

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง
และการยกเลิกหนังสือเดินทาง
ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548

แซน โซติประสาท

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2561

**Legal Problems Related to Denial or Restriction and Revocation
of Passport According to Regulation of the Ministry of Foreign Affairs
on the Issuance of Passport B.E. 2548**

Chan Chotprasat

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws**

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2018



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ.2548

เสนอโดย นายเชน โชติประสาท


สาขาวิชา นิติศาสตร์

หมวดวิชา กฎหมายมหาชน

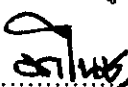
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ อาจารย์ ดร.สรธร ธนโชติโกคิน

ได้พิจารณาเห็นชอบ โดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

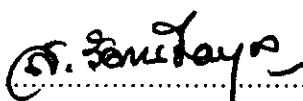
.....ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล)


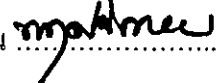
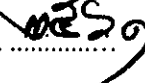
.....กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(อาจารย์ ดร.สรธร ธนโชติโกคิน)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ)

.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.มานิช นามเดช)

คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ รับรองแล้ว

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื่อสกุล)

วันที่  เดือน  พ.ศ. 

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548
ชื่อผู้เขียน	แซน โชติประสาท
อาจารย์ที่ปรึกษา	อาจารย์ ดร. สรรธ ชนโชติโกกิน
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2561

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาถึงหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางและสิทธิในหนังสือเดินทางตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และราชอาณาจักรไทย เพื่อนำไปวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ตลอดจนเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาและแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาพบว่า แม้ราชอาณาจักรไทยจะได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการเดินทางของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อันสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง แต่การที่ฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 กำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง จึงทำให้เกิดปัญหาในหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเข้าใจเกี่ยวกับการใช้สิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยกับสิทธิในหนังสือเดินทาง ขอบอำนาจของกระทรวงการต่างประเทศในการออกระเบียบกระทรวงต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และระเบียบดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติอันเป็นการกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อมีคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งดังกล่าว และการพิจารณาอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง ก่อให้เกิดความสับสนของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย

ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรปรับปรุงแก้ไขระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ให้มีสถานะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เพื่อเป็นกฎหมายแม่บทและสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เงื่อนไขการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง กรณีเกี่ยวกับผู้ร้องเป็นผู้ซึ่งกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้ว ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพิ่มเติมบทบัญญัติกระบวนการพิจารณาทางปกครองโดยเฉพาะการแจ้งคำสั่งทางปกครอง การให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ไปพร้อมกับการเสนอกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้รัฐสภาพิจารณาเพื่อบังคับใช้ต่อไป

Thesis Title	Legal Problems Related to Denial or Restriction and Revocation of Passport According to Regulation of the Ministry of Foreign Affairs on the Issuance of Passport B.E. 2548
Author	Chan Chotprasat
Thesis Advisor	Dr. Sornrathon ThanachotphoKin
Department	Law
Academic Year	2018

ABSTRACT

This thesis has an objective to study the principle of Rule of Law as the guarantee of constitutional rights and liberty, and as the basis of freedom of movement and rights in passport under international law, foreign law, and Thai law, in order to analyze legal problems on the rejection or restraint of passport application, and the revocation of passport, according to Regulation of the Ministry of Foreign Affairs on the Issuance of Passport B.E. 2548, including providing recommendation on the resolution and the amendment of relating laws.

According to the study, Thailand has constitutional provisions which guarantee freedom of movement in consistent with Universal Declaration of Human Rights and International Covenant on Civil and Political Rights. However, when the executive branch exercises power pursuant to the law on State administration in pronouncing Regulation of the Ministry of Foreign Affairs on the Issuance of Passport B.E. 2548, by prescribing conditions on the rejection or restraint passport application and the revocation of passport, there are many legal problems on this matter. In particular, there are certain problems about the understanding on freedom of movement and rights in passport, the scope of power exercised by the Ministry of Foreign Affairs in enforcing Regulation on the Issuance of Passport B.E. 2548. The Regulation of the Ministry of Foreign Affairs on the Issuance of Passport B.E. 2548 has vague provisions, and this Regulation does not have legal provision on the administrative proceeding in issuing order to reject or restrain passport application or revoke the passport, especially the legal problems on the rights of aggrieved or injured person, while the petition process in the organization causes confusion to the exercising officials.

Therefore, the author recommends that the Regulation of the Ministry of Foreign Affairs on the Issuance of Passport B.E. 2 5 4 8 should be amended to become the Act, as the principal law under the Constitution. The legal provisions within the Regulation of the Ministry of Foreign Affairs on the Issuance of Passport B.E. 2548 should also be amended in the part of conditions on the rejection or restraint passport application and the revocation of passport, by considering that the passport applicant or passport holder is penalized, is released with bail, or is under warrant of arrest. The legal provisions in the Regulation should also be amended to include administrative proceeding in the notification of administrative order, the reason in the issuance of administrative order, and the petition of administrative order, equipped with the proposed law as the Act to the parliament.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่อาจสำเร็จลุล่วงไปได้ หากไม่ได้รับความเมตตากรุณา ตลอดจนความช่วยเหลือจาก อาจารย์ ดร. สรรพ ธนโชติโกคิน ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ตลอดจนสละเวลาในการตรวจทานแก้ไข แนะนำแนวทางในการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้ให้แก่ผู้ศึกษา

ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ และอาจารย์ ดร. มาโนช นามเดช ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าเป็นประธานและกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ รวมทั้งให้ความเมตตา ให้คำแนะนำต่างๆ จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี

ในการนี้ ผู้ศึกษาขอกราบขอบคุณบิดามารดาและครอบครัวที่ให้การสนับสนุนด้านการศึกษามาโดยตลอด และขอขอบคุณท่านชวลิต ลาภผล รองอธิบดีศาลปกครองนครศรีธรรมราช คุณณัฐคนัย นาควัชระ คุณพงศิณห์ ศิริจรูญวงศ์ พี่ ๆ เพื่อน ๆ น้อง ๆ เพื่อนร่วมงานและทุกท่านที่ช่วยเหลือในด้านการแปลภาษา ตลอดจนข้อมูลต่างๆ และเป็นกำลังใจให้วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จ

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด ผู้ศึกษาขอรับไว้ผู้เดียว ส่วนคุณค่าและประโยชน์ใด ๆ ที่วิทยานิพนธ์เล่มนี้สามารถทำให้เกิดขึ้นได้ ผู้ศึกษาขออุทิศให้แก่บิดามารดา ครูบาอาจารย์ ตลอดจนบุคคลทุกท่านที่มีส่วนเกี่ยวข้องที่ทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี

แซน โชติประสาท

สารบัญ

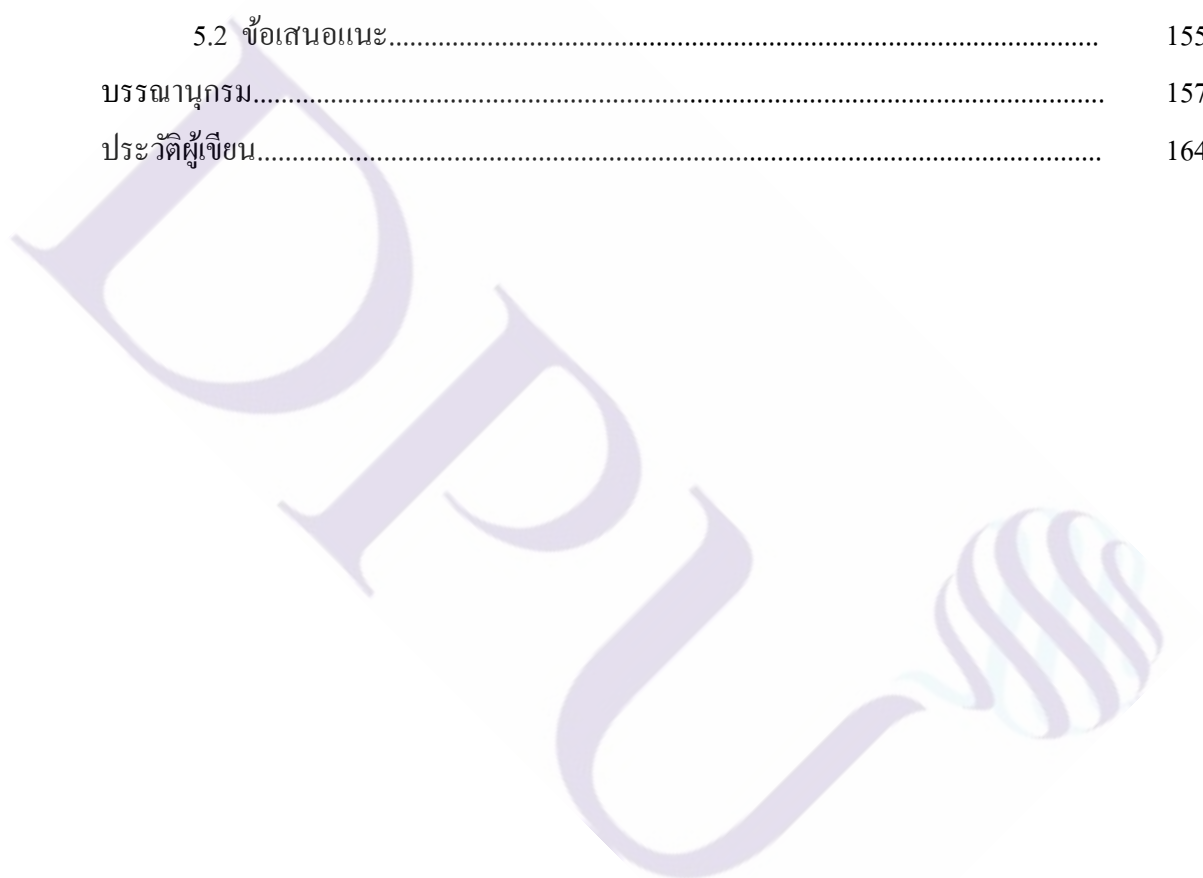
	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๘
กิตติกรรมประกาศ.....	๙
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมุติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	6
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
2. หลักนิตรฐ์ในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง และสิทธิในหนังสือเดินทาง.....	8
2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ.....	8
2.1.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ.....	8
2.1.2 ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ.....	12
2.1.3 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ.....	19
2.1.4 หลักประกันการใช้สิทธิและเสรีภาพตามกฎหมาย.....	20
2.2 หลักนิตรฐ์ในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.....	23
2.2.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.....	24
2.2.2 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.....	31
2.2.3 หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย.....	35
2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง.....	40
2.3.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของเสรีภาพในการเดินทาง.....	40
2.3.2 ความหมายของเสรีภาพในการเดินทาง.....	41
2.3.3 ประเภทของเสรีภาพในการเดินทาง.....	42
2.3.4 ข้อจำกัดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง.....	44

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
2.4 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิในหนังสือเดินทาง.....	51
2.4.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับหนังสือเดินทาง.....	51
2.4.2 ความหมายของหนังสือเดินทาง.....	53
2.4.3 ประเภทและลักษณะของหนังสือเดินทาง.....	54
2.4.4 ความสำคัญและข้อจำกัดของหนังสือเดินทาง.....	55
3. เสรีภาพในการเดินทางตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และ ราชอาณาจักรไทย.....	58
3.1 เสรีภาพในการเดินทางตามกฎหมายระหว่างประเทศ.....	58
3.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.....	58
3.1.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.....	60
3.1.3 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.....	62
3.1.4 กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน.....	65
3.1.5 ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.....	66
3.2 เสรีภาพในการเดินทางตามกฎหมายต่างประเทศ และราชอาณาจักรไทย.....	67
3.2.1 สหรัฐอเมริกา.....	67
3.2.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	81
3.2.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	85
3.2.4 ราชอาณาจักรสเปน.....	91
3.2.5 แคนาดา.....	96
3.2.6 ราชอาณาจักรไทย.....	103
4. วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทางและ การยกเลิกหนังสือเดินทางและแนวทางแก้ไข.....	125
4.1 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของกระทรวงการต่างประเทศในการออกกระเปียบ เกี่ยวกับหนังสือเดินทาง และแนวทางแก้ไข.....	125
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และแนวทางแก้ไข.....	135

สารบัญ(ต่อ)

บทที่	หน้า
4.3 ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อมีคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้ง คำขอหนังสือเดินทาง และยกเลิกหนังสือเดินทาง และแนวทางแก้ไข.....	143
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	149
5.1 บทสรุป.....	149
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	155
บรรณานุกรม.....	157
ประวัติผู้เขียน.....	164



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการเดินทางไว้ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร การจำกัดเสรีภาพเช่นนี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักรไทยจะกระทำมิได้ ต่อมา แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกรัฐธรรมนูญเสรีภาพในการเดินทางยังคงมีการบัญญัติรับรองหลักเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางไว้เช่นเดิม จนกระทั่งมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560² เสรีภาพในการเดินทางถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 38 ว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง หรือเพื่อรักษาสถานภาพของครอบครัว หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ซึ่งเมื่อศึกษาเฉพาะเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศแล้วพบว่า เสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับหนังสือเดินทาง (passport) เป็นเอกสารประจำตัวที่รัฐบาลประเทศหนึ่งออกให้แก่พลเมืองหรือคนในชาติของตน เพื่อใช้แสดงตนในการเดินทางไปต่างประเทศ โดยหนังสือเดินทางต้องได้รับการประทับตราตรวจลงตราหรือวีซ่า (Visa) จากประเทศปลายทางที่จะเดินทางด้วย จึงจะสามารถเดินทางเข้าไปในประเทศปลายทางได้ เว้นแต่จะมีความตกลงยกเว้นการตรวจลงตราระหว่างประเทศ แต่สิทธิในหนังสือเดินทางมิได้บัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ เมื่อเกิดกรณีพิพาท โดยเฉพาะหลังจากเกิดเหตุการณ์รัฐประหารเมื่อปี พ.ศ. 2557 ประเด็นสำคัญที่สืบเนื่องมาจากเหตุการณ์ดังกล่าว กระทรวงการต่างประเทศได้ใช้อำนาจตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ยกเลิกหนังสือ

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 34.

² ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 134 ตอนที่ 40 ก มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 6 เมษายน 2560

เดินทางของบุคคลสำคัญทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นอดีตนายกรัฐมนตรี อดีตรองนายกรัฐมนตรี และแกนนำของกลุ่มนักการเมือง รวมไปถึงบุคคลที่มีชื่อเสียงในวงการต่าง ๆ ซึ่งผู้ได้รับผลกระทบจากการถูกยกเลิกหนังสือเดินทางดังกล่าวได้โต้แย้งฐานที่มาแห่งอำนาจที่กระทรวงการต่างประเทศใช้ในการยกเลิกหนังสือเดินทาง บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามบทนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายระหว่างประเทศ การดำเนินการของพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ ไม่เปิดโอกาสให้ผู้ได้รับผลกระทบมีสิทธิโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอ จนเป็นคดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลปกครอง โดยจากการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางและสิทธิในหนังสือเดินทาง และกฎเกณฑ์ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ประกอบกับข้อโต้แย้งข้างต้นทำให้เห็นปัญหาในหลายประการ ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของกระทรวงการต่างประเทศในการออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548

เมื่อกล่าวถึงสิทธิและเสรีภาพ การทำความเข้าใจความแตกต่างระหว่างสิทธิและเสรีภาพนับว่าเป็นเรื่องยากที่จะทำได้ในทางปฏิบัติ เพราะยังไม่มีเกณฑ์ในการแบ่งแยกที่ชัดเจน และมีการกล่าวถึงสิทธิกับเสรีภาพรวมกันไปว่า “สิทธิและเสรีภาพ” หรือเรียกว่า “สิทธิเสรีภาพ” หรือเรียกว่า “สิทธิในเสรีภาพ” อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายระหว่างประเทศรับรองไว้ว่าการเดินทาง หรือการเคลื่อนย้าย หรือการเคลื่อนไหว เป็นเสรีภาพส่วนบุคคล บุคคลมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพในการเดินทางโดยอิสระตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น สำหรับสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศซึ่งต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องนั้นจะมีความหมายรวมไปถึงสิทธิในหนังสือเดินทางหรือไม่ ยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน เพราะหากตีความว่าสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศมีความหมายรวมไปถึงสิทธิในหนังสือเดินทางด้วย การออกกฎเกณฑ์เงื่อนไขในการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทางซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศ ย่อมต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อจำกัดเช่นเดียวกับเสรีภาพในการเดินทางที่ได้การรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปณิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง แต่หากตีความว่าหนังสือเดินทางเป็นเพียงเครื่องมืออำนวยความสะดวกในการเดินทางเท่านั้น ไม่ได้เป็นข้อจำกัดอันเป็นการกระทบสิทธิของบุคคล โดยตรงที่จะใช้สิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศ

กฎเกณฑ์เงื่อนไขในการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาหรืออยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อจำกัดเช่นเดียวกับเสรีภาพในการเดินทางซึ่งได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งความเห็นดังกล่าวยังส่งผลไปถึงที่มาแห่งฐานอำนาจของการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง โดยกระทรวงการต่างประเทศเป็นส่วนราชการของฝ่ายบริหารมีอำนาจหน้าที่สำคัญเกี่ยวกับกิจการระหว่างประเทศ ได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545 ออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 มาใช้บังคับ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายที่กระทรวงการต่างประเทศใช้เป็นฐานในการออกกฎหมายจะเห็นได้ว่ากฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545 ข้อ 1 (3) กำหนดให้กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับหนังสือเดินทางและเอกสารการเดินทางให้แก่คนสัญชาติไทย กฎกระทรวงดังกล่าวออกตามความในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2553 โดยมาตรา 8 บัญญัติให้การแบ่งส่วนราชการภายในสำนักงานรัฐมนตรี กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรมให้ออกเป็นกฎกระทรวง และให้ระบุอำนาจหน้าที่ของแต่ละส่วนราชการไว้ในกฎกระทรวงด้วย ไม่มีข้อความใดบัญญัติให้กระทรวงการต่างประเทศมีอำนาจในการออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 การอ้างที่มาแห่งฐานอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งถือเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการวางโครงสร้างของการบริหารราชการแผ่นดิน จึงทำให้เกิดปัญหาว่ากระทรวงการต่างประเทศมีอำนาจในการออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ขึ้นมาใช้บังคับได้หรือไม่

2. ปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 และข้อ 23 ที่กำหนดให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และยกเลิกหนังสือเดินทาง หากปรากฏข้อเท็จจริงที่เข้าหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่ระเบียบกำหนด แต่ไม่มีความชัดเจน โดยเฉพาะกรณีที่กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และยกเลิกหนังสือเดินทาง เมื่อได้รับแจ้งว่าผู้ร้องเป็นผู้ซึ่งกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้ว ซึ่งศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเห็นว่าไม่ควรออกหนังสือเดินทางให้ จากถ้อยคำดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาว่า เมื่อศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ ได้มีหนังสือแจ้งมายังกรมการ

กงสุล กระทรวงการต่างประเทศ เนื่องจากเห็นว่าบุคคลดังกล่าวไม่สมควรออกหนังสือเดินทางให้ กรมการกงสุล โดยพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะพิจารณาข้อเท็จจริงหรือตรวจสอบข้อเท็จจริง หรือมีความเห็นที่แตกต่างไปจากหน่วยงานดังกล่าวได้หรือไม่ อีกกรณี หากศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจมีหนังสือแจ้งมายังกรมการกงสุลขอให้ยกเลิกหนังสือเดินทางอันเนื่องมาจากผู้ร้องกระทำผิดกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติราชการ ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือปิดบังความจริงอันเป็นสาระสำคัญ หรือแสดงเอกสารหลักฐานอันเป็นเท็จ ในการขอหนังสือเดินทาง หรือไม่อยู่ในฐานะที่จะเดินทางไปต่างประเทศ หรือหากเดินทางออกนอกราชอาณาจักรจะเป็นภัยต่อสวัสดิภาพของผู้เดินทางหรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงปลอดภัย หรือชื่อเสียงและเกียรติภูมิของประเทศ จะสามารถทำได้มากน้อยเพียงใด หรือเป็นอำนาจของกรมการกงสุลที่จะพิจารณาได้เอง โดยไม่ต้องมีการร้องขอจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้เมื่อพิจารณาเงื่อนไขการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทางในบางกรณี เช่น กรณีที่ผู้ร้องกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้ว คำว่า “คดีอาญา” ยังไม่มีความชัดเจนว่าเป็นคดีอาญาในความผิดฐานใด หรือเป็นคดีอาญาทุกฐานความผิดที่ศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจยอมที่จะร้องขอไปยังกรมการกงสุลเพื่อไม่ออกหนังสือเดินทางหรือยกเลิกหนังสือเดินทางของบุคคลดังกล่าวได้ทุกกรณี

3. ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองเพื่อมีคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548

การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเมื่อพิจารณาข้อกำหนดในระเบียบดังกล่าว ไม่มีบทบัญญัติใดที่ระบุให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องแจ้งผลของการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง การยกเลิกหนังสือเดินทางให้ผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งได้รับทราบ เพราะเมื่อมีการออกคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง หรือการออกคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง คำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับต่อเมื่อได้มีการแจ้งคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นอกจากนี้ ระเบียบดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดขั้นตอนและวิธีการอุทธรณ์ การยื่นอุทธรณ์คำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง คำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง จึงเกิดปัญหาและมีการโต้แย้ง เพราะในบางกรณีพนักงานเจ้าหน้าที่จะไม่มีการแจ้งคำสั่งให้

ผู้ถูกปฏิเสธหรือยับยั้งคำขออนุญาตหนังสือเดินทาง หรือยกเลิกหนังสือเดินทางทราบ แต่กลับแจ้งไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และสถานทูตต่างๆ ทำให้ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวไม่ทราบว่าตนได้ถูกปฏิเสธหรือยกเลิกหนังสือเดินทาง ผลที่เกิดขึ้นตามมา คือ ผู้ที่ได้รับผลกระทบดังกล่าวจะต้องดำเนินการอุทธรณ์อย่างไร อีกทั้ง ปัญหาในเชิงรูปแบบที่เป็นประเด็นสำคัญอีกอย่างหนึ่งที่พบคือปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขออนุญาตหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 3 ได้บัญญัติให้วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ที่มีได้กำหนดไว้โดยเฉพาะให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ หลักทั่วไปก่อนที่จะเจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองซึ่งอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนดในมาตรา 30 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศเป็นข้อยกเว้นที่ไม่จำเป็นต้องเปิดโอกาสให้มีการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่ง และเมื่อพิจารณาคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขออนุญาตหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางแล้ว จะเห็นได้ว่า คำสั่งดังกล่าวจะอยู่ภายใต้บังคับต้องเปิดโอกาสให้ผู้ถูกปฏิเสธหรือยับยั้ง หรือยกเลิกหนังสือเดินทาง ซึ่งแจ้งข้อเท็จจริงและแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอตามหลักการรับฟังคู่กรณี หรือหากไม่อยู่ภายใต้บังคับของหลักการดังกล่าวแล้ว จะถือว่าเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ด้วยหรือไม่

จากปัญหาที่พบดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรที่จะได้ทำศึกษาถึงแนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ เสรีภาพในการเดินทาง หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทางของต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์ปัญหาและหาแนวทางแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือเดินทางของราชอาณาจักรไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางและสิทธิในหนังสือเดินทาง
2. เพื่อศึกษาหลักเสรีภาพในการเดินทางตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และราชอาณาจักรไทย

3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทางของราชอาณาจักรไทย

4. เพื่อเสนอแนะให้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

จากการศึกษาหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางและสิทธิในหนังสือเดินทาง พบว่า เกิดปัญหาในหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเข้าใจเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยกับสิทธิในหนังสือเดินทาง ขอบอำนาจของกระทรวงการต่างประเทศในการออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 รวมไปถึงบทบัญญัติที่ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และยกเลิกหนังสือเดินทางในบางประเด็นที่ไม่มีความชัดเจน ก่อให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมาย นอกจากนี้ ระเบียบดังกล่าวยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติอันเป็นการกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อมีคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งดังกล่าว และการพิจารณาอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ควรที่จะปรับปรุงแก้ไขระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ให้มีสถานะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อเป็นกฎหมายแม่บทและสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เงื่อนไขการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ขั้นตอน และวิธีการในกระบวนการพิจารณาทางปกครองอันเกี่ยวกับสิทธิของคู่กรณี ผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่ง และการพิจารณาอุทธรณ์ของฝ่ายปกครองไปในคราวเดียวกัน

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาโดยจำกัดขอบเขตเฉพาะหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางและสิทธิในหนังสือเดินทางตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และราชอาณาจักรไทยและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกเพิกถอน

หนังสือเดินทางของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักร สเปน แคนาดา และราชอาณาจักรไทย

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาค้นคว้าวิทยานิพนธ์ในเรื่องนี้เป็นการศึกษาค้นคว้าและวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) ตำรากฎหมาย เอกสารบทความ วิทยานิพนธ์ รายงานวิจัย เอกสารทางวิชาการ เอกสารจากการประชุมสัมมนาทางวิชาการ รวมทั้งจากเว็บไซต์ที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศเพื่อประกอบในการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์ แล้วเรียบเรียงโดยวิธีพรรณนา (Description and Analytical Method)

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงข้อความคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เสรีภาพในการเดินทาง และสิทธิในหนังสือเดินทาง
2. ทำให้ทราบถึงหลักเสรีภาพในการเดินทางตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และราชอาณาจักรไทย
3. ทำให้ทราบผลการวิเคราะห์ถึงปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทางของราชอาณาจักรไทย
4. เพื่อเสนอแนะให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548

บทที่ 2

หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางและสิทธิในหนังสือเดินทาง

มนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรี ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งนามธรรม จะปรากฏออกมาในรูปธรรมในความสามารถของมนุษย์ในอันที่จะกำหนดชะตากรรมของตนได้ และมนุษย์ทุกคนจะมีความสามารถได้อย่างแท้จริงก็ต่อเมื่อแต่ละคนมีแดนของเสรีภาพที่จะคิด กระทำกรใดๆ ได้อย่างอิสระ ปลอดภัยจากการแทรกแซง โดยเฉพาะการแทรกแซงจากใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นรัฐธรรมนูญรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงได้บัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และรับรองการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในด้านต่างๆ ที่มนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องมีและใช้ไปเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพแห่งตนทั้งในกายภาพและในทางจิตใจ ซึ่งเรียกว่าสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน แต่การที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นและได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้มีความหมายเพียงว่ารัฐจะเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพไม่ได้เท่านั้น แต่สามารถที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพภายใต้เงื่อนไขหรือข้อจำกัดตามกฎหมายเพื่อประโยชน์ในอันที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและหรือเพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยการบังคับให้ประชาชนแต่ละคนกระทำการบางอย่าง หรือห้ามกระทำการบางอย่าง ในการศึกษาครั้งนี้จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ดังนี้

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

การศึกษาครั้งนี้จะศึกษาถึงพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของสิทธิและเสรีภาพ ความหมายสิทธิและเสรีภาพ ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ และหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ ดังนี้

2.1.1 พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของสิทธิและเสรีภาพ

พัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ มาจากแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในยุคกลางของยุโรปซึ่งมีการต่อสู้เรียกร้องระหว่างชนชั้นกลางกับพวกขุนนางและกษัตริย์ โดยมีการบังคับให้พวกขุนนางและกษัตริย์ยอมให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพบางประการแก่ตน ชื่อเรียกร้องที่ได้รับการกล่าวถึงกันมากในการต่อสู้ของชนชั้นกลางในปี ค.ศ. 1215 คือ

Magna Carta ซึ่งเป็นข้อตกลงที่เกิดจากการที่พวกขุนนางไม่พอใจพระเจ้าจอห์น ที่มักเก็บภาษีตามอำเภอใจ จึงเกิดการต่อสู้กัน พระเจ้าจอห์นเป็นฝ่ายแพ้จึงยอมลงนามใน Magna Carta โดยมีเนื้อหาว่า พระมหากษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากพวกขุนนางไม่ได้ นอกจากนี้ เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจากศาลของพระมหากษัตริย์ ได้กำหนดในมาตรา 39 ว่า อิศระชนมาอาจจะถูกจับกุม คุมขัง ถูกประหาร หรือถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง เว้นแต่โดยอาศัยพื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย หลังจากนั้น ก็มีเอกสารหลายฉบับซึ่งเกิดจากการที่พระมหากษัตริย์ต้องยอมจำกัดพระราชอำนาจ เช่น ในช่วงพัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยรัฐสมัยใหม่ตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 – 17 ได้ก่อให้เกิดความเข้าใจในสิทธิและเสรีภาพตามความหมายของรัฐสมัยใหม่ ในปี ค.ศ. 1628 สภาขุนนางและสภาสามัญของสหราชอาณาจักรได้ร่วมกันยื่นเอกสารต่อพระเจ้าชาร์ล โดยให้ยอมรับในเอกสารที่เรียกว่า Petition of Right บุคคลจะไม่ถูกบังคับให้เสียภาษีใด ๆ โดยปราศจากความยินยอม บุคคลจะไม่ถูกจำคุกหรือคุมขัง เว้นแต่จะเป็นไปตามกฎหมาย การบังคับให้หาที่อยู่อาศัยและการเลี้ยงดูแก่ทหารบก ทหารเรือจะต้องถูกยกเลิก การสั่งให้ดำเนินการกระบวนพิจารณาโดยกฤษฎีกาการศึกจะต้องถูกเพิกถอนและแสดงว่าเป็นโมฆะจาก Petition of Right ดังกล่าวทำให้ความหมายของเสรีภาพที่มีมาแต่เดิมเปลี่ยนแปลงไป เพราะนับแต่นั้นประชาชนสามารถใช้สิทธิต่าง ๆ ได้ โดยอ้างพระบรมราชโองการที่ยืนยันความมีอยู่แห่งสิทธิ ต่อมาในปี ค.ศ. 1689 รัฐสภาของสหราชอาณาจักรได้ร่างเอกสารที่เรียกว่า Bill of Right สมัยพระเจ้าวิลเลียมและพระนางแมรีให้ความเห็นชอบ เอกสารดังกล่าวมีสาระสำคัญ คือ อำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะระงับกฎหมาย หรือการใช้บังคับแห่งกฎหมายโดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย พระมหากษัตริย์จะระงับกฎหมาย หรือยกเลิกการใช้บังคับแห่งกฎหมายก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย พระมหากษัตริย์ไม่มีอำนาจเรียกเก็บเงิน โดยรัฐสภาไม่อนุมัติในเวลาที่บ้านเมืองสงบเรียบร้อย การเกณฑ์ทหารและดำรงไว้ซึ่งกองทหารประจำการโดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาย่อมกระทำไม่ได้ และเสรีภาพในการพูดและอภิปรายหรือการดำเนินการในรัฐสภาจะนำมาฟ้องร้องหรือสอบสวนในศาลหรือในสถานที่อื่นใดนอกจากรัฐสภาไม่ได้ การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาจะต้องเป็นไปโดยเสรี³

ในช่วงศตวรรษที่ 16 – 17 ได้เกิดแนวคิดต่างๆ อาทิ ทฤษฎีสัญญาประชาคมและแนวความคิดแบบมนุษยนิยม เป็นแนวความคิดที่มีบทบาทสำคัญในยุคนั้น และมีอิทธิพลต่อ John Milton ซึ่งได้เรียกร้องสิทธิต่าง ๆ ต่อไปนี้ว่า สิทธิที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน กล่าวคือ สิทธิในชีวิตและร่างกาย (die Rechte auf leben) กรรมสิทธิ์ (Eigentum) เสรีภาพ (Freiheit) เสรีภาพ

³ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.35-36.

ในทางศาสนาและในทางความเชื่อ (Religions und Gewissensfreiheit) เสรีภาพในการพูด (Redefreiheit) และเสรีภาพของหนังสือพิมพ์ (Pressefreiheit) แนวความคิดดังกล่าวนำไปสู่ข้อตกลงของประชาชน (Agreement of the people) ข้อตกลงดังกล่าวรัฐจะต้องถูกจำกัดอำนาจรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับเสรีภาพในทางศาสนาและความเชื่อ เสรีภาพในการถูกบังคับให้เข้าร่วมในสงคราม การนิรโทษกรรมสำหรับผู้ที่มีความเห็นต่างทางการเมือง ความเสมอภาค การแทรกแซงในกรรมสิทธิ์จะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำดังกล่าว สิทธิ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ไม่อาจถูกละเมิดได้ นอกจากนี้ บุคคลที่มีความสำคัญอีกคนคือ John Lock (ค.ศ. 1632 - 1704) ได้เขียนหนังสือ “Two Treaties on Civil Government” โดยเห็นว่า ชีวิต (Leben) เสรีภาพ (Freiheit) และกรรมสิทธิ์ (Eigentum) เป็นสิทธิที่ติดตัวบุคคลมาแต่เกิด โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันอย่างเป็นอิสระของบุคคลในสภาวะธรรมชาติ สิทธิดังกล่าวไม่อาจถูกยกเลิกได้โดยสัญญาประชาคม เพื่อให้เกิดหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงได้เรียกร้องให้มีการแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหาร และแนวความคิดดังกล่าวพัฒนาต่อมาโดย Montesquieu (1689 – 1755)⁴

ในศตวรรษที่ 18 แนวความคิดของ John Lock ได้รับการสนับสนุนและพัฒนาโดยนักปรัชญาต่าง ๆ จึงนำไปสู่การประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสหรัฐอเมริกา และในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาประกาศ Bill of Right ของรัฐต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Bill von Virginia ในปี ค.ศ.1776 สำหรับสาธารณรัฐฝรั่งเศส คือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 (La Déclaration des droits de l’homme et citoyen ค.ศ.1789) ซึ่งได้กล่าวถึงความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อสิทธิและเสรีภาพ สิทธิและเสรีภาพมีผลผูกพันต่ออำนาจของรัฐทั้งหมด ประกาศดังกล่าวได้กล่าวถึงเสรีภาพและหลักการสำคัญ เช่น เสรีภาพทั่วไปในการกระทำการ อันเป็นการคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย เสรีภาพในทางศาสนา สิทธิในกรรมสิทธิ์ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักอธิปไตยของปวงชน รวมทั้งแนวความคิดเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพอาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อผลประโยชน์ของมหาชน ซึ่งจากหลักในประกาศสิทธิมนุษยชนมีอิทธิพลต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างสำคัญในศตวรรษที่ 19 - 20 ทั้งในยุโรปเกือบจะทั้งหมดและมีอิทธิพลต่อประเทศต่างๆ ทั่วโลก⁵

⁴ เพิ่งอ้าง, น.37.

⁵ เพิ่งอ้าง, น.38.

พัฒนาการสิทธิและเสรีภาพมีประวัติศาสตร์อันยาวนานมาจนถึงปัจจุบัน หากจะแบ่งพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพออกเป็นช่วง ๆ สามารถแบ่งได้ดังนี้⁶

(1) ช่วงที่หนึ่ง พัฒนาการเกี่ยวกับเสรีภาพในทางศาสนา

พัฒนาการเกี่ยวกับเสรีภาพในทางศาสนาได้ประสบผลสำเร็จเรื่อยมาในช่วงต้นศตวรรษที่ 16 ปัญหาเกิดขึ้นเป็นปัญหาการละทิ้งศาสนาคริสต์ ปัญหาของความสัมพันธ์ระหว่างศาสนากับปรัชญาและวิชาการสมัยใหม่ ก่อเกิดนักปฏิรูป นักปรัชญา และบรรดานักวิชาการซึ่งยึดมั่นในชื่อเสียงของตนอย่างมั่นคง ในช่วงนี้มีความคิดว่ามีเพียงความจริงในศาสนาเพียงอย่างเดียวเท่านั้นที่ไม่อาจจะอดทนต่อความคิดเห็นที่แตกต่างกันได้

(2) ช่วงที่สอง พัฒนาการเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ

ช่วงที่สอง เป็นช่วงของการพัฒนาเศรษฐกิจ ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์ เสรีภาพในการทำสัญญา การประกอบอาชีพ โดยเฉพาะในช่วงศตวรรษที่ 17 ได้เกิดหลักสำคัญอันเป็นหลักการที่มีผลมาจากหลักอธิปไตยของปวงชน นโยบายโดยรวมของรัฐในช่วงนี้จึงต้องเป็นนโยบายที่สร้างความเข้มแข็งในอำนาจทางการเงินของรัฐตามแนวคิดแบบพาณิชยนิยม โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านการค้าต่างประเทศและความพยายามที่จะทำให้ได้ดุลการค้า การส่งสินค้าออกไปต่างประเทศจึงได้รับการสนับสนุนและมีความพยายามจำกัดการนำเข้า เสรีภาพในทางเศรษฐกิจ รวมทั้งหลักความเสมอภาคตามพัฒนาการได้ทำหน้าที่เป็นเงื่อนไขสำหรับการดำเนินการอย่างอิสระของกระบวนการในการกำหนดตนเองของระบบทุนนิยม

(3) ช่วงที่สาม สิทธิและเสรีภาพในทางประชาธิปไตย

สิทธิและเสรีภาพในทางประชาธิปไตย ได้แก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพของหนังสือพิมพ์ เสรีภาพในการชุมนุม และเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สิทธิและเสรีภาพในช่วงนี้เป็นสัญลักษณ์ที่แสดงออกมาเป็นหลักการซึ่งจะทำให้สำเร็จผลได้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ แนวความคิดในช่วงนี้จะเป็นแนวความคิดของฝ่ายเสรีนิยมที่มีลักษณะตรงกันข้ามกับแนวความคิดในทางศาสนาคริสต์ จึงได้มีการเสนอแนวคิดในการให้การศึกษาอบรมโดยเรียกร้องให้เด็กมีหน้าที่ต้องไปโรงเรียน และโรงเรียนที่มีอยู่จะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบอำนาจรัฐที่เป็นกลาง เพื่อตัดอิทธิพลทางศาสนาที่มีต่อโรงเรียน แนวความคิดแบบเสรีนิยมบรรลุเป้าหมายอย่างชัดเจนในการลดบทบาทของแนวคิดในทางศาสนา

⁶ เพิ่งอ้าง, น.39-43.

(4) ช่วงที่สี่ สิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพ

สิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพ หรือเรียกว่า สิทธิขั้นพื้นฐานทางสังคม เกี่ยวกับผลประโยชน์โดยรวมของสังคม ได้แก่ การมีงานทำ การให้หลักประกันสำหรับในอนาคต สุขภาพ อาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย การศึกษา เป็นต้น ได้รับการพัฒนาอย่างชัดเจนในช่วงศตวรรษที่ 19 ซึ่งมีพื้นฐานจากองค์ประกอบหลายประการ สาเหตุประการสำคัญคือการเกิดขึ้นของชนชั้นกรรมมาชีพ อันเป็นผลิตผลของยุคการปฏิวัติอุตสาหกรรมที่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากระบบการผลิตแบบทุนนิยม สภาพการณ์ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดจิตสำนึกของชนชั้นผู้ใช้แรงงานที่ละเล็กทีละน้อย จนในที่สุดผู้ใช้แรงงานได้กลายเป็นชนชั้นที่สามารถทำการกดดันต่ออำนาจรัฐได้

2.1.2 ความหมายของคำว่าสิทธิและเสรีภาพ

ปัจจุบันคำว่า “สิทธิ (Right)” กับคำว่า “เสรีภาพ (Liberty)” มักจะพบในตำราทางวิชาการ บทความ รวมไปถึงถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งใช้ว่า “สิทธิและเสรีภาพ” หรือ “สิทธิเสรีภาพ” หรือ “สิทธิในเสรีภาพ” แม้จะไม่มีกฎเกณฑ์ใดที่สามารถอธิบายได้ชัดเจนว่า สิทธิและเสรีภาพ คล้ายคลึงหรือแตกต่างกันอย่างไร จนเข้าใจโดยทั่วไปว่าสิทธิและเสรีภาพ มีความหมายเดียวกัน แต่ทั้งสองคำมีความหมายคล้ายคลึงกันและแตกต่างกันอยู่ด้วย ในการศึกษาคำนี้จึงได้รวบรวมแนวความคิดเห็นของนักวิชาการที่อธิบายคำว่าสิทธิและเสรีภาพไว้ ดังนี้

Thomas Aquinas ได้อธิบายว่า สิทธิเป็นบางสิ่งที่เป็นผลประโยชน์ที่บุคคลพึงมีและเป็นคุณค่าในทางศีลธรรม สิทธิมีความพิเศษในตัวเอง⁷

Thomas Hobbes ได้อธิบายว่า สิทธิเป็นเรื่องธรรมชาติของมนุษย์ที่มนุษย์ทุกคนพึงมี สิทธิในการกระทำทุกอย่างและเห็นว่าสิทธินั้นมีความใกล้เคียงกับเสรีภาพ⁸

Prof. Jean-Pierre THERON ได้อธิบายว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้บุคคลกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น โดยมีหลักอยู่ 3 ประการ คือ เป็นประโยชน์แต่ตัวเจ้าของสิทธิ เมื่อมีสิทธิต้องมีหน้าที่ที่ปฏิบัติตามสิทธินั้น และสิทธิเกิดขึ้นได้ก็โดยแต่อำนาจตามกฎหมายเท่านั้น เพราะเป็นเรื่องของการใช้อำนาจบังคับกับบุคคลอื่น⁹

⁷ ศรีธนา กลิ่นสุคนธ์, “ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในความเสมอภาค:ศึกษาเฉพาะกรณีสิทธิในความเสมอภาคของผู้พ้นโทษในการศึกษาและทำงาน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2554), น.28. อ้างใน ธาริณี มณีรอด, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2559), น.27.

⁸ เพิ่งอ้าง.

⁹ สำนักงานศาลปกครอง, “กลไกการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในฝรั่งเศส.” ในสรุปคำบรรยายของ Prof. Jean-Pierre THERON อาจารย์มหาวิทยาลัยตุลूस 1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส สำนักงานศาลปกครอง, 2554: น.2.

ขุนประเสริฐสุภมาตรา อธิบายว่า สิทธิ หมายถึงอำนาจหรือความสามารถซึ่งกฎหมายรับรองป้องกันให้บุคคลผู้หนึ่งมีอำนาจร้องขอให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ¹⁰

หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า สิทธิเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นในอันที่จะต้องปฏิบัติการให้เป็นไปตามประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ รวมถึงมีหน้าที่ที่จะไม่รบกวนต่อสิทธิหรือหน้าที่ที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดให้เป็นไปตามสิทธิ ทั้งนี้ แล้วแต่ประเภทของสิทธินั้น ๆ ด้วย¹¹

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายว่า สิทธิ หมายถึงอำนาจที่จะให้ผู้อื่นต้องกระทำหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างตามที่เรามีสิทธิอันเป็นการบังคับให้คนอื่นต้องกระทำการตามสิทธิของเรา¹²

อุดม รัฐอมฤต และคณะ ให้ความหมายว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินและบุคคลอื่นหรือเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือหลายคนกระทำการหรืองดเว้นกระทำการบางอย่างเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตน¹³

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้ความหมายว่า สิทธิ คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลหนึ่ง ในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง¹⁴

บรรเจิด สิงคะเนติ ให้ความหมายว่า ตามความหมายทั่วไป สิทธิ คืออำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย ส่วนสิทธิตามรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด ซึ่งการให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐ

¹⁰ ขุนประเสริฐสุภมาตรา, หนังสือว่าด้วยกฎหมายภาคสิทธิ, (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ, 2477), น.1
อ้างใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, “รายงานการวิจัย เรื่อง การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ กรณีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ,” (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548), น.8.

¹¹ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพริก, 2535), น.224.

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น.348.

¹³ อุดม รัฐอมฤต และคณะ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544), น.86.

¹⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.1.

มิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังหมายรวมถึงการให้หลักประกันในทางหลักการซึ่งหมายถึงการมุ่งคุ้มครองต่อสถาบันในทางกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ¹⁵

สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทวณิช อธิบายว่า สิทธิเสรีภาพนั้นมีความแตกต่างกันอยู่ที่สิทธิเป็นประโยชน์ในเรื่องที่บุคคลชอบที่จะเรียกร้องเอาจากบุคคลอื่น หากการเรียกร้องนั้นเป็นการเรียกร้องเอาแก่บุคคลทั่วไปหรือปัจเจกชนก็เป็นสิทธิในทางเอกชน เช่น สิทธิทางแพ่ง ถ้าการเรียกร้องประโยชน์นั้นเป็นการเรียกร้องเอาจากรัฐ สิทธินั้นก็จะเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน หรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือหากพิจารณาถึงวิธีการ สิทธินั้นเป็นสิ่งที่ต้องใช้ เช่น การใช้สิทธิเรียกร้องให้ผู้อื่นชำระหนี้ทางแพ่ง หรือสิทธิในการเลือกตั้งแสดงเจตนารมณ์ทางการเมืองเป็นเรื่องที่ผู้ทรงสิทธินั้นจะต้องดำเนินการบางประการเพื่อใช้สิทธินั้น¹⁶

หากนำหลักการและความคิดดังกล่าวมาประมวลแล้วจะเห็นได้ว่าสิทธิมีลักษณะที่สำคัญที่ตรงกันหลายประการ ดังนี้¹⁷

ประการที่หนึ่ง สิทธิเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิ สิทธิจะเป็นการรองรับให้เจ้าของสิทธิมีอำนาจ สามารถใช้สิทธินั้นได้ หรืออาจจะไม่ใช้สิทธินั้นก็ก็ได้ ในบางกรณีก็อาจจะให้ผู้อื่นใช้สิทธิแทนได้ซึ่งการให้ผู้อื่นใช้สิทธิแทนมักพบในกฎหมายแพ่ง

ประการที่สอง สิทธินั้นเรียกร้องให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของตน กล่าวคือ ถ้าเป็นสิทธิในทางแพ่งจะสามารถเรียกร้องต่อทรัพย์ บุคคลอื่นมีหน้าที่ยอมรับและไม่ละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์อันผู้อื่นมีสิทธิอยู่นั้น หรือเรียกร้องให้บุคคลอื่นดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ หรือในทางกฎหมายมหาชนสิทธินั้นจะเรียกร้องให้รัฐกระทำการหรือไม่กระทำการใดๆ เพื่อตนได้ ทุกกรณีแสดงถึงหน้าที่ที่ผู้อื่นจะกระทำต่อสิทธินั้น

¹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 3*, น.50-51.

¹⁶ พงษ์วิสัย วรรณราช, “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” แท้จริงแล้วเหมือนหรือต่างกันอย่างไร,” บทความทางกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สืบค้นเมื่อวันที่ 11 มกราคม 2560, จาก <http://www.krisdika.go.th>.

¹⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทวณิช, “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ” (รายงานผลการวิจัย ศูนย์ศึกษาการพัฒนาประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.7.

ประการที่สาม สิทธินั้นจะเกิดขึ้นแต่โดยกฎหมายเท่านั้น เนื่องจากสิทธิเป็นเรื่องของอำนาจและหน้าที่ที่จะบังคับต่อบุคคลอื่นของรัฐ โดยปัจเจกชนทั่วไปจะบังคับต่อบุคคลอื่นของรัฐได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายรับรองสิทธิของตน และกำหนดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นเท่านั้น

สำหรับคำว่า “เสรีภาพ” มีนักวิชาการให้ความหมาย ดังนี้

Prof. Jean-Pierre THERON ได้อธิบายว่า เสรีภาพคือสภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของบุคคลใด มีอำนาจเหนือตนเองจะกำหนดวิถีชีวิตของตนเองได้ดังใจปรารถนา¹⁸

วรพจน์ วิสฤตพิชญ์ ได้อธิบายว่า เสรีภาพได้แก่ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น ภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลใดบุคคลหนึ่งย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่เขาไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่เขาไม่ประสงค์จะกระทำ และไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ กล่าวโดยสรุป เสรีภาพ คือ อำนาจของบุคคลตามใจปรารถนา เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง¹⁹

บรรเจิด สิงคะเนติ ให้ความหมายว่า เสรีภาพ หมายถึง อำนาจของบุคคลมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจกระทำการ หรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น เสรีภาพจึงไม่ก่อให้เกิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นแต่อย่างใด²⁰

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ให้ความหมายว่า เสรีภาพ คือ อำนาจที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งก่อให้เกิดหน้าที่เชิงปฏิเสธแก่ผู้อื่นที่จะเข้ามารบกวนการใช้อำนาจและในทำนองเดียวกันก็ก่อให้เกิดหน้าที่ให้เราไม่สามารถเข้าไปรบกวนการใช้อำนาจเลือกประพฤติปฏิบัติของผู้อื่น²¹

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ให้ความหมายว่า ในมุมมองเสรีภาพทางภาษาศาสตร์ คือ เสรีของบุคคลที่ไม่ขึ้นต่อผู้หนึ่งผู้ใด และเป็นอำนาจหรือมีอำนาจที่จะทำตามความประสงค์ของตนเอง มีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่ไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่ไม่ประสงค์จะกระทำ หรือถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่เขาประสงค์จะกระทำ ส่วนความหมายของเสรีภาพในบริบทของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าเป็นเสรีภาพมหาชน (Liberté Publique) ที่ปรากฏทั้งในกฎหมายเอกชนและมหาชน หรือเรียกว่าเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมือง²²

¹⁸ สำนักงานศาลปกครอง, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 9*, น.2.

¹⁹ วรพจน์ วิสฤตพิชญ์, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 14*, น.40-41.

²⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 3*, น.51-52.

²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 12*, น.348.

²² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,

สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมทวณิช ให้ความหมายว่า เสรีภาพ คือประโยชน์ในลักษณะที่บุคคลจะกระทำการใด ๆ โดยไม่ถูกบังคับหรืออยู่ภายใต้อาณัติ อันเป็นสิ่งที่ไม่ต้องเรียกร้องหรือดำเนินการเพื่อใช้ แต่เสรีภาพนั้นจะส่งผลให้บุคคลผู้ทรงเสรีภาพนั้นปลอดภัยจากการถูกบังคับให้กระทำหรือไม่กระทำการอยู่แล้วตลอดเวลาที่ยังมีเสรีภาพนั้นคุ้มครองอยู่²³

จากความหมายของคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ดังกล่าว สิทธิกับเสรีภาพมีความคล้ายคลึงกันและแตกต่างกัน คล้ายคลึงกันในแง่อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครอง แต่อำนาจดังกล่าวนี้มีความแตกต่างกันตรงที่สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์กับบุคคลอื่น โดยการเรียกร้องให้บุคคลอื่นงดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตน แต่เสรีภาพเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่กระทำในสิ่งที่ตนปรารถนาจะทำหรือไม่ทำโดยไม่จำเป็นต้องเรียกร้อง แม้จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่น หน้าที่นั้นเป็นเพียงหน้าที่ที่จะต้องละเว้นจากการกระทำใดๆ ที่เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของบุคคลเท่านั้น

ปัจจุบันได้มีการใช้คำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” รวมๆ กันไป เช่นเรียกว่า บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์แต่ละคนพึงมีในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ เรียกว่า “สิทธิมนุษยชน (Human Rights)” สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เรียกบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้แก่บุคคลรวมๆ กัน เรียกว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Constitutional Rights)” แต่พึงระลึกเสมอว่าสิ่งที่เรียกว่าสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน นั้น ส่วนใหญ่หาใช้สิทธิโดยแท้ซึ่งเป็นอำนาจของบุคคลที่จะเรียกร้องให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างโดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตนไม่ แต่จะเป็นสิทธิในเสรีภาพ (Right of Liberty) คือเป็นอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะกระทำการต่างๆ โดยปราศจากการรบกวนขัดขวางของรัฐ²⁴ ซึ่งล้าหลังเสรีภาพไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น เช่นเสรีภาพในการนับถือศาสนา บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการนับถือศาสนาหรือไม่นับถือศาสนา ในแง่นี้มิได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น แต่หากกล่าวถึงสิทธิในเสรีภาพในหมายความที่ว่าบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่ใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญรับรอง ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่นที่จะไม่ไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลอื่น กล่าวโดยสรุป เสรีภาพย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นที่จะไม่เข้าไปรบกวนการใช้อำนาจในการกระทำหรือไม่กระทำของบุคคลนั้น จริงอยู่การที่กฎหมายรับรองเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่บุคคลย่อมมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่นด้วยเหมือนกัน แต่หน้าที่ที่เกิดขึ้นแก่ผู้อื่นอันเนื่องมาจากการที่กฎหมายรับรองเสรีภาพให้แก่บุคคลคนหนึ่งนี้เป็นแต่เพียงหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของเขา ผู้ทรงเสรีภาพคงมีอำนาจตามกฎหมายแต่เพียงที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นละเว้นจากการรบกวนขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น หากได้มีอำนาจตาม

²³ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมทวณิช, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17*, น.7.

²⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14*, น.24.

กฎหมายที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการใช้เสรีภาพของตน หรือเอื้ออำนวยให้ตนใช้เสรีภาพได้สะดวกขึ้นไม่²⁵

สิทธิและเสรีภาพยังไม่มีเกณฑ์ในการแบ่งแยกที่ชัดเจน อีกทั้งบุคคลที่เป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพเองก็ยังไม่ค่อยให้ความสนใจในเรื่องดังกล่าวเท่าใดนัก มักจะมองในประเด็นที่ว่ามิใครมาได้แย่งสิทธิและเสรีภาพของตนหรือไม่เท่านั้น อย่างไรก็ตาม การที่กำหนดให้ชัดเจนว่าสิ่งที่กฎหมายรับรองให้ห็นั้นเป็นสิทธิ หรือเป็นเสรีภาพ ก็นับว่าเป็นประโยชน์ไม่น้อย ทั้งนี้ โดยอาศัยเกณฑ์ในการแบ่งที่สำคัญคืออำนาจบังคับ ซึ่งทำให้ผู้ทรงสิทธิและผู้ทรงเสรีภาพทราบได้ว่าในกรณีใดที่เขามีอำนาจบังคับให้บุคคลอื่นต้องกระทำการเพื่อรองรับการใช้สิทธิของตนได้ และในกรณีใดที่เขามีเพียงอิสระที่จะกระทำการแต่ไม่มีอำนาจบังคับให้บุคคลอื่นกระทำการใดให้เป็นประโยชน์แก่ตน²⁶ ซึ่งหากพิจารณาหมายความว่าบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่นที่จะไม่ไปละเมิดการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลอื่น เสรีภาพจึงเป็นอำนาจตามกฎหมายในอันที่จะกระทำการต่างๆ โดยปราศจากการขัดขวางของรัฐซึ่งเรียกว่า “สิทธิในเสรีภาพ (Right of Liberty)”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว เห็นได้ว่าบางเรื่องกำหนดให้เป็นสิทธิ แต่ในบางเรื่องกำหนดให้เป็นเสรีภาพ โดยมีข้อสังเกตว่าเรื่องใดที่เกี่ยวข้องกับความเป็นมนุษย์โดยแท้เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นอันเนื่องจากการที่บุคคลนั้นมีความเป็นมนุษย์ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่กำเนิด โดยเป็นสิ่งที่มียู่แล้วก่อนที่ความเป็นรัฐจะเกิดขึ้นซึ่งแม้แต่รัฐเองก็ไม่สามารถลบสิ่งนั้นจากบุคคลผู้เป็นเจ้าของได้ เช่น สิทธิในชีวิตร่างกายหรือทรัพย์สินของบุคคล รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้เป็นสิทธิเสมอ ไม่กำหนดให้เป็นเสรีภาพ เนื่องจากสิ่งที่กฎหมายต้องการรับรองให้เป็นสิทธินั้นมีความสำคัญเกี่ยวข้องกับบุคคลโดยตรง มีผลกระทบกับผู้ทรงสิทธิเป็นอย่างมาก และการที่กำหนดให้เป็นสิทธินั้นก็ก่อให้เกิดอำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้ รวมทั้งบุคคลอื่นก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสิทธิตนเช่นกัน ทำให้สิ่งที่กฎหมายประสงค์จะคุ้มครองเกิดผลใช้บังคับได้จริง ในขณะที่เสรีภาพส่วนใหญ่เป็นอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดที่เป็นประโยชน์แก่ตน อาจจะมองในแง่หนึ่งว่าเป็นการพัฒนาบุคลิกภาพของตนอย่างอิสระ ซึ่งเสรีภาพหลายๆ ประการเป็นเสรีภาพที่เกิดขึ้นมาภายหลังจากที่มีรัฐเกิดขึ้นแล้วมิใช่เป็นเสรีภาพที่มีมาแต่ดั้งเดิม เช่น เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม เสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมือง ในขณะที่อีกส่วนหนึ่งเป็นเสรีภาพที่มีมาแต่เดิมพร้อมกับความเป็นมนุษย์ก่อนที่จะมีรัฐเกิดขึ้น เช่น เสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการ

²⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3*, น.53-54.

²⁶ พงษ์วิไล วรณราช, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16*, น.9.

เดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ ซึ่งโดยสภาพแล้วสิ่งที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเสรีภาพนั้น เป็นเรื่องของการแสดงออกเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตนไม่ได้มีผลกระทบกับสวัสดิภาพของความเป็นมนุษย์โดยตรง ดังนั้น จึงรับรองให้เป็นเสรีภาพ เป็นการรับรองเพื่อไม่ให้บุคคลอื่นเข้ามา ก้าวล่วงหรือขัดขวางการใช้เสรีภาพของตนเท่านั้น แต่ไม่ถึงขนาดจะกำหนดให้อำนาจในการบังคับ ให้บุคคลอื่นกระทำการเพื่อให้เป็นประโยชน์แก่ตนได้²⁷

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองสิทธิ และเสรีภาพไว้หลายประการ ทั้งที่บัญญัติว่าเป็นสิทธิ เสรีภาพ หรือ สิทธิและเสรีภาพ ดังนี้

กรณีบัญญัติว่าเป็นสิทธิ เช่น สิทธิในความเป็นส่วนตัว เกียรติยศชื่อเสียง และครอบครัว (มาตรา 32) สิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก (มาตรา 37) สิทธิของบุคคลและชุมชนในการ รับทราบข้อมูลของสาร การเสนอเรื่องร้องทุกข์ และการฟ้องหน่วยงานของรัฐ (มาตรา 41) สิทธิ ของบุคคลและชุมชนในการอนุรักษ์ ฟื้นฟู ส่งเสริมภูมิปัญญา ศิลปวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม ประเพณี (มาตรา 43) สิทธิผู้บริโภค (มาตรา 46) สิทธิได้รับการบริการสาธารณสุข (มาตรา 47) สิทธิของมารดาในช่วงระหว่างก่อนและหลังคลอด (มาตรา 48)

กรณีบัญญัติว่าเป็นเสรีภาพ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา (มาตรา 31) เสรีภาพ ในเคหสถาน (มาตรา 33) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และเสรีภาพในทางวิชาการ (มาตรา 34) เสรีภาพในการเสนอข่าวสารของผู้ประกอบวิชาชีพ สื่อสารมวลชน (มาตรา 35) เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร (มาตรา 36) เสรีภาพในการเดินทางและ เลือกถิ่นที่อยู่ (มาตรา 38) เสรีภาพในการประกอบวิชาชีพ (มาตรา 40) เสรีภาพในการรวมกันเป็น สมาคม สหกรณ์ สหภาพ องค์กร หรือหมู่คณะอื่น (มาตรา 42) เสรีภาพในการชุมนุม (มาตรา 44) เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมือง (มาตรา 45) นอกจากนี้ ยังมีบางกรณีที่จะนับว่าเป็นสิทธิ และเสรีภาพ เช่น สิทธิและเสรีภาพในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (มาตรา 27) สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย (มาตรา 28)

สิทธิในเสรีภาพ ในทางคำราและเอกสารทางวิชาการ และบทบัญญัติกฎหมายของไทย ยังไม่ปรากฏชัดเจน แต่หากจะพิจารณาคำราทางวิชาการรวมไปถึงบทบัญญัติของกฎหมาย ในต่างประเทศจะพบว่า มีการใช้คำว่าสิทธิในเสรีภาพ เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ พลเมืองและสิทธิทางการเมือง จะปรากฏคำว่าสิทธิในเสรีภาพในหลายๆ ข้อ อาทิ ข้อ 12 (1) เกี่ยวกับเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย (Freedom of Movement) “บุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของรัฐใด โดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย และเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายใน ดินแดนของรัฐนั้น”

²⁷ พงษ์วิไล วรณราช, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16*, น.12.

2.1.3 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

จากที่กล่าวมาแล้วว่าสิทธิและเสรีภาพมีทั้งในส่วนที่คล้ายคลึงกันและแตกต่างกัน ซึ่งยังไม่มีกฎเกณฑ์ที่ชัดเจน ในการพิจารณาแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพจึงได้พิจารณาไปในคราวเดียวกันทั้งสิทธิและเสรีภาพซึ่งอาจแบ่งได้ในหลายลักษณะ ในการศึกษาครั้งนี้ได้ศึกษาโดยแบ่งประเภทสิทธิและเสรีภาพจากผู้ทรงสิทธิหรือต้นกำเนิดของสิทธิและเสรีภาพ และการแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธิ ดังนี้

(1) สิทธิและเสรีภาพจากผู้ทรงสิทธิ

การจำแนกสิทธิและเสรีภาพ โดยพิจารณาจากผู้ซึ่งได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะคุ้มครอง แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

สิทธิมนุษยชน (Human Right, Menschenrechte, Jedermann-rechte) สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะคุ้มครองแก่ทุกๆ คน โดยมีได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนสัญชาติใด เชื้อชาติใด ศาสนาใด หากบุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตอำนาจรัฐที่ใช้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้น บุคคลนั้นย่อมได้รับการคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้นๆ ด้วย²⁸ เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร

สิทธิของพลเมือง (Citizen Rights, Buergerrechte) สิทธิพลเมือง คือสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น เช่น ตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดให้สิทธิในทางการเมือง เสรีภาพในการประกอบอาชีพ การเลือกถิ่นที่อยู่ เสรีภาพในการชุมนุม เป็นสิทธิของชาวเยอรมันเท่านั้น²⁹

(2) สิทธิและเสรีภาพตามเนื้อหาของสิทธิ

เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพ เราอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 7 ประเภท คือ³⁰

ประเภทที่หนึ่ง สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล เช่น สิทธิในความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นอยู่ส่วนตัว เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร

ประเภทที่สอง สิทธิและเสรีภาพในทางความคิดและการแสดงความคิดเห็น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา นิกายศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา

²⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.64.

²⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น.65.

³⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 12*, น.33-43.

ประเภทที่สาม สิทธิและเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ เช่น สิทธิในทรัพย์สินและสิทธิในการสืบมรดก สิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรมในกรณีที่ต้องสละทรัพย์สินถูกเวนคืน

ประเภทที่สี่ สิทธิและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม เช่น เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน หรือหมู่คณะอื่น

ประเภทที่ห้า สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง เช่น เสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมือง สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

ประเภทที่หก สิทธิที่จะตรวจสอบการกระทำของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น สิทธิของบุคคลในอันที่จะได้รับทราบข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในความครอบครองของหน่วยราชการ สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น ตลอดจนสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าว

ประเภทที่เจ็ด สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน เช่น บทบัญญัติที่รับรองว่าบุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

2.1.4 หลักประกันการใช้สิทธิและเสรีภาพตามกฎหมาย

การยอมรับในสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะมีความหมายก็ต่อเมื่อมีการวางกลไกและหลักประกันการใช้สิทธิและเสรีภาพดังกล่าว แม้รัฐมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่รัฐก็มีอำนาจที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ ดังนั้น การใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ย่อมต้องมีหลักประกันในการใช้สิทธิดังกล่าว ฉะนั้น บทบัญญัติของกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองจึงถือเป็นหลักประกันการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการยอมรับจากกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ³¹

รัฐธรรมนูญจะเป็นแหล่งแรกที่พบบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งแต่ละประเทศก็จะมีวิธีการแตกต่างกันออกไปในการบัญญัติถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญ บางประเทศอาจจะกำหนดไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส บางประเทศมีการแยกไว้เป็นภาคหรือหมวดว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพไว้ต่างหากจากบทอื่นๆ³²

³¹ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง,” เอกสารจากการประชุมใหญ่ทางวิชาการ ครั้งที่ 7 ของสมาคมศาลปกครองสูงสุคนานาชาติ ที่กรุง Dakar Senegal ระหว่างวันที่ 22-26 เมษายน 2001, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 1, ฉบับที่ 3, น.66, (ก.ย.- ธ.ค. 2544).

³² เท็งฮ้าง.

ข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐให้สัตยาบันแล้วได้มีข้อกำหนดยอมรับและประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่สำคัญ ๆ ไว้ กฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นแหล่งที่มาสำคัญในเรื่องของสิทธิมนุษยชน หรืออาจกล่าวได้ว่ามีการทำให้สิทธิมนุษยชนเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศไปแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศได้รับการคุ้มครองโดยองค์กรระหว่างประเทศ และบ่อยครั้งที่ได้รับการคุ้มครองโดยศาลในแต่ละประเทศ ซึ่งเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างประเทศสมาชิก การให้สัตยาบันแก่ข้อตกลงระหว่างประเทศทำให้ประเทศสมาชิกมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ผู้ได้รับความเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศและกฎหมายภายในจึงสามารถยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้³³

อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศยังมีแนวคิดทฤษฎีที่แตกต่างกัน โดยพิจารณาออกเป็นสามความคิด ดังนี้³⁴

(1) ทฤษฎีเอกนิยม (Monism) เป็นทฤษฎีที่สนับสนุนว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่ผลใช้บังคับได้โดยตรงในระเบียบกฎหมายของรัฐต่างๆ ก็เพราะความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นความสัมพันธ์ที่ต่างเกี่ยวพันกันและสามารถอยู่ในระบบกฎหมายเดียวกัน ได้ซึ่งใช้กับบุคคลในบังคับของกฎหมายและมีบ่อเกิดกฎหมายในลักษณะที่เกิดจากระบบกฎหมายนั่นเอง มิได้เกิดจากเจตจำนงของรัฐต่าง ๆ แต่เพียงอย่างเดียว กฎหมายระหว่างประเทศจะใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาได้โดยไม่ต้องแปลงกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายใน โดยผ่านกระบวนการขั้นตอนต่างๆ ตามกฎหมายภายในรัฐของตน และเมื่อเกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเช่นนี้ก็จำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ใดที่อยู่เหนืออีกอันหนึ่ง

นักกฎหมายพวกเอกนิยม ต่างมีความเห็นต่างกัน คือ พวกที่เห็นว่ากฎหมายภายในอยู่เหนือกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น Zorn, Kaufmann, Wenzel และพวกเห็นว่ากฎหมายระหว่างประเทศอยู่เหนือกฎหมายภายใน เช่น Hans Kelsen อธิบายว่า กฎเกณฑ์ต่างๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศสมมุติฐานซึ่งสูงสุดบนยอดพีระมิดของกฎหมายทั้งหมดนั้น เป็นโครงสร้างอันเดียวกันและต่างมีลำดับชั้นของกฎหมายรองรับซึ่งกันและกัน ในแง่นี้กฎหมายภายในย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เราอาจเรียกทฤษฎีนี้ว่า เป็นพวกเอกนิยมด้านกฎเกณฑ์แบบแผน (Normative Monism)

³³ เพิ่งอ้าง.

³⁴ ออร์กานต์ บุญสุทธิ, “การเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับกฎหมายพาณิชย์นาวีและแนวทางการตรากฎหมายเพื่ออนุวัติการของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น.17-23.

(2) ทฤษฎีทวินิยม (Dualism) กฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศถือเป็นกฎหมายแต่อยู่ต่างระบบกัน มิได้ขึ้นต่อกัน ไม่มีกฎหมายใดอยู่ในฐานะที่เหนือกว่า เมื่อมีการขัดกันจึงต้องถือว่ากฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศต่างมีผลสมบูรณ์ใช้ได้ทั้งคู่ กฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันและใช้กับความสัมพันธ์ที่แตกต่างกัน รวมทั้งใช้บังคับกับบุคคลในบังคับของกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายระหว่างประเทศย่อมไม่ใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาที่อยู่ในกรอบของกฎหมายภายใน ยกเว้นจะเป็นเรื่องเฉพาะที่เป็นข้อยกเว้นของกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลภายในของประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยมว่ามีการขัดกันระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้น ศาลของประเทศนั้นก็พิพากษาไปตามกฎหมายภายในของตน แม้จะเป็นผลทำให้เกิดละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารต้องหาทางแก้ไขเอง หรือรัฐนั้นต้องมีความรับผิดชอบและต้องชดใช้ค่าเสียหาย

(3) ทฤษฎีประสาน (Coordination Theory เป็นทฤษฎีที่ Prof. Rouss Fitzmaurice และ Prof. Rouss Rousseau อธิบายว่า กฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นกฎหมายที่ต่างมีความสมบูรณ์ของตนเอง มิได้ขึ้นตรงต่อกันและมีมิได้เป็นกฎหมายระบบเดียวกัน เป็นเสมือนกับกฎหมายของราชอาณาจักรกับกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ต่างก็เป็นกฎหมายด้วยกันทั้งคู่ ไม่มีกฎหมายใดอยู่เหนือกฎหมายใด หากเกิดการขัดแย้งขัดกันแห่งกฎหมาย ก็เป็นเรื่องของกฎหมายขัดกัน หากรัฐปฏิบัติกฎหมายภายในโดยฝ่าฝืนพันธกรณีระหว่างประเทศแล้ว กฎหมายในรัฐย่อมมีความสมบูรณ์ไม่ได้ขึ้นอยู่กับกฎหมายระหว่างประเทศ

ในประเทศที่ยึดถือทฤษฎีทวินิยม เช่น สหราชอาณาจักร และราชอาณาจักรไทย สนธิสัญญาที่ย่อมไม่ถือเป็นกฎหมายที่คู่ความหรือศาลจะหยิบยกขึ้นมาเป็นกฎหมายแก่กรณีได้ จึงต้องแปลงสภาพจากกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศมาบังคับใช้ด้วยการตราเป็นพระราชบัญญัติ จึงจะสามารถบังคับใช้เป็นกฎหมายในรัฐได้ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 มีผลให้อนุสัญญาในฐานะที่ใช้ได้ประเทศไทยในฐานะเดียวกับพระราชบัญญัติ

ผู้ศึกษาเห็นว่า หากพิจารณาในแง่ที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศในบางเรื่องจำเป็นที่จะต้องมีการแปลงก่อนนำมาบังคับใช้ เช่น สนธิสัญญาต่างๆ ในบางเรื่องหากมีความสำคัญและจำเป็นต่อการนำมาใช้กับกฎหมายภายในประเทศ ศาลก็อาจหยิบยกมาใช้ในฐานะกฎหมายจารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไปได้ เช่น กรณีที่นายกองค์การบริหารส่วนตำบล (ผู้ถูกฟ้องคดี) มีคำสั่งลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการโดยไม่เพิกถอนคำสั่งลงโทษเดิม จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่าบุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.7/2557)

2.2 หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

หลักการพื้นฐานของบรรดารัฐเสรีประชาธิปไตยในประเทศภาคพื้นยุโรปและประเทศในทวีปอเมริกา มีหลักการที่สำคัญ 2 หลักการ ซึ่งเป็นพื้นฐานในการจัดองค์กรของรัฐเสรีประชาธิปไตย คือ หลักประชาธิปไตย และหลักนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรม ซึ่งสาระสำคัญของหลักการทั้งสองในแต่ละประเทศจะมีลักษณะที่คล้ายๆ กัน แต่อาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน หลักการทั้งสองเป็นหลักที่อาศัยเกื้อกูลซึ่งกันและกัน หากปราศจากหลักใดหลักหนึ่ง ก็ไม่อาจทำให้อีกหลักหนึ่งดำรงอยู่ได้อย่างมั่นคง กล่าวคือ หากมีแต่หลักประชาธิปไตยโดยปราศจากหลักนิติรัฐ อาจนำไปสู่ประชาธิปไตยแบบเผด็จการได้ ในขณะที่เดียวกันหากมีแต่หลักนิติรัฐโดยปราศจากหลักประชาธิปไตยก็อาจทำให้ระบบการปกครองนั้นปกครองโดยคนจำนวนน้อย³⁵ นอกจากนี้ หลักรัฐเสรีประชาธิปไตยยังมีความสัมพันธ์กับสิทธิและเสรีภาพ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในแต่ละประเทศนั้นด้วย ในการศึกษาครั้งนี้ จะศึกษาเฉพาะแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ และแนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางและสิทธิในหนังสือเดินทาง ดังนี้

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) หรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law)³⁶ เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่างๆ ของรัฐได้อย่างมี

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, “ความสัมพันธ์ระหว่างหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติธรรม (นิติรัฐ),” (รายงานการศึกษาส่วนบุคคล หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 4 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2559), น. 1.

³⁶ “นิติรัฐ (Rechtsstaat)” มีต้นกำเนิดมาจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การปกครองโดยกฎหมายมิใช่การปกครองโดยอำเภอใจของผู้ปกครอง ประเทศที่เป็นนิติรัฐ จึงต้องมีกฎหมายเป็นหลักในการปกครองประเทศ ผู้ปกครองประเทศจะกระทำการใด ๆ หรือดำเนินการใด ๆ ได้ต้องมีกฎหมายรองรับ จะกระทำอะไรตามอำเภอใจไม่ได้ หลักนิติรัฐจึงมีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ให้หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ประชาชน อย่างไรก็ตาม หลักนิติรัฐมิได้มีความหมายหยุดยั้งแค่นี้ นิติรัฐยังพัฒนารวมความขยายความถึงหลักที่ว่ากฎหมายต้องยืนอยู่บนหลักเหตุผล หลักเสมอภาค หลักห้ามมีผลย้อนหลังเอาโทษกับบุคคล หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ฯลฯ

ส่วนคำว่า “นิติธรรม (The Rule of Law)” มีต้นกำเนิดมาจากสหราชอาณาจักร แม้สหราชอาณาจักรจะยอมรับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาในการออกกฎหมาย แต่ไม่ใช้รัฐสภาจะออกกฎหมายอย่างไรก็ได้ กฎหมายที่ออกจะต้องเป็นกฎหมายที่ตั้งอยู่บนหลักนิติธรรมด้วย หลักนิติธรรมจึงมีหลักการพื้นฐานที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครองเช่นเดียวกัน และทำนองเดียวกับหลักนิติรัฐ หลักนิติธรรมยังหมายถึงบุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกันภายใต้กฎหมาย กฎหมายต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจน ใช้เป็นการทั่วไป กฎหมายต้องมุ่งใช้ไปในอนาคตไม่มีโทษย้อนหลัง มีการบังคับใช้โดยเสมอภาค มีหลักประกันในความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ฯลฯ

ประสิทธิภาพที่สุด ดังนั้น ปญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน จึงได้ประกาศในคำปรารภว่า “เพื่อป้องกันมิให้มนุษย์จำต้องก่อการจลาจลขึ้นในฐานะที่เป็นวิถีทางสุดท้ายในการต่อต้านทรราชย์ และการกดขี่ข่มเหง จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องประกันสิทธิมนุษยชน โดยอาศัยหลักนิติธรรม” นอกจากนี้หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม ยังมีความสัมพันธ์กับหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอย่างใกล้ชิด ถึงขนาดกล่าวกันว่า การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริงจะมีขึ้น และดำรงอยู่ตลอดไปไม่ได้โดยปราศจากหลักนิติรัฐ และเฉพาะแต่ละรัฐที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยเท่านั้นจึงจะควรค่าแก่การเรียกว่านิติรัฐ³⁷

รัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ หลักนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรม มีสาระสำคัญประกอบไปด้วย หลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (The Principle of the Legality of Administrative Action) และหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (The Principle of the Constitutionality of Legislation)³⁸ นอกจากนี้หลักการพื้นฐานดังกล่าวแล้ว การที่จะพิจารณาว่าการกระทำทางปกครองใดชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้นั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ จำต้องมีองค์การเข้ามาตรวจสอบของการกระทำดังกล่าว ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

2.2.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (The Principle of the Legality of Administrative Action) มีความหมายว่า ฝ่ายปกครอง (Administration) ซึ่งได้แก่ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของรัฐบาล (Government) จะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชน แม้การกระทำนั้น ๆ จะเป็นการไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น³⁹ ผลบังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในความหมายที่ว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งก็ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น จึงมีอยู่ก่อนที่จะจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรคนใดคนหนึ่ง ด้วยการบังคับให้เขากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือห้ามมิให้เขากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แล้วแต่กรณี ฝ่ายปกครองจะต้องถามตนเองว่า มีกฎหมายฉบับใด มาตราใดให้อำนาจตน

³⁷ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, *อ้างแล้ว* เซึ่งอรรถที่ 14, น.65.

³⁸ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, *อ้างแล้ว* เซึ่งอรรถที่ 14, น.66.

³⁹ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์, *อ้างแล้ว* เซึ่งอรรถที่ 14, น.67-68.

กระทำการเช่นนั้นหรือไม่ ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองจะต้องละความตั้งใจที่จะกระทำการเช่นนั้น ด้วยเหตุนี้ กฎหรือคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ จึงเริ่มต้นด้วยข้อความที่ว่า “อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ... แห่งพระราชบัญญัติ ...” ซึ่งเป็นการยืนยันว่ามีอำนาจตามกฎหมายที่จะออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ได้นั่นเอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในความหมายที่ว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น แสดงให้เห็นว่า กฎหมายเป็นทั้ง “แหล่งที่มา (Source)” และ “ข้อจำกัด (Limitation)” ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง กฎหมายมีอยู่ด้วยกันหลายประเภท แต่ละประเภทก็ยังมีหลายรูปแบบ ปัญหาที่จะต้องพิจารณากันต่อไปจึงมีว่า กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ หมายถึงกฎหมายรูปแบบใดบ้าง และกฎหมายที่จำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองได้แก่กฎหมายรูปแบบใดบ้าง⁴⁰ จึงควรศึกษากฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาและที่เป็นข้อจำกัดของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยสังเขป กล่าวคือ

(ก) กฎหมายเป็นแหล่งที่มาของอำนาจของการกระทำฝ่ายปกครอง

กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร โดยปกติแล้วจะได้แก่ พระราชบัญญัติ (ซึ่งหมายความรวมถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วย) และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น ส่วนกฎหมายลำดับรอง หรือ อนุบัญญัติ หรือ กฎ (Subordinate Legislation) ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ก็อาจให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้เช่นกัน แต่กฎหมายลำดับรองเหล่านี้แท้ที่จริงแล้วคือการกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง และจะออกมาใช้บังคับได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น การกล่าวว่ากฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง โดยปกติแล้วได้แก่ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำกล่าวที่คลาดเคลื่อนหรือขัดต่อสภาพการณ์ทางกฎหมายได้เลย ที่กล่าวว่ากฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ได้แก่ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดนั้น ก็เป็นการ

⁴⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 14, น.72-78.

ตีความตาม “หลักการแบ่งแยกอำนาจ และ “หลักการปกครองอันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยนั่นเอง⁴¹

หลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นหลักการจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตย (Organization of Sovereignty) ย่อมเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปแล้วว่า อำนาจอธิปไตยภายในรัฐต่าง ๆ อาจใช้กระทำการได้ 3 ประเภท คือ การนิติบัญญัติ (Legislative Function) การบริหาร (Executive Function) และการตุลาการ (Judicial Function) การจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ หมายถึง การกระจาย (Distribution) การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐกระทำการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรเป็นผู้ใช้แยกต่างหากจากกัน โดยแต่ละองค์กรต่างก็ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตนอย่างเป็นอิสระไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบัญชาขององค์กรอื่น ป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจอธิปไตยรวมศูนย์ (Concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่เพียงแห่งเดียว ทั้งนี้เพราะเมื่อใดก็ตามที่การใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการไปรวมศูนย์อยู่ที่บุคคลคนเดียว หรือบุคคลคณะเดียว มักจะมัวเมาในอำนาจและมักจะใช้อำนาจอย่างสุดโต่งเสมอ ดังนั้น ถ้าหากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารมารวมกันอยู่ในตัวบุคคลเดียวกัน หรือองค์กรเดียวกันแล้ว เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเป็นที่น่าห่วงเกรงว่าบุคคลหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสองนั้นจะตรากฎหมายที่มีลักษณะกดขี่มาใช้ ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติแล้ว สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็จะมีความเป็นอยู่ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจทั้งสอง เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ตรากฎหมายด้วย ถ้าบุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสาม กฎหมายก็จะไม่แน่นอน การใช้กฎหมายบังคับก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ และถ้าใครไม่ทำตามความประสงค์นั้น ผู้มีอำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเลื่อนลอย บ้านเมืองก็จะไม่มีความสงบ ...” การแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นมาตรการป้องกันมิให้เกิดอำนาจเด็ดขาดหรืออำนาจเบ็ดเสร็จ (Absolute Power) ซึ่งเป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร⁴²

หลักการแบ่งแยกอำนาจออกเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการใช้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจในการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับได้โดยฝ่ายเดียว กฎหมายอันเป็นที่มาของอำนาจรัฐนั้น แม้รัฐธรรมนูญบัญญัติให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติผ่านทางรัฐสภา จึงดูเหมือนว่ารัฐสภาเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ แต่โดยที่การบริหารราชการแผ่นดิน รัฐธรรมนูญบัญญัติให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวผ่านทาง

⁴¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 14, น.72-74.

⁴² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* ที่ 14, น.75.

ฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารจึงเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นและอยู่ในฐานะที่ทราบวิธีการที่จะทำให้การบังคับการตามกฎหมายมีประสิทธิภาพมากที่สุด ทั้งในแง่ความสะดวกในการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐและการให้บริการประชาชน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมอบอำนาจในการกำหนดวิธีดำเนินการตามกฎหมายในรายละเอียดให้แก่ฝ่ายบริหารเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากที่สุด ดังนั้น รัฐสภาจึงมีใช้องค์กรเดียวที่มีอำนาจตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ แต่รัฐสภาจะทำหน้าที่ตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่กำหนดหลักการอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายว่าจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนในเรื่องใด หน่วยงานใดเป็นผู้บังคับการตามกฎหมาย มีหลักเกณฑ์และกลไกในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างไร ส่วนรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีดำเนินการต่าง ๆ ตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดในรูปของพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และประกาศ หรือที่เรียกโดยรวมว่า “กฎหมายลำดับรอง (Subordinate or Delegated Legislation)”⁴³

กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นกฎหมายและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปเช่นเดียวกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่มีสถานะต่ำกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ โดยการออกกฎหมายลำดับรองต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น และบทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมิได้ หากเรื่องใดกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมิได้บัญญัติไว้แจ้งชัดให้ออกกฎหมายลำดับรองกำหนดรายละเอียดในเรื่องใด ฝ่ายบริหารจะออกกฎหมายลำดับรองกำหนดรายละเอียดในเรื่องนั้นมิได้ สำหรับประเภทของกฎหมายลำดับรองนั้นอาจแยกออกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้⁴⁴

ประเภทที่หนึ่ง กฎหมายลำดับรองที่หน่วยงานของรัฐออกมาเพื่อให้ประชาชนต้องปฏิบัติตาม เช่น กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขอรับใบอนุญาตต่าง ๆ เป็นต้น

ประเภทที่สอง กฎหมายลำดับรองที่หน่วยงานของรัฐออกเพื่อกำหนดวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐนั่นเอง เช่น ระเบียบของหน่วยงานของรัฐว่าด้วยการอนุมัติอนุญาตต่าง ๆ เป็นต้น

ประเภทที่สาม กฎหมายลำดับรองที่หน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่งออกมาเพื่อให้หน่วยงานของรัฐอื่นถือปฏิบัติเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐเป็นไปในแนวทางเดียวกัน เช่น ระเบียบกระทรวงการคลัง หรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเรื่องต่าง ๆ และกฎ ก.พ. เป็นต้น

⁴³ ปกรณ์ นิลพันธ์, “การปฏิรูปกฎหมายลำดับรอง: การปฏิรูปที่จับต้องได้จริง,” *รัฐสภาสาร*, ปีที่ 63, ฉบับที่ 2, น.70-90 (2558).

⁴⁴ เพิ่งอ้าง.

กฎหมายลำดับรองเป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข ตลอดจนวิธีดำเนินการต่าง ๆ ตามกฎหมาย จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายลำดับรองเป็นกลไกสำคัญที่ช่วยให้หน่วยงานของรัฐสามารถปฏิบัติงานและให้บริการแก่ประชาชน ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ปัจจุบันมีการออกกฎหมายลำดับรองตามความในพระราชบัญญัติต่าง ๆ หลายหมื่นฉบับ ซึ่งมีทั้งกฎหมายลำดับรองที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการหรือเงื่อนไขที่ประชาชนต้องปฏิบัติตาม หากประสงค์จะขอให้หน่วยงานของรัฐอนุมัติ อนุญาต หรือให้ความเห็นชอบในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และกฎหมายลำดับรองที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ หากหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข หรือมาตรการ ต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรองไม่เหมาะสม ก็จะมีผลกระทบโดยตรงต่อประสิทธิภาพในการดำเนินงานของหน่วยงาน และสร้างภาระที่ไม่จำเป็นแก่ประชาชน ทั้งยังอาจเป็นช่องทางที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้แสวงหาประโยชน์โดยไม่สุจริตได้⁴⁵

ในเรื่องนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นเกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายลำดับรอง ตัวอย่างเช่น

(1) กรณีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 65 วรรคสาม บัญญัติให้รัฐมนตรีออกระเบียบการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษา กระทรวงศึกษาธิการจึงได้ออกระเบียบกระทรวงศึกษาธิการ ว่าด้วยการลงโทษนักเรียนและนักศึกษา พ.ศ. 2548 แต่ระเบียบดังกล่าวใช้บังคับกับเด็กที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส ตามนัยมาตรา 4⁴⁶ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ซึ่งในกระทรวงศึกษาธิการมีนักเรียนและนักศึกษาบางส่วนอายุเกินสิบแปดปีบริบูรณ์ขึ้นไปและตามสภาพความจริงในสถานศึกษาหลายแห่งที่สังกัดกระทรวงศึกษาธิการจะมีนักเรียนที่อายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ และมีนักเรียนที่อายุเกินสิบแปดปีบริบูรณ์ขึ้นไป เรียนอยู่ในชั้นเดียวกัน หากนักเรียนที่มีอายุแตกต่างกันประพฤติปฏิบัติไม่ชอบด้วยระเบียบก็อาจมีปัญหาเรื่องการนำระเบียบมาใช้บังคับได้ กระทรวงศึกษาธิการจึงขอหารือว่า กระทรวงศึกษาธิการจะออกระเบียบเกี่ยวกับการลงโทษนักเรียนและนักศึกษาเพื่อใช้บังคับกับนักเรียนหรือนักศึกษาซึ่งมีอายุตั้งแต่สิบแปดปีบริบูรณ์ขึ้นไป โดยอาศัยอำนาจทั่วไปของรัฐมนตรีตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 ได้หรือไม่ อย่างไร คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2)⁴⁷

⁴⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* 14, น.77-81.

⁴⁶ มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“เด็ก” หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

⁴⁷ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 607/2548

ได้พิจารณาข้อหาหรือดังกล่าวแล้วเห็นว่า การที่กระทรวงศึกษาธิการจะออกระเบียบลงโทษนักเรียน และนักศึกษาซึ่งมีอายุตั้งแต่สิบแปดปีบริบูรณ์ขึ้นไปนั้นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ กระทรวงศึกษาธิการในการออกระเบียบเพื่อการนั้นไว้ แต่โดยที่พระราชบัญญัติระเบียบบริหาร ราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 ไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการออกระเบียบดังกล่าว ฉะนั้น กระทรวงศึกษาธิการจึงไม่มีอำนาจออกระเบียบเกี่ยวกับการลงโทษนักเรียนและนักศึกษา เพื่อใช้บังคับกับนักเรียนและนักศึกษาซึ่งมีอายุตั้งแต่สิบแปดปีบริบูรณ์ขึ้นไปได้ สำหรับมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดถึง หน้าที่การปฏิบัติราชการในกระทรวงศึกษาธิการของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ ว่ามี อำนาจหน้าที่อย่างไร กล่าวคือ กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการเป็นผู้บังคับบัญชา ข้าราชการ และกำหนดนโยบาย เป้าหมาย และผลสัมฤทธิ์ของงานในกระทรวงศึกษาธิการให้ สอดคล้องกับนโยบายที่คณะรัฐมนตรีแถลงไว้ต่อรัฐสภาหรือที่คณะรัฐมนตรีกำหนดหรืออนุมัติ ซึ่งเป็นบทบัญญัติทำนองเดียวกับการกำหนดหน้าที่การปฏิบัติราชการในกระทรวงของรัฐมนตรีตาม กฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินที่กำหนดครณิดังกล่าวไว้ในมาตรา 20 อันจะเห็นได้ว่าเป็น บทบัญญัติที่กำหนดถึงอำนาจหน้าที่ทั่วไปของรัฐมนตรีในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของ กระทรวง

(2) กรณีข้อ 1 (7)⁴⁸ ของกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการ ต่างประเทศ พ.ศ. 2545 กำหนดให้กรมการกงสุลมีอำนาจหน้าที่กำหนดอัตราค่าธรรมเนียม ค่าทำการ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ในงานที่เกี่ยวกับการกงสุลตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายและประกาศ ของกระทรวงการต่างประเทศนั้น มิได้หมายความว่า กรมการกงสุลมีอำนาจกำหนดอัตรา ค่าธรรมเนียม ค่าทำการ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ได้ในทันที แต่มีความหมายว่า กรมการกงสุลจะมีอำนาจ กำหนดอัตราค่าธรรมเนียม ค่าทำการ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ได้ เมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้

⁴⁸ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

ข้อ 1 ให้กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ มีภารกิจเกี่ยวกับการดำเนินการด้านการกงสุล โดยการเสนอความเห็นเกี่ยวกับนโยบายและแผนงานด้านการกงสุล กำหนดระเบียบด้านการกงสุล ประสาน สนับสนุนการทำงานของสถานเอกอัครราชทูต สถานกงสุลใหญ่และสถานกงสุลกิตติมศักดิ์ของไทยใน ต่างประเทศ เพื่อปกป้องคุ้มครอง ดูแลและช่วยเหลือคนไทยและผลประโยชน์ของคนไทยในต่างประเทศ ให้ทั่วถึง โดยให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

๑๗๑ ๑๗๑

(7) กำหนดอัตราค่าธรรมเนียม ค่าทำการ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ในงานที่เกี่ยวกับการกงสุลตามที่ บัญญัติไว้ในกฎหมายและประกาศของกระทรวงการต่างประเทศ

๑๗๑ ๑๗๑

โดยเฉพาะเท่านั้น ซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม ค่าทำการ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ เกี่ยวกับการกงสุล คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยความในมาตรา 5⁴⁹ บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียม ค่าทำการ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ได้ไม่เกินอัตราตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ เมื่อบัญญัติดังกล่าวเป็นของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยแต่เพียงผู้เดียว ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติมาตราใดให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในการออกกฎกระทรวงหรือประกาศกระทรวงการต่างประเทศเพื่อกำหนดค่าธรรมเนียม ค่าทำการ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ แต่อย่างใด ดังนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจึงไม่อาจอาศัยอำนาจตามความในข้อ 1 (7) ของกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545 ออกประกาศกระทรวงการต่างประเทศกำหนดอัตราค่าบริการด่วนในการตรวจลงตราได้⁵⁰

(ข) กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดของการกระทำของฝ่ายปกครอง

สำหรับกฎหมายที่เป็น “ข้อจำกัด” อำนาจกระทำการซึ่งฝ่ายปกครองมีอยู่ตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติฉบับที่เป็น “แหล่งที่มา” ของอำนาจนั้นเองแล้ว ยังได้แก่กฎหมายอื่น ๆ อาทิ รัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ บรรดาบทบัญญัติทั้งหลายของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่ได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยหลักรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ที่สำคัญ ๆ ควรกล่าวถึงเป็นพิเศษ ได้แก่ “หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)” และ “หลักความเสมอภาค (Principle of Equality before the Law)” “กฎหมายประเพณี (Customary Law)” ซึ่งได้แก่ แนวปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งได้รับการประเพณีและปฏิบัติตามอย่างสม่ำเสมอและติดต่อกันมาช้านาน ตกทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่งจนกลายเป็นอุปนิสัยร่วมของคนในสังคม (Social Habit) และสาธารณชนเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำต้องปฏิบัติตาม (Opinion juris) หลักกฎหมายทั่วไปบรรดาหลักกฎหมายที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ เช่น หลักความเป็นกลาง หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เป็นต้น

⁴⁹ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

มาตรา 5 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่และออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมกับค่าทำการและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ไม่เกินอัตราตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ และกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

⁵⁰ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 351/2547

2.2.2 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งมีความหมายและสาระสำคัญดังกล่าวข้างต้นจะไร้ความหมาย ถ้าหากรัฐสภามีอำนาจนิติบัญญัติอย่างไม่มีขอบเขตจำกัด และนักกฎหมายถือว่า กฎหมาย คือคำสั่งทั้งหลายของผู้ปกครองว่าการแผ่นดินต่อราษฎรทั้งหลาย เมื่อไม่ทำตาม ตามธรรมดาต้องโทษ แม้ฝ่ายบริหาร (Executive) อันได้แก่ รัฐบาล (Government) และฝ่ายปกครอง (Administration) ถือว่าเป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎรมากที่สุด ตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ประเทศเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ รวมทั้งราชอาณาจักรไทยจึงค่อย ๆ เล็งเห็นความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative) ขึ้นมาเป็นลำดับ โดยบัญญัติข้อจำกัดอำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรไว้หลายประการ และกำหนดให้บทบัญญัติใดของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอันใช้บังคับ ซึ่งอาจเรียกว่า “เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน”⁵¹

หากพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในส่วนที่เกี่ยวกับการออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพพบว่า รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับมีหลักการเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในลักษณะเดียวกัน ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เป็นการนำหลักประชาธิปไตยมาสัมพันธ์กับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจึงจะเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจึงเป็นการแสดงถึงลักษณะร่วมของหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐ หรือหากพิจารณาจากหลักเงื่อนไขของรัฐสภาซึ่งหมายความว่า การกำหนดกฎหมายใดในเรื่องที่มีความสำคัญนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติเอง องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจในการกำหนดเรื่องดังกล่าวให้องค์กรอื่นเป็นผู้กำหนดได้ และกรณีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

⁵¹ วรพจน์ วิศุทธพิชญ์, *อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 14*, น.111-113.

ของประชาชน ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดเอง มอบอำนาจให้องค์กรออกกฎหมายลำดับรองจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้⁵²

(2) หลักกฎหมายมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป

รัฐธรรมนูญของไทยได้บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้องค์กรนิติบัญญัติออกคำสั่งทางปกครองเองในรูปของกฎหมาย เพราะคำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือหลักที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจการทางปกครองให้สำเร็จลุล่วงไปได้ ซึ่งถือว่าเป็นภาระหน้าที่โดยแท้ของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง การยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เท่ากับว่าเป็นการยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปแทรกแซงอำนาจหน้าที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองและขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและเพื่อเป็นการป้องกันให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลแต่ละคน โดยการตรากฎหมายเฉพาะแต่กรณีขึ้นมาใช้บังคับอันเป็นการขัดหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ⁵³

(3) หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย

หลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ได้รับแนวคิดมาจากรัฐธรรมนูญของเยอรมนี และนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550⁵⁴ เป็นครั้งแรก ซึ่งก็เกิดปัญหาที่นำไปสู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่า หากกรณีที่กฎหมายมิได้มีการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายจะมีผลบังคับใช้หรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่าคู่ความไม่มีอำนาจยกเรื่องกฎหมายมิได้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเนื่องจากเป็นเรื่องของกระบวนการตรากฎหมาย คู่ความจึงไม่สิทธิโต้แย้ง (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9-10/2544) อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้บัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ

⁵² บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3*, น.238.

⁵³ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3*, น.243.

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติในทำนองเดียวกันว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

(4) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้มีจุดมุ่งหมายที่จะให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการตัดสิทธิหรือเพิกถอนสิทธิหรือเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งของประชาชน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติกฎหมายที่ขีดวงสิทธิและเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งของประชาชนโดยการกำหนดเงื่อนไขให้ประชาชนต้องปฏิบัติก่อนที่จะใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ไว้อย่างเคร่งครัดจนถึงขนาดว่าแทบจะไม่มีประชาชนคนใดปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นได้เลย กฎหมายที่ขีดวงสิทธิและเสรีภาพล้าเข้าไปถึงแก่นหรือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพเช่นนี้ แม้ตามรูปแบบจะเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ แต่ตามเนื้อหาแล้วก็มีผลไม่แตกต่างกับกฎหมายที่ตัดหรือเพิกถอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จึงได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 19 ข้อ 2 ว่า “ไม่ว่ากรณีใดๆ ก็ตาม การอันอาจกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานจะกระทำมิได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้นำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล...จะกระทบกระเทือนแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้”

(5) หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็น

หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็น หรือหลักความได้สัดส่วน หรือหลักพอสมควรแก่เหตุ เป็นหลักทั่วไปในทางกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นเครื่องมือที่สำคัญอย่างหนึ่งของศาลในการบังคับใช้ทางกฎหมายเพื่อควบคุมการใช้อำนาจรัฐ ทั้งนี้ เพราะรากฐานของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรมอันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวม ด้วย เพราะการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลก็ดี ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันก็ดี รวมทั้งผลประโยชน์ของมหาชนก็ดี ย่อมมีผลกระทบต่อกันและกันเสมอ ทั้งนี้ด้วยเหตุที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย⁵⁵

⁵⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550,” (รายงานการศึกษาวิจัยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558), น. 18.

เนื้อหาสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีสาระสำคัญอยู่ 3 ประการ คือ หลักความเหมาะสม (Geeignetheit) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) และความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhältnismaessigkeit im engeren Sinne) หรือ ความ สม เหตุผล (Zumutbarkeit) โดยมีสาระสำคัญดังนี้

(ก) หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability)

เป็นหลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการอันใดอันหนึ่งกล่าวคือมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก หรือสภาพการณ์ซึ่งรัฐได้ทำการแทรกแซงและภายในสภาพการณ์นั้นรัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดโดยมาตรการนั้นอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับ การยอมรับหรือเป็นมาตรการที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุ วัตถุประสงค์ดังกล่าว จึงถือได้ว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่เหมาะสม ซึ่งหลักการดังกล่าว เป็นหลักที่บังคับให้ใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมายต้องมีความเหมาะสมกับการดำเนินการให้ เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น กฎ คำสั่ง และข้อบังคับใดที่ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสมในการดำเนินการ ตามที่บัญญัติไว้ ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสม ซึ่งศาลอาจก้าวล่วงใช้อำนาจเพิกถอนได้

(ข) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity)

เป็นหลักที่พิจารณามาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด เท่านั้นหรือความจำเป็นของมาตรการใดมาตรการหนึ่งนั้นไม่มีอยู่หากการบรรลุเป้าหมายเดียวกัน นั้นหรือผลสำเร็จที่ดีกว่าสามารถจะกระทำได้โดยวิธีการหรือมาตรการอื่นที่แทรกแซงหรือ ก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่าโดยในหลักความจำเป็นจะต้องคำนึงว่ามาตรการใดมาตรการหนึ่งจะ มีความจำเป็นเมื่อไม่สามารถที่จะเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกได้ อีกทั้ง มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด และอาจสรุปได้ว่าจะมี มาตรการเดียวเท่านั้นที่จะเป็นมาตรการที่จำเป็น

(ค) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu)

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีหลักการว่ามาตรการอันใดอันหนึ่ง จะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนด หรือหากจะกล่าวในเชิงบอกเล่าอาจกล่าวได้ว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของ ความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้น พื้นฐานและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรการในการ ชั่งน้ำหนักหาความได้สัดส่วนสมดุล ว่าการได้รับผลกระทบอันเกิดจากการแทรกแซงในเสรีภาพ

ของปัจเจกบุคคลจะต้องไม่อยู่นอกเหนือจากขอบเขตความสัมพันธ์ของประโยชน์อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะที่กำหนดไว้ประโยชน์ที่ได้จากการดำเนินการตามมาตรการนั้นจะต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากมาตรการ

จากหลักการดังกล่าวข้างต้นนั้นเป็นหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่หากพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุนเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย วรรคสอง บัญญัติว่า “กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด” จะเห็นได้ว่า การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นแบ่งออกเป็นสองประเภท คือ

ประเภทที่หนึ่ง การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีความหมายว่า ในกรณีที่เรื่องใดรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขการตรากฎหมายไว้โดยเฉพาะ จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นๆ โดยมีพักต้องคำนึงถึงหลักการต่างๆ เช่น ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุนเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย และกฎหมายที่ออกนั้นจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป

ประเภทที่สอง การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเงื่อนไขไว้โดยเฉพาะ การตรากฎหมายจะต้องคำนึงหลักการต่างๆ คือ ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุนเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย และกฎหมายที่ออกนั้นจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป

2.2.3 หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

ในการพิจารณาว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จะต้องพิจารณาสาระสำคัญของอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ความหมายและการจำแนกประเภทของการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง อำนาจผูกพัน คือในการกระทำทางปกครอง เช่น การออกคำสั่ง ผู้ออกคำสั่งจะต้องได้ข้อเท็จจริงที่กฎหมายต้องการและต้อง

ตัดสินใจไปตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น จะเลือกกระทำไปตามที่เห็นสมควรเหมาะสมไม่ได้ เช่น การจดทะเบียนสมรส กฎหมายกำหนดว่าเมื่อชายและหญิงมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ สมัครใจสมรสกัน นายทะเบียนต้องจดทะเบียนสมรสให้ นายทะเบียนจะปฏิเสธโดยอ้างว่าหญิงเป็นคนต่างด้าวและไม่จดทะเบียนสมรสหาได้ไม่⁵⁶อำนาจดุลพินิจ คือ การออกคำสั่งใดเมื่อผู้ออกคำสั่งได้ข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายประสงค์แล้ว ผู้ออกคำสั่งมีอำนาจที่จะเลือกที่จะตัดสินใจแบบใดที่ตนเห็นว่าเหมาะสม ซึ่งกฎหมายอาจกำหนดทางเลือกไว้หลายทาง หรืออาจกำหนดเปิดกว้างให้ใช้ดุลพินิจได้ตามความเหมาะสมแม้จะเป็นอำนาจดุลพินิจ แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น และเป็นไปโดยสุจริต ทั้งไม่เลือกปฏิบัติ⁵⁷

สำหรับการควบคุมฝ่ายปกครอง นั้น หมายถึงการตรวจสอบฝ่ายปกครองที่กระทำทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งที่เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองและการควบคุมจากองค์กรภายนอก เช่น ศาล รัฐสภา หรือ โดยองค์กรพิเศษ ซึ่งการควบคุมฝ่ายปกครองนั้น อาจจำแนกได้หลายวิธี เช่น การจำแนกตามระยะเวลา คือการควบคุมให้ก่อนดำเนินการและหลังดำเนินการ จำแนกตามประเภทขององค์กร แบ่งเป็นการควบคุมองค์กรภายในและการควบคุมองค์กรภายนอก หรืออาจแบ่งเป็นการควบคุมแบบป้องกันและการควบคุมแบบแก้ไข ในการศึกษาครั้งนี้จะศึกษาเฉพาะในแง่ของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยฝ่ายปกครองและการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ดังนี้

(1) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยฝ่ายปกครอง

มาตรการที่สำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองคือการมีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาขององค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเรียกว่า กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการออกคำสั่งทางปกครองต่างๆ จะต้องเตรียมการอย่างไร เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการของตน ขณะเดียวกันก็วางหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน อันเป็นการยอมรับสถานะของประชาชนว่าเป็นผู้ทรงสิทธิในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ปัจจุบันไทยได้ตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ขึ้นมาใช้บังคับ กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมาย

⁵⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 24 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.304 - 305.

⁵⁷ เพิ่งอ้าง.

ทั่วไปที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการออกคำสั่งทางปกครองโดยกำหนดเป็นขั้นตอนตั้งแต่การเตรียมการ การพิจารณา การออกคำสั่งทางปกครอง การทบทวนคำสั่งทางปกครอง และการบังคับการตามคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย ค้ำครองสิทธิของประชาชน และดูแลประโยชน์สาธารณะ⁵⁸

(2) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาลนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่บุคคลใดคนหนึ่งซึ่งได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครองมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของตนนั้นเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย และขอให้เพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอให้ไม่ให้อำนาจการกระทำนั้นแก่กรณีของตนและหรือขอบังคับให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ตน แล้วแต่กรณี⁵⁹

ในบรรดาการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองทุกระบบที่กล่าวมาข้างต้น การควบคุมโดยองค์กรตุลาการให้หลักประกันแก่เอกชนได้ดีกว่าระบบอื่น ๆ ดังนั้น จึงถือกันว่าประเทศใดที่ไม่มีระบบการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาล แม้ว่าประเทศนั้นจะมีการควบคุมฝ่ายปกครองระบบอื่นๆ อยู่แล้วก็ตาม ประเทศนั้นก็ไม่ใช่รัฐเสรีประชาธิปไตยที่แท้จริง

การจัดระบบศาลปกครองที่ใช้กันอยู่ในหลายประเทศ อาจแบ่งออกเป็นสองระบบใหญ่ คือ ระบบศาลเดี่ยว เป็นระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง และคดีอื่นๆ ได้แก่ สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ส่วนระบบศาลคู่ คือระบบให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจตัดสินคดีแพ่งและคดีอาญา ส่วนคดีปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งมีระบบผู้พิพากษาแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรสวีเดน ราชอาณาจักรเบลเยียม สาธารณรัฐฟินแลนด์ เป็นต้น⁶⁰

นอกจากนี้ ประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ยังมีการแบ่งออกเป็นสามกลุ่มใหญ่ๆ คือ กลุ่มที่หนึ่ง กลุ่มประเทศที่มอบอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองแก่สถาบันซึ่งเรียกว่า สภาแห่งรัฐ หรือสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่เป็นทั้งที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลและทำหน้าที่เป็นศาลปกครองด้วย ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส ราชอาณาจักรเบลเยียม ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์

⁵⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12*, น.316.

⁵⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12*, น.333-334.

⁶⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12*, น.337.

เป็นต้น กลุ่มที่สอง กลุ่มประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครองเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมโดยศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่รัฐบาลเกี่ยวกับร่างกฎหมายและปัญหาข้อกฎหมายด้วย ได้แก่ประเทศสวีเดน และฟินแลนด์ และกลุ่มที่สาม กลุ่มประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครองเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรม โดยศาลปกครองไม่มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่รัฐบาล ได้แก่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐออสเตรีย และราชอาณาจักรไทย เป็นต้น

สำหรับราชอาณาจักรไทยนั้น ก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ราชอาณาจักรไทยเป็นระบบศาลเดี่ยว คิดไม่ว่าจะจะเป็นคดีปกครอง คดีอาญา คดีแพ่ง อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรมทั้งหมด แต่หลังจากที่มีการจัดตั้งศาลปกครองเป็นเอกเทศแยกออกจากศาลยุติธรรมแล้ว ราชอาณาจักรไทยได้เปลี่ยนแปลงระบบศาลคู่ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดโครงสร้าง และเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุด ระบบตุลาการศาลปกครอง วิธีพิจารณาคดีปกครอง และหน่วยธุรการของศาลปกครองไว้ ซึ่งในการศึกษาค้นคว้าครั้งนี้ จะศึกษาเฉพาะในส่วนของเขตอำนาจศาลปกครอง ดังรายละเอียดต่อไปนี้

ในการพิจารณาคดีปกครองว่าคดีใดจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองนั้น ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์สองหลักเกณฑ์ประกอบกัน คือ ต้องดูว่าใครเป็นผู้พิพาท และประการที่สอง คือคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่

ประการที่หนึ่ง คู่พิพาทในคดีปกครอง สามารถแบ่งออกเป็น 5 กรณี เอกชนพิพาทกับหน่วยงานทางปกครอง เอกชนพิพาทกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ หน่วยงานทางปกครองพิพาทกับหน่วยงานทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐพิพาทกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐพิพาทกับหน่วยงานทางปกครอง

หน่วยงานทางปกครองที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้ ได้แก่ ราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หน่วยงานเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้ คือข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง เช่น ข้าราชการและลูกจ้างกรมสรรพากร พนักงานการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย เป็นต้น คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจออกกฎ คำสั่ง หรือมติใดๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล เช่น คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร เป็นต้น บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ⁶¹

⁶¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

ประการที่สอง คดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กับเอกชน หรือข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง และเป็นคดีในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดอันเนื่องมาจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือสร้างขึ้นโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶²

(2) คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร⁶³

(3) คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดทางปกครองหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือความเสียหายเกิดจากการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร⁶⁴

(4) คดีพิพาทอันสืบเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง⁶⁵

(5) คดีที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด⁶⁶

(6) คดีพิพาทที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง⁶⁷

มีคดี 3 ประเภทที่กฎหมายบัญญัติมิให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองได้แก่ การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ และคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลชำนาญพิเศษสังกัดศาลยุติธรรม ได้แก่ ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น⁶⁸

⁶² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1).

⁶³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2).

⁶⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3).

⁶⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4).

⁶⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5).

⁶⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6).

⁶⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง.

2.3 แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง

2.3.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของเสรีภาพในการเดินทาง

เสรีภาพในการเดินทาง หรือเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย มีต้นกำเนิดในปรัชญาและกฎหมายธรรมชาติ (Articulating) โสกราตีส เพลโต (Plato wrote) ได้กล่าวไว้ในงานเขียนว่า “เราประกาศต่อชาวเอเธนส์โดยเสรีภาพที่เราอนุญาตให้เขา ถ้าเขาไม่ชอบเราเมื่อเขาอายุมากขึ้นและได้เห็นวิถีชีวิตของเมืองและทำความรู้จักกับเราเขาอาจไปที่ที่เขาพอใจและรับสินค้าของเขากับเขา ไม่มีกฎหมายใดที่ห้ามมิให้เขาหรือเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับเขา ใครที่ไม่ชอบเราและเมือง และใครอยากอพยพไปอยู่ในอาณานิคมหรือเมืองอื่น ๆ ไปที่เขาชอบรักษาทรัพย์สินของเขา” แนวคิดคลาสสิกเกี่ยวกับเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายถือเป็นส่วนสำคัญของเสรีภาพส่วนบุคคลซึ่งจำกัดเฉพาะสำหรับผู้ใหญ่เพศชาย สะท้อนอยู่ในงานเขียนคลาสสิกของ Epictetus ที่อธิบายว่าเสรีภาพหมายความว่า ฉันไปทุกที่ที่ฉันต้องการ ฉันมาจากที่ไหนที่ฉันต้องการจริงๆ คำนิยามของชาวกรีกคือการไปที่หนึ่งหรือในทางตรงกันข้ามกับการเป็นทาสในยุคคลาสสิก ชาวกรีกเดินทางไปยังอิสระเสรีทั่วโลก รอบทะเลเมดิเตอร์เรเนียน กลายเป็นประเทศที่เป็นผลมาจากการโยกย้ายและรวมตัวของชาวต่างชาติที่อาศัยอยู่ และคำว่า “libertas” เสรีภาพหมายถึงตรงกันข้ามกับการเป็นทาสเนื่องจากพวกทาสไม่ได้มีอิสระที่จะย้าย สมัยจักรวรรดิโรมัน พระมหากษัตริย์ ออกุสตุส (Augustus) มีอำนาจเหนือราชอาณาจักรโรมันแห่งใหม่ของอียิปต์ และสามารถห้ามสมาชิกวุฒิสภาเดินทางโดยไม่ได้รับอนุญาต อย่างไรก็ตาม ออกุสตุส อนุญาตให้มีเสรีภาพมากขึ้นในการเดินทางตลอดเวลา ในระหว่างการกัณดารอาหารด้วยการให้เสรีภาพในการออกจากกรุงโรมและเดินทางไปไหนก็ได้⁶⁹

ต่อมา ปี ค.ศ. 1215 สิทธิในการเดินทางได้รับการบัญญัติอยู่ในข้อ 42⁷⁰ ของมหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา (The Great Charter or Magna Carta) ซึ่งกำหนดไว้ว่าจะอนุญาตให้คนหนึ่งคนใดในอนาคตออกไปจากอาณาจักรของเราและจะกลับมามีความปลอดภัยโดยทางบกหรือทางน้ำโดยไม่ให้มีการสู้รบ เว้นเสียแต่ว่าจะอยู่ในช่วงสงคราม หรือเป็นเชลยตามกฎหมายของแผ่นดินซึ่งเป็นประชาชนแห่งประเทศที่ทำสงครามกับเราและพ่อค้าที่จะปฏิบัติตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

⁶⁹ Jane McAdam, “An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law : The Right to Leave as a Personal Liberty.” Vol.12, No.1, Jun 2011 (Melbourne Journal of International Law,2011), p.6-7.

⁷⁰ The magna carta

42 It shall be lawful in future for anyone (excepting always those imprisoned or in accordance with the law of the , and natives of any country at war with us, and merchants, who shall be as if above provided) to leave our kingdom and to return, safe and secure by land and water, except for a short period in time of war, on grounds of public policy-reserving always the allegiance due to us.

ในรัฐสมัยใหม่ เสรีภาพในการเดินทางส่วนใหญ่ยอมรับว่า ข้อจำกัดบางอย่างเกี่ยวกับการเดินทางดังกล่าวมีความถูกต้องหากกำหนดไว้อย่างจำกัดและไม่เลือกปฏิบัติ เช่น การรักษาความปลอดภัยด้วยคำสั่งศาล หรือการบริหารที่ถูกต้อง การป้องกันการระบาดของโรคติดต่อ และในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 การควบคุมการเคลื่อนย้ายที่อาจส่งผลโดยตรงต่อความมั่นคงของประเทศ ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง ก่อเกิดองค์การระหว่างประเทศที่เรียกว่า องค์การสหประชาชาติ ซึ่งองค์การนี้ได้ตระหนักถึงความสำคัญของเสรีภาพในการเดินทางผ่านเอกสารต่างๆ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เป็นต้น⁷¹ หลังจากนั้น ประเทศต่างๆ ได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวไปบังคับใช้ในประเทศของตนในรูปแบบของการบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ

2.3.2 ความหมายของเสรีภาพในการเดินทาง

เมื่อพิจารณาความหมายของคำว่า เสรีภาพในการเดินทาง อาจจะพบคำว่า เสรีภาพในการเคลื่อนย้าย (Freedom of Movement) หรือ สิทธิในการเคลื่อนย้าย (Mobility Rights) หรือสิทธิในการเดินทาง (The Right to Travel) ซึ่งมีที่มาจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 13 (1)⁷² ได้กำหนดไว้ว่า ทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายและการอยู่อาศัยในพรมแดนของแต่ละรัฐ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ยังกำหนดไว้ใน ข้อ 12 (1)⁷³ ว่าทุกคนที่ถูกต้องตามกฎหมายภายในอาณาเขตของรัฐจะต้องมีสิทธิในเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายและเสรีภาพในการเลือกที่อยู่อาศัยภายในอาณาเขตของประเทศนั้น เสรีภาพในการเคลื่อนย้ายเกี่ยวข้องกับเสรีภาพของพลเมืองทั้งในการเคลื่อนย้ายได้อย่างเสรีภายในประเทศของตนเองและออกเดินทางกลับประเทศของตนเองมีต้นกำเนิดในปรัชญาโบราณและกฎหมายธรรมชาติและได้รับการยกย่องว่าเป็นส่วนประกอบสำคัญของเสรีภาพส่วนบุคคล⁷⁴ เสรีภาพในการเดินทางในฐานะหลักการพื้นฐานทั่วไปนั้น ทุกๆ คนสามารถเดินทางได้อย่างเสรี ภายในดินแดนซึ่งได้ให้สิทธิดังกล่าวนั้น โดยปราศจากสิ่งซึ่งขัดขวาง (let) และการขัดขวาง (hindrance) และปราศจากซึ่งการถูกถามถึงความยินยอมอย่างเป็นทางการ โดยรัฐ หรือการต้องให้เหตุผลของการเดินทางในขณะนั้น ทั้งนี้ บุคคลที่มีเสรีภาพดังกล่าวนี้รวมถึง คนต่างด้าว (alien) รวมถึงคนชาติของรัฐอื่น (nationals of other) และคนไร้รัฐ (stateless persons) อย่างไรก็ตาม การดังกล่าวถือเป็น

⁷¹ *Supra note 69*, p.9.

⁷² Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state.

⁷³ Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence)

⁷⁴ *Supra note, 69*, p 6.

การเน้นย้ำในหลักการทั่วไป ซึ่งเป็นเหตุผลของรัฐเองที่จะตัดสินใจยอมรับบุคคลใดๆ ให้เข้ามาในดินแดนของตน⁷⁵

2.3.3 ประเภทของเสรีภาพในการเดินทาง

หากพิจารณาในแง่ของดินแดนของรัฐ สามารถแบ่งประเภทของเสรีภาพในการเดินทางได้ดังนี้⁷⁶

(1) เสรีภาพในการเดินทางภายในรัฐ เสรีภาพดังกล่าวถือว่าเป็นเสรีภาพแบบเด็ดขาด แต่ละคนสามารถเดินทางภายในดินแดนของรัฐโดยปราศจากการควบคุมจากฝ่ายปกครองทุกรูปแบบ ถ้ามองเสรีภาพดังกล่าวในรัฐย่อมทำให้เห็นได้ว่าบุคคลในรัฐนั้นย่อมมีสิทธิเสรีภาพพื้นฐานในการเคลื่อนไหวย่างอิสระภายในรัฐของตนเอง การเลือกที่อยู่อาศัยก็สามารถทำได้โดยอิสระ สามารถเดินทางได้อย่างเสรีภายในรัฐที่ตนเองเป็นพลเมืองอยู่ กล่าวโดยนัยง่าย ๆ คือทุกคนมีเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย (la liberté de mouvement) ดังปรากฏในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการปกป้องสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 และพันธะสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ที่รับรองว่าคนทุกคนมีอิสระที่จะออกจากประเทศใดประเทศหนึ่งและรวมถึงประเทศของบุคคลนั้นด้วย

(2) เสรีภาพในการเดินทางออกนอกรัฐ ทุก ๆ คน มีเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศ การเดินทางออกนอกประเทศนั้นอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎระเบียบที่เกี่ยวกับการแสดงเอกสารสำคัญ และข้อจำกัดต่างๆ ที่รัฐสร้างขึ้น ดังนั้นการเดินทางออกจากรัฐหนึ่งไปสู่อีกรัฐหนึ่ง ผู้เดินทางจึงต้องมีเอกสารในการเดินทางผ่านเข้าและออกแดนอย่างครบถ้วน มิเช่นนั้นแล้วบุคคลนั้นก็จะมีเสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพในการเดินทางดังกล่าวจึงถูกจำกัดได้ด้วยข้อกำหนดของรัฐ เช่น หนังสือเดินทาง (passport) การอนุญาตให้เข้าประเทศ (visa) เป็นต้น

เสรีภาพในการเดินทางซึ่งเข้าใจกันโดยทั่วไปหมายถึงสิทธิของทุกคนที่ถูกต้องตามกฎหมายภายในอาณาเขตที่กำหนดให้เคลื่อนย้ายได้อย่างเสรีภายในพื้นที่โดยปราศจากอุปสรรคและ

⁷⁵ Alfredsson, Gudmundur S, Eide, Asbjorn., The Universal Declaration of Human Rights: a common standard of achievement (Hague : Martinus Nijhoff Publishers, 1999), p.265. อ้างใน ปรากรณ สิริพรโสภาส, การปรากฏอยู่ซึ่งเสรีภาพในการเดินทาง : ภายใต้อาณัติระหว่างประเทศ, สืบค้นเมื่อ 17 พฤศจิกายน 2560, จาก <https://www.l3nr.org/posts/171544>.

⁷⁶ เติ้งอ่าง.

โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่ สิทธิในเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายตามที่ระบุไว้ในประกาศสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ มีสี่ประการ ดังต่อไปนี้⁷⁷

ประการที่หนึ่ง สิทธิในการเคลื่อนย้ายได้อย่างเสรีภายในอาณาเขตที่กำหนด

บุคคลมีสิทธิที่จะเคลื่อนย้ายได้อย่างอิสระภายในอาณาเขต อย่างไรก็ตาม ในกรณีของคนต่างด้าวรัฐอาจกำหนดกฎหมายขึ้นมาควบคุมจำกัดสิทธิ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ว่าคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศอย่างถูกต้องตามกฎหมายและมีสถานะเป็นทางการต้องได้รับการพิจารณาตามกฎหมายภายในอาณาเขต เมื่อบุคคลใดถูกต้องตามกฎหมายภายในรัฐข้อจำกัดใด ๆ เกี่ยวกับสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางและการปฏิบัติใด ๆ ที่แตกต่างกันจากที่กำหนดให้กับผู้มีสัญชาติต้องมีเหตุผลอันชอบธรรม

ประการที่สอง สิทธิในการเลือกที่อยู่อาศัยภายในอาณาเขต

บุคคลใดก็ตามที่ถูกต้องตามกฎหมายในอาณาเขตของรัฐมีสิทธิเลือกที่อยู่อาศัยของตน สิทธิในการเลือกที่จะอยู่รวมถึงการป้องกันทุกรูปแบบของการเคลื่อนย้ายภายในบังคับ

ประการที่สาม สิทธิที่จะออกจากประเทศใด ๆ รวมทั้งของตัวเอง

สิทธิที่จะออกจากประเทศใดประเทศหนึ่งรวมทั้งของตัวเองเป็นอีกองค์ประกอบหนึ่งของสิทธิในเสรีภาพการเดินทาง มันเกี่ยวข้องกับสิทธิที่จะออกไปอย่างถาวร (อพยพ) หรือตามระยะเวลาที่จำกัด โดยมีที่มาจากหลักการทั่วไปที่ว่ารัฐใดไม่ได้เป็นเจ้าของบุคคลใดบุคคลหนึ่งและสิทธินั้นเป็นส่วนบุคคล สิทธิที่จะออกจากประเทศใดไม่ได้จำกัดเฉพาะบุคคลที่ถูกต้องตามกฎหมายภายในอาณาเขตของรัฐซึ่งหมายความว่าคนต่างด้าวที่ถูกไล่ออกจากประเทศนั้นถูกต้องตามกฎหมายโดยได้รับความยินยอมจากรัฐนั้น สิทธิที่จะออกจากประเทศใดประเทศหนึ่งรวมทั้งของตัวเองนั้น เป็นสิทธิที่ถูกจำกัดในการเดินทางจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งได้

ประการที่สี่ สิทธิในการเข้าประเทศของตัวเอง

สิทธิที่จะเข้าประเทศของตัวเองเป็นสิทธิที่ชอบ โดยบุคคลที่อยู่ในต่างประเทศ รัฐมีหน้าที่ในการดำเนินการที่จำเป็นเพื่อให้มั่นใจว่าพลเมืองในต่างประเทศมีสิทธิที่จะกลับประเทศของตนเนื่องจากสิทธิที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญจะได้รับการรับรองไม่เพียงแต่ภายในอาณาเขตของรัฐเท่านั้น บุคคลที่อาศัยอยู่ในต่างประเทศย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญและภายใต้เขตอำนาจศาลของตน

⁷⁷ Icelandic Human Rights Centre, “The Right to Liberty.” Retrieved 16 Dec 2017, Form <http://www.humanrights.is/en/human-rights-education-project/human-rights-concepts-ideas-andfora/substantive-human-rights/the-right-to-liberty>.

2.3.4 ข้อจำกัดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง

(1) หลักทั่วไปเกี่ยวกับข้อจำกัดเสรีภาพในการเดินทาง

สิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญบางกรณีรับรองโดยเด็ดขาด บางกรณีอาจมีข้อจำกัด ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือสิทธิเสรีภาพบริบูรณ์ หมายถึงสิทธิเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญว่าเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ไม่อาจมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ได้ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา กับสิทธิและเสรีภาพสัมพัทธ์ (Relative) หมายถึงสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ แต่ในขณะเดียวกันก็ให้รัฐมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น โดยกำหนดเงื่อนไขไว้ เช่น เสรีภาพในการเดินทาง เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น⁷⁸

เมื่อเสรีภาพในการเดินทาง ถือเป็นเสรีภาพสัมพัทธ์ รัฐจึงจำกัดเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายหรือเดินทางของพลเมืองของตนเองได้ ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดตามกฎหมาย ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นข้อจำกัดเสรีภาพในการเดินทางภายในรัฐและเดินทางออกนอกรัฐ

(1.1) ข้อจำกัดเสรีภาพในการเดินทางภายในรัฐ

แม้จะมีเสรีภาพในการเดินทางได้อย่างอิสระ แต่เชื่อว่าเสรีภาพในการเดินทางจะสามารถกระทำได้อย่างไม่มีข้อจำกัด เช่น การควบคุมเสรีภาพในเดินทางของบุคคลในท้องถนน จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมรถ ป้ายจราจร และสัญญาณเตือนต่างๆ ตามพระราชบัญญัติการจราจรทางบก พ.ศ. 2522 การถูกจำกัดสิทธิในการเดินทางเข้าไปในสถานที่ต่างๆ เช่น สถานที่ราชการ ที่สาธารณะ หรือในกรณีการห้ามคนเข้าหรือออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนดในห้วงเวลาที่ปฏิบัติการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับการยกเว้น การห้ามออกจากเคหสถาน การห้ามใช้เส้นทางคมนาคม หรือยานพาหนะ ตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 เป็นต้น

(1.2) ข้อจำกัดเสรีภาพในการเดินทางออกนอกรัฐ

ประเทศส่วนใหญ่กำหนดให้พลเมืองของตนออกจากประเทศโดยต้องมีหนังสือเดินทาง ที่ถูกต้อง เงื่อนไขการออกและอำนาจของรัฐในการปฏิเสธการออกหนังสือเดินทางแตกต่างกันไป ภายใต้สถานการณ์ที่แตกต่างกัน บางประเทศอาจออกเอกสารการเดินทาง เช่น laissez-passer ให้แก่คนต่างด้าวซึ่งไม่ใช่พลเมืองของตน การมีหนังสือเดินทางเป็นการรับประกันสิทธิในการออกจากประเทศ บุคคลอาจถูกสั่งห้ามไม่ให้ออกจากประเทศด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น ถูกสอบสวน ในฐานะผู้ต้องสงสัยการลงโทษทางอาญา การเป็นลูกหนี้ผิดนัด หรือเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของประเทศ ในบางประเทศการห้ามออกอาจใช้รูปแบบการเพิกถอนหนังสือเดินทาง เช่น ประเทศ

⁷⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, น.213-247.

สหรัฐอเมริกา บางประเทศกำหนดให้ชาวต่างประเทศมีวีซ่าที่ถูกต้องเมื่อเดินทางออกนอกประเทศ หากต้องการเข้าประเทศ

(2) เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการเดินทางตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540⁷⁹ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁸⁰ ได้บัญญัติหลักการของเงื่อนไขการออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ทั่วไปเพื่อความมั่นคงแห่งสิทธิและเสรีภาพที่จะต้องไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิ และกระทำเท่าที่จำเป็น และกฎหมายที่ออกมานั้นจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป นอกจากนี้ หากรัฐจะออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพในการเดินทางซึ่งได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่จะออกมายังบังคับใช้นั้นก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์⁸¹

อย่างไรก็ตาม หลังจากที่มีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รัฐธรรมนูญดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์ในมาตรา 26⁸² ซึ่งอาจจะแตกต่างกันกับรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2550 อยู่บ้าง แต่หลักการสำคัญยังคงเป็นหลักการเดียวกัน ในเรื่องนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ)⁸³ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการกำหนดแนวทางการตรวจและการจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สรุปสาระสำคัญได้ว่า แม้มติตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะบัญญัติไว้แตกต่างกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2540 และปี พ.ศ. 2550 แต่ยังคงมีหลักการและสาระสำคัญทำนองเดียวกัน ในการเขียนคำปรารภเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 26

⁷⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29

⁸⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29

⁸¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 36 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 34

⁸² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

⁸³ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 479/2560

ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังคงหลักการเกี่ยวกับการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นในช่วงที่รัฐธรรมนูญปี พ.ศ.2540 และปี พ.ศ.2550 ใช้บังคับ และเพิ่มคำปรารภเพื่อระบุเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่ได้บัญญัติไว้ นอกจากนี้ ให้นำหลักการนี้ไปใช้กับการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและการตราพระราชกำหนดด้วย ส่วนกฎหมายลำดับรองนั้น เนื่องจากมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้บัญญัติเกี่ยวกับการระบุงการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการตรากฎหมายแม่บทไว้ในกฎหมายลำดับรอง ประกอบกับเมื่อกฎหมายแม่บทมีการระบุเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพแล้วจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องระบุงการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกฎหมายแม่บทในการตรากฎหมายลำดับรองอีก โดยระบุเพียงบทอาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บทในการออกกฎหมายลำดับรองเท่านั้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สามารถพิจารณาเจตนารมณ์เฉพาะของกฎหมายในจำกัดเสรีภาพในการเดินทางได้ ดังนี้

(2.1) เพื่อความมั่นคงของรัฐ⁸⁴

คำว่า ความมั่นคงของรัฐ นั้น มักไม่มีคำนิยามไว้ว่าเป็นอย่างไร แม้กระทั่งในกฎหมายรัฐธรรมนูญของนานาประเทศ ประเทศที่เห็นว่าความมั่นคงเป็นเรื่องสำคัญเช่น สหรัฐอเมริกาในรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นๆ ก็ไม่มีคำนิยามในเรื่องนี้ และนักกฎหมายอเมริกันที่มีชื่อเสียง เช่นผู้พิพากษา เจมส์ อี. เบเกอร์ (James E. Baker) ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ในแผนกที่มีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับกองทัพในปี ค.ศ. 2000 กล่าวว่าเป็นการยากที่จะให้คำนิยามความมั่นคงของรัฐ อย่างไรก็ตาม มีผู้ที่พยายามให้คำนิยามคำว่าความมั่นคงของรัฐไว้ ดังนี้ ความมั่นคงของรัฐหรือชาติ คือ สภาวะที่ปลอดภัยจากภัยคุกคามภายในรัฐทั้งจากภายนอกประเทศและจากภายในประเทศ นอกจากนี้ มีแนวความคิดเพิ่มขึ้นว่าในรัฐสมัยใหม่ประชาชนต้องมีความมั่นคงทางด้านความปลอดภัยในด้านอื่นๆ ที่เป็นเรื่องความจำเป็นพื้นฐาน เช่น การเข้าถึงอาหารและน้ำที่สะอาดมีความมั่นคงทางด้านพลังงานและสิ่งแวดล้อม การได้รับการปกป้องจากการสูญเสียทางเศรษฐกิจ การได้รับความคุ้มครองจากการใช้ความรุนแรงตามอำเภอใจโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและอื่น ๆ

⁸⁴ เสาวนีย์ อัสวโรจน์, “รัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญไทย: การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน,” วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน, ปีที่ 2, ฉ.2, น. 17-18 (กรกฎาคม- ธันวาคม 2552)

ในราชอาณาจักรไทยนั้นได้มีผู้อธิบายคำว่าความมั่นคงแห่งชาติไว้ คือ พลตรีหลวงวิจิตรวาทการ ซึ่งกล่าวว่า ความมั่นคงแห่งชาติ หมายถึง การทรงตัวอยู่อย่างแน่นหนาถาวร ดำรงเอกราชมีเสรีภาพแห่งชาติ มีความสงบสุขภายในประเทศ มีความแน่นอนในชีวิตเศรษฐกิจของพลเมืองสามารถคาดหมายรายได้ของรัฐได้ถูกต้องใกล้เคียงกับความเป็นจริง ค่าของเงินตรา มีเสถียรภาพรัฐไม่ต้องประสบความยุ่งยากกระส่ำระสายไม่เกิดการเปลี่ยนแปลงใดๆ ได้ง่าย ผู้คนพลเมืองรู้สึกมีความปลอดภัยมีความหวังและความไว้วางใจในอนาคต และยังกล่าวต่อไปอีกว่าถึงแม้ผันผวนหรือเหตุร้ายอันใดจะเกิดขึ้นมารัฐสามารถจะต่อสู้หรือป้องกันได้ และความมั่นคงนั้นมีสี่ด้านคือเศรษฐกิจ การเมือง จิตวิทยาสังคม และการทหาร แต่มีผู้เห็นว่าปัจจุบันมีปัญหาเพิ่มเติมคือเรื่องวิทยาศาสตร์เทคโนโลยี พลังงาน และสิ่งแวดล้อมด้วย

จากคำนิยามต่าง ๆ ดังกล่าว อาจสรุปได้ว่า ความมั่นคงของชาติหรือรัฐ หมายถึงสภาพของรัฐที่มีความปลอดภัยหรือมีอิสระจากการที่จะไม่สูญเสียสิ่งที่รัฐมีอยู่หรือเป็นอยู่ไม่ว่าจากการกระทำภายในหรือภายนอกประเทศ และความมั่นคงของรัฐนั้นมีหลายด้าน เช่น ดินแดน เศรษฐกิจ สังคม การเมือง การทหาร พลังงาน วิทยาศาสตร์เทคโนโลยี สิ่งแวดล้อม สุขอนามัย และอาหาร ฯลฯ

(2.2) เพื่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) เป็นศัพท์ทางวิชาการ หมายถึง ภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนที่อยู่ร่วมกันในสังคมโดยมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน และในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุข

ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นเรื่องที่ไม่สามารถให้คำจำกัดความหรือกำหนดขอบเขตไว้อย่างแน่นอนได้ เมื่อศึกษาจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาแล้วจะพบแนวคิดบางประการเกี่ยวกับเรื่องนี้ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนมีบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องนิติกรรมสัญญา มาตรา 150 บัญญัติไว้ว่าการใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการฝ่าฝืน หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็น โฆษะ คำถามจึงเกิดขึ้นว่า สิ่งใดที่ขัดต่อกฎหมายเป็นกรณีที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยทุกกรณีอย่างนั้นหรือเห็นว่าสิ่งใดที่กฎหมายกำหนดไว้ชัดแจ้งแล้วก็ต้องเป็นไปตามนั้น แต่ไม่ใช่ทุกกรณีจะขัดต่อความสงบเรียบร้อย สิ่งนี้เป็นเพียงเครื่องมือที่ทำให้ผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าเรื่องที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ชัดแจ้งนั้นจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่⁸⁵

⁸⁵ ศุภ เมฆขงค์, “มุมมองของศาลไทยเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชนในการตรวจสอบคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ,” (โครงการสัมมนาเพื่อการพัฒนางานอนุญาโตตุลาการ จัดโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กรุงเทพมหานคร, 2560) : น.4.

ในกฎหมายปกครองของต่างประเทศที่ได้มีการศึกษาเกี่ยวกับแนวความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชนเอาไว้ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส ในความหมายอย่างกว้างที่สุดจะครอบคลุมถึงคุณค่าที่เป็นแก่นสำคัญของเจตจำนงร่วมกันของสังคมและกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วย ความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัย ความสะอาดและอนามัย ในระยะต่อมาได้มีการขยายไปถึงการปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ แต่ในส่วนของศีลธรรมอันดีในทางมหาชนยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่⁸⁶

(2.3) เพื่อการผังเมือง

การผังเมือง หมายถึง การวางจัดทำและดำเนินการให้เป็นไปตามผังเมืองรวมและผังเมืองเฉพาะในบริเวณเมืองและบริเวณที่เกี่ยวข้องหรือชนบท เพื่อสร้างหรือพัฒนาเมืองขึ้นใหม่หรือแทนเมืองหรือส่วนของเมืองที่ได้รับความเสียหาย เพื่อให้มีหรือทำให้ดียิ่งขึ้น ซึ่งสัญลักษณ์ความสะดวกสบาย ความเป็นระเบียบ ความสวยงาม การใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน ความปลอดภัยของประชาชนและสวัสดิภาพของสังคม เพื่อส่งเสริมการเศรษฐกิจสังคมและสภาพแวดล้อมเพื่อดำรงรักษาหรือบูรณะสถานที่และวัตถุที่มีประโยชน์หรือคุณค่าในทางศิลปกรรม สถาปัตยกรรม ประวัติศาสตร์ หรือ โบราณคดี หรือเพื่อบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติ ภูมิประเทศที่งดงาม หรือมีคุณค่าในทางธรรมชาติ การวางผังเมืองเป็นวิธีการหนึ่งในการแก้ไขปัญหาในการจัดประเภทของการใช้ที่ดินในตัวเมืองให้มีความเป็นระเบียบเรียบร้อยสวยงาม มีความเป็นอยู่ ที่ถูกสุขลักษณะ มีการใช้ที่ดินประเภทที่อยู่อาศัย ประกอบการอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม และสาธารณสถานอยู่ในบริเวณหรือพื้นที่เหมาะสมไม่ปะปนกันจนก่อให้เกิดผลเสียซึ่งกันและกัน นอกจากนี้ ก็ได้จัดให้มีระบบคมนาคมและขนส่ง ระบบสาธารณูปโภคสาธารณูปการที่เพียงพอ และตั้งอยู่ในที่เหมาะสมกับความต้องการของประชาชนในชุมชนเมือง (เทศบาล) นั้น ๆ ทั้งนี้ ก็เพราะจุดประสงค์ที่จะขจัดหรือลดปัญหาต่าง ๆ ซึ่งจะเกิดขึ้นในเมืองให้ลดน้อยลงหรือหมดไป นำไปสู่ความผาสุกของประชาชนในเมือง⁸⁷

(2.4) เพื่อรักษาสถานภาพของครอบครัว

เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ หากจะออกกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้จะต้องเป็นไปเพื่อรักษาสถานภาพของครอบครัว ถูกกำหนดขึ้นมาใหม่ในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.

⁸⁶ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, “มุมมองของศาลไทยเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชนในการตรวจสอบคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ,” (โครงการสัมมนาเพื่อการพัฒนางานอนุญาโตตุลาการ จัดโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กรุงเทพมหานคร, 2560) : น.6.

⁸⁷ นิพนธ์ วิเชียรน้อย, “การผังเมืองและการใช้ประโยชน์ที่ดินในประเทศไทย (Urban Land Use Planning in Thailand),” วารสารกรมโยธาธิการและผังเมือง, น.27-28. (2558).

2560 จึงเป็นเรื่องใหม่ที่ยังไม่ได้มีการศึกษา อย่างไรก็ตาม พจนานุกรมฉบับบัณฑิตยสถาน ได้ให้คำนิยามของคำว่า “สถานภาพ” หมายถึง สิทธิหน้าที่ตามบทบาทของบุคคล เช่น เขามีสถานภาพทางครอบครัวเป็นบิดา “ครอบครัว” หมายถึง สถาบันพื้นฐานของสังคมที่ประกอบด้วยสามีภรรยาและหมายความรวมถึงลูกด้วย

(2.5) เพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์

ผู้เยาว์ย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เพียงแต่ผู้เยาว์อาจถูกจำกัดอำนาจหน้าที่หรือสิทธิบางอย่าง กฎหมายย่อมให้ความคุ้มครองและคำนึงถึงสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการเดินทาง เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เป็นต้น

(3) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง

(3.1) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2556

กรณีพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการกำกับและพัฒนาตลาดทุนให้สามารถดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่หรือศาลในอันที่จะใช้มาตรการป้องกันมิให้บุคคลที่ถูกกล่าวหาหลบหนีออกนอกราชอาณาจักร โดยมาตรา 267 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ในกรณีที่น่าจะปรากฏหลักฐานว่าบุคคลใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ที่มีลักษณะอันอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ประชาชน และมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้กระทำความผิดจะยักย้ายหรือจำหน่ายทรัพย์สินของตน ให้สำนักงานด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ก.ล.ต. มีอำนาจสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินของบุคคลนั้นหรือทรัพย์สินซึ่งมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าเป็นของบุคคลนั้นได้ แต่จะยึดหรืออายัดทรัพย์สินไว้เกินหนึ่งร้อยแปดสิบวันไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาล ให้คำสั่งยึดหรืออายัดดังกล่าวยังคงมีผลต่อไปจนกว่าศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น และในกรณีมีเหตุจำเป็นไม่สามารถฟ้องคดีได้ภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวัน ศาลที่มีเขตอำนาจจะสั่งขยายระยะเวลาออกไปอีกตามคำขอของสำนักงานก็ได้ แต่จะขยายเวลาอีกเกินหนึ่งร้อยแปดสิบวันมิได้” และวรรคสี่ บัญญัติว่า “ในกรณีตามวรรคหนึ่ง เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าบุคคลดังกล่าวจะหลบหนีออกนอกราชอาณาจักร เมื่อสำนักงานร้องขอให้ศาลอาญามีอำนาจสั่งห้ามมิให้บุคคลนั้นออกนอกราชอาณาจักรไว้ก่อนได้ และในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วน ให้คณะกรรมการ ก.ล.ต. มีคำสั่งห้ามมิให้บุคคลนั้นออกนอกราชอาณาจักรไว้ก่อนเป็นการชั่วคราวได้เป็นเวลาไม่เกินสิบห้าวัน จนกว่าศาลอาญาจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น” เห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นมาตรการป้องกันมิให้บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเดินทางออกนอกราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเท่านั้น เพื่อประโยชน์ในการนำตัวผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดมาดำเนินคดีตามกฎหมาย เพราะหากผู้ถูก

กล่าวหาได้หลบหนีหรือเดินทาง ออกนอกราชอาณาจักรแล้ว การจับกุมตัวบุคคลดังกล่าวมา ดำเนินคดีข่มขู่กระทำได้ยาก มาตรการดังกล่าวจึงมีความมุ่งหมายที่จะป้องกันและปราบปราม ผู้กระทำความผิดในตลาดทุนที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจของประเทศ และบรรเทาเจตนารมณ์ของ กฎหมายฉบับนี้ อันเป็นไปตามหลักนิติธรรมและหลักความได้สัดส่วนตามความจำเป็นแก่กรณี แมื่ บทบัญญัติดังกล่าวจะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางของบุคคลตามที่รับรองไว้ใน รัฐธรรมนูญ มาตรา 34 วรรคหนึ่ง อยู่บ้างก็ตาม แต่เป็นการจำกัดเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจ ตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 34 วรรคสอง เฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพ ของประชาชน อีกทั้งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้ บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และ ไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 วรรคหนึ่งและวรรคสองแต่อย่างใด

(3.2) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2555

กรณีที่แม้พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 มาตรา 18 วรรคหนึ่ง (1) (2) และ (5) ตราขึ้นเพื่อกำหนดให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติ หรืองดปฏิบัติอย่างใดอย่าง หนึ่ง และห้ามมิให้เดินทางเข้าไปในหรือให้ออกจากสถานที่หวงห้าม และห้ามใช้ เส้นทางคมนาคม หรือยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขในการใช้เส้นทางคมนาคมหรือใช้ยานพาหนะ อันมีลักษณะ เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลทำนองเดียวกับที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 34 กำหนดห้ามไว้ก็ตาม แต่ พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวตราขึ้นมาเพื่อป้องกันและระงับภัยที่จะเกิดขึ้นแก่ความมั่นคงของรัฐและ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยกำหนดมาตรการและกลไกควบคุมการใช้อำนาจตามระดับ ความรุนแรงของสถานการณ์ ทั้งนี้ เพื่อให้การแก้ไขสถานการณ์สามารถกระทำได้อย่างมี ประสิทธิภาพ บทบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณี ใดกรณีหนึ่งเป็นการเจาะจง และเป็น การจำกัดสิทธิเสรีภาพเพียงเท่าที่จำเป็น โดยไม่ กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพในการเดินทาง และเสรีภาพในการเลือกที่อยู่ ของบุคคล ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ให้อำนาจบัญญัติขึ้นได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรา กฎหมายข่มขู่ต้องคำนึงถึงความมั่นคงของประเทศ อันเป็นเรื่องส่วนรวมยิ่งกว่าจะคำนึงถึงสิทธิและ เสรีภาพส่วนบุคคล ซึ่งการตรากฎหมายในลักษณะนี้ รัฐธรรมนูญ มาตรา 34 วรรคสอง ก็ให้กระทำ ได้อยู่แล้ว ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของมาตรา 34 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายใน ราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 มาตรา 18 วรรคหนึ่ง (1) (2) และ (5) ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 34

2.4 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิในหนังสือเดินทาง

2.4.1 พัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของหนังสือเดินทาง

จากหลักฐานทางประวัติศาสตร์พบว่า หนังสือเดินทางได้ถือกำเนิดมาในช่วงระยะเวลา 450 ปีก่อนคริสต์ราช โดยมีข้าราชการอาร์ทาเซอร์เซส (Artaxerxes) แห่งกรุงเปอร์เซีย ที่เรียกชื่อว่า นีเอะโมอะ (Nehemiah) ขออนุญาตเดินทางท่องเที่ยวอาณาจักรฮีบรูในซึ่งกษัตริย์อาร์ทาเซอร์เซสได้อนุญาตและจดหมายให้นีเอะโมอะนำเอาไปให้แก่รัฐบาลของอาณาจักรฮีบรูในเพื่อขอความอำนวยความสะดวกและคุ้มครองความปลอดภัยแก่ตัวนีเอะโมอะเมื่อเขาเดินทางผ่านดินแดนดังกล่าว⁸⁸ ในสมัยยุคกลางของยุโรปได้กำเนิดคำว่าหนังสือเดินทาง (Passport) ขึ้น เนื่องจากเกิดความต้องการเอกสารเพื่อผ่านประตูกำแพงเมือง หรือเรียกว่า “The porte” ดังนั้น คำกล่าวดังกล่าวจึงกลายเป็นคำว่า Passport ซึ่งหนังสือเดินทางนั้นจะออกให้แก่นักท่องเที่ยวโดยเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นและเนื้อหาภายในจะประกอบด้วยชื่อเมืองที่เจ้าของหนังสือเดินทางได้รับอนุญาตให้เดินทางผ่าน หนังสือเดินทางในรูปแบบดังกล่าวถูกนำมาใช้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส จนถึงปี ค.ศ. 1860 จนกระทั่งภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ได้มีการประชุม ณ กรุงปารีสว่าด้วยระเบียบเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง ภายใต้อาณัติ และใบอนุญาตผ่านทาง ค.ศ. 1920 (International Conference on Passport, Customs Formalities and Through Tickets, 1920) จึงเกิดข้อตกลงเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐานหนังสือเดินทางที่ออกโดยประเทศสมาชิกขององค์การสันนิบาตชาติ (The League of Nations) เป็นครั้งแรก และต่อมาในปี ค.ศ. 1947 ได้มีการก่อตั้งองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (ICAO) ซึ่งทั้งสององค์กรนี้ได้ร่วมมือกันจัดทำคู่มือเกี่ยวกับมาตรฐานในการจัดทำรูปเล่มและลักษณะของหนังสือเดินทางขึ้น⁸⁹

สำหรับวิวัฒนาการหนังสือเดินทางของราชอาณาจักรไทยนั้น ในสมัยโบราณการเดินทางระหว่างประเทศมีความยากลำบากและต้องใช้ระยะเวลายาวนาน ระเบียบกฎเกณฑ์การตรวจตราคนเดินทางเข้าออกนอกประเทศยังไม่มี การเดินทางไปต่างประเทศยังจำกัดขอบเขตอยู่กับดินแดนที่อยู่ใกล้ชิดกัน บุคคลที่จะเดินทางติดต่อกับต่างประเทศยังอยู่ในขอบเขตจำกัดเฉพาะชนชั้นปกครอง ขุนนาง พ่อค้า และนักสอนศาสนา พลเมืองของประเทศต่าง ๆ ยังไม่มีการเดินทางไปต่างประเทศมาก การเดินทางของกลุ่มบุคคลดังกล่าวส่วนใหญ่จะใช้หนังสือหรือสาส์นของกษัตริย์หรือผู้ปกครองของรัฐตนไปถึงกษัตริย์หรือผู้ปกครองของอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งจะระบุถึงวัตถุประสงค์ของการเดินทางของคณะบุคคลของรัฐผู้ส่ง และขอให้รัฐผู้รับให้ความคุ้มครองและ

⁸⁸ สมเกียรติ กิจประภานนท์, “การกำหนดความคิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552), น.10 – 11.

⁸⁹ เติ้งอ่าง.

อำนวยความสะดวกในด้านต่าง ๆ ต่อคณะผู้เดินทาง ดังจะเห็นได้จากประวัติศาสตร์ของไทยตั้งแต่สมัยสุโขทัยที่มีการติดต่อกับประเทศเพื่อนบ้าน หรือในสมัยกรุงศรีอยุธยา สมเด็จพระนารายณ์มหาราชได้ทรงแต่งตั้งคณะราชทูตอัญเชิญพระราชสาส์นไปเจริญสัมพันธไมตรีกับฝรั่งเศสเป็นต้น⁹⁰

ประวัติการใช้หนังสือเดินทางในสมัยก่อนมีหลักฐานปรากฏในลักษณะต่าง ๆ อาทิ ในรูปของตราหรือสัญลักษณ์ และต่อมาได้พัฒนามาเป็นเอกสารและเล่มหนังสือตามลำดับ โดยผู้ปกครองออกให้เพื่อคุ้มครองคนในปกครองที่เดินทางไปต่างแดน แต่ก็ยังไม่ใช้สิ่งบังคับใช้ในการเดินทาง เมื่อโลกมีความก้าวหน้าในด้านการคมนาคม การติดต่อสื่อสารการท่องเที่ยว และพัฒนาการของเหตุการณ์ความร่วมมือและความขัดแย้งระหว่างประเทศได้มีส่วนทำให้ประเทศต่าง ๆ สร้างระเบียบกฎเกณฑ์ควบคุมการเดินทางเข้าออกประเทศของพลเมืองและคนต่างชาติดีความเข้มงวดมากขึ้น หนังสือเดินทางจึงเป็นเอกสารของรัฐและเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ และเริ่มมีการใช้อย่างแพร่หลายภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1

ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้หนังสือเดินทางของราชอาณาจักรไทยนั้น ในปีพ.ศ. 2460 รัฐบาลในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) ได้มีการออกประกาศว่าด้วยผู้เดินทางไปนอกพระราชอาณาเขตฯ ให้มีหนังสือเดินทาง ลงวันที่ 17 พระพุทธศักราช 2460⁹¹ เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์อย่างเป็นทางการสำหรับผู้เดินทางออกนอกประเทศเพื่อลดปัญหาผู้เดินทางมักจะไม่มีหนังสือเดินทาง หรือตราเดินทาง (visa) ทำให้ถูกกักกันไม่ให้เข้าประเทศ ถูกจับกุมกักขังหรือถูกส่งกลับ อันเนื่องมาจากในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 รัฐบาลในประเทศต่าง ๆ เริ่มมีการตรวจตราหนังสือเดินทางของคนต่างชาติดีความเข้มงวด ต่อมา ในปี พ.ศ. 2463 มีการเรียกร้องให้ใช้รูปแบบหนังสือเดินทางให้อยู่ในมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งเป็นผลพวงจากการประชุมขององค์การสันนิบาตชาติเกี่ยวกับหนังสือเดินทางที่กรุงปารีส สาธารณรัฐฝรั่งเศส รัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยในสมัยนั้นได้เข้าร่วมประชุมและลงนามรับรองข้อมติของที่ประชุมดังกล่าว หลังจากนั้น ปี พ.ศ. 2470 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฉบับแรกของราชอาณาจักรไทยในวันที่ 1 กรกฎาคม 2470 อันเนื่องมาจากข้อตกลงในมติในที่ประชุมขององค์การสันนิบาตชาติเกี่ยวกับหนังสือเดินทางในปี พ.ศ. 2463 ทำให้เริ่มมีการปรับปรุงรูปแบบของหนังสือเดินทางใหม่ให้เป็นรูปเล่มจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2545 กองหนังสือเดินทางได้พัฒนารูปแบบของหนังสือเดินทางแบบใหม่ที่มีคุณลักษณะป้องกันการปลอมแปลง (Security Features) เพิ่มมากขึ้น และใช้

⁹⁰ รายงานการศึกษากลุ่ม เรื่อง การพิจารณาปรับปรุงแก้ไขระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 (หลักสูตรกฎหมายปกครองสำหรับผู้บริหารระดับสูง (กปส.). กลุ่มที่ 36 รุ่นที่ 2, สำนักงานศาลปกครอง, 2557), น.10.

⁹¹ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 23 กันยายน 2460 เล่ม 34 หน้า 433

เทคโนโลยีระดับสูงหลายอย่างเช่นเดียวกับการพิมพ์ธนบัตร เพื่อยกระดับมาตรฐานหนังสือเดินทางของราชอาณาจักรไทยให้ทัดเทียมกับประเทศชั้นนำของโลก คุณสมบัติพิเศษที่ใส่ไว้ในหนังสือเดินทางบางอย่างไม่เห็นได้ด้วยตาเปล่าต้องใช้เครื่องมือเฉพาะในการตรวจสอบ และบางอย่างก็แฝงไว้อย่างแนบเนียน ทำให้ยากในการปลอมแปลง⁹²

ต่อมา ปี พ.ศ.2548 ได้พัฒนารูปแบบหนังสือเดินทางโดยเริ่มมีการนำหนังสือเดินทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีการบันทึกข้อมูลทางชีวภาพของผู้ถือหนังสือเดินทางด้วยการฝังไมโครชิพที่เป็นมาตรฐานขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (ICAO) หนังสือเดินทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือ E-passport ย่อมาจากคำว่า Electronic Passport คือหนังสือเดินทางที่มีการบันทึกข้อมูลทางชีวภาพ (biometric data) ของผู้ถือหนังสือเดินทาง โดยกรมการกงสุลเริ่มใช้ครั้งแรกเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2548 โดยเปิดให้บริการเฉพาะผู้ทำหนังสือเดินทางทูตและราชการ ต่อมาเปิดให้บริการแก่ประชาชนทั่วไป

2.4.2 ความหมายของหนังสือเดินทาง

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้ความหมายของคำว่า “หนังสือเดินทาง” หมายความว่า หนังสือสำคัญประจำตัวซึ่งทางราชการของประเทศหนึ่งออกให้แก่พลเมืองของประเทศนั้น เพื่อเป็นหลักฐานในการเดินทางไปในดินแดนต่างประเทศ⁹³

ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 4 (1) กำหนดคำนิยาม “หนังสือเดินทาง” หมายถึง เอกสารทางราชการที่ออกให้แก่บุคคลสัญชาติไทย

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (15) กำหนดคำนิยาม “หนังสือเดินทาง” หมายความว่า เอกสารสำคัญประจำตัวไม่ว่าจะมีรูปลักษณะใดที่รัฐบาลไทย รัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศออกให้แก่บุคคลใด เพื่อใช้แสดงตนในการเดินทางระหว่างประเทศ และให้หมายความรวมถึงเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางและแบบหนังสือเดินทางที่ยังไม่ได้กรอกข้อความเกี่ยวกับผู้ถือหนังสือเดินทางด้วย

กระทรวงการต่างประเทศ ให้ความหมายไว้ว่า หนังสือเดินทาง คือ เอกสารสำคัญประจำตัวที่รัฐบาลประเทศหนึ่งออกให้แก่พลเมืองหรือคนชาติของตน เพื่อใช้แสดงตนในการเดินทางไปต่างประเทศ ในทางปฏิบัติประเทศเจ้าของหนังสือเดินทางจะร้องขอให้ประเทศอื่นๆ ให้ความสะดวก ความปลอดภัย หรือให้ความช่วยเหลือ ความคุ้มครองทางกฎหมายขณะที่พลเมืองของตนอยู่ในประเทศนั้นๆ หนังสือเดินทางต้องได้รับการประทับการตรวจลงตราหรือวีซ่า

⁹² กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ, “วิวัฒนาการของหนังสือเดินทางไทย,” สืบค้นเมื่อ 2 กันยายน 2559, จาก <http://www.consular.go.th/main/th/services/1274/19753>.

⁹³ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556), น. 1286.

จากหน่วยงานของประเทศที่จะเดินทางไปเยือน เว้นแต่จะมีความตกลงยกเว้นการตรวจลงตรา ระหว่างประเทศ⁹⁴

2.4.3 ประเภทและลักษณะของหนังสือเดินทาง

ในแต่ละประเทศจะกำหนดประเภทของหนังสือเดินทางของตนเองไว้โดยเฉพาะ รวมถึงสิทธิ หลักเกณฑ์ คุณสมบัติที่แตกต่างกันไป อย่างไรก็ตาม ลักษณะรูปแบบ ประเภทของ หนังสือเดินทางในหลักการสากล จะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน คือภายใต้ข้อกำหนดขององค์การ บินระหว่างประเทศ (ICAO)

สำหรับราชอาณาจักรไทย หนังสือเดินทางมีทั้งหมด 4 ประเภท ดังนี้⁹⁵

(1) หนังสือเดินทางธรรมดา (หน้าปกสีน้ำตาลเข้ม) ออกให้แก่ประชาชนทั่วไป โดยหนังสือเดินทางมีอายุไม่เกิน 5 ปี

(2) หนังสือเดินทางราชการ (หน้าปกสีน้ำเงินเข้ม) ผู้ถือหนังสือเดินทางประเภทนี้ ต้องใช้ในราชการเท่านั้น ไม่สามารถนำไปใช้ในการเดินทางส่วนตัวโดยจะออกให้ให้แก่ราชการ เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานที่จัดตั้งตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงบุคคลอื่นใดที่เดินทางเพื่อทำประโยชน์ แก่ทางราชการ ตามที่กระทรวงการต่างประเทศอนุมัติ และเมื่อเสร็จภารกิจหรือผู้ถือขาดคุณสมบัติ ที่จะถือหนังสือเดินทางราชการให้ส่งหนังสือเดินทางราชการนั้นแก่กระทรวงการต่างประเทศ

(3) หนังสือเดินทางทูต (หน้าปกสีแดง) มีอายุไม่เกิน 5 ปี เมื่อเสร็จภารกิจหรือผู้ถือขาด คุณสมบัติที่จะถือหนังสือเดินทางทูตให้ส่งหนังสือเดินทางราชการนั้นแก่กระทรวงการต่างประเทศ

(4) หนังสือเดินทางชั่วคราว (หน้าปกสีเขียว) มีอายุ 1 ปี และไม่สามารถต่ออายุได้อีก จะออกให้กับบุคคลที่หนังสือเดินทางสูญหายหรือเสียหายจนใช้การไม่ได้ หรือหนังสือเดินทางขาด อายุระหว่างอยู่ต่างประเทศแต่มีหลักฐานประกอบการขอออกหนังสือเดินทางครบถ้วนและ ประสงค์จะเดินทางเป็นการเร่งด่วน โดยไม่อาจรอการออกหนังสือเดินทางเล่มใหม่ให้แทนได้

นอกจากนี้ ยังมีอีก 2 ประเภทพิเศษ คือ หนังสือเดินทางพระ ออกให้สำหรับพระภิกษุ และสามเณรที่ได้รับอนุญาตให้เดินทางไปต่างประเทศตามนัยระเบียบมหาเถรสมาคม และหนังสือ เดินทางเพื่อไปประกอบพิธีฮัจญ์ ออกให้ชาวมุสลิมที่เพื่อเดินทางไปประกอบพิธีฮัจญ์ หนังสือ เดินทางประเภทนี้จะมีอายุ 2 ปี เท่านั้น

นอกจากหนังสือเดินทางแล้ว ยังมีเอกสารอีกประเภทหนึ่งที่สามารถใช้แทนหนังสือ เดินทางได้ คือ เอกสารที่รัฐบาลของแต่ละประเทศออกให้แก่ประชาชนตามกฎหมายว่าด้วยคน

⁹⁴ กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ, “วิวัฒนาการของหนังสือเดินทางไทย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กันยายน 2559, จาก <http://www.consular.go.th/main/th/services/1274/1975>

⁹⁵ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 15 - 16.

เข้าเมือง ซึ่งรัฐบาลของนานาประเทศยอมรับและใช้เป็นมาตรฐานสากล โดยเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางมีหลายประเภท เช่น เอกสารที่รัฐบาลออกให้สำหรับการเดินทางเข้าประเทศโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการเฉพาะเพื่อเดินทางกลับประเทศของตนหรือเพื่อใช้แทนหนังสือเดินทางในการเดินทางกลับประเทศของตน สำหรับกรณีที่บุคคลนั้นไม่มีหนังสือเดินทางและประเทศนั้นไม่มีสถานทูตหรือสถานกงสุลในประเทศ หรือเอกสารการเดินทางของสหประชาชาติ แลสเซ่ปาสเซ่ (Laissez - passer) ที่สหประชาชาติออกให้แก่เจ้าหน้าที่ของตนเพื่อใช้แสดงตัวในการเดินทาง⁹⁶ ซึ่งหากจะจำแนกเอกสารเดินทางที่สามารถใช้แทนหนังสือเดินทางได้ มีดังนี้⁹⁷

(1) Laissez – passer เอกสารการเดินทางของสหประชาชาติ ออกให้แก่เจ้าหน้าที่ของตนเพื่อใช้แสดงตัวในการเดินทาง

(2) Interpol Travel Document ออกโดย Interpol ให้เจ้าหน้าที่ตำรวจเดินทางอย่างเป็นทางการช่วยให้พวกเขาหลีกเลี่ยงข้อจำกัดด้านการขอวีซ่าบางอย่างในบางประเทศสมาชิกเมื่อตรวจสอบอาชญากรรมข้ามชาติ

(3) หนังสือรับรองตัวตน เรียกอีกอย่างว่าหนังสือเดินทางของคนต่างด้าวหรือเอกสารการท่องเที่ยวอย่างไม่เป็นทางการ ออกให้ในบางกรณีเช่นการไร้สัญชาติแก่ชาวต่างประเทศที่ไม่ใช่พลเมือง เช่น พาสปอร์ต Nansen บางครั้งก็ออกให้เป็นหนังสือเดินทางภายในแก่ชาวต่างประเทศ

(4) เอกสารการเดินทางผู้ลี้ภัย ออกให้กับผู้ลี้ภัยโดยรัฐที่บุคคลอยู่อาศัยอยู่เพื่อให้เดินทางออกนอกภูมิลำเนาและกลับมา กรณีผู้ลี้ภัยไม่น่าจะได้รับหนังสือเดินทางจากสัญชาติของตน

(5) ใบอนุญาต ใบอนุญาตเดินทางหลายประเภทมีอยู่ทั่วโลก เช่น ใบอนุญาตเข้าสหรัฐอเมริกา และใบอนุญาตให้เดินทางกลับญี่ปุ่น อนุญาตให้อาศัยอยู่ในประเทศเหล่านั้นที่ไม่สามารถขอรับใบอนุญาตเดินทางออกนอกประเทศและกลับมาได้

2.4.4 ความสำคัญและข้อจำกัดของหนังสือเดินทาง

กฎหมายที่ออกมาบังคับใช้ในแต่ละประเทศมิได้มีบทบังคับให้พลเมืองของตนต้องทำหนังสือเดินทาง แต่หากเมื่อบุคคลนั้นจำเป็นต้องเดินทางออกนอกประเทศอย่างถูกต้องตามกฎหมายไม่ว่าทางเรือ ทางรถยนต์ ทางเครื่องบิน สิ่งที่ต้องมีอันดับแรก คือ หนังสือเดินทาง (Passport) เพื่อใช้เป็นหลักฐานแสดงตนว่าเป็นคนสัญชาติใด และยังต้องใช้เพื่อขอตรวจลงตรา หรือวีซ่า (Visa) เข้าไปในประเทศปลายทางที่จะเดินทางไปด้วย ยกเว้นในบางประเทศที่มีข้อตกลงร่วมกันว่าไม่จำเป็นต้องขอวีซ่า ดังนั้น จึงอาจสรุปถึงความสำคัญและข้อจำกัดของหนังสือเดินทางได้ดังนี้

⁹⁶ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 918/2554

⁹⁷ Wikipedia, “Passport”, Retrieved 28 May 2018, Form <https://en.wikipedia.org/wiki/Passport>.

(1) หนังสือเดินทางเป็นเอกสารแสดงตนเพื่อใช้ในการเดินทางไปต่างประเทศ หากไม่มีหนังสือเดินทาง อาจถูกปฏิเสธจากประเทศที่จะเดินทางไปไม่ให้เข้าประเทศได้ เช่น พระราชบัญญัติตรวจคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522⁹⁸ ได้กำหนดห้ามมิให้คนต่างด้าวที่ไม่มีหนังสือเดินทาง หรือเอกสารการเดินทาง หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตรา เข้ามาในราชอาณาจักรไทย อย่างไรก็ตาม แม้ไม่มีหนังสือเดินทางแต่อาจสามารถเดินทางเข้าไปในประเทศปลายทางนั้นภายใต้ข้อจำกัดและเงื่อนไขข้อตกลงของแต่ละประเทศ ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นอย่างมาก เช่น แคนาดาและสหรัฐอเมริกา ให้การยอมรับในการเดินทางข้ามพรมแดนทางบกหรือทางทะเล สามารถยื่นใบขั้วใช้แทนหนังสือเดินทางได้⁹⁹ ในกรณีของราชอาณาจักรไทย การเดินทางผ่านแดนไปยังประเทศเพื่อนบ้านโดยการสัญจรทางบกผ่านจุดผ่านแดน ถ้ามีหนังสือเดินทางก็สามารถเดินทางผ่านแดนไปได้ แต่ถ้าไม่มี จำเป็นที่จะต้องมียัตร์ผ่านแดน (Border Pass) จึงจะสามารถเดินทางเข้าประเทศเพื่อนบ้านได้ โดยบัตรผ่านแดนแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ บัตรผ่านแดน และบัตรผ่านแดนชั่วคราว การจัดทำบัตรผ่านแดนเป็นความรับผิดชอบของกรมการปกครอง โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่ออำนวยความสะดวกในการเดินทางเข้า-ออกบริเวณพื้นที่ชายแดนควบคู่ไปกับการรักษาความมั่นคงภายในให้เป็นที่ไปตามข้อตกลงว่าด้วยการเดินทางข้ามแดนระหว่างไทยกับประเทศเพื่อนบ้าน ซึ่งประเทศไทยมีชายแดนติดกับประเทศเพื่อนบ้าน จำนวน 4 ด้าน ได้แก่ สาธารณรัฐสหภาพเมียนมาร์ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว สาธารณรัฐกัมพูชา และมาเลเซีย บัตรผ่านแดนนั้นจะออกให้เฉพาะบุคคลสัญชาติไทยที่มีภูมิลำเนาในพื้นที่ชายแดน เพื่อใช้ในการเดินทางข้ามแดนระหว่างสองประเทศ บัตรผ่านแดนชนิดนี้มีลักษณะเป็นรูปเล่มสีเขียว จะใช้เฉพาะที่จุดผ่านแดนด้านสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐสหภาพเมียนมาร์ เท่านั้น¹⁰⁰

(2) แม้จะไม่มีหนังสือเดินทาง บุคคลนั้นก็อาจจะสามารถเดินทางออกนอกประเทศได้ หรือแม้มีหนังสือเดินทางก็อาจจะไม่สามารถเดินทางออกนอกประเทศได้ เช่นบุคคลอาจถูกสั่งห้ามไม่ให้ออกจากประเทศด้วยเหตุผลหลายประการ อาทิ ถูกสอบสวนในฐานะผู้ต้องสงสัย การลงโทษทางอาญา การเป็นลูกหนี้ที่ผิดนัด หรือเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของประเทศ ในบางประเทศการห้ามพลเมืองของตนเดินทางออกนอกประเทศอาจใช้รูปแบบการเพิกถอนหนังสือเดินทางที่ออกให้ก่อนหน้า สำหรับราชอาณาจักรไทย การเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยอาจถูกจำกัดด้วยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะ เช่น กรณีเมื่อศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้

⁹⁸ พระราชบัญญัติตรวจคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 12 (1).

⁹⁹ <https://www.cbp.gov/travel/us-citizens/western-hemisphere-travel-initiative>

¹⁰⁰ กองการต่างประเทศ, “ความตกลงว่าด้วยการข้ามแดนและข้อมูลจุดผ่านแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศเพื่อนบ้าน,” สืบค้นเมื่อวันที่ 17 สิงหาคม 2561, จาก <http://www.phuketdopa.go.th/download/e-mag/01.pdf>

หรือพิพากษาให้ลูกหนี้ล้มละลายแล้ว และยังไม่ได้สั่งปลดจากล้มละลาย ลูกหนี้จะออกไปนอกราชอาณาจักรไม่ได้ เว้นแต่ศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์จะอนุญาตเป็นหนังสือและถ้าจะย้ายที่อยู่ ต้องแจ้งตำบลที่อยู่ใหม่เป็นหนังสือให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทราบภายในเวลาอันสมควร¹⁰¹ กรณีที่มีการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งปล่อยตัวชั่วคราว ศาลอาจอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวโดยมีเงื่อนไขเกี่ยวกับที่อยู่ของผู้ต้องหาหรือจำเลย หรือจะกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยปฏิบัติเพื่อป้องกันการหลบหนี หรือภัยอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการปล่อยชั่วคราว¹⁰² เช่น ให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมารายงานตัวตามที่ศาลกำหนด หรือห้ามเดินทางออกนอกราชอาณาจักร หรือให้ละเว้นกิจกรรมบางอย่างที่อาจเป็นเหตุให้เกิดการกระทำผิดขึ้นอีก

(3) หนังสือเดินทาง ถือเป็นเอกสารทางราชการที่ในบางประเทศมีบทบัญญัติให้การกระทำบางอย่างเกี่ยวกับหนังสือเดินทางถือว่าเป็นความผิด เช่น ราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติให้ผู้ใดทำหนังสือเดินทางปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เดิมหรือตัดทอนข้อความ หรือแก้ไขด้วยประการใด ๆ ในหนังสือเดินทางที่แท้จริง หรือประทับตราปลอมหรือลงลายมือชื่อปลอมในหนังสือเดินทาง โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชนถ้าได้กระทำ เพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นหนังสือเดินทางที่แท้จริง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปลอมหนังสือเดินทาง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท¹⁰³ เป็นต้น

¹⁰¹ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 67 (3).

¹⁰² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 108 วรรคสาม.

¹⁰³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269/8.

บทที่ 3

เสรีภาพในการเดินทางตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และราชอาณาจักรไทย

สิทธิและเสรีภาพได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ นอกจากนี้เกือบทุกประเทศจะบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งแต่ละประเทศจะมีวิธีการที่แตกต่างกันในการบัญญัติถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญ โดยบางประเทศบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ บางประเทศได้บัญญัติแยกไว้เป็นภาคหรือหมวดว่าด้วยสิทธิเสรีภาพต่างหากจากบทอื่นๆ ในการศึกษาครั้งนี้ จึงทำการศึกษาสิทธิและเสรีภาพตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รวมทั้งอนุสัญญาหรือกฎบัตรในทวีปต่างๆ รวมไปถึงกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรสเปน แคนาดา และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหรือเพิกถอนหนังสือเดินทางของต่างประเทศ และราชอาณาจักรไทย ดังนี้

3.1 เสรีภาพในการเดินทางกฎหมายระหว่างประเทศ

3.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ ได้มีมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ซึ่งถือเป็นเอกสารประวัติศาสตร์ในการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลก และเป็นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนทุกฉบับที่มีอยู่ในปัจจุบัน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ถือเป็นมาตรฐานที่ประเทศสมาชิกสหประชาชาติได้ร่วมกันจัดทำเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนทั่วโลก ทั้งนี้ ราชอาณาจักรไทยเป็นหนึ่งใน 48 ประเทศ

แรกทีลงคะแนนเสียงร่วมรับรองปฏิญญาฉบับนี้ในการประชุมดังกล่าวซึ่งจัดขึ้น ณ กรุงปารีส สาธารณรัฐฝรั่งเศส¹⁰³

สิทธิที่ระบุไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจำแนกออกได้อย่างกว้างๆ 2 ประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง สิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมืองซึ่งรวมถึงสิทธิในชีวิต เสรีภาพและความมั่นคงของบุคคล อิสรภาพจากความเป็นทาสและการถูกทรมาน ความเสมอภาค ในทางกฎหมาย การคุ้มครองเมื่อถูกจับ กักขัง หรือเนรเทศ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม การมีส่วนร่วมทางการเมือง สิทธิในการสมรสและการตั้งครอบครัว เสรีภาพขั้นพื้นฐาน ในทางความคิด มโนธรรม และศาสนา การแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก เสรีภาพในการเดินทางหรือเคลื่อนย้าย เสรีภาพในการชุมนุมและเข้าร่วมสมาคมอย่างสันติ สิทธิในการมีส่วนร่วมในรัฐบาลของประเทศตน โดยทางตรงหรือโดยการส่งผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งอย่างเสรี ประเภทที่สอง คือ สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งครอบคลุมถึงสิทธิในการทำงาน การได้รับค่าตอบแทนเท่ากันสำหรับงานที่เท่ากัน สิทธิในการก่อตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงาน สิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่เหมาะสม สิทธิในการศึกษา และสิทธิในการเข้าร่วมใช้ชีวิตทางวัฒนธรรมอย่างเสรี

สำหรับเสรีภาพในการเดินทางหรือเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายบัญญัติรับรองไว้ในข้อ 13¹⁰⁴ ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนว่า

(1) ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งการเคลื่อนย้าย และการอยู่อาศัยภายในพรมแดนของแต่ละรัฐ

(2) ทุกคนมีสิทธิที่จะออกนอกประเทศใด รวมทั้งประเทศของตนเอง และมีสิทธิที่จะกลับเข้าประเทศของตน

นอกจากนี้ การใช้สิทธิในเสรีภาพในการเดินทางต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของรัฐ ซึ่งข้อ 29 (2) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กำหนดไว้ว่า ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของตน ทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเพียงเท่าที่มีการกำหนดไว้ตามกฎหมายเท่านั้น เพื่อวัตถุประสงค์ของการได้ซึ่งการยอมรับและเคารพสิทธิและเสรีภาพอันควรของผู้อื่น

¹⁰³ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, แปลโดยอติทิพร บุญประคอง และคณะผู้จัดทำและปรับปรุงแปลปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : กรมองค์การระหว่างประเทศ, 2551), น.1.

¹⁰⁴ Article 13

(1) Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state.

(2) Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country.

และเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการอันสมควรทางด้านศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชน และสวัสดิการทั่วไปในสังคมประชาธิปไตย¹⁰⁵ อย่างไรก็ตาม ปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายผูกพันรัฐสมาชิกสหประชาชาติ ทั้งนี้ เพราะปฏิญญาไม่ใช่สนธิสัญญาและจุดมุ่งหมายของสมัชชาสหประชาชาติก็เพียงต้องการให้ปฏิญญาเป็นเอกสารชี้แนะแก่รัฐสมาชิกเพื่อจัดให้มีการรับรองคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในประเทศของตน แต่ถึงกระนั้นก็ตีตราศาสตราจารย์ เรอเน่ กาสแซง นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ร่างปฏิญญาก็ตอบยืนยันว่าปฏิญญาดังกล่าวมีค่าบังคับมากกว่าเป็นเอกสารชี้แนะอยู่บ้าง เพราะในมาตรา 56 ของกฎบัตรสหประชาชาติที่รัฐสมาชิกทั้งปวงให้คำมั่นว่าจะดำเนินการร่วมกัน ในการร่วมมือกับองค์การเพื่อให้บรรลุแห่งความมุ่งหมายที่กำหนดไว้ในมาตรา 55 ซึ่งที่สำคัญก็คือการส่งเสริมให้มีการเคารพในสิทธิมนุษยชนซึ่งประเทศสมาชิกสหประชาชาติมีความเห็นพ้องต้องกันแบบกึ่งเอกฉันท์¹⁰⁶

3.1.2 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966

หลังจากที่ปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนได้ประกาศใช้มาระยะหนึ่ง ต่อมาได้มีการแปลเจตนาและขยายข้อความให้ละเอียดยิ่งขึ้นด้วยการร่างเป็นกติการะหว่างประเทศที่มีผลบังคับทางกฎหมาย และสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ.1966 มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ.1966 ส่วนราชอาณาจักรไทยเข้าเป็นภาคีกติกาฉบับนี้โดยการภาคินูวัติ เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 มีผลบังคับใช้กับราชอาณาจักรไทยเมื่อวันที่ 30 มกราคม 2540 ซึ่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ¹⁰⁷ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบการปฏิบัติตามพันธกรณีของประเทศภาคี โดยการให้ข้อคิดเห็น หรือข้อเสนอแนะในการตีความพันธกรณี ตลอดจนการให้ข้อวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ดังนั้น ความเห็นทั่วไปที่รับรองโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ จึงเป็นเสมือนมาตรฐานกลางของขอบเขตการ

¹⁰⁵ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 103,น.32.

¹⁰⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ , “อิทธิพลของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 และคำปวารณาของรัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศส ค.ศ.1946 ที่มีต่อปริญญาสาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948,” สืบค้นเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 2560, จาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=394>.

¹⁰⁷ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission on Human Rights : UNCHR) ตั้งขึ้นโดยสหประชาชาติในช่วงปี 2489-2549 ต่อมาในปี 2549 เปลี่ยนเป็นคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ

คุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อันเป็นความเห็นร่วมกันของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ในการตีความว่าบทบัญญัติในกติกาฉบับนี้ควรมีความหมายอย่างไร¹⁰⁸

สำหรับเสรีภาพในการเดินทางหรือเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 12¹⁰⁹ กำหนดไว้ ดังนี้

(1) บุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของรัฐใดโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย และเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้น

(2) บุคคลทุกคนย่อมมีเสรีที่จะออกจากประเทศใด ๆ รวมทั้งประเทศของตนได้

(3) สิทธิดังกล่าวข้างต้น ไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใด ๆ เว้นแต่เป็นข้อจำกัดตามกฎหมายและที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น และข้อจำกัดนั้นสอดคล้องกับสิทธิอื่น ๆ ที่รับรองไว้ในกติกา

(4) บุคคลจะถูกรอนสิทธิในการเดินทางเข้าประเทศของตนโดยอำเภอใจไม่ได้

จากข้อกำหนดในข้อ 12 ดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ออกแนวทางไว้ในข้อคิดเห็นทั่วไปข้อ 27 ว่า บทบัญญัติข้อ 12 (1) ได้กำหนดให้บุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของรัฐใดโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีสิทธิในการเดินทางโดยเสรีและในการเลือกถิ่นที่อยู่ของตน โดยหลักการพลเมืองของรัฐย่อมอยู่ในดินแดนของรัฐนั้นโดยชอบ

¹⁰⁸ ไพโรจน์ พลเพชร และ ฌูรกร ศรีแก้ว, สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามกรอบรัฐธรรมนูญในบริบทของสังคมไทยและมาตรฐานสากลระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยมหิดล, 2549), น.4.

¹⁰⁹ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง UN International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR),” (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2550), น.38.

Article 12

1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.

4. No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.

ด้วยกฎหมายเสมอ ส่วนคนต่างด้าวที่เข้ามาในรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากได้รับสถานภาพอย่างใดอย่างหนึ่งจนเป็นปกติก็ถือว่าอยู่ในดินแดนของรัฐนั้น โดยชอบด้วยกฎหมาย สิทธิที่จะเดินทางโดยเสรีรวมถึงการเดินทางทั่วดินแดนของรัฐ บุคคลชอบที่จะโยกย้ายจากสถานที่หนึ่งไปสถานที่อื่น และที่จะตั้งถิ่นฐานในสถานที่ที่ตนเลือก การที่บุคคลประสงค์จะเดินทางหรืออาศัยอยู่ในสถานที่ใดจะใช้สิทธิของตนจะต้องไม่ถูกจำกัดตามวัตถุประสงค์หรือเหตุผลใดเป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ บทบัญญัติข้อ 12 (2) ได้กำหนดให้บุคคลมีเสรีภาพที่จะออกจากประเทศใด ๆ รวมทั้งประเทศของตน กล่าวคือ การเดินทางไปต่างประเทศและการออกไปตั้งถิ่นฐานถาวรในประเทศอื่นย่อมได้รับการคุ้มครอง ในทำนองเดียวกันสิทธิของบุคคลในการตัดสินใจเลือกรัฐปลายทางนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการประกันทางกฎหมาย¹¹⁰ โดยข้อ 12 (2) ไม่ได้จำกัดสิทธิที่ชอบกฎหมายของบุคคลที่จะอาศัยอยู่ภายในดินแดนของประเทศสมาชิก และคนต่างด้าวที่ถูกขับไล่ออกจากประเทศโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิที่จะเลือกประเทศปลายทางได้เช่นกัน ตามข้อตกลงของรัฐนั้นเพื่อให้บุคคลได้รับสิทธิตามที่มีการรับรองตามข้อ 12 (2) จึงมีการกำหนดพันธกรณีไว้ทั้งในประเทศถิ่นที่อยู่และประเทศที่มีสัญชาติ เพราะการเดินทางระหว่างประเทศมักจะกำหนดให้มีเอกสารที่จำเป็น โดยเฉพาะหนังสือเดินทาง สิทธิในการออกจากประเทศจึงรวมถึงสิทธิที่จะได้รับเอกสารการเดินทางที่จำเป็น ซึ่งโดยปกติการออกหนังสือเดินทางเป็นหน้าที่ของประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ การที่รัฐปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางให้หรือขยายกำหนดระยะเวลาให้บุคคลที่มีสัญชาตินั้นอาศัยอยู่ในต่างประเทศนานมากขึ้น อาจเป็นการตัดสิทธิของบุคคลในการออกจากประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่และการเดินทางไปยังที่อื่น ดังนั้น รัฐจึงไม่อาจอ้างได้โดยชอบว่าบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐนั้นอาจจะกลับมายังดินแดนโดยไม่มีหนังสือเดินทางได้¹¹¹

3.1.3 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1950

สหภาพยุโรปเป็นการรวมกลุ่มของประเทศในภูมิภาคยุโรปทั้งด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ในลักษณะสถาบันแบบเหนือรัฐ (Supranational Institution) มีวัตถุประสงค์เพื่อ

¹¹⁰ เพิ่งอ้าง, น.21-22.

¹¹¹ “CCPR General Comment No. 27:Article 12 (Freedom of Movement)”, Retrieved 12 Dec 2017, From <http://www.refworld.org/docid/45439c394.html> .

9...Since international travel usually requires appropriate documents, in particular a passport, the right to leave a country must include the right to obtain the necessary travel documents. The issuing of passports is normally incumbent on the State of nationality of the individual. The refusal by a State to issue a passport or prolong its validity for a national residing abroad may deprive this person of the right to leave the country of residence and to travel elsewhere”

เสริมสร้างสันติภาพเป็นการถาวรระหว่างประเทศในภูมิภาคยุโรปภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 รวมไปถึงการเสริมสร้างความเข้มแข็งทางเศรษฐกิจแก่ประเทศสมาชิกและการมีบทบาทนำของ EU ในประชาคมโลกกระบวนการถ่ายโอนอำนาจการบริหารจากประเทศสมาชิกไปสู่การเป็นองค์การเหนือรัฐของสหภาพยุโรปมีขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไป การรวมกลุ่มอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมเกิดขึ้นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ.1950 ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยประเทศยุโรปตะวันตก 6 ประเทศ ได้ร่วมกันจัดตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้ายุโรป (European Coal and Steel Community - ECSC) ขึ้น ซึ่งแม้เป้าหมายสูงสุดของการรวมกลุ่มจะมีขึ้นเพื่อผลประโยชน์ทางการเมือง เช่น การมีสันติภาพถาวรระหว่างประเทศในภูมิภาคยุโรป แต่ประเทศได้เลือกใช้วิธีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจเป็นตัวนำเพื่อคลายความระแวงสงสัยของประเทศต่าง ๆ ในเรื่องการสูญเสียอำนาจอธิปไตย การรวมกลุ่มดังกล่าวประสบผลสำเร็จด้วยดี ทำให้ต่อมาในปี ค.ศ.1957 การรวมกลุ่มได้ขยายตัวครอบคลุมภาคเศรษฐกิจอื่น ๆ โดยประเทศได้ลงนามในสนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) เพื่อจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Community - EEC) เพื่อให้เป็นทั้งสหภาพศุลกากร (Customs Union) และตลาดร่วม (Common Market) กระบวนการรวมกลุ่มประสบความสำเร็จอย่างมากในด้านเศรษฐกิจในปี ค.ศ.1990 ในช่วงหลังสงครามเย็น สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเสนอให้มีการจัดตั้งสหภาพการเมืองของยุโรปเพื่อกำหนดนโยบายด้านการต่างประเทศและความมั่นคงร่วมกัน ซึ่งท้ายที่สุดนำไปสู่การลงนามในสนธิสัญญากรุงมาสทริคต์ (Treaty of Maastricht หรือ Treaty on the European Union) เพื่อจัดตั้งสหภาพยุโรป (European Union - EU) ขึ้นในปี ค.ศ.1992 รวมไปถึงการใช้เงินสกุลยูโรร่วมกันด้วย ต่อมา ในปี ค.ศ.2007 ประเทศสมาชิก EU ตระหนักถึงความจำเป็นในการปรับปรุงโครงสร้างเพื่อตอบสนองกระบวนการบูรณาการภายใน EU ที่ก้าวหน้าขึ้นและบทบาทที่เพิ่มมากขึ้นของ EU ในประชาคมโลก จึงร่วมลงนามในสนธิสัญญาลิสบอน (Lisbon Treaty) โดยประเทศสมาชิกให้ความเห็นชอบในการสละอำนาจอธิปไตยบางส่วนให้แก่ความร่วมมือเหนือชาติ (supranational cooperation) ในเรื่อง (1) สหภาพศุลกากร (customs union) (2) การออกกฎระเบียบด้านการแข่งขัน (competition rules) (3) นโยบายด้านการเงิน (monetary policy) สำหรับรัฐสมาชิก EU ที่ใช้สกุลเงินยูโร (4) การอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพทางทะเล (marine biological resources) ภายใต้นโยบายร่วมด้านประมง และ (5) นโยบายการค้าร่วม (common commercial policy) ทั้งนี้ สนธิสัญญาลิสบอนมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2009 ปัจจุบัน EU มีรัฐสมาชิกจำนวน 28 ประเทศ มีระบบตลาดร่วม ระบบภาษีศุลกากรร่วม การใช้เงินสกุลยูโรร่วมกันใน 17 ประเทศสมาชิก และมีศูนย์กลางการบริหารอยู่ที่กรุงบรัสเซลส์ ประเทศเบลเยียม โครงสร้าง/สถาบันหลัก/กลไกการดำเนินงานและตัดสินใจโครงสร้างการทำงานของ EU ประกอบด้วย 4 สถาบันหลัก

คือ คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) คณะมนตรียุโรป (European Council) คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) สหภาพยุโรป (European)¹¹²

สำหรับสิทธิมนุษยชน นั้น อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights, EUCHR) หรืออนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 1950 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1953 เป็นอนุสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยสภาแห่งยุโรป (Council of Europe) มีวัตถุประสงค์ของสภาแห่งยุโรป เพื่อให้มีความเป็นเอกภาพมากขึ้นระหว่างรัฐสมาชิก รวมทั้งความก้าวหน้าทางด้านเศรษฐกิจและสังคม วัฒนธรรม วิทยาศาสตร์ กฎหมาย และการปกครอง ตลอดจน ชำรงไว้และการตระหนักถึงซึ่งสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน อนุสัญญานี้ได้ให้การรับรองสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง อันได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพ ความมั่นคงและความปลอดภัยจากการทารุณ โหดร้ายหรือการปฏิบัติที่ดูหมิ่นเหยียดหยาม สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม และเสรีภาพทางความคิด การพูด และการชุมนุม

โครงสร้างของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประกอบไปด้วยบทบัญญัติและพิธีสารอีกหลายฉบับ โดยข้อ 2¹¹³ แห่งพิธีสารเพิ่มเติมฉบับที่ 4 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปกล่าวถึงการเคลื่อนย้ายอย่างเสรีว่า

- (1) ทุกคนที่ประจำอยู่ในดินแดนของรัฐมีสิทธิที่จะย้ายถิ่นฐานได้อย่างเสรี
- (2) ทุกคนสามารถออกจากประเทศใดก็ได้รวมทั้งของตนเองด้วย

¹¹² กรมยุโรป กระทรวงการต่างประเทศ, “สหภาพยุโรป,” สืบค้นเมื่อ 12 เมษายน 2561, จาก <http://www.europetouch.in.th/main/OrganizationDetail>.

¹¹³ Article 2

1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of ordre public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society.

(3) การใช้สิทธิเหล่านี้ไม่อาจอยู่ภายใต้ข้อจำกัดอื่นใดนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นมาตรการที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตยเพื่อความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัย การสาธารณสุข การป้องกันอาชญากรรม การป้องกันสุขภาพ หรือศีลธรรม หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น

(4) สิทธิที่ได้รับการยอมรับในวรรคหนึ่งอาจอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชอบด้วยประโยชน์สาธารณะในสังคมประชาธิปไตย

3.1.4 กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน ค.ศ. 1986

กฎบัตรแอฟริกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและประชาชน ค.ศ. 1986 (African Charter on Human and Peoples' Rights) เป็นสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและปกป้องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในทวีปแอฟริกา ซึ่งปัจจุบันมีทั้งหมด 50 ประเทศที่ได้ลงนามรับรองและให้สัตยาบัน การกำกับดูแลและการตีความกฎบัตรเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชนและประชาชนของแอฟริกาซึ่งก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1987 โดยมีสำนักงานใหญ่อยู่ที่เมืองบันจูลประเทศแกมเบีย ต่อมาในปี ค.ศ.1998 ได้มีพิธีสารฉบับนี้นำมาใช้เป็นอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของประชาชนในแอฟริกาโปรโตคอล มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 25 มกราคม ค.ศ.2005¹¹⁴ โดยเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายถูกบัญญัติรับรองไว้ในข้อ 12¹¹⁵ ดังนี้

(1) บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายและพำนักอยู่ภายในอาณาเขตของรัฐหากเขาปฏิบัติตามกฎหมาย

¹¹⁴ Form <http://www.achpr.org/instruments/achpr/>.

¹¹⁵ Article 12

1. Every individual shall have the right to freedom of movement and residence within the borders of a State provided he abides by the law

2. Every individual shall have the right to leave any country including his own, and to return to his country. This right may only be subject to restrictions, provided for by law for the protection of national security, law and order, public health or morality

3. Every individual shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries in accordance with laws of those countries and international conventions

4. A non-national legally admitted in a territory of a State Party to the present Charter, may only be expelled from it by virtue of a decision taken in accordance with the law

5. The mass expulsion of non-nationals shall be prohibited. Mass expulsion shall be that which is aimed at national, racial, ethnic or religious groups.

(2) บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะออกจากประเทศใดก็ได้รวมทั้งของตนเองและเดินทางกลับประเทศของตน สิทธินี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับการคุ้มครองความมั่นคงแห่งชาติกฎหมายและระเบียบหรือสาธารณสุขหรือศีลธรรม

(3) บุคคลทุกคนจะมีสิทธิถูกข่มเหงที่จะแสวงหาและลี้ภัยในประเทศอื่น ๆ ตามกฎหมายของประเทศเหล่านั้นและอนุสัญญาระหว่างประเทศ

(4) คนต่างด้าวที่ไม่ได้รับการยอมรับในดินแดนแห่งหนึ่งของประเทศภาคีในกฎบัตรปัจจุบันอาจถูกไล่ออกจากโรงเรียนโดยอาศัยอำนาจตามคำวินิจฉัยที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น

(5) ห้ามมิให้ผู้อื่นเป็นพลเมืองออกนอกประเทศ การขับไล่มวลชนต้องเป็นไปในรูปแบบของชาติกลุ่มเชื้อชาติชาติพันธุ์หรือศาสนา

3.1.5 ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration - AHRD) จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการระหว่างรัฐบาลอาเซียน ว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights - AICHR) ซึ่งได้รับมอบหมายจากที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียน ครั้งที่ 42 เมื่อเดือนกรกฎาคม 2552 โดยที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศอาเซียนประสงค์ให้ปฏิญญาฉบับนี้เป็นพื้นฐานในการพัฒนาไปสู่กรอบความร่วมมืออาเซียนด้านสิทธิมนุษยชน เช่น อนุสัญญา สนธิสัญญา รวมทั้งตราสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนในอนาคต ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นเอกสารทางการเมืองที่ไม่มีข้อผูกพันตามกฎหมายซึ่งแสดงเจตนารมณ์ของอาเซียนในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสะท้อนถึงลักษณะเฉพาะของอาเซียนที่มีความแตกต่างในด้านการเมืองสังคมและวัฒนธรรม นอกจากนี้ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะต้องรักษามาตรฐานสิทธิมนุษยชนตามหลักสากล รวมทั้งสร้างมูลค่าเพิ่มเติมจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ปฏิญญาและแผนปฏิบัติการเวียนนา (Vienna Declaration and Program of Action) และตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ประเทศสมาชิกอาเซียนเป็นภาคี ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ฉบับนี้เป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญของอาเซียนที่ให้ความสำคัญกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเพื่อประโยชน์ในระยะยาวของประชาชนและภูมิภาคอาเซียน¹¹⁶

ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับนี้ได้วางหลักการทั่วไปในข้อ 8 ว่าสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนจะต้องใช้โดยคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพ

¹¹⁶ กรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ, ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration - AHRD), (กรุงเทพมหานคร : กระทรวงการต่างประเทศ, 2556), น.4-5.

ขั้นพื้นฐานของบุคคลอื่น สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานจะอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเพียงเท่าที่ กำหนดไว้ตามกฎหมาย เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์ของการได้มาซึ่งการยอมรับสิทธิมนุษยชนและ เสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้อื่นและเพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นตามเหตุผลในเรื่องความมั่นคงของ ชาติ ความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ สาธารณสุข ความปลอดภัยของสาธารณะ ศีลธรรมอันดีของ ประชาชน รวมทั้งสวัสดิการทั่วไปของประชาชนในสังคมประชาธิปไตย¹¹⁷ และข้อ 10 และข้อ 11 ของปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กำหนดไว้ว่า รัฐสมาชิกอาเซียนยืนยันสิทธิพลเมืองและ สิทธิทางการเมืองทั้งปวงในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐสมาชิก อาเซียนยืนยันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน บุคคลทุกคนมีสิทธิในการเคลื่อนย้ายและอยู่อาศัยใน พรมแดนของแต่ละรัฐอย่างเสรี บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะออกจากประเทศใด ๆ รวมทั้งประเทศของ ตน และมีสิทธิที่จะกลับสู่ประเทศของตนได้¹¹⁸

3.2 เสรีภาพในการเดินทางตามกฎหมายต่างประเทศ และราชอาณาจักรไทย

เสรีภาพในการเดินทางหรือเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ใน ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิ ทางการเมือง ประเทศต่าง ๆ ได้นำหลักเสรีภาพในการเดินทางตามกฎหมายระหว่างประเทศไปเป็น ต้นแบบและบัญญัติไว้ในสัญญาหรือกติการะหว่างประเทศในภาคพื้นทวีปต่างๆ และนำหลัก เสรีภาพในการเดินทางตามกฎหมายระหว่างประเทศไปบังคับใช้ภายในของแต่ละประเทศ โดย บัญญัติหลักเสรีภาพในการเดินทางในรัฐธรรมนูญ และแม้มิได้บัญญัติอย่างชัดเจน แต่ศาลของแต่ละประเทศได้วินิจฉัยและรับรองถึงหลักเสรีภาพในการเดินทาง ในการศึกษาครั้งนี้ได้ศึกษา เสรีภาพในการเดินทางของสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ราชอาณาจักรสเปน แคนาดา และราชอาณาจักรไทย ดังนี้

3.2.1 สหรัฐอเมริกา

สิทธิมนุษยชนในสหรัฐอเมริกาได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย และถูกกำหนดไว้ อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ตราขึ้นภายหลังอีกหลายฉบับ มีทั้งที่ เป็นพันธกรณีที่กำหนดขึ้นโดยสนธิสัญญาต่างๆ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมาย ทั่วไป หลักการดังกล่าวได้รับการอนุวัติการให้เข้ามาใช้เป็นกฎหมายภายในโดยสภา Congress ผู้ร่างกฎหมาย และต้องผ่านกระบวนการลงประชามติ (Plebiscites) ด้วย ที่สำคัญจะต้องมีการ

¹¹⁷ เพิ่งอ้าง, น.25.

¹¹⁸ เพิ่งอ้าง, น.28-29.

กำหนดหน่วยงานที่จะเข้ามาดูแลให้เป็นตามกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ คือ ศาลสหพันธรัฐ (Federal courts) จะพิจารณาประเด็นปัญหาข้อกฎหมายในระดับสหพันธรัฐซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา การก่อตัวของแนวคิดสิทธิมนุษยชนในสหรัฐอเมริกาเริ่มปรากฏชัดเมื่อครั้งประเทศยังคงอยู่ภายใต้อาณานิคมของสหราชอาณาจักร โดยความคิดริเริ่มของ Anthony Benezet ในปี ค.ศ. 1775 ที่รวมเอา 13 เขตอาณานิคมของ British America โดยมุ่งในการเลิกทาส ต่อมาใน ค.ศ. 1776 คำประกาศอิสรภาพ (Declaration of Independence) ก็ได้ยกร่างและมีผลใช้บังคับเพื่อคุ้มครองอิสรภาพของพลเมือง civil liberties ซึ่งมีพื้นฐานมาจากความเป็นจริงในตัวเอง self-evident truth หรือ สัจธรรมว่า มนุษย์ทุกคนถูกกำหนดมาให้มีความเท่าเทียมกัน และได้รับการประสาทสิทธิในตัวเองที่ไม่มีคนจะสามารถแยกออกไปจากตัวคนได้ และบรรดาสิทธิเหล่านั้นก็คือการมีชีวิตอยู่รอด มีเสรีภาพและการแสวงหาความสุขในชีวิต ความคิดในเรื่องเสรีภาพของมนุษย์ได้ตอกย้ำถึงความจริงที่ว่าสิทธิพื้นฐานไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นโดยผู้ปกครองใด ๆ แต่มีติดตัวมาและไม่อาจแยกออกจากปัจเจกบุคคลได้ และมีมาก่อนเกิดเป็นการปกครองด้วยซ้ำ จากหลักการดังกล่าวทำให้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาที่ตราขึ้นในปี ค.ศ.1787 ก่อกำเนิดหลักประชาธิปไตยที่มีการวางหลักประกันสิทธิด้านต่าง ๆ และเสรีภาพของพลเมือง จนต่อมาได้รวบรวม และประมวลขึ้นเป็นประกาศแห่งสิทธิเสรีภาพพลเมือง (Bill of Rights) และได้ขยายผลให้มีการใช้บังคับไปถึงการวางระเบียบในกระบวนการยุติธรรม สอดแทรกลงในกฎหมายต่างๆ ตลอดจนพัฒนาการ และสะท้อนออกมาเป็นบรรทัดฐานในสังคมในที่สุด โดยได้แสดงให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมในการตราลงไปในรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นการเลิกทาสทั้งหมดใน ค.ศ.1865 และยินยอมให้สตรีมีสิทธิเลือกตั้งได้ในปี ค.ศ.1920 สหรัฐอเมริกามีบทบาทอย่างมากในการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยกร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ซึ่งบทบัญญัติส่วนใหญ่ล้วนได้รับอิทธิพลและรับเอาแบบอย่างมาจากส่วนหนึ่งของประกาศแห่งสิทธิเสรีภาพพลเมืองของสหรัฐอเมริกานั้นเอง จนก้าวเข้าสู่ศตวรรษที่ 20 สหรัฐอเมริกาได้เข้าไปมีส่วนในบรรดาสนธิสัญญา ปฏิญญา และกติกาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ¹¹⁹

(1) เสรีภาพในการเดินทางตามรัฐธรรมนูญ

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่ได้บัญญัติรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 (The Constitution of the United States) มีลักษณะเฉพาะ

¹¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2553), น.35-136.

พิเศษแตกต่างจากรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่เกิดขึ้นภายหลัง เพราะสิทธิและเสรีภาพมิได้บัญญัติมาตั้งแต่ต้นพร้อมกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่มาจากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในภายหลัง รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาจึงมีโครงสร้างประกอบด้วยส่วนที่เป็นเนื้อหาของรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่ที่มีการประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1787 และส่วนที่เป็นบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amendment) โดยสิทธิและเสรีภาพที่สำคัญปรากฏในบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 1 - 10 ที่เรียกว่า Bill of rights ซึ่งอาจจะสรุปสาระสำคัญประกอบไปด้วยสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน สิทธิเสรีภาพทางการเมือง สิทธิเสรีภาพทางกระบวนการยุติธรรม และสิทธิและเสรีภาพที่นอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญเป็นผู้กำหนดให้¹²⁰ โดยเฉพาะบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมที่ 5 ค.ศ. 1791 ว่าด้วยกระบวนการทางอาญา วิธีทางที่ถูกต้องแห่งกฎหมาย และค่าชดเชยที่เป็นธรรม ถูกนำไปอ้างอิงมากที่สุด เนื่องจากมีหลักการสำคัญเช่นเดียวกับสหราชอาณาจักร ที่เรียกว่า Due Process of Law คือการดำเนินการต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้มิใช่การใช้อำนาจตามอำเภอใจ¹²¹ นอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้วบางเรื่องยังไม่เกิดเหตุการณ์ หรือยังไม่ถูกกำหนด หรือไม่สามรถระบุสิทธิไว้ทั้งหมด รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้สร้างกลไกเพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิดังกล่าวไว้ในมาตรา 10 ว่า บรรดาอำนาจที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติมอบหมายให้เป็นของสหพันธรัฐ หรือที่มิได้ห้ามมลรัฐไม่ให้อำนาจนั้นให้สงวนไว้แก่มลรัฐต่างๆ หรือแก่ประชาชน ซึ่งถือเป็นหลักประกันเพื่อป้องกันมิให้สหพันธรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต ผดุงซึ่งสิทธิของมลรัฐต่างๆ และเป็นหลักประกันให้แก่ประชาชน¹²² นอกจากนี้ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา มีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบที่เรียกว่า Heightened Scrutiny กฎหมายที่กระทบสิทธิหน้าที่พลเมือง (civil and political rights) แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้รับรองสิทธิไว้ ศาลก็เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่น สิทธิในการออกเสียงลงคะแนน สิทธิในการเดินทาง สิทธิเกี่ยวกับการรับเด็กหรือเลี้ยงดูเด็ก สิทธิในการดำเนินคดีในศาล¹²³

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 1 - 10 ที่เรียกว่า Bill of rights รวมทั้งบทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญ ซึ่งปรากฏว่าไม่ได้มีการบัญญัติรับรองเสรีภาพในการเดินทางไว้ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้มีการตัดสินใจว่าเสรีภาพในการเดินทาง

¹²⁰ ประเสริฐ สุขสบาย, “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา,” วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 24, ตอน 1, น.84-88 (2554).

¹²¹ โกวิท วงศ์สุรวัฒน์, รัฐธรรมนูญและการเมืองการปกครองสหรัฐอเมริกา, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2544), น.80.

¹²² เพิ่งอ้าง.

¹²³ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 119, น.79.

เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ โดยสิทธิในการเดินทางถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐใดรัฐหนึ่งของสหรัฐอเมริกาไม่อาจกำหนดภาษีให้กับบุคคลใดเพื่อ "สิทธิพิเศษ" ในการเดินทางจากหรือผ่านไป¹²⁴ สิทธิในการเดินทางเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพซึ่งพลเมืองไม่อาจถูกกลั่นแกล้งได้โดยไม่มีกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายภายใต้บทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญครั้งที่ 5¹²⁵ หลังจากนั้น มีการตัดสินในหลายคดีที่รับรองสิทธิในการเดินทาง เช่น กรณีกฎหมายกำหนดผู้ขอสวัสดิการจากรัฐต้องเป็นผู้ที่มีถิ่นที่อยู่ในเขตนั้นอย่างน้อยหนึ่งปี เป็นกฎหมายที่ขัดขวางต่อสิทธิในการเดินทาง right of interstate movement คดี Shapiro v. Thompson (1969) คดี Memorial Hospital v. Maricopa County (1974) จะต้องเป็นผู้อยู่อาศัยในท้องถิ่นนั้นเป็นเวลาอย่างน้อยหนึ่งปี จึงจะมีสิทธิได้รับรักษาพยาบาลสำหรับคนกลุ่มน้อยขัดต่อหลักความเสมอภาค หรือคดี Dunn v. Blumstien (1972) จะต้องมีถิ่นที่อยู่ในท้องถิ่นนั้นเป็นเวลาอย่างน้อยหนึ่งปี จึงจะมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ในคดี Martinez v. Bynum (1983) ต้องมีถิ่นที่อยู่จึงจะมีสิทธิได้รับการศึกษาฟรีจากรัฐ คดี McCarthy v. Philadelphia Civil Service Comm'n (1976) กำหนดว่าจะสมัครเข้าทำงานเป็นลูกจ้างของเมืองได้ ต้องเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในเมืองนั้น ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวไม่ได้เลือกปฏิบัติสิทธิในการเดินทาง แต่เป็นการกำหนดว่าต้องมีที่อยู่ที่ไหน และถ้ามีที่อยู่ตามที่กำหนดแล้วก็มีสิทธิอย่างเต็มที่ที่จะได้รับผลตามกฎหมาย¹²⁶

สำหรับสิทธิในการเดินทางออกนอกประเทศ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกามีได้บัญญัติชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิในการเดินทางออกนอกประเทศของชาวอเมริกัน แต่ด้วยประวัติศาสตร์ชาวอเมริกันสามารถใช้สิทธิในการเดินทางระหว่างประเทศโดยปราศจากข้อจำกัด หนังสือเดินทางเกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาตั้งแต่ต้นปี ค.ศ. 1762 เพื่ออำนวยความสะดวกในการเดินทางไปต่างประเทศโดยการระบุว่าพลเมืองชาวอเมริกัน ภายใต้รัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ.1926 (Passport Act of 1926) ซึ่งเลขานุการแห่งรัฐ กระทรวงการต่างประเทศ อาจให้และออกหนังสือเดินทางภายใต้กฎระเบียบเช่นเดียวกับประธานาธิบดี จนเข้าสู่ปลายปี ค.ศ.1929 มีการกระทำผิดเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทาง จึงออกกฎหมายขึ้นมาควบคุม คือ พระราชบัญญัติการเข้าเมืองและสัญชาติ ค.ศ. 1952 (ปัจจุบันจัดอยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1185 (8 U.S.C § 1185)) ซึ่งมาตรา 215 บัญญัติให้การที่บุคคลสัญชาติอเมริกันเข้าหรือออกจากสหรัฐอเมริกาโดยไม่มีหนังสือเดินทาง

¹²⁴ Crandall v. Nevada, 73 US (6 Wall.) 35 (1868).

¹²⁵ Kent v. Dulles ,357 US 116 (1958).

¹²⁶ มุลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, “กฎหมายที่มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ,” (รายงานศึกษาวิจัย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547), น.86-87.

สหรัฐอเมริกา เป็นสิ่งผิดกฎหมาย และในปี ค.ศ.1953 ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาได้ประกาศถึงความจำเป็นในการเรียกร้องความผิดทางอาญา จึงออกข้อกำหนดของหนังสือเดินทางเพื่อออกจากและกลับเข้าสหรัฐอเมริกาเพื่ออนุญาตให้มีเสรีภาพในการเดินทางในซีกโลกตะวันตก ยกเว้นคิวนาหนังสือเดินทางจึงกลายเป็นใบอนุญาตสำหรับการเดินทางต่างประเทศมากกว่าความสะดวกสบายแก่นักท่องเที่ยว¹²⁷ หนังสือเดินทางของสหรัฐอเมริกาจึงเป็นหนังสือเดินทางที่ออกให้แก่พลเมืองของตน และพลเมืองที่ไม่ได้เป็นพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาคือหน่วยงานที่รับผิดชอบในการออกหนังสือเดินทางซึ่งมีผลบังคับใช้สำหรับการเดินทางของพลเมืองชาวอเมริกันไปยังต่างประเทศ ภายใต้หลักเกณฑ์ขององค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (ICAO)¹²⁸

(2) กฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทางและการเพิกถอนหนังสือเดินทาง

การปฏิเสธและเพิกถอนหนังสือเดินทางของสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

(ก) รัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1926 (Passport Act of 1926) ตราขึ้นโดยรัฐสภาแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งจะมีการประกาศในเอกสารที่เรียกว่า Slip Law หลังจากนั้นจะนำไปประกาศในเอกสารที่ชื่อว่า The United States Code (U.S.C) โดยมีการจัดระบบหมวดหมู่ไว้ ปัจจุบันรัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1926 ถูกจัดให้อยู่ในประมวลกฎหมายกลาง ฉบับที่ 22 (Title 22. - Foreign Relations and Intercourse Chapter 4- Passports) ซึ่งมาตรา 211 a¹²⁹ บัญญัติให้เลขาธิการแห่งรัฐมีอำนาจให้และออก

¹²⁷ Raymond C. James, "The Right To Travel Abroad," Volum 42. Issue 4. *Fordham Law Review*. (1974), p.1-15. Retrieved 12 Feb 2018, Form <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol42/iss4/6>.

¹²⁸ wikipedia "United States passport", Retrieved 12 Feb 2018, Form https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_passport.

¹²⁹ §211a. Authority to grant, issue, and verify passports

The Secretary of State may grant and issue passports, and cause passports to be, issued, and verified in foreign countries by diplomatic and consular officers of the United States, and by such other employees of the Department of State who are citizens of the United States as the Secretary of State may designate, and by the chief or other executive officer of the insular possessions of the United States, under such rules as the President shall designate and prescribe for and on behalf of the United States, and no other person shall grant, issue, or verify such passports. Unless authorized by law, a passport may not be designated as restricted for travel to or for use in any country other than a country with which the United States is at war, where armed hostilities are in progress, or where there is imminent danger to the public health or the physical safety of United States travellers.

หนังสือเดินทางพลเมืองของสหรัฐอเมริกาภายใต้กฎเกณฑ์เช่นเดียวกับประธานาธิบดี ยกเว้นข้อจำกัดในการเดินทางไปหรือเพื่อใช้ในประเทศอื่นที่สหรัฐอเมริกากำลังทำสงคราม หรือที่มีอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน หรือความปลอดภัยของนักท่องเที่ยวชาวอเมริกา

(ข) กฎระเบียบแห่งรัฐบาลกลาง (Code of Federal Regulations) (CFR) หน่วยงานทางปกครองในระดับสหพันธรัฐ (Federal Administrative Agency) สามารถตรากฎเกณฑ์ต่างๆ ขึ้นเพื่อให้มีผลบังคับใช้ตามอำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐสภาผ่านกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นมีศักดิ์ทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยมลรัฐ ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา มีอำนาจอย่างมากในการออกคำสั่งฝ่ายบริหาร โดยคำสั่งฝ่ายบริหารของรัฐบาลกลางจะออกโดยประธานาธิบดีไปยังเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร คำสั่งประธานาธิบดี ตลอดจนหลักเกณฑ์ต่างๆ ของฝ่ายบริหารจะมีการประกาศไว้ในเอกสารชื่อ The Federal Regulation หลังจากนั้น จะมีการรวบรวมไว้ในเอกสารที่เรียกว่า Code of Federal Regulations ซึ่งกฎเกณฑ์นี้อาจถูกตรวจสอบโดยศาลในระดับสหพันธรัฐ¹³⁰

รัฐบาลกลางได้จัดทำประมวลกฎระเบียบแห่งรัฐบาลกลาง แบ่งออกเป็น 50 หมวดหลักประมวลกฎระเบียบแห่งรัฐบาลกลาง ในส่วนของหนังสือเดินทาง (Supchapter F – Nationality at 51- Passports)¹³¹ ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้ง การเพิกถอน การแจ้ง การอุทธรณ์ และการพิจารณาอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

(2.1) การปฏิเสธหรือยับยั้งหนังสือเดินทาง

กระทรวงต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาอาจไม่ออกหนังสือเดินทางหรืออาจปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางให้แก่พลเมืองของตนได้ กรณีที่กระทรวงการต่างประเทศเห็นว่าไม่ควรออกหนังสือเดินทางให้หรือได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจว่าไม่สมควรออกหนังสือเดินทางให้

1) ผู้ยื่นคำขอพินัดเงินกู้ยืมที่ได้กู้มาจากสหรัฐอเมริกา ตามมาตรา 2671(b) (2)(B) ประมวลกฎหมายกลาง ฉบับที่ 22 สำหรับการส่งกลับประเทศของผู้ยื่นคำขอ และในกรณีที่สามารใช้ได้ คู่สมรสของผู้ยื่นคำขอ เด็ก ผู้เยาว์ และหรือสมาชิกใกล้ชิดในครอบครัวคนอื่นๆ จากต่างประเทศ¹³²

¹³⁰ มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), น 52.

¹³¹ Office of the Federal Register National Archives and Records Administration, Code of Federal Regulations 22 Part 1 to 299, Revised as of April 1.2008 , Form <https://books.google.co.th/books>.

¹³² CFR § 51.60 (a) (1)

2) ผู้ยื่นคำขอได้รับการรับรองจากเลขานุการกระทรวงสุขภาพและบริการของมนุษย์ ตามที่ได้แจ้งโดยหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 652 (k) ประมวลกฎหมายกลาง ฉบับที่ 42 ยังคง บกพร่องในเรื่องการให้การคุ้มครองเด็กตามที่พระราชบัญญัติกำหนด¹³³

3) ผู้ยื่นคำขอเป็นบุคคลตามหมายจับของรัฐบาลกลางอย่างชัดเจนสำหรับการกระทำ ความผิดอาญาร้ายแรง (Felony)¹³⁴ รวมถึงหมายจับที่ออกตามรัฐบัญญัติว่าด้วยผู้ที่หลบหนีความผิด อาญาร้ายแรง¹³⁵

4) ผู้ยื่นคำขอเป็นบุคคลตามคำสั่งศาลในคดีอาญาโดยมีเงื่อนไขถูกควบคุมความ ประพฤติ หรือปล่อยจากคุกอย่างมีเงื่อนไข กรณีใดๆ ซึ่งเป็นการห้ามเดินทางออกจากสหรัฐอเมริกา และการฝ่าฝืนซึ่งเป็นผลให้เกิดการออกหมายจับของรัฐบาลกลาง รวมถึงหมายที่ได้ออกตามรัฐ บัญญัติว่าด้วยผู้ที่หลบหนีความผิดอาญาร้ายแรง¹³⁶

5) ผู้ยื่นคำขอเป็นบุคคลตามคำสั่งศาลของสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้อยู่ในสถาบัน รักษาโรคทางจิต¹³⁷

6) ผู้ยื่นคำขอถูกศาลพิพากษาว่าเป็นบุคคลไร้ความสามารถโดยศาลที่มีเขตอำนาจใน สหรัฐอเมริกา¹³⁸

7) ผู้ยื่นคำขอเป็นบุคคลที่มีคำร้องหรือคำร้องขอชั่วคราวให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งได้ เสนอต่อรัฐบาลของต่างประเทศ¹³⁹

8) ผู้ยื่นคำขอเป็นบุคคลตามหมายเรียกของสหรัฐอเมริกา ตามมาตรา 1783 ประมวล กฎหมายกลาง ฉบับที่ 28 เกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาของรัฐบาลกลาง หรือการไต่สวนโดยคณะ ลูกขุนคณะใหญ่ในความผิดอาญาร้ายแรง¹⁴⁰

¹³³ CFR § 51.60 (a) (2)

¹³⁴ Felony ความผิดร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกาซึ่งมีโทษประหารชีวิต หรือ จำคุกในเรือนจำของรัฐ หรือความผิดที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่ 1 ปี ซึ่งแตกต่างกับ Misdemeanor ความผิดอื่นที่ไม่ใช่ Felony และคดีความผิดเล็กน้อย มักจะมีโทษปรับหรือจำคุกหรือกักขัง ในระยะเวลาสั้นๆ (องค์อาสน์ เจริญสุข, “เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.83-84.

¹³⁵ CFR § 51.60 (b) (1)

¹³⁶ CFR § 51.60 (b) (2)

¹³⁷ CFR § 51.60 (b) (3)

¹³⁸ CFR § 51.60 (b) (4)

¹³⁹ CFR § 51.60 (b) (5)

- 9) ผู้ยื่นคำขอเป็นผู้เยาว์และหนังสือเดินทางอาจถูกปฏิเสธตามข้อ 51.28¹⁴¹
- 10) ผู้ยื่นคำขอเป็นบุคคลตามคำสั่งกักกันหรือหมายจับออกตามเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจของกองกำลังสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 47 ของประมวลกฎหมายกลาง¹⁴²
- 11) ผู้ยื่นคำขอเป็นบุคคลตามหมายจับของรัฐหรือท้องถิ่นที่ขัดแย้งในความผิดร้ายแรง¹⁴³
- 12) ผู้ยื่นคำขอเป็นบุคคลที่มีคำร้องให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนหรือคำร้องขอชั่วคราวให้จับซึ่งได้เสนอต่อสหรัฐอเมริกาโดยรัฐบาลของต่างประเทศ¹⁴⁴
- 13) กระทรวงการต่างประเทศได้รับแจ้งจากรัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศซึ่งผู้ยื่นคำขอเป็นบุคคลตามหมายจับในความผิดอาญาร้ายแรง¹⁴⁵
- 14) กระทรวงการต่างประเทศอาจปฏิเสธที่จะออกหนังสือเดินทาง เว้นแต่หนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางกลับไปยังสหรัฐอเมริกาโดยตรง ในกรณีใดๆ ซึ่งเห็นว่าหรือได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นผู้เยาว์ซึ่งถูกลักพาตัว ถูกย้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือฝ่าฝืนคำสั่งศาลหรือคำพิพากษาและกลับไปยังรัฐกำเนิดหรือสถานที่อยู่อาศัย เป็นการจำเป็นที่จะให้อำนาจศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาเรื่องการอารักขา¹⁴⁶
- 15) หนังสือเดินทางอาจไม่สามารถออกได้ในกรณีที่กระทรวงการต่างประเทศเห็นว่าหรือได้รับแจ้งจากผู้มีอำนาจว่า ผู้ยื่นคำขอต้องถูกคุมขังหรือปล่อยตัวภายใต้การควบคุมดูแลในความผิดทางอาญาที่ได้มีการฟ้องเกี่ยวกับยาเสพติดของรัฐบาลกลางหรือรัฐ ซึ่งบุคคลนั้นอาจใช้หนังสือเดินทางสหรัฐหรือข้ามพรมแดนระหว่างประเทศในการกระทำความผิด รวมทั้งความผิดทางอาญาที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยการควบคุมสาร (21 U.S.C § 801) หรือกฎหมายว่าด้วยการนำเข้าและส่งออก (21 U.S.C § 951) หรือกฎหมายของรัฐบาลกลางที่เกี่ยวข้องกับ trolled ซึ่งเป็นสารควบคุมตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 802 ของกฎหมายว่าด้วยควบคุมสาร หรือ กฎหมาย

¹⁴⁰ CFR § 51.60 (b) (6)

¹⁴¹ CFR § 51.60 (b) (7)

¹⁴² CFR § 51.60 (b) (8)

¹⁴³ CFR § 51.60 (b) (9)

¹⁴⁴ CFR § 51.60 (b) (10)

¹⁴⁵ CFR § 51.60 (d)

¹⁴⁶ CFR § 51.60 (e)

ว่าด้วยความลับของธนาคาร หรือกฎหมายว่าด้วยการฟอกเงิน หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมนุษย การแจกจ่ายหรือครอบครองสารควบคุม¹⁴⁷

16) หนังสือเดินทางอาจถูกปฏิเสธได้ในกรณีใด ๆ ที่กรมกำหนดหรือได้รับแจ้งจากผู้มี อำนาจตามกฎหมายว่า ผู้ยื่นคำขอถูกระงับหรือได้รับการปล่อยตัวภายใต้การควบคุมของผู้ต้องหา ในคดีอาญาของรัฐบาลกลางหรือรัฐ หากบุคคลนั้นใช้หนังสือเดินทางของสหรัฐหรืออื่น ๆ ข้าม พรมแดนระหว่างประเทศในการกระทำความผิด เกี่ยวกับการครอบครองสารควบคุม รวมทั้งความ เชื่อมันที่ผิดศีลธรรมที่เกิดขึ้นภายใต้กฎเกณฑ์ตามข้อ 51.61 (a) หรือกฎหมายของรัฐ ที่เกี่ยวข้องกับจัดจำหน่ายหรือครอบครองสารควบคุม¹⁴⁸

กรณีที่กระทรวงการต่างประเทศอาจปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางโดยไม่จำเป็นต้อง มีคำขอจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ซึ่งจะต้องปรากฏเงื่อนไขดังต่อไปนี้

17) ผู้ยื่นคำขอไม่ได้ชำระหนี้กู้ยืมที่ได้รับจากสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 2670 (j) ประมวลกฎหมายกลาง ฉบับที่ 22 สำหรับความฉุกเฉินทางการแพทย์ การจัดเตรียมอาหาร และ ความช่วยเหลือฉุกเฉินอื่นๆ หมายรวมถึง หากสามารถใช้บังคับได้ ความช่วยเหลือที่มีต่อบุตร คู่สมรสหรือสมาชิกในครอบครัวใกล้ชิดอื่นๆ ในต่างประเทศ¹⁴⁹

18) ผู้ยื่นคำขอไม่ได้ชำระหนี้กู้ยืมที่ได้รับจากสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 2671 (b) (2) (B) หรือมาตรา 2671 (b) (2) (A) ประมวลกฎหมายกลาง ฉบับที่ 22 สำหรับกรณีการส่งกลับประเทศ หรือการอพยพของผู้ยื่นคำขอ และในกรณีที่สามารถใช้บังคับได้ บุตร คู่สมรสหรือสมาชิกใน ครอบครัวใกล้ชิดอื่นๆ ของผู้ยื่นคำขอจากต่างประเทศมายังสหรัฐอเมริกา¹⁵⁰

19) ผู้ยื่นคำขอได้เคยถูกปฏิเสธหนังสือเดินทางมาก่อนตามข้อนี้หรือข้อ 51.61 หรือ กระทรวงการต่างประเทศได้เพิกถอนหนังสือเดินทางของผู้ยื่นคำขอหรือออกหนังสือเดินทางแบบ จำกัดสำหรับการเดินทางกลับไปยังสหรัฐอเมริกาโดยตรงตามข้อ 51.61 และผู้ยื่นคำขอไม่สามารถ แสดงได้ว่ามีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป หลังจากที่ได้มีการปฏิเสธ เพิกถอนหรือออกหนังสือ เดินทางแบบจำกัด อันเป็นการประกันการออกหนังสือเดินทาง¹⁵¹

¹⁴⁷ CFR § 51.61(a)

¹⁴⁸ CFR § 51.61(b)

¹⁴⁹ CFR § 51.60 (c) (1)

¹⁵⁰ CFR § 51.60 (c) (2)

¹⁵¹ CFR § 51.60 (c) (3)

20) เลขานุการแห่งรัฐพิจารณาเห็นว่า กิจกรรมในต่างประเทศของผู้ยื่นคำขอเป็นเหตุ ก่อให้เกิดหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงของชาติหรือนโยบาย ต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา¹⁵²

21) กระทรวงการต่างประเทศจะไม่ออกหนังสือเดินทางให้แก่บุคคลที่เป็นเพศซึ่ง ได้รับการคุ้มครองผู้กระทำผิดตามที่ระบุไว้ใน 22 U.S.C 212 b (c) (1)

(2.2) การเพิกถอนหนังสือเดินทาง

กระทรวงการต่างประเทศมีอำนาจเพิกถอนหนังสือเดินทางหากปรากฏเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1) ผู้ถือหนังสือเดินทางอาจถูกปฏิเสธหนังสือเดินทางตามข้อ 51.60 หรือ ข้อ 51.61 หรือ ข้อ 51.28 (การยื่นคำขอหนังสือเดินทางสำหรับผู้เยาว์) หรือบทบัญญัติอื่นๆ ที่กำหนด ในส่วนนี้¹⁵³

2) หนังสือเดินทางนั้นได้มาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยถูกหลอกลวงหรือโดย ผิดพลาด หรือเกิดขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁵⁴

3) ผู้ถือหนังสือเดินทางนั้นไม่ใช่คนสัญชาติของสหรัฐอเมริกา หรือหนังสือรับรอง ความเป็นพลเมืองหรือหนังสือรับรองสัญชาติถูกยกเลิก¹⁵⁵

(2.3) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

ภายหลังจากที่ออกคำสั่งแล้วเจ้าหน้าที่จะมีการแจ้งคำสั่งให้ทราบ โดยกระทรวงการ ต่างประเทศจะแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร แก่บุคคลยื่นคำขอออกหนังสือเดินทางนั้นถูกปฏิเสธ หรือ ถูกเพิกถอน การบอกกล่าวนั้นจะต้องระบุถึงเหตุผลที่ปฏิเสธหรือเพิกถอน และในกรณีที่สามารถใช้ บังคับได้ รวมถึงวิธีการยื่นขอให้ทบทวน¹⁵⁶

การร้องขอให้มีการพิจารณาทบทวนการปฏิเสธและการเพิกถอนหนังสือเดินทาง บางประเภทได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ดังนี้

1) บุคคลซึ่งหนังสือเดินทางถูกปฏิเสธหรือเพิกถอนตามข้อ 51.60(b)(1) ถึง (10) ข้อ 51.60 (c) 51.60 (d) 51.61(b) 51.62 (a) (1) ในกรณีที่มูลเหตุของการกระทำอันเป็น ปฏิบัติกษณ์นั้นก่อสิทธิให้ผู้ยื่นคำขอที่จะได้รับการพิจารณาตามข้อนี้ หรือ ตามข้อ 51.62(a)(2)

¹⁵² CFR § 51.60 (c) (4)

¹⁵³ CFR § 51.62 (a) (1)

¹⁵⁴ CFR § 51.62 (a) (2)

¹⁵⁵ CFR § 51.62 (b)

¹⁵⁶ CFR § 51.65 (a)

อาจร้องขอให้พิจารณาต่อกระทรวงการต่างประเทศเพื่อทบทวนมูลเหตุในการปฏิเสธหรือการเพิกถอนภายใน 60 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการปฏิเสธหรือการเพิกถอนนั้น¹⁵⁷

2) บทบัญญัติข้อ 51.70 ถึง ข้อ 51.74 ไม่ใช่บังคับกับการกระทำใดๆ ซึ่งกระทรวงการต่างประเทศได้ถือเป็นมูลฐานในการปฏิเสธ การยับยั้ง การเพิกถอนหรือการทำให้หนังสือเดินทางไร้ผล หรือในทางอื่นใดอันส่งผลเป็นปฏิปักษ์ต่อความสามารถของบุคคลในการรับหรือใช้หนังสือเดินทางสำหรับเหตุผลที่ได้แยกออกมาจากข้อ 51.70 (a) ซึ่งหมายรวมถึง 1) การไร้สัญชาติ 2) การปฏิเสธตามบทบัญญัติข้อ 51.60 (a) 3) การปฏิเสธที่จะให้ข้อยกเว้น โดยดุลพินิจตามบทบัญญัติบรรเทาทุกข์ฉุกเฉินหรือตามมนุษยธรรม ตามข้อ 51.61 (c) 4) การปฏิเสธที่จะให้ข้อยกเว้นโดยดุลพินิจจากข้อจำกัดในทางภูมิศาสตร์ ในเรื่องการใช้บังคับโดยทั่วไป¹⁵⁸

3) หากคำร้องขอพิจารณาได้กระทำในเวลาที่เหมาะสม กระทรวงการต่างประเทศอาจพิจารณาเรื่องภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ เว้นแต่บุคคลที่ร้องขอให้มีการพิจารณาได้ร้องขอให้เป็นอย่างอื่น และเจ้าหน้าที่พิจารณานั้นเห็นพ้องด้วย¹⁵⁹

4) กระทรวงการต่างประเทศจะใช้เวลาแก่บุคคลที่ร้องขอให้มีการพิจารณาไม่น้อยกว่า 10 วันทำการ ซึ่งการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรและสถานที่พิจารณา¹⁶⁰

ภายหลังจากที่ได้ทบทวนบันทึกการพิจารณาและการแสวงหาข้อเท็จจริงและข้อเสนอของเจ้าหน้าที่พิจารณา ผู้รักษาการแทนผู้ช่วยและเลขานุการการบริการหนังสือเดินทางในกระทรวงจะตัดสินใจว่าจะยื่นตามคำปฏิเสธหรือเพิกถอนหนังสือเดินทาง กระทรวงการต่างประเทศอาจแจ้งไปยังบุคคลที่ร้องขอให้มีการพิจารณาทราบโดยทันทีเป็นหนังสือ หากคำตัดสินเป็นการยื่นตามคำปฏิเสธหรือการเพิกถอน การบอกกล่าวจะต้องมีการระบุถึงเหตุผลสำหรับการตัดสินใจเช่นนั้น คำตัดสินนั้นเป็นที่สุดและไม่อยู่ภายใต้การทบทวนภายในฝ่ายปกครองอีกแต่อย่างใด¹⁶¹

สำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งและเพิกถอนหนังสือเดินทาง นั้น หากบุคคลผู้ถูกปฏิเสธหรือยับยั้งหรือเพิกถอนหนังสือเดินทางไม่เห็นด้วยก็สามารถที่จะนำคดีมาขึ้นฟ้องต่อศาลชั้นต้น (ศาลรัฐบาลกลางหรือศาลมลรัฐ) ที่มีเขตอำนาจ ซึ่งมีตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลสูงสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการเพิกถอนหนังสือเดินทางที่สำคัญๆ ดังนี้

¹⁵⁷ CFR § 51.70 (a)

¹⁵⁸ CFR § 51.70 (b)

¹⁵⁹ CFR § 51.70 (c)

¹⁶⁰ CFR § 51.70 (e)

¹⁶¹ CFR § 51.74

คดี *Kent v. Dulles*, 357 US 116 (1958)¹⁶² Kent ต้องการเดินทางไปสหราชอาณาจักร เพื่อเข้าร่วมการประชุมของสหประชาชาติโลกในเฮลซิงกิ สาธารณรัฐฟินแลนด์ แต่เลขานุการแห่งรัฐ ปฏิเสธที่จะออกหนังสือเดินทางให้ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสงสัยว่าโจทก์กำลังเดินทางไปต่างประเทศเพื่อเผยแพร่คอมมิวนิสต์ (ข้อจำกัดส่วนบุคคล/ความมั่นคงของชาติ) ซึ่งเป็นข้อห้ามตาม มาตรา 51.173 ศาลแขวงสหพันธรัฐบาลกลาง และศาลอุทธรณ์ตัดสินให้ Kent แพ้คดี Kent ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสูงสหรัฐอเมริกา

ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาโดยเสียงข้างมากได้ทบทวนประวัติศาสตร์ของการออกและการควบคุมหนังสือเดินทางของสหรัฐอเมริกา หนังสือเดินทาง คือ เอกสารตามธรรมชาติที่ถูกส่งไปยังต่างประเทศ ทำให้ผู้ถือผ่านได้อย่างปลอดภัยและได้รับการพิจารณาในลักษณะของเอกสารทางการเมืองที่ผู้ถือได้รับการยอมรับในต่างประเทศในฐานะพลเมืองอเมริกัน ยกเว้นในช่วงสงครามประวัติศาสตร์ของหนังสือเดินทางไม่ได้เป็นเงื่อนไขที่จะเข้าหรือออกประเทศ สรุปว่า การออกหนังสือเดินทางเป็นกระทำตามที่เห็นสมควรในส่วนของเลขานุการแห่งรัฐ ศาลได้สำรวจกฎหมาย Angevin ภายใต้ Magna Carta ข้อ 42 เพื่อสนับสนุนสิทธิในการเดินทางในฐานะสิทธิเสรีภาพพื้นฐานในเรื่องค่านิยม เสรีภาพในการเดินทางคือสิ่งที่สำคัญที่สุดของเสรีภาพของพลเมืองในอดีตกรณีของการปฏิเสธหนังสือเดินทาง เป็นกรณีเกี่ยวกับสัญชาติของผู้ยื่นคำขอและความจงรักภักดีต่อสหรัฐอเมริกา ประการที่สองคือ ผู้ยื่นคำขอมีส่วนร่วมในการประพาศติพิศกฎหมายพยายามหลีกเลี่ยงความผิดทางกฎหมาย การกระทำพิศกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง หรือการกระทำใด ๆ ที่เป็นการละเมิดกฎหมายของสหรัฐอเมริกา แม้จะมีคำตัดสินที่กระจัดกระจายอยู่เกี่ยวกับคอมมิวนิสต์ แต่ก็ยังไม่สอดคล้องกับรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งดังที่กล่าวมา ศาลได้ข้อสรุปว่า แม้ว่าการออกหนังสือเดินทางจะมีนัยสำคัญต่อความตั้งใจที่จะขยายการคุ้มครองทางการทูตของผู้ถือ แต่สิทธิในการมีหนังสือเดินทางเป็นสิทธิส่วนบุคคลที่รวมอยู่ในคำว่าเสรีภาพ เมื่อมีการมอบอำนาจดังกล่าว อำนาจนั้นจะต้องเพียงพอที่จะผ่านการตรวจสอบและได้รับการยอมรับ ดังนั้น มาตรา 1185 และมาตรา 211 a จึงไม่ได้มอบหมายให้เลขานุการแห่งรัฐมีอำนาจในกรณีนี้

คำตัดสินในคดีนี้ ได้เกิดบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยที่สำคัญคือ สิทธิในการเดินทางเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพซึ่งพลเมืองไม่สามารถถูกกีดกันสิทธิโดยไม่ได้รับการดำเนินการตามกฎหมาย อำนาจของเลขานุการแห่งรัฐภายใต้มาตรา 211 a แห่งประมวลกฎหมายกลาง ฉบับที่ 22 (22 U.S.C § 211 a) ในการออกหนังสือเดินทางเป็นดุลพินิจได้รับการตีความว่าอนุญาตให้ปฏิเสธ

¹⁶² Cornell University, "Legal Information Institute," Retrieved 23 Feb 2018, From [https:// www. law. cornell.edu/supremecourt/text/357/116](https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/357/116).

หนังสือเดินทางเฉพาะเมื่อผู้ยื่นคำขอไม่ใช่พลเมืองหรือบุคคลที่มีความจงรักภักดีต่อสหรัฐอเมริกา หรือมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดทางอาญาหรือผิดกฎหมาย ถ้าเสรีภาพของพลเมืองในการเดินทางต้องได้รับการควบคุมต้องเป็นอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติโดยสภาคองเกรส ดังนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1926 (22 U.S.C § 211 a) และมาตรา 215 แห่งรัฐบัญญัติคนเข้าเมืองและสัญชาติ ค.ศ.1952 (U.S.C § 1185) จึงไม่ได้มอบอำนาจเจ้าหน้าที่เลขานุการแห่งรัฐอนุมัติหนังสือเดินทางประชาชนเพราะความเชื่อหรือสมาคมของพวกเขา คงมีแต่สภาคองเกรส และรัฐบัญญัติความมั่นคงภายใน ค.ศ.1950 เท่านั้น ที่แสดงถึงการลดการเคลื่อนไหวของคอมมิวนิสต์ ซึ่งยังไม่เป็นผลบังคับเนื่องจากพรรคคอมมิวนิสต์ไม่ได้ลงทะเบียนภายใต้กฎหมายดังกล่าว ถึงแม้ว่าศาลจะไม่ถามเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญในคดีนี้ แต่ผู้พิพากษา วิลเลียม โอ. คัลลาส กล่าวว่า รัฐบาลกลางไม่อาจจำกัดสิทธิในการเดินทางโดยไม่ได้การพิจารณาตามกฎหมาย อีกหกปีต่อมา ศาลล้มเลิกข้อห้ามของรัฐบาลกลางในการจำกัดการเดินทางโดยพรรคคอมมิวนิสต์ (Apthekerv. เลขานุการของรัฐ, 378 US 500 (1964))

คดี Haig v. Agee, 453 US 280 (1981)¹⁶³ เป็นกรณีของศาลสูงสหรัฐอเมริกาที่รักษาสิทธิของฝ่ายบริหารเพื่อเพิกถอนหนังสือเดินทางของพลเมืองเนื่องจากเหตุผลด้านความมั่นคงของชาติ และผลประโยชน์ของนโยบายต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา ภายใต้รัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1926 กรณีที่เกี่ยวข้องกับการมอบอำนาจของรัฐสภาในการควบคุมหนังสือเดินทางและสิทธิในการเดินทางระหว่างประเทศ Agee อดีตเจ้าหน้าที่หน่วยสืบราชการลับ สำนักข่าวกรองกลาง (CIA) ที่อาศัยอยู่ในต่างประเทศ ได้ประกาศว่าการณรงค์เพื่อต่อสู้กับซีไอเอของสหรัฐอเมริกา ทุกแห่งที่ปฏิบัติอยู่และเปิดเผยตัวตนของเจ้าหน้าที่ซีไอเอหลายคนก่อให้เกิดความรุนแรงต่อพวกเขา เลขานุการแห่งรัฐจึงเพิกถอนหนังสือเดินทางของ Agee ในปี ค.ศ. 1979 Agee จึงนำคดีไปฟ้องต่อศาลโดยอ้างประมวลกฎหมายกลาง ฉบับที่ 22 และกฎระเบียบแห่งรัฐบาลกลาง ข้อ 51.70 (b) (4) ไม่ได้รับอนุญาตจากสภาคองเกรส และไม่ถูกต้อง การเพิกถอนสิทธิก่อนการพิจารณาคดีเป็นการละเมิดหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ข้อที่ 5 และละเมิดสิทธิเสรีภาพในการเดินทาง ศาลแขวงเห็นว่า ข้อบังคับดังกล่าวเกินอำนาจตามกฎหมายของเลขานุการภายใต้รัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1926 (22 U.S.C. § 211a) จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งเพิกถอนหนังสือเดินทางของ Agee และสั่งให้เลขานุการคืนหนังสือเดินทางให้แก่ Agee ซึ่งศาลอุทธรณ์พิพากษาขึ้นศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเห็นว่า แม้ว่ารัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1926 จะไม่ได้บัญญัติถ้อยคำให้เลขานุการมีอำนาจที่จะเพิกถอนหรือปฏิเสธการยื่นขอหนังสือเดินทาง

¹⁶³ Justia us supreme court, Retrieved 23 Feb 2018, Form <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/453/280/case.html>.

มันก็เกินกว่าที่ได้แย้งว่าเลขานุการมีอำนาจที่จะปฏิเสธหนังสือเดินทางด้วยเหตุผลที่ไม่ได้ระบุไว้ในกฎเกณฑ์ของรัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1926 และต้องปฏิบัติตามศาล เว้นแต่จะมีข้อบ่งชี้ที่ว่าเป็นความผิดพลาดในเรื่องที่เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับนโยบายต่างประเทศและความมั่นคงของประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมสำหรับการแทรกแซงของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของอำนาจการปกครองโดยทั่วไปในรัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ.1926 นอกจากนี้ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1735 ถึง ค.ศ. 1966 สรุปว่าประวัติความเป็นมาของการควบคุมหนังสือเดินทางของสหรัฐอเมริกาได้รับการยอมรับจากสภาผู้แทนราษฎรเกี่ยวกับอำนาจบริหารในการปฏิเสธหรือเพิกถอนหนังสือเดินทางบนพื้นฐานของเหตุผลอันสำคัญของความมั่นคงแห่งชาติและนโยบายต่างประเทศ จึงสรุปได้ว่ามีหลักฐานหนักแน่นว่าเลขานุการแห่งรัฐได้รับมอบอำนาจในการจำกัดหนังสือเดินทางบนพื้นฐานความมั่นคงแห่งชาติ โดยได้รับความเห็นชอบจากสภาองเกรส ดังนั้น การที่เลขานุการแห่งรัฐมีคำสั่งเพิกถอนหนังสือเดินทางจึงชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพในการเดินทาง

คดี *Zemel V. Rusk* 381 US 1 (1965)¹⁶⁴ กระทรวงการต่างประเทศไม่ยอมออกหนังสือเดินทางให้แก่ชาวอเมริกันที่ต้องการเดินทางเข้าไปท่องเที่ยวในประเทศคิวบา ชาวอเมริกันผู้หนึ่งจึงได้ฟ้องกระทรวงการต่างประเทศต่อศาลแขวงมลรัฐ เพื่อขอให้ศาลพิจารณาว่าเขามีสิทธิโดยชอบตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายของประเทศที่จะเดินทางเข้าไปในประเทศคิวบา และการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ประธานาธิบดีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศตามรัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1926 นั้น เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติฉบับนี้กำหนดว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีอำนาจอนุญาตและให้ออกหนังสือเดินทางและรับรองความถูกต้องของหนังสือเดินทางในต่างประเทศ ทั้งนี้ ประธานาธิบดีมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์เป็นอย่างอื่นได้ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยโดยเสียงข้างมากกว่า การกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ผู้พิพากษา Warren ยังให้ความเห็นว่า แม้การมอบอำนาจตามรัฐธรรมนูญนี้กว้างขวางมาก แต่ก็ไม่ใช่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยตั้งอยู่บนหลักที่ฝ่ายบริหารจำเป็นต้องมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการต่างประเทศอย่างกว้างขวางกว่ากิจการภายในประเทศ¹⁶⁵

¹⁶⁴ “Justia us supreme court” Retrieved 23 Feb 2018, Form <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/1/case.html>

¹⁶⁵ ธนิต ภูริเวทย์, “หลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดและทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารในประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), น.102, อ้างใน ปัญญา อุดชาชน, “อำนาจของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนด”, น.11-12. สืบค้นเมื่อวันที่ 17 สิงหาคม 2560, จาก www.lawreform.go.th .

3.2.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสทุกฉบับได้ให้ความสำคัญและเคารพการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเสมอมา โดยเน้นการรับรองและเคารพสิทธิปัจเจกชนนิยมที่มนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระและเสมอภาคอย่างเท่าเทียมกัน สิทธิต่างๆ นี้เป็นสิทธิธรรมชาติของมนุษย์ซึ่งมีอาจลบล้างได้ และดำรงคงอยู่ตลอดไป ซึ่งต่อมาได้กลายมาเป็นบรรทัดฐานที่ว่า “สังคมหรือรัฐจะเกิดขึ้นได้ดีแต่เพียงบุคคลและเพื่อความสงบสุขของบุคคลเท่านั้น (la société n'existe que par l'individu et pour l'individu)¹⁶⁶ แม้ว่าในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 จะมีได้บัญญัติหลักประกันสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญอันเนื่องจากภายหลังการปฏิวัติครั้งใหญ่เมื่อปี ค.ศ. 1789 ได้มีการประกาศปฏิญญามนุษยชนและพลเมือง (Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen) ซึ่งในอารัมภบทในปฏิญญาฉบับดังกล่าวได้กล่าวถึงและยอมรับจึงทำให้ปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 มีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันและเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ¹⁶⁷ ที่มาของสิทธิและเสรีภาพส่วนใหญ่จึงมาจากปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 รัฐธรรมนูญทุกฉบับจนถึงฉบับปัจจุบัน ค.ศ. 1958 ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน (les droits fondamentaux de la personne) อนุสัญญาพิทักษ์รักษาสหประชาชาติสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป ค.ศ. 1953 (La convention européenne de sauvegard des droits de l'homme et des libertés fondamentales) ข้อตกลงแห่งสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1966 (Le pacte international 1966) ซึ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้การเคารพและรับรอง ตลอดจนปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเสมอมาเพื่อธำรงไว้ซึ่งระบอบเสรีประชาธิปไตยและสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีการแบ่งแยก¹⁶⁸

ปัจจุบันสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้แบ่งสิทธิและเสรีภาพออกจากกัน แต่ไม่เด็ดขาดจากกัน ทั้งนี้ เพื่อความเข้าใจง่ายต่อประชาชน ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ให้คำนิยามของคำว่าเสรีภาพ คือ ความสามารถที่จะทำการใด ๆ ที่ไม่เป็นการรบกวนต่อสิทธิหรือละเมิดสิทธิของผู้อื่น (la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui) และตามกฎหมายรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งเสรีภาพออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ คือ เสรีภาพส่วนบุคคล (les libertés individuelle) เสรีภาพทางการเมือง (les libertés politique) เสรีภาพทางด้านเศรษฐกิจและสวัสดิการสังคม (les libertés économiques et sociale) และได้มีการเพิ่ม “สิทธิ” เข้ามาอยู่

¹⁶⁶ มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 126*, น.103-104.

¹⁶⁷ นันทวัฒน์ บรรณานันท์, *กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส : ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย*, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันนโยบายศึกษา, 2541), น.5-6.

¹⁶⁸ มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 126*, น.109.

รวมกันกับ “เสรีภาพ” เนื่องจากแนวความคิดที่ต้องการให้มีการเคารพและรับรองในหลักความเสมอภาค (le principe d' égalité) ของประชาชนให้สมบูรณ์มากขึ้น ป้องกันการปกครองที่อยุติธรรม (l'injuste) ตลอดจนการให้ความเคารพในกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุด (la valeur constitutionnelle) ที่รัฐจะต้องเคารพและปฏิบัติตามข้อกำหนดในรัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัดเพื่อพิทักษ์รักษาสิทธิเสรีภาพของประชาชนและผลประโยชน์ของชาติ¹⁶⁹

การจำกัดสิทธิเสรีภาพกระทำได้เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ กฎหมายที่ว่านี้ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 34 ได้บัญญัติกำหนดให้รัฐสภาเป็นผู้ออกรัฐบัญญัติ โดยรัฐบัญญัติจะต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิแห่งพลเมืองและประกันสิทธิขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพ สัญชาติ ภาษี ระบบบริหารราชการ ระบบการเลือกตั้ง ระบบสิ่งแวดล้อม เป็นต้น¹⁷⁰ ซึ่งถือได้ว่าครอบคลุมเกือบจะทุกเรื่อง นอกจากนี้ หากมิใช่เรื่องที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 34 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 37 บัญญัติให้เรื่องใดที่อยู่นอกขอบเขตของการตรารัฐบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎเกณฑ์ได้ รัฐบัญญัติซึ่งตราขึ้นในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎเกณฑ์ได้ อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยรัฐกฤษฎีกาภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐแล้ว

(1) เสรีภาพในการเดินทางตามรัฐธรรมนูญ

สำหรับเสรีภาพในการเดินทางของสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงในชีวิตร่างกาย (la sureté) และเสรีภาพในชีวิตร่างกาย (la liberté individuelle) เสรีภาพในการเดินทางถือว่าเป็นเสรีภาพดั้งเดิมที่มีมานานแล้วดังปรากฏในมาตรา 4 ของปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 ที่บัญญัติรับรองเสรีภาพไว้ว่าบุคคลทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน และในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1791 มาตรา 1 บัญญัติไว้ว่า "ทุกคนมีเสรีภาพที่จะไป ที่จะหยุดพักและที่จะเดินทาง" และในปัจจุบันได้รับการยอมรับโดยคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่กฎหมายสาธารณรัฐยึดมั่นและถือเป็นหนึ่งในเสรีภาพอื่นๆ ที่ได้รับการปกป้องอย่างดี¹⁷¹ ซึ่งศาลฎีกาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตัดสินในคดีหนึ่งและสรุปว่าเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการเดินทางนั้นไม่สามารถถูกจำกัดทั้งในประเทศและนอกประเทศด้วยแนวคำ

¹⁶⁹ มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 126*, น.110.

¹⁷⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.52.

¹⁷¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “เสรีภาพทางกายภาพตามแนวคิดทางกฎหมายของฝรั่งเศส,” น.6, สืบค้นเมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม 2559, จาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=670&Page=2>.

วินิจฉัยดังกล่าวได้รับการยอมรับโดยศาลคดีขัดกัน ศาลปกครอง และคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสอีกด้วย อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการเคลื่อนย้ายนั้นก็ยังมีข้อจำกัดอยู่ เช่น ไม่สามารถเข้าไปในที่ซึ่งห้ามในเขตทหาร เขตทดลองทางทหาร ทางวิทยาศาสตร์ เสรีภาพในการเดินทางภายในรัฐนั้น ไม่ใช่ใช้เฉพาะกับเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายหรือการเดินทางชั่วคราวเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการย้ายถิ่นที่ที่อยู่แบบถาวรอีกด้วยซึ่งแต่ละคนมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ของตนเองโดยปราศจากการควบคุมจากฝ่ายปกครอง¹⁷²

(2) กฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการเพิกถอนหนังสือเดินทาง

หนังสือเดินทางของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเล่มแรก ๆ จะมีลักษณะเป็นสมุดงาน ถูกนำมาใช้จนถึงศตวรรษที่ 19 ส่วนรูปแบบใบรับรองถูกนำมาใช้ในการควบคุมของผู้คนโดยการ generalizing ระบบที่คิดค้นขึ้นในช่วงภัยพิบัติของมาร์เซย์ การลงทะเลเบียนของทหารถูกจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1761 โดย Claude Le Blanc เพื่อต่อต้านการถูกทอดทิ้ง Vagrancy ถูกกำหนดโดยความจริงที่ว่าไม่มีพฤติกรรมที่ปลอดภัยหรือหนังสือเดินทางถูกกดขี่เข้มงวดอย่างรุนแรง หลังจากช่วงเวลาแห่งการทดลองตอนต้นศตวรรษที่ 18 หนังสือเดินทางถูกยกเลิกในช่วงแรกของการปฏิวัติในชื่อเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย ซึ่งเป็นหนึ่งในสิทธิประการแรกที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1791 ต่อมามีการตรารัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 1792 ขึ้นมาใช้บังคับเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทางให้แก่พลเมืองของคนที่เดินทางออกนอกประเทศ โดยหนังสือเดินทางอิเล็กทรอนิกส์เริ่มใช้ในปี ค.ศ. 2005 และปรับเปลี่ยนรูปแบบมาเรื่อยๆ เป็นหนังสือเดินทางใบไอเมตริกซ์¹⁷³ หนังสือเดินทางมีความปลอดภัยเพื่อให้ชาวฝรั่งเศสสามารถพิสูจน์ตัวตนและสัญชาติของตนในการเดินทางไปทั่วโลกได้ เป็นสิ่งจำเป็นในการเข้าประเทศที่ไม่ได้อยู่ในข้อตกลงทวิภาคีกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส หนังสือเดินทางถูกควบคุมโดยเทคนิคตามมาตรฐานองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ (ICAO) และกฎระเบียบของสหภาพยุโรป¹⁷⁴ พลเมืองชาวฝรั่งเศสสามารถใช้หนังสือเดินทางเข้าไปอาศัยและทำงานในประเทศใดๆ ภายในสหภาพยุโรปและเขตเศรษฐกิจยุโรปตามสิทธิในการเคลื่อนย้าย ข้อ 21 ของสนธิสัญญาสหภาพยุโรป (Treaties of the European Union) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหนังสือเดินทางที่สำคัญ ได้แก่ รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 1792 (le

¹⁷² เพิ่งอ้าง.

¹⁷³ Wikipedia. "Passeport français." Retrieved 10 Jan 2018, Form https://fr.wikipedia.org/wiki/Passeport_français.

¹⁷⁴ Agence Nationale des Titres securises. "Tout savoir sur le passeport." Retrieved 10 Jan 2018, <https://passeport.ants.gouv.fr>.

décret de la Convention nationale du 7 décembre 1972) ตราขึ้นมาใช้บังคับเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทางให้แก่พลเมืองของคนที่จะเดินทางออกนอกประเทศ และรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยหนังสือเดินทาง ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 2005 (le décret n° 2005 – 1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports) ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับเงื่อนไขและการต่อหนังสือเดินทางทั่วไป หนังสือเดินทาง การกัก และหนังสือบริการ หนังสือเดินทางชั่วคราว เงื่อนไขสำหรับการออกและการต่ออายุหนังสือเดินทางบริการและหนังสือเดินทางชั่วคราว โดยหนังสือเดินทางทั่วไปออกให้โดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ สำหรับชาวฝรั่งเศส มีระยะเวลา 10 ปี สำหรับผู้เยาว์มีระยะเวลา 5 ปี

จากกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายเกี่ยวกับหนังสือเดินทางของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ออกโดยฝ่ายบริหารในรูปแบบของรัฐกฤษฎีกา (Décret) ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 37 ได้บัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายขึ้นมามีบังคับใช้ได้ นอกจากจากที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 34 ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายรัฐสภา และไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งหนังสือเดินทาง การยกเลิกหนังสือเดินทางแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐได้วางแนวบรรทัดฐาน รวมไปถึงรัฐได้ออกกฎหมายเฉพาะขึ้นมามีบังคับใช้อันส่งผลต่อสิทธิในหนังสือเดินทางของพลเมืองของตน พอสรุปได้ดังนี้

(2.1) การปฏิเสธออกหนังสือเดินทาง

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสสามารถห้ามพลเมืองของตนเดินทางออกนอกประเทศได้ โดยการปฏิเสธที่จะออกหนังสือเดินทางให้ หรือปฏิเสธคำขอต่ออายุหนังสือเดินทางหรือยกเลิกหนังสือเดินทาง ทั้งนี้ ตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 1972 (le décret de la Convention nationale du 7 décembre 1972) ซึ่งสภาแห่งรัฐ (Conseil D’Etat) ได้มีความเห็นเกี่ยวกับการปฏิเสธที่จะออกหนังสือเดินทางให้หรือการยกเลิกหนังสือเดินทางตามรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวไว้ว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถปฏิเสธที่จะออกหนังสือเดินทางให้หรือยกเลิกหนังสือเดินทางได้ หากการเดินทางออกนอกประเทศของบุคคลนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ¹⁷⁵

(2.2) การห้ามพลเมืองฝรั่งเศสเดินทางออกนอกประเทศ¹⁷⁶

รัฐบัญญัติเลขที่ 2014 – 1353 ลงวันที่ 13 พฤศจิกายน ค.ศ. 2014 เพื่อเพิ่มบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้าย (la loi n° 2014–1353 du 13 novembre 2014 renforçant les disposition relatives á la lutte contre le terrorisme) โดยรัฐบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้เพิ่ม

¹⁷⁵ ฤทธิรัตน์ ปทุมานนท์, “การยกเลิกหนังสือเดินทางโดยฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครองกลาง, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 สิงหาคม 2559, จาก <http://intranet2.admincourt.go.th>

¹⁷⁶ เพิ่งอ้าง.

บทบัญญัติมาตรา L.224 – 1 ในประมวลกฎหมายความมั่นคงภายใน (Code de la sécurité intérieure) เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการห้ามพลเมืองฝรั่งเศสเดินทางออกนอกประเทศโดยต้องประกอบด้วยเหตุผลใดเหตุผลหนึ่งดังต่อไปนี้

1) มีเหตุอันควรเชื่อได้อย่างแน่นอนว่าบุคคลนั้นมีแผนการเดินทางออกนอกประเทศเพื่อไปร่วมก่อการร้าย

2) มีเหตุอันควรเชื่อได้อย่างแน่นอนว่าบุคคลนั้นมีแผนการเดินทางออกนอกประเทศเพื่อไปร่วมกับกลุ่มก่อการร้าย ซึ่งจะกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ หากบุคคลดังกล่าวได้เดินทางกลับมายังสาธารณรัฐฝรั่งเศส

เมื่อปรากฏเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (le ministre de l' intérieur) มีอำนาจออกคำสั่งห้ามบุคคลดังกล่าวเดินทางออกนอกประเทศโดยคำสั่งดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือ (écrite) และต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย (motivée) คำสั่งห้ามพลเมืองเดินทางออกนอกประเทศจะมีผลใช้บังคับทันทีที่มีคำสั่งดังกล่าว โดยผลของคำสั่งนี้ทำให้บุคคลดังกล่าวไม่สามารถใช้หนังสือเดินทางและบัตรประจำตัวประชาชนได้ หรือทำให้บุคคลเหล่านั้น ไม่อาจได้รับหนังสือเดินทางและบัตรประจำตัวประชาชนใหม่ได้ แล้วแต่กรณี นอกจากนี้บุคคลนั้นยังมีหน้าที่ต้องคืนหนังสือเดินทางและบัตรประจำตัวประชาชนภายในสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่วันที่ได้แจ้งคำสั่งดังกล่าว หากไม่คืนต้องระวางโทษจำคุกสองปีและปรับเป็นเงินจำนวนสี่พันห้าร้อยยูโร นอกจากนี้ มาตรา L. 224 – 1 แห่งประมวลกฎหมายความมั่นคงภายใน กำหนดว่าผู้ที่ได้รับคำสั่งห้ามเดินทางออกนอกประเทศสามารถยื่นฟ้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองได้ภายในสองเดือนนับแต่วันที่ได้แจ้งคำสั่งนั้น และศาลปกครองชั้นต้นต้องพิพากษาคดีให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาสี่เดือนนับแต่วันที่ยื่นฟ้องคดี

3.2.3 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

หากจะพิจารณาศึกษาเกี่ยวกับการบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยเริ่มจากรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (1919) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญก่อนฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ.1949 หรือกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland) รัฐธรรมนูญไวมาร์ได้บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ แต่ไม่ได้มีการบัญญัติหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น สภาพการณ์ของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญไวมาร์ จึงพิจารณาสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลตามขอบเขตของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติว่าได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิของบุคคลไว้เพียงใด ด้วยเหตุนี้เองภายใต้รัฐธรรมนูญไวมาร์ จึงกล่าวได้ว่า สิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลเป็นไปตามที่รัฐบัญญัติได้บัญญัติ

ไว้ และประการสำคัญที่รัฐธรรมนูญไว้มาร์มิได้บัญญัติไว้คือ การให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ โดยองค์กรตุลาการ ด้วยเหตุนี้เองสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคลแทบจะไร้ความหมาย เพราะเมื่อบุคคลถูกระทบสิทธิ มิได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองคุ้มครองเพื่อให้บุคคลที่ถูกกระทบใช้สิทธิโต้แย้งการกระทำดังกล่าวต่อองค์กรตุลาการได้ และนั่นคือสาเหตุที่ทำให้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญไว้มาร์มิไม่ประสบผลสำเร็จในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ภายหลังจากประเทศเยอรมันแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ใน ค.ศ. 1945 ได้มีการตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ กล่าวเฉพาะในหมวดสิทธิและเสรีภาพ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้ศึกษาความบกพร่องจากรัฐธรรมนูญไว้มาร์ ว่าเพราะเหตุใดสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจึงไม่มีผลในทางปฏิบัติ จากการศึกษาข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญไว้มาร์ แล้ว คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้บัญญัติหลักการที่สำคัญๆ หลายหลักการเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 หรือกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland) ใช้ตัวย่อว่า “GG” เป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดโครงสร้างในการปกครองประเทศ หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน องค์กรในรัฐธรรมนูญ โดยในส่วนใหญ่สิทธิขั้นพื้นฐานรัฐธรรมนูญได้บัญญัติสิทธิเสรีภาพต่างๆ ไว้ เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น สิทธิเสรีภาพในการชุมนุม เป็นต้น ซึ่งมีหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ เช่น บัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยบัญญัติให้อำนาจรัฐต้องให้ความเคารพ และเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (มาตรา 1 วรรค 1 GG) การบัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของรัฐธรรมนูญเยอรมันมีผลมาจากการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิวในช่วงการปกครองของนาซี ซึ่งทำให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นข้อผิดพลาดอย่างใหญ่หลวง ดังนั้น เพื่อเป็นการแสดงเจตจำนงของรัฐในอนาคตว่ารัฐจะให้ความเคารพและคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รัฐจึงต้องมีการรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ย่อมผูกพันโดยตรงต่ออำนาจนิติบัญญัติอำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ (มาตรา 1 วรรค 3 GG) สำหรับหลักประกันในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพอาจกระทำได้โดยกฎหมายและกฎหมายนั้นจะต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง อีกทั้งกฎหมายนั้นจะต้องระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจดังกล่าวด้วย (มาตรา 19 วรรค 1 GG) ไม่ว่ากรณีใดๆ ไม่อาจจะกระทำให้กระทบสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ (มาตรา 19 วรรค 2 GG) นอกจากนี้ ยังจำกัดให้เป็นอำนาจเฉพาะของสหพันธ์รัฐที่มีอำนาจออกกฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทาง หนังสือเดินทาง การเข้าเมืองและออกนอกประเทศและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน (มาตรา 73 GG) รัฐธรรมนูญได้

กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุม ตรวจสอบในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติให้บุคคลอาจร้องทุกข์ต่อ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ในกรณีถูกระทบสิทธิโดยอำนาจมหาชน (มาตรา 193 (1) ข้อ 49)

(1) เสรีภาพในการเดินทางตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญมาตรา 11 วรรคหนึ่ง (1)¹⁷⁷ ได้บัญญัติว่า ชาวเยอรมันทุกคนมีเสรีภาพที่จะมี ภูมิลำเนาภายในอาณาเขตสหพันธ์รัฐ จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนีได้บัญญัติรับรองพลเมืองของตนสามารถที่เลือกที่อยู่อาศัยและตัดสินใจว่าจะ เลือกลงอยู่ที่ใด เฉพาะภายในประเทศของตน แม้จะมีได้บัญญัติครอบคลุมถึงเสรีภาพในการเดินทาง ออกนอกประเทศด้วย อย่างไรก็ตาม ปรากฏในคดีของศาลรัฐธรรมนูญแห่งรัฐบาลกลาง (Elfes Case (1957) - 6 Bverfge 32)¹⁷⁸ กรณีของวิลเฮล์มเอลฟ์ (Elfes) นักการเมืองในเมืองเกรเฟลด์ ซึ่งกำลังอยู่ในระหว่างสงครามกับ Oberbürgermeister der Stadt Mönchen-Gladbach และเป็น สมาชิกของสหภาพคริสเตียนประชาธิปไตย (CDU) ใน den Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen ได้ต่อต้านนโยบายการปราบปรามและการทหารของสหพันธ์รัฐแห่งชาติ เอลฟ์เข้าร่วม การประชุมในปารีสบูดาเปสต์และเบอร์ลินตะวันออกและอื่น ๆ รวมถึงวิพากษ์วิจารณ์นโยบายของ รัฐบาลกลางในประเทศและต่างประเทศ โดยเอลฟ์ยื่นขอหนังสือเดินทางซึ่งหมดอายุแล้ว แต่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามมาตรา 7 (1) แห่งรัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ.1952 ได้ปฏิเสธการออก หนังสือเดินทาง โดยให้เหตุผลว่า การกระทำของเอลฟ์ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงภายใน หรือภายนอกประเทศ หรือผลประโยชน์ที่สำคัญอื่น ๆ ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เอลฟ์ได้ อุทธรณ์และฟ้องต่อศาลปกครอง รวมถึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ กรณีเห็นว่ามาตรา 7 (1) แห่งรัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1952 ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ปฏิเสธหนังสือเดินทางได้ในกรณี เป็นภัยต่อความมั่นคงภายในและภายนอกหรือผลประโยชน์ที่สำคัญอื่น ๆ ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

¹⁷⁷ Artikel 11 GG: Freizügigkeit

(1) Alle Deutschen genießen Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet.

(2) Dieses Recht darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes und nur für die Fälle eingeschränkt werden, in denen eine ausreichende Lebensgrundlage nicht vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden oder in denen es zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitlichdemokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes, zur Bekämpfung von Seuchengefahr, Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen, zum Schutze der Jugend vor Verwahrlosung oder umstrafbaren Handlungen vorzubeugen, erforderlich ist. Fibel

¹⁷⁸ Copyright by Donald P Kommers, "German Law Archive," Form <https://germanlawarchive.iuscomp.org>.

ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 11 (1) และมาตรา 2 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesverfassungsgericht : BVerfG) วินิจฉัยว่า เสรีภาพในการเคลื่อนย้ายตามมาตรา 11 (1) ไม่ได้ครอบคลุมไปถึงเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายออกนอกประเทศ อย่างไรก็ตาม มาตรา 2 (1)¹⁷⁹ ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานครอบคลุมถึงพฤติกรรมมนุษย์ทุกประเภท จึงถูกตีความอย่างกว้างซึ่งความหมายว่า ข้อจำกัดเสรีภาพใด ๆ อยู่ในขอบเขตของการคุ้มครองทั่วไปของเสรีภาพ ดังนั้น เสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศจึงได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 2 (1) และข้อจำกัดมาตรา 7 (1) แห่งรัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1952 จึงสามารถจำกัดเงื่อนไขได้และเป็นตามหลักความได้สัดส่วนแล้ว

(2) กฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทางและการเพิกถอนหนังสือเดินทาง

หนังสือเดินทางของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะออกให้แก่ผู้ถือสัญชาติเยอรมนีเพื่อการเดินทางระหว่างประเทศ นอกเหนือจากบัตรประจำตัวประชาชนชาวเยอรมัน และเอกสารการเดินทางฉุกเฉินของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Reiseausweis als Passersatz) เอกสารอื่น ๆ ที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการเท่านั้นที่เจ้าหน้าที่เยอรมนีจะยอมรับเป็นหลักฐานประจำตัวของพลเมืองเป็นประจำ นอกจากนี้จะใช้เป็นหลักฐานแสดงตนและสัญชาติเยอรมนีแล้วยังช่วยอำนวยความสะดวกในการให้ความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่กงสุลเยอรมนีในต่างประเทศ (หรือสมาชิกสหภาพยุโรปอื่น ๆ ในกรณีที่ไม่มีสถานกงสุลเยอรมนีตั้งอยู่) ซึ่งกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทางของเยอรมนีปัจจุบันบังคับใช้ตามรัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1986 (Passport Act (PassG))¹⁸⁰ แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 8 แห่งรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 2013 ในการศึกษาครั้งนี้จะศึกษาเฉพาะหลักเกณฑ์การปฏิเสธหนังสือเดินทาง และการเพิกถอนหนังสือเดินทางโดยมีรายละเอียด ดังนี้

¹⁷⁹ Artikel 2 GG Persönliche Freiheitsrechte

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

(2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

¹⁸⁰ Wikipedia, “German passport” Retrieved 10 Jan 2018, From https://en.wikipedia.org/wiki/German_passport.

(2.1) การปฏิเสธหนังสือเดินทาง

เจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะพิจารณาปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางได้ หากปรากฏเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา 7 (1) ระเบียบปฏิบัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1986 (Passport Act (PassG))¹⁸¹ ซึ่งได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ว่า หน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่จะต้องปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางให้เมื่อมีเหตุอันสมควรที่จะเชื่อว่าผู้ยื่นขอหนังสือเดินทาง มีเหตุดังนี้

- 1) ก่อภัยคุกคามต่อความมั่นคงทั้งภายในหรือภายนอกประเทศหรือแก่ผลประโยชน์อื่นที่สำคัญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁸²
- 2) มีเจตนาที่จะหลบเลี่ยงการดำเนินคดีหรือการจำคุกหรือการลงโทษหรือการบังคับคดีตามการปฏิรูปมาตรการควบคุมและการป้องกันตามที่กำหนดไว้ในพื้นที่ที่มีการใช้บังคับตามระเบียบปฏิบัติ¹⁸³
- 3) มีเจตนาที่จะละเมิดบทบัญญัติของรัฐบัญญัติว่าด้วยยาเสพติดให้โทษเกี่ยวกับการนำเข้า ส่งออก ขนส่ง หรือลักลอบนำเข้ายาเสพติด¹⁸⁴
- 4) มีเจตนาที่จะหลบเลี่ยงภาษี หรือละเมิดบทบัญญัติเกี่ยวกับภาษีศุลกากร หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาด หรือกฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศและการชำระเงิน หรือการละเมิดอย่างร้ายแรงในการนำเข้า ส่งออก หรือขนส่ง สินค้าต้องห้ามหรือสินค้าที่ถูกจำกัด¹⁸⁵
- 5) มีเจตนาที่จะหลบเลี่ยงหน้าที่ในการให้อุปการะเลี้ยงดูตามกฎหมาย¹⁸⁶
- 6) มีเจตนาที่จะกระทำให้ตนเองได้เข้าปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ทหารนอกเหนือจากกองทัพเยอรมัน (Bundeswehr) โดยไม่ได้รับอนุญาต¹⁸⁷
- 7) อยู่ภายใต้บังคับการปฏิบัติหน้าที่ทหารเมื่ออายุครบเกณฑ์ในขณะที่มีการเริ่มลงทะเบียน และมีเจตนาที่จะออกจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกินกว่าสามเดือนโดยไม่ได้รับ

¹⁸¹ Passport Act (PassG), Retrieved 10 Jan 2018, From http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_pa_g/englisch_pa_g.pdf.

¹⁸² Passport Act (PassG), Section 7 (1) 1.

¹⁸³ Passport Act (PassG), Section 7 (1) 2.

¹⁸⁴ Passport Act (PassG), Section 7 (1) 3.

¹⁸⁵ Passport Act (PassG), Section 7 (1) 4.

¹⁸⁶ Passport Act (PassG), Section 7 (1) 5.

¹⁸⁷ Passport Act (PassG), Section 7 (1) 6.

อนุญาตจากสำนักงานคัดเลือกและแต่งตั้งประจำภูมิภาค ตามมาตรา 3 (2) แห่งรัฐบัญญัติการเกณฑ์ทหาร (The Compulsory Military Service Act)¹⁸⁸

8) อยู่ภายใต้บังคับการปฏิบัติหน้าที่ทหารและมีเจตนาที่จะออกไปจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยไม่ได้รับอนุญาตจากสำนักงานคัดเลือกและแต่งตั้งประจำภูมิภาค ตามมาตรา 48 (1) ข้อ 5 (b) หรือ มาตรา 48 (2) แห่งรัฐบัญญัติการเกณฑ์ทหาร (The Compulsory Military Service Act)¹⁸⁹

9) ผู้ซึ่งเคยได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการว่าเป็นผู้ปฏิเสธไม่รับราชการทหารด้วยเหตุผลทางศีลธรรมหรือทางศาสนา และมีเจตนาที่จะออกไปจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกินกว่าสามเดือน โดยไม่ได้รับอนุญาตกรณีจำเป็นจากสำนักงานข้าราชการพลเรือนแห่งสหพันธ์รัฐ ตามมาตรา 23 (4) แห่งรัฐบัญญัติข้าราชการพลเรือนทางเลือก (Act on Civilian Alternative Service)¹⁹⁰

10) มีเจตนาที่จะกระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 89 a แห่งประมวลกฎหมายอาญา¹⁹¹

มาตรา 89 a แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติความผิดอาญาร้ายแรงที่ทำให้เกิดอันตรายต่อรัฐ เช่น ผู้ใดกระทำความผิดร้ายแรงต่อรัฐจะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี ซึ่งการกระทำผิดอย่างร้ายแรงที่ทำให้เกิดอันตรายต่อรัฐ หมายถึงความผิดต่อชีวิตตามมาตรา 211 หรือมาตรา 212 หรือความผิดฐานลักพาตัว หรือการจับตัวประกันตามมาตรา 239a หรือ 239b ซึ่งทำให้เสื่อมเสียและความมั่นคงของรัฐ หรือขององค์การระหว่างประเทศ หรือทำลายหลักการรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹⁹²

(2.2) การเพิกถอนหนังสือเดินทาง

รัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1986 มาตรา 8 บัญญัติให้การเพิกถอนหนังสือเดินทางหรือบัตรประจำตัวอื่น ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้แทนหนังสือเดินทางอาจถูกเพิกถอนได้หากข้อเท็จจริงปรากฏตามเหตุแห่งการปฏิเสธเพิกถอนหนังสือเดินทางตามมาตรา 7 (1)

¹⁸⁸ Passport Act (PassG), Section 7 (1) 7.

¹⁸⁹ Passport Act (PassG), Section 7 (1) 8.

¹⁹⁰ Passport Act (PassG), Section 7 (1) 9.

¹⁹¹ Passport Act (PassG), Section 7 (1) 10.

¹⁹² German Criminal Code, Section 89a (1). Retrieved 3 Oct 2018, From, https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf

(2.3) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

รัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1986 ไม่ได้บัญญัติขั้นตอนและวิธีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น โดยทั่วไปแล้วอาจกล่าวได้ว่า การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการอุทธรณ์บังคับ กล่าวคือ ในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หรือเพื่อขอให้ศาลพิจารณาสั่งการให้มีการออกคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจะต้องมีการดำเนินการยื่นอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองมาก่อนแล้ว หากผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีต่อศาล โดยที่ยังมิได้ยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองมาก่อน ศาลปกครองก็ไม่อาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งตามคำขอได้แต่อย่างใด ซึ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 68 ถึงมาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง ค.ศ. 4960 (VwGO)¹⁹³ เมื่อการปฏิเสธหรือเพิกถอนหนังสือเดินทาง ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ผู้ที่ได้รับผลกระทบต้องอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองก่อน จึงจะสามารถนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้

3.2.4 ราชอาณาจักรสเปน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 (Constitución Española de 1978 or Constitution of Spain 1978) เป็นรัฐธรรมนูญแบบประมวลกฎหมายเหมือนกับประเทศในยุโรปทั่วไป มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนแบ่งออกเป็น บรรพแรก เป็นอารัมภบท กับอีก 10 บรรพ สิทธิและเสรีภาพและหน้าที่พื้นฐานรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนบัญญัติไว้ในบรรพ 1 ซึ่งเสรีภาพในเรื่องต่างๆ ที่บัญญัติไว้เหมือนกับปรากฏในรัฐธรรมนูญของชาติต่าง ๆ คือ ห้ามมิให้มีการกระทำละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล มีบทบัญญัติประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน พลเมืองมีสิทธิในการฟ้องร้องต่อศาลเมื่อมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ ในกฎหมายรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้มีการตั้งผู้พิทักษ์ประชาชนซึ่งอยู่ในความควบคุมของสภาใหญ่กอร์เตส ขึ้น เพื่อป้องกันการละเมิดสิทธิของพลเมือง และให้มีสิทธิให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ และรายงานให้สภาใหญ่กอร์เตสทราบเรื่องด้วย สำหรับสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองชาวสเปน นั้น มาตรา 104 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปนได้บัญญัติว่า รัฐบาลมีภารกิจที่จะต้องปกป้องความมั่นคงของประเทศและสิทธิเสรีภาพของประชาชน

¹⁹³ มาโนช นามเดช, “รายงานการศึกษาส่วนบุคคล เรื่อง การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองกับการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง,” (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2557), น.8-12.

โดยบัญญัติเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (Ley Orgánica)¹⁹⁴ นอกจากนี้เสรีภาพของพลเมืองอาจถูกจำกัดได้ในสถานการณ์พิเศษ เช่น เมื่อมีการประกาศภาวะฉุกเฉิน¹⁹⁵

(1) เสรีภาพในการเดินทางตามรัฐธรรมนูญ

ราชอาณาจักรสเปนได้นำหลักการเกี่ยวเสรีภาพในการเดินทางตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 ซึ่งมาตรา 19 บัญญัติให้ชาวสเปนมีสิทธิที่จะเลือกสถานที่พำนักของตนได้อย่างเสรีและสามารถเดินทางได้อย่างอิสระเกี่ยวกับภายในอาณาเขตของประเทศในทำนองเดียวกันพวกเขามีสิทธิที่จะเข้าและออกจากราชอาณาจักรสเปนโดยอิสระตามเงื่อนไขจะถูกกำหนดโดยกฎหมาย สิทธินี้อาจไม่ถูกจำกัดสำหรับทางการเมืองหรืออุดมการณ์สำหรับเสรีภาพในการเดินทางของพลเมืองชาวสเปน นั้น ย่อมอยู่ภายใต้บทบัญญัติตามมาตรา 104 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน กฎหมายเกี่ยวเสรีภาพในการเดินทาง รวมไปถึงสิทธิในเอกสารการเดินทางรัฐจะต้องบัญญัติเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

(2) กฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง

หนังสือเดินทางของราชอาณาจักรสเปน ออกให้แก่พลเมืองสเปนเพื่อการเดินทางนอกราชอาณาจักรสเปน พลเมืองชาวสเปนทุกคนเป็นพลเมืองของสหภาพยุโรป หนังสือเดินทางพร้อมบัตรประจำตัวประชาชนช่วยให้มีสิทธิในการเคลื่อนย้ายและพำนักอยู่ในรัฐใด ๆ ของสหภาพยุโรป และเขตเศรษฐกิจยุโรป¹⁹⁶ หนังสือเดินทางของราชอาณาจักรสเปน แบ่งออกเป็นหนังสือเดินทางธรรมดา (Pasaporte ordinario) ออกเพื่อการเดินทางทั่วไปเช่นวันหยุดพักผ่อนและการเดินทางเพื่อธุรกิจ หนังสือเดินทางแบบรวม Collective Passport (Spanish Pasaporte colectivo) จัดทำขึ้นสำหรับโอกาสแสวงบุญที่ศรัทธาและการกระทำอื่น ๆ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันเมื่อใดก็ตามที่มีการแลกเปลี่ยนกับประเทศที่มีอยู่ความถูกต้องจะจำกัดการเดินทางเพียงครั้งเดียวซึ่งมีระยะเวลาไม่

¹⁹⁴ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เป็นรูปแบบกฎหมายที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน บัญญัติขึ้นมาเพื่อนำไปใช้กับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานและระบบการเลือกตั้ง กระบวนการตรากฎหมายเช่นเดียวกับกฎหมายทั่วไป แต่ต่างกันที่ต้องผ่านความเห็นชอบของสภาด้วยคะแนนเสียงข้างมากในการลงคะแนนครั้งสุดท้าย แต่กรณีกฎหมายทั่วไปไม่ต้องกระทำ

¹⁹⁵ สันตัก ศะศิวิณิช, “สรุปสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญประเทศสเปน,” ในหนังสือรัฐธรรมนูญต่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2544), น. 1-7.

¹⁹⁶ Wikipedia. “Spanish passport”. Retrieved 10 Jan 2018, From https://en.wikipedia.org/wiki/Spanish_passport.

เกินสามเดือน หนังสือเดินทางทางการทูต (Pasaporte diplomático) ออกให้กับนักการทูตสเปน เจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐบาลและผู้แทนทางการทูต หนังสือเดินทางราชการและบริการ (Pasaportes oficiales y de servicio) ออกให้กับบุคคลที่เป็นตัวแทนรัฐบาลสเปนในการดำเนินธุรกิจอย่างเป็นทางการ¹⁹⁷ โดยมีกฎหมายที่สำคัญที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

(ก) กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความมั่นคงของพลเมือง ที่ 1/1992 (Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana) เป็นกฎหมายที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน มาตรา 104 ออกมาบังคับใช้เพื่อเป็นการคุ้มครองความมั่นคงของพลเมืองและการใช้เสรีภาพขั้นพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคมประชาธิปไตย ในทางตรงกันข้ามรัฐธรรมนูญกำหนดให้เห็นถึงความสามารถของรัฐในเรื่องความมั่นคงสาธารณะ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งคุณลักษณะของกองกำลังรักษาความปลอดภัยภายใต้การพึ่งพาของรัฐบาล การปฏิบัติงานในการปกป้อง การใช้สิทธิและเสรีภาพอย่างเสรีและรับประกันความมั่นคงของพลเมือง ซึ่งมีผลต่อการควบคุมการใช้สิทธิพื้นฐานบางอย่าง เช่นสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางทั่วอาณาเขตของประเทศ เข้าและออกอย่างอิสระในราชอาณาจักรสเปน หรือสิทธิในการชุมนุม เพื่อให้อำนาจของเจ้าหน้าที่มีการปรับปรุงและเหมาะสมกับรัฐธรรมนูญและเพื่อปกป้องความมั่นคงของพลเมืองถือเป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของหน่วยงานบริหารในเรื่องต่างๆ เช่น การผลิต การพาณิชย์ ครอบครองและใช้อาวุธและวัตถุระเบิด การชุมนุมสาธารณะในรายการเอกสารส่วนบุคคลของชาวต่างชาติและชาวต่างชาติในสเปน รวมทั้งการกำหนดกิจกรรมบางอย่างที่น่าสนใจเป็นพิเศษและความรับผิดชอบต่อกองกำลังและองค์กรรักษาความปลอดภัย โดยใน ส่วนบทที่ 2 ในกฎหมายฉบับนี้จะเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ในการขอรับเอกสารข้อมูลประจำตัวประชาชนหลังจากที่มีอายุสิบสี่ปีแล้วซึ่งจะมีค่าพอเพียงเพื่อพิสูจน์ตัวตนของพลเมืองและรับประกันได้ในทุกกรณีเพื่อให้ความเป็นส่วนตัวของบุคคล โดยปราศจากข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับ เผ่าพันธุ์ ศาสนา ความคิดเห็น ลัทธิการเมือง หรือสหภาพแรงงาน หรือความเชื่อมีหน้าที่ควบคุมการออกหนังสือเดินทางหรือเอกสารที่ใช้แทนหนังสือเดินทางหรือระบุถึงหน้าที่ในการระบุตัวตนของชาวต่างชาติที่อยู่ในราชอาณาจักรสเปน โดยไม่ต้องถูกเพิกถอนเอกสารฉบับนี้เว้นแต่ในกรณีเดียวกันที่กำหนดไว้สำหรับเอกสารประจำชาติ ต่อมากฎหมายดังกล่าวถูกยกเลิกโดยกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับความมั่นคงของพลเมืองฉบับที่ 4/2015 (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana) ซึ่งมาตรา 11 ของบทที่ 2 กำหนดวงหลักการไว้ว่าหนังสือเดินทางของราชอาณาจักรสเปนเป็นเอกสารส่วนบุคคลไม่สามารถโอนให้บุคคลอื่น ได้ยกเว้น

¹⁹⁷ *ibid.*

สามารถพิสูจน์แล้วว่าพิสูจน์ตัวตนและสัญชาติของพลเมืองชาวสเปนนอกราชอาณาจักรสเปนและภายในอาณาเขตของราชอาณาจักรสเปนเช่นเดียวกันกับชาวสเปนที่ไม่ได้พำนักอาศัย

พลเมืองชาวสเปนมีสิทธิที่จะได้รับหนังสือเดินทางซึ่งสามารถยกเว้นได้ในกรณีต่อไปนี้เท่านั้น คือ เคยถูกลงโทษตามบทลงโทษหรือมาตรการรักษาความปลอดภัยที่ทำให้พวกเขาได้รับอิสรภาพจนกว่าจะถึงแก่ความตาย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากหน่วยงานตุลาการที่มีอำนาจ หรือได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการที่มีอำนาจให้ถอนหนังสือเดินทางของตนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือมีการบังคับใช้มาตรการคุมประพฤติโดยมีข้อห้ามในการออกจากอาณาเขตของประเทศเว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากหน่วยงานตุลาการที่มีอำนาจ หรือเมื่อศาลอุทธรณ์มีอำนาจสั่งห้ามออกจากสเปน หรือออกหนังสือเดินทางให้แก่ผู้เยาว์หรือบุคคลที่มีความสามารถแก้ไขตามกฎหมายให้ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

การได้รับหนังสือเดินทางสำหรับประชาชนที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองหรือผู้ปกครองจะต้องได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้งจากบุคคลหรือหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่หรือโดยไม่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานตุลาการที่มีอำนาจ

ผู้ถือหนังสือเดินทางมีหน้าที่แสดงและมอบหนังสือเดินทางเมื่อหน่วยงานหรือตัวแทนของหน่วยงานดังกล่าวกำหนด พวกเขาจะต้องปกป้องและรักษาด้วยความรอบคอบจากการโจรกรรมหรือการสูญเสียดังกล่าว ให้งานให้กองกำลังหรือกองกำลังรักษาความปลอดภัยหรือในกรณีที่เหมาะสมกับสถานทูตหรือกงสุลของสเปนในต่างประเทศ

(ข) พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการยื่นขอหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดาและลักษณะของหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดา ค.ศ. 2003 (Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características) และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ออกรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความมั่นคงของพลเมือง ฉบับที่ 1/1992 ในการศึกษาครั้งจะศึกษาเฉพาะการยกเลิกหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดา ดังนี้

(2.1) การยกเลิกหนังสือเดินทาง

การยกเลิกหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดา มาตรา 6 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการยื่นขอหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดาและลักษณะของหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดา ค.ศ. 2003 บัญญัติถึงเหตุแห่งการยกเลิกหรือระงับหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดา ไว้ 4 กรณี ดังต่อไปนี้¹⁹⁸

¹⁹⁸ โรม ที่ปะปาล, “หลักการยกเลิกหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดาโดยฝ่ายปกครองในประเทศสเปน,” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครองกลาง, สืบค้นเมื่อวันที่ 17 สิงหาคม 2560, จาก

1) เมื่อบุคคลต้องโทษทางอาญาหรืออยู่ตกภายใต้มาตรการควบคุมเสรีภาพในการเดินทางหรือมีถิ่นที่อยู่อาศัย เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากองค์กรตุลาการที่มีอำนาจ

การต้องโทษทางอาญาให้จำกัดไม่จำเป็นต้องเป็นโทษทางอาญาถึงที่สุด หากศาลชั้นต้นพิพากษาถือว่าเพียงพอที่ฝ่ายปกครองจะยกเลิกหรือระงับหนังสือเดินทางของบุคคลดังกล่าว

2) เมื่อศาลมีคำสั่งให้จำกัดเสรีภาพบุคคล หรือห้ามบุคคลดังกล่าวละทิ้งราชอาณาจักร เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากองค์กรตุลาการที่พิพากษาลงโทษเช่นนั้น

การที่บุคคลตกอยู่ภายใต้มาตรการควบคุมเสรีภาพในการเดินทางหรือมีถิ่นที่อยู่อาศัยได้แก่ กรณีที่ศาลได้ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างกระบวนการพิจารณาตีความได้ว่าศาลมีอำนาจตามมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยการยกเลิกหรือระงับใช้หนังสือเดินทาง

3) เมื่อศาลมีคำสั่งห้ามผู้เยาว์หรือบุคคลไร้ความสามารถเดินทางออกนอกราชอาณาจักรสเปน เป็นกรณีที่ศาลมีคำสั่งห้ามผู้เยาว์เดินทางออกนอกราชอาณาจักรสเปน จะเกิดขึ้นในระหว่างที่ศาลกำลังพิจารณาคดีครอบครัวเกี่ยวกับสิทธิการเลี้ยงบุตร โดยปกติแล้วศาลจะมีคำสั่งห้ามให้ผู้เยาว์เดินทางออกนอกราชอาณาจักรสเปน

4) เมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน แล้วรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งจำกัดเสรีภาพในการเดินทางของบุคคล ตามอำนาจที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยสถานการณ์ฉุกเฉินและข้อยกเว้น ค.ศ. 1981

กฎหมายสเปนใช้คำว่า “ยกเลิก (retirada)” หรือ “ระงับ (retenido)” หนังสือเดินทาง แต่มิได้ใช้คำว่า “เพิกถอน (anulacion)” หนังสือเดินทาง ซึ่งผลทางกฎหมายของการยกเลิกหรือระงับการใช้หนังสือเดินทาง ถือเป็นกรณียกเลิกสิทธิการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรสเปนของบุคคลดังกล่าว ต้องคืนหนังสือเดินทางให้กับฝ่ายปกครอง และบุคคลดังกล่าวไม่สามารถร้องขอหนังสือเดินทางใหม่ได้อีก อย่างไรก็ตาม หากเหตุแห่งการยกเลิกหรือระงับหนังสือเดินทางได้หมดสิ้นไปแล้ว มาตรา 6.3 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการยื่นขอหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดา และลักษณะของหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดา ค.ศ. 2003 บัญญัติว่าให้ฝ่ายปกครองคืนหนังสือเดินทางแก่บุคคลดังกล่าวโดยพลัน¹⁹⁹

(2.2) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

คำสั่งยกเลิกหรือระงับหนังสือเดินทางถือเป็นคำสั่งทางปกครองประเภทหนึ่ง ดังนั้นหากผู้ได้รับคำสั่งเห็นว่าคำสั่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็สามารถอุทธรณ์ภายในต่อหน่วยงานที่ออกคำสั่งนั้นได้ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยยื่นขอหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดาและลักษณะของหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดา ค.ศ. 2003 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะเพื่ออุทธรณ์คำสั่งยกเลิกหรือระงับหนังสือเดินทางไว้ ดังนั้น จึงต้องใช้หลักทั่วไปที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) โดยจำเป็นต้องอุทธรณ์ภายในต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ (recurso de alzada) ซึ่งก็คือผู้บังคับบัญชาที่มีตำแหน่งสูงสุดในองค์กร (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย) ภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งนั้น ถ้าหากผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์มีคำสั่งยื่น ผู้ถูกลงโทษก็มีทางเลือกคือจะอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งนั้นต่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์อีกครั้ง (recurso de reposición) หรือนำคดีขึ้นสู่ศาลแพ่งคดีปกครอง (Juzgado de lo contencioso – administrativo) ภายในระยะเวลา 2 เดือน นับแต่ที่ได้รับแจ้งคำสั่งยื่นนั้น ศาลจะพิจารณาว่าคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยพิจารณาว่าฝ่ายปกครองได้ดำเนินการครบถ้วนตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ แต่ศาลไม่สามารถตัดสินดุลพินิจของผู้ออกคำสั่งได้²⁰⁰

3.2.5 แคนาดา

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เข้ายึดครองแคนาดาฝั่งตะวันออกในปี ค.ศ. 1534 และได้เริ่มตั้งถิ่นฐานในปี ค.ศ. 1604 ปัญหาความขัดแย้งระหว่างสาธารณรัฐฝรั่งเศสกับสหราชอาณาจักรเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1713 จากเหตุการณ์ประมงและการค้าขนสัตว์ ซึ่งในที่สุดดินแดนแคนาดาตกเป็นของสหราชอาณาจักรในปี ค.ศ. 1849 แคนาดาได้รับการยอมรับในสิทธิการปกครองตนเอง ต่อมาปี ค.ศ. 1867 แคนาดาได้รับสถานะเป็นประเทศที่เท่าเทียมกับสหราชอาณาจักรโดยมีกษัตริย์อังกฤษเป็นพระประมุขแคนาดา ระบอบการเมืองเป็นแบบประชาธิปไตยในระบอบรัฐสภา (Parliamentary Democracy)²⁰¹ หัวหน้าฝ่ายบริหารได้แก่นายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร นายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งโดยผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (Governor General) รัฐสภาประกอบไปด้วยพระราชินี สภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้ง และวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งแคนาดา (Constitution Act, 1982) ถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศประกอบด้วยหลักการ

²⁰⁰ เฝิงฮ้าง.

²⁰¹ Royal Thai Embassy Ottawa . “Canada”, Retrieved 8 Feb 2018, Form <http://www.thaiembassy.ca/th/canada/about-canada>.

สามส่วนใหญ่ๆ คือ กฎบัตรและสิทธิเสรีภาพของแคนาดา (Canadian Charter of Rights and Freedoms) ระบบพื้นฐานของการบริหารราชการแผ่นดินและอำนาจในการตรากฎหมาย (Constitution Act, 1867) และหลักสำคัญในการเพิกถอนกฎหมายที่ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ²⁰²

สิทธิเสรีภาพถูกบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งแคนาดา (Constitution Act, 1982) ซึ่งส่วนแรกจะเป็นส่วนการรับรองสิทธิเสรีภาพภายใต้กฎบัตรและสิทธิเสรีภาพของแคนาดา กฎบัตรและสิทธิเสรีภาพของแคนาดาได้บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแบ่งออกเป็น 7 หมวดหมู่ ได้แก่ เสรีภาพขั้นพื้นฐานพลเมืองของแคนาดา (มาตรา 1) สิทธิประชาธิปไตย (มาตรา 3) สิทธิตามกฎหมาย (มาตรา 5) สิทธิในการเคลื่อนย้ายหรือเดินทาง (มาตรา 6) สิทธิความเสมอภาค สิทธิทางภาษา และสิทธิการศึกษาของชนกลุ่มน้อย (มาตรา 7)

(1) เสรีภาพในการเดินทางตามรัฐธรรมนูญ

เสรีภาพในการเดินทาง (Mobility Rights) ได้บัญญัติรับรองสิทธิในการเดินทางไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งแคนาดา มาตรา 6 (1) บัญญัติว่า พลเมืองของแคนาดาทุกคนมีสิทธิที่จะเดินทางเข้ามาพักและออกนอกประเทศแคนาดา กฎหมายที่จะออกมาบังคับใช้ อันเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางก็ย่อมต้องเป็นไปตามมาตรา 1 ซึ่งรับประกันสิทธิเสรีภาพที่กำหนดไว้ภายใต้ขอบเขตที่สมเหตุสมผลและสามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นธรรมในสังคมที่เป็นเสรีและเป็นประชาธิปไตย

เสรีภาพในการเดินทางตามที่บัญญัติรับรองดังกล่าว คำวินิจฉัยศาลล่างและอุทธรณ์ชี้ให้เห็นว่า สิทธิของประชาชนในการเข้าและออกจากแคนาดาตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 (1) รวมถึงสิทธิในการมีหนังสือเดินทางด้วย²⁰³ นอกจากนี้ AJ Arkelien²⁰⁴ ทนายความผู้เชี่ยวชาญด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและเป็นผู้ให้คำปรึกษารัฐบาลแคนาดาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายรัฐธรรมนูญและเป็นตัวแทนแคนาดาในฐานะนักการทูตในต่างประเทศให้ความเห็นเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางกับสิทธิในหนังสือเดินทางของแคนาดาไว้ว่า ในการตีความขอบเขตของเสรีภาพในการเดินทางตามมาตรา 6 (1) จะต้องคำนึงถึงทิศทางที่องค์กรปกครองสูงสุดในประเทศกฎหมายอื่น ๆ มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ในกรณีศาลสูงสหรัฐได้กล่าวไว้ว่า สิทธิในการเดินทางเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพซึ่งพลเมืองไม่สามารถลิดรอนได้

²⁰² ประเสริฐ สุขสบาย, “การออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2549), น. 65.

²⁰³ Department of Justice, “The Canadian Charter of Rights and Freedoms.” Retrieved 8 Feb 2018 Form <http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art6.html>.

²⁰⁴ AJ Arkelien, “The Right to a Passport in Canadian Law”, *The Canadian Yearbook of International Law*, Volume XXI 1983. Republished in November 2012 in Artsforum Magazine at <http://artsforum.ca/ideas/in-depth>.

โดยไม่มีกระบวนการยุติธรรม เสรีภาพในการเคลื่อนไหวไม่ได้ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา แต่ถูกยึดโยงโดยสิทธิในเสรีภาพและสิทธิตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ด้วยว่าเสรีภาพในการเดินทางเป็นเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการพูดและการรวมกลุ่ม สิทธิในการเคลื่อนย้ายในกฎบัตรของแคนาดาก็เช่นเดียวกัน ตัวอย่างเช่น สิทธิในเสรีภาพตามมาตรา 7 สิทธิภายใต้มาตรา 9 ไม่ต้องถูกคุมขังโดยพลการ การรับประกันความเท่าเทียมกันก่อนที่กฎหมายในส่วนที่ยังไม่ได้ใช้ หรือในกรณีของศาลสูงสุดแห่งอินเดียระบุว่าบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะเดินทางไปต่างประเทศและการปฏิเสธให้หนังสือเดินทางโดยรัฐบาลถือเป็นการปฏิเสธสิทธิในเสรีภาพส่วนบุคคลและความเสมอภาค นอกจากนี้ สิทธิในการเดินทางไปต่างประเทศได้รับการยอมรับในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่แคนาดาเป็นภาคี และเมื่อกล่าวถึงการเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายสัญชาติและกฎหมายหนังสือเดินทาง หนังสือเดินทางคือหลักฐานเบื้องต้นเกี่ยวกับสัญชาติและอัตลักษณ์ แม้ไม่ใช่หนังสือรับรองสัญชาติ แต่ใช้เป็นหลักฐานการเป็นพลเมืองในต่างประเทศ ประชาชนมีสิทธิได้รับหลักฐานการเป็นพลเมืองของตนที่เหมาะสมสำหรับการใช้งานทั้งในและนอกประเทศ หนังสือเดินทางจึงเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปและจำเป็นต้องใช้หลักฐานการเป็นพลเมือง ลักษณะและหน้าที่ของหนังสือเดินทางจึงมีวิวัฒนาการไปถึงจุดที่แท้จริงคือการเป็นพลเมืองและบัตรประจำตัวที่เชื่อถือได้ ดังนั้น เสรีภาพในการเดินทางตามรัฐธรรมนูญแห่งแคนาดาจึงมีความหมายถึงสิทธิในการเดินทางไปต่างประเทศ สิทธิในการมีหนังสือเดินทางจึงเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นในการเดินทางไปต่างประเทศ

(2) กฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธและเพิกถอนหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง สำหรับกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือเดินทางของแคนาดา นั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงตรวจคนเข้าเมืองและสัญชาติ โดยความเห็นชอบของรัฐบาลกลาง ได้ออกระเบียบหนังสือเดินทางแห่งประเทศแคนาดา (Canadian Passport Order SI/81 – 86) ขึ้นมาบังคับใช้ ในการศึกษาครั้งนี้จึงทำการศึกษาเฉพาะในส่วนของการยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทางในกรณีทั่วไป

(2.1) การปฏิเสธและเพิกถอนหนังสือเดินทาง

ตามระเบียบหนังสือเดินทางแห่งประเทศแคนาดา (Canadian Passport Order SI/81 – 86) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงตรวจคนเข้าเมืองและสัญชาติ (Minister of Citizenship and Immigration Canada - CIC) มีอำนาจรับผิดชอบเกี่ยวกับแผนกหนังสือเดินทาง (Passport Program) และมีอำนาจหน้าที่ในการปฏิเสธที่จะออก (refuse to issue) ยกเลิก (cancel) เพิกถอน (revoke) ส่งคืนและให้คำแนะนำต่าง ๆ เกี่ยวกับหนังสือเดินทางของประเทศแคนาดา

สำหรับเหตุแห่งการปฏิเสธและเพิกถอนหนังสือเดินทางกรณีทั่วไป (Passport Refusal and Revocation) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงตรวจคนเข้าเมืองและสัญชาติอาจมีอำนาจในการปฏิเสธที่จะออกหนังสือเดินทางให้แก่บุคคลดังต่อไปนี้²⁰⁵

- 1) บุคคลซึ่งไม่ใช่พลเมืองแคนาดา
 - 2) บุคคลซึ่งได้ให้ข้อมูลอันเป็นเท็จในระหว่างดำเนินการออกหนังสือเดินทาง
 - 3) บุคคลซึ่งไม่ได้ดำเนินการวิธีการขั้นตอนในการขอออกหนังสือเดินทางอย่างครบถ้วน หรือไม่ได้ดำเนินการตามที่ได้มีการร้องขอหรือสั่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ
 - 4) บุคคลซึ่งถูกฟ้องว่ากระทำความผิดอาญาเหตุร้ายแรงในประเทศแคนาดาหรือความผิดอาญาทำนองเดียวกันในต่างประเทศ²⁰⁶
 - 5) บุคคลซึ่งถูกจำคุกหรือต้องห้ามมิให้ออกจากประเทศแคนาดาหรือถูกจำคุกหรือห้ามออกนอกประเทศสำหรับประเทศอื่น
 - 6) บุคคลซึ่งอยู่ในบังคับตามเงื่อนไขของศาลที่ต้องห้ามมิให้ครอบครองหนังสือเดินทาง
 - 7) บุคคลซึ่งถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทางตามประมวลกฎหมายอาญาแห่งแคนาดาหรือความผิดอาญาทำนองเดียวกันนี้ในต่างประเทศ
 - 8) บุคคลซึ่งเป็นหนี้เงินแก่รัฐเกี่ยวกับการส่งตัวกลับมายังแคนาดาหรือความช่วยเหลือทางการเงินอื่นจากสถานกงสุล
 - 9) บุคคลซึ่งถือหนังสือเดินทางที่หมดอายุหรือถูกเพิกถอน
 - 10) เมื่อมีเหตุผลอันสมควรให้เชื่อว่าการปฏิเสธที่จะออกหนังสือเดินทางก็เพื่อป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็ก
- นอกจากนี้ ยังมีอำนาจที่จะเพิกถอนหนังสือเดินทางหากปรากฏเหตุตาม (1) – (10) และกรณีมีเหตุดังนี้
- 11) บุคคลซึ่งได้ใช้หนังสือเดินทางเพื่อช่วยเหลือหรือสนับสนุนการกระทำความผิดอาญาเหตุร้ายแรงในประเทศแคนาดาหรือความผิดอาญาทำนองเดียวกันในต่างประเทศ

²⁰⁵ Government of Canada, “Refusal, revocation, cancellation, and suspension of Canadian Passport” (online) Available from: (<http://www.cic.gc.ca/english/passport/security/refusal.asp>), อ้างใน สุขฉวี รัตตประจิด, “หลักเกณฑ์การยกเลิกและเพิกถอนหนังสือเดินทางของประเทศแคนาดา”, สืบค้นเมื่อวันที่ 27 เมษายน 2559, จาก www.admincourt.go.th.

²⁰⁶ การแบ่งประเภทความผิดอาญาตามกระบวนการพิจารณาตัดสินโดยพิจารณาตามระดับร้ายแรงแห่งการกระทำความผิด หลักๆ มีสองประเภท คือความผิดอาญาร้ายแรง (indictable offence) และความผิดอาญาไม่ร้ายแรง (summary offences)

- 12) บุคคลซึ่งอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้หนังสือเดินทางของตน
- 13) บุคคลซึ่งได้รับหนังสือเดินทางโดยวิธีการปลอมหรือแปลงข้อมูล
- 14) บุคคลซึ่งไม่ใช่พลเมืองแคนาดาอีกต่อไป

โดยเหตุดังกล่าวข้างต้นนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงตรวจคนเข้าเมืองและสัญชาติ ตระหนักดีว่าการปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางเป็นมาตรการที่สำคัญยิ่งมาตรการหนึ่งที่จะกระทบ ต่อเสรีภาพในการเดินทางและการโยกย้ายถิ่นที่อยู่อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การใช้อำนาจดังกล่าวจะกระทำเฉพาะกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นและเหมาะสมแก่การกระทำนั้น²⁰⁷

(2.2) การยกเลิกหนังสือเดินทาง (Passport Cancellation) มีดังนี้²⁰⁸

- 1) หากบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย
- 2) หากบุคคลนั้นไม่ใช่ผู้มีสิทธิถือครองหนังสือเดินทาง
- 3) หากบุคคลนั้นไม่อาจคืนหนังสือเดินทางได้เมื่อถูกเรียกให้คืนหนังสือเดินทางตาม ข้อ 11 แห่งระเบียบหนังสือเดินทางแห่งแคนาดา ที่ SI/81 – 86
- 4) เมื่อมีเหตุอันสมควรให้เชื่อว่าการปฏิเสธที่จะออกหนังสือเดินทางก็เพื่อป้องกันการ กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็ก

โดยเหตุดังกล่าวข้างต้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงความปลอดภัยสาธารณะฯ อาจมี คำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางเมื่อมีเหตุอันสมควรที่จะเชื่อได้ว่า คำสั่งดังกล่าวเป็นการจำเป็นในการ ป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย หรือเกี่ยวกับความมั่นคงสาธารณะของแคนาดา หรือประเทศหรือรัฐอื่น การยกเลิกหนังสือเดินทางจะทำให้หนังสือเดินทางนั้นสิ้นผลที่จะใช้แสดงตน ในการเดินทางในบางกรณีการยกเลิกหนังสือเดินทางไม่จำเป็นต้องแจ้งให้ผู้ถือหนังสือเดินทางทราบล่วงหน้า

(2.3) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

กระบวนการพิจารณาทางปกครองในการยกเลิกและเพิกถอนหนังสือเดินทางและการ ปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทาง นั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงตรวจคนเข้าเมืองและสัญชาติ มีอำนาจรับรองหนังสือเดินทางของประเทศแคนาดาว่าเป็นหลักฐานสำคัญในการแสดงอัตลักษณ์ ที่ถูกต้องแท้จริงของบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ในการเดินทางและเพื่อรักษาความปลอดภัยในระดับ ในประเทศและระหว่างประเทศบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้มีหนังสือเดินทางของแคนาดามีหน้าที่

²⁰⁷ สุขฉวี รัตตประจิด, “หลักเกณฑ์การยกเลิกและเพิกถอนหนังสือเดินทางของประเทศแคนาดา”, สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครองกลาง สืบค้นเมื่อ 27 เมษายน 2559, จาก <http://intranet2.admincourt.go.th/02-office/office44/Deciston/5deciston/2559/%E0%B8%9E%E0%B8%A4%E0%B8%A9%E0%B8%A0%E0%B8%B2%E0%B8%84%E0%B8%A1/1-05-59.pdf>

²⁰⁸ เพิ่งอ้าง.

กล่าวคือ มีหน้าที่ต้องกระทำการตามสมควรเพื่อรักษาหนังสือเดินทางไว้ มีหน้าที่เป็นบุคคลเพียงคนเดียวที่จะใช้หนังสือเดินทางที่ออกในนามของตนเอง มีหน้าที่ใช้หนังสือเดินทางตรงตามวัตถุประสงค์ และมีหน้าที่ต้องคืนหนังสือเดินทางโดยเร็วเมื่อถูกเรียกให้คืน

การยกเลิกและเพิกถอนหนังสือเดินทางเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ได้รับคำสั่งดังกล่าว จึงมีกระบวนการพิจารณาทางปกครอง โดยกระบวนการสอบสวนเพื่อออกคำสั่งปฏิเสธที่จะออกหรือเพิกถอนหนังสือเดินทาง ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็น 2 ประเภท ดังนี้ คือ กระบวนการสอบสวนและทำคำสั่งเกี่ยวกับการปฏิเสธที่จะออกหรือเพิกถอนหนังสือเดินทางประเภทที่ 1 (Category one) ใช้บังคับแก่บุคคลซึ่งได้ให้ข้อมูลปลอมหรือแปลงในการยื่นคำร้องขอออกหนังสือเดินทาง บุคคลซึ่งไม่สามารถที่จะดำเนินการยื่นคำร้องขอออกหนังสือเดินทางให้ครบถ้วน หรือตามที่ได้มีการเรียกให้ส่งข้อมูลหรือวัตถุใด บุคคลซึ่งใช้หนังสือเดินทางเพื่อช่วยเหลือหรือสนับสนุนการกระทำความผิดอาญาเหตุร้ายแรงในประเทศแคนาดาหรือหากความผิดที่กระทำในต่างประเทศนั้นอาจก่อให้เกิดความผิดอาญาเหตุร้ายแรงได้หากได้กระทำในประเทศแคนาดา บุคคลซึ่งอนุญาตให้บุคคลอื่นใช้หนังสือเดินทางของตน บุคคลซึ่งได้รับหนังสือเดินทางโดยวิธีการปลอมหรือแปลงข้อมูล หรือเมื่อมีเหตุอันสมควรเชื่อได้ว่าการปฏิเสธหรือการเพิกถอนหนังสือเดินทางเป็นการจำเป็นเพื่อป้องกันการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศต่อเด็กนอกประเทศแคนาดา ส่วนกระบวนการสอบสวนและทำคำสั่งเกี่ยวกับการปฏิเสธที่จะออกหรือเพิกถอนหนังสือเดินทางประเภทที่ 2 (Category two) ใช้บังคับแก่บุคคลซึ่งไม่ใช่พลเมืองประเทศแคนาดา บุคคลซึ่งถูกฟ้องในแคนาดาว่าได้กระทำความผิดอาญาเหตุร้ายแรง หรือถูกฟ้องว่าการกระทำความผิดอาญาในต่างประเทศนั้นอาจก่อให้เกิดความผิดอาญาเหตุร้ายแรงได้หากได้กระทำในแคนาดา หรือหากอยู่ในต่างประเทศ ก็ถูกจำคุกหรือห้ามมิให้ออกนอกประเทศนั้น ๆ บุคคลซึ่งอยู่ภายใต้บังคับเงื่อนไขที่ศาลกำหนดห้ามมิให้ครอบครองหนังสือเดินทาง บุคคลซึ่งถูกพิพากษาว่าได้กระทำความผิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทางตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกระทำความผิดอาญาทำนองเดียวกันนี้ที่ต่างประเทศ หรือบุคคลซึ่งถือหนังสือเดินทางที่หมดอายุหรือที่ถูกเพิกถอน

เมื่อกระบวนการสอบสวนเสร็จสิ้นลง ผู้ทำคำวินิจฉัยจะพิจารณาข้อมูลทั้งหมดที่ได้รับมา ระหว่างการสอบสวน รวมทั้งคำชี้แจงของบุคคลที่ถูกสอบสวนเพื่อทำคำวินิจฉัยเป็นลายลักษณ์อักษร คำวินิจฉัยปฏิเสธการออกหนังสือเดินทางและเพิกถอนหนังสือเดินทางของแผนกหนังสือเดินทางถือว่าเป็นที่สุด บุคคลที่ถูกปฏิเสธการออกหนังสือเดินทางหรือเพิกถอนหนังสือเดินทางสามารถโต้แย้งคัดค้านคำสั่งดังกล่าวได้โดยการยื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวไปยังศาลสหพันธ์ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มิคำวินิจฉัยดังกล่าว ส่วนบุคคลที่ถูกยกเลิกหนังสือเดินทางสามารถยื่นคำร้องขอให้ทบทวนคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางได้ภายใน 30 วัน

นับแต่ทราบคำสั่งดังกล่าวไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงความปลอดภัยสาธารณะ หลังจากยื่นคำร้องขอผู้ยื่นคำร้องจะได้รับข้อมูลและพยานหลักฐานเกี่ยวกับการยกเลิกหนังสือเดินทางโดยเปิดเผยและมีโอกาสแสดงพยานหลักฐานโต้แย้งคัดค้านได้ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงความปลอดภัยสาธารณะฯ จะเป็นผู้วินิจฉัยว่ามีเหตุสมควรที่จะยกเลิกหนังสือเดินทางหรือไม่ คำวินิจฉัยดังกล่าวนี้สามารถอุทธรณ์ไปยังศาลสหพันธ์ได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยดังกล่าว

สำหรับคดีเกี่ยวกับการปฏิเสธที่จะออกหนังสือเดินทางเพราะเหตุจำเป็นเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งชาติของแคนาดาหรือประเทศอื่น มีตัวอย่าง เช่น

คดี Fateh Kamel v. Attorney General of Canada²⁰⁹ Kamel เป็นพลเมืองแคนาดาที่ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1993 และต่อมาในปี ค.ศ. 1999 Kamel ได้ถูกจับกุมตัวที่จอร์แดนและส่งผู้ร้ายข้ามแดนไปยังสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ Kamel ถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดในปี ค.ศ. 2001 ในข้อหาเป็นสมาชิกขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่มีจุดประสงค์เพื่อเตรียมการก่อการร้ายและเป็นผู้สมรู้ร่วมคิดในการปลอมหนังสือเดินทางจำนวนสามเล่มที่ได้นำมาจากแคนาดา Kamel ถูกจำคุกในสาธารณรัฐฝรั่งเศสและได้รับการปล่อยตัวในเวลาต่อมา หลังจากนั้น Kamel ได้เดินทางกลับแคนาดาในเดือนมกราคม ค.ศ. 2005 พร้อมด้วยหนังสือเดินทางชั่วคราวของแคนาดาที่ได้ออกให้ตามหลักข้อยกเว้น และในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2005 Kamel ได้ยื่นคำร้องขอออกหนังสือเดินทาง แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศปฏิเสธการคำขอออกหนังสือเดินทางตามข้อ 10.1 ของระเบียบเกี่ยวกับหนังสือเดินทางแห่งประเทศแคนาดา ซึ่งกำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทาง หากรัฐมนตรีมีความเห็นว่าการกระทำเป็นการจำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงแห่งชาติของแคนาดาหรือประเทศอื่น Kamel จึงได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลสหพันธ์เพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของรัฐมนตรีดังกล่าว โดยอ้างว่า คำสั่งปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางให้แก่ตนขัดต่อหลักความเป็นธรรมในขั้นตอนปฏิบัติ (the principles of procedural fairness) และขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายและเสรีภาพแห่งแคนาดา มาตรา 6 มาตรา 7 และมาตรา 15

ศาลสหพันธ์วินิจฉัยว่า Kamel ควรได้รับประโยชน์ตามหลักความเป็นธรรมในขั้นตอนปฏิบัติ และวินิจฉัย ข้อ 10.1 ของระเบียบเกี่ยวกับหนังสือเดินทางแห่งแคนาดาเป็นการละเมิดเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน (Freedom of Movement) ตามมาตรา 6 (1) แห่งกฎหมายและเสรีภาพแห่งแคนาดา โดยเหตุว่าข้อ 10.1 ของระเบียบดังกล่าวมีความเคลือบคลุมไม่ถือว่าเป็น “กฎหมาย” ตามมาตรา 1 แห่งกฎหมายและเสรีภาพ จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายของข้อ 10.1 นั้น ต่อมา พนักงานอัยการได้อุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลสหพันธ์แต่มิได้อุทธรณ์ใน

²⁰⁹ เพิ่งอ้าง.

ประเด็นเกี่ยวกับการละเมิดหลักความเป็นธรรมในขั้นตอนปฏิบัติ ศาลอุทธรณ์สหพันธ์ได้วินิจฉัยว่า ข้อ 10.1 ของระเบียบเกี่ยวกับหนังสือเดินทางแห่งประเทศไทยแคดาขาดต่อมาตรา 6 แห่งกฎบัตรสิทธิและเสรีภาพ แต่อยู่ในบังคับของมาตรา 1 แห่งกฎบัตรและเสรีภาพ พิพากษายกฟ้อง

3.2.6 ราชอาณาจักรไทย

สิทธิและเสรีภาพได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 โดยมาตรา 13 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนาหรือลัทธิใด ๆ และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่ใช่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชน” และ มาตรา 14 บัญญัติว่า “ภายในบังคับแห่งบทกฎหมาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกาย เลหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ” แม้ว่าจะวางหลักไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติ แต่ในเมื่อไม่มีกฎหมายมารองรับในบางเรื่องจึงมีการละเมิดจนเกิดผลเสียต่อการปกครองบ้านเมือง เช่น การตั้งสมาคมคณะราษฎรที่มีกิจกรรมในทางการเมืองประหนึ่งเป็นพรรคการเมืองที่มุ่งเน้นส่งผู้สมัครรับเลือกตั้ง จนกระทั่งนำไปสู่ความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างคณะราษฎรกับขุนนางชั้นสูง เป็นต้น นับแต่นั้นมาในการจัดทำรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ ผู้ที่เกี่ยวข้องจะคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นประการสำคัญเสมอ เพราะมองว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นเกียรติยศและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย หากละเลยไม่คุ้มครองเรื่องเหล่านี้ย่อมส่งผลกระทบต่อเกียรติภูมิของประเทศชาติอีกด้วย แม้จะมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญไป แต่รัฐธรรมนูญที่กำหนดขึ้นมาใหม่ก็ยังหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพไว้เช่นเดิม แต่มีการเพิ่มหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 35 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการพูดการเขียน การพิมพ์ การโฆษณา การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำได้แต่บทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลอื่น หรือเพื่อหลีกเลี่ยงภาวะขัดแย้ง หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันความเสื่อมโทรมทางจิตใจของยุวชน เป็นต้น

(1) เสรีภาพในการเดินทางตามรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษารัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรไทย เสรีภาพในการเดินทางได้มีการบัญญัติรับรองในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ซึ่งมาตรา 47 บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร การจำกัดเสรีภาพเช่นว่านี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือสวัสดิภาพของ

ประชาชน หรือการผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักรไทยจะกระทำมิได้ ซึ่งจากถ้อยคำบทบัญญัติของมาตรา 47 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองเฉพาะเสรีภาพในการเดินทางภายในราชอาณาจักรไทยเท่านั้น มิได้กล่าวถึงการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย ต่อมาแม้จะมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือยกเลิกรัฐธรรมนูญ เสรีภาพในการเดินทางก็ยังคงมีบัญญัติรับรองไว้เช่นเดิม ได้แก่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 (มาตรา 40) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 (มาตรา 43) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (มาตรา 36) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (มาตรา 34) ต่อมา เมื่อมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญปี 2550 และมีการประกาศบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เสรีภาพในการเดินทางถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 38 ดังนี้

“มาตรา 38 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง หรือเพื่อรักษาสถานภาพของครอบครัว หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์”

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก่อนปี 2560 จะเห็นได้ว่า เสรีภาพในการเดินทางยังเป็นข้อถกเถียงกันอยู่ว่าครอบคลุมไปถึงเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยหรือไม่ เพราะถ้อยคำไม่มีความชัดเจน แต่ในมาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติโดยตัดถ้อยว่า “ราชอาณาจักรไทย” ออก ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นเสรีภาพในการเดินทางทั้งในและนอกราชอาณาจักรไทย ย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

(2) กฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือขยับยั้งคำขออนุญาตหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง

กฎหมายเกี่ยวกับหนังสือเดินทางของไทยที่ปรากฏหลักฐานชัดเจนเริ่มเมื่อปี พ.ศ.2460 ได้มีประกาศว่าด้วยผู้เดินทางไปนอกพระราชอาณาเขตฯ ให้มีหนังสือเดินทาง ประกาศ ณ วันที่ 17 กันยายน พระพุทธศักราช 2460²¹⁰ โดยมีเนื้อหาสรุปได้ว่า ในเวลาที่มีสงครามทำให้ต่างประเทศจำเป็นต้องมีการตรวจตราการเข้าออกอย่างเข้มงวด ใครที่เดินทางออกไปโดยไม่มีหนังสือเดินทางอาจได้รับความเดือดร้อน ถูกจับกุมคุมขังไว้ในเรือไม่ให้ขึ้นบก ถูกจับกุมและส่งตัวกลับ เพื่อให้คนไทยทุกคนที่จะเดินทางออกไปประเทศที่อยู่ห่างไกลไม่ลำบากให้แสดงความประสงค์ขออนุญาต

²¹⁰ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 23 กันยายน 2460 เล่ม 34 หน้า 433.

เดินทางกับกระทรวงการต่างประเทศ และหากเดินทางไปยังประเทศใกล้เคียงติดต่อกับอาณาเขตก็ขอให้ขอหนังสือเดินทางจากผู้ว่าราชการจังหวัดหรือสมุหเทศาภิบาลในมณฑลของตน

ปี พ.ศ. 2460 - 2525 แม้จะไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่ากระทรวงการต่างประเทศได้ออกกฎหมายบังคับใช้เกี่ยวกับหนังสือเดินทางหรือไม่ แต่อย่างน้อยก็ปรากฏหลักฐานว่า ในปี พ.ศ. 2488 กระทรวงการต่างประเทศได้ออกประกาศ เรื่อง แก้ไขข้อบังคับหนังสือเดินทาง ลงวันที่ 31 มกราคม 2488²¹¹ โดยเปลี่ยนแปลงค่าธรรมเนียมเดิมและการขอต่ออายุหนังสือเดินทางจากข้อความที่ปรากฏดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากระทรวงการต่างประเทศได้ออกกฎหมายเป็นข้อบังคับหนังสือเดินทางขึ้นมาใช้บังคับสำหรับประเทศไทย

ปี พ.ศ. 2525 - 2526 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2525 อนุมัติให้มีการปรับปรุงลดขั้นตอนงานออกหนังสือเดินทาง โดยให้กระทรวงการต่างประเทศเป็นเจ้าของเรื่องการร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทาง และในระหว่างที่รอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ให้กระทรวงการต่างประเทศวางระเบียบปฏิบัติในการออกหนังสือเดินทางใช้ไปพลางก่อน กระทรวงการต่างประเทศ จึงได้ออกคำสั่งว่าด้วยระเบียบในการปฏิบัติในการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2526²¹² เป็นการรวบรวมบรรดากฎ ระเบียบ และคำสั่ง ตลอดจนแนวทางปฏิบัติต่างๆ เกี่ยวกับหนังสือเดินทางและให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องถือปฏิบัติ

ปี พ.ศ. 2527 กระทรวงการต่างประเทศได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติ หนังสือเดินทาง พ.ศ. ... ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้ลงมติรับหลักการและส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตรวจพิจารณาร่างเสร็จแล้ว และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีหนังสือด่วนมาก ที่ นร 0501/1630 ลงวันที่ 21 กันยายน 2527 เสนอต่อเลขาธิการรัฐมนตรี²¹³ โดยในร่างพระราชบัญญัตินี้ มีทั้งหมด 31 มาตรา เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทางในแต่ละประเภท การต่ออายุหนังสือเดินทาง และที่สำคัญร่างพระราชบัญญัตินี้ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทางไว้ ดังนี้

“มาตรา 13 บัญญัติว่า ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ยับยั้งหรือปฏิเสธการออกหนังสือเดินทางให้แก่ผู้ขอ ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อผู้ขอเป็นผู้ซึ่งถือหนังสือเดินทางประเภทเดียวกันกับที่ขอยังคงมีอายุใช้ได้อยู่ เว้นแต่จะได้รับการยกเว้นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

²¹¹ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 31 มกราคม 2488 เล่มที่ 62 ตอนที่ 9 หน้า 172.

²¹² ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 12 มีนาคม 2542 เล่มที่ 116 ตอนพิเศษ 15 ง หน้า 81.

²¹³ จักรกฤษณ์ กาญจนสุนัย, “ความจำเป็นที่จะต้องมีการร่างพระราชบัญญัติหนังสือเดินทาง”(รายงานการศึกษาส่วนบุคคล หลักสูตรนักบริหารทูต รุ่นที่ 1 กระทรวงการต่างประเทศ, 2552)

(2) เมื่อได้รับแจ้งว่าผู้ขอเป็นผู้ซึ่งกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ในระหว่างการปล่อยชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้ว ซึ่งศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเห็นว่าไม่ควรออกหนังสือเดินทางให้

(3) เมื่อผู้ขอเป็นผู้ซึ่งศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายอื่นสั่งห้ามไม่ให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักร

(4) เมื่อมีเหตุอันเชื่อได้ว่าผู้ขอปิดบังความจริง หรือไม่อยู่ในฐานะที่จะเดินทางไปต่างประเทศ หรือหากได้รับอนุญาตให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรอาจจะเป็นภัยต่อสวัสดิภาพของผู้เดินทางเอง หรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงปลอดภัย หรือชื่อเสียงและเกียรติภูมิของประเทศไทย หรืออาจจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

มาตรา 14 บัญญัติว่า พนักงานเจ้าหน้าที่อาจยกเลิกหนังสือเดินทางได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อผู้ถือหนังสือเดินทางเป็นบุคคลซึ่งขาดคุณสมบัติที่จะขอหนังสือเดินทางประเภทนั้น ได้ตามมาตรา 6 มาตรา 7 หรือมาตรา 8 แล้วแต่กรณี

(2) เมื่อพิจารณาเห็นว่าผู้ถือหนังสือเดินทางเป็นผู้ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่อาจออกหนังสือเดินทางให้ได้ตามมาตรา 13 (2) (3) และ (4)

(3) เมื่อผู้ถือหนังสือเดินทางต้องถูกส่งตัวกลับประเทศไทย

(4) เมื่อมีเหตุอันเชื่อได้ว่าผู้ถือหนังสือเดินทางได้หนังสือเดินทางนั้นมาโดยไม่ชอบ

(5) เมื่อหนังสือเดินทางนั้นได้มีการแจ้งว่าสูญหายต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจท้องที่ที่เกิดเหตุแล้ว

(6) เมื่อหนังสือเดินทางนั้นอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้ถือหนังสือเดินทางโดยไม่มีเหตุอันสมควร

(7) เมื่อพิจารณาเห็นว่าหากให้ผู้ถือหนังสือเดินทางยังอยู่ในต่างประเทศต่อไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศไทยหรือต่างประเทศได้

(8) เมื่อพิจารณาเห็นว่าผู้ถือหนังสือเดินทางไม่ปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการใช้หนังสือเดินทางตามมาตรา 5 วรรคสาม

ในกรณีหนังสือเดินทางถูกยกเลิก ให้พนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งให้ผู้ถือหนังสือเดินทางทราบตามระเบียบที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศกำหนด และให้ผู้ถือหนังสือเดินทางส่งหนังสือเดินทางคืนให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่

พนักงานเจ้าหน้าที่หรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจมีอำนาจยึดหนังสือเดินทางที่ถูกยกเลิกจากผู้ถือหนังสือเดินทางหรือผู้ครอบครองหนังสือเดินทางได้”

แต่เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีการเสนอเข้าสู่รัฐสภา หลังจากนั้นกระทรวงการต่างประเทศได้มีการหยิบยกร่างพระราชบัญญัติเสนอเข้ามาพิจารณาเป็นการภายในอีกในปี พ.ศ. 2529 ปี พ.ศ. 2532 และปี พ.ศ. 2540 แต่ก็ไม่ได้รับการพิจารณาเสนอร่างเข้าสู่กระบวนการของรัฐสภา²¹⁴ อันเนื่องมาจากการเมือง ณ ขณะนั้นมีความผันผวน ไม่แน่นอน มีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลบ่อยครั้ง ทำให้นโยบายในการจัดทำหนังสือเดินทางเปลี่ยนแปลง บางครั้งเกิดการยุบสภาทำให้ร่างกฎหมายที่จะเสนอเข้ากระบวนการพิจารณาของรัฐสภาอันเป็นยกเลิกไปด้วย และสาเหตุอีกประการเกิดมาจากรัฐสภาสมัยนั้นพยายามที่จะแก้ไขให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถถือหนังสือเดินทางทูตได้ (ปัจจุบันสมาชิกรัฐสภาถือหนังสือเดินทางราชการ เฉพาะแต่ประธานสภาผู้แทน ประธานวุฒิสภา และรองประธานสภา ที่สามารถถือหนังสือเดินทางทูตได้) ซึ่งเป็นข้อเรียกร้องของกระทรวงการต่างประเทศว่าหากผลักดันร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาต่อไปอาจส่งผลกระทบต่อเกียรติภูมิของหนังสือเดินทางทูตเพราะจะทำให้หนังสือเดินทางทูตมีจำนวนมากขึ้น ไม่สอดคล้องกับแนวทางในการมีหนังสือเดินทางทูตเพื่อแสดงถึงสถานะพิเศษของบุคคลบางจำพวกที่ทำหน้าที่เป็นผู้แทนของไทยตามแบบธรรมเนียมทางการทูต²¹⁵

ปี พ.ศ. 2528 - 2545 หลังจากที่ร่างพระราชบัญญัติหนังสือเดินทาง มิได้หยิบยกเข้าสู่กระบวนการพิจารณาเพื่อออกเป็นกฎหมายใช้บังคับ กระทรวงการต่างประเทศยังคงใช้คำสั่งในปี พ.ศ. 2526 เรื่อยมา กระทั่งในปี 2532 กระทรวงการต่างประเทศได้ออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาปฏิบัติราชการด้านหนังสือเดินทางสำหรับประชาชน พ.ศ. 2532²¹⁶ ซึ่งก็เป็นเพียงการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับขั้นตอนและระยะเวลาในการยื่นและพิจารณาคำขอออกหนังสือเดินทาง คำขอต่ออายุหนังสือเดินทาง หลังจากนั้น ในปี พ.ศ. 2545 กระทรวงการต่างประเทศได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 3 (1) แห่งพระราชกฤษฎีกา แบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2541 ออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2545²¹⁷ ขึ้นมาใช้บังคับมีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่ 16 พฤศจิกายน 2545 เป็นต้นไป โดยเป็นการยกเลิกแก้ไขระเบียบปฏิบัติในการออกหนังสือเดินทางตามคำสั่งกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยระเบียบในการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2526

²¹⁴ เพิ่งอ้าง, น. 24.

²¹⁵ เกียรติคุณ ชาติประเสริฐ, “ปัญหาและข้อจำกัดในการดำเนินการกับผู้กระทำความผิดในกระบวนการยื่นขอหนังสือเดินทาง,” (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง” รุ่นที่ 17 วิทยาลัยการยุติธรรม, 2556), น.40-41.

²¹⁶ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 12 มีนาคม 2542 เล่มที่ 116 ตอนพิเศษ 15 ง หน้า 2.

²¹⁷ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2545 เล่มที่ 119 ตอนพิเศษ 111 ง หน้า 19.

และบรรดาระเบียบ ข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2545 มีเนื้อหาในทำนองเดียวกับร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. ... ในปี พ.ศ. 2527 โดยเฉพาะอำนาจในการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง แต่ส่วนที่ถูกตัดไปและไม่นำมากำหนดในระเบียบฉบับนี้ คือบทกำหนดโทษของผู้กระทำการฝ่าฝืนเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทาง โดยมีหลักการสำคัญ อาทิ ข้อ 4 กำหนดบทนิยามความหมายของคำว่า หนังสือเดินทาง หมายความว่า เอกสารทางราชการซึ่งบุคคลสัญชาติไทยใช้ในการเดินทางในต่างประเทศ ข้อ 5 หนังสือเดินทาง มี 5 ประเภท คือ (1) หนังสือเดินทางทูต (Diplomatic Passport) (2) หนังสือเดินทางราชการ (Official Passport) (3) หนังสือเดินทางธรรมดา (Ordinary Passport) (4) หนังสือเดินทางฟรี (Gratis Passport) (5) หนังสือเดินทางหมู่ (Collective Passport)

ต่อมาในปี พ.ศ. 2548 กระทรวงการต่างประเทศได้นำหนังสืออิเล็กทรอนิกส์ออกใช้งานแทนหนังสือเดินทางรูปแบบเดิม จึงได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545 ออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548²¹⁸ ยกเลิกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2545 แต่ในเนื้อหายังคงเหมือนเดิม โดยเฉพาะหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทางตามข้อ 21 ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ตรงกับข้อ 24 ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2545 การยกเลิกหนังสือเดินทางตามข้อ 23 ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ตรงกับข้อ 26 ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2545

ในการศึกษาครั้งนี้ ได้ศึกษาเฉพาะในส่วนของการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ดังนี้

(2.1) การปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง

พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถปฏิเสธหรือยับยั้งการขอ หรือแก้ไขหนังสือเดินทางในกรณีดังต่อไปนี้

1) เมื่อผู้ร้องมีหนังสือเดินทางประเภทเดียวกันที่ยังคงมีอายุใช้งานอยู่ เว้นแต่จะได้รับการยกเว้นตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการต่างประเทศกำหนด²¹⁹

²¹⁸ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2548 เล่มที่ 122 ตอนพิเศษ 39 ง หน้า 30.

²¹⁹ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 (1).

2) เมื่อได้รับแจ้งว่าผู้ร้องเป็นผู้ซึ่งกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้ว ซึ่งศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเห็นว่าไม่ควรออกหนังสือเดินทางให้²²⁰

3) เมื่อผู้ร้องเป็นผู้ที่ศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายอื่นสั่งห้ามไม่ให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักร²²¹

4) เมื่อผู้ร้องกระทำผิดกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติราชการ ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือปิดบังความจริงอันเป็นสาระสำคัญ หรือแสดงเอกสารหลักฐานอันเป็นเท็จในการขอหนังสือเดินทาง หรือไม่อยู่ในฐานะที่จะเดินทางไปต่างประเทศ หรือหากเดินทางออกนอกราชอาณาจักรจะเป็นภัยต่อสวัสดิภาพของผู้เดินทางเอง หรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงปลอดภัย หรือชื่อเสียงและเกียรติภูมิของประเทศไทย²²²

(2.2) การยกเลิกหนังสือเดินทาง

พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถยกเลิกและเรียกคืนหนังสือเดินทางได้ เมื่อปรากฏภายหลังว่า

- 1) ผู้ถือหนังสือเดินทางเป็นผู้ซึ่งขาดคุณสมบัติที่จะขอหนังสือเดินทางประเภทนั้น²²³
- 2) ผู้ถือหนังสือเดินทางเป็นบุคคลซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่อาจออกหนังสือเดินทางให้ตามข้อ 21 (2) (3) และ (4)²²⁴
- 3) มีเหตุอันเชื่อได้ว่า ผู้ถือหนังสือเดินทางได้หนังสือเดินทางนั้นมาโดยมิชอบ²²⁵
- 4) หนังสือเดินทางนั้นได้มีการแจ้งว่าสูญหายต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจท้องที่เกิดเหตุแล้ว หรือผู้ถือได้ร้องขอให้ยกเลิกเพื่อขอหนังสือเดินทางชนิดเดียวกันเล่มใหม่²²⁶
- 5) หนังสือเดินทางนั้นอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้ถือหนังสือเดินทางโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร²²⁷

²²⁰ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 (2).

²²¹ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 (3).

²²² ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 (4).

²²³ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 23 (1).

²²⁴ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 23 (2).

²²⁵ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 23 (3).

²²⁶ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 23 (4).

²²⁷ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 23 (5).

6) ทางราชการได้ทรงจ่ายเงินช่วยเหลือส่งตัวผู้ถือหนังสือเดินทางกลับประเทศไทย และผู้ถือได้ทำสัญญากับทางราชการว่าจะชดใช้เงินจำนวนที่ทางราชการได้ทรงจ่ายไปคืนให้ทางราชการ แต่ผู้ถือยังไม่ชดใช้เงินคืนให้แก่ทางราชการจนครบตามเงื่อนไขในสัญญา²²⁸

7) พิจารณาเห็นว่าหากให้ผู้ถือหนังสือเดินทางยังคงอยู่ในต่างประเทศต่อไปอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศไทยหรือต่างประเทศ²²⁹

(2.3) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 มิได้มีบทบัญญัติการพิจารณาทบทวนในชั้นของฝ่ายปกครองไว้ อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ปรากฏว่าศาลปกครองสูงสุดได้มีความเห็นว่า คำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง หรือยกเลิกหนังสือเดินทาง เป็นคำสั่งทางปกครองตามบทนิยามในมาตรา 5²³⁰ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อระเบียบฯ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ขั้นตอน วิธีการอุทธรณ์คำสั่งไว้โดยเฉพาะจึงต้องใช้หลักเกณฑ์การอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นอกจากนี้ หากพิจารณาตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกำหนดให้การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6)²³¹ กรณีจึงเห็นได้ว่า คำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง เป็นคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น บุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทางและคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง หากไม่เห็นด้วยต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง

²²⁸ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 23 (6).

²²⁹ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 23 (7).

²³⁰ มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

²³¹ มาตรา 30 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ทั้งนี้ ตามขั้นตอนวิธีการที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หลังจากที่ผู้ที่ถูกยกเลิกหนังสือเดินทางได้ดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแล้วยังไม่เป็นที่พอใจหรือยังไม่ได้รับการเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนเสียหาย สามารถที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้ง หรือยกเลิกหนังสือเดินทางได้ ซึ่งมีตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในศาลปกครอง ดังนี้

(1) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 856/2560

กรณีผู้ฟ้องคดีเป็นบุคคลสัญชาติไทย ถือหนังสือเดินทางของประเทศไทย ได้ทราบว่ากระทรวงการต่างประเทศมีคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงได้ร้องขอผ่านทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ไปยังสถานกงสุลใหญ่ ณ นคร โอซากา เมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2557 เพื่อขอให้แจ้งคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีอย่างเป็นทางการ ต่อมาเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2557 ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งทางอิเล็กทรอนิกส์จากสถานกงสุลใหญ่ ณ นคร โอซากา ว่ากระทรวงการต่างประเทศไม่มีหน้าที่แจ้งการยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ที่ถูกยกเลิกหนังสือเดินทางอย่างเป็นทางการ ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 และได้แจ้งยืนยันการยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือลงวันที่ 10 กรกฎาคม 2558 อุทธรณ์คำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีต่อกงสุลใหญ่ ณ นคร โอซากา และผู้ถูกฟ้องคดี โดยส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียน ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับหนังสืออุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม 2558 แต่ผู้ฟ้องคดียังไม่ได้รับการแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์แต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2559

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์จะต้องพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองได้รับคำอุทธรณ์ หากมีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดหกสิบวัน ระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์จึงจะขยายออกไปอีกสามสิบวันนับแต่วันที่ครบหกสิบวัน ตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนั้น หากผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่มีหนังสือแจ้งเหตุจำเป็นต้องขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองได้รับคำอุทธรณ์ ระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์จึงไม่อาจขยายออกไปตามมาตรา 45 วรรคสอง และต้องถือว่าวันที่ครบกำหนดหกสิบวันดังกล่าวเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว และสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีได้ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดียื่น

อุทธรณ์คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดี (ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ) ที่ได้แจ้งยืนยันการยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดี เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2558 และผู้ถูกฟ้องคดีได้รับหนังสืออุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม 2558 โดยไม่มีการแจ้งเหตุจำเป็นต้องขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์แต่อย่างใด ระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์จึงไม่อาจขยายออกไปตามมาตรา 45 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และต้องถือว่าวันที่ครบกำหนดหกสิบวัน คือวันที่ 19 กันยายน 2558 เป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วและสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีได้ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยถือว่าวันถัดจากวันที่ครบกำหนดหกสิบวัน คือ วันที่ 20 กันยายน 2558 เป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีและนับเป็นวันแรกที่เริ่มใช้สิทธิฟ้องคดี ซึ่งต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันดังกล่าว คือ ภายในวันที่ 18 ธันวาคม 2558 ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยไม่ต้องรอคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์อีกต่อไป ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2559 จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาได้

(2) คำสั่งศาลปกครองเชียงใหม่ คดีหมายเลขแดงที่ 279/2559

กรณีผู้ฟ้องคดีซึ่งอาศัยอยู่ที่รัฐออลิงตัน สหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 2556 ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำร้องขอหนังสือเดินทางต่อสถานกงสุลใหญ่ ณ นครลอสแอนเจลิส สหรัฐอเมริกา ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีหนังสือลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2556 ขอให้กรมการปกครองตรวจสอบข้อมูลทะเบียนราษฎรและบัตรประจำตัวประชาชน เนื่องจากระบบตรวจสอบข้อมูลการทำหนังสือเดินทางพบว่า มีภาพเปรียบเทียบรูปหน้าและลายพิมพ์นิ้วมือของผู้ฟ้องคดีซ้ำกับอีกคนซึ่งเคยยื่นคำร้องขอหนังสือเดินทาง เมื่อวันที่ 10 มกราคม 2551 เชื่อว่าบุคคลทั้งสองเป็นบุคคลคนเดียวกัน และขอทราบว่าคุณทั้งสองเป็นบุคคลคนเดียวกัน และมีการทุจริตทางทะเบียนและบัตรประจำตัวประชาชนหรือไม่ ผลการตรวจสอบพบว่า ทั้งสองเป็นบุคคลคนเดียวกัน ผู้ฟ้องคดีได้แอบอ้างชื่อและรายการบุคคลไปทำการทุจริตทางทะเบียนและบัตรประจำตัวประชาชนก่อนที่จะได้รับการลงรายการสัญชาติไทยและนำมายื่นคำร้องขอหนังสือเดินทางเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2551 ต่อมากรมการปกครองได้ยกเลิกบัตรประจำตัวประชาชนที่เกิดจากการทุจริต ผู้ถูกฟ้องคดีได้ดำเนินคดีกับผู้ฟ้องคดีฐานแจ้งความเท็จ ศาลแขวงพระนครเหนือพิพากษาว่าผู้ฟ้องคดีมีความผิดตามฟ้อง ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกหนังสือเดินทางให้ผู้ฟ้องคดีตามชื่อ นามสกุลและรายการทะเบียนที่ถูกต้องที่ใช้

อยู่ในปัจจุบัน และผู้ฟ้องคดีได้ใช้หนังสือเดินทางฉบับดังกล่าวเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย ไปอยู่ที่สหรัฐอเมริกา เมื่อหนังสือเดินทางดังกล่าวหมดอายุลง ผู้ฟ้องคดีจึงได้ยื่นขอออกหนังสือเดินทางฉบับใหม่ในวันที่ 9 กรกฎาคม 2556 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาดำเนินการออกหนังสือเดินทางฉบับใหม่ให้แก่ผู้ฟ้องคดีล่าช้า ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือลงวันที่ 4 กรกฎาคม 2559 ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาออกหนังสือเดินทางให้ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหนังสือลงวันที่ 1 สิงหาคม 2559 แจ้งปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยระบุว่ากรณีของผู้ฟ้องคดีแม้จะใช้เอกสารที่แท้จริงประกอบการยื่นคำร้องขอหนังสือเดินทางเมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 2556 แต่เมื่อผู้ฟ้องคดีเคยใช้บัตรประจำตัวประชาชนที่ได้จากการทุจริตสวมตัวมายื่นคำขอ จึงถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติของทางราชการซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเข้าหลักเกณฑ์ข้อ 21 (4) ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ผู้ถูกฟ้องคดีจึงสามารถปฏิเสธหรือยับยั้งการออกหนังสือเดินทางให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วย ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลขอให้เพิกถอนคำสั่งที่ปฏิเสธออกหนังสือเดินทางให้แก่ผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองเชียงใหม่วินิจฉัยว่า การปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นคำสั่งทางปกครอง กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่โดยที่มาตรา 40 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปได้ ให้ระบุนกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือคำโต้แย้ง และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งดังกล่าวไว้ด้วย วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหนึ่ง ให้ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งเริ่มนับใหม่ตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้งหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่ง แต่ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่และระยะเวลาดังกล่าวมีระยะเวลาสั้นกว่าหนึ่งปี ให้ขยายเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง เมื่อพิจารณาหนังสือกรรมการกงสุล ที่แจ้งการปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางให้แก่ผู้ฟ้องคดีแล้ว เห็นว่า หนังสือฉบับดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ระบุนกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือคำโต้แย้ง และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งไว้ อันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 40 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อไม่ปรากฏว่ามีการแจ้งหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่งใหม่ ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือการโต้แย้งจึงขยายเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับคำสั่งทางปกครองที่พิพาท ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ได้อุทธรณ์คำสั่งที่พิพาทก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมิได้ดำเนินการตามขั้นตอน

หรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนการฟ้องคดี ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาได้ แต่ทั้งนี้ ไม่ตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีที่จะนำ คดีมาฟ้องใหม่หากได้มีการดำเนินการตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว และไม่พอใจผลการพิจารณาอุทธรณ์

(3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 373/2561

กรณีผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (อธิบดีกรมการกงสุล) ที่ยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดี เนื่องจากออกคำสั่งโดยไม่มีอำนาจ ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของการกระทำนั้น เลือกปฏิบัติโดย ไม่เป็นธรรม และใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีอำนาจยกเลิกหนังสือ เดินทางของบุคคลเป็นเพียงกระเปาะในฝ่ายบริหาร ไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า หนังสือเดินทางเป็นเอกสารของรัฐที่รัฐออกให้แก่ พลเมืองของตนเพื่ออนุเคราะห์หรืออำนวยความสะดวกและเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองพลเมือง ของตนในการเดินทางไปต่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศ เปรียบเสมือนบัตรประจำตัว ที่ผู้เดินทางใช้ยืนยันตัวตนและสัญชาติของตนเพื่อประโยชน์ในการขอรับความช่วยเหลือหรือ ความคุ้มครอง เนื่องจากมิได้มีกฎหมายเฉพาะให้อำนาจรัฐหรือเจ้าหน้าที่ในการออกหรือไม่ออก หรือยกเลิกหนังสือเดินทางของบุคคลสัญชาติไทย แต่การกระทำดังกล่าวถือเป็นการใช้อำนาจของ รัฐในการดำเนินกิจการทางปกครองและเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 รัฐจึงต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ดังนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้สำหรับกรณีนี้ รัฐจึงต้องใช้อำนาจตามกฎหมายว่าด้วย ระเบียบบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นอำนาจทางปกครองของรัฐโดยทั่วไป ดังนั้น การใช้อำนาจ รัฐในกรณีนี้จึงเป็นไปตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว เพราะอำนาจหน้าที่ในการ ดำเนินการเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง ย่อมหมายความรวมถึงอำนาจที่จะออกหรือไม่ออกหนังสือ เดินทาง หรือยกเลิกหนังสือเดินทางที่ออกให้แล้วด้วย เสรีภาพในการเดินทางของพลเมืองไทย จะเป็นเสรีภาพที่มีเงื่อนไขมิใช่เสรีภาพ โดยสัมบูรณ์ และสามารถถูกจำกัดได้ด้วยเหตุผล เพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเหตุผลอื่นตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แล้ว การเดินทางไปต่างประเทศ ของพลเมืองไทยย่อมต้องขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ที่แต่ละประเทศที่พลเมืองไทยจะเดินทางไปได้สร้าง

หรือกำหนดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับเอกสารสำคัญในการเดินทาง ดังนั้น การเดินทางจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง ผู้เดินทางจึงต้องมีเอกสารในการเดินทางผ่านเข้าออกประเทศอย่างครบถ้วน เสรีภาพในการเดินทางไปต่างประเทศจึงอาจถูกจำกัดได้ด้วยข้อกำหนดของแต่ละประเทศนั้น ๆ เช่น จะต้องมือนั่งสือเดินทาง (Passport) หรือได้รับการอนุญาตให้เข้าประเทศ (Visa) จากประเทศที่ตนเองจะเดินทางไป เป็นต้น อีกประการหนึ่งด้วย เมื่อเสรีภาพดังกล่าวเป็นเสรีภาพที่ถูกจำกัดได้ตามเงื่อนไขของกฎหมาย จึงต้องพิจารณาว่าการจำกัดเสรีภาพในลักษณะที่พิพาทเป็นการเกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญเคยรับรองและคุ้มครองไว้หรือไม่ เห็นว่า เมื่อเสรีภาพในการเดินทางเป็นเสรีภาพที่มีเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว การจำกัดเสรีภาพภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพ นอกจากนี้ การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวก็มีผลเพียงทำให้ไม่สามารถเดินทางออกนอกราชอาณาจักรได้เท่านั้น มิได้มีผลกระทบต่อ การเดินทางภายในราชอาณาจักรและการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร รวมทั้งมิได้กระทบต่อเสรีภาพโดยสัมบูรณ์ดังที่ได้กล่าวแล้วอันเป็นสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น เมื่อพิจารณาข้อกำหนดตามข้อ 21 และข้อ 23 แล้วเห็นว่า เป็นเพียงหลักเกณฑ์เงื่อนไขบางประการเพื่อกำหนดให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองปฏิเสธ หรือยับยั้ง หรือยกเลิกหนังสือเดินทางได้หากปรากฏข้อเท็จจริงตามที่ระเบียบกำหนดไว้ แม้ว่าบุคคลที่ได้รับหนังสือเดินทางแล้วต่อมาถูกยกเลิกหนังสือเดินทางในภายหลัง แต่บุคคลนั้นยังคงสามารถที่จะเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยได้โดยไม่ต้องมีหนังสือเดินทาง แต่อาจได้รับผลกระทบในด้านความสะดวกหรืออาจถูกปฏิเสธจากประเทศปลายทางที่ได้กำหนดเงื่อนไขและข้อยกเว้นในเรื่องการเดินทางเข้าประเทศนั้นๆ ไว้ โดยเฉพาะการปฏิเสธหรือยับยั้ง หรือยกเลิกหนังสือเดินทางตามระเบียบดังกล่าวจึงเป็นการกำหนดเพียงเท่าที่จำเป็นเฉพาะบุคคลที่เข้าเงื่อนไขและข้อยกเว้นในเรื่องหนังสือเดินทางเท่านั้น และไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลในการเดินทางโดยเด็ดขาดแต่อย่างใด ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 และข้อ 23 ที่กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีอำนาจปฏิเสธ ยับยั้ง หรือยกเลิกหนังสือเดินทาง จึงไม่เป็นการขัดต่อสิทธิเสรีภาพในการเดินทางตามที่บัญญัติรับรองไว้ตามมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และเมื่อระเบียบดังกล่าวไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการเดินทางแล้ว กรณีจึงไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางตามมาตรา 34 ประกอบกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รับรองไว้แต่อย่างใด ดังนั้น ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย ปรากฏว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางทั้งสองฉบับของผู้ฟ้องคดี

คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดี ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 มิได้มีบทบัญญัติบังคับว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะต้องให้โอกาสผู้ยื่นคำขออนุญาตออกหนังสือเดินทางได้แก่ผู้ยื่นคำขอไปก่อนจะออกคำสั่ง วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องนี้ จึงต้องเป็นไปตามที่มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ และเมื่อพิจารณาจากกรณียกเว้นต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)ฯ แล้ว จะเห็นได้ว่า เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีทั้งสิ้น แต่ต้องพิจารณาในทางกลับกันด้วยว่าในกรณียกเว้นต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงหากจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะส่งผลกระทบต่อการทำงานของพนักงานเจ้าหน้าที่มากเกินไปหรือเป็นกรณีที่เกี่ยวกับความมั่นคงหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือไม่ เมื่อพิจารณาระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ซึ่งออกมาใช้บังคับเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกหนังสือเดินทางให้กับบุคคลผู้มีสัญชาติไทยใช้เป็นหลักฐานในการเดินทางไปต่างประเทศได้ ในขณะที่เดียวกันเพื่อป้องกันมิให้บุคคลผู้ไม่ประสงค์ดีอาศัยหนังสือเดินทางในการเดินทางเข้าออกประเทศต่าง ๆ หรือใช้เป็นช่องทางในการกระทำความผิด คุ้มครองกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งเป็นหน่วยงานดูแลรับผิดชอบเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทาง จึงจำเป็นต้องกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอและหลักเกณฑ์วิธีการในการพิจารณาออกหนังสือเดินทางให้แก่ผู้ยื่นคำขอไว้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเข้าเงื่อนไขตามข้อ 21 ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมต้องปฏิเสธหรือยับยั้งการออกหนังสือเดินทางได้ นอกจากนี้ แม้ได้ออกหนังสือเดินทางไปแล้วหากปรากฏข้อเท็จจริงที่เข้าเงื่อนไขตามข้อ 23 พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจยกเลิกหนังสือเดินทางที่ออกไปให้แก่บุคคลที่ยื่นคำขอไว้แล้วได้ ประกอบกับโดยสภาพข้อเท็จจริงของเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ย่อมเป็นกรณีที่ไม่สามารถแย้งหรือไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือให้คู่กรณีโต้แย้งก่อนการทำการคำสั่งทางปกครอง กรณีจึงต้องบัญญัติไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ว่า การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศให้ถือเป็นข้อยกเว้นที่ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งหมายความรวมถึงการปฏิเสธ การยับยั้งคำขอหนังสือ

เดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทางด้วย เมื่อคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ยกเลิกหนังสือเดินทางทั้งสองฉบับของผู้ฟ้องคดี เป็นคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นอกจากกรณีนี้เป็นกรณีที่ไม่จำเป็นต้องเปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว ยังเข้ากรณีตามมาตรา 30 วรรคสอง (1) และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วยที่หากกระทบต่อความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งถือเป็นประโยชน์สาธารณะแล้วเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองไม่จำเป็นต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนแต่อย่างใด

เมื่อศาลได้พิจารณาถ้อยคำให้สัมภาษณ์ของผู้ฟ้องคดีที่มีเนื้อหาความว่า ... “ประเทศไทยนี้ตราบไคที่เขาปล่อยให้ทำงานก็ยังมีอำนาจ แต่ถ้าไม่ปล่อยให้ทำงานก็ไม่มีอำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองคมนตรีทั้งหลาย ก็เกี่ยวนี้ก็ ... ทหารก็จะฟังองคมนตรี เพราะตอนที่เขาไม่ต้องการให้เราอยู่ เขาก็ให้สุเทพออกมา และให้ทหารเข้ามาช่วย และก็มีพวกบางคนจากในวังมาช่วย เลยทำให้เราไม่มีอำนาจอะไร ผมก็เลยคุยกับนายทฯ ฟูว่า เหตุการณ์เหมือนที่พี่โค่นมา ทหารเขาอาจจะชื่นชอบประชาธิปไตยแบบพม่า ที่พม่าเลิกแล้ว แต่เค้าชอบอย่างนั้นไง เราไม่รู้ ผมก็ยังตำหนิเค้าไป เขายังอายุน้อย เค้าคงโกรธ ... ที่ปฏิวัติแบบนี้เค้าก็คงโกรธว่าประเทศไทยมาดี ๆ แล้ว ... แต่เค้าคงโกรธนะเราเป็นครอบครัวสาธารณะ จะพูดอะไรต้องระมัดระวัง ... ” แล้วเห็นว่า มีเนื้อหาบางส่วนพาดพิงบุคคลตามมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยหรือชื่อเสียงและเกียรติภูมิของประเทศไทยได้ การให้สัมภาษณ์สื่อมวลชนของผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นอดีตนายกรัฐมนตรียุคของประเทศไทยย่อมเป็นที่สนใจของบุคคลทั่วไป และคาดหมายได้ว่าจะต้องถูกนำไปเผยแพร่หรือส่งต่อเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์แพร่หลายไปทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย กรณีจึงเข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 มาตรา 326 และมาตรา 328 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 14 (3) และ (5) ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อย แม้ว่าการคัดค้านจะยังอยู่ในระหว่างการสืบสวนสอบสวนของสำนักงานตำรวจแห่งชาติก็ตาม แต่การที่จะพิจารณาว่าผู้ฟ้องคดีกระทำความผิดกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติราชการ อันเป็นเหตุเข้าเงื่อนไขที่จะยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีตามข้อ 23 (2) ประกอบกับข้อ 21 (4) ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 หรือไม่ นั้น เป็นอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองที่จะตรวจสอบ

ข้อเท็จจริงและใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำการเข้าข่ายกระทำผิดกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติราชการหรือไม่ เมื่อเห็นว่าการกระทำดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีเข้าข่ายผิดกฎหมาย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงปลอดภัย หรือชื่อเสียงและเกียรติภูมิของประเทศไทย ซึ่งเข้าเงื่อนไขหลักเกณฑ์ที่จะยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามข้อ 23 (2) ประกอบกับข้อ 21 (4) ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้พิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว มีคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางทั้งสองฉบับของผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนกรณีที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า การดำเนินคดีกับผู้ฟ้องคดีอยู่ระหว่างการสืบสวนสอบสวน ผู้ฟ้องคดียังมีได้ตกเป็นผู้ต้องหา หรือมีการออกหมายจับผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดียังคงเป็นผู้บริสุทธิ์ นั้น ถือเป็นเรื่องของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ผู้ฟ้องคดีต้องต่อสู้ในทางคดีต่อไป ซึ่งเป็นคนละกรณีกับการใช้อำนาจทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองที่จะพิจารณามีคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีหรือไม่ และการพิจารณามีคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางของบุคคลผู้มีสัญชาติไทยในแต่ละกรณี ย่อมต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นของแต่ละบุคคลเป็นราย ๆ ไป ไม่ปรากฏเหตุหรือข้อเท็จจริงใดที่แสดงให้เห็นชัดเจนว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ใช้ดุลพินิจออกคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางทั้งสองฉบับของผู้ฟ้องคดีแตกต่างจากบุคคลอื่นในลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี นอกจากการยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีจะถูกต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของข้อ 21 (2) ประกอบข้อ 21 (4) ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 แล้ว ยังสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 53 วรรคสอง (3) ซึ่งเป็นกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีข้อเท็จจริงที่ใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงเช่นนั้นตั้งแต่ในขณะที่ยื่นคำสั่งทางปกครองก็จะไม่มีการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในกรณีนี้คือ การออกหนังสือเดินทางให้แก่ผู้ฟ้องคดีอย่างแน่นอน และหากไม่เพิกถอนจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของรัฐ และความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันเป็นประโยชน์สาธารณะได้ ข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจรับฟังได้ ศาลปกครองพิพากษายกฟ้อง²³²

ในคดีนี้ตุลาการผู้แถลงคดี เห็นด้วยกับศาลปกครองกลางที่พิจารณาพิพากษายกฟ้อง แต่ได้ให้เหตุผลในประเด็นเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางไว้แตกต่างกัน โดยสรุปสาระสำคัญได้ว่าเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศเป็นเสรีภาพสัมพัทธ์หรือมีเงื่อนไข รัฐสามารถจำกัดสิทธิ

²³² คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 2115/2558 คดีหมายเลขแดงที่ 1930/2559

เสรีภาพได้ตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ส่วนการยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทางซึ่งถือเป็นเอกสารจำเป็นที่ใช้สำหรับการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย ย่อมมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย ดังนั้น เงื่อนไขตามข้อ 23 ประกอบกับข้อ 21 (2) (3) และ (4) ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 เป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพน้อยที่สุดและการออกกระทำได้เท่าที่จำเป็น ดังนั้น ระเบียบฯ ดังกล่าวข้อ 23 ประกอบกับข้อ 21 (2) (3) และ (4) จึงเป็นการออกกฎหมายตามเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่งและวรรคสาม และตามกติกา ระหว่างประเทศด้วย²³³

ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองกลางจึงได้ยื่นอุทธรณ์ ต่อมา ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า กรณีของผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ถูกห้ามการเดินทาง แต่เป็นกรณีถูกเพิกถอนหนังสือเดินทางซึ่งการเพิกถอนหนังสือเดินทางไม่ได้มีผลโดยตรงในการห้ามผู้ฟ้องคดีเดินทาง เพียงแต่หนังสือเดินทางเป็นเอกสารรับรองตัวตนของพลเมืองที่รัฐออกให้แก่พลเมืองของตนเพื่อแสดงว่ารัฐอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวเดินทางไปต่างประเทศได้เพื่อให้ประเทศที่พลเมืองผู้นั้นเดินทางไปสามารถตรวจสอบสถานะของบุคคลดังกล่าวได้ และเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองพลเมืองของตนในการเดินทางไปต่างประเทศ แต่การเดินทางไปต่างประเทศของพลเมืองไทยย่อมต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศที่พลเมืองไทยจะเดินทางไปกำหนดขึ้นเสรีภาพในการเดินทางไปต่างประเทศจึงอาจถูกจำกัดได้ด้วยข้อกำหนดของแต่ละประเทศนั้นๆ เช่น จะต้องมีหนังสือเดินทาง หรือได้รับการอนุญาตให้เข้าประเทศ จากประเทศที่ตนเดินทางไป เป็นต้น สำหรับการออกหนังสือเดินทางนั้น รัฐย่อมต้องดำเนินการให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมายและระเบียบปฏิบัติระหว่างประเทศที่กำหนดไว้เป็นในแนวทางเดียวกัน รัฐจึงมีอำนาจกำหนดขึ้นตอนวิธีการต่างๆ ในการออกหนังสือเดินทาง เช่น ต้องมีภาพถ่ายเจ้าของหนังสือเดินทาง มีลายพิมพ์นิ้วมือ ค่าธรรมเนียม เป็นต้น นอกจากนี้ รัฐยังมีอำนาจกำหนดข้อปฏิบัติในการออกหนังสือเดินทาง เพื่อป้องกันผู้กระทำความผิดกฎหมายหลบหนีและเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นกรณีเสื่อมเสียแก่ประเทศชาติด้วย กรณีจึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้อธิบดีกรมการกงสุล สามารถพิจารณาเกี่ยวกับหนังสือเดินทางของบุคคลได้ ไม่ใช่เพียงเพื่อใช้ในการบริหารราชการภายในหน่วยงาน อธิบดีกรมการกงสุลซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของกรมการกงสุลตามมาตรา 32 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหาร

²³³ บันทึกคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี (น.12-14), โดยนายนิทัศน์ แซ่มชัย ตุลาการศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 2215/2558.

ราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 จึงมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีซึ่งรวมถึงการยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบดังกล่าวได้ และถึงแม้ว่ากฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545 จะเป็นกฎที่ออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศซึ่งเป็นฝ่ายบริหารก็ตาม แต่เมื่อมาตรา 8 ฉ วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติให้ระบุอำนาจหน้าที่ของแต่ละส่วนราชการไว้ในกฎกระทรวงการออกกฎกระทรวงดังกล่าวโดยกำหนดอำนาจหน้าที่ของอธิบดีกรมการกงสุล และการออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 โดยกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหนังสือเดินทางไว้ จึงเป็นการออกกฎโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 จึงไม่อาจรับฟังได้ว่าระเบียบดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และในประเด็นอื่นๆ ศาลปกครองเห็นพ้องด้วยกับศาลปกครองชั้นต้น พิพากษาขึ้น

ในคดีนี้ ตุลาการผู้แถลงคดี (ชั้นอุทธรณ์คำพิพากษา) ได้วินิจฉัยโดยเห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด สำหรับประเด็นเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางนั้น ได้ให้ความเห็นไว้ว่า เสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศเป็นเสรีภาพสัมพัทธ์หรือมีเงื่อนไข รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ส่วนการยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทางนั้น ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 เป็นกฎที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทางให้แก่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเพื่อให้บุคคลนั้นใช้เป็นเอกสารแสดงว่าประเทศไทยได้อนุญาตให้เดินทางไปต่างประเทศ และให้ประเทศปลายทางตรวจสอบและอนุญาตให้เข้าไปในประเทศนั้น การออกหรือไม่ออกหนังสือเดินทางจึงไม่ใช่การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง²³⁴

(4) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร.4/2561

กรณีผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (อธิบดีกรมการกงสุล) ที่ยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดี เนื่องจากออกคำสั่งโดยไม่มีอำนาจไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของการกระทำนั้น เลือกลงปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะระเบียบ กระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีอำนาจยกเลิกหนังสือ

²³⁴ บันทึกคำแถลงการณ์ (อุทธรณ์คำพิพากษา) คดีหมายเลขคำที่ อ.1412/2559 (น.7-8) โดย นายอิทธิพร จิรพัฒน์กุล ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น ประจำศาลปกครองสูงสุด.

เดินทางของบุคคลเป็นเพียงกฎระเบียบภายในฝ่ายบริหาร ไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ศาลปกครองกลาง ได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกับคดีหมายเลขคำที่ 2115/2558 ในส่วนของประเด็นสิทธิและเสรีภาพในการเดินทาง อำนาจในการออกกฎหมาย รูปแบบขั้นตอนในการออกคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง สำหรับประเด็นการตรวจสอบดุลพินิจ ศาลเห็นว่า ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 และ 23 ที่ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถปฏิเสธหรือยับยั้งการขอหรือแก้ไขหนังสือเดินทาง รวมทั้งยกเลิกและเรียกคืนหนังสือเดินทางในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ออกหนังสือเดินทางไปแล้ว มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันหรือแก้ไขปัญหาผู้กระทำความผิดคืออาญาซึ่งกำลังรับโทษอยู่หรือตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาเนื่องจากถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญาอยู่ระหว่างการดำเนินคดีในศาลและได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว หรือหลบหนีคดีอาญาจนมีการออกหมายจับไว้แล้ว รวมทั้งกรณีบุคคลที่ศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายอื่นสั่งห้ามไม่ให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรมีพฤติการณ์ที่จะหลบหนีออกนอกราชอาณาจักรเพื่อหลีกเลี่ยง การถูกจับกุมคุมขัง ถูกดำเนินคดีอาญาหรือรับโทษทางอาญา หากบุคคลดังกล่าวนั้นหลบหนีหรือใช้ประโยชน์จากหนังสือเดินทางเพื่อเดินทางออกนอกราชอาณาจักร จะเป็นภาระแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะต้องสืบหา หรือระงับถิ่นที่อยู่เพื่อใช้เป็นข้อมูลหลักฐานประกอบคำร้องขอให้ส่งตัวบุคคลดังกล่าว เข้ามาดำเนินคดีหรือรับโทษทางอาญาในราชอาณาจักรในฐานะที่เป็นผู้ร้ายข้ามแดน หรือคำร้องขอความช่วยเหลือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาไปยังประเทศที่มีผู้ต้องหาปรากฏตัวหรือมีถิ่นที่อยู่ ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 6 (สำนักงานตำรวจแห่งชาติ) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 (ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ) ยกเป็นข้ออ้างเพื่อขอให้กระทรวงการต่างประเทศ พิจารณายกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีได้ แต่ข้อเท็จจริงปรากฏเพียงว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา เนื่องจากฝ่าฝืนคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ไม่ไปรายงานภายในระยะเวลาที่กำหนด มีโทษจำคุกเพียงไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท ส่วนข้อหากระทำการให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือ หรือวิธีอื่นใดอันมิใช่เป็นการกระทำภายในมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ หรือมิใช่เพื่อแสดงความคิดเห็นหรือติชม โดยสุจริต เพื่อให้เกิดความปั่นป่วนหรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร และเป็นการกระทำเพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดินตามมาตรา 116 แห่งประมวลกฎหมายอาญา จากกรณีเมื่อวันที่ 19 พฤษภาคม 2558 ผู้ฟ้องคดีได้แสดงความคิดเห็นในเฟซบุ๊ก กรณีการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองออกจากตำแหน่งว่า การถอดถอนจากตำแหน่งหน้าที่บัญญัติไว้ในร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2558 ที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของ

ประชาชนชาวไทย และเป็นการทำลายหลักการเกี่ยวกับการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างอำนาจ
อธิปไตย ทั้งสามอย่างร้ายแรง ซึ่งเรื่องการถอดถอนนี้สาระสำคัญอยู่ในมาตรา 253 กับมาตราอื่นที่
เชื่อมโยงกันนั้น ผู้ฟ้องคดีได้ปฏิเสธข้อหานี้และอยู่ระหว่างการต่อสู้คดีในชั้นศาล โดยศาลได้มี
คำสั่งให้ปล่อยตัวชั่วคราว ในระหว่างการพิจารณาคดีเพียงแต่มีเงื่อนไขห้ามเดินทางออกนอก
ราชอาณาจักร เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลเท่านั้น ดังนั้น ถึงแม้ผู้ฟ้องคดีจะเป็นบุคคลต้องห้าม
เดินทางออกนอกราชอาณาจักร เว้นแต่ได้รับอนุมัติจากหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติตาม
ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 21/2557 และศาลทหารกรุงเทพก็ตาม แต่ที่ผ่านมา
ผู้ฟ้องคดี เคยได้รับอนุมัติจากหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักร
ไปสาธารณรัฐประชาชนจีน สาธารณรัฐสิงคโปร์ ญี่ปุ่น และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
รวมหลายครั้งกรณีจึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้ที่ศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองเห็นว่า
ไม่ควรจะออกหนังสือเดินทางให้ เนื่องจากได้รับอนุมัติให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักร
อยู่เป็นประจำ ประกอบกับหากผู้ฟ้องคดีมิได้รับอนุมัติจากหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ
และศาลทหารกรุงเทพตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้เสียก่อน ผู้ฟ้องคดีย่อมต้องเป็นบุคคลที่ต้องห้าม
เดินทางออกนอกราชอาณาจักรตามคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติและศาลทหารกรุงเทพ
ซึ่งเท่ากับว่าผู้ฟ้องคดีถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรอยู่แล้ว
และช่วงที่ผ่านมาผู้ฟ้องคดี เดินทางออกนอกราชอาณาจักรบ่อยครั้งและก็เดินทางกลับเข้ามาใน
ราชอาณาจักรภายในระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในคำสั่งที่ได้รับอนุมัติทุกครั้ง โดยไม่มีพฤติการณ์ว่า
จะหลบหนีคดีอาญาออกนอกราชอาณาจักร แต่อย่างใด จึงไม่เป็นภาระหน้าที่แก่สำนักงานตำรวจ
แห่งชาติ จะต้องกังวลในการสืบหา ระบุถิ่นที่อยู่เพื่อใช้เป็นข้อมูลหลักฐานประกอบคำร้องขอให้ส่ง
ตัวผู้ฟ้องคดีเข้ามาดำเนินคดีหรือรับโทษ ทางอาญาในฐานะที่เป็นผู้ร้ายข้ามแดน ดังนั้น การที่
ผู้ถูกฟ้องคดีทั้ง 7 ยกเลิกหนังสือเดินทางทั้ง 3 ฉบับของผู้ฟ้องคดีโดยมีเจตนาเพื่อให้บรรลु
วัตถุประสงค์ดังกล่าวตามที่สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และบัญชาการตำรวจอ้าง จึงให้เห็นชัดเจนว่า
มาตรการในการยกเลิกหนังสือเดินทางทั้ง 3 ฉบับของผู้ฟ้องคดีไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ กรณี
จึงยังมีอาจถือได้ว่า มาตรการยกเลิกหนังสือเดินทางทั้ง 3 ฉบับของผู้ฟ้องคดีมีความเหมาะสม หรือ
สมควร ตรงกันข้ามมาตรการดังกล่าวมีผลกระทบต่อความมั่นคงในการใช้สิทธิมีและใช้หนังสือ
เดินทางเพื่อการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของผู้ฟ้องคดีอย่างรุนแรง
จึงเท่ากับว่า ประโยชน์ที่จะได้รับจากการใช้มาตรการดังกล่าวมีน้ำหนักน้อยกว่าผลเสียที่เกิดขึ้นแก่
ผู้ฟ้องคดีอีกทั้งยังไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งเจ็ด ได้ใช้มาตรการยกเลิกหนังสือเดินทางกับบุคคล
อื่นที่มีพฤติการณ์ ในลักษณะเดียวกับผู้ฟ้องคดีที่ฝ่าฝืนคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติและ
เป็นผู้ต้องหาคดีอาญาตามมาตรา 116 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเช่นเดียวกันกับผู้ฟ้องคดี กรณีจึง

ถือได้กรรมการกงสุล และอธิบดีกรมการกงสุล ใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง ทั้ง 3 ฉบับโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดี พิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 ที่ยกเลิกหนังสือเดินทาง ทั้ง 3 ฉบับของผู้ฟ้องคดี โดยให้มีผลย้อนหลังไปนับแต่วันที่มีคำสั่งยกเลิก คำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก²³⁵

ผู้ถูกฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์ ต่อมา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับคดีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.323/2561 สำหรับประเด็นอื่นนั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติได้มีหนังสือขอให้ปลัดกระทรวงการต่างประเทศยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีโดยระบุว่า หนังสือเดินทางเป็นเอกสารสำคัญที่ผู้ต้องหาใช้ในการเดินทางไปประเทศต่าง ๆ ซึ่งจะเป็นอุปสรรคต่อการสืบหาอันเป็นการกล่าวอ้างว่าผู้ฟ้องคดีจะหลบหนีการดำเนินคดีอาญาไปต่างประเทศ แต่ข้อเท็จจริงกลับปรากฏ ตั้งแต่คณะรักษาความสงบแห่งชาติได้มีประกาศห้ามผู้ฟ้องคดีเดินทางออกนอกราชอาณาจักรเว้นแต่จะได้รับการอนุมัติจากหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และผู้ฟ้องคดีถูกดำเนินคดีข้อหาฝ่าฝืนประกาศหรือคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ กับมาตรา 116 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งศาลทหารกรุงเทพได้มีคำสั่งปล่อยตัวชั่วคราว โดยมีเงื่อนไขห้ามผู้ฟ้องคดีเดินทางออกนอกราชอาณาจักรเว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากศาล ก็ไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืนต่อประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติและข้อห้ามของศาลแต่อย่างใด แต่ในทางตรงกันข้ามผู้ฟ้องคดีได้รับการอนุญาตและอนุมัติจากศาลทหารกรุงเทพและหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรหลายครั้งซึ่งผู้ฟ้องคดีก็ได้เดินทางกลับมาทุกครั้ง กรณีจึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีพฤติการณ์จะหลบหนีไปต่างประเทศ นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดีถูกฟ้องคดีอาญาต่อศาลทหารกรุงเทพ ซึ่งศาลอนุญาตให้ปล่อยตัวชั่วคราว ศาลจึงเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาว่าสมควรยกเลิกหนังสือเดินทางหรือไม่ แต่ศาลทหารกรุงเทพไม่ได้มีคำสั่งใดๆ ในกรณีนี้แต่อย่างใด และการยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการหลังจากผู้ฟ้องคดีได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ข้ออ้างที่ปรากฏในหนังสือที่ขอให้ยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีเหตุผลสนับสนุนอย่างเพียงพอ คำสั่งของกรรมการกงสุลโดยอธิบดีกรมการกงสุลที่ยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีตามเหตุผลในหนังสือของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองกลางที่เพิกถอนคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดี

²³⁵ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 57/2559 คดีหมายเลขแดงที่ 591/2560

ในคดีนี้ ตุลาการผู้แถลงคดี (อุทธรณ์คำพิพากษา) ได้วินิจฉัยโดยเห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด สำหรับประเด็นเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางนั้น ได้ให้ความเห็นไว้ว่า เสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศเป็นเสรีภาพสัมพัทธ์หรือมีเงื่อนไข รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ส่วนการยกเลิกหนังสือเดินทางซึ่งถือเป็นเอกสารจำเป็นที่ใช้สำหรับการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย ย่อมมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยโดยปริยาย²³⁶

(5) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.422/2560

กรณีผู้ฟ้องคดี (นางสาว พ.) เดิมใช้ชื่อว่านางสาว อ. อยู่บ้านเลขที่ 120 หมู่ที่ 4 ตำบลบ้านช้าง อำเภอแม่แตง จังหวัดเชียงใหม่ ได้ขอและได้รับหนังสือเดินทาง มีอายุใช้งานตั้งแต่วันที่ 30 สิงหาคม 2548 ถึงวันที่ 29 สิงหาคม 2553 ต่อมา ในวันที่ 5 มกราคม 2550 ผู้ฟ้องคดีได้ใช้ชื่อนางสาว พ. อยู่บ้านเลขที่ 651 หมู่ที่ 10 ตำบลหนองบัว อำเภอไชยปราการ จังหวัดเชียงใหม่ ยื่นคำขอหนังสือเดินทางที่สำนักงานหนังสือเดินทางชั่วคราวจังหวัดเชียงใหม่ สำนักงานหนังสือเดินทางชั่วคราวจังหวัดเชียงใหม่ ได้ตรวจสอบแล้วพบว่าผู้ฟ้องคดีมีลายนิ้วมือซ้ำกับนางสาว อ. จึงได้ระงับการออกหนังสือเดินทางให้ผู้ฟ้องคดี หลังจากนั้นในวันที่ 24 มกราคม 2550 ผู้ฟ้องคดีได้ไปยื่นคำขอหนังสือเดินทางอีก ที่สำนักงานหนังสือเดินทางชั่วคราวจังหวัดสงขลา จากข้อเท็จจริงดังกล่าวพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ในขณะที่ผู้ฟ้องคดียื่นคำขอหนังสือเดินทางเมื่อวันที่ 5 มกราคม 2550 ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เคยมีหนังสือเดินทางแล้ว แต่ผู้ฟ้องคดีไม่ได้แจ้งข้อมูลดังกล่าวให้กรมการกงสุลทราบ ซึ่งข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญ เพราะถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ทราบ ก็อาจปฏิเสธคำขอหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีได้ ตามข้อ 21 (1) ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ดังนั้น เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบพบว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เคยมีหนังสือเดินทาง และเป็นผู้มีรายการบุคคลสัญชาติไทย 2 รายการ จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีปิดบังความจริงอันเป็นสาระสำคัญ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีอำนาจปฏิเสธคำขอหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีได้ตามข้อ 21 (4) ของระเบียบดังกล่าว การปฏิเสธคำขอหนังสือเดินทางดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดี (อธิบดีกรมการกงสุล) จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

²³⁶ บันทึกคำแถลงการณ์ (อุทธรณ์คำพิพากษา) คดีหมายเลขดำที่ อร.61/2560 หมายเลขแดงที่ อร.4/2561 โดยนายกิตติชัย ธรรมรัช อธิบดีศาลปกครองชั้นต้น ประจำศาลปกครองสูงสุด.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548

จากการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ เสรีภาพในการเดินทางและสิทธิในหนังสือเดินทางตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และราชอาณาจักรไทย ประกอบกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและเป็นข้อพิพาทนำมาสู่การฟ้องต่อศาลปกครอง ทำให้พบเห็นปัญหากฎหมายโดยเฉพาะกรณีอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ดังนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของกระทรวงการต่างประเทศในการออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 และแนวทางแก้ไข

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เป็นการนำหลักประชาธิปไตยมาสัมพันธ์กับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ได้รับความเห็นชอบจากองค์กรตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจึงจะเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจึงเป็นการแสดงถึงลักษณะร่วมของหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐ หรือหากพิจารณาจากหลักเงื่อนไขของรัฐสภาซึ่งหมายความว่า การกำหนดกฎหมายในเรื่องที่มีความสำคัญนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติเอง องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจในการกำหนดเรื่องดังกล่าวให้องค์กรอื่นเป็นผู้กำหนดได้ และกรณีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณากำหนดเอง จะมอบอำนาจให้องค์กรอื่นออกกฎหมายลำดับรองจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติหลักการของการออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางไว้ว่า รัฐจะต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่

รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งต้องมีผลเป็นการทั่วไป นอกจากนี้ กฎหมายที่จะจำกัดเสรีภาพในการเดินทางได้เฉพาะแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง หรือเพื่อรักษาสถานภาพของครอบครัว หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ แต่รัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงสิทธิในหนังสือเดินทางอย่างชัดเจน กรณีจึงมีปัญหาว่า เสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยจะมีความหมายรวมไปถึงสิทธิในหนังสือเดินทางด้วยหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นไปในสองแนวทาง

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่า เสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยเป็นเสรีภาพสัมพัทธ์หรือมีเงื่อนไข รัฐสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพในการเดินทางได้ตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ส่วนหนังสือเดินทางเป็นเอกสารจำเป็นที่ใช้สำหรับการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย การยกเลิกหนังสือเดินทางย่อมมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยโดยปริยาย

ความเห็นที่สอง เห็นว่า การยกเลิกหนังสือเดินทางไม่ใช่การถูกห้ามการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย แต่เป็นกรณีถูกเพิกถอนหนังสือเดินทางซึ่งไม่ได้มีผลโดยตรงในการห้ามเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย เพียงแต่หนังสือเดินทางเป็นเอกสารรับรองตัวตนของพลเมืองที่รัฐออกให้แก่พลเมืองของตนเพื่อแสดงว่ารัฐอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวเดินทางไปต่างประเทศได้ เพื่อให้ประเทศที่พลเมืองผู้นั้นเดินทางไปสามารถตรวจสอบสถานะของบุคคลดังกล่าว และเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองพลเมืองของตนในการเดินทางไปต่างประเทศ เสรีภาพในการเดินทางไปต่างประเทศจึงอาจถูกจำกัดได้ด้วยข้อกำหนดของแต่ละประเทศนั้นๆ

จากการศึกษาพบว่า การเดินทางหรือการเคลื่อนย้าย ถือเป็นเสรีภาพส่วนบุคคล (Freedom of Movement) ที่จะกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งโดยไม่มีใครบังคับ ทุกคนมีเสรีภาพที่จะเดินทางทั้งภายในประเทศและนอกประเทศ เสรีภาพในการเดินทางถือเป็นสิทธิขั้นมูลฐานที่ได้มีการนำไปบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญในหลายประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งแคนาดา (Constitution Act 1982) ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการเดินทางไว้ในมาตรา 6 ว่า พลเมืองของแคนาดาทุกคนมีสิทธิที่จะเดินทางเข้ามาพักและออกนอกแคนาดา และสิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่และการประกอบอาชีพ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน มาตรา 19 บัญญัติให้ชาวสเปน มีสิทธิที่จะเลือกสถานที่พำนักของตนได้อย่างเสรีและสามารถเดินทางได้อย่างอิสระภายในอาณาเขตของประเทศในทำนองเดียวกันพวกเขามีสิทธิที่จะเข้าและออกจากราชอาณาจักรสเปนโดยอิสระ แม้ในบางประเทศจะมีได้บัญญัติรับรองอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ แต่ก็ได้รับการรับรองและความคุ้มครองโดยศาลของแต่ละประเทศซึ่งได้มีคำวินิจฉัยรับรองถึงเสรีภาพในการ

เดินทาง เช่น สหรัฐอเมริกาได้มีการตัดสินว่าเสรีภาพในการเดินทางเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ สิทธิในการเดินทางเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพซึ่งพลเมืองไม่อาจถูกลิดรอนได้โดยไม่มีกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย เสรีภาพในการเดินทางของสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่าเป็นเสรีภาพดั้งเดิมที่มีมานานตามที่ปรากฏในมาตรา 1 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 ที่บัญญัติรับรองเกี่ยวกับเสรีภาพ และในรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1791 มาตรา 4 บัญญัติว่า ทุกคนมีเสรีภาพที่จะไป ที่จะหยุดพักและที่จะเดินทาง ปัจจุบันได้รับการยอมรับโดยคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสยึดมั่นและถือเป็นหนึ่งในเสรีภาพอื่นๆ ที่ได้รับการปกป้องอย่างดียิ่ง เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ตามมาตรา 11 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แม้จะไม่ได้ครอบคลุมไปถึงเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศ อย่างไรก็ตาม มาตรา 2 (1) แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ครอบคลุมถึงพฤติกรรมมนุษย์ทุกประเภท ลักษณะของกฎหมายพื้นฐานจึงถูกตีความโดยทั่วไปว่า ข้อจำกัดเสรีภาพใด ๆ อยู่ในขอบเขตของการคุ้มครองของเสรีภาพทั่วไป ดังนั้น เสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศจึงได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 2 (1) แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

อย่างไรก็ดี คำพึงเสรีภาพในการเดินทางไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น ซึ่งหากจะพิจารณาในแง่อำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์กับผู้อื่นโดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตนแล้ว ย่อมหมายถึงสิทธิในเสรีภาพในการเดินทาง และสามารถแยกพิจารณาออกได้เป็นสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางภายในประเทศ (รวมถึงสิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่) สิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกประเทศ และสิทธิในการเดินทางกลับเข้ามาภายในประเทศของตน แต่สิทธิในเสรีภาพในการเดินทางใช้ว่าทุกคนจะสามารถใช้สิทธิได้โดยไม่มีข้อจำกัด เพราะเสรีภาพในการเดินทางถือเป็นเสรีภาพสัมพัทธ์หรือมีเงื่อนไข รัฐสามารถที่จะออกกฎหมายกำหนดขึ้นมายกข้อจำกัดเสรีภาพในการเดินทางของพลเมืองของตนได้ เช่น แม้บุคคลจะมีสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางไปแห่งใดแห่งหนึ่งภายในประเทศแต่ไม่สามารถเข้าไปในพื้นที่หวงห้าม หรือพื้นที่ส่วนบุคคล เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศก็เช่นเดียวกัน แม้บุคคลจะมีสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศซึ่งจะเดินทางไปประเทศไหนก็ได้ตามความประสงค์ของบุคคลนั้น แต่การเดินทางดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดหรือเงื่อนไขพิเศษทั้งในประเทศต้นทางซึ่งจะต้องออกหนังสือเดินทางให้แก่พลเมืองของตนเอง เพื่อใช้แสดงต่อประเทศปลายทางที่จะเดินทางเข้าไป และประเทศปลายทางนั้นก็พิจารณาอนุญาตตรวจสอบลงตราให้เข้าประเทศหรือไม่ให้เข้าประเทศได้ภายใต้เงื่อนไขกฎหมายของประเทศนั้นๆ ซึ่งก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 บุคคลใด ๆ สามารถที่จะ

เดินทางออกนอกประเทศได้โดยเสรี โดยมีต้องร้องขอหนังสือเดินทาง เพราะเป็นการกระทำที่เสี่ยงภัยของตนเอง อาศัยตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าพลเมืองของประเทศหนึ่ง ๆ มีสิทธิที่จะเดินทางออกนอกประเทศไปยังอีกประเทศหนึ่งได้โดยเสรีและไม่ต้องขออนุญาต ต่อมา หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง การเดินทางติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประเทศมีความจำเป็นมากขึ้น จึงต้องมีมาตรการในการควบคุมดูแลทั้งประเทศต้นทางเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทาง (Passport) และประเทศปลายทางซึ่งต้องตรวจลงตราอนุญาตให้เดินทางเข้ามาภายในประเทศของตน (Visa) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงถูกบัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ โดยข้อ 13 (2) ได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศ และต่อมาสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศได้บัญญัติรับรองไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 12 (2) และมีการตีความให้ขยายความรวมถึงสิทธิในการได้รับเอกสารการเดินทางด้วย ดังนั้น การออกระเบียบกฎเกณฑ์เกี่ยวกับหนังสือเดินทางจึงต้องเป็นตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

จากการศึกษาสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางของต่างประเทศโดยเฉพาะสิทธิในหนังสือเดินทาง พบว่า สหรัฐอเมริกา และแคนาดาได้ตีความสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศให้รวมไปถึงสิทธิในหนังสือเดินทางซึ่งได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ สิทธิในหนังสือเดินทางของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และราชอาณาจักรสเปน ยังมีการบัญญัติไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนว่า รัฐจะต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานในการมีหนังสือเดินทางของพลเมือง และสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นอีกประเทศหนึ่งที่เคารพสิทธิและเสรีภาพในการเดินทาง แม้จะไม่ปรากฏหลักฐานอย่างชัดเจนว่าสิทธิในหนังสือเดินทางถือเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการเดินทางหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยหนังสือเดินทางของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า พลเมืองของตนมีสิทธิได้รับหนังสือเดินทางทั่วไปโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ และไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทางของพลเมืองของตน ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศสให้การเคารพถึงสิทธิในการมีเอกสารการเดินทางอย่างแท้จริง

จากเหตุผลดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงเห็นด้วยกับความเห็นที่หนึ่ง เพราะเสรีภาพในการเดินทางหรือเสรีภาพในการเคลื่อนย้าย เป็นการเคลื่อนไหวโดยอิสระของบุคคลที่จะเคลื่อนย้ายไป ณ สถานที่แห่งใดแห่งหนึ่งได้ทั้งภายในประเทศและออกนอกประเทศของตนซึ่งบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง แต่เมื่อบุคคลนั้นจะใช้เสรีภาพในการเดินทางตามที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครอง ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่นที่จะไม่ไปละเมิดการใช้

เสรีภาพในการเดินทางตามรัฐธรรมนูญของบุคคลอื่น ซึ่งเรียกว่า “สิทธิในเสรีภาพการเดินทาง (The Right to Liberty of Movement)” ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในเสรีภาพการเดินทางภายในรัฐ สิทธิในเสรีภาพการเดินทางออกนอกรัฐ เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการเดินทาง แม้บุคคลมีเสรีภาพที่จะเดินทาง แต่หากบุคคลดังกล่าวต้องเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย จำต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของต่างประเทศ โดยบุคคลนั้นต้องมีหนังสือเดินทาง (Passport) เป็นเอกสารแสดงตนเพื่อยืนยันว่าเป็นคนสัญชาติไทย ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ตีความสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 12 ให้มีความหมายรวมไปถึงสิทธิในการได้รับเอกสารการเดินทาง (Rights of Passport) ด้วย ดังนั้น การออกระเบียบกฎเกณฑ์เกี่ยวกับหนังสือเดินทางโดยเฉพาะการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขการจำกัดสิทธิของบุคคลในการเดินทางไปต่างประเทศ จึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเฉพาะอันเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการเดินทางตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติไว้เช่นกัน

นอกจากนี้ ยังพบปัญหาเกี่ยวกับที่มาของอำนาจตามกฎหมายที่บัญญัติให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทางกรณีสืบเนื่องมาจากระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 เป็นเพียงกฎของฝ่ายบริหาร ส่วนมาตรา 8 ฉ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เป็นเพียงบทบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองเพื่อความสะดวกในการบริหารราชการแผ่นดินภายในกระทรวงเท่านั้น มิได้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพการเดินทางของบุคคล ซึ่งในประเด็นนี้ แม้ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด รวมทั้งความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดีจะวินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า กระทรวงการต่างประเทศมีอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ขึ้นมาใช้บังคับได้ แต่ยังมีความเห็นไปในสองแนวทาง

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่า การยกเลิกหนังสือเดินทางซึ่งถือเป็นเอกสารจำเป็นที่ใช้สำหรับการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย ย่อมมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย ดังนั้น การออกกฎหมายเพื่อปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และยกเลิกหนังสือเดินทางจึงสามารถกระทำได้ที่จำเป็น และต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ เมื่อพิจารณาระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ซึ่งเป็นกฎออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

ข้อ 21 และข้อ 23 ของระเบียบดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอ หนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง มีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และถือเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนสาระสำคัญ และกระทำเท่าที่จำเป็นน้อยที่สุด ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 และข้อ 23 จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ความเห็นที่สอง เห็นว่า การยกเลิกหนังสือเดินทาง ไม่ใช่การถูกห้ามการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย แต่เป็นกรณีถูกเพิกถอนหนังสือเดินทางซึ่งไม่ได้มีผลโดยตรงในการห้ามเดินทาง เพียงแต่หนังสือเดินทางเป็นเอกสารรับรองตัวตนของพลเมืองที่รัฐออกให้แก่พลเมืองของตนเพื่อแสดงว่ารัฐอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวเดินทางไปต่างประเทศได้เพื่อให้ประเทศที่พลเมืองผู้นั้นเดินทางไปสามารถตรวจสอบสถานะของบุคคลดังกล่าวได้ และเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองพลเมืองของตนในการเดินทางไปต่างประเทศ เสรีภาพในการเดินทางไปต่างประเทศจึงอาจถูกจำกัดได้ด้วยข้อกำหนดของแต่ละประเทศนั้นๆ การออกหนังสือเดินทาง รัฐย่อมต้องดำเนินการให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมายและระเบียบปฏิบัติระหว่างประเทศที่กำหนดไว้เป็นในแนวทางเดียวกัน รัฐจึงมีอำนาจกำหนดขั้นตอนวิธีการต่างๆ ในการออกหนังสือเดินทาง และมีอำนาจกำหนดข้อปฏิเสธในการออกหนังสือเดินทางเพื่อป้องกันผู้กระทำผิดต่อกฎหมายหลบหนีและเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นกรณีเสื่อมเสียแก่ประเทศชาติด้วย ดังนั้น การออกกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือเดินทางจึงเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั่วไปที่ให้อำนาจไว้ไม่อยู่ภายใต้การบังคับเงื่อนไขของข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

ในประเด็นปัญหานี้ เมื่อพิจารณากฎหมายของต่างประเทศที่นำมาศึกษา สามารถแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่ม คือ

กลุ่มที่หนึ่ง กลุ่มประเทศในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และแคนาดา แม้แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาจะเป็นที่มาของกฎหมายจารีตประเพณี ก็ตาม แต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้น โดยรัฐสภานั้นับว่ามีความสำคัญมากยิ่งขึ้น รัฐสภาของรัฐบาลต่างก็บัญญัติกฎหมายมากมายขึ้นมาใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ (Judicial Review) ศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ถือเป็นกฎหมายสูงสุดมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายอื่น รัฐบาลของสหรัฐอเมริกานอกจากจะมีอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีอำนาจที่จะตรากฎหมายทุกอย่างที่เห็นว่าจำเป็นและเหมาะสม นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังให้ประธานาธิบดีมีอำนาจในการออกคำสั่งระเบียบและกฎข้อบังคับของฝ่ายบริหารซึ่งมีลักษณะและผลเหมือนกับกฎหมายที่ตราขึ้น

โดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่อำนาจนี้มีอย่างจำกัด และยังมีอำนาจตามรัฐบัญญัติในการออกกฎระเบียบต่างๆ ซึ่งมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ตราขึ้น โดยรัฐสภาของมลรัฐ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับหนังสือเดินทางของสหรัฐอเมริกาบังคับใช้ตามประมวลกฎระเบียบของรัฐบาลกลาง (Code of Federal Regulations CFR) แม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับหนังสือเดินทางจะออกมาในรูปแบบของระเบียบหรือข้อบังคับ และสหรัฐอเมริกามีรัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1926 (Passport Act of 1926) แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวมิได้บัญญัติให้อำนาจประธานาธิบดีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศปฏิเสธหรือเพิกถอนหนังสือเดินทางของพลเมืองของตน รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาจึงได้ออกกฎระเบียบของรัฐบาลกลาง (บางครั้งเรียกว่ากฎหมายปกครอง) แบ่งออกเป็น 50 หมวดหลัก กฎระเบียบของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาในส่วนของหนังสือเดินทางบัญญัติไว้ที่ Supchapter F – Nationality at 51- Passports กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง การเพิกถอนหนังสือเดินทาง การแจ้ง การอุทธรณ์ และการพิจารณาอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ ซึ่งก็เกิดปัญหาโต้แย้งเช่นเดียวกับกรณีของราชอาณาจักรไทย เกี่ยวกับอำนาจของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาในการออกระเบียบดังกล่าว เพราะรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาและรัฐบัญญัติที่เกี่ยวข้องไม่มีบทบัญญัติใดบัญญัติให้อำนาจ ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า แม้รัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1926 จะไม่มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจประธานาธิบดีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิเสธหนังสือเดินทางเพราะเหตุเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ แต่อำนาจดังกล่าวถือเป็นอำนาจปกครองทั่วไป และเหตุแห่งปฏิเสชนั้น รัฐสภาได้ให้การยอมรับและยึดถือจนกลายเป็นจารีตประเพณีแล้วว่าสามารถยกเป็นเหตุปฏิเสธที่จะไม่ออกหนังสือเดินทางให้แก่พลเมืองของตนได้ ดังนั้น กฎระเบียบของรัฐบาลกลาง ในส่วนของหนังสือเดินทางที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งและการเพิกถอนหนังสือเดินทางได้ จึงไม่ขัดรัฐธรรมนูญ

ในส่วนของแคนาดานั้น แคนดาบังคับใช้ตามระเบียบหนังสือเดินทางแห่งแคนาดา ซึ่งรูปแบบระเบียบหรือข้อบังคับดังกล่าวเป็นประเภทของกฎหมายในหลายประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งเครื่องจักรพหุอาณาจักรในสหราชอาณาจักร กฎหมายฉบับนี้ได้ทำขึ้นอย่างเป็นทางการในนามของสมเด็จพระราชินี โดยคำแนะนำและยินยอมของคณะองคมนตรี แม้ว่าระเบียบหรือข้อบังคับจะถูกทำขึ้นโดยสมเด็จพระราชินี แต่ในทางปฏิบัติการยอมรับของพระราชวงศ์เป็นเพียงรูปแบบอย่างเป็นทางการเท่านั้น โดยทั่วไปจะเป็นอำนาจของรัฐบาลโดยรัฐมนตรี หรือประธานสภาหลังจากที่ร่างระเบียบหรือข้อบังคับผ่านพิธีการอนุมัติโดยสมเด็จพระราชินีจึงจะมีผลบังคับใช้

กลุ่มที่สอง กลุ่มประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และราชอาณาจักรสเปน ทั้งสามประเทศที่นำมาศึกษา กฎหมายเกี่ยวกับหนังสือเดินทางนั้นออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารที่กฎหมาย

รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ จึงไม่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการออกกฎหมาย เช่นเดียวกับกรณีของสหรัฐอเมริกา และราชอาณาจักรไทย ซึ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสบังคับใช้ตาม รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 1972 และรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยหนังสือเดินทาง ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 2005 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บังคับใช้ตามรัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1986 ส่วน ราชอาณาจักรสเปนบังคับใช้ตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการยื่นขอหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดา และลักษณะของหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดา ค.ศ. 2003 นอกจากนี้ ยังมีประเทศในกลุ่มของ ยุโรป และเอเชีย ส่วนใหญ่จะออกกฎหมายในรูปของพระราชบัญญัติหรือรัฐบัญญัติ อาทิ นิวซีแลนด์ กฎหมายที่บังคับใช้ คือ Passports Act 1992 สาธารณรัฐอินเดีย กฎหมายที่บังคับใช้ คือ The Passports Act 1967 สาธารณรัฐสิงคโปร์ กฎหมายที่บังคับใช้ คือ Passports Act 2008 (Chapter 220) สาธารณรัฐเกาหลี กฎหมายที่บังคับใช้ คือ Passports Act 1961

สำหรับการออกหนังสือเดินทางของราชอาณาจักรไทยนั้น เดิมราชอาณาจักรไทยได้รับ อิทธิพลแนวความคิดในตรากฎหมายในระบบจารีตประเพณี รูปแบบของกฎหมายเกี่ยวกับการออก หนังสือเดินทาง ณ ขณะนั้น จึงเป็นไปตามแนวทางของสหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็น ลักษณะของระเบียบ คำสั่ง ที่อาศัยอำนาจของกระทรวงการต่างประเทศโดยความเห็นชอบของ คณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหารออกคำสั่งว่าด้วยระเบียบปฏิบัติในการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2526 และระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและระยะเวลาปฏิบัติ ราชการด้านหนังสือเดินทางสำหรับประชาชน พ.ศ. 2532 รวบรวมบรรดากฎ ระเบียบ และคำสั่ง ตลอดจนแนวทางปฏิบัติต่างๆ เกี่ยวกับหนังสือเดินทางและให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องถือปฏิบัติ ยังไม่มี บทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้ง หรือยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทาง แม้ในช่วงระยะเวลา ดังกล่าวกระทรวงการต่างประเทศได้พยายามที่จะเสนอร่างพระราชบัญญัติหนังสือเดินทาง แต่ไม่ประสบผลสำเร็จ กระทรวงการต่างประเทศจึงได้ยึดถือและบังคับใช้คำสั่งและระเบียบ ดังกล่าวเรื่อยมาถึงปี พ.ศ. 2545 จากนั้นจึงออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออก หนังสือเดินทาง พ.ศ. 2545 ใช้บังคับ โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง และต่อมาถูกยกเลิกโดยระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วย การออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548

ผู้ศึกษาเห็นว่า เมื่อพิจารณา รูปแบบของการออกกฎหมายของต่างประเทศในระบบ จารีตประเพณีและลายลักษณ์อักษร และวิวัฒนาการการออกกฎหมายว่าด้วยหนังสือเดินทางของ ราชอาณาจักรไทยเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลปกครองมิได้ คำนึงถึงรูปแบบของกฎหมายลำดับรองซึ่งจะต้องมีกฎหมายแม่บทกำหนดให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน เพราะอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นที่ทราบโดยทั่วไป คือ การแบ่งแยกอำนาจอปกครองสูงสุดหรืออำนาจ

อธิปไตยออกเป็น 3 ฝ่าย โดยพิจารณาในแง่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ อำนาจนิติบัญญัติจะทำหน้าที่ในการออกกฎหมาย ตามหลักการกว้าง ๆ โดยกำหนดให้องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารหรือฝ่ายปกครองไปกำหนดรายละเอียด ด้วยการออกกฎข้อบังคับ ประกาศ อันเป็นกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ให้เป็นไปอย่างสอดคล้องสัมพันธ์กับกฎหมายหลักในอันที่จะแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนเรื่องใด ๆ ในสังคม ส่วนอำนาจบริหาร ถูกกำหนดให้ใช้โดยองค์กรหนึ่งที่เรียกว่า “รัฐบาล (Government)” ซึ่งจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของตนเองไว้อย่างเคร่งครัด นอกจากนี้ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหารมีอำนาจตามชื่อในการบริหารราชการและปกครองประเทศ ภายใต้เป้าหมายสูงสุดคือการสร้างความกินดีอยู่ดีของประชาชน ส่วนอำนาจตุลาการ เป็นอำนาจในการวินิจฉัยพิจารณาพิพากษาบรรดาอรรถคดีทั้งปวง สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ก็ได้ยอมรับในหลักการนี้ รัฐสภาสามารถมอบอำนาจในการออกกฎหมายให้ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี ซึ่งรัฐธรรมนูญบางประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะกำหนดไว้ชัดเจนว่าเรื่องใดต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ (La Loi) เรื่องใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจการตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้วให้อยู่ในขอบเขตของการออกกฎกฤษฎีกา (un caractère réglementaire) ซึ่งจะออกเป็นข้อบังคับไม่ได้ ได้แก่ การกำหนดสิทธิความเป็นพลเมือง หลักประกันมูลฐาน ความสามารถทางกฎหมายของบุคคล การกำหนดโทษทางอาญา ภาษีและการจัดเก็บภาษี จากหลักแนวคิดดังกล่าว ฝ่ายบริหารย่อมมีอำนาจที่จะออกกฎหมายได้เช่นเดียวกับฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเฉพาะกฎหมายลำดับรอง แต่ทั้งนี้ การออกกฎหมายลำดับรองก็ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง รวมถึงข้อจำกัดของการออกกฎหมายลำดับรอง ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองได้เมื่อกฎหมายแม่บทให้อำนาจชัดเจน กฎหมายแม่บทอาจเป็นรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ และเนื้อหาของกฎหมายต้องอยู่ในขอบเขต วิธีการ และการใช้บังคับตามที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ด้วย

สำหรับอำนาจของกระทรวงการต่างประเทศในการออกกฎหมายเพื่อควบคุมหนังสือเดินทาง นั้น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เป็นกฎหมายทั่วไปที่กำหนดโครงสร้างและกำหนดอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารราชการโดยรวมของประเทศ ทั้งการบริหารราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น เช่น การจัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ประกอบไปด้วย สำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง ฯลฯ สำหรับการแบ่งส่วนราชการภายใน รวมถึงอำนาจหน้าที่ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ตามกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม ซึ่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 12 ประกอบมาตรา 13 บัญญัติให้กระทรวงการต่างประเทศมีอำนาจหน้าที่

เกี่ยวกับราชการต่างประเทศ และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงหรือหน่วยงานภายในกระทรวง ซึ่งกระทรวงการต่างประเทศ ให้มีส่วนราชการต่างๆ รวมถึงกรมการกงสุล มีอำนาจหน้าที่ประการหนึ่งอันเกี่ยวกับหนังสือเดินทางและเอกสารการเดินทางให้แก่คนสัญชาติไทย จากบทกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กระทรวงการต่างประเทศ โดยกรมการกงสุลในฐานะฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาออกระเบียบเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทางได้โดยอาศัยบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 จึงเป็นทั้งแหล่งที่มาและข้อจำกัดของอำนาจกระทรวงการต่างประเทศในการกระทำการเพื่อมีคำสั่งทางปกครองอันเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทาง อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการเดินทางซึ่งรวมถึงสิทธิในการมีหนังสือเดินทางได้บัญญัติรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ขณะที่มีการออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 นั้น บังคับใช้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บทบัญญัติในส่วนของบทบัญญัติหรือข้อบังคับของหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทางซึ่งถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในการที่จะมีหนังสือเดินทางเพื่อใช้เป็นหลักฐานในการเดินทางไปต่างประเทศจึงต้องออกโดยภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งมาตรา 29 บัญญัติไว้ว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ถือเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการวางโครงสร้างของการบริหารราชการแผ่นดินและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการต่างๆ อำนาจที่รัฐสภามอบให้ฝ่ายบริหารดำเนินการตามพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างการบริหารราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้ง การยุบ การรวมส่วนราชการ การควบคุมกำกับดูแลเจ้าหน้าที่ภายในส่วนราชการ เช่น อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงในการออกกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการภายในกรม หากกฎหมายแม่บทมิได้บัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารไว้โดยเฉพาะ ฝ่ายบริหารย่อมไม่มีอำนาจที่จะออกกฎหมายใช้บังคับได้ ดังนั้นพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 รวมถึงพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 และกฎกระทรวงฯ ที่กำหนดให้กรมการกงสุลมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับหนังสือเดินทางและเอกสารการเดินทางให้แก่คนสัญชาติไทย เป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปของกรมการกงสุล ไม่ได้มีบทบัญญัติที่มีเนื้อความให้อำนาจกระทรวงการต่างประเทศออกระเบียบหรือประกาศ ข้อบังคับใดๆ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิเสธหรือข้อยกเว้นของหนังสือเดินทาง หรือการยกเลิกหนังสือเดินทางแต่อย่างใด

ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดปัญหาโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง การปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง และเพื่อให้สอดคล้องกับหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ กระทรวงการต่างประเทศในฐานะที่เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบ ควรที่จะแก้ไขปรับปรุงระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 โดยให้มีสถานะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อเป็นกฎหมายแม่บทและสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

4.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและแนวทางแก้ไข

ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 และข้อ 23 ได้กำหนดให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ ในการออกหนังสือเดินทางให้แก่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยที่ยื่นคำขอหนังสือเดินทาง แต่หากบุคคลที่ยื่นคำขอมิเหตุเข้าเงื่อนไขที่พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่อาจออกหนังสือเดินทางให้ ระเบียบดังกล่าว กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง หรือยกเลิกหนังสือเดินทางของบุคคลที่ได้รับหนังสือเดินทางไปแล้วได้ แต่เงื่อนไขที่ว่านั้นกลับถูกกำหนดไว้ในสองกรณีแตกต่างกัน คือ กรณีที่หนึ่ง เมื่อได้รับแจ้งจากศาล หรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจว่าผู้ร้องเป็นผู้ซึ่งกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้วซึ่งศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเห็นว่าไม่ควรออกหนังสือเดินทางให้ และกรณีที่สอง คือ กรณีที่ผู้ร้องขอหนังสือเดินทาง หรือผู้ร้องที่ได้รับหนังสือเดินทางไปแล้ว กระทำผิดกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติราชการ ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือปิดบังความจริงอันเป็นสาระสำคัญ หรือแสดงเอกสารหลักฐานอันเป็นเท็จในการขอหนังสือเดินทาง หรือไม่อยู่ในฐานะที่จะเดินทางไปต่างประเทศ หรือหากเดินทางออกนอกราชอาณาจักรจะเป็นภัยต่อสวัสดิภาพของผู้เดินทางเอง หรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงปลอดภัย หรือชื่อเสียงและเกียรติภูมิของประเทศไทย ซึ่งทั้งสองกรณีดังกล่าว แม้พนักงานเจ้าหน้าที่จะมีอำนาจปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และยกเลิกหนังสือเดินทาง แต่ต้นเรื่องที่จะนำเข้าสู่การพิจารณาแตกต่างกัน เพราะกรณีที่หนึ่งจำเป็นต้องมีการร้องขอจากศาล ตำรวจ หรือพนักงานฝ่ายปกครอง ส่วนกรณีที่สอง ไม่จำเป็นต้องมีการร้องขอจากหน่วยงานต่างๆ ซึ่งความไม่ชัดเจนของการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจว่าสมควรที่จะพิจารณาอย่างไร หากเป็นกรณีที่หนึ่ง พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะพิจารณาถึงเหตุผล ข้อเท็จจริงของศาล พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจที่เสนอให้ปฏิเสธ

ยับยั้ง และยกเลิกหนังสือเดินทางได้หรือไม่ หรือต้องมีคำสั่งไปตามคำร้องขอจากหน่วยงานเท่านั้น หรือกรณีที่สอง หากศาล พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจเห็นว่าไม่สมควรออกหนังสือเดินทางให้ อำนาจในการพิจารณาจะเหมือนหรือแตกต่างกับกรณีที่หนึ่งหรือไม่ อย่างไร

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเงื่อนไขการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ในกรณีที่ผู้ร้องกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้วซึ่งศาล พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจเห็นว่าไม่สมควรออกหนังสือเดินทางหรือควรยกเลิกหนังสือเดินทางของบุคคลนั้น ยังไม่มีความชัดเจนว่าผู้ร้องกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับในความผิดฐานใด หรือเป็นคดีอาญาทุกฐานความผิดที่ศาล หรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจยอมที่จะร้องขอไปยังกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ เพื่อไม่ออกหนังสือเดินทางหรือยกเลิกหนังสือเดินทางของบุคคลดังกล่าวได้ทุกกรณี อีกทั้งเหตุผลที่ศาล พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจเห็นว่าควรที่จะปฏิเสธหนังสือเดินทางหรือยกเลิกหนังสือเดินทางนั้นมีเหตุผลอย่างไร

เมื่อพิจารณากฎหมายของต่างประเทศจะพบว่า ประมวลกฎหมายระเบียบแห่งรัฐบาลกลาง (Code of Federal Regulations) ของสหรัฐอเมริกา ในส่วนของหนังสือเดินทาง (Supchapter F – Nationality at 51- Passport) กำหนดให้เป็นอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ที่จะพิจารณา ไม่ว่าจะมิหรือไม่มีคำร้องขอจากหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องหรือไม่ ซึ่งได้แยกหลักเกณฑ์เงื่อนไขแต่ละเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจน เช่น กรณีเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจอาจปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางหากเห็นว่าหรือได้รับแจ้งโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจว่า ผู้ยื่นคำขอเป็นบุคคลตามหมายจับของสหพันธรัฐอย่างชัดเจน สำหรับการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง รวมถึงหมายที่ได้ออกตามรัฐบัญญัติว่าด้วยผู้ที่หลบหนีความผิดอาญาร้ายแรง (มาตรา 1073 ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกาฉบับที่ 18) หรือผู้ยื่นคำขอเป็นบุคคลตามคำสั่งศาลในคดีอาญาโดยมีเงื่อนไขให้คุมความประพฤติหรือปล่อยจากคุกอย่างมีเงื่อนไข สำหรับกรณีที่ไม่ว่าจำเป็นต้องมีการร้องขอ กฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติไว้ต่างหาก เช่น เจ้าหน้าที่อาจปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางในกรณีใดๆ ซึ่งผู้ยื่นคำขอไม่ได้ชำระหนี้กู้ยืมที่ได้รับจากสหรัฐอเมริกา ตามมาตรา 2670(j) แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกาฉบับที่ 22 สำหรับความฉุกเฉินทางการแพทย์ การจัดเตรียมอาหาร และความช่วยเหลือฉุกเฉินอื่นๆ หรือผู้ยื่นคำขอไม่ได้ชำระหนี้กู้ยืมที่ได้รับจากสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 2671(b)(2)(B) แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกาฉบับที่ 22 หรือมาตรา 2671(b)(2)(A) แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกาฉบับที่ 22 สำหรับกรณีการส่งกลับประเทศหรือการอพยพของผู้ยื่นคำขอ เป็นต้น ส่วนเงื่อนไขการกระทำผิด

อาญาที่จะเป็นเหตุแห่งการปฏิเสธหรือเพิกถอนหนังสือเดินทางนั้น จำกัดเฉพาะหมายจับในคดีอาญาร้ายแรง เท่านั้น

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีรัฐบัญญัติหนังสือเดินทาง ค.ศ. 1986 (Passport Act (PassG)) กำหนดให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่โดยมิได้แยกว่าจะต้องมีการร้องขอจากหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องหรือไม่ แต่เงื่อนไขที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะปฏิเสธหรือเพิกถอนหนังสือเดินทางนั้น จะมีลักษณะเป็นการกำหนดเงื่อนไขว่าผู้ยื่นคำขอหนังสือเดินทางกระทำการเช่นนั้นหรือไม่ เช่น มีเจตนาที่จะกระทำการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 89 a แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งมาตรา 89 a แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติความผิดอาญาร้ายแรงที่ทำให้เกิดอันตรายต่อรัฐ เช่น ผู้ใดกระทำความผิดร้ายแรงต่อรัฐจะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี ซึ่งการกระทำผิดอย่างร้ายแรงที่ทำให้เกิดอันตรายต่อรัฐ หมายถึงความผิดต่อชีวิตตามมาตรา 211 หรือมาตรา 212 หรือความผิดฐานลักพาตัว หรือการจับตัวประกันตามมาตรา 239 a หรือ 239 b ตามลำดับ ซึ่งทำให้เสื่อมเสียและกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือต่อองค์การระหว่างประเทศ หรือทำลายหลักการรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือกรณีมีเจตนาที่จะกระทำละเมิดบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยยาเสพติด หรือมีเจตนาที่หลบเลี่ยงภาษี เป็นต้น

ราชอาณาจักรสเปนมีพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการยื่นขอหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดา และลักษณะของหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดา ค.ศ. 2003 กำหนดให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่โดยมิได้แยกว่าจะต้องมีการร้องขอจากหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องหรือไม่ ซึ่งลักษณะเงื่อนไขของการปฏิเสธและการยกเลิกหนังสือเดินทางในคดีอาญาจะกำหนดเงื่อนไขไว้ว่าผู้ยื่นคำขอหนังสือเดินทางต้องโทษทางอาญา ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นโทษทางอาญาถึงที่สุด หากศาลชั้นต้นพิพากษาถือว่าเพียงพอที่ฝ่ายปกครองจะยกเลิกหรือระงับหนังสือเดินทางของบุคคลดังกล่าว

แคนาดามีระเบียบหนังสือเดินทางแห่งแคนาดา (Canadian Passport Order SI/81 – 86) กำหนดให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่โดยมิได้แยกว่าจะต้องมีการร้องขอจากหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องหรือไม่ แต่ลักษณะเงื่อนไขจะมีความแตกต่างกันออกไป เช่น เจ้าหน้าที่อาจปฏิเสธหรือเพิกถอนหนังสือเดินทางได้เมื่อปรากฏว่า เป็นบุคคลซึ่งถูกฟ้องว่ากระทำผิดอาญาเหตุร้ายแรงในแคนาดา หรือความผิดอาญาทำนองเดียวกันในต่างประเทศ หรือเป็นบุคคลซึ่งถูกจำคุกหรือต้องห้ามมิให้ออกจากแคนาดาหรือถูกจำคุกหรือห้ามออกนอกประเทศสำหรับประเทศอื่น

สาธารณรัฐฝรั่งเศส นั้น จะแตกต่างจากประเทศอื่นๆ เพราะตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 1972 (le décret de la Convention nationale du 7 décembre 1972) และรัฐกฤษฎีกาว่าด้วยหนังสือเดินทาง ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 2005 (le décret n° 2005 – 1726 du 30 décembre 2005 relatif aux passeports) มิได้มีบทกำหนดเงื่อนไขข้อจำกัดในการปฏิเสธ หรือเพิกถอนหนังสือ

เดินทาง ยกเว้นในบางเรื่องซึ่งได้มีคำพิพากษาวางหลักไว้ เช่น เกี่ยวกับความมั่นคง นอกจากนี้ การห้ามออกนอกราชอาณาจักรมีผลทำให้เป็นการยกเลิกหนังสือเดินทางโดยอัตโนมัติ เพราะไม่สามารถเดินทางออกนอกราชอาณาจักรได้ แต่จำกัดเพียงสองเงื่อนไข คือ 1. มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นมีแผนการเดินทางออกนอกประเทศเพื่อไปร่วมก่อการร้าย และ 2. มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นมีแผนการเดินทางออกนอกประเทศเพื่อไปร่วมกับกลุ่มก่อการร้าย ซึ่งจะกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ หากบุคคลดังกล่าวได้เดินทางกลับมายังสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ผู้ศึกษาเห็นว่า ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 ได้กำหนดโดยใช้ถ้อยคำว่า พนักงานเจ้าหน้าที่ที่สามารถปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทางหรือแก้ไขหนังสือเดินทางหากปรากฏว่า... ข้อ 23 กำหนดไว้ว่า พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถยกเลิกและเรียกคืนหนังสือเดินทางได้ เมื่อปรากฏภายหลังว่า... ย่อมแสดงว่าอำนาจในการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง เป็นอำนาจดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะพิจารณาไม่ว่าจะเป็นกรณีเงื่อนไขใดก็ตาม เพียงแต่หากเป็นเงื่อนไขการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทางตามข้อ 21 (2) หรือการยกเลิกหนังสือเดินทางตามข้อ 23 (2) จะต้องเป็นกรณีที่ศาล หรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ ได้มีหนังสือร้องขอให้กรมการกงสุลพิจารณาปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทางหรือยกเลิกหนังสือเดินทาง เพราะบุคคลนั้นเป็นผู้ซึ่งกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้ว เช่น ในกรณีที่นาย จ. อยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราวของศาลทหารกรุงเทพได้ สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้มีหนังสือร้องขอให้ยกเลิกหนังสือเดินทางของนายจ. เนื่องจากเห็นว่า หนังสือเดินทางเป็นเอกสารสำคัญที่ผู้ต้องหาใช้ในการเดินทางไปประเทศต่างๆ ซึ่งจะเป็นอุปสรรคต่อการสืบหา ระบุถิ่นที่อยู่ เพื่อใช้เป็นข้อมูลหลักฐานประกอบคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือคำร้องขอความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาไปยังประเทศที่ผู้ต้องหาปรากฏตัวหรือมีถิ่นที่อยู่ ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาถึงเหตุผลความจำเป็นของหน่วยงานดังกล่าวว่าสมควรที่ยกเลิกหนังสือเดินทางหรือไม่ หรือหากเห็นว่าข้อเท็จจริงหรือเหตุผลของหน่วยงานที่เสนอเรื่องมานั้นยังไม่ชัดเจนครบถ้วน พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจที่จะมีหนังสือหรือสอบถามไปยังหน่วยงานดังกล่าวเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือเสนอข้อเท็จจริง และเหตุผลเพิ่มเติมได้ตามข้อ 20 ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548

ประเด็นที่ต้องพิจารณาอีกประการ คือ เงื่อนไขการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทางในกรณีผู้ร้องกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้วซึ่งศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจเห็นว่าไม่สมควรออกหนังสือเดินทางให้ นั้น มีข้อพิจารณาได้ดังนี้

(1) กรณีกำลังรับโทษในคดีอาญา โทษตามประมวลกฎหมายอาญา ประกอบไปด้วย ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน ซึ่งในฐานความผิดอาญาแต่ละฐานความผิดมีบทกำหนดโทษที่แตกต่างกัน เช่น มาตรา 112 บัญญัติว่า ผู้ใดหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท หรือผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี มาตรา 116 บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือ หรือวิธีอื่นใดอันมิใช่เป็นการกระทำภายในความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญ หรือมิใช่เพื่อแสดงความคิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต (1) เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดินหรือรัฐบาล โดยใช้กำลังข่มขืนใจหรือใช้กำลังประทุษร้าย (2) เพื่อให้เกิดความปั่นป่วน หรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชน ถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร หรือ (3) เพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดิน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี มาตรา 288 บัญญัติว่า ผู้ใดฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา ต้องระวางโทษอัตราทหารประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี ซึ่งหากจะตีความตามถ้อยคำที่ว่าโทษในคดีอาญาทุกฐานความผิดสามารถที่จะยกมาเป็นเหตุปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง หรือยกเลิกหนังสือเดินทางได้ทุกกรณี จะมีความเหมาะสมหรือไม่ เพราะในบางกรณี เช่น ความผิดลหุโทษ ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท ซึ่งถือเป็นบทลงโทษที่ไม่รุนแรง ด้วยสามัญสำนึก หรือพฤติกรรมของมนุษย์ บุคคลที่กำลังรับโทษในคดีอาญาความผิดลหุโทษ คงไม่คิดที่จะหลบหนีออกนอกประเทศเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการถูกลงโทษ

(2) กรณีที่อยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว การปล่อยชั่วคราวเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มุ่งให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามระบบการดำเนินคดีอาญา ในขณะที่เดียวกันก็มุ่งคุ้มครองต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวมมิให้เกิดความเสียหายหรือภัยอันตรายจากการที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยนั้นได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว นานาประเทศต่างยอมรับและนำมาตราการปล่อยชั่วคราวมาใช้บังคับเพื่อสานประโยชน์ระหว่างข้อดีและข้อเสียของระบบการดำเนินคดีอาญาทั้งสองรูปแบบดังกล่าว ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นๆ จะมีระบบการดำเนินคดีอาญาในรูปแบบใดมากหรือน้อยกว่ากัน นอกจากนี้ การกำหนดเงื่อนไขเพื่อที่จะนำมาใช้เป็นเหตุในการปฏิเสธ หรือยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทางในต่างประเทศเองก็มีได้ระบุหรือนำเงื่อนไขการปล่อยตัวชั่วคราวทุกกรณีมาเป็นเหตุในการยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทาง

แต่จะจำกัดบางเงื่อนไขและอยู่ภายใต้เงื่อนไขของศาลที่กำหนดไว้ด้วยว่าห้ามเดินทางออกนอกประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ราชาอาณาจักรสเปน และแคนาดา แต่กรณีของราชอาณาจักรไทย นั้นระบุเพียงว่าอยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว โดยมีได้กำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดว่าเป็นกรณีอยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราวอันเนื่องมาจากเหตุผลใด เพราะในบางกรณี บุคคลที่อยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราวนั้น อาจไม่มีพฤติกรรมที่จะหลบหนี หรือแม้แต่อยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราวศาลก็ได้กำหนดเงื่อนไขห้ามบุคคลนั้นเดินทางออกนอกประเทศ แม้จะห้ามเดินทางออกนอกประเทศแต่ก็ไม่ได้ห้ามโดยเด็ดขาด หากจะเดินทางออกนอกประเทศจะต้องร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาและอนุญาตให้เดินทางออกนอกประเทศ ซึ่งความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวส่งผลทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ดังจะเห็นได้จากกรณีที่นาย จ. ซึ่งถูกดำเนินคดีอาญาในศาลทหารกรุงเทพได้ และได้รับอนุญาตจากศาลให้ปล่อยตัวชั่วคราวในระหว่างถูกดำเนินคดี โดยศาลกำหนดเงื่อนไขห้ามเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล ซึ่งตำรวจเกรงว่านาย จ. จะหลบหนีออกนอกราชอาณาจักรไทยและเป็นอุปสรรคต่อการนำตัวมาดำเนินคดีจึงมีหนังสือร้องขอไปยังกรมการกงสุลให้ยกเลิกหนังสือเดินทางของนาย จ. กรณีเช่นนี้ ตำรวจ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมการกงสุลจะมีขอบเขตในการที่จะพิจารณาปฏิเสธหรือยับยั้ง หรือยกเลิกหนังสือเดินทางอย่างไร เพราะหากนาย จ. ได้รับอนุญาตจากศาลให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย แต่พนักงานเจ้าหน้าที่กลับมีคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางของนาย จ. ทำให้นาย จ. เดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยไม่ได้เพราะไม่มีหนังสือเดินทาง

ผู้ศึกษาเห็นว่า การปล่อยชั่วคราวหรือการประกันตัวก็เพื่อให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้รับอิสรภาพไปชั่วคราว การปล่อยตัวชั่วคราวจึงเกิดขึ้นได้โดยคำสั่งศาลในคดีอาญาทุกคดีที่เข้าเงื่อนไขและเกิดขึ้นได้ทุกขั้นตอน ตั้งแต่กระบวนการสอบสวน ไล่สวนมูลฟ้อง หรือในชั้นการพิจารณาคดีของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาล ซึ่งในการพิจารณาปล่อยตัวชั่วคราวศาลมีอำนาจดุลพินิจในการพิจารณาตามหลักเกณฑ์ความหนักเบาแห่งข้อหา พยานหลักฐานต่างๆ พฤติการณ์แห่งคดี ความน่าเชื่อถือของผู้ร้องขอประกันหรือหลักประกัน ผู้ต้องหาหรือจำเลยน่าจะหลบหนีหรือไม่ ภัยอันตรายหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการปล่อยตัวชั่วคราว และการปล่อยตัวชั่วคราวศาลจะกำหนดเงื่อนไขไว้ก็ได้ เช่น ศาลอาจอนุญาตให้ปล่อยตัวชั่วคราวโดยมีเงื่อนไขเกี่ยวกับที่อยู่ของผู้ต้องหาหรือจำเลย หรือจะกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยปฏิบัติเพื่อป้องกันการหลบหนีหรือภัยอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการปล่อยตัวชั่วคราว¹⁴⁸ โดยให้ผู้ต้องหาหรือจำเลยมารายงานตัวตามที่ศาลกำหนด หรือห้ามเดินทางออกนอกราชอาณาจักร หรือให้ละเว้นกิจกรรม

¹⁴⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 108

บางอย่างที่อาจเป็นเหตุให้เกิดการกระทำผิดขึ้นอีก ดังนั้น การได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวจึงเป็นกรณีที่ได้รับการพิจารณาโดยศาล หากพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเกรงว่าบุคคลที่ได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวจะหลบหนีออกนอกราชอาณาจักรไทยและจะเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินคดี ก็จะต้องมีเหตุผลสนับสนุนที่หนักแน่นเพียงพอ โดยอาจพิจารณาถึงพฤติกรรมของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาประกอบกัน

(3) หมายจับในคดีอาญา เหตุที่จะออกหมายจับได้นั้น มีสองกรณี¹⁴⁹ คือ 1. กรณีมีหลักฐานพอสมควรว่าบุคคลใดน่าจะกระทำความผิดอาญาซึ่งมีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงเกินสามปี หรือ 2. กรณีมีหลักฐานพอสมควรว่าบุคคลใดน่าจะกระทำความผิดอาญาและมีเหตุอันควรเชื่อว่าจะหลบหนีหรือจะไปยุ่งเหยิงกับพยานหลักฐานหรือก่อเหตุอันตรายประการอื่น นอกจากนี้ ยังมีเหตุที่จะออกหมายจับได้ในกรณีอื่น เช่น บุคคลที่ได้หมายเรียกโดยชอบเพื่อการไต่สวนมูลฟ้องหรือการพิจารณา แล้วขัดขืนไม่ปฏิบัติตามหมายเรียก ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 111 (2) ประกอบมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นต้น ก็อาจจะทำให้เกิดความสับสนได้ เพราะระเบียบมิได้กำหนดขอบเขตของคดีอาญาที่จะต้องเป็นคดีอาญาความผิดฐานใด การปล่อยตัวชั่วคราวในบางกรณีก็ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นคดีอาญาที่มีความผิดร้ายแรงถึงขนาดที่มีมูลเหตุจูงใจที่จะต้องหลบหนีไปต่างประเทศ ซึ่งจะแตกต่างกับสหรัฐอเมริกา แคนาดา และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่จำกัดเฉพาะในคดีอาญาร้ายแรง การกำหนดในลักษณะที่มีได้ระบุจำกัดเฉพาะคดีอาญาในความผิดฐานใด อันเป็นการเปิดช่องให้หน่วยงานต่างๆ อาศัยบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวยื่นเรื่องเสนอให้กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ ปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และยกเลิกหนังสือเดินทางในคดีอาญาทุกกรณี อาจทำให้เกิดการโต้แย้งการใช้อำนาจว่าเป็นการกีดกันแกล้งและเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้

ผู้ศึกษาเห็นว่า จากบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่มีความชัดเจน ทำให้เกิดความสับสนทั้งในหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบ ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง และการกำหนดเงื่อนไขโดยระบุว่าคดีอาญาแต่มีได้ระบุหรือจำกัดว่าเป็นความผิดอาญาในฐานความผิดใด ทำให้พนักงานเจ้าหน้าที่ พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ มีขอบเขตอำนาจที่จะพิจารณาที่กว้างมากเกินไป หรือเพราะเหตุผลใดจึงเห็นสมควรที่ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง หรือยกเลิกหนังสือเดินทาง ซึ่งแม้ในต่างประเทศจะกำหนดเงื่อนไขในคดีอาญาที่แตกต่างกัน แต่เงื่อนไขในคดีอาญาของแต่ละประเทศจะมีข้อจำกัด เช่น สหรัฐอเมริกาจำกัดเฉพาะหมายจับคดีอาญาร้ายแรง (Felony)

¹⁴⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2547 มาตรา 66.

ความผิดร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกา มีโทษประหารชีวิต หรือจำคุกในเรือนจำของรัฐ หรือความผิดที่มีอัตราโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่ 1 ปี สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จำกัด เฉพาะกรณี ที่ผู้ขอหนังสือเดินทางมีเจตนาที่จะกระทำความผิดอาญาร้ายแรงตามมาตรา 89 a แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติความผิดอาญาร้ายแรงที่ทำให้เกิดอันตรายต่อรัฐ เช่น ผู้ใดกระทำความผิดร้ายแรงต่อรัฐจะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปี ซึ่งการกระทำความผิดอย่างร้ายแรงที่ทำให้เกิดอันตรายต่อรัฐ หมายถึงความผิดต่อชีวิตตามมาตรา 211 หรือมาตรา 212 หรือความผิดฐานลักพาตัว หรือการจับตัวประกันตามมาตรา 239a หรือ 239b ซึ่งทำให้เสื่อมเสียต่อความมั่นคงของรัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศ หรือทำลายหลักการรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ส่วนแคนาดา จำกัด เฉพาะบุคคลซึ่งถูกฟ้องว่ากระทำความผิดอาญาร้ายแรง ส่วนราชอาณาจักรไทยมิได้มีข้อจำกัดใดๆ เพียงแต่ผู้ร้องขอหนังสือเดินทาง หรือที่ได้รับหนังสือเดินทางไปแล้ว กำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้ว ซึ่งไม่มีความชัดเจน ประกอบกับประมวลกฎหมายอาญาของราชอาณาจักรไทยก็ได้มีการแบ่งแยกว่าคดีอาญาฐานความผิดใดเป็นความผิดร้ายแรง หรือเป็นคดีอาญาไม่ร้ายแรง คงมีแต่ประเภทคดีอาญาอันยอมความได้ซึ่งจะต้องมีกฎหมายระบุอย่างชัดเจนว่ายอมความได้ และประเภทคดีอาญาแผ่นดิน และประเภทคดีอาญาความผิดลหุโทษซึ่งต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แม้ความผิดลหุโทษนั้น ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงแต่คดีอาญาความผิดลหุโทษกฎหมายมิได้ระบุว่ายอมความได้ หากมีการถอนคำร้องทุกข์ก็ไม่ทำให้คดีระงับไปได้ อย่่างไรก็ดี คำว่าอาญาร้ายแรงนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540¹⁵⁰ ได้บัญญัติคำว่าคดีอาญาร้ายแรงไว้ในกรณีมีเหตุที่จะออกหมายจับหรือหมายขังบุคคลได้ต่อเมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าผู้นั้นกระทำความผิดอาญาร้ายแรงที่มีอัตราโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งเป็นที่มาของการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 ที่ได้บัญญัติการกระทำความผิดอาญาร้ายแรง คือความผิดอาญาที่มีโทษอัตราอย่างสูงเกิน 3 ปี นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังบัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่างๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและ

¹⁵⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 237.

ระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง¹⁵¹

ดังนั้น เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจน ควรแยกหลักเกณฑ์ตามข้อ 21 (2) ของระเบียบกระทรวงต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 นำไปบัญญัติไว้ต่างหาก และกำหนดความผิดอาญาเฉพาะในความผิดอาญาร้ายแรง โดยใช้แนวทางของสหรัฐอเมริกา แคนาดา และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และเหตุแห่งการออกหมายจับตามที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 และกำหนดให้พนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจให้เหตุผลในการร้องขอด้วยว่าเพราะเหตุใดถึงจะต้องปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง หรือยกเลิกหนังสือเดินทางของบุคคลนั้น ไปพร้อมกับการเสนอให้ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ยกเว้นเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองเพื่อมีคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และยกเลิกหนังสือเดินทาง และแนวทางแก้ไขปัญหา

การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเมื่อพิจารณาข้อกำหนดในระเบียบดังกล่าว ปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดเกี่ยวกับสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่ง ดังนี้

(1) สิทธิในการได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 42 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติให้มีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่วันที่ผู้รับแจ้งเป็นต้นไป คำสั่งทางปกครองนั้น อาจจะทำด้วยวาจา ทำเป็นหนังสือ หรือรูปแบบอื่นใด แต่ส่วนใหญ่แล้วจะทำเป็นหนังสือ ส่วนวิธีการแจ้งคำสั่งทางปกครองนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้หลายวิธี เช่น การแจ้งไปยังที่อยู่ที่ได้รับแจ้ง การวางหรือปิดหนังสือ การแจ้งทางไปรษณีย์ หรือวิธีการส่งทางโทรสาร ซึ่งเมื่อคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง เป็นคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองจะมีผลต่อเมื่อได้มีการแจ้งคำสั่ง โดยชอบตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่ที่ผ่านมามีภายหลังจากที่มีคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางแล้ว กรมการกงสุลจะมีแนวปฏิบัติที่แตกต่างกันแล้วแต่กรณี เช่น การยกเลิกหนังสือเดินทางเพราะ

¹⁵¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 วรรคสาม.

การทุจริตทางทะเบียนและบัตรประจำตัวประชาชนที่นำมายื่นขอหนังสือเดินทางพนักงานเจ้าหน้าที่ จะดำเนินการยกเลิกหนังสือเดินทางและมีหนังสือแจ้งผู้ถือหนังสือเดินทางทราบ ในภายหลัง แต่กรณีการยกเลิกหนังสือเดินทางเนื่องจากศาล หรือฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหนังสือ แจ้งมาและมีความเห็นว่าเป็นบุคคลที่ไม่สมควรออกหนังสือเดินทางให้ พนักงานเจ้าหน้าที่ จะไม่แจ้งให้คู่อกรณทราบ โดยอาจมีเหตุผลว่าหากมีการแจ้งคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางแล้วเกรงว่า บุคคลดังกล่าวจะหลบหนีการจับกุม เป็นต้น จากแนวทางปฏิบัติดังกล่าวจึงทำให้เกิดปัญหาตามมา ว่าผู้ที่ถูกปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทางหรือถูกยกเลิกหนังสือเดินทางจะทราบได้อย่างไร และจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนต่อไปอย่างไรหากไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว

ผู้ศึกษาเห็นว่า คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครองให้ต้องปฏิบัติตามทันทีที่ผู้รับคำสั่งได้รับแจ้งเป็นต้นไป และให้มีผลสมบูรณ์ตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือ สิ้นผลตามเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำสั่งนั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักการคุ้มครองความ เชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น ไม่ว่าจะกรณีใดๆ ก็ตาม เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ ดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองไปแล้วจะต้องแจ้งคำสั่งทางปกครองให้ผู้ได้รับผลกระทบจาก คำสั่งทางปกครองทราบโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หากการแจ้งโดยไม่มีอำนาจ หรือกรณีการรับรู้ โดยบังเอิญย่อมไม่ถือว่ามี การแจ้งซึ่งจะไต่สวนกับผู้รับคำสั่งนั้นไม่ได้ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งจึงต้อง แจ้งผลคำสั่งทางปกครองตามวิธีที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้

(2) สิทธิการรับทราบข้อเท็จจริง และการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ สิทธิของคู่กรณี ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณี มีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน เว้นแต่เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ ผู้หนึ่งผู้ใด หรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ หรือจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎ กำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้าออกไป หรือเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ใน คำขอ คำให้การ หรือคำแถลง หรือโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจ กระทำได้ หรือเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง หรือกรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง¹⁵² และกฎกระทรวง กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)ฯ ได้กำหนดคำสั่งปกครองที่ไม่จำเป็นต้องเปิด โอกาสให้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนการออกคำสั่งไว้หกประการ ซึ่งรวมถึง “การไม่ออก หนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ”

¹⁵² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30.

เมื่อพิจารณาคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางแล้วจะเห็นได้ว่า คำสั่งดังกล่าวจะอยู่ภายใต้บังคับต้องเปิดโอกาสให้ผู้ถูกปฏิเสธหรือยับยั้งหรือยกเลิกหนังสือเดินทาง ซึ่งแจ้งข้อเท็จจริงและแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอตามหลักการรับฟังคู่กรณีหรือไม่ หรือหากไม่อยู่ภายใต้บังคับของหลักการดังกล่าวแล้ว จะถือว่าเข้ายกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเฉพาะคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้ง หรือคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง หมายความว่ารวมถึงการไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ ด้วยหรือไม่

ในเรื่องนี้ ศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขแดงที่ 1930/2559 และหมายเลขแดงที่ 591/2560 ได้วินิจฉัยว่า กฎกระทรวงตามความในมาตรา 30 วรรคสอง (6) ดังกล่าวก็เพื่อเป็นการผ่อนคลายภาระที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในกรณีที่เห็นว่าไม่จำเป็นหรือไม่สมควรต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว เมื่อพิจารณาจากกรณียกเว้นต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)ฯ แล้ว เป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองมีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณีทั้งสิ้น แต่ต้องพิจารณาในทางกลับกันด้วยว่า ในกรณียกเว้นต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540)ฯ หากจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะส่งผลกระทบต่อการทำงานของพนักงานเจ้าหน้าที่มากเกินไป หรือเป็นกรณีที่เกี่ยวกับความมั่นคงหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือไม่ เมื่อพิจารณาระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ซึ่งออกมาใช้บังคับเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกหนังสือเดินทางให้กับบุคคลผู้มีสัญชาติไทยใช้เป็นหลักฐานในการเดินทางไปต่างประเทศได้ ในขณะที่เดียวกันเพื่อป้องกันมิให้บุคคลผู้ไม่ประสงค์ดีอาศัยหนังสือเดินทางในการเดินทางเข้าออกประเทศต่าง ๆ หรือใช้เป็นช่องทางในการกระทำความผิด กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งเป็นหน่วยงานดูแลรับผิดชอบเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทางจึงจำเป็นต้องกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอและหลักเกณฑ์วิธีการในการพิจารณาออกหนังสือเดินทางให้แก่ผู้ยื่นคำขอไว้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าเข้าเงื่อนไขตามข้อ 21 ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมต้องปฏิเสธหรือยับยั้งการออกหนังสือเดินทางได้ นอกจากนี้ แม้ได้ออกหนังสือเดินทางไปแล้วหากปรากฏข้อเท็จจริงที่เข้าเงื่อนไขตามข้อ 23 พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจยกเลิกหนังสือเดินทางที่ออกไปให้แก่บุคคลที่ยื่นคำขอไว้แล้วได้ ประกอบกับ โดยสภาพข้อเท็จจริงของเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ย่อมเป็นกรณีที่ไม่สามารถแจ้งหรือไม่สมควรแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงหรือให้คู่กรณีโต้แย้งก่อนการทำคำสั่งทางปกครอง กรณีจึงต้องบัญญัติไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามพระราชบัญญัติวิธี

ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่า การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศให้ถือเป็นข้อยกเว้นที่ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งหมายความรวมถึง การปฏิเสธ การขยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทางด้วย คำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางเป็นคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้ว่าจะเปรียบเทียบระหว่างการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 จะมีได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิการได้รับทราบข้อเท็จจริงและการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน แต่เมื่อคำสั่งปฏิเสธหรือขยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางเป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หากจะต้องตีความหรือแปลความบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวให้มีผลใช้บังคับได้ จึงต้องตีความหรือแปลความให้สอดคล้องกับปรัชญาของกฎหมายมหาชนที่เป็นไปเพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของราษฎรซึ่งเป็นปัจเจกชนกับประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของประชาชน โดยรวม สำหรับกรณีกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติถ้อยคำว่า “การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ” นั้นจะมีความหมายอย่างไร เพราะการแปลความหมายดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่า การไม่ออกหนังสือเดินทาง คือการการปฏิเสธหรือขยับยั้งคำขอหนังสือเดินทางเพียงอย่างเดียว ไม่หมายความรวมถึงการยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทางด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณากฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กฎหมายได้ออกมาใช้บังคับเมื่อปี พ.ศ. 2540 ก่อนที่จะมีการตราระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2545 ซึ่งเพ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือขยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทางไว้ในกฎหมายดังกล่าว และต่อมาได้ยกเลิกโดยระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ประกอบกับกฎกระทรวงออกมาก็เพื่อเป็นการผ่อนคลายภาระที่จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในกรณีที่เห็นว่าไม่จำเป็นหรือไม่สมควรต้องปฏิบัติตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ดังนั้น การแปลความหมายของถ้อยคำการไม่ออกหนังสือเดินทาง จึงต้องแปลความโดยการขยายความหมายให้ครอบคลุมสภาพของเรื่องนั้นๆ ด้วย ซึ่งมีกรณีที่เกี่ยวข้องกับกรณีนี้คือ กรณีที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง¹⁵³ มีความเห็นว่า คำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าว

¹⁵³ ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 836/2546

อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว หรือคำสั่งไม่ขยายระยะเวลาอยู่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติตรวจคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เป็นการพิจารณาไม่ตรวจลงตราในหนังสือเดินทาง ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกรณีศาลปกครอง¹⁵⁴ ได้มีคำวินิจฉัย คำว่า “การให้พ้นจากตำแหน่ง” ตาม (1) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) มิได้มีความหมายจำกัด แต่คำดังกล่าวมีความหมายสามัญ ซึ่งหมายความรวมถึงกรณีของผู้ฟ้องคดีที่พ้นจากตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัด โดยผลของคำสั่งพิพาทของผู้ถูกฟ้องคดีด้วย ฉะนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ให้ผู้ฟ้องคดีมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอ และมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน จึงไม่อาจถือเป็นเหตุให้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากแนวทางดังกล่าว จึงเห็นว่า การไม่ออกหนังสือเดินทางมีความหมายรวมไปถึงการยกเลิกหนังสือเดินทางด้วย คำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ได้รับการยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง (6) ประกอบกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

(3) สิทธิในการได้รับแจ้งวิธีการอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

เมื่อพิจารณาระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 จะพบว่า ระเบียบดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง ยื่นอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งดังกล่าว ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายเฉพาะมิได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้และไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งที่ต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ โดยหลักย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์ได้ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อย่างไรก็ดีตาม แม้ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางอาจอุทธรณ์คำสั่งได้ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่กรณีการอุทธรณ์ดังกล่าวย่อมมีปัญหาเกิดขึ้น เพราะในบางกรณีพนักงานเจ้าหน้าที่จะได้แจ้งคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางให้ผู้ถูกยกเลิกหนังสือเดินทางทราบ ซึ่งจะมีผลต่อเนื่องกับกรณีระยะเวลายื่นอุทธรณ์ เพราะหากผู้ได้รับผลกระทบจะอุทธรณ์คำสั่งได้ต่อเมื่อได้รับทราบคำสั่งดังกล่าวแล้ว และเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับคำอุทธรณ์แล้ว กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองยังบัญญัติให้ต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วย

หากพิจารณาในส่วนของแต่ละประเทศ จากการศึกษาพบว่า สหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแจ้งคำสั่งปฏิเสธหรือคำสั่งเพิกถอนหนังสือเดินทาง ซึ่งจะแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งบุคคลใดๆ ที่การยื่นคำขอออกหนังสือเดินทางนั้นถูกปฏิเสธ หรือหนังสือเดินทางนั้นถูกเพิกถอน

¹⁵⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.250/2549

การบอกกล่าวนั้นจะต้องระบุถึงเหตุผลที่ปฏิเสธหรือเพิกถอน และเมื่อหน่วยงานที่มีอำนาจพิจารณา ทบทวน ได้รับหนังสืออุทธรณ์หรือคำร้องขอให้ทวนคำสั่งปฏิเสธหรือการเพิกถอนแล้วจะต้อง พิจารณาภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งการปฏิเสธหรือการเพิกถอนภายหลังจากที่ได้ทบทวน พิจารณาและแสวงหาข้อเท็จจริงและข้อเสนอของเจ้าหน้าที่พิจารณา ผู้รักษาการแทนผู้ช่วยและ เลขานุการการบริการหนังสือเดินทางในกระทรวงกิจการกงสุลจะตัดสินใจว่าจะยื่นตามคำปฏิเสธหรือ เพิกถอนหนังสือเดินทาง กรมอาจจะแจ้งไปยังบุคคลที่ร้องขอให้มีการพิจารณาทราบโดยทันทีเป็น หนังสือ หากคำตัดสินเป็นการยื่นตามคำปฏิเสธหรือการเพิกถอน การบอกกล่าวจะต้องมีการระบุถึง เหตุผลสำหรับการตัดสินใจเช่นนั้น คำตัดสินนั้นเป็นที่สุด และไม่อยู่ภายใต้การทบทวนภายในฝ่าย ปกครองอีกแต่อย่างใด ส่วนแคนาดาไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาในเรื่องนี้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะกรณีคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางหน่วยงานที่รับผิดชอบมีอำนาจดุลพินิจที่จะไม่แจ้งให้ ผู้ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกหนังสือเดินทางทราบล่วงหน้า ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี และราชอาณาจักรสเปน นั้น กฎหมายว่าด้วยหนังสือเดินทางมิได้มีบทบัญญัติ เกี่ยวกับการอุทธรณ์ แต่ยอมใช้สิทธิที่จะอุทธรณ์ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในแต่ละประเทศนั้นได้

จากกรณีปัญหานี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้จะมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งถือเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไว้ ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติหน่วยงานปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐยังคงมีปัญหาในการนำไปบังคับใช้ ดังนั้น ปัญหานี้อาจมีแนวทางแก้ไข 2 วิธี คือ

1. สร้างองค์ความรู้และความเข้าใจแก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
2. เพิ่มบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งคำสั่งทางปกครอง และการระบุเหตุผล ไว้ในคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ในกฎหมายว่าด้วยหนังสือ เดินทางโดยเฉพาะ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการที่ได้ศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ เสรีภาพในการเดินทาง และสิทธิในหนังสือเดินทาง ตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และราชอาณาจักรไทย รวมทั้งศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ตลอดจนศึกษาแนวทางในการแก้ไขปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้นในบทนี้ ผู้ศึกษาจึงขอสรุปประเด็นปัญหาจากการที่ได้ทำการวิเคราะห์ไว้แล้วในบทที่ 4 พร้อมข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมายตามประเด็นที่ได้ศึกษา ดังนี้

5.1 บทสรุป

การเดินทางหรือการเคลื่อนย้ายเป็นเสรีภาพส่วนบุคคล บุคคลมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพในการเดินทางโดยอิสระตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและไม่เป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น แต่ลำพังโดยเสรีภาพในการเดินทางไม่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น หากจะพิจารณาในแง่อำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์กับผู้อื่น โดยการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือคว่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตนแล้ว ย่อมหมายถึงสิทธิในเสรีภาพในการเดินทาง แต่สิทธิในเสรีภาพในการเดินทางใช้ว่าทุกคนจะสามารถใช้สิทธิได้โดยไม่มีข้อจำกัด เพราะเสรีภาพในการเดินทางถือเป็นเสรีภาพสัมพัทธ์หรือมีเงื่อนไข รัฐสามารถที่จะตรากฎหมายจำกัดเสรีภาพในการเดินทางของพลเมืองของตนได้ ดังนั้น แม้บุคคลจะมีสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศ แต่การเดินทางดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดหรือเงื่อนไขพิเศษทั้งในประเทศต้นทางซึ่งจะต้องออกหนังสือเดินทาง (Passport) ให้แก่พลเมืองของตนเอง เพื่อใช้แสดงต่อประเทศปลายทางที่จะเดินทางเข้าไป และประเทศปลายทางนั้นก็พิจารณาอนุญาตตรวจลงตรา (Visa) ให้เข้าประเทศหรือไม่ให้เข้าประเทศได้ภายใต้เงื่อนไขกฎหมายของประเทศนั้นๆ ซึ่งก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 บุคคลใด ๆ สามารถที่จะเดินทางออกนอกประเทศได้โดยเสรีโดยมิต้องร้องขอหนังสือเดินทาง เพราะเป็นการกระทำเสี่ยงภัยของตนเอง ซึ่งปฎิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 13 (2) บัญญัติรับรองซึ่งสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศ มีลักษณะเหมือนบัตรประจำตัวของผู้เดินทาง มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้นั้นได้รับความคุ้มครอง

และความช่วยเหลือในต่างประเทศ แต่บุคคลนั้นอาจถูกปฏิเสธไม่ยอมให้เข้าประเทศที่ตนประสงค์จะเข้าไปได้ การถูกปฏิเสธไม่ยอมให้เข้าประเทศเป็นสิทธิเด็ดขาดของประเทศนั้น ต่อมาหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ยุติลง การเดินทางติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประเทศมีความจำเป็นมากขึ้น จึงต้องมีมาตรการในการควบคุมดูแลทั้งประเทศต้นทางเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทาง และประเทศปลายทางซึ่งต้องตรวจสอบตราอนุญาตให้เดินทางเข้ามาภายในประเทศของตน (Visa) สิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 12 จึงมีการตีความให้ขยายความรวมไปถึงสิทธิในการได้รับเอกสารการเดินทางด้วย การออกกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง การปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทาง จึงต้องสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง รวมทั้งต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ ที่รัฐจะกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และกฎหมายนั้นจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบอำนาจให้สามารถออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ซึ่งแม้ราชอาณาจักรไทยจะได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองเสรีภาพในการเดินทางของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อันเป็นการสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศ แต่การที่ฝ่ายบริหารได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 กำหนดให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ออกหนังสือเดินทางให้แก่บุคคลผู้มีสัญชาติไทย รวมทั้งกำหนดเงื่อนไขหลักเกณฑ์การปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของกระทรวงการต่างประเทศในการออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548

แม้เสรีภาพในการเดินทางจะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่การใช้สิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยซึ่งเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ บุคคลที่จะเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยต้องมีหนังสือเดินทางที่ออกให้โดยราชอาณาจักรไทยเพื่อใช้แสดงตนในต่างประเทศ ราชอาณาจักรไทยจึงมีหน้าที่ที่จะต้องออกหนังสือเดินทางให้แก่พลเมืองของตนเมื่อมีการร้องขอ แต่หากพนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิเสธหรือยับยั้งที่จะให้หนังสือเดินทาง หรือยกเลิกหนังสือเดินทาง จะสามารถทำได้มากน้อยเพียงใด เพราะไม่ว่าจะเป็นผู้ได้รับผลกระทบ ฝ่ายปกครอง และศาลปกครองเอง ยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน กล่าวคือ

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่า การยกเลิกหนังสือเดินทางย่อมมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยโดยปริยาย ดังนั้น การออกกฎหมายเพื่อปฏิเสธหรือยับยั้งหนังสือเดินทาง และยกเลิกหนังสือเดินทางจึงสามารถกระทำได้เท่าที่จำเป็น และต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ เมื่อระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 เป็นกฎ ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งข้อ 21 และข้อ 23 ของระเบียบดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง มีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และถือเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนสาระสำคัญและกระทำเท่าที่จำเป็นน้อยที่สุด ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 และข้อ 23 จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ปริญญาสา กล่าวว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ความเห็นที่สอง เห็นว่า การยกเลิกหนังสือเดินทาง ไม่ใช่การถูกห้ามการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย แต่เป็นกรณีถูกเพิกถอนหนังสือเดินทางซึ่งไม่ได้มีผลโดยตรงในการห้ามเดินทาง หนังสือเดินทางเป็นเพียงเอกสารรับรองตัวตนของพลเมืองที่รัฐออกให้แก่พลเมืองของตน เพื่อแสดงว่ารัฐอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวเดินทางไปต่างประเทศ เสรีภาพในการเดินทางไปต่างประเทศจึงอาจถูกจำกัดได้ด้วยข้อกำหนดของแต่ละประเทศนั้นๆ การออกหนังสือเดินทางรัฐย่อมต้องดำเนินการให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมายและระเบียบปฏิบัติระหว่างประเทศที่กำหนดไว้เป็นในแนวทางเดียวกัน รัฐจึงมีอำนาจกำหนดขั้นตอนวิธีการต่างๆ ในการออกหนังสือเดินทาง และมีอำนาจกำหนดข้อปฏิเสธในการออกหนังสือเดินทางเพื่อป้องกันผู้กระทำผิดต่อกฎหมายหลบหนีและเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นกรณีเสื่อมเสียแก่ประเทศชาติด้วย ดังนั้น การออกกฎหมายเกี่ยวกับหนังสือเดินทางจึงเป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั่วไปที่ให้อำนาจไว้ไม่อยู่ภายใต้การบังคับเงื่อนไขของข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

ประเด็นปัญหานี้ สหรัฐอเมริกา และแคนาดาได้ตีความสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกประเทศให้รวมไปถึงสิทธิในหนังสือเดินทางซึ่งได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ สิทธิในหนังสือเดินทางของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และราชอาณาจักรสเปน ยังมีการบัญญัติไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนว่า รัฐจะต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานในการมีหนังสือเดินทางของพลเมือง และสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นอีกประเทศหนึ่งที่เคารพสิทธิและเสรีภาพในการเดินทาง แม้จะไม่ปรากฏหลักฐานอย่างชัดเจนว่าสิทธิในหนังสือเดินทางถือเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการเดินทางหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณากฎหมายว่าด้วยหนังสือ

เดินทางของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าพลเมืองของตนมีสิทธิได้รับหนังสือเดินทางทั่วไปโดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ และไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทางของพลเมืองของตนย่อมแสดงเห็นว่า สาธารณรัฐฝรั่งเศสให้การเคารพถึงสิทธิในการมีเอกสารการเดินทางอย่างแท้จริง นอกจากนี้ หากพิจารณาหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ รูปแบบของกฎหมายลำดับรองที่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง รวมถึงข้อจำกัดของการออกกฎหมายลำดับรอง ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองได้เมื่อกฎหมายแม่บทให้อำนาจชัดเจน กฎหมายแม่บทอาจเป็นรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติ และเนื้อหาของกฎหมายต้องอยู่ในขอบเขต วิธีการ และการใช้บังคับตามที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ด้วย สำหรับพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เป็นเพียงกฎหมายทั่วไปที่กำหนดโครงสร้างและกำหนดอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารราชการโดยรวมของประเทศ ส่วนพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ก็บัญญัติให้กระทรวงการต่างประเทศมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับหนังสือเดินทางและเอกสารการเดินทางให้แก่คนสัญชาติไทย แม้กระทรวงการต่างประเทศ โดยกรมการกงสุลจะมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาออกระเบียบเกี่ยวกับการออกหนังสือเดินทางได้โดยอาศัยบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวข้างต้น แต่เสรีภาพในการเดินทางซึ่งรวมถึงสิทธิในการมีหนังสือเดินทางได้บัญญัติรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บทบัญญัติในส่วนของการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทางซึ่งถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในการใช้สิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทย จึงต้องออกโดยภายใต้เงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และต้องเป็นไปตามหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 รวมถึงพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 และกฎกระทรวงฯ ที่กำหนดให้กรมการกงสุลมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับหนังสือเดินทางและเอกสารการเดินทางให้แก่คนสัญชาติไทย เป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปของกรมการกงสุล ไม่ได้มีบทบัญญัติที่มีเนื้อความให้อำนาจกระทรวงการต่างประเทศออกระเบียบหรือประกาศ ข้อบังคับใดๆ เพื่อปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง หรือการยกเลิกหนังสือเดินทางแต่อย่างใด การที่กระทรวงการต่างประเทศได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินออกระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ขึ้นมาใช้บังคับจึงขัดต่อหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ

2. ปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 กำหนดให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ออกหนังสือเดินทางให้แก่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยที่ยื่นคำขอหนังสือเดินทาง แต่หากบุคคลที่ยื่นคำขอมิเหตุเข้าเงื่อนไขที่พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่อาจออกหนังสือเดินทางให้ ระเบียบดังกล่าวได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจที่จะปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง หรือยกเลิกหนังสือเดินทางของบุคคลที่ได้รับหนังสือเดินทางไปแล้วได้ แต่เงื่อนไขที่ว่ำนั้นกลับถูกกำหนดไว้ในสองกรณีแตกต่างกัน คือ กรณีที่หนึ่ง เมื่อได้รับแจ้งจากศาล หรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ ว่าผู้ร้องเป็นผู้ซึ่งกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้วซึ่งศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจเห็นว่าไม่ควรออกหนังสือเดินทางให้ และกรณีที่สอง คือ กรณีที่ผู้ร้องขอหนังสือเดินทาง หรือผู้ร้องที่ได้รับหนังสือเดินทางไปแล้ว กระทำผิดกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติราชการ ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือปิดบังความจริงอันเป็นสาระสำคัญ หรือแสดงเอกสารหลักฐานอันเป็นเท็จในการขอหนังสือเดินทาง หรือไม่อยู่ในฐานะที่จะเดินทางไปต่างประเทศ หรือหากเดินทางออกนอกราชอาณาจักรจะเป็นภัยต่อสวัสดิภาพของผู้เดินทางเอง หรือกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงปลอดภัย หรือชื่อเสียงและเกียรติภูมิของประเทศไทย ซึ่งทั้งสองกรณีดังกล่าว แม้จะเป็นอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ต้นเรื่องที่จะนำเข้าสู่การพิจารณาแตกต่างกัน เพราะกรณีที่หนึ่งจำเป็นต้องมีการร้องขอจากศาล ตำรวจ หรือพนักงานฝ่ายปกครอง ส่วนกรณีที่สอง ไม่จำเป็นต้องมีการร้องขอจากหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งความไม่ชัดเจนของกรณบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ต่อการใช้ดุลพินิจตัดสินใจ ซึ่งเมื่อพิจารณาระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 ได้กำหนดโดยใช้ถ้อยคำว่า “พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทางหรือแก้ไขหนังสือเดินทางในกรณีดังต่อไปนี้...” ข้อ 23 กำหนดไว้ว่า “พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถยกเลิกและเรียกคืนหนังสือเดินทางได้ เมื่อปรากฏภายหลังว่า...” ย่อมแสดงว่าอำนาจในการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง เป็นอำนาจดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นกรณีเงื่อนไขใดก็ตาม เพียงแต่หากเป็นเงื่อนไขการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทางตามข้อ 21 (2) หรือการยกเลิกหนังสือเดินทางตามข้อ 23 (2) จะต้องเป็นกรณีที่ศาล หรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจได้มีหนังสือขอให้กรมการกงสุลพิจารณาปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง หรือยกเลิกหนังสือเดินทาง เพราะบุคคลนั้นเป็นผู้ซึ่งกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้ว ซึ่งศาล หรือพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจเห็นว่าไม่ควรออกหนังสือเดินทาง หรือเห็น

ควรยกเลิกหนังสือเดินทาง หรือหากพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นว่าข้อเท็จจริงหรือเหตุผลของหน่วยงานที่เสนอเรื่องมานั้นยังไม่ชัดเจนครบถ้วน พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจที่จะสอบถามไปยังหน่วยงานดังกล่าวเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือเสนอข้อเท็จจริงและเหตุผลเพิ่มเติมได้ตามข้อ 20 ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 นอกจากนี้ประเด็นที่ต้องพิจารณาอีกประการ คือ เงื่อนไขการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทางในกรณีความผิดอาญา ซึ่งระเบียบดังกล่าวจะกำหนดเพียงว่า “คดีอาญา” โดยมิได้ระบุอย่างชัดเจนว่าผู้ร้องจะต้องกำลังรับโทษในคดีอาญา หรืออยู่ระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้วในความผิดอาญาใด ซึ่งแตกต่างกับสหรัฐอเมริกา แคนาดา และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่จำกัดเฉพาะในคดีอาญาร้ายแรง การกำหนดในลักษณะที่มีได้ระบุจำกัดเฉพาะคดีอาญาในความผิดฐานใด ย่อมส่งผลกระทบต่อสาเหตุของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพราะเจตนารมณ์ของการปฏิเสธหรือยับยั้งหรือยกเลิกหนังสือเดินทางในกรณีนี้ก็เพื่อป้องกันผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายหลบหนีและเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำอันเป็นกรณีเสื่อมเสียแก่ประเทศชาติ การที่ระบุคดีอาญาโดยไม่จำกัดว่าเป็นคดีอาญาในความผิดฐานใด อาจเป็นช่องทางให้พนักงานฝ่ายปกครองและตำรวจอาศัยความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง หรือยกเลิกหนังสือเดินทาง และทำให้เกิดปัญหาโต้แย้งว่าเป็นการกีดกันแก่งหรือเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้

3. ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองเพื่อมีคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548

การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และเมื่อพิจารณาข้อกำหนดในระเบียบดังกล่าว ไม่มีบทบัญญัติใดที่ระบุให้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องแจ้งผลของการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง การยกเลิกหนังสือเดินทางให้ผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งได้รับทราบ ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดขั้นตอนและวิธีการอุทธรณ์ การยื่นอุทธรณ์คำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง คำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง จึงเกิดปัญหาและมีการโต้แย้ง เพราะบางกรณีพนักงานเจ้าหน้าที่จะไม่แจ้งให้ผู้ถูกยกเลิกหนังสือเดินทางทราบ แต่ในกระบวนการหลังจากออกคำสั่งพนักงานเจ้าหน้าที่กลับดำเนินการแจ้งผลการปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง หรือยกเลิกหนังสือเดินทางดังกล่าวไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และสถานทูตต่างๆ ทำให้ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวไม่ทราบว่าตนได้ถูกปฏิเสธ

หรือยกเลิกหนังสือเดินทาง นอกจากนี้ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 3 ได้บัญญัติให้วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ที่มีได้กำหนดไว้ โดยเฉพาะให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ หลักทั่วไปก่อนที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองซึ่งอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนดในมาตรา 30 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ เป็นข้อยกเว้นที่ไม่จำเป็นต้องเปิดโอกาสให้มีการโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานก่อนออกคำสั่ง และเมื่อพิจารณาคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางแล้วจะเห็นได้ว่าคำสั่งดังกล่าวจะอยู่ภายใต้บังคับต้องเปิดโอกาสให้ผู้ถูกปฏิเสธหรือยับยั้ง หรือถูกยกเลิกหนังสือเดินทางชี้แจงข้อเท็จจริงและแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอตามหลักการรับฟังคู่กรณี หรือหากไม่อยู่ภายใต้บังคับของหลักการดังกล่าวแล้ว จะถือว่าเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 30 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ด้วยหรือไม่

จากปัญหาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้จะมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งถือเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองจะต้องนำไปใช้ แต่ในทางปฏิบัติหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐยังคงมีปัญหาในการนำไปบังคับใช้ ดังนั้น หากมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย ควรเพิ่มบทบัญญัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติตามวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนของ การแจ้งคำสั่งทางปกครอง การให้เหตุผล และการอุทธรณ์ ไว้ในกฎหมายว่าด้วยหนังสือเดินทางโดยเฉพาะ ก็จะทำการดำเนินการของฝ่ายปกครองมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ แนวความคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการเดินทางและสิทธิในหนังสือเดินทางตามกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายต่างประเทศ และราชอาณาจักรไทย พบว่า เกิดปัญหาในหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิในเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรไทยกับสิทธิในหนังสือเดินทาง ขอบอำนาจของกระทรวงการต่างประเทศในการออกกระเปียบกระทรวงต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 รวมไปถึงบทบัญญัติที่ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง และยกเลิกหนังสือเดินทางในบางประเด็นที่ไม่มีความชัดเจน ก่อให้เกิดความ

สืบสนในการบังคับใช้กฎหมาย นอกจากนี้ ยังไม่มีบทบัญญัติอันเป็นการกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาทางปกครองเพื่อมีคำสั่งปฏิเสธหรือยับยั้งคำขออนุญาตหนังสือเดินทาง และคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งดังกล่าว และการพิจารณาอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะ ดังนี้

1. ปรับปรุงแก้ไขระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ให้มีสถานะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อเป็นกฎหมายแม่บทและสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

2. เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจน ควรนำหลักเกณฑ์ตามข้อ 21 ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 แยกไปบัญญัติไว้ต่างหาก และกำหนดความผิดอาญาเฉพาะในความผิดอาญาร้ายแรง โดยใช้แนวทางของสหรัฐอเมริกา แคนาดา และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66 ตลอดจนกำหนดให้พนักงานฝ่ายปกครองและตำรวจระบุถึงข้อเท็จจริงและเหตุผลความจำเป็นที่เห็นควรให้พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิเสธหรือยับยั้งคำขออนุญาตหนังสือเดินทาง และการยกเลิกหนังสือเดินทาง ไปพร้อมกับการเสนอให้ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

3. สำหรับกระบวนการพิจารณาทางปกครอง แม้จะมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งถือเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไว้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติหน่วยงานปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐยังคงมีปัญหาในการนำไปบังคับใช้ ดังนั้น ปัญหานี้อาจมีแนวทางแก้ไข 2 วิธี คือ

3.1 สร้างองค์ความรู้และความเข้าใจแก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

3.2 เพิ่มบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการแจ้งคำสั่งทางปกครอง และการระบุเหตุผลไว้ในคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไว้ในกฎหมายว่าด้วยหนังสือเดินทางโดยเฉพาะ โดยเสนอไปพร้อมกับการเสนอให้ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ. “วิวัฒนาการของหนังสือเดินทางไทย.” <http://www.consular.go.th>.
- กรมยุโรป กระทรวงการต่างประเทศ. “สหภาพยุโรป.” <http://www.europetouch.in.th/main/OrganizationDetail>.
- กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. แปลโดยอิทธิพร บุญประคอง และคณะผู้จัดทำและปรับปรุงแปลปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : กระทรวงการต่างประเทศ, 2551.
- กรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ. ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration – AHRD). กระทรวงการต่างประเทศ, 2556.
- กอบกุล จันทวโร. “ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและการพิจารณาคดีคดีโดยลูกขุนเปรียบเทียบกับศาลไทย.” http://freedom-thing.blogspot.com/2011/11/blog-post_24.html
- เกียรติคุณ ชาติประเสริฐ. “ปัญหาและข้อจำกัดในการดำเนินการกับผู้กระทำความผิดในกระบวนการยื่นขอหนังสือเดินทาง.” เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง” รุ่นที่ 17 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2556.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “เสรีภาพทางกายภาพตามแนวคิดทางกฎหมายของฝรั่งเศส.” <http://www.public-law.net>, 5 มกราคม 2548.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “อิทธิพลของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 ที่มีต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948.” <http://www.public-law.net>, 6 มกราคม 2548.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “หลักความเสมอภาค.” <http://www.public-law.net>, 3 มกราคม 2548.
- โกวิท วงศ์สุรวัฒน์. รัฐธรรมนูญและการเมืองการปกครองสหรัฐอเมริกา. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2544.
- จักรกฤษณ์ กาญจนสุนัย. “รายงานการศึกษาส่วนบุคคล เรื่อง ความจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติหนังสือเดินทาง.” หลักสูตรนักบริหารการทูต รุ่นที่ 1 กระทรวงการต่างประเทศ, 2552.

- ชรินทร์ สันประเสริฐ. “หลักการและแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (ช่วงศตวรรษที่ 19-ต้นศตวรรษที่ 20).” เล่ม 1. ปีที่ 2. วารสารนิติศาสตร์ศรีปทุม. (มกราคม - มิถุนายน 2530) : 103-107.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 24. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2558.
- ศุล เมฆยงค์. “มุมมองของศาลไทยเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชน ในการตรวจสอบคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการ.” โครงการสัมมนาเพื่อการพัฒนา งานอนุญาตตุลาการ จัดโดยสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กรุงเทพมหานคร, 2560 : 4.
- ชนิด ภูริเวทย์. “หลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดและทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส: ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมาย ประกอบรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพมหานคร : สถาบันนโยบายศึกษา, 2541.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. บริการสาธารณะในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2542.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักพื้นฐานกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
- นิพนธ์ วิเชียรน้อย. “การผังเมืองและการใช้ประโยชน์ที่ดินในประเทศไทย (Urban Land Use Planning in Thailand).” ฉ.29. วารสารกรมโยธาธิการและผังเมือง. (กันยายน 2552) : 27-28.
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. “มุมมองของศาลไทยเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยศีลธรรมอันดีของประชาชนในการตรวจสอบคำชี้ขาดอนุญาตตุลาการ.” โครงการสัมมนาเพื่อการพัฒนา งานอนุญาตตุลาการ จัดโดยสถาบันอนุญาตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม กรุงเทพมหานคร 2560 : 6.
- บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2553.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

- บรรเจิด สิงคะเนติ. รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550).” กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558.
- บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ. กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.
- ปกรณ์ นิลพันธ์. “การปฏิรูปกฎหมายลำดับรอง : การปฏิรูปที่จับต้องได้จริง.” น.2 ปีที่ 6. รัฐสภาสาร. (2558) : 70-90.
- ปัญญา อุดชาชน. “อำนาจของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนด.” www.lawreform.go.th.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง.” เอกสารจากการประชุมใหญ่ทางวิชาการ ครั้งที่ 7 ของสมาคมศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ ที่กรุง Dakar Senegal ระหว่างวันที่ 22-26 เมษายน 2001.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. น.3. ปีที่ 1. (กันยายน - ธันวาคม 2544) : 66.
- ประเสริฐศุภมาตรา ขุน. หนังสือว่าด้วยกฎหมายภาคสิทธิ. พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477.
- ประเสริฐ สุขสบาย. “การออกกฎของฝ่ายบริหาร.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริดิพนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549.
- ประเสริฐ สุขสบาย. “สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา.” เล่ม 24 ตอน 1. วารสารกฎหมายปกครอง. (2554) : 84-88.
- ปรากรณ์ สิริพร โอภาส. “การปรากฏอยู่ซึ่งเสรีภาพในการเดินทาง:ภายใต้ตราสารระหว่างประเทศ.” <https://www.l3nr.org/posts/171544>.
- พงษ์วิไล วรรณราช. “สิทธิและเสรีภาพ แท้จริงแล้วเหมือนหรือต่างกันอย่างไร.” <http://web.krisdika.go.th/activityDetail.jsp?actType=I&actCode=83&head=4&item=n5>.
- ไพโรจน์ พลเพชร และ นายณัฐกร ศรีแก้ว. สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามกรอบรัฐธรรมนูญในบริบทของสังคมไทยและมาตรฐานสากลระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยมหิดล, 2549.
- ภวิกา ไชยดวง. “การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.
- โกคิน พลกุล. หลักกฎหมายปกครองไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- มานิตย์ จุมปา. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.

มาโนช นามเดช. “รายงานการศึกษาส่วนบุคคล เรื่อง การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองกับการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง.” สำนักงานศาลปกครอง, 2557.

มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย. “กฎหมายที่มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ.”

รายงานการศึกษาวิจัย มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย, 2547.

ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.

โรม ทีปะปาล. “หลักการยกเลิกหนังสือเดินทางบุคคลธรรมดาโดยฝ่ายปกครองในประเทศสเปน.” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, พฤษภาคม 2559.

ฤทัยรัตน์ ปทุมานนท์ “การยกเลิกหนังสือเดินทางโดยฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, พฤษภาคม 2559.

วรพจน์ วิสฤตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.

ศรัณยา กลิ่นสุคนธ์. “ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในความเสมอภาค: ศึกษาเฉพาะกรณีสิทธิในความเสมอภาคของผู้พื้นโทษในการศึกษาและทำงาน.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2554.

สมเกียรติ กิจประภานนท์. “การกำหนดความผิดเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552.

สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทรวณิช. “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ.” รายงานผลการวิจัย ศูนย์ศึกษาการพัฒนาประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

สันทัต สะศิวนิช. “สรุปลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญประเทศไทย.” ใน หนังสือรัฐธรรมนูญต่างประเทศ. น. 1-13. จัดพิมพ์โดยศูนย์บริการข้อมูลและกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2540.

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง UN International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), 2550.

สำนักงานศาลปกครอง. “รายงานการศึกษากลุ่ม เรื่อง การพิจารณาปรับปรุงแก้ไขระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548.” หลักสูตรกฎหมายปกครองสำหรับผู้บริหารระดับสูง (กปส.). กลุ่มที่ 36 รุ่นที่ 2, 2557.

สำนักงานศาลปกครอง. สรุปลำบรรยายเรื่อง “กลไกการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในฝรั่งเศส” โดย Prof. Jean-Pierre THERON อาจารย์มหาวิทยาลัยตูลุส 1 ประเทศฝรั่งเศส (2554): 2.

- สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. “รายงานการวิจัย เรื่อง การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ กรณี การละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ.” กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548.
- สุขฉวี รัตตประจิต. “หลักเกณฑ์การยกเลิกและเพิกถอนหนังสือเดินทางของประเทศแคนาดา.” สำนักงานวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, พฤษภาคม 2559.
- สุรพงษ์ วรรณพฤกษ์. “การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการเดินทางตามบทบัญญัติมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยโดยกฎหมายเฉพาะ: ศึกษาเฉพาะกรณีความมั่นคงของรัฐในการ ป้องกันประเทศ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547.
- เสาวนีย์ อัสวโรจน์. “รัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญไทย: การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน.” จ.2. ปีที่ 2. วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน. (กรกฎาคม - ธันวาคม 2552) : 17-18.
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2558.
- องค์อาสน์ เจริญสุข. “เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครอง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- อมร รักษาสัตย์. รัฐธรรมนูญฉบับประชาชนพร้อมบทวิจารณ์. กรุงเทพมหานคร : สุทธการพิมพ์, 2541.
- อรกานต์ บุญสุทธิ. “การเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับกฎหมายพาณิชย์นาวี และแนวทางการตรากฎหมายเพื่ออนุวัติการของประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- อิทธิพร บุญประคอง และคณะ. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : กระทรวงการต่างประเทศ, 2551.
- อุดม รัฐอมฤต และคณะ. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิเสรีภาพของบุคคลตาม มาตรา 28. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544.

ภาษาต่างประเทศ

- Agence Nationale des Titres securises. “Tout savoir sur le passeport.” <https://passeport.ants.gouv.fr>
- AJ Arkelian. “The Right to a Passport in Canadian Law” The Canadian Yearbook of International Law, Volume XXI 1983. Artsforum Magazine. (Republished in November 2012)
- Cornell University. “Legal Information Institute,” <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/357/116>.
- CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement. <http://www.refworld.org/docid/45439c394.html>

Department of Justice. "The Canadian Charter of Rights and Freedoms."

<http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccd/checked/art6.html>.

German Law Archive Copyright by Donald P Kommers, <https://germanlawarchive.iuscomp.org>, 2013.

German Criminal Code. https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf

Jane McAdam. "An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law : The Right to Leave as a Personal Liberty," Vol. 12, No.1 Melbourne Journal of International Law. (Jun 2011) : 6-7.

Icelandic Human Rights Centre. "The Right to Liberty." <http://www.humanrights.is/en/human-rights-education-project/human-rights-concepts-ideas-andfora/substantive-human-rights/the-right-to-liberty>.

Raymond C. James. "The Right To Travel Abroad." Volum 42, Issue 4. Fordham Law Review. (1974):1-15.

Royal Thai Embassy Ottawa . "Canada." <http://www.thaiembassy.ca/th/canada/about-canada>.

Office of the Federal Register National Archives and Records Administration. "Code of Federal Regulations 22 Part 1 to 299." Revised as of April 1, 2008.

Form <https://books.google.co.th/books>.

wikipedia. "United States passport." <https://en.wikipedia.org/wiki/>.

wikipedia. "Passeport français." <https://fr.wikipedia.org/wiki/>.

wikipedia. "passport." <https://en.wikipedia.org/wiki/>.

wikipedia. "Spanish passport." <https://en.wikipedia.org/wiki/>.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - สกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

แซน โชติประสาท

พ.ศ. 2544 ศิลปศาสตรบัณฑิต

สาขารัฐประศาสนศาสตร์ (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง)

มหาวิทยาลัยราชภัฏมหาสารคาม

พ.ศ. 2551 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ

สำนักงานศาลปกครองกลาง

