



รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์

ชุดโครงการวิจัย

การติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญ

เรื่อง สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

โดย นายไพโรจน์ พลเพชร และคณะ

ได้รับทุนสนับสนุนจาก สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

สถาบันพระปกเกล้า พฤศจิกายน 2547



รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์

ชุดโครงการวิจัย

การติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญ

เรื่อง สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

โดย นายไพโรจน์ พลเพชร และคณะ

ได้รับทุนสนับสนุนจาก สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

สถาบันพระปกเกล้า พฤศจิกายน 2547

ไพโรจน์ พลเพชร

รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ชุดโครงการวิจัยการติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญ เรื่อง
สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ -- กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

412 หน้า.

1. สิทธิมนุษยชน.

I. ชื่อเรื่อง.

323

ISBN 974-13-3330-7

ชุดโครงการวิจัยการติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญ
เรื่อง สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

โดย : นายไพโรจน์ พลเพชร และคณะ

สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

สถาบันพระปกเกล้า

47/101 หมู่ 4 อาคารศูนย์สัมมนา 3 ชั้น 5

สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน ถ.ติวานนท์

ต.ตลาดขวัญ อ.เมือง จ.นนทบุรี 11000

พิมพ์ : พฤศจิกายน 2547

ภาพปก : ด.ญ.ณัฐณี พิริยะวิทย์ โรงเรียนรัตนราษฎร์บำรุง

ออกแบบปก : นายจักรกฤษ ฤกษ์อินทรอารีย์

พิมพ์ที่ โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ถนนพญาไท เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

โทร. 0-2215-1991-2 ต่อ 11-14, 0-2218-3557, 0-2218-3563

<http://www.cuprint.chula.ac.th>

คำนำ

ชุดโครงการวิจัย เรื่อง การติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ดำเนินการโดยสถาบันพระปกเกล้า และคณะนักวิจัยจากสถาบันต่างๆ ได้รับทุนอุดหนุนจากสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาวิจัย ดังนี้

1. ศึกษาวิจัยเพื่อติดตามและประเมินผลการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ โดยมุ่งศึกษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเจตนารมณ์หลัก

2. ศึกษาแนวทางแก้ปัญหา หรืออุปสรรคต่างๆ ต่อการบรรลุเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการดำเนินการศึกษาวิจัยนั้น สถาบันฯ ได้ใช้เจตนารมณ์หลักของรัฐธรรมนูญ 3 ประการ ได้แก่ การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและในการตรวจสอบใช้อำนาจอธิปไตยเพิ่มขึ้น และปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยที่แบ่งโครงการวิจัยย่อยออกเป็น 8 โครงการ ดังนี้

1. ส่วนที่ 1 สิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน

(1) สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(2) การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนและความคิดเห็นต่อการทำงานของรัฐบาลและองค์กรอิสระ

(3) การมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ภายใต้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540

2. การตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตย

(4) บทบาทการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง พรรคการเมือง ผู้สมัครรับเลือกตั้ง และประชาชนในการเลือกตั้งระบบใหม่ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

(5) การตรวจสอบการทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ

(6) การเมืองกับผลประโยชน์ทางธุรกิจภายใต้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540

3. สถาบันทางการเมือง

(7) ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารและเสถียรภาพของรัฐบาล

(8) ประสิทธิภาพของรัฐบาลไทย

จากการศึกษาวิจัยของคณะนักวิจัยแต่ละคณะ โดยใช้ระเบียบวิธีวิจัยซึ่งมีความเหมือนและแตกต่างกันไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของแต่ละโครงการนั้น ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งมีเจตนารมณ์หลัก 3 ประการดังกล่าวข้างต้น เมื่อบังคับใช้ไประยะหนึ่งแล้ว มีปัญหาเกิดขึ้น โดยสรุปภาพรวมแล้วแบ่งแยกปัญหาได้ 4 ประการ ดังนี้

ประการแรก ปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเองซึ่งบัญญัติไว้ไม่ชัดเจน ไม่ครอบคลุม จำเป็นต้องมีการตีความ ซึ่งก็เกิดปัญหาในการตีความที่ไม่ตรงกันเกิดขึ้น รวมทั้งมีปัญหาโต้แย้งระหว่างองค์กรต่างๆ

ประการที่สอง กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ ทั้งที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญบังคับใช้และที่ออกมารองรับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มีปัญหาไม่สอดคล้องหรือไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

ประการที่สาม ปัญหาซึ่งเกิดจากการปฏิบัติของผู้บังคับใช้และผู้ถูกบังคับใช้รัฐธรรมนูญ รวมทั้งกฎหมายต่างๆ

ประการที่สี่ ประชาชนขาดความรู้ ความเข้าใจ ซึ่งทำให้ไม่สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้อย่างเต็มที่ รวมทั้งไม่สามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

ในการนี้ คณะนักวิจัยแต่ละคณะได้เสนอแนวทางการป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อให้การบังคับใช้รัฐธรรมนูญเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญ ดังมีรายละเอียดปรากฏในแต่ละโครงการย่อย

สถาบันพระปกเกล้า คณะนักวิจัย และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย หวังเป็นอย่างยิ่งว่าผลการศึกษาวิจัยในชุดโครงการวิจัย การติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญนี้ คงจะเกิดประโยชน์หน่วยงาน องค์กรที่มีส่วนเกี่ยวข้องหยิบยผลการศึกษาวิจัยไปใช้ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ที่เกิดขึ้นในสังคมไทย ทั้งนี้ เพื่อบรรลุเป้าหมายสูงสุดของการปฏิรูปการเมืองนั่นเอง หากมีข้อผิดพลาด หรือบกพร่องประการใด สถาบันฯ ขอประทานอภัยไว้ ณ โอกาสนี้ และยินดีน้อมรับข้อเสนอแนะเพื่อการปรับปรุงในโอกาสต่อไป

๔/๔๓ ๑๗/๗๙๗

(รองศาสตราจารย์ นรนิติ เศรษฐบุตร)
เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า
พฤศจิกายน ๒๕๔๗

คำนำ

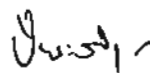
ชุดโครงการวิจัย “การติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญ” โดยสถาบันพระปกเกล้า และคณะนักวิจัยจากสถาบันต่างๆ ซึ่งได้รับทุนสนับสนุนจากสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาวิจัย ดังนี้

1. ศึกษาวิจัยเพื่อติดตามและประเมินผลการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ โดยมุ่งศึกษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเจตนารมณ์หลัก

2. ศึกษาแนวทางแก้ปัญหา หรืออุปสรรคต่างๆ ต่อการบรรลุเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาวิจัย พบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งมีเจตนารมณ์หลัก 3 ประการ ได้แก่ การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตย และปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เมื่อบังคับใช้ไประยะหนึ่งแล้ว มีปัญหาเกิดขึ้นทั้งจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ และกฎหมาย รวมทั้งปัญหาซึ่งเกิดจากการปฏิบัติของผู้บังคับใช้และผู้ถูกบังคับใช้ด้วย ในการนี้ คณะนักวิจัยได้เสนอแนวทางการป้องกันและแก้ไขปัญหาต่างๆ ทั้งนี้เพื่อให้การบังคับใช้รัฐธรรมนูญเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญ ดังจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัยและสถาบันพระปกเกล้าหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผลการศึกษาวิจัยในชุดโครงการวิจัย “การติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญ” นี้ จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งทั้งในด้านการสร้างองค์ความรู้ใหม่ๆ และการนำผลการศึกษาวิจัยไปใช้ในการผลักดันและดำเนินการต่างๆ เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว



(ศาสตราจารย์ ดร.ปิยะวัติ บุญ-หลง)

ผู้อำนวยการสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย

พฤศจิกายน 2547

สารบัญ

	หน้า
คำนำ	ก-ค
สารบัญ	จ
บทคัดย่อ	ฐ
บทสรุปสำหรับผู้บริหาร	ตม
กิตติกรรมประกาศ	ด
บทที่ 1 บทนำ	
หลักการและเหตุผล	1
วัตถุประสงค์ของการศึกษา	2
ขอบเขตของการศึกษา	2
วิธีดำเนินการศึกษา	2
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	3
บทที่ 2 แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ	
2.1 แนวคิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามหลักสากล	5
2.1.1 พัฒนาการทางด้านความคิด	6
2.1.2 พัฒนาการทางด้านเนื้อหาและวิธีการคุ้มครอง	9
2.2 แนวคิดด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพของต่างประเทศ	14
2.2.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	14
2.2.2 แนวความคิดในทางกฎหมายเกี่ยวกับ “สิทธิและเสรีภาพ”	20
2.2.3 หลักความเสมอภาค	24
2.3 แนวคิดด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย	35
2.3.1 พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในทางการเมือง การปกครองไทย	36
2.3.2 พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในทางสังคมและวัฒนธรรมไทย	42
2.4 สภาพการณ์ในทางกฎหมายเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	
สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย	45
2.4.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “สิทธิมนุษยชน” กับ “สิทธิพลเมือง”	
ตามรัฐธรรมนูญไทย	45
2.4.2 การรับรองสิทธิและเสรีภาพของนิติบุคคลและกลุ่มบุคคล	47
2.4.3 การใช้สิทธิเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ	50

	หน้า
บทที่ 3 ความเสมอภาค	
3.1 หลักการตามบทบัญญัติมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	61
3.2 ปัญหาในทางปฏิบัติกับหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ	63
3.2.1 ปัญหาความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง	63
3.2.2 ปัญหาการเลือกปฏิบัติอันเกิดจากการอาศัยเหตุตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 30 วรรคสาม เป็นเหตุของการเลือกปฏิบัติ	64
3.2.3 ปัญหาจากการใช้และการตีความโดยองค์กรของรัฐ	69
3.2.4 ปัญหาการใช้และการตีความหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของศาลรัฐธรรมนูญ	69
3.3 ความจำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดรายละเอียดตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่	74
3.4 บทสรุป	74
บทที่ 4 สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา	
4.1 การลงโทษประหารชีวิต	77
4.1.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540	78
4.1.2 แนวความคิดและสภาพปัญหาการลงโทษประหารชีวิต	78
4.1.3 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	85
4.2 ข้อสันนิษฐานในคดีอาญาและการปฏิบัติต่อบุคคลที่ยังไม่เป็นผู้กระทำความผิด	88
4.2.1 หลักข้อสันนิษฐานในคดีอาญาและการปฏิบัติต่อบุคคลที่ยังไม่เป็นผู้กระทำความผิดตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	88
4.2.2 สภาพปัญหาและอุปสรรคการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	89
4.2.3 สรุปและข้อเสนอแนะ	99
4.3 การจับ การคุมขัง และการค้น	102
4.3.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	102
4.3.2 สภาพปัญหาและปัจจัยการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	105

	หน้า
4.3.3 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	128
4.4 การคุ้มครองพยานในคดีอาญา	130
4.4.1 หลักการสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย	130
4.4.2 สภาพปัญหาการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	130
4.4.3 สรุปและเสนอแนะ	142
4.5 สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในฐานะผู้เสียหายและที่เกิดจาก ความผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรม	143
4.5.1 หลักการสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย	145
4.5.2 สภาพปัญหาการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย	147
4.5.3 สรุปและเสนอแนะ	156
บทที่ 5 สิทธิเสรีภาพการสื่อสารของประชาชน	
5.1 เสรีภาพการแสดงความคิดเห็น	159
5.1.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	159
5.1.2 สภาพปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายที่ขัดแย้งหลักการของรัฐธรรมนูญ	161
5.1.3 สภาพปัญหาเกี่ยวกับเสรีภาพของสื่อมวลชนในทางปฏิบัติ	161
5.1.4 บทสรุป	164
5.2 สิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรสื่อสารสาธารณะ	164
5.2.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540	164
5.2.2 สภาพปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายลูกตามบทบัญญัติมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540	166
5.2.3 การใช้สิทธิของประชาชนตามหลักการของมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540	168
5.2.4 บทสรุป	168
5.3 สิทธิในการเสนอข่าวสารและแสดงความคิดเห็น	168
5.3.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540	168

	หน้า
5.3.2 สภาพปัญหาการบังคับใช้ของหลักการตามมาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	169
5.3.3 บทสรุป	170
5.4 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	170
บทที่ 6 สิทธิในมาตรฐานการดำรงชีวิต	
6.1 สิทธิด้านการศึกษา	173
6.1.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540	173
6.1.2 สถานการณ์สิทธิด้านการศึกษา	176
6.1.3 พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ที่ออกตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	185
6.1.4 ประเมินและปัญหาสิทธิด้านการศึกษา	188
6.1.5 ปัญหาสิทธิด้านการศึกษา	193
6.1.6 ข้อเสนอแนะ	196
6.2 สิทธิด้านสาธารณสุข	200
6.2.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	200
6.2.2 สถานการณ์สิทธิด้านสาธารณสุข	201
6.2.3 พระราชบัญญัติด้านสาธารณสุขที่ต้องออกตามบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540	208
6.2.4 ประเมินและปัญหาสิทธิด้านสาธารณสุขตามรัฐธรรมนูญ	213
6.2.5 ข้อเสนอแนะด้านสาธารณสุข	217
6.3 สิทธิเด็ก เยาวชนและครอบครัว	225
6.3.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	225
6.3.2 สถานการณ์สิทธิเด็ก เยาวชนและบุคคลในครอบครัว	226
6.3.3 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก พ.ศ.	235
6.3.4 ประเมินและปัญหาสิทธิเด็ก เยาวชนและครอบครัว ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	236
6.3.5 ข้อเสนอแนะ	239
6.4 สิทธิผู้สูงอายุ	250

	หน้า
6.4.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540	250
6.4.2 สถานการณ์ด้านสิทธิของผู้สูงอายุ	250
6.4.3 ร่างพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ	257
6.4.4 ประเด็นและปัญหาสิทธิผู้สูงอายุตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	258
6.4.5 ข้อเสนอแนะ	263
6.5 สิทธิผู้พิการหรือทุพพลภาพ	270
6.5.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ด้านสิทธิคนพิการ	270
6.5.2 สถานการณ์ด้านสิทธิของคนพิการ	271
6.5.3 ร่างพระราชบัญญัติคนพิการ ที่ต้องออกตามมาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	280
6.5.4 ประเด็นและปัญหาสิทธิคนพิการ	280
6.5.5 ข้อเสนอแนะ	286
6.6 สิทธิผู้บริโภค	295
6.6.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540	295
6.6.2 สถานการณ์สิทธิด้านผู้บริโภค	296
6.6.3 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.	298
6.6.4 ประเด็นและปัญหาสิทธิเสรีภาพด้านผู้บริโภคตามรัฐธรรมนูญ	302
6.6.5 ข้อเสนอแนะ	306
บทที่ 7 สิทธิทางการเมือง	
7.1 สิทธิการรับสมัครเลือกตั้ง	311
7.1.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	311
7.1.2 สภาพปัญหาหลักการประชาธิปไตย	312
7.2 สิทธิการลงประชามติ	312
7.2.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	312
7.2.2 สภาพปัญหาของหลักการประชาธิปไตย	313
7.3 เสรีภาพการชุมนุม	314

	หน้า
9.3 การให้ความคุ้มครองต่อสิทธิครอบครัว	354
บทที่ 10 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	
10.1 ปัจจัยด้านเนื้อหาสาระของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ที่เกี่ยวข้อง	359
10.2 ปัจจัยด้านการบริหารของรัฐที่ต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิ เสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	369
10.3 ปัจจัยด้านประชาชนผู้เป็นเจ้าของและเป็นผู้ใช้สิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	371
บรรณานุกรม	375

บทคัดย่อ

โครงการวิจัย เรื่อง สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นหนึ่งในชุดโครงการวิจัยการติดตามและประเมินผลบังคับใช้รัฐธรรมนูญ โดยมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาวิจัย ดังนี้ 1) เพื่อศึกษาปัญหาและอุปสรรคของประชาชนในการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง 2) เพื่อศึกษาว่าเนื้อหาของรัฐธรรมนูญส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างไรและมากน้อยเพียงใด 3) เพื่อศึกษาว่าพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายลำดับรองสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอย่างไรและมากน้อยเพียงใด รวมทั้งศึกษาปัญหาและอุปสรรคกรณีที่ยังไม่ได้จัดทำหรือจัดทำพระราชบัญญัติไม่เสร็จสิ้น ผลการศึกษาแสดงให้เห็นว่าหลักการสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นหลักการที่ดีในการกำหนดทิศทางการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่ออำนวยประโยชน์สุขแก่ประชาชนในสังคม แต่ยังมีปัจจัยที่เป็นปัญหาและเป็นอุปสรรคที่ทำให้หลักการสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจสัมฤทธิ์ผลเท่าที่ควร คือ

ประการแรก ปัจจัยด้านเนื้อหาของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องอันประกอบด้วย

(1) เนื้อหาสาระของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่ไม่สมบูรณ์ตามหลักการสิทธิเสรีภาพ คือ สิทธิการรับสมัครเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา สิทธิการลงประชามติ และการลงโทษประหารชีวิต

(2) การไม่มีมาตรการในการบัญญัติกฎหมายลำดับรองให้เป็นไปตามหลักการสิทธิเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญคือสิทธิชุมชน สิทธิเด็ก เยาวชนและบุคคลในครอบครัว สิทธิผู้สูงอายุ สิทธิผู้พิการหรือทุพพลภาพ สิทธิผู้บริโภค สิทธิการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและองค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อม สิทธิการให้ความเห็นโครงการหรือกิจกรรมของรัฐ สิทธิของพยาน หลักความเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติ เสรีภาพในการเสนอข่าวสารและแสดงความคิดเห็นของนักวิชาชีพสื่อมวลชน

(3) การไม่แก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิเสรีภาพ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพสื่อมวลชน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพการชุมนุมและเสรีภาพการรวมตัว

(4) การยังไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายลูกที่ออกตามหลักการสิทธิเสรีภาพของรัฐธรรมนูญ คือสิทธิ การเข้าถึงและการจัดการทรัพยากรสื่อสารสาธารณะ สิทธิการได้รับการศึกษา สิทธิการได้รับบริการ สาธารณสุข สิทธิของผู้เสียหายและจำเลยในคดีอาญา

ประการที่สอง ปัจจัยด้านการบริหารของรัฐที่ต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิ เสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยรัฐมีหน้าที่ความรับผิดชอบในการกำหนดมาตรการทางด้าน กฎหมาย การกำหนดนโยบาย และการกำหนดแผนพัฒนาประเทศให้เป็นไปตามหลักการสิทธิเสรีภาพ แต่ บทบาทของรัฐยังดำเนินการได้ค่อนข้างน้อย อันเนื่องมาจากสาเหตุที่สำคัญ คือ ความสัมพันธ์ทางอำนาจ ระหว่างรัฐกับประชาชนที่เมื่อให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนก็จะเป็นการลดทอนอำนาจรัฐลง องค์การของรัฐและ เจ้าหน้าที่ของรัฐมีองค์ความรู้เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพยังไม่เพียงพอ และการใช้อำนาจขององค์กรรัฐตั้งอยู่บน พื้นฐานความสัมพันธ์แบบอุปถัมภ์ ตลอดจนทัศนคติของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เคยชินกับวัฒนธรรมระบบ อำนาจเป็นใหญ่

ประการที่สาม ปัจจัยด้านประชาชนผู้เป็นเจ้าของสิทธิเสรีภาพ โดยประชาชนโดยส่วนมากขาด โอกาสการเรียนรู้หลักการสิทธิเสรีภาพ การไม่ตระหนักและมีจิตสำนึกความเป็นเจ้าของสิทธิเสรีภาพ และการ ไม่สามารถรวมตัวกันอย่างเข้มแข็งเพียงพอ

ยุทธศาสตร์การแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่ทำให้หลักการสิทธิเสรีภาพไม่สามารถบรรลุผลได้อย่าง เต็มที่ ประกอบด้วยยุทธศาสตร์การจัดทำกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิเสรีภาพ โดยเน้นการมี ส่วนร่วมของบุคคลทุกฝ่ายทั้งในขั้นตอนการศึกษา การจัดทำกฎหมายและการบัญญัติกฎหมายยุทธศาสตร์ การบริหารของรัฐโดยต้องกำหนดนโยบาย การกำหนดแผน การปฏิรูประบบราชการ การปรับระบบ งบประมาณและระบบภาษี การเสริมการเรียนรู้ เป็นต้น ยุทธศาสตร์การเสริมสร้างความเข้มแข็งให้กับ ประชาชน โดยต้องสร้างโอกาสการเรียนรู้ การได้รับข้อมูลข่าวสาร การปลูกฝังจิตสำนึกในการสนับสนุน การรวมตัวของประชาชน เป็นต้น

สำหรับสิทธิเสรีภาพที่สมควรบัญญัติเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประกอบด้วย สิทธิในเสรีภาพทั่วไปในการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิในที่อยู่อาศัยและสิทธิของครอบครัว

บทสรุปสำหรับผู้บริหาร

การศึกษาวิจัย เรื่อง **สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์** ในการวิจัยโดยมีวัตถุประสงค์
1) เพื่อศึกษาปัญหาและอุปสรรคของประชาชนในการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง
2) เพื่อศึกษาว่าเนื้อหาของรัฐธรรมนูญส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างไรและมาก
น้อยเพียงใด 3) เพื่อศึกษาว่าพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายลำดับรองสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของ
รัฐธรรมนูญอย่างไรและมากน้อยเพียงใด รวมทั้งศึกษาปัญหาและอุปสรรคกรณีที่ยังไม่ได้จัดทำหรือจัดทำ
พระราชบัญญัติไม่เสร็จสิ้น ผลการศึกษาแสดงให้เห็นว่าหลักการสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นหลักการที่ดีในการกำหนดทิศทาง
การใช้อำนาจรัฐเพื่ออำนวยประโยชน์สุขแก่ประชาชนในสังคม แต่ยังมีปัจจัยที่เป็นปัญหาและเป็นอุปสรรค
ที่ทำให้หลักการสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่อาจสัมฤทธิ์ผลเท่าที่ควร คือ

ประการแรก ปัจจัยด้านเนื้อหาของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง
อันประกอบด้วย

(1) เนื้อหาสาระของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่ไม่สมบูรณ์ตามหลักการสิทธิเสรีภาพ คือ
สิทธิการรับสมัครเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา สิทธิการลงประชามติ และการลงโทษ
ประหารชีวิต

(2) การไม่มีมาตรการในการบัญญัติกฎหมายลำดับรองให้เป็นไปตามหลักการสิทธิเสรีภาพที่
บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญคือ สิทธิชุมชน สิทธิเด็ก เยาวชนและบุคคลในครอบครัว สิทธิผู้สูงอายุ สิทธิ
ผู้พิการหรือทุพพลภาพ สิทธิผู้บริโภค สิทธิการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและองค์การ
อิสระด้านสิ่งแวดล้อม สิทธิการให้ความเห็นโครงการหรือกิจกรรมของรัฐ สิทธิของพยาน หลักความเสมอ
ภาคและห้ามเลือกปฏิบัติ เสรีภาพในการเสนอข่าวสารและแสดงความคิดเห็นของนักวิชาชีพสื่อมวลชน

(3) การไม่แก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่บังคับใช้ให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิเสรีภาพ ตาม
บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม
กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพสื่อมวลชน
กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพ
การชุมนุมและเสรีภาพการรวมตัว

(4) การยังไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายลูกที่ออกตามหลักการสิทธิเสรีภาพของรัฐธรรมนูญ คือ
สิทธิการเข้าถึงและการจัดการทรัพยากรสื่อสารสาธารณะ สิทธิการได้รับการศึกษา สิทธิการได้รับบริการ
สาธารณสุข สิทธิของผู้เสียหายและจำเลยในคดีอาญา

ประการที่สอง ปัจจัยด้านการบริหารของรัฐที่ต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิเสรีภาพ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยรัฐมีหน้าที่ความรับผิดชอบในการกำหนดมาตรการทางด้านกฎหมาย การกำหนดนโยบาย และการกำหนดแผนพัฒนาประเทศให้เป็นไปตามหลักการสิทธิเสรีภาพ แต่บทบาทของรัฐยังดำเนินการได้ค่อนข้างน้อย อันเนื่องมาจากสาเหตุที่สำคัญ คือ ความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างรัฐกับประชาชนที่เมื่อให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนก็จะเป็นการลดทอนอำนาจรัฐลง องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีองค์ความรู้เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพยังไม่เพียงพอ และการใช้อำนาจขององค์กรรัฐตั้งอยู่บนพื้นฐานความสัมพันธ์แบบอุปถัมภ์ ตลอดจนทัศนคติของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เคยชินกับวัฒนธรรมระบบอำนาจเป็นใหญ่

ประการที่สาม ปัจจัยด้านประชาชนผู้เป็นเจ้าของสิทธิเสรีภาพ โดยประชาชนโดยส่วนมากขาดโอกาสการเรียนรู้หลักการสิทธิเสรีภาพ การไม่ตระหนักและมีจิตสำนึกความเป็นเจ้าของสิทธิเสรีภาพ และการไม่สามารถรวมตัวกันอย่างเข้มแข็งเพียงพอ

ยุทธศาสตร์การแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่ทำให้หลักการสิทธิเสรีภาพไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างเต็มที่ ประกอบด้วยยุทธศาสตร์การจัดทำกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิเสรีภาพ โดยเน้นการมีส่วนร่วมของบุคคลทุกฝ่ายทั้งในขั้นตอนการศึกษา การจัดทำกฎหมายและการบัญญัติกฎหมาย ยุทธศาสตร์การบริหารของรัฐโดยต้องกำหนดนโยบาย การกำหนดแผน การปฏิรูประบบราชการ การปรับระบบงบประมาณและระบบภาษี การเสริมการเรียนรู้ เป็นต้น ยุทธศาสตร์การเสริมสร้างความเข้มแข็งให้กับประชาชน โดยต้องสร้างโอกาสการเรียนรู้ การได้รับข้อมูลข่าวสาร การปลูกฝังจิตสำนึกในการสนับสนุนการรวมตัวของประชาชน เป็นต้น

สำหรับสิทธิเสรีภาพที่สมควรบัญญัติเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประกอบด้วยสิทธิในเสรีภาพทั่วไปในการกระทำการใดๆอย่างหนึ่ง สิทธิในที่อยู่อาศัยและสิทธิของครอบครัว

กิตติกรรมประกาศ

คณะผู้วิจัยขอขอบคุณสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย(สกว.) และสถาบันพระปกเกล้า เป็นอย่างสูงที่ให้การสนับสนุนงานวิจัยชิ้นนี้เป็นอย่างดี และมีความอดทนอย่างยิ่งในการรอคอยงานวิจัยชิ้นนี้

ขอขอบคุณผู้เกี่ยวข้องในการให้ข้อมูลทุกท่านทั้งจากนักวิชาการ เจ้าหน้าที่ของรัฐ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ(สสร.) สมาชิกวุฒิสภา นักปฏิบัติการทางสังคมทั้งจากองค์กรพัฒนาเอกชน ผู้นำชาวบ้าน ตลอดจนผู้ที่ถูกกระทบสิทธิเสรีภาพในด้านต่าง ๆ และอีกมากมายที่มีอาจกล่าวได้หมดในที่นี้

ขอขอบคุณผู้ประสานงานและผู้ช่วยวิจัยที่มีส่วนอย่างสำคัญในการทำให้งานวิจัยลุล่วงไปได้ สำหรับความผิดพลาดทั้งหลายอันอาจมี คณะผู้วิจัยขอรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

บทนำ

หลักการและเหตุผล

สังคมในอุดมคติที่พึงปรารถนาเป็นสังคมที่เคารพในสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่สังคมไทยมักจะมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยเฉพาะของคนจน คนด้อยโอกาสเสมอมา ด้วยสภาพปัญหาที่สะสมมาอย่างต่อเนื่องของกลุ่มต่างๆ ในสังคมจึงร่วมมือกันผลักดันให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีเนื้อหาที่ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตลอดมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนไทยได้รับการบัญญัติไว้เป็นหลักการพื้นฐานในมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในหมวดที่ 3 สิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยถึง 40 มาตรา รวมถึงบัญญัติไว้ในหมวดอื่นๆ อีกด้วย อาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีบทบัญญัติที่เป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับใดๆ ที่เคยมีมา

อย่างไรก็ตามแม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะมีเนื้อหาที่ค่อนข้างส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ในทางปฏิบัติได้นำไปสู่ความเป็นรูปธรรมในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมากน้อยเพียงใด เพราะรัฐธรรมนูญเป็นเพียงเครื่องมือหนึ่งที่จะนำไปสู่เป้าหมายการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน สิ่งที่น่าสนใจก็คือพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายลำดับรองลงมาสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมากน้อยเพียงใด ตลอดจนการไม่จัดทำหรือจัดทำพระราชบัญญัติยังไม่เสร็จมีปัญหาติดขัดในเรื่องใด

นอกจากนี้ การศึกษาเพียงแต่ตัวอักษรอย่างเดียวคงไม่สามารถประเมินผลสัมฤทธิ์ของการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ แต่จะต้องศึกษาลงไปให้ถึงระดับรากหญ้า โดยเฉพาะประชาชนกลุ่มต่าง ๆ ซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติการใช้สิทธิเสรีภาพที่พึงมีตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังนั้นการศึกษาทั้งตัวรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องและประสบการณ์โดยตรงของประชาชนผู้ใช้รัฐธรรมนูญ จะทำให้ได้คำตอบว่าถึงเวลาหรือยังที่จะปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญ รวมทั้งกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องต่อไป

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาปัญหาและอุปสรรคของประชาชนในการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง
2. เพื่อศึกษาว่าเนื้อหารัฐธรรมนูญส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างไรและมากน้อยเพียงใด
3. เพื่อศึกษาว่าพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายลำดับรองสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอย่างไรและมากน้อยเพียงใด และศึกษาปัญหาและอุปสรรคกรณีที่ยังไม่ได้จัดทำหรือจัดทำร่างพระราชบัญญัติไม่เสร็จสิ้น

ขอบเขตของการศึกษา

1. ศึกษาเนื้อหาของสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540
2. ศึกษากฎหมายเฉพาะที่เป็นพระราชบัญญัติที่จำเป็นต้องตราให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ
3. ศึกษาปัจจัยที่เป็นปัญหาและอุปสรรคทำให้หลักการสิทธิเสรีภาพไม่ประสบความสำเร็จในทางปฏิบัติ ทั้งปัจจัยด้านกฎหมาย ด้านการบริหารของรัฐ และด้านประชาชน

วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาวิจัยครั้งนี้ มีวิธีการศึกษาหลายรูปแบบดังนี้

1. การวิจัยเอกสารด้วยการเก็บรวบรวมข้อมูลโดยการศึกษาจากหนังสือ บทความทางวิชาการ หนังสือพิมพ์ วิทยานิพนธ์ กฎหมายต่างๆ บันทึกถ้อยแถลงการประชุมของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (สสร.) เป็นต้น
2. การเก็บรวบรวมข้อมูลโดยการสัมภาษณ์เชิงลึกผู้ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นนักวิชาการตัวแทนชาวบ้าน นักการเมือง ข้าราชการประจำ สื่อมวลชน องค์กรอิสระต่างๆ และองค์กรพัฒนาเอกชน เป็นต้น
3. การจัดสนทนากลุ่มย่อย (Focus Group Discussion) ตามกลุ่มเป้าหมายต่างๆ และตามลักษณะเนื้อหาสิทธิ
4. การจัดสัมมนาระดมความคิดเห็นเพื่อรับฟังข้อวิจารณ์ร่างรายงานวิจัย

การวิเคราะห์ข้อมูลโดยการเก็บข้อมูลจากวิธีการต่างๆ ข้างต้น แล้วนำมาวิเคราะห์อย่างรอบด้าน โดยมีแนวคิดพื้นฐานทางด้านสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มารองรับ และนำไปสู่ข้อสรุปของรายงานการวิจัยในที่สุด

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. สามารถตรวจสอบว่ารัฐธรรมนูญและกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นนั้นได้ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพียงใด
2. สามารถทราบถึงปัจจัยที่เป็นปัญหาและอุปสรรคของการใช้หลักการสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ
3. สามารถทราบแนวทางในการดำเนินการให้หลักการสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติที่เป็นจริง

2

แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ

แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพนี้ แยกการศึกษาออกเป็น 4 หัวข้อ ดังนี้

2.1 แนวคิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามหลักสากล 2.2 แนวคิดว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของต่างประเทศ 2.3 แนวคิดว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย และ 2.4 สภาพการณ์ในทางกฎหมายเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย

2.1 แนวคิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามหลักสากล

หากว่ามนุษย์สามารถดำรงอยู่ได้โดยลำพังด้วยตนเอง หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพนั้นคงไม่มีความจำเป็นต้องหยิบยกขึ้นมาพิจารณา แต่ในความเป็นจริงแล้วไม่ว่านักปรัชญาจะตั้งสมมติฐานเบื้องต้นเกี่ยวกับธรรมชาติของมนุษย์ว่าดีหรือร้ายก็ตาม และถึงแม้ว่าจะมีการพยายามอธิบายถึงพัฒนาการและความจำเป็นที่มนุษย์ต้องอยู่รวมกันเป็นกลุ่มในมุมมองของศาสตร์แขนงใดก็ตาม ที่ข้อเท็จจริงที่แน่นอนคือมนุษย์ไม่อาจแยกออกจากสังคมหรือรัฐได้ ดังนั้น การกล่าวถึงพัฒนาการในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพได้เกิดขึ้นมาพร้อมๆ กับการเกิดขึ้นของสังคมหรือรัฐก็คงไม่ผิดนัก

มนุษย์ภายใต้ความจำเป็นที่จำต้องรวมกลุ่มนี้ ได้สร้างสมวัณธรรมมากมายหลากหลาย การเลือกสรรวิธีการดำเนินชีวิตทำให้มนุษย์ในแต่ละกลุ่ม แต่ละสังคมมีความแตกต่างกันทั้งทางด้านทัศนคติ ค่านิยม และพฤติกรรม ซึ่งเป็นลักษณะที่มีความสอดคล้องและเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว ในแง่นี้วัฒนธรรมจึงเป็นความพยายามของมนุษย์ในการแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่ประสบในชีวิตซึ่งย่อมมีความแตกต่างกันไปในแต่ละสังคม โดยลักษณะนี้พฤติกรรมจะได้รับการเลือกสรรและพัฒนาต่อไปเรื่อยๆ จนกลายมาเป็นแบบแผน (pattern) ซึ่งมนุษย์ส่วนใหญ่ในสังคมยอมรับว่าดีงามและได้ถือปฏิบัติสืบต่อกันมา และการรวมตัวของแบบแผนต่างๆ เหล่านี้ ทำให้เกิดแบบแผนใหญ่ (master pattern) ซึ่งครอบงำและควบคุมแบบแผนอื่นภายใต้หลักการเดียวกันนี้พัฒนาการของหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพในแง่ของวัฒนธรรมจึงมีลักษณะประการเดียวกัน

ปรัชญาสากลขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงเป็นแบบแผนใหญ่ประการหนึ่งของหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่เป็นรูปธรรม¹ ซึ่งมีพื้นฐานแนวความคิดสำคัญในเรื่องการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นคุณค่าทั่วไปที่อยู่เหนือความเป็นส่วนตัวของบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะถึงแม้ว่าจะมีข้อโต้แย้งอยู่บ้างเกี่ยวกับความเป็นสากลจริงแท้ของแนวคิดอันเป็นที่มาของปรัชญาฯ แต่กระนั้นก็ตามในการศึกษาพัฒนาการของหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพหากยึดเอาความเป็นมา เนื้อหา และวัตถุประสงค์ของปรัชญาฯ เป็นหลัก อีกทั้งวันเวลานับแต่ที่ได้มีการประกาศใช้ปรัชญาฯ เป็นเส้นแบ่งในการศึกษาแล้วย่อมสามารถทำให้เกิดความเข้าใจถึงพัฒนาการในเรื่องดังกล่าวได้ตามสมควร

ถึงแม้ว่าปรัชญาฯ จะได้ผ่านช่วงของวิวัฒนาการมานานกว่า 50 ปี จนเป็นที่ยอมรับจากนานาประเทศในฐานะที่เป็นหลักประกันสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ภายใต้หลักการปกครองโดยกฎหมาย (rule of law) และพ้นจากการใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรมและไร้ขอบเขตของผู้ปกครองต่อผู้ถูกปกครองแล้วก็ตาม แต่ปรัชญาฯ ก็ไม่ใช่บ่อเกิดหรือที่มาของหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ หากแต่กฎหมายของนานาประเทศจะต้องให้ความสำคัญกับหลักการดังกล่าวโดยกำหนดหลักเกณฑ์รับรองเนื้อหาสาระตลอดจนวางกลไกในการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ

ดังนั้น ในการศึกษาถึงพัฒนาการของหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพที่แสดงถึงความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของหลักการนี้ จะทำให้เห็นภาพที่ชัดเจนเกี่ยวกับแนวความคิดในเชิงอุดมคติของหลักการดังกล่าวได้ในบทนี้จึงแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 หัวข้อ 2.1.1 พัฒนาการทางด้านความคิด และ 2.1.2 ศึกษาพัฒนาการทางด้านเนื้อหาและวิธีการคุ้มครอง

2.1.1 พัฒนาการทางด้านความคิด

หากพิจารณาสิทธิและเสรีภาพในเชิงกฎหมายว่ามีที่มาหรือเกิดขึ้นได้อย่างไรนั้น คงต้องพิจารณาถึงวิวัฒนาการการเกิดขึ้นของ “สังคมมนุษย์” และกระบวนการเรียนรู้ของมนุษย์ ทั้งนี้ เนื่องจากว่ากฎหมายไม่ว่าจะเป็นศีลธรรมหรือกฎหมายเป็นสิ่งที่สมาชิกของสังคมมนุษย์เห็นดีเห็นชอบร่วมกัน มีความเชื่อร่วมกัน และกำหนดเป็นแนวทางปฏิบัติร่วมกันและเกิดจากกระบวนการเรียนรู้และสั่งสมประสบการณ์ที่ยาวนานสืบต่อกันมา กระบวนการเหล่านี้กล่าวได้ว่าเป็นธรรมชาติของมนุษย์ กล่าวคือ เป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติ หรือที่นักปรัชญาสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) มีความเชื่อที่เกิดจากการที่มนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติและจักรวาล ซึ่งมีกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเองโดยไม่มีผู้ใดบงการซึ่งเรียกว่า “เหตุผลของเรื่อง” (Nature of Thing) และสิ่งเดียวกันนี้ก็มีอยู่ในตัวของมนุษย์ด้วยเช่นกัน

¹ โปรดดูคำปรารภปรัชญาสากลขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนย่อหน้าแรก

ซึ่งทำให้มนุษย์สามารถใช้เหตุผลที่ว่านี้ในการเรียนรู้ศึกษารวมชาติ และใช้กระบวนการเดียวกันนี้ในการศึกษาเพื่อเข้าใจตัวมนุษย์เอง และสังคมของมนุษย์นั่นเอง ดังที่ อริสโตเติล กล่าวไว้ว่า “มนุษย์เป็นสัตว์ที่มีเหตุผล ย่อมมีเสรีภาพในการเลือก และด้วยเหตุผลที่ถูกต้องย่อมช่วยให้เขาเข้าถึงกฎธรรมชาติได้ และ ณ จุดนี้เองคือเสรีภาพที่ยิ่งใหญ่ของมนุษย์” ยกตัวอย่างเช่น แนวคิดที่ว่าด้วยความยุติธรรมที่ไม่ได้มาจากความคิดเห็นของคนกลุ่มหนึ่งแต่เป็นคุณสมบัติของโลกดังที่เป็นอยู่ เป็นต้น ดังนั้น ตามแนวทางนี้ มนุษย์ก็สามารถที่จะรู้และเข้าใจถึงคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ว่าเป็นสิ่งที่มีมาพร้อมกับการเกิดขึ้นและมีอยู่ของมนุษย์ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ “สิทธิและเสรีภาพเป็นสิ่งที่มาพร้อมกันกับธรรมชาติของมนุษย์ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติ เป็นสิทธิตามธรรมชาตินั่นเอง”

ในทางตรงกันข้ามกับคำอธิบายหลักการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของสำนักกฎหมายธรรมชาติ สำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) อธิบายว่า การที่มนุษย์มีสิทธิหรือไม่นั้นจะต้องอยู่ที่ “กฎหมายบ้านเมือง” (positive law) บัญญัติถึงเรื่องนั้นๆ ไว้อย่างไร นั่นคือการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะมีสิทธิกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่นั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้² การกระทำการนอกเหนือกว่าที่กฎหมายกำหนดสิทธิไว้อาจเป็นความผิดได้ และในขณะที่เดียวกันบุคคลที่ใช้สิทธิเช่นว่านั้นจะกระทำการอันเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลอื่นไม่ได้ โดยผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิสามารถที่จะดำเนินการทางกฎหมายกับผู้ที่จะทำการละเมิดได้ โดยที่แต่เดิมนั้นการอธิบายดังกล่าวมีแนวคิดอยู่บนพื้นฐานความผิดของเรื่อง “อำนาจ” ระหว่างผู้ปกครองและผู้ถูกปกครองในด้านปรัชญาการเมือง ดังนั้น การได้มาซึ่งสิทธิที่กฎหมายกำหนดจึงขึ้นอยู่กับผู้ปกครองจะกำหนด ซึ่งเป็นแนวความคิดที่สนับสนุนการปกครองแบบรวมศูนย์อำนาจ เช่น การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นต้น

ต่อมาในช่วงศตวรรษที่ 17-18 ซึ่งเป็นยุคที่ผู้คนมีความสงสัยในบทบาทของผู้มีอำนาจ และเริ่มสำรวจโลกเพื่อตัวเอง และด้วยอิทธิพลความคิดจากนักปราชญ์ในยุคนั้น เช่น นิวตัน³ (Isaac Newton ค.ศ. 1642-1727) และล็อก⁴ (John Lock ค.ศ. 1632-1704) เป็นต้น มนุษย์มีความสนใจในเรื่องของ “เหตุผล” (ซึ่งหมายถึง ความปราดเปรื่อง) และ “ธรรมชาติ” (ซึ่งหมายถึงสภาวะของสิ่งต่างๆ ที่เป็นอยู่) ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงโลกทัศน์ว่ามนุษย์มีความสามารถที่จะสร้างธรรมชาติของมนุษย์เองได้ด้วยการใช้เหตุผล ทำนองเดียวกันกับการวาดภาพทิวทัศน์ต่างๆ และมนุษย์อาจสร้างสังคมโดยธรรมชาติได้โดยอาศัยพื้นฐานมาจากธรรมชาติ

หลังการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงสำคัญๆ แทบทุกด้าน ทั้งด้านศิลปะ ปรัชญา สังคม อุตสาหกรรม และศาสนา สิ่งที่มีลักษณะร่วมในการเปลี่ยนแปลงนี้คือลักษณะของความเป็นปัจเจกบุคคล

² ผู้ที่มีความเชื่อตามนี้ เช่น Jeremy Bentham (ค.ศ. 1748-1832), John Austin (ค.ศ. 1828-1832)

³ หนังสือเรื่อง “Philosophiae Naturalis Principia Mathematica, 1687.”

⁴ แสดงความเห็นในงานเขียนที่มีชื่อว่า “Essay Concerning Human Understanding”

เช่น ศิลปินและนักเขียนปฏิเสธรูปแบบศิลปะแบบกรีกที่เคยเป็นมาแต่เดิม แต่ไปให้ความสำคัญกับประสบการณ์และอารมณ์ความรู้สึกส่วนบุคคลหรือช่างฝ่ายนักวิทยาศาสตร์ก็ท้าทายต่อแนวคำสอนของศาสนาและวิจารณ์คัมภีร์ไบเบิลจนถึงกับมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งสอนและระเบียบวินัยทางศาสนาในภาคพื้นยุโรป

ในช่วงศตวรรษที่ 19 โดยเฉพาะความคิดของ Hegel ที่แสวงหาความตระหนักรู้จากภายใน การเรียกร้องให้มีการละทิ้งตัวตนของเราเองที่มีแต่ความเปลี่ยนแปลง เพื่อว่ามนุษย์ที่มีเหตุผลและสามารถใช้เหตุผลเรียนรู้สิ่งซึ่งเป็นอยู่ในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมาได้ มนุษย์สามารถที่จะศึกษาและเรียนรู้ตัวเองได้จากประสบการณ์ในประวัติศาสตร์ การศึกษาดังกล่าวทำให้เกิดการเรียนรู้ตัวเองมากกว่าที่ตัวเองเป็น หรือที่ เจ.จี.เฮอร์เดอร์ นักปราชญ์ชาวเยอรมัน (ค.ศ. 1744-1803) กล่าวไว้ใน “Ideas on the philosophy of the history of Mankind” ว่าเป็นเอกลักษณ์ของแต่ละคน ทุกเชื้อชาติและทุกรูปแบบของอารยธรรม คือความตระหนักในการเป็นมนุษย์ของแต่ละคน แนวความคิดเช่นนี้ได้รับการยอมรับและพัฒนาสืบต่อกันเรื่อยมาจนถึงในศตวรรษที่ 20 ซึ่งเป็นยุคทองของวิทยาศาสตร์

สำหรับสังคมตะวันตก การอภิปรายเกี่ยวกับหลักการเรื่องสิทธิมนุษยชนก็มีอยู่ไม่น้อย แม้ในวิถีปฏิบัติซึ่งมีความแตกต่างไปจากสังคมตะวันตก แต่ในเชิงคตินิยมเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนแล้ว สังคมตะวันตกก็มีความคิดในเรื่องเหล่านี้อยู่เช่นเดียวกัน ดังที่ปรากฏในแนวคิดปรัชญาต่างๆ เช่น ปรัชญาขงจื้อ หลักธรรมคำสอนของศาสนาพุทธ ศาสนาอิสลาม และศาสนาฮินดู เป็นต้น

สิ่งที่ควรกล่าวถึงด้วยก็คือ ในระหว่างคู่ของความขัดแย้งเรื่อง “เหตุผล” และ “อำนาจ” นี้ Frijof Capra นักฟิสิกส์เชิงพุทธได้ให้ความเห็นว่า “...เป็นรากเหง้าของวิกฤตการณ์ที่กำลังดำเนินอยู่สืบเนื่องจากการที่มนุษย์พยายามแยกการรับรู้ทั้งสองส่วนออกจากกันโดยเด็ดขาดแทนที่จะเห็นถึงความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันหรือเอกภาพของความขัดแย้งนี้” โดยเปรียบเทียบกับคติโบราณของจีนตามลัทธิเต๋าในเรื่องเอกภาพของ “หยิน” และ “หยาง” (พริตจ็อบ ชับประะ, 2527)

ดังนั้น ในแง่ของวัตถุประสงค์แล้วแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนไม่ได้มีรากฐานที่มาจากแต่เพียงในสังคมตะวันตกเท่านั้น แต่ปรากฏอยู่ในวัฒนธรรมของสังคมตะวันออกด้วย เพียงแต่ในรายละเอียดไม่ได้มีความหมายตรงกันหมดในทุกรัฐ ลักษณะเช่นนี้ย่อมเป็นไปในทำนองเดียวกันกับการให้ความหมายของคำว่า “เสรีนิยมประชาธิปไตย” (Liberal Democracy) (Catherine Powell, 1999 : p. 202-206.)

แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนสมัยใหม่ได้รับแรงบันดาลใจจากแนวคิดของ John Locke และแรงบันดาลใจจากการเคลื่อนไหวและการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงในประเทศสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส (นพินิสุริยะ , 2537 : 36-48) กล่าวคือ เกิดจากแนวความคิดในเรื่องความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคล (individual autonomy) ในช่วงศตวรรษที่ 18 ซึ่งรวมกับแนวความคิดลัทธิ “สังคมนิยม” (Socialism) “รัฐสวัสดิการ” (Welfare State) “ลัทธิต่อต้านการล่าเมืองขึ้น” (Decolonization) และการแผ่ขยายของแนวคิดเรื่อง

“รัฐธรรมนูญนิยม” (Constitutionalism) และการทำคำประกาศรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมือง (Bill of Rights) ในช่วงศตวรรษที่ 19 และ 20

จากที่กล่าวมาทำให้เห็นถึงวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์และแนวความคิดในเชิงปรัชญาที่อธิบายความหมายและที่มาของสิทธิและเสรีภาพ แม้จะมีความหลากหลายแตกต่างกันบ้าง แต่ก็มีความเหมือนกันอยู่โดยเฉพาะในส่วนที่ว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ในสังคมตะวันตกนั้นเป็นสิ่งที่มิวิวัฒนาการมาจากการต่อสู้เรียกร้องของราษฎรเอง โดยเรียกร้องเอาจากผู้ปกครองที่มีอำนาจเหนือกว่าทั้งในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม กล่าวคือ เป็นการต่อสู้กันทางการเมืองระหว่างผู้อยู่ใต้ปกครองกับผู้ปกครอง อันสืบเนื่องมาจากความขัดแย้งในด้านความเชื่อ ศาสนา ความคิดทางการเมือง และสภาพแวดล้อมทางสังคมแห่งยุคสมัยนั่นเอง

2.1.2 พัฒนาการทางด้านเนื้อหาและวิธีการคุ้มครอง

2.1.2.1 ความหมายของ “สิทธิมนุษยชน”

คำว่า “สิทธิมนุษยชน” หรือ Human Rights หมายถึง สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งปกป้อง “ปัจเจกบุคคล” (Individual) หรือ “กลุ่มบุคคล” (Group) จากการกระทำที่ขัดห้ามของสมาชิกอื่นหรือรัฐโดยกฎหมายระหว่างประเทศหรือจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (The West's Encyclopaedia of American Law, Vol 6, 1997)

สิทธิมนุษยชน⁵ คือสิทธิที่ครอบคลุมการดำรงอยู่ของมนุษย์ เพื่อชีวิตที่ดีในสังคมที่ดี โดยมีหลักการที่สำคัญ 3 เรื่องคือ สิทธิในชีวิต สิทธิในการยอมรับนับถือและสิทธิในการดำเนินชีวิตและพัฒนาตนเองตามแนวทางที่ชอบธรรม (ทวิรัตน์ นาคเนียม, 2542 : 16-24)

มนุษยชน (Humanity) หมายถึง มนุษย์สายพันธุ์โฮโมเซเปียนที่มีถิ่นกำเนิดอยู่บนโลกนี้ แต่ในทางกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายอาญานั้นเวลาที่พูดถึงมนุษยชน มักจะสื่อความหมายถึงสิ่งต่อไปนี้

ประการแรกคือ “วิธีการคิด หรือทัศนคติที่อยู่ภายใน” (Thomas Wertenberger , 1971:p. 106-113) ในความหมายนี้โดยปกติถือว่าเป็นอย่างเดียวกับ “ความมีมนุษยธรรม” (humaneness) และบอกถึงทัศนคติที่เห็นอกเห็นใจ (human attitude) ในสังคมส่วนใหญ่ องค์ประกอบที่สำคัญของทัศนคติที่เห็นอกเห็นใจนั้นก็คือการไม่เห็นแก่ตัวและตระหนักถึงมนุษย์ผู้อื่น

ประการที่สอง (Ibid.p.107) สื่อให้เห็นถึงกระบวนการพัฒนาทางด้านศีลธรรมและจิตใจที่มีอยู่ในตัวคน ซึ่งก่อให้เกิดความเป็นเอกภาพเหนือเรื่องส่วนบุคคลใดๆ ซึ่งเป็นการมองในลักษณะวิวัฒนาการของความคิด

⁵ โปรดดู ปฎิญาสาภกลขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ประการสุดท้าย ซึ่งเป็นส่วนที่มีความสำคัญมากที่สุดคือมีความหมายสื่อไปถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human dignity) (Ibid., p.107) ซึ่งเป็นส่วนประกอบที่พิเศษและสำคัญของตัวบุคคล ทั้งนี้ เนื่องจากว่ามนุษย์โดยธรรมชาติพื้นฐานแล้วมีความแตกต่างจากสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นๆ ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือความเป็นคน จึงมีอยู่เฉพาะตัวมนุษย์เท่านั้น และในปัจจุบันนี้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นศีลธรรมขั้นสูง และกลายเป็นหลักประกันการดำเนินชีวิตในสังคม (Marie-Luce PAVIA, 1999 : pp. 3-23) โดยเฉพาะกับการใช้อำนาจทางการเมือง และอำนาจตามกฎหมายของรัฐซึ่งตามปกติแล้วเป็นอำนาจที่อยู่เหนือสมาชิกในสังคมอยู่แล้ว

แต่เนื่องจากในปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติก็ไม่ได้ให้ความหมายของสิทธิมนุษยชนไว้อย่างเฉพาะเจาะจง⁶ กำหนดแต่เพียงองค์ประกอบของสิทธิดังกล่าวไว้เท่านั้น ดังนั้น ความหมายจึงต้องขึ้นอยู่กับบริบท (context) ในการใช้คำว่าสิทธิมนุษยชน แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่าสิทธิดังกล่าวจะมีเพียงเท่าที่ได้กล่าวถึงในปรัชญาเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากว่าแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนมีความเป็นพลวัต (dynamic) โดยขึ้นอยู่กับบริบทต่างๆ ของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงตามกาลเวลา แต่ไม่ได้หมายความว่าแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจะเป็นสิ่งที่ผันแปรตามกาลเวลาเสียทั้งหมด กล่าวคือ ในสภาพที่มีการเปลี่ยนแปลง หรือพัฒนาต่อไปได้นั้น แก่นกลางที่เป็น “แนวความคิดที่ชัดเจน” ในเรื่องสิทธิมนุษยชนก็คือ “การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” อันเป็นหลักการสำคัญที่มีลักษณะสากล เป็นหลักการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อนำมาซึ่งความสุข และความสงบสันติของสังคมมนุษย์โดยรวมในท้ายที่สุด ดังนั้น แนวคิดหรือหลักการเรื่องสิทธิมนุษยชนเป็นเพียง “เครื่องมือ” (instrument) หรือ “วิธีในการปฏิบัติ” (How to) ที่เป็นทั้งมาตรฐานของการประกันและมาตรการคุ้มครองศักดิ์ศรีของมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ

ดังนั้น สิทธิมนุษยชนจึงกลายเป็นหลักการสำคัญในการต่อสู้เพื่ออิสรภาพหรือเพื่อความมีศักดิ์ศรี อันเท่าเทียมกันของมนุษย์ และในที่สุดได้กลายมาเป็นอุดมการณ์ในทางโลก (secular ideology) (จรัญ โษษณานันท์, 2541 : 15) รูปแบบใหม่ที่ยืนยันความมีสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิในทางการเมืองต่างๆ แทนที่จะปล่อยให้ผลประโยชน์อันเนื่องมาจากสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวนั้นขึ้นอยู่กับความหยาบคายของผู้ปกครองตามหลักศีลธรรม หรือเป็นไปตามคุณธรรมของผู้ปกครองซึ่งหาความแน่นอนไม่ได้

สำหรับสังคมตะวันออก แนวความคิดที่ชัดเจนเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็มีมานานแล้วเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากการดำเนินชีวิตภายใต้หลักคำสอนทางพุทธศาสนาของไทยเรานั้น

⁶ จะเห็นได้ว่าในสังคมระหว่างประเทศได้มีการบัญญัติถึงสิทธิทางแพ่ง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งเป็นองค์ประกอบของสิทธิมนุษยชนและถือว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อมนุษย์ได้ เช่น International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), International covenant on Civil and Political Rights (1966), Optional Protocol to the International Covenant on Civil And Political Rights (1966) เป็นต้น

สามารถกล่าวได้ว่าเป็นการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และผลลัพธ์ที่ได้ ซึ่งคนไทยเรายึดถือปฏิบัติสืบต่อกันมานานแล้ว เพียงแต่ไม่ได้เรียกหลักการนี้ว่าสิทธิมนุษยชนเท่านั้นเอง ที่กล่าวเช่นนี้ เป็นการพิจารณาโดยไม่ได้นำการตีความความหมายของหลักการหรือแนวคิด แต่เป็นการพิจารณาที่วัตถุประสงค์และผลที่เกิดจากการปฏิบัติเป็นตัววัดที่สำคัญในการเปรียบเทียบโดยการยึดเอา “คุณค่า” อันมีแกนกลาง คือ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นสำคัญ ในแง่สิทธิที่เคยยึดถือกันอยู่เดิม จึงอาจถูกหักล้างได้ถ้าหากว่าหลักการหรือสิทธิขั้นพื้นฐานที่รับรองกันขึ้นมาใหม่ มีคุณค่าในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เหนือกว่า และในทำนองเดียวกัน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีลักษณะอันเป็นสากลมากกว่าก็ย่อมอยู่เหนือเรื่องของปัจเจกบุคคล แต่ในความเป็นสากลนั้น จะละเลยซึ่งการคุ้มครองประโยชน์เฉพาะบุคคลก็ไม่ได้เช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น การยึดมั่นในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่ง ย่อมนำไปสู่ข้อสรุปที่ไม่ถูกต้องว่าการจำกัดอาชญากรรมเป็นสิ่งขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน⁷ เป็นต้น

หากกล่าวถึงเนื้อหาของ “สิทธิมนุษยชน” (นพนิติ สุริยะ, อ้างแล้ว : 58-61) ถึงแม้ว่าปญญาจะประกอบด้วยคำปรารภและได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำไว้ถึง 30 ข้อ แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาของปญญาข้อ 3 ซึ่งเป็นโครงสร้างหลักแล้ว อาจจัดเนื้อหาของสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองได้เป็น 3 ส่วน ดังนี้

ส่วนแรก หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ซึ่งมีหลักการที่สำคัญ 3 ประการที่ครอบคลุมภัยแห่งสิทธิต่างๆ ทั้งทางแพ่งและทางการเมืองตั้งแต่ข้อ 4 ถึงข้อ 21 ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในการได้รับการยอมรับนับถือ และสิทธิในการที่จะพัฒนาตนเอง

สิทธิในชีวิตเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในการที่จะมีชีวิตอยู่และได้รับการคุ้มครองให้ปลอดภัย การได้รับสิ่งจำเป็นสำหรับชีวิตอันได้แก่ปัจจัยสี่ หรือการได้รับความช่วยเหลือเป็นพิเศษในกรณีที่เป็นคนพิการ คนชรา คนปัญญาอ่อน เป็นต้น สำหรับสิทธิที่จะได้รับการยอมรับนับถือเป็นข้อกำหนดให้บุคคลปฏิบัติต่อกันด้วยการยอมรับซึ่งกันและกันโดยตระหนักถึงศักดิ์ศรีและคุณค่าของชีวิตที่เสมอภาคเท่าเทียมกัน ส่วนสิทธิในการที่จะพัฒนาตนเองเป็นการให้บุคคลได้มีโอกาสจากสังคมในการที่จะพัฒนาตนเองอย่างชอบธรรมเพื่อที่จะสามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง และปกครองตนเองได้

ส่วนที่สอง หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ซึ่งบัญญัติไว้ในปญญาข้อ 22 ถึงข้อ 27 ได้แก่ สิทธิในทางเศรษฐกิจสังคม และวัฒนธรรมซึ่งถือว่าเป็นสิทธิที่บุคคลพึงมีในฐานะที่เป็นสมาชิกในสังคม และมีความจำเป็นสำหรับเกียรติภูมิของมนุษยชาติ ตลอดจนการพัฒนาบุคลิกภาพโดยเสรี แต่ทั้งนี้อยู่ภายใต้ข้อจำกัดในเรื่องทรัพยากรของแต่ละประเทศ

⁷ เราจะต้องไม่ลืมสมมุติฐานเบื้องต้นที่ว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่มิพื้นฐานอยู่บนธรรมชาติของมนุษย์โดยทั่วไปจึงถือว่าสิทธิมนุษยชนจึงไม่สามารถที่จะโอนให้แก่ผู้ใดได้ (inalienable)

ส่วนที่สาม ตามปฏิญญาฯ ข้อ 28 ถึงข้อ 30 เป็นการรับรองว่าบุคคลชอบที่จะได้รับประโยชน์จากสังคมของตนและนานาชาติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามที่ปฏิญญานี้ได้ระบุไว้อย่างเต็มที่ รวมทั้งการเน้นถึงหน้าที่ซึ่งปัจเจกบุคคลพึงมีต่อประชาคมของตน และในตอนท้ายเป็นข้อห้ามมิให้รัฐ กลุ่มชน หรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดกล่าวอ้างสิทธิตามปฏิญญานี้เพื่อดำเนินกิจการ หรือกระทำการใดๆ อันเป็นการมุ่งทำลายสิทธิและเสรีภาพตามที่ปฏิญญานี้ได้รับรองไว้

อนึ่ง วิธีการทำให้สิทธิดังที่ได้กล่าวมานั้นบังเกิดผลในทางปฏิบัติองค์การสหประชาชาติได้กำหนดแนวทางในการดำเนินการโดยผ่านกลไกต่างๆ ไว้ 3 วิธีด้วยกัน

(1) การส่งเสริม (Promotion) ได้แก่ การดำเนินการในด้านการกำหนดมาตรฐาน (standard setting) ในเรื่องรูปแบบของการออกกฎหมายปฏิญญาหรืออนุสัญญาต่างๆ

(2) การคุ้มครอง (Protection) ได้แก่ การดำเนินการในด้านการกำหนดวิธีการและกลไกตามอนุสัญญาต่างๆ หรือโดยการดำเนินการขององค์การสหประชาชาติ

(3) การป้องกัน (Prevention) ได้แก่ การดำเนินกิจกรรมให้คำปรึกษาแนะนำ ให้การศึกษา และให้ข้อมูลข่าวสารต่างๆ

2.1.2.2 กลไกในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ

ในเรื่องกลไกในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ เราอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ระดับ คือ ประการแรกศึกษากลไกระดับนานาชาติและในประการที่สองศึกษากลไกระดับชาติ

(1) กลไกระดับนานาชาติ อาจจำแนกได้เป็น

(1.1) กลไกในระดับนานาชาติโดยทั่วไป ได้แก่ กลไกที่มีการจัดตั้งตามข้อตกลงระหว่างประเทศภายใต้การสนับสนุนขององค์การสหประชาชาติ เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 หรือคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966 เป็นต้น นอกจากนั้นแล้วยังมีคณะกรรมการที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยอนุสัญญาต่างๆ เช่น คณะกรรมการต่อต้านการกระทำทารุณกรรม ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการกระทำทารุณและการกระทำที่ไร้มนุษยธรรม เป็นต้น

(1.2) กลไกระดับภูมิภาค ในปัจจุบันนี้กลไกระดับภูมิภาคมี 3 รูปแบบ ได้แก่

ก. ระบบของกลุ่มประเทศในทวีปยุโรป (European System) ได้แก่ การจัดตั้ง Council of Europe เป็นองค์การระหว่างประเทศที่พยายามนำเอาหลักการขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาดำเนินการเพื่อให้บรรลุผลอย่างเป็นรูปธรรมสำหรับรัฐสมาชิก โดยการจัดทำเป็นอนุสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐาน (Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedom) ซึ่งดำเนินการผ่านทางคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Commission of Human Rights) และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights)

ข. ระบบของกลุ่มประเทศในทวีปอเมริกา (Inter-American System) (วิชัย ศรีรัตน์, 2543: 69-88) ซึ่งมีที่มาจากอนุสัญญาแห่งทวีปอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (American Convention on Human Rights 1964) อันประกอบด้วย องค์การหลักคือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของกลุ่มประเทศในทวีปอเมริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Inter-American Commission on Human Rights) และศาลสิทธิมนุษยชนของกลุ่มประเทศในทวีปอเมริกา (Inter-American Court of Human Rights) นอกจากนี้ ประเทศในทวีปอเมริกายังมีกลไกคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอีกระบบหนึ่ง ซึ่งมีที่มาจาก “กฎบัตรของกลุ่มประเทศในทวีปอเมริกา” (Charter of Organization of American States, 1948) ทำให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของกลุ่มประเทศอเมริกา (Inter-America Commission on Human Rights) ขึ้นมาเพื่อเป็นกลไกในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอีกองค์การหนึ่งด้วย

ค. ระบบของกลุ่มประเทศในทวีปแอฟริกา (African System) นับตั้งแต่มีการรับรองกฎบัตรของแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (African Charter on Human and People's Rights, 1981) โดยสมัชชาผู้นำแห่งชาติแอฟริกาและรัฐบาลของกลุ่มประเทศในทวีปแอฟริกาแล้ว ได้มีการดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์โดยได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการแห่งแอฟริกาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง (African Commission on Human and People's Rights) ให้เป็นองค์กรคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในภูมิภาคนี้ขึ้นอีกองค์การหนึ่ง

นอกจากที่กล่าวมาแล้ว กลไกในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในรูปแบบอื่นที่สำคัญ เช่น “ศาลอาญาระหว่างประเทศว่าด้วยอาชญากรรมสงคราม” (International Tribunal on War Crime, 1993) เพื่อดำเนินการพิจารณาพิพากษาลงโทษบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม เป็นต้น

(2) กลไกระดับชาติ

เนื่องจากการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยผ่านกลไกระหว่างประเทศยังไม่เกิดประสิทธิภาพเพียงพอ จึงจำเป็นต้องมีการสร้างกลไกในระดับชาติ เพื่อดำเนินการให้บรรลุผลตามปฏิญญาซึ่งกลไกในระดับชาติในปัจจุบันอาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะคือ

(2.1) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (Human Rights Commission) เป็นองค์กรฝ่ายบริหารซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจากหลายฝ่ายร่วมเป็นกรรมการมีความเป็นอิสระและเป็นกลางทำหน้าที่ทั้งส่งเสริมคุ้มครอง และป้องกันการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

(2.2) ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (Ombudsman) เป็นสถาบันที่มีการจัดตั้งขึ้นในหลายประเทศทั้งรูปแบบที่เป็นบุคคลคนเดียวหรือเป็นกลุ่มบุคคลจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ โดยทำหน้าที่หลักในการคุ้มครองสิทธิต่างๆ ของบุคคลที่ตกเป็นเหยื่อของการใช้อำนาจปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

จากที่กล่าวมานั้นทำให้เราเห็นว่าการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับพัฒนาการในเรื่องโลกทัศน์ของมนุษย์ในสังคมต่างๆ และการจัดลำดับความสำคัญในการพิจารณาปัญหาในแต่ละแง่ เช่น ทศนคติทางการเมือง ทางสังคมและวัฒนธรรม ทางวิทยาศาสตร์และ

เทคโนโลยี ซึ่งมุมมองเหล่านี้ยังเกี่ยวข้องกับปัจจัยอื่นๆ ภายใต้สภาวะการณ์ที่เป็นจริงภายในของแต่ละประเทศอีกด้วย เช่น สภาพปัญหาทางโครงสร้างทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมือง เป็นต้น ปัจจัยต่างๆ เหล่านี้อาจกลายมาเป็นอุปสรรคที่สำคัญในการพัฒนาหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี ภาพรวมที่สมบูรณ์ของสิทธิมนุษยชนซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพอันประกอบด้วยองค์รวมแห่งสิทธิในด้านต่างๆ ซึ่งยากที่จะแบ่งแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด ในทางความเป็นจริงแล้วคงต้องยอมรับว่ายังมีประเด็นโต้แย้งอยู่ไม่น้อย ถึงแม้ว่าภาพรวมนี้จะได้ผ่านกระบวนการในการต่อสู้และพัฒนามาระยะเวลาหนึ่งแล้ว⁸ และหลักการแห่งปฏิญญาฯ จะได้รับการยอมรับมากกว่าที่จะปฏิเสธก็ตามแต่ในเบื้องหลังภาพรวมอันนี้ หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพยังคงต้องเผชิญกับข้อโต้แย้งในกระบวนการสังเคราะห์เพื่อให้เกิดหลักการที่มีความเป็นเอกภาพและสากลอย่างแท้จริงต่อไป

2.2 แนวคิดว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของต่างประเทศ

ในการพิจารณาประสพการณ์ของต่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ขอแยกพิจารณาออกเป็น 3 ประการคือ 2.2.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ 2.2.2 แนวคิดในทางกฎหมายเกี่ยวกับ “เสรีภาพ” และ 2.2.3 หลักความเสมอภาค

2.2.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

การศึกษาเรื่อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” แบ่งหัวข้อการศึกษาดังนี้ (1) สาระถนัดอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (2) สถานะในทางกฎหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

⁸ หากจะลำดับการพัฒนาของหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ในส่วนที่เกี่ยวกับแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน อาจประมวลเป็นลำดับได้ดังนี้

ยุคแรกๆของสิทธิมนุษยชนเป็นการเน้นที่คุณค่าของอุดมคติเรื่อง “อิสระเสรีภาพ” ของมนุษย์ อันเป็นยุคเริ่มต้นแห่งสิทธิของพลเมือง และสิทธิทางการเมือง

ยุคที่สอง เป็นช่วงที่ขยายคุณค่าอุดมคติออกไปสู่ “ความเสมอภาค” ทำให้เกิดการเรียกร้องและปรากฏตัวของสิทธิทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

ยุคที่สาม เป็นการมุ่งเน้นที่ “หลักภราดรภาพ” หรือความสมานฉันท์ของมวลมนุษย์ เกิดเป็นอุดมคติเรื่องสิทธิมนุษยชนแนวใหม่ หรือที่เรียกว่า “สิทธิในความสมานฉันท์” (Rights of Solidarity) หรือสิทธิของประชาชน (Rights of Peoples) โดยมีรายละเอียดในหลายๆ ด้าน เช่น สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมและการเมือง สิทธิในการพัฒนา สิทธิในการมีส่วนร่วมและได้รับประโยชน์ร่วมกันจากมรดกของมนุษยชาติในข้อมูลข่าวสารต่างๆ และความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยี สิทธิของมนุษยชนกลุ่มน้อย สิทธิที่จะสืบทอดวัฒนธรรมของตนเอง รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในด้านการค้าระหว่างประเทศและสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่ดี เป็นต้น

(1) สารัตถะอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการกล่าวถึง “คุณค่า” ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่ไม่ขึ้นอยู่กับเวลาสถานที่ และจะต้องทำให้คุณค่าดังกล่าวนี้มีผลในทางกฎหมาย ตามที่ Guenter Duerig ได้อธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรี” ว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุปเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของบุคคลนั้นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง จากแนวความคิดดังกล่าวนี้ อันเป็นการให้ความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งประกอบด้วยรากฐานอันเป็นสาระสำคัญ 2 ประการ ที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้คือสิทธิในชีวิตร่างกายและสิทธิในที่จะได้รับความเสมอภาค

“สิทธิในชีวิตและร่างกาย” (Recht auf Leben) เป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิดเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติ สิทธิในชีวิตและร่างกายดังนี้อาจจะถูกพรากไปจากบุคคลได้ แต่ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้ได้รับหลักประกันมากขึ้นโดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐได้ สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ จากการที่มนุษย์มีเจตจำนงโดยอิสระในอันจะสร้างสภาพแวดล้อมของตนเองหรือพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองนี้เองที่ทำให้มนุษย์แตกต่างจากสิ่งมีชีวิตอื่นๆ ดังนั้น เพื่อเป็นการเคารพในสิทธิในชีวิตและร่างกายของปัจเจกบุคคล บุคคลแต่ละคนจึงต้องเคารพในขอบเขตปริมณฑลส่วนบุคคลของแต่ละคน และด้วยเหตุนี้สิทธิในชีวิตและร่างกายจึงเป็นรากฐานอันสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

“สิทธิในความเสมอภาค” (Gleichheitsrecht) สิทธิในความเสมอภาคเป็นการแสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ในขณะที่สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นการแสดงถึงปริมณฑลส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล แต่ในขณะที่ “สิทธิในความเสมอภาค” เป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคลต่อปัจเจกบุคคลและต่อสังคม ดังนั้น ถึงแม้มนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนก็ตาม แต่หากขาดหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคแล้ว บุคคลนั้นอาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ๆ ในสังคม หรืออาจถูกเลือกปฏิบัติจากผู้ใช้อำนาจรัฐ ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้มนุษย์สามารถดำรงตนอยู่ได้อย่างมีศักดิ์ศรีอย่างแท้จริง นอกจากปัจเจกบุคคลจะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายแล้ว บุคคลยังจะต้องมีหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคด้วย หลักความเสมอภาคจึงเป็นรากฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

แต่อย่างไรก็ตาม ในทางความเข้าใจถึงคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะที่มีอยู่ในเสรีภาพของมนุษย์นั้นจะต้องเข้าใจว่าเสรีภาพในการกำหนดตนเองของมนุษย์ในทางความคิดนั้นถือว่า มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันในเสรีภาพทางนามธรรมเท่านั้น ดังนั้น คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นี้แท้จริงแล้วไม่อาจจะทำให้เท่าเทียมกันได้สำหรับมนุษย์ทุกคน แต่อย่างน้อยที่สุดมีความเป็นไปได้ในทาง

นามธรรมที่บุคคลแต่ละบุคคลอาจจะทำให้บรรลุเป้าหมายของตนในทางกฎหมายได้อย่างเท่าเทียมกัน โดยมีข้อพิจารณาดังนี้⁹

ก) คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น จะต้องเข้าใจว่ายังดำรงอยู่ถึงแม้ว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะไม่สามารถที่จะกำหนดตนเองได้ โดยอิสระตั้งแต่เริ่มต้น อันเนื่องมาจากความมีจิตบกพร่อง จิตผิดปกติ หรือจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม ในกรณีนี้ยังต้องถือว่าในทางกฎหมายแล้วบุคคลนั้นมีความสามารถที่จะกำหนดตนเองได้ และบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพนั้นอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งย่อมมีผลว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังดำรงอยู่กับบุคคลนั้นอย่างสมบูรณ์ ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาความจริงว่าบุคคลนั้นสามารถใช้เสรีภาพนั้นได้หรือไม่

ข) คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังดำรงอยู่ถึงแม้บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะสร้างความเสียหายให้แก่ตนเอง เช่น อาชญากรได้ใช้เสรีภาพไปในทางที่ผิดก่อให้เกิดความอับอายสร้างความเสียหายให้แก่ตนเอง การใช้เสรีภาพที่ทำให้เกิดความอับอายและสร้างความเสียหายให้แก่ตนเองเช่นนั้นย่อมเป็นเครื่องพิสูจน์ว่ามนุษย์นั้นมีศักดิ์ศรีของตนเอง มีศักดิ์ศรีที่จะกำหนดตนเองได้อย่างอิสระ หากแต่บุคคลนั้นได้ใช้เสรีภาพนั้นไปในทิศทางที่ไม่ถูกต้องหรือเป็นการใช้เสรีภาพไปในทางที่ผิด

ค) คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมิได้ขึ้นอยู่กับการทำให้บรรลุเป้าหมายที่เป็นจริงในทางปฏิบัติของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้น การแทรกแซงของรัฐอาจเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ แม้ว่าบุคคลนั้นได้ตัดสินใจอย่างอิสระยินยอมให้รัฐทำการแทรกแซงดังกล่าวได้ ทั้งนี้ เพราะจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวรัฐย่อมไม่มีอำนาจที่จะไปขอความยินยอมจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อการแทรกแซงในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หากแต่ต้องปกป้องมิให้มีการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ง) เพราะคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้ขึ้นอยู่กับการทำให้เป็นจริงของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้น กรณีจึงอาจเป็นการแทรกแซงในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ แม้ว่าบุคคลนั้นจะยังไม่ถึงกําเนิดหรือบุคคลนั้นได้ตายไปแล้วก็ตาม ดังนั้น ในกรณีนั้น จึงไม่อาจจะอาศัยหลักสิทธิเรียกร้องในทางแพ่งมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวได้ เช่น เด็กในครรภ์มารดาย่อมได้รับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกันถึงแม้ชีวิตมนุษย์จะเริ่มขึ้นเมื่อมีการให้กำเนิด การให้กำเนิดนั้นก่อให้เกิดชีวิตใหม่และบุคลิกภาพส่วนบุคคลใหม่ขึ้น ดังนั้น การทำแท้งเด็กในครรภ์มารดาที่มีได้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายหรือการที่รัฐมิได้เข้าไปปกป้องต่อชีวิตของเด็กในครรภ์มารดาดังกล่าว กรณีย่อมเป็นการขัดกับมาตรา 1 (ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) ของรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน (BVerfGE 39,1) ได้วินิจฉัยว่ากฎหมายอาญาที่อนุญาตให้ทำแท้งได้นั้นเป็นโมฆะ โดยได้ให้เหตุผลว่า ชีวิตที่ได้รับการพัฒนาอยู่

⁹ Duerig in : Maunz/Dueng, Grundgesetz-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rdnr 19 ff.

ในกรณีการดำนั้นถือเป็นชีวิตอีกชีวิตหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นอาจให้ความคุ้มครองไปถึงบุคคลที่เสียชีวิตแล้ว เช่น การใช้ประโยชน์จากศพของมนุษย์ในทางการวิจัยเพื่อการอุตสาหกรรมนั้น อาจเป็นการละเมิดในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹⁰ แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้ตายได้ตัดสินใจด้วยตนเองการที่จะอุทิศร่างกายของตนเองเพื่อการศึกษาวิจัยในทางแพทย์อันเป็นประโยชน์ในการศึกษาค้นคว้าเพื่อการรักษาเยียวยาผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ในกรณีเช่นนี้ย่อมไม่เป็นการขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(2) สถานะในทางกฎหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในการพิจารณาถึงสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะแบ่งการพิจารณาถึงสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ออกเป็น 3 ประการคือ (2.1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (2.2) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ และ (2.3) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสิทธิประเภทหนึ่ง

(2.1) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (BVerfGE 5, 85 (204ff)) หรือที่กล่าวกันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐและการดำรงอยู่ของรัฐนั้นก็ดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความเสมอภาคดังที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอนได้และเป็นสิทธิที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติ ซึ่งย่อมหมายความว่าสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายที่บัญญัติไว้โดยสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนั้นเป็นการแสดงถึงผลอันมีพื้นฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งก่อให้เกิดผลสำคัญ 2 ประการ ประการแรก การตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายจะต้องถือว่าเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ ด้วย ประการที่สอง อาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาในทางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย รวมทั้งความหมายของการแทรกแซงในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทนั้นได้รับการพัฒนามาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือว่าในบทบัญญัติที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น อาจแสดงให้เห็นได้ในเรื่องดังต่อไปนี้¹¹

¹⁰ Dueng, in : Maunz/Dueng, Grundgesetz-Kommentar, Art. 1, Abs. 1 Rdnr. 26

¹¹ Maunz, in : Maunz/Dueng, GG-Kommentar, Art. 1, Abs. 1 Rdnr. 15

ก) การกำหนดทิศทางของรัฐ เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีผลในทางการกำหนดกฎหมายที่จะต้องทำให้บรรลุเป้าหมายต่อคุณค่าดังกล่าว สำหรับการกระทำของรัฐทั้งหลาย เพราะศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้นเป็นตัวกำหนดและเป็นตัวจำกัดวัตถุประสงค์และภาระหน้าที่ของรัฐ

ข) การบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดสิทธิในทางมหาชนที่มุ่งหมายต่อการกระทำของรัฐเท่านั้น หากแต่ยังบังคับให้รัฐต้องกำหนดเป็นหลักของกฎหมายทั้งหลาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามกฎหมายแพ่ง) ว่า อำนาจอื่นๆ นอกเหนือจากอำนาจรัฐก็ไม่อาจที่จะละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ ถึงแม้จะไม่ก่อให้เกิดสิทธิในทางมหาชนในการเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายเพื่อการคุ้มครองดังกล่าวก็ตาม แต่จากบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่จะต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้รัฐยังจะต้องปกป้องคุ้มครองเพื่อมิให้มีการละเมิดในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในการทำให้บรรลุเป้าหมายต่อหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นได้ก่อให้เกิดคำถามว่าในกฎหมายแพ่งนั้นจะต้องคำนึงถึงระบบคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ เช่น หลักอันละเมิดมิได้ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่เพียงใด ซึ่งในทางตำราของเยอรมัน¹² ต่างยอมรับตรงกันว่าหลักดังกล่าวนี้มีอิทธิพลต่อกฎหมายแพ่งด้วย

(2.2) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทย นอกเหนือจากที่ได้กำหนดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างหลากหลายแล้ว ยังได้กำหนดให้มีหลักประกันของสิทธิและเสรีภาพ เช่น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรค 2 หลักห้ามมิให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพอันมีผลเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง หลักการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพและหลักการจำกัดและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ จากหลักประกันดังกล่าวนี้เองก่อให้เกิดคำถามขึ้นว่าอะไรคือสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภท และมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ซึ่งในเรื่องนี้นับว่าเป็นปัญหาที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในการกำหนดขอบเขตสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพในปัญหาดังกล่าวแม้ในทางตำรากฎหมายของเยอรมันเองจนถึงปัจจุบันนี้ก็ยังไม่สามารถที่จะกำหนดกฎหมายออกมาเป็นหลักทั่วไปได้ว่า อะไรคือสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีความพยายามในการนำเกณฑ์ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Würde des Menschen) มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ด้วยเหตุนี้ การแทรกแซงใดที่เป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ กรณีย่อมถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้น ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสารัตถะอันเป็นแก่นของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภท ซึ่งภายในขอบเขตดังกล่าวรัฐมีอาจล่วงละเมิดได้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพจึงมีความมุ่งหมายที่จะปกป้องคุ้มครองการแทรกแซงของรัฐ มิให้กระทบต่อสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

¹² Duerig, in : Maunz/Duerig, GG-Kommentar, Art. 1 Abs. 1, Rdnr. 16

(2.3) คัดสรรความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสิทธิประเภทหนึ่ง

ในประเด็นนี้มีข้อถกเถียงในทางวิชาการว่า คัดสรรของความเป็นมนุษย์นั้นเป็นเพียงหลักการกว้าง ๆ ที่ครอบคลุมสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายหรือว่าคัดสรรความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะตนสิทธิหนึ่ง ต่อกรณีปัญหาดังกล่าวในทางวิชาการของเยอรมันนั้น มีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย¹³ ฝ่ายแรกเห็นว่าคัดสรรความเป็นมนุษย์ไม่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง เพราะการบัญญัติถึงคัดสรรความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 วรรค 1¹⁴ ของรัฐธรรมนูญนั้น มีลักษณะเป็นการประกาศหลักการของสิทธิขั้นพื้นฐาน และเนื่องจากในมาตรา 1 วรรค 3¹⁵ ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้สิทธิขั้นพื้นฐานในมาตราต่อมาผูกพันอำนาจรัฐทั้งหมดแต่ไม่หมายความรวมถึงคัดสรรของความเป็นมนุษย์ด้วย นอกจากนี้ ขอบเขตในการพิจารณาถึงคัดสรรความเป็นมนุษย์นั้นขาดความแน่นอนชัดเจนว่ามีขอบเขตแค่ไหน เพียงใด ดังนั้นตามความเห็นฝ่ายแรกจึงเห็นว่าคัดสรรความเป็นมนุษย์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญไม่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า คัดสรรความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากการจัดระบบในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานและพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของคัดสรรความเป็นมนุษย์แล้ว ถือได้ว่าคัดสรรความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่งโดยฝ่ายนี้ได้โต้แย้งความเห็นฝ่ายแรกที่กล่าวว่าคัดสรรความเป็นมนุษย์มีลักษณะเป็นการประกาศหลักการและขาดความแน่นอนชัดเจนนั้น ซึ่งฝ่ายนี้เห็นว่าลักษณะดังกล่าวนั้นปรากฏอยู่ในสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ด้วยซึ่งปัญหาในเรื่องดังกล่าวต่อมาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้วินิจฉัยยอมรับว่า คัดสรรความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง (BVerfGE 15, 149 (255)) และต่อมาได้วินิจฉัยว่าถึงแม้คัดสรรความเป็นมนุษย์มิได้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตราที่ระบุให้ผูกพันอำนาจรัฐทั้งหมดก็ตาม แต่อำนาจรัฐทั้งหลายก็ยังคงผูกพันกับหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (คัดสรรความเป็นมนุษย์) ด้วย (BVerfGE 61, 126 (137))

ซึ่งจากลักษณะดังกล่าวนี้เอง Zippelius ได้กล่าวว่าคัดสรรความเป็นมนุษย์ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นมีความมุ่งหมาย 2 ประการ ประการแรกถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิฯ หนึ่ง ส่วนความมุ่งหมายอีกประการหนึ่ง คัดสรรความเป็นมนุษย์ ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยในทางคุณค่าอันแสดงถึงทิศทางของการกระทำ โดยเรียกร้องให้สิทธิขั้นพื้นฐานต่าง นั้น สามารถบรรลุเป้าหมายได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ นอกเหนือจากการให้หลักประกันที่จะไม่ล่วงละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน¹⁶

¹³ Pieroth/Schlin, Grundrechte-Staatsrecht II, 9. Aufl. S. 87

¹⁴ มาตรา 1 วรรค 1 “คัดสรรความเป็นมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่ไม้อาจล่วงละเมิดได้เป็นการกระทำของรัฐที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อคัดสรรความเป็นมนุษย์”

¹⁵ มาตรา 1 วรรค 3 “สิทธิขั้นพื้นฐานที่จะกล่าวต่อไปนี้ ย่อมผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยถือว่าเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง”

¹⁶ Maunz-Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 28. Aufl., S. 180

สำหรับกรณีของไทยตามที่ได้บัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” “ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญของไทยได้ให้ความรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างชัดเจนโดยแยกออกจากสิทธิและเสรีภาพ ในกรณีเช่นนี้ในแง่ของสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญของไทยนั้น ย่อมถือได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าหรือวัตถุในทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ได้รับรองคุ้มครองแยกต่างหากจากสิทธิและเสรีภาพแล้ว ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญของไทย นอกจากจะเป็นสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแล้วยังต้องถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงด้วย เพราะโดยสภาพพื้นฐานแล้วสิทธิและเสรีภาพต่างๆ นั้นเป็นเพียงผลของการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

2.2.2 แนวความคิดในทางกฎหมายเกี่ยวกับ “สิทธิและเสรีภาพ” (Görg Haverkate, 1992, S. 156)

แนวความคิดในทางกฎหมายที่เกี่ยวกับ “สิทธิและเสรีภาพ” มีแนวความคิดพื้นฐาน 2 แนวความคิดคือ แนวความคิดแบบเสรีนิยม (die liberale Konzeption) กับแนวความคิดแบบเสรีภาพโดยส่วนรวม (die Konzeption der Kollektiv-Freiheit) อันเป็นแนวคิดเสรีภาพของกลุ่มสังคมนิยม

1.1 แนวความคิดแบบเสรีนิยม (die liberale Konzeption)

แนวความคิดแบบเสรีนิยมเป็นแนวความคิดที่ถือว่าเสรีภาพของปัจเจกบุคคล (die Konzeption der Individualfreiheit) เป็นสิ่งสำคัญ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเสรีภาพของปัจเจกบุคคลตามแนวความคิดเสรีนิยมนั้นถือว่า ปัจเจกบุคคลเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังนั้น “ปัจเจกบุคคล” จึงเป็นศูนย์กลางของแนวความคิดเสรีนิยม การกิจของรัฐในการกำหนด กฎเกณฑ์ต่อปัจเจกชน จึงเป็นภารกิจในการออกกฎหมายเพื่อให้ปัจเจกบุคคลสามารถใช้เสรีภาพของตนได้ภายในขอบเขตของแต่ละบุคคล แต่รัฐมิได้ไปเข้าวินิจฉัยเกี่ยวกับความถูกต้องของการใช้สิทธิของปัจเจกบุคคล เช่น รัฐมิได้ไปวินิจฉัยเกี่ยวกับความถูกต้องในทางความคิด ความเชื่อของปัจเจกบุคคลแต่อย่างใด เพราะการวินิจฉัยดังกล่าวมิได้มีความสำคัญต่อสังคมแต่อย่างใด แต่ในทางตรงกันข้ามรัฐจะต้องมีการประเมินค่าการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพราะการประเมินค่าการใช้สิทธิและเสรีภาพจะนำไปสู่ความขัดแย้งกับความคิดหรือทัศนคติของบุคคลอื่นในการใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นได้

การทำให้บรรลุความมุ่งหมายของสิทธิและเสรีภาพตามแนวความคิดของฝ่ายเสรีนิยมจึงต้องมียุทธศาสตร์ในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคล เพราะความขัดแย้งระหว่างการกำหนดกฎหมายของรัฐกับปัจเจกบุคคลก่อให้เกิดปัญหาว่าการใช้อำนาจอรัฐมักไปกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ซึ่งปัญหาดังกล่าวสะท้อนให้เห็นได้จากทฤษฎีว่าด้วยความเป็นรัฐ ดังนั้น เพื่อให้การวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวเป็นไปด้วยความถูกต้องเป็นธรรม และเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

จึงจำเป็นที่จะต้องจัดตั้งองค์กรในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคล ซึ่งก็คือตุลาการอันเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางและมีความอิสระ¹⁷

1.2 แนวความคิดเสรีภาพโดยส่วนรวม (Konzeption der Kollektiv-Freiheit)

หากเสรีภาพของปัจเจกบุคคลตามแนวความคิดเสรีนิยมมีหลักพื้นฐานมาจากหลักการตกลงกันโดยอิสระของปัจเจกบุคคล แนวความคิดเสรีภาพโดยส่วนรวม เป็นแนวความคิดที่ปฏิเสธหลักการตกลงกันโดยอิสระของปัจเจกบุคคล แนวความคิดเสรีภาพโดยส่วนรวมเป็นแนวความคิดในทางสิทธิมนุษยชนของฝ่ายสังคมนิยม ซึ่งในที่นี้จะได้พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างแนวความคิดในทางสิทธิมนุษยชนของฝ่ายสังคมนิยมกับแนวความคิดสิทธิมนุษยชนในทางรัฐธรรมนูญของปัจเจกบุคคล (เสรีนิยม)

1.2.1 สำหรับความสัมพันธ์ของแนวความคิดสิทธิของปัจเจกบุคคลตามรัฐธรรมนูญกับแนวความคิดสิทธิมนุษยชนของฝ่ายสังคมนิยม นั้น ต่างได้รับการพัฒนาจากแนวความคิดที่แตกต่างกัน โดยมีความเห็นต่อแนวความคิดทั้งสอง ดังนี้

(1) ความเห็นแรกเห็นว่า สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิในความเป็นอยู่ดั้งเดิมที่มนุษย์อยู่ในสภาพที่มีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ หากรัฐธรรมนูญของสังคมนิยมยอมรับเสรีภาพเหล่านั้น การยอมรับสิทธิมนุษยชนดังกล่าวของฝ่ายสังคมนิยมเป็นการยอมรับเพียงเพื่อการโฆษณาชวนเชื่อ ความเห็นดังกล่าวเห็นว่า การยอมรับสิทธิมนุษยชนของรัฐเท่ากับเป็นการกำหนดไว้ล่วงหน้าว่า รัฐจะต้องผูกพันต่อสิทธิทั้งหลาย ด้วยเหตุนี้เองการจะทำให้หลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพบรรลุความมุ่งหมายได้ จึงสามารถทำได้โดยการมีรัฐธรรมนูญที่มีการแบ่งแยกอำนาจ ดังนั้น รัฐใดก็ตามที่ปราศจากองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระแล้ว ดังเช่นกรณีของรัฐธรรมนูญของรัฐสังคมนิยม ตามแนวความคิดนี้เห็นว่ารัฐนั้นย่อมมิได้รับรองสิทธิมนุษยชนแต่อย่างใด

(2) ความเห็นที่สองเห็นว่า แนวความคิดทางสังคมนิยมได้รับมรดกทางความคิดในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของแนวคิดเสรีนิยมแต่ได้พัฒนาไปจากแนวความคิดเดิม เพราะสิทธิในเสรีภาพของแนวความคิดเสรีนิยมเป็นเสรีภาพที่รับใช้การดักดวงผลประโยชน์ของแนวคิดแบบทุนนิยม เสรีภาพแบบเสรีนิยมจึงเป็นเพียงการปกปิดการดักดวงผลประโยชน์ดังกล่าว ดังนั้น ตามทัศนะความเห็นที่สองนี้ จึงเป็นการมองแนวความคิดของสังคมนิยมที่ตรงกันข้ามกับแนวความคิดแบบเสรีนิยม วิธีการของแนวความคิดทั้งสองฝ่ายนั้นจึงเป็นเพียงยุทธวิธีในการแสดงให้เห็นว่าฝ่ายตนเท่านั้นที่เป็นแนวความคิดสิทธิมนุษยชนที่ถูกต้อง

(3) ความเห็นที่สามเห็นว่า มีมุมมองเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ชอด้วยกฎหมายของทั้งแนวความคิดแบบเสรีนิยมและสังคมนิยม ถ้านับสิทธิตามแนวความคิดแบบเสรีนิยม ซึ่งมีความมุ่งหมายในการสร้างขอบเขต

¹⁷ ในทางทฤษฎีว่าด้วยรัฐต่างมีข้อสงสัยว่า องค์กรที่มีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคลจะมีได้หรือ แต่อย่างไรก็ตามองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคลถือว่าเป็นสาระสำคัญของเสรีภาพของแนวความคิดแบบเสรีนิยม และเป็นสาระสำคัญของความผูกพันต่อกฎหมายของอำนาจรัฐ

ของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจากการแทรกแซงของอำนาจรัฐ ในขณะที่รัฐธรรมนูญของสังคมนิยมนั้นมีพื้นฐานอยู่บนความคิดของการมีส่วนร่วมของสังคม แต่ความแตกต่างประการสำคัญของแนวความคิดทั้งสองอยู่ที่เป้าหมายของความเสมอภาคและเสรีภาพ (E. Fromm, 1963 : S. 15) ในขณะที่แนวความคิดเสรีนิยมเน้นความเสมอภาคในทางรูปแบบหรือทางกฎหมาย แต่ในขณะที่แนวคิดสังคมนิยมเน้นความเสมอภาคในทางเนื้อหาหรือความเสมอภาคในทางความเป็นจริง (Oestreich, 1966, S. 92 f.)

ความเห็นที่สามนี้เองที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง โดยที่ความเห็นดังกล่าวพยายามหลีกเลี่ยงในการที่จะมองด้านใดด้านหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว จากความเห็นที่สามนี้เองที่เป็นความจำเป็นในทางปฏิบัติในการที่จะหาหลักเกณฑ์ของสิทธิมนุษยชน ซึ่งสามารถจะใช้เป็นเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปเพื่อตรวจสอบการรับรองสิทธิมนุษยชนของรัฐใดรัฐหนึ่ง หากพิจารณาจากแนวความคิดทั้งสองฝ่ายดังกล่าวข้างต้นต่างก็มีข้อบกพร่องด้วยกันทั้งสิ้น ในขณะที่แนวความคิดเสรีนิยม (ความเห็นที่หนึ่ง) พยายามเน้นเสรีภาพส่วนบุคคล แต่มิได้ให้หลักประกันความเสมอภาคตามความเป็นจริงและเสรีภาพอันแท้จริงอันจำเป็นสำหรับมนุษย์ทุกคน ด้วยเหตุนี้ ปัจเจกบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำงาน แต่บุคคลกลับไม่มีที่ทำงาน ซึ่งความบกพร่องของแนวความคิดเสรีนิยมดังกล่าวกลับได้รับการพิจารณามากกว่าจากแนวความคิดสิทธิมนุษยชนของสังคมนิยม ซึ่งสิทธิมนุษยชนแบบสังคมนิยมนั้นให้ความสำคัญกับสิทธิส่วนบุคคลหรือเสรีภาพส่วนบุคคลน้อยกว่าแนวคิดแบบเสรีนิยม

ตามความเห็นที่สามเห็นว่า แนวความคิดในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของฝ่ายเสรีนิยม และฝ่ายสังคมนิยมต่างมีความคิดในเรื่องเสรีภาพเหมือนกัน โดยแนวความคิดทั้งสองนั้นมีรากฐานร่วมกัน แต่แนวคิดทั้งสองมีวิธีการที่แตกต่างกัน ซึ่งแท้จริงแล้วต่างมีเป้าหมายร่วมกัน

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นว่าแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นนั้นไม่ถูกต้อง เพราะตามแนวความคิดสมัยใหม่นั้นมีแนวความคิดในทางกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพที่ขัดแย้งกัน (Benjamin Constant, 1820) และด้วยเหตุนี้ จึงมีแนวความคิดว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทั้งสองแนวคิดนั้น เป็นแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพที่มีการให้ความหมายต่างกัน กล่าวคือ “เสรีภาพปัจเจกบุคคล” (Individualfreiheit) กับ “เสรีภาพโดยส่วนรวม” (Kollektivfreiheit) ความแตกต่างของแนวความคิดทั้งสองอาจแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างใน 3 ประการ ดังนี้

- ใครเป็นผู้ทรงสิทธิของสิทธิมนุษยชน
- สิทธิมนุษยชนมีความมุ่งหมายที่จะบังคับต่อบุคคลใด
- ใครเป็นผู้มีอำนาจในการทำให้เกิดความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน

หากจะตรวจสอบประเด็นดังกล่าวจากแนวคิดแบบเสรีนิยมและแบบสังคมนิยมอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก) ใครเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพโดยส่วนรวม

ตามรัฐธรรมนูญของสหภาพโซเวียต (1918) ที่ร่างขึ้นภายใต้อิทธิพลของแนวคิดของเลนินนั้น ได้ประกาศสิทธิของประชาชนผู้ใช้แรงงาน (F. Hartung, 197 : S., 101 ff.) จากรัฐธรรมนูญของสหภาพโซเวียตดังกล่าวนั้นมิได้เป็นการประกาศถึงสิทธิของปัจเจกบุคคลแต่อย่างใด แต่หากเป็นการประกาศถึงสิทธิของส่วนรวม การประกาศครั้งแรกของฝ่ายสังคมนิยมในทางประวัติศาสตร์ของการประกาศสิทธิมนุษยชนเป็นการประกาศให้ “ประชาชน” (Volk) เป็นผู้ทรงสิทธิ ซึ่ง Fourier (Th. Ramm, 1955, S.388 f.) เห็นว่าสิทธิของประชาชนดังกล่าวเป็นสิทธิในการทำงานและสิทธิในอาหารการกิน ทั้งนี้เพื่อโต้แย้งต่อสิทธิของปัจเจกบุคคลตามแนวคิดเสรีนิยม ดังที่ได้มีการประกาศในการปฏิวัติของฝรั่งเศส โดยเหตุนี้ “สิทธิของประชาชน” (Rechte des Volkes) จึงแทนที่ “สิทธิของปัจเจกบุคคล” (Rechte des einzelnen) ตามแนวความคิดดังกล่าว Marx เคยวิพากษ์วิจารณ์แนวคิดแบบเสรีนิยม (Marx, 1962, S. 451 ff.) โดย Marx เห็นว่า บนพื้นฐานของแนวความคิดเสรีนิยม ทำให้เกิดมนุษยที่มีความเห็นแก่ตัว ซึ่งเป็นการแยกมนุษย์ออกจากส่วนรวม สิทธิของปัจเจกบุคคลตามแนวคิดเสรีนิยม จึงเป็นการแสดงถึงหลักการปัจเจกชนนิยมที่ผิดพลาด ประเด็นสำคัญของการวิพากษ์แนวความคิดแบบเสรีนิยมคือการให้สิทธิอย่างกว้างขวางแก่ปัจเจกบุคคลเป็นสิ่งที่ผิดพลาด และแนวคิดแบบเสรีนิยมไม่อาจจะบรรลุความมุ่งหมายได้ ความเท่าเทียมในทางสิทธิจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อเกิดความเท่าเทียมกันในทางสังคม แนวความคิดเสรีนิยมยิ่งทำให้ความไม่เท่าเทียมกันมีความมั่นคงยิ่งขึ้น การได้รับสิทธิในเสรีภาพที่แท้จริงตามแนวคิดแบบสังคมนิยมเห็นว่าจะต้องวางบนพื้นฐานอยู่บนพื้นฐานของโอกาสที่แท้จริงเสรีภาพในทางอาชีพมิอาจช่วยอะไรได้ หากบุคคลไม่สามารถหางานทำได้ การล่องลอยไม่มีในที่อยู่อาศัย มิได้ก่อประโยชน์อะไรต่อผู้ที่ไม่มีที่อยู่อาศัย ดังนั้น แนวความคิดสังคมนิยมจึงเป็นแนวความคิดที่วิพากษ์แนวความคิดสิทธิมนุษยชนแบบแนวคิดเสรีนิยม (Oestreich, 1966 : S. 92 f.)

ข) เสรีภาพโดยส่วนรวมมีความมุ่งหมายที่จะบังคับต่อบุคคลใด

ความขัดแย้งกันระหว่างแนวความคิดเสรีนิยมกับแนวความคิดสังคมนิยมเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนประการต่อมาคือสิทธิมนุษยชนมีความมุ่งหมายที่จะบังคับต่อบุคคลใด

แนวความคิดสิทธิมนุษยชนแบบเสรีนิยมตอบคำถามดังกล่าวโดยวางบนพื้นฐานอยู่ที่ “อำนาจอธิปไตย” โดยที่อำนาจรัฐนั้นเป็นอำนาจที่อยู่เหนือกว่าชีวิต เสรีภาพและกรรมสิทธิ์ของผู้อยู่ใต้ปกครอง ในทางทฤษฎีสิทธิของบุคคลเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ซึ่งมีมาตามธรรมชาติ จึงเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะป้องกันการแทรกแซงจากอำนาจรัฐ ดังนั้น ความมุ่งหมายของสิทธิของปัจเจกบุคคลจึงอยู่ที่การป้องกันต่อการแทรกแซงของอำนาจรัฐ สิทธิดังกล่าวจึงเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมือง ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย รัฐใดซึ่งมีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐนั้นกลายเป็นรัฐที่ผู้ใช้อำนาจรัฐถูกผูกพันอยู่กับกฎหมาย

สำหรับแนวความคิดสิทธิมนุษยชนแบบสังคมนิยม “สิทธิของประชาชน” (Rechte des Volkes) มีความมุ่งหมายที่จะโต้แย้งต่อสังคมนิยม ซึ่งถูกให้ความหมายว่าเป็นสังคมนิยมที่มนุษย์มีความเห็นแก่ตัว แนวความคิดสังคมนิยมมีความมุ่งหมายที่จะปลดปล่อยมนุษย์ (Emanzipation des Menschen) อย่างแท้จริง บุคคลใดเป็นศัตรูต่อ “สิทธิของประชาชน” ก็ย่อมเป็นศัตรูต่อแนวความคิดการปลดปล่อยมนุษย์ให้เป็นอิสระ ตามแนวคิดดังกล่าวทำให้เกิดความชัดเจนว่าบุคคลที่จะถูกผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดนี้มีลักษณะเป็นนามธรรมและไม่มีแนวคิดในทางกฎหมาย

ค) ใครเป็นผู้มีอำนาจในการทำให้เกิดความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน

ในขณะที่สิทธิมนุษยชนตามแนวความคิดแบบเสรีนิยม การมีตุลาการที่มีความเป็นอิสระเป็นสถาบันที่มีความสำคัญต่อการให้หลักประกันต่อสิทธิมนุษยชน ในขณะที่สิทธิมนุษยชนตามแนวความคิดสังคมนิยมเป็นเรื่องของสิทธิที่ปราศจากอำนาจตุลาการ สิทธิมนุษยชนตามแนวความคิดสังคมนิยมจึงเป็นสิทธิที่ปราศจากตุลาการแม้ว่าบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญจะกำหนดความเป็นไปได้ในการควบคุมโดยองค์กรตุลาการก็ตาม แต่ระบบพรรคเดียวของรัฐสังคมนิยมเป็นหลักการที่สำคัญ ดังนั้น การควบคุมโดยองค์กรตุลาการอย่างแท้จริงต่ออำนาจรัฐจึงไม่อาจกระทำได้

จากการศึกษาพิจารณาดังกล่าวแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงความแตกต่างในทางโครงสร้างระหว่างความคิดในทางสิทธิระหว่างแนวคิดเสรีภาพของปัจเจกบุคคลกับเสรีภาพโดยส่วนรวม โดยมีประเด็นสำคัญ 3 ประเด็น

- ในกรณีของผู้ทรงสิทธิ
- ในกรณีของบุคคลผู้ถูกผูกพันต่อสิทธิมนุษยชน และ
- ในกรณีขององค์กรที่มีอำนาจในการทำให้เกิดความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน

โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเด็นสุดท้าย ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่ง กล่าวคือเป็นการอ้างถึงความบกพร่องในการทำให้สิทธิมีผลอย่างแท้จริง หรือเป็นการขาดหลักการพื้นฐานในทางความเป็นจริงที่จะทำให้สิทธิมนุษยชนมีผลในทางปฏิบัติ จากข้อพิจารณาดังกล่าวนี้นเองที่ทำให้เกณฑ์ในการพิจารณาถึงการทำให้สัมฤทธิ์ผลของสิทธิมนุษยชนมีความชัดเจนขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม จากแนวความคิดทั้งสองดังกล่าวได้นำไปสู่การออกกติการะหว่างประเทศ 2 ฉบับ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights) กับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights)

2.2.3 หลักความเสมอภาค

การศึกษาเรื่องหลักความเสมอภาคในที่นี้ขอพิจารณาแนวคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคของประเทศเยอรมัน เนื่องจากเยอรมันนำหลักความเสมอภาคดังกล่าวให้กลายเป็นหลักในทางกฎหมายที่มีผล

ต่อการใช้อำนาจอรัฐทั้งหลายรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 3¹⁸ โดยได้วางหลักพื้นฐานไว้ดังนี้ กล่าวคือ มาตรา 3 ววรรค 1 เป็นการบัญญัติหลักความเสมอภาคทั่วไป (der allgemeine Gleichheitssatz) มาตรา 3 ววรรค 2 เป็นเรื่องหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง และมาตรา 3 ววรรค 3 เป็นเรื่องหลักข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นข้อเรียกร้องทั่วไปถึงความเท่าเทียมกันในการใช้กฎหมาย หรือที่เรียกว่า “ความเสมอภาคต่อกฎหมาย” (Gleichheit vor Gesetz) กับหลักความเสมอภาคในการบัญญัติกฎหมาย (Rechtssetzungsgleichheit) หรือที่เรียกว่า “ความเสมอภาคของกฎหมาย” (Gleichheit des Gesetzes) อันเป็นหลักที่ผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งหลักดังกล่าวนี้มีได้มีผลมาจากมาตรา 3 ววรรค 1 (หลักความเสมอภาคทั่วไป) หากแต่มีผลจากความเกี่ยวเนื่องกันระหว่างมาตรา 3 ววรรค 1 กับ มาตรา 1 ววรรค 3¹⁹ อันเป็นการผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน

มาตรา 3 ววรรค 2 นั้นถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง (der spezielle Gleichheitssatz) กล่าวคือ เป็นหลักความเสมอภาคที่กล่าวถึงเฉพาะเรื่องของหญิงและชาย นอกจากนี้หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องยังมีบัญญัติไว้ในมาตราต่างๆ ของรัฐธรรมนูญเยอรมันหลายมาตรา ซึ่งจะได้กล่าวโดยละเอียดต่อไป

สำหรับมาตรา 3 ววรรค 3 เป็นหลักข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ (Diskriminierungsverbot) ซึ่งตามมาตรา 3 ววรรค 3 ของรัฐธรรมนูญได้ยกตัวอย่างของความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ ศาสนา ภาษา เป็นต้น มิให้ถือเป็นเหตุของการปฏิบัติให้แตกต่างกัน และการมิให้ปฏิบัติเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายเปรียบแก่ผู้พิการนั้นเป็นบทบัญญัติที่ได้รับการเพิ่มเติมเมื่อปี 1994 เพื่อเป็นการบัญญัติรับรองสิทธิคนพิการให้ได้รับการดูแลจากรัฐมากขึ้น

มาตรา 3 เป็นมาตราที่มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับมาตรา 1 (ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) และมาตรา 2 (เสรีภาพส่วนบุคคล) ของรัฐธรรมนูญ เพราะมาตราดังกล่าวนั้นถือว่าเป็นพื้นฐานในทางความคิดของความเป็นรัฐ อันเป็นพื้นฐานในการกำหนดขอบเขตอำนาจมหาชนกับสิทธิของปัจเจกบุคคล

¹⁸ มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญเยอรมันมีโครงสร้างเหมือนกับมาตรา 30 รัฐธรรมนูญของไทย ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้”

¹⁹ มาตรา 1 (3) “สิทธิขั้นพื้นฐานผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยให้ถือว่าเป็นสิทธิที่มีผลผูกพันโดยตรง”

ดังนั้น เสรีภาพของปัจเจกบุคคล²⁰ ตัวอย่างเช่น การกำหนดรายละเอียดในทางเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 14 วรรค 1 นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องคำนึงถึงความเสมอภาคเป็นสำคัญ (BVerfGE 34, 139 : 74, 203) หรือในกรณีของกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องการศึกษานั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเคยวินิจฉัยว่า ผลจากมาตรา 12 ของรัฐธรรมนูญ (เสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ) เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักความเสมอภาคทั่วไปจะก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ที่สมัครเข้าศึกษาในมหาวิทยาลัย โดยการพิจารณาให้บุคคลนั้นเข้าศึกษาในสถานศึกษาต้องคำนึงถึงความสามารถของผู้สมัครให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้²¹ นอกจากนี้ หลักความเสมอภาคโดยเฉพาะอย่างยิ่งตามมาตรา 3 วรรค 3 นั้น ยังได้มีส่วนสำคัญในการสร้างหลักที่สำคัญในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เช่น หลักความเสมอภาคของพรรคการเมือง เป็นต้น

ความสำคัญของมาตรา 3 วรรค 1 ได้ขยายผลไปเกือบทุก ๆ เรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่เอกชน เช่น มาตรการในการให้เงินสนับสนุนแก่กิจการของเอกชนเพื่อเป็นการกระตุ้นเศรษฐกิจ (BVerfGE 58, 45) และการกระทำของฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในเรื่องดังกล่าว นอกจากนี้ หลักความเสมอภาคยังมีบทบาทสำคัญในขอบเขตของกฎหมายเกี่ยวกับการประกันสังคม กฎหมายภาษี และกฎหมายแรงงาน (เกี่ยวกับสัญญาจ้างความเท่าเทียมกันของค่าตอบแทนระหว่างหญิงและชาย) เป็นต้น

การศึกษาเรื่องหลักความเสมอภาคตามกฎหมายของเยอรมันนั้น จะทำการศึกษาในเรื่องผู้ทรงสิทธิและผู้ถูกต่อหลักความเสมอภาค ประเภทของหลักความเสมอภาค ซึ่งอาจแยกออกเป็นหลักความเสมอภาคทั่วไป หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องและหลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ ความผูกพันของหลักความเสมอภาคต่อฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ และผลของการละเมิดหลักความเสมอภาค

การแบ่งประเภทของหลักความเสมอภาคนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ หลักความเสมอภาคทั่วไป (der allgemeine Gleichheitssatz) ตามมาตรา 3 วรรค 1 และหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง (der spezielle Gleichheitssatz) ซึ่งในที่นี้จะได้พิจารณาไปตามลำดับ

2.2.3.1 หลักความเสมอภาคทั่วไป (der allgemeine Gleichheitssatz)

(1) หลักของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

หลักความเสมอภาคตามมาตรา 3 วรรค 1 นั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องของปัจเจกบุคคลโดยถือว่าหลักความเสมอนั้นเป็นพื้นฐานของหลักความยุติธรรม (BVerfGE 1, 233; 23, 99) นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเห็นว่า

²⁰ Manfred Gubelt, in : von Muench/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Rdnr. 3

²¹ Manfred Gubelt, in : von Muench/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Rdnr. 3

หลักความเสมอภาคตามมาตรา 3 ววรรค 1 นั้น เป็นหลักข้อห้าม เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Willkuerverbot) (BVerfGE 23, 96; 78, 232) โดยสาระสำคัญของหลักความเสมอนั้นมีความมุ่งหมาย เพื่อมิให้มีการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีความเหมือนกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันตามอำเภอใจ (BVerfGE 49, 148 (165))

หลักของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันมิได้เรียกร้องการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ มิได้หมายความว่าทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยมิได้คำนึงถึงข้อแตกต่างใดๆ เช่น บุคคลทุกคนจะต้องเสียภาษีเท่ากันหมดโดยมิต้องคำนึงถึงรายได้ของบุคคลนั้น หรือว่าทุกๆ คนจะต้องได้รับสิทธิเรียกร้องสำหรับการสงเคราะห์อย่างเท่าเทียมกันโดยมิต้องคำนึงถึงความจำเป็นของบุคคลนั้น การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในทางกฎหมายจึงหมายถึงกรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน ดังนั้น เรื่องของหลักความเสมอภาคจึงต้องเป็นกรณีที่มีข้อเท็จจริง 2 ข้อเท็จจริง โดยนำข้อเท็จจริงทั้งสองนั้นมาเปรียบเทียบกัน แต่อย่างไรก็ตาม การเปรียบเทียบกันระหว่างข้อเท็จจริง 2 ข้อเท็จจริง หรือบุคคล 2 คน หรือกลุ่มบุคคล 2 กลุ่มนั้น จะต้องคำนึงว่าไม่มีข้อเท็จจริงใดที่จะเหมือนทุกประการ ดังนั้น การเปรียบเทียบกันนั้นมีความหมายเพียงการเปรียบเทียบกันในสาระสำคัญเท่านั้น ซึ่งมีความหมายว่า บุคคลหนึ่ง กลุ่มบุคคลหนึ่ง หรือข้อเท็จจริงหนึ่งนั้นสามารถเปรียบเทียบกับอีกบุคคลหนึ่ง กลุ่มบุคคลหนึ่งหรือข้อเท็จจริงหนึ่งได้ โดยนำลักษณะที่เป็นสาระสำคัญในเรื่องนั้นๆ เป็นจุดยึดโยงในการเปรียบเทียบ เช่น การที่กฎหมายกำหนดให้เงินเลี้ยงดูแก่เด็ก 2 กลุ่ม คือ ระหว่างเด็กซึ่งกำพร้าบิดามารดากับเด็กซึ่งมิได้กำพร้าบิดามารดา ในกรณีของเด็ก 2 กลุ่มนี้ ข้อแตกต่างที่เป็นสาระสำคัญอันนำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างกันคือ เด็กกลุ่มหนึ่งเป็นเด็กที่ขาดบิดามารดาในการให้ความเลี้ยงดูกับเด็กอีกกลุ่มหนึ่งเป็นเด็กที่อยู่ภายใต้การเลี้ยงดูของบิดามารดา ดังนั้น ในกรณีนี้เด็กทั้งสองกลุ่มจึงเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความแตกต่างในสาระสำคัญและสมควรที่จะได้รับการปฏิบัติให้แตกต่างกัน การปฏิบัติให้แตกต่างกันในกรณีนี้ จึงไม่ละเมิดกับหลักความเสมอภาคปัญหาที่เกิดขึ้นคืออะไรคือความแตกต่างหรือเหมือนกันอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งความแตกต่างกันหรือเหมือนกันในสาระสำคัญดังกล่าวเกี่ยวพันกับความสามารถที่จะต้องปฏิบัติให้แตกต่างกันหรือเหมือนกัน คำตอบสำหรับคำถามดังกล่าวนั้นตามมาตรา 3 ววรรค 2 และวรรค 3 ได้แสดงให้เห็นเป็นตัวอย่างว่า สาระสำคัญตามที่กล่าวไว้ในวรรค 2 และวรรค 3 นั้นไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญสำหรับการปฏิบัติให้แตกต่างกัน กล่าวคือ ความแตกต่างในเรื่องเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ความเชื่อ และภาษา เป็นต้น นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้วางหลักในเรื่องดังกล่าวมาเป็นเวลายาวนานกว่า 3 ทศวรรษแล้ว และยังคงยึดถือหลักดังกล่าวอยู่อย่างไม่เปลี่ยนแปลง การวางหลักดังกล่าวนี้ได้รับอิทธิพลจากงานเขียนของ Gerhard Leibholz (Gerhard Leibholz, 1925)²² โดยเห็นว่าการพิจารณาว่าอะไรเป็นสาระสำคัญหรือไม่นั้น มีเนื้อหาเช่นเดียวกับหลักข้อห้ามมิให้ใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (Willkuerverbot) หลักของความเสมอภาค

²² Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1. Aufl.

ต่อหน้ากฎหมายนั้นมีหลักอันเป็นสาระสำคัญว่า “จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันไม่ให้แตกต่างกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญไม่เหมือนกัน ไม่ให้เท่าเทียมกัน” ดังนั้น จากหลักดังกล่าวกฎหมายมิได้ห้ามมิให้ปฏิบัติให้แตกต่างกัน แต่ในทางตรงกันข้ามการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันกลับเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาค ตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยอยู่เสมอว่า ห้ามมิให้ปฏิบัติให้แตกต่างกันในสิ่งที่เหมือนกันอย่างอำเภอใจ และห้ามมิให้ปฏิบัติให้เหมือนกันในสิ่งที่มีความสำคัญแตกต่างกันอย่างอำเภอใจ (BVerfGE 49, 148(165); 86, 81(87)) ดังนั้น นอกเหนือจากการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันที่จะต้องให้เหตุผลแล้ว ในกรณีของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน (ซึ่งโดยข้อเท็จจริงแล้วควรต้องปฏิบัติให้แตกต่างกัน) ซึ่งต้องให้เหตุผลด้วยเช่นกัน

การให้เหตุผลตามรัฐธรรมนูญต่อการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันหรือต่อการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันนั้น จะต้องมีการให้เหตุผล หากการปฏิบัตินั้นมิได้ดำเนินไปตามอำเภอใจ เพราะการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Willkuer) นั้น หมายถึงการปราศจากเหตุผลที่เหมาะสมต่อการปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง (BVerfGE 17,122(130)) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีเหตุผลหากระหว่างบุคคลสองกลุ่มนั้นมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ (BVerfGE 55, 72(88); 85, 23(244)) ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าตามหลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นอาจมีการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันได้ เมื่อมีเหตุผลที่สมเหตุสมผลหรือเป็นเหตุผลอันมีผลมาจากธรรมชาติของเรื่องนั้นๆ เอง (BVerfGE 1, 52; 71; 271) แต่สิ่งที่ยังเป็นปัญหาสำคัญคือการปฏิบัติให้แตกต่างกันใดที่มีความสมเหตุสมผล หรือการปฏิบัติแตกต่างอย่างไรที่อนุญาตให้ปฏิบัติให้แตกต่างกันได้นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับเกณฑ์ในการพิจารณาที่ใช้เป็นหลักในเรื่องนั้นๆ นอกจากนี้ การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นจะต้องมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในทางที่ชอบธรรม และการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน²³ ด้วย ซึ่งหมายความว่า การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นจะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และวิธีการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายจะต้องเป็นวิธีการที่มีความเหมาะสมและมีความจำเป็น

(2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการปฏิบัติให้แตกต่างกันหรือปฏิบัติให้เท่าเทียมกัน

ข้อพิจารณาในการปฏิบัติให้แตกต่างกันหรือปฏิบัติให้เท่าเทียมตามแนวปฏิบัติของกฎหมายเยอรมัน มีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

(2.1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันจะต้องมีผลจากอำนาจในการบัญญัติกฎหมายองค์กรเดียวกัน

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยว่า องค์กรของรัฐ (สหพันธ์, มลรัฐ, องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น, นิติบุคคลมหาชนอื่นๆ และศาล) จะต้องยึดถือหลักความเสมอภาคในส่วนของการข้อเท็จจริงที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน กรณีจะไม่เป็นการละเมิดต่อหลักความเสมอภาคในกรณีที่มีมลรัฐต่างมลรัฐกัน

²³ ดูรายละเอียดในบทที่ 6

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างองค์กรกัน หรือศาลต่างศาลกันได้ดำเนินการตามกฎหมายที่แตกต่างกัน สำหรับข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน เช่น ประชาชนของมลรัฐหนึ่งได้รับการปฏิบัติจากกฎหมายของมลรัฐนั้น อย่างหนึ่ง ซึ่งในข้อเท็จจริงเดียวกันนั้นอีกมลรัฐได้ปฏิบัติแตกต่างไปจากกฎหมายของอีกมลรัฐหนึ่ง ในกรณีนี้จึงไม่ใช่การปฏิบัติให้แตกต่างกันที่กระทบกับปัญหาความเสมอภาค เพราะตามความเห็นของศาลเห็นว่า นิติบุคคลมหาชนนั้น โดยหลักการพื้นฐานแล้วย่อมมีความอิสระที่จะดำเนินการตามความคิดเกี่ยวกับ ความยุติธรรมและผลประโยชน์ขององค์กรนั้นๆ ดังนั้น การที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนได้กำหนด หลักเกณฑ์ในเรื่องหนึ่งแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ของอีกองค์กรหนึ่ง กรณีจึงไม่ใช่เรื่องของการปฏิบัติ ที่ขัดกับหลักความเสมอภาค

(2.2) การกำหนดกฎหมายให้แตกต่างกันนั้นจะต้องพิจารณาจากกฎหมายโดยรวมในเรื่องนั้นๆ ด้วย ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยไว้หลายกรณีโดยการพิจารณาถึงความแตกต่าง ในเรื่องหนึ่งๆ นั้น ให้พิจารณาหลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายโดยรวมในเรื่องนั้นๆ เพื่อเป็นการให้เหตุผล สนับสนุนหรือปฏิเสธการปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติก็มีอิสระใน การกำหนดเป้าหมายดังกล่าว หากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเป้าหมายนั้นไว้อย่างชัดเจน (Albert Bleckmann, อ้างแล้ว, S. 653) ตัวอย่างที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยไว้โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์โดย รวมในเรื่องนั้นๆ เช่น กฎหมายในบรรพ 3 ของกฎหมายประกันสังคม (Reichsversicherungsgesetz- RVO) ไม่สอดคล้องกับมาตรา 3 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz) โดยพิจารณาประกอบกับ หลักรัฐสังคม (Sozialstaatsprinzip) ของมาตรา 20 วรรค 1 GG เพราะกฎหมายดังกล่าวมิได้ให้ ความคุ้มครองแก่เด็กที่เกิดจากมารดาที่ได้รับการประกันสุขภาพ ซึ่งหากเด็กที่อยู่ในครรภ์มารดานั้นได้รับ อันตรายต่อสุขภาพอันเนื่องมาจากอุบัติเหตุ หรือจากความเจ็บป่วยที่เกิดมาจากการทำงานก่อนการคลอด เด็กจากครรภ์มารดา จากบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการประกันสุขภาพอันเกิดจากอุบัติเหตุ นั้น นอกเหนือจากการป้องกันอุบัติเหตุแล้ว (มาตรา 708 RVO) กฎหมายดังกล่าวยังมีหลักการสำคัญอยู่ 2 หลักการ คือ หลักประการแรก เพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงสำหรับการคุ้มครองในทางสังคมต่อลูกจ้างและ บุคคลซึ่งมีสถานะเท่ากับลูกจ้าง โดยการให้สิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวต่อองค์กรในทางอาชีพ ที่จะต้องรับผิดชอบต่อเรื่องดังกล่าว อันเป็นระบบที่เรียกว่า “ระบบการให้ความคุ้มครองทางสังคม (soziales Schutzsystem) หลักประการที่สอง การประกันอุบัติเหตุนี้มีพื้นฐานมาจากความคิดที่ต้องการ จะแยกความรับผิดชอบของผู้เป็นเจ้าของกิจการรายใดรายหนึ่งที่มีต่อลูกจ้างของตน โดยประสงค์จะให้เรื่อง ดังกล่าวนั้นเป็นภาระของผู้ดำเนินกิจการร่วมกันทั้งหมด (Albert Bleckmann, อ้างแล้ว, S. 694) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงได้วินิจฉัยว่าการยกเว้นในการให้ความคุ้มครองโดยการให้ประกันสุขภาพ ครอบครัวถึงเด็กที่อยู่ในครรภ์มารดา ซึ่งได้รับผลกระทบจากอุบัติเหตุอันเนื่องมาจากการทำงานของ มารดานั้นเป็นการละเมิดกับเป้าหมายดังกล่าว และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่า เด็กที่อยู่ใน ครรภ์มารดาควรจะได้รับคุ้มครองเป็นพิเศษ และด้วยเหตุนี้หลักรัฐสังคม (Sozialstaatsprinzip)

ได้เรียกร้องให้มีการคุ้มครองต่อเรื่องดังกล่าวด้วย (BVerfGE 45, 376) ดังนั้น การกำหนดกฎหมายในเรื่องนี้จึงต้องพิจารณาจากหลักการพื้นฐานในเรื่องนั้นๆ ด้วย การกำหนดกฎหมายที่แตกต่างจากหลักการพื้นฐานในเรื่องนั้นๆ จะต้องมีเหตุผลสนับสนุนอย่างชัดเจน

(2.3) การปฏิบัติให้แตกต่างอันเนื่องมาจากผลประโยชน์มหาชน เป้าหมายของกฎหมายโดยรวมได้เรียกร้องกฎหมายที่มีความแตกต่างกันสำหรับบุคคลที่มีความแตกต่างกัน แต่หลายกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้แสดงให้เห็นว่าเป้าหมายของกฎหมายโดยรวมโดยหลักแล้วเรียกร้องความเป็นเอกภาพของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ แต่เนื่องจากผลประโยชน์มหาชนอันใดอันหนึ่งอาจมีผลนำไปสู่การทำให้ไม่เป็นเอกภาพของกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้ ในกรณีนี้ผลประโยชน์มหาชนดังกล่าวจึงเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายโดยรวมในเรื่องนั้น เช่น ในกรณีของกิจการโรงรับจำนำมีการคิดคำนวณภาษีที่แตกต่างไปจากกิจการธนาคารซึ่งตามทัศนะของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าในกรณีนี้อาจให้เหตุผลสนับสนุนได้จากข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น เนื่องจากกิจการธนาคาร มีค่าใช้จ่ายสูงกว่ากิจการโรงรับจำนำและนอกจากนี้ธนาคารยังจะต้องเก็บรักษาเงินสำรองโดยปราศจากดอกเบี้ยตามที่ธนาคารแห่งชาติกำหนด รวมทั้งการคิดคำนวณดอกเบี้ยของกิจการธนาคารมีความสำคัญต่อประโยชน์มหาชน อันจะมีผลต่อการกระตุ้นในทางเศรษฐกิจ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับนโยบายในทางสังคมที่มีต่อการทำให้บรรลุเป้าหมายของนโยบายการสร้างที่อยู่อาศัยสำหรับกลุ่มบุคคลที่ด้อยโอกาส ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้การเก็บภาษีสำหรับกิจการที่มีความสำคัญต่อประโยชน์มหาชนมากน้อยต่างกันนั้น จึงอาจนำไปสู่การเก็บภาษีที่แตกต่างกันได้โดยไม่ขัดกับหลักความเสมอภาค (BVerfGE 42, 374)

(2.4) การปฏิบัติให้แตกต่างกันเนื่องจากระบบที่แตกต่างกัน

ความแตกต่างกันในกรณีของหลักกฎหมายเดียวกัน แต่อยู่ในระบบกฎหมายต่างกันหรืออยู่ในสถาบันทางกฎหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งในแต่ละระบบกฎหมายย่อมมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันไป ตัวอย่างเช่นกฎหมายสวัสดิการข้าราชการ ย่อมมีความมุ่งหมายที่แตกต่างไปจากการให้ความช่วยเหลือเด็กกำพร้าที่มีอายุ 25 ปีบริบูรณ์ ซึ่งเด็กกำพร้าที่มีอายุครบ 25 ปีบริบูรณ์นั้นจะไม่ได้ได้รับความช่วยเหลืออีกต่อไป ถึงแม้ว่าหลักรัฐสังคม (Sozialstaatsprinzip) จะเรียกร้องให้เด็กกำพร้าควรได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกัน แต่อย่างไรก็ตาม หลังจากที่เด็กกำพร้ามีอายุครบ 25 ปีบริบูรณ์แล้วบุคคลนั้นอาจได้รับการช่วยเหลือจากระบบการช่วยเหลืออื่นที่แตกต่างออกไป สำหรับเงินช่วยเหลือแก่เด็กกำพร้าในระบบการประกันสังคมทำหน้าที่เป็นเงินค่าเลี้ยงดู ดังนั้น โดยทั่วไปแล้วฝ่ายนิติบัญญัติจึงสามารถที่จะยุติการให้ค่าเลี้ยงดูเด็กกำพร้าได้ เมื่อบุคคลนั้นอายุครบ 25 ปีบริบูรณ์ ส่วนกรณีข้อยกเว้นนั้นอาจกำหนดให้มีการช่วยเหลือโดยวิธีการอื่นๆ ในกรณีที่มีความจำเป็นแต่สำหรับเงินประกันสังคมในกรณีของบำนาญข้าราชการนั้นมีหน้าที่ประการอื่นซึ่งไม่อาจเปรียบเทียบกับกรณีเงินช่วยเหลือเด็กกำพร้าได้ เพราะในกรณีของข้าราชการนั้นเป็นไปตามหลักของการช่วยเหลือบุคคลที่เป็นข้าราชการรวมทั้งครอบครัวของบุคคลนั้น ดังนั้น หลักการช่วยเหลือของทั้งสองกรณีจึงมีความแตกต่างกัน (BVerfGE 40, 121)

(2.5) การปฏิบัติให้แตกต่างกันอันเนื่องมาจากประเพณีวัฒนธรรม

ชนบทรณนิยมประเพณีที่มีความแตกต่างกันนั้น อาจเป็นเหตุผลในการปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ เรื่องของชนบทรณนิยมหรือประเพณีในบางกรณีนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ โดยประชาชนเห็นว่าการปฏิบัติให้แตกต่างกันดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่มีความถูกต้อง เพราะคนมักมีความโน้มเอียงไปในทางที่เห็นว่าชนบทรณนิยมประเพณีนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ใช้หลักในการพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวกับประเพณีวัฒนธรรม โดยมีได้ยึดหลักความถูกต้องที่ได้มีการปฏิบัติกันมาอย่างยาวนานของชนบทรณนิยมประเพณีเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความถูกต้องของเรื่องดังกล่าว หากแต่ได้ใช้หลักความยุติธรรมในขณะปัจจุบันเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยให้เหตุผลในคำวินิจฉัยเรื่องที่มีการใช้หลักเกณฑ์ต่างกันต่อเรื่องที่อยู่ในสถาบันกฎหมายเดียวกัน แต่มีพื้นฐานที่ขัดแย้งแตกต่างกัน เช่น สถาบันกฎหมายด้านการประกันสังคมมีหลักเกณฑ์ในการคุ้มครองเด็กกำพร้าแตกต่างจากการให้บำนาญแก่ข้าราชการ ซึ่งเรื่องเหล่านี้อาจให้เหตุผลได้ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าระบบที่มีความแตกต่างกันนั้นย่อมมีความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกัน (Albert Bleckmann, อ้างแล้ว, S. 667) นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังได้เคยวินิจฉัยโดยอาศัยหลักประเพณีวัฒนธรรมอย่างชัดเจนว่าการตัดสินใจของบรรดาช่างฝีมือที่ได้มีการรวมตัวกันเป็นสมาคมสงเคราะห์นั้นได้กำหนดให้คณะกรรมการผู้ที่เป็นช่างฝีมือเป็นผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจโดยลำพังในเรื่องต่างๆ โดยมีได้กำหนดให้ผู้ปฏิบัติงาน และคนงานในกิจการงานหัตถกรรมนั้นเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจดังกล่าวด้วย ในกรณีเช่นนี้ ย่อมมีความหมายว่าการออกความเห็นเพื่อให้มีการตัดสินใจดังกล่าวด้วย ในกรณีเช่นนี้ ย่อมมีความหมายว่าการออกความเห็นเพื่อให้มีการตัดสินใจว่าจะให้มีการประท้วงเพื่อต่อรองเกี่ยวกับเงื่อนไขการจ้างจึงมีอาจจะเกิดขึ้นได้ ถึงแม้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะได้ปฏิเสธในเรื่องดังกล่าว แต่การที่กำหนดให้ คณะกรรมการของช่างฝีมือเท่านั้นที่มีอำนาจในการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ เป็นการสอดคล้องกับความคิดพื้นฐานของกฎหมายเกี่ยวกับการผลิตงานหัตถกรรมของเยอรมันตามธรรมเนียมปฏิบัติ ถึงแม้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะยอมรับการแก้ไขปัญหาดังกล่าว เพราะผลสุดท้ายแล้วไม่มีผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกันระหว่างงานอื่นๆ ด้วย ซึ่งในที่สุดผลประโยชน์ของกลุ่มคนงานอื่นๆ ไม่ได้ถูกทำให้เสียเปรียบ ดังนั้นกรณีนี้จึงไม่ละเมิดต่อหลักความเสมอภาค (BVerfGE 11, 310)

(2.6) ความสอดคล้องกันของระบบกฎหมาย (Systemgerechtigkeit)

หลักความสอดคล้องกันของระบบกฎหมายเป็นหลักที่ห้ามมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายขัดแย้งกันเอง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยสนับสนุนหลักการดังกล่าวว่า บทบัญญัติพิเศษในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไม่อาจจะละเมิดต่อหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ บทบัญญัติพิเศษในเรื่องใดเรื่องหนึ่งมีอาจจะแตกต่างจากหลักการอันเป็นบทบัญญัติพื้นฐานในเรื่องอื่นๆ ได้ (BVerfGE 12, 341) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยถึงหลักความสอดคล้องกันของระบบกฎหมาย (Systemgerechtigkeit) ว่า บทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งไม่ถือว่าขัดกับหลักความเสมอภาคตามมาตรา 3 วรรค 1 หากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายให้แตกต่างไปจากระบบกฎหมายที่

ฝ่ายนิติบัญญัติเองเป็นผู้บัญญัติขึ้น เพราะฝ่ายนิติบัญญัติย่อมสามารถที่จะบัญญัติกฎหมายให้แตกต่างกันได้ แต่ทั้งนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องสามารถอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผลถึงความแตกต่างดังกล่าว

ในที่นี้อาจสรุปพัฒนาการของแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน ที่เกี่ยวกับมาตรา 3 วรรค 1 ได้ดังนี้ (Duerig, อ้างแล้ว, Anh. Art. 3, Rdnr. 3 ff.)

(ก) ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัย Suedweststaat-Urteil (ลงวันที่ 25 ตุลาคม 1951) ไว้อย่างชัดเจนว่าการตีความที่เป็นการละเมิดหลักความเสมอภาค คือ กรณีที่มีการปฏิบัติให้แตกต่างกัน แต่ไม่อาจจะค้นหาเหตุผลที่สมควร หรือไม่อาจจะค้นหาเหตุผลอันเกิดจากพฤติการณ์ของเรื่องนั้นๆ หรือเหตุผลที่มีความสำคัญอื่นๆ ได้จากการปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้อาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นโดยอำเภอใจ (BVerfGE 1, 14(52)) สาระสำคัญของประเด็นจึงมิได้อยู่ที่ว่าการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนี้มีเหตุผลอันเป็นสาระสำคัญหรือไม่ ถ้าขาดเหตุผลอันเป็นสาระสำคัญดังกล่าวในกรณีนี้ก็ย่อมเป็นการปฏิบัติอย่างอำเภอใจคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในแนวนี้นี้ได้ถือเป็นแนวของคำวินิจฉัยของศาลตลอดมา

2.2.3.2 หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง (der spezielle Gleichheitssatz)

รัฐธรรมนูญของเยอรมันนอกจากได้บัญญัติเรื่องหลักความเสมอภาคทั่วไปแล้วยังได้บัญญัติหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องไว้ด้วย โดยมีเงื่อนไขและขอบเขตการใช้ที่แตกต่างจากหลักความเสมอภาคทั่วไป ตามรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้บัญญัติหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องไว้ ดังนี้

- (1) ความมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย (มาตรา 3 วรรค 2)
- (2) ข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ (Diskriminierungsverbot) อันเนื่องมาจาก เพศ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา เป็นต้น (มาตรา 3 วรรค 3)
- (3) ความมีสถานะเท่าเทียมกันระหว่างเด็กที่เกิดนอกสมรสกับเด็กที่บิดามารดาได้สมรสกัน ตามกฎหมาย (มาตรา 6 วรรค 5)
- (4) สิทธิอันเท่าเทียมกันต่อหน้าที่ในทางราชการ (มาตรา 12 วรรค 2)
- (5) ข้อห้ามมิให้มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อบังคับใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่ง หรือนุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ (มาตรา 19 วรรค 1)
- (6) การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันต่อพรรคการเมือง (มาตรา 21)
- (7) ความเสมอภาคของชาวเยอรมันในการรับราชการ (มาตรา 33 วรรค 1 ถึงวรรค 3)
- (8) ความเสมอภาคในการเลือกตั้ง (มาตรา 38 วรรค 1 และมาตรา 28 วรรค 1)
- (9) ข้อห้ามมิให้มีการจัดตั้งศาลพิเศษเพื่อพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งเป็นการเฉพาะ (มาตรา 101 วรรค 1)

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยวางหลักไว้ว่าโดยหลักทั่วไปแล้วหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องถือว่าเป็น

หลักกฎหมายพิเศษ ซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นโมฆะเนื่องจากละเมิดต่อหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เมื่อพิจารณาตามหลักความเสมอภาคในเรื่องนั้นแล้ว กรณีไม่ขัดกับความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในเรื่องนั้น กรณีนี้จะไม่ย้อนกลับมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก (BVerfGE 3, 225(240); 6, 55 (71); 9, 124Z128)) สำหรับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องในที่จะพิจารณาเฉพาะหลักความเสมอภาคระหว่างหญิงและชายตามมาตรา 3 วรรค 2 และหลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ (Diskriminierungsverbot) ตามมาตรา 3 วรรค 3 เท่านั้น หลักความเสมอภาคระหว่างหญิงและชาย (die Gleichheit von Frau und Mann) ตามมาตรา 3 วรรค 2

ตามมาตรา 3 วรรค 2 บัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน ให้รัฐดำเนินการสนับสนุนเพื่อบรรลุเป้าหมายแห่งความมีสิทธิเท่าเทียมกันของหญิงและชายและดำเนินการเพื่อให้เกิดผลในการขจัดความไม่เท่าเทียมกันที่มีอยู่”

ตามมาตรา 3 วรรค 2 ได้บัญญัติให้หญิงและชายมีสิทธิเท่าเทียมกัน บทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็น การทำให้เป็นรูปธรรมของหลักความเสมอภาคทั่วไป ซึ่งบทบัญญัติตามมาตรา 3 วรรค 2 นั้นเป็นหลัก ที่มาก่อนมาตรา 3 วรรค 1 ตามหลักความเสมอภาคทั่วไปนั้นอาจจะปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ระหว่างข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริง เมื่อมีเหตุผลที่อาจอธิบายการปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ ในขอบเขตดังกล่าวนี้เอง มาตรา 3 วรรค 2 ได้กำหนดว่าสำหรับข้อเท็จจริงว่าฝ่ายหนึ่งเป็นชายอีกฝ่ายหนึ่งเป็นหญิง ในกรณีนี้ ไม่ถือว่าเป็นเกณฑ์ของความแตกต่างที่เป็นสาระสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ไม่อาจที่จะไม่คำนึงถึง ความแตกต่างในทางกายภาพและความแตกต่างในทางหน้าที่ระหว่างหญิงกับชายได้อย่างสมบูรณ์ ด้วยเหตุเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าความแตกต่างระหว่างหญิงกับชายนั้นอาจจะเป็นเหตุผล ที่สำคัญของการปฏิบัติให้แตกต่างกัน เมื่อการปฏิบัติให้แตกต่างกันได้รับการเรียกร้องให้คำนึงถึง ความแตกต่างในทางกายภาพและความแตกต่างในทางภาระหน้าที่ระหว่างหญิงกับชาย (BVerfGE 3, 225)

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าการปฏิบัติให้แตกต่างกันระหว่างหญิงและชายนั้น ในทางกฎหมาย แล้วอาจทำได้เฉพาะเมื่อความแตกต่างในทางกายภาพและความแตกต่างในทางหน้าที่ที่มีผลมาจากเพศ นั้นเป็นความสัมพันธ์ในการดำเนินชีวิตที่สำคัญที่ต้องกำหนดเป็นเกณฑ์ ในประเด็นนี้สำหรับเพียงเหตุผล ในทางประเพณีวัฒนธรรมของความสัมพันธ์ในการดำเนินชีวิตเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอที่จะอธิบาย การปฏิบัติให้แตกต่างกันได้

คำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการทำงานตอนกลางคืน ศาลรัฐธรรมนูญได้ทำให้หลักเกณฑ์ของ มาตรา 3 วรรค 2 ชัดเจนยิ่งขึ้น ข้อห้ามในการทำงานกลางคืนสำหรับคนงานหญิงนั้น (มาตรา 19 วรรค 1 Arbeitszeitsverordnung-AZO) ขัดกับมาตรา 3 วรรค 3 GG ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติ ว่าบุคคลไม่อาจจะถูกเลือกปฏิบัติ เนื่องจากจากสาเหตุของเพศที่แตกต่างกันได้ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็น

การยืนยันหลักการของความเสมอภาคทั่วไปให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้ให้ความอิสระแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในขอบเขตที่ค่อนข้างจะแคบในการกำหนดเรื่องดังกล่าวความเป็นเพศหญิงหรือชายนั้น ไม่ถือว่าเป็นลักษณะที่สำคัญในการปฏิบัติให้แตกต่างกันในทางกฎหมาย

ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับปัญหาว่ากฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งได้เอาเปรียบผู้หญิงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ มาตรา 3 วรรค 2 ไม่ได้กำหนดข้อเรียกร้องหรือเงื่อนไขอื่นไว้ แต่กฎเกณฑ์ของมาตรา 3 วรรค 2 ได้แสดงออกถึงหลักของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันและได้ขยายผลเพื่อทำให้เกิดผลอย่างแท้จริงในสังคม ดังนั้น ผู้หญิงจึงต้องได้รับโอกาสที่เท่าเทียมกันกับผู้ชาย การแบ่งบทบาทของหญิงและชายตามประเพณีที่ผ่านๆ มา ซึ่งก่อให้เกิดภาระแก่ผู้หญิงมากขึ้น หรือก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้หญิงมากขึ้นนั้น ไม่ควรที่จะได้รับการตอกย้ำจากมาตรการของรัฐให้มากขึ้น (BVerfGE 15, 337; 52, 369; 58, 335) เนื่องจากความเสียเปรียบในทางข้อเท็จจริงของหญิง ดังนั้น หลักความมีสิทธิเท่าเทียมกันของชายและหญิงตามมาตรา 3 วรรค 2 จึงอาจมีส่วนทดแทนโดยการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นการให้ประโยชน์แก่หญิงนั้นได้ (BVerfGE 74, 163)

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในเวลาต่อมาโดยมีการเปลี่ยนความคิดบางประการ โดยวินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ซึ่งได้บัญญัติเพื่อทดแทนความเสียเปรียบของอีกฝ่ายหนึ่งนั้นอาจกระทำได้ สำหรับข้อห้ามของการเลือกปฏิบัตินั้นได้มีการอธิบายต่อไปว่า (BVerfGE 85, 191) แน่นนอนว่าการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันทุกกรณีมิได้เป็นการละเมิดมาตรา 3 วรรค 3 ในกรณีที่ปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นขัดแย้งกับความแตกต่างทางเพศ ซึ่งโดยแท้จริงแล้วกฎเกณฑ์ที่มีการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นสามารถกระทำได้เท่าที่กฎเกณฑ์นั้นเป็นความจำเป็นสำหรับการแก้ปัญหา ซึ่งตามธรรมชาติของเรื่องนั้นเฉพาะฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้นที่สามารถจะกระทำเรื่องนั้นได้

ในคำวินิจฉัยต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า สำหรับการสมรสที่ได้กระทำระหว่างวันที่ 1 เมษายน 1953 ถึง 30 มิถุนายน 1976 ซึ่งเป็นช่วงที่กฎหมายจำกัดมิให้ใช้ชื่อสกุลของหญิง (Geburtsname) เป็นชื่อสกุลของคู่สมรส (BVerfGE 48, 327) ตามมาตรา 1355 ประโยคแรกของประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) บทบัญญัติเดิม (ก่อนการแก้ไข) จึงไม่สอดคล้องกับมาตรา 3 วรรค 2 ตามมาตรา 1355 ประโยคแรกได้กำหนดว่า ให้ชื่อสกุลของฝ่ายชายเป็นชื่อสกุลของคู่สมรส โดยมีให้ใช้ชื่อสกุลของฝ่ายหญิงเป็นชื่อสกุลของคู่สมรส ดังนั้น เฉพาะฝ่ายชายจึงสามารถใช้ชื่อสกุลของตนเป็นชื่อสกุลต่อไปได้ ปัญหาว่าชื่อสกุลของฝ่ายใดที่ควรจะเป็นชื่อสกุลหลังการสมรสนั้น ในกรณีนี้กฎหมายได้ขัดแย้งกับความเป็นฝ่ายชาย กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของสตรีอันมีผลมาจากมาตรา 3 วรรค 2 GG การทำให้สตรีเสียเปรียบในกรณีนี้ได้รับการแก้ไขแม้จะใช้ชื่อสกุลของสตรีสามารถที่จะเพิ่มต่อจากชื่อสกุลของฝ่ายชายก็ตาม และโดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันสำหรับสตรี ในกรณีการใช้ชื่อสกุลของบุตร เพราะมาตรา 1616 BGB ได้กำหนดให้ใช้ชื่อสกุลของฝ่ายบิดาเท่านั้น

การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันของคู่สมรสตามมาตรา 1355 (บทบัญญัติเดิม) นั้นไม่สามารถให้เหตุผลอันเนื่องมาจากความแตกต่างในทางกายภาพได้ ดังนั้น ในกรณีนี้ความเท่าเทียมกันของสามีภรรยาในขอบเขตของความเป็นเอกภาพของครอบครัว จึงถูกกระทบโดยการที่กฎหมายกำหนดให้ชื่อสกุลของฝ่ายชายเป็นชื่อสกุลหลังจากการสมรสกัน ซึ่งโดยแท้จริงแล้วไม่มีความแตกต่างอันเป็นสาระสำคัญระหว่างชายและหญิง ในกรณีนี้มาตรา 1355 (เดิม) ของ BGB จึงไม่สามารถแสดงให้เห็นการกำหนดดังกล่าวมีเหตุผลอันจำเป็นสำหรับกฎเกณฑ์ดังกล่าว

การอธิบายความคิดในทางกฎหมายของบทบัญญัติเดิมนั้น อธิบายว่าชื่อสกุลของฝ่ายชายนั้นได้แสดงซึ่งความเป็นเอกภาพของชื่อสกุลของครอบครัว เพราะฝ่ายชายเป็นตัวแทนของครอบครัวในความสัมพันธ์กับบุคคลภายนอกและฝ่ายชายมีภาระหน้าที่ที่แตกต่างไปจากฝ่ายหญิง แต่อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าสภาพการณ์ดังกล่าวนี้ไม่สามารถจะให้เกิดผลของการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันระหว่างสามีภรรยาในเรื่องของการใช้ชื่อสกุลได้ (BVerfGE 84, 9)

มาตรา 3 วรรค 2 ได้ห้ามมิให้อาศัยความเป็นชายหรือหญิงเป็นเหตุผลที่สำคัญสำหรับการปฏิบัติให้แตกต่างกันในทางกฎหมาย แต่ห้ามมิได้ห้ามให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันระหว่างหญิงและชาย เพราะเหตุผลของความแตกต่างกันในทางกายภาพและทางภาระหน้าที่ อันเป็นธรรมชาติของการดำเนินชีวิตของหญิงและชาย แต่ลำพังการปฏิบัติให้แตกต่างกันโดยอาศัยเหตุผลจากประเพณีวัฒนธรรมเพียงอย่างเดียวนั้นไม่อาจจะถือว่าเป็นเหตุผลอันสมควรหลักตามรัฐธรรมนูญจะสูญเสียภาระหน้าที่ของหลักอันเป็นกฎหมายสูงสุดสำหรับการทำให้บรรลุผลในอนาคตของการกระทำ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย หากสังคมกล้ากลืนยอมรับความจริงที่เป็นอยู่ในสังคมหลักความเสมอภาคจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเคร่งครัด ซึ่งจะต้องนำมาใช้อย่างเคร่งครัดเช่นเดียวกันสำหรับผู้หญิงที่ถูกเอาเปรียบ เพราะตามมาตรา 3 วรรค 2 นั้นมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะลดความเสียเปรียบของสตรีในสังคม (BVerfGE 74, 163)

2.3 แนวคิดว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย

ในการศึกษาเพื่อทำความเข้าใจเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไทย สิ่งที่จะต้องคำนึงถึงประการแรกคือการค้นหาที่มาและความหมายในเชิงข้อความคิด (concept) ของเรื่อง อันเป็นการสำรวจที่มาทางความคิดของการบัญญัติกฎหมายรองรับว่าจะมีขอบเขตครอบคลุมในเรื่องใดบ้าง มีข้อสังเกตว่าการให้ความหมายสิทธิและเสรีภาพในมุมมองทางการเมืองการปกครองย่อมมีความแตกต่างกับการให้ความหมายสิทธิและเสรีภาพในมุมมองทางสังคมและวัฒนธรรม แม้มุมมองทั้งสองต่างก็ต้องอธิบายไปตามบริบทของแต่ละสังคมก็ตามที เพื่อแสดงให้เห็นถึงความหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในบริบทของสังคมไทย จึงขอแบ่งการพิจารณาเรื่องสิทธิและเสรีภาพโดยยึดเอาพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยแยกพิจารณาในส่วนที่เป็นพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในทางการเมือง การปกครอง และพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในสังคมและวัฒนธรรม

2.3.1 พัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในทางการเมือง การปกครองไทย

ในมุมมองเชิงพัฒนาการทางการเมืองการปกครอง การต่อสู้เรียกร้อง เพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิและเสรีภาพตามความเป็นจริงนั้นคือความขัดแย้งระหว่างความไม่เท่าเทียมกันของกลุ่มบุคคลในสองระดับ กล่าวคือ ระดับแรกเป็นกลุ่มที่มีความเข้มแข็งและเป็นผู้ที่มีอำนาจในการกำหนดความเป็นไปภายในสังคม เช่น กลุ่มชนชั้นปกครอง กลุ่มนักการเมือง กลุ่มพ่อค้าและนักธุรกิจ และกลุ่มอิทธิพล เป็นต้น ส่วนระดับที่สองมักจะเป็นกลุ่มที่มีอำนาจในการต่อรองในทางสังคมน้อยกว่ากลุ่มแรกและต้องปฏิบัติตามการชี้นำของกลุ่มแรก เช่น กลุ่มชาวนาและเกษตรกร กลุ่มผู้ใช้แรงงาน และชนชั้นที่มีฐานะยากจน เป็นต้น คู่ความขัดแย้งดังกล่าวจะรุนแรงมากน้อยเพียงใด ขึ้นอยู่กับปัจจัยที่สำคัญต่างๆ เช่น ระดับความแตกต่างในด้านโครงสร้างทางสังคม ระบบการบริหารจัดการความเป็นไปในสังคมนั้น วัฒนธรรมและค่านิยมความเชื่อในแต่ละสังคม เป็นต้น

ปัจจุบันนี้ประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นประเทศสังคมนิยมหรือเสรีประชาธิปไตย ในระดับของหลักการแล้วแนวความคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพเป็นอุดมคติที่เป็นการส่งเสริมความเท่าเทียมกันหรือโอกาสที่กลุ่มที่ด้อยกว่าจะได้มีโอกาสพัฒนาให้ทัดเทียมกับกลุ่มที่เหนือกว่า²⁴ ในขณะที่แนวนุรักษ์นิยมเห็นว่าการหลักการเรื่องสิทธิและเสรีภาพจะทำให้ฝ่ายปกครองเกิดความยากลำบากในการชี้นำสังคม แต่สำหรับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมกลับเห็นว่าหลักการเรื่องสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักประกันบุคคลจากการใช้อำนาจในทางที่ไม่ชอบธรรมของฝ่ายปกครองในการปกครอง และจากการผูกขาดอำนาจปกครองหรือเผด็จการ ดังนั้นหลักการเรื่องสิทธิและเสรีภาพจึงได้รับการสนับสนุนจากผู้ที่ยึดมั่นในอุดมการณ์ทางการเมืองแบบประชาธิปไตยที่ให้ความสำคัญกับเสรีภาพของปัจเจกบุคคลและระบบเสรีนิยม

สำหรับประเทศในสังคมตะวันออกอย่างประเทศไทยนับแต่อดีตมาอุดมการณ์ทางการเมืองภายใต้ค่านิยมและความเชื่ออันมีรากฐานมาจากคำสอนของศาสนา ทำให้เกิดการยอมรับอำนาจปกครองของชนชั้นปกครองยอมรับในคุณค่าของครอบครัวและให้ความเคารพนับถือผู้ใหญ่ ยอมรับและเข้าใจถึงสถานะที่แตกต่างกันของบุคคล โดยไม่เกิดข้อขัดแย้งที่รุนแรง เช่น อิทธิพลของพุทธศาสนาเกี่ยวกับเรื่อง “กรรม” ทำให้เกิดการยอมรับในเรื่องความไม่เท่าเทียมกันเพราะทำกรรมมาต่างกัน เป็นต้น

อย่างไรก็ดี แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพที่มาพร้อมกับแนวคิดและอุดมการณ์ทางการเมืองการปกครองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตยที่เป็นของตะวันตกได้แผ่ขยายเข้ามานับแต่มีการค้าขายกับต่างประเทศ ระบบการศึกษาตลอดจนการพัฒนาประเทศให้มีความทันสมัยในทุกๆ ด้านตามอย่าง

²⁴ ในทัศนะของ Thomas Hobbes นั้น ความเท่าเทียมกันโดยธรรมชาติของมนุษย์นั้นไม่ได้หมายความว่ารวมถึง “ความสามารถ” ของมนุษย์ว่าจะต้องเท่าเทียมกันแต่หมายความว่า ไม่มีผู้ใดที่อยู่สูงกว่าคนอื่นจนพ้นวิสัยที่คนอื่นจะทำลายได้

ตะวันตกทำให้แนวความคิดอ่านแบบตะวันตกแทรกซึมเข้าสู่แนวคิดและวัฒนธรรมแบบไทยๆ เช่น ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม ลัทธิการค้าเสรี และลัทธิปัจเจกชนนิยม เป็นต้น แม้ว่าในความเป็นจริงสำหรับประเทศไทยการเปลี่ยนแปลงในด้าน “รูปแบบ” จะมีความชัดเจนมากกว่าการเปลี่ยนแปลงในระดับรากฐานความคิดและทัศนคติของประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศก็ตาม

รูปแบบแนวความคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพได้ปรากฏขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นครั้งแรก (วิวัฒน์ เอี่ยมไพรวัน, 2541, หน้าที่ 1-7) ใน “พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475” อันเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับแรก โดยมีหลักการสำคัญว่าอำนาจอิสระสูงสุดของประเทศเป็นของประชาชน (มาตรา 1) และให้มืองค์กรที่ใช้อำนาจแทนประชาชน (มาตรา 2) อันเป็นการยืนยันถึงการเปลี่ยนแปลงจากการปกครองรูปแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

การรับรองสิทธิของประชาชนชาวไทยมีอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 2 คือ “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475” โดยได้มีการรับรองความเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย (มาตรา 12) เสรีภาพในการนับถือศาสนา (มาตรา 13) เสรีภาพในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียนการโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคมและการอาชีพ (มาตรา 14) อย่างไรก็ตาม แม้จะมีบทบัญญัติถึงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรไว้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ไม่ได้เปิดโอกาสให้ราษฎรมีบทบาทและมีส่วนร่วมในการเมืองการปกครองเท่าใดนัก ยิ่งไปกว่านั้นได้มีการออกพระราชบัญญัติป้องกันรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2476 มีผลทำให้มีบุคคลจำนวนมากถูกจับกุมคุมขังและถูกพิจารณาคดีทางการเมืองโดยคณะกรรมการที่รัฐบาลเป็นผู้แต่งตั้งแทนศาลสถิตยุติธรรม

ในปีพุทธศักราช 2488 ช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นายปรีดี พนมยงค์ ผู้นำฝ่ายพลเรือนของคณะราษฎร ได้เป็นบุคคลสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่คือ “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489” อันเป็นรัฐธรรมนูญที่ดีที่สุดในฉบับหนึ่งของประเทศไทย แต่เป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่มีอายุสั้นเพียง 1 ปี 6 เดือนเท่านั้น หลักประกันสิทธิและเสรีภาพที่สำคัญในรัฐธรรมนูญฉบับนี้คือการรับรองเสรีภาพแก่ประชาชนในการรวมกลุ่มหรือจัดตั้งพรรคการเมือง (มาตรา 14) การให้หลักประกันประการนี้ ทำให้ประชาชนสามารถรวมตัวกันเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนได้

วันที่ 9 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2490 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 หรือที่เรียกกันว่า “รัฐธรรมนูญฉบับได้ดุ่ม” รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ให้การรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของชนชาวไทย (มาตรา 21 - มาตรา 25) ตลอดจนให้การรับรองความเป็นอิสระของศาลในการพิจารณาคดี เช่น ที่กำหนดให้อำนาจของศาลในการพิจารณาคดีเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะซึ่งต้องดำเนินการตามกฎหมายในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ (มาตรา 88) เป็นต้น

วันที่ 23 มีนาคม พุทธศักราช 2492 มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ร่างโดย "สภาร่างรัฐธรรมนูญ" โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อสร้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยให้เกิดขึ้นและดำรงอยู่อย่างมีเสถียรภาพในประเทศไทย ในทางปฏิบัติได้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน มีการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าร่วมรับฟังการพิจารณาตลอดจนได้มีการศึกษาถึงรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ และรัฐธรรมนูญของต่างประเทศประกอบในการร่างด้วย ดังนั้น หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงมีการกำหนดไว้อย่างรัดกุมว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย ในการพูด การเขียน การพิมพ์และการโฆษณา และได้รับการคุ้มครองตามมาตราต่อไปนี้ เช่น

- บุคคลใดเห็นว่าตนถูกกักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย บุคคลนั้นหรือบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ของบุคคลนั้นรวมทั้งพนักงานอัยการมีสิทธิร้องขอให้ศาลพิจารณาส่งบุคคลนั้นจากการคุมขังได้ (หลัก Habeas Corpus) (มาตรา 31 วรรคสาม)
- ห้ามมิให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจในการบั่นทอนเสรีภาพในการเขียน การพิมพ์ และการโฆษณาโดยการปิดโรงพิมพ์ (มาตรา 35 วรรคสาม)
- ห้ามมิให้ฝ่ายบริหารจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาคดีในคดีหนึ่งหรือที่มีข้อหาฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลธรรมดาที่มีอยู่ตามกฎหมาย (มาตรา 163)

ภายหลังการทำรัฐประหารโดยจอมพล ป.พิบูลสงคราม เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2494 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495 ได้ถูกประกาศใช้เมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2495 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในร่างกาย ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การชุมนุมสาธารณะและการจัดตั้งพรรคการเมือง แต่ไม่ได้กำหนดมาตรการในการคุ้มครองดังที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2492

หลังการปฏิวัติ เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2501 จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ขึ้นดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ได้ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 อันเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว และได้มีการแต่งตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 240 คน ทำหน้าที่เป็นทั้งรัฐสภาและสภาร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในขณะเดียวกัน ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้ระบุถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางการเมืองแต่ประการใด ซึ่งแสดงว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้ต้องการให้ประชาชนใช้สิทธิทางการเมืองหรือมีส่วนร่วมในทางการเมืองแม้แต่น้อย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ซึ่งร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ตั้งขึ้นเมื่อพุทธศักราช 2502 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างเสถียรภาพให้เกิดขึ้นด้วยการสร้างดุลแห่งอำนาจในการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญ ในส่วนของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีลักษณะคล้ายกับที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เช่น

มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพในชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ทั้งนี้ ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายหรือการอนุญาตให้มีการจัดตั้งพรรคการเมืองได้ภายใต้กฎหมายพรรคการเมือง เป็นต้น

ภายหลังเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการเรียกร้องของนิสิต นักศึกษา และประชาชน ให้รัฐบาลของจอมพลถนอม กิตติขจร ปกครองประเทศโดยรัฐธรรมนูญ แต่ได้มีการจับกุมผู้เรียกร้องและตั้งข้อหาว่ามีการกระทำความผิดเป็นคอมมิวนิสต์ เป็นผลให้การเรียกร้องขยายวงกว้างขึ้นภายใต้การนำของศูนย์กลางนิสิตนักศึกษาแห่งประเทศไทย และในที่สุดได้นำไปสู่เหตุการณ์นองเลือดเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2516 ต่อมารัฐบาลที่มีนายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรีได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญจำนวน 18 คนเพื่อดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยคณะกรรมการได้ยึดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นแนวทางในการร่าง มีการให้หลักประกันเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน นั้น ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในหมวด 3 มาตรา 27 ถึงมาตรา 53 ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้วผู้ใช้อำนาจรัฐจะละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยพลการมิได้ ยกเว้นเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อความมั่นคงของชาติ เพื่อผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนและเพื่อความเป็นธรรมในสังคม ทั้งนี้ จะต้องกระทำภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายคือต้องผ่านกระบวนการทางรัฐสภาเสียก่อน ยิ่งไปกว่านั้นรัฐธรรมนูญได้กำหนดมาตรการในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้อีกชั้นหนึ่ง กล่าวคือ หากรัฐสภาออกกฎหมายใดๆ ที่เป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เช่น มีข้อความละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของสมาชิกทั้งหมด หรือนายกรัฐมนตรีสามารถเสนอความเห็นไปยัง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” พิจารณาชี้ขาด ทั้งนี้ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นเด็ดขาด แต่จะไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อคดีที่มีคำพิพากษาเสร็จสิ้นไปแล้ว (มาตรา 224 และมาตรา 226)

หลังการทำรัฐประหารเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีเพียง 29 มาตรา และมีเนื้อหาสาระคล้ายคลึงกับธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 คือมิได้กำหนดให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพในการเข้ามีส่วนร่วมในทางการเมือง

วันที่ 9 พฤศจิกายน 2520 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 โดยคณะปฏิวัติมีเจตนาที่จะให้ใช้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว เนื้อหาสาระทั่วไปคล้ายคลึงกับธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 คือบัญญัติให้มีระบบการปกครองแบบอำนาจเบ็ดเสร็จ ปฏิเสธการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนและไม่ได้กำหนดถึงหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ร่างขึ้นโดยคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญภายหลังการปฏิวัติเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2520 และมีการประกาศใช้เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2521 โดยได้กำหนดถึงหลักประกันเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในหมวด 3 (มาตรา 22 ถึงมาตรา 45)

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ถูกประกาศใช้ภายหลังจากที่คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติทำรัฐประหารเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นฉบับชั่วคราวและมีหลักการเช่นเดียวกันกับธรรมนูญการปกครอง พุทธศักราช 2520

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 (สมัยศ. เชื้อไทย, 2536 : 107-127) เป็นรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นตามบทบัญญัติของธรรมนูญการปกครอง พุทธศักราช 2534 และได้สร้างความขัดแย้งให้เกิดขึ้นอีกครั้งหนึ่งในประวัติศาสตร์การเมืองไทยนั่นคือ การให้บุคคลภายนอกที่มีชื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้ามาเป็นนายกรัฐมนตรีได้ และนำไปสู่เหตุการณ์นองเลือดเมื่อวันที่ 17-20 พฤษภาคม 2535 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้วางหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ตามบทบัญญัติในหมวดที่ 3 ตั้งแต่มาตรา 24 ถึงมาตรา 49

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (รวมสาระรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน, 2541) ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนฉบับแรกของประเทศไทยและได้มีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้มากที่สุด เมื่อเทียบกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไทยฉบับอื่นเท่าที่เคยมีมา นอกจากรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญและสิทธิในการมีส่วนร่วมในทางการเมืองที่เคยรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ แล้ว รัฐธรรมนูญใหม่ได้เพิ่มการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนรวมเป็น 50 มาตรา เช่น การยอมรับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในด้านต่างๆ สิทธิในฐานะที่เป็นพลเมือง การรับรองความเสมอภาคของบุคคลเพิ่มขึ้นโดยเฉพาะสตรีและผู้ด้อยโอกาสในสังคม เป็นต้น และยังได้ขยายความรับผิดชอบของรัฐในทางการเมืองการปกครองเพิ่มขึ้น รวมถึงได้กำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรอิสระขึ้นอีกหลายองค์กร เพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เป็นต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น การศึกษาในทางประวัติศาสตร์ทำให้เห็นภาพของพัฒนาการเรื่องสิทธิเสรีภาพในทางการเมืองการปกครองผ่านทางการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศและทำให้มองเห็นว่าในอดีตกระบวนการในการอ้างถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญมักเป็นไปเพื่อเป็นเหตุอ้างความชอบธรรมของผู้ปกครองมากกว่าที่จะต้องการให้มีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง และมักมิได้มีที่มาจากการเรียกร้องของประชาชนเอง แนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของผู้ปกครองเชิงอนุรักษนิยมดูเหมือนว่าจะไปกันไม่ได้กับข้อเรียกร้องให้ประชาชน

มีสิทธิและเสรีภาพอย่างเต็มที่โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการมีส่วนร่วมในการเมืองการปกครองของประชาชน ผู้ด้อยโอกาสในทางสังคม หรือโอกาสที่เป็นธรรมในการเข้าสู่ระบบการเมืองโดยเท่าเทียมกัน ดังนั้น การให้การรับรองสิทธิเสรีภาพไว้ในกฎหมายจึงเป็นหลักประกันพื้นฐานในการปกป้องผลประโยชน์ของประชาชน เป็นผลของการต่อสู้เพื่อให้มีการประกันสิทธิและเสรีภาพ ตลอดจนประกันความเสมอภาคกัน ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นพื้นฐานที่สำคัญสำหรับสังคมไทยที่จะพัฒนาภายใต้อุดมการณ์ทางการเมืองในระบอบประชาธิปไตย

อย่างไรก็ดี “สิทธิและเสรีภาพ” ในระดับของประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ ดูเหมือนว่าตลอดเวลาที่ผ่านมาประชาชนไม่ได้มีความเข้าใจถึงความสำคัญที่ต้องมีการรับรองสิทธิและเสรีภาพในด้านต่างๆ อย่างมากมายในรัฐธรรมนูญเท่าใดนัก กล่าวคือ การที่จะทราบถึงความสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้นต้องเกิดจากประสบการณ์ การศึกษา การตระหนักรู้ถึงสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นว่าสามารถลดบั่นดาลให้เกิดความเปลี่ยนแปลงการดำเนินชีวิตของพวกเขาเหล่านั้นได้อย่างไร ประสบการณ์ของผู้ที่เคยต่อสู้เรียกร้องเพื่อให้ได้มาถึงสิทธิและเสรีภาพที่จะทำให้สามารถรับรู้ถึง “พลัง” เช่นว่านั้นได้ ซึ่งสิ่งเหล่านี้ได้บังเกิดขึ้นมาก่อนแล้วในประวัติศาสตร์ของตะวันตก แต่สำหรับสังคมไทยยังอยู่ในช่วงของการพัฒนา ทั้งนี้ เพราะว่าสิทธิเสรีภาพในแง่ของผู้เรียกร้องนั้นถึงแม้ว่าจะเป็นไปเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตน (Individual) หรือกลุ่ม (Collective) ในเบื้องต้นก็ตามที แต่ในระดับของผลประโยชน์นั้นอาจมีการยกระดับให้เป็นสิ่งที่น่าสนใจมากกว่า ด้วยการพิจารณาว่าเป็นผลประโยชน์ในเรื่องใด หรือเป็นความจำเป็นที่จะต้องรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มซึ่งมีความสำคัญกว่าหรือไม่ หรือหากว่าถึงแม้ว่าจะเป็นเรื่องผลประโยชน์ส่วนตนที่ถูกกระทบแล้ว และผลกระทบประการนั้นจะมีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมได้ในอนาคตหรือไม่ หากว่ามีการกระทำเช่นนั้นต่อไป ภายใต้บริบทของสังคมไทย ซึ่งมีการยอมรับในอำนาจของผู้ปกครองในลักษณะอุปถัมภ์ กระบวนการทางปฏิบัติอาจจะทำให้เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นการเอื้อเฟื้อของผู้ปกครองมากกว่าเป็นสิ่งที่ได้มาจากการเรียกร้องด้วยวิธีการที่รุนแรงหรือการเผชิญหน้าเท่านั้น แต่กระบวนการดังกล่าวอาจจะใช้ไม่ได้หากว่าผู้ปกครองใช้อำนาจในลักษณะเผด็จการ และทั้งสองกรณีระดับของการเรียกร้องและวิธีการเรียกร้องจึงแตกต่างกัน

แต่ปัญหาที่จะต้องพิจารณากันต่อไปนั้นคือ เมื่อใดจะรู้ว่าผู้ปกครองใช้อำนาจในลักษณะเผด็จการหรือไม่การพิจารณาในเรื่องนี้หากยึดหลักการการปกครองระบอบประชาธิปไตยแล้ว ดูเหมือนว่าจะเป็น การแก้ปัญหาได้ในระดับหนึ่งระหว่างผู้ปกครองและประชาชน แต่ในกรณีเดียวกันนี้อาจจะเป็น การสร้างความขัดแย้งให้เกิดขึ้นได้ระหว่างกลุ่มในสังคมนั้น ซึ่งส่วนนี้มีความสำคัญมากหากว่าไม่สามารถ ใช้มาตรการที่สร้างความเข้าใจให้บังเกิดขึ้นได้แทนที่จะใช้อำนาจเด็ดขาด (หรือกฎหมายที่เด็ดขาด) ในการ แก้ไขปัญหา และวิธีการที่ดูเหมือนจะเป็นวิธีการที่ใช้กันมานานแล้วในอดีตและในสังคมไทยก็คือ การแก้ไขปัญหาด้วยการไกล่เกลี่ยโดยให้ทุกฝ่ายที่ได้รับผลกระทบในเรื่องดังกล่าวได้มีโอกาสในการเข้ามา มีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขปัญหาด้วยความสมัครใจและบริสุทธิ์ใจ ดังนั้น สิทธิเสรีภาพที่แท้จริงจึงต้องมีพื้นฐานจากความเข้าใจกันของทุกฝ่ายและเป็นเรื่องของผลประโยชน์ร่วมกันทั้งในปัจจุบันและอนาคต

2.3.2 พัฒนาการของลิทธิและเสรีภาพในทางสังคมและวัฒนธรรมไทย

จากคำกล่าวของเฮราคลิตัส นักปรัชญาตะวันตก (พระเมธีธรรมาภรณ์, ปรัชญากรีก, 2537) ที่ว่า “เราไม่สามารถจุ่มเท้าลงในสายน้ำสายเดียวกันได้ถึง 2 ครั้ง” แสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงซึ่งเป็นสัจธรรมเที่ยงแท้ของชีวิตและธรรมชาติ ในทำนองเดียวกันสังคมและวัฒนธรรมก็มีการปรับตัวเปลี่ยนแปลงเคลื่อนไหวอยู่ตลอดเวลาเช่นเดียวกัน

ประเทศไทยในความเป็นสังคมตะวันตก ประชาชนย่อมมีวิถีชีวิตและวิถีคิดไม่เหมือนกับสังคมตะวันตกเสียทีเดียว อย่างไรก็ตาม ทั้งสังคมตะวันตกและสังคมตะวันออกต่างก็มุ่งหวังถึงสังคมอุดมคติที่มีสันติสุข ถึงแม้ว่าวิถีการอธิบายและการปฏิบัติเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์จะมีความแตกต่างกัน และในแง่ของวัฒนธรรมสัมพัทธ์ (Cultural Relativity) แล้วการประเมินคุณค่า (Value) ของวัฒนธรรมหนึ่ง ๆ จึงไม่อาจประเมินเปรียบเทียบกับอีกวัฒนธรรมของอีกสังคมหนึ่งได้ ด้วยเหตุที่แนวความคิดเกี่ยวกับคุณค่าและความสง่างามในแต่ละสังคมย่อมแตกต่างกันออกไป ในบางเรื่องสังคมหนึ่งอาจมองว่าเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล แต่ในอีกสังคมหนึ่งกลับมีการยอมรับว่าการกระทำอันเดียวกันนั้นหาได้เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพแต่อย่างใด ดังนั้น ลิทธิเสรีภาพในแง่ของวัฒนธรรมแล้วจึงอาจดูเหมือนว่าเป็นเรื่อง “อัตวิสัย” ขึ้นอยู่กับความเชื่อและทัศนคติของคนในสังคมนั้นๆ อย่างไรก็ตาม ลิทธิและเสรีภาพในแง่วัฒนธรรมย่อมมีความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงได้ กล่าวคือสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงได้หากว่าในอนาคตทัศนคติและความเชื่อของคนในสังคมแปรเปลี่ยนไป ซึ่งอาจเกิดจากการแผ่ขยายของวัฒนธรรมจากสังคมอื่น การเลียนแบบหรือการผสมผสานระหว่างวัฒนธรรม เป็นต้น

ลิทธิและเสรีภาพในทัศนะเช่นนี้จึงดูเหมือนว่าเป็นเรื่องของ “กระแส” มากกว่าที่จะเป็นอุดมคติที่แท้จริง แต่การด่วนสรุปเช่นนั้นก็อาจไม่เป็นการถูกต้องนัก เพราะว่าหลักการเรื่องสิทธิและเสรีภาพได้ถูกพิสูจน์แล้วว่า เป็นเรื่องที่สามารถนำไปปฏิบัติให้เกิดผลจริงตามอุดมคติได้ในสังคมตะวันตก เป็นอุดมคติร่วมกันที่มนุษย์ยึดถือกันมาเป็นเวลายาวนานนับแต่มีรัฐเกิดขึ้นมากกว่าจะเป็นเรื่องของสมัยนิยมอีกทั้งยังเป็นสิ่งที่นานาประเทศต่างยอมรับร่วมกันในรูปของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น ความเป็นพลวัตรจึงหมายความว่าสิทธิและเสรีภาพมีระดับหรือความสำคัญที่ไม่คงที่ในสังคมหนึ่งๆ กล่าวคือ สังคมหนึ่งสังคมใดอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพในระดับมากน้อยแตกต่างกันไปก็ได้ขึ้นอยู่กับเวลาและบริบท หรือสภาวะแวดล้อมที่แปรเปลี่ยนไป เช่น

(1) ความก้าวหน้าในการค้นหาและการคิดค้นใหม่ๆ ไม่ว่าจะเป็นการคิดค้นเครื่องมือเครื่องใช้หรือเทคโนโลยีซึ่งนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางด้านวัฒนธรรม

(2) การแพร่กระจายทางวัฒนธรรม (Diffusion) เช่น การหยิบยืมความคิดความเชื่อหรือเทคโนโลยีการผลิตจากสังคมอื่น และ

(3) การครอบงำทางวัฒนธรรม (Acculturation) ซึ่งหมายถึงการปะทะกันระหว่างสองวัฒนธรรมซึ่งแตกต่างกันทั้งทางอำนาจทางเศรษฐกิจ การเมือง และความเจริญทางด้านเทคโนโลยี เป็นต้น

โดยเฉพาะในปัจจุบันนี้ระดับของสิทธิและเสรีภาพก็มีมาตรฐานในการปฏิบัติซึ่งนานาประเทศยอมรับกัน คือ ปฏิญญาสากลขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ซึ่งถือว่าเป็นแนวทางในการกำหนดกรอบของสิทธิและเสรีภาพในแต่ละเรื่องของแต่ละสังคมด้วยเป้าหมายอันเป็นอุดมคติร่วมกันของสังคมโลก และในด้านหนึ่งก็เป็นพันธะในทางกฎหมายระหว่างประเทศของประเทศสมาชิก

ถึงแม้จะมีการยอมรับในหลักการของสิทธิและเสรีภาพแล้ว แต่ในทางปฏิบัติ การโต้แย้งเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้จากผู้ที่ต้องการรักษาไว้ซึ่งเอกลักษณ์และวัฒนธรรมของตนเองตอบโต้ต่อผู้ที่ต้องการเห็นการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้น ซึ่งเชื่อว่าผลของการเปลี่ยนแปลงจะนำไปสู่สิ่งใหม่ที่ดีกว่าปัญหาเรื่องสิทธิและเสรีภาพในเชิงวัฒนธรรมแล้ว จึงดูเหมือนเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญ สภาวการณ์นี้ได้เกิดขึ้นทั่วไปในสังคมตะวันออกและในประเทศไทยด้วย กล่าวคือ

(1) การยอมรับหลักการเป็นสิ่งที่สำคัญ โดยเฉพาะการตรากฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ แต่การนำกฎหมายไปใช้ให้บรรลุผลนั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ทั้งนี้ เพราะจะต้องขึ้นอยู่กับการยอมรับและร่วมมือของสมาชิกในสังคม ปัจจัยทางด้านทรัพยากรและการบริหารจัดการ

(2) ในด้านโครงสร้างทางสังคม การทำให้หลักการเรื่องสิทธิและเสรีภาพประสานเข้ากับทัศนคติและความเชื่อดั้งเดิมของสังคมไทยเป็นเรื่องที่ต้องใช้เวลาในการให้การศึกษาเพื่อให้เกิดการยกระดับความเข้าใจในความเปลี่ยนแปลง และมาตรฐานการดำเนินชีวิตที่เหมาะสมร่วมกัน แทนที่จะปล่อยให้ต่างคนต่างเข้าใจกันเองซึ่งมักนำมาซึ่งความขัดแย้ง

ดังนั้น ในการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพในเรื่องหนึ่งเรื่องใดนั้นจึงต้องแยกการพิจารณาใน 2 ด้านนี้เสียก่อน เพื่อการมองเห็นปัญหาที่ชัดเจนขึ้น ยกตัวอย่างเช่น การยอมรับสิทธิเสรีภาพของสตรีในสังคมไทยที่มีความแตกต่างจากวิธีคิดเกี่ยวกับสิทธิของสตรีไทยในอดีต กล่าวคือ ในกรณีนี้เป็นปัญหาทางด้านโครงสร้างของสังคมที่ต้องแก้ไขและเป็นเรื่องที่สำคัญที่จะต้องกระทำก่อนและดูจะเป็นการลดการโต้แย้งจากสังคมได้มากกว่าการแก้ไขปัญหามาจากทางด้านกฎหมายก่อน ซึ่งเป็นการแก้ปัญหามานานแล้ว อีกทั้งลำพังการบัญญัติกฎหมายให้รับรองถึงความเท่าเทียมกันระหว่างชายกับหญิงก็ไม่ได้ทำให้ผู้หญิงไทยทั้งหมดรับรู้และเข้าใจถึงสิทธิต่างๆ เหล่านั้นได้ในทันทีที่อ่านกฎหมาย นั่นคือเราไม่อาจเปลี่ยนความเชื่อและทัศนคติของสตรีไทยทั้งหมดได้ด้วยเพียงการบัญญัติกฎหมาย ดังนั้น แม้การมีกฎหมายคุ้มครองสิทธิสตรีจะเป็นการดีสำหรับการสร้างหลักประกัน แต่แนวทางในการแก้ไขปัญหานี้อยู่ที่การสร้างสมดุลระหว่างการปรับเปลี่ยนกฎหมายและการปรับทางโครงสร้างของสังคมดังที่ได้กล่าวมา

ตัวอย่างอีกเรื่องหนึ่งคือ การยอมรับสิทธิของบุคคลที่มีลักษณะลัทธิเพศ ซึ่งเป็นปัญหาทางด้านโครงสร้างของสังคมยิ่งกว่าการเป็นปัญหาทางด้านกฎหมายประการแรกคำถามที่สังคมไทยจะต้องตอบก็คือ เรายอมรับรู้ถึงสิทธิและสถานภาพของบุคคลเหล่านี้แล้วหรือยัง ซึ่งในกรณีนี้ ควรจะแยกพิจารณาระหว่าง

ลิทธิและเสรีภาพในฐานะของมนุษย์หรือสมาชิกของสังคม และในฐานะสมาชิกอีกลักษณะหนึ่งในสังคมซึ่งแน่นอนว่าในฐานะสมาชิกของสังคมบุคคลเหล่านั้นมีลิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกันกับสมาชิกอื่นๆ ในสังคม ดังนั้น การเลือกปฏิบัติสำหรับบุคคลเหล่านี้จึงเป็นเรื่องที่ไม่สมควรและผิดกฎหมาย แต่การที่สังคมไทยจะยอมรับบุคคลเหล่านี้ในลักษณะพิเศษอีกแบบหนึ่งด้วยการปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านี้แตกต่างไปต่างหาก ในกรณีนี้มาตรการในทางกฎหมายย่อมกลายเป็นสิ่งที่จำเป็น

กล่าวโดยสรุปแล้วสภาวะการณ์ที่คนมีลิทธิและเสรีภาพจึงมีข้อดีที่ว่าเป็นการเอื้ออำนวยให้เกิดการเติบโตทางด้านความคิดมากที่สุด เนื่องจากลิทธิเสรีภาพเป็นเป้าหมายที่ทำให้ชีวิตทุกชีวิตมีค่าเท่าเทียมกัน สำหรับแนวทางที่จะนำไปสู่สังคมที่ดีและบรรลุเป้าหมายได้นั้นยังขึ้นอยู่กับทั้งการปรับโครงสร้างในส่วน of ตัวบุคคลและการสร้างสถาบันอีกด้วย

อย่างไรก็ดี คำว่า “ลิทธิและเสรีภาพ” ไม่ได้เป็นคำที่มีลักษณะเป็นการประเมินค่านิยม (Value Judgement) เพราะการกล่าวในลักษณะการประเมินคุณค่าย่อมเป็นขยายขอบเขตของความหมายออกไป โดยไม่มีที่สิ้นสุด ลิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม (Common Good) แต่ความสุขส่วนรวมอาจไม่ได้เป็นกติการ่วม แต่ลิทธิและเสรีภาพควรหมายถึง หลักการที่ได้มีการยอมรับโดยกลุ่มผลประโยชน์ทุกกลุ่มว่าตนได้รับผลประโยชน์ที่ยุติธรรมจากการปฏิบัติตามกติการ่วมนั้น

ดังนั้น การอ้างลิทธิเสรีภาพจึงไม่ใช่เพื่อใครคนใดคนหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ เพราะว่าคนส่วนใหญ่ไม่สามารถที่จะแยกสิ่งที่เป็นของตน ซึ่งอาจจะไม่ได้ออกจากสิ่งที่ดี (ซึ่งอาจจะไม่ใช่ของตน) แต่กระนั้นก็ตามความรู้สึกถึงคุณค่าของปัจเจกบุคคลทำให้ต้องการลิทธิเสรีภาพ แต่นั่นไม่ได้หมายความว่าปัจเจกบุคคลต้องอยู่ภายใต้อำนาจของผู้ปกครอง หากแต่ว่าเป็นการเชื่อในตัวบทกฎหมาย ผูกพันตนกับกฎหมายมากกว่ายึดถือตัวบุคคล เช่นนี้ปัจเจกบุคคลจึงจะมีความเป็นพลเมืองไม่ใช่ข้าทาสของผู้ปกครอง

ลิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลกับเป้าหมายของรัฐในความเกี่ยวข้องของเรื่องหน้าที่ อำนาจ และบทบาทนั้น ขึ้นอยู่กับว่าจะให้ความสำคัญกับอะไร กล่าวคือจะให้ความสำคัญกับบทบาทของใคร รัฐ หรือปัจเจกบุคคล และในการพิจารณานั้นจะพิจารณาในแง่ไหน จริยธรรมหรือกฎหมาย ความแตกต่างทางด้านสังคม ความเหลื่อมล้ำของบุคคลอันเนื่องมาจากความแตกต่างทางด้านสถานะของบุคคลทำให้เกิดข้อเรียกร้องในเรื่องของความเสมอภาคซึ่งเท่ากับว่าเป็นการจำกัดอำนาจของคนรวย และนั่นเท่ากับว่าความร่ำรวยมั่งคั่งไม่ใช่ที่มาของอำนาจทางการเมืองที่แท้จริง เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องคุ้มครองผู้ด้อยโอกาสจากการกดขี่ของคนรวยหรือผู้ที่แข็งแรงกว่า ดังนั้น แนวคิดเรื่องความยุติธรรมจึงถูกอธิบายด้วยแนวคิดเรื่องความเสมอภาค

ถึงแม้ว่าอุดมคติเรื่องลิทธิและเสรีภาพจะเป็นเรื่องที่ยากที่จะเข้าถึงได้อย่างสมบูรณ์แต่ปัจเจกชนและสังคมไทย จะต้องพยายามหาทางเข้าถึงเป้าหมายนั้นให้ได้หรืออย่างน้อยให้ใกล้เคียงที่สุดเท่าที่จะทำได้

2.4 สภาพการณ์ในทางกฎหมายเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพในสังคมไทย

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึง 2.4.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “สิทธิมนุษยชน” กับ “สิทธิพลเมือง” ตามรัฐธรรมนูญไทย 2.4.2 การรับรองสิทธิและเสรีภาพของนิติบุคคลและกลุ่มบุคคล 2.4.3 การใช้สิทธิเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ และ 2.4.4 การแก้ไขเยียวยากรณีที่มีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ

2.4.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “สิทธิมนุษยชน” กับ “สิทธิพลเมือง” ตามรัฐธรรมนูญไทย คณะทำงานในคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญได้เสนอหลักการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพไว้อย่างชัดเจนที่จะแยกระหว่าง “สิทธิมนุษยชน” หรือสิทธิที่ตกได้แก่บุคคลทุกคนกับ “สิทธิพลเมือง” หรือสิทธิที่ตกได้เฉพาะบุคคลผู้มีสัญชาติไทยเท่านั้น แต่ต่อมาเมื่อได้มีการเสนอร่างตามหลักการดังกล่าวข้างต้นต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในที่สุดสภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีการแก้ไขปรับปรุงโดยได้แก้ไขให้หมวด 3 เป็นหมวด “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” และคำว่า “บุคคล” ในหมวด 3 นี้ให้หมายถึง “บุคคลผู้มีสัญชาติไทย” เท่านั้น ดังที่ศาสตราจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (กรรมการ) ได้อภิปรายโดยมีความตอนหนึ่งว่า “...สิ่งที่กรรมการเขียนไว้ในหมวด 3 นั้น จำกัดเฉพาะบุคคลที่เป็นคนไทย แต่นั่นไม่ได้หมายความว่ารัฐสภาจะออกกฎหมายมาให้สิทธิแก่คนต่างด้าวเท่าคนไทยหรือไม่เท่าคนไทย ได้รัฐสภาทำได้รับที่จะออกกฎหมายให้สิทธิเท่าหรือทั้งที่จำกัดสิทธิกว่าคนไทย ทำไมสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่เขียนเสียเองว่าตรงไหนเป็นชนชาวไทยตรงไหนเป็นบุคคล ท่านประธานครับเรามีเวลา 240 วัน ถ้ามานั่งเถียงกันว่าสิทธิตรงนี้สิทธิของทุกคน เสรีภาพตรงนี้สิทธิของทุกคนไม่ว่าคนไทยหรือไม่ ตรงนี้เฉพาะคนไทยที่ได้กระผมเกรงว่าเวลาไม่พอ เพราะฉะนั้นการใช้คำว่า “บุคคล” ทั้งหมดในหมวดนี้ต้องเข้าใจว่าหมายถึงบุคคลที่เป็นคนไทย เมื่อได้รัฐสภาต้องการจะจำกัดสิทธิของคนที่ไม่ใช่คนไทยลงไปในน้อยกว่านี้ก็ทำได้ เมื่อได้รัฐสภาต้องการออกกฎหมายมาให้สิทธิคนต่างด้าวเท่าคนไทยตามสถานการณ์บ้านเมืองที่ผันแปรไปก็ทำได้ครับ” (รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14, 2540 : 200.)

จากการพิจารณาหลักการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของคณะทำงานในคณะกรรมการการประกอบกับการอภิปรายของสภาร่างรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีมาตราที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวคือมาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28 โดยที่มาตรา 4 ได้บัญญัติให้ความรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเป็นการทั่วไป โดยไม่ได้จำแนกแยกแยะว่าเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าว โดยที่หมวด 3 อันเป็นหมวดของ “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ได้บัญญัติคุ้มครองเฉพาะแก่ชนชาวไทยเท่านั้น ดังนั้น เพื่อตีความบทบัญญัติของมาตรา 4 ซึ่งอยู่ในหมวดทั่วไปให้สอดคล้องกับหมวด 3 “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ในเรื่องการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้สอดคล้องกันจึงอาจตีความไปในทำนองเดียวกับการคุ้มครอง

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” กล่าวคือบุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าวย่อมอ้างสิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะเป็น “สิทธิมนุษยชน” ได้

แต่เฉพาะสำหรับคนต่างด้าวอาจมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ตั้งนั้นตราบใดที่ไม่มีกฎหมายใดๆ จำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวบุคคลต่างด้าวจึงอาจใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับคนไทย ตัวอย่างเช่น มาตรา 58 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้สิทธิประชาชนในการขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการคือพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บัญญัติเกี่ยวกับการให้หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีข้อมูลข่าวสารของราชการไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด และในมาตรา 9 วรรคท้ายได้บัญญัติว่า “คนต่างด้าวจะมีสิทธิตามมาตรา 9 นี้เพียงใดให้เป็นไปตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง” และตามมาตรา 4 ได้ให้คำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ว่าหมายถึง “บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยและไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยและนิติบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนที่มีทุนเกินกึ่งหนึ่งเป็นของคนต่างด้าวใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ
 - (2) สมาคมที่มีสมาชิกเกินกึ่งหนึ่งเป็นคนต่างด้าว
 - (3) สมาคมหรือมูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของคนต่างด้าว
 - (4) นิติบุคคลตาม (1) (2) (3) หรือนิติบุคคลอื่นใดที่มีผู้จัดการหรือกรรมการเกินกึ่งหนึ่งเป็นคนต่างด้าว
- นิติบุคคลตามวรรคหนึ่งถ้าเข้าไปเป็นผู้จัดการหรือกรรมการสมาชิกหรือมีทุนในนิติบุคคลอื่นให้ถือว่าผู้จัดการหรือกรรมการหรือสมาชิกหรือเจ้าของทุนดังกล่าวเป็นคนต่างด้าว”

จากบทบัญญัติของมาตรา 58 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวประกอบกับพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ย่อมมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการใช้สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการ

การตีความตามแนวทางดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของคนต่างด้าวเป็นไปตามหลักภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า สิทธิและเสรีภาพของบุคคลต่างด้าวย่อมถูกจำกัดโดยกฎหมาย แต่ตราบใดที่ยังไม่มีกฎหมายมาจำกัดสิทธิของบุคคลต่างด้าวนั้นบุคคลต่างด้าวย่อมมีสิทธิที่กล่าวอ้างสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้ แต่บุคคลต่างด้าวย่อมมีสิทธิที่จะกล่าวอ้างได้เฉพาะสิทธิที่เป็น “สิทธิมนุษยชน” เท่านั้น บุคคลต่างด้าวไม่อาจที่จะกล่าวอ้างสิทธิที่มีลักษณะเป็น “สิทธิพลเมือง” ได้ ดังนั้น ปัญหาที่จะต้องพิจารณาในที่นี้คืออะไรเป็น “สิทธิมนุษยชน” และอะไรเป็น “สิทธิพลเมือง”

ก. “สิทธิมนุษยชน” หรือสิทธิของทุกๆ คน (Menschenrechte oder Jedermannrechte) สิทธิประเภทนี้ ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่บุคคลทุกๆ คน โดยมีได้แบ่งแยกกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด ภาษาใดหรือศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตพื้นที่ที่รัฐธรรมนูญของประเทศนั้นบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้นๆ ด้วย (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2543 : 50) สิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลแต่เพียงอย่างเดียวว่าเขาเกิดมาเป็นมนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้วตั้งแต่เกิด ก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้น (วรพจน์ วิศวกรรม, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 36) สิทธิมนุษยชน จึงมีลักษณะคล้ายกับ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ที่มุ่งคุ้มครองต่อ “มนุษย์”

ข. “สิทธิพลเมือง” (Bürgerrechte) สิทธิประเภทนี้ ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐนั้น เท่านั้น (บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, หน้า 50) ตัวอย่างของสิทธิพลเมือง เช่น สิทธิในทางการเมืองทั้งหลาย

2.4.2 การรับรองสิทธิและเสรีภาพของนิติบุคคลและกลุ่มบุคคล

ตามหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญใช้ชื่อว่า “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ซึ่งในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นไว้ว่า “ชนชาวไทย” ในที่นี้หมายถึงผู้มีสัญชาติไทย (หยุด แสงอุทัย, 2511 : 131) ในการประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อภิปรายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว โดยมีความตอนหนึ่งว่า “... ในหมวดนี้ต้องอ่านว่าบุคคลในที่นี้หมายถึงบุคคลซึ่งเป็นชนชาวไทย บุคคลนั้นเป็นศัพท์กฎหมาย หมายถึง บุคคลธรรมดา คือมนุษย์และนิติบุคคล เพราะฉะนั้นเป็นศัพท์ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิในกฎหมายได้ ...” (รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14, 2540 : 199)

จากคำอภิปรายดังกล่าวมีประเด็นที่จะต้องพิจารณา 2 ประเด็น คือ (1) “กลุ่มบุคคล” จะเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ (2) การเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพของนิติบุคคล

(1) “กลุ่มบุคคล” เป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

โดยทั่วไปแล้วบุคคลธรรมดาย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพ อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีมิได้จำกัดเฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้นที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้ ตัวอย่างเช่น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 58 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันเป็นสังคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน หรือหมู่คณะอื่น” ในกรณีที่มีการรวมตัวกันเป็นกลุ่มบุคคลหรือรวมตัวกันเป็นองค์กร หากมีการละเมิดสิทธิในเรื่องดังกล่าว เมื่อพิจารณาในแง่ปัจเจกบุคคลแล้วบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิดังกล่าวแต่ละคนย่อมมีอำนาจที่จะทำการโต้แย้งการกระทำที่เป็นการละเมิดดังกล่าวได้

แต่ปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือกลุ่มบุคคลหรือองค์กรซึ่งมิได้มีฐานะเป็นนิติบุคคลจะทำการโต้แย้งการกระทำในนามของกลุ่มหรือขององค์กรเองได้หรือไม่ เพียงใด ในกรณีนี้มีอาจอาศัยแนวการตีความตาม

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตามมาตรา 55²⁵ เพื่อเป็นแนวทางในการตีความได้ เช่น ตามที่ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า ผู้ที่จะเป็นคู่ความในคดีได้นั้นจะต้องเป็นบุคคลดังกล่าวไว้ในมาตรา 1 (11) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และคำว่า “บุคคล” นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ดังนั้น คณะบุคคลกรุงเทพมหานคร จำเลยที่ 1 เป็นเพียงคณะบุคคลหรือกลุ่มบุคคล มิใช่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล โจทก์จึงไม่สามารถฟ้องให้จำเลยที่ 1 ให้รับชำระหนี้ภาษีการค้าได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 495/2519 คำพิพากษาฎีกาที่ 495/2519) หรือคำพิพากษาฎีกาที่ศาลวินิจฉัยว่า “สิทธิที่จะดำเนินคดีทางศาลนั้นมีได้เฉพาะแต่บุคคล เมื่อปรากฏว่าสุเหร่าของชาวอิสลามมิได้เป็นนิติบุคคลแล้ว ก็ย่อมมอบให้ผู้ใดฟ้องแทนไม่ได้” (คำพิพากษาฎีกาที่ 462/2490) ตามหลักกฎหมายของเยอรมัน การเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพของกลุ่มบุคคลบัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรค 3 ว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นให้นำมาใช้กับนิติบุคคลภายในประเทศด้วยเท่าที่สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นสามารถนำมาใช้กับนิติบุคคลได้” ในการตีความมาตรา 19 วรรค 3 ของรัฐธรรมนูญเยอรมันมีการตีความเพื่อให้กลุ่มบุคคลหรือองค์กร ซึ่งมีได้มีฐานเป็นนิติบุคคลได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 19 วรรค 3 ของรัฐธรรมนูญด้วย จึงได้มีการตีความให้กลุ่มบุคคลหรือองค์กรที่มีได้เป็นนิติบุคคลเป็นผู้มีความสามารถในทางกฎหมายได้ในบางเรื่อง เพื่อให้กลุ่มบุคคลหรือองค์กรดังกล่าวเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้²⁶

นอกจากนี้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO, 1960) ของเยอรมันยังได้บัญญัติรับรองสิทธิของกลุ่มบุคคลไว้ด้วย โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 61²⁷ VwGO กลุ่มบุคคลตามมาตรา 61 หมายถึงกลุ่มบุคคลซึ่งไม่มีความสามารถในทางกฎหมาย แต่เมื่อได้พิจารณาจากกฎหมายสารบัญญัติ สิทธิอันเป็นปัญหาข้อพิพาทในเรื่องนั้น เป็นสิทธิซึ่งกลุ่มบุคคลดังกล่าวสามารถมีสิทธิในเรื่องนั้นๆ ได้ (Ferdinand O.Kopp, 1992 : S. 616.) เช่น คณะในมหาวิทยาลัยในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับระเบียบในการทำวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาเอก²⁸ คณะในมหาวิทยาลัยย่อมเป็นผู้เข้าร่วมในคดีได้

²⁵ มาตรา 55 “เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือเจ้าหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่งหรือบุคคลใด จะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้”

²⁶ Pieroth/Schlink, Grundrechte-Staatsrecht II, 9 Aufl., Heidelberg, 1993, S. 43 ; Dueng, in : Maunz/Duering, GG-Kommentar, Band I, Art.19, Abs. 3. Rdnr. 29.

²⁷ มาตรา 61 (บุคคลซึ่งสามารถในการเป็นผู้เข้าร่วมในคดี)

“บุคคลซึ่งสามารถเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณา ได้แก่

1. บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล
2. กลุ่มบุคคลเท่าที่กลุ่มบุคคลดังกล่าวสามารถมีสิทธิในเรื่องนั้นได้
3. เจ้าหน้าที่ของรัฐเท่าที่กฎหมายของมลรัฐได้กำหนดไว้”

²⁸ Hamburg VRspr 19, 829; Muenchen VRspr 20, 508; Mannheim VRspr 21, 253.

หากจะยกตัวอย่างกรณีดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญของไทย เช่น กรณีที่องค์การนักศึกษาในมหาวิทยาลัยใดวิทยาลัยหนึ่ง ซึ่งฐานะโดยทั่วไปขององค์การนักศึกษาย่อมมิใช่นิติบุคคล หากองค์การนักศึกษาดังกล่าวใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาเพื่อรณรงค์เรื่องประชาธิปไตย โดยเสนอความเห็นว่ารัฐบาลควรยุบสภา ต่อมาผู้บริหารมหาวิทยาลัยเห็นว่าการแสดงความคิดเห็นขององค์การนักศึกษาดังกล่าวเกินขอบเขตของการรณรงค์เรื่องประชาธิปไตย จึงมีคำสั่งห้ามมิให้องค์การนักศึกษาดำเนินกิจกรรมดังกล่าว ในกรณีนี้ จะเห็นได้ว่าองค์การนักศึกษาถูกละเมิดสิทธิในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 39 ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ถึงแม้องค์การนักศึกษาจะมีได้เป็นนิติบุคคล องค์การนักศึกษาก็ย่อมมีสิทธิที่จะโต้แย้งคำสั่งของมหาวิทยาลัยได้ ทั้งนี้ เพราะองค์การนักศึกษาของมหาวิทยาลัยย่อมเป็นองค์กรที่มีสิทธิที่จะดำเนินกิจกรรมต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ เมื่อคำสั่งของมหาวิทยาลัยกระทบต่อสิทธิขององค์การดังกล่าว องค์การดังกล่าวย่อมที่จะมีสิทธิโต้แย้งได้โดยมีจำต้องพิจารณาว่าองค์การดังกล่าวเป็นนิติบุคคลหรือไม่

(2) การเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพของนิติบุคคล

ในการพิจารณาเกี่ยวกับการเป็นผู้ทรงสิทธิของนิติบุคคลอาจแยกพิจารณาออกเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

(2.1) นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน

โดยหลักทั่วไปแล้วนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ดังนั้น กรณีของนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนจึงไม่มีข้อจำกัดดังเช่นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนดังที่จะได้กล่าวต่อไป

ประเด็นที่ต้องพิจารณาสำหรับนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนคงมีประเด็นว่าสิทธิและเสรีภาพใดบ้างที่สามารถนำมาใช้กับนิติบุคคลหรือกลุ่มบุคคลได้ ซึ่งมีข้อพิจารณาว่าสิทธิที่จะนำมาใช้กับนิติบุคคลหรือกลุ่มบุคคลได้นั้นจะต้องไม่ใช่สิทธิและเสรีภาพที่เชื่อมโยงอยู่กับความเป็นมนุษย์หรือสิทธิและเสรีภาพในลักษณะที่เกี่ยวกับความเป็นบุคคล ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้ไม่มีอยู่ในความเป็นนิติบุคคล กล่าวคือขอบเขตการคุ้มครองในเรื่องนั้น ๆ นิติบุคคลไม่อาจรวมอยู่ในขอบเขตการได้รับความคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ ตัวอย่างเช่น นิติบุคคลไม่อาจอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ นิติบุคคลไม่อาจอ้างเสรีภาพในชีวิตและร่างกายได้ เป็นต้น แต่ในทางตรงกันข้าม นิติบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในเรื่องกรรมสิทธิ์ เป็นต้น

(2.2) นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน

สำหรับนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (die juristischen Personen des öffentlichen Rechts) สามารถจะเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้หรือไม่ ปัญหาในเรื่องดังกล่าวนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่อาจเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้ (BVerfGE 21, 362 (369); 68, 193 (205) โดยศาล

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้ให้เหตุผลว่า เพราะผู้ที่อยู่เบื้องหลังนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนดังกล่าวมิใช่บุคคลธรรมดา แต่หากเป็น “รัฐ” ที่อยู่เบื้องหลังนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนดังกล่าว ทั้งนี้ เพราะบุคคลคนเดียวกันนั้นมิอาจจะเป็นได้ทั้งผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพและผู้ที่ถูกผูกพันอยู่กับสิทธิและเสรีภาพ (Konfusionsargument) ในกรณีที่มีการละเมิดในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐต่างองค์กรกันนั้น แท้จริงแล้ว เป็นเพียงเรื่องความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ (Kompetenzkonflikte) นั้นเอง (BVerfGE 21, 362 (368); 61, 82 (100)) หากได้เป็นเรื่องของการละเมิดในสิทธิขั้นพื้นฐานขององค์กรของรัฐอีกองค์กรหนึ่ง ไม่สำหรับการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันเห็นว่าเมื่อองค์กรนั้นเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่านิติบุคคลนั้นกระทำการในทางมหาชนหรือในทางเอกชน (BVerfGE 61, 82 (103)) นอกจากนี้ การพิจารณาความเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้น มิได้พิจารณาความเป็นนิติบุคคลในทางรูปแบบขององค์กรของรัฐเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาในแง่ของการทำภาระหน้าที่ของรัฐ (Pieroth/Schlink, อ้างแล้ว, S. 45)

อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยวินิจฉัยว่านิติบุคคลมหาชนอาจเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้ หากนิติบุคคลมหาชนนั้นจำเป็นที่จะต้องทำการปกป้องตนเองในขอบเขตของนิติบุคคล ซึ่งเป็นอิสระจากรัฐ ในกรณีนี้นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้นได้รับความคุ้มครองตามสิทธิและเสรีภาพในขอบเขตของเรื่องดังกล่าว (BVerfGE 31, 314 (322); 39, 302 (314)) เช่น มหาวิทยาลัยและคณะต่างๆ ของมหาวิทยาลัย โดยปกติแล้วมหาวิทยาลัยได้รับการก่อตั้งขึ้นหรือได้รับการสนับสนุนโดยรัฐ แต่ในทางวิชาการด้านการวิจัยต่างๆ และการสอนนั้น มหาวิทยาลัยเป็นอิสระจากรัฐ ในกรณีนี้จะต้องให้มหาวิทยาลัยหรือคณะต่างๆ มีโอกาสที่จะปกป้องความเป็นอิสระในทางวิชาการดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงความสามารถในทางกฎหมายขององค์กรดังกล่าว (BVerfGE 15, 256 (262)) เช่น คณะต่างๆ ในมหาวิทยาลัยหรือความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับรัฐบาลกลาง

2.4.3 การใช้สิทธิเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ

ในหัวข้อนี้แบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 หัวข้อดังนี้ 2.4.3.1 การใช้สิทธิต่อองค์กรที่ไม่ใช่องค์กรศาล และ 2.4.3.2 การใช้สิทธิทางศาล

2.4.3.1 การใช้สิทธิต่อองค์กรที่ไม่ใช่องค์กรศาล

ในกรณีที่มีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็ดี สิทธิและเสรีภาพก็นิติบุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิอาจใช้สิทธิต่อองค์กรที่ไม่ใช่องค์กรศาลได้ดังนี้ (1) ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (2) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

(1) ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา

(1.1) อำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาตามมาตรา 197 และมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งตามมาตรา 16 และมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา มีอำนาจหน้าที่ดังนี้

(1.1.1) การพิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณี

ก) การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น

ข) การปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรม ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม

(1.1.2) ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับหรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

(1.2) การพิจารณาและสอบสวนของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา

(1.2.1) ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง บุคคลและคณะบุคคลย่อมมีสิทธิร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้ (มาตรา 19) โดยการร้องเรียนดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือมีรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 20²⁹ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

(1.2.2) การพิจารณาสอบสวนหาข้อเท็จจริงและการรายงานผลเมื่อมีการร้องเรียนให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาดำเนินการให้แล้วเสร็จโดยไม่ชักช้าและต้องเปิดโอกาสให้ผู้ร้องเรียน ข้าราชการ พนักงาน ฯลฯ ที่เกี่ยวข้องชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานประกอบคำชี้แจงของตนได้ตามสมควร (มาตรา 29 วรรคหนึ่ง) เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้พิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงในเรื่องใดเสร็จแล้ว ให้จัดทำรายงานสรุปข้อเท็จจริงพร้อมทั้งความเห็นและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขส่งให้หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องเพื่อทราบหรือพิจารณาดำเนินการต่อไป แม้ว่าการกระทำของข้าราชการ พนักงาน ฯลฯ ได้เป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับหรือมติคณะรัฐมนตรีแล้วแต่กฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือความไม่เสมอภาคในกฎหมายหรือเป็นการเลือกปฏิบัติหรือลำเอียงให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอแนะต่อหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ ฯลฯ เพื่อพิจารณาดำเนินการให้มีการปรับปรุงหรือแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องดังกล่าวต่อไป (มาตรา 30)

²⁹ มาตรา 20 การร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาต้องทำเป็นหนังสือ และ

(1) ระบุชื่อและที่อยู่ของผู้ร้องเรียน

(2) ระบุเหตุที่ทำให้ต้องร้องเรียนพร้อมด้วยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวกับเรื่องร้องเรียนตามสมควร

(3) ใช้ถ้อยคำสุภาพ

(4) ลงลายมือชื่อผู้ร้องเรียน

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ เพื่อเปิดโอกาสให้มีการร้องเรียนด้วยวาจาก็ได้ ระเบียบดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ในกรณีที่ข้าราชการ พนักงาน ฯลฯ ไม่ปฏิบัติตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอาจส่งเรื่องดังกล่าวไปยังนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่ควบคุมหรือกำกับดูแลหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ ฯลฯ เพื่อให้สั่งการตามควรแก่กรณีได้ และหากผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ ฯลฯ ก็ยังไม่ปฏิบัติตาม หากเรื่องดังกล่าวเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะหรือเกี่ยวข้องกับประชาชนจำนวนมาก ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอาจทำรายงานเสนอต่อวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรเป็นการด่วนก็ได้ (มาตรา 31)

(2) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

(2.1) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

“คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ” เป็นองค์กรใหม่ซึ่งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอีกองค์กรหนึ่ง ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ(มาตรา 200) และตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 (มาตรา 15) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับคุ้มครองดูแลสิทธิมนุษยชนดังต่อไปนี้

ก. ส่งเสริมการเคารพและการปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ

ข. ตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรืออันไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี และเสนอมาตรการแก้ไขที่เหมาะสมต่อบุคคลหรือหน่วยงานที่กระทำหรือละเลยการกระทำดังกล่าวเพื่อดำเนินการในกรณีที่ปรากฏว่าไม่มีการดำเนินการตามที่เสนอให้รายงานต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป

ค. เสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

ง. ส่งเสริมการศึกษา การวิจัย และการเผยแพร่ความรู้ด้านสิทธิมนุษยชน

จ. ส่งเสริมความร่วมมือและประสานงานระหว่างหน่วยราชการ องค์กรเอกชน และองค์กรอื่นในด้านสิทธิมนุษยชน ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 18 (2) ได้กำหนดให้มีสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยให้สำนักงานฯ มีหน้าที่สำคัญประการหนึ่งคือ รับคำร้องเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการและดำเนินการสืบสวนหรือตรวจสอบเกี่ยวกับเรื่องที่มีการยื่นคำร้องตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

(2.2) การตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้นิยามคำว่า “สิทธิมนุษยชน” หมายความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม” กรณีที่มีการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและมีใช่เป็นเรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาลหรือที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว ให้คณะกรรมการมีอำนาจตรวจสอบและเสนอมาตรการแก้ไขโดยมีกระบวนการตรวจสอบดังนี้

(2.2.1) ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง

ก) บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนมีสิทธิยื่นคำร้องโดยทำเป็นหนังสือซึ่งต้องมีรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 23 วรรคแรก³⁰ การยื่นคำร้องให้ยื่น ณ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติหรือส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ หรือจะยื่นต่อกรรมการคนใดคนหนึ่ง หรือองค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อส่งต่อไปยังสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ข) องค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชน ในกรณีที่มีการร้องเรียนจากผู้ซึ่งถูกละเมิดสิทธิมนุษยชน ต่อองค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชนหรือในกรณีที่ปรากฏแก่องค์กรเอกชนดังกล่าวว่ามีการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน เมื่อองค์กรเอกชนดังกล่าวได้พิจารณาเบื้องต้นแล้วเห็นว่า กรณีมีมูลก็อาจเสนอเรื่องให้คณะกรรมการดำเนินการต่อไปได้

(2.2.2) การพิจารณาตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นสมควรให้มีการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือในกรณีที่คณะกรรมการได้รับคำร้องว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนและเห็นว่ากรณีดังกล่าวมีมูลและอยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ให้คณะกรรมการแจ้งไปยังบุคคลหรือหน่วยงานที่ถูกอ้างว่าเป็นผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือบุคคลหรือหน่วยงานที่คณะกรรมการเห็นว่าเกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน เพื่อให้บุคคลหรือหน่วยงานนั้นชี้แจงข้อเท็จจริงภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการกำหนด (มาตรา 25)

ในระหว่างการพิจารณาตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคณะกรรมการ ถ้าคณะกรรมการเห็นว่าอาจดำเนินการไกล่เกลี่ยได้ ให้คณะกรรมการดำเนินการไกล่เกลี่ยบุคคลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้คู่กรณีทำความเข้าใจความตกลงเพื่อประนีประนอมและแก้ไขปัญหากการละเมิดสิทธิมนุษยชน ถ้าปรากฏว่าคู่กรณียินยอมตกลงเพื่อประนีประนอมและแก้ไขปัญหาละเมิดสิทธิมนุษยชนแล้วคณะกรรมการเห็นว่าการตกลงนั้นอยู่ในกรอบของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ให้คณะกรรมการจัดทำให้มีการจัดทำข้อตกลงระหว่างคู่กรณีเป็นหนังสือไว้และให้ยุติเรื่อง (มาตรา 27)

(2.2.3) การรายงานผลการตรวจสอบ เมื่อคณะกรรมการได้ดำเนินการตรวจสอบเสร็จสิ้นแล้วและเห็นว่าการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน ให้คณะกรรมการจัดทำรายงานผลการตรวจสอบซึ่งต้องระบุรายละเอียดข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์แห่งการละเมิดสิทธิมนุษยชนและมาตรการแก้ไขปัญหากการละเมิดสิทธิมนุษยชนซึ่งต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าบุคคลหรือหน่วยงานใด

³⁰ มาตรา 23 บุคคลใดที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนมีสิทธิยื่นคำร้องโดยทำเป็นหนังสือและต้องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- (1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ร้องหรือผู้ทำการแทน
- (2) ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์อันเป็นเหตุแห่งการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน
- (3) ลายมือชื่อของผู้ร้องหรือผู้ทำการแทนที่ได้รับมอบหมายเป็นหนังสือจากผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง

มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องใดและด้วยวิธีการอย่างไร รวมทั้งระยะเวลาในการดำเนินการตามมาตรการดังกล่าว (มาตรา 28 วรรคหนึ่ง)

ในกรณีที่บุคคลหรือหน่วยงานมิได้ดำเนินการตามมาตรการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือดำเนินการแล้วแต่ยังไม่แล้วเสร็จโดยไม่เกิดผลอันสมควร ให้คณะกรรมการรายงานต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อสั่งให้มีการดำเนินการตามมาตรการแก้ไขปัญหาละเมิดสิทธิมนุษยชน ภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับรายงาน (มาตรา 30) และในกรณีที่ปรากฏว่าไม่มีการดำเนินการหรือสั่งการให้ดำเนินการตามมาตรการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยนายกรัฐมนตรี ให้คณะกรรมการรายงานต่อรัฐสภา เพื่อดำเนินการต่อไป (มาตรา 31)

2.4.3.2 การใช้สิทธิทางศาล

ในเรื่องนี้อาจแยกพิจารณาออกเป็น 2 กรณีคือ (1) กรณีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และ (2) กรณีสิทธิและเสรีภาพ

(1) กรณีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ปัญหาว่าการกล่าวอ้างถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญนั้นทำได้เฉพาะคนไทยเท่านั้น หรือสิทธิดังกล่าวรวมถึงบุคคลต่างด้าวที่อาจกล่าวอ้างถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ด้วย ทั้งนี้ เพราะมีการบัญญัติรับรอง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ไว้ใน 2 หมวด กล่าวคือ ตามมาตรา 4 ได้บัญญัติรับรองไว้ในหมวด 1 บททั่วไปและตามมาตรา 26 และมาตรา 28 ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย กรณีจึงทำให้เกิดปัญหาว่าระหว่างการบัญญัติรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 4 ซึ่งบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลเป็นการทั่วไป แต่ในขณะที่หมวด 3 เป็นการรับรองคุ้มครองเฉพาะชนชาวไทยเท่านั้น (กรณีจึงก่อให้เกิดความขัดแย้งว่า กรณีเช่นนี้บุคคลต่างด้าวที่ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะยกขึ้นเป็นข้อโต้แย้งได้หรือไม่) หากตีความว่า หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยซึ่งเป็นหมวดเฉพาะเป็นข้อยกเว้นของหมวด 1 บททั่วไป แต่ถึงจะตีความไปในทางดังกล่าวก็ตาม ก็ยังมีความขัดแย้งกับลักษณะเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นบุคคลได้รับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือได้รับคุณค่าดังกล่าวเพียงเพราะสิ่งเหล่านี้เป็นมนุษย์ ดังที่ Klaus Stern ได้ให้ความหมายคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ว่าหมายถึงคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่า ดังกล่าวโดยไม่จำกัดคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคลนั้น ในความหมายนี้ “ศักดิ์ศรี” จึงหมายถึงลักษณะบางประการที่เป็นคุณค่าเฉพาะตัวของมนุษย์ อันเป็นสาระสำคัญในการกำหนดความรับผิดชอบของตนเอง และเป็นสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่ละคนได้รับเพราะบุคคลนั้นเป็นมนุษย์ (Klaus Stern : S. 1113) จากเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังกล่าวจึงเป็นไปได้ที่จะคุ้มครองเฉพาะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนไทย โดยไม่ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนต่างด้าว เพราะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่มีพรมแดนระหว่างคนของชาติกับคนต่างชาติ

เพื่อให้เกิดความชัดเจนในประเด็นนี้จะขอนำคำอภิปรายในประเด็นดังกล่าวในส่วนที่เป็นสาระสำคัญมาเพื่อประกอบการพิจารณา นายสามารถ แก้วมีชัย (กรรมาธิการ) อภิปรายว่า “... ในที่สุดได้ข้อสรุปว่าการที่จะเขียนอยู่หมวดเดียวกันโดยแยกชนชาวไทยและแยกบุคคลที่เป็นต่างด้าวจะเกิดความสับสนจะมีปัญหา คณะกรรมาธิการพิจารณาร่างก็ได้ปรับเปลี่ยนให้ชัดเจน ใช้คำว่า “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ซึ่งหลายท่านก็กังวลว่าถ้าใช้ถ้อยคำว่าชนชาวไทยแล้ว สิทธิของคนต่างด้าวก็ตีต่างชาตีกดี ที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรจะได้รับการคุ้มครองตามหมวดนี้ไหม อยากจะกราบเรียนว่าไม่ว่าสิทธิในเรื่องของการถือครองทรัพย์สินถือครองที่ดิน ไม่ว่าสิทธิในเรื่องของการนับถือศาสนา เราจะมีบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการนั้นให้ช้อยกเว้นไว้ ซึ่งก็ได้ปฏิบัติสืบทอดกันมา รัฐธรรมนูญของไทยเราทุกฉบับตั้งแต่ปี 2475 จนถึงฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันปี 2534 ก็ใช้คำว่าบุคคลก็ชัดเจนโดยมีคำกำกับไว้ในหัวหมวดแล้วว่าบุคคลนั้นหมายถึงชนชาวไทย ส่วนต่างด้าวก็จะมีกฎหมายต่างหากที่จะยกเว้นต่อไป ...” (รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14, 2540 : 193)

ศาสตราจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (กรรมาธิการ) อภิปรายว่า “... ปัญหาว่าใครเป็นผู้ตัดสินว่าเรื่องใดควรจะให้ความคุ้มครองแก่คนที่ไม่ใช่คนไทย และเรื่องใดควรให้ความคุ้มครองเสมอกับคนไทย บางเรื่องนั้นเป็นไปได้ที่เราจะไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าวด้วย เช่น เสรีภาพในการเดินทาง และเลือกถิ่นที่อยู่ในมาตรา 35 และยอมเป็นไปไม่ได้อีกเช่นกันที่จะไปให้การรับรองคนต่างด้าวเท่ากับคนไทย

ปัญหาว่าใครจะเป็นคนวินิจฉัยไม่ใช่สภาร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่จะวินิจฉัยครับ เป็นหน้าที่ของรัฐสภาที่รัฐสภาจะต้องออกกฎหมายว่าต้องการที่จะจำกัดเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรได้กระทำได้ แต่ถ้าจะรับรองให้เท่ากัน รัฐสภาก็กระทำได้ซึ่งเป็นการปล่อยให้อยู่ในดุลพินิจอิสระของท่านสมาชิกรัฐสภาในอนาคตจะเป็นการเหมาะสมกว่าครับ แต่นั่นไม่ได้หมายความว่า รัฐสภาจะออกกฎหมายมาให้สิทธิแก่คนต่างด้าวเท่าคนไทยหรือไม่เท่าไม่ได้ รัฐสภาทำได้ครับที่จะออกกฎหมายให้สิทธิเท่าหรือทั้งที่จำกัดสิทธิกว่าคนไทย ทำไมสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่เขียนเสียเองว่า ตรงไหนเป็นชนชาวไทย ตรงไหนเป็นบุคคลท่านประธานครับเรามีเวลา 240 วัน ถ้ามานั่งเถียงกันว่าสิทธิตรงนี้สิทธิของทุกคนเสรีภาพตรงนี้สิทธิของทุกคนไม่ว่าคนไทยหรือหาไม่ ตรงนี้เฉพาะคนไทยที่ได้ กระผมเกรงว่าเวลาไม่พอ เพราะฉะนั้นการใช้คำว่า บุคคลทั้งหมดในหมวดนี้ต้องเข้าใจว่าหมายถึงบุคคลที่เป็นคนไทย เมื่อใดรัฐสภาต้องการจะจำกัดสิทธิของคนที่ไม่ใช่คนไทยลงไปให้น้อยกว่านั้นก็ทำได้ เมื่อใดรัฐสภาต้องการออกกฎหมายมาให้สิทธิคนต่างด้าวเท่าคนไทยตามสถานการณ์บ้านเมืองที่ผันแปรไปก็ทำได้ครับ” (รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 14, 2540 : 200)

จากการพิจารณาหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ประกอบคำอภิปรายของสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว อาจสรุปปัญหาเกี่ยวกับการเป็นผู้มีสิทธิกล่าวอ้างถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ว่าโดยที่มาตรา 4 ได้บัญญัติให้ความรับรองคุ้มครองแก่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลเป็นการทั่วไป กรณีย่อมจะต้องตีความให้คุณค่าดังกล่าวมีผลจึงมุ่งคุ้มครองเป็นการทั่วไป

นอกจากนี้ หากพิจารณาสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ย่อมเป็นไปได้ที่จะมีการจำแนกกลุ่มบุคคลเพื่อให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เฉพาะกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้น แต่เมื่อหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยได้บัญญัติรับรองคุ้มครองเฉพาะแก่ชนชาวไทยเท่านั้น ดังนั้น เพื่อตีความการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่ได้บัญญัติคุ้มครองไว้ดังกล่าวให้สอดคล้องกัน จึงอาจตีความได้ว่าบุคคลทุกคนไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าวย่อมที่จะอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ แต่สำหรับคนต่างด้าวอาจมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดการอ้างสิทธิดังกล่าวได้ ดังนั้น ตราบใดที่ไม่มีกฎหมายใดๆ จำกัดการอ้างถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังกล่าว บุคคลต่างด้าวจึงอาจอ้างถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้เช่นเดียวกับคนไทย

(2) กรณีสิทธิและเสรีภาพ

ตามรัฐธรรมนูญไทยได้บัญญัติหลักการคุ้มครองสิทธิโดยศาลไว้ในมาตรา 28 วรรค 2 โดยบัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่ทำให้บทบัญญัติตามมาตรา 27 มีผลในทางปฏิบัติเพราะหลักการที่บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองมีผลผูกพันองค์กรของรัฐโดยตรงนั้นจะไร้ซึ่งความหมาย หากไม่ให้องค์กรศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐว่าได้กระทำการใด ๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

มาตรา 28 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ว่าให้มีการใช้สิทธิยังศาลใดในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติหมวด 8 ว่าด้วยหมวดศาลซึ่งในหมวดนี้ได้กำหนดให้มีศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร และศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 276 ได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับคดีปกครอง ส่วนคดีประเภทใดบ้างที่จะเข้าข่ายเป็นคดีปกครองนั้นจะต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9³¹ ส่วนคดีที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและอำนาจศาลทหารนั้นย่อมขึ้นอยู่กับศาลยุติธรรมทั้งสิ้น เพราะตามมาตรา 271 ได้บัญญัติไว้ว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้ หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น”

³¹ มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่อง ดังต่อไปนี้

1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็น การออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่เป็นอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(อ่านต่อหน้า 56)

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปตามมาตรา 28 วรรค 2 คือ อำนาจรัฐที่จะละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด กล่าวคือ จะหมายเฉพาะอำนาจบริหารเท่านั้น หรืออาจรวมถึงอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการด้วย ในขณะที่มาตรา 19 วรรค 4 ตามรัฐธรรมนูญเยอรมันนั้นคำว่า “อำนาจมหาชน” ที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามมาตรา 19 นี้หมายเฉพาะอำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น ส่วนกรณีของการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการนั้นได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 93 (1) 4a ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่เข้ามาควบคุมตรวจสอบองค์กรดังกล่าว ด้วยการวางกลไกการตรวจสอบเช่นนี้ จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบการกระทำขององค์กรตุลาการและองค์กรนิติบัญญัติว่าได้กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ อันมีผลทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

ส่วนกรณีของไทยนั้นจะต้องพิจารณามาตรา 28 วรรค 2 ประกอบกับมาตรา 27 ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 27 ได้บัญญัติให้องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยตรง ในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายนั้นย่อมหมายความว่าอำนาจรัฐแต่ละอำนาจอาจกระทำการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองได้ในขอบเขตของการใช้อำนาจแต่ละอำนาจ กล่าวคือ หากฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งโดยละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบจากกฎหมายดังกล่าว อาจดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลและใช้สิทธิตามมาตรา 264³²

(ต่อจากหน้า 55)

3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น

³² มาตรา 264 ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใดถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้นให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางราชการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย

ของรัฐธรรมนูญโดยโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติของมาตรา 6³³ และให้ศาลนั้นเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

ส่วนการกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาล ส่วนจะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมนั้นก็ต้องพิจารณาจากการกระทำของฝ่ายปกครองว่าเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นคำสั่งทางปกครอง การออกกฎหมายลำดับรองหรือเป็นการกระทำในลักษณะเป็นการปฏิบัติการทางปกครอง ดังที่ได้กล่าวรายละเอียดไว้แล้วข้างต้นหรือไม่ หากว่าใช้ก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองแต่ถ้าไม่ใช่ก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

สำหรับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการนั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า ศาลมีความผูกพันอยู่ 2 ประการ ในการตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ ประการแรก ศาลต้องตรวจสอบว่ากรณีที่เป็นคดีมาสู่ศาลนั้นเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ และประการที่สอง ศาลเองจะต้องไม่ใช่หรือตีความกฎหมายไปในทางที่จะเป็นการละเมิดกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้น การละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานจากองค์กรตุลาการจึงอาจเกิดขึ้นได้ ทั้งในกรณีแรกและในกรณีหลังกรณีแรกหากมีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานแต่ศาลวินิจฉัยว่าไม่มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ส่วนกรณีที่สอง เป็นกรณีที่ศาลใช้หรือตีความกฎหมายขัดกับสิทธิขั้นพื้นฐาน

กล่าวโดยสรุป การใช้สิทธิและเสรีภาพโดยผ่านองค์กรศาลนั้นตามมาตรา 28 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญไทยได้บัญญัติหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยศาลไว้ โดยให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ส่วนการเริ่มต้นจะใช้สิทธิยังศาลได้นั้นย่อมแล้วแต่กรณีของการกระทำที่ถูกโต้แย้งนั้นว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลใด กล่าวคือ อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง (มาตรา 276) หรือศาลยุติธรรม (มาตรา 271) แล้วแต่กรณี

หากเป็นกรณีที่พื้นฐานของคดีที่การโต้แย้งกันนั้นเป็นผลมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้คู่ความในคดีย่อมมีสิทธิโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ (มาตรา 264) เพื่อให้ศาลที่วินิจฉัยคดีนั้นส่งเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แต่ประชาชนไม่อาจใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า คำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว

³³ มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

โดยมากองค์กรของรัฐที่ประชาชนมักจะโต้แย้งว่าละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น มักจะเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร (เว้นแต่เป็นการกระทำของรัฐบาล) ส่วนการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติหากเป็นการกระทำในการบัญญัติกฎหมายและกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญประชาชนอาจใช้สิทธิตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญได้ องค์กรตุลาการในกรณีที่เป็นศาลสูงสุด ไม่ว่าจะเป็นศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดก็ตาม หากวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแล้วเป็นที่สุด และไม่มีจุดเชื่อมต่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบได้ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาว่าโดยแท้จริงแล้วศาลดังกล่าวถูกผูกพันตามบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพโดยแท้จริงหรือไม่

3

ความเสมอภาค

ความเบื้องต้น

โดยที่หลักความเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานในสิทธิเสรีภาพที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง งานศึกษาในเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ จึงได้แยกศึกษาเรื่องหลักความเสมอภาคเป็นการเฉพาะเรื่องหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อทบทวน ตรวจสอบการใช้หลักความเสมอภาค ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญในรอบ 5 ปีที่ผ่านมา ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคมหรือไม่เพียงใด เพื่อเป็นการสะท้อนหลักการสิทธิและเสรีภาพที่สำคัญที่สุดหลักหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การศึกษาเรื่องหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญได้แยกหัวข้อในการศึกษาออกเป็น 3 หัวข้อ ดังนี้

1. ข้อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ
2. ปัญหาในทางปฏิบัติกับหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ และ
3. ความจำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดรายละเอียดตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่

3.1 หลักการตามบทบัญญัติมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

หากพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่าการบัญญัติหลักการต่าง ๆ ไว้ 4 หลักดังนี้ มาตรา 30 วรรคหนึ่งเป็นการบัญญัติหลักความเสมอภาคทั่วไป มาตรา 30 วรรคสองเป็นการบัญญัติหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง ในกรณีของชายและหญิงย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกัน มาตรา 30 วรรคสาม เป็นข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างโดยอาศัยเหตุที่ได้กำหนดไว้ในวรรคสามดังกล่าว มาตรา 30 วรรคสี่ เป็นหลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม

หลักความเสมอภาคทั่วไป (มาตรา 30 วรรคหนึ่ง) ถือเป็นสิทธิเบื้องต้นของบุคคล อันมีลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องของบุคคล โดยถือว่าหลักความเสมอนั้นเป็นพื้นฐานของหลักความยุติธรรม หลักความเสมอภาคมีข้อเรียกร้องว่า บุคคลจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันจากการกระทำของรัฐ ในขณะที่หลักความเสมอยังมีข้อเรียกร้องในทางปฏิเสธ เพื่อมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติต่อบุคคลตามอำเภอใจ แต่อย่างไรก็ตาม หลักความเสมอภาคหรือหลักของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันมิได้เรียกร้องให้ปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือ มิได้หมายความว่า บุคคลทุกคนจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยมิได้คำนึงถึงข้อแตกต่างใด ๆ เลย เฉพาะกรณีที่สิ่งสองสิ่งมีสาระสำคัญเหมือนกัน จึงควรได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และกรณีที่สิ่งสองสิ่งมีสาระสำคัญต่างกันจะต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้เอง จะเห็นได้ว่า หลักความเสมอนั้นมีลักษณะที่เป็นนามธรรมค่อนข้างสูง

หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง กรณีของชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน (มาตรา 30 วรรคสอง) บทบัญญัติของมาตรา 30 วรรคสองเป็นการทำให้หลักความเสมอภาคทั่วไป (มาตรา 30 วรรคแรก) มีความเป็นรูปธรรมมากขึ้น มาตรา 30 วรรคสองของรัฐธรรมนูญได้นำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ ซึ่งย่อมมีความหมายว่า ลำพังแต่ข้อเท็จจริงว่าฝ่ายหนึ่งเป็นชายและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นหญิง ในกรณีนี้ไม่ถือว่าเป็นเกณฑ์ของความแตกต่างที่เป็นสาระสำคัญที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ไม่อาจที่จะไม่คำนึงถึงความแตกต่างในทางกายภาพและความแตกต่างในทางหน้าที่ระหว่างหญิงและชายได้อย่างสมบูรณ์ มาตรา 30 วรรคสองมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะลดความเสียเปรียบของสตรีในสังคม

หลักข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างโดยอาศัยเหตุที่ได้กำหนดไว้ในวรรคสาม (มาตรา 30 วรรคสาม) หลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือขอบเขตของสองวรรคแรก หลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัตินี้แสดงให้เห็นว่าบุคคลไม่อาจจะได้รับการปฏิบัติอย่างได้เปรียบหรือเสียเปรียบอันเนื่องมาจากถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง หากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้อาศัยคุณสมบัติดังกล่าวเป็นเหตุของการปฏิบัติให้แตกต่างกัน กรณีนี้ย่อมได้ชื่อว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม การเลือกปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความได้เปรียบหรือเสียเปรียบแก่บุคคลอาจเกิดจากการกระทำหรือการละเว้นไม่กระทำการก็ได้

หลักการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม (มาตรา 30 วรรคสี่) มาตรา 30 วรรคสี่ เป็นการบัญญัติเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า การกระทำของรัฐที่กระทำเพื่อขจัดอุปสรรค หรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า ไม่เป็นการขัดกับมาตรา 30 วรรคสาม (หลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ) และมีได้เป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคทั่วไป (มาตรา 30 วรรคหนึ่ง) หากจะอธิบายหลักการตามมาตรา 30 วรรคสี่ในทางเนื้อหาแล้วสามารถอธิบายได้ว่าที่ถือการกระทำดังกล่าวไม่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เพราะแท้จริงแล้วการที่รัฐจะขจัดอุปสรรคในเรื่องใดหรือส่งเสริมให้บุคคลกลุ่มใดสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ซึ่งย่อมแสดงได้ว่าคุณสมบัติหรือสาระสำคัญของบุคคลนั้นในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ย่อมมีลักษณะแตกต่างจากบุคคลทั่วไป เมื่อมีลักษณะแตกต่างจากบุคคลทั่วไปการได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไป เช่น กรณีของผู้พิการ กรณีเช่นนี้ก็ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพราะรัฐย่อมมีหน้าที่ที่จะทำให้สมาชิกของรัฐสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้ตามปกติสุขเช่นบุคคลทั่วไป

จากการศึกษาบทบัญญัติมาตรา 30 ของไทยเปรียบเทียบกับของต่างประเทศเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันที่มีการบัญญัติเรื่องหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของไทยมีรายละเอียดมากกว่าของต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีการบัญญัติเรื่องการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมซึ่งเป็นการขยายความหลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติอีกชั้นหนึ่ง

จากการสัมภาษณ์กิติ หรือจากการเสวนาโต๊ะกลมในเรื่องหลักความเสมอภาคกิติ ล้วนมีทัศนะไปในทิศทางเดียวกันว่า บทบัญญัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ ในขณะนี้มีความเหมาะสมอยู่แล้ว ปัญหาเรื่องหลักความเสมอภาคในสังคมไทยนั้น มิใช่เป็นปัญหาที่ตัวบทกฎหมายแต่อย่างใด หากแต่เป็นปัญหาการใช้บังคับหลักความเสมอภาค ซึ่งย่อมไปเชื่อมโยงกับทัศนคติ วัฒนธรรม ระบบอุปถัมภ์ รวมไปถึงปัญหาทั่วไปของการบังคับใช้กฎหมายสังคมไทย

3.2 ปัญหาในทางปฏิบัติกับหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

ปัญหาในทางปฏิบัติในที่นี้จะขอแยกพิจารณาออกเป็นหัวข้อดังนี้

3.2.1 ปัญหาความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง

3.2.2 ปัญหาการเลือกปฏิบัติอันเกิดจากการอาศัยเหตุตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 30 วรรคสาม และ

3.2.3 ปัญหาจากการใช้และการตีความโดยองค์กรของรัฐ

3.2.1 ปัญหาความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้รับรองหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง และการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง เพศ รวมทั้งรัฐสามารถกำหนดมาตรการเพื่อขจัดอุปสรรค หรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียว

กับบุคคลอื่น แต่ในทางปฏิบัติมีพระราชบัญญัติหลายฉบับที่ยังมีเนื้อหาสาระที่ไม่เป็นไปตามหลักการดังกล่าว ทั้งที่เป็นผลมาจากระบบความเชื่อ ค่านิยม และทัศนคติของคนในสังคม ซึ่งทำให้การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเป็นไปค่อนข้างล่าช้า จากการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างหญิงและชายยังมีกฎหมายที่จำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไข ดังต่อไปนี้

- (1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในประเด็นที่เกี่ยวกับการเรียกค่าทดแทนฐานประพฤตินอกใจ คู่หมั้น การให้ของหมั้นและสินสอด และเหตุการณ์หย่า เป็นต้น
- (2) พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ในประเด็นที่เกี่ยวกับการบังคับใช้ชื่อสกุลของสามี
- (3) พระราชกฤษฎีกาให้ใช้คำนำหน้านามสตรี พ.ศ. 2460 ในประเด็น การใช้คำนำหน้าสตรีว่า นางและนางสาว
- (4) พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ในประเด็นเกี่ยวกับชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงโดยขอถือสัญชาติตามภรรยาไม่ได้
- (5) ประมวลกฎหมายอาญา ในประเด็นเกี่ยวกับการเปิดช่องให้สามีข่มขืนภรรยาได้โดยไม่ต้องรับผิดทางอาญา
- (6) ข้อเสนอในเรื่องความเสมอภาคระหว่างผู้ชายและผู้หญิงในด้านครอบครัวและการสมรส รวมทั้งการให้ศาลโลกตัดสินกรณีพิพาทตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีโดยวิธีภาคยานุวัติ และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 8 กันยายน 2528

3.2.2 ปัญหาการเลือกปฏิบัติอันเกิดจากการอาศัยเหตุตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 30 วรรคสาม เป็นเหตุของการเลือกปฏิบัติ

ประเด็นปัญหาของมาตรา 30 คือ บุคคลต่างด้าวจะอ้างหลักความเสมอภาคกล่าวอ้างต่อรัฐไทยหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้หรือไม่เพียงใด เพราะตามมาตรา 30 วรรคสาม ได้บัญญัติเหตุที่ห้ามมิให้เลือกปฏิบัติในเรื่องถิ่นกำเนิดกิตติ เชื้อชาติกิตติ ภาษากิตติ ความเชื่อทางศาสนากิตติ คุณสมบัติต่าง ๆ ดังกล่าวนี้อย่างที่จะไปเกี่ยวข้องกับคุณสมบัติของบุคคลต่างด้าว ดังนั้น ปัญหาแรกที่ต้องพิจารณาคือบุคคลต่างด้าวจะมีสิทธิในการอ้างถึงหลักความเสมอภาคหรือไม่ ปัญหาในเรื่องนี้ย่อมไปเชื่อมโยงกับความเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของไทย หากถือตามแนวความคิดในทางตำราแต่เดิมกิตติ หรือถือตามชื่อหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญที่ใช้ชื่อหมวดว่า หมวด “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” แล้ว และตีความคำว่า “บุคคล” ในมาตราต่าง ๆ ว่าหมายถึงคนไทยเท่านั้น หากนำหลักดังกล่าวมาตีความมาตรา 30 ก็จะทำให้ความหมายของการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลซึ่งเป็นคนไทยเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ฯลฯ จะกระทำมิได้ ดังนั้น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลซึ่งเป็นคนต่างด้าว เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ฯลฯ ย่อมกระทำไม่ได้

แต่อีกแนวคิดหนึ่งเห็นว่า หลักความเสมอนั้นเป็น “สิทธิมนุษยชน” เพราะหลักความเสมอนั้นถือว่าเป็นรากฐานที่สำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ

คือ สิทธิในชีวิตร่างกายและสิทธิในความเสมอภาค (บรรเจิด, น. 87) แต่อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า หลักความเสมอภาคดังกล่าวจะทำให้เกิดความเท่าเทียมกันอย่างสมบูรณ์ระหว่างชนชาวไทยกับคนต่างด้าว แต่อย่างน้อยที่สุดคนต่างด้าวย่อมมีความเสมอภาคในทางกฎหมายที่เขาจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติให้แตกต่าง หากเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับ “สิทธิมนุษยชน” หรืออย่างน้อยที่สุดคนต่างด้าวสามารถใช้หลักความเสมอภาคเพื่อปกป้องคุ้มครองชีวิต ทรัพย์สิน รวมทั้งเสรีภาพของตนได้ ดังนั้น การตีความหลักความเสมอภาคว่ามีผลต่อบุคคลต่างด้าวด้วยย่อมแสดงการเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของรัฐนั้น ๆ ซึ่งกรณีของรัฐธรรมนูญไทยได้มีการประกาศไว้เป็นอุดมการณ์หรือหลักทั่วไปไว้ในมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง”

ในที่นี้จะได้กล่าวถึงการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุของความแตกต่างตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง เป็นเหตุของการเลือกปฏิบัติ

3.2.2.1 สภาพทางกายหรือสุขภาพ

ในกรณีของการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างจากสภาพทางกายหรือสุขภาพเป็นเหตุของการเลือกปฏิบัติมีกรณีตัวอย่างหลายกรณี เช่น

ก. ผู้ติดเชื้อเอดส์

เนื่องจากรัฐบาลมีนโยบาย 30 บาท เป็นนโยบายสร้างหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า แต่ปรากฏว่ามีข้อกีดขวางไม่ครอบคลุมถึงกรณีด้านไวรัสเอดส์และเรื่องฟอกเลือดกรณีไตวาย เนื่องจากอ้างเหตุผลว่า มันมีค่าใช้จ่ายสูง ทำให้ไม่สามารถจัดบริการให้ได้ ซึ่งการอ้างเหตุผลว่าไม่มีเงินเพื่อที่จะบอกว่าคนเหล่านี้ไม่ควรจะได้รับการบริการไม่ใช่เรื่องที่ถูกต้อง นโยบายดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดกับมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ทางเครือข่ายเอ็นจีโอได้ยื่นหนังสือต่อรองกับทางรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งได้มีการเจรจาและรับปากว่าโดยหลักการเห็นชอบที่จะเอายาต้านเอดส์เข้าอยู่ในโครงการ 30 บาทด้วย แต่จะต้องศึกษาความเป็นไปได้ก่อนเพราะมีข้อวิตกว่ายาแพง (สุภัทรา นาคผิว, สัมภาษณ์)

กรณีการเลือกปฏิบัติเพราะเป็นผู้ติดเชื้อเอดส์นั้น ปรากฏว่ามีการปฏิเสธเพราะเหตุดังกล่าวมากมาย เช่น

- กรณีที่เป็นผู้ป่วยที่จำเป็นต้องได้รับการผ่าตัด หากผู้ป่วยคนนั้นเป็นผู้ติดเชื้อเอดส์ แพทย์จะบอกว่าผู้ป่วยติดเชื้อไม่แข็งแรงพอ แพทย์จะไม่ยอมผ่าตัดได้ผู้ป่วยก็ต้องทนทรมาน

- กรณีเด็กติดเชื้อเอดส์ พ่อแม่พาเด็กไปสมัครเรียน เด็กเรียนได้ 2 วัน ผู้ปกครองเดินขบวนประท้วงเข้าชื่อกันว่าหากเด็กคนนี้ยังเรียนอยู่ที่โรงเรียนนี้ ผู้ปกครองจะให้ลูกของเขาออกจากโรงเรียนดังกล่าว เพราะบรรดาผู้ปกครองคิดว่าเด็กติดเชื้อจะเอาเชื้อมาแพร่

- กรณีของอัยการกีดกันหรือผู้พิพากษากีดกัน การสมัครสอบเป็นอัยการหรือผู้พิพากษาต้องตรวจสอบเลือกก่อน ด้วยเหตุผลที่คนจะมาเป็นตำแหน่งนี้ต้องเป็นบุคคลที่น่าเชื่อถือและความประพฤติเหมาะสม ซึ่งสังคมมองว่าคนที่ติดเชื้อเอดส์คือคนที่มีความประพฤติไม่เหมาะสม

สำหรับเหตุผลของการที่สังคมเลือกปฏิบัติต่อคนที่ติดเชื้อเอดส์นั้น เพราะสังคมมีทัศนคติมองคนกลุ่มนี้ว่าเป็นผู้ที่มีพฤติกรรมที่สังคมไม่ยอมรับ โดยเหตุของการติดเชื้อเอดส์อาจมาจากพฤติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ เช่น การสำส่อนทางเพศ การเที่ยวหญิงบริการ การเสพยาเสพติด การมีคู่หลายคน หรือพฤติกรรมทางเพศด้วยเหตุนี้เอง สังคมจึงตั้งข้อรังเกียจบุคคลกลุ่มนี้ และมีเหตุผลอีก ๆ ว่า บุคคลเหล่านี้ไม่ควรที่จะใช้ชีวิตร่วมกับบุคคลอื่น ๆ เพราะเกรงว่าจะนำเชื้อไปแพร่ต่อบุคคลอื่น ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้เองจึงนำมาสู่การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลผู้ติดเชื้อเอดส์

ข. บุคคลพิการ

การเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลความเป็นผู้พิการยังเป็นการที่ผู้พิการได้รับการเลือกปฏิบัติมาโดยตลอด กรณีที่เป็นชาวแพร่หลายในสังคมคือกรณีของคุณศิริมิตรฯ ซึ่งเป็นโปลิโอ และไปสมัครสอบตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ได้มีการตรวจร่างกายและมีการลงความเห็นว่ามีร่างกายไม่เหมาะสม ตามมาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการศาลยุติธรรมฯ ท้ายที่สุดมีการร้องเรียนไปยังผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐบาล เพื่อส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าสามารถกระทำได้โดยอาศัยมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญเพื่อหักล้างหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญได้

ในเรื่องการเรียนหนังสือ ตามพระราชบัญญัติประถมศึกษาแห่งชาติ (พรบ.เดิม) บอกว่าคนที่เป็นคนพิการหรือมีพ่อแม่พิการ ไม่ต้องเรียนหนังสือก็ได้ ประโยคนี้ทำให้ผู้บริหารโรงเรียนเกลียดกล่อมไม่ให้ผู้ปกครองไม่ต้องนำบุตรหลานไปเรียนหนังสือ โดยบอกว่าทางการเขาไม่ให้เรียนหนังสือมาเป็นการสื่อถ้อยคำที่เปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจในการเลือกปฏิบัติ กฎหมายในลักษณะนี้ของเมืองไทยมีมากที่บอกว่าไม่ต้องทำได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะใช้ดุลพินิจเพื่อเลือกปฏิบัติ (อ.มนเทียร, เสวนาโต๊ะกลม)

การตีความพระราชบัญญัติทะเบียนราษฎรฯ กำหนดไว้ว่า บุคคล 25 ประเภท รวมทั้งคนพิการและพระภิกษุไม่ต้องมีบัตรประชาชนก็ได้ กรณีเช่นนี้ก็เปิดโอกาสเจ้าหน้าที่ของรัฐบอกว่า กรณีอย่างนี้ทางการเองไม่ให้ทำบัตรประชาชน ส่วนใหญ่พ่อแม่ของคนพิการก็เป็นคนศึกษาน้อยอยู่แล้ว เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐบอกว่าไม่ได้ก็ไม่ทำ กฎหมายที่เขียนแบบนี้มันเปิดช่องให้เลือกปฏิบัติได้ เมื่อเกิดปัญหาความยากลำบากสำหรับคนพิการเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐบอกว่าไม่ต้องทำเลย ไม่ต้องเรียน ไม่ต้องทำงาน ทำให้เสียโอกาสในการใช้ทรัพยากรของชาติโดยเปล่าประโยชน์ (อ.มนเทียร, เสวนาโต๊ะกลม)

3.2.2.2 ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา

การเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติและภาษา เป็นอีกกลุ่มหนึ่งที่เป็นเหตุของการเลือกปฏิบัติที่สำคัญ โดยแบ่งแยกออกได้ดังนี้

ก. กรณีชาวเขา

- สิทธิในการมีส่วนร่วมของชาวเขา ชาวเขามักตกเป็นวัตถุแห่งการกระทำของรัฐมากกว่าที่จะเป็นผู้ที่มีโอกาสได้มีส่วนร่วมร่วมกับคนในท้องถิ่น ไม่ว่ารัฐจะมีโครงการใด ๆ ก็ตาม ชาวเขาไม่มีโอกาสได้รับรู้ รับทราบ การคัดค้านนี้ ชาวเขาก็เป็นเพียงวัตถุชิ้นหนึ่งของการกระทำโครงการของรัฐทั้งหลาย มาตรการเช่นนี้เป็นลักษณะของการควบคุมมากกว่าที่จะเปิดโอกาสให้คนท้องถิ่นมีส่วนร่วม ดังนั้น การปฏิบัติให้เท่าเทียมในกรณีของชาวเขาจึงจะต้องเปิดโอกาสให้ชาวเขาได้มีส่วนร่วมรับรู้ ร่วมตัดสินใจ มากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน (ตัวแทนจากชาวเขา, เสวนาโต๊ะกลม)

- สิทธิในการมีงานทำของชาวเขา ชาวเขาที่อยู่บนพื้นที่สูง ยังไม่มีสถานภาพบุคคลเป็นคนไทย บุคคลเหล่านี้ไม่มีงาน ไม่มีสิทธิในการทำงาน ต้องมีการขออนุญาตออกนอกพื้นที่ เพื่อมาหางานทำนอกหมู่บ้าน แต่การขออนุญาตออกมาไม่ค่อยสะดวก ซึ่งบางคนออกมาด้วยความไม่รู้ว่าเป็นการผิดกฎหมาย เป็นการผลักดันให้เขาจนตรอก ทำให้เขาต้องหันไปค้าของหนีภาษีหรือสนับสนุนการค้าของหนีภาษี ถ้าหากเขามีสถานภาพหรือมีบัตรสีขาว ให้เขามีโอกาสเลือกงานทำได้ โดยให้อยู่ในความควบคุมได้ไม่ได้เปิดกรอบมากจนเกินไป การที่มีหน่วยงานรัฐยึดหยุ่นเปิดช่องในเรื่องที่มันไม่เลวร้ายเกินไปก็น่าจะเป็นการดี และที่สำคัญเรื่องการเลือกปฏิบัติต่อชนกลุ่มน้อย หรือคนที่ไม่มีเอกสารแสดงตนอีกเรื่องคือมีประกาศกระทรวงแรงงานว่าด้วยการมีงานทำของคนไทยที่ยังไม่มีสถานภาพบุคคลเป็นคนไทย เป็นการจำกัดอาชีพของชาวเขาที่ยังไม่มีบัตรประชาชนเป็นคนไทย เช่น อาชีพเลี้ยงสัตว์ ประกาศห้ามไว้ เพื่อให้เป็นอาชีพของคนไทยเท่านั้น แต่ชาวเขากลุ่มนี้เป็นสุจริตชน ถ้าเราไม่ให้เขามีอาชีพที่เขาถนัดและสอดคล้องกับการดำรงชีวิตแล้วจะให้เขาทำอะไร (ภิญโญ วีระสุขสวัสดิ์, มูลนิธิริรักษ์ไทย, เสวนาโต๊ะกลม)

การที่ชาวเขาเข้ามาอยู่ในเมืองมากขึ้น ทำให้หน่วยงานของรัฐก็ต้องผลักดันให้ชาวเขากลับไปอยู่ที่เดิม แต่ชาวเขาเหล่านี้ก็ไม่สามารถกลับไปที่เดิมได้เพราะมีการประกาศเป็นเขตอุทยานทับทั้งหมดแล้ว ชาวเขาจึงทะลักออกมาจากป่าไม่เพียงแต่อาชีพเลี้ยงสัตว์เท่านั้นที่ทำได้ อาชีพการเกษตรปลูกพืชผักก็ทำไม่ได้ การค้าขายก็ทำไม่ได้ เพราะไม่มีบัตร ในกรณีเช่นนี้จะให้เขาทำอย่างไร มีอย่างเดียวถ้าเป็นผู้หญิงก็ต้องขายบริการทางเพศ หรือบางทีต้องหันไปขายยาบ้าเพราะทางมันตัน หลายคนประกอบอาชีพสุจริตแล้วอยู่ไม่ได้ก็ต้องทำอย่างอื่นเลี้ยงปากท้องไป (ตัวแทนกลุ่มชาวเขา, เสวนาโต๊ะกลม)

- สิทธิในการใช้ชื่อของชาวเขา ในการตั้งชื่อของชาวเขาเผ่ากะเหรี่ยงตอนไปแจ้งชื่อที่อำเภอ ทางอำเภอบอกว่าจะต้องใช้ชื่อเป็นภาษาไทยจะใช้ภาษากะเหรี่ยงไม่ได้ ในกรณีเช่นนี้ย่อมไปละเมิดสิทธิในการใช้ชื่อของบุคคล ทำให้วัฒนธรรมดั้งเดิมสูญหายไปหมด แต่หากเป็นชื่อฝรั่งจะมีการยอมรับอย่างกว้างขวางกรณีนี้จึงเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างชัดเจน เพราะเรื่องนี้เป็นสิทธิส่วนบุคคลในการตั้งชื่อหากไม่เป็นกรณีนี้ขัดต่อกฎหมายบุคคลย่อมมีสิทธิตั้งชื่อตามที่ตนประสงค์ได้ (ตัวแทนกลุ่มชาวเขา, เสวนาโต๊ะกลม)

- การไม่เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของชาวเขา เช่น กรณีที่แม่ฮ่องสอน กะเหรี่ยงคอยาว กลายเป็นสิ่งดึงดูดนักท่องเที่ยว แต่พวกเขามีได้เป็นประโยชน์และความสำคัญของชาวเขาแต่อย่างใด การที่กะเหรี่ยงคอยาวทำเช่นนี้ เขาได้เพียงแค่ข้าวสารพอกิน ไม่ต้องเลยไปฝั่งพม่า แต่ผู้ดำเนินการได้ประโยชน์มากมาย กรณีเช่นนี้ชาวกะเหรี่ยงคอยาวก็เจ็บปวดใจเหมือนกัน หรือกรณีงานฤดูหนาวก็จะเอากะเหรี่ยงมานั่งให้คนอื่นดูชมเปรียบเสมือนสัตว์ โดยเรียกเงินจากผู้ชมคนละ 20 บาท และบุคคลเหล่านี้ก็ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองสวัสดิการอะไรจากรัฐเลย แต่มีการใช้ประโยชน์เต็มที่เพื่อธุรกิจ รัฐมองที่ธุรกิจอย่างเดียวไม่ได้มองที่คุณค่าของความเป็นคนเลย (ตัวแทนกลุ่มชาวเขา, เสวนาโต๊ะกลม)

ข. แรงงานคนต่างด้าว

ปัญหาของแรงงานคนต่างด้าว ซึ่งเข้ามาในประเทศไทยนานแล้วจำนวนมากแล้ว แต่เป็นเรื่องมีความขัดแย้งเมื่อ 10 ปีที่ผ่านมา ปี 2539 มีมติคณะรัฐมนตรียอมรับที่จะให้ชาวต่างด้าวที่มีพรมแดนติดประเทศไทยมาจดทะเบียนถูกต้องเสมือนคนเข้าเมืองตามกฎหมาย โดยมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวออกมาได้กำหนดเรื่องการทำงานของแรงงานต่างด้าวว่า 1. แรงงานต่างด้าวต้องทำงานอาชีพกรรมกร 2. แรงงานต่างด้าวทำงานเฉพาะพื้นที่ที่กำหนดไว้ 3. ถ้าเป็นหญิงตั้งครรภ์ถ้าตั้งครรภ์ให้ส่งกลับทันที ห้ามตั้งครรภ์ เพื่อลดปัญหาเรื่องเด็กที่จะเกิดมาไม่มีสัญชาติ กรณีนี้เป็นการเลือกปฏิบัติว่าหญิงไม่ต้องทำงาน ไม่มีสิทธิสร้างครอบครัว ไม่มีสิทธิเจริญพันธุ์ และเป็นการขึ้นทำให้ผู้หญิงเหล่านี้ไปทำแท้ง เพราะไม่มีทางเลือก ไม่พร้อมที่จะกลับบ้าน เพราะยังเก็บเงินไม่ได้

- นอกจากนี้ แรงงานต่างด้าวทุกคนต้องซื้อบัตรประกันสุขภาพ แต่ตัดสิทธิประโยชน์เรื่องการฝากครรภ์ การทำคลอด อนามัยแม่และเด็ก ทางกระทรวงสาธารณสุขให้เหตุผลว่า รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงมหาดไทยแนะนำมาเพื่อทำให้คนกลุ่มนี้ไม่มาใช้บริการ

- การละเมิดสิทธิเด็กอันเกิดจากแรงงานต่างด้าว เช่น กรณีพ่อแม่ชาวเขมรคลอดลูกแล้วไม่ได้รับใบแจ้งเกิดจากโรงพยาบาล เพราะมีจดหมาย ว. 8 และว. 15 ไม่ให้รับแจ้งเกิดหรือแจ้งย้ายคนต่างด้าว แต่รับแจ้งตายได้ เมื่อคนเหล่านี้จะกลับเข้าประเทศเขมร เขาไม่ยินยอมให้เด็กเข้าเพราะไม่มั่นใจว่าเป็นคนไทย หรือคนเขมรเมื่อไม่มีใบแจ้งเกิดปัญหาที่ตามมาคือเด็กไปโรงเรียนไม่ได้เพราะโรงเรียนไม่กล้าออกวุฒิบัตรให้

- การคุ้มครองสิทธิแรงงานต่างด้าว กระทรวงแรงงานได้จัดตั้งคณะกรรมการบริหารแรงงานต่างด้าวในชาติ (กปร.) ขึ้นกับสำนักนายกรัฐมนตรี เพื่อจัดการเรื่องแรงงานต่างด้าวโดยเฉพาะ แต่เขาไม่ดูแลถึงสิทธิแรงงานต่างด้าว เพราะอ้างว่าแรงงานไทยก็มากเกินกำลังที่มีอยู่แล้วและมองว่าแรงงานต่างด้าวมียศมีตำรวจดูแลอยู่แล้ว ดังนั้น ก็น่าจะเป็นการได้รับการคุ้มครองที่เพียงพออยู่แล้ว ซึ่งในความเป็นจริงต้องมีการคุ้มครองสิทธิแรงงานที่เท่าเทียมกันทั่วประเทศ กฎหมายก็เขียนชัดว่าคนงานต่างด้าวต้องได้รับค่าแรงเท่ากับแรงงานไทย (กัญญา, เสวนาโต๊ะกลม)

3.2.3 ปัญหาจากการใช้และการตีความโดยองค์กรของรัฐ

การกระทำในรูปของ “คำสั่ง” ต่าง ๆ ขององค์กรที่อยู่ในฝ่ายตุลาการ เช่น คณะกรรมการตุลาการ(ก.ต.) กิติ หรือ คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) กิติ เช่น กรณีคำสั่งของ ก.ต. ที่ไม่รับสมัครผู้สมัครสอบตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา (ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2544) หรือ คำสั่งของก.ศป. ในเรื่องการสมัครสอบเป็นตุลาการในศาลปกครอง กรณีเช่นนี้จะให้องค์กรใดตรวจสอบ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. กรณีของคำสั่งของ ก.ต. ซึ่งย่อมไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ทั้งนี้ ตามมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เมื่อคำสั่งทางปกครองที่ออกโดย ก.ต.ไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของ ก.ต. จึงมีปัญหาจะให้องค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจในการตรวจสอบ

ข. กรณีของคำสั่งของ ก.ศป. ซึ่งย่อมอยู่ในอำนาจของศาลปกครองแต่ทั้งนี้ปัญหาคือ จะให้องค์กรนั้น ๆ เองตรวจสอบคำสั่งที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของตนจะเหมาะสมหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุด ความใกล้ชิดระหว่างผู้ออกคำสั่งกับผู้ตรวจสอบคำสั่งยังมีความใกล้ชิดมากขึ้น

3.2.4 ปัญหาการใช้และการตีความหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญเป็นมาตราที่สำคัญอย่างยิ่งในการให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักประกันสิทธิและเสรีภาพไว้ 5 หลัก ดังนี้

(1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจะกระทำได้เฉพาะโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (มาตรา 29 วรรค 1)

(2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น (มาตรา 29 วรรค 1)

(3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้

(4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องกระทำเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และ

(5) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

หลักประกันสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะมีผลในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อ องค์กรที่ใช้และตีความหลักดังกล่าวได้ใช้และตีความหลักดังกล่าวตามเจตนารมณ์แห่งความมุ่งหมายของหลักการนั้น ๆ การใช้และตีความหลักดังกล่าวข้างต้นโดยไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของหลักนั้น ๆ ในที่สุดย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพราะหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดแบบเสรีนิยมนั้น สิทธิและเสรีภาพจะบรรลุความมุ่งหมายได้โดยการกำหนดให้องค์กรตุลาการเป็น

องค์กรที่มีความเป็นกลางที่จะเข้ามาตรวจสอบในเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หากมีกรณีดังกล่าวอ้างว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

ในที่นี้จะขอยกคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวกับการตีความหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ โดยขอยกคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมาวิเคราะห์ในการทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการ ดังนี้

(1) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่มีปัญหาว่าพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 16/2545) ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ปรากฏว่า มีผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเข้ารับราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ซึ่งตามขั้นตอนการสมัครจะต้องมีการตรวจร่างกายและจิตใจ คณะกรรมการแพทย์ได้ตรวจและรายงานผลการตรวจร่างกายและจิตใจว่า ผู้สมัครรายแรกเป็นโพลิโอ ส่วนผู้สมัครรายที่สองกระดูกสันหลังคดงอมากเดินเองได้เฉพาะใกล้ ๆ เนื่องจากเป็นโพลิโอเมื่ออายุ 3 ปี คณะอนุกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา พิจารณาเห็นว่า ผู้สมัครทั้งสองรายมีร่างกายไม่เหมาะสมตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 มาตรา 27 (11) เห็นสมควรไม่รับสมัคร ผู้สมัครทั้งสองรายเห็นว่า มาตรา 26 (10)-(11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการของศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 และมาตรา 27 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 ขัดแย้งกับมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ โดยเสนอเรื่องเพื่อขอความเป็นธรรมไปยังผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 และการกระทำของ ก.ต. และอนุกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกดังกล่าวมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) คำว่า “มีการ...ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” จะใช้ควบคู่กับมาตรา 26 (11) ที่บัญญัติว่า “เป็นผู้ที่ผ่านการตรวจร่างกายและจิตใจโดยคณะกรรมการแพทย์จำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่ง ก.ต. กำหนด และ ก.ต. ได้พิจารณารายงานของคณะกรรมการแพทย์แล้วเห็นสมควรรับสมัครได้” บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่า เป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้

บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่อย่างใด

หากสรุปสาระสำคัญของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาถึงหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ก. มาตรา 26 (10)¹(1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ไม่ขัดกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญในหลักกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ และหลักการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

ข. มาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

การให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการให้เหตุผลที่ไม่ครอบคลุมตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ และการให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายในทางข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 หรือมาตรา 30 แต่อย่างใด โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

ก. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ครอบคลุมหลักกฎหมายตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญทั้งหมด หากพิจารณาหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตาม มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมี 5 หลักดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวอ้างไว้เพียง 3 หลัก คือ (1) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยกฎหมาย (2) หลักกระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ และ (3) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องไม่ผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป แต่หลักที่ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวถึง คือหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นเป็นหลักที่มีความสำคัญในการตรวจสอบในเรื่องนี้ เพราะจากการตรวจสอบมาตรา 26 (10) ที่ใช้คำว่า “มีกาย... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” จะขัดกับมาตรา 30 โดยปริยาย เพราะกรณีนี้ย่อมขึ้นอยู่ระดับความไม่เหมาะสมของร่างกาย ถ้าถึงขนาดว่าไม่สามารถทำหน้าที่ได้ กรณีย่อมเป็นที่ชัดเจนว่ามีกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ กรณีนี้จึงไปสัมพันธ์กับการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็น โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีการตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิเท่าที่จำเป็นหรือไม่ แต่กลับไปมองว่า มาตรา 26 (10) เป็นไปตามความจำเป็นและเหมาะสมของฝ่ายตุลาการ แต่หลักที่จะต้องพิจารณาคือกฎหมายได้ให้อำนาจในการพิจารณาแก่

¹ มาตรา 26 “ผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(10) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการหรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต.

ก.ต.ในการพิจารณาความเหมาะสมดังกล่าว แต่ไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจในการพิจารณาของ ก.ต. ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ (มาตรา 29 และมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ) ดังนั้น เมื่อไม่มีเกณฑ์แคโหนดที่บอกไว้ในเรื่องปัญหาเกี่ยวกับความเหมาะสมทางกายขัดต่อมาตรา 29 หรือมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องวางเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าว เพื่อเป็นกรอบในการใช้อำนาจของ ก.ต. เพื่อมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 26 (10) เป็นความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายตุลาการ จึงเท่ากับเป็นการยืนยันอำนาจตามมาตรา 26 (10) และ (11) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วเท่ากับชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ข. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวอ้างมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญและให้เหตุผลว่าบทบัญญัติของมาตรา 26 (10) พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ศาลรัฐธรรมนูญยกแต่ข้อกฎหมายโดยมิได้ให้เหตุผลว่า “สิทธิ” ในเรื่องอะไรที่ได้ถูกกระทบกระเทือนและที่กล่าวว่า “ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ” มีข้อเท็จจริงและมีข้อพิจารณาอย่างไร

องค์กรศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นองค์กรที่ใช้และตีความกฎหมาย การที่จะใช้และตีความกฎหมายจะต้องอาศัยข้อเท็จจริงมาปรับเข้ากับข้อกฎหมายและให้เหตุผลในทางกฎหมายว่า กรณีข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นไปตามหลักกฎหมายนั้น ๆ หรือไม่อย่างไร การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 26 (10) ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ ในเบื้องต้นต้องพิจารณาก่อนว่าเป็นสิทธิในเรื่องใดหากจะกล่าวโดยสรุปก็คือสิทธิในการเข้าตำแหน่งภาคราชการได้หลักความเสมอภาค การที่บุคคลหนึ่งถูกห้ามมิให้สมัครสอบคัดเลือก เนื่องจากคุณสมบัติทางด้านร่างกายของบุคคลนั้น ย่อมไปกระทบต่อสิทธิในการเข้าสู่ตำแหน่งภาคราชการได้หลักความเสมอภาค แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การจำกัดสิทธิดังกล่าวไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิในการเข้าสู่ตำแหน่งภาคราชการ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องให้เหตุผลว่าไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิอย่างไร มิใช่เป็นแต่เพียงการอ้างถ้อยคำของกฎหมาย เพราะการใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวมีอาจจะทำให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญเกิดผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกลับไปยืนยันว่าสิ่งเหล่านี้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็จะส่งผลให้หลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับในทางปฏิบัติ

ค. ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญโดยศาลได้ยกข้อเท็จจริงมากล่าวอ้างว่า การที่หน่วยงานใดจะรับบุคคลเข้าทำหน้าที่ในตำแหน่งใดย่อมต้องพิจารณาถึงความรู้ความสามารถความเหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่นั้นด้วย ซึ่งการสมัครสอบคัดเลือกตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา นอกจากจะพิจารณาความรู้ความสามารถแล้วยังต้องพิจารณาสุขภาพของร่างกายและจิตใจว่ามีความสมบูรณ์สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และมีบุคคลลักษณะที่ดีพอที่จะเป็นผู้พิพากษา ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษามีใช่เพียงแต่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีในห้องพิจารณาเท่านั้น บางครั้งต้องเดินทางไปนอกศาลปฏิบัติหน้าที่ เช่น เพื่อเดินเผชิญสืบ เพื่อสืบพยานที่มาศาลไม่ได้

การพิจารณาเพื่อรับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา จึงมีมาตรการที่แตกต่างและเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง ที่กล่าวมาเป็นเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญที่จะให้เหตุผลว่าบทบัญญัติมาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญอย่างไร

หากพิจารณาเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้แล้ว พอจะสรุปเหตุผลในทางหลักกฎหมายได้ว่า ตำแหน่งผู้พิพากษาเป็นตำแหน่งที่แตกต่างไปจากตำแหน่งอื่น เป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ดังนั้น มาตรการที่แตกต่างเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่บ้างจึงมีเหตุผลที่จะปฏิบัติให้แตกต่างได้ ย่อมไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า “จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญต่างกันให้แตกต่างกัน” จากการให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญที่ให้เหตุผลว่าตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาแตกต่างไปจากตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง จึงสามารถนำมาสู่การปฏิบัติที่แตกต่างได้นั้น ประเด็นสำคัญที่จะต้องตรวจสอบคือความแตกต่างที่ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวอ้างว่าแตกต่างนั้นเป็นความแตกต่างในสาระสำคัญที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างกันที่มีเหตุผลที่จะยอมรับได้หรือไม่ โดยศาลได้ให้เหตุผลที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างโดยกล่าวถึงลักษณะงานของผู้พิพากษาที่อาจจะต้องทำหน้าที่นอกศาล เช่น เพื่อเดินเผชิญสืบ เหตุผลแรกเป็นเหตุผลในแง่ของกายภาพและอีกเหตุผลหนึ่งผู้พิพากษาเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ เหตุผลทั้งสองประการจะถือว่าเป็นความแตกต่างในสาระสำคัญที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างได้หรือไม่

จากเหตุผลแรกของศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลในเรื่องของการทำหน้าที่ของผู้พิพากษานั้น ซึ่งโดยแท้จริงแล้วอาชีพทุกอาชีพหน่วยงานที่รับสมัครสามารถใช้เหตุผลในเรื่องความบกพร่องทางร่างกายที่ถึงขนาดว่าบุคคลนั้นไม่สามารถทำหน้าที่นั้น ๆ ได้ หน่วยงานย่อมมีสิทธิปฏิเสธได้อยู่แล้ว ปัญหาที่ต้องพิจารณาในรายละเอียดแค่นั้นเพียงใดที่เป็นความบกพร่องทางกายที่ถึงขนาดว่าไม่สามารถทำหน้าที่ได้ ดังนั้น เหตุผลจากความบกพร่องทางร่างกายถึงขนาดไม่สามารถทำหน้าที่ได้ย่อมเป็นเหตุผลทั่วไปที่หน่วยย่อมนำมาใช้เป็นเหตุผลในการปฏิเสธได้อยู่แล้ว เหตุผลดังกล่าวจึงไม่ใช่เหตุผลพิเศษที่จะนำมาอ้างได้ เฉพาะตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษานั้น แต่ปัญหาคือ บกพร่องแค่นั้นเพียงใดจึงเป็นเหตุผลของการปฏิเสธ หากมีการปฏิเสธเพราะความบกพร่องทางกายโดยมิได้พิจารณาว่าถึงขนาดไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ การปฏิเสธดังกล่าวอาจเป็นการเลือกปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น การจะพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ทำยี่สิบจะต้องมีการวางหลักความบกพร่องทางกาย แค่นั้นเพียงที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างได้ เพราะมิใช่ความบกพร่องทางกายทุกกรณีที่อาจอ้างเหตุผลของการเลือกปฏิบัติ มีเฉพาะความบกพร่องทางกายในกลุ่มหนึ่งเท่านั้นที่อาจจะถูกปฏิบัติให้แตกต่างได้ และความบกพร่องทางกายในกลุ่มนั้นจะต้องมีลักษณะเช่นใด และนี่คือความต้องการในการอธิบายในทางกฎหมายโดยคำวินิจฉัยของศาล มิใช่เพียงการกล่าวอ้างถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแล้วนำไปสู่ข้อสรุปว่าไม่เลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแต่ที่สำคัญกว่าคืออะไรเป็นเกณฑ์ที่จะบอกว่าเลือกปฏิบัติหรือไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งยังค้นหาไม่พบจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

3.3 ความจำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดรายละเอียดตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่

เนื่องจากมีความพยายามในการร่างกฎหมาย เพื่อดูแลการเลือกปฏิบัติรวมทั้งกำหนดให้มีกลไกในการเข้ามาดูแล เหตุผลในการร่างกฎหมายดังกล่าว มิได้มีผลมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่มีเหตุผลเนื่องจากในวาระครบรอบ 50 ปีของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงมีความพยายามเพื่อที่จะยกร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้นมา ปัญหาว่ามาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องมีกฎหมายมากำหนดรายละเอียด เพื่อให้การบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้มีกลไกเข้ามาดูแลเรื่องดังกล่าวเป็นการเฉพาะหรือไม่ จากการตรวจสอบในเบื้องต้นมีแนวคิด 2 แนวคิด

แนวคิดแรก เห็นว่า มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญตั้งใจจะให้ใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้โดยตรงโดยไม่ต้องไปออกกฎหมายกำหนดรายละเอียดแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพราะมาตรา 30 มิได้บอกว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” หากไปออกกฎหมายกำหนดรายละเอียดก็อาจจะยิ่งตีความหมายในทางแคบลง อาจจะทำให้กฎหมายใช้ไม่ได้เลยก็ได้ ดังนั้น การต่อสู้เพื่อให้มีการเลือกปฏิบัติจึงอาศัยบทบัญญัติของมาตรา 30 โดยตรงไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายกำหนดรายละเอียดแต่อย่างใด

แนวคิดที่สอง เห็นควรให้มีการออกกฎหมายเรื่องการห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ เพื่อให้หลักการตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ โดยกฎหมายดังกล่าวจะต้องกำหนดให้มีองค์กรที่เข้ามาคุ้มครองดูแลเรื่องการเลือกปฏิบัติ ตลอดจนกำหนดมาตรการในทางลงโทษต่อผู้ที่กระทำการในการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ ก็เพื่อให้มีการตระหนักในปัญหาดังกล่าว มิฉะนั้นแล้วจะทำให้หลักความเสมอภาคก็ตี หลักข้อห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรมสูงก็จะถูกใช้ภายใต้ดุลพินิจของรัฐโดยไม่สามารถจะวางเกณฑ์ได้ว่า แค่นั้นเพียงใดเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือเป็นกรณีที่ขัดกับหลักความเสมอภาค

3.4 บทสรุป

จากการศึกษาถึงปัญหาในทางปฏิบัติของการใช้หลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแล้ว อาจสรุปได้ว่าปัญหาเรื่องความเสมอภาคในสังคมไทยเป็นปัญหาที่ฝังรากลึกในสังคมไทย เพราะโดยพื้นฐานทางสังคมไทยเป็นสังคมแบบอุปถัมภ์ ซึ่งในบางบริบทมีความขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคแต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาภายในขอบเขตของกฎหมายแล้ว อาจสรุปปัญหาของหลักความเสมอภาคได้ 3 ประการ ดังนี้

ก. ถึงแม้หลักความเสมอภาคจะมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่ พ.ศ. 2475 แต่การใช้หลักนี้ในทางปฏิบัติค่อนข้างน้อย โดยเฉพาะองค์กรที่วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคนำหลักดังกล่าว

ไปใช้ค่อนข้างน้อย จึงทำให้ไม่สามารถพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคได้ กล่าวคือในทางปฏิบัติ จะต้องสามารถอธิบายได้ว่าชัดหรือไม่ชัดกับหลักความเสมอภาคมีเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างไร และอะไรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานี้เองที่สังคมไทยยังไม่ค่อยมีประสบการณ์ในการใช้หลักดังกล่าว

ข. บุคคลที่ด้อยโอกาสทางสังคมมักเป็นผู้ได้รับการปฏิบัติที่ไม่เสมอภาค หากเปรียบเทียบกับผู้ที่มีโอกาสทางสังคม จากการศึกษาปัญหาของกลุ่มต่าง ๆ เช่น คนต่างด้าว ผู้ติดเชื้อมเอดส์ บุคคลพิการ ขาวเขา แรงงานต่างด้าว เป็นต้น บุคคลเหล่านี้มักจะถูกเลือกปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากยังไม่มีกลไกในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลดังกล่าวอย่างเพียงพอ

ค. ปัญหาการใช้และการตีความขององค์กรควบคุมตรวจสอบ เช่น กรณีของศาลรัฐธรรมนูญที่มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ยังมีทัศนคติที่ไม่เอื้อต่อการทำให้หลักความเสมอภาคมีประสิทธิภาพในทางปฏิบัติมากนัก สภาพการณ์เช่นนี้ อาจเป็นสภาพการณ์ของการมองหลักความเสมอภาคตามประสบการณ์ความเคยชินของตน แต่มิได้มองหลักความเสมอภาคในมิติที่ควรจะเป็น ด้วยเหตุนี้เอง จึงมีคำกล่าวที่ว่า “หากเรายอมรับว่าประเพณีวัฒนธรรมสอดคล้องกับหลักเสมอภาคทั้งหมด หลักความเสมอภาคย่อมไม่มีที่อื่นในสังคมนั้น ๆ”

4

สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ความเบื้องต้น

สิทธิเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นการกำหนดหลักการเพื่อป้องกันและควบคุมการใช้อำนาจของรัฐและเป็นหลักประกันให้กับการมีชีวิตและความมั่นคงในชีวิตและร่างกายของประชาชนอันเป็นพื้นฐานสำคัญของหลักนิติธรรม เพราะการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการจับกุม การสอบสวน การคุมขัง รวมทั้งการพิจารณาคดีสันติอาจจะมีจำกัดหรือการทำลายสิทธิในชีวิตและร่างกายของประชาชนได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จึงได้รับรองสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับเรื่องนี้ให้หลายมาตรา เพื่อเป็นแนวทางในการตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อไป ซึ่งในการศึกษาครั้งนี้จะศึกษาในเรื่องเหล่านี้ คือ สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายกับการลงโทษประหารชีวิต หลักข้อสันนิษฐานในคดีอาญาและการปฏิบัติต่อบุคคลที่ยังไม่เป็นผู้กระทำความผิด สิทธิที่จะไม่ถูกจับกุม คุมขังโดยพลการ สิทธิที่จะไม่ถูกค้นในทรัพย์สินโดยพลการ สิทธิของพยานในคดีอาญา และสิทธิของผู้เสียหายและจำเลยในคดีอาญา

4.1 การลงโทษประหารชีวิต

การใช้มาตรการการลงโทษแก่บุคคลใดตามกฎหมายเป็นไปเพื่อจำกัดขอบเขตของพฤติกรรมของบุคคล ซึ่งอาจมีผลเป็นการยับยั้งมิให้มีการกระทำความผิดซ้ำเกิดขึ้นอีกหรือเพื่อแก้ไขเยียวยาผู้กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคมในภาวะปกติ แต่การลงโทษด้วยการประหารชีวิตเป็นวิธีการที่สามารถกำจัดบุคคลนั้นออกจากสังคมอย่างถาวร การประหารชีวิตมักกลายเป็นที่ถกเถียงกันอยู่เสมอ นั่นก็เพราะการประหารชีวิตกระทบต่อสิทธิเสรีภาพโดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายอย่างร้ายแรง ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในระบบประชาธิปไตย

4.1.1 หลักการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

รัฐธรรมนูญมาตรา 31¹ ได้รับรองสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่สุดประการหนึ่ง เป็นการห้ามใช้อำนาจรัฐเข้าไปแทรกแซงล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลด้วยการทรมาน ทารุณกรรมหรือลงโทษด้วยวิธีการทารุณโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม ซึ่งมีการถกเถียงกันมากกว่าการลงโทษประหารชีวิตเป็นการลงโทษที่ทารุณโหดร้ายหรือไม่ อย่างไรก็ตามสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้มีความเห็นเป็นที่ยุติ โดย สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) ยังคงเห็นว่าสังคมไทยเมื่อมองโดยภาพรวมแล้วยังคงมีความจำเป็นต้องคงโทษประหารชีวิตไว้เพื่อตอบโต้อาชญากรรมรุนแรง หากยกเลิกไปแล้วเกรงว่ากฎหมายจะไม่เป็นที่ยำเกรงแก่เหล่าอาชญากรซึ่งอาจส่งผลร้ายแรงตามมา โดยข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติของกระบวนการยุติธรรมไทยก็ได้ใช้โทษประหารกันอย่างพร่ำเพรื่อ แต่มีขั้นตอนมากมายกว่าจะไปถึงขั้นที่ต้องประหารชีวิตกันจริงๆ การยกเลิกโทษประหารจึงต้องมีการศึกษาเตรียมการอย่างมีขั้นตอน นอกจากนั้นยังเป็นโอกาสดีที่จะได้มีการปรับเปลี่ยนระบบราชทัณฑ์หรือกระบวนการยุติธรรมในการลงโทษประหารมิให้ใช้วิธีการที่ทารุณโหดร้าย ดังนั้นเพื่อให้การลงโทษประหารชีวิตยังสามารถกระทำต่อไปจึงต้องบัญญัติให้ชัดเจนว่าการประหารชีวิตมิใช่เป็นการลงโทษที่ทารุณโหดร้าย (รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 15 (เป็นพิเศษ) , 2540 :1-40)

4.1.2 แนวความคิดและสภาพปัญหาการลงโทษประหารชีวิต

แม้สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายเป็นสิทธิที่ติดตัวปัจเจกบุคคลมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติ ไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลได้ และเป็นรากฐานสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2543 : 87) แต่ในกฎหมายไทยนับแต่อดีตมาจนปัจจุบันยังคงมีบทบัญญัติที่ให้ประหารชีวิตบุคคลที่กระทำความผิดอาชญากรรมร้ายแรงได้ รวมทั้งรัฐธรรมนูญ มาตรา 31 วรรคหนึ่งด้วย ดังที่กล่าวมาแล้ว

4.1.2.1 ความมุ่งหมายและผลของการลงโทษ (ประธาน วัฒนวานิชย์, 2541 :15-19)

ความมุ่งหมายในการลงโทษมิได้หลายประการซึ่งอาจขัดแย้งกันหรือสนับสนุนซึ่งกันและกันก็ได้ และมีผลต่อผู้กระทำผิดอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่การลงโทษไม่ควรมุ่งหมายในการแก้แค้นทดแทนผู้กระทำผิดแต่เพียงอย่างเดียว ระบบการลงโทษจึงควรมุ่งหมายและความคาดหวังดังนี้

¹ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540

มาตรา 31 บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการทารุณโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษประหารชีวิตตามที่กฎหมายบัญญัติ ไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้

การจับ คุมขัง ตรวจค้นตัวบุคคล หรือการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

1. เพื่อคุ้มครองผู้กระทำความผิดและผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิด ไม่ให้ถูกแก้แค้นจากผู้เสียหาย แต่การลงโทษโดยกระบวนการยุติธรรมที่เหมาะสมกับความผิด (Culpability) จะเป็นการทดแทนความผิดหรือแก้แค้น (Retributive Justification) ในสิ่งที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำลงไป หากปล่อยให้ผู้เสียหายและผู้กระทำความผิดแก้แค้นกันเองย่อมก่อให้เกิดปัญหากับสังคม

2. การยับยั้งหรือข่มขู่ (Utilitarian or Reductive Justification) การลงโทษรุนแรงมีผลในการป้องกันอาชญากรรม (Deterrence) และยับยั้งการกระทำความผิดที่กฎหมายห้าม ซึ่งเป็นการยับยั้งผู้ที่กระทำความผิดมิให้กระทำความผิดซ้ำอีก ยับยั้งมิให้เกิดการเอาเยี่ยงอย่าง ช่วยแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นการให้การศึกษาแก่สาธารณชนให้ตระหนักถึงการกระทำความผิดและมีความระมัดระวังอันเป็นการช่วยลดปัญหาอาชญากรรม และเป็นการแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมเพื่อคุ้มครองสังคมหรือผู้ที่อาจตกเป็นเหยื่ออาชญากรรม

3. การลงโทษแสดงให้เห็นว่าสังคมไม่ยอมรับและประณามการกระทำความผิด (Expressive or Denunciatory Justification) เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมไม่ยอมรับและประณามการกระทำความผิดขึ้น

4. การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Reformation and Rehabilitation) เป็นการช่วยแก้ไขฟื้นฟูบำบัดรักษาทั้งทางกายและจิตใจ ตลอดจนปรับปรุงบุคลิกภาพ (Modification) เพื่อให้สามารถกลับมาเป็นพลเมืองดีของสังคมเมื่อพ้นโทษ ระบบการลงโทษควรมีประสิทธิภาพในการทำให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดโดยได้รับความทุกข์จากการกระทำของตนเองโดยไม่จำเป็นต้องใช้วิธีแก้แค้นอย่างรุนแรงหรือไร้มนุษยธรรม

5. ระบบการลงโทษต้องไม่ก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานต่อผู้กระทำความผิดหรือบุคคลอื่นอย่างไร้มนุษยธรรมหรือเกินความจำเป็น แต่ก็ต้องเหมาะสมเพียงพอที่จะบรรลุเป้าหมายของการลงโทษนั้น

ในระบบของสหประชาชาติโดยเฉพาะในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน² ก็เพียงแต่ระบุว่า การลงโทษที่เป็นการทรมานโหดร้ายกระทำมิได้ แต่ไม่ได้บอกว่าโทษประหารชีวิตขัดต่อสิทธิมนุษยชน (กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, 2545 : สัมภาษณ์) ในกติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง³ ก็มีการเขียนไว้เกี่ยวกับโทษประหารชีวิตแต่ไม่ได้ระบุว่าเป็นการห้าม เพียงแต่ว่าพยายามที่จะกำหนดกรอบว่าให้ทำได้เฉพาะความผิดบางประเภท รวมทั้งต้องมีการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่เป็นการให้แน่ใจว่า การที่นำมาสู่การลงโทษประหารชีวิตนั้นไม่ผิดพลาด (กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ 2540 : 80) และในกติกาฉบับ

² ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ 2540 : 4)

ข้อ 3. บุคคลมีสิทธิในการดำรงชีวิต ในเสรีธรรมและในความมั่นคงแห่งร่างกาย

ข้อ 5. บุคคลใดจะถูกทรมานหรือได้รับการปฏิบัติ หรือการลงโทษซึ่งทรมานโหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือหยามเกียรติมิได้

³ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (อ้างแล้ว : 23-24)

(อ่านต่อหน้า 80)

เดียวกันนี้ในพิธีสารเลือกรับฉบับที่สอง (Second Optional Protocol to the international Covenant of Civil and political Rights) ได้เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกยกเลิกโทษประหารด้วยการรับรองพิธีสารเลือกรับฉบับนี้ (ไพโรจน์ พลเพชร และคณะ 2540 : อ้างแล้ว 73-75) ซึ่งขึ้นอยู่กับพัฒนาการประชาธิปไตยของแต่ละประเทศ

นอกจากนั้นสหประชาชาติยังได้กำหนดแนวทางในการปฏิบัติต่อผู้ถูกลงโทษประหารชีวิต (Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Facing the Death Penalty) เพื่อให้ประเทศสมาชิกใช้เป็นแนวทางปฏิบัติดังนี้ (อรรถสิทธิ์ ทองแสง, 2543 :41-42)

1. ประเทศซึ่งยังมิได้มีการยกเลิกโทษประหารชีวิต การประหารชีวิตอาจกระทำได้แต่เพียงเฉพาะอาชญากรรมที่รุนแรงที่สุดเท่านั้น แต่ไม่ควรนำโทษประหารชีวิตไปใช้กับการกระทำความผิดที่ได้กระทำลงไปโดยขาดเจตนา แม้ว่าผลของการกระทำนั้นจะเป็นอาชญากรรมที่รุนแรงก็ตาม
2. จะลงโทษประหารชีวิตได้เฉพาะมีบทบัญญัติของกฎหมาย ขณะกระทำความผิดกำหนดว่าการกระทำนั้นมีโทษประหารชีวิตเท่านั้น หากมีบทบัญญัติของกฎหมายภายหลังต่อมากำหนดโทษการกระทำนั้นมีโทษสถานเบากว่าก็ให้นำโทษที่เบากว่ามาใช้
3. โทษประหารชีวิตไม่ควรใช้กับบุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี ในขณะกระทำความผิด หรือหญิงมีครรภ์หรือเพิ่งคลอดบุตร หรือบุคคลวิกลจริต
4. จะต้องปรากฏหลักฐานอย่างชัดเจนว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดจริงโดยไม่มีข้อโต้แย้งจึงสามารถใช้โทษประหารชีวิตได้
5. ก่อนจะมีการลงโทษประหารชีวิตจำเลยต้องผ่านการพิจารณาตามขั้นตอนของศาลและจำเลยมีสิทธิต่อสู้ตามกระบวนการทางศาล ทั้งนี้เพื่อผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรมตามหลักสิทธิมนุษยชน

(ต่อจากหน้า 79)

- ข้อ 6. 1) มนุษย์ทุกคนมีสิทธิโดยธรรมชาติในการดำรงชีวิต สิทธินี้ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไม่มีบุคคลใดสามารถล่วงชีวิตใครได้
- 2) ในประเทศซึ่งยังมิได้ยกเลิกโทษประหารชีวิต การลงโทษประหารชีวิตย่อมกระทำได้เฉพาะคดีอุกฉกรรจ์ที่สุดตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำความผิดและต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติในกติกาฉบับนี้ และอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ โทษเช่นว่านี้จะลงได้ก็โดยคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลที่มีอำนาจ
- 3) เมื่อมีการฆ่าผู้อื่นอันเป็นอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ย่อมเป็นที่เข้าใจว่าข้อนี้มิได้ให้อำนาจรัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้ในอันที่จะหลีกเลี่ยงจากพันธะใดๆ อันพึงมีต่อบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทำลายล้างเผ่าพันธุ์
- 4) บุคคลใดที่ต้องคำพิพากษาให้ประหารชีวิต ย่อมมีสิทธิขอภัยโทษหรือลดหย่อนผ่อนโทษตามคำพิพากษาการนิรโทษกรรม การให้อภัย หรือการลดหย่อนผ่อนโทษจากคำพิพากษาให้ประหารชีวิต พึงมีได้ทุกกรณี
- 5) จะไม่มีการพิจารณาให้ประหารชีวิตในคดีอาชญากรรมที่กระทำโดยบุคคลผู้มิอายุต่ำกว่า 18 ปี และจะลงโทษนี้ต่อหญิงมีครรภ์มิได้
- 6) จะยกข้อนี้ขึ้นเป็นเหตุเพื่อเหนี่ยวรั้งหรือขัดขวางการยกเลิกโทษประหารชีวิตในรัฐภาคีใดแห่งกติกาฉบับนี้มิได้

6. บุคคลใดก็ตามต้องคำพิพากษาของศาลให้ลงโทษประหารชีวิต มีสิทธิที่จะอุทธรณ์ต่อศาลสูง และศาลสูงจะต้องรับคำอุทธรณ์นั้นไว้พิจารณา

7. บุคคลใดก็ตามต้องคำพิพากษาของศาลให้ลงโทษประหารชีวิต มีสิทธิร้องขอภัยโทษหรือลดโทษ ซึ่งการภัยโทษหรือการขอลดโทษในคำร้องขอดังกล่าวเป็นเหตุควรแก่การปรราน

8. จะไม่มีการดำเนินการประหารชีวิตในระหว่างที่มีการอุทธรณ์ หรืออยู่ในระหว่างขอภัยโทษ หรือการขอลดโทษ

9. การประหารชีวิตควรใช้วิธีการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

4.1.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับโทษประหารชีวิต

ก. แนวความคิดและเหตุผลของฝ่ายสนับสนุนให้คงไว้ซึ่งโทษประหารชีวิต (ประเสริฐ เมฆมณี, 2525 : 20-33)

(1) การลงโทษประหารชีวิตเป็นการดำรงไว้ซึ่งระบบอาญายุติธรรม (Protection of System of Criminal Justice) เนื่องจากโทษประหารชีวิตเป็นโทษที่ร้ายแรงที่สุดที่ผู้กระทำผิดหวาดหวั่นเกรงกลัวมากที่สุด จึงสามารถใช้เป็นเครื่องมือต้อรองใจให้ผู้กระทำผิดยอมรับสารภาพผิด เพื่อจะได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษ (Plea Bargaining) หากผู้ต้องหาหรือจำเลยให้การเป็นประโยชน์ต่อการดำเนินคดีหรือเอื้ออำนวยต่อการแสวงหาข้อเท็จจริงของเจ้าหน้าที่ ซึ่งสอดคล้องกับหลักทฤษฎีต้อรองเพื่อความยุติธรรม (The Bargaining Theory of Justice) การลงโทษประหารชีวิตจึงเป็นรูปแบบการบังคับใช้เมื่อเลือก (Selective Enforcement) ที่เหมาะสมกับสภาพความจำเป็นสอดคล้องกับแนวคิดของนักอาชญวิทยาที่ต้องคำนึงถึงลักษณะความรุนแรงและประเภทแห่งการกระทำผิดประกอบกันไป

(2) การลงโทษประหารชีวิตเป็นการยับยั้งการกระทำผิดอย่างเด็ดขาด (Capital Punishment is a Uniquen Deterrent) โทษประหารชีวิตสามารถยับยั้งผู้อื่นให้เกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์และเป็นการข่มขวัญผู้กระทำผิดยิ่งกว่าการลงโทษอย่างอื่น ซึ่งปรากฏเป็นหลักฐานทั้งในทางข้อเท็จจริงและในทางทฤษฎีจิตวิทยา นอกจากนั้นโทษประหารชีวิตยังมีส่วนยับยั้งการก่ออาชญากรรมรุนแรงได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(3) การลงโทษประหารชีวิตเป็นการตอบแทนแก้แค้น (Retribution) ที่สมดุลกับการกระทำผิดที่เกิดขึ้น สอดคล้องกับหลักปรัชญาและวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษ เช่น ความรับผิดชอบประทุษร้ายต่อชีวิตผู้อื่นยอมเป็นการชอบธรรมที่จะต้องถูกลงโทษประหารชีวิตให้ตายตกไปตามกัน หรือโดยกฎแห่งการแก้แค้นในลักษณะชีวิตต่อชีวิต (Life for Life) ซึ่งสอดคล้องกับหลักสัญญาตญาณแก้แค้นดั้งเดิมของมนุษย์และได้สัดส่วนกับความผิดที่เกิดขึ้น (Punishment to fit the Crime)

(4) การลงโทษประหารชีวิตเป็นการป้องกันสังคมอย่างถาวร (The Protection of Society) เนื่องจากอาชญากรถูกกำจัดออกจากสังคมอย่างถาวรเด็ดขาด หมดโอกาสที่จะกระทำผิดซ้ำสองอีก เป็น

วิธีการเด็ดขาดที่จะขจัดอาชญากรรมร้ายแรงบางประเภทที่ไม่สามารถแก้ไขให้กลับคืนดังเดิมได้ (The Irredeemability of Certain Offenders) เป็นผู้ที่มีลักษณะเป็นมารร้ายต่อสังคม (Social Monster)

(5) การลงโทษประหารชีวิตเป็นการตอบสนองต่อมติมหาชน (Public Opinion) เนื่องจากมหาชนเชื่อว่าการลงโทษประหารชีวิตเป็นมาตรการที่มีประสิทธิผลต่อการป้องกันอาชญากรรมและเป็นเครื่องมือของรัฐที่จะสนองตอบทดแทนการแก้แค้นโดยส่วนบุคคล (Private Vengeance) และเป็นสิ่งจำเป็นต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

(6) การลงโทษประหารชีวิตต้องคำนึงถึงลักษณะความรุนแรงของอาชญากรรมในสังคมที่เปลี่ยนแปลง ปัจจุบันอาชญากรรมร้ายแรงได้เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วตามภาวะความเสื่อมโทรมของสังคม เป็นผลให้สังคมมีปฏิกิริยาในทางโต้ตอบรุนแรงต่ออาชญากรรมมากยิ่งขึ้น และมีความเชื่อว่าการลงโทษประหารชีวิตยังเป็นมาตรการเด็ดขาด จำเป็นต่อการป้องกันปราบปรามอาชญากรรมที่ไม่อาจจะยกเลิกได้อีกทั้งสังคมจะต้องเสี่ยงภัยต่ออาชญากรรมจนไม่อาจคาดคะเนได้หากยกเลิกโทษประหารชีวิตไปแล้ว

นอกจากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น การประหารชีวิตก็ยังมีส่วนช่วยแบ่งเบาภาระงบประมาณแผ่นดิน และผ่อนคลายความตึงเครียดของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมที่ต้องควบคุมผู้กระทำผิดและการประหารชีวิตก็ได้กระทำอย่างพร่ำเพรื่อ แต่เป็นการใช้เฉพาะกรณีความผิดร้ายแรงเท่านั้น

ข. แนวความคิดและเหตุผลของฝ่ายคัดค้านการลงโทษประหารชีวิต

(1) การลงโทษประหารชีวิตเป็นผลกระทบต่อการบริหารงานกระบวนการยุติธรรม (Impact of the Death Penalty of the Administration of Justice) หลักการพื้นฐานของระบบอาญายุติธรรมเป็นการปฏิบัติหน้าที่เพื่อผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรมและศีลธรรมอันดีในสังคม จึงเป็นการไม่ชอบธรรมอย่างยิ่งที่รัฐจะใช้อำนาจทางกฎหมายประหารชีวิตประชาชนของรัฐ ซึ่งเป็นโทษที่รุนแรงโหดร้ายส่งผลให้ประชาชนมีความเสื่อมโทรมทางจิตใจ เป็นการไม่คุ้มค่ากับการที่ประชาชนต้องสูญเสียคุณค่าแห่งการมีชีวิตอยู่เพื่อแลกกับการประหารดังงบประมาณ นอกจากนั้นรัฐยังมีทางเลือกที่จะใช้มาตรการการลงโทษรูปแบบอื่นเพื่อลดหย่อนความผิดที่เกิดขึ้น เช่น การจำคุกตลอดชีวิต เป็นต้น (อ้างแล้ว, หน้าเดียวกัน)

(2) การลงโทษประหารชีวิตมิได้ยับยั้งอาชญากรรมเสมอไป เนื่องจากการประหารชีวิตปัจจุบันกระทำปิดไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน และวิธีการประหารก็ลดความเจ็บปวดลงจากเดิมจึงไม่อาจหวังผลต่อความหวาดกลัวและยับยั้งการก่ออาชญากรรมได้ และผู้กระทำผิดส่วนมากไม่ทราบว่สิ่งที่ตนได้กระทำนั้นมีโทษร้ายแรงเช่นใดและผู้กระทำผิดส่วนใหญ่เชื่อว่าตนจะรอดพ้นจากการถูกจับกุมดำเนินคดีได้ (ธงทอง จันทรางศุ, 2545 : สัมภาษณ์) นอกจากนั้นยังมีเหตุผลใจอย่างอื่นที่ก่อให้เกิดอาชญากรรมมากกว่าความไม่เกรงกลัวต่อโทษทัณฑ์ เช่น สภาพแวดล้อมหรือความกดดันทางอารมณ์ เป็นต้น ดังนั้นไม่ว่าจะมีการประหารชีวิตมากน้อยเพียงใดก็แทบไม่มีผลในการแก้ปัญหาอะไรเลย เป็นแต่เพียงทำให้สังคมรู้สึกสบายใจ

ว่าคนร้ายได้ถูกทำร้ายไปแล้ว รู้สึกอบอุ่นขึ้น แต่มูลเหตุของสังคมที่เป็นตัวสร้างคนร้ายประเภทนั้นยังอยู่โทษประหารชีวิตจึงไม่ได้แก้ปัญหาอะไร (เจริญ ภักดีธนากุล อ้างใน กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, 2540 :79)

(3) การลงโทษประหารชีวิตเป็นผลกระทบต่อปรัชญาการแก้ไขอาชญากรรม (Impact of the Death Panalty on Correction Philosophy) เป็นวิธีการกำจัดผู้กระทำผิดออกจากสังคมอย่างเด็ดขาดถาวร นับเป็นการตัดโอกาสแห่งการแก้ไขปรับปรุงจิตใจผู้กระทำผิดอย่างสิ้นเชิง (Reformation or Rehabilitation) ซึ่งขัดกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษที่มุ่งแก้ไขผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคลและป้องกันสังคม (ประเสริฐ เมฆมณี, 2525 : อ้างแล้ว หน้าเดียวกัน)

(4) มติมหาชนเกี่ยวกับโทษประหารชีวิต มีปัจจัยหลายประการที่มีผลต่อการสำรวจประชามติ เช่น ค่านิยมทางสังคม วัฒนธรรม จำนวนประชากร ภาพอาชญากรรมในภาวะของสังคมชั่วระยะเวลาหนึ่งๆ ซึ่งต้องคำนึงถึงด้วย นอกจากนั้นมติมหาชนเกี่ยวกับโทษประหารชีวิตเป็นการสำรวจในลักษณะกว้างๆ เพื่อประโยชน์ในการบริหารงานยุติธรรมและการศึกษาอาชญาวิทยาโดยเฉพาะ จึงไม่อาจยืนยันได้ว่ามติมหาชนมีความเห็นสนับสนุนหรือคัดค้านโทษประหารชีวิต และจากการวิจัยในสหรัฐอเมริกาในปี 1978 พบว่า 62 % เห็นด้วยกับโทษประหารชีวิต 27 % ไม่เห็นด้วย 11 % ไม่ตัดสินใจ โดยประชากรส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นการยับยั้งหรือข่มขู่ แต่ในขณะที่บางกลุ่มเห็นว่าแม้จะไม่มีผลในการยับยั้งหรือข่มขู่ก็ยังสนับสนุน ซึ่งเป็นการสะท้อนแนวคิดในการแก้แค้นมากกว่ายับยั้งข่มขู่ (อรรถสิทธิ์ ทองแสง, 2543 : อ้างแล้ว 41) ซึ่งสอดคล้องกับกลุ่มเป้าหมายที่ผู้วิจัยได้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่แม้จะเห็นว่าไม่มีผลต่อการยับยั้งอาชญากรรมร้ายแรง แต่ก็ยังสนับสนุนให้มีโทษประหารชีวิตต่อไป อีกประการที่สำคัญและไม่อาจมองข้ามได้คือบ่อยครั้งที่สังคมไทยถูกชี้นำโดยสื่อสารมวลชนโดยเฉพาะคดีเกี่ยวกับยาเสพติดและอาชญากรรมร้ายแรง สะเทือนขวัญประชาชน ส่งผลต่อความรู้สึกของประชาชนที่อยากลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อเป็นการแก้แค้นและป้องกันสังคมจากอาชญากรรมเหล่านั้น ดังนั้นมติมหาชนจึงอาจเป็นเพียงภาพสะท้อนทางอารมณ์ของคนในสังคมในขณะนั้นหรือเป็นเพียงการแสดงออกถึงภาวะที่ขาดสติของคนในสังคมชั่วขณะหนึ่งเท่านั้น จึงมิได้หมายความว่าสิ่งที่สังคมต้องการในขณะนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องเหมาะสมเสมอไป

(5) การลงโทษประหารชีวิตเป็นปฏิกริยาต่อความเจริญของอารยธรรม (ประเสริฐ เมฆมณี, 2525 : อ้างแล้ว หน้าเดียวกัน) โทษประหารชีวิตเป็นการลงโทษที่ทารุณโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม เป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรม และบรรทัดฐานของสังคม กลายเป็นแบบอย่างการกระทำที่ทารุณโหดร้ายและจูงใจให้เกิดอาชญากรรมรุนแรงยิ่งขึ้น นอกจากนั้นในทางศาสนาหลายศาสนาเชื่อว่ามนุษย์ไม่ได้เป็นเจ้าของชีวิตจึงไม่มีสิทธิทำลายชีวิตใครทั้งสิ้น ดังนั้นการลงโทษประหารชีวิตต้องคำนึงถึงอารยธรรมและความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการในสังคมด้วย

(6) ความผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรม (Justice Miscarriage) ความผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรมเป็นอีกเหตุผลสำคัญที่มีการกล่าวถึงกันมากในระยะหลัง เนื่องจากหากเกิดความผิดพลาดขึ้นแล้ว

ก็ไม่สามารถที่จะแก้ไขได้เนื่องจากบุคคลผู้ถูกระงับได้เสียชีวิตไปแล้ว โดยเฉพาะในประเทศไทยที่น่าเป็นห่วงมากที่สุด เพราะกระบวนการต่างๆ ยังไม่มีการตรวจสอบถ่วงดุลที่เหมาะสมตั้งแต่ขั้นต้นจนถึงขั้นสุดท้ายของกระบวนการพิจารณาพิพากษาพิจารณาคดี จะแน่ใจได้อย่างไรว่าผู้ที่ถูกลงโทษประหารจะไม่ผิดตัว (กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, 2540 : อ้างแล้ว 81) แม้แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งถือกันว่ามีความจริงก้าวหน้าในกระบวนการยุติธรรมมากกว่าประเทศไทย ก็ยังปรากฏความผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรม ทำให้ต้องประหารผิดคนก็มีให้เห็นกันอยู่ ถึงขนาดว่าในบางรัฐความผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรมกลายเป็นสาเหตุนำไปสู่การยกเลิกโทษประหารในที่สุด⁴

(7) การลงโทษประหารชีวิตส่งผลให้อาชญาการใช้ความรุนแรงมากยิ่งขึ้น การก่ออาชญากรรมของอาชญากรทั้งหลายจะต้องรุนแรงยิ่งขึ้นเพื่อให้สามารถหลบหนีการจับกุม ซึ่งผลกระทบเหยื่อที่อาจต้องสังเวทชีวิตเพิ่มขึ้นโดยไม่จำเป็น นอกจากนั้นการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ต้องประสบกับอันตรายมากขึ้น โทษประหารจึงเป็นการบังคับให้อาชญากรก่อความรุนแรงยิ่งขึ้น และเจ้าหน้าที่ก็ต้องใช้ความรุนแรงเพิ่มขึ้นด้วยเพื่อเอาชนะอาชญากร จึงนับว่าเป็นต้นทุนของความรุนแรงที่สูงยิ่ง

(8) นักโทษประหารคือผู้ด้อยโอกาสในสังคม (Underprivileged People) ผู้ต้องขังส่วนใหญ่ในประเทศไทยเป็นผู้ด้อยโอกาสทั้งทางด้านการศึกษาฐานะยากจน เป็นคนชั้นล่างของสังคม บุคคลเหล่านี้ไม่ว่าจะทำผิดหรือไม่ก็ตามต่างก็ขาดโอกาสในการต่อสู้คดีแทบทั้งสิ้น บางรายถูกจงใจให้รับสารภาพเพื่อลดหย่อนผ่อนโทษ หรือบางรายอาจถูกบังคับให้สารภาพ ในเมื่อผู้ต้องขังส่วนใหญ่ล้วนแล้วแต่ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากกระบวนการยุติธรรมตั้งแต่ต้น การประหารชีวิตจึงเท่ากับเป็นการซ้ำเติมผู้ด้อยโอกาสให้ยิ่งแย่ลงไปอีก ในขณะที่ยังมีทางเลือกที่ดีกว่า และถือเป็นการหยิบบั่นความเป็นธรรมให้แก่เพื่อนร่วมสังคมอีกทางหนึ่ง (วิทยา สุริยะวงศ์, 2543 : 50) นอกจากนั้นในคดีอาญาร้ายแรง เช่น คดียาเสพติด คดีที่เกี่ยวกับองค์กรอาชญากรรมที่สลับซับซ้อน ผู้ถูกจับกุมมักเป็นเพียงผู้กระทำผิดรายเล็ก ตัวการใหญ่จะยังคงลอยนวลไม่สามารถนำตัวมารับโทษทัณฑ์ตามกฎหมายได้

(9) โทษประหารชีวิตเป็นช่องทางให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบ ก่อให้เกิดการหาประโยชน์โดยมิชอบจากผู้กระทำความผิดเพื่อให้รอดพ้นจากโทษประหาร และการกลั่นแกล้งใส่ร้ายให้บุคคลต้องรับโทษสถานหนักจึงเกิดขึ้นได้ง่าย (อ้างแล้ว 49)

(10) มนุษย์ไม่ควรทำความผิดซ้ำสอง การก่ออาชญากรรมต่อชีวิตโดยการกระทำของอาชญากรนับว่าร้ายแรงและส่งผลกระทบต่อสังคมมากพออยู่แล้ว แต่การประหารชีวิตเหล่าอาชญากรก็เท่ากับ

⁴ นายจอร์จ โรอัน ผู้ว่าการรัฐอิลลินอยส์ ประกาศยกเลิกโทษประหารชีวิตนักโทษมากกว่า 150 คน โดยการลดโทษลงเหลือจำคุกตลอดชีวิต โดยเหตุที่ศาลสั่งให้มีการทบทวนคดีโทษประหารชีวิตแล้วพบว่านักโทษประหารชีวิต 13 คนที่เป็นผู้บริสุทธิ์ (111 ประเทศยกเลิกโทษประหารชีวิต มติชน 14 มกราคม 2546 : 10)

เป็นการกระทำความผิดซ้ำอีก และยังถ้าเป็นการประหารชีวิตผิดตัวคนอันเนื่องจากความผิดพลาดในกระบวนการยุติธรรมด้วยแล้วก็ยิ่งเป็นโศกนาฏกรรมที่เศร้าสลดอย่างที่สุดที่คนบริสุทธิ์ต้องกลายเป็นเหยื่อของการประหารทั้งๆ ที่สามารถหลีกเลี่ยงได้

(11) โทษประหารชีวิตขัดแย้งกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ (บรรเจิด สิงคะเนติ 2543 : อ้างแล้ว หน้าเดียวกัน) โทษประหารจึงขัดแย้งกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

4.1.3 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แม้ประเทศไทยโทษประหารชีวิตจะยังคงมีอยู่และใช้กันมากขึ้นโดยเฉพาะในระยะ 4-5 ปี ที่ผ่านมากับคดียาเสพติดและคดีสะเทือนขวัญ ได้ก่อให้เกิดการตั้งคำถามและเกิดการถกเถียงกันตามมามากขึ้นทั้งในกลุ่มคนที่ทำงานด้านสิทธิมนุษยชน ในแวดวงวิชาการ สื่อสารมวลชนว่า สังคมไทยสมควรจะยกเลิกโทษประหารแล้วหรือยัง ซึ่งนับว่าต่างจากอดีตค่อนข้างมากที่แทบจะไม่มีใครถกเถียงในประเด็นเช่นนี้ซักเท่าใดนัก อย่างไรก็ตามการถกเถียงดังกล่าวก็ยังถือว่าจำเพาะอยู่แต่ในกลุ่มคนที่ไม่มากนักและมักเจียบหายไปในช่วงเวลาสั้นๆ นอกจากนั้นประเด็นการถกเถียงก็ได้เปลี่ยนไปสู่วิธีการประหารชีวิต⁵ ด้วยวิธีการอย่างไรที่ถือว่าไม่ทารุณโหดร้าย หรือมีความทรมานน้อยที่สุด ซึ่งแต่เดิมกฎหมายกำหนดให้ใช้วิธียิงให้ตายแต่ต่อมามีแนวคิดที่จะเปลี่ยนไปเป็นการฉีดยาให้ตาย

แต่ถึงอย่างไรในท้ายที่สุดก็ต้องทำให้ผู้กระทำความผิดถึงแก่ความตายอยู่ดี และการลงโทษประหารชีวิตแทบจะไม่อาจแก้ปัญหาใด ๆ ตามที่ฝ่ายเห็นด้วยกับโทษประหารได้ให้เหตุผลไว้ นอกจากจะเป็นการแก้แค้นด้วยวิธีการตาต่อตาฟันต่อฟันซึ่งสอดคล้องกับสัญชาตญาณดั้งเดิมของมนุษย์สามารถยับยั้งการกระทำความผิดเฉพาะบุคคลที่ถูกประหารเท่านั้น แทบจะไม่มีใครได้ประโยชน์จากวิธีการนี้เลย และเป็นมาตรการลงโทษที่ด้อยประสิทธิภาพที่สุดวิธีหนึ่ง ไม่สามารถยับยั้งอาชญากรรมร้ายแรงได้ อาชญากรรมร้ายแรงจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับประสิทธิภาพของการบริหารกระบวนการยุติธรรม (คณิต ณ นคร, 2545 : สัมภาษณ์) โทษประหารไม่สามารถป้องกันสังคมได้อย่างแท้จริง เพราะต้นเหตุของปัญหายังมิได้ถูกแก้ไขถึงแม้จะประหารคนไปสักกี่คนก็ตามเหตุการณ์ร้ายแรงทำนองเดียวกันหรือร้ายแรงกว่าก็อาจเกิดขึ้นได้อีก ความเสี่ยงภัยของสังคมยังคงมีอยู่เช่นเดิมเป็นแต่เพียงความอุ่นใจชั่วขณะแบบคิดไปเองที่ไม่เป็นความจริง จริงอยู่แม้ในระบบของสหประชาชาติโดยเฉพาะปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองมิได้ระบุชัดว่าห้ามลงโทษประหารชีวิต

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 19 ผู้ใดต้องโทษประหารชีวิต ให้เอาไปยิงเสียให้ตาย