

## บทที่ 4

### ปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ในบทนี้จะศึกษาถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่ามีปัญหาอย่างไรบ้าง โดยจะทำการวิเคราะห์และศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ได้แก่ ราชอาณาจักรสวีเดน (The Kingdom of Sweden) ราชอาณาจักรสเปน (The Kingdom of Spain) สหรัฐเม็กซิโก (The United Mexican States) ราชรัฐลักเซมเบิร์ก (The Grand Duchy of Luxembourg) สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว (The Lao people's Democratic Republic) สาธารณรัฐฟินแลนด์ (The Republic of Finland) สาธารณรัฐสโลวีเนีย (The Republic of Slovenia) ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ (The Kingdom of Netherlands) สาธารณรัฐเฮลเลนิก (กรีซ) (The Republic of Hellenic – Greece) และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (The Federal Republic of Germany) รวมทั้งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) เพื่อนำมาวิเคราะห์และศึกษาว่าจะสามารถนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ กับกฎหมายไทยได้เพียงไร อันจะนำไปสู่แนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้มีความสอดคล้องกับนานาอารยประเทศ และเป็นการสร้างหลักประกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวได้อย่างแท้จริง

#### 4.1 วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหากรณีการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

##### 4.1.1 วิเคราะห์ปัญหากรณีการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หรือที่กล่าวกันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐและการดำรงอยู่ของรัฐนั้นก็ดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพของบุคคล และหลักความเสมอภาคดังที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่ายโอนได้ และเป็นสิทธิที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติ ซึ่งย่อมหมายความว่า สิทธิและเสรีภาพทั้งหลายที่บัญญัติไว้ โดยสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนั้นเป็นการแสดงถึงผลอันมีพื้นฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งก่อให้เกิดผลสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก การตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายจะต้องถือว่าเนื้อหาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ ด้วย ประการที่สอง อาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาในทางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย รวมทั้งความหมายของการแทรกแซงในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทนั้นได้รับการพัฒนามาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

เมื่อพิจารณากฎหมายด้านสิทธิมนุษยชน อันเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1946 และต่อมาสมาชิกสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติได้ลงมติรับรองและประกาศปฏิญญาดังกล่าว เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966) ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ (Accession) เมื่อวันที่ 5 กันยายน ค.ศ. 1999 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 1999 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ (Accession) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1996 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1997

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 1 ว่าด้วยบททั่วไป และหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มิได้มีบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับหลักปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 2 (1) และ (2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966) ภาค 2 ข้อ 2 (2) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 2 ข้อ 2 ถึง ข้อ 5 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวต่างให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลทุกคน ซึ่งรวมไปถึงสิทธิและเสรีภาพคนต่างด้าว โดยถือว่าเป็นพันธกรณีที่สำคัญ ที่รัฐต่างๆ ที่เป็นภาคีต้องถือปฏิบัติตาม ดังนี้

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948)<sup>1</sup> ข้อ 2 (1) และ (2) ซึ่งระบุว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพบรรดาที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนิดใดๆ ดังเช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ ... อนึ่งจะไม่มี ความแตกต่างใดๆ ตามมูลฐานแห่งสถานะทางการเมือง ทางการศึกษา หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราช อยู่ในความพิทักษ์มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยใดๆ ทั้งสิ้น”

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966)<sup>2</sup> ภาค 2 ข้อ 2 (2) ซึ่งระบุว่า “รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้รับที่จะประกันให้มีการใช้สิทธิ ซึ่งกำหนดไว้ในกติกาฉบับนี้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติชนิดใดๆ ที่เกี่ยวกับเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)<sup>3</sup> ภาค 2 ข้อ 2 ถึง ข้อ 5 อันเป็นบทบัญญัติพื้นฐานที่บัญญัติให้รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันซึ่งสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกติกานี้ ข้อ 2 ซึ่งระบุว่า “รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันแก่ปัจเจกบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลาย

<sup>1</sup> กุลพล พลวัน. (2538). *พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน*. หน้า 210.

<sup>2</sup> จรัญ โฆษณานันท์. (2545). *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน*. หน้า 588.

<sup>3</sup> กุลพล พลวัน. *เล่มเดิม*. หน้า 220-223.

ที่รับรองไว้ในคดีกานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใดๆ อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติสัญชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ”

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไทยเพื่อการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ยังอาจมีประเด็นปัญหาว่าเฉพาะประชาชนชาวไทยเท่านั้นที่มีสิทธิกล่าวอ้างถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือสิทธิดังกล่าวรวมถึงคนต่างด้าวด้วย ทั้งนี้ เพราะมีการบัญญัติรับรอง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 หมวด กล่าวคือ

#### หมวด 1 บททั่วไป

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 4 อยู่ในหมวด 1 ว่าด้วยบททั่วไป ดังนั้น “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามมาตรานี้ จึงถือได้ว่าเป็นการวางหลักทั่วไปอันเป็นการประกาศเจตนารมณ์ของรัฐที่จะให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล จากการวางหลักทั่วไปดังกล่าวนี้เองก่อให้เกิดความผูกพัน ต่ออำนาจรัฐทั้งหลาย โดยถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นตัวกำหนดและเป็นตัวจำกัดวัตถุประสงค์และภาระหน้าที่ของรัฐ นอกจากนี้ ในแง่ของการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลาย จะต้องตีความว่า สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายล้วนแต่มีผลมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งสิ้น ดังนั้น จะต้องถือว่าเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะต้องนำมาประกอบการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ด้วย

#### หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย

มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 26 มีสถานะเช่นเดียวกับ “สิทธิและเสรีภาพ” อันเป็นสถานะที่ผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรที่จะต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ การคำนึงดังกล่าวแสดงออกได้ใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่หนึ่ง องค์กรของรัฐจะต้องละเว้นการกระทำใดๆ ที่จะเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ลักษณะที่สอง รัฐมีภาระหน้าที่ที่จะต้องส่งเสริมให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลเอื้อต่อการบรรลุเป้าหมาย

ในการดำรงอยู่ของบุคคลอย่างมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ เอื้อต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้

มาตรา 28 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้”

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่าสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 28 แสดงออกมาใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่หนึ่ง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” มีสถานะเช่นเดียวกับ “สิทธิและเสรีภาพ” ซึ่งเท่ากับว่า บุคคลที่ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดีได้ ลักษณะที่สอง เมื่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีสถานะเช่นเดียวกับสิทธิและเสรีภาพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมอยู่ภายใต้เงื่อนไขเช่นเดียวกับสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ การใช้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะใช้ได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากการที่ได้ศึกษาแล้วพบว่า กรณีดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาว่าระหว่งการบัญญัติรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลเป็นการทั่วไป แต่ในกรณีที่หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย เป็นการรับรองคุ้มครองเฉพาะประชาชนชาวไทยเท่านั้น กรณีจึงก่อให้เกิดความขัดแย้งกันว่า กรณีเช่นนี้คนต่างด้าวที่ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะยกขึ้นเป็นข้อโต้แย้งได้หรือไม่ หากตีความว่าหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ซึ่งเป็นหมวดเฉพาะเป็นข้อยกเว้นหมวด 1 บททั่วไป แต่ถึงจะตีความไปในแนวทางดังกล่าวก็ตามก็ยังมี ความขัดแย้งกับลักษณะเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นบุคคลได้รับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือได้รับคุณค่าดังกล่าวเพียงเพราะสิ่งเหล่านั้นเป็นมนุษย์ดังที่ Klaus Stern ได้ให้ความหมายคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ว่าหมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์

ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำต้องคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคลนั้น ในความหมายนี้ “ศักดิ์ศรี” จึงหมายถึงลักษณะบางประการที่เป็นคุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์ อันเป็นสาระสำคัญในการกำหนดความรับผิดชอบของตนเอง และเป็นสาระที่มนุษย์แต่ละคนได้รับเพื่อแสดงความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น<sup>4</sup>

