

บทที่ 2

หลักการแนวคิดทฤษฎีของการคุ้มครองสิทธิในการติดต่อสื่อสารของผู้ต้องขัง

ในบทนี้จะกล่าวถึงแนวความคิด ทฤษฎีของการคุ้มครองสิทธิในการติดต่อสื่อสารของผู้ต้องขัง ซึ่งจะมีเนื้อหา ดังนี้ กล่าวคือ ในส่วนแรกจะกล่าวถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ในส่วนที่สองจะกล่าวถึงแนวคิดว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในส่วนที่สามจะกล่าวถึงรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิในการติดต่อสื่อสารของผู้ต้องขังโดยภาพรวม ในส่วนที่สี่จะกล่าวถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ในส่วนที่ห้าจะกล่าวถึงหลักนิติรัฐ ในส่วนที่หกจะกล่าวถึงหลักในการออกกฎหมายลำดับรอง ในส่วนที่เจ็ดจะกล่าวถึงหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดี ทั้งนี้ เพื่อศึกษาแนวทางการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของผู้ต้องขังอย่างกว้าง อันเป็นหลักเบื้องต้นในมาตรการการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังอันเกี่ยวข้องกับศึกษาศึกษา เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังให้มีมาตรฐานที่ดีขึ้นและบรรลุนิติภาวะแห่งหลักนิติรัฐ และถือเป็นการพิทักษ์สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญด้วย อันเป็นการยกระดับของการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังให้สูงขึ้น

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพแตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านๆ มา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้คำนึงถึงการก่อให้เกิดผลอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติของสิทธิและเสรีภาพ ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ผูกพันองค์กรของรัฐโดยตรง ในการตรากฎหมาย การใช้บังคับ และการตีความกฎหมาย ทั้งปวง นอกจากนี้ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักประกันในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้หลายประการ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมิใช่เป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง การกำหนดให้ระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ และการให้หลักประกันในการใช้สิทธิในทางศาล หลักการดังกล่าวข้างต้นนั้นเป็นหลักการที่มีความมุ่งหมายเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพที่

บัญญัติไว้นั้นมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงโดยเหตุที่สิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันต่อองค์กรของรัฐทั้งหลาย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาหลักทั่วไปที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพเพื่อความเข้าใจพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพได้อย่างถูกต้อง

2.1.1 ความเป็นมาของแนวคิดของสิทธิและเสรีภาพ

ความเป็นมาของสิทธิและเสรีภาพในทางประวัติศาสตร์ของสิทธิและเสรีภาพในปัจจุบันนี้ถูกพัฒนามาจากสิทธิและเสรีภาพของชนชั้นกลางในยุคกลางของยุโรป ชนชั้นกลางในยุโรปได้บังคับให้พวกขุนนางและกษัตริย์ให้หลักประกันในสิทธิและเสรีภาพบางประการแก่พวกตน โดยการให้หลักประกันดังกล่าวมักจะกระทำในรูปของเอกสารต่างๆ ดังจะเห็นได้ในปี ค.ศ. 1188 Cortes von Leon บรรดานักบวชและประชาชนชาวสเปนได้มีการร่วมประชุมกัน เพื่อให้การรับรองสิทธิของประชาชนโดยรับรองสิทธิในการฟ้องสิทธิในการปรึกษาหารือ สิทธิในการร่วมแสดงความคิดเห็นในปัญหาสำคัญๆ เช่น เกี่ยวกับการทำสงคราม การทำสัญญาสันติภาพ เป็นต้น

นอกจากนี้ยังได้รับรองการล่วงละเมิดไม่ได้ในชีวิต เกียรติยศ และสิทธิในที่อยู่อาศัย และกรรมสิทธิ์ แต่ข้อเรียกร้องที่ได้รับการกล่าวถึงกันมากในการต่อสู้ของชนชั้นกลางคือ Magna Carta ในปี ค.ศ. 1215 อันเป็นข้อเรียกร้องซึ่งเกิดมาจากการที่พวกขุนนางไม่พอใจ พระเจ้าจอห์นซึ่งปกครองประเทศอังกฤษ เหตุเพราะพระเจ้าจอห์นมักจะเก็บภาษีตามใจชอบเพื่อนำไปใช้ในการสงคราม ด้วยเหตุนี้จึงเกิดการรบพุ่งกันพระเจ้าจอห์นเป็นฝ่ายแพ้จึงต้องยอมประทับตราลงใน Magna Carta โดยมีสาระสำคัญประการหนึ่งว่า พระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากพวกขุนนางไม่ได้ นอกจากนี้เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ จึงได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 39 ว่า “อิสระชนไม่อาจจะถูกจับกุม คุมขัง ถูกประหาร หรือถูกเนรเทศ หรือถูกระงับโดยวิธีใดวิธีหนึ่งเว้นแต่โดยอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย”

ในปี ค.ศ. 1356 Brabanter Joyeuse Entrée ได้เรียกร้องจากผู้ปกครองแผ่นดินเพื่อให้คำมั่นสัญญาที่จะรับรองสิทธิต่างๆ โดยให้ความเป็นธรรมต่อชนชั้นกลางในการร่วมตัดสินใจในการทำสงคราม และสัญญาสันติภาพ เอกสารที่สำคัญๆ กันในลักษณะดังกล่าวนี้สามารถพบได้ในอังกฤษ โปรตุเกส โปแลนด์ และสวีเดน รวมทั้งเขตการปกครองในดินแดนของเยอรมันที่ได้มีการบังคับเพื่อให้มีการให้คำมั่นสัญญาในเรื่องดังกล่าว ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการเรียกร้องเพื่อให้สิทธิแก่ชนชั้นกลางและโดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อเมืองที่มีความอิสระ

สิทธิที่ได้มีการเรียกร้องดังที่ได้กล่าวถึงข้างต้นนั้น ไม่ถือว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติ หากแต่เป็นสิทธิที่มีพื้นฐานมาจากข้อตกลง ด้วยเหตุนี้ สิทธิดังกล่าวจึงมีผลบังคับเฉพาะกับชนชั้นกลางตามที่ได้กำหนดไว้เท่านั้น ข้อตกลงดังกล่าวยังมิได้มีผลกับประชาชนเป็นการทั่วไป

แต่อย่างไรก็ตาม เนื้อหาสาระของข้อตกลงดังกล่าวย่อมมีผลต่อความคิดทางกฎหมายในช่วงของพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ต่อมาและเนื้อหาของข้อตกลงดังกล่าวได้กลายเป็นอุปสรรคต่อการใช้อำนาจในการออกกฎหมายของผู้ปกครองในสมัยนั้นที่ละเล็กทีละน้อย

พัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยรัฐสมัยใหม่ตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในศตวรรษที่ 17 ได้ก่อให้เกิดความเข้าใจในสิทธิและเสรีภาพตามความหมายของสมัยใหม่ โดยในขั้นแรกได้เกิดพัฒนาการในเรื่องดังกล่าวขึ้นในประเทศอังกฤษในศตวรรษที่ 17 ใน ค.ศ. 1628 สภาขุนนางและสภาสามัญของประเทศอังกฤษได้ร่วมกันยื่นเอกสารต่อพระเจ้าชาร์ล โดยบังคับพระเจ้าชาร์ลให้ยอมรับเอกสารนี้เรียกว่า “Petition of Rights” ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

- (1) บุคคลจะไม่ถูกบังคับให้เสียภาษีใดๆ โดยปราศจากความยินยอม โดยพระราชบัญญัติของสภา
- (2) บุคคลจะไม่ถูกจำคุกหรือคุมขัง เว้นไว้แต่จะเป็นไปตามกฎหมายหรือพระราชบัญญัติของราชอาณาจักร
- (3) การบังคับให้หาที่อยู่อาศัยและการเลี้ยงดูแก่ทหารบก ทหารเรือจะต้องถูกยกเลิก
- (4) การสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยกฏอัยการศึกจะต้องถูกเพิกถอนและแสดงว่าเป็นโมฆะ¹

จาก The Petition of Right ได้มีการกำหนดสถานะแห่งสิทธิตามกฎหมายระหว่างองค์พระมหากษัตริย์กับรัฐสภา ซึ่งจากเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้ความหมายของเสรีภาพที่มีมาแต่ดั้งเดิมนั้นเปลี่ยนแปลงไปเพราะนับแต่นั้นเป็นต้นมาไพร่ฟ้าข้าแผ่นดินทั้งหลายแห่งองค์พระมหากษัตริย์ก็สามารถอ้างสิทธิต่างๆ ได้ โดยอ้างพระบรมราชโองการที่ยืนยันความมีอยู่แห่งสิทธิตนเอง²

ต่อมาในปี ค.ศ. 1689 รัฐสภาของอังกฤษได้ร่างเอกสารขึ้นฉบับหนึ่งชื่อว่า Bill of Rights ซึ่งพระเจ้าวิลเลียมและพระนางแมรีได้ให้ความเห็นชอบ เอกสารฉบับนี้มีข้อความสำคัญๆ ดังนี้ คือ

- (1) อำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะระงับกฎหมายหรือการใช้บังคับแห่งกฎหมายโดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- (2) พระมหากษัตริย์จะเลิกกฎหมายหรือเลิกการใช้บังคับแห่งกฎหมายก็ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน
- (3) พระมหากษัตริย์ย่อมไม่มีอำนาจที่จะเรียกเก็บเงินโดยรัฐสภาไม่อนุมัติในเวลาบ้านเมืองสงบเรียบร้อย

¹ หุศต แสงอุทัย ก (2511). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เรียงมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ. หน้า 134.

² บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ก (2535). คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน. หน้า 42.

(4) การเกณฑ์และการดำรงไว้ซึ่งกองทหารประจำการ โดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาย่อมกระทำไม่ได้

(5) เสรีภาพในการพูดและอภิปรายหรือการดำเนินการในรัฐสภานำมาฟ้องร้องหรือสอบสวนในศาลหรือในสถานที่อื่นใดนอกรัฐสภาไม่ได้

(6) การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาจะต้องเป็นไปโดยเสรี

ในศตวรรษที่ 16 และ 17 ทฤษฎีสัญญาประชาคม และแนวความคิดแบบมนุษยนิยม (Humanism) เป็นแนวความคิดที่มีบทบาทสำคัญในยุคนั้น จากแนวความคิดดังกล่าวมีอิทธิพลต่อ John Milton ซึ่งได้เรียกร้องสิทธิต่างๆ ต่อไปนี้ว่าเป็นสิทธิที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน กล่าวคือ สิทธิในชีวิตและร่างกาย (die Rechte auf Leben) กรรมสิทธิ์ (Eigentum) เสรีภาพ (Freiheit) เสรีภาพในทางศาสนาและในทางความเชื่อ (Religions und Gewssensfreiheit) เสรีภาพในการพูด (Redefreiheit) และเสรีภาพของหนังสือพิมพ์ (Pressefreiheit)

ในระหว่างปี ค.ศ. 1647 ถึง ค.ศ. 1649 แนวความคิดดังกล่าวได้นำไปสู่การทำ “ข้อตกลงของประชาชน” (Agreement of the people) ซึ่งได้เสนอต่อ Oliver Cromwell โดยสภาที่ปรึกษาแห่งกองทัพเพื่อการปฏิวัติ (der Generalrat des Revolutionsheers) ซึ่งตามข้อตกลงดังกล่าว รัฐจะต้องถูกจำกัดอำนาจของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับเสรีภาพดังต่อไปนี้ กล่าวคือ เสรีภาพในทางศาสนาและในทางความเชื่อ เสรีภาพจากการถูกบังคับให้เข้าร่วมในสงคราม การนิรโทษกรรมสำหรับผู้ที่มีความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่าง (Amnestie fuer die politische Haltung) ความเสมอภาค (Gleichheit) การแทรกแซงในสิทธิของบุคคลหรือการแทรกแซงในกรรมสิทธิ์จะกระทำได้นั้นต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำได้ กล่าวคือ สิทธิ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ไม่ว่าจะถูกล่วงละเมิดได้ แต่อย่างไรก็ตาม Cromwell ได้ปฏิเสธข้อเรียกร้องดังกล่าว ในปี ค.ศ. 1679 กษัตริย์ Karl II ได้ลงนามใน Habeas Corpus Act ที่ยังคงมีผลผูกพันมาถึงปัจจุบันนี้ ซึ่งตาม Habeas Corpus Act บุคคลไม่อาจถูกจับกุมคุมขัง โดยปราศจากคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและผู้ที่ถูกจับกุมนั้นจะต้องนำตัวไปยังผู้พิพากษาภายในระยะเวลา 30 วัน

บุคคลที่มีบทบาทสำคัญบุคคลหนึ่งในเรื่องสิทธิและเสรีภาพคือ John Lock (ค.ศ. 1632-1704) โดย John Lock ได้เขียนหนังสือที่มีความสำคัญยิ่งคือ “Two Treaties on Civil Government” โดย John Lock เห็นว่า ชีวิต (Leben) เสรีภาพ (Freiheit) และกรรมสิทธิ์ (Eigentum) เป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิดโดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันอย่างอิสระของปัจเจกบุคคลในสภาวะธรรมชาติ สิทธิดังกล่าวไม่อาจจะถูกยกเลิกได้โดยสัญญาประชาคม แต่ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้เกิดความมั่นคงขึ้นโดยสัญญาประชาคม ซึ่งกรรมสิทธิ์ตามแนวความคิดของบุคคลและตามแนวความคิดของศตวรรษที่ 17 ถือว่ารวมอยู่ในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย

เพื่อให้เกิดหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล John Lock ได้เรียกร้องให้มีการแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหาร สำหรับเรื่องแนวความคิดในการจำกัดอำนาจรัฐได้รับการพัฒนาต่อมาโดย Montesquieu (1689-1755) โดย Montesquieu ได้เขียนไว้ในหนังสือ “De l’esprit des lois”

แนวความคิดของนักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษที่มีความเกี่ยวข้องกับแนวความคิดของ John Lock คือ Sir Edward Coke ซึ่งเป็นผู้ที่สนับสนุนเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิต และกรรมสิทธิ์ โดยกฎหมายบัญญัติ (das positive Recht) และได้ก่อให้เกิดพัฒนาการต่อเสรีภาพส่วนบุคคล สิทธิในชีวิต ร่างกายและกรรมสิทธิ์ โดย Sir Edward Coke เห็นว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ (Inheritance) ซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย Common Law

แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นได้รับการพัฒนาต่อมาโดยนักปรัชญา เช่น Benedict de Spinoza, Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Thomas Christian Thomasius, Christian Wolff เป็นต้น ในศตวรรษที่ 18 แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นได้นำไปสู่การประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสหรัฐอเมริกาและในฝรั่งเศส โดยในขั้นแรกได้มีการประกาศ “Bills of Rights” ของรัฐต่างๆ ของสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะอย่างยิ่ง Bill von Virginia ในปี ค.ศ. 1776 แนวความคิดดังกล่าวได้แสดงออกอย่างชัดเจนในการประกาศความเป็นอิสระของสหรัฐอเมริกาเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 ว่า “We hold these truths to be selfevident, 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. That to secure these rights, Governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the Governed.”

ส่วนในระดับของสหพันธรัฐ สิทธิและเสรีภาพได้รับการวางหลักไว้ใน “Federal Bill of Rights von 1791”

คำประกาศสิทธิมนุษย์และสิทธิพลเมือง (Declaration des droits de l’homme et du citoyen) ซึ่งมีการประกาศสิทธิมนุษย์และสิทธิพลเมืองในช่วงของการปฏิวัติของฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 โดยตัวแทนของประชาชนชาวฝรั่งเศส ซึ่งประกอบกันเป็นสภาแห่งชาติ (Nationalversammlung) ตามประกาศสิทธิมนุษย์และสิทธิพลเมืองได้กล่าวถึง ความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อสิทธิและเสรีภาพ สิทธิและเสรีภาพมีผลผูกพันต่ออำนาจของรัฐทั้งหมด ประกาศดังกล่าวได้กล่าวถึงเสรีภาพและหลักการที่สำคัญ เช่น เสรีภาพทั่วไปในการกระทำ (die allgemeine Handlungsfreiheit) อันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (nulla poena sine lege) เสรีภาพในทางศาสนา (die Religionsfreiheit) สิทธิในกรรมสิทธิ์ (das Eigentumsrecht) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (der Grundsatz der Gewaltenteilung)

และหลักอธิปไตยของปวงชน (der Grundsatz der Volkssouveraenitaet) รวมทั้งแนวความคิดเรื่อง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพอาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อผลประโยชน์ของมหาชน

จากประกาศสิทธิของมนุษย์ทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้นมีอิทธิพลต่อหลักการสิทธิและ เสรีภาพอย่างสำคัญ ในศตวรรษที่ 19 และ 20 หลักการดังกล่าวข้างต้นมีอิทธิพลต่อประเทศในยุโรป เกือบทั้งหมด และมีอิทธิพลต่อประเทศต่างๆ เกือบทั่วโลก

จากที่ได้กล่าวถึงพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของสิทธิและเสรีภาพข้างต้นนั้น ถือว่าเป็นการกล่าวถึงพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในยุคต้น ซึ่งหากแบ่งพัฒนาการของสิทธิและ เสรีภาพอาจแบ่งได้เป็น 4 ช่วง ดังนี้

ช่วงที่หนึ่ง เป็นช่วงของพัฒนาการเกี่ยวกับเสรีภาพในทางศาสนา ซึ่งพัฒนาการเกี่ยวกับ เสรีภาพในทางศาสนานั้นได้ประสบผลสำเร็จทีละเล็กละน้อยในช่วงของการปฏิรูปทางศาสนา ตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 ปัญหาสำคัญในช่วงนั้นคือปัญหาการละทิ้งศาสนาคริสต์ (Schismen) ซึ่งมีมา ตั้งแต่เริ่มต้นคริสต์ศาสนา นอกจากนี้ยังมีปัญหาของความสัมพันธ์ระหว่างศาสนากับปรัชญา และ วิชาการสมัยใหม่ได้มีความขัดแย้งกันเสมอมา แต่สิ่งที่น่าสังเกตก็คือ การเรียกร้องต่อ เสรีภาพในทางความคิดเห็นและโดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในทางวิชาการยังไม่เคยปรากฏจนถึง ศตวรรษที่ 16 นักปฏิรูป นักปรัชญา และบรรดานักวิชาการในช่วงนั้นต่างยึดมั่นในความเชื่อของตน อย่างมั่นคง และในช่วงของการปฏิรูปศาสนาเองก็ยังมีความคิดว่ามีเพียงความจริงในทางศาสนา เพียงอย่างเดียวเท่านั้นที่ไม่อาจจะอดทนต่อความคิดเห็นที่แตกต่างได้ เสรีภาพในทางศาสนาประสบ ผลสำเร็จเป็นครั้งแรกเมื่อสงครามกลางเมืองที่เกิดจากความแตกแยกในทางศาสนานั้นมักจะมีรัฐ เข้ามาแก้ปัญหาดังกล่าว ด้วยเหตุนี้เองรัฐจึงต้องมีความเป็นกลางในทางศาสนา การที่รัฐเป็นกลาง ในทางศาสนาเป็นการคลี่คลายไปสู่ความเป็นรัฐสมัยใหม่ๆ เรื่องการนับถือศาสนาถือว่าเป็นเรื่อง ของปัจเจกบุคคล และนอกจากนั้น จะต้องยอมรับว่าศาสนา คือความเชื่ออื่นๆ นั้น อย่างน้อยที่สุด ศาสนาหรือความเชื่อนั้นๆ จะต้องมีความจริงรวมความอยู่ในศาสนาหรือความเชื่อนั้นด้วย มิได้มี เพียงความเชื่อหรือศาสนาใดศาสนาหนึ่งเท่านั้นที่เป็นผู้ผูกขาดความจริงตามหลักศาสนา ซึ่งแนวคิด ดังกล่าวทำให้เกิดความมั่นคงต่อความเคารพในความเชื่อที่แตกต่างออกไปของบุคคลในสังคม

ข้อสังเกต ความแตกต่างระหว่างเสรีภาพในทางศาสนากับเสรีภาพในทางวิชาการนั้น แสดงให้เห็นได้ชัดเจนในกรณีของกาลิเลโอ กาลิเลอี การที่กาลิเลโอประกาศแนวความคิดว่าดวง อาทิตย์เป็นศูนย์กลางของเอกภพอันเป็นแนวความคิดที่ขัดแย้งกับศาสนจักรในยุคนั้น ความคิด ความเชื่อของกาลิเลโอมิใช่เรื่องเสรีภาพในทางศาสนา หากแต่เป็นเสรีภาพในทางวิชาการเพราะ กาลิเลโอสามารถพิสูจน์ความคิดความเชื่อของตนได้ด้วยความรู้ทางดาราศาสตร์ ซึ่งหากเป็น เสรีภาพในทางศาสนาแล้ว มิได้เรียกร้องการพิสูจน์การมีอยู่จริง

ช่วงที่สอง พัฒนาการในช่วงที่สองของสิทธิและเสรีภาพเป็นพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ (die wirtschaftlichen Grundrechte) ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์เสรีภาพในการทำสัญญา (die Vertragsfreiheit) และเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Beruffreiheit) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องกรรมสิทธิ์มีความเกี่ยวข้องกับความคิดเรื่องการกำหนดภาษี ซึ่งจำเป็นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมของตัวแทนประชาชน (die Ständeversammlung) หลักการสำคัญบางประการดังกล่าวบรรลุผลตั้งแต่ในยุคกลาง ดังเช่นการแทรกแซงในกรรมสิทธิ์และการแทรกแซงในเสรีภาพของบุคคลจะต้องกระทำโดยกฎหมายที่ออกโดยที่ประชุมของตัวแทนประชาชน (Ständeversammlung)

เมื่อสิ้นศตวรรษที่ 16 และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงศตวรรษที่ 17 ได้เกิดหลักการสำคัญอันเป็นหลักการที่มีผลมาจาก “หลักอธิปไตยของปวงชน” (Souveränitätsprinzip)³ หลักการดังกล่าวคือหลักที่ว่า บทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายจะต้องมีพื้นฐานมาจากเจตจำนงของ “ผู้ปกครอง” (Fürsten) ซึ่งโดยตัวของผู้ปกครองเองย่อมไม่ผูกพันกับกฎหมาย ความคิดดังกล่าวเป็นพื้นฐานของแนวคิดแบบอำนาจเบ็ดเสร็จนิยม (Absolutismus) ผู้ปกครอง (Fürsten) ได้ดำเนินการขยายอำนาจทั้งภายในและภายนอก ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจำเป็นต้องใช้งบประมาณจำนวนมากเพื่อนำไปจ่ายเป็นค่าจ้างให้แก่กองทัพ ดังนั้น นโยบายในทางเศรษฐกิจโดยรวมของรัฐ จึงต้องเป็นนโยบายที่สร้างความเข้มแข็งในอำนาจทางการเงินของรัฐ ตามแนวความคิดพาณิชย์นิยม (Merkantilismus) จากแนวคิดดังกล่าวจึงมีความพยายามโดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการค้ากับต่างประเทศและความพยายามที่จะทำให้ดุลทางการค้า จากสภาพดังกล่าวจะทำให้เงินทองหลั่งไหลเข้าประเทศ โดยเหตุนี้เอง การส่งสินค้าออกไปต่างประเทศ จึงได้รับการส่งเสริมสนับสนุนและมีความพยายามจำกัดการนำเข้า จากแนวคิดนี้ได้นำไปสู่ผลของการออกข้อกำหนดอย่างกว้างขวางเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องการผลิตและเรื่องทางการค้า ซึ่งแนวคิดของ Adam Smith ได้รับการยอมรับมากขึ้นในช่วงของการปฏิวัติอุตสาหกรรมจากงานเขียนของ Smith ในหนังสือความมั่งคั่งของชาติ “Reichtum der Nationen” ในปี ค.ศ. 1776 ได้แสดงให้เห็นว่า ผลกระทบโดยรวมของชาติจะเพิ่มสูงขึ้นเมื่อรัฐเข้าไปแทรกแซงในกระบวนการผลิตให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้

เสรีภาพในทางเศรษฐกิจ รวมทั้งหลักความเสมอภาคตามพัฒนาการดังกล่าวได้ทำหน้าที่ในฐานะที่เป็นเงื่อนไขสำหรับการดำเนินการอย่างอิสระของกระบวนการในการกำหนด

³ บรรเจิด สิงคนติ ก (2547). หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 45-46

ตนเองของระบบทุนนิยม ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงจากสังคมศักดินา (Standische) เป็นสังคมแบบ
กระฎุมพี (Bürgerliche) โดยมีเงื่อนไขของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวคือ

การแก้ไขปัญหามาจากการถือครองที่ดินในระบบศักดินาซึ่งผูกพันต่อกฎหมายของ
ยุคกลาง

การยกเลิกการดำเนินวิถีชีวิตชาวไพร่ที่ต้องขึ้นอยู่กับผู้ครองที่ดิน ในด้านหนึ่งนั้น
เพื่อที่จะให้บุคคลเหล่านั้นสามารถดำเนินอาชีพเกษตรกรรมในวิธีการทำงานแบบทุนนิยม ส่วนใน
อีกด้านหนึ่งนั้นเพื่อให้บุคคลเหล่านั้นสามารถไปเป็นคณงานของโรงงานอุตสาหกรรมได้

การยกเลิกข้อจำกัดที่มีต่อบรรดาขุนนาง ซึ่งมีการห้ามมิให้ขุนนางทำการค้าและ
การผลิตใดๆ

การบัญญัติกฎหมายตามแนวความคิดดังกล่าวในเบื้องต้นนั้น ย่อมมีวัตถุประสงค์
เพื่อให้ผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของชนชั้นกระฎุมพีได้รับความมั่นคงยิ่งขึ้น ในกรณีนี้
ผลประโยชน์ในทางอำนาจของชนชั้นกระฎุมพีมีบทบาทอย่างสำคัญยิ่งโดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับ
การยกเลิกสิทธิพิเศษของเจ้าผู้ปกครองในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายราชการ รวมทั้งทหารในกองทัพ
ตามทัศนะของ Marx เห็นว่า การปฏิวัติของชนชั้นกระฎุมพีรับใช้เฉพาะผลประโยชน์ของชนชั้น
กระฎุมพีเท่านั้น ซึ่ง Marx เห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง เพราะในช่วงของยุครุ่งโรจน์ทางปัญญา
(Enlightenment) ในศตวรรษที่ 18 นั้น ตามแนวความคิดแบบมนุษยนิยมซึ่งเป็นแนวความคิดที่มี
บทบาทอย่างสำคัญยิ่งในยุคนั้นและเป็นแนวความคิดที่มีความมุ่งหมายเพื่อมนุษยธรรม โดยเฉพาะ
อย่างยิ่งแนวคิดที่ให้มีการยกเลิกการดำเนินชีวิตที่ต้องขึ้นอยู่กับผู้ครองที่ดินอันเป็นการละเมิดต่อ
ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ช่วงที่สาม ในช่วงของพัฒนาการสิทธิและเสรีภาพช่วงที่สาม อันเป็นช่วงเดียวกับการ
พัฒนาเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ การพัฒนาสิทธิและเสรีภาพในช่วงที่สามหรือที่เรียกว่า “เสรีภาพ
ในทางประชาธิปไตย” (die demokratischen Freiheiten) ซึ่งได้แก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น
เสรีภาพของหนังสือพิมพ์ เสรีภาพในการชุมนุม และเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม

สิทธิและเสรีภาพในช่วงนี้เป็นสัญลักษณ์ที่แสดงออกมาเป็นหลักการซึ่งจะทำให้สำเร็จ
ผลได้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่พระมหากษัตริย์มักจะอยู่ภายใต้อิทธิพลของเจ้าผู้ครองนครที่มีอำนาจ
อยู่เสมอ หากพระมหากษัตริย์ซึ่งต้องการทำให้หลักการสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวสำเร็จผล
พระมหากษัตริย์จะต้องมีอำนาจเหนือเจ้าผู้ครองนครทั้งหลาย ซึ่งนั่นย่อมหมายความว่าชนชั้น
กระฎุมพีจะต้องมีการจัดองค์กรของตน เพื่อสนับสนุนให้หลักการดังกล่าวมีผลในทางปฏิบัติอย่าง
แท้จริง และเพื่อเป็นการขยายกลุ่มบุคคลที่ให้การสนับสนุนแนวความคิดในเรื่องนี้และใน
ขณะเดียวกันก็เพื่อเป็นการกดดันพระมหากษัตริย์ให้ดำเนินการในเรื่องดังกล่าว การกระทำดังกล่าว

ของชนชั้นกรรมพีจะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อมีการให้เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแก่ชนชั้นกรรมพี

แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นมีความเกี่ยวข้องกับแนวความคิดซึ่ง John Stuart Mill ได้แสดงให้เห็นว่า เป้าหมายของแนวคิดในยุครุ่งโรจน์ทางปัญญานั้นต้องการที่จะให้ความคิดที่มีความเป็นเหตุเป็นผลมาแทนที่แนวความคิดแบบจารีตประเพณีของยุคกลาง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องเผยแพร่แนวความคิดดังกล่าวให้ประชาชนได้ทราบ ซึ่งตามแนวความคิดของฝ่ายเสรีนิยมมีลักษณะตรงกันข้ามกับแนวความคิดในทางศาสนาคริสต์ กระบวนการสร้างความคิดแบบใหม่ของแนวคิดดังกล่าวจึงขัดกับแนวความคิดดั้งเดิม และเพื่อให้ประชาชนได้เรียนรู้ความคิดใหม่ จึงได้มีการเสนอแนวความคิดในการให้การศึกษา อบรม โดยเรียกร้องให้เด็กมีหน้าที่ต้องไปโรงเรียน และโรงเรียนที่มีอยู่จะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบจากอำนาจรัฐที่เป็นกลาง ทั้งนี้ เพื่อจะได้ตัดอิทธิพลทางศาสนาที่มีต่อโรงเรียน แนวความคิดแบบเสรีนิยมดังกล่าว บรรลุเป้าหมายอย่างชัดเจนในการลดบทบาทของแนวคิดในทางศาสนาออกจากสังคม⁴

กล่าวโดยสรุป ความเติบโตในทางเศรษฐกิจของชนชั้นกรรมพี ประกอบกับการได้รับการศึกษาตามระบบการศึกษาแนวใหม่ซึ่งมิใช่การศึกษาเฉพาะจากทางศาสนาเท่านั้น จากเหตุผลดังกล่าวนี้เองทำให้ชนชั้นกรรมพีเข้ามามีบทบาทในทางการเมืองการปกครองมากขึ้นและการที่จะทำให้ชนชั้นกรรมพีเข้ามามีบทบาทในทางการเมืองการปกครองมากขึ้น จะต้องอาศัย “เสรีภาพในทางประชาธิปไตย” เป็นเครื่องมือที่สำคัญในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจรัฐในเวลาต่อมา

ช่วงที่สี่ พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพช่วงที่สี่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพ หรือเรียกว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานทางสังคม” (die sozialen Grundrechte) สิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพนั้นเกี่ยวกับผลประโยชน์โดยรวมของสังคม เพื่อให้ผลประโยชน์โดยรวมของสังคมสามารถดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายได้จำเป็นต้องอาศัยกฎหมายเป็นมาตรการบังคับ ผลประโยชน์ของสังคมโดยรวมในเรื่องดังกล่าวได้แก่ การมีงานทำ การให้หลักประกันสำหรับอนาคต การให้ความดูแลทางด้านสุขภาพ อาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย การศึกษา เป็นต้น สิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพได้รับการพัฒนาอย่างชัดเจนครั้งแรกในศตวรรษที่ 19 ซึ่งมีพื้นฐานจากองค์ประกอบหลายประการ สาเหตุประการสำคัญคือการเกิดขึ้นของชนชั้นกรรมพีอันเป็นผลิตผลของยุคการปฏิวัติอุตสาหกรรมซึ่งชนชั้นกรรมพีเป็นชนชั้นที่เกิดขึ้นใหม่และเป็นชนชั้นที่ถูกเอารัดเอาเปรียบจาก

⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้าสมุทรวาณิช. (2546). *การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ* (รายงานวิจัย). หน้า 20-21.

กระบวนการผลิตแบบทุนนิยม สภาพการณ์ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดจิตสำนึกของชนชั้นผู้ใช้แรงงานขึ้น ที่เล็งเห็นว่าน้อยจนในที่สุดผู้ใช้แรงงานได้กลายเป็นชนชั้นที่สามารถทำการกดดันต่ออำนาจรัฐได้

สำหรับเรื่องการใช้วิธีการในทางกฎหมายเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายต่อผลประโยชน์ของชนชั้นใหม่ดังกล่าวนี้มีความเห็นแตกต่างกันหลายประการ แต่ประการหนึ่งที่มีความสอดคล้องกันในทางข้อเท็จจริงว่า สิทธิและเสรีภาพตามความหมายดั้งเดิม (die klassischen Freiheitsrechte) กล่าวคือเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย สิทธิในกรรมสิทธิ์ รวมทั้งเสรีภาพในทางศาสนานั้น สิทธิและเสรีภาพตามความหมายดั้งเดิมดังกล่าวไม่พอเพียงที่จะให้ความคุ้มครองต่อชนชั้นผู้ใช้แรงงาน เพราะชนชั้นผู้ใช้แรงงานขาดเครื่องมือที่เป็นปัจจัยอันจำเป็นสำหรับการใช้สิทธิดังกล่าว เช่น ขาดปัจจัยในการผลิต ทั้งนี้ เพราะชนชั้นกรรมมาชีพเป็นเพียงผู้ที่เลี้ยงชีพด้วยการขายแรงงานเท่านั้น

ความพยายามของแนวคิดแบบเสรีนิยม ในการแก้ไขปัญหาคือผู้ใช้แรงงานด้วยวิธีการในทางกฎหมาย คือความพยายามทำให้เกิดความเข้าใจในเรื่อง “สิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพ” (Soziale Grundrechte) และความพยายามทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีวดังกล่าวเกิดผลในทางปฏิบัติ นอกจากนี้ยังมีวิธีการที่เข้มข้นที่ถือเป็นวิธีการในทางกฎหมายอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งได้รับการพัฒนาโดยชนชั้นผู้ใช้แรงงานเอง ได้แก่ การก่อตั้งสหกรณ์ผู้บริโภคและสหกรณ์การผลิต (Konsum-und Produktionsgenossenschaften) การก่อตั้งสหภาพแรงงาน และท้ายที่สุดคือ ความพยายามเสนอการยึดอำนาจรัฐโดยการปฏิวัติของชนชั้นกรรมมาชีพ เพื่อทำการเปลี่ยนแปลงสังคมโดยวิธีการใช้เศรษฐกิจแบบรวมศูนย์

2.1.2 ความหมายของ “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ตามรัฐธรรมนูญ

1) ความหมายของ “สิทธิ” ตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิ หมายความว่า อำนาจหรือประโยชน์อันชอบธรรมที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในการที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง⁵ สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นโดยเรียกร้องให้บุคคลอื่นมากระทำการหรืองดเว้นการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน รวมถึงหน้าที่ที่บุคคลอื่นจะไม่รบกวนสิทธิหรือหน้าที่ที่จะกระทำการหรืองดเว้นการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นไปตามสิทธินั้น⁶

ดังนั้น สิทธิ จึงหมายถึง อำนาจอันชอบธรรมหรือความชอบธรรมที่บุคคลสามารถใช้ยันกับผู้อื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงมีพึงได้ของบุคคลนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง สิทธิ คือ ประโยชน์ที่บุคคลมีความชอบธรรมที่จะได้รับ ซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้⁷

⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก (2538). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 21.

⁶ หยุด แสงอุทัย ข (2548). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. หน้า 224.

⁷ แหล่งเดิม. หน้า 220.

อย่างไรก็ตาม เราสามารถแยกพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิได้เป็นข้อๆ ดังนี้ คือ⁸

1. สิทธิจะต้องเป็นความชอบธรรม

เป็นเรื่องของความถูกต้อง กฎหมายนั้นเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแบ่งขอบเขตหรือแบ่งส่วนในสังคมว่าส่วนใดเป็นของใคร เมื่อรู้ว่าเป็นส่วนของใครแล้วจะไม่เกิดข้อขัดแย้งกัน และส่วนใดที่กฎหมายแบ่งหรือกำหนดให้แก่ใคร คนนั้นก็มีความชอบธรรมที่จะใช้ หรือการกระทำใดๆ ภายในขอบเขตที่เป็นส่วนของเขา ส่วนที่เขาควรจะได้รับ ส่วนที่เขามีความชอบธรรมที่จะใช้ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้ ส่วนนี้เองที่เรียกว่า “สิทธิ” ด้วยเหตุนี้ สิทธิจึงเป็นความชอบธรรม

กล่าวโดยทั่วไปแล้ว สิทธิไม่ใช่เป็นเพียงอำนาจ แต่จะต้องมีส่วนความถูกต้องในตัวเอง ด้วยจึงจะเรียกว่าสิทธิได้ ระบบของกฎหมายเกือบทั้งหมดเราอาจกล่าวได้ว่าสิทธิคือความชอบธรรม หรือความถูกต้อง นอกจากในบางกรณีเท่านั้น กล่าวคือบางกรณีอาจไม่ใช่ความชอบธรรมแต่กฎหมายยอมรับ เช่น เรื่องการขาดอายุความ เพราะกฎหมายมิได้ทำหน้าที่เฉพาะรักษาความยุติธรรมเท่านั้น แต่มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยให้สังคมด้วย

2. สิทธิจะต้องมีบุคคลเป็นผู้ถือสิทธิ

สิทธิจะต้องมีบุคคลเป็นผู้ถือสิทธิ หรือที่เรียกว่า “ผู้ทรงสิทธิ” ซึ่งผู้ทรงสิทธิอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้

3. สิทธิจะต้องเป็นสิ่งที่ยันกับบุคคลอื่นได้

เพราะฉะนั้นจึงต้องมีบุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งตรงข้ามกับผู้ถือสิทธิ คือ “ผู้มีหน้าที่” เช่น ถ้าเป็นสิทธิของเจ้านั้นๆ ก็มีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ เจ้านี้ก็คือผู้ถือสิทธิ ส่วนผู้ที่ถูกยันสิทธิคือลูกหนี้

4. สิทธิจะต้องมีเนื้อหา

จะต้องมีข้อความที่เป็นประโยชน์ที่จะยืนยันคุ้มครองรักษา อาจจะเป็นผลประโยชน์ทางทรัพย์สินที่เป็นสิ่งที่มีรูปร่าง หรือผลประโยชน์ในทางจิตใจซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่มียูปร่างก็ได้ เช่น เนื้อหาสิทธิของเจ้านี้ คือ เจ้านี้มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ ถ้าเป็นหนี้เงินต้องชำระเงินต้นและดอกเบี้ย เป็นต้น

อย่างไรก็ตามความหมายของคำว่า “สิทธิ” มีความเห็นอยู่ 2 ความเห็นคือ

ความเห็นประการที่ 1 เห็นว่า “สิทธิ” หมายถึง “อำนาจที่กฎหมายให้แก่บุคคลในอันที่จะมีเจตนาจ้าง” เช่น ในกรณีบุคคลใดมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินบุคคลนั้นย่อมมีอำนาจที่จะมีเจตนาจ้างที่จะครอบครองใช้สอยหรือจำหน่ายทรัพย์สินนั้น โดยเราจะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ก็ได้ หรือ

⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2525). *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*. หน้า 83-85.

จะใช้อำนาจดังกล่าวแต่เพียงบางประการก็ได้แล้วแต่เจตจำนงของเรา ผู้ที่มีความเห็นประการที่ 1 นี้ เห็นว่าความสำคัญอยู่ที่ “อำนาจ”

ความเห็นประการที่ 2 เห็นว่า สิทธิ คือ ประโยชน์ที่กฎหมายคุ้มครองให้ ผู้ที่มีความเห็นประการที่ 2 จะเน้นหนักไปที่ “วัตถุประสงค์” ของสิทธิ กล่าวคือ การที่กฎหมายให้อำนาจแก่บุคคลที่จะมีเจตจำนง ก็เพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งบุคคลมุ่งประสงค์ ดังนั้นจึงควรถือว่า “สิทธิ” เป็น “ประโยชน์” ที่กฎหมายคุ้มครองมากกว่าจะเป็น “อำนาจ” ส่วนบุคคลที่ไม่เห็นด้วยกับความเห็นที่ 2 เห็นว่าการที่จะถือว่า “สิทธิ” เป็นประโยชน์ที่กฎหมายให้แก่บุคคล เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองให้แก่บุคคล การที่เจ้าของสิทธิจะใช้สิทธินั้นเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งตามวัตถุประสงค์

ส่วน “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” นั้น ถือว่าเป็น “สิทธิตามกฎหมายมหาชน” (das subjective oeffentliche Recht) หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดใดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตนโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายรวมถึง การให้หลักประกันในทางหลักการ (die institutionellen Garantien) ซึ่งหมายถึงการมุ่งคุ้มครองต่อสถาบันในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น มุ่งคุ้มครอง “กรรมสิทธิ์” หรือ “เสรีภาพทางวิชาการ” เป็นต้น ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ

ตามความเห็นของ Pieroth และ Schlink เห็นว่า การให้ความหมายสิทธิและเสรีภาพหรือตามที่เยอรมันเรียกว่า สิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) นั้นอาจให้ความหมายได้ 2 นัย

นัยแรก สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ก่อนที่จะมีรัฐเสรีภาพ และความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลดังกล่าวเป็นเงื่อนไขอันชอบธรรมที่ก่อให้เกิดรัฐขึ้น ด้วยเหตุนี้สิทธิในเสรีภาพและสิทธิในความเสมอภาคจึงผูกพันและเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจรัฐ

⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ ข (2552). หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. หน้า 49.

นัยที่สอง สิทธิขั้นพื้นฐานรวมเป็นสิทธิทั้งหลายซึ่งตกได้แก่ปัจเจกบุคคลมิใช่ในฐานะที่เป็นมนุษย์ แต่หากได้รับสิทธิเช่นนั้นเพราะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐหรือเป็นสมาชิกของรัฐโดยสิทธิเหล่านั้นมิได้มีอยู่โดยไม่มีรัฐ หากแต่สิทธิทั้งหลายนั้นบุคคลล้วนได้รับไปจากรัฐทั้งสิ้น

ความหมายของสิทธิและเสรีภาพทั้งสองนั้นต่างมีลักษณะร่วมกันและมีข้อแตกต่างกัน เพราะตามแนวคิดของกฎหมายธรรมชาตินั้น เห็นว่าเสรีภาพและความเสมอภาคมีอยู่ก่อนที่จะมีสังคมและรัฐ ซึ่งในที่นี้มิได้มีความเข้าใจผิดว่า มนุษย์ไม่สามารถอาศัยอยู่ได้โดยปราศจากสังคมและปราศจากรัฐ แต่การมีอยู่ก่อนของสิทธิและเสรีภาพก่อนที่จะมีรัฐนั้น ตามแนวความคิดดังกล่าวเห็นว่าเป็นความจำเป็นที่รัฐจะต้องอธิบายให้เหตุผลในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีอยู่ก่อนรัฐย่อมมีความหมายว่าการใช้สิทธิดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอธิบายให้เหตุผลต่อรัฐแต่อย่างใด แต่ในทางตรงกันข้ามหากรัฐจะจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวรัฐจะต้องอธิบายให้เหตุผลในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น สำหรับพัฒนาการสิทธิของประเทศเยอรมันนั้นยอมรับหลักการดังกล่าว

Pieroth และSchlink ได้ให้ความหมายสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายทั่วไปว่า หมายถึงสิทธิของปัจเจกบุคคลอันเป็นสิทธิที่ผูกพันต่อรัฐ สิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้เรียกร้องการให้เหตุผลจากรัฐในกรณีที่จะมีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว ในกรณีนี้ย่อมถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีอยู่ก่อนรัฐ

ตามความเห็นของ Albert Bleckmann เห็นว่าการให้ความหมายสิทธิขั้นพื้นฐานอาจให้ความหมายได้ 2 ลักษณะ คือ สิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายในทางเทคนิคกฎหมาย และสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายโดยแท้

ก. สิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายในทางเทคนิค การให้ความหมายในความหมายนี้หมายถึงการนิยามศัพท์ ซึ่งการนิยามศัพท์เหล่านี้จะเชื่อมโยงไปสู่ผลของกฎหมาย ซึ่งในกรณีของสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมหมายความว่า ผลของกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่งจะนำมาใช้เมื่อเป็นกรณีที่เป็นเรื่องของสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายที่ได้กำหนดไว้ ดังนั้นความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายนี้จึงหมายถึง “เงื่อนไขในส่วนองค์ประกอบของกฎหมาย” นั่นเอง ตัวอย่างเช่น ผลของกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19¹⁰ GG ย่อมผูกพันต่อความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่

¹⁰ มาตรา 19 (1) ภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย กฎหมายในกรณีนี้จะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป และจะใช้บังคับเพื่อกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะมิได้ นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวจะต้องอ้างถึงมาตราของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย.

