

บทที่ 2

ข้อความคิดและพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพของทหาร

การศึกษาสิทธิและเสรีภาพของทหารควรเริ่มต้นจากความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ เป็นลำดับแรก จากนั้นจะกล่าวถึงข้อความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งข้อความคิดและพัฒนาการว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั่วไปและทหาร ตลอดจนการจำกัดและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทหาร เป็นลำดับสุดท้าย ก่อนที่จะพิจารณาโดยละเอียดถึงเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพของทหารในบทต่อไป

2.1 ความหมายและสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นับได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติรับรองเรื่อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรวมถึงการกำหนดสถานะทางกฎหมายของสิทธิและเสรีภาพให้มีความชัดเจนขึ้นดังนี้

2.1.1 ความหมายและสถานะของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

ปฏิญญาสากลขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นแบบแผนหนึ่งของหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่เป็นรูปธรรมซึ่งมีพื้นฐานแนวความคิดสำคัญในเรื่องการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นคุณค่าทั่วไปที่อยู่เหนือความเป็นส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ถึงแม้จะมีข้อโต้แย้งอยู่บ้างเกี่ยวกับความเป็นสากลแท้จริงของแนวความคิด อันเป็นที่มาของปฏิญญาสากล แต่ในการศึกษาพัฒนาการของหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ โดยยึดเอาความเป็นมา เนื้อหา และวัตถุประสงค์ของปฏิญญาสากลเป็นเส้นแบ่งแล้วย่อมสามารถเข้าใจถึงพัฒนาการในเรื่องดังกล่าวได้ และกฎหมายของนานาประเทศก็

ได้ให้ความสำคัญ โดยการกำหนดหลักเกณฑ์การรับรองเนื้อหาสาระตลอดจนวางกลไกให้ควบคุมครองหลักการดังกล่าวไว้¹

แม้ปฎิญาสาทลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ไม่ก่อให้เกิดผลผูกพันในทางกฎหมายระหว่างประเทศให้ประเทศสมาชิกที่ไม่ได้ลงนามรับรองต้องปฏิบัติตา แต่การนำเอทหลักการเรื่องสิทธิมนุษยชนมาเป็นแนวทางปฏิบัติเรื่อยมาเป็นระยะเวลาานกว่า 50 ปี ทำให้กล่าวได้ว่า หลักการดังกล่าวได้กลายมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาในปฎิญาสาทลจะพบว่าสิ่งที่ปฎิญาสาทลมุ่งที่จะคุ้มครองก็คือ “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) โดยการอ้างถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Human Dignity) ในฐานะที่เป็นวัตถุประสงค์ (Object) อันหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ในระหว่างสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น หากพิจารณาในด้านเนื้อหาหรือเป้าหมายสุดท้ายของเรื่องแล้วสามารถกล่าวได้ว่าทั้งสองเรื่องต่างก็มุ่งที่จะสร้างความสงบและสันติสุขให้เกิดขึ้นและดำรงอยู่ในสังคมของมนุษย์ตลอดไป ในแง่นี้ทั้งสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่มีความแตกต่างกับความเชื่อในทางศาสนาที่ต่างก็สอนให้คนเป็นคนดีและมุ่งให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในสังคมนั้นๆ หากจะมีความแตกต่างกันก็เป็นเพียงวิธีการอธิบายและแนวทางปฏิบัติตามศาสนบัญญัติเท่านั้น ซึ่งแนวปฏิบัติที่เห็นแตกต่างกันนั้นจะเข้าลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้หรือไม่นั้นในกรณีเช่นนี้ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” และ “สิทธิมนุษยชน” ไม่มีความแตกต่างจากเรื่องศีลธรรมแต่อย่างใด² และในการตัดสินใจว่าศีลธรรมอันไหนจะเป็นสิ่งที่ถูกต้องแท้จริงในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชน การตัดสินใจในเช่นนี้เท่ากับเป็นการบอกว่าศีลธรรมของอีกสังคมหนึ่งด้อยหรือป่าเถื่อนซึ่งยอมก่อให้เกิดข้อโต้แย้งและข้อถกเถียงตามมามากมายและอาจนำไปสู่ปัญหาการไม่ยอมรับหลักการเรื่องสิทธิมนุษยชนในระดับระหว่างประเทศได้

ในแง่มุมทางด้านมานุษยวิทยาทางวัฒนธรรมสามารถกล่าวได้ว่า สิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องของวัฒนธรรม ระบบความเชื่อ ค่านิยมทางสังคม เป็นแนวความคิดที่มีร่วมกันของมนุษย์ในสังคมโลก เป็นภูมิปัญญาและองค์ความรู้ที่ได้จากประสบการณ์ในอดีตซึ่งมีความเป็นสากลใน

¹ อุดม รัฐอมฤต, นพนิต สุริยะ, บรรเจิด สิงคะเนติ , การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), น. 32 – 33.

² เพิ่งอ้าง, น. 21 – 23.

ระดับหนึ่ง โดยเฉพาะในแง่ของวัตถุประสงค์นี้เองทำให้หลักสิทธิมนุษยชนเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในระบบวัฒนธรรมของสังคมที่ต่างออกไปโดยไม่อาจสรุปได้ว่า สิทธิมนุษยชนหรือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นเรื่องที่มาจากสังคมที่มีวัฒนธรรมที่สูงกว่าหรือเป็นเรื่องผลประโยชน์ในทางการเมืองระหว่างประเทศ³

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” อาจมีความหมายว่าเป็นการให้การยกย่องหรือเชิดชู “คุณค่าสากล” ของความเป็นมนุษย์มากกว่าเป็นเรื่องของปัจเจกบุคคล การละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือการที่มนุษย์ผู้หนึ่งได้กระทำการอันเป็นการลดคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่นลงในแง่หนึ่ง นอกจากเรื่องความเท่าเทียมกันในทางสังคมและในทางกฎหมายที่ผู้ถูกละเมิดได้รับการปฏิบัติโดยไม่เท่าเทียมกันกับสมาชิกคนอื่น ๆ ในสังคม โดยที่ไม่ใช่เรื่องที่เกิดขึ้นเพราะสถานะในทางสังคมที่แตกต่างกันแล้ว การกระทำเช่นนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้นได้ เช่น การใช้อำนาจของพนักงานสอบสวนที่กระทำต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาเสมือนเป็นบุคคลที่กระทำความผิดก่อนที่จะศาลจะมีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิด ย่อมเป็นการกระทำที่มีชอบ เช่น การวิสามัญฆาตกรรม หรือการนำผู้ต้องหามาแถลงข่าวต่อหน้าสื่อมวลชน เป็นต้น ในการพิจารณา “คุณค่า” ของความเป็นมนุษย์นั้นสามารถที่จะพิจารณาที่เนื้อหาในการปฏิบัติว่าหากมาตรฐานที่ใช้ในการปฏิบัติต่อผู้ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นได้ถูกนำมาเป็นมาตรฐานในการปฏิบัติต่อบุคคลอื่นเป็นการทั่วไปหรือถูกนำมาเป็นมาตรฐานในการปฏิบัติต่อตัวเราเองแล้วจะสามารถยอมรับได้หรือไม่ อาจกล่าวได้ว่าความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในแง่ของวัฒนธรรมและกฎหมายเป็นกระบวนการในทางความคิดที่พัฒนามาจาก ศีลธรรมและจิตใจที่มีอยู่ในตัวมนุษย์ซึ่งก่อให้เกิดความเป็นเอกภาพที่อยู่เหนือตัวบุคคลเหนือเรื่องส่วนบุคคลใดๆ เป็นส่วนประกอบพิเศษที่อยู่ในตัวมนุษย์โดยธรรมชาติเป็นศีลธรรมขั้นสูงและเป็นหลักประกันในการดำเนินชีวิตของสมาชิกในสังคม⁴

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ในมาตราต่างๆ อย่างน้อย 3 มาตรา คือ มาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28 สถานะทางกฎหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในแต่ละมาตราของรัฐธรรมนูญมีสถานะที่แตกต่างกัน

มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” ในการอธิบายของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะผู้ที่มีส่วนในการ ยกร่าง

³ เฟิงอ๋าง, น. 25 – 26.

⁴ เฟิงอ๋าง, น. 28 – 28.

บทบัญญัติมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 แสดงให้เห็นสถานะของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามบทบัญญัติมาตรา 4 ว่ามีสถานะเป็นการวางหลักทั่วไป เป็นการประกาศเจตนารมณ์ของรัฐที่จะให้การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญอยู่ในหมวด 1 บททั่วไปซึ่งเป็นหมวดที่กำหนดหลักการทั่วไปของรัฐ อันถือเป็นสาระสำคัญที่มีลักษณะทั่วไปหรือเป็นการกำหนดของเขตกว้างๆ ของรัฐธรรมนูญว่าสาระสำคัญของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในหมวดต่อไป มาจะต้องสอดคล้องกับหลักทั่วไปดังกล่าว สถานะดังกล่าวนี้เองก่อให้เกิดผลดังนี้คือ

1) บทบัญญัติมาตรา 4 จึงเป็นการกำหนดหลักพื้นฐานความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชนว่ารัฐจะให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งการกำหนดหลักพื้นฐานของความสัมพันธ์ดังกล่าว เปรียบเสมือนการกำหนดให้คุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีสถานะในระดับของรัฐธรรมนูญ ซึ่งก่อให้เกิดผลต่อการกำหนดทิศทางของรัฐ โดยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นตัวกำหนดและจำกัดความประสงค์และภาระหน้าที่ของรัฐ เป็นตัวกำหนดและจำกัดความชอบธรรมของการกระทำของรัฐ และกฎหมายที่มีต่อคุณค่าดังกล่าว นอกจากนี้ การบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์บังคับให้รัฐต้องกำหนดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปว่าอำนาจอื่นๆ รวมถึงอำนาจรัฐไม่อาจที่จะละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้และต้องตีความบทกฎหมายที่มีอยู่ให้สอดคล้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

2) การตีความเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายจะต้องตีความว่าสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายล้วนแต่มีผลมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งสิ้น โดยจะต้องถือว่าเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ด้วย นอกจากนี้ในส่วนที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคลก่อให้เกิดบทสันนิษฐานที่เป็นคุณต่อปัจเจกบุคคลและยังถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นั้นเป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายภายในขอบเขตดังกล่าว รัฐไม่อาจเข้าไปแทรกแซงได้ ในกรณีที่เป็นการสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐกับปัจเจกบุคคล⁵

มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ในการพิจารณาของคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญและการอภิปรายของสมาชิกร่างรัฐธรรมนูญ แสดงให้เห็นสถานะของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามมาตรา 26 ว่ามีสถานะเช่นเดียวกับ “สิทธิและเสรีภาพ” ในการคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ แสดงออกได้ใน 2

⁵ เฟิงอ๋าง, น. 150 – 153.

