

บทที่ 2

ความหมาย ประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีและหลักทั่วไป เกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงาน ของคนต่างด้าว พ.ศ.2560

ในบทนี้จะทำการศึกษาถึงความหมาย ประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีและหลักทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าว ซึ่งได้แก่ ความหมายของ “คนต่างด้าว” ความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” ความเป็นมาและวิวัฒนาการควบคุมแรงงานต่างด้าว แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของแรงงานต่างด้าว แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน หลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ หลักการสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของแรงงานต่างด้าว หลักการเกี่ยวกับลำดับศักดิ์ของกฎหมาย รูปแบบการละเมิดสิทธิของแรงงานต่างด้าว เพื่อให้ทราบถึงความเป็นมาของปัญหาและความเป็นมาและเจตนารมณ์ที่แท้จริงอันเป็นที่มาของการตรากฎหมายมาบังคับใช้ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 ความหมายของคนต่างด้าวและสิทธิมนุษยชน

2.1.1 ความหมายของ “คนต่างด้าว”

จากการศึกษาพบว่าพจนานุกรมและกฎหมายหลายฉบับที่ให้ความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” เอาไว้ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

คำว่า “คนต่างด้าว” หมายถึงคนที่ไม่มีสัญชาติของรัฐเจ้าของดินแดน” ซึ่งคำนี้อาจหมายถึงทั้ง คนที่มีสัญชาติของรัฐต่างประเทศ และ คนที่ไร้รัฐเจ้าของสัญชาติ¹

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้ความหมายของคำว่า “ต่างด้าว” ไว้ว่า เป็นการเรียกชาวต่างประเทศที่มีถิ่นที่อยู่ในอีกประเทศหนึ่ง ว่า “คนต่างด้าว” ส่วนความหมายของคำว่า คนต่างด้าวซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า "Alien" ในความหมายอย่างแคบ หมายถึงบุคคลต่างด้าว หรือชาวต่างประเทศที่อาศัยอยู่ในประเทศที่ไม่ใช่ประเทศสัญชาติของตนเอง ได้แก่นักท่องเที่ยวประเทศ

¹ กิติวรญา รัตนมณี. (2552). *คนต่างด้าวในทะเบียนราษฎรไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขา นิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 20.

ต่างๆ ที่มาเที่ยวที่เมืองไทย หรือคนต่างประเทศที่ไม่ได้สัญชาติไทย ในทางกฎหมายก็ถือเป็น "Alien" ทั้งนี้²

พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 หมายถึง "คนต่างด้าว" หมายความว่า ผู้ซึ่งมิได้มีสัญชาติไทย

พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 4 บัญญัติว่า "คนต่างด้าว" หมายความว่า บุคคลซึ่งมิได้มีสัญชาติไทย

อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ในมาตรา 11 ได้ให้คำนิยามของคำว่า "แรงงานต่างด้าว" หมายถึง บุคคลที่ย้ายถิ่นที่อยู่โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะได้รับการจ้างแต่ไม่รวมถึงบุคคลที่ย้ายถิ่นที่อยู่อันเนื่องมาจากเหตุผลส่วนตัว และยังมีข้อกำหนดอาชีพบางประเภทเป็นข้อยกเว้นด้วย เช่น แรงงานที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศของตน แต่ข้ามชายแดนไปทำงานในต่างประเทศเป็นประจำวัน พวกเขาถูกเรือ แต่ไม่รวมถึงผู้ลี้ภัยนักท่องเที่ยว ผู้ที่เดินทางไปแสวงบุญ และผู้ที่ย้ายถิ่นเลี้ยงสัตว์ ผู้ที่ทำงานในประเทศอื่น ซึ่งเข้ามาในประเทศอื่น โดยถูกต้องตามกฎหมายแรงงานก็ต้องปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวเช่นเดียวกับคนในชาติ³

องค์การสหประชาชาติ ได้มีการกำหนดความหมายของแรงงานข้ามชาติในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานข้ามชาติและสมาชิกของเขาเหล่านั้นไว้ ในมาตรา 2 หมายถึง "บุคคลซึ่งจะถูกว่าจ้างให้ทำงาน กำลังถูกว่าจ้างหรือเคยถูกว่าจ้างทำงาน โดยได้รับค่าตอบแทนในรัฐที่ตนไม่ได้เป็นคนของชาตินั้น"⁴

จากนิยามดังกล่าว บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย ซึ่งหมายถึง คนที่ไม่มีสัญชาติของเจ้าของดินแดน ซึ่งคำนี้อาจหมายถึงทั้ง คนที่มีสัญชาติของรัฐต่างประเทศ และคนที่ไร้รัฐเจ้าของสัญชาติ และเป็นพลเมืองของรัฐอื่น ที่เข้ามาอาศัยในดินแดนของรัฐใด ย่อมอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของรัฐเช่นเดียวกับพลเมืองของรัฐนั้น สิทธิตามกฎหมายเอกชนนั้น ถือว่าคนต่างด้าวมีสิทธิเช่นเดียวกับพลเมืองของรัฐ เช่น คนต่างด้าว มีสิทธิสมรส รับมรดก และมีสิทธิมีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น สิทธิตามกฎหมายเอกชน ไม่มีปัญหาแต่อย่างใด จะมีปัญหาที่เฉพาะ การถือกรรมสิทธิ์ ในที่ดินของคนต่างด้าวเท่านั้น อย่างไรก็ตามเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวนี้ มิได้ถือเป็นหลักอย่างเคร่งครัดว่าคนต่างด้าวจะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินมิได้เลย วิธีปฏิบัติในเรื่อง

² พจนานุกรม English-Thai: NECTEC's Lexitron-2 Dictionary. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://dict.longdo.com/search/*alien*. [2562, 12 กุมภาพันธ์].

³ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ. (2562). (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.ilo.org>. [2562, 25 กุมภาพันธ์].

⁴ กระทรวงแรงงาน. (2562). อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานข้ามชาติและครอบครัว. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.mol.go.th/anonymouse/international/3398>. [2562, 20 มิถุนายน].

นี้ ประเทศต่าง ๆ มักจะมีสนธิสัญญาต่อกันว่าคนต่างด้าว มีสิทธิที่จะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ เช่น สนธิสัญญาที่ไทยทำกับ โปรตุเกส ฝรั่งเศส อิตาลี อังกฤษ สเปน สวิตเซอร์แลนด์ เดนมาร์ก สวีเดน และญี่ปุ่น เป็นต้น พลเมืองของประเทศดังกล่าวนี้ อาจถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยได้ และ พลเมืองของไทย ก็อาจถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของประเทศเหล่านั้น ได้เช่นกัน ตามหลักกฎหมาย ระหว่างประเทศ ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวนั้น ถือหลักว่าคนต่างด้าวไม่ว่าจะเป็นในฐานะ นักท่องเที่ยว หรือในฐานะผู้อยู่ประจำก็ตาม ย่อมไม่มีสิทธิเหนือพลเมืองของรัฐ และไม่มีสิทธิทาง การเมือง คนต่างด้าว ย่อมอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของรัฐทุกประการ หากเขาถูกละเมิดจะต้อง ใช้กฎหมายของรัฐนั้นใช้บังคับ และเขาก็มีสิทธิ ที่จะขอรับความยุติธรรมจากรัฐเช่นเดียวกับ พลเมืองของรัฐนั้น

จากกฎหมายที่เกี่ยวข้องทุกฉบับ ศึกษาความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” จึงทำให้ ผู้ศึกษาสรุปความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” คือ ไม่มีสัญชาติของรัฐเจ้าของดินแดนซึ่งเข้ามาใน ดินแดนที่ตนมิได้มีสัญชาตินั้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะได้รับการจ้างทำงานเท่านั้น ดังนั้นคำว่าคน ต่างด้าวที่ทำการศึกษาในงานวิจัยนี้จึงแตกต่างจากคนต่างด้าวอื่นๆที่ไม่ได้เข้ามาในประเทศไทยเพื่อ วัตถุประสงค์ในการทำงาน

2.1.2 ความหมายของ “สิทธิมนุษยชน”

จากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights หรือ UDHR) ข้อ 1 ที่ระบุไว้ว่า บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพประดามีที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้ โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทาง การเมือง หรือทางอื่นใด ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด นอกจากนี้การจำแนกข้อแตกต่างโดยอาศัยมูลฐานแห่งสถานะทางการเมืองทางศาสนาหรือทาง เรื่องระหว่างประเทศของประเทศ หรือดินแดนซึ่งบุคคลสังกัดจะทำมิได้ ทั้งนี้ไม่ว่าดินแดนดังกล่าว จะเป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเองหรืออยู่ภายใต้การจำกัดแห่งอธิปไตยอื่นใด ซึ่ง จากความหมายดังกล่าว พอที่จะสรุปสาระสำคัญของ ความหมายของ “สิทธิมนุษยชน” ได้ดังนี้⁵

ประการแรก สิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนได้รับอย่างเสมอภาคกันเพื่อให้สามารถ ดำรงชีวิตได้อย่างสันติสุข มีศักดิ์ศรี มีเสรีภาพ มิไม่ตรีจิต และมีความเมตตาต่อกัน โดยไม่คำนึงถึง ความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา สถานภาพทางกาย หรือสุขภาพ

⁵ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. (2562). *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/book.pdf>. [2562, 20 มิถุนายน].

ประการที่สอง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทยหรือสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี

ประการที่สาม สิทธิของความเป็นมนุษย์ ผู้ที่เป็นมนุษย์ย่อมมีสิทธิดังกล่าว ตั้งแต่เกิดจนตายโดยปราศจากข้อจำกัดทางกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นว่า มนุษย์เท่านั้นที่มีสิทธินี้ และสิทธินี้เกิดขึ้นโดยติดตัวมนุษย์ตั้งแต่เกิดจนกระทั่งตาย

ประการที่สี่ สิทธิของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครอง โดยหลักบังคับของกฎหมายภายใต้หลักการเกียรติศักดิ์ สิทธิที่เท่าเทียมกัน ความเสมอภาค ที่จะเป็นการส่งเสริมให้มนุษย์อยู่ร่วมกันได้อย่างมีความสุข

ประการที่ห้า สิทธิที่ทุกคนมีอยู่ในฐานะเป็นมนุษย์ ทั้งสิทธิในการดำรงชีวิตอยู่ในส่วนบุคคลและสิทธิในการอยู่ร่วมกันในสังคม สิทธิในความเป็นมนุษย์นั้น มีทั้งสิทธิตามกฎหมายและสิทธิที่มีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กบบทบัญญัติของกฎหมาย แต่เป็นสิทธิที่เกิดจากมาตรฐานเพื่อความถูกต้อง ความเป็นธรรม หรือความยุติธรรม แต่เดิมสิทธิมนุษยชนจะกล่าวถึงในชื่ออื่น เช่น สิทธิในธรรม สิทธิในธรรมชาติ เป็นต้น

ประการสุดท้าย สิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์เกิดมาพร้อมกับความเท่าเทียมกันในแง่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิ เพื่อดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษาศาสนา และสถานภาพทางกายและสุขภาพรวมทั้งความเชื่อทางการเมือง หรือความเชื่ออื่นๆที่ขึ้นกับพื้นฐานทางสังคม สิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่ไม่สามารถถ่ายทอดหรือโอนให้แก่ผู้อื่นได้

พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2542 นอกจากจะจัดตั้งคณะกรรมการในระดับชาติเพื่อรับผิดชอบงานด้านการส่งเสริม คุ้มครอง และตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนแล้ว ยังให้ความหมายของสิทธิมนุษยชนไว้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีจะต้องปฏิบัติตาม ” จะเห็นได้ว่าสิทธิมนุษยชน มิได้เป็นเพียงสิทธิตามกฎหมายของรัฐไทยเท่านั้น ยังหมายรวมถึงสิทธิที่ถูกรับรองในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐไทย ซึ่งรัฐบาลไทยอาจมีพันธกรณีที่จะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายหรือนโยบายของไทยให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์

ของสิทธินั้นๆ ในทางสากลด้วย โดยเนื้อหาของสิทธิมนุษยชนนั้นเกี่ยวข้องกับการดำรงชีวิตของมนุษย์ร่วมกันในสังคมแทบทุกมิติ⁶

แอมนาสตี องค์กรที่ผลักดันในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” คือ สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เป็นของพวกเราทุกคน ไม่ว่าเราจะเป็นใคร หรืออยู่ที่ไหนบนโลกใบนี้ไม่ว่าคุณจะมีชื่อเสียงอะไรหรือใช้ชีวิตแบบไหนก็ตามสิทธิมนุษยชนไม่สามารถถูกพรากไปได้ แต่บางครั้งสิทธิมนุษยชนอาจถูกจำกัด เช่น ถ้าคุณทำผิดกฎหมาย หรือกระทำการที่อาจเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของชาติ ทั้งนี้ สิทธิมนุษยชนนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของคุณค่าความเป็นมนุษย์ เช่น ความมีศักดิ์ศรี ความยุติธรรม ความเท่าเทียม ความเคารพ และความเป็นอิสระ นอกจากนี้สิทธิมนุษยชนนั้นไม่ได้เป็นเพียงแค่นามคิดที่เป็นนามธรรมเท่านั้น เพราะสิทธิมนุษยชนคือแนวคิดที่ได้รับการนิยาม และได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย⁷

จากการศึกษาความหมายของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ทำให้ผู้ศึกษาทราบว่า สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ทุกคนพึงจะได้รับควมคุ้มครอง โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา สถานภาพทางกาย หรือสุขภาพ

2.2 ความเป็นมาและวิวัฒนาการควบคุมแรงงานต่างด้าว

เมื่อต้นศตวรรษที่ 19 กฎหมายแรงงานเกิดขึ้นครั้งแรกในทวีปยุโรปในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรม ซึ่งมีการขยายตัวทางด้านอุตสาหกรรม ทำให้เกิดผลกระทบต่อสังคม สร้างความเดือดร้อนให้แก่คนงานทั้งหลาย เกิดโรคติดต่อในประเทศอังกฤษ รัฐบาลจึงได้ตั้งคณะกรรมการสาธารณสุขเพื่อหาสาเหตุเกี่ยวกับสภาพของโรงงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำงานกับเด็ก

ในปี ค.ศ. 1795 – 1796 รัฐบาลอังกฤษมีความเห็นว่า กฎหมายแรงงานไม่สามารถให้ความคุ้มครองแรงงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการใช้แรงงานเด็ก จำเป็นต้องออกกฎหมายคุ้มครองเป็นพิเศษ จึงมีการประกาศกฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับแรกในปี ค.ศ. 1802 เรียกว่า กฎหมายว่าด้วยสุขภาพและจิตใจของผู้ฝึกงาน “The Health and Moral Apprentices Act 1802” หรือ อีกชื่อหนึ่งว่าพระราชบัญญัติโรงงาน ค.ศ. 1802 “The Factory Act 1802” โดยกฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติที่เป็นการวางแผนการใช้แรงงานของผู้ฝึกงาน เช่น กำหนดชั่วโมงการทำงาน การห้ามทำงานในเวลากลางคืน กำหนดระยะเวลาพัก กำหนดค่าจ้างขั้นต่ำ เป็นต้น

⁶ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. (2562). *ความหมายของสิทธิมนุษยชน*. (ออนไลน์).

เข้าถึงได้จาก: <http://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/Laws/Acts-Decrees.aspx> [2562, 20 กรกฎาคม].

⁷ แอมเนสตี้ อินเตอร์เนชั่นแนล. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.amnesty.or.th/latest/blog/62/>. [2562, 22 มิถุนายน].

เพราะก่อนหน้าที่กฎหมายฉบับนี้จะตราขึ้นนั้น ผู้ฝึกงานถูกนายจ้างเอารัดเอาเปรียบให้ต้องทำงานหนัก และได้รับค่าแรงที่ไม่เป็นธรรม

ต่อมาในปี ค.ศ. 1819 ได้มีการตรากฎหมาย The Cotton Mills and Factories Act 1819 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดอายุขั้นต่ำในการทำงานของเด็ก โดยต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 9 ปี นอกจากนี้ยังกำหนดห้ามการใช้แรงงานเด็กอายุระหว่าง 9 – 16 ปี ทำงานในเวลากลางคืนในกิจการบางอย่าง และในปี ค.ศ. 1833 ได้ตราพระราชบัญญัติโรงงาน ค.ศ. 1833 (The Factory Act 1833) โดยในพระราชบัญญัติฉบับนี้มีบทบัญญัติซึ่งกำหนดในเรื่องสภาพการจ้างในภาคอุตสาหกรรม เช่น เรื่องการทำงานของคนงานไว้ว่าต้องทำงานไม่เกิน 12 ชั่วโมงต่อวัน รวมทั้งมีบทบัญญัติว่าการให้สวัสดิการสำหรับการใช้แรงงานเด็กและการป้องกันอุบัติเหตุ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1847 ได้มีการกำหนดกฎระเบียบให้มีการใช้แรงงานหญิง ตลอดจนมีบทบัญญัติในการคุ้มครองสุขภาพอนามัยและความปลอดภัยของผู้ใช้แรงงานมากขึ้นด้วย

นอกจากประเทศอังกฤษแล้วยังมีประเทศต่างๆ ที่ออกกฎหมายในเรื่องการคุ้มครองการทำงาน เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเบลเยียม ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศฟินแลนด์ ประเทศสวีเดน เป็นต้น

ประเทศในทวีปเอเชีย ในช่วงศตวรรษที่ 19 การจ้างแรงงานยังมีจำนวนน้อย แต่บางประเทศได้เริ่มมีการพัฒนาทางด้านอุตสาหกรรม ได้รับอิทธิพลจากประเทศตะวันตก โดยการอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศยุโรป เช่น ประเทศอินเดีย ประเทศศรีลังกา ประเทศมาเลเซีย ก็มีการประกาศใช้กฎหมายในลักษณะเดียวกัน⁸

การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในต่างประเทศเกิดขึ้นอย่างจริงจัง หลังมีการก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นองค์การหนึ่งของสหประชาชาติที่ให้ความคุ้มครองในเรื่องการแรงงาน กำหนดให้ประเทศในกลุ่มสมาชิกมีหน้าที่จะต้องบัญญัติกฎหมายในการให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวให้เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำของการใช้แรงงาน ซึ่งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ

ส่วนกฎหมายคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยนั้นน่าจะเกิดขึ้น พ.ศ. 2100 ในสมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ ซึ่งได้แก่ กฎหมายมณเฑียรบาล พ.ศ. 2100 โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดให้ราษฎรสามัญชายต้องถูกเกณฑ์แรงงานเข้ามารับใช้งานราชการซึ่งเรียกกันว่า “ไพร่”

⁸ รุ่งอรุณ วณพงศ์ทิพากร. (2557). *กฎหมายคุ้มครองแรงงานต่างด้าว*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขา นิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. หน้า 17 -19.