(2) ไม่ว่ากรณีใด การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานมิได้

(3) สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นให้นำมาใช้บังคับกับนิติบุคคลภายในประเทศด้วยเท่าที่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นสามารถนำมาใช้กับนิติบุคคล

กำหนดไว้ ซึ่งหากนอกเหนือจากมาตรา 19 แล้วการให้ความหมายสิทธิขั้นพื้นฐานอาจให้ความหมายในลักษณะอื่นได้ ดังเช่น สิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายของมาตรา 19 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม หมายความว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 กับมาตรา 18 เท่านั้น (ตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน สิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ นั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 1 ถึงมาตรา 18) ในขณะที่ความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายของมาตรา 19 วรรคสอง และการทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักนิติรัฐนั้น ความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมหมายถึงสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ถึงมาตรา 18 และหมายความรวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานที่กระจัดกระจายอยู่ในมาตราอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญด้วย เช่น ตามมาตรา 101-มาตรา 103 GG การให้ความหมายตามหลักการนี้เป็นการให้ความหมายสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะที่สิทธิขั้นพื้นฐานเป็น “สิทธิในการป้องกัน” (Abwehrrechte) เท่านั้น สิทธิขั้นพื้นฐานมิได้หมายความรวมไปถึงความมุ่งหมายของสิทธิตามมาตรา 1 ถึงมาตรา 18 ที่มีความหมายที่จะมุ่งคุ้มครองเชิงหลักการ (Institutionelle Garantie) และไม่รวมถึงความมุ่งหมายที่จะให้เป็นสิทธิเรียกร้องให้กระทำ (Positive Leistungsrechte)

จ. สิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายโดยแท้ การให้ความหมายโดยแท้เป็นการให้ความหมายโดยไม่คำนึงถึงผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด การให้ความหมายนี้จะต้องทำความเข้าใจความหมายของสิทธิขั้นพื้นฐานจากคำสอนว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานทั่วไป คำสอนว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานทั่วไปดังกล่าวจะต้องสรุปรวมปัญหาทั้งหลายที่สัมพันธ์เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้นการให้ความหมายสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายนี้ สิทธิขั้นพื้นฐานจึงมิได้มีความหมายเฉพาะว่าเป็นสิทธิป้องกันอันเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชนเท่านั้น แต่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นก็ยังมีความหมายเป็นสิทธิเรียกร้องให้กระทำ (Die positive Leistungsansprüche) เป็นสิทธิที่เป็นการให้หลักประกันในเชิงสถาบัน (Die institutionellen Garantien) สิทธิขั้นพื้นฐานยังเป็นปทัสถาน (Objective Norm) จากลักษณะของสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่ได้กล่าวถึงจึงอาจนำมาสู่การให้ความหมายสิทธิขั้นพื้นฐานในความหมายโดยแท้ว่า หมายถึงปทัสถานของรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ

เสรีภาพ (Freedom) เป็นคำที่ถูกใช้เคียงคู่กับคำว่า “สิทธิ” เสมอว่า “สิทธิเสรีภาพ” จนเข้าใจว่ามีความหมายอย่างเดียวกัน แท้จริงแล้ว คำว่า “เสรีภาพ” หมายถึง อำนาจตัดสินใจด้วยตนเองของมนุษย์ที่จะเลือกดำเนินพฤติกรรมของตนเอง โดยไม่มีบุคคลอื่นใดอ้างหรือใช้อำนาจแทรกแซงเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจนั้น และเป็นการตัดสินใจด้วยตนเองที่จะกระทำหรือไม่กระทำ

(4) หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน บุคคลนั้นชอบที่จะใช้สิทธิทางศาลได้ในกรณีที่ไม่มีศาลที่มีเขตอำนาจในเรื่องนั้น ให้ฟ้องยังศาลยุติธรรม.

การสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ซึ่งก็เป็นความหมายของเสรีภาพในทางปรัชญาเท่านั้น แต่การที่มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่ในสังคมแล้วแต่ละคนจะตัดสินใจกระทำหรือไม่กระทำกรสิ่งใดนอกเหนือจากต้องปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว ย่อมต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์ต่างๆ ของสังคม ขนบธรรมเนียม และวัฒนธรรม¹¹

“เสรีภาพ” ตามความหมายในทางกฎหมาย จึงหมายความว่าถึง อำนาจของคนเราที่จะตัดสินใจด้วยตนเองที่จะกระทำหรือไม่กระทำกรสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย บทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในประเทศไทย จากหลักศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ตอนหนึ่งจารึกไว้ว่า “เจ้าเมืองบ่เอาจกอบในไพร่ลู่ทาง เพื่อนจูงวัวไปค้า ขี่ม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้าง ค้า ใครจักใคร่ค้าม้า ค้า ใครจะใคร่ค้าเงือนค้าทอง ค้า ...”

ดังนั้น เสรีภาพ หมายความว่า ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น หรือภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง¹² หรือสภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามความประสงค์ของตน และเสรีภาพของบุคคลย่อมมีอยู่ครบเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำการในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำ ซึ่งบุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ครบเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำ¹³ เสรีภาพเป็นเงื่อนไขของบุคคลที่ไม่ขึ้นต่อผู้หนึ่งผู้ใดและเป็นอำนาจหรือมีอำนาจที่จะกระทำหรือไม่กระทำก็ได้¹⁴ เสรีภาพเป็นอำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง¹⁵

ความแตกต่างระหว่าง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” จึงอยู่ที่ว่า “สิทธิ” เป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง แต่ในขณะที่ “เสรีภาพ” นั้นเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด

แต่กรณีที่สามารถทำให้เกิดความสับสนคือ กรณีของ “สิทธิในเสรีภาพ” กล่าวคือ โดยคำพังของเสรีภาพนั้น ไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา ซึ่งบุคคลย่อมมี

¹¹ สถาบันพระปกเกล้า. (2553). สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย. สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2553, จาก www.thaipoliticsgovernment.org

¹² D.D. Raphael. (1976). *Problem of Political Philosophy*. p. 115.

¹³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 22.

¹⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ*. หน้า 24.

¹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ ข เล่มเดิม. หน้า 61.

เสรีภาพในการที่จะนับถือศาสนาหรือไม่นับถือศาสนาใดศาสนาหนึ่ง ในแง่นี้มิได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นแต่อย่างใด แต่หากกล่าวว่า “สิทธิในเสรีภาพ” นั้นหมายความว่าบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองในความหมายนี้ ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่น กล่าวคือบุคคลย่อมมีหน้าที่ที่จะไม่ไปละเมิดการให้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น

เมื่อใดก็ตามที่บุคคลรู้สึกตัวว่าถูกละเมิดเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ก็สามารถยกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนี้มาใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ทันที อย่างไรก็ตาม การจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ก็อาจทำได้ในบางกรณี เฉพาะที่มีความจำเป็นและสมเหตุสมผลเท่านั้น ซึ่งก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ แต่การออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพเช่นนั้น ต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของเสรีดังกล่าว

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติเสรีภาพแก่บุคคลไว้มากมายหลายมาตรา ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันว่าพลเมืองผู้ใดหรือบุคคลใดสามารถดำรงชีพและใช้ชีวิตอย่างปกติสุขภายใต้การปกครองที่เป็นธรรมและกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยเสมอภาคเท่าเทียมกัน การใช้เสรีภาพของบุคคลก็เหมือนกับการใช้สิทธินั้น กล่าวคือ ใช้ได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บทบัญญัติเสรีภาพแก่บุคคลไม่ว่าจะเป็นด้านเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร เสรีภาพในการสื่อสารถึงกันในทางที่ชอบด้วยกฎหมาย เสรีภาพในการถือศาสนาและการปฏิบัติตามศาสนาบัญญัติหรือพิธีกรรมตามความเชื่อถือนของตน เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น ฯลฯ เป็นต้น

ส่วน “เสรีภาพบริบูรณ์” (Freedom Absolute) นั้นหมายถึง เสรีภาพอันไม่มีข้อจำกัด เพราะเป็นเสรีภาพทางจิตใจที่จะยึดมั่นและเคารพเลื่อมใสศรัทธาต่อศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา มนุษย์ทุกคนที่เกิดมามีความต้องการสิ่งยึดเหนี่ยวทางด้านจิตใจซึ่งเป็นเรื่องละเอียดอ่อน ลึกซึ้งถูกต้องดีงาม และมีความสูงส่ง โดยเหตุที่ความเชื่อหรือความยึดมั่นนับถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา เป็นเรื่องจิตใจโดยแท้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของเกือบทุกประเทศทั่วโลก จึงบัญญัติให้พลเมืองของตนมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาพูดง่าย ๆ คือ บุคคลจะถือศาสนาใดก็ได้ โดยไม่มีข้อจำกัดหรือกฎหมายมาห้ามมิให้ถือศาสนาใดศาสนาหนึ่งได้ พูดไปทำไมมี คำว่า “เสรีบริบูรณ์ในการถือศาสนา” นั้นจะบอกว่าไม่ถือ

ศาสนาใดหรือคนไม่มีศาสนาก็ยังได้ เพียงแต่ถ้าประกาศตัวไปเช่นนั้น ก็เหมือนอยู่คนเดียวในโลก หรือไม่ก็กลายเป็นคนไม่ดีหรือคนหยาบเข้าในสายตาของศาสนิกชนทั่วไป¹⁶

สิทธิและเสรีภาพนั้นจึงมีความแตกต่างกันอยู่ที่ สิทธิเป็นประโยชน์ในเรื่องที่บุคคลชอบที่จะเรียกร้องเอาจากบุคคลอื่น หากการเรียกร้องนั้นเป็นการเรียกร้องเอาแก่บุคคลทั่วไปหรือ ปังเจกชน ก็เป็นสิทธิในทางเอกชนเช่นสิทธิทางแพ่ง ถ้าการเรียกร้องประโยชน์นั้นเป็นการเรียกร้องเอาจากรัฐ สิทธินั้นก็จะเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชนหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือหากพิจารณาถึงวิธีการ สิทธินั้นเป็นสิ่งที่ต้อง “ใช้” เช่น การใช้สิทธิเรียกร้องให้ผู้อื่นชำระหนี้ทางแพ่ง หรือสิทธิในการเลือกตั้งแสดงเจตนารมณ์ทางการเมือง เป็นเรื่องที่จะเห็นว่าผู้ทรงสิทธินั้นจะต้องดำเนินการบางประการเพื่อใช้สิทธินั้น ส่วนเสรีภาพ คือประโยชน์ในลักษณะที่บุคคลจะกระทำการใดๆ โดยไม่ถูกบังคับหรืออยู่ภายใต้อาณัติ อันเป็นสิ่งที่ไม่ต้องเรียกร้อง หรือดำเนินการเพื่อใช้ แต่เสรีภาพนั้นจะส่งผลต่อบุคคลผู้ทรงเสรีภาพนั้นปลอดจากการถูกบังคับให้กระทำหรือไม่กระทำการอยู่แล้วตลอดเวลาที่ยังมีเสรีภาพนั้นคุ้มครองอยู่

อย่างไรก็ตาม สำหรับในบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง มีเพียงเสรีภาพในการนับถือศาสนา (Freedom of religion) เท่านั้นที่เป็นเสรีภาพอย่างสมบูรณ์เด็ดขาด (Absolute right) หมายความว่า รัฐจะตรากฎหมายออกมาจำกัดเสรีภาพในการนับถือศาสนาของประชาชนไม่ได้ ส่วนเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของบุคคลและสื่อมวลชนมิได้เป็นเสรีภาพที่เด็ดขาด (Non-absolute right) อย่างเสรีภาพในการนับถือศาสนา ฉะนั้น รัฐจึงตรากฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพของประชาชนได้ ส่วนบรรดาสิทธิเสรีภาพต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้นล้วนและแต่เป็นสิทธิที่ไม่เด็ดขาดหมายความว่า รัฐอาจตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเช่นนั้นได้ เพียงแต่รัฐธรรมนูญได้ วางเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพว่าต้องเป็นไปตามกฎหมายและเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง) นอกจากนี้แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 28 ยังบัญญัติอีกด้วยว่า บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ฉะนั้น การใช้สิทธิและเสรีภาพของตนต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นๆ ที่อยู่ร่วมกันในสังคมอีกด้วย¹⁷

กล่าวโดยสรุป “เสรีภาพ” ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นที่จะไม่เข้ามารบกวนการใช้ อำนาจในการกระทำหรือไม่กระทำการของบุคคลนั้น

¹⁶ คณิน บุญสุวรรณ. (2553). ปทานุกรมศัพท์รัฐสภาและการเมืองไทย. “เสรีภาพ.” สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2553, จาก <http://www.panyathai.or.th/wiki/index.php>

¹⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2553). “ข้อสังเกตเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมและการแสดงความคิดเห็นตามรัฐธรรมนูญ.” สืบค้นเมื่อ 11 กรกฎาคม 2553, จาก www.prachathai.com

2.1.3 การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

คำประกาศอิสรภาพสหรัฐอเมริกาเป็นคำสำนวนโวหารของพื้นฐานความคิดของสิทธิและเสรีภาพที่ยืนยันว่ามนุษย์แต่ละคนมีสิทธิและในการดำรงชีวิตอย่างมีอิสรภาพ อีกทั้งมีสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองเท่าที่จำเป็น ไม่มีสิ่งใดที่มีอำนาจอยู่เหนือสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนและครอบงำความคิดของมนุษย์ได้ ดังนั้นรัฐบาลที่จัดตั้งโดยประชาชนมีหน้าที่ต้องปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และเพื่อการพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพมิให้ถูกทำลายจำต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ สิทธิและเสรีภาพพลเมืองจึงเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญในการจำกัดอำนาจรัฐมิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขต และเป็นพื้นฐานความคิดปัจจุบันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ทั่วโลก

การบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกชนไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามความคิดรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย มีพื้นฐานความคิดจากกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพในกรณีนี้ได้ถือหลักการรับรองสิทธิและเสรีภาพจากกฎหมาย Bill of Rights ของประเทศอังกฤษ ปณิญาสาทว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศส (The Declaration of Rights of man and of the Citizen) และความตื่นตัวของประเทศต่างๆ ทั่วโลกภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 มีอิทธิพลต่อการประกาศสิทธิมนุษยชนสากลของสหประชาชาติเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1748 (International Institutions, 2002) เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของมนุษยชาติเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประเทศต่างๆ ทั่วโลก สาระสำคัญตามคำประกาศสิทธิมนุษยชนสิ่งแรก ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกชนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 มนุษยชาติทั้งปวงที่เกิดมามีสิทธิเท่าเทียมกันและมีเสรีภาพมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มาตรา 2 ทุกๆ คนมีสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงโดยเกิดโดยไม่มีการแบ่งเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา มีสิทธิทางการเมือง ทรัพย์สิน เป็นต้น และสิทธิอื่นๆ อันได้แก่สิทธิทางสังคม สิทธิทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรม สิทธิต่างๆ เหล่านี้ได้บัญญัติไว้ในสิทธิขั้นพื้นฐานในคำประกาศสิทธิมนุษยชนสากล และประเทศต่างๆ ได้นำสิทธิขั้นพื้นฐานตามคำประกาศสิทธิมนุษยชนสากลไปบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ¹⁸

1) ประเภทของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

ในการพิจารณาถึงการแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งอาจแบ่งแยกออกได้หลายลักษณะ แต่ในที่นี้จะพิจารณาการแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพดังนี้ การแบ่งสิทธิและเสรีภาพตามแนว

¹⁸ วุฒิชัย จิตตานุ. (2546, พฤษภาคม-สิงหาคม). “สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก.” *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 5 (14). หน้า 75-77.

คลาสสิกของเยอรมัน การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ และการแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิ

(1) การแบ่งสิทธิและเสรีภาพตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน Georg Jellinek เป็นผู้เสนอแนวคิดในการแบ่งสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวโดยได้แบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพออกเป็น 3 ประเภทดังนี้¹⁹ คือ

ก. Status negativus หมายถึง กลุ่มของสิทธิและเสรีภาพที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจะต้องปราศจากการเข้ามาแทรกแซงใดๆ ของรัฐ การใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นเรื่องที่ปัจเจกบุคคลสามารถดำเนินการไปเองโดยรัฐไม่จำเป็นต้องเข้ามาดำเนินการใดๆ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ปฏิเสธอำนาจรัฐ สิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้แสดงออกมาในรูปของสิทธิในการป้องกัน (Abwehrrecht) อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลต่อการแทรกแซงของรัฐหรือการละเมิดของรัฐ จากสิทธิในการป้องกันของปัจเจกบุคคลดังกล่าวนี้ ปัจเจกบุคคลอาจเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยาจากรัฐได้ ในกรณีที่มีการแทรกแซงหรือมีการละเมิดจากรัฐหรืออาจเรียกร้องให้รัฐละเว้นจากการกระทำความผิดได้ ตัวอย่างของสิทธิในกลุ่ม Status negatives ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เช่น เสรีภาพในการถือศาสนา (มาตรา 37) เสรีภาพในเคหสถาน (มาตรา 33) เสรีภาพในการสื่อสาร (มาตรา 36) สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย (มาตรา 32) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (มาตรา 45) และเสรีภาพในทางวิชาการ (มาตรา 50) เป็นต้น

ข. Status positivus หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีอาจจะบรรลุความมุ่งหมายได้หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายรัฐ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้แสดงออกมาในรูปของสิทธิประเภท “สิทธิเรียกร้อง” สิทธิเรียกร้องให้กระทำการ สิทธิในการดำเนินคดี ตามทัศนะของ Jellinek เห็นว่าสิทธิที่เป็นศูนย์กลางของสิทธิประเภทนี้คือสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย (Anspruch auf Rechtsschutz)

สิทธิประเภทนี้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้แก่ สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน (มาตรา 49) สิทธิในการรับบริการทางสาธารณสุข (มาตรา 51) สิทธิได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐของเด็กและเยาวชน (มาตรา 52) สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐของบุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปี (มาตรา 53) สิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลือจากรัฐของผู้พิการ (มาตรา 54) และสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาล (มาตรา 28) เป็นต้น

¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ ข เล่มเดิม. หน้า 52-53.

ก. Status activus หมายถึง กลุ่มของสิทธิที่ปัจเจกบุคคลใช้สิทธิของตนในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมือง หรือเข้าไปมีส่วนร่วมกับองค์กรของรัฐ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ได้มีการบัญญัติรับรองออกมาในรูปของ “สิทธิของพลเมือง” อันได้แก่สิทธิของผู้เลือกตั้ง สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง รวมทั้งสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองอื่นๆ สิทธิประเภทนี้มักจะจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาตินั้น

การแบ่งสิทธิและเสรีภาพตามแนวคลาสสิกของเยอรมัน ซึ่งอาศัยลักษณะของการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับหน้าที่ของรัฐเป็นข้อพิจารณาในการแบ่งสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวซึ่งสามารถทำให้เข้าใจพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทว่ามีจุดมุ่งหมายอย่างไร และการที่ทำให้บรรลุความมุ่งหมายสิทธิเสรีภาพแต่ละประเภทรัฐจะต้องดำเนินการอย่างไร

(2) การแบ่งโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ

การแยกสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้พิจารณาจากผู้ซึ่งได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครอง ซึ่งอาจแบ่งสิทธิและเสรีภาพได้ดังนี้

ก. สิทธิมนุษยชน ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิด และไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น²⁰ สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่เกิดมาจากแนวความคิดในเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” สิทธิมนุษยชนพบได้จากเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่างๆ ที่มีอยู่อย่างซับซ้อนและจากหลักประกันต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของแต่ละรัฐ หรืออาจเป็นข้อความคิดที่ได้ริเริ่มจากการปรากฏขึ้นมาของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศ ซึ่งมีการจัดทำขึ้นในรูปของตราสารระหว่างประเทศที่ให้หลักประกันการใช้สิทธิ และใช้จำกัดการใช้อำนาจของรัฐที่มีเหนือพลเมืองของตน²¹

สิทธิมนุษยชน หรือสิทธิของทุกๆ คน ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่ทุกๆ คน โดยมีได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใด หากบุคคลนั้นมาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้น บุคคลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้นๆ ด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียวว่า เพราะเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ มนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้

²⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 24.

²¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร. (2540, ธันวาคม). “กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศกับสิทธิมนุษยชน.” *วารสารนิติศาสตร์*, 27 (4). หน้า 1161-1177.

อยู่แล้วตั้งแต่ก่อนที่จะมี “รัฐ” เกิดขึ้น²² สิทธิประเภทนี้ได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในทางศาสนา เป็นต้น ฉะนั้น สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิทั้งหลายซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในประเทศที่มีอารยธรรม ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานที่จำเป็นในการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีของมนุษย์และในการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ เป็นสิทธิที่มีการคุ้มครองป้องกันในทางกฎหมายเป็นพิเศษกับความสำคัญของสิทธินั้น²³

ข. สิทธิพลเมือง คือ สิทธิในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ หรืออีกนัยหนึ่งคือบรรดาสิทธิและเสรีภาพทางการเมือง อันได้แก่ เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองเพื่อดำเนินกิจการทางการเมือง สิทธิเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ฯลฯ แม้สิทธิของพลเมืองจะมีได้ก็เฉพาะแต่ภายหลังเวลาที่รัฐเกิดขึ้นแล้ว แต่สิทธิของพลเมืองก็เป็นสิทธิและเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชนด้วยเหตุผลที่ว่า การที่ราษฎรเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ เป็นวิธีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนวิธีหนึ่งในหลายๆ วิธี²⁴ แม้แต่องค์กรที่ให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนก็ให้การคุ้มครองสิทธิของพลเมืองด้วยเช่นกัน โดยทั่วไปแล้ว รัฐธรรมนูญจะบัญญัติรวมกันทั้งสิทธิและเสรีภาพ สิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง โดยไม่มีการแยกออกจากกัน เพราะสิทธิพลเมืองซึ่งได้แก่เสรีภาพทางการเมืองจะดำเนินไปได้อย่างดีก็ต่อเมื่อสิทธิมนุษยชนได้รับการค้ำประกันเช่นเดียวกับสิทธิเสรีภาพอื่นๆ ไป²⁵

สิทธิประเภทนี้ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น เช่น ตามรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพที่อยู่ในกลุ่มของ Status actives หรือ “สิทธิในทางการเมือง” เสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Freiheit der Berufswahl) เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ (Freizuegigkeit) และเสรีภาพในการชุมนุม (Versammlungsfreiheit) เป็นต้น สิทธิและเสรีภาพเหล่านี้เป็นสิทธิของชาวเยอรมันเท่านั้น

การแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธินี้ โดยแท้จริงแล้วเป็นการพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธิว่า สิทธิใดควรจะให้กับบุคคลทุกคน และสิทธิใดควรจะจำกัดให้เฉพาะพลเมืองของชาตินั้นเท่านั้น ซึ่งการแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้จะนำไปสู่การแยกสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองของชาติออกจากสิทธิมนุษยชน หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการกำหนดขอบเขตในการคุ้มครองของสิทธิแต่ละประเภทนั่นเอง

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม, หน้า 36.

²³ วีระ โลจายะ, (2524), กฎหมายสิทธิมนุษยชน, หน้า 53-54.

²⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม, หน้า 28.

²⁵ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, (2545), หลักกฎหมายมหาชน, หน้า 367.

(3) การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

การแยกประเภทของสิทธิโดยพิจารณาจากเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เป็นการพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพนั้นๆ เป็นสิทธิที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ หรือหากอยู่ภายใต้เงื่อนไขกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอยู่ในเงื่อนไขประเภทใด ซึ่งมีการกำหนดรูปแบบของเงื่อนไขของกฎหมายไว้ 3 รูปแบบดังนี้

ก. สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมาย ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญเพียงแต่เรียกร้องว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นอาจจะกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไปนี้ไม่ได้เรียกร้องเงื่อนไขพิเศษในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประการอื่น สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป เช่น เสรีภาพในเคหสถาน ตามมาตรา 33 วรรคสอง และวรรคสาม บัญญัติว่า “บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการตรวจค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐานจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเงื่อนไขใดๆ เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในเคหสถานไว้แต่อย่างใด เพียงแต่กำหนดไว้ว่า “เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” แต่อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่า การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไม่มีข้อจำกัดใดๆ เพราะโดยแท้จริงแล้วการจำกัดเสรีภาพยังอยู่ภายใต้ข้อจำกัดทั่วไป ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

ข. สิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ ในกรณีนี้รัฐธรรมนูญเรียกร้องว่าการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมายนั้นจะต้องผูกพันอยู่กับสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง หรือต้องผูกพันอยู่กับวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง หรือจะต้องดำเนินการโดยวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น เช่น เสรีภาพในการเดินทาง ตามมาตรา 34 การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ในกรณีนี้ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดเสรีภาพมากขึ้น กล่าวคืออาจจะจำกัดเสรีภาพในการเดินทางตามมาตรา 34 จะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้นหากฝ่ายนิติบัญญัติได้จำกัดเสรีภาพในการเดินทางนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ขัดกับรัฐธรรมนูญ การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางดังกล่าวย่อมเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ

ค. สิทธิและเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่อยู่ภายใต้การจำกัดสิทธิโดยกฎหมายใดๆ ทั้งสิ้น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนาตามมาตรา 37 บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ใน

เวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ตามมาตรา 39 สิทธิของผู้มีสัญชาติไทยที่จะไม่ถูกเนรเทศออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 34 วรรคสาม

การแบ่งสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ สามารถทำให้เข้าใจถึงประเภทของเงื่อนไขของกฎหมายในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิต่างๆ ว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ กล่าวคือ มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปราศจากเงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ หรือในกรณีของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกับเงื่อนไขกฎหมายพิเศษ ในกรณีจะต้องตรวจสอบว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดย่อมเป็นการแสดงถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

นอกจากนี้ จากการศึกษาค้นคว้าของ Dr.A. E. Dick Howard นักกฎหมายมหาชน พบว่า สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในประเทศต่างๆ ได้แบ่งออกเป็นสองประเภท ได้แก่ สิทธิในทางลบ (Negative Rights) และสิทธิในทางบวก (Affirmative Rights) ที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญเรียกว่า “Positive Rights”

สิทธิในทางลบ เป็นสิทธิที่มีเสรีภาพปราศจากการครอบงำบังคับ เป็นสิทธิที่ชี้ให้รัฐบาลรู้ว่าสิทธิใดที่รัฐบาลกระทำไม่ได้ ได้แก่ สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิทางการเมือง สิทธิพลเมือง สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิการได้รับการพิจารณาคดีที่ยุติธรรมเมื่อถูกจับกุม สิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย สิทธิในความเสมอภาคเท่าเทียมกันไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งสิทธิเหล่านี้ส่วนใหญ่เป็นสิทธิปัจเจกชนที่ได้แสดงออกเป็นคุณค่าของความเป็นมนุษย์อันมีพื้นฐานที่มาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่รัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ ได้รับรองคุ้มครองไว้

สิทธิในทางบวก หมายถึง สิทธิใดที่รัฐบาลต้องกระทำตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ สิทธิดังกล่าวมีความหมายตรงกันข้ามกับสิทธิในทางลบ ได้แก่ สิทธิทางสังคมเศรษฐกิจ การศึกษา สาธารณสุข สุขภาพพลานามัย ภาษาพูดและวัฒนธรรม เป็นต้น สิทธิเหล่านี้ถือเป็นหน้าที่ของรัฐต้องดำเนินการให้ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าเป็นสิทธิประเภทที่ต้องรับการตอบสนองจากรัฐ มีความสำคัญต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย และเพื่อคุ้มครองสิทธิประเภทดังกล่าวจึงต้องบัญญัติสิทธิในทางบวกไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นนโยบายแห่งรัฐเพื่อให้รัฐต้องกระทำตามสิทธิที่นโยบายได้บัญญัติไว้

สิทธิในทางลบและสิทธิในทางบวกเหล่านี้ นิยมเรียกกันรวมๆ ว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ซึ่งประเทศต่างๆ ได้นำไปปรับใช้ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 หมวด 1

ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 19²⁶ ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ตั้งแต่มาตรา 26 ถึงมาตรา 69 และสอดคล้องไว้ในหมวดอื่นๆ ว่าด้วยนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ตั้งแต่มาตรา 75 ถึงมาตรา 87 เป็นต้น

นอกเหนือจากการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่รัฐให้การคุ้มครองต่างๆ ไปแล้ว รัฐธรรมนูญรัฐเสรีประชาธิปไตยยังบัญญัติถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ควบคู่ไปด้วย เนื่องจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงและเป็นหลักการพื้นฐานประการหนึ่งในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตย หลักประชาธิปไตยและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นหลักการที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้²⁷

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หมายถึง “ความมีค่าของมนุษย์แต่ละคน ทั้งในแง่ของความมีค่าในตัวของผู้นั้นเองและในสถานภาพของความเป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจจะพรากเสียได้” ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคน โดยไม่คำนึงถึงเพศ วัย สีผิว สัญชาติ หรือศาสนา และได้กลายมาเป็นแก่นสาระสำคัญตามธรรมชาติของความเป็นมนุษย์อย่างปฏิเสธไม่ได้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจถูกพรากหรือทำให้สูญหายไปด้วยวิธีการใดๆ ได้ เรียกได้ว่าเพียงความเป็นมนุษย์เท่านั้นที่เป็นเงื่อนไขที่นำไปสู่ความมีศักดิ์ศรีดังกล่าว²⁸ และมนุษย์จะดำรงอยู่อย่างมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หากมนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกับมนุษย์คนอื่นๆ ในสังคม

ประเทศไทยมีการบัญญัติเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540²⁹ ในมาตรา 4 “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของ

²⁶ แหล่งเดิม, หน้า 77-78.

²⁷ บุญศรี มีวงศ์โงษ ข (2549). หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 51-52.

²⁸ แหล่งเดิม, หน้า 22-23.

²⁹ วนิตา ไชยชนตรติ. (2547, 11 เมษายน). “ข้อความคิดเกี่ยวกับมาตรการควบคุมผู้ต้องขังกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.” รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 3: ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ. หน้า 533.

ประชาชน” และในคำปรารภของกฎบัตรสหประชาชาติมีการบัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ความว่า “ความเชื่อในสิทธิมนุษยชนอันเป็นพื้นฐานสำคัญ ความเชื่อในศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นบุคคลของมนุษย์” และเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ที่ประชุมใหญ่องค์การสหประชาชาติได้ประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งในคำปรารภของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน บัญญัติข้อความว่า “การยอมรับในศักดิ์ศรีซึ่งมีอยู่ในสมาชิกทุกคนของครอบครัวมนุษย์” นอกจากนี้ ในข้อ 1 ของปฏิญญายังได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “มนุษย์ทุกคนย่อมเกิดมาอย่างเสรีและมีความเท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีและสิทธิต่างๆ กอปรเหตุผลและสำนึกและควรพบปะสังสรรค์กันด้วยจิตวิญญาณแห่งความเป็นพี่น้องกัน”

2.1.4 ระบบประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพแล้ว พบว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทไว้ในระดับที่แตกต่างกันไป ดังนี้

1) สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้โดยไม่มีเงื่อนไขพิเศษสำหรับการออกกฎหมายฉบับนั้น หมายความว่า แม้รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นหลัก แต่องค์กรนิติบัญญัติอาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ตามที่เห็นสมควร ตัวอย่างการประกันสิทธิและเสรีภาพในลักษณะนี้ เช่น มาตรา 41 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” ในกรณีที่ต้ององค์กรนิติบัญญัติเห็นสมควรจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอย่างไร ก็อาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิในทรัพย์สินนี้ได้

อย่างไรก็ตาม องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจออกกฎหมายมาลบล้างสิทธินี้ได้ ได้เพียงแต่จำกัดเท่านั้น อนึ่งการออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น แม้จะเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้กระทำได้ตามที่เห็นสมควร องค์กรนิติบัญญัติก็ต้องตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่างๆ ตามมาตรา 29 ด้วย กล่าวคือ ต้องกระทำเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

2) สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้โดยการปฏิบัติตามเงื่อนไขพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อาจเป็นสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น มาตรา 63 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ วรรคสอง การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะและเพื่อคุ้มครองความสงบของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้

กฎหมายอัยการศึก” ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขพิเศษไว้เช่นนี้ องค์การนิติบัญญัติย่อมตรากฎหมายล่งล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้เฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาต ซึ่งตรงกับเงื่อนไขในมาตรา 29 วรรคหนึ่งที่ว่า “...เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้”

3) สิทธิและเสรีภาพประเภทที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเด็ดขาด ไม่อนุญาตให้องค์การนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้ ตัวอย่างเช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนาตามมาตรา 37 เป็นต้น

เมื่อพิจารณาลักษณะการรับรองสิทธิและเสรีภาพข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า ในระบบการรับรองสิทธิและเสรีภาพประเภทแรกนั้น รัฐมีอิสระและดุลพินิจมากที่สุดในการเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล ในขณะที่ระบบที่สอง รัฐมีอิสระและดุลพินิจลดลง ส่วนในระบบที่สามนั้น รัฐไม่อาจเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลได้เลย ทำให้เฉพาะการกำหนดกรอบหรือเขตแดนแห่งสิทธิที่รัฐจะคุ้มครองให้เท่านั้น เช่น เสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาย่อมได้รับความคุ้มครองตราบเท่าที่ไม่เป็นปฏิกิริยาต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น³⁰

2.1.5 แนวคิด พัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของผู้ต้องขัง

สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังมีวิวัฒนาการมาเป็นเวลานาน โดยมีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงรูปแบบไปตามยุคสมัย ขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจ สังคม การเมืองการปกครอง ค่านิยมทางวัฒนธรรม นโยบายทางอาญา (Criminal Policy) วัตถุประสงค์ของการลงโทษ ตลอดจนทัศนคติของประชาชนในสังคมที่มีต่อผู้ต้องขังเป็นประการสำคัญ

ในการศึกษาครั้งนี้ จะกล่าวถึงรูปแบบวิวัฒนาการของสิทธิผู้ต้องขังโดยเน้นถึงสิทธิที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตของผู้ต้องขังว่ามีวิวัฒนาการอย่างไร ทั้งในส่วนของประเทศไทย ต่างประเทศ และการให้ความคุ้มครองหรือรับรองในกฎหมายระหว่างประเทศ ตามลำดับ ดังนี้

1) พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังในประเทศไทย

งานราชทัณฑ์ของไทยมีวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย แต่เดิมการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษด้วยการจำคุกหรือกักขังจะเน้นที่การลงโทษเพื่อทดแทนแก้แค้นผู้กระทำความผิด ด้วยการควบคุมกักขังและกระทำการทรมานให้ได้รับทุกขเวทนาเพื่อให้เกิดความกลัวและหลบจำ อีกทั้งมีการกักขังด้วยความเข้มงวดโดยมีการล่ามโซ่ตรวนไว้ตลอดเวลาทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้บุคคลนั้นหลบหนี

³⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก (2551). เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน: มาตราในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เอกสารประกอบการบรรยายวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 2-3.

ในสมัยโบราณการราชทัณฑ์ไทยมิได้คำนึงถึงสุขภาพอนามัยหรือความจำเป็นพื้นฐานของผู้ต้องขัง เพราะไม่มีการให้ความสำคัญในด้านมนุษยธรรม เนื่องจากมีความคิดว่าผู้กระทำความผิดไม่มีสภาพความเป็นมนุษย์อยู่อย่างสมบูรณ์จึงไม่สามารถอบรมสั่งสอนให้กลับตนเป็นคนดีได้³¹ ดังปรากฏจากหลักฐานในสมัยอยุธยาเกี่ยวกับสภาพของเรือนจำและชีวิตความเป็นอยู่ของผู้ต้องขัง โดยผู้ต้องขังจะถูกจองจำไว้ในสถานที่สำหรับคุมขังซึ่งมีชื่อเรียกต่างกันไป เช่น ตรู เรือนจำ ขุม กูก ตะราง ทิม สนม แต่สถานที่ซึ่งเป็นที่รู้จักกันทั่วไป คือ กูกและตะราง³²

ลักษณะของกูกและตะรางในสมัยนั้นจึงมีสภาพที่น่าเวทนา เนื่องจากการสร้างคุกด้วยไม้ไผ่เป็นคอกหรือกรง จึงถูกลมถูกฝนพัดผ่านตลอดเวลา ดังปรากฏหลักฐานในจดหมายเหตุของสาเลแบ้ อัครราชทูตกรุงฝรั่งเศสในสมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราชปี ค.ศ. 1688 (พ.ศ. 2230) นอกจากนี้ยังมีการบันทึกไว้ในหนังสือภูมิสถานกรุงศรีอยุธยาว่า “...ไต่ตรวนเชือกผูกเอวต่อกันไปผูกติดท้ายพวงออกมาเที่ยวขทานกิน...” แสดงให้เห็นว่าผู้ต้องขังในสมัยนั้นต้องหาอาหารกินเอง โดยไปขอชาวบ้านตามแต่ที่เขาจะให้ โดยที่รัฐมิได้ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ต้องขังแต่อย่างใด รัฐคงทำหน้าที่เพียงควบคุมผู้ต้องขังไว้ไม่ให้หลบหนีไปได้เท่านั้น ซึ่งเป็นการบรรลู่วัตถุประสงค์ในการจำคุกที่ยึดถือปฏิบัติในสมัยนั้นแล้ว

ในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นตั้งแต่ รัชกาลที่ 1 ถึงรัชกาลที่ 4 (พ.ศ. 2325 – พ.ศ. 2411) มีการแยกเรือนจำออกเป็นเรือนจำในกรุงเทพฯ และเรือนจำในหัวเมืองชั้นนอก เรือนจำในกรุงเทพฯ แบ่งเป็นสองอย่างคือ กูกและตะราง การราชทัณฑ์ในสมัยนี้ยังไม่มีการคำนึงถึง หลักสิทธิมนุษยชน หรือเสรีภาพของผู้ต้องขัง³³ ทำให้ปฏิบัติและควบคุมผู้ต้องขังด้วยความเข้มงวด โดยนักโทษต้องเสียค่าธรรมเนียมการรับนักโทษเมื่อเข้ามาต้องโทษ และเมื่อพ้นโทษต้องเสียเงินให้เจ้าพนักงานที่นำความไปกราบบังคมทูล 3 ตำลึง (12 บาท) และเมื่อมีการโปรดเกล้าให้ปล่อยตัวให้เสียอีก 2 ตำลึง (8 บาท)

ส่วนอาหารหรือเครื่องนุ่งห่มของผู้ต้องขังให้เป็นหน้าที่ที่ญาติพี่น้องจะต้องติดตามมาส่งให้บ้าง หรือนักโทษต้องทำงานเพื่อหาเงินมาใช้ในการดำรงชีพในเรือนจำเนื่องจากรัฐมิได้จัดหาให้แต่อย่างใด ทำให้นักโทษมีความเป็นอยู่ที่แร้นแค้นขาดการดูแลเอาใจใส่จากเจ้าพนักงาน มีเพียงการเข้มงวดกวดขันในการจองจำนักโทษโดยใช้เครื่องพันธนาการซึ่งเป็นการลงโทษและเป็นเครื่องมือในการป้องกันมิให้มีการหลบหนีการคุมขัง ดังนั้นสภาพเรือนจำในสมัยนี้จึงคงเป็นลักษณะเช่นเดียวกับสมัยกรุงศรีอยุธยาที่เน้นควบคุมผู้ต้องขังมิให้หลบหนีเป็นหลัก

³¹ สุวรรณ รื่นยศ. (2504). *หลักปฏิบัติการราชทัณฑ์*. หน้า 126-127.

³² สมภพ จันทรประภา และคณะ. (2525). *ประวัติศาสตร์ราชทัณฑ์ 200 ปี*. หน้า 266.

³³ ประธาน วัฒนาวณิชย์. (2526). *สิทธิของผู้ต้องขังในประเทศไทย* (รายงานการวิจัย). หน้า 1.