ลักษณะ คือ ลักษณะแรกองค์กรของรัฐจะไม่กระทำการใดๆ ในลักษณะที่จะเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล หรือละเว้นการกระทำใดๆ ที่จะเป็นการละเมิดต่อสิ่งดังกล่าว ลักษณะที่สอง รัฐมีหน้าที่ที่จะดำเนินการใดๆ ในทางที่จะทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเอื้อต่อการดำรงชีวิตอยู่ของมนุษย์อย่างมีศักดิ์ศรีหรือเอื้อต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้⁶

มาตรา 28 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อให้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

ในการพิจารณาของคณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญ คณะทำงานของคณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญชี้แจงว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่รับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลมิให้ได้รับการปฏิบัติที่ไม่สมกับความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น โดยพิจารณาเชิงทวิสัยว่า การกระทำใดที่เห็นทั่วไปว่าละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มิใช่การพิจารณาในลักษณะอัตวิสัยตามความคิดเห็นของแต่ละบุคคล ส่วนการใช้สิทธิทางศาลนั้นบุคคลที่ถูกกระทำละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถนำคดีมาฟ้องได้ตามลักษณะการกระทำละเมิดว่าเป็นประการใด เช่น ข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนก็ฟ้องศาลยุติธรรม ฝ่ายปกครองกับเอกชนก็ฟ้องศาลปกครอง เป็นต้น⁷ และในการพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญ แสดงให้เห็นสถานะของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามมาตรา 28 ว่าเป็นสิ่งที่บุคคลสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในมาตรานี้จึงมีสถานะเช่นเดียวกับ “สิทธิและเสรีภาพ” ซึ่งเท่ากับว่าบุคคลที่ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ และเมื่อ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” มีสถานะเช่นเดียวกับสิทธิและเสรีภาพการใช้ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ย่อมอยู่ภายใต้เงื่อนไขเช่นเดียวกับสิทธิและเสรีภาพกล่าวคือ การใช้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะใช้ได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน สำหรับปัญหาเรื่อง สาระัตถะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นเรื่องที่ยังขึ้นอยู่กับพัฒนาการในทางวิชาการ การยอมรับแนวคิดเรื่อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ของสังคมตะวันตก ตลอดจนแนวการตีความขององค์กรตุลาการว่าจะยอมรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

⁶ เฟิงอ๋าง, น. 160 – 161.

⁷ เฟิงอ๋าง, น. 162.

ในขอบเขตแค่นี้เพียงใด ซึ่งอาจกล่าวได้โดยสรุปว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นวัตถุในทางกฎหมายที่อาจให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนได้ มีสาระเฉพาะเฉพาะของตนที่แตกต่างไปจากสิทธิและเสรีภาพในแต่ละเรื่องซึ่งรัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกับสิทธิและเสรีภาพ⁸

2.1.2 ความหมายและสถานะของ “สิทธิ”

“สิทธิ” ตามความหมายทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งสิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย

ศาสตราจารย์ ดร.วรวจน์ วิศรุตพิชญ์ มีความเห็นในเรื่องความหมายของคำว่า “สิทธิ” นี้ว่า หมายถึง “ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในชีวิตร่างกาย”⁹

“สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” ถือว่าเป็น “สิทธิตามกฎหมายมหาชน”

(Das Subjektive Offentliche Recht) หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน และบางกรณีก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นหรือรัฐกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง¹⁰ เช่น สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน (มาตรา 43) สิทธิในการรับบริการสาธารณสุข (มาตรา 52) เป็นต้น

ในปัจจุบันมีการใช้คำว่า สิทธิและเสรีภาพปนๆ กันไปและเรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์แต่ละคนพึงมีว่าเป็น “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) หรือในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Basic

⁸ เพิ่งอ้าง, น. 170 – 171.

⁹ วรวจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543) น. 22.

¹⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543) น. 47.

Rights) กระนั้นก็ตามสิ่งที่ต้องระลึกไว้เสมอก็คือ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยส่วนใหญ่แล้วหาใช้สิทธิโดยแท้ซึ่งเป็นอำนาจของบุคคลที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตนไม่ แต่จะเป็น “สิทธิในเสรีภาพ” (Right of Liberty) กล่าวคือ เป็นอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะกระทำการต่างๆ โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางของรัฐนั่นเอง แต่เดิมรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยต่างๆ มักจะบัญญัติรับรองเสรีภาพหรือ “สิทธิในเสรีภาพ” เสียเป็นส่วนใหญ่ สิทธิโดยแท้ที่พอจะรับรองอยู่บ้างคงได้แก่ สิทธิในชีวิตและร่างกาย กรรมสิทธิ์ และสิทธิทางการเมืองบางประการ เช่น สิทธิเลือกตั้ง สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิสมัครเข้ารับราชการ เป็นต้น ต่อมารัฐเสรีประชาธิปไตยบางรัฐได้บัญญัติรับรอง “สิทธิ” ของราษฎรในอันที่จะเรียกร้องประโยชน์บางประการจากรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้โดยมีความมุ่งหมายเพื่อประกันมาตรฐานแห่งการดำรงชีวิตขั้นต่ำให้แก่ผู้ด้อยโอกาสในสังคมอันจะทำให้บุคคลเหล่านี้อยู่ในวิสัยที่จะใช้เสรีภาพต่างๆ ได้เท่าเทียมกับคนที่มีฐานะดี สิทธิเหล่านี้รวมเรียกว่า “สิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ” (Social and Economic Rights)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้นำหลักการใหม่ๆ หลายหลักการมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะการบัญญัติให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐโดยตรง ซึ่งโดยแท้จริงแล้วสิทธิที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมมีผลผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐโดยตรงอยู่แล้ว แต่การบัญญัติดังกล่าวเพื่อต้องการเน้นย้ำเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญ การบัญญัติให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจโดยตรง ถือว่าเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิอันมีสถานะผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐโดยตรง มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพัน รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง การบัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐโดยตรงก่อให้เกิดผลดังนี้ คือ

- 1) สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มีสถานะเป็นสิทธิที่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อผู้ผูกพันต่อสิทธิดังกล่าว หรือทำให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นสิทธิเรียกร้องหรือที่เรียกว่า Subjektive Rechte ซึ่งหมายความว่า ผู้ทรงสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญอาจเรียกร้องให้รัฐดำเนินการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง ได้ตามสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองหรือให้ความคุ้มครองได้ โดยผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญอาจใช้สิทธิในทางศาล เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิดังกล่าว

- 2) เมื่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เป็นสิทธิที่มีผลผูกพันโดยตรงต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐ ดังนั้นถึงแม้ว่ายังไม่มีกรอบกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อรับรองการใช้สิทธิดังกล่าวก็ไม่อาจจะตีความไปในทิศทางที่ทำให้การใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลได้
- 3) องค์กรที่ใช้อำนาจอรัฐทั้งหมดเป็นองค์กรที่ผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

2.1.3 ความหมายและสถานะของ “เสรีภาพ”

“เสรีภาพ” หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน เสรีภาพเป็นอำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคล เป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่โดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น “เสรีภาพ” ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่เชิงปฏิเสธแก่ผู้อื่นที่จะไม่เข้ามารบกวนขัดขวางการใช้อำนาจในการกระทำหรือไม่กระทำการของบุคคล

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพก็ก่อให้เกิดสิทธิเช่นกัน ซึ่งบางครั้งอาจเรียกว่า “สิทธิในเสรีภาพ” กล่าวคือ เสรีภาพนั้นก่อให้เกิดสิทธิที่จะ “เรียกร้อง” มิให้บุคคลอื่นหรือรัฐกระทำการอันเป็นการลิดรอนเสรีภาพได้ หากกล่าวว่าบุคคลมี “สิทธิในเสรีภาพ” ตามรัฐธรรมนูญย่อมหมายความว่าบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง¹¹

กล่าวโดยสรุปในเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการรับรองเป็นนัยว่ารัฐมีหน้าที่ต้องเอื้ออำนวยให้เป็นไปตามสิทธิและเสรีภาพ ในแง่รัฐมีหน้าที่ 2 ประการคือ หน้าที่กระทำการและหน้าที่งดเว้นกระทำการ ในส่วนของ “หน้าที่กระทำการ” หมายความว่า ในกรณีที่บุคคลมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญประการใดรัฐต้องมีหน้าที่จัดการให้ประชาชนได้รับสิทธินั้นสมดังที่กำหนดไว้ เช่น สิทธิของคนชราตามรัฐธรรมนูญทำให้รัฐมีหน้าที่ต้องจัดการช่วยเหลือคนชราให้ยังชีพได้ หากรัฐไม่ทำหน้าที่ข้างต้นประชาชนสามารถบังคับให้รัฐกระทำการตามหน้าที่เพื่อให้สิทธิของตนสมบูรณ์ได้ “หน้าที่งดเว้นกระทำการ” หมายความว่า ในกรณีที่บุคคลมีเสรีภาพในการกระทำใด บุคคลย่อมมีอิสระในการกระทำนั้นโดยรัฐมีหน้าที่ที่จะงดเว้นกระทำการใดๆ อันเป็น

¹¹ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทรวานิช, “รายงานการวิจัยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ”, (ศูนย์ศึกษาการพัฒนาประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546) น. 9.

การแทรกแซงเสรีภาพดังกล่าว เช่น เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ รัฐจะต้องดเว้นไม่กระทำการใดอันเป็นการรบกวนหรือขัดขวางการชุมนุม¹²

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ถือว่าสิทธิและเสรีภาพที่ได้บัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรเป็นคุณค่าสูงสุดซึ่งองค์กรต่างๆ ของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหาร หรือองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการก็ตาม จะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 26 ที่ว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้” และมาตรา 27 ที่ว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพัน รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง” ด้วยเหตุนี้บรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและเสรีภาพ จึงมิได้มีฐานะเป็นเพียง “คำประกาศอุดมการณ์” ของรัฐเท่านั้น หากแต่มีฐานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลบังคับโดยตรง (Self-executing) แก่องค์กรของรัฐเหล่านั้นเลยทีเดียว ในกรณีที่รัฐธรรมนูญรับรองและให้ความคุ้มครองเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งแก่ราษฎร ราษฎรก็ย่อมใช้เสรีภาพนั้นได้ทันที องค์กรต่างๆ ของรัฐจะห้ามมิให้ราษฎรใช้เสรีภาพนั้น โดยอ้างว่ายังไม่มีการตราพระราชบัญญัติรับรองและกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขและวิธีการใช้เสรีภาพนั้นขึ้นใช้บังคับไม่ได้¹³

2.1.4 ความหมายและสถานะของ “ความเสมอภาค”

“ความเสมอภาค” เป็นหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับทุกสิทธิ ซึ่งมีหลักการหรือความหมายว่า “ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน” และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน” ซึ่งหลักความเสมอภาคนี้คงหมายถึงเฉพาะความเสมอภาคในทางกฎหมาย กล่าวคือ ทุกคนมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่นไม่ใช่จะหมายความว่าต้องมีความเสมอภาคในทางวัตถุ

¹² มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2541) น. 48.

¹³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543) น. 27 – 28.

