

## บทที่ 2

### แนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญ

ในบทนี้จะศึกษาถึงแนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ว่ามีแนวคิด วิจารณ์การ ความหมาย และประเภทอย่างไร รวมถึงตลอดถึงสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญว่ามีแนวคิดและวิจารณ์การอย่างไรบ้าง เพื่อประโยชน์ในศึกษาถึงสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ อันจะกล่าวในบทต่อไป

#### 2.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

##### 2.1.1 ที่มาของสิทธิและเสรีภาพ

ในอดีตเป็นเวลานานหลายศตวรรษที่มนุษย์พยายามหาคำตอบที่ว่ามนุษย์ทุกคนควรมีสิทธิประเภทหนึ่งอันเป็นสิทธิประจำตัว ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และไม่อาจถูกทำลายลงได้โดยอำนาจใดๆ ขณะเดียวกันก็ได้มีการต่อสู้ดิ้นรนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิเช่นว่านั้นตลอดมา ระหว่างผู้ได้ปกครองและผู้มีอำนาจปกครอง<sup>1</sup> ดังนั้น จึงเกิดแนวความคิดในเรื่องของ “กฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights)” ซึ่งความมุ่งหมายที่แท้จริงที่ได้มีการเสนอความคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาติขึ้นมา ก็เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ เนื่องจากผู้ใช้อำนาจปกครอง และผู้อยู่ใต้ปกครองมักมีความขัดแย้งกันอยู่เสมอ เนื่องจากผู้ใช้อำนาจปกครองของรัฐพยายามดิ้นรนที่จะมีสิทธิและเสรีภาพให้มากที่สุดเท่าที่จะมีได้ แต่ในขณะเดียวกัน ผู้มีอำนาจปกครองรัฐก็มีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจอย่างเต็มที่เสมอ

แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติ เชื่อว่าสิทธิทั้งหลายเกิดขึ้นตามธรรมชาติพร้อมๆ กับมนุษย์ และถือว่าความยุติธรรมมาก่อนตัวบทกฎหมายนับแต่สมัยโบราณมาแล้วที่ได้เกิด มีความคิดว่ากฎหมายตามธรรมชาติดีอยู่จริง แม้มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เป็นกฎหมายที่สูงส่ง ควรแก่การเคารพยิ่งไปกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครองประเทศสิทธิทั้งหลายแห่งมนุษยชาติเกิดขึ้นตามกฎหมายธรรมชาติ ส่วนกฎหมายที่ตราขึ้นในภายหลังนั้นเป็นเพียง การยอมรับหรือรับรองสิทธิที่ได้มีอยู่แล้วว่ามีอยู่จริง และรัฐบังคับคุ้มครองให้เท่านั้น ไม่ได้เป็นผู้ก่อตั้งหรือ

<sup>1</sup> กุลพล พลวัน ก (2520). สิทธิมนุษยชนกับสหประชาชาติ. หน้า 1.

ประกาศสิทธิให้มนุษย์แต่อย่างใด เช่น สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน และความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และใครผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ ซึ่งต่อมา มีการขยายความหมายครอบคลุมไปถึงสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองป้องกันไม่ให้ ถูกจับกุมคุมขัง โดยอำเภอใจ สิทธิที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดในเคหสถาน สิทธิที่จะมีเสรีภาพ ในการเคลื่อนย้ายถิ่นที่อยู่ สิทธิและเสรีภาพในการสื่อสาร สิทธิและเสรีภาพในความคิดเห็น สิทธิและเสรีภาพในการนับถือ ศาสนา สิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ เป็นต้น

ต่อมาแนวความคิดในเรื่องสิทธิตามธรรมชาติดังกล่าว ได้มีการอธิบายขยายความ จนกลายเป็นสิทธิในการจำกัดอำนาจรัฐ โดยให้เหตุผลว่าประชาชนมีอาณาเขตหนึ่งที่ห้ามมิให้ ผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐล่วงล้ำเข้าไปใช้อำนาจรัฐได้ เมื่อผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐมีพันธะกรณีที่จะต้อง ดึงเว้นไม่ใช้อำนาจรัฐ จึงเท่ากับประชาชนของรัฐมีสิทธิในการจำกัดอำนาจรัฐนั่นเอง และนอกจาก จะเป็นการจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้ล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว สิทธิและเสรีภาพ ของแต่ละบุคคล ก็จะต้องไม่ถูกล่วงละเมิดจากการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นด้วย นั่นก็หมายความว่า การใช้สิทธิและเสรีภาพของแต่ละบุคคลจะต้องใช้ภายในปริมาตรเขตแดนของ สิทธิและเสรีภาพแห่งตน และต้องไม่ล่วงเข้าไปในปริมาตรเขตแดนของสิทธิและเสรีภาพของ บุคคลอื่น

### 2.1.2 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

เพื่อให้เกิดความเข้าใจเพิ่มมากขึ้นเกี่ยวกับเรื่องของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” จึงจำเป็น ที่จะต้องกล่าวถึงความหมายของคำทั้งสองคำนี้ก่อนเนื่องจากคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” โดยทั่วไปมักจะใช้รวมๆ ไปด้วยกันว่า “สิทธิและเสรีภาพ” แต่ความจริงแล้วคำสองคำนี้ มีความหมายแตกต่างกันดังนี้ คือ

คำว่า “สิทธิ” (Rights) โดยทั่วไปแล้ว หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล ในอันที่จะกระทำการใดที่เกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกายหรือทรัพย์สินของตนหรือบุคคลอื่น<sup>2</sup> หรือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้<sup>3</sup> หรือประโยชน์ในทางใดทางหนึ่ง ทั้งที่เป็นรูปธรรม จับต้องได้และที่เป็นนามธรรม ถ้ากฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายสูงสุดคือรัฐธรรมนูญ คุ้มครองและรับรองสิทธิใดก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่จะต้องเคารพสิทธิซึ่งกันและกันด้วย<sup>4</sup>

<sup>2</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 16.

<sup>3</sup> หยุด แสงอุทัย. (2523). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. หน้า 187-188.

<sup>4</sup> ปริญญา เทวานฤมิตรกุล. (2543). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องสิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมทางการเมืองขอประชาชน*. หน้า 7-8.

ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” (Liberty) นั้น หมายถึง ภาวะของมนุษย์ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น<sup>5</sup> หรืออำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคล หรือความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เมื่อรัฐธรรมนูญคุ้มครองเสรีภาพใด ก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐ ที่จะต้องไม่ละเมิดเสรีภาพนั้น ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการนี้เป็นประโยชน์ชนิดหนึ่ง ดังนั้น เสรีภาพจึงเป็นสิทธิประเภทหนึ่ง เมื่อกล่าวถึงคำว่า “สิทธิ” โดยไม่เจาะจง จึงหมายความรวมถึง “เสรีภาพ” ด้วย<sup>7</sup>

ความแตกต่างระหว่างคำว่า สิทธิและเสรีภาพ จึงอยู่ที่ว่า สิทธิเป็นอำนาจของบุคคลที่มีอยู่เพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นหรือองค์กรของรัฐกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนหรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า สิทธินั้นก่อให้เกิดหน้าที่แก่องค์กรของรัฐหรือบุคคลอื่นในการที่จะต้องกระทำการหรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธินั้นเอง แต่เสรีภาพนั้น คือ อำนาจของบุคคลที่มีอยู่เหนือตน ในการที่จะกระทำการอย่างใด อย่างหนึ่งด้วยอำเภอใจตน ผู้หนึ่งผู้ใดหาอาจเข้ามามีอิทธิพลโน้มน้าวหรือบังคับบัญชาให้บุคคลกระทำการเช่นนั้นไม่ และแม้ว่าการมีเสรีภาพจะมีผลให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นหรือองค์กรของรัฐก็ตาม แต่ก็เป็นที่ที่จะต้องละเว้นจากการกระทำใดๆ ที่เป็นอุปสรรคหรือขัดขวางการใช้เสรีภาพของผู้ทรงเสรีภาพเท่านั้น หากได้มีอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือองค์กรของรัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตนหรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นไม่

สิทธิและเสรีภาพมีพื้นฐานที่มาจากกฎหมายธรรมชาติตามความคิดของนักปรัชญา กฎหมายธรรมชาติ Bram Fischer<sup>8</sup> เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นศักดิ์ศรีที่ได้มาแต่เกิด (Inherent Dignity) ของมนุษย์แต่ละคนในความเป็นมนุษย์จึงมีการบัญญัติคุ้มครองเป็นกฎหมายสิทธิและเสรีภาพ (Bill of Rights) ดังปรากฏตาม Magna Carta ค.ศ. 1215 และ Bill of Right ค.ศ. 1689 ของสหราชอาณาจักร เป็นต้น

<sup>5</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 17.

<sup>6</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540*. หน้า 47.

<sup>7</sup> ปริญญา เทวานฤมิตรกุล. หน้าเดิม.

<sup>8</sup> Bram Fisher. (2000). 2000 The Third Bram Fischer Memorial Lecture (Human Dignity as a Foundational Value of our Constitutional Order). Retrieved July 12 2012, from <http://www.lrc.org.za/papers/419-the-third-bram-fischer-memorial-lecture-human-dignity-as-a-foundational-value-of-our-constitutional-order>

คำว่า “สิทธิและเสรีภาพ” Michael S. Berliner<sup>9</sup> ได้ให้ความหมายว่า “สิทธิ” (Rights) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองไว้ให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำได้ตามสิทธิที่บัญญัติไว้” และ “เสรีภาพ (Liberties) หมายถึง บุคคลที่ไม่อยู่ในภาวะถูกควบคุม หรือครอบงำจากผู้หนึ่งผู้ใด” จึงเรียกรวมๆ กันว่า “สิทธิและเสรีภาพ” ดังปรากฏตามคำประกาศอิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 (The Declaration of Independence of the United States 1776) ตอนหนึ่งว่า “Life, Liberty and the Pursuit of Happiness...” อันได้แก่ สิทธิในชีวิต (Rights to Life) หมายถึง “มนุษย์แต่ละคนมีสิทธิดำรงชีวิตอย่างมีอิสระเป็นชีวิตแห่งตนไม่ได้ขึ้นอยู่กับการถูกบังคับของผู้อื่นผู้ใด” ส่วนสิทธิในเสรีภาพ (Right to Liberty) หมายถึง “สิทธิในการกระทำโดยอิสระ”

ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์แต่ละคนอันเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาแต่เกิดที่ประเทศต่างๆ ได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายสิทธิและเสรีภาพ (Bill of Rights) และเป็นพื้นฐานความคิดของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948)

### 2.1.3 ความหมายของสิทธิมนุษยชน

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ทั่วโลก<sup>10</sup> ต่างมีความเห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานที่มาของสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทและเป็นพื้นฐานความคิดของสิทธิมนุษยชนในประเทศต่างๆ ที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทั้งหลายได้บัญญัติรับรองประกันไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 (Constitution of the Federal Republic of Germany 1949) มาตรา 1 ได้บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะถูกละเมิดมิได้...” สำหรับประเทศไทยได้รับหลักความคิดดังกล่าวมาปรับใช้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตามมาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

จากการศึกษาของ L.J.M. Cooray<sup>11</sup> พบว่าขอบเขตความหมายของสิทธิมนุษยชนประกอบด้วยสิทธิ 3 ประเภทอันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพพลเมือง (Civil Liberties) สิทธิในเชื้อชาติ (Ethnic Rights) และสิทธิในสังคมเศรษฐกิจ (Socio-Economic Rights) กล่าวคือ

<sup>9</sup> Michael S. Berliner. (2001). Put the independence back in independence day-the forgotten meaning of America. Retrieved July 12 2012, from <http://www.aynrand.org/medialink>

<sup>10</sup> Bram Fisher. Op.cit.

<sup>11</sup> L.J.M. Cooray. (2001). Human Rights. Retrieved July 12 2012, from <http://www.ourcivilisation.com/cooray/rights/chap2.htm>

### 1) สิทธิและเสรีภาพของพลเมือง (Civil Liberties)

สิทธิและเสรีภาพพลเมืองเป็นพื้นฐานในเสรีภาพที่บางประเทศได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลหรือกลุ่มสังคม โดยมีสิทธิพื้นฐานสำคัญ ได้แก่<sup>12</sup>

(1) สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิไม่ถูกจำกัดและจับกุมคุมขัง โดยไม่มีกฎหมายบัญญัติการกระทำนั้นเป็นความผิด สิทธิได้รับการปฏิบัติที่ไม่ทารุณ โหดร้ายผิดมนุษยชาติ สิทธิการถูกลงโทษโดยการดำเนินคดีอย่างเป็นทางการจากศาลที่มีเขตอำนาจและศาลที่มีความเป็นอิสระในการพิจารณาคดี

(2) สิทธิในทรัพย์สินตามกฎหมาย

(3) สิทธิในความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันไม่เลือกปฏิบัติ

(4) สิทธิในการชุมนุมทางการเมือง สิทธิทางการเมือง

(5) สิทธิในความคิด การนับถือศาสนา

(6) สิทธิในการทำการค้าขายประกอบอาชีพและการศึกษา

(7) สิทธิในการเคลื่อนย้ายถิ่นฐานภายในราชอาณาจักรและนอกราชอาณาจักร

### 2) สิทธิในเชื้อชาติ (Ethnic Rights)

ปัญหามนุษยชาติที่ประกอบด้วยพหุภาษา หลายวัฒนธรรม เชื้อชาติ และศาสนาที่แตกต่างกันในชนกลุ่มน้อย จึงจำเป็นต้องคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) เพื่อดำรงไว้ซึ่งความเสมอภาคและความเท่าเทียมกัน ไม่มีการแบ่งเชื้อชาติ ศาสนาและเพศ สิทธิดังกล่าวถือเป็นพื้นฐานสำคัญของสิทธิมนุษยชน อันเป็นเหตุทำให้สังคมมนุษย์ชาติแบ่งแยกเลือกปฏิบัติ และก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคและไม่ยุติธรรมต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

### 3) สิทธิในสังคมเศรษฐกิจ (Socio-Economic Rights)

สิทธิในสวัสดิการสังคม (Social Welfare Rights) ในบางประเทศถือว่าเป็นนโยบายของรัฐที่รัฐบาลมีหน้าที่ต้องอำนวยความสะดวกให้แก่พลเมือง อีกทั้งเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิดังกล่าว อันได้แก่ สวัสดิการสังคมในด้านการทำงานของพลเมือง อายุผู้ทำงาน การใช้แรงงานเด็ก มาตรฐานการครองชีพของพลเมือง การรับการศึกษา การพัฒนาประเทศ การประกันสังคมและเศรษฐกิจ วัฒนธรรมและภาษาสิทธิของชนกลุ่มน้อย มลภาวะสิ่งแวดล้อม และการส่งเสริมสันติภาพและความร่วมมือระหว่างประเทศ สิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิที่พลเมืองพึงได้รับจากการอำนวยความสะดวกของรัฐ โดยตรงตามสิทธิมนุษยชน

<sup>12</sup> Ibid.