สถานที่คุมขังผู้ต้องโทษในสมัยนั้น สังฆราชปาลเลกซ์เขียนบรรยายลักษณะไว้ในสมัยรัชกาลที่ 4 ถึงสภาพคุกหรือเรือนจำว่า เรือนจำหรือคุกเป็นสถานที่อันน่ากลัวมาก เป็นห้องขังมืดๆ ซึ่งมีนักโทษอยู่กันอย่างแออัดเป็นจำนวนร้อยๆ คน เกระะหัดที่ใช้เป็นที่หลับนอนเท่านั้น ส่วนตอนกลางวันจะถูกปล่อยตัวไปทำงานร่วมกัน เช่น เลื่อยไม้ ขนอิฐ ขนทราย ทำทางหรือทำงานหนักอย่างอื่นๆ โดยมีอาหารคือข้าวกับเกลือเพียงเล็กน้อยเท่านั้น และเมื่อถึงเวลากลางคืนเจ้าพนักงานเรือนจำจะนำนักโทษทั้งหมดเข้าไปควบคุมในคุกซึ่งมีความแออัดมาก นักโทษจึงต้องนอนเรียงกันแล้วใช้โซ่ตรวนร้อยขาลำไปผูกไว้กับเสาใ้ล่กุญแจ ทำให้ไม่สามารถพลิกตัวได้ ฉะนั้นจึงต้องนอนถ่ายหนักถ่ายเบาอยู่กับที่จนรุ่งเช้าจึงได้รับการปล่อยตัวออกจากคุกหรือตาราง

ส่วนมิสเตอร์คาร์ล บ็อค (Carl Bock) เข้ามาเมืองไทยเมื่อ พ.ศ. 2424 ได้บรรยายถึงสภาพคุกในสมัยนั้นไว้ว่า ในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้นนี้ ผู้ต้องขังได้รับการปฏิบัติโดยไม่คำนึงสิทธิและเสรีภาพหรืออาจกล่าวได้ว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังอย่างมาก เห็นได้จากสภาพความเป็นอยู่ของผู้ต้องขังที่มีสภาพเลวร้ายไม่เหมาะสมกับที่ซึ่งมนุษย์สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้ เพราะรัฐไม่เอาใจใส่ในเรื่องสุขภาพและความปลอดภัยของผู้ต้องขัง อีกทั้งรัฐไม่มีการจัดหาปัจจัยที่จำเป็นในการดำรงชีวิตแม้แต่ปัจจัยสี่ ทั้งอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ยารักษาโรคให้แก่ผู้ต้องขังได้รับอย่างเพียงพอ จนต้องกลายเป็นหน้าที่ของผู้ต้องขังหรือญาติพี่น้องของผู้ต้องขังต้องหาปัจจัยที่จำเป็นเหล่านี้มาให้ผู้ต้องขังใช้ในระหว่างที่ถูกจำคุกอยู่ ทำให้ผู้ต้องขังได้รับความทุกข์ทรมานและเป็นที่เดือดร้อนแก่ครอบครัวของผู้ต้องขังด้วย ทั้งนี้อาจเป็นเพราะรัฐยังไม่มีกำหนดกฎหมาย หรือข้อบังคับใดๆ ที่จะใช้เป็นแนวทางในการควบคุมและปฏิบัติต่อผู้ต้องขังไว้อย่างชัดเจน และอาจเกิดจากการที่เรือนจำในสมัยนั้นมีการแยกไปสังกัดตามส่วนราชการต่างๆ ทำให้การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังไม่มีแบบแผนที่ชัดเจน โดยขึ้นอยู่กับหน่วยราชการที่ผู้ต้องขังนั้นสังกัดอยู่ ผู้ต้องขังจึงได้รับการปฏิบัติให้ได้รับความทรมานหรือถูกกดขี่จากผู้คุมมากบ้างน้อยบ้างตามแต่ผู้คุมจะกระทำ

ในยุคต่อมาในสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เป็นยุคของการปฏิรูปการบริหารราชการแผ่นดินโดยนำเอาขนบธรรมเนียมและวิธีการปกครองแบบตะวันตกมาปรับปรุงแก้ไขรูปแบบการปกครองของไทย ประเทศไทยจึงเริ่มก้าวเข้าสู่การปกครองบ้านเมืองตามแบบอารยประเทศ ทำให้เริ่มมีการปรับปรุงกิจการเรือนจำเพราะเริ่มตระหนักว่าการลงโทษอย่างทรมานกับผู้กระทำผิดหรือการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังอย่างโหดร้ายทารุณดังสมัยโบราณด้วยการขังในห้องขังที่ไม่ถูกสุขลักษณะ ขาดแสงสว่าง ไม่มีการถ่ายเทของอากาศอย่างเพียงพอ อาหารการกินฝืดเคือง เครื่องนุ่งห่มมีจำกัด ซ้ำยังต้องถูกจองจำด้วยโซ่ตรวน ทำให้ไม่เกิดผลดีต่อการอบรมแก้ไขนิสัยผู้ต้องขังและสังคม เพราะผู้ต้องขังจะเกิดความรู้สึกเกลียดแค้นและมีจิตใจที่โหดเหี้ยม แข็งกระด้างหมดความละอายและอดทนต่อการทารุณโหดร้ายมากยิ่งขึ้น เมื่อพ้นโทษออกมาแทนที่จะสำนึกผิด

กลับทำความเข้าใจยิ่งขึ้นกว่าเดิม³⁴ ในที่สุดก็เกิดความคิดที่จะประทุษร้ายต่อสังคมและหันกลับไปประกอบอาชญากรรมที่ร้ายแรงกว่าที่เคยทำก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมมากยิ่งขึ้น

อีกทั้งเริ่มมีการตระหนักว่าผู้ต้องขังที่ถูกจองจำอยู่มิได้ถูกตัดออกจากสังคมอย่างแท้จริง เมื่อพ้นโทษผู้ต้องขังจะกลับเป็นพลเมืองใช้ชีวิตอยู่ในสังคม จึงมีแนวคิดมุ่งไปในด้านการแก้ไขอบรมนิสัยผู้ต้องขังเพื่อให้กลับเป็นพลเมืองดี โดยเริ่มมีการปรับปรุงในด้านการดูแลผู้ต้องขังในเรือนจำซึ่งเป็นรากฐานขั้นต้นในการแก้ไขนิสัยผู้ต้องขังให้เป็นคนดี³⁵

การปฏิรูปกิจการราชทัณฑ์นี้ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 ทรงมีพระราชดำริต่องานราชทัณฑ์ว่า “การคุกการตะรางเป็นการสำคัญของประเทศ สมควรจะได้สร้างสถานที่และจัดระเบียบเป็นปีกแผ่น” และทรงโปรดเกล้าให้สร้างคุกขึ้นใหม่เรียกว่า “กองมหันตโทษ” และสร้างตะรางขึ้นใหม่เรียกว่า “กองลหุโทษ” โดยคุกและตะรางดังกล่าวรวมเรียกว่า “กรมนักโทษ” สังกัดกระทรวงนครบาล³⁶

ในการสร้างคุกกองมหันตโทษใหม่ซึ่งแล้วเสร็จในปี พ.ศ. 2433 (ร.ศ. 109) นั้นมีการคำนึงถึงสภาพความเป็นอยู่ของผู้ต้องขังให้มีสุขอนามัยที่ดีขึ้น ดังเช่น มีการสร้างโรงครัวสำหรับปรุงอาหารให้ผู้ต้องขัง มีการสร้างคุกพยาบาลโดยให้มีการรักษาพยาบาลผู้ต้องขังในคุกและให้มีหน้าต่างเพื่อระบายอากาศได้ดี อีกทั้งให้มีที่สำหรับให้นักโทษอาบน้ำ

ต่อมาในปี พ.ศ. 2434 (ร.ศ. 110) มีพระบรมราชโองการให้กรมนครบาล ตรา “ข้อบังคับสำหรับคุมขังนักโทษในกรมพระนครบาล” รวมทั้งสิ้น 20 หมวด 470 ข้อโดยมีสาระสำคัญของการวางระเบียบเกี่ยวกับการควบคุมผู้ต้องขัง ได้แก่การยกเลิกการเก็บค่าธรรมเนียมจากนักโทษในทุกกรณี การกำหนดให้พนักงานเรือนจำได้รับเงินเดือนจากรัฐ รวมทั้งรัฐยังเป็นผู้จัดหา และออกค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับเครื่องนุ่งห่ม อาหาร ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดู ค่ารักษาพยาบาล และอื่นๆ แก่นักโทษ³⁷

นอกจากนี้มีการกำหนดตำแหน่งหน้าที่เจ้าพนักงานที่จะเป็นผู้ดูแลและปฏิบัติต่อผู้ต้องขังให้เป็นไปตามข้อบังคับ เช่น ตำแหน่งแพทย์ใหญ่ มีหน้าที่ตรวจปริมาณและคุณภาพของอาหาร และน้ำที่ผู้ต้องขังรับประทาน ตรวจคุกและตะรางเพื่อดูแลให้มีความสะอาดเพื่อป้องกันโรคต่างๆ และมีหน้าที่ตรวจนักโทษที่เพิ่งเข้าใหม่หรือที่เจ็บป่วย เป็นต้น และกำหนดถึงเครื่องใช้ที่นักโทษพึงมีได้ในห้องขังเพื่อไว้ใช้ส่วนตัว

³⁴ สุรรณ รื่นยศ. เล่มเดิม. หน้า 172.

³⁵ สุวิทย์ นิ่มน้อย เศษศิริเจริญ และอัญญาภรณ์ ปาณิกบุตร. (2522). *อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา*. หน้า 75.

³⁶ สุชาติ บาปวาทย์. (2539). *กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์กับการราชทัณฑ์*. หน้า 138.

³⁷ ประธาน วัฒนาพาณิชย์. เล่มเดิม. หน้า 3.

อีกทั้งกำหนดให้นักโทษที่ไม่ได้ทำงานให้กินอาหาร 2 เวลาคือเช้าและเย็น ส่วนนักโทษทำงานให้กิน 3 เวลา โดยเพิ่มเวลากลางวันด้วย และนักโทษป่วยมีการกำหนดให้กิน 4 เวลา คือเวลาเช้ารุ่ง เวลาเช้า เวลาบ่าย และเวลาค่ำ กับมีการกำหนดพัก หรือปริมาณอาหารของนักโทษที่ต้องทำงานและไม่ต้องทำงานควรได้รับในแต่ละวันไว้อย่างชัดเจน กำหนดให้นักโทษต้องใส่เครื่องแต่งกายสำหรับนักโทษตามที่เรียนทำจัดให้ กำหนดวิธีการกำจัดสิ่งโสโครกต่างๆ อีกทั้งกำหนดให้ผู้ต้องขังติดต่อกับบุคคลภายนอกโดยการเขียนหนังสือถึงญาติหรือได้รับหนังสือติดต่อกับญาติได้ แต่จะต้องผ่านการตรวจจากเจ้ากรมหรือปลัดกรมก่อน เว้นแต่เป็นหนังสือที่นักโทษเขียนทูลเกล้าฯ ถวายพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวหรือเสนาบดีว่าการกรมนครบาล เจ้ากรมหรือปลัดกรมจึงไม่มีอำนาจตรวจสอบเห็นยั้งหนังสือนั้นไว้ได้และกำหนดให้นักโทษพบญาติได้ตามจำนวนที่กำหนดไว้โดยขึ้นอยู่กับว่าเป็นนักโทษประเภทใดด้วย ฯลฯ

การกำหนดข้อบังคับเหล่านี้นับได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นในการกำหนดกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมและปฏิบัติต่อผู้ต้องขังไว้อย่างชัดเจน ทำให้ผู้ต้องขังมีสภาพความเป็นอยู่ในเรือนจำดีขึ้น โดยได้รับการดูแลจากรัฐในเรื่องที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต และทำให้ผู้ต้องขังได้รับการปฏิบัติในฐานะที่เป็นมนุษย์มากขึ้นด้วย

อย่างไรก็ดี สภาพของคุกในสมัยนี้ในความเป็นจริงแล้วก็ยังมีสภาพไม่สู้ดีนัก ดังปรากฏหลักฐานในทางประวัติศาสตร์ที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเสด็จพระราชดำเนินตรวจเยี่ยมศาลยุติธรรมซึ่งตั้งอยู่ใกล้กับตระรางแล้วพบว่าภายในศาลมีกลิ่นเหม็นตลบอบอวนซึ่งเป็นกลิ่นที่มาจากกองหลุโทษ จึงทรงมีพระราชดำริให้เปลี่ยนแปลงแก้ไข เพื่อให้นักโทษในกองหลุโทษได้รับความสุขปราศจากความโสโครกความเหม็นซึ่งเป็นสาเหตุให้เกิดโรคร้ายขึ้น แสดงให้เห็นว่าแม้จะมีการออกข้อบังคับเรือนจำขึ้นใช้บังคับแต่สภาพของเรือนจำในความเป็นจริงก็ยังคงมีสภาพที่ไม่ดีนักและยังคงต้องได้รับการพัฒนาให้ดีขึ้นต่อไป

ต่อมาพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 5 ทรงโปรดเกล้าฯ ให้มีการปรับปรุงกิจการเรือนจำในหัวเมืองให้เป็นแบบแผนโดยให้กระทรวงมหาดไทยตราข้อบังคับลักษณะคุมขังนักโทษเรือนจำหัวเมือง ร.ศ. 116 ขึ้นและในปี ร.ศ. 118 (พ.ศ. 2442) มีการตราข้อบังคับสำหรับคุมขังนักโทษตามหัวเมือง ร.ศ. 118 ขึ้นใช้บังคับแทนข้อบังคับ ร.ศ. 116 (พ.ศ. 2440) ซึ่งมีบทบัญญัติคล้ายคลึงกัน เพียงแต่ข้อบังคับ ร.ศ. 118 มีการบัญญัติให้มีข้อความที่กระชับขึ้นโดยมีการกำหนดข้อบังคับไว้ 5 หมวด 83 ข้อ ในส่วนที่สำคัญ คือ การกำหนดให้ผู้ว่าราชการเมืองเป็นผู้บังคับการเรือนจำในท้องที่ที่เรือนจำนั้นๆ ตั้งอยู่ และแต่งตั้งตำแหน่งพะทำมะรงและผู้คุม บัญญัติวิธีรับคนเข้าคุมขัง การตรวจอาหารที่นักโทษจะรับประทาน การรักษาพยาบาล การแจกสิ่งของจำเป็นและ

เครื่องนุ่งห่มแก่นักโทษ การกำหนดเรื่องการเยี่ยมและการตรวจจดหมายที่นักโทษใช้ติดต่อกับบุคคลภายนอก การใช้แรงงานนักโทษ เป็นต้น

ครั้นในปี พ.ศ. 2444 (ร.ศ. 120) พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมีพระราชดำริให้ตราพระราชบัญญัติลักษณะเรือนจำไว้เพื่อให้เสนาบดีเจ้าหน้าที่ได้มีโอกาสจัดการเรือนจำให้เป็นระเบียบเรียบร้อย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติลักษณะเรือนจำ ร.ศ. 120 ไว้รวม 15 มาตรา จากนั้นพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 ที่ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่จนถึงปัจจุบัน³⁸

ในยุคปัจจุบัน นับตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมารัฐบาลให้ความสำคัญและตระหนักถึงปัญหาในการบริหารกิจการเรือนจำและการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังมากขึ้น โดยเฉพาะเมื่อมีการประกาศให้พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 กฎกระทรวง ระเบียบ และข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง และมีการนำข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังขององค์การสหประชาชาติมาปรับใช้กับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง ทำให้การบริหารงานเรือนจำมีความเป็นสากลและทัดเทียมนานาชาติมากขึ้น และผู้ต้องขังได้รับการปฏิบัติที่ดีตามสิทธิที่เขาพึงได้รับ

อีกทั้งการราชทัณฑ์ในปัจจุบันเห็นว่าการลงโทษด้วยวิธีการทำให้ทรมานและไม่เอาใจใส่ต่อสภาพความเป็นอยู่ของผู้ต้องขังดังเช่นในสมัยโบราณนั้นไม่เป็นผลดีในการป้องกันอาชญากรรม และผิดหลักมนุษยธรรม จึงมีการเปลี่ยนวิธีการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังให้มีมนุษยธรรม ไม่เหยียดหยาม และให้ความเมตตากรุณาแก่ผู้กระทำผิด โดยการจัดสวัสดิการแก่ผู้ต้องขังเพื่อให้มีความเป็นอยู่และได้รับความสุขพอสมควรแก่ฐานะ เพราะเมื่อมีการคุมขังผู้ต้องขังไว้ในเรือนจำย่อมทำให้ผู้ต้องขังหมดอิสรภาพและขาดเสรีภาพบางประการอยู่แล้ว ทั้งยังต้องอยู่ในวินัยและข้อบังคับต่างๆ ของเรือนจำจึงถือเป็นการลงโทษต่อบุคคลนั้นแล้ว³⁹

ในปัจจุบันบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอยู่เป็นจำนวนมาก รวมทั้งบัญญัติรับรองสถานะของผู้ต้องขังที่สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป ดังเช่นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” ส่งผลให้เจ้าหน้าที่เรือนจำซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ

³⁸ ประเสริฐ เมฆมนณี. (2523). *หลักทัณฑวิทยา*. หน้า 165.

³⁹ สุวรรณ รื่นยศ. เล่มเดิม. หน้า 172-173.

ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังมากขึ้นกว่าเดิม

กรมราชทัณฑ์จึงต้องจัดให้ผู้ต้องขังได้รับสวัสดิการต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ตามสมควรแก่สภาพ เช่น การให้ที่อยู่อาศัย อาหาร เครื่องนุ่งห่ม การรักษาพยาบาล การจัดให้มีการออกกำลังกาย การให้สิทธิติดต่อกับบุคคลภายนอก การให้บริการด้านความบันเทิงต่างๆ และการเปิดโอกาสให้ผู้ต้องขังร้องทุกข์ ทั้งนี้เพื่อให้ชีวิตในเรือนจำไม่แตกต่างจากการดำเนินชีวิตในสังคมภายนอกมากนักและทำให้ผู้ต้องขังได้รับการปฏิบัติอย่างเช่นที่มนุษย์พึงปฏิบัติต่อกัน ส่งผลให้ผู้ต้องขังผ่อนคลายความตึงเครียดที่ต้องถูกจำกัดอิสรภาพอยู่ภายในเรือนจำ และเป็นผลดีต่อการฝึกอบรมผู้ต้องขังให้ได้รับผลสมบูรณ์ ดังที่กรมราชทัณฑ์มีนโยบายในการพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังด้วยการให้การศึกษอบรม และการฝึกอาชีพแก่ผู้ต้องขังเพื่อให้ผู้ต้องขังสามารถพัฒนาศักยภาพของตนเองทั้งด้านจิตใจ ความรู้ ความสามารถให้กลับตัวเป็นคนดีมีความสามารถคืนสู่สังคมได้ต่อไป

2) พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังในต่างประเทศ

ในสมัยเดิมก่อนที่จะมีการพัฒนาระบบเรือนจำหรือทัณฑสถานนั้น การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดเป็นไปในทางโดยอ้อมขึ้นอยู่กับผู้มีอำนาจปกครองจะเห็นว่าเป็นการเหมาะสม ซึ่งส่วนใหญ่ มักใช้วิธีการลงโทษที่ทารุณโหดร้ายเพื่อให้มีการตอบแทนแก้แค้น และก่อให้เกิดความเจ็บปวดสาสมกับความผิดที่ได้กระทำ

ในสมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 2 (Henry 2) ระหว่างปี ค.ศ. 1154-1189 เริ่มมีการคิดระบบการควบคุมผู้กระทำความผิดไว้ในสถานที่คุมขังโดยการสร้างคุกหรือตะรางขึ้นเป็นแห่งแรกในประเทศอังกฤษ เพื่อใช้ในการคุมขังผู้กระทำความผิดระหว่างรอการพิจารณาคดีของศาล โดยสภาพความเป็นอยู่ของคุกในสมัยนั้นเต็มไปด้วยความสกปรกจึงเป็นบ่อเกิดของโรคภัยไข้เจ็บต่างๆ และมีบรรยากาศที่เลวร้าย ทั้งในด้านสุขภาพอนามัยและจิตใจ เนื่องจากคุกหรือตะรางในสมัยนั้นมีหน้าที่เพียงจำกัดอิสรภาพของผู้กระทำความผิดที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลเป็นการชั่วคราวเท่านั้นทำให้ไม่มีการเอาใจใส่หรือดูแลสภาพของห้องคุมขังหรือสภาพการดำเนินชีวิตของผู้กระทำความผิดในระหว่างถูกจองจำในระบายนี้อาจยังไม่มีคำนึงถึงสิทธิใดๆ ของผู้ต้องขังเลย⁴⁰

ต่อมามีการพัฒนาแนวคิดในการลงโทษ จากเดิมที่มุ่งแต่การประทุษร้ายต่อผู้กระทำความผิดมาเป็นแนวความคิดในการใช้มาตรการลงโทษเพื่อแก้ไขหรือดัดสันดานเนื่องจากความรู้สึกในด้านมนุษยธรรมจึงมีการสร้างสถานดัดสันดานขึ้นในอังกฤษในปี ค.ศ. 1557 เพื่อใช้ในการควบคุมพวกจรจัดและเกียจคร้าน โดยให้ทำงานหนักและรักษาระเบียบวินัยอย่างเข้มงวด และพัฒนาสถาน

⁴⁰ ประเสริฐ เมฆมณี, เล่มเดิม, หน้า 121-123.

คัดค้านกันไปสู่ระบบการใช้แรงงานเพื่อการลงโทษผู้กระทำผิดและก้าวไปสู่รูปแบบของการใช้เป็นสถานควบคุมเพื่อการอบรมและฝึกวิชาชีพผู้กระทำผิด จึงถือได้ว่าสถานคัดค้านเป็นบ่อเกิดของเรือนจำหรือทัณฑสถานในปัจจุบัน

อย่างไรก็ตามแม้จะมีการพัฒนาแนวคิดในการลงโทษผู้กระทำผิดไปในทางที่ดีขึ้นแต่สภาพของคุกและสถานคัดค้าน ในสมัยนั้นยังคงมีสภาพที่ขาดความมั่นคงแข็งแรง และขาดทั้งสุขลักษณะ สกปรกและเต็มไปด้วยผู้ต้องขังประเภทต่างๆ ที่ถูกขังรวมปะปนกันอยู่ทั้งหญิงและชาย เด็ก ผู้ใหญ่ ทั้งผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาและผู้ศาลพิพากษาลงโทษ ทำให้ผู้ต้องขังอยู่กันอย่างไม่มีระเบียบวินัย

นอกจากนี้ในสมัยนั้นคุกยังมีความขาดแคลนในด้านการดูแลผู้ต้องขัง อาหารหรือการรักษาพยาบาลที่เหมาะสม และมีการบริหารคุกด้วยระบบค่าธรรมเนียม (Free system) ทำให้ผู้ต้องขังต้องจ่ายเงินสำหรับค่าอาหารและค่าบริการต่างๆ ด้วยตนเอง หากผู้ต้องขังคนใดไม่สามารถจ่ายเงินได้มักจะได้รับเศษอาหารหรืออาหารชั้นเลวจนกระทั่งอดอาหารตาย อีกทั้งเจ้าพนักงานเรือนจำบริหารเรือนจำโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าผลประโยชน์ของผู้ต้องขัง ด้วยแนวคิดว่ายิ่งให้บริการน้อยเท่าไร ยิ่งได้รับกำไรมากขึ้นเท่านั้น

ต่อมาเริ่มมีการพัฒนาระบบเรือนจำขึ้นในอังกฤษและยุโรปทำให้แนวคิดในการควบคุมผู้กระทำผิดไว้ในคุกหรือตะรางได้รับความนิยมแพร่หลายจนมีการนำไปปรับใช้ในหลายประเทศ อย่างเช่น ในปี ค.ศ. 1650 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำระบบคุกตะรางของอังกฤษมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ในประเทศ แต่สภาพเรือนจำในระยะเริ่มแรกยังคงอยู่ในสภาพที่เลวมาก ไม่มีการรักษาความสะอาด จนก่อให้เกิดโรคร้ายไข้เจ็บแก่ผู้ต้องขังแต่ไม่ได้รับการรักษาพยาบาล นอกจากนี้รัฐมิได้ให้การเลี้ยงดูด้านอาหารแก่ผู้ต้องขัง ผู้ต้องขังจึงต้องขวนขวายหาสิ่งจำเป็นต่างๆ เอง จึงเกิดความขัดสนและลำบากในการดำรงชีวิตในคุกหรือตะราง โดยเฉพาะผู้ที่ไม่มีทรัพย์สินสมบัติต้องได้รับความทุกข์ทรมาน เช่น ได้รับอาหารที่ไม่ดีต้องถูกจองจำโดยใช้โซ่ตรวน ต้องคุมขังไว้ในห้องมืด ขึ้น สกปรก และผิดหลักอนามัย

สภาพคุกหรือตะรางในระยะเริ่มแรกจึงใช้ในการควบคุมผู้กระทำผิดโดยมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อตัดบุคคลที่ชั่วร้ายออกจากสังคมและทำให้สังคมรู้สึกปลอดภัย โดยไม่มีการคำนึงถึงสภาพความเป็นอยู่ของผู้ต้องขังในเรือนจำว่าจะมีสภาพเช่นใด ทำให้ผู้ต้องขังได้รับความทุกข์ทรมานจนเป็นที่สังเวชใจแก่ผู้พบเห็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งนักบุญต่างๆ จนมีความพยายามชักจูงผู้มีฐานะในสังคมและองค์กรการกุศลต่างๆ ให้เอาใจใส่ต่อสภาพความเป็นอยู่ของผู้ต้องขังโดยจัดให้มีการเยี่ยมเยียนและการบริจาทานเพื่อสงเคราะห์แก่ผู้ต้องขัง ทำให้ผู้ต้องขังเริ่มได้รับความสนใจและเอาใจใส่ดูแลจากสังคมเพิ่มขึ้น

ในราวศตวรรษที่ 17-18 เริ่มมีการตื่นตัวในด้านมนุษยธรรม ดังคำกล่าวของเจมี เบนธัม (Jeremy Bentham) ที่กล่าวว่า “การแสดงออกซึ่งความมีมนุษยธรรมในสังคมอารยะไม่ควรจำกัดขอบเขตแคบๆ เฉพาะแก่เด็กผู้เยาว์ หรือสัตว์เลี้ยงเท่านั้น แต่ควรครอบคลุมไปถึงอาชญากรซึ่งได้กระทำความผิดอย่างรุนแรงด้วย” นับได้ว่าในยุคนี้เริ่มมีการตื่นตัวและให้ความสำคัญกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดอย่างมีมนุษยธรรม

นอกจากนี้ในช่วงเวลานั้นมีความพยายามของบุคคลบางกลุ่ม เช่น พวกควอเกอร์ส (Quakers) ในสหรัฐอเมริกา และจอห์น โฮเวิร์ด (John Howard) นักมนุษยสงเคราะห์ชาวอังกฤษซึ่งเห็นสภาพความเลวร้ายในคุก ดำเนินการเรียกร้องให้มีการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังอย่างมีเมตตาธรรม โดยการปรับปรุงสภาพของคุกให้ดีขึ้น มีการกำหนดมาตรฐานมนุษยธรรมในระบบการลงโทษของอังกฤษในพระราชบัญญัติตัดสินคดี (Penitentiary Act) ด้วยการกำหนดให้มีการตรวจสอบเป็นครั้งคราว ยกเลิกระบบค่าธรรมเนียม และให้ความสำคัญกับผู้ต้องขังมากขึ้น และยังเสนอให้มีการรักษาความสะอาดในเรือนจำ การแยกขังนักโทษเด็ดขาดและผู้ต้องขังในระหว่างพิจารณา การเอาใจใส่ในเรื่องอาหารการกินและสุขภาพของนักโทษ การฟื้นฟูศีลธรรมและความประพฤติของนักโทษ เป็นต้น

ผลจากการเรียกร้องของบุคคลกลุ่มต่างๆ ทำให้รัฐเริ่มหันมาสนใจสภาพคุกและปรับปรุงสภาพคุกให้ดีขึ้น มีการออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับกับการราชทัณฑ์และมีการพัฒนาระบบเรือนจำทั้งในสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ และนับแต่นั้นเป็นต้นมาความคิดในการลงโทษผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะการนำผู้กระทำความผิดไปคุมขังไว้ในเรือนจำ ได้รับการพัฒนาไปในทางที่ดีขึ้นจากเดิมมาก แต่ก็ยังขาดความเป็นมนุษยธรรมอยู่มากเพราะมีการลงโทษกันอย่างพร่ำเพรื่อภายในเรือนจำ โดยไม่มีเหตุผล อาหารไม่ดีพอ เรือนจำมีสภาพสกปรก ทำให้มีการต่อต้านระบบการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเช่นนี้ต่อไปเพื่อให้ผู้ต้องขังได้รับการดูแลเอาใจใส่ดังเช่นมนุษย์คนหนึ่ง

ในระยะต่อมาแม้จะมีการเรียกร้องให้มีการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่งอย่างต่อเนื่อง แต่ผู้ต้องขังในประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่ยังคงไม่ได้รับการปฏิบัติจากเจ้าพนักงานเรือนจำที่ดีพอ แม้แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถือว่าเป็นประเทศแห่งสิทธิเสรีภาพ ผู้ต้องขังยังคงไม่ได้รับสิทธิใดๆ ดังที่มีคำพิพากษาในคดีระหว่าง Ruffin v. Commonwealth ในปี 1871 ว่า “...เนื่องจากการกระทำความผิดของผู้ต้องหา ไม่เพียงแต่จะสูญเสียเสรีภาพ แต่เขายังต้องสูญเสียสิทธิส่วนบุคคลทั้งหมด เว้นเสียแต่สิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายสำหรับมนุษยชน และเขายังต้องตกเป็นทาสของรัฐ (Slave of the state) ในช่วงเวลาที่อยู่ในเรือนจำ...” ภายใต้อิทธิพลที่ศาลวางไว้ในคดีนี้ ทำให้เจ้าพนักงานเรือนจำมีอำนาจที่จะอนุญาตให้ผู้ต้องขังมีสิทธิพิเศษได้ตามที่เขาเห็นว่าเหมาะสม ดังนั้นสิทธิต่างๆ ของผู้ต้องขัง เช่น เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิได้รับการ

เยี่ยมจากครอบครัวและเพื่อน สิทธิในการติดต่อทางจดหมาย และสิทธิอื่นๆ ที่สำคัญในการใช้ชีวิตในเรือนจำจะถูกกำหนดโดยเจ้าพนักงานเรือนจำ และยังมีความเชื่อว่าเมื่อถูกตัดสินว่ากระทำความผิดแล้ว ผู้ต้องขังจะสูญเสียสิทธิพลเมืองทุกอย่างหรือเรียกว่า “Civil death” ทำให้ผู้ต้องขังเสียสิทธิในการทำสัญญา การตัดสินใจที่จะดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สิน การออกเสียหรือแม้แต่การแต่งงาน

นอกจากนี้ศาลมีนโยบายที่จะไม่เข้าไปแทรกแซงการบริหารงานของเรือนจำหรือเรียกว่า “Hands-off Doctrine” ดังที่ศาลมีคำพิพากษาในคดี *Banning v. Looney* (1954) ว่า “ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบการบริหารงานของเรือนจำหรือเข้าไปแทรกแซงกฎหรือข้อบังคับของเรือนจำได้” โดยเหตุผลของหลักนี้คือ เจ้าพนักงานเรือนจำควรใช้ดุลพินิจในการบริหารงานเรือนจำได้อย่างกว้างขวาง โดยที่ศาลไม่ควรเข้าไปแทรกแซง เนื่องจากศาลไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องพันธุวิทยาจึงขาดความชำนาญในขั้นตอนการบริหารงานเรือนจำ หลักในการแบ่งแยกอำนาจเพราะการปฏิบัติงานของเรือนจำเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหาร และศาลเกรงว่าคำพิพากษาของศาลจะเป็นการเข้าไปแทรกแซงหรือขัดแย้งกับระเบียบของเรือนจำ

เมื่อศาลยึดถือหลักเช่นนี้ ทำให้ศาลไม่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ต้องขังในเรือนจำที่ร้องขอความคุ้มครองในกรณีที่ถูกเจ้าพนักงานเรือนจำทำทารุณหรือกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิของตน ทำให้ผู้ต้องขังต้องทนได้รับความเจ็บปวดจากการปฏิบัติที่ไร้มนุษยธรรมและโหดร้ายจากเจ้าพนักงานเรือนจำด้วยการทำทารุณกรรมต่อร่างกาย และถูกทรมานด้วยวิธีการต่างๆ เช่น ขังคุกมืด ให้อาหารอดน้ำ และละเลยไม่ให้การรักษาพยาบาล อีกทั้งเจ้าพนักงานเรือนจำยังหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจโดยการให้เช่านักโทษ เอารถเอาเปรียบและใช้แรงงานนักโทษ การตรวจสอบจดหมายอย่างเข้มงวด และมีการใช้วิธีขานบุคคลเป็นตัวเลข ทำให้นักโทษรู้สึกว่าคุณถูกแบ่งแยกออกจากสังคม⁴¹ โดยที่ไม่สามารถขอความช่วยเหลือจากหน่วยงานใดได้

ดังนั้นเมื่อไม่มีการตรวจสอบการทำงานของเจ้าพนักงานเรือนจำในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเช่นนี้ ย่อมทำให้เจ้าพนักงานเรือนจำมีการใช้อำนาจและดุลพินิจไปในทางที่ไม่ถูกต้องและไม่ชอบธรรม และเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่ารัฐยังไม่มีการยอมรับหรือให้การรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังอย่างเพียงพอ

ต่อมาช่วงปี ค.ศ. 1960 แนวความคิดของศาลสหรัฐอเมริกาเริ่มเปลี่ยนแปลงไป โดยมีแนวคิดว่า “ผู้ต้องขังยังคงมีสิทธิเช่นเดียวกับพลเมืองโดยทั่วไปทุกประการยกเว้นแต่สิทธิที่ถูกจำกัดจากการเป็นผู้ต้องขังโดยกฎหมาย” จากแนวคิดนี้ศาลส่วนใหญ่จึงละทิ้งหลัก “Hand-off Doctrine”

⁴¹ วรางคณา สุจริตกุล. (2533). *นักโทษเค็ดขาดกับสิทธิตามกฎหมาย*. หน้า 30.

และเริ่มตระหนักว่าผู้ต้องขังมิได้สูญเสียสิทธิตามรัฐธรรมนูญทั้งหมดที่เขามีเพียงเพราะถูกจำคุก จึงต้องการให้นโยบายและการดำเนินงานในเรือนจำมีความเคารพต่อสิทธิผู้ต้องขังด้วย

แนวคิดที่ฝ่าฝืนหลัก “Hand-off Doctrine” ปรากฏในคดี Cooper v. Pate ในปี 1964 ซึ่งศาลสูง (Supreme Court) วางหลักไว้ว่า ผู้ต้องขังมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากกฎหมาย Civil Rights Act 1871 ข้อ 1983 และอาจจะเรียกร้องให้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขของการจำคุกต่อศาล Federal court ได้ ซึ่งแม้ว่าคดีนี้จะเพียงการคุ้มครองสิทธิในการนับถือศาสนาของผู้ต้องขังที่ถูกปฏิเสธสิทธิในการปฏิบัติศาสนกิจตามที่กฎหมายรับรองไว้ แต่ก็เริ่มจุดเริ่มต้นให้มีการคุ้มครองสิทธิอื่นๆ ของผู้ต้องขัง

ดังนั้น ศาล Federal court จึงเริ่มให้ความสำคัญกับข้อกล่าวอ้างของผู้ต้องขังที่กล่าวหาว่าถูกละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญและศาลใช้อำนาจแทรกแซงผลประโยชน์ของผู้ต้องขังโดยการอนุญาตให้ผู้ต้องขังนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเพื่อฟ้องร้องเจ้าพนักงานเรือนจำได้หากสิทธิพลเมืองของตนถูกละเมิด ไม่ว่าจะเป็นกรณีถูกระงับอาหารและการรักษาพยาบาล มิใช่เพียงพอ การขโมยทรัพย์สินและการปฏิเสธสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ต้องขัง

ผลจากการที่ศาลเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเช่นนี้ทำให้ผู้ต้องขังได้รับการปฏิบัติที่ดีขึ้น เพราะเจ้าพนักงานเรือนจำเกิดความกลัวว่าจะถูกฟ้องร้องหากปฏิบัติต่อผู้ต้องขังโดยละเมิดสิทธิที่เขามีตามกฎหมาย ซึ่งสิทธิของผู้ต้องขังควรมีขอบเขตเพียงใดนั้น เป็นภาระหน้าที่ของผู้บริหารเรือนจำ (Correctional administration) จะเป็นผู้กำหนดข้อจำกัดและการมีสิทธิตามกฎหมาย ดังคำกล่าวอ้างของขบวนการคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขังในสหรัฐอเมริกา ว่า “ผู้ต้องขังมีสิทธิตามกฎหมายรัฐธรรมนูญทุกอย่างเช่นเดียวกับบุคคลภายนอก เว้นแต่สิทธิที่มีอยู่แต่กำเนิดนั้นขัดกับการปฏิบัติงานของเรือนจำ ดังนั้นจึงเป็นภาระหน้าที่ของเรือนจำที่ต้องแสดงเหตุผลว่าทำไมจึงต้องมีการตัดสิทธิบางประการของผู้ต้องขังมากกว่าที่จะให้ผู้ต้องขังเป็นผู้กล่าวอ้างว่าทำไมพวกเขาจึงไม่ควรถูกตัดสิทธินั้น” ทำให้เกิดปัญหากับการตีความหมายของคำว่า “สิทธิที่มีอยู่แต่กำเนิดขัดกับการปฏิบัติงานของเรือนจำ” (Inherently inconsistent with the operation of the institution) ที่อาจตีความได้หลายทาง ทำให้การจำกัดสิทธิของผู้ต้องขังแตกต่างกันไปแล้วแต่เจ้าหน้าที่ในแต่ละเรือนจำจะเห็นว่าสิทธินั้นๆ ขัดต่อการดำเนินงานของเรือนจำหรือไม่ ทำให้ผู้ต้องขังได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันโดยขึ้นอยู่กับเจ้าพนักงานเรือนจำในแต่ละแห่งว่ามีทัศนคติต่อการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังเพียงใด

ในปัจจุบัน เมื่อมีการรับรองสิทธิพลเมืองไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและศาลให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังที่จะต้องได้รับการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญมากขึ้น ทำให้ผู้ต้องขังมีสิทธิตามกฎหมายในฐานะพลเมือง โดยเฉพาะสิทธิที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต เช่น สิทธิที่จะได้รับ

อาหารที่มีคุณภาพและเพียงพอ สิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาล สิทธิที่จะได้อาศัยอยู่ในสถานที่ที่ไม่แออัดยัดเยียดและมีสุขอนามัยที่ดี สิทธิในการนับถือศาสนาและปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา สิทธิที่จะได้รับการติดต่อสื่อสารจากบุคคลภายนอก เป็นต้น

เมื่อมีการบัญญัติรับรองในรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้ผู้ต้องขังมีสิทธิต่างๆ เหล่านี้แล้ว ทำให้ผู้ต้องขังได้รับการปฏิบัติที่ดีจากเจ้าพนักงานเรือนจำโดยมุ่งเน้นตามหลักสิทธิมนุษยชนและความมีมนุษยธรรมในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังอย่างมีศักดิ์ศรี ทำให้มีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังมากขึ้นตามลำดับ และเป็นตัวอย่างที่ดีของหลายประเทศที่จะนำไปพัฒนาระบบราชทัณฑ์ในประเทศของตนรวมทั้งในประเทศไทย

ในส่วนของประเทศอังกฤษ ในปัจจุบันมีการยอมรับหลักในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่เป็นมาตรฐานสากลไม่ว่าจะเป็นหลักใน the European Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms และ the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners ซึ่งผลจากการยอมรับหลักดังกล่าวทำให้กฎหมายอังกฤษได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ต้องขังและการปฏิบัติของเจ้าพนักงานเรือนจำไว้ใน the Prison Act 1952 และ the Prison Rule⁴² จึงเป็นผลให้ผู้ต้องขังได้รับการปฏิบัติที่ดีขึ้นจากเจ้าพนักงานเรือนจำตามสิทธิที่ได้รับการรับรองไว้ในกฎหมาย

3) พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เดิมกฎหมายระหว่างประเทศไม่มีการบัญญัติหลักการเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขังเพื่อใช้เป็นมาตรฐานในการปฏิบัติของประเทศต่างๆ ไว้แต่อย่างใด ประเทศต่างๆ ยังคงมีนโยบายในการลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างรุนแรงและทรมานและปฏิบัติต่อผู้ต้องขังอย่างขาดความเมตตาปราณี ต่อมาจึงพบว่าวิธีการเช่นนี้ไม่สามารถทำให้ผู้ต้องขังกลับคืนสู่สังคมในฐานะพลเมืองดีได้ ประกอบกับเริ่มมีการตระหนักถึงความรู้สึกในเรื่องมนุษยธรรม และเริ่มมีความคิดว่าผู้ต้องขังยังคงเป็นมนุษย์อยู่จึงมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างที่มีมนุษย์พึงปฏิบัติต่อกัน ประเทศต่างๆ จึงร่วมมือกันคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง⁴³ และเริ่มหันมาให้ความสนใจกับระบบการราชทัณฑ์

ในปี ค.ศ. 1935 (พ.ศ. 2478) คณะกรรมาธิการพิจารณาการลงอาญาและการราชทัณฑ์ระหว่างประเทศ พร้อมทั้งสันนิบาตชาติ ทำการร่างข้อบังคับสำหรับปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (The treatment of prisoners) ขึ้นใช้ ซึ่งหลักการดังกล่าวมุ่งใช้ในทางอบรมแก้ไขตลอดจนกำหนดวิธีปฏิบัติต่อ

⁴² ณรงค์ ใจหาญและคณะ. (2540). *สิทธิของผู้ต้องหา จำเลย และผู้ต้องโทษในคดีอาญา* (รายงานวิจัย). หน้า 59.

⁴³ วรางคณา สุจริตกุล. เล่มเดิม. หน้า 36.

ผู้ต้องขังด้วยความเมตตาและมีมนุษยธรรม เช่น พยายามให้เลิกใช้เครื่องพันธนาการ จัดให้มีการสังเคราะห์ผู้ต้องขังเมื่อพ้นโทษแล้ว (After care)

เมื่อมีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ คณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแห่งสหประชาชาติให้ความสนใจต่องานราชทัณฑ์ โดยวางหลักปฏิบัติต่อผู้ต้องขังให้เป็นไปตามหลักมนุษยธรรม และวางหลักการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดไว้ดังต่อไปนี้⁸³

1. การลงโทษจำคุก เพื่อป้องกันสังคมโดยการแยกผู้ต้องขังออกจากสังคมและมีความมุ่งหมายให้เรือนจำปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับไปดำรงชีวิตในสังคมได้ตามปกติ

2. เรือนจำต้องหาวิธีให้การศึกษาแก่ผู้ต้องขังแต่ละคนให้เข้าใจในศีลธรรมจรรยาและความสว่างทางจิต

3. ระบบเรือนจำ ต้องทำให้ชีวิตที่อยู่ในเรือนจำมีความแตกต่างกับชีวิตที่อยู่นอกเรือนจำให้น้อยที่สุด ซึ่งจะทำให้ผู้ต้องขังรู้สึกสำนึกผิดชอบและรักเกียรติของตนเอง

การวางหลักการเช่นนี้แสดงว่านานาประเทศเริ่มให้ความสำคัญและคำนึงถึงสิทธิของผู้ต้องขังมีอยู่แม้ต้องถูกคุมขัง ผู้ต้องขังจึงได้รับการปฏิบัติจากรัฐดีขึ้นและเริ่มมีการให้ความสนใจและเอาใจใส่ต่อสภาพความเป็นอยู่ของผู้ต้องขังมากขึ้น ให้ความสำคัญกับการแก้ไขบำบัดผู้ต้องขัง และสังคมเริ่มมองเห็นความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้ต้องขัง

นอกจากนี้ในปี ค.ศ. 1955 (พ.ศ. 2498) องค์การสหประชาชาติรับรองให้ใช้ “ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังและข้อเสนอแนะที่เกี่ยวข้อง (Standard Minimum Rules For the Treatment of Prisoners and Related Recommendations) เพื่อให้เป็นมาตรฐานแก่ประเทศสมาชิกในการยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหรือนักโทษ⁴⁴

ข้อกำหนดนี้ไม่ใช่กฎหมายหรือข้อสนธิสัญญาที่ประเทศต่างๆ ต้องผูกพันที่จะปฏิบัติตามหรือหากไม่ปฏิบัติตามจะมีบทลงโทษ แต่เป็นข้อกำหนดมาตรฐานที่เป็นแนวทางหรือเป็นเกณฑ์ขั้นต่ำที่ประเทศสมาชิกตกลงร่วมกัน โดยยึดถือหลักการและทางปฏิบัติที่ยอมรับกันทั่วไปว่าดีสำหรับปฏิบัติต่อผู้ต้องขังและสะดวกต่อการบริหารงานเรือนจำ โดยอาศัยแนวคิดที่เห็นสอดคล้องกันในที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ และหลักสำคัญของระบบการราชทัณฑ์ที่นิยมใช้ปฏิบัติในเรือนจำ ดังที่มีการบัญญัติหลักประกันสิทธิของผู้ต้องขังไว้อย่างกว้างๆ ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 5 ว่า “บุคคลใดๆ จะถูกปัจจุบันเป็นหลัก ฉะนั้นหลักดังกล่าวจึงเป็น

⁴⁴ อาริลักษณ์ สินธพพันธุ์. (ม.ป.ป.). ข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง (เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายเกี่ยวกับงานราชทัณฑ์หน่วยที่ 9-15). หน้า 299-300.