สิ่งของ และความเสมอภาคในทางกฎหมายนี้อาจเป็นทั้งในทางสิทธิและในหน้าที่หรือภาระก็ได้¹⁴ และหลักความเสมอภาคนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีผลใช้บังคับโดยตรงแก่ทุกองค์กรของรัฐ ทั้งนี้ โดยอาจไม่จำเป็นต้องมีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ได้

2.1.5 ความหมายและสถานะของ “หน้าที่”

ทุกคนมีสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่นรวมทั้งข้าราชการ เพื่อประโยชน์ของส่วนรวมและเพื่อประโยชน์ของประชาชน โดยสามารถแบ่งหน้าที่ออกได้เป็น 2 ประเภท คือ หน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ในหมวด 4 หน้าที่ของชนชาวไทย เช่น หน้าที่รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข¹⁵ และหน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎหมาย¹⁶ เช่น หน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง¹⁷ หน้าที่ในการป้องกันประเทศรับราชการทหาร เสียภาษีอากร ช่วยเหลือราชการ

¹⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 30 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2543), หน้า 116

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 66 บัญญัติว่า “บุคคลมีหน้าที่รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้”

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 67 บัญญัติว่า “บุคคลมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมาย”

¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 68 บัญญัติว่า “บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง

บุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ย่อมเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ

การแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งและการอำนวยความสะดวกในการไปเลือกตั้ง ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

รับการศึกษาอบรม พิทักษ์ ป้องกัน และสืบสานศิลปวัฒนธรรมของชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่น และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม¹⁸

2.2 ข้อความคิดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ

แนวความคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย โดยเฉพาะสิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในทางศาล สิทธิในทรัพย์สิน และเสรีภาพในด้านต่างๆ มีความสัมพันธ์กับแนวความเรื่องกฎหมายธรรมชาติซึ่งในรัฐเสรีประชาธิปไตยได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ

2.2.1 ข้อความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติ

จอห์น ล็อก (John Locke) นักปราชญ์ทางกฎหมายสำนักกฎหมายธรรมชาติ ได้อธิบายว่าสภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์เป็นสภาวะแห่งสันติภาพและความเสมอภาค และในสภาวะตามธรรมชาตินี้มนุษย์ทุกคนก็รู้จักกฎหมายธรรมชาติ อันเป็นสิ่งที่สอนให้มนุษย์รู้จักเคารพความเสมอภาคและความเป็นอิสระต่อกัน รู้ว่าแต่ละคนไม่ควรจะล่วงละเมิดชีวิตร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของกันและกัน ในสภาวะตามธรรมชาตินี้เมื่อเกิดข้อขัดแย้งพิพาทกันขึ้น มนุษย์แต่ละคนย่อมมีอำนาจที่จะบังคับการตามสิทธิที่ตนมีตามธรรมชาติและลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยกำลังของตน ซึ่งในสภาวะตามธรรมชาติเช่นนี้ย่อมมีอันตราย มีข้อเสียและความไม่สะดวกหลายประการ คือการใช้สิทธิในร่างกาย เสรีภาพและทรัพย์สินที่แต่ละคนมีตามธรรมชาตินั้นขาดความแน่นอนชัดเจนมักจะมีการล่วงล้ำขอบเขตและกระทบกระทั่งสิทธิของผู้อื่นได้อยู่เสมอ

การบังคับตามสิทธิและการลงโทษเมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมายธรรมชาติ หรือล่วงละเมิดกันขึ้นเพราะการที่ทุกคนต่างทำหน้าที่พิพากษาคดีพิพาทของตนเอง ย่อมอาจมีอคติทำการแก้แค้น

¹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 69 บัญญัติว่า “บุคคลมีหน้าที่ป้องกันประเทศรับราชการทหาร เสียภาษีอากร ช่วยเหลือราชการ รับการศึกษาอบรม พิทักษ์ปกป้อง และสืบสานศิลปวัฒนธรรมของชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่น และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ทดแทนจนเกินความสมควรแก่เหตุได้ เพื่อยุติความยุ่งเหยิงและความไม่สงบเรียบร้อยต่างๆ ที่มีอยู่ในสภาวะตามธรรมชาติมนุษย์จึงเข้าทำสัญญากันอยู่ร่วมกันเป็นสังคม และจัดตั้งรัฐบาลขึ้นทำหน้าที่ปกครองรักษาความยุติธรรมและความสงบเรียบร้อยในรูปของสัญญาประชาคม (Social Contract) กล่าวคือ ราษฎรทั้งหลายยอม สงวนสิทธิในชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สินอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามธรรมชาติของมนุษย์ไว้ โดยเพียงแต่โอนอำนาจบังคับการตามกฎหมายธรรมชาติให้แก่รัฐที่ได้ตั้งขึ้นตามสัญญานี้เท่านั้น ด้วยเหตุนี้รัฐจึงเป็นรัฐที่มีหน้าที่รักษาความสงบและอำนวยความสะดวกยุติธรรมมีอำนาจจำกัด ไม่ใช่รัฐสมบูรณ์อำนาจอธิปไตยที่มีอำนาจเด็ดขาดสัญญาประชาคมตามความคิดของล๊อค จึงเรียกว่าเป็นสัญญาสหภาพ (Pactum unionis) เป้าหมายหลักที่สำคัญของการที่เอกชนมาเข้าทำสัญญาประชาคมและอยู่ภายใต้บังคับของรัฐบาล ก็คือการดำรงไว้ซึ่ง เสรีภาพ ชีวิต และทรัพย์สินของตนซึ่งการดำรงสิ่งเหล่านี้เรียกได้ว่าเป็นการดำรงซึ่งความดีร่วมกัน (The Common Good) ด้วยเหตุนี้ อำนาจรัฐที่จัดตั้งขึ้นจากสัญญาประชาคมนี้จึงไม่อาจก้าวล่วงจากการรักษาสิ่งนี้ได้ เมื่อใดที่รัฐฝ่าฝืนเงื่อนไขข้อนี้ กล่าวคือ เมื่อใดที่รัฐละเมิดต่อเสรีภาพ ชีวิต และทรัพย์สินของราษฎรแล้ว การกระทำของรัฐเช่นนั้นย่อมเป็นการฝ่าฝืนความไว้วางใจของราษฎรตามสัญญาคือ ฝ่าฝืนเงื่อนไขสำคัญแห่งการมีอำนาจของรัฐ ประชาชนย่อมมีสิทธิปฏิวัติและเพื่อป้องกันการล่วงละเมิดหน้าที่และฝ่าฝืนกฎหมายธรรมชาติของรัฐ ล๊อคได้เสนอแนวคิดในการป้องกันการใช้อำนาจรัฐเกินขอบเขต โดยเสนอหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ซึ่งยอมรับกันในเวลาต่อมาว่าเป็นหลักฐานพื้นฐานสำคัญของหลักการปกครองโดยกฎหมาย ตามหลักข้อนี้ผู้ออกกฎหมายจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเสมือนกับราษฎร แนวความคิดของล๊อคเห็นว่า รัฐมีอำนาจจำกัดเพราะมีความมุ่งหมายสำคัญเพื่อธำรงไว้ซึ่งความดีร่วมกัน (The Common Good) อันได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพและทรัพย์สินของราษฎรรัฐจึงจะใช้อำนาจล่วงล้ำไปทำลายสิทธิเหล่านั้นของราษฎรไม่ได้และโดยที่สิทธิเหล่านี้ของราษฎรเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่ไม่อาจจำหน่ายโอนกันได้ (Unalienable Rights) และเป็นสิทธิที่อยู่ควบคู่กับความเป็นมนุษย์ จึงนับเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ และเป็นรากฐานของการจัดทำรัฐธรรมนูญในสมัยต่อมา¹⁹

¹⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 3 (โครงการตำรา และเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์, 2539) น. 196 – 198.

2.2.2 ข้อความคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพ

อุดมการณ์เสรีนิยมประชาธิปไตยถือว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนทุกคนในสังคมเป็นหัวใจของการเมืองการปกครองตามระบอบการเมืองแบบนี้ จึงให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในกฎหมายสูงสุดคือ รัฐธรรมนูญ หรืออย่างน้อยก็ในคำปรารภซึ่งมีผลเป็น รัฐธรรมนูญเหมือนกันซึ่งนั่นคือ การทำให้ “สิทธิเสรีภาพตามกฎหมายธรรมชาติ” หรือ “สิทธิมนุษยชน” (droits de l'homme หรือ human rights) กลายเป็น “สิทธิเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง” (Liberte's publiques)

เสรีภาพในชีวิตร่างกาย (Liberte' individuelle) จัดเป็นเสรีภาพพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนต้องการและเป็นเหตุสำคัญที่สุดที่นักปรัชญาเห็นกันว่าเป็นเหตุให้มนุษย์เข้ามารวมตัวกันเป็นสังคม ดังนั้นการคุ้มครองเสรีภาพในชีวิตร่างกายของบุคคลต่อการไม่ให้ผู้อื่นรวมทั้งองค์กรของรัฐเข้ามารุกรานจึงต้องให้ความสำคัญและคุ้มครองมากที่สุดในการเสรีภาพทุกชนิด เพราะเป็นพื้นฐานของเสรีภาพอื่นๆ ทั้งหมด ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายของอารยประเทศทั้งหลายจึงถือเป็นหลักว่า ประการแรก จะออกกฎหมายย้อนหลังเอาโทษอาญาแก่บุคคลไม่ได้ ประการที่สอง การกระทำต่อร่างกายและชีวิตของบุคคล (การจับกุม คุมขัง ประหารชีวิต) จะกระทำได้โดยคำสั่งของศาลตามวิธีพิจารณาที่เปิดเผย และให้บุคคลได้ป้องกันตัวเต็มที่เท่านั้น ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจกระทำโดยลำพังตนเอง ประการที่สาม กฎหมายที่รัฐสภาหรือผู้แทนปวงชนตราขึ้นเท่านั้นจึงจะกำหนดความผิดและโทษได้ ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจกำหนดความผิดและโทษเอง²⁰ อย่างไรก็ตามเสรีภาพนั้น ถ้าไม่มีขอบเขตจำกัดเลย สภาวะอนาธิปไตย (anarchies) จะเกิดขึ้นเหมือนเมื่อครั้งมนุษย์ยังอยู่ในสังคมเถื่อน เพราะทุกคนจะใช้เสรีภาพเต็มที่และจะกระทบต่อชีวิต ทรัพย์สิน ร่างกายผู้อื่นจนทำให้ผู้แข็งแรงเท่านั้นที่อยู่รอดในสังคมได้ ผู้อ่อนแอต้องตกเป็นทาสและถูกจำกัดเสรีภาพหมด การมีเสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตจึงเป็นเหตุให้เกิดการไร้เสรีภาพ การเข้ามารวมเป็นสังคมยอมรับอำนาจการเมืองเหนือตนเป็นรูปแบบการปกครองต่างๆ ก็เพื่อให้อำนาจสูงสุดนั้นสูงเหนือทุกคนเป็นกรรมกรคอยรักษากติกาไม่ให้ผู้เข้มแข็งกว่าใช้เสรีภาพโดยไม่มีขอบเขตรังแกผู้อื่นมากกว่า ดังนั้นการแทรกแซงของรัฐเข้ามาจัดการระบบการคุ้มครองไม่ให้ผู้อื่นหรือรัฐมาล่วงเสรีภาพของบุคคลจึงเป็นสิ่งจำเป็น และโดยที่รัฐคือกรรมกรผู้สร้างกติกาในการใช้เสรีภาพของปัจเจก และเป็นผู้รักษา

²⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่มที่ 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2538) น. 347 – 349.