สิทธิต่างๆ เหล่านี้เป็นสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948<sup>13</sup> อันประกอบด้วยสมาชิกในประเทศต่างๆ ในการนี้ที่ประชุมสหประชาชาติของประเทศภาคีสมาชิกได้วางบรรทัดฐานในเรื่องสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานสำคัญทั้งสิ้น 30 มาตรา โดยแบ่งสิทธิมนุษยชนเป็น 6 ประเภท กล่าวคือ

- (1) สิทธิทางการเมือง (Political Rights) ได้แก่ สิทธิการเลือกตั้งและสิทธิการเข้าร่วมทางการเมือง
- (2) สิทธิพลเมือง (Civil Rights) ได้แก่ สิทธิในเสรีภาพการแสดงความคิดเห็น และออกความเห็น
- (3) สิทธิความเสมอภาคเท่าเทียมกัน (Equality Rights) ได้แก่ สิทธิความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ
- (4) สิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) ได้แก่ สิทธิการคุ้มครองแรงงาน ค่าจ้าง และสวัสดิการแรงงาน
- (5) สิทธิทางสังคม (Social Rights) ได้แก่ สิทธิการได้รับการศึกษาและสวัสดิการรักษายาบาลและค่าพยาบาล
- (6) สิทธิด้านวัฒนธรรม (Cultural Rights) ได้แก่ สิทธิด้านภาษาพูดประจำชาติ วัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณี

ขอบเขตความหมายของสิทธิมนุษยชนดังกล่าว เป็นการแสดงให้เห็นได้โดยชัดว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทุกประเภท ที่มีพื้นฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามกฎหมายธรรมชาติ<sup>14</sup> และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ และยังรวมถึงสิทธิต่างๆ ที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) วางพื้นฐานไว้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อคุ้มครองสิทธิของมนุษยชาติ<sup>15</sup> จากขอบเขตความหมายสิทธิมนุษยชนดังกล่าวสามารถอธิบายได้ว่า สิทธิมนุษยชน หมายถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพของของบุคคลทุกประเภท สิทธิขั้นพื้นฐาน อีกทั้งหมายถึง สิทธิทางสังคม สิทธิทางเศรษฐกิจ และสิทธิต่างๆ ที่รัฐมีหน้าที่ดำเนินการด้วย

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Bram Fisher. Op.cit.

<sup>15</sup> Richard M. Ebeling. (2001). The Fundamental Rights of the European Union: Individual Rights or Welfare-State Privileges? Part 1. Retrieved July 12, 2012, from <http://www.fff.org/freedom/0101c.asp>

#### 2.1.4 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

A. E. Dick Howard พบว่า สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้อันได้แก่ สิทธิในทางลบและสิทธิในทางบวก เรียกกันรวมๆ กันว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” แสดงให้เห็นว่าสิทธิประเภทแรกได้แก่ สิทธิในทางลบหรือเป็นสิทธิที่รัฐกระทำมิได้ เป็นสิทธิเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพอันได้แสดงออกถึงคุณค่ามนุษย์มีพื้นฐานที่มาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามกฎหมายธรรมชาติ ส่วนสิทธิประเภทที่สองได้แก่ สิทธิในทางบวก เป็นสิทธิที่รัฐต้องกระทำ ซึ่งสิทธิดังกล่าวจำเป็นต้องรับการตอบสนองจากรัฐเป็นสิทธิทางสังคมและทางเศรษฐกิจ และสิทธิอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้

ดังนั้น ขอบเขตความหมายของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน คือ “บรรดาสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพทุกประเภทและสิทธิทางการเมือง สิทธิทางสังคมและสิทธิทางเศรษฐกิจ รวมถึงสิทธิอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อย่างไรก็ตาม ปฎิญาสาทกล่าวว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิประเภทต่างๆ ไว้ นั้น M. Ebeling Richard<sup>16</sup> เห็นว่าเป็นการวางพื้นฐานของสิทธิขั้นพื้นฐาน เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั่วโลกที่ประเทศต่างๆ ได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>17</sup>

#### 2.1.5 ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับความหมายของสิทธิและเสรีภาพ สิทธิมนุษยชนและสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

มีข้อนำพิเคราะห์พิจารณาว่า ความหมายของสิทธิและเสรีภาพเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ส่วนสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิต่างๆ ในแต่ละประเทศโดยเฉพาะ ซึ่งมีขอบเขตความหมายกว้างกว่าสิทธิและเสรีภาพของบุคคล สำหรับสิทธิมนุษยชนได้แก่ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และสิทธิต่างๆ ที่บัญญัติไว้ เป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประเทศต่างๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิของมนุษยชาติทั่วโลก จึงมีขอบเขตความหมายกว้างกว่าสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกบัญญัติไว้

ดังนั้น ในชั้นร่างปฏิญาสาทว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ที่ประชุมของภาคีสมาชิกของประเทศต่างๆ

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> The Pursuit of an Ideal. (2002). Human Rights : History. Retrieved July 12, 2012, from

มีความเห็นเปลี่ยนสำนวนว่า “สิทธิและเสรีภาพ” หรือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” มาเป็นสำนวนคำใหม่ว่า “สิทธิมนุษยชน”<sup>18</sup>

#### 2.1.6 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่างๆ บัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายนี้ อาจจำแนกออกเป็นประเภทๆ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ต่างๆ กัน เช่น การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาแห่งสิทธิและเสรีภาพ การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากการกำเนิดแห่งสิทธิและเสรีภาพ การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากอาการการใช้สิทธิและเสรีภาพ การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ และการแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เป็นต้น

##### 2.1.6.1 การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาแห่งสิทธิและเสรีภาพ

เมื่ออาศัยวัตถุประสงค์แห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักเกณฑ์ เราอาจจำแนกสิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 6 ประเภท คือ สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด สิทธิและเสรีภาพทางสังคม และเศรษฐกิจ สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง และสิทธิในอันที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล ได้แก่

(1) ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ความคุ้มครองจากการใช้อำนาจรัฐป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดทางอาญา เช่น บทบัญญัติที่ว่าบุคคลจะไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้น บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ ซึ่งเป็นการรับรองหลัก “ไม่มีความผิด และไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย” (Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege) บทบัญญัติที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดก่อนที่จะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุด แสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ บทบัญญัติที่ห้ามจับกุม คุมขัง หรือตรวจค้นตัวบุคคล เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เป็นต้น

<sup>18</sup> A. E. Dick Howard. Op.cit., M. Patrono. (2002). The protection of fundamental rights by constitutional courts : A comparative perspective. Retrieved July 12, 2012, from <http://www.upf.pf/recherche/fichiers%6patrono.doc>.

- (2) สิทธิที่จะไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองอันอาจทำให้ตนถูกฟ้อง เป็นคดีอาญา
- (3) เสรีภาพในเคหสถาน
- (4) เสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย
- (5) เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร
- (6) สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว
- (7) ฯลฯ

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพในทางความคิด และการแสดงออกซึ่งความคิด ได้แก่ เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัด ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

- (1) สิทธิในการรับการศึกษาขั้นมูลฐาน
- (2) เสรีภาพในการศึกษาอบรม
- (3) เสรีภาพทางวิชาการ
- (4) เสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น เช่น วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ การเล่นแสดงต่างๆ
- (5) ฯลฯ

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ ได้แก่

- (1) สิทธิในทรัพย์สิน
- (2) สิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรมในกรณีที่อยู่อาศัยถูกเวนคืน หรือกิจการถูกโอนเป็นของชาติ

(3) เสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน

(4) สิทธิในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม

(5) สิทธิที่จะได้รับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และสิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาลโดยไม่คิดมูลค่า ในกรณีที่เป็นผู้ยากไร้

- (6) ฯลฯ

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม ได้แก่ เสรีภาพในการรวมกัน เป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ หรือหมู่คณะอื่น เป็นต้น

ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพทางการเมือง ได้แก่

(1) เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมือง เพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมือง ตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตย

- (2) สิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง
- (3) เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ
- (4) สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ
- (5) ฯลฯ

ตัวอย่างของสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน ได้แก่

(1) บทบัญญัติที่รับรองว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

(2) บทบัญญัติที่คุ้มครองบุคคลมิให้รัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือทำให้เสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ตนถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อที่แตกต่างจากผู้อื่น

- (3) ฯลฯ

#### 2.1.6.2 การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากการกำเนิดแห่งสิทธิและเสรีภาพ

เมื่อพิจารณาจากการกำเนิดของสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญของ รัฐเสรีประชาธิปไตย ได้บัญญัติรับรองให้แก่ราษฎรอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายแล้ว เราอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวออกได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิมนุษยชน (Human Rights) และสิทธิของพลเมือง (Citizen's Rights)

##### 1) สิทธิมนุษยชน (Human Rights)

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) ได้แก่ บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิด และไม่อาจถูกพรากไปจากราษฎรได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎร สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกัน สิทธิในครอบครัว และสิทธิในเกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น เสรีภาพในทางความคิดและการแสดงออกซึ่งความคิด เช่น เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาและในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อของตน เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น เป็นต้น สิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจบางประการ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน และเสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน เป็นต้น เหล่านี้เป็นตัวอย่างของสิทธิมนุษยชน

ความคิดที่ว่ามนุษย์แต่ละคน เพราะเหตุที่เขาเกิดมาเป็นมนุษย์ มีสิทธิ และเสรีภาพบางประการที่อาจยกขึ้นยันผู้อื่นและสังคมที่ตนอาศัยอยู่ได้ นี้ มีมาแล้วตั้งแต่ในปลายยุคกรีก แต่ได้รับการพัฒนาและมีอิทธิพลแพร่หลายมากขึ้นในศตวรรษที่ 18 John Locke (ค.ศ. 1632 ถึง ค.ศ. 1704) นักปราชญ์คนสำคัญในสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School)<sup>19</sup> คิดว่าสังคมการเมืองหรือรัฐนั้น มิใช่สังคมที่เกิดขึ้นและวิวัฒนาการผันแปรไปโดยตัวเองตามธรรมชาติ (Spontaneous Society) เหมือนกับครอบครัว หากแต่เป็นสังคมที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงอันร่วมกันของมนุษย์ (Artificial Society) กล่าวคือมนุษย์ร่วมกันทำสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาประชาคม” (Social Contract) จัดตั้งขึ้นก่อนที่มนุษย์จะร่วมกันทำสัญญาเช่นว่านี้ มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะธรรมชาติ (State of Nature) ซึ่งหมายถึงสภาวะที่ปราศจากการจัดองค์การทางการเมือง ปราศจากผู้ปกครองหรือรัฐบาล ในสภาวะธรรมชาติ มนุษย์แต่ละคนมีเสรีภาพที่จะกำหนดวิธีของตนและใช้สอยทรัพย์สินของตนได้ตามแต่ตนจะเห็นสมควร ทั้งนี้ภายในกรอบของกฎหมายธรรมชาติ หรืออีกนัยหนึ่งเหตุผล (Reason) ซึ่งสอนมนุษย์ว่า ทุกคนเกิดมามีอิสระและเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่ละคนไม่ควรทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของผู้อื่น ตราบเท่าที่มนุษย์ยังคงดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะธรรมชาติ แต่ละคนย่อมมีอำนาจที่จะบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติ และลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนี้ด้วยตนเอง ดังนั้นจึงก่อให้เกิดความไม่เหมาะสม ความไม่สะดวก และอันตรายบางประการ ประการแรก ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของแต่ละคนตกอยู่ในความไม่มั่นคงปลอดภัย อาจถูกผู้อื่นล่วงละเมิดได้ทุกเมื่อ ทั้งนี้เพราะมนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันก็เฉพาะแต่ในสิทธิที่ตนมีอยู่เท่านั้น แต่ไม่ได้มีความสามารถด้านต่างๆ ซึ่งรวมทั้งความสามารถในอันที่จะเข้าใจกฎหมายธรรมชาติเท่าเทียมกัน ประการที่สอง การที่แต่ละคนลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายธรรมชาติเป็นเหตุให้ตนได้รับความเสียหายด้วยตนเองนั้น เท่ากับว่าแต่ละคนเป็นผู้พิพากษาคดีที่ตนเองมีส่วนได้เสีย ดังนั้นอาจจะตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการแก้แค้นรุนแรงเกินสมควรแก่เหตุก็ได้ ประการสุดท้าย แต่ละคนไม่มีกำลังทางกายภาพเพียงพอที่จะปฏิบัติการให้เป็นไปตามคำตัดสินชี้ขาดของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ความสับสนและความไม่มีระเบียบดังกล่าวนี้เอง ที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้มนุษย์หันหน้าเข้ามาตกลงทำสัญญาประชาคมจัดตั้งสังคมการเมืองและรัฐบาลขึ้น และต่างก็ยอมสละอำนาจของตนในอันที่จะบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติให้แก่รัฐบาล

จะเห็นได้จากคำสอนของ John Locke ดังที่ได้สรุปความมาข้างต้นว่ามนุษย์หันหน้าเข้ามาทำสัญญาประชาคม จัดตั้งสังคมการเมืองและรัฐบาลขึ้น ก็ด้วยความมุ่งหมายเพื่อให้การ

<sup>19</sup> Edgar Bodenheimer. (1981). *Jurisprudence*. pp. 45-49, A. Appadorai. (1949). *The Substance of Politie*. pp. 26-28. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 25).

คุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของตนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นกว่า ที่เป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติ สิ่งที่มีมนุษย์ตกลงกันสละให้แก่สังคมการเมืองและรัฐบาลได้แก่ อำนาจในอันที่จะบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติเท่านั้น ส่วนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินนั้น มนุษย์ยังคงสงวนไว้แก่ตน หาได้ยอมสละไปด้วยไม่ โดยนัยนี้ รัฐบาลจึงมีอำนาจอย่างจำกัด ในกรณีที่รัฐบาลกล้ากรายสิทธิต่างๆ เหล่านี้ของราษฎรตามอำเภอใจ เท่ากับว่ารัฐบาลกระทำการเกินขอบอำนาจของตน ราษฎรจึงไม่จำเป็นต้องเคารพและเชื่อฟังรัฐบาลอีกต่อไป

คำสอนของสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสอนของ John Locke เป็นแรงบันดาลใจอย่างสำคัญต่อการจัดทำเอกสารสำคัญทางรัฐธรรมนูญในเวลาต่อๆ มาดังจะเห็นได้ว่า Bill of Rights ค.ศ. 1776 ของรัฐ Virginia ประกาศไว้ตั้งแต่ข้อแรกว่า “โดยธรรมชาติแล้ว มนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพและอิสรภาพเท่าเทียมกัน และมีสิทธิบางประการติดตัวมาแต่กำเนิด เมื่อได้ตกลงดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคม โดยสัญญาประชาคมใดๆ แล้วก็ตาม มนุษย์ก็ไม่อาจจะพรากสิทธิเหล่านี้ไปจากอนุชนรุ่นหลังได้ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ สิทธิในการแสวงหาและการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน และสิทธิในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน”<sup>20</sup> คำประกาศอิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 (The Declaration of Independence of the United States 1776) “ถือว่าความจริงดังต่อไปนี้มีความชัดเจนในตัวเอง มนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นมาให้เท่าเทียมกัน พระผู้เป็นเจ้าทรงประทานสิทธิอันมีอาจสละ ละทิ้งได้บางประการให้แก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน”<sup>21</sup> คำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง ค.ศ. 1789 (The Declaration of the right of men and of the citizen 1789) ยืนยันว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรีภาพและมีสิทธิต่างๆ เท่าเทียมกัน”<sup>22</sup> แท้ที่จริงแล้ว “ความมุ่งหมายของสังคมการเมืองทั้งปวง ได้แก่ การปกป้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิตามธรรมชาติอันมีอาจทำลายได้ของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ เสรีภาพ ทรัพย์สิน ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย และการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง”<sup>23</sup> คำว่า “เสรีภาพ” ในที่นี้หมายถึง เสรีภาพโดยทั่วไป กล่าวคือ

<sup>20</sup> Maurice Cranston. (1962). *Human Rights To-Day*. p. 7. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 26-27.

<sup>21</sup> Ibid. p. 8.

<sup>22</sup> The Declaration of the right of men and of the citizen, 1789.

Article 1 Men are born free and remain free and equal in rights. Social distinctions can be based only on public utility.

<sup>23</sup> The Declaration of the right of men and of the citizen, 1789.

Article 2 The aim of every political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are liberty, property, security, and resistance to oppression.