สิ่งที่ประเทศต่างๆ ร่วมกันกำหนดขึ้นเป็นมาตรฐานสากล ซึ่งเป็นการกระตุ้นหรือได้รับผลปฏิบัติหรือการลงโทษที่โหดร้ายผิดมนุษยธรรมหรือต่ำช้าไม่ได้” จากทบทวนนี้ได้แสดงให้เห็นถึงจุดเริ่มต้นของขบวนการมนุษยธรรมในการปรับปรุงความเป็นอยู่ของผู้ต้องขังให้ได้รับการเอาใจใส่มากขึ้น รัฐบาลของประเทศต่างๆ จึงเริ่มหันมาให้ความสนใจในการปรับปรุงกฎหมาย สภาพเรือนจำ และนโยบายในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลที่นานาอารยประเทศยึดถือ

อย่างไรก็ตาม เมื่อข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังมิใช่กฎหมายทำให้องค์การสหประชาชาติขาดอำนาจบังคับให้ประเทศต่างๆ ปฏิบัติตามข้อกำหนดนี้ จึงทำได้เพียงการส่งเสริมหรือชักชวนให้ประเทศสมาชิกต่างๆ ปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวให้มากที่สุดโดยคำนึงถึงความแตกต่างด้านต่างๆ ของแต่ละประเทศดังปรากฏในข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับปฏิบัติต่อผู้ต้องขังข้อ 2 ว่า “เนื่องจากความแตกต่างในด้านกฎหมาย สังคม เศรษฐกิจ และสภาพภูมิศาสตร์ ฉะนั้นข้อกำหนดนี้ย่อมจะใช้ปฏิบัติไม่ได้ทุกข้อทุกแห่งทุกเวลา แต่ควรพยายามช่วยกันนำมาใช้ เพื่อขจัดปัญหายุ่งยากทั้งมวล เพราะข้อกำหนดนี้้องค์การสหประชาชาติได้รับรองว่าเป็นข้อปฏิบัติขั้นต่ำที่เหมาะสมดีแล้ว”

แสดงว่าองค์การสหประชาชาติคำนึงถึงความแตกต่างของสภาพเงื่อนไขของประเทศต่างๆ ว่ามีความแตกต่างกัน ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดดังกล่าวได้ทุกข้อ แต่เป็นความพยายามของสหประชาชาติในการส่งเสริมและสนับสนุนให้ประเทศต่างๆ ปฏิบัติให้สอดคล้องกับข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำให้มากที่สุด เพื่อเป็นการคุ้มครองและให้ความเคารพสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขัง ฉะนั้นข้อกำหนดดังกล่าวจึงเปรียบเสมือนมาตรวัดการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังในเรือนจำว่ามีมนุษยธรรมและคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนของผู้ต้องขังหรือไม่

ข้อกำหนดฯ นี้บัญญัติครอบคลุมเรื่องต่างๆ ในการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง เช่น มาตรฐานเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยของผู้ต้องขัง มาตรฐานเกี่ยวกับอาหาร มาตรฐานเกี่ยวกับการแพทย์ การรักษาพยาบาล และการอนามัย มาตรฐานเกี่ยวกับการให้บริการห้องสมุดเรือนจำ มาตรฐานในการให้การศึกษา การนับถือศาสนา การรับรู้ข้อมูลข่าวสาร การนัดหมายการต่างๆ ฯลฯ เหล่านี้เป็นต้น ข้อกำหนดส่วนใหญ่ล้วนเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่งพึงได้รับการปฏิบัติเพื่อให้สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างมีความสุขตามอัตภาพ แม้จะถูกจองจำในระหว่างต้องโทษ และยังเป็น การคุ้มครองและเคารพในศักดิ์ศรี สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังในฐานะที่เป็นมนุษย์ด้วย

ดังนั้น โดยเจตนารมณ์ที่แท้จริงของข้อกำหนดฯ นี้ คือ ต้องการให้ทุกประเทศเห็นความสำคัญของคุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในบุคคลทุกคนรวมทั้งผู้ต้องขัง และร่วมมือกันช่วยเหลือให้เกิดผลในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังขึ้นอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ

2.2 แนวคิดด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

สังคมปัจจุบันมักละเลยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะมีการให้คุณค่าของคนแตกต่างกัน สังคมทั่วไปให้คุณค่าของความเป็นคนที่สถานภาพทางสังคมของผู้นั้น เช่น เป็นนายทหาร เป็นนายกรัฐมนตรี เป็นผู้พิพากษา เป็นต้น สถานภาพทางสังคมของคนแต่ละคน ไม่ใช่ตัวชี้วัดว่า มนุษย์คนนั้นมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์หรือไม่ แต่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือ การให้คุณค่า ความเป็นคนตามธรรมชาติของมนุษย์ไม่ว่าจะเกิดมาเป็นผู้หญิง ผู้ชาย ยากจน หรือเกิดมาเป็นคน พิการ ปัญญาอ่อน คนทุกคนที่เกิดมามีคุณค่าเท่ากัน ต้องปฏิบัติต่อกันเยี่ยงมนุษย์อย่าง เสมอหน้ากัน เพราะการปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมอย่างเสมอหน้ากันนั้นเป็นการเคารพศักดิ์ศรี มนุษย์⁴⁵

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นมาตรฐานบ่งบอกถึงสถานภาพบางอย่างให้มนุษย์อื่นๆ รับทราบประกอบเป็นข้อมูลเพื่อใช้ในการความสัมพันธ์โดยเฉพาะ ตามนัยสำคัญในเรื่องการปกป้อง ศักดิ์ศรี เช่น กรณีการถูกข่มขืนหรือการข่มขืน หรือในการเชิดชูศักดิ์ศรี เช่น การต้องรักษาเกียรติของ ชายชาติทหารหรือการต้องรักษาชื่อเสียงของวงศ์ตระกูล ในการศึกษาจึงขอแบ่งเป็นแนวคิด วิวัฒนาการ และภาวะในปัจจุบันของโลกตะวันตกส่วนหนึ่ง และอีกส่วนหนึ่งจึงหันมาดูสังคมไทย ว่าเรามีภาพ และมีความเข้าใจในองค์ความรู้นี้อย่างไร⁴⁶

องค์ความรู้เกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นจะต้องศึกษาถึงความหมายของศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ สารัตถะอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สถานะในทางกฎหมายของ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ขอบเขตการคุ้มครองของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และประเภทของศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์

2.2.1 ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ปัญหาเกี่ยวกับนิยามความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ดูเป็นเรื่องคลุมเครือ สำหรับคนไทยจำนวนมาก ซึ่งยังมีความเคลือบคลุมว่าอะไรคือ “ศักดิ์ศรี” อะไรคือ “ความเป็น มนุษย์” ศักดิ์ศรีดังกล่าวมีความหมายเดียวกับสิ่งที่คนไทยจำนวนไม่น้อย หรือเด็กนักเรียนอาชีวะมัก นำมาเป็นข้ออ้าง เพื่อห้ามนำลายชีวิตกัน เช่นเดียวกับ “ความเป็นมนุษย์” จะมองกันในด้านคืออย่าง เดียวหรือเกินความถึงความเป็น “ปฤชณ” ที่เป็นด้านหยาบหนาเชิงลบในตัวธรรมชาติของมนุษย์ด้วย

⁴⁵ สว่าง กันศรีเวียง. (2555). สิทธิมนุษยชนในกระแสโลกาภิวัตน์. สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2555, จาก http://www.baanjommyut.com/library/global_community/06.html

⁴⁶ อุดม รัฐอมฤต, นพนิติ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. (2545). การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28. หน้า 61.

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” อาจหมายถึง ความยกย่องนับถือความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสัตว์ที่รู้จักใช้เหตุผลหรือเป็นสัตว์ที่มีจิตใจสูง⁴⁷ ความหมายโดยพยานะในข้อความที่ขยายให้ละเอียดขึ้นนี้นัยสำคัญคงพุ่งไปถึงที่ การเคารพนับถือมนุษย์ ความเป็นมนุษย์ที่มีคุณสมบัติเชิงบวกสูงกว่าสัตว์โลกอื่น⁴⁸

สำหรับความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” อธิบายได้ว่า ศักดิ์ศรี คือ การยอมรับของบุคคลในสังคม แม้ว่าพฤติกรรมที่บุคคลกระทำนั้น หรือต้องการกระทำนั้นๆ อาจจะกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้ ถือว่าเป็นเรื่องดีงาม สมควรยกย่อง และต้องถือปฏิบัติ จะเป็นองค์กรรมติขององค์กร การยอมรับขององค์กรต่างๆ นั้นด้วยก็ได้ สิทธิเสรีภาพ หรือ อำนาจและหน้าที่ที่ถือเป็นศักดิ์ศรีด้วยเช่นกัน ส่วน “มนุษย์” คือ บุคคลทั่วไปไม่เลือกที่จะเป็นชนชาติใด เผ่า ศาสนา ผิวสี ภาษา และอื่นๆ ที่มีสภาพเป็นที่ยอมรับว่าเป็นส่วนของสังคม ตลอดจนองค์กร องค์กร ที่อาศัยมติเป็นข้อปฏิบัติไปตามประสงค์ขององค์กร องค์กรก็ให้ถือเป็นมนุษย์ด้วยเช่นกัน ดังนั้น คำว่าสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในรัฐธรรมนูญให้ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยเช่นกัน⁴⁹

ส่วน “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นเป็นคำที่อธิบายความหมายของสิทธิมนุษยชนในแง่ของการให้คุณค่าแก่ความเป็นคนว่า คนทุกคนมีคุณค่าเท่าเทียมกัน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่กำหนดสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด ใครจะละเมิดไม่ได้ และไม่สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้ สิทธินี้คือสิทธิในการมีชีวิตและมีความมั่นคงในการมีชีวิตอยู่ คนทุกคนที่เกิดมาบนโลกมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น การปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมจึงต้องเคารพความเป็นมนุษย์ ห้ามทำร้ายร่างกาย ทรมาณอย่างโหดร้าย หรือกระทำการใดๆ ที่ถือเป็น การเหยียดหยามความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ได้รับการรับรองไว้ในปญญาสาทว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศ อนุสัญญา และปญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ

ในทางคำรากฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พยายามที่จะให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” แต่อย่างไรก็ตามจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มียานิยามความหมายใดที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป ดังนั้น การที่จะทำความเข้าใจเรื่อง

⁴⁷ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของ “ศักดิ์ศรี” ว่าหมายถึง เกียรติศักดิ์, ความยกย่องนับถือ ส่วนคำว่า “มนุษย์” มีความหมายถึง สัตว์ที่รู้จักใช้เหตุผลหรือที่มีจิตใจสูง.

⁴⁸ จรัญ โฆษณานันท์ ก (2544). รัฐธรรมนูญ 2540: จาก “ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์” สู่ “ข้ามมิติสิทธิมนุษยชน.” หน้า 15-16.

⁴⁹ ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2553, จาก

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงจำเป็นต้องย้อนกลับไปศึกษาความเป็นมาในประวัติศาสตร์ตัวเอง คำว่า “ศักดิ์ศรี” ซึ่งในทางประวัติศาสตร์ได้มีคำนิยามของ “ศักดิ์ศรี” แตกต่างกันไป⁵⁰

ศักดิ์ศรี (Dignitas) ในความหมายของชาวโรมัน หมายถึงเกียรติในทางส่วนบุคคลที่ปรากฏต่อสาธารณะ ดังนั้น ศักดิ์ศรีในความหมายของชาวโรมันจึงไม่ใช่เรื่องของบุคคลทุกคนหากแต่หมายถึงเฉพาะบุคคลที่ได้รับเกียรติจากสาธารณะ⁵¹ แต่ศักดิ์ศรีในความหมายของศาสนาคริสต์หมายถึง ความเมตตาของพระเจ้า มนุษย์นั้นถูกสร้างขึ้นตามความประสงค์ของพระเจ้าผู้เป็นเจ้า ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีอาจถูกทำลายหรือถูกพรากไปได้โดยการกระทำของบุคคลอื่น หากแต่ถูกทำลายได้โดยบาปของตนเอง⁵² คำสอนว่ามนุษย์ทุกคนเสมอเหมือนกันในสายตาของพระเจ้า เพราะต่างเป็นบุตรของพระเจ้าทุกคนเช่นกัน มนุษย์จึงไม่อาจยอมรับให้อำนาจรัฐอยู่เหนือกว่าความเป็นมนุษย์ โดยนัยดังกล่าวมนุษย์เป็นฉายาของพระเจ้า มีศักดิ์ศรีอันศักดิ์สิทธิ์ที่ได้รับจากพระเจ้า ความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งสูงสุด มนุษย์เป็นศูนย์กลางแห่งสรรพสิ่ง มนุษย์จึงไม่อาจปฏิบัติต่อมนุษย์เหมือนไม่ใช่มนุษย์ หรือไม่มองมนุษย์เป็นเครื่องมือหรือเป็นวัตถุ ตรงกันข้ามมนุษย์ต้องมีความเคารพต่อกันหรือรู้จักรับใช้ซึ่งกันและกัน⁵³

ในศตวรรษที่ 18 ปรัชญาของ Kant ซึ่งได้รับยกย่องอย่างแพร่หลาย โดย Kant เข้าใจว่า ศักดิ์ศรี หมายถึงความอิสระของมนุษย์ แต่ความเป็นอิสระอันเป็นพื้นฐานของมนุษย์จะสามารถบรรลุคุณค่าอันดีงามได้ Kant มีความเชื่ออันมั่นคงต่อศักดิ์ศรีอันมีมาแต่กำเนิด (Inherent Dignity) ของบุคคล คำสอนของ Kant เห็นว่าไม่มีมนุษย์คนใดมีสิทธิที่จะใช้มนุษย์ด้วยกันเองให้เป็นดังเครื่องมือชิ้นหนึ่งได้⁵⁴

ความหมายของคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในทางกฎหมาย นักกฎหมายของประเทศสหพันธ์เยอรมัน Guenter Duerig ได้ให้คำอธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรี” ว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสถานะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น

⁵⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ ข เล่มเดิม, หน้า 104-105.

⁵¹ Albert Bleckmann, (1997). Staatsrecht II-Die Grundrechte, 4 Aufl. p. 542. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ ข เล่มเดิม, หน้า 86.

⁵² แหล่งเดิม, p. 542

⁵³ จริญ โฆษณานันท์. (2545). สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม. หน้า 99.

⁵⁴ แหล่งเดิม, หน้า 122.

ยอมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของบุคคลนั่นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง⁵⁵

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ในทางกฎหมายนั้น นักกฎหมายชาวเยอรมันที่ชื่อ เคลาส์ สเตรน (Klaus Stern) ได้ให้ความหมายว่า หมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่ต้องคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคล จากความหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะอันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์และคุณค่าที่ผูกพันอยู่เฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เป็นต้น คุณค่าของความเป็นมนุษย์ดังกล่าวนี้มีอยู่เพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลภายใต้ความรับผิดชอบของตนเองโดยอิสระและถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งสูงสุดที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้⁵⁶

คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง ความมีค่าของมนุษย์แต่ละคน ทั้งในแง่ของความมีค่าในตัวของผู้คนเองและในสถานะภาพของความเป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจจะพรากเสียได้ การที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้กลายมาเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจจะพรากเสียได้นี้ ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้กลายมาเป็นความหมายจำเพาะและเป็นตัวกำหนดความหมายของความเป็นมนุษย์ไปโดยปริยาย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงเพศ วัย สติปัญญา สัญชาติ หรือศาสนา นอกจากนั้นแล้ว เมื่อพูดถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้วจะต้องไม่คำนึงถึงสามารถทางสติปัญญาในการรับรู้สิ่งต่างๆ ของผู้นั้นด้วย เรียกได้ว่าเพียงความเป็นมนุษย์เท่านั้นที่เป็นเงื่อนไขที่นำไปสู่ความมีศักดิ์ศรีดังกล่าว ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคนดังกล่าวนี้อาจถือว่าได้กลายมาเป็นแก่นสาระสำคัญตามธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ไปแล้ว อย่างปฏิเสธไม่ได้ และเมื่อเป็นเช่นนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจถูกพรากหรือทำให้สูญหายไปด้วยวิธีการใดๆ ได้⁵⁷

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน (Human Right) หรือกล่าวอีกนัยว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานแห่งสิทธิมนุษยชน จึงต้องมีการให้ความหมายของสิทธิมนุษยชนว่าให้หมายถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับ การรับรองคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญา

⁵⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ ข เล่มเดิม. หน้า 106.

⁵⁶ แหล่งเดิม. หน้า 35-36.

⁵⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ข เล่มเดิม. หน้า 22-23.

ที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตาม ขอบเขตความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังไม่มีความหมายชัดเจน

ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้อธิบายว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ใช่เรื่องของความจนความรวย ไม่ใช่เรื่องสภาพของสังคม แต่เป็นเรื่องของสิ่งที่มีอยู่ติดตัวมนุษย์ทุกคนในส่วนของรัฐธรรมนูญต่างประเทศได้บัญญัติเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้เช่นกัน เช่น รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 1 ความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นที่มาของสิทธิและเสรีภาพ” ดังนั้น จึงอาจสรุปความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่าหมายถึง สิทธิอย่างหนึ่งที่เป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์และทรงความเป็นคุณค่าของมนุษย์ทุกคนที่จะต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมกับความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของทุกๆ คน

ในการร่างรัฐธรรมนูญ มีผู้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่รับรองคุ้มครองให้แก่บุคคล มิให้ได้รับการปฏิบัติที่ไม่สมกับความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น โดยพิจารณาเชิงภาวะวิสัยว่า การกระทำใดที่เห็นกันทั่วไปว่าละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมีใช่การพิจารณาในลักษณะอัตตะวิสัยตามความคิดเห็นของแต่ละบุคคล บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการพัฒนาการแห่งการรับรองคุ้มครองสิทธิบุคคล และเป็นที่ยอมรับในต่างประเทศ ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ รัฐธรรมนูญเยอรมัน ส่วนการใช้สิทธิทางศาลนั้น บุคคลที่ถูกกระทำละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถนำคดีมาฟ้องได้ ตามลักษณะการกระทำละเมิดว่าเป็นประการใด เช่น ข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนก็ฟ้องศาลยุติธรรม ฝ่ายปกครองกับเอกชนก็ฟ้องศาลปกครอง เป็นต้น ซึ่งการดำเนินคดีในชั้นศาลจะเป็นการสร้างบรรทัดฐานต่อไปว่า การกระทำใดเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ส่วนในการกำหนดความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในบริบททางความคิดเชิงปรัชญานั้น มีการให้ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามทัศนะการแปลความหมายของแต่ละฝ่ายในแง่มุมต่างๆ เช่น ฝ่ายสังคมนิยม ถือสารัตถะของชีวิตให้มีความเป็นอยู่ที่ดีทางวัตถุขั้นต่ำ แต่มิได้ถือเอาการมีสมบัติเป็นองค์ประกอบเดียวของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ปัจเจชนจะมีศักดิ์ศรีต่อเมื่อเขาเป็นผู้กำหนดความเป็นตัวเอง (self – determining) และมีชีวิตที่ปรารถนาการดำรงอยู่ร่วมกันอย่างมีลักษณะริเริ่มสร้างสรรค์ ส่วนฝ่ายเสรีนิยม ถือสารัตถะแห่งความเป็นมนุษย์อยู่ที่โลกภายใน มีอิสระ มีเสรีภาพในความคิดเห็น สิทธิของความเสมอภาคเท่าเทียมกับสิทธิแห่งเสรีภาพดังกล่าวเป็นการให้ความหมายในเชิงสารัตถะทางด้านปรัชญา

จากการให้ความหมายของคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของนักกฎหมายและนักทฤษฎี จึงอาจสรุปได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะอันสืบเนื่องมาจาก

การเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่กับเฉพาะมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขใดๆ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่ามีค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน หรือที่กล่าวกันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ได้

2.2.2 สารัตถะอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการกล่าวถึงคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งเป็นคุณค่าที่ไม่ขึ้นอยู่กับเวลาสถานที่ และจะต้องทำให้คุณค่าดังกล่าวนี้มีผลในทางกฎหมาย ตามที่ Guenter Duerig ได้อธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรี” ว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสถานะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจของบุคคลนั่นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเองจากแนวความคิดดังกล่าวนี้ อันเป็นการให้ความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งประกอบด้วยรากฐานอันเป็นสาระสำคัญ 2 ประการ ที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้คือสิทธิในชีวิต ร่างกาย และสิทธิในที่จะได้รับความเสมอภาค

“สิทธิในชีวิตและร่างกาย” (Recht auf Leben) เป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิดเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสถานะธรรมชาติ สิทธิในชีวิตและร่างกายจึงไม่อาจจะถูกพรากไปจากบุคคลได้ แต่ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้ได้รับหลักประกันมากขึ้นโดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐได้ สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ ดังนั้น เพื่อเป็นการเคารพในสิทธิในชีวิตและร่างกายของปัจเจกบุคคล บุคคลแต่ละคนจึงต้องเคารพในขอบเขตปริมาตรส่วนบุคคลของแต่ละคน และด้วยเหตุนี้สิทธิในชีวิตและร่างกายจึงเป็นรากฐานอันสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

“สิทธิในความเสมอภาค” (Gleichheitsrecht) สิทธิในความเสมอภาคเป็นการแสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ในขณะที่สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นการแสดงถึงปริมาตรส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล แต่ในขณะที่ “สิทธิในความเสมอภาค” เป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคลต่อปัจเจกบุคคลและต่อสังคม ดังนั้น ถึงแม้มนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนก็ตาม แต่หากขาดหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคแล้วบุคคลนั้นอาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นๆ ในสังคม หรืออาจถูกเลือกปฏิบัติจากใช้อำนาจรัฐด้วยเหตุนี้ เพื่อให้มนุษย์สามารถดำรงตนอยู่ได้อย่างมีศักดิ์ศรีอย่างแท้จริง นอกจากปัจเจกบุคคลจะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายแล้ว ปัจเจกบุคคลยังจะต้องมีหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคด้วยหลักความเสมอภาคจึงเป็นรากฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

ในทางความคิดนั้นถือว่ามนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันในเสรีภาพทางนามธรรมเท่านั้น แต่คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นี้ แท้จริงแล้วไม่อาจจะทำให้เท่าเทียมกันได้สำหรับมนุษย์ทุกคน แต่อย่างน้อยที่สุดมีความเป็นไปได้ในทางนามธรรมที่บุคคลแต่ละบุคคลอาจจะทำให้บรรลุเป้าหมายของตนในทางกฎหมายได้อย่างเท่าเทียมกัน โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก) คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น จะต้องเข้าใจว่ายังคงดำรงอยู่ถึงแม้ว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะไม่สามารถที่จะกำหนดตนเองได้ โดยอิสระตั้งแต่เริ่มต้น อันเนื่องมาจากความมีจิตบกพร่อง จิตผิดปกติ หรือจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม ในกรณีนี้ยังต้องถือว่าในทางกฎหมายแล้วบุคคลนั้นมีความสามารถที่จะกำหนดตนเองได้ และบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพนั้นอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งย่อมมีผลว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังคงดำรงอยู่กับบุคคลนั้นอย่างสมบูรณ์ ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาความจริงว่าบุคคลนั้นสามารถใช้เสรีภาพนั้นได้หรือไม่

ข) คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังคงดำรงอยู่ถึงแม้บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะสร้างความเสื่อมเสียให้แก่ตนเอง เช่น อาชญากรได้ใช้เสรีภาพไปในทางที่ผิดก่อให้เกิดความอับอายสร้างความเสื่อมเสียให้แก่ตนเอง การใช้เสรีภาพที่ทำให้เกิดความอับอายและสร้างความเสื่อมเสียให้แก่ตนเองเช่นนั้น ย่อมเป็นเครื่องพิสูจน์ว่ามนุษย์นั้นมีศักดิ์ศรีของตนเอง มีศักดิ์ศรีที่จะกำหนดตนเองได้อย่างอิสระ หากแต่บุคคลนั้นได้ใช้เสรีภาพนั้นไปในทิศทางที่ไม่ถูกต้องหรือเป็นการใช้เสรีภาพไปในทางที่ผิด

ค) คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมิได้ขึ้นอยู่กับทำให้บรรลุเป้าหมายที่เป็นจริงในทางปฏิบัติของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้น การแทรกแซงของรัฐอาจเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ แม้ว่าบุคคลนั้นได้ตัดสินใจอย่างอิสระ ยินยอมให้รัฐทำการแทรกแซงดังกล่าวได้ ทั้งนี้ เพราะจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวรัฐย่อมไม่มีอำนาจที่จะไปขอความยินยอมจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อการแทรกแซงในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หากแต่ต้องปกป้องมิให้มีการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ง) เพราะคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้ขึ้นอยู่กับทำให้เป็นจริงของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้น กรณีจึงอาจเป็นการแทรกแซงในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ แม้ว่าบุคคลนั้นจะยังไม่ถือกำเนิดหรือบุคคลนั้นได้ตายไปแล้วก็ตาม ดังนั้น ในกรณีนั้น จึงไม่อาจจะอาศัยหลักสิทธิเรียกร้องในทางแพ่งมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวได้ เช่น เด็กในครรภ์มารดา ย่อมได้รับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกันถึงแม้ชีวิตมนุษย์จะเริ่มขึ้นเมื่อมีการให้กำเนิด การให้กำเนิดนั้นก่อให้เกิดชีวิตใหม่และบุคลิกลักษณะส่วนบุคคลใหม่ขึ้น ดังนั้น การทำแท้งเด็กใน

กรรมมารดาที่มีได้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย หรือการที่รัฐมิได้เข้าไปปกป้องต่อชีวิตของเด็ก ในกรรมมารดาดังกล่าว กรณีย่อมเป็นการขัดกับมาตรา 1 (ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) ของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้วินิจฉัยว่ากฎหมายอาญาที่อนุญาตให้ทำแท้งได้นั้นเป็น โมนะ โดยได้ให้เหตุผลว่า ชีวิตที่ได้รับการพัฒนาอยู่ในกรรมมารดานั้นถือเป็นชีวิตอีกชีวิตหนึ่ง ซึ่งอยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ⁵⁸

2.2.3 สถานะในทางกฎหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในการพิจารณาถึงสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะแบ่งการพิจารณาถึงสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ออกเป็น 3 ประการ⁵⁹ คือ

1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญหรือที่กล่าวกันว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นหลักสูงสุด ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลาย จึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพราะมนุษย์นั้นเป็น เป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐและการดำรงอยู่ ของรัฐนั้นก็ดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความเสมอภาค ดังที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอนได้และเป็นสิทธิ ที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลเป็นจริง ในทางปฏิบัติ ซึ่งย่อมหมายความว่าสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายที่บัญญัติไว้ โดยสาระสำคัญของสิทธิ และเสรีภาพดังกล่าวนั้นเป็นการแสดงถึงผลอันมีพื้นฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่ง ก่อให้เกิดผลสำคัญ 2 ประการ ประการแรก การตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายจะต้องถือว่า เนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิและ เสรีภาพอื่นๆ ด้วย ประการที่สอง อาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาในทางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและ เสรีภาพทั้งหลาย รวมทั้งความหมายของการแทรกแซงในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองของสิทธิ และเสรีภาพทุกประเภทนั้นได้รับการพัฒนามาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือว่าในบทบัญญัติที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุด ของรัฐธรรมนูญนั้น อาจแสดงให้เห็นได้ในเรื่องดังต่อไปนี้

⁵⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ ข เล่มเดิม. หน้า 88-91.

⁵⁹ แหล่งเดิม. หน้า 91-94.

(1) การกำหนดทิศทางของรัฐ เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีผลในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่จะต้องทำให้บรรลุเป้าหมายต่อคุณค่าดังกล่าว สำหรับการกระทำของรัฐทั้งหลาย เพราะศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้นเป็นตัวกำหนดและเป็นตัวจำกัดวัตถุประสงค์และภาระหน้าที่ของรัฐ

(2) การบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดสิทธิในทางมหาชนที่มุ่งหมายต่อการกระทำของรัฐเท่านั้น หากแต่ยังบังคับให้รัฐต้องกำหนดเป็นหลักของกฎหมายทั้งหลาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ว่า อำนาจอื่นๆ นอกเหนือจากอำนาจรัฐก็ไม่อาจที่จะละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ ถึงแม้จะไม่ก่อให้เกิดสิทธิในทางมหาชนในการเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายเพื่อการคุ้มครองดังกล่าวก็ตาม แต่จากบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่จะต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้รัฐยังจะต้องปกป้องคุ้มครองเพื่อมิให้มีการละเมิดในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในการทำให้บรรลุเป้าหมายต่อหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นได้ก่อให้เกิดคำถามว่าในกฎหมายแพ่งนั้นจะต้องคำนึงถึงระบบคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ เช่น หลักอันละเมิดมิได้ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่เพียงใด ซึ่งในทางตำราของเยอรมัน ต่างยอมรับตรงกันว่าหลักดังกล่าวนี้มีอิทธิพลต่อกฎหมายแพ่งด้วย

2) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทย นอกเหนือจากที่ได้กำหนดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างหลากหลายแล้ว ยังได้กำหนดให้มีหลักประกันของสิทธิและเสรีภาพ เช่น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรค 2 หลัก คือห้ามมิให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพอันมีผลเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง หลักการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพและหลักการจำกัดและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ จากหลักประกันดังกล่าวนี้เอง ก่อให้เกิดคำถามขึ้นว่าอะไรคือสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภท และมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ซึ่งในเรื่องนี้นับว่าเป็นปัญหาที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในการกำหนดขอบเขตสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ในปัญหาดังกล่าวแม้ในทางตำรากฎหมายของเยอรมันเองจนถึงปัจจุบันนี้ก็ยังไม่สามารถที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ออกมาเป็นหลักทั่วไปได้ว่า อะไรคือสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ แต่อย่างไรก็ตามได้มีความพยายามในการนำเกณฑ์ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Wuerde des Menschen) มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ด้วยเหตุนี้ การแทรกแซงใดที่เป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ กรณีย่อมถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสาระอันเป็นแก่นของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภท ซึ่งภายในขอบเขต

ดังกล่าวรัฐมีอาจล่วงละเมิดได้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพจึงมีความมุ่งหมายที่จะปกป้องคุ้มครองการแทรกแซงของรัฐ มิให้กระทบต่อสาระแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

3) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสิทธิประเภทหนึ่ง

ในประเด็นนี้มีข้อถกเถียงในทางวิชาการว่า ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้นเป็นเพียงหลักการกว้างๆ ที่ครอบคลุมสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายหรือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะตนสิทธิหนึ่ง ต่อกรณีปัญหาดังกล่าวในทางวิชาการของเยอรมันนั้นมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายแรกเห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง เพราะการบัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 วรรคหนึ่ง⁶⁰ ของรัฐธรรมนูญนั้น มีลักษณะเป็นการประกาศหลักการของสิทธิขั้นพื้นฐาน และเนื่องจากในมาตรา 1 วรรคสาม⁶¹ ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้สิทธิขั้นพื้นฐานในมาตราต่อๆ มา ผู้พันอำนาจรัฐทั้งหมดแต่ไม่หมายความว่ารวมถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ด้วย นอกจากนี้ ขอบเขตในการพิจารณาถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นขาดความแน่นอนชัดเจนว่ามีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ดังนั้นตามความเห็นฝ่ายแรกจึงเห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ ไม่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากการจัดระบบในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานและพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ถือได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง โดยฝ่ายนี้ได้โต้แย้งความเห็นฝ่ายแรกที่กล่าวว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีลักษณะเป็นการประกาศหลักการและขาดความแน่นอนชัดเจนนั้น ซึ่งฝ่ายนี้เห็นว่าลักษณะดังกล่าวนั้นปรากฏอยู่ในสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ด้วย ซึ่งปัญหาในเรื่องดังกล่าวต่อมาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้วินิจฉัยยอมรับว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง และต่อมาได้วินิจฉัยว่าถึงแม้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตราที่ระบุให้ผู้พันอำนาจรัฐทั้งหมดก็ตาม แต่อำนาจรัฐทั้งหลายก็ยังคงผูกพันกับหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) ด้วย ซึ่งจากลักษณะดังกล่าวนี้เอง Zippelius

⁶⁰ กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ของสหพันธ์รัฐเยอรมนี มาตรา 1 วรรคหนึ่ง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่ไม้อาจล่วงละเมิดได้เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.”

⁶¹ กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ของสหพันธ์รัฐเยอรมนี มาตรา 1 วรรคสาม “สิทธิขั้นพื้นฐานที่จะกล่าวต่อไปนี้ ย่อมผูกพันอำนาจ นิติบัญญัติ อำนาจอธิปไตยและอำนาจตุลาการ โดยถือว่าเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง.”

ได้กล่าวว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นมีความมุ่งหมาย 2 ประการ ประการแรกถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิฯ หนึ่ง ส่วนความมุ่งหมายอีกประการหนึ่ง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยในทางคุณค่าอันแสดงถึงทิศทางของการกระทำ โดยเรียกร้องให้สิทธิขั้นพื้นฐานต่าง นั้น สามารถบรรลุเป้าหมายได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ นอกเหนือจากการให้หลักประกันที่จะไม่ล่วงละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน

สำหรับกรณีของไทยตามที่ได้บัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญของไทย ได้ให้ความรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างชัดเจนโดยแยกออกจากสิทธิและเสรีภาพ ในกรณีเช่นนี้ในแง่ของสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญของไทยนั้นย่อมถือได้ ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าหรือวัตถุในทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ได้รับรองคุ้มครองแยก ต่างหากจากสิทธิและเสรีภาพแล้ว ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญของไทย นอกจากจะเป็น สิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแล้วยังต้องถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานของสิทธิและ เสรีภาพทั้งปวงด้วย เพราะโดยสภาพพื้นฐานแล้วสิทธิและเสรีภาพต่างๆ นั้นเป็นเพียงผลของการ รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

2.2.4 ขอบเขตการคุ้มครองของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

การกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นเรื่องที่ยาก เพราะ นิยามของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในปัจจุบันนั้นยังไม่มีนิยามที่ได้รับการยอมรับเป็นการ ทัวไป การกล่าวถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มักจะมีความสัมพันธ์กับเวลาและสถานการณ์ ภายใต้ สภาพการณ์ใดที่ถือว่าการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่อาจจะกำหนดไว้เป็นการทัวไป ได้ หากแต่ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายๆ ไป สภาพการณ์โดยรวมทางสังคม วัฒนธรรมของ สังคมหนึ่งๆ จึงเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาที่แตกต่างกันออกไป นอกจากนี้ ยังมีปัญหาว่า ศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์นั้นรวมอยู่ในสิทธิขั้นพื้นฐานใดบ้างนอกเหนือจากสิทธิในชีวิต ร่างกายและสิทธิใน ความเสมอภาคอันถือว่าเป็นหลักประกันพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ปัญหาเรื่องขอบเขตการคุ้มครองของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นสามารถกำหนดได้ หรือไม่ว่าไรนั้น มีแนวความคิด 2 แนว⁶² แนวความคิดแรก เห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น สามารถกำหนดเป็น “คุณค่า” ได้ โดยถือว่ามิใช่คุณค่าที่เป็นอิสระ มีลักษณะเป็นของตนเอง อันเป็น

⁶² Pieroth/Schlink, Grundrecht – Staatsrecht II, S. 88. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ ค (2543). *หลักพื้นฐานของ สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 94.

คุณค่าที่เป็นธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ แนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดทางปรัชญาของ Kant และแนวความคิดทางทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ส่วนอีกแนวความคิดหนึ่ง เห็นว่าลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นขึ้นอยู่กับความสามารถที่มนุษย์สามารถที่จะกำหนดตนเองได้ แนวความคิดที่สองเป็นแนวความคิดที่พิจารณาความสามารถของมนุษย์ในทางข้อเท็จจริง

แนวความคิดทั้งสองแนวนั้นล้วนแต่ไปกระทบกับสาระสำคัญของปัญหาของคานิยามว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้น มีความหมายเช่นใด ซึ่งจากนิยามดังกล่าวนี้เองจึงสามารถจะกำหนดขอบเขตได้ว่าภายในขอบเขตดังกล่าวนี้เองเป็นสิ่งที่ไม้อาจล่วงละเมิดได้ แต่อย่างไรก็ตามตามความเห็นของฝ่ายที่สองนั้น ยังไม้อาจอธิบายได้ว่าในกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นผู้ไร้ความสามารถอันไม่สามารถจะดำเนินการใดๆ ตามเจตจำนงของตนได้ ในกรณีนี้ตามแนวคิดที่สองจะอธิบายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลเหล่านี้ได้อย่างไร ซึ่งในกรณีของบุคคลเหล่านี้ก็จะต้องให้ความเคารพว่า บุคคลเหล่านี้เป็นมนุษย์คนหนึ่งในสังคมที่พึงจะได้รับการปฏิบัติและได้รับความเคารพเช่นเดียวกับบุคคลอื่นๆ ซึ่งหากถือตามแนวความคิดแรกนั้น ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับเจตจำนงของปัจเจกบุคคลแต่ละคน หากแต่เป็นคุณค่าที่เป็นอิสระจากความเป็นมนุษย์แต่ละคน

สิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความเคารพและคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ในด้านหนึ่งเป็นการป้องกันการแทรกแซงจากรัฐ แต่ในอีกด้านหนึ่ง หากพิจารณาอย่างสมเหตุสมผลสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความเคารพจากรัฐ หมายรวมถึง สิทธิเรียกร้องจากรัฐ เพื่อให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เฉพาะในกรณีของสิทธิที่จะได้รับความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น สิทธิดังกล่าวมิได้ผูกพันเฉพาะรัฐเท่านั้น หากยังหมายรวมถึงบุคคลอื่นที่ไม่ใช่รัฐด้วย เช่น ปัจเจกบุคคล หรือกลุ่มสังคมใดสังคมหนึ่งหรือรัฐต่างประเทศ หน้าที่ในการให้ความคุ้มครองของรัฐต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นการรับรองว่าสิทธิความเป็นมนุษย์นั้นเป็นสิทธิเรียกร้องที่สมบูรณ์ ซึ่งหมายความว่า สิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความเคารพนั้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อปกป้องต่อการแทรกแซงทั้งหลาย โดยมีต้องคำนึงถึงว่าการกระทำที่เป็นการแทรกแซงนั้นเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า บุคคลทุกคนย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องให้ความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่น⁶³

สำหรับในกรณีของอำนาจรัฐที่มีต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีภาระหน้าที่อยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก การให้ความเคารพและการให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น

⁶³ Duerig, in: Maunz/Duerig, G-Kommentar, Art. 1, Abs. 1, Rdnr. 2. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ ค เล่มเดิม. หน้า 94.

หมายความว่า อำนาจอัฐนั้นเองจะไม่กระทำการใดๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในกรณีนี้ถือว่าเป็นหน้าที่ของการคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งในกรณีนี้รัฐจะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิให้ถูกละเมิด และประการที่สอง การป้องกันขัดขวางความทุกข์ยากทรมานของมนุษย์ย่อมถือว่าเป็นหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองของรัฐด้วย⁶⁴

2.2.5 ประเภทของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในที่นี้แบ่งประเภทของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในส่วนนี้เป็น 3 ประการ คือ ประการแรก ศักดิ์ศรีของชนิดพันธุ์มนุษย์ทั้งปวง ประการที่สอง ศักดิ์ศรีภายในชนิดพันธุ์มนุษย์ และประการที่สาม ศักดิ์ศรีของปัจเจกชน⁶⁵

1) ศักดิ์ศรีของชนิดพันธุ์มนุษย์ทั้งปวง

เป็นมุมมองทางด้านภาวะวิสัย ได้แก่ การแยกชนิดพันธุ์มนุษย์ออกจากชนิดพันธุ์อื่นๆ เช่น ลิง และโดยที่ “มนุษย์” เป็นสัตว์ประเสริฐ มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัตว์อื่นๆ จึงจำเป็นต้องรักษานูรณ์ภาพชนิดพันธุ์เอาไว้มิให้กลายพันธุ์หรือสูญเสียลักษณะของชนิดพันธุ์

ในสหราชอาณาจักรมีเจ้าหน้าที่ดูแลเรื่องนี้โดยเฉพาะภายใต้กฎหมายที่เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการเจริญพันธุ์และตัวอ่อนของมนุษย์”⁶⁶ เพื่อควบคุมดูแลการสอดแทรกของวิทยาการต่อการเจริญพันธุ์และการสร้างพันธุ์กรรมของมนุษย์ที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติ

ด้วยเจตนารมณ์ดังกล่าว ความคิดของแพทย์ นักวิทยาศาสตร์และนักชีววิทยาที่ร่วมกันประกาศว่าจะทำการโคลนนิ่ง (Cloning)⁶⁷ มนุษย์นั้นจึงถูกวิพากษ์วิจารณ์และโต้แย้งอย่างหนัก เพราะนอกจากจะมีปัญหาเกี่ยวกับความปลอดภัยของมนุษย์ซึ่งเกิดขึ้นใหม่ด้วยวิธีนี้แล้ว ยังมีปัญหาเกี่ยวกับชีวจริยธรรม (Bioethics) ซึ่งเชื่อมโยงโดยตรงต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

อนึ่ง ถ้าจะมองกาลข้างหน้า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามความหมายนี้อาจจะรวมถึงการวางหลักเกณฑ์ควบคุมนิเวศวิทยาและโภชนาการด้วย

⁶⁴ แหล่งเดิม.

⁶⁵ อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 61-70.

⁶⁶ พระราชบัญญัติการปฏิสนธิและตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 (Human Fertilisation and Embryology Act 1990).

⁶⁷ การโคลนนิ่ง (Cloning) คือ การทำสำเนามนุษย์ขึ้นอันมิได้มีการผสมพันธุ์ตามธรรมชาติโดยเชื่อว่าจะสามารถถอดรูปของต้นแบบไว้.

