

## บทที่ 1

### หลักการพื้นฐานว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ

#### 1.1 แนวคิดพื้นฐาน ความหมาย และประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

##### 1.1.1 แนวคิดพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชนมากที่สุด เมื่อเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ ที่เคยมีมา นอกจากนั้น ยังเพิ่มความรับรองส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในด้านต่างๆ และตกมาถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2550)

เนื่องจากคำว่า “ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ” ไม่มีคำนิยามและเป็นของใหม่ในสังคมไทย จึงต้องพิจารณาบทบาท “ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ” ภายใต้พันธกรณีที่ประเทศไทยทำไว้กับองค์การสหประชาชาติ พันธกรณีเหล่านี้มีผลเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 มุ่งที่จะคุ้มครอง “ สิทธิมนุษยชน ” (Human Rights) โดยการอ้างถึง “ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ” (Human Dignity) ในฐานะที่เป็นวัตถุประสงค์(object) ที่จะคุ้มครองสิทธิของมนุษย์และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน หากพิจารณาเนื้อหาและเป้าหมายสุดท้ายแล้ว “ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ” และ “ สิทธิมนุษยชน ” ไม่แตกต่างกันในเรื่องของศีลธรรม กล่าวคือ มุ่งสร้างความสงบสันติสุขให้เกิดดำรงอยู่ในสังคมมนุษย์<sup>1</sup>

##### 1.1.1.1 แนวคิดพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิและเสรีภาพ

หลักการพื้นฐานของ “ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ” และ “ สิทธิและเสรีภาพ ” ในสังคมประชาธิปไตยนั้นจะนำมาอ้าง หรือกระทำการ หรือห้ามมิให้บุคคลกระทำการ รวมทั้งการ

---

<sup>1</sup> อุดม รัฐอมฤต, นพนิติ สุริยะ, และ บรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด นานาสังพิมพ์, 2544), น. 21-23.

เรียกร้องให้รัฐกระทำการ หรือโต้แย้งการกระทำอย่างใด ๆ ของรัฐ ดังนั้น คำว่า “ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ” จึงเป็นพื้นฐานสำคัญต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

คำว่า “ สิทธิ ” ในทางกฎหมายโดยทั่วไปนั้น ขุนประเสริฐ ศุภมาตรา ได้อธิบายว่า หมายถึงอำนาจ หรือความสามารถที่กฎหมายรับรองป้องกันให้บุคคลผู้หนึ่งมีอำนาจร้องขอให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ และศาสตราจารย์ ดร. หยุด แสงอุทัย ได้ให้คำอธิบายว่า สิทธิเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นในอันที่จะต้องปฏิบัติการให้เป็นไปตามประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ รวมถึงมีหน้าที่ที่จะไม่รบกวนต่อสิทธิหรือหน้าที่ที่จะกระทำการ หรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดให้เป็นไปตามสิทธิซึ่งขึ้นอยู่กับประเภทของสิทธินั้นๆ<sup>2</sup> ซึ่ง

นอกจากจะมีความหมายทั่วไปแล้ว คำว่า “ สิทธิ ” นี้ รองศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ ยังได้ให้คำนิยามว่า “ สิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ” หรือ “ สิทธิตามกฎหมายมหาชน ” หมายถึงอำนาจที่กฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด รวมถึงก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรของรัฐเข้าแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิของบุคคลนั้น ในบางกรณีก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่ต้องผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหมดที่จะต้องให้ความเคารพปกป้องคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อให้สิทธิเหล่านั้นมีผลในทางปฏิบัติ

ส่วนคำว่า “ เสรีภาพ ” นั้น แซลมอนด์ (Salmond) ได้ให้คำนิยามว่า หมายถึงประโยชน์ซึ่งบุคคลได้มาโดยปราศจากหน้าที่ตามกฎหมายใดๆ ต่อตนเอง เป็นสิ่งที่ทำได้โดยไม่อาจถูกป้องกันขัดขวางโดยกฎหมาย และเป็นประโยชน์ที่บุคคลจะกระทำการใดๆ ได้ตามใจชอบโดยถ่ายแห่งเสรีภาพตามกฎหมายที่ได้แก่ถ่ายแห่งกิจกรรม ซึ่งภายในข่ายกฎหมายนี้ปล่อยให้บุคคลใดๆ กระทำการไปโดยลำพัง<sup>3</sup>

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหมายถึงอำนาจที่ รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดบัญญัติรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะ

---

<sup>2</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานผลการศึกษาวิจัย เรื่องการใช้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ กรณีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (ตอนที่ 1), (www. pub-law. net, 2547).

<sup>3</sup> เฟื่องอ้าง.

กระทำการใดหรือไม่กระทำการใด รวมทั้งก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้องค์กรของรัฐรบกวน หรือแทรกแซงการใช้สิทธิของบุคคลนั้น โดยบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิหรือผู้ทรงสิทธินั้น ย่อมมีอิสระในอันที่จะตัดสินใจกระทำการหรือไม่กระทำการใดภายในขอบเขตแห่งสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นสิ่งที่คู่กัน และเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้มีความบริบูรณ์ จึงต้องมีการตรากฎหมายมา ขยายรายละเอียดของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเพียงกฎหมายแม่บทอีกทีหนึ่ง กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อขยายรายละเอียดของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้ อาจเป็นการ กำหนดความหมาย เงื่อนไข ขอบเขต มาตรการคุ้มครอง หน้าที่ที่บุคคลทั่วไปจะต้องปฏิบัติ เพื่อเป็นการเคารพต่อสิทธินั้นๆ รวมทั้งบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืน ซึ่งการออกกฎหมายมาขยาย รายละเอียดดังกล่าวนั้น จำต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ ทั้งนี้เพื่อให้ หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบรรลุผลในทางปฏิบัติตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติ รับรองคุ้มครองไว้<sup>4</sup>

ส่วน “ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ” (Human Dignity) ในทางกฎหมายนั้น นักกฎหมาย ชาวเยอรมันที่ชื่อ เคล้าส สเตรน (Klaus Stern) ได้ให้ความหมายว่า หมายถึงคุณค่าอันมี ลักษณะเฉพาะที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับ คุณค่า ดังกล่าวโดยไม่ต้องคำนึงถึง เพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคล จาก ความหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะอันสืบ เนื่องมาจากความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่เฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เป็นต้น คุณค่าของความเป็นมนุษย์ดังกล่าว นี้มีอยู่เพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลภายใต้ความรับผิดชอบของ ตนเองโดยอิสระ และถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่สูงสุดที่มีอาจล่วงละเมิดได้<sup>5</sup>

“ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ” เป็นมูลฐานหนึ่งของหลักสิทธิมนุษยชน โดยมีนัยสำคัญ 2 ประการ คือ “ ธรรมชาติมนุษย์ ” เป็นเรื่องเกี่ยวกับสภาพจิตใจและความต้องการที่มุ่งใจให้ มนุษย์ทำการใดๆ ภายใต้อิทธิพลของสังคมและวัฒนธรรม และ “ ศีลธรรม ” คือ หลักที่ว่าด้วย ความรับผิดชอบชั่วดีที่สังคมกำหนดให้สมาชิกยึดถือ ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่าพฤติกรรมใดเป็นการ ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ จึงต้องพิจารณา 3 ประการ คือ ประเด็นแรก สิ่งนั้นๆ มนุษย์ควรปฏิบัติต่อกันหรือไม่ ประเด็นต่อมา ความรู้สึกทางด้านจิตใจของสังคมไทยในขณะนั้น

<sup>4</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2.

<sup>5</sup> เพิ่งอ้าง.

สนับสนุนหรือโต้แย้งอย่างไร และประเด็นสุดท้าย แนวทางที่สังคมอื่นที่มีประสบการณ์มาก่อน แต่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ใช่สภาพที่ตายตัว ในการวินิจฉัยแต่ละครั้งแต่ละเรื่องจึงต้องมี คำอธิบายที่ชัดเจนต่อสังคม

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติรับรองศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 4 ของบททั่วไป มาตรา 26 มาตรา 28 ของหมวดว่าด้วยสิทธิและ เสรีภาพของชนชาวไทย ย่อมทำให้เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญไทยมีเจตนารมณ์ที่ชัดเจนที่จะให้การ รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในอีกลักษณะหนึ่งแยกจาก “ สิทธิและเสรีภาพ ” เช่นเดียวกับที่ รัฐธรรมนูญประเทศเยอรมันให้การรับรอง กล่าวคือ ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐาน ที่มาของบรรดาสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงที่รัฐจะล่วงละเมิดมิได้ และโดยที่มาตรา 4 ของ รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ความรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล เป็นการทั่วไป บุคคลทั่วไปไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าวย่อมยกศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นฐานแห่งสิทธิได้ โดยเฉพาะในส่วนที่มี ลักษณะเป็น “ สิทธิมนุษยชน ” การคุ้มครองที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 28 วรรค 2 ให้ บุคคลที่ถูกล่วงละเมิดใช้สิทธิทางศาลได้ เท่ากับเป็นการให้หลักประกันตามหลักนิติรัฐเพื่อ คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรอง และโดยที่ “ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ” มีสถานะเช่นเดียวกับ “ สิทธิและเสรีภาพ ” ซึ่งเท่ากับว่าบุคคลที่ถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สามารถจะใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคดีได้ และตามบทบัญญัติ มาตรา 27 ของ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและ หน่วยงานของรัฐผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และ การตีความกฎหมายทั้งปวงนั้น ย่อมหมายความว่า อำนาจอรัฐจะละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่ รัฐธรรมนูญกำหนดครอบไว้มิได้ แสดงให้เห็นถึงความมีอยู่ของสิทธิอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญมุ่งให้ความ คุ้มครองแต่มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอีกด้วย

#### 1.1.1.2 แนวคิดพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) ได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นคำที่รู้จักกันมาอย่าง กว้างขวางเพราะปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติ โดยการนำคำว่า “ มนุษยชน ” ไปต่อท้ายคำว่า “ สิทธิ ” ทำให้เกิดคำที่มีความหมายใหม่ โดยตีความไปหลายทาง คำว่า “ สิทธิ ” ในทาง กฎหมาย (Legal Concept) หมายถึง “ อำนาจอันชอบธรรม ” ซึ่งผู้ที่จะมีอำนาจเช่นนี้ได้ต้องมี ฐานะพิเศษในสังคม โดยสถานภาพดังกล่าวอาจเกิดโดยกฎหมาย จารีตประเพณีหรือความเชื่อ

อย่างแรงกล้านับถือต่อๆ กันมา เช่น พระมหากษัตริย์ พระสันตะปาปา และทำให้ “ ผู้ที่มีสิทธิ ” หรือ “ อำนาจอันชอบธรรม ” แตกต่างจากผู้อื่น

ตามแนวคิดของกฎหมายธรรมชาตินั้น สิทธิและเสรีภาพหมายถึง สิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง หรือสิทธิมนุษยชนก็ตาม ต่างก็มีแนวความคิดตามธรรมชาติทั้งสิ้น และ “ สิทธิและเสรีภาพ ” (ตามกฎหมายบ้านเมือง) ก็มีความใกล้เคียงกับ “ สิทธิมนุษยชน ” <sup>6</sup> ซึ่งสิทธิมนุษยชนคือบรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ถือกันว่าติดตัวมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่กำเนิด และไม่อาจถูกพรากไปจากราชรัฐได้โดยไม่เป็นการทำลายความเป็นมนุษย์ของราชรัฐ <sup>7</sup> สิทธิมนุษยชนที่เป็นตัวอย่างได้แก่ สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล คือ สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทางและเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในทางความคิดและในการแสดงความคิดเห็นคือ เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการศึกษาอบรม เสรีภาพในการพูด ในการโฆษณา ในการเขียน สิทธิเสรีภาพทางสังคมและเศรษฐกิจบางประการ เช่น สิทธิในทรัพย์สิน เสรีภาพในการก่อนิติสัมพันธ์กับผู้อื่น เป็นต้น

ความหมายของสิทธิมนุษยชนไม่แตกต่างไปจากสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งตามภาพรวมเป็นเรื่องเดียวกัน และมีพื้นฐานความคิดในแนวทางเดียวกัน โดยสิทธิมนุษยชนเป็นคุณลักษณะประจำตัวของมนุษย์ทุกคน เป็นสิทธิและเสรีภาพตามธรรมชาติที่เป็นของมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และด้วยเหตุผลเดียวว่าเขาเกิดเป็นมนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้อยู่แล้ว ตั้งแต่ก่อนที่จะมีสังคมการเมืองที่เรียกว่า “ รัฐ ” (State) เกิดขึ้นไม่มีมนุษย์ผู้ใดละสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้ และไม่มี “ ผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน ” (Sovereign) คนใดหรือคณะใดมีอำนาจทำลายสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกัน รัฐมิได้มีคุณค่าในตัวเอง แต่จะมีคุณค่าขึ้นมาก็ต่อเมื่อได้ปกป้องรักษาและส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพเช่นว่านี้เท่านั้น <sup>8</sup>

<sup>6</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 20.

<sup>7</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 40.

<sup>8</sup> เฟื่องอ้าง, น. 44.

### 1.1.1.3 แนวคิดพื้นฐานในการพัฒนาสิทธิและเสรีภาพ<sup>9</sup>

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฉบับใหม่ ได้บัญญัติหลักเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพแตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ โดยได้บัญญัติหลักสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ต้องผูกพันต่อองค์กรของรัฐโดยตรง ในการตรากฎหมาย ในการบังคับใช้กฎหมาย และในการตีความกฎหมายทั้งปวง ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาหลักทั่วไปที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพเพื่อความเข้าใจพื้นฐานอย่างถูกต้อง และต้องพิจารณาประวัติศาสตร์การพัฒนาของสิทธิและเสรีภาพว่าเริ่มมาเช่นไรโดยสังเขปดังนี้

สิทธิและเสรีภาพในปัจจุบันพัฒนาการมาจากสิทธิเสรีภาพของชนชั้นกลางในยุคของยุโรปที่ได้บังคับกษัตริย์และพวกขุนนางให้หลักประกันในสิทธิและเสรีภาพบางประเภทแก่พวกตน เช่น สิทธิในการฟ้อง สิทธิในการปรึกษาหารือ สิทธิในการแสดงความคิดเห็นสำคัญๆ เช่น เกี่ยวกับการทำสงคราม สัญญาสันติภาพ เป็นต้น นอกจากนี้ยังรับรองสิทธิการล่องละเมิดมิได้ในชีวิต ในทรัพย์สิน เกียรติยศ และสิทธิในที่อยู่อาศัยและกรรมสิทธิ์<sup>10</sup> จากข้อเรียกร้องดังกล่าวเป็นผลจากการต่อสู้ของชนชั้นกลางจนได้มาเรียกว่า Magna Carta ซึ่งไม่ถือเป็นสิทธิตามธรรมชาติ (Naturrechte) หากแต่เป็นสิทธิที่มีพื้นฐานมาจากข้อตกลงที่มีผลใช้เฉพาะกับชนชั้นกลางตามที่กำหนดเท่านั้น ไม่มีผลถึงประชาชนทั่วไป

พัฒนาการทางทฤษฎีว่าด้วยรัฐสมัยใหม่ ก่อให้เกิดความเข้าใจในสิทธิและเสรีภาพตามความหมายของรัฐสมัยใหม่ โดยเริ่มกำเนิดในประเทศอังกฤษ ในสมัยของพระเจ้าชาร์ล เมื่อปี ค.ศ. 1628 โดยการกำหนดสถานะของกษัตริย์กับรัฐสภาตามเอกสารที่เรียกว่า “Petition of Right” ว่าการจะบังคับภาษี การคุมขัง จำคุก การบังคับที่อยู่อาศัย ต้องได้รับความยินยอมของรัฐสภาแต่กระนั้นก็ดี ทำให้ไพร่ฟ้าข้าพระเจ้าบรมราชโองการดังกล่าวยืนยันถึงสิทธิที่ตนมีอยู่<sup>11</sup> ไม่เพียงแต่ชนชั้นกลางที่ได้รับความคุ้มครองเท่านั้น

ต่อมาในปี ค.ศ. 1689 รัฐสภาของประเทศอังกฤษได้ร่างเอกสาร The Bill of Rights ซึ่งพระเจ้าวิลเลียม และพระนางแมรี ทรงเห็นชอบด้วย โดยเอกสารนั้นเป็นการจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะระงับกฎหมายหรือบังคับใช้ โดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาไม่ได้

<sup>9</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 39-44.

<sup>10</sup> เฟ็งอ้วง, น. 40.

<sup>11</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น. 42.

พระมหากษัตริย์ไม่มีอำนาจเรียกเก็บเงินโดยรัฐสภาไม่อนุมัติ ในเวลาที่บ้านเมืองอยู่ในความสงบเรียบร้อย

ในศตวรรษที่ 16-17 ทฤษฎีสัญญาประชาคม และแนวคิดมนุษยนิยมมีบทบาทสำคัญ ซึ่งต่อมา John Lock เรียกร้องให้มีการแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหาร ต่อมาได้มีการนำเสนอแนวความคิดในการจำกัดอำนาจรัฐโดย Montesquieu และต่อมาได้มีการพัฒนาแนวคิดไปสู่การประกาศสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส ซึ่งประกาศชัดแจ้งในคำประกาศความเป็นอิสระของสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองในช่วงปฏิวัติของประเทศฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 โดยคำประกาศดังกล่าวผูกพันอำนาจรัฐทั้งหมด

คำประกาศทั้ง 2 ฉบับ มีอิทธิพลต่อหลักการสิทธิและเสรีภาพ ในศตวรรษที่ 19-20 และต่อประเทศในยุโรป และเกือบทุกประเทศทั่วโลก

การพัฒนาทางความคิดของสิทธิและเสรีภาพในอดีตจนถึงปัจจุบัน สามารถที่จะพิจารณาและแบ่งออกเป็น 4 ระยะ คือ

1. ระยะที่ 1 เป็นระยะเวลาที่พัฒนาเสรีภาพที่เกี่ยวกับศาสนา โดยประสบผลสำเร็จที่ละเล็กทีละน้อยจนไม่ยึดติดกับศาสนาคริสต์ ทำให้ความคิดทางปรัชญาเกี่ยวกับฝ่ายวิชาการสมัยใหม่ขัดแย้งกัน นักวิชาการต่างเชื่อมั่นในตนเอง ในช่วงการปฏิรูปศาสนานั้น ศาสนาไม่อาจทนต่อความคิดเห็นที่แตกต่าง จึงมีความแตกแยกและรัฐต้องเข้ามายุ่งยงในการแก้ปัญหา ทำให้ไม่มีศาสนาใดผูกขาดความเชื่อที่แตกต่างทางความคิดในแต่ละศาสนาของปัจเจกชน แสดงให้เห็นได้ชัดว่าเสรีภาพในความเชื่อทางศาสนาและเสรีภาพความคิดทางวิชาการนั้นแตกต่างกัน ดังเช่นกรณีของกาลิเลโอที่ประกาศว่าดวงอาทิตย์เป็นศูนย์กลางเอกภพขัดแย้งหลักศาสนา ซึ่งความคิดของกาลิเลโอมิใช่เสรีภาพในความเชื่อทางศาสนา หากแต่เป็นเสรีภาพความคิดทางวิชาการ เพราะพิสูจน์ทางดาราศาสตร์ได้ หากเป็นทางศาสนาก็ได้เรียกร้องการพิสูจน์ กล่าวคือ เรียกร้องทางความเชื่อ

2. ระยะที่ 2 เป็นระยะสิทธิและเสรีภาพทางพัฒนาเศรษฐกิจ กรรมสิทธิ์เสรีภาพในการทำนิติกรรม เสรีภาพประกอบอาชีพ รวมถึงการเรียกร้องความเสมอภาค ซึ่งทำหน้าที่เป็นเงื่อนไขการดำเนินการอย่างเป็นอิสระต่อการกำหนดตนเองในระบบทุนนิยม อันเป็นการเปลี่ยนแปลงจากสังคมศักดินา

3. ระยะที่ 3 มีความสัมพันธ์กับระยะที่ 2 กล่าวคือ เป็นช่วงที่พัฒนาไปพร้อมกับเสรีภาพทางประชาธิปไตย ได้แก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการชุมนุม

รวมกันเป็นสมาคม เสรีภาพของหนังสือพิมพ์ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพในช่วงนี้ เป็นสัญลักษณ์ที่แสดงออกมาเป็นหลักการอันจะทำให้สำเร็จได้ก็แต่โดยฝ่ายนิติบัญญัติ แนวคิดดังกล่าวสัมพันธ์กับเป้าหมาย แนวคิดความเจริญทางปัญญาที่มาแทนที่ความคิดแบบจารีตประเพณีในยุคกลาง ซึ่งต้องเผยแพร่แนวคิดใหม่นี้ให้ประชาชนทราบ จึงขัดกับความคิดความเชื่อในศาสนาคริสต์ดั้งเดิม และเมื่อต้องให้ประชาชนได้เรียนรู้ความคิดใหม่ จึงต้องให้การศึกษาอบรม ให้เด็กมีหน้าที่ต้องเรียนหนังสือ ให้ประชาชนมีบทบาททางการเมืองทางปกครอง ต้องอาศัยเสรีภาพในทางประชาธิปไตยเป็นเครื่องมือในการมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตย

4. ระยะที่ 4 เป็นระยะที่พัฒนาการสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพ เรียกว่า “ สิทธิขั้นพื้นฐานทางสังคม ” ซึ่งเกี่ยวกับผลประโยชน์โดยรวมของสังคม และเพื่อให้บรรลุผลตามเป้าหมายจึงจำเป็นต้องอาศัยกฎหมายเป็นมาตรการบังคับ ซึ่งได้แก่ การมีงานทำ การมีหลักประกันด้านดูแลสุขภาพ อาหาร เสื้อผ้า ที่อยู่อาศัย และการศึกษา เป็นต้น

อย่างไรก็ตามได้มีการแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดทางการเมืองและทางเนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพเพื่อความชัดเจนดังนี้

#### 1.1.1.3.1 การแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดทางการเมือง

แนวคิดทางการเมืองเกี่ยวกับ “ สิทธิและเสรีภาพ ” มีแนวคิดพื้นฐานทางการเมืองมาจากระบบการเมืองที่แตกต่างกันใน 2 แนวคิด<sup>12</sup> คือ แนวคิดแบบเสรีนิยม และแนวคิดแบบสังคมนิยม

##### 1. แนวคิดแบบเสรีนิยมเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

ตามแนวคิดแบบเสรีนิยมเป็นแนวคิดที่ถือว่าเสรีภาพเป็นของปัจเจกชนเป็นสิ่งที่ป็นสาระสำคัญของแนวคิดนี้ และถือว่าปัจเจกชนเป็นผู้ทรงสิทธิ ดังนั้น “ ปัจเจกชน ” ถือเป็นศูนย์กลางแนวคิดเสรีนิยม ภารกิจของรัฐในการออกกฎเกณฑ์ก็เพื่อให้ปัจเจกชนสามารถใช้เสรีภาพของตนในขอบเขตของตน รัฐไม่อาจเข้าวินิจฉัยความถูกต้องในความคิด ในความเชื่อของปัจเจกชนแต่อย่างไร การทำให้บรรลุเป้าหมายของสิทธิและเสรีภาพตามแนวคิดเสรีนิยมนี้ จึงต้องจัดให้มีองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับปัจเจกชน เพราะความขัดแย้งระหว่างรัฐกับปัจเจกชน มักเกิดจากการใช้อำนาจอธิปไตยกระทบสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน และเพื่อให้การวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นไปโดยถูกต้องเป็นธรรม เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของ

<sup>12</sup> Gorg Haverkate, Verfassungslehre, Verlag C.H. Beck, Minchen 1992, s. 156.

อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 9 น. 49.



ปัจเจกชน จึงต้องจัดให้มีองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับปัจเจกชนซึ่งก็คือ องค์กรตุลาการ อันเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางและมีความเป็นอิสระ

## 2. แนวคิดแบบสังคมนิยมเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

ตามแนวคิดแบบสังคมนิยมนี้ เป็นแนวความคิดที่ปฏิเสธหลักการตกลงโดยอิสระของปัจเจกชน เป็นแนวความคิดทางสิทธิมนุษยชนที่มีความมุ่งหมายเพื่อสังคมโดยรวมเป็นหลัก ซึ่งจะพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างแนวความคิดในทางสิทธิมนุษยชนฝ่ายสังคมนิยมและฝ่ายเสรีนิยม ความสัมพันธ์ของแนวความคิดของปัจเจกชนตามรัฐธรรมนูญกับแนวคิดสิทธิมนุษยชนฝ่ายสังคมนิยม นั้น ต่างได้รับการพัฒนาแนวคิดที่แตกต่างกัน โดยมีความเห็นต่อแนวคิดทั้ง 2 ดังนี้

(1) ความคิดเห็นประการที่หนึ่ง เห็นว่าสิทธิมนุษยชนเป็นเสรีภาพที่มีอยู่ดั้งเดิมอย่างสมบูรณ์ การยอมรับสิทธิดังกล่าวเป็นการโฆษณาชวนเชื่อของฝ่ายสังคมนิยม ซึ่งความเห็นดังกล่าวเห็นว่าเป็นการยอมรับของรัฐที่กำหนดไว้ล่วงหน้าว่ารัฐจะต้องผูกพันต่อสิทธิทั้งหลาย การจะให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพบรรลุความมุ่งหมายจะสามารถทำได้โดยการมีรัฐธรรมนูญที่มีการแบ่งแยกอำนาจ รัฐใดที่ปราศจากองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระถือว่ารัฐนั้นมิได้รับรองสิทธิมนุษยชน

(2) ความคิดเห็นประการที่สอง เห็นว่าแนวคิดของสังคมนิยมเป็นมรดกตกทอดทางความคิดในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานมาจากแนวคิดเสรีนิยม แต่ได้พัฒนาเปลี่ยนแปลงมาจากแนวเดิม เพราะแนวคิดเสรีภาพในฝ่ายเสรีนิยมเป็นแนวคิดที่ตักตวงผลประโยชน์แบบทุนนิยม เสรีภาพแบบเสรีนิยมจึงเป็นเพียงการปกปิดการตักตวงผลประโยชน์ดังกล่าว ตามทัศนะนี้มองแนวคิดแบบสังคมนิยมตรงข้ามกับแนวคิดแบบเสรีนิยม ซึ่งเห็นว่าวิธีการให้เหตุผลทั้งสองเป็นเพียงยุทธวิธีแสดงความคิดของฝ่ายตนว่ามีแนวคิดที่ถูกต้องเท่านั้น

(3) ความคิดเห็นประการที่สาม เห็นว่ามุมมองเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ขอบด้วยกฎหมายของทั้งแนวคิดแบบสังคมนิยมและแนวคิดแบบเสรีนิยม หากพิจารณาตามแบบเสรีนิยมที่มุ่งหมายในการสร้างขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนให้ปราศจากการแทรกแซงของอำนาจรัฐ ในขณะที่รัฐธรรมนูญของสังคมนิยมมีพื้นฐานความคิดตั้งอยู่บนสังคมส่วนรวม ความแตกต่างของสองแนวคิดอยู่ที่เป้าหมายของความเสมอภาค<sup>13</sup> และเสรีภาพ<sup>14</sup> ขณะที่เสรีนิยมเน้น

<sup>13</sup> E. Fromm, Das Menschenbild bei Marx, 1963, s.15 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9 น. 51.

<sup>14</sup> Oestreich, Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Die Grundrechte, I 1, 1966, s. 92 f. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, เพิ่งอ้าง, น. 51.

ความเสมอภาคในทางรูปแบบและทางกฎหมาย แต่สังคมนิยมเน้นเนื้อหาหรือความเสมอภาคทางความเป็นจริง

สำหรับความคิดเห็นในประการที่สามนี้ ได้รับความนิยมน้อยอย่างกว้างขวาง โดยที่ความเห็นดังกล่าวหลีกเลี่ยงการมองด้านใดด้านหนึ่งเพียงด้านเดียว ความเห็นประการที่สามนี้มีความจำเป็นในทางปฏิบัติที่จะหาหลักเกณฑ์ของสิทธิมนุษยชนอันเป็นเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับทั่วไป เพื่อตรวจสอบการรับรองสิทธิมนุษยชนของรัฐใดรัฐหนึ่ง ตามแนวคิดทั้ง 2 ต่างมีข้อบกพร่อง ขณะที่แนวคิดแบบเสรีนิยมเน้นเสรีภาพส่วนบุคคล แต่ไม่ได้ให้หลักประกันความเสมอภาคตามความเป็นจริง และไม่ได้ให้หลักประกันเสรีภาพที่จำเป็นสำหรับมนุษย์ ด้วยเหตุนี้ปัจเจกชนย่อมมีเสรีภาพในการทำงาน แต่บุคคลไม่มีงานทำ ความบกพร่องในแนวคิดแบบเสรีนิยมกลับได้รับการพิจารณามากกว่าแนวคิดสิทธิมนุษยชนของสังคมนิยม ซึ่งสิทธิมนุษยชนแบบสังคมนิยมนั้นให้ความสำคัญกับสิทธิส่วนบุคคลหรือเสรีภาพส่วนบุคคลน้อยกว่าแบบเสรีนิยม สำหรับแนวคิดเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของทั้งสองฝ่ายต่างมีความเห็นเหมือนกัน เพราะพื้นฐานของความคิดร่วมกัน แต่มีวิธีการแตกต่างกัน แท้จริงเป้าหมายเหมือนกัน

แต่แนวคิดทั้ง 2 ยังไม่ถูกต้องนัก เพราะแนวคิดทางกฎหมายกับเสรีภาพขัดแย้งกัน ด้วยเหตุนี้ แนวคิดที่ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทั้งสองแนวคิดจึงเป็นแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพที่มีการให้ความหมายต่างกันคือ เสรีภาพปัจเจกชนกับเสรีภาพแบบสังคมนิยม ซึ่งอาจแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของแนวคิดของปัจเจกชนกับแนวคิดของเสรีภาพแบบสังคมนิยมได้ 3 ประการ คือ 1. ใครเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพ 2. สิทธิมนุษยชนมีความมุ่งหมายที่จะบังคับผู้ใดหรือใครเป็นผู้ผูกพันต่อสิทธิเสรีภาพและ 3. ใครเป็นผู้ทำให้เกิดความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

#### 1. ใครเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพ

ประกาศสิทธิมนุษยชนครั้งแรกของฝ่ายสังคมนิยมนั้น ได้ประกาศให้ประชาชนเป็นผู้ทรงสิทธิ จะเห็นได้ว่าสิทธิของประชาชนดังกล่าวเป็นสิทธิในการมีงานทำและมีอาหารกิน เพื่อได้แย่งสิทธิปัจเจกชนตามแนวคิดเสรีนิยม ดังที่ได้ปรากฏในประกาศคำปฏิวัติของประเทศฝรั่งเศส โดยเหตุนี้ สิทธิของประชาชนจึงแทนที่สิทธิของปัจเจกชน Marx เห็นว่า พื้นฐานของความคิดเสรีนิยมทำให้มนุษย์เห็นแก่ตัว แยกมนุษย์ออกจากส่วนรวม สิทธิของปัจเจกชนตามแนวคิดเสรีนิยมนี้เป็นการแสดงถึงหลักปัจเจกชนนิยมที่ผิดพลาด การให้สิทธิแบบเสรีนิยมน้อยกว่าปัจเจกชนก็เป็นสิ่งที่ผิดพลาด แนวคิดของเสรีนิยมทำให้ความไม่เท่าเทียมกันมีความมั่นคงยิ่งขึ้น การได้รับสิทธิและเสรีภาพที่แท้จริงตามแนวคิดสังคมนิยมจะเห็นได้ว่าจะต้องวางบทสันนิษฐานอยู่บน

พื้นฐานของโอกาสที่แท้จริง เสรีภาพในทางอาชีพไม่อาจช่วยอะไรได้ถ้าคนไม่ทำงาน การล่วงละเมิดในที่อยู่อาศัยไม่ได้ก่อประโยชน์อะไรกับผู้ที่ไม่มีที่อยู่อาศัย ดังนั้นแนวคิดสังคมนิยมจึงวิพากษ์แนวคิดสิทธิมนุษยชนแบบเสรีนิยม

2. สิทธิมนุษยชนมีความมุ่งหมายที่จะบังคับผู้ใดหรือใครเป็นผู้ผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ

ความขัดแย้งระหว่างแนวคิดทั้ง 2 ต่อสิทธิมนุษยชนนั้น แนวคิดสิทธิมนุษยชนแบบเสรีนิยมวางบทสันนิษฐานบนอำนาจอธิปไตย โดยที่อำนาจรัฐนั้นเป็นอำนาจที่อยู่เหนือกว่าชีวิตเสรีภาพและกรรมสิทธิ์ของผู้อยู่ใต้ปกครอง ในทางทฤษฎีสิทธิของบุคคลเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาตามธรรมชาติ ด้วยเหตุนี้ปัจเจกชนจึงมีสิทธิจะป้องกันการแทรกแซงจากอำนาจรัฐ สิทธิดังกล่าวจึงเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมือง ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย รัฐใดซึ่งมีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐนั้นกลายเป็นรัฐที่ผู้ใช้อำนาจรัฐถูกผูกพันอยู่กับกฎหมายและผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ

สำหรับแนวคิดสิทธิมนุษยชนแบบสังคมนิยม มีความมุ่งหมายที่จะได้แย้งต่อสังคมชนชั้น ซึ่งถูกให้ความหมายว่าเป็นสังคมที่มนุษย์มีความเห็นแก่ตัว แนวคิดสังคมนิยมมีความมุ่งหมายที่จะปลดปล่อยมนุษย์อย่างแท้จริง บุคคลใดเป็นศัตรูต่อสิทธิของประชาชน ก็ย่อมเป็นศัตรูต่อแนวคิดการปลดปล่อยมนุษย์ให้เป็นอิสระ ตามแนวคิดดังกล่าวทำให้เกิดความชัดเจนว่าบุคคลที่จะผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามแนวความคิดนี้มีลักษณะเป็นนามธรรม และไม่มีแนวความคิดในทางกฎหมายแต่อย่างใด

3. ใครเป็นผู้ทำให้เกิดความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน

ขณะที่สิทธิมนุษยชนตามแนวคิดแบบเสรีนิยมกำหนดให้องค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระเป็นสถาบันที่มีความสำคัญต่อการให้หลักประกันต่อสิทธิมนุษยชน แต่สิทธิมนุษยชนตามแนวคิดสังคมนิยมเป็นเรื่องของสิทธิที่ปราศจากอำนาจตุลาการ สิทธิมนุษยชนตามแนวคิดสังคมนิยมจึงเป็นสิทธิที่ปราศจากตุลาการแม้ว่าบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญจะกำหนดความเป็นไปได้ในการควบคุมโดยองค์กรตุลาการก็ตาม แต่ระบบพรรคเดียวของรัฐสังคมนิยมเป็นหลักการที่สำคัญ ดังนั้น การควบคุมโดยองค์กรตุลาการอย่างแท้จริงต่ออำนาจรัฐไม่อาจกระทำได้

การพิจารณาดังกล่าวแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงความแตกต่างในทางโครงสร้างระหว่างแนวคิดเสรีภาพของปัจเจกชนกับเสรีภาพแบบสังคมนิยม มีประเด็นสำคัญ 3 ประเด็นคือ กรณียของผู้ทรงสิทธิ กรณียของบุคคลผู้ถูกผูกพันต่อสิทธิมนุษยชน และกรณียขององค์กรที่มีอำนาจในการทำให้เกิดความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับประเด็นสุดท้ายซึ่งมี

ความสำคัญยิ่ง กล่าวคือ เป็นการอ้างถึงความบกพร่องในการทำให้สิทธิมีผลอย่างแท้จริง หรือเป็นการขาดหลักการพื้นฐานในทางความเป็นจริงที่จะทำให้สิทธิมนุษยชนมีผลในทางปฏิบัติ จากข้อพิจารณาดังกล่าวนี้อเองที่ทำให้เกณฑ์ในการพิจารณาถึงการทำให้สัมฤทธิ์ผลของสิทธิมนุษยชนมีความชัดเจนขึ้น

อย่างไรก็ตาม จากแนวความคิดทั้ง 2 ดังกล่าวได้นำไปสู่การออกกติการะหว่างประเทศ 2 ฉบับ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม กับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

#### 1.1.1.3.2 การแบ่งแยกสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธิเสรีภาพ<sup>15</sup>

การแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพในด้านนี้ เป็นการที่ใช้เนื้อหาของสิทธิและเสรีภาพเป็นหลักเกณฑ์ โดยอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ดังนี้

1. สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล เป็นการที่ปัจเจกชนจะได้รับความปลอดภัยจากการใช้อำนาจของรัฐและของบุคคลที่สาม เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยในชีวิตร่างกายรวมทั้งการใช้ชีวิตประจำวันด้วย ซึ่งได้แก่ ความมั่นคงในชีวิต สิทธิในครอบครัว สิทธิในเคหสถาน การสื่อสาร การเดินทาง การเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย

2. สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นได้แก่ การนับถือศาสนา นิายศาสนา หรือลัทธินิยมทางศาสนา และเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนาพิธีหรือพิธีกรรมตามความเชื่อของตน เสรีภาพทางวิชาการ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพของหนังสือพิมพ์ การกระจายเสียงทางวิทยุกระจายเสียง และการกระจายเสียงกระจายภาพโดยทางวิทยุโทรทัศน์

3. สิทธิในทางสังคมและเศรษฐกิจได้แก่ สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการสืบทอดก สิทธิในการได้รับค่าทดแทนที่เป็นธรรมในกรณีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ สิทธิที่จะได้รับค่าทดแทนกรณีกิจการของตนถูกโอนเป็นของชาติ เสรีภาพในการทำสัญญาก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับบุคคลอื่น สิทธิในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีภาพอย่างเป็นธรรม สิทธิในการได้รับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และในกรณีเป็นผู้ยากไร้สามารถรับการ

<sup>15</sup> วิชาญ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530), น. 33-39.

รักษาจากสถานบริการทางสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย สิทธิของเด็กเยาวชนในการที่จะได้รับความคุ้มครองโดยรัฐจากการใช้ความรุนแรงและการปฏิบัติอันไม่เป็นธรรม สิทธิของเด็กและเยาวชนซึ่งไม่มีผู้ดูแลในอันที่จะได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐ สิทธิของบุคคลซึ่งพิการหรือทุพพลภาพในอันที่จะได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ

4. สิทธิเสรีภาพในการรวมกลุ่ม ได้แก่ เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน หรือหมู่คณะอื่น

5. สิทธิเสรีภาพทางการเมือง ได้แก่ เสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมือง สิทธิเลือกตั้ง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ สิทธิในการเข้าชื่อในอันที่จะร้องขอให้รัฐสภาพิจารณาร่างกฎหมาย สิทธิในการที่จะออกเสียงประชามติถึงกิจการเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่อาจกระทบต่อผลประโยชน์ได้เสียของประเทศชาติหรือประชาชน สิทธิในการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อัยการสูงสุด ฯลฯ ซึ่งมีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติดังกล่าวในทางทุจริตต่อหน้าที่หรือฝ่าฝืนต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในทางยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

6. สิทธิในการตรวจสอบการกระทำของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้แก่ สิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการ สิทธิที่จะได้รับคำชี้แจงข้อมูลและเหตุผลจากหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจก่อนการอนุญาต หรือดำเนินโครงการ หรือกิจกรรมใดอันมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียของตนหรือของชุมชนท้องถิ่น ตลอดจนสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าว สิทธิในการมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครองที่อาจมีผลหรือมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น

7. สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกันกับบทบัญญัติที่รับรองความเสมอภาค ได้แก่ ความเท่าเทียมเสมอภาคทางกฎหมาย ความเท่าเทียมกันของชายและหญิง ความเท่าเทียมกันแม้มีได้นับถือศาสนา นิกายศาสนา หรือความเชื่อทางศาสนาเดียวกัน การห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด

เชื้อชาติ ภาษา อายุ สภาพทางกายภาพ สุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม การศึกษาอบรม หรือความเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

### 1.1.2 ความหมายทั่วไปของสิทธิและเสรีภาพ

“ สิทธิ ” (Right) ตามความหมายทั่วไปหมายถึง “ อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย ”<sup>16</sup> หลังจากที่ได้ศึกษาถึงพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพโดยสังเขปแล้ว ทำให้พบว่าสิทธิและเสรีภาพในปัจจุบันมีความหมายแตกต่างไปจากยุคก่อน ซึ่งมีแนวความคิด 2 ฝ่ายที่ทำให้คำจำกัดความ หรือความหมายของสิทธิไว้ดังนี้

ก. สิทธิเสรีภาพตามความหมายทั่วไปของรัฐฝ่ายเสรีประชาธิปไตย<sup>17</sup> ตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ และกฎหมายบ้านเมือง

#### 1. ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ

จากยุคกรีกโบราณที่ยอมรับหลักการความเป็นเหตุเป็นผลโดยธรรมชาติ โดยเชื่อว่าสิทธิทั้งหลายเกิดขึ้นตามธรรมชาติพร้อมๆ กับมนุษย์ ซึ่งสิทธิทั้งหลายแห่งมนุษยชาติที่เกิดขึ้นตามกฎหมายธรรมชาตินี้ แม้มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ เป็นกฎหมายที่สูงส่งมีคุณค่ายิ่งกว่ากฎหมายที่ตราโดยผู้ปกครองประเทศ และกฎหมายที่ตราขึ้นนั้นเป็นเพียงการรับรองสิทธิดังกล่าวว่าได้มีอยู่จริงมีผลบังคับให้มีการคุ้มครองแก่สิทธิดังกล่าวเท่านั้น หาได้เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดสิทธิต่างๆ แต่อย่างใด

ความเชื่อในแนวทฤษฎีนี้ โดยคริสต์ศตวรรษที่ 16 และ 17 เชื่อกันว่าพระเจ้าเป็นผู้บันดาลทุกสิ่งทุกอย่างขึ้น โดยนักกฎหมายที่ชื่อ ฮูโก โกรเชียส (Hugo Grotius ค.ศ. 1583 - 1645) ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นบิดาของวิชากฎหมายระหว่างประเทศและเป็นผู้เบิกทางให้แก่ความคิดกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ได้กล่าวว่า “ กฎหมายธรรมชาติ คือ บัญชาของเหตุผลอันถูกต้องที่ชี้การกระทำหนึ่งการกระทำใดว่ามีความต่ำทรามในทางศีลธรรม หรือมีความจำเป็น

<sup>16</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 7 น. 21.

<sup>17</sup> วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 15 น. 642.

ในทางศีลธรรมหรือไม่ ทั้งนี้โดยการพิจารณาคุณภาพของการกระทำนั้นว่าเป็นไปตามธรรมชาติ หรือขัดแย้งกับธรรมชาติที่มีเหตุผลของมนุษย์”<sup>18</sup>

สิ่งที่ทำให้ ฮูโก โกรเชียส มองไกลกว่าทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติในยุคเก่าก็คือ “การมองว่าสิ่งที่ ผิด-ชอบ-ชั่ว-ดี นั้น อยู่ที่คุณภาพตัวมันเองไม่ได้ขึ้นอยู่กับใคร” และ “Law of Nature” หรือความถูกต้องไม่ได้ขึ้นอยู่กับพระเจ้าอีกต่อไป หากแต่เป็นสิ่งที่มียู่ในตัวของมันเอง แม้แต่พระเจ้าเป็นเจ้าของก็ไม่อาจปรับหรือแก้กฎหมายธรรมชาติให้เปลี่ยนแปลงไปได้ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้ต่อมาได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและพัฒนาไปเป็น “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights)<sup>19</sup> ในเวลาต่อมา

## 2. ทฤษฎีกฎหมายบ้านเมือง

โดยฝ่ายเสรีนิยมที่เห็นตามทฤษฎีกฎหมายบ้านเมืองนี้ จะมีความเห็นต่างจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติข้างต้นไปในทางตรงกันข้ามว่า “สิทธิ” หมายความว่า ประโยชน์อันเกิดจากการคุ้มครองและรับรองโดยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้สิทธิเกิดขึ้นโดยกฎหมาย สิทธิย่อมได้มาจากการให้อำนาจโดยกฎหมาย การที่ไม่มีกฎหมายรับรองหรือคุ้มครองให้ก็ไม่อาจเกิดสิทธินั้นๆ ขึ้นได้ เมื่อกฎหมายไม่ได้รับความคุ้มครองไว้ ปัจเจกชนก็ไม่อาจกล่าวอ้างถึง “สิทธิ” ดังกล่าว แยกตนได้<sup>20</sup>

เหตุผลที่ทฤษฎีกฎหมายบ้านเมืองมีทัศนคติเกี่ยวกับสิทธิแตกต่างจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งทฤษฎีกฎหมายบ้านเมืองเห็นว่ากรกล่าวอ้างถึงสิทธิอันเกิดจากกฎหมายธรรมชาตินั้น ความจริงกฎหมายธรรมชาติดีคือศีลธรรม มโนธรรม และความรู้สึกที่ควรจะเป็น ทั้งยังเป็นสิ่งที่หาเกณฑ์วัดได้ยากกว่า สิทธินั้นๆ ที่เกิดขึ้นโดยธรรมชาตินั้นมีอยู่เพียงใด และภายในขอบเขตหรือหลักเกณฑ์อย่างไร ซึ่งหากกล่าวอ้างสิทธิโดยอาศัยกฎหมายธรรมชาติแล้วก็จะเกิดปัญหาต่างๆ ตามมามากมาย

นักกฎหมายฝ่ายเสรีนิยมในช่วงเวลาต่อมา คือในยุคคริสต์ศตวรรษที่ 19 ก็ได้มีการผสมผสานและประสานทฤษฎีทั้งสองเข้าด้วยกัน โดยการวางหลักการที่สำคัญๆ คือ การให้สิทธิประชาชนในรัฐฯ หนึ่ง ย่อมขึ้นอยู่กับภายใต้บังคับของกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ ตามแนวความคิดของกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งกฎหมายภายในดังกล่าวก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักของสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นหลักการสากลด้วย โดยหลักสิทธิมนุษยชนนั้น องค์การ

<sup>18</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น. 194-196.

<sup>19</sup> วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น. 643.

<sup>20</sup> เพ่งอ้าง.

สหประชาชาติได้จัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 เพื่อกำหนดว่าสิทธิดังกล่าวมีอยู่ในปัจเจกชนทุกคน และรัฐใดที่ลงนามในอนุสัญญาดังกล่าวก็ย่อมต้องมีพันธกรณีในการตรากฎหมาย หรือแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวด้วย<sup>21</sup> มีข้อเขียนทั้งในและต่างประเทศได้อธิบายว่า “สิทธิมนุษยชน” นั้น มาจาก “สิทธิธรรมชาติ” และ “สิทธิธรรมชาติ” มาจาก “กฎหมายธรรมชาติ” โดยแนวคิดดังกล่าวมีผู้ให้ความเชื่อถือมาก<sup>22</sup>

### ข. สิทธิเสรีภาพตามความหมายทั่วไปของรัฐฝ่ายสังคมนิยม

คำจำกัดความจากฝ่ายสังคมนิยมนี้ ได้ให้ความหมายของสิทธิแตกต่างไปจากฝ่ายเสรีประชาธิปไตยเป็นอย่างมาก โดยนักสังคมนิยมแบบคอมมิวนิสต์ที่ได้รับการกล่าวขานถึงคือ คาร์ล มาร์กซ์ (Karl Marx ค.ศ. 1818-1883) โดยเห็นว่า คำว่า “สิทธิ” หมายถึง การที่บุคคลสามารถเลือกกระทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้นเพื่อประโยชน์ของชนชั้นกรรมาชีพ นอกจากนี้ฝ่ายสังคมนิยมยังมีทัศนคติอีกว่าสิทธิอันเป็นพื้นฐานของมนุษย์ คือสิทธิที่จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับปัญหาทุกอย่างของรัฐ เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของคนในรัฐ หาใช่ผลประโยชน์ของใครคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ

### ค. สิทธิเสรีภาพตามความหมายทั่วไปของรัฐธรรมนูญ

สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน (das subjektive oeffentliche recht) มีความหมายว่า อำนาจตามรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดนั้น ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองแก่ปัจเจกชนดังกล่าว ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใด แทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน ซึ่ง ณ จุดนี้เอง จึงเกิดสิทธิเรียกร้องต่อรัฐ เพื่อให้รัฐดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองเขตแดนดังกล่าวนั้น อีกทั้งเพื่อบุคคลในรัฐได้รับประโยชน์สมดังสิทธินั้นๆ นอกจากนี้สิทธิตามรัฐธรรมนูญยังมีความหมายรวม ถึงการให้หลักประกันในเชิงสถาบัน (die institutionellen garantien)<sup>23</sup> จึงทำให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนต่อรัฐ หรือองค์กรต่างๆ ที่ใช้อำนาจอรัฐจึงต้องให้ความเคารพและ

<sup>21</sup> เฟื่องอ้าง.

<sup>22</sup> นพนิติ สุริยะ, สิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2537) น.15.

<sup>23</sup> Albert Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrecht, 4 Aufl, 1997 S. 2 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9 น. 40.



คุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีผลได้อย่างสมบูรณ์ในทางปฏิบัติ

### ง. ความหมายทั่วไปของเสรีภาพ

เสรีภาพ (Liberty) หมายถึง สภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความต้องการประสงค์ของตนเอง บุคคลอื่นมิอาจมีอำนาจเหนือที่จะมาบังคับให้บุคคลนั้นๆ กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการได้ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเสรีภาพ คืออำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลนั้นเอง อย่างไรก็ตาม หากเสรีภาพดังกล่าวนี้ มีการบัญญัติรับรองลงไปในกฎหมายว่าเสรีภาพนั้นได้รับการรับรองและคุ้มครองแก่ปัจเจกชน ย่อมทำให้เสรีภาพที่ได้รับการรับรองมีสถานะเป็นสิทธิด้วย ซึ่งอาจเรียกได้ว่า “สิทธิในเสรีภาพ (Right to Liberty)” อย่างไรก็ตาม เสรีภาพนั้นโดยความหมายในตัวมันเอง ย่อมไม่ก่อให้เกิดภาระหน้าที่แก่บุคคลอื่น เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา แต่หากกล่าวถึงสิทธิในเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญก็มีความหมายที่แคบกว่านั้นคือ สิทธิในเสรีภาพตาม รัฐธรรมนูญ นั้นหมายถึง บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่บัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ และบุคคลอื่นก็มีหน้าที่ในอันที่จะไม่ไปล่วงละเมิดต่อการใช้เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของบุคคลนั้น ซึ่งในประเด็นนี้อาจมองได้ว่าเสรีภาพเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่เชิงปฏิเสธแก่บุคคลอื่น ในการที่จะไม่เข้ามารบกวนการใช้อำนาจกระทำการหรืองดเว้นกระทำการของบุคคลนั้น

ด้วยเหตุนี้ สิทธิและเสรีภาพจึงมีความหมายที่ต่างกันอยู่พอสมควรในแง่ที่ว่า “สิทธิ” เป็นอำนาจที่บุคคลเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ในขณะที่ “เสรีภาพ” เป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง ในการตัดสินใจกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น ดังนั้นหากรัฐได้จำกัดอำนาจของตนเองมากเท่าใด สิทธิเสรีภาพก็ย่อมจะมีมากขึ้นเพียงนั้นดังที่ วูดโรว์ วิลสัน อดีตประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกากล่าวไว้ว่า “เสรีภาพไม่เคยมาจากรัฐแต่เสรีภาพมาจากมนุษย์เอง ประวัติศาสตร์ของเสรีภาพคือประวัติศาสตร์แห่งการจำกัดอำนาจลงของรัฐ ไม่ใช่ประวัติศาสตร์แห่งการเพิ่มพูนอำนาจของรัฐ”

### 1.1.3 การแบ่งประเภทของสิทธิเสรีภาพ

ในการแบ่งประเภทของสิทธิเสรีภาพ สามารถแบ่งออกได้หลายลักษณะคือ แบ่งตามแนวของประเทศเยอรมัน แบ่งโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ และแบ่งโดยพิจารณาจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเสรีภาพ โดยแยกพิจารณาดังนี้

#### 1.1.3.1 แบ่งตามแนวของประเทศเยอรมัน<sup>24</sup>

การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นข้อพิจารณาในการแบ่งสิทธิเสรีภาพโดยอาศัยลักษณะของการใช้นั้น ทำให้เข้าใจพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและประเภทว่ามีจุดมุ่งหมายเช่นไร อันจะทำให้บรรลุความมุ่งหมายสิทธิเสรีภาพในแต่ละประเภท และรัฐจะต้องดำเนินการเช่นไร ซึ่งสามารถแบ่งสิทธิเสรีภาพออกเป็น 3 ประเภท ตามแนวคิดของ Georg Jellinek คือ

##### 1. สิทธิเสรีภาพที่ปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ (Status Negativus)

หมายถึง สิทธิเสรีภาพที่รัฐรับรองว่าจะไม่เข้ามาเกี่ยวข้อง ก้าวก่าย หรือบังคับเอาแก่ปัจเจกชนในรัฐ ซึ่งปัจเจกชนนั้นสามารถดำเนินการหรือใช้สิทธิเสรีภาพประเภทนี้โดยประการใดก็ได้ตามใจสมัคร ปรากฏออกมาในรูปของสิทธิเชิงป้องกัน (Abwehrrecht) และคุ้มครองในลักษณะที่เป็นเด็ดขาด รัฐมิอาจล่วงละเมิดมาบังคับหรือจำกัดสิทธิของประชาชนได้ สิทธิเสรีภาพประเภทนี้ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน หรือเสรีภาพในการสื่อสาร เสรีภาพในการแสดงความเห็น เป็นต้น

##### 2. สิทธิเสรีภาพที่ประชาชนสามารถเรียกร้องจากรัฐ (Status Positivus)

เป็นสิทธิเสรีภาพประเภทที่รัฐจะต้องเข้ามาดำเนินการเพื่อให้ประชาชนหรือปัจเจกชนสามารถบรรลุถึงการใช้สิทธิเสรีภาพนั้นๆ จึงเป็นสิทธิที่เรียกร้องให้รัฐกระทำการหรือดำเนินการให้เป็นสิทธิในเชิงเรียกร้อง ซึ่ง Jellinek เห็นว่าจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งรัฐมีหน้าที่โดยตรงที่จะปฏิบัติตามเพื่อให้สิทธิเสรีภาพประเภทนี้เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม เช่น สิทธิที่จะได้รับบริการสาธารณสุข สิทธิที่จะใช้สิทธิในทางศาล เป็นต้น

---

<sup>24</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte-Staatsrecht II, 9. Aufl, 1997, S. 21. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 62-63.

### 3. สิทธิเสรีภาพกลุ่มของการแสดงเจตจำนงทางการเมือง(Status Activus)

หมายถึงการที่ปัจเจกชนใช้สิทธิของตนเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองอย่างอิสระ ปราศจากการครอบงำหรือบังคับจากผู้หนึ่งผู้ใด หรือกลุ่มบุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยได้มีการบัญญัติรับรองออกมาในรูปแบบของ “ สิทธิพลเมือง ” เช่น สิทธิในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ สิทธิในการจัดตั้งพรรคการเมือง เป็นต้น สามารถพิจารณาได้ว่าสิทธิเสรีภาพในการแสดงเจตจำนงทางการเมืองจึงเป็นสิทธิเสรีภาพที่จำกัดให้แก่เฉพาะบุคคลภายในชาติของตน หรือเป็นสิทธิเฉพาะของพลเมืองในรัฐของตน เท่านั้นเอง

#### 1.1.3.2 แบ่งโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิ

การแยกสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ พิจารณาจากผู้ที่ได้รับสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือรัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้การรับรองคุ้มครอง<sup>25</sup> พิจารณาจากพื้นฐานทั่วไปคือ ” สิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่อยู่ในปัจเจกบุคคลทุกคน แต่สิทธิพลเมืองนั้นพึงจำกัดให้ได้รับเพียงแค่ประชาชนพลเมืองในรัฐนั้นๆ เท่านั้น ”<sup>26</sup> จึงสามารถแบ่งสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ได้ดังนี้

##### 1.1.3.2.1 ผู้ทรงสิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หรือสิทธิของทุกๆ คน ซึ่งสิทธิประเภทนี้ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐมุ่งให้ความคุ้มครองแก่ทุกๆ คน โดยมีได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนของชาติใด เพียงแต่บุคคลนั้นเข้ามาอยู่ในขอบเขตที่ประเทศนั้นๆ และอำนาจรัฐเข้าถึง บุคคลนั้นก็ย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศนั้นด้วย<sup>27</sup> สิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิที่ประจำติดตัวมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่เกิด เป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ โดยไม่มีบุคคลใดหรือผู้ปกครองรัฐจะพราก หรือทำลายสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ ซึ่งสิทธิเสรีภาพเหล่านี้มีอยู่ก่อนที่จะเกิดรัฐ รัฐมิได้ให้คุณค่าในตัวของสิทธิเสรีภาพนั้น จนกว่าจะรับรองคุ้มครองและปกป้องสิทธิเสรีภาพนั้น

##### 1.1.3.2.2 ผู้ทรงสิทธิพลเมือง

สิทธิพลเมือง (Citizen Rights) สิทธิประเภทนี้ เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่อยู่ในฐานะพลเมืองของรัฐเท่านั้น ถือเป็นสิทธิของคน

<sup>25</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 63.

<sup>26</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), น. 133.

<sup>27</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 64.

ในชนชาตินั้นๆ ที่จะได้รับประโยชน์จากความคุ้มครองสิทธิที่รัฐดังกล่าวรับรองไว้ ขึ้นอยู่กับว่ารัฐนั้นๆ จะให้ความคุ้มครองหรือมอบสิทธิเสรีภาพให้แก่พลเมืองในรัฐเท่าใด

สำหรับสิทธิพลเมืองนี้ โดยเนื้อแท้เป็นการพิจารณาจากเนื้อหาของสิทธิว่าสิทธิใดให้กับบุคคลทุกคน สิทธิใดให้กับพลเมือง ซึ่งอาจยกตัวอย่างถึงสิทธิเสรีภาพในการแสดงเจตจำนงทางการเมือง<sup>28</sup> เช่น สิทธิในทางการเมือง การมีส่วนร่วมทางการเมือง เสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิในการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย เป็นต้น<sup>29</sup> เป็นการแยกสิทธิเสรีภาพของพลเมืองออกจากสิทธิมนุษยชน คือ กำหนดขอบเขตการคุ้มครองแต่ละประเภท

### 1.1.3.3 แบ่งโดยพิจารณาจากเงื่อนไขการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

การพิจารณาว่าสิทธิเสรีภาพนั้นๆ เป็นสิทธิเสรีภาพที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ หากอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น จะอยู่ในเงื่อนไขการถูกจำกัดอย่างไรบ้าง ซึ่งมีการกำหนดประเภทของสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ไว้ 3 รูปแบบ คือ

#### 1. สิทธิเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป

สิทธิเสรีภาพที่จำกัดได้โดยผลของเงื่อนไขกฎหมายทั่วไป เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยที่กฎหมายรัฐธรรมนูญเรียกร้องว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้น จะกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย และมีได้มีเงื่อนไขประการอื่นใดกำหนดหลักเกณฑ์อื่นๆ ไว้อีก ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ จึงสามารถกระทำได้โดยการตรากฎหมายใดๆ มาบังคับก็ได้ ถือได้ว่าการกำหนดกรอบดังกล่าวเป็นการกำหนดกรอบแต่เพียงเอาไว้กว้างๆ หรือโดยทั่วไปเท่านั้น และอาจเรียกสิทธิเสรีภาพประเภทนี้ว่าเป็นสิทธิที่จำกัด (Restricted Rights)<sup>30</sup> ดังนั้น การที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพกลุ่มนี้ได้ รัฐธรรมนูญจะต้องมีการบัญญัติถ้อยคำลงท้ายมาตราที่ รับรองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวด้วย

สำหรับถ้อยคำที่ใช้เพื่อรับรองในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในรูปแบบเงื่อนไขกฎหมายทั่วไป เช่น “ ให้เป็นไปตามกฎหมาย ” “ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ” “ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ” หรือ “ การจำกัดสิทธิให้เป็นไปโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย ” เป็นต้น<sup>31</sup>

<sup>28</sup> วรพจน์ วุศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 46.

<sup>29</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น. 64.

<sup>30</sup> วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15, น. 648.

<sup>31</sup> เพิ่งอ้าง.

อย่างไรก็ดี การบัญญัติถ้อยคำที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายที่กว้างเช่นนี้อาจจะเหมาะสมในประเทศที่ปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีเสถียรภาพมั่นคง เพราะรัฐสภาซึ่งเป็นผู้ตรากฎหมายย่อมจะมีการพิจารณาอย่างรอบครอบ และมีจิตสำนึกว่าการจำกัดสิทธิในระดับใดเป็นสิ่งที่พอสมควรและสอดคล้องกับความต้องการของประชาชน แต่ในประเทศที่สภาวะทางการเมืองยังไม่นิ่งไม่แน่นอนและมีปัจจัยอื่นอีกหลายประการ ทำให้มิติของรัฐสภาขัดหรือแย้งกับความรู้สึกของประชาชนได้ การระบุถ้อยคำดังกล่าวโดยไม่ระบุว่าเป็นกฎหมายอะไร และกฎหมายนั้นมีกรอบจำกัดอย่างไร จึงไม่น่าจะเหมาะสม เพราะเท่ากับเป็นการกำหนดขอบเขตสิทธิเสรีภาพอย่างอิสระ โดยผู้มีอำนาจและรัฐสภาก็อาจตรากฎหมายใดก็ได้มาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ทั้งนี้ แม้จะไม่มีข้อกำหนดในการออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ แต่การที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้นั้น โดยแท้จริงแล้วก็อยู่ภายใต้ข้อจำกัดทั่วไป ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

## 2. สิทธิเสรีภาพกับเงื่อนไขของกฎหมายพิเศษ

สิทธิเสรีภาพที่จำกัดได้โดยเงื่อนไขผลของกฎหมายพิเศษ กล่าวคือ สิทธิเสรีภาพประเภทนี้อาจเรียกว่าสิทธิสัมพัทธ์ (Relative Rights) เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญเรียกร้องว่าการแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพโดยกฎหมายต้องผูกพันอยู่กับสถานการณ์หนึ่งสถานการณ์ใด หรือมีวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง หรือจะต้องดำเนินการโดยวิธีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เท่านั้น และอาจสังเกตได้ว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพในกลุ่มนี้ รัฐธรรมนูญจะบัญญัติถ้อยคำท้ายมาตรว่า “โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อ...” เช่น เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมีอาจจำกัดได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น เป็นต้น

กรณีนี้จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ มากขึ้น กล่าวคือการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ จะต้องกระทำไปภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะเท่านั้น หากมีการออกบทบัญญัติหรือตรากฎหมายใดๆ ที่จำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าว นอกเหนือหรือแตกต่างจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ก็ย่อมเป็นการตรากฎหมายโดยขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งยังผลให้กฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่อาจบังคับใช้ได้

### 3. สิทธิเสรีภาพที่ปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย

สิทธิเสรีภาพอันปราศจากเงื่อนไขของกฎหมาย เป็นสิทธิเสรีภาพที่ไม่อยู่ภายใต้การจำกัดของกฎหมายใดเลย จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นสิทธิบริบูรณ์ (Absolute Rights)<sup>32</sup> เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เป็นต้น

#### 1.2 หลักประกันสิทธิและเสรีภาพ และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ

##### 1.2.1 หลักประกันสิทธิและเสรีภาพ

หลักนิติรัฐเป็นความปรารถนาพื้นฐานของมนุษย์ ในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลและสมาชิกในประชาคมมนุษย์ที่ไขว่คว้าหาความยุติธรรมและความแน่นอนของกฎหมาย แต่โดยเหตุที่การบรรลุถึงซึ่งความปรารถนาดังกล่าว ยังขึ้นกับปัจจัยทางด้านแนวความคิด ความคาดหวังและสถานการณ์ทางสังคมเป็นสำคัญ

ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ ให้คำศัพท์เป็นภาษาไทยว่า “หลักนิติธรรม” เป็นต้น ซึ่งแม้ว่าหลักนี้จะมีความหมายทำนองเดียวกันกับหลักนิติรัฐ แต่ก็จะมีรายละเอียดที่แตกต่างจากหลักนิติรัฐในแง่ของที่มาของระบบกฎหมาย กล่าวคือ หลักนิติธรรมของอังกฤษเกิดมาจากการต่อสู้ของเหล่านักกฎหมายที่มีพื้นฐานทางการศึกษามาจากการศึกษาอบรมใน Inn of Courts มีการรวมกลุ่มกันจนเป็นฐานันดรที่ทำหน้าที่ร่วมกันในการรักษากฎหมายของประเทศนั้น ซึ่งเป็นระบบที่หลักกฎหมายมาจากแนวคำพิพากษาของศาลหรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่าระบบ Common Law เนื่องจากเป็นระบบที่ยึดถือแนวปฏิบัติตามจารีตประเพณีที่ยึดถือสืบทอดกันมา นอกจากนี้แล้วในระบบกฎหมายของอังกฤษยังเป็นระบบที่มีลักษณะของการชิงดีชิงเด่นกันระหว่างหลักกฎหมายของ Common Law ซึ่งมีที่มาจากศาลกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา จนออกมาในรูปของการตีความของศาลที่จะตีความกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาอย่างเคร่งครัด เป็นต้น

หลักนิติรัฐ มิได้หมายความว่า เป็นที่รวมของบทกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นหลักการที่มีความหมายในตัวว่า เป็นแนวทางสำหรับการตีความรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ รวมทั้งกฎหมายทั้ง

<sup>32</sup> วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 15 น. 647.

ระบบ ซึ่งประเทศที่ปกครองด้วยหลักนิติรัฐได้พัฒนาไปถึงขั้นที่ว่า แม้มีกรณีพิพาทเกิดขึ้นโดยที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะก็อาจนำหลักนิติรัฐมาปรับใช้ได้โดยตรง<sup>33</sup>

แม้ว่าหลักนิติรัฐจะมีความหมายแตกต่างกันไปตามบริบทของแต่ละประเทศ แต่เราก็สามารถกล่าวถึงหลักการดังกล่าวเป็นการทั่วไปได้ว่า ประเทศที่มีการปกครองตามหลักนิติรัฐนั้น นอกจากจะมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างพลเมืองด้วยกันแล้ว ยังมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างพลเมืองกับรัฐ และความสัมพันธ์ทั้งหลายภายในรัฐอีกด้วย และอาจกล่าวได้ว่าลักษณะเฉพาะของความเป็นนิติรัฐก็คือ ในรัฐดังกล่าวการใช้อำนาจรัฐถูกผูกพันโดยกฎหมาย ซึ่งจุดนี้จะเห็นได้ว่า มีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับการปกครองตามหลักอำนาจนิยม หรือรัฐตำรวจ (Police State) โดยรัฐที่มีการปกครองตามลักษณะดังกล่าว จะไม่มีกฎหมายหรือมีกฎหมายน้อยและแม้จะมีกฎหมาย แต่กฎหมายดังกล่าวก็มักจะไม่ได้รับการยึดถือและปฏิบัติตามจากผู้ทรงอำนาจในรัฐนั้นๆ

รัฐที่มีการปกครองตามหลักนิติรัฐ พลเมืองภายใต้รัฐดังกล่าวจะมีสถานภาพเป็นบุคคล และได้รับการรับรองให้เป็นผู้ใช้สิทธิตามกฎหมาย (Subject of Law) ได้ มิใช่มีฐานะเป็นเพียงผู้ถูกกระทำ อย่างไรก็ตาม ในประเทศที่มีการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ ก็อาจเกิดปัญหาในประเด็นของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมายขึ้นมาได้ เนื่องจากรัฐจะมีบทบาทสองบทบาท กล่าวคือ เป็นผู้ตรากฎหมายและดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันรัฐจะถูกผูกพันโดยกฎหมายด้วย รัฐจึงเป็นทั้งผู้ใช้และถูกจำกัดกฎหมายในตัวเอง ปัญหาในประเด็นของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมาย จึงเป็นประเด็นที่จำเป็นจะต้องมีการทำความเข้าใจ เพื่อให้สามารถใช้หลักนี้ได้อย่างถูกต้อง

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 กำหนดว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แล้วจะทำได้เป็นหลัก เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น โดยจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ ส่วนวรรค 2 กำหนดว่า กฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นต้องมีผลบังคับทั่วไป ไม่มุ่งหมายใช้บังคับกรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ส่วนวรรค 3 บัญญัติว่า บทบัญญัติดังกล่าวทั้งวรรค 1 และ

<sup>33</sup> K. Stern, Staatsrecht I, Munchen 1984, S. 778ff. อ้างในบุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 409.

วรรค 2 ให้นำมาใช้บังคับกับกฎ หรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายด้วยโดยอนุโลม รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ถือเป็นหัวใจของการให้หลักประกันความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง ดังนั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองจะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งต้องมีผลเป็นการทั่วไปไม่เจาะจงกรณีใด บุคคลใดเป็นการเฉพาะ ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจเป็นการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องทำเท่าที่จำเป็นหรือเป็นไปตามหลักสัดส่วน

นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญ มาตรา 27 ยังบัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพต้องผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรง ในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ ส่วนที่รัฐธรรมนูญรับรองในการใช้สิทธิทางศาลเป็นเครื่องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรตุลาการนั้น ได้กำหนดไว้ในมาตรา 28 วรรค 2 ว่า บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ และ วรรค 3 ว่า บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวด 3 ได้โดยตรง

ในการพิจารณาหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ จึงต้องพิจารณาได้เรียงจากความผูกพันขององค์กรรัฐที่มีต่อสิทธิและเสรีภาพ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยหลักความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งเป็นหลักทั่วไป โดยสิทธิและเสรีภาพย่อมผูกพันต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลาย ดังนี้

#### 1.2.1.1 หลักความผูกพันโดยตรงของสิทธิและเสรีภาพต่อองค์กรของรัฐ

การพิจารณาถึงความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ นั้นแยกพิจารณาดังนี้

##### ก. ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายนิติบัญญัติ

ฝ่ายนิติบัญญัติมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพหลายประการ โดยเฉพาะกรณีของสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพ ฝ่ายนิติบัญญัติมีความผูกพันที่ต้องกำหนดรายละเอียดให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยไม่ให้เกิดกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพทำให้เกิดความผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติในการตรวจรายละเอียดของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพสามารถมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติ นอกจากนี้สิทธิและเสรีภาพก่อให้เกิดข้อจำกัดแก่



ฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมาย โดยจำกัดในทางรูปแบบ และจำกัดในทางเนื้อหา โดยการจำกัดทางรูปแบบนั้นต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ส่วนการจำกัดในทางเนื้อหานั้นมีผลบังคับในการตรากฎหมายที่ต้องเป็นการทั่วไปไม่มุ่งใช้บังคับแก่คดีใดคดีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง เป็นต้น ส่วนความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพที่ก่อให้เกิดอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้น เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ป้องกันฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายละเมิดหลักการศาลรัฐธรรมนูญจึงเกิดอำนาจในการตรวจสอบว่า บทบัญญัติที่ตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากใช้ก็มีผลไม่อาจใช้บังคับได้ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นฝ่ายการเมืองที่เป็นตัวแทนของประชาชน หากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น อาจกระทบข้ามแดนการใช้อำนาจตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเฉพาะที่ขัดความสมเหตุสมผลขัดแย้ง

#### ข. ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายบริหาร

ในที่นี้เน้นเฉพาะความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายปกครองเท่านั้น หลักการพื้นฐานของความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายปกครองนั้น ทัวไปแล้วเป็นการกระทำทางฝ่ายปกครองที่ต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีหลักคือ เงื่อนไขของกฎหมาย และความมาก่อนของกฎหมาย ซึ่งหลักความมาก่อนของกฎหมายคือ มาตรการของฝ่ายปกครองอย่างไร จะขัดกับกฎหมายไม่ได้ การที่มาตรการของฝ่ายปกครองขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ย่อมหมายความว่ามาตรการของฝ่ายปกครองขัดต่อหลักสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ด้วย ซึ่งการกระทำดังกล่าวรวมถึงการออกกฎหมายลำดับรองหรือคำสั่งทางปกครอง การตรวจสอบของศาลที่เกี่ยวกับความผูกพันของฝ่ายปกครอง ศาลจะตรวจสอบความผูกพันของฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจว่าขัดต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่

#### ค. ความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพต่อฝ่ายตุลาการ

องค์กรตุลาการมีความผูกพันในสิทธิและเสรีภาพอยู่ 2 ลักษณะ คือ ตุลาการเป็นองค์กรตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร ว่ามีการดำเนินการที่ขัดต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ และองค์กรตุลาการเองต้องผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพคือไม่อาจจะละเมิดสิทธิและเสรีภาพได้ในกรณีที่ใช้อำนาจมหาชนในการวินิจฉัยข้อพิพาท การตรวจสอบเกี่ยวกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพในการพิจารณาคดีของศาลนั้น มิได้จำกัดเฉพาะ

ในทางมหาชนเท่านั้น ข้อพิพาททางแพ่งอาจเป็นปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพได้เช่นกัน แม้สิทธิและเสรีภาพจะไม่มีผลผูกพันต่อปัจเจกบุคคลโดยตรงก็ตาม แต่การใช้และตีความกฎหมายของศาลก็ยังต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น

ความผูกพันของอำนาจรัฐต่อสิทธิและเสรีภาพนั้น อาจไร้ผลเพราะเงื่อนไขที่ทำให้สิทธิและเสรีภาพมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงนั้น ก็เมื่อมีองค์กรเฉพาะเข้ามาตรวจสอบดูแล หากไม่มีองค์กรใดเข้ามาตรวจว่าองค์กรใดมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ หากศาลสูงสุดที่ใช้และตีความสิทธิและเสรีภาพไปในทางไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ จะทำให้ต้นเหตุของคดีไม่มีการตรวจสอบอย่างถูกต้อง จึงควรต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบดูแลเรื่องการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ เพื่อให้องค์กรรัฐที่ผูกพันอาจถูกตรวจสอบได้โดยศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงควรเป็นผู้มีอำนาจสุดท้ายในการพิจารณาชี้ขาดกรณีที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ไม่มีองค์กรตรวจสอบการละเมิดสิทธิและเสรีภาพเป็นการเฉพาะ ว่าศาลสูงสุดอาจใช้หรือตีความสิทธิและเสรีภาพแตกต่างขัดแย้งกันได้ เพราะเมื่อศาลสูงสุดแต่ละศาลพิพากษาแล้วคดีย่อมเป็นที่สุด ไม่อาจโต้แย้งไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้อีก

#### 1.2.1.2 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

ข้อพิจารณาหลักนี้มี 2 ประการคือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย และเฉพาะการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขเป็นการเฉพาะ ดังนั้นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในกรณีนี้ต้องอยู่ในขอบเขตของเงื่อนไขเฉพาะนั้นๆ

ก. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ เป็นการนำหลักประชาธิปไตยมาสัมพันธ์กับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล คือกฎหมายจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต้องผ่านความเห็นชอบขององค์กรตัวแทนประชาชนตามหลักประชาธิปไตย จึงจะเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรผู้แทนประชาชนเป็นการแสดงถึงลักษณะร่วมกันของหลักประชาธิปไตยกับหลักนิติรัฐ หากพิจารณาจากหลักเงื่อนไขรัฐสภา การกำหนดกฎเกณฑ์ที่สำคัญต้องพิจารณากำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัตินั่นเอง องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจมอบหมายหรือมอบอำนาจให้องค์กรอื่นกำหนดเงื่อนไขมาจำกัดสิทธิเสรีภาพซึ่งเป็นเรื่องสำคัญได้ เพราะการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเป็นเรื่องสำคัญ องค์กรจะออกกฎหมายลำดับรองมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้

ข. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะทำได้โดยรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขและภายใต้ขอบเขตเงื่อนไขเฉพาะนั้นๆ

เงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมี 2 เงื่อนไข คือ เงื่อนไขทั่วไป และเงื่อนไขเฉพาะ เงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ คือกรณีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอาจจำกัดโดยกฎหมายธรรมดา เช่น สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครองขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ กับเงื่อนไขเฉพาะ คือการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอาจจำกัดได้เมื่อเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญเท่านั้น เช่น เสรีภาพในการเดินทาง อาจถูกจำกัดโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคง เพื่อความสงบเรียบร้อย หรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 หรือบุคคลมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ การจำกัดเสรีภาพจะทำได้ไม่ได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะในกรณีชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสงบของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศกฎอัยการศึก

#### 1.2.1.3 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ

ข้อห้ามมิให้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะมีแนวคิดที่พัฒนาการมาจากหลักกฎหมายของประเทศเยอรมัน โดยมีความมุ่งหมายมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติแทรกแซงออกกฎหมายเฉพาะเจาะจงการบริหารงานของฝ่ายปกครอง และมีให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามอำเภอใจ เพราะการกระทำในรูปของการออกกฎหมายกับกรณีที่เฉพาะเจาะจงกับกรณีใดกรณีหนึ่งนั้น เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง

##### ก. ขอบเขตการใช้กฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

หลักการห้ามจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยความมุ่งหมายเป็นการเฉพาะเจาะจงให้ใช้บังคับกรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะนั้น ตามคำวินิจฉัยของเยอรมัน ส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ขอบเขตของการใช้ของหลักดังกล่าวมีขอบเขตจำกัดเฉพาะของสิทธิประเภท “สิทธิในเสรีภาพ” ซึ่งหมายถึงการที่บุคคลมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ และก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่นในหน้าที่ที่จะไม่ไปละเมิดการใช้เสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิประเภทนี้ นักนิติศาสตร์เยอรมันส่วนใหญ่นำมาใช้กับสิทธิในเสรีภาพเป็นการเฉพาะ เพราะสิทธิประเภทนี้ได้มีการกำหนดให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย

### ข. การห้ามบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้แก่กรณีใดกรณีหนึ่ง

การห้ามบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งนั้น เป็นการห้ามออกคำสั่งทางปกครองในรูปของกฎหมาย นอกจากปัญหาความเสมอภาคแล้ว ยังเป็นปัญหาเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจด้วย

กฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปมีสาระสำคัญ คือ ในเรื่องเวลา ในเรื่องบุคคล และในเรื่องเนื้อหา ซึ่งช่วงเวลาในการมีผลบังคับใช้นั้น เป็นช่วงเวลาที่ยกกฎหมายออกมาบังคับใช้ได้ทั่วไปและใช้ได้ตลอดไปจนกว่าจะมีกฎหมายที่ออกมาภายหลังให้มีผลยกเลิกกฎหมายที่ออก มาก่อน ส่วนกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปในแง่บุคคล และเนื้อหานี้ หมายถึง ลักษณะทั่วไปในความหมายของจำนวนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ดังกล่าวนั้นจนไม่อาจคำนวณหรือกำหนดได้ ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกับความเป็นนามธรรมที่ไม่อาจกำหนดจำนวนข้อเท็จจริง ดังนั้น ลักษณะทั่วไปจึงมีความหมายตรงข้ามกับ เฉพาะราย เฉพาะสิ่ง และความเป็นรูปธรรม ดังนั้น กฎหมายจึงต้องมีลักษณะนามธรรมทั่วไป ไม่ใช่ลักษณะรูปธรรมเฉพาะราย แต่อย่างไรเสียการบัญญัติกฎหมายโดยอาศัยหลักการนามธรรมทั่วไปอาจเป็นเรื่องยาก เหตุนี้จึงต้องผสมผสานลักษณะดังกล่าวเข้าด้วยกัน

#### 1.2.1.4 หลักการระบอบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ (Zitiergebot)

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การตรากฎหมายต้องระบอบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น เป็นผลจากการได้รับอิทธิพลมาจากรัฐธรรมนูญของเยอรมันซึ่งมีความเป็นมา และมีความมุ่งหมายของหลักการระบอบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น เพื่อทำหน้าที่เตือนและให้เหตุผล โดยทั่วไปหลักดังกล่าวเป็นการเตือนฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้ตรากฎหมายแทรกแซงสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ตั้งใจและปราศจากการไตร่ตรอง จึงเป็นหลักที่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติไตร่ตรองเพื่อความรอบคอบและตรวจสอบอย่างละเอียดถึงผลดีผลเสียของการแทรกแซงสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรอง จึงเป็นรูปแบบในการตราพระราชบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องแสดงให้ปรากฏ เพราะเป็นการยืนยันว่าฝ่ายนิติบัญญัติทราบถึงผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่รัฐธรรมนูญรับรองแล้ว ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติตระหนักเสมอว่าการตรากฎหมายบังคับใช้จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น เป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติ มิให้หลังผลผลิตของการร่างกฎหมายของตน ทำให้การใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายมีความชัดเจนขึ้น นอกจากนั้นทำให้ประโยชน์ผู้ถูกระทบและเกี่ยวข้องทำการตรวจสอบได้ว่าการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวอาศัยบทมาตรา

ใดของรัฐธรรมณูญที่ให้อำนาจและ เหตุผลในการตรานั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมณูญกำหนดไว้หรือไม่เพียงใด

ขอบเขตของการใช้หลักการต้องระบุบทบัญญัติรัฐธรรมณูญที่ให้อำนาจในการตรา กฎหมายจำกัดสิทธินี้ ไม่นำหลักการระบุบทบัญญัติดังกล่าวตามรัฐธรรมณูญมาใช้กับกฎหมายเก่าที่ออกก่อนแล้ว และไม่อาจนำหลักนี้มาใช้ในการบังคับตามสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งรัฐธรรมณูญมอบหมายให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปบัญญัติรายละเอียดในเรื่องนั้นๆ

รูปแบบการอ้างบทมาตราที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมณูญประเทศเยอรมันรับรองนั้น แตกต่างกัน กฎหมายบางฉบับอ้างมาตราที่มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยบางฉบับเขียนในตอนท้ายของบทบัญญัติของกฎหมายนั้น และพบเสมอใน คำปรารภ ซึ่งการบัญญัติในมาตราที่มีการจำกัดสิทธินั้น น่าจะสอดคล้องตามความมุ่งหมายของหลักการระบุบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายมากกว่า แต่ต้องพิจารณาว่าหลักทั่วไปของหลักดังกล่าวเพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติการจำกัดสิทธิที่เป็นรูปธรรมมากที่สุด การกล่าวอ้างบทบัญญัติในมาตราที่จำกัดสิทธิไว้ในคำปรารภก็ดี ในตอนท้ายของบทสุดท้ายของกฎหมายก็ดี อาจทำได้ในบางกรณีเท่านั้น การกล่าวอ้างในคำปรารภจะทำได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายนั้นทั้งฉบับมีลักษณะที่จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเท่านั้น

ผลทางปฏิบัติในประเทศเยอรมันไม่มีการละเมิดหลัก Zitiergebot แต่เป็นที่ยอมรับว่าการไม่อ้างบทมาตราที่จำกัดสิทธินั้น ทำให้กฎหมายเป็นโมฆะทั้งฉบับ โดยถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติฝ่าฝืนต่อรัฐธรรมณูญ โดยทั่วไปกฎหมายที่โมฆะทั้งฉบับมีผลย้อนต้น (ex tunc) ส่วนกฎหมายที่ไม่ระบุบทมาตราที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมีผลเป็นโมฆะนับแต่ปัจจุบันไป (ex nunc)

#### 1.2.1.5 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมณูญจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ Wesensgehaltsgarantie

แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพ แต่ไม่อาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ อันเป็นการจำกัดขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการทั่วไป ข้อความคิดของหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้นั้น มีข้อความคิดที่ควรพิจารณาเกี่ยวกับหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพคือ หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพไม่ได้ มีแนวคิดทางทฤษฎีพื้นฐาน 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ และทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์ ตามทฤษฎีแรกที่เป็นการคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

อย่างสมบูรณ์ ซึ่งเป็นจริงที่สมบูรณ์เช่นนั้น อันเป็นบทบัญญัติขั้นต่ำสุดที่คุ้มครองต่อแก่นของสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพซึ่งเป็นหัวใจของสิทธินั้นๆ โดยแนวคิดนี้แยกแยะแห่งสิทธิออกเป็น 2 แดน คือ ส่วนแรกยอมให้รัฐเข้ากระทบต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นได้ แต่ขอบเขตอีกส่วนหนึ่งนั้นไม่ยอมให้รัฐก้าวล่วงเข้าไปได้ อันถือว่าเป็นขอบเขตของการได้รับความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ การคุ้มครองตามกฎหมายนี้ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาการแทรกแซง และพึงเหตุผลของการเข้าแทรกแซงเป็นกรณีๆ ไป เช่น การแทรกแซงในชีวิตร่างกายอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ไม่ว่าจะเป็นประการใด สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวย่อมอยู่ในความคุ้มครองอย่างสมบูรณ์อันจะล่วงละเมิดใดๆ มิได้ การก้าวล่วงละเมิดในสาระสำคัญของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น ถือเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิดังกล่าว จากทฤษฎีนี้ ไม่มีการคุ้มครองใดที่มีค่าสูงไปกว่าสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ การคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพพึงต้องคุ้มครองอย่างสมบูรณ์

ส่วนทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์นั้น เห็นว่าไม่ควรมีสิ่งใดที่ได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ ในกรณีที่มีเหตุผลเหนือกว่าที่จำเป็นกว่า ภายใต้สถานการณ์ดังกล่าว จึงควรอนุญาตให้มีการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพได้ อันเป็นการนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาประกอบว่า ไม่ว่าเวลาใดๆ ไม่อาจจะก่อให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน หรือโดยปราศจากการไตร่ตรองซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ได้เสียที่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอื่นๆ

#### 1.2.1.6 หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น

หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็น หรือหลักพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน หรือหลักห้ามกระทำเกินกว่าเหตุ ซึ่งเป็นหลักที่มีความสำคัญในการนำมาใช้ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายเยอรมันนั้น ถือเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างขวาง มิใช่เฉพาะในเยอรมันเท่านั้น ยังรวมถึงออสเตรีย ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ และประเทศอื่นๆ นอกจากนั้นยังยอมรับหลักความได้สัดส่วนในหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ หลักความได้สัดส่วนมีรากฐานมาจากความยุติธรรม อันเป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป หลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นหลักค้ำประกันถึงความยุติธรรมในส่วนของปัจเจกบุคคลและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวมด้วย เพราะการอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลก็ดี ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันก็ดี รวมถึงผลประโยชน์มหาชน ย่อมมีผลกระทบซึ่งกันและกันเสมอ การคลี่คลายความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ของประเทศตะวันตกต่างยึดหลักความได้สัดส่วนใน

การแก้ปัญหาความขัดแย้ง เป็นผลให้การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันเป็นไปอย่างสันติของกฎหมายที่คำนึงถึงความเป็นธรรมและความยุติธรรมทุกฝ่าย หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักสำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐ อันมีผลสมบูรณ์ของความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้นๆ โดยที่หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีลำดับศักดิ์สูงเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ จึงต้องพิจารณาสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนเพื่อนำไปเป็นเกณฑ์การควบคุมและตรวจสอบการกระทำของรัฐทุกประเภทตามหลักกฎหมายเยอรมัน และโดยที่หลักความได้สัดส่วนหรือหลักห้ามกระทำการเกินกว่าเหตุเป็นหลักที่มีผลมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง และศาลสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยวินิจฉัยว่า หลักความได้สัดส่วนมีผลมาจากหลักนิติรัฐ หลักนี้จึงมีลำดับชั้นในระดับของรัฐธรรมนูญ อันเป็นความมุ่งหมายเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐ และเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนมิได้มุ่งหมายเฉพาะการจำกัดการแทรกแซงของอำนาจรัฐเท่านั้น หลักความได้สัดส่วนนั้นนอกจากจะเป็นหลักในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้ใช้อำนาจอย่างอำเภอใจแล้ว ยังถือเป็นมาตรฐานที่เป็นสาระสำคัญในการควบคุมตรวจสอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมันได้ใช้หลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา นอกจากนั้นศาลปกครองก็ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำในทางปกครอง โดยเฉพาะการกระทำที่เป็นการแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ

สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่ใช้ถ้อยคำต่างๆ โดยมีได้อธิบายถึงความแตกต่างของถ้อยคำต่างๆ เหล่านี้ ได้แก่ “ เกินกว่าส่วน ” “ ไม่เหมาะสม ” “ มีเหตุผล ” “ ความจำเป็น ” “ จะขาดเสียมิได้ ” ซึ่งต่อมาปี ค.ศ. 1970 จึงได้มีความเห็นสอดคล้องกันว่าเนื้อหาสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีอยู่ 3 ประการคือ

#### (1) หลักความเหมาะสม

หลักความเหมาะสมของมาตรการ หรือวิธีการอันใดอันหนึ่งนั้น ตามความหมายของมาตรการที่เหมาะสมคือ มาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ ส่วนมาตรการที่ไม่เหมาะสม คือ หากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวเป็นไปด้วยความยากลำบาก ความเหมาะสมจึงหมายถึงสภาพการณ์ซึ่งรัฐได้ทำการแทรกแซงภายในสภาพการณ์นั้นรัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ได้ กำหนดไว้ โดยมาตรการนั้นตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่ได้รับการยอมรับ หรือมาตรการที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ในกรณีนี้จึงถือว่าเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม

คำวินิจฉัยที่เคยวินิจฉัยว่ามาตรการในเรื่องนั้นๆ มีความไม่เหมาะสม เช่นในกรณีข้อห้ามในทางกฎหมายต่อหน่วยงานกลางที่จัดบริการให้มีการเดินทางรวมไปกับรถยนต์ส่วนบุคคลเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของการจราจร และเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ร่วมเดินทางกับรถยนต์ส่วนบุคคล จึงไม่มีความเหมาะสม หรือในกรณีความจำเป็นในการตรวจสอบการยิงปืน และการพิสูจน์ความรู้ทางเทคนิคเกี่ยวกับอาวุธปืน และสำหรับการออกใบอนุญาตล่าสัตว์ด้วยเหยื่อ จึงไม่เหมาะสม ดังนั้นการตรวจสอบตามหลักความเหมาะสมนั้น หากพบว่ามาตรการใด มาตรการหนึ่งนั้นไม่อาจเป็นไปได้โดยชัดแจ้ง หรือมาตรการคาดคะเนไม่อาจเป็นไปได้โดยชัดแจ้ง มาตรการหรือวิธีการนั้นก็จะขัดกับรัฐธรรมนูญ ในทางปฏิบัติมาตรการหรือวิธีการที่ผิดพลาดชัดแจ้งเท่านั้นที่จะได้รับการปฏิเสธจากศาล

## (2) หลักความจำเป็น

ในหลักความจำเป็นนั้น ปกติจะอธิบายเฉพาะมาตรการหรือ วิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเท่านั้น เป็นมาตรการที่จำเป็นเป็นการอธิบาย ในลักษณะบอกเล่า ส่วนการอธิบายในเชิงปฏิเสธว่า ความจำเป็นของมาตรการใดมาตรการหนึ่งไม่มีอยู่ หากการบรรลุเป้าหมายเดียวกัน หรือผลสำเร็จดีกว่าสามารถกระทำโดยวิธีการหรือมาตรการอื่นที่แทรกแซงหรือที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่า หลักความจำเป็นเป็นหนึ่งในหลักการแทรกแซงที่น้อยที่สุด คำอธิบายของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ว่า หลักความจำเป็นนั้นเป็นมาตรการใดมาตรการหนึ่งซึ่งจะมีความจำเป็นเมื่อไม่สามารถจะเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับ มาตรการที่เลือกและมาตรการที่เลือกกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด

ในกรณีที่ใช้หลักความจำเป็น ควรมีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการที่บรรลุเป้าหมายได้ กรณีที่มีมาตรการเดียวที่บรรลุเป้าหมายได้ จึงมิได้มีมาตรการที่จะกระทบกระเทือนน้อยที่สุดให้เลือก เคยมีกรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1968 ที่กรุงเบอร์ลิน ชาวเวียตนามนัดชุมนุมเดินขบวน แต่ถูกทางการสั่งห้าม มีการนัดแนะเดินขบวนโดยทำเป็นจดหมายขึ้นเล็กๆ นัดเดินขบวนในวันเวลาและสถานที่ที่ไปติดตามเสาไฟฟ้า และประตูบ้าน และเมื่อตำรวจจับตัวคนติดประกาศขังไว้หนึ่งคืน ในเวลาต่อมาได้มีการร้องไปที่ศาลปกครองชั้นสูงของเบอร์ลิน ศาลได้วินิจฉัยว่าการจับกุมดังกล่าวนั้นไม่มีความจำเป็นสำหรับการรักษาความสงบของสังคม เพราะในการริบกระดาดังกล่าวนั้นก็ถือได้ว่าเป็นการเพียงพอแล้ว



### (3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

ในการยกระดับหลักความได้สัดส่วน โดยเฉพาะขอบเขตของการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ทำให้ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนเพิ่มมากขึ้น รวมถึงความยุ่งยากในการนิยามหลักดังกล่าว โดยทั่วไปเป็นการยอมรับว่าหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนั้น เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการและวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ซึ่งหมายความว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งต้องอยู่ภายใต้ความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการและวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ประโยชน์ที่ได้รับจากการดำเนินการตามมาตรการนั้นจะต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากมาตรการดังกล่าว

จากการศึกษาหลักความได้สัดส่วนของกฎหมายเยอรมัน ซึ่งถือเป็นกฎหมายสำคัญที่มีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่สถานะทางกฎหมายเป็นที่แจ้งชัดว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งมีลำดับชั้นของกฎหมายในระดับของหลักตามรัฐธรรมนูญ โดยมีที่มาจากนิติรัฐ และจากระบบคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักความได้สัดส่วนที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ จึงมีผลบังคับกับการกระทำทุกประเภทของรัฐ โดยถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป นอกจากนั้นยังใช้หลักความได้สัดส่วนตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักความได้สัดส่วนยังมีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

#### 1.2.2 หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ

หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการของประเทศเยอรมันเรียกว่า Rechtswegsgarantie เป็นหลักที่ถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะเป็นการที่รัฐยอมให้ความเป็นอิสระแก่อำนาจศาลในการเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำต่างๆ ของรัฐว่าเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ดังนั้น ความเป็นนิติรัฐของรัฐหนึ่งจะปรากฏก็ต่อเมื่อรัฐนั้นๆ ยอมที่จะอยู่ภายใต้กฎหมาย และยอมรับการตรวจสอบควบคุมขององค์กรตุลาการซึ่งมีผลในทางปฏิบัติ เพราะหลักการที่บัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองต้องผูกพันองค์กรของรัฐโดยตรงนั้น จะไม่มีความหมายหากไม่ได้องค์กรศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐว่าได้กระทำการใดๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้นในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจึงต้องพิจารณาองค์กรที่พิจารณาข้อพิพาทอันเป็นหมวดที่เกี่ยวกับศาล โดยกำหนดให้คดีประเภทใดเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาของศาลใด ซึ่งรัฐธรรมนูญของไทยกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจ

พิจารณาคดีระหว่างราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ องค์การตามรัฐธรรมนูญ และอื่นๆ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมถึงกรณีที่มีรัฐธรรมนูญหรือ กฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ส่วนรายละเอียดจะเป็นคดีประเภทใดบ้างต้อง พิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง แต่คดีที่ไม่อยู่ในเขต อำนาจศาลปกครองและศาลทหาร ต้องขึ้นกับศาลยุติธรรมทั้งหมด ศาลยุติธรรมจึงมีอำนาจ พิจารณาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่ศาลรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจศาลอื่น

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปคืออำนาจรัฐที่จะละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้นมี ขอบเขตเพียงใด กล่าวคือ จะหมายรวมเฉพาะอำนาจบริหาร หรืออาจรวมถึงอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการด้วย ซึ่งรัฐธรรมนูญเยอรมันมาตรา 19 วรรค 4 ใช้คำว่า “ อำนาจมหาชน ” ที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลนี้หมายความว่าเฉพาะอำนาจฝ่ายบริหาร ส่วนการละเมิดสิทธิขั้น พื้นฐาน โดยอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการนั้น ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 93 (1) 4 a ของรัฐธรรมนูญอีกส่วนหนึ่งต่างหาก โดยการวางกลไกการตรวจสอบ ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญ สามารถตรวจสอบการกระทำขององค์กรตุลาการ และองค์กรนิติบัญญัติ ว่าได้มีการละเมิดสิทธิ ขั้นพื้นฐานหรือไม่

ส่วนการละเมิดของฝ่ายบริหารที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาล แต่อยู่ในการตรวจสอบของศาลยุติธรรมหรือศาล ปกครองนั้น ก็ต้องพิจารณาจากการกระทำของฝ่ายปกครองว่าเป็นการกระทำในลักษณะคำสั่ง ทางปกครอง หรือออกกฎหมายลำดับรอง หรือเป็นการกระทำในลักษณะปฏิบัติการทางปกครอง

#### 1.2.2.1 ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของฝ่ายตุลาการ

องค์กรตุลาการนั้นมีความผูกพันอยู่กับสิทธิและเสรีภาพอยู่ใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะ ที่ 1 องค์กรตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่จะต้องตรวจสอบความ ผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารว่าองค์กรได้ดำเนินการอันเป็น การขัดกับสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ ลักษณะที่ 2 องค์กรตุลาการเองก็ต้องผูกพันกับสิทธิและ เสรีภาพ กล่าวคือ องค์กรตุลาการเองก็ไม่อาจที่จะละเมิดสิทธิและเสรีภาพได้ในกรณีที่ศาลใช้ อำนาจมหาชนในการวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ

สิทธิและเสรีภาพที่มีความสำคัญต่อองค์กรตุลาการเป็นพิเศษ คือ สิทธิและเสรีภาพที่ เกี่ยวกับการระบวนการยุติธรรม ได้แก่ การบัญญัติรับรองว่า “ บุคคลไม่ต้อง ” ได้รับโทษอาญาเว้น แต่จะได้กระทำการอันกฎหมายได้บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ หรือบทสันนิษฐานไว้ ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด รวมทั้งสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยตามที่บัญญัติไว้ใน

หมวด 3 ส่วนที่ 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ในกรณีเหล่านี้ศาลจะต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวอย่างเคร่งครัด

ส่วนสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ ศาลต้องวินิจฉัยให้สอดคล้องกับสิทธิและเสรีภาพเช่นกัน การวินิจฉัยคดีของศาลให้สอดคล้องกับสิทธิและเสรีภาพนั้น มิได้นำมาใช้เฉพาะกับกรณีที่ศาลตรวจสอบการกระทำของรัฐเท่านั้น แต่หมายรวมถึงกรณีทั่วๆ ไปด้วย เช่น มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองย่อมได้รับความคุ้มครองผูกพันอำนาจรัฐในการใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมาย และมาตรา 6 บัญญัติว่า “บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” และตามมาตรา 211 ได้บัญญัติว่า ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติตามมาตรา 6 ให้ศาลส่งความเห็นนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา กรณีนี้ศาลย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง นอกจากจะขัดกับรัฐธรรมนูญในประเด็นอื่นๆ แล้ว บทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ ขัดกับสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ เพราะบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งกับสิทธิเสรีภาพเท่ากับเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญเช่นกัน

นอกจากนี้ การตรวจสอบเกี่ยวกับเรื่องสิทธิและเสรีภาพในการพิจารณาคดีของศาลมิได้จำกัดเฉพาะเรื่องในทางมหาชนเท่านั้น ข้อพิพาทในทางแพ่งก็อาจจะมีปัญหาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพได้เช่นกัน เพราะถึงแม้ว่าสิทธิและเสรีภาพจะไม่มีผลผูกพันต่อปัจเจกบุคคลโดยตรงก็ตาม แต่การใช้และตีความกฎหมายของศาลนั้นยังจะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นเช่นกัน

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการดังที่ได้กล่าวมาแล้วในตอนต้นว่า ศาลมีความผูกพันอยู่ 2 ประการ ประการที่ 1 ศาลจะต้องตรวจสอบว่ามีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพในคดีเรื่องนั้นๆ หรือไม่ และประการที่ 2 ศาลเองจะต้องไม่ใช้หรือตีความกฎหมายไปในทางที่จะเป็นการละเมิดกับสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากองค์กรตุลาการอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในกรณีที่ 1 และกรณีที่ 2 กล่าวคือ ในกรณีที่ 1 หากมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพแต่ศาลวินิจฉัยว่าไม่มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ ส่วนในกรณีที่ 2 เป็นกรณีที่ศาลใช้หรือตีความกฎหมายขัดกับสิทธิและเสรีภาพ ปัญหาที่เกิดขึ้นกับฝ่ายตุลาการคือ หากมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยคำพิพากษาของศาลสูงสุด ในกรณีนี้บุคคลผู้ถูกละเมิดจะใช้สิทธิโต้แย้งได้อย่างไร ในกรณีของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์อาจไม่เป็นปัญหาเพราะผู้นั้นอาจร้องไปยังศาลสูงสุดของศาลนั้นๆ ได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ หากถึงศาลสูงสุดแล้ววินิจฉัยแล้ว บุคคลนั้นยัง

เห็นว่าคำพิพากษาของศาลสูงสุดละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของตน บุคคลนั้นจะเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบคำพิพากษาของศาลนั้นๆ ว่าละเมิดสิทธิและเสรีภาพของตนได้หรือไม่เพียงใด เพราะรัฐธรรมนูญของไทยไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ เรื่องสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะ แต่หากให้ศาลสูงสุดของแต่ละศาลเป็นผู้พิจารณา การกำหนดโครงสร้างในการควบคุมตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพเช่นนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาดังต่อไปนี้

1. อาจทำให้ความผูกพันของอำนาจรัฐต่อสิทธิและเสรีภาพนั้นไร้ผลในทางปฏิบัติ เพราะเงื่อนไขที่สำคัญที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงนั้น ก็ต่อเมื่อมีองค์กรเฉพาะที่เข้ามาดูแลเรื่องดังกล่าวโดยเฉพาะเพื่อทำการตรวจสอบว่าการกระทำขององค์กรของรัฐ กล่าวคือ อำนาจนิตินบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการได้ใช้อำนาจไปในทางที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ เพราะหากไม่มีองค์กรใดที่สามารถเข้ามาตรวจสอบความถูกต้องของคำพิพากษาศาลสูงสุดได้ และหากศาลสูงสุดใช้หรือตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพไปในทิศทางที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญก็จะมีผลทำให้การกระทำที่เป็นต้นเหตุของคดีที่มาสู่ศาลนั้นได้รับการตรวจสอบอย่างไม่ถูกต้อง ในกรณีนี้จึงเท่ากับว่าการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติก็ดี หรือของฝ่ายปกครองก็ดีที่เป็นจุดเริ่มต้นของการฟ้องคดีไม่ได้รับการตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพอย่างถูกต้อง ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการตรวจสอบดูแลเรื่องการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ เพื่อให้องค์กรของรัฐที่ผูกพันอาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรศาลรัฐธรรมนูญได้ มิเช่นนั้นอาจทำให้สิทธิและเสรีภาพไร้ผลในทางปฏิบัติ และเหตุผลอีกประการหนึ่งคือ สิทธิและเสรีภาพเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญควรเป็นผู้มีอำนาจสุดท้ายในการพิจารณาชี้ขาดกรณีเกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

2. ปัญหาที่อาจจะตามมาเนื่องจากเมื่อไม่มีองค์กรที่เข้ามาตรวจสอบเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิและเสรีภาพเป็นการเฉพาะ ศาลสูงสุดของแต่ละศาลอาจใช้หรือตีความสิทธิและเสรีภาพแตกต่างกันได้ ทั้งนี้ เพราะเมื่อศาลสูงสุดของแต่ละศาลพิพากษาแล้วคดีย่อมเป็นที่สุดไม่อาจจะโต้แย้งคำพิพากษาไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ กรณีนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความเป็นเอกภาพในการตีความสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้

#### 1.2.2.2 สิทธิเสรีภาพในฐานะที่เป็นหลักประกันในทางศาล

สิทธิเสรีภาพในฐานะที่เป็นหลักประกันในทางศาลนั้น ถือว่าเป็นเรื่องที่ต้องมีสาระเป็นสำคัญสำหรับสิทธิเสรีภาพ เพราะหากมีแต่การให้ความรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแล้ว แต่ไม่ได้กำหนดให้มีหลักประกันในกระบวนการทางศาลที่จะทำให้สิทธิดังกล่าวนั้นเป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ

ในกรณีเช่นนี้สิทธิเสรีภาพที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นก็จะเป็นความหมายแต่อย่างใด ตามทัศนะของ Georg Jellinek เห็นว่า หลักประกันในทางศาลนั้น ถือเป็นศูนย์กลางของสิทธิเสรีภาพ เพราะจากสิทธิในทางศาลนี้เองที่จะทำให้สิทธิเสรีภาพที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญมีผลบังคับอย่างแท้จริง การบัญญัติรับรองให้สิทธิเสรีภาพเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองในทางศาลนั้น เท่ากับเป็นการยอมรับว่า สิทธิเสรีภาพมีฐานะเป็นสิทธิเรียกร้อง ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิในทางมหาชนที่มีผลมาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 28 วรรค 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยบัญญัติให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาล หรือยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ และมาตรา 28 วรรค 3 เป็นสิทธิที่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองสิทธิของของปัจเจกบุคคลไว้

กล่าวโดยสรุป สิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นการให้หลักประกันในทางศาลถือว่าเป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพให้มีฐานะเป็นสิทธิเรียกร้องทางมหาชน อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญใดที่ให้ความรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยไม่รับรองสิทธิในทางศาลด้วยนั้น ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการให้ความรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอย่างแท้จริง

ตุลาการมีหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยการนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้ให้เข้ากับรูปคดีเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีอย่างที่สุด ดังนั้น ตุลาการจึงเป็นที่พึ่งของประชาชนโดยหวังว่าเมื่อมีคดีความเกิดขึ้นจะต้องได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม แนวคิดทางปรัชญาต่างๆ ได้ทำให้นักทบทนาของตุลาการเด่นชัดขึ้นโดยตุลาการจะต้องเป็นบุคคลที่ไร้มลทินและเป็นคนตรงตามแนวคิดแบบเสรีนิยมและเรียกอำนาจดังกล่าวว่าอำนาจตุลาการตั้งอยู่บนสมมุติฐานแห่งความยุติธรรมโดยอยู่ภายใต้หลักแห่งความเป็นอิสระของตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาทว่าไม่มีองค์กรอื่นใดเข้ามาแทรกแซงการใช้อำนาจดังกล่าวได้ และตุลาการจะต้องนำกฎหมายมาใช้ปรับแก้คดีเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรม

### ก. ศาลยุติธรรม

ศาลยุติธรรมกับการพิจารณาคดีทางปกครอง กรณีที่ยังไม่มีศาลปกครองจัดตั้งขึ้นเพื่อตรวจสอบการกระทำทางปกครองของฝ่ายบริหาร ซึ่งการกระทำทางปกครองที่ไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นมีอยู่หลายประการด้วยกันคือ กฎ คำสั่งทางปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง ซึ่งประชาชนที่ได้รับผลของการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพจากการกระทำทางปกครองข้างต้นไม่สามารถร้องขอต่อศาลยุติธรรมให้พิจารณาเพิกถอนกฎได้โดยตรงต่อศาล มีแต่เพียงสิทธิที่ร้องขอต่อศาลยุติธรรมที่ตนเป็นคู่ความอยู่ว่ากฎที่ศาลยุติธรรมจะใช้บังคับแก้คดีนั้น

ไม่ชอบด้วยกฎหมายในฐานะที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นเท่านั้น หากศาลพิจารณาว่ากฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเสมือนหนึ่งว่าไม่มีการออกกฎหมายนั้นมาใช้บังคับเลยไม่ว่าในเวลาใด ประเด็นปัญหาดังกล่าวประชาชนต้องรอให้ถูกฟ้องเป็นจำเลยในข้อหาว่าฝ่าฝืนกฎหมายเสียก่อนจึงค่อยให้การต่อสู้ว่ากฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ตนฝ่าฝืนจึงไม่มีความผิด คงไม่มีประชาชนคนใดที่ยอมลงทุนให้ตนเองตกเป็นจำเลยเพียงเพื่อให้ได้มีโอกาสขอให้ศาลพิพากษาว่ากฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็จะปฏิเสธที่จะนำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับกับคดีนั้นเท่านั้น ดังนั้นกฎดังกล่าวยังมีผลอยู่และฝ่ายปกครองก็อาจนำกฎดังกล่าวไปใช้กับประชาชนคนอื่นต่อไป จะเป็นวัฏจักรเรื่อยไป และถ้าศาลภายหลังเห็นว่ากฎดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายประชาชนในคดีหลังก็ต้องรับผิดชอบต่อไป เช่นนี้ จะเห็นว่าขัดต่อหลักแห่งความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ

## ข. ศาลปกครอง

ในบางประเทศข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนที่เรียกว่าคดีปกครองนั้นให้ขึ้นกับศาลปกครองไม่ใช่ศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีพิพาททั่วๆ ไปที่มีใช้คดีทางปกครองเท่านั้น สำหรับประเทศไทยการฟ้องคดีปกครองในศาลปกครองเป็นกระบวนการหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยผู้ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองมี 2 ทาง คือ

1. ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

2. กรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่ากฎ หรือการกระทำใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองได้

จะเห็นได้ว่าศาลปกครองเป็นองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน นอกจากผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่ได้รับการเยียวยาให้ได้รับความเป็นธรรมและได้รับความเสมอภาคแล้ว ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเป็นการควบคุมในระดับที่

เป็นกฎ คำสั่ง หรือการกระทำของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

### ค. ศาลรัฐธรรมนูญ

องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นองค์กรที่มีหน้าที่พิทักษ์ในความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และเป็นองค์กรที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการตรากฎหมายของรัฐซึ่งเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ บางประเทศได้จัดตั้งองค์กรขึ้นในรูปแบบของคณะกรรมการบ้าง เช่น คณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส หรือบางประเทศก็อยู่ในรูปแบบของศาลบ้าง เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของไทย เป็นต้น

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลหรือองค์กรตุลาการที่รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งขึ้นและได้กำหนดอำนาจหน้าที่ไว้หลายประการ อำนาจหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งคือ การควบคุมรักษากฎหมายที่ใช้บังคับแล้วหรือร่างกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพื่อพิทักษ์รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นอำนาจที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาทำการตรวจสอบและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน<sup>34</sup> การนำคดีไปยังศาลรัฐธรรมนูญนั้นต้องเป็นปัญหาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและในกฎหมายอื่นอย่างชัดเจนว่าให้นำคดีไปสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ นอกจากนี้จะต้องกำหนดไว้ด้วยว่าใครจะเป็นผู้นำคดีไปฟ้องหรือร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญ ใครเป็นผู้เข้าร่วมในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญได้บ้าง<sup>35</sup>

ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมี 4 บทบาทดังนี้ คือ

1. บทบาทในการป้องกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือปราศจากเหตุผลในการออกกฎหมายที่จะมาบังคับใช้กับประชาชนอันอาจจะมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

<sup>34</sup> ไพโรจน์ ชัยนาม, รัฐธรรมนูญบทกฎหมายและเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519), น. 54-55.

<sup>35</sup> พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์, “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 7, ปีที่ 3, น. 77-78 (มกราคม-เมษายน 2544).

2. บทบาทในการรับรองและเคารพสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นการที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรที่เป็นกลางตามรัฐธรรมนูญทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยให้องค์กรของรัฐอื่นให้ความเคารพและให้การรับรองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐ

3. บทบาทในการรักษาสีทธิและเสรีภาพของประชาชน การแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของประชาชนจากการกระทำของรัฐ หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้ล่วงละเมิดหรือละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

4. บทบาทในการส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีความรู้ความเข้าใจและตระหนักถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเอง

ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นรูปแบบตุลาการที่ทำหน้าที่พิทักษ์รักษาสีทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำของรัฐ องค์กรตุลาการเป็นเพียงองค์กรหนึ่งของรัฐเท่านั้นและไม่ใช่ว่าเพียงองค์กรเดียวที่มีหน้าที่ดังกล่าว แต่ยังมีองค์กรอื่นๆ ของรัฐอีกเช่นกันที่ต้องคุ้มครองรักษาสีทธิและเสรีภาพของประชาชนเช่นกัน