

บทที่ 4

ปัญหาการใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรค 2 วรรค 3

องค์กรตุลาการเป็นหน่วยงานที่วินิจฉัยกรณีพิพาท ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการที่ตั้งขึ้นโดยมีอำนาจหน้าที่อันเป็นพันธกิจที่สำคัญในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยจะเป็นไปในทางที่ตีความข้อเท็จจริงของสิ่งที่มากระทบบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญเป็นตัวตั้ง ที่จะกำหนดหรือรับรองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนตามที่บัญญัติข้อเท็จจริงตามประเด็นพิพาท หรือที่จะวินิจฉัยด้วยบทกฎหมาย หรือการกระทำของบุคคล หรือองค์กรของรัฐมีส่วนขัด หรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือบางส่วนหรือไม่ เฉพาะส่วนที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันให้บังคับไม่ได้ ส่วนศาลปกครองเป็นศาลที่พิจารณาข้อพิพาททางปกครองไม่ว่าจะด้วยการทำละเมิดโดยใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายระหว่างหน่วยงานรัฐกับเอกชน หรือหน่วยงานรัฐด้วยกัน หรือปฏิบัติหน้าที่ละเลย หรือล่าช้า และอื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจ ซึ่งกำหนดในรัฐธรรมนูญ มาตรา 223 ส่วนศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง หากไม่สามารถนำไปดำเนินการพิจารณาที่ศาลใดได้ ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจศาลอื่น

หากพิจารณาเจตจำนงในการร่างรัฐธรรมนูญแล้ว สิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายย่อมผูกพันอำนาจรัฐทั้งปวง สิทธิและเสรีภาพจึงสามารถใช้บังคับได้โดยตรง ย่อมเท่ากับเป็นการกำหนดภารกิจพิเศษของฝ่ายตุลาการ เพราะสามารถบังคับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติให้เคารพกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานได้ ศาสตราจารย์ ดร. บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ กล่าวว่า การอ้างสิทธิขั้นพื้นฐาน อาจดำเนินการในรูปของการฟ้องคดีตามกระบวนการยุติธรรมต่อศาลใดศาลหนึ่ง และศาลก็ต้องทำหน้าที่ค้นหากฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับคดี จะต้องตีความกฎเกณฑ์ดังกล่าว และนำมาใช้กับคดี จากการชี้ขาดตัดสินคดีของศาลย่อมเป็นการนำมาซึ่งสันติภาพตามกฎหมาย ทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานกลายเป็นความจริงในทางปฏิบัติ และอาจกล่าวได้ว่า เป็นการเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ของกระบวนการยุติธรรมกลายมาเป็นอำนาจพิเศษในการพิทักษ์ปกป้องสิทธิ

ชั้นพื้นฐาน ศาลทุกศาลของกระบวนการยุติธรรมทุกประเภทจะต้องวินิจฉัยการกระทำที่ขัดต่อสิทธิชั้นพื้นฐาน หรือการละเมิดสิทธิชั้นพื้นฐานย่อมสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาคำพิพากษา¹

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 และ 2550 ได้มีการพัฒนาและยอมรับรับรองคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันเป็นส่วนสำคัญตามหลักนิติรัฐ² ซึ่งเป็นภารกิจในการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ถูกละเมิด จึงปรากฏตัวในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 28³ และเป็นครั้งแรกที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 รับรองคุ้มครอง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ของบุคคลไว้โดยชัดแจ้ง นอกจากนี้ยังคุ้มครอง สิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาคของบุคคลไว้ในมาตรา 4 โดยรับรองว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทกฎหมายหรือข้อบังคับใดขัดหรือแย้งเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ นอกจากรัฐธรรมนูญจะกำหนดอำนาจหน้าที่ต่อบทกฎหมายของตนเองแล้ว ยังกำหนดภารกิจขององค์กรรัฐที่มีต่อสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย กล่าวคือ

4.1 ปัญหาการไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดการใช้สิทธิทางศาล

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อบัญญัติถึงรายละเอียด สำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพใดๆ หรือการให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นสิทธิและเสรีภาพที่ประชาชนสามารถเรียกร้องได้จากรัฐด้วยนั้น หากในช่วงเวลาดังกล่าวนั้น รัฐยังไม่ได้ตรากฎหมายที่มีลักษณะเช่นนั้นออกมาบังคับใช้แต่มีกฎหมายอื่นซึ่งมีผลบังคับใช้อยู่จะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมากน้อยเพียงใด ศาลยังคงต้องทำการวินิจฉัยโดยอาศัยกฎหมายเช่นนั้นอยู่หรือไม่

¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, การยกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาล, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มิสเตอร์ก๊อปปี้ 2549), น. 147.

² เพิ่งอ้าง, น. 3.

³ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

การที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดการใช้สิทธิทางศาล ทำให้การใช้สิทธิทางศาลซึ่งเป็นเรื่องของวิธีพิจารณาต้องอาศัยบริบทของรัฐธรรมนูญในมาตราที่เกี่ยวข้อง เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกระทบสิทธิและใช้สิทธิทางศาล โดยความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ สามารถหยิบยกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 ขึ้นไว้ได้เลย โดยไม่ต้องรอกฎหมายลูก⁴ ดังกรณีคำฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (กรณีคดีที่นายสุทธิชัย หยุ่น กับพวกเป็นผู้ฟ้องคดี คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 1251,1252/2545) ที่บรรยายคำฟ้องตามข้อเท็จจริงโดยย่อว่า

ผู้ฟ้องคดีที่ 1 – 4 ได้ฟ้องคดีว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนเสียหาย โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ จากคำสั่งตามหนังสือลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2545 ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มีไปถึงกรรมการผู้จัดการของสถาบันการเงินหลายแห่ง เพื่อขอให้กรรมการผู้จัดการสถาบันการเงินเหล่านั้นตรวจสอบในทางลับ และส่งให้ผู้ถูกฟ้องที่ 1 ซึ่งเป็นข้อมูลการฝากถอนเงิน และยอดคงเหลือในบัญชีต่างๆ รวมทั้งข้อมูลทางธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินอื่น ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544 จนถึงปัจจุบัน ของบุคคลและนิติบุคคลในวงการค้ามวชนหลายราย รวมถึงผู้ฟ้องคดีนี้ด้วย ทั้งนี้ตามมาตรา 140 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งตามหนังสือดังกล่าวข้างต้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นการดำเนินการเกินขอบเขตอำนาจหน้าที่ เกินสมควรแก่เหตุตามกฎหมาย ไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบตามกฎหมาย นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการเลือกปฏิบัติ และเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะคุกคามและข่มขู่ผู้ฟ้องคดี เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเป็นสื่อมวลชนเผยแพร่ข้อความวิพากษ์วิจารณ์บทบาททางการเมืองของนายกรัฐมนตรีอย่างต่อเนื่อง โดยผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งตามหนังสือขอตรวจสอบข้อมูลการทำธุรกรรมของผู้ถูกฟ้องคดีไปถึงสถาบันการเงินต่างๆ

โดยศาลปกครองกลางมีคำสั่งดังนี้ (โดยย่อ)

1. ประเด็นอำนาจศาล แยกพิจารณาเป็น “ หน่วยงานทางปกครอง ” หรือ “ เจ้าหน้าที่รัฐ ” และ “ การกระทำ ” ซึ่งสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินเป็น

⁴ แก้วสรร อดิโพธิ, ในรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ, ครั้งที่ 14 (อังคารที่ 8 กรกฎาคม 2540), น. 175-177.

หน่วยงานทางปกครอง เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ผู้อำนวยการสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (นายกรัฐมนตรีน) เป็นประธานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน มิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ส่วนการออกคำสั่งตามหนังสือดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ต้องด้วยมาตรา 9 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองที่จะมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง

2. ประเด็นเงื่อนไขการฟ้องคดีคือ อำนาจฟ้อง (ตามมาตรา 42 วรรค 1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีทั้ง 4 ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนเสียหาย โดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ เพราะข้อมูลทางธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินเป็นข้อมูลส่วนบุคคล การที่ผู้ฟ้องคดีไม่ยินยอม ย่อมถือว่าสิทธิและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีถูกระทบกระเทือน ไม่จำเป็นต้องรอให้ผู้ถูกฟ้องคดีนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ทางใดทางหนึ่งหรือไม่

3. ประเด็นเรื่องเนื้อหาแห่งคดี พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน มาตรา 40 มิได้ให้อำนาจผู้ใดมีคำสั่งเรียกให้สถาบันการเงินตรวจสอบ และรายงานข้อมูลเอกสาร ลูกค้า คำสั่งอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี เป็นคำสั่งที่ออกโดยไม่มีอำนาจ บัตรสนเทห์ไม่อาจถือได้ว่ามีเหตุสมควรให้สงสัยว่าธุรกรรมของบุคคลเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดฐานฟอกเงิน อันเป็นเงื่อนไขให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจตามมาตรา 38 เพื่อปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 34 (2)

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางดังกล่าว มีประเด็นปัญหาพื้นฐานของคดีปกครอง โดยมีแนวความคิดพื้นฐาน 2 แนวคิด คือ

(1) คดีปกครอง เป็นคดีที่มุ่งตรวจสอบการกระทำทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังนั้นภาระหน้าที่ในการตรวจสอบของศาลปกครองนั้นมีความมุ่งหมายที่การให้ความเคารพต่อหลักเกณฑ์การตัดสินใจของฝ่ายปกครอง จึงเป็นภาระหน้าที่ในการตรวจสอบหลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จึงมีการจำกัดอำนาจในการกำหนดกระบวนการพิจารณาของคู่ความในคดีเท่าที่จำเป็นได้

(2) คดีปกครอง มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคล คดีปกครองประเภทนี้มุ่งคุ้มครองผู้ทรงสิทธิ หรือผู้ถูกระทบ ย่อมแสดงบทบาทควบคุมฝ่ายปกครอง การละเมิดสิทธิของบุคคลจึงไม่เป็น เพียงการก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องคดีเท่านั้น แต่การละเมิดสิทธิยังก่อให้เกิดโอกาสและความ

ชอบธรรมในการดำเนินคดี การฟ้องคดีและการถอนฟ้องคดีจึงขึ้นอยู่กับอิสระในการตัดสินใจของคู่ความในคดี⁵

อาจกล่าวได้ว่า การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลต่อการคุ้มครองสิทธิของบุคคล และการคุ้มครองสิทธิของบุคคลเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แนวคิดที่บุคคลเดือดร้อนเสียหาย หรืออาจเดือดร้อนเสียหาย โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ สามารถฟ้องศาลปกครองได้ โดยมีได้บัญญัติถึงขนาดต้องกระทบสิทธิดังเช่นมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ก็ไม่ถึงขนาดให้สิทธิบุคคลทุกคนสามารถฟ้องโต้แย้งการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

สำหรับประเด็นการกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีนั้นได้แก่ เงื่อนไขการฟ้องคดีคือ คำสั่งหนังสือลับของผู้ถูกฟ้องคดีที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรืออาจเดือดร้อนเสียหาย ย่อมถือว่าสิทธิและเสรีภาพของผู้ถูกฟ้องคดีถูกระทบกระเทือนแล้ว ไม่จำที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องนำข้อมูลไปใช้ทางใดทางหนึ่ง ซึ่งศาลปกครองกลางมิได้วินิจฉัยถึงสิทธิของผู้ฟ้องคดีถูกโต้แย้งโดยผู้ถูกฟ้องคดี เป็นข้อกฎหมายอย่างศาลยุติธรรม ซึ่งท่านอาจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติตั้งข้อสังเกตและให้ความเห็นว่า ระบบคดีปกครองไทยผสมผสานระหว่างการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล กับการมุ่งตรวจสอบการกระทำทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ระบบคดีศาลปกครอง จึงไม่ได้ใช้หลักอำนาจฟ้องที่จะต้องกระทบสิทธิ ดังมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้อาศัยเรื่อง “ ความเดือดร้อนเสียหาย หรืออาจเดือดร้อนเสียหาย โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ” เป็นสะพานเชื่อมให้ศาลเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้คำฟ้องยังกล่าวอ้างว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพ ตามมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญด้วย กรณีดังกล่าวย่อมเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 28 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญ (พ.ศ. 2540 – พ.ศ. 2550) และจากคำวินิจฉัยว่า “ . . . ย่อมถือว่าสิทธิและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีทั้ง 4 ถูกระทบกระเทือนแล้ว . . . ” กรณีย่อมสอดคล้องกับมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญ และอาจถือได้ว่าการกระทบกระเทือนสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญย่อมมีนัยถึงการเป็นผู้เดือดร้อนเสียหาย หรืออาจเดือดร้อนเสียหาย โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้⁶

⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำสั่งศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547) น. 195-200.