อีกทั้ง เมื่อพิจารณาต่อไปในเรื่องรากฐานอันเป็นสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว จะต้องประกอบด้วยสิทธิและเสรีภาพ 2 ประการ คือ สิทธิในชีวิตร่างกายและสิทธิในความเสมอภาค ดังนั้น การที่จะทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ คือ บุคคลนั้นจะต้องได้รับความคุ้มครองอย่างน้อยที่สุด 2 ประการ คือ สิทธิในชีวิตร่างกายและสิทธิในความเสมอภาค ซึ่งหากพิจารณาแล้วก็ย่อมเห็นชัดได้ว่า สิทธิและเสรีภาพอันเป็นหลักการพื้นฐานต่างๆ ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถูกบัญญัติไว้ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ ของชนชาวไทย ซึ่งจำกัดเฉพาะคนในสัญชาติของตนเท่านั้น ดังนั้น การจะถือว่าคนต่างด้าว มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อาจเป็นปัญหาอยู่บ้างในแง่ของทางวิชาการ รวมถึงการกล่าวอ้างว่าคนต่างด้าวมีสิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาค ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ก็ยังคงมีปัญหายุ่งยากกันเมื่อสิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคตามมาตรา 4 ได้บัญญัติรายละเอียดต่างๆ ไว้ ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิ และเสรีภาพของชนชาวไทย เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ตามมาตรา 32 สิทธิในกระบวนการยุติธรรม ตามมาตรา 39 ถึงมาตรา 40 หรือสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน ตามมาตรา 41 ถึงมาตรา 42 เป็นต้น

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังคงมีประเด็นปัญหาในแง่ของทางวิชาการดังกล่าวที่ต้องปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม

4.1.2 แนวทางแก้ไขปัญหากรณีการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จากปัญหาในข้อ 4.1.1 ที่ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 1 ว่าด้วยบททั่วไป มาตรา 4 พิจารณาประกอบกับหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มิได้มีบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดคำถามจากการตีความสถานะของคนต่างด้าวในการได้รับความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไทยนั้น รวมถึงการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แก่คนต่างด้าวด้วยหรือไม่ จากปัญหาดังกล่าวได้มีนักวิชาการแสดงความคิดเห็นโดยแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ดังนี้

<sup>4</sup> Klaus Stern. (1994). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. S. 1113. อ้างถึงใน บรรณเจดิสสังคะเนติ ก (2555). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. หน้า 122-123.

ฝ่ายแรก ให้เหตุผลว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แก่คนต่างด้วย เนื่องจากเนื้อหาอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้ที่จะมุ่งคุ้มครองเฉพาะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนไทย โดยไม่ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนต่างด้วย เพราะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่มีพรมแดนระหว่างคนของชาติกับคนต่างชาติ แนวความคิดที่ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีไว้สำหรับบุคคลทุกคนหาได้แบ่งแยกเชื้อชาติ ศาสนา เพศ วัยหรือคุณสมบัติใดๆ ในความเป็นมนุษย์ อันเป็นสิ่งสูงสุดที่ประกาศเจตนารมณ์ไว้ในมาตรา 4 ว่าด้วยบททั่วไปนี้ ให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ บุคคลทุกคนไม่ว่าเป็นคนไทยหรือคนต่างด้วยย่อมอ้างสิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนได้ และจากการตีความดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้วยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขภายใต้หลักของกฎหมาย ดังนั้น สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้วยจะถูกจำกัดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น

ฝ่ายที่สอง ให้เหตุผลว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แก่คนไทยเท่านั้น เนื่องจากการรายละเอียดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้แต่บัญญัติไว้ในหมวด 1 ว่าด้วยบททั่วไป มาตรา 4 เท่านั้น แต่ยังคงบรรจุไว้ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยด้วย ซึ่งในหมวดนี้เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของคนไทย มิได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้วยตามที่ประกาศเจตนารมณ์ไว้ตามหมวดแรกแต่อย่างใด และเมื่อพิจารณาประกอบกับหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิ และเสรีภาพของชนชาวไทย มาตรา 26 และมาตรา 28 จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในหมวดดังกล่าวเป็นสิทธิในความเป็นผู้ทรงสิทธิที่จะต้องเป็นประชาชนชาวไทยเท่านั้น เพราะมิฉะนั้นแล้วจะต้องไปให้ความคุ้มครองในการใช้สิทธิทางศาลแก่คนต่างด้วย จึงมีความเป็นไปได้ยากสำหรับระบบกฎหมายของประเทศไทย

เมื่อพิจารณาจากกรณีปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นว่าควรมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนี้

1) ควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติขึ้นมาอีกหมวดหนึ่งเป็นหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพทั่วไป ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคน อันเป็นสิทธิที่มีมาแต่กำเนิด (Basic right) เพื่อเกิดความชัดเจนในสาระของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

2) ควรมีการแยกสิทธิในกระบวนการยุติธรรมซึ่งอยู่ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิ และเสรีภาพของชนชาวไทย ไปไว้ในหมวด 8 ว่าด้วยศาล เพื่อเป็นการแยกสิทธิของบุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมโดยแท้ โดยนำไปไว้ในหมวด 8 ว่าด้วยศาล

สิทธิมนุษยชน (Menschenrechte) เป็นสิทธิและเสรีภาพซึ่งกำหนดให้แก่บุคคล โดยไม่มีข้อจำกัดในทางลักษณะตัวบุคคล กล่าวคือ เป็นสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลทุกคนเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังกล่าว สิทธิและเสรีภาพที่เป็นประเภทสิทธิมนุษยชนนั้น มักจะบัญญัติว่า “ทุกๆ คนมีสิทธิ” เป็นต้น สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้จึงเป็นสิทธิที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ ดังนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วสิทธิประเภทนี้จึงมิได้เป็นการที่รัฐบัญญัติกฎหมายให้สิทธิแก่บุคคล หากแต่เป็นการที่กฎหมายของรัฐได้รับรองสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น สิทธิในความเสมอภาค หรือสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เป็นต้น<sup>5</sup>

สิทธิพลเมือง (Buergerrechte) เป็นสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐนั้นๆ เท่านั้น จึงจะเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว สิทธิและเสรีภาพที่ตกได้แก่พลเมืองของรัฐนั้น มักจะเป็นสิทธิและเสรีภาพเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในทางการเมือง สิทธิในการตั้งพรรคการเมือง สิทธิในการรับราชการ หรือสิทธิในการเข้าเป็นสมาชิกขององค์กรของรัฐอื่นๆ เนื่องจากสิทธิในทางการเมือง เช่น สิทธิในการเลือกตั้งนั้นเป็นพื้นฐานของหลักประชาธิปไตย (Demokratieprinzip) และหลักอธิปไตยเป็นของปวงชน (Volkssouveraenitaet) สิทธิพื้นฐานดังกล่าวนี้จึงเป็นสิทธิของประชาชนของรัฐนั้นเท่านั้น นอกเหนือจากสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวกับสิทธิในทางการเมืองแล้วยังมีสิทธิที่เกี่ยวกับสถานะของความเป็นบุคคลของชาตินั้นเท่านั้น เช่น การคุ้มครองมิให้มีการถอนสัญชาติของบุคคลชาตินั้น หรือการห้ามมิให้เนรเทศบุคคล ที่มีสัญชาตินั้น เป็นต้น<sup>6</sup>

เมื่อพิจารณาจากแนวทางแก้ไขปัญหาคือ 1) และ 2) แล้วจะเห็นได้ว่าทำให้เกิดความชัดเจนในการจำแนกสิทธิและเสรีภาพขึ้น โดยการพิจารณาจากภารกิจของสิทธิและเสรีภาพ และยังเป็นการจัดเรียงลำดับความสำคัญของสิทธิและเสรีภาพเพื่อประโยชน์ในการตีความ อีกทั้งยังสอดคล้องกับกฎหมายด้านสิทธิมนุษยชนไม่ว่าจะเป็นปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948)<sup>7</sup> ข้อ 2 (1) และ (2) ซึ่งระบุว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพบรรดาที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนชาติใดๆ ดังเช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ ... อนึ่งจะไม่มี ความแตกต่างใดๆ ตามมูลฐานแห่งสถานะทางการเมือง ทางการศึกษา หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศหรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยใดๆ ทั้งสิ้น”

<sup>5</sup> แหล่งเดิม. หน้า 61.

