขวาง” มาบัญญัติไว้ในกฎหมาย เพื่อจำกัดสิทธิของประชาชน โดยปราศจากกรอบดุลพินิจอย่างเพียงพอ อันเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักบัญญัติไว้โดยกฎหมายในเวลาเดียวกัน อาจสรุปได้ว่า ทั้งหลักวัตถุประสงค์อันชอบธรรมและหลักบัญญัติไว้โดยกฎหมายต่างมีความสัมพันธ์ สอดคล้องและส่งเสริมซึ่งกันและกัน เนื่องจากต่างเป็นหลักประกันในการดำรงอยู่ของนิติรัฐและสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ อาจพิจารณาได้ว่าเนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 8 มาตรา 9 และมาตรา 10 ของร่างกฎหมายฉบับ 2564 ก็ไม่ปรากฏแน่ชัดเช่นกันว่ามีความเกี่ยวข้องกับการบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ปรากฏในเหตุผลของร่างกฎหมายดังกล่าวอย่างไร⁵⁴ เช่นกัน ในอีกมิติหนึ่ง เราจึงอธิบายได้ว่าหลักวัตถุประสงค์อันชอบธรรมไม่ได้จำกัดเพียงถ้อยคำตามเกณฑ์การจำกัดสิทธิที่ปรากฏในพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมถึงวัตถุประสงค์อันชอบธรรมที่ปรากฏในหลักการและเหตุผลของกฎหมายนั้น ๆ อีกด้วย การพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายในแง่ที่ว่า มีเนื้อหาปรากฏแน่ชัดว่ามีความเกี่ยวข้องกับการบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ปรากฏในหลักการและเหตุผลหรือไม่ ในอีกฐานะหนึ่งจึงมีความใกล้เคียงกับหลักความเหมาะสม (principle of suitability) ไม่น้อย ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการย่อยของหลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในฐานะหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป และหลักการพื้นฐานในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

4.2.3 ข้อพิจารณาร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรที่ไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย

ปัญหาเนื้อหาของร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรทั้งสองฉบับที่ไม่สอดคล้องกับหลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย ปรากฏทั้งในส่วนเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียน ภาระในการจัดทำรายงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร หลักเกณฑ์ว่าด้วยการสนับสนุนเงินทุนจากต่างประเทศ การอุทธรณ์คำสั่ง และมาตรการบังคับและโทษ

- การขึ้นทะเบียน

ในส่วนการขึ้นทะเบียนนั้น มีข้อพิจารณาว่าการบังคับให้การรวมกลุ่มใด ๆ ของประชาชนต้องขึ้นทะเบียน ตลอดจนการกำหนดห้ามมิให้องค์กรที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียนดำเนินกิจกรรมใด ๆ เป็นการจำกัดเสรีภาพในการรวมกลุ่มซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 22 ของ ICCPR ที่รับรองว่า “เสรีภาพในการรวมกลุ่มเป็นสิทธิและไม่ใช่สิ่งที่ประชาชนต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ” และการจัดแจ้งหรือขึ้นทะเบียนนั้น ควรอยู่บนพื้นฐานอำนาจการตัดสินใจอย่างอิสระ มิได้เกิดจากภาระผูกพันภายใต้กฎหมายหรือดุลพินิจของฝ่ายปกครอง⁵⁵

- ภาระในการจัดทำรายงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร

ในส่วนภาระในการจัดทำรายงานขององค์กรไม่แสวงหากำไรนั้น มาตรา 6 ของร่างกฎหมายฉบับ 2564 กำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรต้องเปิดเผยแหล่งที่มาและจำนวนเงินหรือ

⁵⁴ ICJ, *Re: Recommendations concerning the Draft Act on the Operation of Not-for-Profit Organizations B.E....*, (31 March 2021) 4-5.

⁵⁵ ICNL, *Law on the Operation of Not-for-Profit Organizations 2021* (เชิงอรรถ 39) 8-9.

ทรัพย์สินที่จะใช้ในการดำเนินกิจกรรมแต่ละปีและต้องยื่นแบบรายการภาษี ต่อมา มาตรา 19 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 กำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับชื่อขององค์กร วัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง วิธีดำเนินงาน แหล่งที่มาของเงินทุน รายชื่อผู้รับผิดชอบดำเนินงาน โดยให้หน่วยงานของรัฐและบุคคลทั่วไปเข้าถึงข้อมูลนั้นโดยง่าย มีข้อพิจารณาว่า การที่รัฐจะเข้าไปกำกับดูแลองค์กรไม่แสวงหากำไร ถือเป็นภารกิจที่เสริมภาพในการรวมกลุ่มซึ่งต้องทำโดยบทบัญญัติของกฎหมาย และเท่าที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย (มาตรา 22 ICCPR) ความคิดที่ว่าองค์กรไม่แสวงหากำไร มักปกป้องวัตถุประสงค์ ดังนั้นจึงต้องเปิดเผยชื่อของบุคคลที่เป็นกรรมการหรือผู้รับผิดชอบ ตลอดจนข้อมูลอื่น ๆ เป็นผลมาจากความไม่ไว้วางใจในองค์กรไม่แสวงหากำไร และแสดงถึงความล้มเหลวในการรับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของสมาคม⁵⁶ และองค์กรไม่แสวงหากำไรไม่ควรถูกบังคับให้ตรวจสอบเพื่อให้ทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า (customer due diligence) อย่างไรก็ตาม อาจมีข้อกำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรใช้มาตรการที่เหมาะสมในการทำเอกสารระบุตัวตนของผู้บริจาครายสำคัญภายใต้หลักการรักษาความลับของผู้บริจาค แต่ไม่ได้หมายความว่าองค์กรไม่แสวงหากำไรจะต้องระบุตัวตนของบุคคลในทุกราย แต่เป็นกรณีที่มีความเสี่ยงเท่านั้น⁵⁷

FATF ได้กำหนดมาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับองค์กรไม่แสวงหากำไรตามคำแนะนำที่ 8 (FATF Recommendation 8) ซึ่งแนะนำว่า “รัฐควรระบุว่ากลุ่มขององค์กรใดจัดเป็นองค์กรไม่แสวงหารายได้ตามคำนิยามของคณะกรรมการเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการทางการเงิน โดยใช้แหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดระบุประเภทและคุณสมบัติขององค์กรซึ่งมีลักษณะและกิจกรรมสุ่มเสี่ยงอย่างแท้จริงต่อการสนับสนุนทางการเงินกับกลุ่มก่อการร้าย”⁵⁸ และระบุไว้อย่างชัดเจนว่าการบังคับใช้มาตรการเดียวกันแก่ทุกกรณี (one size fits all) ไม่สอดคล้องกับการกำหนดมาตรการบนพื้นฐานความเสี่ยง (Risk-based approach) อันเป็นหลักการที่กำหนดไว้ในคำแนะนำ ข้อ 1⁵⁹

นอกจากนี้ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 26 ที่ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้อง “ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ” การกำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรต้องจัดทำรายงานแก่เจ้าหน้าที่โดยไม่ว่าหนึ่งหรือระบุขนาดองค์กรหรือขอบเขตการทำงานให้แน่ชัดเป็นการสร้างภาระการดำเนินงานเกินควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการจัดทำรายงานการสอบบัญชี ซึ่งสำหรับองค์กรขนาดเล็กหรือระดับรากหญ้าเป็นภาระที่เกินสัดส่วนกว่าความเสี่ยงที่ต้องการแก้ไข รวมถึงองค์กรขนาดเล็กซึ่งอาจไม่มีรายได้หรือเงินบริจาคให้ต้อง

⁵⁶ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 74) para 65.

⁵⁷ FATF, ‘Recommendation 8 Interpretative Note’ (The Financial Action Task Force, 2022) <[https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF% 20Recommendations% 202012.pdf](https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf)> สืบค้นเมื่อ 28 เมษายน 2565, para 6. (b)(v).

⁵⁸ FATF and OECD, ‘Best Practices Paper on Combating the Abuse of Non-Profit Organisations (Recommendation 8)’ (The Financial Action Task Force, 2015) <<https://www.fatf-gafi.org/documents/documents/bpp-combating-abuse-npo.html>>; ดูประกอบ ‘International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation’ (2012-2022) (France: Paris, FATF) <www.fatf-gafi.org/recommendations.html> สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2565.

⁵⁹ FATF (เชิงอรรถ 57) para 6. (b).

รายงาน และองค์กรไม่เป็นทางการ และเป็นการดำเนินมาตรการโดยปราศจากการระบุหน่วยงานที่สงสัย (Non-targeted) และบังคับใช้ต่อภาคประชาสังคมทั้งหมด (sector-wide approach) เป็นการทำร้ายภาคประชาสังคมและเป็นการละเมิดข้อแนะนำของ FATF⁶⁰

นอกจากนี้ ยังมีข้อพิจารณาว่าในกรณีองค์กรที่ไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีหรือไม่ได้รับการสนับสนุนจากสาธารณะและจากรัฐ องค์กรไม่แสวงหากำไรมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อสมาชิกของตนโดยไม่จำเป็นที่จะต้องจัดทำรายงานต่อสาธารณะ ซึ่งเป็นไปตามสิทธิในความเป็นส่วนตัว (มาตรา 17 ของ ICCPR) และมีข้อพิจารณาว่า องค์กรที่ไม่ได้รับการสนับสนุนจำนวนมากหรือไม่ได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากรัฐและสาธารณชน รวมถึงไม่ได้ดำเนินกิจการที่ส่งผลกระทบต่อสาธารณะ ควรได้รับสิทธิในความเป็นส่วนตัวเช่นเดียวกับปัจเจกชนไม่ว่าองค์กรจะมีขนาดเล็กหรือใหญ่ ส่วนองค์กรที่มีขนาดเล็กซึ่งได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐหรืออาจไม่ได้รับเลย ไม่ว่าจะในรูปแบบการงดเว้นภาษีหรือการได้รับเงินอุดหนุนโดยตรง ซึ่งเป็นองค์กรในระดับชุมชน หรือดำเนินงานผ่านอาสาสมัครเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งอาจไม่เหมาะสมต่อการจดทะเบียนหรืออยู่ภายใต้เงื่อนไขการจัดทำรายงานที่เป็นภาระเกินควร ทั้งนี้ ภาคประชาสังคมไม่ควรต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขการเปิดเผยข้อมูลหรือความโปร่งใสในลักษณะเดียวกับหน่วยงานรัฐ แต่ควรตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขและมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวในระดับเดียวกับบุคคลหรือนิติบุคคลอื่นเป็นอิสระอื่น ๆ⁶¹ การกำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรทุกรูปแบบมีหน้าที่ต้องจัดทำรายงานและเปิดเผยข้อมูล เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในลักษณะเหมารวม (one size fits all) ถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน รวมถึงหลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย

- *หลักเกณฑ์ว่าด้วยการสนับสนุนเงินทุนจากต่างประเทศ*

ในส่วนหลักเกณฑ์ว่าด้วยการสนับสนุนเงินทุนจากต่างประเทศนั้น ประเด็นเรื่องการสนับสนุนเงินทุนจากต่างประเทศดังกล่าว ผู้เขียนเข้าใจว่าผู้ร่างมีความมุ่งหมายในประเด็น “การป้องกันการสนับสนุนทางการเงินแก่กลุ่มก่อการร้าย” อย่างไรก็ตาม ผู้เสนอรายงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติด้านสิทธิเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและการสมาคมได้เรียกร้องให้รัฐบาล

“สร้างความมั่นใจว่า กลุ่มและสมาคมทั้งที่ได้จัดและไม่ได้จดทะเบียนจะสามารถแสวงหา รับและใช้งบประมาณ รวมถึงทรัพยากรทั้งจากบุคคลธรรมดา นิติบุคคล ไม่ว่าจะจากในประเทศต่างประเทศหรือระหว่างประเทศ โดยไม่ต้องผ่านการขออนุญาตหรือต้องไม่เผชิญอุปสรรคเกินจำเป็น ทั้งจากบุคคล สมาคม มูลนิธิ องค์กรภาคประชาสังคมอื่น ๆ รัฐบาลต่างประเทศ และองค์กรให้ความช่วยเหลือภาคเอกชน องค์กรสหประชาชาติ และหน่วยงานอื่น ๆ”⁶²

และระบุว่า การเข้าถึงทรัพยากรและเงินสนับสนุนจากต่างประเทศถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการรวมกลุ่มและการสมาคม ดังนั้น ข้อจำกัดการเข้าถึงเงินทุนจากต่างประเทศจำเป็นต้องถูก

⁶⁰ ICNL, *Thailand's revised NPO Bill* (31 January 2022) 2.

⁶¹ เฟิงอ่าง 8-9.

⁶² UN Human Rights Council, ‘Report of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association’ (2013) U.N. Doc. A/HRC/23/39, para 82 (b).

ตรวจสอบอย่างเข้มงวดว่าเป็นข้อห้ามโดยชอบหรือไม่ เพื่อให้สิทธิในการรวมกลุ่มสามารถพัฒนาได้ ภายใต้องค์กรสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ⁶³

ผู้เสนอรายงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติด้านสิทธิในเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ และการสมาคมและนักปกป้องสิทธิมนุษยชน ได้เน้นย้ำว่าองค์กรพัฒนาเอกชนควรสามารถเข้าถึงเงินทุนจากต่างประเทศได้อย่าง “เท่าเทียมกับรัฐบาล”⁶⁴ และเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับให้องค์กรไม่แสวงหากำไรทั้งหมดต้องรายงานทางการเงินกว้างเกินไป ชัดกับหลักความได้สัดส่วน การกำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรรายงานทางการเงิน ตัวบทกฎหมายต้องระบุชัดเจนถึงประเภท และคุณสมบัติของกลุ่มขององค์กรไม่แสวงหากำไรซึ่งมีลักษณะและกิจกรรมสุมเสี่ยงอย่างแท้จริงต่อการสนับสนุนทางการเงินกับกลุ่มก่อการร้าย ตามคำแนะนำของ FATF มิใช่การออกกฎหมายตีคลุมองค์กรไม่แสวงหากำไรทั้งหมดให้ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว เนื่องจากเป็นการขัดความได้สัดส่วน และควรมีประสิทธิภาพต่อการจัดการปัญหาความเสี่ยงดังกล่าว

แม้รัฐจะมีผลประโยชน์อันชอบธรรมที่จะสร้างข้อกำหนดให้สมาคม มูลนิธิ และองค์กรไม่แสวงหากำไรต้องรายงานต่อรัฐ เพื่อให้มั่นใจว่าองค์กรเหล่านี้จะปฏิบัติตามกฎหมายตามข้อกำหนดดังกล่าว แต่การใช้ “ข้อกำหนดของการรายงานที่เป็นภาระและเป็นทางการ” ในท้ายที่สุดอาจ “ขัดขวางการทำงานที่ชอบโดยกฎหมายขององค์กรได้”⁶⁵ การกำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรที่ได้รับเงินทุนจากต่างประเทศในทุกกรณี ต้องจัดทำรายงานทางการเงินเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ใช้กว้างขวางเกินไป ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการป้องกันการสนับสนุนทางการเงินแก่กลุ่มก่อการร้าย การที่รัฐจะบัญญัติกฎหมายโดยบังคับแก่องค์กรไม่แสวงหากำไรให้จัดทำรายงานหรือหน้าที่อื่นได้ รัฐต้องระบุประเภทและคุณสมบัติขององค์กรซึ่งมีลักษณะและกิจกรรมสุมเสี่ยงอย่างแท้จริงต่อการสนับสนุนทางการเงินกับกลุ่มก่อการร้าย กล่าวคือ กำหนดกรอบมาตรการอย่างแคบเพื่อมุ่งเป้าไปยังองค์กรไม่แสวงหารายได้ที่สุมเสี่ยง มิใช่การเหมารวมสร้างภาระแก่องค์กรไม่แสวงหากำไรที่รับเงินทุนจากต่างประเทศในทุกกรณี และเป็นกรณี “ที่มีความเสี่ยง” (หากตรวจพบว่ามี) แล้วเท่านั้น⁶⁶

นอกจากนี้บทบัญญัติของร่างกฎหมายฉบับ 2565 มาตรา 21 วรรคหนึ่ง (4) ที่กำหนดให้ต้องไม่ดำเนินกิจกรรมในลักษณะ “การแสวงหาอำนาจรัฐ” หรือ “เอื้อประโยชน์ต่อพรรคการเมือง”

⁶³ UN Human Rights Council, ‘Analysis on International Law, Standards and Principles applicable to the Foreign Contributions Regulation Act 2010 And Foreign Contributions Regulation Rules 2011 by the United Nation Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association’ (United Nations Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, 2016) <<http://freeassembly.net/wp-content/uploads/2016/04/UNSR-FOAA-info-note-India.pdf>> สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2565, para 6.

⁶⁴ UN General Assembly, ‘Situation of Human rights defenders Note by the Secretary-General, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders’ (2012) UN Doc. A/67/292, para 49; ดูประกอบ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 74) para 69.

⁶⁵ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 62) para 38; ดูประกอบ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 74) 5-6.

⁶⁶ ICNL, *Thailand’s revised NPO Bill* (เชิงอรรถ 60) 11.

มีลักษณะเป็นถ้อยคำอันไม่เฉพาะจงเจาะอย่างเพียงพอ เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ และอาจถูกใช้เพื่อให้การดำเนินกิจกรรมการปกป้องสิทธิมนุษยชนบางรูปแบบกลายเป็นกิจกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีแนวโน้มที่จะถูกใช้เป็นเครื่องมือของรัฐบาลเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมือง หรือเพื่อกำจัดศัตรูทางการเมืองของรัฐบาล

- การอุทธรณ์คำสั่ง

ในส่วนการอุทธรณ์คำสั่งนั้น องค์กรไม่แสวงหากำไรไม่สามารถอุทธรณ์กรณีไม่สามารถปฏิบัติตามภาระต่าง ๆ ได้ เช่น การจัดทำรายงาน ข้อกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากร รวมถึงไม่ปรากฏบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งอื่น เช่น โทษปรับ⁶⁷ อย่างไรก็ตาม คำสั่งให้ยุติการดำเนินการหรือหยุดการดำเนินกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไร ถือเป็นคำสั่งเพิกถอนเสรีภาพในการรวมกลุ่ม กล่าวคือเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพอย่างสำคัญ ตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ต้องเป็นกรณีการกระทำผิดอย่างร้ายแรงที่ละเมิดต่อกฎหมายของรัฐที่สอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และมีความได้สัดส่วนต่อการกระทำผิดนั้น และต้องเป็นคำสั่งอันเป็นผลพิจารณาของศาลที่เป็นกลางและอิสระ มิใช่โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง⁶⁸ ซึ่งมีใช้กรณีไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือขั้นตอนทางปกครองที่รัฐสร้างขึ้นไม่ว่าจะเป็นการขึ้นทะเบียนจัดแจ้งหรือภาระเงื่อนไขอื่น ๆ

นอกจากนี้ การกำหนดให้การอุทธรณ์คำสั่งไม่มีผลเป็นการทุเลาการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการรวมกลุ่มและสมาคมอย่างไม่ได้สัดส่วน และเป็น การละเมิดสิทธิในการได้รับการเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพตามมาตรา 2 (3) ของ ICCPR ดังนั้น การอุทธรณ์คำสั่งให้หยุดการดำเนินกิจกรรมของนายทะเบียนจึงควรเป็นการทุเลาการปฏิบัติตามคำสั่ง⁶⁹

- มาตรการบังคับและโทษ

ในส่วนมาตรการบังคับและโทษนั้น มีข้อพิจารณาว่าร่างกฎหมายฉบับ 2564 ซึ่งกำหนดโทษทางอาญา เป็นการบัญญัติที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ว่าการปฏิบัติการและมีส่วนร่วมในสิทธิการชุมนุมโดยสงบและสิทธิในการสมาคมไม่ควรถูกลงโทษทางอาญา⁷⁰ และการกำหนดโทษทางปกครองโดยการยุติการขึ้นทะเบียนหรือยุติการดำเนินการสำหรับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้ ถือเป็น การเลิกองค์กรซึ่งเป็นมาตรการที่รุนแรงที่สุดสำหรับเสรีภาพในการรวมกลุ่มและการสมาคม การเลิกองค์กรจะมีได้ต่อเมื่อมีอันตรายที่ชัดเจนและใกล้จะมาถึงอันส่งผลต่อการละเมิดกฎหมายของรัฐอย่างรุนแรงโดยสอดคล้องกับกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โทษดังกล่าวควรจะต้องสมควรแก่เหตุตามวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายและบังคับใช้ต่อเมื่อไม่อาจอาศัยมาตรการอื่น ๆ ได้

⁶⁷ ICNL, *International Legal Analysis of the Eight Principles Underlying the Draft NPO Law* (เชิงอรรถ 78) 8-9.

⁶⁸ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 74) paras 56 and 75.

⁶⁹ International Commission of Jurist (ICJ), *Recommendations concerning the Draft Act on the Operation of Not-for-Profit Organizations B.E...* (24 March 2022).

⁷⁰ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 74) para 56.

การไม่ปฏิบัติตามมาตรการที่สร้างภาระเกินจำเป็นในการรายงานหรือการขึ้นทะเบียน มิใช่กรณีที่เป็นวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นอันตรายที่ชัดเจนและใกล้จะมาถึงที่จะเป็นเหตุแห่งการยกเลิกหรือเลิกองค์กรเช่นนั้นได้

ดังนั้น การร่างกฎหมายโดยกำหนดโทษทางอาญาจึงไม่เหมาะสม ส่วนการกำหนดค่าปรับและการสั่งเลิกองค์กรควรกำหนดเหตุไว้เฉพาะเมื่อมีการละเมิดกฎหมายอย่างร้ายแรงพร้อมกับปรากฏหลักฐานจากองค์กรตุลาการว่าองค์กรนั้นมีส่วนร่วมกับอาชญากรรมพร้อมคำพิพากษาที่ยืนยัน เช่นว่าหลังจากที่กระบวนการอุทธรณ์ต่าง ๆ ได้ดำเนินการโดยหมดสิ้นแล้ว หรือมีคำพิพากษาว่าองค์กรนั้นได้ดำเนินกิจการหลักเพื่อแสวงหากำไร หรือเมื่อพิสูจน์ได้ว่าการขึ้นทะเบียนนั้นได้มาโดยผิดพลาดหรือโดยข้อมูลฉ้อฉลซึ่งได้ตรวจสอบแล้วโดยวิธีการอิสระ⁷¹

กล่าวได้ว่า การเพิกถอนทะเบียนอันเป็นการเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานและสิทธิมนุษยชนต้องกระทำโดยผ่านกระบวนการพิจารณาของศาลซึ่งเป็นกลางและอิสระ นอกจากนี้การกำหนดค่าปรับจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐอำนาจนิยมซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิและสร้างภาระแก่ประชาชนเกินควรดังกล่าวจำนวน 100,000 บาท และ 500,000 บาท ยังเป็นการกำหนดโทษที่ไม่เหมาะสมและสูงไปแม้ว่ากับองค์กรไม่แสวงหากำไรที่มีขนาดใหญ่และมั่นคงก็ตาม โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงข้อจำกัดขององค์กรไม่แสวงหากำไรที่ไม่ชัดเจน และอาจถูกตีความอย่างกว้างขวาง ทำให้เจ้าหน้าที่สามารถนำบทบัญญัติไปใช้โดยมิชอบและตามอำเภอใจได้⁷² กรณีองค์กรไม่แสวงหากำไรที่ไม่ได้รับการสนับสนุนหรือได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐ ไม่ควรมีภาระหน้าที่เพิ่มเติมมากไปกว่า หรือแตกต่างไปจากบุคคลและนิติบุคคลอื่น การไม่ปฏิบัติกรณีใด ๆ อันเป็นภาระเงื่อนไขขององค์กรไม่แสวงหากำไรตามกฎหมายนี้ ควรมีโทษทางปกครองเพียงแค่องค์กรนั้นจะไม่ได้รับการสนับสนุน หรือเพิกถอนสิทธิประโยชน์หรือเงินอุดหนุนที่เคยได้รับเท่านั้น จึงจะสอดคล้องกับแนวทางการกำกับดูแลที่ดี (good regulatory practice)⁷³

4.3 การจำกัดสิทธิของประชาชนตามร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น

ในหัวข้อนี้จะอธิบายและวิเคราะห์ความเกี่ยวพันของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและภาคประชาสังคมที่ปรากฏในร่างกฎหมายฉบับ 2564 และฉบับ 2565 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อแสดงข้อพิจารณาเกี่ยวกับการร่างหรือการปรับแก้กฎหมายให้เหมาะสมต่อการกำหนดมาตรการ

⁷¹ ICNL, *Law on the Operation of Not-for-Profit Organizations 2021* (เชิงอรรถ 39) 17.

⁷² ICJ, *Recommendations concerning the Draft Act on the Operation of Not-for-Profit Organizations B.E...* (เชิงอรรถ 69).

⁷³ ICNL, *Thailand's revised NPO Bill* (เชิงอรรถ 60) 9; ดูประกอบ Technical Assistance to Civil Society Organisations (TACS), *PUBLIC FUNDING FOR CIVIL SOCIETY ORGANIZATIONS GOOD PRACTICES IN THE EUROPEAN UNION AND WESTERN BALKANS*, (TACSO Montenegro Office 2011).

อันจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อันชอบธรรม และในขณะเดียวกันก็เป็นมาตรการที่เหมาะสมต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและภาคประชาสังคม

เมื่อพิจารณาหลักการและเหตุผลของร่างกฎหมายฉบับ 2564 อาจจำแนกมูลเหตุของการร่างกฎหมายดังกล่าว ได้ 2 ประเด็น ประเด็นแรก คือ องค์กรไม่แสวงหากำไรภายในประเทศจำนวนมาก ดำเนินการโดยหลีกเลี่ยงการเสียภาษี หลอกลวงประชาชน ประเด็นที่สอง คือ มีการรับทรัพย์สินจากต่างชาติมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ และส่งผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ

มูลเหตุทั้งสองประการนี้ ผู้เขียนเห็นว่าคงไม่ได้พบปัญหาแค่ในประเทศไทยเท่านั้น ในต่างประเทศก็มักจะมีปัญหาในลักษณะดังกล่าวไม่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม รูปแบบการแก้ไขปัญหาอาจใช้วิธีการที่มุ่งแก้ไข้ปัญหาโดยจำแนกจากประเด็นนั้น ๆ มิใช่จากตัวองค์กร ในลักษณะเป็นการตีตราองค์กรไม่แสวงหากำไร เช่น ในเรื่องการรับเงินจากต่างชาติ สหรัฐอเมริกาใช้กลไกกฎหมายการขึ้นทะเบียนตัวแทนต่างชาติ (FARA) โดยใช้บังคับทั่วไป ไม่ได้มุ่งหมายเฉพาะองค์กรไม่แสวงหากำไร กรณีหลีกเลี่ยงการเสียภาษี ซึ่งเป็นปัญหาร่วมไม่เฉพาะองค์กรไม่แสวงหากำไร แต่รวมถึงภาคเอกชนอื่น รวมถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลอื่น ซึ่งสามารถใช้กลไกกฎหมายภาษีบังคับใช้เป็นการทั่วไปได้ กรณีการหลอกลวงประชาชนก็เช่นเดียวกัน ซึ่งมีประมวลกฎหมายอาญา รวมถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งใช้บังคับโดยทั่วไป

นอกจากนี้ ท้ายเหตุผลของร่างกฎหมายดังกล่าว อ้างว่าเพื่อกำกับการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไรเพื่อให้ “เป็นไปอย่างถูกต้องทำนองคลองธรรม เปิดเผย โปร่งใส เป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติและประชาชน อย่างแท้จริง ปราศจากภัยจิตแอบแฝงอันเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ตลอดจนการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งหลายประเทศได้กำหนดให้มีกฎหมายในลักษณะเดียวกัน” ผู้เขียนเข้าใจว่า “หลายประเทศ” ที่ร่างกฎหมายนี้ อ้างถึงน่าจะเป็นกฎหมายของรัฐอำนาจนิยม มากกว่าจะเป็นกรณีรัฐเสรีประชาธิปไตย เช่น ญี่ปุ่น สหราชอาณาจักร หรือสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

ต่อมา ร่างกฎหมายฉบับ 2565 ดูเหมือนว่าหลักการและเหตุผลสำคัญในการร่างกฎหมายฉบับนี้ จะเปลี่ยนเป็นการอ้างความชอบธรรมจากข้อกำหนดตามมาตรฐานสากลด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน และการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย และการแพร่ขยายอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง (AML/CFT) จำนวน 8 ประเด็น ที่สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินเสนอ

ทั้งนี้ ผู้เสนอรายงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติได้ยืนยันว่า รัฐไม่ควรใช้มาตรการจัดการการฟอกเงินและการก่อการร้ายเป็นเหตุผลบ่อนทำลายความน่าเชื่อถือขององค์กรไม่แสวงหากำไร หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินงานโดยชอบด้วยกฎหมายขององค์กรไม่แสวงหากำไรเกินกว่าที่ควร องค์กรไม่แสวงหากำไรมีความเสี่ยงน้อยที่สุดต่อการฟอกเงินและการจัดหาเงินทุนแก่ผู้ก่อการร้าย และอยู่ภายใต้การควบคุมที่เข้มงวดเกินไป เมื่อเทียบกับภาคเอกชนอื่นอันเป็นแหล่งรวมตัวของการฟอกเงิน และกิจกรรมทางการเงินที่ผิดกฎหมายส่วนใหญ่ และนโยบายการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

และการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย (AML/CT) รัฐควรใช้กลไกอื่นเพื่อบรรเทาความเสี่ยง เช่น กฎหมายธนาคารและกฎหมายอาญาที่มีอยู่⁷⁴

สำนักป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินอ้างอิงถึงหลักการ AML/CFT ว่าหากไทยไม่ดำเนินการปรับปรุงกฎหมายกำกับดูแลองค์กรไม่แสวงหากำไรให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล อาจส่งผลให้ไม่ผ่านการประเมินการปฏิบัติตามมาตรฐานสากล⁷⁵ การประเมินหลังจากที่ประเทศไทยได้เข้ารับการประเมินการปฏิบัติตามมาตรฐานสากลด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้าย (AML/CFT) ในเดือนธันวาคม 2560 คณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรฐานทางการเงิน (FATF) เห็นว่า กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของไทยยังไม่เป็นไปตามหลักสากล โดยคำแนะนำที่ 8 ของ FATF ได้เสนอแนวทางเกี่ยวกับการปรับปรุงกฎหมายและระเบียบต่าง ๆ เพื่อควบคุมและป้องกันมิให้องค์กรไม่แสวงหากำไร (non-profit organisations หรือ NPOs) ที่ถูกใช้เพื่อการฟอกเงินหรือการสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้าย

ผู้เสนอรายงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติ อันเนื่องมาจากมติคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนที่ 41/12 43/2 43/16 และ 40/6 ตามหนังสือเลขที่ OL THA 7/2021 ลงวันที่ 20 ธันวาคม 2564 ให้ความเห็นกรณีดังกล่าวว่า ทั้งนี้กฎหมายเหล่านี้ต้องเป็นไปตาม “ความเหมาะสมและได้สัดส่วน” และไม่ใช่ “การยึดถือหลักเกณฑ์เดียวใช้กับทุกกรณี” (one size fits all) และการปฏิบัติตามคำแนะนำที่ 8 ของ FATF นั้น รัฐต้องคำนึงถึงพันธกรณีตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติและกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ มิใช่การพยายามควบคุมองค์กรไม่แสวงหากำไร ผ่านการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เข้มงวด ซึ่งจะเป็นการบั่นทอนศักยภาพขององค์กรและขัดขวางเสรีภาพในการสมาคมและการแสดงออก อีกทั้งผู้เสนอรายงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติด้านการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการต่อต้านการก่อการร้ายยังได้เคยเข้าพบ FATF โดยคำแนะนำของ FATF นับเป็น “กฎที่ไม่มีสภาพบังคับ (Soft law)” รัฐไม่อาจจะดำเนินการตามคำแนะนำดังกล่าว โดยการนำไปปรับใช้ตามความเป็นจริงหรือในทางปฏิบัติ (de facto) ให้ชัดหรือแย้งต่อบรรทัดฐานหรือกฎหมายระหว่างประเทศได้⁷⁶

ในประเด็นเรื่องจุดประสงค์ของร่างกฎหมาย ซึ่งพยายามปรับตามมาตรฐาน AML/CFT ความพยายามนำไปปรับใช้ของไทยมีปัญหามาก ไม่ว่าจะเป็นความพยายามในการร่างกฎหมาย

⁷⁴ UN Human Rights Council, ‘Report of UN Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association’ (2012) UN doc A/HRC/20/27, para 69.

⁷⁵ หนังสือสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ที่ ปง 0008.3/3471 เรื่อง การเพิ่มเติมหลักการของร่างกฎหมายว่าด้วยการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหารายได้หรือกำไรมาแบ่งปันกัน ลงวันที่ 14 มิถุนายน 2564, 4.

⁷⁶ UN Human Rights Council, ‘Mandates of the Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association; the Special Rapporteur on the promotion and the protection of the right to freedom of opinion and expression; the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders and the Special Rapporteur on the promotion and the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism’ (2021) OL THA 7/2021, 2.



องค์กรไม่แสวงหากำไรเอง รวมถึงการเสนอแนะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 โดยในร่างกฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติมได้มีการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญหลายประการ ได้แก่ การแก้ไขมาตรการการยึดทรัพย์สิน การเพิ่มบทบัญญัติความผิด และขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายที่กว้างขึ้น หากร่างกฎหมายนี้ถูกบังคับใช้จะมีอำนาจบังคับใช้ครอบคลุมถึงองค์กรไม่แสวงหากำไร สมาคม และมูลนิธิซึ่งจะถูกกำหนดให้มีหน้าที่ต้องจัดทำงบการเงินที่ระบุแหล่งที่มาของรายได้และต้องรายงานต่อสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน จะเห็นได้ว่าการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับนี้มีกำหนดอำนาจบังคับใช้ครอบคลุมองค์กรไม่แสวงหากำไรอยู่แล้ว การนำหลักการดังกล่าวไปปรับกับกฎหมายขององค์กรไม่แสวงหากำไรจึงไม่มีความจำเป็น ทั้งเป็นการแสดงความมุ่งหมายในการต้องการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกและการร่วมกลุ่มเพื่อส่งเสริมประชาธิปไตยและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน มากกว่าจะมีเจตนาปฏิบัติตามมาตรฐาน AML/CFT อย่างแท้จริง นอกจากนี้เนื้อหาของร่างกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน และร่างกฎหมายขององค์กรไม่แสวงหากำไร มีลักษณะที่ซ้ำซ้อนกัน⁷⁷ อาจกล่าวได้ว่าร่างกฎหมายทั้งสองฉบับก่อให้เกิดผลกระทบทางลบเช่นเดียวกัน นั่นก็คือ การที่หลักการการต่อต้านการฟอกเงินและการสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้ายอาจถูกนำมาใช้ในทางที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งถูกรับรองไว้ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

การที่รัฐนำข้อกังวลในประเด็นปัญหาการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน แต่มิได้ใช้กลไกกฎหมายการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่มีอยู่ปรับปรุงให้เหมาะสม แต่กลับเลือกร่างกฎหมายเพื่อควบคุมการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไรทำให้เกิดปัญหาทั้งเป็นการจำกัดสิทธิขององค์กรไม่แสวงหากำไรเกินความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย ทั้งยังส่งผลให้กฎหมายที่ออกแบบมีกลไกทางกฎหมายที่พยายามใช้กฎหมายปกครองเพื่อควบคุมและจำกัดสิทธิขององค์กรไม่แสวงหากำไรและประชาชน แต่ในส่วนมาตรการในการควบคุมการดำเนินงานและโทษกลับพยายามออกแบบให้เป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาความอาญาและโทษทางอาญา ซึ่งไม่สอดคล้องกับเนื้อหาสาระของตัวกฎหมายเองที่โดยสภาพไม่ได้มีคุณลักษณะบางประการอย่างชัดเจนเพียงพอที่จะกำหนดให้การฝ่าฝืนกระทำการหรือการดำเนินการใดเป็นโทษทางอาญาได้

รายละเอียดปรากฏตัวอย่างกรณีการตรวจสอบการดำเนินงาน ซึ่งมีข้อพิจารณาว่าหลักการตามร่างกฎหมายฉบับ 2564 มาตรา 6 วรรคสาม ที่ให้อำนาจนายทะเบียนสามารถเข้าไปยังสำนักงานขององค์กรไม่แสวงหากำไรเพื่อตรวจสอบการใช้เงินหรือทรัพย์สิน และเข้าถึงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นมาตรการที่ปฏิบัติต่อองค์กรไม่แสวงหากำไรเสมือนกับอาชญากรโดยปราศจากหลักฐาน ขัดกับหลักการที่ว่าอำนาจในการเข้าตรวจสอบต้องถูกบัญญัติไว้โดยกฎหมายชัดเจนและครอบคลุมสาเหตุในการเข้าตรวจสอบ ระยะเวลา ขอบเขตและกำหนดให้ต้องมีการจัดทำรายงานในระหว่างการตรวจสอบและเป็นการเข้าตรวจค้นโดยมีหมายแจ้งการตรวจสอบ⁷⁸ พิจารณาได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าว มีลักษณะ

⁷⁷ เฟิงอ้าง 7.

⁷⁸ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 74) para 65; ดูประกอบ ICNL, *International Legal Analysis of the Eight Principles Underlying the Draft NPO Law* (22 July 2021) 4.

ขาดกลไกป้องกันการเลือกปฏิบัติ เพราะอำนาจของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวอาจนำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยเจ้าหน้าที่อาจกำหนดองค์กรเป้าหมายเพื่อค้นและยึดสิ่งต้องสงสัยได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งจากศาล และนำไปสู่การลู่แก่อำนาจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งจะเป็นการตีตราภาคประชาสังคมเฉพาะกลุ่ม และเป็นการไม่ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีที่รัฐจะต้อง “สร้างและรักษาสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัย เอื้อให้ภาคประชาสังคมและนักปกป้องสิทธิมนุษยชนสามารถทำงานได้อย่างอิสระโดยปราศจากอุปสรรคและความไม่มั่นคง” (ข้อมติคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนที่ 27/31) นอกจากนี้ การให้อำนาจกับเจ้าหน้าที่ในการเข้าค้นสถานที่ดำเนินงานขององค์กรได้หากมีเหตุอันควรสงสัยและมีพยานหลักฐานตามสมควร โดยไม่ต้องมีหมายศาลนั้น ยังเป็นการสร้างอุปสรรคเกินจำเป็นต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวขององค์กร และเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวที่บัญญัติคุ้มครองไว้ตามข้อ 17 ของ ICCPR⁷⁹

ในส่วนมาตรา 24 ของร่างกฎหมายฉบับ 2565 ที่กำหนดให้ “กรณีที่มีเหตุอันควรสงสัย” ว่าองค์กรใดอาจจะ “กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้” เจ้าหน้าที่มีอำนาจออกหนังสือเรียกให้มาชี้แจงหรือให้ส่งเอกสารนั้น คำว่า “เหตุอันควรสงสัย” รวมถึง “กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้” เป็นถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะเป็นฐานอำนาจของฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิของประชาชนในการ “มีหนังสือคำสั่งเรียกให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงข้อเท็จจริง” หรือ “ให้ส่งเอกสารหรือหลักฐาน” ประกอบการพิจารณา เนื่องจากร่างกฎหมายฉบับ 2565 ไม่มีเนื้อหาส่วนใดที่ระบุประเภทและคุณสมบัติขององค์กรซึ่งมีลักษณะและกิจกรรมสุ่มเสี่ยงอย่างแท้จริงต่อการสนับสนุนทางการเงินกับ “กลุ่มก่อการร้าย” อันเป็นฐานที่มาอันชอบธรรมของการออกกฎหมาย รวมถึงไม่มีเนื้อหาส่วนใดที่ระบุว่า การกระทำขององค์กรไม่แสวงหากำไรในลักษณะใดที่กระทบต่อ “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” อย่างชัดเจนเพียงพอให้ประชาชนคาดคะเนล่วงหน้าได้ว่าการกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นการขัดต่อกฎหมาย ตามที่ปรากฏในเหตุผลของร่างกฎหมาย บทบัญญัติมาตรา 24 ของร่างกฎหมายฉบับนี้จึงเป็นเพียงข้อกล่าวอ้างโดยลอยของรัฐ เพื่อเป็นฐานที่มาของการใช้ดุลพินิจอย่างไม่จำกัดของเจ้าหน้าที่ในการควบคุมสอดส่องการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของร่างกฎหมายนี้ทั้งฉบับจะพบว่า มีลักษณะเป็นความพยายามของรัฐในการออกกฎหมายเพื่อให้อำนาจฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจควบคุมการใช้เสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อป้องกัน (préventif) การกระทำใด ๆ ที่อาจกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองที่เรียกว่า “ตำรวจทางปกครอง” (police administrative) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองที่ให้อำนาจ “ฝ่ายปกครอง” ในการรักษาความสงบเรียบร้อย โดยการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดกฎหมาย มากกว่าจะเป็นการให้อำนาจ “ตำรวจทางยุติธรรม” ในการปราบปราม (répressive) หรือ “ระงับ” ความไม่สงบเรียบร้อยที่เกิดขึ้นแล้ว ตำรวจทางยุติธรรมจึงมีจุดมุ่งหมายที่จะสอบสวนและนำตัวผู้กระทำความผิดมาให้ศาลพิจารณาลงโทษ⁸⁰ เป็นผลให้อำนาจสืบสวนสอบสวนกรณีความผิดทางอาญาโดยเจ้าพนักงานสอบสวนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แตกต่างไปจากวิธีพิจารณาทางปกครอง

⁷⁹ ICNL, เพิ่งอ้าง 4.

⁸⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, ‘แนวทางในการจัดทำประมวลกฎหมายว่าด้วยการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักคณะกรรมการอุดมศึกษาและสำนักกองทุนสนับสนุนการวิจัย 2554) 7.

ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่น้อย นอกจากนี้ ยังมีข้อพิจารณาความแตกต่างเชิงเนื้อหาของการกระทำผิดทางอาญาและการกระทำผิดทางปกครอง เช่น การกระทำผิดทางปกครองไม่ใช่การกระทบต่อประโยชน์ของบุคคล เพียงแต่กระทบต่อประโยชน์ของทางราชการ และมีใช้การกระทำที่พึงตำหนิในเชิงจริยธรรม โดยกฎหมายอาญามุ่งคุ้มครองนิติสมบัติ (Rechtgut) คือ สิทธิของปัจเจกบุคคล ขณะที่กฎหมายปกครองมุ่งลงโทษการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามการสั่งการของฝ่ายปกครองหรือถูกระเบียบในการใช้ชีวิตร่วมกันในสังคม การไม่ให้ความร่วมมือในการปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ และคำสั่งทางปกครอง และไม่ใช่ความผิดที่สังคมประณาม จึงไม่สมควรกำหนดให้มีโทษทางอาญา⁸¹ แต่เมื่อพิจารณาอำนาจของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 24 ที่ออกหนังสือเรียกให้มาชี้แจงหรือให้ส่งเอกสารแล้ว พบว่ามีลักษณะเป็นการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในลักษณะการสืบสวนสอบสวนกรณีความผิดทางอาญา มากกว่าจะเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อไม่อาจพิจารณาได้ว่ามาตราใดมาตราหนึ่งของร่างกฎหมายฉบับ 2565 มีความชัดเจนเพียงพอว่าการกระทำนั้น เป็นการกระทำผิดกฎหมายในทางอาญา กล่าวคือ มีการบัญญัติต้องประกอบความผิดและลักษณะบางประการอย่างชัดเจนเพียงพอให้ประชาชนคาดคะเนล่วงหน้าได้ว่ากรกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดเป็นการขัดต่อกฎหมายอาญา ไม่ใช่กรณีเพียงองค์กรไม่แสวงหากำไรไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขอันเป็นการสร้างภาระผูกพันให้บุคคลต้องปฏิบัติตามกฎหรือระเบียบอันเป็นวิธีการออกแบบกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งส่งผลแต่เพียงโทษทางปกครองเท่านั้น อาจสรุปได้ว่า การออกแบบกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไรไม่ได้มีเนื้อหาสาระเพียงพอในการจำกัดสิทธิขององค์กรไม่แสวงหากำไรและประชาชนตามหลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย อันจะใช้มาตรการตามกฎหมายอาญาได้ และหากมีบทบัญญัติที่ระบุชัดเจนถึงประเภทและคุณสมบัติของกลุ่มขององค์กรไม่แสวงหากำไรซึ่งมีลักษณะและกิจกรรมสุ่มเสี่ยงอย่างแท้จริงต่อการสนับสนุนทางการเงินกับกลุ่มก่อการร้ายก็ควรบัญญัติไว้ในกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินอันเป็นบทบัญญัติเฉพาะว่าด้วยการนี้ และเป็นกฎหมายอาญาที่มีมาตรการและวิธีพิจารณาที่เหมาะสมอยู่แล้ว

นอกจากนี้ ยังมีข้อพิจารณาว่าองค์กรภาคประชาสังคมควรถูกกำกับด้วยกฎหมายอาญารวมถึงกฎหมายปกครองเช่นเดียวกับนิติบุคคลและปัจเจกบุคคลทั่วไป โดยไม่ถูกตีตราหรือเลือกปฏิบัติเสมือนอาชญากรโดยปราศจากหลักฐาน ไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดโทษเพิ่มขึ้น หรือมีมาตรการเฉพาะสำหรับองค์กรดังกล่าว แต่ควรสร้างบรรยากาศสนับสนุนองค์กรภาคประชาสังคมเพิ่มขึ้น⁸² และพิจารณาได้ว่าการร่างกฎหมายในลักษณะดังกล่าว เป็นความพยายามของรัฐในการเพิ่มอำนาจตรวจสอบของฝ่ายปกครอง โดยหลีกเลี่ยงกระบวนการพิจารณาโดยชอบ (due process) เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนในการสอบสวนทางอาญา เช่น เงื่อนไขในการออกหมายค้น เป็นต้น⁸³

⁸¹ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ, 'บันทึก เรื่อง เกณฑ์พิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญา 17' (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) <<https://www.krisdika.go.th/data/article77/filenew/03-1-3.pdf>> สืบค้นเมื่อ 28 กรกฎาคม 2565.

⁸² ICNL, *Thailand's revised NPO Bill* (เชิงอรรถ 60) 12.

⁸³ ICNL, *International Legal Analysis of the Eight Principles Underlying the Draft NPO Law* (เชิงอรรถ 78) 6.

การใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือในการจำกัดสิทธิมนุษยชนว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคม ถือเป็นการละเมิดเสรีภาพดังกล่าวอย่างร้ายแรงและมีกระแสนปฏิกริยาตอบโต้อย่างรุนแรงทั้งจากภายในและภายนอกประเทศ และต้องพิจารณาว่าการกระทำตามถ้อยคำที่ว่า “อาจจะกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้” ไม่เพียงพอต่อการให้อำนาจเจ้าหน้าที่เรียกให้บุคคลเข้าชี้แจงหรือส่งเอกสาร เนื่องจากกฎหมายนี้มีลักษณะเป็น “กฎหมายของรัฐอำนาจนิยมซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิและสร้างภาระแก่ประชาชนเกินควร” โดยเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวไม่มีส่วนใดที่กำหนดองค์ประกอบหรือลักษณะอย่างเฉพาะเจาะจงเพียงพอได้ว่าองค์กรไม่แสวงหากำไรกระทำอย่างไรอันมีลักษณะเป็นความเสี่ยงในการกระทำผิดที่เกี่ยวข้องกับ “การฟอกเงิน” หรือ “การก่อการร้าย” อันเป็นที่มาอันชอบธรรมในการออกกฎหมายตามที่รัฐกล่าวอ้าง และมีลักษณะเป็นการเขียนกฎหมายในลักษณะปฏิบัติต่อองค์กรไม่แสวงหากำไร “เสมือนกับอาชญากรโดยปราศจากหลักฐาน” และเป็นการเขียนกฎหมายในลักษณะให้ที่อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในทำนองเดียวกับการสอบสวนของพนักงานสอบสวนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมถึงเป็นการออกแบบโดยใช้กฎหมายปกครองเป็นเครื่องมือหรือกลไกในการควบคุมสอดส่ององค์กรไม่แสวงหากำไรบนพื้นฐานการละเมิดหลักสิทธิมนุษยชนและนิติรัฐ

อีกทั้ง หากเจ้าหน้าที่ได้รับรายงานประจำปีและข้อมูลทางการเงินขององค์กรไม่แสวงหากำไรใด ซึ่งมีลักษณะเป็นกลุ่มเสี่ยง (ในกรณีกฎหมายมีลักษณะไม่เหมารวมและกำหนดกลุ่มเป้าหมายเฉพาะ) อยู่แล้ว การให้อำนาจเจ้าหน้าที่เรียกให้บุคคลชี้แจงหรือเรียกเอกสารโดยปราศจากกลไกการตรวจสอบภายใต้อำนาจศาลสำหรับองค์กรนั้น จึงเป็นกรณีไม่มีเหตุผลอันสมควรโดยชัดแจ้ง และไม่สอดคล้องกับกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตย และหลักการตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มุ่งคุ้มครององค์กรไม่แสวงหากำไรและองค์กรพัฒนาเอกชน ที่ระบุว่า องค์กรไม่แสวงหากำไรควรมีอิสระในการตัดสินใจสถานะ โครงสร้าง และกิจกรรมของตน โดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ⁸⁴

นอกจากนี้ ในการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรไม่แสวงหากำไรในต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่าสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะมีความรู้เรื่องดังกล่าวเป็นอย่างดี เห็นได้จากข้อมูลการค้นคว้าเบื้องต้นซึ่งปรากฏในหน้า 14 ถึงหน้า 19 ของบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติการดำเนินกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไร พ.ศ. เรื่องเสรีจที่ 1621/2564 เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาข้อมูลดังกล่าว อาจจำแนกระบบกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรไม่แสวงหากำไรในต่างประเทศได้เป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มเสรีประชาธิปไตย และกลุ่มอำนาจนิยม

ในกลุ่มรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น รัฐจะไม่มีกฎหมายควบคุมการดำเนินกิจกรรมขององค์กรไม่แสวงหากำไรโดยเฉพาะ แต่อาจมีกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องและนำมาปรับใช้เฉพาะกรณี หรือหากมี ก็จะเป็นกฎหมายส่งเสริมองค์กรไม่แสวงหากำไรเฉพาะกลุ่ม หรือบางประเภท โดยส่งเสริมให้จดทะเบียน โดยไม่ได้มีลักษณะเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิ เช่น ญี่ปุ่น ในสหราชอาณาจักร หากองค์กรไม่แสวงหากำไรเป็นองค์กรการกุศลตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรการกุศล (Charities Act 2011) กำหนดให้ต้องขึ้นทะเบียน เว้นแต่องค์กรบางประเภท เช่น องค์กรที่มีรายได้ไม่เกิน 100,000 ปอนด์ต่อปี อย่างไรก็ตาม กฎหมายนี้ไม่มีบทกำหนดโทษโดยตรงสำหรับการไม่ขึ้นทะเบียน ในสหรัฐอเมริกา

⁸⁴ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 74) para 64.

ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรไม่แสวงหากำไรเป็นการเฉพาะและไม่ได้กำหนดให้องค์กรดังกล่าวต้องจดทะเบียน อย่างไรก็ตาม หากองค์กรมีลักษณะเป็นตัวแทน (Agent) ของต่างชาติ (foreign principals) จะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการขึ้นทะเบียนตัวแทนต่างชาติ (the Foreign Agents Registration Act (FARA))

ในกลุ่มรัฐอำนาจนิยม ปรากฏการกำหนดให้ต้องขึ้นทะเบียน เช่นใน กัมพูชา และเคนยา หรือกำหนดเรื่องการรับเงินจากต่างประเทศและบังคับใช้เป็นการเฉพาะกับองค์กรไม่แสวงหากำไร เช่น ในจีน ตามกฎหมายการบริหารจัดการกิจกรรมขององค์กรเอกชนต่างประเทศในประเทศจีน (Law on the Management of the Activities of Overseas NGOs within Mainland China) เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากข้อมูลดังกล่าว อาจพิจารณาได้ว่า สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีแนวโน้มร่างกฎหมายขององค์กรไม่แสวงหากำไรไปในแนวทางของรัฐอำนาจนิยม โดยกำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรจดทะเบียนและมีการสร้างเงื่อนไข ขั้นตอน และวิธีการอันเป็นภาระต่อองค์กรไม่แสวงหากำไร และเป็นอุปสรรคต่อการส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

สรุปได้ว่า แม้รัฐจะอ้างความชอบธรรมในการร่างกฎหมายฉบับ 2565 ว่าเป็นการออกกฎหมายเพื่อปรับปรุงตามคำแนะนำของ APG และให้สอดคล้องกับหลักการ AML/CFT แต่การนำข้อเสนอของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน จำนวน 8 ข้อ ไปประกอบการร่างกฎหมายกลับพบปัญหาในทางปฏิบัติอย่างมาก⁸⁵ โดยเฉพาะประเด็นการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิของประชาชนเท่าที่จำเป็นและได้สัดส่วน⁸⁶ รวมถึงไม่สอดคล้องกับเอกสารคำแนะนำที่ 8 (Recommendation 8) ของ FATF เอง ซึ่งแนะนำให้การออกมาตรการใด ๆ ต้องเป็นไปอย่างเฉพาะเจาะจงและได้สัดส่วน (focused and proportionate) และสอดคล้องกับของแนวทางบนพื้นฐานความเสี่ยง (risk-based approach)⁸⁷ บทบัญญัติในการจำกัดสิทธิขององค์กรไม่แสวงหากำไรตามคำแนะนำของ FATF ต้องกำหนดขอบเขตขององค์กรไม่แสวงหากำไรซึ่งถูกพิจารณาว่ามีพฤติกรรมสุ่มเสี่ยงเฉพาะต่อการก่อการร้าย เช่น สถานที่ในการดำเนินกิจกรรมหรือเครือข่ายความสัมพันธ์ หรือพฤติกรรมทางการเงินซึ่งเชื่อมโยงกับกลุ่มก่อการร้าย เป็นต้น การให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการกำกับและควบคุม (supervision and monitoring) ต้องอยู่บนพื้นฐานของความเสี่ยงและได้สัดส่วนเช่นกัน⁸⁸ องค์กรไม่แสวงหากำไรที่พิจารณาได้ว่าเกี่ยวข้องหรือได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากผู้ก่อการร้ายหรือองค์กรก่อการร้ายอาจถูกกำหนดมาตรการยืนยันตัวตนหรือสร้างความเชื่อมั่นอย่างเหมาะสมเฉพาะครั้งและเฉพาะกรณี อย่างไรก็ตาม การยืนยันดังกล่าวมิได้หมายถึงการยืนยันในลักษณะเฉพาะเจาะจงต่อบุคคล เปิดเผยการรับเงินอุดหนุนในทุกรายงาน หรือข้อมูลทั้งหมด ซึ่งไม่อาจเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ และเป็นการขัดขวางการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไร โดยสร้างภาระที่

⁸⁵ ICNL, *International Legal Analysis of the Eight Principles Underlying the Draft NPO Law* (เชิงอรรถ 78).

⁸⁶ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 37) 6.

⁸⁷ FATF, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation* (2012-2022) 13.

⁸⁸ FATF and OECD (เชิงอรรถ 58).

เกินจำเป็น⁸⁹ การบังคับให้องค์กรไม่แสวงหากำไรทั้งหมดต้องรับภาระในการเปิดเผยข้อมูลอย่างกว้างขวาง ทั้งที่ไม่ได้ถูกพิจารณาให้อยู่ในกลุ่มที่มีความเสี่ยงพิเศษ เป็นบทบัญญัติที่ละเมิดต่อสิทธิความเป็นส่วนตัว รวมถึงสิทธิในการสมาคม การกำหนดให้ต้องเปิดเผยข้อมูลของผู้นำองค์กรไม่แสวงหากำไร ผู้ให้ทุน รวมถึงผู้รับผลประโยชน์ และข้อมูลต่าง ๆ ของแหล่งเงินทุนต่างประเทศ ซึ่งอาจเป็นข้อมูลลับและอ่อนไหวทางการเมือง ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของสิทธิความเป็นส่วนตัว และอาจนำไปสู่ความเสี่ยงอย่างรุนแรงต่อการแก้แค้น⁹⁰ การใช้กำลังบังคับรุนแรง การข่มขู่บนพื้นฐานทางเหตุผลการเมือง

และพิจารณาได้ว่า ประเทศไทยมีความพยายามในการออกกฎหมายอันเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์สร้างเงื่อนไขและภาระแก่องค์กรไม่แสวงหากำไรอย่างเกินควร (Over-regulation) โดยใช้มาตรการต่าง ๆ เช่น การบังคับให้ขึ้นทะเบียน การให้รายงาน การใช้บทลงโทษรุนแรง เป็นต้น⁹¹ โดยไม่มีความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วนต่อการจำกัดสิทธิของประชาชนภายใต้สังคมประชาธิปไตย ซึ่งเป็นปรากฏการณ์เชิงลบต่อการดำเนินงานขององค์กรภาคประชาสังคมที่แพร่ขยายไปทั่วโลก⁹² ภายใน 2 ศตวรรษ มากกว่า 60 ประเทศที่ออกกฎหมายจำกัดทุนจากต่างประเทศขององค์กรพัฒนาเอกชน⁹³ และกว่า 111 ประเทศทั่วโลกในปัจจุบัน ภาคประชาสังคมถูกรัฐออกกฎหมายจำกัดอำนาจหน้าที่และการทำงาน ในลักษณะกำหนดให้องค์กรไม่แสวงหากำไรต้องรายงานทุกอย่างโดยละเอียดเข้มงวดจนกลายเป็นภาระ หรือมีข้อจำกัดเรื่องการรับเงินทุนจากต่างประเทศ⁹⁴ รวมถึงปัญหาการใช้ข้ออ้างหรือความชอบธรรมต่าง ๆ ของรัฐ เช่น ความมั่นคง หรือการก่อการร้าย⁹⁵ โดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ⁹⁶ เพื่อต่อต้านกิจกรรมความเคลื่อนไหวทางการเมือง และเสรีภาพในการแสดงออกและการรวมกลุ่มในรูปแบบต่าง ๆ

⁸⁹ FATF (เชิงอรรถ 85) 62.

⁹⁰ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 37) 7.

⁹¹ Mark Sidel and Devid Moore, *The law affecting civil society in ASIA: Developments and Challenges for Nonprofit and Civil Society Organizations* (the International Center for Not-for-Profit Law (ICNL) 2019) 24-27.

⁹² NED (เชิงอรรถ 30); ดูประกอบ UN Human Rights Council, 'Impact of measures to address terrorism and violent extremism on civic space and the rights of civil society actors and human rights defenders Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Fionnuala Ní Aoláin' (2019) UN doc A/HRC/40/52, para 31; ดูประกอบ UN Human Rights Council (เชิงอรรถ 62) para 16; ดูประกอบ The Economist, 'Foreign Funding of NGOs' (The Economist, 13 September 2014) <<https://www.economist.com/international/2014/09/12/donors-keep-out>> สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2565.

⁹³ Patricia Bromley, Evan Schofer and Wesley Longhofer, 'Contentions over World Culture: The rise of legal restrictions on foreign funding to NGOs, 1994-2015' (Interdisciplinary Committee on Organizational Studies, August 2019) <https://www.icos.umich.edu/sites/default/files/lecturereadinglists/Contentions%20World%20Culture_Bromley%20Schofer%20Longhofer.pdf> สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2565.

⁹⁴ Amnesty International Thailand (เชิงอรรถ 10).

⁹⁵ Lina Vosyliute and Ngo Chun LUK, *Protecting civil society space: strengthening freedom of association, assembly and expression and the right to defend rights in the EU* (European Union 2020) 73.

⁹⁶ ดู Nikhil Dutta, *PROTECTING ACTIVISTS FROM ABUSIVE LITIGATION: SLAPPS IN THE GLOBAL SOUTH AND HOW TO RESPOND* (International Center for Not-for-Profit Law (ICNL) 2020).

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

รัฐเสรีประชาธิปไตยตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐานที่สำคัญอันได้แก่ หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ หลักการทั้งสองเกี่ยวพันซึ่งกันและกัน และสนับสนุนกันอย่างแยกไม่ออก สิทธิในเสรีภาพของปัจเจกชน โดยเฉพาะการรวมกลุ่มและการชุมนุมอย่างสงบ การสมาคม และการแสดงความคิดเห็น ซึ่งเป็นเงื่อนไขพื้นฐานที่สำคัญในการดำรงอยู่ของประชาธิปไตย ในขณะที่เดียวกันมีแต่รัฐประชาธิปไตยเท่านั้นที่สิทธิของปัจเจกชนจะได้รับการคุ้มครอง คุณค่าของ “เสรี” และ “ประชาธิปไตย” ดังกล่าวล้วนแต่เผชิญหน้าและเป็นปฏิปักษ์ต่อ “ระบอบอำนาจนิยม”

รัฐเสรีประชาธิปไตย ที่หมายถึง รัฐที่มีอำนาจจำกัดภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย “รัฐที่มีอำนาจจำกัด” หรือ “รัฐเสรีนิยม” รัฐนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญซึ่งรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและมีกลไกทางรัฐธรรมนูญบางประการเพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยอำเภอใจ หลักเกณฑ์ดังกล่าวเรียกว่า “นิติรัฐ” หลักนิติรัฐจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดหลักการที่สำคัญ อย่างน้อย 2 ประการ ได้แก่ หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ และหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

นอกจากนี้ หลักการจำกัดอำนาจรัฐไม่ได้พัฒนาภายใต้การศึกษากฎหมายมหาชนภายใน (droit public interne) เท่านั้น ไม่ว่าจะตามหลักนิติรัฐตามระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรป หรือหลักนิติธรรมตามระบบกฎหมายแองโกลแซกซอนก็ตาม แต่ภายใต้การศึกษากฎหมายมหาชนภายนอก (droit public externe) หรือกฎหมายระหว่างประเทศนั้น หลักการจำกัดอำนาจรัฐก็ได้ถูกพัฒนาขึ้นเช่นกัน โดยเฉพาะหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้วมีสาระสำคัญไม่แตกต่างกันและมุ่งเป้าประสงค์หรือผลลัพธ์เดียวกัน อาจกล่าวได้ว่า การใช้อำนาจรัฐในปัจจุบันถูกจำกัดทั้งภายใต้ระบบกฎหมายภายในโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ รวมถึงตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐผูกพันตามพันธกรณีต่าง ๆ โดยเฉพาะด้านสิทธิมนุษยชน

การจำกัดสิทธิในการสมาคมของประชาชน ภายใต้มาตรา 22 ของ ICCPR กำหนดหลักการที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ หลักบัญญัติไว้โดยกฎหมาย หลักวัตถุประสงค์อันชอบธรรม และหลักความจำเป็นในสังคมประชาธิปไตย ในขณะที่รัฐอำนาจนิยมมักจะบัญญัติกฎหมายในลักษณะขัดแย้งไม่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว เช่น การบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำไม่ชัดเจน กำกวม คลุมเครือ หรือมีความหมายกว้างขวาง อันเป็นการเปิดดุลพินิจให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจจำกัดสิทธิของประชาชนอย่างไม่จำกัด การบัญญัติกฎหมายโดยถ่ายโอนดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติแก่ฝ่ายบริหารอย่างไม่สมดุลง ซึ่งขัดต่อหลักบัญญัติไว้โดยกฎหมาย หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และหลักการแบ่งแยกอำนาจ การบัญญัติกฎหมายโดยไม่สอดคล้องอย่างเพียงพอหรือไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามที่ระบุได้ ซึ่งอาจใช้เทคนิคการบัญญัติกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำกำกวมไม่ชัดเจน (vague and ambiguous) เช่นกัน รวมถึงการบัญญัติกฎหมายโดยปิดเป็นนวัตฤประสงค์ที่แท้จริง แต่ใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองในการจำกัดเสรีภาพและกดขี่ประชาชน เพื่อรักษาสถานะเดิม (status quo) ภายใต้ระบอบอำนาจนิยม รวมถึงการบัญญัติกฎหมายโดยมีเนื้อหาจำกัดสิทธิของประชาชนอย่างไม่จำเป็น

และไม่ได้มีส่วนในการใช้มาตรการนั้น ๆ ต่อการบรรลุวัตถุประสงค์อันชอบในสังคมประชาธิปไตย และนำไปสู่ปรากฏการณ์ความเสื่อมถอยของเสรีประชาธิปไตยและนิติรัฐ และส่งเสริมการเติบโตของระบอบอำนาจนิยมซึ่งแพร่ขยายไปทั่วโลก

ในปัจจุบัน อาจพิจารณาได้ว่ารัฐไทยมีความพยายามในการออกกฎหมายควบคุมองค์กรไม่แสวงหากำไร อันเป็นองค์กรภาคประชาสังคม (ซึ่งตั้งอยู่บนรากฐานของเสรีภาพในการแสดงออก การรวมกลุ่ม และการมีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะของปัจเจกบุคคล บนพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน และสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ) มีความพยายามในการกำหนดเงื่อนไขก่อน เช่น การให้จดทะเบียน หรือจัดแจ้งรายงาน แม้กระทั่งการบังคับให้ดำเนินการเรื่องใดเป็นการเฉพาะ เป็นต้น โดยรัฐกำหนดบทบัญญัติลักษณะกว้างขวางไม่จำกัดอำนาจของตนเฉพาะกรณีใช้เทคนิคบัญญัติเนื้อหาของกฎหมายโดยใช้ถ้อยคำกว้างขวางคลุมเครือเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือการถ่ายโอนดุลพินิจที่แท้จริงของฝ่ายนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหาร ไม่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐและมาตรฐานในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ในบริบทประเทศไทยเกี่ยวกับร่างกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไร ผู้เขียนเห็นว่าไม่มีความจำเป็นในการออกกฎหมายเพื่อบังคับหรือจำกัดสิทธิขององค์กรไม่แสวงหากำไรหรือภาคประชาสังคมเป็นการเฉพาะ การออกกฎหมายในลักษณะดังกล่าวแสดงถึงอคติของรัฐที่มีต่อการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไรและภาคประชาสังคม และจะเป็นการขัดขวางต่อการดำเนินกิจกรรมของภาคประชาสังคม ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพในการสมาคม ความเป็นอิสระในการดำเนินงานของสมาคม สิทธิส่วนบุคคล สภามวล้อมที่เหมาะสมต่อการดำเนินกิจกรรมของภาคประชาสังคม และเป็นปฏิปักษ์ต่อการดำเนินงานขององค์กรไม่แสวงหากำไรและนักปกป้องสิทธิมนุษยชน และการนำข้อเสนอทั้ง 8 ของสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินไปปรับใช้ในการร่างกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขององค์กรไม่แสวงหากำไร ไม่ว่าจะโดยกฎหมายองค์กรไม่แสวงหากำไร หรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินก็ตาม มีข้อพิจารณาถึงความสอดคล้องต่อกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รวมถึงสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ภายใต้สังคมประชาธิปไตยและนิติรัฐ ดังรายละเอียดที่กล่าวถึงในบทความนี้ อย่างไรก็ตาม การออกกฎหมายเพื่อส่งเสริมการดำเนินการขององค์กรไม่แสวงหากำไรและภาคประชาสังคม โดยไม่มีเนื้อหาในลักษณะจำกัดสิทธิเป็นสิ่งที่ควรสนับสนุน และเป็นการส่งเสริมให้ภาคประชาสังคมมีส่วนร่วมในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมร่วมกับภาคส่วนอื่น ส่งเสริมสิทธิในการมีส่วนร่วมในกิจการสาธารณะ สิทธิในการรวมกลุ่ม สมาคม และการชุมนุมอย่างสงบ อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักธรรมาภิบาลและประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม ซึ่งเป็นรากฐานของสังคมประชาธิปไตย