เป็น “สิทธิที่จะกระทำการใดๆ ก็ได้ทั้งสิ้น เว้นไว้แต่การอันเป็นการรบกวนเสรีภาพของผู้อื่น”<sup>24</sup> ปณิญาสาทว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) เองก็ได้ยืนยันไว้ในทำนองเดียวกันว่า “ศักดิ์ศรีและสิทธิที่มวลมนุษย์มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันและที่มนุษย์ไม่อาจสละละทิ้งไปเสียได้ เป็นรากฐานของเสรีภาพความยุติธรรม และสันติภาพของโลก”<sup>25</sup>

กล่าวโดยสรุป สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคนเป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และด้วยเหตุผล แต่เพียงอย่างเดียวว่าเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้น ไม่มีมนุษย์ผู้ใดสามารถสละสิทธิ และเสรีภาพเหล่านี้ได้โดยชอบ และไม่มี “ผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน” (Sovereign) คนใดหรือคณะใดมีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกัน รัฐมิได้มีคุณค่าในตัวเอง แต่จะมีคุณค่าขึ้นมาก็ต่อเมื่อได้ปกป้องรักษาและส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพเช่นว่านี้เท่านั้น

## 2) สิทธิของพลเมือง (Citizen's Rights)

สิทธิของพลเมือง (Citizen's Rights) คือ สิทธิในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งบรรดาสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองอันได้แก่ เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองเพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมืองตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตย สิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้งเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ และสิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ เป็นต้น

โดยเหตุผลของเรื่องแล้ว สิทธิของพลเมืองจะมีได้ก็เฉพาะแต่ภายหลังเวลาที่รัฐเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น ก่อนหน้านั้นความคิดเรื่องสิทธิของพลเมืองย่อมไม่อาจก่อตัวขึ้นมาได้ กรณีจะเป็นประการใดก็ตาม ถือกันว่าสิทธิของพลเมืองนี้ก็เป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชนนั่นเอง<sup>26</sup> ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ว่า การที่ราษฎรเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม เป็นวิธีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของตน

<sup>24</sup> The Declaration of the right of men and of the citizen, 1789.

Article 3 The sources of all sovereignty resides essentially in the nation; no body, no individual can exercise authority that does not proceed from it in plain terms.

<sup>25</sup> คำอุปราชของปณิญาสาทว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948).

<sup>26</sup> Jean Rivero. (1991). *Les libertés publiques, Tôme I : Les droits de l'homme*. pp. 62-63. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 28.

ที่มั่นใจได้วิธีหนึ่งในหลายๆ วิธีนั่นเอง รัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของราษฎร และอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของราษฎรอยู่ตลอดเวลา ย่อมไม่อาจกดขี่ข่มเหงราษฎรได้ง่ายๆ เหมือนกับรัฐบาลที่สถาปนาตนเองโดยพลการ

### 2.1.6.3 การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากอาการการใช้สิทธิและเสรีภาพ

เมื่อพิจารณาจากอาการที่ใช้แล้ว เราอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 2 ประเภทด้วยกันคือ สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม (Liberty of Conscience) กับสิทธิและเสรีภาพในการกระทำ (Liberty of Action)

#### 1) สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม (Liberty of Conscience)

สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรม หรือสิทธิและเสรีภาพในทางความคิดนี้ (Liberty of Conscience) ไม่ได้หมายถึงแต่เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาเท่านั้น แต่รวมถึงเสรีภาพในอันที่จะไม่เชื่อถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาใดๆ เลย และเสรีภาพในอันที่จะเชื่อหรือไม่เชื่อถือลัทธิการเมือง เศรษฐกิจ และคำสอนทางศีลธรรม แนวใดแนวหนึ่งด้วย เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพทางวิชาการจึงอาจสงเคราะห์เข้าอยู่ในความหมายของสิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมได้เช่นกัน โดยสภาพแล้ว การใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เป็นเรื่องที่อยู่ภายในจิตใจไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ผู้อื่นหรือสังคม ดังนั้นจึงควรถือว่าสิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมเป็นสิทธิและเสรีภาพที่สัมบูรณ์ (Absolute) ราษฎรควรมีอิสระที่จะคิดและจินตนาการได้อย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ความพยายาม ใดๆ ที่จะบังคับให้ราษฎรคิดหรือเชื่อทางใดทางหนึ่งก็ดี ห้ามมิให้ราษฎรคิดหรือเชื่อทางใด ทางหนึ่งก็ดี นอกจากจะไม่มีทางประสบผลสำเร็จได้แล้ว ยังเปิดช่องให้มีการขัดเยียดความผิดให้ราษฎรกันได้ง่ายๆ ทั้งนี้เพราะเทคโนโลยียังไม่เจริญก้าวหน้าพอที่จะผลิตเครื่องมือสำหรับอ่านความรู้สึกนึกคิดของคนได้ ยิ่งกว่านั้นยังเป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎรอีกด้วย เมื่อใดที่มนุษย์หยุดคิด มนุษย์ก็จะมีสภาพไม่ต่างอะไรกับวัตถุและสัตว์เดรัจฉาน เพราะมนุษย์ต่างกับวัตถุและสัตว์เดรัจฉานก็ตรงที่คิดเป็น

#### 2) สิทธิและเสรีภาพในการกระทำ (Liberty of Action)

สิทธิและเสรีภาพในการกระทำ (Liberty of Action) คือ สิทธิและเสรีภาพในอันที่จะเคลื่อนไหวส่วนต่างๆ ของร่างกายตามที่ได้คิดและตกลงใจไว้ ดังนั้น จึงได้แก่ บรรดาสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายอื่น นอกจากสิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมนั่นเอง การใช้สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในโลกภายนอก อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของผู้อื่นหรือ ของสังคมได้ไม่มากนักน้อย ดังนั้น รัฐบาลจึงต้องจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ ของราษฎร

แต่ละคน ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้แต่ละคนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนกระทำการใดๆ ที่จะมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นหรือต่อประโยชน์ส่วนรวม

#### 2.1.6.4 การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาตามแนวทฤษฎีของเยอรมัน

Georg Jellinek เป็นผู้เสนอแนวคิดในการแบ่งสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวโดย Jellinek ได้แบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพออกเป็น 3 ประเภท คือ Status Negatives หรือ Negative Status Status Positivus หรือ Positive Status และ Status Activus

##### 1) Status Negatives หรือ Negative Status

Status Negatives หรือ Negative Status หมายถึง กลุ่มของสิทธิและเสรีภาพที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องปราศจากการเข้ามาแทรกแซงใดๆ ของรัฐ การใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นเรื่องที่บุคคลสามารถดำเนินการไปได้โดยรัฐ ไม่จำเป็นต้องเข้ามาดำเนินการใดๆ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ปฏิเสธอำนาจรัฐ สิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้แสดงออกมาในรูปของสิทธิในการป้องกัน (Abwehrrechte) อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลต่อการแทรกแซงของรัฐ หรือการละเมิดของรัฐ จากสิทธิในการป้องกันของบุคคลดังกล่าวนี้ บุคคลอาจเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยาจากรัฐได้ ในกรณีที่มีการแทรกแซงหรือมีการละเมิดจากรัฐ หรืออาจเรียกร้องให้รัฐละเว้นจากการกระทำดังกล่าวได้ ตัวอย่างของสิทธิในกลุ่ม Status Negatives ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น สิทธิในความเสมอภาค ตามมาตรา 30 ถึงมาตรา 31 สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ตามมาตรา 32 หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา ตามมาตรา 37 เป็นต้น

##### 2) Status Positivus หรือ Positive Status

Status Positivus หรือ Positive Status หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลมีอาจจะบรรลุความมุ่งหมายได้หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายรัฐ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้แสดงออกมาในรูปของสิทธิประเภท “สิทธิเรียกร้อง” สิทธิเรียกร้องให้กระทำการ สิทธิในการดำเนินคดี ตามทัศนะของ Jellinek เห็นว่าสิทธิที่เป็นศูนย์กลางของสิทธิประเภทนี้ คือ สิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิประเภทนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน ตามมาตรา 49 สิทธิในการรับบริการทางสาธารณสุข ตามมาตรา 51 หรือสิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐของเด็กและเยาวชน ตามมาตรา 52 เป็นต้น

##### 3) Status Activus

Status Activus หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่บุคคลใช้สิทธิของตนในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมือง หรือเข้าไปมีส่วนร่วมกับองค์กรของรัฐ สิทธิ และเสรีภาพ

ประเภทนี้ได้มีการบัญญัติรับรองออกมาในรูปของ “สิทธิของพลเมือง” อันได้แก่ สิทธิของผู้เลือกตั้ง สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง รวมทั้งสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองอื่นๆ สิทธิประเภทนี้มักจะจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาตินั้น เช่น เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ตามมาตรา 63 เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม ตามมาตรา 64 หรือเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง ตามมาตรา 65 เป็นต้น

การแบ่งสิทธิและเสรีภาพตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน ซึ่งอาศัยลักษณะของการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับหน้าที่ของรัฐเป็นข้อพิจารณาในการแบ่งสิทธิ และเสรีภาพดังกล่าว ซึ่งสามารถทำให้เข้าใจพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทว่ามีจุดมุ่งหมายอย่างไร และการจะทำให้บรรลุความมุ่งหมายสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทรัฐจะต้องดำเนินการอย่างไร

#### 2.1.6.5 การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ

การแยกสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้พิจารณาจากผู้ซึ่งได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครอง ซึ่งอาจแบ่งสิทธิและเสรีภาพเป็น 2 ประเภท คือ สิทธิมนุษยชน (Human Rights) และสิทธิของพลเมือง (Citizen Rights)

##### 1) สิทธิมนุษยชน (Human Rights)

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) คือ บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่เกิด และไม่อาจถูกพรากไปจากราษฎรได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราษฎร ตัวอย่างของสิทธิมนุษยชน มีดังต่อไปนี้

(1) สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกัน โดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น

(2) เสรีภาพในการแสดงความคิดและความคิดเห็น เช่น เสรีภาพในการถือศาสนา นิยามของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาและเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนาบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เสรีภาพในการศึกษาอบรม และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น เป็นต้น

(3) สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจบางประการ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน และเสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับผู้อื่น เป็นต้น

แนวคิดดังกล่าวนี้ ได้เริ่มมีขึ้นตั้งแต่ปลายยุคกรีก แต่ได้รับการพัฒนา และมีอิทธิพลแพร่หลายมากขึ้นในศตวรรษที่ 18 โดย John Lock (ค.ศ. 1632 ถึง ค.ศ. 1704)<sup>27</sup> นักปรัชญาคนสำคัญในสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) คิดว่าสังคมการเมือง หรือรัฐนั้นมีใช้สังคมที่เกิดขึ้นและวิวัฒนาการผันแปรไปโดยตัวเองตามธรรมชาติ (Spontaneous Society) เหมือนกับครอบครัว หากแต่เป็นสังคมที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงอันร่วมกันของมนุษย์ (Artificial Society) กล่าวคือ มนุษย์ร่วมกันทำสัญญาที่เรียกว่า “สัญญาประชาคม” (Social contract) จัดตั้งขึ้นก่อนที่มนุษย์จะร่วมทำสัญญาเช่นว่านี้ มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะธรรมชาติ (State of Nature) ซึ่งหมายถึงสภาวะที่ปราศจากการจัดองค์การทางการเมือง ปราศจากผู้ปกครองหรือรัฐบาลในสภาวะธรรมชาติมนุษย์แต่ละคนมีเสรีภาพที่จะกำหนดวิถีชีวิตของตนและใช้สอยทรัพย์สินของตนได้ตามแต่ตนจะเห็นสมควร ทั้งนี้ ภายในกรอบของกฎหมายธรรมชาติหรืออีกนัยหนึ่งเหตุผล (Reason) ซึ่งสอนมนุษย์ทุกคนว่าทุกคนเกิดมามีอิสระและเสมอภาคเท่าเทียมกัน แต่ละคนไม่ควรทำอันตรายต่อชีวิตร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของผู้อื่นตราบเท่าที่มนุษย์ยังคงดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะธรรมชาติแต่ละคนย่อมมีอำนาจที่จะบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติและลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนี้ด้วยตนเอง ดังนั้น จึงก่อให้เกิดความไม่เหมาะสม ความไม่สะดวก และอันตรายบางประการ ประการแรก ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของแต่ละคนตกอยู่ในความไม่มั่นคงปลอดภัยอาจถูกผู้อื่นล่วงละเมิดได้ทุกเมื่อ ทั้งนี้ เพราะมนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันก็เฉพาะแต่ในสิทธิที่ตนมีอยู่เท่านั้น แต่ไม่ได้มีความสามารถด้านต่างๆ ซึ่งรวมทั้งความสามารถในอันที่เข้าใจกฎหมายธรรมชาติเท่าเทียมกัน ประการที่สอง การที่แต่ละคนลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายธรรมชาติเป็นเหตุให้ตนได้รับความเสียหายด้วยตนเองนั้น เท่ากับว่าแต่ละคนเป็นผู้พิพากษาคดีที่ตนเองมีส่วนได้เสีย ดังนั้น อาจจะตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการแก้แค้นรุนแรงเกินสมควรแก่เหตุก็ได้ ประการสุดท้าย แต่ละคนไม่มีกำลังทางกายภาพเพียงพอที่จะบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินชี้ขาดของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ความสับสนและความไม่เป็นระเบียบดังกล่าวนี้เองที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้มนุษย์หันหน้าเข้ามาตกลงทำสัญญาประชาคมจัดตั้งสังคมการเมืองและรัฐบาลขึ้น และต่างก็ยอมสละอำนาจของตนในอันที่จะบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติให้แก่รัฐบาล จะเห็นได้จากคำสอนของ John Locke ดังที่ได้สรุปความมาข้างต้นว่า มนุษย์หันหน้าเข้ามาทำสัญญาประชาคมโดยจัดตั้งสังคมการเมืองและรัฐบาลขึ้นก็ด้วยความมุ่งหมายเพื่อให้การคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินของตนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติ สิ่งที่มนุษย์ตกลงกันสละให้แก่สังคมการเมืองและรัฐบาล ได้แก่ อำนาจในอันที่จะบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายธรรมชาติเท่านั้น ส่วนสิทธิในชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินนั้น

<sup>27</sup> John Lock. (2008). Wikipaia. Retrieved July 12, 2012, from [http://en.wikipedia.org/wiki/John\\_Lock](http://en.wikipedia.org/wiki/John_Lock)

มนุษย์ยังคงสงวนไว้แก่ตน หาได้ยอมสละไปด้วยไม่ โดยนัยนี้ รัฐและรัฐบาลจึงมีอำนาจอย่างจำกัด ในกรณีที่รัฐบาลกล้ากระทำความผิดต่างๆ เหล่านี้ของราษฎรตามอำเภอใจเท่ากับว่ารัฐบาลกระทำการ เกินขอบอำนาจของตนราษฎรจึงไม่จำเป็นต้องเคารพและเชื่อฟังรัฐบาลอีกต่อไป

คำสอนของสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำสอนของ John Locke เป็นแรงบันดาลใจอย่างสำคัญต่อการจัดทำเอกสารสำคัญทางรัฐธรรมนูญในเวลาต่อๆ มา ดังจะเห็นได้จาก The Virginia Declaration of Rights ค.ศ. 1776<sup>28</sup> ประกาศไว้ตั้งแต่ข้อแรกว่า<sup>29</sup> “โดยธรรมชาติแล้ว มนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพและอิสรภาพเท่าเทียมกัน และมีสิทธิบางประการติดตัวมาตั้งแต่เกิด แม้เมื่อ ได้ตกลงดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมโดยสัญญาประชาคมใดๆ แล้วก็ตาม มนุษย์ก็ไม่อาจจะพราก สิทธิเหล่านี้ไปจากอนุชนรุ่นหลังได้ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ สิทธิในการ แสวงหาและการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน และสิทธิในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน” คำประกาศ อิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 (The Declaration of Independence of the United States 1776)<sup>30</sup> “ถือว่าความจริงดังต่อไปนี้มีความชัดเจนในตัวเอง มนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นมาให้เท่าเทียม กัน พระผู้เป็นเจ้าทรงประทานสิทธิอันมีอาจสละทิ้งบางประการให้แก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุขให้แก่ตน”<sup>31</sup> คำประกาศสิทธิ มนุษยชนและสิทธิของพลเมือง ค.ศ. 1789 (The Declaration of the right of men and of the citizen 1789)<sup>32</sup> ยืนยันว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรีภาพและมีสิทธิต่างๆ เท่าเทียมกัน” แท้ที่จริงแล้ว “ความมุ่ง หมายของสังคมการเมืองทั้งปวง ได้แก่ การปกป้องรักษาไว้ซึ่งสิทธิตามธรรมชาติอันมีอาจทำลายได้ ของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ เสรีภาพ ทรัพย์สิน ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย และ

<sup>28</sup> The Virginia Declaration of Right. (2008). Gunstonhall. Retrieved July 12, 2012, from <http://www.gunstonhall.org/documents/vdr.html>

<sup>29</sup> The Virginia Declaration of Rights, 1776

Section I. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.