<sup>6</sup> แหล่งเดิม.

<sup>7</sup> กุลพล พลวัน. หน้าเดิม.

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966)<sup>8</sup> ภาค 2 ข้อ 2 (2) ซึ่งระบุว่า “รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับที่จะประกันให้มีการใช้สิทธิ ซึ่งกำหนดไว้ในกติกานี้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติชนิดใดๆ ที่เกี่ยวกับเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น”

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)<sup>9</sup> ภาค 2 ข้อ 2 ถึง ข้อ 5 อันเป็นบทบัญญัติพื้นฐานที่บัญญัติให้รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกันซึ่งสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกติกานี้ ข้อ 2 ซึ่งระบุว่า “รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้รับที่จะเคารพและประกัน แก่ปัจเจกบุคคลทั้งปวงภายในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลาย ที่รับรองไว้ในกติกานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกใดๆ อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติสัญชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ”

อันเป็นหลักในการคุ้มครองสิทธิของมนุษย์อันจะพึงมีหรือถือเป็นศักดิ์ศรีประจำตัวของบุคคลทุกคน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเด่นชัดและมีความชัดเจนในด้านสิทธิมนุษยชนและยังเป็นการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลทุกคนได้อย่างแท้จริง

## 4.2 วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหากรณีการใช้สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

4.2.1 วิเคราะห์ปัญหากรณีการใช้สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้เสนอหลักการพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยไว้อย่างชัดเจนที่จะมีการแบ่งแยกระหว่าง “สิทธิมนุษยชน” อันเป็นสิทธิที่มีมาแต่กำเนิด (Basic right) ของบุคคลทุกคน กับ “สิทธิพลเมือง” อันเป็นสิทธิที่สงวนไว้เฉพาะบุคคลผู้มีสัญชาติไทยเท่านั้น แต่ต่อมาเมื่อได้มีการเสนอร่างตามหลักการดังกล่าวข้างต้นต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในที่สุดสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ได้มีการปรับปรุงโดยได้แก้ไขเพิ่มเติมในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ซึ่งคำว่า “บุคคล” ในหมวดดังกล่าวนี้ให้หมายถึง “บุคคลผู้มีสัญชาติไทย” เท่านั้น แต่เพื่อให้การตีความในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยสอดคล้อง

<sup>8</sup> จรัญ โฆษณานันท์. หน้าเดิม.

<sup>9</sup> กุลพล พลวัน. (2538). หน้าเดิม.

กับบทบัญญัติของหมวด 1 ว่าด้วยบททั่วไป มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” จึงอาจตีความไปในทำนองเดียวกันว่า บุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าวย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในลักษณะที่เป็นสิทธิมนุษยชนได้เช่นกัน

แต่เฉพาะสำหรับคนต่างด้าวอาจมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ ดังนั้น หากไม่มีกฎหมายใดๆ มาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว คนต่างด้าวก็อาจใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับคนไทย ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 56 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ประกอบพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2540 มาตรา 9 วรรคแรกและวรรคท้าย บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 14 และมาตรา 15 หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างน้อยดังต่อไปนี้ไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด ...คนต่างด้าวจะมีสิทธิตามมาตรา 9 นี้เพียงใดให้เป็นไปตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง” และมาตรา 4 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้ ...คนต่างด้าว หมายถึง คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยและไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยและนิติบุคคล ดังต่อไปนี้ (1) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนที่มีทุนเกินกึ่งหนึ่งเป็นของคนต่างด้าว ใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือให้ถือว่าใบหุ้นนั้น คนต่างด้าวเป็นผู้ถือ (2) สมาคมที่มีสมาชิกเกินกึ่งหนึ่งเป็นคนต่างด้าว (3) สมาคมหรือมูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของคนต่างด้าว (4) นิติบุคคลตาม(1) (2) (3) หรือนิติบุคคลอื่นใดที่มีผู้จัดการหรือกรรมการเกินกึ่งหนึ่งเป็นคนต่างด้าว นิติบุคคลตามวรรคหนึ่ง ถ้าเข้าไปเป็นผู้จัดการหรือกรรมการ สมาชิก หรือมีทุนในนิติบุคคลอื่น ให้ถือว่าผู้จัดการ หรือกรรมการ หรือสมาชิก หรือเจ้าของทุน ดังกล่าวเป็นคนต่างด้าว”

จากตัวอย่างดังกล่าว จะเห็นได้ว่าสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวเป็นไปตามหลักภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย กล่าวคือ สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวย่อมถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย แต่ตราบใดที่ยังไม่กฎหมายบัญญัติจำกัดสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้ ก็ย่อมมีสิทธิในการกล่าวอ้างสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ แต่คนต่างด้าวย่อมมีสิทธิที่จะกล่าวอ้างได้เฉพาะสิทธิที่เป็น “สิทธิมนุษยชน” เท่านั้น คนต่างด้าวไม่สามารถที่จะกล่าวอ้างสิทธิที่มีลักษณะเป็น “สิทธิพลเมือง” ได้ ดังนั้น จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าสิทธิตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นอะไรที่เป็น “สิทธิมนุษยชน” และอะไรที่เป็น “สิทธิพลเมือง”

เมื่อพิจารณาจากประเด็นปัญหาเช่นว่านี้ ย่อมทำให้เกิดปัญหาในแง่ของการตีความ อันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ โดยหลักในการตีความกฎหมายของประเทศไทย มี 2 รูปแบบ คือ

- 1) การตีความตามถ้อยคำหรือตัวอักษร (Logical Interpretation)
- 2) การตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Historical Interpretation)

หากพิจารณาการตีความตามรูปแบบแรก ที่เรียกว่า การตีความตามถ้อยคำ หรือตัวอักษร (Logical Interpretation) แล้ว ย่อมไม่อาจตีความเป็นอื่นได้ นอกจากจะตีความได้ว่า สิทธิและเสรีภาพที่ปรากฏในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยนี้ ไม่ว่าจะเป็ สิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะเป็นสิทธิและเสรีภาพทั่วไปหรือสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง ย่อมต้องใช้กับประชาชนชาวไทยเท่านั้น

แต่หากพิจารณาการตีความตามรูปแบบที่สอง ที่เรียกว่า การตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Historical Interpretation) ก็ย่อมมีปัญหายุ่งยากขึ้น เนื่องจากการตีความตามรูปแบบนี้ มักเกิดขึ้นกับกรณีที่ถ้อยคำหรือบทบัญญัติของกฎหมายมีลักษณะที่ไม่ชัดเจน จึงต้องใช้เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายมาช่วยในการตีความ แต่เมื่อพิจารณากับถ้อยคำหรือบทบัญญัติของหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยแล้ว ย่อมเห็นได้ว่ามีความชัดเจนอยู่ในตัวแล้วว่าเป็นหมวดที่ให้สิทธิและเสรีภาพเฉพาะประชาชนชาวไทยเท่านั้น การจะตีความว่าหมวดดังกล่าว อาจมีเจตนารมณ์ที่อาจครอบคลุมและหมายรวมถึงคนต่างด้าวหรือคนชาติอื่นๆ ด้วย ย่อมอาจไม่ชัดเจนนัก เนื่องจากถ้อยคำหรือชื่อหมวดค่อนข้างมีความชัดเจน ซึ่งมีได้มีความคลุมเครือหรืออาจแปลความหมายเป็นอย่างอื่นได้

เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540<sup>10</sup> จะเห็นได้ว่า ได้มีการแบ่งแยกในเรื่องสิทธิและเสรีภาพทั่วไป หรือสิทธิมนุษยชน อันถือได้ว่าเป็นสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลทุกคน ไม่ว่าจะเป็ ประชาชนชาวไทย หรือคนต่างด้าวอยู่บ้าง<sup>11</sup> โดย “สิทธิและเสรีภาพทั่วไป” อันถือได้ว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทุกคน พิจารณาได้จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หมวด 8 ว่าด้วยศาล ส่วนที่ 1 บททั่วไป ซึ่งบัญญัติให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญา เช่น คนต่างด้าวมีสิทธิที่จะอ้างเกี่ยวกับการจับกุมและคุมขังได้ ตามมาตรา 237 สิทธิในการขอประกันตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามมาตรา 239 หรือสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐด้วยการจัดหา

<sup>10</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2549). *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. หน้า 12-193.

<sup>11</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ ข (2543). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. หน้า 18-19.

ทนายความให้ ตามมาตรา 242 เช่นเดียวกับประชาชนชาวไทย เป็นต้น ส่วน “สิทธิและเสรีภาพของพลเมือง” อันถือได้ว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทย พิจารณาได้จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย เฉพาะประชาชนชาวไทยเท่านั้นที่จะสามารถอ้างสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้ได้ สิทธิและเสรีภาพในหมวดนี้จึงกลายเป็นสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง ดังนั้น หากพิจารณาเช่นนี้แล้ว ย่อมอาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีการแบ่งสิทธิและเสรีภาพออกเป็น 2 ประเภท คือ สิทธิและเสรีภาพทั่วไปกับสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง

แต่หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>12</sup> จะเห็นได้ว่า ได้มีการแก้ไขในส่วนของการดำเนินกระบวนการยุติธรรม อันเป็นเรื่องของสิทธิมนุษยชนที่บุคคลทุกคน แม้แต่กระทั่งคนต่างด้าวก็มีสิทธิและเสรีภาพที่จะสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ โดยถูกนำมาบรรจุไว้ใน หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ 4 ว่าด้วยสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้เคยแสดงความคิดเห็นหรือทัศนคติไว้ว่าเป็นหมวดที่ให้สิทธิและเสรีภาพเฉพาะประชาชนชาวไทยเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิ และเสรีภาพของพลเมืองภายในรัฐเท่านั้น เมื่อพิจารณาเช่นนี้แล้ว อาจกล่าวได้อย่างชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิได้ให้การรับรองในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว อันเป็นสิทธิมนุษยชนไว้แต่อย่างใด

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ อาจกล่าวได้ว่าในบางประเทศ ได้มีบทบัญญัติในการแบ่งแยก หรือมีบทบัญญัติในการให้คำจำกัดความในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะ หรือแม้ในบางประเทศจะมีได้มีบทบัญญัติในการแบ่งแยก หรือมิได้มีบทบัญญัติในการให้คำจำกัดความในเรื่องสิทธิและเสรีภาพคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะ แต่ก็มีบทบัญญัติในการพิจารณาสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว อีกทั้ง แม้ในบางประเทศจะมีได้มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในการพิจารณาสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว แต่ก็มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว โดยพิจารณาประเทศต่างๆ แบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มแรก เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ จะเห็นได้ว่าได้มีบทบัญญัติในการแบ่งแยก หรือมีบทบัญญัติในการให้คำจำกัดความในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะ ได้แก่

<sup>12</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2551). *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*. หน้า 5-247.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสวีเดน ค.ศ. 1975 (Constitution of the Kingdom of Sweden 1975)<sup>13</sup> ได้กำหนดบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้ในบทที่ 2 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights and Freedoms) มาตรา 20 ซึ่งบัญญัติว่า “(1) ชาวต่างชาติภายในราชอาณาจักรสวีเดนย่อมมีความเท่าเทียมกับพลเมืองสวีเดน ในแง่ของ 1) การได้รับความคุ้มครองจากการจำกัดในการเข้าร่วมชุมนุมเพื่อแสดงความคิดเห็น การเดินขบวน การเข้าร่วมชุมนุมทางศาสนาใดๆ หรือสมาคมอื่นๆ (มาตรา 2 ประโยคที่สอง) 2) การได้รับความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการเชื่อมต่อการประมวลผลทางอิเล็กทรอนิกส์ (มาตรา 3 (2)) 3) การได้รับความคุ้มครองจากการลงโทษประหารชีวิต การลงโทษและการทรมาน อันเป็นการต่อต้านการแทรกแซงทางการแพทย์ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขู่เข็ญ หรือขัดขวางคำแถลงการณ์ 4) สิทธิในการจำกัดเสรีภาพใดๆ ตามความผิดทางอาญา หรือบนพื้นฐานของการพิสูจน์ความรับผิดชอบก่อนศาลพิจารณาคดี (มาตรา 9 (1) และ (3)) 5) การได้รับความคุ้มครองจากการลงโทษทางอาญา ย้อนหลังและผลกระทบย้อนหลังอื่นๆ ของการกระทำความผิดทางอาญา และผลย้อนหลังทางภาษี ค่าใช้จ่าย หรือ ค่าธรรมเนียม (มาตรา 10) 6) การได้รับความคุ้มครองจากหน่วยงานของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเป็นกรณีพิเศษ (มาตรา 11 (1)) 7) การได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติ สีผิว ชนชาติ หรือเพศ (มาตรา 15 และมาตรา 16) 8) สิทธิในการนัดหยุดงาน หรือการปิดกิจการโดยนายจ้าง (มาตรา 17) และ 9) สิทธิในการได้รับค่าชดเชยกรณีที่มีการเวนคืน หรือการจำหน่ายทรัพย์สินในกรณีอื่นๆ (มาตรา 18) ... (2) เว้นแต่ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นพิเศษ ชาวต่างชาติภายในราชอาณาจักรสวีเดนย่อมมีความเท่าเทียมกันกับพลเมืองสวีเดนในเรื่องของ 1) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ข้อมูลข่าวสาร การชุมนุม การเดินขบวน การสมาคม และการนับถือศาสนา (มาตรา 1) 2) การได้รับความคุ้มครองจากการจำกัดในการแสดงความคิดเห็น (มาตรา 2 ประโยคแรก) 3) การได้รับความคุ้มครองจากการละเมิดทางร่างกาย ในกรณีอื่นๆ นอกเหนือจากที่กล่าวมาในมาตรา 4 และ มาตรา 5 การค้นตัวบุคคล การตรวจค้นเคหสถาน หรือการล้วงล้ำอื่นๆ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน และการละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล (มาตรา 6) 4) การได้รับความคุ้มครองจากการจำกัดเสรีภาพ (มาตรา 8 ประโยคแรก) 5) สิทธิในการจำกัดเสรีภาพใดๆ ในกรณีอื่นๆ นอกเหนือจากความรับผิดชอบทางอาญา หรือบนพื้นฐานของการพิสูจน์ความรับผิดชอบก่อนศาลพิจารณาคดี (มาตรา 9 (1) และ (3)) 6) กระบวนการพิจารณาคดีของศาลประชาชน (มาตรา 11 (2)) 7) การได้รับความคุ้มครองจากการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในการแสดงความคิดเห็น (มาตรา 12 (2) ประโยคที่สาม) 8) สิทธิในผลงานของนักเขียน ศิลปิน และช่างภาพ ... (3) ส่วนที่เกี่ยวกับ

<sup>13</sup> Constitution of the Kingdom of Sweden, 1975.

บทบัญญัติพิเศษที่อ้างถึงใน (2)ให้นำบทบัญญัติของมาตรา 12 (3), (4) ประโยคแรก และ (5) มาใช้บังคับ”<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Constitution of the Kingdom of Sweden, 1975

Article 20

(1) A foreigner within the Realm shall be equated with a Swedish citizen in respect of

1) protection against all coercion to participate in any meeting for the formation of opinion or in any demonstration or other expression of opinion, or to belong to any religious congregation or other association (Article 2, second sentence);

2) protection of personal integrity in connection with electronic data processing (Article 3 (2));

3) protection against capital punishment, corporal punishment and torture and against medical intervention aimed at extorting or preventing statements;

4) the right to have any deprivation of liberty on account of a criminal offence or on grounds of suspicion of having committed such an offence tested before a court of law (Article 9 (1) and (3));

5) protection against retroactive penal sanctions and other retroactive effects of criminal acts and against retroactive taxes, charges or fees (Article 10);

6) protection against the establishment of a court to try a particular case (Article 11 (1));

7) protection against discrimination on grounds of race, skin color, ethnic origin, or sex (Articles 15 and 16);

8) the right to take strike or lock-out action (Article 17); and

9) the right to compensation in cases of expropriation or other such disposition (Article 18).