ในปี พ.ศ. 2181 สมัยสมเด็จพระเจ้าปราสาททอง ได้มีการประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับแรงงานทาส ซึ่งเป็นคนที่มีฐานะยากจนจนต้องขายตัวเองเป็นทาสและควบคุมกำหนดฐานะความเกี่ยวพันระหว่างทาสกับนายอยู่จำนวนหลายฉบับ⁹

ในปี พ.ศ. 2447 (ร.ศ. 123) พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้พระบรมราชโองการลดค่าตัวทาสในมณฑลบูรพา หรือการเลิกทาสนั่นเองและมีการกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำเอาไว้ กล่าวคือ ห้ามมิให้จ่ายค่าจ้างให้แก่บรรดาทาสที่เป็นไทแล้วต่ำกว่าเดือนละ 4 บาท จนกระทั่งในสมัยรัชกาลที่ 6 มีการตรากฎหมายกำหนดกรรมกรลากรดต้องจดทะเบียนใบอนุญาตทำงานในอัตราฉบับละ 3 สตางค์ โดยกำหนดว่า แรงงานต่างด้าวผู้ขอใบอนุญาตลากรดต้องมีร่างกายแข็งแรง มีอายุระหว่าง 18- 40 ปี พูดภาษาไทยได้ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายแรงงานต่างด้าวฉบับแรกของประเทศไทยที่กำหนดมาตรฐานการใช้แรงงานและควบคุมคนต่างด้าว ในสมัยรัชกาลที่ 7 มีชาวจีนมาอาศัยในประเทศไทยจำนวนมาก จึงเริ่มมีแนวคิดตรวจตราคนเข้าเมือง จึงมีการตราพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2470 โดยมีผลบังคับเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม พ.ศ. 2470 ซึ่งมี 18 มาตรา และมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่อยมา

ในปี พ.ศ. 2472 มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างแรงงานไว้ใน บรรพ 3 ลักษณะ 6 เรื่องจ้างแรงงาน ตั้งแต่มาตรา 575 – 586 ซึ่งเป็นกฎหมายที่คุ้มครองแรงงานฉบับแรกของไทย ในปี พ.ศ. 2483 ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการสงวนอาชีพ พ.ศ. 2484 และในปี พ.ศ. 2484 มีการตราพระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ พ.ศ. 2484 โดยการจำกัดกำหนดงานซึ่งห้ามมิให้คนต่างด้าวทำได้ โดยงานที่คนต่างด้าวจะกระทำได้นั้นต้องไม่เป็นงานซึ่งสงวนไว้สำหรับคนไทย

ในปี พ.ศ. 2490 ได้มีการออกกฎหมายบังคับให้โรงสีและกิจการก่อสร้างที่รับงานของรัฐต้องมีกรรมกรไทยอย่างน้อยครึ่งหนึ่งของกรรมกรทั้งหมด และได้ออกกฎหมายสงวนอาชีพสำหรับคนไทยและมีการใช้มาตรการรุนแรงกับหัวหน้ากรรมกรต่างด้าวชาวจีนที่ก่อเหตุนัดหยุดงาน โดยการเนรเทศกลับประเทศและออกกฎหมายควบคุมโควต้าคนจีนที่เข้าประเทศและขึ้นค่าธรรมเนียมนาย

ในปี พ.ศ. 2499 ประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกองค์การแรงงานระหว่างประเทศไทย จึงมีการตราพระราชบัญญัติสงเคราะห์อาชีพแก่คนไทย พ.ศ. 2499 โดยกำหนดให้เจ้าของกิจการที่มีคนงานเกิน 10 คนขึ้นไปต้องจ้างคนไทยทำงานไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 และในปีเดียวกันมีการรวบรวมกฎหมายแรงงานทั้ง 5 ฉบับที่ร่างไว้ ก่อนหน้านั้น คือ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน

⁹ นิคม จันทรวินทร. (2530). *กฎหมายแรงงาน : แนวคิดและปัญหา*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 17 - 45.

ร่างพระราชบัญญัติสหภาพแรงงาน ร่างพระราชบัญญัติข้อยุติพิพาทระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสวัสดิภาพการทำงานของกรรมกรหญิงและเด็ก และร่างพระราชบัญญัติกำหนดวันหยุดงานของสถานร้านค้า โดยกองแรงงาน โดยรวมร่างกฎหมายดังกล่าว ให้เหลือเพียงสามฉบับเท่านั้น คือ พระราชบัญญัติสหภาพแรงงาน ร่างพระราชบัญญัติข้อยุติพิพาท และร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน ซึ่งรวมร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองสวัสดิภาพการทำงานของกรรมกรหญิงและเด็ก และร่างพระราชบัญญัติกำหนดวันหยุดงานของสถานร้านค้าเข้าด้วยกัน ร่างกฎหมายเหล่านี้เปิดโอกาสให้หลายฝ่ายร่วมพิจารณา และประกาศใช้ พระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวคุ้มครอง เรื่องชั่วโมงทำงาน เวลาพักผ่อน การหยุดงาน การพักรักษาตัว การใช้แรงงานหญิงและแรงงานเด็ก ค่าล่วงเวลา เงินชดเชย เงินทดแทน เป็นต้น

ต่อมาในปี พ.ศ. 2501 มีการปฏิวัติและมีการยกเลิกพระราชบัญญัติแรงงาน พ.ศ. 2499 และมีการตราพระราชบัญญัติสงเคราะห์อาชีพแก่คนไทย พ.ศ. 2499 มาบังคับใช้แทน ต่อมาในปี พ.ศ. 2515 ได้มีการยกร่างกฎหมายควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในรูปแบบประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 ยกเลิกพระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ พ.ศ. 2484 โดยประกาศขอเขตการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อคุ้มครองการทำงานของคนไทยและกำหนดอาชีพสงวนไว้สำหรับคนไทยและให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศได้เฉพาะกรณี que เห็นว่าคนต่างด้าวเป็นผู้มีความรู้ความสามารถเหมาะสมกับความต้องการของประเทศและงานนั้นเป็นประโยชน์ต่อคนไทย

ในปี พ.ศ. 2521 กรมแรงงานได้ปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวโดยมีการตราพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2515 มาใช้บังคับเพื่อแก้ไขปัญหาความไม่ชัดเจนของประกาศคณะปฏิวัติที่ทำให้เกิดปัญหาหลายเรื่อง และมีการแก้ไขปรับปรุงโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

ในปี พ.ศ. 2533 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 โดยเพิ่มหลักประกันให้แก่ลูกจ้างและกฎหมายฉบับนี้มีการแก้ไขอีกหลายครั้ง

ในปี พ.ศ. 2537 ได้มีการออกพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ซึ่งเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้

ในปี พ.ศ. 2542 สมัยรัฐบาลนายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี ได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2560 มีการตราพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และพระราชกำหนดการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ พ.ศ. 2559 มีบทบัญญัติที่ไม่ครอบคลุม

การบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวทั้งระบบ ทำให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาแรงงานต่างด้าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งหากไม่มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างเร่งด่วนจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงด้านแรงงาน เศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ ดังนั้น เพื่อให้สามารถทำการจัดระเบียบ การป้องกัน การคุ้มครองการเยียวยา และการใช้บังคับกฎหมาย รวมทั้งการส่งเสริมความร่วมมือกับภาคส่วนที่เกี่ยวข้องในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวได้ทั้งระบบ อันจะเป็นการสร้าง ความมั่นคงทางด้านแรงงาน เศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ซึ่งเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็น รัฐบาลจึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้ พระราชกำหนดฉบับนี้มีผลยกเลิกพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และพระราชกำหนดการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ พ.ศ. 2559 ในทันที

จากการศึกษาประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการเกี่ยวกับการตรากฎหมายเพื่อควบคุม แรงงานต่างด้าว ทำให้ผู้ศึกษาทราบว่า แนวทางการตรากฎหมายในแต่ละช่วงเวลานั้นเป็นการตรา กฎหมายเพื่อบังคับใช้กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้น เมื่อการเคลื่อนย้ายแรงงานมีวิวัฒนาการที่ เปลี่ยนแปลงไปก็จำเป็นต้องมีการตรากฎหมายใหม่ออกมาเรื่อยๆ เพื่อให้ทันต่อสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลง ไป อย่งไรก็ตาม ในแง่ของการคุ้มครองสิทธิของแรงงานต่างด้าวนั้น จะเห็นได้ว่ามีพัฒนาการให้ สอดคล้องกับกฎหมายสากลมากขึ้น ในทุกครั้งที่มีการแก้ไขกฎหมาย

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของแรงงานต่างด้าว

2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของแรงงานต่างด้าว

แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมแรงงานที่เข้าเมืองนั้นมี 4 แนวคิดด้วยกัน กล่าวคือ

แนวความคิดที่หนึ่ง คือแนวความคิดด้านความมั่นคงแห่งชาติหรือชาตินิยม (National Security) เป็นแนวความคิดของราชการส่วนใหญ่ โดยเฉพาะกลไกของรัฐใน ส่วนความมั่นคงและการปกครอง คือกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเน้นการควบคุมจำกัดสิทธิในการทำงานโดยมองว่าคนกลุ่มนี้ เป็นอาชญากรรมเป็นผู้ที่หลบหนีเข้าเมืองแต่ไม่ได้มองว่าเขาเหล่านั้นเป็นผู้ใช้แรงงาน จึงต้องจับกุมตัวส่งออกนอกประเทศ หรือนายจ้างต้องมาประกันตัวเพื่อขอผ่อนผันขอใบอนุญาต ทำงานแก่แรงงานต่างด้าวนั้น ชั่วคราวตามกฎหมาย¹⁰

¹⁰ สำนักวิชาการสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2561). *การบริหารจัดการแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/2561/dec2561-4.pdf. [2562, 22 มิถุนายน].

แนวคิดที่สอง คือ แนวความคิดแบบทุนนิยมเสรีนิยมหรือเศรษฐกิจไร้พรมแดน (Capitalist) เป็นแนวความคิดของกลุ่มธุรกิจที่ต้องการใช้แรงงานราคาถูก ไร้ฝีมือ ไร้อำนาจต่อรอง โดยอ้างว่าเป็นงานที่คนท้องถิ่นทำไม่ได้ หรือเกิดภาวะขาดแคลนแรงงาน เพราะเป็นงานที่สกปรก (Dirty) เสี่ยงอันตราย และเป็นงานที่ยากลำบาก¹¹

แนวคิดที่สาม คือ แนวความคิดด้านสิทธิมนุษยชน (Human Right หรือ Labor Protection) แนวความคิดนี้เน้นการคุ้มครองสิทธิแรงงาน ให้สิทธิแรงงานต่างด้าวเท่าเทียมกับสิทธิของแรงงานไทยได้รับเพราะทำงานเหมือนกัน อยู่ในประเทศเดียวกันควรจะมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน ไม่ควรมีสองมาตรฐานหรือการจัดการแรงงานสองระบบ กล่าวคือ แรงงานต่างด้าวให้เป็นเรื่องของนายจ้างกำหนดหรือให้คู่ตกลงกันเอง แต่แรงงานไทยได้สิทธิตามกฎหมายแรงงาน¹²

แนวคิดสุดท้าย คือ แนวคิดเรื่องการประสานประโยชน์หรือทุนอุปถัมภ์ (Corporatism) คือ การร่วมมือกันแสวงหาประโยชน์จากแรงงานต่างด้าวของกลุ่มทุนท้องถิ่นกับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล เป็นการประสานแนวคิดด้านความมั่นคงแห่งชาติหรือชาตินิยมกับแนวความคิดแบบทุนนิยมเสรีนิยมหรือเศรษฐกิจไร้พรมแดน เข้าด้วยกัน โดยฝ่ายข้าราชการยินยอมให้นักธุรกิจและผู้ประกอบการ นำตัวแรงงานต่างด้าวไปใช้แรงงานได้ชั่วคราว โดยจ่ายค่าประกันตัวและค่าธรรมเนียมการอนุญาตให้ทำงานนั้น เพราะว่าการที่รัฐไม่อาจจับกุมหรือควบคุมแรงงานต่างด้าวจำนวนมากได้ ประกอบกับฝ่ายธุรกิจเรียกร้องต้องการแรงงานต่างด้าวในกิจการที่ขาดแคลนแรงงานหรือที่แรงงานในท้องถิ่นไม่ทำเพื่อให้ธุรกิจอยู่รอดเติบโตได้

จากการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของแรงงานต่างด้าว ทำให้ผู้ศึกษาทราบว่า การเคลื่อนย้ายของแรงงานต่างด้าวนั้น มีปัจจัยมาจากธุรกิจแบบทุนนิยม เป็นการสานผลประโยชน์อุปถัมภ์ระหว่าง รัฐ ผู้ประกอบการธุรกิจ และแรงงานต่างด้าว แต่ทั้งนี้ก็ส่งผล

¹¹ สำนักวิชาการสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2561). *การบริหารจัดการแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/2561/dec2561-4.pdf. [2562, 22 มิถุนายน].

¹² สำนักวิชาการสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2561). *การบริหารจัดการแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/2561/dec2561-4.pdf. [2562, 22 มิถุนายน].

กระทบกระเทือนโดยตรงต่อความมั่นคงของชาติและสิทธิมนุษยชนของแรงงานต่างด้าวที่อาจได้รับความคุ้มครองแตกต่างไปจากพลเมืองของชาตินั้น¹³

2.3.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวนั้นเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ(Public interest) หรือ ประโยชน์ส่วนรวมของคนส่วนใหญ่ ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ของกลุ่มใดหรือคนใด โดยเฉพาะเพื่อเกิดความเข้าใจยิ่งขึ้นเพื่อสามารถพิจารณาประโยชน์สาธารณะได้อย่างชัดเจน จึงต้องทำการศึกษาความหมายของประโยชน์สาธารณะและลักษณะของประโยชน์สาธารณะซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.2.1 ความหมายของประโยชน์สาธารณะ

คำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” หรือ “ประโยชน์มหาชน” หรือ “สาธารณะประโยชน์” จึงมีความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานว่า สิ่งที่เป็นผลดีหรือเป็นคุณกับประชาชนทั่วไป

คำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” (Public Interest) มีความหมายเพียงใดนั้น ไม่มีนิยามไว้ในตัวบทกฎหมาย และแนวคำพิพากษาของศาลแต่มีคำอธิบายของนักนิติศาสตร์ผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่าน ได้ให้คำจำกัดความไว้ดังนี้

วรพจน์ วิสฤตพิชญ์ อธิบายว่า “สิ่งที่เรียกกันว่า ประโยชน์ส่วนรวม (General Interest) หรือ “ประโยชน์มหาชน” (Public Interest) นั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือ ความต้องการอันร่วมกันของราษฎรนั่นเอง ตัวอย่างเช่น เราทุกคนมีความต้องการความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน ต้องการกินคืออยู่ที่ทั้งในทางกายภาพและทางจิตใจ ฯลฯ ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของราษฎรแต่ละคนจะมีได้ก็ต่อเมื่อประเทศมีความมั่นคงปลอดภัยจากการรุกรานของต่างชาติ มีความสงบเรียบร้อยภายใน มีความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ดังนั้น ความมั่นคงของรัฐ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ จึงนับว่าเป็นประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชน¹⁴

ในทางปฏิบัตินี้ John D.Montgomery นักกฎหมายชาวอเมริกัน ได้ให้นิยาม “ประโยชน์สาธารณะ” ไว้สามประการ กล่าวคือ

¹³ สำนักวิชาการสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2561). *การบริหารจัดการแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/2561/dec2561-4.pdf. [2562, 22 มิถุนายน].

¹⁴ วรพจน์ วิสฤตพิชญ์. (2545). “การกระทำทางปกครอง.” *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศ.ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์*. กรุงเทพฯ: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย. หน้า 131.

ประการแรก ประโยชน์สาธารณะในแง่เนื้อหาหรือเป้าหมาย (Goal Conception) โดยนัยนี้องค์การฝ่ายปกครองต้องสร้างความพึงพอใจในประโยชน์ให้มากที่สุด (Maximization of Interest Satisfaction) เมื่อเกิดปัญหาถกเถียงเกี่ยวกับการกระทำของรัฐหรือองค์การฝ่ายปกครอง การค้นหาเป้าหมายของการกระทำจะเป็นแนวทางยุติปัญหาได้

ประการที่สอง ประโยชน์สาธารณะในแง่ของกระบวนการ (Procedural Conception) โดยนัยนี้ถ้าพิจารณาจากเป้าหมายแล้วยังไม่อาจหาข้อยุติได้ ก็ต้องแก้ไขโดยใช้กระบวนการซึ่งเป็นที่ยอมรับ (Accepted Procedure) ผลของการกระทำนั้นจึงเป็นที่ยอมรับว่าเป็นสาธารณะประโยชน์ เช่น การทำประชาพิจารณ์ หรือเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียได้ชี้แจงแสดงหลักฐาน เป็นต้น โดยสรุปก็คือ การใช้หลักความยุติธรรม

ประการสุดท้าย ประโยชน์สาธารณะในแง่ที่เป็นความสัตย์ซื่อต่อสังคม (Loyalty to a Public Order) ความหมายตามนัยนี้จะนำมาพิจารณาเพื่อความหมายตามเป้าหมายและกระบวนการไม่ชัดเจนผู้ปฏิบัติจึงต้องมีความสุจริตใจในการรักษาความสงบเรียบร้อย โดยการหลีกเลี่ยงความรุนแรงที่จะเกิดขึ้นในสังคม เช่น คดีตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา กรณีการเหยียดสีผิวในโรงเรียนผู้บริหารของโรงเรียน หรือฝ่ายตุลาการ ต้องไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการยั่วยุหรือสร้างกระแสความไม่พอใจจนเกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น¹⁵

2.3.2.2 ลักษณะของประโยชน์สาธารณะ

“ประโยชน์สาธารณะ” เป็นองค์ประกอบประการสำคัญที่องค์การเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจการทางปกครองหลักการในทางกฎหมายปกครองที่เรียกร้องให้กระทำทั้งหลายทั้งปวงขององค์การฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น เป็นหลักการที่อธิบายได้จากการยอมรับการปกครองในระบบประชาธิปไตย ซึ่งปรากฏเป็นอุดมการณ์พื้นฐานของประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 2 ในระบอบประชาธิปไตย การกระทำทั้งหลายขององค์การของรัฐย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อประชาชนทั้งปวง เพื่อสันติสุขและความดีงามร่วมกัน หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นหลักการที่สำคัญในการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย

หลักการนี้เป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนที่กำหนดโครงสร้างและความสัมพันธ์ขององค์การของรัฐและมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนและ

¹⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2560). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 56.

คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ทำให้การใช้และการตีความกฎหมายมหาชนภายใต้หลักนิติรัฐมีลักษณะเฉพาะดังนี้¹⁶

1) การกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในการจัดโครงสร้างและความสัมพันธ์ระหว่างองค์การของรัฐ จะต้องเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และการใช้อำนาจจะต้องตรวจสอบได้ และมีกลไกถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ทั้งจะต้องไม่เป็นอุปสรรคในการพัฒนาประเทศ และไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็นและสมควร

2) ต้องวินิจฉัยให้ประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนสอดคล้องกันมากที่สุด ในเบื้องต้นจะต้องพยายามใช้และตีความกฎหมายมหาชนให้ประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์สาธารณะสอดคล้องกลมกลืนให้มากที่สุด จึงเกิดหลักกฎหมายมหาชนที่ใช้ในการวินิจฉัยเพื่อให้ประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของปัจเจกชนมีความสอดคล้องและสมดุลกันที่สำคัญหลายประการ ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางมหาชน หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ หลักความมั่นคงแน่นอนในนิติฐานะ หลักคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต หลักการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายมหาชน หลักความโปร่งใสในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง เป็นต้น

3) ประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์เอกชน ในหลายกรณีประโยชน์ส่วนบุคคลของเอกชนรายใดรายหนึ่งขัดแย้งกับประโยชน์ส่วนร่วมหรือประโยชน์สาธารณะ ในกรณีนี้โดยทั่วไปแล้วเราถือว่าประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนย่อมอยู่เหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ทำให้เกิดหลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญในการวินิจฉัยกรณีประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือประโยชน์เอกชน ได้แก่ หลักบริการสาธารณะ หลักเอกสิทธิ์ฝ่ายมหาชน เป็นต้น

4) ประโยชน์เอกชนพึงสละเพื่อประโยชน์สาธารณะเพียงขนาดเท่าที่จำเป็น การเรียกร้องให้เอกชนคนใดคนหนึ่งสละประโยชน์ส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ส่วนรวมนั้น กฎหมายย่อมจะเรียกร้องเอกชนรายนั้นเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ประโยชน์สาธารณะเท่าที่กฎหมายให้อำนาจเท่านั้น จะอ้างกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์ประโยชน์สาธารณะไปเรียกร้องเอกชนคนใดคนหนึ่งสละประโยชน์ของตนเพื่อประโยชน์สาธารณะเกินความจำเป็นหรือเกินสมควรไม่ได้ การดำเนินงานมหาชนที่ถูกต้องจะเลือกเอาวิธีที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ หรือเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนร่วม ซึ่งทำให้เกิดหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วย หลักความได้สัดส่วน หลักแก่นสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพ

¹⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2560). *ความหมายของประโยชน์สาธารณะ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1777>. [2562, 17 มิถุนายน].

จากการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ทำให้ผู้ศึกษาทราบว่า การกำหนดแนวนโยบายของรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิของแรงงานต่างด้าวนั้น ต้องเป็นไปตามแนวความคิดของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและคำนึงถึง ความต้องการอันร่วมกันของราษฎรนั่นเอง ตัวอย่างเช่น เราทุกคนมีความต้องการความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน ต้องการกินคืออยู่ดีทั้งในทางกายภาพและทางจิตใจ และความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของราษฎรแต่ละคนจะมีได้ก็ต่อเมื่อประเทศมีความมั่นคงปลอดภัยจากการรุกรานของต่างชาติ มีความสงบเรียบร้อยภายใน มีความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ซึ่งการที่ปล่อยให้แรงงานต่างด้าวในประเทศไทยมากเกินไปหรือให้สิทธิบางประการอาจเกิดผลกระทบและความเสียหายต่อประเทศชาติได้

2.3.3 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

สิทธิ หมายถึง อำนาจที่จะให้ผู้อื่นต้องกระทำ หรืองดเว้นกระทำการบางอย่างตามที่เรามีสิทธิอันเป็นการบังคับให้คนอื่นต้องกระทำการตามสิทธิของเรา ส่วนเสรีภาพ คืออำนาจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง (มีอำนาจที่จะเลือกปฏิบัติ) ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่เชิงปฏิเสธแก่ผู้อื่นที่จะได้เข้ามารบกวนการใช้อำนาจเลือกปฏิบัติของเราและในทำนองเดียวกันก็ก่อให้เกิดหน้าที่ให้เราไม่สามารถเข้าไปรบกวนการใช้อำนาจเลือกปฏิบัติของผู้อื่น

แนวความคิดในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนี้ มีกำเนิดจากแนวความคิดในเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” ซึ่งเป็นแนวความคิดทางปรัชญาทางการเมือง แนวความคิดในเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” นี้ มีสาระสำคัญคือ มนุษย์ทุกคนเกิดมาย่อมมีความเท่าเทียมกัน มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดจนกระทั่งตาย สิทธิดังกล่าวได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน และความเสมอภาคผู้เสนอแนวความคิดในเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” นี้ มีวัตถุประสงค์สำคัญคือการจำกัดอำนาจผู้ปกครองของรัฐนั่นเอง โดยอ้างถึง “สิทธิตามธรรมชาติ” ว่าเป็นสิทธิที่ผู้ปกครองของรัฐจะเข้าไปล่วงละเมิดมิได้หรือพูดง่าย ๆ ก็คือ ผู้ปกครองมีพันธะที่จะต้องงดเว้นไม่ใช้อำนาจรัฐ ซึ่งก็เท่ากับว่าประชาชนมีสิทธิในการจำกัดอำนาจรัฐ

การเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนี้มีจุดเริ่มต้นจากชนชั้นกลางในยุโรป โดยชนชั้นกลางในยุโรปได้บังคับให้ขุนนางและกษัตริย์ต้องให้ประกันเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพบางประการให้กับตนในรูปแบบของเอกสาร ในปี ค.ศ. 1188 Cortes von Leónบรรดานักบวชและประชาชนชาวสเปนได้มีการร่วมประชุมกัน เพื่อให้มีการรับรองสิทธิของประชาชน โดยรับรองสิทธิในการฟ้อง สิทธิในการปรึกษาหารือ สิทธิในการร่วมแสดงความเห็นในปัญหาที่สำคัญ เช่น เกี่ยวกับการทำสงคราม การทำสัญญาสันติภาพ เป็นต้น นอกจากนี้ยังได้รับรองการล่วงละเมิดไม่ได้ในชีวิต เกียรติยศ และสิทธิในที่อยู่อาศัยและกรรมสิทธิ์ แต่การต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิและเสรีภาพ

ของประชาชนที่มักจะได้รับการกล่าวถึงเป็นจำนวนมากก็คือ การต่อสู้เรียกร้องของชนชั้นกลางในประเทศอังกฤษ จนนำไปสู่การจัดทำ “มหากฎบัตรที่ยิ่งใหญ่” หรือที่เรียกว่า Magna Carta ในปีค.ศ. 1215 สมัยของพระเจ้าจอห์น เหตุเพราะพระเจ้าจอห์นมักจะมีการจัดเก็บภาษีตามอำเภอใจเพื่อใช้ในการประกาศสงคราม ทำให้ประชาชนและชนชั้นกลางในอังกฤษได้รับความเดือดร้อนเป็นอย่างมากจากการจัดเก็บภาษีนี้ จึงได้เกิดการเรียกร้องให้พระเจ้าจอห์นลงนามในเอกสารที่เรียกว่า Magna Carta โดยมีสาระสำคัญประการหนึ่งที่ว่า พระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาขุนนางไม่ได้ นอกจากนี้เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ จึงได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 34 ว่า “อิสระชนไม่อาจถูกจับกุม คမ်းขัง ถูกประหาร หรือถูกเนรเทศหรือถูกกระทำด้วยวิธีใดวิธีหนึ่ง เว้นแต่จะอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย”¹⁷ “No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.”

ปี ค.ศ. 1628 สภาขุนนางและสภาสามัญของประเทศอังกฤษได้ร่วมกันยื่นเอกสารต่อพระเจ้าชาร์ล โดยบังคับให้พระเจ้าชาร์ลยอมรับเอกสารที่เรียกว่า “Petition of Right” ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ

ประการแรก บุคคลจะไม่ถูกบังคับให้เสียภาษีใดๆ โดยปราศจากความยินยอมโดยพระราชบัญญัติของสภา

ประการที่สอง บุคคลจะไม่ถูกจำคุกหรือคุมขังไว้จะเป็นไปตามกฎหมายหรือพระราชบัญญัติของราชอาณาจักร

ประการที่สาม การบังคับให้หาที่อยู่อาศัยและการเลี้ยงดูแก่ทหารบกทหารเรือจะต้องถูกยกเลิก

ประการที่สี่ การสั่งให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยอาศัยกฎอัยการศึกจะต้องถูกเพิกถอนและแสดงว่าเป็นโมฆะ

แนวคิดของความต้องการของประชาชนในการได้รับการคุ้มครองตามสิทธิและเสรีภาพของตนจากรัฐนั้น ได้ขยายวงกว้างและมีอิทธิพลต่อนานาประเทศในสมัยต่อมา เช่นในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น ประเทศอังกฤษได้มีเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิเสรีภาพมาเป็นลำดับที่สืบเนื่องมาจาก Magna Carta ค.ศ.1215 และ Petition of Right ค.ศ.1628 หลายฉบับ เช่น Bill of Right ค.ศ.1689, Act of Settlement ค.ศ.1701 เป็นต้น เอกสารต่างๆ เหล่านี้คือหลักประกันในการได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจาก

¹⁷ บรรณเจติ สิงคะเนติ. (2561). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 40.

การกระทำตามอำเภอใจของกษัตริย์ แต่การคุ้มครองดังกล่าวต้องเป็นไปตามสภาพและเงื่อนไขแห่ง ยุคสมัยของเอกสารแต่ละฉบับด้วย ด้วยเหตุนี้ อำนาจของกษัตริย์จึงลดน้อยลงและอำนาจของ รัฐสภาได้เข้ามาแทนที่อำนาจของกษัตริย์ เอกสารเหล่านี้ได้แสดงรูปธรรมที่ชัดเจน ถึงการคุ้มครอง เสรีภาพของประชาชนอังกฤษ หรือในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีเอกสารสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการ รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ ซึ่งเราเรียกเอกสารนี้ว่า “คำประกาศอิสรภาพของ สหรัฐอเมริกา” The Declaration of Independence ซึ่งร่างโดย นายโทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jafferson) และได้ประกาศเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ.1776 คำประกาศอิสรภาพนี้ได้ยืนยันถึงสิทธิ เสรีภาพของประชาชนในลักษณะที่เป็นการสากล ซึ่งได้ฝังรากลึกในชีวิตจิตใจของประชาชนชาว อเมริกานั่นเองมา ดังนี้

“เราถือความจริงซึ่งได้แจ้งประจักษ์โดยตัวของมันเองแล้วว่า มนุษย์เราเกิดมาพร้อมเท่า เทียมกัน พระผู้เป็นเจ้าผู้สร้างมนุษย์ได้ทรงประทานสิทธิติดตัวบางประการ อันไม่อาจพรากจาก มนุษย์ไปได้ สิทธิเหล่านี้ก็คือ สิทธิในชีวิต สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในการแสวงหาความสุข และ เพื่อที่จะป้องกันสิทธิดังกล่าวนี้ มนุษย์จึงได้จัดตั้งรัฐบาลที่ได้รับมอบอำนาจอันชอบธรรม โดย ความยินยอมของประชาชนผู้อยู่ได้ปกครอง ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่รัฐบาลดำเนินการปกครองไป ในทางที่ทำลายจุดมุ่งหมายดังกล่าวก็เป็นสิทธิของประชาชนที่จะเปลี่ยนหรือล้มเลิกรัฐบาลนั้นเสีย ได้ และก่อตั้งรัฐบาลใหม่ให้ดำเนินการตามหลักการเช่นว่า และให้มีอำนาจที่จะบันดาลความ ปลอดภัยและความผาสุกให้ได้มากที่สุด”

สำหรับการจัดทำรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 17 กันยายน ค.ศ.1787 นั้น ไม่ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ อาจเป็นด้วย ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีแนวความคิดว่า “ผู้มีอำนาจปกครอง” ในระดับสหรัฐ ไม่มีความสัมพันธ์โดยตรง กับประชาชน พลเมืองของสหรัฐ จนต่อมาในปี ค.ศ.1789 ก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของ สหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 ตั้งแต่บทที่ 1 ถึงบทที่ 10 แต่ได้รับสัตยาบันใน ค.ศ.1791 บทแก้ไขเพิ่มเติม เหล่านี้ ได้บัญญัติรับรองสิทธิของประชาชนอย่างชัดเจนและกว้างขวาง เรามักเรียกบทแก้ไขทั้ง 10 บท นี้ว่าเป็น อเมริกัน “Bill of Right” นอกจากนี้ ก็ยังมีบทแก้ไขที่ 15 (ค.ศ.1868) ที่ห้ามมลรัฐต่างๆ ออกกฎหมายพรากชีวิตเสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจาก Due Process of Law” เป็นต้น

สำหรับประเทศฝรั่งเศสภายหลังจากที่ได้มีการปฏิวัติใหญ่ของชาวฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ.1789 ได้มีการตั้งสมัชชาแห่งชาติขึ้น ทำหน้าที่เป็นสภานิติบัญญัติและสภาร่าง รัฐธรรมนูญ แต่พอวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ.1789 สมัชชาแห่งชาติได้ประกาศใช้ “คำประกาศสิทธิของ มนุษยชนและพลเมือง” (LA Declaration des droits de L’hommr et du Citoyen) ซึ่งมีอยู่ทั้งหมด 17

มาตราด้วยกัน ซึ่งคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ได้วางหลักการสำคัญไว้ดังนี้

ประการแรก หลักว่าด้วยเสรีภาพถือว่าเป็นสิทธิประการแรกของมนุษย์ มาตรา 4 อธิบายเสรีภาพว่าหมายถึง “อำนาจที่จะกระทำในสิ่งที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น” และมาตรา 5 “...สิ่งที่กฎหมายไม่ได้ห้ามไว้ไม่อาจถูกขัดขวางไม่ให้กระทำได้...” จะเห็นว่าเป็นการวางหลักเรื่อง เสรีภาพไว้อย่างกว้างขวาง ซึ่งถ้าพิจารณาโดยเจาะจงแล้ว ย่อมหมายความครอบคลุมถึง เสรีภาพบุคคล เสรีภาพในความคิด เสรีภาพในการประท้วง เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการรวมกลุ่ม ฯลฯ

ประการที่สอง หลักว่าด้วยความถูกต้องตามกฎหมาย ในมาตรา 6 กฎหมาย คือ การแสดงออกของเจตน์จำนงทั่วไป และคำว่ากฎหมายนี้ คำประกาศฯ ใช้ทั่วไปในเกือบทุกมาตรา (มีทั้งหมด 17 มาตรา นั่นคือยอมรับว่า การจำกัดขอบเขตของเสรีภาพต้องกระทำโดยกฎหมาย แต่ขณะเดียวกันผู้ร่างฯ ก็มีความวิตกว่า กฎหมายอาจก้าวเข้าไปล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพอย่างไม่ถูกต้องได้ด้วยเหตุนี้ในเรื่องที่กระทบถึงสิทธิเสรีภาพที่สำคัญที่สุดคือ เสรีภาพในร่างกาย มาตรา 8 แห่งคำประกาศฯ จึงต้องกำหนดว่า “กฎหมายพึงกำหนดโทษไว้อย่างเคร่งครัดและจำเป็นเท่านั้น และบุคคลจะถูกลงโทษก็โดยอาศัยกฎหมายที่มีอยู่แล้วได้ประกาศใช้ก่อนการกระทำความผิด ทั้งต้องบังคับใช้อย่างถูกต้อง” หรือมาตรา 9 “บุคคลทุกคนได้รับการสันนิษฐานว่า บริสุทธิ์จนกว่าจะถูกตัดสินว่าได้กระทำความผิด...”

หลักข้างต้น ได้กลายมาเป็นหลักที่ปรากฏในกฎหมายอาญา และในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศต่อมา

ประการที่สาม หลักว่าด้วยด้วยเสมอภาค มาตรา 1 บัญญัติไว้ว่า “มนุษย์ทั้งปวงเกิดมาอิสระและเสมอภาคกันในทางสิทธิ...” มาตรา 6 รับรองความเสมอภาคในการเข้ามาทำงานในภาครัฐ และมาตรา 13 รับรองความเสมอภาคในการเสีภาษี ความเสมอภาคที่นักปฏิวัติฝรั่งเศสมองในที่นี้หมายถึงความเสมอภาคในทางกฎหมาย

จะเห็นได้ว่าในสังคมมีการเรียกร้องหลักประกันที่เป็นลายลักษณ์อักษรจากการถูกล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการกระทำหรือใช้อำนาจของรัฐหรือกษัตริย์ในฐานะผู้ปกครองรัฐ เรื่อยมาจนกระทั่งปัจจุบันการเรียกร้องให้มีหลักประกันการรับรองคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้รับการยอมรับในหลายๆประเทศทั่วโลก ดังจะเห็นได้จากบัญญัติของกฎหมายที่มีผลบังคับให้รัฐต่างๆ นั่นเอง

จากแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิกล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าสิทธินั้นเป็นเสมือนทั้งเกราะในการคุ้มกันประชาชนให้พ้นจากภัยคุกคามของกำลังอิทธิพลและอำนาจที่ไม่ยุติธรรม และเป็นเสมือนกุญแจให้ประชาชนสามารถใช้ไขไปสู่ประโยชน์ด้านต่าง ๆ ได้ โดยในที่นี้ จะเน้นเฉพาะ

สิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติรับรองไว้ ซึ่งมีขอบเขตครอบคลุมถึงผลประโยชน์จากโอกาสและทางเลือกอันพึงมี พึงกระทำ และพึงได้ โดยที่สิ่งนั้นไม่ถูกโต้แย้งและขัดขวางโดยกฎหมาย องค์การรัฐเจ้าหน้าที่รัฐ และคนอื่น ทั้งนี้โดยที่ประชาชนมีอิสระตามเสรีภาพในการใช้สิทธินั้นได้ตามเจตจำนงอิสระของตนเองหรือตามความสามารถในการตกลงใจของตนเองได้ด้วย ไม่อยู่ภายใต้การบังคับกะเกณฑ์โดยอิทธิพลอย่างอื่น ทั้งนี้สามารถจำแนกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน ออกได้เป็น 3 ส่วนดังนี้ คือ สาระสำคัญของสิทธิ พันธะของรัฐที่มีต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการใช้ประโยชน์จากสิทธิเสรีภาพของประชาชน สาระสำคัญของสิทธิ ได้แก่

2.3.3.1 สิทธิ เสรีภาพในความเป็นมนุษย์ เป็นสิทธิ เสรีภาพ เกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ความคิด จิตใจ และความเป็นอยู่ของประชาชน

สิทธิ เสรีภาพในความเป็นมนุษย์ เป็นสิทธิ เสรีภาพ เกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ความคิด จิตใจ และความเป็นอยู่ของประชาชน ซึ่งถือเป็นสิทธิจะอยู่ จะเป็น หรือเป็นสิทธิที่ติดมากับตัวของประชาชนทั้งหลาย ตั้งแต่เกิดมาเป็นคน โดยที่รัฐไม่อาจปฏิเสธความเป็นคน และศักดิ์ศรีความเป็นคนของประชาชนด้วยการกระทำที่เป็นการล่วงล้ำเกิน คุกคาม หรือละเมิดได้ เช่น การไม่ถูกลงโทษ ด้วยวิธีโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม การมีเสรีภาพในเคหสถานส่วนตัว เสรีภาพการเดินทาง การนับถือศาสนา การสื่อสาร คมนาคม การแสดงความคิดเห็น การมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และการเลือกถิ่นที่อยู่ เป็นต้น (ตามมาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28) ที่กล่าวว่าเป็นสิทธิที่จะอยู่ จะเป็น หรือ เป็นสิทธิที่ติดมากับตัวประชาชน ก็เพราะเป็นสิทธิที่เป็นส่วนควบติดอยู่กับความเป็นคนตามธรรมชาติ โดยที่ทุกคนมีอยู่เหมือนกัน รัฐไม่อาจเข้าไปแทรกแซงให้เกิดความแตกต่าง หรือ สูญสิ้นสิทธิอันเป็นเสมือนองค์ประกอบของชีวิต จิตใจ และร่างกายนั้นได้ ดังนั้น สิทธิ เสรีภาพในความเป็นมนุษย์ จึงเป็นสิทธิของคนที่ไม่ให้รัฐกระทำซึ่งอาจเรียกสิทธิแบบนี้ได้ว่าเป็นสิทธิที่เป็นปฏิปักษ์กับรัฐ