⁶ เพิ่งอ้าง.

กรณีปัญหาที่ขอนำเสนอในการพิจารณาคือ คำสั่งศาลฎีกาที่ 35/2551 ที่ศาลฎีกาปฏิเสธไม่รับคำร้องของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ถูกคณะกรรมการเลือกตั้งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนการประกาศผลการเลือกตั้ง โดยให้เหตุผลว่า คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 239 วรรค 1 จึงไม่รับคำร้อง เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา 239 วรรค 1 และวรรค 2 ที่บัญญัติว่า “ ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่ หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนการประกาศผลการเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภาให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด ” และ วรรค 2 บัญญัติว่า “ ... ในกรณีที่ประกาศผลการเลือกตั้งแล้ว ถ้าคณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นควรให้มีการเลือกตั้งใหม่ หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภาผู้ใด ให้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกา... ” จึงมีข้อสังเกตที่ศาลฎีกาได้นำเอาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ที่ว่าด้วยการประกันสิทธิของบุคคลในทางศาลมาพิจารณาตีความว่า “ เป็นที่สุด ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 239 วรรค 1 และการตีความว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งสามารถใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งก่อนประกาศผลการเลือกตั้ง โดยตัดสิทธิการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเท่ากับศาลฎีกายอมรับอำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าสามารถใช้อำนาจตุลาการแบบศาลได้ เพราะในที่สุดการใช้ อำนาจดังกล่าวไม่อาจถูกตรวจสอบได้จากองค์กรตุลาการอีก ทั้งๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ และกำหนดโครงสร้างของอำนาจตุลาการที่ทำการในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นอำนาจของศาลเท่านั้น การตีความดังกล่าวของศาลฎีกา มีปัญหาขัดแย้งกับระบบกฎหมาย ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 ที่วินิจฉัยเป็นแนวทางการตีความที่มีปัญหามาก่อนนั้น การที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุดก่อนประกาศผลการเลือกตั้งก็ตาม แต่เจตจำนงของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ย่อมไม่ใช่เจตจำนงของรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรตุลาการมีหน้าที่ตีความรัฐธรรมนูญ ย่อมต้องพิจารณารัฐธรรมนูญทั้งระบบให้สอดคล้องกัน

ปัญหาการไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดการใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้นั้น จึงต้องพิจารณาว่าตามมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่ให้หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรตุลาการเกี่ยวโยงการพิจารณาประเด็นว่า การใช้สิทธิทางศาลของประชาชนสามารถใช้เป็นฐานในการเสนอเรื่องไปศาลใดได้บ้าง เมื่อพิจารณาทบทบัญญัติ มาตรา 28 วรรค 2 ที่บัญญัติว่า “ บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ สามารถยก

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้” นั้น
พิจารณาได้ว่า⁷

1. หากการใช้อำนาจรัฐกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลแล้ว จะได้รับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากองค์กรตุลาการเข้าตรวจสอบ รัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติรับรองสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลในกรณีที่ถูกละเมิดจึงนำไปสู่การตีความเพื่อปิดช่องว่างในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยองค์กรตุลาการ และหากไม่มีเขตอำนาจศาลในการเข้าควบคุมตรวจสอบ ย่อมอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม

2. ข้ออ้างในการฟ้องคดีของบุคคลต้องถูกระทบสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองอันเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ ดังนั้นฐานในการใช้สิทธิตามมาตรา 28 วรรค 2 จึงเป็นการกระทบสิทธิของบุคคลนั้น ส่วนวิธีพิจารณาตามกฎหมายนั้นๆ ถือเป็นคุณสมบัติของบุคคลที่มีอำนาจฟ้องคดี ซึ่งโดยทั่วไปต้องถูกระทบสิทธิ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 และ กรณีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 ก็เป็นเพียงอำนาจฟ้องของผู้ที่ได้รับความเดือดร้อน หรืออาจเดือดร้อนเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ก็มีอำนาจฟ้องศาลปกครอง ส่วนสิทธิและเสรีภาพที่ถูกละเมิดนั้น เป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองทั้งหมดไม่ว่าจะอยู่ในหมวดใด

3. การใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาล แยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

ก. การใช้สิทธิทางศาล เป็นการใช้อำนาจยื่นฟ้องต่อศาลคือ “ อำนาจฟ้อง ” นั้นเอง การพิจารณาว่ามีอำนาจฟ้องหรือไม่ ต้องพิจารณาตามมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ส่วนศาลปกครองจะต้องพิจารณาเขตอำนาจศาลปกครองด้วย สำหรับศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ การอ้างมาตรา 28 วรรค 2 ฟ้องคดีโดยตรงจึงยังไม่อาจทำได้ แต่มาตรา 28 วรรค 2 มีผลว่ากฎหมายใดทำให้อำนาจในการ ฟ้อง ร้อง ใช้สิทธิทางศาล เสียไปหรือกระทำไม่ได้ กฎหมายนั้นย่อมขัดรัฐธรรมนูญมีผลเป็นโมฆะทั้งฉบับ

ข. การยกเป็นข้อต่อสู้ในศาล ซึ่งปกติคดีเรื่องใดเข้าสู่ศาล การยกข้อต่อสู้เป็นการให้เหตุผลสนับสนุนข้ออ้างของตน หรือหักล้างข้ออ้างของอีกฝ่าย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาโดยสรุป ปัญหาการไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดการใช้สิทธิทางศาล อันเป็นฐานการใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลตามมาตรา 28 วรรค 2

⁷ เพิ่งอ้าง.

แยกเป็น 2 กรณี กรณีการใช้สิทธิทางศาลหมายถึง การใช้สิทธิทางศาลทุกกรณี และในที่นี้หมายถึง "อำนาจฟ้อง" ประกอบกับบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพที่ถูกระทบเป็นฐานในการฟ้องคดี เช่น มาตรา 67 สิทธิชุมนุม และมาตรา 63 เสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม การพิจารณาอำนาจฟ้องว่ามีหรือไม่ ปกติต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลที่เกี่ยวข้อง เช่น ศาลยุติธรรมพิจารณาอำนาจฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ส่วนอำนาจฟ้องในศาลปกครองพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 ส่วนเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าฟังการอ้างสิทธิจากผลของมาตรา 28 วรรค 2 เป็นฐานในการฟ้องคดีโดยตรงไม่อาจทำได้ เพียงแต่ผลของมาตรา 28 วรรค 2 ทำให้อำนาจฟ้อง หรือร้องคดีได้ไม่อาจทำได้ หรือไม่อาจใช้สิทธิได้ กฎหมายนั้นย่อมขัดต่อมาตรา 28 วรรค 2 มีผลให้กฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญใช้บังคับไม่ได้ ในส่วนของการยกเป็นข้อต่อสู้ในศาลเป็นการอ้างเหตุผลเพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตน หรือหักล้างข้ออ้างของฝ่ายอื่น ย่อมมีลักษณะแตกต่างจากการใช้สิทธิทางศาล จึงมีลักษณะเป็นสิทธิทางสารบัญญัติ ซึ่งการจะฟ้องคดีโดยอาศัยฐานอำนาจฟ้องแม้ไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดการใช้สิทธิทางศาล แต่หากถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองแล้ว การอ้างมาตรา 28 ประกอบกับบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองคุ้มครองเป็นการเพียงพอและย่อมผูกพันศาลในการรับคดีไว้พิจารณา

4.2 ปัญหาที่ศาลปฏิเสธไม่วินิจฉัยโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมาย รายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิในเรื่องนั้นๆ

ในการพิจารณาความคุ้มครองที่ปัจเจกชนพึงได้รับจากรัฐโดยปฏิเสธการละเมิดของเอกชนด้วยกัน และการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองโดยชัดแจ้ง จะเห็นได้ว่าความคุ้มครองดังกล่าวผูกพันศาลโดยตรงในการตีความกฎหมายทั้งปวง ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 27 บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ศาลจึงไม่อาจใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าจะวินิจฉัยคดีใดหรือไม่ ทั้งยังห้ามมิให้ศาลปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาโดยอ้างว่าไม่มี

บทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134⁸ ประกอบกับการพิจารณาคดีตามระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น จำต้องอาศัยหลักกฎหมายที่ใช้ในการอุดช่องว่างอันได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ลักษณะ 1 มาตรา 4 ที่บัญญัติว่า กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีให้วินิจฉัยคดีตามจารีตประเพณีท้องถิ่น หากไม่มีจารีตประเพณีให้วินิจฉัยคดีเทียบเคียงกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง หากไม่มีกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้วินิจฉัยคดีตามหลักกฎหมายทั่วไป ในบทบัญญัติ มาตรา 4 เป็นกฎหมายพื้นฐานในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร

หากพิจารณาเทียบเคียงหลักสากลของรัฐธรรมนูญประเทศเยอรมันที่เป็นต้นแบบในการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 (เดิม พ.ศ. 2540) ซึ่งได้รับการขนานนามว่าเป็นกฎหมายพื้นฐาน โดยการกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นสิทธิตามภววิสัย (objective) ของสิทธิขั้นพื้นฐาน มีการรับรองความผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ ดังเช่นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง เท่ากับเป็นการบัญญัติความเป็นกฎหมายตามภววิสัยของ สิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ที่มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ลงไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ ที่มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรงนั้น มีวัตถุประสงค์ที่จะให้องค์กรต่างๆ ที่มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายต้องปฏิบัติตาม โดยไม่ต้องรอให้ไปบัญญัติในรายละเอียดของสิทธิต่างๆ ในรูปของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเสียก่อน และโดยมิให้องค์กรรัฐอ้างว่าสิทธิขั้นพื้นฐานมีเนื้อหาไม่ชัดเจน ยังไม่อาจบังคับใช้ได้ ทั้งนี้เพื่อให้อำนาจที่รัฐสิทธิขั้นพื้นฐานยังไม่มีผลใช้บังคับ เพราะมีสาเหตุมาจากการขาดกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ มากำหนดรายละเอียดให้สามารถนำไปปฏิบัติได้ตามที่เป็นมาโดยตลอดนั้นจะได้หมดสิ้นไป⁹

ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญประเทศเยอรมันต้องการให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีความสมบูรณ์ โดยให้สิทธิขั้นพื้นฐานมีฐานะเป็นสิทธิที่สามารถฟ้องร้องบังคับในศาลได้ ซึ่งมีเนื้อหาว่าบุคคลที่ได้รับการความเสียหายในสิทธิของตนเองจากการกระทำของฝ่ายสาธารณะ บุคคลนั้นสามารถบังคับ

⁸ มาตรา 134 ไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษา หรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่า ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใช้บังคับนั้นเคลือบคลุม หรือไม่สมบูรณ์.

⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เจียงอรรถที่ 1 น. 89-90.

ให้เป็นไปตามสิทธิของตนโดยอาศัยกระบวนการยุติธรรมได้ ตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อยู่ในเขตอำนาจศาลใด ให้การพิจารณากรณีดังกล่าวเป็นเขตอำนาจของศาลยุติธรรม และเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิทางศาล ในเวลาต่อมาเพื่อเป็นการยืนยันถึงสิทธิต่างๆ ตามทฤษฎี จึงได้มีการเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นเกี่ยวกับการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเข้ามาในกฎหมายพื้นฐาน¹⁰

ความคุ้มครองและความผูกพันต่อศาลในสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ดังเหตุผลของรัฐธรรมนูญประเทศเยอรมันที่นำมาเป็นต้นแบบของประเทศไทย ย่อมเชื่อมโยงเจตนารมณ์ในการบังคับใช้ผลของความคุ้มครอง และความผูกพันต่อศาลว่าไม่อาจปฏิเสธการวินิจฉัยคดี แม้ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดที่รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพ

ปัญหาศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลกรณีพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 เกี่ยวกับประเด็นนี้ โดยสรุปตามคำวินิจฉัยที่ 62/2545 ว่า บทบัญญัติ มาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งรวมเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม แต่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ กรณีจึงถือได้ว่าการที่พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 30 ให้อำนาจการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยเข้าไปดำเนินการวางระบบขนส่งปิโตรเลียม จึงมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 ที่บัญญัติว่าบุคคลย่อมมีสิทธิอนุรักษและมีส่วนร่วมในการจัดการบำรุงรักษาการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ แต่ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นคำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 มาตรา 44 และ มาตรา 46 หรือไม่ เมื่อพิจารณาอำนาจของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย (1) กำหนดขอบเขตระบบวางท่อ (2) วางท่อใต้เหนือตามหรือข้ามที่ดินบุคคล (3) รื้อถอนอาคาร ทำลายกิ่งรากต้นไม้ในเขตท่อ ถ้าเกิดความเสียหายให้ชดเชยค่าทดแทนตามกฎหมายเวนคืน เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา 35 บัญญัติถึงเสรีภาพในเคหะสถาน มาตรา 44 บัญญัติถึงเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบปราศจากอาวุธ มาตรา 46 บัญญัติถึงสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม แม้เป็นบทบัญญัติที่เป็นการรักษาเสรีภาพของบุคคลไว้ก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญทั้ง 3 มาตรา อาจถูกจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือโดยกฎหมายที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เพื่อเศรษฐกิจและป้องกันประเทศและสิ่งแวดล้อม ดังนั้น พระราชบัญญัติการ

¹⁰ เฟิงอ๋าง., น. 126-128.

ปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย มาตรา 30 จึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 35 มาตรา 44 และ มาตรา 46 และกรณีพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ดังคำวินิจฉัยที่ 6/2546 ใจความสรุปว่า ขณะนี้ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนดั้งเดิมบัญญัติไว้ การที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 บัญญัติให้การทำสุราจะต้องรับอนุญาตจากอธิบดี กรมสรรพสามิตนั้น เป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องปฏิบัติตามกฎหมายให้เป็นไปตามเงื่อนไข บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 โดยวินิจฉัยว่า ตาม มาตรา 46 แห่งรัฐธรรมนูญ (พ.ศ. 2540) มีเจตจำนงให้ชุมชนบริหารจัดการท้องถิ่นของตนเอง เพื่อให้เกิดประโยชน์ของชุมชน จารีตประเพณี ศิลปวัฒนธรรมที่ดีของชุมชนก็ให้อนุรักษ์ไว้ แต่ สิทธิดังกล่าวต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งขณะนี้ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องสิทธิ ของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมที่บัญญัติไว้ ฉะนั้น การที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 บัญญัติว่า การทำสุรา หรือมีภาชนะ หรือเครื่องกลั่นสำหรับทำสุราไว้ในความครอบครอง ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีนั้น เป็นหน้าที่ของบุคคลต้องปฏิบัติตามกฎหมาย พระราชบัญญัติ สุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 วรรค 1 จึงไม่ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ มาตรา 46

ตามคำวินิจฉัยทั้งสองฉบับดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้ก้าวล่วงไปวินิจฉัยถึง ความชอบด้วยเนื้อหาของกฎหมาย ว่ากฎหมายดังกล่าวมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญมาตรา 46 หรือไม่ อย่างไร ศาลรัฐธรรมนูญเพียงแต่พิเคราะห์ว่ากฎหมายที่ใช้อยู่ นั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงรายละเอียดตามบทบัญญัติใน มาตราดังกล่าวของรัฐธรรมนูญเท่านั้นเอง แต่อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่ควรพิจารณาว่าการที่ศาล รัฐธรรมนูญมีแนวคำวินิจฉัยออกมาเช่นนี้ อาจจะเป็นการกระทบคุณค่าอันเป็นสาระสำคัญในการ ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรานั้นหรือไม่ เพราะบทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่สามารถจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญได้นั้น ต้องเป็นบทบัญญัติที่ ได้รับอำนาจการตราจากรัฐธรรมนูญในมาตรานั้นเอง ดังนั้นแม้ระหว่างที่ฝ่ายนิติบัญญัติยัง ไม่ได้ตรากฎหมายใดเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นใดก็ไม่ควรล่วงล้ำ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้แล้วเช่นกัน เพราะไม่มีกรณีจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

จากประเด็นปัญหาข้างต้น อาจแปลเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในบทนั้นๆ ว่าเป็นการ คุ้มครองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลแล้ว ส่วนรายละเอียดของการให้สิทธิและเสรีภาพกว้าง เพียงใดนั้น อาจตรวจสอบได้จากหลักทั่วไปของความได้สัดส่วนในการใช้สิทธิและเสรีภาพที่ยังไม่ มีบทบัญญัติของกฎหมายตราออกมาใช้ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิของ บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ตามมาตรา 46 ที่เกี่ยวข้อง

ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม เพราะถือว่าสิทธิตามมาตรา 46 ดังกล่าวเป็นภววิสัย¹¹ ที่รัฐพึงให้ความเคารพ

ถึงกระนั้นก็ดี ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 ได้มีการยกร่างมาตรา 28 ขึ้นใหม่ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดให้บุคคล รวมถึงนิติบุคคล คณะบุคคล หรือชุมชนที่บัพัญญูติแห่งรัฐธรรมนูญนี้รับรอง ต้องมีหน้าที่ให้ความเคารพศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และจะต้องไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

หากชนชาวไทยถูกบุคคลหรือองค์กรของรัฐล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่บัพัญญูติแห่งรัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยแจ้งชัด โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับการปกป้องคุ้มครองและแก้ไขเยียวยาด้วยกระบวนการทางศาลโดยตรง เว้นแต่การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นๆ

อนึ่ง เพื่อประกันการใช้สิทธิทางศาลในกรณีที่ถูกบุคคลซึ่งเป็นชนชาวไทยถูกล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามบัพัญญูติแห่งรัฐธรรมนูญ ประสงค์จะใช้สิทธิทางศาลย่อมได้รับความสะดวกและได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมาย

การปรับปรุงแก้ไขบัพัญญูติมาตรา 28 มีเจตนารมณ์คือ หลักการคงเดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 โดยปรับปรุงหลักการเดิมของหมวดสิทธิและเสรีภาพซึ่งเคยกำหนดให้การใช้สิทธิและเสรีภาพต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติให้สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีกฎหมายบัญญัติขึ้นเสียก่อน จึงตัดข้อความเดิมที่เคยบัญญัติว่า “ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ” ในมาตราต่างๆ บางมาตราออก และบัญญัติสาระแห่งสิทธิและเสรีภาพไว้ในเนื้อหาของแต่ละมาตราแทน จึงต้องปรับปรุงมาตรานี้เพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิทางศาลเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติตามบัพัญญูติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพได้โดยตรง ถึงแม้จะยังไม่มีความหมายบัญญัติไว้ แต่ถ้าเรื่องใดมีความหมายบัญญัติรายละเอียดเพื่อช่วยเหลือหรือสนับสนุนการใช้สิทธิและเสรีภาพไว้แล้ว ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น ซึ่งเป็นไปตามรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22/2550 วันจันทร์ที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2550 โดยมาตรา 28 จึงบัญญัติเป็นดังนี้ “ มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

¹¹ เฟื่องอ้าง., น. 74.

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้ ”

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 4 มาตรา 26 และ มาตรา 27 รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ เป็นการจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรและบังคับการคุ้มครองและผูกพันโดยตรง หากบุคคลถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง ย่อมยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือเป็นข้อต่อสู้ในศาล การที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ต่างวินิจฉัยทำนองเดียวกันว่า กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองสิทธิของปัจเจกชน โดยที่มิเงื่อนไขว่า “ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ” ในเมื่อขณะวินิจฉัยยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดรับรอง การใช้สิทธินั้นๆ จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังแนวคำวินิจฉัยดังกล่าว การที่องค์กรตุลาการยกเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญที่วางข้อจำกัดการคุ้มครองให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ อันเป็นการละเลยการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งความเข้าใจเกี่ยวกับความมีสิทธิของชุมชน อันได้แก่ ชุมชนทั่วไป ชุมชนท้องถิ่น และชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมยังจำกัดอยู่ในวงแคบ การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งรัฐธรรมนูญเพียงแต่ตั้งข้อสงวนกำกับไว้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น มักเป็นการเข้าใจคลาดเคลื่อนว่าเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญวางเงื่อนไข หรือข้อจำกัดการคุ้มครองให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หากยังไม่มีบทกฎหมายตราออกมารับรองไว้โดยชัดแจ้ง สิทธิขั้นพื้นฐานก็ยังไม่ได้รับการคุ้มครอง และการอ้างว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจรับฟังได้ นับว่าขัดกับหลักการตีความกฎหมายที่ต้องตีความให้เกิดผลมิใช่ตีความทางไร้ผล อย่างน้อยศาลรัฐธรรมนูญพึงชี้ให้เห็นสาระอันเป็นมาตรฐานขั้นต่ำและอาจต้องวางเกณฑ์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานให้มีผลผูกพันองค์กรรัฐทั้งปวงเป็นการชั่วคราว จนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะได้ตรากฎหมายรายละเอียดเรื่องนั้นๆ ¹²

¹² กิตติศักดิ์ ปรกิต, สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2550), น. 204 – 205.