<sup>30</sup> United state declaration of independence. (2008). Wikipediaia. Retrieved July 12, 2012, from [http://en.wikipedia.org/wiki/United\\_States\\_Declaration\\_of\\_Independence](http://en.wikipedia.org/wiki/United_States_Declaration_of_Independence).

<sup>31</sup> We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.

<sup>32</sup> Declaration of the right of men and of the citizen. (2008). Hrer.org. Retrieved July 12, 2012, from <http://www.hrer.org/does/frenehdee.html>

การต่อต้านการกดขี่ข่มเหง” คำว่า “เสรีภาพ” ในที่นี้ หมายถึง เสรีภาพโดยทั่วๆ ไป กล่าวคือ เป็น “สิทธิที่จะกระทำการใดๆ ก็ได้ทั้งสิ้น เว้นไว้แต่การอันเป็นการรบกวนเสรีภาพของผู้อื่น” ปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948)<sup>33</sup> เองก็ได้ยืนยันไว้ในทำนองเดียวกันว่า “ศักดิ์ศรีและสิทธิที่มวลมนุษย์มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันและที่มนุษย์ไม่อาจสละละทิ้งไปเสียได้เป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพของโลก”

กล่าวโดยสรุป สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียวว่าเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมีสังคมการเมืองที่เรียกว่า “รัฐ” (State) เกิดขึ้น ไม่มีมนุษย์ผู้ใดสามารถสละสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้โดยชอบ และไม่มี “ผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน” คนใด หรือคณะใดมีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกัน รัฐมิได้มีคุณค่าในตัวเอง แต่จะมีคุณค่าขึ้นมาเมื่อได้ปกป้องรักษาและส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพเช่นว่านี้เท่านั้น

## 2) สิทธิของพลเมือง (Citizen Rights)

สิทธิของพลเมือง (Citizen Rights) คือ สิทธิและเสรีภาพในอันที่จะเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐหรืออีกนัยหนึ่งบรรดาสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองต่างๆ อันได้แก่ เสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจการในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้น ตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสิทธิเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ และปราศจากอาวุธ และสิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาเหตุผลของเรื่องแล้ว สิทธิของพลเมืองจะมีได้ก็เฉพาะแต่ภายหลังเวลาที่สังคมการเมืองที่เรียกว่า “รัฐ” อุบัติขึ้นแล้วเท่านั้น ก่อนหน้านั้นความคิดเรื่องสิทธิของพลเมืองย่อมไม่อาจก่อตัวขึ้นมาได้เลย กรณีจะเป็นประการใดก็ตาม ถ้อยกันว่าสิทธิของพลเมืองนี้ก็เป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชนนั่นเอง ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่า การที่ราษฎรเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม เป็นวิธีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของตนที่มั่นใจได้วิธีหนึ่ง ในหลายๆ วิธีนั่นเอง “ผู้ปกครอง” ที่มาจากการเลือกตั้งโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมของราษฎร และอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของราษฎรอยู่

<sup>33</sup> กุลพล พลวัน ข (2538). พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน. หน้า 209.

ตลอดเวลาข่มไม่อาจคดีข่มเหงราษฎรได้ง่ายๆ เหมือนกับ “ผู้ปกครอง” ที่สถาปนาตนเองโดยพลการ

#### 2.1.6.6 การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

การแยกประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นการพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพนั้นๆ เป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ หรือหาอยู่ภายใต้เงื่อนไขกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพแล้วอยู่ในเงื่อนไขประเภทใด ซึ่งมีการกำหนดรูปแบบของเงื่อนไขของกฎหมายไว้ 3 รูปแบบ คือ สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายพิเศษ และสิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย

##### 1) สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป

ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญเพียงแต่เรียกร้องว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น อาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปนี้ ไม่อาจเรียกร้องเงื่อนไขพิเศษในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประการอื่น สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น เสรีภาพในเคหสถานตามมาตรา 33 วรรคสอง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัย และครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข” และวรรคสาม บัญญัติว่า “การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐาน จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเงื่อนไขใดๆ เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในเคหสถานไว้แต่อย่างใด เพียงแต่กำหนดไว้ว่า “เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” แต่อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่า การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวว่าไม่มีข้อจำกัดใดๆ เพราะโดยแท้จริงแล้วการจำกัดเสรีภาพยังอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทั่วไป

##### 2) สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายพิเศษ

ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญเรียกร้องว่า การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ โดยกฎหมายนั้น จะต้องผูกพันอยู่กับสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งหรือต้องผูกพันอยู่กับวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง หรือจะต้องดำเนินการโดยวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายพิเศษตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น เสรีภาพในการเดินทาง มาตรา 34 วรรคสอง บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การวางผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์”

ในกรณีนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพมากขึ้น กล่าวคือ การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางตามมาตรา 34 จะกระทำได้อีกแต่เฉพาะภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากฝ่ายนิติบัญญัติได้จำกัดเสรีภาพในการเดินทางนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางดังกล่าวย่อมเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ

### 3) สิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย

เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่อยู่ภายใต้การจำกัดสิทธิโดยกฎหมายใดๆ ทั้งสิ้น สิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ตามมาตรา 37 สิทธิของผู้มีสัญชาติไทยที่จะไม่ถูกเนรเทศออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร ตามมาตรา 34 วรรคสาม เป็นต้น

การแบ่งสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ สามารถทำให้เข้าใจถึงประเภทของเงื่อนไขของกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งจะเป็ประโยชน์ในการตรวจสอบอำนาจ นิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิต่างๆ ว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ กล่าวคือ มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ หรือในกรณีของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ ในกรณีจะต้องตรวจสอบว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดย่อมเป็นการแสดงถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

#### 2.1.7 วิวัฒนาการแห่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีที่มาและการวิวัฒนาการมาตามประวัติศาสตร์ในแต่ละยุคสมัย จนมีการประกาศสิทธิมนุษยชนสากลแห่งสหประชาชาติเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชาติ กล่าวคือ

##### 2.1.7.1 ที่มาและพื้นฐานแนวความคิดของประเภทสิทธิต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิมนุษยชนมีการวิวัฒนาการเริ่มแรกจากแนวความคิดสิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) เป็นความคิดของนักปรัชญาที่มีมาตั้งแต่สมัยกรีกและโรมัน จากนักคิดกฎหมายธรรมชาติในยุค Greek Stoicism ที่มีความเชื่อว่าสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นตามความประสงค์สภาวะธรรมชาติ จากความเชื่อดังกล่าวนี้ มีการจัดตั้งโรงเรียนสอนปรัชญาขึ้น มีสาระสำคัญการศึกษาเกี่ยวกับพฤติกรรมมนุษย์ เพื่อวางพื้นฐานความคิดว่า มนุษย์จะถูกตัดสินให้สอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งหลักความคิด

ดังกล่าวปรากฏจากตัวอักษรกรีกโบราณของ Antigone<sup>34</sup> ตามความคิดในยุคของสมัยโรมันมีการบัญญัติกฎหมาย Jus Gentium และ Jurist Ulpain

กฎหมาย Jus Gentium เป็นแนวความคิดที่ว่าเป็นกฎหมายของชาติ (Law of Nations) แนวความคิดดังกล่าวสวนทางกับสิทธิพลเมืองอย่างยิ่ง ส่วนกฎหมาย Jurist Ulpain เป็นกฎหมายธรรมชาติโดยมีความคิดที่ว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นของธรรมชาติไม่ใช่เป็นของชาติ ในการนี้ในยุคดังกล่าวก็ยังเป็นที่สับสนอยู่ว่าสิทธิต่างๆ เป็นสิทธิของพลเมืองชาวโรมัน หรือเป็นสิทธิของชาติ จนในสมัยยุคกลางจากแนวความคิดของนักปรัชญา Aristotle และ Aquinas ได้วางหลักแนวความคิดในเรื่องอิสรภาพหรือเสรีภาพ (Freedom or Liberties) และความเสมอภาค (Equality) อันเป็นพื้นฐานความคิดสิทธิต่างๆ ที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญรู้จักกันในปัจจุบัน<sup>35</sup>

อย่างไรก็ตาม แนวความคิดสิทธิมนุษยชนได้วิวัฒนาการจากสภาพความเป็นจริงของสังคมมนุษย์ตามกาลยุคสมัยปรากฏในศตวรรษที่ 13 สมัยยุคระบบศักดินา (Feudalism) ก่อให้เกิดหลักเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน อันเป็นที่มาของสิทธิและเสรีภาพในทรัพย์สิน (Property Rights) ของของบุคคลและจากการศึกษาอ้างอิงใน Encyclopedia Britannica 2001<sup>36</sup> อธิบายไว้ว่าเป็นแนวความคิดจากคำสอนกฎหมายธรรมชาติของ Aquinas ค.ศ. 1214 ถึง ค.ศ. 1274 และจากแนวความคิดของ Hugo Grotius ค.ศ. 1583 ถึง ค.ศ. 1645 ส่วนทางยุโรปในสหราชอาณาจักรปรากฏตามเอกสาร Magna Carta ค.ศ. 1215, The Petition of Rights ค.ศ. 1628 และ Bill of Rights ค.ศ. 1689 เหล่านี้ได้วิวัฒนาการแนวความคิดในเรื่องสิทธิมนุษยชนว่า สิทธิและเสรีภาพเป็นสิ่งที่มนุษย์ได้เข้าทำสัญญาต่อสังคมและมีอยู่ติดตัวมนุษย์มาตลอดชั่ววันรันครและเป็นสิทธิที่ไม่อาจจะโอนกันได้<sup>37</sup>

ในศตวรรษที่ 18 จากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติตามแนวความคิดของนักปราชญ์ชาวอังกฤษ John Locke ค.ศ. 1623 ถึง ค.ศ. 1704 และ Montesquieu ค.ศ. 1748 นักปรัชญาชาวฝรั่งเศสรวมทั้ง Jean-Jacques Rousseau ค.ศ. 1764 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามแนวความคิดของ John Locke จากประสบการณ์การปฏิวัติในสหราชอาณาจักร The Glorious Revolution ค.ศ. 1688 เห็นว่าภายใต้สภาวะธรรมชาติ (The State of Nature) มนุษย์แต่ละคนมีสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายธรรมชาติ

<sup>34</sup> Encyclopedia Britannica. (2001). Britannica Online Encyclopedia. Retrieved July 12, 2012, from <http://www.britannica.com/>

<sup>35</sup> Encyclopedia Britannica. (2002). Britannica Online Encyclopedia. Retrieved July 12, 2012, from <http://www.britannica.com/>

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid.

อันเป็นสิทธิที่แน่นอน คือ สิทธิในชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สินด้วยการละสิทธิแห่งตนเพื่อทำสัญญาประชาคม (Social Contract) ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องพิทักษ์สิ่งเหล่านี้ จากความคิดกฎหมายธรรมชาติ (Nature Law) และความคิดปัจเจกชนนิยม (Individualism) ดังกล่าวมีอิทธิพลต่อการปฏิวัติครั้งสำคัญทางประวัติศาสตร์ในคำประกาศอิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 (The Declaration of Independence of the United States 1776) และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง ค.ศ. 1789 (The Declaration of the right of men and of the citizen 1789) ซึ่งเป็นแม่บทของประเทศต่างๆ นำไปปรับใช้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ที่ยกร่างขึ้นใหม่ตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง<sup>38</sup>

สิทธิมนุษยชนได้วิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์จากแนวความคิดสิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) ในสมัยกรีกและโรมัน จนถึงภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศต่างๆ ทั่วโลกถือเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญและบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก มีอิทธิพลต่อการประกาศสิทธิมนุษยชนสากล ค.ศ. 1948<sup>39</sup>

1) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948)<sup>40</sup>

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) มีทั้งสิ้น 30 ข้อ ซึ่งการร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ได้ยึดหลักตามแนวความคิดที่เป็นสภาพความจริงตามยุคสมัยทางสังคมแห่งมนุษยชาติ ในการนี้นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส Karel Vasal<sup>41</sup> ได้แบ่งที่มาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ออกเป็น 3 ยุค ได้แก่ ยุคที่หนึ่ง (First Generation) เป็นยุคสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights) ในยุคที่สอง (Second Generation) เป็นยุคสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (Economic, Social and Cultural Rights) และในยุคที่สาม (Third Generation) เป็นยุคสิทธิในสิทธิประโยชน์ร่วมกัน (Solidarity Rights)

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> L.J.M. Cooray, Op.cit.

<sup>40</sup> กุลพล พลวัน ข เล่มเดิม. หน้า 209-213.

<sup>41</sup> Encyclopedia Britannica. Op. cit.

## (1) ยุคที่หนึ่ง (First Generation)

ที่มาของปฏิกญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในยุคแรก เกี่ยวกับสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights) ได้วิวัฒนาการจากแนวความคิดปรัชญาสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและการปฏิวัติครั้งสำคัญทางประวัติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในศตวรรษที่ 17 และ 18 สิทธิในยุคดังกล่าว นักวิชาการเรียกว่า “สิทธิในทางลบ” (Negative Rights) สิทธิดังกล่าวมีความหมายว่าสิ่งใดที่รัฐบาลกระทำไม่ได้หรือพลเมืองมีสิทธิจะกระทำได้โดยชอบตามกฎหมาย<sup>42</sup>

การประชุมของสมาชิกภาคีสหประชาชาติในที่ประชุมโดย H. L. Menchen<sup>43</sup> มีความเห็นว่า “ในทุกประเทศเป็นที่แน่นอนว่าจะไม่เห็นด้วยกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพ จึงจำต้องบัญญัติเป็นปฏิกญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ” ซึ่งที่ประชุมเห็นสมควรบัญญัติไว้ในปฏิกญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ข้อ 2 ถึงข้อ 21 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และความปลอดภัยในชีวิต เสรีภาพจากการถูกบังคับแรงงานและเป็นทาส สิทธิปราศจากการถูกกระทำทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม จากการถูกลงโทษ เสรีภาพจากการจับกุมคุมขังและการยึดทรัพย์สิน การเนรเทศ สิทธิจากการพิจารณาคดีที่มีความยุติธรรม และการพิจารณาโดยเปิดเผย สิทธิในการเคลื่อนย้ายถิ่นที่อยู่ สิทธิที่รับสถานพยาบาลจากการตัดสินใจ เสรีภาพในความคิด และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การนับถือศาสนา สิทธิในการชุมนุมอย่างสงบ สิทธิการมีส่วนร่วมทางการเมือง สิทธิการเลือกตั้งอย่างอิสระทั้งทางตรงและทางอ้อม และสิทธิในกรรมสิทธิ์และทรัพย์สิน สิทธิการรับมรดก เป็นต้น สิทธิต่างๆ เหล่านี้มีที่มาจากยุคสมัยการปฏิวัติในสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศสนำมาบัญญัติเป็นปฏิกญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติทั้งสิ้น

ปฏิกญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในยุคที่หนึ่งดังกล่าวมีพื้นฐานจากความคิดสิทธิธรรมชาติตามแนวคิดของนักปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และปัจเจกชนนิยม (Individualism) เป็นสิทธิในเชิงลบมากกว่าสิทธิในเชิงบวก ทั้งนี้ ย่อมเป็นไปตามพื้นฐานที่มาจากสภาพความเป็นจริงของสังคมมนุษย์และการเมือง ตามประสบการณ์ทางประวัติศาสตร์อย่างแท้จริง

## (2) ยุคที่สอง (Second Generation)

ที่มาของปฏิกญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในยุคที่สอง เกี่ยวกับสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (Economic, Social and Cultural Rights) มีต้นแบบจาก

<sup>42</sup> A. E. Dick Howard. Op.cit.

<sup>43</sup> Encyclopedia Britannica. Op.cit.

จารีตประเพณีสังคมนิยม (Socialist Tradition) ก่อนศตวรรษที่ 19 ในยุคของ Saint-Simonians สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการต่อสู้และเคลื่อนไหวเรียกร้องสวัสดิการทางสังคมจากระบบนายทุนที่ไม่เป็นธรรมและใช้อิทธิพลไปในทางมิชอบด้วยการหาประโยชน์ส่วนตัวจากชนชั้นแรงงาน และคนในอาณานิคมซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องเข้าแทรกแซงเพื่อสวัสดิการสังคม สิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิต้องรับการตอบสนองจากรัฐจึงเป็นสิทธิในเชิงบวกมากกว่าสิทธิในเชิงลบ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ ปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติจึงได้บัญญัติไว้ในข้อ 22 ถึงข้อ 27<sup>44</sup>

สิทธิตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 22 ถึงข้อ 27 ของปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ได้แก่ สิทธิที่รับการประกันสังคม สิทธิการประกันการทำงาน สิทธิได้รับความคุ้มครองจากการตกงาน สิทธิในวันหยุดโดยได้รับค่าชดเชย สิทธิรับค่าครองชีพที่เพียงพอต่อการพาลานามัย สิทธิที่ได้รับการศึกษา และสิทธิที่ได้รับคุ้มครองจากสิ่งประดิษฐ์ วรรณกรรมและศิลปกรรม เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม เหตุผลที่ปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้บัญญัติไว้ในข้อ 22 ถึงข้อ 27 เนื่องจากเป็นสิทธิที่ต้องการการสนองรับจากรัฐ และเป็นหน้าที่ของรัฐต้องทำ จึงได้บัญญัติไว้เป็นบรรทัดฐานสากลเพื่อเป็นพื้นฐานของประเทศต่างๆ บัญญัติเป็นนโยบายแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญอันเป็นพื้นฐานสิทธิมนุษยชน (Human Rights Norms) ทั้งนี้ เพื่อปกป้องสิทธิประเภทนี้ไว้โดยรัฐธรรมนูญ<sup>45</sup>

### (3) ยุคที่สาม (Third Generation)

ที่มาของปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในยุคที่สาม เป็นสิทธิในประโยชน์ร่วมกัน (Solidarity Rights) มีผลจากสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and Political Rights) ตามปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในยุคที่หนึ่งและสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (Economic, Social and Cultural Rights) ตามปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในยุคที่สอง เพื่อเป็นพื้นฐานและหลักเกณฑ์ของสิทธิมนุษยชนสากล (Universal Human Rights Norms) ของมนุษยชาติมีสิทธิในสิทธิประโยชน์ร่วมกันได้ทั่วโลกในศตวรรษที่ 20 ต่อไป<sup>46</sup> และในที่ประชุมสหประชาชาติจึงได้บัญญัติไว้ในข้อ 28 บัญญัติว่า “ทุกคนมีสิทธิทางสังคมและระเบียบกฎเกณฑ์สากล จากปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ที่บัญญัตินี้ และสามารถใช่เพื่อผลการใช้ได้อย่างสมบูรณ์”

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Ibid.

จากทฤษฎีดังกล่าวหมายถึงสิทธิ 6 ประเภทด้วยกัน ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาตินี้ สิทธิในสามประเภทแรกมีผลต่อประเทศที่สามที่กำลังพัฒนา โดยมีความมุ่งหมายให้โลกมีการกระจายอำนาจมีความมั่นคงในการดำรงชีพ โดยมีสิทธิที่สำคัญ ได้แก่ สิทธิทางการเมือง สิทธิทางสังคม สิทธิทางเศรษฐกิจ และสิทธิทางวัฒนธรรม ส่วนสิทธิมนุษยชนสามประเภทหลัง เป็นสิทธิได้รับความสงบ (Right to Peace) สิทธิทางพลานามัย (Rights to a Healthy) สิทธิทางสิ่งแวดล้อม (Rights to Environment) และสิทธิทางมนุษยธรรม จากภัยพิบัติเหล่านี้ มนุษยชาติได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ทั่วโลก<sup>47</sup>

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในยุคที่สามดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อเป็นสิทธิประโยชน์ร่วมกันแห่งมนุษยชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่สามที่กำลังพัฒนาจะไม่คำนึงถึงสิทธิมนุษยชนเหล่านี้เลย การบัญญัติเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ เพื่อหลักเกณฑ์บรรทัดฐานในการพัฒนาของประเทศที่กำลังพัฒนาในการดำเนินการเป็นนโยบายของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันไป

จากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติในยุคที่สาม มีพื้นฐานที่มาจากการปฏิวัติชนชั้นกลาง (Bourgeois) ศตวรรษที่ 17 และ 18 และการปฏิวัติของสังคมนิยมตามแนวคิดของคอมมิวนิสต์ (Socialist and Marxist) ก่อนต้นศตวรรษที่ 20 จนถึงสงครามโลกครั้งที่สอง ก่อให้เกิดปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติประเภทนี้ขึ้น โดยมีความมุ่งหมายเพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพในรูปแบบต่างๆ ของมนุษยชาติตามกาลยุคสมัยทางสังคม เศรษฐกิจ การเมืองที่ได้เปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้ การวิวัฒนาการของสิทธิมนุษยชนทางประวัติศาสตร์เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความมุ่งหมายของมนุษยชาติที่มีความต้องการได้รับความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่มั่นคงและถาวรตลอดไปอย่างแท้จริง จึงเป็นที่มาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ซึ่งสมาชิกทั่วโลกให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิมนุษยชาติของโลกดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทั้งหลาย ได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพพลเมืองไว้โดยชัดแจ้ง

ปฏิญญานี้จึงเป็นเครื่องหมายอันยิ่งใหญ่แห่งประวัติศาสตร์การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยจำแนกสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองออกเป็น 2 ประเภท คือ สิทธิของพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (Civil and political Right) กับสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Right)

<sup>47</sup> Ibid.

(1) สิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and political Right)<sup>48</sup>

สิทธิประเภทนี้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติ 21 ข้อแรกของตัวปญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) และเป็นกรกล่าวถึงสิทธิตามธรรมชาติที่มีมาแต่ดั้งเดิม คือ สิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพ ทรัพย์สิน ความเสมอภาค ความยุติธรรม และการแสวงหาความสุข (The rights to life property equality Justice and the pursuit of happiness)

สิทธิดังกล่าวนี้ประกอบไปด้วย สิทธิในทางอิสรภาพ แห่งการเคลื่อนไหว (The rights to freedom of movement) สิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยลำพัง เช่นเดียวกับโดยร่วมกับผู้อื่น (The rights to own property alone as well as in association with other) สิทธิที่จะทำการสมรส (The rights to marry) สิทธิในความเสมอภาคตามกฎหมายและสิทธิ ที่จะได้รับการพิจารณาที่เป็นธรรมถ้าถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดอาญาใดๆ (The rights to equality before the law and to fair trial of accused of any crime) สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว (The right to privacy) สิทธิในเสรีภาพแห่งการนับถือศาสนา (The rights to religions of freedom) สิทธิในการพูดโดยเสรีและการสมาคมโดยสันติ (The rights to free speech and peaceful assembly) และสิทธิที่จะลี้ภัย (The rights to asylum) เป็นต้น

## (2) สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Right)

สิทธิประเภทนี้เป็นสิทธิที่เพิ่งรู้จักกันเมื่อไม่นานมานี้เอง และนับว่าเป็นชัยชนะของกลุ่มประเทศสังคมนิยมที่ทำให้มีการระบุสิทธิเหล่านี้ลงในปญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ได้ สิทธิดังกล่าวนี้เริ่มตั้งแต่ข้อ 22 เป็นต้นไป เช่น สิทธิในการศึกษา (The rights to education) สิทธิที่จะจัดตั้งสหพันธกรรมกร (The rights to form trade union) สิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความเป็นอยู่ดีของตนและครอบครัว (The rights of everyone to a standard of living adequate for the health and wellbeing of himself and his family) และสิทธิในการพักผ่อน และเวลาว่างรวมทั้งการจำกัดเวลาทำงานตามสมควรและวันหยุดงานเป็นครั้งคราวโดยได้รับสินจ้าง (The rights to rest including reasonable limitation of working hour and periodic holidays with pay) เป็นต้น

หากพิจารณาจากข้อความทั้งหมด 30 ข้อ ในปญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) แล้ว อาจถือได้ว่าล้วนเป็นสิ่งที่มีมนุษย์ทุกคนพึงมีโดยไม่จำกัดว่าเป็นบุคคลเชื้อชาติใด และนอกนี้ในข้อ 2 วรรคสอง

<sup>48</sup> กุลพล พลวัน ค (2547). *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก*. หน้า 35.

ของปฏิญญาดังกล่าว ยังเป็นการตอกย้ำถึงการคุ้มครองแก่บุคคลทุกคนแม้จะอยู่ในอาณาบริเวณหรือดินแดนหรืออำนาจอธิปไตยอื่น ก็ย่อมไม่สามารถมาลิดรอนสิทธิและเสรีภาพอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเสียได้ ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาในบริบทของคนต่างด้าวตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) นี้ ย่อมอาจกล่าวได้ว่าย่อมได้รับคุ้มครองเช่นบุคคลธรรมดา หรือมนุษย์ทั่วไป และมีศักดิ์และสิทธิเทียบเท่ากับบุคคลอื่นภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) นี้เสมอกัน แม้จะอยู่แห่งหนใดในโลกก็ย่อมติดตัวไปด้วย ไม่ว่าจะเป็นสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (Civil and political Right) หรือสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Right)

สืบเนื่องมาจากปัญหาการกบฏทรราชประชาชาติและปฏิญญาสากล ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติยังขาดสภาพบังคับให้ประเทศสมาชิกสหประชาชาติต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด จึงทำให้สรุปได้ว่า

(1) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยสหประชาชาติเท่าที่เป็นอยู่ เป็นการปฏิบัติไปโดยขาดพื้นฐานทางกฎหมายสนับสนุนอย่างเด่นชัด เพราะเหตุผลที่ว่าสหประชาชาติปราศจาก “ข้อตกลงระหว่างประเทศ” ในการที่จะกำหนดข้อผูกพันหรือพันธะ ทางกฎหมายต่อรัฐสมาชิก อีกทั้งยังปราศจากการกำหนดวิธีการในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอีกด้วย

(2) นอกจากนี้ ในกฎบัตรสหประชาชาติ ก็ไม่ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของสหประชาชาติในการแก้ไขความเดือดร้อน กรณีที่มีคำร้องเรียนหรือกล่าวหาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนไว้อย่างชัดเจน

(3) ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติเองก็มีจุดบกพร่อง ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกันกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยสหประชาชาติและกฎบัตรสหประชาชาติ

กรณีดังกล่าว จึงทำให้มีผลตามมา คือ ก่อให้เกิดความพยายามของสหประชาชาติในการแก้ไขจุดบกพร่องของอุปสรรคทั้งสามประการดังกล่าวในรูปของการทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งได้มีการระบุสิทธิต่างๆ ด้วยถ้อยคำในทางกฎหมาย อันก่อให้เกิดข้อผูกพันหรือพันธะทางกฎหมายต่อรัฐสมาชิกที่จะต้องปฏิบัติตาม รวมทั้งได้มีการกำหนดวิธีการคุ้มครองสิทธิไว้โดยชัดเจน

ต่อมาในปี ค.ศ. 1966 สหประชาชาติจึงได้จัดทำกติกาขึ้น 2 ฉบับ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights) ซึ่งมีผลบังคับ เมื่อวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1976 และกติการะหว่างประเทศ

ว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งมีผลบังคับ เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976

2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966)<sup>49</sup>

กติการฉบับนี้ได้ถูกบัญญัติขึ้นครั้งแรก เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1966 โดยมีทั้งหมด 31 ข้อ ประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 ส่วน ดังนี้

(1) บทบัญญัติในข้อ 1 จะบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง

(2) บทบัญญัติในข้อ 2 ถึงข้อ 5 วางหลักการสำคัญในเรื่องพันธะหน้าที่ ทางกฎหมายของรัฐภายใต้กติการฉบับนี้ ในการดำเนินการต่างๆ เพื่อให้บรรลุซึ่งสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม การไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) หลักความเสมอภาคระหว่างชายหญิง ข้อจำกัดสิทธิซึ่งต้องเป็นไปตามกฎหมายและเป็นไปเพื่อจุดมุ่งหมายเดียว คือ การส่งเสริมสวัสดิสุขทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย

(3) บทบัญญัติที่กล่าวถึงสิทธิซึ่งมีลักษณะเฉพาะต่างๆ ในข้อ 6 ถึงข้อ 15 อันประกอบด้วย สิทธิในการทำงาน ข้อ 6 สิทธิในเงื่อนไขการทำงานที่เป็นธรรม ข้อ 7 สิทธิในการเข้าร่วมและก่อตั้งสหภาพแรงงาน ข้อ 8 สิทธิในการประกันสังคม ข้อ 9 สิทธิในการปกป้องคุ้มครองครอบครัว ตลอดจนถึงเด็กและเยาวชน ข้อ 10 สิทธิในการมีมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอ ข้อ 11 สิทธิในการมีสุขอนามัย ข้อ 12 สิทธิในการศึกษา ข้อ 13 ถึงข้อ 14 สิทธิในวัฒนธรรม หรือความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ ข้อ 15

สำหรับ 2 ส่วนสุดท้าย คือ ข้อ 16 ถึงข้อ 31 เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับระบบ การดูแลตรวจสอบให้มีการปฏิบัติตามกติการฉบับนี้ พันธะในการทำรายงานเสนอของรัฐสมาชิก ข้อจำกัดในการตีความกติการฉบับนี้ รวมทั้งส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้สัตยาบันและการมีสภาพบังคับใช้ของกติการะหว่างประเทศ

ดังนี้ เมื่อพิจารณาตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966) ทั้งฉบับ หากพิจารณาสิทธิที่คนต่างด้าวอาจได้รับ อาจกล่าวได้ว่า กติการฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองสิทธิของมนุษย์อันจะพึงมีหรือถือเป็นศักดิ์ศรีประจำตัวของบุคคลทุกคน โดยไม่คำนึงในเรื่องเชื้อชาติ ศาสนา ภาษา แต่อย่างใด อันตรงตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ที่บัญญัติไว้ในข้อ 2 (2) และข้อ 3 โดยได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “รัฐภาคีแห่งกติการฉบับนี้รับที่จะประกันให้สิทธิ ซึ่งกำหนดไว้ในกติการฉบับนี้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติชนิดใดๆ ที่เกี่ยวกับเชื้อชาติ

<sup>49</sup> จรัญ โฆษณานันท์. (2545). *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน*. หน้า 587-598.

สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือทางอื่น ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”<sup>50</sup> ด้วยเหตุนี้ คนต่างด้าวก็ย่อมได้รับการรับรองเช่นบุคคลอื่น ในรัฐที่เป็นภาคีที่บุคคลใดจะมาล่วงละเมิดสิทธิที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่ง สหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) นี้รับรองไว้มิได้

3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)<sup>51</sup>

กติกานฉบับนี้ มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 แต่ได้รับ การรับรองจาก สหประชาชาติ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1966 โดยมีสมาชิกเข้าร่วมถึง 144 ประเทศ รวมถึงประเทศไทยด้วย บทบัญญัติในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) มีทั้งสิ้น 53 ข้อ นอกจากนี้ยังมีพิธีสาร ทางเลือก (Optional Protocol) เพิ่มเติมขึ้นภายหลังแยกต่างหากอีก 2 ฉบับ อันเกี่ยวกับการให้สิทธิ แก่เอกชนในการร้องเรียนการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนจากรัฐสมาชิกได้ (ฉบับที่ 1) และยกเลิกโทษ ประหารชีวิต (ฉบับที่ 2 )

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ได้ปรารภว่า รัฐภาคีทั้งหมดได้ตระหนักว่า “ตามหลักการซึ่งได้ประกาศไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ การยอมรับศักดิ์ศรีประจำตัวและสิทธิ ซึ่งเสมอกัน และไม่อาจโอนแก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงแห่งครอบครัว มนุษย์เป็นรากฐานแห่ง เสรีภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพในพิภพ” โดยได้รับรองว่า สิทธิเหล่านี้มาจากศักดิ์ศรีประจำตัว ของบุคคล

อีกทั้งได้รับรองว่า ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) อุดมการณ์ที่ว่าเสรีภาพจาก ความกลัวและความต้องการสามารถสัมฤทธิ์ผลได้ก็ต่อเมื่อมีการสร้างภาพ ซึ่งทุกคนจะมีสิทธิทาง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม รวมทั้งสิทธิทางแพ่งและทางการเมืองด้วย

เมื่อได้พิจารณาถึงพันธกรณีแห่งรัฐ ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติที่จะเป็นการส่งเสริม ความเคารพ โดยสากลและการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ โดยให้มีความสำนึกว่า บุคคล

<sup>50</sup> International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966.

Article 2 (2) The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

<sup>51</sup> กุลพล พลวัน ค เล่มเดิม. หน้า 214-235.

ซึ่งมีหน้าที่ต่อบุคคลอื่นๆ และต่อประชาคม ซึ่งเป็นของตน และมีความรับผิดชอบ ที่จะต่อสู้เพื่อเป็นการส่งเสริมและเป็นการปฏิบัติตามสิทธิที่รับรองไว้ในกติกาปัจจุบัน” จึงพอสรุปการคุ้มครองสิทธิในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ได้ ดังนี้

(1) ประชาชนทั้งปวงมีสิทธิในการที่จะกำหนดเจตจำนงของตนเอง และโดยอาศัยสิทธิดังกล่าว ประชาชนย่อมสามารถกำหนดสถานะการเมืองของตนอย่างเสรี<sup>52</sup>

(2) รัฐภาคีต้องเคารพและให้ความมั่นใจแก่บุคคลทั้งปวงในสิทธิทั้งหลาย ที่ได้รับการคุ้มครองตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติในเรื่องเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ<sup>53</sup>

(3) ได้มีการรับรองสิทธิเท่าเทียมกันของชายและหญิง<sup>54</sup>

(4) ในกรณีที่เกิดเหตุฉุกเฉินอันมีมาเป็นสาธารณะ ซึ่งคุกคามความอยู่รอดของประเทศชาติตามที่ได้ประกาศอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐภาคีอาจเว้นไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในกติกาฉบับนี้ได้ตามความจำเป็นแห่งสถานการณ์<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 1966

Article 1 (1) All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

<sup>53</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 1966

Article 2 (1) Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

<sup>54</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 1966

Article 3 The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all civil and political rights set forth in the present Covenant.

<sup>55</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 1966

Article 4 (1) In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.

(5) บทบัญญัติแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ไม่อาจตีความไปในทางให้สิทธิแก่รัฐหรือบุคคลใดในอันที่จะกระทำการใดๆ ที่เป็นการมุ่งประสงค์ ต่อการทำลายสิทธิและเสรีภาพที่กติการฉบับนี้รับรองไว้ หรือเป็นการจำกัดสิทธิยิ่งไปกว่าที่ได้ รับรองไว้โดยกติการฉบับนี้<sup>56</sup>

(6) รับรองสิทธิในชีวิต<sup>57</sup>

(7) บุคคลที่ถูกกลั่นแกล้งหรือทารุณกรรมต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และได้รับการ เคารพในศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์<sup>58</sup>

(8) บุคคลมีความเสมอภาคกันในการพิจารณาคดีของศาลในคดีอาญา มีสิทธิที่จะ ได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและเปิดเผยในศาลที่มีอำนาจ มีอิสระและเป็นกลาง<sup>59</sup>

(9) บุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญามีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็น ผู้บริสุทธิ์<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 1966

Article 5 (1) Nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognized herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the present Covenant.

<sup>57</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 1966

Article 6 (1) Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.

<sup>58</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 1966

Article 10 (1) All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.

<sup>59</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 1966

Article 14 (1) All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.

<sup>60</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 1966

(10) ความเสมอภาคตามกฎหมายโดยมีกฎหมายคุ้มครองและให้หลักประกันเพื่อให้ปลอดภัยจากการเลือกปฏิบัติ<sup>61</sup>

2.1.7.2 พื้นฐานแนวความคิดการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพเป็นสิทธิธรรมชาติภายใต้สภาวะธรรมชาติที่ควบคู่กันมากับมนุษย์ชาติและนักวิชาการเห็นว่าคำประกาศอิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 (The Declaration of Independence of the United States 1776) เป็นคำสำนวนโวหารของพื้นฐานความคิดเห็นของสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งมนุษย์แต่ละคนมีสิทธิและเสรีภาพในการดำรงชีวิตอย่างมีอิสรภาพอีกทั้งสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองเท่าที่จำเป็น ไม่มีสิ่งใดที่มีอำนาจอยู่เหนือสิทธิและเสรีภาพและครอบงำอิสรภาพของความคิดมนุษย์ได้ ดังนั้น รัฐบาลที่จัดตั้งโดยประชาชนมีหน้าที่ต้องปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและเพื่อการพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพมิให้ถูกทำลาย จำต้องบัญญัติไว้เป็นกฎหมายในรัฐธรรมนูญ<sup>62</sup> ด้วยเหตุนี้ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจึงเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญในการจำกัดอำนาจรัฐ มิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขตและเป็นพื้นฐานความคิดปัจจุบันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ทั่วโลกที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทั้งหลายนำไปปรับใช้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>63</sup>

1) การรับรองสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน

A. E. Dick Howard. และ J. Debeljak<sup>64</sup> ต่างเห็นว่าการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามความคิดรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย (Constitutional Conception of Democracy) ซึ่งหมายถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เป็นการรับรองโดย

Article 14 (2) Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.

<sup>61</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 1966

Article 26 All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

<sup>62</sup> Michael S. Berliner. Op.cit.

<sup>63</sup> A. E. Dick Howard. Op.cit.

<sup>64</sup> J. Debeljak. (2001). Human rights as judicial politics of parliamentary Judgements. Retrieved July 12, 2012, from <http://www.law.monash.edu.au/castancetr/conference2001/paper/debeljak.htm>.

รัฐธรรมนูญเป็นการจำกัดอำนาจรัฐที่ละเมิดต่อสิทธิ และเสรีภาพบุคคลในการตรากฎหมายไว้บังคับ

การบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ มีพื้นฐานความคิดจากกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (Bill of Rights) ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบุคคลอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐละเมิดต่อสิทธิ ขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ในการนี้ได้ถือหลักการรับรองสิทธิและเสรีภาพจากกฎหมาย Bill of Rights ค.ศ. 1689 ของสหราชอาณาจักร The Declaration of the Rights of Man and of the Citizen ค.ศ. 1789 ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 1 ถึง 10 ค.ศ. 1791 ของสหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายรัฐธรรมนูญเห็นว่าผู้ร่าง (The Founding Fathers) คำประกาศอิสรภาพแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1776 (The Declaration of Independence of the United States 1776) มีความเข้าใจในเรื่องสิทธิและเสรีภาพมากที่สุดตาม คำประกาศที่ว่า "...endowed by their creator with certain inalienable rights..." มีความหมายว่าสิทธิที่แน่นอนไม่อาจแยกออกจากตัวบุคคลได้มาจากผู้สร้างมิใช่มาจากรัฐและตามคำประกาศที่ว่า "...The people shall have the right to keep and bear arms..." ซึ่งมีความหมายว่าประชาชนมีสิทธิที่จะครอบครองอาวุธและถืออาวุธขึ้นต่อสู้ได้ ย่อมมีความหมายว่าประชาชนมีสิทธิที่จะรักษาไว้ซึ่งสิทธิที่แน่นอนไม่แยกออกจากตัวบุคคลได้และชอบที่จะต่อสู้จากการละเมิดสิทธิเหล่านี้ได้ ตามคำประกาศอิสรภาพ แห่งสหรัฐอเมริกาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า สิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นเรื่องที่ประชาชนต้องดิ้นรนต่อสู้กันมาในอดีตก่อนที่จะเกิดระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในคดี Marbury V. Madison<sup>65</sup> สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นสาระสำคัญตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาและมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหลายครั้ง โดยมีเจตนารมณ์รับรองสิทธิและเสรีภาพและสิทธิและเสรีภาพต่างๆ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญในครั้งที่ 14 มีสาระสำคัญ เพื่อจำกัดการใช้อำนาจ

ความตื่นตัวของประเทศต่างๆ ทั่วโลกภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง มีอิทธิพลต่อการประกาศสิทธิมนุษยชนสากลของสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพมนุษยชาติเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (The Fundamental Rights) ของประเทศต่างๆ

<sup>65</sup> P.A. Malavet. (2002). Abstract vs. concrete norm control : Judicial review. Retrieved July 12, 2012, from <http://nersp.nerdc.ufl.edu/~malavet/comparat/slides%20text/14jrgerm.htm>.

ทั่วโลก<sup>66</sup> สาระสำคัญตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) สิ่งแรก ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพ ประชาชนตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ว่า “มนุษยชาติทั้งปวงที่เกิดมามีสิทธิเท่าเทียมกันและมีเสรีภาพและมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”<sup>67</sup> และมาตรา 2 ว่า “ทุกๆ คนมีสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงโดยเกิดโดยไม่มีการแบ่งเชื้อชาติ ศิพ พศ ภาษา ศาสนา มีสิทธิทางการเมือง ทรัพย์สิน”<sup>68</sup> เป็นต้น และสิทธิอื่นๆ อันได้แก่ สิทธิทางสังคม สิทธิทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรม สิทธิต่างๆ เหล่านี้ได้บัญญัติไว้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948)<sup>69</sup> และประเทศต่างๆ ได้นำสิทธิขั้นพื้นฐานตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ไปบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

## 2) สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มิใช่สิทธิเด็ดขาด

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ แม้จะเป็นสิทธิธรรมชาติเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาโดยเกิดและได้วิวัฒนาการมาทางประวัติศาสตร์จนบัญญัติเป็นกฎหมายสิทธิและเสรีภาพ (Bill of Rights) และ Bram Fischer<sup>70</sup> เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ จึงบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มิใช่สิทธิเด็ดขาด หากว่าสิทธินั้นเป็นการขัดต่อผลประโยชน์มหาชนหรือความปลอดภัยสาธารณะอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อย การดำรงชีพ พละนาภัย สิ่งแวดล้อม อันมีผลเป็นการ

<sup>66</sup> Richard M. Ebeling. Op.cit.

<sup>67</sup> The Universal Declaration of Human Rights, 1948

Article 1 All human beings are born free and equal in dignity and rights.They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.

<sup>68</sup> The Universal Declaration of Human Rights, 1948

Article 2 Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

<sup>69</sup> Justice and Home Affairs. (2012). EU citizenship. Retrieved July 12 2012, from [http://ec.europa.eu/justice/citizen/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/citizen/index_en.htm)

<sup>70</sup> Bram Fisher. Op.cit.

กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือเป็นภัยสาธารณะสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อาจถูกจำกัดได้<sup>71</sup>

อย่างไรก็ตาม สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ A. E. Dick Howard<sup>72</sup> เรียกว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” เพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจเกินขอบเขตโดยอาศัยเสียงข้างมากในรัฐสภา โดยบิดเบือนอำนาจในการออกกฎหมายเป็นการทำลายหรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำได้ต่อเมื่อรัฐธรรมนูญได้บัญญัติอำนาจไว้โดยตรงและโดยพระราชบัญญัติเท่านั้น กรณีเห็นได้ชัดจากรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 (Constitution of the Federal Republic of Germany 1949) มาตรา 9 และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 ได้บัญญัติรับหลักดังกล่าว

หลักการดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ มิใช่สิทธิเด็ดขาด ซึ่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อาจถูกจำกัดได้ หากเป็นภัยหรือขัดต่อประโยชน์ส่วนรวม แต่การจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะทำได้เท่าที่จำเป็นและรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น<sup>73</sup>

### 2.1.7.3 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก

จากการศึกษาค้นคว้าของ A. E. Dick Howard<sup>74</sup> พบว่าสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญรับรองไว้ในประเทศต่างๆ ได้แบ่งออกเป็นสองประเภท ได้แก่ สิทธิในทางลบ (Negative Rights) และสิทธิในทางบวก (Affirmative Rights) หรือที่ T.R. Machan<sup>75</sup> เรียกว่า “Positive Rights”

สิทธิในทางลบ เป็นสิทธิที่มีเสรีภาพปราศจากการครอบงำ<sup>76</sup> และเป็นสิทธิที่ชี้ให้รัฐบาลรู้ว่าสิทธิใดที่รัฐบาลกระทำไม่ได้ สิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิในทางลบทั้งสิ้น<sup>77</sup> ได้แก่ สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิทางการเมือง สิทธิพลเมือง สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิการได้รับการพิจารณาคดีที่

<sup>71</sup> L.J.M. Cooray. Op.cit.

<sup>72</sup> A. E. Dick Howard. Op.cit.

<sup>73</sup> L.J.M. Cooray. Op.cit.

<sup>74</sup> A. E. Dick Howard. Op.cit.

<sup>75</sup> T.R. Machan. (2001). Right versus rights. Retrieved July 12, 2012, from

<http://www.pages.prodigy.com/sereign/rights.htm>.

<sup>76</sup> Encyclopedia Britannica. Op.cit.

<sup>77</sup> A. E. Dick Howard. Op.cit.