2.3.3.2 สิทธิ เสรีภาพในความเป็นพลเมือง เป็นสิทธิ เสรีภาพเกี่ยวกับการที่สามารถเรียกร้องความต้องการขั้นพื้นฐานจากรัฐ

สิทธิ เสรีภาพในความเป็นพลเมือง เป็นสิทธิ เสรีภาพเกี่ยวกับการที่สามารถเรียกร้องความต้องการขั้นพื้นฐานจากรัฐในฐานะที่เป็นราษฎรของรัฐได้ ซึ่งรัฐมีหน้าที่ให้การสนองตอบในรูปของบริการสาธารณะ ถือเป็นสิทธิที่จะเรียกขอได้ จะรับเอาได้ หรือเป็นสิทธิที่ตามมากับตัวโดยที่งอกขึ้นมาจากความเป็นพลเมืองหรือเป็นราษฎรของรัฐ โดยที่รัฐไม่อาจจะปฏิเสธความรับผิดชอบหรือความช่วยเหลือด้วยการเพิกเฉยไม่กระทำการตอบสนองตามความเรียกร้องต้องการของประชาชนซึ่งรัฐมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองได้ เช่น

ประการแรก สิทธิในการรับการศึกษา
 ประการที่สอง สิทธิของผู้บริโภค
 ประการที่สาม เสรีภาพในการชุมนุม
 ประการที่สี่ เสรีภาพในการรวมตัวเป็นหมู่คณะ
 ประการที่ห้า สิทธิการรับข้อมูลข่าวสารจากรัฐ
 ประการที่หก เสรีภาพการจัดตั้งพรรคการเมือง
 ประการที่เจ็ด สิทธิการรับบริการสาธารณสุข
 ประการที่แปด สิทธิการฟ้องหน่วยราชการ
 ประการที่เก้า สิทธิมีส่วนร่วมกับรัฐ
 ประการที่สิบ สิทธิคัดค้านการเลือกตั้ง
 ประการที่สิบเอ็ด สิทธิในการเข้าชื่อเสนอกฎหมายและข้อบัญญัติท้องถิ่น
 ประการสุดท้าย สิทธิการเข้าชื่อถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองทั้งระดับชาติ
 และระดับท้องถิ่น

ทั้งนี้ ในการใช้สิทธิเสนอกฎหมายนั้น มีขอบเขตจำกัดเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิ
 เสรีภาพตามหมวด 3 และเกี่ยวกับนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐตามหมวด 5 เท่านั้น เป็นต้น ที่กล่าวว่า
 เป็นสิทธิที่จะเรียกขอได้ หรือจะรับเอาได้ หรือเป็นสิทธิที่ตามมากับตัวโดยที่ออกขึ้นมาจากความ
 เป็นพลเมืองของรัฐ เพราะเป็นสิทธิที่ขึ้นอยู่กับความเป็นพลเมืองของรัฐ โดยที่การได้รับความ
 ยุติธรรมจากการใช้สิทธิสำคัญกว่าการได้รับประโยชน์จากสิทธิที่เท่ากัน เช่น พลเมืองที่เด็กได้รับ
 สิทธิการศึกษาภาคบังคับฟรี แต่พลเมืองที่เป็นผู้ใหญ่ได้รับสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้ง และสมัคร
 รับเลือกตั้ง ขณะที่พลเมืองที่ด้อยโอกาสจะได้รับสิทธิการสงเคราะห์จากรัฐ ทั้งที่คนปกติทั่วไป
 ไม่ได้รับสิทธิดังกล่าว

ดังนั้น สิทธิเสรีภาพในความเป็นพลเมืองจึงเป็นสิทธิของพลเมืองที่ไม่จำเป็นว่าทุกคน
 จะต้องได้รับประโยชน์เท่ากัน แต่หากเป็นสิทธิอะไรของใครก็เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องรับผิดชอบ
 ในการสนองตอบต่อการใช้สิทธินั้น กล่าวคือ พลเมืองที่เป็นเด็กย่อมสามารถเรียกร้องการศึกษาฟรี
 ในภาคบังคับจากรัฐได้เช่นเดียวกับผู้ใหญ่ก็ย่อมสามารถเรียกร้องการใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งได้
 ดังนั้นสิทธิเสรีภาพของพลเมืองจึงเป็นสิทธิที่สงวนไว้ให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดหาให้
 ประชาชน หรือบังคับให้รัฐจะต้องกระทำซึ่งอาจเรียกสิทธิแบบนี้ได้ว่าเป็นสิทธิที่เป็นปฏิฐานกับรัฐ

2.3.3.3 สิทธิในความเสมอภาค

สิทธิในความเสมอภาค เป็นสิทธิ เสรีภาพเกี่ยวกับการได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน
 จากรัฐ หรือการไม่เลือกปฏิบัติ เว้นแต่การเลือกปฏิบัติเพื่อช่วยเหลือให้ผู้เสียเปรียบ ผู้ด้อยโอกาส

ได้รับสิทธิโอกาสเท่าเทียมกับคนอื่นได้ ซึ่งถือเป็นสิทธิที่จะมีจะเหมือนหรือเป็นสิทธิ เสรีภาพที่ดำรงอยู่นอกตัวของประชาชน โดยที่รัฐไม่อาจปฏิเสธความเป็นกลาง หรือความเป็นธรรมด้วยการละเลยเพิกเฉยไม่ยื่นมือเข้าไปช่วย หรือ หยิบยื่นโอกาสอันพึงมีพึงได้ให้กับประชาชนได้รับอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยที่ไม่มีใครได้เปรียบเสียเปรียบ เพราะความแตกต่างตามธรรมชาติ และ เพราะการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐที่ไม่เท่าเทียมกัน เช่น การเสมอกันในกฎหมาย การไม่ถูกเกณฑ์แรงงาน การได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะ การได้รับความคุ้มครองโดยรัฐ และสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ เป็นต้น

ที่กล่าวว่าเป็นสิทธิที่จะมีจะเหมือนหรือเป็นสิทธิ เสรีภาพที่ดำรงอยู่นอกตัวของประชาชน ก็เพราะเป็นสิทธิที่ช่วยชดเชย ความแตกต่างตามธรรมชาติของคนให้ได้รับโอกาสและศักยภาพใหม่เพิ่มขึ้น โดยที่รัฐเป็นฝ่ายช่วยเสริมสร้างหรือเกื้อหนุนให้มีความเสมอเหมือนกัน โดยที่ไม่จำเป็นว่าทุกคนจะต้องได้รับประโยชน์ที่เท่ากันจากการได้รับสิทธินั้น เช่น คนทั่วไปย่อมได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายเท่าเทียมกันในการขอแจ้งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลเพื่อประกอบธุรกิจ แต่ไม่จำเป็นว่าทุกคนจะประสบความสำเร็จหรือร่ำรวยได้เท่าเทียมกันจากการประกอบธุรกิจนั้น

ดังนั้น สิทธิในความเสมอภาคจึงเป็นสิทธิที่รัฐให้หลักประกันในการได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน แต่รัฐไม่ต้องผูกพันว่าทุกคนจะต้องเก็บเกี่ยวผลประโยชน์จากการใช้สิทธินั้นให้ได้เท่ากันเสมอไป สิทธิในความเสมอภาคจึงเป็นสิทธิที่กำหนดให้รัฐดำรงฐานะของความเป็นคนกลางในการถือดุลระหว่างความแตกต่างกันตามธรรมชาติของคนกับความเท่าเทียมกันตามกฎหมายและการปฏิบัติของรัฐเพื่ออุดช่องว่างไม่ให้ความแตกต่างนั้นเป็นเหตุให้เกิดเงื่อนไขของความไม่ยุติธรรมขึ้นในสังคม แต่ประโยชน์จากความยุติธรรมนั้นเป็นสิ่งที่แต่ละคนต้องสร้างต่อขึ้นมาให้ตัวเองในภายหลังหรือไปหาเอาได้ข้างหน้า เมื่อรัฐได้ช่วยสร้างหลักประกันความยุติธรรมให้แล้ว ซึ่งอาจเรียกสิทธิแบบนี้ได้ว่าเป็นสิทธิที่เป็นพันธะของรัฐ

จากการศึกษา แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ทำให้ผู้ศึกษาทราบว่า มีสิทธิประเภทใดที่มีความสำคัญที่มนุษย์ทุกคนควรจะได้รับ ความคุ้มครองบ้าง ซึ่งสิทธิข้างต้นล้วนแล้วแต่มีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับ เพียงแต่จะให้ความคุ้มครองมากน้อยแล้วแต่สภาพสังคมในขณะนั้น อย่างไรก็ตามนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีสิทธิบางประการที่ควรสงวนไว้สำหรับปวงชนชาวไทย โดยมีควรจัดให้สิทธิดังกล่าวแก่แรงงานต่างด้าว เช่น สิทธิเสรีภาพในความเป็นพลเมือง เป็นสิทธิ เสรีภาพเกี่ยวกับการที่สามารถเรียกร้องความต้องการขั้นพื้นฐานจากรัฐ เนื่องจากสิทธิในเรื่องนี้เป็นสิทธิเฉพาะตัวในฐานะที่เป็นประชาชนของชาติไทยเท่านั้น เช่น สิทธิคัดค้านการเลือกตั้ง สิทธิในการเข้าชื่อเสนอกฎหมายและข้อบัญญัติท้องถิ่น เพราะหากชาวต่างชาติสามารถที่จะใช้สิทธิเหล่านี้เท่าเทียมกับคนไทยได้ย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของ

ชาติอย่างแน่นอน

2.3.4 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชนเป็นแนวคิดที่พัฒนามาจากแนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่มองว่า มีกฎเกณฑ์บางประการที่มีอยู่ในธรรมชาติ เกิดขึ้นเองโดยที่มนุษย์ไม่ได้สร้างขึ้น มีอยู่มาก่อนและอยู่เหนือกฎหมายของรัฐ ประกอบกับแนวคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) ซึ่งเชื่อว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน ซึ่งไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือล่วงละเมิดโดยกฎหมายของรัฐได้

การที่แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนถูกยอมรับให้เป็นสิทธิทางกฎหมายทั้งในระดับกฎหมายของรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศได้นั้น เป็นผลพวงของประวัติศาสตร์การต่อสู้ ทั้งในเชิงความคิดและในทางการเมืองเป็นระยะเวลานานในหลากหลายภูมิภาคทั่วโลก สังคมมนุษย์ในอดีตนั้น มิได้มองว่ามนุษย์ทุกคนมีคุณค่าและเสรีภาพเท่าเทียมกันเช่นสังคมส่วนใหญ่ในปัจจุบัน ดังจะเห็นได้จากประวัติศาสตร์การก่อกำเนิดตั้งแต่สมัยโรมันจนถึงยุคอาณานิคม ระบบสังคมแบบแบ่งชนชั้นวรรณะในยุคศักดินาทั้งในโลกตะวันตกและตะวันออกที่จำกัดสิทธิในการเดินทางหรือเลือกใช้ชีวิตของผู้อยู่ใต้ปกครอง แม้ประเทศในยุโรปยุคที่ผ่านการปฏิวัติอุตสาหกรรมแล้วก็ยังมี

ระบบการปกครองที่จำกัดเฉพาะผู้ที่มีทรัพย์สินหรือสถานะทางสังคมเท่านั้นจึงจะสามารถมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมืองได้ แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนหนึ่งในการขับเคลื่อนขบวนการการต่อสู้เพื่อความเท่าเทียมของผู้อยู่ใต้ปกครองและผู้ถูกกดขี่ “มหากฎบัตร (Magna Carta)” ซึ่งถูกลงนามในปี ค.ศ. 1215 ที่ประเทศอังกฤษ ถูกนับว่าเป็นเอกสารแรกๆ ที่ยอมรับสิทธิของประชาชนผู้ถูกปกครอง ก่อนจะพัฒนามาเป็นเอกสารที่เรียกว่า “บัญญัติสิทธิ (Bill of Rights)” ที่กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ แนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติถูกพัฒนาจนยอมรับสิทธิตามธรรมชาติให้เป็นสิทธิทางกฎหมายอย่างชัดเจนที่สุดในศตวรรษที่ 18 นี้เอง เอกสารที่เป็นสัญลักษณ์ของพัฒนาการในยุคนี้คือ “คำประกาศสิทธิของมนุษย์และพลเมืองของฝรั่งเศส (The Declaration of the Rights of Man and Citizen)” ในปี 1789 ช่วงก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส และ “บัญญัติสิทธิของสหรัฐอเมริกา (United States Bill of Rights)” ในปี 1791 หลังการประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ต่อมากลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศ ทั้งสองสิ่งนี้กลายเป็นแรงบันดาลใจให้กับเนื้อหาของรัฐธรรมนูญอีกหลายประเทศทั่วโลกและเอกสารในทางกฎหมายระหว่างประเทศอีกหลายฉบับในศตวรรษถัดมา รวมถึง “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)” ในปี 1948 หลังการยุติของสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งประกาศยอมรับสิทธิโดยมีนัยยะอันเป็นสากล เช่นนี้ อาจกล่าวได้ว่าจุดหมายสำคัญของการพัฒนาแนวคิดสิทธิมนุษยชนก็คือจุดหมายสำคัญ

ของประวัติศาสตร์พัฒนาการของสังคมมนุษย์นั่นเอง แม้สิทธิมนุษยชนจะได้รับการยอมรับและบัญญัติเป็นกฎหมายสูงสุดของแทบทุกประเทศทั่วโลก อีกทั้งยังมีกฎหมายพิเศษอีกมากมายที่บัญญัติเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน แต่ในสภาพความเป็นจริงนั้น สิทธิต่าง ๆ ก็ยังถูกแก้ไขหรือบิดเบือน โดยกฎหมายของรัฐ ถูกละเลยโดยนโยบายของผู้บริหารประเทศ หรือถูกละเมิดโดยกลไกทางสังคมแบบไม่เป็นทางการ นำมาซึ่งปัญหาด้านสิทธิมนุษยชนที่เราเห็นตัวอย่างมากมาย เช่น การเลือกปฏิบัติทางเพศ การค้ามนุษย์ การปราบปรามการชุมนุมโดยใช้ความรุนแรง การทรมานผู้ต้องหา¹⁸

ดังนั้น จึงต้องมีกลไกที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิทั้งในระดับชาติและระดับระหว่างประเทศ การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนบางครั้งอาจถูกต้องตามกฎหมายของรัฐนั้น ๆ แต่อาจขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีเช่นนี้ รัฐนั้น ๆ มีหน้าที่ต้องแก้ไขกฎหมายให้ถูกต้องตามหลักการของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่รัฐไปให้ความยินยอมผูกพันเอาไว้ การยอมรับสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิทางกฎหมายเช่นนี้ มีลักษณะเป็นสัญญาประชาคม (social contract) ระหว่างรัฐและประชาชน ในความหมายที่ว่า รัฐหรือผู้ปกครองจะเคารพ (respect) กล่าวคือ ไม่ละเมิดสิทธิของประชาชน จะคุ้มครอง (protect) ประชาชนจากการถูกละเมิดสิทธิโดยผู้อื่น และจะดำเนินมาตรการเพื่อเติมเต็ม (fulfill) สิทธิให้แก่ประชาชน

หลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนอันได้รับการยอมรับมีอยู่หลายประการ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.4.1 สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ติดตัวกับความเป็นมนุษย์ (inherent)

มนุษย์ไม่ต้องการคุณสมบัติอื่นใดนอกจากความเป็นมนุษย์ในการที่จะเรียกร้องสิทธิ

2.3.4.2 สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่เป็นสากล (universal)

คือ ไม่ว่าจะมีความแตกต่างทางสังคม วัฒนธรรม หรือประวัติศาสตร์อย่างไรก็ตาม มีสิทธิบางประการที่มนุษย์ทุกคนจะต้องได้รับการคุ้มครองเป็นมาตรฐานเช่นเดียวกันทั่วโลก

2.3.4.3 สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ไม่สามารถถูกพรากไป หรือไม่สามารถถูกยกให้แก่กันได้ (inalienable)

แม้ในกรณีที่กฎหมายของรัฐจะไม่ยอมรับ หรือรัฐบาลจะมีนโยบายที่ละเมิดสิทธิก็ตาม ประชาชนก็ยังมีสิทธิมนุษยชนอยู่ หลักการนี้มีรากฐานมาจากแนวคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาติ อันจะไม่ถูกเปลี่ยนแปลงด้วยกฎหมายของมนุษย์หรือของรัฐ

2.3.4.4 สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ไม่ถูกแยกออกจากกัน (indivisible) และมีความเชื่อมโยงระหว่างสิทธิต่าง ๆ (interdependent)

¹⁸ อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. (2561). *สิทธิมนุษยชน* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 17-18.

สิทธิมนุษยชนอาจถูกแบ่งเป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือ สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม หากแต่ไม่สามารถถูกแยกออกจากกันโดยเลือกคุ้มครองเฉพาะประเภทใดประเภทหนึ่งได้ อีกทั้งสิทธิต่างๆ นั้นมีความสัมพันธ์กันอย่างลึกซึ้ง เช่น หากไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิในการทำงานและรับค่าตอบแทน บุคคลก็จะไม่มีทรัพยากรเต็มที่เพื่อใช้เสรีภาพในการแสดงออกหรือการชุมนุม หรือในทางกลับกัน หากไม่สามารถใช้เสรีภาพในการแสดงออกหรือการเข้าร่วมกระบวนการทางการเมือง บุคคลก็ไม่สามารถเรียกร้องให้สิทธิในการทำงานของตนเองได้รับการปกป้องได้อย่างเต็มที่ ดังนั้น สิทธิต่างๆ จึงต้องได้รับการเคารพ ปกป้อง และเติมเต็มไปพร้อมๆ กันเพื่อให้มนุษย์ทุกคนสามารถดำรงชีวิตได้อย่างมีศักดิ์ศรี

2.3.4.5 สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง

มนุษย์ทุกคนจะต้องได้รับการปกป้อง คุ้มครอง และเติมเต็มสิทธิมนุษยชนอย่างเสมอภาค (equal) และไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (non-discrimination)¹⁹

จากการศึกษาหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนอันได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ ผู้ศึกษาเห็นว่า เนื่องจากเป็นสิทธิอันเป็นพื้นฐาน ดังนั้นการตรากฎหมายเพื่อกำหนดสิทธิของแรงงานต่างด้าวจึงต้องอยู่บนพื้นฐานที่สอดคล้องกับสิทธิดังกล่าวข้างต้น โดยไม่ควรจำกัดสิทธิในสิ่งที่เป็นพื้นฐานสำคัญ

2.4 หลักทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของแรงงานต่างด้าว

2.4.1 หลักนิติธรรม (Rule of Law)

หลักนิติธรรมมีความหมายหลากหลายตามความเห็นของแต่ละคน แต่ได้ก่อรูปร่างชัดเจนขึ้นว่าเป็นหลักการปกครอง โดยกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยเป็นธรรมทั้งต่อเอกชนแต่ละคนอันเป็นสมาชิกของรัฐ (individual interest) และเป็นธรรมต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน (ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ของรัฐ (public interest) เพราะรัฐประกอบด้วยประชาชน) ซึ่งรัฐมีหน้าที่ดำเนินการเพื่อคุ้มครองเอกชนและมหาชน และในกรณีที่ประโยชน์ทั้งสองขัดกันก็ต้องคุ้มครองให้เกิดดุลยภาพที่เป็นธรรม การให้รายละเอียดของหลักนิติธรรมแม้ยังเห็นไม่ตรงกันบ้าง แต่ในสังคมประชาธิปไตยที่รัฐเป็นของประชาชน อาจจำแนกสาระสำคัญของหลักนิติธรรมออกได้ดังนี้²⁰

¹⁹ สุดารัตน์ เฟื่องคำ. (2562). *หลักการและแนวคิด หลักสิทธิมนุษยชน*. เอกสารประกอบการสอนคณะมนุษยศาสตร์ และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุตรธานี. หน้า 32-37.

²⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์. หน้า 25-26.

2.4.1.1 การปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์การของรัฐ (supremacy of law)

การปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์การของรัฐ (supremacy of law) ไม่ว่าจะเป็
องค์การที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ อันเป็นเรื่อของการจัดกลไก การ
ใช้อำนาจ (machinery of government) โดยแต่ละองค์การจะมีขอบเขตข้อจำกัดของการใช้อำนาจ
ต่างๆซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกัน และจะไม่มื่อองค์การใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย

2.4.1.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers)

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการเบื้องต้นเพื่อมิให้อำนาจรวมอยู่ในบุคคลเดียวกัน
จนเกิดการใช้อำนาจโดยไม่มีการค้ำและคูลกัน อันจะเป็นการเปิดช่องทางให้เกิดการใช้อำนาจโดย
มิชอบได้ง่าย

2.4.1.3 การมีกฎหมายที่ดี (Good law)

การมีกฎหมายที่ดี (good law) อันจะเกี่ยวข้องทั้งในเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายและ
สาระของกฎหมาย

1) ในแง่หลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายโดยทั่วไปเห็นตรงกันว่ากฎหมายต้องม
ความชัดเจน (Celerity) เพื่อให้บุคคลเข้าใจความหมายได้ง่ายและสามารถปฏิบัติตนให้ถูกต้องตาม
กฎหมายได้หรือสามารถใช้กฎหมายได้ถูกต้อง นอกจากนี้ กฎหมายจะต้องมีความแน่นอนมั่นคง
(Certainty) การเปลี่ยนแปลงกฎหมายบ่อยเกินไปย่อมก่อให้เกิดความสับสน และทำให้ประชาชน
ไม่มั่นใจในสิทธิหน้าที่ของตน ทำให้ไม่อาจวางแผนชีวิตได้โดยเหมาะสมตามควร ความแน่นอน
มั่นคงของกฎหมายนี้จะมีผลสืบเนื่องถึงสิทธิหน้าที่ที่จะเกิดตามมาด้วย หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ
(security of right) เช่นสิทธิที่เกิดจากคำสั่งของฝ่ายปกครองก็จะใช้หลักให้มีความแน่นอน โดย
บุคคลทุกคนต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครอง แม้คำสั่งนั้นจะออกโดยขัดกฎหมาย (เว้นแต่กรณี
โมฆะ) แต่อาจไปฟ้องเพิกถอนในภายหลังได้ ซึ่งจะมีผลสืบทอดไปอีกช่วงว่าหากมีคำสั่งทาง
ปกครองใดให้ประโยชน์แก่บุคคล และบุคคลเชื่อโดยสุจริตในความมั่นคงของสิทธิประโยชน์นั้น
กฎหมายก็ต้องเคารพและคุ้มครองความคาดหวังอันชอบด้วยกฎหมาย (legitimate expectation)
ดังกล่าวตามควร

2) ในแง่ทางสาระของกฎหมาย ย่อมเป็นที่แน่นอนว่ากฎหมายมีขึ้นเพื่อความดีของ
สังคม และความดีนั้นย่อมทำให้สมาชิกในสังคมทุกคนได้รับประโยชน์ และการปฏิบัติที่เป็นธรรม
ความเป็นธรรมในสาระนี้จึงสะท้อนถึงการคุ้มครองฝ่ายที่อ่อนแอมิให้ต้องเสียเปรียบหรือมิให้เสีย
โอกาสโดยความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมสร้างความปลอดภัยแก่ผู้ที่มีโอกาสต่อกว่าจน
เกิดความไม่เป็นธรรม แนวคิดที่จะให้บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย เศรษฐกิจ
และสังคมนั้น จึงย่อมเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

2.4.1.4 การชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง (administrative legality)

การชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง (administrative legality) ในการปกครองฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจในการใช้บังคับกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์มหาชน และประโยชน์เอกชน ดังนั้น ในการใช้อำนาจใดๆต่อเอกชน รัฐบาลจะต้องมีกฎหมายเป็นฐานให้ใช้อำนาจนั้นได้ และต้องใช้อำนาจนั้นให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใดที่ทำไปไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องถูกเปลี่ยนแปลง เพื่อให้การเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชน ซึ่งในการนี้จะต้องอยู่ในบังคับการตรวจสอบทางกฎหมายและการตรวจสอบทางการเมืองตามลักษณะที่เหมาะสม

2.4.1.5 ความรับผิดชอบของรัฐ (State responsibility)

ความรับผิดชอบของรัฐ (state responsibility) ประชากรรัฐนั้นจัดตั้งขึ้นเพื่อรักษาคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน โดยเอกชนทุกคนต้องเสียสละทรัพย์สินอันเป็นภาษีให้แก่การดำเนินงานของรัฐ และในกรณีที่จำเป็นอาจถูกเกณฑ์แรงงานหรือทรัพย์สินอื่นเพิ่มเติมตามความจำเป็นของรัฐ แต่ก็ตั้งอยู่บนฐานของความเท่าเทียมกันความสามารถที่จะเสียสละส่วนนี้ได้ มิใช่ผู้ใดจะต้องสูญเสียประโยชน์เฉพาะตนมากกว่าผู้อื่น (worsing off) ดังนั้นในกรณีที่รัฐ (โดยเจ้าหน้าที่) ก่อให้เอกชนคนใดเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่ หรือในการรักษาประโยชน์มหาชนอันใดที่จำต้องทำให้เอกชนคนใดเสียหาย รัฐจะต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายนั้นให้ตามที่เป็นธรรมในภาวะที่อยู่ร่วมกันเป็นประชาชาติ

2.4.1.6 การมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล

การมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร นอกจากการวางกลไกการใช้อำนาจโดยวิถีทางการเมืองแล้ว เมื่อยอมรับว่าใช้อำนาจทุกประเภทจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย จึงจะต้องมีการตรวจสอบทางกฎหมายโดยองค์กรอิสระเพื่อให้มั่นใจได้ว่าการปฏิบัติตามกฎหมายจริง การฟ้องคดีต่อศาลในกรณีที่เห็นว่ามี การใช้อำนาจผิดกฎหมาย จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อเป็นหลักประกันสำหรับสังคมที่ยึดหลักนิติธรรม หากรัฐสภาตรากฎหมายโดยผิดหลักเกณฑ์ตามหลักรัฐธรรมนูญได้ หรือหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจผิดกฎหมายก็อาจนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองได้ แต่ศาลใดจะมีอำนาจพิจารณาคดีใดจะต้องจัดตั้งตามความเหมาะสมตามความชำนาญเฉพาะด้าน และในขณะเดียวกันการพิจารณาคดีของศาลก็ต้องเป็นไปตามข้อจำกัดโดยสภาพองค์กรศาลที่พิจารณาได้ กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่เป็นประเด็นข้อพิพาทจริงซึ่งต้องหาข้อยุติให้ และในการตีความสร้างหลักกฎหมายเสริมช่องว่างในกฎหมาย (gap in law) ศาลก็ต้องใช้หลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายทั่วไปอย่างมีเหตุผล มิใช่จะวางหลักอะไรก็ได้ตามใจชอบ และต้องไม่ก้าวล่วงไปพิจารณาบททวนในเรื่อง

นโยบายหรือดุลพินิจเฉพาะในความรับผิดชอบขององค์การอื่น โดยศาลจะต้องตรวจสอบภายในขอบเขตของความถูกต้องทางกฎหมายเท่านั้น ความเหมาะสม (expediency l'opportunité) ของการดำเนินการนั้น เป็นความรับผิดชอบขององค์การผู้ใช้อำนาจนั้น โดยตรงที่จะต้องรับผิดชอบต่อผู้บังคับบัญชา ผู้รับผิดชอบในทางการเมืองและประชาชนจึงอยู่นอกขอบเขตการตรวจสอบของศาล²¹

2.4.1.7 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน การพิทักษ์สิทธิเสรีภาพ พื้นฐานของเอกชนเป็นเป้าหมายในการจัดการปกครองเป็นประชาธิปไตย การใช้อำนาจนิติบัญญัติ การใช้อำนาจบริหาร และการใช้อำนาจตุลาการ ล้วนแต่มีความมุ่งหมายเพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งนั้นการที่กล่าวกันว่าศาลเป็นที่พึ่งสุดท้าย (last resort) ของประชาชน หมายความว่าศาลเป็นองค์การสุดท้ายที่มีโอกาสให้เข้ามาตัดสินปัญหานี้ตามลำดับของการใช้อำนาจ แต่มิใช่ศาลเป็นองค์การเดียวที่พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชน อนึ่งตามความเป็นจริง ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารนั้นทั้งสมาชิกรัฐสภาและรัฐบาลต่างคำนึงถึงการคุ้มครองของสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาก่อนแล้ว และปัญหาส่วนใหญ่ก็ได้ขจัดไปแล้วตั้งแต่ขณะนั้น(ถ้าเป็นรัฐสภาที่ดีและรัฐบาลที่ดี) เฉพาะปัญหายุ่งยากที่เห็นไม่ตรงกัน หรือปัญหาที่เกิดขึ้นโดยความดีร้ายในอคติต่างๆ เท่านั้นทำให้จำต้องมีคดีขึ้นสู่ศาลโดยสรุปทุกองค์การของรัฐต่างมีหน้าที่ต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องไม่ถูกลิดรอนโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือโดยไม่มี การเยียวยาอย่างเป็นธรรม เพียงแต่บทบาทแต่ละช่วงเวลาในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ของผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการจะแตกต่างกันเท่านั้น มิใช่ว่าองค์การใดจะมีความดีเหนือองค์การอื่นเพียงองค์การเดียว จากวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนทำให้มีหลักกฎหมายสำคัญตามอีกหลายประการ เช่น หลักการเสมอกันในกฎหมาย (equality before the law) หลักสัดส่วนของการใช้อำนาจ (proportionality) หลักการไม่ใช้กฎหมายย้อนหลังให้เป็นโทษแก่บุคคล (retroactivity) ฯลฯ ซึ่งหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนนี้ย่อมจะพัฒนาขยายไปตามเขตที่เหมาะสมของสังคมในแต่ละกาลสมัย

จากที่กล่าวมาทำให้ผู้ศึกษาทราบว่ หลักนิติธรรมได้ตกผลึกทางความคิด จนได้ความแน่ชัดระดับหนึ่งแล้ว ซึ่งหลักการที่เห็นตรงกันว่า สิ่งเหล่านี้ก็มีสภาพไม่ต่างไปจากรัฐธรรมนูญทั่วไปที่จะต้องนำมาใช้เท่าที่ไม่ขัดหรือได้แย้งต่อบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ

²¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 27.

แต่รายละเอียดคงจะมีการพัฒนาต่อไปในทางวิชาการตามสภาพของการพัฒนาสังคมโลก
สาระสำคัญหรือองค์ประกอบของหลักนิติธรรม²² ได้แก่

ประการแรก หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา
ประการที่สอง กฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นโทษ
ประการที่สาม กฎหมายต้องมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบ
ประการที่สี่ กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไปเจ้าหน้าที่รัฐจะใช้อำนาจได้
ภายใต้การให้อำนาจโดยกฎหมาย

ประการสุดท้าย ห้ามยกเว้นความรับผิดชอบให้กับการกระทำในอนาคต

2.4.2 หลักนิติรัฐ (The Principle on Legal States)

หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักการที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือใน
สิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษย์ในทุกแง่ทุกมุม โดยรัฐจะต้องยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิและ
เสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรในรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ ในขณะที่รัฐต้องมีอำนาจจำกัดภายใต้
กฎหมายของตนเอง ทั้งนี้เพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐนั่นเอง

หลักนิติรัฐ ซึ่งรูสโซและมองเตสกีเยอ ได้เสนอแนวความคิดไว้เป็นคนแรกๆและกาเร
เดอ มัลแบร์ ได้สรุปแนวความคิดไว้อย่างชัดเจน ซึ่งพอสรุปได้ว่า รัฐและหน่วยงานของรัฐกระทำ
การเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหว
ในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่สมัครใจได้ กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐหรือ
หน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมาย
นั่นเองก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ ผลที่
ตามมา ก็จะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์การของรัฐทุกองค์การให้ชอบด้วยกฎหมาย
กล่าวคือ จะต้องควบคุมการกระทำและนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย
และจะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์การตุลาการ ซึ่งได้แก่คำพิพากษาและคำสั่งศาลให้ชอบ
ด้วยกฎหมายโดยจะมีองค์การและกระบวนการควบคุมที่แตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย²³
สาระสำคัญของหลักนิติรัฐมีอยู่ 3 ประการด้วยกัน กล่าวคือ

ประการแรก บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์การของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบ
ด้วยกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์การของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์การของรัฐฝ่ายบริหารจะมี

²² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 20. หน้า 32.

²³ สุวิทย์ ปัญญาวงศ์. (2561). *กฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่2). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา.
หน้า 48.

อำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อมีบทบาทแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

ประการที่สอง บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์การของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์การของรัฐฝ่ายบริหาร ล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์การของรัฐฝ่ายบริหารองค์การใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไรและกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์การของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

ประการสุดท้าย การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์การของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์การของฝ่ายรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์การของรัฐฝ่ายบริหารและองค์การของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์การของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือองค์การของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์การของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์การของรัฐฝ่ายบริหารอาจจะเป็นองค์การของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์การหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์การของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้²⁴

องค์ประกอบของหลักนิติรัฐ ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมันว่า หลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และองค์ประกอบในทางเนื้อหา ความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์การของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลง เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ส่วนความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหานั้น ก็คือ การที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง พิจารณาในทางเนื้อหา นิติรัฐย่อมต้องเป็นยุติธรรมรัฐ (Gerechtigkeitsstaat)

ในทางปฏิบัติเป็นไปได้เสมอที่หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะกับหลักความยุติธรรมอาจจะขัดแย้งกัน เป็นหน้าที่ขององค์การนิติบัญญัติที่จะพยายามประสานสองหลักการนี้เข้าด้วยกัน และในบางกรณีจะต้องตัดสินใจว่าจะใช้หลักการใดเป็นหลักการนำ บ่อยครั้งที่องค์การนิติ

²⁴ ชาญชัย แสงวงศ์. (2561). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 27). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 70.

บัญญัติตัดสินใจเลือกหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะเพื่อประกันความมั่นคงในระบบกฎหมาย เช่น การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับอายุความไว้ในระบบกฎหมาย เป็นต้น

2.4.2.1 องค์ประกอบของหลักนิติรัฐ

1) องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ

หากพิจารณาในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการ ที่สำคัญได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์การของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกรวมกันว่าอำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์การใดองค์การหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์การต่างองค์การกันเป็นผู้ใช้ เพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจกัน โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของนิติรัฐจะแบ่งแยกองค์การที่ใช้อำนาจรัฐออกเป็นองค์การที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์การที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์การที่ใช้อำนาจตุลาการ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์การของรัฐเรียกรวมกันว่าให้การกระทำขององค์การนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์การนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ หลักการดังกล่าวนี้ยังเรียกรวมองค์การบริหาร (โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การฝ่ายปกครอง) และองค์การตุลาการให้ต้องผูกพันต่อกฎหมาย ซึ่งหมายถึงต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายต่างๆ ที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่องค์การนิติบัญญัติได้ตราขึ้น กล่าวเฉพาะฝ่ายปกครองหลักการดังกล่าวนี้เรียกรวมให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และในกรณีที่การกระทำทางปกครองมีผลกล่าวล่วงสิทธิเสรีภาพของราษฎร ย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว การกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาลเรียกรวมกันว่ารัฐต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่างๆ ของรัฐได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายของรัฐจึงกำหนดให้องค์การของรัฐต้องรับฟังบุคคลเปิดโอกาสให้บุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่างๆ ก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น ทั้งนี้กระบวนการพิจารณาที่ได้รับการออกแบบขึ้นจะต้องเป็นกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (fair) ด้วย อนึ่งในกรณีที่ราษฎรได้รับความเสียหายจากการ

ใช้อำนาจมหาชนขององค์การของรัฐ รัฐจะต้องเปิด โอกาสให้ราษฎรสามารถฟ้ององค์การของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนต่อศาลได้

สำหรับหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม นั้นเรียกร้องให้รัฐกำหนดกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชน ด้วยกันอย่างมีประสิทธิภาพ เอกชนที่พิพาทกันเองต้องมีหนทางในการนำข้อพิพาทนั้นไปสู่ศาล และกฎหมายวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาลจะต้องได้รับการออกแบบให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างรอบด้านตลอดจนกำหนดผลผูกพันเด็ดขาดของคำพิพากษาไว้เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

2) ส่วนองค์ประกอบในทางเนื้อหาของนิติรัฐ

คำพิงแต่การเรียกร้องให้องค์การของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายในการกระทำการต่าง ๆ นั้น ยังไม่เพียงพอที่จะช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ หากกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นนั้น ไม่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องต่อไปอีกว่า ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้น กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคล ทั้งๆที่จะต้องคุ้มครองความไว้นับถือที่บุคคลมีต่อกฎหมาย โดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่บังคับใช้โดยไม่มีข้อยกเว้นในกรณีของกฎหมายอาญาสารบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าหากผลร้ายที่เกิดขึ้นกับปัจเจกบุคคลไม่ใช่โทษทางอาญาแล้ว รัฐสามารถตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลได้ทุกกรณีดังที่เข้าใจผิดพลาดกันอยู่ในวงการกฎหมายไทยแต่อย่างใดไม่ การวินิจฉัยว่าการตรากฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลจะกระทำได้หรือไม่ จะต้องพิจารณาองค์ประกอบในแง่ความไว้นับถือที่บุคคลมีต่อระบบกฎหมาย ตลอดจนการคาดหมายความคุ้มครองจากระบบกฎหมายของบุคคลประกอบกัน โดยหลักทั่วไปแล้ว ในกรณีที่บุคคลได้กระทำการจบสิ้นไปแล้วในอดีต ไม่สามารถหวนกลับไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำของตนได้แล้ว การตรากฎหมายไปกำหนดองค์ประกอบความผิดขึ้นใหม่ กำหนดโทษขึ้นใหม่หรือเปลี่ยนแปลงโทษที่มีอยู่ในกฎหมายในขณะที่ได้กระทำการ แม้โทษนั้นจะไม่ใช่โทษอาญาก็กระทำไม่ได้

นอกจากหลักนิติรัฐในทางเนื้อหาจะเรียกร้องการคุ้มครองความไว้นับถือที่บุคคลมีต่อระบบกฎหมายแล้ว หลักการดังกล่าวยังกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมีค่าบังคับทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและถือว่าบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎหมายโดยตรง อีกด้วย บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามหลักนิติรัฐที่ปรากฏในเยอรมนีจึงมีสองมิติ

คือ มิติแรก สิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นสิทธิหรืออำนาจที่ปัจเจกบุคคลสามารถยกขึ้นใช้ยื่นรัฐได้ โดยทั่วไปสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะป้องกันตนจากการล่วงละเมิด โดยรัฐ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน แต่ในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐที่เป็นสังคมนิยมหรือรัฐสวัสดิการ (Sozialstaat) สิทธิขั้นพื้นฐานยังมีลักษณะเป็นสิทธิที่ปัจเจกบุคคลสามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำการที่เป็นประโยชน์แก่ตนด้วย เช่น สิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาล เป็นต้น สำหรับอีกมิติหนึ่งหนึ่ง สิทธิขั้นพื้นฐานย่อมมีฐานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลผูกพันองค์การใช้อำนาจรัฐทุกองค์การโดยตรง

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งในทางเนื้อหาของนิติรัฐ คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักการนี้เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปโดยพอสมควรประมาณเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม ในนิติรัฐ รัฐไม่อาจใช้มาตรการใดๆก็ได้เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตนต้องการ (ด้วยเหตุนี้แนวความคิด The end justifies the means จึงไปด้วยกันไม่ได้กับนิติรัฐ) การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมต้องใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่ถูกต้องพอสมควรประมาณด้วย ดังนั้นแม้ว่าระบบกฎหมายจะมอบเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายให้องค์การของรัฐดำเนินการ แต่หากการใช้เครื่องมือหรือมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ หรือวัตถุประสงค์นั้นอาจบรรลุได้ เพียงแค่ใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า หรือแม้ในที่สุดแม้ไม่มีเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า แต่การที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้นปรากฏว่าทำให้ปัจเจกบุคคลได้รับผลร้ายอย่างรุนแรง ต้องเสียหายเกินกว่าที่จะคาดหมายจากบุคคลนั้น ไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับ การใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายนั้นก็ย่อมไม่อาจกระทำได้ในนิติรัฐ นอกจากหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว ในแง่เนื้อหา หลักนิติรัฐยังห้ามการกระทำตามอำเภอใจของรัฐ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยเคารพต่อหลักความเสมอภาค กล่าวคือ เรียกร้องรัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ให้แตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้นๆด้วย²⁵

2.4.2.2 ความแตกต่างระหว่างหลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรม

ผลของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมและความแตกต่างระหว่างหลักการทั้งสอง เมื่อพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ประกอบกับการปรับใช้หลักนิติรัฐและนิติธรรมในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายอังกฤษแล้ว พบว่าหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีความแตกต่างกันอยู่ ทั้งในแง่ของบ่อเกิดของกฎหมาย วิธีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน การกำหนดให้มีหรือไม่มี

²⁵ วรเจตน์ กาสิรัตน์. (2560). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>. [2562, 20 กรกฎาคม].

ศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี ตลอดจนการแบ่งแยกอำนาจ ดังจะชี้ให้เห็นได้ในเบื้องต้น ดังนี้

1) ความแตกต่างในแง่บ่อเกิดของกฎหมาย

ในระบบกฎหมายอังกฤษ ผู้พิพากษาซึ่งแต่เดิมเป็นผู้แทนของกษัตริย์นั้น ได้เริ่มพัฒนา Common Law มาตั้งแต่ราวศตวรรษที่ 12 ทั้งนี้เพื่อให้อำนาจของกษัตริย์ที่ส่วนกลางมั่นคง เข้มแข็ง กฎหมายที่ศาลใช้ในการตัดสินคดีนั้นมีลักษณะทั่วไป กล่าวคือ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกัน โดยทั่วไปในราชอาณาจักร จึงเรียกว่า Common Law กฎหมายดังกล่าวได้รับการ “สร้าง” ขึ้น โดยผู้พิพากษา เมื่อศาลได้ตัดสินคดีใดคดีหนึ่งไปแล้ว หลักกฎหมายที่ศาลได้สร้างขึ้นเพื่อใช้ตัดสินคดีที่ตกทอดต่อมาเป็นลำดับ และกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองด้วย “กฎหมาย” ในระบบกฎหมายอังกฤษ จึงไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยรัฐสภาที่เรียกว่า “Statute Law” เท่านั้น แต่ยังหมายถึงหลักการและแนวทางการตัดสินของผู้พิพากษา (Case Law) ที่เกิดจากจารีตธรรมเนียมปฏิบัติในอดีตอันเป็นกฎเกณฑ์ที่ศาลยอมรับสืบต่อกันมา (Common Law) ด้วย เอกสารทางประวัติศาสตร์อย่าง Magna Carta) Petition of Right Habeas Corpus) หรือ Bill of Right (ค.ศ.1689) ยังมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาใช้ตัดสินได้ในอังกฤษจนกระทั่งถึงทุกวันนี้ อนึ่ง โดยเหตุที่ Common Law มีผลใช้บังคับได้ในคดีที่ศาลได้ตัดสินวางหลักไปแล้วคดี คำว่า Case Law กับ Common Law จึงเป็นคำที่ใช้ในความหมายเดียวกัน นั่นคือหมายถึง กฎหมายที่เกิดจากผู้พิพากษา

การที่ระบบกฎหมายอังกฤษยอมรับให้ผู้พิพากษาสมากร “สร้าง” กฎหมายขึ้นมาได้เองนี้ ส่งผลให้ระบบกฎหมายของอังกฤษมีลักษณะที่ยืดหยุ่น และสามารถพัฒนาให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าในระบบกฎหมายอังกฤษ ศาลจะเปลี่ยนแปลงแนวการตัดสินอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะหลัก “satre decisis” คือ หลักที่ว่าศาลในคดีหลังต้องผูกพันตามหลักกฎหมายที่ศาลในคดีก่อนได้ตัดสินไว้แล้ว ยังเป็นหลักที่สำคัญ การเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาจึงไม่ใช่จะกระทำได้โดยง่าย²⁶

ในขณะที่ระบบกฎหมายอังกฤษเริ่มพัฒนามาโดยให้ผู้พิพากษามีอำนาจ “สร้าง” กฎหมายขึ้นมาได้นั้น ระบบกฎหมายในภาคพื้นยุโรปกลับมีธรรมเนียมปฏิบัติที่แตกต่างออกไป เพราะในภาคพื้นยุโรปกฎหมายเกิดขึ้นจากการตราโดยกระบวนการนิติบัญญัติ ผู้พิพากษาในฐานะที่เป็นผู้ที่รับใช้รัฐมีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมาย การตัดสินคดีของผู้พิพากษาในแต่ละคดีไม่มีผล

²⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2560). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>. [2562, 20 กรกฎาคม].

เป็นการสร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ แนวทางการตัดสินใจของศาลในภาคพื้นยุโรปจึงไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ ระบบกฎหมาย Civil Law ของภาคพื้นยุโรปมีลักษณะเป็นระบบกฎหมายที่ “ปิด” กว่า ข้อดีของระบบนี้ก็คือ ความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะจะมีสูงกว่า แต่ก็อาจจะมีข้ออ่อนตรงการปรับตัวให้เข้ากับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ตาม การประมวลถ้อยคำขึ้นด้วยกฎหมายในระบบกฎหมาย Civil Law นั้น ถ้อยคำจำนวนหนึ่งเป็นถ้อยคำเชิงหลักการ หรือถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ศาลในระบบกฎหมาย Civil Law จึงมีความสามารถในการตีความด้วยกฎหมายให้สอดคล้องกับความยุติธรรมและสภาพของสังคมได้เช่นกันภายใต้กรอบของนิติวิธี

2) ความแตกต่างในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

โดยเหตุที่ระบบกฎหมาย Common Law ในอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษ จึงไม่ได้เป็นการประกันในระดับรัฐธรรมนูญ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง และอยู่ในลำดับขั้นที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้น โดยรัฐสภา อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติบุคคลย่อมได้รับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์การตุลาการ

ในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเป็นการคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ได้รับการบัญญัติไว้ใน “กฎหมายพื้นฐาน” ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีนั้น ผู้กพันทั้งองค์การ นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ในฐานะที่เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง ซึ่งหมายความว่าในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ องค์การนิติบัญญัติมีหน้าที่ในทางรัฐธรรมนูญที่จะต้องไม่ตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน มิฉะนั้นย่อมต้องถือว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ²⁷

3) ความแตกต่างในแง่ของการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย

ตามหลักนิติรัฐ องค์การนิติบัญญัติย่อมต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ เพื่อให้หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญขององค์การนิติบัญญัติมีผลในทางปฏิบัติ ประเทศหลายประเทศที่ยอมรับหลักนิติรัฐจึงกำหนดให้มีองค์การที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์การนิติบัญญัติตราขึ้น องค์การที่ทำหน้าที่ในลักษณะเช่นนี้ โดยปกติแล้วย่อมได้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่าตามหลักนิติรัฐ การตรากฎหมายของ

²⁷ วรเจตน์ กาสิรัตน์. (2560). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1431>. [2562, 20 กรกฎาคม].

องค์การนิติบัญญัติย่อมตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์การตุลาการ อย่างไรก็ตามการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายขององค์การนิติบัญญัตินั้น องค์การตุลาการซึ่งทำหน้าที่ดังกล่าวนี้ คือ ศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์การนิติบัญญัติโดยเกณฑ์ในทางกฎหมายไม่อาจนำเจตจำนงของคนเข้าแทนที่เจตจำนงขององค์การนิติบัญญัติได้

ในอังกฤษซึ่งเดินตามหลักนิติธรรมนั้น ถือว่ารัฐสภาเป็นรัฐาธิปัตย์ ในทางทฤษฎีรัฐสภาสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น ไม่อาจมีกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แม้หากว่าจะมีผู้ใดอ้างว่ารัฐสภาตรากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี การอ้างเช่นนั้นก็หาไม่ผลทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภานั้นสิ้นผลลงไม่ ศาลในอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยรัฐสภา และด้วยเหตุนี้อังกฤษจึงไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภาอังกฤษจึงเป็นการควบคุมกันทางการเมือง ไม่ใช่ทางกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากองค์การที่ตรากฎหมายตลอดจนกระบวนการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญแล้ว เราอาจจะกล่าวได้ว่า หลักนิติรัฐที่พัฒนามาในเยอรมนีสัมพันธ์กับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยองค์การตุลาการ ในขณะที่หลักนิติธรรมที่พัฒนามาในอังกฤษสัมพันธ์กับหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา

4) ความแตกต่างในแง่ของการมีศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี

ระบบกฎหมายอังกฤษ ไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน ด้วยเหตุนี้อังกฤษจึงไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งโดยเฉพาะ คู่ขนานไปกับศาลยุติธรรมดังที่ปรากฏในภาคพื้นยุโรป ในการฟ้องร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ราษฎรอังกฤษอาจฟ้องได้ในศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา โดยหลักนิติธรรมถือว่าทั้งราษฎรและองค์การเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและภายใต้ศาลเดียวกัน

ระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนออกจากกันนั้น ไม่ได้ยึดถือหลักการทำนองเดียวกับหลักนิติธรรมในอังกฤษที่เรียกร้องให้การพิจารณาพิพากษาคดีต้องภายใต้ “ศาลปกติธรรมดา” (ordinary court) เท่านั้น ปัจจุบันนี้ประเทศเยอรมนีมีระบบศาลแยกออกจากกันถึงห้าระบบศาล (ยังไม่นับศาลรัฐธรรมนูญ) คือ ระบบศาลธรรมดา (ศาลยุติธรรม) ระบบศาลปกครอง ระบบศาลแรงงาน ระบบศาลภาษีอากร และระบบศาลสังคม โดยคดีปกครองจะได้รับการพิจารณาจากศาลใน 3 ระบบศาล คือ คดีปกครองทั่วไป จะได้รับการ

พิจารณาโดยศาลปกครอง ส่วนคดีปกครองที่มีลักษณะเฉพาะ คือ คดีภาษีอากร จะได้รับการพิจารณาโดยศาลภาษีอากร และคดีสังคม (ข้อพิพาทอันเกิดจากกฎหมายประกันสังคม ฯลฯ) จะได้รับการพิจารณาโดยศาลสังคม

อาจกล่าวได้ว่าในขณะที่หลักนิติธรรมที่พัฒนามาในระบบกฎหมายอังกฤษปฏิเสธการจัดตั้งศาล “เฉพาะ” เพื่อพิจารณาพิพากษาคดี เพราะเกรงว่าจะก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคหรือไม่เท่าเทียมกันนั้น หลักนิติรัฐที่พัฒนามาในระบบกฎหมายเยอรมันไม่มีข้อกังวลต่อปัญหาดังกล่าว อย่างไรก็ตามแนวคิดที่แตกต่างกันในเรื่องนี้ระหว่างระบบกฎหมายอังกฤษกับระบบกฎหมายเยอรมันส่งผลต่อการออกแบบระบบวิธีพิจารณาคดีตลอดจนการนำพยานหลักฐานเข้าสืบในชั้นศาลด้วย กล่าวคือ ในระบบกฎหมายอังกฤษ ศาลอังกฤษจะทำหน้าที่เป็นคนกลางอย่างเคร่งครัด ศาลจะรับฟังพยานหลักฐานของคู่ความในคดีไม่ว่าคดีนั้นจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีปกครอง จะควบคุมกระบวนการพิจารณาให้คู่ความทั้งสองฝ่ายต่อสู้กันอย่างเป็นธรรม แล้วตัดสินคดี บทบาทของผู้พิพากษาในอังกฤษจึงเป็นเสมือนผู้ที่แก้ไขปัญหาความขัดแย้ง โดยทำให้ผลของคดีมีลักษณะเป็นการชดเชยให้ความเป็นธรรมในระบบกฎหมายเยอรมัน ในคดีทางกฎหมายมหาชน ศาลเยอรมันมีอำนาจในการค้นหาความจริงในคดีโดยไม่จำเป็นต้องผูกพันอยู่กับพยานหลักฐานที่คู่ความได้ยื่นมาเท่านั้น ผู้พิพากษาเยอรมันจึงเปรียบเสมือนเป็นแขนของกฎหมายที่ยื่นออกไป มีลักษณะเป็นผู้แทนของรัฐที่ถือดาบและตราชูไว้เหนือ วินิจฉัยคดีไปตามกฎหมายและความยุติธรรม และบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุผล เมื่อเปรียบเทียบบทบาทของผู้พิพากษาอังกฤษกับเยอรมันแล้ว จะพบว่าผู้พิพากษาเยอรมันจะมีบทบาทมากกว่าในการขับเคลื่อนกระบวนการพิจารณาคดี ในขณะที่ผู้พิพากษาอังกฤษจะทำหน้าที่คล้ายเป็นคนกลางผู้ควบคุมการต่อสู้คดีเท่านั้น แม้กระนั้นอำนาจของผู้พิพากษาศาลอังกฤษในแง่ของการสั่งลงโทษบุคคลก็มีมากกว่าผู้พิพากษาของศาลเยอรมัน ในคดีปกครองศาลอังกฤษอาจสั่งลงโทษบุคคลฐานละเมิดอำนาจศาลได้ แม้บุคคลนั้นจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล ในขณะที่ศาลปกครองเยอรมัน แม้ศาลจะมีอำนาจสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการได้ แต่หากเจ้าหน้าที่ไม่ปฏิบัติ ศาลปกครองก็ไม่มีอำนาจสั่งลงโทษเจ้าหน้าที่โดยถือว่าเจ้าหน้าที่ละเมิดอำนาจศาลได้

ถึงแม้ว่าหลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรมจะมีความแตกต่างกันอยู่ แต่หลักการทั้งสองต่างก็เป็นหลักการที่มุ่งจะสร้างความยุติธรรมและสันติสุขให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายเหมือนกัน

จากการศึกษาหลักนิติรัฐ ทำให้ผู้ศึกษาทราบว่ากำหนดให้รัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญโดยอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้เป็น 3 ประเภท คือ สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน

สิทธิเสรีภาพในการเดินทาง การเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิในการนับถือศาสนา และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา ซึ่งในการตรากฎหมายและแนวนโยบายของรัฐจำเป็นต้องคุ้มครองสิทธิของแรงงานต่างด้าวให้อยู่บนพื้นฐานของหลักนิติรัฐด้วย

2.4.3 หลักการสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของแรงงานต่างด้าว

มาตรฐานสิทธิมนุษยชน ย่อมไม่ใช่สิ่งที่แต่ละรัฐจะกำหนดกันเองได้ตามอำเภอใจ เนื่องจากรัฐได้มีพันธกรณีอยู่กับกฎหมายสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรมระหว่างประเทศ และหลักการสากลนี้เอง รัฐในประชาคมโลกยึดถือปฏิบัติในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งในประชาคมโลกต้องรักษาสันติภาพ ด้วยหลักเกณฑ์ 3 ประการด้วยกัน คือ การประกันสิทธิของมนุษย์ทุกคน การส่งเสริมความมั่นคงทางเศรษฐกิจสังคม และการรักษาสันติภาพแห่งมวลมนุษยชาติ ดังที่ปรากฏเป็นหลักการสำคัญของกฎบัตรสหประชาชาติ การอ้างความมั่นคงภายในรัฐเพื่อยกเว้นหลักสิทธิมนุษยชนหรือมนุษยธรรมจึงเป็นไปไม่ได้ เนื่องจากหลักการเหล่านี้รับรองโดยกฎบัตรสหประชาชาติ การอ้างความมั่นคงภายในรัฐเพื่อยกเว้นหลักสิทธิมนุษยชนหรือมนุษยธรรมจึงเป็นไปไม่ได้ เนื่องจากหลักการเหล่านี้รับรองโดยกฎบัตรสหประชาชาติ และกฎหมายสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่บัญญัติทั้งหลายพัฒนามาจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ผูกพันทุกรัฐ แม้ไม่ได้ลงนามก็ตามหลักสิทธิมนุษยชนและมนุษยธรรมสากลนี้เองที่กลายเป็นมาตรฐานสิทธิมนุษยชนที่ทุกรัฐในประชาคมโลกจำต้องยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติของรัฐในการจัดการปัญหา “คนอื่น” ซึ่งมีใช่ “คนชาติ”

ของประเทศที่มีการปกครองโดยกฎหมายนิติรัฐนั้น รัฐบาลของแต่ละประเทศจะมีกฎหมายหรือข้อบังคับ หรือระเบียบปฏิบัติต่างๆ เพื่อคุ้มครองหรือให้สิทธิแก่พลเมืองของตน ซึ่งโดยส่วนใหญ่สิทธิเหล่านี้ มักจะไม่รวมไปถึงสิทธิของคนต่างด้าว แต่ตามข้อกำหนดขององค์การแรงงานระหว่างประเทศได้มีมติให้ประเทศต่างๆ ส่งเสริมการปฏิบัติตามมาตรฐานแรงงาน ให้มีการรับรอง “ปฏิญญาว่าหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน” พยายามรณรงค์ผลักดันให้ทุกประเทศสมาชิก มีการให้สัตยาบันเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะอนุสัญญาที่เป็นมาตรฐานแรงงานหลัก ส่วนประเทศสมาชิกที่ให้สัตยาบันแล้ว ก็ต้องมีการพัฒนาการให้เป็นรูปธรรม เป็นผลในเรื่องนั้นๆ