การอ้างสิทธิขั้นพื้นฐาน ไม่ว่าเป็นการฟ้องคดีต่อศาลตามกระบวนการยุติธรรมในศาลใดศาลหนึ่ง ศาลต้องทำหน้าที่ค้นหากฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับคดี ต้องตีความกฎหมายดังกล่าวและนำมาบังคับใช้ การพิจารณาคดีเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของศาลเป็นการทำหน้าที่พิทักษ์ความเป็นธรรมขั้นพื้นฐาน เป็นการป้องกันการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยศาลทุกศาลของกระบวนการยุติธรรมทุกประเภทและทุกชั้นมีหน้าที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำที่ขัดกับสิทธิขั้นพื้นฐานหรือการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ยังยอมกำหนดให้พลเมืองผู้ที่ได้รับความเสียหายในสิทธิของตนจากการกระทำของอำนาจสาธารณะ ย่อมเป็นสิทธิของผู้ที่นั้นที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลได้¹³ อันเป็นรูปแบบของนิติรัฐที่ยอมให้อำนาจตุลาการเข้าตรวจสอบความชอบของอำนาจฝ่ายอื่นในการแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง

การที่ศาลรัฐธรรมนูญออกข้อกำหนดเองตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ตามมาตรา 300 เมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 กำหนดในหมวด 1 บททั่วไป ข้อ 6 วรรค 2 บัญญัติว่า “. . . วิธีพิจารณาใดซึ่งข้อกำหนดนี้มีได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เท่าที่พอจะใช้บังคับได้ และไม่ขัดต่อข้อกำหนดนี้ . . .” (ข้อกำหนดเดิม (ต้นแบบ) กำหนดในข้อ 36) ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 บัญญัติว่า “. . . ไม่ว่าในกรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษา หรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี โดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุม หรือไม่บริบูรณ์ ” ทั้งนี้ แม้ศาลรัฐธรรมนูญมิได้ให้เหตุผลว่ากรณี “. . . ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย . . .” โดยตรง แต่ข้อที่ได้ให้เหตุผลนั้น ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า “. . . :ซึ่งในขณะนี้ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องสิทธิของบุคคลซึ่งรวมตัวกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้. . .” ตามคำวินิจฉัยที่ 6/2546 แต่อย่างไรก็ดีมีประเด็นที่ควรพิจารณาว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีแนว คำวินิจฉัยออกมาเช่นนี้ อาจจะเป็นการกระทบคุณค่าอันเป็นสาระสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ เพราะมิได้วินิจฉัยประเด็นที่พิพาทในทางสิทธิและเสรีภาพ ทั้งที่ข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญเองให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 มาใช้ อันมีลักษณะบังคับให้ศาลทำคำวินิจฉัยชี้ขาด โดยปฏิเสธข้ออ้างว่าไม่มีบทกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี ศาลรัฐธรรมนูญก็ฝ่าฝืนข้อกำหนดของตนเอง

¹³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1 น. 147-148.

การที่ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยกฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ เป็นหลักตามที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 การที่ศาลจะวินิจฉัยและตีความตัวบทกฎหมายในระบบจึงต้องใช้หลักการวินิจฉัยตามที่กฎหมายบัญญัติเช่นกัน การวินิจฉัยและกล่าวอ้างว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติจึงมิได้วินิจฉัยในเชิงค้นหาหลักกฎหมายเทียบเคียง กล่าวคือ กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ได้บัญญัติเป็นกฎหมายใช้ทั่วไป ในหมวด 1 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญต้องใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเป็นหลักในการตัดสินคดีเช่นกัน เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้นำหลักทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาเป็นหลักวินิจฉัย จึงอาจเป็นการละเมิดเสียเอง

4.3 ปัญหาการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยตรงในการฟ้องคดีต่อศาล

จากการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคดีอาญาที่ศาลชั้นต้นได้ส่งคำร้องขอจำเลยมาเพื่อวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 30 และมาตรา 35 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 35 มาตรา 44 มาตรา 46 จนไม่อาจบังคับใช้ได้ ดังคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 62/2545 กล่าวคือ คดีดังกล่าวโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 46 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมที่บัญญัติว่า บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา 35 บัญญัติถึงเสรีภาพในเคหะสถาน มาตรา 44 บัญญัติถึงเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ และมาตรา 46 บัญญัติถึงการรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม และมีส่วนร่วมในการจัดการบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืนนั้น

ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคล ซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมดังกล่าวย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้เป็นการเฉพาะ กรณีนี้จึงถือได้ว่า การที่พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ตามมาตรา 30 ให้อำนาจการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยเข้าไปดำเนินการในการวางระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ ซึ่งเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยการขอใช้พื้นที่เอกชนในชุมชนนั้นเท่าที่จำเป็น มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 กับคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามคำวินิจฉัยที่ 6/2546 ว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 46 มีเจตนารมณ์ให้บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนดั้งเดิมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณีฯ วัฒนธรรมอันดีของชุมชนก็ให้อนุรักษ์ไว้ แต่สิทธิตามที่กล่าวจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติด้วย ซึ่งในขณะนี้ยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเรื่องสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมบัญญัติไว้ตามพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 จึงไม่ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 จากแนวคำวินิจฉัยของทั้ง 2 คดีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในทางเดียวกันว่า ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 46 มีเจตนารมณ์ให้บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมเป็นผู้ที่มีสิทธิต่างๆ แต่ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งขณะนั้นไม่มีบทกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมตราออกใช้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า บทบัญญัติต่างๆ เป็นพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 30 พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 46 ทั้งนี้เพียงเพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมหรือบุคคลที่รวมกันเข้า ดังที่ได้กล่าวถึงปัญหาการไม่มีกฎหมายรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิในเรื่องอื่นๆ ตามที่กล่าวมาแล้ว

อย่างไรก็ดี ในการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 กรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่ 1 บททั่วไป มาตรา 28 และส่วนที่ 12 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิชุมชนซึ่งได้รับการแก้ไขคือ

มาตรา 28 แก้ไขเพิ่มเติมในวรรคที่ 3 และ วรรคที่ 4 ตามที่กล่าวแล้วในตอนต้นแต่ในส่วนที่ 12 สิทธิชุมชนนั้น มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 66 ว่า บุคคลซึ่งรวมกันเป็นสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์ และมาตรา 67 วรรคแรก บัญญัติว่า สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการอนุรักษ์ฯ ในการคุ้มครองฯลฯ ย่อมได้รับความคุ้มครองตามความเหมาะสม ซึ่งในวรรค 3 บัญญัติว่า สิทธิของชุมชนที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงาน

ของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัตินี้ ย่อมได้รับความคุ้มครอง

เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 ที่บัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญนี้โดยชัดแจ้งแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรง ย่อมสอดคล้องกับมาตรา 28 วรรค 2 ที่ยอมให้บุคคลยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือต่อสู้คดี และมาตรา 28 วรรค 3 ยอมให้บุคคลใช้สิทธิทางศาลเพื่อจะบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ (หมวด 3) โดยตรง แต่การจะนำคดีมาฟ้องศาลรัฐธรรมนูญเพื่อบังคับให้รัฐปฏิบัติตามสิทธิและเสรีภาพในหมวด 3 ย่อมมีปัญหาที่ขาดความชัดเจนว่า วิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจมีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะยังไม่มีกฎหมายนี้ ส่วนข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ก็ไม่ได้กำหนดประเภทคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจพิจารณา

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยคดีหมายเลขดำที่ อ.12/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 51/2547 ในแนวทางเดียวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่า ตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 ให้อำนาจผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกประกาศกำหนดขนาดเครื่องมือทำการประมงในฤดูปลามีไข่ และวางไข่เลี้ยงลูก กำหนดมาตรการอนุรักษ์ทรัพยากรสัตว์น้ำ การกำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในพื้นที่ดังกล่าว และก่อนการประกาศใช้ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 ซึ่งเป็นประกาศที่พิพาทในคดีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ออกประกาศ ฉบับลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 2527 กำหนดห้ามใช้เครื่องมือบางชนิดทำการประมงในฤดูวางไข่ปลา ตั้งแต่วันที่ 15 กุมภาพันธ์ ถึงวันที่ 31 มีนาคม ของทุกปี ต่อมาได้ทำการสำรวจศึกษาทางวิชาการพบว่า ช่วงการห้ามดังกล่าวมีผลต่อการอนุรักษ์สัตว์น้ำ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงออกประกาศ ลงวันที่ 24 กันยายน 2542 ต่างจากฉบับลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 2527 จึงเห็นว่าประกาศวันที่ 24 กันยายน 2542 เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้มากกว่า แม้มาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมง แต่ก็ถือว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะดำเนินการให้บรรลุผลการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำ เท่าประกาศวันที่ 24 กันยายน 2542 แม้จะกระทบรายได้การทำประมงของผู้ฟ้องคดี จึงเห็นว่าประกาศดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ เมื่อเทียบกับความเสียหายที่ ผู้ฟ้องคดีได้รับ ประกาศดังกล่าวห้ามมิให้บุคคลทั่วไปใช้เครื่องมือบางชนิดทำการประมงในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร จังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในเวลาตั้งแต่วันที่

15 กุมภาพันธ์ ถึงวันที่ 15 พฤษภาคม ของทุกปีเท่านั้น มิได้ห้ามผู้ฟ้องคดีทำการประมงโดยสิ้นเชิงตลอดไป มิได้กระทบสาระสำคัญในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดี ตามมาตรา 50 แห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพจะกระทำมิได้เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาทรัพยากรธรรมชาติ ประกาศดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติประเภท สัตว์น้ำให้ยั่งยืน ไม่มีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อคุณภาพชีวิตสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และอาชีพ สำหรับมาตรา 46 มาตรา 56 และมาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติให้บุคคลมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นในโครงการของรัฐ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม วัฒนธรรม อาชีพ ทรัพยากรธรรมชาติ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น เนื่องจากขณะที่ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่องการกำหนดห้ามการใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลามีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวอ่อน ในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในเวลา กำหนด ลงวันที่ 24 กันยายน 2542 ยังไม่มีกฎหมายออกตามความในมาตราดังกล่าวบังคับใช้ ประกาศดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น หากพิจารณาบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรค 3 แม้ว่าอรรถคดีทั้งปวงจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม แต่จะนำคดีทางมหาชนอันเกี่ยวกับการบังคับตามสิทธิและเสรีภาพไปฟ้องให้ศาลยุติธรรมบังคับรัฐมีปัญหาคความไม่ชัดเจนและไม่อาจทำได้ ทั้งนี้ เพราะหากจะพิจารณาว่า

ประการที่ 1 ความเป็นมาของบทมาตรา 28 วรรค 2 วรรค 3 เกิดจากการรับรองสิทธิของปัจเจกชนต่ออำนาจรัฐ ซึ่งผลของคำตัดสินย่อมผูกพันองค์กรรัฐในทางมหาชน วัตถุประสงค์ของเจตจำนงมาตรานี้อยู่ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ย่อมสนับสนุนว่าความมุ่งหมายที่จะให้อำนาจรัฐเท่านั้นที่ต้องผูกพันสิทธิและเสรีภาพ

ประการที่ 2 ธรรมชาติของสิทธิและเสรีภาพนั้น เป็นสิทธิที่ใช้ในการป้องกันปัจเจกชนกับอำนาจรัฐ หากพิจารณาทั้งระบบมีบางสิทธิและเสรีภาพเท่านั้นที่รัฐธรรมนูญยอมให้ผูกพันเอกชน ซึ่งสิทธิและเสรีภาพที่ใช้โดยละเมิดสิทธิและเสรีภาพของเอกชนด้วยกัน ตามมาตรา 28 วรรค 1 ย่อมเป็นฐานในการใช้สิทธิทางศาลได้เสมอ

อย่างไรก็ตาม การจะใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยตรงในการฟ้องคดีต่อศาลพิจารณาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 วรรค 3 ที่บัญญัติเพิ่มขึ้นมาใหม่ในเรื่องการใช้สิทธิและเสรีภาพตาม

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยบุคคลใช้สิทธิโดยตรงไม่ว่าจะมีกฎหมายตราขึ้นรับรองการใช้สิทธิ นั้นหรือไม่ก็สามารถร้องต่อศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวด 3 ได้โดยตรง

เจตนารมณ์ในการกำหนดให้บุคคล รวมถึงนิติบุคคล คณะบุคคล หรือชุมชนที่ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้รับรอง ต้องมีหน้าที่ให้ความเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและ เสรีภาพ และต้องไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือเป็น ปฏิบัติต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน หากชนชาวไทยถูกบุคคล หรือ องค์กรของรัฐล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง หรือโดย ปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับการปกป้องคุ้มครองและแก้ไขเยียวยา ด้วยกระบวนการทางศาลโดยตรง เว้นแต่การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นๆ และเพื่อประกันการใช้สิทธิทางศาลในกรณีที่บุคคลซึ่ง เป็นชาวไทยถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญประสงค์จะใช้สิทธิทางศาล ย่อมได้รับความสะดวก และได้รับการช่วยเหลือทางกฎหมาย

ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ กำหนดให้สามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นก่อน และเพื่อให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อเรียกร้องให้รัฐ ปฏิบัติตามบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพได้โดยตรง แม้ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ แต่การ นำคดีขึ้นสู่ศาลในกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิในเรื่องนั้นๆ การฟ้อง ศาลจึงต้องแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน คือ ข้ออ้างประกอบคำฟ้องเป็นอย่างไร และจะฟ้องศาล ไหนต้องพิจารณาอาการของการใช้สิทธิ หรือวัตถุแห่งสิทธิที่สัมพันธ์กับเขตอำนาจศาล

ข้อควรพิจารณาคือ หากต้องการใช้สิทธิทางศาล (อำนาจฟ้อง) คือฟ้องศาล ก็อาศัย ฐานตามมาตรา 28 วรรค 2 หรือ วรรค 3 แล้วแต่กรณี ประกอบกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตามมาตราที่ให้สิทธิ หรือเกี่ยวข้องกับสิทธิในเรื่องนั้นๆ ที่เป็นวัตถุแห่งสิทธิ ซึ่งมีการกระทบสิทธิที่จะให้ ศาลพิจารณา ศาลจึงมีอำนาจรับฟ้องและดำเนินกระบวนการพิจารณาไปตามปกติในฐานะเป็น องค์กรที่ทำให้มีการเคารพสิทธิ ทั้งนี้ อำนาจแห่งการใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 28 วรรค 2 หรือ วรรค 3 เป็นอำนาจฟ้องศาลต่อสิ่งที่มากระทบสิทธิ เมื่อประกอบด้วยบทบัญญัติที่คุ้มครองและ รับรองสิทธิที่มีลักษณะเป็นสิทธิในกลุ่มป้องกันการแทรกแซง (status negativus) หรือกลุ่ม เรียกร้องให้รัฐเข้ามาดำเนินการ (status positivus) กล่าวคือ คำฟ้องคดีต่อศาลนั้น ต้องอ้าง สิทธิตามมาตรา 28 และบทบัญญัติของสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง

สรุปปัญหาการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยตรงฟ้องศาล ในขณะที่ไม่มีกฎหมาย กำหนดรายละเอียดของการฟ้องคดี และขั้นตอนของวิธีพิจารณา การอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

ยอมอ้างได้เสมอและทุกศาล ประเด็นพิพาทว่าสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองเมื่อถูกละเมิด หรือการใช้สิทธิทางศาลบังคับรัฐ อันเป็นการใช้สิทธิทางศาลต่อคดีที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ส่วนมหาชน นำคดีไปฟ้องศาลยุติธรรมได้โดยตรง แต่การนำคดีมาฟ้องศาลปกครองโดยตรงนั้นมีข้อจำกัดของอำนาจฟ้อง เพราะหากอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียวในการฟ้องศาลปกครองโดยตรง ย่อมมีปัญหาขาดจุดเชื่อมโยงของความผูกพันของอำนาจตุลาการที่จะบังคับรัฐ สำหรับการนำคดีไปฟ้องศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ก็มีข้อจำกัดเพราะขาดบทกฎหมายรองรับอำนาจในการใช้สิทธิของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญ มีเพียงการใช้สิทธิทางศาลของประชาชน 2 มาตรา คือ มาตรา 212 และมาตรา 28 แต่ในการนำคดีละเมิดสิทธิมาขึ้นศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 นั้น จำกัดเฉพาะกรณีบทบัญญัติของกฎหมายที่อ้างว่าขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ โดยการใช้สิทธิดังกล่าวนั้นต้องผ่านเงื่อนไขที่ไม่อาจใช้สิทธิทางอื่นได้แล้วจึงนำคดีมาเสนอศาลรัฐธรรมนูญได้ ส่วนประเด็นปัญหาละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้น ไม่อาจฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง

4.4 ปัญหาการใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้งบบังคับตามสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

การให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยองค์กรตุลาการ นับได้ว่าเป็นรัฐที่ยึดถือหลักนิติรัฐ เพราะยอมรับการตรวจสอบการกระทำตามภารกิจที่รัฐธรรมนูญกำหนดอำนาจและหน้าที่ขององค์กรรัฐที่ใช้อำนาจมหาชน ซึ่งต้องผูกพันต่อการกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลจากการปฏิบัติหน้าที่อย่างใดๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยรัฐธรรมนูญคุ้มครองให้บุคคลสามารถใช้สิทธิทางศาล หรือยกเป็นข้อต่อสู้ในศาล หรือใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับรัฐ จึงต้องพิจารณาว่าสิทธิและเสรีภาพที่ถูกละเมิด และการใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับรัฐนั้น มีความหมายว่าองค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นเพื่อให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงในการบังคับใช้สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาล ตามมาตรา 28 วรรค 2 วรรค 3 จึงถือเป็นหัวใจสำคัญของการบังคับตามสิทธิ

ระบบการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามแนวคิดเสรีประชาธิปไตยที่มีองค์กรตุลาการใช้อำนาจคุ้มครอง จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนบรรลุความมุ่งหมายในทางปฏิบัติ จึงนำไปสู่การตีความเพื่อมิให้เกิดช่องว่างในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยองค์กรตุลาการ คือกรณีมีปัญหาที่ศาลไม่มีเขตอำนาจ ศาลยุติธรรมจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ

ทั่วไป ผลของการตีความดังกล่าวเป็นการคุ้มครองสิทธิประชาชน โดยยอมให้องค์กรตุลาการเข้ามาควบคุมตรวจสอบ¹⁴

เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และการร่างรัฐธรรมนูญในมาตรา 28 วรรค 2 โดยอาจารย์ พันธ์ ทศยานนท์ ได้อธิบายไว้ว่า “มาตรานี้ เป็นมาตราที่สำคัญ เพราะมาตรานี้เป็นกลไกที่ทำให้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของเราสามารถบังคับให้มีผลปฏิบัติที่เป็นรูปธรรม เกิดขึ้นในชีวิตจริงในวิถีชีวิตของคนเรา ฉะนั้น ความสำคัญของมาตรานี้จึงค่อนข้างมาก กระผมคิดว่ามาตรานี้ถือว่าเป็นสิ่งที่สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) เรา น่าจะภาคภูมิใจในการที่เรามอบสิ่งนี้ให้กับประชาชนคนไทย ตามที่กระผมได้กราบเรียนไว้แล้วก็คือว่า ในความรู้สึกและโดยประสบการณ์ในการทำงานของกระผมนั้น กระผมคิดว่าสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญของเราเท่าที่มีมาแล้วในอดีตถึงปัจจุบัน ส่วนใหญ่ไม่สามารถที่จะบังคับให้เกิดผลในทางปฏิบัติเป็นรูปธรรมได้ เพราะฉะนั้นสิ่งนี้จึงเป็นหลักการอันหนึ่งซึ่งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) เราได้ทุ่มมาตั้งแต่ต้น เพื่อจะสื่อออกไปยังประชาชนว่าเราจะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญนั้นเกิดผลอย่างจริงจังอย่างเป็นรูปธรรม ในวิถีชีวิตของคนไทยเราจริงๆ เสียที ด้วยเหตุนี้กระผมจึงเห็นว่ามาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่สำคัญที่สุด อย่างน้อยที่สุดก็ในหมวด 3 นี้ ถ้าหากไม่มีบทบัญญัติมาตรานี้แล้ว ความคาดหวังของเราชาวไทยที่อยากจะให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเราได้รับการยืนยันโดยการบังคับตามสิทธิและเสรีภาพของเรา ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ก็คงจะไม่มีทางที่จะเกิดขึ้นได้ หากไม่มีมาตรานี้ เพียงแต่กระผมยังมีข้อสงสัยอยู่เท่านั้นเองว่า การที่จะให้มีการหยิบยกกันขึ้นเป็นการใช้สิทธิทางศาล หรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ ถ้าหากรัฐธรรมนูญนี้จะสามารถทำให้มันชัดเจนไปเสียเลยว่า ไปยกกันได้ที่ไหน จะใช้สิทธิทางศาลกันได้ที่ศาลไหน ในศาลต่างๆ ที่เรากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็จะเป็นการดี เป็นคุณประโยชน์แก่ประชาชนคนไทยอย่างยิ่ง เพราะฉะนั้นก็จะเกิดความคลุมเครือสับสนกันอยู่ไม่น้อยจะครับ . . . ”¹⁵

ซึ่งต่อมา ท่านอาจารย์แก้วสรร อติโพธิ ได้อธิบายเสริมว่า “มาตรา 27 สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ประเด็นที่เพื่อนสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) ท่านที่ล่วงระบุนว่า สิทธิไม่ได้มีแต่อยู่ในรัฐธรรมนูญเท่าที่เขียน คำตอบก็คือ มาตรา 27 ได้อธิบายไว้แล้วว่าเราไม่ได้เห็นว่าสิทธิจะมีเท่าที่

¹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 277.

¹⁵ พันธ ทศยานนท์, ในการอภิปรายสภาร่างรัฐธรรมนูญ, ครั้งที่ 14 (วันอังคารที่ 8 กรกฎาคม 2540) น. 162-163.

ปัญญาเราคิดออก มันมีอยู่ก่อน แต่เราอาจจะรับรองมันได้ไม่หมด มาตรา 27 ก็ทำหน้าที่ไว้แล้ว แต่สิ่งที่จะให้ประชาชนมีความผูกพัน ผูกพันทั้งรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล ก็กระทำผิดรัฐธรรมนูญได้ และองค์กรอื่นของรัฐทุกองค์กรโดยตรง หมายความว่าสามารถหยิบมาตรานี้ขึ้นอ้างได้เลยโดยไม่ต้องรอกฎหมายลูก เว้นแต่กรณีที่ต้องรอให้กฎหมายบัญญัติมาวางรายละเอียด เพราะฉะนั้น ประเด็นที่ท่านสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) ท่านศาสตราจารย์เรียกถามบอก ว่าต้องมีกฎหมายลูกไหม คำตอบก็คือ ไม่มี มันหยิบกันได้โดยตรง ถ้าเรายอมให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิ ก็หยิบเข้ามาได้เลย... มาตรา 28 วรรค 2 สามารถใช้สิทธิทางศาล และตามช่องทางว่าเป็นศาลในคดีอะไร ถ้าเราับนับว่าเป็นสิทธิ ไปละเมิดได้ไหม ถ้าเป็นศาลปกครอง ก็ยกขึ้นได้ ถ้าการกระทำของฝ่ายปกครองขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือยกข้อต่อสู้ในศาลในคดีมรดก เราอาจจะยกได้เลยว่า การเป็นบุตรนอกสมรสแล้วมีสิทธิได้รับมรดกหรือไม่ ถ้าระเบียบของกรมที่ดินไม่ถูกต้อง ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เราก็บอกว่าระเบียบนี้ไม่ถูกต้อง จะถูกในสมรสหรือนอกสมรส ก็มีสิทธิรับมรดกเท่ากัน เลือดเดียวกัน แต่ระเบียบกรมที่ดินไม่ถูกต้อง ก็กล่าวอ้างในคดีแพ่งได้ เพราะฉะนั้น จะเห็นว่ามันผูกพันโดยตรง ยกขึ้นอ้างได้ และเข้าไปในศาลได้ เป็นฐานได้ หรือยกข้อต่อสู้ได้ เพราะฉะนั้น การที่จะให้อะไรเป็นสิทธิ จึงสำคัญอย่างยิ่ง.

... ”¹⁶

ดังนั้น วัตถุประสงค์การบัญญัติมาตรา 27 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (และ พ.ศ. 2550 คงหลักการเดิม) ขึ้นให้เห็นว่า สิทธิต่างๆ ของประชาชนมิได้มีเพียงเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษร หากแต่ยังมีสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยปริยาย ซึ่งหากเป็นปัญหาย่อมเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะกำหนดให้เป็นรูปธรรมว่ามีสิทธิใดบ้าง ส่วนวัตถุประสงค์ของการบัญญัติ มาตรา 28 วรรค 2 เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิเสรีภาพ เกิดผลในทางปฏิบัติจริงๆ จังๆ อย่างเป็นรูปธรรม โดยผู้ถูกละเมิดนั่นเอง สามารถฟ้องศาลหรือยกเป็นข้อต่อสู้ในศาลได้นั่นเอง¹⁷

¹⁶ แก้วสรร อดิโพธิ, ในรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ, ครั้งที่ 14 (วันอังคารที่ 8 กรกฎาคม 2540), น. 175-177.

¹⁷ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1 น. 181.

โดยที่มาตรา 27 และมาตรา 28 วรรค 2 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้นำมาจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 โดยแก้ไขในมาตรา 27 ส่วนขององค์กรเล็กน้อย มิได้เปลี่ยนแปลงเนื้อหาเดิม

จากการศึกษามาแล้วพบว่า “สิทธิ” มีความหมายว่า อำนาจ หรือความสามารถที่กฎหมายรับรองป้องกันให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเรียกร้องให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ หรือ “สิทธิ” เป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่ต้องการให้ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้รวมตลอดถึง “สิทธิ” ตามรัฐธรรมนูญคือ “สิทธิตามกฎหมายมหาชน” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายสูงสุดได้บัญญัติรับรองและให้การคุ้มครอง ความหมายของการบังคับตามสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญคือ การบังคับเพื่อให้เกิดผลอย่างจริงจังในทางปฏิบัติเพื่อให้เกิดรูปธรรมในการคุ้มครองตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นฐานแห่งสิทธิซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรค 2 เป็นสิทธิที่ยกขึ้นปกป้องการละเมิด กล่าวคือ เมื่อถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญรับรอง ย่อมยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือต่อสู้คดี อันเป็นสิทธิประเภทป้องกันการแทรกแซงใดๆ จากรัฐ (ปิดป้อง) status negativus และมาตรา 28 วรรค 3 เป็นสิทธิที่เรียกร้องให้รัฐดำเนินการหรือบังคับให้รัฐดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง อันเป็นสิทธิประเภทเรียกร้องให้รัฐเข้ามาดำเนินการ status positivus

การบังคับตามสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญดังได้พิจารณาจากเจตนารมณ์ของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) ดังกล่าว แสดงออกชัดเจนถึงเจตนารมณ์ที่ต้องการจะให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิที่นำมาบังคับใช้เป็นฐานในการฟ้องคดียังองค์กรตุลาการได้ทันที เพราะถือเป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อน และไม่เพียงเท่าที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่รวมถึงสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยปริยาย หรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วางหลักสิทธิและเสรีภาพไว้ในคำวินิจฉัยอันมีค่าเสมอบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนั้นความผูกพันต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล สามารถนำสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญมาใช้ได้เลย โดยไม่ต้องรอกฎหมายลูก ทั้งนี้การบัญญัติตามมาตรา 27 ย่อมชี้ให้เห็นว่า วัตถุประสงค์ของการบัญญัติมาตรา 27 นั้น เพื่อให้สิทธิต่างๆ มิได้มีเพียงบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ซึ่งหากเป็นปัญหาศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นศาลที่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะกำหนดให้เป็นรูปธรรมว่ามีสิทธิใดบ้าง ส่วนมาตรา 28 วรรค 2 เป็นการกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพนั่นเอง โดยสามารถฟ้องศาล หรือยกข้อต่อสู้ในศาลนั่นเอง¹⁸

¹⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 181.

การบังคับตามสิทธิและเสรีภาพต้องแยกประเภทของสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาลจากกลุ่มประเภทสิทธิและเสรีภาพว่าจะใช้สิทธิโดยวิธีใดบ้าง

ก. การบังคับตามสิทธิซึ่งเป็นสิทธิประเภทป้องกันป้องกันการแทรกแซงจากรัฐในกลุ่ม status negativus

การบังคับตามสิทธิซึ่งเป็นสิทธิประเภทป้องกันป้องกันการแทรกแซงจากรัฐในกลุ่ม status negativus ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิที่แสดงออกในรูปของการป้องกันป้องกันการแทรกแซงจากรัฐ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลต่อการแทรกแซงของรัฐ หรือการละเมิดของรัฐจากสิทธิในการป้องกันปัจเจกบุคคลดังกล่าว บุคคลอาจเรียกร้องให้มีการแก้ไขเยียวยาจากรัฐ ในกรณีที่มีการแทรกแซงจากรัฐ หรือมีการละเมิด หรือเรียกร้องให้รัฐละเว้นการกระทำดังกล่าวได้ บุคคลสามารถฟ้องร้องบังคับในศาลได้ โดยบุคคลสามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิโดยอาศัยกระบวนการของศาลยุติธรรม ตราบเท่าที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลอื่น การพิจารณาคดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีทั้งปวง แต่ในการละเมิดสิทธิและเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดี

ทั้งนี้การใช้สิทธิทางศาลทั้ง 2 กรณี เป็นการใช้สิทธิปิดป้อง หรือป้องกันการแทรกแซง หรือการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง หรือสิทธิอย่างอื่นที่ยังไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ย่อมสามารถฟ้องศาลบังคับโดยอาศัยสิทธิตามบทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิและเสรีภาพ หรือสิทธิและเสรีภาพที่ยังไม่มีบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เป็นกรณีใช้สิทธิทางศาลเพื่อห้ามการละเมิด โดยมีอำนาจขอให้ศาลบังคับให้ฝ่ายกระทำละเมิดหยุดการกระทำ พร้อมชดใช้เยียวยาความเสียหาย ส่วนการยกเป็นข้อต่อสู้ในศาล โดยผู้ถูกละเมิดอาจตกเป็นผู้ถูกฟ้องคดีก็ย่อมยกข้อต่อสู้คดีในศาลได้

อย่างไรก็ตาม การบังคับตามสิทธิและเสรีภาพเป็นการใช้สิทธิทางศาล หรือการยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลนั้น แยกเป็น 2 กรณี คือ

1. “ การใช้สิทธิทางศาล ” หมายถึง การใช้สิทธิทางศาลในทุกกรณี ซึ่งการบังคับตามสิทธิทางศาลโดยการยื่นฟ้องคดี เป็นการบังคับใช้สิทธิทางศาลที่หมายถึง “ อำนาจฟ้อง ” นั่นเอง การจะพิจารณาว่ามีอำนาจฟ้องหรือไม่ต้องพิจารณาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลที่เกี่ยวข้องในประเภทคดีนั้นๆ เป็นศาลยุติธรรมต้องพิจารณาอำนาจฟ้องของบุคคลตามมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ส่วนคดีศาลปกครองต้องดูที่มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สำหรับศาล

รัฐธรรมนูญต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้นถ้าฟังมาตรา 28 วรรค 2 จึงยังไม่อาจใช้สิทธิได้โดยตรง แต่ผลของมาตรา 28 วรรค 2 คือกฎหมายใดก็ตามที่ทำให้อำนาจในการฟ้อง หรืออำนาจในการร้องคดีต่อศาลไม่อาจกระทำได้ หรือไม่อาจใช้สิทธิทางศาลได้ กฎหมายฉบับนั้นย่อมขัดกับมาตรา 28 วรรค 2 อันทำให้กฎหมายฉบับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ

2. “ การยกเป็นข้อต่อสู้คดีในศาล ” หมายถึงการนำคดีเรื่องใดเข้าสู่การพิจารณาคดีในศาลแล้ว การยกข้อต่อสู้คดีในศาลย่อมเป็นการอ้างเหตุในการสนับสนุนข้ออ้างของตน หรือหักล้างข้ออ้างอีกฝ่าย การยกข้อต่อสู้จึงแตกต่างจากการใช้สิทธิทางศาล การใช้สิทธิทางศาลเป็นกระบวนการวิธีบัญญัติ แต่การยกข้อต่อสู้เป็นการยกข้ออ้างตามกฎหมายสารบัญญัติ

ข. การบังคับตามสิทธิซึ่งเป็นสิทธิประเภทเรียกร้องให้รัฐเข้าดำเนินการในกลุ่ม status positivus

การบังคับตามสิทธิซึ่งเป็นสิทธิประเภทเรียกร้องให้รัฐเข้าดำเนินการในกลุ่ม status positivus ซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิที่แสดงในรูปของการร้องให้รัฐมาดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดอยู่ในประเภทของสิทธิเรียกร้อง สิทธิเรียกร้องให้กระทำการ สิทธิในการดำเนินคดี สิทธิที่เป็นศูนย์กลางของสิทธิประเภทนี้ คือ สิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งสิทธิประเภทนี้ได้แก่ สิทธิในการได้รับการศึกษา สิทธิในการได้รับการบริการสาธารณสุข สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐของบุคคลที่มีอายุเกินหกสิบปี สิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะ และความช่วยเหลือจากรัฐของคนพิการ สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือตามความเหมาะสมเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยของผู้มีรายได้น้อยไม่เพียงพอแก่การยังชีพจากรัฐ ซึ่งสิทธิประเภทนี้กำหนดให้เป็นสิทธิเรียกร้องโดยการให้สิทธิปัจเจกบุคคลในการฟ้องศาลบังคับรัฐให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวด 3 นี้ คือหมวดสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยได้โดยตรง ซึ่งการบังคับตามสิทธิโดยไม่กำหนดว่าศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อบังคับรัฐ ย่อมหมายความว่า บังคับฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ รวมถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานรัฐ และเป็น การบังคับให้รัฐปฏิบัติตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติในหมวด 3 ดังนี้

