

วิเคราะห์คำพิพากษาคดี Election Privacy Information Center (“EPIC”) v United States Department of Homeland Security (“DHS”) ในประเด็น กฎที่ออกโดย Transportation Security Administration (“TSA”) ในการให้ใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์ในการตรวจค้นเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

เอกชัย ตรีรัตน์สกุลชัย*

1. บทนำ

ในนานาอารยประเทศย่อมเป็นที่แน่นอนว่าการตรวจค้นร่างกายของผู้โดยสารที่เดินทางโดยเครื่องบินก่อนขึ้นเครื่องบินโดยสารนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งยวด เพราะถือว่าการตรวจค้นดังกล่าว เป็นมาตรการในการรักษาความปลอดภัยเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่ง ในการที่จะป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดบนเครื่องบินโดยสาร หรือมีการลักลอบนำวัตถุที่อาจใช้ในการกระทำความผิดขึ้นบนเครื่องบินโดยสาร

โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังจากเกิดเหตุวินาศกรรมเมื่อวันที่ 11 กันยายน พ.ศ. 2544 หรือ เหตุการณ์ที่เรียกว่า 9/11 ที่สร้างความสะพรึงกลัวในเหตุการณ์ก่อการร้ายทั่วทั้งโลกเช่นนี้ทั่วทุกมุมโลกต่างก็ได้เพ่งเล็งถึงความสำคัญเป็นพิเศษกับมาตรการในการตรวจค้นร่างกายของผู้โดยสารเพื่อป้องกันมิให้เกิดการก่อการร้ายซ้ำรอยขึ้นอีกกับเหตุการณ์ที่เกิดในอดีต

แน่นอนว่าประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ได้รับผลกระทบมากที่สุดในเหตุการณ์ก่อการร้ายในครั้งนั้นก็ได้นำมาตรการในการตรวจค้นร่างกายของผู้โดยสารให้เข้มข้นขึ้น โดยการตกลงทำสัญญากับบริษัทผู้ผลิตนำเครื่อง AIT Scanner มาใช้ในการตรวจค้นผู้โดยสารก่อนขึ้นเครื่องบินโดยสารแทนเครื่องแมกโนมิเตอร์ (Magnometer) ซึ่งเป็นเครื่องตรวจค้นผู้โดยสารแบบเก่า โดยสิ่งที่เป็นปัญหาและถูกวิพากษ์วิจารณ์ในการใช้เครื่อง AIT Scanner ในการตรวจค้นนั้นคือเครื่องตรวจค้นดังกล่าวสามารถแสดงผลการตรวจค้นเป็นภาพของผู้โดยสารที่มีได้สวมเครื่องแต่งกายใดๆปกปิดร่างกายอันก่อให้เกิดกระแสในการวิพากษ์วิจารณ์ในหมู่ของนักวิชาการเป็นวงกว้างว่าการใช้เครื่อง AIT Scanner ในการตรวจค้นนั้นเป็นการล่วงละเมิดในดินแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญหรือไม่จนนำไปสู่การฟ้องร้องเป็นคดีขึ้น

อย่างไรก็ดีในการตรวจค้นผู้โดยสารนั้นก็จำเป็นต้องมุ่งพิจารณาถึงหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญของบุคคลผู้ถูกตรวจค้นประกอบพร้อมกันด้วยเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกานั้นก็มีการปกครองด้วยหลักนิติธรรม¹ ซึ่งเป็นหลักแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิเสรีภาพแห่งมนุษย์ทุกแง่มุม ด้วยเหตุนี้อำนาจของฝ่ายบริหารที่จะทำการใดจึงย่อมที่จะต้องถูกจำกัดโดยอำนาจของรัฐธรรมนูญและอำนาจของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (The Supreme Court of the United States)²

* น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 2) ธรรมศาสตร์, Certificate in public and private law (Spring School scholarship), University of Münster, ประเทศเยอรมนี, ทนายความ สำนักงานกฎหมายสยามซิติ้ จำกัด

¹ ธานีทร กรัยวิเชียร, “บทบรรณาธิการ,” วารสารบทบัญญัติ เล่มที่ 20 ตอน 3 (กรกฎาคม 2505) : 767

² Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law Principles and Policies*, 3rd ed., (New York: Aspen Publishers, 2006), p.7.

บทความนี้ผู้เขียนมุ่งที่จะวิเคราะห์คำพิพากษาคดี Election Privacy Information Center v United States Department of Homeland Security³ โดยเฉพาะในประเด็นที่ว่า กฎที่ออกโดย TSA ซึ่งเป็นหน่วยงานของ DHS⁴ ในการให้ใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์ในการตรวจค้นเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 4⁵ แห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (Fourth Amendment) หรือไม่

และพิจารณาประเด็นดังกล่าวตามบริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วยทั้งนี้เพื่อเป็นประโยชน์ในการนำประเด็นดังกล่าวมาปรับใช้กับบริบทตามกฎหมายไทยต่อไปในอนาคต

อนึ่ง คำพิพากษาในคดีดังกล่าวนี้ยังมีใช้คำพิพากษาที่ถึงที่สุดเนื่องจากผู้ยื่นคำร้องได้ยื่นคำร้องอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อให้ทบทวนคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ต่อไป

2. สาระสำคัญ

ในคดี Election Privacy Information Center v United States Department of Homeland Security นี้ผู้เขียนมุ่งหมายที่จะสรุปคำพิพากษาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยในประเด็นที่ว่ากฎที่ออกโดย TSA นั้นเป็นการละเมิดในสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่าไรก็ดีหากผู้อ่านพบเจอประเด็นทางกฎหมายอื่นใดนอกเหนือจากประเด็นดังกล่าวข้างต้นผู้อ่านก็สามารถนำบทความดังกล่าวไปต่อยอดทางความคิดต่อไปได้เช่นกัน

คดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าโดยหลักตามบทบัญญัติของกฎหมายแห่งสหพันธรัฐ 49 U.S.C⁶ (United States Code) มาตรา 44901(a), 44901(a)(1) ได้วางหลักว่า บุคคลใดก็ตามที่เดินทางด้วยสายการบินพาณิชย์ต้องถูกตรวจค้นโดย TSA ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งของ DHS เพื่อที่จะทำให้แน่ใจว่าบุคคลดังกล่าวไม่ได้กำลังนำหรือพกพาสิ่งที่มีผิดกฎหมายอาวุธอันตราย หรือวัตถุระเบิด หรือสิ่งของที่อาจจะก่อให้เกิดอันตรายได้ ขึ้นมาในเครื่องบินโดยสาร

โดยสภาองเกรสได้มอบอำนาจให้เป็นหน้าที่ของ TSA ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งของ DHS ในการออกกฎกำหนดรายละเอียดวิธีการขั้นตอนการถูกตรวจค้นของผู้โดยสาร เพื่อให้เกิดมาตรฐานกลางขึ้นมา

³โปรดดูรายละเอียดใน Election Privacy Information Center v United States Department of Homeland Security D.C. Cir. 15, [2011] AC

⁴กระทรวงความมั่นคงภายในประเทศจัดตั้งในปี ค.ศ. 2002 และเพิ่งเริ่มดำเนินงานในปี ค.ศ. 2003 ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน วันชัย โฆษิตมาศ, “หลักการรับฟังคู่มือก่อนออกคำสั่งทางปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายเยอรมัน สหรัฐอเมริกา และไทย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), น. 17.

⁵รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 4 การคุ้มครองบุคคลจากการถูกค้นและยึด “สิทธิของประชาชนที่จะมีความปลอดภัยในเนื้อตัวร่างกาย เคหสถาน เอกสาร และทรัพย์สินของ จะไม่ถูกล่วงละเมิดโดยการค้นหรือยึดที่ไม่มีเหตุผล และจะไม่มีการออกหมายเพื่อกระทำการดังกล่าว โดยไม่มีเหตุอันเหมาะสมซึ่งยืนยันด้วยคำปฏิญาณหรือคำรับรองและต้องกำหนดสถานที่ค้น และบุคคลหรือสิ่งของที่จับยึดโดยเฉพาะเจาะจงไว้ในหมายนั้น” ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน มานิตย์ จุมปา, พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา คำอธิบายเรียงมาตราพร้อมคำพิพากษาศาลฎีกา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น. 159.

⁶โปรดดูรายละเอียดใน <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title49/html/USCODE-2011-title49-subtitleVII-partA-subpartiii-chap449-subchapl-sec44901.htm>, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2557

ต่อมาในปีค.ศ.2004สภาคองเกรสก็ได้กำหนดให้ TSA เพิ่มมาตรฐานของกฎในการตรวจค้นผู้โดยสารที่จุดตรวจค้น (Checkpoints) ของสนามบินให้เข้มข้นขึ้นด้วยเทคโนโลยีใหม่ที่สามารถตรวจวัตถุที่เป็นสารเคมี อาวุธชีวภาพ กัมมันตภาพรังสี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะป้องกันการก่อการร้ายที่นับวันจะทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น

TSA จึงมีภาระผูกพันต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายแห่งสหพันธรัฐด้วยการทำสัญญากับบริษัทผู้ผลิตอุปกรณ์ดังกล่าวในการพัฒนาเครื่องสแกนเนอร์ขึ้นมาซึ่งเรียกว่าเครื่อง AIT Scannerเพื่อใช้ที่สนามบินโดยทางผู้ผลิตก็ได้จัดทำแบบของเครื่อง AIT Scanner ขึ้นมา 2 แบบ โดยแบบแรกใช้เทคโนโลยีแบบมิลลิเมตร (Millimeter) ซึ่งตรวจค้นบุคคลโดยคลื่นความถี่วิทยุ และแบบที่สองใช้เทคโนโลยีแบบ แบ็คสแคทเทอร์ (Backscatter) ซึ่งสามารถตรวจค้นบุคคลโดยใช้รังสี X-ray

ทั้งนี้เครื่อง AIT Scannerทั้งสองแบบนี้ถูกออกแบบมาให้สามารถสร้างภาพของมนุษย์ที่ผ่านการตรวจค้นด้วยเครื่องตรวจค้นดังกล่าวให้ออกมาในรูปแบบที่เปลือยเปล่า ซึ่งภาพดังกล่าวสามารถแสดงผลของการค้นพบของเหลว หรือ ผงฝุ่น ได้ทันที โดยปราศจากการสัมผัสกับผู้ถูกตรวจสอบ ณ จุดตรวจสอบ ซึ่งเครื่องสแกนเนอร์แบบเก่าหรือที่เรียกว่า เครื่องแมกโนมิเตอร์(Magnometer)นั้นไม่สามารถที่จะค้นพบได้

ในปีค.ศ.2007 TSA เริ่มที่จะนำเครื่อง AIT Scanner มาใช้โดยนำมาใช้เป็นอุปกรณ์เสริม (secondary screening) สำหรับการคัดเลือกผู้โดยสารบางส่วนที่ผ่านการสแกนครั้งแรกโดยเครื่องแมกโนมิเตอร์(Magnometer) มาแล้วมาทำการตรวจค้นด้วยเครื่อง AIT Scannerอีกครั้งหนึ่ง

และต่อมาในปีค.ศ.2009 TSA ก็เริ่มที่จะนำเครื่อง AIT Scanner มาใช้เป็นอุปกรณ์ตรวจค้นหลักโดยใช้เป็นเครื่องมือที่ใช้ในการตรวจค้นบุคคลขั้นต้น แต่อย่างไรก็ตามการใช้เครื่อง AIT Scanner นั้นก็จำกัดการใช้อยู่เพียงบางสนามบินเท่านั้น ต่อมาในปีค.ศ.2010 เนื่องจากเครื่อง AIT Scannerนั้นประสบความสำเร็จในแง่ของผลของการตรวจสอบ TSA จึงตัดสินใจที่จะใช้เครื่องAITScannerดังกล่าวเป็นอุปกรณ์ตรวจค้นหลักในทุกๆสนามบิน ซึ่งในปีค.ศ.2010 ก็ได้ทำการติดตั้งเครื่องAIT Scanner ใน 78 สนามบิน และมีแผนการที่จะติดตั้งเครื่อง AIT Scanner ให้ครบจำนวน500 เครื่อง ก่อนที่จะสิ้นปีค.ศ.2010

โดยการใช้เครื่อง AIT Scanner นั้นจะไม่มีผู้โดยสารคนใดที่จะต้องถูกส่งเข้าตรวจด้วยเครื่อง AITScanner เสมอไปเนื่องจากจุดตรวจค้นแต่ละจุดนั้นจะมีป้ายประจำจุดตรวจค้นแจ้งให้ผู้โดยสารทราบว่าผู้โดยสารสามารถเลือกวิธีการตรวจโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเพศเดียวกันและในสถานที่ส่วนตัวก็ได้ (Patdown)แต่อย่างไรก็ตามผู้โดยสารส่วนมากก็ไม่ได้ทราบถึงสิทธิของตนเองและผู้โดยสารที่เลือกจะใช้สิทธิดังกล่าวก็แสดงความคิดเห็นว่า การตรวจค้นโดยบุคคลนั้นเป็นการกระทำที่ก้าวร้าวอย่างไม่จำเป็น

ในส่วนของ TSA นั้นก็พยายามที่จะดำเนินการทำให้ การใช้เครื่อง AIT Scanner ในการตรวจค้นมีผลกระทบต่อความเป็นสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลของผู้โดยสารน้อยที่สุด โดยมาตรการของTSAในการรักษาสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลของผู้โดยสารที่ถูกตรวจค้นโดยเครื่อง AIT Scanner นั้นคือ รูปภาพที่แสดงผลการตรวจค้นผ่านหน้าจอ นั้นจะถูกปิดบังลักษณะของใบหน้า และมีเพียงเจ้าหน้าที่เท่านั้นที่สามารถมองเห็นหน้าจอคอมพิวเตอร์ซึ่งแสดงผลการตรวจค้นโดยเครื่อง AIT Scanner โดยเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะนั่งอยู่ในห้องควบคุมและรักษาความปลอดภัย และเมื่อผลการตรวจค้นไม่พบวัตถุผิดกฎหมายรูปภาพก็จะถูกลบโดยทันทีโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่สามารถเก็บรูปภาพของผู้โดยสารที่ถูก

ตรวจสอบจากเครื่องคอมพิวเตอร์ได้ อีกทั้งเจ้าหน้าที่ก็ไม่ได้รับอนุญาตให้นำโทรศัพท์มือถือหรือกล้องถ่ายรูปเข้าไปในห้องดังกล่าว

นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ผู้ใช้เครื่อง AIT Scanner ต้องทำการศึกษาวิธีการเพื่อความปลอดภัย ในการควบคุม ตรวจสอบให้เครื่องสแกนเนอร์ปล่อยปริมาณรังสีออกมาภายใต้มาตรฐานที่กำหนดเพื่อความปลอดภัยผู้โดยสารที่ถูกตรวจค้นด้วย

อย่างไรก็ดี EPIC ซึ่งเป็นผู้ยื่นคำร้องไม่พึงพอใจกับความพยายามของ TSA ในมาตรการป้องกันสิทธิ เสรีภาพส่วนบุคคลและสุขภาพอนามัยจากความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการถูกตรวจค้นโดยเครื่อง AIT Scanner เนื่องจาก EPIC ได้รับจดหมายจากผู้ถูกตรวจค้นมากมายหลายร้อยฉบับที่วิพากษ์วิจารณ์เครื่อง AIT Scanner ว่าการแสดงผลของเครื่องดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลมากเกินไป และขาดซึ่งความเหมาะสมในแสดงผลของการถูกตรวจค้น และจดหมายร้องเรียนดังกล่าวยังได้แสดงว่า TSA มีเจตนาที่ทำสัญญาับบริษัทผู้ผลิตว่าต้องการอุปกรณ์การตรวจค้นที่สามารถบันทึกข้อมูลรวบรวมผลข้อมูล และสามารถโอนถ่ายข้อมูลการตรวจค้นได้ ซึ่งข้อมูลดังกล่าวก็คือรูปภาพเปลือยเปล่าของผู้โดยสารที่ถูกตรวจค้นนั่นเอง

อีกทั้ง EPIC ก็ได้รับคำวิพากษ์วิจารณ์จากผู้ถูกตรวจค้นว่าการตรวจค้นด้วยเครื่องดังกล่าวนั้นเปรียบเสมือนการถูกบังคับโดยปริยาย เพราะเจ้าหน้าที่ผู้ตรวจค้นประจำจุดตรวจค้นมักปฏิเสธการขอถูกตรวจค้นด้วยวิธีอื่นเสมอ

ในเดือนเมษายน 2009 มีองค์กรมากกว่า 30 องค์กรรวมทั้ง EPIC ได้ยื่นจดหมายถึง เลขาธิการของ DHS ว่าพวกเขาเหล่านั้นได้คัดค้านการใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์หลักในการตรวจค้นผู้โดยสารเป็นวิธีการแรก และได้มีการร้องขอให้ TSA ให้ออกมาตรการใช้เครื่อง AIT Scanner

ในเดือนเมษายน ปี 2010 EPIC ยื่นจดหมายฉบับที่ 2 โดย EPIC ยืนยันว่ากฎที่ออกโดย DHS ในการให้ใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์ในการตรวจค้นว่าเป็นการขัด หรือ แย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 (Fourth Amendment) ซึ่งจดหมายดังกล่าวนี้ถือว่าการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองต่อ TSA ซึ่งเป็นหน่วยงานของ DHS เพื่อให้เป็นไปตามกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา (The Federal Administrative Act) และในเดือนพฤษภาคม TSA ก็ได้โต้ตอบด้วยจดหมายดังกล่าวแก่ EPIC โดยแสดงให้เห็นชัดเจนในข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญและในข้อกฎหมาย โดยยืนยันว่ากฎดังกล่าวนี้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

ในวันที่ 2 กรกฎาคม 2010 EPIC ได้ยื่นคำร้องต่อศาลอุทธรณ์⁷ เพื่อทบทวนกฎของ TSA ในการให้ใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์ในการตรวจค้นหลักว่าเป็นการขัด หรือ แย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 หรือไม่

⁷ การทบทวนโดยศาลนั้น หากเป็นการดำเนินกระบวนการตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของสหรัฐอเมริกา The Federal Administrative Procedure Act แล้วและได้มีการอุทธรณ์ฝ่ายปกครองครบถ้วนแล้ว คดีจะไปสู่การทบทวนโดยศาลอุทธรณ์ในปัญหาข้อกฎหมายมิใช่ศาลชั้นต้น รายละเอียดเพิ่มเติมใน วันชัย โฆษิตมาศ , อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4, น. 2.

เมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2011 ศาลอุทธรณ์พิเคราะห์คดีดังกล่าวในประเด็นการโต้แย้งว่ากฎของ TSA ในการให้ใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์ในการตรวจค้นว่าเป็นการขัด หรือ แฝงต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 หรือไม่นั้นเห็นว่า

การที่ผู้ร้องโต้แย้งว่ากฎของ TSA ในการให้ใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์ในการตรวจค้นหลักนั้นขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 ด้วยเหตุที่ว่าเป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเกินกว่าความจำเป็นในการตรวจค้นอาวุธ หรือวัตถุระเบิดจึงเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งยังไร้ประสิทธิภาพในการตรวจสอบ สำหรับประเด็นดังกล่าวศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาเคยตัดสินในคดี City of Ontario v. Quon โดยศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินตามคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีดังกล่าว และได้ปฏิเสธคำร้องของ EPIC ซึ่งเป็นผู้ยื่นคำร้อง เนื่องจากเห็นว่า การออกกฎของ TSA ในการให้มีการใช้เครื่อง AIT Scanner ในการตรวจค้นดังกล่าวเป็นวิถีทางเดียวที่เป็นการล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลน้อยที่สุดเท่าที่สามารถปฏิบัติได้ จึงเป็นวิถีทางที่สมเหตุสมผลภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4

และเมื่อคำนึงถึงวิธีการในการตรวจค้นโดยใช้เครื่อง AIT Scanner ของ TSA ก็ได้มีการป้องกันข้อมูลส่วนบุคคลของผู้โดยสารที่ผ่านเครื่องสแกนดังกล่าวอยู่แล้ว เช่นนี้จึงถือว่าการใช้เครื่อง AIT Scanner มิได้ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4 แต่อย่างใด

อีกทั้งศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้เคยตัดสินไว้เป็นคำพิพากษาบรรทัดฐาน⁸ แล้วว่าการตรวจค้นผู้โดยสารโดยเจ้าหน้าที่ของสนามบินนั้น เป็นการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจปกครองซึ่งเป็นอำนาจมหาชนในการตรวจค้นผู้โดยสาร เนื่องจากเหตุผลในการตรวจค้นผู้โดยสารก่อนที่จะขึ้นเครื่องบินนั้นมิใช่เป็นเพียงเพื่อป้องกันผู้โดยสารกระทำ ความผิดบนเครื่องบินโดยสารเท่านั้น หากแต่ยังเป็นการป้องกันสาธารณชนจากร้ายการก่อการร้ายด้วย

และเมื่อวิเคราะห์ในประเด็นปัญหาดังกล่าว การพิจารณาประเมินค่าดังกล่าวต้องพิจารณาถึงระดับของความรุนแรงที่จะใช้ในการล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล อีกทั้งวิธีการที่ใช้ดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ สาธารณะที่ขอบด้วยกฎหมาย

พิจารณาถึงความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนบุคคล ในคดีนี้ แน่นนอนว่าประโยชน์ สาธารณะต้องมาเป็นหลัก TSA จำเป็นที่จะต้องตรวจค้นผู้โดยสารเพื่อทำให้มั่นใจว่าสาธารณชนจะปลอดภัย และที่สำคัญสำหรับการใช้เครื่อง AIT Scanner ในการตรวจค้นนั้น แม้ว่าเครื่องแมกนีโตมิเตอร์ (Magnetometer) สามารถที่จะ ตรวจค้นได้เหมือนกัน แต่ก็ไม่สามารถที่จะตรวจค้นวัตถุระเบิดที่มีลักษณะเป็นของเหลวหรือผงแป้ง ซึ่งถูกนำพาขึ้น ไปบนเครื่องบินโดยสารได้ และในส่วนของประโยชน์ส่วนบุคคลนั้น ศาลเห็นว่ามาตรการของ TSA นั้นเป็นที่ยอมรับได้ในการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลของผู้โดยสาร เนื่องจากก็ได้มีการปกปิด บิดเบือนรูปภาพของผู้โดยสารที่ผ่านเครื่อง AIT Scanner และก็มีกระบวนการที่การตรวจผ่านไปอย่างสมบูรณ์ ยิ่งไปกว่านั้นผู้โดยสารมีทางเลือกที่จะตัดสินใจว่าจะไม่เลือกใช้เครื่อง AIT Scanner แต่ประสงค์ที่จะเลือกวิธีการตรวจค้นด้วยเจ้าหน้าที่ของสนามบิน (Patdown) ใน

⁸ เลชคดีที่ 130 S. Ct. 2619, 2632 (2010)

⁹ โปรดดูคดี United States v. Aukai, 497 F.3d 955, 958-63 หรือ คดี United States v. Edwards, 498 F.2d 496, 499-501

การตรวจค้นเพื่อค้นหาสิ่งที่มีผิดกฎหมาย วัตถุระเบิด หรือวัตถุที่มีได้มาจากโลหะ(non metallic) ทั้งนี้เพื่อให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลน้อยที่สุด

ในทางกลับกันข้อกล่าวอ้างของ EPIC ก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่า การใช้เครื่อง AIT Scanner นั้นมิใช่เป็นวิธีการสุดท้ายหรือวิถีทางที่กระทบกระเทือนสิทธิที่น้อยที่สุดที่ทำให้การตรวจค้นมีประสิทธิภาพ

โดยสรุปในประเด็นดังกล่าวศาลอุทธรณ์ได้ปฏิเสธคำร้องของ EPIC ว่า กฎของ TSA ในการให้ใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์ในการตรวจค้นผู้โดยสารเป็นการขัด หรือ แย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4

3. ปัญหาและการวิเคราะห์

ปัญหาของคำพิพากษาดังกล่าวนั้นมีอยู่ว่าหากศาลสูงได้ตัดสินให้ฎีกาที่ออกโดยTSAซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งของ DHSไม่ขัดหรือแย้งต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญ อันจะส่งผลให้มีการนำเครื่อง AIT Scanner มาใช้ในการตรวจค้น ณ จุดตรวจที่สนามบิน เช่นนั้นประชาชนทั่วไปที่ใช้บริการการเดินทางโดยเครื่องบินพาณิชย์ก็มีโอกาสสูงที่จะประสบพบเจอกับการถูกตรวจค้นด้วยเครื่องดังกล่าวด้วยตนเอง ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงได้ทำการวิเคราะห์โอกาสความเป็นไปได้ที่ฎีกาซึ่งออกโดยTSAจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งตามบริบทของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาและตามบริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

3.1 ตามบริบทของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

3.1.1 แนวคิดพื้นฐาน

ปัญหาของคำพิพากษาดังกล่าวนั้นมีอยู่ว่าศาลอุทธรณ์แห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลที่ถูกต้องหรือไม่

ก่อนที่จะเริ่มวิเคราะห์ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ มีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องเข้าใจในแนวคิดพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาเสียในเบื้องต้นก่อนว่า

1. ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีลักษณะโครงสร้างการปกครองที่เป็นรูปแบบสหพันธรัฐซึ่งเป็นการที่รัฐเดี่ยวหลายรัฐมารวมกันในลักษณะที่รัฐเดี่ยวเหล่านั้นยอมมอบอำนาจอธิปไตยภายในและภายนอกรัฐบางส่วนให้กับรัฐสหพันธ์เป็นผู้ใช้อำนาจเหล่านั้นแทนและยอมตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐสหพันธ์ เช่นนี้รูปแบบของรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมี 2 ระดับคือ รัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐ โดยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกลางและรัฐบาลแห่งมลรัฐนั้นจะถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

2. เมื่อพิจารณาหลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา¹⁰ ก็จะค้นพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกามีหลักการที่พื้นฐานที่สำคัญหลักการหนึ่งคือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ(Separation of Powers)ซึ่งเป็นการแบ่งแยกอำนาจระหว่าง3สถาบันทางการเมืองในระดับรัฐบาลกลางคือ 1. แบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติโดยรัฐสภาจะเป็นผู้ใช้

¹⁰มานิตย์ จุมปา, พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 5 , น. 31.

อำนาจนิติบัญญัติตามมาตรา 1¹¹แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา 2. แบ่งแยกอำนาจฝ่ายบริหารโดยประธานาธิบดีจะเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารตามมาตรา 2¹²แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา 3. แบ่งแยกอำนาจตุลาการโดยศาลฎีกาหรือศาลอื่นในระดับสหรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ตามมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา¹³

อีกทั้งหากพิจารณาการใช้อำนาจฝ่ายบริหาร¹⁴ จะเห็นได้ว่าการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนให้เกิดเป็นรูปธรรม ทัวถึง และเป็นธรรมนั้นรัฐจะต้องมีเครื่องมือเพื่อให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณะที่ทัวถึง เป็นธรรม โดยการที่รัฐสภาได้ออกกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ(Statute)จัดตั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง(Agencies)ขึ้นมาเพื่อรองรับการพัฒนาของสังคมซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นสามารถใช้อำนาจกึ่งนิติบัญญัติ(Quasi-legislative)ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้ในการออกกฎ(Rulemaking)กำหนดรายละเอียดของปัญหาเพื่อให้มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปกับประชาชนได้

3. ระบบศาลและระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁵ ใช้ระบบกฎหมาย Common Law โดยยึดหลักเอกภาพของศาลมีเพียงศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีความทั้งคดีแพ่งคดีอาญาและคดีปกครองตลอดจนคดีในทางรัฐธรรมนูญ โดยไม่ได้มีการจัดตั้งเป็นศาลรัฐธรรมนูญแยกต่างหากอย่างเช่นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายCivil law ดังนั้นศาลสูงของสหรัฐอเมริกา(Supreme Court)จึงเป็นองค์กรสุดท้ายที่พิจารณาว่ามีบทกฎหมายหรือการกระทำใดที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

เช่นนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงหาได้มีความจำเป็นแต่อย่างใดไม่ ในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ หรือ อาศัยอำนาจโดยกฎหมายลำดับรองเช่นกฎ เพราะในท้ายที่สุดการโต้แย้งว่าการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ หรือ ตามกฎ เป็นการขัดหรือ แย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ศาลระดับระดับสหพันธรัฐ ก็เป็นเพียงศาลเดียวที่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว

¹¹มาตรา 1 ข้อ 1 อำนาจนิติบัญญัติทั้งหลายที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ให้เป็นของรัฐสภาแห่งสหรัฐ ซึ่งประกอบไปด้วยวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรดูรายละเอียดใน มานิตย์ จุมปา , พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 5 , น. 39.

¹²มาตรา 2 ข้อ 1 อำนาจบริหารเป็นของประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกา ประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี โดยมาจากการเลือกตั้งดูรายละเอียดใน มานิตย์ จุมปา , พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย , อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 5 , น. 91.

¹³มาตรา 3 ข้อ 1 อำนาจตุลาการเป็นของศาลฎีกาและศาลอื่นๆ ซึ่งรัฐสภาตรากฎหมายสถาปนาขึ้นเป็นคราวดูรายละเอียดใน มานิตย์ จุมปา, พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย , อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น. 102.

¹⁴Peter L. Strauss ,Todd D. Rakoff ,and Cynthia R. Farina ,Gellhorn and Byse's Administrative Law Cases and Comment , 10th ed.(New York : Foundation Press,2003),p.9.

¹⁵มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย , “รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง กฎหมายที่มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ” , (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา , 2547) , น.44.

3.1.2. วิเคราะห์

เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่ารัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความโดดเด่นในแง่ของการเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีความเก่าแก่มากที่สุดของโลก และยังเป็นรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติสั้นที่สุดในโลก

จากความโดดเด่นดังกล่าวแม้รัฐธรรมนูญจะมีได้บัญญัติให้ศาลมีอำนาจเช่นใดโดยเฉพาะเจาะจงในกรณีที่มีข้อพิพาทว่า บทบัญญัติใดของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ หรือ กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่

แต่อย่างไรก็ตามจากคำพิพากษาคดี *Marbury v. Madison*¹⁶ ในปี 1803 ซึ่งเป็นคำพิพากษาสำคัญที่แสดงว่าองค์กรตุลาการเท่านั้นที่จะมีอำนาจในการตรวจสอบ (Judicial Review)¹⁷ ซึ่งก็คืออำนาจในการตรวจสอบการกระทำ การใช้อำนาจขององค์กรอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือ การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารว่าเป็น การขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญให้มีความศักดิ์สิทธิ์ และมีความยืดหยุ่นปรับเปลี่ยนไปตามพลวัตรแห่งยุคสมัย

ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้วางแนวคำวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานของการวินิจฉัยตรวจสอบว่า บทบัญญัติใด ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ดังนี้¹⁸

1. กฎหมายจะต้องมีความเป็นธรรมและเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย “fair and substantial relation to the legislative objective”¹⁹
2. กฎหมายจะต้องมีเหตุผลและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมที่สังคมจะได้รับจากการออกกฎหมายนั้น “rationally related to furthering a legitimate government interest”²⁰

โดยการที่ศาลอุทธรณ์ระดับสหรัฐวินิจฉัยว่า กฎที่ออกโดย TSA ที่กำหนดให้ใช้เครื่อง AIT Scanner ในการตรวจค้นนั้น มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่า เป็นวิถีทางเดียวที่เป็นการล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลน้อยที่สุดเท่าที่รัฐสามารถปฏิบัติได้ และเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงเป็นวิถีทางที่สมเหตุสมผลภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 4

เป็นที่แน่นอนว่าการที่ศาลอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยเช่นนี้ย่อมสร้างความไม่พึงพอใจแก่ผู้โดยสารบางกลุ่มที่เดินทางโดยเครื่องบินอย่างแน่นอน โดยเฉพาะผู้โดยสารชาวมุสลิม ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ยื่นคำร้องอุทธรณ์คำพิพากษาสู่ศาลฎีกาด้วย

¹⁶Christopher N. May and Allan Ides, *Constitutional Law-National Power and Federalism: Examples and Explanation*, 3rd ed. (New York: Aspen Publishers, 2004), p.14-16.

¹⁷ดูรายละเอียดใน มานิตย์ จุมปา , พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย , อ่างแล้ว เชิงอรุณที่ 5 , น. 104.

¹⁸มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย , อ่างแล้ว เชิงอรุณที่ 15 , น. 77.

¹⁹โปรดดูรายละเอียดในคำพิพากษาคดี *F.S. Royster Guano Co. v. Commonwealth of Virginia* (1920)

²⁰โปรดดูรายละเอียดในคำพิพากษาคดี *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia* (1976)

แต่อย่างไรก็ดีหากได้มีการวิเคราะห์เหตุผลของคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ของสหรัฐอเมริกาอย่างถี่ถ้วนก็จะพบว่า โดยหลักการของการตรวจค้นผู้โดยสารก่อนขึ้นเครื่องบินโดยสารนั้น ประกอบด้วยหลักการสำคัญ 2 ประการคือ

ประการแรกจะต้องมีกระบวนการตรวจค้นที่มีประสิทธิภาพ เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดและรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองอันเป็นประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในประการดังกล่าวนี้ กฎที่ออกโดย TSA ก็สามารถที่จะตอบสนองหลักการดังกล่าวได้เป็นอย่างดี เนื่องจากคงไม่อาจปฏิเสธได้ว่า การใช้เครื่อง AIT Scanner ในการตรวจค้นผู้โดยสารนั้นให้ประสิทธิภาพในการตรวจค้นผู้โดยสารได้มีประสิทธิภาพที่ดีกว่าเครื่องแมกโนมิเตอร์ (Magnometer) ซึ่งเป็นเครื่องตรวจค้นแบบเก่า เนื่องจากข้อเท็จจริงจากคำพิพากษาเป็นที่ยุติแล้วว่าการใช้เครื่อง AIT Scanner ในการตรวจค้นนั้นสามารถตรวจค้นพบของเหลว หรือ ผงฝุ่นซึ่งมีขนาดเล็กได้ โดยที่เครื่องแมกโนมิเตอร์ (Magnometer) ไม่สามารถที่จะตรวจค้นได้ ด้วยเหตุนี้กฎที่ออกโดย TSA ที่กำหนดให้ใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์หลักในการตรวจค้นนั้นจึงสามารถที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการป้องกันการลักลอบการพกพาสิ่งของผิดกฎหมายขึ้นเครื่องบินโดยสารได้อย่างแน่นอน

ประการที่สองกระบวนการตรวจค้นนั้นจะต้องมิให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชนผู้ถูกตรวจค้นมากจนเกินไป ในประการนี้รัฐมีหน้าที่ในการคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ถูกตรวจค้นด้วย โดยหากการตรวจค้นของรัฐเป็นการรบกวนสิทธิของประชาชนผู้ถูกตรวจค้นเพียงเล็กน้อย รัฐก็มีอำนาจในการตรวจค้นผู้โดยสารได้ เพราะหากมุ่งแต่เพียงเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในการถูกตรวจค้นเพียงอย่างเดียว รัฐก็ไม่สามารถที่จะทำการตรวจค้นผู้โดยสารเพื่อป้องกันการกระทำความผิดได้ อันทำให้รัฐมีอาจอ้างรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะได้ในทางกลับกัน หากการตรวจค้นเป็นการรบกวนสิทธิของประชาชนเกินความจำเป็น เช่นนี้ก็ย่อมจะเป็นละเมิดต่อสิทธิ เสรีภาพส่วนบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้

ประเด็นดังกล่าวจึงมีความสำคัญในแง่ที่ว่า จะใช้มาตรวัดใดในการกำหนดว่าการตรวจค้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาก หรือ น้อย ประการใด ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องทางอัตวิสัยโดยแท้ของผู้พิพากษา เพื่อหาความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนซึ่งเป็นผู้ถูกตรวจค้น

ในทรรศนะของผู้เขียนเห็นว่า การใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์หลักในการตรวจค้นนั้น TSA ก็ได้ใช้วิธีทางอย่างน้อยที่สุดในการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาแล้ว เนื่องด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

พิจารณาในแง่ของความจำเป็นของ TSA ในการจัดทำภารกิจหลักของรัฐในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมพึงต้องตระหนักไว้ว่าในบริบทของสังคมปัจจุบัน สหรัฐอเมริกากำลังประสบกับปัญหาภัยก่อการร้ายที่กำลังคุกคามประเทศอย่างหนัก การโต้ตอบด้วยการเพิ่มความเข้มข้นของมาตรการในการตรวจค้นผู้โดยสารก่อนขึ้นเครื่องบินนั้นจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อีกทั้งข้อเท็จจริงก็ยิ่งปรากฏว่าเครื่องแมกโนมิเตอร์ (Magnometer) ซึ่งเป็นเครื่องตรวจค้นแบบเก่านั้นไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการตรวจค้นของเหลวหรือผงฝุ่นได้ มีเพียงเครื่อง AIT Scanner เท่านั้นที่สามารถทำการตรวจค้นสิ่งของดังกล่าวได้ดังนั้น TSA จึงไม่มีทางเลือกอื่นใดนอกจากประกาศให้ใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์ในการตรวจค้นหลัก

และหากพิจารณาในด้านประโยชน์ของเอกชนก็จะพบว่า TSA ก็ได้พยายามที่จะใช้มาตรการป้องกันในระหว่างการตรวจค้น เพื่อคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลมากที่สุดแล้ว ไม่ว่าจะเป็นการปกปิด บิดเบือนรูปภาพของผู้โดยสารที่ถูกตรวจค้นโดยเครื่อง AIT Scanner หรือ การลบรูปภาพทันทีที่การตรวจค้นผ่านไปอย่างสมบูรณ์

อีกทั้งการที่ผู้โดยสารสามารถเลือกได้ว่าประสงค์จะไม่เลือกใช้เครื่อง AIT Scanner ในการตรวจค้น แต่ประสงค์ที่จะเลือกวิธีการตรวจค้นด้วยเจ้าหน้าที่ของสนามบิน (Patdown) วิธีการดังกล่าวก็แสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่า แท้ที่จริงแล้วผู้โดยสารเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจด้วยตนเองว่าจะยินยอมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในการกระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลโดยการใช้เครื่อง AIT Scanner ในการตรวจค้นตนเองหรือไม่

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า กฎของ TSA ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์ในการตรวจค้นหลักนั้น กฎดังกล่าวเป็นการคานอำนาจอย่างยุติธรรมระหว่างผลประโยชน์สาธารณะกับผลประโยชน์ของเอกชน โดยเอกชนจำต้องยอมให้รัฐก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเพียงเล็กน้อย เพื่อให้รัฐอารังรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะได้ ด้วยเหตุนี้กฎของ TSA ดังกล่าวจึงไม่เป็นการขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 4 เรื่องการคุ้มครองบุคคลจากการถูกค้นและยึดแต่อย่างใด

3.2 ตามบริบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

3.2.1 วิเคราะห์

หากปรากฏว่า ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาในคดีดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศไทย วิธีการระงับข้อพิพาท ในการแก้ไขปัญหาการพิจารณาว่า กฎที่ออกโดยหน่วยงานของรัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้นก็เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว ตามมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