2) ศักดิ์ศรีภายในชนิดพันธุ์มนุษย์

สาเหตุที่ทำให้มนุษย์มารวมกันเป็นกลุ่มชนได้เพราะมีอะไรบางอย่างหรือหลายอย่างที่เหมือนกัน และสมาชิกเห็นว่าเป็นลักษณะเฉพาะของกลุ่มที่ต้องบำรุงรักษา หวงแหน หรือเชิดชูไว้ เช่น กลุ่มที่นับถือศาสนาเดียวกัน มีปรัชญาให้มนุษย์พึ่งตนเองและทำความดี จึงต้องการรักษาและเชิดชูแนวทางนี้ไว้ ถ้ามีบุคคลภายนอกกลุ่มโต้แย้งหรือเสียดสีก็จะทำให้สมาชิกในกลุ่มนั้นเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าถูกลดคุณค่าหรือถูกข่มขู่

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ล้วนแต่มีที่มานับจากปวงของมนุษย์⁶⁸ ซึ่งจากเหตุการณ์ในอดีตกาลที่ผ่านมา มีตัวอย่างที่แสดงว่าศักดิ์ศรีของกลุ่มชนถูกข่มขู่อยู่สองเหตุการณ์ที่เห็นได้ชัด คือ

เหตุการณ์แรก เกิดขึ้นในยุโรประหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง ประมาณ ค.ศ. 1944-1945 เหล่านาซีอันประกอบด้วย เอส.เอส (S.S.)⁶⁹ และเกสตาโป (Gestapo)⁷⁰ ภายใต้การนำของอดอล์ฟ ไฮชมาน (Adolf Eichmann) ได้ดำเนินวิธีการต่างๆ ที่มนุษย์ไม่พึงปฏิบัติต่อกันแก่ชนชาติยิว เช่น

โกนหัวสตรี แล้วนำเอามาไปทอเป็นเครื่องนุ่งห่มเพื่อให้ความอบอุ่นแก่ร่างกาย โดยไม่คำนึงว่าผู้ที่ป็นเจ้าของผมเหล่านั้นจะหนาวเหน็บเพียงใดในฤดูหนาว

การใช้มนุษย์เป็นเครื่องทดลองยาโดยฉิสารต่างๆ เข้าร่างกาย การทดลองที่นิยมมากคือคัดเอามนุษย์ฝาแฝดมาใช้ทดลอง โดยความเชื่อว่าจะมีคุณสมบัติเหมือนกันมากกว่ามนุษย์อื่นๆ ปรากฏการณ์ที่ได้จากการทดลองจะแสดงผลได้ใกล้ความจริงที่สุด ส่วนผลร้ายที่เกิดแก่มนุษย์เหล่านั้น ไม่ว่าความพิการหรือความตาย เหล่านาซีไม่เคยสนใจ

เมื่อพวกยิวมาถึงค่ายกักกันจะถูกสั่งให้เปลื้องผ้าและเข้าแถวเพื่อคัดเอาไว้เฉพาะพวกที่แข็งแรง ส่วนพวกที่อ่อนแอจะให้เดินไปเข้าห้องโถงใหญ่ โดยหลอกล่อว่าจะมีน้ำฝักบัว (Shower) ทำความสะอาดร่างกาย แต่ความจริงมีก๊าซพิษออกมาทำลายชีวิต ซึ่งคาดว่ามีประมาณวันละกว่าหนึ่งพันคนที่ถูกทำลายชีวิตด้วยวิธีนี้ ศพเปลือยเหล่านั้นยังถูกค้นหาทรัพย์สินซึ่งอาจได้รูดจากการตรวจ เช่น แหวน และที่น่าสลดใจ คือ การเปิดปากศพเพื่อเอาฟันปลอมซึ่งส่วนมาเป็นทองออกมา

เหตุการณ์ที่สองเกิดขึ้นในทวีปแอฟริกาใต้ในราวศตวรรษที่ 20 ชนชาวผิวขาวที่อาศัยอยู่ในแอฟริกาใต้จะปฏิบัติต่อชนผิวดำซึ่งอยู่ในสังคมเดียวกันเสมือนว่าชนผิวดำเหล่านั้นมิใช่คน ตัวอย่างเช่น

⁶⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ ค เล่มเดิม. หน้า 84.

⁶⁹ Schutzstaffel กองกำลังรักษาความปลอดภัยของนาซี.

⁷⁰ Ge (heime) Sta (ats) Po(lizei) ตำรวจลับของรัฐ.

ที่อยู่อาศัยจะต้องแยกจากกันเด็ดขาดคนละเขตปะปนกันไม่ได้
การขึ้นรถประจำทาง คนผิวขาวเท่านั้นที่ขึ้นประตูด้านหน้า คนผิวอื่นต้องขึ้นประตู
ด้านหลัง และจะเดินมานั่งข้างหน้าไม่ได้

ในภัตตาคารส่วนใหญ่จัดไว้เฉพาะคนผิวขาว โดยมีคนผิวดำเป็นผู้ให้บริการ
ห้องน้ำสาธารณะก็ต้องแยกคนผิวขาวกับคนผิวดำ

การศึกษาคนผิวดำแทบไม่มีโอกาสเลย

ผู้ใดฝ่าฝืนกฎเหล่านี้จะถูกลงโทษอย่างหนัก เหตุการณ์ในแอฟริกาใต้ที่มีการแบ่งแยก
ผิวอย่างกว้างขวางโดยใช้ความรุนแรง ได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงสังคม โดยมีการบันทึกยืนยันใน
รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1993 ของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ในหมวด 1 ข้อ 1 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
เป็นคุณค่าที่จะต้องยึดถือ”⁷¹

เหตุการณ์สำคัญที่มีผู้บันทึกไว้และเป็นผู้ที่รู้จักกันในหมู่นักสิทธิมนุษยชนคือ การจับ
สตีฟ บิโก (Steve Biko) ผู้นำทางการเมืองผิวดำ เขาถูกทรมานและตายในห้องขังโดยไม่มี
การกล่าวหาว่ากระทำความผิดประการใด และมีได้มีการพิจารณาคดี ผลการพิสูจน์ยืนยันว่าเขาไม่ได้
ตายโดยธรรมชาติ ความตายของชายคนนี้เป็นส่วนหนึ่งของการเปลี่ยนแปลงสู่ความเป็นแอฟริกาใต้
ที่รัฐธรรมนูญซึ่งทันสมัยในปลายศตวรรษที่ 20 ภายใต้การนำของประธานาธิบดีเนลสัน แมนเดลา
จากเหตุการณ์ทั้งสองกรณีทำให้เข้าใจได้ว่า มนุษย์บางกลุ่มชนิดพันธุ์แม้ว่าจะมีพัฒนาการ
บางด้านที่ด้อยกว่า อ่อนแอกว่า แต่ไม่ได้หมายความว่ากลุ่มอื่นจะถืออำนาจบาตรใหญ่ทำอะไรได้
ตามอำเภอใจ

การปฏิบัติที่เลวร้ายต่อชนชาติยิวในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สองทำให้เยอรมัน
ตระหนักถึงคุณค่าของมนุษย์ โดยเขียนรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 1 (1) ว่า

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะถูกล่วงละเมิดมิได้ การเคารพและคุ้มครองเป็นหน้าที่ของ
พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแห่งรัฐทั้งปวง”⁷²

เหตุการณ์ในแอฟริกาใต้ที่มีการแบ่งแยกผิวอย่างกว้างขวางโดยใช้ความรุนแรง ก็ได้
นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงสังคม โดยมีการบันทึกยืนยันในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1993 ของสาธารณรัฐ
แอฟริกาใต้ ในหมวด 1 ข้อหนึ่งว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าซึ่งจะต้องยึดถือ”⁷³

⁷¹ The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:
(a) human dignity,....

⁷² Article I (Human Dignity) (1) Human dignity shall be inviolable to respect and protect, it shall be
the duty of all state authority.

การป้องกันศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของกลุ่มชนประเภทดังกล่าว ข้างต้นอาจทำได้โดยสร้างหลักเกณฑ์ “ห้ามเลือกปฏิบัติ” เป็นการให้กลุ่มชนอ้างอิงสิทธิที่จะให้ผู้อื่นเคารพในความเป็นมนุษย์ และการสร้างความแข็งแกร่งเพื่อรักษาวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีเอาไว้

ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าในบรรดาหลักกฎหมายเด็ดขาดที่ห้ามยกเลิก Jus Cogens นั้น รวมถึงการห้ามฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) และการห้ามแบ่งแยกผิว (Apartheid) ด้วย

3) ศักดิ์ศรีของปัจเจกชน

แนวคิดในระดับปัจเจกชนบางส่วนเป็นเรื่องอัตวิสัย กล่าวคือ ความรู้สึกที่ตนเองมีอยู่ และต้องการให้ผู้อื่นรู้ด้วย อันได้แก่ การประเมินค่าของตนเอง ทั้งนี้ อาจเนื่องจากความเชื่อว่าตนเองมีอะไรดีกว่าคนอื่น เมื่อตนรู้สึกแตกต่างจากผู้อื่นในเชิงที่เหนือกว่าก็จะนำไปสู่ “การถือตัว” พฤติกรรมจึงเป็นไปในการทำนองสื่อความหมายดังกล่าวเพื่อให้บุคคลภายนอกยอมรับ เช่น ถ้าบุคคลมีความรู้ทางกีฬาจนถึงระดับผู้ชนะเลิศ การประเมินค่าของตนเองก็คือฝีมืออยู่ในระดับแนวหน้า การถือตัวก็คือจะไม่ยอมเล่นกับฝีมือต่ำกว่ามากๆ ความรู้สึกเช่นนี้ย่อมมีอยู่ในตัวของผู้ชนะเลิศ แต่จะแสดงออกหรือไม่ มากน้อยเพียงใด เป็นเรื่องของมรรยาทซึ่งเป็นอีกประเด็นหนึ่งต่างหากจากเรื่องของศักดิ์ศรี

ศักดิ์ศรีของปัจเจกชนอาจเป็นเรื่องของภาวะวิสัยก็ได้ นั่นคือ ท่าทีหรือทัศนคติของประชาชนทั่วไปที่มีต่อปัจเจกชนภายใต้กรอบของความคาดหมาย หรือบรรทัดฐานของสังคม การที่จะต้องใช้เกณฑ์ของสังคมก็เพราะปัจเจกชนไม่สามารถใช้ดุลพินิจของตนได้ เช่น เด็กทารกหรือผู้ป่วยที่ยังมีลมหายใจอยู่ นอนนิ่งๆ แต่ตัดสินใจอะไรไม่ได้ ก็ชอบที่จะมีศักดิ์ศรี คือ การยอมรับการถือตัวเป็นมนุษย์คนหนึ่ง เพราะฉะนั้นก็ไม่ใช่ว่าคนอื่นๆ จะทำอะไรต่อเขาได้ตามใจชอบ ตรงกันข้ามผู้ที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์และสิทธิต่างๆ เมื่อจะตัดสินใจทำสิ่งใดที่กระทบต่อสวัสดิภาพของเด็กทารกหรือผู้ป่วยดังกล่าว

ปรากฏการณ์ทางนิติศาสตร์ซึ่งแสดงโดยนัยว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของปัจเจกชนที่มองเห็นได้ คือ ในสมัยโรมัน ได้แก่การดำเนินการทางกฎหมายกับผู้ที่ถูกเกลียด (Action Injuriarum) ลำดับต่อมาคือการอนุญาตให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาได้มีโอกาสดำเนินการกล่าวหาในศาล ต่อจากนั้นเราก็มีกฎหมายต่างๆ ที่คุ้มครองในกรณีการหมิ่นประมาทและการดูหมิ่น

⁷³ The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:

(a) human dignity,

ในกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อ 3 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 ก็ได้บัญญัติห้ามการลงโทษหรือปฏิบัติต่อบุคคลอื่นเป็นการไรมนุชกรรม หรือการลดค่าของคนลง (No one shall be subjected to...or to inhumane or degrading treatment or punishment.)

ในปัจจุบันประเทศต่างๆ ในยุโรปได้ยกเลิกโทษประหารชีวิตกันไปมากแล้ว เพราะถือว่ามนุษย์ไม่ควรจะปฏิบัติต่อกันเช่นนั้น ซึ่งมีผู้ตีความว่าเป็นการยอมรับนับถือศักดิ์ศรีของมนุษย์ด้วยกันนั่นเอง

โดยสรุป เมื่อใดก็ตามที่สังคมตระหนักถึงวาระที่จะต้องยอมรับนับถือศักดิ์ศรีของปัจเจกชนในเรื่องใด สังคมนั้นๆ ก็จะใช้กลไกที่ตนมีอยู่เพื่อให้ความคุ้มครอง ซึ่งถ้าเป็นเรื่องภายในของรัฐก็จะมีกรออกกฎหมายภายใน อาทิ การเข้มงวดกวดขันและการกำหนดหลักเกณฑ์การช่วยเหลือผู้ป่วยที่ไม่ต้องการมีชีวิตอยู่ต่อไปให้จากไปโดยสงบ หรือถ้าเป็นเรื่องระหว่างประเทศก็มีความตกลงระหว่างประเทศ เช่น กรณีที่มีการตรวจค้นอวัยวะเพศของเด็กหญิง อายุ 13 ปี ก่อนที่จะอนุญาตให้เข้าไปเยี่ยมญาติซึ่งเป็นนักโทษ คณะกรรมการซึ่งตั้งขึ้นตามอนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1969 มีความเห็นว่าเป็นการละเมิดสิทธิในเกียรติยศและศักดิ์ศรี ซึ่งได้บัญญัติรับรองไว้ในอนุสัญญา ข้อ 11 (1) ว่าทุกๆ คนมีสิทธิที่จะให้เกียรติยศได้รับการเคารพ และที่จะให้ศักดิ์ศรีได้รับการยอมรับนับถือ (Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized)⁷⁴

2.3 รัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของผู้ต้องขัง

2.3.1 ความหมายของการติดต่อสื่อสาร

การสื่อสาร หมายถึง การติดต่อสื่อสารระหว่างนักโทษกับบุคคลโดยใช้จดหมายเป็นสื่อกลาง ซึ่งการสื่อสารด้วยจดหมายของนักโทษจะมีองค์ประกอบของการสื่อสารดังนี้ คือ นักโทษ เนื้อหาสาร จดหมาย บุคคลภายนอก (ผู้ส่งสาร ช่องทางสาร ผู้รับสาร ตามองค์ประกอบ S M C R) ซึ่งการวิจัยในเรื่องนี้จะวิเคราะห์เฉพาะสารและช่องทาง ในส่วนของสารจะวิเคราะห์ เนื้อหา เช่น ลักษณะประเด็นการเขียน จำนวนการเขียน ความหมายของสัญญาต่างๆ ในเนื้อความจดหมาย ฯลฯ และในส่วนของช่องทางวิเคราะห์ถึงรูปแบบจดหมาย เช่น การประดิษฐ์ของและกระดาษเขียนจดหมาย การใส่สิ่งของในซองจดหมาย การลักลอบนำจดหมายออก ฯลฯ ส่วนการสื่อสารของคุก คือ การจัดระเบียบวินัยในบริบทของการจำกัดอิสรภาพในด้านต่างๆ ของคุกที่มีการควบคุมทั้ง

⁷⁴ Report No. 38/96 of October 15, 1996, Case 10,506 X v. Argentina, (1999) 6 B.H.C.R. 314 para 93-94. อ้างถึงใน อุดม รัฐอมฤตย์, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 70.

ทางร่างกาย จิตใจ และพฤติกรรม โดยจะวิเคราะห์ความหมายของการใช้เสรีภาพและการจำกัดอิสรภาพที่มีปฏิสัมพันธ์เชิงอำนาจกับเจตนาของนักโทษ

การสื่อสาร (Communication) คือการทำความเข้าใจกันระหว่างบุคคลสองฝ่าย คือ ผู้ส่งสารและผู้รับสาร โดยมีกระบวนการส่งสารจากผู้ส่งสาร ผ่านช่องทางหรือสื่อเพื่อให้ผู้ถึงผู้รับสาร จนเกิดความเข้าใจกันและเกิดความรู้ร่วมกัน⁷⁵

การสื่อสาร (Communication) คือ กระบวนการถ่ายทอดสารจากผู้ส่งสารผ่านสื่อต่างๆ ที่อาจเป็นคำพูด การเขียน การจัดกิจกรรม ฯลฯ ไปยังผู้รับสารอย่างมีวัตถุประสงค์ทำให้เกิดความรู้ร่วมกัน มีปฏิริยาตอบสนองต่อกันสามารถปรับเปลี่ยนวิธีการให้เหมาะสมกับบริบททางการสื่อสารเพื่อให้การสื่อสาร สัมฤทธิ์ผล

การสื่อสารโดยทั่วไปมีองค์ประกอบที่สำคัญ อยู่ 4 ประการ คือ ผู้ส่งสาร (Sender) สาร ช่องทาง และผู้รับสาร และผู้รับสาร ซึ่งองค์ประกอบเหล่านี้จะมีอิทธิพลต่อกันและกัน ซึ่งรายละเอียดขององค์ประกอบต่างๆ มีดังต่อไปนี้

1. ผู้ส่งสาร เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในกระบวนการสื่อสารซึ่งหมายถึง บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีความคิดมีความต้องการมีความตั้งใจที่จะส่งข้อมูลข่าวสาร อารมณ์ ความรู้สึกนึกคิด ความคิดเห็น ทศนคติ ความเชื่อและอื่นๆ ไปยังผู้รับสารเพื่อให้ก่อให้เกิดผลอย่างหนึ่งต่อผู้รับสาร

2. สาร หมายถึง เรื่องราวอันมีความหมายและถูกแสดงออกมาโดยอาศัยภาษาหรือสัญลักษณ์ใดๆ ก็ตามที่สามารถทำให้เกิดการรับรู้ร่วมกันได้ระหว่างผู้ส่งสารและผู้รับสารจะเป็นตัวเร้าให้ผู้รับสารเกิดการรับรู้ต่อความหมายและมีปฏิริยาตอบสนองต่อความหมายที่ได้รับ

3. ช่องทาง หรือ สื่อ หมายถึง พาหนะที่นำหรือพาข่าวสารจากผู้ส่งสารไปยังผู้รับสาร ดังนั้น ช่องทางหรือสื่ออาจหมายถึงประสารทสัมผัสทั้ง 5 ของมนุษย์ที่รับรู้ความหมายจากสิ่งต่างๆ อันได้แก่ การมองเห็น การได้ยิน การดมกลิ่น การสัมผัสและการลิ้มรสเป็นต้น หรือนอกจากนี้ยังอาจหมายถึง คลื่นแสง คลื่นเสียงและอากาศที่อยู่รอบๆ ตัวเราด้วย

4. ผู้รับสารเป็นองค์ประกอบสิ่งสำคัญในการสื่อสาร มีบทบาทในการกำหนดรู้เรื่องราวที่ผู้ส่งสาร ส่งสารผ่านสื่อมาถึงตนและมีปฏิริยาตอบสนอง การสื่อสารจะประสบความสำเร็จมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมทางสังคม ขอบข่ายของประสบการณ์ที่มีบางส่วนร่วมกันและลักษณะส่วนบุคคลของทั้งผู้ส่งสารและผู้รับสาร

การศึกษาองค์ประกอบของการสื่อสารทำให้ทราบว่า สารและช่องทางเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่น่าสนใจ น่าศึกษาวิเคราะห์ โดยเฉพาะการศึกษาวิจัยเรื่อง การสื่อสารผ่าน

⁷⁵ สมพร แพ่งพิพัฒน์. (2547). ภาษาไทยเพื่อการสื่อสารและการสืบค้น. หน้า 1.

จดหมายนักโทษบทวิเคราะห์อำนาจและการจัดระเบียบวินัยแห่งคุก เพราะสารหรือเนื้อหาในจดหมายเป็นความตั้งใจของนักโทษที่พยายามจะสื่อความหมาย อารมณ์ ความรู้สึกนึกคิด ความเชื่อ ทศคติ และอื่นๆ ไปยังบุคคลภายนอก โดยใช้จดหมายเป็นพาหนะหรือช่องทาง นำสารหรือเนื้อหา นั้นๆ ออกสู่นอกกำแพงคุก จดหมายเปรียบเทียบกับเสมือนตัวแทนแห่งอิสรภาพ ถึงแม้ร่างกายจะถูก กักขัง แต่จิตใจเป็นอิสระสามารถถ่ายทอดส่งผ่านลงบนแผ่นกระดาษออกสู่นอกกำแพงคุกได้

2.3.2 ความหมายของผู้ต้องขังตามรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 100 บัญญัติว่า “บุคคลผู้มีลักษณะดังต่อไปนี้ในวันเลือกตั้ง เป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้ง... (3) ต้องคุมขัง อยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย...”

1) ผู้ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาลตามมาตรา 100 (3) ได้แก่ บุคคลที่ถูกขังอยู่ใน เรือนจำ คือ นักโทษเด็ดขาด คนต้องขัง และคนฝาก⁷⁶

“นักโทษเด็ดขาด” หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกขังไว้ตามหมายจำคุกภายหลังคำพิพากษา ถึงที่สุด และหมายความรวมถึงบุคคลซึ่งถูกขังไว้ตามคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายให้ลงโทษด้วย⁷⁷

“คนต้องขัง” หมายความว่า บุคคลที่ถูกขังไว้ตามหมายขัง (อันได้แก่ บุคคลที่ถูกขังตาม หมายขังในระหว่างการพิจารณาคดี ผู้ถูกกักกัน⁷⁸ ซึ่งถูกศาลพิพากษาให้กักกัน คือให้ควบคุมตัวไว้ ภายในเขตกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิด เพื่อคัดนิสัย และเพื่อฝึกหัดอาชีพ⁷⁹ และผู้ต้อง กักขัง⁸⁰ ตามหมายกักขังของศาล)

“คนฝาก” หมายความว่า บุคคลที่ถูกฝากให้ควบคุมไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา หรือกฎหมายอื่นโดยไม่มีหมายอาญา”

ผู้ที่ถูกควบคุมตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เนื่องจากเป็นบุคคลที่สงสัยว่าจะเป็นผู้ร่วมกระทำการให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือเป็นผู้ใช้ ผู้โฆษณา ผู้สนับสนุนการกระทำเช่นนั้น หรือปกปิดข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำให้เกิดสถานการณ์

⁷⁶ ศูนย์สารสนเทศราชบัณฑิตยสถาน. (2554). พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542. สืบค้นเมื่อ 10 มิถุนายน 2554, จาก <http://rirs3.royin.go.th/new-search/word-search-all-x.asp>

⁷⁷ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479. (2479, 29 พฤศจิกายน). *ราชกิจจานุเบกษา*, 53, หน้า 777.

⁷⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2510. (2510, 29 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*, 84 (127). หน้า 7.

⁷⁹ ประมวลกฎหมายอาญา. (2499, 15 พฤษภาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*, 73 (95). หน้า 33.

⁸⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักขังตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2506. (2506, 12 พฤศจิกายน). *ราชกิจจานุเบกษา*, 80 (109). หน้า 710.

ฉุกเฉิน พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับกุมและควบคุมตัวได้ไม่เกินเจ็ดวันและต้องควบคุมไว้ในสถานที่ที่กำหนดซึ่งไม่ใช่สถานใดราชวัง ที่คุมขัง ทัณฑสถาน หรือเรือนจำ แต่รวมระยะเวลาควบคุมตัวทั้งหมดต้องไม่เกินกว่าสามสิบวัน เมื่อครบกำหนดแล้ว หากจะต้องควบคุมตัวต่อไปต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยนำวิธีการขออนุญาตหมายอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม⁸¹

2) ผู้ต้องขังอยู่โดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 100 (3) ได้แก่

ผู้ถูกจับหรือผู้ต้องหาที่อยู่ในความควบคุมของพนักงานสอบสวนระหว่างการสอบสวน โดยยังไม่มี การขอต่อศาลเพื่อออกหมายจับ

ผู้ที่ถูกควบคุมตามพระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด พ.ศ. 2545 เพื่อเข้ารับการบำบัดการติดยาเสพติดและฟื้นฟูสภาพร่างกายและจิตใจ⁸²

ผู้ที่ถูกควบคุมหรือถูกขังยังสถานสงเคราะห์ตามพระราชบัญญัติควบคุมขอทาน พุทธศักราช 2484⁸³ (ผู้ที่ทำการขอทาน คือขอทรัพย์สินของผู้อื่นโดยมิได้ทำงานอย่างใดหรือให้ทรัพย์สินอื่นใดตอบแทน และผู้นั้นเป็นคนชราภาพหรือเป็นคนวิกลจริต พิกัด หรือเป็นคนมีโรค ซึ่งไม่สามารถประกอบการอาชีพอย่างใดและไม่มีทางเลี้ยงชีพอย่างอื่น รวมทั้งไม่มีญาติมิตรอุปการะเลี้ยงดู เจ้าพนักงานมีอำนาจนำตัวผู้นั้นไปยังสถานสงเคราะห์ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการควบคุม จนกว่าจะปรากฏว่าผู้นั้นมีที่อาศัยและทางดำรงชีพ หรือในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นโรคเรื้อรัง วัณโรค หรือโรคติดต่ออันตราย จะควบคุมไว้จนเป็นที่พอใจว่าพ้นระยะติดต่อกันแล้ว)

นอกจากนี้ ยังมีผู้ที่ถูกคุมขังยังสถานบำบัดรักษาตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 ทั้งผู้ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาล (“ผู้ป่วยคดี” ที่อยู่ระหว่างการสอบสวน ได้สวนมูลฟ้อง หรือพิจารณาในคดีอาญา รวมทั้งผู้ป่วยที่ศาลมีคำสั่งให้ได้รับการบำบัดรักษาภายหลังมีคำพิพากษาในคดีอาญา) และผู้ต้องคุมขังอยู่โดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย (“ผู้ป่วย” ที่มีความผิดปกติทางจิตซึ่งควรได้รับการบำบัดรักษา)⁸⁴

⁸¹ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548. (2548, 16 กรกฎาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*, 122 (58ก). หน้า 1.

⁸² พระราชบัญญัติฟื้นฟูสมรรถภาพผู้ติดยาเสพติด พ.ศ. 2545. (2545, 30 กันยายน). *ราชกิจจานุเบกษา*, 119 (96ก). หน้า 26.

⁸³ พระราชบัญญัติควบคุมการขอทาน พุทธศักราช 2484. (2484, 4 ตุลาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*, 58. หน้า 1324.

⁸⁴ พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551. (2551, 20 กุมภาพันธ์). *ราชกิจจานุเบกษา*, 125 (36ก). หน้า 37.

วิทยานิพนธ์นี้จะกล่าวถึงเฉพาะผู้ต้องขังอยู่โดยหมายของศาล ซึ่งอยู่ในความควบคุมของเรือนจำและทัณฑสถานในความรับผิดชอบของกรมราชทัณฑ์เท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันเรือนจำและทัณฑสถานในสังกัดกรมราชทัณฑ์ทั่วประเทศ 186 แห่ง มีผู้ต้องขังจำนวน 219,466 คน (1 กุมภาพันธ์ 2556)

ตารางที่ 2.1 ตารางแสดงสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ (สำรวจ ณ วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2556)⁸⁵

ประเภท	ชาย	หญิง	รวม	ร้อยละ (%)
1. นักโทษเด็ดขาด	159,837	27,676	187,513	72.875
2. ผู้ต้องขังระหว่าง	57,710	9,957	67,667	26.30
2.1 อุทธรณ์ - ฎีกา	29,773	4,747	34,520	13.42
2.2 ใต้สวน - พิจารณา	9,690	1,810	11,500	4.47
2.3 สอบสวน	18,247	3,400	21,647	8.41
3. เยาวชนที่ฝากขัง	277	21	298	0.12
4. ผู้ถูกกักกัน	5	0	5	0.00
5. ผู้ต้องกักขัง	1,637	203	1,840	0.72
รวมผู้ต้องราชทัณฑ์ทั้งสิ้น	219,466	37,857	257,323	100

⁸⁵ ที่มาจากรายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศของกรมราชทัณฑ์. สำรวจ ณ 1 กุมภาพันธ์ 2556, จาก <http://www.correct.go.th/stat102/display/result.php?date=2013-02-01&Submit=%B5%A1%C5%A7>

ตารางที่ 2.2 ตารางแสดงสถิติผู้สถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ คดี พ.ร.บ. ยาเสพติดทั่วประเทศ (สำรวจ ณ วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2556)⁸⁶

ประเภท	ชาย	หญิง	รวม	ร้อยละ (%)
1. นักโทษเด็ดขาด	102,965	22,822	125,787	73.035
2. ผู้ต้องขังระหว่าง	38,184	7,532	45,716	26.54
2.1 อุทธรณ์ - ฎีกา	19,779	3,736	23,515	13.65
2.2 ใต้สวน - พิจารณา	5,799	1,335	7,134	4.14
2.3 สอบสวน	12,606	2,461	15,067	8.75
3. เยาวชนที่ฝากขัง	28	2	30	0.02
4. ผู้ถูกกักกัน	0	0	0	0.00
5. ผู้ต้องกักขัง	629	87	716	0.42
รวมผู้ต้องราชทัณฑ์ทั้งสิ้น	141,806	30,443	172,249	100

2.3.3 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารของผู้ต้องขัง

เมื่อกล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพผู้ต้องขังนั้น ในอดีตนักโทษมักไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเช่นเดียวกับคนทั่วไป ใน ค.ศ. 1871 ผู้พิพากษาในมลรัฐเวอร์จิเนียแห่งสหรัฐอเมริกา ได้พิพากษาไว้อย่างชัดเจนว่า “...เพราะเหตุที่ได้กระทำความผิดอาญา ดังนั้นนอกจากเขาจะหมดเสรีภาพแล้วเขายังหมดสิทธิส่วนตัวทั้งสิ้นนอกจากที่ถูกอนุญาตให้ และเขาจะต้องตกเป็นทาสของรัฐบาลระยะเวลาหนึ่ง...” นักโทษจะไม่มีสิทธิใดๆ อันต่างไปจากทาส เมื่อนักโทษร้องขอความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายต่อศาล ศาลมักจะไม่ได้ให้ความคุ้มครองและไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวเพราะถือว่าเป็นเรื่องภายในของฝ่ายบริหาร ผู้บริหารงานเรือนจำจะเอาใจใส่กับเรื่องความมั่นคงปลอดภัยของเรือนจำและของสังคมส่วนรวมเท่านั้น ตามคำแถลงการณ์ของสมาคมการราชทัณฑ์แห่งสหรัฐอเมริกา (American Correctional Association) ที่ว่า “ความรับผิดชอบหลักของผู้บริหารงานเรือนจำ คือการรักษาความปลอดภัยและการควบคุมตัวนักโทษเอาไว้”

⁸⁶ ที่มาจากรายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์ทั่วประเทศ คดี พ.ร.บ. ยาเสพติดทั่วประเทศ ของกรมราชทัณฑ์. สำรวจ ณ 1 กุมภาพันธ์ 2556, จาก http://www.correct.go.th/stat102/display/drug_result.php?date=2013-02-01&Submit=%B5%A1%C5%A7

สิทธิของนักโทษในสหรัฐอเมริกาเริ่มขึ้นใน ค.ศ. 1950 - 1960 โดยการผลักดันจาก Warrent Court ซึ่งสนับสนุนแนวความคิดสิทธิมนุษยชน โดยเห็นว่าควรขยายสิทธิตามกฎหมายมาสู่หน่วยย่อยของสังคม เช่น ผู้กระทำความผิดหรือนักโทษด้วย และศาลสูงเริ่มมีการแทรกแซงการทำงานของเรือนจำในรัฐต่างๆ โดยถือเป็นหน้าที่ที่จะป้องกันสิทธิของนักโทษตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ การดำเนินงานของมลรัฐจะต้องตกอยู่ภายใต้เงื้อมมือของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม การรักษาสหสิทธิของนักโทษจะต้องกระทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิกับเป้าหมายของการคุมขังด้วย นับว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดสำคัญโดยการให้นักโทษสามารถนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล เป็นการแสดงถึงพัฒนาการทางด้านการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของนักโทษ⁸⁷

ในสหพันธรัฐเยอรมนีถือกันว่าเรือนจำเป็นบริการสาธารณะ ซึ่งผู้ใช้บริการอาจถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพได้หลายประการเพื่อประโยชน์ของความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้รับคำร้องจากผู้ต้องขังซึ่งถูกส่งขังไว้ในระหว่างการดำเนินคดีและเพิ่งถูกศาลพิพากษาลงโทษให้จำคุกเป็นเวลา 4 ปี นักโทษผู้นี้ได้ร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้กลับคำพิพากษาของศาลสูงแห่งมลรัฐที่ยืนตามคำสั่งของหัวหน้าศาลอาญาแห่งรัฐ ที่ยืนตามคำสั่งของหัวหน้าศาลอาญาแห่งมลรัฐ ซึ่งได้มีคำสั่งให้อายัดจดหมายที่นักโทษผู้นี้เขียนถึงบิดามารดาของตน ด้วยเหตุผลที่ว่าในจดหมายนั้นนักโทษได้กล่าวกับผู้พิพากษาที่ตัดสินลงโทษตน ศาลรัฐธรรมนูญได้กลับคำพิพากษาดังกล่าวเพราะเหตุที่ได้ละเมิดบทบัญญัติในมาตรา 2 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐที่ว่า “ประชาชนทุกคนมีสิทธิที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้โดยเสรี” โดยศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลไว้สั้นๆ ว่าการจำกัดเสรีภาพของนักโทษนั้นจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นจริงๆ เท่านั้น แต่ในคดีนี้คำสั่งของหัวหน้าศาลอาญานั้นเป็นคำสั่งที่ไม่จำเป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของเรือนจำแต่อย่างใด⁸⁸

1) ผลกระทบของการถูกลงโทษจำคุกขณะที่ต้องรับโทษอยู่

Gresham Sykes ได้กล่าวว่าผู้ต้องโทษจำต้องถูกจำกัดสิทธิในด้านต่างๆ โดยเป็นผลมาจากการถูกตัดสินให้ลงโทษจำคุกดังนี้

(1) การถูกจำกัดสิทธิด้านเสรีภาพ กล่าวคือ ถูกจำกัดการเคลื่อนไหวไม่ให้ออกไปนอกเรือนจำ ถูกตัดจากครอบครัวและญาติมิตร

⁸⁷ วารจกนา สุจริตกุล. (2539). *นักโทษเค็ดขาดกับสิทธิตามกฎหมาย*. หน้า 29-33.

⁸⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2531, เมษายน). “การคุ้มครองบุคลิกภาพและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของนักเรียนและนักโทษในประเทศเยอรมันตะวันตก.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 7 (1). หน้า 290-292.

(2) การถูกจำกัดสิทธิด้านเครื่องอุปโภคบริโภคและการบริการ กล่าวคือ ถูกจำกัดสิทธิในการเลือก เช่น ไม่มีสิทธิดื่มสุรา ไม่มีสิทธิทำอะไรก็ได้ตามใจชอบ ไม่มีที่พักผ่อนเป็นส่วนตัว

(3) การถูกจำกัดสิทธิด้านความสัมพันธ์ทางเพศ เพราะถูกตัดขาดจากเพศตรงข้าม

(4) การถูกจำกัดสิทธิด้านอิสรภาพ เนื่องจากต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์และคำสั่งของพนักงานที่ควบคุม เช่น การตรวจตราเฝ้าดู การกำหนดให้กินเป็นเวลา นอนเป็นเวลา การเข้าแถวไปทำงาน การห้ามนำอาหารเข้าไปในห้องนอน เป็นต้น

(5) การถูกจำกัดสิทธิด้านความปลอดภัย เนื่องจากต้องอยู่ร่วมกับผู้ต้องขังอื่น และไม่มีสิทธิพักอาวูธ ทำให้เกิดความวิตกว่าเจ้าหน้าที่อาจดูแลไม่ทั่วถึง⁸⁹

2) การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังตามกฎหมายไทย

การคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลทั่วไป ย่อมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังด้วย

“มาตรา 4 สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง

มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 39 บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ วรรคสอง ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด วรรคสาม ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

(2) สิทธิพื้นฐานในกระบวนการพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจสอบเอกสารอย่างเพียงพอ

⁸⁹ กิตติบดี ไชยพล. (2544). ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้พ้นโทษในการเข้าทำงาน. หน้า 128-129.

การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง

(3) บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะให้คดีของตนได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม

(4) ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม รวมทั้งสิทธิในการได้รับการสอบสวนอย่างถูกต้อง รวดเร็ว เป็นธรรม และการไม่ให้ถ้อยคำเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง...”

3) การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องขังตามหลักการของสหประชาชาติ

นอกจากผู้ต้องขังจะได้รับการคุ้มครองตามหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเช่นเดียวกับพลเมืองทั่วไปแล้ว ยังได้รับการคุ้มครองตามหลักการเฉพาะดังนี้

(1) หลักการเพื่อการคุ้มครองบุคคลที่ถูกคุมขังหรือจำคุก (Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment)

หลักการนี้รับรองโดยที่ประชุมสมัชชาทั่วไปแห่งสหประชาชาติ โดยมติที่ 43/173 ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 1988 เพื่อคุ้มครองบุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุก

“ข้อ 1 บุคคลทุกคนที่ถูกคุมขังหรือจำคุกพึงได้รับการปฏิบัติในฐานะมนุษย์และอย่างเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น

ข้อ 3 การสร้างข้อจำกัดหรือลดทอนสิทธิมนุษยชนที่เป็นของผู้ที่ถูกคุมขังหรือจำคุกนั้น โดยการออกเป็นกฎหมาย อนุสัญญา กฎระเบียบ หรือประเพณีปฏิบัติใดๆ โดยอ้างว่าสิทธิชนคนนั้น ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในหลักการฉบับนี้หรือมีการกล่าวถึงในหลักการฉบับนี้น้อยกว่านั้น จะกระทำมิได้

ข้อ 5 (1) หลักการฉบับนี้ใช้บังคับกับบุคคลทุกคนในประเทศนั้น โดยจะต้องไม่มีการเลือกปฏิบัติตามความแตกต่างใดๆ ในระหว่างบุคคล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา การนับถือหรือความเชื่อทางศาสนา ความคิดทางการเมืองหรือความคิดเห็นทางอื่น สัญชาติ แหล่งกำเนิดทางเผ่าพันธุ์หรือสังคม สถานะทางทรัพย์สิน ทางกำเนิด หรือทางอื่น...”

(2) หลักการพื้นฐานว่าด้วยการปฏิบัติต่อนักโทษ (Basic Principles for the Treatment of Prisoners)

หลักการฉบับนี้ได้มีการรับรองและประกาศโดยที่ประชุมสมัชชาทั่วไปแห่งสหประชาชาติ โดยมติที่ 45/111 เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1990

“1. นักโทษทุกคนพึงได้รับการปฏิบัติอย่างเคารพต่อศักดิ์ศรีและคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์

2. การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดทางการเมือง หรือความคิดเห็นอื่นๆ แหล่งกำเนิดทางชาติหรือสังคม สถานภาพทางทรัพย์สิน กำเนิดหรือทางอื่นใดนั้นจะกระทำมิได้...

4. ความรับผิดชอบของเรือนจำในการคุมขังนักโทษและในการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากอาชญากรรมนั้น จะต้องเป็นไปอย่างสอดคล้องกับวัตถุประสงค์เชิงสังคมในด้านอื่นๆ ของรัฐ และความรับผิดชอบขั้นพื้นฐานของรัฐในการส่งเสริมความเป็นอยู่ที่ดีและการพัฒนาของสมาชิกทั้งหมดของสังคม

5. เว้นแต่ข้อจำกัดซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่ามีความจำเป็นอันสืบเนื่องจากข้อเท็จจริงว่า จะต้องจำกัดอิสรภาพของนักโทษนั้น นักโทษทุกคนพึงได้รับความคุ้มครองในเรื่องของสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งกำหนดโดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ตลอดจนกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิความเป็นพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และพิธีสารตามสิทธิฉบับอื่นๆ ซึ่งประเทศนั้นๆ ได้ตกลงเป็นภาคี อีกทั้งนักโทษทุกคนพึงได้รับการคุ้มครองสิทธิอื่นๆ ตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับอื่นขององค์การสหประชาชาติด้วย...”⁹⁰

2.4 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติมาตรา 29 แล้ว เราจะพบว่าบทบัญญัติมาตรานี้ มีขึ้นเพื่อจำกัดมิให้องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรอื่นที่ได้มอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับอื่นใดอันมีผลล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยอำเภอใจ ข้อพิจารณาดังกล่าวนี้น่าหนักเพิ่มขึ้นอย่างสำคัญหากคำนึงถึงข้อเท็จจริงในทางประวัติศาสตร์ประกอบกับเนื้อหาของสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิทธิของปัจเจกชน สิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นการคุ้มครองปัจเจกชนให้พ้นจากอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจรัฐบาล บทบัญญัติแห่งมาตรา 29 จึงเป็นบทบัญญัติที่เรียกร้ององค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายที่มีผลจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลให้ต้องเคลื่อนไหวอยู่ภายในกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้น

⁹⁰ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ชาติ ชัยเดชสุริยะ และฉัฐวสา ฉัตรไพฑูรย์, เล่มเดิม, ไม่ปรากฏเลขหน้า.

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นย่อมไม่อาจกระทำได้โดยการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับเฉพาะกรณี หากมีการตรากฎหมายล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญอนุญาต กฎหมายนั้นจะต้องอ้างอิงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจด้วย นอกจากนี้แล้วการตรากฎหมายล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องพอสมควรแก่เหตุ และไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม รัฐจะตรากฎหมายให้กระทบกระเทือนถึงแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิไม่ได้⁹¹ ทั้งนี้เพราะความสมดุลระหว่างอำนาจของรัฐกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นเรื่องที่สำคัญซึ่งในสังคมตะวันตกมีการสร้างความสมดุลระหว่างอำนาจรัฐกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยให้ความสำคัญทั้งสิทธิเสรีภาพและอำนาจรัฐ

ในการศึกษาถึงหลักการพื้นฐานในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญนี้ ได้ศึกษาถึงหลักในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ตลอดจนกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพ ข้อจำกัดของสิทธิจากสิทธิเด็ดขาดไปสู่สิทธิสัมพัทธ์ ลักษณะของการรับรองสิทธิเสรีภาพของกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง พอสรุปรายละเอียดได้ดังนี้

2.4.1 บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาจากแนวความคิดในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว จะพบว่า องค์กฤษฎีกาบัญญัติและองค์กรอื่นที่ได้รับมอบอำนาจจากองค์กฤษฎีกาจะต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญ⁹² ได้แก่ ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง รวมทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น และต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องกระทำเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้⁹³ ซึ่งจำแนกอธิบายได้ดังนี้

1) ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดหลักประกันความมั่นคงแห่งสิทธิและเสรีภาพไว้ว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้น จะกระทำมิได้ เว้นแต่

⁹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ข (2542, มิถุนายน). “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน: “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” *วารสารนิติศาสตร์*, 30 (2). หน้า 184-185.

⁹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29.

⁹³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ก เล่มเดิม. หน้า 506.