1. การบังคับฝ่ายนิติบัญญัติ

การบังคับเป็นการบังคับให้ตรากฎหมาย ซึ่งปัจเจกบุคคลมีอำนาจในการฟ้องศาลบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายได้หรือไม่ เพียงไร ต้องพิจารณาจากวิธีการตราพระราชบัญญัติตามมาตรา 142 ที่กำหนดกรอบการตราพระราชบัญญัติให้ผู้มีหน้าที่เสนอสภาผู้แทนราษฎร และเป็นการเสนอโดยคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่า 20 คน

ศาลหรือองค์กรอิสระอื่นๆ กรณีมีปัญหาให้การใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับรัฐให้ปฏิบัติตามหมวดสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยด้วยการบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมาย ซึ่งอาจขัดกับมาตรา 142 ที่กำหนดภาระหน้าที่ในการเสนอร่างกฎหมายโดยตรงแล้ว หากยอมให้ศาลบังคับฝ่ายนิติบัญญัติให้เสนอร่างพระราชบัญญัติ ปัญหาการบังคับคดีจะบังคับได้อย่างไร การบังคับให้ฝ่ายนิติบัญญัติตราพระราชบัญญัติตามการใช้สิทธิทางศาล ย่อมไม่สามารถทำได้ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติมีอิสระในการตรากฎหมาย ในกรณีนี้ไม่ใช่หน้าที่ตามรัฐธรรมนูญทั่วไปที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อปัจเจกบุคคลในการตรากฎหมาย เว้นแต่มีรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นหน้าที่ในการออกกฎเกณฑ์ และกฎเกณฑ์นั้นสามารถทำให้บุคคลใช้สิทธิเรียกร้องจากฝ่ายนิติบัญญัติได้ การดำเนินคดีให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมาย จึงไม่อาจบังคับตามสิทธิ แม้เป็นสิทธิในกลุ่มที่มีอำนาจเรียกร้องและปัจเจกบุคคลได้รับการรับรองคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ แต่ก็ไม่อาจบังคับได้โดยองค์กรตุลาการให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายได้

2. การบังคับฝ่ายบริหารและองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ

การบังคับให้ฝ่ายบริหารและองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐที่ต้องผูกพันต่อหลักประกันสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งเป็นหน้าที่ตามภารกิจที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา 49 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาไม่น้อยกว่า 12 ปี ที่รัฐต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย หรือมาตรา 51 บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่เหมาะสมและได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และวรรค 2 บัญญัติว่า บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขจากรัฐ ซึ่งต้องเป็นไปอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่เรียกร้องให้รัฐดำเนินการให้เป็นไปตามหลักประกันที่คุ้มครองปัจเจกบุคคล การที่รัฐดำเนินการใดไปในทางละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่ปัจเจกบุคคลมีอำนาจในการป้องกันและปิดป้อง หากดำเนินการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพย่อมถูกต้องด้านและบังคับตามสิทธิโดยอำนาจศาล หากเกิดความเสียหายย่อมต้องถูกบังคับให้ชดเชยค่าเสียหาย จึงใช้สิทธิทางศาลและบังคับรัฐให้เยียวยาความเสียหายได้ในเวลาเดียวกัน ส่วนการเรียกร้องให้รัฐดำเนินการตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้หลักประกันและคุ้มครอง รวมถึงยอมให้ใช้สิทธิทางศาลในการบังคับรัฐ หากไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยที่รัฐธรรมนูญรับรอง เช่นการที่รัฐไม่จัดให้มีบริการสาธารณสุข ตามมาตรา 51 วรรค 2 ที่บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขจากรัฐ ซึ่งต้องเป็นไปอย่างทั่วถึง และมีประสิทธิภาพ หรือการที่รัฐไม่จัดให้มีบริการให้ได้รับการศึกษาไม่น้อยกว่า 12 ปี ให้ทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย เมื่อรัฐไม่

ดำเนินการจัดสถานศึกษาให้ทั่วถึง เด็กนักเรียนในชนบทที่ห่างไกลจากสถานศึกษา มีสิทธิที่จะฟ้องศาลบังคับให้ฝ่ายบริหารดำเนินการจัดหาโรงเรียนในแหล่งที่สะดวกไม่ห่างไกลไว้บริการสาธารณะ ตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้หลักประกันและคุ้มครอง ในกรณีนี้ ศาลที่จะรับดำเนินการให้มีการเคารพสิทธิของปัจเจกบุคคลคือ ศาลปกครอง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 223 เพราะการละเลยไม่จัดการและจัดหาสถานศึกษาให้ทั่วถึงและมีคุณภาพตามสิทธิของปัจเจกบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ย่อมได้ชื่อว่าเป็นการโต้แย้งสิทธิของปัจเจกบุคคล การฟ้องคดีจึงต้องอาศัยฐานแห่งสิทธิในการบังคับตามสิทธิ ตามมาตรา 27 ประกอบมาตรา 28 วรรค 3 และมาตรา 49 เป็นฐานในการฟ้องศาลบังคับให้รัฐดำเนินการ

ในกรณีบุคคลผู้ยากไร้ที่อยู่อาศัยและไม่มีรายได้พอแก่การยังชีพ จะใช้สิทธิทางศาลบังคับให้ฝ่ายปกครองจัดหาที่อยู่อาศัยโดยการฟ้องศาลปกครองเพื่อบังคับให้ฝ่ายบริหารดำเนินการจัดให้มีที่อยู่อาศัยสำหรับผู้มีรายได้ไม่เพียงพอแก่การยังชีพ การฟ้องคดีจึงต้องอาศัยฐานแห่งสิทธิในการบังคับตามสิทธิ ตามมาตรา 27 ประกอบมาตรา 28 วรรค 3 และมาตรา 55 เป็นฐานในการฟ้องศาลบังคับให้รัฐดำเนินการ

การดำเนินการใช้สิทธิทางศาลฟ้องบังคับให้ฝ่ายบริหารและองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐจัดให้บริการสาธารณะ ย่อมต้องอาศัยฐานอำนาจพื้นฐานที่ผูกพันองค์กรรัฐตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ตามมาตรา 27 โดยปัจเจกบุคคลอาศัยสิทธิในการฟ้องศาลบังคับรัฐ ตามมาตรา 28 วรรค 3 และอาศัยฐานแห่งสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองตามมาตรานั้นๆ เช่นนี้ ศาลจึงมีอำนาจหน้าที่ในการบังคับรัฐให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย

อำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่ควบคุมอำนาจอื่นทั้งสอง และเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพในการทำให้เกิดการเคารพสิทธิ เป็นอำนาจในเชิงป้องกันการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล และเป็นอำนาจในการบังคับตามสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองให้เป็นรูปธรรม แต่ปัญหาที่ตามมาจากการบังคับตามสิทธิโดยองค์กรตุลาการก็คือ การที่หน่วยงานฝ่ายบริหารอาจไม่มีงบประมาณเพียงพอในการจัดให้มีการบริการสาธารณะ อันเป็นปัญหาทางสังคม ซึ่งการบังคับตามสิทธิขององค์กรตุลาการ ในกรณีที่รัฐขาดแคลนงบประมาณ มีภาระด้านการเงิน ศาลไม่สามารถเข้าแทรกแซงในส่วนที่เกี่ยวกับงบประมาณ ซึ่งการที่คำบังคับตามคำวินิจฉัยอาจเป็นผลเพราะขาดแคลนงบประมาณดังกล่าว ศาลเยอรมันเองก็ไม่มี ความชัดเจนที่จะบังคับตามสิทธิ แต่แนวโน้มจะปฏิเสธ ซึ่งการใช้สิทธิเรียกร้องให้กระทำการ เป็นการเรียกร้องให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งสามารถที่จะทำได้ เพราะสิทธิขั้นพื้นฐานก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้อง

ของบุคคลที่ต้องการความช่วยเหลือจากบุคคลดังกล่าว หากรัฐไม่ดำเนินการ ย่อมได้ชื่อว่ารัฐไม่คุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลตามรัฐธรรมนูญอันเป็นการละเมิดซ้ำสอง แต่หากรัฐมีปัญหาด้านงบประมาณ ในการจัดหารสถานศึกษา รัฐพึงใส่ใจจัดให้มีสถานศึกษาที่ใกล้ที่สุดในการรับนักเรียนเข้าเรียน ตามสิทธิ อันแสดงว่ารัฐใส่ใจและเคารพสิทธิของปัจเจกบุคคล

ปัญหาการบังคับตามสิทธิขององค์กรตุลาการที่มีต่อฝ่ายบริหาร เป็นปัญหาการก้าวข้ามและแทรกแซงอำนาจที่แบ่งแยกกันตามระบบการปกครอง ที่ฝ่ายปกครองอาจถูกตรวจสอบจากฝ่ายตุลาการ แต่การถูกบังคับตามสิทธิของบุคคลโดยองค์กรตุลาการย่อมเป็นปัญหาในการบังคับคดีตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครอง

4.5 ปัญหาการตรวจสอบการละเมิดสิทธิเสรีภาพจากคำพิพากษาคดีที่ถึงที่สุด

การพิจารณาพิพากษาคดีทุกประเภทและทุกศาลย่อมมีผลเป็นอันสิ้นสุดลง ในศาลยุติธรรมคำพิพากษาศาลฎีกาเมื่อถึงที่สุดจะฎีกาต่อไปไม่ได้อีก และย่อมผูกพันคู่กรณีซึ่งเป็นคู่ความนับแต่ที่ได้พิพากษาหรือมีคำสั่ง หรือจนกว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นจะเปลี่ยนแปลงและไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่การฟ้องเรียกทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ให้เข้าใจว่าเป็นประเภทเดียวกับคดีฟ้องขับไล่ คำสั่งขับไล่รวมถึงบริวารที่อยู่บนอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่สามารถแสดงอำนาจพิเศษได้ หรือคำพิพากษาเกี่ยวกับหนี้ที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ และคู่ความบางส่วนอุทธรณ์หรือบังคับเอากับผู้ค้ำประกันในศาลที่ทำสัญญาค้ำประกันไว้กับศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตามมาตรา 145 ส่วนคำพิพากษาศาลปกครองจะมีผลผูกพันคู่กรณีตามมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 71 ที่บังคับให้คำพิพากษาหรือคำสั่งมีผลผูกพันบุคคลที่ถูกให้ออกจากสถานที่โดยบังคับบริวาร บังคับผู้ค้ำประกันในศาล คำพิพากษาหรือคำสั่งที่เกี่ยวกับสถานะหรือความสามารถซึ่งบุคคลภายนอกจะยกขึ้นอ้างหรือใช้ยันบุคคลภายนอกได้ คำพิพากษาหรือคำสั่งเกี่ยวกับสิทธิแห่งทรัพย์สินที่คู่กรณีอาจอ้างกับบุคคลภายนอกได้ แต่ในส่วนของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 216 วรรค 5 และมาตรา 27 ที่บัญญัติว่า สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

จากการพิจารณาคำพิพากษาของศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ซึ่งในที่สุดย่อมเป็นที่สุดคู่ความมีโอกาสโต้แย้งได้อีก ซึ่งมีได้มีผลผูกพันเพียงการกระทำเท่านั้น แต่รวมถึงผลของการกระทำนั้นด้วย กรณีจึงมีแนวคล้ายๆ กับที่กฎหมายกำหนดให้คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด แต่ศาลฎีกาตีความ โดยอ้างอิงหลักแบ่งแยกอำนาจ ว่าเป็นที่สุดในฝ่ายบริหารไม่ตัดสิทธิผู้เสียหายที่จะนำเรื่องมาฟ้องศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการ ดังนั้นในคดีที่คำพิพากษานั้นถึงที่สุดมีประเด็นที่ยังโต้แย้งว่ามีการละเมิดสิทธิเสรีภาพอยู่หรือไม่ ก็ไม่ตัดสิทธิที่จะนำเรื่องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ¹⁹

การให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกรณีที่คำพิพากษาถึงที่สุดแล้วนั้น จำเป็นต้องพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเพียงใด ซึ่งโดยปกติการกำหนดเขตอำนาจศาลจะเป็นการกำหนดเขตอำนาจทั่วไป และเขตอำนาจเฉพาะ การกำหนดเขตอำนาจศาลทั่วไปยังแบ่งเป็นเขตอำนาจศาลทั่วไปโดยแท้ และเขตอำนาจศาลทั่วไปเฉพาะคดีประเภทใดประเภทหนึ่งศาลที่มีเขตอำนาจศาลทั่วไปได้แก่ ศาลยุติธรรม ที่กำหนดในมาตรา 218 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้ หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น” สำหรับศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปเฉพาะคดีได้แก่ ศาลปกครอง ดังบัญญัติในมาตรา 223 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยงานราชการ...”

สำหรับศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจง และเป็นเขตอำนาจศาลที่กฎหมายมุ่งหมายให้อำนาจเฉพาะเจาะจงเท่าที่กฎหมายบัญญัติให้เท่านั้น ศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ เหตุผลที่ไม่ใช้หลักการกำหนดเขตอำนาจทั่วไป เพราะศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญ จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเหนือองค์กรของรัฐทั้งปวง ซึ่งการปกครองรัฐนั้นๆ ก็จะกลายเป็นการปกครองโดยศาลรัฐธรรมนูญ เพราะปัญหาต่างๆ ทางรัฐธรรมนูญจะต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยในท้ายที่สุด ดังนั้นการพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบผลกระทบบุคคลที่ถูกคำพิพากษาของศาลถึงที่สุดละเมิดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการกระทบสิทธิหรือไม่ จึงต้อง

¹⁹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 215.

พิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเพียงใดในการพิจารณาวินิจฉัย โดยพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังนี้

1. มาตรา 68 วินิจฉัยเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง
2. มาตรา 91 และ มาตรา 119 (6) พิจารณาเกี่ยวกับสมาชิกภาพของผู้แทนราษฎร และของสมาชิกวุฒิสภา
3. มาตรา 106 (7) พิจารณาเกี่ยวกับมติของพรรคการเมือง
4. มาตรา 141 พิจารณาความชอบของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ
5. มาตรา 154 พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่
6. มาตรา 155 พิจารณาร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และการประชุมรัฐสภา
7. มาตรา 168 การพิจารณาการเสนอ การแปรญัตติในการใช้งบประมาณ
8. มาตรา 182 ประกอบมาตรา 91 วินิจฉัยความสิ้นสุดของรัฐมนตรี
9. มาตรา 185 วินิจฉัยเกี่ยวกับการตราพระราชกำหนด
10. มาตรา 211 วินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่
11. มาตรา 212 วินิจฉัยกรณีบุคคลยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดแย้งรัฐธรรมนูญหรือไม่
12. มาตรา 214 วินิจฉัยความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่ไม่ใช่ศาล
13. วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามมาตรา 245 และมาตรา 257 จะเห็นได้ว่ามีเพียงมาตราเดียวเท่านั้น คือมาตรา 212 ที่รัฐธรรมนูญยอมให้บุคคลใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง ดังนั้น การที่บุคคลถูกละเมิดสิทธิจากคำพิพากษาของศาลจะสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบการละเมิดสิทธิเสรีภาพจากคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดหรือไม่ จึงต้องพิจารณา มาตรา 212 ก็พบว่ามาตรา 212 มีความมุ่งหมายที่จะให้บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้ได้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น มุ่งหมายเพียงได้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น โดยความในมาตรา 212 วรรค 2 กำหนดเงื่อนไขว่า ต้องเป็นกรณีไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีอื่นได้แล้ว ซึ่งได้แก่การโต้แย้งในกรณีมีคดีพิพาทในศาล ตามมาตรา 211 หรือการยื่นเรื่องต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 245 หรือการ

ยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามมาตรา 257 (2) ดังนั้นประเด็นพิจารณาคือ (1) การอาศัยมาตรา 212 เพื่อโต้แย้งคำพิพากษาที่ถึงที่สุดว่าละเมิดสิทธิของผู้ยื่นคำร้องได้หรือไม่ (2) จะโต้แย้งคำพิพากษาของศาลโดยอ้างว่าศาลได้อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญที่ใช้เป็นกฎหมายพื้นฐานในการตัดสินคดีได้หรือไม่²⁰

(1) การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 โดยข้ออ้างว่าคำพิพากษาถึงที่สุดละเมิดสิทธิของผู้ยื่นได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ วัตถุประสงค์แห่งการกระทำที่จะเป็นพื้นฐานของการโต้แย้งโดยการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น หมายความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น และคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ในที่นี้หมายถึงบทกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้น การที่บุคคลถูกละเมิดสิทธิโดยคำพิพากษาของศาลจึงไม่อาจโต้แย้งโดยยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอาศัยมาตรา 212 ได้

(2) การโต้แย้งคำพิพากษาของศาลว่าศาลอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นพื้นฐานในการตัดสินได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ คำพิพากษาของศาลที่ละเมิดสิทธิของตนนั้น จากการนำบทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาเป็นพื้นฐานในการตัดสินคดี จึงนำมาสู่การละเมิดสิทธิของตนนั้น ต้องพิจารณาว่า กรณีของคำพิพากษาของศาลนั้นไม่ก่อให้เกิดสิทธิของผู้ถูกละเมิดในการโต้แย้งโดยอาศัยมาตรา 212 โดยตรง ส่วนกรณีโต้แย้งว่ากฎหมายที่ใช้เป็นพื้นฐานในการตัดสินคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บุคคลนั้นย่อมใช้สิทธิได้ ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 212 วรรค 2 คือต้องเป็นกรณีที่ไม้อาจใช้สิทธิโดยวิธีอื่นได้แล้ว

การพิจารณาหลักการกำหนดเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงกรณีศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการละเมิดสิทธิเสรีภาพของคำพิพากษาศาลอื่น โดยพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 แล้วพบว่าบทบัญญัติ มาตรา 212 กำหนดให้บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองอาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ แต่วัตถุประสงค์ตามมาตรา 212 มุ่งเพิกถอนคำพิพากษาที่ขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่หมายรวมการกระทำอย่างอื่นของรัฐ จึงไม่อาจขยายเขตอำนาจศาลออกไปถึงการพิจารณาข้อโต้แย้งคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้วได้ หากพิจารณาหลักการที่กำหนดให้ศาลมีอำนาจเฉพาะเจาะจงแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญ

²⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 267-275.

ขาดบทบัญญัติของกฎหมายที่รองรับในการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการละเมิดสิทธิเสรีภาพตามคำพิพากษาของศาลอื่นได้

เงื่อนไขสำคัญของการร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญที่คำพิพากษาถึงที่สุดละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลคือ

ประการที่ 1 การพิจารณาคดีที่ผ่านจากศาลอื่นๆ จนถึงที่สุดแล้ว ต้องมีความจำเป็นเพื่อแก้ไขเยียวยาการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคล หากไม่ใช้สิทธิร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมไม่บรรลุความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้

ประการที่ 2 เหตุที่ต้องให้การดำเนินคดีศาลอื่นถึงที่สุดนั้น ไม่เพียงเป็นเงื่อนไขทางวิธีสบัญญัติเท่านั้น แต่เงื่อนไขดังกล่าวได้บอกถึงความสัมพันธ์ระหว่างศาลอื่นกับศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ศาลอื่นๆ มีหน้าที่เบื้องต้นในการพิจารณาโดยมีภาระหน้าที่ในการปกป้องสิทธิเสรีภาพของบุคคลก่อน แสดงว่ารัฐธรรมนูญมอบหมายให้อำนาจตุลาการทำหน้าที่ในการวินิจฉัยเรื่องในทางรัฐธรรมนูญ หลักการดำเนินการให้เสร็จสิ้นในศาลมาแล้ว จึงสอดคล้องกับการทำหน้าที่ของศาลที่ต้องดำเนินการในการเยียวยาการละเมิดสิทธิเสรีภาพที่เกิดขึ้น

การใช้สิทธิทางศาลซึ่งบุคคลถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรค 2 อันเป็นกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วนั้น พิจารณาจากการกำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 แล้วพบว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 212 กำหนดให้บุคคลยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีถูกละเมิดสิทธิแต่ัวตฤแห่งคดีเป็นเรื่องได้แย้งบทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ไม่หมายรวมถึงการกระทำอื่นของรัฐ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญขาดบทบัญญัติของกฎหมายที่รองรับในการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอื่น

กล่าวโดยสรุป หากบุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิที่ได้รับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญยังเห็นว่าตนไม่ได้รับความคุ้มครอง บุคคลนั้นย่อมจะเสนอเรื่องให้กับศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบคำพิพากษาของศาลสูงที่สุดนั้นๆ ได้ว่าละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของตนเองหรือไม่เพียงใด ซึ่งเป็นประเด็นที่ชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้น 2 ประการ คือ ประการที่ 1 อาจทำให้ความผูกพันระหว่างอำนาจรัฐต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 27 ต้องสิ้นผลในทางปฏิบัติ และประการที่ 2 ศาลสูงแต่ละศาลอาจใช้หรือตีความสิทธิขั้นพื้นฐานแตกต่างขัดแย้งกัน จึงควรให้มีองค์กรหนึ่งองค์กรใดขึ้นเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบดูแลเรื่องการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน เพื่อให้องค์กรรัฐที่ผูกพันตามมาตรา 28 วรรค 2 ถูกตรวจสอบได้²¹ ซึ่งอาจต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยเพิ่มสิทธิที่จะเสนอเรื่องที่มี

²¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 221.

คำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว แต่หากยังเห็นว่าคำพิพากษายังขัดแย้งต่อสิทธิขั้นพื้นฐานอยู่ก็ขอส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้อีกครั้ง

ในประเด็นเดียวกันนี้ ท่านอาจารย์ ดร. บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ กลับเห็นว่าเมื่อยอมรับว่าคำพิพากษาเป็นอันถึงที่สุดแล้วและปลอดจากการตรวจสอบ อาจส่งผลให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับการคุ้มครองตามความเป็นจริง ซึ่งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เห็นควรให้ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ²² แทนการรอฟายนิติบัญญัติตรากฎหมายวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ บรรจุช่องทางนำคดีที่มีคำพิพากษาค้นถึงที่สุดแล้ว เสนอเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้อีก หากเป็นกรณีที่เห็นว่าสิทธิเสรีภาพที่ถูกละเมิดยังไม่ได้รับการเยียวยาอย่างแท้จริง

²² บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 225.