2.4.3.1 สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน

หลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันนั้น เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศประการหนึ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก การที่จะวิเคราะห์ปัญหาว่า แรงงานต่างชาตินั้นควรจะได้รับสิทธิต่างๆ ในประเทศผู้รับแรงงานต่างชาตินั้นน้อยเพียงใด แน่แน่นอนว่าเนื้อหาของสาระของสิทธิของผู้ใช้

แรงงาน ย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ แต่หากทุกประเทศตกลงยอมรับในหลักการปฏิบัติ โดยเท่าเทียมกันแล้ว ประเทศนั้นก็อาจจะต้องปฏิบัติต่อแรงงานต่างชาติโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติในเรื่องสิทธิต่างๆ เช่น สิทธิที่จะได้รับค่าจ้างโดยอัตราเท่าเทียมกันกับคนในชาติ เป็นต้น เพราะฉะนั้นจึงเห็นได้ว่าหลักกฎหมายนี้เป็นหลักการสำคัญ

กฎบัตรสหประชาชาติ ในมาตรา 1 (3) อันเป็นจุดมุ่งหมายประการหนึ่งในการจัดตั้ง องค์การสหประชาชาติ ได้แก่ เพื่อทำการร่วมมือระหว่างประเทศ ในอันที่จะแก้ไขปัญหาระหว่าง ประเทศในทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมและมนุษยธรรม และส่งเสริม และสนับสนุนการเคารพ สิทธิมนุษยชน และอิสรภาพอันเป็นพื้นฐานสำหรับทุกคน โดยปราศจากความแตกต่างในทางเชื้อ ชาติ เพศ ภาษาหรือศาสนา นอกจากนี้ กฎบัตรสหประชาชาติยังบัญญัติไว้ว่า การที่จะส่งเสริมสิทธิ มนุษยชน โดยปราศจากความแตกต่างในทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนานั้นเป็นภารกิจหน้าที่ ของสมาชิก และเป็นจุดมุ่งหมายอันหนึ่งของการร่วมมือระหว่างเศรษฐกิจและสังคม

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ให้การ รับรองหลักความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันของมนุษย์ ภายใต้กฎหมายไว้ว่า มนุษย์ทั้งหลาย เกิดมาอิสระเสรี และเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิ ทุกคนได้รับการประสิทธิประสาทเหตุผล และมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันอย่างฉันพี่น้อง²⁸ บุคคลชอบที่จะมีสิทธิและเสรีภาพประดาที่ ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่มี การจำแนกความแตกต่างในเรื่องใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมืองหรือทางอื่นใด ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด นอกจากนี้การจำแนกข้อแตกต่างโดยอาศัยมูลฐานแห่งสถานะทาง การเมืองทางศาสนาหรือทางเรื่องระหว่างประเทศของประเทศ หรือดินแดนซึ่งบุคคลสังกัดจะทำ มิได้ ทั้งนี้ไม่ว่าดินแดนดังกล่าวจะเป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์มิได้ปกครองตนเองหรืออยู่ภายใต้ การจำกัดแห่งอธิปไตยอื่นใด²⁹ ทุก ๆ คนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลในกฎหมายไม่ว่า ชาติใด³⁰ ทุก ๆ คนต่างเสมอกันในกฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียม กันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ทุก ๆ คนชอบที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอหน้าจากการ เลือกปฏิบัติใด ๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และต่อการขู่งส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติ เช่นนั้น³¹

²⁸ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights), ข้อ 1.

²⁹ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights), ข้อ 2.

³⁰ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights), ข้อ 6.

³¹ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights), ข้อ 7.

2.4.3.2 สิทธิที่จะได้รับค่าจ้างเท่ากันสำหรับการทำงานที่เท่าเทียมกัน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 23 บัญญัติว่า

- 1) บุคคลมีสิทธิที่จะทำงาน ที่จะเลือกงานอย่างเสรี ที่จะมีส่วนภาวะการทำงานที่ยุติธรรมและพอใจ และที่จะได้รับความคุ้มครองจากการว่างงาน
- 2) บุคคลมีสิทธิในการรับค่าตอบแทนเท่ากันสำหรับการทำงานที่เท่ากัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใด ๆ
- 3) บุคคลผู้ทำงานมีสิทธิในรายได้ซึ่งยุติธรรม และเอื้อประโยชน์เพื่อเป็นประกันสำหรับตนเองและครอบครัวให้การดำรงชีวิตมีค่าควรแก่ศักดิ์ศรีของมนุษย์ และถ้าจำเป็นก็ชอบที่จะได้รับความคุ้มครองทางสังคมอื่น ๆ เพิ่มเติม
- 4) บุคคลมีสิทธิที่จะก่อตั้งและเข้าร่วมกับสหภาพแรงงานเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของตน

การกำหนดหลักเกณฑ์นี้ทำให้เกิดความเท่าเทียมกันในส่วนการจ่ายค่าจ้างและค่าจ้างนั้นจะต้องเป็นการจ่ายค่าจ้างที่ยุติธรรมและเอื้อประโยชน์ เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับตนเองและครอบครัว และจะต้องเป็นระดับที่ทำให้มีการดำรงชีวิตมีค่าควรแก่ศักดิ์ศรีแห่งมนุษย์

อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างชาติและสมาชิกในครอบครัว มาตรา 25 รับรองสิทธิของแรงงานต่างชาติรวมทั้งแรงงานต่างชาติประเภทที่มีขอบด้วยกฎหมายที่จะได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกันกับคนในชาติ

ในส่วนของการคุ้มครองแรงงานในเรื่องค่าจ้างขั้นต่ำ อนุสัญญาฉบับที่ 26 (Convention concerning the Creation of Minimum Wage -Fixing Machinery, 1928) มาตรา 1(1) กำหนดให้ประเทศผู้ให้สัตยาบันดำเนินการดำเนินกลไกที่จะช่วยในการกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำสำหรับลูกจ้างในแต่ละสาขาอาชีพ อย่างไรก็ตามเนื่องจากค่าจ้างนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นในการเลี้ยงชีพตนเองและสมาชิกในครอบครัว จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องให้ความคุ้มครองต่อแรงงานต่างชาติรวมทั้งแรงงานต่างชาติประเภทที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยให้ความคุ้มครองต่อสิทธิที่จะได้รับค่าจ้างโดยเท่าเทียมสำหรับการทำงานที่เท่ากัน

2.4.3.3 สิทธิที่จะได้รับสภาพการจ้างที่เท่าเทียมกันกับคนในชาติ

“สภาพการจ้าง” หมายความว่าเงื่อนไขของการจ้างและการทำงานกำหนดวันและเวลาทำงาน ค่าจ้าง สวัสดิการ การเลิกจ้าง หรือประโยชน์อื่นของนายจ้างหรือลูกจ้างอันเกี่ยวกับการจ้างหรือการทำงาน เนื่องจากว่า ในส่วนของ “ค่าจ้าง” นั้น ได้กล่าวมาแล้ว

1) สภาพการจ้างทั่วไป (Condition of Work)

เงื่อนไขในการทำงาน หมายถึง ข้อกำหนดที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกันว่าจะต้องปฏิบัติต่อกันอย่างไรซึ่งในเรื่องนี้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 23 (1) ที่รับรองว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับสภาพการจ้างที่ยุติธรรม ซึ่งสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคม และวัฒนธรรม บัญญัติว่า รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้ รับรองสิทธิของบุคคลทุกคนที่จะได้รับสภาพการจ้างที่ยุติธรรมและเอื้อประโยชน์ ซึ่งหมายความถึงแรงงานต่างชาติไม่ว่าจะเข้ามาโดยถูกกฎหมายหรือผิดกฎหมายก็ตาม

อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างชาติและสมาชิกในครอบครัว มาตรา 25 บัญญัติไว้ว่า แรงงานต่างชาติจะต้องได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องของสภาพการจ้าง อาทิเช่น การทำงานล่วงเวลา ชั่วโมงการทำงาน การหยุดพักผ่อนประจำสัปดาห์ การหยุดพักผ่อนโดยมีการจ่ายค่าจ้าง ความปลอดภัย อำนวย การเลิกจ้าง เป็นต้น

2) วันและเวลาการทำงาน

การคุ้มครองแรงงานต่างชาติ ในเรื่องชั่วโมงการทำงานมีความสำคัญอย่างมากเนื่องจากแรงงานต่างชาติมักจะทำงานเกินเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ว่าด้วยความสมัครใจหรือการถูกบังคับก็ตาม

ในเรื่องนี้กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคม และวัฒนธรรม มาตรา 7 บัญญัติว่า “รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้รับรองสิทธิของทุกคนให้มีสภาพการจ้างที่ยุติธรรมรวมทั้งในเรื่องการจำกัด เวลาทำงานที่มีเหตุผลโดยชอบ” และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างชาติและสมาชิกในครอบครัว บัญญัติว่าแรงงานต่างชาติจะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องชั่วโมงการทำงาน ซึ่งสอดคล้องกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา และอนุสัญญาฉบับที่ 143 มาตรา 12 (g) ส่วนข้อแนะนำฉบับที่ 151 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ มาตรา 2 บัญญัติว่าแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย ควรจะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน ในเรื่องของสภาพการจ้างรวมทั้งชั่วโมงทำงาน

นอกจาก อนุสัญญาและข้อแนะ ซึ่งมุ่งที่จะคุ้มครองแรงงานต่างชาติดังกล่าวแล้วยังมีอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่มีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแรงงานทั่วไปในด้านชั่วโมงทำงานซึ่งมีอนุสัญญาหลายฉบับกำหนดให้ลูกจ้างทำงานได้แต่ต้องไม่เกินวันละ 8 ชั่วโมง

ส่วนวันหยุดพักผ่อน ปฏิญญาสากลกำหนดไว้ว่า “บุคคลมีสิทธิในการพักผ่อนและเวลาว่าง รวมทั้งการจำกัดเวลาทำงานที่ชอบด้วยเหตุผลและมีวันหยุดครั้งคราวที่ได้รับ

คำตอบแทน”³² และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม มาตรา 7 กำหนดว่า รัฐภาคีจะรับรองสิทธิของบุคคลทุกคนที่จะมีสภาพการจ้างที่ยุติธรรมในเรื่องการพักผ่อน เวลาว่างและวันหยุดเป็นครั้งคราว โดยได้รับคำตอบแทน ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้มีผลผูกพันต่อ ประเทศสมาชิก และในอนุสัญญาและข้อเสนอแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ข้อแนะนำฉบับที่ 151 มาตรา 2 กำหนดว่า แรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย ควรจะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องการหยุดพักผ่อน และการหยุดพักผ่อนประจำปีโดยได้รับค่าจ้าง

3) สวัสดิการ

ในเรื่องสวัสดิการ หมายถึง ประโยชน์อย่างอื่นนอกเหนือจากคำตอบแทนในการทำงานโดยตรง คำว่าสวัสดิการ เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบข่ายสภาพการจ้าง ที่กฎหมายระหว่างประเทศ ให้การรับรองว่าสิทธิของบุคคลทุกคนที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องนี้ ซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างชาติและสมาชิกในครอบครัว มาตรา 43 บัญญัติรับรองถึงสิทธิของแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะได้รับสวัสดิการ โดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติ ส่วนอนุสัญญาและข้อเสนอแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ อนุสัญญา ฉบับที่ 97 มาตรา 6 บัญญัติว่า ประเทศภาคีสมาชิกจะต้องรับรองสิทธิ ของแรงงานต่างชาติที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติในเรื่องต่างๆ รวมทั้งเรื่องที่พัก

4) ความปลอดภัยในการทำงาน

ความปลอดภัยในการทำงานที่มีความอันตราย ซึ่งในเรื่องนี้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กำหนดไว้ว่า “ทุก ๆ คนต่างเสมอกันในกฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ทุก ๆ คนชอบที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอหน้าจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และต่อการยุยงส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นนั้น”³³ นอกจากนี้ อนุสัญญาและข้อเสนอแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ทั้งอนุสัญญาฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 ก็ได้กำหนดเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน แต่มีปรากฏในข้อแนะนำฉบับที่ 100 และมาตรา 45 ได้กำหนดว่าควรจะให้มีการดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ เพื่อป้องกันอุบัติเหตุและโรคต่างๆที่เกิดจากการประกอบอาชีพนั้นๆ

จากรายละเอียดที่กล่าวมาข้างต้น สรุปได้ว่า ในกรณีของแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ควรจะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องของสวัสดิการอย่างเต็มที่ แต่ในกรณีแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่อาจที่จะได้รับการคุ้มครองโดยเท่าเทียมกับคนในชาติได้

³² ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights), ข้อ 24.

³³ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights), ข้อ 7.

5) สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องความมั่นคงในการทำงาน
กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม ได้บัญญัติไว้
ว่า รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้รับรองสิทธิที่จะทำงาน ซึ่งรวมทั้งสิทธิของบุคคลทุกคน ในโอกาสที่จะ
หาเลี้ยงชีพโดยงานซึ่งตนเลือก หรือ รับอย่างเสรี และจะดำเนินตามขั้นตอนที่เหมาะสมที่จะพิทักษ์
สิทธินี้ ซึ่งการคุ้มครองเนื่องจากการเลิกจ้างนั้น แรงงานต่างด้าวนั้นควรได้รับสิทธิอย่างเดียวกัน

6) สิทธิอื่นๆที่ควรจะได้รับปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน

(1) สิทธิในการรวมตัว

สิทธิในการรวมตัวของผู้ใช้แรงงานนั้น มีความสำคัญอย่างยิ่งในการปรับปรุง
สภาพการจ้าง เนื่องจากว่า ผู้ใช้แรงงานมักจะอยู่ในฐานะที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่านายจ้าง จึงมี
โอกาสที่จะถูกนายจ้างเอารัดเอาเปรียบได้มาก

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กำหนดว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะก่อตั้ง
และเข้าร่วมกันสหภาพแรงงาน เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของตน”³⁴ อีกทั้งกติการะหว่างประเทศว่า
ด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและ
การเมือง กำหนดว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะก่อตั้งและเข้าร่วมกันสหภาพแรงงาน เพื่อคุ้มครอง
ผลประโยชน์ของตน สำหรับแรงงานต่างชาตินั้นชอบด้วยกฎหมายนั้น อนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6
กำหนดว่า ประเทศภาคีแห่งอนุสัญญา ควรดำเนินการ ปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติต่อ
แรงงานต่างชาติ ในเรื่องสมาชิกภาพแห่งสหภาพแรงงานและผลประโยชน์ที่จะได้จากการเจรจา
ต่อรอง

จากที่กล่าวมาข้างต้น สำหรับแรงงานที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ควรที่จะมีการ
ยอมรับสิทธิในการรวมตัวกันที่ค่อนข้างสมบูรณ์ เพราะสิทธิในการรวมตัวกันนั้นเป็นสิทธิขั้น
พื้นฐานของผู้ใช้แรงงาน เพื่อปกป้องผลประโยชน์ตน ซึ่งยากที่จะอธิบายถึงเหตุผลของความ
แตกต่างระหว่างแรงงานต่างชาติและคนในชาติในขณะนี้

(2) สิทธิที่จะได้รับการประกันสังคม

แรงงานต่างชาตินั้นจะได้รับสภาพการจ้างอันเลวร้าย ในบางกรณียังร้ายแรงจน
ไม่สามารถที่จะรักษาชีวิตให้อยู่รอดได้ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งกำหนดว่า “ บุคคลมี
สิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอสำหรับสุขภาพ และความอยู่ดีของตน และครอบครัว
รวมทั้งอาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย การรักษาพยาบาล และบริการสังคมที่จำเป็น และสิทธิในความ

³⁴ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights), ข้อ 23 (4).

มั่นคงในกรณีว่างงาน เจ็บป่วย ทูพพลภาพ เป็นหม้าย วยชรา หรือการขาดปัจจัยในการเลี้ยงชีพอื่นใดในพฤติการณ์อันเกิดจากที่ตนจะควบคุมได้³⁵

สิทธิในการได้รับประกันสังคมนั้น เป็นเรื่องของนโยบายในประเทศนั้นๆ ซึ่งส่วนมากจะไม่ขยายขอบเขตให้สิทธิต่อแรงงานต่างด้าว

จากการศึกษาหลักการสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของแรงงานต่างด้าว ทำให้ผู้ศึกษาทราบว่า บรรดาสิทธิต่างๆ ที่นานาชาติให้การยอมรับนั้นล้วนแล้วแต่สอดคล้องกับหลักสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยได้ให้ความคุ้มครอง แรงงานของประเทศไทยอยู่แล้วซึ่งหากมีการขยายความคุ้มครองและให้สิทธิกับแรงงานต่างด้าว ให้ใกล้เคียงกับคนในชาติ อยู่ในมาตรฐานที่ไม่แตกต่างกันมากนัก ก็จะส่งผลดีต่อการคุ้มครองสิทธิของแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย

2.4.4 หลักการเกี่ยวกับลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

ลำดับชั้นของกฎหมาย คือ ลำดับความสูงต่ำของกฎหมายที่ไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งความไม่เท่าเทียมกันของกฎหมายแต่ละฉบับนั้น พิจารณาได้จากองค์การที่มีอำนาจในการออกกฎหมาย ความว่ากฎหมายแต่ละฉบับจะมีชั้นของกฎหมายในระดับนั้น ให้พิจารณาจากองค์การที่ออกกฎหมายฉบับนั้น

การจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย มีความสำคัญต่อกระบวนการวิธีการต่างๆ ทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการใช้ การตีความ และการยกเลิกกฎหมาย เช่น หากกฎหมายฉบับใดมีลำดับชั้นของกฎหมายสูงกว่า กฎหมายฉบับอื่นที่มีลำดับชั้นต่ำกว่า จะมีเนื้อหาของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่านั้นไม่ได้ หากพิสูจน์ได้ว่ามีความขัดหรือแย้งดังกล่าว ถือว่ากฎหมายลำดับชั้นต่ำกว่าจะถูกยกเลิกไป³⁶

กฎหมายลายลักษณ์อักษรสามารถแบ่งแยกออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ ดังนี้

ประเภทแรก กฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งถูกบัญญัติขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และประมวลกฎหมาย

ประเภทที่สอง กฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งถูกบัญญัติขึ้นโดยฝ่ายบริหาร ได้แก่ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา และประกาศพระบรมราชโองการ

ประเภทที่สาม กฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งถูกบัญญัติขึ้นโดยฝ่ายปกครอง ได้แก่ กฎกระทรวง กฎทบวง ประกาศกระทรวง ประกาศทบวง ระเบียบกระทรวง ข้อบังคับ เทศบัญญัติ

³⁵ ปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights), ข้อ 23 (1).

³⁶ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช. (2559). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป หน่วยที่ 1-8*. กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์. หน้า 15.

ข้อบัญญัติ บทกฎหมายเหล่านี้มีผลใช้บังคับแก่ประชาชนเป็นการทั่วไป แต่มีศักดิ์ฐานะหรือมีความสำคัญต่ำกว่าบทกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล

2.4.4.1 กฎหมายรัฐธรรมนูญ

คือ กฎหมายสูงสุดในการจัดระเบียบการปกครองประเทศ ซึ่งจะวางระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดของรัฐ หรืออำนาจอธิปไตย ได้แก่ อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ตลอดจนการกำหนดสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของชนชาวไทย

2.4.4.2 พระราชบัญญัติและประมวลกฎหมาย

เป็นกฎหมายลำดับชั้นรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ เพราะพระราชบัญญัติออกมาเป็นกฎหมายโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งองค์การที่ทำหน้าที่ในการตราพระราชบัญญัติคือ รัฐสภา ดังนั้น รัฐสภาจะตราพระราชบัญญัติที่มีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้

พระราชบัญญัติคือบทกฎหมายที่ใช้เพื่อวางระเบียบบังคับควบคุมประพฤติของบุคคลรวมทั้งองค์การและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีฐานะสูงกว่าบทกฎหมายอื่น ๆ นอกจากรัฐธรรมนูญ ก่อนประกาศใช้บังคับ การตราพระราชบัญญัตินั้นจะทำได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา และเมื่อพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธย และประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ก็มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

2.4.4.3 พระราชกำหนด

พระราชกำหนด (Emergency decree) เป็นกฎหมายที่ตราขึ้น โดยฝ่ายบริหารในสถานการณ์อันมีความจำเป็นรีบด่วนเพื่อประโยชน์แห่งรัฐแล้วแต่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่ของแต่ละประเทศ พระราชกำหนดมีอำนาจบังคับเช่นพระราชบัญญัติอันตราขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติ พระราชกำหนดมีคณะรัฐมนตรีเป็นผู้พิจารณาร่าง และเมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว นายกรัฐมนตรีจึงจะนำร่างนั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายต่อพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ ทั้งนี้ โดยไม่ต้องนำเสนอร่างพระราชกำหนด เช่นว่าให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

พระราชกำหนดของไทยแบ่งออกเป็นสองประเภทตามความในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) ได้แก่

ประเภทแรก พระราชกำหนดทั่วไป ออกได้ในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้เพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยของประเทศ เพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ

ประเภทที่สอง พระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา ออกได้ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งต้องได้รับพิจารณาโดยด่วนและลับ เพื่อรักษาผลประโยชน์ของแผ่นดิน ทั้งนี้ ภายในระหว่างสมัยประชุมของรัฐสภาเท่านั้น

2.4.4.4 พระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกา คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด เพื่อใช้ในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมาย และพระราชกำหนด

การตราพระราชกฤษฎีกา รัฐมนตรีซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องจะอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดนั้นๆ เสนอร่างพระราชกฤษฎีกาต่อคณะรัฐมนตรี ให้พิจารณา โดยร่างพระราชกฤษฎีกานั้น จะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดที่เกี่ยวข้อง

เมื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้ว จะต้องนำร่างพระราชกฤษฎีกา ขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงตราพระราชกฤษฎีกานั้นๆ นายกรัฐมนตรี จะเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการจากนั้นจึงนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาบังคับใช้ต่อไป

2.4.4.5 กฎกระทรวง

กฎกระทรวง เป็นกฎหมายที่รัฐมนตรีแต่ละกระทรวงเป็นผู้ออก โดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายแม่บทซึ่งก็คือพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นๆ พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดจะกำหนดกฎเกณฑ์กว้างๆเอาไว้ ส่วนกฎกระทรวงก็จะมากำหนดรายละเอียดอีกชั้นหนึ่ง เช่น ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้กำหนดว่า ในกรณีที่ใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของบุคคลใดเพื่อขายทอดตลาด ผู้ที่มีอำนาจสั่งให้ยึด อายัดหรือขายทอดตลาดทรัพย์สินนั้น ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง เราก็ต้องไปศึกษาในกฎกระทรวงอีกชั้นหนึ่งว่าผู้ที่มีอำนาจสั่งนั้นคือใครบ้าง ฯลฯ

2.4.4.6 ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด

ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด เป็นกฎหมายลำดับรองที่ใช้ในกรณีที่ฝ่ายบริหารต้องการกำหนดสิ่งที่เป็นรายละเอียดค่อนข้างมาก ไม่ใช่กรอบ ไม่ใช่ชนโยบาย แต่เป็นวิธีการในรายละเอียด หรือเป็นการประสานงานกันทางฝ่ายบริหารที่มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายแห่งให้มาทำงานด้วยกัน โดยปรกติแล้วพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทจะกำหนดว่า จะต้องออกระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนดในเรื่องใด

ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนดเป็นกฎหมายลำดับรองที่อาจขอมติของคณะรัฐมนตรีหรือไม่มาก่อนก็ได้ ไม่มีหลักเกณฑ์ในการเสนอแน่นอน ขึ้นอยู่กับว่ารัฐมนตรีผู้เสนอเห็นว่าเป็นหลักการสำคัญที่คณะรัฐมนตรีควรรับทราบเสียก่อนหรือไม่ หรือขึ้นอยู่กับพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บทจะกำหนดว่าเมื่อออกจะต้องขอความเห็นชอบจากผู้ใดก่อนหรือไม่ ในปัจจุบันนี้ได้มีการใช้ระเบียบเป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินค่อนข้างมาก โดยเฉพาะระเบียบซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 8(11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2535 และโดยที่เมื่อระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนด เป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินนี้เอง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนด จึงสามารถออกได้แม้โดยไม่ต้องอ้างบทอาศัยอำนาจใดๆ ถ้าเป็นการออกกฎเกณฑ์ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการบริหารภายในส่วนราชการนั้น โดยถือว่าเป็นอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่มีอยู่ตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดินที่จะดูแลบังคับบัญชาหรือจัดการงานให้เป็นไปโดยเรียบร้อย³⁷

2.4.4.7 กฎหมายที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ออก

กฎหมายที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ออก ได้แก่ เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติจังหวัด ข้อบังคับสุขาภิบาล ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบัญญัติเมืองพัทยา

เป็นกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับ โดยเฉพาะในแต่ละองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้เป็นไปตามหน้าที่ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น หรือในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจไว้ก็ทำการออกได้เช่นกัน เช่น ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เป็นกฎหมายที่กรุงเทพมหานครตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในเขตกรุงเทพมหานครเท่านั้น หรือเทศบัญญัติ ก็เป็นกฎหมายที่เทศบาลบัญญัติขึ้นใช้บังคับเฉพาะในเขตเทศบาลของตน

จากการศึกษาทำให้ทราบว่าพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เป็นกฎหมายพระราชกำหนด (Emergency decree) เป็นกฎหมายที่ตราขึ้น โดยฝ่ายบริหารในสถานการณ์อันมีความจำเป็นรีบด่วนเพื่อประโยชน์แห่งรัฐแล้วแต่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่ของแต่ละประเทศ พระราชกำหนดมีอำนาจบังคับเช่นพระราชบัญญัติอันตราขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติพระราชกำหนดมีคณะรัฐมนตรีเป็นผู้พิจารณาร่าง ซึ่งมีกระบวนการตราและการพิจารณากลับกรองกฎหมายที่แตกต่างไปจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นอย่างมาก และด้วยกระบวนการตรากฎหมายซึ่งอาศัยความจำเป็นรีบด่วน จึงอาจทำให้เกิดข้อผิดพลาดบางประการที่ฝ่ายบริหารมิได้ไตร่ตรองให้ดีเหมือนอย่างการตรากฎหมายพระราชบัญญัติ

³⁷ ธรรมนิติย์ สุมันตกุล. (2558). *การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง*. เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรนักกฎหมายมหาชนภาครัฐ รุ่นที่ 1 (ภาค 2) คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.lawreform.go.th. [2562, 20 มิถุนายน].

2.4.5 รูปแบบการละเมิดสิทธิของแรงงานต่างด้าว

การบังคับใช้แรงงานหรือบริการนั้น หมายความว่า การข่มขืนใจให้ทำงานหรือให้บริการ โดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

ประการแรก ทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของบุคคลนั้นเอง หรือของผู้อื่น

ประการที่สอง ชูเชื้อด้วยประการใด ๆ

ประการที่สาม ใช้กำลังประทุษร้าย

ประการที่สี่ ยึดเอกสารสำคัญประจำตัวของบุคคลนั้นไว้ หรือนำภาระหนี้ของบุคคลนั้นหรือของผู้อื่น มาเป็นสิ่งผูกมัดโดยมิชอบ

ประการสุดท้าย ทำให้บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดหนี้ได้

ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 29 ว่าด้วยการเกณฑ์แรงงานหรือ แรงงานบังคับ ค.ศ.1930 (พ.ศ.2473) ที่กำหนดให้การเกณฑ์แรงงานหรือแรงงานบังคับ หมายถึง งานหรือบริการ ทุกชนิดซึ่งบีบบังคับเอาจากบุคคลใด ๆ โดยการขู่ว่าจะใช้บทลงโทษ และบุคคลดังกล่าวนั้นมิได้สมัครใจที่จะทำเอง³⁸

การพิจารณาว่าในกรณีใดจึงจะถือเป็นแรงงานบังคับสามารถพิจารณาได้จากเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่ง เป็นข้อบ่งชี้หรือสัญญาณเตือนเพื่อเฝ้าระวังการเข้าข่ายเป็นแรงงานบังคับไว้ 11กรณี ดังนี้

2.4.5.1 การถูกละเมิดสิทธิ

การถูกละเมิดสิทธิ มีการเอารัดเอาเปรียบแรงงานที่เข้าใหม่หรือแรงงานที่อยู่ในสถานะที่อ่อนแอ เช่น ไม่มีความรู้เรื่องกฎหมาย ภาษา มีทางเลือกน้อยในการประกอบอาชีพ เป็นชนกลุ่มน้อยหรือกลุ่มชาติพันธุ์อื่น มีความพิการหรือมีบุคลิกลักษณะที่ถูกแยกตัวออกจากกลุ่มคนส่วนใหญ่ กลุ่มที่ต้องพึ่งพานายจ้างมากที่สุด ทั้งเรื่อง การทำงาน ความเป็นอยู่ อาหารและเครื่องดื่มน้ำ ทำให้คนงานมีความเสี่ยงมากในการถูกละเมิด³⁹

2.4.5.2 การหลอกลวง

การหลอกลวง โดยถูกหลอกให้มาทำงานในเรื่องของประเภทของงาน ที่พักอาศัยและสภาพ ความเป็นอยู่ และผิดสัญญาเรื่องค่าจ้าง สำหรับเด็กที่ถูกหลอกลวงมาบังคับใช้แรงงาน

³⁸ มาจาร์ ปาวิลัยนัน (Marja Paavilainen) หัวหน้าที่ปรึกษาด้าน เทคนิคขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ เอกสารประกอบการบรรยายพิเศษเรื่อง “สถานการณ์ปัจจุบันและทิศทางการ ดำเนินการแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์ในระดับสากล” เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2557 ณ โรงแรมเจ้าพระยาปาร์ค กรุงเทพมหานคร.

³⁹ เรื่องเดียวกัน.

เนื่องจากการใช้สัญญาที่ไม่จริงกับพ่อแม่ของเด็ก เปรียบเสมือนเป็นนายหน้าหลอกลวงคนมาใช้แรงงาน⁴⁰

2.4.5.3 การจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย

การจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย หมายถึง สภาพของสถานที่ทำงานหรือที่พักอาศัย มีการ ติดลูกกรงหน้าต่าง ล็อคประตู กั้นรั้วสูงในที่พัก มีคนเฝ้าระวังทางเข้า – ออก มีกล้องวงจรปิด ตรวจตรา ห้ามออก นอกสถานที่ทำงานหรือที่พักอาศัย ให้คนคอยติดตาม ใช้การลงโทษทางการเงิน ทำให้มีภาระหนี้สินล้นพ้นตัว หรือ ชะลอการจ่ายค่าจ้างเพื่อให้ยังอยู่ทำงานในลักษณะของการจำกัดเสรีภาพ⁴¹

2.4.5.4 การถูกโดดเดี่ยว

การถูกโดดเดี่ยว เป็นการทำงานในสถานที่ที่โดดเดี่ยว ห่างไกลจากชุมชนหรือแหล่งพักอาศัย ไม่รู้เส้นทางเดินทางขนส่ง เช่น กิจการประมงที่ต้องออกเรือไปไกลเป็นระยะเวลานาน ๆ การถูกยึดโทรศัพท์มือถือ หรือการติดต่อสื่อสารทางอื่น รวมไปถึงการห้ามติดต่อกับพ่อแม่และเพื่อน หรือร้องขอความช่วยเหลือ⁴²

2.4.5.5 ความรุนแรงทางร่างกายหรือการทารุณทางเพศจากผู้ใกล้ชิด

ความรุนแรงทางร่างกายหรือการทารุณทางเพศจากผู้ใกล้ชิดของคนงานเอง สมาชิกในครอบครัว หรือเพื่อนอาจเป็นหนอนบ่อนไส้ มีการใช้ความรุนแรงทางร่างกายหรือการทารุณทางเพศ หรือขู่ว่าจะใช้ความรุนแรง อาจทุบตีหรือละเมิดทางเพศ บังคับให้ใช้ยาเสพติดหรือเครื่องดื่มที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เพื่อควบคุม คนงาน การบังคับให้ยอมรับในงานที่ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงตั้งแต่เริ่มแรก และการบังคับลักพาตัวเพื่อเรียก ค่าไถ่⁴³

2.4.5.6 การข่มขู่และคุกคาม

การข่มขู่และคุกคาม เมื่อคนงานเรียกร้องหรือต้องการออกจากงาน รวมทั้งข่มขู่โดยการกระทำที่รุนแรงและการทารุณทางเพศ การกล่าวโทษโดยผู้มีอำนาจ การสูญเสียเงินค่าจ้างหรือผลประโยชน์ การกักขัง การไม่มีที่อยู่อาศัย อาหารและเครื่องดื่ม และการตกอยู่ในสภาพการทำงานที่เลวร้ายที่สุด⁴⁴

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน.

⁴² มาจาร์ ปาวิลีชนั้น. อังแล้วเชิงจรดที่ 38.

⁴³ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน.

2.4.5.7 การยึดหรือเก็บเอกสารประจำตัว หรือทรัพย์สินมีค่าใด ๆ ของส่วนบุคคลไว้ การยึดหรือเก็บเอกสารประจำตัว หรือทรัพย์สินมีค่าใด ๆ ของส่วนบุคคลไว้ โดยกีดกันเพิกถอน สิทธิของแรงงานในการเดินทาง หรือไปทำงานอื่น หรือไม่ได้รับบริการที่จำเป็น ซึ่งแรงงานสามารถเข้าถึงเอกสาร ประจำตัวและทรัพย์สินส่วนตัวได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอ⁴⁵

2.4.5.8 การไม่จ่ายหรือระงับหรือค้างค่าจ้าง

การไม่จ่ายหรือระงับหรือค้างค่าจ้าง เป็นการใช้เพื่อบังคับแรงงานให้ยังคงทำงานต่อให้กับนายจ้าง โดยชะลอการจ่ายค่าจ้าง ถ้าค่าจ้างถูกจ่ายอย่างเป็นระบบและด้วยความเต็มใจก็ถือว่าไม่ใช่การค้างจ่ายค่าจ้าง ข้อพิจารณาคือ การชะลอการจ่ายค่าจ้างหรือจ่ายไม่เป็นปกติ อาจไม่ได้บ่งบอกว่าอยู่ในสถานการณ์ของการเป็น แรงงานบังคับ⁴⁶

2.4.5.9 การทำงานขัดหนี้ หรือแรงงานขัดหนี้

การทำงานขัดหนี้ หรือแรงงานขัดหนี้ เป็นการใช้จ่ายเงินล่วงหน้าหรือเงินกู้ยืมเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายใน การจัดหางาน การเดินทางและการรักษาพยาบาล เป็นวิธีการจัดการของนายหน้าจัดหา งานที่ไม่มีความชัดเจนทำให้มี ค่าใช้จ่ายสูง โดยไม่รู้ว่าจะรับเท่าใด จึงต้องจ่ายมากขึ้นและเป็นหนี้โดยไม่รู้ตัว จำนวนหนี้ถูกทวีคูณ ดอกเบี้ยสูงเป็น เหตุให้ต้องทำงานใช้หนี้ การหักเงินค่าจ้างมากเกินไป เช่น ค่าอาหารและเครื่องดื่มเกินจริง รวมไปถึงการจ่ายเงิน ล่วงหน้าให้กับพ่อแม่ของเด็ก เป็นต้น (การทำงานขัดหนี้ หรือแรงงานขัดหนี้ คือแรงงานบังคับลักษณะหนึ่งและเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน เป็นการบังคับใช้แรงงานแทนการชาระหนี้ เกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งต้องใช้ แรงงานขัดหนี้ เหลือของ แรงงานขัดหนี้มักถูกหลอกให้ทำงานโดยแทบไม่ได้รับหรือไม่ได้รับค่าแรงเลย ทำให้แทบจะไม่มีโอกาสใช้หนี้ได้หมด บางครั้งทุกคนในครอบครัวได้รับผลกระทบ และในบางกรณีลูก ๆ ต้องรับมรดกหนี้จากพ่อแม่ด้วย⁴⁷

2.4.5.10 สภาพการทำงานและความเป็นอยู่ที่เลวร้าย

สภาพการทำงานและความเป็นอยู่ที่เลวร้าย เป็นสภาพการทำงานและความเป็นอยู่ ที่คนงานไม่ได้รับอิสระ มีสภาพสกปรก อับแสง อับอากาศ สภาพการทำงานต่ำกว่ามาตรฐาน มีอันตราย อยู่รวม กันในที่จำกัดและหนาแน่น สุขอนามัยไม่ดี ปราศจากความเป็นส่วนตัว⁴⁸

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน.

⁴⁷ มาจาร์ ปาวิลีชมัน. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 38.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน.

2.4.5.11 การทำงานล่วงเวลาเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด

การทำงานล่วงเวลาเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด เป็นลักษณะที่มีชั่วโมงการทำงานที่ยาวนาน ทางานตลอด 24 ชั่วโมงในแต่ละวัน และทางานสัปดาห์ละ 7 วัน จากการตรวจสอบของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ ว่าด้วยการปฏิบัติตามอนุสัญญาและข้อแนะ (ILO CEACR : ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations) พบว่าการบังคับให้ทำงานล่วงเวลาถือว่าเป็นแรงงานบังคับ หากแรงงานทำงานล่วงเวลาเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดรวมทั้งทำงานภายใต้การถูกข่มขู่จากผู้อื่น โดยไม่สามารถรับเงิน ค่าจ้างขั้นต่ำได้โดยปราศจากการทำงานล่วงเวลา การค้ามนุษย์ด้านแรงงานนั้น⁴⁹

จากการศึกษารูปแบบการละเมิดสิทธิแรงงานต่างด้าวทำให้ทราบว่ากฎหมายของประเทศไทยยังเอื้ออำนวยให้เกิดการละเมิดสิทธิของแรงงานต่างด้าวอยู่หลายประการ เนื่องจากมิได้กำหนดบทบัญญัติห้ามการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิตามกฎหมายเอาไว้ เช่น การกำหนดให้นายจ้างสามารถที่ทำการยึดหรือเก็บเอกสารประจำตัว หรือทรัพย์สินมีค่าใด ๆ ของส่วนบุคคลไว้โดยกีดกันเพิกถอน สิทธิของคนงานในการเดินทาง หรือไปทำงานอื่น เป็นต้น

⁴⁹ วรณวนัช สว่างแจ้ง. (2559). *ปัญหาการค้ามนุษย์และมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับแรงงานต่างด้าว*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1886&filename=index. [2562, 22 มิถุนายน].