(2) Unless otherwise provided by special rules of law, a foreigner within the Realm shall be equated with a Swedish citizen also in respect of

1) freedom of expression, freedom of information, freedom of assembly, freedom to demonstrate, freedom of association, and freedom of worship (Article 1);

2) protection against all coercion to divulge an opinion (Article 2, first sentence);

3) protection against physical violations also in cases other than those referred to in Articles 4 and 5, against physical search, house searches, or other similar intrusions, and against violations of confidential communications (Article 6);

4) protection against deprivation of liberty (Article 8, first sentence);

5) the right to have any deprivation of liberty for reasons other than a criminal offence or suspicion of having committed such an offence tested before a court (Article 9 (2) and (3));

6) public court proceedings (Article 11 (2));

7) protection against violations on grounds of opinion (Article 12 (2), third sentence); and

8) the rights of authors, artists, and photographers to their works.

ดังนั้น เมื่อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสวีเดน ค.ศ. 1975 (Constitution of the Kingdom of Sweden 1975) ได้มีบทบัญญัติในการแบ่งแยก หรือมีการให้คำจำกัดความในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะ ซึ่งพิจารณาได้จากบทบัญญัติในบทที่ 2 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights and Freedoms) มาตรา 20 อันเป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ส่วนสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองสวีเดนก็สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติ ในบทที่ 2 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights and Freedoms) เช่นกัน โดยใช้คำว่า “พลเมือง” ย่อมหมายถึงบุคคลที่มีสัญชาติราชอาณาจักรสวีเดนเท่านั้น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 (Constitution of the Kingdom of Spain 1978)<sup>15</sup> ได้กำหนดบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้ในส่วนที่ 1 ว่าด้วยเสรีภาพ สิทธิและหน้าที่ขั้นพื้นฐาน (Basic Rights and Duties) บทที่ 1 ว่าด้วยพลเมืองสเปน และคนต่างด้าว (Spaniards and Aliens) มาตรา 13 (1) ซึ่งบัญญัติว่า “คนต่างด้าวมิสิทธิและเสรีภาพตามที่ได้มีการรับรองไว้ตามสนธิสัญญา หรือเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้”<sup>16</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 (Constitution of the Kingdom of Spain 1978) ได้มีบทบัญญัติ ในการแบ่งแยก หรือมีการให้คำจำกัดความในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะ ซึ่งพิจารณาได้จากบทบัญญัติในส่วนที่ 1 ว่าด้วยเสรีภาพ สิทธิและหน้าที่ขั้นพื้นฐาน (Basic Rights and Duties) บทที่ 1 ว่าด้วยพลเมืองสเปนและคนต่างด้าว (Spaniards and Aliens) มาตรา 13 (1) อันเป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้พิจารณาจากสนธิสัญญาหรือเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ส่วนสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองสเปนก็สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติในส่วนที่ 1 ว่าด้วยเสรีภาพ สิทธิและหน้าที่ขั้นพื้นฐาน (Basic Rights and Duties) บทที่ 2 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (Rights and Freedoms) หมวดที่ 2 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง

(3) With respect to the special provisions referred to in Paragraph (2), the provisions of Article 12 (3), (4), first sentence, and (5) shall apply.

<sup>15</sup> Constitution of the Kingdom of Spain, 1978.

<sup>16</sup> Constitution of the Kingdom of Spain, 1978

Article 13 Aliens, Extradition, Asylum

(1) Aliens in Spain may enjoy the public freedoms guaranteed by the present Title under the terms which treaties or laws may establish.

(Rights and Duties of Citizens) ซึ่งจะจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีสัญชาติราชอาณาจักรสเปนเท่านั้น ตั้งแต่มาตรา 30 ถึงมาตรา 38

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1917 (Constitution of the United Mexican States 1917)<sup>17</sup> ได้กำหนดบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้ในบทที่ 3 ว่าด้วย คนต่างด้าว (Foreigners) มาตรา 33 ซึ่งบัญญัติว่า “คนต่างด้าว ได้แก่ ผู้ที่ไม่มีคุณสมบัติตามความในมาตรา 30 คนต่างด้าวมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามความในบทที่ 1 หมวด 1 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ แต่ฝ่ายบริหารของสหพันธ์มีสิทธิเนรเทศโดยไม่ต้องได้รับอนุมัติจากศาลยุติธรรม ซึ่งบุคคลที่เป็นคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลที่ไม่เหมาะสมที่จะให้อยู่ในดินแดนของรัฐต่อไป ... คนต่างด้าวจะต้องไม่เข้าเกี่ยวข้องกับกิจการเมืองของประเทศ”<sup>18</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1917 (Constitution of the United Mexican States 1917) ได้มีบทบัญญัติในการแบ่งแยก หรือ มีการให้ คำจำกัดความในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะซึ่งพิจารณาได้จาก บทบัญญัติในบทที่ 3 ว่าด้วยคนต่างด้าว (Foreigners) มาตรา 33 อันเป็นบทบัญญัติในการคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว โดยได้รับความคุ้มครองตามความในบทที่ 1 หมวด 1 ของ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ส่วนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวเม็กซิกันก็สามารถพิจารณาได้จาก บทบัญญัติ ในบทที่ 4 ว่าด้วยประชาชนชาวเม็กซิกัน (Mexican Citizens) ซึ่งจะจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีสัญชาติสหรัฐอเมริกาเม็กซิกันเท่านั้น ตั้งแต่มาตรา 34 ถึงมาตรา 38

รัฐธรรมนูญแห่งราชรัฐลักเซมเบิร์ก ค.ศ. 1868 (Constitution of the Grand Duchy of Luxembourg 1868)<sup>19</sup> ได้กำหนดบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้ในบทที่ 10 ว่าด้วยบทบัญญัติทั่วไป (General Provisions) มาตรา 111 ซึ่งบัญญัติว่า “ชาวต่างประเทศที่อยู่ใน ดินแดนของแกรนด์ดัชชีได้รับความคุ้มครองทางร่างกายและทรัพย์สิน ยกเว้นแต่ที่กฎหมายกำหนด ข้อยกเว้นไว้”<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Constitution of the United Mexican States, 1917.

<sup>18</sup> Constitution of the United Mexican States, 1917

Article 33 Foreigners are those who do not possess the qualifications set forth in Article 30. They are entitled to the guarantees granted by Chapter I, Title I, of the present Constitution; but the Federal Executive shall have the exclusive power to compel any foreigner whose remaining he may deem inexpedient to abandon the national territory immediately and without the necessity of previous legal action.

Foreigners may not in any way participate in the political affairs of the country.

<sup>19</sup> Constitution of the Grand Duchy of Luxembourg, 1968.

<sup>20</sup> Constitution of the Grand Duchy of Luxembourg, 1968

ดังนั้น เมื่อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชรัฐลักเซมเบิร์ก ค.ศ. 1868 (Constitution of the Grand Duchy of Luxembourg 1868) ได้มีบทบัญญัติในการแบ่งแยก หรือมีการให้คำจำกัดความในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะ ซึ่งพิจารณาได้จากบทบัญญัติในบทที่ 10 ว่าด้วยบทบัญญัติทั่วไป (General Provisions) มาตรา 111 อันเป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ส่วนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวลักเซมเบิร์กก็สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติในบทที่ 2 ว่าด้วยชาวลักเซมเบิร์กและสิทธิ (Luxembourgers and Their Rights) ซึ่งจะจำกัดเฉพาะบุคคลที่มีสัญชาติราชรัฐลักเซมเบิร์กเท่านั้น ตั้งแต่มาตรา 9 ถึงมาตรา 31

กลุ่มที่สอง เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ จะเห็นได้ว่าแม้ในบางประเทศจะมีได้มีบทบัญญัติในการแบ่งแยก หรือมีได้มีบทบัญญัติในการให้คำจำกัดความในเรื่องสิทธิและเสรีภาพคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะ แต่ก็มีบทบัญญัติในการพิจารณาสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ได้แก่

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ. 1991 (Constitution of the Lao people's Democratic Republic 1991)<sup>21</sup> พิจารณาได้จากบทบัญญัติในหมวดที่ 3 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของพลเมือง (Fundamental Rights and Duties of The Citizens) มาตรา 37 ซึ่งบัญญัติว่า “ชาวต่างด้าว และผู้ไม่มีสัญชาติลาวก็มีสิทธิได้รับการปกป้องสิทธิและเสรีภาพตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีสิทธิฟ้องต่อศาลและองค์การที่เกี่ยวข้องของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว มีหน้าที่เคารพรัฐธรรมนูญ และระเบียบกฎหมายของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว”<sup>22</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ค.ศ. 1991 (Constitution of the Lao people's Democratic Republic 1991) ได้มีบทบัญญัติในการพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพใดเป็นสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว

#### Article 111 Rights of Foreigners

Every foreigner on the territory of the Grand Duchy shall enjoy the protection afforded to persons and property, except as otherwise provided by the law.

<sup>21</sup> Constitution of the Lao people's Democratic Republic, 1991.

<sup>22</sup> Constitution of the Lao people's Democratic Republic, 1991

Article 37 Aliens and persons having no nationality have the right to enjoy those rights and freedoms protected by the provisions of the laws of the Lao People's Democratic Republic. They have the right to lodge petitions with courts and other concerned organizations of the Lao People's Democratic Republic. They have the duty to observe the Constitution and the law of the Lao People's Democratic Republic.

ซึ่งพิจารณาได้จากบทบัญญัติในหมวดที่ 3 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของพลเมือง (Fundamental Rights and Duties of The Citizens) มาตรา 37 อันเป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ส่วนสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองลาวก็สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติในหมวดที่ 3 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของพลเมือง (Fundamental Rights and Duties of The Citizens) เช่นกัน โดยใช้คำว่า “พลเมืองลาว” ย่อมหมายถึง ผู้ที่มีสัญชาติลาวตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายเท่านั้น

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟินแลนด์ ค.ศ. 2000 (Constitution of the Republic of Finland 2000)<sup>23</sup> พิจารณาได้จากบทบัญญัติในบทที่ 2 สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Basic rights and liberties) มาตรา 9 (1) (4) ซึ่งบัญญัติว่า “พลเมืองฟินแลนด์และชาวต่างชาติซึ่งอาศัยอยู่ในสาธารณรัฐฟินแลนด์โดยถูกต้องตามกฎหมาย ย่อมมีสิทธิในการเดินทางและเลือกถิ่นที่อยู่ในสาธารณรัฐ ... ชาวต่างชาติมีสิทธิที่จะเดินทางและอาศัยอยู่ในสาธารณรัฐฟินแลนด์ตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยชาวต่างชาติจะไม่ถูกเนรเทศ ถูกส่งตัวข้ามแดนหรือส่งกลับไปยังประเทศของตน ถ้ามีผลทำให้พวกเขาได้รับการลงโทษประหารชีวิต การทรมานหรือการกระทำอื่น ๆ อันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”<sup>24</sup> และมาตรา 14 (2) ซึ่งบัญญัติว่า “พลเมืองฟินแลนด์ และชาวต่างชาติซึ่งอาศัยอยู่เป็นการถาวรในสาธารณรัฐฟินแลนด์ที่มีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในการเลือกตั้งและการลงประชามติในระดับท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ข้อกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในการมีส่วนร่วมอื่น ๆ ให้เป็นไปตามที่รัฐกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติท้องถิ่น”<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Constitution of the Republic of Finland, 2000.

<sup>24</sup> Constitution of the Republic of Finland, 2000

Section 9 Freedom of movement

(1) Finnish citizens and foreigners legally resident in Finland have the right to freely move within the country and to choose their place of residence.

(4) The right of foreigners to enter Finland and to remain in the country is regulated by an Act. A foreigner shall not be deported, extradited or returned to another country, if in consequence he or she is in danger of a death sentence, torture or other treatment violating human dignity.

<sup>25</sup> Constitution of the Republic of Finland, 2000

Section 14 Electoral and participatory rights

(2) Every Finnish citizen and every foreigner permanently resident in Finland, having attained eighteen years of age, has the right to vote in municipal elections and municipal referendums, as provided by an Act. Provisions on the right to otherwise participate in municipal government are laid down by an Act.

ดังนั้น เมื่อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟินแลนด์ ค.ศ. 2000 (Constitution of the Republic of Finland 2000) ได้มีบทบัญญัติในการพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพใดเป็นสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ซึ่งพิจารณาได้จากบทบัญญัติในบทที่ 2 สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Basic rights and liberties) มาตรา 9 (1) (4) และมาตรา 14 (2) อันเป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ส่วนสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองฟินแลนด์ก็สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติในบทที่ 2 สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Basic rights and liberties) เช่นกัน โดยใช้คำว่า “พลเมืองฟินแลนด์” ย่อมหมายถึง บุคคลที่มีสัญชาติฟินแลนด์เท่านั้น นอกจากนี้ยังบทบัญญัติในมาตราอื่นๆ อันเป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไม่ว่าจะเป็นพลเมืองฟินแลนด์หรือคนต่างด้าวอีกด้วย

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสโลวีเนีย ค.ศ. 2006 (Constitution of the Republic of Slovenia 2006)<sup>26</sup> พิจารณาได้จากบทบัญญัติในส่วนที่ 1 บทบัญญัติทั่วไป (General Provisions) มาตรา 13 ซึ่งบัญญัติว่า “ตามสนธิสัญญาคนต่างด้าวในสาธารณรัฐสโลวีเนียได้รับการประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ รวมทั้งกฎหมายยกเว้นสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้หรือกฎหมายเฉพาะของพลเมืองสาธารณรัฐสโลวีเนียได้บัญญัติไว้”<sup>27</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสโลวีเนีย ค.ศ. 2006 (Constitution of the Republic of Slovenia 2006) ได้มีบทบัญญัติในการพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพใดเป็นสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ซึ่งพิจารณาได้จากบทบัญญัติในส่วนที่ 1 บทบัญญัติทั่วไป (General Provisions) มาตรา 13 อันเป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ส่วนสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองสโลวีเนียก็สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติในส่วนที่ 2 ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐาน (Human Rights and Fundamental Freedoms) โดยใช้คำว่า “พลเมืองสโลวีเนีย” ย่อมหมายถึง บุคคลที่มีสัญชาติสโลวีเนียเท่านั้น นอกจากนี้ยังบทบัญญัติในมาตราอื่นๆ อันเป็นบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไม่ว่าจะเป็นพลเมืองสโลวีเนียหรือคนต่างด้าวอีกด้วย

<sup>26</sup> Constitution of the Republic of Slovenia, 2006.

<sup>27</sup> Constitution of the Republic of Slovenia, 2006

Article 13 Foreigners

In accordance with treaties, aliens in Slovenia enjoy all the rights guaranteed by this Constitution and laws, except for those rights that pursuant to this Constitution or law only citizens of Slovenia enjoy.

กลุ่มที่สาม เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ จะเห็นได้ว่าแม้ในบางประเทศจะมีได้มีบทบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในการพิจารณาสีทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว แต่ก็มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสีทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ได้แก่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1983 (Constitution of the Kingdom of Netherlands 1983)<sup>28</sup> พิจารณาได้จากบัญญัติในบทที่ 1 สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) มาตรา 1 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลทุกคนในราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของความเชื่อทางศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง เชื้อชาติ เพศ หรือกรณีอื่นใด”<sup>29</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1983 (Constitution of the Kingdom of Netherlands 1983) ได้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาทั้งสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองดัตช์กับสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ซึ่งสิทธิและเสรีภาพประเภทใดเป็นสิทธิมนุษยชน ก็จะใช้คำว่า “ทุกคน” ส่วนสิทธิและเสรีภาพประเภทใดที่ถือว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพเฉพาะพลเมืองดัตช์ ก็จะใช้คำว่า “พลเมืองดัตช์”

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเฮลเลนิก (กรีซ) ค.ศ. 1975 (Constitution of the Republic of Hellenic 1975)<sup>30</sup> (Greece) พิจารณาได้จากบทบัญญัติในส่วนที่ 2 ว่าด้วยสิทธิของบุคคล และสังคม (Individual and Social Rights) มาตรา 5 (2) ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลทุกคนในประเทศกรีซมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในชีวิต เกียรติยศ ชื่อเสียง และเสรีภาพ โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา หรือความคิดเห็นทางการเมือง เว้นแต่ในกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ คนต่างด้าวได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ โดยมีเสรีภาพในการไม่ถูกส่งตัวข้ามแดน”<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Constitution of the Kingdom of Netherlands, 1983.

<sup>29</sup> Constitution of the Kingdom of Netherlands, 1983

Article 1 Equality

All persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race, or sex or on any other grounds whatsoever shall not be permitted.

<sup>30</sup> Constitution of the Republic of Hellenic, 1975.

<sup>31</sup> Constitution of the Republic of Hellenic, 1975

Article 5 Freedom, Integrity

(2) All persons within the Greek State enjoy full protection of their life, honor, and freedom, irrespective of nationality, race, creed, or political allegiance. Exceptions shall be permitted in such cases as are

ดังนั้น เมื่อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ เฮลเลนิก (กรีซ) ค.ศ. 1975 (Constitution of the Republic of Hellenic 1975) (Greece) ได้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาทั้งสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองกรีกกับสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ซึ่งสิทธิและเสรีภาพประเภทใดเป็นสิทธิมนุษยชน ก็จะใช้คำว่า “ทุกคน” ส่วนสิทธิและเสรีภาพประเภทใดที่ถือว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพเฉพาะพลเมืองกรีก ก็จะใช้คำว่า “พลเมืองกรีก”

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 2009 (Constitution of the Federal Republic of Germany 2009)<sup>32</sup> พิจารณาได้จากบทบัญญัติในบทที่ 1 ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic Rights) มาตรา 3 (1) และ (3) ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย ...บุคคลจะถูกรอนสิทธิ หรือมีอภิสิทธิ์โดยเหตุของเพศ บิคามารดา เชื้อชาติ ภาษา บ้านเกิดเมืองนอน และแหล่งกำเนิด ศาสนา หรือความเห็นในเรื่องศาสนา หรือความเห็นทางการเมืองไม่ได้”<sup>33</sup>

ดังนั้น เมื่อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 2009 (Constitution of the Federal Republic of Germany 2009) ได้มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาทั้งสิทธิและเสรีภาพของชนชาวชนชาวเยอรมันกับสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ซึ่งสิทธิและเสรีภาพประเภทใดเป็นสิทธิมนุษยชน ก็จะใช้คำว่า “ทุกคน” ส่วนสิทธิและเสรีภาพประเภทใดที่ถือว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพเฉพาะชนชาวเยอรมัน ก็จะใช้คำว่า “ชนชาวเยอรมัน”

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นว่า ภายหลังจากประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 1946 และต่อมาสมาชิกสมัชชาใหญ่ แห่งองค์การสหประชาชาติได้ลงมติรับรองและประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 และการเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966) โดยการภาคยานุวัติ (Accession) เมื่อวันที่ 5 กันยายน ค.ศ. 1999 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม

---

provided for by international law. Aliens persecuted for acts carried out in defence of their freedom shall not be extradited.

<sup>32</sup> Constitution of the Federal Republic of Germany, 2009.

<sup>33</sup> Constitution of the Federal Republic of Germany, 2009

Article 3 Equality

(1) All humans are equal before the law.

(3) No one may be disadvantaged or favored because of his sex, parentage, race, language, homeland and origin, his faith, or his religious or political opinions. No one may be disadvantaged because of his handicap.

ค.ศ. 1999 และการเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) โดยการภาคยานุวัติ (Accession) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1996 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1997 จึงทำให้การกำหนดหรือการแบ่งแยกความแตกต่างในด้านสิทธิและเสรีภาพทั่วไปกับ สิทธิและเสรีภาพของพลเมืองเป็นสิ่งที่สำคัญมาก ทั้งนี้ เพื่อการอนุวัติกฎหมายภายใน (Implementing Legislation) ให้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทาง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ย่อมเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ อาจกล่าวได้ว่าควรมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมในการแบ่งแยกระหว่างสิทธิและเสรีภาพ ของคนต่างด้าว อันเป็นสิทธิและเสรีภาพทั่วไป หรือสิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนชาวไทย อันเป็นสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง ซึ่งรัฐควรสงวนไว้ให้กับประชาชนชาว ไทยเท่านั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการขจัดประเด็นปัญหาหากมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของ บุคคลเกิดขึ้นในอนาคต

4.2.2 แนวทางแก้ไขปัญหากรณีการใช้สิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จากปัญหาในข้อ 4.2.1 ที่ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มิได้มีการแบ่งแยกในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนชาวไทย อันเป็นสิทธิของพลเมือง ซึ่งสงวนไว้ให้กับประชาชนชาวไทยเท่านั้นกับสิทธิ และเสรีภาพของคนต่างด้าว อันเป็นสิทธิและเสรีภาพทั่วไป หรือสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นของบุคคล ทุกคนไว้อย่างชัดเจน จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าสิทธิตามบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญนั้นอะไรที่เป็น “สิทธิมนุษยชน” และอะไรที่เป็น “สิทธิพลเมือง”

สิทธิมนุษยชน (Menschenrechte) เป็นสิทธิและเสรีภาพซึ่งกำหนดให้แก่บุคคลโดยไม่มี ข้อจำกัดในทางลักษณะตัวบุคคล กล่าวคือ เป็นสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลทุกคนเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังกล่าว สิทธิและเสรีภาพที่เป็นประเภทสิทธิมนุษยชนนั้น มักจะบัญญัติว่า “ทุกๆ คนมีสิทธิ” เป็นต้น สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้จึงเป็นสิทธิที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิที่ติดตัว มนุษย์ ดังนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วสิทธิประเภทนี้จึงมิได้เป็นการที่รัฐบัญญัติกฎหมายให้สิทธิแก่

บุคคล หากแต่เป็นการที่กฎหมายของรัฐได้รับรองสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น เสรีภาพ ในชีวิตร่างกายของบุคคล เสรีภาพในทางความเชื่อของบุคคล เป็นต้น<sup>34</sup>

สิทธิพลเมือง (Buergerrechte) เป็นสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐนั้นๆ เท่านั้น จึงจะเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว สิทธิและเสรีภาพที่ตกได้แก่พลเมืองของรัฐนั้น มักจะเป็นสิทธิและเสรีภาพเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในทางการเมือง สิทธิในการตั้งพรรคการเมือง สิทธิในการรับราชการ หรือสิทธิในการเข้าเป็นสมาชิกขององค์กรของรัฐอื่นๆ เนื่องจากสิทธิในทางการเมือง เช่น สิทธิในการเลือกตั้งนั้นเป็นพื้นฐานของหลักประชาธิปไตย (Demokratieprinzip) และหลักอธิปไตยเป็นของปวงชน (Volkssouveraenitaet) สิทธิพื้นฐานดังกล่าวนี้จึงเป็นสิทธิของประชาชนของรัฐนั้นเท่านั้น นอกเหนือจากสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวกับสิทธิในทางการเมืองแล้วยังมีสิทธิที่เกี่ยวกับสถานะของความเป็นบุคคลของชาตินั้นๆ เช่น การคุ้มครองมิให้มีการถอนสัญชาติของบุคคลชาตินั้น หรือการห้ามมิให้เนรเทศบุคคล ที่มีสัญชาตินั้น เป็นต้น<sup>35</sup>

เมื่อพิจารณาจากแนวการแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน ซึ่งแบ่งโดย Georg 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 กลุ่มของสิทธิและเสรีภาพ ที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องปราศจากการเข้ามาแทรกแซงใดๆ ของรัฐ การใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นเรื่องที่บุคคลสามารถดำเนินการไปได้โดยรัฐ ไม่จำเป็นต้องเข้ามาดำเนินการใดๆ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ปฏิเสธอำนาจรัฐ สิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้แสดงออกมาในรูปของสิทธิในการป้องกัน (Abwehrrechte) อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลต่อการแทรกแซงของรัฐ หรือการละเมิดของรัฐ จากสิทธิในการป้องกันของบุคคลดังกล่าวนี้ บุคคลอาจเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยาจากรัฐได้ ในกรณีที่มีการแทรกแซงหรือมีการละเมิดจากรัฐ หรืออาจเรียกร้องให้รัฐละเว้นจากการกระทำดังกล่าวได้ ตัวอย่างของสิทธิในกลุ่ม Status Negatives ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่น สิทธิในความเสมอภาคตาม มาตรา 30 ถึงมาตรา 31 สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ตามมาตรา 32 หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา ตามมาตรา 37 เป็นต้น

<sup>34</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ ข หน้าเดิม.