จะให้มีการตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนในสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ โดยกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง รวมทั้งจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย และให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

โดยการใช้อำนาจนิตินบัญญัติมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะต้องมีการวางกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการทั่วไปและต้องไม่ระบุตัวบุคคลเพราะถือว่ากฎหมายที่ตราออกมาจากตัวแทนของประชาชนนั้นต้องใช้บังคับกับประชาชนทุกๆ คน⁹⁴ โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป อันเนื่องมาจากไม่ต้องการให้องค์กรนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองเองในรูปของกฎหมาย⁹⁵ อันเป็นการล่วงล้ำเข้ามาในเขตแดนอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร และยังเป็นการคุ้มครองประชาชนไม่ให้รัฐใช้อำนาจตรากฎหมายโดยเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเป็นการเฉพาะขึ้นซึ่งหากพิจารณากฎหมายที่มีผลทั่วไปย่อมเป็นหลักประกันสิทธิในความเสมอภาคและความเท่าเทียมในผลของกฎหมายสำหรับข้อเท็จจริงหรือสถานการณ์ที่เหมือนกัน การปฏิบัติที่เหมือนกันนี้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของความยุติธรรม และเป็นการตอกย้ำความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และเนื่องจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีความผูกพันต่อหลักความเสมอภาคในการตราบทบัญญัติขึ้นมาให้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

2) ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จะต้องผ่านการยินยอมหรือการบัญญัติออกมาจากประชาชนอันเป็นไปตามหลักสัญญาประชาคม (Social contract) ของฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) ที่ตัวแทนของประชาชนในรัฐสภาตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แสดงให้เห็นว่าประชาชนได้ยินยอมให้ตัวแทนของตนตรากฎหมายดังกล่าวมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยฝ่ายบริหารจะออกกฎข้อบังคับใดๆ มาจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

⁹⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 34.

⁹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ข เล่มเดิม. หน้า 191.

ของประชาชนไม่ได้ เว้นแต่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราบทบัญญัติมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารตรา กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ด้วยเหตุดังกล่าว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องผ่านการบัญญัติและ รับรองโดยองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชน⁹⁶ ที่มาจากเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนเท่านั้น และ เมื่อกฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนแล้ว กฎหมายเท่านั้นที่จะจำกัด สิทธิและเสรีภาพของแต่ละคนได้⁹⁷ ซึ่งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทำได้อีกแต่ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากพิจารณาตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่าได้กำหนดให้ กฎหมายที่จะมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนด และกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบ ราชสันตติวงศ์ นอกจากนี้แล้วไม่ใช่บทบัญญัติกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ ส่วน พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือระเบียบข้อบังคับทั้งหลาย หากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้อำนาจไว้ ย่อมไม่อาจที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพบุคคลได้⁹⁸

การตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ องค์กร นิติบัญญัติจะต้องอ้างหรือระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้ในกฎหมายฉบับนั้นด้วย ซึ่งเป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่อให้องค์กรนิติบัญญัติตระหนักเสมอว่ากำลังตรากฎหมายล่วงล้ำแดนแห่ง สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน เพื่อที่องค์กรนิติบัญญัติจะได้ตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เฉพาะที่ตนต้องการจริงๆ เท่านั้น และเพื่อเป็นเครื่องมือช่วยในการใช้และการตีความกฎหมายด้วย ในการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะต้องระบุเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง และให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายเท่านั้น

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติมาตรานี้ไม่อาจใช้บังคับกับกฎหมายที่ล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลซึ่งได้ตราขึ้นก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะมีผลบังคับใช้แต่อย่างใด⁹⁹ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนในการตรวจสอบว่าองค์กรนิติบัญญัติได้ตรากฎหมาย ดังกล่าว หรือให้อำนาจฝ่ายบริหารในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ปฏิบัติถูกต้อง ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งหากไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์นี้แล้ว กฎหมาย ดังกล่าวย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับมิได้¹⁰⁰

⁹⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เล่มเดิม, หน้า 33.

⁹⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก (2536), *กฎหมายมหาชน 1*, หน้า 54.

⁹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข (2542), *รัฐธรรมนูญน่ารู้*, หน้า 236.

⁹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ข เล่มเดิม, หน้า 193.

¹⁰⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เล่มเดิม, หน้า 35.

ทั้งนี้ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2542 เห็นชอบกับการกำหนดรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้¹⁰¹ และรัฐสภาได้พัฒนารูปแบบการร่างพระราชบัญญัติที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยกำหนดให้มีการระบุมাত্রาของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้ในคำปรารภของพระราชบัญญัติ แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนดแนวทางการตรากฎหมายโดยการอ้างบทอาศัยอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมาย ได้กระทำเฉพาะกฎหมายที่จะมีการแก้ไขหรือกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่เท่านั้น¹⁰²

3) ต้องจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นกรอบรับรองไว้ มีหลักการสำคัญอยู่ว่าจะจำกัดสิทธิมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ได้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ แต่ก็มีได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญจะมุ่งให้ความคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมบูรณ์ (Absolute) แต่ได้มุ่งคุ้มครองอย่างสัมพัทธ์ (Relative) มากกว่า ซึ่งการพิจารณาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นจะมีผลทำให้สารัตถะของสิทธิได้รับความกระทบกระเทือนหรือไม่ จึงต้องพิจารณาเป็นเรื่องๆ ไป ซึ่งเมื่อได้ชี้แจงน้ำหนักของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนแล้ว จึงจะตอบได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งถึงแม้ว่าองค์กรของรัฐจะตรากฎหมายอันมีผลกระทบกระเทือนแก่นของสิทธิก็ตาม แต่ถ้ามการกระทบกระเทือนแก่นของสิทธินั้นยังสอดคล้องกับหลักความพอสมควรเหตุอยู่ และกฎหมายนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อประโยชน์ของส่วนรวม ย่อมไม่อาจถือได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติดังกล่าว และการตรากฎหมายในลักษณะใด จะถึงขนาดที่เรียกว่ากระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ จะต้องพิจารณาเป็นรายสิทธิและเสรีภาพไป ไม่อาจให้คำนิยามเพื่อใช้กับสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทได้¹⁰³

อนึ่ง หากกฎหมายใด แม้ตามรูปแบบแล้วจะเป็นกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนก็ตาม แต่หากในความเป็นจริง เนื้อหากฎหมายที่ตราขึ้นนั้น กฎหมายใดเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพที่มีลักษณะเป็นการล่วงล้ำเข้าไปกระทบ “แก่น” (Core) หรือ “สารัตถะ”

¹⁰¹ หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0204/ว 25 ลงวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2542.

¹⁰² มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย. (ม.ป.ป.). *กฎหมายที่มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ* (รายงานการวิจัย). หน้า 2.

¹⁰³ วรเจตน์ ภาคิรัตน์ ข เล่มเดิม. หน้า 190.

(Essence) ของสิทธิหรือเสรีภาพแล้ว กฎหมายนั้นย่อมมีผลเช่นเดียวกันกับกฎหมายที่ตัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง¹⁰⁴ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญอาจบัญญัติโดยชัดแจ้งยกเว้นมาตรการที่อาจถือได้ว่ากระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิให้เป็นมาตรการที่ใช้บังคับได้ เพื่อเป็นการตัดปัญหาการตีความ¹⁰⁵

2.4.2 หลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)¹⁰⁶ หรือหลักความสมควรแก่เหตุ (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)¹⁰⁷ หรือหลักความจำเป็นพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักสัดส่วนในการใช้อำนาจ (Verhältnismaessigkeit) ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)¹⁰⁸ หรือหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ (Uebermassverbot) หรือหลักความได้สัดส่วน (Der Grundsatz der Verhältnismaessigkeit) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าหลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ (Uebermassverbot) ซึ่งเป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยจะกล่าวอธิบายต่อไปในข้อ 2.3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน

โดยสรุปแล้วอาจกล่าวได้ว่า ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตย เป็นการปกครองที่ถือว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจ ประชาชนทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย อีกทั้ง ยังมีสิทธิและเสรีภาพในการกระทำใดก็ได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมายและขัดต่อเสรีภาพของบุคคลอื่น ซึ่งกฎหมายที่ออกมาจำกัดเสรีภาพดังกล่าวต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยความยินยอมของประชาชน ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

เสรีภาพในการรวมตัวจัดตั้งพรรคการเมืองเป็นเสรีภาพในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเสรีภาพดังกล่าวนี้เป็นเครื่องมือในการแสดงออกทางความคิดของประชาชนหรือกลุ่มคนทั้งหลายในรัฐเสรีประชาธิปไตย ที่มีความคิดเห็นในอุดมการณ์ทางการเมืองในเรื่องเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุปัจจัยทางเศรษฐกิจ ทางการเมือง หรือทางสังคม ก็ได้ ซึ่งพลังความคิดเห็นของกลุ่มบุคคลดังกล่าวได้รับการยอมรับและพัฒนาจนกลายมาเป็นฐานสำคัญทางการเมืองเพื่อตอบสนองความ

¹⁰⁴ กฤษฎ์ วสินนท์ ก (2547). “เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรมในระบบกฎหมายไทย: การจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.” *วารสารกฎหมาย*, 1 (23). หน้า 72.

¹⁰⁵ วรเจตน์ กาสิรัตน์ ข เล่มเดิม. หน้า 191.

¹⁰⁶ แหล่งเดิม. หน้า 187.

¹⁰⁷ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. หน้า 261.

¹⁰⁸ สมยศ เชื้อไทย ก (2536). *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. หน้า 42.

ต้องการของกลุ่มของตน และพัฒนาเรื่อยมาจนกลายเป็นพรรคการเมืองของมวลชนในเวลาต่อมา จากที่ได้กล่าวแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า เสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งพรรคการเมืองเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ที่นานาอารยประเทศยอมรับ และบางประเทศได้จัดให้มีกฎหมายพรรคการเมืองเพื่อควบคุมการดำเนินงานของพรรคการเมืองนั้น ซึ่งอาจเป็นไปตามความเป็นมาทางประวัติศาสตร์และข้อจำกัดทางการเมืองของแต่ละประเทศ¹⁰⁹

2.4.3 กฎเกณฑ์จำกัดสิทธิเสรีภาพ

George Burdeau ได้กล่าวไว้ว่า เสรีภาพถ้าไม่มีขอบเขตจำกัด สภาวะอนาธิปไตย (Anarchie) ก็จะเกิดขึ้นดังเช่นเมื่อครั้งมนุษย์ยังอยู่ในสังคมป่าเถื่อน เพราะทุกคนจะใช้เสรีภาพอย่างเต็มที่และกระทบต่อชีวิต ทรัพย์สิน ร่างกายผู้อื่น จนทำให้ผู้แข็งแรงเท่านั้นที่อยู่ในสังคมได้ ผู้อ่อนแอต้องตกเป็นทาส และถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพจนหมด การมีเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขต จึงเป็นเหตุใหญ่ให้เกิดการไร้เสรีภาพ การเข้ามารวมกันเป็นสังคมยอมรับอำนาจการเมืองเหนือตนเป็นรูปแบบการปกครองต่างๆ ก็เพื่อให้อำนาจสูงสุดนั้นสูงเหนือทุกคน เป็นกรรมการคอยรักษากติกาไม่ให้ ผู้เข้มแข็งกว่าใช้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตรังแกผู้อ่อนแอกว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยรัฐจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นและมีอาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะเป็นการปกป้องคุ้มครองไม่ให้รัฐและผู้อื่นมาล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของเรา¹¹⁰

Karl August Bettermann ได้อธิบายว่า การที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพบางเรื่องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย หรือมิได้กำหนดขอบเขตในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ อย่างชัดเจนก็ดี กรณีย่อมมิได้หมายความว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นไม่อาจจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ เพราะตามหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) แล้ว ไม่มีเสรีภาพใดที่ได้รับการรับรองโดยปราศจากขอบเขต เพราะสาระแห่งเสรีภาพก็คือพฤติกรรมระหว่างมนุษย์ด้วยกัน เนื่องจากขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพมีทั้งการจำกัดขอบเขตในลักษณะที่เป็นลายลักษณ์อักษรและในลักษณะที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างของขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพ เช่น สิทธิของบุคคลอื่น ศีลธรรมอันดีของประชาชน ข้อห้ามในการใช้สิทธิในทางไม่ชอบ ความมั่นคงปลอดภัยของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ หลักพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ และการดำรงอยู่ของรัฐ เป็นต้น¹¹¹

ฉะนั้น การใช้เสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด¹¹² จะก่อให้เกิดสภาวะอนาธิปไตยเกิดขึ้นมาในรัฐได้และนำไปสู่การที่ไม่มีเสรีภาพเหลืออยู่เลย ดังนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายที่

¹⁰⁹ วลิตยา ไชยศิริ. (2547). เสรีภาพในการจัดตั้งและดำเนินกิจการของพรรคการเมือง. หน้า 11-12.

¹¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 29.

¹¹¹ บรรเจิด สิงคะเนติ ก เล่มเดิม. หน้า 216.

¹¹² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 31-35.

จำกัดหรือให้อำนาจอรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อเข้ามาจัดระบบการคุ้มครองประชาชน จัดระเบียบการใช้เสรีภาพของประชาชนเพื่อมิให้มีการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนคนหนึ่งไปกระทบหรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนคนอื่นๆ ในสังคมหรือประโยชน์สาธารณะ ดังเห็นได้จาก คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ข้อ 4 “เสรีภาพ คือ ความสามารถที่กระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนจะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ต้องยินยอมให้สมาชิกอื่นของสังคมสามารถใช้สิทธิเหล่านี้ได้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นนี้ จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่โดยบทกฎหมายเท่านั้น”

นอกจากนี้ในปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 มาตรา 29.2 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของตน แต่ละคนจะถูกจำกัดก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นด้วยความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อประกันให้มีการยอมรับและเคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและเพื่อตอบสนองความเรียกร้องต้องการอันชอบธรรมของศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อยและความผาสุกของทุกคนในสังคมประชาธิปไตย” กฎเกณฑ์ในการจัดระบบการคุ้มครองและการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐต้องตระหนักถึงมีดังต่อไปนี้

1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองสังคมและคุ้มครองเสรีภาพของผู้อื่น

การที่ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพและถ้าทุกคนใช้อย่างเสรีและอย่างเต็มที่ความมีสิทธิเสรีภาพก็จะไม่เหลืออยู่เพราะในที่สุดการใช้สิทธิเสรีภาพในลักษณะดังกล่าวจะนำมาซึ่งความไม่สงบสุขของสังคม สิทธิ และเสรีภาพของแต่ละคนในประชาคมนั้นก็จะได้รับการรุกรานโดยคนในประชาคมนั้นด้วยตนเอง ดังนั้นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในสังคมนั้นก็จำเป็นต้องเกิดขึ้นเพื่อคุ้มครองสังคมและคุ้มครองเสรีภาพของทุกๆ คนในสังคมนั้น และด้วยเหตุดังกล่าว การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล รัฐต้องตรากฎหมายดังกล่าวมาจำกัดสิทธิเสรีภาพและกฎหมายดังกล่าวต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นมาจากองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนตามครรลองในการปกครองระบอบประชาธิปไตยซึ่งก็คือฝ่ายนิติบัญญัติ

แต่อย่างไรก็ตามการจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อการคุ้มครองสังคมให้มีความสงบสุขนั้นในขณะเดียวกันก็จะต้องมีเสรีภาพอยู่ด้วยเป็นไปไม่ได้เลยที่รัฐจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยไม่คงเหลือสิทธิเสรีภาพอะไรเลยให้แก่ประชาชน ปัญหาก็คือว่า รัฐจะมาจัดระเบียบการใช้เสรีภาพของประชาชนได้อย่างไรการจัดระเบียบการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น เสรีภาพอาจถูกจำกัดโดยเด็ดขาดด้วยเหตุผลของรัฐที่ว่าเพื่อคุ้มครององค์การรัฐ เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคมและศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นต้น และนอกจากนี้การใช้เสรีภาพของบุคคลหนึ่งอาจจะขัดกับ

การใช้เสรีภาพของอีกบุคคลหนึ่งก็ได้ ดังนั้นในกรณีดังกล่าวเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเข้ามาแก้ไข การขัดกันของการใช้สิทธิเสรีภาพของทั้งสองบุคคล เช่นเสรีภาพในการเลือกผู้ร่วมงานของเจ้าของกิจการ (เสรีภาพประเภทที่ 4 และ 5) กับเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสหภาพประท้วงการกระทำของเจ้าของกิจการ (เสรีภาพประเภทที่ 5) รัฐในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติจะเข้าข้างฝ่ายไหน: ขึ้นอยู่กับรูปแบบของรัฐ ถ้าเป็นรัฐสวัสดิการอย่างฝรั่งเศส ก็จะให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสหภาพ เสรีภาพในตัวบุคคลกับเสรีภาพในการแสดงออก โดยหลักจะให้ความสำคัญกับเสรีภาพในตัวบุคคลซึ่งตัวบุคคลเป็นวัตถุประสงค์มากกว่าเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการติดต่อคมนาคมกับเสรีภาพในการชุมนุมประท้วง โดยหลักจะให้ความสำคัญกับเสรีภาพในการคมนาคมมากกว่าเสรีภาพในการชุมนุมประท้วง เป็นต้น

อย่างไรก็ตามไม่ใช่รัฐจะจำกัดเสรีภาพโดยเด็ดขาดเสียทีเดียว บางครั้ง รัฐต้องจำกัดเสรีภาพแบบสัมพัทธ์ (Relative Limitation) ซึ่งเป็นการจำกัดเสรีภาพแบบเหมาะสมตามภาวะของสังคมเพื่อคุ้มครองสังคมโดยจำกัดเสรีภาพของคนบางกลุ่ม เช่น เมื่อเกิดภาวะวิกฤตในบ้านเมืองจึงจำกัดสิทธิในการเดินทางได้ เสรีภาพเหล่านี้เรียกอีกอย่างว่า สิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองอย่างสัมพัทธ์ แต่อย่างไรก็ตามมีสิทธิเสรีภาพบางประเภทที่รัฐไม่สามารถตรากฎหมายมาจำกัดได้เลย สิทธิเสรีภาพเหล่านี้เป็นสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ (Absolute) เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนาเสรีภาพทางด้านมโนธรรมและความคิด เป็นต้น

2) การคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐ

ในขณะที่รัฐตรากฎหมายมาจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้น รัฐเองก็ต้องไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองประชาชนด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หน่วยงานของรัฐ มีอยู่สามระดับด้วยกัน ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เลยว่า สิทธิเสรีภาพบางประเภทนั้น รัฐไม่สามารถตรากฎหมายออกมาจำกัดได้เลย เสรีภาพประเภทนี้เป็นเสรีภาพที่มีการรับรองไว้อย่างสมบูรณ์ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ถ้ารัฐตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพที่มีการรับรองอย่างสมบูรณ์ดังกล่าวก็เท่ากับว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายดังกล่าวห้ามผลบังคับใช้ไม่ได้

(2) การจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องตราเป็นกฎหมายที่มาจากรัฐสภาซึ่งแสดงออกถึงเจตนารมณ์ของประชาชน (La Volonté Générale) ซึ่งถือว่าเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนเท่านั้นที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ดังนั้น หากรัฐต้องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเรื่องใด รัฐต้องตรากฎหมายออกมาในรูปของพระราชบัญญัติ มิเช่นนั้นรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่สามารถกระทำการได้ เช่น การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของประชาชน การกระทำความผิดว่าเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจและทางกรรมสิทธิ์

แต่รัฐสามารถเวนคืนที่ดินของประชาชนได้เมื่อได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการเวนคืนในที่ดินดังกล่าวเป็นต้น

(3) ถ้ามีการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐต้องจัดให้มืองค์กรของรัฐทำหน้าที่คุ้มครองประชาชนที่ถูกทำละเมิด เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาศาลยุติธรรม หรือศาลปกครอง เป็นต้น นอกจากนี้ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพและขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐต้องมืองค์กรชี้ขาดในเรื่องดังกล่าว เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

3) การคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของบุคคลอื่น

การกระทำหน้าที่ดังกล่าวของรัฐเป็นไปเพื่อการปกป้องคุ้มครองคนทุกคนในสังคมนั้นให้มีความสุขและต้องมีการกำหนดโทษไว้ถ้ามีการละเมิดสิทธิเสรีภาพเกิดขึ้นทั้งทางแพ่งและทางอาญา

4) การกำหนดหน้าที่แก่รัฐที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพใหม่ๆ

เมื่อรัฐให้สิทธิเสรีภาพและคุ้มครองแก่ประชาชนแล้ว รัฐก็มีพันธะหรือหน้าที่กระทำการ (Droit de Créance) ด้วย เช่น รัฐให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนในการเลือกตั้ง รัฐก็มีหน้าที่ในการจัดการการเลือกตั้ง อำนาจความสะดวกแก่ประชาชนผู้มาเลือกตั้ง เสรีภาพในการศึกษาก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐในการจัดการการศึกษา เป็นต้น

2.4.4 ข้อจำกัดของสิทธิ จากสิทธิเด็ดขาดไปสู่สิทธิสัมพัทธ์

รัฐธรรมนูญของนานาประเทศต่างก็มีการยอมรับและมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ซึ่งอาจปรากฏอยู่ในอารัมภบทหรือคำปรารภของรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ก็มีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพไว้เป็นหมวดหมู่หนึ่งของรัฐธรรมนูญนั้นๆ เลย¹¹³ ความจำเป็นที่ต้องมีการรับรองเรื่องดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐนั้น ไม่สามารถปฏิเสธได้เพราะเนื่องจากการรับรองดังกล่าวเป็นการยอมรับแนวความคิดสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติมาแปรสภาพเป็นบทบัญญัติที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ดังนั้นโดยหลักการเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพแล้ว การรับรองสิทธิและเสรีภาพโดยรัฐนั้นเป็นเรื่องหลักที่รัฐต้องรับรอง เรื่องการที่รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพรัฐนั้นจะกระทำมิได้ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีหลักก็ต้องมีข้อยกเว้น ในเรื่องดังกล่าวรัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ก็ต่อเมื่อรัฐออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้โดยอาจมีการสร้างเงื่อนไขขึ้นมาในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ กฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับในกรณีจำต้องจำกัดสิทธิเสรีภาพ โดยที่เสรีภาพถ้าไม่มีขอบเขตจำกัดเลยสถานะอนาธิปไตย ก็จะเกิดขึ้นเหมือนเมื่อครั้งมนุษย์ยังอยู่ในสังคมเถื่อน เพราะทุกคนจะใช้เสรีภาพ

¹¹³ แหล่งเดิม. หน้า 128-132.

เต็มทีและจะกระทบชีวิต ทรัพย์สิน ร่างกายผู้อื่น จนทำให้ผู้แข็งแรงเท่านั้นที่อยู่ในสังคมได้ ผู้อ่อนแอต้องตกเป็นทาสและถูกจำกัด เสรีภาพหมดการมีเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตจึงเป็นเหตุใหญ่ให้เกิดการไร้เสรีภาพ การเข้ามารวมเป็นสังคมยอมรับอำนาจการเมืองเหนือตนเป็นรูปแบบการปกครองต่างๆ ก็เพื่อให้อำนาจสูงสุดนั้นสูงเหนือทุกคนเป็นกรรมการคอยรักษากฎไม่ให้ผู้เข้มแข็งกว่าใช้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตรังแกผู้อ่อนแอกว่า ดังนั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยรัฐจึงเป็นสิ่งจำเป็นและมีอาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะเป็นการปกป้องคุ้มครองไม่ให้รัฐและผู้อื่นมาล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของเรา รากฐานของเกณฑ์ที่ใช้บังคับในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ เมื่อพิจารณาดูแล้วมาจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เสรีภาพก็คือความสามารถที่จะกระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนจะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ต้องยอมให้สมาชิกอื่นของสังคม สามารถใช้สิทธิเหล่านี้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นว่านี้ จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่โดยบทกฎหมายเท่านั้น” และมาตรา 5 “กฎหมายมีสิทธิที่จะห้ามเฉพาะการกระทำที่รบกวนสังคมเท่านั้น สิ่งใดที่ไม่มีกฎหมายห้ามใครจะมาห้ามไม่ให้ทำย่อมไม่ได้และในทำนองกลับกันบุคคลย่อมไม่ถูกบังคับให้กระทำการในสิ่งที่กฎหมายไม่ได้สั่งให้กระทำ” จากบทบัญญัติทั้งสองมาตราทำให้เห็นว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นมีหลักอยู่สองประการคือ ประการแรก การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น ประการที่สอง การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองสังคม

1) การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น

ในกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่การใช้เสรีภาพของคนหนึ่งอาจไปขัดกับการใช้เสรีภาพของอีกคนหนึ่ง รัฐจึงต้องเข้ามาจัดการระเบียบโดยการจำกัดสิทธิเสรีภาพด้วยวิธีต่างๆ กัน ตัวอย่างเช่น การแตกต่างทางความคิดเห็นระหว่างบรรณาธิการหนังสือพิมพ์กับนักหนังสือพิมพ์ โดยนักหนังสือพิมพ์เห็นว่าเสรีภาพของนักหนังสือพิมพ์จะถูกทำลาย ถ้าไม่สามารถแสดงออกซึ่งความคิดเห็นได้ แต่บรรณาธิการหนังสือพิมพ์จะตีพิมพ์แต่ความคิดเห็นที่ได้รับการตรวจสอบจากบรรณาธิการแล้วเท่านั้น อีกตัวอย่าง ในเรื่องของความเชื่อในทางศาสนา ในเรื่องดังกล่าวมีทั้งผู้ที่เชื่อและผู้ที่ไม่เชื่อตามความเชื่อของแต่ละฝ่าย ผู้ที่มีความเชื่อต่างก็ต้องการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อของตนเอง แต่ผู้ที่ไม่เชื่อนั้นบอกว่าการปฏิบัติดังกล่าวเป็นการทำร้ายต่อเสรีภาพของตน ดังนั้น จะเห็นได้ว่า มีเสรีภาพอันหนึ่งที่ขัดกับเสรีภาพอีกอันหนึ่ง ทำให้ผู้บัญญัติกฎหมายจำต้องเลือกเอาอันใดอันหนึ่ง เช่น เสรีภาพในการรวมตัวเป็นสหภาพประท้วงการกระทำของเจ้าของกิจการ ย่อมสำคัญกว่าเสรีภาพในการเลือกผู้ร่วมงานของเจ้าของกิจการ ในบางครั้งการจำกัดก่อให้เกิดการจัดลำดับของเสรีภาพที่ขัดแย้งกัน เช่น เสรีภาพในตัวบุคคลอยู่เหนือเสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการติดต่อสมาคมอยู่เหนือเสรีภาพในการประท้วง ในบางครั้งก็ต้องให้ความสำคัญกับ

เสรีภาพทั้งสองที่ขัดแย้งกัน โดยมีการจำกัดเสรีภาพทั้งสองที่ขัดแย้งกันเพื่อให้ใช้ได้โดยไม่ขัดกัน เช่น การยอมรับเสรีภาพในการนัดหยุดงานของแรงงานบางคน ก็ต้องมีการยอมรับเสรีภาพในการเข้าทำงานของแรงงานบางคนในเวลาเดียวกันด้วย

2) การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อคุ้มครองสังคม

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าสังคมใดถ้าไม่มีการจำกัดเสรีภาพแล้ว สังคมนั้นก็จะอยู่ในภาวะอนาธิปไตย สังคมนั้นก็จะสูญสลายไปในที่สุด ดังนั้นการที่จะต้องดำรงสังคมให้มีอยู่ได้นั้น จึงจำเป็นที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพลง การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะเข้ามาควบคุมจัดระเบียบสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ การจัดระเบียบดังกล่าวจึงต้องมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพซึ่งมีอยู่สองแบบด้วยกันคือ การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยเด็ดขาด (Les Limitations Absolues) และการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องตามความจำเป็น (Les Limitations Relatives) การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยเด็ดขาดเป็นข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับคนทุกคนในประชามันนั้น และใช้บังคับกับทุกสถานการณ์ซึ่งสามารถจัดแบ่งเป็นกลุ่มได้สามกลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยให้เกิดขึ้นในสังคมนั้น ในความหมายของแนวคิดฝรั่งเศสแล้วเห็นว่า ความมั่นคง ความสงบเรียบร้อยและสาธารณสุชนนั้นเป็นข้อจำกัดอย่างเด็ดขาดที่รัฐสามารถใช้อ้างได้ว่าเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม ถ้าพบว่าการใช้เสรีภาพของผู้นั้นผู้ใดไปกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ความยุ่งยากอยู่ตรงที่ว่าจะใช้ข้อจำกัดดังกล่าวได้เมื่อไหร่ในสถานการณ์ใด

กลุ่มที่สอง มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศีลธรรมในสังคม การดำรงอยู่ของสังคมนั้น นอกจากต้องการความสงบเรียบร้อยแล้วสังคมนั้นยังต้องมีศีลธรรมในสังคมนั้นด้วย ซึ่งในที่นี้ต้องเป็นศีลธรรมอันเกิดจากความรู้สึกร่วมกันของสมาชิกในสังคมนั้นในสังคมหนึ่งๆ จะต้องมีทั้งความดีและความเลวปะปนกันไป จริยธรรมและศีลธรรมจะเป็นเกณฑ์ที่ได้รับการเคารพและเป็นเกณฑ์ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นๆ ที่อาจก่อให้เกิดผลร้ายแก่สังคมขึ้นได้ เช่น การที่กฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมีบทบัญญัติเกี่ยวกับจริยธรรมและศีลธรรมของสังคมในการเคารพต่อชีวิต ศักดิ์ศรี ทรัพย์สินของบุคคลอื่นการปฏิเสธการแบ่งแยกทางเพศ สีผิว เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ทางจริยธรรมและศีลธรรมที่เป็นตัวจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคล

กลุ่มที่สาม มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองรัฐโดยไม่ให้มีการใช้สิทธิเสรีภาพมาทำลายล้างรัฐได้ การปกป้องรักษารัฐดังกล่าวเป็นการปกป้องคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ

การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวข้องตามความจำเป็น การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวมีความแตกต่างจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพในอันแรก กล่าวคือ กรณีดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิ

เสรีภาพที่ขึ้นอยู่กับเวลา สถานที่หรือขึ้นอยู่กับสิ่งที่ต้องได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจดังกล่าว เช่น คนต่างชาติดูอาจถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพทางการเมือง หรือในสถานการณ์สงครามและในสถานการณ์ภาวะคับขันของบ้านเมืองก็จำเป็นต้องมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ เช่น ในการประกาศกฎอัยการศึก ห้ามประชาชนออกนอกเขตสถานของตนระหว่างวัน เวลาที่รัฐกำหนดไว้ ในกรณีดังกล่าวในภาวะปกติถือได้ว่าเป็นการขัดต่อเสรีภาพในการเดินทางแต่ในภาวะวิกฤตดังกล่าวถือได้ว่าไม่ขัดต่อเสรีภาพในการเดินทาง เพราะว่ารัฐมีความจำเป็นต้องจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของรัฐเพื่อคุ้มครองประชาชนในภาวะวิกฤตและเพื่อจัดระเบียบของบ้านเมืองให้เป็นปกติเร็วที่สุดที่รัฐจะกระทำได้

2.4.5 ลักษณะของการรับรองสิทธิเสรีภาพของกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง

รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนไว้สองลักษณะด้วยกันคือ การรับรองอย่างสมบูรณ์หรือสัมบูรณ์หรือเด็ดขาด (Absolute) กล่าวคือ โดยไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดๆ และการรับรองอย่างสัมพัทธ์หรือสัมพัทธ์ (Relative) กล่าวคือ รัฐสงวนไว้ซึ่งอำนาจในอันที่จะจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นในภายหลังได้¹¹⁴ ดังนี้

1) การรับรองอย่างสมบูรณ์ โดยหลักสิทธิเสรีภาพเหล่านั้น รัฐไม่สามารถออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของรัฐมาจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพเหล่านั้นได้ เช่น สิทธิและเสรีภาพในมโนธรรมและในทางความคิด แต่อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพอย่างเด็ดขาดไม่ว่าจะเป็นการรับรองสิทธิเสรีภาพแบบสมบูรณ์หรือการรับรองแบบสัมพัทธ์ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ดังกล่าวด้วย เพราะหลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพแบบเด็ดขาดนั้นถือว่าเป็นหลักที่เป็นสากลที่ไม่สามารถปฏิเสธได้และต้องยอมรับ ดังนั้น ประชาชนมีอิสระที่จะคิดและจินตนาการได้อย่างไม่มีขอบเขตจำกัด ความพยายามใดๆ ที่จะบังคับให้ประชาชนคิดหรือเชื่อไปทางหนึ่งทางใดก็ดินนอกจากจะไม่ประสบความสำเร็จแล้วยังเปิดช่องให้มีการขัดแย้งความผิดให้ประชาชนกันได้ง่ายๆ ทั้งนี้เพราะเทคโนโลยียังไม่เจริญก้าวหน้าพอที่จะผลิตเครื่องมือสำหรับอ่านความรู้สึกลึกซึ้งของคนได้ และยังเป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของประชาชนอีกด้วย เมื่อใดที่มนุษย์หยุดคิดก็จะมีสภาพไม่ต่างอะไรกับวัตถุเพราะมนุษย์ต่างกับวัตถุตรงที่คิดเป็นนี่เอง แต่ถ้าเมื่อมีเสรีภาพในความเชื่อดังกล่าวแล้วนำความเชื่อของตนไปปฏิบัติหรือไปกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของสังคมแล้วก็จะได้รับการลงโทษจากกฎหมายหรือกฎหมายก็จะบัญญัติห้ามการใช้เสรีภาพในการกระทำดังกล่าวได้ ตามหลักที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 28 วรรคแรกที่บัญญัติว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรี

¹¹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 133-137.

ความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน”บทบัญญัติมาตรา 28 เป็นบทบัญญัติหลักที่ใช้ได้กับทุกสิทธิและเสรีภาพ อีกตัวอย่างเช่นทุกคนทราบกันดีว่า เสรีภาพทางวิชาการอยู่ในความหมายสิทธิเสรีภาพในมโนธรรมและในความคิดเนื่องจากว่าการศึกษาอบรมและความรู้ทางวิชาการเป็นเครื่องช่วยใ้มนุษย์คิดเป็น ดังนั้น จึงเป็นสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองอย่างสัมบูรณ์ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 42 บรรคแรกบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในทางวิชาการ” และวรรคสองบัญญัติว่า “การศึกษาอบรม การเรียนการสอน การวิจัย และการเผยแพร่ งานวิจัยตามหลักวิชาการ ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” เสรีภาพทางวิชาการมีลักษณะใกล้เคียงกับเสรีภาพในการนับถือศาสนาเพราะต่างก็เป็นเสรีภาพในมโนธรรม ในทางความเชื่อ ความคิดซึ่งเป็นนามธรรมการควบคุมตรวจสอบและการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจึงกระทำมิได้ เว้นแต่ได้มีการกระทำเพื่อแสดงออกความคิดดังกล่าวแล้วเข้าเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญวางไว้ การนำเอามนุษย์มาทดลองทางวิทยาศาสตร์ในลักษณะที่เป็นการขัดต่อจรรยาบรรณและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การทดลองนำเอานักโทษในเรือนจำมาผ่าตัด การฉีควัคซีนหรือวิธีการอื่นใดในลักษณะที่เป็นการทรมานหรือการทดลองที่มีผลต่อชีวิตมนุษย์วิธีการเหล่านั้นจะกล่าวอ้างเสรีภาพทางวิชาการตามมาตรา 42 ไม่ได้ เป็นต้น

2) การรับรองอย่างสัมพัทธ์ (Relative) หรือการรับรองอย่างสัมพันธ เป็นการรับรองของรัฐในสิทธิเสรีภาพเหล่านั้นแต่รัฐก็สามารถจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพเหล่านั้นได้เพราะถือว่าสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเป็นสิทธิเสรีภาพในการกระทำแล้ว การดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นจำเป็นต้องมีระเบียบวินัย แต่ละคนจะใช้สิทธิเสรีภาพกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งของผู้อื่นหรือต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชนไม่ได้ เช่น แต่ละคนจะใช้เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรเดินเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นหรือเข้าไปตั้งบ้านเรือนในที่ดินของผู้อื่นโดยผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินไม่อนุญาตไม่ได้ แต่ละคนจะใช้เสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา หรือกล่าวถ้อยคำหรือข้อความใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการลบหลู่เกียรติยศหรือชื่อเสียงของผู้อื่นหรือทำลายความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือก่อให้เกิดความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชนไม่ได้ แต่ละคนจะใช้เทคโนโลยีแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติไปในลักษณะที่ก่อให้เกิดมลภาวะหรือทำลายสภาพแวดล้อมหรือความสมดุลของธรรมชาติไม่ได้ ดังนั้น รัฐจึงมีอำนาจที่จะจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของราษฎรแต่ละคน โดยการบังคับให้แต่ละคนกระทำการ

บางอย่างหรือห้ามมิให้แต่ละคนกระทำการบางอย่างได้ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น และหรือเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน

2.5 หลักนิติรัฐ

ในสมัยใหม่ความเปลี่ยนแปลงทางสังคมวัฒนธรรม และความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจการเมือง ทำให้ความคิดความเชื่อ โลกทัศน์ ชีวทัศน์ของคนสมัยใหม่เปลี่ยนแปลงไปจากสมัยกลาง การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญนั้นเริ่มต้นจากการอธิบายอำนาจการปกครองตามความคิดของนักคิดชาวฝรั่งเศสชื่อ Jean Bodin (ค.ศ 1530-1597) ที่ได้เสนอหลักว่าภายใต้หลักอำนาจอธิปไตย รัฐย่อมไม่ต้องผูกพันต่อข้อกำหนดกฎหมายใดๆ ที่ได้บัญญัติไว้ก่อน แต่มีอำนาจที่จะบัญญัติกฎหมายเพื่อจัดการกิจการต่างๆ ของรัฐได้โดยไม่ถูกจำกัด เรียกว่า *Legibus Soluta*¹¹⁵ แต่เดิมนั้นอำนาจอธิปไตย หมายถึงอำนาจที่เป็นอิสระจากอำนาจอื่นใดทั้งหลายทั้งปวง ผู้ที่สร้างความคิดดังกล่าวขึ้นคือ Bodin โดย Bodin ได้ชี้ให้เห็นสาระสำคัญของอำนาจอธิปไตย คือ อำนาจในการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับ Bodin สร้างคำอธิบายดังกล่าวขึ้นเพื่อแสดงให้เห็นว่ารัฐย่อมเป็นอิสระจากอำนาจภายนอก โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจของศาสนจักร หรือของสันตปาปา และเป็นอิสระจากภายใน คือ อำนาจรัฐนั้นย่อมสูงสุดเด็ดขาดกว่าอำนาจของเจ้าศักดินาหรือผู้ครองที่ดินทั้งหลาย¹¹⁶ และเมื่อความคิดนี้ได้พัฒนาต่อไปในสมัยต่อมา มา ความคิดว่า รัฐไม่ถูกจำกัดอำนาจได้ขยายไปกว้างขึ้นถึงขนาดถือว่าไม่ถูกจำกัดด้วยหลักใดๆ ไม่ว่าจะเป็นหลักความยุติธรรม หลักศีลธรรม หรือแม้กระทั่งหลักธรรมของพระเจ้าที่เป็นเจ้าที่เคยเชื่อกันมาแต่เดิม¹¹⁷ รัฐในความหมายของ Bodin นั้นมีลักษณะที่สำคัญคือ มีสถาบันที่ทรงอำนาจเพียงหนึ่งเดียวและอำนาจดังกล่าวนี้เป็นอำนาจที่ยั่งยืนสืบเนื่องไป ทั้งนี้โดยไม่มีสถาบันอื่นที่มีอำนาจเช่นเดียวกันดำรงอยู่ ในประเทศฝรั่งเศสสถาบันดังกล่าวคือ สถาบันกษัตริย์ ซึ่งเป็นสถาบันที่สามารถเอาชนะสถาบันอื่น เช่น สถาบันขุนนางได้ และกลายเป็นสถาบันซึ่งทรงอำนาจสูงสุดเด็ดขาดเพียงสถาบันเดียว¹¹⁸

¹¹⁵ สมยศ เชื้อไทย ก เล่มเดิม. หน้า 44.

¹¹⁶ วรเจตน์ ภักิริรัตน์ ค (2551). *ทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ ภาคการศึกษาที่ 1 ปีการศึกษา 2551 เอกสารชุดที่ 4 ลักษณะทางสังคมวิทยาและทางกฎหมายของรัฐ*. หน้า 9.

¹¹⁷ สมยศ เชื้อไทย ก เล่มเดิม. หน้าเดิม.

¹¹⁸ วรเจตน์ ภักิริรัตน์ ง (2551). *ทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ ภาคการศึกษาที่ 1 ปีการศึกษา 2551 เอกสารชุดที่ 3 วิวัฒนาการของรัฐ รูปแบบการปกครอง และองค์กรของรัฐ*. หน้า 3.

ในรัฐสมัยใหม่ที่เกิดขึ้นนับตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 เป็นต้นมา ความเชื่อว่ารัฐมีอำนาจสมบูรณ์เด็ดขาดเหนือดินแดนในอาณาจักร (Territorial State) ตามหลักสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และ ความมีประสิทธิภาพในการจัดการต่างๆ ของรัฐ เช่น การเก็บภาษี ระบบราชการ ระบบกองทัพ ประจําการ ระบบการศึกษาภาคบังคับ ฯลฯ ทำให้ขอบเขตกิจการของรัฐที่มีมาแต่สมัยโบราณและ สมัยกลาง ที่จำกัดเฉพาะการรักษาความสงบ และการประสิทธิประสาทความยุติธรรมวินิจัย ข้อพิพาท ขยายตัวมากขึ้นจนกระทั่งเรียกได้ว่า รัฐสมัยใหม่ มิใช่มีหน้าที่เป็นรัฐตำรวจ รัฐตุลาการ เหมือนที่มีมาแต่เดิมเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่เป็นรัฐบริหาร และรัฐบริการแก่ราษฎร อันได้แก่การ จัดการคมนาคม การศึกษา การสาธารณสุข โภค การส่งเสริมการอุตสาหกรรม การพาณิชย์ ฯลฯ กิจการเหล่านี้ไม่อาจดำเนินไปโดยลำพังแต่อาศัยพระบรมราชวินิจฉัยของกษัตริย์ที่ออกมาในรูป คำบัญชาเฉพาะเรื่องได้ แต่จะดำเนินไปได้ก็จะต้องมีการผลักดันให้ดำเนินไปได้เองอย่างเรียบร้อย ภายใต้ กฎเกณฑ์ที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อเป็นครรลองสำหรับดำเนินกิจการเหล่านี้ ความจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ เช่นนี้รวมเข้ากันกับความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยที่สนับสนุนอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของ ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยที่กำลังแพร่หลายอยู่ได้พอดี และความคิดเรื่องนิติรัฐ หรือรัฐที่ดำเนินไป ภายใต้กฎหมาย โดยเน้นอย่างจริงจังว่าราษฎรผูกพันจะต้องเคารพกฎหมายทั้งปวงที่รัฐประกาศใช้ ออกมาเป็นสำคัญ จึงได้รับการสถาปนาขึ้นอย่างจริงจัง การยืนยันหลักการปกครองภายใต้กฎหมาย ในสมัยใหม่นั้น พอจะกล่าวได้ว่ามีลักษณะดังนี้

- 1) รัฐมีความชอบธรรมในการที่จะบัญญัติกฎหมายและเปลี่ยนแปลงกฎหมาย
- 2) โครงสร้างของรัฐธรรมนุญ จะต้องมีการแยกอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ โดยยกย่องอำนาจนิตินบัญญัติว่า เป็นเจตจำนงของประชาชาติ ส่วนฝ่ายบริหารและตุลาการ เป็นแต่ องค์การที่ปฏิบัติตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกมาเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ฝ่ายนิติบัญญัติ จึงมีอำนาจ มากและบัญญัติกฎหมายต่างๆ ออกมามากมาย ความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจและการกำหนด หน้าที่ขององค์การแต่ละองค์กรนับเป็นความคิดที่ก้าวหน้า คือส่งเสริมนิติรัฐ และสนับสนุน ประชาธิปไตย ความคิดเรื่องนี้เป็นรากฐานของกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองและเมื่อ ยืนยันว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้แสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชาติมีความเป็นใหญ่ที่ฝ่ายตุลาการ และฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตาม ก็เป็นการยืนยันหลักสำคัญของประชาธิปไตยที่ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน

ความคิดตามหลักแบ่งแยกอำนาจนี้เป็นไปตามคำสอนของมองเตสกีเออ (Montesquieu)¹¹⁹ ซึ่งเป็นคำสอนที่มีอิทธิพลยิ่งจนถึงปัจจุบัน หลักการสำคัญเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจปรากฏใน

¹¹⁹ สมยศ เชื้อไทย ก เล่มเดิม. หน้า 44-46.