กติกานั้น รัฐเองก็ต้องเคารพกติกาที่วางนั้นเช่นเดียวกัน การจัดระบบการคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐมีอย่างน้อย 3 ระดับ คือ

1) คุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ ไม่ให้องค์กรใดของรัฐละเมิดเสรีภาพบางเรื่องได้เลย แม้แต่องค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาก็ทำไม่ได้เรียกเสรีภาพนี้ว่า เสรีภาพเด็ดขาด (Liberte' absolue) ระดับรัฐธรรมนูญ (de valeur constitutionnelle) ซึ่งมีน้อยและส่วนใหญ่เป็นเสรีภาพในชีวิตร่างกาย เช่น ห้ามตรากฎหมายอาญาย้อนหลังหรือเสรีภาพในความเชื่อและศาสนา การตรากฎหมาย ฝ่าฝืนกฎหมายที่คุ้มครองเด็ดขาดของรัฐธรรมนูญจะทำให้กฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญและใช้บังคับไม่ได้

2) การคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของฝ่ายบริหาร โดยการกำหนดให้การจำกัดเสรีภาพนั้นต้องกระทำโดยกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้น เพราะถือว่ากฎหมายที่ผู้แทนปวงชนออกเป็นการแสดงเจตนารมณ์ร่วมกัน และเจตนารมณ์ร่วมกันเท่านั้นที่จำกัดเสรีภาพได้ หากรัฐต้องจัดระเบียบจำกัดเสรีภาพไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพประเภทใด ต้องตราเป็นกฎหมายโดยรัฐสภาเท่านั้น เช่น การกำหนดความผิดอาญาและการกำหนดโทษซึ่งเป็นการจำกัดเสรีภาพในชีวิตร่างกาย เป็นต้น

3) การจัดระบบคุ้มครองเสรีภาพในกรณีการละเมิด ต้องให้บุคคลสามารถไปศาลซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลพิเศษในกฎหมายมหาชนได้ เช่น ถ้ารัฐสภาออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพขัดรัฐธรรมนูญต้องมีองค์กรชี้ขาดให้กฎหมายนั้นใช้บังคับมิได้ ถ้าฝ่ายบริหารละเมิดเสรีภาพก็ต้องให้มืองค์กรชี้ขาดให้หยุดการกระทำและใช้ค่าเสียหายได้

ส่วนการจัดระบบการคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของปัจเจกชนนั้น รัฐยังมีภาระที่จะต้องดูแลไม่ให้เอกชนคนหนึ่งไปละเมิดเสรีภาพของเอกชนอีกคนหนึ่งเพื่อคุ้มครองทุกคนในสังคม โดยเฉพาะคนที่อ่อนแอกว่า โดยอาจกำหนดให้การละเมิดเสรีภาพเช่นว่านั้นเป็นความผิดอาญาหรือความผิดทางแพ่งที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายได้ นอกจากการจัดระบบเสรีภาพของรัฐในกรณีดังกล่าวแล้วรัฐก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการหรือกระทำการ (droit cre' ance) ในเสรีภาพใหม่ๆ ด้วยเช่นเสรีภาพในทางการเมือง เสรีภาพในการศึกษาของประชาชน เสรีภาพทางสังคม เป็นต้น²¹

²¹ เฟิ่งอ๋าง, น. 350 – 353.

2.3 ข้อความคิดว่าด้วยการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของทหาร

2.3.1 ข้อความคิดเรื่องบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบัญชาและเอกภาพในการบังคับบัญชา

ประเทศเยอรมันบุคคลบางประเภท เช่น ข้าราชการ ตำรวจ ทหาร นักศึกษา นักโทษ เป็นต้น เป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาดูแลของรัฐเป็นพิเศษจากเอกชนทั่วไปจึงมีนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับรัฐเป็นพิเศษ (sog. Besondere Gewaltverhältnisse) เมื่อพิจารณาในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดมากกว่าเอกชนอื่น เนื่องจากมีการยอมตนหรือจำต้องยอมตนให้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของอำนาจปกครอง ความสัมพันธ์พื้นฐานและความสัมพันธ์ในทางกรงาน กล่าวคือ แยกเรื่องงานออกจากเรื่องส่วนตัว

1) ความสัมพันธ์พื้นฐาน (Grundverhältnis) เป็นนิติสัมพันธ์ในการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือ ระงับซึ่งความสัมพันธ์พิเศษ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีผลไปกระทบต่อความสัมพันธ์พื้นฐานนี้ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก

2) ความสัมพันธ์ในทางกรงาน (Betriebsverhältnis) เป็นเรื่องเกี่ยวกับระเบียบคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ในการทำงานซึ่งอยู่ผู้ใต้บังคับบัญชาจะต้องปฏิบัติตามไม่ใช่ฐานะส่วนตัว สถานภาพทางกฎหมายในฐานะส่วนตัวของผู้นั้นไม่ถูกกระทบกระเทือน กรณีดังกล่าวจึงถือว่าระเบียบคำสั่งในทางกรงานไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอกจึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง²²

สำหรับทหารนั้น เนื่องจากเป็นกลุ่มบุคคลผู้ถืออาวุธ จึงจำเป็นต้องควบคุมทางวินัยอย่างเข้มงวด และต้องการการสั่งการที่มีความเด็ดขาดโดยต้องยึดถืออยู่เสมอว่า ทหารต้องอยู่ในวินัยที่ดี เชื้อพียงคำสั่งของผู้บังคับบัญชา โดยคำสั่งของผู้บังคับบัญชามีค่ายิ่งกว่าตัวทหาร²³ หรือหลัก “เอกภาพของการบังคับบัญชา” (Unity of Command) ในการปฏิบัติการรบหรือการยุทธอันถือว่า เป็นความสัมพันธ์ในทางกรงานที่ไม่กระทบกระเทือนต่อฐานะส่วนตัวหรือกระทบสิทธิและ

²² กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมันพื้นฐานความรู้ทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2537) น. 127.

²³ ชุมพร บัณฑิตานนท์ และกิตติเดช สุตระสุนทร, “สิทธิและหน้าที่ของประชาชนในบริบทของทหาร”, วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 13 ฉบับที่ 1, (พฤศจิกายน 2532), หน้า 185.

เสรีภาพของทหารในฐานะที่เป็นปัจเจกชน แต่อย่างไรก็ตาม ในการบริหารราชการทหารนั้น ยังมี ความล่อแหลมในเรื่องความสัมพันธ์ในการทำงานกับความสัมพันธ์อยู่บางประการ เช่น ในการ เตรียมการยุทธหรือเตรียมความพร้อมรบ กองทัพจะต้องมีการบริหารจัดการเรื่องต่างๆ ทั้งในเรื่อง การเงิน บุคลากร และทรัพย์สิน เหมือนหน่วยงานของรัฐอื่นๆ โดยเฉพาะเกี่ยวกับการบริหารงาน บุคคลที่อาจต้องมีการกระทบสิทธิและเสรีภาพของทหารได้ ไม่ว่าจะเป็นการบรรจุ แต่งตั้ง โยกย้าย ให้ออกหรือปลดออก และรวมถึงการกระทำผิดทางวินัยทหารที่ไม่เกี่ยวกับการรบหรือการยุทธ หรือ ที่ไม่ทำให้กองทัพเสื่อมสมรรถภาพ ซึ่งอาจเรียกว่า “วินัยที่เกี่ยวกับเรื่องส่วนตัวหรือวินัยเทียม” ด้วย

2.3.2 ข้อความคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพของทหารในรัฐเสรีประชาธิปไตย

ตามทฤษฎีปัจเจกชนนิยม (Theory of Individualism) ที่มีความคิดว่า ทหารมีตัวตน ตามกฎหมาย เนื่องจากสภาพที่แท้จริงก่อนเข้ารับราชการไม่ว่าจะเป็นถูกเกณฑ์หรือสมัครใจเข้ารับ ราชการของทหารตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร จะมีสภาพเป็นพลเรือน และเมื่อเข้ารับ ราชการทหาร ก็จะมี 2 สถานะ คือ พลเรือนในฐานะที่เป็นปัจเจกชน และในฐานะที่เป็นทหาร ตาม กฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหารอีกฐานะหนึ่ง ซึ่งเขาควรได้รับสิทธิขั้นพื้นฐาน ได้แก่ อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัยสิทธิในทางมโนธรรม ความคิดต่างๆ ซึ่งรัฐจะต้องไม่เขาแทรกแซง รวมทั้ง ยังต้องส่งเสริมให้เขาเหล่านั้น สามารถเข้าถึงและใช้สิทธิขั้นพื้นฐานได้อย่างเต็มที่ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการป้องกันความไม่สงบเรียบร้อย และให้เกิดสมรรถภาพในการป้องกันประเทศ จึงอาจมี มาตรการแทรกแซงในกรณีของทหารได้กว้างขวางกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลพลเรือนทั่วไป ทั้งนี้เป็นไปตามแนวคิด เรื่องข้อจำกัดในทางเนื้อหาของรัฐธรรมนูญเยอรมัน เรื่อง “Immanente Schranken” ที่หมายความว่า สิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลที่อยู่ในสถานะพิเศษ เช่น ข้าราชการพลเรือน และทหาร ถูกจำกัดได้โดยปริยาย²⁴

ดังนั้น รัฐธรรมนูญในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย จึงได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิและ เสรีภาพดังกล่าวของทหารไว้ ทั้งโดยชัดแจ้งหรือโดยเป็นการทั่วไป พร้อมกับแทรกบทบัญญัติใน การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของทหารไว้บางประการ โดยเฉพาะสิทธิและเสรีภาพที่อาจมีผลกระทบ ต่อวินัย และสมรรถภาพของทหาร ทั้งนี้เพื่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างการมีสิทธิและเสรีภาพของ

²⁴ พัทธกรธรณ์ กองอุบล, “สิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องขังตามรัฐธรรมนูญ”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546).

ทหารกับความต้องการดำรงสมรรถภาพในการป้องกันประเทศของกองทัพไว้ รวมทั้งสิทธิทางการเมืองบางประการ เพื่อป้องกันไม่ให้ทหารใช้อำนาจในทางมิชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจทางการเมือง สำหรับประเทศไทยนั้น ได้มีการบัญญัติรับรองและจำกัดสิทธิและเสรีภาพของทหารในเรื่องที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ และวินัยไว้ตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ.2492 เรื่อยมาเกือบทุกฉบับ โดยยกเว้นไม่บัญญัติเฉพาะที่เป็นธรรมนูญการปกครองประเทศหรือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวเท่านั้น และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ได้เพิ่มข้อจำกัด ในเรื่องจรรยาบรรณไว้ด้วย ซึ่งความหมายโดยทั่วไปของคำเหล่านี้จากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 มีดังนี้

ก. การเมือง

การเมือง หมายถึง "งานที่เกี่ยวกับรัฐหรือแผ่นดิน หรือการบริหารประเทศเฉพาะ หรือกิจการอำนาจหรือควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน"²⁵

ข. สมรรถภาพ

สมรรถภาพ หมายถึง "ความสามารถ"²⁶

ดังนั้น สมรรถภาพของทหารหรือกองทัพ คือ ความสามารถของทหารหรือกองทัพ ในการรบหรือการปฏิบัติการทางทหารอื่น เพื่อเอาชนะข้าศึกศัตรูหรือปฏิบัติการทางทหารอื่น ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ค. วินัย

วินัย หมายถึง "ระเบียบกำกับกับความประพฤติให้เป็นแบบแผนอันหนึ่งอันเดียวกัน"²⁷ แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พ.ศ.2475 มาตรา 4 ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่า "วินัยทหารนั้น คือ การที่ทหารต้องประพฤติตามแบบธรรมเนียมของทหาร"

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า วินัยของทหาร คือ ระเบียบกำกับความประพฤติของทหารให้เป็นแบบแผนอันหนึ่งอันเดียวกันโดยจะต้องประพฤติตามแบบธรรมเนียมของทหาร ทั้งนี้เพื่อให้สามารถทำการรบเพื่อเอาชนะข้าศึกศัตรู หรือให้การปฏิบัติการทางทหารอื่น เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

²⁵ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525, น. 90.

²⁶ เฟิงอ้าง, น. 798-799.

²⁷ เฟิงอ้าง, น. 768.

ง. จรรยาบรรณ

จรรยาบรรณ หมายถึง "ประมวลความประพฤติที่ผู้ประกอบอาชีพการงานแต่ละอย่างกำหนดขึ้น เพื่อรักษาและส่งเสริมเกียรติคุณชื่อเสียงและฐานะของสมาชิก อาจเขียน เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ได้"²⁸

จรรยาบรรณจึงเป็นหลักความประพฤติเป็นเครื่องยึดเหนี่ยวจิตใจให้มีคุณธรรมและจริยธรรมของบุคคลในแต่ละกลุ่มวิชาชีพ ซึ่งเรียกว่า จรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ (Professional code of ethics) เมื่อประพฤติแล้วจะช่วยรักษาและส่งเสริมเกียรติคุณชื่อเสียงทั้งของวิชาชีพและฐานะของสมาชิก ทำให้ได้รับความเชื่อถือจากสังคมและความไว้วางใจจากประชาชน

ดังนั้น จรรยาบรรณแห่งวิชาชีพทหาร คือ ประมวลความประพฤติที่กระทรวงกลาโหมกำหนดขึ้นเป็นข้อบังคับเพื่อให้ทหารทุกคนยึดถือปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพทหารตามมาตรฐานที่ดี

2.4 พัฒนาการของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทหาร

เพื่อให้ทราบถึงประวัติ ความเป็นมา แนวคิดและ พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพของทหาร ตลอดจนแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทหาร และหลักประกันสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว เพื่อให้ทราบถึงกรอบแนวคิดของการเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพในทางกฎหมายของทหาร และสภาพการคุ้มครองและจำกัดสิทธิและเสรีภาพของทหารตามความเป็นจริงที่เกิดขึ้นประเทศไทยในบทที่ 3 และเพื่อนำไปเปรียบเทียบกับแนวคิด และ พัฒนาการการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทหารในต่างประเทศที่มีระบอบการปกครองและระบบเศรษฐกิจและสังคมแบบเสรีประชาธิปไตยในทำนองเดียวกับประเทศไทยซึ่งจะได้กล่าวในบทที่ 4 ทั้งนี้เพื่อหามาตรฐานกลางในการแก้ไขปรับปรุงมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทหารในประเทศไทยต่อไป

ในการศึกษาประวัติ ความเป็นมา แนวคิดและ พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพของทหาร ตลอดจนแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของทหาร และหลักประกันสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว อาจแบ่ง พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพของทหารในประเทศไทยก่อนมีรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ออกเป็น 4 ระยะ คือ สมัยกรุงสุโขทัยจนถึงสมัยก่อนรัชการที่ 5 สมัยหลังการปฏิรูประบอบราชาธิปไตยในรัชการที่ 5 จนถึงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 และสมัย

²⁸ เฟิงอ๋าง, น. 214.

หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 จนถึงก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 รวมทั้งการใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับชั่วคราว พ.ศ.2549 ด้วย และเนื่องจากในยุคเหล่านี้ชาวไทยทุกคนต้องเป็นทหารหรือต้องเข้ารับการเกณฑ์ทหารและส่วนใหญ่จะต้องเป็นทหารผลัดเปลี่ยนไปในแต่ละห้วงเวลาจนถึงอายุ 60 ปี และเป็นที่ยอมรับกันว่า ทหารมีความเป็นบุคคลธรรมดาอีกฐานะหนึ่ง ดังนั้น ในการกล่าวถึงพัฒนาการสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั่วไปในข้อนี้ จะมียุคเดียวกันกับสิทธิและเสรีภาพของทหารด้วย

2.4.1 สมัยกรุงสุโขทัยจนถึงสมัยก่อนรัชกาลที่ 5

ทหารเป็นกลุ่มคนที่รวมกันเพื่อทำหน้าที่ในการป้องกันประเทศ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า มีกำเนิดมาตั้งแต่การบังเกิดของความเป็นรัฐไทย สังคมไทยในสมัยโบราณตั้งแต่สุโขทัย อยุธยา จนถึงรัตนโกสินทร์ตอนต้นมีสภาพของสังคมที่มีการแบ่งชั้น แบ่งหน้าที่ โดยมีผู้ปกครองที่เรียกว่า ขุนนาง และพวกที่อยู่ใต้การปกครองคือพวกไพร่ สิทธิและหน้าที่ของพวกผู้ได้ปกครอง ถูกกำหนดโดยผู้ปกครอง โดยประโยชน์ที่พวกผู้ได้ปกครองจะได้รับคือ ความปลอดภัย ความมั่นคงจากการดำรงชีวิต และความปลอดภัยจากการถูกรุกรานจากภายนอกประเทศ แต่ภาระหน้าที่ของผู้ได้ปกครองมีมาก อีกทั้งยังได้มีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น สิทธิ หน้าที่ ถูกกำหนดโดยสถาบันการเมืองในสมัยนั้น ซึ่งก็คือกษัตริย์และผู้มีอำนาจปกครองอันได้แก่ ทหาร แม้ว่าจะมีการแบ่งแยกทหารและพลเรือน โดยแบ่งเป็นสมุหนกลาโหม และสมุหนายก ตลอดจนมีตำแหน่งจตุสดมภ์ เวียง วัง คลัง นา ก็ตาม แต่ทุกคนเป็นทหาร สมุหนายกมีตำแหน่งควบคุมหัวเมืองฝ่ายเหนือ สมุหนกลาโหม มีตำแหน่งควบคุมหัวเมืองฝ่ายใต้ บางครั้งในพระราชพงศาวดารจะปรากฏอยู่บ่อยครั้งที่จตุสดมภ์ต้องรับหน้าที่เป็นแม่ทัพ การที่ขุนนางทุกคนต้องเป็นทหารหรือรับภาระหน้าที่เหมือนทหารนอกเหนือไปจากกิจการพลเรือน คงเป็นเพราะว่าสังคมในสมัยนั้นมีภัยสงครามอยู่บ่อยครั้ง ความมั่นคงปลอดภัยจึงเป็นความสำคัญในอันดับต้น การกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชนในสมัยโบราณของไทยนั้น ผู้นำทหารหรือพระมหากษัตริย์และเหล่าขุนนางที่ถือว่าเป็นสถาบันการเมืองในครั้งนั้นอาศัยอุดมการณ์ชาติ ซึ่งตั้งอยู่บนหลักการของความมั่นคง ผลประโยชน์ของชนชั้นปกครอง และความศรัทธาในพุทธศาสนาเป็นเกณฑ์สำคัญการออกกฎหมายในครั้งนั้น มักจะมีการกล่าว

อ้างถึงความถูกต้อง ความชอบธรรมโดยอาศัยพุทธศาสนาเป็นหลักในการเป็นเครื่องบ่งบอกของความถูกต้องยุติธรรม²⁹

ในสมัยสุโขทัย ผู้ชายไทยทุกคนต้องรับราชการทหาร ในสมัยกรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น สิทธิและหน้าที่ของประชาชนไทยได้รับอิทธิพลจากทางพุทธศาสนาเข้ามาแทรกอยู่ไม่น้อย สำหรับผู้ปกครองอาศัยหลักพุทธศาสนามากำหนดสิทธิและหน้าที่ ส่วนผู้ได้ปกครองก็มักไม่ค่อยเรียกร้องสิทธิ เช่น พลเมืองในศรีโลกตะวันตก เพราะอิทธิพลจากพุทธศาสนา โดยถือว่าฐานะและความเป็นอยู่ในชีวิตของคนเรานั้นเป็นผลมาจากบุญบาป ที่สะสมไว้แต่ปางก่อน การที่บุคคลมีฐานะยศถาบรรดาศักดิ์แตกต่างออกไปในสังคมเพราะได้ทำกรรมไว้ไม่เหมือนกัน ความเชื่อในพุทธศาสนาทำให้ประชาชนมีหน้าที่ที่จะต้องแสดงออกในทุกด้านเพื่อกษัตริย์ โดยถือว่าพระมหากษัตริย์เป็นสมมุติเทพ เป็นพระโพธิสัตว์ เช่นจะเห็นได้ว่า พระนามของพระมหากษัตริย์ไทยอาจถูกขนานนามว่า “หน่อพุทธางกูร” บ้าง หรือ “พระพุทธเจ้าอยู่หัว” บ้าง ข้างฝ่ายผู้ปกครองเมื่อได้รับสถานภาพให้เป็นสมมติเทวราชก็จำเป็นต้องแสดงสถานะเป็นพระราชาผู้ทรงธรรม จะเห็นได้ว่าบางครั้งพระนามของพระมหากษัตริย์ไทยในสมัยโบราณจะมีคำว่า “ธรรมราชา” อยู่ หมายความว่าออกมาเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ในครั้งโบราณมักจะเป็นเรื่องที่ได้รับอิทธิพลจากบรรทัดฐาน (NORM) ของสังคม โดยยึดเอาพุทธศาสนาและความมั่นคงความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองเป็นหลัก และกฎหมายในครั้งนั้นจะสะท้อนความปรารถนาของพระมหากษัตริย์ที่มีต่อข้าราชการและราษฎร

สำหรับภาระหน้าที่ของประชาชนในครั้งโบราณของไทย สิ่งที่สำคัญคือการเข้ารับราชการทหารโดยถือว่าทหารเป็นหัวใจของการปกครอง และเป็นฐานอำนาจของผู้ปกครอง เพื่อรักษาอำนาจภายในประเทศและป้องกันการรุกรานจากศัตรูภายนอก ดังนั้นประมุขของประเทศไทยในอดีตจึงดำเนินการปกครองประเทศในลักษณะของการจัดกองทัพ เพื่อความสะดวกในการควบคุมกำลังคนโดยการแบ่งประชาชน (ไพร่) ในประเทศออกเป็นหมวดหมู่แต่ละหมู่จะมีหัวหน้าควบคุมบังคับบัญชาลูกหมู่ รับผิดชอบต่อรัฐบาล หลายหมู่รวมกันเป็นแขวงมีหัวหน้าแขวงหรือ

²⁹ ชุมพร ปัจจุสานนท์ และ กิตติเดช สุตรสุนทร, “สิทธิและหน้าที่ของประชาชนในบริบทของทหาร,” วารสารกฎหมาย, ปีที่ 13 ฉบับที่ 1, (พฤศจิกายน 2532), หน้า 167.

ปลัดร้อยเป็นหัวหน้า เมื่อเกิดสงครามขึ้น เจ้าหมู่จะเรียกระดมคนในหมู่ของตนไปรวมกับกำลังส่วนใหญ่ในรูปของกองทัพ³⁰

การเกณฑ์ทหารเข้ามาทำราชการในกองทัพนับว่าเป็นภาระแก่ประชาชนในสมัยนั้นอยู่ไม่น้อย ด้วยเวลาทำมาหากินน้อยลง ต้องมารับใช้มูลนาย เพื่อประโยชน์ของชนชั้นปกครอง และความมั่นคงโดยส่วนรวม สังคมไทยเป็นสังคมที่ขาดแคลนกำลังคน การควบคุมกำลังคนจึงเป็นสิ่งสำคัญที่สุดสำหรับความอยู่รอดของสังคมในเวลาปกติ “ทหาร” ได้แก่ ไพร่หลวงที่มีอายุระหว่าง 20-60 ปี มีหน้าที่ต้องเข้าเวรถืออาวุธยืนยาม ทำงานโยธา หรืองานข่าวตามหมู่กรมที่ตนสังกัดอยู่ปีละ 6 เดือน เข้าเดือนนอกเดือน ในสมัยกรุงศรีอยุธยา ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ลดเวลาเข้าเวรจากปีละ 4 เดือน (เข้าเดือนนอกสองเดือน) และลดลงเหลือปีละ 3 เดือน (เข้าเดือนนอก 3 เดือน) ในแผ่นดินพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย กำหนดเวลาไพร่หลวงเข้าเวรปีละ 3 เดือนนี้ ใ้ไปจนถึงสมัยปฏิรูปการทหาร ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว สำหรับผู้อยู่ในที่ทุรกันดารให้ใช้วิธีเกณฑ์โดยให้หาสิ่งของที่ราชการต้องการใช้เป็นสิ่งทดแทนเรียกว่า ส่วน เช่น ดินประสิว หินเหล็กไฟ เป็นต้น

2.4.2 สมัยหลังการปฏิรูประบอบราชการในรัชกาลที่ 5 จนถึงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ต่อมาในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รูปการ และภาวะของสังคมเปลี่ยนไปจากเดิม ประเทศไทยถูกคุกคามจากลัทธิจักรวรรดินิยม ความคิดปรัชญาการเมืองแบบใหม่ตลอดจนการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงได้มีขึ้นในประเทศเพื่อนบ้านในเอเชีย พระราชอาณาจักรก็กว้างขวาง จึงได้มีการจัดการควบคุมทรัพยากรกันเสียใหม่ ศูนย์กลางแห่งอำนาจได้ขยายอำนาจการปกครองไปสู่ดินแดนรอบนอก (Periphery) ซึ่งเรียกว่าหัวเมืองและหัวเมืองประเทศราช ผู้นำในสมัยนั้นต้องการปฏิรูปการปกครองบ้างเมืองเพื่อให้เป็นแบบอย่างตะวันตก ซึ่งการกระทำดังกล่าวต้องอาศัยกำลังคนหรือกำลังทหารเพื่อรักษาความมั่นคงของ

³⁰

ภารดี มหาขันธ์ “การก่อกำเนิดและบทบาทของกลุ่มวิชาชีพทหารในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว” ในทหารกับการเมือง วิเคราะห์เปรียบเทียบ, เอกสารวิชาการของสมาคมสังคมสงเคราะห์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2523, น. 113.

ประเทศอีกประการหนึ่งพระองค์ท่านเห็นว่าราษฎรมีความสำคัญในฐานะเป็นผู้ผลิต แต่ระบบทหารหรือการควบคุมกำลังพลทั้งระบบไพร่ ระบบทาสขัดต่อบทบาทของราษฎรในฐานะผู้ผลิตในทางเศรษฐกิจ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหัวใจของการเปลี่ยนแปลงในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ก็คือความพยายามของรัฐที่จะจัดระบบเศรษฐกิจและสังคมเสียใหม่เพื่อให้รับกับการที่เศรษฐกิจของไทยเข้าไปเกี่ยวข้องกับตลาดโลก การเปลี่ยนแปลงในรูปแบบของรัฐนอกจากจะทำให้เศรษฐกิจของไทยสามารถได้รับประโยชน์จากระบบทุนนิยมมากขึ้นแล้ว ยังมีผลทำให้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เพิ่มมากขึ้น และทำให้รัฐไทยมีความกล้าแข็งพอที่จะทนการคุกคามของจักรวรรดินิยมได้³¹

นโยบายหลัก ทำให้เกิดบรรทัดฐานที่จะนำไปสู่การปฏิบัติ ในรัชสมัยของพระองค์เล็งทรงเน้นถึงการเท่าเทียมกันของสิทธิของประชาชนมากขึ้น เช่น เด็กธรรมเนียมหมอบคลาน เลิกทาส เมื่อทรงมีนโยบายที่จะปฏิรูปการปกครองใหม่ ให้ราษฎรมีความเท่าเทียมกันมากขึ้น การกำหนดสิทธิและหน้าที่ต้องชัดเจนขึ้น ในรัชสมัยของพระองค์ได้มีทหารอาชีพเกิดขึ้น และจัดระบบการปกครองบังคับบัญชาทหารตามแบบอย่างประเทศตะวันตก โดยมีการตั้งกระทรวงยุทธนาธิการ และเพื่อเป็นการผ่อนคลายความทุกข์ของประชาชนและเพื่อประโยชน์แก่ราชการ ใน พ.ศ. 2431 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวโปรดเกล้าฯ ให้ตรา “พระราชบัญญัติแก้ไขธรรมเนียมกำหนดอายุไพร่” ซึ่งเป็นการปรับปรุงการกำหนดอายุไพร่เข้ารับราชการทหาร โดยกำหนดให้ผู้ที่มิใช่อายุย่าง 18 ปี ให้ไปลงรายชื่อไว้ในกรมทหาร ครั้นอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ ต้องไปประจำการฝึกหัดวิชาทหารจนอายุครบ 21 ปีบริบูรณ์ และเมื่ออายุ 22 ปีบริบูรณ์ ให้มาเข้าเวรรับราชการอีกปีละ 3 เดือน จนครบอายุ 50 ปีบริบูรณ์ จึงปลดจากราชการ อนึ่งทหารที่มีบุตร หากบุตรเข้ารับราชการทหารตั้งแต่ 1 คน ขึ้นไป ให้บิดาปลดจากราชการในเวลานั้น เว้นยามศึกสงคราม บุตรจะต้องเป็นทหารตามหมู่บิดาตน

นอกจากนี้ ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีทหารอาชีพเกิดขึ้น และมีกระทรวงยุทธนาธิการเกิดขึ้น มีการแบ่งกองทัพบก กองทัพเรือ ทหารในรัชสมัยนี้จึงมีหน้าที่ป้องกันรักษาประเทศในยามสงบก็ช่วยบริการสังคม จึงดูเหมาะกับเมืองในสมัยนั้น เช่น ช่วย

³¹ สมบูรณ์ สุขสำราญ, “วิวัฒนาการของอุดมการณ์ชาติไทย,” ข้อสังเกตเบื้องต้นวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการอุดมการณ์ของชาติ, (โครงการไทยศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2527), น. 122.

ปราบปรามผู้ลักลอบหนีภาษีศุลกากร ทำหน้าที่บอกเวลาด้วยการยิงปืนแทนย่ากลองผู้นำทหารในสมัยนั้นได้เป็นสมาชิกของสภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน³²

ต่อมาในสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว สิทธิและหน้าที่ ของประชาชนยังถูกกำหนดโดยชนชั้นปกครองความคิดเริ่มเปิดกว้างขึ้นโดยมีการแสดงออกทางข้อเขียนบทความทางการเมืองความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นแบบประชาธิปไตยมีมากขึ้น ใน ร.ศ. 130 ได้มีกลุ่มทหารที่ต้องการล้มล้างระบอบกษัตริย์แบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบปรมิตาญาสิทธิราชย์ (ลิมิเตด มอนากี) หรือไม่ก็สาธารณรัฐ โดยเน้นที่จะเผยแพร่ความรู้ใหม่แก่ประชาชนผู้นำกลุ่มกบฏ ร.ศ. 130 เป็นทหาร ซึ่งนับว่าเป็นก้าวแรกที่ทหารในฐานะเป็นผู้มีกำลังพยายามจะสร้างสรรค์สิทธิและวางหน้าที่ให้แก่ประชาชนตามแนวความคิดแบบประชาธิปไตย แม้ว่าผู้ก่อการ ร.ศ. 130 จะถูกจับกุมคุมขัง แต่แนวความคิดเรื่องการเปลี่ยนแปลงการปกครองตลอดจนความคิดประชาธิปไตยแผ่ขยายขึ้น ถ้าพิจารณาให้ลึกซึ้งจะเห็นว่า กบฏ ร.ศ. 130 เป็นแบบอย่างแก่ทหารรุ่นต่อมาที่จะทำการปฏิวัติเพื่อล้มล้างระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 7 ทรงตระหนักถึงการเคลื่อนไหวทางความคิดของปัญญาชนนั้นอยู่เหมือนกันและคิดจะพระราชทานรัฐธรรมนูญแต่ที่ปรึกษาคือ นายสตีเวนส์ และ พระยาศรีวิศาลวาจา ยังให้ความเห็นว่าไม่สมควร แต่คณะผู้ก่อการเปลี่ยนแปลงการปกครองได้กระทำการสำเร็จเมื่อ พ.ศ. 2475 ซึ่งกลุ่มผู้ก่อการฯ เป็นข้าราชการทหาร และพลเรือน แต่ผู้ที่หนุนหลัง หรือเป็นกุญแจสำคัญได้แก่ กลุ่มทหาร ซึ่งจะเห็นได้ว่ากลุ่มทหารได้มีบทบาทต่อการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของประชาชนชาวไทย นับว่าเป็นผู้มีส่วนร่วมในการทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามระบอบประชาธิปไตย หลักการของคณะราษฎร เน้นถึงเรื่องการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของประชาชนตามหลักความเสมอภาค ความเป็นเสรีภาพ รวมทั้งให้การศึกษาแก่ราษฎร

³² ภารดี มหาขันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 130.

2.4.3 สมัยภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 จนถึงก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540

จากข้อ 2.4.1 และ 2.4.2 ซึ่งเป็นช่วงก่อนมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย ในปี พ.ศ.2475 นั้น เป็นการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่พระมหากษัตริย์และชนชั้นปกครองในฐานะตัวแทนของกษัตริย์ เป็นผู้กำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวกับการกระทำการ สำหรับทหารที่มีศักดิ์นั้นก็อยู่ในฐานะผู้กำหนดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าว ส่วนทหารที่เป็นไพร่หรือถูกเกณฑ์มาช่วยราชการก็จะมีสิทธิและเสรีภาพไม่ต่างไปจากบุคคลธรรมดามากนัก โดยจะมีสิทธิและเสรีภาพในทางมโนธรรมและทางความคิด และการถือศาสนาที่มีอย่างสมบูรณ์ และเท่าเทียมกับบุคคลธรรมดา เนื่องจากเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานและมีลักษณะที่ไม่เป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพบุคคลอื่น

แต่อย่างไรก็ตามในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกนั้น แม้จะได้มีการบัญญัติรองรับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทั่วไปที่พึงมีตามมาตรฐานสากลไว้แล้ว แต่ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติรองรับสิทธิและเสรีภาพของทหารไว้โดยชัดแจ้งแต่อย่างใด จนกระทั่งในรัฐธรรมนูญฉบับ ปี พ.ศ.2492 มาตรา 47³³ ซึ่งนับเป็นครั้งแรกที่ได้มีการบัญญัติประกันสิทธิให้กับทหารไว้โดยชัดเจนว่า ให้มีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปในทำนองเดียวกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 64 และนับตั้งแต่นั้นเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันได้มีนำบทบัญญัติดังกล่าวมาบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ยกเว้นเฉพาะที่มีการปกครองโดยธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวเท่านั้น ที่ไม่มีบทบัญญัติดังกล่าว และโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ.2540 ยังได้มีการเพิ่มคำว่า “จรรยาบรรณ” นอกเหนือจากคำว่า “ การเมือง สมรรถภาพ วินัย” ต่อท้ายเป็นเงื่อนไขเพิ่มเติมในการอนุญาตให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของทหารไว้ด้วย

³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2492 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2495 มาตรา 36 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งเป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการประจำอื่นและพนักงานเทศบาลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับประชาชนพลเมือง เว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมายหรือกฎ หรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมาย เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมืองสมรรถภาพหรือวินัย”

2.4.4 สมัยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549

หลังจากคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุขเข้ายึดอำนาจเมื่อวันที่ 9 กันยายน 2549 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2549 ซึ่งมีบทบัญญัติมาตรา 3 บัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และความเสมอภาค โดยบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีแห่งประเทศ ที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้” แม้การบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้เพียงมาตราเดียวดังกล่าว จะดูเหมือนเป็นการบัญญัติไว้ลอยๆ ก็ตาม เนื่องจากไม่มีความชัดเจนเหมือนกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ที่ได้บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นหมวดหมู่และในหลายมาตรา แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาข้อความที่ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีแห่งประเทศ ที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้” ก็เห็นได้ว่าเป็นการยอมรับที่จะคุ้มครองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยตามที่ชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งรวมทั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ด้วย นอกจากนี้ไทยยังได้ลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศ รวม 5 ฉบับ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวก็ได้ถูกนำมาบัญญัติในรัฐธรรมนูญของไทยเกือบทุกฉบับโดยเฉพาะตั้งแต่รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ.2492 เป็นต้นมา จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ดังนั้น จึงมีความชัดเจนยิ่งขึ้นว่า การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และความเสมอภาคของปวงชนชาวไทยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2549 มีมาตรฐานเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 สำหรับแนวโน้มของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่อไปนั้น

สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรได้ประกาศเจตนางานที่จะใช้บัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 เป็นมาตรฐานในการอ้างอิงและร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรดังกล่าว โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้นเมื่อกล่าวถึงสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย และบทมาตราที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับชั่วคราว พ.ศ.2549 และฉบับต่อไป จะมีนัยเช่นเดียวกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 และในวิทยานิพนธ์นี้ก็เช่นกัน จะมีการอ้างอิงบทมาตราตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสิทธิและเสรีภาพของทหารด้วย

2.5 แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

2.5.1 แนวความคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกือบทุกฉบับได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างครบถ้วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนฉบับแรกของประเทศไทย ซึ่งได้มีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้มากที่สุด เมื่อเทียบกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไทยฉบับอื่นที่เคยมีมา โดยการรวบรวมจารีตการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและมาตรฐานสิทธิเสรีภาพและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย รวมทั้งสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญสิทธิในการมีส่วนร่วมในทางการเมืองและสิทธิและเสรีภาพของข้าราชการและทหารตามที่เคยรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ นอกจากนี้ยังได้เพิ่มการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนรวมเป็น 50 มาตรา เช่น การยอมรับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในด้านต่างๆ สิทธิในฐานะที่เป็นพลเมือง การรับรองความเสมอภาคของบุคคลเพิ่มขึ้นโดยเฉพาะสตรีและผู้ด้อยโอกาสในสังคม เป็นต้น³⁴ จึงกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่ได้นำหลักการ เรื่อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” และจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและมาตรฐานสิทธิเสรีภาพและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยมารับรองคุ้มครองไว้ในหมวด 3 และกระจัดกระจาย

³⁴ อุดม รัฐอมฤต, นพนิติ สุริยะ, บรรเจิด สิงคะเนติ, “การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540”, น. 11 – 12.

อยู่ในหมวดอื่นๆ อย่างครบถ้วน ซึ่งถือเป็นต้นแบบของการรวบรวมหลักการและบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามจารีตจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของปวงชนชาวไทย เพื่อการศึกษาและอ้างอิงได้เป็นอย่างดี แม้กระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549 ก็ยังอ้างอิงและบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพตามจารีตจารีตประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของไทยดังกล่าว ให้เป็นสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยในปัจจุบัน และมีแนวโน้มว่าจะมีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ในรัฐธรรมนูญฉบับที่กำลังจะดำเนินการร่างในปัจจุบันด้วย

2.5.2 หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

แม้จะถือว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่บัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยไว้อย่างครบถ้วนก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม ยังอาจกล่าวได้ว่า ยังมีปัญหาในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยอยู่หลายประการ กล่าวคือ ประการแรกบทบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญเดิมยึดหลักว่าประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้เท่านั้น ประการที่สองบทบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญเดิมยังขาดสภาพบังคับ เนื่องจากรัฐธรรมนูญหมวดสิทธิและเสรีภาพมักจะกำหนดต่อท้ายในแต่ละมาตราว่า ทั้งนี้ในรายละเอียดให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งมีผลทำให้ประชาชนไม่สามารถกล่าวอ้างสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรงได้ ประการสุดท้าย รัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมา มักร่างโดยคนบางกลุ่มจึงไม่คำนึงถึงคนกลุ่มอื่นบางกลุ่มที่ไม่อาจใช้สิทธิและเสรีภาพได้เท่าเทียมกับบุคคลอื่น นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญยังได้ศึกษาปัญหาความแตกต่างระหว่างสิทธิและนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ โดยพิจารณาว่าเรื่องใดในนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐที่มีความจำเป็นที่จะให้มีสภาพบังคับก็ให้มาบัญญัติไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพโดยจำเป็นต้องพิจารณาถึงความพร้อมของรัฐ ส่วนเรื่องใดมีความจำเป็นแต่รัฐไม่อาจรับภาระได้ก็กำหนดให้เป็นนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐแต่อาจเพิ่มบทบังคับ ในกรณีนี้ได้ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงได้วางแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น โดยการกำหนดสถานะทางกฎหมายของสิทธิและเสรีภาพให้มีความชัดเจนขึ้น มีการวางบทบัญญัติหมวดสิทธิและเสรีภาพให้สามารถพัฒนาสิทธิและเสรีภาพใหม่ๆ ได้ รวมถึงการวางหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้หลายประการดังนี้

ก. หลักความผูกพันโดยตรงของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรของรัฐ

มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นๆ ของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง” หลักความผูกพันโดยตรงของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรของรัฐตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 27 นั้น โดยแท้จริงแล้วสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐโดยตรงอยู่แล้ว แต่การบัญญัติไว้ในมาตรานี้ ก็เพื่อเป็นการเน้นย้ำให้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ เพราะในทางปฏิบัติการใช้รัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในส่วนสิทธิและเสรีภาพที่ผ่านๆ มานั้น หมวดสิทธิและเสรีภาพมักจะไม่ได้นำมาใช้พิจารณาในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายเท่าที่ควร สิทธิและเสรีภาพที่ผูกพันโดยตรงต่อองค์กรของรัฐคือ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้งซึ่งอาจแยกออกได้เป็น 3 ส่วนคือ ส่วนที่ 1 หมวด 3 “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ตามที่บัญญัติไว้ตั้งแต่มาตรา 30 ถึงมาตรา 65 ส่วนที่ 2 หมวด 8 “ศาล” ในส่วนที่ 1 ของหมวด 8 ได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม และส่วนที่ 3 เป็นการบัญญัติรับรองที่กระจัดกระจายอยู่ตามมาตราต่างๆ ของรัฐธรรมนูญ เช่น สิทธิในการเลือกตั้งของบุคคล สิทธิในการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย (มาตรา 170) สิทธิในการออกเสียงประชามติ (มาตรา 214) เป็นต้น สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปริยายได้แก่ กรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้รับรองไว้โดยชัดแจ้งเช่นในกรณีแรกแต่จากการพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้วถือได้ว่าเป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้โดยปริยาย และสิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้โดยการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ไม่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่มีกรณีขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยรับรองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว

มาตรา 27 ได้บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นๆ ของรัฐโดยตรง ในส่วนขององค์กรนิติบัญญัตินั้นรัฐธรรมนูญได้เรียกร้องในการใช้อำนาจตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาว่าไม่มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ โดยในการตรากฎหมายจะต้องคำนึงถึงหลักการตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ส่วนองค์กรบริหาร องค์กรตุลาการ และองค์กรอื่นๆ ของรัฐ ย่อมผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพในการใช้และตีความกฎหมายและเมื่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่มีผลผูกพันโดยตรงต่อ

องค์การผู้ใช้อำนาจอรัฐ ดังนั้น ถึงแม้ว่ายังไม่มีกรออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อบรรองรับการใช้สิทธิดังกล่าว ก็ไม่อาจตีความไปในทิศทางที่ทำให้การใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลได้³⁵

ข. หลักประกันในการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้” วรคสองความว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย” วรคสาม ความว่า “บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม” บทบัญญัตินี้ดังกล่าวถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของการให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งอาจแยกหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติดังกล่าวได้หลายหลักการคือ หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ (Wesengehaltsgarantie) และหลักการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็นหรือหลักความได้สัดส่วน (Verhaeltnismaessigkietssgrundsatz) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (Allgemeinheit mit Einzelfallverbot) (มาตรา 29 วรคสอง) หลักการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิ (Zitiergebot)³⁶

1) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ (Wesengehaltsgarantie)

มาตรา 29 วรคหนึ่งบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” ทฤษฎีที่เกี่ยวกับหลักการการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้มีทฤษฎีพื้นฐานอยู่ 2 ทฤษฎีคือ ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ (die absolute Wesensgehalt Theorie) และทฤษฎีคุ้มครอง

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10, น. 170 – 172.

³⁶ เพิ่งอ้าง, น. 169 – 170.

สาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์ (die relative Wesengehalt Theorie) ทฤษฎีแรก เห็นว่า ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดไม่ว่าจะทำการละเมิดสาระสำคัญแห่งสิทธิได้แนวคิดนี้ได้ แยกเขตแดนของสิทธิออกเป็น 2 ส่วนคือ ขอบเขตส่วนที่รัฐอาจเข้าไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ นั้นได้และขอบเขตส่วนที่รัฐไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปได้ อันถือว่าเป็นขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองอย่าง สัมบูรณ์ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมันเคยวินิจฉัยว่าการแทรกแซงในชีวิตร่างกายอันเป็น สิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญนั้นไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใด สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวถือว่าอยู่ในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ การล่วงละเมิด ใดๆ ในสาระสำคัญหรือในแก่นของสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญ แห่งสิทธิดังกล่าว ส่วนทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์เห็นว่าไม่ควร มีสิ่งใดที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ ในกรณีที่มีเหตุผลที่เหนือกว่าที่เป็นความจำเป็นอย่าง ยิ่ง ภายใต้พฤติกรรมดังกล่าวนี้จึงควรที่จะอนุญาตให้มีการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิ และเสรีภาพได้ แนวคิดนี้เห็นว่าเป็นกรณีที่น่าหลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) มาพิจารณา แนวคิดนี้ได้ตีความมาตรา 19 วรรค สอง ของ รัฐธรรมนูญเยอรมัน (หลัก Wesensgehaltsgarantie) ว่าไม่ว่ากรณีใดๆ ไม่อาจจะก่อให้เกิดผล กระทบกระเทือนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือโดยปราศจาก การไตร่ตรองซึ่งน้ำหนักถึงประโยชน์ได้เสียต่อวัตถุประสงค์ทางกฎหมายที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย อื่นๆ อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่ยังมีการถกเถียงกันของมาตรา 19 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญเยอรมันคือ การกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองของมาตรานี้คือ สาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน (Wesensgehalt eines Grundrechts) ซึ่งในทางนิติศาสตร์เยอรมันจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่สามารถที่จะ กำหนดสาระดังกล่าวออกมาเป็นการทั่วไปได้ จึงมีความพยายามในการใช้เกณฑ์ในการพิจารณา สาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานโดยใช้เกณฑ์ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (Würde des Menschen) มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ถือว่าเป็นสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐาน การแทรกแซงใดที่เป็น การ ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย³⁷

2) หลักการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็นหรือหลักความได้สัดส่วน

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

ตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญ รับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, เพิ่งอ้าง, น. 192 – 194.

รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น... ” หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือหลักพอสมควรแก่เหตุ (Uebersmassverbot) หรือหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhältnismässigkeit) หรือหลักมิให้กระทำเกินกว่าเหตุ (Uebersmassverbot) เป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมิใช่เฉพาะแต่ในเยอรมันแต่รวมถึง ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ และประเทศอื่นๆ และได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นหลักที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย อันมีผลสำคัญต่อความสมบูรณ์ หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้นๆ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้นำหลักดังกล่าวมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาในกรณีที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักที่นำมาใช้เป็นการทั่วไป โดยถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญที่นำมาใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐทุกประเภท และศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เคยวินิจฉัยว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) จึงมีลำดับชั้นในระดับของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่มีความมุ่งหมายเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ และเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนนี้ มีสาระสำคัญอยู่ 3 ประการคือ ความเหมาะสม (Geeignetheit หรือ Tauglichkeit) ของมาตรการหรือวิธีการสำหรับวัตถุประสงค์อันใดอันหนึ่ง ความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit) ของมาตรการหรือวิธีการ และความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) หรือความสมเหตุสมผล (Zumutbarkeit) ระหว่างผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผลประโยชน์ที่เกิดจากการดำเนินการดังกล่าว

3) หลักห้ามมิให้บัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้มีผลใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

รัฐธรรมนูญของไทยมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับมาตรา 19 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Grundgesetz) หลักการดังกล่าวนี้มีจุด มุ่งหมายที่จะคุ้มครองมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยฝ่ายนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย และเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาแทรกแซงในขอบเขตฝ่ายปกครอง ในทางวิชาการเยอรมันตามความเห็นส่วนใหญ่ของนักนิติศาสตร์เยอรมันเห็นว่ามาตรา 19 วรรค 1 นั้นนำมาใช้เฉพาะกับ “สิทธิในเสรีภาพ” (Freiheitsrechte) เท่านั้น เพราะสิทธิประเภทนี้ได้มีการกำหนดให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย อันเป็นเงื่อนไขสำคัญของมาตรา 19 วรรค 1 ความประสงค์ในการห้ามไม่ให้ออกกฎหมายเพื่อใช้

ในกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นเพื่อต้องการหลีกเลี่ยงการออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมาย (Verwaltungsakte in Gesetzesform) เพราะนอกจากมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องความเสมอภาคแล้วยังมีปัญหาเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจด้วย

4) หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัด

สิทธิ (Zitiergebot)

เป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญไทยได้รับอิทธิพลมาจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งตามรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในมาตรา 19 วรรค 1 หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อทำหน้าที่ในการเตือนฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้เข้าไปแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ตั้งใจ และโดยปราศจากการไตร่ตรองซึ่งนำหน้าระหว่างผลดีผลเสียของการแทรกแซงดังกล่าวกับผลที่จะได้จากการแทรกแซงดังกล่าวเป็นหลักการเพื่อให้เกิดการไตร่ตรองของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งหน้าที่ในการอ้างมาตราที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในกฎหมาย ถือว่าเป็นข้อจำกัดในทางรูปแบบที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องแสดงว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ทราบถึงการไปกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ นอกจากนี้หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิทำให้การใช้และการตีความกฎหมายเกิดความชัดเจนขึ้น และทำให้ประชาชนอาจตรวจสอบได้ว่า การตรากฎหมายจำกัดสิทธิดังกล่าวอาศัยอำนาจตามความในมาตราใดของรัฐธรรมนูญ และการจำกัดนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่เพียงใด³⁸ ในทางตำราเยอรมันได้ยอมรับว่าการไม่อ้างบทมาตราที่ถูกจำกัดสิทธินั้นมีผล ทำให้กฎหมายฉบับนั้นเป็นโมฆะ โดยให้เหตุผลจากลำดับชั้นของกฎหมาย เพราะการที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ทำตามรัฐธรรมนูญมาตรา 19 วรรค 1 ประโยคที่ 2 บัญญัติไว้ นั่นถือว่าเป็นการละเมิดบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

การระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตรากฎหมาย ในกรณีของไทยเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งหากไม่มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมีแนวโน้มว่า ศาลจะวินิจฉัย ให้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

³⁸ เฟิงอ้าง, น. 177.

ค. หลักการคุ้มครองสิทธิโดยทางศาล

มาตรา 19 วรรค 4 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน ถือว่าหลักการคุ้มครองสิทธิโดยทางศาล เป็นหลักการที่เป็นหัวใจของหลักนิติรัฐเพราะเป็นการแสดงว่า รัฐยอมที่จะให้ความเป็นอิสระแก่อำนาจศาลในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำต่างๆ ของรัฐว่า เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ รัฐธรรมนูญของไทยบัญญัติหลักดังกล่าวไว้ใน มาตรา 28 วรรค 2 ความว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่ทำให้บทบัญญัติมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ เพราะหลักการที่บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองมีผลผูกพันองค์กรของรัฐโดยตรงนั้นจะไร้ความหมาย หากไม่ให้องค์กรศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐว่าได้กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ มาตรา 19 วรรค 4 ของรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นคำว่า “อำนาจมหาชน” ที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลหมายถึงเฉพาะอำนาจบริหารเท่านั้น ส่วนกรณีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการนั้นได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 93 (1) 4.a ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่เข้ามาควบคุมตรวจสอบองค์กรต่างๆ ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบการกระทำขององค์กรตุลาการและองค์กรนิติบัญญัติว่า ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ อันมีผลทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

ส่วนบทบัญญัติมาตรา 28 วรรค 2 ประกอบกับมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ได้บัญญัติให้องค์กรนิติบัญญัติองค์กรบริหาร องค์กรตุลาการผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยตรงในการตรากฎหมาย และการตีความกฎหมาย หากฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งโดยละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด บุคคลซึ่งได้รับผลกระทบจากกฎหมายดังกล่าวอาจดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลและใช้สิทธิตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญโดยโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติของมาตรา 6 และให้ศาลนั้นเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ส่วนการกระทำของฝ่ายบริหารที่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล ซึ่งจะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมก็ต้องพิจารณาจากการกระทำของฝ่ายปกครองว่าเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง การออกกฎหมายลำดับรองหรือเป็นการกระทำในลักษณะเป็นการปฏิบัติการทางปกครอง

สำหรับการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการนั้น ศาลมีความผูกพันอยู่ 2 ประการในการตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ กล่าวคือ ประการแรก ศาลต้องตรวจสอบว่ากรณีที่เป็นคดีมาสู่ศาลนั้นเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ และประการที่สอง ศาลจะต้องไม่ใช้หรือตีความกฎหมายไปในทางที่จะเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น การละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากองค์กรตุลาการจึงอาจเกิดขึ้นได้ทั้งสองกรณี คือ หากมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพแต่ศาลวินิจฉัยว่าไม่มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ หรือเป็นกรณีที่ศาลใช้ หรือตีความกฎหมายขัดกับสิทธิและเสรีภาพ บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิจะใช้สิทธิได้แย้งอย่างไร กรณีของศาลชั้นต้น และศาลอุทธรณ์อาจไม่เป็นปัญหาเพราะผู้นั้นอาจร้องไปยังศาลสูงสุดของศาลนั้นๆ แต่หากศาลสูงสุดวินิจฉัยแล้วบุคคลนั้นยังเห็นว่า คำพิพากษาของศาลสูงสุดละเมิดสิทธิและเสรีภาพของตน บุคคลนั้นจะเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบคำพิพากษาของศาลนั้นๆ ได้หรือไม่เพียงใด เพราะรัฐธรรมนูญของไทยไม่ได้กำหนดโครงสร้างองค์กรผู้มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพเช่นนี้ ซึ่งจะทำให้ความผูกพันของอำนาจรัฐต่อสิทธิและเสรีภาพไร้ผลในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะการตรวจสอบว่าอำนาจแต่ละอำนาจใช้ไปในทางที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ เมื่อไม่มีองค์กรพิเศษเข้ามาตรวจสอบ จึงมีผลให้การตรวจสอบในทางศาลสิ้นสุดเพียงศาลสูงสุดของแต่ละศาลซึ่งเท่ากับว่าศาลสูงสุดไม่จำเป็นต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ และหากศาลสูงสุดใช้หรือตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพไปในทิศทางที่ไม่ถูกต้องก็จะมีผลทำให้การกระทำที่เป็นต้นเหตุของคดีที่มาสู่ศาลนั้นได้รับการตรวจสอบอย่างไม่ถูกต้อง นอกจากนี้ศาลสูงสุดแต่ละศาลอาจจะใช้หรือตีความสิทธิและเสรีภาพแตกต่างกันได้ จึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีหน้าที่ในการตรวจสอบดูแลเรื่องการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ เพื่อให้องค์กรของรัฐที่ผูกพันอาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรอื่นได้³⁹

³⁹ เฟิงอ๋าง, น. 212 – 215.

สำหรับทหารจะมีระบบยุติธรรมทหารโดยเฉพาะเพื่อควบคุมทางวินัยอย่างเข้มงวด ทั้งในยามสงบและมีศึกสงคราม เพื่อให้มีสมรรถภาพพร้อมรบหรือปฏิบัติการรบได้อย่างดีเยี่ยมในสนามรบ⁴⁰ รวมทั้งไม่สร้างความเดือดร้อนให้กับประชาชน⁴¹ ซึ่งได้บัญญัติรองรับไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 281

⁴⁰ พลโทประทีป พัฒนธรรม, การดำเนินคดีอาญาในศาลทหาร, (กรุงเทพมหานคร : บพิธการพิมพ์, 2525) น. 1 – 3.

⁴¹ พลตรี สายัณห์ อรรถเกษม, “การดำเนินกระบวนยุติธรรมทหารตามรัฐธรรมนูญ”, วารสารพระธรรมนูญ, ฉบับพิเศษ 12 (กันยายน 2546) หน้า 38.