<sup>35</sup> แหล่งเดิม.

## 2) Status Positivus หรือ Positive Status

Status Positivus หรือ Positive Status หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่การใช้สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลมีอาจจะบรรลุความมุ่งหมายได้หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายรัฐ 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 และเสรีภาพประเภทนี้ได้มีการบัญญัติรับรองออกมาในรูปของ “สิทธิพลเมือง” อันได้แก่ สิทธิของผู้เลือกตั้ง สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง รวมทั้งสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองอื่นๆ สิทธิประเภทนี้มักจะจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาตินั้น เช่น เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ตามมาตรา 63 เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม ตามมาตรา 64 หรือเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง ตามมาตรา 65 เป็นต้น

การแบ่งสิทธิและเสรีภาพตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน ซึ่งอาศัยลักษณะของการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับหน้าที่ของรัฐเป็นข้อพิจารณาในการแบ่งสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ซึ่งสามารถทำให้เข้าใจพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทว่ามีจุดมุ่งหมายอย่างไร และการจะทำให้บรรลุความมุ่งหมายสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทรัฐจะต้องดำเนินการอย่างไร

หากพิจารณาแนวการแบ่งสิทธิและเสรีภาพของ Georg Jellinek เป็นแนวการพิจารณา ระหว่างสิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมืองอาจแยกพิจารณาได้ว่า สิทธิในกลุ่มของ “Status Negatives” ถือว่าเป็นสิทธิประเภท “สิทธิมนุษยชน” สิทธิในกลุ่มของ “Status Activus” ถือว่าเป็นสิทธิประเภท “สิทธิพลเมือง”

เมื่อพิจารณาจากกรณีปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความคิดเห็นว่าควรมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนี้

1) ควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติขึ้นมาอีกหมวดหนึ่งเป็นหมวดว่าด้วยสิทธิ และเสรีภาพทั่วไป อันเป็นบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเด่นชัดและมีความชัดเจนในด้านสิทธิมนุษยชน

เมื่อพิจารณาให้เพิ่มเติมบทบัญญัติขึ้นมาอีกหมวดหนึ่งเป็นหมวดว่าด้วยสิทธิ และเสรีภาพทั่วไปนี้ ควรจะกำหนดในลักษณะที่เป็นสิทธิมนุษยชน ซึ่งในกรณีเช่นนี้สามารถอาศัยแนวการแบ่งสิทธิและเสรีภาพของ Georg Jellinek และยังสามารถนำหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)<sup>36</sup> ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ (Accession) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1996 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1997 มาปรับใช้ได้ โดยนำมาประกอบการพิจารณากับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อาทิเช่น

(1) สิทธิในความเสมอภาค ตามมาตรา 30 ถึงมาตรา 31 (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 2, 7 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 2 ข้อ 3 และภาค 3 ข้อ 26)

(2) สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ตามมาตรา 32 (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 3, 5, 8, 9 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 6, 7, 9)

(3) เสรีภาพในเคหสถาน ตามมาตรา 33 (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 12 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 17)

(4) เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร ตามมาตรา 34 (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 13 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 12)

<sup>36</sup> กุลพล พลวัน. หน้าเดิม.

(5) สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว ตามมาตรา 35 (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 12 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 17)

(6) เสรีภาพในการสื่อสาร ตามมาตรา 36 (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 12 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 17)

(7) เสรีภาพในการนับถือศาสนา ตามมาตรา 37 (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 18 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 16)

(8) สิทธิในกระบวนการยุติธรรม ตามมาตรา 39 ถึงมาตรา 40 (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 11 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 14)

(9) สิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน ตามมาตรา 41 ถึงมาตรา 42 (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 17)

(10) สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ตามมาตรา 43 ถึงมาตรา 44 (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 23)

(11) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคล ตามมาตรา 45 (ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 19 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 19)

2) ควรจะมีการแก้ไขบทบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย อันเป็นบทบัญญัติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง ซึ่งควรสงวนไว้เฉพาะประชาชนชาวไทยเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเด่นชัดและมีความชัดเจนว่าสิทธิและเสรีภาพประเภทใดเป็นสิทธิพลเมือง หรือเฉพาะคนในสัญชาติของตนเท่านั้น

เมื่อพิจารณาในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยนี้ ควรจะกำหนดในลักษณะที่เป็นสิทธิพลเมือง ซึ่งควรสงวนไว้เฉพาะประชาชนชาวไทยเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้

สามารถอาศัยแนวการแบ่งสิทธิและเสรีภาพของ Georg Jellinek และยังสามารถนำหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)<sup>37</sup> ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ (Accession) เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1996 โดยมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1997 มาปรับใช้ได้ โดยนำมาประกอบการพิจารณากับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อาทิเช่น

(1) สิทธิและเสรีภาพในการศึกษา ตามมาตรา 49 ถึงมาตรา 50 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 25)

(2) สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ ตามมาตรา 51 ถึงมาตรา 55 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 25)

(3) สิทธิในข้อมูลข่าวสารและการร้องเรียน ตามมาตรา 56 ถึงมาตรา 62 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 25)

(4) เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ตามมาตรา 63 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 21)

(5) เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม ตามมาตรา 64 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 22)

(6) เสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง ตามมาตรา 65 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 25)

(7) สิทธิชุมชน ตามมาตรา 66 ถึงมาตรา 67 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 25)

---

<sup>37</sup> แหล่งเดิม.

(8) สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 ถึงมาตรา 69 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 25)

(9) สิทธิของผู้เลือกตั้ง ตามมาตรา 99 ถึงมาตรา 100 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 25)

(10) สิทธิของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามมาตรา 101 ถึงมาตรา 102 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 25)

(11) สิทธิของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา ตามมาตรา 115 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 25)

(12) สิทธิเข้าชื่อของประชาชนเพื่อให้รัฐสภาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ ตามมาตรา 163 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 25)

(13) สิทธิเข้าชื่อของประชาชนเพื่อถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตามมาตรา 164 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 25)

(14) สิทธิของประชาชนในการออกเสียงประชามติ ตามมาตรา 165 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 3 ข้อ 21)

(15) สิทธิของบุคคลในการฟ้องคดีโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 212 (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 (International Covenant on Civil and Political Rights 1966) ภาค 2 ข้อ 2)

ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดประเด็นปัญหาในการใช้ดุลพินิจในการวิเคราะห์ว่า สิทธิ และเสรีภาพประเภทใดตามหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย เป็นสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทยกับสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ดังนั้น จึงควรที่จะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เกี่ยวกับสิทธิ และเสรีภาพทั่วไปกับสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองไว้ให้มีความชัดเจนในการจำแนกสิทธิและเสรีภาพ

ต่างๆ มากขึ้น เพื่อความสะดวกในการตีความกฎหมายและมีให้เกิดประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้  
ทั้งนี้ เพื่อการพัฒนาระบบกฎหมายไทยให้มีความทัดเทียมนานอารยะประเทศ