หนังสือชื่อ De l'esprit des lois (ว่าด้วยวิญญูณแห่งกฎหมาย) โดยมองเตสกีเออเห็นว่าประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของมนุษยชาตินั้นได้ให้บทเรียนเราว่า ใครก็ตามที่มีอำนาจเด็ดขาด คนผู้นั้นมักจะใช้อำนาจอย่างเกินเลยและมั่วเมาในอำนาจเด็ดขาดนั้นเสมอ การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอประมาณจะเป็นไปได้ก็โดยการจัดแบ่งอำนาจโดยให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง มองเตสกีเออได้อธิบายว่าในรัฐแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจอยู่สามชนิด คือ อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และอำนาจในการตัดสินคดี ถ้าหากอำนาจในการตรากฎหมายและการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอยู่ในมือของบุคคลคนเดียวเสรีภาพย่อมไม่อาจมีได้ เพราะกรณีย่อมเป็นไปไม่ได้เสมอที่พระมหากษัตริย์ซึ่งมีอำนาจทั้งสองอยู่ในมือจะออกกฎหมายแบบพระราชย์และบังคับใช้กฎหมายแบบพระราชย์ และกรณีย่อมเป็นเช่นเดียวกันหากอำนาจในการตัดสินคดีไม่ได้แยกออกจากอำนาจในการตรากฎหมายและการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ถ้าหากอำนาจในการตรากฎหมายและอำนาจในการตัดสินคดีอยู่ในมือของบุคคลคนเดียวทั้งการใช้อำนาจก็ย่อมจะเป็นไปโดยอำเภอใจ เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ออกกฎหมายเอง ถ้าหากอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายกับอำนาจในการตัดสินคดีอยู่ในมือของบุคคลคนเดียวเช่นอยู่ในมือผู้พิพากษา ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจในการกดขี่ข่มเหงผู้คน และถ้าอำนาจทั้งสามอยู่ในมือของคนๆ เดียวแล้ว ทุกสิ่งทุกอย่างก็ย่อมจบสิ้นลง ด้วยเหตุนี้มองเตสกีเออจึงเสนอให้พระมหากษัตริย์ทรงมีแต่เฉพาะอำนาจบริหาร คืออำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย แล้วให้สภาซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของประชาชนและผู้แทนของขุนนางเป็นผู้มีอำนาจในการตรากฎหมาย ส่วนอำนาจในการตัดสินคดีนั้นให้เป็นหน้าที่ของศาล¹²⁰ ในส่วนของอำนาจตุลาการที่ว่าตุลาการเป็นเพียงแต่ปากเสียงหรือเป็นกระบอกเสียงของฝ่ายนิติบัญญัติ ความคิดที่ทำให้ตุลาการมีแนวโน้มจะถือกฎหมายตามตัวบทโดยถือว่าตัวบทกฎหมายเป็น “Sovereign Will of the People” เมื่อมีทัศนคติเกี่ยวกับการกิจของตุลาการเช่นนี้ก็ทำให้บทบาทของตุลาการในการใช้และตีความกฎหมายมีน้อยลง โดยผูกให้ตุลาการติดอยู่กับกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกมา ซึ่งก็คือการผูกตุลาการให้ยึดอยู่กับเจตจำนงของประชาชนซึ่งก็เป็นที่ไปโดยชอบตามหลักความคิดของประชาธิปไตยทุกประการ

3) ความคิดเรื่องการใช้อำนาจปกครองต้องมีขอบเขต กล่าวคือ ในกฎหมายมหาชนจะต้องมีการกำหนดตำแหน่งอำนาจหน้าที่อย่างชัดเจน โดยจะต้องอยู่ในกรอบและอยู่ในขั้นตอนที่ถูกต้อง ดังนั้นกฎหมายมหาชน จึงมีหลักเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่า

¹²⁰ วรเจตน์ ภากิรัตน์ จ (2551). *ทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ ภาคการศึกษาที่ 1 ปีการศึกษา 2551 เอกสารชุดที่ 5 หลักนิติรัฐ*. หน้า 3-4.

อำนาจของฝ่ายปกครองจะไปตรึงสิทธิของประชาชนได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจโดยชัดแจ้งเท่านั้น

4) กฎหมายวิธีสบัญญัติ รวมทั้งกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงาน หรือตำแหน่งใดก็ตามจะต้องกำหนดโดยชัดแจ้งโดยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้โดยถือพิธีการ (Formal) เป็นเรื่องที่สำคัญมาก เรียกว่า เป็นลัทธิถือแบบพิธี (Formalism) อย่างหนึ่ง ทั้งนี้เพราะสิ่งใดที่ต้องการความชัดเจนแน่นอนต้องถือ “แบบพิธี” เพื่อช่วยป้องกันความผิดพลาดบกพร่องอันอาจเกิดขึ้นได้¹²¹

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยยึดหลัก “การปกครองประเทศโดยกฎหมาย” หรือเรียกว่า “หลักนิติรัฐ” หลักนิติรัฐ คือ การปกครองโดย “กฎหมาย” ซึ่งกฎหมายที่นำมาใช้นั้นจะต้องมาจากประชาชน ไม่ใช่มาจากบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มคนใดกลุ่มคนหนึ่ง “หลักนิติรัฐ” มีหลักการที่สำคัญคือ รัฐและฝ่ายปกครองจะต้องใช้กฎหมายที่ประชาชนหรือตัวแทนของประชาชนบัญญัติเป็นหลักในการปกครอง การดำเนินกิจการใดๆ ก็ตามของรัฐและฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินไปตามกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องเป็นไปตามหลักแห่งความยุติธรรม รัฐและฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องตรวจสอบและควบคุมได้¹²² โดยทั่วไปแล้วการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในนิติรัฐจะมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก องค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐตลอดจนบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอย่างเต็มที่ และประการที่สอง รัฐจะประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่พลเมืองของรัฐ¹²³ สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรที่รัฐยอมรับรอง และให้ความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญจำแนกออกได้เป็น 3 ประเภทด้วยกันคือ

(1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิเสรีภาพในครอบครัว

(2) สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน สิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

(3) สิทธิเสรีภาพในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐที่สำคัญได้แก่ สิทธิเสรีภาพในอันที่จะแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในอันที่จะรวมตัวกันเป็นกลุ่ม เป็นสมาคม หรือเป็นพรรคการเมืองเพื่อดำเนินการทางการเมืองให้เป็นไปตาม

¹²¹ สมยศ เชื้อไทย ก เล่มเดิม, หน้า 46.

¹²² กิจบดี ชินเบญจกุล. (2548). *หลักกฎหมายมหาชน*. หน้า 39.

¹²³ วรเจตน์ ภาศิริตัน ค เล่มเดิม, หน้า 2.

ความคิดเห็นทางการเมืองของตน รวมตลอดถึงสิทธิเสรีภาพในอันที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง และสมัครเข้ารับเลือกตั้ง¹²⁴

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้นเพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงสามารถกระทำได้นี้เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง¹²⁵ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ถือว่าเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ทั้งนี้เพราะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ¹²⁶

หลักนิติรัฐที่ใช้ในการปกครองประเทศตามระบอบประชาธิปไตยนี้ เป็นหลักการปกครองที่ถือว่า คนทุกคนมีความเท่าเทียมกัน และมีความเสมอภาคกัน ดังนั้นผู้ที่มาปกครองประเทศจึงเป็นเพียงตัวแทนของประชาชน แต่อย่างไรก็ดีการที่ผู้แทนของประชาชนจะทำการปกครองประเทศเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนได้นั้น จะต้องมีการให้อำนาจและกำหนดหน้าที่ไว้ ซึ่งการปกครองดังกล่าวประชาชน จะต้องไม่ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจของผู้ปกครองโดยขาดความยุติธรรม ไม่ว่าผู้ปกครองประเทศจะเป็นหน่วยงานของรัฐหรือจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจปกครองตามกฎหมายก็ตาม ซึ่งหากผู้ปกครองใช้อำนาจที่เกินเลยหรือเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้หรือทำการปกครองให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนหรือเกิดความเสียหาย ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องขอความเป็นธรรมและตรวจสอบการใช้อำนาจได้¹²⁷ กล่าวคือ หลักนิติรัฐไม่ได้เรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่กำหนดหน้าที่ให้องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจที่ได้รับมาด้วยความยุติธรรมปรากฏ

¹²⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ข (2540). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. หน้า 1-2.

¹²⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ ข (2552). *เล่มเดิม*. หน้า 26.

¹²⁶ *เล่มเดิม*. หน้า 27.

¹²⁷ กิจปติ ชินเบญจภูษ. *เล่มเดิม*. หน้า 40.

ขึ้นเป็นจริงด้วย ทั้งนี้โดยกำหนดให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันกับหลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน ต้องผูกพันกับกฎหมายและความยุติธรรม¹²⁸ สรุปได้ว่าสาระสำคัญของนิติรัฐ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้าย (Ultimate aim) อยู่ที่ว่าหลักการประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Arbitrarily) มีดังนี้

(1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (Principle of legality of administrative actions) ซึ่งหมายความว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับราษฎรนั้น องค์กรฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

(2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Principle of Constitutionality of legislation) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควร ว่าให้องค์กรของฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไร และจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ

(3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการซึ่งจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารก็ดี ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ดี อาจจะเป็นองค์กรตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรตุลาการ ผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้ อย่างไรก็ตามก็องค์กรตุลาการนั้นๆ จะต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงจากทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร กล่าวคือในการปฏิบัติหน้าที่ของตนนั้น องค์กรตุลาการไม่จำเป็นต้องฟังคำสั่งคำบัญชาจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ¹²⁹

¹²⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ จ เล่มเดิม. หน้าเดิม.

¹²⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ จ เล่มเดิม. หน้า 5-7.

หลักรัฐธรรมนูญ “นิติรัฐ” กับการบังคับโทษจำคุก

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นที่มาของกฎหมายทั้งปวง ดังนั้นกฎหมายทุกฉบับชั้นจะมีการบัญญัติใดๆ ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ฉะนั้นกฎหมายที่เกี่ยวกับการบังคับโทษจำคุกทุกฉบับจึงต้องมีความสอดคล้องในหลักการของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ หมายถึง กฎหมายว่าด้วยระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนั้นๆ ต่อกันและกัน กำหนดระเบียบแห่งอำนาจสูงสุด ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการระหว่างกันและกัน¹³⁰

อาจสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญคือกฎหมายชนิดหนึ่ง แต่เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระแตกต่างไปจากกฎหมายทั่วไปเพราะจะเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนและกลไกที่มีความสำคัญต่างๆ เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ

รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐธรรมนูญยังแตกต่างจากกฎหมายชนิดอื่น เพราะโดยทั่วไปรัฐธรรมนูญจะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวงหรือการดำเนินการใดๆ จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ประเทศต่างๆ จึงต้องมีรัฐธรรมนูญด้วยกันทั้งสิ้น แต่บางประเทศรัฐธรรมนูญอาจไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศอังกฤษ บางประเทศรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และไทย

จากที่ได้กล่าวมาว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะสิทธิขั้นพื้นฐานในทุกประเทศในโลก ไม่ว่าจะเป็นระบอบการปกครองแบบใด สิทธิของประชาชนที่รัฐจะต้องให้การรับรองและคุ้มครองให้มักจะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐจะทำการละเมิดสิทธิเหล่านั้นมิได้ สิทธิดังกล่าวนี้ตามหลักการสากลที่รัฐโดยเฉพาะรัฐเสรีประชาธิปไตยเป็นสิทธิอันสามารถอธิบายได้ดังนี้

รัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญโดยอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้เป็น 3 ประเภทคือ

- 1) สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันละกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว
- 2) สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

¹³⁰ หยุด แสงอุทัย ข เล่มเดิม. หน้า 186.

3) สิทธิและเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง และสิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง

อย่างไรก็ดี รัฐจะต้องธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำเป็นต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้คำมั่นต่อราษฎรว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล่าวรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง และเป็นการทั่วไปว่าให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกล่าวรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร โดยเฉพาะในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในหน่วยงานของรัฐจะต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม กล่าวคือ ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่กฎหมายให้อำนาจ ซึ่งถ้ากระทำการเกินกรอบอำนาจหรือโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย และการกระทำนั้นไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดี และถูกลงโทษตามกฎหมายอันเป็นกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงาน ดังนั้น ในการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานของรัฐจึงต้องกระทำภายในขอบอำนาจของกฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าพนักงานผู้มิมีบทบาทหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย เช่น เจ้าพนักงานตำรวจ

รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่มิมีบทบาทอันสำคัญอย่างมากที่จะกำหนดเพื่อรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการปฏิบัติการต่างๆ ที่รัฐจะกระทำอันเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน นั้นรัฐก็ต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ อันเป็นกระบวนการที่เรียกว่า Due Process แต่อย่างไรก็ตามการให้สิทธิแก่ประชาชนโดยไม่มีกรอบหรือขอบเขตเพื่อควบคุมการใช้สิทธิของประชาชนนั้นก็อาจก่อให้เกิดผลเสียแก่รัฐและปัญหาต่างๆ ตามมาได้ และด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้รัฐจะต้องเข้ามาแทรกแซงเกี่ยวกับการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เป็นผลมาจากมาตรการในการปราบปรามอาชญากรรมของรัฐเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพ (Crime control)

ในเรื่องของการใช้อำนาจอริปไตยและหลักนิติรัฐนั้น ปราบกฏตามหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 แสดงไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 3 ดังนี้

“มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

มาตรานี้เป็นการแสดงเจตนารมณ์กำหนดที่มาของอำนาจอธิปไตย และหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้การใช้อำนาจต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรม เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาล คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และจะใช้อำนาจรัฐโดยปราศจากบทบัญญัติของกฎหมายรับรองนั้นไม่ได้ โดยที่หลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยต้องปกครองภายใต้กฎหมาย

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat/Legal State) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม ซึ่งหมายถึง

- 1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการกำหนดขอบเขตการใช้
อำนาจรัฐ
- 2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติของกฎหมาย
- 3) หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครองในการ
ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง
- 4) หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในเนื้อหาของกฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบ
ในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน
- 5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ซึ่งเป็น
หลักในทางกฎหมายอาญา (Nullum crimen nulla poena sine lege)
- 6) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐมีความคล้ายคลึงกัน 2 ประการ คือ

- (1) ถ้าไม่มีกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการ
ใดๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการไปแล้วอาจกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน
- (2) หลักที่ว่าเมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมายไปตาม
ขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้

หลักนิติรัฐ หรือ หลักนิติธรรม ในความหมายที่ว่า รัฐบาลหน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของ
รัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผล
กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและ
เฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นแสดงให้เห็นว่ากฎหมายเป็นทั้ง “แหล่งที่มา”
(Source) และ “ข้อจำกัด” (Limitation) ของอำนาจการกระทำการต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่าย

บริหาร¹³¹ กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารกระทำการต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร โดยปกติแล้วจะได้แก่ พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนด เป็นการตีความตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) และหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย (Representative Democracy) อันเป็นหลักการที่เป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย¹³² กล่าวโดยสรุป รัฐธรรมนูญมีหลักการพื้นฐาน คือหลักนิติธรรม กล่าวคือใช้กฎหมายเป็นหลักสำคัญในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ในเรื่อง “สถานะของรัฐธรรมนูญ” มีบทบัญญัติส่วนที่เกี่ยวกับสถานะของรัฐธรรมนูญปรากฏในมาตรา 6 บัญญัติไว้ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ มาตรา 6 นี้เป็นการแสดงอำนาจของรัฐธรรมนูญหรือศักดิ์ของกฎหมายนั่นเอง เจตนารมณ์เพื่อแสดงความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ลำดับความสำคัญว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดๆ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้อันเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนี้ กฎหมายเกี่ยวกับการบังคับโทษที่มีอยู่หรือที่จะออกบังคับใช้ต่อไปในอนาคตจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

ในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล บทบัญญัติที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของคนในรัฐ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนที่เป็นพลเมืองในรัฐ หมายความว่า คุ้มครองพลเมืองในทุกๆ คนในประเทศนั้นๆ ไม่ว่าจะเป็นคนดี คนไม่ดี หรือที่เป็นอาชญากรมืออาชีพ ซึ่งรัฐธรรมนูญของหลายๆ ประเทศได้มีบทบัญญัติระบุไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน เช่น ในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศไทยก็เช่นกัน เพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานในหน่วยงานของรัฐ ดังที่ปรากฏในมาตรา 4 และมาตรา 5 ดังนี้

“มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

“มาตรา 5 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าแหล่งกำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน”

¹³¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ก เล่มเดิม. หน้า 58.

¹³² แหล่งเดิม. หน้า 59-60.

ในมาตรา 4 รัฐธรรมนูญได้รับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล เป็นไปตามที่ปัญญาสากลหรืออนุสัญญาแห่งองค์การสหประชาชาติรับรอง และประเทศไทยร่วมเป็นภาคี เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนพึงได้รับโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นๆ จะเป็นคนสัญชาติไทยหรือไม่ เช่น คนต่างด้าว คนไร้รัฐ คนไร้สัญชาติ ชนกลุ่มน้อย ในฐานะที่เป็นมนุษย์และอาศัยอยู่ในราชอาณาจักร ไม่ว่าชั่วคราวหรือถาวรย่อมได้รับความคุ้มครอง เช่นเดียวกับชนชาวไทย เพียงแต่บุคคลดังกล่าวจะกล่าวอ้างสิทธิตามกฎหมายทำนองเดียวกับชนชาวไทยไม่ได้

ส่วนในมาตรา 5 ได้กำหนดหลักความเสมอภาคทั้งเรื่องแหล่งกำเนิด เพศ ศาสนา และประชาชน เนื่องจากอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเดียวกัน ดังนั้น เจตนารมณ์จึงมุ่งเน้นในเรื่องความเสมอภาคของประชาชน เป็นหลักความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย (Principle of Equality before the Law) เป็นหลักการที่เป็นสากล โดยต้องได้รับความคุ้มครองโดยไม่มีการแบ่งแยก

การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันถือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ดังนี้ ถ้าไม่มีกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการไปแล้วอาจกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมายไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้ อำนาจตามกฎหมายในการที่ภาครัฐจะเข้าไปดำเนินการใดๆ ที่จะมีผลกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ อำนาจอรัฐดังกล่าวจะใช้ต่อบุคคลใดได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นได้มีการกระทำการอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย กล่าวคือบุคคลใดก็ตามที่กระทำความผิดกฎหมายนั่นเอง บทบัญญัติของกฎหมายที่รัฐได้ออกมาโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ก็จะมีผลให้เจ้าพนักงานสามารถนำกฎหมายเรื่องต่างๆ ที่จัดไว้โดยเฉพาะมาดำเนินการกับบุคคลนั้นๆ ได้ทันที ทั้งนี้เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และเป็นการป้องกันและควบคุมอาชญากรรมมิให้เกิดมีขึ้นในสังคมอันจะทำให้สังคมอยู่ได้อย่างปกติสุข ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่อาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดอันเป็นการละเมิดต่อกฎหมาย ในการใช้อำนาจรัฐตามปกติเป็นเรื่องของเจ้าพนักงานรัฐ การบัญญัติกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐที่จะใช้อำนาจรัฐได้นั้น เป็นไปทั้งเพื่อประโยชน์ของรัฐและเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล มีหลายกรณีเป็นการเฉพาะเรื่องที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐในอันที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายได้บัญญัติ ซึ่งในการกระทำนั้นเป็นมาตรการสุดท้ายเพื่อให้ภารกิจของรัฐมีความสมบูรณ์ การใช้อำนาจรัฐของเจ้าพนักงานของรัฐ หรือของพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณี

ต่างๆ ที่เป็นการเฉพาะเรื่อง แม้จะเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ (Tatbestandsmassigkeit) เช่น การประหารชีวิต การจับ การประทุษร้ายบุคคลซึ่งจะถูกจับที่ขัดขวาง การจับ การค้น การปฏิบัติการในการบังคับคดีแพ่ง เป็นต้น แต่โดยที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ การกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย (Rechtswidrig) เหตุต่างๆ ในกฎหมายที่ได้กำหนดให้อำนาจนั้นจึงต่างเป็นเหตุที่ผู้กระทำ มีอำนาจกระทำได้ (Rechtfertigungsgrund/ justification) ตามความหมายของกฎหมายอาญา ในการใช้อำนาจรัฐของเจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีต่างๆ ที่เป็นการเฉพาะเรื่องนั้น กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขรายละเอียดเป็นการเฉพาะไว้ในแต่ละกฎหมาย ซึ่งแน่นอนว่าเงื่อนไขรายละเอียดของแต่ละกฎหมายมีความแตกต่างกัน อย่างไรก็ตามในความแตกต่างกันนั้นก็ยังมีหลักทั่วไปที่เป็นเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เหมือนกันอยู่บางประการ หลักทั่วไปที่เหมือนกันมีดังต่อไปนี้

(1) อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงาน ในการที่จะใช้อำนาจรัฐได้นั้น ในเบื้องต้นเจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเป็นเจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ที่จะกระทำการนั้น

(2) เขตอำนาจของเจ้าพนักงาน ในการที่จะใช้อำนาจรัฐนั้น เจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้อำนาจรัฐภายในเขตอำนาจของตน คำว่า “เขตอำนาจ” ในที่นี้หมายถึงท้องที่ที่เจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดผู้หนึ่งมีอำนาจใช้อำนาจรัฐที่ตนมีอยู่ตามกฎหมายได้ โดยทั่วไปกฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะใช้อำนาจรัฐอย่างใดอย่างหนึ่งได้นั้น จะกำหนดเขตอำนาจของเจ้าพนักงานหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้ด้วย อย่างไรก็ตามก็มีเจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐในบางประเภทหรือในบางตำแหน่งที่ตามกฎหมายสามารถใช้อำนาจรัฐได้ทั่วราชอาณาจักร เป็นต้นว่าเจ้าพนักงานตำรวจ

(3) รูปแบบการใช้อำนาจรัฐ เนื่องจากการใช้อำนาจรัฐกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐในทุกๆ เรื่องจะกำหนดเงื่อนไขสำคัญในทางรูปแบบไว้ในกฎหมายด้วย ซึ่งเจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในทางรูปแบบนั้น ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองบุคคลผู้ถูกระทบกระทบจากการใช้อำนาจรัฐ บทบัญญัติในทางรูปธรรม เช่น จะจับบุคคลได้ต้องมีหมายจับของศาล¹³³ หรือจะบังคับคดีได้ต้องมีคำพิพากษาของศาล เป็นต้น

¹³³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 78.

(4) หลักความละมุนละม่อมและหลักความพอสมควรแก่เหตุ ในการใช้อำนาจรัฐอันเป็นมาตรการเพื่อให้ภารกิจของรัฐมีความสมบูรณ์ได้นั้นจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “หลักความละมุนละม่อม” (Grundsatz des schonendsten Eingriffs) กล่าวคือ ในการที่เจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจรัฐกับบุคคลใด เจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องกระทำให้กระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นน้อยที่สุด ทั้งนี้เพื่อความเสรีนิยมในการใช้อำนาจรัฐ นอกจากนี้เพื่อความเสรีนิยมที่สมบูรณ์ในรัฐประชาธิปไตย ในการใช้อำนาจรัฐของเจ้าพนักงานของรัฐหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกอย่างจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” อีกด้วย กล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐต้องเป็นการกระทำที่ไม่เกินความจำเป็นตามพฤติการณ์แห่งเรื่อง

อำนาจเจ้าพนักงานในการปฏิบัติการตามกฎหมายบังคับโทษจำคุกเป็นอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล อันเป็นไปตามหลักนิติธรรม ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิพื้นฐานที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย ในเคหสถาน ในความเป็นส่วนตัว ในทรัพย์สิน ในกระบวนการยุติธรรม เป็นต้น ทั้งนี้ความจำเป็นที่ภาครัฐต้องกระทำการอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเพื่อยังให้เกิดการป้องกันการกระทำผิดและเป็นการคุ้มครองสังคม โดยในรายละเอียดจะมีการออกกฎหมายบังคับโทษจำคุก เพื่อเป็นข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญอันเป็นเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ รัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักการและข้อยกเว้นไว้ในมาตรา 26 และมาตรา 29 ดังนี้

“มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

“มาตรา 29 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

ตามความในมาตรา 29 แสดงให้เห็นแนวทางของรัฐธรรมนูญ คือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ องค์กรของรัฐทุกประเภท เช่น หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ จะต้องปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจบังคับตามกฎหมายหรือตรากฎหมาย

กฎ ข้อบังคับใดๆ หรือการตีความกฎหมายที่มีผลกระทบต่อประชาชน จะต้องตระหนักและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย แม้บุคคลจะถึงแก่ความตายไปแล้วศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์พึงได้รับความเคารพเช่นกัน หลักประกันนี้เป็นไปตามหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ค.ศ. 1948 และช้อยกเว้นตามความในมาตรา 29 นั้น โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น มาตรา 29 มีเจตนารมณ์กำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ป้องกันมิให้รัฐดำเนินการใดๆ เพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจนเกินสมควร และกระทบสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ อาจสรุปได้ว่าเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมี 5 ประการ ได้แก่

- (1) ต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย และระบอบบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจ
- (2) จำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เฉพาะเพื่อการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ
- (3) จำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เท่าที่จำเป็น
- (4) จะกระทบสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้
- (5) มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป¹³⁴

2.6 หลักในการออกกฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบด้วยกัน โดยกฎหมายแต่ละรูปแบบนั้นหาได้มีค่าบังคับเท่ากันไม่ตรงกันข้ามกลับมีค่าบังคับสูงต่ำที่แตกต่างกัน ที่ว่าลำดับชั้นของกฎหมายจึงหมายถึงลำดับชั้นแห่งค่าบังคับของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าไม่ได้¹³⁵ ซึ่งหากจะจัดประเภทของกฎหมายตามค่าบังคับของกฎหมายแล้ว ก็อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท โดยประเภทแรก คือกฎหมายลำดับต้นหรือกฎหมายแม่บทกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภา อันได้แก่รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ ปะมวลกฎหมายและพระราชกำหนด ประเภทที่สองคือ กฎหมายลำดับรอง อันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ เป็นต้น

¹³⁴ ธาณี วรภัทร์. (2553). *กฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษจำคุก*. หน้า 69-78.

¹³⁵ สมยศ เชื้อไทย ข (2550). *ความรู้กฎหมายทั่วไป*. หน้า 82.

สำหรับกฎหมายลำดับรอง เป็นขั้นพื้นฐานของทฤษฎีการปกครองว่าด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างที่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภาและกฎหมายที่บัญญัติขึ้น โดยองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจให้บัญญัติกฎหมายจากกฎหมายของรัฐสภาโดยอธิบายว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภามีสถานะเป็นกฎหมายลำดับต้นและกฎหมายที่บัญญัติโดยองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง ดังนั้นกฎหมายลำดับรองจึงเป็นกฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายลำดับต้น และไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับต้นได้ โดยหลักในการออกกฎหมายลำดับรองของประเทศไทยเท่าที่ถือปฏิบัติอยู่มี 3 ประการดังนี้¹³⁶

ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองได้ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บท เช่นรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติให้อำนาจโดยชัดแจ้งหรือปริยาย โดยเนื้อหาสาระในข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

กฎหมายลำดับรองจะมีบทกำหนดโทษโดยตนเองไม่ได้ ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองจะถูกลงโทษตามกฎหมายแม่บท

กฎหมายลำดับรองจะบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปออกกฎหมายต่อไปอีกช่วงไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่วางระเบียบข้อบังคับเพื่อปฏิบัติการในข้อปลีกย่อย

ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทยตามที่กล่าวข้างต้นนั้น มีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบซึ่งแต่ละรูปแบบมีค่าบังคับสูงต่ำแตกต่างกัน ตามลำดับชั้นของกฎหมายซึ่งกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าไม่ได้ ซึ่งประเภทของกฎหมายต่าง ๆ นั้น อาจบัญญัติขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และองค์กรอิสระ โดยมีลำดับชั้นของกฎหมายที่สำคัญดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เป็นแม่บทของกฎหมายทั้งหลาย ดังนั้นกฎหมายทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นกฎ หรือข้อบังคับจะออกมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ซึ่งผลของบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็จะจะใช้บังคับมิได้¹³⁷ โดยรัฐธรรมนูญนั้นอาจออกโดยอำนาจนิติบัญญัติหรือออกโดยอำนาจพิเศษ เช่นอำนาจปฏิวัติก็ได้และรัฐธรรมนูญนั้นอาจจะร่างในสภานิติบัญญัติ หรือจะตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้น โดยเฉพาะก็ได้ รัฐธรรมนูญเป็นบทกฎหมายที่มีอำนาจบังคับสูงสุดและเป็นแม่บทที่ให้อำนาจในการออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลาย รัฐธรรมนูญเป็นที่มาส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครอง เพราะรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่สำคัญๆ อันเกี่ยวกับฝ่ายบริหารหลายประการ เช่น กำหนดความผูกพันของ

¹³⁶ ยุทธพงศ์ ฐิริเสถียร (2544). “กฎหมายลำดับรอง.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 20 (2). หน้า 50 -52.

¹³⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6.

ฝ่ายบริหารที่จะต้องปฏิบัติการให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญเป็นต้นว่า ต้องกำหนดนโยบายให้เป็นไปตามแนวนโยบายแห่งรัฐตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ต้องตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ นอกจากนี้ยังกำหนดวิธีการแต่งตั้งและอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี ซึ่งเป็นทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองรวมทั้งการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของพลเมืองซึ่งเป็นผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง¹³⁸

พระราชบัญญัติและประมวลกฎหมาย เป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาจากการเสนอของคณะรัฐมนตรี และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือประชาชน ในการตราพระราชบัญญัตินั้น โดยทั่วไปสามารถกำหนดเรื่องต่างๆ ตามหลักที่ประสงค์ให้มีผลบังคับในสังคมได้ทุกเรื่อง แต่มีข้อจำกัดเพียงแต่ต้องไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดแย้งกับบทกฎหมายอื่นๆ เว้นแต่ต้องการให้เป็นกฎหมายเฉพาะยกเว้นกฎหมายที่มีอยู่แล้ว¹³⁹

ตามหลักกฎหมายทั่วไป บทกฎหมายที่ต้องตราเป็นพระราชบัญญัตินั้นก็ได้แก่บทกฎหมายที่วางระเบียบบังคับเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทั้งในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน เช่น บทกฎหมายที่กำหนดลักษณะแห่งการกระทำที่เป็นความผิดอาญาและมีการกำหนดโทษ บทกฎหมายที่เรียกเก็บภาษีอากร บทกฎหมายที่กำหนดระบบใช้เสรีภาพของประชาชน เป็นต้น การออกกฎหมายในเรื่องเหล่านี้จึงไม่อาจมอบหมายให้แก่ฝ่ายบริหารได้ แต่จะต้องสงวนไว้เป็นอำนาจของฝ่ายบัญญัติโดยเฉพาะ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่แสดงเจตนาของประชาชนซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของประชาชนที่จะให้ความยินยอมเห็นชอบในการที่จะออกกฎหมายจำกัดตัดทอนสิทธิ เสรีภาพ หรือกำหนดภาระหน้าที่ของพลเมือง ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของประชาชนที่จะให้ความยินยอมเห็นชอบในการที่จะออกกฎหมายจำกัดตัดทอนสิทธิ เสรีภาพหรือกำหนดภาระหน้าที่ของพลเมือง เพราะว่าในระบอบประชาธิปไตยถือว่าประชาชนปกครองตนเอง การที่จะออกกฎหมายจำกัดสิทธิ เสรีภาพ หรือหน้าที่ของพลเมืองอย่างไรรั้นจึงต้องได้รับความยินยอมจากประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยโดยทางผู้แทนของประชาชนซึ่งเป็นสมาชิกของสภานิติบัญญัติ¹⁴⁰

พระราชกำหนด เป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจในการตราให้แก่ฝ่ายบริหารคือคณะรัฐมนตรีเมื่อเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเป็นรีบเร่งด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้โดยใช้เพื่อใช้ประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ

¹³⁸ ประชุม กาญจนกุล. (2549). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. หน้า 82.

¹³⁹ กองร่างกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2544). “กระบวนการนิติบัญญัติ.” *วารสารกฎหมายปกครอง*, 20 (1). หน้า 4

¹⁴⁰ ประชุม กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 83 – 84.

ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ¹⁴¹ หรือในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา ซึ่งจะต้องพิจารณาโดยด่วน และลับเพื่อประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้¹⁴² เมื่อได้ประกาศใช้พระราชกำหนดแล้ว คณะรัฐมนตรีต้องเสนอพระราชกำหนดต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณา โดยไม่ชักช้า หรือในกรณีตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราในระหว่างสมัยประชุม ก็ต้องนำเสนอสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติหรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติแต่วุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดพระราชกำหนดนั้นก็ตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น¹⁴³

การให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารที่จะออกพระราชกำหนดซึ่งมีผลบังคับเท่าพระราชบัญญัตินั้น เป็นการมอบหมายให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ในกรณีจำเป็นทั้งนี้ก็เนื่องจากเหตุที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจทำหน้าที่ออกกฎหมายให้ทันเหตุการณ์ได้เสมอไป เช่นเมื่อสถานการณ์นิติบัญญัติไม่อยู่ในสมัยการประชุมหรือถูกยุบ โดยลักษณะสำคัญของพระราชกำหนดมีดังนี้¹⁴⁴

พระราชกำหนดออกโดยอาศัยอำนาจบริหาร ไม่ใช่โดยอาศัยอำนาจนิติบัญญัติฉะนั้นจึงจำเป็นต้องได้รับอนุมัติจากฝ่ายนิติบัญญัติในขั้นที่สุด เพราะการออกพระราชกำหนดนั้นเป็นการมอบหมายอำนาจให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ชั่วคราวในกรณีจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาได้อีกชั้นหนึ่งว่าเป็นการสมควรที่จะออกพระราชกำหนดนั้นหรือไม่ในขั้นการพิจารณาอนุมัติถ้าเห็นว่าเป็นการไม่สมควรก็มีอำนาจลงมติไม่อนุมัติอันเป็นผลให้พระราชกำหนดนั้นตกไป

พระราชกำหนดมีฐานะเท่ากับพระราชบัญญัติในระหว่างที่ใช้บังคับและเมื่อได้รับอนุมัติจากสภานิติบัญญัติแล้วก็มีฐานะเท่าพระราชบัญญัติ ด้วยเหตุนี้พระราชกำหนดจึงอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกพระราชบัญญัติได้ และจะบัญญัติในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจนิติบัญญัติก็ได้

พระราชกำหนดนั้นจะออกได้เฉพาะกรณีพิเศษตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ดังกล่าวข้างต้น ถ้าไม่เข้ากรณีเช่นนั้นจะออกพระราชกำหนดไม่ได้

¹⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184.

¹⁴² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 186.

¹⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคสาม.

¹⁴⁴ ประยูร กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 90.

พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายได้ 2 กรณี คือ พระราชกฤษฎีกาออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญและพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายอื่น พระราชกฤษฎีกาจึงขัดกับรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดซึ่งเป็นแม่บทไม่ได้ กรณีที่ฝ่ายบริหารออกพระราชกฤษฎีกาโดยมิได้อาศัยกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นแม่บทแต่กรณีออกพระราชกฤษฎีกากำหนดกิจการของฝ่ายบริหารซึ่งอาศัยรัฐธรรมนูญ กรณีนั้นฝ่ายบริหารจะออกพระราชกฤษฎีกาให้ขัดกับพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดมิได้¹⁴⁵

พระราชกฤษฎีกานี้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ประชาชนได้เป็นการทั่วไป แต่มีฐานะต่ำกว่าพระราชบัญญัติและพระราชกำหนด จึงจะมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งหรือล่อลวงล้ำอำนาจนิติบัญญัติไม่ได้ เช่นจะมีบทกำหนดโทษไม่ได้ เป็นต้น ทั้งนี้เพราะเป็นกฎหมายชั้นรองจากพระราชบัญญัติซึ่งฝ่ายบริหารออกได้โดยไม่ต้องของความยินยอมเห็นชอบจาก สภานิติบัญญัติก่อน และพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งนอกจากจะอ้างอำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้ว ยังต้องอ้างอำนาจตามพระราชบัญญัติที่เป็นแม่บทอีกด้วยว่าอาศัยอำนาจตามตราใดแห่งพระราชบัญญัติใดแต่พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างเดียวไม่ต้องอ้างพระราชบัญญัติใดไว้ในพระราชปรารภแต่อ้างรัฐธรรมนูญตราที่ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกาอย่างเดียวเท่านั้น¹⁴⁶

กฎกระทรวง เป็นกฎหมายที่ออกมาโดยกฎหมายแม่บท คือ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดเพื่อบัญญัติเกี่ยวกับรายละเอียดต่างๆ ของกฎหมายแม่บท และเมื่ออาศัยกฎหมายต่างๆ เป็นแม่บทแล้ว กฎกระทรวงก็จะขัดต่อกฎหมายที่เป็นแม่บทไม่ได้ เช่น กฎกระทรวงออกโดยพระราชบัญญัติฉบับใดกฎกระทรวงนั้นก็จะไปขัดกับพระราชบัญญัตินั้นไม่ได้¹⁴⁷ ในทางปฏิบัติเป็นธรรมเนียมประเพณีว่ารัฐมนตรีผู้ออกกฎกระทรวงต้องนำเสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบเสียก่อนจึงจะใช้บังคับได้¹⁴⁸

ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ เป็นกฎหมายลำดับรองประเทศหนึ่งที่เกิดขึ้นโดยฝ่ายบริหารซึ่งเป็นปกติแล้วจะไม่มีสภาพบังคับในตัวเองแต่จะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองนั้นในทางปกครองเรียกว่า “กฎทางปกครอง” เนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยองค์กรปกครองอันมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่ได้มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณี

¹⁴⁵ สมยศ เชื้อไทย ข เล่มเดิม. หน้าเดิม.

¹⁴⁶ ประยูร กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 95

¹⁴⁷ สมยศ เชื้อไทย ข เล่มเดิม. หน้า 83.

¹⁴⁸ กองร่างกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. เล่มเดิม. หน้า 14.

ใดหรือบุคคลใดโดยเฉพาะ¹⁴⁹ การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองออกบทบัญญัติต่างๆ อันมีฐานะเป็นกฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชนได้นั้น ก็เพราะว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจกำหนดรายละเอียดในทางปฏิบัติไว้ล่วงหน้าได้ทุกเรื่องในพระราชบัญญัติทั้งไม่มีความรอบรู้ในเทคนิคของงานฝ่ายปกครองด้วย จึงได้วางหลักใหญ่ๆ ไว้ในพระราชบัญญัติแล้วมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ปกครองไปกำหนดรายละเอียดได้เองภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อให้พระราชบัญญัติบังคับได้ถูกต้องกับความจำเป็นและพฤติการณ์¹⁵⁰

นอกจากข้อบังคับที่ใช้บังคับแก่ประชาชนโดยทั่วไปแล้วยังมีข้อบังคับและคำสั่งที่วางระเบียบวิธีดำเนินราชการที่ใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ เช่น คำสั่งระเบียบ และข้อบังคับเกี่ยวกับการบริหารราชการภายในของแต่ละกรมแต่ละกระทรวง ซึ่งเจ้ากระทรวงหรือผู้บังคับบัญชาที่ได้รับมอบอำนาจเป็นผู้ออกอีกประเภทหนึ่งด้วย ข้อบังคับหรือคำสั่งหรือระเบียบเหล่านี้ไม่มีผลใช้บังคับแก่ประชาชนโดยตรง แต่มีผลใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้อง ซึ่งถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ใดละเมิดหรือละเลยไม่ปฏิบัติตามย่อมมีผลให้ถูกลงโทษทางวินัยได้ ข้อบังคับ คำสั่งและระเบียบเช่นนี้ แม้จะไม่มีลักษณะเป็นบทกฎหมายก็เป็นที่มาส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองเพราะวางระเบียบเกี่ยวกับวิธีจัดทำบริการสาธารณะ¹⁵¹

2.7 หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดี

หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดีนั้นอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายในเรื่องอื่นๆ¹⁵² อันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายบังคับโทษจำคุก ซึ่งกฎหมายบังคับโทษจำคุกที่จำเป็นต้องมีคุณลักษณะที่เป็นไปเช่นเดียวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดีด้วย เพราะการบังคับโทษเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กล่าวคือ ต้องมีความเป็นเสรีนิยม มีความเป็นประชาธิปไตย และต้องกระทำเพื่อสังคม กล่าวคือ ความเป็นเสรีนิยมนั้นจะต้องยกระดับผู้ต้องโทษให้เป็นประธานของการบังคับโทษ มีหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้ต้องโทษ

ในความเป็นประชาธิปไตยนั้น ต้องให้ความเสมอภาคอยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจ ความยินยอม และความร่วมมือระหว่างกันทุกฝ่าย ในความโปร่งใสต้องมีความเป็นภาวะวิสัยใน

¹⁴⁹ แหล่งเดิม. หน้า 4.

¹⁵⁰ ประยูร กาณจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 109 - 110

¹⁵¹ แหล่งเดิม. หน้า 108 - 109.

¹⁵² จีรวิทย์ ลิปพันท์ และธานี วรภัทร์. (2549). สิทธิของผู้ต้องขังระหว่างพิจารณา (รายงานการวิจัย). หน้า 7.

ทุกขั้นตอนและสามารถตรวจสอบได้จากการตรวจสอบทั้งภายในและภายนอกองค์กร และจากทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้องเสมอ ประกอบกับเนื้อหาของกฎหมายและการดำเนินการบังคับโทษจะต้องไม่นำไปสู่การทำลายลักษณะบุคลิกภาพของบุคคล หรือวัฒนธรรมเดิมในการดำรงชีวิตของผู้ต้องโทษจำคุกตามหลักที่ว่า “ภายในเรือนจำกับภายนอกเรือนจำต้องไม่แตกต่างกันมาก” ต้องทำให้เกิดความแตกต่างกันให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ และกฎหมายต้องไม่กำหนดให้กระบวนการบังคับโทษไปทำลายความเป็นมนุษย์หรือลดทอนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เช่น การทรมานด้วยวิธีการทรมานโหดร้ายทางร่างกายและจิตใจ การกระทำทางกายหรือวาจาอันเป็นการลดฐานะของบุคคลภาคสังคมต้องมีโอกาสเข้าไปมีบทบาทร่วมมือในการจัดการบังคับโทษภายใต้การนำของภาครัฐ ตั้งแต่ในเรือนจำจนถึงภายหลังการปล่อยตัวสู่สังคม¹⁵³ เพื่อลดช่องว่างระหว่างผู้ต้องขังกับสังคมภายนอกออกจากกัน

2.7.1 รัฐธรรมนูญกับสิทธิของผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดี

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดีไว้ดังต่อไปนี้

1) ประชาชนชาวไทยต้องได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเสมอกัน¹⁵⁴ เป็นหลักที่รับรองความเท่าเทียมกันของประชาชนในรัฐ ไม่ว่าจะต้องโทษจำคุกหรือเป็นบุคคลทั่วไปก็ตาม และรัฐธรรมนูญยังกำหนดต่อไปอีกว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางร่างกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้¹⁵⁵

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

2) การได้รับความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพของบุคคล¹⁵⁶ เป็นการรับรองหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในรัฐ ซึ่งรวมทั้งผู้ที่ต้องรับโทษจำคุกด้วย ดังนั้นภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีผลใช้บังคับแล้ว กฎหมายราชทัณฑ์และการบริหารงานราชทัณฑ์ต้องปรับเปลี่ยนตามหลักการที่สำคัญในรัฐธรรมนูญนี้

¹⁵³ ชานี วรภัทร์, เล่มเดิม, หน้า 21-22.

¹⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 5.

¹⁵⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30.

¹⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 4.

3) การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพของบุคคล¹⁵⁷ บทบัญญัตินี้เป็นการตอกย้ำให้ลึกซึ้งลงไปอีกว่า องค์กรของรัฐต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้นรวมถึงงานราชทัณฑ์ด้วย กรมราชทัณฑ์หน่วยงานต่างๆ เรือนจำ ในสังกัดกรมราชทัณฑ์ ซึ่งต้องปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

4) การคุ้มครองการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กล่าวคือ บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้¹⁵⁸ สิทธิอันนี้ก็ต้องชัดเจนและได้รับการอำนวยความสะดวกกับผู้ต้องขังในทัณฑสถานด้วย

5) การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เรื่องนี้เป็นบทบัญญัติที่สำคัญกับงานบังคับโทษจำคุกมาก ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 32 ว่า

“บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้

การจับและการคุมขังบุคคล จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

จากบทบัญญัติมาตรา 32 จะเห็นได้ว่าบทบาทของงานราชทัณฑ์ โดยเฉพาะการลงโทษจำคุกต้องเปลี่ยนแปลงตามรัฐธรรมนูญอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ กฎหมายต่างๆ และแนวการปฏิบัติต่างๆ ที่เคยทำมา การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังของเจ้าพนักงานเรือนจำ ที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติมาตรานี้ จะต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง มิฉะนั้นถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ

6) การคุ้มครองบุคคลในการรับโทษทางอาญา ในส่วนนี้จะกระทบต่องานราชทัณฑ์ ในส่วนของผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดี ซึ่งศาลยังมิได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่ากระทำความผิดอาญา แต่คนเหล่านี้ถูกขังอยู่ในเรือนจำหลายแห่ง และได้รับการปฏิบัติที่ไม่ต่างมากนักกับนักโทษเด็ดขาดที่ศาลพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ดังที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 39 ว่า

“ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด

ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนผู้กระทำความผิดมิได้”

¹⁵⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26.

¹⁵⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28.

อาจกล่าวได้ว่า กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทยคุกคามสิทธิของประชาชนมาก เพราะผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดีมีจำนวนมากและเพิ่มขึ้น เป็นภาระแก่งานราชทัณฑ์ซึ่งจะปฏิเสธไม่รับคนเหล่านี้ก็ทำไม่ได้และขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย การปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านี้จะทำเหมือนนักโทษเด็ดขาดไม่ได้ แต่ในทางปฏิบัติได้รับการปฏิบัติที่ไม่แตกต่างกันมากนักกับนักโทษเด็ดขาด

7) การคุ้มครองเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์¹⁵⁹ กรณีของการบังคับโทษจำคุกนั้น ถือเป็นข้อยกเว้นที่สามารถบังคับโทษได้ แต่ก็เป็นที่น่าสงสัยว่าถ้าผู้ต้องขังขอย้ายไปอยู่ในเรือนจำจังหวัดใดจังหวัดหนึ่งจะสามารถทำได้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น นาย ก ถูกควบคุมตัวในเรือนจำบางขวาง แต่มีภูมิลำเนาที่จังหวัดตรัง ญาติพี่น้อง บิดามารดาไม่สามารถเดินทางมาเยี่ยมได้ นาย ก จะสามารถขอย้ายไปอยู่ที่เรือนจำจังหวัดตรังได้หรือไม่

8) การคุ้มครองเสรีภาพในการสื่อสารในเรื่องนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 36 ว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันโดยทางที่ชอบด้วยกฎหมาย

การตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่บุคคลมีติดต่อกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกัน จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

ตามบทบัญญัติมาตรานี้เกี่ยวข้องกับงานราชทัณฑ์ในการลงโทษจำคุก เสรีภาพในการสื่อสารตามรัฐธรรมนูญนั้นคุ้มครองบุคคลทุกคนในประเทศ การที่กฎหมายหรือข้อบังคับอื่นๆ เกี่ยวกับงานราชทัณฑ์จะออกมาเป็นข้อยกเว้นนั้น ต้องยกเว้นเฉพาะเท่าที่จำเป็นในเงื่อนไขเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น การออกกฎหมายหรือข้อบังคับอื่นๆ ของกรมราชทัณฑ์จึงต้องคำนึงถึงรัฐธรรมนูญมาตรานี้เช่นกัน

9) การคุ้มครองเสรีภาพในการนับถือศาสนา ในเรื่องนี้บุคคลทั่วไปและบุคคลที่อยู่ในฐานะผู้ต้องขังย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอย่างเท่าเทียมกัน ในการมีเสรีภาพในการนับถือศาสนา นิายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือนของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

¹⁵⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 34.

ในการใช้เสรีภาพดังกล่าวนี้ บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือ แตกต่างจากบุคคลอื่น¹⁶⁰

บทบาทของกรมราชทัณฑ์ โดยเฉพาะในเรือนจำต้องส่งเสริมกิจกรรมทางศาสนาด้วย เพราะนอกจากจะปฏิบัติให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแล้วยังเป็นวิธีการหนึ่งในการแก้ปัญหานิสัยที่ได้ผลค่อนข้างมากด้วย

10) การคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน ในเรื่องนี้ รัฐธรรมนูญได้ให้ความสำคัญและคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพในเรื่องนี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในครอบครัวหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน¹⁶¹

สำหรับเรื่องนี้ บทบาทของกฎหมายราชทัณฑ์ต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมาตรานี้ ด้วย ในกรณีที่ผู้ต้องขังต้องมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน ฯลฯ ในขณะเดียวกันผู้ต้องขังก็ยังได้รับความคุ้มครองตามข้อยกเว้นของบทบัญญัตินี้ด้วย

11) การคุ้มครองเสรีภาพในทางวิชาการ การศึกษา ในรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ใน มาตรา 49 และมาตรา 50 ซึ่งคุ้มครองผู้ต้องขังด้วย ดังนี้

“มาตรา 49 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพ โดยไม่เก็บค่าเล่าเรียนผู้ยากไร้ ผู้พิการหรือทุพพลภาพ หรือผู้อยู่ในสภาวะยากลำบาก ต้องได้รับสิทธิดังกล่าวนี้ และการสนับสนุนจากรัฐเพื่อให้ได้รับการศึกษาโดยทัดเทียมกับบุคคลอื่น

การจัดการศึกษาอบรมขององค์กรวิชาชีพหรือเอกชน การศึกษาทางเลือกของประชาชน การเรียนรู้ด้วยตนเอง และการเรียนรู้ตลอดชีวิต ย่อมได้รับความคุ้มครองและส่งเสริมที่เหมาะสมจากรัฐ”

¹⁶⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 37.

¹⁶¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 45.

“มาตรา 50 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในทางวิชาการ

การศึกษาอบรม การเรียนการสอน การวิจัย และการเผยแพร่งานวิจัยตามหลักวิชาการ ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน”

ในเรื่องนี้จึงเป็นภารกิจที่งานราชทัณฑ์ต้องจัดให้กับผู้ต้องขัง ไม่ว่าจะเป็นการศึกษาขั้นพื้นฐาน กรณีที่ผู้ต้องขังคนใดยังไม่ได้ผ่านการศึกษาขั้นพื้นฐานการให้การศึกษาอบรมต่างๆ ในด้านวิชาการ หรือในการประกอบอาชีพต่างๆ

12) การคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ¹⁶² คนที่ผู้ต้องขังก็จะได้รับการคุ้มครองด้วยเช่นกัน การทำงานของผู้ต้องขังในเรือนจำและทัณฑสถานต่างๆ ก็ต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเช่นกัน

13) การคุ้มครองความเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน ในเรื่องนี้ผู้ต้องขังก็ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ที่จะมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การบริการทางสาธารณสุขของรัฐต้องเป็นไปอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ โดยจะต้องส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชนมีส่วนร่วมด้วยเท่าที่จะกระทำได้

การป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตราย รัฐต้องจัดให้แก่ประชาชนโดยไม่คิดมูลค่าและทันต่อเหตุการณ์ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ¹⁶³

ในเรื่องนี้เป็นสาระสำคัญที่กฎหมายราชทัณฑ์หรือกฎหมายบังคับโทษต้องบัญญัติให้สอดคล้องกันและให้ได้มาตรฐานตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เพื่อให้การปฏิบัติเป็นไปอย่างเท่าเทียมกันทุกเรือนจำและทัณฑสถานต่างๆ

14) การคุ้มครองการบริโภคของบุคคล¹⁶⁴ ซึ่งรวมทั้งผู้ต้องขังด้วยอาจกล่าวได้ว่าการบริโภคของผู้ต้องขังในเรือนจำปัจจุบันดีขึ้นมากเมื่อเทียบกับในอดีต แต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กล่าวถึงเพื่อคุ้มครองและต้องการยกระดับการบริโภคให้ดีขึ้น

15) สิทธิในการเสนอเรื่องราวร้องทุกข์¹⁶⁵ และการได้รับแจ้งผลการพิจารณาภายในเวลาอันสมควร ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ในเรื่องนี้การที่ผู้ต้องขังมีสิทธิยื่นเรื่องราวร้องทุกข์ได้เป็นสิ่งที่ดีและยกระดับมาตรฐานเรือนจำไทยได้อย่างมาก ทั้งเป็นการปฏิบัติให้เป็นไปตาม

¹⁶² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 43.

¹⁶³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 51.

¹⁶⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 61.

¹⁶⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 59.

รัฐธรรมนูญด้วย แต่ในเรือนจำและทัณฑสถานต้องมีวิธีปฏิบัติที่เป็นมาตรฐานเดียวกันทุกเรือนจำ จึงเป็นเรื่องที่ต้องบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์

16) หน้าที่ในการใช้สิทธิเลือกตั้ง¹⁶⁶ ในหมวดที่ 4 หน้าที่ของชนชาวไทย ในรัฐธรรมนูญ กำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง บุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ ย่อมเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ การแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งและการอำนวยความสะดวกในการไปเลือกตั้งให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ในเรื่องการเลือกตั้งนี้รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นหน้าที่ แม้ว่าจะไม่เป็นบทบัญญัติที่เด็ดขาดและมีสภาพบังคับทางกฎหมายที่รุนแรง แต่ก็ก็เป็นสิ่งที่สำคัญที่งานราชทัณฑ์ต้องดูแลและให้ความสะดวก ซึ่งมีผลต่อการบังคับโทษด้วย

กล่าวโดยสรุป รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดกรอบอันเป็นสาระสำคัญไว้หลายประการ การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายบังคับโทษจำคุกในประเทศไทย โดยเฉพาะพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 จำเป็นต้องเอารัฐธรรมนูญมาพิจารณาเป็นเบื้องต้นด้วย¹⁶⁷

2.7.2 สิทธิของผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดีกับหลักผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องเป็นประธานแห่งคดี

ในการดำเนินคดีอาญา ผู้ถูกกล่าวหาถือว่าเป็นประธานแห่งคดี ผู้ถูกกล่าวหาในที่นี้ได้แก่ ผู้ต้องหา หรือจำเลย ที่ถูกผู้เสียหายฟ้องก่อนที่ศาลประทับฟ้อง เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาให้มีการนำเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีอย่างถูกต้องและชอบธรรม กรณีที่ผู้เสียหายเป็นโจทก์ฟ้องจะต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องเสมอ เพื่อตรวจสอบว่าการฟ้องของผู้เสียหายมีมูลและปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมายครบถ้วน และในระหว่างที่ศาลยังไม่ประทับฟ้อง “มิให้ถือว่าผู้นั้นอยู่ในฐานะจำเลย” ด้วยเหตุนี้ พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ และศาล จะปฏิบัติต่อผู้นั้นเยี่ยงจำเลยในคดีไม่ได้และจะใช้มาตรการควบคุมตัว การให้ประกัน หรือมาตรการอื่นๆ ในฐานะที่ผู้นั้นเป็นจำเลยไม่ได้เช่นกัน¹⁶⁸

การดำเนินคดีอาญาสมัยใหม่ใช้ “ระบบกล่าวหา” การดำเนินคดีอาญาตามระบบกล่าวหานี้แท้จริงมีใช้ระบบใหม่ แต่เป็นระบบการดำเนินคดีอาญาที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องของการดำเนินคดีอาญาแบบไต่สวนนั่นเอง ลักษณะสำคัญของการดำเนินคดีอาญาแบบกล่าวหา ก็คือการแยก “หน้าที่สอบสวน หน้าที่ฟ้อง” และ “หน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี” ออกจากกันให้องค์กรการดำเนินคดีที่แยกต่างหากจากกันเป็นผู้ทำหน้าที่ทั้งสองนั้น และยกฐานะของผู้ถูกกล่าวหา (ผู้ต้องหา และจำเลย) จากเป็น “กรรมในคดี” (Process-object) ขึ้นเป็น “ประธานในคดี” (Process – subject)

¹⁶⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 72.

¹⁶⁷ จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ และธานี วรภัทร์. *เล่มเดิม*. หน้า 7-12.

¹⁶⁸ *เล่มเดิม*. หน้า 24.

ไม่ถือว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นวัตถุแห่งการชักฟอกหรือกรรมในคดี แต่ถือว่าเป็น “คน” และเป็นส่วนหนึ่งของวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายจึงให้สิทธิต่างๆ แก่ผู้กล่าวหา เปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้ต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ และห้ามกระบวนพิจารณาที่มีชอบ¹⁶⁹

หลักนี้เป็นหลักประกันมิให้ผู้ถูกกล่าวหาในคดี ต้องเป็นวัตถุแห่งการชักฟอกทั้งที่ยังไม่เป็นจำเลยในคดี ซึ่งทำให้ผู้ถูกกล่าวหานั้นกลายเป็น “กรรมในคดี” ไม่ใช่ประธานในคดี และเมื่อผู้ถูกกล่าวหาเป็นประธานในคดี ก็จะต้องได้รับความคุ้มครองในเรื่องความรวดเร็วและเป็นธรรมในการดำเนินคดีอาญา ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 “ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม”

เพราะฉะนั้น นอกจากจะต้องเคารพสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาให้ถือว่าเป็นจำเลยก่อนที่ศาลจะประทับรับฟ้องแล้ว ในระหว่างการสอบสวนถ้าพบว่าในกระบวนการสอบสวนไม่รวดเร็วล่าช้าด้วยเหตุผลต่างๆ ที่ส่งผลให้ผู้ต้องหาต้องถูกควบคุมตัวยาวนานกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือกระบวนการสอบสวนหรือสั่งฟ้องไม่เป็นธรรมหรือกระบวนการสอบสวนไม่ชอบ หลักดังกล่าวนี้จะเป็นหลักประกันผู้ถูกกล่าวหาได้เป็นอย่างดี¹⁷⁰

2.7.3 สิทธิของผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดีกับหลักเกณฑ์การควบคุมผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดระหว่างคดี

การควบคุมตัวระหว่างคดี หมายถึง การควบคุมหรือการขัง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (21) นิยามคำว่า “ควบคุม” หมายถึง การควบคุมหรือกักขังผู้ถูกจับโดยพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจในระหว่างการสืบสวนและสอบสวน และมาตรา 2 (22) นิยามคำว่า “ขัง” หมายถึง การกักขังจำเลยหรือผู้ต้องหาโดยศาล

เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาต้องมีการสอบปากคำผู้ต้องหา และในการฟ้องจะต้องมีตัวผู้ต้องหามาศาล และในการดำเนินคดีในชั้นศาลจะต้องกระทำต่อหน้าจำเลย ด้วยเหตุนี้การมีตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยในการดำเนินคดีอาญาในกระบวนการดังกล่าวมีความสำคัญยิ่ง ถ้าไม่มีตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยในกระบวนการนั้นการดำเนินคดีอาญาก็ไม่สามารถดำเนินการได้โดยชอบด้วยเหตุนี้เจ้าพนักงานรัฐอาจใช้มาตรการบางประการเท่าที่จำเป็นเพื่อเอาตัวบุคคลที่เป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ในอำนาจรัฐ เพื่อสะดวกต่อการปฏิบัติหน้าที่ การจะควบคุมตัวบุคคลไว้ในชั้นตำรวจและอัยการ จะต้องมิเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนคดีอาญา อันได้แก่ เพื่อสอบปากคำ

¹⁶⁹ คณิต ณ นคร ก (2546). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*. หน้า 59 และ 149.

¹⁷⁰ จิรวุฒิ ลิปิพันธ์ และธานี วรภัทร์. เล่มเดิม. หน้า 24.

ผู้ต้องหาเมื่อสอบปากคำผู้ต้องหาเสร็จสิ้นแล้วตามปกติจะต้องปล่อยตัวผู้ต้องหาไป และเมื่อความจำเป็นที่จะต้องเอาตัวบุคคลผู้นั้นไว้ในอำนาจรัฐหมดไปก็ไม่มีเหตุอันควรจะควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้ในอำนาจรัฐเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี การควบคุมระหว่างคดี การเรียก หรือการจับ ล้วนเป็นเรื่องเดียวกัน และการเรียกและการจับใช่เหตุที่ก่อให้เกิดอำนาจควบคุมระหว่างคดีแก่เจ้าพนักงานหรือศาลโดยอัตโนมัติไม่ แต่การควบคุมระหว่างคดีจะต้องเกิดจากความจำเป็นที่ว่า หากไม่ควบคุมผู้ต้องหาไว้ในระหว่างการดำเนินคดีของเจ้าพนักงาน หรือหากไม่ขังผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยไว้ระหว่างการพิจารณาคดีของศาลแล้ว การดำเนินคดีเช่นนั้นอาจกระทำต่อไปไม่ได้เนื่องจากผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีหรือไม่มาศาล หรืออาจไปก่ออันตรายแก่ผู้เสียหาย พยานบุคคล หรือพยานหลักฐานอื่นๆ ส่งผลให้รูปคดีเสียไป เพราะฉะนั้น เจ้าพนักงานตำรวจ อัยการ และศาล ไม่สามารถจะใช้อำนาจควบคุมผู้ต้องหา หรือจำเลยไว้ในอำนาจรัฐ อันได้แก่ ไว้ในที่คุมขังของสถานีตำรวจ หรือในที่คุมขังของศาลได้ เว้นแต่จะมีเหตุอันจำเป็นที่จะต้องให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยอยู่ในกระบวนการพิจารณาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าการปล่อยเช่นนั้นจะทำให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยหลบหนีออกนอกราชอาณาจักร ไปทำอันตรายแก่บุคคล จะไปยุ่งเหยิงต่อพยานหลักฐาน หรือไปก่อเหตุอันตรายประการอื่นๆ¹⁷¹

กฎหมายได้คุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาโดยกำหนดขอบเขตเวลาของการควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้เท่ากับความจำเป็นตามพฤติการณ์แห่งคดี โดยถือตามอัตราโทษคดีที่ระบุเป็นข้อกล่าวหาไว้ดังนี้

ความผิดลหุโทษ หมายถึง คดีที่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เจ้าพนักงานจะควบคุมผู้ถูกจับไว้ได้เท่าเวลาที่จะตามคำให้การ และชื่อที่อยู่เท่านั้น คดีอาญาอื่นๆ นอกจากคดีลหุโทษมีระยะเวลาในการควบคุมตัวที่นานกว่า เนื่องจากต้องใช้เวลาแก่เจ้าหน้าที่ในการสอบคำให้การจากผู้ถูกจับพอสมควร

หลักเกณฑ์และกำหนดเวลาในการควบคุมตัวผู้ถูกกล่าวหาตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ห้ามมิให้ควบคุมผู้ถูกจับไว้เกินกว่า 48 ชั่วโมง (หรือ 2 วัน) นับแต่เวลาที่มาถึงสถานีตำรวจ ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเพื่อทำการสอบสวนหรือเหตุจำเป็นอย่างอื่นจะยืดเวลาเกินกว่า 48 ชั่วโมงได้เท่าที่จำเป็น แต่รวมกันแล้วต้องไม่เกิน 3 วัน เพราะฉะนั้นจะควบคุมตัวที่สถานีตำรวจได้สูงสุดไม่เกิน 3 วัน ถ้ามีความจำเป็นที่จะควบคุมผู้ถูกจับเกินกว่า 3 วัน เพื่อให้การสอบสวนเสร็จสิ้นพนักงานสอบสวนหรืออัยการต้องยื่นคำร้องขอฝากขังต่อศาล

¹⁷¹ แหล่งเดิม. หน้า 25-26.

ศาลอาจเรียกพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการมาชี้แจงเหตุจำเป็น หรืออาจเรียกพยานหลักฐานมาเพื่อประกอบการพิจารณาก็ได้ โดยใช้อัตราโทษคดีที่ถูกกล่าวหาเป็นเกณฑ์

หลักเกณฑ์การกำหนดระยะเวลาคุมขัง ดังต่อไปนี้

1) ความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 500 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ศาลมีอำนาจสั่งขังได้ 1 ครั้ง มีกำหนดไม่เกิน 7 วัน

2) ความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินกว่า 6 เดือน แต่ไม่ถึง 10 ปี หรือปรับเกินกว่า 500 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ศาลมีอำนาจสั่งขังหลายครั้งติดๆ กันได้ แต่ครั้งละไม่เกิน 12 วัน และรวมกันทั้งหมดต้องไม่เกิน 48 วัน

3) ความผิดอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป จะมีโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตาม ศาลมีอำนาจสั่งขังหลายครั้งติดๆ กันได้ แต่ครั้งละไม่เกิน 12 วัน และรวมกันทั้งหมดต้องไม่เกิน 84 วัน

นอกจากนี้เพื่อคุ้มครองและให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา กฎหมายได้กำหนดว่าเมื่อศาลสั่งขังครบ 48 วันแล้ว หากพนักงานสอบสวนหรืออัยการต้องการคุมขังต่อไปโดยอ้างเหตุจำเป็น ศาลจะสั่งขังต่อไปได้ต่อเมื่อพนักงานสอบสวนหรืออัยการได้แสดงถึงเหตุจำเป็น และนำพยานหลักฐานมาให้ศาลไต่สวนจนเป็นที่พอใจแก่ศาล ผู้ถูกกล่าวหาจะแต่งตั้งทนายความเพื่อแถลงข้อคัดค้านและซักถามพยานก็ได้ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังกำหนดสิทธิอันชอบธรรมของผู้ต้องหาไว้อีกว่า “ในชั้นสอบสวนผู้ต้องหาจะมีสิทธิให้ทนายความ หรือผู้ซึ่งตนไว้วางใจเข้าฟังการสอบปากคำตนได้”¹⁷²

ด้วยเหตุนี้จึงมุ่งหมายของการควบคุมผู้ต้องหาหรือจำเลยระหว่างคดีจึงมีดังต่อไปนี้

1) เพื่อให้การสอบสวนดำเนินการไปโดยเรียบร้อย การใช้มาตรการควบคุมตัวในกรณีนี้ก็เพียงเพื่อให้มีตัวผู้ต้องหาในการสอบสวน เพื่อสอบปากคำ เมื่อสิ้นสุดการพิจารณาในการสอบสวนก็ต้องปล่อยตัวผู้ต้องหาไป

2) เพื่อการประกันการมีตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย เนื่องจากในวันนัดไต่สวนมูลฟ้อง การพิจารณา หรือสืบพยานจะต้องมีจำเลยมาศาล การควบคุมตัวผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดีในกรณีนี้ก็เพื่อให้สามารถนำจำเลยมาศาลโดยที่ไม่มีการหลบหนี และเพื่อให้เป็นไปตามหลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย และการฟังความทั้งสองฝ่ายในการพิจารณาคดี

¹⁷² สำนักงานทนายความนครราชสีมา. การควบคุมผู้ต้องหา. สืบค้นเมื่อ 18 กรกฎาคม 2555, จาก

3) เพื่อเป็นการประกันการบังคับโทษ ในกรณีที่ศาลชั้นต้นเห็นว่าจำเลยไม่มีความผิด และในขณะที่คดีอยู่ในระหว่างการอุทธรณ์ ศาลอาจสั่งปล่อยจำเลยไปชั่วคราวได้ แต่อย่างไรก็ดีถ้า เกรงว่าจำเลยจะหลบหนีในระหว่างรอการอุทธรณ์ หรือเกรงว่าจะก่อให้เกิดอันตรายประการอื่นๆ ศาลอาจสั่งให้ขังจำเลยเพื่อรอการอุทธรณ์ก็ได้¹⁷³

2.7.4 สิทธิของผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดีด้วยการบังคับโทษผู้ต้องขังหญิง

การทำงานของผู้ที่ตั้งครรภ์และที่เป็นแม่ (Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft/ achievements with pregnancy and maternity) ผู้ต้องโทษที่กำลังตั้งครรภ์และที่เพิ่งคลอดบุตร เป็นสภาพที่ต้องได้รับการคำนึงถึงให้นับทัญญูติของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแม่ ที่ทำงานอันเกี่ยวกับการจัดการสถานที่ทำงานมาใช้บังคับโดยอนุโลม ระหว่างการตั้งครรภ์มีสิทธิที่จะได้รับการดูแลทางการแพทย์และการผดุงครรภ์ในเรือนจำ ในการทำคลอดต้องกระทำในโรงพยาบาลนอกเรือนจำ ถ้าไม่อาจทำได้เนื่องจากเหตุผลพิเศษ ให้ทำคลอดในเรือนจำที่มีแผนก ทำคลอดก่อนการคลอดบุตรหรือหลังการคลอด การดูแลทางการแพทย์ระหว่างตั้งครรภ์โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คือการตรวจการตั้งครรภ์ตามระยะรวมตลอดถึงการตรวจรักษาและการตรวจในห้องปฏิบัติการทางการแพทย์

ยาเครื่องเวชภัณฑ์และเครื่องมือในการรักษา (Arz, Verband und Heilmittel / medicine, connecting and cure) จะต้องจัดให้มีไว้สำหรับบริการกรณีมีปัญหาการตั้งครรภ์และเกี่ยวพันกับการคลอด

การแจ้งเกิด (Geburtsanzeige / birth announcement) ให้แจ้งการเกิดต่อเจ้าพนักงาน ทะเบียนราษฎรจะหมายความว่าสถานที่เกิดของเด็กเป็นเรือนจำหรือความเกี่ยวข้องกับเรือนจำหรือการถูกจำคุกของแม่ไม่ได้

มารดาที่มีบุตรติดมา (Mutter mit Kindern / mothers with children) ในกรณีที่บุตรของผู้ต้องโทษยังไม่ถึงเกณฑ์การศึกษาภาคบังคับ เด็กอาจได้รับอนุญาตให้อยู่ในเรือนจำด้วยความเห็นชอบของผู้มีสิทธิในการกำหนดที่อยู่ของเด็กในสถานที่ที่มารดาอยู่ หากว่าการกระทำนั้นจะเป็นผลดีกับเด็กก่อนนำเด็กเข้ามาในเรือนจำให้ฟังความเห็นของสถานเขวชนประกอบ ผู้ที่มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายของการเข้าพักดังกล่าว สิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายอาจยกเว้นได้ถ้าการกระทำดังกล่าวอาจจะเป็นการเสียหายแก่การอยู่ร่วมกันของมารดาและบุตร¹⁷⁴

¹⁷³ จีรวุฒิ ลิปิพันธ์ และธานี วรภัทร์. เล่มเดิม. หน้า 25-26.

¹⁷⁴ ธานี วรภัทร์. เล่มเดิม. หน้า 143-144.

2.7.5 สิทธิของผู้ต้องขังระหว่างพิจารณาคดีว่าด้วยการบังคับโทษเด็กและเยาวชนที่อยู่ในความควบคุมของสถานพินิจ

สิทธิในการคุ้มครองเด็กอยู่ในความดูแลของกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนถือเป็นองค์หลักในการพิทักษ์คุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพเด็ก เยาวชน ผู้เยาว์และครอบครัวในกระบวนการยุติธรรม โดยยึดหลักการมีส่วนร่วมของทุกส่วนอย่างเสมอภาคและทั่วถึง หน้าที่และภารกิจสำคัญ คือ

- 1) การแก้ไขเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด
- 2) ส่งเสริมการพิทักษ์คุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความมั่นคงของสถาบันครอบครัวและชุมชนโดยใช้กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ การหันเหคดีออกจากกระบวนการยุติธรรม และมาตรการอื่นๆ
- 3) ดำเนินการด้านคดีอาญา คดีครอบครัว กำกับการปกครองและการบำบัดแก้ไขฟื้นฟู การป้องกัน พัฒนาและสงเคราะห์ ตลอดจนกระบวนการติดตามและประเมินผล
- 4) ประสานความร่วมมือและสร้างเครือข่ายกับชุมชน องค์กรภาครัฐ และเอกชน ทั้งภายในและต่างประเทศเพื่อการมีส่วนร่วมและสนับสนุนกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน
- 5) ศึกษา วิเคราะห์ วิจัย และพัฒนากฎหมายการพิทักษ์คุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชน
- 6) พัฒนาศักยภาพและระบบการบริหารจัดการงานพิทักษ์และคุ้มครองเด็กให้เข้าสู่มาตรฐานการบริหารจัดการภาครัฐ¹⁷⁵

ในสถานพินิจได้มีการฝึกอาชีพต่างๆ ให้ อาทิเช่น ช่างไม้ ฝึกตัดผม ฝึกกิจกรรมต่างๆ ให้ แต่พอออกจากสถานพินิจฯ ไปแล้วเขาก็ต้องไปเป็นลูกจ้าง เพราะทุกอาชีพต้องใช้งบประมาณสูง เมื่อเด็กออกจากสถานพินิจฯ แล้วเจ้าหน้าที่ไม่อาจออกไปติดตามดูแลได้ เพราะเจ้าหน้าที่มีจำกัดงบประมาณก็จำกัด ทำให้แค่ตามไปดูในระยะ 2 เดือนแรกว่าเขากลับไปอยู่บ้านแล้วเป็นอย่างไรบ้าง แต่คงไม่สามารถไปดูแลเขาได้ทุกวัน เพราะตรงนี้เกินอำนาจเกินกำลังที่จะทำได้ คงต้องได้รับความร่วมมือจากทุกฝ่ายทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทางกรมพินิจฯ พยายามทำงานร่วมกับชุมชนแต่ก็ทำได้แค่ระดับหนึ่งเท่านั้น ในส่วนของเรื่อง “ประกาศนียบัตร” หรือ “ใบรับรองการฝึกวิชาชีพ” ไม่ได้ออกในนามสถานพินิจฯ เช่น เรื่องเรียนหนังสือใช้หลักสูตรของกรมการศึกษานอกโรงเรียนเวลาออกประกาศนียบัตรก็ออกให้ในนามของกรมการศึกษานอกโรงเรียนไม่ได้ออกในนามของ

¹⁷⁵ วันชัย รุจนวงศ์. (2547). “การปฏิบัติต่อเด็กที่ทำผิดไม่ควรมี 2 มาตรฐาน.” วารสารข่าวกฎหมายใหม่, 2 (32). หน้า 28.

สถานพินิจฯ ถ้าเป็นเรื่องของการฝึกฝีมือส่วนใหญ่จะส่งเด็กไปที่กรมพัฒนาฝีมือแรงงาน ประกาศนียบัตรที่ได้ก็เป็นของกระทรวงแรงงานฯ ทางสถานพินิจฯ ไม่มีเครื่องมือให้เขาไปประกอบ อาชีพอิสระได้ด้วยตนเอง เช่น จะเป็นช่างไม้ก็ต้องมีอุปกรณ์ มีเงินทุน ต้องหาตลาดเอง หาไม่ได้เขาก็ต้องไปสมัครงาน

กรมพินิจฯ มีโครงการต่างๆ ที่ดำเนินการอยู่ประมาณ 42 โครงการ มีโครงการหลักๆ ได้แก่ โครงการมาตรฐานกลางของสหประชาชาติ ซึ่งจะต้องทำให้ได้ตามเกณฑ์มาตรฐานสากล ทุกๆ ขั้นตอน คือ ตั้งแต่การรับตัวเข้ามา การกักตัว การสอบถามประวัติ และการดูแลต่างๆ จะต้องได้มาตรฐานกลางของสหประชาชาติ โครงการทดสอบทางจิตวิทยา เด็กที่เข้ามาทุกคนจะต้องได้รับการทดสอบทางจิตวิทยาเพื่อแยกประเภท เมื่อทดสอบแล้วพบว่าเด็กคนไหนมีปัญหาที่จะนำเด็กคนนั้น มาทดสอบในรายละเอียดที่เพิ่มมากยิ่งขึ้น เพื่อหาสาเหตุที่แท้จริง ตรงนี้จะมีนักจิตวิทยาและนักสังคมสงเคราะห์เข้ามาดูแลในการทำแบบทดสอบที่ทางกรมพินิจฯ ร่วมกับกรมสุขภาพจิต เพื่อที่จะได้วางแผนทางปฏิบัติกับเด็กได้อย่างถูกต้อง แต่ปัญหาที่ตามมาสถานที่ของกรมพินิจฯ ไม่มากพอที่จะให้เด็กแยกกลุ่มออกไปทำกิจกรรม คงทำได้ภายในงบประมาณที่มีอยู่ โครงการดำเนินคดีกับเด็กให้เหมาะสมกับประเภท สมัยก่อนจะพบว่าเด็กที่กระทำความผิดเมื่อถูกจับตัวมาแล้วก็คุมตัวไว้ดำเนินคดี ส่งฟ้องโดยไม่มีการเลือกหรือจำแนกแยกแยะ จึงเกิดปรากฏการณ์ที่ว่าเด็กที่ไม่ควรจะเข้ามาหรือไม่ควรจะถูกส่งฟ้องมีเป็นจำนวนมาก หลายๆ คนพบว่าเป็นการกระทำผิดด้วยความลึกลับซ่อนเร้น ซึ่งถ้านำมาดำเนินคดีมีประวัติก็เท่ากับว่าเป็นการทำร้ายเด็กเกินไป

ในส่วนของเอกชนได้มีการส่งเสริมให้มีการรับเด็กที่ออกจากสถานพินิจฯ เข้าทำงาน ในส่วนราชการก็ควรนำร่องรับเด็กจำพวกนี้เข้าทำงาน จึงได้เกิดโครงการหันเหคือออกจากกระบวนการ ยุติธรรม คือ ในความผิดเล็กน้อยโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี แทนที่จะฟ้องทางกรมพินิจฯ ก็จะเชิญผู้เสียหายและผู้ปกครองเด็กเข้ามาไกล่เกลี่ยกัน โดยตอนแรกจะให้เด็กบอกถึงเหตุแห่งการกระทำ ความผิดนั้นๆ ก่อน เพื่อให้เด็กจิตวิทยาและนักสังคมสงเคราะห์วิเคราะห์ จากนั้นผู้เสียหายก็บอกถึงความรู้สึกที่ถูกกระทำ เช่น ผู้เสียหายเดินมาแล้วถูกวิ่งราวกระเป๋า ช่วงถูกกระชากกระเป๋าตัว ผู้เสียหายถูกดึงจนหกล้ม เด็กที่ลักกระเป๋าสดางค์ไปเมื่อเปิดดูมีเงินแค่ 200 บาท ก็เอาแต่เงินไปที่เหลือโยนทิ้ง เด็กก็บอกว่าเอาเงินไปแค่ 200 บาท ทำไมต้องจับมาลงโทษหนักหนาอย่างนี้ แต่ผู้เสียหายบอกว่าตอนถูกกระชากกระเป๋าหกล้ม เอกสารและบัตรต่างๆ ในกระเป๋าหายหมด ต้องเสียเวลาและเสียเงินไปทำใหม่ สร้างความยุ่งยากและความเดือดร้อนให้กับเขามาก เหล่านี้เด็กจะไม่รู้ จากนั้นก็ให้ผู้ปกครองทำความเข้าใจตกลงร่วมกัน กระบวนการทั้งหมดนี้มีลักษณะเหมือนการ ประนีประนอมไกล่เกลี่ยตกลงกัน และแทนที่เราจะดำเนินคดีกับเด็กเราก็อาจจะใช้วิธีให้เด็กไปบำเพ็ญประโยชน์ต่างๆ เช่น ให้ไปดูแลผู้ป่วยในโรงพยาบาล 20 วัน จากนั้นเราก็คุมประพฤติไว้ 2 ปี

โดยเด็กจะต้องมารายงานตัวทุกๆ 2 เดือน เชื่อว่าถ้าพ้น 2 ปี ไปแล้วเด็กจะไม่กระทำผิดซ้ำ เมื่อเด็กโตขึ้นความคิดและพฤติกรรมต่างๆ ก็จะเปลี่ยนไปในทางที่ดีขึ้น ทั้งนี้มีเงื่อนไขว่า 1. เด็กต้องรับสารภาพรู้สึกสำนึกผิดในสิ่งที่ตนเองได้กระทำลงไปและพร้อมจะแก้ไขตัวเอง 2. ผู้เสียหายยินยอม ส่วนเด็กที่กระทำความผิดมีโทษเกิน 5 ปี จะดำเนินการฟ้องศาลและดำเนินการไปตามปกติ เพราะถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงมีการคิดและวางแผนไว้ก่อน ตอนนี้กรมพินิจกำลังพยายามลดจำนวนเด็กในสถานพินิจไม่ให้มากเกินไป คือ เด็กคนใดที่เรามั่นใจว่าจะไม่หนีจะให้ประกันตัวได้ โดยเฉพาะเด็กที่มีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี เมื่อพ่อแม่มาแม้ไม่มีหลักทรัพย์ก็ให้ประกันตัวเด็กออกไปได้เลย แต่เด็กต้องรับสารภาพและรับปากว่าจะแก้ไขปรับปรุงตัวเอง

ในการดำเนินการหันเหคือออกจากกระบวนการยุติธรรมที่ผ่านมาทางกรมพินิจได้นำ “โครงการกระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์” มาใช้กับเด็กและเยาวชน โดยการใช้วิธีการประชุมกลุ่มครอบครัวและเยาวชน จัดให้มีการเจรจาเชิงสมานฉันท์ระหว่างผู้เสียหาย เด็กและครอบครัวและผู้เกี่ยวข้อง เพื่อส่งเสริมให้มีการขอโทษและการให้อภัย และให้มีความพยายามในการชดเชยความเสียหายที่เด็กได้ก่อขึ้น เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้กับเด็กที่กระทำความผิดเพียงเล็กน้อยได้แก้ไขและปรับตัวเป็นคนดีโดยไม่ต้องเข้าสู่ระบบการฟ้องร้องคดีอาญาและไม่ต้องมีประวัติติดตัว¹⁷⁶

ตอนนี้ภาพของสถานพินิจฯ เปลี่ยนไปแล้ว โดยสถานพินิจฯ จะมีบรรยากาศคล้ายๆ กับโรงเรียนประจำมีสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ มากมาย ซึ่งกำลังมีการพัฒนาในหลายๆ รูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการพัฒนาคุณภาพเด็กและเยาวชนในสถานพินิจฯ ให้ได้ตามมาตรฐานของสหประชาชาติ การให้ความช่วยเหลือระหว่างการดำเนินคดี การช่วยเหลือบำบัดฟื้นฟู การจัดการศึกษาและฝึกอาชีพ การมีส่วนร่วมของครอบครัวและชุมชนในการดูแลเด็ก การสงเคราะห์และให้ความช่วยเหลือหลังปล่อย ซึ่งกำลังจะตั้งมูลนิธิเพื่อหารายได้มาช่วยเหลือพวกเขา เช่น ฝึกให้เป็นช่างตัดผมก่อนจะปล่อยตัวออกไป อาจให้อุปกรณ์และเครื่องมือคนละชุดเพื่อนำไปใช้ในการประกอบวิชาชีพด้วย ในส่วนของการฝึกอาชีพพยายามหาอาชีพที่น่าจะทำได้จริงและเลี้ยงตัวเองได้จริงเมื่อออกจากสถานพินิจฯ ไป และนอกจากนั้นยังมีโครงการพัฒนาระบบการบริหารงานสถานพินิจฯ เพื่อให้การดำเนินงานแต่ละขั้นตอนเป็นไปอย่างรวดเร็ว เช่น การประกันตัวต้องทำได้เสร็จภายใน 30 นาที หากตำรวจจับเด็กมาแล้วไม่ว่าจะช่วงเวลาไหนก็สามารถนำตัวมาส่งที่สถานพินิจฯ ได้ทันที เพราะเปิดให้บริการ 24 ชั่วโมง เด็กจะได้ไม่ต้องถูกขังรวมกับนักโทษผู้ใหญ่ ในการแก้ปัญหาทุกอย่างต้องใช้เด็กเป็นศูนย์กลาง ต้องหาทุกวิธีการเพื่อให้เด็กและเยาวชนได้รับประโยชน์สูงสุดแม้ว่าเขาจะทำผิดพลาดไป แต่ไม่ได้หมายความว่าต้องไปลงโทษให้สาสมหรือหาวิธีทำให้

¹⁷⁶ แหล่งเดิม. หน้า 28-30.

เขาลำบาก จุดเน้นของกรมพินิจฯ คือ จะทำอะไรให้เขากลับมาเป็นคนดีให้ได้ เพราะถ้ากลับมาเป็นคนดีไม่ได้ ก็จะทำให้เกิดปัญหาและสร้างภาระให้กับสังคมมากและสังคมก็จะตามแก้ไขปัญหากันไปอีกนาน¹⁷⁷

การปกครองท้องถิ่นเป็นรูปแบบการปกครองที่จำเป็นและมีความสำคัญเพราะองค์กรปกครองท้องถิ่นเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้ดำเนินกิจการของท้องถิ่นหรือจัดทำบริการสาธารณะ และการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถตอบสนองความต้องการให้ประชาชนในท้องถิ่นได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ตรงตามความต้องการที่แท้จริง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีความเป็นอิสระตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น แต่รัฐก็มีหน้าที่ในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่าที่จำเป็น ภายใต้กรอบของกฎหมาย

¹⁷⁷ แหล่งเดิม. หน้า 33.