โดยเหตุที่ศาลปกครองของไทยมีอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าวมิใช่ศาลรัฐธรรมนูญก็เนื่องจากว่า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 9 (1) จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดถึงเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยการออกกฎซึ่งไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

ในทรรศนะของผู้เขียนนั้นในการพิจารณาคดีของศาลปกครอง มาตราวัดที่ศาลปกครองจะนำมาใช้ตัดสินคดีดังกล่าว ศาลปกครองย่อมต้องนำหลักการได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มาพิจารณาเพื่อเป็นการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการออกกฎ คำสั่ง ข้อบังคับต่างๆ ให้เป็นไปตามอำนาจที่กฎหมายบัญญัติไว้และชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากหลักการได้สัดส่วน²¹ ดังกล่าวนี้นี้เป็นเครื่องมือที่สำคัญของศาลปกครองในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ หากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในการออกกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง ที่ปราศจาก

²¹Michalowski, German constitutional law : The protection of civil liberties (Darmouth Publishing ,1999)

ความได้สัดส่วนไม่สอดคล้องกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่รับรองคุ้มครอง และเป็นการกระทบต่อผลประโยชน์ของเอกชน กฎดังกล่าวก็ย่อมเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

โดยคำพิพากษาของศาลปกครองไทยก็ได้มีการนำหลักการได้สัดส่วนดังกล่าวเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจในการออกกฎของหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครองอยู่เสมอจนถือได้ว่าเป็นหลักการสำคัญที่เป็นบรรทัดฐานในตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐภายใต้หลักนิติรัฐ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ²²

หลักการได้สัดส่วนที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการชี้แจงน้ำหนักตรวจสอบการใช้อำนาจในการออกกฎของหน่วยงานของรัฐนั้น นักกฎหมายมหาชน Starcevic²³ ได้ให้องค์ประกอบของหลักการดังกล่าวไว้ดังต่อไปนี้

1. หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) กล่าวคือกฎที่ออกโดยอำนาจขององค์กรของรัฐนั้น ต้องสามารถดำเนินการเพื่อให้บรรลุผลได้จริงในทางปฏิบัติ ตามที่วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของฝ่ายนิติบัญญัติที่ได้มอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารในการกำหนดรายละเอียด

2. หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) กล่าวคือกฎที่ออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้กล่าวโดยละเอียดคือกฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

3. หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality) หลักการนี้เป็นมาตรการในการชี้แจงน้ำหนักความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ของเอกชน กับ ผลประโยชน์สาธารณะ โดยพิจารณาว่า ผลประโยชน์ของเอกชนที่เสียไปนั้นคุ้มค่างกับผลประโยชน์สาธารณะที่ได้รับหรือไม่ เพื่อมุ่งหมายให้กฎดังกล่าวนั้นมีประสิทธิภาพมากที่สุด

พิจารณาหากมีการออกกฎโดยองค์กรของรัฐในประเทศไทยกำหนดให้มีการใช้เครื่อง AIT Scanner เป็นอุปกรณ์ในการตรวจค้นในสนามบินเป็นหลัก จากการพิจารณาหลักความได้สัดส่วนในทรรศนะของผู้เขียนเห็นว่า

หากคดีดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศไทย พิจารณาหลักความเหมาะสมจะเห็นได้อย่างแน่นอนว่า การออกกฎดังกล่าวสามารถที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ในการที่จะป้องกันการพกพา วัตถุที่ผิดกฎหมาย หรือ วัตถุที่อาจใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดบนเครื่องบินโดยสารได้

ต่อมาเมื่อพิจารณาถึงหลักความจำเป็น จากข้อเท็จจริงก็เป็นที่ยุติแล้วว่าการใช้เครื่อง AIT Scanner ในการตรวจค้น อีกทั้งมาตรการของหน่วยงานของรัฐในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของผู้โดยสารที่ถูกตรวจค้น เป็น การกระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้ถูกตรวจค้นน้อยที่สุดแล้ว เนื่องจากไม่มีเทคโนโลยีอื่นใดหรือมาตรการอื่นใดที่เป็น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ดีเช่นกัวนี้แล้ว ดังนั้นกฎดังกล่าวจึงออกมาใช้บังคับโดยอยู่บนพื้นฐานของหลักความจำเป็นแล้ว

²²ดร. วุฒิชัย จิตตานุ, “การบังคับใช้หลักการสัดส่วนในการคุ้มครองสิทธิปัจเจกบุคคล.”วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 8 เล่มที่ 22 (มกราคม-เมษายน) 2549: 50-66.

²³Starcevic M. ,*The violations of proportionality principle in applying force in Nato air raids on Yugoslavia. Law and politics* ,p. 541-549.

และท้ายสุดพิเคราะห์ว่า กฎดังกล่าวนี้มีความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบหรือไม่จะเห็นได้ว่า แม้ใน ส่วนของผู้โดยสารผู้ถูกตรวจค้นโดยเครื่องAIT Scannerนั้นจะถูกก้าวล่วงในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลบ้างก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงประโยชน์ส่วนรวมในการรักษาความปลอดภัยของผู้โดยสารทุกคนบนเครื่องบินจากการกระทำ ความผิดบนเครื่องบินโดยสารก็ดี จากภัยการก่อการร้ายก็ดี ดังนั้นการสละประโยชน์เอกชนนั้นก็มีความคุ้มค่ากับการ แลกมาซึ่งความปลอดภัยในการเดินทางเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอย่างแน่นอน

ด้วยเหตุนี้หากมีข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์แห่งสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นในประเทศไทย ตาม บริบทของกฎหมายไทย ในทรรศนะของผู้เขียนก็เห็นว่ากฎดังกล่าวก็มิได้เป็นการขัดหรือแย้งต่อสิทธิและเสรีภาพตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด