

บทที่ 2

แนวคิดและหลักกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกรณีการกักตัวก่อนส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตาม พ.ร.บ. คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

2.1 แนวคิดและหลักกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กรณีการกักตัวก่อนส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

ตามหลักการดำเนินชีวิตมนุษย์บุคคลสามารถที่จะใช้สิทธิและเสรีภาพตามความปรารถนาของตน ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพได้มี 2 สำนักความคิดใหญ่ๆ นั่นก็คือ สำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law)

2.1.1 สำนักกฎหมายธรรมชาติ

สำนักกฎหมายธรรมชาติ มีทฤษฎีว่าบุคคลที่เกิดมาเป็นมนุษย์มีสิทธิพื้นฐานบางประการติดตัวมาตามธรรมชาติ เป็นแนวคิดที่ค้นหาหลักประกันคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนมิให้ถูกละเมิดโดยอำนาจรัฐเพราะการปกครองในสมัยโบราณยังมิได้มีการแบ่งแยกอำนาจตามระบอบประชาธิปไตย ไม่มีการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

แนวความคิดเรื่องกฎหมายตามธรรมชาติถือว่า “กฎหมาย” คือ สิ่งที่ปรากฏอยู่ตามธรรมชาติและเป็นสิ่งที่คุณคนรู้จักกันโดยทั่วไปแล้วเป็นกฎหมายที่ใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลา (ไม่มีเวลาล่วงพ้นสมัย) สามารถใช้ได้ทุกแห่งไม่จำกัดว่าต้องใช้ในรัฐใดรัฐหนึ่ง และอยู่เหนือกฎหมายของรัฐ หากจำต้องให้ฝ่ายบ้านเมืองบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด

สำหรับแนวคิดในเรื่อง “สิทธิตามธรรมชาติ” สำนักกฎหมายธรรมชาติถือว่าเป็นผลสืบเนื่องมาจากหลักกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งเป็นเรื่องของอุดมคติ โดยมีแนวคิดว่า “มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกันและพระเจ้าซึ่งเป็นผู้สร้างมนุษย์มาโดยให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์ สิทธิเหล่านี้ไม่อาจโอนกันให้แกกันได้ และไม่มีใครจะล่วงละเมิดได้ ซึ่งได้แก่ สิทธิในชีวิตเสรีภาพและสิทธิที่จะหาความสุข และรัฐทั้งหลายจะต้องกระจายอำนาจเพื่อให้มนุษย์เหล่านี้ได้อย่างเต็มที่ วิธีการเช่นนี้ทำให้มนุษย์ซึ่ง

เป็นสัตว์โลกที่ไร้เหตุผลยอมรับว่าเป็นหลักการที่ดี และเชื่อว่าจะทำให้มนุษย์อยู่ในสังคมอย่างสันติ และมีความสุข”¹

2.1.2 สำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง

สำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองเป็นสำนักความคิดที่มีแนวคิดในทางขัดหรือแย้งกับสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยจะยอมรับเฉพาะในกรณีที่กฎหมายบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะมีได้ก็แต่เฉพาะในเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้ เพราะเห็นว่าการที่กฎหมายบัญญัติไว้จะทำให้มีความแน่นอนในการบังคับใช้ เป็นไปเพื่อประโยชน์และความสงบเรียบร้อยของรัฐอันเป็นประโยชน์มหาชน รัฐจะมีความเป็นเอกภาพ

กรณีการพิจารณาเรื่องการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการกักตัวก่อนส่งคนต่างด้าว กลับออกไปนอกราชอาณาจักร จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาและทำความเข้าใจถึงแหล่งที่มา ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ ตลอดจนนิยามความหมายของสิทธิมนุษยชนการแบ่งประเภทของสิทธิ โดยพิจารณาจากลักษณะผู้ทรงสิทธิ หรือจำแนกจากกำเนิดของสิทธิและเสรีภาพ มี 2 กรณี คือ²

1) สิทธิมนุษยชน (Human Rights) ได้แก่บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่ามีติดตัวมนุษย์ทุกคนมาแต่กำเนิด เป็นสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เกิดขึ้นก่อนรัฐและไม่ใช้สิทธิที่รัฐบัญญัติขึ้น โดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย

2) สิทธิพลเมือง (Citizen Rights) ได้แก่บรรดาสิทธิที่มุ่งคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น และเป็นสิทธิที่ก่อตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น สิทธิในการเมือง สิทธิในการรับราชการ การตั้งพรรคการเมือง ฯลฯ ซึ่งสิทธิพลเมืองนี้จะได้ก็แต่เฉพาะหลังที่เกิด “รัฐ” แล้ว และถือว่าเป็นสิทธิเสรีภาพที่สืบเนื่องมาจากสิทธิมนุษยชนสิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติในตัวมนุษย์ มิได้เกิดขึ้นเพราะการอนุญาตจากรัฐหรือเป็นผลจากการกระทำของผู้ใด โดยเฉพาะเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนมีติดตัวอยู่โดยธรรมชาติ ซึ่งหากปราศจากสิทธินี้ ก็จะไม่สามารถมีชีวิตอยู่ในฐานะมนุษย์ได้และด้วยสิทธินี้ทำให้มนุษย์สามารถพัฒนาและใช้คุณสมบัติของความเป็นมนุษย์ได้อย่างเต็มที่ ทั้งในเรื่องความเฉลียวฉลาด ความสามารถพิเศษและจิตสำนึกเพื่อสนองความต้องการทางใจและอื่นๆ โดยอยู่บนพื้นฐานของความต้องการของชีวิตมนุษย์ทุกคนที่จะต้องได้รับการเคารพ ปกป้องในศักดิ์ศรีและคุณค่าของความเป็นคนดังที่กล่าวไว้ในประโยคแรกของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี ค.ศ. 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948) ว่าเคารพสิทธิมนุษยชน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น คือ รากฐานของเสรีภาพความ

¹ กุลพล พลวัน. (2543). *สิทธิมนุษยชนในสังคมไทย* พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: เล.ซี.กรุ๊ป. หน้า 15-16.

² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 40-45.

ยุติธรรม และสันติภาพของโลกสรุปแล้ว การให้คำจำกัดความคำว่า “สิทธิมนุษยชน” นั้นนับว่าเป็นการยากยิ่ง ซึ่งหากมีคำจำกัดความหรือนิยามความหมายที่ชัดเจนแล้วอาจส่งผลกระทบต่อพัฒนาการของสิทธิมนุษยชนได้ อีกทั้งน่าจะเกิดผลเสียมากกว่าผลดี ในปัจจุบันจึงยังมิได้มีการกำหนดนิยามความหมายของสิทธิมนุษยชนไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามก็ดีหากมุ่งแต่ให้ความสำคัญในการหาความหมายแต่ละเลยถึงจุดประสงค์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนก็จะไม่สามารถยุติการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ องค์การสหประชาชาติจึงได้นำเอามาตรฐานการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนของแต่ละประเทศมาเป็นมาตรฐานกลาง และกำหนดขอบข่ายของสิทธิมนุษยชนขึ้นในรูปแบบข้อตกลงระหว่างประเทศเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

ด้วยความสำคัญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในปัจจุบันมีมากขึ้น เนื่องจากสภาพสังคมมีปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในรูปแบบต่างๆ ที่หลากหลายอันเป็นการกระทำที่ขัดต่ออนุสัญญาและปฏิญญาต่างๆ ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่กำหนดขึ้นเพื่อให้มนุษย์ทุกคนมีสิทธิเสรีภาพ เสมอภาค และมีศักดิ์ศรี ของความเป็นมนุษย์ให้เป็นมาตรฐานเดียวกัน และเพื่อให้มนุษย์ทุกคนได้รับการปกป้องคุ้มครอง อันนำมาซึ่งการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างสันติสุขหลายประเทศในโลกได้มีความพยายามที่จะหาแนวทางในการยุติการละเมิดสิทธิมนุษยชน โดยองค์การสหประชาชาติได้เรียกร้องและหามาตรการในการดำเนินการต่างๆ เพื่อให้บรรดาประเทศสมาชิกส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศของตนให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศมีการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนหลายฉบับด้วยกัน ซึ่งมีผลทำให้ประเทศไทยต้องดำเนินการแก้ไขตามข้อตกลงระหว่างประเทศที่ได้เข้ามาเป็นภาคี ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการทางด้านนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ เพื่อให้บทบัญญัติต่างๆ ของข้อตกลงดังกล่าวถูกนำไปปฏิบัติอย่างมีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับเจตนารมณ์ให้มากที่สุด

ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าว กรณีการกักตัวก่อนส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนั้นหากพิจารณาถึงความสัมพันธ์ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ถือได้ว่าเป็นเรื่องของบุคคลตามกฎหมายมหาชนภายในของรัฐอันอยู่ในประเภทกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) เนื่องจากเป็นนิติสัมพันธ์ของบุคคลที่มีลักษณะมหาชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดขึ้นระหว่างรัฐ หรือองค์กรของรัฐกับเอกชนส่งผลให้นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น โดยรัฐย่อมมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชน และตามหลักปฏิบัติต่อคนต่างด้าวในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ได้ยอมรับกันว่ารัฐมีสิทธิที่จะห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้าเมืองหรือจะกำหนดจำนวนการเข้ามาของคนต่างด้าวดินแดนของรัฐ หรือจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าวภายใต้

บังคับของกฎหมายภายในของรัฐอย่างไรก็ได้ ซึ่งตามสถานภาพทางกฎหมายถือว่าคนต่างด้าวไม่ว่าจะอยู่ในฐานะใด ย่อมไม่มีสิทธิเหนือพลเมืองของรัฐ ไม่มีสิทธิทางการเมือง และ สถานภาพของคนต่างด้าวย่อมอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายของรัฐทุกประการ

ดังนั้น คนต่างด้าวดังกล่าวจะถูกจำกัดสิทธิตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ และ จะไม่ได้รับผลการปฏิบัติเช่นเดียวกับคนของประเทศนั้น (National) แต่การจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวดังกล่าวนั้น รัฐเจ้าของดินแดนจะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศ นั่นคือสิทธิมนุษยชน หรือสิทธิมูลฐาน (Fundamental Rights) ที่ทุกคนจะพึงมีในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์นอกจากนั้น ในส่วนเรื่องข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐได้ให้สัตยาบันแล้ว ไม่ว่าจะป็นรูปแบบของ สนธิสัญญา อนุสัญญา ข้อตกลง หรือพิธีสาร เมื่อมีข้อกำหนดยอมรับและประกันสิทธิเสรีภาพ หรือสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวไว้รัฐนั้นก็จะต้องถือปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว เพราะกฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นแหล่งที่มาที่สำคัญในเรื่องของสิทธิมนุษยชน หรืออาจกล่าวได้ว่าได้มีการทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศไปแล้ว กฎเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศได้รับการคุ้มครองโดยองค์การระหว่างประเทศ และบางกรณีศาลภายในของแต่ละประเทศยังให้ความคุ้มครองถึงอีกด้วย อันเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศสมาชิก ที่ถือว่าการให้สัตยาบันแก่ข้อตกลงระหว่างประเทศ มีผลให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตาม

(1) สิทธิและฐานะของคนต่างด้าวตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ในทางกฎหมาย บุคคลจะใช้สิทธิอันใดได้ต่อเมื่อคนมีสิทธิหรือได้รับสิทธินั้นแล้ว การมีสิทธิกับการใช้สิทธิเป็นคนละกรณีกัน บุคคลอาจมีสิทธิ แต่อาจไม่มีความสามารถในการใช้สิทธิอันนั้นได้ คนต่างด้าวก็เช่นกัน เมื่อได้เข้าไปในอีกประเทศหนึ่งแล้วจะมีฐานะหรือสิทธิใดๆ ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายของประเทศนั้นๆ ได้กำหนดไว้ ในสมัยก่อนถือกันว่าบุคคลอาจเข้าไปพำนักอาศัย หรือมีถิ่นที่อยู่ในดินแดนส่วนใดก็ได้ในทุกที่ สามารถเดินทางไปได้โดยเสรี และไม่มีบทกฎหมายวางกฎเกณฑ์ไว้ การข้ามเขตจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งก็ไปได้โดยสะดวก และไม่ต้องใช้เอกสารการเดินทาง แต่ในปัจจุบันระบบดังกล่าวได้หมดไปแล้ว เพราะแต่ละประเทศต่างเข้มงวดกวดขันเรื่องการเดินทางเข้าออก หรือผ่านเขตของพลเมืองต่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อระวังรักษาผลประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม สำหรับประเทศไทยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ได้แก่ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

ทั้งนี้ ยกเว้นในเรื่องสิทธิมูลฐาน (Fundamental Rights)³ หรือสิทธิที่มีสถานะเป็นสิทธิมนุษยชน ซึ่งทุกคนจะพึงมีในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และเป็นสิทธิที่รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ค.ศ. 1947 จารีตประเพณีเช่นนี้เป็นที่ยอมรับและรู้จักกันอยู่ทั่วไปสำหรับปัญหาในกรณีนี้แม้ว่าประเทศไทยจะมีนโยบายเสรีเพียงใด แต่ก็ยังมีความจำเป็นต้องวางหลักในการให้สิทธิแก่คนชาติ (National) กับคนต่างด้าว (Alien) ไว้แตกต่างกัน ทั้งนี้เพราะรัฐย่อมจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สุขของคนชาติของตน และความจำเป็นในทางการเมืองและเศรษฐกิจของประเทศเป็นสำคัญ ในการที่จะพิจารณาให้สิทธิแก่คนต่างด้าวมากน้อยเพียงใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในทางการเมือง ซึ่งได้แก่สิทธิในการมีสิทธิมีเสียงในการปกครองประเทศ หรือในกิจการของรัฐบาล ไม่มีรัฐใดให้สิทธินี้แก่คนต่างด้าว ส่วนสิทธิอื่นๆ เช่น สิทธิในการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือทรัพย์สินบางอย่างก็ถูกจำกัดหรือให้มีสิทธิได้เพียงเท่าที่เหมาะสมกับการอยู่อาศัยในประเทศนั้น และเท่าที่ไม่ขัดต่อผลประโยชน์และเศรษฐกิจของประเทศ⁴ แต่ทั้งนี้ก็มีบางสมัยที่มีได้เป็นไปตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น เช่น ในสมัยที่มีการใช้อำนาจศาลกงสุล หรือที่เรียกกันว่า สิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extra Territoriality) ซึ่งชาวต่างประเทศ หรือ คนต่างด้าวมียุติกว่าคนชาติ ในอดีตประเทศไทยก็เคยตกอยู่ในสภาพเช่นนั้นมาเป็นเวลาช้านานจนได้มีการเจรจาทำสนธิสัญญากับต่างประเทศใหม่เลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตในสมัยรัชกาลที่ 6

ลักษณะทั่วไปของสิทธิและฐานะของคนต่างด้าวจะเพียงใดย่อมเป็นอำนาจของแต่ละรัฐที่กำหนด ทั้งนี้เพราะรัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยที่จะบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่บุคคลทุกคนที่อยู่ภายในอาณาเขตประเทศของตน และในระหว่างพสกนิกรในประเทศนั้น คนต่างด้าวที่เดินทางเข้าไปในอีกประเทศหนึ่งเข้าไปอาศัยและประกอบอาชีพ ไม่ว่าจะเข้ามาเป็นการชั่วคราวหรือเข้ามามีถิ่นที่อยู่เป็นประจำย่อมอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันนี้ บรรดาพลเมืองที่อยู่ในรัฐหนึ่งๆ มิได้มีแต่คนชาติของรัฐนั้นทั้งหมด ยังมีคนต่างด้าวที่เข้ามามีถิ่นฐานทำมาหากินอยู่ในอาณาเขตของรัฐนั้นอีกด้วย คนต่างด้าวนี้อาจเป็นบุคคลของรัฐอื่น มีสัญชาติของรัฐอื่น หรืออาจเป็นคนไร้สัญชาติ (ไม่มีสัญชาติของรัฐใดเลย) ซึ่งคนต่างด้าวเหล่านี้โดยปกติแล้วจะมี

³ สิทธิมนุษยชนขั้นมูลฐาน จะต้องได้รับการยอมรับนับถือจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายของรัฐที่คนต่างด้าวพำนักอาศัยอยู่ เช่น สิทธิในการที่จะได้รับความปลอดภัยในชีวิตร่างกาย ชื่อเสียง ทรัพย์สิน สิทธิที่จะไม่ถูกจับกุมคุมขัง หรือทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพโดยมิชอบ ตลอดจนสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองคามสัญญาหรือนิติกรรมใดๆ ที่คนทำขึ้น โดยถูกต้องตามกฎหมาย.

⁴ กมล สนธิเกษรดิน. (2539). *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล: สิทธิและฐานะของคนต่างด้าว*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ. หน้า 30.

จำนวนน้อยกว่าคนชาติของรัฐนั้น เพราะถ้ารัฐใดมีคนต่างด้าวเป็นจำนวนมากกว่าคนชาติแล้ว ความยุ่งยากทางการเมืองอาจเกิดขึ้นได้ และอาจทำให้ฐานะของประเทศต้องเปลี่ยนแปลงไป

(2) หลักการปฏิบัติและคุ้มครองคนต่างด้าวตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยทั่วไปตามความหมายของคำว่า คนต่างด้าว ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่า หมายถึง บุคคลสัญชาติอื่น ที่เข้ามาอยู่ในดินแดนของรัฐ ถ้าไม่มีสนธิสัญญาไว้ต่อกันแล้ว รัฐไม่จำเป็นต้องยอมรับให้คนสัญชาติต่างประเทศเข้าประเทศตนได้ การรับหรือไม่รับดังกล่าวเป็นสิทธิของรัฐ หรือรัฐอาจยอมรับคนต่างด้าวเข้าประเทศของตนโดยมีการวางข้อจำกัดได้ เช่น ยอมให้เฉพาะบุคคลประเภทบางประเภท หรือ ยอมให้เข้าประเทศได้ตามกำหนดระยะเวลา เป็นต้น การกีดกันการเข้าเมืองนี้เป็นสิ่งที่มีอยู่เสมอ เพราะรัฐย่อมไม่ต้องการให้คนมีสัญชาติต่างประเทศเข้ามาทำกินในดินแดนของตนมากเกินไป

กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐจะต้องยอมรับให้แก่บุคคล โดยไม่เลือกปฏิบัติ แต่ในเรื่องอื่นๆ กฎหมายระหว่างประเทศรับรองอำนาจอธิปไตยที่รัฐจะรับรองสิทธิที่ดีกว่าแก่คนชาติตน หรือในกรณีที่มีสนธิสัญญากำหนดให้รัฐต้องรับรองสิทธิคนต่างด้าวในลักษณะเยี่ยงคนชาติ กรณีดังกล่าวรัฐก็จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลต่างด้าวในลักษณะที่เท่าเทียมกับบุคคลชาติซึ่งพันธุกรรมนี้จะเกิดขึ้นได้เพียงในเรื่องที่มีสนธิสัญญาระหว่างรัฐกำหนดให้ต้องกระทำ

จากการศึกษาในเรื่องสิทธิ ฐานะและการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวข้างต้น พบว่ารัฐมีอำนาจกำหนดสิทธิต่างๆ ของประชาชนที่อาศัยอยู่ในรัฐ รวมตลอดไปถึงสิทธิของคนต่างด้าวควรมีขอบเขตเพียงใด แต่สิทธิอย่างหนึ่งซึ่งมีติดตัวกับคนต่างด้าวมาในฐานะที่อาจบังคับให้เสียภาษี⁵ เป็นต้น ซึ่งในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวนั้น แต่ละรัฐแต่ละประเทศย่อมมีนโยบาย และวิธีการ โดยเฉพาะของตนเอง เพื่อความเหมาะสมตามลักษณะการปกครอง และวิถีชีวิตของชนชาติ ในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวนั้น อาจมีทั้งในรูปแบบที่มีผลดี และไม่ดีต่อคนต่างด้าว เช่น บางรัฐบางประเทศไม่ชอบและเหยียดหยามคนต่างด้าว แต่บางรัฐบางประเทศกลับมีน้ำใจ ไม่ตรี และเอื้อเฟื้อต่อคนต่างด้าว

หลักประกันสิทธิมนุษยชนคนต่างด้าวภายใต้กรอบขององค์การสหประชาชาติ ในกรณีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวภายใต้กรอบขององค์การสหประชาชาติ เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แล้วก็เพื่อที่จะทำให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศในการพัฒนาและเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ เพราะภายหลังเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 นานาอารยประเทศได้มีผลกระทบจากการเกิดสงครามที่มีลักษณะทารุณโหดร้าย ส่งผลให้มีการเคลื่อนไหวในเรื่องสิทธิมนุษยชน เห็นได้จากหลักสิทธิมนุษยชนได้มีการกล่าวถึงไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติหากแต่ช่วงนั้นยังไม่มีผลบังคับ แต่ต่อมาพัฒนาการด้านสิทธิมนุษยชนได้มีมากถึง

⁵ การบังคับ หรือจำกัดสิทธิคนต่างด้าว มีข้อยกเว้น กรณีการบังคับให้คนต่างด้าวเป็นทหาร รัฐไม่สามารถกระทำได้ เพราะถือว่าคนต่างด้าวยังคงอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยเหนือบุคคลได้บังคับของรัฐของเขา.

ขึ้นองค์การสหประชาชาติได้สนับสนุนให้มีการทำอนุสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนเพิ่มขึ้น โดยอนุสัญญาเหล่านั้นมีขอบเขตเนื้อหาที่แตกต่างกันไป บ้างก็เป็นข้อตกลงที่มีเนื้อหาเป็นการทั่วไป บ้างก็มีขอบเขตเนื้อหาเฉพาะสิทธิบางประการของบุคคล ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา จะขอนำเอาตราสารที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนมากล่าวถึง ดังนี้

(1) กฎบัตรสหประชาชาติ

กฎบัตรสหประชาชาติเป็นตราสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ จัดได้ว่าเป็นธรรมนูญขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งได้ลงนามรับรองเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1943 ในกฎบัตรดังกล่าวได้บรรจุบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนไว้หลายมาตรา นับตั้งแต่หลักการที่ปรากฏในคำปรารภอันมีสาระว่า “เราในฐานะประชาชนของสหประชาชาติมีเจตนาจำนงแน่วแน่... ที่จะยืนยันความศรัทธาในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ในศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษย์ ในสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรีและของประชาชาติทั้งใหญ่และน้อยทั้งปวง...”

นอกจากนั้นตามบทบัญญัติ มาตรา 1 ของกฎบัตรได้กล่าวไว้ชัดเจนว่า จุดมุ่งหมายของสหประชาชาติ คือ “(1)...(2) การพัฒนาความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประชาชาติบนพื้นฐานของการเคารพต่อหลักสิทธิอันเสมอภาคและการกำหนดเจตจำนงตนเอง...(3) การบรรลุความร่วมมือกันระหว่างประเทศในการแก้ไขปัญหาระหว่างประเทศในด้านเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม หรือด้านมนุษยชนธรรม และในการส่งเสริมและการกระตุ้นให้มีการเคารพต่อสิทธิมนุษยชน และต่อเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับมนุษย์ทั้งหมดโดยปราศจากการแบ่งแยกทางด้านเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา..”

ในส่วนภารกิจสำคัญต่อการส่งเสริมคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้นมีบัญญัติอยู่ในมาตรา 13 ว่า สมัชชาทั่วไปของสหประชาชาติต้อง “...ช่วยเหลือให้เกิดการบรรลุผลที่เป็นจริงในสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับคนทั้งหมด โดยปราศจากการแบ่งแยกทางด้านเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา...” อันถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขจำเป็นบนพื้นฐานการเคารพต่อหลักสิทธิอันเสมอภาคและการกำหนดเจตจำนงของประชาชน ซึ่งกฎบัตรบัญญัติหลักการไว้ใน มาตรา 55 และมาตรา 56 ดังนี้

(1.1) มาตรา 55 “...สหประชาชาติจะส่งเสริม (A)(B)...(C) การเคารพอย่างเป็นสากลและการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับคนทั้งหมด โดยปราศจากการแบ่งแยกทางด้านเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา...”

(1.2) มาตรา 56 “สมาชิกทั้งหมดให้คำมั่นปฏิญญา (Pledge) ต่อตนเองว่า จะดำเนินการทั้งในลักษณะร่วมกันและแยกจากกัน โดยร่วมมือกับสหประชาชาติเพื่อบรรลุผลต่อจุดมุ่งหมายทั้งปวงที่กำหนดไว้ในมาตรา 55”

จากบทบัญญัติข้างต้นเห็นได้ว่าสิทธิมนุษยชนมีปรากฏชัดในกฎบัตรของสหประชาชาติ และหลักใน มาตรา 55-56 ถือได้ว่ารัฐสมาชิกต้องมีพันธกิจต่อเรื่องสิทธิมนุษยชน อันเป็นข้อผูกมัดให้รัฐสมาชิกทั้งหลายด้านเคารพ และร่วมกันส่งเสริมคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ด้วยเหตุที่กฎบัตรสหประชาชาติมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral Treaty) ส่งผลให้มีสถานะทางกฎหมายเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และพันธะหน้าที่ในการปกป้องส่งเสริมสิทธิมนุษยชนจึงตกอยู่แก่รัฐสมาชิก ซึ่งรัฐสมาชิกจะถือเอาประเด็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจภายในของรัฐไม่ได้อีกต่อไป การใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐต่อประชาชนภายในประเทศที่ขัดหลักสิทธิมนุษยชนไม่ถือว่าเป็นเรื่องกิจการภายในที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของรัฐ อีกทั้งตามกฎหมาย ข้อ 2 อนุมาตรา 6 แสดงให้เห็นว่ารัฐแม้มิได้เป็นสมาชิกหรือยอมรับหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศก็อาจต้องถูกบังคับให้ปฏิบัติตามได้

(2) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)⁶ เกิดมีขึ้นโดยมติประกาศรับรองขององค์การสหประชาชาติในวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) ส่งผลให้สังคมโลกมีความสำนึกตื่นตัวในเรื่องสิทธิมนุษยชนอย่างแพร่หลาย จนกลายเป็นหลักความชอบธรรมที่ยึดถือกันทั่วไป มีสถานะอันถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศ การที่ “สิทธิมนุษยชน” เป็น “สิทธิ” และเป็นที่ยอมรับตรงกันของชุมชนโลกปัจจุบัน ดังที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ว่า เราเห็นพ้องต้องกันในสิทธินี้ โดยปราศจากข้อสงสัย และประโยคแรกในคำปรารภของปฏิญญาสากลดังกล่าวได้กล่าวไว้ว่า รากฐานของสิทธิมนุษยชนก็คือทุกคนเท่าเทียมกัน ในศักดิ์ศรีของมนุษย์และสิทธิเสมอภาค เพราะทุกคนเป็นสมาชิกของครอบครัวมนุษยชาติ ดังนั้น สิทธิมนุษยชนจึงมิใช่เรื่องของคนที่บุคคลให้สิทธิซึ่งกันและกัน หรือการให้สิทธิแก่บุคคลจากรัฐหรือจากสังคม แต่สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่มีที่ป็นอยู่ภายใต้กายของตนของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิโดยตรงของมนุษย์ทุกคน สิทธินี้เกิดก่อนรัฐและแผ่ขยายมาให้รัฐและสังคม อย่างไรก็ตาม สิทธิมนุษยชนจะมีผลบังคับได้ก็ต่อเมื่อได้นำไปบัญญัติรับรองตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็กฎหมายระหว่างประเทศ เช่น ในรูปของอนุสัญญาหรือตามกฎหมายภายใน ดังนั้น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจึงไม่มีลักษณะทางกฎหมายเป็นสนธิสัญญา คงเป็นเพียงมาตรฐานร่วมกันของบรรดารัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งเป็นความพยายามขั้นแรกที่จะทำให้สิทธิมนุษยชนกลายเป็นสิทธิตามกฎหมายในของรัฐ

⁶ แต่เดิมปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยหลักกฎหมายแล้วมิได้มีผลบังคับในทางกฎหมายแต่ประการใด ต่อมาหลังจากที่ได้มีข้อบัญญัติที่มีผลในเชิงกฎหมายออกมาในรูปของกติกาสัญญาระหว่างประเทศหรืออนุสัญญา เพื่อเป็นการเสริมหลักการของตัวปฏิญญาฯ ส่งผลให้เกิดการยอมรับต่อปฏิญญาฯ ในลักษณะของกฎหมาย.

เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนพบว่าบัญญัติไว้ทั้งสิ้น 30 มาตรา ส่วนใหญ่จะเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่และการตีความ สำหรับสิทธิมนุษยชนในปฏิญญาสากลฯ สามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทหลักที่สำคัญ คือ สิทธิของพลเมืองและการเมือง และสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม และหากวิเคราะห์ข้อความในคำปรารภและกติกาสถาบันปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จะเห็นว่าในส่วนที่เกี่ยวกับการรับรองและจำกัดสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวในการกักตัวก่อนส่งกลับออกนอกราชอาณาจักร ไม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนเพียงแต่บัญญัติรับรองไว้ในส่วนต่างๆ ไป ในปฏิญญาสากลฯ ดังกล่าวคือ

มาตรา 1 “มนุษย์ทั้งหลายเกิดมามีอิสระ เสรีและเท่าเทียมกันทั้งศักดิ์ศรีและสิทธิ ทุกคนได้รับการประสิทธิประสาทเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันอย่างฉันท์พี่น้อง”

มาตรา 2 “บุคคลชอบที่จะมีสิทธิ และเสรีภาพ บรรดาที่ระบุไว้ในปฏิญญานี้ ทั้งนี้โดยไม่มีการจำแนกความแตกต่างในเรื่องใดๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือทางอื่นใด ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาเดิม ทรัพย์สินกำเนิดหรือสถานะอื่นใด

นอกจากนี้ การจำแนกข้อแตกต่างโดยอาศัยมูลฐานแห่งสถานะทางการเมืองทางตุลาการหรือทางเรื่องระหว่างประเทศหรือดินแดน ซึ่งบุคคลสังกัดจะกระทำมิได้ ทั้งนี้ไม่ว่าดินแดนดังกล่าวจะเป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดแห่งอธิปไตยอื่นใด”

มาตรา 3 “บุคคลมีสิทธิในการดำรงชีวิต ในเสรีธรรม และในความมั่นคงแห่งร่างกาย”

มาตรา 7 “ทุกๆ คนต่างเสมอกัน ในกฎหมายและชอบที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้และต่อการยุยงส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นนั้น”

มาตรา 9 “บุคคลใดจะถูกจับ กักขัง หรือเนรเทศโดยผลการไม่ได้”

มาตรา 13 “(1) บุคคลมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายและในถิ่นที่อยู่ภายในขอบเขตดินแดนของแต่ละรัฐ

(2) บุคคลมีสิทธิที่จะเดินทางออกจากประเทศใดๆ รวมทั้งของตนเองและที่จะกลับคืนสู่บ้านเกิดเมืองนอน”

มาตรา 14 “(1) บุคคลมีสิทธิที่จะแสวงหา และพักพิงในประเทศอื่นๆ เพื่อลี้ภัยจากการกดขี่ข่มเหง

(2) สิทธินี้จะกล่าวอ้างมิได้ในกรณีการฟ้องคดี ซึ่งโดยความจริงเกิดจากความผิดที่มิใช่เรื่องการเมือง หรือจากการกระทำที่ขัดต่อความมุ่งประสงค์ และหลักการของสหประชาชาติ”

มาตรา 30 “ข้อความต่างๆ ตามปฏิญญานี้ ไม่เปิดช่องที่จะแปลความได้ว่า ให้สิทธิใดๆ แก่รัฐ กลุ่มชน หรือบุคคลใดๆ ที่จะประกอบกิจกรรม หรือ กระทำการใดๆ อันมุ่งต่อการทำลายสิทธิ และเสรีภาพใดๆ บรรดาที่ได้ระบุไว้ในบทบัญญัติฉบับนี้”

จากบทบัญญัติของปฏิญญาสากลฯ ข้างต้นพบว่าสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง แม้มิได้มีการบัญญัติไว้ อย่างชัดเจนแต่ได้มีการอ้างไว้ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิส่วนบุคคล (Personal Rights) อันได้แก่สิทธิแห่งความเสมอภาค สิทธิในชีวิตอิสระภาพและความมั่นคงแห่งชีวิต ตามมาตรา 3 มาตรา 7 และ มาตรา 9 นอกจากนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิของปัจเจกชนที่มีความสัมพันธ์ต่อกลุ่มสังคมไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการมีเสรีภาพในการเคลื่อนไหว การเดินทาง หรือในการลี้ภัย ก็ได้มีบัญญัติไว้ตาม มาตรา 13 และมาตรา 14 โดยเฉพาะการให้ความสำคัญในเรื่องการเคลื่อนไหว เดินทางที่ถือว่า พลเมืองของประเทศหนึ่งๆ มีสิทธิที่จะเดินทางออกนอกประเทศไปยังอีกประเทศหนึ่งได้โดยเสรี และไม่ต้องขออนุญาต และสามารถที่จะกลับคืนสู่บ้านเกิดเมืองนอนของตนได้

อย่างไรก็ตาม ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้มีบทบัญญัติที่เป็นข้อจำกัด สิทธิมนุษยชนไว้ใน มาตรา 29 ซึ่งเป็นการบัญญัติเรื่องหน้าที่ต่อสังคมส่วนรวม โดยข้อจำกัดสิทธิ ดังกล่าวพอจะสรุปได้ คือ

(2.1) กรณีที่มีความจำเป็นในการประกันให้เกิดการเคารพอันถูกต้องต่อสิทธิของ บุคคลอื่น และเพื่อบรรลุความจำเป็นอันเที่ยงธรรมแห่งศีลธรรมความเป็นระเบียบเรียบร้อยของ ส่วนรวมและสงบสุขทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย

(2.2) ความจำเป็นในการใช้สิทธิและเสรีภาพในลักษณะที่ไม่ขัดแย้งกับจุดมุ่งหมาย และหลักการของสหประชาชาติ

(2.3) ความจำเป็นที่สิทธิต่างๆ จำไม่ถูกลบล้างหรือถูกลดทอนความสำคัญจาก การใช้สิทธิและเสรีภาพอื่นๆ

เมื่อพิจารณาแล้วข้อจำกัดสิทธิมนุษยชนตาม มาตรา 29 ข้างต้น ถือได้ว่าเป็น จุดอ่อนที่เปิดช่องให้กฎหมายของแต่ละรัฐเข้ามาจำกัดสิทธิมนุษยชนได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ เป็นการให้ความสำคัญต่อกฎหมายในฐานะกลไกของรัฐ

(3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่าง ประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) เป็นกติกาที่ออกมาเพื่อรับรองตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนในรัฐภาคี ประเทศไทย ได้เข้าเป็นภาคีในกติกาดังกล่าวนี้ด้วย และมีผลตามกฎหมายเมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2540 โดย ไม่ได้มีการตั้งข้อสงวนไว้แต่อย่างใด ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

มีกติกาหลายข้อที่รับรองและจำกัดสิทธิมนุษยชนในการกักตัวก่อนส่งคนต่างด้าวกลับออกนอกราชอาณาจักร คือ

(3.1) เรื่องสิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง บัญญัติไว้ใน ภาค 1 ข้อ 1(1) ว่า ประชาชนทั้งปวงมีสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองโดยอาศัยสิทธินั้น

(3.2) เรื่องพันธะหน้าที่ทางกฎหมายของรัฐในการดำเนินการเพื่อบรรลุซึ่งสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเกี่ยวกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ โดยบัญญัติไว้ใน ภาค 2 ข้อ 2

(3.2.1) รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้แต่ละรัฐรับที่จะเคารพและให้ความมั่นใจแก่บรรดาบุคคลทั้งปวงภายในอาณาเขตของตน และภายใต้เขตอำนาจอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่ยอมรับแล้วในกติกาฉบับนี้ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใดๆ เช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง หรืออื่นใด เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ

(3.2.2) ในกรณีที่ยังไม่มีมาตรการทางนิติบัญญัติหรืออื่นใดในขณะนี้ รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้แต่ละรัฐรับที่จะดำเนินการเป็นขั้นเป็นตอนอย่างสอดคล้องกับกระบวนการทางรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติแห่งกติกาฉบับนี้

(3.2.3) รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้แต่ละรัฐรับที่จะให้กระทำการต่อไปนี้

ก. ให้ความมั่นใจว่าบุคคลใดก็ตามที่สิทธิหรือเสรีภาพของตนอันยอมรับแล้ว ณ ที่นี้ ถูกล่วงละเมิด ย่อมมีทางบำบัดแก้ไขอย่างเป็นผลจริงจัง โดยมีพิกัดคำนึงแม้ว่าการล่วงละเมิดจะเกิดจากบุคคลปฏิบัติการตามหน้าที่ก็ตาม

ข. ให้ความมั่นใจว่าบุคคลใดก็ตามที่แสวงหาทางบำบัดแก้ไขดังกล่าว ย่อมมีสิทธิได้รับการพิจารณาจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการ ฝ่ายปกครอง หรือฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจ หรือจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายอื่นที่มีอำนาจตามที่กำหนดไว้ในระบบกฎหมายของรัฐ และจักต้องดำเนินการให้การบำบัดแก้ไขทางศาลบังเกิดผลเป็นไปได้

ค. ให้ความมั่นใจว่า เมื่อได้ยอมรับจะบำบัดแก้ไขให้แล้ว เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจะบังคับการให้เกิดผลจริงจังตามนั้น

(3.3) เรื่องสิทธิในชีวิต บัญญัติไว้ใน ภาค 3 ข้อ 6 (1) ว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิโดยธรรมชาติในการดำรงชีวิต สิทธินี้ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ไม่มีบุคคลใดสามารถล่วงชีวิตของใครได้

(3.4) หลักเรื่องการห้ามมิให้ลงโทษหรือกระทำการในลักษณะของการทรมาน ป่าเถื่อน โหดร้ายหรือผิดมนุษยธรรมตามข้อ 7

(3.5) สิทธิในการมีอิสรภาพและความมั่นคงอันเกี่ยวโยงกับการห้ามมิให้ทำการจับกุมคุมขังบุคคลโดยพลการตามกติกาฯ ข้อ 9 ที่ว่า

(3.5.1) บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพและความมั่นคงของตนบุคคลใดจะถูกจับกุมหรือคุมขังโดยพลการมิได้ บุคคลใดจะถูกลิดรอนเสรีภาพของตนมิได้ ยกเว้น โดยเหตุและอาศัยกระบวนการตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

(3.5.2) บุคคลผู้ถูกจับกุมย่อมได้รับการแจ้งถึงเหตุผลในการจับกุม และการแจ้งข้อหาอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนโดยพลันในเวลาที่มีการจับกุม

(3.5.3) บุคคลใดที่ถูกจับกุม หรือควบคุมตัวในข้อหาทางอาญาย่อมต้องถูกนำตัวไปศาล หรือเจ้าหน้าที่อื่นผู้มีอำนาจตามกฎหมายโดยพลัน เพื่อที่จะมีการใช้อำนาจทางตุลาการ และได้รับการพิจารณาคดีภายในเวลาอันสมควร หรือมีการปล่อยตัว มิให้ถือเป็นหลักทั่วไปว่า จะต้องคุมขังบุคคลผู้อยู่ระหว่างพิจารณาคดี แต่จะปล่อยชั่วคราวโดยอาจให้มีหลักประกันว่าจะกลับมาปรากฏตัวในการพิจารณาคดีหรือในกรณีจำเป็นตามโอกาสจะกลับมารับการบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาในระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีขั้นใดก็ได้

(3.5.4) บุคคลใดที่ตกเป็นผู้ถูกจับหรือควบคุมตัวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

(3.6) บทบัญญัติเกี่ยวกับพันธะหน้าที่อันจำต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่ถูกลิดรอนอิสรภาพ (ผู้ต้องโทษ หรือ นักโทษ) ในข้อ 10 ที่ว่า

(3.6.1) บุคคลทั้งหลายที่ถูกลิดรอนเสรีภาพต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรม และได้รับการเคารพในศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์

(3.6.2) (ก) พึงจำแนกผู้ต้องหว่ากระทำผิดจากผู้ต้องโทษ และพึงได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันตามความเหมาะสมแก่สถานะอันมิใช่เป็นผู้ต้องโทษ (ข) พึงแยกตัวผู้ต้องหว่ากระทำผิดที่เป็นเยาวชนออกจากผู้ใหญ่ และให้นำตัวขึ้นพิจารณาพิพากษาคดีให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้

(3.6.3) ระบบการราชทัณฑ์พึงประกอบด้วยการปฏิบัติต่อนักโทษ ด้วยความมุ่งหมายสำคัญที่จะให้มีการกลับเนื้อกลับตัวและการฟื้นฟูทางสังคมพึงจำแนกผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กหรือเยาวชนจากผู้ใหญ่ และได้รับการปฏิบัติตามความเหมาะสมแก่วัยและสถานะทางกฎหมาย

(3.7) สิทธิในการมีเสรีภาพเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายและเลือกถิ่นที่อยู่ ตามบทบัญญัติข้อ 12 ที่ว่า

(3.7.1) บุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของรัฐใด โดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย และเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในอาณาเขตของรัฐนั้น

(3.7.2) บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะออกจากประเทศใดรวมทั้งประเทศของตน โดยเสรี

(3.7.3) สิทธิดังกล่าวข้างต้นย่อมไม่อาจถูกจำกัดตันทอนอย่างหนึ่งอย่างไร เว้นแต่เป็นไปตามกฎหมายอันจำเป็นต้องมีเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรม หรือสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นและสอดคล้องกับสิทธิอื่นๆ อันรับรองไว้แล้วในกติกาฉบับนี้

(3.7.4) บุคคลจะถูกลิดรอนสิทธิในการเดินทางเข้าประเทศของตนโดยพลการมิได้

(3.8) ข้อจำกัดในการเนรเทศบุคคลต่างด้าวอย่างถูกต้องตามกฎหมายในดินแดนของรัฐภาคี ตามบทบัญญัติ ข้อ 13 ที่บัญญัติว่า คนต่างด้าวผู้อยู่ในดินแดนของรัฐภาคีแห่งกติกากฉบับนี้โดยชอบด้วยกฎหมายจะถูกเนรเทศได้ก็โดยคำวินิจฉัยอันเป็นไปตามกฎหมาย และย่อมมีสิทธิที่จะชี้แจงแสดงเหตุผลคัดค้านคำสั่งเนรเทศและมีสิทธิที่จะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหรือบุคคลหรือคณะบุคคลที่ตั้งขึ้นเฉพาะเพื่อการนี้โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจและมีสิทธิที่จะมีทนาย เว้นแต่ในกรณีมีเหตุจำเป็นเพื่อความมั่นคงของชาติเป็นประการอื่น

(3.9) เรื่องเกี่ยวกับข้อห้ามมิให้โฆษณาชวนเชื่อเพื่อสนับสนุนความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์หรือศาสนา ตามบทบัญญัติ ข้อ 20(2) ที่ว่า การสนับสนุนความเกลียดชังในชาติ เผ่าพันธุ์ หรือศาสนาซึ่งนำไปสู่การข่มขู่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การจงเกลียดจงชังหรือความโหดเหี้ยมเป็นสิ่งพึงต้องห้ามตามกฎหมาย

(3.10) บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติและสิทธิในการได้รับสัญชาติตามกติการะหว่างประเทศฯ ข้อ 24

(3.11) หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายของบุคคลและการคุ้มครองโดยกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันตามบทบัญญัติใน ข้อ 26 ที่ว่า บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ ในกรณีนี้พึงมีกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆ และให้หลักประกันคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาคและมีผลจริงจังกเพื่อให้ปลอดภัยจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ความคิดเห็นทางการเมืองหรืออื่นๆเผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคมทรัพย์สิน กำเนิดหรือสถานะอื่นใด

(3.12) การปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของชนกลุ่มน้อยทางเผ่าพันธุ์ ศาสนา และภาษาในกติการะหว่างประเทศ ข้อ 27 ในภาค 4

(3.13) บัญญัติเรื่องกรอบและขอบเขตการบังคับใช้ของกติการะหว่างประเทศตามข้อ 50 ที่ว่า บทบัญญัติในกติกาฉบับนี้จะมีผลใช้บังคับตลอดทั่วทุกภาคของรัฐที่เป็นรัฐรวมโดยปราศจากข้อจำกัด หรือข้อยกเว้นใดๆ

อย่างไรก็ตาม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้มีการบัญญัติข้อจำกัดสิทธิหรือยกเว้นสิทธิไว้ โดยยินยอมให้รัฐสมาชิกกำหนดข้อจำกัด หรือข้อยกเว้นสิทธิได้ เมื่อมีเหตุฉุกเฉินสาธารณะฉุกเฉินต่อความอยู่รอดของชาติ ซึ่งเป็นไปตามกติการะหว่างประเทศฯ ข้อ 4 แต่ทั้งนี้ทั้งนั้น แม้จะเป็นช่วงขณะที่มีสถานการณ์ฉุกเฉิน สิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญบางประการก็ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นดังกล่าว อันได้แก่ สิทธิในการดำรงชีวิต การห้ามมิให้มีการปฏิบัติหรือการลงโทษซึ่งเป็นการทรมาน ป่าเถื่อน โหดร้ายหรือผิดมนุษยธรรม สิทธิของทุกคนที่จะได้รับการยอมรับเป็นบุคคลต่อหน้ากฎหมาย การห้ามมิให้ใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง สิทธิที่จะไม่ถูกนำตัวไปเป็นทาสอันรวมทั้งการห้ามค้าทาสในรูปแบบต่างๆ และเสรีภาพในความคิด มโนธรรมและศาสนา

(4) ปฏิญญาเวียนนาและแผนปฏิบัติการ

ปฏิญญาเวียนนาและแผนปฏิบัติการปี ค.ศ. 1993 (The Vienna Declaration and Programme of Action Declaration 1993) เป็นปฏิญญาที่มุ่งส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยได้มีการศึกษาวิเคราะห์ในระบบสิทธิมนุษยชนสากล และกลไกในการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งหมด ว่ามีกำเนิดจากศักดิ์ศรีคุณค่าประจำตัวมนุษย์ มุ่งเน้นให้มนุษย์เป็นศูนย์กลางของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ในปฏิญญานี้มีหลายข้อหลายส่วนเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองรับรองและจำกัดสิทธิมนุษยชนในการส่งคนต่างด้าวออกนอกราชอาณาจักร คือ

ส่วนที่ 1 ข้อ 1 ที่ประมุขระดับโลกว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยืนยันอีกครั้งถึงคำมั่นสัญญาที่จริงจังของทุกประเทศในการทำให้บรรลุถึงข้อผูกพันอย่างเป็นทางการในการส่งเสริมความเคารพ การถือปฏิบัติและการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่คนทั้งปวง ซึ่งสอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติกลไกอื่นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนและกฎหมายระหว่างประเทศ คุณลักษณะอันเป็นสากลของสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่นอกเหนือคำถามใดๆ

ในกรอบความคิดนี้การส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิมนุษยชนมีความสำคัญต่อความสำเร็จอย่างเต็มที่ตามความมุ่งประสงค์ของสหประชาชาติ

สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิโดยกำเนิดของมนุษยชาติ การให้ความคุ้มครองและการส่งเสริมจึงเป็นความรับผิดชอบเบื้องต้นของรัฐบาลต่างๆ

ข้อ 5 สิทธิมนุษยชนทั้งหลายนั้นเป็นสากลแบ่งแยกมิได้พึ่งพากันและกันและเกี่ยวพันกัน ประชาคมระหว่างประเทศต้องปฏิบัติต่อสิทธิมนุษยชนอย่างเป็นหนึ่งเดียวทั่วโลก

ในแบบอย่างที่เป็นธรรมและเสมอภาค บนพื้นฐานเดียวกันและได้รับการเน้นแจกเช่นเดียวกัน ในขณะที่ต้องระลึกถึงความสำคัญของลักษณะเฉพาะแห่งชาติและแห่งภูมิภาค และความเป็นมาอันหลากหลายทางประวัติศาสตร์ วัฒนธรรมและศาสนา รัฐย่อมมีหน้าที่ในการส่งเสริม และคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งหลายโดยไม่คำนึงถึงระบบการเมือง เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม

ข้อ 15 การเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน โดยปราศจากการแบ่งแยกในเรื่องใดๆ ย่อมถือเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของกฎหมาย สิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ งานอันดับแรกสำหรับประชาคมโลก คือ การกำจัดอย่างรวดเร็วและทั่วถึงต่อลัทธิเหยียดผิวทุกรูปแบบ และการแบ่งแยกทางเชื้อชาติความเกลียดกลัวคนต่างชาติ และความไร้ขันติธรรมที่เกี่ยวข้องกับสิ่งดังกล่าว รัฐบาลควรใช้มาตรการที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันและต่อสู้กับสิ่งทั้งหลายเหล่านี้ กลุ่มต่างๆ สถาบันต่างๆ องค์กรระหว่างประเทศ และองค์กรพัฒนาเอกชนและปัจเจกชนควรได้รับการกระตุ้น ให้มีความพยายามที่เข้มข้นในการร่วมมือและประสานกิจกรรมต่างๆ เพื่อต่อต้านสิ่งเลวร้ายพวกนี้

ข้อ 23 ที่ประชุมระดับโลกว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ยืนยันว่าโดยปราศจากการแบ่งแยกใดๆ ทุกคนย่อมมีสิทธิในการเลือกหา และอยู่อาศัยในประเทศอื่นๆ ในลักษณะของการลี้ภัยจากการสังหาร รวมทั้งมีสิทธิในการกลับคืนยังประเทศของตน

ข้อ 24 ต้องให้ความสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อการส่งเสริมและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลที่อยู่ในกลุ่มที่มีความไม่มั่นคง อันรวมทั้งแรงงานอพยพ การจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบที่เกิดกับพวกเขา และการทำให้เข้มแข็งและมีประสิทธิภาพมากขึ้น ในการใช้กลไกทางสิทธิมนุษยชนที่มีอยู่ รัฐมีพันธกรณีในการสร้าง และรักษาไว้ซึ่งมาตรการที่พอเพียงในระดับชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการให้การสนับสนุนทางการศึกษา สุขภาพและสังคม เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ในส่วนที่ไม่มั่นคงของประชากรทั้งหมด และเพื่อให้มั่นใจถึงการมีส่วนร่วมของพวกเขา ในหมู่ประชาชนดังกล่าวที่สนใจในการหาวิธีแก้ไขปัญหามาตรฐานของพวกเขา

ข้อ 26 ที่ประชุมระดับโลกว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยินดีกับความก้าวหน้าที่เกิดจากการรวบรวมกลไกทางสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นกระบวนการที่เป็นวิวัฒนาการและพลวัต และเร่งรัดให้มีการให้สัตยาบันอย่างเป็นทางการต่อสนธิสัญญาทางสิทธิมนุษยชน รัฐทั้งหลายได้รับการส่งเสริมให้ปฏิบัติตามกลไกระหว่างประเทศเหล่านี้ รัฐทั้งหลายได้รับการสนับสนุนให้หลีกเลี่ยงตราบเท่าที่ทำได้ในการใช้ข้อสงวนต่างๆ

ข้อ 27 ทุกรัฐควรจัดสร้างกรอบการทำงานที่มีประสิทธิภาพในการรักษาเยียวยา เพื่อแก้ไขความทุกข์ยาก และการละเมิดสิทธิมนุษยชน กระบวนการยุติธรรม รวมทั้งการใช้

กฎหมาย และหน่วยงานอัยการและ โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายตุลาการ และวิชาชีพทางกฎหมายที่เป็นอิสระอันสอดคล้องอย่างแท้จริงกับมาตรฐานที่มีการประยุกต์ใช้อันปรากฏอยู่ในกลไกสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ มีความสำคัญต่อการบรรลุซึ่งสิทธิมนุษยชนอย่างเต็มเปี่ยม และโดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติ ทั้งยังเป็นสิ่งจำเป็นต่อกระบวนการทางประชาธิปไตย และการพัฒนาที่ยั่งยืน ในสภาพเช่นนี้ สถาบันที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม ควรได้รับการสนับสนุนทางการเงินอย่างเหมาะสมและการเพิ่มระดับความช่วยเหลือทั้งทางเทคนิค และทางการเงินควรได้รับจากประชาคมโลก เป็นภาระเบื้องต้นที่สำคัญของสหประชาชาติในการใช้ประโยชน์ จากโครงการพิเศษด้านการบริการให้คำปรึกษาเพื่อให้บรรลุถึงกระบวนการยุติธรรมที่แข็งแกร่ง และเป็นอิสระ

ข้อ 30 ที่ประชุมระดับโลกว่าด้วยสิทธิมนุษยชนยังรู้สึกตระหนกและขอประณามต่อการละเมิดเป็นจำนวนมากและอย่างเป็นระบบ และสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดอุปสรรคอย่างใหญ่หลวงต่อการเป็นเจ้าของสิทธิมนุษยชนอย่างเต็มที่ ยังเกิดขึ้นอยู่ในส่วนต่างๆ ของโลก การละเมิดและอุปสรรคต่างๆ ดังกล่าวรวมถึงการทรมานและความโหดร้าย การปฏิบัติและการทำโทษที่ไร้มนุษยธรรม และเลวทรามการประหารชีวิตอย่างรวบรัดและโดยพลการ การหายสาบสูญ การกักขังโดยพลการ การเหยียดหยามเชื้อชาติทุกรูปแบบ การเลือกปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติและการเหยียดผิว การครอบครองจากต่างประเทศ การครอบงำคนต่างด้าว การรังเกียจกลัวคนต่างชาติ ความยากจน ความหิวโหย และการปฏิเสธสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม การก่อการร้าย การกีดกันสตรี และการขาดไว้หลักนิติธรรม

ส่วนที่ 2 (ข.) ความเสมอภาค ศักดิ์ศรี และความอดกลั้น

ข้อ 1 การเหยียดหยามเชื้อชาติ การแบ่งแยกเชื้อชาติการเกลียดชังต่างชาติและรูปแบบอื่นของความไม่อดกลั้น ที่ประชุมระดับโลกว่าด้วยสิทธิมนุษยชนพิจารณาว่า การกำจัด การเหยียดหยามเชื้อชาติ การแบ่งแยกเชื้อชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรูปแบบมีเกิดขึ้นมานาน ให้ทุกรัฐบาลเร่งรีบ ใช้มาตรการเร่งด่วนและพัฒนานโยบายที่เข้มแข็งในการป้องกันและต่อสู้กับรูปแบบและการแสดงออกทั้งหมดที่เป็น การเหยียดหยามเชื้อชาติ การเกลียดชังต่างชาติหรือความไม่อดกลั้นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ และหากจำเป็นก็สมควรบัญญัติกฎหมายอันเหมาะสมซึ่งรวมทั้งมาตรการทางอาญา และโดยการตั้งสถาบันระดับชาติ เพื่อต่อสู้กับปรากฏการณ์ดังกล่าว

ข้อ 2 คนงานอพยพ ที่ประชุมระดับ โลกว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเร่งเร้าให้รัฐทั้งหลาย รับรองการให้ความคุ้มครองต่อสิทธิมนุษยชนของคนงานอพยพและครอบครัวของพวกเขา การสร้างเงื่อนไขสนับสนุนความสามัคคี และอดกลั้นมากขึ้นระหว่างคนงานอพยพและประชาชนส่วนที่เหลือของสังคมในรัฐซึ่งพวกเขาอาศัยอยู่นับเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่ง และขอให้รัฐทั้งหลาย

พิจารณาความเป็นไปได้ของการลงนามและให้สัตยาบัน โดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ต่ออนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของคนงานอพยพและสมาชิกในครอบครัวของพวกเขา

(3) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนคนต่างด้าวตามหลักกฎหมายภายในของไทย กรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

การยอมรับและให้ความคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะอย่างกรณีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจะไม่มี ความหมายใดๆ เลย หากรัฐมิได้วางกลไกและหลักประกันการใช้สิทธิดังกล่าวไว้ซึ่งหลักประกันในการใช้สิทธิจะมีประสิทธิภาพมากหรือน้อยนั้นขึ้นอยู่กับหลักนิติรัฐที่กำหนดให้รัฐมีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคล

แต่อย่างไรก็ตาม รัฐก็มีอำนาจที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการจำกัดการใช้สิทธิดังกล่าวได้เช่นกัน รัฐธรรมนูญถือได้ว่าเป็นแหล่งแรกที่บัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองและประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ สำหรับประเทศไทยกระแสนี้ในตัวในเรื่องสิทธิมนุษยชนได้ก่อตัวขึ้นหลังจากได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 เนื่องจากในรัฐธรรมนูญได้ระบุไว้อย่างชัดเจนใน มาตรา 4 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” และยังมีอีกหลายมาตราที่ให้ความคุ้มครองคุณค่าความเป็นมนุษย์ของประชาชน อีกทั้งยังได้กำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เป็นต้นว่าการจัดให้มีคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

(3.1) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ในอดีตหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ประเทศไทยได้มีกฎหมายรัฐธรรมนูญบังคับใช้หลายฉบับ ภายในระยะเวลา 76 ปี เริ่มตั้งแต่ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา จนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁷ ซึ่งได้จัดทำโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญขึ้น ซึ่งมีสาระสำคัญเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันของประชาชนชาวไทย

อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญจะได้บัญญัติหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้ แต่ในส่วนของปัจเจกชนที่เป็นคนต่างด้าว ยังคงมีข้อที่น่าพิจารณาอยู่ว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่คนต่างด้าวมากน้อยเพียงใด

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. (2550, 24 สิงหาคม). *ราชกิจจานุเบกษา* (ฉบับพิเศษ). เล่ม 124 (ตอนที่ 47 ก). หน้า 1.

(3.2) คนต่างด้าวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ด้วยเป็นที่ยอมรับแล้วว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถือเป็นกฎหมายสูงสุดที่มีความสำคัญ โดยได้มีการบัญญัติหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ หากพิจารณาในเนื้อหาจะพบว่าในประเด็นการเป็นผู้ทรงสิทธิ มีบทบัญญัติในหมวด 3 ด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยซึ่งให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเฉพาะต่อชนชาวไทยเท่านั้น โดยไม่ได้แบ่งแยกระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองออกจากกันให้ชัดเจนเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของบางประเทศ⁸ คือ รัฐธรรมนูญเยอรมัน อิตาลี เดนมาร์ก เบลเยียม ฟินแลนด์ สวีเดน เนเธอร์แลนด์ และสเปน ฯลฯ การบัญญัติคำในกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย ศาสตราจารย์ ดร.หยุดแสงอุทัย ไม่เห็นด้วยที่จะให้บทบัญญัติในหมวด 3 คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว ทั้งนี้เพราะคำว่า “ชนชาวไทย” มีความหมายแตกต่างกันกับคำว่า “ปวงชนชาวไทย” ซึ่งมีใช้ใน มาตรา 3⁹ โดยคำว่า “ชนชาวไทย” ในหมวด 3 ไม่ควรจะมีความหมายรวมถึงคนต่างด้าวที่อยู่ในประเทศไทยด้วย เพราะต้องถือว่ารัฐธรรมนูญย่อมกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับคนสัญชาติของรัฐนั่นเอง ไม่ได้กำหนดความสัมพันธ์กับคนต่างด้าวอื่น ถ้าจะให้สิทธิและเสรีภาพแก่คนต่างด้าวก็จะต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเจาะจง คนต่างด้าวจะอ้างสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยในหมวด 3 ไม่ได้แต่ทั้งนี้ คำว่า “บุคคล” ซึ่งย่อมาความถึงบุคคลต่างด้าวด้วย ซึ่งปัญหาในกรณีนี้จะมีความเกี่ยวโยงไปถึงบทบัญญัติในมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญไทย ที่บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” โดยในมาตรา 4 ใช้ถ้อยคำว่า “บุคคล” ซึ่งย่อมาครอบคลุมถึงคนต่างด้าวด้วย ดังนั้น การพิจารณาถึงผู้ทรงสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าวเพื่อที่จะทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับการคุ้มครองจำต้องพิจารณาจากเนื้อหาที่กำหนดสิทธิ มิใช่พิจารณาเพียงแต่ชื่อหมวดเท่านั้น เพื่อป้องกันมิให้การคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถูกปฏิเสธถึงกระนั้นก็ตามโดยหลักสากลบุคคลต่างด้าวมีอาจจะได้รับสิทธิเท่าเทียมกับพลเมืองของชาตินั้นได้ แต่อย่างน้อยที่สุดบุคคลต่างด้าวพึงจะต้องได้รับสิทธิที่เรียกว่าสิทธิมนุษยชน หรือสิทธิของทุกๆ คน¹⁰

⁸ รัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าว แยกสิทธิมนุษยชนออกจากสิทธิพลเมืองและยังมีบางประเทศถึงแม้ในรัฐธรรมนูญจะใช้ชื่อหมวดว่า สิทธิของพลเมืองชาติ นั้นๆ เช่น รัฐธรรมนูญของเบลเยียม ลักเซมเบิร์ก แต่ในเนื้อหาของสิทธิก็แยกระหว่างสิทธิพลเมืองและสิทธิมนุษยชนออกจากกัน.

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้.

¹⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 65-67.

กล่าวโดยสรุป แม้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีบทบัญญัติในหมวดที่ว่าด้วย “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” ไว้โดยเฉพาะ อันเป็นการรับรองสิทธิของคนไทยไว้เป็นพิเศษ กว่าบุคคลผู้มีสัญชาติอื่นๆ ที่เข้ามาอยู่ในประเทศ แต่โดยบทบัญญัติแห่งมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ต้องถือว่าคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในประเทศไทยจะต้อง ได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามสมควรในฐานะแห่งความเป็นมนุษย์ ซึ่งความจำเป็นที่ต้อง คำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าวในประเทศไทย นอกจากการตระหนักในศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์แล้ว ยังเป็นการส่งเสริมสันติภาพและความสงบสุขของสังคมอีกด้วย

(3.3) หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

หลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่สำคัญประการหนึ่ง ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้พ้นจากการใช้อำนาจที่ไม่เป็นธรรมจากรัฐ หรือบุคคลใด รวมไปถึงการคุ้มครองความเสมอภาคทางกฎหมายแก่ปัจเจกชน รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงได้มีบทบัญญัติหลายประการเพื่อรับรองสิทธิและ เสรีภาพแก่บุคคล โดยขยายและเพิ่มสิทธิเสรีภาพออกไปหลายมาตรา มีการกำหนดบทบัญญัติให้ ประชาชนเห็นว่าตนเองมีสิทธิเสรีภาพในด้านใดบ้างอย่างไร ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการส่งคนต่างด้าว กลับออกนอกราชอาณาจักร ที่เห็นชัดเจน คือ การบัญญัติรับรองและคุ้มครอง เรื่อง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในมาตรา 4 ที่ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความ คุ้มครอง” ซึ่งเป็นการเล็งเห็นถึงคุณค่าความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวบุคคลทุกคนรัฐจะต้องปฏิบัติต่อ ปัจเจกชนไม่ว่าจะมีเหล่ากำเนิดใด เชื้อชาติใด เพศใด หรือนับถือศาสนาใดอย่างเท่าเทียมกันใน ในฐานะที่เป็นมนุษย์คนหนึ่ง จะปฏิบัติต่อคนเหมือนสัตว์หรือสิ่งของมิได้ และจะเพิกเฉยโดยไม่คำนึง สิทธิขั้นพื้นฐานตลอดจนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลไม่ได้เช่นกัน

หลักประกันพื้นฐานเรื่อง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ถือว่า มนุษย์มีฐานะเป็น ผู้ทรงสิทธิในชีวิตของตน และจะต้องไม่ตกเป็นวัตถุหรือสมบัติครอบครองของบุคคลอื่น การซื้อขาย หรือการใช้แรงงานในลักษณะกดขี่เยี่ยงทาสหรือเครื่องจักร การทรมาน ทารุณกรรม หรือลงโทษ ด้วยการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม ตลอดจนการกดขี่ทางเพศ ไม่อาจกระทำได้เพราะเป็นการ ถ่วงละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนั้นยังถือว่า มนุษย์มีความเป็นอิสระที่จะพัฒนา ศักยภาพของตนเอง การกักขังหน่วงเหนี่ยว หรือบังคับตรวนอิสรภาพของมนุษย์โดยปราศจาก เหตุผลทางประโยชน์สาธารณะที่มีน้ำหนักเพียงพอจึงไม่อาจกระทำได้อีกทั้งรับรองว่า มนุษย์ทุกคน มีความเท่าเทียมกัน ต้องได้รับการปฏิบัติในฐานะที่เป็นมนุษย์อย่างเสมอภาค ไม่เลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ

สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคมความคิดโดยชอบทาง การเมือง การศึกษาอบรม หรือความเชื่อทางศาสนา

นอกจากนั้น บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่พอจะเทียบเคียงปรับใช้ได้กับกรณี ของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนคนต่างด้าวในส่วนของ การส่งคนต่างด้าวกลับออกนอกราชอาณาจักร ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของไทย คือ บทบัญญัติในหมวด 3 แห่งรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังต่อไปนี้¹¹

(3.3.1) การกำหนดให้มีการเคารพต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และสิทธิ ขั้นพื้นฐาน

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ได้กำหนด ถึงการเคารพต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และสิทธิขั้นพื้นฐานใน มาตรา 26 ว่า การใช้อำนาจของ องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(3.3.2) การรับรองสิทธิและเสรีภาพ

การรับรองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกล่าวไว้ใน มาตรา 27 ว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับการคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรอื่นของรัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง” ถือได้ว่า บทบัญญัติมาตรานี้ได้ขยายการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้กว้างกว่าเดิม โดยรับรองสิทธิเสรีภาพ ขั้นพื้นฐานนอกเหนือจากที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้โดยชัดแจ้งและโดยปริยายแล้ว ยังรวมถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญด้วย โดยได้กำหนดให้สิทธิและเสรีภาพได้รับการคุ้มครอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรอื่นของรัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับ ใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวงมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้ได้กำหนดให้การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรี ของความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญยืนยันทันและรับรองถึงศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ รวมทั้งสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่รัฐและองค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้อง ตระหนักและเคารพตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้

(3.3.3) การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการใช้สิทธิและเสรีภาพรวมทั้ง การใช้สิทธิทางศาล หรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลหากถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานรัฐธรรมนูญได้ กำหนดให้บุคคลสามารถอ้างในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของตน และในการใช้สิทธิและเสรีภาพ

¹¹ นันทวัฒน์ บรรณานันท์. (2545). ประชาชนกับการใช้สิทธิเข้าชื่อเสนอกฎหมายและข้อบัญญัติท้องถิ่น. ใน *รวม บทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 389-494.

ของคนได้ทราบเท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และนอกจากนั้นหากมีการกระทำละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ บุคคลผู้ถูกระทำย่อมสามารถนำมาฟ้องคดีได้หรือยกเป็นข้อต่อสู้ในศาลได้ ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 28 ว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

(3.3.4) ความมั่นคงแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

กรณีความมั่นคงแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคล รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้กำหนดบทบัญญัติหลักไว้ใน มาตรา 29 เพื่อป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจเบี่ยงเบนไป ซึ่งใน มาตรา 29 บัญญัติไว้ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

การวางหลักประกันในเรื่องความมั่นคงแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ใน มาตรา 29 นี้เพื่อกำหนดว่าหากจะมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้จะต้องเป็นเหตุตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดอนุญาตไว้เท่านั้น ถ้าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมิได้อนุญาตไว้ รัฐจะจำกัดสิทธิเหล่านั้นมิได้ ซึ่งจากบทบัญญัติใน มาตรา 29 นี้เอง จึงทำให้สามารถแยกพิจารณาถึงเรื่องสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญได้เป็น 2 ประเภท อันได้แก่ สิทธิและเสรีภาพที่เด็ดขาดไม่อาจถูกตัดทอนหรือจำกัดโดยกฎหมายที่จะออกมาภายหลังได้ และสิทธิเสรีภาพที่อาจถูกกลั่นกรองสิทธิได้¹² โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

¹² ถาวร เกียรติทับทิว. (2544). “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในความเป็นจริงและในทางปฏิบัติ”. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ* 2, 4. หน้า 44-47.

อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าว กรณีการส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง นั้น พอจ้านแก่ได้ตามสภาพแห่งสิทธิและเสรีภาพ ดังนี้

ก. สิทธิและเสรีภาพที่ไม่อาจถูกสิทธิรอนได้ ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพต่างๆ ที่มีผลเป็นสิทธิเสรีภาพเด็ดขาด (Absolute Right) มีรายละเอียด คือ

ก.1 ความเสมอภาคในทางกฎหมายและการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเรื่องความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมีบัญญัติไว้ใน มาตรา 30 ว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้ มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จากบทบัญญัติดังกล่าวรัฐธรรมนูญได้วางหลักในการรับรองสิทธิของบุคคลทุกคนว่ามีความเสมอภาคเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ไม่ว่าจะมีความฐานะอย่างไร ไม่ว่าจะเป็เพศชายหรือเพศหญิง อีกทั้งยังกำหนดถึงการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเอาไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม กรณีที่กระทำไปโดยไม่เป็นธรรมนั้นต้องมีเหตุผลสนับสนุนในการเลือกปฏิบัติด้วยว่ามีความเป็นธรรมเหมาะสมกับการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือไม่จึงจะกระทำได้ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในภาคกิจบางอย่างของรัฐที่อาจมีเหตุผลที่จำเป็นอันจะต้องเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

ก.2 การรับโทษทางอาญา โดยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน ได้วางหลักในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่จะไม่ถูกบังคับใช้กฎหมายอาญาที่มีผลเป็นการย้อนหลัง และรับรองถึงหลักการกำหนดโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นว่าจะลงโทษหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำความผิดมิได้ ตามมาตรา 39 ที่ว่า บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ก.3 ข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับคดีอาญา ตามความใน มาตรา 39 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดเรื่องข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับคดีอาญาไว้ว่า ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิด

มิได้ เห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีขึ้นเพื่อรับรองสิทธิของบุคคลที่ต้องตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย โดยยืนยันถึงสิทธิของบุคคลนั้นว่าจะยังไม่ตกเป็นผู้กระทำความผิดจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาว่ามีความผิดและนอกจากนี้หากศาลยังไม่มีคำพิพากษาอันถึงที่สุดที่แสดงว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำ จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเหมือนเป็นบุคคลผู้กระทำความผิดไม่ได้

ข. สิทธิและเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้

สิทธิและเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้จะต้องเป็นกรณีเฉพาะที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นโดยเงื่อนไขสำคัญ คือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้ โดยในส่วนของที่เกี่ยวข้องกับการศึกษานี้ มีสิทธิและเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดได้ ดังนี้

ข.1 สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ฉบับปัจจุบันใน มาตรา 32 ที่บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิต และร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมจะกระทำมิได้ แต่การลงโทษ ประหารชีวิตตามที่กฎหมายบัญญัติ ไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม การจับกุม คမ်းขัง ตรวจค้นตัวบุคคล และการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

จากบทบัญญัติใน มาตรา 32 จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้วางหลักสำคัญ ถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลไว้ว่าผู้คนจะมาละเมิด ทรมาน ทารุณกรรม หรือลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมมิได้ การจับ คမ်းขัง ตรวจค้นบุคคลหรือการกระทำอันใดกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพมิได้ยกเว้นในกรณีที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่ให้อำนาจในการตรวจค้น จับกุม คမ်းขัง บุคคลได้ เป็นต้น

ข.2 เสรีภาพในการเดินทาง การกำหนดถึงเสรีภาพในการเดินทาง

ของบุคคลนั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักในบทบัญญัติ มาตรา 34 โดยบัญญัติรับรองถึงเสรีภาพของบุคคลในการเดินทาง การเลือกถิ่นที่อยู่ในพื้นที่ใดก็ได้ภายในราชอาณาจักรไทย เว้นแต่ละเมิดกฎหมายมาจำกัดโดยเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐหรือความสงบเรียบร้อย หรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ และนอกจากนี้ยังมีการห้ามปฏิบัติต่อผู้มีสัญชาติไทยด้วยการเนรเทศ หรือห้ามเข้ามาในราชอาณาจักรไทย ตามมาตรา 34 ที่ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในอาณาจักร การจำกัดเสรีภาพข้างต้น จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์

การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้

มีทฤษฎีสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการเดินทาง คือ แนวคิดและทฤษฎีการย้ายถิ่นฐาน (Migration Theory) ซึ่งทฤษฎีนี้มองว่า การอพยพย้ายถิ่นฐานนับได้ว่าเป็นปรากฏการณ์ทางสังคมรูปแบบหนึ่งที่เกิดขึ้นในสังคมโลก การย้ายถิ่นฐานเป็นสภาพการเปลี่ยนแปลงสถานที่ของบุคคลหรือ กลุ่มบุคคลจากสถานที่หนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่ง และอาจรวมไปถึงการเปลี่ยนแปลงทางด้านสังคมและด้านพื้นที่ของบุคคลด้วย โดยลักษณะการย้ายถิ่นฐานที่จะศึกษานี้มิได้หมายความรวมถึงการเดินทางไปและกลับระหว่างบ้านพักอาศัยกับสถานที่ทำงานหรือการเดินทางท่องเที่ยว เชื่อมเยือน หรือการทัศนศึกษาที่มีได้ตั้งถิ่นฐานเดิม หากแต่เป็นการศึกษาถึงลักษณะการเคลื่อนย้ายของประชากรระหว่างประเทศ และจะเน้นเฉพาะการเคลื่อนย้ายของประชากรจากประเทศอื่นเข้ามาสู่ประเทศไทยเท่านั้น องค์การสหประชาชาติได้ให้คำจำกัดความของ ผู้ย้ายถิ่น (Migrant) ว่า “ผู้ย้ายถิ่นเป็นผู้ซึ่งเปลี่ยนที่อยู่อาศัยเดิมจากพื้นที่หนึ่ง ไปอยู่อาศัยในพื้นที่ใหม่ที่ไกลจากที่อยู่เดิมในช่วงระยะเวลาหนึ่ง” และองค์การสหประชาชาติได้จำแนกการย้ายถิ่นออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทที่หนึ่ง คือ การย้ายถิ่นภายในประเทศ (Internal Migration) โดยมีลักษณะเป็นการย้ายจากชนบทสู่เมือง เมืองสู่ชนบท หรือเมืองสู่เมือง และประเภทที่สอง เป็นการย้ายถิ่นนอกประเทศ (External Migration) หรือการย้ายถิ่นระหว่างประเทศ (International Migration) อันเป็นการย้ายจากประเทศหนึ่งสู่อีกประเทศหนึ่ง

ในการศึกษาถึงรูปแบบของการย้ายถิ่นฐานนั้น นักสังคมวิทยาได้กำหนดรูปแบบ เรียกว่า Push-Pull Model ขึ้น เพื่อมาอธิบายถึงสาเหตุ มูลเหตุปัจจัยที่สนับสนุนให้มีการย้ายถิ่นฐานของประชากรทั้งภายในประเทศและในลักษณะข้ามแดนระหว่างประเทศอันได้แก่

(1) ปัจจัยผลักดันจากนอกประเทศ (Push Factors) เพราะสภาพที่เกิดขึ้นถิ่นที่อยู่เดิมมีผลในทางลบ เช่น ระเบิดการเมืองปกครองทำให้ประชากรไม่มีความมั่นคง ไม่มีสิทธิเสรีภาพ หรืออาจเกิดจากภาวะเศรษฐกิจของถิ่นที่อยู่เดิมไม่ดี ฯลฯ จึงทำให้ประชากรต้องการย้ายออกไปหาถิ่นที่อยู่ใหม่ที่ดีกว่า

(2) ปัจจัยดึงดูดจากภายในประเทศ (Pull Factors) เป็นกรณีที่สภาพถิ่นที่อยู่ใหม่มีลักษณะในแง่บวก ทำให้มีส่วนจูงใจให้ประชากรต้องการย้ายถิ่นฐาน ไปอยู่ ทั้งนี้อาจเกิดจากการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของถิ่นที่อยู่ใหม่ดีกว่า หรือความต้องการแรงงาน

อย่างไรก็ตาม การอ้างแนวคิดในรูปแบบ Push-Pull Model ที่ทำให้เกิดการย้ายถิ่นฐานนั้น ก็เนื่องมาจากการมองว่าการย้ายถิ่นฐานเกิดจากปัจจัยผลักดัน เช่น ความยากจน การขาดแคลนที่ดิน การมีประชากรมากเกินไปในประเทศต้นทาง และปัจจัยดึงดูด เช่น โอกาสใน

การมีงานทำ ค่าจ้าง ความทันสมัย ฯลฯ ของประเทศผู้รับ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับย้ายถิ่นฐานแต่ละคนต้องตัดสินใจเลือกที่จะย้ายไปที่ใด อันเป็นการมองไปในแง่ทางด้านเศรษฐศาสตร์ว่าการย้ายถิ่นฐานจะก่อให้เกิดดุลยภาพทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศผู้ส่งกับประเทศผู้รับเพียงใด

แต่ถ้าหากมองในแง่โครงสร้างทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการย้ายถิ่นฐานแล้วจะพบว่า การที่จะมีทางเลือกในการย้ายถิ่นฐานได้อย่างมีอิสระนั้น เป็นสิ่งที่ไม่เป็นความจริงและไม่สามารถเป็นไปได้โดยเท่าเทียมกัน เพราะความแตกต่างทางด้านโครงสร้างทางทรัพยากรของแต่ละประเทศประกอบกับแนวนโยบายการเข้าประเทศของประเทศผู้รับที่เป็นข้อจำกัดประการสำคัญของผู้ย้ายถิ่นฐาน