ยุคธรรมเมื่อถูกจับกุม สิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย สิทธิในความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ไม่เลือกปฏิบัติ เป็นต้น ซึ่งสิทธิเหล่านี้ ส่วนใหญ่เป็นสิทธิของบุคคลที่ได้แสดงออกเป็นคุณค่าของความเป็นมนุษย์อันมีพื้นฐานที่มาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ตามที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ได้รับรองและคุ้มครองไว้<sup>78</sup>

สิทธิในทางบวก หมายถึง สิทธิใดที่รัฐบาลต้องกระทำตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติหรือรับรองไว้<sup>79</sup> สิทธิดังกล่าวมีความหมายตรงกันข้ามกับสิทธิในทางลบ ได้แก่ สิทธิทางสังคม เศรษฐกิจ การศึกษา สาธารณสุข สุขภาพอนามัย ภาษาพูดและวัฒนธรรม เป็นต้น สิทธิเหล่านี้ถือเป็นหน้าที่ของรัฐต้องดำเนินการและจัดการ A. E. Dick Howard<sup>80</sup> จึงเห็นว่าเป็นสิทธิประเภทที่ต้องรับการตอบสนองจากรัฐ มีความสำคัญต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและเพื่อคุ้มครองสิทธิประเภทดังกล่าว จึงต้องบัญญัติสิทธิในทางบวกไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นนโยบายแห่งรัฐเพื่อให้รัฐต้องกระทำตามสิทธิที่นโยบายได้บัญญัติไว้<sup>81</sup>

สิทธิในทางลบและสิทธิในทางบวกเหล่านี้ A. E. Dick Howard<sup>82</sup> เรียกรวมๆ กันว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ซึ่งประเทศต่างๆ ได้นำไปปรับใช้ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 (Constitution of the Federal Republic of Germany 1949) ในหมวด 1 ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 38 เป็นต้น

## 2.2 วิวัฒนาการแห่งสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว

วิวัฒนาการหรือประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว เป็นส่วนหนึ่งแห่งวิวัฒนาการของหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักปฏิบัติที่มีสืบต่อกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน เป็นการรวบรวมหลักเกณฑ์ต่างๆ ในทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ และสภาพแห่งสังคมระหว่างรัฐในอดีตมาจนถึงปัจจุบัน ทำนองเดียวกับส่วนหนึ่งแห่งสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวก็ได้กำเนิดมาจากเหตุการณ์ในอดีต ทั้งนี้เนื่องจากการที่ประชาชนนานาชาติได้มีความสัมพันธ์ต่อกัน ย่อมทำให้พลเมืองของรัฐหนึ่งเข้าไปอยู่อาศัยหรือทำมาหากินในรัฐอีกรัฐหนึ่ง การเคลื่อนย้ายระหว่างรัฐของมนุษย์ ทำให้เกิดฐานะของคนต่างด้าวขึ้นในรัฐผู้รับ สิทธิและหน้าที่ของคนต่างด้าวจะมีอยู่มากน้อยเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับระเบียบแบบแผนที่กำหนดขึ้นตามยุคตามสมัย

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Ibid.

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> Ibid.

ในสมัยโบราณก่อนที่หลักเกณฑ์แห่งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐจะได้รับการรวบรวมขึ้นเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวเป็นไปตามหลักปฏิบัติภายในของรัฐ แต่ละรัฐซึ่งในสมัยแรกเริ่มหลักฐานทางประวัติศาสตร์ยังขาดความสมบูรณ์ จึงต้องอาศัย ข้อสันนิษฐานจากภาพสังคมของมนุษย์ในสมัยโบราณประกอบกับความเห็นของนักปราชญ์ที่ได้ให้การสนับสนุนหรือโต้แย้งในข้อสันนิษฐานนั้นๆ ต่อมาในยุคจักรวรรดิโรมัน ซึ่งเป็นอยู่อารยธรรมตะวันตกอันเป็นบ่อเกิดแห่งความเจริญทั้งปวง รวมทั้งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว ก็ได้รับการพัฒนาอยู่ในระดับสูง ครั้งเมื่อจักรวรรดิโรมันได้สลายตัวลง การปกครองของอนารยชนได้นำมาซึ่งความเสื่อมแผ่กระจายไปทั่วยุโรป สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวก็ได้รับอิทธิพลแห่งความเสื่อมนี้ด้วย แม้จะได้รับการปรับปรุงบ้างในยุคศักดินา (Feudal) แต่ก็มีความเปลี่ยนแปลงเพียงเล็กน้อยเท่านั้น สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวได้เริ่มการฟื้นฟูขึ้นควบคู่ไปกับการฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (Renaissance) ในสมัยกลาง ซึ่งเป็นยุคแห่งการวางพื้นฐานของการกำหนดสิทธิ และเสรีภาพของคนต่างด้าวในปัจจุบันภายหลังสมัยกลาง สังคมแห่งโลกได้เปลี่ยนโฉมหน้าเข้าสู่โลกยุคใหม่ สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวที่เคยจำกัดอยู่ในขอบเขตแห่งกฎหมายภายใน ได้เป็นส่วนหนึ่งของปัญหาในกฎหมายระหว่างประเทศ การกำหนดสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวเริ่มมีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนซึ่งได้รับอิทธิพลของนักปราชญ์ โดยเฉพาะฝ่ายที่สนับสนุนทฤษฎีสหประชาชาติของมนุษย์ได้พัฒนาความคิดเกี่ยวกับการให้สิทธิและเสรีภาพแก่คนต่างด้าวจนได้รับการรับรองด้วยการที่รัฐต่างๆ รับไปปฏิบัติ ทำให้สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวในหลายๆ กรณีได้ถูกถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีกฎหมายระหว่างประเทศ

นักประวัติศาสตร์ได้สันนิษฐานว่า ฐานะของคนต่างด้าวได้มีมาตั้งแต่สมัยดึกดำบรรพ์แล้ว นับแต่มนุษย์ได้รวมกันอยู่เป็นหมู่เป็นเหล่า มีการจัดระเบียบการปกครองตนเอง แนวความคิดเรื่องนี้มีสมมติฐานมาจากการที่บุคคลจากดินแดนแห่งหนึ่งได้เข้าไปในดินแดนอีกแห่งหนึ่ง การไปมาหาสู่กันทำให้เกิดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้มาเยือนในฐานะอาคันตุกะ และได้ขยายเป็นการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวในยุคต่อมา ย่อมเป็นที่แน่นอนว่า แนวความคิดและการปฏิบัติเรื่องนี้ ในยุคแรกๆ ย่อมมีลักษณะที่ผิดแผกแตกต่างไปจากสมัยปัจจุบันเป็นอย่างมากตามลำดับแห่งวิวัฒนาการของสังคมมนุษย์ ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามยุคตามสมัย ความเปลี่ยนแปลงแห่งสังคมมนุษย์นี้มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้นประการหนึ่งว่า โดยความโน้มเอียงตามธรรมชาติมนุษย์ย่อมวิวัฒนาการสู่ความเข้าใจซึ่งกันและกันบนรากฐานแห่งความถูกต้องทำนองครองธรรมตั้งขึ้นเป็นลำดับ<sup>83</sup>

<sup>83</sup> Giorgio Del Vecchio. (1962-1964). "The Evolution of Hospitality : The History of the Treatment of Foreigners." *Sydney Law Review*, 4. pp. 205-211. อ้างถึงใน สุจินต์ ชัยมังคลานนท์. (2517). *สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย*. หน้า 8.

ความคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวในสมัยโบราณส่วนใหญ่ จึงเป็นเพียงข้อสันนิษฐาน ซึ่งไม่ผู้จะมีหลักฐานทางประวัติศาสตร์ยืนยันมากนัก ข้อเท็จจริงส่วนใหญ่จึงเป็นแนวความคิดของนักปราชญ์ ซึ่งได้อาศัยสภาพสังคมในอดีตมาสนับสนุนแนวความคิดของตน

ในยุคของจักรวรรดิโรมันเป็นอาณาจักรที่ขยายตัวจากกรุงโรมเดิม ซึ่งเป็นนครรัฐนครหนึ่งของกรีกในยุคแรกๆ สภาวการณ์ทางสังคม เศรษฐกิจ การเมืองและกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวยังไม่มีความแตกต่างไปจากที่มีอยู่ในชุมชนนครรัฐของกรีก แต่ด้วยการขยายตัวอย่างรวดเร็วในอำนาจทางการเมือง ประกอบกับความเจริญรุ่งเรืองในทางนิติศาสตร์ เป็นผลให้กฎหมายได้รับการพัฒนาไปอย่างมาก ในการที่จะแบ่งยุค โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ย่อมมีอุปสรรคทำนองเดียวกับการแบ่งยุคของวิวัฒนาการเกี่ยวกับกฎหมายโดยทั่วไป เนื่องจากวิวัฒนาการทางกฎหมายเป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในลักษณะสืบเนื่องเกี่ยวพันเป็นลำดับ โดยการปรับตัวให้เข้ากับสภาวะทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมของแต่ละยุคแต่ละสมัย ลักษณะเด่นที่จะแสดงให้เห็นถึงสาระสำคัญแห่งวิวัฒนาการทางกฎหมาย จึงต่างไปจากการแบ่งยุคตามสมัยแห่งระบอบการปกครอง

ในระบบศักดินาเมื่อพวกอนารยชนได้เข้าผสมผสานกับพวกชนถิ่นเดิมในยุโรปตอนใต้ และได้ก่อตั้งอาณาจักรที่มั่นคงขึ้นแล้วก็ได้หยุดยั้งการออกเดินผจญภัย แต่ต่อมาอาณาจักรที่มั่นคงนั้นก็แตกแยกออกเป็นส่วนๆ และเกิดการแยกตัวเป็นอิสระต่อกันเป็นแห่งๆ ซึ่งเรียกว่า “ยุโรปในระบบศักดินา” (Feudalism) ระบบนี้เกิดขึ้นในสาธารณรัฐฝรั่งเศสราวศตวรรษที่ 5 ในสาธารณรัฐอิตาลีศตวรรษที่ 6 และนำเข้าไปใช้ในสหราชอาณาจักรศตวรรษที่ 9 ตามระบบนี้ได้มีการวางระเบียบความสัมพันธ์ระหว่างสวามิน (Lords) และพวกพสก (Vassals) ขึ้น<sup>84</sup> กล่าวคือ พวกพสกซึ่งได้แก่ บุคคลที่อยู่ในดินแดนของแต่ละแคว้น ทุกคนยังต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของสวามินแห่งตน บุคคลที่มาจากต่างแคว้นกันหาอาจมีฐานะตามชาติกำเนิดแห่งตน แต่ประการใดไม่เมื่อได้เข้ามาอยู่ในดินแดนแล้วก็ต้องอยู่ภายใต้อำนาจแห่งสวามินและกฎหมายของสวามินแห่งตนทุกกรณี โดยไม่มีข้อยกเว้น เพราะนโยบายของระบบศักดินาถือว่า กฎหมายย่อมใช้กับบุคคลทุกคนและกิจกรรมทุกประเภทในดินแดน<sup>85</sup> นโยบายนี้ต่อต้านอย่างแข็งขันในการที่จะยอมรับระบบกฎหมายอื่นใดนอกจากกฎหมายของตน ทั้งยังปฏิเสธในการที่จะให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรมตามกฎหมายอีกด้วย

<sup>84</sup> คีเรก ชัยนาม. (2511). *ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ*. หน้า 13.

<sup>85</sup> ถิตรีทิพย์ นาดสุภา. (2511). *กฎหมายระหว่างประเทศ*. หน้า 15.

ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวในระบบศักดินานี้ จึงหาได้รับความคุ้มครอง แต่ประการใดไม่ ยิ่งไปกว่านั้น การที่บุคคลใดก้าวล่วงเข้าไปในดินแดนของสวามินต่างรายกัน ยังต้องเสี่ยงกับการเสียทรัพย์และเสรีภาพอีกด้วย อย่างไรก็ตาม อัตรารุนแรงในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว ภายใต้นโยบายแห่งสวามินแต่ละคนย่อมแตกต่างกันบ้างไม่มากนักน้อย แต่ข้อจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวที่มีลักษณะเหมือนกันที่เด่นชัดประการหนึ่งก็คือ หลักในเรื่องมรดกของคนต่างด้าว จะไม่ตกทอดแก่ทายาท หากแต่ตกเป็นของสวามิน<sup>86</sup>

ในสมัยกลางการเกิดของรัฐในรูปองค์กรปกครองแห่งชาติ (National States) แทนระบบศักดินาในสมัยกลางเป็นวิวัฒนาการตอนสำคัญของการย่างเข้าสู่โลกยุคใหม่ หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐได้เกิดขึ้นตามความจำเป็นเนื่องจากการเกิดของรัฐอิสระต่างๆ ก็มีอำนาจของคนไทยเด็ดขาดไม่ขึ้นกัน ในขณะที่เดียวกันก็ต้องมีความสัมพันธ์ต่อกัน จุดนี้จึงเป็นจุดเริ่มต้น ของการถือกำเนิดของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ และได้วิวัฒนาการเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในยุคต่างๆ อีกทั้งความประจวบเหมาะของเหตุการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสมัยกลางได้เป็นองค์ประกอบอย่างสำคัญที่ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศรวมทั้งกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวได้วิวัฒนาการมาสู่ระบบที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เช่น การฟื้นฟูการค้าและพาณิชย์ การตั้งสันนิบาตทางการค้าเพื่อการคุ้มครองพ่อค้าต่างด้าว การฟื้นฟูกฎหมายลายลักษณ์อักษร และการฟื้นฟูศิลปวิทยาการ เป็นต้น เหตุการณ์เหล่านี้ นอกจากจะก่อให้เกิดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวโดยตรง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ยังได้เป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศแขนงอื่นๆ อีกด้วย เช่น การขยายตัวในการค้าระหว่างประเทศได้ก่อให้เกิดหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการค้าทางทะเล (International Trade on the Sea) ซึ่งได้วิวัฒนาการมาสู่หลักกฎหมายทะเลในปัจจุบัน และในการที่พ่อค้าได้ไปทำการค้าขายในต่างแดน ได้มีการตั้งกงสุลและการแลกเปลี่ยนทางการทูต โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองแก่คนชาติคนรวมอยู่ด้วย ทำให้หลักเกณฑ์การปฏิบัติของสถานการทูตได้รับการรับรองเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มั่นคงแขนงหนึ่ง ดังนั้น ฐานะของคนต่างด้าวจึงเป็นองค์ประกอบส่วนหนึ่งของกฎหมายถือกำเนิดของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้สนับสนุนฐานะของคนต่างด้าวในขณะเดียวกันด้วย

แม้ว่าในสมัยปัจจุบันบทบาทของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวโดยตรง ยังไม่อาจพบได้ในรัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่ เนื่องจากความคิดว่ารัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองเท่านั้น แต่บทบัญญัติที่ให้

<sup>86</sup> G. C. Cheshire & P. M. North. (1970). *Cheshire's Private International Law*. p. 19. อ้างถึงใน สุจินต์ ชัยมงคลานนท์. (2517). *สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย*. หน้า 42.

ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพคนต่างด้าวนี้ก็ได้มีมาแล้วตั้งแต่สมัยกลาง ในเอกสารที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญรู้จักกันดีในฐานะของ “รัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลก” มหาบัตร (Magna Carta) เอกสารคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองแห่งราชอาณาจักรที่ตราขึ้นในปี ค.ศ. 1215 บทบัญญัติส่วนใหญ่เป็นเรื่องเกี่ยวกับพลเมืองแห่งราชอาณาจักรโดยตรง เช่น<sup>87</sup>

- (1) กษัตริย์จะต้องไม่บังคับเอาที่ดินของราษฎรมาชำระหนี้ ถ้าราษฎรยังมีทรัพย์สินอื่นเพียงพอ
- (2) ชาวนครลอนดอน (City of Landon) มีสิทธิและเสรีภาพที่จะปฏิบัติตามประเพณีโบราณ
- (3) กษัตริย์จะไม่เรียกเก็บเงินแทนการใช้ให้ทำงาน (Scutage) หรือบังคับให้ชำระเงินช่วยเหลือ (Aid) ใดๆ โดยมิได้ปรึกษาหารือกับที่ปรึกษาทั่วไปของแผ่นดิน (Common Counsel of the Realm) เว้นแต่เป็นการช่วยเหลือตามประเพณีของเจ้าผู้ครองนคร 3 กรณี คือ การไล่ตัวพระมหากษัตริย์ การแต่งตั้งบุตรชายเป็นขุนนาง และการให้เงิน (Dowry) แก่ราชธิดาคณหัวปีที่จะสมรส
- (4) การฟ้องคดีระหว่างราษฎรกับราษฎรตามกฎหมายจารีตประเพณีจะต้องไม่กระทำในศาลของกษัตริย์ (King's Court) แต่ให้กระทำในศาลธรรมดา
- (5) บุคคลธรรมดาจะต้องไม่ถูกจับกุม คุมขัง บังคับให้ออกจากที่ดิน (Freehold) ของตนและจะต้องไม่ถูกถือว่าเป็นพวกนอกกฎหมาย เนรเทศ หรือกระทำโดยวิธีอื่นใด เว้นแต่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือกฎหมายของประเทศ
- (6) ความยุติธรรมไม่เป็นสิ่งพึงซื้อขายหรือปฏิเสธในอันที่จะให้แก่บุคคลใดและไม่พึงถูกเหนี่ยวรั้งไว้

นอกจากนี้ยังเป็นปีที่บัญญัติให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าวด้วย คือ มาตรา 41 ซึ่งบัญญัติไว้เป็นความว่า

“บรรดาพ่อค้าย่อมได้รับความคุ้มครองและความปลอดภัยในการเดินทางเข้ามา และออกจากอังกฤษ และอยู่อาศัยและเดินทางในอังกฤษ ได้ทั้งทางบกและทางน้ำ ในการซื้อและการขาย ให้ปลอดจากค่าธรรมเนียมอันมิชอบทั้งปวง (Mala Tallta) นอกจากที่มีอยู่ก่อนแล้วแต่โบราณและเป็นอากรโดยชอบ ทั้งนี้เว้นแต่ในยามสงครามผู้ซึ่งมาจากประเทศปรปักษ์ (ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง) และถ้าหากว่าพบบุคคล (คนชาติปรปักษ์) ดังกล่าวในดินแดนแห่งเราในระหว่างที่มีศึกสงคราม ก็ให้คุมตัวบุคคลนั้นไว้โดยมิให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่ร่างกายและทรัพย์สินของเขา จนกระทั่งเราหรือหัวหน้าศาลแห่งเรา (Our Chief Justiciar) ได้ประจักษ์แจ้งว่า พ่อค้าแห่งดินแดน

<sup>87</sup> วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 110-111.

เราได้รับการปฏิบัติอย่างไรในประเทศปรัสเซีย และหากว่าพ่อค้าแห่งเราปลอดภัย ณ ดินแดนแห่งนั้น (คนชาติปรัสเซีย) อื่นๆ ย่อมได้รับความปลอดภัยในดินแดนเราด้วย”<sup>88</sup>

เนื่องจากการค้าทั้งภายในและภายนอกในสมัยกลางต้องขึ้นอยู่กับ การได้รับ พระบรมราชานุญาตจึงจะทำได้ หลักนี้การในมาตรานี้จึงได้เกิดขึ้นควบคู่กับหลักทางเศรษฐกิจ และกฎหมาย อื่นๆ อีกรวมทั้งสิ้น 63 มาตรา ที่บรรจุอยู่ใน Magna Carta มาตรานี้ตราขึ้นเพื่อให้หลักประกันแก่คนค้าต่างด้าวโดยเฉพาะ โดยให้ความคุ้มครองในชีวิตและทรัพย์สิน เสรีภาพในการประกอบการค้า และวางข้อจำกัดการจับกุมภาษีอากรด้วย<sup>89</sup>

### 2.3 สิทธิและเสรีภาพในความเสมอภาคตามกฎหมายและความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมาย

บทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญที่ได้มีการกล่าวอ้างมากที่สุด ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 (ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1791 เป็นการแก้ไขครั้งแรกรวม 10 ฉบับคือ รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 1 ถึงฉบับที่ 10) และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 (ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม ค.ศ. 1868) ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองในความเสมอภาคตามกฎหมายและการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมาย (Due Process of Law)

รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 บัญญัติว่า

“ไม่มีบุคคลใดจะต้องถูกหน่วงเหนี่ยวเพื่อการตอบคำถามในคดีหมิ่นโทษ หรืออาชญากรรมร้ายแรง เว้นแต่จะเป็นการเสนอหรือฟ้องร้องต่อแกรนด์จู้รี่ ทั้งนี้ นอกจากคดี ที่เกิดขึ้นในกองทัพบกหรือกองทัพเรือหรือในกองทัพอาสาสมัคร ในการปฏิบัติหน้าที่ในยามสงครามหรือในภัยอันตรายต่อสาธารณชน อีกทั้งบุคคลใดๆ ย่อมไม่ต้องได้รับการปฏิบัติด้วยความแตกต่างกันสำหรับความผิดเดียวกัน ในการที่จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่ชีวิตและร่างกายสำหรับในคดีอาญา ก็ไม่จำเป็นต้องถูกบังคับให้เป็นพยานปรักปรำตนเอง นอกจากนี้ยังต้องไม่ถูกลิดรอนสิทธิในชีวิตและเสรีภาพ และทรัพย์สินโดยปราศจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมาย และทรัพย์สินของเอกชน ย่อมไม่อาจถูกนำมาใช้เพื่อสาธารณประโยชน์โดยปราศจากการให้ ค่าทดแทนที่ยุติธรรม”

<sup>88</sup> J. C. Holt. (1969). *Magna Carta*. pp. 327-328. อ้างถึงใน สุจินต์ ชัยมั่งคานนท์. (2517). *สิทธิของ คนต่างด้าวในประเทศไทย*. หน้า 43-48.

<sup>89</sup> William F. Swindler. (1965). *Magna Carte Legend and Legacy*. pp. 322-323. อ้างถึงใน สุจินต์ ชัยมั่งคานนท์. เล่มเดิม. หน้า 43-48.

และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 14 บัญญัติว่า

“บุคคลทั้งหลายที่เกิดหรือแปลงชาติในสหรัฐอเมริกา และอยู่ภายใต้อำนาจของสหรัฐอเมริกา เป็นพลเมืองแห่งสหรัฐอเมริกาและมลรัฐ ซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่มลรัฐใดๆ หากอาจบัญญัติหรือบังคับกฎหมายใดๆ อันจะเป็นการละเมิดเอกสิทธิและความคุ้มครองต่อพลเมืองแห่งสหรัฐอเมริกาได้ไม่ ทั้งมลรัฐย่อมไม่อาจที่จะลดรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลใดๆ โดยปราศจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมาย อีกทั้งยังไม่อาจปฏิเสธความคุ้มครองบุคคลใดๆ ที่อยู่ในเขตอำนาจในความเสมอภาคตามกฎหมายด้วย”

คำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาคือเป็นจำนวนมากได้ยืนยันว่า คนต่างด้าวได้รับความคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพ ได้รับความเสมอภาคและความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมายของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 ลักษณะแตกต่างที่สำคัญของสิทธิการดำเนินกระบวนการระหว่างรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับนี้ คือ ฉบับแรกเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากการกระทำของสหรัฐอเมริกา ส่วนฉบับหลังเป็นกรณีของมลรัฐ ดังนั้นคนต่างด้าวในฐานะที่เป็นผู้อาศัยอยู่ในมลรัฐย่อมได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 จากการกระทำของมลรัฐในการรุกรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สิน โดยปราศจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาล และในกรณีที่เป็นกรกระทำของรัฐบาลกลาง คนต่างด้าวก็ได้รับความคุ้มครองในทำนองเดียวกันโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 เช่น

ในคดี Wong Wing V. United States ศาลได้กล่าวตอนหนึ่ง “คำว่าบุคคลซึ่งใช้ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 กินความกว้างพอที่จะรวมบุคคลใดๆ และมนุษย์ทุกคนซึ่งอยู่ภายในอาณาเขตของสหรัฐอเมริกาได้ คนต่างด้าวโดยกำเนิดที่มีถิ่นที่อยู่ก็มีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายทำนองเดียวกับพลเมือง คนต่างด้าวนั้นจะต้องเคารพกฎหมายของประเทศที่ตนมีภูมิลำเนา ดังนั้น ควรที่จะมีสิทธิและเสรีภาพที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายนั้นเท่าเทียมกันด้วย”

คนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่โดยชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกาจึงได้รับความคุ้มครองป้องกันมิให้ถูกรีดรอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สิน โดยปราศจากการพิจารณาคดีของศาล ทั้งรัฐบาลของสหรัฐอเมริกาและมลรัฐย่อมไม่อาจกีดกันสิทธิของประชาชนในการประกอบอาชีพบางอย่างเป็นเพียงเพราะเหตุว่าประชาชนนั้นเป็นชาวจีน ปลดคนต่างด้าวออกจากงานเพียงเหตุที่เขาใช้เงินเป็นพลเมือง ห้ามมิให้เขาหาปลาเพราะเขาไม่อาจได้มาซึ่งความเป็นพลเมือง หรือยึดทรัพย์สินของคนต่างด้าวที่มีใช้ชนชาติศัตรู โดยมีได้ชดใช้ค่าทดแทน นอกจากนี้ศาลยังได้ตัดสินว่าคนต่างด้าวได้รับความคุ้มครองเสรีภาพในการพูด และการให้ความคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพ

ของคนต่างด้าว ที่จะได้รับการดำเนินกระบวนการพิจารณานี้เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่พึงให้การเคารพด้วย

ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 นี้ รวมถึงกรณีที่คนต่างด้าว จะไม่ถูกเนรเทศ<sup>90</sup> หรือกักขังโดยปราศจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าว ทั้งนี้ โดยถือหลัก ว่าคนต่างด้าวเมื่อได้ผ่านเข้าประตูเมืองมาแล้ว แม้จะเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม การที่จะถูก จับไล่ออกไปได้อีกก็ควรจะได้รับ การปฏิบัติให้สอดคล้องกับจารีตประเพณีของมาตรฐาน ความยุติธรรมแห่งกระบวนการพิจารณาคดีตามกฎหมาย

ในคดี Kwong Hai Chew V. Colding วินิจฉัยว่า

“ชาวเรือซึ่งเป็นคนต่างด้าว ได้มีถิ่นที่อยู่โดยชอบด้วยกฎหมายในสหรัฐอเมริกา และได้เดินทางออกจากสหรัฐอเมริกาโดยเป็นลูกเรือของเรือสหรัฐอเมริกา เมื่อเสร็จจากเที่ยวเรือแล้ว คนต่างด้าวนั้น ได้กลับพร้อมกับเรือเข้ามาในสหรัฐอเมริกาและเขายังคงประจำอยู่ในเรือ นั้น ดังนั้น คนต่างด้าวนั้นยังมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 ในการที่จะ ได้รับการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าว”

อย่างไรก็ดี แม้ว่าสิทธิและเสรีภาพในการให้ความคุ้มครองที่คนต่างด้าวจะได้รับการ ดำเนินกระบวนการพิจารณานี้จะใช้กับกรณีเนรเทศ แต่โดยปกติไม่ใช้กับกรณีที่ปฏิเสธการรับ คนต่างด้าวเข้าเมือง ด้วยเหตุผลที่ว่าเมื่อบุคคลเมื่อยังมีได้เข้ามาอยู่ในเขตอำนาจแห่งสหรัฐอเมริกานั้น ก็ยังไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา

แม้ว่าคนต่างด้าวในสหรัฐอเมริกาก็จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับ พลเมืองในหลายๆ กรณี โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้การคุ้มครองความเสมอภาค ในกฎหมายระหว่างพลเมืองกับคนต่างด้าวโดยการสนับสนุนของรัฐบาลโดยเหตุผลที่ว่าคนต่างด้าว ที่มีถิ่นที่อยู่เป็น “ส่วนหนึ่งแห่งประชากรของรัฐ” แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติส่วนใดในรัฐธรรมนูญที่ห้าม มิให้มีการกำหนดความแตกต่างกันในสัญชาติ ในคดี Inckrill V. Zelifong ของศาลสูง แห่ง สหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้ว่า “บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองในความเสมอภาคมิได้ห้ามให้มีการ แยกต่างในกฎหมายของมลรัฐในทุกกรณีระหว่างการเมืองกับคนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในมลรัฐนั้น”

ในกรณีทั่วไป มูลฐานแห่งความแตกต่างกันในฐานะระหว่างพลเมืองกับคนต่างด้าว ทำให้มีการปฏิบัติที่แตกต่างอย่างสมเหตุสมผลเกี่ยวกับการใช้อำนาจเพื่อการรักษาความสงบ เรียบร้อยได้ ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินว่ารัฐสภามีอำนาจที่จะตรากฎหมายเกี่ยวกับการ ยอมรับคนต่างด้าวเข้าเมืองและอาจถูกเนรเทศได้ในกรณีที่สมเหตุสมผล ในการรับคนต่างด้าว เข้าเมือง

<sup>90</sup> คดีศาลสูงสุดสหรัฐจำนวนมากที่ได้ให้คำวินิจฉัยถือเป็นแนวเดียวกันว่าการเนรเทศคนต่างด้าว ซึ่งมีสัญชาติศัตรูจะกระทำได้อีกเมื่อได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวแล้ว.

นี้อาจกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับความประพฤติไว้ได้ ซึ่งมีผลทำให้คนต่างด้าวอาจถูกเนรเทศได้หากได้ปฏิบัติผิดเงื่อนไข แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ รัฐสภาหาอาชญากรรมกฎหมายขึ้นเพื่อวางข้อห้ามอย่างกว้างๆ โดยทั่วไปไม่ได้ไม่ เพราะอาจเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแก้ไขเปลี่ยนแปลงฉบับที่ 1 ซึ่งกำหนดขอบเขตอำนาจของรัฐสภาในการบัญญัติกฎหมายไว้ ในขณะที่เดียวกันโดยหลักเสมอภาคที่จะได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 14 ศาลได้จำกัดขอบเขตการตรากฎหมายของมลรัฐเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างด้าวจะต้องเป็นการ “แบ่งแยกโดยสมเหตุสมผล”

คำพิพากษาของศาลสูงเกี่ยวกับการจำแนกประเภทแห่งสิทธิและเสรีภาพคนต่างด้าวถูกจำกัดโดยกฎหมาย จึงมักไม่สอดคล้องต้องกันทั้งหมดเพราะความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของ “ความสมเหตุสมผล” แต่อาจวางหลักกว้างๆ ว่า กรณีที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของชาติหรือความปลอดภัยสาธารณะ คนต่างด้าวย่อมจะถูกสิทธิและเสรีภาพได้ เช่น ในการที่รัฐจะวางระเบียบเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติย่อมเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยแท้ รัฐอาจสงวนสิทธินี้ไว้เฉพาะพลเมืองด้วยการตรากฎหมายจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวจากการประกอบกิจกรรมประเภทนี้ได้ เป็นต้น

จากบรรดาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลสูง แห่งสหรัฐอเมริกาในเรื่องเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวข้างต้น อาจถือเป็นหลักได้ว่าคนต่างด้าวได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับพลเมือง เพียงแต่มีอัตราความคุ้มครองน้อยกว่าบ้างในบางกรณีเท่านั้น นอกจากสหรัฐอเมริกาแล้ว การให้ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแก่คนต่างด้าวก็ยังมีอยู่ในประเทศอื่นๆ อีกหลายประเทศ นอกเหนือจากส่วนที่ให้ความคุ้มครองด้วยการบัญญัติสร้างความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้พิจารณามาแล้ว ก็มีในประเทศอื่นๆ อีกหลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในแถบอเมริกาใต้ที่ถือหลักว่ารัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่พลเมืองกับคนต่างด้าวเท่าเทียมกัน โดยได้มีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวควบคู่ไปถึงบทบัญญัติสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศในขณะเดียวกันด้วย ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญเป็นที่มาแห่งสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวแหล่งหนึ่งที่มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่ากฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญา